

01 最 高 行 政 法 院 判 決

02 109年度上字第261號

03 上 訴 人 南山人壽保險股份有限公司

04 代 表 人 陳 崇

05 訴訟代理人 陳業鑫 律師

06 黃合文 律師

07 被 上 訴 人 勞動部勞工保險局

08 代 表 人 鄧明斌

09 訴訟代理人 陳金泉 律師

10 葛百鈴 律師

11 黃胤欣 律師

12 上列當事人間勞工退休金條例事件，上訴人對於中華民國108年1
13 2月19日臺北高等行政法院108年度訴字第326號判決，提起上
14 訴，本院判決如下：

15 主 文

16 原判決關於駁回上訴人請求撤銷被上訴人107年2月21日保退二字
17 第10760028421號函及該訴願決定之訴，暨該訴訟費用部分廢
18 棄，發回臺北高等行政法院。

19 其餘上訴駁回。

20 上訴駁回部分上訴審訴訟費用由上訴人負擔。

21 理 由

22 一、上訴人未依勞工退休金條例（下稱勞退條例）第18條規定自
23 所屬保險業務員游尚儒及蔡坤緯（以下合稱游蔡2人）到職
24 日起申報提繳勞工退休金（下稱勞退金），前經被上訴人於
25 民國101年7月5日以保退二字第10160172751號函（下稱101
26 年7月5日函）限期上訴人於101年7月20日前填寫勞退金提繳
27 申報表送至被上訴人，申報游蔡2人自到職日起提繳勞退
28 金，惟上訴人逾期仍未改善，被上訴人乃以101年7月24日保
29 退二字第10160233801號函（下稱101年7月24日函），依勞

01 退條例第49條規定，處上訴人罰鍰新臺幣（下同）10萬元，
02 並自101年7月24日起按月裁處上訴人迄今，惟上訴人仍未改
03 善。本件係被上訴人復於107年2月21日以保退二字第107600
04 28421號函（下稱原處分）再處上訴人罰鍰10萬元，上訴人
05 不服，提起訴願，經決定駁回，遂向臺北高等行政法院（下
06 稱原審）提起行政訴訟，並聲明：1. 訴願決定及原處分均撤
07 銷。2. 被上訴人不得作成「命上訴人依勞退條例第6、8、1
08 6、18條規定為游蔡2人提繳勞退金」及「依勞退條例第49條
09 規定裁處罰鍰」之行政處分。經原審以108年度訴字第326號
10 判決（下稱原判決）駁回後，上訴人不服，遂提起本件上
11 訴。

12 二、上訴人起訴主張及被上訴人在原審答辯，均引用原判決所
13 載。

14 三、原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以：

15 (一)訴之聲明第2項部分，被上訴人「命上訴人提繳勞退金及罰
16 鍰」之損害並非重大，其損害非不能回復，且非「事後救濟
17 已無實益」，上訴人訴之聲明第2項部分提起預防性不作為
18 訴訟，欠缺重大損害性、補充性等訴訟要件，為不合法。

19 (二)依上訴人「業務代表承攬合約書之附屬約定事項」（下稱承
20 攬合約附屬約定事項）第3條第1項規定，游蔡2人須「同意
21 遵守南山人壽頒布之任何規章」，包括為公司工作、考核之
22 規定，難謂游尚儒之工作內容不具有從屬性。依上訴人「業
23 務代表承攬合約書」（下稱承攬合約）第3條規定：「……
24 南山人壽得……隨時以書面通知修訂附件業務津貼及獎金
25 表之內容」，游蔡2人對於薪資幾無決定權限及議價空間，
26 必須單方聽從上訴人變更之薪資條件內容。又游蔡2人須依
27 上訴人指示方式提供勞務：依承攬合約第1條第1項規定，游
28 蔡2人之職責為解釋上訴人之保險商品內容與條款，說明與
29 填寫要保書注意事項，並須為上訴人轉送要保文件及保險
30 單，足見游蔡2人係履行與上訴人間保險招攬勞務契約之債
31 務內容，對於第三人執行如上職務服務。依承攬合約第1條

01 第2項規定，游蔡2人尚須為上訴人對客戶提供所要求與保險
02 契約有關之各項後續服務客戶工作，以獲致工資報酬。依承攬
03 合約附屬約定事項第3條第2項規定，要求游蔡2人於執行
04 職務時必須使用上訴人所印製的宣傳資料、計劃書。依承攬
05 合約附屬約定事項第3條第4項規定，游蔡2人必須在客戶簽
06 署要保書後2個工作日向上訴人遞交要保書。依承攬合約附
07 屬約定事項第11條規定，上訴人得要求游蔡2人作職務上之
08 報告。依承攬合約附屬約定事項第9條規定，上訴人要求游
09 蔡2人本人甚至連配偶均不得為別家保險公司經辦或推銷保
10 險。依承攬合約附屬約定事項第15條第5項，要求游蔡2人使
11 用的名片必須遵照上訴人的統一規定格式。依「業務主任委
12 任合約書」（下稱委任合約）第2條第1、3項規定，游蔡2人
13 負有提供上訴人所屬業務代表之保險招攬技術之訓練及指導
14 義務，如未善盡指導或成效不彰，會受到停止其業務主任工
15 作的不利益處分。再依委任合約第2條第4項規定，游尚儒應
16 對其轄屬業務代表所招攬並經上訴人同意承保之保戶，負提
17 供服務義務。又游蔡2人須接受上訴人評量，就評量標準無
18 商議權限。依上訴人「業務代表承攬合約之評量標準」（下
19 稱承攬合約評量標準），上訴人對於游蔡2人訂有承攬合約
20 評量標準，且上訴人有單方書面通知修訂承攬合約評量標準
21 權限。此外，上訴人為游蔡2人訂定承攬合約評量標準、業
22 務津貼及獎金表、要求游蔡2人負有提供保戶服務義務、要
23 求業務主任應對其轄屬業務代表提供訓練及輔導義務，及上
24 訴人官網顯示其所屬業務員分為業務代表、業務主任、業務
25 襄理、區經理、通訊處經理、總監不同之組織層級，視能力
26 及表現升遷等等，均足證明保險業務員已納入上訴人組織體
27 系。其工作並非不具從屬性關係，縱可認其契約具有承攬性
28 質，但亦混合勞動契約之性質，應屬勞動基準法（下稱勞基
29 法）第2條第6款規定的勞動契約。

