

勞動契約從屬性認定標準之趨勢與反思*

——兼論平臺工作者之「勞工性」

邱羽凡**

摘要

民法上勞務供給契約，除僱傭契約外，亦可能為委任或承攬契約，然勞務提供者惟有取得勞工身分始能納入勞動法的保護。勞動基準法第2條第6款於2019年修訂「勞動契約」定義，但勞工定義的難題仍未解決，不論是司法院釋字第740號解釋認定保險業務員之契約性質，或如2017年施行之德國民法就勞工定義立法，均是處理勞工定義的嘗試。全球近期因數位經濟發展，發展出群眾外包與零工經濟等型態，呈現有別以往的「去僱用關係化」趨勢，對照我國之從屬性判斷，對於勞工定義實屬狹窄，面對各界提出新的勞工定義或為準勞工之立法，當務之急應是釐清從屬性內涵，以及劃清三個從屬性之定義與關係，故本文以從屬性特徵與認定趨勢為起點，全面檢討其勞動保護關係，主張應回歸人格上從屬性來認定勞工身

* 本文之初稿曾發表於「第11屆憲法解釋之理論與實務研討會」，2017年11月13日，中央研究院法律學研究所主辦，以及「107年度勞動契約之挑戰與因應學術研討會」，2018年12月7日，勞動部主辦。後刊登於臺北大學法學論叢，119期，頁141-229（2021年）。作者感謝與談人中研院法律所廖福特研究員、主持人國立政治大學黃程貫教授、與談人文化大學邱駿彥教授、明理法律事務所陳金泉律師給予之寶貴建議，以及臺北法學論叢兩位匿名審查人惠賜之寶貴意見，惟一切文責當由作者自負。另感謝國立陽明交通大學科技法律研究所研究助理宋庭語、蘇珊霈與黃品慈之研究協助。
[責任校對：郭宇傑]。

** 國立陽明交通大學科技法律學院副教授。yfchiu1229@gmail.com。
穩定網址：<http://publication.ias.sinica.edu.tw/90611112.pdf>。



分，以避免勞動法令之人之適用範圍愈來愈窄，使我國工作者面臨「去勞動法」危機。

關鍵詞：勞工、從屬性、司法院釋字第740號解釋、勞動基準法第2條第6款、德國民法第611a條、業務風險承擔、自營作業者、平臺工作者、眾包工作。

目次

壹、前言	三、司法院釋字第740號解釋
貳、勞動契約從屬性認定之再檢討	之再檢討
一、司法院釋字第740號解釋	肆、數位平臺工作者之「勞工
對於從屬性之解釋	性」檢討
二、司法院釋字第740號解釋	一、眾包工作之意義與類型
於民事法院之適用狀況	二、眾包工作者之人格上從屬性
三、綜合分析	三、小結
參、從屬性內涵與勞工定義之分析	伍、結論與展望——「去勞動
一、人格上從屬性	法」的危機？！
二、經濟上從屬性	

壹、前言

民法上以有償方式提供勞務之契約，除了僱傭契約（勞動契約）¹之外，亦可能以委任或承攬等方式為約定，勞務提供者惟有

1 關於僱傭契約與勞動契約在我國法下之關係，參周兆昱，僱傭契約、勞動基準法到勞動契約，第五屆兩岸勞動法學術研討會：新興挑戰下的勞動法，國立政治大學法學院勞動法與社會法中心、台灣勞動法學會主辦，頁3-5（2018年11月30日-12月1日）。本文認為，僱傭契約與勞動契約在我國的區別實益，僅在於有無勞基法之適用，此與德國法區分從屬性與自由的僱傭契約並不相同，參邱羽凡，自營作業者之勞動保護與「準勞工」立法之初步分析——以德國法為參考，月旦法學雜誌，314期，頁30-31（2021年）。

取得勞工身分，始能納入勞動法令的保護之中，因此勞工身分之認定為勞動保護的原點，勞工定義亦有勞動保護法令的守門員（Gatekeeper）之稱²。而勞工身分是一個「全有或全無」（„Alles oder Nichts“）³的問題，所有的勞動法令都涉及勞工的定義，以處理其關於「人之適用範圍」的問題。我國學說與實務長期以來悉以「從屬性」（Abhängigkeit）作為判斷勞務提供者是否該當於勞工的標準⁴，立法者於1936年制定之勞動契約法中亦明揭「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。」由此立法沿革以觀，可認立法者於建構我國法體系時，應有依從屬性來定義勞動契約之意⁵，早期文獻亦指出，於從屬關係中提供勞務之契約為勞動契約，雇主之指示權為勞動契約之特徵⁶。不過，我國學說與實務對於從屬性的解釋迄今未有統一之見解，最高法院早期於83年度台上字第1081號判決中，提出「受僱人單純提供勞務，有如機械，對於服勞務之方法毫無自由裁量之餘地」，以解釋勞工定義。隨著各種新興工作型態的出現，部分工時勞工、定期契約勞工與派遣勞工等非典型勞動，突破傳統上固定工時或固定雇主而形成新的工作型態，尤其是勞動派遣制度透過勞動力僱用與使用分離的方式，讓勞動契約的當事人僅是形式上的雇主，但實際上使用與支配勞動力之人則免除雇主責任，此一勞動型態雖引起了廣泛的爭議⁷，然諸如派遣勞工等非典

2 *Friedemann Vogel/Stephan Pötters/Ralph Christensen, Richterrecht der Arbeit — empirisch untersucht: Möglichkeiten und Grenzen computergestützter Textanalyse am Beispiel des Arbeitnehmerbegriffs*, 2015, S. 17.

3 *Jacob Jousen*, in: *Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Meßling/Udsching (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht*, 60. Aufl., 2021, BGB § 611a Rn. 6.

4 參吳哲毅，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，頁10-15（2020年）。

5 劉志鵬，勞動法理論與判決研究，頁19（2002年）。

6 史尚寬，勞動法原論，頁14（1978年）。

7 關於勞動派遣爭議問題，參黃程貫，德國勞工派遣關係之法律結構，政大法學評論，60期，頁271-302（1998年）；黃程貫，派遣勞工保護法草案中關於同工同酬原則之規定，台灣法學雜誌，243期，頁23-27（2014年）；林良榮，如何建

型勞務提供者都仍處於從屬關係之中，其「勞工性」(Arbeitnehmereigenschaft)原則上均仍受到肯定⁸。

然而，近期勞動關係「變形」的發展，呈現出有別以往的「去僱用關係化」的趨勢，結果上則是排除僱用關係的法律適用。尤其過去一年多來隨著COVID-19疫情的爆發，除在全球引起公衛危機，亦對於勞動關係的維繫帶來重大的衝擊，導致全球失業率急速惡化，歐洲國家諸如法國更有高達41%受僱者留職停薪。雖COVID-19疫情造成以上負面影響，惟亦大幅促進通訊網路與相關技術的發展，後者併同疫情的擴散，各國封城、居家令(stay-at-home order)與維持社交距離(social-distancing)等防疫措施，造成企業運作上更仰賴通訊技術，並進一步影響事業單位對於工作型態的安排，諸如電傳勞動(telework)、遠距工作(remote work)、在家工作(home office)等工作型態的比例大幅上升⁹。此外，COVID-19疫情期間所採取之前述防疫措施，亦對於經濟帶來衝擊，導致實體商店暫時性甚至永久性關閉，人民由於難以從實體商店上取得所需物資，更加仰賴平臺經濟(Platform Economics)，諸如餐飲外送平臺(如Uber Eat、Food Panda)、或生活必需品之外送平臺工作者所提供的服務¹⁰。然而，前述情況並非為COVID-19

構一部可期待之「派遣勞工保護法」？——淺評立法草案有關「特定派遣勞工之指定禁止」與「工作時間管理之要派單位責任」規範，台灣法學雜誌，243期，頁44-49(2014年)。

8 關於派遣勞動意義、特徵與態樣的探討，參鄭津津，派遣勞動之法律關係與相關法律問題之研究，國立中正大學法學集刊，2期，頁237-256(1999年)。

9 International Labor Organization (hereinafter "ILO"), *Practical Guide on Teleworking during the COVID-19 Pandemic and Beyond* (July 16, 2020), https://www.ilo.org/moscow/news/WCMS_751232/lang--en/index.htm.

10 Stijn Baert, Louis Lippens, Eline Moens, Philippe Sterkens & Johannes Weytjens, *The COVID-19 Crisis and Telework: A Research Survey on Experiences, Expectations and Hopes* 14-15, 29 (IZA Institute of Labor Economics Discussion Paper No. 13229, 2020), <http://ftp.iza.org/dp13229.pdf> (last visited Aug. 15, 2021); Jennifer Cobbe & Elettra Bietti, *Rethinking Digital Platforms for the Post-COVID-19 Era* (May 12, 2020), <https://www.cigionline.org/articles/rethinking-digital-platforms-post-covid-19-era/>.

疫情期間之特殊現象，於近十年的期間，物聯網（Internet of Things, IoT）、雲端運算（Cloud Computing）乃至於數據經濟中的人工智慧（Artificial Intelligent, AI）和大數據等新科技的崛起，一方面取代了例行性——技術上和經濟上容易數位化的工作，或是發揮輔助非例行性工作之作用，達到減少人力成本和增進企業產量的效益。另一方面則帶動了生產流程、行銷方式或組織行為的變革，並由此衍生出新興的經濟型態如共享經濟（Sharing Economy）與隨選經濟（Economy on demand），早已改變傳統工作型態，勞動力透過網路平臺或應用程式被外包化。不論是利用網際網路之通訊軟體來從事工作，並利用電子科技回覆工作處理狀態之電傳勞動¹¹；或是於勞雇雙方預設的工作地點以外進行工作之遠程工作¹²；以及工作的進行地點為勞工住所之在家工作，均迅速普及。數位科技的蓬勃早在近幾年前已發展出的群眾外包（Crowdwork、Crowdsourcing）與零工經濟（Gig Economy）等經濟型態，科技發展於融合工作者對於獨立與彈性工作之偏好，以及事業單位對於彈性人力的需求，數位時代的非典型勞動的發展更加蓬勃，更促成了平臺上零工經濟的發達，使得社會生活各方面，包含人際關係、教育與生活需求皆透過平臺滿足其需求，各種類型的服務媒合平臺興起，例如交通媒合平臺（Uber）或住宿媒合平臺（Airbnb）等，進而發展出所謂「平臺社會」（Platform Society）。平臺經濟（Plattformökonomie）雖然也是循突破固定工時、固定工作地點與固定雇主等工作型態，但是平臺經濟帶動的工作型態變動，讓自僱者與勞工之間的界線變得模糊，臨時、兼職、身兼數職的情形增加，已非上述的「典型的」非典型勞工（部分工時勞工、定期契約勞工與派遣勞工）之勞動型態

11 ILO, *Defining and Measuring Remote Work, Telework, Work at Home and Home-based Work* 5-6 (June 5, 2020), https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/--stat/documents/publication/wcms_747075.pdf.

12 *Id.*

所能比擬¹³。在此勞務提供關係中，諸如平臺經濟工作者此類新興勞務提供者，其在提供勞務過程中是否仍存在從屬性？其是否具有勞工之身分？均有待研究，就誠如學者林佳和所言：「新興的勞動世界發展，迫使社會行動者不斷的面對此古典問題，雖然努力找尋新方法中。」勞工定義成為勞動法中一個既「古典又新興」的問題¹⁴。

勞工定義的難題，並非於我國所獨有，例如德國在經歷長期關於假承攬（Scheinselbständige）的問題，以及近期興起之平臺勞動，德國於2017年4月1日起施行之德國民法第611a條，首次就勞工之定義為立法，而我國則有司法院大法官於2016年10月21日公告司法院釋字第740號解釋（以下均稱釋字第740號解釋），其以保險業務員之契約性質為解釋對象，提出：「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。」其實不僅是釋字第740號解釋著手處理勞工定義的問題，我國學說上對於勞工定義的討論，亦不斷隨著勞動型態的更新而更細緻化¹⁵——但也繼續在見解上分歧。釋字第740號解釋是否解決了我國長期以來

13 關於網路科技對於就業關係的影響，除了平臺經濟影響勞動關係的變化之外，尚有勞動力需增減所涉及的失業、薪資等問題，我國近期之相關研究，參余騰耀，網路科技對勞動市場的衝擊，頁56以下（2016年）。

14 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，頁37（2015年）。

15 學說上有針對不同工作型態之工作者的勞工身分，為深入之分析，例如參李玉春，靠行駕駛之法律地位——臺灣高等法院100年度勞上易字第97號判決評釋，臺灣勞動法學會學報，11期，頁101-145（2015年）；周兆昱，大學編制外工作人員契約性質之研究——以學生兼任工作人員與兼任教師為中心，臺北大學法學論叢，97期，頁79-132（2016年）；林更盛，論醫護人員的從屬性——以醫師為中心，收於：林騰鶴教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會編，當代法學理論與制度的新視角——林騰鶴教授七秩華誕祝壽論文集，頁138-142（2016年）。

對於勞工定義的論爭，為未來各種典型的、非典型中典型勞動（部分工時勞動、定期契約勞動或派遣勞動）或非典型中非典型勞動（電傳工作者、平臺經濟工作者等）提供契約性質的解釋基準？勞動契約從屬性特徵認定標準之趨勢為何？勞工定義在我國法制下究竟應何去何從？此即為本文所欲探討之問題，本文以下將以釋字第740號解釋為起點，分析勞動契約從屬性之特徵並為檢討。

貳、勞動契約從屬性認定之再檢討

現行法對於勞工或受僱者之定義¹⁶，均為「受僱從事工作獲致工資者」，如性別工作平等法第3條第1款對於「受僱者」之定義為：「指受雇主僱用從事工作獲致薪資者。」、職業安全衛生法第2條第2款對於「勞工」之定義亦為：「指受僱從事工作獲致工資者。」、中高齡者及高齡者就業促進法第3條第3款對於「受僱者」之定義為：「指受雇主僱用從事工作獲致薪資之人。」與勞動基準法（以下簡稱勞基法）第2條第1款對於「勞工」之定義為：「指受雇主僱用從事工作獲致工資者。」上列規範係連結民法第482條對於僱傭契約之定義：「稱僱傭者，謂當事人約定，一方於一定或不定期限內為他方服勞務，他方給付報酬之契約。」就「受僱從事工作」、「為他方服勞務」的認定，則未有規範。2019年5月15日勞基法第2條第6款於修訂，「勞動契約」定義由原規定「謂約定勞雇關係之契約」修訂為「指約定勞雇關係而具有從屬性之契約」（引文中之粗體為本文為強調之用所加）^{17、18}，將「從屬性」此要件明

16 關於僱傭契約與勞動契約，參周兆昱（註1），頁3-5之說明。

17 本文於以下所引述文字中，若有於引文中標示粗體者，均為本文為強調之用所加，不再一一說明。

18 勞基法第2條第6款修訂理由係因立法委員之修正動議：「陳學聖委員等提案修正勞動基準法第2條有關委員提案修正勞動契約定義為『謂約定勞雇關係而具有一定從屬性程度之契約』，該修正方向係與現行司法實務對於勞動契約認定

文化，此與我國學說上¹⁹與實務上之通說對於勞動契約認定見解一致。於2020年1月1日施行之勞動事件法，該法第3條第1項第1款即明訂：「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。」亦將勞工扣連「從屬性」此特徵，使勞動契約之定義更為明確，不論實體法（勞基法）或程序法（勞動事件法）上，均以「從屬性」為定性勞動契約之標準。然而，自勞動契約法於1936年制定時將從屬性納為勞動契約的核心特徵，迄上述勞基法明文承認之，有爭議者從來不是勞工定義與從屬性的關係，而是從屬性的定義與內涵為何？究應如何認定從屬性？此在嘗試處理一爭議的釋字第740號解釋提出之後，讓從屬性定義再次面臨檢討。

一、司法院釋字第740號解釋對於從屬性之解釋

（一）解釋文與理由書之內容

對於從屬性之認定問題，釋字第740號解釋文所提出之認定標準為：「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。」解釋文雖未提出「從屬性」此一認定標準，然解釋理由書進一步將解釋文所提示之標準納入「從屬性」下為認定，可認為有補充解釋文對於契約認定標準之意：「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。

之見解一致，使勞動契約定義更為明確，惟避免有不確定法律文字，建議酌修文字。」參立法院公報，108卷42期，頁282，委員會紀錄（2019年）。

¹⁹ 參林更盛，勞動契約，收於：臺北大學法律學院勞動法研究中心編，勞動法文獻研究：理解、分析與重構，頁1（2017年）。

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。」一方面，解釋文與理由書均將「自行負擔業務風險」列為認定契約屬性之標準，解釋文又將報酬計算方式列為自行負擔業務風險的內涵之一；另一方面，於解釋文將工作時間拘束為判斷有無自由決定勞務給付之方式的特徵時，理由書除勞務給付時間外，另將勞務給付地點或專業之指揮監督關係均列出，並將之描述為「人格從屬性」的特徵。

在上列標準下，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，是否為勞基法第2條第6款所稱勞動契約，解釋理由書提出：「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，雖僅能販售該保險公司之保險契約，惟如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，尚難認屬系爭規定一所稱勞動契約。」另就保險業務員管理規則之適用，解釋文與理由書均指出，「不得逕以上開管理規則作為保險業務員與其所屬保險公司間是否構成勞動契約之認定依據。²⁰」

20 有關保險業務員管理規則對於契約認定之影響，另參邱羽凡，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，頁139-141（2019年）；另參林更盛，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，法源法律網，2018年11月12日，頁35-36，https://www.lawbank.com.tw/treatise/dt_article.aspx?AID=D000023808（最後瀏覽日：2021年8月30日）。

(二) 協同與不同意見書之見解

1. 司法院釋字第740號解釋之解釋對象

針對本號解釋，有12位大法官提出共計9份之意見書²¹，但釋字第740號解釋僅是針對保險招攬勞務契約為解釋，抑或是就勞動契約之成立要件提出一般性原則？各意見書間有不同看法。蔡明誠大法官與陳春生大法官、黃虹霞大法官認為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，較為可行：「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。²²」黃璽君大法官亦認為：「解釋文雖僅就『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』，是否為系爭規定一所稱勞動契約為解釋，意在避免及於全部勞動契約之認定。」但其又提出，「然同一勞動契約規定，其認定標準何以因行業別而有不同，解釋理由書中未說明其論據，依本號解釋結果，可能影響其餘行業。²³」亦即難以避免保險招攬勞務契約以外之勞務供給契約亦受本號解釋之影響，本文觀察各級民事法院於援用釋字第740號解釋時，亦確實有不限於針對保險業務員身分爭議之適用發展²⁴。

2. 以從屬性作為認定標準

各意見書均同意以「從屬性」來認定勞動契約，黃璽君大法官之部分不同意見書即明言：「本席贊同以有無從屬性為判斷是否屬

21 參司法院大法官網站，<https://cons.judicial.gov.tw/jcc/zh-tw/jep03/show?expno=740>（最後瀏覽日：2021年8月14日）。

22 司法院釋字第740號解釋蔡明誠大法官提出，陳春生大法官、黃虹霞大法官加入協同意見書，頁12。

23 司法院釋字第740號解釋黃璽君大法官部分不同意見書，頁4。

24 詳參下述「二、司法院釋字第740號解釋於民事法院之適用狀況」。

系爭規定一之勞動契約。²⁵」黃虹霞大法官提出之協同意見書則亦明白指出：「應由勞務提供者（勞務債務人）與其相對人（勞務債權人）間獨立自主、指揮監督之強弱判斷是否為勞動契約關係……受勞務債權人強力指揮監督者，則為勞動契約關係。²⁶」陳新民大法官雖提出不同意見書，但亦贊成本號解釋所採用之從屬性判斷標準：「應按勞務契約之類型特徵，依勞基法及民法等有關勞務關係之規定，分別就勞務債務人與勞務債權人間之從屬性程度之高低判斷之（略），即由法院依據個案的『依賴、從屬性程度高低』來決定。²⁷」而林俊益大法官提出之協同意見書未直接使用從屬性之用語，以勞動保護需求來界定勞動關係：「勞基法所定最低工資及工作時間、例假、休假等規定，乃勞動關係之核心問題，其規範具有強制性質（司法院釋字第494、578、726號解釋參照），以實現保護勞工之目的，以此標準作為法律保障之最低限度，不容勞雇雙方以契約自由為由規避。如勞務契約類型特徵與前開應遵守最低標準之類型特徵不符時，即難認屬勞動契約。」依此意旨，可認為勞工為具有勞動保護需求之人，呼應前述具有從屬性此特徵的工作者。

3. 從屬性之內涵

多數意見書中進一步提及人的從屬性（或稱人格從屬性）與經濟上從屬性，惟解釋各異，可知勞務契約性質之認定，其實不僅是個案事實涵攝之認定上的問題，而是在對於認定標準（即從屬性）的內涵已有見解的不同。下面就各意見書內容擇要為介紹。

25 司法院釋字第740號解釋黃璽君大法官部分不同意見書，頁4。

26 司法院釋字第740號解釋黃虹霞大法官協同意見書，頁2；另參司法院釋字第740號解釋蔡明誠大法官提出，陳春生大法官、黃虹霞大法官加入協同意見書，頁11；司法院釋字第740號解釋湯德宗大法官提出，陳碧玉大法官、林俊益大法官加入協同意見書，頁3-5；司法院釋字第740號解釋羅昌發大法官提出，黃虹霞大法官加入協同意見書，頁1-3；司法院釋字第740號解釋黃茂榮大法官協同意見書，頁7-8，均提及「從屬性」為判斷標準。

27 司法院釋字第740號解釋陳新民大法官不同意見書，頁1。

(1) 黃璽君大法官部分不同意見書

黃璽君大法官雖亦贊同以有無從屬性為判斷是否屬勞基法之勞動契約，但認為不得僅依得否自由決定勞務給付方式（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）為判斷依據，其僅是例示，故仍應綜合個案事實及整體契約內容判斷。又依例示內容，勞務給付時間、地點或專業之指揮監督關係與人的從屬性有關，可作為判斷標準。另其尤其詳細說明按件計酬者亦可成立勞動契約，否則將使勞基法規定之按件計酬無適用餘地，與勞基法第2條第1項第3款規定相違，且雇主與事實上具相當高度從屬性之勞工簽訂勞務契約時，得藉此規避勞基法強制規定之適用²⁸。

