

## 教學觀摩

## 民事實務見解回顧（二十九） 勞動契約之比較——論僱傭與承攬

編目：民事法

主筆人：麵律師

## 【案例 1】

甲自民國 84 年 5 月 19 日起受僱於乙保險公司，擔任保險業務員，簽有業務員契約書，每月薪資為新台幣（下同）7 萬元，契約書並約定：甲需依規定出勤、工作範圍、每週工時為 6.5 小時、工資及各類獎金之範圍、受僱期間等項目。雙方復於 96 年 7 月 30 日簽立業務員承攬契約書（下稱承攬契約），甲並親筆簽名。該契約並約定甲承攬工作範圍為招攬保險、雙方並無指揮監督關係、承攬報酬、執行承攬工作之成效未達乙公司之最低標準時，乙公司得終止本契約等規定。嗣甲之表現未達乙公司之標準，乙公司遂於 100 年 5 月 23 日發函通知甲，其依勞動基準法第 11 條第 5 款規定，預告自同年 6 月 23 日終止兩造間勞動契約。甲主張此終止勞動契約不合法，請求確認兩造間僱傭關係存在。乙公司則主張甲之薪資所列，除職務加給、晉等津貼及伙食津貼為工資外，其餘津貼均屬傭金，性質為承攬報酬，故甲乙間為承攬而非僱傭關係；退步言之，縱屬僱傭關係，乙公司並已依法終止之。試問：何人之主張有理由？

## 【案例 2】

甲為乙養生館之專業推拿師暨腳底按摩師，並簽有承攬契約，約定由乙提供場所、耗材及行政之服務空間，甲則提供專業技術服務，並採五五利潤分配抽成制，甲對此業界型態亦已知悉（其他養生館亦未替按摩師投保）。惟甲主張乙養生館採排班制，每日工作時數為 10 小時，星期六、日為 12 小時、另外工作地點及勞務給付過程均由乙之分配與指示，並受乙之指揮監督，甚至有競業禁止條款，兩造間之勞務契約性質當為勞基法第 2 條第 6 款規定之勞動契約。惟乙並未給付加班費，亦未為甲投保勞工保險並提繳勞工退休金，甲遂起訴主張依勞基法第 14 條第 1 項 5、6 款規定終止兩造間勞動契約，爰依兩造間之勞動契約及勞基法第 24 條規定，請求被上訴人給付積欠之加班費、並提撥退休金差額至甲之勞工退休金個人專戶。乙養生館則主張：兩造所締結之勞務契約性質為承攬，並不適用勞基法之規定，甲之請求於法無據。試問：何人之主張有理由？

## 【案例 3】

甲自民國 84 年 9 月 7 日起受僱於乙（於 101 年 3 月間改制前為某行政機關），從事台中港新建工程之監工建造、品質管制、工程數量統計分析、工程測量及繪圖等工作；並於同年至 99 年間每年均與乙簽訂該局聘用人員契約書（下稱聘用契約書）。因甲於 99 年 8 月 6 日涉犯貪污治罪條例案件，遭台灣台中地方法院檢察署聲請法

高點法律專班

版權所有，重製必究！

院裁定羈押，並經該署檢察官提起公訴，嗣經法院判決無罪確定。詎乙於前開該羈押日，竟以 99 年間所簽訂聘用契約書第 9 條第 3 款「乙方有下列情形之一者，甲方得隨時終止本契約：……(三)乙方有犯罪或違反社會秩序維護法之行為，經移送偵查或法院審理，或因案經拘提、逮捕、羈押或受有刑事處分者。」之約定而終止聘用契約。甲認為此項約款有違勞動基準法（下稱勞基法或本法）第 12 條第 3 款規定，應屬無效，並主張兩造間僱傭關係自仍繼續存在。乙主張甲應屬勞動基準法第 84 條所稱「公務員兼具勞工身分者」，其任免應適用公務員相關法令。又甲並非公務員，僅得依聘用條例第四條授權各機關訂定之聘用契約予以規範，其任免自應適用一年一聘定期聘用契約之約定。試問：何人之主張有理由？

