

裁判字號：最高行政法院 109 年度上字第 261 號 行政判決

裁判日期：民國 110 年 10 月 28 日

案由摘要：勞工退休金條例

最高行政法院判決

109 年度上字第 261 號

上訴人 南山人壽保險股份有限公司

代表人 陳棠

訴訟代理人 陳業鑫 律師

黃合文 律師

被上訴人 勞動部勞工保險局

代表人 鄧明斌

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，上訴人對於中華民國 108 年 1 月 19 日臺北高等行政法院 108 年度訴字第 326 號判決，提起上訴，本院判決如下：

主 文

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

其餘上訴駁回。

上訴駁回部分上訴審訴訟費用由上訴人負擔。

理 由

一、上訴人未依勞工退休金條例（下稱勞退條例）第 18 條規定自所屬保險業務員游尚儒及蔡坤緯（以下合稱游蔡 2 人）到職日起申報提繳勞工退休金（下稱勞退金），前經被上訴人於民國 101 年 7 月 5 日以保退二字第 10160172751 號函（下稱 101 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申報表送至被上訴人，申報游蔡 2 人自到職日起提繳勞退金，惟上訴人逾期仍未改善，被上訴人乃以 101 年 7 月 24 日保退二字第 10160233801 號函（下稱 101 年 7 月 24 日函），依勞退條例第 49 條規定，處上訴人罰鍰新臺幣（下同）10 萬元，並

自 101 年 7 月 24 日起按月裁處上訴人迄今，惟上訴人仍未改善。本件係被上訴人復於 107 年 2 月 21 日以保退二字第 10760028421 號函（下稱原處分）再處上訴人罰鍰 10 萬元，上訴人不服，提起訴願，經決定駁回，遂向臺北高等行政法院（下稱原審）提起行政訴訟，並聲明：1. 訴願決定及原處分均撤銷。2. 被上訴人不得作成「命上訴人依勞退條例第 6、8、16、18 條規定為游蔡 2 人提繳勞退金」及「依勞退條例第 49 條規定裁處罰鍰」之行政處分。經原審以 108 年度訴字第 326 號判決（下稱原判決）駁回後，上訴人不服，遂提起本件上訴。

二、上訴人起訴主張及被上訴人在原審答辯，均引用原判決所載。

三、原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以：

(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鍰」之損害並非重大，其損害非不能回復，且非「事後救濟已無實益」，上訴人訴之聲明第 2 項部分提起預防性不作為訴訟，欠缺重大損害性、補充性等訴訟要件，為不合法。

(二)依上訴人「業務代表承攬合約書之附屬約定事項」（下稱承攬合約附屬約定事項）第 3 條第 1 項規定，游蔡 2 人須「同意遵守南山人壽頒布之任何規章」，包括為公司工作、考核之規定，難謂游尚儒之工作內容不具有從屬性。依上訴人「業務代表承攬合約書」（下稱承攬合約）第 3 條規定：「……南山人壽得……隨時以書面通知修訂附件業務津貼及獎金表之內容」，游蔡 2 人對於薪資幾無決定權限及議價空間，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，說明與填寫要保書注意事項，並須為上訴人轉送要保文件及保險單，足見游蔡 2 人係履行與上訴人間保險招攬勞務契約之債務內容，對於第三人執行如上職務服務。依承攬合約第 1 條第 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 人於執行職務時必須使用上訴人所印製的宣傳資料、計劃書。依承攬合約附

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人作職務上之報告。依承攬合約附屬約定事項第9條規定，上訴人要求游蔡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人使用的名片必須遵照上訴人的統一規定格式。依「業務主任委任合約書」（下稱委任合約）第2條第1、3項規定，游蔡2人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義務，如未善盡指導或成效不彰，會受到停止其業務主任工作的不利處分。再依委任合約第2條第4項規定，游尚儒應對其轄屬業務代表所招攬並經上訴人同意承保之保戶，負提供服務義務。又游蔡2人須接受上訴人評量，就評量標準無商議權限。依上訴人「業務代表承攬合約之評量標準」（下稱承攬合約評量標準），上訴人對於游蔡2人訂有承攬合約評量標準，且上訴人有單方書面通知修訂承攬合約評量標準權限。此外，上訴人為游蔡2人訂定承攬合約評量標準、業務津貼及獎金表、要求游蔡2人負有提供保戶服務義務、要求業務主任應對其轄屬業務代表提供訓練及輔導義務，及上訴人官網顯示其所屬業務員分為業務代表、業務主任、業務襄理、區經理、通訊處經理、總監不同之組織層級，視能力及表現升遷等等，均足證明保險業務員已納入上訴人組織體系。其工作並非不具從屬性關係，縱可認其契約具有承攬性質，但亦混合勞動契約之性質，應屬勞動基準法（下稱勞基法）第2條第6款規定的勞動契約。

