

釋字第七四〇號解釋協同意見書

蔡明誠大法官 提出

陳春生大法官 加入

黃虹霞大法官 加入

本件解釋係因聲請人認其財產權遭受不法侵害，認行政法院確定終局判決為退休金繳納提撥等事件，就判斷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構成勞動基準法(下稱勞基法)第六條第二款所定之勞動契約關係、保險業務員是否為勞基法所認定之勞工等爭議，與民事法院確定終局判決適用同一法律所已表示之見解有異，依司法院大法官審理案件法第七條第一項第二款規定，聲請統一解釋。由於民事法院與行政法院係屬兩種不同審判系統，對於勞動契約、僱傭契約與承攬契約之定性及區別，多年來存在不同之見解，以憲法角度來看，勞雇關係或僱傭關係之判斷，將直接或間接影響到人民之工作權、財產權、私法自治及契約自由等基本權，是有必要透過統一解釋，確定勞動契約與其他勞務契約之類型特徵與區別要素。本件解釋雖已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，闡明如何區別之判斷要素，惟因勞動契約與勞務契約之類型特徵，仍有進一步釐清之意義，爰提出協同意見書如下：

一、勞動契約與其他勞務契約之關係及立法政策選擇

民法及勞基法如何規定、定義及如何適用、解釋私人間之契約關係，與是否重新制定或修正勞動契約法¹，或是於勞基法特設專章等，固有予以立法自由形成空間，或尊重主管相關法規機關之解釋權限或政策選擇。惟如法律對概念定義及類型特徵規定不甚明確，實務上往往容易發生認定之爭議，影響勞務債務人與勞務債權人之權益甚鉅，故從比較民法及勞動法觀點，宜再檢討勞務契約及勞動契約之概念及類型特徵，並有加以明確規定之必要。我國民法就典型之勞務契約（如僱傭契約），有些規定明示參酌外國立法例者，例如民法第四八三條之一有關僱用人對受僱人之保護義務，其修正理由表示，參考德國及瑞士等國相關規定（參考德國民法第六一八條、瑞士債務法第三三九條）而增訂。因此，擬以比較法觀察，探究勞務契約與勞動契約之關係。

比較觀察德國、瑞士及我國民法，於定義或解釋勞動契約時，其與民法所規定勞務契約之關係，至少有下列三種不同的規範方式及解釋態度：

- （一）例如德國民法模式，以勞務提供為目的之勞務契約（Dienstvertrag）與以結果完成為主之承攬契約為契約基本類型，勞務契約與承攬契約屬於雙務契約，委任則具

¹ 該法於民國 25 年 12 月 25 日公布，迄今尚未施行。

無償性(Unentgeltlichkeit)，屬於無償契約。²參考德國法經驗，原則上，勞動契約之內容係依私法自治原則而訂立，但如已有勞動相關法令之強行規定及團體協約，則可能受到限制。³德國民法第六一一條僅規定勞務契約之類型(Typus)，其亦得構成勞動契約之基礎。勞動契約係屬於民法第六一一條勞務契約之下位類型(Unterfall)。不具勞動關係之勞務契約，稱之為自由勞務契約(freie Diestvertäge)，以自由之形容詞，作為勞務債務人與勞務債權人間不具從屬性的勞務契約與具從屬性的勞動契約之實際上相對應之稱呼。⁴簡言之，德國民法將勞動契約作為勞務契約之下位類型，相對於一般勞務契約，或可謂勞動契約屬特殊勞務契約。

(二) 有認為是否屬勞動契約可採取實質判斷標準，不論其契約名稱稱之為僱傭、承攬、或委任等，均可能判定為勞動契約之類型，如本件聲請案中之行政法院對於勞動契約與其他勞務契約之關係，即採此一類似見解。⁵

² 參照 Dieter Medicus/Stephan Lorenz, Schuldrecht II Besonderer Teil, 16. Aufl., München:Beck, 2012, Rn.611, 618f.,848.

³ 參照 Müller-Glöge, Preis, Schmidt, Erfurt Kommentar zum Arbeitsrecht, 16.Aufl., München:Beck, 2016, 230 BGB §611 Rn.371.