【承上期《法觀人 NO. 219》】

## 伍、勞動契約與承攬契約

上期麵律師跟讀者介紹了勞動契約與委任契約之爭議，多數發生在委任經理人與公司之間，因退休或離職所衍生之退休金、資遣費等計算問題。至於另一種常見型態之案例，就是資方非典型聘用員工，以簽訂承攬契約之方式，定性兩造間之關係，但是管理監督之過程幾乎與勞動契約無異，因此往往有勞方主張此種契約型態，係資方惡意規避勞基法。此時契約之型態應如何定性？本文接續說明如下。

### 一、勞動契約之特性

上期曾經提過，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，而由他方給付報酬的契約。就其內涵言，勞工與雇主間之從屬性，通常具有人格上、經濟上、組織上之從屬性特性，由學者整理實務見解，略可將標準再細分如下。

#### (一)人格上從屬性<sup>註1</sup>

人格上從屬性，即受僱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。蓋雇主對於受僱人有分派工作、指揮監督勞務給付如何進行的權利，受僱人在勞務給付過程中欠缺自主的空間。

但是，隨著科技進步、產業升級、分工愈趨專業複雜等等情況，雇主對於生產過程已無法完全掌控，尤其對於專業技術人員更是如此，因此控制程度的強弱已不如以往具決定性。

又有認為，受僱人應親自為勞務給付，其工作時間內自無同時為他人提供服務的可能，且基於忠實義務，非工作之時間亦不宜為雇主商業

<sup>註1</sup>王松柏，〈勞動契約的特性〉，《勞動法精選判決評釋》，2014 年 4 月，頁 6 以下。

上競爭對手工作，即原則上之競業禁止，惟亦有例外，詳如後述【案例03】。

### (二)經濟上從屬性

受僱人提供職業上勞動力以換取維生的資源，其契約必屬有償，受僱人皆應定期獲得報酬。又勞務給付的過程及成果依附於雇主，構成雇主生產、經營的一部分，而非自己獨立的生產事業或商業行為；不直接承擔雇主事業經營的風險或分享其利潤，但可能因雇主之獲利而間接受益。

### (三)組織上從屬性

此指受僱人所提供的勞務，屬於雇主組織中生產、經營過程中不可欠缺的一環，受僱人若未能為勞務給付，雇主事業的正常運作，即會受到不同程度的干擾。而為了維持雇主組織的正常運作，受僱人的勞務給付具有持續性，於一定期間內必須工作相當時數。

## 二、委任契約與承攬契約之差異

承攬契約與委任契約兩者雖然均以提供勞務作為手段，惟承攬契約需有結果發生，而委任契約只需處理一定事務即可。換言之，承攬契約法律關係著重在定作人與承攬人約定，承攬人為定作人完成一定工作為標的之勞務契約，其與委任關係不同處在於，委任契約非重一定工作之完成<sup>註2</sup>。

## 三、爭議實例

實務就上開勞動契約之定性雖有標準，惟仍嫌抽象。至於在哪些具體行業別中，會產生上述定性之難題，本文以實務案例舉三種行業為例，說明如下。

### (一)保險業務員

首先是【案例01】，本題涉及保險業務員之爭議，司法院大法官並就此爭議作出釋字第740號解釋。本文簡要補充部分背景如下。保險業務員和保險公司間究竟為承攬契約抑或僱傭契約，過去因法院見解歧異，迭生爭議。尤其在最高行政法院與最高法院間，同一份契約之法律定性，竟產生兩者截然不同之見解，最高行政法院認為是僱傭契約；最高法院則認為是承攬契約，故資方才提起釋憲，尋求統一解釋。具體而言，本件爭議在於保險業務員之勞健保、退休金、資遣費等問題，故近年在保險業務員開始面臨退休問題之際，逐漸浮上檯面。

