高雄高等行政法院判決

高等行政訴訟庭第二庭
113年度簡上字第4號

上　訴　人　蔡氏玉和

被 上訴 人　臺南市政府勞工局

代　表　人　王鑫基

上列當事人間就業服務法事件，上訴人對於中華民國112年12月19日本院112年度簡字第131號行政訴訟判決，提起上訴，本院判決如下：

主　文

一、上訴駁回。

二、上訴審訴訟費用由上訴人負擔。

理　由

一、爭訟概要：

上訴人在○○市○○區○○街0○0號經營「玉和美髮美睫沙龍」（下稱系爭美髮店），移民署南區事務大隊臺南市專勤隊（下稱專勤隊）分別於民國111年9月18日及10月3日在上訴人經營系爭美髮店查獲上訴人非法容留越南籍移工NGUYEN HOAI NAM（護照號碼:C0000000，下稱N男）及NGUYEN THI HANG（護照號碼：B0000000，下稱N女）於店內從事美髮工作，有違反就業服務法第44條情事。嗣被上訴人於112年4月10日以南市勞條字第0000000000號行政裁處書，認上訴人違反就業服務法第44條規定，裁處上訴人罰鍰新臺幣（下同）22萬5,000元（下稱原處分）。上訴人不服，提起訴願，遭訴願駁回，乃提起行政訴訟，經本院以112年度簡字第131號行政訴訟判決（下稱原判決）駁回其訴，上訴人不服，遂提起本件上訴。

二、上訴人起訴之主張及聲明、被上訴人於原審之答辯及聲明、原判決理由，均引用原判決書所載。

三、上訴意旨：

(一)原判決有判決不適用法規或適用不當之違誤：

1、就業服務法第44條規定「任何人不得非法容留外國人從事工作」，須有「非法容留」及「從事工作」兩大要件始足當之，所謂「工作」不包括無償之互助行為、無對價關係提供勞務之行為：

⑴就業服務法第44條，依文義解釋，須有「非法容留」及「從事工作」兩大要件始足當之，所謂容留外國人從事工作應係指容許外國人停留於某處所為其從事勞務提供或工作事實之行為而言，且應依客觀具體事實認定，如該外國人有勞務提供，而該自然人或法人對之有指揮監督關係，或有勞務報酬之約定者，要必有積極之證據及客觀可信度較高之事實認定乃可，自不應以推測擬制之方法加以認定。從目的及體系解釋，所謂「容留」係指提供外國人從事工作之場所，而就業服務法第44條之規範主體「任何人」包括「雇主」及「非雇主」，故本條規範內容即為「雇主或非雇主不得非法提供外國人為雇主從事工作之場所」至明，本條亦應依此規範內涵解釋工作之定義。而依就業服務法第42條規定，為保障國民工作權，聘僱外國人工作，不得妨礙本國人之就業機會、勞動條件、國民經濟發展及社會安定，足見就業服務法限制聘僱外國人工作之規定，主要係為保障本國人之就業機會，避免本國勞工因外國人工作條件之競爭，降低與雇主締結勞動契約所訂之勞動條件。就業服務法第44條既禁止任何人提供場所供外國人為雇主從事工作，則關於該條工作之定義，即應參酌前開限制聘僱外國人工作之立法目的，依規範僱傭契約之民法及規範勞動條件之勞動基準法為解釋。

⑵參諸民法第482條規定，稱僱傭者，謂當事人約定，一方於一定或不定之期限內為他方服勞務，他方給付報酬之契約；勞動基準法第2條第1款、第3款前段亦就該法之勞工、工資

