# 試用期間之法律問題研究 下

文／吳芙蓉

（文接上期）

亦有認為雇主解僱試用勞工，通常以勞工對於所擔任工作達勞基法第 11 條第 5 款之「不能勝任」為要件，然因屬於試用期間之故，則就「不能勝任」之程度應為較寬鬆之認定標準，亦即雇主依據觀察試用期間之考核情形或勤務狀態，判斷繼續雇用該勞工明顯不適當者，只要達「大致不能勝任」即可，除非雇主有權利濫用的情事[32]。此見解亦是認為試用期間，雇主保留契約終止權，有較大彈性行使解僱權，只須證明員工大致不能勝任即可。

最高法院就下級審認為試用期間之勞雇契約不受勞基法之規範，得隨時終止，亦無違背誠信原則，曾採取肯定下級審認事用法之見解[33]。之後，在 109 年度台上字第 2205 號判決則明白表示「按勞動契約附有試用期間之約款者，雇主得於試用期間內觀察該求職者關於業務之能力、操守、適應企業文化及應對態度，判斷該求職者是否為適格員工，如不適格，雇主即得於試用期滿前終止勞動契約，於雇主未濫用權利之情形下，其終止勞動契約應具正當性。」。其後在 109 年度台上字第 2722 號民事判決、113 年度台上字第 101 號判決都重申「勞動契約附有合理試用期間之約款者，雇主得於試用期間內，觀察該求職者業務之能力、操守、適應企業文化及應對態度，判斷該求職者是否為適格員工，如不適格，雇主於試用期間或期滿後終止勞動契約，於未濫用權利之情形下，其終止勞動契約具正當性。」。109 年度台上字第 3189 號判決亦指出「勞動契約附有合理試用期間之約款者，雇主於試用期間內，觀察試用勞工之業務能力、操守、適應企業文化及應對態度，本於具體之事實而為合理、具體與客觀之評價，判斷該勞工如不適格，雇主於試用期間或期滿後終止勞動契約，於未濫用權利之情形下，其終止勞動契約始具正當性。」。

另外，在 108 年度台上字第 2353 號裁定、110 年度台上字第 478 號判決，最高法院也是採取相同的標準，即雇主終止勞動契約是否正當，取決於雇主有無權利濫用，並檢視雇主將員工評核為不適任，是否基於具體事由而為合理、客觀之評價，進而認定雇主終止該聘僱契約，是否權利濫用。不過，最高法院在 108 年度台上字第 2353 號裁定、110 年度台上字第 478 號判決都提到「未綜合評量被上訴人（勞工）試用期間之工作能力、品行、身心狀況、工作態度、敬業精神及主觀意志等，以為考核、判斷基礎，亦未證明被上訴人確已不能勝任機師工作及有何違反情節重大，致非予解僱不可之事由，即終止該聘僱契約，屬權利濫用」，似乎又認為雇主須綜合考評試用期間勞工，且勞工不能勝任工作之情節重大，達到非予解僱不可的地步，雇主解僱勞工，才非權利濫用。最高法院是否會繼續採取混合「權利濫用」與「不能勝任工作之情節重大，達到非予解僱程度」的要件，值得觀察。

特別需注意的是，假如雇主在試用期間或期滿解僱勞工，是勞工在試用期間曾發生職業災害[34]、懷孕[35]等情事，最高法院採取嚴格審查雇主解僱權行使的立場，指出「苟上訴人（勞工）確係於執行職務之際遭應受其指揮監督之工人施以暴力而受傷，可否謂上訴人非因作業活動或其他職業上原因受傷而不屬職業災害，… 雇主終止與上訴人間勞動契約有無違反勞基法第十三條規定？」、「被上訴人（雇主）以上訴人（勞工）因此職業災害而在醫療中不能工作為由，終止系爭勞動契約，能否謂無權利濫用之情事，亦有疑義。」、「被上訴人（雇主）終止勞動契約與其知悉上訴人（被上訴人）懷孕於時序上密接，… 倘被上訴人係於知悉上訴人懷孕後，始指責其工作不力，不適任，能否謂其已證明其非因上訴人懷孕而為差別待遇？」。