<sup>註2</sup>丁嘉惠，《個別的勞動關係法》，二版，2016年10月，頁53。

對此爭議問題，司法院釋字第740號解釋表示：「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2條第6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。」但就上開大法官所指出的標準，其實有說等於沒說。就算不能以保險業務員管理規則為依據，那究竟契約的定性應該怎麼判斷？仍未可知，事實上，負面表列的方式並不能解決問題，由【案例01】的狀況，我們就可以窺知一二。

就【案例01】題示保險業務員與保險公司間之關係，高等法院認為僱傭契約。蓋依民法第98條之規定，解釋意思表示，應探求當事人之真意，不得拘泥於所用之辭句。但當事人之真意為何，往往難以辨別。本案第一審依證人（即該契約訂約人乙公司之代理人）證言，認為甲簽署該兩份契約書時，尚難明瞭承攬契約與僱傭契約之分別；且依乙公司與甲所簽立之業務員契約書第1條、第5條約定內容，可知甲於乙公司從事之工作均屬僱傭契約範疇。至於乙公司於承攬契約第1、3條約定將招攬保險、收取第一次保險費及促成保險契約所提供之各項服務所得佣金，認屬承攬報酬而非薪資，**顯係規避勞基法工資規定**，自不足取，而認為兩造間屬於僱傭契約。

然而，題示的第二份契約，是否真為規避勞基法工資之契約？最高法院106年台上字第301號民事判決表示以下相反見解：

- 1.最高法院首先闡釋，關於保險業務員為其所屬保險公司從事保險招攬業務而訂立之勞務契約，其選擇之契約類型是否為勞基法第2條第6款所稱勞動契約，**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（保險業務員）與勞務債權人（保險公司）間之從屬性程度之高低判斷之**，即應視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報酬）以為斷，不得僅以契約所載之名稱定之。
- 2.其次，如果保險業務員就其實質上從事招攬保險之勞務活動及工作時間得以自由決定，其報酬給付方式並無底薪及一定業績之要求，係自行負擔業務之風險，則其與所屬保險公司間之從屬性程度不高，尚難認屬上開規定所稱勞動契約。

【高點法律研習班】

版權所有，重製必究！

3.又提供勞務之工作人員與契約相對人公司締結兩項合約，從事不同之業務活動，本於契約自由原則，尚非法所不許，**其性質為何（混合契約、契約之聯立或其他）？應綜合各項情形判斷之：**

(1)查甲於96年7月30日與乙公司簽立業務員契約及承攬契約，為原審認定之事實。其中業務員契約第1條約定甲擔任乙公司業務員，依規定出勤，工作範圍為續期保費收取、相關保全、理賠服務工作；第2條約定雙方同意甲每週之工作時數定為6.5小時；第3條約定甲之工資及各類獎金之範圍及給付標準；第4條約定甲受僱期間，乙公司得定期考核其工作執行績效及調整其職級等。而承攬契約第1條約定甲承攬工作之範圍為招攬保險、第一次保險費代收等；第2條約定乙公司對甲所從事招攬之行為之間，並無指揮監督關係；第3條約定甲完成承攬工作者，乙公司應依其所定報酬之相關規定給付報酬予甲；第4條約定甲執行承攬工作之成效未達乙公司之最低標準時，乙公司得終止本契約等。

(2)且**業務員契約與承攬契約均無約定該二契約具依存關係**，依上開約定，可知業務員契約約定甲每週工作時數，乙公司得對之定期考核；至承攬契約則無約定甲工作時數，且乙公司對之並無指揮監督關係，則依上說明，該承攬契約是否係勞基法第2條第6款所稱之勞動契約？即非無研求之餘地。原審未審認甲依承攬契約所從事工作之性質，**即逕依證人之證言，認該承攬契約將其招攬保險等所得認屬報酬而非薪資係規避勞基法，已嫌速斷。**