(2) 蔡明誠、陳春生與黃虹霞大法官協同意見書

三位大法官認為，本號解釋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，將經濟上從屬性列為補充要素，強調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。實務上則宜分階段加以審酌，於欠缺契約類型之明示時，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。實質上，若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，即處於「他決」狀態，則不得歸類為受僱人。仍有疑義時，宜進一步審查經濟從屬性、事業風險等判斷要素。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²⁹。

28 司法院釋字第740號解釋黃璽君大法官部分不同意見書，頁5-7。

29 司法院釋字第740號解釋蔡明誠大法官提出，陳春生大法官、黃虹霞大法官加入協同意見書，頁6、11-12。

(3) 湯德宗、陳碧玉與林俊益大法官之協同意見書

三位大法官認為，本號解釋未說明勞動契約何以應以「人格從屬性」與「經濟從屬性」作為判準的理由，論理難稱完備，故重擬解釋理由書第二段，提出：「僅於勞務債務人與勞務債權人間具備一定之從屬性，包含：勞務債務人提供勞務給付之方式（含工作之時間、地點）應受勞務債權人之強力監督及管理，從而具有『人格從屬性』；且勞務債務人係按其工作時間（含長度與時段）而受報酬，從而具有『經濟從屬性』者，始足歸類為系爭規定一所稱之勞動契約。³⁰」至於報酬給付方式（究係按計時、計日、計月、計件付酬，或有無底薪），則非考量之因素。準此，按業績核發獎金之佣金制保險業務員，與領有底薪之業務員，既均受公司之管理、監督，而為勞務給付，也均屬勞動契約關係之勞工³¹。

(4) 羅昌發與黃虹霞大法官之協同意見書

兩位大法官首先提出，勞務關係是否屬勞基法之勞雇關係，應以支配與從屬關係為判斷基礎，而在支配與從屬關係之考量因素及判斷方式上，如勞務需求者對勞務供應者之工作與紀律控制嚴密，則其支配程度較高，構成勞雇關係之可能性愈高；雖勞務需求者基於企業文化或因管理制度之欠缺而對勞務供應者之工作與紀律控制鬆散，然如將供應者納入內部生產體系，構成勞雇關係之可能性仍高。但若勞務供應者在工作與紀律上受勞務需求者較嚴格之控制，然如勞務供應者係以自己營業之方式提供勞務，且其獲利與提供勞務之成果直接關聯，構成勞雇關係之可能性仍低；勞務供應時間、地點、方式、紀律、懲戒等各項考量因素僅屬例示性質，法院在具

30 司法院釋字第740號解釋湯德宗大法官提出，陳碧玉大法官、林俊益大法官加入協同意見書，頁5。

31 司法院釋字第740號解釋湯德宗大法官提出，陳碧玉大法官、林俊益大法官加入協同意見書，頁3。

體個案時，應就雙方契約規定內容及實際執行情形，審查一切相關因素，衡酌勞務供需雙方支配與從屬程度之高低³²。其進一步強調，前揭各項涉及支配與從屬程度高低之考量因素，應為勞務供應者自由選擇之法律關係下所呈現之各項因素。倘若勞務需求者為規避勞基法之適用而刻意製造假象因素（例如刻意製造其員具有若干工作上之自由），或某項因素係源自其苛待員工之結果（例如規定員工之工作並無底薪，完全依業績計算勞務所得），法院不應因此認為支配從屬程度較低³³。

（5）黃茂榮大法官之協同意見書

黃茂榮大法官雖認為勞動契約之主給付義務表現為勞務債務人對於勞務債權人有人格上之從屬性，但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³⁴。其認為僱傭契約之類型特徵在於：受僱人以時間換取報酬。所以在僱傭契約，雙方最重要之約款為工作時間之長短、時段，以及各時段單位時間之工資。只要勞務債務人提供勞務，無論工作成果之優劣、預定目標是否達成，均不影響勞務債務人於任職期間內之薪資請求權（民法第482條參照）。換言之，在僱傭契約，勞務債務人無須負擔企業風險（das Unternehmerrisiko），又稱為非自力營生（nichtseltständig）之勞務契約³⁵。至於在勞務之給付時，僱傭人（雇主）對於受僱人之指揮監督權，乃因在僱傭契約係單純以勞務之提供為勞務債務人之債務內容，從而在履行上尚需要透過僱傭人（雇主）之指揮監督具體化其勞務之給付內容，以符合契約目

32 司法院釋字第740號解釋羅昌發大法官提出，黃虹霞大法官加入協同意見書，頁2-3。

33 司法院釋字第740號解釋湯德宗大法官提出，陳碧玉大法官、林俊益大法官加入協同意見書，頁4。

34 司法院釋字第740號解釋黃茂榮大法官協同意見書，頁7-8。

35 司法院釋字第740號解釋羅昌發大法官提出，黃虹霞大法官加入協同意見書，頁5-6。

的，所延伸之履行上的現象。該現象並非僱傭契約獨特之現象³⁶。

二、司法院釋字第740號解釋於民事法院之適用狀況

自最高法院81年度台上字第347號民事判決首度提出從屬性概念以來³⁷，若以釋字第740號解釋公告之時間為分水嶺，各級民事法院過去與現在對於勞動從屬之見解為何？本文更為關注者為，釋字第740號解釋與過去民事法院之見解的關係為何？在釐清此問題後，將進一步探討釋字第740號解釋對於實務見解帶來之影響。以下分就「最高法院81年度台上字第347號及其後之民事判決」與「釋字第740號解釋後之民事判決發展」為說明。

（一）最高法院81年度台上字第347號及其後之民事判決

1. 最高法院81年度台上字第347號民事判決要旨

在釋字第740號解釋公告之前，我國各級法院對於勞工身分之認定亦遵循從屬性的判斷標準，基礎判決為最高法院81年度台上字第347號民事判決：「按勞基法第二條第六款僅規定『勞動契約，謂約定勞雇關係之契約』，對於勞動契約之性質及成立生效要件如何，未有具體明確之規定。惟依國民政府於25年12月25日公布尚未施行之勞動契約法中第一條規定，稱勞動契約者，謂當事人之一方對於他方在從屬關係提供有職業上之勞動力，而他方給付報酬之契約。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。

36 司法院釋字第740號解釋湯德宗大法官提出，陳碧玉大法官、林俊益大法官加入協同意見書，頁6。

37 林更盛（註19），頁1-2。

勞動契約之特徵，即在此從屬性。」

最高法院在此援引勞動契約法第1條所規範的從屬關係為依據，以補充勞基法或民法對勞動關係特性說明之不足³⁸，並以「人格上從屬性（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）」、「經濟上從屬性（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）」、「組織上從屬性（納入雇方生產組織體系，並與同僚間居於分工合作狀態）」等三個從屬性以及「親自履行，不得使用代理人」四項要件，為認定從屬關係之標準。

2. 迄2016年之民事法院見解（司法院釋字第740號解釋前）

最高法院提出上列判斷標準後，各級法院多有沿用³⁹，但在後續的判決中，有法院將「納入雇方生產組織體系，並與同僚間居於分工合作狀態」列為人格上從屬性⁴⁰或是經濟上從屬性⁴¹的要素之

38 另參臺灣高等法院104年度重勞上字第31號民事判決：「又參諸25年12月25日公布但尚未施行之勞動契約法第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，而他方給付報酬之契約』，……堪認適用勞基法之勞工係在從屬關係下為雇主提供勞務者，此種從屬性關係自係判斷勞務給付契約是否屬於應受勞基法規範之勞動契約之重要因素。」；參黃程貫，勞動基準法註釋研究——基礎理論與通則（子計畫1），行政院國家科學委員會委託國立政治大學法律學系研究（計畫編號NSC96-2414-H004-012-MY3），頁74（2007年）。

39 參最高法院88年度台上字第1864號民事判決。另參林更盛，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，勞動法案例研究（一），頁4（2002年）。

40 例如最高法院90年度台上字第1260號民事判決以「上訴人既非被上訴人公司編制內之記者（即未納入雇主組織）」為由，從而認為上訴人不具有人格上從屬性。

41 例如臺灣高等法院高雄分院94年度勞上易字第12號民事判決：「被上訴人未將上訴人納入其生產組織體系，亦未使上訴人與其他同僚間居於分工合作之狀態，而與被上訴人本身之業務及營業無涉，故不具勞動契約『經濟上從屬性』之特性。」；臺灣高等法院94年度勞上易字第35號民事判決：「受僱人完全被納入雇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。」

一，可知組織上從屬性的內涵並不固定；亦有將「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」，此應屬受雇主指揮之特徵列為經濟上從屬性內涵者，可知經濟上從屬性內涵含有歧見；另亦有將「親自履行勞務」納為人格上從屬性的內涵、或列為補強性判斷要素，而不另外列為獨立的判斷標準⁴²。簡言之，法院有將四項標準簡化為三項從屬性（人格上從屬性、經濟上從屬性與組織上從屬性），或是更簡化為二項從屬性（人格上從屬性、經濟上從屬性），又或是僅採人格上從屬性的標準，綜觀各級法院判決認定各項從屬性之特徵，各從屬性之特徵大約可整理為如下見解⁴³。

（1）人格上從屬性

法院於提及人格上從屬性時，於援引「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」意旨外，如臺灣高等法院91年度勞上易字第62號民事判決，進一步闡述從屬性為人格上從屬性為：「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。⁴⁴」在論及人格上從屬性時，原則上法院均會針對勞務之提供是否受到雇主之指示權進行判斷，亦即工作者是否「被賦予獨立業務執行權限」，

42 臺灣高等法院92年度勞上字第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年度重勞上字第35號民事判決、臺灣高等法院94年度重勞上字第16號民事判決，亦為相同見解。

43 參黃程貫（註38），頁74-92。

44 另參最高法院105年度台上字第1838號民事判決、臺灣高等法院91年度勞上易字第62號民事判決、臺灣臺北地方法院89年度勞簡上字第40號民事判決、臺灣高等法院103年度勞上字第65號民事判決、臺灣高等法院101年度勞上易字第134號民事判決。

若其於處理事務時有獨立自主之權限時，則可能不具備人格從屬性⁴⁵。然此並非指具有專業技能者均非屬勞工，而需視工作者在執行職務時有無自由決定權，住院醫師若應遵守醫院所訂立之工作規則、在醫院組織內有接受懲戒或制裁之義務，亦須與其他醫事人員分工合作（如擔任開刀之第1或2助手）等狀態，則仍具有屬性⁴⁶。法院並指出，所謂指示命令權，已經發展成為一種規範形式（勞基法稱為工作規則），內容甚為廣泛，舉凡企業之管理規則，勞動力之通盤調配，工作職場、工時、工作地點、工作方法及程序等皆在內⁴⁷，而不限於雇主對於個別員工就勞務給付方式為詳細指示的情形，如臺灣臺北地方法院106年度勞訴字第36號民事判決指出：「人格、組織之從屬性於現代企業中，未必是指雇主直接指揮命令，而是通常均透過企業組織內之人事工作規則等規定加以規制。」

最高法院81年度台上字第347號民事判決提出之「接受懲戒或制裁之義務」，亦為法院經常納入考量的判斷標準。由於雇主可以透過懲戒權的行使，對勞工之意向等內心活動過程達到某種程度之干涉與強制，此乃勞工具有人格上從屬性之具體表徵⁴⁸。不過，此點應再區分兩種情形，一種為雇主無懲戒權⁴⁹，另一種為雇主具有

45 參最高法院89年度台上字第1301號民事判決、臺灣高等法院93年度勞上易字第53號民事判決、臺灣高等法院94年度勞上更（一）字第6號民事判決、臺灣高等法院93年度勞上字第53號民事判決。

46 臺灣高等法院臺南分院102年度重勞上字第1號民事判決，此判決關於住院醫師具勞工身分之部分為最高法院106年度台上字第15號民事判決所維持。

47 臺灣高等法院臺南分院106年度勞上字第2號民事判決、臺灣高等法院高雄分院104年度勞上易字第5號民事判決。

48 臺灣高等法院臺中分院104年度重勞上字第4號民事判決、臺灣高等法院103年度重勞上字第44號民事判決、臺灣高等法院94年度勞上易字第84號民事判決。法院針對以雇主有無懲戒權作為判斷指標者，可參考最高法院96年度台上字第2905號民事判決、臺灣高等法院96年度勞上字第6號民事判決、臺灣高等法院95年度重勞上字第19號民事判決、臺灣高等法院高雄分院95年度勞上易字第6號民事判決、臺灣高等法院93年度勞上字第14號民事判決、臺灣高等法院93年度勞上易字第21號民事判決。

49 臺灣高等法院93年度勞上更（一）字第18號民事判決於涉及按件計酬工之判決中提到：「被上訴人將工作指派與上訴人後，上訴人尚可就每次指派工程之計

懲戒權但未行使或不行使，此種情形中自不得以勞工無受懲戒記錄而推論不具有人格上從屬性⁵⁰。至於「雇主之考核權」，亦為類似之見解，如臺灣高等法院臺中分院95年度勞上易字第23號民事判決：「按考核目的乃上級在確認所屬下級人員之忠誠與勤惰，其是否進行對下屬考核乃上級主管之權利，而上級主管即被上訴人不進行對上訴人等受僱司機考核，自不能因此而反推兩造間為非僱傭關係。」

其他受法院用以認定指示權存在之特徵，例如：固定工作時間、上下班打卡，因雇主對於勞工之上、下班時間及勤缺嚴格管考，足認雇主對勞工確有從屬、指揮監督之僱傭關係⁵¹。就工作地點之指定，法院認為，若對於勞務提供之場所無任何決定權（不能自行決定提供勞動力之場所），均須受指示為之，已具有人格上從屬性之重要意涵⁵²。此外，應遵守公司之工作規則⁵³、不具有人事

價方式與被上訴人進行商議，亦為上訴人所不爭，益證上訴人並不需服從被上訴人之權威，亦無接受被上訴人懲戒或制裁之義務存在，兩造間顯不具有上述人格從屬性之特徵。」

- 50 臺灣高等法院94年度勞上更（一）字第6號民事判決：「……被上訴人雖抗辯：上訴人上下班自由，被上訴人未加約束，雖有考核規定，但從未實際給予獎懲，上訴人招攬廣告之方式為何，被上訴人亦未指揮監督，自非僱傭契約云云，惟此係被上訴人本身執法寬嚴之問題，並非其對上訴人無獎懲之權，且觀之卷內上訴人上下班確實有簽到簽退之出勤記錄，請事假須填寫請假單，經主管核准，有請假單在卷可稽，並須依輪值值班表輪值，有值班表足憑，而上訴人甲○○因工作表現優良，被上訴人尚予以記功、發獎狀，有獎狀、被上訴人核定記功通知可按，上訴人並依被上訴人交辦事項辦理並為各種活動之配合，亦有上訴人撰稿之剪報，上訴人已納入被上訴人生產組織體系，在組織上、人格上從屬於被上訴人，自堪認定。被上訴人抗辯其對上訴人無指揮監督權云云，自難採信。」不同見解，參臺灣高等法院高雄分院93年度勞上易字第21號民事判決見解：「就停團處分乃處罰方式之一種，在委任關係之職務亦有，非僅勞僱關係始有，自不能僅以有受處罰即認有勞僱關係存在。」以及臺灣高等法院100年度勞上易字第151號民事判決。
- 51 臺灣高等法院臺南分院106年度勞上易字第1號民事判決、臺灣高等法院臺中分院104年度重勞上字第4號民事判決、臺灣高等法院96年度勞上易字第91號民事判決。
- 52 臺灣高等法院臺南分院106年度勞上字第2號民事判決、臺灣高等法院臺中分院100年度重勞上字第2號民事判決、臺灣高等法院96年度勞上字第6號民事判決。
- 53 參臺灣高等法院臺南分院106年度勞上字第2號民事判決、臺灣高等法院高雄分

任免權⁵⁴、不具有勞務拒絕權⁵⁵亦受法院援引使用。有法院判決總結提出，於具體案例中，判斷是否在指揮監督下從事勞動，即可由「(1) 對於業務之遂行有無接受指揮監督；(2) 對於執行業務之指示有無拒絕之權；(3) 工作場所與時間有無受到拘束等三點加以判斷。⁵⁶」

(2) 經濟上從屬性

最高法院81年度台上字第347號民事判決提出之「為該他人之目的而勞動」，以判斷有無經濟上從屬性，然應如何判斷是否為他人目的而勞動？為數甚多之判決以「納入企業經營結構」、「勞工是否依賴雇主之生產資料而勞動」、「勞工之經濟生活依賴雇主給付之工資」以及「是否負擔企業風險」作為判斷標準，另有一些判決則是以「是否享有盈餘分配」、「薪資高低」作為判斷依據⁵⁷。首先就

院104年度勞上易字第5號民事判決、臺灣高等法院95年度重勞上字第36號民事判決、臺灣高等法院93年度勞上易字第70號民事判決、臺灣高等法院94年度重勞上字第11號民事判決、臺灣高等法院94年度勞上字第21號民事判決。

54 其他相似見解者，參臺灣高等法院92年度勞上字第12號民事判決、臺灣高等法院93年度勞上字第10號民事判決、臺灣高等法院94年度重勞上字第20號民事判決、臺灣高等法院94年度重勞上字第24號民事判決。

55 臺灣高等法院93年度勞上易字第70號民事判決：「包括上訴人之被上訴人語言中心兼職教師在排定課表前得以通知被上訴人而不授課，在排定課表後，其亦得隨時請假，上訴人具有拒絕工作之自由，與其被上訴人不具勞動契約之人格從屬性甚明。」另參臺灣高等法院臺南分院107年度勞上易字第33號民事判決，但此判決中法院將拒絕工作之自由納入經濟上從屬性的範圍：「上訴人可選擇接受或拒絕工作，其勞務給付顯係為自己事業之經營並自行負擔業務之風險，而非僅依附於被上訴人為其貢獻，應屬為自己之經濟目的而勞動，難認其與被上訴人間具有勞雇關係之經濟上從屬性。」

56 臺灣臺北地方法院108年度北勞簡字第26號民事判決、臺灣雲林地方法院108年度勞訴字第14號民事判決、臺灣新北地方法院101年度重勞訴字第14號民事判決、臺灣高等法院94年度重勞上字第16號民事判決、臺灣新北地方法院94年度勞訴字第75號民事判決、臺灣新北地方法院93年度重勞訴字第5號民事判決、臺灣新北地方法院92年度勞簡上字第2號民事判決、臺灣新北地方法院92年度勞訴字第5號民事判決。

57 參宋庭語，〈餐飲外送平台經濟工作者勞動關係之探討——以美國加州法規為比較〉，頁86（2020年）。

「納入企業經營結構」此一特徵，例如臺灣高等法院91年度勞上易字第62號民事判決指出：「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。」此一見解似有將經濟上從屬性之內涵連結至人格上與組織上從屬性，實務上亦多有判決引用之⁵⁸。

再就「勞工是否依賴雇主之生產資料而勞動」，有法院將此特徵用以判斷工作者「是否負擔企業風險」，以認定其是否具有經濟上從屬性，例如臺灣高等法院96年度勞上字第6號民事判決：「生產組織體系屬於勞務受領者所有、生產工具或器械屬於勞務受領者所有，原料亦由勞務受領者所供應，責任與危險均由勞務受領者承擔。⁵⁹」或是臺灣臺北地方法院106年度勞訴字第290號民事判決：「經濟從屬性，應包含勞工之勞動力需依賴雇主之生產資料始能進行勞動，對雇主有經濟上之依賴性，但勞工不需負擔企業經營之風險，故雇主是依勞工提出勞務之本身給付報酬。」不過，在材料、機器均由雇主提供時，法院亦有因工作者不受雇主指揮監督而認定當事人非屬勞工⁶⁰。但亦有判決以「勞工依賴雇主之生產資料而勞動」，連結勞工係領取工資、不負擔企業經營之風險，對雇主產生經濟上從屬性，如臺灣高等法院95年度勞上易字第26號民事判決；但亦有判決連結勞工依賴雇主之生產資料而勞動並領取工資，提出

58 臺灣高等法院107年度勞上字第65號民事判決、臺灣高等法院104年度勞上字第120號民事判決、臺灣高等法院103年度勞上字第65號民事判決、臺灣高等法院臺南分院100年度勞上易字第17號民事判決、臺灣臺北地方法院96年度重勞訴字第9號民事判決、臺灣高等法院95年度勞上易字第5號民事判決、臺灣高等法院93年度勞上易字第70號民事判決。

59 另參臺灣高等法院臺南分院106年度勞上字第2號民事判決、臺灣高等法院高雄分院104年度勞上易字第5號民事判決、臺灣臺北地方法院105年度北勞簡字第17號民事判決。

60 臺灣高等法院94年度勞上易字第84號民事判決。

負擔企業經營之風險，而產生經濟從屬性：「所謂經濟從屬性，係指勞工之勞動力需依賴雇主之生產資料始能進行勞動，對雇主有經濟上之依賴性，但勞工不需負擔企業經營之風險，故雇主是依勞工提出勞務之本身給付報酬。⁶¹」未直接論及是否「為該他人之目的而勞動」。

就工作者之薪資高低此項特徵與經濟上從屬性之關係，有法院納入參考判斷⁶²，不過亦有法院判決認為：「勞工之工資報酬，乃勞雇雙方依個人之自由意思所合致者，其金額多少，並無一定之標準，不能以其報酬較多即否認其勞動契約關係。⁶³」就「是否享有盈餘分配」，如臺灣臺北地方法院104年度勞訴字第131號民事判決：「觀諸被告提出之原告於元氣藥局103年1月至104年1月薪資明細，原告之薪資結構包括：加班費、全勤獎金、執照津貼、伙食費、夜班津貼、星期日津貼、藥師津貼等，足見原告係為被告提供勞務給付，由被告給付薪資，另無利潤分配，自有組織上、經濟上之從屬性。」

(3) 組織上從屬性

最高法院81年度台上字第347號民事判決以「納入雇方生產組織體系，並與同僚間居於分工合作狀態」，判斷有無組織上從屬性，後續法院再次使用「組織上從屬性」此一用語，為臺灣臺北地方法院89年度勞簡上字第40號民事判決：「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