為定義性規定，勞工謂受雇主僱用從事工作獲致工資者，工資謂勞工因工作而獲得之報酬，顯見依民法或勞動基準法規定，受僱人為僱用人服勞務或勞工受雇主僱用從事工作，均以服勞務或工作獲得報酬為對價。佐以外國人所為無償或無價性之勞務行為，並非以該行為為職業，亦未因此影響本國人之就業機會、勞動條件或國民經濟發展，與就業服務法第42條所定限制聘僱外國人之目的不符，是就業服務法第44條之「工作」應指提供勞務者與雇主間依一定法律關係具指揮、監督關係，且勞務提供者係以「獲得報酬為對價」，不包括親友間之好意施惠行為或其他無償、無對價關係提供勞務之行為。至提供場所之人（雇主或非雇主）與外國人間是否因提供場所而有對價關係，則在所不問。

⑶常見主管機關援引勞委會95年2月3日勞職外字第0000000000號函釋及勞委會92年3月11日勞職外字第0000000000號函釋，解釋「工作」並非以形式上之契約型態或報酬與否加以判斷，若外國人有勞務之提供或工作之事實，即令無償，亦屬工作；凡有勞務之提供或工作之事實，不論有償或無償皆屬之等情，顯與司法實務依法條體系解釋對工作所為之詮釋不合，亦與就業服務法聘僱及管理外國人之規範目的相悖。況勞動部104年11月3日勞動發管字第0000000000號函釋，陳明為檢討勞委會於94年間就外國人志願性從事服務工作，如未符合志願服務法之規定，仍須依就業服務法規定申請許可之函釋，於104年9月2日召開「外國人在臺從事之無償工作有無就業服務法之適用」會議，並參考該決議認為外國人基於公益目的，自發性地奉獻社會、非以獲取報酬為目的，從事無相當對價報酬之輔助性服務，該行為非屬就業服務法規範之範疇，無須依就業服務法向勞動部申請許可，益徵外國人所為無償或無相當對價關係提供勞務之行為，無須依就業服務法申請許可。

⑷就業服務法所謂禁止外國人非法工作，所謂「工作」應符合上開立法目的，即容留外國人以提供勞務內容為目的，並非

限制一般人與外國人間有關親朋好友之往來互動關係；因此並非只要有外國人從事勞務提供之外觀，即一律認屬係就業服務法所欲限制管理範圍內，此有臺北高等行政法院107年簡上128號判決意旨可參。復因就業服務法所定「工作」攸關人民依憲法第15條所保障之工作權、職業自由（先不論外國人是否為我國憲法所規定各基本權利之主體爭議），而工作權或職業自由所涉及者為人民賴以維生之經濟活動（參司法院釋字第659號陳新民大法官協同意見書、第666號解釋許宗力大法官、葉百修大法官協同意見書），則就業服務法所稱「工作」自亦指人民以該工作獲取賴以維生之資源。故應限於「以獲得報酬為對價」，不包括親友間好意施惠行為或其他無償、無對價關係提供勞務之行為。

2、就N女部分：外國人N女付費向上訴人學習美髮技術，係課程實習行為，顯不影響本國人工作機會，非屬就業服務法第43條規定範疇。N女於專勤隊詢問時陳稱：「（承上，你不是員工為何會幫客人染髮？）我快回越南了，所以想在查獲地學習美髮，剛好店裡在忙所以我就幫客人染頭髮。」、「（蔡氏玉和有無提供你薪資？有無提供食宿？）沒有給我薪水，只有提供我免費吃飯，在店裡吃，我自己在外面租房子。」等語，可知N女係在學習美髮技術，而專勤隊雖詢問N女，上訴人有無提供薪資，然漏未確認N女是否係支付學費予上訴人，未盡調查義務。上訴人係領有美髮、美睫專業證照之講師，故實情係N女付費向上訴人學習美髮技術。而基於學習美髮技術之必要，自有進行實作課程之需求，方有N女練習染頭髮之情形，且縱非由N女為實作練習，亦須由作為講師之上訴人演練及講解予N女觀看，方能達到教學之目的，難認N女所為係從事工作，且此亦不影響本國人之工作機會，故被上訴人認定事實即有違誤，而原處分既有事實認定錯誤之情事，其法令適用自亦有違誤，應予以撤銷。

