臺灣新北地方法院民事判決

115年度勞小字第67號

原　　告
即反訴被告　東孟資訊有限公司
000000000000000000
法定代理人　蔡浤泰
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000
訴訟代理人　李孟軒律師
　　林婉萱律師
被　　告
即反訴原告　陳彥臻
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000

上列當事人間請求給付違約金等事件，經本院於民國115年8月4日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

本訴部分：

被告應給付原告新臺幣貳萬貳仟參佰捌拾玖元及自民國一百一十四年十一月十一日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息。

原告其餘之訴駁回。

訴訟費用由被告負擔百分之六十二，餘由原告負擔。

本判決第一項得假執行，但被告以新台幣貳萬貳仟參佰捌拾玖元為原告供擔保後得免為假執行。

反訴部分：

反訴被告應給付反訴原告新臺幣壹萬陸仟捌佰肆拾元，及自民國一百一十五年三月二十八日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息。

反訴原告其餘之訴駁回。

訴訟費用由反訴被告負擔百分之二十六，餘由反訴原告負擔。
本判決第一項得假執行，但反訴被告以新台幣壹萬捌仟陸佰肆拾元為原告供擔保後得免為假執行。

事實及理由

壹、程序上理由

按被告於言詞辯論終結前，得在本訴繫屬之法院，對於原告及就訴訟標的必須合一確定之人提起反訴。民事訴訟法第259條定有明文。本件原告東孟資訊有限公司(以下簡稱原告或反訴被告）對被告陳彥臻（以下簡稱被告或反訴原告）訴請給付違約金等，陳彥臻則以東孟公司在培訓期間係屬雇主指揮監督下之活動，性質上應屬工作時間，東孟公司未給付工資，且東孟公司違法終止勞動契約，已違反勞動法令，據此請求東孟公司給付如附表所示，提起反訴，於法並無不合，應予准許。

貳、實體上理由

甲、本訴部分

一、原告起訴主張：緣兩造間於民國（下同）113年5月27日簽訂大腳將軍儲備按摩師培訓契約(下稱系爭培訓契約)，約定被告在免費接受完原告之培訓課程後，應至原告之會館服務二年，未依約服務時，應支付新臺幣（下同）3萬6000元之違約金。被告於113年5月27日簽訂系爭培訓契約後，開始接受原告之課程培訓，嗣於同年8月8日完成培訓課程內容，並於同月15日通過考核，開始上牌服務。期間，被告因服務狀況不佳，不僅按摩手法不純熟，更曾於按摩途中睡著，短時間內已多次遭客訴，故而僅能先暫停其服務，並請求其調整狀況並進行進修。豈料，被告從此失聯，直至114年5月19日方聯繫上被告，知悉被告非但未於暫停服務期間依約進行進修課程，還逕自至其他同業執業，亦拒絕原告之請求，爰依系爭培訓契約之約定，提起本訴，並聲明：被告應給付原告3萬6000元及自支付命令送達翌日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息。

二、被告則以：

(一)原告規避勞動法令致使被告受損

原告以承攬方式規避勞動法令之強制規定，使被告工作期間無法依法享有相關保障，已對被告造成實質不利益；且原告於再培訓期間未給予報酬，亦未提供工作機會，亦非適法，原告之行為已構成信賴基礎破壞，被告得依法終止契約。

(二)違約金條款屬單方不利益約定

按民法第247條之1第2、3、4款之規定，本件契約係由原告單方預先擬定，被告並無實質協商空問，且僅約定被告未履行最低服務年限時應負違約金責任，卻未就契約因可歸責於原告之事由終止時之效果為對應規範，致契約權利義務顯失衡，並使被告負擔較重責任，已符合第2款情形；原告對被告之工作內容、是否得提供服務及訓練安排具有決定權，並施以考核與管理，實質上屬勞動關係，卻以承攬或培訓契約形式規避勞動法令，使被告受契約拘束並負違約責任，已實質限制被告依法終止契約之權利，符合第3款情形；原告未依法給付工資、未提供合理訓練制度，並有未投保及溢扣工資等違法情形，仍要求被告負擔違約金，使被告於無法繼續提供勞務之情況下仍須承擔經濟不利益，顯屬重大不利益，符合第4款規定。是以，本件違約金條款於制度上已顯失公平，依上開規定減輕或免除其效力。

