臺灣高等法院花蓮分院民事判決

112年度重勞上字第1號

上　訴　人　蔣敏琇
　　何育任
共　　同
訴訟代理人　陳清華律師(法扶律師)
被上訴人　　潘宜芬即老師傅舒筋活絡館
訴訟代理人　魏辰州律師

上列當事人間請求給付職業災害補償等事件，上訴人對於中華民國112年1月13日臺灣花蓮地方法院111年度重勞訴字第1號第一審判決提起上訴，並為訴之減縮，本院於112年8月22日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

上訴駁回。

第二審訴訟費用由上訴人負擔。

事實及理由

壹、程序方面

上訴人於終局判決前，得將上訴撤回。撤回上訴者，喪失其上訴權。民事訴訟法(下稱民訴法)第459條第1項本文、第3項分別定有明文。是上訴人提起上訴後，復撤回上訴之全部或一部者，即喪失上訴權，該撤回部分之判決即告確定。又減縮上訴之聲明，係將不服原判決之程度與請求廢棄或變更之範圍縮減。是不服原判決之程度既有減縮，其減縮部分即係一部上訴之撤回，足使該部分之第一審判決歸於確定。查上訴人之上訴聲明原為：「㈠原判決廢棄。㈡被上訴人應給付上訴人蔣敏琇新臺幣(下同)2003萬1391元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息。㈢被上訴人應給付上訴人何育任25萬2908元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息。」（本院卷第5頁）。嗣減縮為「㈠原判決關於駁回上訴人後開㈡、㈢項之訴暨假執行之聲請均廢棄。㈡被上訴人應給付上訴人蔣敏琇1976萬9323元，及

自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息。㈢被上訴人應給付上訴人何育任1萬4904元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息（本院卷第337頁、第349頁）。是以，上訴人業已分別減縮關於上述㈡、㈢所示26萬2068元、23萬8004元之本息部分之上訴聲明，使此部分之原審判決歸於確定，合先指明。

貳、實體方面

一、上訴人主張(減縮部分，不贅)：

㈠上訴人蔣敏琇部分：

1.伊自民國109年7月28日起受僱於被上訴人，在「老師傅舒筋活絡館」擔任○○○(編號00號)，薪資採按件計酬方式，月休4日，工作及休息時間固定；相關按摩床等設備，均由被上訴人提供；被上訴人要求上班需穿制服，伊無法決定服務何客人，均照被上訴人指派。伊之工作時間、地點及勞務給付過程均依被上訴人指示，並受其指揮監督，具備勞動契約之人格從屬性。伊所提供之勞務利益由被上訴人享有，係為被上訴人之目的而勞動，被上訴人已將伊納入其經濟組織與生產結構中，具經濟從屬性。又消費者係透過被上訴人預約服務，並由被上訴人指定按摩師，工作場所內的環境清潔，皆須與其他同事分工共同完成，伊無法獨力完成工作，具組織從屬性。故伊與被上訴人間有勞動基準法(下稱勞基法)第2條第6款規定之勞動契約關係，此亦經勞動部職業安全衛生署(下稱職安署)、勞動部勞工保險局(下稱勞保局)認定，具有行政處分之構成要件效力及確認效力，法院應受拘束。

2.伊於110年3月5日下午5點提供勞務時，因工作處往洗手台之通道(下稱系爭通道)，地面有約5公分落差且濕滑，被上訴人身為雇主，原應提供安全工作場所，竟未設置符合安全標準之斜坡及防滑墊，致伊不慎跌倒後，頸部撞擊通道旁保溫箱，受有頸部脊髓損傷(下稱系爭事故)，被上訴人應負僱用人之債務不履行及侵權行為損害賠償責任。縱認(假設語氣)兩造為承攬關係，被上訴人未依職業安全衛生法(下稱職安法)第26條第1項

