

司法院釋字第七四〇號解釋抄本



司法院公布令	1
解釋文及解釋理由書	1
黃大法官茂榮提出之協同意見書	5
陳大法官碧玉提出之協同意見書	21
羅大法官昌發提出，黃大法官虹霞加入之協同意見書	29
湯大法官德宗提出，陳大法官碧玉、林大法官俊益加入之協同意見書	33
黃大法官虹霞提出之協同意見書	39
蔡大法官明誠提出，陳大法官春生、黃大法官虹霞加入之協同意見書	41
林大法官俊益提出之協同意見書	53
黃大法官璽君提出之部分不同意見書	60
陳大法官新民提出之不同意見書	69

解 釋

司法院 令

發文日期：中華民國105年10月21日

發文字號：院台大二字第1050026814號

公布本院大法官議決釋字第七四〇號解釋

附釋字第七四〇號解釋

院長 賴 浩 敏

司法院釋字第七四〇號解釋

解釋文

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二條第六款所稱勞動契約，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。

解釋理由書

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，臺北高等行政法院一〇三年度簡上字第一一五號確定終局判決（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,臺灣高等法院九十四年度勞上字第四五號、九十九年度勞上字第五八號、一〇一年度勞上字第二一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七條第一項第二款統一解釋之要件。

勞基法第二條第六款：「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。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，惟如保險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。再者，保險業務員管理規則係依保險法第一百七十七條規定訂定，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一〇二年三月二十二日金管保壽字第一〇二〇五四三一七〇號函參照)。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。

另聲請人認首開行政法院判決、最高行政法院一〇〇年度判字第二一一七號、第二二二六號、第二二三〇號判決(下併稱確定終局判決)所適用之勞工退休金條例第三條、第六條、第七條第一項第一款、第九條(下併稱系爭規定二)、行政訴訟法第一百八十九條第一項(下稱系爭規定三)、保險業務員管理規則第十二條第一項、第十三條、第十四條第一項、第十八條第一項、第十九條第一項(下併稱系爭規定四)及行政法院六十二年判字第二五二號判例(下稱系爭判例)有違憲之疑義，聲請解釋憲法。經查，系爭規定三及系爭判例並未為確定終局判決所適用，聲請人自不得據之聲請解釋。其餘所陳，均尚難謂已客觀具體指摘系爭規定二、四究有何抵觸憲法之處。是上開聲請憲法解釋部分，核與司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定不合，依同條第三項規定，應不予受理，併予敘明。

大法官會議主席 大法官 賴浩敏

大法官 黃茂榮 陳 敏 葉百修 陳春生

陳新民 陳碧玉 黃璽君 羅昌發

湯德宗 黃虹霞 蔡明誠 林俊益

釋字第七四〇號解釋協同意見書

黃茂榮大法官提出

壹、前言

保險業於民國八十六年經行政院勞工委員會公告自八十七年四月一日起為適用勞基法之行業¹。自此，聲請人與其所屬保險業務員間之勞務契約究竟是否為勞基法所稱之勞動契約、聲請人對其所屬保險業務員是否應適用勞基法及勞工退休金條例之規定，給付或提撥退休金，爭議未曾間斷。

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；然而，於九十三年六月勞工退休金條例公布後，聲請人之保險業務員復依該條例之規定，表明改選勞工新制，並請求主管機關命聲請人提繳退休金。案經勞保局發函限期聲請人申報提繳勞工退休金，而聲請人逾期未辦理，經勞保局連續處以罰鍰。聲請人不服，提起行政訴訟。相關案件經行政法院判決認為，聲請人與其保險業務員間之勞務契約，應為勞基法所稱之勞動契約，聲請人需為其保險業務員依勞工退休金條例之規定，申報提繳勞工退休金。

上開爭議經多年爭訟，民事法院及行政法院判決均各執其一貫之見解。這尤其凸顯於臺灣高等法院九十九年度勞上字第五八號民事判決與臺北高等行政法院一〇三年度簡上字第一一五號判決。上開二法院之裁判結果，形成相對於同一位保險業務員，依民事法院判決，該名保險業務員對於聲請人無退休金給付請求權；而依行政法院判決，聲請人卻須

¹ 行政院勞工委員會臺八六勞動一字第〇四七四九四號函參照。

負擔為其提撥之勞工退休準備金之義務的奇特現象²。此等難以理解之見解歧異的判決，使聲請人與其保險業務員至今無所適從，爭議不斷。該見解之歧異，首先顯示之問題為：其中一個審判系統之法院，有無依從另一審判系統之法院見解的義務。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³）；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。

就本件聲請案，本院多數意見決議受理本件聲請案，並作成本號解釋闡明：「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二條第六款所稱勞動契約，應視勞務債務人（保險業務員）得否自由決定勞

² 行政法院判決依據勞工退休金條例第三條：「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。」、第六條：「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。除本條例另有規定者外，雇主不得以其他自訂之勞工退休金辦法，取代前項規定之勞工退休金制度。」、第九條：「雇主應自本條例公布後至施行前一日之期間內，就本條例之勞工退休金制度及勞動基準法之退休金規定，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動基準法之退休金規定。勞工選擇繼續自本條例施行之日起適用勞動基準法之退休金規定者，於五年內仍得選擇適用本條例之退休金制度。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、依第一項規定選擇適用者，應於本條例施行後十五日內申報。二、依第二項規定選擇適用者，應於選擇適用之日起十五日內申報。三、本條例施行後新成立之事業單位，應於成立之日起十五日內申報。」等規定，認聲請人應辦理申報而未申報，原處分處以罰鍰並無違誤。

³ 行政訴訟法第一百七十七條第一項：「行政訴訟之裁判須以民事法律關係是否成立為準據，而該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。」

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。」此後，行政機關及法院就保險業務員與其所屬保險公司間勞務契約之定性，自應依本號解釋之意旨為之。

本席雖贊成本號解釋文所示內容，但因其解釋理由過於簡略，沒有從契約類型之界定，必須根據主要給付內容所彰顯之類型特徵判斷的觀點，深入論述相關契約類型之建構有關的問題，且有關勞基法所稱勞動契約之類型特徵為何，本號解釋多數意見之論述容有補充之需要，爰以協同意見書，將本號解釋討論過程中，本席所提出之意見，整理如下，敬供各界參考。

貳、二不同審判法院見解歧異之處

誠如本號解釋理由書第一段所整理，本件聲請案最為核心之爭點為：聲請人之保險業務員與聲請人所簽訂之保險招攬勞務契約，是否為勞基法第二條第六款所稱之勞動契約。此一認定結果，將影響聲請人有無給付退休金或提繳退休金之義務。

就此，行政法院表示之見解主要為：

- （一）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。
- （二）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。

- (三) 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。
- (四) 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。

而民事法院判決所表示之見解則為：

- (一) 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，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。
- (二) 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。
- (三) 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。

參、契約類型之選擇及歸類

一、契約自由之保障

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、勞務契約之歸類

關於契約之歸類，應視各別契約之類型特徵而定，而契約類型之特徵，基本上存在於主給付義務之約定。民法第一百五十三條即規定：「當事人互相表示意思一致者，無論其為明示或默示，契約即為成立。當事人對於必要之點，意思一致，而對於非必要之點，未經表示意思者，推定其契約為成立，關於該非必要之點，當事人意思不一致時，法院應依其事件之性質定之。」所謂當事人間之必要之點，在勞務契約，即為關於「勞務給付」與「報酬給付」等主給付義務之約定。依照當事人雙方關於「勞務給付」及「報酬給付」約定之不同，將成立不同種類之勞務契約。要之，關於「勞務給付」與「報酬給付」之約定為判斷勞務契約關係之重要類型特徵。

依民法之規定，僱傭、委任、承攬、居間等勞務契約分別有其自己之類型特徵，互不混淆。僱傭契約之類型特徵在於：受僱人以時間換取報酬。所以在僱傭契約，雙方最重要之約款為工作時間之長短、時段，以及各時段單位時間之工

資。只要勞務債務人提供勞務，無論工作成果之優劣、預定目標是否達成，均不影響勞務債務人於任職期間內之薪資請求權（民法第四百八十二條參照）。換言之，在僱傭契約，勞務債務人無須負擔企業風險（das Unternehmerrisiko），又稱為非自力營生（nichtseltständig）之勞務契約。而在委任契約，係受任人為委任人處理事務，其報酬請求權依約定、習慣或委任事務之性質定之（民法第五百三十二條、第五百四十七條參照）；在承攬契約，承攬人有為定作人完成約定工作之給付義務，且其報酬請求權係以完成契約約定之一定結果為前提（民法第四百九十條參照）；在居間契約，居間人為委託人報告締約機會或為其提供媒介服務，其報酬請求權，以契約因其報告或媒介而成立者為限（民法第五百六十五條、第五百六十八條參照）。委任、承攬、居間契約之類型特徵與僱傭契約有顯著不同。在委任、承攬及居間契約，勞務債務人對於工作時間、時段、地點等勞務給付方式有支配之自由，但卻需自行負擔委任、承攬或居間事務之處理及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，當勞務債務人負擔企業風險，在經濟上即顯示出獨立性，所以稱其對於勞務債權人無經濟上之從屬性。

至於在勞務之給付時，僱傭人（雇主）對於受僱人之指揮監督權，乃因在僱傭契約係單純以勞務之提供為勞務債務人之債務內容，從而在履行上尚需要透過僱傭人（雇主）之指揮監督具體化其勞務之給付內容，以符合契約目的，所延伸之履行上的現象。該現象並非僱傭契約獨特之現象。例如在工程承攬契約，在承攬之工作的履行，承攬人也常需接受

定作人或其委任之人（例如建築師）之監工及驗收，要求並確保其確實按圖用料施工。在這當中，承攬人在勞務提供上所受之指揮監督強度，不一定低於受僱人在勞務之提供時所受之指揮監督的強度。所以，僱傭人（雇主）對於受僱人之指揮監督權只是其勞務給付之附隨現象，該附隨現象將存在於各種勞務契約，而非特定一種勞務契約在類型上之獨特特徵，因此不能引為一件勞務契約究竟是僱傭契約、委任契約、承攬契約或居間契約之認定基準。

肆、勞動契約之類型特徵

然勞動契約之類型特徵為何？按勞動基準法第二條第六款：「六、勞動契約：謂約定勞雇關係之契約。」因為該規定並未對勞動契約或勞雇關係之類型特徵直接加以界定，所以，尚必須自勞基法關於勞動契約之主要給付義務之規定，歸納得知勞動契約之類型特徵，而後始能依該歸納所得之類型特徵，就勞務債權人與勞務債務人間所約定之具體勞務契約，判斷其是否屬於勞基法所定之勞動契約。

勞基法關於勞動契約之主要給付義務表現於第三章有關工資及第四章有關工作時間、休息、休假之規定。上開規定係屬強制規定，為勞基法所定之最低標準之勞動條件，不容勞務債權人與勞務債務人任意以契約約定規避之。依上開規定，關於勞務給付方式，勞務債務人受有工作時間、休息、休假之限制，必須依勞務債權人所定之工作時間、時段給付勞務，而不能自由支配工作時間、時段（實務上稱此為勞務債務人對於勞務債權人有人格上之從屬性）；而關於報酬給付，當勞務債務人於約定之工作時間、時段給付勞務，勞務債權人即必須按約定單位工作時間之工資，依勞務債務人工作時間之長度與時段，計算並給付報酬，勞務債務人報酬之

有無繫諸於勞務債權人經營之成敗而非勞務債務人提供勞務之成果（實務上稱此為勞務債務人對於勞務債權人有經濟上之從屬性）。因此，當一勞務契約具備上開類型之特徵時，即應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，應非判斷勞動契約之類型特徵。蓋如前所述，勞務之債，勞務之給付必須是符合勞務債權人之需要而為其處理事務，對於勞務債權人始有意義。是故，不論該勞務契約之契約類型為何，勞務債務人所提供之勞務均須按勞務債權人之指示並盡一定之注意程度。因此，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。

綜上所述，保險業務員與其所屬保險公司間所簽訂之勞務契約，倘就勞務給付部分，係約定保險業務員必須在約定之時間、時段、地點為招攬保險之勞務提供；關於報酬給付部分，係約定不論保險公司是否收到保險費，保險業務員均得按招攬保險所花之時間所計算之報酬，向保險公司請求勞務報酬者（亦即由保險公司負擔招攬保險之企業風險），保險業務員與其所屬保險公司間所簽訂之勞務契約因具備勞動契約之類型特徵，屬於勞動契約，應適用勞基法相關規定；反之，保險業務員與其所屬保險公司間所簽訂之勞務契約，倘就勞務給付部分，係約定保險業務員得自由決定其提供勞務之時間長短、時段、地點等勞務給付方式者；關於報酬給付部分，係約定保險業務員須待其招攬保險客戶促成保險契約之締結，並確實收到保險費後，對於保險公司始有按保險業務員實收保險費為基礎計算之勞務報酬請求權者（即由保險業務員自行負擔招攬保險之企業風險），保險業務員與其所屬保險公司間所簽訂之勞務契約因不具備勞動契約

之類型特徵，非屬勞基法所稱之勞動契約，自不應適用勞基法之相關規定。

實務及學說上雖直截慣以「從屬關係（包含人格上、經濟上、組織上從屬性）」作為勞動契約之判斷要素⁴，並認為判斷時各該要素如不能兼而有之，應就契約義務之整體、履行狀況、主給付義務等為綜合之判斷⁵。但並沒有意識到該等從屬性與勞基法關於勞動契約之主要給付義務規定間之關連。因此，其判斷常流於由字面，對從屬性望文生義。所以，不但在人格上從屬性之認定，忽視自由決定工作時間在人格之自由發展上的意義，而反片面置重於勞務之指揮監督，而且有將「勞務債務人賴勞務債權人之勞務報酬為生」引為其經濟上之從屬性的論據者。以致在疑難的邊界案型，不能引用「企業風險」之負擔，作為最後之判別標準。勞務關係之雙方，也因此喪失事先分配企業風險之契約工具。

伍、保險業務員管理規則不應作為勞動契約之判斷要素

本號解釋多數意見認為，不得逕以保險業務員管理規則為勞務契約是否為勞動契約之認定依據，結論上本席敬表贊同，僅就解釋理由書「……保險業務員管理規則係依保險法第一百七十七條規定訂定，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一〇二年三月二十二日金管保壽字第一〇二〇五四三一七〇號函參照）。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

⁴ 二十五年十二月二十五日公布卻未施行之勞動契約法第一條規定：「稱勞動契約者，謂當事人之一方，對於他方在從屬關係提供其職業上之勞動力，而他方給付報酬之契約。」即以從屬關係作為勞動契約之判斷要素。

