

第一章 緒 論

第一節 前 言

近代「勞工運動」迄今已有兩百多年之歷史，^(註一)該運動之精神係在為勞動者爭取一個合理、公平之生存地位，其目的無非是在保障勞動者身為一個「人」的人格尊嚴，拒絕成為資本主義下企業主之「商品」。此種價值，雖至今不變，然而，全球化經濟已是難以抵擋之趨勢。近年來電腦科技之發展一日千里，網際網路使地球村成為事實，全球市場之開放造成資本之快速流動，大幅降低生產及交易成本。此一科技化與全球化之趨勢，使得少數享有知識與資訊優勢的族群取得大部分的經濟利益。當部分既得利益者因為知識經濟帶來巨大財富額手稱慶之同時，若干族群正被新經濟嚴重斷傷，為日後之溫飽而憂心。儘管很難斷言科技進步到底是提升或降低勞動人口之生機，但眼前一片不景氣中，勞工階級失業人數的遽增卻是不爭的事實。

在傳統經濟中，全職、穩定而薪資福利合理的工作才能夠留住人才；如今，在就業市場供過於求之情況下，半薪、部分工時、暫時性、短期性、派遣工作及諸多薪資不合理之工作，人人一樣趨之若鶩。此種發展趨勢引發了雇用關係不安定，造成勞工缺乏安全感。台灣之企業正面對全球性的競爭壓力，資方對上揭彈性勞動之接受度日益深化，此種勞資關係之改變，使人民之社會安全感急遽下降，感受到失業壓力的不再侷限藍領階級；失業率在今年以來，一直在 5% 以上。當弱勢族群人數逐漸增加，台灣距離社會福利國家的目標也漸行漸遠。

我國，由於勞動法之發展起步較晚，^(註二)規範勞資關係之根本大法—勞

^(註一) 參見中國勞工運動史，第一冊，中國勞工運動史編纂委員會編纂，中國勞工運動史續篇，1984年增訂，第7頁以下。

^(註二) 我國之勞工運動，乃清末由孫中山先生開始倡導，而最早之勞工立法為1914年，北京政府時期公布之礦業條例及施行細則，關於此點，參見陳國鈞，我國勞工新課題，中華民國勞資關係協進會印行，1986.12，第2、47頁。

動基準法才在一九八四年七月三十日公佈施行，在近幾年逐步擴大其適用對象及範圍。去年又進一步施行兩性工作平等法及職業災害勞工保護法，對男女待遇差別之禁止、婦女工作者的保障及保障職業災害勞工之權益，更為落實。^(註三)隨著上開保護勞工之法律陸續施行，意味著勞工意識逐漸抬頭。立法者在勞工龐大之壓力下，勢需制訂更多有利於勞工一方之法律。在個別勞動關係方面，諸如勞工退休保障、解雇之限制、工時之上限及週休二日之施行；而在集體勞動關係方面，勞工可組織工會、享有團結權、爭議權及團體交涉權等勞工之基本權利以維護其人格之完整。在此環境下，身為購買勞動力之企業主（雇主），想盡辦法規避退休金之提撥、解雇時需支付之資遣費用及勞工安全衛生法上雇主之責任等保護勞工之規定以壓低其購買之成本（按勞工與雇主間之關係，本質上就是一個賣、一個買之利益衝突對立之緊張關係，此一關係不但自勞動關係成立時即已必然存在，而且持續地貫穿整個勞動關係的存續期間，更會表現在勞動關係之結束，甚至延續到勞動關係消滅之後。^(註四)），故在歐美等國行之有年的營業外包、家內勞動、部分工時勞動者及定期性、短期性、臨時性契約工等非典型的勞動型態，亦普遍見之於國內之勞動市場以降低雇主的成本。邇來，經濟不景氣，失業率上升，^(註五)「人力派遣」之新興勞動型態亦出現於國內並有蓬勃發展之勢。何謂「人力派遣」（學術研究上稱之為「勞動派遣」或「勞動派遣」）？其概念為何？此種勞動型態並未見之於我國勞動基準法或相關勞動法規，如果放任其發展，究竟會對企業及勞動市場產生何種變化或影響？值得關切。

^(註三) 其中職業災害勞工保護法第七條規定：「勞工因職業災害所致之損害，雇主應負賠償責任。但雇主能證明無過失者，不在此限。」將證明無過失之舉證責任轉嫁給雇主，對雇主尤屬不利。

^(註四) 參見黃程貫，勞動法修訂再版，1997.10，國立空中大學出版，第7頁。

^(註五) 據行政院勞工委員會之統計，至2001年11月，台灣地區的失業率已達5.28%。關於此點，請參見其網站（www.cla.gov.tw）。

第二節 研究動機與目的

近代之勞動問題，乃十八世紀初工業革命以後之結果。當時由於資本主義思想與生產技術進步兩相結合，傳統一般自主經營之手工業者不敵以機器為生產主要工具之企業主，淪為工廠企業主之技工，成為從屬企業主而工作之勞務供給者，這不單使經濟現象改觀，更影響整個社會結構。此種工業革命帶來的經濟社會結構上之改變本來就存有缺陷亟待補救，適逢此時期又是自由主義及個人主義思潮盛行之時，認為自由放任可以自然導致經濟生活之平衡，國家不應干涉此一市場運作過程。故企業主極力主張企業自由與契約自由，並強調在自由市場經濟中，產品之價格與勞動力之價格，原則上係根據市場機制自然形成。然此種思考方式落實在現實上，卻因勞工在經濟地位上與企業主差距過大致勞動契約之締結及其內容，形式上固係基於雙方之自由意志，但實質上無異是依從企業主單方面之意思而決定，變相成為企業主剝削勞動者之合法依據。^(註六) 過長之工作時間、難以餬口之工資、工作環境之簡陋、衛生及安全設備之缺乏、童工、女工之大量使用，均為當時社會顯著之病徵。^(註七)

鑑於上述不合理的現象，當時有識之士透過國家的直接參與及勞工之自立互助開展了勞工保護立法運動的兩大方向。時至今日，有關最高工時、最低工資、工作環境以及童工、女工之特別保護之法律層面之保障已趨完

^(註六) 關於此點，請參見陳繼盛，勞資關係，正中書局出版，1979.5，第1頁以下。

^(註七) 舉世聞名的英國作家狄更斯（Charles Dickens），於窮困潦倒之際，在1843年聖誕節發表「小氣財神」（A Christmas Carol）一書，書中的主人翁是一個生病的小孩和其誠實、辛勤工作卻依然一貧如洗的父親。該書中描述的勞工階級之生活有許多是來自他十二歲開始在一家打磨皮靴的工廠工作，必須忍受污穢、臭氣、老鼠橫行的工作環境之經驗。狄更斯當時住在宿舍裡，總是吃不飽，經常在午休時間走很遠的路，到鎮上的麵包店盯著裡頭的食物發呆，其他的童工亦復如此，永遠是骯髒、衣衫襤褸、餓肚子。狄更斯曾表示永難忘懷那時的每一張臉孔、所聽到的聲音和所聞到的味道。透過一本一本的小說，狄更斯不斷地描繪絕望的窮人之悽慘景況，讀者們對書中勞工階級的遭遇感到震驚與同情，人們認真思考，資本主義無限發展的終極結果為何？在龐大的輿論壓力下，政府通過許多保護勞工的改革法案以改善勞工的生活。由此觀之，台灣的勞工運動缺乏的或許不是勞動法專家，而是勞工文學作家。

備，對於疾病、事故、老年之退休保障、殘廢等職業災害補償亦已施行，甚至為了分散風險而有勞工保險制度；另一方面，工會組織的發展以鞏固勞工同盟自由基本權，使其得以凝聚力量與資方爭議協調亦能促進勞工權利之維護。

從歷史之演進方面來看，勞工立法運動持續之發展，與工會力量有相當之關聯，起初工會的發展是肇因於工業革命後之經濟起飛，四、五年代起，機械化、技術革新使資本的律動成為資本及利潤反復的表徵，亦即資本創造資本，資本的再生產成為必要的社會發展趨勢，資本家將之盡可能地保留在企業內，供作再投資獲利的必要條件。工會運動的熱潮及政府的社會福利措施於此時大放異彩。由於立法干預之結果，企業之營運成本不斷增加，不利出口貿易，再加上持續的經濟不景氣循環影響之下，許多企業無以為繼致危及國計民生，故為強化企業在國際間之競爭力，以求國家經濟的永續發展，1980年代之後，倡言勞動法中應有更多的市場機制，故需限縮勞動法令中對勞工的重重保護，使勞動力在無國家強行法及工會集體保護的情形下，赤裸裸地進入勞動力市場，任由市場規律的自由運作來決定勞動力的對價，以彈性因應市場需要之呼聲迭出。^(註八)

在上述的思考下，由今日歐美日工業國家之趨勢觀之，傳統的雇用就業關係已產生相當程度之改變，社會的勞動型態開始有分歧現象，過去適用的全職受僱者(full-time employees)就業型態，亦即由雇主提供全時而具有永久性之就業條件，並享有固定薪資報酬、晉升機會及其他就職利益，諸如各種休假、健康保險及退休金給付等核心工作者(core employees)，已受到一些較具彈性的就業措施，諸如較不具就業安全保障、較少薪資報酬及晉升機會，以及較低就職利益給付之所謂「暫時性勞工」(temporary workers)所衝擊，此等未能享有「全方位」勞動保護的非典型勞動關係(atypical employment)，例如部分工作時間勞工、定期契約工、派遣或借調

^(註八) 關於此點，請參照黃程貫，前揭書，第40頁以下。

工等所謂之「邊緣性勞動力」，固然生存於傳統職種之間隙間，^(註九)但在許多方面均受歧視及不利益待遇，可說處於相當不安定之地位。故如何對這些日漸增多之非典型勞動者提供更進一步之法律保障，維護社會整體之安全，已成為各工業文明國家乃至我國勞資關係之新興課題。^(註十)

在經濟全球化浪潮之席捲下，我國目前亦面臨與歐美工業先進國家之前相同之社經轉型問題，雖然從事非典型勞動型態之工作者在總人數及所佔整個就業人口之比率，尚不及上開先進國家，但也由於如此，有關非典型工作對我國就業安定、社會安全、甚至國計民生是否有負面影響？洵足預先檢視並討論是否法制化以規範之，收防患於未然之效。當然，他國關乎此之經驗，亦足以供我國將來立法之借鏡。更何況，國內由於社會安全及福利體制仍未完備，對這種勞動者權益保護不週之情形，較其他國家嚴重。值此之際，如何善用這類人力資源並將其保護措施予以法制化，以達至勞資「雙贏」之目標，毋寧是目前相關勞動立法重點工作之一。^(註十一)

前述所提及之各種非典型勞動型態，其中勞動派遣型態較為獨特，即一經營提供勞動力之單位（理論上可以是法人、自然人），與勞工訂立一勞動契約，而契約之內容係該勞工必須被派遣至第三人處，並於第三人指揮監督下服勞務，但與第三人間並無勞動契約關係存在的一種勞動型態。有鑑於目前我國雖然有就業服務法，針對勞工就業服務事業有詳盡的規範，但由本文上開對勞動派遣粗略特徵之描述可知，勞動派遣之本質與該法所規範的職業仲介機構居間介紹之型態並不相同（容後說明），故曰目前對經

^(註九) 縱然許多全職受僱者非難這些邊緣性勞動力的存在，認為是不安定的僱傭型態及女性勞動者的不公平對待的根源，但事實上，今日約有五千萬人在此種工業化市場經濟中生活，他們也是驚人的多樣化環境中的基礎。然無疑的，邊緣性勞動力的好處是使企業保有相當大的組織彈性，作為中介調整之要素，也可以降低部分的成本負擔，特別是在季節性或市場消費起伏大的行業。關於此點，請參見陳耀宗，經濟發展與勞動思想之探討—勞動者經社地位的歷史觀察，國立政治大學勞工研究所碩士論文，1993.12，第145，158頁。

^(註十) 關於此點，請參見焦興鎧，對部分時間工作者之法律保障，蒐錄於氏註勞工法論叢（一），2000.5，第5頁以下。

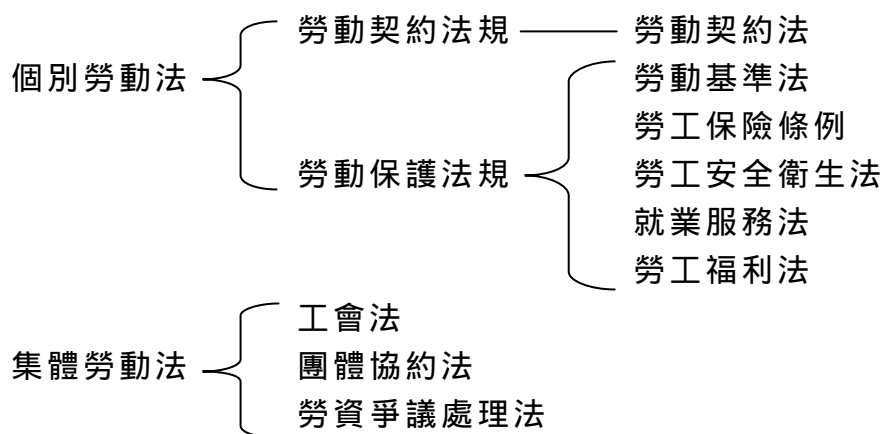
^(註十一) 同上註。

營勞動派遣事業「無法可管」應屬事實。是前瞻性之未雨綢繆與因應之道的整備工作刻不容緩，為此行政院勞工委員會已著手研究有關「勞動派遣」立法之可行性，並預定在二〇〇二年上半年向立法院提出草案（然至本文完成時未見提出），此舉可說是為這些非典型勞動者的保護揭開了序幕。

本文的目的即以上開草案為對象，觀察勞動派遣在我國存在的現況，並參考外國的立法例及其施行的經驗，對勞動派遣的概念、法性格及其與憲法所揭示之基本權價值是否相容為釐清與探討，或可提供將來我國立法上的建議，有效規範勞動派遣業的經營與發展，健全勞動市場之機制，以避免如鄰國日本初期昧於勞資雙方需求之現實，一味禁絕，致使勞動派遣業走入地下化反致爭議不斷，致派遣勞工任人宰割，權益不保。嗣後不得已才立法承認，將之「就地合法化」之過程。或可保障派遣勞工之人格尊嚴，防止走向「勞動力商品化」的回頭路。^{（註十二）}

第三節 研究範圍與方法

狹義之勞動法在實體法上被區分為兩大類：個別的勞動法與集體的勞動法，配合我國的法制觀之，得將重要者表列如下：



^{（註十二）} 勞動法的發展歷史，其實也就是勞資雙方衝突對立之利益的抗爭歷史。而此等利益的衝突對立之存在與解決，均取決於勞動法所具體生成之一國的社會經濟與法律制度，也就是說一國的社會經濟與法律制度將會決定該國勞動法之內容。關於此點，請參見黃程貫，前揭書，第 10 頁。

按勞動派遣關係雖特殊，然係社經結構變遷，勞雇型態多元化下產生的新興勞動關係之一種類型，故其本質應是一種勞動關係，^(註十三)要屬無可否認。只是不同於傳統之勞動關係，其法律關係牽涉「三方兩地」，極為複雜。而既有之勞動法規固在規範合理的勞資關係以保障身為弱勢者之勞工，惟其基本前提是傳統之勞動契約關係，其法律效力射程所及之範圍應只限於單純之兩方關係，故實有必要逐一檢討現行之勞動法規可否擴及適用於勞動派遣型態；而對無法一體適用之法規如何增訂修改或另立新法，以及現時我國是否有必要制定有關勞動派遣之專法？都是本文所欲探究的範圍。當然，在此之前，何謂勞動派遣？勞動派遣之意義及概念為何？參與勞動派遣之三方當事人（即身為雇主之派遣機構、派遣勞工、受領勞務給付之要派機構）間之關係為何？國際間對此之立法過程及其施行經驗、學說之介紹及檢討，誠有必要予以說明。

鑑於勞動派遣及其相關問題之研究，在德、日等國已有二十年以上之發展，理論根據可謂已逐步建立，我國與之同屬大陸法系，在勞工法制結構、企業組織上之轉型、勞工面臨之問題等現象，必然與之相近。故本文主要參酌德、日法制及其相關理論及實務，並就我國勞委會內部之勞動派遣法草案，作一有系統之分析、比較。另美國之租賃勞動制度在該國實際運作現況之介紹，亦應有助於對勞動派遣整體性之認知與瞭解。

基於此，本文除第一章之緒論就本文之研究動機與目的、研究範圍與方法概括陳敘外，擬架構為：

第二章：勞動派遣之概念及法制化基礎。

第三章：勞動派遣之法律結構。

^(註十三) 故稱之「派遣—勞動關係」，可能較「勞動—派遣關係」更能展現其本質是一種勞動關係。學者楊通軒即以爲：「需注意的是，派遣人與派遣勞工間之契約名稱為何？我國學者間的名稱並未統一。此涉及到派遣人與派遣勞工、派遣人與受派人，以及受派人與派遣勞工間之三方法律關係，宜先加以確定。吾人以為派遣人與派遣勞工間係成立勞動派遣契約，取其重點在勞動契約，至於學者間有使用派遣契約者，由於不易窺知勞動契約之精神，似不宜再引用。」，參見氏著，論德國勞動派遣法制，台灣勞動法學會學報第一期，2000.6，第92—93頁。

第四章：外國相關之法制及發展現況。

第五章：我國現行勞動法制適用於勞動派遣之檢討。

第六章：勞動派遣如何法制化。

第七章：結論。

第二章 勞動派遣之概念及法制化基礎

第一節 前言

因著國際間商業競爭、產業結構改變，減低企業成本以創造最大利潤固勢所難免，然在生產器具等固定輻材成本不易減低之情況下，企業主欲壓低成本首先考慮的無非節撙人事費用；尤其我國在勞動基準法擴大適用範圍及相關保護勞工之新法施行後，各相關企業面對員工退休金提撥、資遣費、加班費、工作時數之限制、職業災害補償及損害賠償等必增之支出，咸認有必要將突發性、臨時性及部分不宜在企業內生產之流程委外代工，期以減輕成本提昇競爭力，^(註一)故人力派遣業就在企業此種承攬化或外包化之發展下，在國際間成為一種方興未艾之事業並被引進國內，雖然目前企業使用此種有別於傳統的「非典型雇用」^(註二)之勞工的情形尚不多見，^(註三)然隨著「兩性工作平等法」於二〇〇二年三月八日正式上路後，受僱在三十人以上事業單位，如受僱年資滿一年、且育有三歲以下幼子之勞工，可向事業單位申請高達兩年之育嬰假，請假期間可留職停薪；如此一來，企業面對此段暫時的「人力空窗期」，另招募新員工而增加人事成本之意願顯然不高，再者，我國加入 WTO 之後，企業為提高競爭力勢需調整經營策略並重整企業內人力資源，國內人力資源業者估計，兩年內國內使用派遣人力之企業數將增至現在的兩倍，故「人力派遣業」極具發展空間。^(註四)

^(註一) 1920 年代，Samuel Workman 開創「人力租賃」(rented help) 的想法，他雇用一批已婚婦女，在夜間處理盤點的工作，之後又訓練婦女操作計算器，提供當時企業臨時或短期的需求，此種類似契約工(contract labor)的作法，逐漸演變成臨時人力服務的產業(temporary help service industry)以上參見簡建忠，台灣派遣勞工對派遣工作看法之研究，勞資關係論叢第九期，1999.6，第 99-124 頁。

^(註二) 所謂「傳統」、「非典型」只是相對的概念，就勞動派遣制度之設計言之，伊與傳統勞動之區別在於雇用和使用的分離或一致。參見鄭津津，勞動派遣之法律關係與相關法律問題之研究，中正大學法學集刊第二期，1999.7，第 242-245 頁。

^(註三) 依據行政院勞工委員會在 1996 年之「台灣地區事業單位雇用中高齡勞工及派遣人力調查」報告中顯示，國內 4.11% 的企業有使用派遣勞工之現象。

^(註四) 參見人力仲介業萎縮...派遣業崛起，中國時報，91.2.11 第 13 版。報導中並指出：經營人力派遣業多年之業者楊朝安分析，派遣式人力在台灣雖行之有年，但經營者

其次，觀察行政院經濟建設委員會所擬定之人力發展專案計畫以及跨世紀發展計畫中，一再提到未來在建立亞太營運中心時，有關人才的培訓措施上，應輔導「人才派遣業」健全發展以滿足事業單位對季節性、階段性、臨時性或短期性的人力需求。況現行的政府採購法亦認政府採購之標的除了工程、設備等「有體物」外，尚有「勞務」的委任或僱傭（第二條）；而勞務係指專業服務、技術服務、資訊服務、研究發展、營運管理、維修、訓練、勞力及其他經主管機關認定之勞務（第七條）^{（註五）}如此一來，似乎間接認許「勞動派遣」等非典型雇用之勞動型態亦適用於政府單位；此等不分官民之節縮成本，可謂「社會分工之利益追求結果」。^{（註六）}

茲不探究上開政府採購法之規定是有意或無意，行政院勞工委員會已召集專家學者，研究勞動派遣是否立法、如何立法？^{（註七）}並預計在二〇〇二年上半年提出「勞動派遣法」草案，進一步推動立法以規範日益興盛之人才派遣業。事實上，二〇〇一年二月間，立法院委員李正宗等四十二人早一步提案立院版之「勞動派遣法」草案，益見朝野雙方就其法制化深具共識。

採用派遣人力的觀念並不普遍，市場成長十分緩慢，國內目前約只有五千家企業曾使用過派遣人力。但預估，兩年內使用的企業將增至一萬家以上，達到市場規模的五分之一，按不管企業是否出於自願，在強大的全球化壓力之下，企業面臨瘦身及維持原有工作的壓力，勢必要以「業務外包」或「人力派遣」作為選擇，這項趨勢對於企業基層人力影響較大，在行業間並沒有明顯的差別，也就是，各行業的基層工作將逐漸朝外包或派遣的方式處理。

^{（註五）}參見翁玉珍，勞動派遣對派遣員工的功能評估研究，中正大學勞工研究所碩士論文，2000.7，第1-2頁。

^{（註六）}此係經濟學之專有名詞。參見邱駿彥，勞工派遣法制之研究—以日本勞工派遣法為例，台灣勞動法學會學報第一期，2000.6，第3頁。

^{（註七）}我國勞動派遣法草案之研擬，行政院勞工委員會職業訓練局委託研究計畫案，行政院勞工委員會職業訓練局編印，1998.4。

第二節 何謂「勞動派遣」

第一項 勞動派遣之意義

「勞動派遣」，有稱「勞動派遣」，乃援用日本官方及學界之說法，對國內一般人而言，仍是十分生疏的概念，在未法制化之前，學界也無統一用語。^(註八)然不論採何種稱呼，對所謂「勞動派遣」或「勞動派遣」，在定義的描述上，不僅文辭不盡相同，而且實質上，亦存在一些差異；^(註九)如鄭津津先生定義為：勞動派遣係指派遣機構與派遣勞工訂定派遣契約，於得到派遣勞工同意後，使其在要派機構指揮監督下提供勞務。^(註十)楊通軒先生認為：勞動派遣契約是由雇主與勞動者約定，勞動者必須依雇主之指示，受派為另一企業主提供勞務之契約。^(註十一)邱駿彥先生認為：所謂派遣，乃是派遣公司之雇主，與勞工訂立勞動契約，於得到勞工同意，維持勞動契約關係之前提下，使其在要派公司事業主指揮監督下為勞務給付，該勞工與要派公司事業主間並無勞動契約關係存在。^(註十二)焦興鎧先生：根據此一契約，勞動派遣者之勞務給付對象為要派事業單位，而非派遣事業單位，且必須服從前者之指揮監督，因此，其性質仍有別於一般勞動契約，而我國學者有逕以「勞動派遣契約」稱之者。^(註十三)而根據日本於一九八五年制訂，一九八六年七月一日開始施行之「勞動者派遣事業法」(簡稱「派

(註八) 例如：學者邱駿彥、成之約、李來希、劉愛生稱勞動派遣，楊通軒、鄭津津、焦興鎧稱勞動派遣。

(註九) 但是在民間所謂之「人力(才)派遣」不一定是經營吾人所認知之勞動派遣，據本法律事務所某位律師告知筆者，伊有一位當事人被法院裁定交付「保護管束」，某日，觀護人問是否已從事正業？伊回以：服務於人才派遣公司。該名觀護人不疑有他，竟當面嘉許。事實上，伊從事俗稱「圍事」，即該公司係受人委託派遣「不良份子」以暴力等強制手段解決「紛爭」之組織。另一方面，坊間許多「企管顧問」、「工商管理」公司則實際經營勞動派遣業務。故將來如立法，誠有必要加強行政管理以杜絕掛羊頭賣狗肉，避免要派機構因誤會致引狼入室。

(註十) 參見鄭津津，前揭文，第 244 頁。氏著美國勞動派遣法制之研究，台灣勞動法學會學報第一期，2000.6，第 126 頁。

(註十一) 參見楊通軒，非典型工作型態相關法律問題之研究，行政院勞工委員會 88 年度委託研究計畫，第 85 頁。氏之定義，可認是德國代表性之看法。

(註十二) 參見邱駿彥，前揭文，第 35 頁。

(註十三) 參見焦興鎧，論勞動派遣之國際勞動基準，台灣勞動法學會學報第一期，2000.6，第 159 頁。

遣法」或「勞工派遣法」)第二條之定義,所謂勞工之派遣,係指將自己所雇用之勞工,在該雇用關係下,使其接受他人之指揮監督,為該他人從事勞動,但不包含約定使勞工為該他人所雇用。^(註十四)林振賢先生直接引述上開日本法之定義,認派遣公司與勞工之間有僱傭關係,而使用公司與勞工之間則有指揮命令關係之謂。^(註十五)行政院勞工委員會委託專家學者草擬之草案第二條就派遣定義為:派遣機構雇主與勞工訂立派遣契約,於得到派遣勞工同意後,使其在要派機構指揮監督下提供勞務。^(註十六)立院版為:派遣機構與要派機構訂立要派契約,約定由派遣機構雇用勞工並派至要派機構提供勞務。在此,先不嘗試定義勞動派遣究應為何?嗣本文對其概念推演至較清晰時,再為說明。

第二項 勞動派遣之特徵

於此,由前揭各家定義加以延伸,勞動派遣之一般內涵與特質有如下述:

- 一、雇主(派遣機構)^(註十七)與勞工(派遣勞工)之間存在一勞動契約關係。
(註十八)

^(註十四) 參見邱駿彥,前揭文,第15頁。

^(註十五) 參見林振賢,談派遣公司的問題,中國勞工第965期,第17頁。

^(註十六) 按黃仕儀於其碩士論文,我國勞動派遣法制化之研究一文中提到「所謂勞動派遣本文將之定義為『派遣機構以經營派遣事業為業,與派遣勞工訂定派遣契約,將所雇用之派遣勞工,經派遣勞工同意後,分派至要派機構,並服從要派機構之指揮監督,從事勞務給付』」云云。參見氏著,我國勞動派遣法制化之研究,中正大學法律學研究所碩士論文,2001.2,第8頁。可能是參照勞委會之草案而來,事實上,以派遣解釋派遣有循環論證之虞,在方法論上似不可採。

^(註十七) 為方便說明兼統一用語,勞動派遣關係中之雇主擬用「派遣機構」、勞工擬用「派遣勞工」、第三人擬用「要派機構」等語稱之,以求與勞委會研擬中之草案統一,依該草案之條文,所謂派遣機構乃負責提供派遣勞工至要派機構,並為派遣勞工之雇主。要派機構謂對派遣勞工行使指揮監督者。派遣勞工謂由派遣機構派遣至要派機構,並在事先約定期限內為要派機構提供勞務者。派遣契約為規範派遣機構與派遣勞工間法律關係之契約。要派契約為規範派遣機構與要派機構間法律關係之契約。

^(註十八) 勞動契約,按勞動基準法第二條第六款係指約定勞雇關係之契約,同條第二款、第四款則定義勞工為:受雇主雇用從事工作獲致工資者;雇主:雇用勞工之事業主、事業經營之負責人或代表事業主處理有關勞工事物之人,是採取迂迴之方式定義,如依民國25年12月25日制訂公布(迄今未施行)之勞動契約法第一條規定則明指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

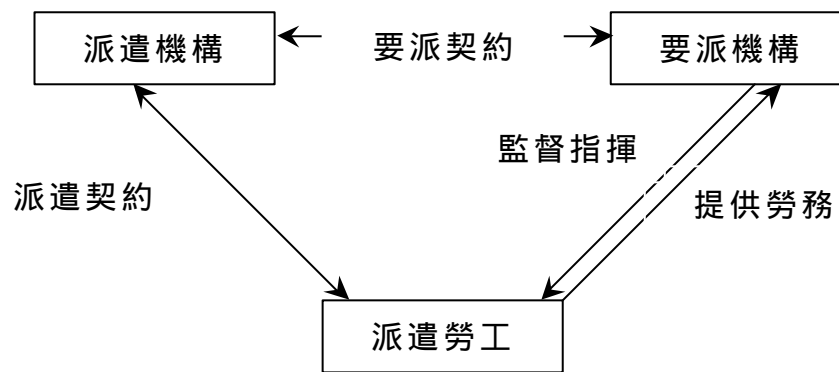
二、派遣勞工同意在此種特殊的勞動契約關係（派遣契約）規範下，前往第三人（要派機構）處提供勞務而向派遣機構請求工資。

三、派遣勞工與要派機構間並無直接之契約關係，然派遣勞工需在要派機構之指揮監督下，提供勞務。

四、派遣機構與要派機構間訂定一有償之雙務契約（要派契約），要派機構享受派遣勞工給付勞務之利益，並負交付對價予派遣機構之義務。

（註十九）

綜上言之，勞動派遣與傳統勞動契約最主要之差異即「雇用」與「使用」分離，其法律關係牽涉三方當事人，茲以簡圖示之：（註二十）



國內學者為便於說明，也大都以前開簡圖架構勞動派遣之態樣，並稱之為「三方兩地」關係。（註二十一）惟學者楊通軒以為：「需注意的是，派遣人與派遣勞工間之契約名稱為何？我國學者間的名稱並未統一。此涉及到派遣人與派遣勞工、派遣人與受派人，以及受派人與派遣勞工間之三方法律關係，宜先加以確定。吾人以為派遣人與派遣勞工間係成立勞動派遣契約，

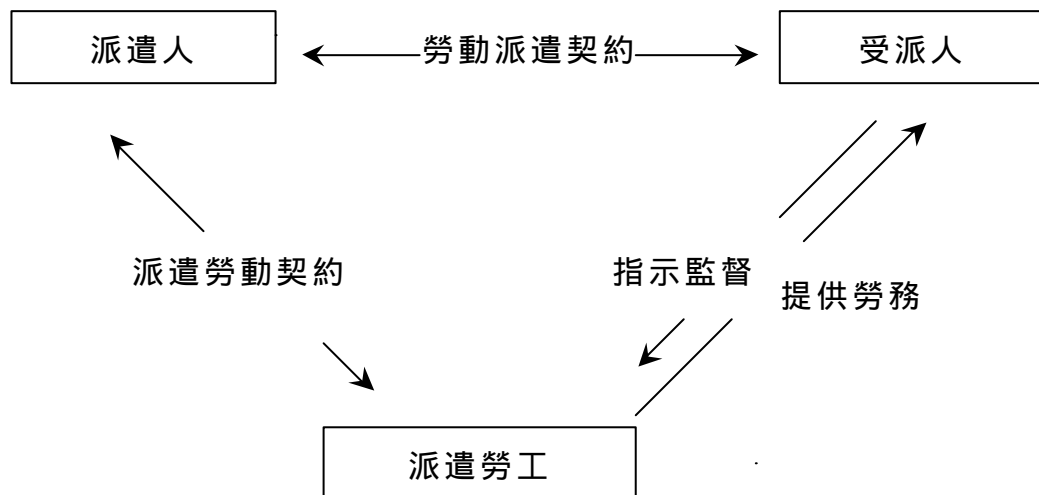
報酬之契約。又勞動契約與僱傭契約、委任契約、或承攬契約之不同，坊間有關勞動法之教科書皆有載明，請自行參照。

（註十九）參見邱駿彥，前揭文，第 35 頁。鄭津津，勞動派遣之法律關係與相關法律問題之研究，中正大學法學集刊第二期，1999.7，第 244 頁。黃仕儀，前揭文，第 9-10 頁。

