

論勞動契約關係與民法第188條之僱用關係——以最高行政法院108年度判字第407號判決為楔子

吳哲毅*

壹、前言

一、本案事實與爭點

在本案原告保險公司調整所屬保險業務員14人之報酬後，被告勞動部勞工保險局以其未覈實申報調整渠等月提繳工資，致未足額提繳勞工退休金，乃發函通知原告調整14人之提繳工資，並將補收短計之勞工退休金。原告不服原處分，循序提起行政訴訟。

原告保險公司主張其與保險業務員間已由單一契約關係之單約制，轉變為複數契約關係之雙約制，分別為招攬保險業務及服務客戶部分之承攬契約，以及從事業務主管行政職務部分之僱傭契約。本案之爭點在於前者，原告與所屬保險業務員間關於保險招攬勞務契約，是否應定性為勞動契約，若肯定之，則該部分契約之報酬即屬工資而須提繳相對應之勞工退休金。

二、判決理由

一審臺北高等行政法院107年度訴字第98號

判決認為，我國之勞工保險等與勞工社會福利相關之制度，企業主所負擔部分相關保險費或所為提繳，為上開制度之財務來源之一，核乃立法者本於企業主應盡勞工照顧義務之法理，實現憲法第153條社會安全政策之明文，企業主係因享受勞動成果，而生此社會責任。亦即，「雇主就從屬於自己之『手足』延伸而取得社會資源，除應就手足（勞工）負照護義務外，並應將源自於透過手足（勞工）延伸所獲取之社會資源利得，部分回饋於全體勞工安全制度，以盡其社會責任。」而可相類比之概念，則為民法第188條第1項本文之規定，結論上，認為本件應以「勞務債務人履行勞務債務時，是否與勞務債權人基於同一人格對外發生關係，以判斷是否屬於勞工退休金條例之勞動契約」。最後認定14名保險業務員對於第三人執行職務時¹，無非原告手足延伸而已，雙方為勞動契約關係，原告應提繳退休金，以履行其社會責任。

然而，二審最高行政法院108年度判字第

* 本文作者係東京大學法學政治學研究科碩士一年級

註1：關於其具體職務內容，臺北高等行政法院107年度訴字第98號判決：「至於承攬保險業務之工作內容，大致記載為：『甲方授權以乙招攬甲方公司之保險產品，並授權下列招攬行為：1.解釋保險商品

407號判決認為，前述判斷方式與司法院釋字第740號解釋理由書意旨未盡相符，且民法第188條第1項「所指之受僱人，不以事實上有僱傭契約者為限；凡客觀上被他人使用，為之提供勞務而受其監督者即屬之。」而保險業務員向第三人為招攬保險，「因此發生之保險法上權利義務均歸屬於保險公司，乃招攬保險勞務契約之特性及保險公司授與保險業務員代理權之法律效力（民法第103條、第167條參照）」，在委任契約關係中亦可看見，故而，「不宜僅以保險業務員履行勞務債務時，係基於保險公司代理人之同一人格對外發生關係，暨保險業務員從事招攬保險業務時，如有侵權行為，保險公司應負僱用人責任，作為判斷保險業務員對其所屬保險公司具有高度從屬性之理由」，認定招攬保險勞務契約為勞動契約，而將臺北高等行政法院107年度訴字第98號判決廢棄發回。

三、問題意識

本案一審判決認為，企業是否需要對為其服務的工作者擔負勞動法上之責任，其判斷與民法第188條之僱用關係為可相類比之概念，然而，二審判決認為，不得僅以企業負僱用人責任，作為判斷從屬性之理由。對於

勞動契約關係與民法第188條之僱用關係，究竟是否具有高程度之可類比性，或是在認定上基本為相互獨立之概念，二判決顯有不同之看法，但均未有完整及深入之說明。以下，本文將分別剖析勞動契約關係與民法第188條之僱用關係，以及我國相關實務見解，將二者進行比較分析，釐清二者之異同，說明二者之關聯性，以及二者在認定上可能產生不一致結果之關鍵性因素。

貳、勞動契約關係與僱用關係

一、勞動契約關係（勞工）之認定

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實務見解，係極具代表性之判決²，該判決維持了下級審³見解，認為：「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

內容及保單條款。2.說明填寫要保書注意事項。3.轉送要保文件及要保單。4.收受保險費。」是而，劉○○等14名保險業務員履行與原告間保險招攬勞務契約之債務內容，就是對於第三人執行如上之『解釋保險商品內容及保單條款、說明填寫要保書注意事項、轉送要保文件及要保單、收受保險費』等職務，且莫不基於原告代理人此同一人格地位，與第三人締結保險契約或從事締約前準備行為，因此發生之保險法上權利義務均直接歸屬於原告，如有侵權行為，當亦應由原告負連帶責任至明。」

註2：參臺灣勞動法學會（編）（2009），《勞動基準法釋義——施行二十年之回顧與展望》，2版，第60頁〔王松柏〕，新學林；林更盛（2017），〈勞動契約〉，臺北大學法律院研究中心主編，《文獻研究——理解、分析與重構》，第1-2頁，元照。

註3：臺灣高等法院臺中分院80年度勞上字第1號判決。

此從屬性。」。此判決出現後，直至司法院釋字第740號解釋出現前，最高法院或最高行政法院多在強調勞動契約與承攬、委任契約之區別，少數正面闡述從屬性內涵之判決，見解幾無不同⁴。

