

何謂勞務承攬？從承攬契約之要素 檢討勞務契約類型區別標準

邱羽凡*

目次

壹、前言	二、以勞務品質與勞務成果為要求之區別
貳、各類勞務契約之契約特徵與定義	(一)勞務成果與給付範圍、數量之關係
一、勞務契約之定性	(二)勞務品質之控制與勞動從屬性
二、勞動契約與承攬契約之區別	三、勞務專屬性
三、勞動契約與委任契約之區別	肆、承攬契約要素檢討(二)：「所承諾報酬」之解釋
四、勞動契約與僱傭契約之區別？	
參、承攬契約要素檢討(一)：「所承諾之契約標的」之解釋	
一、勞務實施之成果與效果的區別	

投稿日：112年6月12日

接受刊登日：113年1月19日

DOI：10.53106/172876182024070084004

*

國立陽明交通大學科技法律學院副教授，德國哥廷根大學法學博士。

本文曾發表於「勞務承攬或勞動派遣？——勞基法17條之1施行後之回顧與展望」之研討會（112年4月14日，主辦單位：中正大學法律學系、中正大學勞工關係學系），以及「數位經濟下之勞動從屬性認定」為題於最高行政法院112年度法官在院研習課程」發表（112年4月21日，主辦單位：最高行政法院），作者感謝上開研討會與談人政治大學法律學系張韻琪助理教授提供之與談意見、最高行政法院法官以寇斯定理分析承攬契約之寶貴意見，最以及二位匿名審查人暨出版委員會惠賜之修改建議，惟一切文責當由作者自負。

一、報酬給付方式與按件計酬制
勞動契約

二、計件制與業務風險承擔之
關係

(一)經營自由與業務風險承擔在
計件制工作中之衡平

(二)業務風險承擔與契約定性之
關係

伍、「從寬認定」成立勞動契約之
意義

陸、結 論



中文摘要

我國實務上履生勞務契約定性的爭議問題，尤其在釋字第七四〇號解釋提出後，有認為得以按件計酬、負擔業務風險等特徵來為契約定性，而更增添爭議。本文由承攬契約的要素出發，先就「勞務給付」此主給付義務出發，說明承攬契約之標的為「完成一定工作」，而勞動契約則是「不特定勞務提供」，雇主對受僱人需進行勞務提供的調控權（*Steuerungsrecht*），而承攬人則是自行負擔成果責任，是以承攬契約中定作人雖有指示權，但應限於「以事物為對象且為結果取向」，此一觀察不但說明了定作人指示與雇主之指揮監督的不同，亦印證勞動契約中必然內含指揮監督權即從屬性之理由。此一論理在本文嘗試自始不以從屬性特徵為切入點，改由承攬契約的要素檢討勞務契約之區別標準後，仍無可避免地回到從屬性認定，而可知之，亦印證在釋字第七四〇號解釋後，勞基法第2條第6款將勞動契約定義增加「從屬性」之明文化，讓勞動契約的認定以從屬性為法定要件，而非按件計酬、無約定底薪、負擔業務風險等特徵的意義。

關鍵詞：承攬契約、勞動契約、僱傭契約、委任契約、從屬性、釋字第七四〇號解釋、按件計酬、指揮監督權、指示權、從寬認定、混合契約

壹、前言

在勞動市場彈性化的發展下，從事勞務承攬之非典型工作的勞工人數急遽增加，考究「勞動彈性化」此一用詞係由John Atkinson於1984年所提出，用來描述企業面對外在環境改變時，在人力資源管理與運用上的種種措施，並以彈性企業模式（flexible firm model）來作為分析的架構，包含職能彈性、數量彈性或薪資彈性等措施¹。其中，「數量彈性」（numerical flexibility）係指企業透過安排各種彈性工作，包含對員工工作時間與員工數量的調整，前者為內部彈性化、後者為外部彈性化²，以迅速對應企業需求而順利地增減人力以達供需平衡，並達成降低人事成本之目的，而無論是勞務承攬或勞動派遣之非典型工作型態，均是數量彈性化策略中的重要人力措施。然而，迄今諸多研究都已發現非典型勞動的工作待遇普遍不如典型勞動，且認為在此種典型／非典型勞動的區隔下已經導致勞動市場不平等³，英國學者Anne Gray提出的「彈性剝削」（Flexploitation）一詞，即是用以指稱這種新形式的剝削現象⁴。

勞務承攬在我國亦已有廣泛的運用，若先不論公部門運用勞務派遣

¹ JOHN ATKINSON, FLEXIBILITY, UNCERTAINTY AND MANPOWER MANAGEMENT 11 (1st ed. 1985). 中文之說明請參：成之約，「派遣勞動」及其對勞資關係與人力資源管理之意涵與因應，空大行政學報，第10期，頁9-11，2000年6月。

² 有關工時制度與「內部數量彈性」政策之分析，參李健鴻，「勞動保護」與「產業彈性」之間的平衡難題：勞動基準法工時新制的立法評析，台灣勞工季刊，第49期，頁6，2017年3月。

³ 柯志哲、張佩青，區隔的勞動市場？：探討台灣典型與非典型工作者的工作流動與薪資差異，台灣社會學刊，第55期，頁130-131，2014年12月。

⁴ ANNE GRAY, UNSOCIAL EUROPE: SOCIAL PROTECTION OR FLEXPLOITATION? (1st ed. 2004). 中文之說明請參：李健鴻，我國派遣勞工之政策及人權保障之檢視，監察院第4屆人權保障工作研討會，2010年9月。

的情形⁵，近年來私部門中不論是保險業務員、外送平台工作者亦產生大量的勞務契約性質認定的爭議。就保險業務員之契約定性⁶，雖有釋字第740號解釋，但仍未根本地解決此一問題，2023年3月22日於立法院召開的「保險法第一百七十七條條文修正草案」公聽會，即是以「釋字第740號文未能解決保險公司與業務員契約關係認定歧異」為主題⁷。外送平台工作者的契約定性問題更是持續處於爭議之中，2022年間有臺北高等行政法院一〇九年訴字第一〇四六號（Uber Eats外送員案，因上訴人Uber Eats撤回上訴而告確定）、臺北高等行政法院一〇九

⁵ 關於近年來公部門運用勞務外包之討論，參監察院，政府對於非典型就業規範及執行情形之探討」通案性案件調查研究報告，頁46-80，2020年4月；游禮文，行政院及所屬機關勞務採購之法律關係——以實務見解與法政策為中心，頁67-70，東吳大學法律學研究所碩士論文，2021年4月。

⁶ 關於保險業務員之勞工身分認定之討論，參林佳和，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，第245期，頁17-37，2015年10月；林更盛，保險業務員從屬性認定的具體化——兼評勞動部 2019.11.29之「勞動契約認定指導原則」，自版，2020年4月；林更盛，勞動契約性質認定之理論與實務——以保險業務員之法律定性與工資為例，台灣法學雜誌，第359期，頁29-41，2019年1月；林更盛，論南○人壽保險公司及其保險業務員間之法律關係的從屬性認定，自版，2018年11月；邱羽凡，保險業務員法律地位之再檢討——以大法官釋字第740號為中心，月旦法學雜誌，第285期，頁125-143，2019年2月；陳俊元，談保險業務員之勞務契約、新近判決與保險法第177條修正草案，台灣法律人，第12期，頁38-50，2022年6月。

⁷ 立法院第10屆第7會期「保險法第一百七十七條條文修正草案」公聽會報告，立法院財政委員會彙編，頁2，2023年3月；蔡坤穎，大法官釋字第740號後保險業務員的契約性質與報酬定位，載：40萬保險業務員的未來——大法官釋字第740號後的法律發展研討會會議實錄，銘傳大學法律學院出版，頁261-312，2023年7月；葉啓洲，保險業務員勞務契約之特徵與保險業務員管理規則——最高行政法院100年度判字第2117號判決評釋，載：40萬保險業務員的未來——大法官釋字第740號後的法律發展研討會會議實錄，銘傳大學法律學院出版，頁313-326，2023年7月；邱羽凡，大法官釋字第740號後有關保險業務員法院判決發展與評釋，載：40萬保險業務員的未來——大法官釋字第740號後的法律發展研討會會議實錄，銘傳大學法律學院出版，頁327-362，2023年7月。

年訴字第七八九號（Cutaway外送員案）、臺北高等行政法院一一〇年簡上字第一五六號（Cutaway外送員案，判決確定），以及民事案件臺灣高等法院一一〇年勞上字第一〇三號（即刻送外送員案，判決確定），2023年有最高行政法院一一〇年上字第四八八號判決（Cutaway外送員案，判決確定），均認定外送員具有勞動基準法（下稱「勞基法」）上之勞工身分，僅臺北地方法院一一〇年勞訴字第三七七號（熊貓外送員案⁸）則認定外送員為承攬工作者⁹。

就勞務承攬的問題，參照政府勞務承攬參考原則第3條規定，各機關運用勞務承攬時：「如非必要，應儘量避免與自然人成立勞務承攬關係。」此係因自然人承攬者非屬勞工身分，不適用勞基法等相關法令，對其勞動權益將有所損¹⁰，已明言勞務承攬型式無法落實勞動保障。勞動契約與民法上其他勞務給付契約區別之實益，不僅在於當事人間基於契約關係所約定之權利義務不同，最重要者在於唯有勞務的提供者與接受者間屬於勞工與雇主的關係，其契約的內容及彼此的互動才會受到勞動法之規範，復以我國並無德國、西班牙¹¹或義大利¹²等國家關於第三

⁸ 本案迄本文完稿時（2024年2月10日），仍在上訴二審審理之程序中（臺灣高等法院112年勞上字第8號）。

⁹ 關於外送員之勞工身分認定之討論，參邱羽凡、張文祈，數位控制模式下之平台外送員從屬性認定——以歐盟及其會員國近期發展為參考，臺北大學法學論叢，第128期，頁132-164，2023年12月；邱羽凡，假承攬，真僱傭？——平台餐飲外送員之勞動保護與「勞工身分」簡析，月旦法學教室，第206期，頁64-76，2019年11月；鄭津津，平台業者與平台勞務提供者間法律關係之研究，月旦法學雜誌，第301期，頁118-130，2020年6月；徐婉寧，論平台經濟美食外送員之勞動權益保障，台灣海洋法學報，第30期，頁1-24，2021年7月。

¹⁰ 參人事行政總處101年3月6日總處組字第1010025247號函令、行政院101年6月15日院授人組字第1010037433號函，以及游禮文，同註5，頁21之說明。

¹¹ 有關西班牙就第三類工作者（準勞工）之規範，請參Kersting, Die arbeitnehmerähnliche Person im spanischen Arbeitsrecht, 1. Aufl., 2013, S. 25-37.

¹² 有關義大利就第三類工作者（準勞工）之規範，請參Stefanescu, Die arbeitnehmerähnliche Person im italienischen Recht, 1. Aufl., 2013, S. 75-107.

類工作者（準勞工）的保護規範¹³，勞動契約的正確定性更有其重要性。然勞務契約應如何區分？民法上以有償方式提供勞務之契約，未必皆屬勞動契約，基於私法自治原則，有契約形式及內容之選擇自由，其類型可能為勞動契約（僱傭契約）、委任契約、承攬契約、居間契約或是非典型之無名契約，雖此如釋字第740號解釋所指出，應就勞務給付之性質，按個案事實及整體契約內容，按勞務契約之類型特徵為認定，然承攬人給付勞務而發生一定的結果，此與勞動契約相同，兩類契約之目的實現，均有賴勞務之供給，仍易產生區分上的爭議。

對於承攬契約與勞動契約之區別，同時也是勞工身分的認定問題，相關研究多從勞動契約的特徵——即從屬性（subordination）出發為觀察¹⁴，然本文將嘗試採取另一觀察取徑，不以勞動契約之從屬性特徵切入，改以承攬契約的要素來檢討勞務契約之區別標準，尤其實務上自最高法院八十一年台上字第三四七號民事判決以來，多認為「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」¹⁵，則若一契約已具備承攬契約之特徵，其契約定性為何？是否仍歸屬勞動契約？如何解釋最高法院所謂「從寬認定」成立勞動契約之意義，此均為本文

¹³ 相關討論與介紹，請參鄭津津、馬財專、劉士豪、辛昀皓、陳威霖，零工經濟下各國「類勞工」法制之研究，勞動部勞動及職業安全衛生研究所委託研究，頁7-86，2022年1月；邱羽凡，自營作業之勞動保護與「準勞工」立法之初步分析——以德國法為參考，月旦法學雜誌，第314期，頁30-31，2021年7月。

¹⁴ 參王松柏，勞動契約，載：勞動基準法釋義——施行二十年之回顧與展望，新學林，頁62，2005年5月；林更盛，勞動契約之特徵「從屬性」——評最高法院81年度台上字第347號判決，載：勞動法案例研究（一），自版，頁6、21，2002年5月；林佳和，同註6，頁17-37；邱羽凡，勞動契約從屬性認定標準之趨勢與反思——兼論平台工作者之「勞工性」，臺北大學法學論叢，第119期，頁141-229，2021年9月；黃程貫，勞動法，國立空中大學，頁63-74，2002年2月修訂再版。

¹⁵ 最高法院81年台上字第347號民事判決、最高法院89年台上字第1301號民事判決、最高法院88年台上字第1864號民判決意旨參照。

之重點。

貳、各類勞務契約之契約特徵與定義

一、勞務契約之定性

關於各類勞務契約之定義與區別，即是勞務契約定性的問題。基於私法自治及契約自由原則，當事人得自行決定契約之種類及內容，以形成其所欲發生之權利義務關係。就此應先注意者為，勞務債務人與勞務債權人雖具有選擇契約形式之自由，即認定契約性質前應先探求契約當事人之意思，但勞雇關係的認定應採事實優先原則（principle of primacy of fact）¹⁶，此為國際勞工組織（ILO）早於2006年發布的第198號僱傭關係建議書（R198 - Employment Relationship Recommendation）第9條所強調：「就保護僱傭關係中的勞動者的國家政策而言，確定此種關係的存在，應主要以與勞動者從事勞務並獲得報酬相關的事實作指導，而不論在各方當事人之間可能商定的任何契約性或其他性質的相反安排中的關係特點。」¹⁷其意指在絕大多數法律體系中，事實優先性

¹⁶ Valerio De Stefano, Ilda Durri, Charalampos Stylogiannis & Mathias Wouters, Platform work and the employment relationship, ILO Working Papers, International Labour Organization, 2021.