61 臺灣臺北地方法院106年度勞訴字第36號民事判決、臺灣士林地方法院105年度勞訴字第30號民事判決、臺灣臺中地方法院106年度中勞小字第17號民事判決。

62 臺灣高等法院臺中分院90年度勞上易字第9號民事判決。

63 臺灣高等法院高雄分院97年度勞上字第2號民事判決。

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。」係進一步論述最高法院81年度台上字第347號民事判決意旨，此見解亦受到高等法院與地方法院廣泛之援用⁶⁴。法院在闡釋組織上從屬性時，在引述上述見解外，有又連結應屬人格上從屬性者，如臺灣新北地方法院101年度勞訴字第55號民事判決以雇主指示權有無認定組織上從屬性：「原告之工作內容為包裝，如果趕貨時，原告亦得兼任機台之工作，並經證人陳○寶證述明確，因此，原告之工作內容，由其自行決定，並非被告決定，並無與其他員工須納入被告之生產組織與經濟結構體系內，並與同僚間居於分工合作狀態，顯然此部分亦與一般僱傭契約要求員工須配合其他員工共同為雇主工作之情形不同，故原告與被告間實無組織上之從屬性可言。⁶⁵」

(4) 其他輔助標準

除了上列三項從屬性，有法院將最高法院81年度台上字第347號民事判決提出之「親自履行勞務」，僅列為補強性判斷要素：「就勞務提供之代替性之有無，則為補強之要素。」，而不另外列為獨立的判斷標準⁶⁶。有關其他重要輔助標準，例如投保資料及扣繳憑單等相關文件之記載，法院多認為薪資支給明細表等單據有本俸、

64 臺灣高等法院91年度勞上易字第62號民事判決、最高法院96年度台上字第60號民事判決、最高法院96年度台上字第2630號民事判決。

65 同此意旨，參臺灣高等法院高雄分院108年度勞上字第27號民事判決：「承上，被上訴人提供勞務過程時，並未受上訴人之指揮、監督，得自由決定勞務給付方式（包括工作時間），並未納入上訴人生產組織與經濟結構體系內，並與同僚間居於分工合作狀態，顯與一般僱傭契約要求員工須配合其他員工共同為雇主工作之情形不同，故上訴人與被上訴人間實無組織上之從屬性可言。」

66 參臺灣臺北地方法院108年度北勞簡字第26號民事判決、臺灣新竹地方法院100年度竹勞簡字第5號民事判決、臺灣高等法院92年度勞上字第55號民事判決、臺灣高等法院99年度重勞上字第35號民事判決、臺灣高等法院94年度重勞上字第16號民事判決，亦為相同見解。

薪資等文字記載⁶⁷，或是投保資料、扣繳暨免扣繳憑單及意願徵詢表等⁶⁸，無法逕作為認定勞動契約存在之標準，只能以此為附帶性標準⁶⁹。

3. 小結

由上述分析可知，各級民事法院在判斷勞工身分時，多循最高法院81年度台上字第347號民事判決提出之人格上、經濟上與組織上之從屬性為判斷，惟就各從屬性之特徵與內涵則未見一致。尤其在經濟上從屬性之認定上，其有與人格上或組織上從屬性相疊甚至混淆之現象，而經濟上與組織上從屬性之區分不明⁷⁰，又來自人格上與組織上從屬性之界限模糊⁷¹，產生部分法院雖然提出人格上、經濟上與組織上從屬性，但實際上均在判斷雇主指示權之有無⁷²，實質上僅採人格上從屬性為認定標準。本文上述對於法院判決之梳理，目的不在於就過去實務見解為一系統地整理⁷³，而在於找出釋字第740號解釋所採取的「人的從屬性」判斷標準與過去判決之關係，經由上文之分析，應可見釋字第740號解釋與最高法院81年度台上字第347號民事判決在人格上從屬的內容大致相符，均強調自由決定勞務給付之方式，亦即有關勞務給付時間、地點或專業之指

67 參臺灣臺南地方法院103年度重勞訴字第4號民事判決、最高法院88年度台上字第1864號民事判決、臺灣高等法院93年度勞上更（一）字第16號民事判決。

68 參臺灣高等法院103年度勞上字第90號民事判決、臺灣高等法院臺中分院96年度勞上字第9號民事判決、臺灣高等法院96年度勞上易字第82號民事判決。

69 參臺灣高等法院93年度勞上字第54號民事判決、臺灣高等法院95年度勞上易字第23號民事判決、臺灣高等法院高雄分院97年度勞上字第2號民事判決。

70 參上述「貳、二、（一）2.（2）」中，論及經濟上從屬性為受僱人完全被納入雇主經濟組織與生產結構之內，無法能用指揮性、計畫性或創作性方法對於自己所從事工作加以影響，此應屬指示權有無而屬人格上從屬性之內容。

71 參上述「貳、二、（一）2.（3）」中，論及勞務提供者之工作內容，由其自行決定，不需與同僚間居於分工合作狀態而認為不具有組織上從屬性，惟工作內容是否由勞務提供者決定，均屬指示權有無而屬人格上從屬性之內容。

72 參註53、註71之說明，經濟上與組織上從屬性乃均在判斷雇主指示權之有無，而屬人格上從屬性之認定。

73 就過去實務見解對於從屬性之系統地整理，參黃程貫（註38），頁74-92。

揮監督關係，然而釋字第740號解釋再強調其具有工作時間拘束之特徵，另外又強調報酬計算與給付方式的見解，此項接近法院提出之經濟上從屬性內涵，則有將各級法院中於判斷人格上與經濟上從屬性之子項目提升為主要判斷標準的疑慮。至於組織上從屬性，於釋字第740號解釋中並未特別提及。

（二）司法院釋字第740號解釋後之民事判決發展

1. 各級法院援引司法院釋字第740號解釋之適用觀察

（1）最高法院

在2016年10月21日公告釋字第740號解釋後，有關勞務契約性質之認定，最高法院106年度台上字第301號民事判決首度引用釋字第740號解釋之見解（判決日期2017年2月22日），判決理由指出：「按關於保險業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。如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（大法官釋字第七四〇號解釋參照）。」後續之最高法院107年度台上字第2201號民事判決（判決日期2019年4月10日）、最高法院107年度台上字第1650號民事判決（判決日期2019年1月24日）與最高法院106年度台上字第2945號民

事判決（判決日期2018年2月14日），亦為相同見解。上列四則最高法院判決均是針對保險招攬業務契約之性質為判斷⁷⁴，最高法院106年度台上字第2945號民事判決維持原審認定契約性質為承攬契約之判決，其餘三則判決則將原審認定保險業務員與保險公司間為勞動契約之判決均予廢棄，且四則判決均未援引人格上、經濟上與組織上之三個從屬性判斷標準，而是直接引用釋字第740號解釋之見解。不過，在非屬保險招攬業務契約之個案中，最高法院仍多有繼續引用原人格上、經濟上與組織上從屬性之判斷標準，未援用釋字第740號解釋⁷⁵。

（2）高等法院與地方法院

至於地方法院與高等法院判決，在2016年10月21日公告釋字第740號解釋後，援引釋字第740號解釋時，則不限於處理保險業務員與其保險公司間之契約關係，例如臺灣臺北地方法院105年度店勞小字第19號民事判決（判決日期2017年7月13日）係處理學校中兼任工讀生之勞務供給契約關係、臺灣臺北地方法院106年度勞訴字第194號民事判決（判決日期2018年2月27日）係處理中醫診所推拿師之勞務供給契約關係，臺灣臺北地方法院106年度勞簡上字第9號民事判決（判決日期2018年1月29日）係處理補教機構中教師之勞務供給契約關係。而在援引釋字第740號解釋見解之地方法院與高等法院判決中，有幾個值得注意的現象：第一、有多則法院援引最高法院106年度台上字第301號民事判決，認為應將釋字第740號解

74 最高法院106年度台上字第301號民事判決之當事人一方為國泰人壽保險股份有限公司、最高法院106年度台上字第2945號民事判決之當事人一方為南山人壽保險股份有限公司、最高法院107年度台上字第1650號民事判決之當事人一方為中國人壽保險股份有限公司、最高法院107年度台上字第2201號民事判決之當事人一方為保德信國際人壽保險股份有限公司。

75 例如最高法院109年度台上字第1000號民事判決、最高法院109年度台上字第1003號民事判決、最高法院108年度台上字第1354號民事判決，另參宋庭語（註57），頁91-92。

釋理由書第三段內容採為認定從屬性之原則，亦即應改以「是否自由決定勞務給付之方式」及「是否自行負擔業務風險」為判斷標準，且不限於保險招攬業務契約之個案，彰顯第一則適用釋字第740號解釋之最高法院判決的影響⁷⁶。第二、有判決直接引用釋字第740號解釋，並將從屬性之特徵簡化為「從事之勞務活動及工作時間得否自由決定」與「報酬給付方式有無底薪及一定業績之要求」二者，將其提升為判斷從屬性之一般原則，例如臺灣臺北地方法院106年度勞訴字第194號民事判決：「倘若一方就其實質上從事之勞務活動及工作時間得以自由決定，而其報酬給付方式又無底薪及一定業績之要求，即堪認係自行負擔業務之風險，則其與他方相對人間之從屬性程度不高，即難認係屬勞動契約。⁷⁷」第三、仍不乏有援用釋字第740號解釋之判決，但同時將過去最高法院重要見解（最高法院81年度台上字第347號民事判決、89年度台上字第1301號民事判決、88年度台上字第1864號民事判決）與最高法院106年度台上字第301號民事判決全部併同引用，但是在個案之認定上則繼續依循過去實務上所採認之人格、經濟、組織從屬性為判斷⁷⁸，且並未特別強調工作時間安排與報酬給付方式此二項特徵之重要性⁷⁹。

76 例如臺灣高等法院109年度勞上字第17號民事判決、臺灣高等法院108年度勞上易字第128號民事判決、臺灣臺北地方法院106年度勞訴字第413號民事判決、臺灣臺北地方法院106年度勞訴字第414號民事判決、臺灣臺北地方法院106年度勞訴字第148號民事判決。

77 更明顯採此觀點之判決，例如臺灣臺北地方法院106年度重勞訴字第18號民事判決。另參臺灣臺北地方法院106年度勞簡上字第9號民事判決、臺灣臺北地方法院106年度勞訴字第219號民事判決。

78 例如臺灣新北地方法院109年度勞簡字第18號民事判決、臺灣高等法院107年度勞上易字第141號民事判決。

79 例如臺灣臺北地方法院106年度勞訴字第291號民事判決：「公司之員工與公司間係屬僱傭關係或委任關係或承攬關係，應以契約之實質關係為判斷。換言之，是否屬於勞動契約，應以兩造間之契約關係是否具備人格、經濟、組織從屬性為斷。」

2. 「工作時間安排」與「報酬給付方式」特徵之重要性

遵循釋字第740號解釋之民事法院判決，多特別強調「工作時間安排」與「報酬給付方式」對於從屬性有無認定之重要性，在此認定方式下，過去實務上所揭櫫之「以契約之實質關係為判斷」原則，被窄化為工作時間安排與報酬給付方式之審酌。雖然民事法院之見解似有上述趨勢，但亦有判決於釋字第740號解釋出現後，仍未援引釋字第740號解釋之見解，同時不將工作時間安排與報酬給付方式此二者列為具有特別重要性之從屬性特徵，而是整體判斷有無人格及組織上之從屬性，以下分別簡述之。

(1) 工作時間安排

工作時間是否為自由安排，法院亦多有強調是否需打卡上、下班，若工作時間不固定則即可能被認定不具有時間上之拘束性，例如臺灣臺北地方法院106年度勞訴字第148號民事判決（判決日期2018年4月30日）：「細繹原告四人之前開簽到表內容，渠等之授課時間均不固定，倘若由被告安排，理應排定固定時間，諸如固定每周一、三、五上午10點至下午15點等，以便於被告管理所有講師，當不致為如此浮動與複雜之安排，且每個學校大小考之時間不同，每名學生需要特別加強之情況亦有不同，可見原告上課時間極具彈性、確可自主決定何時排課、並由原告與學生分別約定可得上課之時間，應堪認定。⁸⁰」

另有民事法院未援引釋字第740號解釋之見解，同時不將工作時間安排列為重要判斷標準者，例如臺灣臺北地方法院105年度店勞小字第19號民事判決（判決日期2017年7月13日）：「則原告須受

⁸⁰ 另參臺灣高雄地方法院109年度勞簡上字第22號民事判決，亦強調上訴人可自行決定是否開班授課、或與學生協議更改課程時間，顯然可以自行決定工作時間，故從屬性不高。

排訂工作時間之支配拘束，與正職員工居於分工合作之狀態，且須穿著制服，並應依被告頒布之流程及注意事項處理游泳館事務，暨被告亦得懲戒原告等情，顯見原告仍受被告之管制，而處於被告之組織體系，足認原告與被告間存有人格及組織上之從屬性勞動關係。」此則判決並指出，勞工縱使得自由決定工作時間亦不當然即欠缺從屬性，因勞工之工時及放假標準仍依雇主之規定，仍認定受雇主關於勞務時間之拘束：「至被告體育室活動組——游泳場館人員類別管理之『工讀生』工作時間欄位記載『由學生自行填寫班表，自行決定上班時間』等語，本即部分工時人員（即part-time）之工作常態，亦即兼職人員本即先提出其可以工作之時間及意願，再由被告之管理人員統合後（含正職人員）加以安排各時段之救生員人力，此為組織分工合作之常態，且原告工作工時及放假標準均依被告之規定，仍受被告關於勞務時間之拘束，實符合勞基法上之勞工定義與標準，被告以此謂原告得自行決定上班時間，不具人格上及組織上從屬性之勞動關係云云，委無可採。」

（2）報酬給付方式（經營風險承擔）

就保險招攬業務契約，法院多有直接以釋字第740號解釋見解來判斷經濟上從屬性，如臺灣高等法院臺中分院106年度勞上易字第9號民事判決（判決日期2017年9月26日）：「上訴人就招攬保險工作，係自行負擔業務風險（按所招攬之保險收受之保險費為基礎計算其報酬），兩造間未具經濟上從屬性。」有法院則是特別著重考量報酬給付方式，不論是否針對保險業務員，法院均有援引釋字第740號解釋並特別強調底薪之有無，例如臺灣高等法院臺中分院108年度重勞上更一字第1號民事判決（保險業務員）（判決日期2020年1月21日），與臺灣臺北地方法院106年度勞訴字第413號民事判決（非保險業務員）（判決日期2018年8月22日）⁸¹，均考量勞務提供

81 判決理由：「兩造約定原告之底薪為3萬元，另有業績抽成，（略）而無論一個

者無底薪及所領取報酬不具有工資性質，推論出其欠缺經濟上從屬性，但並未連結至是否承擔經營風險此點。反之，若受有基本工資之保障，再考量影響報酬高低之因素，例如臺灣高等法院106年度勞上字第5號民事判決（判決日期2018年11月6日）：「國泰公司對業務員招攬保險之業績有考核權，未達一定標準者將遭降職並因此影響薪資金額，是兩造間具經濟上之從屬性甚明。」法院仍有認定保險業務員為勞作者。而除了報酬給付方式之外，法院對於經營風險承擔之解釋，仍多引用過去「非為自己之營業勞動」之見解。

3. 小結

各級法院在援引釋字第740號解釋之適用上，確實如黃璽君大法官所認，因本號解釋理由書未說明其論據，依本號解釋結果，影響保險業以外之行業⁸²。而各級法院雖有混用過往三個從屬性見解與釋字第740號解釋之現象，但在具體個案上，於人格上從屬性有強調工作時間安排之自由、於經濟上從屬性有著重報酬是否有具有底薪與按件計酬與否的現象，此等認定方式將使原已極富爭議之從屬性內涵更添迷團，勞工定義的釐清更陷困難，而需再進一步分析。

三、綜合分析

（一）統一解釋之必要？

釋字第740號解釋係因民事法院與行政法院，就保險招攬勞務

月接拍幾組客人亦只能領取底薪，此與被告另請臨時攝影師支援，該臨時攝影師之報酬即與聘僱之攝影師不同，且無底薪有別，足見原告已納入被告之經濟組織與生產結構之內，並為僱用人即被告之目的而勞動藉以獲取工資，非為自己之營業而勞動，而具有經濟及組織上之從屬性。」同樣強調報酬給付方式者，參臺灣臺北地方法院108年度勞訴字第359號民事判決、臺灣南投地方法院109年度勞簡上字第4號民事判決、臺灣高等法院108年度勞上易字第83號民事判決、臺灣臺北地方法院107年度重勞訴字第73號民事判決。

82 司法院釋字第740號解釋黃璽君大法官部分不同意見書，頁4。

契約是否屬勞基法第2條第6款規定之勞動契約，而有不同審判機關適用同一法律，但發生見解歧異而聲請釋憲。所稱見解歧異，可能指審判機關對同一法令規定構成要件（或其要素）解釋之見解不同（狹義說），或是進一步包括對構成要件為解釋且涵攝於個案事實後之「結論」見解不同⁸³。林俊益大法官指出，本號解釋多數見解認為，就招攬保險勞務契約是否為勞動契約，有不同審判機關就勞基法第2條第6款解釋後涵攝於事實所表示之結果見解有異，有統一解釋之必要而受理之⁸⁴。惟學者林佳和則認為，本案解釋可能受限於案件事實，而發展出與民事法院、行政法院不同之獨特見解，可能限縮判斷要素，更認為如何定性「勞工」，經常出現涵攝差異，其並不具有真正的法律見解歧異，且勞工之定性並不存在真正的法律見解歧異，而經常是涵攝上的差異，而認為大法官不適合擔任「建立普遍性勞工定義」的角色⁸⁵。本文認為，勞工定義以「從屬性」來界定，為向來學說與實務上之一貫見解，並無歧異，勞基法第2條第6款於2019年5月15日修訂也加上了「從屬性」的標準，至於個案中因工作者之從屬性高低的認定，係「事實認定問題」而非見解歧異⁸⁶。簡言之，勞工身分的界定並非定義上的問題，而是涵攝（Subsumtionproblem）上的問題⁸⁷，且勞務給付的樣態本屬多元，實無從在「從屬性」此一共識之外，建立全面性及概括性之判斷標準，個案中仍須針對勞務關係進行類型化並從整體契約內容及個案事實為客觀判斷⁸⁸，至多僅能就保險招攬勞務契約的從屬性認定提出標準，但此亦與「見解歧異」而有統一解釋之必要無關。

83 司法院釋字第740號解釋林俊益大法官協同意見書，頁2-3。

84 同前註。

85 林佳和，大法官統一解釋之理論與實踐：以釋字第740號解釋為核心，「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，頁45-46（2017年5月6日）。

86 司法院釋字第740號解釋黃璽君大法官部分不同意見書，頁2-3。

87 *Rüdiger Krause, Arbeitsrecht*, 3. Aufl., 2015, § 2 Rn. 51.

88 司法院釋字第740號解釋蔡明誠大法官提出，陳春生大法官、黃虹霞大法官加入協同意見書，頁12。

(二) 從屬性認定之爭議問題

釋字第740號解釋之原意應是釐清保險招攬勞務契約的定性，並對於從屬性的內涵與認定方式提出標準，然而，此則解釋公告之後，所引起的爭議反而更形複雜，以學者林佳和所提示的重點為例，究竟解釋文中的「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）」，「自由決定勞務給付之方式」與「自行負擔業務風險」兩者為擇一關係或累積關係？以及，解釋文括號中的文字——以（包含工作時間）、（例如按所招攬之保險收受之保險費為基礎計算其報酬），其意涵為何？另外，第二個括號中使用的「例如」，又有何效力⁸⁹？若再將解釋文對照解釋理由書第二、三段，可以發現「人格從屬性」與「業務風險負擔」之內涵在各處並不一致（參下表1），而考量構成解釋文基礎之解釋理由亦有拘束力⁹⁰，勞動契約之特徵在釋字第740號解釋下究竟為何，不無疑問。

表1 司法院釋字第740號解釋對於勞動契約特徵之見解

	人格從屬性	業務風險負擔
解釋文	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
解釋理由書第二段	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	是否負擔業務風險

⁸⁹ 林佳和（註85），頁8-12。

⁹⁰ 吳信華，論大法官解釋的「效力」——基礎結構的釐清與體系化的觀察，東吳法律學報，25卷4期，頁25-26（2014年）。

	人格從屬性	業務風險負擔
解釋理由書第三段	(1) 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） (2) 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，雖僅能販售該保險公司之保險契約，惟如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。	(1) 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。 (2) 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

資料來源：作者自行整理。

此處至少有三點應予檢討。第一、解釋文與解釋理由書第三段以「勞務債務人（保險業務員）得否自由決定勞務給付之方式，並自行負擔業務風險」，作為勞動契約之特徵，且使用「並」來連接此兩項特徵。由此似可推知，不得自由決定勞務給付方式且不自行負擔業務風險之人為勞工，但是不得自由決定勞務給付方式但自行負擔業務風險之人，是否即不具勞工之身分？究竟「自由決定勞務給付之方式」與「自行負擔業務風險」何者為勞工身分的必要條件？或兩者均是？第二、針對第一項特徵（得否自由決定勞務給付之方式），解釋理由書第二段則提出「諸如與人的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」，似乎將勞務給付時間、地點或專業之指揮監督關係均列為從屬性的內涵，解釋文則僅列出「包含工作時間」為決定勞務給付方式的要素，但又將其列於括號之中，則工作時間的決定究為從屬性具備的必要條件，或是整體判斷時首應考量的重要要素之一，其實並不明確。第三、針對第二項特徵（自行負擔業務風險），解釋文中針對保險業務員而於括號中加上「例如按所招攬之保險收受之保險費為基礎計算其報酬」，此處所指的「例如」之意為何？是否意指自行

負擔業務風險尚可以依其他標準為判斷？除此之外，解釋理由書以第三段先為同樣之認定，但又加上「報酬給付方式並無底薪及一定業績之要求時，屬於自行負擔業務風險」，底薪與業績要求與自行負擔業務風險之關係為何？與解釋文括號中「例如按所招攬之保險收受之保險費為基礎計算其報酬」的關係又是如何？