⁵ 就此部分，本號解釋之二不同審判系統法院之確定終局裁判並無見解之歧異。

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。」之論述，為以下補充：

首先，自形式觀之，該管理規則之主管機關金融監督管理委員會（下稱金管會）除於一〇二年三月二十二日以金管保壽字第一〇二〇二五四三一七〇號函揭示保險業務員管理規則之規範目的，與業務員勞務給付型態無關外，更已強調九十四年二月二日增列保險業務員管理規則第三條第二項規定：「業務員與所屬公司簽訂之勞務契約，依民法及相關法令規定辦理。」即為釐清該管理規則與業務員勞務給付類型無關，避免勞工主管機關及司法機關逕為引用管理規則之規定，作為保險公司與所屬業務員具有僱傭關係之佐證。

其次，自實質觀之，倘基於契約類型之開放性，關於契約類型之歸屬，應審酌勞務契約主要給付義務外之保險業務員管理規則之相關規定，對保險業務員所形成之限制及其管理強度，是否已足以改變主要給付對契約類型之定性。承前所述，勞基法所稱勞動契約之類型特徵在於：勞務債務人與勞務債權人間關於勞務給付與報酬給付之約定。倘保險業務員與其所屬保險公司之勞務契約係約定，保險業務員得自由決定招攬保險之時間、地點及方式，保險公司對於保險業務員幾乎已無勞基法有關之工作時間（出勤）之管制，自與勞基法之勞動契約類型特徵不符，且其規定，亦不夠強大至足以改變按約定之主要給付對其契約類型之定性的程度；再者，依保險業務員管理規則保險公司雖有招訓、管理、考核其保險業務員之義務，而保險業務員有資格取得、登錄、參與教育訓練等義務，然此均為目的事業主管機關為行政管制之目的，透過法規命令課予保險公司及保險業務員之公法上

義務，不論保險業務員與保險公司之間勞務契約類型為何，只要保險業務員有從事保險招攬之行為，其與所屬保險公司均需負擔該義務。換言之，並不會因為保險業務員與其所屬保險公司勞務契約類型之差異，而使目的事業主管機關之行政管制之目的無法達成。因此，更彰顯保險業務員管理規則之規定，不足以作為勞務契約類型之判斷依據。是法院及相關機關自不得逕以保險業務員管理規則為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是否為勞基法所稱之勞動契約之認定依據。

陸、行政法院判決見解未考量保險行業之特殊性

行政法院曾於判決中提及：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。就上開行政法院判決之見解，本院大法官並未於解釋文或理由書中，表示多數意見⁶；然而本席認為，基於保險業之特殊性，上開行政法院判決見解尤其不適合作為保險業務員與其所屬公司間勞務契約關係之定性依據，僅附以下理由說明之：

一、資方對於勞務屬性不明之不利益風險較有能力予以調整之見解，與保險業之特性不符

按保險商品為一種金融商品，為確保交易安全，保險商品之公開銷售應受金融監理之管制，以確保於保險事故發生時，保險公司能依約定理賠、支付保險金。本院審查本件聲請案過程中，曾函詢金管會請其提供專業意見。金管會曾以

⁶ 有大法官認為，民事法院判決中並未對此表示不同意見，是針對行政法院上開見解，並無二不同審判系統法院所已表示之見解歧異之情形，與大法官審理案件法第七條規定不符，故認為無需針對此一行政法院判決所表示之見解作成解釋。

一〇五年三月二十三日金管保壽字第一〇五〇〇九一一五一〇號函表示，保險商品於設計研發階段，保險公司除須精算評估預定危險發生率（即承保事故發生機率）、預定利率（即保險公司將保戶所繳保險費進行資金運用可能獲取之報酬率）外，尚須精算預定費用率（包含保險業務員之佣金、保單行政費用、保險公司經營之營業管理費用等），以釐訂保險商品之保費。而在核准制之保險商品，倘保險費率不能確實反映各項成本、確保保險公司清償能力及保戶權益者，該保險商品即不得銷售。

由此可知，保險業務員之佣金，屬保險公司釐訂保險費用時，必須納入精算評估之項目，否則保險公司將不能確保其保費收入於扣除佣金等人事成本後，尚有足夠剩餘保費可供理賠其所承保之危險可能造成之損失，進而影響全體保戶之權益。換言之，保險招攬所需之勞務成本之精算可能性，與保險公司理賠之準備，以及保險商品得否銷售，具有關鍵意義。因此，行政法院判決以保險公司對於勞務屬性不明之不利益風險較有能力調整之見解，顯與保險行業之事務特性不符，將會導致保險公司不能事先準確精算其保險商品之保險費率，破壞保險商品之理賠準備及保險公司之財務健全，自不應引為保險業務員與其所屬保險公司間勞務契約關係之定性依據。

二、應考量雙方所定勞務契約之實際內容有無適用勞基法之可能

勞基法第一條第一項前段規定：「為規定勞動條件最低標準，保障勞工權益，加強勞雇關係，促進社會與經濟發展，特制定本法。」已揭示勞基法為保障勞工權益之立法意旨；又同條第二項規定：「雇主與勞工所訂勞動條件，不得低於

本法所定之最低標準。」該條項所謂之勞動條件，包含工作時間、休息、休假、延長工作時間、最低工資、延長工作時間之工資給付標準、退休金給付等（勞基法第三章、第四章、第六章規定參照）。而上開最低標準係屬強制規定，一件勞務契約如被定性為勞動契約，即應受其適用，不容勞雇關係雙方自行以契約規避之。

然而，在保險招攬，保險業務員通常須配合偶一投保之要保人及被保險人之方便，為勞務之給付，工作時間常零碎散佈而難以劃一，且往往與一般人正常工作時間不同。換言之，從事實面觀察，保險業務員與其所屬保險公司間，確實有約定固定起迄之正常工作時間、分別就不同時段約定不同單位時間工資之困難。在此情形下，倘無視保險業務員得否自由決定工作時間、時段、地點等勞務給付方式，而一概基於勞工保護之立場，將保險招攬契約論為勞動契約，則雙方間究應如何適用勞基法關於工作時間、休息、休假等勞動條件之最低標準，不無疑問。

另外，由於保險招攬之業績與保險業務員自身人脈、付出心力、招攬保險之能力等保險業務員個人之因素高度相關，不同保險業務員間之業績可能差別懸殊。因此，對於保險公司與保險業務員而言，以保險業務員締結成功且實際收取之保險費之一定比例計算保險業務員之報酬，可能較符合保險業務員待遇之期待，亦有助於保險公司勞務成本與營業收入之平衡。在此情形下，倘一概基於勞工保護之立場，認為雙方所簽訂之保險招攬勞務契約應屬勞動契約，必須適用勞基法，試問，有關最低工資、延長工作時間之工資給付標準等最低標準之勞動條件，又應如何處理？

再者，關於退休金部分，依勞基法第五十五條第一項第一款、第二項規定：「勞工退休金之給與標準如下：一、按其工作年資，每滿一年給與兩個基數。但超過十五年之工作年資，每滿一年給與一個基數，最高總數以四十五個基數為限。未滿半年者以半年計；滿半年者以一年計。……前項第一款退休金基數之標準，係指核准退休時一個月平均工資。」及同法第二條第四款規定：「本法用辭定義如左：……四、平均工資：謂計算事由發生之當日前六個月內所得工資總額除以該期間之總日數所得之金額。工作未滿六個月者，謂工作期間所得工資總額除以工作期間之總日數所得之金額。工資按工作日數、時數或論件計算者，其依上述方式計算之平均工資，如少於該期內工資總額除以實際工作日數所得金額百分之六十者，以百分之六十計。」係以勞工退休前最後六個月平均一個月工資為標準，計算並請求雇主給付退休金。在保險招攬，當保險業務員與其所屬保險公司係約定以保險業務員成功締結保險契約實際收取之保險費之一定比例，按實際績效計算報酬時，由於保險業務員退休前最後六個月平均一個月工資，容易透過同事間業績移轉、親朋好友之捧場等方式，提高退休金之基數。在此情形下，保險公司顯然無法精算保險業務員退休給付之勞務成本，以因應支付退休金之需要，此將影響保險公司就其保險商品之理賠準備。

綜上所述，當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約定，保險業務員得自由決定工作時間、時段、地點等勞務給付方式，且係以成功締結保險契約實際收取之保險費之一定比例，按實際績效計算報酬，自行負擔保險招攬之財務風險時，依雙方勞務契約約定之內容，已無勞基法有關正常工作時間、休息、休假、延長工作時間、最低

工資以及延長工作時間時工資加給等最低標準之勞動條件之適用餘地。行政機關及行政法院如僅基於勞工保護之立場，忽視雙方勞務契約之實際約定內容，一概認為應屬勞動契約而應受勞基法之規範，將違反事務法則，於法律之適用時必然產生矛盾。

柒、結語

本件聲請人與其保險業務員間之勞務契約應如何定性、聲請人究有無適用勞基法或勞工退休金條例，給付或提繳退休金之義務，此一爭議由來已久。本席認為，司法機關必須謙卑自省，為何多年來針對此一牽涉廣大的問題，始終無法在二不同審判系統法院間被釐清且獲得共識。一個法律環境要能支持經濟長足穩健之發展，法律規範之可預見性及安定性尤為重要。法律既未明文規定保險招攬勞務契約必須是勞動契約，則基於私法自治及契約自由，自應容許保險業務員與保險公司，自由選擇其勞務契約之類型究欲為承攬、委任或僱傭關係，並視雙方實際約定之內容是否具備勞動契約之類型特徵，判斷其是否應適用勞基法相關規定；且在此前提下，至少必須能讓律師，有辦法協助保險業務員及其所屬保險公司，依雙方之自由意志去規劃、草擬契約內容，並避免雙方之合意，在未來衍生出意外的法律效力，引起意外的爭議。再者，勞基法雖基於保障勞工權益之立場，不斷擴張勞基法之適用行業別，然而，一個法律制度之設計或法律見解之提出，不管其理論建構有多完美、目的有多正當，均必須確實有辦法套用於法律所希望規制之對象或行為，否則將可能出現法規範割裂適用，或適用矛盾之情形，以致由於規範規劃與生活事實格格不入，妨礙和諧之契約關係的發展。在經濟全球化的浪潮下，要特別檢討為何我們的保險業

走不出去！由聲請案顯示，財經勞工法規之不合理可能為其中之重要緣由之一。

釋字第七四〇號解釋協同意見書

陳碧玉大法官提出

本案聲請人南山人壽保險股份有限公司因其與所屬保險業務員簽訂之保險招攬勞務契約，經行政法院判決認屬勞動基準法（下稱勞基法）之勞動契約，民事法院判決認非屬勞動契約，而認二審判系統對於勞基法第二條第六款規定：「勞動契約：謂約定勞雇關係之契約。」所表示之法律見解歧異，聲請統一解釋。多數意見認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，是否為勞基法第二條第六款之勞動契約（下稱勞動契約），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。對此多數意見本席敬表贊同，惟作為解釋文理由依據之理由書第二段，論述並不完備，爰提出本協同意見書，並試擬理由書第二段如下。

查原因案件主要爭點在於聲請人是否有依勞基法第五十六條規定，為其保險業務員提撥退休準備金之法定義務。此法定義務之有無取決於兩造間之勞務契約關係是否為勞動契約關係。行政法院判決認：1、保險公司依據保險業務員管理規則規定，對所屬保險業務員具有強大之監督、考核、管理及懲罰處分權，保險業務員與保險公司間具有從屬性；2、勞動契約不以僱傭契約為限，凡具有從屬性勞動性質之勞務給付契約，縱兼有承攬、委任等性質，仍應認

屬勞動契約；3、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（勞動契約之誤？）之考量因素。從而，採取純粹按業績多寡核發獎金之佣金制保險業務員，如與領有底薪之保險業務員一般，均受保險公司之管理、監督，並從事一定種類之勞務給付者，即為勞動契約之勞工。民事法院判決認：1、保險業務員得自由決定招攬保險之時間、地點及方式，提供勞務之過程未受業者指揮、監督及控制，與保險公司間人格從屬性及指揮監督關係甚為薄弱；2、保險業務員須待其招攬保險客戶促成保險契約之締結、收取保險費後，始有按其實收保險費之比例支領報酬之權利，係自行負擔報酬有無之危險，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，難謂兩者間有經濟上從屬性；3、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，於此情形下，尚難認保險業務員與其所屬保險公司間屬勞動契約關係。

二審判系統對於保險業務員勞務之給付，必須具有從屬性，始能構成勞動契約之法律見解並無歧異。然對於1、保險業務員已向第三人為招攬保險之勞務行為，於收取保險費成立保險契約前，保險公司有無按保險業務員已提供之勞務，給付相當報酬之義務？即保險業務員有無自行負擔報酬有無之危險，是否亦應作為勞動契約認定之必要基準；2、於具足人之從屬性，是否即可不問經濟從屬性之有無及高低，

即為勞動契約之認定，以及 3、保險公司依「保險業務員管理規則」規定，對於保險業務員應為必要之監督、考核、管理及懲罰，是否得逕以該規定作為人之從屬性判斷基準等法律見解，則有歧異。

一、勞動契約必須符合勞基法工資章與工時、休息、休假章等最低勞動條件之規定

勞基法為勞動條件最低標準規定，勞動契約約定之勞動條件不得低於該法規定，用以保障勞工權益，加強勞雇關係，促進社會與經濟發展（勞基法第一條規定參照）。又勞基法雖未規定勞動契約應如何界定，然該法既為最低勞動條件之強制規定，即得依該法規定，排除在本質上與該法最低勞動條件不能相容之勞務契約為勞動契約，該勞務契約之勞工非屬勞基法之勞工，雇主無提撥退休準備金之義務（勞工退休金條例第七條、第十四條規定參照）。

勞動契約成立於僱用勞工之事業主與因受雇而從事工作且因此受有報酬之勞工之間。以勞務提供與報酬給付為契約主要內容。勞基法第四章為工作時間、休息、休假等最低勞動條件規定，勞雇雙方除法定正常工時外，得基於合意為變形工時之約定，然仍應受最高工時之限制。同法第三章為勞務報酬（即工資）規定，除明定勞雇雙方議定之報酬不得低於基本工資、按件計酬者亦應取得不低於基本工資之報酬、延長工時之時段應適用不同加給標準計算工資外，不問係以時、日、月、件為報酬計算基準，雇主均有定期給付工資之

義務。勞工不負擔報酬有無之風險，於依指示提供勞務後即有工資請求權。是無報酬或從事工作未必能獲得與提供之勞務相當之報酬之勞務契約，或勞務債務人得自行決定工作時間之長短，無最高工時之限制，亦無逾越法定工時得有加給工資等之勞務契約，非屬勞動契約。

又依勞基法第二條第一款至第三款規定：「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……。三、工資：謂勞工因工作而獲得之報酬……。」再參酌中華民國二十五年十二月二十五日公布，但迄未施行之勞動契約法第一條規定：「稱勞動契約者，謂當事人之一方，對於他方在從屬關係提供其職業上之勞動力，而他方給付報酬之契約。」規定，得認勞動契約以勞務給付為契約目的，以受雇主僱用，在從屬關係下為雇主提供職業上之勞務，且因而獲致相當報酬之人為「勞工」。如勞務契約之勞務債務人所為勞務之提供欠缺從屬性，或由其自行負擔報酬有無之危險，該契約即非屬勞動契約，不能僅以具足勞務提供之從屬性，即逕為勞動契約之認定。

