

# 報酬計算方式與勞動契約之認定

吳哲毅\*

## 壹、前言

雖我國法院在判決中經常使用「勞動契約」一詞，然勞動契約並非我國民法上之有名契約。其定義雖在勞動基準法（下稱「勞基法」）第2條第6款設有規定：「勞動契約：謂指約定勞雇關係而具有從屬性之契約。」，但並未論及其與民法上有名契約之關係。

民法上居主要地位且常被相互比較之勞務給付契約，分別為僱傭、承攬及委任契約。僱傭契約於民法第482條：「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。」，承攬契約於民法第490條：「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。」，委任契約於民法第528條：「稱委任者，謂當事人約定，一方委託他方處理事務，他方允為處理

之契約。」，分別設有定義性規定。

依民法學者之整理，僱傭契約與其他二者之主要區別為：勞務之給付本身即為標的，無須完成工作或達到處理事務之目的；原則上受僱用人指揮監督，不具獨立性，其他二者則具獨立性或一定之獨立裁量權限；勞務之提供具有專屬性，必須親自供給勞務<sup>1</sup>。接著，民法學者將適用勞動法規定的僱傭契約，與一般僱傭契約相區隔，稱之為特殊僱傭<sup>2</sup>。與特殊僱傭概念相似或相同的，即應屬勞基法及實務判決中所使用之「勞動契約」。

實務見解如最高法院89年度台上字第1620號判決，亦明確區分承攬契約與勞動契約<sup>3</sup>。然而，實際判斷時，二者之區分則有相當之困難，尤其是個案中是否存在承攬契約所需具備之獨立性，常常只是程度上之不同，或許因為如此，相關之判斷有相對仰賴報酬之給付、計算方式之傾向，亦即，是否是以工

\* 本文作者係國立臺灣大學法律學院法律系碩士

註1：參劉春堂（2014），《民法債編各論（中）》，第30-31、145頁，自版；邱聰智，姚志明修訂（2008），《新訂債法各論（中）》，第50、206頁，元照。

註2：參劉春堂，同前註，第5頁；邱聰智，姚志明修訂，同前註，第17頁。

註3：最高法院89年度台上字第1620號判決：「按勞動基準法所規定之勞動契約，係指當事人之一方，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。而承攬，係謂當事人約定，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。前者，當事人之意思以勞務之給付為目的；其受僱人於一定期間內，應依照雇主之指示，從事一定種類之工作，即受僱人有一定雇主；且受僱人對其雇主提供勞務，有繼續性及從屬性之關係。後者，當事人以勞務所完成之結果為目的；其承攬人只須於約定之時間完成一個或數個特定之工作，既無特定之雇主，與定作人間尤無從屬關係，其可同時與數位定作人成立數個不同之承攬契約。故二者並不相同。」。

作之完成給付報酬。然而，勞動契約之判斷，目的常在於確認有無勞動法，尤其是勞基法之適用，而報酬之給付、計算方式與勞動法適用之間，是否具有合理連結，恐有從勞動法之觀點加以檢討、確認之必要。

尚且，在勞基法第2條第3款關於工資之定義中：「三、工資：謂勞工因工作而獲得之報酬；包括工資、薪金及按計時、計日、計月、計件以現金或實物等方式給付之獎金、津貼及其他任何名義之經常性給與均屬之。」，包含「計件」之計酬方式，而此類工資要如何與以工作成果為對價之承攬報酬相區隔，亦不明瞭。

## 貳、勞動契約之判斷基準

在實務上，最高法院81年台上字第347號判決為首次針對從屬性內涵進行說明的最高法院判決，係極具代表性之判決<sup>4</sup>，該判決維持了下級審<sup>5</sup>見解，對於勞動契約之認定說明如下：「一般學理上亦認勞動契約當事人之勞工，具有下列特徵：（一）人格從屬性，即受雇人在雇主企業組織內，服從雇主權威，並有接受懲戒或制裁之義務。（二）親自履行，不得使用代理人。（三）經濟上從屬性，即受雇

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。（四）納入雇方生產組織體系，並與同僚間居於分工合作狀態。勞動契約之特徵，即在此從屬性。」，而對於從屬性與勞動契約成立之間的關係，說明如下：「又基於保護勞工之立場，一般就勞動契約關係之成立，均從寬認定，只要有部分從屬性，即應成立。足見勞基法所規定之勞動契約，非僅限於典型之僱傭契約，只要該契約具有從屬性勞動性格，縱有承攬之性質，亦應屬勞動契約。」。

近來，以「保險業務員與其所屬保險公司所簽訂之保險招攬勞務契約，是否為勞基法第二條第六款所稱勞動契約。」為爭點，在行政法院、民事法院見解歧異之背景下，司法院公布釋字第740號解釋，其解釋文雖僅係針對保險業務員與其所屬保險公司所簽訂之保險招攬勞務契約為說明<sup>6</sup>，但在其理由書中，則直接對於勞動契約提出判斷基準：「勞基法第二條第六款：『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