⁴ 參照 Müller-Glöge, Preis, Schmidt,a.a.O., 230 BGB §611 Rn.1, 8.

⁵ 學者對於此將勞動契約作為僱傭契約及承攬契約的上位概念，統合了所有具有(不同程度的)從屬性勞動之實務見解，認為仍然有待斟酌。建議採取單一契約類型說之立場，採取綜合各種因素判斷說，

(三) 例如瑞士債務法(Das Schweizerische Obligationenrecht)

(即該國民法之第五篇)規範方式，修正債務法第十章第三一九條至第三六二條，以勞動契約(Der Arbeitsvertrag)取代僱傭契約。

我國民法有些規定，雖曾以瑞士債務法作為參考立法例，但民法債編修正時仍援用僱傭契約，至於勞動契約則規定於勞基法，以及實務上有引用業已公布但尚未施行之勞動契約法⁶，作為解釋依據。至於委任契約，日本民法之委任包含有償與無償委任⁷，此與德國民法委任係屬無償契約，有所不同。惟我國有認為從民法債編第四八三條之一及第四八七條之一修正，增訂對於僱傭契約予以社會化，可推知立法者係以僱傭契約為勞動契約之上位類型作為出發點。⁸或謂勞基法上

確定契約屬性及其內容，並認為保險業務員管理規則只是行政管制的性質，不應直接作為成立僱傭契約的認定依據。(參照楊通軒，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，2014年1月，頁85,115。)

⁶ 勞動契約法第1條規定：「稱勞動契約者，謂當事人之一方，對於他方在從屬關係提供其職業上之勞動力，而他方給予報酬之契約。」

⁷ 日本民法第六四八條第一項及第二項規定，受任人非有特約，不得向委任人請求報酬。應受報酬者，非履行委任後，不得請求報酬。但以期間定報酬者，準用民法第六二四條第二項有關僱傭報酬之支付期間規定，即期間經過後，得請求報酬。

⁸ 參照林更盛，勞動契約與委任契約之區別---最高法院八十三年度台上字第一〇一八號民事判決，月旦法學教室，131期，2013年9月，頁10-11。其認為勞動契約之特徵，在於從屬性，其與委任契約之

的勞動契約是民法僱傭契約的下位、特殊類型。⁹有進一步認為前述見解係屬我國之通說者。¹⁰

由上述可見，採取何種立法模式，雖同屬歐陸法系，各國之民法規定亦不盡相同¹¹，此宜解為其係屬立法政策選擇之問題。設若完全基於勞工權益保障觀點，則可能傾向採取前述第二種見解。

區別在於從屬性抑或較廣泛裁量權限的差異。

⁹ 參照侯岳宏，勞動契約法律規範立法方式之檢討—日本法之啟示，臺北大學法學論叢，83期，頁7及註11引用黃程貫及劉士豪兩位教授見解。另有比較德國與日本法制後，認為我國民法上有關僱傭、委任、承攬等之規定雖與日本民法之規定均相若，但我國勞動契約法第一條就勞動契約曾明文定義。因此從屬性之有無仍為勞動契約概念之主要判斷基準之一。(參照莊靜宜，勞動契約法修法芻議，台灣勞工，13期，頁41-42。)

¹⁰ 參照吳姿慧，勞動契約之特質及契約終止時之保護規範(上)，月旦法學教室，47期，頁73,79及註19。其認為以承攬契約之型態規避勞工法規之適用，若當事人之間已存在僱傭契約，但不具十分之人格從屬性，介於勞僱契約曖昧之處，似不應據以為排斥適用勞基法之理由。