¹⁷ 此建議書之中文譯文引用自勞動部「國際勞工建議書」，載於：<https://www.mol.gov.tw/1607/28162/28600/28614/28616/nodelist>，原文為：「For the purposes of the national policy of protection for workers in an employment relationship, the determination of the existence of such a relationship should be guided primarily by the facts relating to the performance of work and the remuneration of the worker, notwithstanding how the relationship is characterized in any contrary arrangement, contractual or otherwise, that may have been agreed between the parties.」
https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:REC,en,R198,/Document, last visited 10/8/2023（最後瀏覽日均為：2024年2月10日）。

(the primacy of facts)——實質的關係——勝過契約的形式¹⁸，此亦如最高法院一〇六年台上字第二〇三七號民事判決所指出：「按當事人所訂定之契約，其性質有所不明，致造成法規適用上之疑義時，法院固應為契約之定性，俾選擇適當之法規適用，以解決當事人間之紛爭。此項契約之定性及法規適用之選擇，乃對於契約本身之性質在法律上所作之評價，本屬於法院之職責，不受當事人所陳述法律意見之拘束。」在判斷平台外送員之勞工身分的案件中，最高行政法院一一〇年上字第四八八號判決更明確指出：「又勞動基準法之立法目的在於強制規定勞動條件之最低標準，故從勞雇關係觀之，提供勞務者在從事職務上非如委任契約之受任人或承攬契約之承攬人一般享有獨立性，而對於所屬事業已顯現相當程度之勞雇關係特徵者，雖未具足上開從屬性之全部內涵，仍應定性雙方間之契約關係為勞動契約，依勞動基準法予以規範，俾能落實憲法保護勞工權益之意旨。」勞雇關係的認定與勞基法之適用，基於落實憲法保護勞工權益之意旨，法院應依事實為契約定性的認定，而非單純契約自由原則的問題¹⁹。

¹⁸ ILO, REGULATING THE EMPLOYMENT RELATIONSHIP IN EUROPE: A GUIDE TO RECOMMENDATION, NO. 198, 32, 02 April 2013; Renato Bignami, Giuseppe Casale & Mario Fasani, Labour inspection and employment relationship, ILO Working Papers, International Labour Organization, 2013.

¹⁹ 實務上亦不乏有業者為了配合勞動檢查而要求工作者簽署承攬契約，惟實際提供勞務過程中仍具有從屬性者，法院即以事實優先原則為認定，參最高法院110年台上字第90號民事判決：「王○愛亦證述簽立承攬契約書係為配合勞動檢查所為等語，苟非虛妄，上訴人主張承攬契約書係被上訴人為規避勞基法之義務而要求司機簽署等語，似非全然無據。」以及臺灣桃園地方法院111年保險字第15號民事判決：「本院詢問承攬契約書上沒有固定上下班打卡的約定，為何還要上下班打卡？被告葉○梅答稱：『公司規定，除本契約外還有另外一份，隨便一個新○的人都知道』等語，言下之意，被告之所以簽訂承攬契約書，就是為了在這種情形拿到法庭上給法官看，被告新○人壽對於被告葉○梅前揭陳述也不予否認，則此承攬契約書在實體法上的效力及在訴訟法上的證明力是多麼地薄弱，應該不需要本院再多費筆墨。」

契約定性為契約解釋的第一層次，契約解釋之操作需先判定該契約究屬何種典型契約，或非典型契約，此決定契約性質之過程即為定性²⁰，法院通常先分析該契約特徵，亦即審查各別契約之類型特徵，其基本上存在於當事人對於主給付義務之約定中，有名契約法之定義規定中所規範者，必定是主給付義務²¹，即債之關係上固有、必備，並用以決定債之關係（契約）類型的基本義務（債之關係的要素）²²，黃茂榮大法官提出之釋字第七四〇號解釋協同意見書亦指出，勞務契約中的當事人間必要之點，即為關於「勞務給付」與「報酬給付」等主給付義務之約定。依照當事人雙方關於「勞務給付」及「報酬給付」約定之不同，將成立不同種類之勞務契約。要之，關於「勞務給付」與「報酬給付」之約定為判斷勞務契約關係之重要類型特徵²³。

二、勞動契約與承攬契約之區別

承攬與僱傭雖均為勞務契約，但依據民法第482條之規範，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」，可知承攬契約係承攬人為定作人完成工作、定作人支付報酬予承攬人之契約，承攬契約之標的重在「一定工作之完成」，著眼於勞動力所造成之具體成果，而受僱人依勞動契約僅需於一定或不定之期限內為他方服勞務，是否完成一定之結果，則非所問，所著重者

²⁰ 王文宇，契約解釋與任意規定——比較法與案例研究，載：2014兩岸四地法律發展，中央研究院法律學研究所法學叢書，頁641，2018年1月；王文宇，契約法釋義學應納入經濟分析觀，月旦律評，第12期，頁42，2023年3月。

²¹ 林更盛，郵件投遞員從屬性的具體認定標準，月旦法學教室，第228期，頁30，2021年10月；游進發，無名契約典型化之因素，高大法學論叢，第13卷第1期，頁223-224，2017年9月。

²² 王澤鑑，債法原理，自版，2012年3月增訂3版。

²³ 司法院釋字第740號黃茂榮大法官協同意見書，頁5。

為勞動過程中所提供之勞務²⁴。依此，即得以契約標的（主給付義務），即「完成一定工作」與否，作為區分兩者的標準，此如最高法院八十一年台上字第二六八六號民事判決所指出：「僱傭與承攬同屬於供給勞務之契約，惟前者係以供給勞務本身為目的，即除供給勞務外，並無其他目的；後者則係以發生結果（工作之完成）為目的，供給勞務不過為其手段而已，此為二者區別之所在。」加強職業安全衛生法第二十六條及第二十七條檢查注意事項第2條(三)亦明文規定：「勞動契約係以勞動給付為目的，承攬契約係以勞動結果為目的；勞動契約為於一定期間內受僱人應依雇方之指示，從事一定種類之活動，而承攬契約承攬人只負完成一個或數個工作之責任。」

再參酌勞基法對於勞動契約之規定，現行勞基法第2條第6款將勞動契約定義為：「約定勞雇關係而具有從屬性之契約。」立法者將從屬性列為勞動契約之法定要件，不過，在本款規範於2019年5月15日修正前²⁵，學說與實務見解實早均以從屬性作為勞動契約與其他勞務契約之區分標準²⁶，此亦為加強職業安全衛生法第二十六條及第二十七條檢查注意事項第2條(一)所明定：「承攬在當事人二者之間不具從屬關係。」實務見解上，例如臺灣高等法院臺中分院一〇五年勞上字第二十二號民事判決見解，較上引最高法院更進一步指出：「是僱傭與承攬固同屬供給勞務之契約……定作人對於承攬人所提供之勞務並無指揮監督之權，自無從屬性可言。是兩造間有無僱傭關係存在，自應依上述標準審

²⁴ 黃程貫，同註14，頁59。

²⁵ 舊勞基法第2條第6款規定為：「勞動契約：謂約定勞雇關係之契約。」並未提及「從屬性」。

²⁶ 國內針對勞動契約之從屬性之討論已有豐富文獻，本文不擬贅述，請參王松柏，同註14，頁53；邱羽凡，同註14，頁185-203；林更盛，同註14，頁4-30；吳哲毅，勞務提供之受指揮監督在勞工（勞動契約）認定上之定位——兼評近來之二則最高行政法院判決，律師法學期刊，第6期，頁43-63，2021年6月；林佳和，後釋字第740號解釋之勞動趨勢分析，月旦法學雜誌，第314期，頁6-25，2021年7月。

酌。」²⁷勞務債務人對於其所應履行之勞務，是否具有一定的自主獨立之決策空間，抑或大抵應依勞務債權人之指示而具備從屬性，即成為勞務契約類型的區別關鍵因素²⁸。政府勞務承攬參考原則第3條中亦有特別規定，各機關運用勞務承攬時「應明確勞務承攬與勞動派遣之分際，不得實際指揮監督管理承攬人派駐勞工從事工作，僅得就履約成果或品質要求承攬人符合契約規範。」強調不得對自然人承攬的承攬人或承攬人的派駐勞工為指揮監督管理，亦即著重於「從屬性」的有無。而在勞基法第2條第6款將「從屬性」此要件明文化後，於2020年1月1日施行之勞動事件法，亦於該法第3條第1項第1款明訂：「本法所稱勞工，係指下列之人：一、受僱人及其他基於從屬關係提供其勞動力而獲致報酬之人。」將勞工扣連「從屬性」此特徵，使勞動契約之定義更為明確，使勞動契約以從屬性為特徵此點更無疑義。

綜上所述，關於我國法上的承攬契約與勞動契約之契約特徵與區別，可參下表一。由下表一亦可知，從屬性與獨立性確實為區辨承攬契約與勞動契約標準，而關於「報酬給付」此一主給付義務約定，由於承攬契約與勞動契約兩者均得為按件計酬或按時計酬，即無法以報酬給付方式作為區別兩類契約的標準，惟實務上不乏有以契約為計件制而認為系爭契約具承攬契約之特徵，故亦有再就「報酬給付」此一主給付義務為分析之必要，本文將於下文「承攬契約要素檢討(二)：『所承諾報酬』之解釋」為討論。至於「勞務給付」此一主給付義務，雖為實現承攬契約與勞動契約契約目的之共同方式，但關連到兩類契約之多個面相而為「勞務給付」內涵的解釋，對此，本文以下將於「承攬契約要素檢

²⁷ 實務上相同見解甚多，早期例如臺灣高等法院89年勞上字第41號判決以此見解認定美商瑞泰人壽保險之保險業務員與保險公司簽訂僱傭契約，近期例如就多富爭議之「承攬型健身教練」，臺灣桃園地方法院109年勞簡字第23號判決以此見解亦認定成立僱傭契約關係。

²⁸ 張譯文，勞務供給契約之類型與區分標準——以定性的困境為中心，月旦法學雜誌，第314期，頁50，2021年7月。

討(一)：『所承諾之契約標的』之解釋」中為綜合分析。

表一：承攬契約與勞動契約之契約特徵比較

契約類型 特 徵	勞 動 契 約	承 攬 契 約
相 同	1.勞務契約之債	
	2.契約目的之實現均有賴勞務之供給	
	3.報酬給付得以按件計酬或按時計酬之方式	
相 異	1.勞務供給即為目的	(1)工作完成始為目的，勞務供給僅為手段或過程
	2.原則上以供給勞務即得請求報酬，有無結果在所不問	(2)供給勞務須有結果（完成工作），所施以之勞務需產生一定的工作成果，即「無結果，無報酬」。
	3.供給勞務須服從僱用人指示，具有從屬性	(3)供給勞務係獨立進行，具有獨立性
	4.受僱人須親自履行勞務	(4)原則上無勞務專屬性。

來源：本文整理²⁹

三、勞動契約與委任契約之區別

勞動契約與委任契約同為勞務契約，而民法第528條就委任契約規定：「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。」處理事務需給付一定勞務³⁰，給付勞務係處理事務的手段，而非目的，其契約之目的為處理事務³¹，此亦與承攬契約之標的重在「一定工作之完成」、勞動契約係以給付勞務本身為其目的，均有所

²⁹ 本表係參考邱聰智，新訂債法各論（中），自版，頁50，2008年8月，再納入上文內容後製作。

³⁰ 同前註，頁192。

³¹ 林誠二，論委任契約，載：法制現代化之回顧與前瞻——楊建華教授七秩誕辰祝壽論文集，元照，頁296，1997年8月；邱聰智，同註29，頁192。

不同³²。不過，相較於「處理事務」與「一定工作之完成」之別，勞動契約與委任契約因均約定以勞動力之提供，作為契約當事人給付之標的，且符合債之本旨的從屬性勞務給付亦非單純負擔提供勞務，而是需提供符合契約目的之勞務，勞工所負責的職務需指向實現該等雇主預期目的³³，例如托育員依據「托育服務提供契約」，應「提供兒童充分之營養、衛生保健、生活照顧與學習」³⁴，則托育員在照顧兒童的生活上應朝向保障兒童營養、衛生保健而為照顧勞務之提供，此使勞動契約的「提供勞務」與有償委任契約的「處理事務」僅在理論上有所不同，在實際執行上甚難以區別³⁵。

再者，勞動契約與委任契約此兩類契約之勞務提供均著重於勞務提供者之特質，包含專業能力、知識與經驗等，而同具有專屬性³⁶，惟委任契約之受任人，其處理事務雖須依委任人之指示（民法第535條參照），但其亦有獨立裁量權（民法第536條參照）³⁷，此與勞動契約係當事人之一方，在從屬於他方之關係下提供職業上之勞動力，且必屬有償者不同，此即最高法院一〇八年台上字第一三五四號民事判決之意旨：「勞動契約係當事人之一方，在從屬於他方之關係下提供職業上之勞動力，他方給付報酬之契約，與委任契約之受任人處理委任事務時，並非基於從屬關係且可能無償者不同。」可知勞動契約與委任契約的區別在於裁量權之有無，即以從屬性為區分³⁸。我國法上的委任契約與勞