釋字第740號解釋將「人的從屬性」與「業務風險承擔」為作為認定勞動契約之二大核心標準，以勞雇雙方各自的契約主給付義務出發，雖然嘗試釐清問題，然其實非但未處理過去實務上關於人格上、經濟上與組織上從屬性特徵不一致的問題，反而因提出工作時間安排、報酬給付方式（底薪、按件計酬）與業績要求等標準，導致「應就個案事實及整體契約內容，按勞務契約之類型特徵，依勞務債務人與勞務債權人間之從屬性程度之高低判斷之」（解釋理由書以第三段），被窄化為工作時間安排與報酬給付方式（是否按件計酬、有無底薪）之審酌。尤有甚者，對於更根本的問題—不論是人格從屬性之內涵，或是業務風險承擔與從屬性之論理均未有著墨，結果上如上述釋字第740號解釋後之民事判決發展所呈現，各級民事法院多有於引述釋字第740號解釋後，機械式地依循解釋文與解釋理由所提出的「具體特徵」（工作時間安排與報酬給付方式）為從屬性之認定，而未能立基於從屬性意義上，於個案中判斷不同勞務給付類型之特性，整體判斷從屬性存否。最嚴重者為一即如羅昌發大法官與黃虹霞大法官所提示，倘若勞務需求者為規避勞基法之適用而刻意製造假象因素（例如刻意製造其員工具有若干工作上之自由），或某項因素係源自其苛待員工之結果（例如規定員工之工作並無底薪，完全依業績計算勞務所得）⁹¹，而法院反而認為工作者不具有從屬性，不啻倒果為因，讓勞工承受無法受勞動法令保護之不利結果。

91 司法院釋字第740號解釋羅昌發大法官提出，黃虹霞大法官加入協同意見書，頁4。

因勞工身分乃是「全有或全無」的判斷，從屬性認定問題對於勞務提供者具有根本性之影響，尤其當前的工業4.0社會已大大不同於工業革命興起的時代，勞務提供者與勞務受領者之互動關係已有革命性之變化，此亦是傳統的勞工定義受到質疑之原因。從屬性之論理需回到根源為檢討，以根本地釐清勞動保護需求與從屬性間關連性，檢討究竟應如何掌握從屬性特徵而得進行勞工身分的認定的問題。

參、從屬性內涵與勞工定義之分析

在以從屬性為核心所開展的討論中，有爭議者概為從屬性之內涵，然此問題所牽涉之最根本者，即是從屬性與勞工身分間之關連性，黃茂榮大法官在釋字第740號解釋協同意見書中指出：「實務及學說上雖直截慣以『從屬關係（包含人格上、經濟上、組織上從屬性）』作為勞動契約之判斷要素，並認為判斷時各該要素如不能兼而有之，應就契約義務之整體、履行狀況、主給付義務等為綜合之判斷。但並沒有意識到該等從屬性與勞基法關於勞動契約之主要給付義務規定間之關連。因此，其判斷常流於字面，對從屬性望文生義。⁹²」關於勞工定義之論爭，我國最早於1936年制定之勞動契約法第1條，將「對於他方在從屬關係提供其職業上之勞動力」定為勞動契約之特徵，此一規定似又可追溯至1929年國民政府嘗試制定之勞動法典，其規範之勞動契約定義亦繫於從屬性上⁹³，當時參與立法之學者史尚寬即引述德國學說上關於勞工定義之討論⁹⁴，嗣我

92 司法院釋字第740號解釋黃茂榮大法官協同意見書，頁9。

93 勞動法典草案第一編勞動契約第1條第1項：「本法所稱勞動契約謂當事人之一方（勞働者），對於他方（雇主）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。」參吳哲毅（註4），頁11。

94 史尚寬（註6），頁7-8、13-14。

國學說上亦多有繼續參考德國學說與實務之見解⁹⁵，基本上我國法上解釋勞工定義之路徑與德國司法實務相當，故以下將參酌德國法上之討論後為分析。

一、人格上從屬性

(一) 比較法之觀察：德國民法第611a條之立法⁹⁶

就勞工之定義，2017年4月1日施行之德國民法第611a條規範：「(第1項) 勞動契約係指，勞工基於人格上從屬性，有為他人提供受其指示之拘束、由他人決定之勞務的義務(第1句)。指示權(Weisungsrecht) 得涉及勞務之內容、履行、時間與地點(第2句)。受指示拘束係指，原則上不得自由形成其職務與自由決定工作時間者(第3句)。人格上從屬性之程度，應依各該職務性質(Eigenart) 而定(第4句)。就成立勞動契約與否之認定，應對所有狀況為整體考量(第5句)。若依契約關係之實際履行狀況認為應屬勞動關係者，不因其選擇之契約名稱而受影響(第6句)。(第2項) 雇主負有給付約定工資之義務。⁹⁷」可知德國民法係以人格上從屬性界定勞工之身分，不同我國勞基法第2條第6款，僅規範「從屬性」，但未限制為「人格上屬性」。雖然德國民法第611a條之立法，引起廣泛之批評，多認為此立法毫無意義、甚至多餘⁹⁸，因其僅是

95 代表性之著作請參黃程貫，*勞動法*，修訂再版，頁63-71(2001年)；林更盛(註39)，頁1-32。

96 國內對於德國民法第611a條立法之介紹，亦參林佳和，後釋字第740號解釋之勞動趨勢分析，*月旦法學雜誌*，314期，頁12-14(2021年)。

97 Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze v. 21.02.2017, BGBl. 2017 I S. 258.

98 Ulrich Preis, § 611a BGB — Potenziale des Arbeitnehmerbegriffes, NZA 2018, S. 817 (818); Gregor Thüsing, Von der Quadratur einer gesetzlichen Arbeitnehmerdefinition zur Zwangssolidarisierung der Leiharbeitnehmer, NZA 2015, S. 1478 (1478 f.); Rolf Wank, Der Arbeitnehmer-Begriff im neuen § 611a BGB, AuR 2017, S. 140 (140).

將過去聯邦勞動法院（BAG）採行的見解⁹⁹，原封不動地搬到德國民法第611a條中，立法者等於採取了一個沒有爭議的立法，但也無助於假承攬等爭議問題的解決。然這些批評的產生，乃是因以人格上從屬性來界定勞工身分，一直是德國學說與實務上的最低共識（Minimalkonsens）¹⁰⁰，與我國多仍陷於三個從屬性之論辯的情形不同，故而德國民法第611a條的規範意義，對於我國法中人格上從屬性之討論，仍不無參考價值。

依據德國民法第611a條第1項第1句之規範，「勞動契約係指，勞工基於人格上從屬性，有為他人提供受其指示之拘束、由他人決定之勞務的義務」，人格上從屬性此一概念本身其實並無實質之意涵¹⁰¹，學者Reinhard Richardi稱人格上從屬性僅是一空洞的公式（Leerformel）¹⁰²，無法由此概念直接導出判斷勞工身分的標準，此亦是學說與實務上一再探討人格上從屬性意義之原因。不過，德國民法第611a條亦未僅規範人格上從屬性，而是進一步規範「有為他人提供受其指示之拘束、由他人決定之勞務的義務」，亦即前者之勞工「受指示拘束性」（Weisungsgebundenheit），或／和後者之由他人指定勞務之「他主決定」（Fremdbestimmung），來衡量人格上從屬性的高低。需再進一步探究者，誠如學者Felipe Temming提出

99 BAG, Urteil v. 10.04.1991 - 4 AZR 467/90 = NZA 1991, S. 856 ff.; BAG, Urteil v. 14.03.2001 — 4 AZR 152/00 = NZA 2002, S. 155 ff.; BAG, Urteil v. 26.09.2002 — 5 AZB 19/01 = NZA 2002, S. 1412 ff.; Vgl. auch Reinhard Richardi, Der Arbeitsvertrag im Licht des neuen § 611a BGB, NZA 2017, S. 36 (36); André Fischels, Der Arbeitnehmerbegriff: Typologik, Dogmatik und Systematisierung, 2019, S. 243.

100 Ursula Rinck, Der Arbeitnehmerbegriff im Wandel — Entwicklungen und Perspektiven, RdA 2019, S. 127 (127). 進一步之文獻請參閱, Simge Kurt, Schutz und Verantwortung in der digitalen und globalen Arbeitswelt: Die Stellung des Menschen im Arbeitsschutzsystem auf dem Weg zur (Un-)Abhängigkeit 4.0, 2020, S. 139 Fn. 691.

101 Preis (Fn. 98), S. 819.

102 Reinhard Richardi, § 611a BGB als Restriktion des Arbeitsvertrags, NZA 2018, S. 974 (974).

的質疑，指示拘束性與他主決定此兩項特徵與人格上從屬性的關係為何？德國民法第611a條規範本身並未提供線索或答案，立法理由則表示此為採取法院過去一貫見解的結果，至於德國聯邦勞動法院將人格上從屬性作為勞工定義的決定性標準，可追溯至帝國勞動法院（RAG）時間，帝國勞動法院自1930年2月15日作成的一則判決起，不再以經濟上從屬性作為界定勞工的標準¹⁰³，將人格上從屬性定為上位特徵（Oberbegriff），並經由指示拘束性與他主決定來彰顯其內容¹⁰⁴，雖有學者認為勞工定義與勞動保護法令欠缺規範上的關連性¹⁰⁵，但若考察勞動法的發展，可知勞工在工業革命下提供勞務的方式，根本上不同以往之處在於勞工對於勞動力提供的條件與環境不具有支配力與影響力，而為了確保勞工免於來自廠場所生的危險，而有現代勞動法的發展¹⁰⁶，因此根源上即是勞工所具有的人格上從屬性。

在本條規範立法之前，學說上有認為人格上從屬性等於指示拘束性、有認為指示拘束性為人格上從屬性的核心特徵，持不同見解則認為應以「納入企業組織」為核心特徵¹⁰⁷，或是根本地質疑人格上從屬性與指示拘束性具關連性¹⁰⁸，然經由德國民法第611a條在規

¹⁰³ RAG, Urteil v. 15.02.1930 - 8 ARS 371/29, S. 451, 轉引自 Kurt (Fn. 100), S. 138 Fn. 684. Dazu vgl. Wolfgang Hromadka, Zur Auslegung des § 611a BGB, NZA 2018, S. 1583 (1584).

¹⁰⁴ Felipe Temming, in: Kiel/Lunk/Oetker/Richardi/Wlotzke/Wißmann (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1: Individualarbeitsrecht I, 5. Aufl., 2021, § 18 Rn. 18.

¹⁰⁵ Rolf Wank, Arbeitnehmer und Selbständige, 1988, S. 34.

¹⁰⁶ Kurt (Fn. 100), S. 135-136; Arthur Nikisch, Arbeitsrecht, Bd. 1: Allgemeine Lehren und Arbeitsvertragsrecht, 3. Aufl., 1961, S. 30.

¹⁰⁷ 在人格上從屬性內涵的解釋上，早期的德國學說可以區分為二大論點，一為學者 Alfred Hueck 所主張以之指示拘束性為核心，參 Alfred Hueck/Hans Carl Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 1, 7. Aufl., 1963, S. 41；二為學者 Nikisch 所主張之納入他人組織，參 Nikisch (Fn. 106), S. 6. Vgl. auch Fischels (Fn. 99), S. 244-245; Kurt (Fn. 100), S. 140-141.

¹⁰⁸ Wolfgang Hromadka, Arbeitnehmerbegriff und Arbeitsrecht — Zur Diskussion um die „neue Selbständigkeit“, NZA 1997, S. 569 (575-576).

範第1句至第3句，共三次提及指示拘束性，立法者認為指示拘束性具有高度之重要性，已不言而喻¹⁰⁹。「指示拘束性」為德國民法第611a條的規範重點，但法條並未就指示拘束性為定義，僅於該項規定第2句規定「指示權得涉及勞務之內容、履行、時間與地點」，並以負面規範之方式於第3句規定，受指示拘束係指「原則上不得自由形成其職務與自由決定工作時間者」¹¹⁰，對於指示拘束性為定義，重要性在於與其他勞務供給契約進行區隔。因在自由的勞務契約（Dienstvertrag）¹¹¹與承攬契約中，雖均存在指示權的行使¹¹²，不過，差別在於自由的僱傭契約與承攬契約，僅能就已經約定好的勞務履行為指示，而不能經由指示來形成勞務的內容，此為與勞動契約中之指示權的不同之處¹¹³。

不過，解釋上若將人格上從屬性僅繫於雇主指示權，矛盾的情形將可能在欠缺指示權行使時發生，例如企業於契約中履行勞務之條件規範得愈詳盡，以學者Rüdiger Krause的用語——雇主得用綿密的網來佈下契約要求，讓勞工陷入組織上的從屬性¹¹⁴，但同時雇主任行使指示權的必要將會降低、甚至得完全放棄，則勞務提供者受指示拘束的程度就愈低，結果上將無勞動法令的適用，這將成為一

109 *Fischels* (Fn. 99), S. 255.

110 § 106 GewO: „Der Arbeitgeber kann Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch den Arbeitsvertrag, Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrages oder gesetzliche Vorschriften festgelegt sind.“，第3句則為德國商法典第84條第1項第2句的反面意義，§ 84 Abs. 1 S. 2 HGB: „Selbständig ist, wer im wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann.“

111 我國雖多有將Dienstvertrag翻譯為僱傭契約，但因德國民法上區分「自由的勞務契約」與「從屬性的勞動契約」兩種類型，與我國民法並不相同，換言之，勞務契約在德國民法中乃是勞動契約之上位類型，非屬勞動契約之勞務契約即為自由的勞務契約，二者有所不同，故本文將Dienstvertrag譯為自由的勞務契約。

112 *Fischels* (Fn. 99), S. 273; *Richardi* (Fn. 102), S. 975.

113 *Hromadk* (Fn. 103), S. 1584. Vgl. auch *Fischels* (Fn. 99), S. 257-278. 並參下述「參、一、(二) 2. 指揮監督權與人格上從屬性之連結」之分析。

114 *Krause* (Fn. 87), § 2 Rn. 18.

種規避的策略¹¹⁵。就此問題，在德國民法第611a條的適用下，因除指示拘束性之外，尚訂有「他主決定」之特徵，若將「他主決定」列為獨立於「指示拘束」之一項標準¹¹⁶，於勞務提供之方式由勞工非自主決定，但雇主亦未為指示時，例如契約就勞務提供方式、工作時間與地點已有詳盡之約定時，工作者亦喪失自主決定權，此時亦應肯定人格上從屬性的存在，此亦為將指示拘束性列為獨立之標準的實益¹¹⁷。雖學說上有認為「他主決定」係「指示拘束」之同義重覆規範，因受指示拘束而提供勞務即是他主決定、而非自主決定，反之，若不是自主決定如何提供勞務，即是受他人指示¹¹⁸，但讓勞工處於「他主決定」之因素，並非僅能來自雇主行使指示權，而仍有肯定指示拘束性以外因素之必要，應認他主決定並非指示拘束性之重覆規範。

（二）我國法之檢討

1. 人格上從屬性之保障意義

如同上述德國法的討論，釐清從屬性與勞工身分間的關連性，對於勞工身分的界定具有關鍵的重要性。德國法上的討論固然經由歷史發展的觀點，點出了從屬性內涵的變遷，但本文認為應再加上社會學上的分析，以更深化從屬性的內涵。我國民法上的僱傭契約（勞動契約）與承攬契約，雖同屬供給勞務之契約，惟後者以一定工作之完成為目的，供給勞務僅為手段，反之，前者以供給勞務本身為目的，除依僱用人之指示供給勞務之外，別無其他目的。不過，因勞動契約所供給之勞務給付內容的詳細情節，原則上非自始

115 *Fischels* (Fn. 99), S. 247.

116 學者Ulrich Preis亦將「他主決定」列為獨立標準，但與納入組織共同討論，參Ulrich Preis, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 21. Aufl., 2021, BGB § 611a Rn. 41.

117 *Rinck* (Fn. 100), S. 128.

118 *Joussen* (Fn. 3), BGB § 611a Rn. 23 f.

確定，而需由勞務受領者決定之，故其重要特徵在於勞務受領者之指示權。且因於勞動過程乃是生產使用價值（Gebrauchswert）的有用勞動，基於勞動力（Arbeitskraft）轉化為勞動（Arbeit）的不確定性，雇主對於勞工之控制成為必要，亦即雇主藉由指揮監督勞工提供勞動力的方式，以獲得最大勞動價值與生產效益¹¹⁹，此亦呼應德國勞動法之父 Hugo Sinzheimer 所言，勞動契約不僅是雙務契約，同時更是支配契約（Herrschaftsvertrag），一個人在他方的控制權下對於他方產生人格上的從屬性¹²⁰，復以勞資間結構上因存在不對等之關係（strukturelle Unterlegenheit）¹²¹，勞工僅能接受雇主之指示。簡言之，在雇主對勞動力安排的過程中，勞工在雇主指示中被「客體化」（Objektstellung der Arbeitnehmer），對於勞工而言，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，勞工之人格從而受雇主支配而具有從屬性¹²²，並據而產生社會保護的需要¹²³，此亦是賦與其勞工身分時需要援引勞動法保護的理由。由此可以得知雇主對於勞工之指揮監督，乃是人格上從屬性之核心，亦即勞務債務人是否必須依勞務債權人之指示為勞務之提供，乃是勞動契約之類型必要特徵。

在我國學說上之討論，誠如學者黃程貫所指出，勞動法之規範任務之一在於「勞動者從屬性之衡平與克服」¹²⁴，從屬性概念即是

119 Oliver Nachtwey, Arbeit, Lohnarbeit und Industriearbeit, in: Artus/Krause/Nachtwey/Notz/Reitz/Vellay/Weyand, Marx für SozialwissenschaftlerInnen, 2014, S. 109 (114-115).

120 Hugo Sinzheimer, Der korporative Arbeitsnormenvertrag: Eine privatrechtliche Untersuchung, 2. Aufl., 1977, S. 16.

121 Vgl. BVerfG, Urteil v. 04.07.1995 - 1 BvF 2/86, 1 BvF 1/87, 1 BvF 2/87, 1 BvF 3/87, 1 BvF 4/87 u. 1 BvR 1421/86 = NJW 1996, S. 185 ff.; BVerfG, Urteil v. 29.12.2004 - 1 BvR 2582/03, 1 BvR 2283/03, 1 BvR 2504/03 = NZA 2005, S. 155.

122 謝國雄，純勞動：台灣勞動體制諸論（POD），頁207（2011年）。

123 Hromadka (Fn. 108), S. 578.

124 黃程貫（註95），頁23-24。

奠基於勞動法之任務而來。學者林更盛亦認為從屬性的核心在於人格上從屬性，具體上，雇主對於勞務提供者的工作時間與地點、具體勞務提供之種類具有單方決定權且擁有懲戒權限，以及勞務之提供具有專屬性，學者黃越欽將服從企業組織中之工作規則（如工作日、休假、工作時間之起迄等）亦納為判斷標準¹²⁵，故勞基法中對於工資、工時、休息、休假、童工與女性勞工均設有最低標準之保障，以讓勞工無法自由支配其人身時仍能有一定之保護¹²⁶。整體而言，如學者林佳和所歸納，認定一工作者是否為勞工的關鍵在於，其究竟有無「獨立執行職務之權限」，特別是與執行職務相關的工作時間、地點、內容¹²⁷。至於法院判決上所提到的「親自服勞務」（勞務專屬性）此點，此點亦僅是人格上從屬性的內涵之一，因為若勞工得由他人代為而不親自服勞務，即可迴避雇主之指揮監督，但在於指揮監督為人格從屬性之必要條件的前提下，勞務專屬性自當為其要件之一¹²⁸。本文認為，人格上從屬性為勞工必然具備之特徵，此亦為我國法院判決見解之共識，如臺灣高等法院高雄分院107年度勞上字第31號民事判決即精要地指出：「僱傭契約之受僱人提供勞務之內容，係以時間之長度、時段界定其勞務之範圍，而非以工作之成果界定，且提供勞務之地點與提供勞務之方法，亦受雇主之指揮監督。換言之，勞工所提供勞務究係以何種方式達成其雇主所欲之經營結果，乃雇主指揮監督權行使之核心，其目的在於特定勞工所提供勞務之具體內容，而非由勞工自主決定其勞務提供內容。該等指揮監督之內涵，包括勞動力之配置權與勞務履行過程中

125 林更盛（註39），頁1-32。

126 此處應特別注意司法院釋字第740號解釋黃虹霞大法官協同意見書，頁1：「有著重勞動基準法中工作時間及工資等規定，以定義勞動契約者。惟先有屬勞動契約性質之契約之訂立，而後才有勞動基準法之適用，故以勞動基準法中工作時間及工資相關規定定義勞動契約，有倒果為因或循環論斷之嫌，似不合宜。」

127 林佳和（註14），頁24。

128 林更盛（註15），頁141。

之指揮命令權。」而由本文上述對於我國法院自最高法院81年度台上字第347號民事判決以來之實務見解之梳理，可知實務上並未見有判決於工作者欠缺人格上從屬性時，仍認定具有勞工身分者。

2. 指揮監督權與人格上從屬性之連結

我國學說與實務上多認為指揮監督為人格從屬性之必要條件，然在釋字第740號解釋提出之後，有行政法院開始挑戰此一看法，最高行政法院106年度判字第233號判決認為：「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，則非判斷勞動契約與否之指標。申言之，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。」後續除有行政法院延續此一見解外¹²⁹，亦對數則民事法院產生影響¹³⁰，例如臺灣高等法院花蓮分院106年度重勞上字第1號民事判決即明白援引最高行政法院106年度判字第233號判決意旨，認為：「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……核此推導模式，則顯然落入本判決前所指明將勞務債務人是否必須依勞務債權人之指示為勞務之提供，作為判斷勞動契約與否指標之缺失，與司法院釋字第740號解釋所揭示之要旨相違，難以贊同。」法院並且認為此一解釋乃是釋字第740號解釋提出後所應採取者，與最高行政法院在大法官會議釋字第740號解釋前自有所不同。本文雖以研究勞

129 參最高行政法院107年度判字第708號判決、臺北高等行政法院108年度訴字第1412號判決、臺北高等行政法院108年度訴字第1600號判決、臺北高等行政法院108年度訴字第1410號判決、臺北高等行政法院108年度簡上字第109號判決、臺北高等行政法院107年度訴字第311號判決、臺北高等行政法院108年度訴字第1994號判決與高雄高等行政法院108年度訴字第138號判決。

130 參臺灣臺北地方法院108年度北勞簡字第69號民事判決、臺灣臺南地方法院108年度勞訴字第78號民事判決。

動契約在私法上之性質為研究對象，故上文述均就民事契約為分析，然因行政法院此一見解已對民事契約之解釋產生影響，且關係到人格從屬性之核心特徵——即「指揮監督」之有無，故以下就此與相關之行政法院見解為檢討。

最高行政法院106年度判字第233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，其乃認為此解釋係合法地延續釋字第740號解釋的結果，因釋字第740號解釋強調「是否屬於勞動契約之判準，揭示應視勞務債務人得否自由決定勞務給付之方式（包含工作時間）」，故「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」，而非片面置重於勞務之指揮監督。惟若回歸釋字第740號解釋之解釋文或理由本身，其實並無否定指揮監督權之重要性的看法，此一見解其實應來自於黃茂榮大法官對釋字第740號解釋之協同意見書¹³¹，其提出：「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。¹³²」惟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，亦即勞動契約與承攬契約中雖均有指示權的存在，但是勞動契約中指示權的特徵在於決定「勞務給付之具體詳細內容」¹³³，

131 臺灣臺北地方法院108年度北勞簡字第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，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，6期，頁51-52（2021年）。

132 司法院釋字第740號解釋黃茂榮大法官協同意見書，頁8。

133 參前述「貳、二、（一）2.（1）人格上從屬性」與最高法院105年度台上字第1838號民事判決：「被上訴人上班固無須打卡……，足徵上訴人得決定被上訴人工作量、上班時間、上班地點等，被上訴人不能自行支配勞務給付之具體詳細內容，充其量僅係決定完成多少數量之工作。」

因「勞務給付內容的詳細情節亦非自始確定」；與此相對，承攬契約之指示權僅得於契約所定之「一定之工作」（民法第490條第1項）範圍內，具體化已約定之勞務給付內容¹³⁴。

德國聯邦勞動法院對此亦特別強調¹³⁵，承攬契約中的指示權乃以事物為對象且為結果取向（*sachbezogen und ergebnisorientiert*），例如定作人可以在已約定完成的工作內容範圍內（*im Rahmen der zuvor vereinbarten Vertragsgegenstände*），要求承攬人依其指示的順序、品質、數量等完成工作，反之，勞動契約的指示權則是以人為對象且關連到勞務給付的過程（*personenbezogen, ablauf- und verfahrensorientiert*）¹³⁶。易言之，基於承攬契約而為的指示，不得干涉勞務給付的方式，而只能就工作本身（施工的工法、品質）為要求¹³⁷，承攬契約與勞動契約上之指示權，兩者具有明顯之差異，關係到勞務給付方式之指揮監督仍得作為區別契約類型的標準，此亦為德國民法第611a條第1項第1句明揭勞動契約係為勞工為受他人指示拘束進行他主決定之勞務提供之人的真意，從屬性之認定毋寧是「不應置重於勞務之指揮監督的單一面相，而應觀察勞務給付過程之整體，判斷勞務債務人得否自由決定勞務給付之方式¹³⁸」，最

134 *Fischels* (Fn. 99), S. 273.