¹¹ 例如日本於2007年(平成19年)制定之勞動契約法，解釋上有認為民法之僱傭契約與勞動基準法上之勞動契約之概念，實質上相同，亦即基本上解為意義相同。但勞動契約法將勞動基準法上之勞動契約概念更加擴大，如勞動基準法將家事使用人排除適用，但其可為勞動契約法之事業概念所涵蓋(參照內田貴，民法II【第3版】債權各論，東京：東京大學出版會，2013年2月8日第3版第3刷，頁268。)此勞動基準法與勞動契約法之事業概念，因解釋後發生差異，雖其與我國不盡相似，但新舊法前後解釋時可能發生不同見解之狀況，此正顯示勞動契約與民法典型勞務契約之意義是否一致或有所區別，德國與日本兩國立法例不盡相同，此亦見各國立法政策上選擇之差異。

二、勞務債務人之從屬性判斷要素問題

如何公允妥當解釋一般勞務契約與勞動契約，固屬重要課題。惟此採取何種之解釋原則及方法，或因解釋目的之不同，以致發生不同的解釋結果。

我國實務及學理上對於勞動契約類型特徵「從屬性」之種類，通常將之區分人格從屬性(此所謂人的從屬性)、經濟從屬性及組織從屬性，甚至包括履行上從屬性。但學理上亦有主張不宜以從屬性作為是否屬勞動契約之判斷要素。¹²由此可見，對於從屬性之見解，不甚一致。惟本號解釋參考外國立法例，對於勞動契約之判斷，以人的從屬性作為出發點，屬於折衷之作法，值得未來國內再思考之問題。

從比較法觀察，德國學理及實務上，對於勞務債務人從屬性之判斷，有先以人的從屬性出發，對於此所謂人的從屬

¹² 採此見解者，例如劉志鵬，民法債篇修正對勞動契約關係之影響，原載於法令月刊，51卷10期，2000年10月，頁392以下，引自月旦法學知識庫。該文援引邱駿彥，論勞動基準法上勞工之定義(勞動法裁判選輯，元照出版社)，頁93以下。其認為僱傭契約底下，受僱人服從雇主之指揮命令而提供勞務，事實上亦具有從屬性，就此而言，與勞動契約並無二致，單純地以從屬關係來區別勞動契約或僱傭契約，恐將徒勞無功。此說似不否認從屬性之要素，惟因採取同一說，而認為其無法以從屬性加以區別。有關以從屬性作為勞動基準法上之勞工判斷標準，惟學者間對從屬性之內涵與分類不同，如何釐清其概念之學說引介，參照魏千峰，勞動基準法上之勞工---評釋台灣高等法院八十三年勞上字第三十七號判決，載於劉志鵬、黃程貫主編，勞動法裁判選輯，台北:月旦出版公司，1998年9月初版二刷，頁105以下。

性關係，係藉由德國商法第八十四條規定之獨立性 (selbständig) 之反面推論 (Umkehrschluss) (或稱反面解釋) 而出，獨立性係指勞務債務人實質上其活動得自由形成及工作時間得自由決定。如非具獨立性，則有人的從屬性之可能，亦即實質上其活動不得自由形成及工作時間不得自由決定。¹³有認為以人的從屬性作為受僱人概念判斷標準，但其係屬於相對的概念要素。依德國聯邦勞動法院判決見解，通常以人的從屬性之程度 (Grad der persönlichen Abhängigkeit) 作為勞動關係與獨立活動之法律關係之區別。¹⁴我國民法並未明文規定從屬性作為勞動契約之判斷要素或類型特徵，實務上則有參考尚未施行之勞動契約法所定之從屬關係作為適用依據。

又如涉及是否屬於類似勞工之認定，則再採經濟從屬性判斷。另德國較新的理論，於解釋受僱人 (Arbeitnehmer) 概

¹³ “nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann (實質上其活動不得自由形成及工作時間不得自由決定) (參照 Müller-Glöge, Preis, Schmidt, a.a.O., 230 BGB §611 Rn.50)。

¹⁴ 參照 Beck'scher Online-Kommentar BGB, Bamberger/Roth, 40. Edition, Stand:01.05.2106, §611 Rn.35; Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, 15.Aufl., München:Beck, 2016, Rn.16, 30, 引自 beck-online.於前揭 Ricardi BetrVG §5 Rn.20 則參照 Wank, Scheinselbständigkeit, S.45ff., 按聯邦勞動法院判決，特別將人的從屬性提出五項要素：專業的指示拘束性、時間的的指示拘束性、地點的指示拘束性、為獲取勞動給付之組織從屬性及移轉勞動給付之利他性。

