臺灣高等法院高雄分院民事判決

114年度勞上字第38號

上　訴　人　劉俊良

訴訟代理人　蔡尚宏律師

被 上訴 人　香港商星辰表(香港)有限公司台灣分公司

000000000000000000

法定代理人　並木佑介 NAMIKI YUSUKE

000000000000000000

訴訟代理人　陳俊成律師

上列當事人間請求給付退休金事件，上訴人對於中華民國114年8月18日臺灣橋頭地方法院113年度勞訴字第81號第一審判決提起上訴，本院於115年1月13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

一、被上訴人係依香港澳門關係條例（下稱港澳條例）第41條準用民國107年8月1日修正前公司法第375條規定經我國認許之外國分公司，有外國公司分公司登記表在卷可稽（原審卷㈡第253至257頁），則依港澳條例第38條規定，本件民事事件應類推適用涉外民事法律適用法定準據法。查上訴人主張兩造間存有勞動契約法律關係，並依此請求給付退休金，所涉爭議依涉外民事法律適用法第20條第1項規定，應以我國法為準據法。

二、上訴人主張：上訴人自94年2月5日起至112年12月31日止，受僱於被上訴人擔任業務代表（員工編號為S09N），負責行銷被上訴人之產品，工作內容包含銷售手錶、售後服務、填寫執行報表（含日報表、經銷店管理圖檔）、巡點、拜訪店家、商品檢視分配、反應公司政策落實與店家需求、確實落實各系列代理商品檯面量規定。94年間因勞退新制實施，被上訴人為節省經費，規避退休金提撥責任，乃與上訴人於94

年12月30日簽訂「業務承攬契約書」（下稱系爭契約書），實際上兩造間仍延續原本之僱傭關係。此由上訴人每月自被上訴人受領薪資，且需遵守被上訴人單方所制定之修訂業務代表報酬相關支給暨考核評價辦法，而被上訴人對上訴人考核迭有變更，105年時為季考核，於108年改為半年考核，並將原本達成考核發給0.5%獎金，變更為分A級1.5%、B級1%、C級0.5%、D級以下無獎金，顯見被上訴人對員工加強管理敦促並激勵達成目標，兩造間具有經濟上及人格上從屬性。又上訴人隸屬營業部第二組，業務部內部成員有副理、課長、副課長、打單人員、企劃、業務等，上訴人與其他同事分工合作，足見兩造間具有組織上從屬性。至上訴人曾為被上訴人設定物權擔保，僅係因早期有同仁侵占業務款項，被上訴人為確保員工廉潔，方要求上訴人為其設定物權擔保。被上訴人於112年12月31日終止兩造間勞動契約，上訴人年資自94年2月5日起至112年12月31日止，共18年10個月又26天，且上訴人於終止契約時年滿65歲，已符合舊制強制退休要件，被上訴人自應給付上訴人退休金。上訴人之平均工資為新臺幣（下同）119,118元，則依勞動基準法（下稱勞基法）第55條第1項第1款、第2項規定，被上訴人應給付上訴人之退休金為4,050,012元。爰依勞基法第54條第1項、第55條第1項、第2項規定，提起本件訴訟。聲明：被上訴人應給付上訴人4,050,012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。

三、被上訴人則以：依系爭契約書第2、5條約定及修訂業務代表報酬相關支給暨考核評價辦法，可知業務代表係為被上訴人完成一定之工作，待工作完成，被上訴人方有依其銷售業績、目標達成度及帳款回收度等情形給付報酬之義務，且業務代表尚須負擔倒帳風險和對被上訴人按業務代表收取之佣金比例提供擔保，此與單純提供勞務即勢必獲取報酬之僱傭關係迥異，而與承攬契約屬性相符。上開約定於上訴人最初受聘擔任業務代表時即存在。被上訴人雖以「薪資所得」申

報上訴人獲取之承攬報酬，係因行政機關即國稅局、稅務單位之要求。被上訴人對上訴人並無考核、獎懲問題，亦無工作時間、休息時間之要求，修訂業務代表報酬相關支給暨考核評價辦法雖名稱為考核，實際上僅為獎金發放標準，至原證9之目標管理表乃供上訴人參考，亦與考核無關。系爭契約書附屬約定事項固記載每月拜訪客戶日數不低於20日，然此僅係鼓勵規定並無拘束力。上訴人隸屬之營業部第二組，係以通路為業務劃分之結果，與組織從屬性無涉。另健康檢查、員工旅遊、春酒中獎扣繳稅額、員購優惠、三節獎金等均屬恩惠性給予。兩造間確屬承攬契約關係，上訴人請求被上訴人給付退休金顯無理由。上訴人20幾年來明知或默認兩造為承攬關係，卻起訴主張為勞動關係，實有違誠信，該當權利失效等語置辯。