(三)客訴問題本質上係指導卻失所致，非可歸責於被告

原告主張被告因按摩「按不到點」遭客訴，然該等情形本質上係技術指導不足之問題，應由提供培訓之原告負責建立有效之教學及修正機制。惟原告未提供具體指導及回饋，致被告無從改善，客訴問題未能改善，自非被告怠於學習所致。再者，實際運作上亦缺乏適當指導與練習條件，使該制度更難達成其目的。是以，本件契約履行已屬顯有困難甚至無法履行之情形，且係可歸責於原告之制度缺失，並非可歸責於被告。原告違法在先且違約金約定顯失公平，其請求應不予准許本件契約未能履行，係因原告違反勞動法令及採行不合

理制度所致，並非可歸責於被告。又原告所稱培訓內容多屬一般店務事項，欠缺專業性及實質訓練價值，且服務人員具高度可替代性，人力替補可能性高，亦不符最低服務年限之必要性；原告制度本身欠缺合理性，且違反勞動法令，已影響契約合理性之判斷。是以，本件違約金約定已違反勞動基準法第15條之1第2項規定，依同條第3項應屬無效。

(四)聲明：原告之訴駁回，如受不利之判決，願供擔保請准宣告免為假執行。

乙、反訴部分

一、反訴原告起訴主張：再培訓期間係為履約之必要過程，並非反訴原告基於自由意願之自主進修，具有時間拘束性及目的性，應認屬雇主指揮監督下之活動，性質上應屬工作時間，反訴被告應給付上開時間之工資。反訴被告溢扣之工資1000元，應與返還。反訴被告未為反訴原告投保勞保、健保，提繳勞工退休金，未給付工資，溢扣工資，已違反勞動法令，依據勞基法第14條第1項之規定終止契約，反訴被告未投保勞健保費，致反訴原告需自行投保，違反法定投保義務，應屬侵害他人權利，反訴原告得請求勞健保費，請求如附表所示。依據勞動法令，侵權行之規定，提起反訴，並聲明:反訴被告應給付反訴原告6萬3949元，及自反訴狀繕本送達反訴被告之翌日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息。。

二、反訴被告則以：

(一)會館按摩師共同遵循之入職須知第七條之規定：「超過承攬時間40分，12小時的班隔天可晚承攬1小時並於原地翻牌，超過承攬時間1小時40分」、及第九條：「因病或特殊狀況無法至現場提供承攬業務時，請先傳訊息告知店長及櫃枱，並上震旦打卡系統傳出示證明完成線上請假程序，每月有三次可提準下並於下工2小時前告知，若櫃檯確認當下已無預約可提前下工前1小時離開。」等關於按摩師應配合事項，可知反訴原告於反訴被告會館服務期間擔任按摩師之工作時

間，係由反訴原告以承攬之方式於每月預排待班班別，於預定之班別時間至會館待班，期間來館來賓之服務，則依當時班內之掛牌（未休息、可提供服務之意）按摩師輪序，排定按摩師為來賓提供服務；再佐以該須知第四條關於業績計算之規定，每月依據服務項目、服務人次及達成營業額之總量級距，計算、給付承攬報酬、並無加班費等，顯示依反訴被告所設計之商業模式與經營型態，反訴被告給付予反訴原告之勞務報酬乃與其所完成之工作營業額具連動關係，應係完成工作之對價，與承攬之性質相合，與僱傭契約之報酬，係以在一定工時內提供勞務，不問工作有無完成為對價之情形，顯然有別。再者，參酌反訴原告之自行排定之班表紀錄，可知其皆係自由排班，上班時間並未受反訴被告之管理拘束；復依入職須知之規定可知，縱使反訴原告排班未到、或其排定一定待班期間，無現場或預約來賓時，皆可自行排定休息且班內無次數限制，回館待班時僅需重新排定服務次序，反訴被告對此並無不利之約定或限制；甚且，按摩師傅亦具有自行挑選客人（拒絕服務）之權利，遇此情形，僅需由按摩師間自行約定補償一定金額予次一接手之按摩師即可，反訴被告公司概不介入或經手該補償事宜。承上可知，反訴被告對反訴原告顯無任何雇主之懲戒或處分權，足證按摩師僅係依按件計酬之方式與反訴被告公司成立承攬合作關係，可認雙方於洽談之始，即已表明彼此間無僱傭關係，反訴被告亦不負擔雇主責任。是以，衡之反訴原告得自由決定勞務給付之時間與方式，且其報酬給付又無一定業績之要求，是應可認反訴被告主張其與（包含反訴原告在內的）按摩師簽署前開合作契約書之真意，確係締結承攬契約為真。

(二)次查，反訴原告執行按摩服務時，反訴被告並未在場即時指揮、監督，難認雙方具人格從屬性。反訴原告係採論件計酬制，其工作性質具高度間歇性，於未執行業務之空檔，得自由外出或從事私人活動，實質上並未提供任何勞務給付，其勞務提供之強度與密度亦隨來客數變動，與一般受僱人須受

