

第三章 政府勞務採購契約與勞動派遣

第一節 前言

勞動契約為勞務給付契約之一種，凡是以勞動力的提供作為契約當事人給付之標的者，該契約即具備勞務給付契約的性質。因此，民法所規定之有名契約中，諸如僱傭、承攬、委任、經理人及代辦商、運送、合夥等，皆因當事人間相互提供的對價並非單純的僅限於物或金錢，而含有服務、體力、知識技能的提供，所以皆具備勞務給付契約的內涵。而公部門適用政府採購法的採購契約⁹²中，亦有屬於勞務給付契約性質者，例如，「勞務委任」、「勞務承攬⁹³」或「僱傭」等。

勞動契約與民法上其他勞務給付契約區別之實益，不僅在於當事人間基於契約關係所約定之權利義務不同，最重要者在於唯有勞務的提供者與接受者間屬於勞工與雇主的關係，其契約的內容及彼此的互動才會受到勞動法之規範。換言之，只有當提供勞務者屬於基於勞動契約而為他方（雇主）服勞務的勞工，其契約及勞動條件才有勞動法的適用，因此要援引勞動法予以規範前，即應先行判斷勞務給付之當事人間有無勞動契約存在。

又是一些具有勞務給付性質的民事契約中有些契約（尤其委任、承攬）在實務上容易與勞動契約相混淆，或使用勞動派遣等非典型勞動契約等，經常成為雇主規避保護勞工權益之法律溫床⁹⁴。政府採購法做為公部門採購之規範，採購機關因專業服務、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

⁹² 政府採購法第 2 條：「本法所稱採購，指工程之定作、財物之買受、定製、承租及勞務之委任或僱傭等。」

⁹³ 雖然政府採購法第 2 條僅規定「勞務之委任或僱傭」，但實務上使用「勞務承攬」者相當普遍，例如清潔公司承包辦公大樓的清潔工程。有人認為，「勞務承攬」有將勞工商品化之疑慮，應明文有禁止必要，並回歸政府採購法第 2 條規定「勞務之委任或僱傭」，不包括「勞務承攬」，詳見本文第四章第三節第一項第二款。

⁹⁴ 王松柏，勞動契約在法律上的地位，收錄於「勞動基準法釋義-施行二十年之回顧與展望」，台灣勞動法學會叢書（一），2005 年 5 月，頁 47。

之勞務等⁹⁵，所締結的勞務給付契約亦有可能屬於承攬、委任、僱傭或勞動派遣等關係。是以，本章以下乃就政府採購契約的性質、政府採購勞務供給契約之勞僱法律關係先行釐清，並對常見的政府勞務採購契約之型態予以法律上之歸類，最後針對政府勞務採購契約中屬勞動派遣性質者予以探討。

第二節 政府採購契約之性質

第一項 適用政府採購法的範圍

政府採購法第二條規定：「本法所稱採購，指工程之定作、財物之買受、定製、承租及勞務之委任或僱傭等。」此係界定適用政府採購法者必須是「採購」，如屬財物變賣及出租非屬本法適用範圍。性質上不屬採購者，如資金借貸、存款、理財行為等，不適用採購法。但是含支付行為或有對價關係者，則應適用採購法，例如，變賣廢料要求運送、名義是出租實則委託營運等隱藏其他支付行為或有對價關係者；以及委託金融機構代收款、薪資轉帳等非單純理財行為者。

又政府機關內部聘用公務員從事公務之執行，雖然也是勞務取得一種方式，但因公務員任用法規已有規範，且與機關對外採購勞務之性質不同，故不適用政府採購法。另機關依人事法規僱用臨時工，以及機關非以人事經費僱用自然人為非正式編制臨時人員，其比照人事法規進用程序，且訂有管理、考核規定辦理者，亦不適用政府採購法之規定⁹⁶。

另外依行政程序法第十五條行政委任、第十六條行政委託，及土地徵收等公法行為；或者法律已有特別對該等事項特別明定，如度量

⁹⁵政府採購法第7條第3項：「本法所稱勞務，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。」

⁹⁶公程會工程企字第八八〇九一七六號及95年7月5日工程企字第09500243340號令。

衡法之檢定費、仲裁法之仲裁費、規費法之規費等；或者法律特別明定排除適用政府採購法者，例如，依文化資產保存法第二十五條規定，政府機關辦理古蹟、歷史建築及聚落之修復或再利用有關之採購，應依中央主管機關訂定之採購辦法辦理，不受政府採購法限制⁹⁷；以及，公立學校、公立研究機關（構）、法人或團體依科學技術基本法接受政府補助辦理採購，不適用政府採購法之規定，但應受補助機關之監督⁹⁸。茲依據政府採購法相關規定，其適用範圍可歸納如下：

第一、適用政府採購法者：

政府採購法第三條：「政府機關、公立學校、公營事業（以下簡稱機關）辦理採購，依本法之規定。」原則上將所有經民意機關審議通過之預算辦理採購均予納入；但不以此為限，如接受民間捐款或代收代付款而以機關名義辦理之採購亦適用之。再者，法人或團體接受機關補助辦理採購，其補助金額達到一定程度以上者，也適用法之⁹⁹。

第二、除其他法律另有規定者外，適用政府採購法之規定者：

機關辦理政府規劃或核准之交通、能源、環保、旅遊等建設，經目的事業主管機關核准開放廠商投資興建、營運者，其甄選投資廠商之程序¹⁰⁰。所謂其他法律另有規定者，如促進民間參與公共建設法、促進產業升級條例、都市計畫法、大眾捷運法、停車場法、貿易法等。

