

保險業務員佣金得否計入退休金 計算基數-臺北地方法院 106 年度 勞訴字第 299 號民事判決之試評

林聖智

保險業務員佣金得否計入退休金計算基數此議題一直存在於保險公司與業務員之間，甚至在法院的訴訟實務上亦有不少案例，惟在大法官於中華民國(下同)105年10月21日對於「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」作成釋字740號解釋後，司法判決是否會因此受影響，實值得探討，大法官釋字740解釋文之重要的意義在於釐清保險公司對於保險業務員之管理係基於履行法規命令即保險業務員管理規則所規範之義務不是認定僱傭關係中人格從屬性的基礎。臺北地方法院106年度勞訴字第299號民事判決為107年4月19日之判決，為大法官釋字第740號解釋後之實務判決，故本文就保險業務員佣金得否計入退休金計算基數議題以及臺北地方法院106年度勞訴字第299號民事判決之看法提出相關論述。

壹、業務員與保險公司間之契約種類

由於勞動、僱傭、承攬及委任契約，在形式外觀上皆有勞務之提供，且除「委

任」之外(委任契約可以分為有償委任與無償委任)皆有報酬之領取。因此在職場上，這四種契約很容易被誤用或被誤解。學者鄭津津於〈勞動契約、僱傭契約、承攬契約與委任契約之區別〉一文中認為，適用勞基法之勞雇關係，應簽訂「勞動契約」。在勞動契約中，勞資雙方在約定勞動條件時，雖係以合意為原則，但合意所約定之內容不得違反勞動基準法(以下簡稱勞基法)所定之最低標準，若勞雇關係不適用勞基法，則應簽訂適用民法之「僱傭契約」，但實務上常有混用此二者之情況。在法院實務上，勞基法所規定之勞動契約，係指當事人之一方，在從屬於他方之關係下，提供職業上之勞動力，而由他方給付報酬之契約。依臺灣高等法院103年度勞上易字第16號民事判決以及大法官釋字第740號之解釋中，指出勞工與雇主間之從屬性，通常具有以下特性：一、人格上從屬性，即受僱人在雇主企業組織內，服從雇主任權威，並有接受懲戒或制裁之義務。二、親自履行，不得使用代理人。三、經濟上從屬性，即受僱人並不是為自己之營業勞動而是從屬於他人，為該他人之目的而勞

動。四、組織上從屬性，即納入雇方生產組織體系，並與同僚間居於分工合作狀態等項特徵。此契約以供給勞務本身為給付目的，即受僱人於一定期間內，應依照僱主之指示提供勞務，與僱主間具有從屬性之關係。由此可知，實務上對於「勞工」概念的判斷，多半是以「從屬性」之有無作為判斷基準，就具體之「從屬性」之判斷上大多以「人格上從屬性、親自履行、經濟上從屬性、組織上從屬性」作為從屬性之要件。另最高法院 96 年度台上字第 2630 號判決亦認為：勞基法所規定之勞動契約，係指當事人之一方，在從屬於他方之關係下，提供職業上之勞動力，而由他方給付報酬之契約，就其內涵言，勞工與雇主間之從屬性，通常具有：一、人格上從屬性，即受僱人在雇主企業組織內，服從雇主權威，並有接受懲戒或制裁之義務。二、親自履行，不得使用代理人。三、經濟上從屬性，即受僱人並不是為自己之營業勞動而是從屬於他人，為該他人之目的而勞動。四、組織上從屬性，即納入雇方生產組織體系，並與同僚間居於分工合作狀態等項特徵，初與委任契約之受委任人，以處理一定目的之事務，具有獨立之裁量權者迥然不同。最高行政法院 101 年度判字第 368 號判決則認為勞工在從屬關係下為雇主提供勞務，從屬性乃勞動契約之特徵，可由人格上從屬性、親自履行、經濟上從屬性、組織上從屬性等 4 個面向觀察。