二、勞務契約是否為勞動契約，應視勞務給付之從屬性與報酬有無之危險負擔而定

僱傭、承攬、委任、居間等民法勞務契約，各有其不同之定義。民法第四百八十二條規定：「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。」第四百九十條第一項規定：「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。」第五百二十八條規定：「稱委任者，謂當事人約定，一方委託他人處理事務，他方允為處理之契約。」第五百六十五條規定：「稱居間者，謂當事人約定，一方為他方報告訂約之機會或為訂約之媒介，他方給付報酬之契約。」上開勞務契約，除無償委任契約外，固均以勞務提供與報酬給付為契約之主要內容，惟如前所述，勞動契約以勞務給付為契約目的，勞務給付包括工時、工作場所、內容、方式等從屬於雇主之指揮監督，而雇主有給付與勞工提供之勞務相當之報酬之義務。是除雇傭契約外，無報酬、或以完成一定工作為契約目的，且於目的達成後始有報酬請求權，勞務債務人未必能因已提供一定之勞務而受有報酬，自行負擔報酬有無之危險、或勞務債務人對於所提供勞務之主要內容，諸如工作時間、地點、方式等有自由決定權之勞務契約，尚均難認屬勞動契約。

三、保險業務員與保險公司間招攬保險勞務契約，是否為勞動契約，應依個案契約對於勞務給付從屬性以及報酬有無之危險負擔之具體約定認定之

保險業務員與保險公司間招攬保險勞務契約，係以保險業務員為所屬保險公司向第三人為招攬行為，使該第三人與保險公司因此成立保險契約，並由保險公司給付保險業務員報酬為內容之契約，倘其約定內容並未違反強制或禁止規定（如脫法行為），基於私法自治原則，該約定對於契約當事人有其效力，並應以約定內容為勞務契約類型及是否為勞動

契約之判斷。

勞務給付從屬性部分：如契約約定保險業務員係獨立自主作業給，對於為勞務付主要內容之工作時間、地點及方式等由其自為決定，又不受勞基法最高工時、休息、休假等最低勞動條件之限制，即難認與勞務給付應具從屬性之要件相符。有關報酬有無危險負擔部分：如保險業務員已向第三人為招攬保險之勞務行為，惟於收取保險費成立保險契約前，保險公司無按保險業務員提供之勞務，給付相當報酬之義務，由保險業務員自行負擔報酬有無之危險，亦與勞動契約為有償契約，勞工於提供勞務後即可取得相對等報酬，不負擔報酬有無之風險之要件有違。

四、保險業務員管理規則，僅得作為保險業務員勞務提供從屬性有無及程度高低之認定因素之一

「保險業務員管理規則」係主管機關依據保險法第一百七十七條規定之授權，為管理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所訂定，藉以強化對保險業務員招攬行為之管理，固得作為保險業務員勞務提供有一定從屬性之認定依據。然如前所述，勞動契約從屬性之有無，不能置經濟從屬性於不顧，且於勞務提供之從屬性上，有關勞工勞務給付之主要內容之工作時間長度、時段、地點、履行方式等均屬決定之因素，如保險業務員得自由決定招攬保險之時間、地點及方式，且其提供勞務之過程並未受業者指揮、監督及控制，不能僅因保險業務員依保

險業務員管理規則規定受保險公司之考核、監督、獎懲，即得逕為該勞務契約係勞動契約之認定。

綜上，保險業務員為勞務提供之從屬性有無、程度高低，以及是否對於已提供之勞務受有等值報酬之危險，究由保險業務員或保險公司承擔，均為認定勞動契約不可或缺之要件。保險公司依保險業務員管理規則之規定，對所屬保險業務員為必要之考核、獎懲等行政上之監督，固使保險業務員勞務之提供具一定之從屬性，然仍不得僅以此從屬性之存在，而不問保險業務員對於提供勞務之方式、時間、地點等自主性程度之高低，暨報酬有無危險之負擔屬契約之何方當事人，而逕認招攬保險之勞務契約為勞動契約。

試擬理由書第二段如下：

按勞基法為勞動條件最低標準規定，為強制規定。勞務契約之本質若與該法最低勞動條件規定不相符時，即非屬該法第二條第六款規定之勞動契約。依勞基法第二條第一款至第三款、第三章工資、第四章工作時間、休息、休假，既參酌迄未施行之勞動契約法第一條規定，應認勞動契約係指勞工從屬於雇主之指揮監督，於不逾越最高工時範圍內，提供勞務，雇主應定期給付與該勞務相當，且不低於基本工資及法定加班工資之報酬之契約。是無償勞務契約（如無償委任契約）固非勞動契約，倘約定以勞務債務人完成一定之工作為契約目的，並據此取得報酬，而非依已提供之勞務給付，得到等值報酬之勞務契約，縱勞務債務人勞務之給付具有一定之從屬性，亦非屬勞動契約。蓋勞務提供從屬性之有無及

高低，暨報酬有無風險之歸屬，均為判斷勞務契約是否為勞動契約不可或缺之要件。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，是否為勞動契約，即應以保險業務員得否自由決定為勞務給付主要內容之工作時間、地點及方式，並自行負擔報酬有無之危險以為斷。至於保險業務員管理規則訂定目的，在於強化對保險業務員從事招攬保險行為之行政管理，固可作為保險業務員勞務給付從屬性認定之因素，然仍應考量各契約關於保險業務員得否自由決定招攬保險時間之長短、時段、工作地點及履行方式等約定，以為勞務給付從屬性高低之認定。是不得僅以上開管理規則之規定，即為保險業務員與其所屬保險公司間就勞務之提供有具足從屬性之認定，而逕認該招攬保險之勞務契約為勞動契約。

釋字第 740 號解釋協同意見書

羅昌發大法官提出

黃虹霞大法官加入

本件係在統一解釋保險業務員與保險業者所簽訂之保險招攬契約，是否屬勞動基準法第二條第六款所規定「勞動契約：謂約定勞雇關係之契約」（下稱系爭規定）之範圍。多數意見認為，其認定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，不得逕以保險業務員管理規則為依據，本席敬表同意。因多數意見對認定勞雇關係之各項因素及判斷方式，並未完整闡釋。本席認有補充之必要。爰提出本協同意見如下。

壹、勞務關係是否屬勞動基準法之勞雇關係，應以支配與從屬關係為判斷基礎

一、憲法第一百五十三條規定：「國家為改良勞工及農民之生活，增進其生產技能，應制定保護勞工及農民之法律，實施保護勞工及農民之政策。」立法者乃依此制定勞動基準法，規範勞動條件最低標準，保障勞工權益，加強勞雇關係，促進社會與經濟發展（勞動基準法第一條參照）。然勞動基準法並非在使一切勞務供需關係，均納入其適用範圍。如勞務提供者係受勞務需求者之高度支配，且前者對後者具有較高之從屬性，則勞務提供者在工作上與經濟上顯然居於弱勢之地位，而需受特別之保護。此種情形，始有勞動基準法之適用。然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下，勞務需求者又不具有高度支配之權利，或勞務提供者不具有高度之從屬性，此種情形，並非勞動基準法所欲保障之對象，自應基於契約自由原則，使當事人間自由決定其契約之內容，不受勞動基準法之規範。

二、故勞務供需關係是否屬系爭規定所稱之勞雇關係，並因而受勞動基準法之規範，應視勞務需求者對勞務提供者是否具高度支配之權利，以及勞務提供者是否對勞務需求者有高度之從屬性而定。雖在多數情形勞務需求者之支配與勞務提供者之從屬，係立於相對之互動關係（亦即需求者支配權利愈高，供給者從屬性更為明顯），但兩者並非完全屬於一體兩面（例如於勞務需求者要求勞務供給者必須依契約之規範提供特定質量勞務之情形，就勞務工作產出而言，勞務需求者支配權利較高；然如勞務供給者係基於承攬契約提供此種特定質量之勞務，其從屬性低）。

貳、支配與從屬關係之考量因素及判斷方式

一、認定勞務需求者支配關係之存否及其高低，考量之因素包括其是否有權控制、指揮、監督勞務供應者提供勞務之具體時間段落與長度、地點、方式、紀律等；勞務需求者是否將勞務供應者納入其內部生產體系而予以整體或個別控制；勞務供應者違反提供勞務之規定或紀律時，勞務需求者是否得對其懲戒與制裁。如勞務需求者對勞務供應者之工作與紀律控制嚴密，則其支配程度較高，構成勞雇關係之可能性愈高；雖勞務需求者基於企業文化或因管理制度之欠缺而對勞務供應者之工作與紀

律控制鬆散，然如將供應者納入內部生產體系，構成勞雇關係之可能性仍高。

二、認定勞務供應者從屬關係之存否及其高低，考量之因素包括其是否因訂定勞務契約而使自己居於受勞務需求者所規定之勞務供應時間、地點、方式、紀律、懲戒等之規範之下，且實際上受其指揮監督，抑或在契約上仍使自己維持工作、紀律之高度自主性；勞務供應者是否為自己營業與獲利而勞動，抑係為他人之營業與獲利而勞動。如勞務供應者在工作與紀律上具有高度自主，則構成勞雇關係之可能性較低；雖勞務供應者在工作與紀律上受勞務需求者較嚴格之控制，然如勞務供應者係以自己營業之方式提供勞務，且其獲利與提供勞務之成果直接關聯，構成勞雇關係之可能性仍低。

三、前列各項考量因素僅屬例示性質，法院在具體個案時，應就雙方契約規定內容及實際執行情形，審查一切相關因素，衡酌勞務供需雙方支配與從屬程度之高低，並考量是否屬於前揭憲法及勞動基準法第一條所規定國家改良勞工生活、規範勞動條件最低標準、保障勞工權益之目的範圍。支配與從屬程度愈高者，國家對勞務供應者之權益自應更有維護之義務；其勞務供應關係，自更應構成勞動基準法所規定之勞雇關係，並使勞務供應者受該法之保障。

四、支配與從屬程度之有無及高低，有時亦受法令規範之影響。例如保險業基於保險業務員管理規則之規定，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。此種情形所產生之支配與從屬關係雖亦為法院

判斷是否屬於勞雇關係之因素，然因此種支配從屬關係並非雙方當事人依契約自主安排之結果，法院自不宜過度倚賴此種因素，因而忽略其他因素之審酌。

五、前揭各項涉及支配與從屬程度高低之考量因素，應為勞務供應者自由選擇之法律關係下所呈現之各項因素。倘若勞務需求者為規避勞動基準法之適用而刻意製造假象因素（例如刻意製造其員工具有若干工作上之自由），或某項因素係源自其苛待員工之結果（例如規定員工之工作並無底薪，完全依業績計算勞務所得），法院不應因此認為支配從屬程度較低。

六、另本件原因案件臺北高等行政法院一〇三年度簡上字第一一五號確定終局判決認為，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；與此相對照之民事法院判決對此並未有任何闡述。多數意見亦未針對此部分做成統一解釋。本席認為，對勞務提供之弱勢提供較周全之保障，確屬國家職責；然法院在認定勞務契約關係是否屬於勞動基準法之勞動關係時，既應衡酌勞務供需雙方支配與從屬關係高低之一切相關因素，且考量勞動基準法保護勞工之目的而為具體之認定，自不應發生所謂判斷區分困難之情形，亦不應有「原則上認定屬勞動關係」之推定。

釋字第七四〇號解釋 協同意見書

湯德宗大法官 提出
陳碧玉大法官 加入
林俊益大法官 加入

聲請人南山人壽保險股份有限公司所屬保險業務員¹於勞工退休金條例公布施行²後，陸續向行政院勞工委員會（現已改制為勞動部）勞工保險局（下稱勞保局）提出「勞工自願參加勞工退休金新制聲明書」，並請求勞保局命聲請人依據勞動基準法（下稱勞基法）提繳退休金³。勞保局經函詢臺北市政府勞工局⁴後，確認聲請人與其保險業務員間係屬「僱傭關係」，爰命⁵聲請人限期提撥勞工退休準備金。嗣以聲請人未遵限辦理，勞保局自中華民國九十九年五月二十七日起按月連續處以罰鍰各新臺幣十萬元。⁶聲請人不服，主張其與

¹ 參見保險法第 8 條之 1：「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。」

² 中華民國 93 年 6 月 30 日制定公布全文，並自公布後一年施行。

³ 參見勞動基準法第 56 條第 1 項（「雇主應依勞工每月薪資總額百分之二至百分之十五範圍內，按月提撥勞工退休準備金，專戶存儲……」）。

⁴ 其函覆參見臺北市政府勞工局 99 年 2 月 12 日府授勞二字第 09910535600 號函。

⁵ 參見勞動部勞工保險局 99 年 4 月 27 日保退二字第 09960053300 號函及 99 年 5 月 20 日保退二字 09960068980 號函。

⁶ 勞工退休金條例第 9 條規定：「雇主應自本條例公布後至施行前一日之期間內，就本條例之勞工退休金制度及勞動基準法之退休金規定，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動基準法之退休金規定。勞工選擇繼續自本條例施行之日起適用勞動基準法之退休金規定者，於五年內仍得選擇適用本條例之退休金制度。

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、依第一項規定選擇適用者，應於本條例施行後十五日內申報。

二、依第二項規定選擇適用者，應於選擇適用之日起十五日內申報。

三、本條例施行後新成立之事業單位，應於成立之日起十五日內申報。」

同條例第 49 條規定：「雇主違反……第九條……規定，未辦理申報提繳、停繳手

業務員間之契約關係，業於他案經民事法院認定屬「承攬或委任契約」，並非「僱傭關係」，自無勞基法之適用；遞經訴願、行政訴訟，均未獲救濟，卒以行政法院確定終局判決⁷所適用之勞工退休金條例第三條等規定有違憲疑義，向本院聲請解釋憲法；並就臺北高等行政法院一〇三年度簡上字第一一五號判決（下稱行政法院判決）認保險業務員與其所屬保險公司所簽訂之保險招攬之勞務契約係屬勞基法第二條第六款所稱「勞動契約」之見解，與臺灣高等法院九十四年度勞上字第四五號、九十九年度勞上字第五八號及一〇一年度勞上字第二一號等民事法院判決（下併稱民事法院判決）於適用同一法條所表示之見解發生歧異部分，向本院聲請統一解釋。

本席協力形成可決之多數，就聲請統一解釋部分，作成本解釋；併敘明聲請憲法解釋部分不予受理（參見理由書第三段）。「解釋文」就行政法院判決與民事法院判決關於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二條第六款所稱勞動契約，彼此見解分歧部分，明確釋示：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）」，從而是否具有「人格從屬性」，以及勞務債務人（保險業務員）「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），從而是否具有「經濟從屬性」以為斷，而不得逕以保險業務員管理規則為依據。本席對此結論敬表同意；惟「解