³² 參最高法院103年台上字第560號民事判決、最高法院107年台上字第1637號民事判決。

³³ 施苡丞，給付障礙法於勞動契約之運用——以勞工怠惰為例，頁51，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2017年1月。

³⁴ 參衛生福利部提供之「企業、機關（構）自行僱用托育服務提供者勞動契約範例」，其依居家式托育服務提供者登記及管理辦法訂立。

³⁵ 黃程貫，同註14，頁58。

³⁶ 有關委任契約之專屬性，請參王怡蘋，委任，三民，頁3，2018年1月。

³⁷ 林誠二，同註31，頁296；邱聰智，同註29，頁192。

³⁸ 參王怡蘋，同註36，頁16；林良榮，是「委任」的經理，還是「僱傭」關係的

動契約之契約特徵與區別，可參下表二。

表二：委任契約與勞動契約之契約特徵比較

契約類型 特 徵	勞動契約	委任契約
相 同	1.勞務契約之債	
	2.契約目的之實現均有賴勞務之供給	
	3.須親自履行勞務	
相 異	1.勞務供給即為目的	(1)契約之目的為處理事務，勞務供給僅為手段或過程
	2.供給勞務須服從僱用人指示，具有從屬性	(2)供給勞務係自主進行，具有獨立性
	3.必為有償，且供給勞務即得請求報酬，有無結果在所不問	(3)勞務給付得為有償或無償

來源：本文整理

四、勞動契約與僱傭契約之區別？

由於勞基法使用「勞動契約」一詞，而民法以「僱傭契約」為規範用語，致生區別勞動契約與僱傭契約之討論，我國有學說主張僱傭關係不需具有從屬性³⁹，亦有主張僱傭契約為勞動契約之上位類型，即勞動契約係民法僱傭契約之下位特殊類型⁴⁰。然而，在勞基法實施後，該法

經理？／高院99勞上47，台灣法學雜誌，第168期，頁178，2011年1月；鄭津津，勞動契約、僱傭契約、承攬契約與委任契約之區別，月旦法學教室，第93期，頁23，2010年6月。

³⁹ 黃程貫，同註14，頁63、75；郭玲惠，勞動契約法論，三民，頁24，2011年9月。

⁴⁰ 考察此一問題之源由，誠如學者史尚寬早於勞基法施行前已指出：「法律上明白區別勞動關係與僱傭關係，以德國勞動契約法草案為嚆矢。」參史尚寬，勞動法原論，自版，1978年6月重刊，惟德國法學與我國有所不同，以下僅就我

第3條第3項之本文規定：「本法適用於一切勞雇關係。」所有的勞雇關係（僱傭關係）均應適用勞基法，然因勞基法第3條第3項之但書又規定：「但因經營型態、管理制度及工作特性等因素適用本法確有窒礙難行者，並經中央主管機關指定公告之行業或工作者，不適用之。」從而產生無法適用勞基法的勞雇關係，此時需回歸民法僱傭契約此一般法的規範。

至於我國法中是否有不具有從屬性僱傭契約？亦即未有從屬性的勞務契約，其定性應歸屬何種契約？就此問題，觀察我國司法實務，可知我國學說上對於僱傭契約與勞動契約之區別，雖有不同見解，然實務上非但未承認有欠缺從屬性之僱傭契約，更未在性質上區別兩者，例如臺灣高等法院一〇一年重勞上字第二十八號民事判決在契約定性上，即是將勞動契約等同於僱傭契約：「在僱傭契約則以供給勞務本身為目的，除供給勞務外，別無其他目的，提供勞務者受僱主之指揮監督，具有從屬性，此乃勞動契約之特色。」具有從屬性者即為僱傭契約，此亦為勞動契約的特色，易言之，勞動契約的本質實與民法僱傭契約相同，此由民法第482條之規定，受僱人為於一定或不定之期限內為他方服勞務，受領他方給付報酬之人，而勞基法第2條規定：「受雇主僱用⁴¹從事工作獲致工資。」由文義上可知勞動契約與僱傭契約相近，而應作相同的理解⁴²，僅是因有勞工經中央主管機關指定公告而被排除勞基法之適用，典型之案例即為住院醫師，依勞動部108年3月12日勞動條1字第1080130207號公告，訂定醫療保健服務業僱用之住院醫師（不包括公立醫療院所依公務人員法制進用者）自108年9月1日適用勞基法，住院醫師自此與醫療保健服務業訂立之僱傭契約即同時可稱為勞動契約，而在住院醫師適用勞基法之前，誠如臺灣臺南地方法院一〇〇年重勞訴字第

國法上之討論為分析。

⁴¹ 粗體為本文所加。

⁴² 林更盛，同註14，頁18。

五號民事判決見解：「是僱傭既屬供給勞務之契約，以供給勞務本身為目的，如僱傭契約之受僱人所從事之勞務內容，為勞委會公告指定適用勞基法之行業者，該受僱人即為勞基法或相關勞工保護法令所稱之勞工，該僱傭契約亦屬於勞基法上之勞動契約」、「惟如僱傭契約之受僱人所從事之勞務內容，乃未經勞委會公告指定適用勞基法之行業別者（例如醫師、律師），該僱傭契約自僅具有民法僱傭之效力，而不得稱之為勞基法或其他相關保護勞工法令所規定具有法律上意義之勞動契約。」因此，約定勞雇關係而具有從屬性之契約可為勞動契約或僱傭契約，兩者僅為用語有所不同，但具有從屬性之性質則屬相同，僅在法律效果上，「不適用勞基法之行業之受僱人，其與雇主間之僱傭契約並不得稱之為勞動契約，該受僱人亦非勞基法或相關勞工保護法令所稱之勞工。」（臺灣臺南地方法院一〇〇年重勞訴字第五號民事判決）⁴³

僱傭契約須具備從屬性，此亦為僱傭契約與其他勞務契約區別之點，若否認此點，將如學者張義德所言：「惟此見解應係企圖對於不具有從屬性之勞務提供者或依我國勞基法第3條第3項但書而排除該法之適用者透過民法之規定賦予最起碼的保障，但一來若僱傭契約不須具備從屬性，則其究應如何與其他勞務供給契約相區別，而劃定勞動法及民法僱傭規定的適用範圍？」⁴⁴且承上對於勞動契約與委任契約區別的分析，可知其繫於供給勞務具有獨立性或從屬性，則若承認有完全無從屬性之僱傭契約⁴⁵，將使委任契約亦被劃入僱傭契約的範疇，此顯然與我

⁴³ 此亦與學者黃程貫見解相同：「合乎此等定義之勞工與相對之雇主間的法律關係即係所謂勞動法之規範內容。符合前述勞動基準法之定義，且所屬行業乃是勞動基準法第3條之適用行業別範圍內者，則應優先適用勞動基準法之規定，否則即只能直接適用民法僱傭契約一節之規定，蓋，故勞動法乃是民法之特別法，因而須優先適用之故也。」參黃程貫，同註14，頁75。

⁴⁴ 張義德，論僱傭契約與勞動契約之分與合——對於中國大陸、日本與我國法制的觀察，東吳法律學報，第34卷第1期，頁127，2022年7月。

⁴⁵ 對於僅具有部分從屬性之契約的定性，請參下文「伍、『從寬認定』成立勞動契約之意義」的說明。

國現行民法之規範不相符合。另有見解認為僱傭契約之特徵在於「專屬性」，然所謂專屬性，係指「僱傭係以勞務之給付為目的……且雙方對勞務之請求，除另有同意或約定外，均不得任意讓與第三人或使第三人代服勞務，具有勞務之專屬性」，但亦因而產生「有從屬性之絕對服從關係。」（臺灣臺北地方法院一〇五年勞訴字第二八一號民事判決參照）換言之，專屬性所連結的「親自履行」，即是「人格上從屬性」的內涵，法院亦多有將此特徵列為補強性判斷要素，而不另外列為獨立的判斷標準⁴⁶，此亦為最高法院八十一年台上字第三四七號民事判決首度提出從屬性概念之四項標準後⁴⁷，目前實務上多有簡化為三項從屬性（人格上從屬性、經濟上從屬性與組織上從屬性），而不將專屬性列為獨立之標準。

參、承攬契約要素檢討(一)：「所承諾之契約標的」之解釋

一、勞務實施之成果與效果的區別

承攬契約與勞動契約雖均有賴勞務供給以完成契約之目的，但承攬契約之標的為「完成一定工作」，而勞動契約則是「不特定勞務提供」，已如上述。就前者而言——即承攬人所承諾完成的工作，可能為

⁴⁶ 臺灣高等法院92年勞上字第55號民事判決：「就勞務提供之代替性之有無，則為補強之要素。」臺灣高等法院99年重勞上字第35號民事判決、臺灣高等法院94年重勞上字第16號民事判決，亦為相同見解。

⁴⁷ 最高法院81年台上字第347號判決：「一般學理上亦認勞動契約當事人之勞工，具有下列特徵：人格從屬性，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。親自履行，不得使用代理人。經濟上從屬性，即受僱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。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。」

有形客體的製作或變更，可以為不動產（如建築大樓）或動產（如製作衣服）或藉有體物將勞務予以形體化者（繪製一幅畫、裝訂一本書），亦或單單為勞務之實施而為無形結果（如演唱歌曲、進行演講、進行一場法事）⁴⁸，承攬人不僅為勞務之提供，更需施以勞務以產生一定的工作成果（Arbeitserfolge）⁴⁹，此誠如法院判決一再指出：「僱傭與承攬同屬於供給勞務之契約，惟前者係以供給勞務本身為目的，即除供給勞務外，並無其他目的；後者則係以發生結果（工作之完成）為目的，供給勞務不過為其手段而已，此為二者區別之所在。」⁵⁰承攬契約重在完成一定的工作，且以「無結果，即無報酬」為其特徵⁵¹。

然而，以成果（Erfolge）區別承攬契約與勞動契約產生的爭議在於，勞動契約所從事的每一個行為（Handlung），其實也都會發生一定的效果（Wirkung），每一個成果也都是行為的結果，在勞務實施的成果僅有無形結果（如演唱歌曲、進行演講）時，更難以界分「效果」與「成果」此兩者的不同⁵²，此誠如德國學者Nikisch在1926年即已指出：「所有試圖以勞務行為契約與成果契約區別的嘗試，或者相當於將僱傭契約與承攬契約區分開來的嘗試……將會在此一事實上遭遇失敗，即每一項勞務行為都內含一種變化，而且根據因果法則（Kausalgesetze），該變化需視為一種效果，這種效果正是構成行為的一定成果。」⁵³德國聯邦最高法院亦指出：「雖然如同已所解釋過的，對於所欲完成的成果

⁴⁸ 楊芳賢，第八章 承攬，載：民法債編各論（上），元照，頁575，2004年10月1版。

⁴⁹ Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht Grundrisse des Rechts, 33. Aufl., 2008, § 22 Rn. 3 f.

⁵⁰ 如最高法院81年台上字第2686號民事判決、最高法院88年台上字第628號民事判決。

⁵¹ 楊芳賢，同註48，頁580。

⁵² 參施茲丞，同註33，頁44。

⁵³ Nikisch, Die Grundformen des Arbeitsvertrags und der Anstellungsvertrag, 1926, S. 52.

為具體描述是承攬契約的典型特徵，但即使在僱傭契約中，所應供給的勞務也可以為了實現某種目標而為，則契約文本中對於此一目標的具體描述，僅僅是用以具體化勞務供給者所應從事勞務的方向的一種手段。因此，個案中應將所有重要的情形納入審查，以確定契約中對於勞動任務之描述的意義。」⁵⁴換言之，以勞務實施之「成果」與「效果」來區別承攬契約與勞動契約，不但難以界分兩者，反而更容易凸顯出兩者的重疊與交集範圍（Überschneidungsbereich）⁵⁵。

二、以勞務品質與勞務成果為要求之區別

（一）勞務成果與給付範圍、數量之關係

1. 勞務給付範圍與數量之特定

（1）特定可能性

在承攬契約與勞動契約均屬勞務契約之債的前提下，既然無法以勞務實施之成果與效果作為區別標準，學說上提出在觀察主給付義務的角度上，應轉向觀察契約雙方「所承諾之契約標的內容」，亦即勞務給付範圍究屬「不確定性勞務」或「特定性勞務」，即朝向勞務契約中的成果關係內涵為解釋。在契約自由的原則下，契約當事人固具有契約形式及內容之選擇自由，惟承攬契約與勞動契約之性質終究有本質上之不同，在勞動契約中，誠如學者王松柏所指出：「對於長期性的勞動契約，要求當事人於契約成立時即對未來數年甚至數十年的工作性質、工作分量、工作時間、勞動條件等事項鉅細靡遺的約定，實有難處。」⁵⁶因此於締結契約之初，雇主僅為勞務給付時間、地點、類型等給付內容

⁵⁴ BGH, NJW 2002, S. 3323.

⁵⁵ Waas, Werkvertrag, freier Dienstvertrag und Arbeitsvertrag: Abgrenzung und Identifikation im deutschen Recht und in ausländischen Rechtsordnungen - Abschlussbericht, Hans-Böckler-Stiftung, Düsseldorf, 2012, S. 21.

