

标 题：保险营销员的法律地位和司法实务认定

作 者：王正华

作者单位：北京康达律师事务所杭州分所

在探讨保险营销员法律地位之前，我们先分析一下保险营销员与保险代理人的定义和区别，在此基础上进一步分析保险营销员与保险公司之间存在的法律关系，从而最终明确保险营销员的法律地位和司法实务认定规则，因为，关系决定了地位，地位也影响着关系。

### 一、保险代理制度和保险营销员

#### 1、《保险法》对保险代理制度和保险代理人的依法确认

保险营销中的代理人制度在世界保险业中是一种普遍、先进的展业形式，随着 1992 年美国友邦保险公司上海分公司的率先引进及中国保险市场的发展实践，该制度逐渐为我国众多保险公司采用，保险代理人也成为我国保险市场的重要组成部分。《保险法》自 1995 年 6 月 30 日由中华人民共和国第八届全国人民代表大会常务委员会第十四次会议通过，至 2002 年修订均确立了保险代理人是我国保险营销市场中的一项重要制度。现在，新《保险法》已由中华人民共和国第十一届全国人民代表大会常务委员会第七次会议于 2009 年 2 月 28 日通过，自 2009 年 10 月 1 日起施行。进一步对保险代理人制度进行了完善和规范。其中，第一百一十七条 保险代理人是根据保险人的委托，向保险人收取佣金，并在保险人授权的范围内代为办理保险业务的机构或者个人。第一百二十二条 个人保险代理人、保险代理机构的代理从业人员、保险经纪人的经纪从业人员，应当具备国务院保险监督管理机构规定的资格条件，取得保险监督管理机构颁发的资格证书。第一百二十五条 个人保险代理人在代为办理人寿保险业务时，不得同时接受两个以上保险人的委托。第一百二十六条 保险人委托保险代理人代为办理保险业务，应当与保险代理人签订委托代理协议，依法约定双方的权利和义务。第一百二十七条 保险代理人根据保险人的授权代为办理保险业务的行为，由保险人承担责任。保险代理人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以保险人名义订立合同，使投保人有理由相信其有代理权的，该代理行为有效。保险人可以依法追究越权的保险代理人的责任。上述规定可见，保险代理人制度是一种特殊的民事代理制度，它除具备一般民事代理制度的基本特点之外，《保险法》尚对其有特别的规定。

#### 2、《保险法》和《保险营销员管理规定》对员工制保险营销员并不禁止

《保险法》和《保险营销员管理规定》在确定保险代理人制度的同时对保险公司的直接营销也未予以禁止。虽然相关规定明确了从事保险营销活动的人应当取得《保险代理从业人员资格证书》，但也并未限制保险营销员可以从保险公司内部考取资格的员工中产生，或是保险公司可直接录用具有资格的作为其员工从事保险营销工作。其实相比较和保险公司保持相对独立地位的保险代理人而言，员工制保险营销员的产生也弥补了保险代理人缺乏对公司的归属感与责任心，一味追逐业绩而不顾公司形象等不足。关于这一点纵观日本寿险历史从保险公司直营到代理销售再到外勤职工销售的发展轨迹就是一个最佳的印证。

#### 3、代理制保险营销员的规范管理势在必行

2007 年 12 月 19 日，保险监督管理委员会以保监发〔2007〕123 号发文《关于规范代理制保险营销员管理制度的通知》，进一步明确了代理制保险营销员的有别于员工制营销员的管理规范，保险公司和保险中介机构应当在个人保险代理合同显著位置明示不属于劳动合同，并经保险营销员确认。保险公司和保险中介机构不得要求代理制保险营销员实行公司员工考勤制度、公司员工管理制度，等等。保险代理人对保险营销员的贡献无需多言，但保监会对代理制保险营销员规范管理的决心从上述通知中也可可见一斑。

结论：不管是由于营销体制的变迁，还是不同体制相互弥补的需要，事实上目前确实存在两种体制的保险营销员：代理制保险营销员和员工制保险营销员。他们和保险公司的关系的不同也决定了他们的法律地位、工作方式、管理模式的不同。对保险公司而言，只有明确了差异和区别，才能更好的规范管理，依法有序地发展。