續、置備名冊或保存文件，經限期改善，屆期未改善者，處新臺幣二萬元以上十萬元以下罰鍰，並按月處罰至改正為止。」

⁷ 參見臺北高等行政法院 103 年度簡上字第 115 號判決、最高行政法院 100 年度判字第 2117 號、第 2226 號及第 2230 號判決。

釋理由書」之論述使人如墜五里霧中；尤其理由書第二段未說明勞動契約何以應以「人格從屬性」與「經濟從屬性」作為判準的理由，論理難稱完備。茲為便於讀者正確解讀，敬慎重擬解釋理由書第一、二段如后供參。

（解釋理由書第一段）

關於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是否屬於勞動基準法（下稱勞基法）第二條第六款（下稱系爭規定一）所稱之「勞動契約」，臺北高等行政法院一〇三年度簡上字第一一五號確定終局判決（下稱行政法院判決）認為：依行政院金融監督管理委員會中華民國九十九年九月十四日修正發布之保險業務員管理規則，保險公司對其所屬保險業務員既具有強大之監督、考核、管理及懲罰之權，二者間即具有從屬性；至於報酬給付方式（究係按計時、計日、計月、計件付酬，或有無底薪），則非考量之因素。準此，按業績核發獎金之佣金制保險業務員，與領有底薪之業務員，既均受公司之管理、監督，而為勞務給付，均屬勞動契約關係之勞工；勞動契約且不以民法所規定之僱傭契約為限。又，契約類型判斷有困難時，基於保護勞工之政策，並考量資方對於勞務屬性不明之不利益風險較有因應能力，原則上應認定係屬勞動契約關係。反之，臺灣高等法院九十四年度勞上字第四五號、九十九年度勞上字第五八號及一〇一年度勞上字第二一號等民事確定終局判決（下併

稱為民事法院判決)則認為：保險業務員因得自由決定招攬保險之時間、地點及方式，其勞務之給付並未受公司之指揮、監督及控制，是其人格從屬性甚為薄弱，尚難認屬勞動契約關係；且保險業務員並未有最低薪資之保障，須俟其招攬之保戶締結保險契約，收取保險費後，始有按其實收保險費之比例支領報酬之權利，應認其係自負經營風險，而不具經濟上從屬性，故亦難認屬勞動契約關係。至保險業務員管理規則乃主管機關為健全保險業務員之管理，並保障保戶權益等行政目的，而訂頒之規定，自不得逕以之認定保險業務員與其所屬保險公司間具有人格從屬性。綜上，行政法院與民事法院就保險業務員與保險公司間所簽訂之保險招攬勞務契約是否屬於系爭規定一所稱勞動契約，見解分歧，符合司法院大法官審理案件法第七條第一項第二款⁸所定統一解釋之要件。

(解釋理由書第二段)

勞基法第二條第六款僅規定：「勞動契約：謂約定勞雇關係之契約。」至於勞動契約應如何認定，則付闕如。按勞動契約之主要給付為勞務提供與報酬給付，惟以有償方式提供勞務之契約，原不限於勞動契約。基於私法自治原則，保

⁸ 參見司法院大法官審理案件法第7條第1項第2款：(「有左列情形之一者，得聲請統一解釋：……二、人民、法人或政黨於其權利遭受不法侵害，認確定終局裁判適用法律或命令所表示之見解，與其他審判機關之確定終局裁判，適用同一法律或命令時所已表示之見解有異者。但得依法定程序聲明不服，或後裁判已變更前裁判之見解者，不在此限。」)

險業務員與其所屬保險公司為招攬保險而簽訂之勞務契約原得自由選擇契約之類型及內容，而為僱傭、委任、承攬或居間。嗣為保障勞工權益，乃有勞基法之制定。勞基法第一條第二項明定：「雇主與勞工所訂勞動條件，不得低於本法所定之最低標準」。勞基法所定勞動條件最低標準，乃民法第七十一條所稱之強制規定，具有排除私法自治原則適用之效力。所謂「勞動條件最低標準」，主要見於勞基法第三章有關「基本工資」之規定，及第四章有關「工作時間、休息、休假」之規定。由於勞務契約一旦被定性為勞動契約，雇主即有給付勞工退休金或提撥勞工退休準備金之義務（參見勞基法第五十六條），是故僅於勞務債務人與勞務債權人間具備一定之從屬性，包含：勞務債務人提供勞務給付之方式（含工作之時間、地點）應受勞務債權人之強力監督及管理，從而具有「人格從屬性」；且勞務債務人係按其工作時間（含長度與時段）而受報酬，從而具有「經濟從屬性」者，始足歸類為系爭規定一所稱之勞動契約。本解釋原因案件中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，雖限制其僅能販售該公司之保險契約，惟如保險業務員實質上仍得自由決定從事招攬保險之方式（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）者，則其與所屬保險公司間之從屬性不高，自難認屬系爭規定一所稱之勞動契約。至於依保險法

第一百七十七條授權訂定之保險業務員管理規則，旨在管理保險業務員招攬保險之行為，以保障保戶權益、維護交易秩序，並非限定保險公司與其所屬保險業務員間之勞務契約應屬僱傭關係(金融監督管理委員會一〇二年三月二十二日金管保壽字第一〇二〇五四三一七〇號函參照)，故不得逕以該管理規則作為認定保險業務員與其所屬保險公司間是否為勞動契約之依據。

物換星移，時序更新，人來人往……。

佛說：如來，亦如去；無來，亦無去。對境無我，緣起性空。

子曰：「天何言哉？四時行焉，百物生焉，天何言哉？」

釋字第七四〇號解釋協同意見書

黃虹霞大法官提出

本席對本件解釋之解釋文及理由書內容敬表贊同，為進一步補充本席贊同本件解釋文及解釋理由書之因素及考量，爰提出協同意見書如下：

一、本件係統一解釋，故僅在二審判系統間見解分歧處為必要之處理。至於勞動契約之完整定義涉及眾多不同類型勞務契約、契約雙方當事人重要權益，甚至與整體社會、經濟有重要關聯。再加上勞動契約之內涵應與時俱進，容有配合時空情勢調整之必要，即今之通說，於明日不必然定仍為多數人之所以為然，故而不宜即依目前通說一錘定音，就勞動契約遽下完整定義。擬讓諸學說發展，尤其因勞動契約本質上為私法性質，具有何種內容特徵之勞務契約才應屬勞動契約，因而有勞動基準法之適用，如有爭議，核屬民事審判系統之權責，由民事法院經由個案裁判形成見解及因應調整，更為妥適。另若不成立勞動契約關係，則自無提撥勞工退休金之問題，也就是說關於應否提撥勞工退休金之行政爭訟，似應以就其前提法律關係存否（有無勞動契約關係存在）有認定權之民事法院之裁判為準。

二、有著重勞動基準法中工作時間及工資等規定，以定義勞動契約者。惟先有屬勞動契約性質之契約之訂立，而後才有勞動基準法之適用，故以勞動基準法中工作時間及工資相關規定定義勞動契約，有倒果為因或循環論斷之嫌，似非合宜。

三、本席認為應由勞務提供者（勞務債務人）與其相對人（勞務債權人）間獨立自主、指揮監督之強弱判斷是否為勞動契

約關係。勞務提供者之獨立自主性高者，應非勞動契約關係；反之，受勞務債權人強力指揮監督者，則為勞動契約關係。由此而論，則本質具獨立自主性之專門執業人員如律師、會計師、建築師、醫師（下稱四師）等等，不論其執業方式係獨立執業或受聘雇於事務所、醫療院所，原則上應均無從成立勞動契約關係，即不當然因四師所屬行業被納入勞動基準法適用範圍，而使其等間之勞務契約關係必然應為勞動關係，而當然應有勞動基準法之適用。至少本契約自由、私法自治原則，應認為得由勞務契約雙方當事人以契約選擇及約定之。本件解釋意旨應寓有此意。

四、勞動基準法原係由工廠法轉化而來，本意良善，對勞動契約關係之健全確著有貢獻，但不是所有勞務契約均應為勞動契約，勞動基準法之本質尤為最低標準法（但有最高要求之譏，此可能係在追求超乎現實之片面完美理想所致），故如將所有行業之勞務提供者均一體納入強制適用勞動基準法，不許當事人以契約自由選擇，其合宜性應值商榷。

五、本席贊同保險主管機關之見解，不能因為保險法授權保險法中央主管機關所訂定之保險業務員管理規則，將應屬國家權責之保險業務員之教育訓練、獎懲交由保險業務員所登錄之保險事業或工會辦理，即推論保險業務員與其所屬事業間有強大指揮監督關係，亦即該管理規則應與保險業務員與其所屬事業間之勞務契約是否為勞動契約關係之定性無涉。

釋字第七四〇號解釋協同意見書

蔡明誠大法官 提出

陳春生大法官 加入

黃虹霞大法官 加入

本件解釋係因聲請人認其財產權遭受不法侵害，認行政法院確定終局判決為退休金繳納提撥等事件，就判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是否構成勞動基準法(下稱勞基法)第六條第二款所定之勞動契約關係、保險業務員是否為勞基法所認定之勞工等爭議，與民事法院確定終局判決適用同一法律所已表示之見解有異，依司法院大法官審理案件法第七條第一項第二款規定，聲請統一解釋。由於民事法院與行政法院係屬兩種不同審判系統，對於勞動契約、僱傭契約與承攬契約之定性及區別，多年來存在不同之見解，以憲法角度來看，勞雇關係或僱傭關係之判斷，將直接或間接影響到人民之工作權、財產權、私法自治及契約自由等基本權，是有必要透過統一解釋，確定勞動契約與其他勞務契約之類型特徵與區別要素。本件解釋雖已針對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，闡明如何區別之判斷要素，惟因勞動契約與勞務契約之類型特徵，仍有進一步釐清之意義，爰提出協同意見書如下：

一、勞動契約與其他勞務契約之關係及立法政策選擇

民法及勞基法如何規定、定義及如何適用、解釋私人間之契約關係，與是否重新制定或修正勞動契約法¹，或是於勞基法特設專章等，固有予以立法自由形成空間，或尊重主管相關法規機關之解釋權限或政策選擇。惟如法律對概念定義及類型特徵規定不甚明確，實務上往往容易發生認定之爭議，影響勞務債務人與勞務債權人之權益甚鉅，故從比較民法及勞動法觀點，宜再檢討勞務契約及勞動契約之概念及類型特徵，並有加以明確規定之必要。我國民法就典型之勞務契約(如僱傭契約)，有些規定明示參酌外國立法例者，例如民法第四八三條之一有關僱用人對受僱人之保護義務，其修正理由表示，參考德國及瑞士等國相關規定(參考德國民法第六一八條、瑞士債務法第三三九條)而增訂。因此，擬以比較法觀察，探究勞務契約與勞動契約之關係。

比較觀察德國、瑞士及我國民法，於定義或解釋勞動契約時，其與民法所規定勞務契約之關係，至少有下列三種不同的規範方式及解釋態度：

- (一) 例如德國民法模式，以勞務提供為目的之勞務契約(Dienstvertrag)與以結果完成為主之承攬契約為契約基本類型，勞務契約與承攬契約屬於雙務契約，委任則具

¹ 該法於民國 25 年 12 月 25 日公布，迄今尚未施行。

無償性(Unentgeltlichkeit)，屬於無償契約。²參考德國法經驗，原則上，勞動契約之內容係依私法自治原則而訂立，但如已有勞動相關法令之強行規定及團體協約，則可能受到限制。³德國民法第六一一條僅規定勞務契約之類型(Typus)，其亦得構成勞動契約之基礎。勞動契約係屬於民法第六一一條勞務契約之下位類型(Unterfall)。不具勞動關係之勞務契約，稱之為自由勞務契約(freie Diestvertäge)，以自由之形容詞，作為勞務債務人與勞務債權人間不具從屬性的勞務契約與具從屬性的勞動契約之實際上相對應之稱呼。⁴簡言之，德國民法將勞動契約作為勞務契約之下位類型，相對於一般勞務契約，或可謂勞動契約屬特殊勞務契約。

(二) 有認為是否屬勞動契約可採取實質判斷標準，不論其契約名稱稱之為僱傭、承攬、或委任等，均可能判定為勞動契約之類型，如本件聲請案中之行政法院對於勞動契約與其他勞務契約之關係，即採此一類似見解。⁵

² 參照 Dieter Medicus/Stephan Lorenz, Schuldrecht II Besonderer Teil, 16. Aufl., München:Beck, 2012, Rn.611, 618f.,848.

³ 參照 Müller-Glöge, Preis, Schmidt, Erfurt Kommentar zum Arbeitsrecht, 16.Aufl., München:Beck, 2016, 230 BGB §611 Rn.371.

⁴ 參照 Müller-Glöge, Preis, Schmidt,a.a.O., 230 BGB §611 Rn.1, 8.