不同契約種類會影響報酬請求條件與

屬人性程度，分述如下：

一、僱傭、承攬、委任契約之報酬請求條件不同

受僱人既然對僱傭事務之執行原則上不具有獨立決定空間，故其報酬請求權僅須依僱用人之指示，於一定時間與處所執行職務即可發生，與事務執行之成效無關。

有償委任契約之受任人，其報酬請求權之發生依據，亦不以一定事務之完成為其要件。然承攬契約之承攬人，報酬請求權之發生，應以一定工作之完成為其要件。

二、僱傭、承攬、委任契約之屬人性程度不同

(一) 僱用人與受僱人間存在著職業上歸屬關係，所以僱傭之屬人性程度最強，存在著最強烈的勞務之專屬性。民法第 484 條規定：

「僱用人非經受僱人同意，不得將其勞務請求權讓與第三人，受僱人非經僱用人同意，不得使第三人代服勞務。」。

(二) 委任雖不具僱用人與受僱人間之職業上歸屬關係，但委任人因信賴受任人而委以一定事務之處理，深具個人信賴關係，故亦具備一定程度之勞務之專屬性；民法第 537 條規定：「受任人應自己處理委任事務。但經委任人之同意或另有習慣或有不得已之事由者，得使第三人代為

處理。」

(三) 反觀承攬著重一定工作之完成，原則上無勞務專屬性之問題，所以承攬人無庸親自供給勞務。惟應注意者，當代重大工程，不乏規模龐大不容瑕疵或遲延之發生者（不容閃失），故特別重視承攬人之資格、技術、經驗與財力，所以承攬契約往往有約定不得轉包，只許分包者，政府採購法甚至定有明文。

綜上所述，產險業與保險業務員間之關係，就契約性質而言，實務上多屬僱傭關係，僱主多會依勞基法規定提撥與給付業務員退休金，但佣金是否屬於工資？仍未有定論，本文將由法院實務見解以及臺北地方法院 106 年度勞訴字第 299 號民事判決之觀點作論述。

貳、業務員依保險業務招攬成果所領取之佣金報酬，是否為勞動基準法第 2 條第 3 款所稱之工資？佣金報酬是否得列入勞動基準法第 55 條計算退休金之基準中？

一、實務見解有認「佣金」報酬係保險業務員依委任關係所生之報酬，亦有認係屬承攬關係所生之報酬者，惟無論何者均肯認保險業務員招攬「佣金」不屬勞基法第 2 條第 3 款之工資，「佣金」既不屬工資一環，自不得列入勞基法第 55 條計算退休金之基準中

(一) 保險業務員為保險公司招攬保險，經客戶訂立保險而向保險公司收取佣金或津貼，此部份因欠缺經濟上之從屬性，尚難認為勞務契約

按臺灣臺北地方法院 95 年勞簡上字第 17 號判決要旨：「勞動基準法之勞工，經僱用勞工從事工作獲得工資，在人格上、經濟上及組織體系上從屬於僱主，勞動契約之目的重在勞動本身，並非勞動之結果；而保險業務員是為保險公司招攬保險經客戶訂立保險而向保險公司收取佣金或津貼，保險公司可依其工作時間及內容給與業務員自主決定之空間，對業務員招攬業務之方式及內容不為指揮監督，而重視業務員促成保險契約訂立之結果，是以基於契約自由原則，保險公司得選擇與業務員間所訂勞務契約類型，非均以勞動契約視之。」；次按臺灣最高法院 99 年勞上字第 58 號民事判決意旨：「勞工係在從屬關係下為僱主提供勞務，此一特徵亦為判斷勞務給付契約是否屬於勞動契約之決定性因素，至於從屬性之內容，可分為人格上之從屬、經濟上之從屬及組織上之從屬。…經濟上從屬性指勞工完全依賴對僱主提供勞務獲致工資以求