告知系爭通道暗藏5公分落差危害因素，致伊不慎跌倒，被上訴人亦應負不完全給付之責。

3.伊因系爭事故，經醫師於110年7月15日診斷肢體全癱，終身需看護全日照護。伊自系爭事故發生(111年3月5日)至110年7月15日，於醫療中不能工作，嗣復經診斷全身失能，被上訴人應給付伊原領工資及失能補償，及賠償伊因系爭事故受有看護費、減少勞動能力及精神上之損害。另被上訴人未依法為伊提繳勞工退休金，此部分亦應為給付。

4.為此，爰依勞基法第59條第2款、第3款、民法第184條第2項、第193條、第195條、第227條、第227條之1、勞工退休金條例(下稱勞退條例)第6條第1項、第14條第1項、第31條第1項，求為命：被上訴人應給付伊1976萬9323元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息。願供擔保請准宣告假執行。

㈡上訴人何育任部分

伊於110年3月12日至110年9月30日在被上訴人處當學徒，110年10月1日至110年12月12日則擔任○○○，兩造間有勞基法之勞動契約關係，如上所述。惟被上訴人未依法為伊提繳勞工退休金，伊得請求被上訴人給付110年3月12日至110年12月12日共9個月之勞工退休金。為此，爰依勞退條例第6條第1項、第14條第1項、第31條第1項，求為命：被上訴人應給付伊1萬4904元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息。

二被上訴人則以：兩造間並未約定固定底薪，上訴人無固定上班時間，無須打卡，可在外兼職，報酬係以上訴人所服務之消費者消費金額之5成計算，與被上訴人拆帳抽成。被上訴人有提供制服，但目的僅為區別按摩師與消費者，未強制按摩師穿著，故兩造不具備勞動契約從屬性，應為承攬契約關係而非僱傭契約關係。至行政機關僅依上訴人片面供述所為之認定，與事實不符且有偏頗，無拘束法院的效力。系爭事故發生時，通道地面已設有斜坡而無落差，且有鋪設防滑墊，設置符合安全

規定，蔣敏琇應係自身健康因素所生突發性暈眩而跌倒，與現場環境無關，非被上訴人所得控制之危害。故上訴人之請求俱無理由等語置辯。

三、原審判決駁回上訴人之訴，上訴人不服提起上訴，並為訴之減縮（超過下列本息部分，因上訴人為訴之減縮，業已確定），聲明為：㈠原判決關於駁回上訴人後開㈡、㈢項之訴暨假執行之聲請均廢棄。㈡被上訴人應給付蔣敏琇1976萬9323元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息。㈢被上訴人應給付何育任1萬4904元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息。被上訴人答辯聲明：㈠上訴駁回。㈡如受不利益判決，願供擔保，請准免為假執行。

四、兩造不爭執事項：

㈠兩造間契約定性相關部分

1.被上訴人於104年6月26日獨資設立，潘宜芬為○○○（原審卷第57頁），在花蓮縣○○市○○○路00號經營「老師傅舒筋活絡館」，提供按摩消費服務。

2.被上訴人提供制式服裝(如原證3、上證六、七)，供上訴人及其他按摩師於店內(即本件潘宜芬所經營之老師傅舒筋活絡館，下同)穿著(按：被上訴人有無強制上訴人於店內時需穿著制服，兩造爭執)。

3.蔣敏琇於109年7月28日起至110年3月5日止，有為來店消費之客人提供按摩服務。

4.何育任於110年3月12日起至110年9月30日於店內擔任學徒，稱訴外人即潘宜芬之○○賈學堅為「老師」，學習按摩，從事打掃環境、整理毛巾等行政庶務工作；自110年10月1日起至110年12月12日止，於店內為來館消費之客人提供按摩服務（原審卷第405頁；本院卷第115頁至第116頁）。