第三、得不適用政府採購法之規定者：

軍事機關之採購，原則上應依政府採購法之規定辦理。但武器、

⁹⁷文化資產保存法第 25 條及古蹟歷史建築及聚落修復或再利用採購辦法。

⁹⁸科學技術基本法第 6 條及政府補助科學技術研究發展採購監督管理辦法。

⁹⁹政府採購法第 4 條：「法人或團體接受機關補助辦理採購，其補助金額占採購金額半數以上，且補助金額在公告金額以上者，適用本法之規定，並應受該機關之監督。」

¹⁰⁰政府採購法第 99 條：「機關辦理政府規劃或核准之交通、能源、環保、旅遊等建設，經目的事業主管機關核准開放廠商投資興建、營運者，其甄選投資廠商之程序，除其他法律另有規定者外，適用本法之規定。」

彈藥、作戰物資或與國家安全或國防目的有關之採購，為因應國家面臨戰爭、戰備動員或發生戰爭時，不在此限¹⁰¹。

第四、得不適用政府採購法之部分之規定者：

- (一) 軍事機關之採購，具機密或極機密者、因時效緊急，有危及重大戰備任務之虞者，以議價方式辦理者，得排除政府採購法之部份規定之適用¹⁰²。
- (二) 國家遇有戰爭、天然災害、瘟疫或財政經濟上有重大變故，需緊急處置之採購事項等情形¹⁰³；
- (三) 駐國外機構辦理或受託辦理之採購，因應駐在地國情或實地作業限制，且不違背我國締結之條約或協定者¹⁰⁴。

第二項 政府採購行為及不良廠商處理之法律性質

第一款 政府採購行為之法律性質

第一目 私經濟行為與雙階理論

在政府採購法施行前，對於政府採購之法律性質，在學界通說及實務見解均認為是私經濟行為（又稱國庫行為），如有爭執乃屬私法關係應依民事訴訟程序以求解決。但自政府採購法施行後，該法第七十四條原規定¹⁰⁵「廠商與機關間關於招標、審標、決標、履約或驗收之爭議，得依本章規定提出異議及申訴。但得標廠商與機關間之私法爭議，已提付仲裁、申(聲)請調解或提起民事訴訟者，不在此限。」

¹⁰¹政府採購法第 104 條第 1 項第 1 款。

¹⁰²政府採購法第 104 條第 1 項第 2-4 款。

¹⁰³政府採購法第 105 條。

¹⁰⁴政府採購法第 106 條。

¹⁰⁵現行政府採購法第 74 條：「廠商與機關間關於招標、審標、決標之爭議，得依本章規定提出異議及申訴。」

及第八十三條原規定¹⁰⁶「審議判斷，得視同訴願決定或調解方案，並附記爭訟或異議之期間。」職是之故，部分學者及法院判決認為，政府採購法將政府採購行為以契約成立與否，分割為公法與私法二領域而採取雙階理論，亦即，招標、投標、決標行為之法律性質為行政處分，又與得標廠商締結契約為私法契約。茲將目前私經濟行為說及雙階理論說二種見解，分述如下：

一、私經濟行為說

此說認為，採購行為，其性質屬私經濟行政，非屬行政程序法第二條第一項所規範之行政行為，不適用行政程序法¹⁰⁷。機關招標、審標、決標、履約或驗收行為，指國家處於與私人相當之法律地位，並在私法支配下所為之私經濟行政（國庫行政）行為，其既非居於公權力主體地位行使其統治權，尚非行政處分可比，從而，對於上開私經濟行政行為之爭議處理，當亦非即為行政處分或決定，本不得循行政訴訟途徑謀求救濟，惟於立法政策上，為使廠商得有一司法救濟途徑，因此，於政府採購法第八十三條第一項規定，將申訴審議判斷「視同」訴願決定而得以藉此提起行政訴訟，然此非謂申訴審議判斷「即為」訴願決定，亦非由此而改變私經濟行政行為之爭議處理之法律性質而得以成為行政處分或決定¹⁰⁸。

二、雙階理論說

此說認為，晚近行政事務態樣日益複雜，法律對某類行政事項處理結果，究應視為公權力行政抑私經濟行政而定其爭訟途徑，刻意以權宜方式處理；政府採購法第七十四條規定之異議及申訴程序，便是如此。廠商與機關關於招標、履約等爭議，經廠商提出異議及申訴之

¹⁰⁶現行政府採購法第 83 條：「審議判斷，視同訴願決定。」

¹⁰⁷工程會 89.8.17(89)工程法字第 89023741 號函。

¹⁰⁸採此說者，台北高等行政法院九十年度訴字第五二八二號判決。

後，受理申訴機關於作成審議判斷時，須視其內容指明審議判斷視同訴願決定，或調解方案；而定後續之爭訟究為行政事件抑民事事件¹⁰⁹。關於採購契約訂定前之前階段招標、審標等行為，政府採購法將之定位行政處分，適用行政爭訟作為救濟途徑，而後階段之履約，如有爭議自屬民事爭執之一種，形成標準的兩個階段理論¹¹⁰。另亦有學者謂新修正政府採購法將「履約、驗收」之爭議排除適用「異議及申訴」制度，故本次修法結果將政府採購定性為「雙階行為」昭然若揭¹¹¹。

在實務上台北高等行政法院九十年訴字第七〇二三號判¹¹²，「按本案涉及政府採購之爭議，依政府採購法第七十四條之規定，廠商與機關間關於招標、審標、決標之爭議，得依政府採購法第六章之爭議處理程序提出異議及申訴。又依政府採購法第八十三條之規定，申訴之審議判斷視為訴願決定，因此本案被告機關對原告異議之答覆及行政院共公工程委員會之申訴決定，在法律上應定性為行政處分及訴願決定。」

第二目 本文看法

以上對於政府採購行為就私經濟行為及雙階理論之爭議，本文認為宜採私經濟行為說為當，理由如下：

一、採購行為之性質應與異議、申訴之救濟行為分離

訴訟救濟，究應循普通訴訟程序抑依行政訴訟程序為之，乃由立法機關依職權衡酌訴訟案件之性質及既有訴訟制度之功能等而為設計之意旨，公法案件得交由普通法院審理，反之，民事案件亦有交由行政法院解決的可能¹¹³。從而，依採購法第六章關於爭議處理之規定