⁵ 學者對於此將勞動契約作為僱傭契約及承攬契約的上位概念，統合了所有具有(不同程度的)從屬性勞動之實務見解，認為仍然有待斟酌。

(三) 例如瑞士債務法(Das Schweizerische Obligationenrecht) (即該國民法之第五篇)規範方式，修正債務法第十章第三一九條至第三六二條，以勞動契約(Der Arbeitsvertrag)取代僱傭契約。

我國民法有些規定，雖曾以瑞士債務法作為參考立法例，但民法債編修正時仍援用僱傭契約，至於勞動契約則規定於勞基法，以及實務上有引用業已公布但尚未施行之勞動契約法⁶，作為解釋依據。至於委任契約，日本民法之委任包含有償與無償委任⁷，此與德國民法委任係屬無償契約，有所不同。惟我國有認為從民法債編第四八三條之一及第四八七條之一修正，增訂對於僱傭契約予以社會化，可推知立法者係以僱傭契約為勞動契約之上位類型作為出發點。⁸或謂勞基法上

酌。建議採取單一契約類型說之立場，採取綜合各種因素判斷說，確定契約屬性及其內容，並認為保險業務員管理規則只是行政管制的性質，不應直接作為成立僱傭契約的認定依據。(參照楊通軒，保險業務員勞工法律問題之探討---以契約定性為中心，東吳法律學報，25卷3期，2014年1月，頁85,115。)

⁶ 勞動契約法第1條規定：「稱勞動契約者，謂當事人之一方，對於他方在從屬關係提供其職業上之勞動力，而他方給予報酬之契約。」

⁷ 日本民法第六四八條第一項及第二項規定，受任人非有特約，不得向委任人請求報酬。應受報酬者，非履行委任後，不得請求報酬。但以期間定報酬者，準用民法第六二四條第二項有關僱傭報酬之支付期間規定，即期間經過後，得請求報酬。

⁸ 參照林更盛，勞動契約與委任契約之區別---最高法院八十三年度台上字第一〇一八號民事判決，月旦法學教室，131期，2013年9月，

的勞動契約是民法僱傭契約的下位、特殊類型。⁹有進一步認為前述見解係屬我國之通說者。¹⁰

由上述可見，採取何種立法模式，雖同屬歐陸法系，各國之民法規定亦不盡相同¹¹，此宜解為其係屬立法政策選擇之問題。設若完全基於勞工權益保障觀點，則可能傾向採取

頁 10-11。其認為勞動契約之特徵，在於從屬性，其與委任契約之區別在於從屬性抑或較廣泛裁量權限的差異。

⁹ 參照侯岳宏，勞動契約法律規範立法方式之檢討--日本法之啟示，臺北大學法學論叢，83 期，頁 7 及註 11 引用黃程貫及劉士豪兩位教授見解。另有比較德國與日本法制後，認為我國民法上有關僱傭、委任、承攬等之規定雖與日本民法之規定均相若，但我國勞動契約法第一條就勞動契約曾明文定義。因此從屬性之有無仍為勞動契約概念之主要判斷基準之一。(參照莊靜宜，勞動契約法修法芻議，台灣勞工，13 期，頁 41-42。)

¹⁰ 參照吳姿慧，勞動契約之特質及契約終止時之保護規範(上)，月旦法學教室，47 期，頁 73,79 及註 19。其認為以承攬契約之型態規避勞工法規之適用，若當事人之間已存在僱傭契約，但不具十分之人格從屬性，介於勞僱契約曖昧之處，似不應據以為排斥適用勞基法之理由。

¹¹ 例如日本於 2007 年(平成 19 年)制定之勞動契約法，解釋上有認為民法之僱傭契約與勞動基準法上之勞動契約之概念，實質上相同，亦即基本上解為意義相同。但勞動契約法將勞動基準法上之勞動契約概念更加擴大，如勞動基準法將家事使用人排除適用，但其可為勞動契約法之事業概念所涵蓋(參照內田貴，民法 II【第 3 版】債權各論，東京：東京大學出版會，2013 年 2 月 8 日第 3 版第 3 刷，頁 268。)此勞動基準法與勞動契約法之事業概念，因解釋後發生差異，雖其與我國不盡相似，但新舊法前後解釋時可能發生不同見解之狀況，此正顯示勞動契約與民法典型勞務契約之意義是否一致或有所區別，德國與日本兩國立法例不盡相同，此亦見各國立法政策上選擇之差異。

前述第二種見解。

二、勞務債務人之從屬性判斷要素問題

如何公允妥當解釋一般勞務契約與勞動契約，固屬重要課題。惟此採取何種之解釋原則及方法，或因解釋目的之不同，以致發生不同的解釋結果。

我國實務及學理上對於勞動契約類型特徵「從屬性」之種類，通常將之區分人格從屬性(此所謂人的從屬性)、經濟從屬性及組織從屬性，甚至包括履行上從屬性。但學理上亦有主張不宜以從屬性作為是否屬勞動契約之判斷要素。¹²由此可見，對於從屬性之見解，不甚一致。惟本號解釋參考外國立法例，對於勞動契約之判斷，以人的從屬性作為出發點，屬於折衷之作法，值得未來國內再思考之問題。

¹² 採此見解者，例如劉志鵬，民法債篇修正對勞動契約關係之影響，原載於法令月刊，51卷10期，2000年10月，頁392以下，引自月旦法學知識庫。該文援引邱駿彥，論勞動基準法上勞工之定義(勞動法裁判選輯，元照出版社)，頁93以下。其認為僱傭契約底下，受僱人服從雇主之指揮命令而提供勞務，事實上亦具有從屬性，就此而言，與勞動契約並無二致，單純地以從屬關係來區別勞動契約或僱傭契約，恐將徒勞無功。此說似不否認從屬性之要素，惟因採取同一說，而認為其無法以從屬性加以區別。有關以從屬性作為勞動基準法上之勞工判斷標準，惟學者間對從屬性之內涵與分類不同，如何釐清其概念之學說引介，參照魏千峰，勞動基準法上之勞工--評釋台灣高等法院八十三年勞上字第三十七號判決，載於劉志鵬、黃程貫主編，勞動法裁判選輯，台北:月旦出版公司，1998年9月初版二刷，頁105以下。

從比較法觀察，德國學理及實務上，對於勞務債務人從屬性之判斷，有先以人的從屬性出發，對於此所謂人的從屬性關係，係藉由德國商法第八十四條規定之獨立性 (selbständig) 之反面推論 (Umkehrschluss) (或稱反面解釋) 而出，獨立性係指勞務債務人實質上其活動得自由形成及工作時間得自由決定。如非具獨立性，則有人的從屬性之可能，亦即實質上其活動不得自由形成及工作時間不得自由決定。¹³有認為以人的從屬性作為受僱人概念判斷標準，但其係屬於相對的概念要素。依德國聯邦勞動法院判決見解，通常以人的從屬性之程度 (Grad der persönlichen Abhängigkeit) 作為勞動關係與獨立活動之法律關係之區別。¹⁴我國民法並未明文規定從屬性作為勞動契約之判斷要素或類型特徵，實務上則有參考尚未施行之勞動契約法所定之從屬關係作為適用依據。

¹³ “nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann (實質上其活動不得自由形成及工作時間不得自由決定) (參照 Müller-Glöge, Preis, Schmidt, a.a.O., 230 BGB §611 Rn.50)。

¹⁴ 參照 Beck'scher Online-Kommentar BGB, Bamberger/Roth, 40. Edition, Stand:01.05.2106, §611 Rn.35; Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, 15.Aufl., München:Beck, 2016, Rn.16, 30, 引自 beck-online.於前揭 Ricardi BetrVG §5 Rn.20 則參照 Wank, Scheinselbständigkeit, S.45ff., 按聯邦勞動法院判決，特別將人的從屬性提出五項要素：專業的指示拘束性、時間的的指示拘束性、地點的指示拘束性、為獲取勞動給付之組織從屬性及移轉勞動給付之利他性。

又如涉及是否屬於類似勞工之認定，則再採經濟從屬性判斷。另德國較新的理論，於解釋受僱人(Arbeitnehmer)概念時，以是否必須自行承擔事業風險(Unternehmerrisiko)(或稱經營風險、企業風險或企業家風險)作為判斷標準。¹⁵本號解釋則將事業風險稱為業務風險，以是否自行負擔業務風險作為判斷要素之一，雖屬於補充性之輔助判斷要素，但可補充單從人的從屬性判斷之不足。

由前述比較法觀察可知，外國立法例就勞動契約與僱傭契約、承攬契約及委任契約之概念及類型特徵仍存在差異，不盡然完全一致。因此有勞動法專家認為並無單一標準可解釋所有態樣，故提出類型化之解釋方法，亦即並非解釋單一概念，而係解釋一組類型，參考德國法之經驗，如欲判斷勞工(或稱勞動者、受僱人)概念，有採取三種類型¹⁶，第一種是

¹⁵ 如德國波鴻魯爾大學(Ruhr-Universität Bochum)法學院 Rolf Wank 退休教授之主張(參照 Müller-Glöge, Preis, Schmidt, a.a.O., 230 BGB §611 Rn.55ff.; Moll, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 3.Aufl., München:Beck,2012 §6 Rn.4; Nipperdey, Lexikon Arbeitsrecht, 29.Edition, 2016---Arbeitnehmer, 引自 beck-online.) 國內文獻介紹及評論，參照楊通軒，勞動者的概念與勞工法，中原財經法學，6期，2001年7月，頁248以下,271以下,300。其另認為有關從屬性之實質內涵，應僅指人格從屬性而言，雖勞動者大都具有經濟從屬性，但以之作為認定勞動者之標準，既不必要亦不足夠。另對於前述 Wank 教授之見解評析、新路徑思考及社會保護之初衷，參照林佳和，勞工定義:古典還是新興問題?從保險業務員談起，月旦法學雜誌，245期，2015年10月，頁31以下。

¹⁶ 國內文獻有關德國勞動者三分法之介紹，參照楊通軒，勞動者的概

傳統狹義的勞工(主要運用人的從屬性為判準)，通說係以勞務債務人之人的從屬性與指示拘束性(Weisungsgebundenheit)作為受僱人性質之標準要素。¹⁷第二種是自由、獨立自主的受僱人，第三種是中間型態的類似勞工者，不僅涉及到人的從屬性，亦可能涉及經濟從屬性或事業風險等判斷。就本件關於保險業務員與其所屬保險公司間之勞務關係，除非明確約定為僱傭契約或勞動契約，否則宜回歸民法及勞動法相關規定，就整體契約客觀判斷，不宜單純以行政管理之命令(例如本件涉及保險業務員管理規則)逕認為其屬於勞動契約，或其即屬於勞基法上之勞工概念。因此，宜先探究勞務提供之內容，判斷屬於何種性質之勞工，如非屬勞工，再探究其是否屬於類似勞工性質，亦可能兼跨僱傭與承攬或委任等之類似屬性，於此情形，得另輔以經濟從屬性或事業風險等加以判斷。

三、先決問題之裁判與個案判斷之階段性審酌方法

由於我國採民事與行政雙軌審判系統，不同審判系統對於保險業務員是否屬勞動契約之勞工，其與所屬保險公司之

念與勞工法，中原財經法學，6期，2001年7月，頁230。

¹⁷ 參照 Dirk Looschelders, *Schuldrecht Besonderer Teil*, 9.Aufl., München:Vahlen, 2014, Rn.547; Plandt/ Weidenkaff, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 75.Auf., München:Beck, 2016, Einf v §611 Rn.7.依古典受僱人概念，德國自帝國勞動法院、現今聯邦勞動法院及通說，以人的從屬性作為決定性判斷標準。(參照 Moll, a.a.O., §6 Rn.1.)

勞務關係，是否為勞動基準法第二條第六款規定之勞動契約，見解並非一致，特別是針對是否具備從屬性及指揮監督關係之判斷不一致¹⁸。但如前所述，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、組織從屬性等，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有差異。¹⁹故實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

¹⁸ 於此已有引用尚未施行之勞動契約法所定之從屬關係，加以論斷。

¹⁹ 我國學理上，認為僱傭若有一定雇主及職業上從屬關係(使用從屬及指揮監督之關係，最高法院 89 年度台上字 1301 號判決)，可能為勞動契約，受勞動基準法之規範。又依已公布尚未施行之勞動契約法第一條規定定義勞動契約。一般僱傭不一定屬勞動契約，勞動契約屬特種勞務契約，具有職業上之勞動力，且有從屬關係。(參照林誠二，債編各論新解 體系化解說(中)，台北:瑞興圖書公司，2015 年 6 月三版一刷，頁 13-16。)

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。

另參考外國之見解，建議實務上宜分階段加以審酌，亦即先審查法律關係根本構成要素是否納入勞務契約之類型。如欠缺契約類型之明示，則就整體私法觀察，按契約的實質內容，判斷其為從屬的或非從屬的勞務。此時如實質上勞務債務人之活動得自由形成及工作時間得自由決定，則欠缺活動及工作時間之他主決定(Fremdbestimmung)要素。反之，勞務債務人既不得自由形成其活動，亦不得自由決定其工作時間，則歸類為受僱人。再者，如對於是否歸類於受僱人概念有疑義時，宜進一步審查，經由承攬契約(以工作完成為主)或自由勞務契約(以勞務給付為目的)負有義務之人，是否非(單純)歸類為類似受僱之人，於此則以經濟從屬性、事業風險等作為判斷要素。又如不能明確判斷是否為勞動契約關係或契約類型等情事時，先探求契約當事人之意思(Wille der Vertragsparteien)，亦即有無另為其他契約形式之意思。於判斷是否作為受僱人從事活動有疑義時，除法律另有強行規定或法定契約類型強制者外，對於契約類型之判斷，得就所訂立之契約條件，以契約內容控制(Vertragsinhaltskontrolle)原

則，判斷其契約類型。²⁰

由上可見，如欲藉由本號解釋建立全面性或概括性之勞動契約與一般勞務契約之區別要素，實屬不易。如採取前述以類型特徵判斷是否具備從屬性及分階段審酌之見解，此僅針對保險業務員與其所屬保險公司之勞務關係予以類型化，並從整體契約內容及個案事實為客觀判斷，似較為可行。因此，基於前述契約類型化解釋方法、及個別契約整體內容與個案事實之判斷方法，實務上仍宜給予勞務債務人與勞務債權人選擇契約形式之自由，以探求契約類型特徵及當事人之意思等要素，來決定其勞務契約類型，而非採取全有全無原則之判斷方式，亦屬值得思考之解釋原則。

²⁰參照 Müller-Glöge, Preis, Schmidt, a.a.O., 230 BGB §611 Rn.59-61,100.

釋字第七四〇號解釋協同意見書

林俊益大法官 提出

壹、前言

本號解釋【保險業務員招攬保險勞務契約是否為勞動契約案】，聲請人保險公司聲請意旨主張，就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（下稱招攬保險勞務契約），是否為勞動基準法（下稱勞基法）第二條第六款（下稱系爭規定）所稱勞動契約，行政法院確定終局判決適用系爭規定所表示之見解（認係勞動契約），與民事法院確定終局判決適用同一法律時所已表示之見解（認非勞動契約），發生見解歧異，聲請本院統一解釋。

本席協力形成可決多數之意見認為，「招攬保險勞務契約，是否為系爭規定所稱勞動契約，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，不得逕以保險業務員管理規則為認定依據」，對此本席敬表贊同。惟關於解釋理由之建構，尚有可補充說明之處，爰提出本協同意見書。

貳、聲請統一解釋程序要件之審查

一、依司法院大法官審理案件法第七條第一項第二款規定：「人民、法人或政黨於其權利遭受不法侵害，認確定終局裁判適用法律或命令所表示之見解，與其他審判機關之確定終局裁判，適用同一法律或命令時所已表示之見解有異者。但得依法定程序聲明不服，或後裁判已變更前裁判之見解者，不在此限。」

得聲請統一解釋。詳言之，聲請統一解釋之要件如下：(一) 聲請主體：人民、法人或政黨；(二) 聲請客體：不相隸屬之審判機關之確定終局裁判適用同一法令表示之見解歧異；(三) 聲請權能：須權利遭受不法侵害；(四) 窮盡救濟途徑：須為確定終局裁判；(五) 無其他處理途徑（但書所定情形）。

二、關於「權利遭受不法侵害」之要件，係指聲請人法律保障之權利或利益遭受不法侵害而言，不以憲法所保障之權利為限。¹ 招攬保險勞務契約，如為系爭規定所稱勞動契約，聲請人有為其所屬保險業務員提繳並給付退休金之義務（勞動基準法第五十六條第一項、勞工退休金條例第九條參照），與聲請人之財產權息息相關。行政法院與民事法院之見解歧異，依行政法院見解，聲請人有提繳並給付退休金之義務，聲請人聲請意旨乃主張其（憲法所保障之）財產權遭受不法侵害，核與上開「權利遭受不法侵害」之程序要件，尚無不合。本號解釋對此未有著墨，本席爰補充說明如上。

