# 臺灣高等法院高雄分院民事判決

109年度勞上易字第83號

上　訴　人　葉姍姍
訴訟代理人　李衣婷律師
　　葉永宏律師
被上訴人　金龍彩食品股份有限公司
法定代理人　林恒妃
追加被告　鳳凰橋食品股份有限公司
法定代理人　郭南廷
上二人共同
訴訟代理人　郭振芳

上列當事人間請求給付資遣費等事件，上訴人對於民國109 年7 月27日臺灣高雄地方法院108 年度勞訴字第86號第一審判決提起上訴，並為訴之追加，本院於110 年2 月24日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

上訴及追加之訴均駁回。

第二審（含追加之訴）訴訟費用由上訴人負擔。

事實及理由

一、按於二審為訴之變更或追加，非經他造同意，不得為之。但請求之基礎事實同一、擴張或減縮應受判決事項之聲明，不在此限。民事訴訟法第446 條第1 項但書、第255 條第1 項第2 、3 款定有明文。上訴人葉姍姍於原審請求被上訴人金龍彩食品股份有限公司（下稱金龍彩公司）給付新臺幣（下同）575,543 元本息及提撥446,557 元至上訴人之勞工退休金專戶，上訴後擴張請求金龍彩公司應再給付上訴人35,906 元，並主張鳳凰橋食品股份有限公司（下稱鳳凰橋公司）與金龍彩公司間具有實體同一性，應負不真正連帶責任，故追加鳳凰橋公司為被告，並聲明：（一）原判決廢棄。（二）被上訴人金龍彩公司應給付上訴人575,543 元，及自民國108 年6 月1 日起至清償日止，按週年利率5% 計算之利息。（三）被上訴人金龍彩公司應提撥446,557 元至上訴人於勞

工保險局之勞工退休金專戶。（四）被上訴人金龍彩公司應給付上訴人35,906元，及自民事二審擴張上訴聲明狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率5% 計算之利息。（五）鳳凰橋公司應給付上訴人611,449 元，及自民事追加狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率5% 計算之利息。（六）鳳凰橋公司應提撥446,557 元至上訴人於勞工保險局之勞工退休金專戶。（七）如被上訴人金龍彩公司或追加被告鳳凰橋公司任一人已為本件全部或一部給付，則其他人就其給付數額範圍內免為給付義務（本院卷一第440 頁）。上訴人前開於第二審所為追加當事人及擴張聲明，與其在原審起訴之基礎事實同一，均係有關上訴人之資遣費、預告期間、特別休假未休之工資及提撥勞工退休金之事實，原審起訴事實及證據資料均得加以利用，且鳳凰橋公司與金龍彩公司之訴訟代理人均為郭振芳，對於鳳凰橋公司及金龍彩公司之審級利益及防禦權之保障，經核並無重大影響，依上開說明，爰於程序上准許上訴人追加鳳凰橋公司為被告及擴張聲明（上訴人追加被告達一烘焙實業有限公司部分為不合法，經本院另以裁定駁回）。

二、上訴人主張：上訴人自95年6 月19日起受僱於金龍彩公司擔任業務員，負責銷售公司產品，每日須至公司打卡記錄出勤時間，薪資結構由本薪、全勤獎金及業績獎金組成。因金龍彩公司108 年4 月1 日片面告知欲將僱傭關係變更為承攬關係，上訴人不同意，且金龍彩公司長年將上訴人之投保薪資以多報少，未足額提繳勞工退休金，又未給付特別休假未休之工資，上訴人遂向高雄市政府勞工局申請勞資爭議調解，嗣於108 年4 月25日調解不成，上訴人即以金龍彩公司有違反勞動契約或勞動法令情事，依勞動基準法（下稱勞基法）第14條第1 項第6 款規定，向金龍彩公司為終止勞動契約之意思表示。上訴人終止勞動契約後，依勞基法第16條規定，第14條第3 項、第17條及勞工退休金條例（下稱勞退條例）第12條第1 項規定，金龍彩公司應給付上訴人資遣費355,99

3元、預告期間工資59,332元，亦應依勞基法第38條第1項規定，給付特別休假未休之工資160,218元，應給付合計575,543元。又金龍彩公司於上訴人受僱期間，並未足額提繳上訴人之勞工退休金，上訴人得依勞工退休金條例第31條第1項規定，請求金龍彩公司被上訴人補提446,557元至上訴人勞工退休金個人專戶等語。請求判決：（一）金龍彩公司應給付上訴人575,543元，及自民事起訴狀繕本送達翌日即108年6月1日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息。（二）金龍彩公司應提撥446,557元至上訴人之勞工退休金專戶。（三）願供擔保請准宣告假執行。