在高等法院相關判決中，則相繼出現臺灣高等法院91年度勞上易字第62號判決⁵、臺灣高等法院99年度勞上字第58號判決⁶等重要且具影響力之判決，拓深了既有的從屬性判斷基準的內涵⁷，其中，後者作為原因案件之一，以企業風險負擔判斷從屬性之見解，並

對司法院釋字第740號解釋產生影響。

民國105年10月21日，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，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

註4：同旨之普通法院民事判決如最高法院92年度台上字第2361號民事判決、最高法院96年度台上字第2630號民事判決；行政法院判決如最高行政法院100年度判字第2226號行政判決、最高行政法院101年度判字第368號行政判決。

註5：臺灣高等法院91年度勞上易字第62號判決：「依勞動基準法第二條第六款規定：『勞動契約：謂約定勞雇關係之契約。』，勞動契約之從屬性乃勞動契約之特色，所謂從屬性具有下列三個內涵：(1)人格上從屬性，此乃勞動者自行決定之自由權的一種壓抑，在相當期間內，對自己之作息時間不能自行支配，而勞務給付內容之詳細情節亦非自始確定，勞務給付之具體詳細內容非由勞務提供者決定，而係由勞務受領者決定之，其重要特徵在於指示命令權，例如：勞動者須服從工作規則，而僱主享有懲戒權等等。(2)經濟上從屬性，此係指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。(3)組織上從屬性，在現代企業組織型態之下，勞動者與僱主訂立勞動契約時，其勞務之提供大多非獨自提供即能達成勞動契約之目的，僱主要求之勞動力，必須編入其生產組織內遵循一定生產秩序始能成為有用之勞動力，因此擁有勞動力之勞動者，也將依據企業組織編制，安排其職務成為企業從業人員之一，同時與其他同為從業人員之勞動者，共同成為有機的組織，此即為組織上從屬性。」

註6：臺灣高等法院99年度勞上字第58號判決：「人格上之從屬指勞工提供勞務之義務履行受僱主之指示，僱主決定勞工提供勞務之地點、時間及給付量、勞動過程等，勞工對於自己之作息時間不能自行支配，僱主在支配勞動力之過程即相當程度地支配勞工人身及人格，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，在勞工有礙企業秩序及運作時得施以懲罰。經濟上從屬性指勞工完全依賴對僱主提供勞務獲致工資以求生存，其經濟上雖與僱主有相當程度緊密聯絡，但企業風險由僱主負擔，勞工不負擔風險，其勞動力需依賴僱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，僱主即有給付報酬之義務。組織上從屬性所強調者乃勞工非僅受制於僱主的指揮命令，更屬於僱主經營、生產團隊之一員，必須遵守團隊、組織內部規則或程序性規定。而判斷契約性質是否屬勞動契約，應著眼義務給付實際情形，非僅依契約名稱。又因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。」

註7：關於此二判決之影響，更詳細之分析請參閱吳哲毅（2020），《勞工概念之再構成與展望——台灣與日本之比較法研究》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文（未出版），第26-27、29-32頁。

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。」在其理由書中並一般性地認為，勞動契約應以與人的從屬性（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為判斷⁸。司法院釋字第740號解釋除對於保險業務員之案件產生影響外，亦對於保險業務員以外之工作者是否為勞工之案件產生一定之影響⁹。

另一方面，就勞動契約與僱傭契約、承攬契約等民法上勞務給付契約之關係，雖實務見解未見一致，然近期的最高法院則傾向排除委任或承攬契約屬於勞動契約的可能，或認為勞動契約即為僱傭契約，相對多數的最高行政法院判決見解亦同¹⁰。區分勞動契約與承攬、委任契約之見解，則係以勞動契約之從屬性與委任契約之裁量權、承攬契約之獨立性為區分¹¹。就保險業務員案件中招攬

保險契約之性質，在認定時，實務見解向來採取之立場亦為，究竟屬勞動契約而有勞動基準法之適用，或是屬於承攬契約而無勞動基準法之適用，基本上區隔承攬契約與勞動契約。

學說上無論是認為僱傭契約為勞動契約之上位類型¹²，或是認為勞動契約等同於僱傭契約¹³之見解，基本上均認為勞動契約與委任契約、承攬契約應屬不同契約類型。

二、民法第188條之僱用關係

關於民法第188條第1項僱用人侵權責任之成立，行為人須為僱用人之受僱人，有將此稱為「僱用關係」或「僱傭關係」者。為與僱傭契約、勞動契約相區分，本文以下以「僱用人」、「受僱人」以及「僱用關係」進行說明。

依學者孫森焱之整理，早期的學說對受僱人的意義有多種解釋。學者胡長清任受僱人

註8：司法院釋字第740號解釋理由書節錄：「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。」

註9：關於司法院釋字第740號解釋以及保險業務員之相關爭議，更詳細之分析參吳哲毅，前揭註7，第43-88頁；吳哲毅（2020），〈司法院統一解釋法律及命令之考察——從司法院釋字第740號解釋出發〉，《軍法專刊》，第66卷第4期，第145-165頁。

