

私法自治與確定判決之 構成要件（先決問題）既判效力

張文郁*

壹、問題緣起

民國108年發生送餐平台之二個外送員因意外過世，引發社會關注外送員之職場地位與相關權益保護，在意外事故發生後，勞動部乃迅速認定該二個外送員和平台之間屬於僱傭關係，並隨即對相關平台業者發起專案勞檢，且針對foodpanda和Uber Eats分別開罰。然而，工作時間與酬勞常常不定之外送員和平台之法律關係是否應由勞動部單方認定？抑或應尊重民事契約關係之雙方當事人意思？主管機關立於保護勞動者之地位，得否不顧民法之規定或民事法院之確定判決，逕依職權作出與當事人意思或民事確定判決相歧異之認定，並據以作出行政裁罰？此事件突顯現代經濟活動之多樣（元）性以及相關國家機關（包括立法與行政）應如何制定、適用法規始能符合並尊重勞動者和企業之權益，並求得各方（包括公權力主體）利益之衡平。與此相類之爭議案例其實早已發生，在南山人壽保險公司和其業務員之職場關係爭議中，其究竟屬於承攬抑或僱傭，各方見解不一，並引起各關係方（包括企業、業務

員、民事法院、行政法院及行政機關）爭訟不息，詳言之，保險公司認為和業務員間應成立承攬關係，但勞動主管機關認為應屬於僱傭關係，業務員則有接受僱傭關係者，亦有認為應屬於承攬關係者。此問題不但涉及公法與私法之相互關係，更和基本人權（職業自由、人性尊嚴等）、私法自治（契約自由）以及確定判決之效力具有密切關連，以下分別論述之。

貳、人格發展自由與職業自由

一、一般人格發展自由

憲法乃是人民基本權保障之根本大法，我國憲法亦如同其他成文憲法國家，將人民之基本權集中成為一章，列位於所有國家機關組織與基本國策規定之前，此乃制憲者凸顯基本權重要性之有意編排，更包含督促所有國家機關皆應以維護基本權做為其施政、執行職務之主要目的之意旨。而關於基本權之核心內涵，若參照德國基本法第二條第一項之規定，「任何人於不侵害他人權利且不抵觸憲法秩序或良俗規範（習慣法Sittengesetz）之範

* 本文作者係台北大學法律系教授

圍內，享有自由發展其人格之權利。」¹，本項規定類似我國憲法第22條，被理解為補充（遺）性之基本權條款，並由此規定導出一般行為（動）自由（allgemeine Handlungsfreiheit），而和基本法第1條第1項「人性尊嚴不可侵害。其尊重與保護係所有國家機關之義務。」²結合，則衍生人民之一般人格發展自由（das allgemeine Persönlichkeitsrecht）³。此項一般行為自由基本權之保護範圍乃是廣泛的，不僅限於精神或倫理層面，凡是與人格發展相關之事項皆包含在內⁴，職是之故，應認為一般人格之發展自由，或人民之自我實現乃是基本權之核心本質⁵。雖我國憲法並無明文列舉一般之人格發展自由，通說認為乃屬於第22條之補充性規範內容，據此，所有人民皆可自由選擇以何種生活方式度過人生，例如為充分支配其生活，得選擇全職工作、部分工時抑或暫時脫離職場，其可選擇旅遊創作、受雇或從事自由業，甚至流浪街頭，在不侵害他人自由權利，不違反法律秩序之條件下，任何人為尋求其人格發展，得享有如何安排自己生活內容，包括工作選擇、工作內容及工作條件等

等之自由權利，在此概念下，應認為亦包含人民之契約自由原則⁶。國家（行政機關）或他人不得以不同之價值觀、世界觀或宗教倫理道德，強迫介入或改變人民之合法選擇，此應是基本權保障自明之理。

二、職業自由之保障

與人格發展自由關係極為密切之其他基本權，應可認為係職業自由，蓋因職業之選擇、職業條件及職業從事方式皆與人民之人格發展、生活目標追求、生（存）活之維持、生活方式、條件以及財產累積息息相關，此外，亦和人民之信仰、價值判斷及人生觀密切關聯，因此，職業自由在基本權中具有特殊之位階⁷。我國憲法第15條明文保障工作權，此之工作權保障內涵，依實務通說之見解，應如德國基本法第12條第1項之職業自由同其保障。依德國基本法第12條第1項之規定：「所有德國人享有自由選擇職業、工作地點及職業訓練場所之權利。職業之執行得以法律或依法律（授權命令）規範之。」⁸。本項保障人民之職業自由，除職業自由之三階段限制（主觀、客觀及執業限制）應由立

註1：Art. 2 Abs. 1 GG: “Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.”

註2：Art. 1 Abs. 1 GG: “Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.”

註3：Vgl. Jarass/Piero, GG, 13. Aufl., 2014, Art. 2, Rn. 1, 2.

註4：Vgl. Jarass/Piero, aaO., Art. 2, Rn. 5.

註5：參照許育典，《憲法》，第96頁以下。

註6：參照王澤鑑（2012），《債法原理》，增訂3版，第14-15頁。

註7：Vgl. Jarass/Piero, GG, Art. 12, Rn. 2.

註8：Art. 12 Abs. 1 GG: Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden.

法者制定法律規定外，其保障應包括與職業相關之各種事項，例如職業選擇、職業行為之形式、方法、條件與範圍（Form, Mittel und Umfang）等，皆受職業自由之保障⁹。惟國家若為維護（增進）公共利益，貫徹國家政策，仍得以法律限制職業自由。據此，司法院釋字第404號揭示：「憲法第十五條規定人民之工作權應予保障，故人民得自由選擇工作及職業，以維持生計。惟人民之工作與公共福祉有密切關係，為增進公共利益之必要，對於人民從事工作之方法及應具備之資格或其他要件，得以法律為適當之限制，此觀憲法第二十三條規定自明。醫師法為強化專業分工、保障病人權益及增進國民健康，使不同醫術領域之醫師提供專精之醫療服務，將醫師區分為醫師、中醫師及牙醫師。醫療法第四十一條規定醫療機構之負責醫師應督導所屬醫事人員依各該醫事專門職業法規規定執行業務，均屬增進公共利益所必要。中醫師之醫療行為應依中國傳統之醫術為之，若中醫師以「限醫師指示使用」之西藥製劑或西藥成藥處方，為人治病，顯非以中國傳統醫術為醫療方法，有違醫師專業分類之原則及病人對中醫師之信賴。……」。依據此號解釋意旨可導出，若立法者為維護公共利益，達成一定之行政目的，欲對於人民之職業自由設限制，應由立法機關就限制事項及其範圍制定法律，始符憲法第23條之規定。

參、私法自治與處分權主義

一、私法自治

基於私法自治原則，在法律規定之框架內（不違反強制禁止規定、不違背公序良俗並遵守特定之行為方式，民法第71條至第73條參照），人民有權基於自由意思決定（包括處分、使用、收益）其權利義務，於契約領域，並得自由以其意思和他人締結契約，形塑其與他造間之權利義務關係，此又稱之為契約自由原則。契約自由原則之內涵至少應包含締約與否之自由、締約對象選擇自由、締約方式自由以及契約內容決定（形成）自由（包括契約關係變更或消滅）¹⁰。依據私法自治（處分權主義），權利人是否行使其實體法權利以及如何行使應有其自由，此謂之「行使自由」（Ausübungsfreiheit），此外，權利人亦可自由處分其權利（Verfügungsfreiheit），特別是於得處分之範圍內，可依其自由意思拋棄權利，故客觀之權利狀態與主觀之權利狀態不符時，例如所有物被他人無權占有使用，若權利人不請求國家保護，國家為避免強迫權利人行使權利，不但不主動干涉，而且予以容忍，由此可知，權利之行使亦屬處分權態樣之一¹¹。

文獻上有學者認為，憲法雖對契約自由未設明文保障，但契約自由實蘊含於財產權、工作權之內，應同受憲法之制度性保障，民

註9：Vgl. Jarass/Pieroth, GG, Art. 12, Rn. 10.

註10：參照鄭玉波（1978），《民法債篇總論》，7版，第34-35頁；林誠二（2012），《債法總論新解體系化解說（上）》，第51-52頁。

註11：Vgl. Grunsky, aaO., S. 18.

法對於契約成立、類型、契約義務不履行的救濟方法詳設規定，乃屬一種制度性之規範，使個人得自主自由形成其私法上之權利義務關係，創設契約規範。基於基本權利之保護義務，國家應注意觀察社會變遷，對契約制度適時做必要之修正與調整¹²。此見解實屬確論而應遵循。

然而於現今之法治國、社會國原則下，契約自由並非毫無限制，大法官曾於多號解釋明白揭示契約自由原則與基本權之關聯以及契約自由之限制，例如司法院釋字第576號認為：「契約自由為個人自主發展與實現自我之重要機制，並為私法自治之基礎，除依契約之具體內容受憲法各相關基本權利規定保障外，亦屬憲法第二十二條所保障其他自由權利之一種。惟國家基於維護公益之必要，尚非不得以法律對之為合理之限制¹³。保險法第36條規定：『複保險，除另有約定外，要保人應將他保險人之名稱及保險金額通知各保險人。』第37條規定：「要保人故意不為前條之通知，或意圖不當得利而為複保險者，其契約無效。」係基於損害填補原則，為防止被保險人不當得利、獲致超過其財產上損害之保險給付，以維護保險市場交易秩序、降低交易成本與健全保險制度之發展，而對複保險行為所為之合理限制，符合憲法第23條之規定，與憲法保障人民契約自由之本旨，並無抵觸。人身保險契約，並非為填

補被保險人之財產上損害，亦不生類如財產保險之保險金額是否超過保險標的價值之問題，自不受保險法關於複保險相關規定之限制。最高法院七十六年台上字第一一六六號判例，將上開保險法有關複保險之規定適用於人身保險契約，對人民之契約自由，增加法律所無之限制，應不再援用。」、此外，釋字第580號認為：「基於個人之人格發展自由，個人得自由決定其生活資源之使用、收益及處分，因而得自由與他人為生活資源之交換，是憲法於第十五條保障人民之財產權，於第二十二條保障人民之契約自由。惟因個人生活技能強弱有別，可能導致整體社會生活資源分配過度不均，為求資源之合理分配，國家自得於不違反憲法第二十三條比例原則之範圍內，以法律限制人民締約之自由，進而限制人民之財產權。…耕地三七五減租條例（以下稱減租條例）…藉由限制地租、嚴格限制耕地出租人終止耕地租約及收回耕地之條件，重新建構耕地承租人與出租人之農業產業關係，俾合理分配農業資源並奠定國家經濟發展方向，立法目的尚屬正當。雖未設置保護出租人既有契約利益之過渡條款，惟因…減租政策業已積極推行數年，出租人得先行於過渡時期熟悉減租制度，減租條例對出租人契約自由及財產權之限制，要非出租人所不能預期，衡諸特殊之歷史背景及合理分配農業資源之非常重大公

註12：參照王澤鑑，前揭註6書，第15頁。

註13：本段之解釋理由書為：「…契約自由為個人自主發展與實現自我之重要機制，並為私法自治之基礎。契約自由，依其具體內容分別受憲法各相關基本權利規定保障，例如涉及財產處分之契約內容，應為憲法第十五條所保障，又涉及人民組織結社之契約內容，則為憲法第十四條所保障；除此之外，契約自由亦屬憲法第二十二條所保障其他自由權利之一種。惟國家基於維護公益之必要，尚非不得以法律對之為合理之限制。…」