- (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人與上訴人間是否為勞動契約，並不是只看「有無工作時間之規範」、「按所招攬之保險收受之保險費為基礎計算其報酬」此二點來決定，且業務人員之輔導、考核、升遷及監督，本人及配偶並應受競業禁止之限制，均可認定保險業務員在人格上從屬於上訴人；且「保險業務員必須受保險公司所制定之各項規範及要求之約束」（包括業務人員招攬行銷作業細則、業務品質評議管理辦法暨作業相關細則、商業行為

準則），已顯示保險業務員與保險公司間具有人格從屬性、且亦有勞務須親自履行之特性。而保險業務員之新契約申報、保戶契約變更服務、理賠文書遞件申請、首年度與續年度保費收取繳交等都有賴同僚配合完成，亦均存在組織從屬性（本院 101 年度判字第 368 號判決參照），是上訴人（原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約之性質，該法律見解並未經認定為違背法令，亦非司法院釋字第 740 號解釋（下稱 740 號解釋）範圍，前既已有行政法院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，上訴人對其應為所僱保險業務員提繳勞退金乙節，知之甚詳，並不因民事和解而有不同，被上訴人在裁罰前亦曾給予上訴人限期改善之機會，上訴人仍未改善，其有故意甚明，且違法情節非輕，原處分裁罰 10 萬元，尚非過重，亦未違反比例原則等語，駁回上訴人於原審之訴。

四、上訴意旨略謂：

- (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，顯足以預期後續月份會持續作成處分，違反行政程序法第 9 條、第 36 條、第 43 條規定。縱認上訴人與保險業務員間為勞動契約，上訴人僅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批對上訴人每月分別裁處 5 項罰鍰，違反一行為不二罰原則。原判決未審酌上訴人之營業利益存在隨時因被上訴人開罰而受到重大損害之風險，遽以欠缺權利保護必要，駁回上訴人提起「預防性不作為訴訟」，顯有未依職權查明事實關係、判決不備理由及判決理由矛盾。
- (二)740 號解釋已指出，判斷是否為勞動契約之核心基準為「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）」、「是否自行負擔業務風險（例如按所招攬之保險收受之保險費為基礎計算其報酬）」，本院 106 年度判字第 233 號判決、107 年度判字第 708 號判決、108 年度判字第 407 號判決及原審 107 年度訴字第 311 號判決均實質適用 740 號解釋。原判決所援引本院 100 年度判字第 2117 號判決、101 年

度判字第 368 號判決等，均係 740 號解釋公布前作成，於該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債權人所定工作時間、休息、休假之限制，且依其工作時間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 726 號解釋意見書已指出，「工作時間」屬於勞動契約必要之點。游尚儒於 110 年 8 月 4 日就另案即原審 109 年度訴字第 425 號案件亦出庭證述上訴人與保險業務員是簽訂承攬合約。又法院多仍以「記者沒有固定上下班時間要求、出缺勤未被考核、不適用任何請休假申請制度」、「記者係依稿件或攝影任務之成果而計算其報酬」斷定「記者」為「非勞動契約之承攬契約關係」。因此，只要保險業務員「沒有固定上下班時間要求、出缺勤未被考核、不適用任何請休假申請制度」，且係「按所招攬之保險收受之保險費為基礎計算其報酬」者，則非屬勞基法第 2 條第 6 款之勞動契約，更不會適用勞退條例。原判決判斷游蔡 2 人得否自由決定勞務給付之方式時，並未將工作時間納入審酌，且認定渠等報酬受領未自行負擔業務風險，顯已悖離 740 號解釋意旨，更不當適用勞基法第 2 條第 6 款規定，足認並未善盡調查證據之義務，而有判決適用法規不當及判決不備理由。