註10：詳細之分析請參閱吳哲毅，前揭註7，第37-41頁。

註11：如最高法院83年度台上字第72號判決、最高法院89年度台上字第1620號判決、最高法院96年度台上字第2630號判決。

註12：如黃程貫（2001），《勞動法》，修訂再版，第56頁，國立空中大學；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20、25-26、28-30頁；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46頁。

註13：如陳繼盛（主持）（1989），《我國勞動契約法制之研究》，行政院勞工委員會，第11-12頁；邱駿彥（1999），〈勞動基準法上勞工之定義〉，中華民國勞動法學會，《勞動法裁判選輯（二）》，第93頁，元照；劉志鵬（2000），〈論勞基法上之「勞工」（以經理人為檢討重點）〉，氏著，《勞動法理論與判決研究》，第20、22、32頁，元照。

係指依僱傭契約而服勞務之人；學者史尚寬認為，僱傭契約之受僱人不受僱用人之監督者非為受僱人，雖無僱傭關係，但性質相似者仍屬受僱人；學者王伯琦認為凡為他人服務者，均可視為受僱人¹⁴。

學者鄭玉波則認為受僱人與僱用人間不以存在僱傭契約為必要，只要是具有選任監督關係而服勞務者即屬之，契約、報酬之有無以及勞務之種類、期間等等，在所不問¹⁵。在雙方存在契約關係時，雖亦不問契約種類為何，但因民法第189條對於承攬契約另有規定，故應除外¹⁶，而承攬人與受僱人之區別在於，其執行承攬事項，原則上係獨立自主，並不受定作人之指揮監督¹⁷。

現今，受僱人與僱用人間不以存在僱傭契約為必要，無論是在實務上¹⁸或學說上¹⁹，可以認為已有共識，而契約、報酬之有無以及

勞務之種類、期間等等，亦多認為無關僱用人之認定²⁰。關於認定之標準，近來學說皆以最高法院57年台上字第1663號民事判例所述「客觀上被他人使用為之服務勞務而受其監督者」，進一步詮釋。對於此處之「監督」，學者王澤鑑認為，「受僱人的特徵在於受僱用人的監督，納入其組織，服從其指示。監督上的指示包括受僱人從事一定勞務的時間、地點及方式，得為概括或具體。」²¹；學者孫森焱則認為「監督係指對勞務之實施方式、時間及地點加以指示或安排。」²²，而此監督，只要僱用人得以行使即可，並不以實際上行使為必要²³。對於「監督」之內涵，實務亦與前述學說採相同見解²⁴。

另一方面，學說在民法第189條定作人之責任的說明上，多認為承攬人執行承攬事項，原則上係獨立自主，並不受定作人之指揮監

註14：參孫森焱（2014），《民法債編總論上冊》修訂版，第295頁，三民書局。

註15：鄭玉波（1983），《民法債編總論》，9版，第183頁，三民書局。

註16：鄭玉波，前揭註15，第183頁。

註17：鄭玉波，前揭註15，第187頁。

註18：最高法院57年台上字第1663號民事判例要旨：「民法第一百八十八條第一項所謂受僱人，並非僅限於僱傭契約所稱之受僱人，凡客觀上被他人使用為之服務勞務而受其監督者均係受僱人。」近來之最高法院仍持此見解，如最高法院108年度台上字第650號判決：「查民法第188條第1項所謂受僱人，並非僅限於僱傭契約所稱之受僱人，凡客觀上被他人使用為之服勞務而受其監督者，均係受僱人。」。

註19：黃立（1999），《民法債編總論》，2版，第295-296頁，元照；孫森焱，前揭註14，第295頁；王澤鑑（2015），《侵權行為法》，增訂新版，第559-560頁，自版。

註20：孫森焱，前揭註14，第295頁；王澤鑑，前揭註19，第560頁。

註21：王澤鑑，前揭註19，第560頁。

註22：孫森焱，前揭註14，第296頁。

註23：孫森焱，前揭註14，第296頁。相同見解如黃立，前揭註19，第295-296頁。

註24：最高法院81年度台上字第2686號：「且民法第一百八十八條第一項所謂受僱人，並非僅限於僱傭契約所稱之受僱人，凡客觀上被他人使用為之服勞務而受其監督者，均係受僱人（本院五十七年台上第一六六三號判例參照）。此所謂監督，係指對勞務之實施方式、時間及地點加以指示或安排之一般的監督而言。」，同旨之判決如最高法院87年度台上字第1897號判決、最高法院89年度台上字第300號判決。

督，故定作人與民法第188條之僱用人不同，毋須負連帶損害賠償責任²⁵。

對民法第189條有深入討論的為學者王澤鑑²⁶，其從比較法的觀點切入，認為此依規定係仿自日本民法第716條，而日本民法當初則係參考英美法上之判例。英美法上之僱用人對於所謂的獨立契約者（independent contractor）並不負代理責任或代負責任（vicarious liability），其原因係認為獨立契約者自己最能預防損害，並將之吸收內化於其營業成本。而日本通說強調日本民法第716條係注意規定，旨在避免在承攬事項上發生適用日本民法第715條關於使用者責任（相當於我國民法第188條僱用人侵權責任）的疑義。最後，其認為通說認民法第189條係注意規定，應值贊同，但應強調的是，立法之意旨即在與民法第188條進行區分，其重要之規範意旨有二：承攬人既具自主獨立性，基本上有預防危險及分散損害的能力，不必使定作人代負賠償責任，以保護被害人；承攬人既具自主獨立性，不受定作人的監督或指示，不應推定定作人就其定作或指示具有過失。