綜觀最高法院就雇主解僱試用期勞工之闡述，自 109 年度台上字第 2205 號判決開始，判斷標準都是取決雇主解僱是否權利濫用，之後陸續在不同判決中將何謂解僱權利濫用具體化，即審視雇主是否根據具體事由而為客觀合理的考核。倘雇主考核是基於客觀標準合理評價勞工不具職務適格性，傾向於雇主解僱具正當性；假如雇主解僱可能涉及不正當動機，譬如勞工在試用期間發生職業災害、懷孕，則雇主終止勞動契約自然不具正當性。至於雇主是以「考核不合格」[36]、「違反紀律」[37]、「勞基法第 11 條第 5 款」[38]終止勞動契約，都不影響最高法院判斷的標準。換言之，歸納目前最高法院判決，大致上可知，最高法院就此多數判決的立場，不強調雇主試用期滿或期間，需明白以勞基法第 11 條、第 12 條所定事由，或是符合解僱最後手段性原則的要求，才能終止雙方間的試雇契約關係，而是採用禁止權利濫用原則，將重點放在檢視雇主解僱是否有具體事由而為客觀、合理判斷。

本文認為回歸試用制度的目的，試用期間是雇主評價試用勞工之職務適格性及能力之階段，雇主於試用期間內觀察該求職者關於業務之能力、操守、適應企業文化及應對態度，判斷該求職者是否為適格員工，勞工亦可以利用這段期間評估企業文化、職務內容、工作環境是否符合自己原先的期望與規劃。從這個角度出發，應該給予勞雇雙方都可以依照試用結果，決定是否繼續正式勞動契約之機會。假如嚴格要求雇主解僱事由需要符合勞基法第 11 條、第 12 條規定，需原有工作職位已無適當之工作得以安置之情形或雇主已使用勞基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，那麼承認或賦予勞資雙方在試用期間之制度設計，實質上並無意義[39]。其次，採取最高法院之禁止權利濫用原則，要求雇主說明在試用期間觀察勞工職業能力、適格性之結果，及證明是基於具體事由客觀評價後，才拒絕繼續聘僱，且該理由社會觀念亦認為正當，一來可保有試用制度的目的及彈性，二來也可避免雇主濫用試用制度，任意以雇主「主觀上猜測」勞工不適任工作或與勞工適格與否無關之因素（譬如懷孕、擔任工會職務等）為由解僱試用勞工，三來亦讓雇主對於試用期間之考察採取較嚴謹之態度。因為給予雇主在試用期間觀察勞工勤務狀況、工作態度的機會，雇主已有充分時間蒐集資料判斷、調查勞工的適格性，倘雇主未審慎評估，試用期滿自不能任意以雇主主觀上猜想勞工不適格而終止勞動契約；倘試用期滿結果為考察合格，勞工轉為正式員工後，雇主再以勞工不適任工作終止勞動契約，當然必須符合解僱最後手段性原則。

## 三、資遣費發放與否

試用期滿終止契約，是否應發給資遣費？主管機關最早認為勞工在試用期間尚未屆滿，雇主予以終止契約，勞基法並無明文規定須發給資遣費[40]。之後，則認為勞工試用期滿，經雇主考核不及格而終止契約，應否發給資遣費之處理方式，可以因勞基法無明文規定而不發給或由勞資雙方自行約定[41]。最後，則採取雇主於試用期滿或期前，終止勞動契約，應比照勞基法關於資遣等規定辦理之立場[42]。

支持應給資遣費的學者認為，勞基法未區隔試用期間勞工與正式僱用勞工，因此以勞工不能勝任工作為由終止勞動契約，仍須依勞基法規定給付資遣費[43]；或是基於勞動契約既已成立，雇主解僱，依照勞基法規定，勞工應有資遣費，況且試用期間倘半年或一年，不能請求資遣費亦不公平[44]。認為無需發給資遣費之論者的理由，則是基於雇主在試用期間擁有較大決定權，試用期間解僱勞工未超

