臺灣高等法院高雄分院民事判決

115年度勞上字第9號

上　訴　人　明台產物保險股份有限公司

000000000000000000

法定代理人　矢持健一郎

訴訟代理人　王俊翔律師

葉庭嘉律師

曾俊倫律師

被 上訴 人　林如錦

訴訟代理人　蔡尚宏律師

上列當事人間請求給付退休金差額事件，上訴人對於中華民國115年1月30日臺灣高雄地方法院113年度勞訴字第56號第一審判決提起上訴，本院於115年9月30日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

原判決廢棄。

被上訴人在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。

第一、二審訴訟費用均由被上訴人負擔。

事實及理由

壹、程序事項：

一、按當事人喪失訴訟能力或法定代理人死亡或其代理權消滅者，訴訟程序在有法定代理人或取得訴訟能力之本人承受其訴訟以前當然停止；第168條至第172條及前條所定之承受訴訟人，於得為承受時，應即為承受之聲明，他造當事人，亦得聲明承受訴訟，民事訴訟法第170條、第175條分別定有明文。查本件上訴人之法定代理人原為王哲士，嗣於訴訟程序中變更為矢持健一郎，業據上訴人具狀聲明承受訴訟（見本院卷第59、81頁），核無不合，應予准許。

二、次按訴訟繫屬中為訴訟標的之法律關係，雖移轉於第三人，於訴訟無影響，前項情形，第三人經兩造同意，得聲請代移轉之當事人承當訴訟，民事訴訟法第254條第1項、第2項前段分別定有明文。經查，本件被上訴人於原審係以明台產物

保險股份有限公司高雄分公司為起訴對象，惟上訴人於原審判決後變更為明台產物保險股份有限公司提起上訴，然分公司雖係總公司分設之獨立機構，就其業務範圍內之事項涉訟時，有當事人能力，對分公司起訴後於訴訟進行中，將當事人更正為總公司時，係屬訴之變更，最高法院40年台上字第105號判決可資參照，是上訴人於上訴後將明台產物保險股份有限公司高雄分公司變更為明台產物保險股份有限公司，惟上訴人既已聲明承當訴訟，應得類推適用民事訴訟法第254條第1、2項之規定，被上訴人對於其承當亦無意見（見本院卷第282頁），揆諸上述規定，應予准許。

貳、實體事項：

一、被上訴人起訴主張：其自民國80年11月18日起受僱於上訴人，擔任如附表所示之職務（下稱系爭契約），並於113年3月1日因符合勞動基準法（下稱勞基法）第53條第2款要件而申請退休。依其自80年11月18日至113年2月29日之工作年資，退休金基數為45，加計佣金之平均工資為新臺幣（下同）159,994元，可領退休金為7,199,730元。惟上訴人於計算退休金時，未將佣金納入平均工資計算，故扣除上訴人已給付之退休金，爰依勞動基準法第55條等規定，請求上訴人給付前揭退休金差額4,868,730元等語。並於原審聲明：上訴人應給付被上訴人4,868,730元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息。

二、上訴人則以：兩造於113年1月15日於高雄市政府勞工局（下稱勞工局）成立調解，被上訴人已拋棄系爭契約存續或終止期間所生之一切民事請求權，其自不得再請求退休金差額。又兩造間成立之契約係屬勞動、僱傭與承攬之混合契約，佣金性質為承攬報酬，非屬工資，自不得列入平均工資計算，其並無短付退休金等語，資為抗辯。

三、原審經審理後，認被上訴人請求有理由，為被上訴人全部勝訴之判決，判命上訴人應給付被上訴人4,868,730元及相關本息，並依職權為假執行之宣告及免為假執行之宣告，上訴

人不服，提起上訴，於本院上訴聲明：㈠原判決廢棄。㈡被上訴人於第一審之訴及假執行之聲請均駁回。被上訴人則答辯聲明：上訴駁回。

四、兩造不爭執事項為：

㈠被上訴人自80年11月18日受僱於上訴人，擔任內勤理賠助理，並於82年起，擔任車商營業人員，並於113年3月1日申請退休，其已符合勞基法第53條第2 款要件。

㈡上訴人已給付被上訴人退休金2,331,000元，其計算基數為45，本薪51,800元（此為扣除佣金後之薪資），若佣金不計入工資（被上訴人否認），則被上訴人已無退休金可得請求。

㈢被上訴人退休前6個月薪資加計佣金平均為每月159,994元，若被上訴人得請求之退休金得計入佣金（上訴人否認），則其得請求之退休金為7,199,730元。

五、兩造之爭點：

㈠兩造間契約之性質為何，係勞動契約，或勞動契約兼承攬契約？被上訴人自上訴人處受領之佣金是否為工資？

㈡被上訴人依兩造間契約、勞基法第55條規定，請求上訴人給付退休金差額4,868,730元，有無理由？

六、本件得心證之理由：

㈠按和解有使當事人所拋棄之權利消滅及使當事人取得和解契約所訂明權利之效力，民法第737條固有明文，惟上開消滅之權利，自應以和解之範圍，即以當事人相互間欲求解決之爭點為限。上訴人雖主張：兩造先前於113年1月15日成立調解，被上訴人就本件退休金差額應已拋棄而不得請求云云，惟依調解紀錄勞方主張欄所載之申請爭議內容，及被上訴人於調解前寄送予上訴人之電子郵件、調解紀錄等件之記載（見原審卷一第137、138、179頁），並未見本件調解內容含本件佣金相關之退休金差額爭議，上訴人辯稱被上訴人於調解中已拋棄上開退休金差額請求權，即未見所據。況在勞動契約終止前，勞工請領退休金之權利尚不得行使，其自願