4.最後，乙公司以100年5月23日函向甲預告終止兩造間勞動契約（業務員契約）及承攬契約，倘兩造所立承攬契約，非屬勞基法第2條第6款所稱之勞動契約，乙公司以上開函所為終止意思表示，依民法第511條規定，是否不生效力？原審未釐清兩造間所立契約之性質及甲請求確認兩造間僱傭關係存在所指僱傭關係之內涵，究係僅指業務員契約，抑兼指承攬契約？即逕認其請求確認兩造間僱傭關係存在為有理由，亦有可議。故原審契約之性質尚待釐清，最高法院106年台上字第301號民事判決，似肯任兩造間屬承攬契約之性質，殊值參考。

## (二)按摩師

提到養生館與按摩師間之關係（註：麵律師先聲明是合法正常的養生館），亦隨時空演進而起了變化。早期尚未開放明眼人按摩時，按摩師

多屬個人戶，且四處與養生館合作，性質較類似於承攬關係無疑。惟當連鎖型態之養生館興起後，此種新興商業型態是否仍屬承攬契約，即有了變化。

由【案例 02】觀之，原審及第一審見解均認為此型態之契約仍屬承攬契約。

原審先定義了前提，按傳統見解，僱傭之目的僅在受僱人單純提供勞務，對於服勞務之方法毫無自由裁量之餘地<sup>註3</sup>；而承攬契約當事人，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，即僱傭與承攬二者之性質並不相同<sup>註4</sup>。故具從屬性之僱傭契約為應適用勞基法之勞動契約，應無疑義；不具從屬性之承攬契約則無勞基法之適用。

**惟社會不斷變遷，經濟活動日趨複雜，僱傭關係下之受僱人非必朝九晚五，對勞務提供之方式非全然不具創意性，承攬關係下之承攬人亦非不受定作人之指揮監督，定作人為維護工作品質，仍得訂定相關作業規範約束承攬人。在契約自由之前提下，當事人本得因應各自需求，訂定有名、無名或混合契約，規範彼此權利義務**，僅因現今就業市場中，勞務提供者多屬弱勢，無對等談判契約內容之地位，為確保勞工之權益，故制定勞基法規定最低工作條件，實務上並寬認僱傭關係之從屬性要件，藉此擴大勞基法之保障範圍，然若締約雙方已明示契約性質非僱傭契約，不受勞基法之規範，且此種權利義務之安排與公平無違，地位強勢之一方亦非意在規避勞基法之適用，則本乎民法第 148 條所揭示行使權利、履行義務應依誠實信用方法之原則，自不容契約當事人事後再行翻異，亦不容法院再為不同之認定。

### 1. 經濟上從屬性之認定

就經濟上之從屬性要件，高等法院認為乙係為確保雙方權益，乃與按摩師甲協議合作並簽署契約書，協議當時，因應雙方合作經營模式及契約內容之差異，其與按摩師間之利潤共享、拆帳比例，在合作契約及承攬契約之架構下，具有相當程度之區別。因當時坊間仍大量採行利潤分配抽成制，且抽成比例甚高，約定拆帳比例多為五五分帳，甚至高達四六分帳，遠遠高過於一般僱傭或勞動契約之範

<sup>註3</sup>最高法院 83 年度台上字第 1018 號判決意旨參照。

<sup>註4</sup>最高法院 94 年度台上字第 573 號判決意旨參照。

疇，再佐以該合約書第 6 條亦明定上訴人之勞務報酬係以服務營業額 45%至 60%之比例抽成計算，並無保障底薪或加班費，顯示依被上訴人所設計之商業模式與經營型態，被上訴人支付予按摩師之勞務報酬乃與按摩師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，而非如僱傭契約之報酬，係以在一定工時內提供勞務，不問工作有無完成為對價。