135 BAG, Urteil v. 27.06.2017 - 9 AZR 133/16 = BeckRS 2017, S. 145967 Rn. 28.

136 *Frank Maschmann*, *Fremdpersonaleinsatz im Unternehmen und die Flucht in den Werkvertrag*, NZA 2013, S. 1305 (1308).

137 *Martin Kock*, in: *Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Meßling/Udsching* (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht*, 60. Aufl., 2021, AÜG § 1 Rn. 58; *Wolfgang Werths*, *Vom Auftraggeber eines Werkvertrags zum Arbeitgeber*, NJW-Spezial 2014, S. 498 (499).

138 參臺北高等行政法院109年度簡上字第147號判決：「保險業務員之工作本質，即必須在雇主之營業、辦公場所以外之地點招攬保險，且與被招攬人洽談須配合對方之時間，故此種勞務給付方式上之高自由度，並非勞雇雙方協商合意的結果，乃保險業務員之工作性質使然，故難僅憑業務員就招攬保險所領取之報酬，係以招攬成功之件數計算，及其得自由決定招攬保險之對象、時間及地點等情，即否定其與上訴人間之勞務關係，自整體而為觀察，所具備上述人格、組織、經濟之從屬性，及勞務須親自履行等極為明顯且無法忽略之從屬性特徵，可知業務員對所屬保險公司有高度從屬性，故彼此成立勞動契約。」

高行政法院106年度判字第233號判決認為，當「勞務需求者又不具有高度支配之權力，或勞務提供者不具有高度之從屬性，此種情形，即非勞基法所保障之對象」，其實無可迴避指揮監督權存在有無之判斷，否則實無從認定勞務需求者有無支配之權力、勞務提供者有無從屬性，其結論認為不應片面置重於勞務之指揮監督，實與其論理自相矛盾，在釋字第740號解釋下，指揮監督仍應為人格從屬性之必要條件¹³⁹。

另一方面，與德國法上討論較為不同者，我國法上對於人格上從屬性並未一致地單單強調雇主之指揮監督¹⁴⁰，亦有從組織上從屬性為觀察，或是更廣泛地由「勞動者自行決定之自由權是否受到壓抑」來進行判斷。就勞務提供者而言，「自由」所指涉的即是有決定如何勞務之權限，包含時間、地點與專業上（*fachlich*）¹⁴¹，實務上更細緻的解釋為：「人格上之從屬性，係指勞工提供勞務之義務履行受雇主之指示，雇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，雇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，受僱人不能以指揮性、計畫性或創作性方法影響自己所從事之工作，在勞工有礙企業秩序及運作時，雇主得施以懲罰，勞工應服從雇主訂定之工作規則。」人格上之從屬性在勞雇間締結契約後始產生¹⁴²，勞工的勞動保護必要性來自於生產關係之中，勞工受到雇主的掌控而喪失掌握生產過程的權利時，勞工處於雇主的監督與指揮下，必然產生人格上的從屬性，此亦呼應德國民法第611a條第1項第1句規範的「他主決定」，以勞工自行決定之自由權受到壓抑為核心，故人格上從屬性包含但不限於雇主之指揮監督，至於企業運用定型化勞動契

139 相同見解，參吳哲毅（註131），頁56-60。

140 參本文上述「貳、二、（一）2.（1）人格上從屬性」。

141 Vgl. *Preis* (Fn. 116), § 611a Rn. 39.

142 *Richardi* (Fn. 102), S. 975.

約、工作規則等方式來控制勞工提供勞務之方式，雖欠缺雇主個別性的指示權行使，勞工個人仍被置於雇主之控制範圍之內，形同塑造出組織性的拘束，讓勞工具具有組織上的從屬性，同樣在於限制勞工的自主權，而應屬人格上從屬性之內涵，下述於組織上從屬性之檢討中，一併分析人格上與組織上從屬性之關係。

（三）兼論組織上從屬性之意義

1. 組織上從屬性為人格從屬性之特徵

就德國民法第611a條第1項第1句所規範之「他主決定」，有學者主張應指「納入他人之勞動組織之中」（*Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation*）¹⁴³，但反對者認為德國民法第611a條在立法過程中，已明確地放棄了組織上從屬性此一標準，而不能為此解釋¹⁴⁴。學者Temming則認為，納入他人組織應為他主決定此一特徵的最典型情形，因為勞工在他人組織之中而處於無法自我決定的狀態，乃是產生從屬性的根本原因，但同時亦不排除其他產生他主決定的情形，納入他人組織僅為他主決定的下位特徵之一¹⁴⁵。換言之，法院過去多有強調之「納入他人之勞動組織之中」的組織上從屬性，在德國民法第611a條施行後，將得經由對於「他主決定」的解釋，而仍持續具有重要性。

我國學說與實務上多有將組織上從屬性列為從屬性的第三個特徵，實務上以「納入雇方生產組織體系，並與同僚間居於分工合作狀態」為特徵，若經由雇主指示安排勞工於事業單位中的某一部門或單位提供勞務，亦即勞動力被配置到雇主認為合適的生產位置以

¹⁴³ Preis (Fn. 98), S. 817.

¹⁴⁴ Preis (Fn. 98), S. 820; Rinck (Fn. 100), S. 129.

¹⁴⁵ Temming (Fn. 104), § 18 Rn. 32, 35. 對於納入組織之項特徵之重要性，聯邦勞動法院法官Rinck (Fn. 100), S. 128. 採負面看法；認為此項特徵性在勞動多樣性之社會中更有重要者，參Preis (Fn. 116), § 611a Rn. 42.

配合整體生產流程，並與其他勞務提供者共同分工工作，例如以小組工作（Gruppenarbeit）的模式進行生產，僅是反映出勞工受到組織上的指揮監督拘束，其實亦是雇主指示權展現之一環。可知組織上從屬性係用以補充人格上從屬性上指揮監督不足情形，因勞工不僅受制於雇主的個人指揮命令，更有遵守團隊、組織內部規則的義務，其勞務給付構成雇主事業經營體的一部分，為事業生產過程中的必要之一環¹⁴⁶。此如同德國法上的討論，德國民法第611a條第1項第1句所訂的「他主決定」，特徵之一即為組織上從屬性，即如學者黃程貫之分析，勞工被納入雇主之企業經營與生產組織，尤其是屬於人格上從屬性之當然內容的一部分，並無獨立成為一種從屬性種類之必要性或重要性，毋需獨立出來成為與人格上、經濟上從屬性並列之等價概念¹⁴⁷。

本文認為，不論在學說上或判決中，從屬性的判斷已經脫離最高法院早期「受僱人單純提供勞務，有如機械，對於服勞務之方法毫無自由裁量之餘地」¹⁴⁸的見解，以整體觀察的方式來認定從屬性，誠如學者林良榮所指出，在非典型勞動大量興起的社會變遷下，已不同於過去特別重視「業務命令性」或「拘束性」等指揮監督的從屬關係，因應勞動型態發展與勞動市場的就業多元化現象，應擴大組織從屬性要素的比重¹⁴⁹。臺灣臺北地方法院106年度勞訴字第290號民事判決亦指出：「而人格、組織之從屬性於現代企業中，未必是指雇主直接指揮命令，而是通常均透過企業組織內之人事工作規則等規定加以規制。」因此，若雇主將契約中履行勞務之條件規範得愈詳盡，讓勞工陷入組織上的從屬性、不再有獨立決定

146 王松柏，勞動契約，收於：臺灣勞動法學會編，勞動基準法釋義——施行二十年之回顧與展望，頁56-57（2005年）。

147 黃程貫（註95），頁65。

148 最高法院83年度台上字第1081號民事判決。

149 林良榮（註7）。相同見解，參黃越欽著、黃鼎佑增修，勞動法新論，5版，頁42（2015年），但另提出「技術上從屬性」之概念。

的權限¹⁵⁰，縱使缺少雇主直接指揮命令，亦無礙人格上從屬性的認定。本文肯定組織上從屬性本即為人格上從屬性的特徵之一，重視組織上從屬性之特徵，僅是從屬性觀察重心的移動，重點仍是回歸以人格上從屬性為勞工身分存否之基準。

組織上從屬性僅為人格上從屬性的特徵之一，欠缺組織上從屬性不能逕予否定人格上從屬性，僅能說明該類勞工的從屬性未以組織上之面相顯示，而循此一特徵來觀察特定工作者，例如專業性工作者之從屬性，具有較高的重要性，例如：醫師、教師、律師、藝術工作者等，此類勞工本其專業執行業務而具有一定之裁量權，雇主對其專業工作為指示之密度較低，例如醫院無法對於醫師治療之方式進行指揮監督，但是若醫師適用醫院之人事管理規章及相關規定，受被告之工作指派、考核及獎懲，法院認為此即是勞工從屬於雇主管理的表徵，而應肯定具有從屬性¹⁵¹。

2. 組織上與經濟上從屬性之區別

應附帶檢討者為經濟上從屬性與組織上從屬性的關係，因不乏有法院將「納入企業經營結構」與「為他人勞動」二項特徵連結，並導出勞工不能用指揮性、計畫性或創作性方法對於自己所從事工作加以影響¹⁵²，此一見解似有混淆人格上與經濟上從屬性意義之問題，因勞工無法自主決定自己所從事之工作時，在於說明其處於「他主決定」中，而非直接連結出勞工對於雇主具有經濟上依賴性，更何況，「為他人勞動」之特徵在於說明勞動成果歸由雇主，而非勞動過程中自主之有無。關於經濟上從屬性之意義，請參下述「參、二、經濟上從屬性」之分析。

¹⁵⁰ Krause (Fn. 87), § 2 Rn. 18.

¹⁵¹ 臺灣臺南地方法院100年度重勞訴字第5號民事判決、臺灣高等法院臺南分院102年度重勞上字第1號民事判決。相反意見，參司法院釋字第740號解釋黃虹霞大法官協同意見書，頁2。

¹⁵² 參本文上述「貳、二、(一) 2. (2) 經濟上從屬性」。

（四）勞動契約從屬性判斷檢核表之項目檢討

在勞動部公告之勞動契約從屬性判斷檢核表中，在人格上從屬性的判斷，有「（一）勞務提供者之工作時間受到事業單位之指揮或管制約束、（二）勞務提供者給付勞務之方法須受事業單位之指揮或管制約束、（三）勞務提供者給付勞務之地點受到事業單位之指揮或管制約束、（四）勞務提供者不得拒絕事業單位指派之工作、（五）勞務提供者須接受事業單位考核其給付勞務之品質，或就其給付勞務之表現予以評價、（六）勞務提供者須遵守事業單位之服務紀律（如適用事業單位之工作規則或其他內部規章），並須接受事業單位之懲處、（七）勞務提供者須親自提供勞務，且未經事業單位同意，不得使用代理人、（八）勞務提供者不得以自己名義，提供勞務」共八項標準，第一至第六項標準其實均在於說明勞工在勞務提供過程中受他主決定，惟檢核結果是否如同檢核表中所提示，「整體檢核結果，符合項目越多者，越可合理推論趨近於勞動契約」，則有疑義，因如本文上述，從屬性程度之高低，仍須視個案事實及整體契約情形判斷，各個項目不能為等值比重的評價¹⁵³，尤其不同之職務所受之拘束方式亦有不同，一位工作者可能不受工時、地點之拘束，且亦無考核與懲處制度，但在給付勞務之方法上毫無自由，此時尚不得以符合檢核表之項目較少認定從屬性較低。

就第七項標準要求勞工親自履行勞務，亦是勞務專屬性的特徵，目的仍在說明勞工因需親自履行勞務，而可能會直接受事業單位之指揮或管制約束，反之，若需親自履行，但事業單位完全給予工作者自由而不予約束，仍無法得出人格上從屬性，故本項至少僅

¹⁵³ 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」，法源法律網，2020年4月14日，頁21，https://www.lawbank.com.tw/treatise/dt_article.aspx?AID=D000023861（最後瀏覽日：2021年8月30日）。

能列為人格上從屬性的補強要素。至於第八項標準要求工作者「不得以自己名義，提供勞務」，其與人格上從屬性之關係為何，實非明確¹⁵⁴，若是指工作者非為自己而營業，就與檢核表中之勞務利他性標準重覆；又或是指工作者為事業員之一員，不得獨立提供勞務，則又與組織上從屬性所指「勞務提供者納入事業單位之組織體系，而須透過同僚分工始得完成工作」標準重覆，本項標準實難認有所必要。

（五）小結

誠如德國聯邦勞動法院法官Gert Griebeling所指出，在勞工身分上並不存在適用於所有個案、對於每一個個案都同等重要的通案性特徵，因此沒有勞工的定義（*Begriff*），只有勞工的類型（*Typus*），在每個類型中認定成立勞動契約與否，並不具有絕對不可放棄的特徵，勞工的定義乃是一開放式的類型特徵（*offene Typusbegriff*），集合多個特徵所呈現的形象（*Erscheinungsbild*）來決定從屬性的有無¹⁵⁵，德國民法第611a條第1項第4句亦明訂：「人格上從屬性程度應依各該職務性質（*Eigenart der jeweiligen Tätigkeit*）而定。」則如上所述，勞工身分的界定並非定義上的問題，而是涵攝上的問題¹⁵⁶。舉例而言，於工廠中提供勞務的製造業勞工，不論在哪一方面都受到高度的指示拘束（時間上、地點上與專業上），且為他主決定，因此具有高度的人格從屬性，相反地，對於具有高度專業的員工，職務內容上的指令拘束性就比較低，對於教師而言則以時間上與地點上拘束性較高，就外勤工作者則是職務內容上的指令拘束性具重要性，每個職務、職業或產業對勞工的指示拘束狀況並不相同¹⁵⁷。上述的從屬性認定的方式，雖有認為具

154 同前註。

155 Gert Griebeling, Die Merkmale des Arbeitsverhältnisses, NZA 1998, S. 1137 (1139).

156 Krause (Fn. 87), § 2 Rn. 51.

157 Temming (Fn. 104), § 18 Rn. 38.

法律不確定性的問題，且讓勞工定義具有高度的法官法色彩，而被批評為勞工定義的功能性缺陷¹⁵⁸，不過，亦有見解認為，不論是法院過去認定的勞工身分的方式，或是德國民法第611a條的立法，均繫於人格上從屬性此一彈性的標準，讓勞工定義得以容納各種不同的勞動模式，甚至也能包含平臺工作此一新興的工作類型¹⁵⁹。

二、經濟上從屬性

(一) 經濟上從屬性與勞工定義之關係

1. 以勞務利他性為特徵？

經濟上從屬性之定義於我國討論上並不一致¹⁶⁰，最高法院81年度台上字第347號民事判決指出：「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。」經濟上從屬性之解釋緊扣「勞務利他性」上。因經濟上從屬性亦是抽象概念，無法直接由此導出判斷標準，故應檢討者為，勞務利他性是否能具體化經濟上從屬性？二者的關係為何？首先，參酌德國法上的討論，勞務利他性有納為人格上從屬性特徵者，因勞工若是為他人目的而勞動，則會被置於雇主的生產計劃中，隨時處於雇主得支配之狀態，無從自主決定¹⁶¹，其實等同於上述的他主決定特徵，顯現出人格上的從屬性，勞務利他性並未提供不同的判斷線索。而且，勞工基於勞動契約而為他方提供勞務，實為勞動契約之本質，並無特別提列而出作為判斷標準之必要¹⁶²，而且在承攬契約、委任契約等其他類型之勞務契約中，亦存在勞務利他性的特徵，但僅在

158 *Griebeling* (Fn. 155), S. 1138.

159 *Kurt* (Fn. 100), S. 140-141; *Rinck* (Fn. 100), S. 129.

160 參本文上述「貳、二、(一) 2. (2) 經濟上從屬性」。

161 *Hinrich Vogelsang*, in: *Schaub/Ahrendt/Koch/Linck/Treber/Vogelsang, Arbeitsrechts-Handbuch: Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis*, 18. Aufl., § 8 Rn. 26.

162 林更盛 (註39)，頁23。

勞動契約中會因勞務利他性而產生他主決定，從而有保護之必要，故而無從以勞務利他性來界分勞工身分¹⁶³。

若要回歸到經濟上從屬性，學者林更盛指出，勞務利他性若是指勞工自己不直接投入市場競爭時，勞動成果歸由雇主，其僅能獲得固定薪資時，產生經濟上從屬性¹⁶⁴。當勞工無法自由運用己身之勞動力為經營上之計算，反而需服從雇主之安排以滿足其經濟目的，勞工固然在經濟上不具有獨立性，但也不必然對於雇主產生經濟上從屬性，簡言之，勞務之利他性不必然產生經濟上從屬性，重要的是勞務換得之報酬是否讓工作者產生經濟上依賴性，例如部分工時工作者為微量工作者，雖為他人而勞動但不當然產生經濟上的依賴性¹⁶⁵，顯見勞務利他性與經濟上從屬性不當然具有關連性，而無法具體化經濟上從屬性之意涵。

2. 經濟上從屬性保護意義之釐清

若經濟上從屬性非指勞務之利他性，其定義為何？由文義上可知其指經濟上具有依賴性，在勞動關係中應是指勞工需受僱於人從事工作以謀取生活所需之工資的依賴狀態¹⁶⁶，可知經濟上從屬性之特徵應為勞雇間於經濟上有相當程度的緊密聯絡，並強調勞工在資力上處於相對弱勢，欠缺經濟上獨立性，以致於必須依賴於雇主所提供工資以求生存，或藉以尋求更多的收入、累積更多的財富¹⁶⁷。相較於我國將經濟上從屬性多列納入勞工定義之中，該標準並未被

163 Kurt (Fn. 100), S. 163.

164 參林更盛（註39），頁23。

165 Robert Rebhahn, Der Arbeitnehmerbegriff in vergleichender Perspektive, RdA 2009, S. 154 (168).

166 邱駿彥，勞動基準法上勞工之定義——台灣台中地方法院七十五年度訴字第 五〇二六號判決評釋，收於：臺灣勞動法學會編，勞動法裁判選輯（二），頁 95-97（1999年）。

167 王松柏（註146），頁55-56。

列入德國民法第611a條中，此與德國法院向來的見解相同¹⁶⁸，故在此欲參酌德國法上導向此一結論的相關討論。

如上所述，德國法上自1930年以來即不再以經濟上從屬性來界定勞工的身分，但並不表示經濟上從屬性對於勞工身分不具重要性，至少在勞工的勞動保護必要性上仍有部分必須回溯到經濟上從屬性的特徵上。若探究勞動法之起源¹⁶⁹，係因應工業革命中產生工廠勞動者，其在企業主掌握有生產工具的所有權下，勞動者僅能依靠領取工資以謀生，著眼於此而發展出勞動保護則以存續保障、生存基礎保障與職業安全保障等，為勞動保護思想的源頭¹⁷⁰，可知勞動法一開始乃是關心勞動者在經濟上的弱勢處境，即經濟上從屬性¹⁷¹。然而，提供勞務者除了勞工之外，尚有自營作業者（*Selbständigen*）¹⁷²，但因二者均可能具有經濟上從屬性，無法以此作為區分二者之標準，尤其在19世紀末期，國家基於勞工因疾病、身心障礙與年紀等因素所產生的需求，開始實施多部社會保險法令，有界定保險義務人（勞工）的需求¹⁷³，對於僅具有經濟上從屬性者，德國法上另給予準勞工（*arbeitnehmerähnliche Personen*）之地位¹⁷⁴，而非納入勞工的範圍中¹⁷⁵。然此並非否定勞工具有經濟上從屬性，因勞工提供勞務時除有人格上從屬性外，通常亦具有

168 BAG, Urteil v. 08.06.1967 - 5 AZR 461/66 = NJW 1967, S. 1982f.; BAG, Urteil v. 14.02.1974 - 5 AZR 298/73 = AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 12; BAG, Urteil v. 13.11.1991 - 7 AZR 31/91 = NZA 1992, S. 1125 ff.; Vgl. auch Krause (Fn. 87), § 2 Rn. 15; Richardi (Fn. 102), S. 975.

