最高法院民事判決

111年度台上字第7號

上　訴　人　遠雄人壽保險事業股份有限公司
法定代理人　孟嘉仁
訴訟代理人　葉張基律師
　　王俊翔律師
　　林韋甫律師
　　白佩鈺律師
被上訴人　吳寅正
　　周志銘
　　張志明
共　　同
訴訟代理人　劉志鵬律師
　　陳文靜律師
　　賴怡欣律師

上列當事人間請求給付薪資等事件，上訴人對於中華民國110年9月28日臺灣高等法院第二審判決（108 年度重勞上字第56號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決除假執行部分外廢棄，發回臺灣高等法院。

理　由

一、本件被上訴人主張：伊分別自民國86、87年間起受僱於上訴人，擔任保險部收費科（下稱收費科）之收費服務人員（下稱收費人員）。上訴人於106 年間決策裁撤收費科，乃於同年4 月10日召開北區「收費同仁資遣預告作業會議」（下稱系爭會議），向包含伊在內之員工說明分二批資遣人員，伊均被列入同年12月31日之資遣名單。同年8 月間上訴人洽詢伊有無意願調職至理賠部，伊固有填寫工作意願調查表，表明願意轉職，然均同時表明拒絕接受不利益變更之勞動條件。被上訴人吳寅正、張志明於上訴人告知薪資會調降時，即表明不同意，被上訴人周志銘則於106 年11月30日接受理賠部主管面試後經告知未經錄取而作罷，是伊填寫之工作意願

調查表事後均因雙方之意思表示不合致而未成立，則上訴人於系爭會議對伊所為之資遣預告（下稱系爭資遣預告）仍屬有效；上訴人並於同年12月1 日以電子郵件通知伊得開始請謀職假。嗣上訴人未經伊同意，於同年12月27日通知將吳寅正、周志銘調至理賠部擔任專員，張志明調至團險暨意外健康險部意外暨健康險科擔任推展專員，生效日為107 年1月1日（下稱系爭調職命令）。因系爭調職命令對伊之薪資產生不利益變更，伊均表明不接受該勞動條件，並在預告期間謀定新工作，足見上訴人於系爭資遣預告後，未經伊同意，恣意變更伊職務及翻悔已預告終止之意思表示，顯係為規避給付資遣費之義務，具有不當之動機及目的，更有違誠信，屬權利濫用，其調職依法無效，是兩造間之勞動契約應於 106年12月31日終止。則上訴人嗣以伊未配合其所稱之調職為由，於107年1月25日通知依勞動基準法（下稱勞基法）第12條第1項第6款規定，終止兩造間之勞動契約，自不生效力，上訴人仍應依法給付資遣費，並應發給非自願離職證明書等情。爰依勞基法第17條、勞工退休金條例第12條、就業保險法第11條第3 項規定，求為命上訴人給付吳寅正新臺幣（下同）283萬900元、周志銘279萬9500元、張志明388萬6768元，及均加計自107年1月31日起算之法定遲延利息，並開立非自願離職證明書之判決。嗣於原審就請求給付資遣費部分擴張聲明，求為命上訴人再給付周志銘22萬8889元、張志明19萬5562元，及均加計自107年1月31日起算法定遲延利息之判決。

二、上訴人則以：被上訴人原任職於伊收費科，擔任收費人員，嗣又依伊行政人員展業辦法，經業務員資格測驗合格後，而分別登錄伊公司擔任保險業務員，按所招攬之實收保險費計發承攬報酬，是兩造間之勞務給付契約，同時存在屬勞動契約之收費人員關係及屬承攬契約之保險業務員關係。因伊預定於106 年底將公司到府收費之保戶件全數轉為自行繳費件，乃決定裁撤收費科，並計劃依勞基法第11條第4 款規定終