30 (三)依照本院100年度判字第2117號判決內容之記載，可知游蔡2
31 人與上訴人間是否為勞動契約，並不是只看「有無工作時間

01 之規範」、「按所招攬之保險收受之保險費為基礎計算其報
02 酬」此二點來決定，且業務人員之輔導、考核、升遷及監
03 督，本人及配偶並應受競業禁止之限制，均可認定保險業務
04 員在人格上從屬於上訴人；且「保險業務員必須受保險公司
05 所制定之各項規範及要求之約束」（包括業務人員招攬行銷
06 作業細則、業務品質評議管理辦法暨作業相關細則、商業行
07 為準則），已顯示保險業務員與保險公司間具有人格從屬
08 性、且亦有勞務須親自履行之特性。而保險業務員之新契約
09 申報、保戶契約變更服務、理賠文書遞件申請、首年度與續
10 年度保費收取繳交等都有賴同僚配合完成，亦均存在組織從
11 屬性（本院101年度判字第368號判決參照），是上訴人(原
12 判決誤載為被上訴人)前揭有關游蔡2人之工作內容不具有從
13 屬性之主張，業經本院諸多判決肯認具有勞基法上之勞動契
14 約之性質，該法律見解並未經認定為違背法令，亦非司法院
15 釋字第740號解釋(下稱740號解釋)範圍，前既已有行政法院
16 確定判決認定上訴人所屬保險業務員為適用勞基法之勞工，
17 上訴人對其應為所僱保險業務員提繳勞退金乙節，知之甚
18 詳，並不因民事和解而有不同，被上訴人在裁罰前亦曾給予
19 上訴人限期改善之機會，上訴人仍未改善，其有故意甚明，
20 且違法情節非輕，原處分裁罰10萬元，尚非過重，亦未違反
21 比例原則等語，駁回上訴人於原審之訴。

22 四、上訴意旨略謂：

23 (一)游蔡2人於原處分作成前已離職多年且已和解，被上訴人卻
24 自101年7月24日起按月連續裁處上訴人，顯足以預期後續月
25 份會持續作成處分，違反行政程序法第9條、第36條、第43
26 條規定。縱認上訴人與保險業務員間為勞動契約，上訴人僅
27 具有一個提撥勞退金義務，被上訴人卻以保險業務員人數分
28 批對上訴人每月分別裁處5項罰鍰，違反一行為不二罰原
29 則。原判決未審酌上訴人之營業利益存在隨時因被上訴人開
30 罰而受到重大損害之風險，遽以欠缺權利保護必要，駁回上

01 訴人提起「預防性不作為訴訟」，顯有未依職權查明事實關
02 係、判決不備理由及判決理由矛盾。

03 (二)740號解釋已指出，判斷是否為勞動契約之核心基準為「勞
04 務債務人（保險業務員）得否自由決定勞務給付之方式（包
05 含工作時間）」、「是否自行負擔業務風險（例如按所招攬
06 之保險收受之保險費為基礎計算其報酬）」，本院106年度
07 判字第233號判決、107年度判字第708號判決、108年度判字
08 第407號判決及原審107年度訴字第311號判決均實質適用740
09 號解釋。原判決所援引本院100年度判字第2117號判決、101
10 年度判字第368號判決等，均係740號解釋公布前作成，於該
11 號解釋作成後應以之為判斷依歸。契約法律性質視其主給付
12 義務內容而定，勞動契約主給付義務為勞務債務人須依勞務
13 債權人所定工作時間、休息、休假之限制，且依其工作時間
14 長度及時段計算並給付報酬。蘇永欽大法官於司法院釋字第
15 726號解釋意見書已指出，「工作時間」屬於勞動契約必要
16 之點。游尚儒於110年8月4日就另案即原審109年度訴字第42
17 5號案件亦出庭證述上訴人與保險業務員是簽訂承攬合約。
18 又法院多仍以「記者沒有固定上下班時間要求、出缺勤未被
19 考核、不適用任何請休假申請制度」、「記者係依稿件或攝
20 影任務之成果而計算其報酬」斷定「記者」為「非勞動契約
21 之承攬契約關係」。因此，只要保險業務員「沒有固定上下
22 班時間要求、出缺勤未被考核、不適用任何請休假申請制
23 度」，且係「按所招攬之保險收受之保險費為基礎計算其報
24 酬」者，則非屬勞基法第2條第6款之勞動契約，更不會適用
25 勞退條例。原判決判斷游蔡2人得否自由決定勞務給付之方
26 式時，並未將工作時間納入審酌，且認定渠等報酬受領未自
27 行負擔業務風險，顯已悖離740號解釋意旨，更不當適用勞
28 基法第2條第6款規定，足認並未善盡調查證據之義務，而有
29 判決適用法規不當及判決不備理由。