⁵⁶ 王松柏，同註14，頁50。

的「確定性」，但同時保留一定程度之「不確定性」，受僱人所承諾者僅為勞務提供之本身——不論成果如何，此屬不確定性勞務的提供，但承攬契約則以具有一定成果的特定性勞務供給為其義務⁵⁷。換言之，雖然勞務契約中的每一個行為亦同時具有成果，但僅承攬契約中之承攬人負有成果責任（Erfolgshaftung），故若將無從確定主給付義務所指向之「完成一定之工作」的內涵，本質上即無法認定為承攬契約。

進一步探討勞務給付內容之特定可能性，在事業單位欲委外的工作項目得訂出明確工作範圍或標準化作業流程時，較容易訂出所應「完成一定之工作」的範圍，而得轉換為勞務承攬的契約模式；反之，在工作項目本身不易訂出明確範圍、標準作業流程或以量化呈現，例如企業或機關與托育員締結「托育服務提供契約」，雙方約定工作者提供以下之照顧服務：「1.提供清潔、衛生、安全及適宜兒童發展之托育服務環境。2.提供兒童充分之營養、衛生保健、生活照顧與學習、遊戲活動及社會發展等相關服務。3.提供兒童之育兒諮詢及相關資訊。4.記錄兒童生活及成長過程。5.協助辦理兒童發展之篩檢。6.其他有利於兒童發展之相關服務。」⁵⁸在此種服務提供契約中，訂約之時僅能就特定事項為確定，依約所應給付的勞務具有的「不完整性」、「不確定性」的特性，然工作者究竟如何提供清潔、衛生、安全及適宜兒童發展之托育服務環境、提供如何之兒童育兒諮詢及相關資訊等，在契約中均無從確定而使工作者非承擔特定性勞務供給義務，即較接近勞動契約的性質，且難以轉換成勞務承攬的契約模式⁵⁹。換言之，工作內容本身的不確定性，需配合具有不完整性的勞務契約類型，即勞動契約，並經由指揮監督管理權的運用來實現契約之目的，而受僱人只要提供符合債之本旨的

⁵⁷ Tillmanns, Strukturfragen des Dienstvertrages: Leistungsstörungen im freien Dienstvertrag und im Arbeitsvertrag, 1. Aufl., 2007, S. 15.

⁵⁸ 同註34之「企業、機關（構）自行僱用托育服務提供者勞動契約範例」。

⁵⁹ 參李有生，勞動派遣轉換為勞務承攬之研究——以某行政執行機關為例，頁118-119、127-128，國立東華大學公共行政學研究所碩士論文，2018年6月。

勞務，即讓契約義務中的給付歸於消滅。

(2)特定必要性——兼論「一定業績要求」

不過，在勞務契約之勞務成果具特定可能性下，契約中仍以不確定性勞務的方式呈現，此亦可能是事業單位刻意安排的結果⁶⁰，因指揮監督權的具備，使事業單位具有人力調配上的裁量權，於業者傾向以較具彈性的方式為勞務工作的安排時（例如在不同職務及工作間為安排與調度），基於雇主固有的指揮監督權得讓企業得依據外在環境變動而產生的人力需求變化，適時地調整勞動力的使用方式，得隨時指揮勞工從事最有利於創造利潤的工作⁶¹。

反之，若採取勞務承攬的委外模式，承攬人得本於自身之責任及裁量權以完成所約定之特定工作，事業單位因欠缺指揮監督權，所能獲得之勞務供給將受限於原來約定的特定工作範圍，若有新增的工作則需再次進行交易，此時將承擔新的交易成本⁶²，此亦涉及司法院釋字第七四〇號解釋理由書中，論及保險業務員並無「一定業績之要求」，雖釋字第七四〇號解釋依此認定保險業務員因而「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」，但另一方面對於保險公司而言，保險公司亦需負擔其保險業務員自行決定業績高低的風險，也就是承攬人自由裁量決定所欲提供之勞務數量的自由，承攬契約不得課承攬人為「一定業績要求」，否則將產生從屬性的特徵，此可參酌臺灣高等法院高雄分院一〇二年勞上易字第三十三號民事判決，公司訂立「承攬接聽電話品質要求辦法及相關規定同意書」，並主張其員工不適任之情形有如「1個月總分鐘未達7,000分鐘，或前15日未達3,500分者等」，可

⁶⁰ 王松柏，同註14，頁50。

⁶¹ 在此性質下，僱傭契約中的核心問題之一即為雇主之人事管理權、指揮監督權界限的問題，相關討論可參劉冠群，雇主行使指揮監督權界限之研究，頁10，國立臺北大學法律學研究所碩士論文，2021年7月。

⁶² 參簡資修，寇斯的《廠商、市場與法律》：一個法律人的觀點，國立臺灣大學法學論叢，第26卷第2期，頁234，1997年1月。

知員工必須於一定期間內達到公司所指示之總分鐘數，法院認定員工乃「在一定期間內，從事一定種類之工作，否則將遭扣款處分，具有人格上、經濟上及組織上之從屬性，其等間應屬僱傭關係，而非承攬關係。」由於雇主基於勞動契約所購買的勞動力具有不確定性，因此具有經由控制勞務數量的方式以最大化其利益的需求，其方式除了對於勞務給付的方式為監督指示，以讓勞動力依其計畫來實現雇主的經營目的之外，另外則是設定最低業績，讓勞工「在一定期間內，從事一定種類之工作」而亦屬從屬性的表現，而在承攬契約中，承攬人在契約約定之初即已確定所應完成的工作，定作人需承擔約定工作以外的交易成本，而不得以最低業績限制承攬人的經營自由，否則將有產生從屬性的疑慮。

簡言之，「一定業績要求」應僅屬勞動契約、而非承攬契約所得為之約定，事業單位使用數量彈性化策略雖不乏於著重長期雇用的人事成本節省，但「管理彈性」所具有的人力調度靈活性，能為業者節省交易成本，此亦為人力外包方式之派遣勞動異於承攬契約的長處，而勞動派遣與勞務承攬此二種不同委外人力策略的選擇，也是在於衡量外部交易成本與內部管理成本之孰輕孰重。

(3)小 結

總結而言，勞動契約雖然如同其他民事契約，仍需在訂約之時就特定事項為確定，但勞動契約所具有的「不完整性」、「不確定性」特性，可能為工作項目之本質始然，亦可能為事業單位所安排的結果，惟無論如何，勞務給付範圍為確定或特定性勞務時，已無須再為勞務指揮監督的行使，始有為承攬契約之可能，此亦為辨別勞動契約與承攬契約之標準。

2.「不確定性」或「特定性」勞務提供義務之約定

承上所述，在契約類型的觀察上，契約主給付義務的判斷應朝向分析契約當事人所承諾之契約標的是否為「成果責任」之約定，於契約當事人僅約定勞務給付應有一定的效果，而無特定工作項目、對於具體的

成果亦無約定時，即與承攬契約之性質相異。舉例而言，在臺灣桃園地方法院一〇九年勞簡字第二十三號民事判決中，雙方簽訂契約僅明訂「擔任健身教練，負責招攬會員、銷售健身課程、教授健身課程」，在此契約條款下，契約僅對職務內容為描述，此僅能特定所從應從事之工作的原則性範圍⁶³，然工作者究竟提供如何之健身教練工作、招攬會員、銷售健身課程等，此在契約中均未予確定，而本案法院即認為該契約範圍非屬完成單一特定工作而與承攬契約性質不符。在此案例中，均有賴業者於契約履行過程中，依其經營需求將各項職務逐一具體化、或是於契約進行中依具體情形而隨時調整，則此種勞務契約因其範圍不確定，難以要求工作者為明確的成果承諾，在性質上即與負擔一定勞務之債的承攬契約有所不同⁶⁴，即無從連結承攬契約所固定的「一定成果」的給付內涵，此類以不確定勞務為給付內容之勞務契約性質，即與承攬契約不相符，而難認定屬於承攬契約。

同樣的，在臺灣新北地方法院一〇四年勞訴字第六十六號民事判決中，原告擔任被告之水泥預拌車駕駛，每日上午8時30分前至被告公司到班後，直至晚間約19、20時許方可下班，其工作為駕駛被告所提供之水泥預拌車以載運水泥，下料完畢後接續再依調度人員指示之工地地點，再次出車載運水泥，法院認定：「依上開原告服勞務之方式與過程，顯然是重在原告提供勞務，為被告載運水泥至指定之工地地點，除供給勞務外，並無其他目的，並非重在以發生完成任何工作物之結果，顯非承攬契約。」在此案例中，雇主係向該水泥預拌車駕駛購買上午8時30分至晚間約19、20時間的勞動力，在水泥運載次數與數量均由被告公司決定下，雖有個別趟次運載工作為特定工作之外觀，但該駕駛締約

⁶³ 與此相近之分析，亦可參Kock, in: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Meßling/Udsching (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, 67. Aufl., 2023, AÜG § 1 Rn. 62.

⁶⁴ 黃越欽、黃鼎佑（增修），勞動法新論，翰蘆，頁212，2015年9月5版。

時所承諾契約內容並非特定之工作，而係被告公司於營運過程中，提供其勞動力處於雇主可支配的狀態⁶⁵，以供雇主依工程進度逐一為指示，以確定應載運的趟次。誠如德國聯邦勞動法院所指出：「如果缺乏一個可以明確界定、歸屬於承攬人且可接受的工作成果，則無法成立承攬契約，因為此時『定作人』必須透過進一步的指示來確定『承攬人』應提供的工作內容，契約工作與職務也才確定並且有拘束性地被安排。」⁶⁶

簡言之，於所承諾之契約標的具特定範圍而能明確化所應得到的成果，且勞務供給者對此負有責任（無結果，即無報酬）時，始具有承攬契約性質⁶⁷，此與契約當事人僅約定勞務供給應有一定的結果，但不負有成果保證的義務並不相同，因縱使在勞動契約中，雇主亦得要求受僱人應給付「合於債之本旨」的勞務，否則勞工亦將因為構成不完全給付而無法發生履行義務的效果，雇主為了確保受僱人合於契約目的之給付，需以不同方式具體化勞務給付之內容，並以指揮監督方式介入其提供勞務的過程，此與承攬契約一開始即明訂勞務給付應以特定成果產出為必要，經由使工作者對於一定成果的產出為承諾之方式，以取得合其期待的勞務成果，即有所不同。

(二)勞務品質之控制與勞動從屬性

1.從屬性與勞動契約之內在關連

在具體化勞務給付內容上所為之指示權，誠如德國聯邦勞動法院所指出：「如果承攬人的工作內容根據定作人的需求來提供，此即顯示該契約可能並非承攬契約而是僱傭關係，例如定作人在確定工作內容、執行方式、時間、持續時間和地點時都有決定權時。重要的是要看指示權的行使程度以及承攬人在定作人組織的生產過程中的納入程度。雖然定

⁶⁵ 與此相近之分析，亦可參Kock, aaO. (Fn. 63), AÜG § 1 Rn. 62.

⁶⁶ BAG, Urteil vom 25. 9. 2013 – 10 AZR 282/12, NJW 2013, 3672 (Rn. 17).

⁶⁷ Waas, aaO. (Fn. 55), S. 24.

作人對工程承攬人也有指示工程執行的權利，但這與對工作過程和時間安排的指示有所區別。在僅涉及約定工作成果範圍內的指示，可以基於承攬契約而為之，但如果職務活動由『定作人』計劃和組織，且承攬人以融入定作人之分工生產過程的方式為之，使其事實上無法獨立組織所約定的『工程』的製作，那麼就可能存在僱傭關係。」此亦再次反映勞動契約與勞務承攬最主要的差異在於指揮監督權之有無，也就是再回歸「從屬性」的認定問題，故以下需就指揮監督權與從屬性的關係為進一步之說明。

就雇主的角度而言，在指揮監督權與從屬性的關係上，因受僱人對於雇主雖未為成果承諾，但是受僱人的行為均以實現契約目的而努力，因此僱傭契約係一種「成果取向」的契約（*erfolgsgerechter Vertrag*）⁶⁸，而雇主為確保勞務提供結果達到所預期之品質，勞動契約的要素除了勞務提供之外，必然包含雇主對受僱人的調控權（*Steuerungsrecht*）⁶⁹，受僱人從而產生從屬性的特徵，亦即雇主保有對於勞工達成勞務的指揮監督權限⁷⁰，以對勞工在勞務給付方法為廣泛的控制⁷¹，從而決定勞工給付勞務的給付量與給付內容。另一方面，以勞工的角度觀察指揮監督權與從屬性的關係，在雇主對勞動力安排的過程中，因勞工與其所提供之勞動力與勞動力所有者（勞工）的人身不可分離、分割，因此雇主支配勞動力即等同於支配勞工之人身，勞工個人等於被置入雇主的控制範圍之中而被「客體化」⁷²。無論由雇主或勞工的角度而言，從屬性與勞動契約均具有不可分的內在關連性，且賴於雇主之指揮監督權來實現。

不過，近期有少數之行政法院判決認為「勞務債務人是否必須依勞務債權人之指示為勞務之提供，則非判斷勞動契約與否之指標。」並提

⁶⁸ Tillmanns, aaO. (Fn. 57), S. 44.

⁶⁹ Tillmanns, aaO. (Fn. 57), S. 22.