5.被上訴人提供相關工作設備，如按摩椅、按摩床、毛巾、乳液、精油及店內制服供店內按摩師傅使用（原審卷第35頁）。

6.兩造約定為按件計酬，並以拆帳方式分取顧客消費之利潤，被

上訴人每月給付方式為上下半月各發放1次，每次均以以薪資袋裝給付之款項，上訴人領取款項狀況如下（原審卷第31頁至第34頁）：

⑴蔣敏琇：

①9月上、下：1萬3550元、1萬5000元。

②10月上、下：1萬9400元、2萬8950元。

③11月上、下：2萬3800元、3萬4150元。

⑵何育任：

①10月上、下：1萬7150元、1萬6450元。

②11月上、下：1萬3300元、1萬3400元。

③12月上：7350元。

㈡系爭事故發生經過：

蔣敏琇於110年3月5日下午5時許，在店內系爭通道不慎跌倒，撞擊通道旁保溫箱，經送往佛教慈濟醫療團法人花蓮慈濟醫院（下稱花蓮慈濟醫院）急診，受有如原審卷第248頁至第252頁所示「頸部脊髓損傷」、「四肢癱瘓」、「慢性呼吸衰竭」等傷害(下稱系爭傷害)（原審卷第44頁、第248頁至第252頁、第373頁至第377頁；本院卷第95、101頁）。

㈢蔣敏琇病況說明：

1.依衛生福利部花蓮醫院110年6月7日開立之診斷說明書，蔣敏琇因四肢癱、呼吸器依賴狀態、慢性呼吸衰竭，未明示是否伴有缺氧或高碳酸血症、頸椎脊髓損傷之後遺症，於同年4月22日入住呼吸照護病房，使用氣切管與呼吸器，同年6月7日呼吸器脫離成功並預備出院（原審卷第249頁）。

2.依花蓮慈濟醫院110年7月15日開立之診斷證明書，蔣敏琇因系爭傷害，符合申請重大傷病；因肢體全癱，終身需看護全日照護，且因有氣切管路須抽痰機及製氧機（原審卷第44頁）。

3.依臺灣基督教門諾會醫療財團法人門諾醫院111年1月3日開立之診斷證明書，蔣敏琇於110年3月5日至該院急診就醫，翌日入院於加護病房治療，同年月7日接受脊椎手術，並於同年4月22日出院。目前仍存留四肢癱瘓、24小時需旁人照護（原審卷

第252頁）。

㈣職安署客觀上有如下之意見：

1.「老師傅舒筋活絡館工作場所發生重傷職業災害檢查報告表」認定：蔣敏琇與被上訴人間具實質僱傭關係，且災害間接原因為系爭通道有5公分地面落差（原審卷第38頁至第42頁）（被上訴人對職安署此部分之認定爭執）。

2.職安署於111年1月24日等日派員至「老師傅舒筋活絡館」稽查時，系爭通道有舖設如原審卷第41頁照片所示防滑墊，該通道地面設有斜坡而無落差存在(本院卷第182頁)。

㈤上訴人之勞工保險投保狀況（原審卷第111頁至第116頁、第173頁、第279頁；本院卷第103頁）：

1.被上訴人未幫上訴人投保勞工保險、職業災害保險及提繳勞工退休金。

2.蔣敏琇：自110年2月3日起由花蓮縣傳統整復員職業工會（下稱整復員工會）加保，投保薪資為2萬4000元。111年1月1日起投保薪資為2萬5250元。

3.何育任：自110年6月起自行於整復員工會投保，8月繳交3個月（6至8月）之會費9313元，9至11月各繳交會費2472元。

㈥原證8、9、13至16所示通訊軟體訊息，為賈學堅與何育任之對話(賈學堅暱稱「老師」)(原審卷第49頁至第51頁、第358頁至第363頁)。

㈦勞動部勞工保險局（下稱勞保局）已核付蔣敏琇下列給付：

1.111年6月2日核付職業災害傷病給付313日，共計24萬2106元（原審卷第239頁至241頁）。

2.111年8月31日核付蔣敏琇符合勞工保險失能給付標準附表第2-1項第1等級(一次給付標準為1800日)，自111年1月起每月給付失能年金6843元，已於111年8月底給付蔣敏琇同年1至7月之勞保失能年金計4萬7901元。另一次發給20個月職業傷病失能補償一次金48萬4160元(本院卷第97頁至第99頁)。