固定工時拘束之態樣顯不相同。此外，兩造簽訂之契約並無競業禁止規範，反訴原告本得同時與不特定多數人建立合作關係，顯見其享有高度職業自由，並具備職業經營之自主性，是以反訴原告既非依附於反訴被告之組織體，且在勞務履行上具備高度獨立性，益徵兩造間實屬承攬關係，而非勞僱契約。依據入職須知第四條之規定可知，承攬人員之業績計算與抽成獎金制度，係依服務時間、所屬班別、每月總業績達標級距及附加服務項目等綜合計算。其基礎業績（含平台販售項目）標準為：「30分鐘600元、60分鐘1,180元、90分鐘及混搭100分鐘皆為1,880元、120分鐘及混搭120分鐘皆為2，180元。入職前半年之單次抽成金額，則按班別與當月業績實施階梯式計算：早、中班分四級（10萬以內至13.5萬以上），抽成介於255至1,200元；晚班分三級（12萬以內至13.5萬以上），抽成介於270至1,200元；夜班同為三級（12萬以內至13.5萬以上），抽成介於285至1,260元。」此外，附加服務亦有獎金、升等能量精油手技每次收入50元，並依當月達標次數加發500元（10至20次）、1,500元（20至30次）或3,000元（30次以上）之獎金；提供20分鐘刮痧或拔罐者（工具自備），可另獲獎金250元等。由此益徵，反訴原告所得領取之報酬，係反訴被告按其實際達成之業績及附加服務項目計算抽成比例支付報酬予反訴原告，業績越高所獲取之抽成比例及報酬數額亦越高，與一般僱傭契約之勞工係單純提供勞務並領取固定薪資之情形迥然不同，是反訴原告實質上係為自己之事業而經營、並自負業務多寡之風險，兩造間核無經濟上之從屬性可言。再依反訴原告之締約真意而言，依按摩業界之經營模式，業者僅提供場所、耗材及行政之服務空間，並額外提供無經驗者為按摩師之工作培訓課程俾其順利就業，由按摩師提供專業技術服務，共同合作經營，並採利潤分配抽成制，共享利潤，反訴被告並非勞基法所稱僱主，反訴原告並於就職前、簽約時就此均屬明知，且同意此種合作模式，此由反訴原告在任職期間均未要求反訴

被告應為其投保勞健保、給付加班費且對領取之報酬數額無異議等情，即可證之，洵不容反訴原告於離職後數月並由反訴被告依法聲請支付令命後，再主張依勞基法所得享有之權利等語置辯。

(三)反訴原告指稱反訴被告係規避勞動法令之規定致其權益受損，惟反訴被告係以按摩業界慣常採行之經營型態（即與按摩師以承攬契約之方式合作）設計其所採行之商業模式，且反訴原告與反訴被告締約時就此有清楚認知並同意已如前述，堪認反訴被告並無濫用其經濟經濟強勢地位，而故意設計迥異於業界慣例之經營型態，俾規避勞基法適用之情；且此種權利義務之安排，並無顯失公平之情事，反訴原告臨訟故為相異之主張，稱兩造間之勞務契約非承攬契約，而係勞動契約，實有違誠信，並非可取。系爭入職須知雖就反訴原告提供按摩勞務時之工作態度、使用器材、出勤、班別規劃、請假、甚或服裝儀容等項目，設有較為細緻之規範，惟此核屬在兩造以承攬契約合作之架構下，為確保會館與全體按摩師為維持品牌形象及服務品質共同成立之規約性質，以公平計算承攬報酬並約束服務不良事件之發生、為經營順利、提升服務品質、維護企業形象及商譽所設計之管理及考核制度。是以，反訴被告既與按摩師間係以承攬契約之方式合作提供按摩服務予來賓，則應無不得自承攬報酬計算中，依據雙方之約定扣除應扣款金額之理，反訴原告經查確係有因提供服務時睡著等違反入職須知之情事，自不得僅因有管理規約或扣款情事，即遽認兩造間成立僱傭契約。反訴原告每月提供勞務之時間與所領之報酬金額均非固定，此觀反訴原告之薪資表即明；又雖薪資表上印製「薪資」、及「到職日」等字樣，然此係屬反訴被告事先印製、以供核發酬勞予會館全部從業人員（含行政人員）所使用，是其上印製薪資二字，亦不足以代表或證明兩造間係存有勞僱契約關係，且由所載「應付薪資」一欄以觀，反訴原告每月所領金額數字俱非相同，觀之其上並未載有「事假、病假、曠職、遲到、

