

勞動契約與承攬契約、委任契約之區別

呂 榮 海 *

目 次

- | | |
|---------------|--------------|
| 一、區別實益 | 1. 以經理為例 |
| 1. 決定勞基法之適用範圍 | 2. 以顧問為例 |
| 2. 決定訴訟標的 | 四、勞動契約與承攬契約 |
| 二、勞動契約與僱傭契約 | 1. 實質判斷 |
| 三、勞動契約與委任契約 | 2. 類型過渡與混合契約 |

一、區別實益

1. 決定勞基法之適用範圍

談到勞基法之適用範圍，吾人首先面對的就是：只有勞動契約才有勞基法之適用。此點，可由勞基法規定的條文，經常冠以「勞動契約」自明，例如，第9條規定「勞動契約分為定期契約及不定期契約……」，第11條規定「非有左列情形之一者，雇主不得預告勞工終止勞動契約……」……

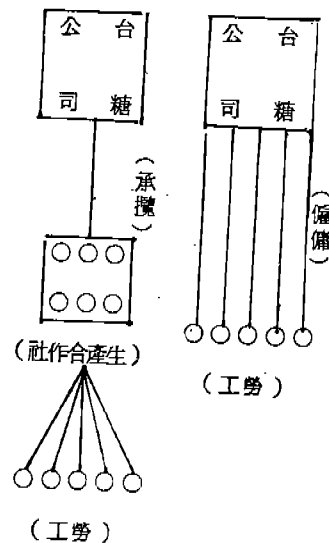
既然，只有「勞動契約」才有勞基法之適用，那麼，如何認定一個具體的案例事實屬於勞動契約，而非屬於（或不僅僅屬於）其類似契約如承攬契約、委任契約，便成為格外的重要！

如果在理論及實務上，此種「區別」的工作做得不好，可能會引發許多「脫法

行為」，造成有違正義及不公平的後果，勞基法甫公布施行之際，事實上已發生許多這樣的「脫法行為」，例如：

圖二：

圖一：



*本系兼任講師，台大博士班肄業。

(1)台糖、台鹽公司「可能」爲了規避實施勞基法，紛紛組織「勞動生產合作社」，將僱傭關係改爲承攬關係，強迫勞工加入合作社，而將原有的工作「發包」給合作社，再由組成合作社之「勞工」工作（如上圖）（註一）。

(2)據報載，台電公司抄錶及收費工作以往大都聘請臨時人員負責，每月在規定的時間內抄錶、收費，假日也照常工作，勞基法施行後，會面臨到許多假日加班、退休金等法律問題，該公司乃計劃將抄錶、收費的工作「發包」給民間公司，採論件計酬方式。目前，台電已將市區內的抄錶、收費工作部分包給「勞動中心」，並且，爲了維持競爭，防止服務品質下降，台電公司計劃多找幾家來承包抄錶、收費的工作（註二）。

(3)再據報載，台灣鐵路局亦曾召集其全省各貨運服務所領班，要求數千名貨運工人自組公司，以投標「承攬」鐵路局貨運服務所隨車搬運工作，據內政部「了解」後指出，鐵路局欲先「解僱」勞工，再進一步將僱傭改爲承攬，爲勞基法所不許（註三）。

2. 決定「訴訟標的」

在訴訟實務上，法院會要求原告決定根據什麼「法律關係」請求？如果原告不能決定或爲錯誤之決定，可能會「輕易」地遭到敗訴之判決！因此，如何區別勞動契約及其類似契約，以助於決定一個實例事實屬於何種契約，亦有實際上之利害（註四）！

二、勞動契約與僱傭契約

爲了區別勞動契約、委任契約，本文認爲有必要先看清楚「勞動契約」及「僱傭契約」此二「影與形」關係的「真面目」：

一般人在談論勞基法之適用範圍時，總是以爲「僱傭契約才有勞基法之適用，承攬契約則無適用」，此種想法，係將僱傭契約與勞動契約視爲相同，這樣，也沒有什麼大不對，只不過，從經濟發展史來看，僱傭較古以來即存在的勞務契約，反之，勞動契約則專指自工業革命，資本主義發達以來，一大群勞工在一定地點（如工廠）在雇主的指揮命令下附屬於組織、機器，而從事一定勞務者而言，其相對於僱傭契約，計有下列特點：