㈧如本院認蔣敏琇請求有理由，兩造對下列事項不爭執(本院卷第131至132頁)：

1.蔣敏琇主張勞動力減損之計算方式(被上訴人僅爭執平均月薪金額)。

2.蔣敏琇看護費以每月3萬元為計。

3.蔣敏琇依勞基法第59條第3款請求失能補償部分(按：被上訴人抗辯系爭傷害非職業傷害)：

⑴蔣敏琇所受系爭傷害治療終止日為110年7月15日(本院卷第130頁)。

⑵失能補償以平均工資乘以1800日為計。

㈨除原審卷第87頁所示「被證1」收據外，兩造對於其餘卷附證據之形式上真正均不爭執。

五、本院之判斷

㈠上訴人主張兩造間勞務契約性質為勞基法之勞動契約，因被上訴人於系爭通道之設置不符合安全規定，致蔣敏琇發生系爭事故而受有系爭傷害，被上訴人應依勞基法之雇主補償責任，給付蔣敏琇醫療中不能工作及失能補償，及依僱傭契約不完全給付之債務不履行、侵權行為法律關係，賠償蔣敏琇因系爭事故所受損害；被上訴人未依法為上訴人提撥勞工退休金，此部分應依勞退條例規定給付上訴人。又如認兩造間勞務契約性質為承攬契約，被上訴人違反職安法第26條告知義務，亦應對蔣敏琇負不完全給付責任。爰依勞基法第59條第2款、第3款、民法第184條第2項、第193條、第195條、第227條、第227條之1、勞退條例第6條第1項、第14條第1項、第31條第1項規定，請求被上訴人給付等語。為被上訴人所否認，並以前詞置辯，是故，本件首應探究：㈠兩造間勞務契約關係性質為何？㈡被上訴人就系爭通道之設置有無違反安全規定，即：1.系爭事故發生時，系爭通道是否有約5公分之地面落差，且沒有鋪設防滑墊？2.被上訴人有無告知蔣敏琇系爭通道暗藏約5公分地面落差之危害因素？3.上開1、2所示因子，與系爭事故發生有無相當因果關係？

㈡兩造間勞務契約之性質為承攬關係。

1.稱僱傭者，謂當事人約定，一方於一定或不定之期限內為他方

服勞務，他方給付報酬之契約。民法第482條定有明文。稱承攬者，謂當事人約定，一方為他方完成一定之工作，他方俟工作完成，給付報酬之契約。民法第490條第1項則有規定。而勞動契約，指約定勞雇關係而具有從屬性之契約。勞基法第2條第6款定有明文。是勞基法規定之勞動契約，指當事人之一方，在從屬於他方之關係下，提供職業上之勞動力，而由他方給付報酬之契約，可知，僱傭契約乃當事人以勞務之給付為目的，受僱人於一定期間內，應依照僱用人之指示，從事一定種類之工作，且受僱人提供勞務，具有繼續性及從屬性之關係，而承攬契約之當事人則以勞務所完成之結果為目的，承攬人只須於約定之時間完成一個或數個特定之工作，與定作人間無從屬關係，二者性質並不相同（最高法院94年度台上字第573號判決意旨參照）。又勞基法所規定之勞動契約，係指當事人之一方，在從屬於他方之關係下，提供職業上之勞動力，而由他方給付報酬之契約，就其內涵言，勞工與雇主間之從屬性，通常具有：㈠人格上從屬性，即受僱人在雇主企業組織內，服從雇主權威，並有接受懲戒或制裁之義務。㈡親自履行，不得使用代理人。㈢經濟上從屬性，即受僱人並不是為自己之營業勞動而是從屬於他人，為該他人之目的而勞動。㈣組織上從屬性，即納入雇方生產組織體系，並與同僚間居於分工合作狀態等項特徵（最高法院96年度台上字第2630號民事判決意旨參照）。再按，當事人約定提供勞務與給付報酬之契約關係，是否屬於勞基法第2條第6款所稱之勞動契約，應視勞務債務人得否自由決定勞務給付方式(包含工作時間)，並自行負擔業務風險為斷。換言之，應按個案事實客觀探求各該勞務契約之類型特徵，諸如與人的從屬性（或稱人格從屬性）有關勞務給付時間、地點或專業之指揮監督關係，及是否負擔業務風險等因素判斷之（司法院釋字第740號解釋文及理由參照）。