忘打卡」等欄位，是此薪資單亦不足據以證明兩造間係屬僱傭契約關係或有何從屬性可言，另參酌薪資單上之獎金計算項目，適更符合且反映兩造間計付承攬報酬之約定。退萬步之，倘如反訴原告所述兩造間具僱傭關係，則反訴原告未經預告擅自終止服務、排定班表後卻曠職等情事，反訴被告理應得向其主張扣薪或其他損害賠償。惟查，反訴被告於本訴中均未為前開雇主權利之主張，僅單純依據雙方簽訂之培訓契約請求反訴原告給付未履行服務年限之違約金，足證反訴被從未曾以雇主自居甚明。綜上所述，反訴原告與反訴被告間確屬承攬契約而非僱傭關係，自無勞動基準法及勞工退休金條例之適用，反訴被告既非反訴原告之雇主，自無庸負擔雇主責任及提繳勞工退休金之義務。是反訴原告據以反訴請求反訴被告給付資遣費、賠償未按月提繳新制勞工退休金及未投保勞健保之損害云云，實屬無據。

(四)關於反訴原告主張之報酬差額，反訴被告願依約補足；惟反訴原告就其所提反訴之主張，未盡舉證之責以實其說：

1. 查兩造簽署之培訓契約，確實約定於完訓合格後之第一年服務期間，由反訴被告提供每月37,000元之最低保證報酬。此約定乃反訴被告為體恤承攬人執業初期客源尚不穩定，而給予優於業界之經濟保障；甚且，於反訴原告因遭客訴，依入職須知暫停服務並接受再培訓之期間，亦享有該保證薪之保障。經重新核算，反訴被告於扣除當月實領薪資後，113年9月及12月之報酬給付確實存有疏漏，未達上開保證數額。具體差額如下：9月份為12,080元（計算式：37,000元一實領24,920元）、12月份為4,760元（計算式：37,000元一實領32,240元），合計差額為16,840元。本於契約誠信原則，若反訴原告追加此部分之請求，反訴被告願補付該差額予反訴原告，合先敘明。

2. 另按當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任民事訴訟法第227條定有明文。反訴原告前開之主張，既經反訴被告否認，依上開舉證分配之原則，反訴原告自應就兩

造間如何具備人格、經濟及組織從屬性等僱傭關係要件，提出積極證據以實其說。查反訴原告雖援引新北市政府勞動檢查處之裁處書，據以主張兩造間為應適用勞基法之僱傭關係云云，然查，行政機關基於行政管理目的所為之初步認定，與民事訴訟法上僱傭契約實質要件之審查，尚屬二事。反訴原告既於本案主張有利於己之事實，自仍應就兩造實際履行勞務之客觀情狀提出確切證據，要難僅執行政機關之單方認定，而謂其主張有理由。復查，反訴原告自停止服務後失聯已久，於其在職期間乃至離職後數月，均未曾向主管機關或司法機關提出其有任何於服務期間遭受權利侵害之情事，詎料，其竟於反訴被告依兩造所簽署之培訓契約向其求償違約金之際，始突發提出本件反訴，足見其主張純係為脫免自身違約責任之臨訟推諉之詞，實不足採。

(五)聲明：反訴原告之訴駁回，如受不利之判決，願供擔保請准宣告免為假執行。

丙、兩造不爭執之事項（見115年8月4日筆錄，本院卷第203至204頁）：

一、兩造於113年5月27日簽訂系爭契約，保障第一年每月底薪3萬7000元，約定完成培訓課程後，被告須服務滿2年，未依約服務時，應支付違約金3萬6000元，有聲證1契約可按(以下簡稱系爭契約，見支付命令卷第11-14頁)。

二、被告於113年8月8日完成培訓課程，於同年8月15日完成考核，再度於113年8月27日因遭客訴，於113年8月28日起至113年9月18日止再度訓練，於同年9月19日完成考核，於113年12月19日因遭客訴，經原告停止其服務，要求被告於113年12月20日起至同年26日再度訓練，但原告均未安排被告提供服務，有原告提出聲證2、3、被告提出被證1、2line可按（見支付命令卷第15-22頁、重簡卷第85-88頁）。

三、原告於附表編號1之期間(即再培訓期間)並未給付薪資或報酬予被告。

四、原告並未為被告投保勞工保險、全民健康保險、勞保局命原

告提繳勞工退休金。

五、被告於114年5月19日訪談，被告自不明日期起未再至原告會館服務，有聲證4之訪談紀錄表可按（見支付命令卷第15-22頁）。

丁、本訴之爭點應為：原告依據系爭契約第5條第4項之約定，請求被告給付違約金3萬6000元，是否有理由?反訴原告依據勞動法令、侵權行為之規定，請求被告給付如附表所示之金額，是否有理由?茲分述如下：

一、本訴部分:原告依據系爭契約第5條第4項之規定，請求被告給付違約金3萬6000元，是否有理由?