共利益，尚未違背憲法上之信賴保護原則。減租條例第五條前段關於租賃期限不得少於六年，以及同條例第六條第一項暨第十六條第一項關於締約方式與轉租禁止之規定，均為穩定租賃關係而設；同條例第十七條第一項第一款規定租賃期限內，承租人死亡無人繼承耕作之法定終止租約事由，並保留出租人收回耕地之彈性。上開規定皆有利於實現扶植自耕農及改善農民生活之基本國策，縱於出租人之契約自由及財產權有所限制，衡諸立法目的，其手段仍屬必要而且適當，亦兼顧承租人與出租人雙方之利益，與憲法第二十三條比例原則、第二十二條契約自由、第十五條財產權及第七條平等權之保障並無違背。」，本號解釋充分說明國家得為維護公共利益而以法律限制人民之締約自由，此種基於社會國、平均正義之理論下對於私法自治所設之限制並不侵害憲法保障之基本權（財產權、契約自由等）。

類似見解亦見於德國聯邦憲法法院之判決¹⁴，該院認為，「…契約法上，合理的利益平衡源自於契約當事人合致之意思。雙方相互拘束並因此而實現其個人之行為自由（Handlungsfreiheit）。契約之一方如果有強大之地位，以致事實上其得在契約內容單方面作決定，則對他方當事人而言，此無異為一突異令人無法接受之『他主決定（Fremdbestimmung）¹⁵』。然而法律並不能就所有狀況皆有所規定，因此談判平等即

不免多多少少受侵害。然基於法安定性之理由，契約不至於因談判平等之受到影響即生問題或者應予修正。唯如果牽涉到某一類之案型，即契約一方結構上明顯低下且契約之結果對該劣下之一方顯失公平者，則民事法規即應對之有所反映並使之有修正之可能。此種要求乃源自於私法自治之基本權保障（基本法第二條第一項）以及社會國原則（基本法第二十條第一項、第二十八條第一項）。c) 現行契約法符合此些要求。民法立法者即使已對交易上較弱勢的一方創造出不同的保護規定，仍然是從形式平等私法交易模式出發，但帝國法院已放棄此種觀察方式並將之蛻回至「社會責任之實質道德」，今日見解較一致的是，契約自由只就力量關係相近當事人之案型上適合作為適當利益平衡之媒介，亦且此種就受到干擾契約平等所為之平衡正是現行民事法之主要任務。…」¹⁶。如果契約內容對於締約一方加以非比尋常的負擔而在利益的平衡上顯不適當者，則法院不得認為「契約就是契約」即為已足。法院毋寧必須敘明該約定是否是結構上談判強度不平等的結果，或必要時，法院是否須在現行民事法一般條款的範圍內與以匡正。憲法在此容許其有廣泛的裁量餘地。法院若完全無視於受到契約平等或擬以不適當方法加以解決時，即已違反此基本權利保障¹⁷。

綜上所述，契約自由原則（私法自治）乃是受憲法保障之基本權，其和許多基本權，

註14：Vgl. *BVerfGE 89,214(19.10.1993)*，王澤鑑教授似亦贊同德國聯邦憲法法院之見解，參照氏著，前揭書，第21頁以下。

註15：李惠宗教授之原翻譯為「決定」，此係依王澤鑑教授之翻譯改為「他主決定」。

註16：李惠宗譯，《德國聯邦憲法法院裁判選輯（五）》，第396頁。

註17：王澤鑑，前揭註6書，第22頁。

例如工作權、財產權、生存權、人格發展自由等關係密切，應受國家（各機關）尊重與保護，誠然其並非毫無限制，國家為避免處於強勢地位之契約一方（大資本或大企業）濫用契約自由而壓迫弱勢相對之締約人，得制定法律限制或禁止之，例如民法第71條至第73條之規定¹⁸，若契約當事人一方存在濫

用強勢地位以致侵害他方當事人之（談判）權益，無異侵害他方受憲法保障之契約自由，於此情形，普通法院即應依相關法律規定介入，除前揭第71條至第73條之情形外，例如民法第74條¹⁹、第148條²⁰、第217條第1項²¹、第227條之2²²、第247條之1²³第252條²⁴等等，進行調整²⁵，若法院怠於依相

註18：最高法院103年度台上字第976號判決認為：「查國家為維持社會秩序、增進公共利益、確保人民福祉及貫徹政府政策，在不違反憲法第二十三條之比例原則下所制定之行政法規，其規範內容若在禁止當事人（包括政府機關及人民）為一定行為，而屬於民法第七十一條前段所稱之「禁止規定」者。倘權衡該規定之立法精神、規範目的及法規之實效性，並斟酌其規範倫理性質之強弱、法益衝突之情形、締約相對人之期待、信賴保護之利益與交易之安全，暨當事人間之誠信及公平，足認該規定僅在於禁遏當事人為一定行為，而非否認該行為之私法效力者，性質上應僅屬取締規定而非效力規定，當事人間本於自由意思所成立之法律行為，縱違反該項禁止規定，亦仍應賦予私法上之法律效果，以合理兼顧行政管制之目的及契約自由之保護。」、最高法院96年度台上字第2530號判決：「…且依私法自治原理，信託當事人本得於不違反公序良俗或強行禁止規定下，自由約定管理處分權之內容。…」

註19：民法第74條規定：「I.法律行為，係乘他人之急迫、輕率或無經驗，使其為財產上之給付或為給付之約定，依當時情形顯失公平者，法院得因利害關係人之聲請，撤銷其法律行為或減輕其給付。II.前項聲請，應於法律行為後一年內為之。」

註20：民法第148條規定：「I.權利之行使，不得違反公共利益，或以損害他人為主要目的。II.行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法。」

註21：第217條第1項規定：「損害之發生或擴大，被害人與有過失者，法院得減輕賠償金額，或免除之。」

註22：第227條之2規定：「I.契約成立後，情事變更，非當時所得預料，而依其原有效果顯失公平者，當事人得聲請法院增、減其給付或變更其他原有之效果。II.前項規定，於非因契約所發生之債，準用之。」

註23：第247條之1規定：「依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，為左列各款之約定，按其情形顯失公平者，該部分約定無效：一、免除或減輕預定契約條款之當事人之責任者。二、加重他方當事人之責任者。三、使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利者。四、其他於他方當事人有重大不利益者。」，最高法院96年度台上字第168號判決認為：「八十八年四月二十一日民法債編增訂第二百四十七條之一，係鑑於我國國情及工商發展之現況，經濟上強者所預定之契約條款，他方每無磋商變更之餘地，為使社會大眾普遍知法、守法起見，乃於本法中列原則性規定，明定附合契約之意義，並為防止此類契約自由之濫用及維護交易之公平，列舉四款有關他方當事人利害之約定，如按其情形顯失公平者，明定該部分之約定為無效。是該法條第一款所謂：「免除或減輕預定契約條款之當事人之責任者」，及第三款所謂：「使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利者」，應係指一方預定之該契約條款，為他方所不及知或無磋商變更之餘地，始足當之。而該法條所稱「按其情形顯失公平者」，則係指依契約本質所生之主要權利義務，或按法律規定加以綜合判斷，有顯失公平之情形而言。」

註24：第252條規定：「約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額。」

註25：最高法院103年度台上字第799號判決：「按……系爭抵押權係於民法第八百八十一條之一第二項

關法律規定，行使其職權進行衡平，即有悖於憲法之付託，其裁判有違法令，然而，若法律並無相關強制、禁止或其他調整之規定，而法院並無衡平（調整）怠惰而作出判決確定後，則相關當事人以及其他國家機關（包括行政法院）即應受該判決拘束，不應恣意違背判決效力，以致忽視判決確定力且實質上侵害當事人受憲法保障之契約自由基本權。最高法院103年度台上字第2112號判決亦認為：「基於契約自由及意思自主之原則，當事人得在理性思考與自由經濟市場機制下，立於相互平等之基礎，斟酌情況，權衡損益，選擇締約之對象、方式及內容，以追求其締約之經濟目的。倘當事人之一方，經利益衡量後，對於他方所提出之要約拒絕承諾，除因此造成利害關係之第三人及社會極大之損害，而違背權利社會化之基本內涵與社會倫理，或其拒絕承諾具有過失而與該第三人損害之發生或擴大形成共同之原因外，並不生權利濫用或與有過失之問題。」。

此外，拙見認為，若缺乏強制、禁止或其他調整之法律規定，原則上法院應尊重當事人之契約自由（私法自治、處分權），不應僅因配合特定機關為達特定之行政目的而擅

自以契約對當事人一造顯失公平為由，將當事人基於自由意思締結之契約（例如承攬）變更為他種契約性質（例如僱傭）。又，若當事人雙方係在法官（法院）之前締結訴訟和解之情形，由於該和解係由法官介入（程序參與），除有特殊案例外，應認為並不存在和解當事人一方有濫用強勢地位侵害他方當事人之談判權之情形。蓋因和解之締結，若一方當事人有濫用強勢地位置侵害他方談判權，以致處於重大不利地位之情形，法官應拒絕為當事人成立和解，而繼續審理程序。

二、契約自由原則與民事訴訟之處分權主義

（一）實體權與訴訟權之關係

憲法²⁶明文保障人民之生命、身體、自由、財產及其他各項基本權，又為貫徹此等權利，並於第16條保障人民之訴訟權，以符有權利即有救濟之法律原則。民事訴訟和行政訴訟，原則上既以實現實體權利為目的而屬於程序之基本權，並非以自我存在為目的²⁷，則訴訟制度自應以實現實體權利（之有效保護）為其主要內涵²⁸，訴訟法之各種原理原

規定施行前設定之最高限額抵押權，自不得逕以違反該規定為由，謂其不生效力。而於新法施行前，民法物權編就最高限額抵押權之成立要件未有明文規定，當事人於訂立最高限額抵押權契約時，恆僅訂定擔保總金額，而未約定擔保債權所由生之法律關係，登記機關亦准為抵押權設定登記，基於私法自治，自仍應承認其效力，僅於解釋該抵押權所擔保之債權時，應考量最高限額抵押權制度原係因應長期或繼續性之交易、融資而生，對於偶然發生、非當事人可預見之債權，應予以排除，合理界定擔保債權之範圍。」

註26：以下所引用之法規，若未表明何國法規者，皆係指我國法規。

註27：Vgl. Jauernig/Hess, Zivilprozeßrecht, 30. Aufl., 2011, §37 Rn. 10; Habscheid, Die neuere Entwicklung der Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozeß, FS Schwab, 1990, S. 181 f.; Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Aufl., 1974, S. 1 ff.

