臺北高等行政法院判決

109年度訴字第425號
111年10月6日辯論終結

原　　告　南山人壽保險股份有限公司

代　表　人　尹崇堯（董事長）
訴訟代理人　陳信翰　律師
　　余天琦　律師
　　陳毓芬　律師
上　一　人
複 代理 人　李俊良　律師
被　　告　勞動部勞工保險局

代　表　人　陳琄　（局長）
訴訟代理人　陳金泉　律師
　　葛百鈴　律師
　　黃胤欣　律師

上列當事人間勞工退休金條例事件，原告不服勞動部中華民國109年3月18日勞動法訴一字第1080020333號、同年月17日勞動法訴一字第1080023035號、同年月18日勞動法訴一字第1080024288號、同年2月18日勞動法訴一字第1080025762號及同年4月7日勞動法訴一字第1080029279號等訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

主　文

原告之訴駁回。

訴訟費用由原告負擔。

事實及理由

一、程序事項：

(一)原告代表人原為陳棠，於訴訟進行中變更為尹崇堯，茲據新任代表人尹崇堯具狀聲明承受訴訟（本院卷5第303頁），核無不合，應予准許。

(二)被告代表人原為鄧明斌，於訴訟進行中變更為陳琄，茲據新任代表人陳琄具狀聲明承受訴訟（本院卷4第465-466頁），核無不合，應予准許。

(三)按「訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴。但經被告同意或行政法院認為適當者，不在此限。」「有下列情形之一者，訴之變更或追加，應予准許：……二、訴訟標的之請求雖有變更，但其請求之基礎不變。」行政訴訟法第111條第1項及第3項第2款分別定有明文。本件原告起訴時聲明原為：1.訴願決定、原處分均撤銷。2.被告不得作成「命原告依勞工退休金條例第6、8、16、18條規定為游尚儒及蔡坤緯提繳勞工退休金」及「依勞工退休金條例第49條規定裁處罰鍰」之行政處分（本院卷1第35頁）；嗣於訴訟進行中迭經數次變更，最後變更聲明為：1.訴願決定、原處分關於罰鍰部分均撤銷。2.確認原處分關於公布原告單位名稱及負責人姓名等資訊部分違法。3.被告不得作成「命原告依勞工退休金條例第6、8、16、18條規定為游尚儒及蔡坤緯提繳勞工退休金」及「依勞工退休金條例第49條規定裁處罰鍰」之行政處分（本院卷4第462頁，本院卷5第21、299頁，本院卷6第9頁）。經核其訴訟標的之請求雖有變更，但請求之基礎不變，本院認其所為訴之變更，洵屬適當，應予准許。

二、爭訟概要：

原告未依規定申報所屬勞工游尚儒及蔡坤緯（以下分別稱游君、蔡君，合稱時則稱游蔡2人）自到職日起提繳勞工退休金，前經被告以民國101年7月5日保退二字第10160172751號函（下稱系爭限期改善處分），請原告於101年7月20日前改善，為游蔡2人自到職日起申報提繳勞工退休金，惟原告逾期仍未申報提繳游蔡2人勞工退休金，經被告以其違反勞工退休金條例（下稱勞退條例）第18條規定，乃依同條例第49條規定，以101年7月24日保退二字第10160233801號函（下稱第1次裁處處分），處原告罰鍰新臺幣（下同）10萬元，因原告遲未為游蔡2人申報提繳勞工退休金，被告遂自101年

7月24日起按月裁罰原告迄今。本次被告續依同條例第49條及第53條之1規定，以108年7月22日保退二字第10860166431號、108年8月21日保退二字第10860212231號、108年9月20日保退二字第10860258341號、108年10月21日保退二字第10860281031號及108年11月21日保退二字第10860307391號等裁處書（依序分別稱處分1、2、3、4、5，合稱時則稱原處分），各處原告罰鍰10萬元，並公布原告名稱及負責人姓名等資訊。原告均不服，提起訴願，遭勞動部分別以109年3月18日勞動法訴一字第1080020333號、同年月17日勞動法訴一字第1080023035號、同年月18日勞動法訴一字第1080024288號、同年2月18日勞動法訴一字第1080025762號及同年4月7日勞動法訴一字第1080029279號等訴願決定駁回（依序分別稱訴願決定1、2、3、4、5，合稱時則稱訴願決定）後，原告仍不服，遂提起本件行政訴訟。

三、原告起訴主張及聲明：

(一)主張要旨：

1. 暫不論實體事項，原處分已罹於裁處權時效：

勞退條例第49條之裁罰，是違反為勞工於到職日起辦理開始提繳勞退金程序之作為義務的不作為違法行為，其裁處權時效應自作為義務消滅時，即停止為勞工辦理提繳退休金時起算。本件應於系爭限期改善處分期限翌日即101年7月21日起算3年裁處權時效，原處分前揭5次時點所為裁處，早逾3年裁處權時效，有適用時效規定錯誤之違法。

2. 暫不論實體事項，原處分有違反明確性原則及一事不二罰原則：

原處分說明四僅記載不明確「迅即」二字，並未載明具體期限，嗣後卻再以原告未申報提繳而裁處，違反明確性原則。被告如認原告未「迅即」申報提繳勞工退休金而違反行政法上義務，然因被告既已裁處，則後續再為裁處，違反一事不二罰原則。

3. 原處分事實認定及所憑法規有誤：

系爭限期改善處分所載游蔡2人到職日，與游君、蔡君之業務代表承攬合約書（以下分別稱游君業代合約、蔡君業代合約）上所載日期不同，可知被告未盡調查義務，片面聽從申訴內容，導致認定該2員到職日有誤。又游蔡2人已非原告之保險業務員（下稱業務員），游君於99年4月1日至101年3月6日間、蔡君於98年2月至100年7月間，有無請求原告提繳勞工退休金之權利，此部分應屬民事問題，均已於臺灣臺北地方法院101年度勞訴字第224號事件和解筆錄（下稱蔡君和解筆錄）及臺灣桃園地方法院106年度勞訴字第69號事件和解筆錄（下稱游君和解筆錄）釐清，然原處分卻又裁處，自有違誤。

4.游蔡2人已有同民事確定判決同一效力之訴訟上和解，確認彼等與原告間非屬勞動契約關係，無請求提繳勞工退休金權利，被告無視前揭司法確定判決效力，仍為歧異判斷，強行認定為勞動契約關係，進而作成原處分，顯有錯誤：

⑴游蔡2人和原告締結之和解契約，屬於認定性和解，具有溯及既往發生認定整段契約性質，故自契約成立時點以後均非勞動契約關係，導致系爭限期改善處分或先前裁罰處分，於各該處分作成時之構成要件事實已不復存在，則原處分裁罰事實既不復存在，則原處分顯屬違法而應撤銷。

⑵依司法院釋字（下稱釋字）第740號解釋（下稱740號解釋）之協同意見書、部分學者見解、臺北市政府勞動局（改制前為臺北市政府勞工局，下皆稱北市勞動局）102年10月18日北市勞動字第10235010100號函、被告105年5月13日保納行一字第10510107010號函，原告已透過民事訴訟確認釐清與游蔡2人間非屬勞動契約關係，被告不應為自相矛盾及歧異之判斷，被告無視上情，仍為歧異判斷，強行認定為勞動契約關係，進而作成原處分，顯有認定事實之違誤，應予撤銷。

⑶若被告不肯承認游蔡2人和原告締結之和解契約有效，爰依行政訴訟法第176條準用民事訴訟法第286條、第298條規

定，及本院應依行政訴訟法第125條、第133條規定，請求通知斯時為該等和解契約之中立第三方承審法官即何宗霖律師到庭作證，以釐清該締結和解契約之效力。

5.原處分以臺北市政府99年2月2日府授勞二字第09930820500號函（下稱北市99年2月2日函）及北市勞動局99年2月12日北市勞二字第09910535600號函（下稱北市勞動局99年2月12日函），認定游蔡2人與原告間屬勞動契約關係，進而作成原處分，有事實認定錯誤之違法：

⑴依原處分記載可知，被告認定游蔡2人與原告間契約類型之依據僅為北市99年2月2日函及北市勞動局99年2月12日函，則依最高行政法院相關判決要旨，有判斷所據事實認定錯誤之違法。又該2函乃係被告曾以函文檢附顏名標等2,219人名單函詢北市勞動局有關該等人員與原告間是否為僱傭關係，惟名單中未有游蔡2人，無論該2函內容為何，原處分自不應逕以該2函作為認定本件事實之基礎。再從游君和解筆錄可知其與原告簽訂契約時點，顯在該2函發文日之後，北市勞動局如何調查游君與原告簽訂契約內容？如何判斷判斷該契約類型？至北市99年2月2日函僅以假設情形說明抽象法律之適用，並無就具體個案認定契約類型，北市勞動局99年2月12日函僅係重複說明勞動基準法（下稱勞基法）第2條第1項第1款規定，依北院105年度訴字第876號民事判決可悉，該99年6月12日函確無就具體個案實體認定顏名標等2,219人與原告間之契約類型。

⑵被告自陳作成為原處分前，並未檢視游蔡2人之合約書，亦未實際調查實際履約情形，逕自以其他業務員之契約書作為認定事實之基礎，違反行政程序法第36條規定，且被告所稱將舉證責任倒置，亦有誤會。又未見被告將原告之公司業務代表合約書和游君業代合約、游君之業務主任合約書（下稱游君主任合約）比較之具體內容，也刻意忽略游蔡2人業代合約和游君主任合約強調該等契約非屬勞動契約，已使簽約

之對象得事前充分理解、評估彼此之法律關係而非事後再爭執。

6. 依釋字740號解釋及相關協同意見書，最高行政法院在該號解釋公布後所引用闡述勞動契約斷標準之相關判決見解（106年度判字第233號、第541號、第617號、107年度判字第708號、第508號），相關民事法院判決見解（最高法院106年度台上字第2945號、北院106年度重勞訴字第18號、106年度北勞簡字第330號、107年度勞訴字第247號、臺灣臺南地方法院106年度勞訴字第86號、臺灣高等法院臺南分院107年度勞上易字第16號、臺灣高雄地方法院107年度勞訴字第160號），勞基法第30條第1項、第32條第1項、第42條、第21條第1項、第24條、同法施行細則第7條規定、釋字726號解釋理由、勞動事件法第38條、勞動契約法第12條、勞工在事業場所外工作時間指導原則、北市核備勞基法第84條之1約定書審查基準及北市審查適用勞基法第84條之1工作者工作時間一覽表等規定，以及勞動法學者多數見解，可知欠缺勞動契約必要約定事項（工作時間限制、報酬依工作時間計算），本無可能歸類為勞動契約。而游君業代合約、游君主任合約，蔡君業代合約，完全未有工作時間之約定，亦無限制招攬保險之對象、方式、時間、地點，及游君於本院中證述，可知彼等可自由決定勞務給付方式，而無工作時間限制，且報酬與工作時間無關，係按招攬之保險收受之保險費為基礎計算，可否成功招攬保險非原告所能供給，及原告所提出相關例證（原證8至13）與公務員懲戒委員會101年度鑑字第12163號公懲議決書，足證原告之業務員得自由決定工作時間，絕非勞動契約關係，且無工作時間之約定或限制。又釋字740號解釋公布前，民事法院相關判決見解、勞動主管機關即被告及其他行政機關如行政院訴願審議委員會、財政部臺北國稅局、衛生福利部中央健康保險署、北市勞動局等，及該號解釋公布前之相關行政法院判決見解（北院105年度簡字第234號、本院106年度簡上字第10號、臺灣臺中地

