

福建高等法院金門分院民事判決

111年度勞上字第2號

上訴人 許重榮  
訴訟代理人 吳奎新律師  
被上訴人 陳彥霖  
訴訟代理人 蕭世光律師

上列當事人間請求給付薪資事件，上訴人對於中華民國111年6月9日福建金門地方法院110年度勞訴字第3號第一審判決，提起一部上訴，本院於112年12月20日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

原判決關於駁回上訴人後開第2項之訴及訴訟費用(除確定部分外)之裁判均廢棄。

上廢棄部分，被上訴人應給付上訴人新台幣40萬9768元及自民國110年8月17日起至清償日止，按年息5%計算之利息。

其他上訴駁回。

第一審(除確定部分外)、第二審訴訟費用由被上訴人負擔1/4，餘由上訴人負擔。

事實及理由

一、上訴人主張：伊自民國110年2月16日起至同年6月20日止受僱於被上訴人開設之人愛牙醫診所，擔任牙醫師，約定每月薪資(或報酬)固定新台幣(下同)25萬元，倘非如此，依一般牙醫診所之抽成，亦當以50%計算。惟上開受僱期間，被上訴人計積欠伊薪資40萬9768元、加班費140萬9680元未為給付，又於同年6月15日託人以其欲讀博士、診所要歇業，違法終止雙方之僱傭契約，依法應給付資遣費4萬5000元等情，爰依薪資(或報酬)請求權、類推適用勞動基準法(下稱勞基法)第17條、第24條規定，求為命被上訴人給付伊186萬4448元及自起訴狀繕本送達之翌日起至清償日止，按年息5%計算利息之判決(逾上開項目、金額本息範圍，業經原審判決上訴人敗訴確定，不予贅述)。

01 二、被上訴人則以：上訴人在伊獨資開設之人愛牙醫診所擔任牙  
02 醫師，兩造間為抽成合作關係，屬兼具委任與僱傭之混合契  
03 約性質，並非單純僱傭契約，有關報酬計算之約定，並非固  
04 定月薪25萬元，而係上訴人抽取當月向衛生福利部中央健康  
05 保險署（下稱健保署）申請醫療費用點數加上病患自費醫療  
06 費用收入之30%，並自110年4月起提高抽成比例為45%。伊  
07 已給付上訴人任職期間之全數薪資合計70萬0745元，及代墊  
08 所得稅款8萬0777元，並無積欠上訴人報酬、薪資或加班費  
09 情事。至於110年度向稅捐機關申報給付上訴人之金額80萬  
10 7788元，係加計同年6月30日給付10萬元之離職祝福金。上  
11 訴人已高齡72歲，擔任專業牙醫師(主治醫師)工作，非為住  
12 院醫師，並無勞基法適用，兩造間亦無人格或經濟從屬性，  
13 上訴人因疫情收入遞減，而自請離職，另謀生路，伊並無以  
14 歇業為由終止契約。上訴人依勞基法第24條、第17條之規定  
15 請求加班費及資遣費，亦均屬無據等語，資為抗辯。

16 三、不爭執事項（本院卷一第278-279頁）

17 (一)兩造均為牙醫師，雙方曾約定上訴人之薪資得匯入上訴人或  
18 其子許富御之帳戶。

19 (二)人愛牙醫診所為被上訴人所開設。

20 (三)上訴人曾於人愛牙醫診所擔任牙醫師，執業登記期間自110  
21 年2月22日起至同年6月21日止，如健保署同年10月25日、11  
22 月4日函所示(登錄上訴人最後看診日為同年6月13日)，為5  
23 個月期間所提供診療件數及所申請醫療費用點數。

24 (四)被上訴人曾付款予上訴人，由上訴人本人或其子受領紀錄如  
25 下：(1)110年4月12日先後給付12萬元、13萬元。(2)同年5月  
26 10日給付22萬元。(3)同年6月10日給付15萬元。(4)同年7月26  
27 日給付8萬0745元。(以上合計70萬0745元)。

28 (五)被上訴人曾於110年2月22日轉帳1萬4667元，轉帳備註記載  
29 「許重榮會費」，另於同年5月29日轉帳6200元，轉帳備註  
30 記載「許重榮全人會費」。