註4：參臺灣勞動法學會編（2013），《勞動基準法釋義——施行二十年之回顧與展望》，2版，第60頁，新學林；林更盛（2017），〈勞動契約〉，《勞動法文獻研究——理解、分析與重構》，第1-2頁，元照。

註5：台灣高等法院台中分院80年度勞上字第1號判決。

註6：司法院釋字第740號解釋，解釋文如下：「保險業務員與其所屬保險公司所簽訂之保險招攬勞務契約，是否為勞動基準法第二條第六款所稱勞動契約，應視勞務債務人（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其報酬）以為斷，不得逕以保險業務員管理規則為認定依據。」

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。」。對於負擔業務風險之判斷，在解釋文中則舉例如是否按所招攬之保險收受之保險費為基礎計算其報酬。

綜上所述，勞動契約之判斷，目的在於確認有無勞動法，尤其是勞基法之適用，於此，其判斷基準為審查勞務給付者是否具有「從屬性」，在最高法院81年台上字第347號判決中，並未以報酬之計算基礎或方式做為判斷基準，在司法院釋字第740號解釋中，雖提及報酬之計算基礎，但是將其置於「是否負擔業務風險」此一判斷基準之下，且僅是針對保險業務員所為之舉例。

## 參、報酬計算方式之定位

接下來，本文將以「依特定工作之完成計算報酬」，以及在司法院釋字第740號解釋中，被定位其上位概念之「經濟上從屬性與業務風險之負擔」等二面向進行分析。

### 一、依特定工作之完成計算報酬

於此，本文將依實務上常因此產生爭議之案例類型，即保險業務員與運送業之司機，區分討論之。

#### （一）保險業務員

在保險業務員之案例中，關於招攬保險之報酬，絕大多數判決強調，係以工作成果為

對價，若未成功締結保險契約則無報酬，故與僱傭契約之報酬係以勞務為對價不同。如最高法院102年度台上字第2207號判決肯定下級審見解<sup>7</sup>，認為：「另上訴人〔保險業務員〕招攬保險之報酬，係按其所招攬且簽訂保險契約並已繳交之保險費計算，非以招攬保險之勞務次數計算；所招攬之保險契約如有不成立、無效事由，上訴人〔保險業務員〕應返還已領取之報酬，堪認其招攬保險之勞務與所獲報酬間，不具對價關係。」。

在司法院釋字第740號解釋公布後，最高法院106年度台上字第2945號判決，以該案中之保險業務員「須成功招攬保險契約成立並客戶繳交保險費後，始得請領報酬，以一定工作之結果或完成為要件，須自行負擔風險及成本」為由，認定該保險業務員不具經濟上從屬性，則是將報酬是否以工作之完成為計，置於業務風險負擔及經濟從屬性之內涵下。然而，過往亦有實務見解從利益歸屬的觀點出發，認為以一定工作之完成作為取得報酬之要件，與經濟上從屬性之存否無必然關聯，如臺灣高等法院100年度勞上易字第100號民事判決：「況上訴人〔保險業務員〕固可由其所成功招攬之保險，依被上訴人〔保險公司〕所實際收取之保險費，領取一定比例之報酬，惟上訴人既係為被上訴人招攬保險，則上訴人上開勞務之給付，經濟上之利益（即所收取之保費）仍歸屬於被上訴人保誠公司，是難認上訴人毫無經濟上之從屬性。」

再者，雖在勞基法第2條第3款關於工資之

註7：臺灣高等法院臺中分院100年度勞上字第16號判決。



定義中，包含「按件計酬」之報酬計算方式，但多數判決並未論及與「按件計酬」之區辨。少數論及於此之判決，如臺灣高等法院90年度勞上字第43號民事判決：「又同法〔勞基法〕第二條第三款所謂『按件計酬』之勞動契約，應指以同種或同樣生產產品的個數、件數、枚數、重量，依同一報酬率來計算工資之勞動契約。如前所述，上訴人〔保險業務員〕係依其所能招攬成功之保險件數而計算其報酬，雖不無按件計算之意，惟上訴人縱已完成招攬客戶所必要之作為（如推介或宣傳），但客戶是否因此決定訂立保險契約，完全取決於客戶單方之意思；其性質顯異於勞務之供給與工作成果常具一定比例之按件計酬勞僱關係。」，則是認為所謂「按件計酬」，勞務之供給與工作成果常具一定比例，保險契約之締結則否，仍須取決於客戶單方之意思，故與按件計酬之工資不同。

另外，除以佣金係以工作成果為計算基準而否定勞務對價性外，有判決認為保險公司

於設計商品核算保險費時，即已將佣金算入成本考量，故保險業務員所領取之佣金大部分係從其招攬之保險契約客戶所繳交保險費而來，而非保險公司所發給之薪資，以此作為保險業務員所領取之佣金，並非其提供勞務之對價的理由之一<sup>8</sup>。然亦有認為保險業務員之薪資以客戶繳交之保費為計算，僅係保險業之特性使然，不影響勞動契約存在之事實<sup>9</sup>。