- (三)從勞基法第 2 條第 1、2 款使用「僱用」及同條第 6 款所定勞動契約指約定勞雇關係之契約，應認僅有民事「僱傭」契約始有勞基法適用，「承攬」或「委任」契約則毋庸適用。承攬合約「三、南山人壽得因法令變動、主管機關指示或配合實務作業需要，隨時以書面通知修訂附件業務津貼及獎金表之內容……」之約定，係為反映各別保險商品依法令或市場因素變化所生成本，以維持保險業之清償能力，並非為達任意調整報酬之目的。上訴人自 59 年起即採行保險業務員承攬／委任制度，並以非勞動契約關係為基礎，精算商品費用率、招攬保險之勞務成本，進而釐訂商品保費，給付業務員佣金及提供保戶理賠保障。倘強行認定為勞動契約關係，將使上訴人承受未經預期及估算之鉅額成本，直接衝擊保戶權益，影響甚鉅。「考核」之約定係上訴人對工作成果即招攬保險績

效之要求，然游蔡 2 人得自行選擇欲招攬商品以獲取相應之報酬，而所獲報酬無最高上限，並須自負經濟風險，與一般勞工係以工作時間換取經濟利益不同，顯欠缺經濟從屬性。而保險業務員之報酬乃依其成功招攬保險成果計算，與「工作時間」並無關聯，其成功招攬保險之數量並非保險公司所能「供給」，與勞基法第 2 條第 3 款規定工資係基於勞務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 款規定所已描述之「按件計酬」之特徵。原判決未論及保險業務員招攬業績是否係為自己利益、相關佣金獎金是否必須完成一定工作成果始得獲得，無視上述佣金並非與工作時間有對價性等，率認游蔡 2 人對於薪資幾無決定權及議價空間，與承攬關係有別，違反經濟上從屬性，並以佣金與其他獎金在所得稅申報資料顯示為「薪資所得」類別，即認屬勞基法第 2 條第 3 款之工資，顯然牴觸 740 號解釋意旨，足認判斷無明確標準、流於恣意，有不適用法規或適用不當。

(四)依民法第 535、536、189、496 條規定，不論委任或承攬契約，勞務債務人皆應依勞務債權人之指示提供勞務，且應盡一定程度之注意義務，以符勞務契約之本旨。本院 106 年度判字第 233 號判決及 107 年度判字第 708 號判決亦認為，勞務債權人對於履行勞務債務過程中之指示或相關規範，並不足以作為勞動契約從屬性之認定。然原判決援引本院 100 年度判字第 2117 號判決、101 年度判字第 368 號判決表示保險業務人員須遵守保險公司之招攬行銷作業細則、業務品質評議管理辦法暨作業相關細則、行為準則等，認定保險業務員與保險公司間具有人格從屬性，顯然無視委任、承攬或居間等非勞動契約之勞務債務人亦應依契約盡注意義務，則勞務契約將被窄化為勞動契約，而無成立承攬、委任、居間契約之可能性。原判決並認縱兼有承攬、委任等性質，仍應屬勞動契約，毋寧將不同主給付義務之勞務契約，全都認為是勞動契約，忽略民法劃分「僱傭」、「委任」、「承攬」、「居間」等不同勞務契約類型之規定，顯屬不當，應為本院 108 年度判字第 407 號判決所摒棄之「類型強制」，亦曲解勞基法第 2

條第 6 款，抵觸 740 號解釋，而有不適用法規之違法。且原判決認為有從屬性成分之要素者，740 號解釋民事原因案件之契約關係亦大多具備，顯見該等要素不被 740 號解釋所採納，其判決違背法令。