方法院102年度簡字第48號），皆認原告與業務員間之契約並無要求工作時間，且業務員需自行負擔業務風險，而非屬勞動契約。以上，益證游蔡2人獲取報酬內涵與勞基法之按件計酬工資顯然不同，欠缺勞動契約必要約定事項，自無可能認定為勞動契約。

7. 因金融保險業與民眾財產權益密切相關，受主管機關高度監管，業務員為該行業從業人員，主管機關乃透過各種行政法規、命令，如教育訓練、不得同時登錄為兩間以上經營同類保險業務之保險公司、保險公司授權範圍及連帶責任之規定、招攬行為定義、業務員須親自履行、保險招攬文宣須經保險公司核可、保險公司對業務員之獎懲、停止招攬、撤銷登錄、要求保險公司訂定業務招攬處理制度及程序等規範，及行政函令方式要求保險業務員，純屬行政法令要求，並無影響業務員得自由決定工作時間、須自行負擔報酬風險等契約主要特性，本質並非原告與業務員依民事契約合意約定適用之事項，更無可能合意約定排除適用，不因有無將保險業務員管理規則（下稱業務員管理規則）相關規範納為契約內容，而改變招攬保險勞務契約之法律關係，自無從將之作為判斷或輔助認定勞動契約之依據，否則，顯然悖於釋字740號解釋理由意旨，牴觸私法自治、契約自由。又若採釋字740號解釋所揭二項標準以外之事項進行判斷，將致生諸多本質非屬勞動契約者，強制適用勞基法之明顯錯誤。

8. 訴願決定及被告援引之本院108年度訴字第326號、103年度簡上字第115號等判決，其理由係參照最高行政法院100年度判字第2117號、第2226號、第2230號等判決理由，然該等判決理由有諸多違誤，所採判斷基準、認定結果，不僅於釋字740號解釋前即有悖於金融及財政主管機關函令之情，且所援用主管機關函令亦經機關自行推翻，遑論部分理由更經釋字740號解釋否定，判決時空背景及法令依據均已動搖，自無續援參考空間，無採信必要。

9.被告於答辯書狀主張勞動契約之判斷事項，有諸多違誤，敘述如下：

⑴被告所稱業務津貼及獎金表修訂具勞動契約從屬性，有所誤會，因業務員招攬保險商品的報酬比率，本會隨時間推移、商品推陳出新而有不同，自有修訂可能及必要，又商品各項費用均係透過精算得出，於同一時間招攬同樣商品可得報酬比例自應相同，本質難與數萬名業務員個別協商。

⑵被告以法規規定之業務員須解釋保險商品內容與條款、說明填寫要保書注意事項、轉送要保文件及保險單等項，作為勞動契約從屬性之認定，然此乃法令敘述業務員之招攬行為，倘以此認定為勞動契約，則無異所有業務員均為勞動契約勞工，顯悖於釋字740號解釋理由書所揭私法自治及契約選擇自由之意旨，實屬荒謬。

⑶業務員須依照原告印製的文宣進行招攬，乃係業務員管理規則第16條要求事項，被告所稱勞動契約從屬性，實屬誤解。

⑷業務員於收到客戶簽署之要保書後，遲未交予原告，一方面可能招致原告違反「人身保險業通報作業實施要點」第2條第1項要求「當日或3個工作日」期限內之法定通報義務，二方面將導致該保險契約無從訂立，本難計付報酬予該業務員，三方面亦致簽署該要保書之被保險人陷於未受保險保障之風險，此等轉送要保文件，本屬攸關保戶權益事項，屬承攬工作一環，與勞動契約從屬性無關。

⑸被告所指案關契約中有「為確保業務代表辦理完成之承攬服務之品質，南山人壽得要求業務代表提出相關之保險招攬服務報告」，實為業務員之金融監理與保險法令所定之法定義務，無論是勞動、承攬、委任契約關係之業務員，均須遵守，亦與勞動契約之判斷無關。

⑹業務員原則上不應為其他保險公司招攬保險，為業務員管理規則第14條第1項要求之事項，此無論是勞動、承攬、委任契約關係之業務員，均須遵守，依釋字740號解釋，該規定與勞動契約之判斷無關，被告以游蔡2人不得為其他保險公

司招攬保險，而認屬勞動契約，亦為多件上訴審法院調查後所駁斥。

⑺游蔡2人所獲取報酬方式均以保戶繳交保險費為前提，進而以該保險費之比例計算報酬，反之，若保戶未繳，縱有招攬保險，亦無法領取報酬，非單純提供勞務即可獲取報酬，此經濟上利益取決於所完成之保險招攬業務，原告並未給付任何固定薪資或底薪，此經濟利益數額亦因每個月完成招攬之業務數量及類型歧異而呈現波動狀態，若細究游蔡2人之勞務提供關係期間之業務津貼明細表，可知每月所獲津貼均係來自於不同保險契約招攬成功所生第一保單年度業務津貼、續保年度服務津貼及續年度服務津貼等，並無單純由原告給付之薪資。又有關原告之業務員所謂提供保戶服務，與勞工依勞動契約提供勞務，二者顯不相同，有臺灣高等法院103年度重勞上字第5號民事判決可參。

⑻被告引用游君主任合約中有關停止業務主任工作，主要是業務主任之利益，而非義務，倘無意願亦可拒絕，與勞動契約之從屬性無關。又其中第6條款之記載，並非終止該業務主任契約，以勞動契約之勞工而言，倘表現不佳，雇主應係透過懲處、解僱方式，斷無於契約中約定勞工表現不佳，雇主得減輕該勞工之工作交由他人處理之理，更可證該合約並非勞動契約。又依該合約書內容，游君係以自行決定之方法完成所約定之工作，原告並未限制游君提供工作之地點，亦未規定應於特定時間在辦公處所，完成為原告引薦或招募業務人員、輔導及指導其直接轄屬之業務主管等工作，顯與勞動契約有別。

⑼被告引用乙證5至7之評量標準等項，內容僅以業務員招攬保險之成果為唯一標準，與雇主依勞動契約對勞工之人事考核係針對勞工之出勤狀況、工作態度、專業能力等，截然不同。實務見解向來認為以招攬保險成果為評量標準，並非勞動契約之判斷標準，如代理合約本常見最低銷售額之要求，自不應將無關事項作為判斷勞動契約之依據。

⑽原告之「業務人員履約作業評量標準（南山人壽保險業務人員管理規則）」（下稱系爭評量標準）附表一「保險業務員管理規則第十九條第一項之處理標準」（下稱系爭附表一）所列行為態樣，與金融監督管理委員會（下稱金管會）保險局函「業務員所屬公司依保險業務員管理規則第19條第1項懲處登錄之參考標準暨保險業務員涉有犯罪嫌疑裁量移送參考表」（下稱懲處參考標準）所列行為態樣，完全相同，可見該行為態樣，本為保險監理法令要求事項。系爭評量標準之附表二（下稱系爭附表二）「南山人壽保險業務人員」處理行為態樣及方式，所列行為態樣「就告知或影響核保相關項目」、「招攬或利用職務身分之行為相關項目」、「『保險單簽收單』相關作業」、「其他不當之招攬或利用職務身分行為或有損保戶權益之行為」等項，仍為保險監理法令要求事項之具體化。相關民事法院判決見解亦認系爭評量標準與勞動契約之判斷無關。

⑾原告從未要求業務員須在通訊處從事保單招攬工作，並不以特定通訊處為限。通訊處及其設備，僅係原告為方便業務員處理保單招攬結果而提供，業務員可自行決定使用與否，與契約履行無關。通訊處施行辦法（下稱通訊處辦法）之目的，僅在提供通訊處及其配備方便業務員使用，與其工作執行無涉，無從作為勞動契約之論斷依據。相關民事法院判決見解亦認通訊處辦法與勞動契約之判斷無關。以公益彩券發行機構與經銷商間為例，彼此非屬勞動契約關係並無爭議，而公益彩券經銷商遴選及管理要點內容，載有「提供設備」等項，可知該等事項在勞動契約以外之契約類型均有可能存在，本質即與勞動契約之判斷無關，自無從作為契約類型判斷依據。又被告引用本院108年度訴字第326號判決之見解，而該判決有關撤銷訴訟部分已為廢棄。

10. 被告所引最高行政法院108年度上字第954號判決理由（最高行政法院109年度上字第664號判決理由相仿），於學界早已被受質疑，黃茂榮前大法官曾為釋字740號解釋作成時之大

法官之一，其針對該判決即出具法律意見書，內容甚值參考。

11. 被告所稱系爭限期改善處分，原告前未提起行政爭訟並經合法撤銷，已生構成要件效力，本院不能審查其合法性，實有誤會，本件並無所謂構成要件效力可言，依陳敏前大法官見解與本院歷來判決意旨，系爭限期改善處分所揭示改善期限為101年7月20日，於屆至後，該處分應已「了結（消滅）」，已構成行政程序法第110條第3項規定「因其他事由而失效者」情況，無從啟動該項所示「效力繼續存在」效果，無法認發生構成要件效力而拘束本院。又原告與業務員間之契約關係為何，被告曾以原證15之74年1月22日函明確表示：「貴公司所屬招攬業務人員，如無底薪，僅係依業績多寡支領報酬，依民法規定僅係承攬關係，並非僱傭關係，核與勞工保險條例規定之投保要件不合，請即為其退保，以符規定。」孰料，被告嗣後變更立場，竟以居於高權地位命原告申報提繳勞工退休金，推翻先前立場，令原告無所適從，被告毫未顧及政府立場之反反覆覆、行政爭訟中政府及原告地位之不平等，無異實質剝奪原告之訴訟權，造成行政處分免受司法審查之結果，並影響法官以自由心證進行審判之獨立性，架空行政訴訟制度，已嚴重撼動憲法權力分立及人權保障之價值秩序，顯與憲法第80條法官依法獨立審判原則及憲法第16條保障人民訴訟權有違，縱使以「機關忠誠理論」作為構成要件效力理論之基礎，充其量僅能以該行政機關對該處分所涉事務具有「排他專屬性之職權」者為限，然被告對於民事契約法律關係認定，並無「具排他專屬性之職權」，自無構成要件效力理論之適用。就本件爭點即原告與游蔡2人是否具備勞動契約關係而言，系爭限期改善處分與嗣後之裁罰處分，並未對本院發生任何構成要件效力之拘束情況，因構成要件效力範圍僅以主旨部分為限，不及於理由部分，而勞退條例第49條之要件包括「經主管機關命限期改善，屆期未改善者」，若認系爭限期改善處分之限期改善存

在，則僅係該規定之客觀構成要件之一，並非單純的構成要件事實，被告充其量僅係以「原告係勞基法第2條第2款規定之雇主」作為系爭限期改善處分與嗣後裁罰處分之理由，而非處分之主文。再者，針對其他爭點包括游蔡2人是否具有對原告請求提繳新制勞退金之私法上權利、原處分是否違反行政程序法、行政罰法或行政法一般法律原則，系爭限期改善處分與嗣後裁罰處分之主文規制內容，更未對此有任何著墨，更無構成要件效力可言。又因行政罰之核心要件之一乃為「行為人有違反行政法上義務之行為」，被告至今未界定原處分之「行政法上義務」的存續時點（段），則就各種可能性分析，如原處分認原告「違反101年7月20日前改善義務」，則原處分違反一行為不二罰原則；反之，若原處分認原告「違反前一次處分作成時點以後之改善義務」，則違反行政行為明確性原則、不合勞退條例第49條之「屆期未改善始能處罰」要件。再參照觀諸實務、學說見解可知，構成要件效力理論仍有適用上之例外，系爭限期改善處分並未說明北市勞動局認定之依據，而依原處分（事實、理由及法令依據）第三點記載，系爭限期改善處分所指依據應係北市99年2月2日函及北市勞動局99年2月12日函，然前者內容充其量僅以假設情形說明抽象法律之適用，並無就具體個案認定契約類型，後者內容亦僅係重複說明勞基法第2條第1項第1款規定，並未就具體個案判斷契約屬性，均無就具體個案之契約類型進行判斷，然系爭限期改善處分以該2函為認定事實之基礎，顯有認定事實錯誤之違法，本身即有違誤，依違法性承繼理論，本院審酌後處分時，仍可認定後處分係屬違法。被告作成原處分違反職權調查證據，且本院依職權調查事實關係之權限，亦不受被告所稱構成要件效力理論限制。

