


大學用書

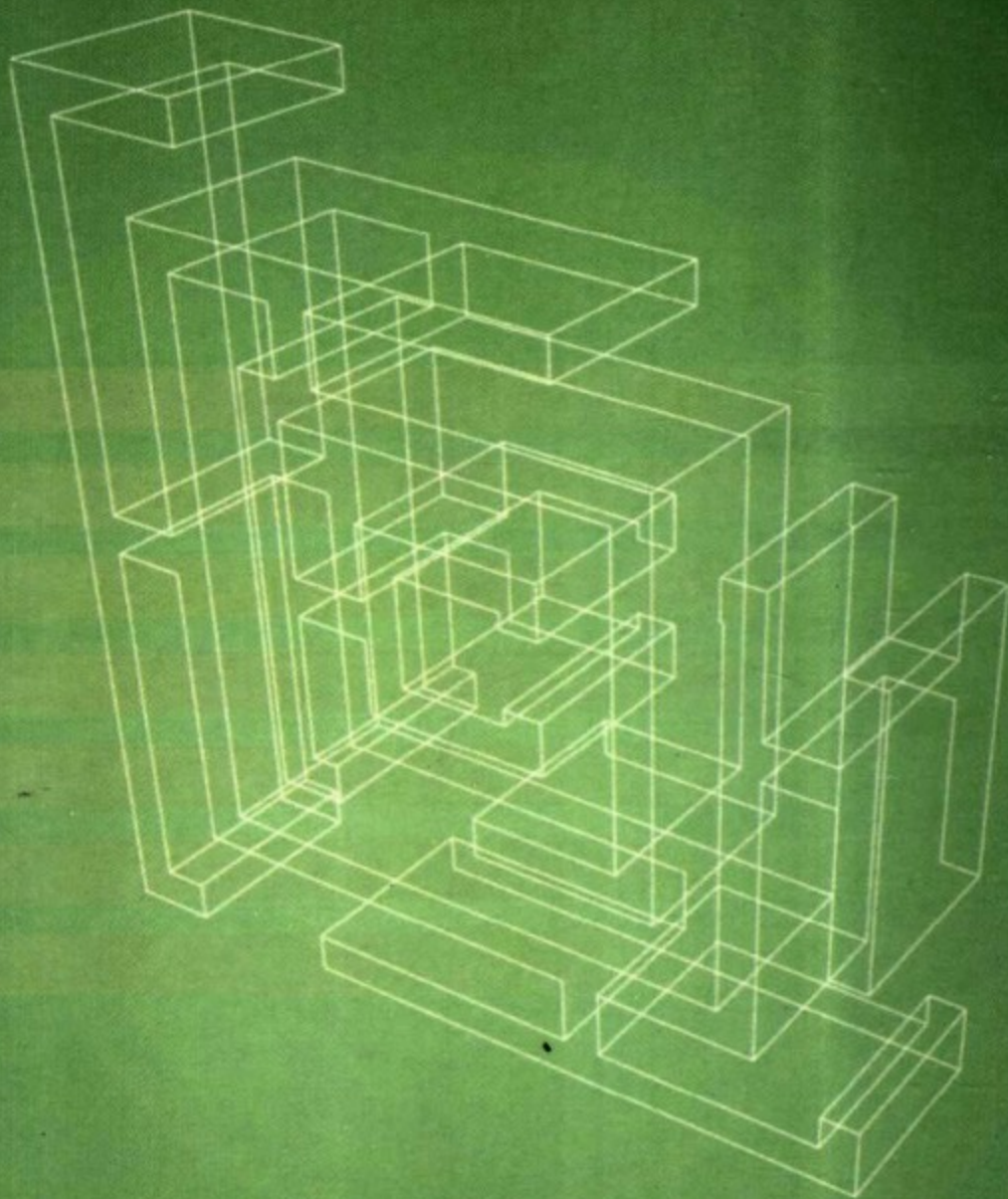
勞動法理論

與判決研究

劉志鵬 著

寰瀛法律事務所 策劃

 元照出版



定價：500元

ISBN 957-0332-41-7



9 789570 332414



1C16PA

¥ 200.00

厦门市价格监督检查分局监制

元照出版公司

地址：台北市館前路18號5樓

電話：(02)-2375-6688

網址：www.angle.com.tw

勞動法理論與判決研究



劉志鵬 著

寰瀛法律事務所 策畫

元照出版公司



國家圖書館出版品預行編目資料

勞動法理論與判決研究 / 劉志鵬著 · --初版 ·

--〔臺北市〕：元照，2000〔民89〕

面；公分，-- (大學用書；1C16PA)

ISBN 957-0332-41-7 (平裝)

1.勞工-法令, 規則等 - 中國 - 判例

556.84

89004993

勞動法理論與判決研究

1C16PA

2000年05月 初版第1刷

2002年08月 初版第2刷

作者 劉志鵬

發行人 寰瀛法律事務所

出版者 元照出版有限公司

100 台北市館前路 18 號 5 樓

網址 www.angle.com.tw

定價 新臺幣 500 元

訂閱專線 (02)2375-6688 轉 166 (02)2370-7890

訂閱傳真 (02)2331-8496

郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 957-0332-41-7

序

這本書收集了筆者這幾年來所撰寫的論文，觸及的議題包括勞基法、工會法及勞資爭議處理法，然而大多數的論文卻是環繞著勞基法的基本議題闡論。追究背後的原因，除了筆者的興趣外，勞基法是規範台灣現階段勞資關係最重要的法律，深入研究勞基法確有其必要性，當也是其中的重要原因。

勞動法本係為保護勞工而生，但在資本主義國度中如何立法？牽扯著複雜的勞資利益的糾葛，往往說著容易，立法卻不能盡如人意，勞動立法因而常帶著濃厚的妥協性格。他方面，站在解釋論的立場，提出完全傾向於勞方或資方的法律見解，並不困難，事實上，也容易得到一方的掌聲，卻恐失諸偏頗，不易折服他方、眾人。因之，如何展開勞動法之解釋論？其實宛如走綱索一般，需要高度的平衡感。

筆者有幸能同時涉獵勞動訴訟實務、勞工行政及勞動法教學，得以從不同的視角觀察勞動問題；且因長期執業，思考上習於務實解決個案紛爭，於下筆之際，「如何提出一套能為各方接受之見解？」即為筆者的思考方向。其結果使得本書呈現出務實的觀點，或能為解決實際之勞動法問題提供一得之見，相對的，卻短於鋪陳理想、理論，筆者就此祈求各方先進惠予諒解、指教。

筆者首先要感謝恩師日本國東京大學法學部菅野和夫教授及台灣大學指導教授李鴻禧，謝謝多年來的鼓勵與指導。同仁陳文靜律師、黃馨慧律師的賜教及輔仁大學法律系羅時群學生的校對，並此致謝。

劉志鵬

二〇〇〇年五月

勞動法理論與 判決研究

內容簡介

本書藉由判決評釋法，廣泛檢討勞動法之各類議題，包括勞工之概念、企業內（外）調職、工作規則之不利益變更等，除了外國法理介紹外對於我國勞動法之解釋論，也有具體的論述，兼可供學術及實務之參考。

法律知識網
PDG

作者簡介

劉志鵬

【現職】

寰瀛法律事務所主持律師

【學歷】

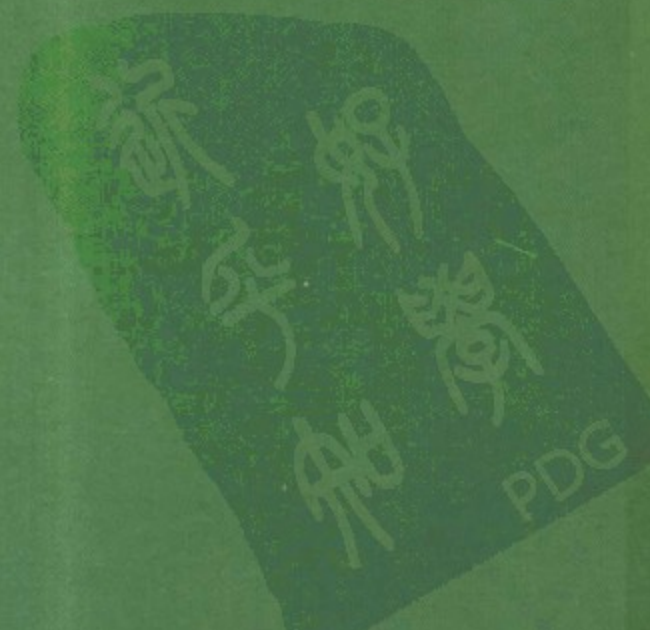
國立台灣大學法律學研究所碩士

日本國立東京大學法學政治學碩士

【經歷】

行政院勞工委員會法規委員

輔仁大學法律學系勞工法講師



目 錄

序

- 論勞動基準法上之「勞工」（以經理人爲檢討重點）
——評釋台北地方法院八十三年度勞訴字
第四號判決 1
- 論試用期間..... 35
- 論就勞請求權
——勞工工作尊嚴之反省 77
- 雇主之人事管理權與勞工私生活之分際
——台灣高等法院八十二年度勞上字第五號
民事判決評釋 101
- 論停止工作期間或醫療期間內解僱之禁止..... 117
- 論「勞工確不能勝任工作」
——最高法院八十四年度台上字第六七三號
判決評釋 133