念時，以是否必須自行承擔事業風險(Unternehmerisiko)(或稱經營風險、企業風險或企業家風險)作為判斷標準。¹⁵本號解釋則將事業風險稱為業務風險，以是否自行負擔業務風險作為判斷要素之一，雖屬於補充性之輔助判斷要素，但可補充單從人的從屬性判斷之不足。

由前述比較法觀察可知，外國立法例就勞動契約與僱傭契約、承攬契約及委任契約之概念及類型特徵仍存在差異，不盡然完全一致。因此有勞動法專家認為並無單一標準可解釋所有態樣，故提出類型化之解釋方法，亦即並非解釋單一概念，而係解釋一組類型，參考德國法之經驗，如欲判斷勞工(或稱勞動者、受僱人)概念，有採取三種類型¹⁶，第一種是傳統狹義的勞工(主要運用人的從屬性為判準)，通說係以勞

¹⁵ 如德國波鴻魯爾大學(Ruhr-Universität Bochum)法學院 Rolf Wank 退休教授之主張(參照 Müller-Glöge, Preis, Schmidt, a.a.O., 230 BGB §611 Rn.55ff.; Moll, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 3.Aufl., München:Beck,2012 §6 Rn.4; Nipperdey, Lexikon Arbeitsrecht, 29.Edition, 2016---Arbeitnehmer, 引自 beck-online.) 國內文獻介紹及評論，參照楊通軒，勞動者的概念與勞工法，中原財經法學，6期，2001年7月，頁248以下,271以下,300。其另認為有關從屬性之實質內涵，應僅指人格從屬性而言，雖勞動者大都具有經濟從屬性，但以之作為認定勞動者之標準，既不必要亦不足夠。另對於前述 Wank 教授之見解評析、新路徑思考及社會保護之初衷，參照林佳和，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，245期，2015年10月，頁31以下。

¹⁶ 國內文獻有關德國勞動者三分法之介紹，參照楊通軒，勞動者的概念與勞工法，中原財經法學，6期，2001年7月，頁230。

務債務人之人的從屬性與指示拘束性(Weisungsgebundenheit)作為受僱人性質之標準要素。¹⁷第二種是自由、獨立自主的受僱人，第三種是中間型態的類似勞工者，不僅涉及到人的從屬性，亦可能涉及經濟從屬性或事業風險等判斷。就本件關於保險業務員與其所屬保險公司間之勞務關係，除非明確約定為僱傭契約或勞動契約，否則宜回歸民法及勞動法相關規定，就整體契約客觀判斷，不宜單純以行政管理之命令(例如本件涉及保險業務員管理規則)逕認為其屬於勞動契約，或其即屬於勞基法上之勞工概念。因此，宜先探究勞務提供之內容，判斷屬於何種性質之勞工，如非屬勞工，再探究其是否屬於類似勞工性質，亦可能兼跨僱傭與承攬或委任等之類似屬性，於此情形，得另輔以經濟從屬性或事業風險等加以判斷。

三、先決問題之裁判與個案判斷之階段性審酌方法

由於我國採民事與行政雙軌審判系統，不同審判系統對於保險業務員是否屬勞動契約之勞工，其與所屬保險公司之勞務關係，是否為勞動基準法第二條第六款規定之勞動契約，見解並非一致，特別是針對是否具備從屬性及指揮監督關係

¹⁷ 參照 Dirk Looschelders, *Schuldrecht Besonderer Teil*, 9.Aufl., München:Vahlen, 2014, Rn.547; Plandt/ Weidenkaff, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 75.Auf., München:Beck, 2016, Einf v §611 Rn.7.依古典受僱人概念，德國自帝國勞動法院、現今聯邦勞動法院及通說，以人的從屬性作為決定性判斷標準。(參照 Moll, a.a.O., §6 Rn.1.)