12. 退步言，暫不論原告與游蔡2人是否為勞動契約關係，原告未申報提繳勞工退休金有相當合理之事實及法律上憑據，亦即48則民事法院判決一致肯認原告與業務員間非屬勞動契約關係，且原告依釋字740號解釋所揭勞動契約之判斷標準之

本於法律上確信，認與游蔡2人非屬勞動契約關係，亦與游蔡2人已有同民事確定判決效力之訴訟上和解確認非屬勞動契約關係，原告實無違反行政法上義務之故意或過失，且依被告105年5月13日函可知，被告認為業務員與原告間是否屬僱傭關係仍有爭議，然被告竟先對原告裁處，足見原處分裁處時，並未考量原告是否具有違反行政法上義務之故意或過失，實有違誤。

13. 再退步言，暫不論原告與游蔡2人是否為勞動契約關係，參照釋字685號解釋之林錫堯前大法官協同意見書所揭「超法定之阻卻責任事由」意旨，倘行為人所採取之法律見解，在法理說明上具有相當合理之理由，縱該見解偏向行為人之利益，行為人選擇該見解而為行為，乃屬合乎人性之舉，即不應以行政罰加以裁罰，縱該見解嗣經判例、決議、司法院解釋認定係錯誤亦然。則原告與業務員間之契約關係，因過往行政法院與民事法院判決見解不一，原告聲請大法官作成釋字740號解釋，細繹該號解釋內容，明顯偏向民事法院認定該契約非屬勞動契約之見解，而不採過往行政法院認定屬勞動契約之見解。基於舉重以明輕之理，於民事法院與行政法院見解歧異時，原告信賴民事法院判決見解所為，縱該見解可能偏向原告利益，亦屬合乎人性之舉，被告更不應對原告裁處。

14. 更退步言，暫不論原告與游蔡2人是否為勞動契約關係，因行政罰與刑罰通說採「量的區別說」，故行政罰仍有「無罪推定原則」、「疑則無罪（罪疑唯輕）原則」之適用，依被告105年5月13日函內容，顯見被告自承原告主張與業務員間非屬勞動契約，有一定論據，始有爭議可言，被告未考量該等原則之適用，不應將此爭議之不利益加諸於原告，而逕對原告裁處，亦有違誤。又假設本件為勞動契約關係，然原處分及先前歷次裁處之罰鍰已超過游蔡2人應提繳之勞退金數額，有牴觸比例原則之問題。

15. 依行政訴訟法第2條、第8條第1項及最高行政法院96年度裁字第2183號裁定意旨，可知我國行政訴訟實務肯認預防性不作為之訴訟類型。因被告一再發函要求原告依勞退條例等規定為游蔡2人申報提繳勞工退休金，如不申報提繳即為10萬元罰鍰。自101年7月起，被告持續每月裁罰原告10萬元迄今，已足預期被告仍將按月持續作成裁處書命原告為游蔡2人提繳退休金及裁罰。然原告與游蔡2人間確非勞動契約關係，已如前述，因被告持續違法裁處，導致原告權利隨時可能遭侵害，原告僅能以提起預防性不作為訴訟之方式，透過聲明第三項所示，以確保被告不再作成違法處分，以免嚴重影響原告權益，故具有權利保護必要及訴訟利益。

(二)聲明：

1. 訴願決定、原處分關於罰鍰部分均撤銷。
2. 確認原處分關於公布原告單位名稱及負責人姓名等資訊部分違法。
3. 被告不得作成「命原告依勞工退休金條例第6、8、16、18條規定為游尚儒及蔡坤緯提繳勞工退休金」及「依勞工退休金條例第49條規定裁處罰鍰」之行政處分。

四、被告答辯及聲明：

(一)答辯要旨：

1. 原告就系爭限期改善處分未提起行政爭訟並經合法撤銷，該處分已生構成要件效力，原告不得再主張原處分違法：

依最高行政法院110年度上字第100號判決意旨，被告前依勞退條例第18條規定，以系爭限期改善處分通知原告應於101年7月20日前限期改善，為游蔡2人申報提繳，惟原告逾期未繳，亦未對該處分提起訴願及行政訴訟救濟，則該處分在未經撤銷前，應認具構成要件效力，後處分應以前處分為其構成要件作為決定之基礎，而後處分之受訴行政法院，不能審查前處分之合法性，更不容原告於本件訴訟中再爭執此勞動契約關係及遵期改善作為義務之存在。是原告主張與游蔡2人間非屬勞動契約關係，被告裁處不合法，均無理由。又參

兩造所涉勞退條例之另案（本院109年度訴字第924號）判決意旨，亦肯認原告與所屬業務員間為勞動契約關係，並認系爭限期改善處分已生構成要件效力，原告不得再為相反主張。

2.原告與游蔡2人間屬勞基法第2條第6款之勞動契約關係：

⑴參酌最高行政法院108年度上字第954號、109年度上字第664號、本院109年度訴字第924號、109年度訴字第926號等判決意旨，倘保險公司為執行業務員管理規則所課予的公法上義務，而將相關規範納入契約，則業務員是否具有從屬性之判斷，自不能排除該契約約定之檢視，且是否為勞動契約之判斷，非僅以得否自由決定勞務給付的方式，並自行負擔業務風險為限，包括人格、經濟、組織上從屬性、親自履行，亦為勞動契約從屬性之判斷標準。又基於勞動法係以實踐憲法保護勞工之立法目的，及考量我國缺乏強勢工會爭取勞工權益之社會現實，故只要當事人的法律關係中已有相當程度之從屬性特徵，縱其部分職務內容具若干獨立性，仍應寬認屬勞基法規範之勞雇關係。

⑵原告要求業務員於執行業務時，須遵循公司規範、依原告指示方式提供勞務並為職務上報告、使用統一制式名片，且規定業務員本人及其配偶不得為其他保險公司招攬保險，已逾越業務員管理規則之範疇；亦要求業務員參加晨會，由主管負責主持會議，並將會議中討論事項彙整後送交分公司。依原告承攬合約之規定，原告訂有評量標準，並有單方修訂權限，對業務員設有管理及懲處相關規定，且有業務員遭原告以影響公司聲譽為由記2個缺失，足證原告對所屬業務員具有懲戒權。原告亦對所屬業務員設有組織層級，並有依能力及表現考評升遷之機制，而業務主任未善盡指導或成效不彰時，會受到停止業務主任工作的不利益處分。依原告訂定之通訊處辦法可知，原告係依據業務員之職級與業績表現，提供不同規格之辦公室配備及業務行政助理，並提供在職訓練、聯誼、競賽等業務發展費用；而業務員須受所屬通訊處

經理之指揮監督，具強烈從屬性關係，並聽從原告指示且為原告之營業目的從事招攬保險業務，納入原告組織體系，參上述判決意旨，應認確屬勞基法第2條第6款規定的勞動契約關係甚明。

3. 原告依釋字740號解釋所聲請之再審，行政法院均已駁回，顯示行政法院見解並未變更，肯認原告與業務員間具勞動契約關係：

參酌最高行政法院106年度裁字第384號、第1215號、第465號等裁定，均認原告依釋字740號解釋所提再審為不合法，肯認原確定判決見解認為原告與業務員間具勞動契約關係為合法。參酌本院105年度簡上再字第15號裁定，亦肯認原確定判決並非僅以業務員管理規則為認定依據，故未違反釋字740號解釋意旨，代表肯認原確定判決認定原告與業務員間為勞動契約關係係合法。

4. 就最高行政法院109年度上字第261號判決（下稱最高行109上261判決）之意見如下：

⑴最高行109上261判決主要仍以從屬性程度作為判斷標準，且無直接認定原告與業務員間之契約定性，而係認應再查明業務員實際執行勞務之情形。而原告與游蔡2人間屬勞動契約關係，亦如前述。

⑵原處分僅涉及原告所屬業務員是否為勞工，以及是否屬勞動契約關係之爭議。又依眾多實務見解：「勞動基準法第2條第3款工資的定義，並未排除按『件』計酬的情形，自不能逕以員工係按招攬業務的績效核給報酬，即謂該報酬非屬工資……1. 業務津貼、服務津貼部分，……係業務員招攬保險成立後所領取的第1年度佣金（即業務津貼）或第2至第5年度的續年度佣金（即服務津貼），此給付係業務員從事保險招攬、提供保戶服務等勞務後，自雇主獲得之對價，屬工資無訛」、「……佣金及績效獎金之核發與否及其金額，顯係與營業人員從事保險招攬以收取保費之工作有直接相關，具有勞務對價性，屬可得預測之制度上得經常性領得之給與，

縱其金額多寡係因每個月實收保費之不同而隨之不固定，惟仍核屬工資範圍。是以，原判決將上訴人給付予石君之佣金及績效獎金部分，認為屬勞動基準法之工資，於法並無違誤。……」「……可知係業務員招攬保險成立後逐單計算一定費率佣金（尚包含促佣之服務獎金），核係業務員從事保險招攬、提供保戶服務等勞務後，自雇主獲得之對價，亦屬工資性質……」，可認保險公司有為所屬業務員辦理自到職日起之申報提繳手續，僅是提繳金額不足（即短提繳勞工退休金），故涉及違反勞退條例第15條第3項規定，被告乃依該項規定逕予更正月提繳工資，與本件原告係從無為游蔡2人辦理自到職日起之申報提繳手續，略有不同。本件依「業務津貼及獎金表」、「業務主任之津貼及獎金表」，為游蔡2人提供勞務招攬保險之契約成立後，即得領取依各該保險種類所載，按實收保險費百分比之第一年度業務津貼、或次年度以後之服務津貼，與勞務提供息息相關，並具制度上經常性，自屬勞基法第2條第3款工資無疑。

⑶原告前曾使用類似手段，與業務員成立民事調解，藉此迴避雇主法定義務，甚至連民事法院亦覺弔詭而不予核定，原告意圖經由民事法院形式上「核定」取得與民事確定判決同一效力，然後據至行政程序主張，若行政機關或行政法院不查逕採，可謂「君子可欺以其方」，可見「未經全力攻防之訴訟程序」所取得的民事和解筆錄，不可全然盡信。又原告從未對系爭限期改善處分及被告後續裁處，直接提起訴願及行政訴訟，而是捨近求遠，另對游蔡2人個別提起民事訴訟，且在提起民事訴訟之前，已有多件行政法院認定原告未於期限內為所屬業務員申報提繳，被告裁處係合法之確定判決。是原告繞過行政法院，另對個別業務員提起民事訴訟而取得和解之結果，更應認不宜採為本件裁判基礎。再行政訴訟具有公益維護本質，法院得依職權調查證據，不受當事人主張拘束，就和解亦須在對於公益維護無礙前提下，始得為之，與民事事件審理及和解制度，究有不同，併參證人游君於本

