

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，而認二審判決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。