在學說上，針對保險業務員之報酬係依成功簽訂之保險契約計算之特性，此報酬計算方式與契約認定是否具有關聯，過往即有肯否二說。傾向肯定者如學者林更盛認為，若保險業務員之報酬採佣金型態，以保險契約之締結以及維繫作為主要給付標準，該契約具有承攬性質，非屬勞動契約<sup>10</sup>；論者廖世昌、王俊翔亦以是否有底薪可做為判斷基準、認為若單純按件計酬可認定為承攬契約<sup>11</sup>。傾向否定者如學者林炫秋認為，義務負擔與報酬計算不同，報酬是否依工作成果而定，對勞務契約的屬性並不重要，不論是按件計酬或

註8：臺灣高等法院臺中分院94年度勞上字第6號民事判決：「保險業務員所領取之佣金，須視其經手或招攬之保險契約是否成立及客戶是否繳交保險費而定，契約如未成立或客戶未繳交保險費即無佣金，故上訴人所領取之佣金與其招攬工作並無必然之對價關係，且保險公司於設計商品核算保險費時，即已將佣金算入成本考量，故上訴人所領取之佣金大部分係從其招攬之保險契約客戶所繳交保險費而來，而非保險公司所發給之薪資，故上訴人所領取之佣金並非其提供勞務之對價，與勞動基準法第2條第3款所稱經常性給與工資有異等語資為抗辯。」

註9：臺灣高等法院臺中分院100年度勞上易字第3號民事判決：「可知被上訴人於上訴人公司任職期間，均接受上訴人之工作指示及績效考核，並約定有競業禁止條款，且如違反工作規則，上訴人得予終止聘約，顯然具有勞動契約之人格從屬性、經濟從屬性及組織從屬性等特徵，而與委任或承攬關係所有不同。至於被上訴人之薪資雖以客戶繳交之保費為計算，惟此僅係保險業之特性使然，尚不影響兩造間係有勞動契約存在之事實。」

註10：林更盛（2016），〈再論保險業務員從屬性的認定〉，《法令月刊》，67卷5期，第47頁。

註11：廖世昌、王俊翔（2011），〈論業務員與保險業間之法律關係—從法院判決與契約條款的分析出發〉，《月旦裁判時報》，7期，第62-63頁。

是以佣金計酬，都有可能是勞工<sup>12</sup>；學者楊通軒亦認為，保險業務員的佣金與業績獎金，既可能成立按件計酬的勞動契約，亦可能成立承攬契約<sup>13</sup>。

近來，針對司法院釋字第740號解釋，學者林佳和認為，將保險業務員之報酬給付方式，作為判斷是否為勞工之重要標準，有不當限縮判斷要素之疑慮<sup>14</sup>。同樣認為以報酬計算方式作為認定標準並不妥當者，尚有學者邱羽凡，其肯定黃璽君大法官之不同意見書<sup>15</sup>，認為僅以按件計酬（按招攬保險所收受之保險費為基礎計算其報酬）難以充分評價經濟上從屬性<sup>16</sup>。

## （二）運送業之司機

在否定司機為勞工之判決中，報酬之給付、計算方式常是重要的認定依據。判決中常強調按運送趟次、數量計算報酬（判決中亦常稱為「論件計酬」、「按件計酬」），或依比例抽成之方式，意味著須完成工作方得領取報酬，重視的是工作的完成而非僅為勞務的給付。如臺灣高等法院105年度勞上易

字第2號判決認為，該案中之司機「係俟完成載運工作之結果次數計算報酬，並非不計運送次數預期結果而按月給付報酬」，故非成立僱傭之勞動契約而係承攬契約，並無勞基法之適用。另如臺灣高等法院判決臺中分院108年度勞上易字第14號判決：「上訴人〔司機〕是以實際完成運送車趟之運費，以固定75%的比例按月收取報酬。則上訴人獲取報酬的原因，顯然是以給付勞務的結果為依據，此與僱傭契約只在乎服勞務，其標的為勞務之本體，僅因勞務的提出就可以獲取固定的報酬，自有不同。」。尚且，更有判決認為，縱司機領有每月固定薪資，企業僅在旺季運送量增加而為加給，仍與承攬規範意旨相符<sup>17</sup>。

少數論及勞基法上按件計酬之規定者，如前述臺灣高等法院105年度勞上易字第2號判決，則認為：「至於勞基法第2條第4項、第23條第1項雖有所謂工資按件計酬情形，但係指於具有勞務請求之從屬性及專屬性之僱傭勞動契約下，所約定工資係採按件計酬情形而言，並非謂凡其他有按件計酬情形之勞務