### 二、不同体制下的保险营销员的区别和司法认定规则



## 1、不同体制的保险营销员在法律性质、地位上、和从事保险营销活动的法律依据上均有较大区别

作为保险营销市场上的两股生力军,其实,代理制的保险营销员与员工制的保险营销员两者在法律性质、地位上、和从事保险营销活动的法律依据上均是存在较大区别的,主要表现为:(1)代理制的保险营销员即个人保险代理人是以独立的主体的身份充当保险公司与客户的中介,具有独立的民事法律地位;而员工制的保险营销员即保险公司员工与保险公司存在雇佣与被雇佣的关系,员工既可被公司授权从事营销活动,也可因工作需要承担别的任务,其在法律上从属于保险公司,无独立法律地位。(2)收入方式上,保险代理人的收入是向保险公司收取的代理手续费,无固定工资,不享受认定工伤等职工福利待遇。至于过去有些保险公司在代理合同中规定了些考勤、奖惩内容,甚至给办理养老保险,其目的在于鼓励代理人的代理热情和稳定代理人队伍,因此,代理合同中的某些劳动关系形式内容的约定并不能在事实上改变其自身民事代理关系的法律性质。现在随着规定的出台上述作法也属禁止之列。同样,保险公司在发给员工固定薪金收入的同时,为鼓励员工开展业务,一般也会按业绩提成的办法来奖励员工,但这属于奖金性质。(3)在保险代理关系中,保险公司与代理人之间的相互权利和义务由保险法和代理合同规定。保险代理人与保险公司是委托代理关系,由《民法通则》、《合同法》及《保险法》、《保险代理人管理规定》等法律法规调整;而劳动法律关系中,劳动者与用人单位的相互权利和义务由劳动法律规范、集体合同和劳动合同等规定,它具有人身利益和财产利益相结合的内容。(4)国家对保险代理人和公司职工的税收政策不同:对本企业雇员提供非有形推销、代理等服务活动取得佣金、奖励和劳务费等名目的收入,均记入该雇员当期工资、薪金所得,按照《中华人民共和国个人所得税法》和有关规定计算征收个人所得税。对于非本企业雇员提供服务活动取得收入均记入个人从事服务业应税劳务的营业额,按照《中华人民共和国营业税暂行条例》和有关规定计征营业额,上述收入扣除已缴纳的营业税后,应计个人劳动报酬所得征收个人所得税。

## 2、举证责任和司法认定规则

综合上述的分析可知,不同身份的保险营销员和保险公司之间的关系也是不同的,归纳起来无非是两种,代理关系和劳动关系。规范的保险公司在实践操作中会根据不同的需要对不同身份的保险营销员进行释明并在相应的代理合同或劳动合同中作出明确的约定,而在保险营销员和保险公司之间约定不明或是并无书面约定的时候,或是在渗入较强公司管理因素的背景下,劳动关系与代理关系界限渐有模糊之势,究竟如何区分,司法实务与执法实务颇多争议。近来,诉至各级法院的许多案件,都涉及这一问题,对该问题的解决也并不一致。在判断双方究竟是代理关系还是劳动关系时,司法实践中对双方的举证责任和认定规则也均有些相应的规定。

### (1) 劳动关系的举证责任分配和司法认定

最高人民法院《关于民事诉讼证据若干规定》第六条,“在劳动争议纠纷案件中,由用人单位负举证责任。”《劳动合同法》82条:用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的,应当向劳动者每月支付二倍的工资。劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》第1条规定:“用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同,但同时具备下列情形的,劳动关系成立。(一)用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格;(二)用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者,劳动者受用人单位的劳动管理,从事用人单位安排的有报酬的劳动;(三)劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。”而事实劳动关系,指的是用人单位招用劳动者后不按规定订立劳动合同,或者用人单位与劳动者以前签订过劳动合同,但是劳动合同到期后用人单位同意劳动者继续在本单位工作却没有与其及时续订劳动合同。事实劳动关系是劳动争议处理和工伤认定工作中经常被用到的概念,原劳动部《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第17条第一次在立法中使用了“事实劳动关系”这一概念,但《工伤保险条例》(以下简称《条例》)把事实劳动关系推到了最前沿,使劳动保障部门无法也不容回避这一问题。《条例》第18条、第61条规定:劳动关系包括事实劳动关系。这进一步明确了事实劳动关系作为劳动关系的存在。最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》(法释[2001]14号)第16条规定:“劳动合同期满后,劳动者仍在原用人单位工作,原用人单位未表示异议的,视为双方同意以原条件继续履行劳动合同。”这表明对于用人单位与劳动者以前签订过劳动合同,劳动合同到期后形成的事实劳动关系,用人单位与劳动者均继续享有原劳动合同约定的权利,并应履行原劳动合同约定的义务。



劳动关系的本质特征在于劳动者与用人单位之间的从属关系，从属性为劳动关系的根本特征。因此多数法院会根据保险从业人员与保险公司之间是否存在从属关系，有则认定为劳动关系，无则认定为代理关系。而从从属关系的存在与否，主要是看保险公司对劳动者是否实行了劳动管理制度，是否拥有对保险从业人员的处罚权，是否要承担为其缴纳养老公积金的义务等因素考虑。如在一则判决中，法院认为，保险公司向保险从业人员发放了考勤卡并通过考勤制度进行管理，并有对从业人员的考勤处罚权，而且还实施了在从业员工工资中扣除养老公积金的行为，从而认定，二者之间存在劳动关系，而并非保险公司主张的代理关系。

## （2）代理关系的举证责任分配和司法认定

最高人民法院《关于民事诉讼证据若干规定》第五条“对代理权发生争议的，由主张有代理权一方当事人承担举证责任。”