四、原審判決上訴人敗訴，上訴人不服，提起上訴，聲明求為廢棄原判決，命被上訴人給付4,050,012元本息。被上訴人答辯聲明：上訴駁回。

五、不爭執事項：

㈠上訴人自94年2月5日起至112年12月31日止，擔任被上訴人之業務代表（員工編號為S09N），工作內容包含銷售手錶、售後服務、填寫執行報表（含日報表、經銷店管理圖檔）、巡點、拜訪店家、商品檢視分配、反應公司政策落實與店家需求、確實落實各系列代理商品檯面量規定。

㈡兩造於94年12月30日簽立系爭契約書，約定上訴人依約完成承攬工作時，被上訴人即依約給付報酬。

㈢上訴人每月受領之金額係按件計酬，並依「修訂業務代表報酬相關支給暨考核評價辦法」（即被證2，原審卷㈠第127頁）計算可領取之金額。

㈣依系爭契約書之附屬約定事項第8條約定（原審卷㈠第36-37頁），上訴人須按約定比例負擔倒帳金額。

㈤被上訴人曾於94年2月5日至同年6月29日止，為上訴人投保勞保，投保薪資為42,000元。

㈥上訴人月平均工資為119,118元。如上訴人之請求有理由，則上訴人得請求被上訴人給付之退休金為4,050,012元。

六、本院之判斷：

㈠兩造間契約性質為何？

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他方服勞務，他方給付報酬之契約；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482條、第490條第1項分別定有明文。又按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。此觀該法第2條第3款、第6款規定即明。勞動契約當事人之勞工，通常具有：⑴人格上從屬性，即受僱人在僱用人企業組織內，服從僱用人權威，並有接受懲戒或制裁之義務。⑵親自履行，不得使用代理人。⑶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。⑷組織上從屬性，即納入僱用人方生產組織體系，並與同僚間居於分工合作狀態等項特徵（最高法院113年度台上字第268號判決意旨參照）。而勞基法第2條第6款：「勞動契約：謂約定勞雇關係之契約。」，並未規定勞動契約及勞雇關係之界定標準。勞動契約之主要給付，在於勞務提供與報酬給付。惟民法上以有償方式提供勞務之契約，未必皆屬勞動契約。是應就勞務給付之性質，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，以判斷是否為系爭規定一所稱勞動契約。如一方就其實質上從事招攬保險之勞務活動及工作時間得以自由決定，其報酬給付方式並無底薪及一定業績之要求，係自行負擔業務之風險，則足見其從屬性程度不高，尚難認屬勞動契約（司法院大法官釋字第740號解釋理由書參照）。

2.上訴人主張兩造間於94年2月5日起至112年12月31日為勞動

契約關係，為被上訴人否認，並以前詞置辯。茲就兩造間是否為勞動契約，分述如下：

⑴人格上從屬性：

①上訴人主張：其需處理被上訴人規定事務，工作時間受被上訴人規制，未出勤需要請假。被上訴人則辯稱上訴人上下班不用打卡，無出勤日數要求，未達到亦無懲處規定，顯未受指揮監督。查，系爭契約書約定：「…業務代表依下列約定及條件完成承攬工作時，星辰表公司（即被上訴人，下同）即依約定給付報酬；一、承攬服務內容：㈠業務代表同意承攬星辰表公司之商品業務工作：1.對責任區域內擬向星辰表公司訂購商品之鐘錶店提供商品招攬服務，包括但不限於提供下列服務：⑴解釋商品(包括零件)內容；⑵說明填寫「商品訂購單」並轉送；⑶收取貨款，說明填寫『收款證明單』並轉送；⑷說明填寫「調(轉)貨訂購單」，並轉送調貨或退貨商品及「調(轉）貨訂購單」；⑸說明填寫『銷貨退回申請單』並轉送『營業人銷貨退回進貨退出或折讓證明單』及『銷貨退回申請單』；⑹轉送與商品有關之廣告文宣、櫥窗道具或其他與商品展售有關物品；⑺其他經星辰表公司授權之行為。…二、承攬報酬：㈠業務代表完成前條第1款至第6款之工作，並持續對經其招攬商品買賣而已與星辰表公司訂購商品之鐘錶店或對星辰表公司依前條第3款委託業務代表服務之鐘錶店，前條第2款之服務並完成之，星辰表公司依業務代表報酬相關支給辦法分別計付報酬。㈡業務代表每月應得之報酬，以業務代表招攬商品買賣而已與星辰表公司訂購商品之鐘錶店當月所收取貨款金額計之，且於買賣契約解除、無效、支票未兌現、倒帳或退貨時，星辰表公司不計付報酬」（原審卷㈠第27至28頁），上訴人亦陳述其每月受領報酬，係按被上訴人所訂「業務代表報酬相關支給暨考核評價辦法」，按件計算可領取之金額，足見上訴人並非每月領取固定數額之報酬，其收入多寡悉依招攬成果而定，與上訴人提供勞務之時間或次數無涉，即兩造間契約關係，乃重在