之判斷不一致¹⁸。但如前所述，我國實務及學理上往往將從屬性包括人的從屬性(或稱人格從屬性)、經濟從屬性、組織從屬性等，甚至包含履行上從屬性，作為判斷要素。因此，有關僱傭等勞務契約之民事法律關係，從屬性之類型特徵、及保險業務員是否屬勞工概念之判斷，如係屬於勞動行政事件之先決問題，似宜以民事法院之見解作為先決問題之審判基礎，較為允妥。至於民事法院對於勞動契約與其他勞務契約之區別或何種勞務契約存在等先決問題之裁判，仍應符合民法與勞基法所確立之類型及解釋原則。

基於勞雇間權益平衡，似不宜無視於民法僱傭契約、承攬契約或委任契約之類型特徵及區別要素，且我國學理上有認為民法所定之勞務契約與勞動契約仍存有差異。¹⁹故實務上似不宜未經公平衡量勞務債務人與勞務債權人之權益，而逕以勞動契約作為勞務契約之上位概念或類型。換言之，行政法院就此先決問題之判斷，除如前述宜尊重民事法院之見解外，若將某種勞務提供之契約類型，全歸於勞動契約，或

¹⁸ 於此已有引用尚未施行之勞動契約法所定之從屬關係，加以論斷。

¹⁹ 我國學理上，認為僱傭若有一定雇主及職業上從屬關係(使用從屬及指揮監督之關係，最高法院 89 年度台上字 1301 號判決)，可能為勞動契約，受勞動基準法之規範。又依已公布尚未施行之勞動契約法第一條規定定義勞動契約。一般僱傭不一定屬勞動契約，勞動契約屬特種勞務契約，具有職業上之勞動力，且有從屬關係。(參照林誠二，債編各論新解 體系化解說(中)，台北:瑞興圖書公司，2015 年 6 月三版一刷，頁 13-16。)

按當事人間之意思，如係訂立承攬契約之意思，卻逕予判定為勞動契約，在此情形，則有違反私法自治或契約自由原則之疑慮。

另參考外國之見解，建議實務上宜分階段加以審酌，亦即先審查法律關係根本構成要素是否納入勞務契約之類型。如欠缺契約類型之明示，則就整體私法觀察，按契約的實質內容，判斷其為從屬的或非從屬的勞務。此時如實質上勞務債務人之活動得自由形成及工作時間得自由決定，則欠缺活動及工作時間之他主決定(Fremdbestimmung)要素。反之，勞務債務人既不得自由形成其活動，亦不得自由決定其工作時間，則歸類為受僱人。再者，如對於是否歸類於受僱人概念有疑義時，宜進一步審查，經由承攬契約(以工作完成為主)或自由勞務契約(以勞務給付為目的)負有義務之人，是否非(單純)歸類為類似受僱之人，於此則以經濟從屬性、事業風險等作為判斷要素。又如不能明確判斷是否為勞動契約關係或契約類型等情事時，先探求契約當事人之意思(Wille der Vertragsparteien)，亦即有無另為其他契約形式之意思。於判斷是否作為受僱人從事活動有疑義時，除法律另有強行規定或法定契約類型強制者外，對於契約類型之判斷，得就所訂立之契約條件，以契約內容控制(Vertragsinhaltskontrolle)原則，判斷其契約類型。²⁰

²⁰參照 Müller-Glöge, Preis, Schmidt, a.a.O., 230 BGB §611 Rn.59-61,100.

由上可見，如欲藉由本號解釋建立全面性或概括性之勞動契約與一般勞務契約之區別要素，實屬不易。如採取前述以類型特徵判斷是否具備從屬性及分階段審酌之見解，此僅針對保險業務員與其所屬保險公司之勞務關係予以類型化，並從整體契約內容及個案事實為客觀判斷，似較為可行。因此，基於前述契約類型化解釋方法、及個別契約整體內容與個案事實之判斷方法，實務上仍宜給予勞務債務人與勞務債權人選擇契約形式之自由，以探求契約類型特徵及當事人之意思等要素，來決定其勞務契約類型，而非採取全有全無原則之判斷方式，亦屬值得思考之解釋原則。