論企業內調職	
——桃園地方法院八十四年度重勞訴字 第一號判決評釋	153
企業外調職（借調）之法律問題	
——台北地方八十二年度勞訴字第七〇號 判決評釋	205
論工作時間等規制之除外適用	
——台北地方法院七十九年度勞訴字 第〇一六號判決評釋	221
論工作規則之法律性質及其不利益變更之效力	259
論勞工退休金債權	305
權利事項勞資爭議與法官造法機能	
——以最高法院判決為檢討對象	351
論勞工之自主生產	373
日本勞資協議制度與我國工廠會議、勞資會議之比較	395



違法爭議行爲之責任主體	
——台灣高等法院八十四年勞上更(一)字 第六號判決評釋·····	417
評述基隆客運股份有限公司勞資爭議仲裁事件	
——解釋論及立法論之觀點·····	441
勞資爭議仲裁程序之研究	
——以行政解釋為檢討對象·····	459
談勞基法上的「經常性給與」·····	473



論勞動基準法上之「勞工」 (以經理人爲檢討重點)

——評釋台北地方法院八十三年度
勞訴字第四號判決

壹、法律事實

貳、判旨

參、問題之提出

肆、日本有關從屬勞動之論述

一、從屬勞動之概念

(一)人格從屬性

(二)組織從屬性

(三)經濟從屬性

(四)人格從屬性與經濟從屬性之複合

二、勞動契約與僱傭契約

(一)峻別說

(二)同一說

(三)小結



三、如何判斷「勞工」？

(一)使用從屬性之具體判斷標準

(二)董事、監察人等案例之分析

伍、我國有關從屬勞動之檢討

一、從屬關係概念之存在意義

二、學者見解之介紹

三、實務有關經理人身分之見解

(一)行政解釋之見解

(二)司法機關之見解

陸、本件判決之評釋

柒、結語



壹、法律事實

原告主張其為被告僱用之員工，自八十二年二月一日起任職品保部門，八十二年七月十五日被告將原告調至桃園新屋廠，原告以調職地點過遠等因素不服，曾向台北市勞工局申請協調，協調成立後，原告即於八十二年八月十八日至新屋廠報到，詎被告於同年十月十九日以存證信函通知，並於同年十月二十二日公告自八十二年十月二十四日起終止與原告間之勞僱關係，其理由係以原告不服從直屬主管之監督指揮，對公司人事規定及管理規則多所責難不予配合，惟原告並無被告所指之上開情事，並於八十二年十二月十日由桃園縣政府進行調解，無法達成協議而調解不成立，被告之終止契約係屬非法。被告則以原告原係被告品保部經理，兩造間係屬委任關係而非勞動契約關係，被告自得隨時終止委任關係，並無勞動基準法之適用等語。

貳、判旨

「查公司之『經理』與公司間究屬委任關係抑或勞動契約關係，應以該『經理』與公司間之實質關係為判斷，並非一律均認『經理』與公司間係屬委任關係。否則在公司內任低階職員時有勞動基準法之適用，而昇職為經理即一概認係委任關係，而不能受勞動基準法之保障，自非公平。按勞動契約具有從屬性，為其特質，從屬性可分為人格上從屬性及經濟上從屬性，所謂人格上

從屬性係指勞工對於自己工作時間不能自行支配，且對於雇主工作上之指揮監督有服從之義務。所謂經濟上從屬性係指勞工完全被納入雇主經濟組織與生產結構之內，亦即勞工並不是為自己之營業而勞動，而是從屬於雇主，為雇主之目的而勞動。至於委任契約之受任人，則係受託處理一定目的之事務，具有獨立之裁量權，對委任人並無從屬性。經查……。

一、原告既上下班均須打卡請假又須主管之核准，足見原告任職於被告期間對於自己工作時間不能自行支配。被告所提出之工作規則，其中就工作時間及守則、請假、休息及休假、考績及獎懲、解僱等事項均有詳細之規定，而被告於八十二年十月十九日之存證信函……載有原告「不服直屬主管之監督指揮，對公司人事規定及管理規則亦多所責難不予配合，故依勞基法第十二條第二條第四款終止勞雇關係」之內容，……，足見被告亦係認原告有服從其主管監督之義務。又原告請假均須經其主管之核准，苟原告無服從之義務，則其請假自無須經主管核准之理。是在兩造間之關係，原告具有人格上之從屬性足堪認定。

二、原告原任職被告公司品保部經理，擔任有關品保工作之計劃，……而品保之工作僅係生產工作之技術支援而已，為被告公司之經濟組織及生產結構內之一部分，亦即原告所為之品保工作並不是為其自己之營業而為之工作，而是從屬於被告公司，為被告之經濟目的而工作，是在兩造間，原告亦具有經濟上之從屬性。

三、綜前所述，原告之工作性質具有人格上之從屬性及經濟上之從屬性，按諸前揭說明，兩造間係屬勞動契約之性質，應堪認定。被告雖辯稱兩造間係屬委任關係云云，然原告對被告具有從屬性，與受任獨立處理事務，不具從屬性之情形，並不相同，

兩造間之關係自非委任契約……。」

參、問題之提出

勞動法之目的在規範勞資關係。於勞資關係中，以個別勞工為主軸而與雇主發生之關係，稱之為個別勞資關係，另以工會為主軸與雇主（或雇主團體）展開之關係，則稱之為團體勞資關係。因之，勞動法上有關「勞工」之定義、內涵如何？關係至為重要，允為勞動法之基本概念，有探究之必要。

我國勞基法以規範雇主與勞工間所訂勞動條件（第一條參照）為其主要目的，關於「勞工」之定義，則見諸於同法第二條第一款：「勞工：謂受雇主僱用從事工作獲致工資者」，析其要旨有二：一、受僱用從事工作；二、因而獲致工資。此項定義至為簡單，如與民法「僱傭」之定義即第四百八十二條：「稱僱傭者，謂當事人約定，一方於一定或不定之期限內為他方服勞務，他方給付報酬之契約」比較，文義上實屬一致。其次，勞基法第二條第六款：「勞動契約：謂約定勞雇關係之契約」，概念抽象，不易掌握，倒是勞動契約法第一條：「稱勞動契約者，謂當事人之一方，對於他方在從屬關係上提供其職業上之勞動力，而他方給付報酬之契約」，本條有別於勞基法所定義之勞動契約及民法之僱傭契約，提出「從屬關係」之概念，作為區別勞動契約與否之標準。

因之，我國勞動法體系中，判別「勞工」身分時，「從屬關係」是否亦列為判斷之標準，頗值檢討。

勞務契約中之勞務提供者是否屬勞基法上之勞工，關係至為

重大，舉例而言，如果具有勞工之身份，則勞工受僱地位受到勞基法之保障，雇主若無法定正當理由，不得資遣或解僱勞工（同法第十一條及第十二條參照）；符合退休條件時，可以請領豐厚之退休金（同法第六章參照）。然而，有關「勞工」之概念、定義如何？鮮少論著探討，於具體案例中如何界定判斷「勞工」之標準？尤為少見。