而不僅限於承攬人，對於所謂非屬受僱人的獨立營業者，學者王澤鑑認為係獨立自主從事一定營業之人，其特徵在於獨立執行業務，不納入他人的組織而受其監督，惟此並不排除其須受一定範圍的指示。受僱人與獨立營業者在判斷上有疑義時，應視何人得為有組織的控制及掌握其危險，並適於為保險而定。²⁷

綜上所述，即使實務與學說均認為民法第188條上之受僱人並不僅限於僱傭契約之當事人，但依學說見解，仍未及於民法189條之承攬人，而此二規定在連帶責任上所為之不同處理，其基礎在於受僱人受有指揮監督，而承攬人則係獨立自主。另一方面，民法第188條之指揮監督內容被認為是勞務時間、地點、方式之指示。

三、小結

對於過去民事判例對於民法第188條1項僱用關係之認定：「客觀上被他人使用為之服務勞務而受其監督者」，其「監督」多被認為係僱用人對受僱人勞務時間、地點、方式之指示，與認定勞動契約時所述及之人格從屬性高度相似。

在認定勞動契約時，承攬契約基本上被認為係與勞動契約相區別之契約類型，亦即，若被認定為承攬契約，則非勞動契約而原則上無勞動法之適用。民法第188條上之受僱人雖不限於僱傭契約之當事人，但仍未及於承攬契約之承攬人。從而，若認定當事人間為承攬契約關係，應非屬勞動契約關係或是僱用關係。

參、相關實務見解分析

一、保險業務員之相關案例

在保險業務員之相關案例中，除了為確定有無勞動法，尤其是有無勞基法之適用，而

註25：孫森焱，前揭註14，第305-306頁。

註26：以下，整理自王澤鑑，前揭註19，第598-603頁。

註27：王澤鑑，前揭註19，第565頁。

認定雙方是否為勞動契約關係之類型外，另一常見須認定保險公司與保險業務員間法律關係者即為，涉及民法第188條之案例類型。

然而，在此類保險業務員案例中，常見僅針對職務關聯性論述，而未特定雙方之法律關係者²⁸，在論及雙方法律關係之實務判決中，僅少數判決認定雙方為承攬關係，非屬民法第188條所稱之僱用人與受僱人關係²⁹，或在被侵權人非為一般社會交易第三人之情形，才認為保險業務員管理規則不足以認定雙方為民法第188條所稱之僱用人與受僱人關係³⁰，多數判決仍肯定僱用關係存在。相較於爭點為認定是否為勞動契約關係之案例，結論上常認為雙方就招攬保險之部分為承攬契約關係，即有所不同。

例如，作為肯定保險業務員與保險公司為

民法第188條第1項所稱「受僱人」、「僱用人」的代表性判決，最高法院94年度台上字第2243號民事判決³¹，係以保險公司之業務專員聘任書及業務員管理辦法，認定保險業務員與保險公司為僱用人及受僱人關係³²。而其維持的原審判決，係以該業務員管理辦法已載明作為獎懲、考核及晉陞依據的出勤規定，以及業務員應參加之活動，故保險公司具有管理、監督之權限，雙方屬民法第188條所稱之僱用人與受僱人關係，且認為招攬保險之佣金計算方式，係屬工作酬勞計算方法，縱係按件計酬，亦難以此認定雙方為承攬契約關係³³。

然而，就向來爭點為勞動契約認定之實務見解，一般招攬保險按件計酬之方式，在否定保險業務員為勞動契約之案例中，常是重

註28：如最高法院99年度台上字第1596號民事判決、最高法院101年度台上字第2073號民事判決。

註29：臺灣高等法院臺南分院100年度勞上字6號判決，經最高法院100年度台上字第1739號民事裁定維持。

註30：臺灣高等法院高雄分院102年度上字第6號民事判決。

註31：其判決要旨後經相當數量之下級審判決援用，直至近來之臺灣高等法院花蓮分院105年度上字第69號判決中，在涉及保險公司是否需負擔僱用人責任之判斷上，仍係援用此判決要旨。

註32：最高法院94年度台上字第2243號民事判決：「按在客觀上為他人所使用，從事一定之事務，而受其監督者，不問有無契約關係或報酬，及名稱為何，均屬民法第一百八十八條之受僱人。又受僱人侵權行為發生損害之事由，固須與受僱人執行職務有關連性，僱用人始與受僱人負連帶賠償責任，但只須僱用人在客觀上可得預防之範圍內，即足當之。查蘇存易於八十三年十月二十二日起任職於上訴人公司業務專員兼任業務經理，依上訴人公司業務專員聘任書及業務員管理辦法之約定，自屬受上訴人之監督而為其所使用之受僱人……」