一定工作之完成，而非勞務之提供。又據證人即被上訴人業務人員張永證述：業務上下班不用打卡，如果臨時有事要請假，口頭跟公司報備即可；被上訴人半年考核一次，但沒有懲處；業務員要負責倒帳風險（原審卷㈡第32至33、35、36頁），可見被上訴人負責招攬業務之人員，無固定上下班時間、無須打卡，被上訴人亦無對業務員懲處之規定，即上訴人對於工作時間、地點及出勤與否，均得自行決定。復對照上訴人所適用之「業務代表工作守則及注意事項」（原審卷㈠第71至76頁），及被上訴人所僱勞工應適用之「工作規則」（原審卷㈠第275至301頁），顯示被上訴人就所屬勞工訂立之「工作規則」，除第1條即開宗明義揭示其規範目的係為維護勞雇雙方權益，依勞基法等相關法令為制訂外，並於第四章具體規定各項薪資結構、最低工資、加班費給付標準；第五章規定員工應準時上、下班之要求暨工作時間悉以打卡紀錄為據、各類假別請假應備之證明文件及工資是否照發之規範；第六章明訂對員工定期考核及獎懲依據；第七章則係調職原則、懲處事由暨種類之規定，及重申其他勞動法令關於解僱、資遣與離職、退休、職災補償及撫恤等規定，上開「工作規則」關於勞動契約關係之規範內容，均為上訴人適用之「業務代表工作守則及注意事項」內容所無。易言之，上訴人提供勞務之性質及方式，顯與通常須在固定處所工作，並受出勤時間及懲戒規範所限制之勞工顯有不同。上訴人招攬客戶區域雖有劃分，然此僅係被上訴人為避免業務代表招攬範圍重疊之安排，上訴人在所分配之區域內，仍得自由決定招攬對象及方式，不受被上訴人限制，此與一般勞工須在雇主指揮監督下提供勞務，仍有區別。

②張永雖另證述：上下班不用打卡，公司幾點開門，我們就要待命，等公司打電話找我們。因為前一天會寫日報表，我們會拜訪客戶，客戶給我們的建議事項，這個我們通常晚上寫，隔天公司會告訴我們怎麼解決。比如客戶說燈箱故障，我就要聯絡公司，公司會再聯絡我說何時會找廠商去更換。

請假口頭向主管報備，在日報表上寫就好了。不行請太長的假，公司會說工作沒有人接。每個月固定回去開會一次，由總經理召開營業會議。業務必須按照業務代表工作守則及注意事項等語（原審卷㈡第32至36頁），惟其亦證述執行報表做不好就被念幾句，沒有懲處，出、缺勤不影響收入，違背業務代表工作守則及注意事項不會受到懲處、扣薪（原審卷㈡第38、39、41頁），足認被上訴人雖有對業務要求繳交執行報表及訂有業務代表工作守則及注意事項，然縱有違反亦無不會受到任何懲處，核該守則及注意事項之性質，即相當於教示之規定而已。又「拜訪客戶日報表」係由上訴人自行填載，然實際有無拜訪客戶及次數，被上訴人亦不會加以查核，並依被上訴人提出之統計表所示，其公司業務人員多數亦未按月繳交20張以上之「拜訪客戶日報表」（原審卷㈠第217頁），且未按規定繳交者，既不影響報酬給付，亦無任何懲處。參以張永上開陳證：被上訴人僅要求業務人員將如燈箱故障等客戶需求反應給被上訴人即可，後續由被上訴人自行派廠商前往處理等情，可知上訴人關於報表（含日報表、經銷店管理圖檔）之填載、商品檢視分配、反應公司政策與店家需求等，僅係被上訴人利用業務人員較有直接與客戶接觸之機會，而藉此為企業經營之手段，以期充分掌握、蒐集客戶資訊及意見。是被上訴人雖將上開要求納為與上訴人間承攬業務約定之內容，然因究無懲處或減少報酬之規範（已如前述），自與雇主基於對勞工之指揮監督管理行為，核屬有別。