（註二十）此圖參考自鄭津津，前揭文，第 246 頁。

（註二十一）參見鄭津津，前揭文，第 246 頁。林振賢，前揭文，第 17 頁。李來希，談勞動派遣之立法規範，勞工行政第八十七期，1995.7，第 52 頁。

取其重點在勞動契約，至於學者間有使用派遣契約者，由於不易窺知勞動契約之精神，似不宜再引用。」^(註二十二) 其見解固亦非無據，然只是名稱不同，實質內涵與特徵應屬一致。茲依其用語，試擬一關係圖以資比較：



第三項 勞動派遣雇用之態樣

關於勞動派遣實際上被運用的狀況，參考鄰近的日本，其經營勞動派遣業之雇主（派遣機構）與從事勞動派遣之勞工間，一般有兩種型態，在日本法上區分作一般勞工及特定勞工。^(註二十三)

一、特定勞工—常用雇用型派遣勞工

在此種勞動態樣下，派遣勞工與派遣機構間訂立一不定期之勞動契約，因此，派遣勞工於受派至要派機構服勞務時固無問題，即使派遣勞工於等待派遣之期間，或尚未開始至要派機構處服勞務、兩段派遣任務間之

^(註二十二) 參見楊通軒，論德國勞動派遣法制，台灣勞動法學會學報第一期，2000.6，第 92 頁。

^(註二十三) 依日本法之規定，派遣事業單位按其所經營是一般勞工派遣事業或特定勞工派遣事業，受主管機關寬嚴不一的行政監督。

「空窗期」(派遣勞工在為第三人之工作期間屆滿，而尚在等待下一要派機構之期間，稱為過渡期間或等待期間。^(註二十四))，甚至派遣機構與要派機構間因故解除或終止要派契約致契約效力停止時，只要派遣勞工與派遣機構二者間之勞動關係存續中，即使實際上無服勞務之狀態，派遣勞工對派遣機構而言，全無任何生產性，但在契約形式上仍是在為派遣機構工作，派遣機構有義務繼續給付工資給派遣勞工。蓋未能將所雇用之派遣勞工派遣出去工作，乃是派遣機構自己應負擔之經營風險，派遣機構苟基於本身之經濟利益考量，在勞動契約中為任何風險之轉嫁與免責之約定，均屬違反勞動法之規定與精神而無效。

換言之，常用雇用型派遣勞工與派遣機構所訂定之勞動契約係繼續性之契約，並不受要派契約期間長短或效力有無之影響而消滅。苟派遣機構欲使其與派遣勞工間之勞動派遣契約消滅，與一般典型勞動關係無異，需受勞動基準法上解雇限制的各種規範。^(註二十五)

二、一般勞工—登錄型派遣勞工

於此種態樣下，派遣勞工需先在派遣事業機構登錄有案，而此種登錄之行為並未使兩造間發生勞動契約的效果，直到要派機構向派遣機構提出勞務之需求時，派遣機構才依照要派契約之期間，與派遣勞工訂定與之相同期間之定期勞動契約，並將之派遣至要派機構服勞務。且當派遣勞工在要派機構處勞務終了或期限屆至後，兩造之勞動派遣契約亦隨之消滅，派遣勞工又回復登錄中之狀態。^(註二十六)當然，在該段未受派遣之「登記狀態」期間，派遣勞工對派遣機構無薪資給付請求權。^(註二十七)

與常用雇用型派遣勞工較之，登錄型派遣勞工之雇用保障，明顯不安

^(註二十四) 參見黃程貫，德國勞工派遣關係之法律結構，政大法學評論第 60 期，1998.12，第 290 頁。

^(註二十五) 參見邱駿彥，前揭文，第 48 頁。鄭津津，前揭文，第 245 頁。黃仕儀，前揭文，第 11 頁。

^(註二十六) 同上註。

^(註二十七) 參見西谷敏、協田滋，勞動派遣之法律與實務，1987.5，第 66 頁。

定，故日本法對經營此種態樣之派遣事業機構在行政管理之態度上，不似對於經營常用雇用工之派遣事業機構採取較寬鬆之報備制，而是嚴格的許可制。^(註二十八)至於在德國法上，其勞動派遣關係原則上係不定期的（勞工派遣法第九條第二款），^(註二十九)派遣機構除非有法定之事由（依照該國終止契約保護法第一條之規定，解雇之原因大致分為三大類：第一，因勞工本身的因素，如因勞工受傷致不能工作。第二，因勞工自己之行為，如勞工違反勞動契約或工作規則情節重大致雇主無法忍受其繼續工作。第三，因企業營運上之原因，如企業改組、虧損、業務緊縮，至無適宜的工作可安置勞工。）^(註三十)或雙方合意，不得片面終止勞動契約。故不可能有如上述日本實務存在之登錄型勞動派遣之型態。惟其按雇主聘僱勞工之目的不同，區分為真正之借調關係（echtes Leiharbeitsverhaeltnis）與非真正之借調關係——即勞動派遣（unechtes Leiharbeitsverhaeltnis Arbeitueberlassungsvertrag），前者是指雇主聘僱勞工之目的是在為自己提供勞務，但在業務上短暫需要時，才將之借調予他人服勞務（非營利性）；^(註三十一)後者則是指雇主聘僱勞工之目的，就是在將之借調予他人服勞務，其目的是商業性（營利性）的。^(註三十二)

^(註二十八) 按日本勞動者派遣法第二條第四及第五款之規定，勞動派遣業分成兩種，一為特定勞工（即常用雇用工勞工）派遣事業，另一為一般勞工（即登錄型勞工）派遣事業。欲經營前者必須向勞動大臣報備，而欲經營後者則需得到勞動大臣之許可（勞動者派遣法第五條第一項，第十六條第一項）。

^(註二十九) 參見楊通軒，前揭文，第 101 頁。

^(註三十) 參見郭玲惠，解雇合法性及其關係企業之態樣—最高法院 80 年度台上字第 1648 號判決評釋，蒐錄於勞動法裁判選輯 1998.5，月旦出版社，第 404 頁。

^(註三十一) 此種勞動型態應該就是所謂的「出向」，其與勞動派遣之比較請參見本章第三節。

^(註三十二) 參見楊通軒，非典型工作型態相關法律問題之研究，行政院勞工委員會 88 年度委託研究計畫，第 91 頁。另，黃程貫則稱為真正的借貸勞動（die echte Leiharbeit），此又稱為非營業型之勞工派遣（die nichtgewerbsmabige Arbeitnehmeruberlassung），此一類型乃是指受僱勞工平時係在其雇主處工作，只是偶而遇有特殊情形時，才由雇主將之外借予第三人，即將之派至第三人處為該第三人工作。一為非真正的借貸勞動（due unechte Leiharbeit），此又稱為營業型勞工派遣（die gewerbsmabige Arbeitnehmeruberlassung），此一類型才是我國目前論者所稱之人力派遣、勞工派遣。學者黃程貫更認為，嚴格言之，應非使用借貸關係，因為使用借貸基本上乃是無償，而借貸勞動基本上乃是有償，故就法律上

德國法上雖無登錄型之態樣，但認可派遣機構在無繼續僱用派遣勞工之可能性時，得以經濟上之理由將其解雇，^(註三十三)故派遣機構為避免派遣勞工在等候派遣期間坐領乾薪，似得以經濟上之理由，將之解雇。而為保護派遣勞工免於此一僱用不安定之風險，乃有對於派遣勞工之保障安排，即如果派遣機構在解雇後三個月內再度僱用派遣勞工者，該經濟上理由之解雇係屬無效（勞工派遣法第九條第三款）。因此，在解雇與再度僱用之間的期間，僱用關係仍繼續存在，該派遣勞工可請求該段期間派遣機構之給付遲延。^(註三十四)然儘管德國法著眼於派遣勞工之僱用極度不安定及高度受害可能性，於其勞工派遣法中規定，派遣勞工與派遣機構間之派遣契約應為不定期，且派遣機構應不斷地、定期地將勞工派遣至要派機構處工作，但在實務之操作上與立法之理想存有頗大的落差，按派遣機構基於種種經濟上之考量，自是想盡辦法來規避支付派遣勞工在未能派遣至要派機構處工作之等待期間，以及其他諸如產假、休假等期間內之工資。常見的脫免責任之手段大概有四種方式：

- 一、派遣機構與派遣勞工約定只有一次定期的派遣，而其所定的契約存續期間與要派機構所要求之派遣期間一致。
- 二、派遣機構與派遣勞工於訂定派遣契約時預先約定，雙方合意在派遣期間終了後，終止契約。
- 三、及上開之派遣期間屆滿即予以解雇之方式。
- 四、派遣機構與派遣勞工約定，派遣勞工無工作可做之等待期間乃屬「無

之定性，應稱之為租賃，始較妥切，因為租賃原則上為有償。……關於此部分，請參見氏著德國勞工派遣關係之法律結構，政大法學評論第 60 期，1998.12。第 273 頁以下。

^(註三十三) 依照該國解雇保護法第一條之規定，解雇苟不具社會正當性係違法的，至於其正當性限於三種情況，因此，當解雇的合法性發生爭議時，其正當理由為：勞動者人身上的（Person）、行為上的（Verhalten）或企業經營上的（Betrieblich）理由。……此部分請參見楊通軒，前揭文，第 103 頁。

^(註三十四) 同上註。

給休假」，此段期間，派遣勞工不支薪。^(註三十五)

德國之派遣機構透過上開方式，規避法律之強制規定，達至與日本法上之登錄型派遣勞工相同之結果，犧牲勞工之權益進而節省經營成本。德國之勞工派遣法為保障派遣勞工，亦致力於防堵派遣機構採取此種手段，捍衛原立法精神，迭已敘明於前。

由上述德國立法例之分類觀之，前者所稱之真正之借調關係，其所描述之特徵與國內或日本勞動法學界所謂之「企業外調職（出向）」（按所謂出向係指勞工保持其原受僱公司之員工身份，而於他公司指揮監督下執行職務之謂。由上揭定義觀之，其與勞動派遣在表面上非常類似，惟實際仍有差異，此部分容本章第三節第二項述）似乎一致，故國內一般並未將之列入勞動派遣態樣之一，而之所以有如此之差異，應是各國對勞動派遣之定義不同所致。

登錄型之派遣勞工應否承認？是否造成嚴重的雇用不安定？其利益衡量之標準何在？勞委會草案似無明文；本文以為，對勞動派遣之型態應以保護勞工為思考，故施行之初，以保守為妥，不宜貿然承認，以免加劇勞工雇用不安定感。如果將來立法正面承認而賦予法律地位，是否相對地亦必須課此類型之派遣機構公法上之義務，令其善盡促進勞動力供需及提供就業機會之社會責任，實屬值得思考之問題。

第四項 勞動派遣對勞資關係之影響

與傳統終身雇用之勞動關係相較，勞動派遣無疑是雇主節省人事成本、增加雇用彈性、進而達到增加產品競爭力之好方法。蓋藉由使用派遣勞工之方式，雇主可將雇用之勞工控制到最小規模，不需因景氣變化或淡旺季而調整勞動力。對於一些不需以長期方式雇用的勞工，事業單位可透過派遣機構派遣此類勞工至該單位提供勞務，既可滿足雇主之需要，又不

^(註三十五) 參見黃程貫，前揭文，第 295 頁。

需負擔勞動法規賦予雇主之各項責任；對於只有在旺季時才需要的勞動力，雇主亦可在旺季期間時，透過派遣機構獲取其所需之勞動力，不再有淡季期間勞動力過剩之問題。因此，雇主可透過勞動派遣之方式減少人事成本，進而達到提高產品競爭力之目的。在企業面臨國內外市場競爭壓力日增的情形下，勞動派遣帶來的成本優勢會造成雇主將經常性雇用之勞工減至最小規模，於此情形下，大量的勞工可能會因之而被解雇。^(註三十六)

雖然勞動派遣在事業單位節省人事成本一事上具有相當正面之功能，然而，其對雇主而言並非完全沒有缺點。一般而言，由於派遣工作的不穩定及缺乏前瞻性，派遣勞工對要派機構較無認同感與忠誠度，工作表現的品質往往不如經常性雇用的勞工，故對事業主而言，勞動派遣雖可節約成本，但同時也可能會降低生產品質。此外，當事業單位大規模地使用派遣勞工時，該事業單位經常性雇用的勞工與勞工代表可能會因此產生不安全感，進而對事業單位產生敵意，負面影響員工士氣與工作表現，故對事業單位整體利益而言仍有不利影響。^(註三十七)

以上皆由雇主之角度觀察勞動派遣對資方的影響，苟從勞工之立場觀察，勞動派遣可以提供某些勞工一個較具彈性或過渡性的工作機會。舉例而言，勞動派遣可使照顧家務之婦女兼顧工作與家務；二度就業之婦女或甫從學校畢業之年輕勞動者，有時很難找到穩定之工作，勞動派遣提供此種勞動人口一個過渡性的工作機會；對不願受傳統工作型態拘束的勞工，勞動派遣可以滿足此種勞工的彈性工作需求。

然而，勞動派遣對派遣勞工亦有負面之影響。當派遣勞工長期地從事勞動派遣並成為勞工唯一的工作型態時，勞動派遣將會危及勞工的經濟安全。由於從事勞動派遣的勞工有相當大的比例為女性或就業困難之男性，這群在就業市場本就較為弱勢的勞工即使從事傳統勞動往往也必須接受較

^(註三十六) 參見鄭津津，勞動派遣之法律關係與相關法律問題之研究，中正大學法學集刊第二期，1999.7，第241頁以下。

^(註三十七) 同上註。

差的勞動條件，故當他們從事勞動派遣時，派遣機構給予的勞動條件與相關福利就更形微薄。再加上現行勞動法令的制定多係針對從事傳統勞動的一般典型勞工，故派遣勞工往往被排除於這些勞動法令的保障之外。此外，由於派遣勞工之工作性質不穩定，亦較難在短暫的派遣工作中獲得充分的訓練與技能。^(註三十八)

第三節 勞動派遣與其他類似概念之比較

與典型的全時間之全職受僱者之勞雇關係不同，非典型勞動之勞雇態樣多變而複雜。其中牽涉到三方關係者，除本文所欲探究的勞動派遣之外，略有以下之職業介紹、企業外調職、勞動租賃、勞工供給及營業外包承攬等五類，故有必要加以比較以明其差異及區分之標準，或可對明確定義勞動派遣有所助益。茲分述之：

第一項 與職業介紹之比較

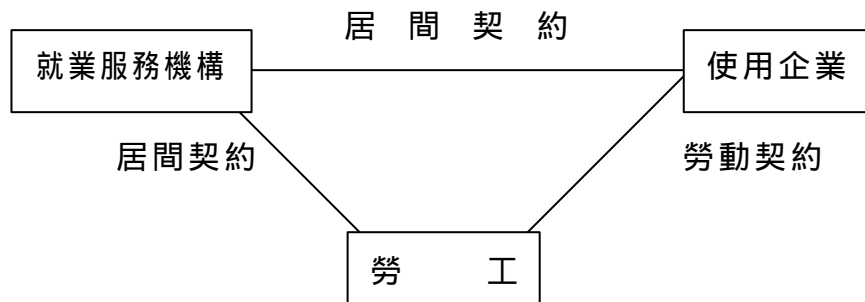
「職業介紹」(Stellenvermittlung)亦稱勞動介紹(Arbeitsvermittlung)，係指介紹訂立勞動契約的行為而言。^(註三十九)按照國際勞工組織(International Labour Organization, 以下稱 ILO)第九十六號公約，有關收費就業機構之公約之第一條一之(a)規定，所謂職業介紹，乃指職業介紹機構無論是以營利或非營利為目的，其以仲介者或斡旋者之角色，居於勞工與雇主之間，提供勞工合理的配置，並符合雇主的需求，以實現雙方的意願成立僱傭關係之謂。日本職業安定法第五條第一項規定，所謂職業介紹，係指接受求職人或求職者之申請，斡旋或仲介兩者，使成立僱傭關係之謂。^(註四十)我國之就業服務法第二條對職業介紹稱之為「就業服務」，係指協助國民就業及雇主徵求員工所提供之服務；而就業服務機構則指提供就業服務之機構，

^(註三十八) 同上註。

^(註三十九) 參見史尚寬，勞動法原論，1978.6 重刊版，正大印書館，第 449 頁以下。

^(註四十) 參見邱駿彥，前揭文，第 36 頁。黃仕儀，前揭文，第 12 頁。

其由政府機關設置者，為公立就業服務機構；其由政府以外之私人或團體所設置者，為私立就業服務機構。茲就職業介紹之法律結構以圖示之如下：



觀上圖，就業服務機構為使用企業（求才者）及勞工（求職者）報告訂約之機會或為訂約之媒介而收取一定的報酬，與兩造間分別成立居間契約關係（民法第五六五條），其與勞動派遣有以下不同：

- 一、在勞動派遣關係，使用勞動力之要派機構與實際提供勞務的勞工之間不成立勞動契約關係；反之，於職業介紹關係中，使用勞動力之企業機構與提供勞務的勞工間成立勞動契約關係。
- 二、在勞動派遣關係，勞工自派遣機構受領提供勞務對價之工資；反之，於職業介紹關係中，除約定無償外，勞工需依約給付居間報酬給就業服務機構。
- 三、在勞動派遣關係，派遣機構與要派機構間成立一要派契約，約定由派遣機構提供勞動力供要派機構使用，要派機構給付相對的報酬給派遣機構；反之，於職業介紹關係，係由同樣是使用勞動力的使用機構給付居間報酬給就業服務機構。
- 四、在勞動派遣關係，從各國立法例觀之，要派機構不能將受派之勞工再派遣出去（再派遣之禁止）；反之，於職業介紹關係，使用機構可以是以從事派遣為業之機構，故將就業服務機構所仲介之勞工派遣出去，乃極其自然且不違法的。不過，需強調的是，二者關於此點之差別，

並非兩者性質上之必然，而是立法上對「再派遣」之限致使然。^(註四十一)

五、在勞動派遣關係，勞動契約關係一開始即存在於派遣機構與勞工之間，是否涉及第三人介入他人勞動契約之問題，容有爭議；反之，於職業介紹關係，使用機構與勞工之間係因就業服務機構之介入媒介而成立勞動關係，已牽涉到第三人介入他人勞動契約禁止原則之爭議(容後詳述)。

如同前述，職業介紹在我國於就業服務法有詳盡的規定，但勞動派遣則付之闕如，極有可能衍生以假勞動派遣之名行職業介紹之實的脫法行為。屬於勞動派遣型態之一的登錄型勞動派遣，在形式上原本應該是派遣機構與派遣勞工訂定勞動契約後，派遣機構再將勞工派遣至要派機構處服勞務，然在實際操作上，此種登錄型勞動派遣演變成有償職業介紹之機會極大。亦即派遣機構與派遣勞工間之勞動契約其實僅止於形式上、名目上之存在，勞資雙方間並無任何實質上之權利義務關係，再加上勞動派遣之定義上，雖謂勞動契約關係僅存於派遣機構與派遣勞工之間，但並未採取禁止派遣勞工可以基於自由意願與要派機構間訂定勞動契約，故上述情形下之勞動派遣極可能演變成有償職業介紹。由於我國並未禁止私人間之有償職業介紹業務行為，只不過屬於有償職業介紹者，需受就業服務法之規範。因此區別勞動派遣或有償職業介紹之實益，在於判斷其應受何種法規範之限制。由於我國目前尚未就勞動派遣制訂相關法規範，只在就業服務法上針對民間就業服務機構設有規範，是否會造成民間就業服務機構採取類似登錄型勞動派遣之做法，以逃避就業服務法上之相關規範，頗值注意。

(註四十二)

^(註四十一) 邱駿彥以為：從制訂勞動派遣相關規範之立法論觀點言，有必要課以派遣公司需對與己訂定勞動契約(己所雇用)之派遣勞工，實施一定程度的職前講習或勞工安全衛生教育，如此或也有助於區別勞動派遣或職業介紹。從立法論上亦提供一種兩者區分的標準。關於此點，參見氏著前揭文，第 37 頁。

^(註四十二) 參見邱駿彥，前揭文，第 36、37 頁。

第二項 與企業外調職（出向）之比較

按有關勞工之調職，一般稱之為人事異動，大概可區分為企業內之人事異動與企業外之人事異動。前者即為典型的調職，後者國內學者沿襲日本用法，稱之為「出向」。^{（註四十三）}調職與出向之間，在職務內容與工作場所均發生變更之點上，兩者相同，但出向之特徵在於人事異動後，出向之勞工必須在其他企業主（不一定是勞動關係中之雇主）之指揮監督下提供勞務之一點上，與勞動派遣極為類似；反之，調職係在同一企業內之異動，基本上並無雇主變更之問題，^{（註四十四）}故在此點上，二者南轅北轍，這也是區別的依據。當然，企業內調職既不牽涉所謂的「三方關係」，並不在本文欲討論之範圍內。值得一提的是，銓敘部在二〇〇一年三月十二日內部會議曾提出一名為「政府機關與民間機構人才交流實施辦法」的草案（九十銓三字第二二九七三號），其第一條規定：為培育政府管理人才，學習企業經營理念、方法及借重民間專業人才，以加強政府機關與民間機構人才交流，提升政府機關行政效能，特訂定本辦法；第二條、第五條、第七條及第九條分別規定：政府機關得派遣具有發展潛力之現職人員至民間機構學習歷練，並得自民間機構借調具有專業性、科技性或特殊性知能之人員……；政府機關派遣人員至民間機構學習歷練，以帶職帶薪方式處理……待遇、福利等權益……在不重領兼領前提下，由政府機關與民間機構協議之；民間機構人員借調至政府機關……由借調機關與民間機構協議之……；派遣或借調人員之期間，除法令另有規定外，不得超過一年……；政府機關派遣或借調人員時，應與民間機構訂立契約，其內容包括派遣或借調期間、工作項目、稱謂、待遇、福利、權利、義務及違反義務之責任等事項。由上開草案內容觀之，似乎政府機關內亦存在「出向」或「派遣」

^{（註四十三）} 參見邱駿彥，調職之法理運用，輔仁法學第十五期，1996.6，第253頁。

^{（註四十四）} 有關營業上或組織上有密切關連的關係企業之間相互的人事異動，究屬同一企業內之職務調動，或以不同企業間之出向來處理，此灰色地帶之認定，向來爭執於日本學界及實務界。

之工作型態，頗耐人尋味。

依照日本學界之見解，出向又可分為在籍出向與移籍出向兩種。或者將在籍出向直接稱為出向，移籍出向稱呼為「轉籍」。所謂轉籍（移籍出向），係指勞工與原受僱公司終止勞動契約關係，而另與其他企業訂定勞動契約提供勞務的行為。換言之，勞工喪失出向企業（即原來發生勞動契約關係（在籍）之企業）受僱之地位，另外與出向地企業訂定新的勞動契約，取得出向地企業受僱勞工地位之一種配置移轉行為。^{（註四十五）}故此種移籍出向與新舊雇主間係「先後」存在單一的勞動關係，並無同時存在前述之「三方關係」，與勞動派遣顯然有別，亦不再討論之列。

所謂在籍出向，係指勞工與出向企業（在籍之原企業）間維持勞動契約關係，卻被命令前往出向地企業，接受出向地企業主之指揮監督提供勞務的一種勞務型態，由上述定義之特徵可知，在籍出向與勞動派遣極為類似，皆涉及「三方兩地」之關係。日本勞工法學者更審酌出向在企業經營實務之實際運用狀況，將之歸納有四種類型：^{（註四十六）}

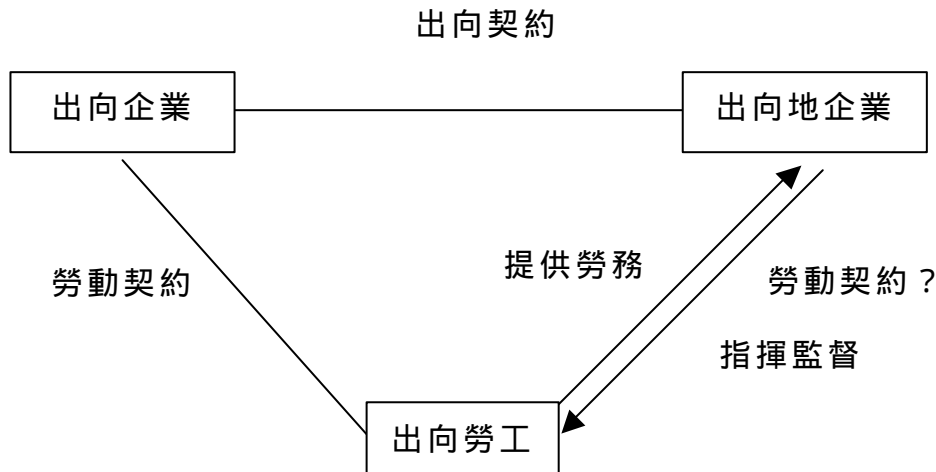
- 一、休職型出向：勞工維持其原受僱企業之勞工身份，但以休職視之，免除其為原受僱企業提供勞務之義務，此為最典型的出向。
- 二、長期出差型出向：於一般之出差場合，出差時期短，出差勞工猶受原企業指揮監督為其特色，但長期出差型出向反是。日本企業為了緩和勞工對出向之拒絕反應，名目上有以長期出差行之，實質上則為出向者。
- 三、配轉型出向：常見於營業上、組織上有密切關連之關係企業之間，此際應視為同一企業內之職務調動（即配轉），或以不同企業間之出向來處理，在日本實務經常有爭論。
- 四、移籍型出向：此際勞工與原受僱企業終止勞動契約，另與他企業締結

^{（註四十五）} 參見邱駿彥，前揭文，第 39 頁。

^{（註四十六）} 參見劉志鵬，企業外調職（出向）之法律問題—台北地方法院 82 年度勞訴字第 70 號判決評釋，蒐錄於勞動法裁判選輯，月旦出版社，1998.5，第 212-225 頁。

勞動契約提供勞務。此種類型事實上即為前述之轉籍。

縱上所陳，出向既牽涉三方兩地，故擬將三方之關係以簡圖示之，俾便說明：



按上圖所示，出向地企業與出向勞工間是否存在勞動契約關係，牽涉到學理上對出向之法律構造為何？見解差異甚大，茲分述主要之三種見解：

一、單一契約說：原企業雇主之出向命令宜解釋為變更勞動契約內容之要約，此要約經勞工承諾後，原企業根據勞動契約而生之勞務指揮監督權因之轉讓予新雇主；但勞動契約關係仍存在於原企業與出向勞工之間。（註四十七）

二、二重契約說：出向勞工與前、後企業間重複成立雙重之勞動契約關係。申言之，在前、後雇主間就出向勞工、出向之勞動條件達成合意（即出向契約或稱出向者派遣契約），嗣以該契約為媒介，出向勞工與原企業間合意變更勞動契約之內容，暫免除出向勞工為原企業服勞務之義務（實務上通常以休職之方式為之），而與後企業成立新的勞動契約而

（註四十七） 參見馬渡淳一郎，三者間勞務供給契約之研究，綜合勞動研究所，1992.3，第 84 頁。渡邊裕，出向時的勞動條件，日本勞動法學會誌第 63 號，第 66 頁。以上轉引自劉志鵬，前揭文，第 225 頁。

負提供勞務之義務。^(註四十八)

三、二分說：出向之類型，在實務操作上種類頗為多樣分歧，不可否認地，亦存在出向勞工與後企業間並未訂立勞動契約之出向型態；因而不應昧於現實，一概而論地逕認三者間為單一或二重之契約關係，而應就前、後企業及出向勞工三方間之實際約定之內容來做判斷，不宜為抽象思考。換言之，此說認為出向之法律構造並非其「應為何」，而是「實為何」。

以上之三種見解，以第二說之二重契約說為通說，依照此說出向勞工在出向地企業雇主指揮監督下提供勞務之勞動關係必須以契約為媒介，換言之，原則上出向勞工與出向地企業主之間成立勞動契約關係。一般以為此點乃是在籍出向與勞動派遣之最大區別所在。^(註四十九)但苟採取第一說或誠如第三說之看法，出向勞工與出向地企業主之間並不一定存在勞動契約關係，則二者之區別趨於模糊，甚至可謂不存在。因此，有必要另尋區別之依據。在日本實務上，勞動派遣與出向間，明顯有下列相異之處：

- 一、勞動派遣是為了滿足今日企業有必要將特定的服務業或高度專門、技術性的業務予以外部化所實施者；反之，出向係基於企業間之業務合作，人事交流、研修、雇用調整等目的所實施者。
- 二、勞動派遣之對象勞工，通常都是沒有意願在特定企業裡永續服勤務之人；反之，出向勞工通常都預定在特定企業裡繼續工作至退休之人。
- 三、勞動派遣大部分都是以派遣為主要業務之機構所為；反之，出向幾乎沒有所謂的出向業務機構。

基於以上三點勞動派遣與出向之實質差異，勞動派遣與出向在勞動條件內容及決定方法、或勞工管理之方式上有其差異存在。例如工資，在勞動派遣中，通常支付給勞工之金額都比要派機構依據要派契約支付給派遣

^(註四十八) 同上註。

^(註四十九) 參見邱駿彥，前揭文，第 39 頁。

機構之金額為低。反之，在出向的情況，出向企業給付出向勞工之工資，通常都比出向地企業給予出向企業之額度還高。此乃因為勞動派遣與出向之目的與機能不同所致。再者，有關工資之給付，除了派遣機構係完全形骸化公司之情形者外，幾乎沒有是由要派機構依要派機構之基準給付的。但在出向，也有是由出向地企業決定其給付基準，而由出向地企業給付者。另外，出向中的工作時間、休息、休假、特別休假等基準，亦有不少依出向地企業之規定處理。此外，也有懲戒處分係由出向地企業實施之案例。^(註五十)

至於我國實務曾出現一則有關出向糾紛的判決，即台北地方法院八十二年度勞訴字第七十號判決。其要旨略為「我國企業組織絕大數為中小企業，所謂大型企業之關係企業化現象，尚不足以涵蓋我國整體之勞工雇用現象，且我國尚未採行所謂法人格否定說之理論，本於法安定性之要求，建構在日本關係企業底下之企業外人事異動理論，即所謂「出向理論」，對法人格之區別採較寬鬆之看法，尚不宜全盤移植於我國，勞工與異動前後之企業間之法律關係，基本上仍宜遵循我國上一貫嚴格區別法人格之立場，認為勞工分別與異動前後之企業成立僱傭契約，始能符合民法第四百八十四條所定『雇用人非經受僱人同意，不得將其勞務指揮權讓與第三人……』之規定，亦即雇主經得勞工同意後，將勞工調往雇主以外之其他企業，其前後雇主得分別於其雇用期間，依各自勞動契約對勞工行使勞務指揮權，原告雖主張其事業經營組織係間採美式之『利潤中心』及日式之『關連企業』，無論是經營管理抑或人事異動均取決於『總公司』，被告派駐國外僅是任職之地點不同而已，被告駐日期間結束後，亦曾返國述職。兩造間尚無日本勞工法理論上所謂出向及轉籍之問題云云，為此主張衡諸下列事實：(一)原告自認被告所受僱之丙為一獨立之日本法人，與原告公司法人人格分別獨立，不因丙之經營是否受原告公司節制、指揮，而影響

^(註五十) 參見邱駿彥，前揭文，第 45 頁。

其法人人格之獨立存在；(二)原告自認：「A部分為在本國支付之金額，B部分為委託丙支付之金額」，顯見B部分為丙以僱主名義支付與被告之薪津等，至於原告主張該部分薪津係原告委託丙支付云云，乃係原告與丙間內部關係；(三)原告自認丙已為被告加入日本之社會保險，但於回國時退保；被告上下班需於出勤簿登記出勤時間，足徵丙係以日本獨立僱主身份履行日本法定之僱主責任，行使僱主出勤考核權，而被告在七十七年回國後在原告之人事處新幹班工作……，足見原告與被告間原亦有僱傭關係，而被告出國時出具同意書與原告，乃係同意由原告將其勞務指揮權暫時移轉與丙，依上開說明，因認本件職務調動確屬『出向』，即不同公司間之職務調動，並以被告之駐在日本時，原告對被告指揮監督權即暫時停止，被告到丙處任職，原告之指揮監督權即因此而告暫時中止，惟若被告離開丙處，其勞務指揮權即在移轉回原告，被告即有依其與原告所定出國同意書之約定，負回原告公司服務一年之義務，如未依約履行其上述義務，原告自得依出國同意書之約定請求被告連帶賠償，被告辯稱法律上僅丙得對甲主張僱主權利，原告之請求欠缺權利保護要件云云，並不足採信。而原告主張被告違反出國同意書之內容，請求甲負責償還出國期間所領之一切旅費及薪津等違約金，仍以原告已付出之薪水為其範圍。」