生存，其經濟上雖與雇主有相當程度緊密聯絡，但企業風險由雇主負擔，勞工不負擔風險，其勞動力需依賴雇主之生產資料始能進行勞動。因其不負擔經營盈虧，只要勞工依據勞動契約確實提供勞務，雇主即有給付報酬之義務。…被上訴人係以上訴人招攬之保險並收取之保險費計算一定比例為上訴人可領取之報酬。若保險契約經取消，被上訴人不能繼續保有上訴人已收取之保險費，上訴人即需將此部分已領取之佣金返還被上訴人，足認被上訴人是否給付報酬，係依上訴人給付勞務之結果為據，而非僅勞務給付之提出。換言之，此部分上訴人需負擔與被上訴人相同之風險，亦即契約未締結、未繳納保費及取消契約退還保費等，此時上訴人勞務給付行為係為自己事業之經營，而非僅依附於被上訴人，為被上訴人貢獻勞力，自難謂兩造間有經濟上之從屬性。」據此，實務見解認為保險業務員為保險公司招攬保險，經客戶訂立保險而向保險公司收取佣金或津貼，此部份因不具有勞務契約之經濟上從屬性，尚難認有勞動契約之關係。

(二) 實務見解有認保險業務員進行招攬客戶，若客戶決定投保，其

進而取得之佣金者，其佣金係因「委任關係」所生之報酬，非勞基法第 2 條第 3 款規定之工資。按最高法院 95 年台上字第 1175 號判決意旨：「上訴人之薪資及考核，既係依照其提供勞務所達成之結果而定，而報酬之核發，則係依展業措施之約定計算得知，其縱已為勞務之提出，例如已進行招攬客戶所必要之作為，但如客戶未因此決定訂立保險契約，上訴人即未能取得報酬，此核與勞基法第 2 條第 3 款規定之工資係基於勞工勞務提出之本身所為之對價給付之性質不符，亦顯異於勞務之供給與工作成果常具一定比例之按件計酬勞僱關係，復與一般勞務報酬係相應於工作時間之長短而給付之情形相異，益徵兩造間係成立委任關係。至於被上訴人固為適用勞基法之事業，惟適用勞基法之事業，並非不容與對該事業提供服務者成立委任或承攬契約，或成立僱傭與委任之混合契約或聯立契約」是以，實務見解認為基於契約自由原則，保險業務員與保險公司自由訂定勞務給付之方式，而於同一勞務契約將勞動契約與委任契約或承攬契約合併成立，非法所不許。此外，保險業務員進行招攬客

戶，若客戶決定投保，其進而取得之佣金，並非屬勞基法第 2 條第 3 款規定之工資，而係委任關係所生之報酬。

- (三) 實務見解亦有認，保險業務員進行招攬客戶，若確定成立保險契約，業務員方得獲取之佣金，屬「承攬關係」所生之報酬，並非勞基法第 2 條第 3 款規定之工資。按臺灣臺北地方法院 99 年勞簡上字第 7 號民事判決要旨：「按勞基法第 2 條第 3 款規定：『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、計件以現金或實等方式給與之獎金、津貼及其他任何名義之經常性給與均屬之』；又同法施行細則第 10 條並將勞工非因工作而獲得之對價，或雇主為單方之目的而為任意性、恩給性之給付，如年終獎金、競賽獎金、夜點費等，明文排除於上開條款所稱「其他任何名義經常性給與」範圍外，以杜爭議。故勞基法第 2 條第 3 款規定之工資，不僅為勞工因工作而獲得之報酬且須經常性之給與，始足當之。…上訴人領取之服務津貼、獎金等，係以上訴人招攬保險業務金額之一定比例計算所獲取之報酬，而有關上訴人招攬保險業務部分之契約性質屬承攬契