減少請求退休金額，或拋棄請求，因非對既得權利之處分，該減少或拋棄之意思表示，自屬違反強制規定而無效（最高法院106年度台上字第2733號判決意旨參照），故被上訴人於上開調解日時，尚未取得退休金請求權，其亦不得拋棄此部分請求權，是其縱使有此意思，其意思表示亦屬無效，是上訴人此部分主張，要無理由，自非足採。

㈡次按關於保險業務員為其所屬保險公司從事保險招攬業務而訂立之勞務契約，其選擇之契約類型是否為勞基法第2條第6款所稱勞動契約，應就個案事實及整體契約內容，按勞務契約之類型特徵，依勞務債務人（保險業務員）與勞務債權人（保險公司）間之從屬性程度之高低判斷之，即應視保險業務員得否自由決定勞務給付之方式（包含工作時間），並自行負擔業務風險（例如按所招攬之保險收受之保險費為基礎計算報酬）以為斷，不得僅以契約所載之名稱定之。如保險業務員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，則其與所屬保險公司間之從屬性程度不高，尚難認屬上開規定所稱勞動契約（大法官釋字第740號解釋文及理由參照）。經查：

1.觀諸提供勞務之工作人員與契約相對人公司締結兩項合約，從事不同之業務活動，本於契約自由原則，尚非法所不許，其性質為何（混合契約、契約之聯立或其他），應綜合各項情形判斷之。又僱傭與承攬同屬於供給勞務之契約，前者係當事人約定，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）。上開供給勞務本身即為主給付義務，並為其類型特徵，僱傭之目的，僅在受僱人單純提供勞務，對於服勞務之方法毫無自由裁量之餘地；後者則謂當事人約定，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），而以發生結果（工作之完成）為契約內容及類型特徵，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。契約類型之歸類，原則上以主給付義務決定契約類型，判斷是否為勞動契約應斟酌前開各因素，若各該勞動契約因素不能兼而有之，應以義務提供之整體及主給付義務為判斷，因兩造間並未訂立書面契約（見原審卷一第317頁），則兩造間契約之性質，即應以被上訴人實際工作內容，綜合兩造契約履行狀況及上訴人相關工作規則等條件綜合判斷之。

2.查被上訴人自80年11月18日至113年3月1日於上訴人公司任職期間，職稱如附表所示，其擔任內勤理賠助理、車商營業人員之職位部分，其負責理賠申請審查、內勤工作，固受固定上下班時間、出勤管理、教育訓練、績效考核及工作規則等拘束，足見兩造間就其一般行政管理及公司編制內事務部分，確具有人格上、組織上及經濟上從屬性，應認成立勞動契約關係，此為兩造所不爭執。惟就從事保險業務員、招攬保險商品部分而言，被上訴人得自行決定招攬對象、招攬方式及業務開發策略，其所得佣金並非依出勤時數、勞務提供期間或工作過程計算，而係以保險契約實際成立、保費收取及佣金制度計算結果作為給付條件，且保險契約解除、失效或遭撤銷時，尚須依相關規定追回已發放之佣金。是其佣金取得與否，並非單純取決於勞務提供本身，而係取決於保險招攬成果是否實現，並由被上訴人承擔相當程度之市場風險。因此兩造除勞動契約外，另就保險招攬業務成立以完成招攬成果為目的之承攬法律關係，應認屬混合契約關係。

3.又按勞基法第2條第3款所稱工資，係指勞工因工作所獲得具有勞務對價性及經常性之報酬。查系爭佣金之取得，繫於保單成交、保費實際收取及保單持續有效等條件，並非被上訴人一旦提供勞務，即當然取得之報酬。又其金額並不固定，隨招攬成果而變動，且於保單解除、撤銷或失效時，尚有追回機制，足見其本質係就招攬成果所給付之報酬，而非就勞務提供過程本身所給付之對價，縱被上訴人具有勞工身分，亦無從逕認其所受領之佣金均屬工資。觀諸被上訴人之佣金