註12：林炫秋（2008），〈保險業務員部分工時勞動契約之探討〉，《臺灣勞動法學會學報》，7期，第21頁。

註13：楊通軒（2013），〈保險業務員勞工法律問題之探討—以契約定性為中心〉，《東吳法律學報》，25卷3期，第115頁。

註14：林佳和（2017），〈大法官統一解釋之理論與實踐——以釋字第740號解釋為核心〉，發表於：《大法官釋字第740號解釋學術研討會》，文化大學法律學系公法暨勞動法研究中心主辦，第12-14頁。

註15：「如僅因得自由決定工作時間及按所招攬之保險收受之保險費為基礎計算其報酬，即認〔非〕屬系爭規定一之勞動契約，將使勞基法規定之按件計酬無適用餘地，與勞基法第二條第一項第三款規定相違，且雇主與事實上具相當高度從屬性之勞工簽訂勞務契約時，得藉此規避勞基法強制規定之適用。」，黃璽君大法官之部分不同意見書，第6頁。

註16：邱羽凡（2019），〈保險業務員法律地位之再檢討—以釋字第740號解釋為中心〉，《月旦法學雜誌》，285期，第138-139頁。

註17：臺灣高等法院107年度勞上字第31號判決。

供給契約均屬勞基法所規定之勞動契約，併予指明。」，似認為關於按件計酬之勞務給付契約，是否為勞動契約之判斷，仍繫諸於從屬性之有無。

另一方面，在結論上認定司機為勞工之判決中，企業係按月給付薪水常是認定的依據之一<sup>18</sup>，若有最低薪資的保障或補貼，也可能以此認為已「非僅單憑每月所完成之工作結果為計算依據，而與承攬係以工作之完成而計算報酬有別」<sup>19</sup>。但除此之外，在按趟次計算報酬之案例中，亦有判決認為，按運送趟次、數量計算報酬僅是薪資計算方式，最後仍須確認有無從屬性以認定是否為勞動契約<sup>20</sup>，並常進一步提出勞基法第2條、第23條作為依據，認為即使報酬之計算係按件計酬，仍不能以此即否認該勞務給付契約為勞動契約<sup>21</sup>。

關於按件計酬之勞動契約與承攬契約的區分，有認為交通公司徵求司機時之廣告，僅記載「應徵拖板車司機」、如何「抽成」，其文義如解為按件計酬之僱傭契約，亦無不可，且非習於法律之當事人，難期待其精確認知相關法律定性，並認為「按件計酬之僱傭關係與承攬關係，不但均涉及勞務提供，且無論就按件計酬之工資計算或承攬關係之工作結果報酬給與，均與工作數量、成果攸關」，二者難以區分，應「基於勞基法保護勞務提供者之立法精神，除當事人明示兩造合意者採承攬契約外，或顯然與僱傭關係屬性無關者外，自應為有利於勞務提供者之認定」<sup>22</sup>。

### （三）小結

綜前所述，在多數認定該案之勞務給付契約為承攬契約之判決中，並未明確意識到，

註18：如臺灣高等法院101年度勞上字第56號判決、臺灣高等法院103年度勞上易字第127號判決、臺北高等行政法院105年度訴字第1490號判決。

註19：臺灣高等法院104年度勞上字第120號判決：「再徵諸上訴人每月均發給被上訴人伙食津貼3,000元，並自陳：倘司機每月運費低於3萬元時，則每月將薪資補貼至3萬元，又被上訴人所駕駛系爭車輛噸數較小，為公平計，同意每月補貼3,000元（即薪資明細上所載「補貼小車3,000」等語（原審卷第45頁、本院卷第83頁及第142頁反面），益證被上訴人所領報酬，非僅單憑每月所完成之工作結果為計算依據，而與承攬係以工作之完成而計算報酬有別，乃具有為上訴人之目的而給付勞務之經濟上從屬性。」。

註20：如臺灣高等法院高雄分院99年度勞上易字第2號判決：「上訴人雖抗辯稱被上訴人駕駛貨車運送貨物，係採按件計酬方式支領酬金，且上訴人並未幫被上訴人投保勞保、健保，足見兩造間並非勞動契約關係云云。然如前述，勞動契約以具有從屬性為其特質，兩造間就被上訴人為上訴人駕駛營業大貨車運送貨物，在人格上、經濟上、組織上均有從屬性，自屬勞動契約，要不因計算報酬之方式、或上訴人並未為被上訴人辦理勞保、健保、申報所得而有異，上訴人所辯尚非可採。」。

註21：如臺灣高等法院107年度勞上字第87號判決：「被上訴人雖辯稱上訴人係按載貨之數量計算報酬，且無送貨即無報酬，並非如日班司機係採固定報酬，而非僱傭云云，惟查依上訴人所提出之司機業績統計表（見原審卷第113頁以下）所示，夜班司機固係按所載送之盤數計算業績報酬，並劃分有責任區，其薪資並非固定而係按件計酬，然依勞基法第23條第1項規定意旨，適用勞基法之勞動契約，其約定之工資給付亦包含按件計酬，並不因約定工資係採按件計酬，且未到班即未計算報酬，即排除在僱傭之勞動契約之外，被上訴人所辯自不足採。」。