3、就N男部分：乃係外國人來台對其親友間符合社會相當性之互助行為或無償好意惠施行為，原處分未盡調查義務，將上

訴人有利之事實全略而不談，甚至連上訴人與N男有親屬關係，還要上訴人自己舉證，此根本不符行政機關本於權義，有自行調查之能力也應自行調查之義務。N男與上訴人為親屬關係，上訴人是N男的阿姨，N男來台工作，作為阿姨的上訴人亦剛好能就近照顧姪子，提供食宿給N男。N男或許出於好意惠施想減輕上訴人負擔，偶爾協助上訴人而已。N女亦僅是回國前，想要學習美髮技能，上訴人出於同鄉情誼而順便教一下而已。被上訴人詢問N男及N女問題，有誘導詢問，或其未必能夠釐清酬勞之意義。例如詢問N男：「該處負責人蔡氏玉和……有無提供住宿、食物或吃的東西作為酬勞？」對於N男而言，上訴人蔡氏玉和為其阿姨，確有提供住宿、食物或吃的東西，但到底有沒有與蔡氏玉和的美髮事務有無對價關係或作為酬勞，則是未必。倘問題改為詢問N男：「如果你不幫忙你阿姨蔡氏玉和的美髮事務，你阿姨是不是就不提供住宿、食物或吃的東西給你？」如此才能夠正確地建立「因果關係」。問題的正、反向、充分或必要、包含蘊含關係，往往就左右答案。實務上多的是從問題的詢問，就可推敲詢問者是有罪推定或無罪推定。被上訴人這樣的調查方式，根本就是為罰而罰，對有利上訴人的證據不為調查。又如N女其實是即將回越南，想要自願學習，上訴人本於友好同鄉情誼，有空順便教而已。如外國人來台出於自願學習技能，那來台就學而有實際操作任何技能性事務（例如上課寫程式），那授課者或其學校機關均落入應以就業服務法第44條規範而裁罰。事實上如按被上訴人想法，「來台外國人＋做事情（不管什麼事情、有償、無償）＝就是罰」。如此未盡調查事實，恣為裁罰，對上訴人顯不合乎裁罰比例。這就是該條文為何應以目的解釋來理解的重要性。

4、訴願決定認基於保護本國人之就業機會，即管理外籍勞工等因素，認為本件非屬好意施惠，卻未調查上訴人是否有聘用之需求與計畫。蓋上訴人為小本個人經營，根本無計畫、亦無需求聘用他人，無所謂影響本國人之就業機會。上訴人是

親自參與勞動的自營作業者，無聘用他人計畫與需求，本就不存在提供本國人之就業機會，原處分及訴願未經調查以不存在的理由，裁罰上訴人，自難令人甘服。

(二)原判決理由不備：原判決雖以N男、N女不得為上訴人工作，而有為上訴人工作之事實，且所為均非屬「好意施惠行為」，認上訴人所為該當「非法容留外國人工作」，固非無見。惟原判決僅以「N男、N女於自營之系爭美髮店工作，N男、N女所為之勞務，核與美髮從業人員之技能重疊，上訴人容留N男、N女勞動，已侵害本國人於美髮業之就業，排擠本國人之就業機會。」然上訴人既為本國人，並係自營美髮業，此美髮業務已由本國人所承接，縱非由N男、N女先行協助上訴人洗髮，亦將由上訴人自行處理，亦不會另行聘僱其他國人代為處理此項事務，亦即既無此就業機會，又如何能有侵害之虞？此部分均未見被上訴人舉證，亦未由原審為任何調查，應認原判決之認定有所違誤。故原判決有諸多判決違背法令情形，應予撤銷。