三、金龍彩公司抗辯：上訴人於97年1月起擔任金龍彩公司業務專員，雙方約定以上訴人完成招攬彌月蛋糕等產品之業績計算獎金，作為其唯一報酬，兩造間係承攬關係，並無勞基法之適用。又上訴人為獨立自由招攬業務，不受金龍彩公司指揮、監督或懲處，上下班自由，可隨時自動休假，無須向被上訴人請假或報備，金龍彩公司亦未對其設有相關休假規定；上訴人所謂出勤打卡，實際上僅有上班時打卡，且無固定打卡時間，下班時不打卡，金龍彩公司毫不干涉上訴人何時出勤、何時離開或有無出勤。又上訴人僅為自己爭取業績獎金所得目的為業績招攬，與金龍彩公司之產品製造及行政工作等完全無關，上訴人不需為金龍彩公司接聽客戶電話，亦不需處理公司與客戶間因產品品質、出貨情形、貨款給付等衍生之糾紛。況上訴人除招攬金龍彩公司之產品外，並有自行從事胎毛筆業務，金龍彩公司亦無權干涉此等常態性兼職行為，益徵雙方係屬承攬關係而非僱傭關係。況上訴人先前生病住院期間，亦自行委託訴外人林○凌代其執行業務，嗣於108年4月8日以存證信函離職後，仍委託訴外人胡○華代為處理業績，繼續委託他人代其執行業務，此等可另覓他人替代執行業務之情形，顯與民法第484條規定僱傭關係禁止由他人代服勞務之情形迥異。綜上，兩造間係屬承攬契約關係，並無勞基法規定之適用。另上訴人將非屬工資性質之

業務獎金誤置為工資，主張金龍彩公司高薪低報，而請求補提撥勞工退休金，顯然無據。此外，倘認金龍彩公司有構成勞基法第14條第1項第6款規定事由，上訴人應自知悉起30日內主張，上訴人顯然已逾法定期間等語。

四、經原審判決上訴人全部敗訴，上訴人不服而提起上訴，並擴張請求及追加被告鳳凰橋公司，上訴及擴張聲明：（一）原判決關於駁回上訴人後開第二、三項之訴部分廢棄。（二）金龍彩公司應給付上訴人575,543元，及自108年6月1日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息。（三）金龍彩公司應提撥446,557元至上訴人於勞工保險局之勞工退休金專戶。（四）金龍彩公司應給付上訴人35,906元，及自民事二審擴張上訴聲明狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息。對追加被告鳳凰橋公司之聲明：（一）鳳凰橋公司應給付上訴人611,449元，及自民事追加狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息。（二）鳳凰橋公司應提撥446,557元至上訴人於勞工保險局之勞工退休金專戶。（三）如金龍彩公司、鳳凰橋公司任一人已為本件全部或一部給付，則其他人就其給付數額範圍內免為給付義務。金龍彩公司及鳳凰橋公司則答辯聲明如主文所示。

五、協商整理兩造不爭執事項及本件爭點：

（一）兩造不爭執事項：

1、上訴人於95年8月31日由達一烘焙實業有限公司投保勞工保險，於97年3月3日退保，並自95年8月至96年8月提繳勞工退休金。又於97年1月30日至102年7月18日、104年3月3日至108年1月1日由金龍彩公司投保勞工保險，並自97年1月至102年7月、104年4月至108年1月提繳勞工退休金。其間於102年7月19日至104年3月2日由鳳凰橋公司投保勞工保險，並自102年7月至104年2月提繳勞工退休金。

2、上訴人擔任業務員，負責銷售公司產品。自105年3月以後

，上訴人每月「薪資」及「全勤」及「彌月業績達成獎金」類別依照105 年1 月20日公布之業務專員薪獎規定計算，另外彌月類產品業績獎金以成交金額6.6% 計算。

3、金龍彩公司於107 年10月至108 年3 月，因契約關係而給付給上訴人之金額，分別為：107 年10月59,238元、107 年11月48,924元、107 年12月52,543元、108 年1 月71,897元、108 年2 月71,136元、108 年3 月52,255元。