上開判決之爭執點在於兩造對系爭之勞動態樣是否該當「出向」之要件，看法相異。法院固認定被告與兩公司間皆有勞動契約存在，惟其所持之見解係採「二重契約說」或採「二分說」並不明確（於本案，不論採前說或後說結論應一致）；除此之外，判決文中亦提及該出向契約內容之多樣及複雜性，似乎隱含應從實際面探究出向之概念及其法結構之思考，整合上揭實務及學說之見解，吾人似可瞭解出向與勞動派遣主要之不同在於形成原因及目的之差異，不應為了「區別而區別」，一味強調法結構上之區分致落入粗糙的判別模式。

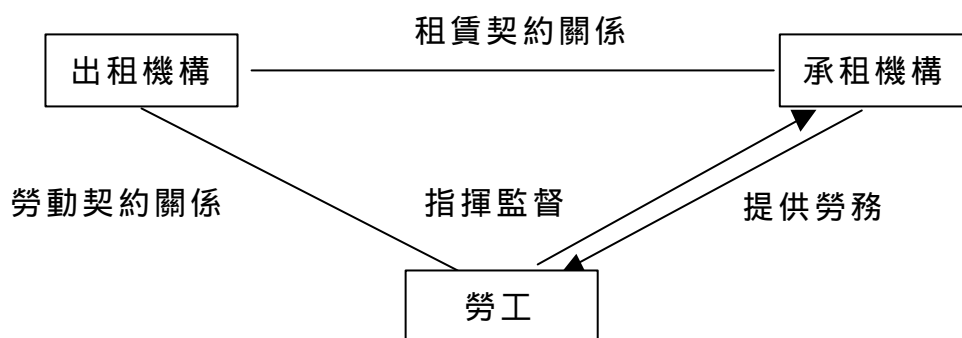
綜上所陳，出向與勞動派遣之間既在形成原因及目的上大相逕庭，故不應適用相同之法律將之一概而論，因之，不管是設定「經營業務」之要

件，或規定雇主責任所在、內容，或勞基法適用關係上，兩者皆有必要加以區別，以個別法律來加以規範。^(註五十一)

第三項 與勞動租賃之比較

現在之「勞動租賃」，或稱之「租賃勞動」(Leased Employment)，與早期羅馬帝國所謂之「租賃勞動時代」時期盛行之「勞動租賃契約」(locatis Conductco Operarum)意義及概念上並不相同。此時期之勞動關係已跳脫之前的奴隸勞動，即所謂的「不自由勞動時代」為目標，勞動者不復以債奴或自己出借之方式為勞動力的提供，是以一個自由人將自身之勞動力出租給對方，成立勞動租賃契約。此雖是勞動思想史上劃時代之進步，惟尚不能與十八世紀啟蒙時代以後之勞務契約相比，「法律上之人格，與其勞動力分離，一個人格者其勞動力處於他人處分權之下」的思想尚未產生，^(註五十二)因此實際上等於是自身的出租，換句話說，就是將自己當作「物」、「商品」供對方使用收益而取得對價。

與前述羅馬法時代之租賃勞動概念不同，現代意義之租賃勞動係指：承租公司將所有的勞動力(entire workforce)移轉給租賃公司(leasing firm)，然後再向租賃公司租回前述之所有勞動力；^(註五十三)由以上之定義可知，租賃勞動之勞務型態亦牽涉三方當事人，即出租人、承租人及租賃勞工，茲以簡圖示之：



^(註五十一) 參見邱駿彥，前揭文，第 45 頁。

^(註五十二) 關於此點，整參照黃越欽，勞動法論，1991.9，三民書局，第 4-5 頁。

^(註五十三) 關於此點，請參見鄭津津，美國勞動派遣法制之研究，蒐錄於勞動派遣法制之研究（台灣勞動法學會學報第一期），2000.11，第 136 頁以下。

由以上租賃勞動之關係圖與勞動派遣之關係圖較之，兩者之差別似乎只在：連結出租機構與承租機構間之關係為租賃，而派遣機構與要派機構之間是要派契約。正因如此，勞動派遣有時會以租賃勞動的模式出現，例如，要派機構將其所雇用的勞工解雇，由派遣機構雇用，再由要派機構向派遣機構承租這些勞工為要派機構服勞務。^(註五十四)故二者除上述之一為租賃，一為要派之法律結構不同外，在勞工與派遣機構或出租機構間成立勞動契約關係，與要派機構或承租機構間則勞工提供勞務，他方有指揮監督權限並無二致。故兩者表面上之差異實甚微小，無非是目的及實際需用上之差別，茲試臚列一些不同點以資比較：

- 一、租賃勞動既然是由原企業之雇主與其受僱人在終止雇用關係後，再由原企業與租賃機構訂立契約，約定由租賃機構將上開被解雇的勞工重新雇用，原企業再向租賃機構承租該勞工至原企業服勞務，顯然承租勞動力之原企業有權向出租機構指定勞工之身分，易言之，出租機構有提供特定勞工之義務，故其所負的債務是一種「特定之債」；^(註五十五)反之，在勞動派遣，一般的要派契約係要求派遣機構負有使要派機構在一定期間內取得一適任勞工之勞務給付的義務，換言之，此一債務乃是一種「種類之債」^(註五十六)。
- 二、在租賃勞動，承租機構通常以長期租用之目的向出租機構承租勞工；反之，在勞動派遣，要派機構通常是因臨時性、季節性之需要，而要

^(註五十四) 同上註。

^(註五十五) 事實上在日本，大企業相繼設立派遣公司，這些派遣公司一一記錄因為結婚、生產而離職的女職員相關資料，以便於總公司業務繁忙時，再以派遣工之方式將這些離職員工引進公司，而這些派遣工所從事之工作內容與之前之工作相同。以上參見陳昆鴻，轉包至工作型態的初步分析...以家內勞動與勞動派遣為例，國立政治大學勞工研究所碩士論文，2000.1，第98頁。苟上開資料屬實，則本文對租賃勞動與勞動派遣之此點區分標準在日本就不能成立；依此觀之，兩者之差異應非本質上之不同，毋寧說是學理上為區分而區分使然。

^(註五十六) 按給付物僅以種類指示者，依法律行為之性質或當事人之意思不能定其品質時，債務人應給以中等品質之物。前項情形，債務人交付其物之必要行為完結後，或經債權人之同意指定其應交付之物時，其物即為特定給付物。我國民法第200條第1、2項定有明文，可資參照。

求派遣機構派遣勞工提供短期勞力。

三、在租賃勞動，被出租之勞工通常是專業或管理階層的勞工；^(註五十七)反之，在勞動派遣，被派遣之勞工一般並無專業技能，且多屬較為弱勢之「邊緣性勞動力」勞工。

四、在租賃勞動，「勞工租賃公司」給付給租賃勞工的工資與福利一般皆會與承租公司給付給從事相同工作的自雇勞工相同；反之，在勞動派遣，派遣勞工自派遣機構處所獲致之工資，通常低於要派機構內從事相同或類似工作勞動者之工資。

由以上之說明可知，二者之差異，許多方面並不在其本質，而是「量」的差別而已。此觀上述第一點之比較，勞動派遣之派遣機構原則上對要派機構係負提出一適任勞工的種類之債之義務，惟若當事人在契約中約定特定勞工之派遣，在理論上亦非不許。不過，此時派遣人之債務即屬特定之債。^(註五十八)而其他諸如雇用期間之長短、工資之多寡，也只是量的差異。況事實上，租賃勞動是產生於美國；該國並無所謂「勞動派遣」之概念，換言之，該國實務上是以租賃勞動之方式呈現吾人所謂之勞動派遣之勞動型態，強加區分，無非同中求異，盡可能比較兩種法制之差別而已。

此外，企業此種將原先雇用之勞工解雇，再予以承租之行為，其目的很可能著眼於逃避雇主之責任，在實務上可以想見的是，甲公司另設立一空殼之乙公司，並將原雇用之員工解雇，改由乙公司雇用，再由甲公司向乙公司承租該被解雇之員工至原單位服勞務，嗣發生職災等勞資糾紛，身為雇主之乙公司無任何資力可供賠償，甲公司將雇主風險轉嫁給乙公司而高枕無憂。在美國，由於是一以市場導向為主流之資本主義國家，政府公權力一向是盡量避免介入私人性質之勞資關係，因此，即使現行勞工法制及各項保護規定已不足以適應此一制度所造成的各項問題，國家仍是採取相當自由放任之態度，任由勞資雙方各憑本身實力在勞動市場上競爭，其

^(註五十七) 同【註 53】。

^(註五十八) 參見黃程貫，前揭文，第 275 頁。

結果致使為數甚多的此類勞動者之權益無法獲得充分之保障，成為此種勞動制度下之被剝削者，反而成為社會之負擔，目前雖有各種改革之建議提出，但以勞工在政治上所處劣勢地位，除非整個社會安全及福利體系能做全面更張，由國家取代大部分雇主所負擔之這類責任，否則實現之可能性甚微，只能作為長期努力之目標。^(註五十九) 反觀國內，對此種勞動型態是否存在及其數量，目前並無官方的統計資料。又苟存在，是否應立法全面禁止或有條件的允許？如果准許，其准許的條件為何？都值得探討。日後勞動派遣一旦法制化，勢必也要避免租賃勞動隱藏在勞動派遣中的脫法行為。

第四項 與勞工供給之比較

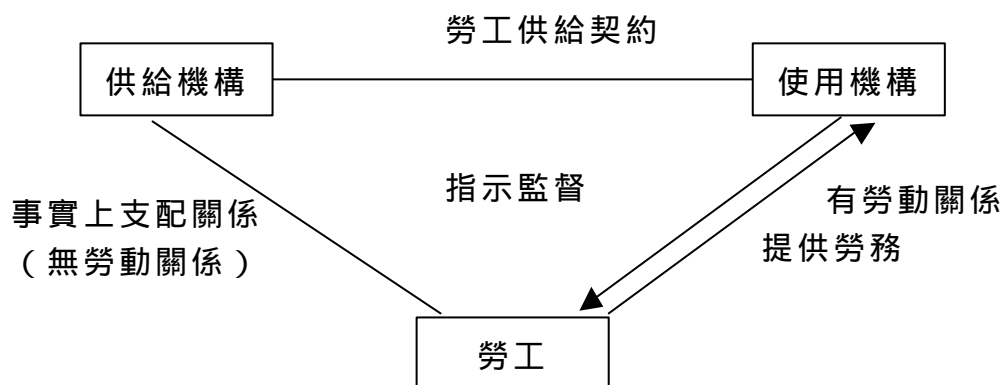
按民法第四八四條第一項規定：雇用人非經受僱人同意，不得將其勞務請求權讓與第三人。受僱人非經雇用人同意，不得使第三人代服勞務。條文意旨所謂之同意他人代為服勞務云云，從勞務給付義務人之角度而言，係指訂約後勞工一時無法服勞務之情形而同意第三人代服勞務而言。至於契約訂立時，即約定全由第三人提供勞務而非由勞工當事人親自提供勞務時，該契約為「勞務供給契約」或稱「勞工供給契約」，並非勞動契約。^(註六十) 詳言之，一般典型的勞動契約，勞務之給付原則上應由勞工親自為之，不得使他人代服勞務。因此雇主可以不接受勞工所委託代為服務之第三人，而勞工自己不能服勞務時，亦無代覓第三人代服勞務之義務。勞工違反親自服勞務之義務時，雇主得依法終止契約。反之，從勞務給付請求人之角度觀察，勞工原則上以與其訂立勞動契約之雇主為其服勞務之對象，故勞務給付之請求權人通常即為勞動契約當事人之雇主。勞務請求權性質上為不可轉讓之權利，故原則上雇主未得勞動者之承諾不得將其勞務請求權任意讓與第三人。但此處所指之不可讓與，並非表示勞工服勞務之

^(註五十九) 參見焦興鎧，前揭文，第 26-27 頁。雖該文係針對部分時間工作者之法律保障為論述之重點，然美國對租賃勞動採取放任主義之態度應無二致。

^(註六十) 參見陳繼盛，前揭書，第 32 頁。

對象一定限於雇主一人，因其對象難免包括雇主之顧客、家屬等。故所謂的不可讓與係指雇主之指示監督權不可讓與，換言之，勞務給付之指揮監督權轉由第三人行使時，非得勞工之同意不可。但勞動契約訂立時，即約定向第三人服勞務者，該第三人自始取得勞務給付之請求權。^(註六十一)故實際上三者成為典型之勞務供給關係，而所謂勞工供給事業就是「依供給契約，介紹勞工給他人使用」之事業。^(註六十二)或者，更狹義之說法，所謂勞動供給係「基於供給契約，勞動者受他人指揮命令而從事勞動，但不包括勞動派遣」。^(註六十三)故典型之勞動供給，供給者與勞動者之間並無雇用關係之存在，連結兩者的是「事實上之支配關係」，且只是在此點差異上與勞動派遣區隔。^(註六十四)

經由以上之說明可知，勞工供給之非典型勞動型態，業已牽涉所謂供給勞動者之供給機構、使用勞動力的使用機構，及實際提供勞務的勞工之三方關係。茲以簡圖示之：



由以上之三方關係圖觀之，勞動供給與勞動派遣，差別只在雇用關係

^(註六十一) 我國民法第 269 條第一項規定：以契約訂定向第三人為給付者，要約人得請求債務人向第三人為給付，其第三人對於債務人，亦有直接請求給付之權。

^(註六十二) 參見西谷敏，日本勞動派遣之法律與實務，勞委會譯，1994.1，第 33 頁。

^(註六十三) 參見勞動省監督課，簡明勞動派遣法解說，日本勞動協會，第二版第一刷，1986.10，第 1-2 頁。

^(註六十四) 同上註。

與事實上支配關係之不同。^(註六十五)事實上，勞動派遣就是一種在廣義勞工供給概念下之勞動型態。日本學者認為這是封建時期家父長制度「家奴物化」下之產物，故一直到立法承認勞動派遣前，除了工會例外被允許，所有的勞動供給（包括派遣）業，依照修正前之職業安定法第四十四條之規定，皆不被許可。^(註六十六)

按勞工供給契約在我國是否合法，與勞動派遣契約立於相同的處境，法無直接規範之明文。可以找到較相關的間接依據有勞動基準法第六條：「任何人不得介入他人之勞動契約，抽取不法利益。」及就業服務法第三十五條第一項：「私立就業服務機構須經主管機關之許可及發給許可證，方得設立；其許可及管理辦法，由中央主管機關定之。未經許可者，不得從事就業服務業務。」其中就業服務法上開條文係專對有關職業介紹之規範，並無爭議。有疑義的是勞動基準法第六條之規定，除了規範有償的職業介紹外，勞動供給是否亦在禁止之列？對此，試擬下列數種看法，以供參酌：

- 一、供給機構與使用機構間之勞動供給契約，乃是供給機構以自己對之具有事實上支配關係之員工在他人即使用機構指揮監督下為使用機構服勞務，供給機構與勞工之間並無勞動關係之存在，其勞動關係係存在勞工與使用機構之間，由使用機構承擔直接之雇主地位並負擔勞動法上之雇主責任時，此時供給機構自屬介入「他人」的勞動契約，而違反上開規定。
- 二、勞工供給制度係「家父長」制度下之產物，供給機構與勞工之間雖無勞動關係之存在，然既有事實上支配關係連結二者，應認供給機構具

^(註六十五) 故國內有學者參考日本職業安定法之規定認為：所謂的勞動供給，是基於供給契約，勞動者接受使用者之指揮監督提供勞務，且存在雇用關係，勞工供給業者與勞工間則無勞動關係發生，只有事實上的實力支配關係；此點就是與勞動派遣最大之不同。關於此點，請參見林振賢，談派遣公司的問題，中國勞工第 965 期，1997.2 第 17-18 頁；簡明勞動派遣法解說，日本勞動協會，1986.10，勞動省監督課，第 1-2 頁；安西 愈，勞動派遣法之法律實務，總合勞動研究所，1990.1，第 10-14 頁；西谷敏、協田滋，勞動派遣之法律與實務，勞動旬報社，1987.5，第 56 頁。

^(註六十六) 參見安西 愈，勞動派遣法之法律實務，總合勞動研究所，1990.1，第 10-14 頁。

有實質上之雇主地位而負雇主之責任。依此說，並無介入他人勞動契約之問題，故無需進一步探究有無抽取不法利益之必要，故屬合法之勞動型態。

三、勞動基準法第六條所禁止之抽取不法利益，是否必然以介入「他人」之勞動契約為前提，法條文意上或許仍有解釋之空間。易言之，條文中之「他人」，未必以雙方當事人都是他人為限，只要有抽取不法利益之事實時，供給機構於其本身與勞工間所訂立之勞動契約，自可因勞工係第三人之故，為勞動基準法第六條規範之效力射程範圍方屬妥當。^(註六十七)

四、所謂「他人」非專指第三人而言，只要不是自己本身，就是條文所指之「他人」，換言之，只要有介入勞動契約而獲致不法利益，都是一種「中間剝削」，應該被禁止。

以上究應採何種說法較妥，及其對勞動市場之影響如何，在日本方面，依其勞動基準法第六條規定：除法律准許者外，任何人不得以介入他人之就業為業，而獲取利益；職業安定法第四十四條：除第四十五條規定者外，任何人不得從事勞工供給之事業；又不得使用該供給事業所供給之勞工（第四十五條係規定：經勞動大臣之許可，工會可從事免費的勞工供給事業）。由上可知日本對職業介紹（可包括在廣義的勞工供給概念內）之限制比我國嚴格，絕對禁止任何收費的職業介紹行為與事業之經營，其精神即在彰顯對勞工人格的高度尊重。按「勞工非商品」，任何人自不得以此為謀利之標的，其理甚明。然而，勞動派遣事業本質上就是勞動供給事業的一種類型，應為職業安定法所禁止，今卻在立法上予以承認，其理論基礎何在？本文將於本章第四節探討其存在基礎。

^(註六十七) 參見邱駿彥，前揭書，第 5 頁。惟該文本意係討論勞動派遣與勞動基準法第 6 條之關係，為勞動派遣既屬一種勞動供給關係，故於此處援引之。

第五項 與外包承攬之比較

按我國民法第四九 條第一項之規定：承攬契約乃一方為他方完成一定的工作，他方俟工作完成給付報酬之契約。如肯認勞動派遣之合法性，則存在於派遣機構與派遣勞工之法律關係被認為係一勞動契約，應屬無庸置疑。茲暫不論派遣之勞動契約與一般勞動契約實質內容上之差異，其既屬勞動契約，基本上與承攬契約就有如下之不同：

- 一、當事人之意思是以勞務之給付為目的者為勞動契約；反之，以勞務所完成之結果為目的者則為承攬契約。易言之，前者重在「過程」，後者重在「結果」。
- 二、勞動契約係一定期間內勞工應依雇主之指示，從事於一定種類之勞務；反之，承攬契約之承攬人則只負責完成一個或數個特定工作之義務。易言之，前者之勞工對雇主有從屬性，後者之承攬人對定作人則具獨立性。
- 三、在勞動契約，勞工對於雇主之勞務提供有固定持續之關係；反之，在承攬契約，承攬人可同時對多數對象提供勞務，易言之，前者為單一繼續性契約關係，後者為可並存的非繼續性關係。^{（註六十八）}

一般而言，民法上所規定之相關承攬關係之條文，其重點在規範定作人與承攬人間之權利義務關係。故範圍上只及於雙方關係，但從勞動法保護勞工角度出發之思考，真正為承攬人完成工作的絕大部分是其所雇用之勞工。以營業外包（Service Contracting）而言，某事業單位（發包公司）為節省人事等營業成本，將其營業內之部分工作交給另一事業單位（外包公司）承攬，再由該事業單位所雇用之勞工處理以完成承攬之工作。^{（註六十九）}

^{（註六十八）} 以上可參見史尚寬，前揭書，第 15 頁。陳繼盛，前揭書，第 22、23 頁。

^{（註六十九）} 在美國，有些雇主將工作外包並非為節約成本，而係規避團體協商之義務，例如，工會欲組織某一部門之勞工，而雇主不願與該工會進行協商，於是將該部門之工作外包出去，該部門之勞工因而失去工作，工會之目的即無法達成。以上請參見鄭津津，前揭文，第 138 頁。

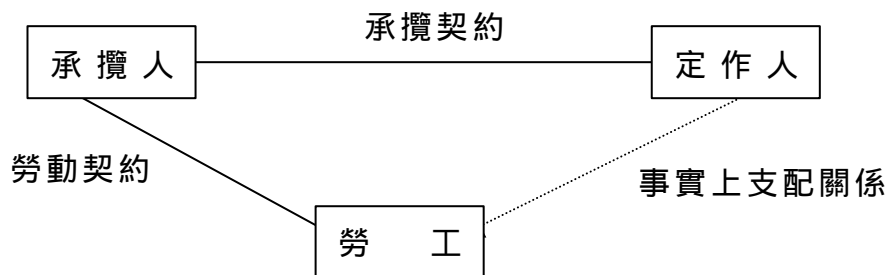
外包公司給付給從事該外包工作的勞工之工資必然少於發包公司給付給從事相同工作內容之自雇勞工之工資。再者，承攬在以外包之方式為之時，常常是發包者有意識的逃避雇主責任所採取之變相手段。例如，由工廠直接以承攬方式將工作委由個別家庭完成而支付報酬，此種類型稱為「家內勞動」，因為一天內之工作時段及工作數量，基本上仍是由承攬者自行決定，故德國勞動法界雖不認定其為勞工，但卻認為若承攬人係以此等工作報酬為其主要之收入來源，則因其社會經濟地位與勞工無異，故稱之為「準勞工」或「類似勞工」，在諸多特定事項上，各單行法特別規定將此等人員視同一般勞工而受到相同之保護。^(註七十)另外較為複雜的外包方式，係指企業將其業務之一部或全部以承攬之方式，由包頭承包下來，然後包頭再將之以再承攬（轉包）之方式交由包工完成，或者包頭以自行雇用員工之方式完成之，此等包頭或者本身即為企業主之員工或者係獨立的自營作業者；其業務完成之場所或者由包頭提供，或為包工自己提供，或根本就在原企業主（原定作人）之工廠內，由包頭向其承租、借用廠房、機器；為包頭工作的人員，或是包頭自己招攬之小包或是其所雇用之勞工，然有時原發包之企業主亦會將所屬的工頭、領班等幹部，甚至原企業主之勞工借予包頭，供其使用。^(註七十一)對上開之特殊承攬勞動型態可能對勞工之不利影響，國際勞工組織（ILO）注意到此種勞動型態之發展，國際勞動總署（International Labour Office）在一九九七年第八十五會期進行討論並做出關於承攬勞動之具體的提案公約與建議書，以期保護勞工，惟此非本文之重點，不擬探究。然需著眼的是，依據該公約之規定，承攬勞工執行工作是依照勞工與使用人事業單位間直接的契約上約定；或勞工被外包單位（subcontractor）或媒介者（intermediary）提供給使用之事業單位。^(註七十二)故承

^(註七十) 參見黃程貫，前揭書，第 60 頁以下。

^(註七十一) 在台灣，尤其營造業，此種外包之方式非常普遍，且型態千奇百怪，據筆者從事律師實務工作五年來之經驗見聞，許多如給付工程款等營建糾紛，經常為何人是適格之當事人頻生爭議。

^(註七十二) 各國政府被邀請在 1997 年 11 月 30 日前提出其修正或評論，或在同一期限前表示他們是否認為此提議文件足以構成第 86 屆（1998）大會之討論基礎，但回收

攬勞動可能為直接之雙方關係或間接之三方關係，單純的雙方關係不致與勞動派遣混淆，無待深究；需特別說明者，乃涉及三方關係之承攬類型，茲圖示如下：



按單純的承攬關係與勞動關係本就有很大的不同，但由以上之關係圖，參照承攬勞動公約之建議內容，在外包承攬則牽涉到三方關係，此種外包承攬之工作型態，在勞動派遣亦非無運用之可能。然基本上，仍可歸納出二者之不同點如下：

- 一、在承攬勞動關係中，承攬人對定作人負完成約定之工作的義務；反之，在勞動派遣，派遣機構只需將適任之勞工給付給要派機構，即已完成履行債務之責任。
- 二、在承攬勞動關係中，承攬人對勞工享有勞務給付之請求權，並有完整之命令指示權，勞工於其指揮監督下對其提供勞務；反之，在勞動派遣，派遣機構將其勞務給付請求權讓與要派機構，勞工服勞務之對象是要派機構。
- 三、在承攬勞動關係中，定作人對勞工無指揮監督權，二者無法律行為上的連結關係；反之，在勞動派遣，要派機構對勞工享有指揮監督權，二者在法律行為上之連結來自於要派契約之性質使然。

的意見，其內容相去甚大，並無法形成具體的通說。以上請參見陳聖聰，承攬勞動關係之研究—就國勞承攬勞動公約草案論爭之探討，國立政治大學勞工研究所碩士論文，2000.6，第7頁以下。

綜上，勞動派遣與外包承攬最簡易之區別標準即：若實際使用機構與勞工之間有指揮命令關係者為勞動派遣；反之，無指揮命令關係者為外包承攬。^(註七十三)

第六項 小 結

從以上各項之說明比較，吾人對勞動派遣之概念有較清晰之認知，可就各家對勞動派遣之定義作一比較。按之前所引述之諸般見解，似無法自其定義中區分勞動派遣與出向或勞動租賃之差異（其中邱駿彥先生特別於定義中強調「該勞工與要派公司事業主間並無勞動契約關係存在」試圖與出向作區隔，可謂用心良苦，然不可否認，仍無法將之與勞動租賃區分）。本文以為，就目前實務上勞動派遣之存在現狀，欲在定義中將之獨立於租賃勞動或出向之外實有困難，或許只能透過描述其特徵之方式來與之作區別。在具體個案中欲定性一契約究屬何種勞動型態，不能單就契約表面上之文字據以認定，應依其實質之內容及實際運作之情況，方足以正確定性。當然，各家對勞動派遣之定義並非有誤，只是稍嫌不夠周全。

第四節 勞動派遣之法制化基礎

按本章第二節第四項提及有關勞動派遣之大量運用所肇至之問題與危機，誠如黃越欽先生提及：「勞動者之權利基礎在於生存權（right of life, Recht auf Existenz）」^(註七十四)及邱駿彥先生：「……探討現行勞動相關法規是否有效規範勞動派遣關係前，首先必須瞭解勞動派遣具有何種潛在問題，方能針對問題檢討現行法規之實效，以及各種因應之解釋論或立法論。吾人若從保障勞工生存權之目的著眼，再參酌憲法規定精神及勞動基準法之立法理念，則有關勞動派遣之勞動關係……。」之說明^(註七十五)，本文以

^(註七十三) 參見林振賢，前揭文，第 18 頁。

^(註七十四) 參見氏著，勞動法新論，翰蘆圖書出版有限公司，2001.3，二刷，第 78 頁。

^(註七十五) 參見氏著，前揭文，第 4 頁。

為應從憲法第十五條「人民之生存權、工作權、財產權應予保障。」中之生存權、工作權、及勞動基本權等層面來探討勞動派遣究竟是落實憲法保障勞工之精神抑或坐實了反對者的批評？並就勞動派遣是否應予廣泛的承認或是限制其適用範圍，作一觀念上之釐清，進而提供一種價值判斷。

第一項 生存權

第一款 近代生存權之概念

按人民之生存權、工作權及財產權應予保障，我國憲法第十五條定有明文。其中財產權之保障，十八、九世紀之憲法即已有之；生存權與工作權之保障，則為二十世紀憲法之新趨勢。從我國憲法上開規定之形式觀之，生存權猶列在工作權及財產權之前，制憲者似有意凸顯其重要性。學者黃越欽即認為：在憲法中確認工作權與財產權並列，成為兩大支柱而共同建構生存權之確保，在經濟社會推移之下，勞動立法也循此方向而發展。

（註七十六）

按生存權者，係要求確保生活所必要之諸般條件之權利。^{（註七十七）}以自由權與平等權之保障為核心的近代國家憲法，對生存權之概念尚缺乏積極之內容，其內涵無非是來自個人主義之思考，因此生存權之主要目的仍停留在消極防止或除去國家對個人生存之危害，甚少或未曾考慮國家應對個人生存提供必要照顧或供應，此階段生存權不過是自由權之一種，即免於個人生存受國家侵害之權利而已。惟隨著機械生產而造就的高度資本主義發展與資本集中，不但使既有的成年男子勞工失業或工資減少至無法支持家庭生活，致使大批廉價女工、童工投入勞動市場以求餬口的惡性競爭循環下，勞工地位更形低落，資產階級憑藉經濟自由權，「自由」壓榨勞工，採行低工資、長工時、勞工健康嚴重受損、職業傷害所致之殘障、死亡事

（註七十六）參見氏著，*勞動法新論*，翰蘆圖書出版有限公司，2001.3，二刷，第79頁。

（註七十七）同上註，第78頁。

故頻繁、生活品質低落、女工無法正常生育下一代、童工失學與發育不良、貧民區擴大、社會衛生惡化、傳染病流行……等嚴重之社會問題。事實上，以上之貧困現象，都不是勞動者個人怠惰或不努力所引起，而是資本主義的必然矛盾與惡性循環。為挽救資本主義之危機，以免導致近代國家之傾覆，社會權思想即應運而生。

社會權之基本意義係指：基於社會國理念，為使任何人皆可獲得合乎人性尊嚴之生存，而予以保障之所有權利之總稱。^(註七十八)詳言之，社會基本權，在第二次世界大戰之後，除了在各國憲法內或多或少獲得肯定外，在一些國際公約裏，亦得窺見。例如聯合國在一九四八年公布的「世界人權宣言」中，所提及之人權雖然絕大多數是傳統的、古典的自由權，但也有部分涉及社會基本權利。如人民有權享受個人尊嚴及人格自由發展所必須之經濟、社會及文化各種權利之實現（第二十二條）；人民有工作權及失業保障（第二十三條一項）；人民有獲得最起碼生活程度及其他社會保障之權利（第二十五條）；受教育之權利（第二十六條）……等等。一九六一年通過之「歐洲社會公約」更是廣泛的承認人民享有工作、公平待遇、教育、健康、社會扶助……等等之「社會權利」。^(註七十九)上述各種形形色色之社會基本權，皆要求國家有積極之作為促成這些權利之實現。故國家不再只是保障個人主義式的自由，而應促使人民得以擁有真正之自由，在社會中發展其人格。

而生存權，甚至工作權，作為其受益權之社會基本權性格，人民有無因失業或無適當之工作而危及其生存時，直接依憲法之規定請求國家履行社會權保障之權利？意即，在憲法層次如何實踐社會基本權利？見解雖不一，^(註八十)然生存權作為社會基本權之性格終獲得承認。

^(註七十八) 同上註。

^(註七十九) 參見陳新民，論「社會基本權利」，蒐錄於氏著憲法基本權利之基本理論（上），三民書局，1991.1，再版，第100-101頁。

^(註八十) 有關如何實踐社會基本權利，參見陳新民，前揭文，第115-124頁。

第二款 生存權保障之內容

現代生存權之憲法意義是，國家不得侵害國民之生存權，亦需防止國民之生存權遭受不當侵害，此外，國家更必須充實改善各種與生存相關之條件及環境，確保全體國民之生存權得以落實及不斷發展。析言之，國家對國民生存權之保障，應包括一、不得侵害；二、防止無實質自由平等之經濟生活關係；三、積極建構確保國民生活之必需條件。^(註八十一)其目的係為實質保障社會生活中國民之生活水準，維護個人之人性尊嚴。

第三款 勞動派遣與生存權之關係

依上開說明，針對在勞動派遣型態下，要派機構或派遣機構提供派遣勞工之勞動條件，是否符合生存保障條件之要求，可由：

一、派遣機構是否因中間剝削致影響派遣勞工之生存保障

勞工派遣機構之業務型態，係將自己所雇用之勞工派遣至要派機構，使勞工在該要派機構指揮命令下服勞務，在此種勞動關係下，派遣勞工之工資固然由派遣機構支付，但其所支付勞工之工資數額，必然與實際上使用派遣勞工之要派機構支付給派遣機構之價金有所差距。派遣機構以此差距之金額作為企業營業之利潤，事屬當然。問題在於差距若已達致影響勞工之生計，而屬不當剝削之程度時，是否有違反抽取不法利益之禁止規定，頗值探究。畢竟，派遣機構本就是以出售派遣勞工之勞務為商品而自取得之對價中獲取利潤。故關鍵在於該所抽取之利潤是否超越社會一般通念所認可之利益，而達到「不法」之程度。