不唯如此，在法院判決先例中，相關案例極少。其中，後述之最高法院八十三年四月二十九日八十三年度台上字第一〇一八號判決針對經理人是否為勞工？作正面判斷，該判決經挑選刊載於八十三年十二月份司法院公報，有其特殊意義。惟該判決是否允當？各方迭有批評。今本件台北地方法院判決時間恰在最高法院判決作成之後數月，所持觀點與最高法院判決相異，且判旨正面援用「從屬關係」作為判斷勞工標準，頗值分析、評釋。

本文擬先介紹日本學界及實務界關於「勞工」、「從屬關係」等見解，其次，檢討我國迄今學界及實務界之觀點，最終則評釋本件判決，冀能有助於釐清我國勞動法體系下「勞工」之意義。

肆、日本有關從屬勞動之論述

一、從屬勞動之概念

第一次世界大戰結束後，德國威瑪憲法第一百五十七條第二項規定：「國家應創設統一的勞動法」，為勞動法史上首度建立「統一的勞動法」的觀念者，而以此憲法典為本開始實定法之立

法契機，當時，通說認為勞動法係規範「從屬勞動」(abhängige Arbeit)之法律，勞動法規範對象限於從屬勞動者，至於家內勞動等欠缺從屬性者，非本來之從屬勞動，僅以類似從屬勞動者(arbeitnehmerähnliche Person)視之。然而，在威瑪憲法時期，對於從屬勞動之意義、內容，並未形成一致之通說^①。當時，包括經濟從屬說、他人決定勞動說、人格的從屬說、組織的從屬說等學說參差並陳，嗣經整理、發展、現今德國通說認為從屬勞動之主要意義在人格從屬性，其內涵為：勞工在雇主之指揮命令下，非獨立地、為他人提供勞務。然而，此項通說並非完全排除經濟從屬性，而是將經濟從屬性摻入人格從屬性來討論^②。

日本勞動法學界深受德國從屬勞動概念的影響，主流學說同樣地嘗試以從屬勞動之概念來建構獨立之勞動法，然而，對所謂從屬勞動之了解仍多歧異，大致來說，是以人格從屬性為主體，某種形式、程度地結合經濟從屬性。例如蓼沼謙一針對從屬勞動提出下列說明^③：

本文原載於台灣社會研究季刊第二十四期

① 蓼沼謙一著「勞動法の對象——從屬勞動論の検討——」(現代勞動法講座1、綜合勞動研究所)，七七至七八頁。

② 橫井芳弘著「雇用契約と勞動契約——勞動の從屬性」(勞動法の爭點，有斐閣)五頁。和田肇指出由於報社編輯、自由攝影家等「自由性事業協働者」之出現，以及團體協約、共同決定制度之發展，壓縮雇主對勞工之單方決定權，德國勞動法傳統上以從屬勞動來定義「勞工」、「勞動契約」，於今是否適當？廣受檢討，此種現象被稱之為「勞動者概念之危機」，見氏著「勞動契約の法理」(有斐閣、一九九〇年十月三十日)，一五三頁以下。

③ 蓼沼謙一前揭文，七八至八二頁。

(一)人格從屬性

第二次大戰後德國代表性學說認為人格的從屬勞動係指：除法律、團體協約、經營協定、勞動契約另有規定外，在雇主指揮命令下，由雇主單方決定勞動場所、時間、種類等之他人決定勞動 (fremdbestimmte) 而言。而在日本通說所指之人格從屬則指資本主義體制下將勞動力視為商品，然勞動力與一般商品不同者，在於勞動力與勞工之人格不可分離，勞工販賣勞動力時，雇主同時會支配勞工的人格。日本學者所把握之「人格的支配」應如何與德國通說「他人決定勞動」比較、瞭解，雖未必清楚，但內涵極為類似。

(二)組織從屬性

勞工將勞動力處分權委諸雇主，因之被嵌入雇主之經營組織內，在雇主之統括指揮下勞動。然而，組織從屬性與人格從屬性並無本質上之差異。

(三)經濟從屬性

身為經濟弱者之勞工，於締結契約時，對於雇主所提出之條件被迫只能全盤接受。所謂經濟弱者，宜從德國通說即「為獲取生活資料，對於握有生產手段之雇主，經濟上被迫出賣自身勞動力之無資力勞工」。在二次大戰前，日本學者關注勞工只能全盤接受雇主所提勞動條件之層面，而認為勞動契約有附合契約之性格。現今之通說，則不僅以附合契約性格為依據，尚且認為經濟從屬性內涵包括勞工之經濟上、社會上地位即勞工為維持現實生活，必須將勞動力充作商品販賣予不特定之雇主。

(四)人格從屬性與經濟從屬性之複合

如上所述，依日本通說，組織從屬並非有別於人格從屬之獨自概念，於界定勞動法對象之從屬勞動的內涵時，宜以人格從屬為基層，複合地加上經濟從屬來加以把握^①。

日本有關從屬勞動論爭頗為分歧，主流見解主張以人格從屬性來掌握從屬勞動之中心概念，並進而建立獨立之勞動法及勞動契約體系；部分學者卻指出以人格從屬性作為標準，仍不足以使勞動法上之勞動契約清楚地於民法之僱傭契約之外，形成獨立之概念，因之，愈是主張從屬勞動者，在人格從屬性之外，勢必要兼從經濟從屬性著眼，而遺憾的是，迄今日本有關經濟從屬性之見解，多從現實、實態面來說明，而以法理角度來剖析者仍不明確，不充足^②。

二、勞動契約與僱傭契約

日本民法所規定之勞務供給契約類型有委任（第六百四十三條）、承攬（第六百三十二條）及僱傭（第六百二十三條）等三類，至於「勞動契約」之名辭，在戰前僅是學術用語，未見諸於實定法。戰後一九四五年制定之舊工會法及一九四七年制定之勞基法，開始使用「勞動契約」之用語，尤其是勞基法第二章名冠以「勞動契約」，於焉確定「勞動契約」在實定法上之概念。

然而，勞動契約與委任、承攬及僱傭契約之差異何在？特別

①例如青木宗也著「勞動者——使用者概念と事業場」（季刊勞動法別冊「勞動基準法」，一九七七年），二九頁。

②橫井芳弘前掲文五頁。岸井貞男著「勞動契約の本質」（本多淳亮先生還曆紀念「勞動契約の研究」，法律文化社，一九八六年），五頁。

是勞動契約與僱傭契約有無區別？乃日本勞動法基礎理論上之重大爭執，而其爭論之焦點亦在於從屬勞動之有無。其中，主張勞動契約應與僱傭契約嚴予區別之代表性學者諸如片岡昇、本多淳亮，主張勞動契約本質上與僱傭契約同一之代表性學者，諸如：石井照久、下井隆史，以下簡要介紹其學說之內容：

(一)峻別說

日本學界強調從屬勞動之最具代表性學者厥為片岡昇，歸納其見解略為：僱傭契約是根據民法之契約自由原理所構成，勞動契約則是本於勞動基本權之建立、保障勞工生存權之基礎理念所成立，為勞動法上獨自之概念，其應與僱傭契約嚴予區別者在於勞動契約具有勞動法之中心、基礎概念即勞動從屬性。所謂勞動從屬性之內容，在經濟高度成長以前，係指提供勞動時之支配、服從關係，亦即以「人的從屬性」為基底，結合「經濟的從屬性」所成之複合概念，而在高度成長以後，因機械化極度發展，複雜的僱用型態誕生等新興變遷，勞工構成雇主之業務所不可欠缺之部分，而被有機的嵌入業務，因之有重視「組織從屬性」之必要。從而，勞動從屬性宜以「人的從屬性」、「經濟從屬性」及「組織從屬性」等複合概念來瞭解。至於「勞動契約」存立之有無，不在於外觀上承攬、委任、僱傭之契約形式，應以「勞動從屬性」之基準加以研判^①。

