試用期間之法律問題研究（上）

文／吳芙蓉

壹 前言

「試用期間」是指雇主為了評價、判斷求職勞工工作能力及在職務上的表現是否勝任該職務，而與勞工約定一段時間，雇主藉由勞工在該段期間實際提供勞務的情形，評估期滿後是否繼續勞動契約。就試用期間雖曾有立法規定，但勞動基準法施行細則在民國 86 年修正，刪除有關試用期之規定後，現行相關勞動法令並無針對「試用期間」做明文規範。然而在一般社會通念或雇用習慣上，試用制度普遍存在，且行之有年。因此，實務上常出現究竟勞雇雙方可否約定試用期間？可否延長試用期間？試用期滿終止勞動契約是否合法？進而延伸出終止勞動契約應否給予資遣費等爭議。本文嘗試整理主管機關、學界、實務判決對於試用期間法律性質及權利義務關係相關爭議的見解，從中探討在法無明文的情況下，對於相關問題解決的方向。

貳 試用期間之約定

一、立法沿革

民國 25 年 12 月 15 日公布之勞動契約法第 6 條規定：「勞動契約以有永續性之勞動關係為目的者，得約定一個月以內為試驗期間，於該期間內當事人之一方，得隨時解約」。但勞動契約法為國民政府時期的法規，而且僅公布但未施行。

之後，在民國 49 年 12 月 20 日公布施行廠礦工人受雇解雇辦法（81 年廢止），其中第 2 條規定：「工人與雇主間，除試用工人及按每種、每件、每日工作完畢即行終止僱傭關係者外，應分為有定期契約及無定期契約兩種；但試用工人之試用期間不得超過四十日」。

民國 73 年公布勞動基準法（下稱勞基法），勞基法本身未曾就試用期間設置規定，而是在施行細則第 6 條第 3 項規定：「勞工之試用期間，不得超過四十日」，但因施行細則欠缺母法授權，在 86 年修正後，刪除該規定，是以，現行相關勞動法令並無針對試用期間有明文規範。

二、約定試用期間之適法性

在法無明文的情況下，雇主與員工得否約定試用期間？主管機關勞動部是持肯定立場[1]，表示關於「試用期」之約定，原規範於勞動基準法施行細則，但該細則已於 86 年 6 月 12 日修正發布刪除試用期間之規定，可由勞資雙方依工作特性在不違背契約誠信原則下自由約定。

學者[2]認為試用制度在臺灣企業間十分普遍，基於契約自由原則，及尊重既成之僱傭習慣，應承認試用期間之合理性，否則勢必擾亂現存企業用人秩序。也有認為[3]參考勞基法公布施行前之勞動契約法第 6 條規定、廠礦工人受雇解雇辦法，及公務員亦須施以高達 6 個月的試用期[4]，大陸[5]、日本[6]亦都有明文規定雇主可以跟勞工約定試用期等，而認為應容許試用期間存在。

司法實務對於勞雇雙方得否約定試用期間，是持正面肯定態度。最高法院近期在 109 年度台上字第 2374 號判決揭示「試用期間，係基於勞雇雙方同意，於進入長期正式關係前嵌入一段彼此觀察猶豫期間，讓雇主能藉此期間觀察勞工之工作態度、性格、技術、能力等有關工作之特質，再藉以決定是否在試用期間後繼續僱用該勞工。從勞工的角度，則是給予勞工實際進入職場瞭解、熟悉工作環境、企業文化的機會，讓勞雇雙方確知彼此情況，再詳實考量是否願與對方進一步締結永續性之勞動關係，故係雙向、平等，依契約自由原則，如勞工所擔任工作之性質，有試用之必要，且勞工與雇主間有試用期間之約定，自應承認試用期間之約定為合法有效。」。111 年度台上字第 1 號裁定亦肯認下級審對於「上訴人（勞工）所任工作性質，須經相當期間觀察是否具備專業能力，有約定試用之必要，且所訂試用期亦無過長情事，應認系爭試用約定合法有效。」之判斷。