對此，學者有認為應設法防止派遣機構抽取不法利益，並規範在抽取合法利潤下，派遣機構必須為派遣勞工提供教育訓練甚至福利措施。^(註八十二)本文認為，對勞動派遣而言，派遣機構是否抽取利益達「不法」之程度，

^(註八十一) 參見許慶雄，前揭書，第 144 頁。

^(註八十二) 參見邱駿彥，前揭文，第 6 頁。

應有一「量化」之標準，不能一概認為勞動派遣一定剝削派遣勞工。當然，該標準並非絕對，應視國家之政策、社會之經濟現況、勞動市場之變化等因素而定。就如同國家對一般勞工有「基本工資」之保障，該基本工資隨時空變遷而有所調整。苟雇主違反基本工資之限制，即為「不法」，勞工可透過行政申訴或司法訴訟等途徑尋求正義，以確保其生存之權利；故「不法」之情形存在各種勞動關係上，非勞動派遣獨有。因此，不應認為勞動派遣一定影響勞工之生存權，而是應在立法上規制其運作方式，以適應更多元之勞動型態及創造工作機會，充實生存保障之內涵。

二、勞動派遣是否因雇主責任不明確致影響派遣勞工之生存保障

為落實保障勞工之勞動條件與各種安全衛生事項，各立法先進國家皆訂定有相關法規限制雇主或要求其為一定之行為以保障弱勢之勞工。然傳統之勞動基準法、勞工安全衛生法等，幾乎都是以雇主與勞工訂立勞動契約，且由雇主直接指揮命令勞工服勞務為基礎概念下所構成。但勞動派遣型態與傳統勞動型態最大之差別，在於派遣勞工之勞動契約上雇主並未親自指揮勞工為自己服勞務，而真正指揮命令之要派機構與提供勞務之派遣勞工之間卻無勞動契約關係存在。此種關係可能造成法律上必須課雇主責任時（例如職業災害之雇主補償或民事侵權行為損害賠償責任），勞動契約關係當事人之雇主由於未直接指揮命令勞工，而無法課其責任。他方面真正使用派遣勞工之要派機構，由於與派遣勞工間未成立勞動契約關係，在無類似勞動派遣法明文規定其所應負擔之法律責任前，亦難課其基於勞動契約所發生之各種義務。故此種因新型態之勞動方式所衍生之雇主責任不明確問題，對勞工之生存保障顯有不周全。

本文以為，上開危機非勞動派遣所獨有，常見者如營業之外包承攬，透過層層轉包，最終負雇主責任者，可能是最不具資力之小包，致受損害之勞工求償無門。此所以我國勞動基準法第六十二條第一項規定：「事業單位以其事業招人承攬，如有再承攬時，承攬人或中間承攬人，就各該承攬部分所使用之勞工，均應與最後承攬人，連帶負本章所定雇主應負職業災

害補償之責任。」擴充雇主概念之範圍，以保受害勞工之權益。論者以雇主責任不明確質疑勞動派遣之正當性，固非無據，惟透過立法規範，擴大雇主之概念，非不能達到保障派遣勞工生存要求之目的。

由以上二例說明可知，苟勞動派遣在實際運作上有不符合勞動基準法或其他勞動保護法規之最低規範，此乃對其生存權、人性尊嚴之侵犯，國家非無法針對其相關侵蝕生存權之部分加以規範並禁止，以促進勞動派遣法制之健全發展，落實憲法生存權保障之精神。

第二項 工作權

第一款 近代工作權之概念

按人民之工作權應予保障，我國憲法第十五條定有明文；而勞工在人民之概念底下，故謂勞工之工作權應予保障，實無異論。然何謂工作權？工作權之概念為何？隨著時空背景之差異，工作權之實質內涵亦有差別。

在十八世紀時，人民推翻專制政府，爭取人民當家作主所致力者，無非冀求從國家機器之桎梏中，重新找回天賦之自由權、財產權及平等權。當時流行之自然法思潮認為，個人的自由勞動係天賦權利之一種，國家不得恣意侵犯，人民只要能擺脫專制政府之束縛，個人即可憑藉自己的能力及透過勞動之過程，求得賴以生存之道。意即國家之干涉愈小，個人自由之範圍愈大，就更能保障個人之幸福。^(註八十三)可謂係自由主義下之勞動概念。^(註八十四)

然進入十九世紀之工業國家，因工業革命以來所產生之貧富不均、失業等社會問題日益嚴重，勞工的生存權益逐步遭到資本主義之侵蝕，社會

^(註八十三) 參見陳新民，論「社會基本權利」，蒐錄於氏著憲法基本權利之基本理論（上），三民書局，1991.1，再版，第97-98頁。

^(註八十四) 參見郭家祺，「兩性工作平等法制」之研究—兼論我國兩性工作不平等之原因，私立輔仁大學法律學研究所碩士論文，1997.7，第16頁。

階層之矛盾與對立嚴重影響國家之安定，為避免此種矛盾與對立之擴大以求國家之永續發展，法國社會主義學者傅立業（Charles Fournier）在一八八年首先倡導人民（工人）應該享有「工作權」之見解，此即工作權理念之濫觴，然而終究僅止於學術上之見解，此等概念尚未見於十九世紀之各國憲法內。

直到二十世紀，由於資本主義極度擴張，生產方式以機械化、自動化大量取代傳統勞動力造成上述之失業、貧富不均更形嚴重，第一次世界大戰後，德國之威瑪憲法首度承認工作權之憲法地位，國家被要求對人民必須有更積極之義務；良以，工作權不只是人民自由權的一種，也是人民受益權的一種。^{（註八十五）}詳言之，人民在憲法之權利，依其性質可分為自由權、受益權、參政權等三種。而工作權除了原始的工作選擇自由之消極內涵外，更進一步被充實為國家有義務保障人民的工作機會與工作條件的積極意義。

今日，工作權係指基本權主體（人民甚至法人）「以生活創造或維持之意思，在一定期間內，反覆從事之作為」之基本權。^{（註八十六）}因此，「工作」包含兩要件，客觀上，工作係指在一定期間內反覆之行為；主觀上，行為人將之作為生活關聯之活動。我國司法院大法官會議釋字第四四號解釋亦提到：「憲法第十五條規定人民之工作權應予保障，故人民得自由選擇工作及職業，以維持生計……。」云云，基本上亦對工作權之意義持相同之見解。

第二款 工作權之法律性質

第一目 自由權之工作權

十八、十九世紀憲法所保障之工作權係指人民自由選擇工作之權利，

^{（註八十五）} 參見陳春生，中華民國憲法原理，明文書局，1998.11，第126頁。

^{（註八十六）} 參見李惠宗，憲法要義，敦煌書局，1998.1，第171頁以下。

人民之工作權僅僅在損害社會或國家之公共利益時，得以法律限制之。^(註八十七)此乃將工作權以自由權為其歸類基礎之古典基本權意義，係屬防止國家侵害的防禦權概念，此由之前提及之我國司法院大法官會議釋字第四四號解釋：「憲法第十五條規定人民之工作權應予保障，故人民得自由選擇工作及職業，以維持生計。惟人民之工作與公共福祉有密切關係，為增進公共利益之必要，對於人民從事工作之方法及應具備之資格或其他要件，得以法律為適當之限制，此觀憲法第二十三條規定自明。」前半段之文字，清楚揭示工作權作為自由權之性格。^(註八十八)

第二目 社會權之工作權

社會權之基本意義已說明於本節第一項第一款，基此前提，今日，工作權之性質，一般是認為兼有自由權與受益權雙重個性。因此，第一、工作之選擇應基於個人之自由，奴隸制度不予承認；第二、工作之結果，須足以維持生活，故國家應規定最低程度之工資，同時應准許勞工組織工會，以維護其應有利益；第三、人民若不能獲得相當之工作時，國家應救助之。

^(註八十九)

第三款 工作權保障之內容

為貫徹保障工作權之精神，工作權之內容，不宜僅以就業權為限，應含有獲致適當報酬與適當之工作條件等意義。此觀前揭聯合國通過之世界人權宣言第二十三條規定：「一、任何人均享有工作、自由選擇就業、公正有利工作條件與失業保障之權。二、任何人應不受歧視，享有同工同酬之權。三、任何人如從事工作，有權獲得公正有利之報酬，保證其個人或家

^(註八十七) 參見陳惠馨，兩性平等工作權之理論基礎，政大法學評論第五十一期，1994.6，第136頁。

^(註八十八) 參見李惠宗，前揭文，第174頁。

^(註八十九) 參見林紀東，中華民國憲法逐條釋義（第一冊），1978.11，三版，第241-242頁。

庭，獲得一種適合人類尊嚴之生存，必要時，並由其他社會保障方式，增補其不足。任何人為保障其利益，有權組織工會並加入工會」。^(註九十)是工作權被認為係一種受益權成為普世之價值觀。

近代工作權之內涵，隨著社會基本權利概念之演進及逐漸落實，福利國家體制（或稱社會國家體制）已取代傳統之自由主義體制及極端之社會主義體制，蔚為主流。而在社會權保障之理念下，工作權之內涵應包含三類層次：

- 一、要求國家消解失業之權利。
- 二、要求國家制定保障尊嚴生活之勞動條件基準。
- 三、要求國家架構失業等生活保障之相關制度。

第四款 勞動派遣與工作權之關係

派遣勞工在職場之地位通常被認為係邊緣性、代替性高之次級勞工，雖然其工作內容、效率甚至能力有時較核心勞工不遑多讓，然而，其工資、待遇、享有之福利等勞動條件卻常常薄於後者。^(註九十一)何況，從事派遣工作者苟並非自願，從此角度觀之，稱之為廣義之失業，亦不為過。由於要派機構並非派遣勞工之實際雇主，勞基法第二十五條「雇主對勞工不得因性別而有差別待遇。工作相同、效率相同者，給付同等之工資。」之規定無法適用於此，對派遣勞工之工作保障，自有不足。此可從下列觀察說明：

一、勞動派遣之運作產生雇用不安定之結果

受僱從事勞動派遣之勞工，工作權是否能有相當程度之保障。從日本方面觀察可知，勞動派遣中通常有兩種不同身份之勞工，其中之一為登錄型派遣勞工，平常與派遣機構並無勞動契約關係，只在派遣機構與要派機

^(註九十) 參見林紀東，前揭書，第 244 245 頁。

^(註九十一) 當然。在某些特殊技能、專業知識工作之場合，派遣勞工之待遇可能優於一般勞工，要屬無可否認。

構訂立要派契約後，有業務需要時才獲通知而與派遣機構訂定勞動契約，獲得工作，其他時間則為無收入狀態。至於另一種常用雇用型之派遣勞工，其與派遣機構間之勞動契約關係雖與一般傳統勞工相似，但派遣公司一旦無勞動派遣之需要時，例如一般大樓清潔、看護、警衛等工作之勞工，受到派遣機構以虧損或業務緊縮為由予以資遣之危險性極高。再者，勞工派遣業一旦無所限制發展，成為雇用之趨勢後，企業基於節約人事成本考量，可能會大幅度減少一般典型勞工之雇用，而大量改採派遣勞工，其結果是否會產生全體受僱者不安定雇用之比例增加，亦不容忽視。^(註九十二)

當然，上開立論係以勞工非自願從事派遣工作為前提，在某些時空背景下，勞動派遣可以提供某些勞工一個較具彈性或過渡性的工作機會。舉例而言，勞動派遣可使照顧家務之婦女兼顧工作與家務；甫從學校畢業初次進入勞動市場之年輕勞動者，有時很難找到穩定之工作或尚在找尋符合志趣之工作，勞動派遣提供此種勞動人口一個過渡性的工作機會；對不願受傳統工作型態拘束的勞工，勞動派遣亦提供選擇之機會。故就此層面言之，勞動派遣非無存在之價值。

然對大部分非自願從事派遣工作之勞工而言，國家為達解決失業問題而廣泛允許勞動派遣適用之範圍，企業紛紛改採派遣之方式來節制成本，典型勞工被解雇之機會大增，而派遣勞工欲選擇重回典型受雇之機會亦勢必降低，無疑壓縮職業選擇之自由空間。再者，典型勞工因雇主可選擇之雇用型態多樣，與雇主談判之籌碼減少，對其個人、甚至家庭成員或多或少造成不安定感，影響就業安全。是本文認為，在如何解消失業、促進就業安定以維護勞工之尊嚴生活之要求下，國家對勞動派遣適用之範圍、對象應儘速做有系統之調查與研究，實質保障勞工之工作權。

二、派遣勞工與一般勞工間是否會差別待遇狀況

要派機構內同時使用一般典型勞工與派遣勞工時，雖兩者間或許從事

^(註九十二) 參見邱駿彥，前揭文，第 6、7 頁。

同一內容之工作，但由於身份上之區別，所能享受要派機構內各種福利之待遇亦可能有種種差異。況通常是派遣勞工不如典型勞工，此種差別，常使派遣勞工有「次等員工」甚至意志消沈之心態。^(註九十三)長此以往，派遣勞工之人格健全勢必受不良影響，消磨其勞動之意願，造成效率不如典型勞工，惡性循環的結果，派遣勞工更難被賞識而轉為典型勞工，輾轉不利其工作保障，進而影響其生存。故如何消除其彼此間在勞動條件或各種福利上之差別待遇，應是將來立法時必須努力之目標。

三、派遣勞工因訓練機會之缺乏影響其工作保障

派遣勞工短時間在要派機構處工作，要派機構願意投資訓練成本於派遣勞工身上之比例極低，致使派遣勞工在職受教育之機會缺乏。對於非自願從事勞動派遣之勞工而言，無法在工作期間累積厚實之專業能力，對於其尋找下一份穩定、長期之工作，無異緣木求魚。惡性循環之結果，勞動力市場將「雙軌化」，影響派遣勞工職業選擇之機會，戕害其工作保障。

除此之外，苟派遣機構或要派機構剝削派遣勞工，如工資未達法定基本工資、勞動條件太過低落、因法無規範致未代為辦理相關社會保險任令其外於社會安全體制之保障等，亦不容忽視。

本文以為，在我國現下對勞動派遣無相關之明確規範下，派遣勞工若受上述差別待遇，僅能請求國家立法以消弭之。至派遣勞工是否無法維持最低生活水準固未必可一概而論，然總括而言，事業主對派遣勞工所提供之勞動條件苟低於勞動基準之基本要求時，應被評價為對派遣勞工在工作權上之侵害，此時，國家應負起排除該侵害之責任，使其生活得以持續。故將來立法時，如何落實憲法工作權規範之實際價值，派遣勞工之工作保障—「合乎人的工作條件」，應是首要確立之目標。

^(註九十三) 參見高必綺，台灣勞動派遣業勞動者保護之探討，國立政治大學勞工研究所碩士論文，2001.7，第44頁。

第三項 勞動基本權

第一款 勞動基本權之概念

從上述說明可知，生存權、工作權等勞動者之基本要求成為國家所承認之基本權，是經過一段相當的「革命」，現今大多數之國家均以憲法或法律保障這些權利，即生存權、工作權、以及團結權、爭議權、協商權等所謂之集體勞動權。上開基本權因其又為保障勞動者之經濟地位及社會地位所需，故又稱為經濟的基本權或社會基本權。^(註九十四)

在各種社會權當中，「勞動基本權」無疑應該受到應有之重視。蓋其為現今勞工立法之基礎，其確立亦經過一段時間的過程。其發軔無非係基於勞動者之基本要求。按在工業革命初期，依資本社會自由主義之法律制度下，所有的人均視為具有自由獨立人格者，因此在經濟制度上人與人之間絕不能有任何身份的隸屬關係，資本家所需之勞動力則以勞動力之買賣所生之勞動關係為媒介。但在此情形下造成大量的失業者，亦產生勞動條件極端惡劣之現象，因而引起勞動者要求「生存」，為生存而要求「工作」及為「生存」及「工作」而要求團結等一連串的要求，勞動基本權始被重視。

^(註九十五)

第二款 勞動基本權之實質內涵—團結之要求

如前所述，在工業革命後所發生的勞動條件之惡劣現象，並非個別勞動者所能改變，然產業資本社會使勞動者集中在工廠內從事有組織之生產工作，無形中使勞動者有更好之環境互相接觸而為有利於勞動者之團結。勞動者開始以集體交涉之方式來要求勞動條件之改善，並以要求能獲取資本家之接受為目的，不從事勞務之提供為其贏取要求得以實現之手段。這

^(註九十四) 參見陳繼盛，建立勞工法規完整體系之研究，蒐錄於氏著勞工法論文集，財團法人陳林法學文教基金會出版，1994，第23頁以下。

^(註九十五) 同上註。

種行為之持續化即成為勞動者之團結運動。當時在契約自由之法理下，對於勞動者之這種團結運動極為不友善，原由個別勞動者與資本家決定的勞動條件，竟由勞動者以團體的壓力來要求改變，這被認為是對於勞動契約之不當干涉，更為自由制度的破壞行為。因此當時勞動者之團結運動被視為業務之妨害行為，是阻礙自由交易之犯罪行為，在民法上要負侵權行為或債務不履行之損害賠償，在刑法上應負刑責而受到相當之處罰。當時有足夠的法律理論用來作為壓抑勞動者團結運動之依據。但勞動者之團結運動乃基於勞動者「生存」與「工作」之要求所自然產生的基本要求，並非以法律長期的禁抑所能解決問題，禁抑的反彈則為勞動者更進一步成為「承認其團結運動為正當」之要求，「團結之自由」、「團體行動之自由」更為勞動者維護其「生存」及「工作」之基本要求。^(註九十六)

時至今日，所謂「勞動基本權」是指：國家應積極保障在現實資本主義社會中，經濟、社會地位居於弱勢之勞工，能藉團結實力，站在與資方對等的交涉地位上，實現實質的契約自由原則，獲得合乎人性尊嚴的最基本手段性權利。^(註九十七)此種權利，在今日已廣為各國接受並且在憲法上予以明文保障，然我國憲法除工作權的保障外，並未對之特設規定，這不能不說是立憲時之疏漏。惟基本人權在性質上被定位成自然法上的權利，憲法規定亦不過是對已存在權利之一種確認，故尚非不可透過解釋論操作之方式而加以確認。即令如此，由於憲法並無明文規定，加上過去我國長久以來對勞工權益之漠視，「勞動基本權」在我國之發展可謂異常艱辛。縱然有工會法、團體協約法及勞資爭議處理法之施行，然內容或與國際勞工立法之趨勢相去甚遠，甚至是一種變相之政治控制，所幸去年五月間，行政院已提出新制定之「勞動三法」草案，對勞動基本權制度之保障大步邁進，但嚴格言之，終究只是法律面之保障。

^(註九十六) 同上註，第 18—21 頁。

^(註九十七) 參見蔡茂寅，工作權保障與勞動基本權的關係及其特質，律師雜誌第 219 期，1997.12，第 26 頁。

第三款 勞動派遣與勞動基本權之關係

當派遣勞工進入就業市場後，有關其團結權之保障是否會產生差別待遇現象，亦值得吾人關切。蓋受同一派遣機構所雇用之勞工，由於其工作場所屬於不同之要派機構而分散各地，因此派遣勞工間有難以組成企業內工會之問題。他方面，派遣勞工所提供勞務之要派機構即使有工會組織，或許工會擔心派遣勞工介入工會後會產生工作機會排擠效應，有可能因而拒絕派遣勞工之入會。又即使允許派遣勞工加入工會，派遣勞工於工會內所受之待遇或保障是否與一般正規勞工相同，亦值得觀察。另外，是否會因為派遣勞工進入就業市場比率增加後，導致提供勞務之同一企業內一般正規勞工人數相對減少，致使企業內更不容易組成工會，或造成全體勞工工會組織率下降，影響團結功能之發揮，造成勞動基本權有名無實，這些問題都必須妥為檢討。^(註九十八)

依上說明，本文以為，欲保障派遣勞工之勞動基本權，首要即在制度上確保其團結協商權之行使。然在現行工會法之規範下，派遣勞工固可加入派遣機構之產業工會，或是參加該行政區域內之職業工會，然不論參加何者，皆難以為派遣勞工就其勞動條件或其他相關福利與派遣機構進行協商。此因派遣勞工雖加入派遣機構之工會，其勞動條件主要仍係由派遣機構與要派機構所訂定之要派契約決定。故該工會在派遣勞工之勞動條件上能與派遣機構協商之空間相當有限，當派遣勞工在要派機構受到不當待遇甚或發生爭議時，該工會實難以發揮其應有之功能為派遣勞工與要派機構進行協商或爭議，故派遣勞工之團結協商權在現行體制下很難受到充分保障，其勞動基本權之實現即有困難。尤其當派遣勞工是所謂「登錄型」時，派遣勞工分散於不同之要派機構，欲組織工會更非易事。

雖然對派遣勞工而言，組織並加入職業工會比組織或加入場廠工會有實質意義，然而職業工會如何針對從事此種短期、種類多樣、流動性大工

^(註九十八) 參見邱駿彥，前揭文，第 8 頁。

作之派遣勞工制定有效率、實益的協商對策並非易事；再者，我國目前職業工會在團體協商一事尚可說功能不彰，將來如欲承認勞動派遣之合法性，勢必要在能確保其勞動基本權得以實現之前提下，做通盤考量。反之，不如禁止。

第四項 勞動派遣之合法（憲）性基礎

第一款 日本方面之見解

日本方面，其勞動基準法及職業安定法規定任何人不得以介入他人之就業為業，而獲取利益；任何人不得從事勞工供給事業，也不能使用供給事業所供給之勞工……。故日本於一九八六年七月一日施行之勞工派遣法是否與前開禁止經營勞工供給事業及禁止介入勞動關係牟取利益之規定相左，迭有爭議。主張未違反之見解認為：一、根據勞工派遣法第二條之規定，所謂勞工之派遣，係指派遣機構與勞工之間有僱傭關係，而要派機構與勞工之間則有指揮命令關係之謂。基於上述定義，解釋上勞工之派遣並未違背「禁止第三者介入他人勞動關係」之勞基法上之規定。因為派遣機構所派遣之勞工是由派遣機構本身所雇用，而基本之勞動條件亦由派遣機構決定，依照派遣機構之業務命令，將派遣勞工派遣到需要的機構工作，工資亦由派遣機構支付，所以派遣機構與派遣勞工之間有勞動關係，而此兩者才是勞動關係的當事人，並無勞動關係以外之第三者，因此不生第三者介入勞動關係的事實。二、另一方面，要派契約是一種勞工供給契約，而派遣機構既從事勞工供給，為職業安定法所禁止，又如何與要派機構訂立要派契約進而提供勞動力，其與固有意義之勞工供給契約不同之處為何？對此，支持者認為只要派遣勞工係基於自由意志而與派遣機構訂立勞動契約，就不會發生中間剝削之問題。（註九十九）

（註九十九）參見林振賢，前揭文，第 17 頁以下。

然學者林振賢認為：但基於自由意志的契約這種單純的解釋，仍難以令人信服，毋寧說是係遷就事實的措施。換言之，由於企業實際的需要，派遣事業已無形中擴大起來，針對這種現實，如繼續予以禁止已不合社會之實際情形，因而不得不在一定的條件下予以承認，以期對勞工有所保護。但是因為實際上是先有人才派遣的就業型態，而後才立法予以規範，所以就法的性質而言，無可否認的，事業法的屬性較強，勞工保護法的屬性反而較弱。^(註一) 本文以為，其見解頗符合日本實務現狀，可資參照。

事實上，日本政府鑑於派遣事業之勞工相較於典型勞工，無論在地位、工資、福利上都極不穩定，尤其服務於資訊服務業的派遣勞工，為如期交貨常須被逼從事長時間的加班，因此體力上通常未老先衰，亦產生過勞死之現象。故乃快速立法通過派遣法，符合現實的勞動市場實際狀況，至少能保護到這些弱勢勞工某種程度之利益。故要說明日本法如何檢討勞動派遣立法之合憲性，倒不如說實乃遷就現實所致。

第二款 德國方面之見解

在德國法上也有同樣之問題，勞動派遣之得以在德國法制化，其實係經過一段時日的演變的。即使今日的勞工派遣法，亦被定位為勞工保護法。這雖然受到歐洲鄰國對勞動派遣法制之影響，但立法者對於勞動派遣所持的戒懼之心，毋寧係其主因。德國長久以來一直採取「職業介紹國家獨佔原則 (Alleinvermittlungrecht)」，一直到德國聯邦憲法法院 (BverfG) 於一九六七年四月四日判決，認為一九五六年修正之職業介紹與失業保險法 (Gesetz ueber Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung 簡稱 AVAVG) 第三十七條第三項之規定，與基本法第十二條 (Art.12GG) 所保障之職業選擇自由相抵觸。依據聯邦憲法法院之見解，當一重要的社會福祉無法以其他方式加以確保時，立法者始得對一商業的行為加以禁止。立法者雖有

^(註一) 參見氏著，前揭文，第 18 頁。

權禁止私人仲介職業，但全面的禁絕與仲介職業相異的勞動派遣，卻無正當性可言。在勞動派遣中，勞動者僅與派遣機構發生勞動法上之關係；相反的，職業介紹卻以建立勞動關係為目的，且以在勞動者與新的雇主間訂立勞動契約而終結。聯邦憲法法院亦認為藉由勞動派遣契約，得以達成一特別的經濟的利益，因其得對於基於各種原因不能或不願接受長期職務者之勞動力，加以動員起來。勞工派遣契約能夠滿足特殊的經濟需求。勞動派遣只佔勞動市場之少數比例。為避免濫用勞動派遣，可採取影響層面較小之方式，而無須全面禁止。即使是未達到明確與確保派遣勞工之法律地位、為保障派遣勞工社會保險費之繳納、以及為劃分勞動派遣與職業介紹之界線之目的時，亦無法對於全面禁絕選擇職業之自由，予以合理化。勞動派遣之允許，雖會造成法律的實施及貫徹勞工保護法的困難，但此係為保障一較重要之基本權所必須容忍的。^(註一)

再者，工作權保障對象並非單指勞工，雇主之營業自由亦是一種工作權之表現，當兩者之利害相反時，工作基本權之衝突在所難免。而針對勞動派遣之營業方式及僱用模式，苟以承認勞動派遣符合憲法精神為前提，然其在勞動派遣者及派遣機構間各自之工作基本權衝突中如何解決，即對雙方權利義務之分配如何拿捏？或者在派遣機構之工作權與勞動者生存權如何取捨？對此，一般認為應區分為：一、涉及相同之基本權時，應考慮何人之基本權更接近該基本權之核心。換言之，爭執之一方其基本權若更接近基本權之核心時，就應更具有優先之地位。工作權係以人格發展自由為基礎，謀生計維持之經濟基本的憲法基本權保障之最根深的意義即「人性尊嚴」之確保，人格權與生存權是人性尊嚴之所繫，較諸經濟發展權，更具有核心之意義，此謂「基本權核心接近理論」。二、私人間基本權之衝突，衡量基本權利利益時，如涉及兩種不同之基本權時，需依「基本權價值位序權衡原則」解決，意即應權衡何種基本權更符合憲法之基本價值秩

^(註一) 參見楊通軒，前揭文，第 104-106 頁。

序。此種衡量包括基本權競合時，所可主張之所有基本權。此種衡量之前提，需承認各基本權間，憲法有將其價值序列化之意。此從憲法之條文上並不易窺知，惟透過基本權之解釋始克達成。^(註一 二)當然，這亦是比例原則作利益衡量之具體標準，勞動派遣之立法如何在三方當事人間作利益取捨，自無法例外於上開標準。

第三款 檢討

從以上之觀點得知，德國法院從基本法層次之比例原則來承認勞動派遣之合法性，從根本上跳脫法律條文之邏輯限制，自較日本通說之基於「自由意志」、「第三人未介入」云云，較具說服力且合乎現狀。蓋日本勞動派遣法之制定是為因應勞動力供需雙方之需要。在勞動力的需求方面，因產業技術革新的結果，需要更多樣化的專門人才；而在勞動力的供給方面，則有許多擁有專門知識技術的人，希望自由按自己方便的時日從事工作，或不願固定為某一雇主工作。於是有人就組織公司，承攬其他企業的部分工作，然後指派自己雇用的專門人才，到被承攬的企業工作。這種承攬他人工作的公司，即所謂的派遣機構，也就應運而生；而派遣勞工的人數越來越多，他們的勞動條件或權益也逐漸引人關切。另一方面，這種派遣事業對於前述職業安定法與勞動基準法的適用上卻產生了疑義，並且發生難以妥適處理的問題。雖說如此，日本政府為了調整現實上的勞動力供需，在堅持職業安定法的精神之下，也不得不另給派遣事業一個有異於職業介紹的定義；並且在某種限制的條件之下，給予特定工作的派遣行為一個地位，使之制度化、合法化，以保護派遣勞工的勞動條件與就業之安定。^(註一 三)就以上之觀點言之，在日本似亦認勞工有選擇勞動型態的自由，故有必要承認勞動派遣，此點與前述德國之立論基礎，似無二致。

^(註一 二) 參見李惠宗，憲法要義，敦煌書局，1998.1，第二版，第184—186頁。

^(註一 三) 參見林振賢，前揭文，第17頁。

第四款 我國法上適用之分析

反觀我國，由於尚未就勞動派遣立法規範（或日後即使立法規範，其規範亦需經過是否合憲之價值判斷），對此種已實際存在於勞動市場之勞工供給性質的派遣契約或要派契約應如何看待處理，目前並無定論。本文以為應從憲法層次著眼，按憲法第七條、第十五條分別規定：「中華民國人民無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等；人民之生存權、工作權及財產權，應予保障。」等人民之基本權利。而第一五二條、第一五三條第一項、第一五四條有關基本國策部分，雖規定：「人民具有工作能力者，國家應予以適當之工作機會；國家為改良勞工及農民之生活，增進其生產技能，應制定保護勞工及農民之法律，實施保護勞工及農民之政策；勞資雙方應本協調合作原則，發展生產事業……。」以充實基本權的保障。但究其本質，只是制憲者對國家所課之義務，尤其是對立法機關（制定法之立法）行政機關（政策之擬定與推行）所課之義務，人民並無法依上揭基本國策章之規定而主張任何權利，故不可能直接依該等規定而導出人民對國家或對雇主之任何個別的請求權。^{（註一四）}惟基本權部分之規定則有所不同。雖自我國憲法中人民權利義務章的規定文義觀之，與勞工有直接關連者，可能只有第十五條所規定之工作權，但不可否認，勞工亦應包含在「人民」的概念範疇之內，故亦享有一切憲法保障之基本權利，例如上開第七條之平等原則，第十四條之結社自由中之勞工結社自由等，^{（註一五）}均被視為係可資適用之勞動法法源。

^{（註一四）}參見黃程貫，前揭書，第114頁。

^{（註一五）}按司法院釋字第三七三號解釋：工會法第四條規定：「各級政府行政及教育事業、軍火工業之員工，不得組織工會」，其中禁止教育事業技工、工友組織工會部分，因該技工、工友所從事者僅係教育事業之服務性工作，依其工作之性質，禁止其組織工會，使其難以獲致合理之權益，實已逾越憲法第二十三條之必要限度，侵害從事此項職業之人民在憲法上保障之結社權，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿一年時，失其效力。惟基於教育事業技工、工友之工作性質，就其勞動權利之行使有無加以限制之必要，應由立法機關於上述期間內檢討修正，併此指明。此解釋文揭示憲法第十四條係勞工團結自由之依據。

而憲法關於基本權利之規定，固被認為是勞動法之法源之一，然依傳統基本權之理論，基本權原則上乃是處理人民與國家間之關係，為避免國家干涉、侵害人民，故而賦予人民基本權以防衛自己。換言之，基本權之本質是一種防禦權，因此，就國家與人民間上下支配關係而言，憲法中基本權之保障規定本身其實就是可以直接適用之法律，不待國家之具體化措施。國家之立法、司法、行政部門的任何措施與決定，如果違反憲法中基本權保障規定而侵害人民之基本權，原則上該措施與決定均應違憲而無效。

基本權既是一種人民針對國家之防禦權，屬消極之抗辯性質，原則上其效力並不對國家以外之第三人產生，但是因為基本權具有拘束國家公權力之作用，而此一基本權作用也就使基本權之規定不只是確立國家之組織結構與行動之界線，同時相對的也確定了社會的結構與行動之界線。就此而言，基本權即跳脫其固有之防禦性格，更進一步積極確立社會制度之規範秩序，基本權之規定因此也就構成了整個社會的客觀價值秩序，貫穿整體法律秩序。^(註一六)