¹⁰⁹吳庚，行政法之理論與實用，增訂八版，三民書局，2003年八月，第17頁。

¹¹⁰吳庚，同前揭書，第150-151頁。

¹¹¹張祥暉，政府採購法修法後之問題探討，台灣本土法學，47期，第8頁。

¹¹²採相同見解者尚有，臺灣台北地方法院九十二年度訴字第一一四二號判。

¹¹³司法院釋字第四一八號解釋。

以觀，立法者就有關招標、審標、決標之爭議既已設計異議及申訴之管道，且將審議判斷視同訴願決定，則此類爭議即應循行政訴訟程序解決，方符合立法意旨。

關於招標、審標、決標之爭議，機關異議處理結果之法律性質，參照法務部「行政程序法諮詢小組」第三十一次會議¹¹⁴，歸納出「非行政處分說¹¹⁵」及「宜視具體個案事實分別認定說¹¹⁶」二種，多數見解認非屬行政處分。是以，採購行為之性質屬私經濟行為，不因異議、申訴之救濟行為後續之訴訟途徑而改變。

二、避免衍生國家賠償及訴願之可能性

政府採購，如採雙階理則可能衍生對於招標、審標、決標階段，廠商申請國家賠償及對於未達公告金額採購廠商無法申訴而提起訴願之問題。採私經濟行為，廠商因招標機關依政府採購法所為採購事件發生之損害即無國家賠償法及其施行細則之適用¹¹⁷。再者，政府採

¹¹⁴法務部九十一年十二月二日法律字第0九一0七00六二五號書函。

¹¹⁵參照前揭法務部書函之會議紀錄。其理由為：「1 查政府辦理工程之定作、財物之買受、定製、承租及勞務之委任或僱傭等採購行為，本質上乃行政機關處於與私人相當之法律地位，並在私法支配下所為之私經濟行政（國庫行政）之行為，其既非基於公權力主體地位行使其統治權而產生規制（Regelung）作用，故對於招標、審標、決標等私經濟行為之爭議，機關之異議處理結果，核其性質應屬私法上之行為，非為行政處分。2 至於採購法第六章納入異議、申訴及審議判斷等爭議之救濟程序規定，立法目的係鑑於廠商於招標、審標、決標階段，與機關並無契約關係，難有可提起訴訟之訴因，為維護其權益，並兼顧政府採購之時效性需求，特參酌政府採購協定（GPA）訂定爭議處理之機制，以使廠商進入採購程序後賦與廠商救濟之管道，且使相關救濟程序較為明確、單純可行，惟並非由此將私經濟行為之採購爭議處理結果之法律性質改變為行政處分。」

¹¹⁶參照前揭法務部書函之會議紀錄。其理由為：「1 依採購法第七十五條第一項之文義以觀，對招標文件提出異議者（第一款參照），機關異議處理之通知，核其性質應屬觀念通知，非為行政處分；惟對採購之過程、結果提出異議者（第三款參照），核其性質應屬行政處分。2 又對招標文件規定之釋疑、後續說明，變更或補充提出異議者（第二款參照），依司法院釋字第四二三號解釋「行政機關行使公權力，就特定具體之公法事件所為對外發生法律上效果之單方行政行為，皆屬行政處分，不因其用語、形式以及是否有後續行為或記載不得聲明不服之文字而有異」之意旨，如機關之異議處理結果已含有否准之意涵，例如對招標文件規定解釋之結果，認廠商不符資格而拒絕其申請參加投標，則屬行政處分無疑。3 綜上所述，廠商對前開採購法第七十五條第二項所定事項提出異議者，機關之異議處理結果究為事實行為或行政處分，宜視具體個案而定，未可一概而論。」

¹¹⁷法務部90年12月25日(90)法律決字第047910號函釋：「政府採購法係以政府機關、公立學校、公營事業辦理工程之定作、財物之買受、定製、承租及勞務之委任或僱傭等私經濟行政為適用範圍，廠商因招標機關依政府採購法所為採購事件發生之損害應無國家賠償法及其施行細則之適用」。

購法第 6 章納入異議、申訴之救濟程序規定，係基於廠商於招標、審標、決標階段，與機關尚無契約關係，如循民事訴訟程序，難有可提起訴訟之訴因，為維護其權益，並為符合我國擬申請加入之 WTO 政府採購協定(GPA)之規範，而參酌該協定訂定之爭議處理機制。機關對於異議之處理結果，非屬「行政處分」，故關於廠商對於未達公告金額採購之異議處理結果不服，該廠商不得依訴願程序辦理¹¹⁸。

三、避免法律關係更趨複雜

政府採購法第三條：「政府機關、公立學校、公營事業（以下簡稱機關）辦理採購，依本法之規定；本法未規定者，適用其他法律之規定。」是依此規定，有關政府採購法事項，政府採購法為其他法律的特別規定，應優先適用政府採購法，倘若政府採購法規定不足之處，則有其他相關法律之適用。有關於其他相關法律者，舉例來說，締結政府採購契約如就民法關點而言，採購招標之法律性質為要約引誘，投標之法律性質係要約，決標之法律性質為承諾¹¹⁹；倘對於招標、審標及決標之行為，定性為行政處分，其法律關係恐更趨複雜。再者，在採購勞務供給契約上，往往會涉及勞動關係之問題，勞動關係一般亦構築在民事法律關係之上，倘對於招標、審標及決標之行為，採行政處分說，法律關係將益形難解。