30 (三)從勞基法第2條第1、2款使用「僱用」及同條第6款所定勞動
31 契約指約定勞雇關係之契約，應認僅有民事「僱傭」契約始

01 有勞基法適用，「承攬」或「委任」契約則毋庸適用。承攬
02 合約「三、南山人壽得因法令變動、主管機關指示或配合實
03 務作業需要，隨時以書面通知修訂附件業務津貼及獎金表之
04 內容……」之約定，係為反映各別保險商品依法令或市場因
05 素變化所生成本，以維持保險業之清償能力，並非為達任意
06 調整報酬之目的。上訴人自59年起即採行保險業務員承攬／
07 委任制度，並以非勞動契約關係為基礎，精算商品費用率、
08 招攬保險之勞務成本，進而釐訂商品保費，給付業務員佣金
09 及提供保戶理賠保障。倘強行認定為勞動契約關係，將使上
10 訴人承受未經預期及估算之鉅額成本，直接衝擊保戶權益，
11 影響甚鉅。「考核」之約定係上訴人對工作成果即招攬保險
12 績效之要求，然游蔡2人得自行選擇欲招攬商品以獲取相應
13 之報酬，而所獲報酬無最高上限，並須自負經濟風險，與一
14 般勞工係以工作時間換取經濟利益不同，顯欠缺經濟從屬
15 性。而保險業務員之報酬乃依其成功招攬保險成果計算，與
16 「工作時間」並無關聯，其成功招攬保險之數量並非保險公
17 司所能「供給」，與勞基法第2條第3款規定工資係基於勞務
18 提出之本身所為之對價給付性質不符，無法被界定為具有勞
19 基法施行細則第12條與勞基法第14條第1項第5款規定所已描
20 述之「按件計酬」之特徵。原判決未論及保險業務員招攬業
21 績是否係為自己利益、相關佣獎金是否必須完成一定工作成
22 果始得獲得，無視上述佣金並非與工作時間有對價性等，率
23 認游蔡2人對於薪資幾無決定權及議價空間，與承攬關係有
24 別，違反經濟上從屬性，並以佣金與其他獎金在所得稅申報
25 資料顯示為「薪資所得」類別，即認屬勞基法第2條第3款之
26 工資，顯然抵觸740號解釋意旨，足認判斷無明確標準、流
27 於恣意，有不適用法規或適用不當。

28 (四)依民法第535、536、189、496條規定，不論委任或承攬契
29 約，勞務債務人皆應依勞務債權人之指示提供勞務，且應盡
30 一定程度之注意義務，以符勞務契約之本旨。本院106年度
31 判字第233號判決及107年度判字第708號判決亦認為，勞務

01 債權人對於履行勞務債務過程中之指示或相關規範，並不足
02 以作為勞動契約從屬性之認定。然原判決援引本院100年度
03 判字第2117號判決、101年度判字第368號判決表示保險業務
04 人員須遵守保險公司之招攬行銷作業細則、業務品質評議管
05 理辦法暨作業相關細則、行為準則等，認定保險業務員與保
06 險公司間具有人格從屬性，顯然無視委任、承攬或居間等非
07 勞動契約之勞務債務人亦應依契約盡注意義務，則勞務契約
08 將被窄化為勞動契約，而無成立承攬、委任、居間契約之可
09 能性。原判決並認縱兼有承攬、委任等性質，仍應屬勞動契
10 約，毋寧將不同主給付義務之勞務契約，全都認為是勞動契
11 約，忽略民法劃分「僱傭」、「委任」、「承攬」、「居
12 間」等不同勞務契約類型之規定，顯屬不當，應為本院108
13 年度判字第407號判決所摒棄之「類型強制」，亦曲解勞基
14 法第2條第6款，抵觸740號解釋，而有不適用法規之違法。
15 且原判決認為有從屬性成分之要素者，740號解釋民事原因
16 案件之契約關係亦大多具備，顯見該等要素不被740號解釋
17 所採納，其判決違背法令。

18 (五)無論勞動、承攬、委任、居間關係，業務員均須遵守保險業
19 務員管理規則(下稱管理規則)、保險業招攬及核保理賠辦法
20 等相關保險監理法令所定之義務，此乃因保險業屬於高度監
21 理產業，對於人民權益影響重大，這些保險或金融監理法規
22 均不能作為上訴人與游蔡2人間是否具有從屬性之判準。上
23 訴人於契約約定游蔡2人須遵守管理規則，公司得對業務員
24 不當招攬行為予以處理，及不得為其他保險公司招攬保險，
25 僅係重申管理規則第18條、第19條以及第14條第1項等規
26 定，與有無從屬性無涉。此外，保險業招攬及核保理賠辦法
27 (下稱招攬辦法)第7條、人身保險業通報作業實施要點第2條
28 規定乃保險法課予上訴人應遵守之義務，且保險業務員若收
29 到客戶簽署之要保書後遲未交予上訴人，一方面該保險契約
30 無從訂立，本難計付報酬予保險業務員，另一方面亦使被保
31 險人陷於未受保險保障之風險。又管理規則第3條、第5條、

01 第15條第4項規定，保險業務員未具備相關資格、辦理登錄
02 者不得招攬保險，乃主管機關基於金融安全秩序及保險業務
03 紀律所立之規範，非基於契約約定之結果。則原判決認保險
04 業務員為特定保險公司招攬保險、受競業禁止限制、保險公
05 司以業績進行考核、保險業務員配合公司政策、維護公司形
06 象等義務，認定保險業務員與保險公司間具有從屬性，未審
07 酌游蔡2人得自由決定招攬保險之時間、地點及方式，渠等
08 「招攬」保險契約之過程並「未」受上訴人之指揮、監督及
09 控制，以及招攬保險後契約申報、變更服務等相關保險客戶
10 服務、理賠之完成需要其他同事協助，逕自擷取契約內容，
11 率認上訴人與游蔡2人間關於勞務給付具有使用從屬及指揮
12 監督之關係屬僱傭契約，具有從屬性，顯然忽略承攬、委
13 任、居間等其他勞務契約亦有約定契約履行品質之可能，違
14 反740號解釋理由書、本院108年度判字第407號、107年度判
15 字第708號判決禁止契約類型強制之要旨，亦不當適用勞基
16 法第2條第6款，構成適用法規不當。又740號解釋黃璽君大
17 法官部分不同意見書之內容，僅係大法官個人意見及立場之
18 表達，不具有拘束力。原判決執以遽論上訴人與保險業務員
19 間為勞動契約關係，不依740號解釋意旨認事用法，復未說
20 明契約性質是否因將管理規則之規範內容訂入契約而有不
21 同，有判決不適用法規及判決不備理由。