31 (六)牙醫師依行政院勞動部108年3月12日公告，如非剛畢業之住

01 院醫師，並無勞基法之適用。

#### 02 四、本院之判斷

03 (一)兩造間之勞務契約，性質為委任，並非僱傭或勞動契約。

04 1.按稱僱傭者，謂當事人約定，一方於一定或不定之期限內為  
05 他方服勞務，他方給付報酬之契約。勞動契約係指約定勞雇  
06 關係而具有從屬性之契約。民法第482條、勞基法第2條第6  
07 款分別定有明文。受僱人(勞工)基於從屬地位，負有服從僱  
08 用人(雇主)之指揮監督提供勞務之義務，與委任契約之受  
09 任人，為委任人處理事務，具有獨立之裁量權或決策權者有  
10 別。

11 2.上訴人主張其在被上訴人診所擔任牙醫師，所成立之契約為  
12 僱傭契約，被上訴人則抗辯雙方為抽成合作關係，為兼具委  
13 任與僱傭性質之混合契約。惟上訴人為資深牙醫師，執業數  
14 十年，其從事者為高度技術、經驗之醫療行為，被上訴人雖  
15 亦為牙醫師，但上訴人為病患看診行為時，亦無從介入予以  
16 指揮、監督或管理。上訴人雖提出排班表(原審卷二第31-33  
17 頁)，主張其自110年2月16日起至同年6月20日止，每週皆工  
18 作7日，每日皆工作12小時(即上午8至12時、下午1至6時、  
19 6至9時)，國定假日與例假日亦同等語。惟110年2月份在被  
20 上訴人診所擔任牙醫師之證人陸小雲於原審具結證稱：伊曾  
21 於被上訴人診所擔任牙醫師，兩人間比較像合夥，不是老闆  
22 與員工的關係；伊是專業牙醫，與被上訴人約定抽成，伊所  
23 做的收入抽5成，做多少算多少，並無約定加班或加班可額  
24 外收取加班費；被上訴人會分配診間給牙醫師，一星期要看  
25 那幾天，那天看一診或兩診，如有要事，須提前2星期向被  
26 上訴人講，讓他調班；可以同時在其他牙醫診所兼職，或隨  
27 時任意離職，任職期間所有牙醫師上下班都沒有打卡等語  
28 (原審卷三第428-432頁)。上訴人亦曾於110年6月6日於診  
29 間表示「現在沒病人，我走了…我是看病人多少我來抽多少  
30 錢而已」及於同月5日於診所內另稱「我總是要有個生計，  
31 我就在想，我這邊上半個月，我再去別的地方打工半個月，

現在醫師可以支援，早期是不能的，你登記在哪裡就要在那裡工作」等詞(同上卷第245頁)。顯見，上訴人雖執業登記於被上訴人之診所，但無不得兼職或不得至他診所執行牙醫業務之約定，亦無應依被上訴人指示出勤之義務，而可事前彈性告知調整，上下班亦無須打卡。另上訴人亦曾於LINE對話中向被上訴人表示：(6月17日週四)我另求發展了、我週六去簽合同了、(6月20日週日)我明天開始上班了等語(同上卷第42-43頁)。故上訴人於被上訴人診所之執業登記期間雖係至110年6月21日，但可知其確毋庸於事前告知被上訴人即可自由全權決定是否繼續於被上訴人診所執業無誤，看診時段亦可與被上訴人商議調整，更無證據足認被上訴人對上訴人有考核、懲處之權，且並非僅能按被上訴人所訂立或得片面變更之標準獲取報酬。綜此情形，尚難認上訴人在被上訴人診所擔任牙醫師所成立之勞務契約，具有人格、經濟或組織上之從屬性，而為民法上之僱傭契約或勞基法上之勞動契約，故應認其契約之性質屬委任。至上訴人分擔診所開關門、應徵、排班、結算收入、保管款項等部分行政事務，核屬兼辦、協助性質，並未變更雙方間勞務契約之本質。故兩造間勞務契約為委任，上訴人主張係僱傭契約，尚難採取。

(二)兩造關於報酬並非約定每月固定25萬元，而係採抽成制，抽成比例應為50%。

- 1.上訴人主張兩造約於110年1月22日至同年2月2日期間，以電話商定每月薪資25萬元、供膳宿及水電、所得稅自行負擔等薪資條件，並曾於同年6月30日在訴外人許聖敏住處確認之事實，為被上訴人否認，抗辯兩造間有關報酬約定為抽成，係上訴人抽取當月向健保署申請醫療費用點數加上病患自費醫療費用收入之30%或45%等語。
- 2.證人許聖敏於原審固到庭證稱：兩造於110年6月30日到伊家算帳，被上訴人說有1個月欠上訴人3萬元、1個月欠10萬元，6月份還沒有算，並問伊6月做20幾天怎麼算，伊回答說