⁷⁰ 王松柏，同註14，頁55。

⁷¹ 王松柏，同註14，頁54。

⁷² 參黃程貫，同註14，頁63。另參邱羽凡，同註14，頁185-187。

出：「是否為勞動契約之判斷，於人格從屬性上，著重於自由決定工作時間在人格自由發展上之意義，於經濟從屬性上，則以企業風險負擔為論據，而不應片面置重於勞務之指揮監督。」最早為最高行政法院一〇六年判字第二三三號判決，近期如臺北高等行政法院一一〇年訴字第635號判決⁷³。對於最高行政法院一〇六年判字第二三三號判決主張，「不應片面置重於勞務之指揮監督」來認定勞動契約之見解，其已見於黃茂榮大法官對釋字第七四〇號解釋之協同意見書⁷⁴所提出之意見：「不論該勞務契約之契約類型為何，勞務債務人所提供之勞務均須按勞務債權人之指示並盡一定之注意程度。因此，勞務債務人是否必須依勞務債權人之指示為勞務之提供，並不足以作為勞動契約之類型特徵。」⁷⁵

對此，本文認為勞動契約與承攬契約分別經由「成果承諾」與「控制權」來實現契約目的，成果承諾與控制權乃是確保其利益的擇一性的手段（*alternative Mittel der Interessensicherung*），分別為勞動契約與承攬契約的特徵，勞動契約與承攬契約中無法同時存在二者，因此也讓連結控制權的「從屬性」得作為勞動契約與承攬契約的區分標準，此誠如最高行政法院一〇七年判字第七〇八號判決所表示，「勞基法並非使一

⁷³ 參最高行政法院107年判字第708號判決、臺北高等行政法院110年訴字第635號判決、臺北高等行政法院108年訴字第1412號判決、臺北高等行政法院108年訴字第1600號判決、臺北高等行政法院108年訴字第1410號判決、臺北高等行政法院108年簡上字第109號判決、臺北高等行政法院107年訴字第311號判決、臺北高等行政法院108年訴字第1994號判決與高雄高等行政法院108年訴字第138號判決。民事法院判決則如臺灣臺北地方法院108年北勞簡字第69號民事判決、臺灣臺南地方法院108年勞訴字第78號民事判決。

⁷⁴ 臺灣臺北地方法院108年北勞簡字第69號民事判決即指出：「至於勞務債務人是否必須依勞務債權人之指示為勞務之提供，應非判斷勞動契約之類型特徵（司法院大法官解釋釋字第740號解釋黃茂榮大法官協同意見書參照）。」另參吳哲毅，同註26，頁51-52。

⁷⁵ 司法院釋字第740號黃茂榮大法官協同意見書，頁8。

切勞務契約關係，均納入其適用範圍」，但受到控制（管理、監督、考核、懲處）而產生從屬性者，即應歸屬勞動契約。為達成勞動契約之目的，雇主在人事管理制度中多設有「績效評估制度」，並對於績效不如預期的員工實施特別評估程序，即「績效改善計畫」（performance improvement plan，通常簡稱為「PIP」），使雇主得以藉此單方面檢視、確認與要求勞工所給付之勞務是否符合債之本旨⁷⁶，使雇主藉由指揮監督勞工提供勞動力之方式，獲得最大勞動價值與生產效益⁷⁷，亦是受僱者產生從屬性的源由⁷⁸，也說明了勞動契約中必然內含指揮監督權之理由，其與定作人指示之區別，以下進一步說明之。

2. 勞動契約之指揮監督權與定作人指示權之區別

最高行政院所指「不應片面置重於勞務之指揮監督」，雖不否定勞動契約內含指揮監督權，其係質疑承攬契約中亦容許定作為「指示」，而認為不能以勞動契約與承攬契約均具備之特徵來區分兩者。不過，此一觀點其實並未明確區別勞動契約與承攬契約中指示權的差異，亦未正確地辨別出勞動契約上之指揮監督權的特徵⁷⁹。誠如本文前述，在承攬契約與勞動契約勞務給付範圍上，勞動契約所應給付的勞務具有「不完整性」、「不確定性」之特性，即「勞務給付內容的詳細情節亦非自始確定」，此與負擔完成特定勞務內容的承攬契約，具有本質上的

⁷⁶ 李婉維，績效改善計畫適用於解僱最後手段性原則之研究——以勞動基準法第11條第5款為中心，全國律師，第27卷第5期，頁61，2023年5月。

⁷⁷ 臺北高等行政法院109年訴字第924號行政判決。

⁷⁸ 有研究指出，我國民事法院至2022年7月7日止，共有89個案例於194則判決中提及此類績效改善計畫程序之實施，使勞工得以透過此一程序瞭解雇主對其目前勞務提供情形之評估，以及應予改善之目標暨達成改善之條件，使勞工與雇主均得再次審視彼此對於目前存續之勞動關係之期待與目標，參李婉維，績效改善計畫適用於解僱最後手段性原則之研究——以勞動基準法第11條第5款為中心，頁18，國立陽明交通大學科技法律研究所碩士論文，2022年8月。

⁷⁹ 邱羽凡，同註14，頁189。

不同，勞動契約指示權的功能在於特定化「勞務給付之具體詳細內容」，而承攬契約之指示權則限於原約定的特定工作範圍中⁸⁰，以要求承攬人依其指示的工法、順序、品質、數量等來完成工作，亦即需以就工作本身為對象，不得干涉勞務給付的方式⁸¹，換言之，勞動契約中的指示權係以人為對象且關連到勞務給付的過程（personenbezogen, ablauf- und verfahrensorientiert），對於承攬契約中的定作人指示，則「以事物為對象且為結果取向」（sachbezogen und ergebnisorientiert）⁸²，兩者實有本質上之別，我國實務見解亦注意到此一區別：「承攬契約定作人對承攬人之工作雖有指示之權，惟無指揮監督權限，並重在承攬人完成一定之工作者不同。」（臺灣高等法院一〇三年勞上易字第五號民事判決參照）。

舉例而言，為完成輸送天然氣管線鋪設之工作，定作人要求承攬人應以HDD導鑽工法（Horizontal Directional Drilling）施作，即橫向水平施工法，此為定作人對於依約應完成工作所為之指示，目的在於完成海底輸氣管線工程，係以結果為取向且以工程（事物）為對象，該工法（指示）影響工作能否完成，至於承攬人在運用此工法下如何完成該工作，乃是其自由裁量的權限，因承攬人係以其具有專業技能、專業知識，獨立完成所約定之工作以履行契約，定作人係仰賴承攬人之專業技能、專業知識，以獲取所欲達成之工作⁸³。在此可能產生與勞動契約中專業指示權之區別的灰色地帶，但就低技術性之簡易工作而言，執行此

⁸⁰ Fischels, Der Arbeitnehmerbegriff: Typologik, Dogmatik und Systematisierung, 1. Aufl., 2019, S. 273.

⁸¹ Kock, aaO. (Fn. 63), AÜG § 1 Rn. 58; Werths, Vom Auftraggeber eines Werkvertrags zum Arbeitgeber, NJW-Spezial 2014, S. 499.

⁸² BAG, Urteil v. 27.06.2017 - 9 AZR 133/16 = BeckRS 2017, S. 145967 Rn. 28. Vgl. auch Maschmann, Fremdpersonaleinsatz im Unternehmen und die Flucht in den Werkvertrag, NZA 2013, S. 1308.

⁸³ 參臺灣高等法院105年建上字第63號民事判決。

類職務原本就不需複雜的專業要求時，因此工作者自由形成的程度本來就低，若仍給予完成工作的方式限制，德國聯邦勞動法院即以低技術的零工工作為例，提示在個案中不但應注意此職務的簡易性質，且需因此一職務特性而傾向定具有從屬性以成立勞動契約⁸⁴。

再以平台外送員之工作為例，有平台業者對外送員運送餐點之工作，要求「建議勿短時間內多次重覆按鈴或長按電鈴」、送餐時不得「抽菸（含電子菸）、喝酒或嚼食檳榔」、「口語或肢體之衝突、侮辱」⁸⁵，此等要求均與所應完成之工作無關，該等指示亦非以促成工作完成（餐點運送）為目的，而非屬「以事物為對象且為結果取向」的指示，實則已以人為對象且關連到勞務給付的過程而為從屬性的展現，在歐盟於2021年12月9日通過「關於改善平台工作之工作條件指令草案」（下稱「歐盟平台工作指令草案」）⁸⁶，第4條第2項所訂五項「(b)平台對於工作者的外觀、對待顧客之行為或工作表現上定有拘束性規定」，即被列為推定勞工標準之一，蓋該等要求實與平台工作的完成無關，而係對勞務履行方式的介入。

三、勞務專屬性

就勞務專屬性此一特徵，相較於勞動契約與委任契約，承攬契約並無勞務供給之專屬性，承攬人無須親自供給勞務，次承攬原則上無違約

⁸⁴ BAG, Urteil v. 01.12.2020 - 9 AZR 102/20 = NJW 2021, S. 1551 Rn. 47.

⁸⁵ foodpanda承攬服務條款之「建議之一般承攬流程」第5(7)項：https://drive.google.com/file/d/141v5_jvKE6PWVvj2RsjmFcZLAZcrQbY/view（最後瀏覽日：2023年1月21日）。

⁸⁶ European Commission, Proposal for a Directive of The European Parliament and of The Council on improving working conditions in platform work, COM (2021) 762 final 2021/0414 (Dec. 9, 2021); European Council, EU rules on platform work, <https://www.consilium.europa.eu/en/policies/platform-work-eu/> (Aug. 8, 2022, last visited Jan. 27, 2023).

可言⁸⁷，如臺灣高等法院一〇九年勞上易字第三十一號民事判決：「上訴人若未到勤而無承接工作時，則由被上訴人公司其他技師承接工作，亦即上訴人之工作得任意使第三人代服勞務以完成剪刀製作工作，欠缺勞務請求之從屬性及專屬性。」除非承攬標的之工作具有專屬性、或是基於法律特別規定⁸⁸、當事人特約外，否則應容許承攬人基於自身技術、成本考量而為商業決定，自行完成承攬工作或是借助第三人的協助，承攬人僅需完成契約所訂之工作，此亦說明上述分析中，定作人固得為指示，但其指示權僅不得以「人」為對象而為之，不能就承攬工作之工作者的工作地點、時間、步驟與勞務履行方式為限制，否則亦有干涉承攬人經營自由之問題。此可參例如臺灣臺北地方法院一〇八年北簡字第一七六三五號民事判決之見解：「是同為勞務供給之勞動契約與承攬契約之區別所在，乃僱傭係以勞務之給付為目的，縱受僱人供給之勞務不生預期之結果，僱用人仍應給付報酬，且雙方對勞務之請求，除另有同意或約定外，均不得任意讓與第三人或使第三人代服勞務，具有勞務之專屬性，並因而有從屬性之絕對服從關係。而承攬則以勞務所完成之結果為目的，供給勞務僅為手段，須俟工作完成之結果後始給付報酬，除當事人另有特約外，非必須承攬人自服其勞務，其使用他人，完成工作，亦無不可，而不具有勞務之專屬性。」

由於定作人已經由承攬人的成果承諾而能取得預期的勞務成果，自無再限制承攬人應親自履行的必要，尤其是承攬人所承諾完成的工作為有形客體的製作或變更（如建築大樓、製作衣服）時，其負有「使其具備約定之品質及無減少或減失價值或不適於通常或約定使用之瑕疵。」（民法第492條參照）。至於所承攬工作為藉有體物將勞務予以形體化

⁸⁷ 邱聰智，同註29，頁40。

⁸⁸ 如政府採購法第65條第1項：「得標廠商應自行履行工程、勞務契約，不得轉包。」本條立法理由明示，此乃為了為避免廠商變相之借牌而禁止得標廠商轉包，為公共工程具有公共利益的考量，參葉錦鴻，民法系列——承攬，三民，頁17，2007年11月。

者，或是單純為勞務之實施而無有形結果時，若該工作為諸如繪製一幅畫或演唱歌曲等具有專屬性工作，則可限制承攬人應自服其勞務，惟若如運送餐飲、物品等外送工作，其不論由何人均對工作成果不生影響時，則不能限制外送員為次承攬，始為合理。

肆、承攬契約要素檢討(二)：「所承諾報酬」之解釋

一、報酬給付方式與按件計酬制勞動契約

勞動契約多為「以時計酬」的模式，不過，計時制並非勞動契約唯一的計酬方式，於報酬概依實際工作成果數量計算而採「計件制」時，即在外觀上產生與承攬契約相近的情形。在僱傭關係中，雇主運用指揮監督權來控制勞工的給付行為，並衡量如何指示勞工執行職務以達其所期待之成果，若勞工均遵守雇主之指示，成果發生與否係繫於雇主的裁量，故由雇主負擔成果發生與否的風險，已如上述。換言之，在勞動力商品化的過程中，薪資制度具有關鍵性的角色，其為雇主決定以何種價格購買勞動力的機制，雇主採取計件的計酬方式，其功能一方面如學者謝國雄於1994年所指出：「件數做得愈多，錢也賺得愈多。」所以雇主經由計件報酬的方式而得以控制勞工的工作速度，且讓勞工自主地進入「趕工」的狀態而能讓勞動力發揮最大值⁸⁹，雇主亦不用負擔勞動力「閒置」與「再生產」的成本⁹⁰；另一方面，即如德國學者Kerstin Tillmanns之分析，諸如計件工等報酬制度可以讓雇主取得勞工的「成果承諾」，也就是在勞動契約中加入承攬契約的元素（Elementen）⁹¹，雇

⁸⁹ 謝國雄，第四章 作件意識——計件制與台灣勞動者主體性之形塑，載：純勞動：台灣勞動體制諸論（POD），中央研究院社會學研究所，頁135，2011年4月。

⁹⁰ 同前註，頁128。

⁹¹ Tillmanns, aaO. (Fn. 57), S. 50 ff.