註28：由於刑事訴訟之主要目的係為確定國家對被告之刑罰權有無及範圍，與被害人之權益維護無直接關連，不涉及人民實體權益之維護，因而本文所謂之訴訟制度不包括刑事訴訟。

則自亦應以此做為主要之理論基礎，例如當事人是否適格，係以有無訴訟實施權作為認定之基準，而訴訟實施權有無之判斷，原則上係依原告主張之實體權利義務關係判斷，若原告之訴，其訴訟標的和原告自身權益全然無關，除非係訴訟擔當，否則即因欠缺訴訟實施權而屬當事人不適格²⁹，由於訴訟原則上乃是實體權利之程序（救濟）作用，因而，實體法之原理、原則通常亦延伸適用於訴訟法³⁰。

民事訴訟之作用原則上在於保護當事人實體法之權利，因而訴訟法之規定原則上應與實體法一致，以免實體、程序規定相違背，若人民於實體法享有處分自由，在民事訴訟原則上³¹亦應承認其處分權，反之亦同³²，是以實體法所禁止或不承認之權利即不許當事人於訴訟上捨棄、認諾或和解，以免訴訟成

為規避實體法之途徑，例如債務人於訴訟上對於債權人超出法定最高限度之利息請求予以認諾應不生認諾之效力³³。據上可知，若權利人需要國家司法機關保護其權利，必須主動請求，亦即向法院提起訴訟，其於訴訟進行中亦許放棄請求國家之介入而撤回起訴或上訴，且原告和被告亦得依法成立訴訟和解³⁴，法院應尊重當事人之處分權。簡言之，從民法之私法自治原則可導出權利（義務）人之處分自由，而從處分自由則可導出民事訴訟當事人支配之原則。

在德國文獻上有認為民事訴訟因適用當事人支配〔（Parteiherrschaft），又稱廣義處分權主義〕³⁵之結果，產生三種訴訟原則：1.處分權主義（或稱當事人處分主義或狹義之處分權主義Verfügungsgrundsatz od. Dispositionsmaxime），2.當事人提出主義

註29：例如行政訴訟法第4條規定：「人民因中央或地方機關之違法行政處分，認為損害其權利或法律上之利益，經依訴願法提起訴願而不服其決定，或提起訴願逾三個月不為決定，或延長訴願決定期間逾二個月不為決定者，得向高等行政法院提起撤銷訴訟。逾越權限或濫用權力之行政處分，以違法論。訴願人以外之利害關係人，認為第一項訴願決定，損害其權利或法律上之利益者，得向高等行政法院提起撤銷訴訟。」，由此規定可明確得出，享有訴權而可合法提起訴訟者，僅限於權利或法律上利益受有損害之人。而訴訟之作用即係排除侵害而維護其權利或法律上利益。對此另請參照，彭鳳至，〈德國行政訴訟制度及訴訟實務之研究〉，《司法研究年報》第19輯第17篇（民國87年），第16、81頁以下；陳計男（2004），《民事訴訟法論（上）》，增訂3版，第100頁以下；陳榮宗、林慶苗（2005），《民事訴訟法（上）》，修訂4版，第162頁以下。

註30：Vgl. Grunsky, aaO., S. 19; Thomas/Putzo, Zivilprozeßordnung, 32. Aufl., 2011, Einl. I Rn. 1.

註31：惟若涉及國家司法資源有限性、當事人（被告）程序權保障以及誠信原則之遵守等情形，訴訟法可能訂定較實體法嚴格之處分權規定，例如別訴禁止（強制訴之合併）等。

註32：Vgl. Thomas/Putzo, ZPO, 32. Aufl., 2011, Einl. I, Rn. 1.

註33：參照楊建華（1980），《民事訴訟法實務問題研究》，第292頁；陳計男，前揭註29書，第8頁；Grunsky, aaO., S. 18 ff.。

註34：Vgl. Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozeßrecht, 15. Aufl., 1993, S. 422, 423; Grunsky, aaO., S. 19; Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 2. Aufl., 2000, Einl. Rn. 167, 176, 208; Arens, aaO., § 2 Rn. 6.

註35：Vgl. Thomas/Putzo, aaO., Einl. I, Rn. 1 ff.

〔（Beibringungsgrundsatz），又稱為辯論主義³⁶（Verhandlungsgrundsatz）〕，以及3.當事人進行主義（Parteibetrieb）³⁷，故當事人支配係主導民事訴訟最重要之基本原則，即為國內學者所謂之廣義的處分權主義（或稱當事人主義或廣義之辯論主義）³⁸。

（二）處分權主義

處分權主義之概念，通常係指當事人對於與訴訟標的和訴訟繫屬有關之事項有處分自由，法院則受其決定拘束³⁹。採取處分權主義之結果，民事訴訟法就許多訴訟上之事項明文允許當事人自由支配，其有關於訴訟繫屬者，例如原告得決定是否起訴而利用法院

（訴訟制度）實現其主張之權利（民事訴訟法⁴⁰第244條），包括選擇起訴之法院、選擇何人作為被告⁴¹、確定訴之聲明及訴訟標的而生訴訟繫屬⁴²、在法定要件下得為訴之變更或追加（第255條）、上訴（第437條）、撤回起訴（第262條）、撤回上訴（第459條）、被告得提起反訴（第259條）等；其中關於實體者，例如原告有權確定訴之聲明及訴訟標的，對於訴訟標的為捨棄，被告則得認諾（第385條），**當事人雙方並得和解（第377條以下）**等，亦有關於程序者，例如合意管轄（第24條）等。若以行為之方式區別，有以單獨訴訟行為支配者，例如前述之

註36：在我國常稱之為辯論主義，例如駱永家（1992），《民事訴訟法I》，第116頁；陳計男，前揭註29書，第272頁；陳榮宗、林慶苗，前揭註29書，第44頁。

註37：Vgl. Creifelds, Rechtswörterbuch, 8. Aufl., 1986, S. 833。但我國及德國訴訟法皆採職權進行主義為原則，當事人主導訴訟程序進行為例外。依Thomas/Putzo, aaO., Einl. I Rn. 1-5之見解，在當事人支配（Parteiherrschaft）之下並無當事人進行（Parteibetrieb）之概念，其係將當事人進行列為處分權主義之概念下，或許因德國現行民事訴訟程序採職權進行為主，採當事人進行主義者僅為例外，且當事人進行主義原屬廣義處分權之下位概念，致使其與狹義處分權原則之概念重疊，兩者之界限不易劃定之故，例如當事人合意管轄、合意適用簡易程序，可認為係處分權原則，亦可認為係當事人進行原則之結果，我民事訴訟亦採職權進行主義為原則，僅於法律明文規定之程序事項得由當事人支配。參照邱聯恭，《民事訴訟法講義（三）》，第86頁。亦有德國學者將處分權原則和辯論原則合稱為當事人自由及當事人責任原則（Prinzip der Parteifreiheit und Parteiverantwortung），而處分權原則之內涵包括訴訟程序之進行，vgl. Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 20. Aufl., 1984, vor §128 Rn. 68 ff.; Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung, mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2. Aufl., 2000, Einl. Rn. 168。拙見認為目前德國文獻上仍常使用職權進行主義（Amtsbetrieb）之概念，因此仍應將當事人進行主義與狹義之處分權原則區分為適當。

註38：陳榮宗、林慶苗，前揭註29書，第42頁以下；邱聯恭（2000），《民事訴訟法講義（三）》，第1、86頁；駱永家（1999），《民事訴訟法I》，第133頁；楊建華、鄭傑夫（2005），《民事訴訟法要論》，第13、14頁；梁松雄（1986），《民事訴訟法要義》，第227、228頁。

註39：Grunsky, aaO., S. 24.

註40：以下所引用之條文，若未表明法規名稱者，皆係指民事訴訟法。

註41：例如依民法第273條第1項之規定，連帶債務之債權人，得對於債務人中之一人或數人或其全體，同時或先後請求全部或一部之給付，因此，被告不能拒絕為被告。

註42：由此並產生訴外裁判禁止原則，參照第388條；vgl. auch Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Einl. Rn. 170。此外，訴之聲明及訴訟標的之確定亦與訴訟之實體有關。

捨棄、認諾及撤回，亦有以締結訴訟契約之方式為之者，例如前述當事人之合意管轄、和解、調解等。

民事訴訟法未明文允許當事人處分、支配之事項，當事人是否有處分權，不無疑問。拙見認為，若不違背公益（特別是訴訟資源濫用之禁止），其涉及訴訟程序者，既可拋棄責問權，應可允許當事人支配（第197條參照），若涉及實體之部分，只要與公益無關或不與之相抵觸，且不違背民事訴訟法和其他法律之強行規定，亦應許其有支配處分自由。

（三）民事（契約）法律關係之認定

民事訴訟係採當事人提出主義（辯論主義），主要乃針對攻擊防禦方法，延伸出當事人之主張責任，原則上係針對作為裁判基礎之事實提出，但此並非當事人之義務，縱使不主張亦不影響起訴之合法性。然而，原告起訴時，針對訴訟事件原因事實之陳述乃是原告之重要協力義務，蓋法院須要確定原告起訴之訴訟標的，以確定審判對象及其範圍。在採訴訟法說之訴訟標的理論，不論二分肢說或三分肢說，原因事實皆屬於訴訟標的之要素，因此原告起訴時必須確定該事實（範圍），在一分肢說，原因事實雖非訴訟標的的要素，仍具有界定訴訟標定之作用，縱

使在國內實務界採舊實體法說，惟由於不採律師強制代理，當事人並非法律專家，且民事訴訟法第244條第1項修正後，其第2款文字將訴訟標的與原因事實並列⁴³，因此，原告在起訴狀內，仍須將該案件之原因事實盡量敘明，使法院在審查時，得以判斷原告之起訴是否顯無理由。甚至依德國通說，若原告起訴狀陳述之事實不符合合理主張之審查（Schlüssigkeitsprüfung）⁴⁴，則原告之訴即因欠缺訴權而不合法⁴⁵。若原告於起訴狀描述之生活事實已經詳盡，則實務、通說認為該生活事實應構成如何之法律關係，應由法院依職權認定，蓋因法規之適用乃是法院之職權，不受當事人主張之拘束。例如最高法院108年度台上字第7號民事判決認為：「按基於私法自治及契約自由原則，當事人得自行決定契約之種類及內容，以形成其所欲發生之權利義務關係。就當事人所訂定契約之定性，應依當事人所陳述之原因事實，並綜觀其所訂立契約之內容及特徵，將契約所約定之事項或待決之法律關係，置入典型契約之法規，比對其是否與法規範構成要件之連絡對象相符，以確定其實質上究屬何類型之契約（有名契約、無名契約、混合契約，或契約之聯立），或何種法律關係？俾選擇適用適當之法規，以解決當事人之糾紛。」⁴⁶。

註43：第244條第1項：「起訴，應以訴狀表明下列各款事項，提出於法院為之：一、當事人及法定代理人。二、訴訟標的及其原因事實。三、應受判決事項之聲明。」

註44：有些學者稱之為一貫性審查，例如姜世明（2013），《民事訴訟法（上）》，修訂2版，第455頁。

註45：Vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Zivilprozessordnung, 72. Aufl., 2014, § 253, Rn. 32; Thomas/Putzo, ZPO, 32. Aufl., 2011, Vorbem § 253, Rn. 38.

註46：最高法院108年度台上字第346號判決亦採相同意旨。

然而，法院雖應依職權適用法規而做為裁判之依據，但是仍應受原告陳述事實範圍之拘束，本於該事實探求當事人之締約真意以適用法規，若原告陳述之事實不完整或有錯誤，則審判長應進行闡明，使法院得以釐清案情，掌握生活事實全貌。法院自不得違背或脫離當事人（原告）之陳述擅自認作事實，或扭曲（原告）當事人之真意，恣意認定當事人間之法律（契約）關係。最高法院92年度台上字第2374號判決即認為：「當事人間因訂立契約而成立法律關係所衍生之紛爭應如何適用法律，固屬法院之職權，惟法院於適用法律前所應認定之事實，除非當事人約定之內容違反強制或禁止規定而當然無效，可不受拘束外，仍應以該契約約定之具體內容為判斷基礎，不得捨當事人之特別約定，而遷就法律所規定之有名契約內容予以比附適用，此乃私法自治、契約自由原則之體現。」

關於原告起訴時主張之法律關係，是否發生拘束法院之效力，不無疑義，茲舉二例說明之。

案例一：原告起訴基於B生活事實明確（堅持）主張A法律關係（權利），並基於A產生之請求權對被告主張權利，請求法院判決命被告應履行其基於A法律關係產生之義務。

拙見認為：若B事實形式上觀察可能發生A法律關係，而原告明確主張A法律關係產生之B權利，則法院應受原告起訴主張（指定）之（訴訟標的）拘束，不得執著於職權適用法規不受原告主張之拘束，而自行認定且變更A法律關係為其他類型之法律關係，進而判決原告勝訴。若依原告主張之生活事實最終無