01 被上訴人不是1個月給上訴人25萬元嗎？用25萬元除以30天  
02 再乘以上訴人做了幾天就好了，當場兩方都同意等詞（原審  
03 卷三第417-419頁）。惟亦自陳：伊與上訴人認識5、6年，上  
04 訴人是台灣人，因此戶籍寄放伊的農舍，兩人是一般朋友，  
05 一起吃飯、喝酒，時常往來，被上訴人與伊沒有交情；開庭  
06 前2個月伊與上訴人就本案糾紛做過交流，上訴人會講給伊  
07 聽等情（同上卷第416-417頁）；當日庭期將結束前，更在旁  
08 聽席稱：伊有幫被上訴人算，大約欠30萬元不還，幹你娘  
09 （台語）云云（同上卷第433頁），足見證人許聖敏與上訴人  
10 關係甚為親近，交情頗切，並於作證前預先與上訴人就本案  
11 糾紛有深入溝通交流，甚至在當日庭期將結束之際開罵三字  
12 經，顯難期該證人能為公正之證言，其證言可信性極低。且  
13 證人許聖敏稱所以認定兩造有月薪25萬元約定，係因被上訴  
14 人曾說頭1個月匯給上訴人25萬元（同上卷第420頁）。然被  
15 上訴人首次於110年4月12日匯款2筆共25萬元至上訴人子許  
16 富御之帳戶，但匯款時，上訴人在診所擔任牙醫師已1個半  
17 月以上，被上訴人抗辯此部分金額係支付2、3月份之報酬，  
18 並非無據，證人許聖敏以被上訴人首次匯款之總額，認定兩  
19 造有每月薪資25萬元之約定，核屬其主觀判斷之意見，尚難  
20 採取。

21 3.又上訴人於110年6月6日上午11時9分許，曾於被上訴人診所  
22 內對護理人員說：「現在沒病人，我走了，反正診所又不是  
23 我的，大家不負責任來不負責任，我是看病人多少我來抽多  
24 少錢而已，我也不一定要給你鎖門」等詞，業經原審勘驗被  
25 上訴人所提USB內之監視器錄影檔內容屬實，製有勘驗筆錄  
26 可稽（原審卷三第244-245頁）。上訴人既稱看多少病人、抽  
27 多少錢，兩造就報酬係約定抽成，而非每月固定金額，甚為  
28 顯然。參以被上訴人診所另名牙醫師即證人陸小雲，於原審  
29 亦具結證稱：牙醫的行規是抽成，伊與被上訴人約定抽成，  
30 抽成方式為5成；沒有保障基本底薪，單純抽成，因伊為專  
31 業人士，看能有多少，也沒有年終獎金或考績獎金或任何績

01 效獎金，就是抽伊所做的收入5成，做多少算多少等語（同  
02 上卷第429頁），益見如此。綜此各情，兩造就報酬部分係約  
03 定抽成，而非上訴人主張之固定月薪25萬元，堪以認定。

04 4.關於報酬之抽成比例，上訴人主張應依一般牙醫診所之抽成  
05 以50%計算，被上訴人則抗辯抽成比例原為30%，嗣於110  
06 年4月起提高為45%。經查：

07 (1)兩造既已合意上訴人至被上訴人之診所擔任牙醫師，上訴人  
08 並已於110年2月16日到職，而牙醫師為專門職業及技術人  
09 員，除義診或行善作功德等特殊情形外，執業牙醫師鮮有無  
10 償提供醫療服務之情事，故衡諸一般常情，雙方就報酬計算  
11 及抽成比例等契約重要事項，理應事先有所約定。上訴人主  
12 張一般診所牙醫師抽成50%乙節，有前揭證人陸小雲牙醫師  
13 之證言可資參酌。上訴人雖為退休牙醫師，且年紀較高，但  
14 曾執業數十年，經驗豐富、技術純熟，報酬抽成比例與同診  
15 所牙醫陸小雲相當，應無不合常情。