三、關於「不相隸屬之審判機關之確定終局裁判適用同一法令所表示之見解歧異」之要件，所謂「適用同一法令所表示之見解歧異」，其內涵如何？有二種見解如下：狹義說，指審判機關對同一法令規定構成要件（或其要素）解釋之見解不同；² 廣義說，除對同一法令規定構成要件（或其要素）解釋之見解不同外，尚包括對構成要件為解釋且涵攝於個案事實後之「結論」

¹ 依司法院大法官審理案件法第7條第1項第2款規定之聲請統一解釋，以「其權利遭受不法侵害」為要件；與同法第5條第1項第2款規定之聲請解釋憲法，以「其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害」為要件，並不相同。本院統一解釋除為消除國家機關間適用同一法令之見解歧異，維持國家法秩序之一貫外，並寓有提供人民類似救濟之途徑，是以上開第7條第1項第2款之「權利」二字，應採廣義解釋，凡法律保障之權利或利益受有不法侵害者，均包括在內。可參見，吳庚，《憲法的解釋與適用》，93年6月3版，頁392。另可參閱，釋字第691號解釋湯德宗大法官提出、李震山大法官加入之協同意見書，以及葉百修大法官提出之協同意見書。

² 本院大法官101年10月5日第1394次會議議決會台字第10854號案不受理，稱：「經核，上開最高行政法院判決與民事判決對於勞動基準法第二條第六款『勞動契約』，均以當事人雙方是否具備從屬關係為判斷標準，並認從屬性之特徵包括：1、人格上之從屬性；2、經濟上之從屬性；3、組織上之從屬性。是兩者所表示之法律見解並無不同，僅係就其據以聲請解釋之原因事實得否涵攝於上述勞動契約之判斷有所歧異，故尚難謂係屬不同審判系統適用同一法律時所已表示之見解歧異。」

見解不同（本院釋字第七二六號解釋³參照）。本號解釋多數見解認為，就招攬保險勞務契約，是否為系爭規定所稱勞動契約，認上開二審判機關就系爭規定解釋後涵攝於事實所表示之結果見解有異，符合前揭規定「見解有異」之要件，有統一解釋之必要而受理之。

參、見解歧異之實體爭點

招攬保險勞務契約，是否為系爭規定所稱勞動契約，行政法院與民事法院均以當事人雙方是否具有從屬關係（從屬性之特徵，包括人的從屬性、經濟上之從屬性）作為判斷基準；惟對系爭規定之解釋，涵攝於個案事實之認定過程上，對保險業務員管理規則可否作為解釋契約之認定依據，並不相同，致所得之結論亦有不同。

臺北高等行政法院一〇三年度簡上字第一一五號確定終局判決（下稱行政法院判決）認為：「……保險業務員管理規則要求保險業者對所屬保險業務人員克盡管理之責，其規定既構成原告與其所屬於業務人員間權利義務之一部分，自得以其作為判斷原告與其所屬業務人員間法律關係之依據。綜合保險業務員管理規則之規定，凡保險業務員資格之取得及登錄、教育訓練、招攬行為的規範，以及違規行為之懲處者，盡皆規範其內，上訴人亦據此訂定『保險業務員管理規則第十九條第一項之處理準則』，可見上訴人

³ 本院釋字第 726 號解釋，依其解釋理由「綜合該判決整體意旨」、「循其見解」等用語觀之，亦係解釋適用法律且涵攝於事實後之結果作為判斷是否見解有異。又本院徐壁湖大法官亦以所謂「裁判適用法令所表示之見解，係指裁判闡釋法令的意義及內容，涵攝法令於個案事實之結果論述。」參徐壁湖，〈人民聲請統一解釋之研析〉，《月旦法學》，第 256 期，105 年 9 月，頁 86。統一解釋一般情形，係裁判闡釋法令之見解（大前提）有異，兩確定終局裁判之當事人與事實雖不盡相同，但涵攝於系爭法令之關鍵法律事實（小前提）相同，而結果歧異。本件解釋歧異之處，在於保險業務員管理規則應否作為判斷從屬性之認定依據，頗為特殊。此部分若係行政法院普遍作為保險業務員與公司間勞務契約屬性之認定依據，性質可能較偏向大前提。舉例而言，本件解釋中，行政法院普遍認為上開管理規則得作為具有從屬性之絕對判斷因素，甚至可不顧及契約內容，見解實已抽象化。但此部分若僅係行政法院個案作為某特定勞務契約屬性之認定依據，性質可能較偏向屬事實或證據層次。究屬何者及是否符合統一解釋之程序要件，難以一概而論。

應對保險業務人員之招攬行為嚴加管理，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，其具有從屬性之情，至為明顯。」。

反之，臺灣高等法院九十四年度勞上字第四五號、九十九年度勞上字第五八號、一〇一年度勞上字第二一號等民事確定終局判決（下併稱為民事法院判決）則認為：「……被上訴人公司之業務人員管理規定乃依據主管機關頒布之保險業務員管理規則第十八條第一項規定所為，係為符合主管機關行政管理之要求，不能因該規定即認保險業務員與被上訴人間即有人格上之從屬性。……不因被上訴人依上開保險業務員管理規則訂定業務人員管理規定，即認為被上訴人對上訴人具有指揮監督從屬關係。……上訴人在保險法、保險業務員管理規則及被上訴人依此制定之業務人員管理規定等法令規範下，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，則上訴人擔任保險業務代表與被上訴人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」。

綜上可知，保險業務員管理規則，乃判斷招攬保險勞務契約是否為系爭規定所稱勞動契約之重要關鍵。行政法院主要以上開管理規則為認定依據，民事法院則不以為然。

肆、招攬保險勞務契約是否為勞基法所稱勞動契約之判斷基準

系爭規定僅規定：「勞動契約：謂約定勞雇關係之契約」，至於勞動契約及勞雇關係之內涵，應如何界定，並無明文。關於保險業，雖經行政院勞工委員會（現已改制為勞動部，下稱勞委會）公告，自八十七年四月一日起為適用勞基法之行業（勞委會八十六年

台勞動一字第0四七四九四號函參照)，惟保險公司與保險業務員間是否必然應適用勞基法規定，屢生爭議，勞委會遂於九十年三月九日以台九十勞資二字第000九八六七號函，說明：「基於保險業務之特殊，應視保險公司與保險從業人員基於契約自由原則所約定之勞務給付型態，判斷是否適用勞基法之規定，不因保險業經公告為適用勞基法之行業，而當然有勞基法之適用。」是以招攬保險勞務契約，是否為系爭規定所稱勞動契約，仍應視招攬保險勞務契約之勞務給付類型，是否符合勞基法所定之勞雇關係類型而定。

勞基法係依憲法第十五條保障人民生存權、工作權，以及依第一百五十三條規定國家應制定保護勞工之法律的意旨，⁴以保障勞工權益，加強勞雇關係，促進社會與經濟發展為目的而制定（勞基法第一條規定參照）。勞基法於第三章規定工資，第四章規定工作時間、休息、休假，規範雇主與勞工間勞動條件之最低標準（第一條第二項參照）。換言之，勞基法所定之最低工資及工作時間、例假、休假等規定，乃勞動關係之核心問題，其規範具有強制性質（本院釋字第四九四號、第五七八號及第七二六號解釋參照），以實現保護勞工之目的，以此標準作為法律保障之最低限度，自不容勞雇雙方以契約自由為由規避之。如勞務契約之類型特徵，與前述規定應遵守最低標準之類型特徵不符時，即難認屬系爭規定所稱勞動契約。

詳析招攬保險勞務契約之內容，保險業務員得自由決定工作時間、時段（指揮、監督或控制關係薄弱）；自行負擔業務風險，按其招攬之保險所實受之保險費為基礎計算其報酬，無最低工資保障，屬佣金制保險業務員（而非底薪⁵制保險業務員）（無經濟

⁴ 釋字第494號解釋理由書：「勞動基準法依據憲法維護人民生存權、工作權及改善勞工生活之意旨，以保障勞工權益，加強勞雇關係，促進社會與經濟發展為目的，而規定關於工資、工作時間、休息、休假、退休、職業災害補償等勞工勞動條件之最低標準」。釋字第578號解釋：「國家為改良勞工之生活，增進其生產技能，應制定保護勞工之法律，實施保護勞工之政策，憲法第一百五十三條第一項定有明文，勞動基準法即係國家為實現此一基本國策所制定之法律。」

⁵ 底薪制保險業務員，與其所屬保險公司間之勞務契約，受勞基法最低工資之保障，其契約關係，屬於

上從屬性)；無所謂休息、休假、工資加給等最低勞動標準之適用，實質上欠缺勞基法所定勞雇關係之內涵，是以招攬保險勞務契約，難認屬系爭規定所稱勞動契約。本號解釋多數意見認為，招攬保險勞務契約是否為系爭規定所稱勞動契約，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)【指人的從屬性】，並自行負擔業務風險(例如按其招攬之保險所收受之保險費為基礎計算其報酬)【指經濟上從屬性】，本席敬表贊同。

由於招攬保險勞務契約之形式及內容不一而足，具體個案之契約類型，是否為系爭規定所稱勞動契約，仍應委諸法院判斷，是以本號解釋文，並未就招攬保險勞務契約是否為系爭規定所稱勞動契約，作結論判斷。本號解釋理由雖謂：「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』保險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。」(引號及粗體等標示為本意見書添加，下同。)惟本席認為，此段解釋理由之論述，僅係就假設性事例作判斷，且其判斷基準，將「其報酬給付方式並無『底薪』及『一定業績之要求』」，解釋係「自行負擔業務之風險」，與解釋文所稱「自行負擔業務風險」(例如按所招攬之保險所收受之保險費為基礎計算其報酬【即佣金類保險業務員】)，未盡相符。另增加「有無一定業績之要求」作為判斷基準，徒增理解困擾！如具體個案之契約條件雖無底薪，但具有「一定業績之要求」，是否即為系爭規定所稱勞動契約？不無疑問。

伍、保險業務員管理規則之定性

勞基法所稱勞動契約。

最後，附帶說明的是，保險法第一百七十七條規定：「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。」主管機關財政部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，依上開規定於八十一年十月十五日訂定發布保險業務員管理規則，令保險公司遵守，目的在於強化保險公司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一〇二年三月二十二日金管保壽字第一〇二〇五四三一七〇號函參照)。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，是以本號解釋多數見解認為，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，本席亦表贊同。

釋字第七四〇號解釋部分不同意見書

黃璽君大法官 提出

本號解釋多數意見認臺北高等行政法院一〇三年度簡上字第一一五號確定終局判決（下稱行政法院判決）與臺灣高等法院九十四年度勞上字第四五號、九十九年度勞上字第五八號、一〇一年度勞上字第二一號民事確定終局判決（下併稱為民事法院判決）就勞動基準法（下稱勞基法）第二條第六款規定（下稱系爭規定一）所表示之見解歧異，應予統一解釋。且認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，是否為系爭規定一所稱勞動契約，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。另就聲請憲法解釋部分決議不受理。關於不受理部分，本席敬表贊同，其餘部分則難贊同，爰提出部分不同意見書如后。

壹、程序部分

一、依司法院大法官審理案件法（下稱大審法）第七條第一項第二款規定，人民於其權利遭受不法侵害，認確定終局裁判適用法律或命令所表示之見解，與其他審判機關之確定終局裁判，適用同一法律或命令時所已表示之見解有異者，得聲請解釋。大法官依此規定僅得就兩審判機關之確定終局裁判適用同一法令所表示之歧異見解為統一解釋，對於事實認定之差異則非屬統一解釋範疇。

二、行政法院判決與民事法院判決就聲請人與所屬保險業務員間之勞務契約是否屬系爭規定一所稱勞動契約結論不同。此不同如涉及法律見解之歧異，且該歧異之見解經解釋後可解決結論不同問題，自應受理予以統一解釋。本件解釋理由書第一段對於上開兩審判機關之確定終局裁判有何歧異，認定「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。」而依解釋理由書所載：是否為系爭規定一之勞動契約，應視個案事實及整體契約內容而定，亦即應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。此係事實認定

問題，非見解歧異。至於解釋文最末關於保險業務員管理規則可否逕為判斷依據之爭議，縱可認屬見解問題，然保險公司如將該規則有關內容訂為公司之工作、考核規定，而作為與所屬保險業務員間勞務契約內容之一部分，自屬應併為考量者¹，以判斷其從屬性之高低(詳見後述實體部分)。此部分解釋後，仍須就個案事實認定，仍有發生事實認定不同之可能，解釋實益不大。

貳、實體部分

一、系爭規定一雖將勞動契約定義為：「謂約定勞雇關係之契約。」何謂勞雇關係，該法未明文。惟由同條項第一款、第二款對於勞工、雇主之定義²，勞雇關係可解為勞工與雇主之關係，是約定勞工受雇主僱用從事工作獲致工資之契約即為勞動契約。此「僱用」與民法之「僱傭」³規定未盡相同，有解釋之空間。

¹聲請人依保險業務員管理規則訂有業務員管理規定，作為其工作規則。且對所屬保險業務員設有考核規定，如未達一定業績，主管者得調整為次一級主管，或終止契約，參見首揭民事法院判決中之 99 年度勞上字第 58 號民事判決中之兩造陳述。

²勞基法第 2 條第 1 款、第 2 款規定：

「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。」

³ 民法第 482 條：「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。」

二、中華民國二十五年十二月二十五日國民政府公布之勞動契約法第一條規定：「稱勞動契約者，謂當事人之一方，對於他方在從屬關係提供其職業上之勞動力，而他方給付報酬之契約。」該法雖未施行，惟觀該法整體規定與勞動基準法之規範目的⁴均在保障勞工權益，是勞動契約法所保障之勞工，以在從屬性關係提供勞動力為限，非所有勞動力提供者，可供參酌。實務上、學說上多數認勞務契約須具有相當高度之從屬性，始為系爭規定一之勞動契約。本件行政法院判決、民事法院判決對此並無歧異，本號解釋亦例示從屬性為判斷標準⁵，本席贊同以有無從屬性作為判斷是否屬系爭規定一之勞動契約。

三、解釋文雖僅就「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」，是否為系爭規定一所稱勞動契約為解釋，意在避免及於全部勞動契約之認定。然同一勞動契約規定，其認定標準何以因行業別而有不同，解釋理由書中未說明其論據，依本號解釋結果，可能影響其餘行業。

⁴ 勞動基準法第1條第1項前段規定：「為規定勞動條件最低標準，保障勞工權益，加強勞雇關係，促進社會與經濟發展，特制定本法為規定；……」

⁵ 解釋理由書第2段：「諸如與人的從屬性(或稱人格從屬性)」

四、解釋文謂：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，是否為系爭規定一所稱勞動契約，「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依據。」其意不明。是否僅以「得否自由決定勞務給付之方式」及「自行負擔業務風險」為斷？得自由決定工作時間，即屬得否自由決定勞務給付之方式？按所招攬之保險收受之保險費為基礎計算其報酬，即係自行負擔業務風險？不得逕以保險業務員管理規則為依據，如已將該規則列為契約內容，是否應併為判斷依據？⁶ ⁷