4、上訴人於108 年4 月8 日以金龍彩公司為相對人，向高雄市政府勞工局申請勞資爭議調解，於同年4 月24日調解不成立，上訴人主張金龍彩公司有違反勞基法第14條第1 項第6 款事由，於108 年4 月25日終止兩造間之勞動契約關係。

（二）本件爭點：

1、兩造間之契約關係為承攬關係或僱傭關係？

2、如係僱傭關係，上訴人請求資遣費、預告期間工資、特別休假未休工資，以及補提退休金至勞工退休金個人專戶，有無理由？

六、本院之判斷：

（一）按判決書內應記載之理由，如第二審關於攻擊或防禦方法之意見及法律上之意見與第一審判決相同者，得引用之；如有不同者，應另行記載。關於當事人提出新攻擊或防禦方法之意見，應併記載之。民事訴訟法第454條第2項定有明文。本件有關兩造間之契約關係為承攬關係或僱傭關係之重要爭點，業經原審判決依據兩造之陳述、上訴人之打卡記錄、LINE對話紀錄、薪資單等證據，認定：上訴人並無固定之上下班時間，金龍彩公司亦未強制規定上訴人必須遵守固定上下班時間，請假仍屬個人決定工作時間之範疇，無庸得到金龍彩公司之准否同意，上訴人得自由安排時間、地點及方式招攬客戶，上訴人就獲取其報酬最重要之因素即客戶群，享有高度自主性，且工作成果並無須上訴人親自提供，可另請他人代為執行後提出，金龍彩公司

並未指示達成目標之具體方式，亦未就目標達成有何監督管理，縱有提供試吃產品或限制領取數量，亦無從遽以認定為指揮監督行為，故兩造間不具有人格上從屬性。又除基本底薪之外，上訴人係依照其勞務成果計酬，所成立訂單業績金額越高，則所領取報酬越高，足見上訴人係自負收入高低之營業風險，縱有約定基本底薪，亦無礙於上訴人需自行負擔風險之認定；金龍彩公司雖有提供上訴人名片、產品目錄及試吃品，然僅係提高上訴人成立訂單之助力而已，上訴人之報酬仍賴訂單金額多寡而定，且上訴人離職後仍可領取離職前訂單成立之業績獎金，足認上訴人對金龍彩公司不具經濟上之從屬性。另上訴人之工作內容為對外招攬客戶成立彌月蛋糕訂單，此得由上訴人獨力完成，無須與同僚分工協力始得完成，故上訴人與金龍彩公司間亦不具組織上從屬性。至於金龍彩公司雖有為上訴人辦理勞工保險之事實，然尚不得僅以此遽認被保險人與投保單位間勞務契約即屬勞基法下之僱傭關係。綜上，上訴人對金龍彩公司之人格上、經濟上及組織上之從屬性極低，難認兩造間之勞務契約關係為僱傭關係等情。本院就上開爭點，有關兩造攻擊防禦方法之判斷及法律上意見，與原審判決相同，茲引用之，不再贅述。

（二）上訴人雖主張：基於勞基法保護勞務提供者之立法精神，除當事人明示成立承攬契約，或顯然與僱傭關係從屬性無關者外，基於保護勞工之立場，應為有利於勞務提供者之認定，只要有部分從屬性，即足成立勞動契約關係等語。然按民法上以有償方式提供勞務之契約，未必皆屬勞動契約，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，以判斷是否為勞基法第2條第6款所稱勞動契約（司法院大法官會議作成釋字第740號解釋理由書參照）。是兩造之契約類型，仍應就個案事實及整體契約內

容，按勞務契約之類型特徵，依勞務債務人與勞務債權人間之從屬性程度之高低判斷之，原則上應取決於勞務提供者其給付義務之著重點。因此，勞務提供者雖於某程度內必須接受勞務受領者之指示，惟從其他觀點而言，與一般獨立營業者並無差別，則仍得認定其為承攬人，此與民法第509 條承認承攬人有受定作人指示之情形相符合，此種指示並非當然使得該承攬契約轉變成為僱傭契約。經查：