註33：臺灣高等法院93年度保險上更（二）字第2號民事判決：「（六）又蘇存易於83年10月22日任職上訴人之業務專員兼任業務經理，為上訴人所不爭，依上訴人公司業務專員聘任書約定，上訴人聘任蘇存易為業務專員，依聘任契約於公司業務發展地區招攬人身保險及提供保戶服務，而聘任書附件之業務員管理辦法亦已載明上訴人對業務人員之出勤規定（為獎懲、考核及晉陞依據）、業務人員應參加之活動，有上開聘任書及其附件之業務員管理辦法（原法院外放證物）可憑，顯見蘇存易受上訴人選任，而上訴人並就蘇存易有管理、監督之權限，上訴人與蘇存易間應屬民法第188條所稱之僱用人與受僱人關係。而蘇存易就所招攬之保險應如何計算佣金，係屬工作酬勞計算方法，縱係按件計酬，亦難認上訴人與蘇存易間為承攬、居間而受僱傭關係，上訴人辯稱伊與蘇存易間並無民法第188條僱傭關係存在，不足採信。」

要的判決理由。此類判決多強調，報酬若係以工作成果為對價，則未成功締結保險契約則無報酬，與僱傭契約之報酬係以勞務為對價不同。雖按件計酬之方式在勞動契約的判斷上是否為重要基準之一，在學說³⁴與過往之實務見解³⁵上有相當之歧異，但在司法院釋字第740號解釋在解釋文明確將「按所招攬之保險收受之保險費為基礎計算其報酬」作為勞動契約判斷基準之一後，按件計酬之報酬計算方式，得做為否定保險業務員為勞工而屬於承攬人的理由，在實務上很可能逐漸形成通說。

另一方面，在認定保險公司與保險業務員是否為民法第188條第1項所稱僱用人與受雇人關係時，保險業務員管理規則常作為認定

之依據。有分列民法第188、189條後，認雙方雖簽訂有保險承攬契約書，然保險業務員係依保險業務員管理規則、保險公司所訂承攬人員約定事項及行政作業規定來提供勞務給付，並由保險公司提供辦公處所，以此認定保險業務員工作地點及內容，外觀上係處於保險公司之指揮監督下³⁶。亦有依保險業務員管理規則規定，認定保險業務員並非本於其原有專業，為所屬公司完成非該公司專業之工作，以受領報酬之人員，而是專屬於所屬公司，為所屬公司執行業務之人員，其性質非民法所定之承攬人³⁷。持此見解之臺灣高等法院高雄分院102年度上易字第123號民事判決，進一步認為保險業務員所從事者均屬事務性、勞務性之工作內容，所屬公司

註34：基本採肯定見解者如林更盛，前揭註12，第47頁；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。基本採否定見解者如參林炫秋（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；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；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45-46頁；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35：過往相關實務見解之分析詳參吳哲毅，前揭註7，第58-59、67-69頁。

註36：臺灣高等法院97年度上更（一）字第49號民事判決：「本件上訴人與郭冠宏間雖簽訂有保險承攬契約書（見原審卷，第38頁），然上訴人並未交付、指示郭冠宏應完成招攬之特定人數或金額，郭冠宏提供勞務給付時，應依保險業務員管理規則及上訴人所訂承攬人員約定事項及行政作業規定，並由上訴人提供郭冠宏辦公處所，有該承攬契約書可參，是郭冠宏工作地點及工作內容，外觀上係處於上訴人之指揮監督下。」，同旨之判決如臺灣高等法院臺中分院101年度上字第409號民事判決。

註37：臺灣高等法院97年度上更（一）字第49號民事判決：「又依保險業務員管理規則規定，業務員應由所屬公司辦理登錄、教育訓練，並應專為其所屬公司從事保險之招攬，招攬之保險種類由所屬公司指定（保險業務員管理規則第4條、第6條、第12條及第14條第1項參照），可知保險業務員並非本於其原有專業，為所屬公司完成非該公司專業之工作，以受領報酬之人員，而是專屬於所屬公司，為所屬公司執行業務之人員，其性質非民法所定之承攬人至明，上訴人抗辯其與郭冠宏之關係為承攬，難予贊同。又郭冠宏執行業務，既受上訴人之指揮監督，並為上訴人服勞務，則被上訴人主張郭冠宏為民法第188條之受雇人，上訴人為該條之僱用人，自屬可採。」

並須負「嚴加管理」之責任，顯屬於供給勞務之性質，其性質非民法所定之承攬，而為僱傭關係，進而肯認雙方屬民法第188條所稱之僱用人與受僱人關係³⁸。

相較之下，在認定是否為勞動契約關係之案例中，在司法院釋字第740號解釋出現之前，就普通法院的民事判決而言，絕大多數的判決即認為依據保險法第177條所制訂之「保險業務員管理規則」，係基於行政管理而為者，自不足據以認定保險業務員與保險公司間之契約關係即屬勞動契約³⁹，仍應視當事人約定之內容而定⁴⁰，且常援引管理規

則第3條第2項「業務員與所屬公司之勞務契約關係，依民法及相關法令規定辦理」，強調主管機關亦採相同立場。雖在過往之行政法院判決中，保險業務員管理規則在認定上常為重要之依據⁴¹，但在司法院釋字第740號解釋公布後，雖解釋文僅言不得「逕以」保險業務員管理規則為認定依據，但可以發現後續之實務見解，無論是最高法院或是最高行政法院見解，均已不再以保險業務員管理規則作為認定依據⁴²。