約性質，已如前述，是上訴人領取之服務津貼、獎金等，即與前述基於勞動契約而獲得之報酬即「工資」之要件不符。上訴人所領取之所謂服務津貼，係指按所招攬各件保險契約之服務津貼比例，乘以該件保險契約之保險費計算給付，此有系爭合約第參章（承攬工作）第 2 條可參，足知此項服務津貼給付係以上訴人提供勞務所達成之結果作為計算之標準（亦即上訴人雖已為勞務之提出即招攬保險，然如未能招攬成立保險契約，仍未能取得上開給付），亦與前述勞基法第 2 條第 3 款規定之工資，係基於勞工勞務提出之本身所為對價給付之性質不符。從而，○ ○人壽公司給付上訴人之工作報酬項目中，僅有固定薪及伙食津貼部分，屬於工資之一部分，至於服務津貼、獎金等項目，均與勞基法第 2 條第 3 款所規定之工資性質不同，自不得視為工資之一部份。」；次按臺灣高雄地方法院 97 年勞訴字第 3 號民事判決意旨：「本院衡諸原告所得佣金之性質，既係由客戶所繳交之保費而來，參酌保險公司於設計商品核定保費時，已將佣金列入考量，且保險業務員所領取之佣金，無非視其經手或招攬之保

險契約是否成立及客戶是否持續繳交保費而定，要屬保險業務員工作成果之對價，須有工作成果（保險契約成立）始得獲取，並非從事招攬行為（即提供勞務）均得受領，性質上與承攬契約較為相似，是佣金收入顯非被告提供勞務之對價，應與勞動基準法所稱之工資有間（臺灣最高法院 92 年度勞上字第 9 號、第 36 號判決參照）。」由此可知，亦有實務見解認為，保險業務員進行招攬客戶，若確定成立保險契約，業務員方得獲取之佣金，並非屬勞基法第 2 條第 3 款規定之工資，而應認屬「承攬關係」所生之報酬。

二、實務見解多肯認保險業務員招攬「佣金」係依保險招攬結果而定，故欠缺對價性，縱有經常性，亦非勞動基準法第 2 條第 3 款之「工資」，不得列入勞基法第 55 條計算退休金之基準中

（一）按臺灣最高法院 96 年度勞上易字第 32 號裁判要旨：「勞動基準法所謂之工資，應包括下列條件：(1)、由雇主給付勞工；(2)、勞工因工作所獲得之對價；(3)、須為經常性之給與。其中所謂經常性之給與，祇要在一般情形下經常可以領得之給付即屬之。此之『經常性』未必與時間上之經常性有關，而是指制度

上之經常性而言。亦即，為雇主企業內之制度，雇主有支付勞工給與之義務時，該給與即為經常性給與，因為在既定制度下，勞工每次滿足該制度所設定之要件時，雇主即有支付該制度所訂給與之義務。倘雇主為改善勞工生活而給付非經常性給與；或為其單方之目的，給付具有勉勵、恩惠性質之給與，即非為勞工之工作給付之對價，與勞動契約上之經常性給與有別，應不得列入工資範圍之內。又所稱因工作所獲得之對價，由勞動契約之法理言之，若為勞工因提供勞務而由雇主所獲得之對價，本即應認定為工資。此對照觀勞動基準法第 2 條第 1 款『從事工作獲致工資』及民法第 482 條關於僱傭契約之定義提及『一方為他方服勞務，他方給付報酬』之文義，即可得知。至於何種給付構成勞務之對價，應以給付之性質為出發點；此處應探究該給付與勞務之提出是否處於同時履行之關係，雇主得否以勞工未提供勞務而拒絕某一給付，或當雇主不為某一給付，勞工得否拒絕勞務之提供等相關情狀予以判斷。……上訴人對於被上訴人辯稱佣金係依保戶繳交之保險費究為第 1 次保費抑或第 2 次以後之保費，區分