本多淳亮之主要見解為：僱傭契約是立於勞務提供與換取工資之對價關係上所形成之有償雙務契約，其形成之原理為近代市

①片岡昇著「勞動契約論の課題」（季刊勞動法別冊「勞動契約論の課題」），三八至四〇頁。岸井貞男前掲文，七至九頁。

民法上之契約自由原則。僱傭契約與承攬、委任契約相異，僱傭契約中，勞工在雇主之指揮命令下提供勞務，易言之，當事人約定在使用從屬關係下服勞務；而承攬契約中，勞務成果為契約之目的，委任之特徵則是受任人得依本身裁量而處理事務，總之，承攬及委任契約在勞務提供過程中，勞工獨立性強，相對地，僱傭契約之勞工則從屬性強，在此了解下，民法僱傭契約也是約定在使用從屬關係下給付勞務之契約。然而僱傭契約雖不脫使用從屬關係，但因其係設定於獨立、對等之法人格間之契約，隨著資本主義之發展，所謂僱用者與受僱者基於契約自由原理而從事勞動力商品交易關係，已不符現實，因之乃有修正僱傭契約之勞動法誕生；勞動法批判市民法之虛假性、形式性、直接切入現實上勞資間之不平等關係，而以從屬勞動關係為其規範對象。所謂從屬勞動，不只著眼於勞動力商品交換過程，並且及於勞動契約履行即勞動力處分過程（勞動過程、生產過程），申言之，乃以人的從屬性為中心，加上組織從屬性、經濟從屬性乃至於階級從屬性來觀察^⑦。

值得注意的是，本多淳亮指稱：勞動契約與僱傭契約之不同，幾乎僅限於理念層面，兩者所規範之對象殆無差別，在實用法學上可以說缺乏區別之實益^⑧。

（二）同一說

石井照久之見解：勞動法係以確保勞工之生存、完成勞工之

⑦本多淳亮著「勞動契約・就業規則論」（一粒社，一九八一年），一至八頁。岸井貞男前揭，九至一二頁。

⑧本多淳亮前揭書，九頁。

人格為目的；而勞動法之誕生、發展、則以排除封建時代勞工之身分從屬性前提；因之，勞動契約，僅是使勞工服從雇主之指揮命令提供勞務，而不是承認、賦予雇主超出此限度以上之威權，此外，所謂經濟從屬性，在土地承租人、房屋承租人、佃農等亦皆有之，此縱為勞動法及其他社會法誕生之契機，但終非勞動法所獨有，更何況，勞動法乃至於社會法，皆以排除經濟從屬性為目的，準此，將勞動法看成是有關從屬勞動之法律，並不妥當^①。

下井隆史之見解：德國民法所規定之委任，限於無償，至於有償委任則涵蓋於僱傭之內，因之，僱傭之內容尚包含自由、獨立勞動（即有償委任）。德國勞動法學為劃定規範對象，乃有必要藉用從屬勞動之概念，將僱傭契約與勞動契約嚴予劃分。惟在日本民法，委任包括有償、無償委任，僱傭則不包括獨立勞動，其法律概念已然純化，因而，在德國以「從屬勞動」概念作為區別僱傭契約與勞動契約之作法，在日本民法體系下並不適當。至於從屬性有無如何認定？下井隆史認為是相對的，現實上有強弱、深淺、廣狹之分，非可一刀兩斷，例如承攬修繕他人之物，某個程度會服從定作人之指示；而工廠勞工之勞動，亦有部分委其自主判斷者，千差萬別。因之，在思考方法上，某個居於指揮命令下之勞動經認定有人格從屬性時，是表示或多或少有僱傭契約或勞動契約之性格，有可能納入為勞動法之保護對象；緊接著，尚須依個個法規、理論趣旨、目的等因素來界定適用範圍，苟不依此思考方法，固執於如何嵌入僱傭（乃至於勞動契約），委任或承攬契約類型？拘泥於是否該當工會法、勞基法上之勞

^①石井照久著「新版勞動法」（弘文堂，一九七九年），七至九頁。

工？乃係過度期待概念、定義之解釋，將招致不合理、不實際之結果^⑩。

(三)小結

按峻別說為日本勞動法學的支配性見解，強烈受到德國勞動法的影響，持此見解之學者藉用從屬勞動之概念，宣示勞動法的理念、定義，確定勞動法適用對象之勞工的範圍，進而執之作為勞動契約（勞動法之規範對象）與其他勞務供給契約（尤其是僱傭契約）之區別標準。但是，峻別說自早以來即頻受同一說之挑戰，同一說之見解除了比較德、日兩國關於委任（德國民法所定委任限於無償委任）、僱傭（日本民法之僱傭不包括有償委任、與德國民法不同）之差異，而認為日本不需要引進德國從屬勞動概念外，同時，質疑過度拘泥於從屬勞動之形式意義，有跌入不切實際之危險。

由於峻別說對從屬勞動概念之說明迄今猶具分歧，欲全盤有效地整理學說間之差異，極度困難^⑪，值得注意的是峻別說之代表性學者本多淳亮，氏一方面從理念層面堅持區別僱傭契約與勞動契約，他方面又以兩者規範對象差不多，承認在實用法學上區別實益很小。

晚近代表性學者菅野和夫亦巧妙迴避從屬勞動之爭論，而以較靈活之角度切入勞動契約：「民法關於『僱傭』規定之特色，

⑩下井隆史著「勞動基準法」（有斐閣法學叢書，一九九〇年），一九至二一頁。同氏著「勞動契約法の理論」（有斐閣，一九八五年），七頁以下。

⑪橫井芳弘前掲文，五頁。

雖規定勞動關係當事人爲平等之權利義務關係，但實際上，在雇主強大權力下之支配，從屬勞動關係頗多，已如前述。因此戰後勞動基準法爲保護勞動關係之勞工，設定許多契約原則、基準，而爲表現此等法規範及勞動關係，乃設定『勞動契約』之契約概念。如斯之『勞動契約』，可以定義爲『適用勞動基準法之勞務供給契約』。『勞動契約』雖然大多數該當於民法『僱傭』，但未必與僱傭全然一致，……採用民法承攬或委任形式之勞務供給契約，有可能是勞動契約；不是採用民法僱傭、承攬或委任契約形式（非典型的）勞務契約，亦有可能是勞動契約。另一方面，1. 不適用勞動基準法之事業（例如選舉事務所）僱用之勞工；2. 雖屬適用勞動基準法之事業，但只僱用同居親族之事業內的受僱親族；3. 家事使用人等相關之契約，雖是僱傭契約，但卻不是勞動契約。要言之，某個勞務供給契約是否可以認定是『勞動契約』，其決定標準在於該給付勞務者是否係適用勞基法事業所僱用、支付工資之『勞工』（勞基法第九條）而定。如係符合勞基法適用要件之勞動關係，該契約即可認定是勞動契約」^①。

另須補充者，日本判例以採同一說者居多^②，而民法權威學者如我妻榮、幾代通亦同此見解^③。

① 菅野和夫著「勞働法」（第三版補正版，弘文堂，一九九四年），五九至六〇頁。

② 下井隆史前掲「勞動契約法の理論」，二四頁。橫井芳弘前掲文，六頁。

③ 橫井芳弘著前掲文，六頁。

三、如何判斷「勞工」？

(一)使用從屬性之具體判斷標準

日本勞基法第九條規定：「本法所稱之勞工，指不問職業種類，受前條之事業或事務所（以下稱事業）使用、而獲工資之給付者而言」，因之，日本勞基法判斷「勞工」之標準有二：1. 受適用勞基法事業之使用、以及；2. 獲工資給付，易言之，乃指在雇主指揮監督下勞動，並接受勞動對價之工資者而言。此二個判斷標準合稱之為「使用從屬性」。

有關使用從屬性在具體案例中如何運用？勞動基準法研究會（日本勞動大臣之諮詢機關）於一九八五年提出「關於勞動基準法之『勞工』的判斷基準」為題之報告書^①，該報告書被日本學者推崇為迄今學說、判例所闡釋使用從屬關係之極致之作^②，頗具參考價值，爰介紹如后：

報告書載：判斷時不宜拘泥於形式究係採用僱傭契約或承攬契約，而應從勞務提供之形態及報酬之勞務對價性以及關連因素來觀察後為綜合之判斷。在此前提下，建議有關判斷「使用從屬性」之基準：

1. 「指揮監督下之勞動」的判斷標準

(1)對工作之委託、執行業務之指示是否有權拒絕：如果對於工作之委託或執行業務之指示，有加以拒絕之自由時，難謂係從

①勞動省勞動基準局編「勞動基準法研究會報告書」（日本勞動協會，一九八六年），五三頁以下。

②和田肇前揭書，一九六頁。

屬他人而提供勞務；反之，無拒絕之自由時，可推定有指揮監督關係。

(2)對業務之遂行有無接受指揮監督：關於業務內容及遂行方法，如受具體之指揮命令時，乃係判斷指揮監督關係存否之基本、重要的因素。另外，如受命令、指示時，即有從事通常已約定業務以外之業務之情形者，也可供作判斷是否受指揮監督之補強標準。