法導出A法律關係，法院應判決原告敗訴。例如原告起訴明確主張承攬關係而訴請被告應給付完成工作之報酬，若法院認為原告未完成工作，不得改認定原被告間係僱傭關係，而改以僱傭關係判決命被告應給付僱傭薪資給原告。於本案例，若法院就原告主張之B生活事實是否可生A法律關係認為有疑義，至多僅能進行闡明，若原告堅持，法院應尊重原告之決定（對選定訴訟標的之支配權）。就此可參照司法院釋字第758號之解釋理由書：「…本件原因案件原告葉○○（下稱原告）以桃園市八德區公所（桃園市改制為院轄市前為桃園縣八德市公所）未經其同意即在其所有坐落於桃園市八德區之土地，鋪設柏油路面供民眾通行為由，以桃園市政府為被告，依民法第767條第1項前段及中段規定向臺灣桃園地方法院民事庭起訴，請求桃園市政府剷除柏油路面並返還土地。惟該院以原告係依據本院釋字第400號解釋主張上開土地尚不符公用地役權之成立要件，隱含確認無公用地役關係之請求，屬公法關係所生之爭議，應提起行政爭訟以為救濟為由，以該院104年度桃簡字第860號民事裁定，將原因案件移送臺北高等行政法院。前開民事裁定因兩造未於法定期間內提起抗告而告確定。臺北高等行政法院受移送後，分案編號為該院105年度訴字第696號。嗣該院第六庭（下稱聲請人）向原告闡明，其請求可能符合行政訴訟法第8條第1項之一般給付訴訟，或確認公用地役關係不存在，合併同法第7條返還土地之請求，惟原告仍主張其請求權基礎為民法第767條第1項前段及中段規定，屬民事爭議。聲請人乃以原告係根據民法第767條第1

項前段及中段規定起訴之明確主張，認為本件非屬公法關係所生之爭議，而為私法關係所生之爭議，應由普通法院審理，該院並無受理訴訟權限。聲請人以其就本件有無受理訴訟權限與臺灣桃園地方法院上開移送裁定所示見解歧異為由，依行政訴訟法第178條聲請本院解釋。…」，於本案例，台北高等行政法院並未將原告主張之物上請求權（民法§767）變更為公法上結果除去請求權而判決原告勝訴⁴⁷。

案例二：原告甲起訴主張A生活事實，並基於A事實認為對被告乙享有B權利，請求法院判決命被告應履行其基於A事實B權利產生之義務。

拙見認為，若法院認為本於A事實所能發生之權利（法律關係）應是C權利，甲應係誤解法律，則法院（審判長）應向甲闡明，告知A事實發生之權利（法律關係）應是C權利，在得甲之同意或甲並不堅持B權利之情形後，法院改以C權利做為審理之對象並進行言詞辯論，此際，法院得本於A生活事實，職權適用法規，不受甲見解拘束，改以C權利為審理對象並判決之。

惟應注意者乃是，當事人之處分權僅針對訴訟標的，若涉及攻擊防禦方法，當事人雖

可自由決定是否主張、提出，然而，若當事人已經主張、提出攻擊防禦方法，則該等攻擊防禦方法是否該當法律構成要件、法規應如何適用、解釋，其可發生如何之法律效果，則是法院之職權，不受當事人主張之拘束。

職是之故，在訴訟標的採一分肢或二分肢說之情形，實體法規之主張乃是攻擊防禦方法，當事人主張之攻擊防禦方法應發生或可發生如何之法律效果係由法院依職權審查、適用相關法規而後作出其判斷，該等實體法規既非屬於訴訟標的，則如何適用法規即非當事人之處分權範圍，法院應自行依職權適用。

（四）小結

綜上所述，若訴訟標的採（新、舊）實體法說，或是採三分肢說（實體法規係訴訟標的構成要素之一），則原告起訴時本於其處分權，可自行指（確）定訴訟標的，法院不得違背原告之意思，自行變更原告起訴主張之實體法規，另以其他實體法規替代之。據此，原告訴請確認僱傭關係存在，法院不得判決確認當事人間承攬關係存在，反之，更不可認為當事人間締約時處於不平等之地位，而將當事人雙方明示確認締結之承攬關

註47：另可參照最高法院80年度台上字第2276號判決：「民法第一百八十八條第一項所謂受僱人，係以事實上之僱用關係為標準。僱用人與受僱人間是否訂立書面契約或僱傭契約上是否稱為受僱人皆非所問。凡客觀上被他人使用為之服勞務而受其監督者，均係受僱人（見：本院45年台上字第1599號、57年台上字第1663號等判例）。於契約自由之原則下，當事人所訂立之契約，並不以法定之典型契約為限，其因契約內含有多種契約之實質而構成混合契約或多種契約相互結合成為聯結契約之情形亦所多有。僱傭與委任，就其均有「勞務之給付」一節，固有其相似處，但僱傭係以「勞務給付」為契約之目的，而委任終極之目的乃在事務之處理，給付勞務僅為其手段，兩者究有區別。倘被上訴人只單純受上訴人僱用為系爭貨櫃車之司機，除其應為駕駛勞務之給付外，似難謂該勞務之給付當然包括車輛之保管及保養等事務之處理，原審以被上訴人既受僱用，車輛之保管即為勞務之本質，據以否定上訴人依委任關係所得行使之請求權，亦欠斟酌。」

係變更為僱傭關係。最高法院104年度台上字第2192號判決認為：「按當事人本於自主意思所締結之契約，若其內容不違反法律強制規定或公序良俗，基於私法自治及契約自由原則，即成為當事人間契約相關行為之規範；縱或契約約定之權利義務有失平之處，除依法定程序變更外，雙方均應受其拘束，不得任意排除約定之法效。」，依此見解，法院亦應尊重當事人自主締結之契約，而應依契約所生之法律關係做為判決依據。法院僅於當事人提出之攻擊防禦方法應如何適用法規，發生何種法律效果之情形，不受當事人主張之法律見解拘束，得依職權適用法規。

肆、南山保險公司與保險業務員間所生法律關係之定性和對於臺北高等行政法院108年度訴字第326號判決之批判

一、相關法規之詮釋

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。」、第490條規定：「I.稱承攬者，謂當事人約定，一方為他方完成一定之工作，他方俟工作完成，給付報酬之契約。II.約定由承攬人供給材料者，其材料之價額，推定為報酬之一部。」、第528條規定：「稱委任者，謂當事人約定，一方委託他方處理事務，他方允為處理之契約。」。依據此三條規定之文義，僱傭、承攬和委任三者之概念應係明確可分，僱傭係依雇主之指示，在其監督下，機械式單純服

勞務，不問勞務之結果而受領報酬；承攬則是依定作人之指定，以完成一定成（結）果後依成（結）果獲取酬勞，酬勞之有無原則上取決於成（結）果是否完成；而委任則是依委託人之囑託，由受託人依據自身之判斷衡量，為委託人處理特定事務，可有酬勞亦可無酬。職是之故，最高法院45年台上字第1619號（前判例）認為：「僱傭契約依民法第四百八十二條之規定，係以約定受僱人於一定或不定之期限內，為僱用人服勞務，僱用人給與報酬為其成立要件。就此項成立要件言之，僱傭契約在受僱人一方，僅止於約定為僱用人供給一定之勞務，即除供給一定勞務之外，並無其他目的，在僱用人一方，亦僅約定對於受僱人一定勞務之供給而與以報酬，縱使受僱人供給之勞務不生預期之結果，仍應負給與報酬之義務，此為其所有之特徵。」，同院81年度台上字第2686號判決認為：「按承攬與僱傭同屬於供給勞務之契約，惟前者仍以發生結果（工作之完成）為目的之契約，供給勞務不過為其手段而已；後者則以供給勞務本身為目的之契約，亦即除供給勞務外，並無其他目的。此為二者區別之所在。民法第一百八十八條第一項所謂受僱人，並非僅限於僱傭契約所稱之受僱人，凡客觀上被他人使用為之服勞務而受其監督者，均係受僱人（本院五十七年台上字第一六六三號判例參照）。此所謂監督，係指對勞務之實施方式、時間及地點加以指示或安排之一般的監督而言。」。或因僱用人對於受僱人具有監督關係，因而導出從屬關係。最高法院77年度台上字第2517號判決又認為：「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，僅為手段，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，則指受僱人為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。」

二、南山保險公司與保險業務員間所生法律關係之定性

若參照前揭最高法院之見解，僱傭契約在受僱人一方，僅止於約定為僱用人供給一定之勞務，即除供給一定勞務之外，並無其他目的，在僱用人一方，亦僅約定對於受僱人一定勞務之供給而與以報酬，縱使受僱人供給之勞務不生預期之結果，仍應負給與報酬之義務，而承攬以發生結果（工作之完成）為目的之契約，供給勞務只是為完成工作成果之手段。由於勞動契約之核心要素乃是勞務之提供方式和勞務者之酬勞獲取方式，依此二核心要素分類，則保險業務員和南山公司間之法律關係可能有二種態樣，其一，乃是業務員機械式依據公司工作規則操作、提供勞務，執行被指定（分配）之相關業務，企業則按勞方所提供之勞務數量給付酬勞，至於保險公司是否和業務對象締結保險契約、收取保險費多寡、是否因此契約之訂立獲得盈餘，則和勞方得否領取（一定）工作酬勞無關連。在此種關係下，業務員既然須

依公司之工作規則操作，則其差勤時間與休假等皆應依勞資雙方在勞動基準法之框架下約定，簽訂契約後，業務員即無自由決定每天之工作時數或是否工作，其有違反工作規則或差勤約定者，將遭雇主無預告解雇⁴⁸，此種關係即是僱傭關係；其二，乃是由業務員自由決定其投入工作之時間，其工作酬勞則取決於促成締結保險契約之保險費，換言之，此種業務員係對於所促成之保險契約依要保人繳納之保險費收取一定比率做為其酬勞，若投入工作時數雖多，然而卻促成極少之保險契約，因而保險公司收取之保險費很少，業務員獲得之報酬亦相對很少。此種契約之法律關係之特色在於業務員可自由決定投入之工時，其工時不固定，且其酬勞亦不定，甚至因無成果而無酬勞，此種關係則屬於承攬關係。

三、對於臺北高等行政法院108年度訴字第326號判決之批判

（一）臺北高等行政法院108年度訴字第326號判決要旨

臺北高等行政法院判決108年度訴字第326號認為：『……是於正確解讀相關勞動法令所規定「勞動契約」之內涵時，自無從僅由民法所規定僱傭契約之概念加以理解，亦即民法之僱傭契約及勞動基準法等勞動法令之勞動契約，固均屬於勞務契約，惟勞動契約不以民法所規定之僱傭契約為限，**凡關於勞務給付之契約，其具有從屬性勞動之性質者，縱兼有承攬、委任等性質，仍應認屬勞動契約。**

註48：第12條第一項：「…I.勞工有左列情形之一者，雇主得不經預告終止契約：…四、違反勞動契約或工作規則，情節重大者。…六、無正當理由繼續曠工三日，或一個月內曠工達六日者。…」

……，惟按『……至於報酬給付方式究係按計時、計日、計月、計件給付，或有無底薪，顯非判斷其是否屬勞工工資之考量因素，故採取純粹按業績多寡核發獎金之佣金制保險業務員，如與領有底薪之業務員一般，均受公司之管理、監督，並從事一定種類之勞務給付者，仍屬勞動契約關係之勞工。……且業務員經登錄後應專為其所屬公司從事保險之招攬，如因招攬行為所生之損害並由所屬公司依法負連帶責任；保險公司更應對保險業務員之招攬行為訂定獎懲辦法，嚴加管理，並應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，足見保險公司對於其所屬業務人員，依法具有強大之監督、考核、管理及懲罰處分之權。再依「南山人壽人身保險業務員教育訓練實施辦法」、「業務人員優質服務手冊」、被上訴人於99年12月15日南壽業字第776號函檢送之「各級業務主管合約評量期間之評量標準」、被上訴人與業務人員簽訂之合約書等，可知無論業務人員係屬通訊處經理、區經理、業務襄理、業務主任、業務專員或業務代表，渠等均須受被上訴人嚴格之輔導、考核、升遷及監督，本人及配偶並應受競業禁止之限制，在在顯示被上訴人之保險業務員在人格上實乃從屬於被上訴人。2、親自履行：即勞工必須親自完成工作，不得使用代理人。本件依被上訴人之人身保險要保書、投資型保險要保書等保險契約書，契約書之末皆有業務員簽名、業務員代號及登錄字號之欄位，顯見業務員招攬業務皆必須親自履行。……（六）綜上所述，本件被上訴人與保險業務員間所簽訂之合約，係屬勞動基準法上之勞動契約。』（最高行政