止雙方間收費人員之勞動契約，遂召開系爭會議。伊於該會議僅係說明可能資遣之法律關係暨資遣費計算及調職之處理方式，並無對被上訴人為資遣之意思表示。縱認伊於該會議為資遣預告之意思表示，依勞基法第11條第4 款規定，應為附條件之預告資遣，即在伊未踐履該法條所定「安置義務」之法定要件前，該資遣預告不發生效力。伊嗣於106 年11月15日向被上訴人調查有無轉任伊公司其他職位之意願，被上訴人均填回工作意願調查表，各自表明請求調任理賠或服展人員、理賠人員、團險服務專員。伊在確定有無適當工作可供安置被上訴人前，為避免耽誤其職涯安排，仍准其可請謀職假，同時並依其轉任工作職務之意願安排各該職位之面談，嗣伊將其分別調任理賠人員、團險服務專員，並先後於106年12月25日、27日通知其自000年0月0日生效；伊既已對其為安置，且其新職位之工資等勞動條件，較其收費人員之基本薪資優渥，並未有不利之變更，符合勞基法第10條之1 規定，然其竟拒不至新單位報到提供勞務，伊自得依勞基法第12條規定，終止兩造間收費人員之勞動契約，被上訴人請求伊給付資遣費，顯屬無據。縱認系爭調職不合法，被上訴人得主張之權利應為要求留任原職或主張雇主有違法情事而終止勞動契約後，依勞基法第14條第1項第6款規定請求給付資遣費，不得主張因調職違法而逕請求伊將其資遣，是其依勞基法第11條第4 款及第17條規定，請求給付資遣費，自無理由。又如認伊確有給付資遣費之義務，因被上訴人為伊招攬保險商品所領取之業務獎金（下稱系爭業務獎金），性質上係屬承攬報酬，於計算其資遣費之平均工資時，不應將系爭業務獎金及自繳獎金一併計入；且其惡意衝高招攬106 年11月保險之業績，純係為於106 年12月將系爭業務獎金算入平均工資，顯係以惡意之方法獲致利益，屬權利濫用，並違反誠信原則等語，資為抗辯。

三、原審廢棄第一審所為被上訴人敗訴之判決，改判如其聲明，並判准周志銘、張志明之擴張聲明，無非以：吳寅正、周志

銘、張志明依序自87年8月25日、86年3月3日、86年8月4 日起任職於上訴人收費科，擔任收費人員，並分別簽立「中興人壽保險股份有限公司行政人員任職同意書」，另分別於90年6月20日、86年3月31日、92年8 月22日登錄為上訴人之保險業務員。上訴人預定於106 年底將到府收費之保戶件全數轉為自行繳費件，決定裁撤收費科，乃召開系爭會議，該會議紀錄記載上訴人將於同年12月31日資遣包含被上訴人在內之員工共16人，依據為勞基法第11條第4 款規定。參諸與會同仁簽名單、證人即上訴人前員工楊文和之證述，及上訴人員工顏秀敏於同年12月27日說明會之陳述，被上訴人均參加該次會議，上訴人並已說明資遣費計算及謀職假等事項。應認上訴人已於該日向被上訴人為依上開規定資遣，並預告期間於同年12月31日屆至之意思表示。上訴人雖又於同年11月15日召集被上訴人，調查有無轉任其他職位之意願，然仍再於同年12月1 日通知被上訴人可開始申請謀職假。顯見上訴人於系爭資遣預告後7個多月、預告期間將屆前1個多月，為轉職意願調查，係基於尊重資遣名單之員工意願，由其填寫轉職意願及職缺，再由上訴人依面試流程決定，乃商定留用。被上訴人分於同年11月24日、28日提交之工作意願調查表，亦載明薪資待遇以目前年度平均薪資計算等語。足認上訴人於預告期間屆至前徵詢被上訴人之調職意願，已約定須得雙方合意。上訴人固於同年12月27日寄交系爭調職命令予被上訴人，通知其分別調任上訴人之理賠人員、團險服務專員，自000年0月0日生效。惟被上訴人即於106年12月29日發函表示其不同意調職，要求上訴人仍依系爭資遣預告辦理。則上訴人所為系爭調職命令既與兩造約定之合意不符，自不生效力。再者，上訴人對被上訴人所為系爭資遣合於勞基法第11條第4 款所定業務性質變更，有減少勞工之必要之情形，其於系爭資遣預告期間屆至前，所為之商定留用因雙方未達成合意而不成立，兩造間之僱傭關係於預告期間屆至時發生終止效力。則上訴人之系爭資遣預告，合於勞基法第11條第