22 (六)蔡坤緯從未與上訴人締結業務主任合約，原審與被上訴人至
23 今仍堅稱蔡坤緯可能「受到停止業務主任工作」云云，顯未
24 仔細審視系爭合約。被上訴人至今仍未檢附原處分之卷證資
25 料，顯見企圖掩蓋其未盡職權調查證據義務之瑕疵。

26 (七)依黃茂榮大法官740號解釋協同意見書及法律意見書之見
27 解，原判決關於從屬性認定之見解，已違背740號解釋。上
28 訴人與其業務員間簽訂之保險招攬契約定性，自當由其主給
29 付義務，亦即勞務債務人能否自行決定工作時間、工作地點
30 與勞務之方式而定，與勞務債務人所為勞務給付是否有依勞
31 務債權人指示無涉。基於契約自由原則，人民有權自由形塑

01 與第三人之契約關係，不得未經法律授權或以行政機關解釋
02 或法院判決形成契約類型強制。契約形塑之結果則取決於市
03 場，亦即人民所能承擔之勞務成本而定。復援引金融監督管
04 理委員會（下稱金管會）函文說明，管理規則非為規範保險
05 業務員勞務給付內容，不論是否納入保險招攬契約，均不會
06 變動主給付義務內容約定，而與勞務契約定性無關。本院10
07 8年度上字第954號判決見解，顯與740號解釋不符。而740號
08 解釋理由中所謂「不得逕以」的「逕」乃贅詞，係指「不
09 得」將管理規則作為認定依據，而非不得將管理規則作為
10 「唯一」的認定依據。

11 (八)司法院釋字第596號解釋理由明確表示：「勞工請領退休金
12 之權利，屬於私法上之債權」，司法院釋字第781、782、78
13 3號解釋理由書亦已揭示，有關「工資」之債權，屬於私法
14 上債權，則勞工對於退休金之權利屬對「遞延工資」之請
15 求，當然是私法上之權利。參照行政院函送之勞退條例草案
16 說明及740號解釋黃茂榮大法官協同意見書可知，勞工就其
17 有無請領退休金之權利與雇主發生爭執，屬私法爭議，臺灣
18 高等法院108年度重勞上字第12、59號、107年度勞上字第15
19 1號、105年度重勞上字第44號、104年度重勞上字第45號、
20 臺灣士林地方法院106年度重勞訴字第10號民事判決，亦均
21 認勞務債權人「請求提繳勞退金至被上訴人之勞工退休金專
22 戶」之權利，屬於私法上之債權。而勞退條例課予雇主提繳
23 勞工月退休準備金之義務，僅作為勞工行使請領退休金權利
24 之保全手段。若當事人已自認非屬勞工，則無適用勞退條例
25 規定以確保其請領退休金權利可言。游蔡2人簽訂民事和解
26 筆錄時，已明確表示與上訴人間之保險招攬契約非勞動契約
27 關係，毋寧自認其非勞工，且已拋棄請求勞退金之權利。又
28 勞退條例第49條之裁罰類型，實際上是「違反『為勞工於到
29 職日起辦理開始提繳勞退金程序』之作為義務」的「不作
30 為」違法行為。其裁處權時效，應自「作為義務消滅時」
31 （即停止為勞工辦理提繳退休金時）起算。而依勞退條例第

01 18條規定，雇主為勞工辦理提繳勞退金之義務，應於「勞工
02 離職之日起7日內」即已消滅，因此應自「勞工離職之日起7
03 日內」起算行政罰法第27條第1項規定之3年裁處權時效。游
04 蔡2人請求提繳勞退金之權利已罹於消滅時效，則被上訴人
05 續以原處分命上訴人為其提繳勞退金，顯已喪失其目的正當
06 性，而違反比例原則。原判決無視游蔡2人真意，且未具體
07 說明不採之理由，亦未說明適用勞退條例裁罰上訴人以保全
08 游蔡2人請領退休金權利存在之必要性，顯有消極未適用行
09 政罰法第27條第1項規定暨判決不備理由。

10 (九)上訴人與蔡坤緯達成和解後，即將和解筆錄以102年5月7日
11 (102)南壽法字第022號函轉送予被上訴人。又上訴人與游
12 君達成和解後，游君向被上訴人提呈「撤銷申訴及請求停止
13 裁罰陳情書」，表明雙方確非勞動契約關係。被上訴人作成
14 原處分時，刻意未將系爭和解筆錄及陳情書等有利於上訴人
15 之證據納入衡酌或考量，違反行政程序法第9條、第36條規
16 定、第43條、第96條第1項第2款之說明理由義務，原審略而
17 未論，亦有判決不備理由。

18 (十)游蔡2人與上訴人成立契約關係之期間，就上訴人是否有為
19 其提繳新制勞退金之私法上債務，呈現利害關係相反之狀
20 況。假若訴願決定暨原處分遭撤銷，則游蔡2人無法享有新
21 制勞退金之利益，故依本院103年11月份第1次庭長法官聯席
22 會議決議，原審未命游蔡2人參加訴訟，違反行政訴訟法第4
23 2條第1項規定，屬行政訴訟法第243條第1項所稱之違法判
24 決。