2.上訴人於被上訴人處擔任○○○，約定工資按件計酬，即視客人選擇之消費方案，工資為每件50％之報酬，無固定底薪，為兩造所不爭執(見不爭執事項㈠6，原審卷第12頁，本院卷第32

7頁)。

3.上訴人雖主張：伊月休4天，工作時間為早上10點至晚上10點，中間休息1小時，被上訴人要求到班打卡，但不得打下班卡，若無客人，須留店待命等語。然為被上訴人否認。查：

⑴證人即店內○○○王美玲於原審稱：師傅(按：按摩師)沒有固定上班時間，不需要打卡，在店裡等待的時間，可以自由外出，不用事先說那幾天要到班或不到班，可以在外兼職。師傅可以到現場按先後順序排班，也可以用電話通知有客人才來工作，或私下跟客人約時間來店消費等語(原審卷第302、303、307頁〉。證人即店內○○○鍾學賢亦於原審證稱：有客人我就去，沒有客人我就跑UBER，沒有固定上班時間，不用打卡，也沒有打卡，我通常很慢才去店裡，很少排班，我是客人指定的比較多，排班就是看誰先來。在店內等客人上門時，可以自由離開店裡等語(原審卷310、311、313頁)。可知上訴人此部分主張與證人王美玲、鍾學賢證述明顯歧異，上訴人復未提出其他證據以實其說，是其主張，已乏所據，尚難遽而採信。

⑵基上，堪認店內係採先到先排之排班制，按摩師亦可待客人指定才到店工作，亦得自行決定是否加入排班，並得在外兼職。是關於勞務給付方式，上訴人尚能自由支配、決定工作時間、時段、是否參與排班，並不受有工作時間、休息、休假之限制。另上訴人既為利用被上訴人提供之場所平台，提供按摩服務獲利，自需於被上訴人之營業時間為之，尚難因此認上訴人之工作時間受限。從而，上訴人就勞務之給付有相當自主權，人格上從屬性尚屬薄弱。

4.上訴人主張：被上訴人要求按摩師需穿制服，上訴人在店內係用編號，提供勞務之項目亦是被上訴人所規劃，上訴人不能對所從事之工作加以影響，所提供之勞務利益歸被上訴人享有，上訴人僅按營業額抽成，已納入被上訴人之經濟組織中。消費者係透過被上訴人預約，由被上訴人指定按摩師，若有搶客會懲罰不給當次按摩報酬。所有器材設備均被上訴人提供，且工作場所環境清潔是由全部按摩師共同分擔。故具有經濟上、組

織上從屬性等語。然為被上訴人否認，並以前詞置辯。查：

⑴證人王美玲於原審證稱：師傅可以到現場按先後順序排班，或用電話通知有客人才來。客人可向被上訴人預約，也可與師傅私下約時間。店裡有提供制服，這樣才能分別師傅與客人。師傅個人使用過的工作環境要由個人清理等語(原審卷第307頁至第309頁)。證人鍾學賢於原審證稱：師傅是按誰來先排班，有點像計程車排班，或是客人指定，也可以自己名義在店內接客。店裡有提供制服，但不一定要穿，不穿不會被處罰或扣薪。服務完客人，自己整理自己使用的東西。店裡的垃圾或清洗毛巾，都是自願性去做的。師傅可以在外兼職等語(原審卷第311頁至第314頁、第317條)。足知按摩師得以自己名義與客人相約，被上訴人亦無強制按摩師穿著制服，故上訴人此部分主張，乏其所據，已難逕予採信。