①勞動契約之「勞工」多人，成千成萬。

②多數勞工附屬於企業從事工作。

③因爲人數衆多，講求企業化，較重指揮命令與從屬關係。

我國勞動契約法（25. 12. 25 公布但未施行）第一條規定「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，而他方給付報酬之契約」，此規定相對於民法第482條規定「稱僱傭者，謂當事人約定，一方於一定或不定之期限內爲他方服勞務，他方給付報酬之契約」，顯見勞動契約特別強調「從屬關係」（註五）。

更深一層言之，民法僱傭契約將雙方當事人當作獨立、自由、平等的主體，自由地成立提供勞務與支付報酬的對價關係，然而，在現實的資本主義社會中，擁有生產手段的資方與只能提供勞力而生活之勞方，其間之經濟力，勞方常常較資方處於壓倒性的弱者地位，為此，契約內容對於勞工常有顯著不利的地方，從而，如前所述，以自由、平等、獨立為前提的僱傭契約，便與資本主義之現實，大大不相符合，因此，經過多方努力，僱傭契約及受到下列雙重規制及「修理」，而產生與僱傭契約不同之勞動契約之概念：①勞工團結組織工會，透過團體交涉形成團體協約以規制及「修理」僱傭契約，②國家制定勞動基準法設定勞動條件最低基準以規制及「修理」僱傭契約。在這個意義下，僱傭契約加上上述勞動法原理之規制及「修理」之後，稱為勞動契約也無妨。

既然如上所述，勞動契約之概念，係針對民法世界之自由、平等、獨立之法律主體……，加以規制及「修理」而被確立，其係與僱傭契約不同角度之「勞資間之契約」，因此，其契約形式即不限於民法上之僱傭契約，除了「僱傭契約」以外，其他民法上之委任、承攬亦可能在「勞動契約」所欲規制及「修理」範圍內，以下分別就委任及承攬敘述之。

三、勞動契約與委任契約

委任是委託他人處理事務之契約（民法 528 條），因為，受任人仍有基於其知識、經驗、手腕處理該事務之「自主性」，故一般認為它與具有「從屬關係」、「指揮命令關係」之僱傭契約及勞動契約不同（註六）。此種「觀念上」的區別看似簡單，不幸的是，世事複雜，在具體案例中，如何認定委任契約或勞動契約，並非易事，尤其是，因為世事複雜，一個契約常是混合各種要素的「混合契約」或是介於兩種契約中之中間類型，而不是單純某一特定類型之契約，更加深了認定契約類型之複雜性！因此，為了易於處理，本文建議將「如何認定勞動契約或委任契約」之命題，換成「某個案例在何種情況下應屬勞動契約之射程範圍內，而應受勞動基準法之拘束」之問題。於思考此問題時，應注意①契約類型之過渡性質，②混合契約等問題（註七），認為某一案例雖屬於委任契約與僱傭契約之過渡類型或混合契約，但是只要當事人之間具有倒用從屬、指揮命令關係，即應視為在「勞動契約」之射程範圍內，而有勞動基準法之適用（註八），蓋勞動契約概念之產生以及勞動基準法之立法，本是為了保護居於「弱者」地位之被使用、被指揮命令之「從屬者」，凡是具有使用從屬關係者即應受保護，僱傭契約此一民法世界中之契約類型固然是勞動契約欲加以「修理」之主要目標，但是，除此「主要目標」以外，尚有「次要目標」，即民法世界中之委任、承攬等「勞務契約」，只要具有使用從屬關係

，也同樣是勞動契約概念及勞動基準法所欲「修理」者。我們可以經理、顧問為例證明之：

1. 以經理為例

經理與公司間之法律關係為「委任契約」，而非「僱傭契約」，此由公司法第 29 條第 2 項規定「公司經理之委任……」自明，學者亦多認為其係「委任關係」（註九）。

如果，依據「不是僱傭就不是工人而無勞基法之適用」加以判斷，那麼，經理顯然非「勞工」並無勞基法之適用。惟內政部曾函示「工廠人事部經理、勞工安全衛生等管理員如屬受僱從事工作而獲致工資者，自屬工廠法所稱工人」（註十），此種將經理視同「工人」之看法，顯然知「不是僱傭就不是工人而無勞基法之適用」之命題不同！內政部這樣解釋，可能是含有「利益衡量」的成分，但是，如果要在「邏輯」及法理上說得通，則依照如上所述勞動契約與委任契約之關係加以說明，便是其中一種合理的方法。詳言之，經理與公司間雖屬委任關係，但因其與公司具有使用從屬關係及指揮命令關係，故亦在勞動契約之「射程」範圍，而有勞動基準法之適用！