註22：臺灣高等法院高雄分院106年度重勞上字第2號判決。



在勞基法上關於工資之規定中，明確肯認按件計酬之報酬計算方式，而在論及於此的判決中，常強調的則是，並非按件計酬情形之勞務供給契約即屬勞動契約。在認定該案之勞務給付契約為勞動契約之判決中，則常以勞基法第2條第3款、第23條第1項作為依據，說明並非以工作成果給付報酬即為承攬契約。從此些判決中之說明可以看出，所謂按工作成果給付報酬或按件計酬，是否得以作為區辨承攬契約或勞動契約之基準，存在相當的疑問。學說見解基本上亦同，亦即，對於保險業務員之報酬若係依成功簽訂之保險契約計算，得否作為認定為承攬契約之依據，肯定之學說並未特別說明應如何與勞基法上之按件計酬相區分，否定之學說則是認為既可能為承攬契約也可能為勞動契約。而不管實務或學說，認為按工作成果給付報酬或是按件計酬，並無法作為判斷基準者，多認為還是要從其他事項來檢視有無從屬性。

另外，少數認為承攬契約上之按工作成果給付報酬，與勞基法上之按件計酬並不相同之判決，提出之標準則為：所謂「按件計酬」，勞務之供給與工作成果常具一定比例，保險契約之締結則否，仍須取決於客戶單方之意思，故與按件計酬之工資不同。此

一標準雖在保險業務員之案例中，乍看是可行的區辨標準，但若將此一標準放寬到運送業司機，乃至於其他常見之工程承攬契約中，則可發現，並非所有承攬契約約定之工作均會涉及第三人之單方意思，故承攬契約報酬與勞動契約之按件計酬，其差異不應繫諸於契約當事人以外第三人之同意。

從而，應進一步檢討的是，所謂按工作成果給付報酬或按件計酬，與勞動契約從屬性間之相互關係，尤其是最高法院81年台上字第347號判決中之「經濟從屬性」，以及司法院釋字第740號解釋中之「是否負擔業務風險」

## 二、經濟上從屬性與業務風險之負擔

就經濟從屬性判斷基準，可理解為，勞工不具有獨立之生產手段，而須向雇主提供勞務維生。而勞工處境如此，故在締約時與雇主係立於不對等之地位，契約內容常由雇主單方決定，此亦被認為是經濟從屬性之內涵<sup>23</sup>。因勞工須以向雇主提供勞務維生，勞動契約之中止可能影響其生存，故有必要訂定限制解僱之相關規範，而勞務對價常作為生活經濟之重要或主要基礎，故需要有工資之相關法規<sup>24</sup>。對於前述基於勞工之生存基礎而行

註23：勞動契約附合化之原因，其一為勞工因弱勢經濟地位而處於被迫訂約之狀態，另一為勞動力無法儲存且常是生活維持的唯一來源。黃越欽、黃鼎佑增修（2015），《勞動法新論》，第5版，第70頁，翰蘆圖書。

勞工與雇主間擁有的資源不平衡，若完全貫徹契約自由原則，將可能形成雇主對勞工的剝削，且契約當事人間之不對等雖不僅限於勞動契約，例如消費契約關係中亦可能存在，但勞工通常仍須背負生存上的經濟壓力，尚非消費契約中消費者的地位可以比擬，法律因而需要介入勞動契約關係，保障最低的勞動條件。臺灣勞動法學會編，前揭註4，第50-51頁。

註24：有認為我國最低工資的規範基礎在於憲法第15條工作權、憲法第153條第1項，並應將經濟社會文化權利國際公約納入我國工作權內。高稜（2018），《我國「基本工資」憲法規範基礎與內涵建構之研究》，第106-146頁，國立臺灣大學法律學院法律學系碩士論文。

生出的保護必要性，相對民法並未將勞務給付者在社會生活上之生存基處納入規範視角，勞動法則將此納入規範理念，故經濟從屬性之存在亦增強了勞工適用勞動法之必要<sup>25</sup>。

關於我國重要實務見解對於經濟從屬性之理解，整理如下表：

	經濟從屬性
最高法院81年台上字第347號判決	受雇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。
臺灣高等法院91年度勞上易字第62號判決	受僱人完全被納入僱主經濟組織與生產結構之內，即受僱人並非為自己之營業勞動，而係從屬於他人，為該他人之目的而勞動，故受僱人不能用指揮性、計畫性或創作性方法對於自己所從事工作加以影響，此乃從屬性之最重要意涵。
臺灣高等法院99年度勞上字第58號判決	勞工完全依賴對雇主提供勞務獲致工資以求生存，其經濟上雖與雇主有相當程度緊密聯絡，但企業風險由雇主負擔，勞工不負擔風險，其勞動力需依賴雇主之生產資料始能進行勞動。因其不負擔經營盈虧，只要勞工依據勞動契約確實提供勞務，雇主即有給付報酬之義務。
釋字第740號解釋	是否負擔業務風險。
「勞動契約認定指導原則」	1.勞務提供者依所提供之勞務，向事業單位領取報酬，而非依勞務成果計酬，無需自行負擔業務風險。 2.提供勞務所需之設備、機器、材