為工作獎金及繼續服務津貼，不論其名為工作獎金或繼續服務津貼，均係按保戶實繳保險費百分比計算；若契約未成立或客戶未繳交保險費，則無佣金等語，於原審 96 年 1 月 9 日言詞辯論期日表示不爭執（見原審卷第 163、168 頁）。……是以佣金、特支費之發給，應視上訴人完成一定保險契約之招攬，收取保戶繳交保險費之件數，保戶繳交之保險費數額、期數等情狀，被上訴人始負有給付義務，而以上訴人達成一定工作成果為發給要件。……佣金、特支費為上訴人每月所領薪津即工資外之給付，且以上訴人完成一定之工作為數額多寡及發放與否之要件；縱使上訴人已依勞動契約第 1 條約定提出各項勞務之給付，即為被上訴人招攬保險契約、收取保費及服務保戶後，但在未完成一定工作前，仍然無由領得佣金、特支費。顯見佣金、特支費並非勞工即上訴人提供勞務之對價，縱為經常性給與，亦非前述工資之性質。故而上訴人每月所領取之佣金（外務津貼）、特支費（業務津貼、收費津貼）均非工資性質，不應列入計算退休金平均工資……上訴人在契約存續期間領得之佣金、特支費，

與上訴人提供之勞務間缺乏對價性，並非工資之性質，無庸列入計算退休金平均工資」

(二) 次按臺灣高等法院 103 年度重勞上字第 15 號判決要旨：「被上訴人欲領取上開各項津貼、報酬，須以被上訴人於當月成功招攬客戶，使客戶與上訴人簽訂保險契約，及要保人已繳交或持續繳交保險費為前提。而被上訴人向客戶招攬保險及服務客戶，無論其等提供勞務數量多寡，客戶如不與上訴人締結保險契約及繳納保費，被上訴人即無法領取任何職展報酬。被上訴人領取職展報酬，實取決於客戶之行為，與其等提供勞務之時間長短、數量多寡，並無直接必然關聯，又上訴人僅就最終訂立保險契約之要保人所繳保險費，按一定之百分比計算職展報酬給付被上訴人，則上訴人付出該等職展報酬金額係上訴人於設計保險商品、核定保險費可以預見而可將該等報酬金額計入考量，提撥一定比例，分配予招攬保險業務人員，則以被上訴人所領取職展報酬，視其經手或招攬之保險契約是否成立，及要保人是否繳交保險費而定，乃被上訴人工作成果之對價，該等職展報酬實有鼓勵被上訴人多勞多得之佣金性

質，與基於勞工勞務提出本身所為之對價給付性質不同，亦顯異於勞務之供給與工作成果常具一定比例之按件計酬勞僱關係，或相應於工作時間長短而給付之情形相異，自非其等提供勞務之對價，是被上訴人因招攬保險之工作與其所獲得上開職展報酬間，並不具有對價關係，與勞動基準法所稱工資係勞務之對價報酬，顯不相同。被上訴人所領取該等職展報酬自非工資。……是平均工資之計算，應以工資為計算基礎。而上訴人發給被上訴人之職展報酬既與勞工勞動對價之經常性給與有別，非屬工資之範圍，已如前述，雇主即上訴人自得不將之計入平均工資計算基礎。」

- (三) 再按最高法院 102 年度台上字第 2207 號判決意旨：「上訴人招攬保險之報酬，係按其所招攬且簽訂保險契約並已繳交之保險費計算，非以招攬保險之勞務次數計算；所招攬之保險契約如有不成立、無效事由，上訴人應返還已領取之報酬，堪認其招攬保險之勞務與所獲報酬間，不具對價關係。」
- (四) 復按臺灣高等法院 92 年度勞上字第 36 號判決意旨：「是核系爭外務津貼之性質，既係由客戶繳

交之保費而來，即一般所稱之佣金，則參酌保險公司於設計商品核定保費時，已將佣金計入考量，且壽險業務員所領取之佣金，無非視其經手或招攬之契約是否成立，及客戶是否繳交保費而定，要屬壽險業務員工作成果之對價，乃受自客戶之服務費，須有結果（即保約成立）始得獲取，並非從事招攬（即提供勞務）均得受領者，顯非其向被上訴人提供勞務之對價，自與勞基法所稱之工資有間，尚不因上訴人是否按月均受領系爭外務津貼而變異其不屬工資之性質。」臺灣高等法院 93 年度勞上易字第 88 號判決有相同意旨。