169 黃程貫（註95），頁5-7。

170 Kurt (Fn. 100), S. 41.

171 Richardi (Fn. 102), S. 975; Kurt (Fn. 100), S. 119-120.

172 Hromadka (Fn. 108), S. 572 ff.

173 Kurt (Fn. 100), S. 84-85; Hromadka (Fn. 108), S. 573.

174 就準勞工所具之經濟上從屬性討論，僅參Günter Spinner, in: Henssler/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 5, 8. Aufl., 2019, BGB § 611a Rn. 130-138.

175 Hromadk (Fn. 103), S. 1584.

經濟上從屬性¹⁷⁶，而人格上的從屬性會影響經濟上從屬性¹⁷⁷，雙方在經濟力量上的不對等，讓勞工更易被迫接受不利的勞動條件。

另有學者指出：「經濟上從屬性雖係勞資關係中一重要之特徵，勞工有時亦非視其工作為唯一生存手段，其擁有之財力有時亦不小，工作所得之工資根本非其生活所依賴之主要的收入來源。¹⁷⁸」勞工在資力上確實不一定劣於雇主、亦不當然處於相對弱勢或依賴報酬方得生存¹⁷⁹，例如擔任學生兼任助理之勞工多為微量工作者，或從事兼職或多份部分工時的勞工，其支領之工資非必為主要經濟來源¹⁸⁰，此雖非勞工經濟上的常態，但可知經濟上從屬性並非勞工必然具有的特徵。換言之，強調勞工定義不包含經濟上從屬性，不是在於說明勞工與經濟上從屬性之特徵無關，重點在於不得因欠缺經濟上從屬性而否定勞工身分的存在。且縱使勞工在工資之外有其他收入或財產，讓生存基礎不需仰賴工資，然這類勞工仍欠缺自主決定勞務給付方式的自由，故而仍具有勞動保護的必要性，因此，德國聯邦勞動法院表示經濟上從屬性對勞工定義既非必要條件、亦

176 *Herbert Buchner*, Das Recht der Arbeitnehmer, der Arbeitnehmerähnlichen und der Selbständigen — jedem das Gleiche oder jedem das Seine?, NZA 1998, S. 1144 (1146); *Krause* (Fn. 87), § 1 Rn. 7; *Kurt* (Fn. 100), S. 41; Vgl. auch BAG, Urteil v. 08.06.1967 - 5 AZR 461/66 = NJW 1967, S. 1982.

177 林佳和（註14），頁24。

178 黃程貫（註95），頁64-65。王松柏（註146），頁55-56，亦指出：「或有人以為勞工的資力未必不如雇主，若其已累積相當財富，即不必受僱於人來維持生計，繼而即欠缺經濟上從屬性。此種說法乍看似乎有理，但是卻是以相對上的少數例外情形來否認常態；再者，即使受僱勞工不必依靠工資薪金維持生計，亦未能動搖其對於勞動條件先天上欠缺參與決定之事實。擁有財產之勞工對於雇主提供工作之要約同樣只能選擇接受或拒絕，不願接受此種現實者只能退出勞動市場或自行創業，不因自有財富之多寡而在勞動條件的決定上取得優勢。」

179 黃越欽著、黃鼎佑增修（註149），頁155。

180 邱羽凡，兼任學生助理「勞動從屬性」論爭與出路（下）——微量工作者之勞動保護政策分析，苦勞網公共論壇，2015年9月18日，<http://www.coolloud.org.tw/node/83466>（最後瀏覽日：2021年8月14日）。

不屬充分要件¹⁸¹，勞工之經濟上從屬性只得視為一常素，但並非如同人格上從屬性係絕對必備之要素¹⁸²，故在判斷勞工身分時則可略去此一標準。至於「即使受僱勞工不必依靠工資薪金維持生計，亦未能動搖其對於勞動條件先天上欠缺參與決定之事實」，乃是呼應勞工未參與決定雇主之經營，從而顯示出的人格上從屬性，亦即勞工之勞動力悉由雇主安排而在勞動過程中產生的從屬性，實與經濟上從屬性無關。

（二）經濟上從屬性認定之檢討

1. 以生產工具所有權歸屬為標準？

討論上有認為，在資本主義的市場經濟制度中，資方掌握生產工具、機器、原料等的所有權，勞方之勞動力需依賴資方所擁有之生產資料始能發揮作用，勞工僅能以自身勞動力交換工資作為經濟生活的基礎，故勞工對於雇主產生經濟上從屬性¹⁸³，而法院多有將業務風險承擔與「生產工具之所有權」（「勞工之勞動力需依賴雇主之生產資料始能進行勞動」¹⁸⁴）結合，以進行經濟上從屬性的判斷。

181 BAG, Urteil v. 08.06.1967 - 5 AZR 461/66 = NJW 1967, S. 1981 f.; BAG, Urteil v. 14.02.1974 - 5 AZR 298/73 = AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 12; BAG, Urteil v. 13.11.1991 - 7 AZR 31/91 = NZA 1992, S. 1125 ff.

182 黃程貫（註95），頁64-65。王松柏（註146），頁55-56，亦指出：「或有人以為勞工的資力未必不如雇主，若其已累積相當財富，即不必受僱於人來維持生計，繼而即欠缺經濟上從屬性。此種說法乍看似乎有理，但是卻是以相對上的少數例外情形來否認常態；再者，即使受僱勞工不必依靠工資薪金維持生計，亦未能動搖其對於勞動條件先天上欠缺參與決定之事實。擁有財產之勞工對於雇主提供工作之要約同樣只能選擇接受或拒絕，不願接受此種現實者只能退出勞動市場或自行創業，不因自有財富之多寡而在勞動條件的決定上取得優勢。」

183 參林更盛（註39），頁25。

184 臺灣臺北地方法院99年度勞訴字第168號民事判決：「勞工之勞動力需依賴雇主之生產資料始能進行勞動，對雇主有經濟上之依賴性，但勞工不需負擔企業經營之風險，故雇主是依勞工提出勞務之本身給付報酬。」

然而，勞工是否擁有生產工具，似與經濟上從屬性無必然關連¹⁸⁵，例如在汽車運輸業中，常見企業徵人廣告直接限定「自備貨車」為應徵條件¹⁸⁶，而工作者縱然自備生產工具，但是在營業活動上若欠缺自主性，「駕駛車輛送貨之起訖地點及相關細節，甚至連每日駕車里程數及耗油量均受上訴人公司控管」¹⁸⁷，司機根本無自由運用該生產工具（貨車）以經營自己事業的自由，亦難有運用生產工具來獲取其他經濟來源，仍需依賴工資而維生，難謂有經濟上獨立性。

2. 勞動契約從屬性判斷檢核表之項目檢討

在勞動部公告之勞動契約從屬性判斷檢核表中，在經濟上從屬性的判斷上，在報酬給付方式外，將「(二) 提供勞務所需之設備、機器、材料或工具等業務成本，非由勞務提供者自行備置、管理或維護」納入，以「2.1 勞務提供者被要求必須使用事業單位提供或指定之設備（或工具等）提供勞務」推認經濟上從屬性，惟如本文上述，生產工具由勞雇之哪一方提供，與經濟上從屬性無必然關連。檢核表另又列出「(三) 勞務提供者並非為自己之營業目的，提供勞務」，惟勞務利他性並非勞動契約所獨有之特徵，已如上述，自不宜作為判斷標準¹⁸⁸。至於「(四) 事業單位以事先預定之定型化契約，規範勞務提供者僅能按事業單位所訂立或片面變更之標準獲取報酬」，乃是限制勞工與雇主之議約空間，可能讓勞工難以提高報酬之水準，但亦無法建立起與經濟上從屬性的關連性。

185 林更盛（註39），頁24-25，認為生產工具之所有權屬於誰，僅能列為輔助參考標準。

186 例如1111人力銀行刊登之小貨車司機招募廣告，1111人力銀行，<https://www.1111.com.tw/job/91280189/>（最後瀏覽日：2021年8月15日）。

187 臺灣高等法院100年度勞上字第2號民事判決。

188 相同見解，參陳業鑫，勞動契約認定指導原則及勞動契約從屬性判斷檢核表之商榷，月旦法學雜誌，308期，頁130（2021年）。

上列檢核表所列在經濟從屬性上所列各項目，本文認為(二)、(三)、(四)均無法直接說明與經濟上從屬性的關連性，僅是延續過去實務上見解而未予以分析檢討。若要說明經濟上依賴性的存在，更直接的認定方式或可參考德國團體協約法第12a條第1項之規定，其依據工作者的所得總額之平均來認定經濟上從屬性，若所得高於一半受領自某一特定人，或是特別針對從事藝術、文學或新聞服務等人員，所得總額之平均至少三分之一受領自某一特定人時，認定為具有社會保護必要性的經濟上依賴者¹⁸⁹，此就較近似於檢核表中的「(五)事業單位規範勞務提供者，僅得透過事業單位提供勞務，不得與第三人私下交易」之標準。

(三) 小結

在採取三個或二個從屬性的論點中，我國不論學說¹⁹⁰與實務¹⁹¹多將經濟上從屬性列為勞工身分之要素，與人格上從屬性、組織上從屬性並列，要件上乃是採取累積性(kumulative)、而非擇一性(alternative)的關係，對於經濟上從屬性之定位，並非擴大勞動保護之範圍，反而是窄化勞工的定義，亦即僅將兼具人格上與經濟上從屬性之工作者，納入勞工的範圍。綜上所述，我國法的觀點雖然強調了經濟上從屬性的重要性，但將經濟上從屬性僅為「常素」錯置為「要素」，這將導致在過度狹隘的勞工定義中，僅能了解到部分的社會事實，排除了僅具人格上從屬性之工作者為勞工的可能

189 Wolfgang Hromadka, Arbeitnehmerähnliche Personen — Rechtsgeschichtliche, dogmatische und rechtspolitische Überlegungen, NZA 1997, S. 1249 (1251 f.).

190 林更盛(註15)，頁155：「只有在『人的從屬性』／『人格從屬性』不明顯時，吾人才應繼續考慮到以所謂『組織從屬性』、『承擔營業風險』等作為輔助的判斷標準。」；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，301期，頁125(2020年)：「經濟從屬性之重點在於，勞工只要依雇主之指揮命令提供勞務，雇主即有給付報酬之義務，不論雇主的經營是否獲利。至於雇主經營成敗則由雇主獨自負擔，勞工無須承擔任何風險。」

191 請參上述「貳、二、(一) 2. (2)」對於經濟上從屬性之說明。

性，而無法窺見具勞工身分者的全貌，不利於勞動保護的落實，參酌德國法上的討論反而是藉由強調經濟上從屬性之概念，發展出準勞工的身分類型以擴大勞動保護範圍，故本文在結論上亦認為勞工定義應捨棄經濟上從屬性之判斷。

三、司法院釋字第740號解釋之再檢討

(一) 人格上從屬性

釋字第740號解釋以「自由決定勞務給付之方式」為人格上從屬性之標準，解釋文又強調「包含工作時間」，解釋理由書第二段將人格從屬性描述為「有關勞務給付時間、地點或專業之指揮監督關係」，亦即將工作時間、工作地點與專業之指揮監督關係列為自由決定勞務給付之方式的判斷要素。承續上述分析，可以理解從屬性係用以描述勞務提供的過程，雇主為控制勞動過程所為的指示，從來不只是工作時間與地點的管制，而從屬性標準的認定重心，可能會因為個案中勞動型態的不同而有差異，具體認定上需綜合各特徵後為整體性判斷，不能過度強調某一表徵在從屬性上的作用¹⁹²，此如同依德國民法第611a條第1項第4句之規範：「人格上從屬性程度應依各該職務性質而定。」工作時間管制僅是特徵之一，黃璽君大法官提出之釋字第740號解釋部分不同意見書亦提出，「不得僅依得否自由決定勞務給付方式（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）為判斷依據，仍應綜合個案事實及整體契約內容判斷。」

簡言之，釋字第740號解釋文所述「得否自由決定勞務給付之方式（包含工作時間）」，應認為僅是以工作時間拘束為指揮監督之

192 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（2017年6月24日）。

例示，另外還要參酌工作地點上、專業上指揮監督關係，以及解釋理由中未提供、但在實務上具有重要性之組織上從屬關係，整體判斷勞務提供者在職務上之自行決定的自由，是否受到壓抑，亦即工作者是否陷入他主、而非自主決定之中，未必以工作時間或工作地點之限制安排來決斷從屬性的有無，而應考量各該職務性質，例如電傳工作者或外勤工作者，其藉由工作地點選擇之自由，以擇定具有最大效益的方式來執行職務，又如記者的職務特性即是由記者自行決定工作地點；對於保險業務員亦同，若由保險公司指揮保險業務員招攬業務的地點，反而無法達到招攬保險業務之職務目標，則在判斷上就應捨棄工作地點拘束性來認定從屬性之有無。此類欠缺工作地點拘束性之職務（*ortsungebundene Tätigkeiten*），並非就必然不具有人格上從屬性，沒有任何一項特徵是所有類型之勞動關係從屬性的絕對必要之要素¹⁹³，在引述釋字第740號解釋意旨之判決中，有將從屬性特徵簡化／窄化為工作者有無受到工作時間或／與工作地點之限制¹⁹⁴，無異是從屬性之「常素」將被「要素化」，將使欠缺工作地點拘束性之職務絕對地被排除於勞動關係之外¹⁹⁵，難謂無悖釋字第740號解釋「仍應就個案事實及整體契約內容」判斷之意。

勞工身分之具備乃「全有或全無」，但從屬性的存在與否則非「全有或全無」的問題，而是有從屬「程度」上的差異¹⁹⁶，且會因職務之別而有程度上的不同，勞工身分的肯定並非以所有人格上從屬性之特徵具備為必要——事實上亦不存在人格上從屬性的特徵列表，判決上亦肯認「勞動契約之人格上從屬性乃相對性之概念」¹⁹⁷，當工作者對於事務之處理有高度的決定自由（專業上裁量權），則

193 *Krause* (Fn. 87), § 2 Rn. 19.

194 參本文上述「貳、二、(二) 2. (1) 工作時間安排」。

195 邱羽凡（註20），頁137。

196 林更盛（註39），頁21。

197 臺灣高等法院94年度重勞上字第17號民事判決。

其勞務給付方法受到規制的程度尚非高度嚴謹，使用從屬關係相對而言亦屬弱化，但需另外觀察諸雇主是否以組織規範（工作規則）的方式進行限制，參酌釋字第740號解釋前之判決，例如最高法院98年度台上字第2154號民事判決，勞工與雇主簽訂「收費人員承攬契約」，約定勞工上下班無須打卡，無固定工作時間，但法院並未因無固定工作時間而認非屬勞動契約，而是根據其他事實以認定有無從屬性的存在，更符合就個案事實及整體契約內容為判斷之意。

（二）經濟上從屬性與業務風險承擔

1. 以報酬計算方式為標準？

釋字第740號解釋雖未明言提及經濟上從屬性，但將「是否負擔業務風險」作為判斷標準之一，對照我國學說¹⁹⁸與實務，多有將業務風險或稱經營風險（Unternehmerrisiko）之承擔納為經濟上從屬性的內涵，釋字第740號解釋另將「報酬取得方式」列為業務風險承擔的重要標準——「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）」，經濟上從屬性是否能以報酬給付方式為衡量？實有疑問。首先，勞基法第2條第1項第3款規定¹⁹⁹，按件計酬者亦可成立勞動契約。黃璽君大法官提出之釋字第740號解釋部分不同意見書亦認為，如僅因按所招攬之保險收受之保險費為基礎計算其報酬，即認為不屬於勞動契約，將使勞基法規定之按件計酬無適用餘地，不但與勞基法第2條第1項第3款相違，而且正是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

198 王松柏（註146），頁55-56。

199 勞動基準法第2條第1項第3款：「本法用詞，定義如下：三、工資：指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。」

險轉嫁給勞工承擔，以規避勞基法強制規定²⁰⁰。再者，因報酬概依實際工作成果計算，產生與承攬契約性質相近的情形，然而計件工與承攬工作在本質上完全不同，因計件工仍是勞工而具有人格上從屬性，但承攬工作乃是獨立完成一定之工作，不受定作人之指揮監督，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，但契約性質完全不同²⁰¹，在按件計酬的外衣下更有進一步探究人格從屬性有無的必要性，例如臺灣高等法院100年度勞上易字第100號民事判決亦是採取此一看法：「雖可認上訴人所領取之報酬，係以上訴人完成保險契約之招攬，進而收取保險費後，始按其實收之保費計算可領取之報酬，惟此係兩造就報酬給付方式之約定，就該部分縱著重招攬保險業務之完成，而較具有承攬之性質，然尚難單憑此即認系爭契約僅具承攬性質，而無兼具其他性質，再逕行推論系爭契約並非勞動契約。」最重要的是，按件計酬工作中，以保險業務員為例，其既係為保險公司招攬保險，所取得之經濟上之利益（收取之保費）並非納為己有，而仍歸屬於保險公司²⁰²，難認為他人之目的而勞動，按件計酬此一標準實無法充分判斷經濟上從屬性的有無。

2. 業務風險承擔理論之檢討

釋字第740號解釋提出報酬計算方式，在於建立「負擔業務風險」與勞工定義之關係，將保險業務員「按所招攬之保險收受之保險費為基礎計算其報酬」之特徵，因「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，尚難認屬系爭規定一所稱勞動契約」（釋字第740號解釋理由書參照），惟解釋文或理由書中均未說明負擔企業風

200 陳建文（註192），頁9-12。

201 黃程貫（註95），頁62-63。

202 臺灣高等法院100年度勞上易字第100號民事判決。

險與勞工定義兩者之關連性，而無從得知該項標準之所由。關於業務風險承擔之理論，其實就是著眼於人格上從屬性理論未能根本地解決勞工定義之難題²⁰³，故有學者主張應採取另類模式（Alternativmodell）來認定勞工身分，持此見解之代表為學者Rolf Wank，其由「經營風險」、而非人格上從屬性出發，將工作者為勞工與非勞工（自營作業者）的二元區分。在Wank的認定下，工作者若有自己之資本與組織而自行參與市場活動，仍屬於企業主、而非勞工，非勞工乃是自願承擔經營風險、參與市場活動且在經營機會與風險上衡平之人²⁰⁴。業務風險承擔理論雖不乏有支持者，但近期已不再受到法院採用，德國民法第611a條立法亦未論及業務風險承擔之要件，學說上更是廣泛地批評此一理論²⁰⁵。在Wank的論點中，工作者只有勞工與非勞工，在體系上已經忽略了非勞工可能為準勞工的可能性，而且經濟上從屬性乃是用界分準勞工與自營作業者的標準，Wank用以區別勞工與非勞工（自營作業者），已犯了體系分類上的錯誤²⁰⁶，而且就具有經濟上從屬性的自營作業者應是由競爭法來加以保障，此並非勞動法之任務，在保護目的上的連接具有疑義²⁰⁷。最重要的是，工作者是否承擔營業風險，要如何審查？業務風險承擔本身並非明確的標準，而需由下位標準來具體化並據以進行個案審查，但不論是「自願」承擔、經營機會與風險之「衡平」等，均難以進行認定，而支持另類模式的學者本來鑑於人格上從屬性的模糊性而提出，但若另類模式本身提出的標準也同樣欠缺可操作性，就更不具有運用之實益²⁰⁸。

203 參本文上述「參、一、(五) 小結」。

204 Wank (Fn. 105), S. 389-391.

205 Vgl. Fischels (Fn. 99), S. 295.

206 Fischels (Fn. 99), S. 297.

207 Buchner (Fn. 176), S. 1150 f.

208 Griebeling (Fn. 155), S. 1143.

3. 勞動契約從屬性判斷檢核表之項目檢討

在勞動部公告之勞動契約從屬性判斷檢核表中，在經濟從屬性的判斷上，將「1.1不論勞務提供者有無工作成果，事業單位皆計付報酬」、「1.2事業單位依據勞務提供者提供勞務之時間長度及時段計付報酬」與「1.3不論事業單位是否收到款項，都自己吸收損失，不影響報酬之計付」納入，作為認定「無需自行負擔業務風險」的子標準，然各項子標準其實均僅是勞動契約的本質，即「一方於一定或不定之期限內為他方服勞務，他方給付報酬」（民法第482條參照）的描述，與是否負擔業務風險或經濟上從屬性其實並無關連。至於「3.1勞務提供者僅係為事業單位之事業而貢獻勞力，不須負擔營業風險」之子標準，令人產生疑義者為個案中應如何認定？是否負擔營業風險本身為抽象空洞之概念，需子標準予以具體化，但在檢核表中反而將其列為勞務利他性之子標準，實欠缺個案適用操作之可行性。

肆、數位平臺工作者之「勞工性」檢討²⁰⁹

新型科技的影響除了創造就業（新部門、新產品、新服務）與取代就業（自動化、機器人化）之外，也包括改變勞務提供者與勞務供給者間的連結，在網路科技發展結合新商業經營方式的數位經濟模式下，經由使用資通訊科技而帶動生產流程、行銷方式或組織

209 立法者基於不同法律規範之目的，對於勞工之定義並非統一，原則上勞動契約法上之勞工為最基本與充核心之定義，至於集體勞動法，如工會法上之勞工定義較廣，故例如平臺工作者之勞工身分在我國雖有爭議，但在組織工會上仍均得行使集體勞動權。本文礙於篇幅與論述上的連貫性，以下將僅以勞動契約上的勞工定義為討論範圍。關於勞工定義之多義性，參陳建文，勞工定義，收於：黃程貫編，個別勞動法，頁99-100（2021年）。