25 □目前已有48件民事確定判決認上訴人與保險業務員之間屬承
26 攬契約關係，非屬勞動契約關係。過往本院雖稱行政法院不
27 受該民事確定判決認定事實及其法律見解之拘束，但本院90
28 年度判字第1185號與109年度判字第449號判決仍將「和解契
29 約」作為行政處分之前提事實，撤銷悖離和解契約之行政處
30 分。再依本院109年度判字第228號判決意旨，當普通法院已
31 藉由民事確定判決或有既判力之和解筆錄審認該私法債權之

01 存否或其內容時，行政機關或行政法院應以之為決定基礎，
02 不得以解釋或判決形成契約類型強制，以免實質剝奪人民契
03 約自由之憲法權利，此一概念經司法院釋字第576、740、58
04 0號解釋闡明在案。上訴人與游蔡2人已達成訴訟上和解，被
05 上訴人仍作成原處分對上訴人裁罰並要求為游蔡2人提繳退
06 休金，自屬違法處分，且有消極不適用民法第737條、民事
07 訴訟法第380條第1項規定之違背法令情形。原判決僅泛稱
08 「民事和解筆錄不拘束行政法院」，毫無任何理由論述，已
09 有判決不備理由，亦與740號解釋意旨不符，有不適用法規
10 或適用不當之違法。將來若上訴人提起民事訴訟主張不當得
11 利，訴請游蔡2人返還已受領之給付，受訴法院受和解效力
12 所拘束，勢必判決准許上訴人之請求，終至行政機關與民事
13 法院就同一構成要件為相異認定之結果，如此絕非社會所樂
14 見。另上訴人係為履行民事訴訟上和解契約關係，而未為游
15 蔡2人提繳退休金，應無違法故意或過失。然原審對於上訴
16 人此項重要之攻擊方法恣置未論，有判決不備理由。

- 17 □黃茂榮、蔡明誠、陳春生、黃虹霞大法官等於740號解釋協
18 同意見書、陳清秀教授「行政訴訟法之先決問題—以保險業
19 務員勞務契約性質認定為例」論著及學者沈冠伶「民事訴訟
20 與行政訴訟之分工與合作—專業審判與權利有效救濟間之選
21 擇」論著及其法律鑑定意見書，均已指出行政法院審判時面
22 對私法上勞務契約類型界定問題時，應以民事法院判決為
23 據。詹森林大法官於「民法與勞動法之對話」闡述740號解
24 釋核心意旨，即解釋當事人契約關係時，應「探求當事人之
25 真意」。原判決未交代任何理由，逕無視上訴人與游蔡2人
26 簽訂之承攬合約及委任合約暨訴訟上和解契約真意，已有消
27 極不適用法令及判決不備理由。此外，尚有林更盛教授著作
28 「再論保險業務員從屬性的認定」、「保險業務員從屬性認
29 定的具體化—兼評勞動部2019.11.29之『勞動契約認定指導
30 原則』」、張文郁教授「私法自治與確定判決之構成要件
31 （先決問題）既判效力」及劉建宏教授之法律鑑定意見書、

01 劉宗德教授「論連續處罰中先前裁罰處分拘束力之合憲性與
02 合法性—以臺北高等行政法院109年度簡上字第75號判決為
03 楔」等法律意見等論述可支持上訴人之主張，原判決不顧當
04 事人間在民事法院達成之訴訟上和解，片面認定游蔡2人之
05 工作內容具有從屬性而與上訴人間之勞動契約存在，判決即
06 屬違法。

- 07 □臺北市政府99年2月2日府授勞二字第09930820500號函（下
08 稱99年2月2日函）僅為臆測，臺北市政府勞工局（嗣於102
09 年1月改制為臺北市政府勞動局）99年2月12日北市勞二字第
10 09910535600號函（下稱99年2月12日函）僅是重申勞基法對
11 勞工之判斷標準，並無實質認定上訴人與業務員間之契約定
12 性，難作為原處分之適當依據。臺北市政府勞動局105年11
13 月9日北市勞就字第10541956800號函已認上訴人與保險業務
14 員間並「非」僱傭關係，而係「承攬關係」，與99年2月2日
15 及12日函見解不同，足認臺北市政府勞動局已變更見解。財
16 政部臺北國稅局106年11月1日財北國稅法二字第1060041611
17 號復查決定亦認為上訴人與保險業務員間並非僱傭關係。被
18 上訴人於改制前台閩地區勞工保險局74年1月22日勞（承）
19 字第008278號函及83年9月15日八三勞承字第6047255號函均
20 函知上訴人，只要保險業務員與上訴人間之保險招攬契約關
21 係，滿足「無底薪」、「依業績多寡支領報酬」或「公司亦
22 無要求任何出勤打卡（工作時間上之指揮監督）」等條件，
23 則足認欠缺僱傭關係，而不適用勞工保險條例，與740號解
24 釋相符。被上訴人105年5月13日保納行一字第10510107010
25 號函已自承，上訴人與保險業務員間契約性質爭議，依工作
26 所在地之縣（市）政府勞工行政主管機關或循司法途徑解
27 決。而上訴人與游蔡2人已於民事訴訟中成立和解，被上訴
28 人卻仍為原處分裁處上訴人，且上訴人並無故意過失存在，
29 原處分顯然違背其過去先例，違反行政自我拘束原則。原判
30 決不查，亦無傳喚游蔡2人到庭說明其業務員合約之履行狀
31 況，復未敘明不採之理由，逕認上訴人與保險業務員間為之