第二款 不良廠商之處理

第一目 法律性質

政府採購法第一百零一條規定第一項規定，機關辦理採購，發現

¹¹⁸工程會 96 年 3 月 8 日工程企字第 09600043690 號函。

¹¹⁹最高法院九十年台上字第一三六八號判決：「惟按公共工程契約之法律性質，係以主辦機關之招標行為為要約之誘引，廠商之投標行為為要約，而最後之決標乃主辦機關之承諾。……按投標人在投標單載明內容之出標，此為要約之表示，如招標人欲承諾（決標）自須照投標人之要約為之，其將要約內容變更而為承諾者，視為拒絕原要約，而為新要約」。

廠商有下列情形之一，應將其事實及理由通知廠商，並附記如未提出異議者，將刊登政府採購公報。同條第二項規定，廠商之履約連帶保證廠商經機關通知履行連帶保證責任者，適用前項之規定。對於機關依上開規定所為通知之法律性質，有下列見解：

一、私法上之事實行為說

此說認為，相對人對之異議，經工程委員會處理結果，亦僅係確認該通知事實是否有錯誤，而停權效果僅係由該委員會刊登政府採購公報，發生政府採購法第一百零三條規定不得參加投標或作為決標對象或分包廠商之法律效果，該函自不屬行政機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施，即不屬行政處分¹²⁰。

二、行政處分說

此說認為，採購機關依政府採購法第一百零一條所為通知，係使其對該廠商違反該條各款情事所作認定，對外發生效力；此等認定，將發生同法第一百零二條第三項之刊登政府採購公報及第一百零三條之失權效果，故此項認定及其異議處理結果，自屬行政機關就公法上具體事件所為之決定，而對外直接發生法律效果之行政處分¹²¹。

三、行政秩序法之管制罰說

此說認為，按政府採購法第一百零一條及一百零二條等規定，係廠商參標資格之一環，其立法設計為：發生某些重大違規等情形時，廠商會被通知，若廠商無提出異議或異議結果不利於廠商，該廠商即會被公告，並且在公告後一定期間內，該廠商不得參與政府採購，其處罰之態樣為行政秩序法之管制罰¹²²。

¹²⁰最高行政法院 91.03.29 九十一年度裁字第二三八號裁定。

¹²¹台中高等行政法院 92.01.29 九十一年度訴字第七七一號判決。

¹²²高雄高等行政法院九十一年度訴字第五八五號判決。

四、裁罰性之行政處分說

此說認為，刊登政府採購公報，限制自刊登公報之日起，一定期間不得參加政府採購投標或作為決標對象或分包廠商行政處分，即為裁罰性之行政處分¹²³。

五、確認廠商有違法情事存在之行政處分說

此說認為，按廠商對於機關依採購法第一百零一條所為之通知，認有違法情事而提出異議，機關異議處理結果之通知，即作為將來對廠商作成不利處分之基礎，顯已直接影響人民權利義務關係，參酌司法院釋字第四二三號解釋有關「舉發通知書」的意旨，核其性質應屬確認廠商有違法情事存在之行政處分¹²⁴。

第二目 本文看法

本文認為，不良廠商之通知將使廠商發生失權之效果，核其性質應屬於行政處分，並非私法之事實行為。另採購機關依政府採購法第一百零一條所為通知，係其對該廠商違反行政法上義務（該條各款情事），行政機關所為具裁罰性質之行政處分（發生同法第一百零二條第三項之刊登政府採購公報及第一百零三條之失權效果），故屬行政罰法第二條之「裁罰性之不利處分¹²⁵」。不良廠商之處理既屬裁罰性之不利處分，則應有法律保留原則適用，即除本法第一百零一條第一項所列各款情形外，機關不得自行以招標文件或契約中規定。

¹²³行政院公共工程委員會九十一年七月十七日工程企字第○九一○○三○一六四○號函

¹²⁴李建良，前揭法務部「行政程序法諮詢小組」第三十一次會議紀錄。

¹²⁵司法院釋字第三九四號解釋使用「裁罰性行政處分」。

第三項 政府採購之主體及客體

第一款 政府採購契約之主體

第一目 採購機關

政府採購法第三條：「政府機關、公立學校、公營事業(以下簡稱機關)辦理採購，依本法之規定；本法未規定者，適用其他法律之規定。」是本條除規定政府採購法與其他法律的適用關係外，並規定政府採購法適用的主體。又同法第四條：「法人或團體接受機關補助辦理採購，其補助金額占採購金額半數以上，且補助金額在公告金額以上者，適用本法之規定，並應受該機關之監督。」是以，得成為採購主體者，包括「政府機關」、「公立學校」、「公營事業」及「受補助之法人或團體」，茲分述如下：

一、政府機關

所稱政府機關，不論是中央或地方政府機關，也不論是否為自治機關，其採購事項都應該適用政府採購法。且不以行政機關為限，立法院、司法院、考試院及監察院，以及各該所屬均包括在內。

二、公立學校

公立學校不論是國立或地方自治團體所設立者，均有政府採購法之適用。另外，政府採購法對於公營造物僅規定「公立學校」，而未對其他公營造物（如公立醫院、圖書館、博物館等）有所規定。倘若該等公營造物係隸屬於政府機關或公立學校（例如，行政院衛生署各醫院、國立台灣大學附設醫院），則可以政府機關或公立學校之名義，適用政府採購法。然而，其他公營造物辦理採購即會發生是否適用政府採購法之疑義，補救之道，可將政府機關擴大解釋，使獨立編制的