(3)拘束性之有無：如果工作場所及工作地點受到指定、管理時，一般而言，乃是受有指揮監督關係。

(4)代替性之有無：如果本身之勞務可以委由他人代替提供時，構成否定指揮監督關係之因素。

2. 報酬之勞務對價性的判斷標準

雇主對勞工所支付之報酬，只要是勞動之對價，不問其名稱為工資、津貼、獎金等，皆屬「工資」。報酬如果是相應於工作時間之長短而給付之場合，例如遲到、曠職時遭到扣薪、加班時另發給加班費，也可輔助判斷使用從屬性。

而若在邊際案例中較難判斷使用從屬性時，報告書建議再斟酌下列補強判斷「勞工性」之標準：

1. 雇主性之有無

通常勞工並不擁有機械、器具、原料等，但在特別案例中（例如傭車司機），以本身擁有之高價貨運車為他人提供勞務之際，如以上述之使用從屬性來判斷，並不妥當，而宜合併該人有無「雇主性」為綜合判斷。

(1)機械、器具之負擔關係：自身擁有之機械、器具若屬廉價時，固不成問題，但若是價格極高，且為自己之計算及危險負擔而經營事業者，其「雇主性」增強，「勞工性」弱化。

(2)報酬額：所領報酬額如比該當企業內從事同樣業務之正規員工所領者明顯偏高時，一般而言，該當報酬非勞務之對價，而是基於為自己之計算及危險負擔而經營事業所獲得者，其「雇主性」增強。

(3)其他：設若自負遂行業務所生之損害，或者使用獨自之商號時，其「雇主性」較強。

2. 專屬性之程度

受制度之限制，不能為其他雇主從事事務，或者因無閒餘時間、事實上很難再為其他雇主從事業務時，其「勞工性」強。

3. 其他

如果(1)所領報酬被就原扣繳所得稅，(2)屬適用勞工保險之對象，(3)適用工作規則等服務規律，(4)適用退職金制度或福利厚生制度時，亦可供作推認雇主視該勞務提供者係勞工之補強因素。

(二)董事、監察人等案例之分析

於具體案例中，日本學說及實務究竟如何操作使用從屬性之判斷流程，如以與本件台北地院判決類似之案例即委任與勞動契約來看，結果如何呢？委任契約中，受任人係以自身之知識、經驗自主地處理事務、就此而言，與勞動契約中、勞工係為雇主使用而勞動有所區別，然而，實務上，雖有採取委任契約之形式，但委任人與受任人間卻存有使用從屬關係，此際仍宜認定是勞動契約。

舉例而言，日本最高法院在關於公司之特約人員案例中判決：「被上訴人之職務內容，係在上訴人公司擔任關於塗裝機械用之塗料製法的指導、研究工作、與一般作業員相異，勿庸服從直接加工部長之指揮命令，係處於該部長之顧問的地位；其次，

雖然遲到、早退時，不扣薪水，但每週上班六天，每天早上九點至下午四點工作，每月除給付定額之本給外，加班時尚按百分之二十五比率加計加班費等，由此看來，本件特約人員契約係僱傭契約（嚴格而言，係勞動契約），被上訴人係應適用勞基法之勞工¹¹，判旨肯認專門技術者為勞基法上之勞工，此類勞工於編入勤務體制、依工作時間領取工資之場合，可看成是勞工¹²。

至於公司之董事（長）、監察人之情形如何呢？

菅野和夫認為：董事或監察人如在本職之外兼任其他勞務時，就此兼任勞務若受有報酬，此際，該董事或監事服從公司代表人之指揮命令、提供勞務換取工資，就此層面，該董事同時又是勞工，應受勞基法及勞動契約法理之保護¹³。勞工行政主管機關曾釋示：「法人、團體、組合之代表人或執行機關，其與事業主體間之關係非立於使用從屬關係，不是勞工」¹⁴，「法人之董事、監事如不具業務執行權或代表權者，若擔任工場長、部長且受有工資之場合，在此限度內，為勞基法第九條之勞工」¹⁵，所持見解相同。而在法院判決中亦有認為：董事兼具從業員身分者於退職（喪失董事及從業員身分）時，除可依據股東會決議領取

¹¹大平製紙事件——最二小判一九六二年五月十八日，民集一六卷五號一一〇八頁。

¹²菅野和夫前掲書，七六頁。

¹³菅野和夫前掲書，七五頁。

¹⁴一九四八年一月九日勞動省勞動基準局長通達十四號（勞動省勞動基準局編「新版解釋通覽勞動基準法」，總合勞動研究所，一九八六年），四九頁。

¹⁵一九四八年三月十七日勞動省勞動基準局長四六一號通達（右掲「新版解釋通覽勞動基準法」），四九頁。

董事退職慰勞金（日本商法第二百六十九條參照）外，尚可根據從業員地位領取之工資，循從業員退職金規定請求退職金●。

伍、我國有關從屬勞動之檢討

一、從屬關係概念之存在意義

我國勞基法第二條第一款：「勞工：謂受雇主僱用從事工作獲致工資者而言」，另民法第四百八十二條：「稱僱傭者，謂當事人約定一方於一定或不定之期限內為他方服勞務，他方給付報酬之契約」，分析此二條文，在(一)受僱用從事工作；(二)因而獲致報酬等二要件上，勞動契約與僱傭契約完全一致，惟在我國有無以從屬關係來區別勞動契約與僱傭契約之必要呢？

分析本問題之癥結在於勞動契約法第一條：「稱勞動契約者，謂當事人之一方，為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」，明白規定「從屬關係」為勞動契約之要素，惟勞動契約法於民國二十五年十二月二十五日經國民政府公布後，迄今尚未正式施行，致使在現行法體系下援用「從屬關係」來解釋勞動契約之妥當性發生疑義。

筆者認為就解釋論之立場來看，勞動契約法既已揭櫫從屬關係之概念，顯然立法者早在建構我國勞動法體系時，即有意以從屬關係來定義勞動契約，因之，於解釋勞基法之勞動契約概念時，加入從屬勞動概念，並不發生不適當之問題。惟若站在立法

●管野和夫前揭書，七五頁。下井隆史前揭「勞動基準法」，二一頁。

論來觀察時，從屬勞動概念之存在意義尙待澄清。

其理由在於：

(一)我國民法僱傭、委任之規定與日本民法相仿。委任包括有償委任及無償委任，而僱傭契約並不包括自主性勞動（即有償委任），申言之，我國僱傭契約內涵較德國民法純化，則德國為排除僱傭契約所包含之有償委任而提出之從屬關係概念，有無導入我國勞動法制之必要，不無疑義。

(二)在民法體系中，僱傭、委任、承攬皆屬勞務供給契約，其中，受任人係自主地提供勞務，承攬則是注重勞動之成果，而僱傭與彼等間之差異，實則在於受僱用而勞動（即從屬勞動）。今在民法體系中，執僱傭具有從屬勞動之特質為標準，而與委任、承攬區別，嗣在區別僱傭與勞動契約時，再援用從屬關係之概念為區別標準時，是否妥當，容有爭議●。

(三)誠然，受民法契約自由原則之拘束，所謂僱傭契約係由兩個獨立對等之法人格所締結云云，已不符資本主義社會之現實，因之，基於立法政策之考量，雖有必要建立勞動契約之概念，直接面對、認識勞資間之不平等、剝削等階級關係，俾從此角度制定勞工保護法。惟須指出者，僱用人與受僱人締結僱傭契約後，受僱人係服從僱用人之指揮命令而服勞務，而受僱人服勞務之際，其勞務（動）與其人格無從分離，事實上亦具有從屬關係，就此而言，與勞動契約並無二致，從而，如僅單純地、形式化地以所謂之從屬關係來鑑定、區別勞動契約或僱傭契約，恐怕將徒勞無功。

●和田肇前揭書，一九二頁。下井隆史前揭「勞動契約法の理論」，三頁以下。

(四)鑑於我國勞基法僅適用於同法第三條所定之事業，因此，在現行法中，不妨將勞動契約定義：「適用勞動基準法之事業單位與勞工所締結之勞務供給契約」；而在實際判斷過程中，宜超越僱傭、委任、承攬等契約形式，從締約過程、履約過程中為個案之認定。惟須注意者，依公司法第二十九條「委任」之經理人，其法律性格業為公司法界定為委任關係，屬自主性勞動，與公司間無從屬關係，故不適用勞基法自明。