01 勞動契約具有僱傭性質，除消極不適用740號解釋，亦顯有
02 未盡調查證據及判決不備理由。

03 □原判決以「公益性需求」凌駕於法院認證之和解契約，逕以
04 管理規則（與相關重申規範）及其他無關從屬性之要素，遽
05 認雙方屬勞動契約關係，與本院多數見解不同，亦悖於740
06 號解釋、私法自治原則與經驗法則，有以言詞說明之必要。
07 且被上訴人自99年起分批次對上訴人按月進行裁罰，涉及業
08 務人員總數在5,000人以上；截至110年1月31日為止，累計
09 爭議案件數量達到598件，裁罰金額亦達到60,450,000元之
10 多，對上訴人及業務人員之權利影響極其重大，請本院召開
11 言詞辯論程序。

12 五、本院判斷：

13 (一)關於撤銷訴訟部分：

14 1.行為時勞退條例第7條規定：「(第1項)本條例之適用對象為
15 適用勞動基準法之本國籍勞工。但依私立學校法之規定提撥
16 退休準備金者，不適用之。(第2項)實際從事勞動之雇主及
17 經雇主同意為其提繳退休金之不適用勞動基準法本國籍工作
18 者或委任經理人，得自願提繳，並依本條例之規定提繳及請
19 領退休金。」第16條規定：「勞工退休金自勞工到職之日起
20 提繳至離職當日止。但選擇自本條例施行之日起適用本條例
21 之退休金制度者，其提繳自選擇適用本條例之退休金制度之
22 日起至離職當日止。」第18條規定：「雇主應於勞工到職、
23 離職、復職或死亡之日起7日內，列表通知勞保局，辦理開
24 始或停止提繳手續。」第49條規定：「雇主違反……第18
25 條……規定，未辦理申報提繳、停繳手續或置備名冊，經限
26 期改善，屆期未改善者，處新臺幣2萬元以上10萬元以下罰
27 鍰，並按月連續處罰至改正為止。」行為時勞基法第2條規
28 定：「本法用辭定義如左：一、勞工：謂受雇主僱用從工作
29 獲致工資者。……六、勞動契約：謂約定勞雇關係之契
30 約。」(108年5月15日修正勞基法第2條第6款規定：「六、
31 勞動契約：指約定勞雇關係而具有從屬性之契約。」)至於

01 何謂勞雇關係，勞基法並未界定其標準。民法上以有償方式
02 提供勞務之契約，未必皆屬勞動契約，是應就勞務給付之性
03 質，按個案事實客觀探求各該勞務契約之類型特徵。如提供
04 勞務者基於人格上從屬性，有為他人提供受其指示之拘束、
05 由他人決定之勞務的義務，原則上無形成諸如涉及勞務內
06 容、履行、時間與地點等職務內容之實質自主決定權，可謂
07 係受勞動法保護之勞工。契約當事人主觀上之真意及私法自
08 治應予尊重，避免違反私法自治或契約自由，惟亦應實質觀
09 察有無藉契約形式而去勞動化之規避行為。至其人格從屬性
10 之程度，應依各職務性質及實際履行狀況整體考量提供勞務
11 者受他方支配之強度，是否在他方控制權下產生人格上的從
12 屬，且不因其選擇之契約名稱而受影響。實務上另輔以經濟
13 上從屬性及組織上從屬性作為判斷標準。740號解釋：「保
14 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
15 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
16 （保險業務員）得否自由決定勞務給付之方式（包含工作時
17 間），並自行負擔業務風險（例如按所招攬之保險收受之保
18 險費為基礎計算其報酬）以為斷，不得逕以保險業務員管理
19 規則為認定依據。」則揭示可從可否自由決定勞務給付並自
20 行負擔企業風險加以判斷，而不得逕以行政監理之管理規則
21 為認定依據。是以關於保險業務員為其所屬保險公司從事保
22 險招攬業務而訂立之勞務契約，基於私法自治原則，有契約
23 形式及內容之選擇自由，其類型可能為僱傭、委任、承攬或
24 居間，其選擇之契約類型是否為勞動契約，應就個案事實及
25 整體契約內容，按勞務契約之類型特徵，依勞務債務人與勞
26 務債權人間之從屬性程度之高低判斷之。

27 2.次按保險法第6條第1項規定：「本法所稱保險業，指依本法
28 組織登記，以經營保險為業之機構。」行為時保險法第8條
29 之1規定：「本法所稱保險業務員，指為保險業、保險經紀
30 人公司、保險代理人公司，從事保險招攬之人。」（104年2
31 月4日修正條文：「本法所稱保險業務員，指為保險業、保

01 險經紀人公司、保險代理人公司或兼營保險代理人或保險經
02 紀人業務之銀行，從事保險招攬之人。」) 保險法第148條
03 之3規定：「(第1項) 保險業應建立內部控制及稽核制度；
04 其辦法，由主管機關定之。(第2項) 保險業對資產品質之
05 評估、各種準備金之提存、逾期放款、催收款之清理、呆帳
06 之轉銷及保單之招攬核保理賠，應建立內部處理制度及程
07 序；其辦法，由主管機關定之。」第177條規定：「保險業
08 務員之資格取得、登錄、撤銷或廢止登錄、教育訓練、懲處
09 及其他應遵行事項之管理規則，由主管機關定之。」主管機
10 關據此訂定招攬辦法及管理規則。依此，保險業務員與其所
11 屬保險公司簽訂之契約，是否均屬招攬辦法或管理規則規定
12 之事項及保險業務員是否有自由決定勞務給付方式之自主空
13 間即有釐清之必要。原審以依承攬合約第1條第1項、承攬合
14 約附屬約定事項第3條第2項、第9條、第15條第5項等約定，
15 游蔡2人之職責為解釋上訴人之保險商品內容與條款，說明
16 與填寫要保注意事項，並須為上訴人轉送要保文件及保險
17 單；於其執行職務時必須使用上訴人印製之宣傳單、計劃
18 書；本人與配偶不得為別家保險公司經辦或推銷保險；使用
19 上訴人之名片必須遵照統一的格式等，判斷游蔡2人須依上
20 訴人指示方式提供勞務。此外，依承攬合約附屬約定事項第
21 3條第1項及第11條約定，游蔡2人須遵守包括為上訴人工
22 作、受上訴人考核之規章，上訴人並得要求游蔡2人作職務
23 上報告，及依承攬合約第3條約定：「……南山人壽得……
24 隨時以書面通知修訂附件業務津貼與獎金表之內容」據以認
25 定游蔡2人領取的是「薪資」，且其2人對該薪資無決定權限
26 及議價空間，因認游蔡2人之工作內容具有從屬性。惟查，
27 原判決就上訴人有關上開事項均為管理規則與招攬辦法對上
28 訴人與游蔡2人之監理要求之主張是否屬實？其認定游蔡2人
29 受領之報酬係屬「薪資」性質所憑依據為何？另游蔡2人於
30 與上訴人達成之民事和解表示與上訴人間締結者並非勞動
31 (僱傭) 契約，而此是否為游蔡2人與上訴人締約時之意思