其他公營造物納入廣義「政府機關」之範圍¹²⁶，而適用政府採購法。

三、公營事業

政府採購法對公營事業並沒有定義性規定，參照國營事業管理法¹²⁷、公營事業移轉民營條例¹²⁸及審計法¹²⁹等規定，原則上持股或資本超過百分之五十為標準，此等採購預算均經民意機關審議通過，所以納入政府採購法適用之範圍。又公營事業也如同一般營利事業一樣，具有營利的性質，因此，公營事業之採購可區分為「轉售」與「非轉售」二種類型，前者屬於為商業性轉售或用於製造產品、提供服務以供轉售目的所為之採購，故基於轉售對象、製程或供應源之特性或實際需要，不宜以公開招標或選擇性招標方式辦理者，得例外以使用限制性招標方式採購¹³⁰。後者因非屬轉售性質之採購行為（如興建廠房工程、機器設備或僱用勞務等採購），故以使用公開招標為原則¹³¹。

四、受補助之法人或團體

政府機關、公立學校及公營事業以外之法人或團體辦理採購，本來不應該受到政府採購法的拘束，但是，此類團體是接受政府補助，其使用政府預算如完全不受監督恐生流弊，故法人或團體接受機關補助，其補助金額占採購金額半數以上，且補助金額在公告金額以上者，適用政府採購法之規定，並應受該補助機關之監督¹³²。

¹²⁶ 羅昌發，政府採購法與政府採購協定論析，元照，2001年3月，頁62。

¹²⁷ 國營事業管理法第3條：「本法所稱國營事業如左：一 政府獨資經營者。二 依事業組織特別法之規定，由政府與人民合資經營者。三 依公司法之規定，由政府與人民合資經營，政府資本超過百分之五十者。其與外人合資經營，訂有契約者，依其規定。」

¹²⁸ 公營事業移轉民營條例第3條：「本條例所稱公營事業，指下列各款之事業：一 各級政府獨資或合營者。二 政府與人民合資經營，且政府資本超過百分之五十者。三 政府與前二款公營事業或前二款公營事業投資於其他事業，其投資之資本合計超過該投資事業資本百分之五十者。」

¹²⁹ 審計法第47條：「應經審計機關審核之公有營業及事業機關如左：一 政府獨資經營者。二 政府與人民合資經營，政府資本超過百分之五十者。三 由前二款公有營業及事業機關轉投資於其他事業，其轉投資之資本額超過該事業資本百分之五十者。」

¹³⁰ 政府採購法第22條第1項第15款。

¹³¹ 政府採購法第19條。

¹³² 政府採購法第4條。

第二目 廠商

在採購過程當中，主要由二個主體進行互動，一方為採購機關，另一方為供應廠商。政府採購法所稱「廠商」，指公司、合夥或獨資之工商行號及其他得提供各機關工程、財物、勞務之自然人、法人、機構或團體。只要可以提供相關工程、財務、勞務的自然人、法人或其他團體（例如合夥、獨資或其他不具法人格之非法人團體），都可以構成政府採購法所稱之「廠商」。

由於政府採購法所稱之機關有時亦可提供相關服務，並不排除成為廠商之可能，姑且不論是公營事業就其營業項目本身即屬廠商，縱使是政府機關或公立學校，在適當之情況下，可做為廠商，例如，研究發展、專案計畫¹³³。

第二款 採購客體

第一目 政府採購法之規定

政府採購法第二條規定，政府採購是指「工程的定作」、「財物的買受、定製與承租」及「勞務的委任或僱傭」，由於採購之性質包括買賣、租賃、僱傭、委任、承攬等情形，所以政府採購法先行將採購行為予以類型化，區分「工程採購」、「財物採購」及「勞務採購」三種類型、亦即政府採購之採購客體有工程、財物、勞務，並以此劃分為基礎，第七條並對此三種類型予以定義性描述¹³⁴。

一、工程採購

所稱工程，指在地面上下新建、增建、改建、修建、拆除構造物與其所屬設備及改變自然環境之行為，包括建築、土木、水利、環境、

¹³³工程會 88.5.31 工程企字第 8806862 號函。

¹³⁴政府採購法第 7 條。

交通、機械、電氣、化工及其他經主管機關認定之工程。

政府採購法第二條對工程採購界定為「工程之定作」，在契約的性質上，偏向於民法所稱承攬契約，但由於政府採購法並非以承攬契約作為界定的標準，所以在法律上不純粹屬於承攬契約的混合契約類型，亦可能納入工程採購之範圍，例如承攬人除負責施工外，尚負責提供施工材料。依上述工程的定義來看，工程承攬在性質上是屬於勞務的一種，但由於政府採購協定將「工程」與「服務」分別定義，分別處理，故將工程承攬性質者歸為工程採購，服務性質者歸為勞務採購¹³⁵。

二、財物採購

所稱財物，指各種物品（生鮮農漁產品除外）、材料、設備、機具與其他動產、不動產、權利及其他經主管機關認定之財物。財物採購範圍頗廣，財物採購未必即屬民法之買賣，基本上只要是有償使用，舉凡財物的買受、定製及租賃均包括在內。

三、勞務採購

所稱勞務，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。政府採購法將勞務的採購分為「勞務之委任」與「勞務之僱傭」二種，事實上「勞務之承攬」亦應包括在內，例如採購機關將業務「外包」的情況，極為常見。反而是「勞務之僱傭」較少發生，因為機關依人事法規僱用臨時工，以及機關非以人事經費僱用自然人為非正式編制臨時人員，其比照人事法規進用程序，且訂有管理、考核規定辦理者，並不適用政府採購法之規定¹³⁶，只有在其他部分情況下直接適用政府採購法僱

¹³⁵羅昌發，政府採購法與政府採購協定論析，元照，2001年3月，頁70。

¹³⁶工程會工程企字第八八〇九一七六號及95年7月5日工程企字第09500243340號令

用臨時人員情況，例如，為執行專案計畫而僱用專案人員¹³⁷、因專案工程而由工程費用僱用工程監造（工）人員或因辦理土石流及崩塌地源頭整治工作僱用災區在地人¹³⁸等情況。