2 以顧問為例

顧問是指導別人而非受指揮，應該是委任而不是僱傭，但不能因此而謂顧問絕對無勞動基準法之適用，而應該看他與公司間有無使用從屬關係！以下日本判例即認為「顧問」是「勞工」，有勞基法之適

用：

「被上訴人之職務內容係在上訴人公司擔任塗裝機械用塗料製造方法之指導與塗料之研究，與一般之從業員不同，其並非直接受加工部長之指揮命令，無寧宜認為該部長之顧問，且雖其不會因遲到、早退而受扣薪之處分，但因其一週上班六日，從九時至四時上班，每月除領一定之本俸外，又支領每小時薪水之百分之二十五之津貼，故本件顧問契約（囑託契約）係僱傭契約（嚴格說來是勞動契約）被上訴人應是適用勞動法之勞動者」（大平製紙事件，最高裁第 2 小法庭，昭 37. 5. 18 判決，最民集 16 卷 1108 頁）（註十一）

四、勞動契約與承攬契約

如上所述，民法世界中之「委任契約」在理論及實務上均可能為勞動契約及勞動基準法所欲規制及「修理」之目標，而有勞基法之適用，同理，「承攬契約」也可能為勞動契約所欲「修理」之範圍，而有勞基法之適用。其關鍵在於有無使用從屬關係，而於具體判斷時，應注意實質判斷及類型過渡、混合契約二問題：

1. 實質判斷

按承攬係以完成一定工作為目的之契約（民法第 490 條），就承攬人必須對工作之完成負責任之點而言，承攬實不同於勞動契約或僱傭契約。然而，由於世事複雜，有許多勞務關係形式上雖具有承攬之外形，但從其實質加以觀察，其間可以被認為有「使用

從屬關係」者，仍應視為「勞動關係」，而有勞基法之適用。判斷一個承攬人，必須判斷該承攬人是獨立之事業主，是負擔事業計劃、損益計算、危險負擔之主體，執行勞務時不受其他人之指揮監督，得為器材之調度，尤其是，應檢討該事業之沿革及社會經濟力等因素，以判斷其間是否具有使用從屬關係。判斷使用從屬關係之「徵兆」有：①對於工作之請託、業務之執行有無承諾與否之自由，②有無時間、場所之拘束性——勤務時間（上班、下班），場所之指定，③有無由雇主決定業務之內容，於業務執行過程中雇主有無一般的指揮監督權，④勞務提供有無代替性，⑤報酬對勞動本身有無對價性格——對勞動之品質較差，曠工有無扣薪、加班有無加班費、有無扣繳所得稅……等因素。例如，作家當其不受工作時間、工作地點之拘束，可以自由許諾或拒絕工作時，即無使用從屬關係（註十二）。

2 類型過渡與混合契約

我們這個社會常有「二分法」的習慣，將某一件事情認為不是甲就是乙，而忽略所謂「中間型態」或「過渡類型」的存在。

在勞基法問題的處理上，雇主企圖將僱傭改為承攬，而使勞工及一般人覺得「束手無策」，也是這種「二分法」的表現。

其實，勞基法所規定勞動契約並不完全等於僱傭契約，只要具有指揮監督、從屬關係的勞務給付，就足以構成「勞動契

約」，典型的僱傭契約具有最強的從屬關係，固然是勞動契約，然而，除此之外，介於僱傭契約及承攬契約中間的「中間型態」或「過渡類型」，甚至是「混合類型」或「混合契約」，只要它們仍然具有指揮監督及從屬關係，仍不失為「勞動契約」，而有勞動基準法的適用。

我們以上的看法，絕不是純理論的說法，像日本法院的判例就是這樣判的，以下我們來介紹兩個判例：

第一個是「日本瓦斯事件」，判決內容如下：

「契約的法律性質，並不是依照契約中的一個條項的文字來決定，而是綜合契約全部條項、及它履行實態等契約全體關係來決定。而且，對於所謂的混合契約、無名契約等不該當於實定法典型契約之契約，更是如此，這是毋須再贅言的。在另一方面，（日本）勞動基準法第九條，並沒有將勞工和事業主間的契約的關係為民法上的僱傭關係這一點，當作是勞動基準法上「勞工」的要件，只要是被事業主雇用的人，因為他提供勞動而受領對價的支付的這個人，就是勞工，所以，是不是勞動基準法上的勞工，終局地說，應該以是不是被事業主所僱用的人為準，換句話說，應該以他勞務的給付是不是在事業主的指揮監督下而為的，來做為決定。（鹿兒島地判昭48.8.8判時七二一～九六日本瓦斯事件）。