⑵其次，被上訴人提供按摩所需器材設備，為兩造所不爭執(見不爭執事項㈠5)。然本件被上訴人係脫離傳統個人經營模式，採取利潤分配之抽成制，由其提供場所及耗材、行政支援，按摩師則以專業技術提供服務，使此服務空間對消費者而言，是個安心、方便享受按摩服務之地點；對按摩師而言，則無須顧慮安全性、地點、廣告、客源、水電費用、按摩耗材等雜務，即可在與被上訴人之配合下，盡力向客戶提供個人之專業技術服務。本件約定拆帳比例達50%，高於一般僱傭或勞動契約之營收與薪資比例，已難認按摩師(上訴人)只單純為被上訴人之營業目的而提供勞務。按摩師具相當專業性，為提高所得，必需提高服務次數；依證人上開所述，按摩師可私下與客人相約到店提供按摩服務，此一情形，本質上為該特定按摩師所招攬之客人，按摩師既係以各自招攬之客人所收受之服務營業對價作為基礎憑以計算其可得受領之抽成營業報酬，其受領報酬之高低乃取決於所自行招攬之客人人數多寡而定，顯然需自行負擔業務風險；而按摩師之技術優劣、服務態度的積極性、適切性，足以影響按摩師之收入，個體性明顯，非如上訴人所言：店內按摩師只以編號稱之，無法彰顯個別專業性。換言之，本

件被上訴人報酬給付，並無固定底薪及一定業績要求，上訴人個人技能之表現與其所得間，關係甚為密切，非單純只為被上訴人之營業目的而提供勞務，而需自行負擔業務風險，從屬性程度不高。

⑶又現今工商社會不斷變遷，經濟活動日趨複雜，從事各項經濟活動之交易行為人基於契約自由原則，本得訂定符合其目的之契約內容(除其內容違反公序良俗或法令強制規定外)。被上訴人基於整體經營管理及企業服務形象，當不可能毫無規章以資遵循，故被上訴人就按摩館服務及秩序之規範，及為維持對客人按摩服務品質之水準、按摩環境空間之衛生及清潔、按摩師提供按摩服務機會之均等，所訂定之各種規則，應得解為定作人對承攬人工作品質之約定，尚難認純係雇主基於對勞工之指揮監督管理及組織從屬性所制定。從而，上訴人係依排班順序提供按摩服務、需分擔部分清潔工作、穿著制服等，實為兩造間基於契約自由原則所為約定，均無從據為認定兩造間具有人格或組織上之從屬。至上訴人所稱之「懲罰」，證人王美玲、鍾學賢僅稱「我不知道」、「我沒有被申訴過」(原審卷第309、314頁)，故上訴人主張被上訴人有考核、處罰權限，即屬無據。

5.上訴人復提出薪資袋、被上訴人在臉書之徵才貼文及員工旅遊貼文(原審卷第177、369頁)，作為兩造間為僱傭契約關係之證明，然為被上訴人否認，並辯以：徵才貼文是系爭事故發生後張貼，與本件兩造勞務給付之約定不同，更可證明兩造並非僱傭關係等語。觀之上開徵才貼文記載：「身體指油壓按摩師薪50000元起。腳底按摩師薪4000元起。(下略)」(原審卷第177頁)，然按摩行業之經營型態，本有按件計酬之利潤共享制及固定底薪制之分，企業與按摩師約定以何種方式為勞務給付，屬契約自由範疇。本件兩造是按件計酬，未約定固定底薪，已如前述，是上開徵才貼文充其量僅係被上訴人對其他按摩師之要約，與本件關聯性薄弱，尚難憑採。而兩造間是否有勞動契約關係，仍應就勞務給付之性質按個案事實客觀探求，不得僅

憑被上訴人將報酬放入薪資袋或臉書貼文「員工旅遊」，即推認兩造間為僱傭關係。故上訴人上開所憑事證，無法為其主張之有利佐證。

6.上訴人復主張：兩造間為勞基法之勞動契約關係，業經職安署、勞保局認定在案，基於行政處分構成要件效力，法院應受拘束等語，並提出職安署函文及「老師傅舒筋活絡館工作場所發生重傷職業災害檢查報告表」(原審卷第37頁至第42頁)、該署函覆原審之勞動檢查資料(原審卷第153頁至第213頁)、蔣敏琇領得職災傷病給付之勞保局函及資料(原審卷第239頁至第265頁)。惟現代民主立憲國家之憲法就其政府組織，莫不採取權力分立原則，以避免政府濫權，保障人權，而將行政權、立法權及司法權，分別歸屬於組織及程序等功能最適之不同機關行使，以發揮功效；原則上並禁止同一機關行使兩種以上權力，以避免權力集中(憲法法庭111年度憲判字第9號解釋理由參照)。本件兩造關於勞務給付方式之法律關係定性，乃私權爭議之判定，應屬普通法院之權限，行政機關雖得有時為之，然基於權力分立及功能最適原則，普通法院應具有優越於行政機關之權限，故行政機關對於企業與勞方是否存在勞動契約關係之認定，並無排他專屬性之職權，應受普通法院裁判之拘束。則上訴人此部分主張，並非可採。