四、本院之判斷：

(一)應適用之法令：

1、就業服務法第42條：「為保障國民工作權，聘僱外國人工作，不得妨礙本國人之就業機會、勞動條件、國民經濟發展及社會安定。」

2、就業服務法第43條：「除本法另有規定外，外國人未經雇主申請許可，不得在中華民國境內工作。」

3、就業服務法第44條：「任何人不得非法容留外國人從事工作。」

4、就業服務法第57條第1款及第2款：「雇主聘僱外國人不得有下列情事：一、聘僱未經許可、許可失效或他人所申請聘僱之外國人。二、以本人名義聘僱外國人為他人工作。……」

5、就業服務法第63條第1項前段：「違反第44條……規定者，處新臺幣15萬元以上75萬元以下罰鍰。……」

(二)原判決駁回上訴人在原審之訴，並無違誤。茲就上訴意旨論述如下：

1、上訴人固主張：就業服務法第44條所稱「工作」之定義，應參酌限制聘僱外國人工作之立法目的，依規範僱傭契約之民法及規範勞動條件之勞動基準法為解釋，不包括無償之互助行為、無對價關係提供勞務之行為，原判決就此有判決不適用法規或適用不當之違誤云云。然按「一、對外國人之聘僱及媒介等行為，目前尚無法律明確予以規範，造成非法外籍勞工管理上之困擾，增加社會治安等問題之嚴重性。本章旨在管制外國人之聘僱，並對基於國家發展需要而許可聘僱外國人工作及媒介行為等予以有效管理。二、對聘僱外國人工作及其許可，均以不得顯有妨礙本國人之就業機會等為先決條件，以利國民就業之促進。」「為避免外國人非法在我國境內工作，對國民工作權、國家經濟發展、社會安定等造成不利影響，爰作此規定。」此觀就業服務法第42條及第43條之立法理由即明。足見立法者為保障本國人就業機會，避免妨礙本國人之勞動條件、國民經濟等目的，乃規定外國人在我國工作，須經事前許可，否則不得聘僱，亦不得非法容留。對照就業服務法第44條及第57條規定，依第44條規定負有不得非法容留外國人工作之義務主體為「任何人」，而第57條規定則以與外國人具聘僱關係之「雇主」為義務主體。堪認就業服務法第44條所謂「任何人不得非法容留外國人從事工作」係指自然人或法人與外國人間雖無聘僱關係，然有未依就業服務法及相關法令規定申請許可，即容許外國人停留在其所管領之處所為其從事勞務提供或工作事實之行為而言。依該條規定處罰僅以外國人被容留且有提供勞務已足，容留時間長短不拘，並以該容留者作為處罰對象，不問外國人提供勞務之動機及對價之有無，亦不因該容留者與外國人無聘僱關係而得解免其責。故上訴人主張就業服務法第44條所稱「工作」之定義不包括無對價關係提供勞務之行為云云，容有誤解，並不可採。

2、上訴人另主張：外國人N女付費向上訴人學習美髮技術，係課程實習行為，不影響本國人工作機會，非屬就業服務法第43條規定範疇，被上訴人認定事實違誤，原處分法令適用自亦有誤；N男部分乃外國人來台對其親友間符合社會相當性之互助行為或無償好意惠施行為，原處分未盡調查義務，將上訴人有利之事實全略而不談；原審就如何侵害本國人於美髮業之就業部分未為任何調查，原判決認定有誤而有判決理由不備之判決違背法令情形，應予撤銷云云。惟按所謂判決不備理由，應以欠缺判決主文所由生不可或缺之理由為限，若其理由並不影響判決主文者，並不包括在內，至所載理由稍欠完足，而不影響判決基礎者，尚難謂為理由不備。又事實認定乃事實審法院之職權，苟其認定事實符合證據法則、經驗法則，縱其證據之取捨與當事人所希冀者不同，致其事實之認定亦異於該當事人之主張者，亦不得謂為原判決有違背法令之情形。查N男係銪鎰企業股份有限公司合法聘僱，從事製造業技工之越南籍移工，入境係基於與銪鎰企業股份有限公司間之僱傭契約而持有得於本國工作之許可及得居住於本國之居留證；N女原係瑞士藥廠股份有限公司合法聘僱之越南籍移工，嗣其為賺錢逃逸，因工作許可失效，在臺逾期居留；上訴人均未依就業服務法及相關法令規定申請許可，即容許N男、N女停留在其經營之系爭美髮店內從事美髮之勞務工作，經被上訴人分別於111年9月18日及同年10月3日查獲等情，乃原審依專勤隊111年9月28日移署南南勤字第1118423872號函、111年10月21日移署南南勤字第1118456309號函、光碟、調查筆錄、N男居留證影本、原告所提戶口名簿影本、原處分及訴願決定等證據，認定上訴人確有未經許可容留外國人N男、N女於其營業場所從事美髮工作之事實，核與卷內證據相符，已論明其證據取捨及得心證之理由，亦無違經驗法則及論理法則。參照前揭規定及說明，就業服務法第44條所定「非法容留外國人從事工作」不問外國人提供勞務之動機及對價之有無，亦不因該容留者與外國人無聘僱