第一目 有關基本權效力之爭議

而對於對等私人間基於派遣契約及要派契約而產生之勞動型態，有無違反派遣勞工基本權之保護？可否直接援用憲法條文為規範之依據？換言之，基本權除了針對國家外，可否介入及應如何介入私人間之法律關係以規範整體社會之客觀價值體系及法律制度，牽涉到基本權第三人效力之理論爭議。^(註一七)茲簡述如下：

一、直接適用說：

(一)林紀東先生：憲法為根本大法，法律、命令、條約乃至私人之行為，均不能違反此最高規範，人權之保障，為憲法規定之

^(註一六) 參見黃程貫，前揭書，第 114—115 頁。

^(註一七) 即人民是否能直接援引憲法規定為其私法上請求給付的權利依據，抑或只能透過法律上之具體請求權來實現。

主要部分，私人間之協定與契約，自亦不得違反，以維護憲法規定之效力。故在憲法設有規定者，如威瑪憲法；或法律就憲法關於人權保障，引申於私人相互關係者（如法律為禁止人身買賣之規定），固屬不成問題，縱令憲法或法律，未設明文，憲法關於保障人權之規定，對於私人相互間之關係，原則上亦屬適用，不能以私人之協定或契約，濫行限制憲法上所保障之人權也。（註一八）

（二）法治斌先生：……應面對此既存事實，設法尋覓問題之關鍵，以鋪陳因應解決之道，而可進一步使憲法之規定落實……。雖未明白表示採何種見解，但隱含直接適用說之色彩，躍然紙上。（註一九）

二、間接適用說：

（一）王澤鑑先生：依我國憲法第八十條，法官依據法律獨立審判，此之所謂法律，依憲法第一七一條規定係指經立法院通過，總統公布之法律，是否包括憲法在內，尚值研究。故所謂憲法對第三者之效力，得直接規範私法關係，在我國法制上尚乏依據。（註二〇）我國憲法關於基本權利之規定，主要係針對國家權利而設，此由憲法第二十三條規定即可知之。惟憲法既為最高之法律規範，以保障基本人權為其主要任務，私法關係自應受其規範，但為維護私法之獨立性及法律秩序之統一性，宜經由私法之規定，尤其概括條款，於具體個案中，實

（註一八）林紀東，日本最高法院憲法判例檢論，憲政思潮，1972.10，第9頁；氏著中華民國憲法逐條釋義，1975.11再版，第70-71頁。

（註一九）法治斌，私人關係與憲法保障，政大法學評論27期，1983.6，第123頁。

（註二〇）王澤鑑，勞動契約上之單身條款、基本人權與公序良俗，民法學說與判例研究第七冊，自版，1992.9，第47-48頁。

現基本人權之價值判斷。(註一一一)

(二)陳新民先生：

1. 我國憲法制定基本權利之目的，係為防止國家權利侵犯人民之基本權利，故依據我國憲法人民基本權利之規定，即需依據立法者制定法律之後，方可具體貫徹。
2. 依憲法第一七 條之規定，法官只能依立法院所制定之法律來審判，不得援引憲法基本權利之規定，至為明顯。
3. 依我國法律體系，憲法基本權利之對第三者效力之理論，惟有透過「利用概括條款」之途徑。
4. 依目前我國法制，惟有將憲法基本權利規定之精髓，在私人之法律關係中，被尊重、發揮及實踐之希望，繫乎在為數眾多之法官及其可以有權及能力來解釋的民法第七十二條等條文之上。(註一一二)

三、折衷說—原則上間接適用，例外直接適用

(一)蘇永欽先生：

1. 單純民事行為既與國家或公權力完全無涉，則原則上應無直接主張憲法之餘地，即使從民法功能化之觀點，單純私人亦不適於直接承擔憲法權利保護的功能，然少數已發展成熟為絕對權者除外。
2. 惟此非謂民事行為即可對憲法權利完全免疫，合理之解釋，應是視其為可引申出客觀行為規範的價值宣示，從而間接對民事行為發生規範作用。(註一一三)

(註一一一) 同上作者，債偏總論第一卷，民法實例研習叢書第三冊，自版，1988.1，第 13 頁。

(註一一二) 陳新民，憲法基本權利及對第三者效力之理論，憲法基本權利之基本理論(下)，1992.1，三版，第 127、129、133、136 頁。

(註一一三) 蘇永欽，憲法權利的民法效力，合憲性控制的理論與實際，月旦出版社出版，1994.5，第 52、53 頁。

(二)許宗力先生：認為法院在必要時得直接適用基本權利規定。

1. 得否直接適用之關鍵問題在於我國憲法第八十條「法官依據法律獨立審判」之規定中「法律」一詞之解釋？解釋上我國基本權利之規定非屬方針規定，對國家機關行為有直接拘束效力，且性質上又係人民得訴請法院保護之主觀權利，應無排除法官直接適用基本權審判之理由，否則一切徒託空言。
2. 惟法官得直接適用憲法審判係附有條件的，並非任何時候均得棄普通法律不顧而直接適用憲法審判，故法院審理時，應先審查該行為違反基本權利之事實是否亦符合私法禁止規定之構成要件，以及該私法禁止規定對私人所提供之保護強度是否與基本權利規定所能提供者相當。在肯定之情形，依「低階法規範適用優先原則」，法院應直接根據低階之私法禁止規定審判，不得逕行援用憲法基本權利之規定，蓋此舉顯然忽略立法者負有憲法所委託之將基本權利加以具體化、細節化與實現化之合憲任務。故唯有當個案審查之結果證實私法禁止規定仍無法取代基本權利之保護功能時，法院始得直接引用憲法基本權利之規定審判。^(註一一四)

四、無區分實益說：

對前述學說之爭議，黃程貫先生認為：憲法基本權利規定對私法、勞動法亦應有所適用一點，其實是毫無爭論的，有爭論的只是如何使基本權之規定適用到民法、勞動法之中，是以直接之方式，還是以間接之方式來適用基本權？因此，實際上平心而論，基本權規定之直接第三人效力說與間接第三人效力說之爭論根本只是一種表面的、假象的爭執，因為二說之最終結論除少數論點之外，基本上並無不同，故可說是純粹是法律人在理論推演上之趣味，無論採何說，在結果上均無太大之影響，因此，基本權

^(註一一四) 許宗力，基本權利對國庫行為之限制，法與國家權利，月旦出版社出版，1995.10，第 63、65、70 頁。

之第三人效力之問題並非基本權問題真正的重心所在，基本權問題真正的重心所在應是：若是勞工之基本權與強勢僱主之向外呈現為契約自由的自由權、財產權間的對立衝突，究竟應如何解決？相衝突對立之基本權又如何界定權利之範圍、界限？因此，其實問題可以說根本是相當性原則（廣義的比例原則）之問題，也就是說在保障契約自由與生產資料私有原則的前提下，如何以相當性原則限制僱主之強勢及保護勞工之問題。（註一一五）

五、檢討

上述第四說之見解，對相當性原則之適用是在立法層次或法律適用階段，仍未指明。故本文以為，上開學說爭議，仍有其存在價值。

雖德、日及國內一般之見解對上開之爭議係採間接適用說，惟鑑於我國並未對勞動派遣立法規範，相關之私法規定又不足，為達保護明顯弱勢之派遣勞工之目的，直接適用說在我國確有其存在價值。如認為採此說過於極端，最起碼，在有關勞動法之領域，也應考慮折衷說，兼收保護勞工及維持法位階秩序之要求。

第二目 勞動派遣與現行法之關係

於此依折衷說來檢討，故先採基本權間接適用說，此時依民法第七十一條、第七十二條之規定：法律行為，違反強制或禁止之規定者，無效……；法律行為，有背於公共秩序或善良風俗者，無效。而有關勞動派遣所牽涉之勞動供給關係涉及私法或勞動法之相關規定，可能有勞動基準法第五條「僱主不得以強暴、脅迫、拘禁或其他非法之方法，強制勞工從事勞動。」、同法第六條「任何人不得介入他人之勞動契約，抽取不法利益。」、同法第二十五條「僱主對勞工不得因性別而有差別待遇。工作相同、效率相同者，給付同等之工資。」、就業服務法第五條「為保障國民就業機會平等，僱主對求職人或所僱用員工，不得以種族、階級、語言、思想、宗派、黨派、

（註一一五）參見黃程貫，前揭書，第 122 頁。

籍貫、性別、婚姻、容貌、五官、身心障礙或以往工會會員身份為由，予以歧視。」等條文。茲分述之：

一、強制勞動之禁止（勞動基準法第五條）：

勞動派遣易為人詬病者在於其本質上是一種勞工供給之勞動型態，而早期不自由勞動時代之勞工供給業，雇主把勞工當作買賣或出租之商品賺取利潤，斯時之勞工並無自主意識，純粹是奴隸制度下之犧牲品。直到近代勞工運動之崛起，國際勞工大會於一九二六年通過禁奴公約，要求簽署國應採取一切必要措施，以防止強制或強迫勞工發展為類似奴隸制度之情況，一九五六年之補充公約進一步要求完全廢止債務質役及農奴制；一九五七年為合乎聯合國憲章暨人權宣言有關強迫勞動之禁止，更通過「廢止強迫勞工公約」。^{（註一一六）}故除經特別允許之勞工供給外，不復見以營利為目的之供給業存在。

勞動派遣，承上所述，固是勞工供給型態之一種，惟與早期之供給業不同，現今各國之相關立法，皆要求必須經勞工之同意，我國勞委會版草案第二條即定義「派遣」為：派遣機構雇主與勞工訂立派遣契約，於得到勞工「同意」後，使其在要派機構指揮監督下提供勞務。^{（註一一七）}在此情況下，法律最低限度要求派遣勞工仍應有形式上之自主權，勞動派遣自不在違法之列。然該「同意」是「自願」抑或「受迫」，非法規表面文義所能解釋。

二、中間剝削之禁止（勞動基準法第六條）：

本文在討論派遣關係與勞動供給關係之異同時，對勞動供給是否違反勞基法第六條，曾述及有三種看法。而勞動派遣本質上既是勞工供給之一種型態，自亦可參酌而有三說，即（一）派遣機構與要派機構間之要派契

^{（註一一六）} 參見黃劍青，前揭書，第 81 頁以下。

^{（註一一七）} 本條之用語，在技術上似有疑義，按「派遣機構雇主」之「雇主」二字似屬贅文。猜想草擬者可能是為了強調在勞動派遣關係中，勞工真正之雇主係派遣機構而為之，淺見以為應刪除「雇主」二字，以免蛇足。

約，乃是派遣機構以自己所雇用之員工在他人即要派機構指揮監督下為要派機構服勞務，而派遣機構對勞工而言係直接之雇主地位並負擔勞動法上之雇主責任時，此時派遣機構並未介入「他人」的勞動契約，故亦無需更進一步探究有無抽取不法利益之必要，故屬合法之勞動型態。(二)勞動基準法第六條所禁止之抽取不法利益，是否必然以介入「他人」之勞動契約為前提，法條文意上或許仍有解釋之空間。易言之，條文中之「他人」，未必以雙方當事人都是他人為限，只要有抽取不法利益之事實時，派遣機構於其本身與勞工間所訂立之勞動契約，自可因勞工係第三人之故，而為勞動基準法第六條規範之效力射程範圍方屬妥當。(三)所謂「他人」非專指第三人而言，只要不是自己本身，就是條文所指之「他人」，換言之，只要有介入勞動契約而獲致不法利益，都是一種「中間剝削」，應該被禁止。

按本條之立法原意，在禁止中間剝削以保護勞工之權益；蓋禁止中間剝削，不僅是我國的重要勞工政策，也是世界各國之勞動法所揭示的原則。

(註一一八)緣勞動契約是勞工與雇主間約定勞動關係之契約，應由勞工與雇主直接簽訂，不容第三者介入，更不容第三者從中抽取不法利益。所謂「介入」，是指中介插入；即勞工與雇主簽訂勞動契約時，或於簽訂契約前後，不僅基於從中介紹之地位，且有插入或插手之行為，其介入之行為，無論是明白的加入為契約當事人之一，或者是基於幕後，對於他人簽訂勞動契約的事宜，暗中加以操縱、指使、阻礙或阻止，皆為法所禁止。所稱「抽取」，乃以強制或非法之方法，從中漁利而獲致利益。(註一一九)上開之行為，因足以損害勞工之權益，故為法所不許。

茲檢視勞動派遣之內部關係，勞動關係係存在於派遣機構與勞工之間，要派機構並未以任何不法之方式介入，非屬介入他人勞動契約之「任何人」，況未曾從派遣機構與其勞工間之勞動契約中取得利益；另一方面，派遣機構固因將勞工派遣至要派機構處服勞務而自要派機構取得對價，然

(註一一八) 如日本勞動基準法第 6 條、韓國勞動基準法第 8 條。

(註一一九) 參見黃劍青，勞動基準法詳解，1993.4，增訂三版，三民書局，第 82、83 頁。

該利益是來自要派契約之約定，勞工與要派機構間並無勞動契約關係，派遣機構自無所謂介入他人勞動契約之客觀條件存在，此時，縱然派遣機構抽取派遣勞工工資之三至五成的程度，只要其未違背基本工資之規定或縱使違背，亦難說有違反本條之規定。

三、同工同酬之原則（勞動基準法第二十五條）：

按要派契約之雙方當事人有無違反勞動基準法第二十五條「雇主對勞工不得因性別而有差別待遇。工作相同、效率相同者，給付同等之工資。」之規定而該當法律行為無效之要件？吾人認為純就法條文字表面意義而言，要派機構並非派遣勞工之雇主，縱然派遣勞工之待遇不如正規勞工，與該條規定無涉；而派遣機構對派遣勞工苟無差別待遇，亦不違反前揭勞基法之規定。況本條之立法原意係針對男女勞工同工同酬原則之揭示，^{（註一〇）}自難將之任意擴張解釋至適用於上開情形。

四、就業歧視之禁止（就業服務法第五條）：

歐美勞動法學者對就業歧視之現象曾提出兩種見解，一種係依勞動者「進出勞動市場之流程」，將就業歧視分為四種：（一）進入勞動市場前歧視，（二）雇用歧視，（三）薪資歧視，（四）退出勞動市場後歧視；另一種則由「歧視之結構面向」加以分析，將之分為三種，即（一）差別待遇歧視（例如「限男性」，或女性薪資較男性低），（二）差別影響歧視（例如「限高中畢業」，或通過性向測驗，排除少數民族），（三）混合動機歧視（例如懷孕歧視，即受僱人因懷孕而工作不力，僱用人將其解僱，如此不合法因素與合法因素二者交錯而成）^{（註一一）}企業內同時使用一般正規勞工與派遣勞工時，雖兩者間或許從事同一內容之工作，但由於身份上之區別，所能享受企業內各種福利之待遇亦可能有種種之差異，一般而言，派遣勞工在

^{（註一〇）}我國於 1958.3.1 批准國際勞工大會通過的「男女同工同酬公約」，為確立此原則，故於本條作明確之規定。同上註，第 216-217 頁。

^{（註一一）}參見林明珠，淺論就業歧視之禁止—我國法律之規定與實務問題探討，全國律師 2002.3，第 16-17 頁。

要派機構所受之待遇通常不如其編制內之正規勞工。雖然就業服務法第五條禁止就業歧視，但可否依此條文解決派遣勞工在要派機構所受到之不公平待遇，實有疑義。按民國九十年十二月二十一日立院三讀修正通過之就業服務法第五條「為保障國民就業機會平等，雇主對求職人或所雇用員工，不得以種族、階級、語言、思想、宗派、黨派、籍貫、性別、婚姻、容貌、五官、身心障礙或以往工會會員身份為由，予以歧視。」，其所規定之「雇主對求職人或所雇用員工」云云，明顯無法適用於非屬派遣勞工雇主之要派機構身上，故在現行法制下，如有差別待遇發生，並無法解決。

第三目 從保護部分時間工作者之立法例探討之

由企業之利益視之，縮短工時係為度過經濟之消退所採取之措施，而部分時間工作則係為因應經濟景氣時人力短缺而事先以勞動契約、企業協定或團體協約約定一較全時勞動者為短之工作時間。部分時間工作之實施，不僅攸關企業之利益，甚至一國經濟之發展、部分時間勞動者以及典型之全時間勞動者之權益、勞動市場之變化亦受其影響深遠。同理，捨雇用部分工時勞動者而選擇派遣勞工或二者並用亦是企業降低成本，將本求利可資運用的手段之一。

以全時工作者與部分時間工作者而言，觀察德國部分時間勞動者之平等待遇原則之理論與實務，部分時間工作者即使在別處另有一專職之工作，亦不得否認其與雇主間成立一勞動契約。故其工作時間雖較短，然工作之內容與全時工作者並無不同。是以，其工資雖得因其工作時間較少而比例降低，但雇主必須將其與全時工作者平等對待，除非有實質上之理由存在，否則不得有差別待遇，此明定於其一九八五年就業促進法第二條第一項。^(註一三二)

我國對於部分時間勞動者較有系統、且全面性加以規定者，當為勞委

^(註一三二) 參見楊通軒，非典型工作型態相關法律問題之研究，行政院勞工委員會 88 年度委託研究計畫，第 15、16 頁。

會八十六年十月十六日之僱用部分時間工作勞工實施要點。雖然我國現行之勞工法令原則上亦適用於部分時間勞動者，然而對於一些部分時間勞動者特有之問題，究不如明確加以規定，以收一目瞭然之效，而最適當之作法當係在法律之層次予以規範，若時效上緩不濟急，則可以行政命令之規定以濟其窮。^(註一三) 其中較重要之規定如第三條：「部分時間工作勞工，謂其工作期間，較該事業單位內之全時勞工工作時間（通常為法定工作時間或企業所定之工作時間），有相當程度縮短之勞工，其縮短之時數，由勞資雙方協商訂定。」第四條「一、僱用部分時間工作勞工時，勞雇雙方之勞動契約應以書面訂定為宜。二、原為全時工作之勞工，雇主於調整其職務成為部分時間工作之勞工時，應明確告知勞工其權益上之差異，並應徵得該勞工之書面同意。」第五至八條有關工資、休假、退休、資遣、職工福利、勞工保險及安全衛生或規定比照勞基法，或依各相關勞動法規，無非意欲兼顧勞動者之權益。

綜觀該要點之規定，勞工行政主管機關雖希望將應規範之事項，及達到鼓勵雇主僱用部分時間勞動者之目的皆含蓋在內，因此條文用語多採取柔性的「由勞雇雙方議定之」。雖仍有些實質上的問題，並未加以釐清，例如：部分時間工作勞工之工作時間，應較全時勞工工作時間「有相當程度之縮短」，何謂有相當程度之縮短？而且必須有相當程度之縮短，始得為部分時間工作，是否有違部分工時之原意？雇主欲將全時工作之勞工調整為部分工時之勞工，需徵求該勞工之書面同意。然而，是否應賦予全時工作勞工相同之權利，以轉換為部分工時？或者更進一步，是否應賦予其一「轉回權」，以利部分工時之勞工欲轉變為全時工作之勞工？以及該要點規定工資、例假、休假、請假、產假、資遣、退休、職業災害補償、工作規則等

^(註一三) 參見楊通軒，我國部分時間勞動法律問題之探討—兼論德國之部分時間勞動法制，蒐錄於國立中正大學法學集刊第二期，1999.7，第290頁。然值得懷疑的是，該實施要點非屬經立法院依法定程序承認之法規命令，因此實際上對企業有如何之實際拘束力，仍待探究。不過，至少勞委會可對外宣示對部分時間勞動者之立法保障並非毫無動作。

事項應依勞基法規定辦理，但究竟是完全相同的處理？或是依比例加以計算？仍有待加以檢討之必要。^(註一二四)再者，有關集體勞資關係方面，以參與工會組織為例，除工會本身不願代表這類勞動者進行集體談判交涉外，雇主更是利用這類勞動者來妨礙籌組工會之努力，或甚至在談判過程中，特別僱用他們來迫使勞方讓步，而達到破壞工會運動之目的，在這種情形下，部分時間工作者頗難尋求工會組織來保護其就業安全及工作條件。除無法獲得工會組織及相關制定法之保護外，這類勞動者在個別勞資關係上也是處於不利之地位。^(註一二五)

上述之問題亦常見之於派遣工作者之身上，成為反對勞動派遣合法化者之理由之一。從現實面切入，並非所有從事勞動派遣的勞工，都是被迫而為，況有許多勞工因家庭、學業、體力、技能甚至性別、年齡的因素，寧選擇較具彈性的勞動型態，由憲法保障工作權之角度言之，選擇職業之自由亦是工作權保障的具體實現。而企業為求生存，有時不得不採用派遣工以求永續經營，就長遠而言，亦是增加勞工之就業機會，從此種思考言之，尚符合憲法工作權之保障。參考前述對於部分時間工作者保護之說明，吾人似可得知，平等待遇原則最為學界及實務界所強調，基於此，工作時間範圍之不同，在勞工法上並無法合理化對於部分時間勞動者之特殊待遇。此不僅在報酬方面，即在其他勞動條件與措施亦然。換言之，只有具有實質上之理由，即工作能力、資格、工作經驗、社會狀況、工作位置不同時，始能有不同之對待。而這樣之基礎，不是只針對部分時間勞動者、勞動派遣者等各種非典型勞動者才存在。

^(註一二四) 參見楊通軒，我國部分時間勞動法律問題之探討—兼論德國之部分時間勞動法制，蒐錄於國立中正大學法學集刊第二期，1999.7，第 291 頁。

^(註一二五) 參見焦興鎧，對部分時間工作者之法律保障，蒐錄於氏註勞工法論叢（一），2000.5，第 14 頁。

第四目 小 結

綜上所述，本文以為，勞動派遣應無違反公共秩序或善良風俗，此等法律行為並非無效。而欲保障派遣勞工之權益，應是從立法保護上著手，或許可擴大平等待遇原則適用之範圍，讓派遣勞工與要派機構之固有員工享相同之待遇，使派遣機構或要派機構之利基受某種程度之侵蝕，而不再考慮或降低選擇僱用派遣勞工之可能，此或許為立法抑制勞動派遣過度發展的釜底抽薪之道。況參考德國現況，並不是任何行業都可選擇使用派遣勞工，基於社會福祉(Gemeinwohl)的衡量，其建築業即被排除適用。^(註一二六)而日本對允許勞動派遣之行業雖已自正面表列之方式放寬為負面表列，然亦非毫無限制。故參考外國之立法態度，再由我國憲法生存權、工作權、平等權等社會基本權之保障觀點檢討之，或可為勞動派遣應否承認及如何立法才能體現憲法規範之價值，找到答案及可行之方案。

^(註一二六) 參見楊通軒，前揭文，第 107-108 頁。

第三章 勞動派遣之法律關係

承之前勞動派遣之簡圖所示，勞動派遣牽涉三面關係，亦即有三方不同的當事人參與其中，包括派遣機構、要派機構與派遣勞工三者。茲就三者相互間之法律構造為何，分敘如下：

第一節 派遣機構與要派機構之關係

第一項 概 說

此二者間之關係係建構於雙方訂立之要派契約，此契約乃是勞動派遣關係之基礎。依照勞委會版之草案即：規範派遣機構與要派機構間法律關係之契約。該契約之目的在移轉派遣勞工之勞務給付，使要派機構對派遣勞工之監督指揮權有所依據，而派遣勞工之勞務給付內容、相關之勞動條件、派遣機構與要派機構間相關責任之歸屬，皆明訂於此契約中。基此契約，要派機構得請求派遣機構派遣一定數量之勞工至要派機構處，受其指示而提供勞務。派遣機構負有令要派機構在一定期間內取得一適任勞工之勞務給付的義務，所謂「適任之勞工」，表示派遣機構原則上不需給付「特定」之勞工，故所負之債務乃是種類之債。當然，如契約之兩造當事人於契約中指明需特定勞工，亦非理論上所不許，惟此時，派遣機構之債務是特定之債。區別兩者之實益是有關民法「給付不能」認定上之不同。

相對而言，派遣機構則向要派機構請求約定之報酬（對待給付），但此一報酬並非單只提供勞務之對價之工資，尚包括派遣機構必須給付給派遣勞工之工資、附帶的薪資成本（ancillary wage costs）及派遣機構之利潤。

（註一）故要派契約是一種雙務、有償之契約。（註二）有疑問者，此種要派契約將雇主的指揮監督權讓渡之概念，在勞動法學理上固然是一種嶄新的概

（註一）參見楊通軒，前揭論德國勞動....一文，第 95 頁。

（註二）同上註。

念，但卻無可避免地碰觸到勞動法最基本的精神：勞工非商品(Labour is not a commodity)。(註三)也因此，提出一套合理之學理或甚至如何辨明此種契約之存在價值，共創「勞資雙贏」，成為倡導「勞動派遣法制化」者責無旁貸之課題。

第二項 要派契約之內容

派遣機構與要派機構為規範雙方間之權利義務關係而定之契約，吾人從勞委會之草案，稱之為要派契約。依日本勞工派遣法第二十六條第一項之規定，要派契約必須約定派遣勞工所從事業務之內容，派遣勞工所從事工作事業所之名稱、所在地及其相關工作場所，派遣勞工提供勞務時對該勞工指揮命令之相關事項，派遣勞工之期間及派遣就業之始日，派遣工作開始及終了時刻與休息時間，安全衛生相關事項，及其他勞動省令所定事項；關於派遣期間則於同條第二項設有規定。(註四)義大利「一九六號法」(LAW 196)規定，要派契約須做成書面，並記載下列事項：一、使用派遣勞工之原因，二、需要的派遣勞工數量，三、派遣勞工的工作內容與性質，四、派遣勞工之工作地點、工時、工資及其他勞動條件，五、派遣機構給付派遣勞工工資與社會安全福利的義務，六、要派機構償還派遣機構支付給派遣勞工工資與社會安全福利費用的義務，七、派遣機構需代替派遣勞工將工資與社會安全福利給付的收據送達要派機構，八、當派遣機構未給付派遣勞工工資與社會安全福利時，要派機構需負擔此給付義務，九、派遣工作之期限，十、派遣機構的組織與成立登記。(註五)德國勞動者派遣

(註三) 例如勞動人權協會將要派契約視為一人肉市場交易訂單，派遣契約則斥為一勞工賣身契。此種批評雖不一定代表大多數勞工之聲音，但多少反映了基層的現實。

(註四) 為了避免企業長期大量運用派遣勞工，破壞傳統正常勞雇契約關係，進而危及雇用安定政策，以及保障勞工選擇職業之自由，法制定初期對十六種開放派遣之事業，除有關大廈清掃等相關業務及建築設備之機器操作等相關業務、停車場管理等相關業務不受期間限制外，其他十三項業務之派遣期間以一年為限。以上參見邱駿彥，前揭文，第 16、18、19 頁。

(註五) 參見勞委會版之勞動派遣法草案第十一條之立法理由說明。

法第十二條第一項規定，派遣機構與受派機構間之契約需以書面為之。在此書面中，派遣機構需聲明是否已擁有依據第一條取得之營業之許可；要派機構亦必須在契約中載明派遣勞工所預定工作之特徵及所需要的職業上的條件。另外，如派遣機構不支付社會保險金時，要派機構有義務負擔等相關責任之約定亦是法定之必要記載事項。而我國勞委會版之草案，參考前揭諸國立法之精神，於第十一條明文要派契約應做成書面，並應至少記載下列事項：一、使用派遣勞工之原因。二、需要的派遣勞工數量。三、派遣勞工所從事的工作內容與性質。四、派遣勞工之工作地點、工時、工資及其他勞動條件。五、派遣機構給付派遣勞工工資之義務。六、派遣機構就要派機構支付給派遣勞工工資負償還之義務。七、派遣機構與要派機構就派遣勞工社會安全福利費用負連帶支付責任之義務。八、當派遣機構未給付派遣勞工工資與社會安全福利費用時，要派機構需負此項給付義務。九、派遣工作之期限。十、派遣機構之名稱與許可證字號（第一項）。派遣機構於要派機構違反本法或其他法律規定時，得終止該契約（第二項）。派遣機構，於本條規定之契約涉及外國時，應將必要之事實向主管機關核備（第三項）。

第三項 派遣機構之義務

依照前開草案第十一條之規定，派遣機構依要派契約負有法定的義務，其中「需要的派遣勞工數量」即表明派遣機構所負之義務並非勞務給付之實際提出。勞務給付之提出應是派遣勞工基於勞動契約所生之給付義務，派遣機構所負者在無契約特別約定之情形下，應只是提供一中等品質之勞工並持續到約定之派遣期間屆至為止。故一、派遣勞工非派遣機構之履行輔助人，派遣機構不負擔派遣勞工不完全給付或加害給付時之債務不履行之責。二、中等品質以上勞工之選定與供要派機構使用，係派遣機構依約應負之給付內容義務，苟違反此一義務，未能選定適當之勞工，派遣機構應負給付遲延之債務不履行責任。又其選任之不適任勞工於提供勞務

時造成要派機構損害時，派遣機構自應負擔瑕疵給付之責任。三、要派契約是繼續性契約，派遣機構所負之給付義務係在整個派遣期間需提供一有勞務給付能力、有給付之準備與意願之勞工，以供要派機構使用，故若有勞工不適任之情形，要派機構得請求更換其他堪用之勞工。四、派遣勞工於受派期間因可歸責或不可歸責（如死亡、殘廢）之故致無法提供勞務，派遣機構需另派勞工履行其契約上之責任，因該勞動力提供之風險係由派遣機構承擔。

反面言之，派遣機構之義務既在派遣期間內提出一中等品質之勞工供要派機構使用，故在不影響要派機構勞動力使用下，派遣機構得隨時更換派遣勞工。除非兩造間有特約，否則要派機構不得主張派遣機構應提供特定勞工供其使用，或拒絕派遣機構更換派遣勞工。惟兩造間如有特別約定，派遣機構應提供特定勞工履行義務，該特定勞工如因不可歸責於派遣機構之事由，如死亡或殘廢致無法提供勞務，風險應由要派機構自行承擔，此時要派契約之雙方當事人均自該勞工無法工作時起，免其給付及對待給付之義務。^{（註六）}

第四項 要派機構之義務

在要派契約中，派遣機構承諾提供一適任、有意願在一定期間內工作之勞動者給要派機構，要派機構承諾支付派遣機構約定之報酬，該「給付約定之報酬」係要派機構最主要之義務。基於要派契約是一種雙務契約，何人應先履行？苟法無明文，當事人又未約定，則一般認為因要派契約係涉及勞務給付之契約類型，依民法中各種勞務給付契約類型之共同特徵，不論是僱傭、承攬或委任契約，原則上均是採報酬後付主義，故派遣人有先為給付之義務。^{（註七）}除此之外，要派人亦應負一些「附隨義務」，諸如提供安全之工作環境等勞工安全衛生上之義務，容於本章第三節討論。

^{（註六）} 以上參見黃程貫，前揭文，第 297—300 頁。

^{（註七）} 同前註，第 300 頁。

第二節 派遣機構與派遣勞工之關係

第一項 派遣契約之法律性質

相較於一般傳統的典型勞動契約，派遣機構與派遣勞工之間所訂定之契約（派遣契約）特別約定派遣勞工其勞務給付之對象係派遣機構以外之第三人，即「雇用人」與「使用人」不同，此乃與典型勞動契約雇用人即使用人最大不同處。其次因派遣機構與派遣勞工間無直接提供勞務之約定，故二者之間的契約關係，是否該當傳統勞動契約之要件或民法上固有「僱傭」之意義，成為待深究之課題（參見本節第二項說明）。至於派遣勞工依約履行至第三人處服勞務，派遣機構給付相對之報酬（工資），無庸贅言。在德國法上將派遣勞工之法律關係指向派遣機構，並定性其為一種勞動關係。除非因派遣機構欠缺從事勞工派遣事業所需之許可而無效時，此一勞動關係才會被擬制成立於要派機構與派遣勞工之間以保障派遣勞工。

（註八）

其次，派遣機構與派遣勞工之間究竟有幾個契約關係，鄭津津先生於其勞動派遣之法律關係與相關法律問題之研究一文中認為：勞動派遣有以下特質：一、派遣機構與派遣勞工之間具有勞動關係，或是訂定不定期勞動契約或是訂定定期勞動契約。二、派遣機構與派遣勞工之間需訂定派遣契約，使派遣勞工在派遣機構的指揮下，前往要派機構提供勞務。……（註九）如此一來，派遣機構與派遣勞工之間究竟是訂定一個契約或兩個契約？如果是後者，則似與吾人一般所理解之只有一個勞動派遣契約的見解相異。故楊通軒先生質疑，鄭之立論，其理論基礎為何？（註十）