院中證述，益證游蔡2人恐係因離職後，受不了被提告壓力、應訴之煩，方與原告達成和解，實質上民事法院並無審認調查原告與游蔡2人間之契約性質。再者，勞退條例第6條明揭雇主為勞工提繳勞工退休金乃法定義務，不得以自訂退休金辦法取代勞工退休金制度，依舉輕明重法理，應無容原告公司以達成民事訴訟上和解要游蔡2人無條件放棄所有有關勞動契約請求之方式，而排除勞退金條例之適用，因勞工退休金制度之立法，係為促進整體社會安全與經濟發展，以貫徹國家保護勞工之目的，並衡酌政府財政能力、強化受領勞工勞力給付之雇主對勞工之照顧義務，係屬法律之強制規定，並極具公益性，違反此強行規定之約定，應為無效。原告應為游蔡2人提繳勞工退休金，並非僅為勞工個人，而係攸關國家整體勞工政策及國家退休金制度之穩定與健全發展，不論原告是否有與勞工另私下約定不須提繳或約定屬承攬關係，只要事實上游蔡2人為勞基法第2條第1款規定勞工，原告即應為彼等申報提繳勞工退休金。遑論原告係個別對游蔡2人提告，小蝦米如何能對抗大鯨魚，且觀諸原告與游蔡2人之和解內容，乃係彼等須單方面放棄所有有關勞動契約之權利（包含勞退），而非兩造互有折衝讓步，亦有違常情。

⑷顏名標等人與游蔡2人均為原告所屬業務員，原告在制度上將業務員區分不同層級，各層級業務員合約書均為制式內容，而非就所屬3萬多名業務員簽訂3萬種不同條文之合約書內容，遵守規定亦相同，為原告所屬全體業務員均適用，故在認定原告與所屬數千名業務員為勞動契約關係情形下，被告認原告與游蔡2人間為勞動契約關係，應申報提繳勞工退休金，合於一般論理及經驗法則。原告就此如有爭執，應提出證據說明顏名標等人與游蔡2人之契約及履約究有何差異？因各層級之業務員合約書、履約作業評量標準、業務津貼及獎金表等各項規範、書面內容與實際履約細節，均為原告訂定，原告應有較強舉證能力提出反對證據，以謀實質平

等，且事實上甚難想像同屬原告業務員身分下，實際履約內容會有極大差異而足改變原勞動契約關係成為承攬關係。

⑸勞退條例第19條第1項並無明文授權賦予被告得代辦自到職日起申報提繳手續或逕為勞工提繳退休金，若認該規定在解釋上被告有應為雇主代辦申報提繳手續之意，而由被告繕具繳款單命雇主繳納退休金，將使無視國家公權力者反免除法定申報義務，此與同條例第18條課予雇主依法主動申報義務之規範目的，顯相違背，亦使同條例第49條規定形同具文，而無適用餘地。觀以同條例第18條採雇主申報制度，非被告得為勞工辦理自到職日起強制申報提繳作業，倘雇主未履行此規定，被告依同條例第49條先命其於一定期限內自行依勞工到（離）職、薪資金額等事實申報提繳退休金，倘雇主對命其限期改善處分置之不理，則法律課予被告應按月處罰至改正為止，藉此強制手段保障勞工退休生活之目的，亦可利於行政資源有限本質下，兼顧行政效能與目的。是被告依同條例第49條規定及立法意旨，以原告違反同條例第18條規定，經限期改善而未改善，依同條例第49條按月處罰，應屬合法。

⑹被告對原告為裁處，符合比例原則：

被告早於101年7月5日以系爭限期改善處分命原告應在101年7月20日前限期改善，又就同屬原告之其他業務員之契約定性及是否應為其等辦理勞工退休金到職申報提繳之爭議，前經多件行政訴訟確定判決肯認屬勞動契約關係，原告應為所屬業務員辦理到職申報提繳手續，但直至108年、109年間，原告仍拒為游蔡2人辦理到職申報提繳，顯示原告違反行政作為義務之可歸責程度甚鉅。被告以原處分各對原告裁處罰鍰10萬元時，已為對原告未限期改善的第85次至第89次裁處，顯示被告依勞退條例第49條規定裁處罰鍰最高額，無不合理或不當。原告若為避免續遭裁處，得選擇先依限期改善通知申報提繳，並提起行政訴訟救濟。綜合審酌原告可歸責程度與企業規模龐大及資本額甚高等情，被告以原處分各對

原告裁處罰鍰10萬元，非屬對其權益損害過重之處分，而無明顯失衡，且具必要性。又同條例第49條既明文被告應「按月處罰至改正為止」，立法理由並指出本條係規範對於雇主違反應限期辦理提繳手續之處罰，顯示立法者當時在訂定本條規定時，當已考量「按月處罰至改正為止」之手段，係有助於督促雇主依法為所涉勞工履行列表申報義務目的之達成，而具適當性，是原處分並無違反比例原則。

5. 依最高行政法院103年度判字第329號判決意旨，明揭預防性不作為訴訟須在事後救濟已無實益情形下，始有事前救濟必要性。被告對原告所為裁罰及公布公司名稱與負責人姓名，並非事後無法救濟或事後救濟已無實益之情形，原告提起其聲明第三項所示不作為訴訟，於法未合。

(二)聲明：原告之訴駁回。

五、爭點：

(一)原告提起如其聲明第三項所示預防性不作為訴訟部分，是否於法相合？

(二)原告與前擔任其業務員游蔡2人間之契約關係，是否屬勞動契約？

(三)被告作成原處分，是否合法有據？

六、本院之判斷：

(一)前提事實：

前開爭訟概要欄之事實，有系爭限期改善處分（原處分卷第27-29頁）、第1次裁處處分（原處分卷第31-32頁）、處分1（原處分卷第1-2頁）、處分2（原處分卷第179-180頁）、處分3（原處分卷第183-184頁）、處分4（原處分卷第187-188頁）、處分5（原處分卷第191-192頁）、訴願決定1（原處分卷第277-286頁）、訴願決定2（原處分卷第287-296頁）、訴願決定3（原處分卷第297-306頁）、訴願決定4（原處分卷第307-315頁）、訴願決定5（原處分卷第317-326頁）在卷可稽，堪予認定。

(二)應適用之法律及法理說明：

1. 勞退條例：

⑴第1條第1項規定：「為增進勞工退休生活保障，加強勞雇關係，促進社會及經濟發展，特制定本條例。」

⑵第2條規定：「本條例所稱主管機關：在中央為勞動部；在直轄市為直轄市政府；在縣（市）為縣（市）政府。」

⑶第3條規定：「本條例所稱勞工、雇主、事業單位、勞動契約、工資及平均工資之定義，依勞基法第2條規定。」

⑷第5條規定：「勞工退休金之收支、保管、滯納金之加徵及罰鍰處分等業務，由中央主管機關委任勞動部勞工保險局（以下簡稱勞保局）辦理之。」

⑸第6條第1項規定：「雇主應為適用本條例之勞工，按月提繳退休金，儲存於勞保局設立之勞工退休金個人專戶。」

⑹第7條第1項第1款規定：「本條例之適用對象為適用勞基法之下列人員，但依私立學校法之規定提撥退休準備金者，不適用之：一、本國籍勞工。」

⑺第9條第1項、第3項第1款規定：「（第1項）雇主應自本條例公布後至施行前1日之期間內，就本條例之勞工退休金制度及勞基法之退休金規定，以書面徵詢勞工之選擇；勞工屆期未選擇者，自本條例施行之日起繼續適用勞基法之退休金規定。……（第3項）雇主應為適用本條例之退休金制度之勞工，依下列規定向勞保局辦理提繳手續：一、依第1項規定選擇適用者，應於本條例施行後15日內申報。……」

⑻第16條規定：「勞工退休金自勞工到職之日起提繳至離職當日止。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日起至離職當日止。」

⑼第18條規定：「雇主應於勞工到職、離職、復職或死亡之日起7日內，列表通知勞保局，辦理開始或停止提繳手續。」

⑽第49條規定：「雇主違反第8條之1第5項、第9條、第18條、第20條第1項、第21條第2項、第35條之2或第39條規定，未辦理申報提繳、停繳手續、置備名冊或保存文件，經限期改

善，屆期未改善者，處2萬元以上10萬元以下罰鍰，並按月處罰至改正為止。」

⑾第53條之1規定：「雇主違反本條例，經主管機關或勞保局處以罰鍰或加徵滯納金者，應公布其事業單位或事業主之名稱、負責人姓名、處分期日、違反條文及處分金額；受委託運用勞工退休基金之機構經依第45條規定處以罰鍰者，亦同。」

依上規定，可知雇主應為適用勞退條例之勞工，自其到職之日起按月提繳勞退金，如未辦理申報提繳手續，經主管機關限期改善，而屆期未改善者，主管機關得裁處罰鍰及公布事業單位名稱、負責人姓名等資訊；又為督促雇主依期改善，如處分書送達後，雇主仍未遵期完成改善，主管機關得按月連續處罰（最高行政法院108年4月份第2次庭長法官聯席會議決議意旨參照）。至於勞退條例第7條第2項第2款所規定之「自營作業者」及「不適用勞基法之勞工」則屬自願依該條例提繳，並不具強制性。從而，本件原處分既係關於勞工退休金之罰鍰及影響名譽處分，則被告具有事務管轄，當無疑義，至於原告應否負勞退條例所定提繳勞退金之行政法上義務，即以游蔡2人是否為該條例所稱「勞工」為斷。

2. 司法院大法官於105年10月21日作成釋字740號解釋，其解釋文以：「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（按：指修正前）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。」又參其解釋理由書略以：「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（按：指修正前勞基法第2條第6款規定所稱勞動契約）」、「關於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，基於私法自治原則，有契約形式及內容之選擇自由，其類型可能為僱傭、委任、承攬或居間，其選擇之契約類型是否為系爭規定一所稱勞動契約，仍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，即應視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」、「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。」等主要理由，可知以有償方式提供勞務之契約是否為勞基法上所稱之勞動契約，仍應就個案事實及整體契約內容予以觀察，探求勞務債務人與勞務債權人間之從屬性程度之高低以為斷；而從屬性之高低，則舉「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」為例，故從屬性之認定，仍應整體觀察勞務給付過程，並不限於解釋文所稱「勞務債務人（業務員）得否自由決定勞務給付之方式（包含工作時間）」、「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）」2項指標。至業務員如得自由決定工作時間、勞務活動且無底薪及一定業績之要求等面向，係可認為「從屬性程度不高」，而難認屬於勞動契約，然並不能據此即謂只要保險業務員得自由決定工作時間、勞務活動且無底薪及一定業績之要求，即得認屬勞動契約。可見釋字740號解釋認為業務員與其所屬保險公司所簽訂之保險招攬勞務契約，是否為勞動契約，必

須視個案事實及整體契約而定，其並無推翻行政法院歷年來就業務員從事保險招攬業務而訂立之勞務契約性質認定為勞動契約之見解。是原告執前揭主張要旨6.、7.、8.所認，要無可採。