二、學者見解之介紹

我國學者闡釋從屬關係之論著極少，內容亦未見一致。其中，最早之論著厥為史尚寬氏主張：「勞動契約有身分的契約之性質，即受僱人在從屬的關係提供勞動之契約，關於從屬的關係之解釋，就家內勞動言之……家內勞動之場所雖不在僱用人直接監視之下，然實際上間接的仍在其監視之中。家內勞動雖多以件計工，然此不過工資給付之方法，其對象仍為勞動力之給付。就原料言之，家內勞動多用僱用人供給原料，故家內勞動之契約，通例仍視為勞動契約」，……德國民法第六百一十一條規定僱傭契約為一方給付勞動一方給予報酬之契約。純為獨立的兩個經濟行為者間之經濟價值之交換。而勞動契約法第一條，則表明受僱人對僱用人之身分的從屬的關係。勞動契約為僱傭契約之一種。而其特點則在於有從屬性。……如勞動契約法無特別之規定，則依一般原則，民法上關於僱傭之規定，亦適用「勞動契約」、「委任契約受任人與委任人間無從屬關係」[●]。分析史尚寬之觀點略為：

●史尚寬著「勞動法原論」（一九七八年），一四、一五頁。

(一)氏並未定義或說明從屬關係之內涵，但於判斷家內勞動之個案有無從屬關係時，則以「受監視與否」、「工資給付與否」及「原料由誰供給」等為標準。

(二)氏一方面界定勞動契約有身分的從屬的關係，並稱僱傭契約存於獨立的兩個經濟體之間，似認兩者有異；他方面，又稱勞動契約為僱傭契約之一種，予人前後矛盾，說理不足之感覺。

關於此點，管見認為：僱傭契約之基礎原理在市民法上之契約自由原理，勞動契約則是誕生自修正市民法契約自由原理之勞動法，兩者理念固有不同，惟兩者同係受僱用人（或雇主）指揮命令而提供勞務；再者，在提供勞務時，兩者皆與勞工人格具有不可分離之關係，因此，僱傭與勞務契約實同具從屬關係，而此當係氏所言「民法關於僱傭規定，亦適用於勞動契約」之立足點所在！管見認為所謂勞動契約有從屬關係，乃係立法者因立法政策之需要而刻意予以強調、認知，並藉此為勞工保護法之制定架橋鋪路而已！

其次，黃越欽稱：「『從屬性』實為勞動契約之最大特色，一切有別於傳統民事法概念的勞動法概念，即是承此概念而展開，深值重視。……勞動研究必須以從屬關係為前提，始能正確掌握」[●]，氏所提出之勞動契約從屬性，包括「人格上從屬性」及「經濟上的從屬性」，而關於人格上從屬性之內容略為：「即負有給付義務之一方基於明示、默示或勞動之本質，在相當期間內，對自己之作習時間不能自行支配。……人格從屬性之重要特徵在於指示命令權，……然而在勞動契約命令指示關係則已發展成為一種規範形式（我國勞基法稱為工作規則），……人格從屬

●黃越欽著「勞動法論」（一九九四年），九〇頁。

性除指示服從關係之外，尚擴及秩序上的懲戒權問題……」；至於經濟上的從屬性：「指受僱人完全被納入雇主經濟組織與生產結構之內，但與受僱人和雇主間之經濟或財政狀況無關，換言之，受僱人之經濟狀況未必不如僱主。經濟上之從屬性重點在於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……」[●]。氏極度強調從屬性之概念，可見一斑。

陳繼盛則認為：「就民法『僱傭』之規定而言，……就其內容而言純以市民法原理為其規定之原則，對於勞動者在勞動關係中之從屬性及其他特殊性均未予考慮規定」[●]。氏於其主持之「我國勞動契約法制之研究」論文中載：「僱傭契約以具有從屬性為其特徵，而承攬及委任則以獨立性為其特徵」、「我國勞動契約法在第一條就勞動契約曾明文定義為『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』，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」，「勞動從屬性的第一個涵義乃為人的從屬性，所謂人的從屬性乃指勞動者在繼續的勞務提供中需服從雇主之指揮監督而言，換言之，勞動者之整個勞務之提供係在雇主之從屬關係中進行。……從屬性的程度，即在勞務過程中勞動者需聽從雇主之指揮監督之程度，在現實的勞動關係而言，亦有相當不同的差異，……因此人的從屬性乃相對性的概念」，其次，「勞動從屬性的第二個涵義，乃為經濟的從屬性，所謂經濟的從屬性乃指為勞動契約當事人之勞動者基本上為無資力者而為無產階層，必須受僱於人從事

●黃越欽前揭書，八七至八九頁。

●陳繼盛著「勞工法論文集」（陳林法學文教基金會，一九九四年），四五頁。

工作以謀取生活之狀態而言。……這種經濟的從屬性亦為勞動條件易成附合契約的基本原由。……勞動契約以職業上勞動力提供為其內容，並以報酬給付必要條件，此乃經濟從屬性之具體表現」、「勞動從屬性的第三涵義，即為組織的從屬性，在現代企業組織型態之下，勞動者與雇主訂立勞動契約時，其勞務之提供大多非獨自提供即能達成勞動之契約目的。雇主需求的個別勞動力，必須編入其生產組織內遵循一定的生產秩序始能成為有用之勞動力。因此擁有勞動力的勞動者，也將依據企業組織之編制，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，此即謂組織的從屬性。……雇主之指揮監督以工作規則的方式表示，而成為勞動關係內容之主要依據，實為其例」⁹。

比較黃越欽與陳繼盛之見解：1.均肯認從屬性為判斷勞動契約之重要基準之一，但陳繼盛同時認為僱傭以具有從屬性為其特徵，且除非在實定法上基於特殊保護必要性之考量將勞動契約縮少，否則勞動契約與僱傭契約將為同一契約類型；2.黃越欽提出人格上從屬性及經濟上從屬性等二個標準；陳繼盛則提出人的從屬性、經濟的從屬性及組織的從屬性；兩位學者對從屬關係之切入角度、說明方式及重點，亦有不同。

另外，呂榮海主張：委任是委託他人處理事務之契約（民法第五百二十八條），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。……某一案例雖

⁹行政院勞工委員會七十八年七月委託研究計畫「我國勞動契約法制之研究」（未公開發行），九至一五頁。

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使用從屬、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」[●]；邱駿彥主張：「勞動基準法上之『勞動契約』在契約類型上得與僱傭契約視為同一」、「勞動關係即為勞動基準法上之主要對象。其在法上之形態為勞動契約，其當事人為勞工與雇主。此種勞工與雇主間有基於指揮命令權與支付工資所生之關係者，勞動法理論上稱之為「使用從屬性」或為「人的從屬性」。就是否得為勞動基準法上之適用對象，即是否具有勞工性之判斷時，一般則以人的從屬性之有無為其固定之基準。」[●]

我國勞動法之立法起步甚早（例如工會法於民國十八年公布施行、勞動契約法於民國二十五公布），但有關勞動法之後續研究，因長期以來政經情勢的限制，步伐落後甚多。國內僅見之學者論述一致認為從屬關係為判斷「勞工」、「勞動契約」之標準，但深入說明從屬關係之意義、內涵者，猶屬鳳毛麟角，從而無法達成共識、塑立判斷「勞工」、「勞動契約」之具體標準，而此當係國內對經理人是否為勞工？產生如後述之重大爭論的原因。

三、實務有關經理人身分之見解

(一)行政解釋之見解

關於本件所牽涉經理人是否為勞工之問題，自勞基法頒布施

●呂榮海著「勞動基準法實用」（一九八五年），四至五頁。

●邱駿彥著「勞動基準法上勞工之定義」（收錄於「勞動法裁判選輯(二)」，元照出版社，一九九九年十二月），九三頁。

行以來，迭有爭論，經蒐羅各相關行政機關之解釋：

1. 內政部六十五年十一月六日台內勞字第七〇四四六九號函：「工廠人事部經理、勞工安全衛生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。」●

2. 行政院勞工委員會八十年五月三十日台(80)勞動一字第 一二三五二號函：「依公司法『委任』之經理、總經理不屬勞動基準法所稱勞工，故其退休及其他勞動條件等權利義務事項，由其與事業單位自行約定。」●