法院100年判字第2117號南山人壽保險股份有限公司之判決參照），可知游、蔡二人與原告間是否為勞動契約，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原告；且…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…、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（最高行政法院101年判字第368號判決參照），是被告主張前揭（四）部分有關游○儒二人之工作內容不具有從屬性之主張，業經最高行政法院諸多判決肯認具有勞動基準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，亦非釋字第740號解釋範圍，下級法院自得予以採酌，原告主張尚不足採。』

（二）相關法律規定

勞動基準法第2條規定：「本法用詞，定義如下：一、勞工：指受雇主僱用從事工作獲致工資者。二、雇主：指僱用勞工之事業主、事業經營之負責人或代表事業主處理有關勞工事務之人。…六、勞動契約：指約定勞雇關係而具有從屬性之契約。…」、勞工退休金條例第3條：「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，依勞動基準法第二條規定。」，本
 法民國73年07月30日第2條立法理由闡釋本法名詞定義，關於「勞工」、「雇主」、「事業單位」定義係參照勞工安全衛生法；

「工資」係參照勞工安全衛生法施行細則第2條；「平均工資」係參酌其他工業國家勞工立法，以按月計給之平均工資為原則，並規定按日、按時或論件等計算工資之工人，其平均工資不得少於一定計算方式所得金額，以資保障。職業安全衛生法（原名稱：勞工安全衛生法；……）第2條第2款（舊勞工安全衛生法第2條第1項：「二、勞工：指受僱從事工作獲致工資者。」

（三）最高行政法院107年度判字第708號判決（中華郵政公司與外包郵務士案）之見解⁴⁹

1. 案件事實簡介

上訴人係經營郵政遞送等業務之公營事業，為適用勞動基準法（下稱勞基法）之行業。被上訴人於民國105年7月間，派員至上訴人所屬鳳山郵局實施勞動檢查，發現上訴人就從事投遞郵件工作之外包郵務士秦○○、李○○（以下合稱秦李2員），未置備自105年4月至6月之出勤紀錄。被上訴人因認上訴人違反勞基法第30條第5項規定，依行為時同法第79條第2項及第80條之1等規定，以106年2月24日高市勞條字第

10630461900號裁處書（下稱原處分）裁處新臺幣（下同）9萬元罰鍰，並公布事業單位名稱、負責人姓名。上訴人不服，循序提起行政訴訟，經原審判決駁回，遂提起本件上訴。

2. 原審判決意旨

原判決駁回上訴人在第一審之訴，係以：……（二）茲依系爭契約、承攬業務詳情表及工作守則規定之內容，就影響系爭契約從屬性程度之各項因素，分析結果：1. 依「工作時間、工作場所」、「有無監督、管考、懲戒規定」之關連因素而論，雖顯現人格獨立性之特徵，惟獨立性高於從屬性之程度，並非相當明顯。2. 就「工作方式、工作態度」、「能否委由他人代為履行工作」之關連因素而論，呈現上訴人對秦李2員具有相當高之控制力，從屬性明顯高於獨立性。3. 就秦李2員須自備機車、負擔油料費用及勞工保險費之關連因素而言，固具有經濟上獨立性之特徵，惟其高於從屬性之程度，並非相當明顯。4. 就承受企業風險與分享利潤之關連因素而論，秦李2員無須負擔企業風險，

註49：相同見解，最高行政法院106年度判字第233號判決：「按勞基法主要乃透過勞務提供者有無能力自行承擔工作完成所涉及之風險，以定位其是否屬於工作及經濟上之弱勢，以判斷應否受勞基法最低限度之強制規定保護。倘勞務提供者對於選擇其與勞務需求者間所建立法律關係之類型有完全之自主決定權，而於其所自由選擇之法律關係，勞務需求者又不具有高度支配之權力，或勞務提供者不具有高度之從屬性，此種情形，即非勞基法所保障之對象，自應基於契約自由原則，使當事人間自由決定其契約內容，不受勞基法之規範。從而勞務契約具備勞基法所規定主給付義務之特徵時，方屬於勞基法所稱之勞動契約。至於勞務債務人是否必須依勞務債權人之指示為勞務之提供，則非判斷勞動契約與否之指標。申言之，是否為勞動契約之判斷，於人格從屬性上，著重於自由決定工作時間在人格自由發展上之意義，於經濟從屬性上，則以企業風險負擔為論據，而不應片面置重於勞務之指揮監督。」

亦無法從中獲利，具有較高之經濟上從屬性。5.就「勞務之技術程度及是否屬日常核心業務」、「工作持續期間」之關連因素而論，顯然從屬性高於獨立性。綜合上開各項關連因素之整體評估結果，秦李2員在人格上、經濟上從屬性程度，明顯高於獨立性，被上訴人衡酌各情況予以評價，認定秦李2員確屬於上訴人之勞工，並無違誤。……

3.最高行政法院關於本案之見解

最高行政法院認為：『……（一）按勞基法……第2條：「本法用辭定義如左：一、勞工：謂受雇主僱用從事工作獲致工資者。二、雇主：謂僱用勞工之事業主、事業經營之負責人或代表事業主處理有關勞工事務之人。……六、勞動契約：謂約定勞雇關係之契約。」……可知，勞基法係就屬於勞動契約之勞雇關係為規範。該法第2條第6款所稱「勞動契約」，並未規定勞動契約及勞雇關係之界定標準。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，以判斷是否為該規定所稱勞動契約（司法院釋字第740號解釋理由書參照）。又契約自由為私法自治之基礎以及個人自主發展與實現自我之重要機制。當多種契約類型均可達相同之締約

目的時，除依法律有類型強制之規定外，人民對契約之類型，應有選擇之自由。當雙方就選擇之契約類型應如何歸屬有爭議時，行政機關及法院應按雙方契約約定之主要給付義務內容及其實際履約之情形，依其所構成之類型特徵判斷之，而不應拘泥於雙方所使用之契約名稱；更不得無法律依據，逕以行政機關解釋或法院判決，形成契約類型之強制。（二）承上以論，勞基法並非使一切勞務契約關係，均納入其適用範圍；勞務契約關係是否屬勞基法第2條第6款所稱之勞雇關係，應視勞務債務人對勞務債權人是否有從屬性而定。倘勞務債務人對於選擇與勞務債權人締結之勞務契約有完全之自主決定權，而於其所自由選擇之勞務契約關係下，勞務債務人對於勞務債權人不具有從屬性者，即非勞基法所欲保障之對象，自應基於契約自由原則，使當事人間自由決定其契約內容，不受勞基法之規範。又勞動契約之類型特徵為何？勞基法第2條第6款僅規定：「勞動契約：謂約定勞雇關係之契約。」並未就其類型特徵直接加以界定，故必須自勞基法關於勞動契約之主要給付義務規定，歸納得知其特徵。而勞基法關於勞動契約之主要給付義務表現於第3章工資及第4章工時、休息、休假之強制規定，依上開規定，關於勞務給付方式，勞務債務人受有工時、休息、休假之限制，須依勞務債權人所定為之，而不能自由支配工作時間、時段（此即人格之從屬性）；關於

報酬給付，當勞務債務人於約定之工作時間給付勞務，無論其工作成果優劣、預定目標是否達成，勞務債權人均須依約定給付該工作期間內之報酬，勞務債務人無須負擔企業風險，亦即，勞務債務人係按其工作時間而受報酬（此即經濟上之從屬性），從而，當一勞務契約具備前述勞基法所規定主給付義務之特徵時，方屬於勞基法所稱之勞動契約。

至於民法規定之承攬契約，乃承攬人有為定作人完成約定工作之給付義務，且其報酬請求權，以完成契約約定之一定結果為前提（民法第490條第1項參照），與勞動契約有顯著不同。在承攬契約，勞務債務人對於工作時間、時段等勞務給付方式有支配之自由，但需自行負擔工作完成所涉之企業風險。該自由為人格權之核心內容或價值，因此，當勞務債務人享有該自由，即稱其對於勞務債權人無人格上之從屬性。惟該自由常以勞務債務人負擔企業風險為代價，在經濟上即顯示出獨立性，故稱其對於勞務債權人無經濟上之從屬性。…申言之，是否為勞動契約之判斷，於人格從屬性上，著重於自由決定工作時間在人格自由發展上之意義，於經濟從屬性上，則以企業風險負擔為論據，而不應片面置重於勞務之指揮監督。（三）……經查，上訴人……將郵件投遞業務對外委託個人承攬遞送，並依政府採購法辦理公開招標，由秦李2員分別標得鳳山郵局第（市27）區、第（市15）區投遞工作後，分別與上訴人簽訂系爭

契約。而依系爭契約及其附件承攬業務詳情表、工作守則內容規定，秦李2員上下班無須簽到退，每日將郵件遞送整理完畢，即可結束工作返家；其等亦不受交通部頒布事業員工獎懲規定之約制，上訴人無從對其等為考核及懲戒；另秦李2員為履行投遞郵件工作，須自備機車，因車輛配備所生費用均由其等負擔；若其等履約品質未符契約約定之標準，上訴人得按查獲次數或件數計罰違約金等情，……。足見，依上訴人與秦李2員所簽訂之系爭契約，秦李2員只須將承攬工作即每日郵件投遞整理工作完成，不受工作時間之限制，上訴人亦未將秦李2員納入其內部組織而予以整體或個別控制，秦李2員投遞郵件如有違反郵政法、郵件處理規則或系爭契約規範者，上訴人除依約不給付價金、計罰違約金或終止契約外，亦不得對之懲戒或制裁，顯無人格上之從屬性。另秦李2員履行投遞郵件工作，應自備機車及負擔車輛配備所生費用，且應自行承擔工作品質不良之業務風險，具有經濟上獨立性，即對於上訴人無經濟上之從屬性，依上揭司法院釋字第740號解釋理由書意旨，自非屬於勞基法所稱之勞動契約。（四）又查，勞務債務人是否必須依勞務債權人之指示為勞務之提供，並不足以作為勞動契約之類型特徵，業經論述如前。系爭契約第10條第3項約定……故以上開契約條款指示秦李2員投遞郵件應遵循之工作規範及注意事項，以達成投遞郵件工作之契約

目的，依上開說明，秦李2員就上開契約條款所受上訴人之約制，僅為其等應依約給付勞務之內容及應盡之注意義務，並不足以作為勞動契約之類型特徵。原判決據該等契約條款，認上訴人對秦李2員具有相當高之控制力，從屬性明顯高於獨立性，足以採為認定系爭契約屬勞動契約之重要特徵，即有適用法規不當之違誤。此外，勞務之技術程度高低及是否屬日常核心業務，可能影響勞務債務人提供勞務所獲取報酬之高低，惟與其對於勞務債權人有無從屬性無關；且依前述，秦李2員與上訴人簽訂系爭契約，分別承攬鳳山郵局第（市27）區、第（市15）區投遞郵件工作，既不存在勞動契約之從屬關係，自不因其等透過參與上訴人每年度辦理之承攬郵件投遞採購案，而連續數年（秦員8年、李員3年）承攬同一投遞地區之投遞郵件工作，致其等與上訴人間之承攬契約關係發生質變，原判決以秦李2員持續為上訴人如此長期間之工作，性質上接近於具有忠誠性之傳統雇主與勞工關係，據以採為認定屬勞動契約之重要特徵，亦有法律涵攝事實不當之違誤，上訴人指摘原判決違法，即堪採取。（五）……基於私法自治原則，應由人民自由決定其契約內容，不受勞基法之規範。……原判決將系爭契約定性為勞動契約，予以維持訴願決定及原處分，而駁回上訴人在原審之訴，自係違背法令，上訴論旨指摘於此，求予廢棄原判決，即有理由；……』