發放表（見原審卷一第89-133頁），其有別於每月20日發放予被上訴人之固定數額「本薪」、「伙食津貼」之薪資表（見原審卷一第77-88頁），其佣金發放日為每月10日、20日，其金額係以成交之保險單金額計算，每月浮動金額不同，於112年9月至113年2月間，金額自6萬餘元至16萬餘元不等，其差額甚大，浮動甚高，而與「本薪」、「伙食津貼」係固定發放有所不同，足見其報酬之高低，顯然繫諸於保單成交之筆數、金額、保費收繳情形，而非勞工勞力提供之對價，而上訴人發放予被上訴人「本薪」、「伙食津貼」，係因被上訴人另擔任內勤工作之緣故，而對於其所為業務員招攬保險部分，係依保單招攬結果另核定報酬，其並不必然因被上訴人從事內勤行政工作，而就其受領之佣金、獎金，一律認定其具有工資之性質，被上訴人之主張，顯然違反上開大法官解釋第740號之解釋文及理由。

4.又上開佣金之發放方式，依明台產物保險股份有限公司佣金支付及收回作業須知第4條規定：「各類對象之佣金支付應於保單保費已全額收繳完竣後...」（見原審卷一第255頁），足見佣金必須在保險費收畢後，始依定一定比例發放，而招攬之保單出現退保、解除或批減之情形，業務員即應繳回此筆佣金，此亦有明台產物保險公司業務人員酬金制度在卷可參（見本院卷第147頁），此亦為被上訴人所不爭執（見本院卷第155頁），此亦與勞力計價之勞動契約性質迥異，益見其佣金給付著重於工作之完成，此部分要屬承攬契約無誤。至於證人即被上訴人主管洪逢成及被上訴人同事莊子龍於原審固曾證稱：被上訴人有固定上、下班時間，有固定座位、出勤時間，外出需申請，也有考核、年終獎金等語（見原審卷二第142-148、135-139頁），然被上訴人工作本有從事內勤工作、即兩造均不爭執屬勞動契約之部分，依其本薪達51,800元觀之，此本屬全職工作，其有固定上、下班時間，固定座位，必須出勤一定時間，若在期間公出必須申請，其工作內容須經考核等節，自不待言。惟就其承攬保

單部分，上訴人陳稱：公司並不限制業務員招攬地點、險種，業務員於上班時間外招攬保單，亦不受限制，只要成功招攬，即得領取佣金。而所謂績效考核，上訴人辯稱：只是因為金融監督管理委員會要求保險公司應制訂績效考核，故績效僅影響年終獎金之發放比例，並不影響被上訴人之佣金收入，也不會導致其遭解雇等語，此核以證人洪逢成於原審證稱：績效考評只是講年終獎金的比例，有1年考績為D，就會協助改善，連續2年為D，公司會詢問改善方式，如果當月未招攬任何保單，也不會影響到薪水等語，可證為真（見原審卷一第53頁、卷二第144、147頁），故本件要無從以保險事業有考核管理之機制而言，即改變其承攬性質之認定，蓋公司對於員工內部稽核尚須存有一定之管控，惟上開考評制度並不影響員工佣金領取多寡，亦不因此有懲處、解僱之效力，自不因上開上開考評制度之存在而認此部分契約具有從屬性而為勞動契約，被上訴人上開主張，即屬無據，而不足採。

㈢綜上，被上訴人受領之佣金既係基於兩造間保險招攬承攬關係所生之成果報酬，而非勞動契約項下之工資，自不屬勞基法第55條第2項所稱平均工資範圍。從而計算退休金時，應以本薪及其他屬工資性質之給與為基礎，不得將保險招攬佣金併入平均工資計算，是上訴人已給付被上訴人退休金2,331,000元（計算基數45，本薪51,800元），若佣金不計入工資，則被上訴人已無退休金可得請求（見不爭執事項㈡），而佣金非屬工資，不應計入退休平均工資計算，業已認定如前，是被上訴人依勞基法第55條規定，據此請求上訴人給付退休金差額4,868,730元，即屬無據。

七、綜上所述，被上訴人依勞基法第55條規定，請求上訴人給付4,868,730元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息，為無理由，不應准許。原審判命上訴人應給付4,868,730元本息，並為假執行及免為假執行之宣告，自有未洽。上訴意旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，

為有理由，爰予廢棄，並改判如主文第2項所示。

八、本件事證已臻明確，兩造其餘之攻擊或防禦方法及所用之證據，經本院斟酌後，認為均不足以影響本判決之結果，爰不逐一論列，附此敘明。

九、據上論結，本件上訴為有理由，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　10　　月　　28　　日

勞動法庭

審判長法　官　洪能超

法　官　楊淑珍

法　官　張琬如

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　　10　　月　　28　　日

書記官　戴育婷

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。

附表

編號	起日	迄日	職稱	工作說明
1	80/11/18	82年	課員	內勤理賠助理
2	82年	87年	課員	車商營業人員

3	87年	89年	課長	車商營業人員(非主管職)
4	89年	91年	課長	內勤理賠助理(非主管職)
5	91年	100年	課長	車商營業人員(非主管職)
6	100年	100年	襄理	車商營業人員(非主管職)
7	101年	105年	襄理兼組長(鳳山車商營業部)	車商營業人員，底下有三名組員
8	105/9/1	113/2/29	襄理(企業營業部)	非主管職，沒有帶部屬