

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。