- (五)無論勞動、承攬、委任、居間關係，業務員均須遵守保險業務員管理規則(下稱管理規則)、保險業招攬及核保理賠辦法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理產業，對於人民權益影響重大，這些保險或金融監理法規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，公司得對業務員不當招攬行為予以處理，及不得為其他保險公司招攬保險，僅係重申管理規則第 18 條、第 19 條以及第 14 條第 1 項等規定，與有無從屬性無涉。此外，保險業招攬及核保理賠辦法(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，一方面該保險契約無從訂立，本難計付報酬予保險業務員，另一方面亦使被保險人陷於未受保險保障之風險。又管理規則第 3 條、第 5 條、第 15 條第 4 項規定，保險業務員未具備相關資格、辦理登錄者不得招攬保險，乃主管機關基於金融安全秩序及保險業務紀律所立之規範，非基於契約約定之結果。則原判決認保險業務員為特定保險公司招攬保險、受競業禁止限制、保險公司以業績進行考核、保險業務員配合公司政策、維護公司形象等義務，認定保險業務員與保險公司間具有從屬性，未審酌游蔡 2 人得自由決定招攬保險之時間、地點及方式，渠等「招攬」保險契約之過程並「未」受上訴人之指揮、監督及控制，以及招攬保險後契約申報、變更服務等相關保險客戶服務、理賠之完成需要其他同事協助，逕自擷取契約內容，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監督之關係屬僱傭契約，具有從屬性，顯然忽略承攬、委任、居間等其他勞務契約亦有約定契約履行品質之可能，違反 740 號解釋理由書、本院 108 年度判字第 407 號、107 年度判字第 708 號判決禁止契約類型強制之要旨，亦不當適用勞基法

第2條第6款，構成適用法規不當。又740號解釋黃璽君大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表達，不具有拘束力。原判決執以遽論上訴人與保險業務員間為勞動契約關係，不依740號解釋意旨認事用法，復未說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同，有判決不適用法規及判決不備理由。

- (六)蔡坤緯從未與上訴人締結業務主任合約，原審與被上訴人至今仍堅稱蔡坤緯可能「受到停止業務主任工作」云云，顯未仔細審視系爭合約。被上訴人至今仍未檢附原處分之卷證資料，顯見企圖掩蓋其未盡職權調查證據義務之瑕疵。
- (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解，原判決關於從屬性認定之見解，已違背740號解釋。上訴人與其業務員間簽訂之保險招攬契約定性，自當由其主給付義務，亦即勞務債務人能否自行決定工作時間、工作地點與勞務之方式而定，與勞務債務人所為勞務給付是否有依勞務債權人指示無涉。基於契約自由原則，人民有權自由形塑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場，亦即人民所能承擔之勞務成本而定。復援引金融監督管理委員會（下稱金管會）函文說明，管理規則非為規範保險業務員勞務給付內容，不論是否納入保險招攬契約，均不會變動主給付義務內容約定，而與勞務契約定性無關。本院108年度上字第954號判決見解，顯與740號解釋不符。而740號解釋理由中所謂「不得逕以」的「逕」乃贅詞，係指「不得」將管理規則作為認定依據，而非不得將管理規則作為「唯一」的認定依據。
- (八)司法院釋字第596號解釋理由明確表示：「勞工請領退休金之權利，屬於私法上之債權」，司法院釋字第781、782、783號解釋理由書亦已揭示，有關「工資」之債權，屬於私法上債權，則勞工對於退休金之權利屬對「遞延工資」之請求，當然是私法上之權利。參照行政院函送之勞退條例草案說明及740號解釋黃茂榮大法官協同意見書可知，勞工就其有無請領退休金之權利與雇主發生爭執，屬私法爭議，臺灣高等

法院 108 年度重勞上字第 12、59 號、107 年度勞上字第 151 號、105 年度重勞上字第 44 號、104 年度重勞上字第 45 號、臺灣士林地方法院 106 年度重勞訴字第 10 號民事判決，亦均認勞務債權人「請求提繳勞退金至被上訴人之勞工退休金專戶」之權利，屬於私法上之債權。而勞退條例課予雇主提繳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之保全手段。若當事人已自認非屬勞工，則無適用勞退條例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關係，毋寧自認其非勞工，且已拋棄請求勞退金之權利。又勞退條例第 49 條之裁罰類型，實際上是「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。而依勞退條例第 18 條規定，雇主為勞工辦理提繳勞退金之義務，應於「勞工離職之日起 7 日內」即已消滅，因此應自「勞工離職之日起 7 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性，而違反比例原則。原判決無視游蔡 2 人真意，且未具體說明不採之理由，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，顯有消極未適用行政罰法第 27 條第 1 項規定暨判決不備理由。