16 (2)被上訴人抗辯上訴人之抽成比例為30%或45%，固有所提計  
17 算明細佐證(原審卷三第25-26頁、卷四第172-173、202-203  
18 頁、本院卷一第102頁、卷二第411-412頁)。惟所指抽成，  
19 被上訴人原稱由上訴人取得實際看診病人健保給付金額加上  
20 自費收入金額之30%或45%。然其計算基礎之健保給付係以  
21 其診所向健保署申請之醫療費用點數，按每點1元換算其金  
22 額，此與健保署112年5月8日函復本院：健保點值係按季結  
23 算，人愛牙醫診所110年2月至6月期間牙醫門診總額之平均  
24 點值，包括110年第1季（1至3月）每1點為0.94元，110年第  
25 2季（4至6月）為1.25元；另健保醫療費用給付主體係合約  
26 院所，本案僅以許重榮醫師名義，於來函期間所申報之醫療  
27 費用點數，非代表其實質收入等語(本院卷一第303頁)，截  
28 然不同。被上訴人為診所負責人，對於健保點數如何換算，  
29 應知之甚稔，其以健保醫療費用點數每點1元換算看診之健  
30 保醫療費用收入，顯誤導事實。就自費部分，被上訴人更僅  
31 提出自費收入一覽表為證（同上卷第327頁），並無檢附相

01 關收付單據或帳冊為憑，欠缺客觀性，其證明力不足。而經  
02 本院於112年4月19日裁定命被上訴人於20日內，提出上訴人  
03 任職人愛牙醫診所期間實際看診之自費收入明細資料(應併  
04 檢附相關證明文件或帳冊)，被上訴人迄言詞辯論終結，均  
05 無正當理由而置之不理，該自費收入一覽表內容難認與事實  
06 相符。至被上訴人於前開健保署回函後，復將健保給付部分  
07 變更為申請醫療費用「點數」(即不再換算成金額)，益證其  
08 抗辯之抽成比例，係臨訟拼湊而來，尚難採信。

09 (3)證人即受僱於被上訴人診所之員工楊子萱於原審固證稱：就  
10 伊所知，兩造間是抽成關係，記得那時被上訴人曾交代說上  
11 訴人可以抽2至3成，所以伊在筆記本裡上訴人姓名下方記載  
12 「Salary 2成5」，被上訴人那時還提醒伊，上訴人2、3月  
13 的薪水要一起算給他等語，並提出該筆記本供檢閱後影印附  
14 卷(原審卷三第423-425、443頁)。惟證人楊子萱僅於110年3  
15 月15至21日短期受僱於被上訴人之診所擔任特別助理，未曾  
16 實際經手上訴人報酬之給付，更未於兩造商談薪資報酬時在  
17 場，為其陳明，楊子萱任職期間被上訴人亦尚未給付上訴人  
18 報酬，關於上訴人報酬之抽成比例為何，實與楊子萱之職務  
19 尚無密切關聯，被上訴人何須告知楊子萱上訴人報酬抽成比  
20 例？況楊子萱所述之抽成比例，乃聽聞自被上訴人而來，別  
21 無其他客觀證據佐證，尚難僅憑楊子萱之前開證言，遽為有  
22 利被上訴人之認定。綜此，上訴人主張兩造間關於報酬抽成  
23 比例為50%，堪以採取。

24 (三)上訴人得請求被上訴人給付積欠之報酬40萬9768元。

25 1.兩造對於作為抽成基礎之看診費用，包括健保醫療費用及病  
26 患自費醫療費用兩種，並無爭執，有爭執者為掛號費應否算  
27 入。被上訴人雖謂掛號費為醫療機構行政管理費用，非屬醫  
28 療法第21條之醫療費用，通常醫療院所計算醫師報酬時，係  
29 以醫療行為所發生之醫療費用作為計算基礎，報酬計算方式  
30 不包括掛號費等語，但對醫療院所計算醫師報酬，通常未計  
31 掛號費乙節，並未舉證以實其說，即難採信。