③從而，上訴人無固定上下班時間，亦無固定之工作地點，上訴人可自行決定招攬之對象、時間、地點及方式，被上訴人亦未對於上訴人之出缺勤或執行業務有任何懲處之情形，難認被上訴人對上訴人有指揮監督或懲處，足見上訴人對於勞務之提供具有相當自主性，欠缺人格上從屬性。是以，上訴人主張與被上訴人間具有人格上從屬性，尚非可採。

⑵經濟上從屬性：

①依系爭契約書第2條第2項及附屬約定事項第8條約定，上訴人招攬之客戶如有倒帳情事時，被上訴人除不計付報酬外，上訴人並須按約定之比例負擔倒帳金額（原審卷㈠第28、36至37頁），且為兩造所不爭執。上訴人並提供定期存單設定質權及不動產設定抵押權予被上訴人，有稟議書、建物及土地所有權狀、質權設定通知書、台北富邦銀行存本取息儲蓄存款存單、建物及土地登記謄本、土地登記申請書、債務清償證明書、他項權利證明書、抵押權設定契約書及同意書可憑（原審卷㈠第129至163頁），足認上訴人並非取得客戶訂單後即可獲得報酬，而須承擔客戶債務不履行之風險，即上訴人於執行業務時，尚須評估客戶有無履約能力而為招攬。此等因客戶不履約而須自己承擔相當責任，進而影響其業務招攬行為之取捨及決定，亦見上訴人付出勞務之行舉，乃側重於為自己業務經營成果所為，而非依附於被上訴人，為被上訴人之目的而貢獻勞力。上訴人雖主張被上訴人匯款明細上記載為「薪資」，且自被上訴人受領報酬，可能因懲處影響收入，具有經濟上從屬性云云。然觀諸系爭契約書及「業務代表工作守則及注意事項」內容，並無被上訴人對業務代表懲處或懲戒之約定及規定。而兩造約定報酬計付方式，係以業務代表報酬相關支給暨考核評價辦法（原審卷㈠第127頁），已如前述，揆諸上該辦法係將業務人員銷售獎金即報酬之來源，以實體商店及網購通路（包括航空公司機上消費）作區分，明訂各該通路獎金給與計算條件及成數，全然未見有何因違規懲處而應扣減之項目或記載。另關於每半年之考核評價，考評標準係依公司「評價查定表」所訂（見上開評價辦法末項欄位之記載），而依「評價查定表」所載考核內容，顯示被上訴人每半年之查考，係以業務員就每月設定目標及實際達成比率作為評核之主要依據，亦未見有因懲處或懲戒而須扣減報酬之情。上訴人主張其收入會因被上訴人懲處而受影響云云，自屬無據。

②按「採計件工資之勞工所得基本工資，以每日工作八小時之

生產額或工作量換算之」，勞基法施行細則第12條定有明文。依此可知，雇主縱以「按件計酬」方式給付勞工薪資，然因工資本質上仍係與工作時間具有相當之關連性，故而能依上法旨，以一定時間內之產額或工作量換算結果，作為最低薪資保障之基礎。然上訴人報酬之給付係取決於招攬業務之成果，與工作時間長短並無關聯，已如前述，並依張永所證：每月領取金額看做多業績抽幾%，若沒有業績，那個月就沒錢（原審卷㈡第33頁），及系爭契約書及「業務代表工作守則及注意事項」關於報酬之約定（原審卷㈠第28、36、75頁），可知上訴人亦無每月最低報酬之保障。是而不能僅因上訴人報酬之給付係「按件」計算，與勞基法關於按件計酬規定相符，即可認兩造間存在僱傭關係。又所得稅法第14條第1項第3類所稱「薪資所得」係指：凡公、教、軍、警、公私事業職工薪資及提供勞務者之所得，包含公、教、軍、警及其他公部門或公營事業人員之所得；私人事業勞動契約勞工之所得；私人事業其他種類勞務契約工作者之所得。是所得稅法所謂之薪資所得與勞基法所謂之工資，兩者範圍本不相同，自難僅以納稅義務人依據所得稅法第14條規定申報薪資所得申報，即遽謂其係以勞動契約之勞工身分受領勞基法之工資，則上訴人報酬之匯款明細雖記載為「薪資所得」，惟上訴人受領報酬之性質，仍應依兩造間契約約定及權利義務予以判斷。上訴人據此形式上之匯款名目，主張兩造間係勞動契約，即非可採。被上訴人主張與上訴人間不具經濟上從屬性，堪可採信。