01 與認識？其等實際執行勞務之情形為何？究竟有無獨立執行
02 職務之權限並自行負擔業務風險等情，原判決均未調查並說
03 明其理由，判決不備理由。再者，蔡坤緯似僅與上訴人簽訂
04 承攬合約，且遍查全卷並無蔡坤緯與上訴人簽訂之委任合約
05 存在，則原判決謂蔡坤緯依委任合約負有提供上訴人所屬業
06 務代表之保險招攬技術之訓練及指導義務，未善盡指導或成
07 效不彰，會受到停止其業務主任工作的不利益處分，並據此
08 認定蔡坤緯之工作內容係從屬上訴人，亦有判決未憑證據認
09 定事實之違法。

10 3. 又如前所述勞工身分的認定，係個案事實涵攝問題。惟原判
11 決卻援引本院100年度判字第2117號判決、101年度判字第36
12 8號判決作為認定本件游蔡2人與上訴人間契約屬性之依據。
13 然而本院100年度判字第2117號判決乃有關被上訴人命上訴
14 人就訴外人顏名標等3千多人提繳勞退金之爭議，而上訴人
15 主張該案並不包括游蔡2人。另本院101年度判字第368號判
16 決則係被上訴人認訴外人保誠人壽保險股份有限公司（下稱
17 保誠公司）員工黃孝宇97年5月至98年6月每月工資、3個月
18 平均工資及原申報月提繳工資，已有調整工資情事，惟保誠
19 公司未依勞退條例覈實申報調整月提繳工資，被上訴人乃依
20 勞退條例第52條規定裁罰保誠公司所生之爭議。且本院乃法
21 律審，係在審查下級審判決有無違背法令，本院上開判決並
22 未為事實認定及調查證據，故自難以本院上開判決作為本件
23 事實認定之證據。是以上訴人與顏名標等3千多人及保誠公
24 司與其員工黃孝宇簽訂之勞務契約，與上訴人與游蔡2人簽
25 訂者及實際從事職務性質及實際履行之整體狀況是否相同，
26 原判決亦未詳查，逕援用上開判決認為上訴人在本案有關游
27 蔡2人佣金之計算須依被上訴人於各別商品所核准之附加費
28 用率範圍內訂定佣金給付標準，隨時調整，以確保符合金管
29 會及被上訴人要求之風險胃納及游蔡2人實際工作情形不具
30 從屬性等一切主張，業經本院諸多判決肯認具有勞動契約性
31 質，從而據以否定上訴人之主張，則原判決顯然未就本案個

01 案事實整體判斷並具體說明不採上訴人主張之理由，判決不
02 備理由。

03 4.另查，本件係源自上訴人未依勞退條例第18條規定自游蔡2
04 人到職日起申報提繳勞退金，前經被上訴人以101年7月5日
05 函限期上訴人於101年7月20日前填寫勞退金提繳申報表送至
06 被上訴人，申報游蔡2人自到職日起提繳勞退金，惟上訴人
07 逾期仍未改善，被上訴人乃以101年7月24日函，依勞退條例
08 第49條規定，處上訴人罰鍰10萬元，並自101年7月24日起按
09 月裁處上訴人迄今，惟上訴人仍未改善。被上訴人乃於107
10 年2月21日以原處分再處上訴人罰鍰10萬元等情，為原判決
11 確定之事實。再據被上訴人101年7月5日函載本件係游尚儒
12 申訴其於99年1月1日到職，惟上訴遲至101年3月7日始申報
13 其提繳勞退金；另蔡坤緯申訴其於97年3月到職，嗣於100年
14 7月離職，惟上訴人未為其申報提繳勞退金（原審卷一第352
15 頁）。按國家為改良勞工之生活，增進其生產技能，制定勞
16 退法以保護勞工。勞退條例第6條第1項規定：「雇主應為適
17 用本條例之勞工，按月提繳退休金，儲存於勞保局設立之勞
18 工退休金個人專戶。」並為利承辦機關辦理提繳作業，於第
19 18條明定雇主應於勞工到職、離職、復職或死亡1週內，通
20 知被上訴人，又於同條例第49條規定雇主違反前開規定者，
21 科處罰鍰，同時賦予被上訴人命限期改善及按月連續處罰之
22 權限，核係為監督雇主履行其申報義務之手段。而同條例第
23 19條第1項規定：「雇主應提繳及收取之退休金數額，由勞
24 保局繕具繳款單於次月25日前寄送事業單位，雇主應於再次
25 月底前繳納。」第53條規定：「(第1項)雇主違反……第19
26 條第1項……規定，未按時提繳或繳足退休金者，自期限屆
27 滿之次日起至完繳前1日止，每逾1日加徵其應提繳金額百分
28 之3滯納金至應提繳金額之1倍為止。(第2項)前項雇主欠繳
29 之退休金，經勞保局限期令其繳納，屆期未繳納者，依法移
30 送行政執行。雇主有不服者，得依法提起行政救濟。
31 ……」則係為監督雇主履行其給付勞退金之義務，以達成