本文亦認為如同最高法院 109 年度台上字第 2374 號判決指出，試用制度的意義，站在雇主的立場，是讓雇主可以藉由試用制度觀察及判斷該新進員工實際工作後，其性格、工作能力、工作態度等是否能夠勝任工作，及能否融入或熟悉公司文化；同時亦給予勞工一段時間，藉由實際服勞務過程，思索公司整體職場工作環境、組織文化與自己是否契合，對於勞雇雙方而言，彼此有綜合評估雙方是否適合的機會。而且基於契約自由原則，何種工作性質適合約定試用期間，或是否有必要約定試用期間，原則上取決勞雇雙方合意[7]，即使勞基法無明文規定，勞資雙方簽定試用期間之約定，應無不可。

三、試用期間長短

如前所述，我國勞基法施行細則已刪除試用期間不得超過 40 日之限制，因此關於試用期間長短，並無相關法令規範。勞動部針對試用期間之長短同樣認為勞資雙方依工作特性，在不違背契約誠信原則下，自由約定合理之試用期，並非法所不容[8]。

學者[9]就此有認為技術層級越低者，試用期間越短，反之，非經長期觀察不足以判斷勞工之適格性者（例如管理職勞工），可以約定較長之試用期間。亦有認為[10]應就工作性質、契約種類、是否需特殊專業技能、企業過去習慣等，再參酌選考程序之嚴苛寬鬆程度、勞動契約之約定內容、雇主有無隱藏不當動機等因素，就不同個案綜合考量。若試用期間過長，應認為違反公序良俗而無效[11]。

司法實務上認為擔任研發部機構工程師，負責產品外觀、機構研發設計工作[12]、投資公司法令遵循室主管[13]、銀行稽核人員[14]、保全公司安全員[15]約定試用期間 3 個月，尚屬合理；數位銀行中級銀行專員，負責資料分析、運用及建模業務[16]約定試用期間 6 個月，難認有不合理之處。顯見，試用期間約定 3 至 6 個月內，實務多認為尚屬於合理期間。

本文認為考量勞動契約種類繁多，各項工作性質不同，就各種不同性質的勞動契約，雇主需要多久試用期間考核，無法劃定統一標準，應可交由勞雇雙方自由約定，但同時考量勞工地位於試用期間仍處於不確定的情況，亦不宜過長。目前社會慣習，如純為勞動力或技術職缺試用期間長度可能短於 3 個月，一般則多為 3 個月到 6 個月，對於雇主來說應可足夠考察勞工的適格性，勞工處於不安定的狀態亦非過長，尚屬合理；倘若約定超過 6 個月之試用期，則參考歐盟頒布的「透明及可預測的勞動條件指令」，必須是有特別的職務或理由，譬如管理職、公部門職位，或是基於勞工的利益，例如作為測試年輕勞工取得永久性雇用[17]，可資判斷試用期間長短是否具合理性。

四、試用期間之延長

既然試用期間目的是勞雇雙方約定一段期間試驗、審查勞工的適格性與工作能力，那麼原先約定之試用期間屆滿後，得否再度延長試用期間？

學者[18]有認為試用期間屆滿，雇主若有合理事由，例如試用期間勞工請假過多或是事業單位因不可抗力因素停工，在得到勞工同意下，可允許延長試用期間。也有認為若是基於勞工利益，得到勞工同意，亦可延長試用期間[19]。

實務判決就此曾有分歧，有認為一再延長試用期間，可免一旦試用不合格時即遭解除聘任，是有利於勞工[20]；亦有認為即使勞雇雙方約定試用期間 6 個月，延長試用期間 3 個月，但依工作性質及兼顧勞雇雙方利益，認為原試用期間已足夠雇主評價