3. 至依前開釋字740號解釋文內容，並參其解釋理由書略以：「保險業務員管理規則係依保險法第177條規定訂定，目的在於強化對保險業務員從事招攬保險行為之行政管理，並非限定保險公司與其所屬業務員之勞務給付型態應為僱傭關係……。該規則既係保險法主管機關為盡其管理、規範保險業務員職責所訂定之法規命令，與保險業務員與其所屬保險公司間所簽訂之保險招攬勞務契約之定性無必然關係，是故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」，可見保險法主管機關為盡其管理、規範業務員職責所訂定之法規命令，與業務員與其所屬保險公司間所簽訂之保險招攬勞務契約之定性，不能逕認有必然關係，惟此亦非必無關係，故仍應視業務員給付內容，經整體契約及勞務給付之實際運進行觀察及定性。而金管會訂定之業務員管理規則，係因業務員招攬保險亂象叢生，侵害保戶權益，引發許多保險消費糾紛，故為保戶權益，金管會遂以高度行政管制及監理手段，就業務員招攬業務之行為加以規範，以提升業務員專業水平，強化保險公司企業責任，並歷經多次修正，於現行業務員管理規則就保險業務員之取得要件及登錄、教育訓練、招攬行為、規範獎懲事項予以公法規範，惟上開公法規範經雇主實踐結果，亦會有維護雇主企業形象、提升業務員忠誠義務之情形。再者，雇主藉由金管會就業務員高度監理之要求，同時在勞務給付關係中，透過明文化之契約條款、工作規則，或事實上具體指令、懲戒及制裁權限之強度與密度，實際亦會提高業務員之從屬性，故雇主為遵守業務員管理規則之公法規範，訂定之契約內容、工作規則及實際指揮監督之結果，仍可能因此定性為勞動契約，影響勞務給付之認定。

4. 又108年5月15日修正公布之勞基法第2條第6款規定：「本法用詞，定義如下：……。六、勞動契約：指約定勞雇關係而具有從屬性之契約。」即較修正前規定增列「而具有從屬性」等文字，已明文指出勞動契約之特徵在其從屬性，復參以勞退條例施行細則第4條之2規定，自營作業者，則指「自己經營或合夥經營事業」或「獨立從事勞動或技藝工作」，並獲致報酬，且未僱用有酬人員幫同工作，屬自我照顧與自行承擔業務風險之人。可知具有從屬性特徵之勞務提供者，應定性為勞工。又釋字740號解釋所稱「人格從屬性」與勞工身分間之關聯性，乃在於雇主藉由指揮監督勞工提供勞動力之方式，獲得最大勞動價值與生產效益，在雇主對勞動力安排的過程中，勞工在雇主指揮監督中被客體化，成為雇主之品牌，再透過組織體制、績效考核付出勞力，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，使人身、人格受到工作之控制，是以雇主支配勞動力即等同支配勞工之人身，勞工之人格亦因其人身受雇主支配，使勞工之人身、人格均受到工作之控制，而具有從屬性，又因勞工對雇主之勞力及勞心，從而產生對於勞工負有提供職業安全與生存保障之法定義務，以實踐憲法社會國原則及憲法第153條第1項規定改良勞工生活、制定保護勞工之法律、實施保護勞工之政策的基本國策。是雇主對於勞工之指揮監督，乃是人格上從屬性之核心，勞務債務人是否必須依勞務債權人之指示為勞務之提供，係屬勞動契約之類型必要特徵。再勞務提供內容，有時會兼具從屬性與獨立性，此時應自整體勞務供給關係具有重要性（如主給付義務）之部分加以觀察，基於保護勞工之立場，只要當事人的法律關係中已有相當程度之從屬性特徵，縱其部分職務內容具若干獨立性，仍應寬認屬勞基法規範之勞雇關係，而不應解為勞動保護甚少之自營工作者或承攬人。

(三)原告提起如其聲明第三項所示預防性不作為訴訟部分，於法不合：

1. 按「行政機關將作成之行政處分或其他公權力行為，實際上對人民權利義務有直接影響或變動時，倘具備下列訴訟要件及本案勝訴要件，得對該行政行為提起預防性行政訴訟，以資救濟……人民因行政機關將作成之行政處分或其他公權力行為，而有發生重大損害之虞，至行政法院判斷重大損害性時，尚須審查行政處分或其他公權力行為之內容與性質、損害之性質與程度、以及損害之回復程度等事項（重大損害性）；在預防性行政訴訟制度未臻成熟前，不宜貿然放寬預防性行政訴訟補充性之要件，故目前須在事後救濟已無實益之情形下，始有事前救濟之必要性（補充性）；為避免司法權對行政權有過度干預之情形，僅在人民具有特別權利保護之必要性之情形下，司法權始可事前介入審判（特別權利保護之必要性）」（最高行政法院103年度判字第329號判決參照）。可知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。人民就對己之侵益處分，或對第三人授益卻對己侵益之具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訟救濟。蓋在處分未作成前，人民並不會因處分而有權利或法律上利益受損害。是以除非個案情形特殊，如不許人民提起預防性不作為訴訟，人民權利無從及時受到保護外，人民並無就行政處分提起預防性不作為訴訟之權利保護必要。

2. 查原告就其聲明第三項所執主張，理由係以：原告與游蔡2人間非勞動契約關係，因被告持續違法裁處，導致原告權利隨時可能遭侵害，原告僅能以提起預防性不作為訴訟之方式，以確保被告不再作成違法處分，以免嚴重影響原告權益等語。然依前開說明，可知原告得對被告所為之裁罰處分提起訴願及撤銷訴訟以除去該等裁罰處分之效力，且縱有金錢上之損害，亦無不得回復之情形，是原告得透過撤銷訴訟尋求救濟，而得爲有效之權利保護，衡情難認有何應容許其提起預防性不作為訴訟禁止被告行政處分之作成，否則其權利無從及時受到保護之情形，是原告執前主張要旨15.所認而

提起如其聲明第三項所示預防性不作為訴訟部分，即無可採。

(四)原告與前擔任其所屬業務員之游蔡2人間之契約關係具有從屬性，屬勞動契約，理由分述如下：

1. 勞務契約之性質究為僱傭、委任或承攬關係，應依契約之實質內容為斷，不得以契約名稱逕予認定。本件觀之原告公司網頁列印資料所示（本院卷2第214頁），可知原告公司之職稱層級制度，分別為新進業務人員（業務代表）、業務主任、業務襄理、區經理、通訊處經理、總監。復依游君業代合約（本院卷2第183-194頁）、游君主任合約（本院卷2第195-199頁）及蔡君業代合約（本院卷2第201-212頁）所示，可知游君於99年4月1日起至105年1月16日期間為原告公司所屬業務員，及自99年9月6日起併為原告公司所屬業務主任，蔡君則於98年2月13日起至100年7月期間為原告公司所屬業務員；又游君業代合約固名為「業務代表『承攬』合約書」（本院卷2第183頁）、游君主任合約固名為「業務主任『委任』合約書」（本院卷2第195頁）、蔡君業代合約固名為「業務代表『承攬』合約書」（本院卷2第201頁），均雖名之為「承攬」、「委任」，惟是否具有勞動契約之性質，仍應依勞務契約實質內容予以判斷，此應先予辨明。又原告固將其所屬業務員區分如前述之不同層級職稱，然參以游君主任合約第7條第1款規定「本合約之簽訂取代公司與業務主任間先前所簽署之各項業務合約書，但先前所簽之業務代表合約不在此限，應為繼續有效至其期間屆滿為止。」（本院卷2第196頁），可見業務主任為原告公司之業務主管，同時具有業務代表之身分，故業務代表合約仍為原告公司所屬各層級職稱業務員之基礎契約內容，並以其法律關係解消與否，作為業務主管合約存續之條件，從而各該業務員合約是否具有勞動契約性質，得否適用勞基法、勞退條例，自應合併予以觀察，尚不得切割予以分別適用。再者，於第1次裁處處

分時起迄原處分作成期間，游君縱有職級調整，仍屬原告公司所屬業務員，自對勞務契約之定性判斷，尚不發生影響。

2.報酬給付方式及職級調整：

⑴依游君業代合約及蔡君業代合約中第1條、第2條及附件業務津貼及獎金表之內容（本院卷2第183、189-194、201、207-212頁），游蔡2人乃係以保險招攬服務為彼等主要業務內容，於成功招攬保險、交付客戶所簽署之要保書及首期保費、獲得原告同意承保並送交保險單給要保人簽收後，原告即以實付保險費之數額為基礎，計付一定比例佣金（即第一保單年度業務津貼）；對經業務員招攬保險而與原告訂立保險契約之第三人（下稱業務代表服務對象）提供其所要求之與保險契約有關之各項服務，業務員並得領取第二保單年度以後之服務津貼及續保年度之服務津貼（即續年度服務津貼）；倘第一年保單年度業務津貼達一定額度，即發給依該額度一定比率之年終業績獎金。再觀以游君主任合約所附津貼及獎金表所載（本院卷2第197-198頁），業務主任及其轄屬業務代表每月所招攬並承保之第一年保單年度業務津貼之總額達一定金額給付業務主任單位津貼、業績獎金（含每月業績獎金及超額業績獎金)（第1、2條參照），引薦新進業務代表於其屬下作業給付增員獎金（第3條參照），轄屬業務代表升級為業務主任、業務主任升級為業務襄理時核發升級津貼（第4條參照）。

⑵復依游君業代合約及蔡君業代合約中附屬約定事項第22條第2款及附件評量標準之內容（本院卷2第187-188、205-206頁），若保險業務代表在簽訂合約後第1年內連續90日，或簽約後第2年起連續90日，未能為原告招攬加權首年度保費（AFYP）達一定金額之保單、新契約保件達一定件數者，原告得隨時終止合約。再依游君主任合約第4條第3項及附件評量標準之內容（本院卷2第195、199頁），亦有約定業務主任應依其級別達到業績評量標準之要求，若在一定期間內，直轄單位之第一保單年度業務津貼（FYC）未達一定金額，

將直接終止業務主任B之業務主任合約；而業務主任A會先調整為業務主任B，經職務調整後，如仍未達評量條件，則終止業務主任合約。

⑶又依游君主任合約中第2條之規定（本院卷2第195頁），業務主任負有為原告引薦或招募業務員，以促使其與原告簽訂業務代表合約書，並對業務代表提供保險招攬技術之訓練與指導（第1款）；輔導及指導其直接轄屬業務主管，以及原告委請輔導或指導之其他業務主管（第2款）；轄屬業務主管與原告間合約關係終止時，對該轄屬業務主管之下之業務主管及其指導之業務代表應接續輔導及提供訓練與指導（第3款）；對自己或其轄屬業務代表所招攬，而經原告同意承保之保單持有人提供服務，並對原告委請處理之其他保單持有人提供相同之服務（第4款）；轄屬業務代表或業務主管與原告終止合約關係時，對其等所招攬或經辦之保單之持有人持續提供服務（第5款前段）。

⑷依上可知，原告公司所屬業務員游蔡2人任職期間之職級升、降及報酬（獎金或津貼）多寡，招攬保險之業績乃是最重要之因素，一旦達成業績標準，低職級業務員得以晉升至上一職級業務員（主管）；反之，若未達業績標準，則將遭到原告調整或終止該職級合約；且業務主管對於所轄業務代表、業務主管或所轄業務主管轄下之業務代表，負有訓練、指導、輔導等義務，以增進招攬保險之知能及招攬技術，俾對整體業績有所助益；而業務主管之報酬，亦與其所轄業務代表、業務主管或所轄業務主管轄下之業務代表之招攬業績產生連動關係，核原告乃係透過提供不特定數額（計支標準雖然固定，但金額會隨著招攬業績多寡而有所不同），甚至可達高額津貼或獎金之方式，輔以加諸指導、訓練、輔導低職級業務員等義務，以及調整職級、終止合約之手段，以強調實際招攬之業績效率，驅使業務員必須致力爭取招攬業績，並配合團體績效，以獲取報酬及續任業務員職務，從而實現原告追求利潤最大化之目的，可見原告公司所屬業務員

游蔡2人任職期間乃係為原告之經營目的而招攬，對該2人而言，彼等工作內容係屬為雇主勞動，與其自身人格發展與自由產生高度異化（疏離化），實具有從屬性。則原告執前揭主張要旨7.、9.⑴至⑻所認，委無足採。