料或工具等業務成本，非由勞務提供者自行備置、管理或維護。 3.勞務提供者並非為自己之營業目的，提供勞務。 4.事業單位以事先預定之定型化契約，規範勞務提供者僅能按事業單位所訂立或片面變更之標準獲取報酬。 5.事業單位規範勞務提供者，僅得透過事業單位提供勞務，不得與第三人私下交易。
---

關於釋字第740號解釋中「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其報酬）」之判斷基準，應是源自於德國學說見解，而此從目的論出發之學說，我國有將其稱之為「自願承擔企業經營風險」者<sup>26</sup>，亦有稱之為「自願承受企業風險理論」者<sup>27</sup>。所謂自願承擔企業經營風險者，之所以願意承擔，係因其得享有企業經營上之機會或企業決定權限<sup>28</sup>，故此處之「自願」雖指勞務提供者得自由選擇契約類型，尚不包含立於締約優勢之一方當事人，藉由其優勢締約能力，使另一方實際上處於與勞工相同或類似法律地位的當事人，承擔企業經營風險，並因此失去勞動法規保護的情形<sup>29</sup>。在此情形，德國聯邦勞動法院認為，若當事人約定締結承攬契約，則需有客觀、正當之事由，否則將因規避勞動法規構成契約自由濫用而無效，林更盛贊成之，且

註25：黃程貫（2001），《勞動法》，修訂再版，第24頁，國立空中大學。

註26：林更盛（2000），〈德國法上近來對勞工概念之討論與立法〉，中華民國勞動法學會，《勞動法裁判選輯（三）》，第15-17頁，元照。

註27：楊通軒（2001），〈勞動者的概念與勞工法〉，《中原財經法學》，6期，第61-65頁。

註28：楊通軒，同前註，第64-65頁。

註29：林更盛，前揭註26，第15頁。



認為從勞動契約改定為承攬契約，而勞務給付並無重大改變時，原則上可認為雇主無客觀、正當之理由<sup>30</sup>。

從而，本文認為，釋字第740號解釋提出之「自行負擔業務風險」，必須與最高法院81年台上字第347號判決所提示之經濟從屬性內涵「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。」一併理解，所謂「自行負擔業務風險」作為判斷基準，應考量勞務給付者是否係為自己勞動，亦即有無為自己計算利益而以此形成契約內容、決定勞務給付方式，從而為自己取得獲利之機會，臺灣高等法院91年度勞上易字第62號判決所闡述之「受僱人不能用指揮性、計畫性或創作性方法對於自己所從事工作加以影響」，雖看似屬於人格從屬性之指揮監督，但在此脈絡下進行理解亦無不可。

### 三、小結——報酬計算方式非為經濟上從屬性之重要內涵

綜上所述，無論是最高法院81年台上字第347號判決中之「經濟從屬性」，或是司法院釋字第740號解釋中之「是否負擔業務風險」，報酬之給付方式並非重點，應審查的是勞務給付者是否得依自己之意思、方式取得工作成果，並充分享受該工作成果所帶來之報酬，亦即，雖需承擔業務風險，但也享

受相對應的獲利機會。在保險業務員之案例中，保險業務員是否有足夠之發揮空間，依自己所認為最適合、最有效之方式招攬保險，是否在與保險公司間之締約過程中，取得合理的報酬分配比例等，方是經濟上從屬性審查之重點。在運送業司機之案例中，則如司機是否以自有車輛載貨，一方面負擔較高之支出費用，承擔較大之風險，他方面又領取高額運費，且與企業商議之空間大，若不從企業指派之載貨任務，隨時可離去另靠行他公司賺取報酬等<sup>31</sup>，另一方面，則須注意司機是否出於自由意願成為合夥性質之靠行駕駛、或司機可能僅擁有車輛一半之所有權等<sup>32</sup>，又或雖有自有車輛，並廣泛承擔企業經營風險，但並未享受企業經營上之機會<sup>33</sup>。

### 肆、非典型契約之法律適用

雖說報酬計算方式非為經濟上從屬性之重要內涵，但按工作成果給付報酬確實仍屬承攬契約之重要特徵，此時，應如何調和民法與勞動法上觀點之不同，本文認為涉及非典型契約之法律適用。而在保險員相關案例中，保險公司常與保險業務員簽訂形式相區隔的勞動契約與承攬契約，在法院判決中亦常見區別二者之見解，故契約聯立、混合契約之法律適用問題，亦成為學說上之焦點，