- (五) 又按臺灣高等法院 93 年度勞上易字第 88 號判決要旨：「上訴人另執勞基法第二條第三款工資定義謂系爭服務津貼為從事招攬保險所得，按保險契約成立之件數計算應領金額，屬於計件方式計算之獎金，屬於工資云云。惟按勞基法第二條第三款所謂『按件計酬』之勞動契約，應指以同種或同樣生產產品的個數、件數、枚數、重量，依同一報酬率來計算工資之勞動契約。如前所述，本件上訴人係依其所能招攬成功之保險契約而計算其報酬，雖不無按件計算之意，惟上

訴人縱已完成招攬客戶所必要之作為（如推介或宣傳），但客戶是否因此決定訂立保險契約，完全取決於客戶單方之意思；其性質顯異於勞務之供給與工作成果常具一定比例之按件計酬勞僱關係（參照本院九十年度勞上字第四三號判決）。是上訴人徒依按件計酬之形式，漠視其招攬保險業務之所得並非其所提供勞務本身對價之事實，即非可採。」

三、招攬業務之「佣金」報酬，顯係在僱傭契約之報酬外，基於其他聯立契約如承攬或委任所生，因其並非僱傭契約之報酬，非屬勞基法所規範之工資按臺灣高等法院 93 年度勞上易字第 88 號判決：「勞動基準法所規範之勞雇關係，係以僱傭契約為基礎之勞動契約，如勞工與雇主間，除僱傭關係外，尚有其他如承攬或委任契約之混合契約存在者，則該勞工所獲得之報酬，除僱傭契約之報酬外，即尚有其他如承攬或委任之報酬，則就該承攬或委任之報酬，由於並非僱傭契約之報酬，不問其是否為經常性給與，性質上即非勞基法所稱之工資，則自不能列入平均工資，計算退休金。」

參、臺北地方法院 106 年度勞訴字第 299 號民事判決之觀點

因此判決為大法官 740 號解釋後之判

決，故可從此判決觀之，釋字 740 號對於實務判決是否造成影響，關於此判決對於保險業務員佣金得否計入退休金計算基數之相關觀點論述下：

一、依保險業務招攬成果所領取之佣金，性質為何？

（一）按稱僱傭者，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；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，民法第 482 條、第 490 條分別定有明文。是僱傭與承攬固同屬供給勞務之契約，惟前者以供給勞務本身為目的，除供給勞務外，別無其他目的，受僱人於一定期間內，應依照僱用人之指示，從事一定種類之工作，且受僱人提供勞務，具有繼續性及從屬性之關係；後者則以一定工作之完成為目的，供給勞務僅為手段，定作人對於承攬人所提供之勞務並無指揮監督之權，承攬人只須於約定之時間完成一個或數個特定之工作，與定作人間無從屬關係，可同時與數位定作人成立數個不同之承攬契約，二者性質並不相同。又依勞基法第 2 條第 6 款規定，約定勞雇關係之契約為勞動契約；係指當事人之一方，在從屬於他方之關係下提

供職業上之勞動力，而由他方給付報酬之契約。

- (二)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，其選擇之契約類型是否為勞基法第2條第6款所稱勞動契約，應就個案事實及整體契約內容，按勞務契約之類型特徵，依勞務債務人（保險業務員）與勞務債權人（保險公司）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報酬）以為斷。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，尚難認屬上開規定所稱勞動契約（司法院釋字第740號解釋意旨參照）。再按，保險業務員之薪資及考核，既係依照其提供勞務所達成之結果而定，而報酬之核發，則係依展業措施之約定計算得知，其縱已為勞務之提出，例如已進行招攬客戶所必要之作為，但如客戶未因此決定訂立保險契約，保險業務員即未能

取得報酬，此核與勞基法第2條第3款規定之工資係基於勞工勞務提出之本身所為之對價給付之性質不符，亦顯異於勞務之供給與工作成果常具一定比例之按件計酬勞僱關係，復與一般勞務報酬係相應於工作時間之長短而給付之情形相異，益徵兩造間係成立委任關係。至於保險公司固為適用勞基法之事業，惟適用勞基法之事業，並非不容與對該事業提供服務者成立委任或承攬契約，或成立僱傭與委任之混合契約或聯立契約（最高法院95年台上字第1175號判決參照）。

