

## 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<sup>1</sup>，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<sup>2</sup>。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<sup>3</sup>，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<sup>4</sup>，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

---

<sup>1</sup> 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。

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

<sup>3</sup> 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。

<sup>4</sup> 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<sup>5</sup>。同時，最高法院<sup>6</sup>與最高行政法院<sup>7</sup>，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<sup>8</sup>，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<sup>9</sup>。

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

<sup>5</sup> 例如，鄭玉波，保險法論，三民書局，民國95年，第19頁。

<sup>6</sup> 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。

<sup>7</sup> 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。

<sup>8</sup> 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。

<sup>9</sup> 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<sup>10</sup>。因此當時早已在臺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

---

<sup>10</sup> 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<sup>11</sup>。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

---

<sup>11</sup> 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<sup>12</sup>，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

---

<sup>12</sup> 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<sup>13</sup>。

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。

---

<sup>13</sup> 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<sup>14</sup>。

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

---

<sup>14</sup> 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」<sup>15</sup>？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。

---

<sup>15</sup> 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！