7.何育任主張：伊在110年3月12日至110年9月30日於店內擔任學徒，與被告間為僱傭關係，提出何育任與賈學堅間之LINE對話紀錄為憑(原審卷第359、361、371頁)，惟為被告所否認。查，依上開LINE對話，何育任於擔任學徒期間顯然在接受被上訴人店內按摩師(其稱為師父或老師)之指導練習技能，且須經過訓練及格後才能提供按摩服務之勞務。何育任亦自承其於訓練期間未排班按摩(本院卷第191頁，不爭執事項㈠4)，且兩造間就僱傭契約必要之點即勞務提供內容及報酬給付等主要給付義務，均未為約定，足認在何育任擔任學徒之職前訓練期間(110年3月至9月間)，與被上訴人間並無僱傭契約，且何育任就此期間之學徒薪資，嗣於本院已表示不再請求(本院卷第190

頁)。兩造間於何育任職前訓練期間既無僱傭契約存在，即無勞基法、勞退條例及勞工保險條例等以勞工身分為前提要件之相關規定之適用。又上開何育任與賈學堅之LINE對話，均於何育任職前訓練期間所為，尚難憑以推認何育任受訓完成即110年10月起至110年12月12日止擔任按摩師期間之工作條件，故其受訓完成後之工作條件應與蔣敏琇相同，與被上訴人之勞務給付法律關係如前說明，不再贅敘。

8.綜上，兩造間人格上、組織上及經濟上之從屬性程度低，與勞基法之勞動契約要件核屬有間，性質核屬承攬契約，則系爭事故應非屬職業災害之範疇，故蔣敏琇從依勞基法第59條第2款、第3款、勞退條例第6條第1項、第14條第1項、第31條第1項規定，請求工資及失能補償289萬9500元、勞工退休金3萬2243元；何育任依勞退條例第6條第1項、第14條第1項、第31條第1項請求勞工退休金1萬4904元，即無理由。

㈢蔣敏琇不得依民法第184條第2項侵權行為法律關係、民法第227條、第227條之1規定請求被上訴人賠償。

蔣敏琇主張：系爭事故發生時系爭通道地面存有約5公分落差，被上訴人未設置符合安全標準之斜坡及防滑墊，致其於被上訴人所提供之工作場所不慎跌倒而受有系爭傷害，被上訴人違反職安法第6條第1項第13款、第14款、第26條，職業安全衛生設施規則第21條、職安法第5條第1項、第34條第1項、職業安全衛生管理辦法第3條第1項、第12條第1項、第79條暨職安法第23條第1項、勞工健康保護規則第15條第1項暨職安法第6條第2項、職業安全衛生教育訓練規則第17條第1項暨職安法第32條第1項規定(下稱職安法等規定)，應負侵權行為及契約不完全給付損害賠償責任等語。然為被上訴人否認，並以：系爭通道於系爭事故發生時已有斜坡且鋪設防滑墊，現場通暢、乾燥，伊無違反規定等語置辯。查：

1.證人王美玲、鍾學賢均證稱當時系爭通道已有防滑墊，洗手台下有鋪設吸水墊(原審卷第305、306、312頁)，可見系爭事故發生時，系爭通道確實有鋪設防滑墊、吸水墊。