本案例之事實和南山保險公司與其業務員間關係相當類似，尤其最高行政法院關於僱傭和承攬區別所表示之法律見解相當明確，不但符合釋字第740號之意旨，而且做為行政審判系統之最高層級法院，此判決之見解應可供下級審之各級行政法院參考。

（四）個人對於臺北高等行政法院108年度訴字第326號判決之批判

臺北高等行政法院108年度訴字第326號判決之見解可說是同院103年度簡上字第115號判決及最高行政法院100年判字第2117號判決見解之重複，合先說明。

1. 行政法院解釋勞動契約之限制

依前揭判決之見解，認為勞動基準法第2條第6款所謂之勞動契約，其概念可認為是僱傭、承攬、委任等之上位概念，因此，凡關於勞務給付之契約，其具有從屬性勞動之性質者，縱兼有承攬、委任等性質，仍應認屬勞動契約。關於行政法院此項見解，拙見認為應有商榷之處，蓋勞動契約之概念既有法律明文規定，法院在解釋時，主要仍須受文義拘束，再輔以體系解釋參酌民法關於僱傭契約之規定解釋勞動契約。換言之，法院在解釋法律概念時，主要仍應以條文用語作為其解釋之主要依據，不應無視文義，蓋「……文義解釋……是解釋法律的基本方法，因為法文是立法者表示意思的符號，要瞭解法律內容意義當然應先尋繹文義。……又關於某一法律規定的文理究屬如何，亦須綜合全部有關法文的涵義，加以推求，不能

斷章取義，……」⁵⁰、「……體系解釋、法意解釋、比較解釋、目的解釋及合憲解釋，合稱為論理解釋。……，為論理解釋及社會學的解釋，始於文義解釋，而其終也，亦不能超過其可能之文義，故如法文之文義明確，無複數解釋之可能性時，僅能為文義解釋，自不待言。」⁵¹、「……如果特定法律概念，已有立法定義，則解釋必須嚴格根據該立法定義作文義解釋，否則即屬超越法律，……文義解釋乃透過規範所使用的文字的解析，以正確理解法律的意涵。如果沒有立法定義，文義解釋是法律解釋首先且必須使用的方法，但並非唯一之方法。解釋者不可背離一般文字最外圍之意涵，否則即非解釋，而屬法律漏洞補充。縱使是有權機關，適用法律時所為逾越文義之解釋……，仍屬錯誤之解釋，據以作成之判決或行政處分仍屬違法。……文義解釋需考慮文字語法的前後關聯性……。」⁵²、「……文義解釋法會是法律適用者最初所使用，也是最終劃定其解釋可能之結論的外在界限的解釋法（以文義為始，以文義為終）。」⁵³，據此，勞動基準法第2條第一款對於勞工之概念既設有立法定義，亦即指受雇主僱用從事工作獲致工資者，而雇主則是指僱用勞工之事業主

等人（第二款），而勞動契約係指約定勞雇關係而具有從屬性之契約（第六款），據此等立法解釋，「僱用」及「勞雇關係」乃是該等規定之核心概念，職是之故，解釋所謂之勞動契約，即應依前揭規定（立法解釋、立法定義）為據，並依民法之相關規定進行概念之闡釋（體系解釋），此乃是法院之任務與權限，然而，法律規範落伍或闕漏時，做出逾越文義（立法解釋）解釋而尋求（協助被告機關）實現法律規定以外之國家行政任務即非屬法院之權限，其應由立法機關承擔此任務，縱使立法者怠惰，亦不應由司法權逾越權力分立之分際，越權代為彌補。因此，立法者在制定勞動基準法時，既已明確定義勞工受雇主僱用從事工作獲致工資者，而雇主則是指僱用勞工之事業主等，而勞動契約則係指約定勞雇關係而具有從屬性之契約，依據此等規定，解釋勞動契約即應以同條文之前款文義「僱用」、「勞雇」做為其核心概念，且勞動契約之性質既屬於民事契約，則解釋勞雇概念或勞雇關係時，即不應排除民法債篇關於契約類型之規定，是以，解釋勞動契約即應依民法之僱傭契約之概念理解，以體系解釋補充，而非將各種包含勞務，但不同性質之契約混

註50：韓忠謨（1977），《法學緒論》，第86頁。

註51：楊仁壽（1989），《法學方法論》，第123頁。

註52：李惠宗（2018），《法學方法論》，第273-274、276頁。

註53：柯格鐘，〈法律解釋與漏洞補充〉，收於《法理學》，鄧衍森、陳清秀、張嘉尹、李春福主編（2020），第482頁。

雜，進而將勞動契約做為勞務契約之上位概念，而將含有承攬、委任、甚至居間等性質之契約揭包含於勞動契約之概念。此外，勞動基準法於立法時，曾經費力協調勞資雙方利益之平衡，為避免中小企業負擔過於沉重，將當時適用範圍限於勞工，排除自由業（非勞工之承攬、委任、居間等）於適用範圍外⁵⁴，行政法院在解釋勞動契約時，亦不應忽視當時之立法背景，而於今日做出逾越企業原本預見之適用範圍，令其負擔原本未預期之成本。

2. 行政法院之見解應受司法院（大法官）解釋見解拘束

司法院大法官在民國105年10月21日作出釋字第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。」，其理由書並詳細論述：「勞動基準法第二條第六款規定：『勞動契約：謂約定勞雇關係之契約。』（下稱系爭規定一）就保險業務員與保險公司間之法律關係是否屬系爭規定一之勞動契約關係，臺北高等行政法院103年度簡上字第115號確定終局判決（下稱行

政法院判決）認為，依保險業務員管理規則之規定，保險業對其所屬保險業務員具有強大之監督、考核、管理及懲罰處分之權，二者間具有從屬性；至報酬給付方式究係按計時、計日、計月、計件給付，或有無底薪，均非判斷其是否屬勞工工資之考量因素；故採取純粹按業績多寡核發獎金之佣金制保險業務員，如與領有底薪之業務員一般，均受公司之管理、監督，並從事一定種類之勞務給付者，仍屬勞動契約關係之勞工；勞動契約不以民法所規定之僱傭契約為限，凡勞務給付之契約，具有從屬性勞動之性質者，縱兼有承攬、委任等性質，仍應認屬勞動契約；又契約類型之判斷區分上有困難時，基於勞工保護之立場以及資方對於勞務屬性不明之不利利益風險較有能力予以調整之考量，原則上應認定係屬勞動契約關係，以資解決。反之，臺灣高等法院94年度勞上字第45號、99年度勞上字第58號、101年度勞上字第21號等民事確定終局判決（下併稱為民事法院判決）則認為，保險業務員得自由決定招攬保險之時間、地點及方式，其提供勞務之過程並未受業者之指揮、監督及控制，認定保險業務員與保險業間之人格從屬及指揮監督關係甚為薄弱，尚難認屬勞動契約關係；又以保險業務員並未受最低薪資之保障，須待其招攬保險客戶促成保險契約之締結進而收取保險費後，始有按

註54：參照《天下雜誌》（1985），第50期，〈勞基法使勞資關係和諧或對立？〉。

其實收保險費之比例支領報酬之權利，認保險業務員需負擔與保險業相同之風險，其勞務給付行為係為自己事業之經營，而非僅依附於保險公司為其貢獻勞力，故難謂其間有經濟上從屬性；再者，保險業務員管理規則係主管機關為健全保險業務員之管理及保障保戶權益等行政管理之要求而定頒，令保險公司遵守，不得因保險業務員管理規則之規定，即認為保險業務員與其所屬保險公司間具有人格從屬性。是民事法院與行政法院就保險業務員與其所屬保險公司間之保險招攬勞務契約是否屬系爭規定一所示之勞動契約，發生見解歧異，符合司法院大法官審理案件法第7條第1項第2款統一解釋之要件。勞基法第2條第6款：『勞動契約：謂約定勞雇關係之契約。』並未規定勞動契約及勞雇關係之界定標準。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所稱勞動契約。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。再者，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（金融監督管理委員會102年3月22日金管保壽字第1020543170號函參照）。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。」

如前所述，臺北高等行政法院108年度訴字第326號判決之見解乃釋字740號解釋涉及之同院103年度簡上字第115號判決，而該判決亦是採用最高行政法院100年判字第2117號判決之相同理由。大法官既在其解釋理由書中已明白指出，勞務契約之類型特徵，應依勞務債務人與勞務債權人間從屬性程度之高低判斷之，亦即應視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)做為認定依據;此外,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,是以不應逕以南山公司和業務員間適用管理規則而認定其彼此存在從屬關係。

台北高等行政法院於做成判決時,應受大法官第740號解釋表示之理由拘束,此從以下法律規定之意旨亦應可推導而出:

(1)行政訴訟法第216條

行政訴訟法第216條規定:「I.撤銷或變更原處分或決定之判決,就其事件有拘束各關係機關之效力。II.原處分或決定經判決撤銷後,機關須重為處分或決定者,應依判決意旨為之。III.前二項判決,如係指摘機關適用法律之見解有違誤時,該機關即應受判決之拘束,不得為相左或歧異之決定或處分。IV.前三項之規定,於其他訴訟準用之。」,其立法理由謂:『一、增訂第三項「前二項判決,如係指摘機關適用法律之見解有違誤時,該機關即應受判決之拘束,不得為相左或歧異之決定或處分。二、原條文第三項移列為第四項,並酌作文字修正。【來源:司法院】一、按行政訴訟法第二百十六條立法意旨,係為課原處分機關以尊重判決內容之義務,以防杜原機關依同一違法之理由,對同一人為同一處分

或決定。又原處分或決定經判決撤銷後,原機關有須重為處分或決定者,亦應依判決之意旨為之,藉以督促機關有依判決意旨作為之義務。二、司法院釋字第三六八號解釋亦表示:「行政院所為撤銷原決定及原處分之判決,如係指摘事件之事實尚欠明瞭,應由被告機關調查事證另為處分時,該機關即應依判決意旨或本於職權調查事證。倘依重為調查結果認定之事實,認前處分適用法規並無錯誤,雖得維持已撤銷之前處分見解;若行政院所為撤銷原決定及原處分之判決,係指摘其適用法律之見解有違誤時,該管機關即應受行政法院判之拘束。」準此,行政院所為撤銷原決定及原處分之判決,如係指摘事件之事實尚欠明瞭,應由被告機關調查事證後另為處分者,該機關依判決意旨或本於職權再調查事證,倘依調查結果重為認定之事實,認前處分適用法規並無錯誤,而維持已撤銷之前決定之見解者,於法固非有違;惟如係指摘原決定及處分之法律見解有違誤者,該管機關即應受行政法院判決所示法律見解之拘束,不得違背。三、是以,本法第二百十六條增訂第三項以針對行政法院判決係指摘機關適用法律之見解有違誤時,命該機關即應受判決之拘束,不得為相左或歧異之決定或處分。』。依據本條規定可推導出,受行政法院審查之行政機關,就其法規之適用(法律

見解)應受行政法院見解之拘束,蓋關於法規適用之正確性,係由具有審查權限之行政法院作出最終決定,而非行政機關。依文義,本條係適用於行政法院和原處分機關之間。換言之,關於法規之適用,行政機關應受行政法院監督、審查。