主依此種報酬制度而免去承擔成果未達的風險承擔。

就計件制對於契約定性之影響，由於依民法第505條之規定，承攬人之報酬並未強制規定計酬之方式，而僱傭之報酬，依民法第486條，並未規定應按時或按件計酬，而法亦無明文按時或按件計酬者，即屬僱傭⁹²，因此在論理上，應容許有「按件計酬制之勞動契約」與「按時計酬制之承攬契約」。就承攬契約而言，我國學說與實務上多肯定承攬契約亦得按時計酬⁹³，而勞動契約亦多為按時計酬，計件制工作在勞基法制定之初亦已存在⁹⁴，如臺北高等行政法院一〇九年訴字第924號行政判決所認定：「陳君等人招攬保險之收入固應視其招攬件數而定，惟此如同勞基法第2條第3款之『按件計酬』之勞務對價，不因之變更陳君等人係為原告公司營業活動目的之性質、且係從事勞動契約約定之工作。」因此，按件計酬或按時計酬之方式無從作為區別勞務契約類型的標準。單單依報酬給付方式此一特徵，難以為契約之定性，此如臺灣高等法院九十八年重上字第五五一號判決指出：「從民法之角度區分承攬與僱傭基本上差異，應綜合觀察契約當事人約定之內容，及勞務給付之過程等事實判斷之。……以報酬金額計算方法之約定，難以推論雇主支

⁹² 臺灣臺北地方法院108年北簡字第17635號民事判決。

⁹³ 如臺灣彰化地方法院97年勞訴字第13號民事判決：「惟按承攬人之報酬，依民法第五百零五條，並未強制規定計酬之方式，則承包吊載原木工作者直接按支數或估算吊運時間所投入之成本及利潤，按件或按時計酬均無不可；而僱傭之報酬，依民法第四百八十六條，並未規定應按時或按件計酬；法亦無明文按時或按件計酬者，即屬僱傭；因此，並不能僅依兩造間給付報酬之方式為按件計酬，即得認為兩造間係僱傭關係。」

⁹⁴ 參勞基法於1984年制訂時，第2條第3款：「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。」第23條第1項：「工資之給付，除當事人有特別約定或按月預付者外，每月至少定期發給二次；按件計酬者亦同。」與第14條第1項第5款：「雇主不依勞動契約給付工作報酬，或對於按件計酬之勞工不供給充分之工作者。」

付之報酬非針對勞務之成果，而係勞動力本身之對價，因此……尚難僅以報酬之約定方式，遽予推論被上訴人與戊○間拆除工作契約之屬性為僱傭關係。」⁹⁵計件制工作與承攬工作在本質上完全不同，若在計件制下，計件工作者仍具有人格上從屬性，此即與承攬工作以獨立完成一定之工作，不受定作人之指揮監督的性質不同，兩者僅是在報酬計算方式上均以實際工作成果為基準而相類似⁹⁶。而若個案中，按件工作者對於所領取報酬欠缺議價的空間，此在歐盟平台工作指令草案第4條第2項中，即對應「(a)平台有效地決定或設定報酬上限」此一推定為勞工身分的標準之一，更顯示工作者的非獨立性⁹⁷。

綜而言之，報酬給付雖為勞動契約與承攬契約的主給付義務，但因按件計酬既可為勞動契約所約定，亦可為承攬契約的計酬方式，其為兩種契約均可存在的特徵，因此無法作為勞動契約與承攬契約的區分標準。

⁹⁵ 另亦可參臺灣嘉義地方法院100年勞訴字第8號民事判決：「且兩造間固然約定按工作日數，每日以一定金額計算報酬，惟此乃單純關於報酬金額計算方法之約定，在僱傭或承攬等勞務給付契約類型中均有採用之可能，尚難據此推論被告支付之報酬非針對勞務之成果，而係勞動力本身之對價，且尚難僅以報酬之約定方式，遽予推論兩造間契約之屬性為僱傭關係。」

⁹⁶ 臺灣高等法院109年勞上易字第31號民事判決：「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，但仍應限於所約定勞務給付契約具有勞務請求從屬性、專屬性，工資係採按件計酬之情形而言，非謂按件計酬情形之勞務給付契約均屬勞基法所規定之勞動契約。」

⁹⁷ 我國法院實務見解對此亦有強調，參臺北高等行政法院109年訴字第924號行政判決：「依系爭保險承攬契約第3條規定及另案證人游○儒證述其領取之傭金並無向原告議價之空間，原告還會發布公文降低傭金等語，可知原告所屬業務員對於薪資幾無決定權限及議價空間，必須單方聽從原告公司變更之薪資條件內容。」

二、計件制與業務風險承擔之關係

(一)經營自由與業務風險承擔在計件制工作中之衡平

司法院釋字第七四〇號解釋文又指出：「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）。」解釋理由書中則提出：「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。」亦即約定按件計酬（所招攬之保險收受之保險費為基礎計算其報酬）且無底薪者，在此則解釋中被連結至「自行負擔業務風險」，惟計件制與業務風險承擔之關係為何？釋字第七四〇號解釋並未說明，但就其所引述之臺灣高等法院九十四年勞上字第四十五號、九十九年勞上字第五十八號、一〇一年勞上字第二十一號等民事確定終局判決，提出：「又以保險業務員並未受最低薪資之保障，須待其招攬保險客戶促成保險契約之締結進而收取保險費後，始有按其實收保險費之比例支領報酬之權利，認保險業務員需負擔與保險業相同之風險，其勞務給付行為係為自己事業之經營，而非僅依附於保險公司為其貢獻勞力，故難謂其間有經濟上從屬性。」

針對上述法院見解，本文認為保險業務員在投入時間、勞力等成本進行招攬後，不但要負擔保險客戶不願投保的風險，但同時又缺乏分散降低風險的權限，因保險業務員對招攬保險客戶的條件，並無決策權，僅能依循所屬保險公司的文宣、廣告、簡介、商品說明書及建議書等文書，來解釋保險商品內容及保單條款（保險業務員管理規則第16條第1項），加上保險業務員應專為其所屬公司從事保險之招攬（保險業務員管理規則第14條第1項），保險業務員招攬保險客戶上並不具有經營裁量權限，而所謂自願承擔經營風險之人，係指參與市場活動且在經營機會與風險上衡平者⁹⁸，若工作者一方面不具有從事經營決策的裁量權

⁹⁸ Wank, Arbeitnehmer und Selbständige, 1988, S. 389-391.

限⁹⁹，無法決定如何執行職務，自亦無法操控經營風險的高低，反而處於欠缺經營自主但又需承擔經營風險的雙重不利地位，在經濟上的從屬性反而更高。再以平台外送員為例，平台業者並未與外送員個別磋商即自訂報酬標準，臺灣兩大外送平台Uber Eats及Foodpanda均是在官方網站所公告之外送員報酬規則，外送員經由平台所設計的多種獎勵、評級制度造成外送員對於自身報酬獲取情形的浮動不確定以及不可預測性¹⁰⁰，且對於報酬的結構、標準與計算均無從決定，在我國迄今就外送員的相關判決中，法院均注意到外送員均只能被動接受平台計酬標準，而無議價之空間，臺北高等行政法院一一〇年簡上字第一五六號行政判決認定：「李君等人僅得透過上訴人平台提供勞務，並無權決定收取費用之價格。」而臺北高等行政法院一〇九年訴字第一〇四六號判決亦指出：「其趟次獎勵的計算方式完全是原告單方面規定而適用於所有外送員，並不需要與個別外送員磋商，外送員只能依照原告の規定計算趟次獎勵，故外送員的從屬性甚為明顯。」外送員根本無從自由為經營上之計算，僅能領取平台所設定之固定報酬，不具有議價權以投入市場競爭。換言之，當雇主取消底薪並且採按件計酬制度時，工作者在無經營自由之下，僅是承受無底薪保障但又被課予成果承諾的雙重不利益，此類工作者並不是如上引民事法院所言「非僅依附於保險公司為其貢獻勞力」而「為自己事業之經營」，無論是保險業務員或平台外送員，均根本無法為自己之計算而投入市場與保險公司處於競爭之地位，法院上述之論點實非可採。

承攬契約不同於勞動契約之處，應非在於承擔業務風險與否，而是

⁹⁹ Wank, Die Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH zum Arbeitnehmerbegriff, EuZA 2023, S. 41. Vgl. auch EuGH 14.12.1989 – 3/87 Rn. 36; EuGH 20.11.2001 – C-286/99 Rn. 70.

¹⁰⁰ 有關我國數位平台外送員報酬結構之實證研究，請參鄭博謙，演算法管理與平台外送員報酬保障之研究——以歐盟改善平台工作之工作條件指令草案為參考，頁13-48，國立陽明交通大學科技法律研究所碩士論文，2023年7月。

具有不需服從他人的經營自由，工作者從而可以在衡量各種經營風險下以作出經營決策，為自己計算而取得最大的獲利，從而儘量地在經濟上取得獨立性，此以工作者的勞務給付方式與定價（報酬）不受他人安排為前提，因此仍然是回到人格上從屬性的問題在加強職業安全衛生法第二十六條及第二十七條檢查注意事項第2條(四)指出：「以計件為要件，且受管理、指揮、監督，訂定之勞動契約不視為承攬。」總結而言，在從屬性作為勞動契約法定要件下，業務風險承擔的意義在於審查有無經營自由，但此將對於人格從屬性為重覆審查，使業務風險承擔並非一具有審查實益的標準；而若忽略經營自由與業務風險承擔一體兩面的關係，僅觀察後者（業務風險承擔），將造成雇主占據契約談判上的強勢位置，得主導事實上具相當高度從屬性之勞工簽訂按件計酬的報酬計算方式，將業務風險轉嫁給勞工承擔，以規避勞基法強制規定的結果¹⁰¹。

(二)業務風險承擔與契約定性之關係

承前述關於承攬契約定義之說明，契約定性應觀察各該契約的主給付義務，然業務風險承擔一方面非屬承攬契約中固有、必備的要素，更精確地說，勞務契約中的當事人間必要之點，即為關於「勞務給付」與「報酬給付」之約定，業務風險承擔並非承攬契約之主給付義務中的任何一種要素，而非得用以決定契約之定性，毋寧是在民法第490條規範「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」此種約定內容下，工作者承擔業務風險乃是報酬給付方式約定的結果，而非當事人約定之契約義務的內容，所以仍應回歸觀察報酬給付方式，而不需額外以有無負擔業務風險作為定性契約的依據之一。易言之，「負擔業務風險」此一模式理論係用主給付義務以外的特徵，以重新

¹⁰¹ 陳建文，勞動關係的契約形式與從屬特質——評析釋字第740號解釋，個別勞動法理論與實務發展論壇，國立臺北大學法律學院勞動法研究中心主辦，頁9-12，2017年6月24日。

建構契約類型定義，此亦為該理論被稱為認定勞工身分的另類模式（Alternativmodell）的原因¹⁰²，但此一由德國學者Rolf Wank所大力主張的模式，並未廣泛受到認可¹⁰³，在2017年4月1日起施行之德國民法第611a條立法中，亦未採納業務風險承擔此一標準作為勞動契約的要件。

伍、「從寬認定」成立勞動契約之意義

由於各類勞務契約各有其優點¹⁰⁴，因此實務上即可能出現結合不同類型勞務契約因素的契約，且基於私法自治原則，當事人意定之契約不限於民法上有名契約，各種非典型之無名契約亦得加以締結。雖然「契約類型之歸類，原則上應以主給付義務決定契約類型，縱有部分因素有微不足道之偏離，並不影響契約類型之歸類。」¹⁰⁵但於當事人有意地不採取民法有名契約所訂的契約要件、或是僅採取有名契約之一部分要件、又或是全然採用非屬有名契約之法律要件¹⁰⁶，以立新型態之契約時，即產生混合契約（gemischte Verträge）的問題。換言之，混合契約的產生乃是在法律承認契約自由原則又無契約類型強制（Typenzwang）下¹⁰⁷，民法中訂有多種有名契約類型，致偏離有名契約的契約類型產生的法律適用問題¹⁰⁸。混合契約基於契約構成分子與有名契約的差別狀態，而有不同類型¹⁰⁹，在當事人結合一個有名契約與其他有名契約，致

¹⁰² Wank, aaO. (Fn. 98), S. 389-391.

¹⁰³ 對於德國學者Rolf Wank見解之分析，請參Fischels, aaO. (Fn. 80), S. 295.

¹⁰⁴ 有關委任、承攬與僱傭契約在企業經營中的功能之別，參葉錦鴻，同註88，頁47-49。

¹⁰⁵ 臺灣士林地方法院107年士勞簡字第14號民事判決。

¹⁰⁶ 在勞動法的範圍中，全然以非屬有名契約之法律要件所締結之契約，如團體協約，然其法律效果已有團體協約法之規範。

¹⁰⁷ Greiner, Schuldrecht Besonderer Teil, 2019, S. 287.

¹⁰⁸ 楊崇森，混合契約之研究，法學叢刊，第4卷第4期，頁44，1959年10月。

¹⁰⁹ 關於混合契約類型的說明，參同前註，頁43。

契約全體不能納入任何一種有名契約而形成無名契約之情形，例如委任與承攬組成之混合契約、或是僱傭與承攬契約所組成之混合契約等情形¹¹⁰。

由於混合契約係結合數個契約而形成，性質上屬於單一契約，此種情形首先需與契約聯立（Vertragsverbindung, zusammengesetzter Vertrag）¹¹¹為區別。至於混合契約的法律效果，在學說上向來有所爭議，有採吸收說（Absorptionstheorie）、合併適用說（Kombinationstheorie）、類推適用說（Theorie der analogen Rechtsanwendung）或重要因素理論（Theorie des Schwerpunktes）¹¹²。若該混合契約中的各給付並列而可分離辨識，則可以適用所各自對應的契約法規範，例如一份護理之家契約（Altenheimvertrag）通常涵蓋住宿安排與照護服務（飲食、清潔、洗衣等）等，前者得以租賃契約、後者可依委任契約相關規範為依循，而合併適用兩種勞務契約之相關規範¹¹³。然真正有所爭議者為，誠如最高法院一〇七年台上字第一三九四號民事判決所處理之案例，當事

¹¹⁰ 謝哲勝，外勞委任招募契約的法律性質與任意終止後的損害賠償——兼評最高法院一〇一年度台上字第一八一三號民事判決，月旦法學雜誌，第234期，頁163，2014年10月。

¹¹¹ 有關契約結合而生混合契約與契約聯立之別，參實務見解：「在契約內含有多種契約之實質時，可能構成混合契約或多種契約相互結合成為聯結契約，其中混合契約係由典型契約構成分子與其他構成分子混合而成之單一債權契約，若其契約係複數，而於數契約間具有結合關係者，則為契約之聯立，故混合契約係以二個以上有名契約應有之內容合併為其內容之單一契約，兩者有不可分割之關係；此與契約之聯立，係為數個契約便宜上互相結合，同其存續時期。」司法院院字第2290號、最高法院80年台上字第2276號判決、最高法院77年台上字第1286號判決、臺灣高等法院97年上易字第985號民事判決參照。有關契約聯立之法律效果，可參Gehrlein, in: Hau/Poseck (Hrsg.), Beck'sche Online-Kommentare, 66. Aufl., (Stand: 01.05.2023), BGB § 311, Rn. 26.