(一)按「未符合下列規定之一，雇主不得與勞工為最低服務年限之約定：一、雇主為勞工進行專業技術培訓，並提供該項培訓費用者。二、雇主為使勞工遵守最低服務年限之約定，提供其合理補償者。前項最低服務年限之約定，應就下列事項綜合考量，不得逾合理範圍：一、雇主為勞工進行專業技術培訓之期間及成本。二、從事相同或類似職務之勞工，其人力替補可能性。三、雇主提供勞工補償之額度及範圍。四、其他影響最低服務年限合理性之事項。違反前二項規定者，其約定無效。」勞動基準法（下稱勞基法）第15條之1第1項至第3項定有明文。次按最低服務年限約款適法性之判斷，應以該約款存在是否具有「必要性」與「合理性」觀之，所謂「必要性」，是指雇主有以該約款保障其預期利益之必要性，如企業支出龐大費用培訓未來員工，或企業出資訓練勞工使其成為企業生產活動不可替代之關鍵人物等是，所謂「合理性」，是指約定之服務年限長短是否適當？諸如以勞工所受進修訓練以金錢計算之價值、雇主所負擔之訓練成本、進修訓練期間之長短及事先約定之服務期間長短等項為其審查適當與否基準（最高法院96年度台上字第1396號判決意旨參照）。核最低服務年限之約定目的，常係由於雇主曾經培訓勞工，為其支出特殊之職業訓練、出國受訓、技能養成等費用，並花費相當之培訓時間，乃要求勞工承諾最低之

服務年限，作為回饋。是審酌雇主對勞工技能養成支出相當之費用，勞工因而獲有特殊之技能為雇主經營事業所倚重，不可或缺，以及尊重勞工之職業自由等情，基於必要性及衡平之原則，只要該最低服務年限未違反法律強行禁止規定，或有悖於公共秩序、善良風俗或顯失公平之處，復無其他法定應屬無效之原因，則基於私法自治及契約自由之基本原則，契約雙方當事人自應尊重契約之合法效力，並依約履行，同受前開約定條款之拘束。

(二)經查，依系爭契約第5條第4項之約定：「乙方若未依第2項約定逾會館繼續服務至2年屆滿即行離職時，應支付甲方36,000元作為違約金；前述乙方未依約履行2年服務約定之情況，包括但不限於:乙方自行要求解除或終止雙方服務約定，甲方依據第2項但書解除或終止雙方服務約定。」；系爭契約之前揭約定，即屬最低服務年限之約定，自應依前揭勞基法第15條之1規定之標準審查之。原告主張依據前開約定，請求被告賠償違約金，然為被告所否認，並以前辭置辯，經查:依據系爭契約第4條約定培訓課程分為三大科目，各科課程共12堂課，每堂約1小時，師資費用為12000元，全科師資費用為36000元，培訓課程為期3個月等情，然為被告否認，並以原告除按摩課程外，尚包括包廂整理、接待流程、送客事項、精油介紹等一般店務事項，並非專業技術培訓云云，然查，原告所提供按摩課程、包廂整理、接待流程、送客事項、精油介紹等各項課程，均為日後被告作為專業按摩師所必要之知識與技能，自屬專業培訓課程，就培訓期間原告未向被告收取任何費用，顯已依照系爭契約第3條之約定進行培訓課程，被告抗辯並非專業培訓課程云云，自無理由。再者，且依系爭契約第5條第3項之約定於通過考核培訓完成後於原告會館服務之第一年及第二年，分別享有每月3萬7000元及4萬元之底薪，而非以原證3之約定，專以按件計酬之業績計算，被告於通過考核後，原告提供保障薪資之合理補償，且為被告所不爭，顯然保障薪資之約定即屬對

於兩造約定最低服務年限之合理補償，審酌本件原告為維持按摩師的服務品質、保障客戶權益、降低人事流動等情事，而與被告約定2年之最低服務年限，確屬其營運所必要，且未逾合理範圍，與勞基法第15條之1規定無違，應認定為有效之約定。

(三)次按違約金是否相當，應依一般客觀事實、社會經濟狀況、當事人所受損害情形及債務人若能依約履行時，債權人可得享受之一切利益，以為斟酌之標準，倘所約定之額數，與實際損害顯相懸殊者，法院自得酌予核減。經查，被告抗辯原告主張違約金過高。又觀勞動基準法第15條之1之規定，約定最低服務年限需有進行專業技術培訓或提供合理補償，已如前述，然原告自113年8月15日完成考核時起至114年5月18日不再前往原告止，其在職服務時間為276日，為依據契約服務期間，以2年之比例酌減違約金至2萬2389元（00000-00000X276/365X2=22389），較為合理。原告依據系爭契約第5條第4項之約定請求被告給付2萬2389元之違約金，應屬有據。