（文轉三版）

註釋

1 參照行政院勞工委員會 (86) 台勞資二字第 035588 號函「二、查勞動基準法施行細則本（八十六）年六月十二日修正前，原有『試用期間不得超過四十日』之規定，是時，對法定試用期內或屆期時因『試用不合格』為僱主終止勞動契約之勞工，應否發給資遣費，法無明文，而得由勞資雙方自由約定。三、至該法施行細則修正後，有關『試用期間』之規定已刪除，勞資雙方依工作特性，在不違背契約誠信原則下，自由約定合理之試用期，尚非法所不容，惟於該試用期內或屆期時，雇主欲終止勞動契約，仍應依勞動基準法第十一、十二、十六及十七條等相關規定辦理。」。

2 劉志鵬，勞動法理論與判決研究，2002 年，第 65 頁。

3 謝清風，試用期滿終止契約應否發給資遣費之研究，全國律師，第 13 卷第 10 期，2009 年，第 66-67 頁。

4 公務人員任用法第 20 條規定：「初任各官等人員，未具與擬任職務職責程度相當或低一職等之經驗六個月以上者，應先予試用六個月，並由各機關指派專人負責指導。試用期滿成績及格，予以實授；試用期滿成績不及格，予以解職。試用人員於試用期間有下列情事之一者，應為試用成績不及格：…」。

5 中華人民共和國勞動合同法第 17 條規定：「勞動合同應當具備下列條款：… 勞動合同除前款規定的必備條款外，用人單位與勞動者可以約定試用期、培訓、保守秘密、補充保險和福利待遇等其他事項」。

6 日本労働基準法第 21 條規定：「前条の規定は、左の各号の一に該当する労働者については適用しない。但し、…… 第 4 号に該当する者が 14 日を超えて引き続き使用されるに至つた場合においては、この限りでない。……4、試の使用期間中の者。」。

7 邱駿彥，試用期間之法律關係－以台北地院九四年勞訴字第 80 號判決為例，台灣本土法學雜誌，第 79 期，第 287 頁，2006 年。

8 同註 1。

9 臺灣勞動法學會編，勞動基準法釋義－施行二十年之回顧與展望，2009 年，第 94 頁（劉志鵬主筆）。相同見解可參鄭津津，試用期間，月旦法學教室，第 68 期，

JUDICIAL 司法
徵稿啓事
一、本刊歡迎各界賜稿，內容應符合學術倫理規範，請勿違反學術社群共同接受的行為準則；並請適當遮掩個人資及其他法定限制公開事項。
二、作者如為研究生，請加註指導教授姓名。
三、文稿內容應符合學術倫理規範，請勿違反學術社群共同接受的行為準則；並請適當遮掩個人資及其他法定限制公開事項。
四、本刊採雙盲審查制，審查期間為 2 個月，審查結果將以電子郵件通知作者。
五、文稿一律不退件，請自留底稿。稿件如經採用，文責自負。
六、文稿除紙本刊登外，亦置司法院網站；並酌計稿酬，寄贈該期刊物。
七、刊出文稿一律不退件，請自留底稿。稿件如經採用，文責自負。

（文接二版）

勞工性格及能力是否適合該工作，而無延長之必要[21]；或認為雇主單方延長試用期間不合法[22]；或經勞工同意，且非使勞工立於更不利益的地位，延長試用期間並無不可[23]。

近來實務傾向需經勞工同意，才能延長試用期間，部分判決進一步認為延長試用期可以使勞工免去立即失業困境，有改善獲得正式錄用的機會，未使勞工蒙受更不利情事，延長試用期間屬於合法有效[24]。

鑒於試用期間勞雇契約關係是處於不安定的情況，因此若要延長試用期間，不宜由雇主片面決定。本文認為除了審查事業單位有無正當理由無法在原試用期間考核勞工（譬如勞工長期生病）的情形，而有延長試用期間的必要外，最重要的考量因素應該是該延長之決定是否得勞工同意，尤其是在原先試用期滿考核結果不合格的情況。至於是事前雙方在勞動契約中明文約定試用期延長條款，或試用期間兩造另合意延長，應該都可認為已得勞工同意。