對此爭執，本文以為應從法律結構之實質面來認定派遣機構與派遣勞工間之契約關係；詳言之，兩造間只要有符合勞動派遣定義之合意存在，

（註八）參見黃程貫，前揭文，第 288 頁。

（註九）參見氏著，前揭勞動派遣之法律關係與相關法律問題之研究一文，第 244 頁。

（註十）參見楊通軒，前揭論德國勞動...一文，第 93 頁。

就應該被認為有派遣契約關係，至兩造形式上訂定幾個契約，詳細契約內容為何，不必深究。矧觀鄭上揭文之前後及其相關論著，亦從未提到一個或兩個契約等語，況其文係在描述勞動派遣契約之特徵，故一再重複「契約」二字之用語以便於闡述其特徵，且苟如楊氏所質疑，則應是一種或兩種「法律關係」之爭，絕非一個或兩個「契約個數」之爭，故上開爭議應不存在。

第二項 派遣契約與勞務給付之讓與

派遣契約係建立在派遣機構與派遣勞工之間，兩者因該契約之效力互負權利義務關係；然與一般傳統之勞動契約或僱傭契約不同，派遣勞工並非在派遣機構之指示下提供勞務，而是在第三者之指揮監督下服勞務，故派遣契約是否合乎僱傭之意義？容有爭議。

持反對見解者認為，勞工實際履行債務之對象是要派機構，契約之對象與實際履約者非屬一人，與僱傭為基礎內涵之勞動契約本質不合，故派遣契約應屬無效。持肯定說法者認為，勞動契約係一種雙務契約；勞工服勞務，雇主則給付薪資，是基於對價關係。而勞動派遣契約，同樣是勞工服勞務，雇主給付薪資；只是其服務之對象係雇主指定之第三人而已，故雙務契約之本質並無不同，差別在於勞務給付之方式有異。^{（註十一）}

此種特殊之勞動關係，邱駿彥先生認為，或可視為係派遣公司將其勞動請求權乃至勞務指揮權讓與要派公司後所發生，依據我民法第四八四條規定旨趣，僱傭人於得到受僱人同意後，得將其勞務請求權利讓與第三人，因此只要派遣勞工基於派遣公司間之勞動契約約定，同意此種勞務給付型態，則自民法理論觀點言，勞動派遣亦有其適法之地位。^{（註十二）}

黃程貫先生認為，將派遣人與派遣勞工間之勞動派遣契約定性為「真

^{（註十一）} 參見林振賢，前揭文，第 17 頁。

^{（註十二）} 參見氏著，前揭文，第 47 頁。

正利他契約」，要派人在其與派遣人之要派契約中所約定之範圍內，取得對派遣勞工之獨立、原始之勞務給付請求權。^(註十三)

黃越欽先生認為，勞動契約除財產法上之意義外尚有「勞雇雙方之人格信賴關係」，因此債務人應親自履行，除雙方同意外，不得由他人代為履行。至於債權人則不得任意轉讓其債權，即使「借調」亦必須經勞動者同意，於成立所謂「利他契約」時亦然。^(註十四)

綜上各家看法，本文認為派遣機構在獲得派遣勞工之事先同意下，得將其派遣至要派機構處服勞務，使要派機構取得對派遣勞工之勞務給付請求權，應無疑義。

第三項 主要給付義務

第一款 派遣機構之主要義務

關於派遣勞工之工作報酬，當然由身為雇主之派遣機構負給付之責。縱然在等待派遣期間，派遣勞工仍得請求全部之報酬，蓋派遣勞工能否被派遣出去工作，完全是派遣人應承擔之風險，此於本文之前章已提及，茲不贅述。至報酬之額度、變更、及其他休假工資、年終獎金、各種津貼等變形工資之給付，與一般勞工同，亦取決於勞動契約之約定。另派遣勞工並無向要派機構主張同工同酬之權利，因派遣勞工之雇主係派遣機構，故只能要求與其他之派遣勞工同工同酬之待遇。

在休假方面，就法理言之，派遣勞工只要是持續受僱，則與一般典型勞工相同，並無理由以其類型、性質特殊即無特別休假等權利。故在勞動派遣法未立法或無特別規定時，自應適用勞基法相關之規範以保障其權利。

其次，有關母性保護部分，派遣勞工如為女性，相關之產假、假日工

^(註十三) 參見氏著，前揭文，第 289 頁。

^(註十四) 參見氏著，勞動法新論，翰蘆圖書出版有限公司，2001.3，二刷，第 247 頁。

作之禁止及兩性工作平等法所課雇主之責任，對派遣機構及要派機構皆應適用，因派遣勞工是在要派機構處工作，派遣機構自應將有關該女性工作者之現況（如已懷孕）告知要派機構，以促其遵守母性保護法之規定。

第二款 派遣勞工之主要義務

派遣勞工之主要義務當然係勞務之給付，其履行之方式、範圍、時間、地點及其他勞動條件應由派遣契約界定之。此義務之履行或無法履行之情形，除勞動派遣法或派遣契約有特別約定外，應適用其他勞動法規或民法債編之規定來處理，茲說明如下：

在工作時間方面，由於派遣勞工係在持續更換之要派機構處工作（除非是登錄型派遣勞工），故實無法在派遣契約中詳細約定工作時間，頂多是做出範圍性之規定。至於其具體之工作時間，應取決於要派機構之企業需求及其生產秩序之具體狀況。且只要派遣契約許可，要派機構亦允許或授權要派機構，要派機構自得要求派遣勞工加班。加班時之工資及各種財產給付，應由雇主之派遣機構負擔。當然，派遣機構得將該多餘支出轉嫁至要派機構身上，依約向要派機構主張因加班所支出之費用。

次按，苟基於要派機構之事由致派遣勞工無法提供勞務，此時派遣勞工如已依債務本旨提出給付；或要派機構預示拒絕受領之意思，或給付兼需要派機構之行為者，派遣勞工得以準備給付之事情，通知要派機構以代提出（我民法第二三五條），此時要派人即應負受領遲延責任（我民法第二三四條）。派遣勞工對派遣機構依法仍有報酬請求權（我民法第二六七、四八七條），派遣機構對要派機構仍有請求給付派遣報酬之權利。又苟係出於派遣機構之事由（如對派遣勞工未給付薪資）致使派遣勞工得合法正當地拒絕提供勞務時，派遣勞工在不違反誠信原則之前提下，得對要派機構主張同使履行抗辯。當然，要派機構此時得以第三人之身分提出清償，以換取派遣勞工之給付勞務，其所代付之薪資，得由派遣報酬中抵銷之。

末按，如係出於派遣勞工自身之事由致未提出給付，應由派遣機構對

要派機構負債務不履行之責任。此一狀態，於派遣勞工回復工作或派遣另一勞工履行，方告終結。對此債務不履行之結果，派遣機構除無法請求派遣報酬外，苟造成要派機構其他之損害，尚須承擔損害賠償責任。當然，該損害賠償，最終應由派遣勞工負終局義務人之責任。^(註十五)

第四項 附隨義務

第一款 派遣機構之附隨義務

派遣機構身為雇主，對派遣勞工負有甚為廣泛之照顧保護義務。依我國勞委會版之草案，派遣機構必須：一、應於每月提撥相當於薪資總額百分之三的經費作為派遣勞工教育訓練之用，以提升派遣勞工之工作技能與知識；派遣機構提撥之經費可依法抵減當年度應納營利事業所得稅額（草案第七條），本條目的固在強制派遣機構照顧派遣勞工而賦與其行政檢查上之責任（違反者，應處新台幣二十萬元以下之罰金），雖與固有之照顧保護義務不盡相似，然勞工因資方之遵守即可享受該反射之利益。^(註十六)二、應依派遣勞工個人之專長及能力，提供就業機會，並採取必要之措施以確保該勞工之勞動條件與福利（草案第十四條）。本條係參考德國勞工派遣法第十一條第一項第三款規定，派遣機構應對「派遣勞工將執行工作之內容及特徵，以及到不同地點執行工作之義務」記載於文件，且將之交付予派遣勞工；及日本勞動派遣法第三十條：「派遣業主，對於所僱用之派遣勞工或須受僱為派遣勞工之勞工，應就個人之希望及能力，採取確保就業機會及教育訓練之機會，提高勞動條件及其他促進僱用安定之必要措施，盡力謀

^(註十五) 以上參見黃程貫，前揭文，第 291—293 頁。

^(註十六) 照顧保護義務與其他勞工保護法規所定之公法上保護義務有別：前者為契約上當然效果所承認之私法上義務，其對方為勞動者；後者乃國家對於雇主所課之義務，其對象為國家。但實際屬於前者之義務，往往同時為勞工保護法規之對象，使其性質亦帶強制性質。但雇主之照顧保護義務依社會一般之觀念，自有一定之界線，苟如非契約上認為當然附課之必要保護行為，除有特約或法律有明文規定外，勞動者自無請求雇主履行之權利。

求該勞工之福利。」之規定，其目的無非為促進派遣勞工之工作品質，並保障派遣勞工之勞動條件及其他相關福利，課以派遣機構在派遣過程中應採取各項必要措施以達此目標。三、應採取必要措施，以確保要派機構遵守本法之規定（草案第十五條）。蓋為防止要派機構不當對待派遣勞工，派遣機構應採取各項必要措施，如電話詢問、問卷調查或訪談，以瞭解派遣勞工之實際工作狀況，並同時確定要派機構是否依法與相關契約之規定對待派遣勞工。四、於僱用派遣勞工時，應明確告知其僱用之目的（草案第十六條）。本條為派遣機構之告示義務，係為防止派遣機構依一般僱傭之名行派遣之實，因而違反勞工個人之受僱意願並損及其權益，故參考國際勞工組織及德日諸國立法，課以派遣機構告知義務，以保派遣勞工之權益。

此外，派遣機構應注意特定要派機構過去之不良紀錄，觀察其是否有違反照顧保護義務之前科，致危及派遣勞工之生命、身體、健康、財產。苟有，派遣機構就不應派遣任何勞工至該處服勞務，否則亦會構成照顧保護義務之違反。（註十七）

第二款 派遣勞工之附隨義務

派遣勞工係在第三人處工作，因此，關於勞資雙方間忠誠與照顧保護義務之分配，與一般正常勞動關係不同，然在內容上應無不同。此由草案並未對派遣勞工的義務作特別之說明及第一條「……本法未規定者，適用其他法律之規定。」之文義可知相關之勞動基準法、民法等涉及勞工、受僱人應負之忠誠義務，派遣勞工自應負之，並無例外。當然，其所負忠誠義務之範圍及程度，仍依勞務給付之種類及性質而定。（註十八）

對派遣勞工應負之附隨義務，茲簡要說明如下：

一、服從義務 勞動者在勞務給付上有服從雇主指導、監督之義務，勞務

（註十七）參見黃程貫，前揭文，第 294-295 頁。

（註十八）參見陳繼盛，前揭書，第 33 頁。

給付之方法、地點、時間，除法令、團體協約、服務規則有規定或勞務契約有約定之外，應順從雇主之指示，否則勞務無法提供，或勞務之提供無法合於雇主之目的。就勞動派遣而言，除涉及勞務履行之對象不同外，其服從義務對派遣勞工而言，並無太大差異。是以派遣勞工在其工作範圍內，應分別聽從派遣機構派遣之命令與其他不影響派遣工作之指揮命令，以及要派機構對勞務給付如何履行之指示監督權。

二、**保密義務** 派遣勞工在勞動派遣關係存續期間內，應注意維護其雇主（即派遣機構）之利益。派遣勞工在為要派機構工作期間內，對要派機構亦負有此一利益維護義務。此種義務主要係禁止洩漏營業上所知悉之秘密的保密義務，及禁止為相同或類似營業行為之競業禁止義務。學者一般以為，派遣勞工甚至不能將派遣機構之應保密事項透露給要派機構，反之，亦同。^{（註十九）}

三、**忠誠義務** 有關派遣勞工是否得兼差，與一般典型勞工之討論實無不同，仍以該兼差是否損害原勞動契約之履行以為斷。有差異者在派遣勞工欲跳至要派機構處工作時，派遣機構不得以契約禁止或限制之。勞委會草案第十七條規定派遣機構不得有：「一、於派遣契約中訂定禁止派遣勞工於契約終止後與要派機構另訂勞動契約之條款。二、於要派契約中訂定禁止要派機構於契約終止後與派遣勞工另訂勞動契約之條款」等行為。故保障派遣勞工之工作選擇自由之利益，在一定程度之範圍內自優先於忠誠義務之維護。此在國際勞工組織之第一八一號公約及德日立法皆同此旨。另外，派遣勞工對其所擔任之勞務應以善良管理人之注意為之，所需材料由要派機構提供者，應合理使用該材料，不得有浪費之情事；處理事務，應據實報告要派機構，此與一般典型勞工亦無異。

四、另有關維護雇主商譽、禁止收受不正利益、危害通知及協力義務等，

^{（註十九）} 參見黃程貴，前揭文，第 293—294 頁。

均為派遣勞工應有之附隨義務。

第三節 要派機構與派遣勞工之關係

此二者間並無任何的契約關係，在三面關係中最成為問題。就表面言之，在派遣契約及要派契約的交互運作下，派遣勞工有義務在要派機構的指揮監督下提供勞務。具體而言，要派機構既有實際指揮監督之權，相對地，派遣勞工是否就有人格上之從屬關係？又勞動派遣與一般勞動契約不同，其工資支付義務之負擔者與勞務提供之受領者已經分離，如此情形下，要派機構與派遣勞工之間，是否可據此認定兩者間有事實上之雇用關係存在？進而令要派機構負雇主之責？茲說明如下：

第一項 由從屬關係談起

按派遣勞工在要派機構之指揮監督下服勞務，然此種指揮監督本來是勞工從事勞務之從屬性而來，必然是存在於雇主與勞工之間。典型之勞動關係，勞工需依契約從事工作，為雇主提供勞務，而要完成前開任務，如無庸受雇主之指示從事工作，殆不可想像，因而勞工具有從屬性。此一從屬性實為勞動契約之特徵，誠如僱傭契約係勞動契約之上位概念，其規範之範圍除勞動契約外，遍及從屬性較不明顯甚至不具從屬性之自營作業者，是僱傭契約之受僱人並不一定具備從屬性，但具備者，必稱為勞動契約之勞工。^(註二十)而從屬性，按勞動法界歷來之見解，可分為人格及經濟上之從屬性：

一、人格上之從屬性

^(註二十) 參見黃程貫，前揭書，第 63 頁。惟學者黃越欽以為：所謂從屬性標準，事實上係社會學上概念，吾人借用社會學上概念供法學運用，希望求得法學意義上之準確性，故應極為慎重，以免陷入錯誤。例如受僱人之勞務固然以從屬性受僱勞動為原則，但事實上有從屬性受僱勞動，亦有獨立性受僱勞動，而承攬人有強烈指揮監督權之情形亦非不存在。參見氏著，前揭書，第 187 頁。

勞工提供勞務之義務的履行係受雇主之指示，雇主透過勞動契約將勞工納入其事業組織之中，並決定其勞務義務之給付地點、給付時間與給付量等等；又因勞動契約具有繼續性，且勞動力與擁有勞動力之勞工個人身體事實上不可分離，故雇主之將勞工納入其事業組織並指示、決定勞工勞務給付地、給付時、給付量與勞動強度、勞動過程，即等於是將勞工個人置於雇主之控制範圍之內，並得支配勞工之人身、人格，意即支配勞動力即等於支配勞工之人身、人格，且在勞工有妨礙企業生產秩序或企業運作之情形時，雇主更得予以懲罰，以維護企業之正常生產與運作及資方經營管理之權威，因此，勞工透過勞動契約而導致人格上從屬性應係無可諱言之事實，人格上從屬性應屬勞工之必然存在之特徵。詳言之，人格上從屬性之重要特徵在於指示命令權並擴及秩序上之懲戒權問題，透過懲戒權之行使，雇主對受僱人之意向等內心活動過程均能達成某種程度之干涉與強制，此為人格上從屬性效果最強之處，也是最根本所在。^(註二十一)

二、經濟上之從屬性

在勞資關係中，勞工處於弱勢地位，蓋勞工非如事業主之擁有資本、生產資料，勞工所有者只係其勞動力，其生存之基礎唯有依賴提供勞務而獲致之工資。因此，勞工之提供勞務為雇主工作，係為求生存，非工作無法生存，故勞工對雇主有經濟上、財產關係上之從屬性、依賴性，此乃資方基於其所有權，對勞方主要之三重控制中之第一重控制，意即勞方之勞動力需依賴資方生產資料始能進行勞動，故資方之生產資料所有權「強制吸收」勞工投入其生產資料。經濟上從屬性尚進一步包括資方對工資及其他勞動條件等勞動契約內容之進一步控制，此乃本於資方之市場強勢而來的第二重控制。此外，勞工勞動所得之工資乃是勞工投入一般商品市場(為求生活而支出食、衣、住、行、育、樂等)之消費、購買力，但商品之價格是由資方決定、控制，相較於立於單純消費者地位之勞工對於商品價格

^(註二十一) 參見黃越欽，前揭書，第 131-134 頁。

幾乎毫無任何影響力，資方對於商品基本上擁有諸多影響商品價格之手段，如囤積、炒作等。以上即是資方所有權對勞方之主要的三重控制，亦即是勞工對資方所有權之經濟上從屬性、依存性。^(註二十二)

第二項 派遣勞工之從屬性

承本節開場白所述，在勞動派遣之三方關係中，最成為問題者無非是要派機構與派遣勞工間之關係如何解釋？原因在於要派機構對派遣勞工既有指揮監督權限，是否二者間存在有從屬關係？答案如係肯定，其從屬關係之產生究係基於何種法律基礎，是僱傭或其他勞動關係，亦或是需另外尋求理論基礎。

由前述勞動派遣之概念可知，其雇用關係應係存在於派遣機構與派遣勞工之間，派遣勞工與要派機構之間無任何契約關係存在；此與「出向」之雇用關係同時存在於勞工與原企業及出向地企業間之狀況並不相同。然因勞動派遣型態係一新興之勞動型態，學者間對其定義尚未完全統一，故在此情形下對派遣勞工與要派機構間究竟有無勞動關係存在，該兩者間之關係為何？容有爭議：

第一說：雙重雇用關係說

主張此說之學者認為，苟無勞動契約之媒介，無由生發指示監督權，所謂「無雇用關係的指揮命令」，本身即為一矛盾之概念，因而認為派遣勞工與要派機構間亦應有勞動契約（雇用關係）成立，詳言之，當事人間形成雙重之勞動關係，一是在派遣機構與派遣勞工之間，一是在要派機構與派遣勞工之間。前者中之派遣機構是形式上之勞動契約相對人，而後者中之要派機構乃係實質的雇主，實際行使勞務指示權並受領勞務給付。邱駿彥先生提及，日本學者主張此說者認為此種關係即使勞工派遣法制定施

^(註二十二) 參見黃程貫，前揭書，第 63 64 頁。

行之後，亦不會改變其實體之契約法理。^(註二十三) 氏更進一步說明：主張本說者認為，派遣與出向一樣，應解為勞工與派遣公司和要派公司之間存有「雙重的雇用關係」。因為如果不作如上解釋，則會導至要派公司免除雇主責任之結果。氏更以為：在這裡所謂「雙重」的雇用關係，應是指「重複的」成立勞動契約關係之意思。具體而言，應解為派遣勞工不只得對派遣公司主張從業員身份地位的存在，亦得對要派公司之事業主主張從業員身份地位的存在。從而依據本說者之見解，不管將來制定之派遣法如何定義其法律關係，依同法及勞基法所為公法規制面上，必須依法律之規定，但有關私法上之權利義務關係，例如在工資給付義務上，要派公司亦有必要被視為雇主身分負其義務。^(註二十四) 然流行之見解認為派遣勞工之雇主是派遣機構，縱然在派遣期間內，該派遣勞工完全在為要派機構工作而受其指示，派遣機構仍是該派遣勞工之雇主，此由德、日兩國有關勞動派遣之立法可窺知。但對於尚未對勞動派遣特別立法之國家如我國，此種「擴大雇主範圍」之概念，可收課要派機構雇主責任之效，以保障派遣勞工之權益。故有學者認為：此種說法並非全無理論價值。^(註二十五)

第二說：雇主職能分離說

此說主要認為雇主之職能亦得加以分離（且認為此乃勞動關係之多數現象），即參與之雇主均只行使雇主職能的一部份，此為雇主職能之分離（Aufspaltung der Privatautonomie）。蓋因勞動契約亦適用私法自治及契約自由原則，故只要非法律所禁止或限制，勞資雙方可自由約定契約內容，雙方即可將雇主職能加以分割。^(註二十六) 採此說者並批評所謂的雙重勞動關係，未免欠缺論據，法律基礎薄弱，因為此時之重點只是在於要派機構之

^(註二十三) 參見氏著，前揭文，第 41 頁。

^(註二十四) 同上註。

^(註二十五) 參見黃程貫，前揭文，第 275 頁。

^(註二十六) 參見楊通軒，論德國勞動派遣法制，台灣勞動法學會學報第一期，2000.6，第 107 頁。

得請求勞務給付，並行使指示權，故認定為單一之勞動關係，只是雇主功能部分的分裂、分割移轉至要派機構，即可解決問題……云云。對此說，黃程貫先生批評：所謂雇主地位之分裂、分割在真正勞動借貸關係中，可能與實際情形相符，或者在關係企業內之派遣（即出向）也可能發生。當然，此種雇主地位之分裂、分割，必須有要派人之進入契約關係，且因而需有全體當事人之同意始可。但雇主地位之分裂、分割對營業型勞工派遣卻不見得能適當地說明，因為在營業型勞工派遣之情形主要的特徵在於要派人一方原則上乃是持續不斷地在變換，而派遣勞工亦需依據其雇主之指示而不斷配合要派人之變換。此外，在營業型勞工派遣之情形中，派遣人原則上有更換派遣勞工之權限。此點在結構上，與使要派人成為派遣勞工之雇主的所謂雇主地位之分裂、分割，亦不相符合。^{（註二十七）}

另外，從德國之勞動派遣法制而言，因為德國勞工派遣法只承認派遣人具有雇主地位，故氏以為將分裂、分割的雇主地位之說法適用於營業型派遣勞工之最大之缺失，乃是在於此一見解與德國現行之勞工派遣法之基本想法相悖。^{（註二十八）}然本文認為，此一理由係針對該國現行法而來之結論，如純依理論言之，實非絕對。

第三說：勞務給付請求權讓與說

此說認為要派機構藉由指示權之行使來指揮監督派遣勞工之工作，並將之納入要派機構自身的經營組織體系內，構造上與勞務給付請求權之讓與較為相近。然此說卻有以下兩點無法自圓其說：一、在勞動派遣型態之義務內容構造上，派遣勞工之義務是在派遣機構之要求下，前往要派機構受其指示提供勞務，並非派遣勞工本應受派遣機構之指示為其服勞務，而派遣機構再將其勞務給付請求權轉讓於要派機構。故如依「權利人不得轉

^{（註二十七）} 參見黃程貫，前揭文，第 284 頁。

^{（註二十八）} 同上註。

讓超過其本身享有之權利」的法理觀之，採此說之結果應是：要派機構自派遣機構受讓一個「得請求派遣勞工受他人指示，向他人提供勞務」之權利。如此顯然非勞動派遣型態之本相。二、在派遣期間，原則上派遣人得片面更換已特定之派遣勞工。在此情形下，如採此說，則要派機構對未更換前之派遣勞工之勞務給付請求權，即因派遣機構單方面之行為以致無法行使，而只得轉向更換後之派遣勞工行使。然何以如此？其理論基礎為何？為回答此一疑問，持此說者進一步提出「基於權利行使之授權而來之直接的指示權」。該說認為，派遣機構所讓與要派機構者並非勞務給付請求權本身，而是僅僅將該請求權之行使的權限讓與要派機構，亦即只是單純授權要派機構行使派遣機構指示權。故派遣機構仍保有其勞務請求權、指示權限，要派機構僅是被授權得與派遣機構同時平行地行使派遣機構之權限。然此一結論恰明白指出此一說法之主要缺失，對勞務給付請求權讓與說之「並無債權轉讓」之批評亦適用於此說。

綜上，對本說，黃程貫先生批評：在派遣勞工中根本無變換債權人之情形發生，而既無更換債權人之情事，則更無債權讓與之問題。故勞務請求權讓與說並不適用於勞工派遣。總之，在勞工派遣中，要派人並非派遣人之債權人地位，派遣勞工之向要派人提供勞務，並無更換給付對象之問題，而是依其原本之勞動契約之約定而履行給付義務。^{（註二十九）}

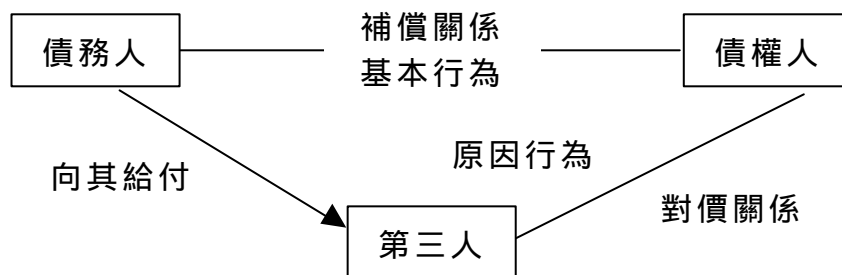
第四說：真正利他契約說

按向第三人給付之契約，亦稱使第三人取得債權之契約，或為第三人之契約，或利他契約，即當事人之一方，約定使他方向第三人給付時，第三人即因之而取得直接請求給付權利之契約之謂。^{（註三十）}我國民法第二六九條第一項規定：「以契約訂定向第三人為給付者，要約人得請求債務人向第

^{（註二十九）} 參見黃程貫，前揭文，第 285 頁。

^{（註三十）} 參見鄭玉波，民法債偏總論，第十二版，三民書局，1988.3，第 391 頁。

三人為給付，其第三人對於債務人亦有直接請求給付之權。」即是此類契約之明文化規定。一般認為，利他契約之成立要件，除應具備契約一般要件外，尚有下列特別要件：一、須由當事人之一方向第三人給付。二、須使第三人對於債務人取得直接給付之債權；如僅約定向第三人給付，而不使第三人對於債務人取得直接請求給付之權利，則稱為「非真正的向第三人給付契約」或「不真正利他契約」。三、須債權人亦有請求債務人向第三人給付之權利。^(註三十一)利他契約係債權人與債務人約定對第三人為給付之契約，然債務人何以願與債權人約定向第三人給付？其間必有原因關係，此原因關係稱之為「補償關係」；又債權人何以欲使債務人向第三人給付，亦必其本身與第三人之間另有原因關係，此關係謂之「對價關係」。^(註三十二)茲以簡圖示之如下：



故採此說者認為，在勞動派遣中，向第三人之要派機構給付係派遣機構與派遣勞工二者自始所約定之勞工的主要義務，故在派遣時，並無勞務給付受領人變更之問題。要派機構在真正利他契約之法律結構下，對派遣勞工享有獨立的、原始的勞務給付之請求權，且在此一請求權範圍內行雇主指示權的權限。其基礎應是作為對價關係之要派契約（存在派遣機構與要派機構之間），此一契約確立要派機構對派遣機構所得請求之勞動給付之範圍。至於要派機構對派遣勞工所行使之指示權，則取決於補償關係的勞動派遣契約（存在派遣機構與派遣勞工之間），此一勞動契約確立派遣勞工

^(註三十一) 同上註，第 392 頁以下。

^(註三十二) 參見鄭玉波，前揭書，第 395 396 頁；孫森焱，民法債編總論，修訂八版，三民書局經銷，1988.12，第 606 608 頁。

於要派機構處應提供何種勞務。同時此一勞動契約亦是在派遣勞工有不給付或不完全給付時之責任基礎。派遣機構除根據勞動派遣契約外，亦得據民法「利他契約」之相關規定（我國民法第二百六十九條第一項）請求派遣勞工向派遣機構所選定之第三人為勞務給付。基於此一請求權，派遣勞工對要派機構有債務不履行之情形致其受所害時，即應為之負責。^{（註三十三）}

持此說者進一步認為：要派機構雖可由真正利他契約之法律結構取得勞務給付請求權，但要派機構並不至於與派遣勞工成為契約當事人，惟二者間仍形成一類似契約關係（*einvertragsähnliches Verhältnis*）。要派機構對派遣勞工有勞務給付請求權及指示權，同時在派遣勞工提出勞務給付之範圍內，要派機構對之亦負有照顧保護義務。^{（註三十四）}

第三項 小 結

比較上述各說之優劣，本文認為以「真正利他契約說」較可採。按採此說即可自始在要派機構與派遣勞工間建立一原始、獨立之法律關係，況此亦為德國勞工派遣立法所採。要派機構既有勞務給付請求權，當享有令派遣勞工得以實際履行勞務給付義務所必需之指示權；再者因要派機構對派遣勞工有指示權，且派遣勞工在勞務給付之過程中被要派機構納入其企業組織之內，兩者之間除原始、獨立之勞務給付關係外，彼此間亦應負有類似於一般雇主與勞工間之忠誠與照顧保護義務關係。故此說既能完整說明要派機構與派遣勞工間之實際的勞務指揮、監督、管理及彼此間之忠誠與照顧保護之法律基礎，對其間之從屬關係為較妥適之交代，又能在派遣勞工有債務不履行之情形時（尤其是不完全給付）時，建立要派人在契約上之損害賠償請求權，對要派機構自較有保障，避免有失公平。

^{（註三十三）} 參見黃程貫，前揭文，第 287 頁。惟該文似將要派人與派遣人間作為「對價關係」之要派契約誤植為「補償關係」。

^{（註三十四）} 參見黃程貫，前揭文，第 288 頁。

第四章 外國相關之法制及發展現況

有關各立法先進國家之勞動派遣法制，本文之前已略就美、日、德等國之規範於文中相關處提及，且學者間對之專文介紹雖非汗牛充棟，然亦不乏其人，^(註一)是以本文不擬贅述。其中美國並無專門立法規範，而是散見於各相關法律。而其流行之租賃勞動型態與勞動派遣之差異及其功能，殊值吾人注意並探究，以收他山之石功效。再者，我國雖非國際勞動組織之會員國，然有必要就勞動派遣之國際勞動基準深入瞭解，作為日後立法甚至與他國交流、互惠時之參考。

第一節 美國勞工租賃制度

美國奉行極度之資本主義，「契約自由」原則亦是操縱其勞動法制之重要原則。在此原則之規範下，雇主一般可免受法律之限制，而得依其需要與利益來形成其與勞工間之僱傭關係。^(註二)因此，雖然，勞動市場大多數工作係建立在一全時間、持續性之基礎上。然勞雇雙方現實之因素（雖然大部分是資方成本之考量）造成職場中益見增多之工作無法符合上述傳統典型勞動型態之特質。依學者鄭津津歸納指出：這些不具備上述特質的工作被通稱為「不定性僱用」(contingent employment)、「非典型僱用」(atypical employment)、「外圍僱用」(peripheral employment)或是「不定僱用」(vagrant employment)，其中包括「勞動派遣」(dispatched employment)、「部分工時勞動」(part-time employment)、「暫時性勞動」(temporary employment)、「租賃勞動」(leased employment)、「外包」(service contracting)與「電傳勞動」(telework)等。過去二十年來在美

^(註一) 欲深入瞭解，請參見楊通軒，論德國勞動派遣法制，台灣勞動法學會學報第一期，2000.6；邱駿彥，勞工派遣法制之研究—以日本勞工派遣法為例，台灣勞動法學會學報第一期，2000.6；鄭津津，美國勞動派遣法制之研究，台灣勞動法學會學報第一期，2000.11。

^(註二) 參見鄭津津，前揭美國勞動派遣法制之研究一文，第124頁。

國，此種勞動人口已大幅地增加。但依照專家的估計，目前在美國約有百分之二十五到百分之三十的勞動人口係從事此種「非典型勞動」。^(註三) 勞動派遣是諸多非典型勞動型態之一，然美國並未對之為特別之立法規範，而是散見於諸多規範非典型勞動之法律規定，而其中，租賃勞動與勞動派遣在形式上頗多類似之處，甚至，可供我國就相關勞動派遣立法如何周全及擴大格局以收永逸之效。故就此點言之，介紹其租賃勞動（也是一種人才派遣^(註四)）之發展及現況，自有其價值。