（文轉三版）

## 註釋

32 臺灣高等法院 111 年度勞上字第 69 號判決、109 年度勞上字第 78 號判決、高雄高分院 111 年度勞上字第 5 號判決、108 年度重勞上字第 2 號判決。

33 最高法院 82 年度台上字第 899 號判決。

34 最高法院 95 台上字第 1805 號判決、95 年度台上字第 2727 號判決。

35 最高法院 110 年度台上字第 576 號判決。

36 最高法院 109 年度台上字第 2205 號判決、109 年度台上字第 3189 號判決之事實，雇主是以評核不通過為由終止勞動契約。

37 最高法院 110 年度台上字第 478 號民事判決之事實，雇主是以勞工違反紀律予以退訓終止勞動契約。

38 最高法院 109 年度台上字第 2374 號、110 年度台上字第 576 號判決之事實，雇主是以勞基法第 11 條第 5 款規定終止勞動契約。

39 高雄高分院 108 年度重勞上字第 2 號判決。

40 參照內政部（74）台內勞字第 308108 號函「依勞動基準法第十七條規定雇主依第十六條終止勞動契約者，應依規定發給勞工資遣費；至勞工在試用期間尚未屆滿，雇主予以終止契約，該法並無明文規定須發給資遣費。」。

41 參照內政部（75）台內勞字第 453117 號函「勞工試用期滿，經雇主考核不及格而終止契約，應否發給資遣費一案，可參酌本部七十四年四月廿日七十四台內勞字第三〇八一〇八號函辦理或由勞資雙方自行約定。」。

42 同註 1。

43 鄭津津，同註 9，第 11 頁。

44 邱駿彥，同註 7，第 294 頁。

45 鄭渼蓁，論勞工之試用期間，萬國法律，第 147 期，2006 年，第 40 頁；謝清風，同註 3，第 75 頁。

46 謝清風，同註 3，第 75 頁。

47 臺灣高等法院 100 年度勞上易字第 88 號判決。

48 臺灣高等法院 102 年度勞上字第 100 號判決、105 年度重勞上字第 1 號判決。

49 簡慧茹等著，同註 17。

# 國民法官參與審判案件第二審審理構造與檢察官移送併辦關係

文／林信旭

四之一

## 壹 前言

一、依國民法官法（以下稱本法）行國民參與審判之案件，因第一審判決有國民法官參與判斷[1]，第二審訴訟構造似已對應兼容（兼採）「事後審兼限制續審制」。又因國審案件，除本法另有特別規定外，依本法第 4 條規定，仍「適用」刑事訴訟法（以下稱刑訴法）之規定，形式上觀察，依刑訴法第 364 條規定，仍得準用刑訴法第 267 條等相關規定，檢察官於第二審審理中（判決宣示前），與國審案件立於裁判上、包括上一罪等（以下合稱裁判上一罪）之他部犯罪事實（以下稱他部事實），似仍得請求移送併辦，故事後審兼限制續審制內涵與檢察官請求移送併辦機制，於國審案件之第二審訴訟程序，似會交織（錯）碰撞。準此，傳統「覆審制[2]」構造，以第一審判決未及審酌他部事實為由，一律撤銷第一審判決，並自為判決的運作模式，得否無條件繼續援用？如有衝突矛盾，應如何調整修正？等相關問題似為本法上路施行後，可預見會面臨的重大問題。

二、為此，爰先檢視國審案件，第二審訴訟構造兼容事後審兼限制續審制之相關明文依據及實務見解，繼而討論兼容事後審兼限制續審制構造與檢察官請求移送併辦相關問題，最後再一併探討本法第 90 條、第 92 條相關疑義，以就教於諸位先進。