五、本席認為不得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，即認屬系爭規定一之勞動契約。蓋勞基法第二條第一項第三款規定⁸，按件

⁶ 解釋理由書第 2 段、第 3 段均謂應就個案事實及整體契約內容判斷其從屬性？

⁷ 聲請人依保險業務員管理規則訂有業務員管理規定，作為其工作規則。見首揭民事法院判決中之 99 年度勞上字第 58 號民事判決中之兩造陳述。

⁸ 勞基法第 2 條第 3 款規定：

「本法用辭定義如左：

三、工資：謂勞工因工作而獲得之報酬；包括工資、薪金及按計時、計日、計月、計件以現金或實物等方式給付之獎金、津貼及其他任何名義之經常性給與均屬之。」

計酬者亦可成立勞動契約。按件計酬者，常可自行決定工作時間，並按工作完成之數量計算其工資⁹。其未完成工作，不能取得工資，不得僅依此認係自行負擔風險，而應依個案事實及整體契約內容，綜合判斷是否具備相當高度之從屬性定之。最高法院民事庭亦有認勞工與雇主簽訂「收費人員承攬契約」，約定勞工上下班無須打卡，無固定工作時間，按收費佣金計算方式給付報酬。並未因無固定工作時間及按完成之收費工作量計算其報酬，遽認非屬勞動契約，而根據其他事實，仍認定具從屬性，為系爭規定一之勞動契約¹⁰。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，即認屬系爭規定一之勞動契約，將使勞基法規定之按件計酬無適用餘地，與勞基法第二條第一項第三款規定相違，且雇主與事實上具相當高度從屬性之勞工簽訂勞務契約時，得藉此規避勞基法強制規定之適用。

⁹ 按件計酬之工資，是否符合最低工資之保障，通常以一般勞工如工作 8 小時可完成之工作件數計算如達最低工資標準，即不違反最低工資規定。

¹⁰ 參見最高法院 98 年度台上字第 2154 號民事判決。

六、解釋理由書第二段係對一般之勞動契約如何判斷為解釋。謂：「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。」其方式係按個案事實客觀探求各該勞務契約之類型特徵以為斷。係採例示方式，故應不限於例示情形，應按全部個案事實(含整體契約內容)判斷。又依例示內容，勞務給付時間、地點或專業之指揮監督關係與人的從屬性有關，可作為判斷標準。

七、解釋理由書第三段係關於如何判斷保險業務員與其所屬保險公司所訂立之勞務契約是否為勞動契約。前半段仍依循解釋理由書第二段論理，認「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」，其下遽謂「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」(與解釋文同)，造成僅須依上述二標準判斷，不須綜合個案

事實及整體契約內容判斷。未敘明如此論斷之理由，有前後矛盾之虞。又就何謂自行負擔業務之風險，於本段復謂「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」須具備二者要求始屬之？而解釋文認按所招攬之保險收受之保險費為基礎計算其報酬即係自行負擔業務風險。而按所收保險費計酬，亦可要求一定業績¹¹，兩者標準不一致。

參、結論：

不得僅因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）為判斷依據。仍應綜合個案事實及整體契約內容判斷。將保險業務員管理規則逕為判斷依據，固有不宜，然保險公司如將該規則有關內容訂為公司之工作、考核規定，而作為與所屬保險業務員間勞務契約內容之一部分，自屬應併為考量者，以判斷其從屬性之高低。

¹¹聲請人對所屬保險業務員之考核規定，如未達一定業績，主管者得調整為次一級主管，或終止契約。參見首揭民事法院判決中之99年度勞上字第58號民事判決中之上訴人（即本件聲請人）陳述。

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。本席以為，如勞動基準法主管機關亦認此種情形不適用勞基法較為適當時，似可依勞基法第三條第二項、第三項規定¹²，將此類人員排除勞基法之適用，以杜爭議。

¹²勞基法第3條規定：「本法於左列各業適用之：

- 一、農、林、漁、牧業。
- 二、礦業及土石採取業。
- 三、製造業。
- 四、營造業。
- 五、水電、煤氣業。
- 六、運輸、倉儲及通信業。
- 七、大眾傳播業。
- 八、其他經中央主管機關指定之事業。

依前項第八款指定時，得就事業之部分工作場所或工作者指定適用。

本法適用於一切勞雇關係。但因經營型態、管理制度及工作特性等因素適用本法確有窒礙難行者，並經中央主管機關指定公告之行業或工作者，不適用之。

前項因窒礙難行而不適用本法者，不得逾第一項第一款至第七款以外勞工總數五分之一。

釋字第七四〇號解釋不同意見書

陳新民大法官 提出

如果你要別人善盡義務，卻不給予他應有之權利，那就應當給付他豐厚的報酬！

德國大文學家·歌德

本席敬佩持多數意見的同仁，為堅持學理上認定勞動基準法第二條第六款（下稱系爭規定），所稱「勞動契約」必須具有經濟上從屬性以及人格從屬性，來決定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」，是否屬於此種勞動契約，而作出本號解釋。本席亦贊成此種判斷標準，不應硬性依照主管機關所制頒的「保險業務員管理規則」為依據，必須「仍應視個案事實及整體契約內容而定，亦即應按勞務契約之類型特徵，依勞基法及民法等有關勞務關係之規定，分別就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金為基礎計算其報酬）以為斷。」易言之，由法院依據個案的「依賴、從屬性程度高低」來決定之。

然而，本席之所以歎難贊同多數意見之理由，乃出於本號堅持由學理出發所為的解釋，其過程不無失之躁切，尤其在作出前，未進行任何徵詢了解業者意見的程序；輔以所提出的解決方案——法院依據個案的依賴、從屬性程度高低來決定之——明顯的卻欠缺「具體與明確的標準」，俾供法院作為

案之依據。導致此結論未能對症下藥，也未能直指形成此釋憲爭議的病因，乃是勞基法系爭規定過於粗略，且保險法與規範保險公司之法令依據（依保險法第一百三十七條第二項及第一百七十六條規定訂定之「保險業設立許可及管理辦法」），並未仔細規定保險業者與保險業務員所簽訂保險招攬勞務契約屬性，故產生大量此類的爭議。多數意見不僅未責成立法者儘速修法補救的正本清源之舉，反而卻將解決此立法疏失的弊病，推給各級法院來予「個案判斷」，而判斷的標準又極為模糊，豈非「苦了各級法院法官」？而保險實務上，頗多早已將此勞務契約視為勞動契約，且行之有年，仰此制度以維生者，不知凡幾。本號解釋一作出後，會否在許多本已無爭議的個案，可能重新起波濤，再生爭端，而「苦了保險業務員大眾」？本號解釋，除了具體否認「保險人員管理規則」對保險招攬契約的屬性擁有絕對的認定權限外，其他的功能究竟何在？到底能夠統一多少法律見解、平抑多少爭議？在在令本席不解。本席離職在即，為善盡言責起見，爰提出不同意見於次，以略盡最後一份心力。

一、失之倉促的決定：何不召開說明會，聽取主管機關、保險業者，以及保險從業人員的心聲？

本號解釋雖然由標的之名稱，很容易認定為純屬學術的爭議：所謂的「兩勞契約」—勞動契約與勞務契約—的界定問題，從而有無適用勞基法的問題。然而，緊密聯結在此濃厚學術氣味爭議的背後，卻正是全國數以萬計依賴招攬保險為生的保險從業人員的權益，包括能否享受勞基法所規定的一切權利與義務（包括上班時間、休假等福利），而保險公司

是否也因此必須承擔一定、且不無沉重的義務（例如，退休金的提撥義務），影響不可謂不大。而造成此爭議之源，乃是因為系爭規定之不明確所致，且引發出實務上的分歧：在業者間，有將「兩勞契約」視為同一者，亦有分別視之者；而在政府公布的法令規章間，也有將「兩勞契約」視為同一者，例如，勞動主管機關（行政院勞委會）則偏向保障勞工權益的立場，認為財政部所頒訂的保險業務員管理規則，已經在實務上形成將勞務給付傾向僱傭契約的現象¹，並且自民國八十六年十月三十日公告：保險業者自八十七年四月一日起適用勞基法。勞委會雖未強制所有保險業與業務員間一律適用僱傭關係，而係由其簽訂之勞動契約內容而觀，擺明似乎「中立」的立場。但卻又明定原本屬於僱傭契約者，雇主不得強迫勞工改簽訂承攬契約²。就此而言，雖寓有保護勞工之美意，但已限制雇主的改約權，顯然也喪失了契約自由的精神。

至於，稅務主管機關的立場，亦類似勞工主管機關，雖然亦早已將此類收入列為勞務所得及屬於「薪津」，而非執行業務所得³，但後來亦有改變立場，承認保險業務員與保險公司不具僱傭關係而自負盈虧⁴，則偏向「兩勞契約」並不同一之見解。

至於學術界的立場，也頗為分歧：早期的學術界頗多認

¹ 民國 90 年 3 月 9 日行政院勞工委員會(90)台勞資二字第 0009867 號函。

² 民國 95 年 5 月 8 日行政院勞工委員會勞動 4 字第 0950024088 號函。

³ 例如，早在 62 年台財錢第 014984 號函，即認為各產物保險如擬繼續雇用外務員招攬業務，其支付之報酬，應視為公司職員之薪津。同見民國 70 年 4 月 10 日財政部台財稅字第 32830 號函：保險公司業務代表領取之業務津貼及年終業績獎金，屬所得稅法第 14 條第 1 項第 3 項所稱公司事業職工提供勞務之所得，應列為薪資項目扣繳稅款；民國 88 年 4 月 1 日財政部台財稅字第 881905663 號函：保險業業務員取自其所屬公司給付之報酬，屬所得稅法第 14 條第 1 項第 3 項規定，為工作上提供勞務之薪資所得。依該函，明確表示保險業務員之報酬乃依招攬業績給付，且是依保險業務員管理規則之規定，由公司規定的標準給付，並專屬公司管理與受領報酬，因此應當視為薪資所得。

⁴ 民國 97 年 7 月 18 日財政部台財稅字第 09704531410 號函；民國 98 年 4 月 47 日財政部台財稅字第 09800058810 號函。

為保險業務員可解釋為保險公司的受僱人，或是使用其設備與制度之使用人⁵。同時，最高法院⁶與最高行政法院⁷，也持同樣的見解，認為儘管保險業務員的支薪，有固定薪資或業績之給付（佣金），但既然該業務員專為所屬公司為招攬之服務，舉凡訓練、管理與監督，都由所屬公司負責，且由公司依法負連帶的責任，因此，與民法之僱傭關係較為接近也，故此為學術界的通說也。然而此通說也隨著民國九十四年二月二日實施「保險業務員管理規則」後，面臨了挑戰。從而，必須依雙方所簽訂契約的關係（所謂內部關係）來斷定：如有一定的底薪，且將佣金以保費的一定比例計算，從而與薪津接近時，可屬於僱傭與承攬的混合契約⁸，否則光以佣金計算則純為承攬關係。而就外部關係而言，則公司既然承擔損害賠償的連帶責任，因此，頗應視為代理人、使用人與受僱人⁹。

因此，可以想見我國目前存在於保險公司與保險從業員間的契約關係，可能頗為複雜，此由主管機關在同一個法律條文維持不變的情形下，而有前後不同見解的轉變，可知其混亂乃事出有因。也因此得以探知，我國學界及主管機關間的見解，不論是關於勞動與勞務契約如何界分，以及我國保險招攬契約的屬性定位，都有高度的不確定爭議，而無公認的「一言堂」之權威見解，在此情形下，本號解釋豈能以此不明確的學術見解，來一統混沌的保險勞務契約的定性問題？

鑒於空有學理未必能「濟世」，本席在研議過程中已經割

⁵ 例如，鄭玉波，保險法論，三民書局，民國95年，第19頁。

⁶ 最高法院85年台上字第179號判決；見劉宗榮，新保險法論，2007年，第90頁。

⁷ 最高行政法院93年判字第1178號判決；同見劉宗榮，新保險法論，第90頁。

⁸ 同見江朝國，保險法基礎理論，民國92年，196頁；同見劉宗榮，新保險法論，第90頁。

⁹ 見劉宗榮，新保險法論，第91頁以下。

切建議：由於大多數的大法官同仁並不了解我國目前保險公司與從業人員間給付招攬業績的現狀。因此，有必要召開說明會或是舉行言詞辯論，以聽取主管機關、保險業者，以及保險從業人員的心聲。然而，此建言未獲採納，咸以「無必要」或「時間不及」為否決之理。

是否此「兼聽」為無必要之舉？讀者自可判斷。至於「時間不及」，當是一個值得嚴肅正視的問題。

本號解釋公布之時，距離目前全體大法官中的一半（七位大法官）去職，僅有一個星期，顯然是為了趕在去職之前完成的「畢業之作」。這種盡責的精神當令人敬佩。然而，大法官的釋憲職責關乎我國法制的嚴整性，可長可久。寧可求其精確，而非求其完成於須臾之刻！故本席雖呼籲應進行聽證、說明會，卻遭逢「時不我予」的反對時，即主張為避免如此倉促的作出決定，本號解釋應當在釐清事實與法律爭議的爭點，並且初步擬定解決的若干方案後，即可暫時停止審理，而留待新任、接近半數大法官的接任後（也只不過一至二週之距），方續行審議，並由新任大法官再作決定有無舉行公聽會或言詞辯論的必要也。

然而，此留待新任大法官決定的提議，亦未蒙採納，以致在半數大法官離職前一週，作出此號結構鬆散且功能有限之決議。

二、治絲益棼的解決方式——應透過修法澄清的混沌狀態，卻令由法院個案解決

（一）解鈴還須繫鈴人——立法解決方是正道

本案產生的原因明顯的是出於系爭規定的模糊不清所致，

此觀乎多數意見在理由書第二段，已有明白的承認：「勞基法第二條第六款規定：『勞動契約：謂約定勞雇關係之契約。』並未規定勞動契約應如何界定。」這才是造成「兩勞契約」定性爭議的病因所在。多數意見明知有此病因，致演變成一大批重病難症案件，為何不痛下針砭，要求立法者從速修法？難道多數意見不知：「解鈴還須繫鈴人」，此一淺顯的諺語乎？