¹¹² Heinrichs, in: Palandt (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch, 66. Aufl., 2007, Überbl. v. § 311 Rn. 24 f.

¹¹³ Gehrlein, aaO. (Fn. 111), BGB § 311, Rn. 23.

人訂立之契約由承攬之構成分子與委任之構成分子混合而成，其同時兼有「事務處理」與「工作完成」之特質，並各具有一定之分量，且各該成分之特徵彼此不易截然分解及辨識，而當事人復未就法律之適用加以約定時，此時該混合契約的各給付義務互相融合，而形成類型融合契約（Typenverschmelzungsverträge）¹¹⁴，此時契約由典型契約構成分子，與其他構成分子混合而成之單一債權契約，其契約之各構成分子，即失其獨立性而成為一個混合契約¹¹⁵。

對於此種委任與承攬組成之混合契約，法院認為不應再將之視為純粹之委任或承攬契約，而應歸入非典型契約之混合契約（司法院院字第二二八七號解釋參照），而當事人間之法律關係，法院認為應依整個契約之內容定之，不能撷拾某一構成分子作為判斷論據。惟參酌民法第529條之規定：「關於勞務給付之契約，不屬於法律所定其他契約之種類者，適用關於委任之規定。」此係因委任契約為最典型及一般性之勞務契約，為便於釐定有名勞務契約以外之同質契約所應適用之規範，使契約當事人間之權利義務關係有所依循。於委任與承攬兩種勞務契約之成分所組成之混合契約，而彼此間之成分特徵不易截然分解及辨識時，其整體之性質既屬於勞務契約之一種，在法律效果上，自應依該條之規定，適用關於委任之規定，庶當事人間之權利義務關係得以確立¹¹⁶。依此，在勞務契約由僱傭與承攬或委任之構成分子混合而成時，若依民法第529條之規定，亦應適用關於委任之規定，惟實務上自最高法院八十一年台上字第三四七號民事判決以來，多認為：「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。」則應予探究者為，若一契約已具備承攬契約或委任契約之部

¹¹⁴ Greiner, aaO. (Fn. 107), S. 287 f.

¹¹⁵ 參照最高法院54年台上字第2382號判決載司法院公報第7卷第12期，以及臺灣高等法院臺中分院83年上字第761號民事判決參照。

¹¹⁶ 參最高法院107年台上字第1394號民事判決、臺灣高等法院臺中分院111年建上字第76號、臺灣高等法院臺中分院110年上易字第97號民事判決。

分特徵，其法律效果究應適用何種勞務契約之相關規範？其與民法第529條之關係為何？實則，民法第529條係規定，勞務契約「不屬於法律所定其他契約之種類者」，始適用關於委任之規定，亦即僅無法被定性為其他有名契約之一時，始應適用民法第529條規定¹¹⁷，本文認為，最高法院主張勞務契約只要有部分從屬性，即應成立勞動契約，其所處理者並非單純法律適用之問題，而是為契約之定性，就具有部分從屬性的勞務契約不定性為混合契約，從而亦不落入「不屬於法律所定其他契約之種類」的範圍，而是「從寬認定」為勞動契約，此亦可解釋法院主張「勞基法所規定之勞動契約，非僅限於典型之勞動契約」之意旨（最高法院八十一年台上字第三四七號民事判決）。

就此一「從寬認定」之契約定性方式，若所爭執的勞務供給關係中，同時存在從屬性與獨立性勞務提供之特徵，於整體觀察後，從屬性特徵對於整體勞務供給關係具有重要性時，縱有非從屬性勞務供給之特徵存在，仍無礙其整體歸屬勞動契約的定性判斷¹¹⁸，其實釋字第七四〇號解釋亦已指出，勞動契約本即是就個案事實及整體契約內容，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。另一種情形為，勞務契約一方面以提供從屬性勞務為給付義務，但同時在其他契約特徵上，如報酬給付方式上具有承攬契約等其他勞務契約之性質，依上述最高法院意旨，定性上仍為勞動契約關係¹¹⁹。

¹¹⁷ 游進發，新藥臨床試驗契約性質之探討——委任或承攬，高大法學論叢，第17卷第1期，頁88，2021年9月。

¹¹⁸ 邱羽凡，同註6，頁136。

¹¹⁹ 參臺灣花蓮地方法院106年勞訴字第9號民事判決、臺灣基隆地方法院106年勞訴字第2號民事判決、臺灣臺北地方法院107年簡字第228號民事判決與臺灣臺北地方法院107年簡字第45號民事判決。

陸、結 論

勞務契約中關於承攬契約與勞動契約的區別，為各種勞務契約區別中最富爭議者。在區別兩者上，釋字第七四〇號解釋提出「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）」後，有認為按件計酬、無約定底薪、負擔業務風險等特徵的表現，應可作為將一契約定性為承攬契約的線索。就此而言，表面上，承攬契約以「無結果，即無報酬」為其特徵，亦即以「按件計酬」的模式呈現，惟究其實，勞動契約亦得約定一定工作成果即按件計酬方式，按件計酬制處於承攬契約與勞動契約的重疊範圍，實無作為區分二者的標準，至於釋字第七四〇號解釋進一步將按件計酬制連結「自行負擔業務風險」，本文認為此一解釋乃是嘗試不以從屬性特徵為切入點，改由承攬契約的要素（自行負擔業務風險），以檢討勞務契約之區別標準，此一解釋雖有突破從屬性認定框架之意義，然承攬契約不同於勞動契約之處，究非僅在於承擔業務風險與否，而是工作者具有不需服從他人的經營自由，從而可以在衡量各種經營風險下以作出經營決策，為自己計算而取得最大的獲利。最重要的是，此並非單純計件制或有無底薪所可涵括，且此以工作者的勞務給付方式與定價（報酬）不受他人安排為前提，因此仍然是回到人格上從屬性的問題，業務風險承擔並非一具有審查實益的標準。

總而言之，釋字第七四〇號解釋所提出無論除按件計酬或是有無約定底薪或負擔業務風險等特徵，若非屬勞動契約之固有特徵，即是難以作為獨立區分契約類型的標準。本文認為，能有效界分承攬契約與勞動契約的標準，無論由「勞務給付」或「報酬給付」之主給付義務為分析，最終仍需回歸從屬性此一特徵，就勞務給付此點，「在僱傭模式下，雇主方購買的是受僱勞工的勞動力（或是工時）；而在承攬模式，定作人則購買承攬人員的工作成果。」¹²⁰故若無法確定契約之主給付義

¹²⁰ 改寫自劉梅君、鄭中睿（計畫主持人），台灣公部門非典型僱用狀況研究，頁

務可指向「完成一定之工作」的內涵，本質上承攬契約即無從存在；且承攬契約中既需明訂所需完成的特定工作，定作人指示即不再用以具體化勞務給付的內容，此一觀察不但說明了定作人指示與雇主之指揮監督的不同，亦印證勞動契約中必然內含指揮監督權之理由，勞動契約從而具有從屬性的理由，但此點在勞務契約定性的個案中，則經常受到忽略。指揮監督權即從屬性為勞動契約與其他勞務契約區分的標準，此一論理在本文嘗試自始不以從屬性特徵為切入點，改由承攬契約的要素檢討勞務契約之區別標準後，仍無可避免地回到從屬性認定，可見一斑，亦印證在釋字第七四〇號解釋後，勞基法第2條第6款將勞動契約定義增加「從屬性」之明文，讓勞動契約的認定以從屬性為法定要件，而非按件計酬、無約定底薪、負擔業務風險等特徵的意義。

21，執行單位：政治大學勞工研究所，2019年10月：「在派遣模式下，要派方購買的是派遣勞工的勞動力（或是工時）；而在承攬模式，定作人則購買承攬人員的工作成果。」

參考文獻

一、中文部分

(一)專 書

1. 王怡蘋，委任，三民，2018年1月。
Wang, I-Ping, Mandate, San-Min (2018).
2. 王澤鑑，債法原理，自版，2012年3月增訂3版。
Wang, Tez-Chien, Principles of Law of Obligations, Self-published (rev. 3rd ed. 2012).
3. 史尚寬，勞動法原論，自版，1978年6月重刊。
Shih, Shang-Kuan, Theory of Labor Law, Self-published (2nd ed. 1978).
4. 邱聰智，新訂債法各論（中），自版，2008年8月。
Chiu, Tsong-Juh, Revised Theories of Kinds of Obligations (II), Self-published (2008).
5. 郭玲惠，勞動契約法論，三民，2011年9月。
Kuo, Ling-Hwei, Theory of Labor Contract Law, San-Min (2011).
6. 黃程貫，勞動法，國立空中大學，2002年2月修訂再版。
Huang, Cheng-Guan, Labor Law, National Open University (rev. ed. 2002).
7. 黃越欽、黃鼎佑（增修），勞動法新論，翰蘆，2015年9月5版。
Huang, Yueh-Chin & Huang, Ding-You (Rev.), New Theory of Labor Law, Hanlu (5th ed. 2015).
8. 葉錦鴻，民法系列——承攬，三民，2007年11月。
Yeh, Chin-Hung, Civil Law Series—Hire of Work, San-Min (2007).

(二)期刊論文

1. 王文宇，契約法釋義學應納入經濟分析觀，月旦律評，第12期，

頁37-54，2023年3月。

Wang, Wen-Yeu, Contract Law Hermeneutics Should Incorporate an Economic Analysis Perspective, 12 Angle Lawyer Empowerment 37 (2023).

2. 成之約，「派遣勞動」及其對勞資關係與人力資源管理之意涵與因應，空大行政學報，第10期，頁1-26，2000年6月。

Cheng, Chih-Yu, 'Dispatched Work' and Its Implications to Industrial Relations and Human Resource Management, 10 Open Public Administration Review 1 (2000).

3. 吳哲毅，勞務提供之受指揮監督在勞工（勞動契約）認定上之定位——兼評近來之二則最高行政法院判決，律師法學期刊，第6期，頁43-63，2021年6月。

Wu, Che-Yi, A Study on the Positioning of the Supervision of Service in the Identification of Labor (Labor Contract)—Comment on the Recent Taiwan Highest Administrative Court Judgments, 6 The Lawyers 43 (2021).

4. 李健鴻，「勞動保護」與「產業彈性」之間的平衡難題：勞動基準法工時新制的立法評析，台灣勞工季刊，第49期，頁4-13，2017年3月。

Li, Chien-Hung, The Difficulty of Balancing "Labor Protection" and "Industrial Flexibility": A Legislative Analysis of the New Working Hour System of the Labor Standards Act, 49 Taiwan Labor Quarterly 4 (2017).

5. 李婉維，績效改善計畫適用於解僱最後手段性原則之研究——以勞動基準法第11條第5款為中心，全國律師，第27卷第5期，頁60-82，2023年5月。

Lee, Wan-Wei, A Study on Performance Improvement Plan Applies to Doctrine of Ultima-Ratio—Centered on Article 11(5) of the Labor

Standards Act, 27(5) Taiwan Bar Journal 60 (2023).

6. 林更盛，勞動契約性質認定之理論與實務——以保險業務員之法律定性與工資為例，台灣法學雜誌，第359期，頁29-41，2019年1月。

Lin, Geng-Schenq, Theory and Practice of Recognizing the Nature of Labor Contracts—The Legal Characterization and Wages of Insurance Solicitors as an Example, 359 Taiwan Law Journal 29 (2019).

7. 林更盛，郵件投遞員從屬性的具體認定標準，月旦法學教室，第228期，頁29-32，2021年10月。

Lin, Geng-Schenq, Specific Recognition Criteria of Mail Deliverers' Subordination, 228 Taiwan Jurist 29 (2021).

8. 林良榮，是「委任」的經理，還是「僱傭」關係的經理？／高院99勞上47，台灣法學雜誌，第168期，頁177-182，2011年1月。

Lin, Liang-Jung, Is it a 'Mandated' Manager or a 'Employed' Relationship Manager?/High Court's Labor Judgement No. 47 in 2010, 168 Taiwan Law Journal 177 (2011).

9. 林佳和，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，第245期，頁17-37，2015年10月。

Lin, Chia-Ho, Definition of Workers: A Classic Question or Not? A Discussion Starting from Insurance Solicitors, 245 The Taiwan Law Review 17 (2015).

10. 林佳和，後釋字第740號解釋之勞動趨勢分析，月旦法學雜誌，第314期，頁6-25，2021年7月。

Lin, Chia-Ho, Labor Trend Analysis of Interpretation No. 740, 314 The Taiwan Law Review 6 (2021).

11. 邱羽凡，保險業務員法律地位之再檢討——以大法官釋字第740號為中心，月旦法學雜誌，第285期，頁92-110，2019年2月。

Chiu, Yu-Fan, Re-examination of the Legal Status of Insurance

Solicitors—Centered on Interpretation No. 740, 285 The Taiwan Law Review 92 (2019).

12. 邱羽凡，假承攬，真僱傭？——平台餐飲外送員之勞動保護與「勞工身分」簡析，月旦法學教室，第206期，頁64-76，2019年12月。

Chiu, Yu-Fan, False Hire of Work, Real Hire of Services?—A Brief Analysis of Labor Protection and Labor Status of Food Delivery Platform Couriers, 206 Taiwan Jurist 64 (2019).