註30：林更盛，前揭註26，第15-16頁。

註31：參臺灣高等法院臺南分院107年度勞上易字第18號判決。

註32：參李玉春（2015），〈靠行駕駛之法律地位——臺灣高等法院100年度勞上易字第97號判決評釋〉，《臺灣勞動法學會學報》，11期，第130-132頁。

註33：參劉育承（2017），〈從靠行反思勞動契約之判斷方式——以臺灣臺北地方法院104年度勞簡上字第5號民事判決為例〉，《中律會訊》，19卷6期，第41-43頁。

本文整理如下：

### 一、依契約聯立、混合契約等傳統非典型契約之處理模式

就混合契約之情形，學者林更盛認為，勞務提供契約，若同時包含比重相近的從屬性與獨立性勞務時，且此二部分可以適當地加以切割者，原則上僅就具有從屬性的部分，適用勞工法規<sup>34</sup>。否則，若無法分別適用個別的相關法規，為貫徹相關勞工法規之目的，似以全部適用勞工法規為宜<sup>35</sup>。係以混合契約是否可以適當切割為分界，決定適用法律之方式（決定是否適用吸收法）。學者楊通軒雖質疑切割的可能，但若以實務及其他學說認為具有切割可能作為前提，亦贊同此種見解<sup>36</sup>。

學者林佳和認為，在當事人主觀意思明確的情況，認定為複數契約關係下的契約聯立應屬妥當。若認定有混合契約之情形存在，本於勞動關係社會保護特殊性，應採取吸收法，如此操作方得簡化當事人間之法律關係。雖看似係以契約聯立與混合契約作為分界，只要屬於混合契約即使用吸收法，然而，應注意的是，氏肯認勞動法與其他契約類型規定之同時適用。<sup>37</sup>

### 二、傳統非典型契約之處理模式，實際上不可行且可能衍生不當結果

學者楊通軒認為，法院判決承認混合契約或契約聯立之效力，是以契約內容可以明確地、或適當地切割為前提，雖然理論上是可能的，但在實際的操作上要精確地切割，幾乎是不可能的<sup>38</sup>。再者，實務上明確區分的困難，使得契約當事人之一方可以藉由契約類型的選擇，從中獲取「契約漏洞」或「契約失靈」的好處，形成契約不正義的後果。因此，原則上應以單一契約說的立場，以特徵較強之契約類型，吸收特徵較弱之契約類型，成為單一的契約。此時，站在保護勞工的立場，或許以勞動契約作為主導契約，最能夠符合雙方的利益狀況<sup>39</sup>。

學者林炫秋以台北地方法院95年度勞簡上字第17號民事判決為評析對象，認為被法院歸類為僱傭契約的部分，關於其出勤、接受訓練與輔導等，屬於準備行為，係為了被歸類為承攬契約的招攬保險此一主要勞務給付做準備，故不得分割而為評價，法院認為雙方所訂契約為契約聯立應有錯誤<sup>40</sup>。另外，保險公司考核對象為保險招攬行為，保險招攬行為被認定為承攬契約，考核規定卻被不當歸類為僱傭契約之一部<sup>41</sup>。

註34：林更盛（2006），〈論保險業務員的從屬性〉，《全國律師》，10卷3期，第25頁。

註35：林更盛，同前註，第25頁。

註36：楊通軒，前揭註13，第85頁。

註37：林佳和（2015），〈勞工定義：古典還是新興問題？從保險業務員談起〉，《月旦法學雜誌》，245期，第29-30頁。

註38：楊通軒，前揭註13，第81頁。

註39：楊通軒，前揭註13，第85頁。

註40：林炫秋，前揭註12，第22-23頁。

註41：林炫秋，前揭註12，第26-27頁。

除了切割上的困難，勞務給付契約之切割，可能衍生部分工時或微量工時之相關問題。學者楊通軒認為，在混合契約或契約聯立之架構下，業務員從事勞動的時間會被擠壓，而成為部分工時勞工，甚至是工作時間極短或工資收入極低的微量工作者。這將會相當程度影響勞工的收入及生活，甚至是老年生活照護的不保<sup>42</sup>。學者林炫秋亦認為，雇主若是利用強勢的締約地位，單方訂定以減輕法律責任為目的之部分工時契約條款，依民法第247條之1之規定應為無效<sup>43</sup>。

### 三、小結——典型之承攬契約仍無勞動法之適用

綜上所述，無論是認為勞務給付契約可能明確切割之學說，或是完全否定其可能性之學說，在契約無法明確解讀為契約之聯立時，均認為基於勞動法之保護目的，應採取吸收說而適用相關勞動法令。而典型之承攬契約，非但以工作之完成給付報酬，承攬人之勞務給付過程並具有獨立性，因此，典型承攬契約中之承攬人，並不具有人格上及經濟上從屬性，或其從屬性甚低，從而，若勞務給付者之勞務給付並不具相當之獨立性，即使其報酬須待工作完成方能取得，已非為典型之承攬契約，若非可明確區分之聯立契約，而可被認定為混合契約時，依學說見解即應認定為勞動契約而適用勞動法，在審查是否為契約之聯立時，則須注意形式上之不