3. 行政院勞工委員會八十一年三月九日台(81)勞動一字第 〇七三四一號函：「依公司法所委任之總經理、經理等不屬於勞動基準法所稱之勞工，前經本會八十年三月十二日台八十勞動一字第 〇六四六四號函釋在案；具有總經理、經理職稱等人員如僅係僱用從事工作獲致工資者，有關其勞動條件，依內政部主管勞工事務時七十四年七月一日(74)台內勞字第三二九一三〇號函釋，自應依勞動基準法辦理。」●

4. 行政院勞工委員會八十一年五月十八日台(81)勞動一字第 一四三七二號函「有關監察人與公司關係，依公司法第二一六條第二項規定：「公司與監察人間之關係，從民法關於委任之規定。」另依同法第二二二條規定：「監察人不得兼任公司董事、經理人或其他職員。」是以，監察人與公司之間係屬委任關係，

●內政部勞工法令彙編，一二二二頁。

●行政院勞工委員會編印「勞動基準法暨附屬法規解釋令」（一九九四年九月新），一四七頁。

●行政院勞工委員會前揭書，一四九頁。

其有關解任及報酬等事項，自應依公司相關規定辦理。」^④

5. 行政院勞工委員會八十一年十月十九日台八十一勞動一字第三一九九〇號函「本會八十一年三月九日台八十一勞動一字第〇七三四一號函係指事業單位具有經理、總經理職稱等人員，如非依公司法所委任，而僅受僱用從事工作獲致者，因符合勞動基準法第二條第一款規定之勞工定義，故其勞動條件應依該法辦理。此項釋示與公司法第二十九條並無抵觸之處。」^⑤

6. 行政院勞工委員會八十一年十一月十一日台（八十一）勞動一字第三九七六號函「按公司法第八條、第一九二條、第二〇八條規定，董事長為公司負責人，對外代表公司，其與公司之間為委任關係，非勞動基準法所稱受僱從事工作之勞工，故其退休金不得自該法所提撥之勞工退休準備金中發給。」^⑥

7. 行政院勞工委員會八十二年一月十二日台（八十二）勞動一字第五一七三號函「關於台北縣政府八十一年十二月四日北府勞二字第四一九五九八號函請釋經理、總經理身分之認定，本會同意貴處所擬之處理意見；惟有關公司法卅九條規定之公司副總經理、協理或副經理等人員之身分，應依事實認定，如係委任關係，則不屬勞動基準法所稱之勞工。」^⑦

8. 行政院勞工委員會八十三年七月六日台八十三勞動一字第四五六三八號函行政院，就本問題詳細之說明：「查勞工謂受雇主僱用從事工作獲致工資者，雇主謂僱用勞工之事業主、事業經

^④同註^③。

^⑤行政院勞工委員會前揭書，一五三頁。

^⑥行政院勞工委員會前揭書，一五四頁。

^⑦行政院勞工委員會前揭書，一五四頁。

營之負責人或代表事業主處理有關勞工事務之人，勞動基準法第二條第一款及第二款定有明文，事業之經理人乃事業經營之負責人，符合勞動基準法之雇主定義，應屬雇主，迨無疑義，惟有無兼具勞工之身分，應視與事業單位之關係而定，蓋以目前事業單位為便利起見，常將僱用之職員賦予不同之經理名銜，實則與一般員工並無太大差異，若僅以其具有經理職稱即認係雇主而非勞工，致無法受勞動基準法之保障，似非適當。惟事業之經理人亦有依公司法所委任者，人數不多，但確為事業之經營負責人，其與事業單位之間為委任關係，雙方建立於互信基礎上，其受任負責經營事業，擁有較大自主權，實與一般僱用勞工係在從屬關係上從事工作獲致工資之情形不同，應不能謂該等依公司法所委任負責經營事業之經理人後，既屬勞動基準法上之雇主又屬勞工。……本案本會認為勞動基準法上所稱受僱用之勞工，應不包括依公司法所委任負責事業經營之經理人，至於不具委任關係而僅係受僱用之經理，則符合勞工定義。經本會函請法務部表示意見，該部以八十三年六月二十七日律字第一三四一三號函復同意本會見解，併請核參。」●

管見以為：依我國公司法第二十九條及第三十條之規定，經理人與公司間之關係為委任關係，公司法上之經理人須符合若干法定條件：(1)其設置為章程所規定；(2)其選任須經董事或股東之同意；(3)須在國內有住所或居所；(4)公司依公司法所造具之項表冊，應由經理人簽名，故其判定標準至為明確。而歸納上揭行政解釋選擇「依公司法委任」為判別經理人之勞工屬性，在方法論

●司法院公報，八十三年十月，三六卷一〇期六一頁以下。

上頗具智慧，不但判斷標準明確，巧妙地避免陷入認定「從屬關係」之困境，而且，依此判斷標準，「勞工」範圍擴大，符合勞基法保護勞工之本旨，頗值讚佩！

(二)司法機關之見解

1. 台中地方法院七十五年度訴字第五〇二六號判決判旨：「查被告係屬股份有限公司組織，並設有董事長以爲實際負責人，原告雖亦爲公司董事，並未實際參與經理業務，且其經理職務，亦僅於其所任事務範圍內有權代理公司處理事務，其委任、解任，報酬並應經公司董事同意，對公司而言，應屬受公司僱用從事工作獲致工資者，應有勞動基準法之適用。」

評釋：本件原告兼具被告股份有限公司之董事及總經理之身份，依判旨所示，原告之委任、解任及報酬應經董事同意，似符合公司法第二十九條所定經理人要件，故兩造間宜認定爲是委任關係，應無勞基法之適用，判旨應有不妥。

2. 最高法院八十三年四月十九日八十三年度台上字第一〇一八號判決判旨：「按所謂委任，係指委任人委託受任人處理事務之契約而言。委任之目的，在一定事務之處理。故受任人給付勞務，僅爲手段，除當事人另有約定外，得在委任人所授權限範圍內，自行裁量決定處理一定事務之方法，以完成委任之目的。而所謂僱傭，則指受僱人爲僱用人服勞務之契約而言。僱傭之目的，僅在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。兩者之內容及當事人間之權利義務均不相同。上訴人受被上訴人自五十八年五月十二日僱用爲其管理辦事員，其後擔任股長、科長、課長，其職務之性質，均爲單純給付勞務爲目的之工作，其與被上訴人間之關係，爲單純僱傭性質。」

惟其後升任被上訴人之襄理、副理、副總經理，因其職務屬經理人之性質，其與被上訴人間已變更爲委任關係。而委任與僱傭性質不同，且無可兼而有之，故原有僱傭關係應認業已終止。」●

評釋：按委任固以自主勞動爲其特質，僱傭則以受他人指揮命令而勞動爲其特質，惟在現實勞動關係中，勞工所受指揮命令之程度因個案情形而有相當程度之差異，一般而言，於以提供高度專業知識、勞務爲目的之僱傭契約中，雇主在勞務提供之實際過程中具體之指揮命令色彩愈稀薄，勞工自我決定提供勞務之方式空間愈大，然而，雇主仍保有指揮勞工完成契約目的之權限，解釋上，仍不失有從屬性●，準此，判旨所載「僱傭之目的，僅在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」等語，其所認知之僱傭範圍失諸太狹。其次，判旨認爲襄理、副理、副總經理屬經理人，與公司間爲委任關係等辭，由於未援用具體事證來證明其爲受委任之經理人，乍見之下，似乎只要是具有襄理、副理、副總經理等職銜者即屬委任，苟若如此，對照日本通說及我國右揭行政解釋，判旨流於形式，不無商榷餘地●；未查，判旨所持委任與僱傭不可能並存，顯亦忽略我國中小企業經營實務上董事、經理人有同時受僱而提供勞

●司法院公報，八十三年十二月，三六卷一二期七九頁以下。

⑩ 陳繼盛前揭「我國勞動契約法制之研究」一三頁。下井隆史前揭「勞動契約法の原理」七頁。

⑪ 黃劍青主張公司法第二十九條第二項：「經理人之委任、解任及報酬，依左列規定爲之……」，只是規定經理人的選任委派、解任及報酬，應經左列規定，不是說明經理人與公司間的關係是委任關係；凡是適用勞動基準法的行業，無論是經理、職員或普通工人，都是勞工，不可引用其他法律的規定，認爲經理人不是勞工，蓋勞動基準法是特別法（氏著