13. 邱羽凡，自營作者之勞動保護與「準勞工」立法之初步分析——以德國法為參考，月旦法學雜誌，第314期，頁26-46，2021年7月。

Chiu, Yu-Fan, A Preliminary Analysis of the Labor Protection for Self-employed Workers and the Legislation on “Prospective Workers”—Taking German Law as Reference, 314 The Taiwan Law Review 26 (2021).

14. 邱羽凡，勞動契約從屬性認定標準之趨勢與反思——兼論平台工作者之「勞工性」，臺北大學法學論叢，第119期，頁141-230，2021年9月。

Chiu, Yu-Fan, The Development and Review of Subordinate Test in Labor Contract—Also a Discussion on Platform Workers’ Character of Employee, 119 Taipei University Law Review 141 (2021).

15. 邱羽凡、張文祈，數位控制模式下之平台外送員從屬性認定——以歐盟及其會員國近期發展為參考，臺北大學法學論叢，第128期，頁89-179，2023年12月。

Chiu, Yu-Fan & Chang, Wen-Chi, Subordination Test Under Digital Managerial Control for Platform Couriers—With Reference to Recent Developments in the Legal System of the EU and Its Member States, 128 Taipei University Law Review 89 (2023).

- 16.柯志哲、張佩青，區隔的勞動市場？：探討台灣典型與非典型工作者的工作流動與薪資差異，台灣社會學刊，第55期，頁127-177，2014年12月。

Ko, Jyh-Jer & Chang, Pei-Ching, Segmented Labor Markets?: An Investigation of Job Mobility and Wage Differences Between Standard and Nonstandard Workers in Taiwan, 55 Taiwanese Journal of Sociology 127 (2014).

- 17.徐婉寧，論平台經濟美食外送員之勞動權益保障，台灣海洋法學報，第30期，頁1-24，2021年7月。

Hsu, Wan-Ning, Labor Protection of Food Delivery Staff in Platform Economy, 30 Taiwan the Law of the Sea Review 1 (2021).

- 18.張義德，論僱傭契約與勞動契約之分與合——對於中國大陸、日本與我國法制的觀察，東吳法律學報，第34卷第1期，頁79-142，2022年7月。

Chang, I-Te, The Similarities and Differences of Employment Contract and Labor Contract—The Observation of Legal Regulations Between China, Japan and Taiwan, 34(1) Soochow Law Review 79 (2022).

- 19.張譯文，勞務供給契約之類型與區分標準——以定性的困境為中心，月旦法學雜誌，第314期，頁47-62，2021年7月。

Chang, Yi-Wen, Types and Distinguishing Criteria of Labor Supply Contracts—Focusing on the Dilemma of Characterization, 314 The Taiwan Law Review 47 (2021).

- 20.陳俊元，談保險業務員之勞務契約、新近判決與保險法第177條修正草案，台灣法律人，第12期，頁38-50，2022年6月。

Chen, Chun-Yuan, Labor Contracts of Insurance Solicitors, Recent Judgments and the Draft Amendment to Article 177 of the Insurance Act, 12 Formosan Jurist 38 (2022).

- 21.游進發，無名契約典型化之因素，高大法學論叢，第13卷第1期，頁199-266，2017年9月。
You, Chin-Fa, The Elements for the Typification of a Contract, 13(1) National University of Kaohsiung Law Journal 199 (2017).
- 22.游進發，新藥臨床試驗契約性質之探討——委任或承攬，高大法學論叢，第17卷第1期，頁79-127，2021年9月。
You, Chin-Fa, The Study on the Nature of New Drugs Clinical Trial Contract—Mandate or the Hire of Work, 17(1) National University of Kaohsiung Law Journal 79 (2021).
- 23.楊崇森，混合契約之研究，法學叢刊，第4卷第4期，頁42-52，1959年10月。
Yang, Chung-Sen, Research on Mixed Contracts, 4(4) China Law Journal 42 (1959).
- 24.鄭津津，勞動契約、僱傭契約、承攬契約與委任契約之區別，月旦法學教室，第93期，頁22-23，2010年6月。
Cheng, Chin-Chin, Differences Between Labor Contracts, Employment Contracts, Independent Contracts and Mandated Contracts, 93 Taiwan Jurist 22 (2010).
- 25.鄭津津，平台業者與平台勞務提供者間法律關係之研究，月旦法學雜誌，第301期，頁118-130，2020年6月。
Cheng, Chin-Chin, Study on the Legal Relationship Between Platform Operators and Platform Service Providers, 301 The Taiwan Law Review 118 (2020).
- 26.謝哲勝，外勞委任招募契約的法律性質與任意終止後的損害賠償——兼評最高法院一〇一年度台上字第一八一三號民事判決，月旦法學雜誌，第234期，頁162-175，2014年10月。
Shieh, Jer-Shenq, The Legal Nature of Contracts for the Mandate and Recruitment of Foreign Workers and Compensation for Damages

After Termination for Convenience—An Appraisal of the Supreme Court’s Civil Judgment No. 1813 in 2012, 234 *The Taiwan Law Review* 162 (2014).

27. 簡資修，寇斯的《廠商、市場與法律》：一個法律人的觀點，國立臺灣大學法學論叢，第26卷第2期，頁229-246，1997年1月。

Chien, Tze-Shiou, Coase’s “The Firm, the Market, and the Law”: A Legal Perspective, 26(2) *National Taiwan University Law Journal* 229 (1997).

(三)專書論文

1. 王文字，契約解釋與任意規定——比較法與案例研究，載：2014兩岸四地法律發展，中央研究院法律學研究所法學叢書，頁593-656，2018年1月。

Wang, Wen-Yeu, Contract Interpretation and Default Rules—A Comparative and Case Study, in *Legal Development in Mainland China, Taiwan, Hong Kong and Macau in 2014*, 593, *Institutum Iurisprudentiae Academia Sinica* (Chien, Tze-Shiou ed., 2018).

2. 王松柏，勞動契約，載：勞動基準法釋義——施行二十年之回顧與展望，新學林，頁47-66，2005年5月。

Wang, Sung-Po, Employment Contract, in *Interpretation of the Labor Standards Act—Review and Prospect of 20 Years of Implementation*, 47, *New Sharing* (Taiwan Labor Law Association ed., 2005).

3. 林更盛，勞動契約之特徵「從屬性」——評最高法院81年度台上字第347號判決，載：勞動法案例研究(一)，自版，頁1-32，2002年5月。

Lin, Geng-Schenq, Characteristics of Employment Contracts “Subordination”—A Comment on the Supreme Court’s Civil Judgment No. 347 in 1992, in *Case Studies on Labor Law* (I), 1, Self-published

(Lin, Geng-Schenq ed., 2002).

4. 林誠二，論委任契約，載：法制現代化之回顧與前瞻——楊建華教授七秩誕辰祝壽論文集，元照，頁290-325，1997年8月。

Lin, Chen-Er, Discussion on the Contract of Mandate, in Review and Prospect of the Modernization of the Legal System—Essays on the Seventieth Birthday Celebration of Professor Yang, Chien-Hwa, 290, Angle Publishing (Editorial Committee of the Essays on the Seventieth Birthday Celebration of Professor Yang, Chien-Hwa ed., 1997).

5. 邱羽凡，大法官釋字第740號後有關保險業務員法院判決發展與評釋，載：40萬保險業務員的未來——大法官釋字第740號後的法律發展研討會會議實錄，銘傳大學法律學院出版，頁327-362，2023年7月。

Chiu, Yu-Fan, Development and Interpretation of Judgments of the Court of Final Appeal in Relation to Insurance Brokers After Interpretation No. 740, in The Future of 400,000 Insurance Workers—Proceedings of the Seminar on Developments in the Law After Interpretation No. 740, 327, Ming Chuan University School of Law (2023).

6. 楊芳賢，第八章 承攬，載：民法債編各論（上），元照，頁575-665，2004年10月1版。

Yang, Fang-Hsien, Chapter 8: Contract for Work, Civil Code: Kinds of Obligations (I), 575, Angle Publishing (Huang, Li ed., 1st ed. 2004).

7. 謝國雄，第四章 作件意識——計件制與台灣勞動者主體性之形塑，載：純勞動：台灣勞動體制諸論（POD），中央研究院社會學研究所，頁105-145，2011年4月。

Shieh, Gwo-Shyong, Chapter 4: Piece-Work Consciousness—The Piece-Rate System and the Formation of the Subjectivity of Taiwanese Workers, in Labor Only: Essays on the Labor Regime in Taiwan, 105,

Institute of Sociology, Academia Sinica (2011).

8. 葉啓洲，保險業務員勞務契約之特徵與保險業務員管理規則——最高行政法院100年度判字第2117號判決評釋，載：40萬保險業務員的未來——大法官釋字第740號後的法律發展研討會會議實錄，銘傳大學法律學院出版，頁313-326，2023年7月。

Yeh, Chi-Chou, The Feature of Insurance Solicitor Service Contract and Regulations Governing the Supervision of Insurance Solicitors—Comment on Taiwan Administrative Supreme Court Judgement Pan Zi No. 2117 (2011), in The Future of 400,000 Insurance Workers—Proceedings of the Seminar on Developments in the Law After Interpretation No. 740, 313, Ming Chuan University School of Law (2023).

9. 蔡坤穎，大法官釋字第740號後保險業務員的契約性質與報酬定位，載：40萬保險業務員的未來——大法官釋字第740號後的法律發展研討會會議實錄，銘傳大學法律學院出版，頁261-312，2023年7月。

Tsai, Kun-Ying, The Nature of the Contract and the Positioning of Remuneration of Insurance Officers After Interpretation No. 740, in The Future of 400,000 Insurance Workers—Proceedings of the Seminar on Developments in the Law After Interpretation No. 740, 261, Ming Chuan University School of Law (2023).

二、英文部分

◎專 書

1. Atkinson, John, Flexibility, Uncertainty and Manpower Management, Institute of Manpower Studies (1st ed. 1985).
2. Gray, Anne, Unsocial Europe: Social Protection or Flexploitation?,

Pluto Press (1st ed. 2004).

3. ILO, Regulating the Employment Relationship in Europe: A Guide to Recommendation, NO. 198, International Labour Office, April 2013.

三、德文部分

(一)專 書

1. Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich: Besonderes Schuldrecht Grundrisse des Rechts, 33. Aufl., 2008.
2. Fischels, André: Der Arbeitnehmerbegriff: Typologik, Dogmatik und Systematisierung, 1. Aufl., 2019.
3. Greiner, Stefan: Schuldrecht Besonderer Teil, 2019.
4. Hau, Wolfgang/Poseck, Roman (Hrsg.): Beck'sche Online-Kommentare BGB, 66. Aufl., 2023.
5. Kersting, Anna-Lena: Die arbeitnehmerähnliche Person im spanischen Arbeitsrecht, 1. Aufl., 2013.
6. Nikisch, Arthur: Die Grundformen des Arbeitsvertrags und der Anstellungsvertrag, 1926.
7. Palandt, Otto (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch, 66. Aufl., 2007.
8. Rolfs, Christian/Giesen, Richard/Kreikebohm, Ralf/Meßling, Miriam/Udsching, Peter (Hrsg.): Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, 67. Aufl., 2023.
9. Stefanescu, Alexandra: Die arbeitnehmerähnliche Person im italienischen Recht, 1. Aufl., 2013.
10. Tillmanns, Kerstin: Strukturfragen des Dienstvertrages: Leistungsstörungen im freien Dienstvertrag und im Arbeitsvertrag, 1. Aufl., 2007.
11. Wank, Rolf, Arbeitnehmer und Selbständige, 1988.

(二)期刊論文

1. Maschmann, Frank: Fremdpersonaleinsatz im Unternehmen und die Flucht in den Werkvertrag, NZA 2013, S. 1305-1312.
2. Wank, Rolf: Die Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH zum Arbeitnehmerbegriff, EuZA 2023, S. 22-49.
3. Werths, Wolfgang: Vom Auftraggeber eines Werkvertrags zum Arbeitgeber, NJW-Spezial 2014, S. 498-499.

What Is Labor Service Contracting? An Analysis of the Criteria for Distinguishing Types of Labor Contracts Based on the Elements of a Contract for Work

Yu-Fan Chiu*

Abstract

The practical controversy regarding the characterization of labor contracts in Taiwan, particularly after J. Y. Interpretation No. 740, has further added disputes regarding the criteria for determining contract characterization based on features such as piece-rate payment and assumption of business risks. This article begins with the analysis of the elements of a contract for work by explaining the principal obligation of “labor remuneration.” It states that the object of a contract for work is the “completion of specific work,” whereas a contract for employment involves the “provision of non-specific labor.” The contractor is only responsible for the results, and while the proprietor may have the power to give directions, it should be limited to “object-oriented and result-oriented matters.” This observation not only highlights the distinction between the proprietor’s

* Associate Professor, School of Law, National Yang Ming Chiao Tung University; Dr. jur., Göttingen University, Germany.

directions and the employer's instructions but also confirms the rationale for inherent supervisory powers in an employment contract. This paper attempts to redefine the distinction between service and labor contracts, shifting away from starting with the characteristic of subordination but ultimately circling back to it. Notably, after Judicial Yuan Interpretation No. 740 was announced, the Labor Standards Act explicitly includes "subordination" in its definition of a labor contract, making it a legal requirement for contract determination, overriding other characteristics like piece-rate payment or absence of agreed base salary.

Keywords: Contract for Work, Labor Contract, Employment Contract, Mandated Contract, Subordination, Judicial Yuan Interpretation No. 740, Piece-rate Payment, Employer's Instructions, Right to Direct, Broadly Construed, Mixed Contract