同契約間，其契約義務之相互關聯，而不應任由契約之一方當事人，藉由形式上之契約分割規避勞動法令之適用。最高法院81年台上字第347號判決所述：「足見勞基法所規定之勞動契約，非僅限於典型之僱傭契約，只要該契約具有從屬性勞動性格，縱有承攬之性質，亦應屬勞動契約。」，亦可理解為相同之意旨。

從而，即使認為，縱勞務給付者須待工作完成方能取得報酬，仍可能屬於勞動契約中之勞工，亦不會造成勞動契約與承攬契約間之扞格，典型之承攬契約仍無勞動法之適用，判斷之重點仍在於勞務給付之獨立性。另一方面，同樣在事務處理上具有相當之裁量權限，委任契約之受任人並非以特定工作之完成為取得報酬之條件，但若是高度參與公司經營之高階經理人，因得以參與公司決策、經營，在公司成功發展之情況下也能相當程度享受該成果，亦得以認為經濟從屬性甚低或是自行負擔業務風險，不因其報酬中具有得以固定取得之部分，即認為是勞動契約中之勞工。

### 伍、結論

依據本文之分析，在勞動契約之判斷上，勞務給付者報酬之給付、計算方式應如何定位，無論是我國學說或實務見解，均有見解歧異之狀況。若報酬得以具體的工作成果為

註42：楊通軒，前揭註13，第86-87頁。除了以此做為單一契約認定之理由外，認為根本的解決之道為課予雇主事先明確告知勞工之義務，同時透過各種途徑防止此類老年貧窮。

註43：林炫秋，前揭註12，第38頁。



計算，就一般民法上觀點，有認為，既是以工作成果做為報酬之對價，則應屬於承攬契約，但另一方面，亦有認為，勞基法上設有針對按件計酬之規定，按件計酬僅是報酬之計算方式，不影響其勞務對價性，故按件計酬之勞務契約仍可能屬於勞動契約。

對於報酬是否以工作成果為對價，本文認為，就民法上觀點，以報酬係工作成果之對價，作為認定雙方為承攬契約關係之依據，應屬正常，但就勞動法上觀點而言，並無法顯示該勞務給付者非得以不依出賣勞動力維生，而不具經濟從屬性，亦無法顯示勞務給付者在負擔業務風險的同時，享有相對應的獲利機會。另一方面，雖基本有一定額度之固定報酬，不因無具體可見的工作成果而無法取得報酬，但勞務給付者（常見者如高階經理人）若具有高度權限而得對企業經營產生影響，可享受企業良善發展帶來之利益，亦不應認為其具有從屬性。從而，經濟從屬性之有無、是否負擔業務風險等判斷，是否應繫諸於報酬給付、計算方式，本文則採否定態度，故亦無須特別區分承攬契約之按成果給付報酬，以及勞動契約之按件計酬。

或有認為所謂勞動契約之報酬即必然是以工作時間為計算，但勞基法對於工作時間為規範，乃是著重勞工之身心健康，即使以工作時間之計算對工資為規範，亦常是為達到限制工作時間之目的，如加班費之相關規

定。同時，最低工資之相關規範亦僅是最低基準，只要達到最低基準，其實雇主要以何種方式計算薪資，並未有特別之限制，另外，最低工資並非在訂定特定工作時間所對應之合理報酬，作為最低基準，其反映的較多是生活需求之保障。

至於前述立場，是否會使得承攬契約須適用勞基法，本文認為典型之承攬契約仍無勞基法之適用，並無問題。因典型之承攬契約，非但以工作之完成給付報酬，承攬人之勞務給付過程並具有獨立性，因此，典型承攬契約中之承攬人，並不具有人格上及經濟上從屬性，或其從屬性甚低，除了勞基法中少數對於承攬契約所設之規定外，基本上並無勞基法之適用。僅在被認定為混合契約時，基於勞動法之保護目的，應採取吸收說而適用相關勞動法令。

因此，雖然勞動契約之認定因考量到勞工在締約時之弱勢地位，而採取實質認定，非由雙方事前約定之書面契約為斷，但若是勞務受領者確實未對勞務給付者為指揮監督等，而使其具有從屬性的話，雙方仍為承攬契約關係，尚未限制勞務受領者此部分之契約自由，同時，若是勞務給付者事實上亦是想與勞務給付者建立承攬契約關係，而不想有勞動法之適用，或是不想負擔勞工須負擔但承攬人無須負擔的義務的話，前述之立場亦不致產生限制。（投稿日：2020年8月21日）