關係而得解免其責。則原判決定認定N男、N女非屬好意施惠之一時、偶發行為，認定上訴人違反就業服務法第44條所定處罰要件，被上訴人依法裁罰並無違誤，並就上訴人前揭主張已逐一指駁，敘明不採其主張之理由，且其所記載之理由已足使人知其主文所由成立之依據。依前揭說明，自難認有何判決不適用法規或適用不當，及判決不備理由或理由矛盾之違法。至上訴人另舉其他法院判決意旨認「外國人對親友之好意施惠行為」非屬就業服務法第44條所稱「工作」為佐。惟其所舉其他法院判決僅屬該法院依個案事實所為認定及相關法令解釋適用，對於本院並不當然具有拘束力。況對照上訴人所舉臺北高等行政法院107年度簡上字第128號判決之個案事實為：「P女為被上訴人外籍配偶之姐，入境我國目的是觀光、探親，至多僅得停留臺灣30日，……，在臺期間居住在被上訴人位於臺北市……號6樓住處；而被上訴人所經營之『東石順小吃店』則位於其住處樓下1樓，P女於借住被上訴人住處期間，基於好意，協助其妹收拾店內餐盤、碗筷，……」，該院乃認有親屬關係之P女收拾餐盤、碗筷之行為，僅係對親友之好意施惠行為而與就業服務法第44條規範之「工作」有間。核與本件原審所確定上訴人係N男之阿姨，N男於非上班時間外，在系爭美髮店提供勞務，且所為非僅招呼顧客、照看店面而係為顧客洗頭、上髮捲等美髮勞務已長達1年多之久等情，其停留在臺時間長短顯屬有別，自難逕予類比。上訴人前揭主張無非係重述其在原審提出而為原審所不採之主張，並就原審取捨證據、認定事實之職權行使事項為爭議，復就原審已論斷或指駁不採者，以其主觀見解再予爭執，執以指摘原判決有理由不備及理由矛盾之違誤，自無可採。

五、綜上所述，原審依職權調查證據後，並依調查證據之結果，依論理、經驗及證據法則判斷事實而為判決駁回上訴人在原審之訴，並已論明其認定事實之依據及得心證之理由，其所適用之法規與應適用之法規核無違背，並無判決不適用法規

或適用不當，及判決不備理由或理由矛盾之情事。上訴意旨仍執前詞，指摘原判決違背法令，求予廢棄，難認有理由，應予駁回。

六、結論：上訴為無理由。

中　　華　　民　　國　　113　　年　　4　　月　　30　　日

審判長法官　孫　國　禎

法官　林　韋　岑

法官　曾　宏　揚

上為正本係照原本作成。

不得上訴。

中　　華　　民　　國　　113　　年　　5　　月　　1　　日

書記官　林　幸　怡