(2)行政訴訟法第260條第3項及民事訴訟法第478條第4項

行政訴訟法第260條第3項規定:「受發回或發交之高等行政法院,應以最高行政法院所為廢棄理由之法律上判斷為其判決基礎。」,此外,民事訴訟法第478條第4項亦規定:「受發回或發交之法院,應以第三審法院所為廢棄理由之法律上判斷為其判決基礎。」,其(民國24年02月01日第475條)立法理由謂:「查民訴律第五百八十二條理由謂上告之宗旨,非僅欲廢棄原判決,並欲就該事件為正當之判決也。故上告審判衙門,當廢棄前審判決時,或有自行審判者,或有將該事件發還審判衙門,使再為審判者。但上告審判衙門,無判斷事實上之職權,故廢棄控告審之判決,以發還事件於控告審判衙門為原則,其自為裁判,特例外耳。發還判決之性質及發還判決以後之程序,與控告審判衙門發還判決之性質及發還以後之程序同,其被發還之審判衙門,為上告審判衙門法律上之判斷所羈束,故必以該判斷為

基礎而裁判之,不然,則難期統一法則之解釋也。」。依據此二條規定,可知上級審判機關之法律見解拘束下級審判機關,於此情形,下屬法院自無堅持其見解之餘地,立法理由中早已明白指出,若不如此,則難以統一法律見解,不但有礙司法之威信,使人民無所適從,民怨孳生,並損害法治國原則,為避免司法權之分裂行使,造成法規適用之矛盾,必須由上級司法機關統一法律見解,殆無疑義。

(3)民事訴訟法第469-1條

上級司法機關享有統一法律見解之權限,亦可從民事訴訟法第469-1條之規定可知,該條規定:「I.以前條所列各款外之事由提起第三審上訴者,須經第三審法院之許可。II.前項許可,以從事法之續造、確保裁判之一致性或其他所涉及之法律見解具有原則上重要性者為限。」。其立法理由謂:「.....三、第三審上訴既在求裁判上法律見解之統一,則法院之許可上訴,自應以從事法之續造或確保裁判之一致性為理由上訴者,亦屬具有原則上之重要性者為限。所謂原則上之重要性,指所涉及之法律問題意義重大而有加以闡釋之必要而言,爰為第二項規定。又第三審法院不准許上訴時,固應以裁定駁回,惟若其准許上訴時,則參考現行之簡易第二審判決許可上訴制度之規定,無須另為裁

定，直接進行審理程序即可。」。

若各訴訟法之規定皆係由有審查權之上級法院享有統一法律見解之權限，則享有統一解釋法令之司法院大法官相對於法律見解歧異之普通法院與行政法院，亦屬於享有統一法律見解權限之上級司法機關，其作出解釋所表示之法律見解，亦具有拘束下屬司法機關之效力，此乃理所當然，若不如此，將造成無法統一法律見解之困境，立法者早於民國24年民事訴訟法之立法理由早已提出，今日之法官猶不如近百年前之人乎？

臺北高等行政法院103年度簡上字第115號判決及最高行政法院100年判字第2117號判決關於勞動契約表示之法律見解既遭大法官駁斥，則臺北高等行政法院108年度訴字第326號判決即不應再以該等見解做為其判決基礎，如今卻仍不顧大法官解釋之見解，重複已被廢棄之見解，不但忽視大法官做為我國最高統一法令解釋之最高機關，更是造成司法權之行使矛盾，嚴重損害司法威信，使相關人民無所適從，其瑕疵實屬顯然而重大。

3. 臺北高等行政法院應尊重最高行政法院之見解

最高行政法院107年度判字第708號判決雖然並非關於南山保險公司之案件，然而由於案件事實和南山保險公司（與其業務員）遭勞工主管機關裁罰之案件相當雷同，因此，最高行政法院該

判決表示之見解應可供臺北高等行政法院108年度訴字第326號判決參考，以其法律見解能一致，孰料臺北高等行政法院之判決卻仍堅持執往昔遭釋字740號解釋駁斥，且已為最高行政法院107年度判字第708號判決不採之錯誤見解做為判決基礎，不但牴觸上級法院之法律見解，更讓人質疑下級審之判決歧異，使人民無所適從，且損害司法威信。

（五）小結

僱傭和承攬二種不同之勞務契約區別原本不難，大法官在釋字740號解釋中已指出，保險公司和其業務員間是否屬於僱傭契約，應視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。又，保險業務員管理規則之訂立並不表示業務員和公司之間存在從屬關係。此外，依據以上見解，若工作時間係由勞務提供者自由決定，企業方原則上不干預，且其酬勞取決於工作之成果，而非單純之勞務提供之情形，即應認為屬於承攬，反之，若勞務提供者應依工作規則提供勞務，且其勞務酬勞和勞務成果無必然關聯者，則應屬於僱傭，在後者，縱使勞方提供之勞務對於企業全然無所助益，企業亦不得拒絕給付酬勞。

綜上所述，南山保險公司和其業務員間，究屬於何種勞動關係，應由雙方當事人依其自由意思決定，若業務員選擇在資方所訂定之工作規則下依（相對）固定之工作時間提供勞務，並依其提供之勞務領取（相對）固定之酬勞，即屬於僱傭，反之，若業務員選

擇自由決定工時，酬勞取決於其促成之保險契約收取依定之比例，則應屬於承攬契約，職是之故，若南山保險公司並無壓迫業務員之談判權，影響（侵害）其選擇契約之自由意思，所有國家機關皆應尊重業務員所享有人格發展自由與其本於私法自治之契約條款決定權。

由保險業務員之案例可知，勞動部之認定應係基於照顧勞動者之目的出發，為達此目的，依現行法規，只能排除承攬而認定僱傭關係，否則無從要求平台為保險業務員投保勞工保險並提撥勞退金，於不履行相關義務時，亦不得加以裁罰。此可謂用心良苦。然而，此種作法是否符合法治國原則、契約自由原則（私法自治），並尊重當事人之人格自由發展權、職業自由等基本權，更是否因此擾亂民法相關契約概念，則不無討論之餘地。若企業濫用其優勢地位排除保險業務員之談判權，則應依保險業務員之真意決定契約性質，若企業並無利用其優勢地位壓縮保險業務員之談判權，則似應依企業和保險業務員兩者之真意決定契約性質，無論如何，契約性質不應由主管機關單方認定，而毫不考量當事人（尤其是弱勢當事人）之真意，換言之，國家機關不應為遂行其行政目的而不顧人民意思替代人民決定其契約關係。若法規存有漏洞，以致無法實現其行政目的，則應透過立法或修法，使法規範其背後，而

依法行政。

伍、實質確定力與構成要件（先決問題）之既判效力

一、德國實務與學說

確定判決之實質確定力中亦具有所謂之構成要件（先決問題）既判效力（Präjudizialität），詳言之，若法院在前訴作成之判決（訴訟標的）係屬於某項法律效果之構成要件，則在後（法律效果）訴訟中，後訴法院對相同當事人就該法律效果之構成要件部分，即應受前訴訟之確定判決拘束，不得另為歧異之認定，學理上稱之為直接之構成要件（先決問題）之既判效力（unmittelbare Präjudizialität）⁵⁵。例如在前訴訟，原告甲對被告乙提起確認買賣關係存在之訴訟，法院判決甲勝訴確定後，甲其後又對乙提起請求給付價金之訴訟，則後訴法院就買賣關係是否存在之部分，即應受前訴確定判決效力之拘束，不得另行審理而作出歧異之認定。此種效力係由法院就前訴訟案件之訴訟標的所為之判決而生，換言之，僅限於前判決之實質確定力範圍，並不包括前判決就非訴訟標的之理由判斷⁵⁶。在行政訴訟，實務、通說亦承認此種拘束效力。例如原告提起國籍確認訴訟敗訴確定後，其另案提起請求發給護照之訴訟亦應以前確定判決為依據而駁回之⁵⁷。

註55：Vgl. Steffen Detterbeck, Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im Öffentlichen Recht, 1995, S. 116。

註56：Vgl. Steffen Detterbeck, Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im Öffentlichen Recht, 1995, S. 115 ff.

註57：Vgl. Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung, 20. Aufl., 2014, § 121, Rn. 11.

判決之實質確定力除具有前述之直接構成要件（先決問題）既判效力外，亦具有**間接構成要件（先決問題）之既判效力**（mittelbare Präjudizialität）。所謂間接之構成要件（先決問題）之既判效力係指做為結果訴訟之重要先決問題（須做為訴訟標的）已在其他訴訟程序經判決確定時，在結果訴訟（Folgeprozess）亦發生其拘束效力。此並非如直接既判效力般以構成要件為限。是否屬於「重要」之先決問題，則應採廣義，據此，判斷構成要件時應先確定之先決問題若做為訴訟標的而判決確定，亦對於結果訴訟發生（間接之）拘束效力⁵⁸。例如在普通法院受理之國家賠償訴訟，行政處分之違法性已經行政法院確認並將該處分撤銷時，普通法院即應以該行政法院之判決做為國家賠償訴訟之裁判基礎⁵⁹。

二、國內實務與學說

國內實務與學說雖未使用「構成要件（先決問題）既判效力」之用語，然而對於其效力內涵大都與德國文獻相同⁶⁰，例如最高行政法院93年度判字第1216號判決亦認為：「有行政訴訟法第一百七十七條停止之事由存在者，行政法院對於應否停止訴訟程序無裁量權，應即為停止訴訟程序之裁定。次按

農會之理事相當於民法及公司法之董事，農會與理事間之關係，應屬民法之委任關係。因此，農會之理事是否有連續缺席兩個會次者，而視為辭職之情形，亦即農會與理事間之委任關係是否存在，應由普通法院之民事訴訟程序確定之。至於主管機關對於農會與理事間之委任關係是否存在所表示之見解，尚無確認民事法律關係之效力。」，據此，若普通法院已判決認為農會與理事間之委任關係存在或不存在時，行政法院亦應受該確定判決所生之構成要件（先決問題）既判效力拘束。

此外，再以稅法與民法之關係說明之。在稅法與民事法律關係之問題上，國內學者通說認為，民事法律關係較稅法具有先在性或先位性（Die Vorherigkeit od. Präzedenz des Zivilrechts），詳言之，當稅捐法與民事法以同一法律事實為其規範對象，稅捐法與民事法即自然發生關聯，此即稅捐法與民事法之連結問題（Anknüpfungsproblem）。基於該連結，就稅捐法借用自民事法之用語或概念，有學者因此認為，應與民事法採一致之解釋，以維持法秩序之一貫性與統一性；亦有認為，由於納稅義務人必須利用民事法規定之法律事實或關係之發展形式從事經濟或社

註58：Vgl. Wolfgang Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, S. 513 ff.; Steffen Detterbeck, Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im Öffentlichen Recht, 1995, S. 117.

註59：Vgl. Steffen Detterbeck, Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im Öffentlichen Recht, 1995, S. 118, 119.