3.雇主之指揮監督：

⑴按承攬乃是獨立完成一定之工作，不受定作人之指揮監督，與勞動契約關係係立基於從屬性，勞工應受雇主指揮監督之情，有所不同；且勞動契約與承攬契約固均有指示權存在，然前者指示權之特徵，在於決定「勞務給付之具體詳細內容」，因勞務給付內容的詳細情節並非自始確定；而承攬契約之指示權僅得於契約所定之「一定之工作」範圍內（民法第490條第1項參照），具體化已約定之勞務給付內容。

⑵依游君業代合約及蔡君業代合約中第1條及附屬約定事項第1條、第3條、第11條、第15條、第22條之內容（本院卷2第183、185-187、201、203-205頁），業務員於從事保險招攬服務時，應依原告指示完成培訓（附屬約定事項第1條），且業務員辦理招攬服務之內容尚包括「其他經原告委託提供之相關服務」（業代合約第1條第1款第6目）；業務員雖有權收取客戶遞交之要保書並應及時轉交原告，然業務員應遵守原告就此類事項所頒布之「任何規章」（附屬約定事項第3條第1款）；又為確保業務員辦理完成之招攬服務之品質，原告得要求業務員提出「相關」之保險招攬服務報告（附屬約定事項第11條），且業務員名片格式及其印製須符合原告之統一規定，業務員不得擅自印製或使用不符合原告格式之名片（附屬約定事項第15條第1項第5款），業務員如違反前述合約或附屬約定事項之約定，原告並得隨時終止合約（附屬約定事項第22條第6款），可見原告公司所屬業務員游蔡2人，於任職期間從事保險招攬服務時，有表彰為原告從事保險招攬業務之形式，且彼等勞務給付之具體詳細內容，並非自始確定，於勞務給付（提供）過程中，尚可能經由原告頒布規章或其他指示方得進一步具體確定；另於勞務給付過程

中，包括名片印製、提出招攬服務報告等，尚須受原告規範，具有雇主指示權之特徵。再就主管職部分，依游君主任合約第2條之規定（本院卷2第195頁），業務主任為原告處理之事務項目，除了前揭所指第1款至5款之事務外，於第7款另訂有「其他經公司委任處理之事項」，同屬空白指令，非於勞務提供契約合意之初即予特定，若有違反原告指令，原告得隨時終止合約，則無論是業務代表或主管職級，均被要求服從雇主權威，是原告對於業務員游蔡2人任職期間勞務提供過程之指揮監督，至為顯然，其具有從屬性，應屬無疑。

⑶原告雖執前揭主張要旨7.、9.⑴至⑻等節而謂倘以業務員管理規則等法令要求業務員招攬行為等事項認定為勞動契約，無異所有業務員均為勞動契約勞工，顯悖於釋字740號解釋所揭私法自治及契約選擇自由意旨得作為從屬性認定之依據云云。然查，金管會訂定之業務員管理規則，係因業務員招攬保險亂象叢生，侵害保戶權益，引發許多保險消費糾紛，故為保戶權益，金管會遂以高度行政管制及監理手段，就業務員招攬業務之行為加以規範，以提升業務員專業水平，強化保險公司企業責任，並歷經多次修正，於現行業務員管理規則就保險業務員之取得要件及登錄、教育訓練、招攬行為、規範獎懲事項予以公法規範，惟上開公法規範經雇主實踐結果，亦會有維護雇主企業形象、提升業務員忠誠義務之情形。而雇主藉由金管會就業務員高度監理之要求，同時在勞務給付關係中，透過明文化之契約條款、工作規則，或事實上具體指令、懲戒及制裁權限之強度與密度，實際亦會提高業務員之從屬性，故雇主為遵守業務員管理規則之公法規範，訂定之契約內容、工作規則及實際指揮監督之結果，仍可能因此定性為勞動契約，影響勞務給付之認定，業如前述；復觀諸105年4月6日修正之業務員管理規則第16條第1項係規定：「業務員從事保險招攬所用之文宣、廣告、簡介、商品說明書及建議書等文書，應標明所屬公司之名稱，所屬

公司為代理人、經紀人或銀行者並應標明往來保險業名稱，並不得假借其他名義、方式為保險之招攬」（類似內容於98年5月27日修正時即存在），僅係要求業務員使用之文件要標明所屬公司而已，但原告尚進一步於游蔡2人業代合約中約定「名片」之印製與其格式要求，可認游蔡2人亦有為雇主即原告從事保險招攬業務之從屬性特徵。況原告除業務員管理規則之框架規範外，更要求游蔡2人遵行公司頒布之任何規章，使原告對彼等招攬保險行為之指令內容更加廣泛，難謂無從屬性。從而，堪認原告前開主張，委無足採。

⑷工作地點與時間之限制：

觀以原告98年6月18日發布之通訊處辦法（本院卷3第153-156頁）第9條規定：「通訊處每週須舉辦週會，每月舉辦主管會報一次，由通訊處經理主持，並將會中所討論之各事項彙整後送分公司參考。」而證人游君於本院中亦證述：（問：你在原告公司擔任業務員時，有無每週固定出勤日或是每天固定上下班時間？）每天早上週會固定要去，週會是公司要布達一些事情；（問：幾點？）有些是8點半到9點，不一定；（問：原告公司有要求你每天8點半到9點要到公司嗎？若不去的話，會被懲處嗎？）不去是不會被懲處，但是會被主管說你這樣不來，會影響辦公室一些行政相關費用的申請；（問：你上下班要打卡嗎？）沒有，但參加早會要簽名；（問：不去的話會對你不利嗎？）處經理不會實際上懲處我；（問：你有無每天參加晨會？）沒有等語（本院卷4第89-90頁）。可見原告轄下各通訊處均應辦理週會或晨會，目的在藉此布達公司政策及檢討、策進業務發展，游君雖證稱是自由參加，不需要打卡，不需要請假，未出席不會被懲處，然亦證稱參加者仍必須簽到，留有出勤紀錄，主管明示未參加者影響辦公室事務運作。又招攬保險之業績攸關個人報酬收入數額，亦影響職級之升、降或調整，甚至決定能否持續在原告公司擔任業務員，業如前述，從而，堪認原告所屬業務員自受到相當程度之心理強制，而參加週會或晨

會，仍屬原告支配所屬業務員勞動力之一環，此與承攬關係中，承攬人之勞務給付係屬於獨立勞動，無須配合定作人辦理此類增進團體績效之會議，顯然不同，是原告執前主張要旨9.⑾所認，並不足採。

⑸考核、訓練、懲戒及制裁：

①依游君業代合約及蔡君業代合約中附屬約定事項以下各條規定之內容（本院卷2第185-187、203-205頁），即第1條規定業務代表必須依原告指示完成培訓，否則不得辦理保險業務招攬及服務；第12條規定原告得要求業務代表提出相關之保險招攬服務報告；第22條規定如不符合附表評量標準所示之業績要求，原告得終止合約；又依游君主任合約第4條第1項則規定業務主任不得有損害原告公司利益、破壞原告公司信譽之情事（本院卷2第195頁）。可見原告對所屬業務員游蔡2人任職期間之考核及訓練，結合前開對業績之要求、空泛之指令權限，再搭配以隨時得終止契約之契約約款，應足認係具有從屬性之勞務給付。復依原告前開所指示培訓及評量等教育訓練及考核內容，實已將公法規範具體化並納入與業務員間之勞務給付契約條款，成為工作規則，並形成勞動契約之權利義務內容，非不得作為認定為勞動契約之依據。是原告執前揭主張要旨9.⑻所認，亦不足採。

②又業務員管理規則第19條明文條列各項違規情事，要求業務員所屬公司應按其情節輕重，予以3個月以上1年以下停止招攬行為或撤銷其業務員登錄之處分，而金管會尚訂有「業務員所屬公司依保險業務員管理規則第19條第1項懲處登錄之參考標準暨保險業務員涉有犯罪嫌疑裁量移送參考表」（即前述之懲處參考標準），以及中華民國人壽保險商業同業公會（下稱壽險公會）於99年4月7日訂定（嗣經3次修正）「業務員所屬公司依保險業務員管理規則第19條第1項懲處登錄之參考標準」（109訴926外放影卷甲證61），原告亦訂定系爭評量標準（109訴926外放影卷乙證9），嗣修訂為「南山人壽保險業務人員管理規則」（下稱原告業管規則，

本院卷3第111-120頁），分別就業務員之各種違規行為態樣規定相應之處理方式，可見金管會確實要求原告，而原告亦確實對所屬業務人員之招攬行為加以管理，並按其違規行為情節輕重予以停止招攬行為，甚可撤銷其業務員登錄。惟觀以原告業管規則之規範內容，固與懲處參考標準所列態樣相同，惟系爭評量標準第5點規定：「本標準自98年8月1日起生效適用，且公司得隨時依相關法令修正或視實際需要，適時修訂本標準，以求適法並適時提昇業務人員履約作業品質。」另前開原告業管規則第4點亦規定：「本規則自發布之日起生效適用，且公司得隨時依相關法令修正或視實際需要，適時修訂本規則，以求適法並適時提昇業務人員履約作業品質。」足見原告保有單方修訂原告業管規則之權利，就懲處參考標準所訂態樣外之行為，行使其監督、考核、管理及懲罰處分之權，此一懲戒權限並非屬於金管會或壽險公會，從而，原告對其所屬業務員游蔡2人任職期間在考核、訓練、懲戒、制裁方面之指揮監督，均不止侷限於公法規範所明列之事項，其亦可藉由金管會就保險業務員高度監理之要求，同時在勞務給付關係中，透過明文之契約條款、工作規則或事實上懲戒及制裁權之強度與密度，實際上提高業務員游蔡2人之從屬性，且原告業管規則第4點規定迄仍存續，自不因該規則隨同金管會或壽險公會修正相關規定而影響業務員之從屬性之認定，是原告執前揭主張要旨9.⑼、⑽所認，亦不足採。

⑹原告又執前揭主張要旨7.、9.⑺、⑻等節而謂游蔡2人從事招攬保險之業務活動及工作時間、地點均得自行決定，原告並未限制，獲取報酬方式以保戶繳交保險費為前提而依該費用比例計算報酬云云。然而，業務員具有自行決定工作時間與地點、報酬給付方式不包括底薪，而且無業績要求（自行負擔業務風險）之特徵，就此部分固具有獨立性，而具有承攬之性質，惟於所爭執之勞務供給關係中，如同時存在從屬性與獨立性勞務提供之特徵時，經整體觀察後，如從屬性特

徵對於整體契約關係勞務供給關係具有重要性時，縱有非從屬性勞務供給之特徵存在，仍無礙其整體歸屬勞動契約之屬性判斷。雇主對於工作時間、地點之管制或報酬計算方式，固可為從屬性判斷之參考要素，然究非為唯一或具有關鍵性之標準，已如前述。再者，隨著時代環境的變遷與科技發展，勞務供給模式複雜多樣，欠缺工作地點拘束性之職務，並非業務員職務所獨有之特徵，其他外勤工作者，亦因其職務性質而無固定之工作地點；保險商品種類繁多，相關產品資訊復具有相當之專業性，除客戶因自身需求而主動要保外，業務員勤於主動探訪及從事專業解說，以取得客戶信任並對保險商品產生需求，方能提升成功招攬之機會，又因拜訪客戶必須配合客戶時間，業務員從事保險招攬工作之工作時間自會有相當彈性，此為保險招攬工作之性質使然，自難據此作為判斷契約屬性之重要標準。此外，勞基法第2條第3款規定，因勞動關係所獲致之工資，包括依計時、計日、計月、計件等方式計算勞工因工作所獲得之報酬，可見按件計酬制仍可能成立勞動關係，如僅因得自由決定工作時間及按所招攬之保險收受之保險費為基礎計算其報酬，即認定非屬勞動契約，將使勞基法規定之按件計酬無適用之餘地。是本件原告與游蔡2人所約定之上開報酬計算方式，無從據為雙方間不具有勞動契約關係之事由，則原告前開主張，尚非可採。