1、上訴人主張：業務員有遵守上班打卡及參與業務會議之義務，如未能到會須向公司報備，公司並以上班打卡、出勤情形核算薪資、報酬等語，並提出95年4 月1 日及95年6 月8 日業務員出勤、獎金及相關作業規定為佐。金龍彩公司否認上開作業規定為兩造之勞務契約內容，且證人即已離職業務員歐○珍於本院證稱：上班要打卡，不用打下班卡，公司沒有硬性規定上午9 時要準時上班，我上班時間是10點，沒有因遲到被懲處或扣錢等語（見本院卷一第459 頁、第467 頁），核與上開作業規定內容不相符，是尚難以上開作業規定據以認定上訴人有遵守準時上班打卡及參與業務會議之義務。又依上訴人107 年11月至108 年4 月之打卡紀錄以觀，上訴人多為上午時間打卡，時間並未固定，最早為107 年11月30日上午7 時30分（見原審卷第189 頁），最晚則為108 年1 月16日中午12時許（見原審卷第189 頁），且上訴人自承未曾因此而受有懲處乙節（見原審卷第409 頁），顯見上訴人提供勞務時間未受實質拘束，亦非以其準時打卡與否作為核發全勤獎金之標準，尚難以此遽認上訴人提供勞務具有人格上之從屬性。

2、上訴人主張：金龍彩公司可指揮上訴人協助包裝商品，上訴人亦需配合處理客訴等語。然證人歐○珍於本院證稱：我們要給客戶試吃的家訪蛋糕，有時候可能因為比較忙或是機器壞掉了，我們就要全部一起在公司包蛋糕，有時候遇到中秋佳節或年節時，就需要人手多一點，幫忙捲糖果或組合月餅，但沒有硬性規定；發生客訴時，如果數量少

一點我們可能就會在附近自己買一些油飯拿給客人，如果數量多的話，可能就會陪同公司提個禮盒去道歉或是金錢賠償，處理過程中是否證人單方面出面即可要看狀況，我們如果是在跑單當中，就要請示經理，請他們第一時間先過去，嗣後我們還會再到場等語（見本院卷一第460頁至第461頁）。足認上訴人係協助包裝用以招攬的試吃蛋糕，金龍彩公司亦未強制要求協助包裝節日禮盒，上訴人縱有提供上開勞務，亦與其取得之勞務報酬無關；又遇有自己所招攬客戶客訴時，因涉及自己招攬之業績，需自行負責處理或協助公司處理，此在承攬關係下之業務員亦屬正常，是尚難以上訴人有協助包裝或處理客訴，即據此認定係基於金龍彩公司之指揮監督而提供勞動契約所生勞務。

3、上訴人主張：有受直屬主管顏淑貞或總經理郭振芳之指揮監督，金龍彩公司並設有工作規範限制及懲罰等語，並提出公司相關公告為佐（見本院卷一第73頁至第79頁、卷二第173頁至第175頁）。然上訴人為金龍彩公司之業務員，負責銷售公司產品，並以公司業務員名義在外招攬業務，金龍彩公司出於維護自家公司商譽、增進業績、管理便利、協助業務員或維持業務員間公平等原因，均有發布管理規範、指導行政流程或進行懲罰之必要，是上開公告內容雖有指示行政流程、管理規範、罰則或終止契約原因，此在一般承攬契約亦常有此類指示或管理之約定，尚難據此即認定屬於勞動契約之人格從屬性。從而，上訴人雖於某程度內必須接受金龍彩公司之指示，然此種指示並非當然使得承攬契約轉變成為僱傭契約，仍應就個案事實及整體契約內容，依上訴人提供勞務之給付內容，判斷兩造間勞務契約之類型。

4、上訴人主張：上訴人提供之試吃品為金龍彩公司所生產及供給，金龍彩公司亦曾對上訴人領取之試吃品數量作限制，金龍彩公司亦負責印製名片及宣傳文宣，並曾補助手機及門號電信費，足認具有經濟上從屬性等語。然上訴人除

基本底薪之外，上訴人係依照其勞務成果計酬，所成立訂單業績金額越高，則所領取報酬越高，足見上訴人係自負收入高低之營業風險，縱有約定基本底薪，亦無礙於上訴人需自行負擔風險之認定，已如前述。又金龍彩公司雖有提供上訴人名片、產品目錄、試吃品及手機、門號補助，然上訴人所領取之報酬主要係依照所招攬成立之訂單業績金額，係自負收入高低之營業風險，雖因上訴人身為負責銷售公司產品之業務員，並以公司業務員名義在外招攬業務，縱然金龍彩公司提供名片、產品目錄、試吃品使用或補助手機、門號費用，亦僅係協助上訴人提升業績之方式或恩惠，並未使得上訴人無須自行負擔收入高低之風險，尚難據此即認上訴人與金龍彩公司具有經濟上之從屬性。