01 2.關於健保給付部分，依健保署112年7月14日函意旨及所檢附  
02 健保醫療費用明細表、本院來函所詢事項說明及牙醫門診總  
03 額預算收入計算過程明細表等資料(本院卷二第141-175  
04 頁)，被上訴人之診所符合「牙醫弱勢鄉鎮醫療服務提升獎  
05 勵計畫」，該季結算申報診療明細點數，每位醫師(支援牙  
06 醫師不納入計算)在50萬點(含)以下之點數，可加計5%。  
07 則該診所以上訴人名義申報之健保醫療費用點數乘以各該月  
08 之平均點值，加上弱勢鄉鎮(離島)獎勵加計成數，再按抽  
09 成50%換算結果，上訴人名義申報之健保醫療費用換算成實  
10 際收入，自110年2月至6月，依序為7萬0533元、14萬7903  
11 元、19萬3562元、13萬6432元、4萬3464元，合計59萬1894  
12 元(本院卷二第433頁上訴人就4月份金額及加總之金額計算  
13 錯誤)。健保掛號費部分，按件數、每件掛號費50元並抽成  
14 50%計算，合計為2萬5100元(同上卷第435頁)。而自費醫療  
15 費用及其掛號費部分，其實際收入金額、相關單據及帳簿等  
16 文書，均由被上訴人所製作並執有，上訴人難以取得。惟經  
17 本院依職權裁定命其提出，被上訴人並無拒絕提出之正當理  
18 由而不提出，本院審酌兩造不爭執之上訴人名義申請之健保  
19 醫療費用及件數如上述及其他一切情狀，認上訴人主張其自  
20 110年2月至6月所看自費病患之醫療費用及掛號費收入總額  
21 為150萬元，核與情常不相違背，亦符實際情形而堪憑採  
22 (民事訴訟法第203條第2款、第269條第2款、第345條第1項  
23 參照)，則此部分按抽成50%計算為75萬元。

24 3.據此，上訴人在被上訴人診所擔任牙醫師期間，依其看診收  
25 入計算抽成50%後，其報酬總額應為136萬6994元〔計算  
26 式：59萬1894元+2萬5100元+75萬元〕，扣除被上訴人已  
27 給付報酬70萬0745元後，上訴人請求給付積欠之報酬40萬97  
28 68元，未逾得請求之金額，即屬有據。

29 (四)上訴人不得請求加班費140萬9680元及資遣費4萬5000元。

30 兩造間之勞務契約為委任，並非民法上之僱傭或勞基法之勞  
31 動契約，報酬給付採取抽成制，已如前述。上訴人為資深牙

01 醫師，並非住院醫師，依行政院勞動部函釋，牙醫師如非剛  
02 畢業之住院醫師，並無勞基法適用，亦為兩造所不爭。又當  
03 事人之任何一方，得隨時終止委任契約，民法第549條第1項  
04 定有明文。故兩造間之勞務契約，應依約定抽成方式給付報  
05 酬，並無適用或類推適用勞基法第24條加班費規定；且不論  
06 上訴人或被上訴人，均得隨時終止之，亦無適用或類推適用  
07 勞基法第17條之規定，請求給付資遣費之餘地。上訴人以被  
08 上訴人積欠加班費，且違法終止雙方之僱傭契約為由，請求  
09 給付前開加班費及資遣費，於法即屬無據。

10 五、綜上所述，上訴人請求被上訴人給付積欠之報酬40萬9768元  
11 及自起訴狀繕本送達之翌日即110年8月17日(送達證書見原  
12 審卷一第63頁)起至清償日止，按年息5%計算之利息，洵屬  
13 正當，應予准許。其餘請求被上訴人給付加班費、資遣費本  
14 息部分，則於法不合，應不予准許。原審就上開應予准許部  
15 分，為上訴人敗訴之判決，尚有未洽。上訴意旨，指摘原判  
16 決該部分不當，請求廢棄改判，為有理由。爰將該部分廢棄  
17 並改判如主文第2項所示。至其餘上訴，則為無理由，應予  
18 駁回。

19 六、本件事證已明確，兩造其餘攻擊防禦方法及舉證，經審酌後  
20 於判決之結果不生影響，不予贅詞論列。

21 據上論結，本件上訴為一部有理由，一部無理由，依民事訴訟法  
22 第450條、第449條第1項、第79條，判決如主文。

23 中 華 民 國 113 年 1 月 18 日  
24 勞動法庭審判長法官 李文賢  
25 法官 許志龍  
26 法官 陳瑞水

27 正本係照原本作成。

28 不得上訴。

29 中 華 民 國 113 年 1 月 18 日  
30 書記官 李麗鳳