4. 綜上，原告與所屬業務員游蔡2人任職期間之間之契約關係，應具有從屬性，而屬勞動契約。

(五)被告作成原處分，並無違反勞退條例、行政程序法、行政罰法等規定及比例原則，應屬合法有據：

1. 原處分、系爭限期改善處分與所依據法律即勞退條例第49條之關係：

⑴按行政處分除非具有無效之事由而無效外，具有存續力，在未經撤銷、廢止或未因其他事由而失效前，其效力繼續存在（行政程序法第110條第3項參照）。又一有效之行政處分，

原處分機關以外之國家機關，包括法院，除非是有權撤銷機關，均應尊重該行政處分，並以之為行為之基礎，此即所謂「行政處分之構成要件效力」。因而有效行政處分（前行政處分）之存在及內容，成為作成他行政處分（後行政處分）之前提要件時，前行政處分作成後，後行政處分應以前行政處分為其構成要件作為決定之基礎，後行政處分成為行政訴訟之訴訟對象時，由於前行政處分並非訴訟對象，後行政處分之受訴行政法院，並不能審查前行政處分之合法性，前行政處分之合法性應由以前行政處分為程序對象或訴訟對象之訴願機關或行政法院審查之。復觀以勞退條例第49條所定「按月處罰」，乃係以令受處分人限期改善（下稱令限期改善處分）為基礎，令限期改善處分與按月處罰之間，自存有構成要件效力關係。又此一按月處罰規定，既為立法者以法律明確規定，目的乃在藉由給予行為人相當時間及空間可以改正之間隔下，以按月不斷的處罰，促使行為人履行其公法上為勞工申報提繳勞工退休金之義務，故只要行為人尚未改善或無法證明其已改善前，主管機關自可裁罰，而無庸逐月須先以令限期改善以確認行為人是否仍有原違章行為存在，亦毋庸於每次按月處罰時再次給予陳述意見之機會，又類此按月、按次或按日連續處罰立法規範迄未為釋憲者所否定，且此一按月處罰規定，既已將給予行為人相當時間及空間可以改正之因素考量其中，當已兼顧明確性原則及比例原則之考量，而在行為人未改正前所對之每月裁罰之罰鍰，故可能造成累計金額超過提繳勞工退休金之結果，然此當為立法者在立法政策所選擇並預見之自由形成空間內，要求行為人履行公法上義務以達成保障勞工退休生活及促進社會及經濟發展等目的之手段，顯將公益及私利之折衝調和考量其中，當屬適合而有助於目的達成，而法律效果中之罰鍰上下限及影響名譽之處分，亦符侵害最小而有其必要性及合於比例性，故難認有違比例原則。從而，當難認勞退條例第49條所定「按月處罰至改正為之」之意涵，有何違反法律明確性原

則、比例原則或一行為不二罰原則之情事，則被告依此規定所為之按月處罰，於法自屬有據。

⑵經查，原告係適用勞基法之事業單位，其與游蔡2人間屬勞動契約之法律關係，然原告未依規定申報游蔡2人自到職日起提繳勞工退休金，經被告以系爭限期改善處分，請原告於101年7月20日前改善，為游蔡2人自到職日起申報提繳勞工退休金，業如前述，則原告據此即負有於期限內申報提繳游蔡2人自到職日起勞工退休金之作為義務，惟原告逾期未改善，被告乃依勞退條例第18條、第49條規定，以第1次裁處處分裁罰原告罰鍰10萬元，且原告並未對前開2處分提起行政爭訟，業據原告陳明在卷（本院卷6第16頁），縱系爭限期改善處分未告知救濟期間，然此另屬依行政程序法第98條第3項規定處理之情形，並不影響系爭限期改善處分仍屬有效行政處分，且未有無效事由而具有存續力，則其效力繼續存在，並具有構成要件效力，亦非本件訴訟之審查對象。遑論第1次裁處處分業告知救濟期間（原處分卷第31-32頁），原告對該第1次裁處處分並未不服而無爭訟。其後，原告遲未為游蔡2人辦理自到職日起申報提繳勞工退休金，被告遂對原告按月裁罰，並以原告仍未改善，違反勞退條例第18條規定，依同條例第49條及第53條之1規定，以原處分各裁處原告罰鍰10萬元及公布原告名稱及負責人姓名等資訊，依前揭說明可知，原處分均係以系爭限期改善處分為其前提處分，原告既未履行系爭限期改善處分，則原告續予按月裁罰，於法自屬有據。至於原告執前揭主張要旨11.所引學者見解及其他民事、行政訴訟判決見解，或執前揭主張要旨6.、8.之其他行政機關見解，核屬學理之說明或各該具體個案中所為之認事用法，且非統一之法律見解，均難認與本件具體個案之認事用法相涉，尚無從拘束本院。又勞退條例係於93年6月30日制定公布，並自公布後1年施行，依第1條規定可知，該條例係為增進勞工退休生活保障，加強勞雇關係，促進社會及經濟發展而為制定，而有關勞工退休金事項

亦優先適用該條例，故被告依該條例規定所為見解而變更過往不合時宜見解，參諸釋字287號解釋意旨，亦為法所允許。是原告執前揭主張要旨11.而謂本件並無所謂構成要件效力、被告立場反覆而剝奪其訴訟權，違反憲法第80條及第16條規定、原處分有違反一行為不二罰原則或行政行為明確性原則云云，均無可採。

2.原處分並無違反行政程序法等規定：

⑴原告固又執前揭主張要旨3.、5.、11.而謂系爭限期改善處分所載游蔡2人到職日與該2人業代合約所載日期不同，可知被告未盡調查義務，導致此部分認定有誤；又系爭限期改善處分依據之北市99年2月2日函及北市勞動局99年2月12日函均無就具體個案之契約類型進行判斷，被告據之作成原處分認定游蔡2人與原告之契約類型，未檢視游蔡2人之合約，未實際調查實際履約情形，有認定事實錯誤及違反行政程序法第36條云云。然查，系爭限期改善處分具有構成要件效力，且非本件訴訟審查之對象，已如前述；復依原處分「事實、理由及法令依據」欄第三點業均敘明：「貴單位之業務人員（不分職位層級）業經臺北市政府99年2月2日府授勞二字第09930820500號函及臺北市政府勞工局99年2月12日北市勞二字第09910535600號函認定與貴單位間為僱傭關係。……」等語（原處分卷第2、180、184、188、192頁），則觀以被告99年1月19日保退二字第09960004590號函（原處分卷第33-35頁）及原告99年1月5日（99）南壽業字第005號函（原處分卷第37-38頁）所示，乃被告基於其職掌先向原告調取業務員顏名標等人各層級業務合約書及相關書件，嗣再將該等合約書及相關書件函請原告所轄主管勞基法事務之臺北市政府及所屬勞動局依權責就該等業務員與原告間是否具僱傭關係表示意見，嗣經臺北市政府及所屬勞動局函復，而依北市99年2月2日函所示（原處分卷第39頁），已指明如顏名標等2,219名係屬原告公司所僱用之勞工，應遵守勞基法及勞退條例等相關規定辦理等語；復依北市勞動局99年2月12日函

所示（原處分卷第41-44頁），亦已指明本案係為適用勞基法行業之事業單位，顏名標等2,219名人員(不分職位層級)，具有勞基法所稱之勞工者，係指凡受雇主僱用從事工作獲致工資者，且受僱者有繼續提供勞務從事工作之事實，應基於確保經濟上弱勢之受僱者法定權益，依勞退條例辦理等語。再依被告所提其先前向原告調取嗣提供臺北市政府及所屬勞動局表示前開意見之該等業務員業務代表合約書（本院卷4第487-494頁）及業務主任聘約書（本院卷4第495-503頁），與本件游君業代合約（本院卷2第183-194頁）、蔡君業代合約（本院卷2第201-212頁）、游君主任合約（本院卷2第195-199頁）相對照，關於業務代表部分，前者合約第1、2、3、4、5條及附屬約定事項第19條內容，分別類同於後者游蔡2人合約第1、2、3、4、10條及附屬約定事項第19條內容，前者合約附屬約定事項第1、2、3、4、5、6、7、8、9、10、11、12、13、14、15、16、17、18條內容，分別類同於後者游蔡2人合約第1、5、6、7、8、9、10、11、12、13、14、15、16、17、18、20、21、22條內容，前者合約之業務津貼及獎金表內容，類同於後者游蔡2人合約之業務津貼及獎金表內容；關於業務主任部分，前者合約第1、2、3、6、4、5條內容，分別類同於後者游君主任合約第1、2、3、4、5條內容，前者合約之業務津貼及獎金表、業務主任管理規章內容，分別類同於後者游君主任合約之業務津貼及獎金表、業務主任委任合約評量標準內容。足見原告有關業代合約或業務主任合約，當係以一基本內容版本而對不同時期與其簽約擔任業務員或業務主任者略作修改，然各該合約基本內容核心架構並未改變，是前者業代及業務主任等合約既已為北市99年2月2日函及北市勞動局99年2月12日函為依憑而表示前開意見，則被告再據該2函而為原處分「事實、理由及法令依據」欄第三點之認定，既因前者業代及業務主任等合約與游蔡2人業代及游君業務主任等合約之基本內容核心架構並未改變，仍足認被告作成原處分就此點認定

已盡職權調查證據、對當事人有利、不利事項一律注意之責，並無違反行政程序法第36條規定之情事，是原告就此主張，委無足採。

⑵又觀以原處分「事實、理由及法令依據」欄第四點全文記載係：「請貴單位仍依規定迅即填寫『勞工退休金提繳申報表』送本局申報上開人員自到職日起提繳勞工退休金，以維護勞工之權益，否則本局將按月處罰至貴單位改正為止」等語（原處分卷第2、180、184、188、192頁），可見其整體文義已明確表示給予原告於裁罰後1個月內之改正期間，原告徒執該「迅即」二字而謂原處分未載明具體期限，有違明確性原則云云，亦不足採。

⑶復依原告所提游君和解筆錄（本院卷1第481-482頁）及蔡君和解筆錄（本院卷1第479-480頁）所示，該等內容固將游蔡2人業代合約及游君主任合約約定為非屬勞動（僱傭）契約，及不得向原告請求勞保、健保、退休金或其他勞動法令所得主張之權利，並應撤回所為有關勞工保險、健康保險、就業保險、提繳勞工退休金之申訴等情，然核該等和解筆錄既屬私法性質，而就游蔡2人是否屬於適用勞基法之本國勞工而有勞退條例之適用，仍須依該2人與原告所訂契約就勞務給付之約定內容實質認定，非屬當事人得以合意約定之事項，與勞務給付內容應依當事人合意約定之契約自由原則亦屬無涉，準此，該等和解筆錄自對本院已依前述事證認定游蔡2人任職期間與原告間係屬勞動契約關係，而生雇主即原告應負為勞工申報提繳勞工退休金之行政法上義務不生拘束，尚難據以溯及排除勞退條例之適用。是原告執前揭主張要旨3.、4.而謂其與游蔡2人已經有同於民事確定判決效力之訴訟上和解，非屬勞動契約關係，且溯及發生認定整段契約性質，系爭限期改善處分及原處分作成時之構成要件事實已不復存在，被告仍為歧異判斷，強行認定為勞動契約關係，有認事用法之違誤，所作成之原處分顯屬違法，應予撤銷云云，自不足採。又本院認定游蔡2人任職期間與原告間