第二個例子是東京地方法院的判例，判決內容如下：

「勞務提供者受雇主支配從屬的程度，有各種不同的階段，如果實際上區分僱傭和承攬是困難的話，那麼，在一刀兩斷似地區別其為僱傭或承攬中之一個類型後，再將其套入該當典型契約的法理來解決問題，這樣處置產生非常不當結果的情形，常常可以見到；因為勞動法具有為了實質保護從屬性的勞動提供人而對民法加以修正的意義。所以，它的對象不只是限於典型契約的僱傭契約，只要是具有從屬性勞動的性格，縱使它本來應被歸類是承攬，但是就它勞動從屬性的側面來說，仍然應該受勞基法的保護。然而，因限於它也

具有承攬的性格，就它的勞動從屬性比僱傭低這點看起來，應該配合它從屬性的程度，減少它受保護的程度，這是當然的事情。將這點和申請人主張的關係加以具體檢討的結果，申請人和被申請人間的契約，具有承攬性格，同時也含有僱傭的性格（即從屬性勞動的性格），可視為是一種混合契約，那麼在它僱傭性格的範圍內，仍然應該受到勞基法的保護（東京地判昭43.10.25.勞民集十九～五～一三三五，東京12.チャンネル事件）（註十三）。

附 註

1.) 參見73年11月5日聯合報三版。
2.) 參見73年9月13日經濟日報二版。
3.) 參見73年12月14日經濟日報二版。
4.) 訴訟當事人所「決定」的法律關係，必須「具體」到什麼程度，實在是一個值得研究的問題！因為，一個契約到底是「什麼契約」，如果是一個很「複雜」的問題，必須由法院綜合兩造辯論意旨始能加以判斷，或者，某種契約之「法律性質」在學說及實務上均未定論之前（例如，實務上新發生的融資性租賃契約其法律性質為何？），要求當事人不可以抽象地講「依據契約關係」，而必須具體地講「依據某種契約」，實在是一項苛求！
5.) 參見陳繼盛先生，勞資關係第22頁。
6.) 參照鄭玉波老師，民法債務各論，下冊，第419頁，及陳繼盛先生前揭書，第23頁。
7.) 關於契約類型之過渡及混合契約，參照日本勞動基準局編，勞動基準法第45頁，及拙著契約類型之認定：租賃或分期付款買賣，載軍法事刊31卷4期，74年4月，9頁以下。

- 8.) 參照日本勞動基準局編，勞動基準法，第 48 頁。
- 9.) 參照柯芳枝，公司法論，第 56、57 頁。 武憶舟著，公司法論第 140 頁；梁宇賢著，公司法論第 94 頁。
- 10.) 參見內政部 65.11.6 台內勞字第 704469 號函復台北市社會局，載內政部勞工法令彙編，第 1222 頁。
- 11.) 以上譯自日本勞動基準局編，前揭書，第 48 頁。
- 12.) 以上參照日本勞動基準局編，前揭書，46、47 頁。
- 13.) 以上二判例譯自三省堂判例コンメンタール労働法Ⅱ，1983 年 4 月版，37、38 頁。

東海大學法學研究

創刊號目錄

1. 結婚形式要件之規定為成立要件抑或效力發生要件……………郭 振 恭
2. 聘金禮物的返還與不當得利……………蔣 榮 吉
3. 評財政部有關贈與稅之解釋二則……………劉 興 源
4. 專利權之限制……………劉 錦 樹
5. 公共設施之瑕疵與國家賠償免責事由之探討……………施 茂 林
6. 論國際私法上契約之難題……………陳 隆 修
7. 西德債法改革之可能趨勢……………梁 松 雄
8. 海外研究邊沁立法理論的動向……………陳 文 政

東海社會科學學報

第三期 目 錄

1. 社會指標模型：台灣的案例……………席 汝 崙
2. 衡量政策目標的量化指標和計算政策施行的績效標準……………伍 啓 元
3. 理性化的困境及其超越的可能性——韋伯與哈伯馬斯
對近代西方社會之社評精神……………高 承 恕
4. 公共選擇理論的綜述……………楊 建 成
5. 醫療社會個案工作能之評估……………蘭 卓 春 安 英
6. 社會學中的“新歷史”(英文)……………韓 格 里
7. 由國際商業觀點論我國國際私法(英文)……………陳 隆 修
8. 毛澤東死後中共社會經濟發展趨向(英文)……………張 華 蓀
9. 奇異大同盟：美蘇戰時合作及其對遠東政治之影響(英文)……………馮 啓 人
10. 美國所得稅法上不法費用扣除之研究(英文)……………劉 興 源