4 款規定。兩造間之勞動契約業經上訴人依前開規定終止，即屬就業保險法第11條第3 項規定所稱之非自願離職，被上訴人自得請求上訴人發給非自願離職證明書。上訴人就系爭資遣預告，曾於106 年11月15日說明會表示，平均工資會有二個方案供選擇，方案一為列入基本薪、伙食費、收費獎金，另報聘承攬業務人員，及加發二個月離職金；方案二為列入基本薪、伙食費、收費獎金及業務獎金，但不報聘承攬業務人員。則被上訴人主張其選擇方案二，上訴人自應依約將系爭業務獎金列入平均工資計算。依上訴人所提如原判決附件（下稱附件）二所示16份保險契約，均係要保人繳納保費後經上訴人審核通過而有效成立之保單，並無解約或撤銷而須歸還業務獎金之情形。至於吳寅正招攬之保單固有5 份減額繳清，周志銘、張志明招攬之保單各有4份、6份於第2 年保費未繳而停效情形。然保險契約是否於第2 年改為減額繳清或暫停繳費，繫乎要保人個人意願，上訴人就上開要保人與被上訴人有共同詐保行為乙節，並未舉證以實其說，自難逕認被上訴人有權利濫用或違反誠信原則之情形。故被上訴人於106 年12月所領取之系爭業務獎金，自得列入平均工資計算。又吳寅正、周志銘於離職後各領得自繳獎金2 萬8000元、2萬元，係其於106年下半年度，按協助客戶從到府收費轉為辦理自行繳費件數計算之獎金，應屬其基於收費人員職務所為勞務之對價，自應列入平均工資計算，則被上訴人自得請求如附件三所示之資遣費。從而，被上訴人依勞基法第17條、第19條、勞工退休金條例第12條第1項、第2項之規定，請求上訴人給付吳寅正283萬900元、周志銘279 萬9500元、張志明388萬6768元，及均加計自107 年1月31日起算之法定遲延利息，並開立非自願離職證明書；暨於原審擴張請求上訴人再給付周志銘22萬8889元、張志明19萬5562元，及均加計自107年1月31日起算之法定遲延利息，均為有理由，應予准許等詞，為其判斷之基礎。