⑶組織上從屬性：

上訴人主張：其有員工編號，且需與其他部門配合，具有組織上從屬性云云。而被上訴人並未限制上訴人提供勞務或服務之地點，上訴人毋庸打卡上、下班，已如前述。易言之，被上訴人未規定上訴人應於特定時間在辦公處所與其他業務代表或公司職員一同作業，且上訴人從事銷售業務時，可自主決定如何進行招攬，無須與其他同僚協力分工完成，上訴

人若決定取消或停止招攬業務，除影響自身績效報酬外，並不會影響被上訴人工作體系之運作，足認上訴人並非與其他同僚基於分工合作關係而提出勞務，此觀張永所證：客戶是認我個人，無法交由其他去做；我們不會請其他業務代表幫忙（處理客戶即經銷商之事，原審卷㈡第36、39頁），益徵其事。至張永另證稱：公司有12個業務，分兩組，一組是百貨線有5個，另一組是寶島跟外面店家有7個。跟我們關係比較大的是營業部、財務部、服務部，比如燈片背景是營業部，帳款是財務部，客戶問題是服務部。我的主管是魏科長，是營業部第二課（原審卷㈡第34、37、41頁），然此充其量僅能說明被上訴人內部組織間之分工情形，及負責接洽與管理業務銷售事務之部門為營業部，並不能證明業務代表彼此間存有分工關係，或與其他公司部門進行合作，始能完成銷售業務。是被上訴人主張兩造間不具有組織上從屬性，堪可採信。

3.綜上，上訴人對於招攬業務之時間、地點、對象、方式有高度自主決定權限，不受被上訴人指揮監督，亦無懲處之規定，與其他組織成員間不具分工合作關係，報酬悉依個人招攬成果而定、無最低報酬金額之保障，並須負擔客戶倒帳風險，偏重於為自己之營業而勞動，難認兩造間之契約關係，顯現相當程度之人格上、經濟上、組織上等勞動契約從屬性特徵，上訴人主張兩造間係成立僱傭契約，自非可採。至被上訴人雖曾於94年2月5日至同年6月29日止短暫為上訴人投保勞保，及給與三節獎金、員工優惠價、員工旅遊等，然此至多僅能認係被上訴人額外犒賞業務代表之恩惠措施，不足據以認定兩造間為勞動契約。另上訴人固引用最高法院113年度台上字第2152號判決意旨，為其主張僱傭關係之論據，惟該判決個案事實情節與本件有間，自無從比附援引。從而，被上訴人主張兩造係承攬關係，洵堪採信。

㈡如為勞動契約，上訴人請求被上訴人給付退休金4,050,012元，有無理由？

上訴人任職於被上訴人，從事招攬被上訴人鐘錶商品銷售及服務，依兩造間之權利義務事項，難認兩造間具有人格上、經濟上及組織上之從屬性，已如前述。兩造間既欠缺勞動契約之從屬性特徵，上訴人即非勞基法之勞工，則上訴人依勞基法第54條第1項、第55條第1項、第2項規定，請求被上訴人給付舊制勞工退休金，即屬無據，不應准許。

七、綜上所述，上訴人依勞基法第54條第1項、第55條第1項、第2項規定，請求被上訴人應給付上訴人4,050,012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，不應准許。原審為上訴人敗訴之判決，並無不合。上訴論旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回上訴。兩造其餘之攻擊或防禦方法及所用之證據，均不足以影響本判決之結果，爰不逐一贅論。

八、據上論結，本件上訴為無理由，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　1　　月　　30　　日

勞動法庭

審判長法　官　張維君

法　官　秦慧君

法　官　蔣志宗

以上正本證明與原本無異。

如對本判決上訴，須於判決送達後20日內向本院提出上訴狀，其未表明上訴理由者，應於上訴後20日內向本院提出上訴理由書（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，並依附註條文規定辦理。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　　115　　年　　1　　月　　30　　日

書記官　林家煜

附註：

民事訴訟法第466條之1：

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適當者，亦得為第三審訴訟代理人。
第1項但書及第2項情形，應於提起上訴或委任時釋明之。