在僱用關係之認定上，若不以保險業務員管理規則為依據，則其說理常見簡略，有僅

註38：臺灣高等法院高雄分院102年度上易字第123號民事判決：「依保險業務員管理規則規定，業務員應由所屬公司辦理登錄、教育訓練，並應專為其所屬公司從事保險之招攬，招攬之保險種類由所屬公司指定，該規則第15條復規定：業務員經授權從事保險招攬之行為，視為該所屬公司授權範圍之行為，所屬公司對其業務員之招攬行為應嚴加管理並就其業務員招攬行為所生之損害依法負連帶責任。業務員同時登錄為財產保險及人身保險業務員者，其分別登錄之所屬公司應依法負連帶責任；前項授權，應以書面為之，並載明於其登錄證上。……。足認保險業務員並非本於其原有專業，為所屬公司完成非該公司專業之工作，以受領報酬之人員，而是專屬於所屬公司，為所屬公司執行業務之人員，所從事者係關於解釋、填寫要保書、轉送文件或其他經授權事項，均屬事務性、勞務性之工作內容，所屬公司並須負『嚴加管理』之責任，顯屬於供給勞務之性質，其性質非民法所定之承攬，而為僱傭關係。」

註39：如臺灣高等法院95年度勞上易字第26號民事判決、臺灣高等法院94年度勞上字第45號民事判決、臺灣高等法院94年度重勞上字第9號民事判決、臺灣高等法院101年度重勞上字第8號民事判決、臺灣高等法院101年度重勞上字第33號民事判決、臺灣高等法院103年度重勞上字第5號民事判決、臺灣高等法院104年度重勞上字第27號民事判決、臺灣高等法院臺中分院104年度勞上字第28號民事判決。

註40：如經最高法院95年度台上字第1175號民事判決所維持，臺灣高等法院93年度勞上更（一）字第16號民事判決：「另據保險法第8條之1、第177條規定：『本法所稱保險業務員，指為保險業、保險經紀人公司、保險代理人公司，從事保險招攬之人。』、『代理人、經紀人、公證人及保險業務員管理規則，由財政部另訂之。』，可知財政部依據保險法第177條所制訂之『保險業務員管理規則』，係基於行政管理而為者，而甲○○實際上係擔任保險法所稱之保險業務員，為兩造所是認，自不足憑上開基於行政管理所制定之保險業務員管理規則，而據以認定保險業務員與保險公司間之契約關係即屬勞動契約，自仍應視當事人約定之內容而定。」

註41：詳參吳哲毅，前揭註7，第67-68頁。

註42：如最高法院106年度台上字第301號判決、最高法院106年度台上字第2945號判決、最高法院107年度台上字第2201號判決、最高行政法院106年度判字第233號判決、最高行政法院108年度判字第407號判決。

進行抽象論述而否定雙方為承攬契約者⁴³，或僅以保險業務員一般從事招攬保險業務行為的過程⁴⁴，或輔以公司內部規定⁴⁵，即認保險業務員客觀上被保險公司使用為之服勞務並受其監督者。亦可見引用判例後，直接以「本件○○○為上訴人之保險業務員，以招攬保險為其主要業務，自屬於供給勞務之性質，而為民法第188條第1項所稱之受僱人」為其論斷者⁴⁶，或進一步以保險業務員須提供招攬保險以外之其他業務，為肯定之理由者⁴⁷。更有甚者，認為保險公司與保險業務員間之契約關係對於有無民法第188條之適用

不生影響⁴⁸。

另外，在民法第188條所稱之僱用人與受僱人關係之認定上，肯定保險業務員與保險公司間為僱傭契約關係，且出自稅法上爭議的最高行政法院93年度判字第1178號判決，頻繁地被援用，其認為：「保險業務員應由所屬公司負責其資格之登錄、訓練、管理與監督，且業務員經登錄後應專為其所屬公司從事保險之招攬，如因招攬行為所生之損害並由所屬公司依法負連帶責任，因此保險業務員與其所屬保險公司之關係，與民法之僱傭關係較為相近。」⁴⁹。然而，此最高行政法

註43：臺灣高等法院臺南分院100年度上字第159號民事判決：「按在客觀上為他人所使用，從事一定之事務，而受其監督者，不問有無契約關係或報酬，及名稱為何，均屬民法第188條之受僱人。而承攬則係當事人約定，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，兩者性質顯不相同，本件原審共同被告郭薰丞為上訴人新光人壽之業務員，其平日執行職務受上訴人新光人壽之監督，非為完成一定之工作，而由上訴人新光人壽給付報酬，與原審共同被告郭薰丞間應屬僱用人與受僱人之僱用關係，上訴人新光人壽抗辯其與原審共同被告郭薰丞間為承攬契約，非僱用關係為不可採。」

註44：臺灣高等法院高雄分院91年度上易字第45號民事判決。

註45：臺灣高等法院臺南分院102年度保險上易字第4號民事判決。

註46：臺灣高等法院97年度上更（一）字第143號民事判決：「本件甲○○為上訴人之保險業務員，以招攬保險為其主要業務，自屬於供給勞務之性質，而為民法第188條第1項所稱之受僱人，上訴人辯稱其與甲○○間僅為承攬關係，應無民法第188條規定之適用云云，顯非有據。」

臺灣高等法院97年度上字第847號民事判決：「本件戊○○為上訴人之保險業務員，以招攬保險為其主要業務，自屬於供給勞務之性質，而為民法第188條第1項所稱之受僱人，被上訴人辯稱戊○○與上訴人間僅為承攬關係，非上訴人之員工云云，尚非有據。」