法院復認為依該契約書第 6 條既已約定，甲所得領取之報酬，係按其等實際完成之「老點」<sup>註5</sup>數量多寡計算服務營業額之抽成比例，亦即乙養生館係按甲執行服務之成果及老點數量支付報酬予甲，老點數量愈高，甲之抽成比例及所獲取之報酬數額亦愈高，此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，顯然有別，益徵兩造之合作契約實質上確非僱傭契約可比。甲並非為乙之經濟目的而為勞動，兩造間並不具備勞動契約之經濟從屬性。

## 2. 人格上從屬性之認定

至於競業禁止部分，按摩師甲主張：兩造簽署之合作契約書第 7 條第 6 項後段、第 7 項分別設有競業禁止規範，足證兩造之契約顯與承攬性質有別。惟高等法院認為，按摩師之所以不採跑單幫之工作型態，而選擇以承攬之合作方式任職於特定店家，無非是希冀藉由特定店家之商譽吸引多數客戶，非但可免去自覓客源、自行負擔其他營業成本之需，且可擴大客源以增加收入，自難以按摩師任職於特定店家，遽謂該店家即屬勞基法所指雇主。

另審酌按摩師所提供之服務須接觸客戶之肢體，且按摩之部位、力道亦輒須視客戶之個人需要及偏好而為調整，有按摩習慣者常洽固定按摩師提供服務之消費常態，則按摩師任職之店家與按摩師另為競業約定，以確保客源及營收之穩定，核屬合理之經營模式，亦未因此更異店家與按摩師間之契約性質為僱傭契約。準此，兩造簽署之合作契約書縱有競業禁止之約定，亦未能推翻高等法院對該契約性質屬承攬之認定。

## 3. 組織上從屬性之認定

法院認為按摩業界業者與按摩師慣行之合作方式--即由業者負責提

<sup>註5</sup>註：「老點」係指客戶指定上訴人為其提供推拿或腳底按摩服務；若客戶未指定上訴人者，則不計入「老點」實做人次的數量。

供場地、耗材、行政支援等事項，按摩師負責對客戶提供技術、服務，雙方約定分帳比例共享營業利潤--經營其旗下之按摩服務會館，且為使其與按摩師間之權利義務關係明確化，乃設計以締結承攬契約之方式與按摩師合作。

另查，甲之前在其他店家擔任按摩師，公司也未為其投保勞健保、報酬亦採抽成制、無加班費等語，顯示坊間按摩師之工作型態，可分為跑單幫之自營商及任職於特定店家二種，前者既係獨立為自己之營業完成工作獲致報酬，按摩師與客戶或所支援店家間之契約關係，應屬承攬無疑；後者雖係在特定店家工作，但按摩師與店家間亦係以所完成工作之營業額抽成分潤，且多約定由按摩師自行投保勞健保，足證此種合作方式著重之點係在於如何分配按摩師完成服務所取得之承攬報酬，而非由店家以適用勞基法之雇主身分支付按摩師勞務對價，本質上按摩師亦係為自己之營業而提供勞務，與跑單幫之按摩師屬自營商無異，則在此種工作型態，按摩師與店家間之契約性質仍屬承攬，且無勞基法之適用甚明。

#### 4.小結

綜上，若從兩造間之締約真意來看，兩造係約定由上訴人以承攬人身分在被上訴人經營之按摩服務會館任職，完成被上訴人客戶要求之按摩服務工作後，按月以兩造約定之比例分配上訴人所完成工作之服務報酬，前已詳論，故高等法院依上說明，應認兩造間之勞務契約無勞基法之適用。最高法院<sup>註6</sup>駁回甲第二審之上訴，肯任原審之見解，此見解放寬承攬契約之認定，屬於可參考之案例，此有臺灣高等法院 104 年度勞上字第 118 號民事判決可稽。