註60：國內學者之用語並不一致，惟就該效力並無異見，參照陳計男（2005），《民事訴訟法論》（下），第58頁（用語為「既判力之作用：…於先決問題之場合：…」）；呂太郎（2018），《民事訴訟法》，2版，第627頁（用語為「當然前提與矛盾禁止」）；姜世明（2014），《民事訴訟法》（下冊），修訂2版，第273頁（用語為「訴訟標的之…先決關係…」）。但其係將此效力列為既判力之功能；魏大曉則列為既判力之積極作用，氏著（2015），《民事訴訟法》，第328-329頁。

會活動，始能根據民事法之規定取得其經濟或社會利益。是故，該事件或狀態通常是適用民事法規定在先之具有經濟意義之事件或狀態。此即民事法或民事法事件相對於稅捐法或稅捐法事件之先在性。按納稅義務人本來即可利用民事法提供之各種法律行為之類型，形成其法律關係，以從事稅捐規劃。該等規劃，含私人間之稅捐轉嫁之約定，除另有規定外（例如租稅規避），在依法課稅原則之下應受到保障，以符合法治國家原則，確保法之安定性。該民事法之規範機能應受到適當之重視，不應因一些膚淺的理由，即予輕易漠視⁶¹。

針對南山人壽保險股份有限公司（以下簡稱南山人壽）與其業務員之法律關係以及因該關係所生之勞工退休準備金之提撥義務爭議之裁罰問題，許多大法官和學者皆採和「構成要件（先決問題）既判效力」相同之見解，例如：

黃茂榮大法官於釋字第740號解釋之協同意見書認為：「…關於給付退休金部分，陸續經民事法院判決認為聲請人與其保險業務員間之勞務契約，並非勞基法所稱之勞動契約，聲請人對於其保險業務員並無給付退休金之義務；……按勞動基準法第五十六條及勞工退休金條例第六條、第十四條所定勞工退休準備金之提撥義務，目的在於保障雇主對於勞工所負之退休金的給付義務的履行，為一種從債務。是故，關於退休準備金之提

撥義務的行政訴訟，其裁判應以退休金給付義務之民事法律關係是否成立為準據。因此，關於退休準備金之提撥義務的行政訴訟，於關於退休金給付義務之民事法律關係已經訴訟繫屬尚未終結者，行政法院應以裁定停止訴訟程序（行政訴訟法第一百七十七條第一項）；又舉輕以明重，民事法律關係已經訴訟終結而作成確定終局判決者，關於該民事法律關係之定性，行政法院應受民事確定終局判決之拘束。換言之，在這種情形，行政法院應以民事法院之裁判結果為基礎，而為裁判。…」

蔡明誠、陳春生及黃虹霞等大法官於釋字第740號解釋協同意見書認為：「…我國實務及學理上往往將從屬性包括人的從屬性（或稱人格從屬性）、經濟從屬性、組織從屬性，甚至包含履行上從屬性，作為判斷要素。因此，有關僱傭等勞務契約之民事法律關係，從屬性之類型特徵、及保險業務員是否屬勞工概念之判斷，如係屬於勞動行政事件之先決問題，似宜以民事法院之見解作為先決問題之審判基礎，較為允妥。至於民事法院對於勞動契約與其他勞務契約之區別或何種勞務契約存在等先決問題之裁判，仍應符合民法與勞基法所確立之類型及解釋原則。基於勞雇間權益平衡，似不宜無視於民法僱傭契約、承攬契約或委任契約之類型特徵及區別要素，且我國學理上有認為民法所定之勞務契約與勞動契約仍存在有差異。故實

註61：參照黃茂榮（2017），〈稅捐法與民事法（一）〉，《植根雜誌》第26卷第11期，第28-29頁，特別是註15。類似見解，宋政佳（2017），〈論稅法與其他法領域之交錯與調整〉，《朝陽商管評論》，第16卷，第2期，第28-29頁。

務上似不宜未經公平衡量勞務債務人與勞務債權人之權益，而逕以勞動契約作為勞務契約之上位概念或類型。換言之，行政法院就此先決問題之判斷，除如前述宜尊重民事法院之見解外，若將某種勞務提供之契約類型，全歸於勞動契約，或按當事人間之意思，如係訂立承攬契約之意思，卻逕予判定為勞動契約，在此情形，則有違反私法自治或契約自由原則之疑慮。……」。

黃璽君大法官提出之部分不同意見書中認為：「…勞基法為保障從屬於雇方之勞方權益，此類勞方多屬經濟較弱勢者，故有予以保障之需要。而保險業務員按所收保險費計算報酬，其報酬頗多，非屬弱勢。如雙方訂約時即考量不再提撥退休金，而予較高之報酬，已非勞基法原欲保障對象。雖渠等簽訂之勞務契約具相當高度之從屬性，於解釋是否屬勞動契約，固不宜與其他行業人員為各自之認定標準。……」。

陳清秀教授認為：『…（二）勞工退休金條例與勞動基準法應進行統一的體系一致解釋在先決問題經由普通法院裁判確定之後，在當事人間即發生拘束效力，而由於勞工退休金條例屬於為保護勞工之法律，有關提繳退休金之義務人及實質上權利人為勞動契約雙方當事人，故民事確定判決確認勞動契約關係存在與否之裁判，也對於勞工退休金條例第3條及第7條第1項第1款規定之適用，發生判決的「確認效力」，勞工主管機關不得

為相反之認定，行政法院對於該先決問題之判斷，亦應受民事確定判決之拘束，亦不得為相歧異內容之裁判。…』⁶²。

沈冠伶教授認為，…，在第三人為行政機關時，由於行政機關與下判決之法院，均代表國家，相對於國民，可否再由行政機關推翻同屬國家權力之法院所為之認定，而為相反之主張，則不無疑問。德國學者Otto Bähr即曾謂：『不尊重自己國家法院所為宣示之國家權力，將瓦解國家秩序之框架。』誠值令人省思。據此，在第三人為行政機關時，宜擴大解釋構成要件效力之範圍，亦即，某一私法上權利如為公法上請求之構成要件事實，而該私法關係已經民事判決予以判決確定，對於其後之行政爭訟程序上，亦具有一定之拘束力。』⁶³。

三、小結

本文認為，訴訟之目的既和私權爭議解決相關，法院之判決確定後，不但司法威信應予維護，不應率爾重複審判，而且實體判決又針對當事人之實體法權利義務進行確認，是以判決確定力不應單從實體法或訴訟法觀察，而應綜合兩者認定其性質，換言之，判決確定力不但有其實體法作用，確認當事人爭議之實體法律關係，縱使可能誤判，在未依法廢棄之前，法院及當事人仍應尊重其效力並受拘束，發生判決先例效力（Präjudizialität），因此應同時兼具訴訟法之效力，亦即禁止重複

註62：陳清秀（2016），〈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〉，《法令月刊》，第67卷第5期，第67-569頁以下。

註63：沈冠伶（2006），《訴訟權保障與裁判外紛爭處理》，第110頁。

就同一事件（訴訟標的）進行實體審判⁶⁴。綜而言之，實質確定力之理論基礎乃是確定判決在訴訟法上發生拘束當事人和所有受理後訴之法院，於其（後訴）判決內容不得為相反之認定。為達到此目的之方法則為禁止當事人重複起訴以及法院重複裁判（一事不再理）。此種訴訟法之效果對當事人之實體法律關係亦有影響，因當事人間之權利義務即以確定判決所認定者為準。而且實質確定力在某種範圍內更直接發生實體法上之效力，例如形成判決因其形成力具有創設、變更、消滅實體法律關係之效力。是否有實質確定力存在，法院應依職權調查，不受當事人合意之拘束。

確定判決之實質確定力中亦具有所謂之構成要件（先決問題）既判效力（Präjudizialität），詳言之，若法院在前訴作成之判決（訴訟標的）係屬於某項法律效果之構成要件，則在後（法律效果）訴訟中，後訴法院對相同當事人就該法律效果之構成要件部分，即應受前訴訟之確定判決拘束，不得另為歧異之認定，學理上稱之為直接之構成要件（先決問題）之既判效力（unmittelbare Präjudizialität）⁶⁵。例如在前訴訟，原告甲對被告乙提起確認買賣關係存在之訴訟，法院判決甲勝訴確定後，甲其後又對乙提起請求給付價金之訴

訟，則後訴法院就買賣關係是否存在之部分，即應受前訴確定判決效力之拘束，不得另行審理而作出歧異之認定。又如在前訴訟，原告甲對被告乙提起確認某筆土地所有權屬於甲之訴訟，法院判決甲勝訴確定後，其後甲又對乙提起請求返還土地之訴訟，則後訴法院就該土地所有權歸屬之部分，即應以前訴確定判決之認定為依據，不得另行審理而作出歧異之認定。此種效力在德國文獻上稱之為構成要件（先決問題）之既判效力。此種效力係由法院就前訴訟案件之訴訟標的所為之判決而生，換言之，僅限於前判決之實質確定力範圍，並不包括前判決就非訴訟標的之理由判斷⁶⁶。在行政訴訟，實務、通說亦承認此種拘束效力。例如原告提起國籍確認訴訟敗訴確定後，其另案提起請求發給護照之訴訟亦應以前確定判決為依據而駁回之⁶⁷。

綜上所述，行政法上之權利義務關係若以民事法律關係做為基礎要件者，如該民事法律關係已繫屬而尚未判決確定，而行政訴訟已經繫屬者，則行政法院應依行政訴訟法第177條之規定，裁定停止訴訟，此係強制規定，行政法院並無是否停止之裁量權。據此規定足以推導出，立法者於此情形要求行政法院須受該民事判決拘束並以之做為行政法

註64：相同見解參照姜世明（2016），《民事訴訟法（下）》，修訂4版，第289-290頁。

註65：Vgl. Steffen Detterbeck, Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im Öffentlichen Recht, 1995, S. 116。

註66：Vgl. Steffen Detterbeck, Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im Öffentlichen Recht, 1995, S. 115 ff.

註67：Vgl. Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung, 20. Aufl., 2014, § 121, Rn. 11.

院判決之前提依據。例如行政法院受理自稱為地主之原告提起徵收補償之訴訟，然而關於被徵收土地之所有權歸屬同時亦繫屬於民事法院，則行政法院就徵收補償案件之土地所有權歸屬應受民事法院確定判決之拘束，並以之做為補償訴訟之判決依據，若民事法院尚未判決確定時，行政法院即應停止訴訟。由此可知，民事法律關係若經雙方當事人認真攻擊防禦⁶⁸，而經民事法院判決確定者，則基於實質確定力所生構成要件（先決問題）之既判效力，該確定判決之效力亦應拘束其他國家機關，此乃法治國原則之基本要求，否則，若各機關自以為是，不顧其他法院、機關已做出之裁決效力，不但造成國家各機關運作之矛盾，亦使人民對國家法紀無所適從，將使法秩序破毀，難以遵循，終必造成民眾輕忽法治，司法威信蕩然無存，而人心忿忿不平，行政目的亦無法達成之困境。結果乃是爭訟雙方當事人以及所有國家機關皆輸之難堪情況。

附帶一提，若當事人係針對爭訟之民事法律關係締結訴訟和解者，既經民事法院於和解當場確認兩造締結和解契約之真意，行政法院亦應遵守契約自由原則，尊重當事人之私法自治，而以該訴訟和解所締結之法律關係做為行政訴訟判決之準據。

陸、結論

我國司法制度雖採二元制度，民事案件之審判歸普通法院，而公法爭議原則上由行政法院審判，各有其權限，然而，此二者皆屬於國家司法權之一部，原本應有其界限，法制上亦應恪遵其分際，不應越權或濫權，因此，若行政機關之裁決應以民事法律關係為基礎，即應依普通法院之確定判決做為準據，蓋因確定判決之實體法效力亦推定當事人間之權利義務關係，並產生其訴訟程序上一事不再理之效力，在該確定判決未被依法廢棄以前，凡以該判決確定之法律關係做為構成要件或先決問題者，其他國家機關應受該判決確定之法律關係拘束，不應視而無見，置之不理，尤其行政法院更應在法治國原則要求下，避免法律關係之認定歧異，造成司法權行使之分裂，不但有礙司法威信，破壞法治國原則，更使人民無所適從。若普通法院對於某民事法律關係之性質做出確定判決，行政法院即應尊重，不應在法律之外，為協助其他行政機關實現其追求之任務，而枉法裁判，更不應忽視最高司法機關為統一法律見解所揭示之意見，否則，即有法官違法之弊，對於法治國司法權造成之傷害將遠大於其所意圖追求法外行政任務之利益。

註68：若當事人於民事訴訟並未認真攻擊防禦，意圖詐騙法院之判決，或是依一造辯論而做出判決時，亦有質疑行政法院是否應受該種民事判決拘束之見解。然而，對於此種例外，行政法院應在其判決中詳細說明為何不應受民事判決拘束之理由。不得恣意空泛以訴訟原則之差異為理由拒絕受民事判決拘束。