註47：臺灣高等法院臺中分院102年度訴易字第46號民事判決：「（二）查被告蔡季玲擔任瑞泰人壽之保險業務員，以招攬保險為其主要業務，兼含介紹、解釋瑞泰人壽之保險商品及保險單條款，告知客戶相關應注意事項，代收保費，轉送要保書及保單等招攬保險，承保後服務等其他業務，自屬供給勞務之性質，而為民法第188條第1項所稱之受僱人。」

註48：臺灣高等法院臺南分院101年度保險上易字第3號民事判決：「被上訴人反以與陳清課間之合約限制陳清課之服務範圍，並非保戶所易辨識得知，無非企求事後卸責，並不足採為有利被上訴人之證明，故不論被上訴人公司與保險業務員間法律關係為何，依上說明，陳清課應屬民法第188條之受僱人，洵堪肯認。」

註49：如臺灣高等法院96年度上字第260號民事判決，雖臺灣高等法院96年度上字第260號民事判決遭最高法院97年度台上字第603號民事判決廢棄發回，然並非針對僱用人與受僱人關係之認定。同旨之判決如臺灣高等法院臺中分院101年度上字第409號民事判決、臺灣高等法院臺南分院98年度保險上字第10號民事判決、臺灣高等法院臺南分院103年度上字第289號民事判決。

院之見解以及援用，在判斷是否為勞動契約關係之案例類型中，則被認為不足採⁵⁰。

二、運輸業司機之相關案例

在民法第188條僱用人侵權責任是否成立之爭議案例中，亦常在「僱用關係」此一要件成為討論對象的，是運輸業中常見之車輛靠行關係。汽車運輸業所稱之「靠行」，係指汽車所有人為達營業之目的，將汽車所有權移轉於車行，便成為權利人而為管理行為之謂，應屬信託行為一種，車行即為其受託人，汽車所有人為信託人⁵¹。在臺灣經營交通事業之人接受他人靠行（出資人以該經營人之名義購買車輛，並以該經營人名義參加營運），而向該靠行人（出資人）收取費用以資營運者，並不罕見⁵²。

在相關案例中，實務見解相當強調僱用關係應從「外觀」加以判斷，如最高法院73年度台上字第2691號認為「民法第一百八十八條第一項所謂僱用人，祇須外觀上行為人係為其服勞務即足」⁵³，另如臺灣高等法院臺中分院85年度訴更（一）字第95號判決認為：「該靠行之車輛，在外觀上既屬經營人

所有，乘客又無從分辨該車輛是否他人靠行營運，乘客於搭乘時，只能從外觀上判斷該車輛係某經營人所有，該車輛之司機係為該經營人服勞務，自應認該司機係為該經營人服勞務，而使該經營人負僱用人之責任，以保護交易之安全。」並經最高法院87年度台上字第86號判決維持。

再如，最高法院77年度台上字第665號民事判決強調，民法第188條第1項係為避免被害人實際上無法獲得賠償而設之保護規定，在援用前述最高法院57年台上字第1663號民事判例之要旨後，認為該案車禍肇事車輛之駕駛，是為交通公司之受僱人，即使該車輛甚至經分租或轉租且未通知交通公司，亦不影響其結論，而其理由基本上僅為該交通公司確實接受該車輛靠行、該車輛之車體漆有交通公司名稱。

就民法第188條之僱用人侵權責任，學者孫森焱認為商號對於靠行之計程車司機，自應加已相當之監督，使不致侵害他人之權利，以維護商譽，二者之間符合「行為人須為僱用人之受僱人」要件⁵⁴。學者王澤鑑贊同最高法院77年度台上字第665號民事判決之判

註50：臺灣高等法院105年度重勞上字第7號判決：「其另執最高行政法院88年度判字第4082號及93年度判字第1178號等裁判就勞基法規定之勞動契約所為：……之法律見解，謂兩造間有類此認定之情形，應係成立勞動契約云云，亦無足取。」

註51：最高法院72年度台上字第3524號判決意旨參照。

註52：臺灣高等法院臺中分院85年度訴更（一）字第95號判決意旨參照，並經最高法院87年度台上字第86號判決維持。

註53：最高法院73年度台上字第2691號：「次查裕華公司雖否認與黃朝香有僱傭關係，惟民法第一百八十八條第一項所謂僱用人，祇須外觀上行為人係為其服勞務即足，本件裕華公司允許黃朝香駕駛靠行該公司之大貨櫃車，以該公司之名義發給所得稅扣繳憑單，並投保勞工保險，已據證人王春明證述在卷，在外觀上顯已足認裕華公司為黃朝香之僱用人，被上訴人依民法第一百八十八條第一項規定，請求裕華公司與黃朝香負連帶賠償責任，自無不合。」

註54：孫森焱，前揭註14，第296頁。

斷，並認為僱用關係之成立，乃因車輛靠行在一定程度納入該交通公司的組織，受其監督，尤其是由車行辦理保險，此乃認定僱用關係之重要基準⁵⁵。同樣是以民法第188條僱用人侵權責任為討論，學者林更盛整理實務見解後指出，實務向來肯認靠行司機為車行民法第188條上之「受僱人」，雖從民法第188條所蘊含的領域說及損益兼歸的想法而言，肯定之結論應值贊同，但實務說理上則常混淆「僱用／選任監督關係」與「加害行為與執行職務之關聯」此二要件，似非正當⁵⁶。