2.職安署職災檢查報告書雖認定：災害間接原因為系爭通道有5公分地面落差（原審卷第38頁至第42頁），惟該署係於111年1月21日接獲蔣敏琇家屬申訴，方於同年月24日派員實施檢查，現場檢查時，系爭通道設有防滑墊及斜坡，係依何育任之陳述，而認系爭事故發生時，系爭通道存有5公分落差，有該署112年6月5日勞職北5字第1120009277號函可參(本院卷第181頁至第182頁)。足知職安署並未於系爭事故發生第一時間至現場勘察，嗣後僅憑利害關係人何育任之陳述而為認定，判斷欠缺客觀憑證，容非無疑，尚非可採。

3.依證人王美玲、鍾學賢所述，系爭事故發生時，系爭通道已設有防滑墊，而職安署於111年1月24日現場檢查時，系爭通道因已設有防滑墊及斜坡，而無落差情形存在，有該署上開函文可參。從而，蔣敏琇主張：系爭事故發生時，系爭通道未設防滑墊且存有5公分落差，違反規定等語，即乏其所據，難認可採。

4.蔣敏琇雖主張：縱認兩造為承攬法律關係，被上訴人未告知系爭通道存有5公分落差之暗藏危害，違反職安法第26條，應負債務不履行責任等語。按「事業單位以其事業之全部或一部分交付承攬時，應於事前告知該承攬人有關其事業工作環境、危害因素暨本法及有關安全衛生規定應採取之措施。承攬人就其承攬之全部或一部分交付再承攬時，承攬人亦應依前項規定告知再承攬人。」職安法第26條固有明文。惟系爭事故發生時，系爭通道並無存有5公分落差，如前說明，對此不存在之事實，自無從課予被上訴人告知義務。況蔣敏琇自陳於109年7月間即至被上訴人處擔任按摩師，迄系爭事故110年3月5日發生，將近8個月之久，對店內工作場所及環境，應已相當熟悉，系爭通道為其日常工作場域範圍，地面是否有落差，當無不知之理，故被上訴人有無告知，與系爭事故之發生，因果關係也難認明確。從而，蔣敏琇此部分主張，亦無理由。

5.基上，蔣敏琇認被上訴人違反職安法等規定之根據評價事實為「系爭事故發生時系爭通道地面存有約5公分落差，被上訴人

未設置符合安全標準之斜坡及防滑墊」（本院卷第133頁），然所舉證據，無法證明其所主張之根據評價事實為真，從而，無從認定被上訴人有違反職安法等規定，而具有故意或過失不法侵權行為，亦無蔣敏琇所指因可歸責於被上訴人事由致為不完全給付之情形，故蔣敏琇依民法第184條第2項、第193條第1項、第195條第1項及第227條、第227條之1規定請求被上訴人給付賠償，應屬無據。

六、綜上所述，本件蔣敏琇依勞基法第59條第2款、第3款、民法第184條第2項、第193條、第195條、第227條、第227條之1、勞退條例第6條第1項、第14條第1項、第31條第1項規定，請求被上訴人給付1976萬9323元，何育任依勞退條例第6條第1項、第14條第1項、第31條第1項規定，請求被上訴人給付1萬4904元，均自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息，俱無理由。原審判決駁回上訴人之訴及假執行之聲請(除確定部分外)，並無違誤。上訴意旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應予駁回。

七、又本判決之基礎已臻明確，兩造其餘爭點及攻擊防禦方法及舉證，核與判決無影響，毋庸一一論列，併此敘明。

八、據上論結，本件上訴為無理由，因此判決如主文。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　9　　月　　12　　日

勞動法庭審判長法　官　張宏節

法　官　林恒祺

法　官　廖曉萍

以上正本係照原本作成。

蔣敏琇得上訴。

如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提理由書狀（均須按他造當事人之人數附繕本）。上訴時應提出委任律師或具有律師資格之人之委任狀；委任有律師資格者，另應附具律師資格證書及釋明委任人與受任人有民事訴訟法第466條之1第1項但書或第2項（詳附註）所定關係之釋明文書影本。如委任律師

提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　9　　月　　15　　日

書記官　廖子絜

附　註：

民事訴訟法第466條之1（第1項、第2項）：

對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人。但上訴人或其法定代理人具有律師資格者，不在此限。

上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親，或上訴人為法人、中央或地方機關時，其所屬專任人員具有律師資格並經法院認為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。