務之現象，且與日本通說亦未見一致。

3. 台灣高等法院暨所屬法院八十二年法律座談會曾提出「適用勞基法之公司，與其依公司法委任之經理間，有無勞基法之適用？」之法律問題，研討結果採否定說，認「委任謂委託他人處理事務之契約，受任人就事務之處理有自主性、非若僱傭契約以爲他人服勞務爲目的。非若僱傭契約以爲他人爲勞務爲目的。且行政院勞工委員會八十年三月十二日台上八〇勞動一字第〇六四六四號函亦稱：『依公司法規定所委任之經理、總經理不屬於勞動基準法所稱之勞工』，故公司經理應無勞動基準法之適用。」惟司法院民事廳研究意見爲：「一、公司與經理間之法律關係，通說認係委任契約。惟勞動基準法所稱之勞工，依同法第二條第一款規定固係指受雇主僱用從事工作獲致工資者而言，然非若僱傭契約之受僱於雇主從事工作獲至工資者，即足當之，不以有僱傭契約爲必要。又勞動基準法第二條第六款規定，約定勞雇間之契約爲勞動契約，指此而言，凡是具有指揮命令及從屬關係者，均屬之，是亦未以僱傭契約爲限。公司負責人對經理，就事務之處理，若具有使用從屬與指揮命令之性質且經理實際參與生產業務，即屬於勞動契約之範疇，該經理與公司間，即有勞動基準法之適用。反之，則否。二、本題，經理與公司間有無勞動基準法之適用，本諸上述說明應視具體狀況認定之。」（(83)廳民一

「公司經理人也是勞工」，中國時報，八十三年四月十八日一七版）。惟管見認爲經理人與公司間依公司法第二九條第二項：「經理人之委任……」，應屬委任關係，乃國內通說（柯芳枝著，公司法論，五七頁）；又判斷經理人是否爲勞工？其標準在勞基法第二條第一款勞工之定義及勞動契約法第一條，似與勞動基準法是否爲特別法無涉。

字第一一〇〇五號函復台高院)①。

評釋：研討會結論採否定說，以公司經理一概屬於委任，無勞基法之適用，見解流於形式，不恰當；司法院民事廳研究意見則認為經理與公司間有無勞動基準法之適用，應視具體情況認定之，見解正確。惟司法院民事廳研究意見似認為勞基法所定義之勞工（受雇主僱用從事工作獲致報酬）與民法僱傭之受僱人（以供給勞務本身為目的）概念範圍不同，又認為勞基法所定義之勞動契約的（約定勞雇關係之契約，凡具有指揮命令及從屬關係者均屬之）不以僱傭契約為限，似認為勞動契約之外延大於僱傭契約。如上所述，管見認為勞動契約與僱傭契約同具從屬性，原則上兩者範圍一致②，勞動契約下之勞工與僱傭契約下之受僱人，同是以提供勞務換取工資為目的。

陸、本件判決之評釋

本件台北地方法院判決在媒體廣泛評論上述最高法院八十三年四月十九日八十三年度台上字第一〇一八號判決之後，判旨所載「應以該『經理』與公司間之實質關係為判斷，並非一律均認『經理』與公司間係屬委任關係」，洵屬的論，而其強烈表達與最高法院持相異見解之心情，躍然紙上。

其次，判旨執「人格上從屬性」與「經濟上從屬性」來判斷是否具有勞動契約之從屬性，在方法論上與我國學者黃越欽相

①同註②。

②陳繼盛前揭「我國勞動契約法制之研究」，一一頁。

同；如進一步研讀判旨有關人格上從屬性（指勞工對於自己工作時間不能自行支配、且對於雇主工作上之指揮監督有服從之義務）以及經濟上從屬性（指勞工完全被納入雇主經濟組織與生產結構之內，亦即勞工不是為自己之營業而勞動，而是為雇主之目的而勞動）等內涵之闡示，與黃越欽之見解極其相近，吾人不難推測判旨有關從屬關係之說明深受黃越欽見解之影響。

再者，判旨在具體判斷人格上從屬性時，主要之著眼點在於原告「上下班要打卡」、「請假須主管批准」、「受工作規則之拘束」等，關於此點，如參照上述日本勞動基準法審議會所提報告書，於本件中尚可援為判斷基準者諸如：對於雇主工作之指示有無拒絕權利、勞務給付有無可代替性、遲到曠職是否扣薪、是否適用勞工保險等。

至於判旨在經濟上從屬性之判斷時，實則兼及於組織上從屬性（品保工作為被告公司之經濟組織及生產結構之一部分），如參照日本勞動基準法審議會所提報告書，尚宜就原告所領取之報酬與其勞務間之對價性為分析。

總體來說，本件判決在國內相關討論勞動契約、從屬關係之行政解釋及判決先例中，最具開創性，而礙於國內此方面之學術論著尚鮮，尤其是有關從屬關係之界定未見一致，判旨在理論之展開上多少受到限制，儘管如此，推崇本件判決為勞動訴訟中少見之佳作並不為過^①。

①游思嫻評釋本件台北地院判決之意見為：「此判決係將受僱主與雇用者間之法律關係分為「委任」及「非委任」……，一律以「從屬性」之有無作為判斷標準以決定是否適用勞基法，與行政院勞委會及司法院民事廳之見解類似，同時亦從保護勞工之立場加以利益衡量，判決理由整體而言可說亦相當近似於前開日本判決之見解。此判決亦提供數項具體判

柒、結語

歸納本文之觀點略為：

一、孕育僱傭契約與勞動契約之背景誠有不同，僱傭契約是市民法下契約自由原則之產物，勞動契約則為修正民法之勞動法的產物；但是，二者同具從屬勞動之性質。勞動法之所以強調勞動契約之從屬勞動關係，其目的在表明勞動法認知資本主義社會中勞資不平等之現實，勞動法即在此認知下切入、展開。

二、我國因勞動契約法第一條已導入「從屬關係」之概念，雖在立法論上其導入是否必要、妥當，不無爭論，但在解釋論上，儘速闡明、釐清「從屬關係」之概念，進而建立判斷從屬關係之具體標準，應屬當務之急。

三、我國公司法第二十九條已界定依公司法所選任之經理人，其與公司間為委任關係，解釋上，並非勞基法之規範對象，此為我國法制之特徵，宜予重視。至於，非依公司法委任之經理人，則不應受其職稱、頭銜所迷惑，而宜以勞基法第一條第二款勞工之定義及勞動契約法第一條所定從屬關係為個案、具體之認定，方屬正辦●。

斷「非委任關係」之標準……，頗值參考」（萬國法律，七八期二六頁以下）。

- 呂榮海認為勞動契約與僱傭契約未必完全一致，凡是具有指揮命令關係、從屬性之勞務契約，就是勞動契約，而有勞基法之適用，工廠的經理與公司，董事長間等具有指揮命令及從屬關係，即屬於勞動契約，而有勞基法之適用（氏著前揭「勞基法實用」一四頁）。管見以為依公司法委任之經理人，性質上已為公司法界定為委任關係，屬自主性勞動，無從屬關係，故不適用勞基法。

論試用期間

壹、問題之提出

貳、試用勞動之概念

參、日本企業僱用制度之簡介

肆、日本之試用勞動法制

一、引言

二、約定試用勞動之合理性

三、試用勞動之法律性質

(一)預約說

(二)特別契約說

(三)停止條件說

(四)解除條件說

(五)解僱權保留說

(六)多元說

(七)日本實務見解之考察：以「三菱樹脂事件」之判決為中心

四、試用勞工之解僱

五、試用期間中當事人之權利義務關係

六、試用期間所生之法律疑義

(一)試用期間有無期限？

(二)試用期間能否延長？

(三)試用期間屆滿

(四)試用期間之中斷

伍、我國試用勞動法制之檢討及建議

一、立法之回顧

二、約定試用勞動之合理性

三、試用勞動之法律性質

四、試用勞工之解僱

五、試用期間中當事人之權利義務關係

(一)試用期間之長短

(二)試用勞工之工資

(三)試用勞工之從屬義務

(四)試用勞工之工作時間

(五)試用期間可否計入服務年資？

(六)雇主之評價義務

六、結論