01 保障勞工退休後生存安養之目的。此外，同條例第31條復規
02 定雇主未足額提繳勞退金，致勞工受有損害者，勞工對雇主
03 有損害賠償請求權，其請求權，自勞工離職時起，因5年間
04 不行使而消滅。則查，本件個案如經調查釐清事實後確認游
05 蔡2人與上訴人訂立之契約屬性為勞動契約，則上訴人拒不
06 依同條例第18條規定列表向被上訴人辦理游蔡2人到職申
07 報，則被上訴人是否即無從依同條例第19條繕具繳款單命上
08 訴人繳納勞退金？又本件上訴人如應辦理游蔡2人到職申
09 報，似係影響游尚儒申訴之99年1月1日至101年3月7日，及
10 蔡坤緯97年3月至100年7月止之勞退金，惟因上訴人與游蔡2
11 人對彼此間訂立之契約是否為勞動契約有所爭議，嗣並於10
12 2年3月8日與蔡坤緯，於107年2月21日與游尚儒達成民事和
13 解，游蔡2人表明其與上訴人間之契約並非勞動(僱傭)契
14 約，且不向上訴人請求勞退金在案，則被上訴人自101年7月
15 24日起按月裁處罰鍰上訴人迄今，本次再於107年2月21日裁
16 處上訴人10萬元，目的既係在監督上訴人辦理游蔡2人之到
17 職申報，惟被上訴人如認本件仍係勞動契約，並已依職權得
18 知其事，於多次裁處上訴人改善均無效果之情形下，有何不
19 能採取勞退條例第19條及第53條第1項之方法，亦即繕具繳
20 款單命上訴人繳納游蔡2人之勞退金，如不繳納移送強制執
21 行以及時保障游蔡2人權利，而仍必須以上訴人未辦理游蔡2
22 人之到職申報，裁罰至今累積巨額罰鍰，惟仍無法達到改善
23 及保障勞工之目的？此是否為保護游蔡2人唯一及必要之手
24 段？又游蔡2人已與上訴人達成民事和解，被上訴人有無再命
25 上訴人繳納游蔡2人勞退金之基礎？上訴意旨主張其與游蔡2
26 人已達成民事和解，游蔡2人已無此部分勞退金請求權，並
27 已將此民事履行結果陳報被上訴人，被上訴人仍以原處分之
28 裁罰方式命其辦理游蔡2人之到職申報，有違比例原則，而
29 原判決就上述事項均未調查並說明何以不採之理由，有判決
30 不備理由之違法，即非無據。

31 (二)關於預防性不作為訴訟部分：

01 任何訴訟提供人民之權利保護，均以有權利保護必要為要件
02 。人民就對己之侵益處分，或對第三人授益卻對己侵益之具
03 雙重效力之授益處分，本得於處分作成後提起訴願及撤銷訴
04 訟救濟。蓋在處分未作成前，人民並不會因處分而有權利或
05 法律上利益受損害。是以除非個案情形特殊，如不許人民提
06 起預防性不作為訴訟，人民權利無從及時受到保護外，人民
07 並無就行政處分提起預防性不作為訴訟之權利保護必要。本
08 件上訴人得對被上訴人之裁罰處分提起訴願及撤銷訴訟以除
09 去被上訴人裁罰處分之效力，且縱有金錢上之損害亦無不得
10 回復之情形。是上訴人得透過撤銷訴訟尋求救濟，而得為有
11 效之權利保護，衡情難認有何應容許上訴人提起預防性不
12 作為訴訟禁止被上訴人行政處分之作成，否則上訴人之權利無
13 從及時受到保護之情形。原判決以上訴人請求法院在被上訴
14 人作成決定前，先予救濟，不符預防性不作為訴訟之要件，
15 自無不合。

16 (三)綜上，原判決就上訴人訴請撤銷訴願決定及原處分之訴部
17 分，有如上所述違背法令情事，並與判決結論有影響，上訴
18 意旨求予廢棄原判決關此部分之訴，即有理由，惟因此部分
19 事證尚有未明，本院無從自為判決，而有由原審就此部分再
20 為調查之必要，爰將原判決關此部分予以廢棄，發回原審另
21 為適法之裁判。至原判決以上訴人所提預防性不作為訴訟之
22 要件不符，而駁回上訴人訴請被上訴人不得作成「命上訴人
23 依勞退條例第6、8、16、18條規定為游蔡2人提繳勞退金」
24 及「依勞退條例第49條規定裁處罰鍰」之行政處分之訴部
25 分，核無違誤，上訴意旨，猶執前詞，指摘原判決駁回此部
26 分訴訟違誤，求予廢棄，為無理由，應予駁回。又本件撤銷
27 訴訟部分因事證尚有未明而發回原審再為調查，故上訴人請
28 求本院行言詞辯論，即無必要，附此敘明。

29 六、綜上所述，本件上訴為一部有理由，一部無理由。依行政訴
30 訟法第255條第1項、第256條第1項、第260條第1項、第98條
31 第1項前段，判決如主文。

01 中 華 民 國 110 年 10 月 28 日

02 最高行政法院第一庭

03 審判長法官 侯 東 昇

04 法官 王 碧 芳

05 法官 鍾 啟 煌

06 法官 蔡 紹 良

07 法官 簡 慧 娟

08 以 上 正 本 證 明 與 原 本 無 異

09 中 華 民 國 110 年 10 月 28 日

10 書記官 劉 柏 君