另一方面，在認定勞動契約的案例中，以運輸業之司機作為認定對象，因工作內容無須複雜指示、工作時間地點非固定且較難隨時監督、常以完成趟次計算報酬等，常被認定為承攬契約而非勞動契約⁵⁷。其中，前述最高法院77年度台上字第665號民事判決等關於僱用關係認定之要旨亦被引用，但多仍會進行從屬性之判斷⁵⁸。另外，在勞動契約認定時，若同時存在靠行關係，實務見解對靠行關係之定位未見一致，有認為「靠行者，在經濟上、組織上均有相當獨立性，且對被靠行公司，不具人格上之從屬性」者⁵⁹，然亦有

認為靠行關係「在客觀上足以使人認渠等〔司機〕係為原告〔交通公司〕服務受其監督，且渠等〔司機〕對原告〔交通公司〕具有組織上、人格上及經濟上之從屬性。」⁶⁰。

三、小結

雖學說與實務見解就民法第188條僱用關係之認定，在一般論上均認為「監督」係僱用人對受僱人勞務時間、地點、方式之指示，但在前揭二大案例類型中，常是以保險業務員管理規則、車輛外觀、靠行關係等作為判斷依據，即認定僱用關係存在。但同時，這二類勞務給付者在認定勞動契約之案例中，又常被認定在勞務給付過程中未受指揮監督，是為承攬契約，若是如此，似又無民法第188條之適用，而應適用民法第189條。

依此，在本文前述保險業務員與運送業駕駛的案例分析中，則可發現法院對於勞務給付者與公司間，是否為勞動契約的認定，與民法第188、189條中侵權行為人法律關係的認定，似乎有衝突或不協調之處。常常在勞工認定上成為問題，且契約性質常被認定為承攬契約之保險業務員之保險招攬契約，以

註55：王澤鑑，前揭註19，第561-562頁。

註56：林更盛（2004），〈車行對靠行司機侵權行為的僱用人責任〉，《台灣本土法學雜誌》，57期，第124、129頁。

註57：詳參吳哲毅，前揭註7，第91-104頁。

註58：在臺灣高等法院100年度勞上字第2號判決中，從屬性判斷較不明顯，而臺灣高等法院高雄分院100年度勞上易字第5號判決、臺灣高等法院高雄分院105年度勞上易字第2號判決則為從屬性之判斷。

註59：臺灣高等法院高雄分院106年度勞上易字第29號判決。

註60：臺中高等行政法院100年度簡字第116號判決：「次查，饒鴻裕、楊文華2人所駕駛之小客車係靠行於原告營業，為原告所不爭執，在客觀上足以使人認渠等係為原告服務受其監督，且渠等對原告具有組織上、人格上及經濟上之從屬性。又黃玲玲於100年2月16日接受勞工保險局人員訪查時稱，靠行司機之報酬計算方式與直接僱用之司機相同，以出車趟計算，非原告所主張渠等營業收入均由靠行司機自理，則原告與饒鴻裕、楊文華等2人成立僱傭關係已臻明確。」

及運輸業駕駛與交通公司所締結之契約，作為契約當事人之保險業務員與運輸業駕駛，卻普遍被認定為民法第188條的「受僱人」，而非以民法189條處理相關法律問題。

肆、結論——勞動契約關係與僱用關係之區辨

目前實務見解在一般論上，認為民法第188條第1項僱用關係上之「所謂監督，係指對勞務之實施方式、時間及地點加以指示或安排之一般的監督而言。」若是如此，則與認定勞動契約（僱傭契約）時所言之雇主之「指揮監督」極為相似，且即使僱用關係並不以雙方存在僱傭契約為限，但若參照民法第189條，則可發現理論上不應包含承攬契約之當事人。從而，本案之爭點雖非在於僱用關係之認定，但民法第188條第1項僱用關係之認定，相較於最高行政法院108年度判字第407號判決之見解，應如臺北高等行政法院107年度訴字第98號判決所論及，確實非與勞動契約之認定毫無關聯，且理應具有相當程

度之連動性。然而，從本文前述分析可以發現，實務對於僱用關係之認定明顯較為寬泛，且即使是常常被認定為承攬契約關係之勞務給付型態，基本上仍極有可能被認定僱用關係存在。

從而，應可認為理論與實務於此已經產生各自且相互產生牴觸與矛盾。本文認為，實務見解在判斷上可能著重於受侵權第三人之保護，因而在僱用關係此一要件上採取寬鬆的認定，但若肯認基於第三人受保護之重要性，而欲將僱用關係之認定擴及於理論上可能屬於承攬契約之類型，則可能需要透過修法，刪去民法第189條以解決此論理上之矛盾。然而，即使個案中之受侵權第三人有高度救濟之必要，仍不應完全忽視僱用人之所以應負擔連帶責任，其正當性基礎仍在於其得對於受僱人為一定之監督，而對於該風險有一定之控制程度。同時，在此基礎上，對於同一勞務給付者，民法第188條之僱用關係與勞動契約關係之認定，是否應因第三人受救濟需要之有無，而在結論上有明顯之不同，目前實務之立場應有再檢討之餘地。