- (三)依保險公司所訂定之業務招攬管理辦法（下稱系爭招攬辦法）第8條第1項之約定：本公司業務人員屬正式僱用員工者，其權利義務包括薪津、退休、考核、升遷、休假、撫卹、保險等均依法令及本公司相關人事管理規章辦理。因招攬業務所得請求之佣金或報酬，本公司得依該業務之性質、種類等訂定相關報酬支給標準，另行給付之，不列入勞動基準法所謂「工資」範圍內等語。業務員因招攬保險業務所得請求之佣金報酬，保險公司應依前揭招攬辦法之約定給付之。該項約定對於業務員薪資請求權

與佣金報酬請求權之請求依據，顯已做出區分，自不容業務員逕以勞動契約混淆之。再觀諸系爭招攬辦法之各項約定，其內容無非係就保險公司之招攬保險業務人員約定保險招攬行為之授權範圍、業務人員之資格、招攬商品、在職訓練、獎懲、招攬行為之禁止事項、招攬管理、相關法律之不作為義務等情而為規範，尚兼具保護一般客戶及維持兩造契約關係之目的；然就業務員應如何從事保險業務之招攬，則未具體約定，足見業務員對於招攬保險之對象、時間、地點、方法等，具有獨立之裁量權，保險公司對於業務員招攬保險之勞務提供方式，指揮監督程度甚低，足徵系爭招攬辦法之約定，尚非具體指導業務員從事該項業務之方法，難認兩造間就招攬保險業務部分，具有傳統勞動契約關係學理之特徵即人格上從屬性之性質。業務員據以主張該部分業務性質屬勞動契約，顯屬遽斷，不足採信。

(四) 第查，業務員因招攬保險業務所得請求之佣金或報酬，取決於其業績之多寡，亦即依照其提供勞務所達成之結果而定；而報酬之核發，則係依保險公司所定相關報酬支給標準為之。是縱業務員

已為勞務之提出，例如已進行招攬客戶所必要之作為，但如客戶未因此決定訂立保險契約或解除契約，業務員即未能取得報酬。核此與勞基法第 2 條第 3 款所規定之工資係基於勞工勞務提出之本身所為之對價給付之性質不符，顯異於勞務之供給與工作成果常具一定比例之按件計酬勞僱關係；復與一般勞務報酬係相應於工作時間之長短而給付之情形相異。準此，業務員招攬保險之報酬係按其所招攬且簽訂保險契約並已繳交之保險費計算，非以招攬保險之勞務次數計算，故性質上較類似於承攬契約之報酬。

二、佣金是否為勞基法第 2 條第 3 款所稱之工資，得否列入勞基法第 55 條第 1 項第 1 款計算退休金之基數標準中？

(一) 按勞基法第 2 條第 3 款規定，工資係勞工因工作而獲得之報酬，包括獎金、津貼及其他任何經常性給與均屬之。如為勞務性給與及經常性給與性質即屬工資。主管機關唯恐不明確，特於施行細則第 10 條明定 11 款名義之給與排除在「經常性給與」之外。又工資實係勞工之勞力所得，為其勞動對價而給付之經常性給與。倘雇主為改善勞工生活而給付非經常性給與；或為其單

方之目的，給付具有勳勵、恩惠性質之給與，即非為勞工之工作給付之對價，與勞動契約上之經常性給與有別，不得列入工資範圍之內。(最高法院 86 年度台上字第 255 號判決意旨、最高法院 85 年度台上字第 600 號判決意旨參照)。次按，上訴人招攬保險之報酬，係按其所招攬且簽訂保險契約並已繳交之保險費計算，非以招攬保險之勞務次數計算；所招攬之保險契約如有不成立、無效事由，上訴人應返還已領取之報酬，堪認其招攬保險之勞務與所獲報酬間，不具對價關係(最高法院 102 年度台上字第 2207 號判決意旨參照)。是本件業務員所領取之佣金報酬是否屬勞基法所稱工資之一部分，而得合併作為計算退休金之基準，應視其性質是否為提供勞務之對價、是否在一般情況下經常可領取而定，且須符合雇主之給與、工作之對價及經常性之給與等條件始得謂為工資。