的確，由系爭規定早在民國七十三年立法過程，已經將其內容作限縮的解釋，亦即乃將「勞工安全衛生」法令，例如，類似工廠法或礦場法外的其他從事勞工性質者（即按日、按時或計件計算之工資，且有一定平均工資者），皆包括在內¹⁰。因此當時早已在台灣實施超過三十年以上的保險業務，其招攬業務者，泰半都不包括在此勞工的範圍，雖然，勞基法第三條第一項第八款將開放適用勞基法的行業，賦予中央主管機關指定之授權，從而勞委會也在十四年之後——即民國八十七年四月一日起——開始將保險從業人員納入適用勞基法之列。但這種開放，只是有條件的開放——亦即必須從業員與公司合意簽訂、屬於僱傭關係之契約者為限（也是所謂的「內部關係」符合者為限）。所以，此種開放乃「半開放」，也留下了勞基法適用與否的「灰色地帶」。

所以，正本清源，必須由勞基法第二條的系爭規定加以補充。否則，即應透過特別法的規定來尋求補救，在此，唯有將規範保險行業與行為的準據法——保險法來予填補此

¹⁰ 可參照勞基法在民國 73 年制定時，第 2 條的立法理由：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二條；「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。以及第 3 條的立法理由：一、參照勞工安全衛生法第四條，明定本法適用之範圍。二、現行「工廠法」、「礦場法」適用範圍過小，多數勞工未能獲得法律保障。爰參照先進國家法例，將本法廣庇各業，且不在人數上設限，俾可顧及廣大勞工之權益。

一缺憾。但最好的方式應是以類似「保險公司法」之法律予以規範保險與從業員間的法律關係，包括相關之招攬契約的屬性。然而，我國目前未有此法律，但卻有由保險法第一百三十七條第二項及第一百七十六條規定所授權訂定之「保險業設立許可及管理辦法」，此屬於法規命令的規範，既然提及主管機關可對保險公司的「管理」事宜，為各種合目的性的規範，即享有了法定拘束力。則為了貫徹保障勞工權益的憲法委託之意旨（憲法第一百五十三條第一項），得對保險公司與保險業務員間的法律關係（例如承攬保險契約），為有利於保險業務員的規劃，例如，是否應有最低工資的設定，或是雇主不得將僱傭契約強迫改定為承攬契約等¹¹。就此而言，以法律或法規命令的高位階法規，來賦予澄清的功能，才會更具體與明確。

（二）法院個案解決標準的空泛與抽象

多數意見不責成立法者為統一與周延的補救之道，反而推給各級法院去就個案是否具有人格與經濟上的從屬性，特別是其「從屬度高低」，來斷定「兩勞契約」的同一性與否，顯然這是一個去簡為繁的「鋸箭法」，本席可以試舉出其犖犖大者不妥之處如下：

1、試問何為「人格與經濟上的從屬性」？

雖然多數意見援引了學術的通說見解，乃是：「……分別就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

¹¹ 即如，上註 2 民國 95 年 5 月 8 日行政院勞工委員會勞動 4 字第 0950024088 號函的見解，將之提升為法律效力。

險金為基礎計算其報酬)以為斷。……雖專屬僅能販售該保險公司之保險契約，惟如保險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，其與所屬保險公司間之從屬性程度不高者，是其尚難認屬系爭規定一所稱勞動契約。……」大概已可推知：一旦保險業務員擁有自由上下班的權利（甚至不必上班），光以抽取佣金為主要的收入來源（至於公司給予的底薪、車馬費等加給，乃微不足道之收入也），即屬與公司的依賴關係極為薄弱。此外，自己必須承擔招攬保險業務的一切支出與費用（即所謂的風險也，例如，必須利用自己的關係、人脈、資源……，以獲得客戶，若此付出不夠或不良即會喪失客戶，而使自己收入減少），此即為屬於承攬、居間的性質。此外，即使收取佣金的標準、紀律規定與考核、不得競業……（此為保險人員管理規則所納入者），雖操之在保險業者手中，尚不足以排除上述依賴性原則的重要性也。

但是這個判斷標準，欠缺的正是「底限」——何者為「依賴度高低」的標準？就以公司支付給從業員的待遇而論，雖然多數可能僅有些微底薪，其他靠佣金收入，自可以構成典型的保險承攬業務員。但亦不可排除某些保險公司可能給予底薪甚高（已類似公司職員），而後視招攬業績而給予的佣金，視為「分紅之獎勵津貼」者，此在資深或有特殊任務的從業員，非無可能也；或在新穎、困難的保險項目，亦有可能。不僅是在保險招攬方面，目前許多行業——例如，推銷行業中對於困難產品的推銷——也常以甚高底薪招攬推銷員，以吸引高素質的人才。

因此，標準何在？是否同樣的底薪，在不同的地區，便會有不同的「依賴效果」？同樣的，如公司的支付採底薪與佣金交叉計算等等具有誘因的方式，又如何計算依賴效果？是每月計或是年收入計……？豈非複雜之至？

因此多數意見未提出此一明確檢驗標準，於是，各個保險公司間有不同的給佣規定；同一公司對不同從業人員（資淺與資深、紅牌與新進），又有不同的給付標準，各法院豈非「疲於奔命」？

2、本解釋雖然為「統一解釋」，但其澄清的功能何在？

除了提出學術味十足的「個案依賴度高低」，交由各法院作為界定是否為勞動契約之空泛標準外，卻又不免引發另一個問題：究竟此「各法院」是指民事法院或行政法院？亦即哪一個法院方有對解釋保險招攬契約的屬性，享有最終的「發言權」？

多數意見顯然模糊以對，保留彼此可以各自判斷之餘地，此非更形成混亂乎？照理而言，本案起因於到底保險招攬契約能否視為勞基法的勞動契約，而此勞動契約在學理上，早被公認為是民事契約¹²，同時保險招攬契約不論是僱傭、承攬或代理性質，皆為民事契約，即應保留由民事法院為審理之機關也。

誠然，在界定一個法律關係，如專以一個契約的屬性如有涉及兩種不同體系法院見解的歧異，自應可聲請大法官為統一解釋。最明顯的例子，莫如釋字第六九五號解釋的原因案件，乃對於人民與政府機關就承租公有林地所簽訂的契約，究純為私法契約，抑或為兩階段性質，從而對行政機關一旦

¹² 例如，德國最權威的勞動法學著作，即持此見解。Hueck-Nipperdey, Grundriß des Arbeitsrechts, 3.Aufl., 1965, S.43.

否准締約之決定時，可視為行政處分，而提起行政救濟。若依前者之見解，則只有循民事救濟程序，再加上適用契約自由原則，該人民幾乎鮮有實質獲得救濟的可能。最終由該號解釋獲得後者的結論，從而使人民可依行政救濟途徑行使訴訟權。

相形之下，本號解釋並無取得類似釋字第六九五號解釋，有澄清管轄權的積極功能，也造成了日後的法院見解歧異，仍不可避免的後果也¹³。

3、本號解釋另一個瑕疵：對「保險人員管理規則」規範力的質疑，不免造成理由相互矛盾之後果。

本號解釋對「保險人員管理規則」的立場，似乎成為本號解釋帶來唯一較有積極功能之處。然細觀造成聲請本件統一解釋的原因，固然起因於最高法院與最高行政法院見解之差異，但是卻非對於區分「兩勞契約」的檢驗標準——即依賴關係——有無不同，亦即兩法院都認為應以依賴程度之高低為判斷，所以就此而言並不會造成歧異。而造成差異之處，乃是兩個法院體系對此「保險人員管理規則」的拘束力見解有所不同：此規則認定保險人員與保險公司間的依賴度較高，從而其性質偏向僱傭，與可認定屬勞動契約也。

而最高行政法院偏向贊同此見解；反之最高法院則否認其立論，而朝向以個案判斷，且基本上傾向承攬契約。

¹³ 特別是，不僅是兩種法院之間可能發生認定的差異，及連行政機關也可能牽涉在內，例如，民國95年5月8日行政院勞工委員會勞動4字第0950024088號函(見註2)，即認為：有關工資的認定，例如，保險公司與業務員間的給付，是否為工資，從而屬於勞基法第2條的勞動契約，屬「事實認定，宜由當地勞工行政主管機關依個案事實協助判明」。易言之，主管機關也加入了判明事實的機構之一。又勞委會民國90年3月9日行政院勞工委員會(90)台勞資二字第0009867號函(見註1)，也提到為了使保險事業與從業人間的關係更清楚起見，勞委會打算與學者專家擬定「相關表列及運用加權比重方式」使勞務給付之判定更簡便、標準化。易言之，關於是否使所謂的「依賴度高低」問題獲得澄清，主管機關希望能以行政權力、而非法規明確規範的方式來予具體解決之。由此二個函件顯示，依據個案事實判斷的決定機關，非置於法院，尤其是民事法院，反而是在行政機關方面，將不免徒然造成「三個機關」的衝突。

因此，本號解釋對此歧異見解，作出了統一解釋：「保險招攬勞務契約，是否為勞動基準法之勞動契約，……不得逕以保險業務員管理規則為依據。」亦即，有下述幾點值得重視：

第一，該規則並非完全不能適用，僅是「不得逕以」該規則為規範的來源，顯然仍保有「輔助、次要法源」之地位。

顯然，該規則仍有規範效力，但其效力不如個案所牽涉的事實來得重要。在此即產生了實證法規範卻無強制與優先拘束力，淪為次要規範的問題。首先，應注意此「保險人員管理規則」之名稱，雖然為「規則」，但卻是依法律授權而制定的法規命令，而非位階更低、且無須法律授權的「行政規則」，故對法官而言，即有拘束之效力也¹⁴。

故多數意見如果堅持「兩勞契約」的同一性必須專由個案關係而論，即該「保險人員管理規則」並無規範此種契約屬性之權限——正如同理由書所敘明的：「……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。……」則該規則既然違背此原則，而「越界」界定其屬性，即應宣布該規則抵觸授權目的而失效。否則，此「規則」之實質內容已屬違法，但本號解釋卻宣布其仍具有「輔助、次要法源」之地位。顯然將此「管理規則」視同為

¹⁴ 除了最高法院與最高行政法院對於法規命令認為違憲之虞時，自可裁定停止訴訟程序，聲請大法官會議解釋，至於最高法院與最高行政法院以下各級法院，並無此權力，只得依釋字第216號解釋及大法官第1153次會議(民國89年11月10日)，僅有拒絕適用或適用一途，但釋字第216號解釋乃指行政機關的釋令，即行政規則之規範，因此，各級法院法官僅能拒絕適用行政規則，法規命令並非在內，即有拘束力也。參見陳新民，行政法學總論，新9版，2015年，第226頁以下。

一般「行政規則」，任諸法官在個案決定有無受其拘束之權限也。

再則，多數意見這種對於「管理規則」可規範內容的限制，也不無太過狹義之虞。的確，在主管機關擁有規範某一行業內部秩序的授權時，只要遵守授權的界限，則機關主體與內部成員間的一切關係，都可是法律關係，契約的屬性即屬此關係之類型也。例如，可參考「警察人員人事條例」，在民國九十六年七月十一日修正前名為「警察人員管理條例」，此雖然是法律位階，而非授權命令，但既然提到「管理」即可專以此內容而論，涉及到警察人員所有人事上的規定，如任官、任職、薪俸、考核與考績……，哪一項不是涉及到其權利義務？豈能只限於（如仿效本號解釋對「保險人員管理規則」內容之描述應只有一定規範範圍的限制）「警察機關善盡管理、規範警察人員執行職務之職責」內之事項，方能加以規定乎？

即使屬於法規命令的人事管理規則（例如，證券商負責人與業務人員管理規則），也可包括認定執行某些業務者可屬於某類法定行業之範圍，例如，證券業務人員包括招攬業務者在內（該規則第二條第二項第四款），即屬一例。

因此，在法規的用語方面，「管理」一詞已和「內部行政與規範」形成同義詞，如要一改以往之立法習慣，採取嚴格、狹義之字面解釋，方可使用此「管理」之名詞，當是陳義過高、只是曇花一現的效果。無法作為我國「法規學」上一個有力的里程碑見解也！

三、結論——居廟堂之高，則憂其民

本號解釋既然在未得探詢保險業者與從業人員意見的前提下，獲得了多數意見的共識。作為合議制的一員，本席對持多數意見者堅持學理，澄清保險招攬事務之屬性的決心，的確銘感在心！但是，本席又不禁想起宋朝大政治家與文學家的范仲淹，在其名作—《岳陽樓記》—中，有一句千古名言：「居廟堂之高，則憂其民。」值得吾人細細回味：真是好一句「居廟堂之高，則憂其民」！

如今吾等大法官在司法院高堂議事，是否亦當為那些為數甚多從事招攬、每日奔波在社會各角落，努力謀求生活之資的保險業務員著想，能否為他們爭取到最合理的解決方案？會否作出太象牙塔式思維的結論，而與社會脫節？這也是本席在審理本案過程，心中經常縈繫的一絲憂慮也！

多數意見的確精於學理分析，而保險招攬本來具有「各憑本事」的特徵甚明：微不足道的底薪，相對應豐厚的佣金。為此，當可以吸引人民放棄拿固定、且較低的工資（即僱傭工資）之工作，而選擇較自由、且可發揮個人專長並帶來獲利的承攬性質之保險業務員工作。故凡有一得，也必有一失，其兩者間的抉擇，豈不印證德國大文學家歌德的一句雋永格言：「如果你要別人善盡義務，卻不給予他應有之權利，那就應當給付他豐厚的報酬」¹⁵？正是如：你要保險業務員善盡招攬保戶的義務，但又不給予勞基法的權利，那只有給予「高額佣金」的報酬也。

無疑地，這本是保險招攬的給予佣金制度之立意，也是保險招攬業「本係」偏向承攬關係的精神所在。但是天下沒有不變的商業規則，也沒有不隨著時代與社會改變的制度。

¹⁵ 可參見程代熙、張惠民譯，歌德的格言及感想集，北京，中國社會科學出版社，1982，第28頁。

隨著保險業務的多元化與競爭，上述典型化的制度以及相關的法律體制，顯然已經過於單純與簡單化，未必能符合保險業之現狀也。為此，本席呼籲我國的保險業務與勞動事務主管機關應當儘速共謀修法之議，讓我國實施超過半個世紀以上的招攬保險業務制度，能夠展現出一個嶄新的面貌：一方面讓國家履行其保障所有國民能獲得最基本、足敷生活所需的工作報酬的神聖義務，亦即透過勞動法制所構建的最起碼之福利，應將保險業務員都納入此「國家福利法網」的保障之內；此外，仍可適用契約自由與民事承攬契約的優點，利用其相對的提供勞務之自由度、資源，而獲得更多的報酬起見，作為保險招攬的另一個誘因。故可以勞動法制之福利為「底薪標準」，而後以一定的佣金作為鼓勵業績的制度，如此即可趨向「雙贏」。

但本席也必須坦言：這絕對不是一個簡單的任務，也更超過吾等大法官的權責與能力，這一切都有待立法者最終展現的「立法裁量之意志」。對此，本席願意援引大法學家韓非子的名言：「法與時轉則治，治與世宜則有功。」（心度篇），以為惕勵。如今，保險與勞基法制並未隨世變而轉、已不合時宜甚烈，豈能再執著於一方學理而應變乎？立法機關應奮起而為，此正其時也！