參 試用期間之解僱問題

一、試用勞動契約之法律性質

試用期間或期滿後，雇主認為勞工不符合公司錄用之要求，拒絕正式僱用而生的解僱糾紛是司法實務上最常見的類型。在一般勞動契約，雇主須依勞基法第 11 條、第 12 條規定終止勞動契約，特別是勞工對於所擔任的工作確實不能勝任時，學說及實務裁判均肯認須雇主於其使用勞動基準法所賦予保護之各種手段後，仍無法改善情況下，始得終止勞動契約，以符「解僱最後手段性原則」。但是如果是試用期間之勞工，雇主是否具有較大的解僱空間？或需符合勞基法第 11 條、第 12 條事由？以勞工不能勝任終止勞動契約時，需符合解僱最後手段性原則的要求？

因為學說及司法實務對試用期間勞動契約的法律性質採取的看法不同，就此議題有不同的見解。關於試用勞動契約的法律性質的論述，多是受日本學說理論影響，茲介紹如下[25]：

（一）預備契約說

試用勞動契約是雇主為了判斷勞工適格性、工作能力以決定錄用與否所締結的無名契約，與正式勞動契約無關。假如雇主在試用期滿判定勞工為適格的勞工，則另行締結正式勞動契約，如果試用勞工經雇主判定不適格，試用勞動契約即告消滅。法國學界通說認為試用契約是勞動契約之預備契約。

（二）特別契約說

試用勞動契約的目的是要評價勞工工作能力以決定是否錄用，具有實驗性質，而訂有期間之特別勞務供給契約，有別於正式勞動契約。

上開預備契約說與特別契約說都是認為試用勞動契約與正式勞動契約不同，為獨立的契約。

（三）停止條件說

試用勞動契約並非獨立契約，而是勞動契約附有「勞工適格否與」之停止條件。試用期滿，若雇主判定勞工具適格性，則條件成就，正式勞動契約生效，試用勞工成為正式勞工；反之，若雇主認為勞工不具適格性，則條件不成就，正式勞動契約自始不生效。

（四）解除條件說

同樣認為試用勞動契約並非獨立契約，而是勞動契約附有「勞工適格否與」之解除條件。亦即，勞雇雙方的正式勞動契約在試用期間開始時即已生效，倘若試用期滿，雇主判定勞工為不適格員工，則解除條件成就，勞動契約失其效力；若雇主肯定勞工的適格性，解除條件不成就，原已成立的正式勞動契約不受影響，僅是試用員工身分轉變為正式員工。

（五）解僱權保留說

勞動契約在試用期間開始時即已成立生效，但是考量雇主在招募階段，無法完全掌握勞工的工作能力、適格性，容許雇主保留該勞動契約解約權，透過試用期間對於勞工的考察做最後決定。倘若試用期間，雇主判斷勞工不具適格性，即得以之為理由解僱試用勞工。

（六）多元說

由於企業所簽立的試用契約態樣甚多，無法以單一法律關係涵蓋所有試用契約，所以應依個案情形，由勞動契約、工作規則、團體協約、企業過去習慣及勞雇雙方當事人真意等，綜合判斷認定。

解僱權保留說及多元說為目前日本通說。

二、試用期間解僱權行使

於試用期內或屆期時，雇主欲終止勞動契約，主管機關認為仍有勞基法法定終止事由之限制[26]。

學者有認為勞基法並未區隔試用期間勞工與正式雇用勞工，因此，試用期間屆滿，雇主如認為勞工不能勝任工作，仍須依勞基法第 11 條第 5 款之規定，終止勞動契約，試用期間只是測試機制，但試用期間勞工與正式僱用勞工，權益上並無差別[27]。亦有認為試用期間之解僱事由，原則上應尊重當事人之約定，但仍應從社會公平理念來衡量，如雇主解僱權行使屬正當時，方可允許。而以不能勝任工作為理由解僱試用勞工時，不要求至「確不能勝任」之程度，只要雇主能合理證明該勞工「大致不能勝任」工作之程度即可[28]。也有學者主張勞基法之勞動契約只有一種，試用期間既然視為勞動契約已成立，則雇主解僱試用勞工皆必須受勞基法第 11 條與第 12 條之限制，只是雇主以第 11 條第 5 款試用勞工不能勝任工作解僱時，肯認雇主可以有比較寬廣的認定空間，只要是第三人不至於認為不合理程度之「合理理由」即可，但所謂合理理由必須是雇主於嚴謹選考當初所無法發現或預期為限[29]。