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

(十)游蔡 2 人與上訴人成立契約關係之期間，就上訴人是否有為其提繳新制勞退金之私法上債務，呈現利害關係相反之狀況。

假若訴願決定暨原處分遭撤銷，則游蔡 2 人無法享有新制勞退金之利益，故依本院 103 年 11 月份第 1 次庭長法官聯席會議決議，原審未命游蔡 2 人參加訴訟，違反行政訴訟法第 42 條第 1 項規定，屬行政訴訟法第 243 條第 1 項所稱之違法判決。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攬契約關係，非屬勞動契約關係。過往本院雖稱行政法院不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 年度判字第 1185 號與 109 年度判字第 449 號判決仍將「和解契約」作為行政處分之前提事實，撤銷悖離和解契約之行政處分。再依本院 109 年度判字第 228 號判決意旨，當普通法院已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存否或其內容時，行政機關或行政法院應以之為決定基礎，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約自由之憲法權利，此一概念經司法院釋字第 576、740、580 號解釋闡明在案。上訴人與游蔡 2 人已達成訴訟上和解，被上訴人仍作成原處分對上訴人裁罰並要求為游蔡 2 人提繳退休金，自屬違法處分，且有消極不適用民法第 737 條、民事訴訟法第 380 條第 1 項規定之違背法令情形。原判決僅泛稱「民事和解筆錄不拘束行政法院」，毫無任何理由論述，已有判決不備理由，亦與 740 號解釋意旨不符，有不適用法規或適用不當之違法。將來若上訴人提起民事訴訟主張不當得利，訴請游蔡 2 人返還已受領之給付，受訴法院受和解效力所拘束，勢必判決准許上訴人之請求，終至行政機關與民事法院就同一構成要件為相異認定之結果，如此絕非社會所樂見。另上訴人係為履行民事訴訟上和解契約關係，而未為游蔡 2 人提繳退休金，應無違法故意或過失。然原審對於上訴人此項重要之攻擊方法恕置未論，有判決不備理由。

黃茂榮、蔡明誠、陳春生、黃虹霞大法官等於 740 號解釋協同意見書、陳清秀教授「行政訴訟法之先決問題－以保險業務員勞務契約性質認定為例」論著及學者沈冠伶「民事訴訟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擇」論著及其法律鑑定意見書，均已指出行政法院審判時面對私法上勞務契約類型界定問題時，應以民事法院判決為據。

詹森林大法官於「民法與勞動法之對話」闡述 740 號解釋核心意旨，即解釋當事人契約關係時，應「探求當事人之真意」。原判決未交代任何理由，逕無視上訴人與游蔡 2 人簽訂之承攬合約及委任合約暨訴訟上和解契約真意，已有消極不適用法令及判決不備理由。此外，尚有林更盛教授著作「再論保險業務員從屬性的認定」、「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』」、張文郁教授「私法自治與確定判決之構成要件（先決問題）既判效力」及劉建宏教授之法律鑑定意見書、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合法性—以臺北高等行政法院 109 年度簡上字第 75 號判決為楔」等法律意見等論述可支持上訴人之主張，原判決不顧當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，判決即屬違法。

臺北市政府 99 年 2 月 2 日府授勞二字第 09930820500 號函（下稱 99 年 2 月 2 日函）僅為臆測，臺北市政府勞工局（嗣於 102 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 09910535600 號函（下稱 99 年 2 月 12 日函）僅是重申勞基法對勞工之判斷標準，並無實質認定上訴人與業務員間之契約定性，難作為原處分之適當依據。臺北市政府勞動局 105 年 11 月 9 日北市勞就字第 10541956800 號函已認上訴人與保險業務員間並「非」僱傭關係，而係「承攬關係」，與 99 年 2 月 2 日及 12 日函見解不同，足認臺北市政府勞動局已變更見解。財政部臺北國稅局 106 年 11 月 1 日財北國稅法二字第 1060041611 號復查決定亦認為上訴人與保險業務員間並非僱傭關係。被上訴人於改制前台閩地區勞工保險局 74 年 1 月 22 日勞（承）字第 008278 號函及 83 年 9 月 15 日八三勞承字第 6047255 號函均函知上訴人，只要保險業務員與上訴人間之保險招攬契約關係，滿足「無底薪」、「依業績多寡支領報酬」或「公司亦無要求任何出勤打卡（工作時間上之指揮監督）」等條件，則足認欠缺僱傭關係，而不適用勞工保險條例，與 740 號解釋相符。被上訴人 105 年 5 月 13 日保納行一字第 10510107010 號函已自承，上訴人與保險業務員間契約性質爭議，依工作所