(四)依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，為左列各款之約定，按其情形顯失公平者，該部分約定無效：一、免除或減輕預定契約條款之當事人之責任者。二、加重他方當事人之責任者。三、使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利者。四、其他於他方當事人有重大不利益者。民法第247條之1定有明文。原告主張系爭契約有加重當事人責任，限制其權利之行使，對他人當事人有重大不利益云云，經查，觀之系爭契約第4條、第5條之規定，原告給予被告三個月之免費培訓期間，全科師資為3萬6000元，並於培訓期滿之第1年、第2年給予保障月薪3萬7000元、4萬元不等，約定被告需服務滿2年，如未滿2年之情形包括被告提前解除或終止契約，或被告有屢次勸導而未改善服務方式而由原告終止契約之情形，揆之前開規定，系爭契約衡平雙方利益，審酌本件原告為維持按摩師的服務品質、保障客戶權益、降低

人事流動等情事，而與被告約定2年之最低服務年限，確屬其營運所必要，已如前述，並無加重被告之責任者、亦無被告有重大不利益者之約定，按其情形並無顯失公平者，該部分約定並非無效。被告依據前開規定，抗辯系爭契約無效，並無理由。

二、反訴部分:反訴原告依據勞動法令、侵權行為之規定，請求被告給付如附表所示之金額，是否有理由?

(一)兩造為承攬契約或雇傭契約?

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，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482條及第490條第1項分別定有明文。參酌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，可同時與數位定作人成立數個不同之承攬契約，二者性質並不相同。

2.按勞動契約之從屬性，具有下列內涵：1.人格從屬性：即受僱人在雇主企業組織內，對自己作息時間不能自由支配，勞務給付之具體詳細內容非由勞務提供者決定，而是由勞務受領者決定，受僱人需服從雇主權威，並有接受懲戒或制裁之義務。2.經濟上從屬性：即受僱人並非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，受僱人不能用指揮性、計劃性或創作性方法對自己所從事工作加以影響。3.組織上從屬性：受僱人完全被納入雇主之生產組織與經濟結構體系內，並與同僚間居於分工合作狀態（最高法院81年台上字第347號、88年台上1864號判決意旨參照）。又公司之員

工與公司間係屬僱傭關係或委任關係，應以契約之實質關係為判斷（最高法院90年度台上字第1795號判決要旨參照）。換言之，是否屬於勞動契約，應以渠等間勞務供給契約於提供勞務時有無時間、場所之拘束性，及對勞務給付方法之規制程度，雇主有無一般指揮監督權等因素，作一綜合判斷。

3.經查:

⑴本件就人格上從屬性而言

①就勞務給付內容而言:，由反訴原告於每月自行決定預排待班班別，於預定之班別時間至會館待班，期間來館來賓之服務，則依當時班內之掛牌按摩師輪序，排定按摩師為來賓提供服務，於排定待班時間，若現場無客人預約，按摩師可以自行決定休息或從事私人活動，反訴原告可自行決定拒絕或挑選客人，反訴被告不會在反訴原告進行按摩時，在旁具體之指揮監督，休假人數超過會館規定之人數時，按摩師仍可自行休假或需自行協調、抽籤決定，有證人林秝卉之證詞為證(見本院卷第199-200頁、114年8月4日筆錄)。是以，反訴原告可高度自主決定每月上班班別，並可自行決定拒絕或接受客人，且採論件計酬制，其工作性質具高度間歇性，於未執行業務之空檔，得自由外出或從事私人活動，實質上並未提供任何勞務給付，其執行職務時亦未受到被告之監督與指揮，核與一般員工以提供一定勞務為而請求給付薪資之情形有別，並非一般僱傭契約。

②就請假程序而言，依反訴被告之會館按摩師共同遵循之入職須知(下稱系爭入職須知)第九條之約定：「因病或特殊狀況無法至現場提供承攬業務時，請先傳訊息告知店長及櫃枱，並上震旦打卡系統傳出示證明完成線上請假程序，每月有三次可提準下並於下工2小時前告知，若櫃檯確認當下已無預約可提前下工前1小時離開。」，可知反訴原告請假僅需告知並於系統完成請假程序即可，毋須反訴被告同意，核與一般僱傭契約之員工需依規定填寫請假卡，並經被告簽署同意始得請假之情形有別。