四、認定之方式

採購客體性質之不同，在採購程序上之法律適用將有所差異，例如，在採購金額之認定上是否達查核金額¹³⁹，以及是否屬於巨額採購¹⁴⁰，會因採購客體性質不同；屬於勞務採購者得免收押標金、保證金等¹⁴¹。然而採購客體之常兼具二種以上性質者，就應如何認定其性質？政府採購法第七條第二項明定：「採購兼有工程、財物、勞務二種以上性質，難以認定其歸屬者，按其性質所占預算金額比率最高者歸屬之。」

第二目 得成為勞務供給契約之採購客體

適用政府採購法的採購契約¹⁴²中，屬於勞務給付契約性質者，可能為「勞務委任」、「勞務承攬」或「僱傭」等，已如前述。有關政府採購法規範之勞務採購客體¹⁴³，包括專業服務、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。茲分述如下：

¹³⁷最高法院 93.10.28 九十三年度台上字第 2208 號判決。

¹³⁸依行政院訂頒「各機關僱用在地人辦理土石流及崩塌地源頭整治工作採購作業處理原則」自行僱用在地人辦理施工。

¹³⁹工程及勞務採購達新台幣 5000 萬元屬查核金額，勞務採購達新台幣 1000 萬元屬查核金額。

¹⁴⁰工程採購達 2 億元、勞務採購達 1 億元、勞務採購達 2000 萬元屬巨額採購。

¹⁴¹政府採購法第 30 條。

¹⁴²政府採購法第 2 條：「本法所稱採購，指工程之定作、財物之買受、定製、承租及勞務之委任或僱傭等。」

¹⁴³依政府採購法第二十四條規定：「機關基於效率及品質之要求，得以統包辦理招標。前項所稱統包，指將工程或財物採購中之設計與施工、供應、安裝或一定期間之維修等併於同一採購契約辦理招標。」故如在工程採購中，機關以「統包」辦理者，其範圍包含細部設計及施工，並得包含基本設計、測試、訓練、一定期間之維修或營運等事項。在財物採購中，其範圍包含細部設計、供應及安裝，並得包含基本設計、測試、訓練、一定期間之維修或營運等事項。唯獨勞務採購因純屬勞務之提供，不涉及設計、施工、供應、安裝或維修等問題，故排除在統包之適用範圍。

- 一、專業服務：指提供專門知識或技藝之服務；包括法律、會計、財務、地政、醫療、保健、防疫或病蟲害防治、文化藝術、研究發展及其他與提供專門知識或技藝有關之服務¹⁴⁴。
- 二、技術服務：指建築師事務所、技師事務所、技術顧問機構及其他依法令得提供技術性服務之自然人或法人所提供之規劃、設計、監造或管理等服務¹⁴⁵。
- 三、資訊服務：指提供與電腦軟體或硬體有關之服務；包括整體規劃、系統整合、系統稽核、系統管理、網路管理、軟體開發、軟體驗證、軟體維護、硬體維護、硬體操作、機房設施管理、備援服務、網路服務、顧問諮詢、資料庫建置、資料處理、資料登錄或訓練推廣等服務¹⁴⁶。
- 四、研究發展：委託在專業領域具領先地位之自然人或經公告審查優勝之學術或非營利機構進行科技、技術引進、行政或學術研究發展¹⁴⁷。
- 五、營運管理：係機關將其管理之公有財產委託廠商營運管理。
- 六、維修、訓練、勞力等其他勞務：機關採購機器設備維修、辦理教育訓練¹⁴⁸、勞動人力¹⁴⁹等。

第四項 政府採購法與民法、勞動法之關係

政府採購法第三條：「政府機關、公立學校、公營事業（以下簡稱機關）辦理採購，依本法之規定；本法未規定者，適用其他法律之

¹⁴⁴機關委託專業服務廠商評選及計費辦法第3條。

¹⁴⁵機關委託技術服務廠商評選及計費辦法第3條。

¹⁴⁶機關委託資訊服務廠商評選及計費辦法第3條。

¹⁴⁷政府採購法第22條第1項第13款。

¹⁴⁸機關邀請自然人授課、演講或提供專業諮詢，不適用政府採購法。參見工程會於96年3月27日工程企字第09600115591號令。

¹⁴⁹例如，依行政院訂頒「各機關僱用在地人辦理土石流及崩塌地源頭整治工作採購作業處理原則」自行僱用在地人辦理施工。

規定。」是依此規定，有關政府採購法事項，政府採購法為其他法律的特別規定，應優先適用政府採購法，倘若政府採購法規定不足之處，則有其他相關法律之適用。然而，由於政府採購作業具有特殊性質，在採購法未規定的情形下，依各該性質會有不同法律可供適用，乃屬當然。是以，僅就與本文最具相關性之民法及勞動法之關係加以探討。

第一款 政府採購法與民法之關係

如前所述，政府採購行為其性質屬私經濟行政，故就此部分而言，除政府採購法有特別規定外，適用民法應無問題。雖然政府採購契約與一般民法上買賣、承攬、有償委任等契約，有相同之處，但其間也有若干差異。相同之處，二者皆是有償的交易行為，一方面採購機關支付金錢；另一方面廠商交付財物或提供勞務。不同之處，在於二者受到的法律規範不同，一般民法上買賣、承攬、有償委任等契約，原則上僅受到民事法規的拘束；政府採購事項，除受到一般民事法規之規範外，尚受到政府採購法規之規範。而政府採購的相關法規，雖亦有基於契約雙方的權利義務關係加以考量者，例如公平合理的原則¹⁵⁰，但更多包括由管制採購行為的效率性及對相關供應商的公平性加以考量。所以，政府採購法與民法有關買賣規定由平衡雙方權利義務加以出發者，並不完全相同¹⁵¹。