行為的變革²¹⁰，並由此衍生出新興的經濟型態，許多工作者也因應彈性工時與工作地點，投入平臺經濟下之眾包工作（Crowdworker）等勞動模式。然而，此一新興工作模式也引發工作者與平臺業者間法律關係的疑義，究為勞動關係或是承攬關係？學說上多有討論²¹¹，我國法院對此尚無相關判決，僅有勞動部職業安全衛生署北區職安中心於2019年進行專案檢查²¹²，調查結果認定9家業者中，有5家業者與外送員間具有勞動關係，包括Uber Eats、Foodpanda、Lalamove、Cutaway與Quick Pick等平臺公司²¹³，而業者對於裁罰處

-
- 210 參OECD, *Directorate for Science, Technology and Innovation Committee on Digital Economy Policy, Stimulating Digital Innovation for Growth and Inclusiveness: The Role of Policies for the Successful Diffusion of Ict* (May 27, 2016), [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DSTI/ICCP\(2015\)18/FINAL&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DSTI/ICCP(2015)18/FINAL&docLanguage=En); 王健全、林宜蓁，數位經濟發展趨勢及其對臺灣影響，*台灣勞工季刊*，52期，頁4-5（2017年）。
- 211 參成之約，平台經濟個人工作者權益保障的初探，*月旦會計實務研究*，31期，頁42-49（2020年）；焦興鎧，對平臺或零工經濟勞動者之保障——美國之經驗，*台灣勞工季刊*，53期，頁36-47（2018年）；李健鴻，零工經濟的因應途徑：德國、義大利、西班牙的「中間類型勞動者」制度分析，*台灣勞工季刊*，59期，頁14-27（2019年）；李健鴻，「獨立的承攬勞動者」或「勞工」：零工經濟的勞動風險問題與因應對策，*台灣法學雜誌*，377期，頁27-32（2019年）；黃帥升、謝祥揚，僱傭承攬大不同？談外送平台與外送員間契約關係爭議，*會計研究月刊*，410期，頁44-49（2020年）；劉士豪，德國平臺經濟與零工經濟法律結構的初探，*台灣勞工季刊*，53期，頁28-35（2018年）；林更盛，外送平臺工作者勞動關係的認定，*月旦裁判時報*，92期，頁98-107（2020年）；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*，206期，頁64-76（2019年）。
- 212 勞動部北區職安中心會同臺北市政府勞檢處進行勞動檢查，經臺北市勞動檢查處與臺北市政府勞動局裁罰之部分，經業者提出訴願後，因「經原處分機關重新審查後，以109年1月30日北市勞職字第10960227072號函通知訴願人，自行撤銷上開108年10月21日北市勞職字第10860989091號裁處書」（臺北市政府109年4月6日府訴一字第1096100593號訴願決定書），以及「經原處分機關重新審查後，以109年2月6日北市勞檢一字第10960008211號函通知訴願人並副知本府法務局，自行撤銷上開108年12月13日北市勞檢一字第10860031472號函及所附勞動檢查結果通知書」（臺北市政府109年4月6日府訴一字第1096100594號訴願決定書），則屬原處分已不存在而為訴願不受理之決定，故未就業業者與外送員間之法律關係為實質認定。
- 213 吳欣紘，9美食外送平台勞檢foodpanda等5家與外送員為僱傭關係，中央通訊社，2019年10月30日，<https://www.cna.com.tw/news/firstnews/201910300169.aspx>

分提出之訴願，行政院訴願決定書院臺訴字第1090174997號仍認定：「訴願人與外送員間雖形式上係簽定勞務承攬合約，惟由其合約規範及勞動關係之具體內容，實具有人格上、經濟上及組織上從屬性。」亦是採三個從屬性說，並參考勞動契約認定指導原則及勞動契約從屬性判斷檢核表，以及整體契約內容所為之認定，後續之行政訴訟判決見解，值得繼續觀察。

對於得經由數位網路平臺「自由」接單的平臺工作者，我國學說上不乏有認定其應非屬具從屬性之勞工²¹⁴，而承續上述德國法上的從屬性討論，德國法院判決²¹⁵與多數學說²¹⁶認為平臺工作者有決定工作方式、工作時間與地點的自由，故應將其歸類於自營作業，少數有認為平臺工作者具有經濟上從屬性，社會保護必要性而歸屬為準勞工²¹⁷。不過，在歷經多方論辯後，德國聯邦勞動法院於2020年12月1日作成之判決中，認定一平臺工作者具有勞工之身分²¹⁸，此為德國將平臺工作者認定為勞工的首則判決，惟平臺工作本屬多元，若未將異質性極高的平臺工作予以類型化，再進行其勞工身分認定的分析，將有以偏概全之問題。本文囿於篇幅之故，無法將數位平臺工作者在勞工身分上的認定問題，在此為一系統性的爬梳與介紹，在此僅欲經由此則德國聯邦勞動法院判決所論述之人

(最後瀏覽日：2021年8月14日)。另詳參宋庭語(註57)，頁112-115。

214 例如學者林更盛(註211)，頁107，其認為：「工作者得自由決定是否接案，自我決定工作時間、地點；工作者只須於約定期間內完成其工作、即能獲得對價，若未完成工作，即不能獲得對價，因此原則上應認為該類工作者不具勞工之特徵」。

215 ArbG München, Urteil v. 20.02.2019 - 19 Ca 6915/18 = BeckRS 2019, S. 37646; LAG München, Urteil v. 04.12.2019 - 8 Sa 146/19 = BeckRS 2019, S. 30311.; Vgl. auch *Frank Bayreuther*, Arbeitnehmereigenschaft und die Leistung fremdbestimmter Arbeit am Beispiel des Crowdworkers, RdA 2020, S. 241 (241).

216 Vgl. nur *Claudia Schubert*, Neue Beschäftigungsformen in der digitalen Wirtschaft — Rückzug des Arbeitsrechts?, RdA 2018, S. 200 (203).

217 Vgl. nur Richard Giesen/Jens Kersten, Arbeit 4.0: Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht in der digitalen Welt, 2017, S. 110.

218 BAG, Urteil v. 01.12.2020 - 9 AZR 102/20 = NJW 2021, S. 1551 ff.

格上從屬性，結合平臺工作者的特殊性，承續上文對於從屬性的討論，進一步分析數位勞動關係中之工作者的「勞工性」。

一、眾包工作之意義與類型

在德國聯邦勞動與社會部（BMAS）於2015年公布的勞動4.0白皮書中，將數位平臺區分為社群網路平臺、數位市場平臺、中介平臺與眾包平臺²¹⁹，其實後二者均屬勞動力外包的一種數位模式。企業將各種計劃、小型的任務經由網路平臺發包給眾包工作者來執行²²⁰，而工作發包與承包之雙方，經由網路平臺作為媒介，此又稱為直接的眾包工作（*unmittelbares oder direktes Crowdworking*）；另一種則是較為普遍的模式，即眾包工作者僅與平臺建立契約關係，不論是提供勞務或是支領報酬，均以平臺為相對人，即間接的眾包工作²²¹，原則上，眾包工作者與平臺簽訂一基礎協議（*Rahmenvereinbarung*），多是以定型化契約之方式，然後再登入網站註冊，開始於網站上接案、執行工作與請領報酬，本文以下研究亦限於此一模式。就工作執行方式，可再將數位平臺區分為兩類，一為線上執行工作之類型，例如在網路上尋找地址或測試程式等工作，此又稱為眾包工作；另一類為亦是經由網路而獲得工作，但是在執行上具有地點之拘束性（*ortsgebunden*），例如餐飲外送工作，此又稱為零工工作²²²，但二者均為廣義的眾包工作。由此可知，平臺工作非單一類型，故在探討其勞工身分認定上，宜先就其提供勞

219 *Bundesministerium für Arbeit und Soziales*, Weißbuch Arbeiten 4.0 (Nov. 2016), S. 128, online verfügbar unter <https://www.bmas.de/DE/Service/Medien/Publikationen/a883-weissbuch.html> (Letzter Abruf: 10/03/2021).

220 *Wolfgang Däubler/Thomas Klebe*, *Crowdwork: Die neue Form der Arbeit — Arbeitgeber auf der Flucht?*, NZA 2015, S. 1032 (1032 f.).

221 *Michael Fuhlrott/Sönke Oltmanns*, *Der Crowdworker — (K)ein Arbeitnehmer?*, NJW 2020, S. 958 (959).

222 *Michael Fuhlrott/Katharina Bodendieck*, *Crowdworking: Auslaufmodell oder Arbeitsform der Zukunft?*, ArbRAktuell 2020, S. 639 (639).

務之方式予以考察，再加以類型化以進行分析，以避免得出「眾包工作者」均為勞工／非勞工之結論²²³。

二、眾包工作者之人格上從屬性

（一）比較法之觀察：德國聯邦勞動法之判決

就眾包工作者的勞工性，德國學說上已有眾多討論²²⁴，德國聯邦勞動法院於2020年12月1日作成之判決中，就某一零工眾包之工作模式，認定為勞動契約關係。在該案中，原告²²⁵為Roamler平臺公司之客戶提供服務，職務內容為協助零售商的展示商品拍照或是回答商品廣告的問題，在平臺上註冊的原告可以經由智慧型手機登入個人帳戶來承接工作，同時也具有隨時停止接受工作的自由，亦即原告不具有執行某件工作的義務。通常每件工作有兩個小時的時間可以完成，而原告於完成一件工作後，會在個人帳戶中得獲得報酬與經驗值點數（Erfahrungspunkte），隨著經驗值點數累積得愈高，眾包工作者也會隨之升級，平臺即會開放更多工作的選擇性，且可以同時執行多件工作，原告在11個月內共曾執行的2,978件工作，平均的周工時為20小時，月薪約為1,750歐元。而在平臺公司通知原告將不再提供任何工作，並且註銷原告的帳戶之後，原告提起訴訟要求確認與平臺公司間存在一不定期的勞動契約關係²²⁶。

雖然德國慕尼黑地方勞動法院²²⁷與慕尼黑邦勞動法院²²⁸均否認原告與平臺公司間有勞動關係存在，主要理由為依據雙方簽訂的

223 邱羽凡（註1），頁29。

224 Vgl. nur *Tim Wißmann*, in: Kiel/Lunk/Oetker/Richardi/Wlotzke/Wißmann (Hrsg.), *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, Bd. 1: Individualarbeitsrecht I, 5. Aufl., 2021, § 21 Rn. 34 Fn. 103-105.

225 本案一審之原告於德國聯邦勞動法之判決後為上訴人，由於原告於一、二審均敗訴，而於二、三審為上訴人，故以下均統一簡稱二、三審之上訴人為原告。

226 BAG, Urteil v. 01.12.2020 - 9 AZR 102/20 = NJW 2021, S. 1551 ff.

227 ArbG München, Urteil v. 20.02.2019 - 19 Ca 6915/18 = BeckRS 2019, S. 37646.

228 LAG München, Urteil v. 04.12.2019 - 8 Sa 146/19 = BeckRS 2019, S. 30311.

基礎協議，原告並不因而負有承接工作的義務，故無從存在勞動關係，至於原告實際履行工作的各個時段是否成立定期契約，法院則未表示見解。德國聯邦勞動法院採取與下級審法院不同之看法，認定原告之眾包工作者身分為勞工，在此法院當然毋需審酌眾包工作者之經濟上從屬性，而係依據德國民法第611a條第1項第1句，勞工為受他人指示拘束與他主決定而提供勞務之人，僅就人格上從屬性（包含組織上的從屬性²²⁹）為審酌。德國聯邦勞動法院強調，應依契約關係之事實上履行狀況（*tatsächliche Durchführung*），並對所有狀況為綜合考量，來認定勞動關係存否，不因其選擇之契約名稱而受影響（德國民法第611a條第1項第6句參照），當工作者在實際履行契約義務時顯現典型勞工受指示拘束方式（*arbeitnehmertypischer Weise*），以及以他主決定性，應肯定勞動契約之存在²³⁰。本案中，首先系爭個案中之工作者需登入平臺所設置之APP來承接工作，依據平臺規約，個別工作者在APP上的帳戶既不得讓與他人使用、亦不得由多人共同使用，分享帳戶予他人屬於濫用或詐欺行為，因此工作者均需親自履行工作，也使平臺得對於工作者為控制²³¹。其次，依據德國民法第611a條之規定，原則上不得自由形成其職務者，係屬受指示拘束（第3句），然受指示拘束而具有人格上從屬性之程度，應依各該職務性質而定（第4句），就低技術性之簡易工作而言，執行此類職務原本就不需複雜的組織上要求，由平臺事先規定職務內容即可完成，因此工作者自由形成的程度本來就低，個案中不但不宜忽略此職務性質而排除勞動契約存在之可能²³²，反而更需因此一職務特性而傾向成立勞動契約²³³。

229 關於人格上從屬性與組織上的從屬性之關係，參本文上述「參、一、(三)兼論組織上從屬性之意義」。

230 BAG, Urteil v. 01.12.2020 - 9 AZR 102/20 = NJW 2021, S. 1551 Rn. 45.

231 BAG, Urteil v. 01.12.2020 - 9 AZR 102/20 = NJW 2021, S. 1551 Rn. 46.

232 BAG, Urteil v. 01.12.2020 - 9 AZR 102/20 = NJW 2021, S. 1551 Rn. 37.

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

最後，亦是本案中最受到關注的判決理由²³⁴，為聯邦勞動法院強調APP的運用形成工作履行時為他主決定的認定。由於在平臺的勞務供給關係中，勞務供給者係經由APP來運作，故不需給予個別的具體工作指示，但本案中聯邦勞動法院認定雙方不因欠缺個別化的指示拘束而使工作者得自由形成工作，工作者仍處於他主決定中而具有從屬性²³⁵，主要係因勞務供給者（即平臺）與眾包工作者合作的線上平臺，其經營方式讓工作者在職務地點、時間與內容原則上均無從自由形成、決定（*nicht im Wesentlichen frei gestalten*）。本案例中，原告雖原則上不負有承接工作的義務，但是Roamler平臺的運作方式與組織結構，讓眾包工作者持續地親自履行一件接著一件簡易低技術的小型工作，尤其是平臺公司所設計的心理激勵系統，讓工作者產生持續地接受工作的動機，使原告於經常所在之地點持續地承接工作，法院認為這種模式讓該平臺之工作者已如同常態性受僱的勞工。在時間上安排，因每件工作之執行時間為兩小時，且平臺工作者不得先承接多份工作後再視自己執行狀況而退回部分工作，只能依照平臺給予的工作來逐一完成，而當工作者在相當時間內處於持續性的待命狀態（*ständige Dienstbereitschaft*），或是大部分的職務執行時間均是被指派時，則有明顯的勞動關係特性存在²³⁶。依據德國聯邦勞動法院之見解，原告從事眾包工作時具有從屬性，主要因為原告處於「他主決定」的狀態，平臺就所提供之職務的地點、時間與內容均已經為詳盡的規定，眾包工作者對於職務的地點、時間與內容均欠缺自由決定的可能，加上平臺所運用的激勵方式，產生讓工作者持續承接工作的效果，因此存在勞動關係²³⁷。

234 BAG, Urteil v. 01.12.2020 - 9 AZR 102/20 = NJW 2021, S. 1551 Rn. 49-51.

235 BAG, Urteil v. 01.12.2020 - 9 AZR 102/20 = NJW 2021, S. 1551 Rn. 48.

236 BAG, Urteil v. 01.12.2020 - 9 AZR 102/20 = NJW 2021, S. 1551 Rn. 34.

237 Niklas Eckert/Hubertus Reinbach, Bundesarbeitsgericht zur Arbeitnehmereigenschaft von Crowdworkern — Auswirkungen auf die Gig Economy?, GWR 2021, S. 45 (47).

法院最後特別指出，本案中平臺所給予的個別小型任務（Mikrojob），乃是將個別任務的必要總合加以割裂，但個別職務的經濟性價值乃是存在於其連續性持續執行，因此不得孤立地觀察與評價個別任務，而應將此種長期且持續地職務履行，總合性地認定為一個一體性的（不定期）勞動契約，本案中則是將原告在11個月內共曾執行的2,978件工作為整體性的觀察與認定。在法律效果上，一旦認定為勞工，即有最低工資（最低工資法）、解僱保護（終止保護法）、特別休假（聯邦休假法）與疾病時之工資保護（工資續付法）等勞動法令的適用²³⁸。

（二）檢討與分析：兼論對我國法之啟示

上述聯邦勞動法院之判決，對於判決作成前的學說討論帶來不小的衝擊，雖然該判決非對於平臺工作之法律關係的普遍性認定——這如同本文一再強調，平臺運作方式多元，本案僅就該案中之眾包工作模式，認定為勞動契約關係，然而仍難忽視本案對於未來平臺工作者勞動身分之影響，因過去德國學說上多認定平臺工作者非屬勞工之理由，係因數位科技之發展與應用，讓工作者不論在時間上或空間上均較過往有更大的彈性化，不需限於事業單位的空間或固定的時間中始能提供勞務，尤其平臺工作者經由網路與程式來執行工作，毋需他人給予指示、亦不需納入他人組織之中而被認為欠缺人格上從屬性²³⁹，故而非屬勞工。對於聯邦勞動法院在上述判決中為相反之認定，學者Gregor Thüsing與Gisela Hütter-Brungs認為，該判決見解係對於德國民法第611a條的新詮釋，且不再與德國民法第611a條文義緊密相連²⁴⁰，其主要質疑聯邦勞動法院將持續性的個別職務認定為一個一體性勞動契約之論點，因基於德國民法第

238 Fuhlrott/Bodendieck (Fn. 222), S. 640.

239 Hans Hanau, Schöne digitale Arbeitswelt?, NJW 2016, S. 2613 (2615).

240 Gregor Thüsing/Gisela Hütter-Brungs, Crowdfunding: Lenkung statt Weisung — Was macht den Arbeitnehmer zum Arbeitnehmer?, NZA-RR 2021, S. 231 (231).

611a條第1項第1句，勞動契約係指勞工有為他人提供勞務之義務，而如同慕尼黑邦勞動法院²⁴¹之認定，原告依據其與平臺公司間所簽訂的基礎協議，不因而負有提供勞務義務，雙方所簽訂的基礎協議僅是為了未來所將委任之工作而訂的條件，慕尼黑邦勞動法院此一認定亦獲得學說上肯定²⁴²，反之，聯邦勞動法院基於平臺特殊的組織結構，將個別任務總合地觀察為一個勞動關係，學者Thüsing等認為並不具有說服力，且與過去的判決見解相矛盾；至於聯邦勞動法院將平臺的激勵機制視為實際上強制而屬指示權的行使，更難以依此為據，因激勵工作者承接工作並不等於有契約上之義務²⁴³。不過，學者Claudia Schubert也指出，基礎協議是否構成勞動契約並非僅依據協議本身，而應併同考量職務履行過程中，有無事實來認為已有構成契約義務的基礎存在，其認為過去原已執行之職務的範圍、承接工作的頻率與規律性，均非認定的重點，而平臺激勵機制若僅僅是用以評價成果，亦不與勞務義務存在與否相關。重要的是，平臺在提供勞務中是否期待工作者在一定的時間內持續性地工作，以致於工作者並非得以完全自由地決定是否承接工作，就此而言，平臺若對於未規律性承接工作者為喪失津貼、獎金或是關閉帳戶之待遇，就傾向認定已成立有提供勞務之義務。至於平臺之激勵機制，若是對於工作者有持續性、長期性地承接工作為獎勵時，可認為即是對於工作者持續提供勞務為評價，此近似於傳呼工作（Arbeit auf Abruf），也會傾向認定已構成勞務提供之義務²⁴⁴，至於是否為勞動契約則需再進一步判斷有無從屬性。

241 LAG München, Urteil v. 04.12.2019 - 8 Sa 146/19 = BeckRS 2019, S. 30311.

242 Bayreuther (Fn. 215), S. 242; Daniel Benkert, Arbeit 4.0: Crowdworking als neue Form eines Arbeitsverhältnisses?, NJW-Spezial 2020, S. 178 (178).

243 Thüsing/Hütter-Brungs (Fn. 240), S. 234.

244 Claudia Schubert, Crowdworker — Arbeitnehmer, arbeitnehmerähnliche Person oder Selbständiger. Zugleich eine Besprechung zum Urteil des LAG München v. 4.12.2019 - 8 Sa 146/19, RdA 2020, S. 248 (250).