第一項 租賃勞動之概念

承本文第二章第三節第三項所提及，所謂租賃勞動之定義為：承租公司將所有的勞動力(entire workforce)移轉給租賃公司(leasing firm)，然後在向租賃公司租回前述之所有勞動力。詳言之，出租機構與承租機構間之互動方式與基本之運作情形為：承租機構先解雇原來僱用之勞工，嗣由出租機構重新僱用該被解雇之勞工，而這些勞工仍一直在承租機構工作，承租機構與出租機構簽訂契約，約定給付價金給出租機構，而後即由出租機構來為承租機構執行有關員工招募甄選、績效評估、教育訓練、管理並提供薪資福利和保有一切與員工相關資料記錄、並負擔一切與員工相關之成本及支出，然原則上承租機構仍繼續掌握所有人事和企業營運之決策權。承租機構藉由與出租機構訂立此一勞工租賃契約而免除其原應付之雇主責任，轉由專業之勞工出租機構代為執行。而承租機構對於日後欲新招募之勞工，亦可透過出租機構之協助尋得適合之員工，或由承租機構自行徵才，然後將該勞工由出租機構僱用後交承租機構使用。

由上述說明得知，出租機構所扮演之角色有如承租機構駐外之人力資源部門，出租機構以其專業之人力資源管理功能來取代承租機構原有之人

^(註三) 同上註，第 125 頁。

^(註四) 事實上，國內一般人（包括業者）對人才派遣之認知更接近租賃勞動之概念。

力資源管理部門。人力出租機構鎖定中小企業為其主要之客戶，因此類公司無力成立人力資源管理單位，出租機構自然成為這些客戶的人資單位，協助甚至可說是代替客戶處理繁雜之人事問題。當然，這些承租勞動力之機構不一定必然降低人事費用支出，但至少可免除處理人事行政之困擾和時間。^(註五)在此種觀點下，由人力出租機構擔任主要雇主之角色，承租機構則為次要雇主之地位，在共同雇主（co-employer）概念下，由二者共同參與、協調或監督承租機構之人力資源管理決策，使員工能展現更優質的工作績效，進而避免勞資糾紛之發生。而出租機構因其人事管理專業贏得承租機構及勞工之信賴與尊敬，共創「三贏」。

綜上所陳，可以整理歸納出租賃勞動具如下特徵：

- 一、租賃勞工與出租機構之間具有勞動契約關係。
- 二、承租機構與出租機構間訂定有租賃契約，約定由出租機構代其執行招募、甄選、薪資、福利等人力資源之功能。
- 三、勞工與承租機構之間雖無勞動契約關係，但勞工仍受承租機構之指揮監督。
- 四、與勞動派遣多屬短期不同，租賃勞動之勞工、承租機構、出租機構三者間為長期之合作關係。

第二項 租賃勞動之興起與發展

據蔡博全先生研究美國方面相關文獻指出：員工租賃的制度約出現在1960年代左右，當初的目的是為解決中小型企業日益複雜之人事問題、紙上作業及其他與勞動法令相關之法律問題。根據美國專業雇主組織協會（National Association of Professional Employer Organization）的估計，目前美國的勞動人口中，約有二至三百萬之勞工受僱於此種勞工租

^(註五) 參見蔡博全，國內人力派遣業制度運作及人力資源管理實務之探討—以美國相關產業為對比，國立中山大學人力資源管理研究所碩士論文，2000.7，第27頁。

賃機構，而該產業每年更以 20% 30% 的速度快速成長，目前約有近 2000 家的勞工租賃公司，且根據估計，在 2007 年勞工租賃業所僱用之人數將達三千七百萬人。

造就員工租賃業快速成長的原因無非：一、政府對於工作場所的立法規範日趨繁複；二、員工對於福利的要求逐年提高；三、雇主為了管理上之便利；四、日益沈重之稅捐負擔；五、員工租賃業成為承租機構對抗工會之籌碼；六、降低行政成本。其次，政府對勞工之保障日益加重，法令之限制逐漸嚴苛，諸多中小企業在日常的組織活動之外，已疲於投注心力於日漸繁雜且沈重的勞動法規；另外，勞工對於福利及各種社會保險之立法需求日增、政府對於勞工有關於社會保險的立法日趨於嚴格與繁複，中小型企業因員工人數較少，在與保險公司接洽時，常無法購得較佳的保險配套措施，造成中小型企業的人事福利成本不斷增高，故不如求助於出租機構，蓋出租機構並非僅提供勞工給一家客戶，其可能服務數十甚至數百之中小企業，是以出租機構之勞工人數多在百人、甚至千人、萬人，故與保險公司、醫療服務機構或其他福利單位接洽時，可因人數產生規模經濟而獲致更大之議價空間或優惠折扣。^(註六)

第三項 勞動租賃業之實際概況

撇開工會組織及運作、工作規則的適用、雇主懲戒權行使等問題不談，由前述之介紹可知，當企業主將勞工交付出租機構後，勞工將可以獲致更好的福利。甚至一些出租機構更提供多元化之服務給企業主作選擇，如多樣化的員工福利組合（包括健康檢查、旅行社優惠、電影、職業球賽或其他娛樂場所門票等）、較低利率的失業保險、健康保險和其他社會保險，這些都是原本之企業主用相同的福利成本難以達成的。此外，原企業之勞工改由出租機構僱用後，其薪資是否減少？鄭津津先生指出：從事「租賃勞

^(註六) 詳細內容請參見氏著，前揭文。

動」者多是專業或管理階層的勞工，由於「租賃勞動」是一經常性的工作型態，因此，「勞工租賃公司」給付給租賃勞工的工資與福利一般皆會與「承租公司」給付給從事相同工作的自雇勞工相同。^(註七)因而，在勞工租賃機構所提供之優渥福利制度下，剛開始員工或許感到懷疑或不安，但是經過一段時間之後，員工即能適應、並接受，工作士氣提高、生產力增加，而流動力則明顯下降，無形中增加承租機構之競爭力。^(註八)

此外，租賃勞工所從事之工作性質與派遣勞工等從事「暫時性勞動」勞工之工作亦有不同。後者幾乎包括所有之工作，從低技能低收入之工作，如收銀員、餐廳侍者，到高技能高收入之工作，如工程師、會計師等。然而，這類勞動人口仍多為女性、少數族群或二十五歲以下之社會新鮮人，亦是職場上最容易失業的族群。換言之，大多數之暫時性僱用勞工係「非自願性」，蓋因一時無法覓得經常性僱用之工作，只好接受暫時性勞動直到找到經常性僱用之工作為止。^(註九)而前者，根據美國小型企業管理部門（Small Business Administration）在一九八六年所做之調查，從事租賃勞動者有 35% 是專業技術人員（professional and technical），35% 是行政人員（clerical worker），10% 是有特殊技藝之工作者（craft worker），9% 是體力勞動者（laborer worker），5% 是操作員（operative），3% 是服務性工作者（service worker），2% 是銷售人員（sales），1% 是管理與經理人員（manager and administrator）。^(註十)

第四項 小結—對我國立法之啟示

由上述之說明可知，租賃勞動與勞動派遣從其三方關係之表面觀察，

^(註七) 參見氏著，美國勞動派遣法制之研究，蒐錄於勞動派遣法制之研究（台灣勞動法學會學報第一期），2000.11，第 137 頁。

^(註八) 參見蔡博全，前揭文，第 34-35 頁。

^(註九) 參見鄭津津，美國勞動派遣法制之研究，蒐錄於勞動派遣法制之研究（台灣勞動法學會學報第一期），2000.11，第 133 頁。

^(註十) 參見蔡博全，前揭文，第 35 頁。

似乎並無不同。蓋兩者之勞動契約關係都是存在勞工與出租機構或派遣機構之間，而其提供勞務及指揮監督關係則存在勞工與要派機構或承租機構之間。至於出租機構與承租機構間之關係與勞動派遣相較，本文以為並無「質」之差異，可能只是派遣期間一般而言較租賃期間來的短，故應屬「量」之區別，然此亦非絕對，毋寧認為，此兩者係因其形成之原因不同，要派機構使用派遣勞工之動機與承租機構使用租賃勞工之本意大異其趣。而動機的區分並無法在法律規範上窺知，就以派遣期間之規範為例，德國派遣勞工法第一條第二項規定，派遣期間不得超過九個月（在一九九三年修法前，派遣期間之上限為六個月），^{（註十一）}故與租賃勞動之不定期限尚不至混淆，反觀我國之勞動派遣法草案，似並未對派遣期間有明確之上限規範，^{（註十二）}而租賃勞動在我國亦未被禁止，如此，似無法避免將來法施行後，有心之士利用租賃勞動之形式行勞動派遣之弊，對派遣勞工之保障似有欠缺，殊值立法者思考。本文以為，可在該草案中將租賃勞動專章規範，並對派遣勞工明訂派遣期間之上限，以確立其「暫時性人力支援」之本質，防止脫法行為之產生。

第二節 國際勞工組織對勞動派遣相關規範之演進情形

第一項 國際勞工組織之興起及其目的

十九世紀初，已有識者認為任何一國之勞工生活狀況，只有透過各國政府之國際合作，才能有效加以改善，在資本主義經濟制度下，放任契約自由終究帶來勞工甚至全人類之不幸。故政府應以實際之行動或議會之立法干涉，介入勞資關係之協調，不同於極端社會主義以階級鬥爭或僅靠工人組織之力量為手段之作法。

然而直到一九〇一年國際勞工立法協會成立於布魯塞爾時，國際合作

^{（註十一）}參見黃仕儀，前揭文，第110頁。

^{（註十二）}按該草案只在第十一條規範要派契約需約定派遣工作之期限。

方才第一步實現，其後並批准數個重要協約。而在一九一九年第一次世界大戰後之巴黎和會中，鑑於勞工問題對世界和平之重要性，將關於「國際勞工組織」的規定放入凡爾賽合約（Treaty of Versailles）的第十三部分。第二次世界大戰後，國際勞工組織成為聯合國之專職機構，以日內瓦為總部。一九四四年的「費城會議」並確認其宗旨與目標，其通過之內容：「勞動者非商品；表現與結社之自由是持續不斷進步之基礎；任何區域之貧窮均對當地繁榮構成威脅。因此，全人類不論種族、信仰、性別，均有權利在自由與尊嚴、經濟、安全、機會平等之條件下追求豐富物質生活與精神心靈發展。」亦成為國際勞工組織憲章之部分內容。

國際勞工組織致力於國際勞工保護之立法，其方式是透過國際勞工組織大會公開討論社會問題和一切有關僱傭與工人福利問題進而付決。一件提案如有三分之二的代表投票贊成，該提案即成為國際公約（或認為尚不宜作為公約時，即為「建議」），各會員代表有分別提請其政府批准制定為其國內法或採取適當行動之義務。國際勞工組織會員大會所做成之公約對各國政府雖無強制力，但確實在某種程度上經由國際社會之壓力及平等互惠之原則，使會員國負有採取某種行動的明確法定義務。公約經各會員國批准就成為國際法典，包括受僱於非會員國之勞工亦受保護；有關社會立法之應用法律及管轄權衝突之問題得以解決；國際性之權利，如移居勞工之撫卹享受權，原無法藉由單一國家之立法有效保障其權利，然公約能使之確立；故透過公約之規範，能建立全世界共同遵守的最低限度標準來造成世界性之改革。

國際勞動法最基本之三大目的即在：提升與平衡一國之經濟與社會之進步；作為一國政府解決國際性勞工問題之處方；及作為一國勞動需求之基準與雇主政策之指導。^{（註十三）}

^{（註十三）} 有關國際勞工組織之詳細介紹請參見黃越欽，勞動法新論之第四章—國際組織與公約，翰蘆圖書出版有限公司，2001.3，二刷，第89—94頁。

第二項 國際勞工組織對勞動派遣規範之沿革

一般言之，對與勞動派遣概念息息相關之私營就業機構在勞動市場上所扮演角色及其機能何在、是否發揮之爭辯，可說早已存在，然對這類機構加以實際規範一事，卻是在簽訂凡爾賽合約而創設國際勞工組織之後。而該國際勞工組織對私營就業機構之設置採取之態度及其設置之國際勞動基準之演進情形，識者認為可將之分為三個階段，藉以明瞭其與勞動派遣之關係。^(註十四)即：

一、早期萌芽階段（一九一九年至一九三二年）

根據凡爾賽合約第十三部分有關「勞工條款」之規定，某些涉及勞工權益之核心原則，諸如勞工結社之自由、每日工作八小時、週休一日、童工之廢止、同工同酬及所謂「勞務並非商品」(labour is not a commodity)等，皆是國際勞工組織所應盡力維護者，而這些重要原則嗣後也都逐漸形成核心國際勞動基準，其中尤以「勞務並非商品」此一原則對該組織而言，更具有特殊之意義。由於早期私營就業機構經常被指控對求職者壓榨收取不合理之仲介費用、將勞工騙遣至他國而淪為奴工，甚至與雇主共同驅策這些勞工等惡行，因此，國際勞工組織自創立時起，即採取國家應在招募及安置勞工從事就業之過程中，居於一獨占地位之立場。換言之，安置勞工就業不應是一商業活動，應由國家機關從事公營就業服務方為正途。

二、第三十四號公約階段（一九三二年至一九四八年）

在一九三三年，國際勞工組織又通過第三十四號「收費就業機構公約」，更能貫徹其「勞務並非商品」之理念，對私營就業服務機構作進一步之管制，並規定在該公約正式生效（一九三六年十月十八日）後三年內，各會員國應將這類機構全部加以剷除，在此一過渡期間，各會員國除不應設置此類機構外，而且還應受到國內法之嚴格管制，包括其收費標準在內。至於對某些特殊類型之勞工，諸如藝術家、音樂家或其他需要仲介者之專

^(註十四) 參見焦興鎧，論勞動派遣之國際勞動基準一文，第 165 頁以下。

業人士等，該公約雖允許有例外條款（exemptions）存在，但仍受相當嚴格之管制，諸如執照發給及期限、收費標準及國際活動之限制等。

雖然此一公約曾被許多國家用來作為制定相關國內立法之指導原則，但所發揮之功效卻相當有限。由於其終極目標是要剷除所有收費之私營就業服務機構，與許多國家現實之就業市場現況不符，故僅有十一個國家批准，影響力堪稱不足，嗣後受到第二次世界大戰陰影籠罩，國際勞動立法運動嚴重受阻，也使得該公約未能受到應有之重視。

三、第九十六號公約階段（一九四九年至一九九四年）

第二次世界大戰結束之際，國際勞工組織在一九四四年費城宣言（Declaration of Philadelphia）中雖仍重申「勞務並非商品」之原則，但並未進一步尋求會員國批准認可前述第三十四號公約，改採較為務實之立場，對收費私營就業機構在就業市場上所扮演之角色重作評估，希望對贊同該公約所揭櫫目標，但在批准認可時遭遇技術困難之會員國，提供其他可行之道，第九十六號「收費就業機構（修正）公約」即是在此一運作過程中通過。

此一修正公約雖仍保留前述第三十四號公約之某些基本條款，諸如有關收費就業服務機構之定義等，但它也同時賦予批准認可會員國較大之空間，使其在漸進式之剷除（progressive abolition）及進一步管制兩者之間得以取捨。例如，在此公約第二部分雖仍倡言要剷除收費就業服務機構，但已取消前述公約所定三年期限，而改採較具彈性之作法，並允許某些特定類型之私營機構繼續存在，直到合宜同等之公立機構足以取代為止。至於本公約之第三部分，則是設法對收費就業服務機構更為加強管制。舉例而言，它除保留前述第三十四號公約所規定之執照、收費及招募與安置之諸項限制外，還特別加強有關行政罰及刑罰之規定。

由於本公約較前述第三十四號公約賦予會員國更多之彈性，因此自其生效後至一九七二年止，共獲得四十四個會員國之批准認可，成績較前述第三十四公約斐然，然嗣後共有四個會員國對本公約重作檢討，而為另一

嶄新國際勞動基準之誕生鋪路。

第三項 第一八一號公約

第一款 制定背景及經過

雖然第九十六號公約嘗試為私營收費就業機構重尋定位，然其自正式生效後即面臨勞動市場之質變與量變之問題，而各類臨時工作機構紛紛出現，其不但扮演過去仲介招募與安置之角色，更進一步成為臨時性勞動者之正式雇主，而承擔更多與雇主有密切關連之責任。^(註十五) 況鑑於臨時工作機構之地位日益重要，瑞典政府曾在六十年代初期向國際勞工組織要求釋明該國之「流動性打字機構」(ambulatory typing agencies)，是否應受前述第九十六號公約之規範？根據該國政府之見解，這類機構之主要機能是供給勞工，而且只有在第三者有此需求時，才會僱用這類臨時性勞工，從而，該機構既非從事永久性之勞工安置，即不應受該公約之規範。然而，根據國際勞工組織理事長之詮釋，依據該公約第一條之規定，應將營利之所謂「非直接僱用營運」也包括在內。且強調此種臨時工作機構應屬於仲介者之角色，其目的係提供勞工就業機會，或提供雇主所需要之勞動力。由於某些會員國並不滿意該詮釋，甚至退出該公約以示抗議，致使國際勞工組織之權威受到相當之挑戰與破壞。^(註十六)

雖然有些會員國及勞工組織曾試圖遊說為這類臨時性工作機構另行創設一套國際勞動基準，但卻一直無法獲致共識。國際勞工組織亦曾自一九八八年至一九九一年間，針對勞動市場中新興的就業機構進行一項相當規模之跨國研究，並發現共有十八種不同型態之就業服務機構在勞動市場中運作，且有愈演愈烈之趨勢。鑑於其勢不可擋，國際勞工組織主動在一九九四年大會時，對此類機構作一般性討論，使得私營就業機構合法化之運

^(註十五) 參見焦興鎧，論勞動派遣之國際勞動基準一文，第 169 頁。

^(註十六) 參見黃仕儀，前揭文，第 92 頁以下。

動，逐漸形成共識。

由一九九四年至一九九七年，國際勞工組織之會員國決定為私營就業機構設計一項嶄新之國際勞動基準，然卻因諸多內外因素而僵持不下，最後才決定應同時通過一項公約及推薦書，藉以彰顯對此一問題之重視。嗣後，在對此一公約之實質內容進行辯論時，勞資雙方代表之意見卻相當分歧。勞方代表雖願意接受此種三角之雇用關係，但卻也同時希望能保留對傳統雇用關係之管制機制。然而，雇主代表卻希望全面放棄舊有之管制機制，使能更具彈性。至於政府代表則是保持中庸之道。最後，在一九九七年六月三日在瑞士日內瓦舉行之第八十五屆會議所通過之第一八一號公約，^(註十七) 雖仍保有某些傳統雇用關係之特質，但卻較為傾向彈性化之雇用關係，對勞工之保護方面較為缺乏。^(註十八)

第二款 重要規範內容

該公約共制訂二十四條條文，其重要內容茲分述如下：

一、私營就業機構之全面合法化

相對於前述之第三十四及第九十六號公約對私立就業機構採禁止之態度，本公約將私營就業機構之活動全面合法化，事實上等於宣告職業介紹國家獨占時期之結束。按該公約之開場白揭示之精神：……鑑及一九四九年「修正收費就業機構公約」之規定；明瞭勞工市場運作彈性化之重要性，……目前私立就業機構運作上之環境與制定上述公約當時已大不相同；承認私立就業機構在運作良好勞工市場中之角色；憶及保護勞工免於虐待之需要；認知保障自由結社權之需要及促進團體協商與社會對話係運作良好勞資關係制度中之必要部分……。國際勞工組織不再支持過去五十年來堅守之公營就業機構獨占之立場，以符合勞動市場之現實，自然使九

^(註十七) 詳見該公約之前言說明。

^(註十八) 參見焦興鎧，論勞動派遣之國際勞動基準一文，第 170 頁。

十六號公約之精神成為過去。

事實上，在第三十四及第九十六號公約管制之時期，由於各會員國並未致力於維持職業介紹國家獨占之落實，使得公營就業機構在多數國家之佔有率不及四分之一，而私立就業機構在各國政府「愈禁而愈不勝禁」或有意無意之縱容下，日漸取代公營就業機構之功能。國際勞工組織迫於現實，只得承認其合法地位，進而通過本公約，求取一符合現狀之規範基準。再者，國際勞工組織也同時指出公立及私立就業機構合作與互補之重要性。未按，本公約除承認私立就業機構在勞動市場上自由運作外，對這些機構之管制也相形放寬不少。例如，公約除在第八條第一項對外籍勞工之保護，及第九條對童工之運用及供給之禁止規定外，幾乎全面開放讓這些機構得以提供就業安置服務、派遣服務及其他與求職相關之各類服務。故該公約雖在第十六條宣稱是修正前述第三十四及第九十六號公約之規定，然實際上是完全建立一嶄新之國際勞動基準。^(註十九)

二、擴大私營就業服務機構之適用範圍

按是否將勞動派遣業者納入本公約加以規範，在當時國際勞工組織大會時，並無太大之爭議。緣勞工及資方代表均認為此種就業服務機構發展迅速，如能及早納入規範並建構一套國際勞動基準，不失為務實之作法。雖若干政府代表曾以會造成國內法適用困難為由反對，但獲知勞資雙方就此議題已有共識後，也就不再堅持立場。^(註二十)

三、收取費用之原則

本公約延續第九十六號「營利就業機構公約」之原則，於其第七條第一項規定私立就業機構不得以直接或間接之方式向勞工收取任何費用或成本，然該規定僅具宣示性之意義。同條第二項規定仍允許各會員國之主管機關在為勞工利益之前提下，在與最具代表性之雇主團體及勞工團體諮商後，對特定類型之服務項目或某些類型之勞工採取例外收費之措施，故本

^(註十九) 參見焦興鎧，論勞動派遣之國際勞動基準一文，第 172 頁。

^(註二十) 參見焦興鎧，論勞動派遣之國際勞動基準一文，第 173 頁。

公約固然堅持「勞務並非商品」之原則，然卻賦予各會員國享有高度之自主權。^(註二十一)

四、勞工保護與雇主責任分配之問題

依本公約第十一條規定，各會員國應依其國家法律與習慣採取必要措施，務使私立就業機構所僱用之勞工在結社自由、團體協商、最低工資、工作時間及其他工作條件、法定社會安全給付、接受訓練之機會、職業安全與衛生、職業傷害或職業病之補償、雇主破產時之補償及勞工求償之保障、母性保護及給付、父母保護與給付等方面獲得適當之保障。第十二條更就前條之內容，要求各會員國應依其國家法律與習慣決定並分派私立就業機構與使用企業雙方應付之責任。^(註二十二)

如前所述，勞工及資方代表雖對本公約勞工保護條款達成協議，但對派遣機構與要派機構二者間之責任分配上，仍有相當歧見。雖然國際勞工組織嘗試為這種三角關係建立一套全方位雇用關係之模式，而非僅止於單純之契約關係，然卻在資方團體之壓力下，僅能採取較具彈性之立場。在此情形下，本公約對勞動派遣中派遣事業機構與要派事業機構之責任歸屬問題，猶未能提出解決之道，而且亦無法創設一指導原則，來決定如何分配雇主責任。事實上，關乎此類爭議在該組織同時通過之建議書中曾提及，然因其對會員國並不具拘束力，僅具宣示意義，因此，只能作為未來努力之目標。^(註二十三)

第四項 第一八一號公約之評析及對我國之啟示

觀本公約之重要規範內容，國際勞工組織採取相當務實之態度，設法對日益盛行之非典型雇用關係，建構一套國際勞動基準，此固值贊同。然如將此公約之內容與各國現有之相關法律比較，本文以為仍有以下之缺失

^(註二十一) 參見黃仕儀，前揭文，第 95 頁。

^(註二十二) 詳見該公約第十一、十二條規定。

^(註二十三) 參見焦興鎧，論勞動派遣之國際勞動基準一文，第 175-176 頁。

存在：

- 一、本公約固對勞動派遣之三角關係確認其合法性，但對三者間實際關係為何，尤其要派機構與派遣勞工之間究竟有無僱用之契約關係存在，則避免碰觸。如此對尚未就勞動派遣制定法律規範，希冀能參酌該公約所樹立之國際勞動基準之國家如我國而言，勢將無法如願。
- 二、本公約未提及雇主應提供各種保護裝備，而對從事危險性工作者，也未規定雇主應有特別之醫療監護措施。至於有關資遣費之發放部分，由於這類雇用關係之不安定性，似亦應列入考慮。其他諸如未規定這類勞動者能早日「溶入」要派機構之規定，也是本公約不如某些國家相關立法之處。
- 三、本公約在釐清派遣機構與要派機構二者之責任分配上，未能提供具體之指導原則，對派遣勞工權益之保障，誠屬不足。
- 四、由於公約賦予派遣勞工較一般雇用關係受僱者較低基準之保護，因此，並無法解決勞動派遣造成之諸多法律適用上之問題，極易產生勞動市場雙元化之後果，而這種向下推移之結果，勢將發展出「次級勞動者」，排擠常態雇用關係之正常發展。

末按，我國雖非國際勞工組織之會員國，然本公約之規範內容仍具有指標性之作用，且亦代表現行國際勞動實務及立法之發展方向，對尚未建構勞動派遣法制之我國而言，仍具有相當之參考價值。

第五章 我國現行勞動法制適用於勞動派遣之檢討

勞委會草擬中之勞動派遣法，準備將勢不可擋之人力派遣納入法律規範體系下，正式承認勞雇關係「去僱傭化」是合法行為。當然，在立法過程中，來自各方之壓力、勞工階層之聲音、各界之質疑及外國施行之經驗都需審慎檢討。畢竟，在法制不完備之狀態下，勞動派遣運用普及化的結果，受損者固然非勞工莫屬，然不一定全是勞工，即使運用者之企業甚至無辜之大眾亦有成為代罪羔羊之可能。^(註一)而在勞動派遣猶未立法正式規制以前，如何透過現行法之適用以創造「三不輸」之局面，誠屬當務之急。茲試析述之：

第一節 勞動基準法等勞動條件法規之適用

勞動基準法原係以勞工與雇主間有勞動契約關係存在為前提所制定，因此雇主為勞動基準法適用之責任主體。然在勞動派遣三方關係之形式觀之，由於勞動契約關係存在於派遣勞工與派遣機構之間，派遣機構自為勞動基準法上之雇主無疑。惟派遣勞工實際上既在要派機構之指揮監督下提供勞務，苟僅由派遣機構負擔勞基法上之雇主責任，是否造成派遣勞工保護上之欠缺，洵待深究。舉例言之：

(註一) 且事實上對台灣已造成傷害，前年五月三位國內記者相偕至英國遊玩，不幸搭乘該地出軌之火車致產生二死一重傷之慘劇。對此事件，英國官方的初步報告認定肇禍原因在於軌道維護，而導致肇禍的機制是安全規定未遵守、巡邏維修人力嚴重不足等等。國際名導肯羅區 2001 年電影作品「導航者」述說 1995 年鐵路民營化後，北英格蘭鐵路工無力對抗資本家，辛苦工作仍生活困窘。電影裡，軌道維護工作因民營化而解體。民營公司接管，首先節約人事，資遣逼退合格員工；接下來是鐵道維護工人超時工作，鐵道巡邏人數縮減，安全規則因而無法被遵守；然後捨棄正式僱用之員工，改用派遣公司，大量不合格的維修人員取代合格勞工在危險環境下疲累工作，無任何安全監督。這次的事件恰好就是該電影裡的預言，兩相對照，有如死亡預言，令人不寒而慄。更荒謬的是，此次肇事的癥結在鐵軌螺絲的脫落，1999 年倫敦火車出軌死亡三十一人，事後的調查報告就發現了同樣的問題，兩年的時間，官方及業者竟然沒有一套安全機制阻止慘劇的再發生。參見中時晚報，2002.5.21，第三版。

- 一、第五條「雇主不得以強暴、脅迫、拘禁或其他非法之方法，強制勞工從事勞動。」之規定，則派遣勞工若在要派機構之非法行為下勞動，依本條之文義機械化適用下，尚無法轄管該非狹義雇主概念之要派機構。
- 二、第八條「雇主對於僱用之勞工，應預防職業上災害，建立適當之工作環境及福利設施……。」之規定，要派機構並非真正之雇主，然派遣勞工卻係在要派機構處服勞務受指揮。如嚴格適用本條之結果，派遣機構既非「雇主」，顯然無以達至保護派遣勞工之目的。
- 三、第三十條、三十之一條到第五十二條有關勞工工作時間、休息、休假、童工之工作時間及假日、深夜、危險有害業務與坑內勞動工作之禁止，女工之工作時間及假日、深夜勞動與妊娠期間危險有害業務工作之限制、哺乳時間等，由於與派遣勞工之現場工作息息相關，應由提供工作場所的要派機構來負責，較為妥適。然依我國現行法之規定，雇主並無法解釋為要派機構，在適用上自有漏洞。
- 四、第五十九條有關職業災害補償，如派遣勞工在要派機構處遭遇職業災害致死亡、殘廢、傷害或疾病時，按本條之規定應由身為雇主之派遣機構負責補償。惟同上所述，實際指揮監督人係要派機構，基於公平之精神且充分保障勞工之思考，有必要將之納入雇主概念之範圍內。
- 五、第六十四至六十九條有關雇主招收技術生之規定，亦無法限制非雇主之要派機構向技術生收取訓練費用、要求要派機構確實執行，使技術生於訓練期滿後，與同等工作之勞工享同等之待遇。技術生人數不得超過勞工人數四分之一等規定。
- 六、其餘有關工作規則等法令之揭示義務、資料保存等相關事項，要派機構亦應含括在雇主之概念內。
- 七、再按兩性工作平等法有關女性工作環境如哺乳室之設置、生理假之給予等，亦應由要派機構提供、負責，依現行法所規範之義務人，亦如勞基法一般，與現實脫節。

在未立法通過勞動派遣法之前，為免造成法律適用之漏洞，以保障派遣勞工及衡平要派機構與派遣機構間之責任，本文以為有兩種思考可供參酌：

- 一、從勞動基準法具有勞工保護法性格之觀點考量，不能不考慮當勞動契約無效之情形發生時，例如未成年人未得法定代理人之同意訂定勞動契約時，為免勞工之對待給付請求落空，依據事實上勞動關係理論，例外准許該勞工亦有受勞工保護相關法規之適用。依上揭法理，學界有主張，在派遣勞工與要派機構之間，是否亦能引用事實上之勞動關係理論而課要派機構必須負擔勞基法上之雇主責任，殊值肯定。^(註二)
- 二、對派遣勞工與要派機構間之關係採雙重僱傭關係說，如此「擴大雇主範圍」之概念，可收課要派機構雇主責任之效，以保障派遣勞工之權益。故有學者認為：此種說法並非全無理論價值。此業已說明於本文第二章，茲不贅述。

第二節 勞工安全衛生法規之適用

按勞工安全衛生法上之「雇主」，在傳統之勞動關係應屬與勞工訂立勞動契約之事業主，畢竟與勞工訂定勞動契約之他方當事人即為勞動力之使用人，故課雇主在勞工安全衛生法上之責任，即對勞工在職場之安全衛生負有「保證人」地位，^(註三)應無疑義。然而，在勞動派遣之場合，僱用與使用分離之狀態下，如勞工安全衛生法之雇主責任仍由訂有勞動契約之派遣機構負擔，實非妥適。反而應由實際上指揮命令勞工從事勞務提供之要派機構負擔勞工安全衛生法上之雇主責任，方為正辦。^(註四)因此，日本之

^(註二) 參見邱駿彥，前揭文，第 53-54 頁。

^(註三) 保證人地位係刑法上針對「不作為犯」所發展之概念，換言之，就是對結果之不發生有作為義務之人。保證人地位之產生可由法令、契約甚至習慣而來。國內司法實務上常見違反勞工安全之例為：雇主依勞工安全衛生法第五條之應設置之設備或管理有欠缺致勞工死亡或殘廢，雇主因而負違反該法之刑事責任，而雇主之負責人(法定代理人)另需負刑法上之業務過失責任。

^(註四) 參見邱駿彥，前揭文，第 55-56 頁。

勞動派遣法中規定，勞工安全衛生法上之雇主責任，除部分事項需由派遣機構與要派機構共同負擔外，其他原則上係由要派機構負擔者居多。日本之立法，可分：

一、派遣機構與要派機構雙方必須負擔責任之事項

有關勞工安全衛生管理者之選任、企業內駐在醫護人員之選任、衛生委員會之組成、中高齡勞工之安全衛生注意義務、健康診斷相關事項、促進健康之措施等事項，皆由派遣機構與要派機構負擔雇主責任。另外，必須特別指出者，僱用時之教育訓練乃至派遣前之勤前教育，由派遣機構負責；至於有使勞工從事危險有害業務工作必要時，則由要派機構負擔教育訓練責任。而工作內容變更時所需要之教育訓練責任，則由派遣機構與要派機構共同分擔。