5、上訴人主張：金龍彩公司可指揮監督上訴人協助包裝彌月蛋糕，上訴人亦需配合處理客訴，且與其他業務員招攬業務、核算業績之區域範圍有所劃分，與其他部門或員工有分工合作之關係，具有組織之從屬性等語。然查，上訴人主要係依照成立訂單業績核算報酬，主要提供勞務之內容即為對外招攬客戶成立訂單，得由上訴人自由決定招攬時間、方式，且能獨力完成，無須與同僚分工協力始得完成，故不具有組織上從屬性，已如前述，縱上訴人有協助包裝彌月蛋糕及配合處理客訴，並有其他公司員工協助試吃、訂單、出貨等事宜，亦僅係增加自己業績或行政上之協助，無礙上訴人係以獨力對外招攬客戶成立訂單以獲取報酬之認定；而劃分與其他業務員負責之區域範圍亦僅係避免同公司之業務員不當競爭或影響公司權益，尚難以上開情事即認上訴人已被納入金龍彩公司之生產組織與經濟結構體系內，並與同僚間居於分工合作之狀態。

6、至於上訴人主張：金龍彩於108年4月1日前從未明示兩造間為承攬關係，又可片面強制調動業務員轉任門市部人員，具有單方調職命令權，且曾與上訴人協商關於「特別休假」及「提撥退休金」等事宜，應認兩造間為勞動契約

等語，並提出107 年11月19日員工勞資會議、108 年4 月1 日全體業務員開會議案、108 年4 月19日業務員勞動協商會議、勞資爭議調解記錄等為證（見原審審勞訴卷第19頁、第43頁至第48頁）。然依上開會議記錄內容觀之，金龍彩公司原係認定公司與業務員間之勞務關係為承攬契約關係，係因金龍彩公司與業務員產生勞資爭議且遭檢舉，為釐清及解決相關勞資爭議，才會召開上開會議及進行協調，無從以上開會議之經過或內容據以認定兩造間之勞動契約，仍應就個案事實及整體契約內容，依上訴人提供勞務之給付內容，判斷兩造間勞務契約之類型。另上訴人又舉勞動部勞工保險局於108 年6 月6 日保納行一字第10860194261 號函，主張主管機關查核發現金龍彩公司有未覈實申報上訴人投保薪資、提繳勞工退休金等情事而依法裁罰在案（見本院卷一第281 頁至第282 頁）。然按行政機關依其職掌所為之處分或認定，法院於審判案件時，本不受其拘束，仍應依其獨立確信之判斷，認定事實及適用法律，是上開函文不影響本院就兩造間契約性質所為之認定。

（三）綜上，上訴人提供勞務之主要內容為對外招攬客戶成立訂單，得由上訴人自由決定勞務提供之方式及招攬時間、方式，且能獨力完成，無須與同僚分工協力始得完成，另其提供勞務之對價主要係以其對外招攬訂單之成立及訂單金額作為計算報酬之基礎，應認屬於承攬關係。

七、綜上所述，上訴人主張兩造間為僱傭契約關係，請求金龍彩公司給付資遣費、預告期間工資、特別休假未休工資、補提退休金，以及請求追加被告鳳凰橋公司亦應給付上開金額，均無理由。故上訴人依據契約之法律關係，於原審請求金龍彩公司給付575,543 元之本息以及提撥446,557 元至上訴人退休金專戶，均為無理由，應予駁回；又上訴人之訴既經駁回，其假執行之聲請亦無理由，應併予駁回。原審為上訴人此部分敗訴之判決，及駁回其假執行之聲請，並無不合。上

訴意旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應予駁回。又上訴人擴張請求金龍彩公司應給付上訴人35,906元本息，以及追加請求被告鳳凰橋公司給付611,449 元本息，及提撥446,557 元至上訴人退休金專戶，亦無理由，均應予駁回。

八、據上論結，本件上訴及追加之訴均無理由，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　110　　年　　3　　月　　17　　日

勞動法庭

審判長法　官　謝靜雯

法　官　洪能超

法　官　邱泰錄

以上正本證明與原本無異。

本件不得上訴。

中　　華　　民　　國　　110　　年　　3　　月　　17　　日

書記官　洪以珊