## 貳 依本法施行細則第六編上訴審審理相關規定立法理由及最高法院判決，國審案件第二審審理構造兼容事後審兼限制續審制元素，且似更往事後審兼限制續審制方向傾斜

一、本法施行細則第六編上訴審審理相關規定立法理由如下：

1. 第 300 條：依本法規定，行國民參與審判案件之第二審審理兼容「事後審」及「限制續審」之制度內涵。

2. 第 301 條：行國民參與審判案件之第二審，既兼容「事後審制精神」，係以事後審查之角度審查原審判決有無不當或違法，而非自行重新認定事實及適用法律[3]。

3. 第 303 條：行國民參與審判案件之第二審，既兼容「事後審兼限制續審制」之精神，當係以事後審之角度審查原審判決有無違法或不當，而非自行重新認定事實及適用法律。

4. 第 304 條：行國民參與審判案件之第二審審理既兼容「事後審兼限制續審制」之精神，行國民參與審判案件，第二審法院當立於「事後審查」之立場，妥適行使其審查權限。

5. 第 306 條：行國民參與審判案件之第二審法院，係兼容「事後審兼限制續審制」精神，應秉持謙抑原則，妥適尊重第一審法院之判決結果，以達到反映國民正當法律感情及增進國民對於司法信賴之立法目的。

二、最高法院 113 年台上字第 3856 號判決：行國民參與審判案件之第二審法院係兼容「事後審及限制續審」之精神，秉持謙抑原則，尊重第一審法院之判決結果，原不得任意以所認定之事實與第一審不一致即撤銷第一審判決，此觀本法第 92 條第 1 項、本法施行細則第 305 條之規定即明。

三、從上開說明可知，國審案件之第二審審理兼容事後審兼限制續審制內涵（元素），且「有別」於一般刑事訴訟案件第二審所採取之覆審制，係以事後審之角度審查原審判決有無違法或不當，而非自行重新認定事實及適用法律。按區別事後審、續審、覆審的決定指標之一為：第二審法院審理案件本身為續審、覆審，事後審查第一審判決當否則為事後審[4]，故國審案件之第二審審理構造，似可認為更傾向於事後審兼限制續審制。

（下期待續）

（作者為臺灣高等法院花蓮分院庭長）

## 註釋

1 以下將本法第 5 條第 1 項各款案件，稱為「對象案件」，又因檢察官得將對象案件與其他案件合併起訴（依本法第 5 條第 4 項及立法理由，第一審行國民參與審判程序，雖不得追加起訴，但似得合併起訴對象案件以外其他案件），爰將對象案件以外之其他案件稱為「非對象案件」。又以下視行文適宜性、簡約性，或將國民法官參與審判案件簡稱為「國審案件」。

2 如刑訴法第 373 條立法理由即明載：我國刑事訴訟第二審係「覆審制」，最高法院 112 年度台上字第 991 號判決亦判示：第二審法院基於我國現制採「覆審制」之訴訟結構。

3 關於立法理由提到「以事後審角度審查原審判決有無違法或不當，非自行重新認定事實」部分，似認為第二審法院無庸自行重新認定事實，但：

(1)本法施行細則第 300 條明定：不宜僅以閱覽第一審卷證後所得之不同心證，即撤銷第一審法院之判決，同細則第 310 條立法理由又提到：第二審法院得閱覽經第一審法院合法調查之證據資料，並得以此為基礎為事實認定，似又認為第二審法院於閱覽卷證後，仍可能會有（甚至當然會有）形成心證（事實認定）的活動，而非一片空白。

(2)最高法院 113 年台上字第 3856 號判決意旨亦提到：不得任意以所認定之事實與第一審不一致即撤銷第一審判決，似乎亦認第二審法院於實際操作上，仍會認定事實，只是不得任意以所認定之事實與第一審不一致即撤銷第一審判決。

(3)就事實誤認上訴理由的審查方法而言，第二審法院係採取經證據判斷，形成事實存否之心證，再與第一審判決之認定相互比較之方法，縱採取經驗法則違法說，此手法亦是不可欠缺的，石井一正，「裁判員制度のもとのおける控訴審の在り方」の連載終了に当たって，判例タイムズ 1278 号、第 24 頁，2008 年 11 月。或有認為：（日本）現行第二審（控訴審）是… 事後審，第二審法院應就事實部分自行形成心證，並與原審心證進行比較，除此之外，別無其他判斷方法，石丸俊彦等，新版刑事訴訟の実務・下、第 482 頁以下，2005 年，轉引自小川育央，裁判員制度のもとにおける控訴審の在り方 1，判例タイムズ 1271 号、第 81 頁，2008 年 8 月。