- (二) 經查，業務員所領取之佣金，係以業務員所招攬保險業務金額之一定比例計算所獲取之報酬，且業務員所招攬保險契約如有未經保險公司承保、保戶於猶豫期間變更或退保、該保險契約因任何原因無效、保險公司依保

險法第 64 條規定解除該保險契約、保戶辦理變更或退保、業務員違反更換件辦法者，保險公司得不給付業務員此部分原承保或減少之額度所應得之佣金。關於業務員招攬保險業務部分之契約性質屬承攬契約性質，已如前述，是業務員領取之佣金，乃以業務員提供勞務所達成之結果作為計算之標準，縱業務員已為勞務之提出，如最終保險契約未能成立，或客戶未如期繳交保費，或有嗣後客戶退保等情事，業務員仍未能就其招攬保險工作取得上開給付，此與勞基法第 2 條第 3 款所規定之工資，係基於勞工勞務提出之本身所為對價給付之性質已不相符。再者，保險業務員所得領取之佣金，實質上取決於客戶是否投保或是否繳納保費等情，有不確定性。足證招攬保險業務佣金報酬並不固定，且佣金之計算方式，均於保險商品推出時即已明定，保險業務員若不同意該等計算方式，即可拒絕招攬保險，顯係為自己事業之經營而招攬保險，並非單純從屬保險公司，為該公司貢獻勞力，是所獲得之佣金，自不同於勞基法第 2 條第 3 款規定所謂經常性給與，自非該條款所謂之「工資」一節。

(三) 業務員援引最高行政法院 93 年度判字 1178 號判決認「佣金」即為勞基法之「工資」，應列入退休金計算基準云云。然查，該判決認定保險業務員之津貼、獎金及禮金等係提供勞務而自雇主所獲得之對價，性質上為因工作而獲得之所得，屬所得稅法第 14 條第 1 項第 3 類規定之工作上提供勞務之薪資所得。惟所得稅法第 14 條第 1 項第 3 類規定之工作上提供勞務之薪資所得包括薪金、俸給、工資、津貼、歲費、獎金、紅利及各種補助費等情，係為徵得所得稅之申報內容，與勞基法第 2 條第 3 款及同法施行細則第 10 條所規定之工資界定範圍，其立法目的與勞基法上顯不相同。

肆、結語

保險業務員與保險公司間之法律關係型態，可合意自由選擇契約類型，但重點在於勞動條件應經由勞資協商過程，取得共識後清楚約定於勞務契約之中，即便約

定為僱主無庸負擔勞健保及退休金之純承攬制，只要勞僱雙方基於自由意志下達成之合意，應尊重雙方選擇契約類型之權利。依臺北地方法院 106 年度勞訴字第 299 號民事判決見解認為，業務員從事之內部行政工作與保險業務招攬工作之客觀範圍以觀，與保險公司間存在勞動（僱傭）及承攬性質之混和契約關係。從而，保險業務員因招攬保險業務自保險公司所取得之佣金，因欠缺勞務從屬性與勞務對價之給付關係，非屬勞基法所規定之工資，故除契約約定外，保險公司之內部行政工作與保險業務招攬工作各項約定，以及業務員是否具有獨立之裁量權，保險公司對於業務員之指揮監督程度，均為傳統勞動契約關係學理之特徵即人格上從屬性之判斷依據。故業務員與保險公司之法律關係型態自大法官釋字 740 號解釋以後，除了以契約型態判斷外，人格上從屬性亦已成為判斷雙方法律關係之重要依據。

本文作者：

明台產物保險股份有限公司
法務暨法令遵循部資深經理