係屬勞動契約關係所依據之前述事證已明，既如前述，則原告聲請通知斯時為和解筆錄之承審法官（現為律師）到庭作證，核無必要，併此敘明。

3.原處分並無違反行政罰法等規定：

⑴原告負有為其所屬業務員游蔡2人自到職日起申報提繳勞工退休金之作為義務，因違法不作為而不履行，參諸釋字604號解釋意旨，可認立法者對於勞退條例第49條「按月處罰」之規定，係以擬制之方式對於「違規事實繼續之行為」為行為數之切割，即透過每月裁罰之行使作為行為已中斷之認定，從而對此多次違規行為得予以多次處罰，並不生一行為二罰之問題，從而，被告透過按月裁罰之行使，作為行為已中斷之認定，進而對原告於本件前開5時點為5次裁罰，是各次裁罰自均符合行政罰法第27條之規定，並無罹於3年裁處權時效之情事，則原告執前主張要旨1.所認，並不足採。

⑵又原告自52年間起設立迄今，經營時間長久，為大型保險業，且於全國各地設有分公司，資本額達1,500億元，有經濟部商工登記公示資料查詢服務可參（本院卷1第23-25頁），且截至108年間亦有為其所屬勞工提繳勞工退休金達上千人之多，亦有提繳單位資料查詢作業可憑（原處分卷第5頁），可認原告應具有營運上及勞工管理之專業，其復為適用勞基法之行業，應適用勞基法所生之勞動權益，舉凡勞動契約、勞工保險、就業保險、工資給付、資遣費、退休金、職業災害補償、全民健康保險等事項，均與每位勞工之生活及工作安全保障息息相關，此觀諸勞基法及勞退條例之立法意旨，至為灼然。再原告未依規定申報游蔡2人自到職日起提繳勞工退休金，經被告以系爭限期改善處分，請原告於101年7月20日前改善，惟原告逾期未改善，被告乃依勞退條例第18條、第49條規定，以第1次裁處處分裁罰原告罰鍰10萬元，且原告並未對前開2處分提起行政爭訟，又因遲未為游蔡2人申報提繳勞工退休金，被告遂自101年7月24日起按月裁罰原告，業如前述，是原告迄被告作成原處分前，盡擇

對己有利之歧異見解，始終無視前述相關規定及說明與勞工權益，再有本件違法行為，自均彰顯其具有主觀不法之故意，且縱認其無故意，其亦有應注意，並能注意，而不注意之過失。是原告執前揭主張要旨12.、14.而謂其不具違反行政法上義務之故意或過失，其有「無罪推定原則」、「疑則無罪（罪疑唯輕）原則」之適用云云，自不可採。

⑶原告不具有超法規阻卻責任事由：

①按行政罰法及其相關法理如同刑法之適用，可以建構出構成要件該當性、違法性（含有無阻卻違法事由）、有責性或可非難性（含有無阻卻責任事由）三個層次，以檢驗確認行為人是否具備處罰要件，而得予以處罰。關於違法性認識（不法意識），學理上雖有故意理論及罪責理論之別，惟根據行政罰法第8條：「不得因不知法規而免除行政處罰責任。但按其情節，得減輕或免除其處罰。」之規定，可知行政罰法係採取罪責理論之立場，將違法性認識與可非難性相連結，而視為罪責要素。又於行政罰領域內，行為人如欠缺期待可能性，亦可構成「阻卻責任事由」。亦即雖認定行為人有故意或過失，亦具備責任能力，但仍容許有某種「阻卻責任事由」之存在，無期待可能性即屬之，縱行政罰法或其他法律未明文，亦當容許此種「超法定之阻卻責任事由」之存在（釋字685號解釋林錫堯大法官提出、許宗力大法官加入之協同意見書參照）。易言之，公權力課予人民義務者，依客觀情勢並參酌義務人之特殊處境，在事實上或法律上無法期待人民遵守時，上開行政法上義務即應受到限制或歸於消滅，否則不啻強令人民於無法期待其遵守義務之情況下，為其不得已違背義務之行為，背負行政上之處罰或不利益，此即所謂行政法上之「期待可能性」原則，是人民對公眾事務負擔義務之界限。

②查原告為適用勞基法之行業，業如前述，是其本應善盡履行勞退條例所課予雇主為其所屬業務員游蔡2人申報自到職日起提繳勞工退休金之行政法上義務，而原告未依規定申報游

蔡2人自到職日起提繳勞工退休金，經被告以系爭限期改善處分，請原告於101年7月20日前改善，惟原告逾期未改善，被告乃依勞退條例第18條、第49條規定，以第1次裁處處分裁罰原告罰鍰10萬元，原告並未對前開2處分提起行政爭訟，又因遲未為游蔡2人申報提繳勞工退休金，被告遂自101年7月24日起按月裁罰原告，且釋字740號解釋認為業務員與其所屬保險公司所簽訂之保險招攬勞務契約，是否為勞動契約，必須視個案事實及整體契約而定，亦無推翻行政法院歷年來就業務員從事保險招攬業務而訂立之勞務契約性質認定為勞動契約之見解，均如前述。準此，被告透過按月裁罰之行使，令原告負有為其所屬業務員游蔡2人自到職日起申報提繳勞工退休金之作為義務，並不會使原告陷於客觀事實上特別艱難處境，亦不會使其陷入法律上遭究責、義務衝突或法律上不利益地位之窘境，自難認原告有事實上或法律上之特殊事由，致已無法期待其有合乎義務規範之行為。而相關行政機關、其他民事法院或行政法院判決就此所表示之法律見解雖尚有歧異，然此應係透過個案判決達成統合司法實務見解之當然過程，且觀之原告所持有利於己之相關行政機關、其他民事法院或行政法院個案判決法律見解，亦非已形成司法實務通說之法律意見。據此，亦難認原告具有正當理由，而有無可避免該違法性認識錯誤之特殊事由存在。因之，原告執前揭主張要旨13.而謂其有超法規阻卻責任事由云云，亦非可採。

4.原處分並無違反比例原則：

綜上所述，原告係適用勞基法之事業單位，其與游蔡2人間屬勞動契約之法律關係，然原告未依規定申報游蔡2人自到職日起提繳勞工退休金，經被告以系爭限期改善處分，請原告於101年7月20日前改善，為游蔡2人自到職日起申報提繳勞工退休金，惟原告逾期未改善，被告乃依勞退條例第18條、第49條規定，以第1次裁處處分裁罰原告罰鍰10萬元，因原告遲未為游蔡2人申報提繳勞工退休金，被告遂自101年

7月24日起按月裁罰原告，而被告於本件中，審酌原告歷經數年按月裁罰而迄今未改善之情狀，而依同條例第49條規定，以原處分各對原告裁處罰鍰10萬元，復依同條例第53條之1規定公布原告名稱及負責人姓名等資訊，核符行政罰法第18條之規定，且所為裁處罰鍰之金額及影響名譽之處分，亦符合比例原則，而無裁量逾越或濫用情事，自屬合法而應予尊重。再者，依勞退條例第19條：「（第1項）雇主應提繳及收取之退休金數額，由勞保局繕具繳款單於次月25日前寄送事業單位，雇主應於再次月底前繳納。（第2項）勞工自願提繳退休金者，由雇主向其收取後，連同雇主負擔部分，向勞保局繳納。其退休金之提繳，自申報自願提繳之日起至離職或申報停繳之日止。（第3項）雇主未依限存入或存入金額不足時，勞保局應限期通知其繳納。（第4項）自營作業者之退休金提繳，應以勞保局指定金融機構辦理自動轉帳方式繳納之，勞保局不另寄發繳款單。」之規定，可知該條適用在於雇主已為勞工申報提繳勞工退休金之前提下，方有由被告認定該退休金數額為何，再繕具繳款單予雇主繳納之情形，並無從解釋導出立法者在此有賦予被告得為雇主代辦自到職日起申報提繳手續或逕為勞工提繳退休金之權限，況若認被告有此權限，則將無異使同條例第18條課予雇主依法主動申報義務，及違反時依同條例第49條規定處罰之規範目的形同架空而無規定實益，是被告未依同條例第19條及第53條第1項規定，亦即以繕具繳款單命原告繳納游蔡2人之勞工退休金，如不繳納移送強制執行之方式，而係依同條例第18條、第49條、第53條之1之規定，對原告作成原處分，自屬合法。又勞退條例第49條之按月處罰規定，已將給予行為人相當時間及空間可以改正之因素考量其中，兼顧明確性原則及比例原則之考量，而在行為人未改正前所對之每月裁罰之罰鍰，故可能造成累計金額超過提繳勞工退休金之結果，然此當為立法者在立法政策所選擇並預見之自由形成空間內，要求行為人履行公法上義務以達成保障勞工退休生

活及促進社會及經濟發展等目的之手段，已將公益及私利之折衝調和考量其中，符合比例原則，亦如前述，則被告據之作成原處分，亦屬合法有據，並無違反比例原則。是原告執前揭主張要旨14.而謂原處分及先前歷次裁處之罰鍰已超過游蔡2人應提繳之勞退金數額，有牴觸比例原則之問題云云，亦不足採。

5.據上，被告作成原處分，並無違反勞退條例、行政程序法、行政罰法等規定及比例原則，應屬合法有據。

(六)綜上所述，原告起訴主張各節，均無足採。從而，被告作成原處分各對原告裁處罰鍰10萬元，復依同條例第53條之1規定公布原告名稱及負責人姓名等資訊，應屬合法有據，訴願決定遞予維持，亦無不合。原告徒執前詞，請求判決如聲明所示，為無理由，應予駁回。

(七)本件判決基礎已經明確，兩造其餘攻擊防禦方法及訴訟資料經本院斟酌後，均與判決結果不生影響，而無一一論述之必要，併予說明。

七、結論：原處分合法，訴願決定予以維持，均無不合，原告請求判決如聲明所示，為無理由，應予駁回。

中　　華　　民　　國　　111　　年　　11　　月　　3　　日

臺北高等行政法院第七庭

審判長法　官　鍾啟煌

法　官　吳坤芳

法　官　林家賢

一、上為正本係照原本作成。

二、如不服本判決，應於送達後20日內，向本院提出上訴狀並表明上訴理由，如於本判決宣示後送達前提起上訴者，應於判決送達後20日內補提上訴理由書。（須按他造人數附繕本）

三、上訴時應委任律師為訴訟代理人，並提出委任書。（行政訴訟法第241條之1第1項前段）

四、但符合下列情形者，得例外不委任律師為訴訟代理人。（同條第1項但書、第2項）

得不委任律師為訴訟代理人之情形	所　需　要　件
㈠符合右列情形之一者，得不委任律師為訴訟代理人	1. 上訴人或其法定代理人具備律師資格或為教育部審定合格之大學或獨立學院公法學教授、副教授者。 2. 稅務行政事件，上訴人或其法定代理人具備會計師資格者。 3. 專利行政事件，上訴人或其法定代理人具備專利師資格或依法得為專利代理人者。
㈡非律師具有右列情形之一，經最高行政法院認為適當者，亦得為上訴審訴訟代理人	1. 上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親具備律師資格者。 2. 稅務行政事件，具備會計師資格者。 3. 專利行政事件，具備專利師資格或依法得為專利代理人者。 4. 上訴人為公法人、中央或地方機關、公法上之非法人團體時，其所屬專任人員辦理法制、法務、訴願業務或與訴訟事件相關業務者。
是否符合㈠、㈡之情形，而得為強制律師代理之例外，上訴人應於提起上訴或委任時釋明之，並提出㈡所示關係之釋明文書影本及委任書。	

中　　華　　民　　國　　111　　年　　11　　月　　3　　日

書記官　許婉茹