政府採購行為性質屬私經濟行為，締結政府採購契約當然有民法所揭諸契約自由原則之適用，所謂契約自由原則¹⁵²，指 1. 訂定契約之自由；2. 選擇當事人之自由；3. 決定契約內容之自由；4. 契約方式之自由；5. 契約內容變更自由；6. 契約解除之自由；7. 契約終止之自由。

¹⁵⁰政府採購法第 6 條第 1 項：「機關辦理採購，應以維護公共利益及公平合理為原則，對廠商不得為無正當理由之差別待遇。」

¹⁵¹羅昌發，政府採購法與政府採購協定論析，元照，2001 年 3 月，頁 77-78。

¹⁵²林誠二，民法債編各論（上），興大法學叢書，1994 年 11 月，頁 6-7。

而契約自由原則亦屬憲法第二十二條所保障其他自由權利之一種，惟國家基於維護公益之必要尚非不得以法律對之為合理之限制¹⁵³。從而，本文認為，政府採購法即是因國家基於維護公益之必要，對政府採購行為之契約自由原則所為之限制。如政府採購法未有明文特別規定之處，當然即有民法之適用。茲就採購各階段分述如下：

一、招標方式

本於契約自由原則，締約方式係屬當事人之自由，但在政府採購法對於招標方式種類予以限制，亦即，招標行為，在性質上屬要式行為¹⁵⁴。而採購之招標方式，分為公開招標、選擇性招標及限制性招標¹⁵⁵，以及未達公告金額招標¹⁵⁶等四種；並且對於招標方式選擇上予以限制¹⁵⁷。

二、招標文件有關技術規格之訂定

本於契約自由原則，契約標的內涵如何屬於當事人之自由範籌，但在政府採購法對於有關技術規格之訂定予以限制¹⁵⁸，採購機關亦不得以足以構成妨礙競爭之方式，尋求或接受在特定採購中有商業利益之廠商之建議¹⁵⁹。倘若採購人員為使特定廠商得標，故意對於採購標的之規格作不當之限制，或對於履約條件作特別之要求，以達目的

¹⁵³大法官會議釋字 576。

¹⁵⁴林誠二，，民法債編各論（中），瑞興圖書，2002年3月，頁73。

¹⁵⁵政府採購法第18條：「採購之招標方式，分為公開招標、選擇性招標及限制性招標」。

¹⁵⁶政府採購法第23條：「達公告金額之招標方式，在中央由主管機關定之；在地方由直轄市或縣（市）政府定之。地方未定者，比照中央規定辦理。」。

¹⁵⁷政府採購法第19條：「機關辦理公告金額以上之採購，除依第二十條及第二十二條辦理者外，應公開招標。」及第49條：「未達公告金額之採購，其金額逾公告金額十分之一者，除第二十二條第一項各款情形外，仍應公開取得三家以上廠商之書面報價或企劃書。」

¹⁵⁸政府採購法第26條：「機關辦理公告金額以上之採購，應依功能或效益訂定招標文件。其有國際標準或國家標準者，應從其規定。機關所擬定、採用或適用之技術規格，其所標示之擬採購產品或服務之特性，諸如品質、性能、安全、尺寸、符號、術語、包裝、標誌及標示或生產程序、方法及評估之程序，在目的及效果上均不得限制競爭。招標文件不得要求或提及特定之商標或商名、專利、設計或型式、特定來源地、生產者或供應者。但無法以精確之方式說明招標要求，而已在招標文件內註明諸如「或同等品」字樣者，不在此限。」

¹⁵⁹政府採購法施行細則第25條之1。

者，俗稱「綁標」，可能構成民事責任、行政責任及刑事責任之問題。

三、招標文件有關廠商資格之訂定

本於契約自由原則，相對人之選擇係屬當事人之自由，但在政府採購法對於有關廠商資格之訂定予以限制¹⁶⁰，並對於有利益衝突之廠商排除不得參加投標¹⁶¹。倘若採購人員為使特定廠商得標，故意對於投標廠商之資格作不當之限制或要求，或對於履約能力、實績等條件作額外或特別之要求，以達目的者，其綁標行為可能構成民事責任、行政責任及刑事責任之問題。

四、招標公告或邀標

相當於民法上要約引誘¹⁶²，按要約引誘並無締約之意思，乃僅欲使相對人為要約之意思通知，屬契約之準備行為，不生法律上之效果，其性質為意思通知。故民法上要約引誘，乃在引誘他人向其為要約，其本身並不發生法律拘束力¹⁶³，但在政府採購只要廠商依招標文件提出投標，機關並不能隨意拒絕，並且必須依公告之招標文件所載條件，決標予最低標或最有利標之廠商。廠商依招標文件提出投標，機關除有法定事由¹⁶⁴外不得隨意拒絕，並且應踐行一定之法定事項¹⁶⁵。

五、廠商投標之行為

相當民法上之要約，按要約係以訂立契約為目的之須受領之意思

¹⁶⁰政府採購法第 36 條。

¹⁶¹政府採購法施行細則第 38 條。

¹⁶²學者林誠二教授認為，在採最有利標時，機關招標之性質為要約引誘；但在採最低標或最高標時，機關招標之性質為要約，參見氏著民法債編各論（中），瑞興圖書，2002 年 3 月，頁 76-77。

¹⁶³王澤鑑，債法原理第一冊，三民書局，1999 年 10 月，頁 174。

¹⁶⁴政府採購法第 48 條及第 50 條。

¹⁶⁵例如：1.招標公告程序(§27、細§26、政府採購公告及公報發行辦法)2.等標期(§28、細§27、招標期限標準)3.招標文件之發給、發售及郵遞(§29)工本費(細§28 之 1) 4.廠商投標文件之遞送及補正(§33、細§29、細§32、細§33)5.應保密之規定(§34、細§34、細§35)6.招標文件疑義之處理(§41、細§43)、廠商異議之提出及處理(§75)、招標機關評估其事由，認其異議或申訴有理由者，應自行撤銷、變更原處理結果，或暫停採購程序之進行(§84)。