有法院认为，保险代理人与一般的民事代理人并无差别，只须被代理人“自己认可”即为已足，因此，也间接地表明了认为《保险法》对保险代理人的执业要求并非强制性规定的观点。一方面，认为合同是确定双方权利义务关系的直接依据，合同中明确约定了双方之间是保险人与保险代理人之间的关系，一方面了解并同意双方之间不会因任何因素构成劳动合同关系。纵观合同各项约定，均是围绕授权与代理进行。因此，应属委托代理关系，而不存在事实劳动关系。另一方面，对于双方关于保险代理人应当遵守公司的规章制度，接受和服从公司的管理、监督、考核的约定问题，认为，保险公司出于业务需要对保险代理人制定的关于出勤、考核的规章是为了保证保险代理人培训的数量和质量，以达到一个保险代理人的必备要求并无不当。虽然这种培训和管理与单位对员工的培训和管理类似，但在合同中已明确了双方的关系，因此，这种培训和管理不能认定为单位对员工的培训和管理。

## 三、对新《保险法》和《关于规范代理制保险营销员管理制度的通知》的几点思考

### 1、保险代理合同的签订应全部覆盖、维护合同当事人合法权益，避免事实劳动关系

在既不签订代理合同又不签订劳动合同的情况，目前法律无明确规定。现实的情况是：保险公司加强了对营销员的管理，要求其参加晨会、按时出勤、接受公司日常管理等，并每月支付一定的报酬。这种状态引发出保险营销员的报酬性质的问题，是劳动报酬还是代理佣金？进而是认定营销员与公司是代理关系还是劳动关系？基于《劳动合同法》的规定，现在通说认为这种状况是符合法律所规定的劳动关系，所以在未签订代理合同和劳动合同的情况下，视为保险公司与营销员间已成立劳动关系，并根据《劳动合同法》第十条得出，“已建立劳动关系，未同时签订书面劳动合同的，应当自用工之日起一个月内订立书面劳动合同。用人单位与劳动者在用工前订立劳动合同的，劳动关系自用工之日起建立。”这一点，是需要保险公司特别注意的。

### 2、保险代理合同内容应规范无歧义

一般来说，对保险营销员以代理制为主。保险公司在与之签订保险代理合同时乃至形成代理关系后，均应严格按照各项规定进行。严格按照《关于规范代理制保险营销员管理制度的通知》的要求，如显著位置明示不属于劳动合同；不使用员工、工资、薪酬、底薪、工号等用语；明确违约条款、追偿等条款；而对于部分需要确立劳动关系纳入员工制的保险营销员，依《劳动合同法》相关规定进行，围绕劳动法、劳动关系的相关要求，对员工制保险营销员进行员工化管理。

### 3、履行《保险法》第136条（新保险法112条）管理、培训的法定义务，注重与员工管理制度的区分

新《保险法》第一百一十二条 保险公司应当建立保险代理人登记管理制度，加强对保险代理人的培训和管理，不得唆使、诱导保险代理人进行违背诚信义务的活动。《保险营销员管理规定》第三十九条 保险营销员首次从事保险营销活动前，应当接受累计不少于80小时的岗前培训，其中接受保险法律知识、职业道德和诚信教育时间累计不得少于12小时。第四十条 保险营销员从事保险营销活动，每年应当接受累计不少于36小时的后续教育，其中接受保险法律知识、职业道德和诚信教育时间累计不得少于12小时。这里保险公司对保险代理人负有的培训和管理责任，更倾向于对保险代理人业务知识的培训和管理以确保个人保险代理人的职业道德和业务素质。这也是由于保险代理人这一特殊的民事代理的特点所决定的。

在对保险代理人制定管理和培训制度的同时，应注意与员工管理制度区分，可以通过合同约定追究违约



责任外，不得对代理制保险营销员实施罚款、处分、开除等处罚，不得要求代理制保险营销员实行公司员工考勤制度，注意区分考勤时间和培训时间区分

总之，代理制保险营销员和员工制的保险营销员在各方面均有着明显的区别，且适用完全不同的法律规定。市场经济时代的劳动者应当拥有较强的法律意识，拥有较先进的劳动就业观念，公民自身权益的保护方式不应仅限于劳动争议解决途径，不同的法律关系所形成的权利争议可以从相应的法律规范中得到法律保护。同时，由于保险公司受到自身财产因素、代理人职业素养的差异、保险法的规定等客观因素的制约，本着效益优先，管理科学的原则，保险公司不可能也无必要将所有保险代理人纳入到公司在编员工之列。保险公司在明确《保险法》、《保险营销员管理规定》、《劳动合同法》等的立法宗旨和具体规定的情况下，保险公司应确实将这些规定融入到对公司保险营销员的管理体制中。从本公司的实际出发，做到“因地制宜”，制定灵活的机制。

作者简介：北京康达律师事务所杭州分所，王正华律师。