(4)又於第二審法院閱覽（調查）第一審卷證資料後，對於事實部分於「腦海中」似不可避免會描繪浮現一圖像，且第二審法院對於事實如無任何心證（或圖像），又如何認定第一審事實認定，有違反經驗、論理法則之情形發生？

因此，於實務操作上，第二審法院固非自行重新認定事實，但似不可避免仍會形成一定心證。

4 石井一正，同註 3 之(3)。

（文接二版）

出勞工期待[45]；定期契約期滿，無資遣費，舉輕以明重，試用期滿，無須發給資遣費[46]。

實務判決就此亦尚無定論。有認為試用期間僅屬雇主考核新進員工之制度，無排除勞動基準法資遣費制度之適用[47]；亦有認為雙方當事人原則上均應得隨時終止契約，並無須具備勞基法所規定之法定終止事由，且亦無資遣費相關規定之適用[48]。

本文認為參考國外採行試用期間的制度[49]，在歐盟、英國、德國、日本、美國，一般情況下，雇主終止試用勞動契約，並無給付資遣費之義務。韓國則是解僱連續工作 3 個月以上的所有勞工，都必須遵守預告解僱及資遣費的規定。可見，試用期間終止勞動契約，雇主需否發放資遣費，並無一致的做法。我國試用期間解僱是否需給付資遣費，在目前法無明文的情況下，本文認為應與試用期的法律性質環環相扣。在一般解僱情況下，倘持試用期契約等同勞動契約，且終止勞動契約須回歸勞基法規定處理，則脈絡上，若是雇主以勞基法第 11 條終止勞動契約，勢必亦應依照勞基法第 17 條規定給予試用勞工資遣費；假如主張勞動契約在試用期間開始時即已成立生效，但雇主在試用期擁有較寬鬆的解僱權利，不以勞基法規定為限，那麼在試用期終止勞動契約時，雇主應該不需發給勞工資遣費，法理上才會一致。

## 肆 結論

由於勞基法目前未明文規範試用期間，實務上勞工與雇主就試用期間勞雇雙方權利義務，因法規付之闕如，產生爭議。最能直接解決此問題的方法當然就是透過法律規範設計的途徑。惟在現今尚無明文規範的情形下，站在契約自由，尊重私人間的法律關係，同時考量勞工仍處於較弱勢的一方，保障勞工權益，避免雇主濫用試用制度的立場，本文認為依照勞工所任工作性質，假如須經相當期間觀察是否具備專業能力，而有約定試用之必要，應肯認勞雇雙方試用約定合法。至於試用期間長短，依照目前社會現況試用期多約定 3 至 6 個月，原則上應該已經足夠雇主檢驗勞工能力是否符合其所應徵之職位。倘若要約定超過 6 個月的試用期間或者是延長試用期間，則應檢視該職務有無特殊性，雇主是否具正當理由，有無經勞工同意等，在個案中審視試用期間長短是否妥適、允許當事人延長試用期間。雇主於試用期間或期滿，終止勞動契約，則同最高法院所採取的標準即雇主的解僱有無權利濫用或出於不正當動機，至於是否發放資遣費，如果是傾向試用期間解僱寬鬆的觀點（解僱權保留說），就偏向雇主不需發給。最後藉由本篇文章就「試用期間」此一議題提出一點看法，以期能起到拋磚引玉的效果。

（作者為嘉義地方法院法官）

外紛爭 (ADR) 詢平台 線曜 司 EASY GO 七大優點 性 性 性 性 性 法 院 dicial.gov.tw/ 廣告 WEEKLY 周刊 周出刊 訂閱 幣400元 訂 閱 劃撥 號 4377 戶 司法周刊 話 618798