③就獎懲制度而言，被告對於原告並無獎懲，亦無考績制度，按摩師傅亦具有自行挑選客人（拒絕服務）之權利，若有情形，僅需由按摩師間自行約定補償一定金額予次一接手之按摩師即可，反訴被告尚不介入或經手該補償事宜。原告無須服從被告之指揮監督，被告亦無獎懲，亦與一般勞工須服從雇主之指揮監督等情有別。

④綜上，反訴被告並未為反訴原告投保勞健保，反訴原告可自行排班，請假僅需告知店長或櫃台，反訴原告擔任按摩師，其工作時間可自行決定，自有別於公司體制內一般執行事務之員工，須服從管理階層人員之權威，並有接受懲戒或制裁之義務有別，以上諸情即足以認定兩造間自不具人格上之從屬性。

⑵再就經濟上從屬性言之，反訴原告擔任按摩師採論件計酬制，係依據系爭入職須知第四條之規定可知，業績計算與抽成獎金制度，係依服務時間、所屬班別、每月總業績達標級距及附加服務項目等綜合計算。此與一般工薪資將隨其年資及考績評等而調整有所不同。足徵反訴原告取得報酬仍為自己之營業活動為主要收入，而並非其為反訴被告提供勞務之對價，亦非為他人執行業務而領取工資，其勞工性甚低，尚難認有何經濟上之從屬性可言。

⑶再就組織從屬性而言，依據兩造約定報酬計算方式，係依據系爭入職須知第4條之規定計算，無須與其他員工共同配合，或仰賴反訴被告之組織編制，就工作時間、工作地點、工作內容，完成工作之方法，均由反訴原告自行決定，反訴原告均可以獨力完成，反訴原告對於反訴被告之指示無須完成服從，反訴原告是否取得報酬多寡均依據原告完成之按摩件數之數量定之，反訴原告並無隸屬於反訴被告之任何部門，而僅係為個人完成按摩件數據以計算其應得之報酬，故反訴原告與其他員工間實無組織上之從屬性可言。

⑷由上可知，原告擔任按摩師，採論件計酬制其取得之薪資之勞工性甚低，難謂有經濟上及人格上之從屬性，且其與反訴

被告之其他員工間也無組織上從屬性，核與勞基法關於勞工之定義不符，堪認兩造間之契約關係，非屬勞動契約，而係承攬契約無疑，而非一般僱傭之勞動契約，即無適用勞基法之餘地。

4. 依據原證3之入職須知可知，原告待班時間長達12小時，月休6日，超過3日曠職或無故不到班者，承攬合約自動失效。須穿著制服，如承攬3個月離職者，需扣制服費，請假需線上請假，每月有三次可提準下工，並於下工前2小時告知，被客訴打盹一次扣2000元，第二次4000元，第三次6000元，上工時帶手機服務，罰客人當次消費金額，上工時被客人寫負面評論或客訴，視嚴重性約談退付客人當次消費金額及補償或解除承攬關係，老師不得自行任意更換包廂，下工經確認未依規定收回包廂或按摩腳椅，未設定冷氣回原設定值，沒關電毯等結束流程，單項罰單200元，當月造成客訴二次，合約期限達5次則承攬合約自動失效，上下工經確認未刷洗洗腳缸，上工未著規定服儀吉包括包廂地上有口水或精油沒擦，罰款50元，經查證一個月連續客訴或打槍3次則需自費重新培訓3堂課，情節重大者承攬合約自動解除等情（見本院卷第35-37頁），均為反訴被告維持被告公司之經營形象，衡平雙方權利義務，並為維持按摩師對於客人之服務品質、並同時保障客戶權益、及反訴被告經營公司之必要，應為兩造履行承攬契約之相關規範，難以作為認定雇傭契約之依據。

5. 反訴原告以曾按摩客人時打瞌睡、未收拾包廂等事由，遭反訴被告懲處罰款2000元、100元，按摩師拒接客人，會被拉至最後一位順位而影響接客人數，未依約到班時，反訴被告不核發全勤獎金或配合獎金，按摩之價格均由反訴被告決定，而非由反訴原告決定等情，據以作為雇傭契約之依據。經查:

(1)反訴原告於從事按摩時打瞌睡，已嚴重違反服務客人間應提出之勞務契約義務，且影響反訴被告公司經營形象，影響客

人來從事消費之意願，必定影響反訴被告公司之營業業績，因此，反訴被告為維護公司形象訂出上開懲處規定，並非係以雇傭契約之依據，而係以維持反訴被告公司提供服務形象所做出之規定，難以做為認定雇傭契約之依據。