四、惟按雇主因業務性質變更，有減少勞工之必要，又無適當工

作可供安置，得預告勞工終止勞動契約，勞基法第11條第 4 款定有明文。是雇主因業務性質變更而有減少勞工必要，仍應先盡安置勞工義務，必無處可供安置勞工時，始得資遣勞工。至商定留用，依企業併購法第16條、勞基法第20條規定，乃新舊雇主商定留用之勞工，應徵詢該勞工是否同意留用，如該勞工不同意留用，舊雇主應依法對其預告資遣並發給退休金或資遣費，係屬不同之事業單位留用員工之規定。兩者既分屬不同之規定，各有不同之要件及規範目的，即無互相類推適用可言。查上訴人決定裁撤收費科，預定資遣被上訴人，並於106 年11月15日召集被上訴人，調查有無轉任上訴人其他職位之意願。被上訴人隨即提交工作意願調查表，載明「薪資待遇以目前年度平均薪資」等情，為原審所認定。並未發生不同事業單位留用員工之情形。原審竟謂該調查調職意願係屬商定留用，因被上訴人發函不同意調職，商定留用因雙方未合意而不生效力。兩造間僱傭關係於預告期間屆至發生終止效力，於法已有未合。又上訴人徵詢被上訴人調職意願，是否非在履行先盡安置勞工之義務。被上訴人既提交工作意願調查表，是否非表示已同意調職。而被上訴人於工作意願調查表載明「薪資待遇以目前年度平均薪資」，該薪資待遇究係其期望或須由兩造合意，尚待審酌。乃原審未遑詳查細究，徒以被上訴人另載明「薪資待遇以目前年度平均薪資」，兩造已約定上訴人之調職須得兩造合意，亦嫌疏略。又被上訴人主張106年8月間上訴人洽詢其有無意願調職至理賠部乙節，上訴人則辯稱：被上訴人均於工作意願調查表各自表明請求調任理賠或服展人員、理賠人員、團險服務專員。參以卷附工作意願調查表，伊嗣依其意願將其分別調任理賠人員、團險服務專員，應符合勞基法第10條之1 規定，伊已盡安置義務，自不生資遣之效力等語（見原審卷㈡第563至575頁），是否毫無足取，亦非無研求餘地。原審就此未詳加審究，並說明上訴人上開主張不可採之理由，遽以上述理由而為上訴人不利之判斷，不無可議。再者，上訴人

就系爭資遣預告，曾於106 年11月15日說明會表示，平均工資會有二個方案供選擇，方案一為列入基本薪、伙食費、收費獎金，另報聘承攬業務人員，及加發二個月離職金；方案二為列入基本薪、伙食費、收費獎金及業務獎金，但不報聘承攬業務人員，固為原審所是認。惟依該日會議之錄音譯文記載上訴人承辦人員黃稚雅於會中說明：「……我們想要透過這次一個機會的話，再了解一下，就是各位有無轉職意願的部分……意願調查表的部分，我會發給各位，那會有兩個選項給各位做選擇，一個的話就是願意轉職的部分……請大家再幫我們把職缺內容的部分，來做一個填寫……另外如果不願意轉職，就是以資遣方式來做處理……關於資遣的一些相關的作業流程……我這邊再跟各位做一下說明。……平均工資……會有兩個方案來供各位做一個選擇……」（見第一審卷㈠第275 頁）。似見上訴人僅係針對於該日會議中填寫不願意轉職者所提供上開兩個計算資遣費之方案。果爾，上訴人辯稱：上開二方案係收費人員最終與伊合意資遣時，伊願意給予該收費人員之優惠資遣方案。上開平均工資之計算方式，絕非伊依勞基法之義務，亦絕非被上訴人依勞基法第17條得向伊請求之權利。縱認被上訴人有向伊請求資遣費之權利，亦應依勞基法相關規定計算資遣費。又兩造間之勞務給付契約，同時存在屬勞動契約之收費人員關係及屬承攬契約之保險業務員關係；且依被上訴人所簽立之行政人員任職同意書（下稱系爭任職同意書）第五條亦載明業務傭金不在工資範圍內，故系爭業務獎金不應列入其平均工資計算等語（見第一審卷㈠第145至150頁、第197至201頁），並提出其與其他收費人員所簽訂之勞僱關係終止協議書及系爭任職同意書為證（見第一審卷㈠第159至163頁、第213至240頁），似非全然無據。此攸關倘認被上訴人得請求上訴人給付資遣費時，其數額之認定，自有再事斟酌之必要。原審未遑調查審認，逕謂上訴人應依約將系爭業務獎金列入平均工資計算資遣費，尚欠允洽。上訴論旨，指摘原判決違背法令，求予

廢棄，非無理由。

據上論結，本件上訴為有理由。依民事訴訟法第477條第1項、第478條第2項，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　111　　年　　3　　月　　17　　日

最高法院勞動法庭

審判長法官　袁　靜　文

法官　林　金　吾

法官　陳　靜　芬

法官　石　有　為

法官　許　秀　芬

本件正本證明與原本無異

書　記　官

中　　華　　民　　國　　111　　年　　3　　月　　31　　日