在地之縣（市）政府勞工行政主管機關或循司法途徑解決。而上訴人與游蔡2人已於民事訴訟中成立和解，被上訴人卻仍為原處分裁處上訴人，且上訴人並無故意過失存在，原處分顯然違背其過去先例，違反行政自我拘束原則。原判決不查，亦無傳喚游蔡2人到庭說明其業務員合約之履行狀況，復未敘明不採之理由，逕認上訴人與保險業務員間為之勞動契約具有僱傭性質，除消極不適用740號解釋，亦顯有未盡調查證據及判決不備理由。

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

五、本院判斷：

（一）關於撤銷訴訟部分：

- 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退休準備金者，不適用之。（第2項）實際從事勞動之雇主及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者或委任經理人，得自願提繳，並依本條例之規定提繳及請領退休金。」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。」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。」第49條規定：「雇主違反……第18條……規定，未辦理申報提繳、停繳手續或置備名冊，經限期改善，屆期未改善者，處新臺幣2萬元以上10萬元以下罰鍰，並按月連續處罰至改正為止。」行為時勞基法第2條規定：「

本法用辭定義如左：一、勞工：謂受雇主僱用從工作獲致工資者。……六、勞動契約：謂約定勞雇關係之契約。」(108年5月15日修正勞基法第2條第6款規定：「六、勞動契約：指約定勞雇關係而具有從屬性之契約。」)至於何謂勞雇關係，勞基法並未界定其標準。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。如提供勞務者基於人格上從屬性，有為他人提供受其指示之拘束、由他人決定之勞務的義務，原則上無形成諸如涉及勞務內容、履行、時間與地點等職務內容之實質自主決定權，可謂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治應予尊重，避免違反私法自治或契約自由，惟亦應實質觀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屬，且不因其選擇之契約名稱而受影響。實務上另輔以經濟上從屬性及組織上從屬性作為判斷標準。740號解釋：「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。」則揭示可從可否自由決定勞務給付並自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，依勞務債務人與勞務債權人間之從屬性程度之高低判斷之。

- 2.次按保險法第6條第1項規定：「本法所稱保險業，指依本法組織登記，以經營保險為業之機構。」行為時保險法第8條之1規定：「本法所稱保險業務員，指為保險業、保險經紀

人公司、保險代理人公司，從事保險招攬之人。」（104年2月4日修正條文：「本法所稱保險業務員，指為保險業、保險經紀人公司、保險代理人公司或兼營保險代理人或保險經紀人業務之銀行，從事保險招攬之人。」）保險法第148條之3規定：「（第1項）保險業應建立內部控制及稽核制度；其辦法，由主管機關定之。（第2項）保險業對資產品質之評估、各種準備金之提存、逾期放款、催收款之清理、呆帳之轉銷及保單之招攬核保理賠，應建立內部處理制度及程序；其辦法，由主管機關定之。」第177條規定：「保險業務員之資格取得、登錄、撤銷或廢止登錄、教育訓練、懲處及其他應遵行事項之管理規則，由主管機關定之。」主管機關據此訂定招攬辦法及管理規則。依此，保險業務員與其所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，游蔡2人之職責為解釋上訴人之保險商品內容與條款，說明與填寫要保注意事項，並須為上訴人轉送要保文件及保險單；於其執行職務時必須使用上訴人印製之宣傳單、計劃書；本人與配偶不得為別家保險公司經辦或推銷保險；使用上訴人之名片必須遵照統一的格式等，判斷游蔡2人須依上訴人指示方式提供勞務。此外，依承攬合約附屬約定事項第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作、受上訴人考核之規章，上訴人並得要求游蔡2人作職務上報告，及依承攬合約第3條約定：「……南山人壽得……隨時以書面通知修訂附件業務津貼與獎金表之內容」據以認定游蔡2人領取的是「薪資」，且其2人對該薪資無決定權限及議價空間，因認游蔡2人之工作內容具有從屬性。惟查，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人受領之報酬係屬「薪資」性質所憑依據為何？另游蔡2人於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（僱傭）契約，而此是否為游蔡2人與上訴人締約時之意思與認識？其等

實際執行勞務之情形為何?究竟有無獨立執行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明其理由，判決不備理由。再者，蔡坤緯似僅與上訴人簽訂承攬合約，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，未善盡指導或成效不彰，會受到停止其業務主?工作的不利益處分，並據此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定事實之違法。