除了上述的爭議之外，聯邦勞動法院在人格從屬性的認定上亦具有值得參酌之處。因平臺勞動的特徵之一為毋需個別性的指揮監督，而聯邦勞動法院判決的重要即在於指出，人格從屬性中的指示拘束性不應侷限於雇主指示權的行使，而是在工作欠缺自主決定的自由時，即屬存在²⁴⁵，而平臺掌控職務執行的時間、地點與履行方式雖以預先規定的方式為之，毋需於勞務履行過程中再一一為指示，但在平臺佈下此種綿密的規範網中——如德國學者Krause之言²⁴⁶，工作者如何具有獨立性？此亦是上文所論及德國民法第611a條中，「他主決定」與「指示拘束」之關係的討論，讓勞工處於「他主決定」之因素，並非僅能來自雇主行使指示權，而可能是來自組織性的規範，無論如何，只要工作者因勞務供給者所支配的因素，無法自由形成其活動，就可能具有人格上從屬性，無需拘泥於有無具體指示權的行使。本文認為，關於平臺工作之人格上從屬性的認定，雖然平臺工作者有決定接案時間之自由，但若平臺所設定的評價與派案模式與標準等運作機制，已經形成「間接強制力」，讓平臺工作者的決定自由受到影響時，即非真正具有獨立性，不存在真正的勞務拒絕權。在執行工作上，應審核平臺運作機制是否對於平臺工作者的行為模式產生影響，例如平臺限制接案之地點範圍，則具有地點拘束性。再就指揮監督行為而言，平臺公司必須於事前將欲交付之工作為清楚之描述，於工作執行不需再為進一步之指示，亦即平臺公司不得有指揮監督之行為存在；惟若事前所為之指示太詳細，以致於平臺工作者無任何決定自由時，則仍然存在人格上從屬性。

經由上述關於平臺工作者之身分的討論，也對應出數位時代勞動保護之問題的檢討，不論是擴大勞動法之適用範圍（例如創設準

245 Fuhlrott/Bodendieck (Fn. 222), S. 640.

246 Krause (Fn. 87), § 2 Rn. 18.

勞工)，或是將勞工定義與時俱進為現代化²⁴⁷，抑或是為新興工作者（例如平臺工作者）訂立專法，本文認為都應先由檢討從屬性的內涵為起點，釐清以從屬性為核心所開展的勞動保護制度，是否確實已有所不足，而有立法擴大保護之必要性。相較德國法上已明確將勞動契約上之從屬性定位為人格從屬性，且將人格上從屬性的內涵具體化為「他主決定」，順應數位時代中雇主進行勞動控制之方式的轉變，不再拘泥於個別指揮監督權的行使，我國法上的討論仍然限縮在三個從屬性（人格、組織與經濟上從屬性），其實已大幅緊縮勞動保護的範圍，在此範圍內而有參酌德國法之討論與判決發展的價值。

三、小結

數據經濟中的人工智慧、雲端運算和大數據的發展，讓平臺工作的工作時間與地點更具彈性，也使勞工提供勞務的專業門檻降低，企業亦無需花費大量成本投入訓練勞工²⁴⁸，但同時也讓這類工作有低薪化的現象，顯示有社會保護之需求。然因不論我國或德國之勞動法令均以勞工為主要保障對象，平臺工作者是否具有勞工身分、抑或是自營作業者或準勞工？從而有關鍵性的影響，而若逕將其歸類於自營作業者，亦將產生忽略工作者受到平臺間接或直接控制之「虛假的自營作業者」現象。本文認為，平臺工作者是否為勞工，並非一本質性的問題，而應視工作者與平臺間之合作模式，再依各該職務性質，對所有狀況為綜合考量後為認定，德國聯邦勞動法院與我國行政訴願會之決定，即是考量到平臺工作的特殊性，觀察到在「隨時上、下線」以外，平臺以多元性之方式限制工作職

247 Vgl. Hanau (Fn. 239), S. 2616.

248 李健鴻，「就業機會的新途徑」或是「勞動保護的新挑戰」？——「零工經濟」下勞動者的就業風險分析，台灣勞工季刊，53期，頁4-10（2018年）；張鑫隆，平臺與零工經濟之勞動者保障探討——以日本為例，台灣勞工季刊，53期，頁20（2018年）。

務執行上的自由——未給予直接之指示並不代表工作者就具有自主權，而得出在該類平臺工作下的人格上從屬性，相較於釋字第740號解釋放大工作時間與報酬給付之特徵所帶來的觀察缺陷，上開實務見解在平臺工作者上的解釋，更符合德國民法第611a條規範第1項第4句所訂，「人格上從屬性之程度，因依各該職務性質而定」的認定，其實也呼應釋字第740號解釋文所述：「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。」而非強調工作時間與報酬給付特徵在不同勞務給付類型之重要性的不同。

伍、結論與展望——「去勞動法」的危機？！

從屬性認定的問題在於如何觀察與評價決定勞務方式的各因素，亦即釋字第740號解釋「仍應就個案事實及整體契約內容」判斷之意，然而，此亦顯示出以從屬性判斷勞工身分有無之困難，此如同德國聯邦勞動法院法官Gerhard Reinecke所言，「要將勞工的特徵一一條列出來就同嘗試將布釘在牆壁上般不可能」²⁴⁹。在此前提下，對於爭議多年、甚至職務特徵已累積至有一定辨識程度的保險業務員此職務類型，是否適合繼續以欠缺具體與明確標準之個案判斷的方式為答案，讓各級法院無可遵循之標準可資援用，令人質疑²⁵⁰。另一方面，我國各級法院自最高法院81年度台上字第347號民事判決以來，多以人格上、組織上與經濟上從屬性為勞工身分之判斷標準，但是在個別標準的內涵上則有所分歧，釋字第740號解釋則選擇了以工作者得否自由決定勞務給付之方式，並自行負擔業務風險為判斷，迴避了——或是錯失了回應對於三項從屬性分析的

249 Gerhard Reinecke, Der Kampf um die Arbeitnehmereigenschaft — prozessuale, materielle und taktische Probleme, NZA 1999, S. 729 (729).

250 參司法院釋字第740號解釋陳新民大法官不同意見書，頁1-2。

機會，緊接其後的實務上發展則將從屬性窄化為工作時間安排與報酬給付方式上，有悖「以契約之實質關係為判斷」之原則。此一趨勢在產業結構變遷與科技的發展下，面對新興的勞務提供型態以不同的方式沖蝕過去定義勞工的基礎——例如雇主對於工作時間、工作地點與專業技術去管制後，反而更能提高生產效率而有助經營生產，則究竟是外貌上如獨立經營事業的自由工作者或承攬工作者日益增加，各種變形的勞動關係隱藏「偽裝」情形——亦即，實質上屬於勞動關係的契約被偽裝成承攬的契約關係，抑或是勞務提供關係在工業4.0帶動之勞動4.0的發展下，確實有所轉變，從而弱化勞務提供關係中的從屬性，均需予以探究。

本文的重點在於勞工概念於此社會多元的發展下應如何構成，尤其我國實務以三個從屬性來認定勞動契約，對於勞工之定義實相當狹窄，與其檢討有無提出新的勞工定義或是立法保護「準勞工」，當務之急應為釐清勞動從屬性的內涵，以及劃清人格上、組織上與經濟上從屬性。若將經濟上相對獨立之工作者均以欠缺經濟上從屬性為由排除於勞動保護之外，或是未能擴大對於組織上從屬性的觀察，都將讓勞工的形象無法與時俱進——甚至停留在有如機械般提供勞務之人的範圍中，則將有愈來愈多的工作者被排除於勞動法的保護範圍之外，勞動法令的人之適用範圍將愈來愈窄，而難以避免產生「去勞動法」的危機，此一問題值得吾人於解釋適用釋字第740號解釋時再予思考。雖然本文嘗試釐清勞動契約從屬性的意義以及認定標準，結論上認為應回歸人格上從屬性作為勞動契約的特徵，且在認定標準上應視「勞動者自行決定之自由權是否受到壓抑」，亦即參酌德國民法第611a條所訂之他主決定的標準，然無論如何，此等問題之釐清仍有待個案情形的涵攝與要件解釋，並未能有效解決勞工身分認定不易的難題，就此一實體法上困境，本文認為或可透過程序法之途徑為調和，例如參考加州Assembly Bill No. 5法案所採用之ABC法則的認定方式，於舉證責任上先由工作

者初步證明「其提供勞務或服務以換取報酬」屬勞務供給契約，以推定為勞工，再由推定雇主以反證證明工作者提供勞務不具有從屬性²⁵¹，以減輕勞工舉證上之責任，避免勞工難以證明具有從屬性而在實體法上有勞動保護不易落實之窘境，惟此一方式亦以本文所探討之勞動從屬性定義的釐清為前提，此可作為勞工身分與勞動保護上未來進一步再為研究之課題。

251 謝享穎，Uber司機之勞工身分認定研究——以美國加州法為參考，月旦法學雜誌，313期，頁106-109（2021年）。

參考文獻

1. 中文部分

- 王松柏（2005），勞動契約，收於：臺灣勞動法學會編，勞動基準法釋義——施行二十年之回顧與展望，臺北：新學林。
- 王健全、林宜蓁（2017），數位經濟發展趨勢及其對臺灣影響，台灣勞工季刊，52期，頁4-65。
- 史尚寬（1978），勞動法原論，臺北：史吳仲芳、史光華。
- 成之約（2020），平台經濟個人工作者權益保障的初探，月旦會計實務研究，31期，頁42-49。
- 余騰耀（2016），網路科技對勞動市場的衝擊，臺北：財團法人中技社。
- 吳信華（2014），論大法官解釋的「效力」——基礎結構的釐清與體系化的觀察，東吳法律學報，25卷4期，頁1-47。
- 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。
- （2021），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，6期，頁43-63。
- 宋庭語（2020），餐飲外送平台經濟工作者勞動關係之探討——以美國加州法規範為比較，臺北：元照。
- 李玉春（2015），靠行駕駛之法律地位——臺灣高等法院100年度勞上易字第97號判決評釋，臺灣勞動法學會學報，11期，頁101-145。
- 李健鴻（2018），「就業機會的新途徑」或是「勞動保護的新挑戰」？——「零工經濟」下勞動者的就業風險分析，台灣勞工季刊，53期，頁4-19。

- (2019), 零工經濟的因應途徑：德國、義大利、西班牙的「中間類型勞動者」制度分析，台灣勞工季刊，59期，頁14-27。
- (2019), 「獨立的承攬勞動者」或「勞工」：零工經濟的勞動風險問題與因應對策，台灣法學雜誌，377期，頁27-32。
- 周兆昱 (2016), 大學編制外工作人員契約性質之研究——以學生兼任工作人員與兼任教師為中心，臺北大學法學論叢，97期，頁79-132。
- (2018), 僱傭契約、勞動基準法到勞動契約，第五屆兩岸勞動法學術研討會：新興挑戰下的勞動法，國立政治大學法學院勞動法與社會法中心、台灣勞動法學會主辦，2018年11月30日-12月1日。
- 林更盛 (2002), 勞動契約之特徵「從屬性」——評最高法院81年度台上字第347號民事判決，收於：勞動法案例研究（一），頁1-32，臺北：自版。
- (2016), 論醫護人員的從屬性——以醫師為中心，收於：林騰鵠教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會編，當代法學理論與制度的新視角——林騰鵠教授七秩華誕祝壽論文集，頁137-155，臺北：瑞興。
- (2017), 勞動契約，收於：臺北大學法律學院勞動法研究中心編，勞動法文獻研究：理解、分析與重構，頁1-29，臺北：元照。
- (2018), 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，法源法律網，2018年11月12日，頁1-43，https://www.lawbank.com.tw/treatise/dt_article.aspx?AID=D000023808。
- (2020), 外送平臺工作者勞動關係的認定，月旦裁判時報，92期，頁98-107。
- (2020), 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」，法源法律網，2020年4月14日，頁1-21，https://www.lawbank.com.tw/treatise/dt_article.aspx?AID=D000023861。

林良榮（2014），如何建構一部可期待之「派遣勞工保護法」？——淺評立法草案有關「特定派遣勞工之指定禁止」與「工作時間管理之要派單位責任」規範，台灣法學雜誌，243期，頁44-50。

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，頁17-37。

——（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，「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，2017年5月6日。

——（2021），後釋字第740號解釋之勞動趨勢分析，月旦法學雜誌，314期，頁6-25。

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，頁125-143。

——（2019），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，206期，頁64-76。

——（2021），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，314期，頁26-46。

邱駿彥（1999），勞動基準法上勞工之定義——台灣台中地方法院七十五年度訴字第五〇二六號判決評釋，收於：臺灣勞動法學會編，勞動法裁判選輯（二），臺北：元照。

張鑫隆（2018），平臺與零工經濟之勞動者保障探討——以日本為例，台灣勞工季刊，53期，頁36-47。

陳建文（2017），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，2017年6月24日。

——（2021），勞工定義，收於：黃程貫編，個別勞動法，頁99-

- 142，臺北：元照。
- 陳業鑫（2021），勞動契約認定指導原則及勞動契約從屬性判斷檢核表之商榷，月旦法學雜誌，308期，頁118-136。
- 焦興鎧（2018），對平臺或零工經濟勞動者之保障——美國之經驗，台灣勞工季刊，53期，頁36-47。
- 黃帥升、謝祥揚（2020），僱傭承攬大不同？談外送平台與外送員間契約關係爭議，會計研究月刊，410期，頁44-49。
- 黃程貫（1998），德國勞工派遣關係之法律結構，政大法學評論，60期，頁271-302。
- （2001），勞動法，修訂再版，新北市：國立空中大學。
- （2007），勞動基準法註釋研究——基礎理論與通則（子計畫1），行政院國家科學委員會委託國立政治大學法律學系研究（計畫編號NSC96-2414-H004-012-MY3）。
- （2014），派遣勞工保護法草案中關於同工同酬原則之規定，台灣法學雜誌，243期，頁23-37。
- 黃越欽著、黃鼎佑增修（2015），勞動法新論，5版，臺北：翰蘆。
- 劉士豪（2018），德國平臺經濟與零工經濟法律結構的初探，台灣勞工季刊，53期，頁28-35。
- 劉志鵬（2002），勞動法理論與判決研究，臺北：元照。
- 鄭津津（1999），派遣勞動之法律關係與相關法律問題之研究，國立中正大學法學集刊，2期，頁237-256。
- （2020），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，301期，頁118-130。
- 謝享穎（2021），Uber司機之勞工身分認定研究——以美國加州法為參考，月旦法學雜誌，313期，頁97-121。
- 謝國雄（2011），純勞動：台灣勞動體制諸論（POD），臺北：中央研究院社會學研究所。

2. 外文部分

- Baert, Stijn, Louis Lippens, Eline Moens, Philippe Sterkens, and Johannes Weytjens. 2020. The COVID-19 Crisis and Telework: A Research Survey on Experiences, Expectations and Hopes. Discussion Paper. IZA Institute of Labor Economics Discussion Paper No. 13229. Available at <http://ftp.iza.org/dp13229.pdf>.
- Bayreuther, Frank (2020), Arbeitnehmereigenschaft und die Leistung fremdbestimmter Arbeit am Beispiel des Crowdworkers, RdA, S. 241-248.
- Benkert, Daniel (2020), Arbeit 4.0: Crowdworking als neue Form eines Arbeitsverhältnisses?, NJW-Spezial, S. 178-179.
- Buchner, Herbert (1998), Das Recht der Arbeitnehmer, der Arbeitnehmerähnlichen und der Selbständigen — jedem das Gleiche oder jedem das Seine?, NZA, S. 1144-1153.
- Däubler, Wolfgang/Klebe, Thomas (2015), Crowdwork: Die neue Form der Arbeit — Arbeitgeber auf der Flucht?, NZA, S. 1032-1041.
- Eckert, Niklas/Reinbach, Hubertus (2021), Bundesarbeitsgericht zur Arbeitnehmereigenschaft von Crowdworkern — Auswirkungen auf die Gig Economy?, GWR, S. 45-47.
- Fischels, André (2019), Der Arbeitnehmerbegriff: Typologik, Dogmatik und Systematisierung, Baden-Baden: Nomos.
- Fuhlrott, Michael/Bodendieck, Katharina (2020), Crowdworking: Auslaufmodell oder Arbeitsform der Zukunft?, ArbRAktuell 2020, S. 639-642.
- Fuhlrott, Michael/Oltmanns, Sönke (2020), Der Crowdworker — (K)ein Arbeitnehmer?, NJW, S. 958-963.
- Giesen, Richard/Kersten, Jens (2017), Arbeit 4.0: Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht in der digitalen Welt, München: C. H. Beck.

- Griebeling, Gert (1998), Die Merkmale des Arbeitsverhältnisses, NZA, S. 1137-1144.
- Hanau, Hans (2016), Schöne digitale Arbeitswelt?, NJW 2016, S. 2613-2617.
- Hromadka, Wolfgang (1997), Arbeitnehmerähnliche Personen — Rechtsgeschichtliche, dogmatische und rechtspolitische Überlegungen, NZA, S. 1249-1256.
- (1997), Arbeitnehmerbegriff und Arbeitsrecht — Zur Diskussion um die „neue Selbständigkeit“, NZA, S. 569-580.
- (2018), Zur Auslegung des § 611a BGB, NZA, S. 1583-1586.
- Hueck, Alfred/Nipperdey, Hans Carl (1963), Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 1 (1927), 7. Aufl., Berlin: Vahlen.
- Joussen, Jacob (2021), in: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Meßling/Udsching (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, 60. Aufl., München: C. H. Beck, § 611a.
- Kock, Martin (2021), in: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Meßling/Udsching (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, 60. Aufl., München: C. H. Beck, AÜG § 1 Rn. 58.
- Krause, Rüdiger (2015), Arbeitsrecht (2005), 3. Aufl., Baden-Baden: Nomos.
- Kurt, Simge (2020), Schutz und Verantwortung in der digitalen und globalen Arbeitswelt: Die Stellung des Menschen im Arbeitsschutzsystem auf dem Weg zur (Un-)Abhängigkeit 4.0, Baden-Baden: Nomos.
- Maschmann, Frank (2013), Fremdpersonaleinsatz im Unternehmen und die Flucht in den Werkvertrag, NZA, S. 1305-1312.
- Nachtwey, Oliver (2014), Arbeit, Lohnarbeit und Industriearbeit, in: Artus/Krause/Nachtwey/Notz/Reitz/Vellay/Weyand, Marx für SozialwissenschaftlerInnen, Berlin: Springer, S. 109-133.

- Nikisch, Arthur (1961), *Arbeitsrecht*, Bd. 1: Allgemeine Lehren und Arbeitsvertragsrecht (1955), 3. Aufl., Heidelberg: Mohr Siebeck.
- Preis, Ulrich (2018), § 611a BGB — Potenziale des Arbeitnehmerbegriffes, *NZA*, S. 817-826.
- (2021), in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 21. Aufl., München: C. H. Beck, BGB § 611a.
- Rebhahn, Robert (2009), Der Arbeitnehmerbegriff in vergleichender Perspektive, *RdA*, S. 154-175.
- Reinecke, Gerhard (1999), Der Kampf um die Arbeitnehmereigenschaft — prozessuale, materielle und taktische Probleme, *NZA*, S. 729-738.
- Richardi, Reinhard (2017), Der Arbeitsvertrag im Licht des neuen § 611a BGB, *NZA*, S. 36-39.
- (2018), § 611a BGB als Restriktion des Arbeitsvertrags, *NZA*, S. 974-976.
- Rinck, Ursula (2019), Der Arbeitnehmerbegriff im Wandel — Entwicklungen und Perspektiven, *RdA*, S. 127-130.
- Schubert, Claudia (2018), Neue Beschäftigungsformen in der digitalen Wirtschaft — Rückzug des Arbeitsrechts?, *RdA*, S. 200-206.
- (2020), Crowdworker — Arbeitnehmer, arbeitnehmerähnliche Person oder Selbständiger. Zugleich eine Besprechung zum Urteil des LAG München v. 4.12.2019 - 8 Sa 146/19, *RdA*, S. 248-255.
- Sinzheimer, Hugo (1977), *Der korporative Arbeitsnormenvertrag: Eine privatrechtliche Untersuchung* (1907), 2. Aufl., Leipzig: Dunker & Humblot.
- Spinner, Günter (2019), in: Henssler/Krüger (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 5, 8. Aufl., München: C. H. Beck, BGB § 611a.

- Temming, Felipe (2021), in: Kiel/Lunk/Oetker/Richardi/Wlotzke/Wißmann (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1: Individualarbeitsrecht I, 5. Aufl., München: C. H. Beck, § 18.
- Thüsing, Gregor (2015), Von der Quadratur einer gesetzlichen Arbeitnehmerdefinition zur Zwangssolidarisierung der Leiharbeitnehmer, NZA, S. 1478-1479.
- Thüsing, Gregor/Hütter-Brungs, Gisela (2021), Crowdfunding: Lenkung statt Weisung — Was macht den Arbeitnehmer zum Arbeitnehmer?, NZA-RR, S. 231-237.
- Vogel, Friedemann/Pötters, Stephan/Christensen, Ralph (2015), Richterrecht der Arbeit — empirisch untersucht: Möglichkeiten und Grenzen computergestützter Textanalyse am Beispiel des Arbeitnehmerbegriffs, Berlin: Duncker & Humblot.
- Vogelsang, Hinrich (2019), in: Schaub/Ahrendt/Koch/Linck/Treber/Vogelsang, Arbeitsrechts-Handbuch: Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis (1972), 18. Aufl., München: C. H. Beck, § 8.
- Wank, Rolf (1988), Arbeitnehmer und Selbständige, München: C. H. Beck.
- (2017), Der Arbeitnehmer-Begriff im neuen § 611a BGB, AuR, S. 140-153.
- Werths, Wolfgang (2014), Vom Auftraggeber eines Werkvertrags zum Arbeitgeber, NJW-Spezial, S. 498-499.
- Wißmann, Tim (2021), in: Kiel/Lunk/Oetker/Richardi/Wlotzke/Wißmann (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1: Individualarbeitsrecht I, 5. Aufl., § 21.

The Development and Review of Subordinate Test in Labor Contract:

Also a Discussion on Platform Workers'
Character of Employee

*Yu-Fan Chiu**

Abstract

In Taiwan's civil law, types of service contract include an employment contract, a mandate contract or a contract of hire of work. However, only employees will fall in the protection of labor laws. Thus, the definition of employee plays the role of goalkeeper in laws regarding labor protection. Article 2, paragraph 6 of the Labor Standards Act was amended on 15th May, 2019. The amendment defines the employment contract as "an agreement that establishes an employee-employer relationship with subordination to authority." However, it does not solve the difficulty in defining employee. The status of employee is still an "all-or-none" problem. Taiwan's theory and practice have long depends on subordinate test, including personal subordination, organizational subordination and financial subordination, to define employee. The definition of labor is quite narrow. Recently, the rise of the digital economy leads to the development of crowd outsourcing and gig economy. Under this trend, different from focusing on the problem of de-employment relationship in the past, some suggest developing new definition of employee or enacting protective law for "employee-like working persons." Nonetheless, the most urgent task is to clarify the concept of subordination test, and the definition and relationship of the

* Associate Professor, School of Law, National Yang Ming Chiao Tung University.
yfchiu1229@gmail.com.

three subordinates. Germany passed Article 611a of Civil Code on 1st April, 2017 which legalized the definition of employees. In Taiwan, Interpretation No. 740, released on 21st October, 2016, determined the nature of insurance solicitor's service contract by whether a worker is free to determine its payment and whether the worker should bear the business risk by himself. This study starts with the development of subordinate test. To avoid the scope of labor law getting more and more narrow, causing Taiwan's workers face the crisis of de-employment relationship, this article will also review the meaning of subordinate test and its relationship with labor protection.

KEYWORDS: employee, subordinate, Judicial Yuan Interpretation No. 740, Article 2, paragraph 6 of the Labor Standards Act, Article 611a of German's Civil Code, bearing of business risk, independent contractor, crowdworking.