二、實施各種安全衛生措施之責任由要派機構負責

凡有關安全管理人員、組織安全委員會、防止危險與健康之措施、定期檢查、有害性化學物質之調查、工作環境之維持管理及工作環境檢查等事項，由要派機構負擔雇主責任。另外，有關派遣勞工之定期健康檢查等事項，使派遣勞工實施一般健康檢查之義務，由派遣機構負責，從事危險有害業務之特殊健康檢查，則由要派機構負責。^(註五)

反觀我國，有關勞工安全衛生之法規，雖未考慮勞動派遣之雇主並非提供工作場所之要派機構，在適用上無法確實保護勞工。至是否可依前述之雙重勞動關係或事實上勞動關係來擴大雇主概念，本文以為不可一概而論。蓋勞工安全衛生法規課雇主的責任多屬公法上之義務，違反者亦有刑事罰則。是以除非明文規範，不宜以類推或擴張解釋之方式擴張適用範圍，如此有違罪刑法定原則。況且，觀察勞工安全衛生法第二條第三項雖定為「本法所稱事業單位，謂本法適用範圍內僱用勞工從事工作之機構。」，似已將非屬勞工雇主之要派機構排除在適用範圍內；然據同條第二項「本法

^(註五) 同上註，第 56 頁。

所稱雇主，為事業主或事業之經營負責人。」之規定，似未將要派機構排除在雇主範圍之外，非不能透過「合目的性」解釋，將要派機構解釋為雇主，以濟現行法律之窮。如此該法第五條對雇主必須具備應有符合標準之必要安全衛生設備之要求，即可將實際執行指示監督之要派機構涵蓋在內。

第三節 勞動三法之適用

按勞資爭議處理法、團體協約法及工會法涉及集體勞動權（團結、爭議、團體協商權）之行使，此勞動三權之是否可落實涉及勞工是否取得與資方稍稍平等之地位進行談判、協商，以免資方挾其日益壯大之生產規模，單方強勢地決定不利勞方之勞動條件。保障勞動者組織並加入工會，以集結團體之力量行使上開勞動三權向雇主爭取勞動條件之提升，不僅是現代文明國家國內法之規定，亦是國際社會成員必須遵循之原則。^{（註六）}

按我國工會法第六條第一項規定：同一區域或同一廠場，年滿二十歲之同一產業工人，或同一區域或同一職業之工人，人數在三十人以上時，依法應組織產業工會或職業工會。此一條文，一般均以為應以有僱傭關係或勞動契約之存在為前提。以派遣為例，派遣勞工應設法加入派遣公司之工會。然而，工會法第六條第一項並未特別考量到派遣的案例，因此由此條文並不能當然排除派遣勞工加入要派機構之適用；再者派遣勞工必須接受要派機構之指揮命令，其間關係之密切程度並不下於與派遣機構之關係，而且要派機構勞動者勞動條件之提高，也會直接影響派遣勞工之勞動條件，由此觀之，派遣勞工應有足夠之理由加入要派機構之工會。^{（註七）}鑑於派遣勞工組織或加入工會之困難，本文認為，立法或法律解釋上應採指令派遣勞工得隨意加入派遣機構或要派機構工會之立場，始為的論。

另一值得注意的問題，如要派機構發生勞資爭議（例如罷工）之行為，

^{（註六）} 高必綺，台灣勞動派遣業勞動者保護之探討，國立政治大學勞工研究所碩士論文，2001.7，第 50-51 頁。

^{（註七）} 參見楊通軒，勞動派遣立法必要性之研究，全國律師，1998.7，第 38 頁。

則派遣勞工是否仍須前往要派機構工作，而不受罷工之影響？我國現行法上並無答案。依德國法之規定，如要派人處發生罷工，派遣勞工縱使受到派遣，亦無接受派遣前去要派人處工作之義務。但如一旦接受前往工作，則不得參與罷工，否則有違忠誠義務。但如因罷工之影響致無法工作，該等風險由派遣機構承擔，派遣勞工仍得請求報酬。^(註八) 本文以為，為保障勞工之權益，似不應造成一般典型勞工與派遣勞工之對立及猜忌，且於罷工期間派遣勞工進入工作，無疑使罷工對資方之殺傷力大打折扣，故基於勞工權利保護優先之思考，在法無明文之情形下，應運用「法理」，解釋罷工中之派遣行為應屬非法。邱駿彥先生亦認為：不論係勞方之罷工行為或資方之暫時關場拒絕受領勞務給付，只要勞資爭議行為進行中，派遣公司不得介入該爭議行為。換言之，派遣公司不得接受要派公司（爭議行為之資方）之請求，為勞工派遣之行為。不過，所禁止者應只是爭議行為發生後，不得「新派遣勞工」，至於爭議行為發生前，既已派遣期間中勞工派遣行為，不在此限。^(註九) 至苟未達罷工或暫時性關場之爭議行為發生中，但實施罷工或暫時性關場等爭議行為發生可能性極大者，派遣公司亦不得於此時機介入勞資糾紛中。但與前者相同，既已派遣期間中之派遣則不受影響。

第四節 就業服務法相關規定之適用

派遣機構藉由勞工派遣而向要派機構收取一定費用，此種從中獲取利益之行為實質上是否構成中間剝削，違反勞基法第六條之規定，及其與職業介紹之區別，業已敘明於前，而我國對職業介紹並未採國家獨佔原則，而是依循國際勞工組織第九十六號公約「關於收費職業介紹條約」，在一定條件下允許私人得經營以營利為目的之職業介紹所。此觀我國就業服務法第十二條規定就業服務以免費為原則外，另於第三十五條允許私立就業服

^(註八) 參見自黃程貫，前揭文，第 297 頁。

^(註九) 參見氏著，前揭文，第 61、62 頁。

務機構經主管機關允許及發許可證即可設立。然無論是公立就業服務機構或依本法設立之私人就業服務機構，其所經營之業務限於一、職業介紹或人才仲介業務。二、接受委託招募員工。三、其他經中央主管機關指定之就業服務事項（該法第三十六條）。無一可與勞動派遣型態之概念或性質劃上等號，故派遣機構並無法適用本法予以規範。^{（註十）}

第五節 憲法相關規定之適用

派遣勞工在職場之地位通常被認為係邊緣性、代替性高之次級勞工，雖然其工作內容、效率甚至能力有時較核心勞工不遑多讓，然而，其工資、待遇、享有之福利等勞動條件卻常常薄於後者。由於要派機構並非派遣勞工之實際雇主，勞基法第二十五條「雇主對勞工不得因性別而有差別待遇。工作相同、效率相同者，給付同等之工資。」之規定無法適用於此。更甚者，苟派遣機構或要派機構剝削派遣勞工，如工資未達法定基本工資、勞動條件太過低落、因法無規範致未代為辦理相關社會保險任令其外於社會安全體制之保障等。

對上開疑慮，之前已針對生存權、工作權等社會基本權及勞動基本權的角度詳加闡述，依前述流行之見解簡言之，憲法第七條之平等權規定常與其他基本權相結合；易言之，平等權常為其他權利之內在基礎，不可能單獨存在。故如主張工作上之平等，並無法直接由平等權導出一「主觀公權利」，人民僅能結合工作權等其他基本權，要求立法，蓋我國憲法第七條按通說之見解認除法律適用之平等，亦包括法律制定內容之平等，故可拘束立法者。積極言之，在我國目前對勞動派遣無相關之明確規範狀況下，派遣勞工若受差別待遇，僅能請求國家立法以消弭之。至派遣勞工是否無法維持最低生活水準固未必可一概而論，然總括而言，事業主對派遣勞工所提供之勞動條件苟低於勞動基準之基本要求時，應被評價為對派遣勞工

^{（註十）} 參見楊通軒，勞動派遣立法必要性之研究，全國律師，1998.7，第 37-38 頁；黃仕儀，前揭文，第 220 頁。

在生存權上之侵害，此時，國家應負起排除該侵害之責任，使其生活得以持續，但如同平等權不具公法權利一般，生存權或工作權之保障牽涉國家預算等現實因素，勞工僅能請求政府立法保障，並無法直接援引本條規定訴請法院進而以司法干預行政或立法，違反三權分立之精神。

第六節 勞工懲戒權之適用

要派機構既非雇主，是否享有一般雇主應有之懲戒權，亦成疑問。而懲戒權除散見於各該勞動法之規定（如勞基法第十二條之解雇）外，觀察一般傳統勞動契約關係上，雇主對勞工是否得懲戒處分，必須視其勞動契約、團體協約有無規定，或至少必須工作規則上有相關規範，且勞工也適用該工作規則。在我國勞動法適用之現況上，勞雇關係相當程度受工作規則之制約。^{（註十一）}因此，除法令有明文者外，雇主的懲戒權限、方式、內容大部分來自工作規則的「揭示」，要解決要派機構得否懲戒派遣勞工之問題，當然就必須考慮派遣勞工是否必然適用要派機構之工作規則？對此，有兩種見解存在：

一、否定說

從勞動派遣之法性質上考量，由於派遣勞工只與派遣機構間發生勞動契約關係，其適用派遣機構之工作規則固無異議。但畢竟派遣勞工也有在要派機構工作場所內服勞務之事實，若僅因兩者之間無勞動契約關係，派遣勞工即無須適用要派機構之工作規則，於實務上難免產生要派機構自己

^{（註十一）} 雖「工作規則」在我國勞動法之地位及其性質之爭議頗大，黃越欽先生稱之為：「非常奇特」。氏更進一步指出：一般言之，在進步之工業國家，工作規則在勞動法中並無任何法規地位可言。蓋其內容無非係雇主基於債權人地位，對受僱人履行債務時之「指示」而已，在有勞動契約的情形下，工作規則已無規範效果，最多只有事實上意思通知之效力。至於在有經營協議、團體協約的情形下，工作規則之地位則更低，大致低於或等於安全守則。然而由於我國並無勞動契約法，對經營協議更屬陌生，而團體協約則徒有其名並無實際效力。因此，工作規則即乘虛而入，不但佔有相當地位，甚且有不明事理者至今仍主張其有法規效力，至為荒謬……。工作規則既非法令亦無契約的效力，只是雇主之「有組織的私法上意思表示」。參見氏著，前揭文，第 191 頁。

僱用之勞工與同在相同工作場所勞動之派遣勞工間是否可有不同待遇之疑問，且可能產生企業秩序維持上之困難。惟查，日本現行勞工派遣法第四十四條，明文規定要派機構無勞動基準法有關工作規則規定之適用。其立法趣旨一般認為，乃是為使工作規則之適用能集中於派遣機構，以收統一之效，且為防止勞動關係之複雜化使然。如此，則派遣勞工似乎並無要派機構工作規則之適用，要派機構自無依據工作規則懲戒派遣勞工之權。^(註十二)

二、肯定說

此說認為，苟派遣勞工可不受要派機構工作規則之適用，則很有可能於派遣勞工輕微地違反勞務給付義務時，要派機構因無法實施警告等適當之懲戒，只好與派遣機構解除派遣契約，或要求派遣機構另外派遣其他員工，如此一來是否反而對派遣勞工會產生僱用不安定之後果，頗值深思。從而，學者間有認為日本勞動派遣法第四十四條之規範目的，僅在言及要派機構並無特別就派遣勞工制定工作規則，乃至聽取派遣勞工意見、與向主管機關報備之公法上義務，並未完全明文派遣勞工得不受要派公司工作規則之規範。^(註十三)

國內學者有贊同上開肯定見解者，並補充：「即使要派公司無特別制定專門適用於派遣勞工之工作規則，至少在有關企業秩序之維持事項上，派遣勞工有適用要派公司工作規則之餘地，從而要派公司亦得有懲戒派遣勞工之權限。然而需注意者，由於要派公司與派遣勞工間並無勞動契約關係存在，亦無給付派遣勞工工資之義務，因此要派公司對派遣勞工所得實施之懲戒，亦非得漫無限制。例如有影響勞動契約本質之懲戒解雇或減薪等懲戒效果，應排除於要派公司所得為之懲戒權限外，比較妥當」。^(註十四)

氏之見解，固非無據。惟本文以為苟採肯定說，將有三種疑問：

^(註十二) 參見邱駿彥，前揭文，第 51 頁。

^(註十三) 同上註。

^(註十四) 同上註，第 52 頁。

- (一) 派遣勞工之「一過」既被派遣機構懲戒，又遭要派機構處罰之「一罪二罰」之虞。
- (二) 派遣勞工需受兩種工作規則之約束，無形中較典型勞工受到更多束縛，亦屬差別待遇。
- (三) 且不排除兩種工作規則有內容衝突之可能性，勢必造成派遣勞工無所適從之不利益。

故本文以為不應賦予要派機構有依其工作規則懲戒派遣勞工之權限，而可透過：

- (一) 由派遣機構授權要派機構依派遣機構之工作規則代其實施懲戒權。
- (二) 直接由派遣機構依其工作規則施以懲戒等兩種方式來解決。

然考慮勞工從屬性之特質，本文以為，採第二種方式由身為雇主之派遣機構實施較妥。而要派機構則可透過要派契約與派遣機構約定派遣之細節，並不需賦予懲戒權而複雜化勞動派遣之法律關係。我國勞委會草案對懲戒之爭議並無統一規定，似有檢討之必要，以杜將來產生爭議。

第六章 勞動派遣如何法制化

第一節 勞動派遣應否立法規範

當科技化與全球化擴大貧富差距之同時，社會正義乃成為政府必須認真思考的重要議題之一。任何一已開發國家在發展經濟的同時，均應朝向福利國家之目標邁進。這樣的目標與憲法揭櫫之生存保障、工作保障等價值之判斷及具體實現密不可分。

勞動派遣是否符合社會正義？是否能體現前揭憲法之價值；或與之背道而馳？按一行政行為、法律措施是否合乎公共利益、社會福祉之憲法精神，牽涉之層面相當之複雜及多元，認定上實非易事。對此，必須以一個「變遷中之社會」(eine wandellnde Gesellschaft) 中的政治、經濟、社會及文化等因素及事實，作為考量該價值的內容。尤其，在民主及法治國家，對於公益價值之決定，更須以法的角度，來予以充實。^(註一)

在勞動法尚未發達之早期階段，國家鮮少對求職者之困境加以照顧，營利之就業服務機構成為勞動市場中重要之調配者。自工業革命後，失業中勞動者之生存依據較農業時代更形薄弱，營利職業介紹業變成勞動者出賣勞力時中間之剝削者，實為眾所周知之社會問題。因此在有關如何使勞動者在進入勞動市場之過程中得到適當必要之協助、勞動力如何在嚴密整編之生產結構與生產秩序中自由移動以消除就業流動性之障礙、如何加強職業訓練、職業介紹、職業輔導等機制以消弭失業現象，如何不斷創造新的就業機會，對已存在之勞動機會如何儘量維持、如何提高就業率等問題上如何解決，憲政國家責無旁貸。^(註二)

上述方式，固然在解決勞動市場之問題，勞動派遣，既為勞動市場上新型態之就業方式，之所以有空間發展，或多或少是反應國家對上開問題

^(註一) 參見陳新民公共利益之概念，蒐錄於氏著憲法基本權利之基本理論（上），第 178 179 頁。

^(註二) 參見黃越欽，前揭書，第 563 頁。

無法圓滿解決；或者可說勞動派遣之產生是上開問題之解答，亦不為過。其次，解決上述問題，從政府之立場當然有賴立法來貫徹，問題在應採何種立法指導原則來實現國家之勞動市場，包括勞動派遣之政策？根據古典經濟學理論，市場法則之自我運作，自然會產生和諧之秩序。「看不見的手」會把市場引導至最好之方向，國家之任務即在創造並維持可提供最大契約自由或經營自由之法律制度。此種古典自由主義經濟在歷經前世紀之考驗後，當然已不足作為勞動市場法制理論基礎與立法原則，從而開展了現代福利國家「以國家為主導，以社會與經濟為考量」的勞動市場政策，無庸贅言。

國家制定勞動市場政策介入勞動市場運作，對憲法所揭示之基本權保障規定，無可避免會產生衝突，影響人民之權利義務關係。此時透過憲法第二十三條有關比例原則之合憲審查，國家之政策及立法可取得其存在價值。本文以為，對此課題之解釋標準，除一般比例原則外，尚可就：

一、勞動市場公正性原則

此原則之目標在排除勞動市場上之不公平現象，擴大職業介紹之功能，達至充分就業之目標。

二、勞動市場規範民主化原則

勞動市場機制應充分實現集體形成作用。勞動市場機制應盡量尊重團體協商、經營協議、工作規則等集體形成作用之民主精神。

三、充分就業原則

此事實上已非單純勞動問題之範圍，與經濟、社會、國家財政等面向有重大關係。^(註三)

等勞動市場原則作為其判斷之標準。而從前述各國政府對勞動派遣之規制及國際勞工組織之公約及建議，勞動派遣在前述諸原理原則之交互運作下，已各自在諸立法施行之國家取得其法律上之地位。

^(註三) 以上參見黃越欽，前揭書，第 565 頁。

觀察我國勞動市場之現狀，勞動派遣雖尚未普遍，然其存在確屬事實。實有必要透過立法制定一套供勞資雙方遵循之「遊戲規則」，防患於未然。更明白地說，縱認為勞動派遣對勞工極為不利而不鼓勵其發展，亦不應反對立法規範以求對派遣勞工之最低保障。

第二節 勞動派遣應如何法制化

對於勞動派遣相關議題之法制化應如何處理，可就立法形式之選擇問題、民法與勞動派遣之關連問題、勞動派遣與其他勞動關係規範之關連性問題、補充規定與強制規定之抉擇問題、三方當事人間公平正義之維護問題及國家介入程度之問題，提供建議如下

一、立法形式之選擇問題

承本文一貫之理解，在經濟全球化浪潮之襲捲下，我國目前亦面臨社會經濟轉型之問題，而勞動派遣制度正屬萌芽階段，雖然尚無法知悉在台灣地區勞動派遣者佔總就業人口之確實比例，甚至其絕對人數之數量如何，然根據簡建忠先生之研究，運用這類勞動者之企業，僅佔全體事業單位 4.11%，^(註四)與其他國家相較，雖尚不普及，然由於此類勞動者未來勢必會快速成長，政府應如何為這些勞動派遣者制定一套法律規範，以保障其基本權益，且應如何善用此種人力資源，以因應勞動市場彈性化之需求，遂成當務之急。

至其規範方式，有三種見解：

- (一)將之納入就業服務法。蓋從法律之立法目的上言之，就業服務法除第一條中宣示有促進國民就業機會，增進經濟發展之目的外，保障國民就業平等、維持僱用安定等，亦為同法所內包之目的之一，更何況就業服務法中，針對民間就業服務機關亦有相當之規範。以此觀之，將有關勞工派遣事項納入同法之規範領域內，亦不至於有格

^(註四) 參見氏著，前揭文，第 106—107 頁。

格不入之感覺。^(註五)

(二)於既有勞動法規之相關規範中加以修正，分別將之納入規範。主此說者認為，對派遣勞工而言，以單獨立法方式來加以保障，或讓他們透過結社權即團體協商之方式，來爭取其權益，可說見仁見智。以前者為例，由目前已有這類專法國家所實施之經驗顯示，仍有許多盲點無法解決，而由國際勞工組織此一公約之制定過程觀之，則僅能提供幾項基本原則而已。至於後者之情形，雖有體認這類受僱者參與正式工會組織之實際困難，而認為應籌組各類「替代性勞工組織」(alternative worker organizations)來爭取權益者，且各國相關立法及國際勞工組織此一公約亦採相同之立場，然而，由我國目前政治生態及集體勞資關係積弱不振之情形觀之，這兩種途徑似乎均非易事。將來不如採取循序漸進之方式，在修正勞動基準法、就業服務法或其他相關法律時，於相關條款中設法將這類勞動者納入加以保護，或許是較為可行之策。^(註六)

(三)制定規範勞動派遣之專法。從立法技術及立法體例言之，有關勞動派遣之規範，由於派遣與承攬、職業介紹、出向等極為類似，故必須從定義開始，凡派遣契約、派遣機構與要派機構間責任之區分、派遣業之許可等等事項給予嚴謹之規範，實非區區數條條文即可竟其功。且有關勞動派遣之規範，不只橫跨勞動市場法之領域，亦包含勞動保護法、甚至集體勞動關係亦在其規範範圍內。故訂定專法詳為規範，自屬較適當之選擇。^(註七)

上開三種見解，本文認為以第三說為當。蓋派遣除與承攬、職業介紹、出向等極為類似，與新興之租賃勞動亦不易區分，本文既主張租賃勞動應一併規範，則非另立專法，無以竟其功。

^(註五) 參見邱駿彥，前揭文，第 64-65 頁。

^(註六) 參見焦興鐸，派遣論勞動派遣之國際勞動基準，蒐錄於勞動派遣法制之研究，台灣勞動法學會出版，2000.11，第 180 頁。

^(註七) 參見邱駿彥，前揭文，第 65 頁。

二、民法與勞動派遣之關連問題

在勞動派遣之三方關係中，無可避免地必牽涉到派遣機構與要派機構間之要派契約、派遣機構與派遣勞工間之派遣（勞動）契約，當然要派契約並非勞動契約。次按，派遣契約既屬勞動契約類型之一，在我國對勞動契約未立單行法之下，派遣契約不論採勞動契約說或僱傭契約說均為私法性契約；而要派契約為典型私法契約更無待言。因此，民法總則之私法上一般原理原則及債法上一般契約原理仍然不能忽視，況就派遣契約而言，民法之僱傭契約之一般規定也有可引用之原則。

例如民法第四八四條規定，僱用人非經受僱人同意，不得將其勞務請求權讓與第三人。由於條文規定，如經受僱人同意即得由第三人受領勞動者所提供之勞務。因此，此一規定正可適用於派遣機構將勞務給付請求權讓與要派機構之情形。然此一讓與之情形應限於例外之情況，即為度過一緊急狀況始可，且應只限於非營利性之行為。關於營利性之勞動派遣，鑑於其對勞動市場可能造成阻礙之危險，以及將影響派遣勞工及正職勞工之勞動條件，並無法僅由民法該條加以規範，而應該另以法律適當規範。^{（註八）}

由上窺知，勞動派遣之法律關係與民法一般法律關係規定之關連性亦為勞動派遣法重要之課題。首先必須面臨民法上私法自治及契約自由理念與勞動（派遣）法上生存權理念如何調和之問題，換言之，民法上已有之現行條文在勞動派遣概念下，何種規範仍可適用等疑慮。其次，必須考量民法上允許當事人任意決定之內容，勞動派遣法上有無必要改以強制規定，以便有所遵循。第三，必須檢視民法上未預想到而現今經常發生之問題，是否應提出新規範以備紛爭之解決。故在勞動派遣法案之起草時，即應就上開問題審慎研討，始能有適當之取捨而能以最少之條款，達至最大之效益。

三、勞動派遣與其他勞動關係規範之關連性問題

^{（註八）} 參見勞動派遣問題大家談 勞動派遣問題研討座談會紀要，就業與訓練，第十六卷第六期，1998.11，第 25 頁。

勞動派遣法雖以規範派遣機構、要派機構及派遣勞工三者之法律關係及國家對派遣機構業者監督為其主要任務，但仍只能做結構性之規範，至於許多細節性、個別性之規範甚至企業慣例產生之適用上之諸多爭議必力有未逮。故雖屬勞動派遣如何法制化之問題，然就算排除民法相關規定之適用或修正民法之規定，是否即可完整規範，顯然是有疑問。故現行既有之勞動法規與勞動派遣規範之精神有違或保護規範不足之處，即有必要加以審查並加以修改，使之成為「實質之勞動派遣法」以補形式立法之不足，此亦為勞動派遣法制化過程中不可少之工作之一。

四、補充規定與強制規定之抉擇問題

勞動派遣法在性格上應非純粹之私法，但就規定之法律性質言之，仍可視其精神為補充性或強制性規定。按民法債篇之規定以補充性為原則，當事人有特別約定時可任其自由約定，勞動派遣法上之派遣契約或要派契約雖非典型債法上之契約，然其為私法契約之一，實無疑問。故針對特定事項，苟無強制之必要，仍應容許當事人自由約定其應遵守之內容及規範。然基於勞動派遣法既有保障勞動者之使命，故是否就相關條文得解釋為補充規定亦或是強制規定？此時勞動者生存權等基本權理念成為勞動派遣法制化及日後解釋條文時重要之參考標準。

五、三方當事人間公平正義之維護問題

勞動派遣法除前開對派遣機構之行政監督規定外，主要係就派遣機構、要派機構與派遣勞工三方當事人間之權利義務所為之規範。此三方當事人在彼此權利義務上公平正義之維護自應為勞動派遣法所注重。與勞動基準法等具公法性質的勞動法規不同，勞動派遣法在法之性質、法之使命及法之手段上具有不同之理念基礎。一般勞動法規係公法性質之法律，以保護勞工為其使命，以公權力強制為其貫徹手段。而勞動派遣法卻係一含有私法性質之法律，規範當事人間之公平、以私法上損害賠償或終止法律關係為其實現正義之手段，故應無法將其完全定位為公法，或可將之歸類為一「社會法」。因此，勞動派遣法之規範內容，除保護派遣勞工之權益外，亦應有派遣機構、要派機構權益之考量；有對派遣機構及要派機構之要求，

亦有對派遣勞工義務之要求。勞動派遣法在使參與之三方在權利義務之平衡下，讓三方當事人在公平正義之原則下達到各自之目的，故在本法起草時，自應就三方當事人公平正義之維護應注意並保持平衡。

六、國家介入程度之問題

勞動派遣有別於固有之典型勞動型態，其三方之法律關係亦相對複雜。因此規範勞動派遣關係之事項繁多，舉凡勞動派遣之定義、種類、期間限制、派遣契約、要派契約、勞動派遣適用對象範圍、派遣事業之審查、派遣機構與要派機構間之雇主責任分擔、確保勞動派遣業合法營運之各種措施等，皆為必要規範事項。另有關三方權利義務之明確化、派遣業合理利潤之規範、差別待遇之禁止、派遣勞工團結之保障皆須政府之介入監督，使勞動派遣之參與者有遵循之標準，並保障弱勢之勞工。且介入規範時，亦應與國內之就業安全體系合併考量，例如，究竟要將派遣勞工定位於勞務運用之何種階層或其承認之範圍？

參考日本勞動派遣法之發展過程，可發現在開放派遣業務範圍之議題上，已從過去正面表列之限制態度逐漸採取負面表列大量開放之趨勢，然參考他國進步之法律制度，固然應先參考其最先進之制度，惟一個法制度，特別是與國家社會乃至經濟面息息相關者，必有其階段發展之過程。若社會條件尚無法配合，即驟然引進最先進制度並付諸施行，難免立法工作徒然且破壞原有傳統就業安定。故我國在擬定勞動派遣相關法制時，政府對派遣適用之對象及範圍，應先採取保守之作法，有限度限制派遣業之發展。針對傳統就業型態影響最小且需求甚殷之雙重考量下，採取試辦並視其實際在我國運作之成果，再決定是否逐步開放派遣業適用行業之範圍。^(註九)

因此，勞動派遣法制固以三方當事人之私法契約為基礎而存在，然涉及工作權、生存權等勞動基本權之確保甚至社會參與者之安全時，國家對其規範及監督，並不能拋棄。

^(註九) 參見邱駿彥，前揭文，第 65-68 頁。

第七章 結論

綜本文前六章所述，茲總結如下：

- 一、所謂勞動派遣係：雇主於得到勞工同意下，使其在第三人之指揮監督下服勞務，該勞工與第三人間無勞動關係。由此定義可明確與同樣牽涉三方關係之職業介紹、外包承攬、勞工供給及出向作一明確區分，然似無法與勞動租賃做區隔。因此本文認為，應從該勞動契約之實質目的、契約實際內容及其操作之方式定性該勞動契約之性質，以免錯誤適用法律。
- 二、本文以為，勞動派遣契約應無違反公共秩序或善良風俗，此等法律行為並非無效。欲保障派遣勞工之權益，應是從立法保護上著手，可擴大平等待遇原則適用之範圍，讓派遣勞工與要派機構之固有員工享相同之待遇，要求派遣機構及要派機構皆須負擔教育訓練派遣勞工之成本，負擔一定之勞工就業安全捐、在稅課上不輕易給予減免等優惠措施，使派遣機構或要派機構之利基受某種程度之侵蝕，而不再考慮或降低選擇僱用派遣勞工之可能，此或許為立法抑制勞動派遣過度發展的釜底抽薪之道。況參考德國現況，並不是任何行業都可選擇使用派遣勞工，基於社會福祉的衡量其建築業即被排除適用。而日本對允許勞動派遣之行業雖已自正面表列之方式放寬為負面表列，然亦非毫無限制。故參考外國之立法態度，再由我國憲法生存權、工作權、平等權等社會基本權之保障觀點檢討之，或可為勞動派遣應否承認及如何立法才能體現憲法規範之價值，找到答案及可行之方案。
- 三、勞動派遣牽涉三面關係，亦即有三方不同的當事人參與其中，包括派遣機構、要派機構與派遣勞工三者。派遣機構與要派機構間之要派契約為一雙務、有償契約，雙方依約行使權利履行義務，並無疑義。派遣機構與派遣勞工間之派遣契約，則因契約之對象與實際履約者非屬一人，致有爭議。本文認為派遣機構在獲得派遣勞工之事先同意下，

將其派遣至要派機構處服勞務，使要派機構取得對派遣勞工之勞務給付請求權，並未違反民法勞務給付請求權讓與之觀點，自屬合法。最成為問題者係無任何契約關係之要派機構與派遣勞工間如何取得法理上之連結？本文認為應以「真正利他契約說」較可採。按採此說即可自始在要派機構與派遣勞工間建立一原始、獨立之法律關係。要派機構既有勞務給付請求權，當享有令派遣勞工得以實際履行勞務給付義務所必需之指示權；再者因要派機構對派遣勞工有指示權，且派遣勞工在勞務給付之過程中被要派機構納入其企業組織之內，兩者之間除原始、獨立之勞務給付關係外，彼此間亦應負有類似於一般雇主與勞工間之忠誠與照顧保護義務關係。故此說既能完整說明要派機構與派遣勞工間之實際的勞務指揮、監督、管理及彼此間之忠誠與照顧保護之法律基礎，對其間之從屬關係為較妥適之交代，又能在派遣勞工有債務不履行之情形時（尤其是不完全給付）時，建立要派人在契約上之損害賠償請求權，對要派機構自較有保障，避免有失公平，兼顧三方之權益。

四、租賃勞動與勞動派遣從其三方關係之表面觀察，似乎並無不同。蓋兩者之勞動契約關係都是存在勞工與出租機構或派遣機構之間，其提供勞務及指揮監督關係則存在勞工與要派機構或承租機構之間。至於出租機構與承租機構間之關係與勞動派遣相較，本文以為並無「質」之差異，可能只是派遣期間一般而言較租賃期間來的短，屬「量」之區別，然此亦非絕對，毋寧認為，此兩者係因其形成之原因不同，要派機構使用派遣勞工之動機與承租機構使用租賃勞工之本意大異其趣。而動機的區分並無法在法律規範上窺知，而租賃勞動在我國亦未被禁止，如此，似無法避免將來立法施行後，有心之士利用租賃勞動之形式行勞動派遣之弊，對派遣勞工之保障似有欠缺，殊值立法者思考。本文以為，可在該草案中將租賃勞動專章規範，並對派遣勞工明訂派遣期間之上限，以確立其「暫時性人力支援」之本質，防止脫法行為

之產生。

五、在我國尚未對勞動派遣立法規範之際，在個案具體適用上，為保障弱勢勞工之權益，可視實際需要，酌情採取「擴大雇主範圍」之概念，課要派機構亦應負雇主責任之效，以免法律漏洞，致使派遣勞工求償無門。

六、勞動派遣在我國雖尚不普遍，然其存在確屬事實。實有必要透過立法制定一套供勞資雙方遵循之「遊戲規則」，防患於未然。更明白地說，縱認為勞動派遣對勞工極為不利而不鼓勵其發展，亦不應反對立法規範以求對派遣勞工之最低保障。對此，本文以為應另立專法規範，並就其與民法、其他勞動法規之關係、補充或強制規定、三方當事人間之公平正義作通盤檢討，以竟全功。