- 3.又如前所述勞工身分的認定，係個案事實涵攝問題。惟原判決卻援引本院 100 年度判字第 2117 號判決、101 年度判字第 368 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。然而本院 100 年度判字第 2117 號判決乃有關被上訴人命上訴人就訴外人顏名標等 3 千多人提繳勞退金之爭議，而上訴人主張該案並不包括游蔡 2 人。另本院 101 年度判字第 368 號判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 個月平均工資及原申報月提繳工資，已有調整工資情事，惟保誠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。且本院乃法律審，係在審查下級審判決有無違背法令，本院上開判決並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，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用率範圍內訂定佣金給付標準，隨時調整，以確保符合金管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從屬性等一系列主張，業經本院諸多判決肯認具有勞動契約性質，從而據以否定上訴人之主張，則原判決顯然未就本案個案事實整體判斷並具體說明不採上訴人主張之理由，判決不備理由。

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 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被上訴人，申報游蔡 2 人自到職日起提繳勞退金，惟上訴人逾期仍未改善，被上訴人乃以 101 年 7 月 24 日函，依勞退條例第 49 條規定，處上訴人罰鍰 10 萬元，並自 101 年 7 月 24 日起按月裁處上訴人迄今，惟上訴人仍未改善。被上訴人乃於 107 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 日始申報其提繳勞退金；另蔡坤緯申訴其於 97 年 3 月到職，嗣於 100 年 7 月離職，惟上訴人未為其申報提繳勞退金（原審卷一第 352 頁）。按國家為改良勞工之生活，增進其生產技能，制定勞退法以保護勞工。勞退條例第 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。」並為利承辦機關辦理提繳作業，於第 18 條明定雇主應於勞工到職、離職、復職或死亡 1 週內，通知被上訴人，又於同條例第 49 條規定雇主違反前開規定者，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權限，核係為監督雇主履行其申報義務之手段。而同條例第 19 條第 1 項規定：「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 53 條規定：「(第 1 項)雇主違反……第 19 條第 1 項……規定，未按時提繳或繳足退休金者，自期限屆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)前項雇主欠繳之退休金，經勞保局限期令其繳納，屆期未繳納者，依法移送行政執行。雇主有不服者，得依法提起行政救濟。……。」則係為監督雇主履行其給付勞退金之義務，以達成保障勞工退休後生存安養之目的。此外，同條例第 31 條復規定雇主未足額提繳勞退金，致勞工受有損害者，勞工對雇主有損害賠償請求權，其請求權，自勞工離職時起，因 5 年間不行使而消滅。則查，本件個案如經調查釐清事實後確認游蔡 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 條繕具繳款單命上訴人繳納勞退金？又本件上訴人如應辦理游蔡 2 人到職申報，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 人對彼此間訂立之契約是否為勞動契約有所爭議，嗣並於 102 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解，游蔡 2 人表明其與上訴人間之契約並非勞動（僱傭）契約，且不向上訴人請求勞退金在案，則被上訴人自 101 年 7 月 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 人之到職申報，惟被上訴人如認本件仍係勞動契約，並已依職權得知其事，於多次裁處上訴人改善均無效果之情形下，有何不能採取勞退條例第 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 人之到職申報，裁罰至今累積巨額罰鍰，惟仍無法達到改善及保障勞工之目的？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 人已達成民事和解，游蔡 2 人已無此部分勞退金請求權，並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裁罰方式命其辦理游蔡 2 人之到職申報，有違比例原則，而原判決就上述事項均未調查並說明何以不採之理由，有判決不備理由之違法，即非無據。

(二)關於預防性不作為訴訟部分：

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。本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回復之情形。是上訴人得透過撤銷訴訟尋求救濟，而得為有效之權利保護，衡情難認有何應容許上訴人提起預防性不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人作成決定前，先予救濟，不符預防性不作為訴訟之要件，自無不合。

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

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

中 華 民 國 110 年 10 月 28 日

最高行政法院第一庭

審判長法官 侯 東 昇

法官 王 碧 芳

法官 鍾 啟 煌

法官 蔡 紹 良

法官 簡 慧 娟

以 上 正 本 證 明 與 原 本 無 異

中 華 民 國 110 年 10 月 28 日

書記官 劉 柏 君

資料來源：司法院最高行政法院裁判書彙編（110 年 1 月至 12 月）第 376-395 頁