#### (三)公務機關聘僱人員

另補充有關實務上常見的「公務機關聘用人員」類型，此種人員身兼公務員及勞工身分，適用何種法規即有疑義，猶如前陣子新聞見到的台鐵員工一般，經改編為本次【案例 03】，供讀者參考。

就本題，高等法院表示：

- 1.甲自 84 年 9 月 7 日起受僱於乙，從事台中港擴建工程之施工監造、品質管制、工程數量統計分析、工程測量及繪圖等工作，屬於公務員兼具勞工身分者，其有關任（派）免、薪資、獎懲、退休、撫卹

<sup>註6</sup>最高法院 105 年度台上字第 1665 號民事裁定可稽



及保險（含職業災害）等事項，應適用公務員法令之規定；但其他所定勞動條件優於本法規定者，從其規定。所謂聘用之人員，自包括依聘用條例聘用者。

2.系爭聘用契約係視乙之業務狀況編列預算核定一年一聘之定期契約，甲從事特定性之工程業務，均為一定期間可完成，而非臨時性或不特定之工作。

3.甲係乙機關改制前依聘用條例進用之聘用人員，並為勞基法第3條第1項所列行業從事工作獲致薪資之人，其任職被上訴人期間，自屬勞基法第84條所稱公務員兼具勞工身分者。

4.上訴人之任免，不屬勞基法第84條但書所指勞動條件之範疇，自應適用公務員法令。惟乙為公營事業，與甲間成立私法上僱傭契約，屬特殊勞動契約關係。關於上訴人之任（派）免，應以公務員法令之規定，為其勞動契約內容。

5.參稽勞基法第84條規定，並未排除公營事業與其所屬人員間，依雙方約定之事由資為終止勞動契約之依據。至若受僱人違反勞動契約而有重大事由存在，要難繼續履約，僱用人自得終止契約，不受勞基法第12條第3款規定之限制。關此重大事由，不以一方因犯罪而受有罪判決為限，倘有重大違反勞動契約關係目的之情事存在，他方即得終止勞動契約。

6.系爭聘用契約第9條約定：「乙方（即上訴人）有下列情形之一者，甲方（即被上訴人）得隨時終止本契約：……(三)乙方有犯罪或違反社會秩序維護法之行為，經移送偵查或法院審理，或因案經拘提、逮捕、羈押或受有刑事處分者。」乙自得優先適用該終止約款。

最高法院104年度台上字第1521號民事判決同意原審見解，殊值參考，其表示：

1.行政機關若以契約定期聘用之專業或技術人員，其聘用另以法律定之，現行公務人員任用法第36條規定甚明。

2.又「本條例所稱聘用人員，指各機關以契約定期聘用之專業或技術人員。其職稱、員額、期限及報酬，應詳列預算，並列冊送銓敘部登記備查；解聘時亦同。」聘用契約應記載受聘人違背義務時應負之責任等事項，分別為同條例第3條、第4條所明定。

3.鑑於公營事業單位進用聘用人員之依據為該聘用條例，此與一般私法性質之勞動契約關係，顯屬有別。雙方因屬特殊勞動契約關係，

有關聘用人員之任（派）免、獎懲等事項，應以公務員法令之規定為其勞動契約內容，不受勞基法第12條規定之限制。是以公營事業單位對其所屬公務員兼具勞工身分之聘用人員終止勞動契約，自得依聘用人員聘用條例等公務員法令為處分。

4.因此，甲於84年至99年間每年均與乙簽訂聘用契約書，且經列冊送銓敘部登記備查，甲屬公務員兼具勞工身分之聘用人員，為原審所確定，甲違反聘用契約時，無從按公務員懲戒法先行停職予以懲戒處分，尚難謂乙不得依憑系爭聘用契約終止約款予以終止契約。

5.原審本此見解，認系爭聘用契約業經乙於99年8月6日合法終止，進而為甲不利之判決，於法核無不合。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！