(2)收拾包廂為按摩師間有關維護反訴被告公司環境之必要流程，反訴原告未收拾包廂，將影響下一位按摩師使用包廂之情形，反訴被告為維護按摩師間之和諧相處訂出上開懲處規定，難以做為認定雇傭契約之依據。

(3)按摩師拒接客人，會被拉至最後一位順位而影響接客人數，係因按摩師果因客人消費金額多寡或客人之體型，會影響按摩師選擇客人之主因，反訴被告為維護按摩師間之和諧相處訂出上開選擇性規定，難以做為認定雇傭契約之依據。

(4)未依約到班時，反訴被告不核發全勤獎金或配合獎金，然查，依據被證3之入職規定，全勤獎金或配合獎金本為恩惠性給予，具有獎勵性質，業經證人林秝卉、紀政源證述明確(見本院卷第202頁、115年8月4日筆錄），則反訴被告不核發全勤獎金或配合獎金，自非反訴被告懲處之規定，難以做為認定雇傭契約之依據。

(5)按摩之價格本為反訴被告對外公開一致之價格，如有按摩師任意訂定價格，消費者應因不同按摩師而有不同價格而影響消費意願，則反訴被告為經營之必要制定統一價格，給予消費者消費意願之選擇，同時保障按摩師間之殺價競爭，或給予按摩師報酬之保障，旨在於維護反訴被告之經營形象，同時保障按摩師之報酬，則反訴原告主張按摩師價格均由反訴被告決定，而非由反訴原告決定等情，難以做為認定雇傭契約之依據。

6.兩造為承攬契約，已如前述，反訴原告依據勞動法令、侵權行為之規定，請求被告給付如附表編號2至6所示之金額，並無理由，因反訴被告以系爭契約保障第一年底薪3萬7000元同意給付報酬差額1萬6840元，為反訴原告所不爭（見本院卷第25頁），據此，反訴原告請求反訴被告給付報酬差額1萬6840

元，為有理由，逾此部分，應予駁回。

三、按給付無確定期限者，債務人於債權人得請求給付時，經其催告而未為給付，自受催告時起，負遲延責任。其經債權人起訴而送達訴狀，或依督促程序送達支付命令，或為其他相類之行為者，與催告有同一之效力；遲延之債務，以支付金錢為標的者，債權人得請求依法定利率計算之遲延利息，民法第229條第2項、第233條第1項前段分別定有明文。又應付利息之債務，其利率未經約定，亦無法律可據者，週年利率為5%，亦為同法第203條所明定。本訴被告於114年11月10日收受支付命令狀繕本，有卷附之送達證書可按(見支付命令卷第59頁)、反訴被告於115年3月27日收受民事答辯狀繕本有卷附之送達證書可按(見板小卷第92頁)，因此，本訴原告請求本訴被告應自114年11月11日起至清償日止、反訴原告請求反訴被告應自115年3月28日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息，應屬有據。

戊、綜上述，原告依系爭契約第5條第4項之約定，請求被告給付如主文所示。反訴原告依據勞動法令、侵權行為提起反訴，請求反訴被告給付如主文所示，為有理由，逾此部分，應無理由，應予駁回。

己、本訴部分:本判決所命給付未逾50萬元，依據民事訴訟法第389條第1項第5款之規定，依職權宣告假執行。就反訴部分，法院就勞工之給付請求，為雇主敗訴之判決，應依職權宣告假執行，前項請求，法院應同時宣告雇主得供擔保或將請求標的物提存而免假執行，為勞動事件法第44條第1 項、第2項所明定。本件判決為反訴被告即雇主敗訴之判決，依據前開規定，並依職權宣告假執行及免為假執行之宣告。

庚、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及其餘爭點，核與判決結果無涉，爰不一一論述。

辛、據上論結，原告之訴為一部有理由、一部無理由，反訴原告之反訴為一部有理由、一部無理由，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　8　　月　　18　　日

勞動法庭　　法　官　徐玉玲

以上正本係照原本作成。

如不服本判決，應於送達後20日內，向本院提出上訴狀，並表明上訴理由（上訴理由應表明一、原判決所違背之法令及具體內容。二、依訴訟資料可認為原判決有違背法令之具體事實。），如於本判決宣示後送達前提起上訴者，應於判決送達後20日內補提上訴理由書（須附繕本），如未於上訴後20日內補提合法上訴理由書，法院得逕以裁定駁回上訴。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　8　　月　　18　　日

書記官　丁柔方

附表

編號	請求項目	請求金額
1	再培訓時間之工資 113.8.28-113.9.18 113.12.20-113.12.26(共29日)	35766
2	溢扣工資	1000
3	提繳勞工退休金	10076
4	資遣費	6845
5	勞保費	7890
6	健保費	2372
	以上合計	63949