司法實務就此問題，下級審見解亦有所歧異。有認為現行勞基法已無試用期間規定，試用期內或屆滿時，雇主仍應有勞基法第 11 條、第 12 條或第 13 條但書規定情事始得終止勞動契約[30]。亦即雇主終止契約仍應符合前開法定最後手段性原則、懲戒相當性原則之限制。

另外，則有認為勞動契約附有試用期間條款者，其當事人間勞動契約之效力自試用期間開始時即已發生，惟勞雇雙方保留契約終止權，若勞雇雙方於試用期間內發現工作不適合由該勞工任之，或勞工不適應工作環境者，應認勞雇雙方於未濫用權利情形下，得任意終止勞動契約，無須具備勞動基準法所規定之法定終止事由[31]。亦即基於解僱權保留說的立場，認為雇主不受法定事由限制，但須非權利濫用。

（下期待續）

（作者為嘉義地方法院法官）



四維街老街

水彩／何佳純（臺中地院同仁）

註釋

2008 年，第 10 頁。

10 邱駿彥，同註 7，第 288 頁。

11 黃程貫編，個別勞動法，元照，2021 年，第 56 頁（姚好嫿主筆）。

12 臺灣高等法院 108 年度重勞上字第 49 號判決。

13 臺灣高等法院 101 年度勞上字第 90 號判決。

14 臺灣臺北地方法院 101 年度重勞訴字第 27 號判決。

15 臺灣士林地方法院 95 年度勞簡上字第 3 號判決。

16 臺灣高等法院 109 年度重勞上字第 10 號判決。

17 簡慧茹等著，我國勞動契約試用期間勞動權益之研析，勞動部及職業安全衛生研究所，2022 年，第 19 頁。

18 鄭津津，同註 9，第 11 頁。

19 臺灣勞動法學會編，同註 9，第 95 頁（劉志鵬主筆）。

20 臺灣高等法院 91 年度重勞上字第 5 號判決。

21 臺北地方法院 100 年度重勞訴字第 33 號判決。

22 臺灣高等法院 97 年度勞上字第 5 號、103 年度重勞上字第 23 號判決。

23 臺灣高等法院 92 年度勞上字第 20 號判決。

24 臺灣高等法院 109 年度勞上字第 108 號判決、臺灣臺北地方法院 109 年度勞訴字第 70 號判決、107 年度勞訴字第 307 號判決。

25 邱駿彥，同註 7，第 289 至 290 頁；劉志鵬，同註 2，第 46 至 50 頁；黃程貫編，同註 11，第 53 至 55 頁，（姚好嫿主筆）。

26 同註 1。

27 鄭津津，同註 9，第 11 頁。

28 劉志鵬，同註 2，第 70 頁。

29 邱駿彥，同註 7，第 291 頁、第 293 頁。

30 臺灣高等法院 97 年度勞上易字第 94 號判決、106 年度勞上字第 86 號判決。

31 臺灣高等法院 97 年度勞上字第 5 號判決、105 年度勞上字第 117 號判決、臺中高分院 98 年度勞上字第 17 號判決。

WEEKLY 周刊

一、本刊歡迎兼顧理論與實務、探討司法制度、法學新知、足供讀者參考的作品；並歡迎司法人、事及法院的故事。來稿請聯繫（02）23618577 分機 844 或 849。

二、作品如以偵、審中案件，及未確定案件為主題，或作者為文稿議題之關係人士，請勿來稿。

四、文長宜在 7200 字以內，以利一次刊出。文內引用資料請加註解，以利參考。

五、本刊對來稿有權潤飾斟酌，對有疑義之內容將洽請作者再行檢視；不願接受刪改者，請加注說明。