表示，其內容必須確定或可得確定，得因相對人之承諾而始契約成立¹⁶⁶。又廠商之投標行為，必須遵照招標文件及法令所定之格式，否則可能被認定為不合格標，沒收押標金，不予開標或不予決標之對象。廠商之投標除發生民法上之效果外，如屬不正行為亦可能有構成不良廠商之行政處罰¹⁶⁷，或觸犯相關之刑責¹⁶⁸。

六、機關決標之行為

相當民法上承諾，但與民法不同者，機關之承諾自由明顯受到限制，亦即，機關除有政法採購法第四十八條所定不予開標決標之情形、第五十條不予決標之情形、第五十四條比減價格逾三次仍未進入底價應予廢標之情形、第五十六條第二項無法評定最有利標應予廢標之情形、第五十八條標價偏低顯不合理有降低品質之虞者外，均應依招標文件進行決標予最低標或最有利標之廠商。

除非招標文件中另有規定¹⁶⁹，或機關決標之意思表示附停止條件（保留決標¹⁷⁰），否則，採購機關的決標是對於廠商要約的承諾，此時採購契約業已成立並生效。

七、決標後之簽約

決標之後，採購機關與得標廠商之間既已成立採購契約關係，則決標後雙方所進行之訂定書面契約，在法律上不應認為是契約的成立時點，書面契約應僅是雙方將已經成立的契約關係，簽訂較正式的書

¹⁶⁶王澤鑑，債法原理第一冊，三民書局，1999年10月，頁173。

¹⁶⁷政府採購法第101條。

¹⁶⁸政府採購法第87條以下罰則。

¹⁶⁹例如招標文件明定契約需經雙方簽署方為有效，工程會88年5月15日(八八)工程企字第八八〇五七六一號：「契約生效日期之認定，宜視個案性質依下列原則認定之：(一)招標文件或契約明定契約需經雙方簽署方為有效者，以契約經當事人雙方完成簽署之日為生效日。至簽約日期，除招標文件或契約另有規定者外，指當事人雙方共同完成簽署之日；雙方非同一日簽署者，以在後者為準。(二)招標文件或契約未明定前揭契約生效需經雙方簽署方為有效者，可考慮以決標日為生效日。」

¹⁷⁰例如，實務上機關依照政府採購法第53條第2項規定辦理「超底價決標」時，一般會以「保留決標」方式，將決標之意思表示，附以須經核准決標始生效之停止條件。

面文件而已。此時，除非雙方合意解除契約，否則，即可依據契約關係要求對方履行契約；一般而言，採購機關大多會依據政府採購法第三十一條第二項第五款規定不發還押標金，及依第一百一條第一項第七款規定將得標廠商刊登政府採購公報（不良廠商之處理）。

八、決標後之撤銷決標、契約之解除及終止

政府採購法有賦予採購機關決標後之撤銷決標、契約解除及終止之權限，依第五十條第二項規定，決標後發現廠商有本條第一項各款的情形，因採購契約已經成立，機關與廠商均受決標及契約之拘束，此時機關得行使撤銷決標（撤銷承諾之意思表示）、解除權或終止權。此時，倘機關依本條第二項規定對得標廠商撤銷決標或解除契約時，如原係採最低標決標者，得以原決標價依決標前各投標廠商標價之順序，自標價低者起，依序洽其他合於招標文件規定之未得標廠商減至該決標價後決標。原係採最有利標為決標原則者，得召開評選委員會會議，依招標文件規定重行辦理評選¹⁷¹。

九、履約管理及驗收

在採購機關與得標廠商間成立契約關係下，有關雙方權利義務、履約管理及驗收事項，自得依契約處理；其因違反契約所生損害賠償問及相關問題，當然適用民法之規定。就此部分，政府採購法僅少數針對轉包之禁止及分包廠商之設定權利質權部分，作實體上之規範，其於大多屬於對招標機關之程序規定或補充規定。又在履約階段因契約所生之終止權或解除權，與上述第五十條第二項法定終止權及解除權不同，如履約階段機關行使契約之解除權後，尚不得依施行細則第五十八條規定，依序洽其他合於招標文件規定之未得標廠商減至該決標價後決標，或召開評選委員會會議，依招標文件規定重行辦理評選。

¹⁷¹政府採購法施行細則第 58 條。

十、爭議解決

採購行為，其性質屬私經濟行政非屬行政處分，前已論及。但關於招標、審標、決標之爭議（決標前爭議），政府採購法特設異議及申訴¹⁷²制度，不服申訴之審議判斷（視同訴願決定），得依行政訴訟法向該管轄高等行政法院提起撤銷訴訟。至於不良廠商之處理因其性質上屬於行政處分，故無論採購案件是否逾公告金額，皆可異議及申訴¹⁷³。

關於履約及驗收之爭議（契約爭議），因與一般民事契約相同，機關與廠商間之契約爭議，得依政府採購法調解程序或其他法律規定之調解、提付仲裁、民事訴訟或其他私法紛爭解決途徑。又值得注意，政府採購法對於「訴訟外爭端解決機制（Alternative Dispute Resolution）」之選擇上，作了調解與仲裁之規定¹⁷⁴，其中調解最具特色者，乃調解之程序及其效力，準用民事訴訟法有關調解之規定¹⁷⁵，且調解屬廠商申請者，機關不得拒絕¹⁷⁶；再者，如調解過程中，調解委員或申訴會依職權提出之調解建議或調解方案，機關不同意者，應先報請上級機關核定，並以書面向採購申訴審議委員會及廠商說明理由¹⁷⁷。

第二款 政府採購法與勞動法之關係

有關政府採購法事項，政府採購法為其他法律的特別規定，應優先適用政府採購法，倘若政府採購法規定不足之處，則有其他相關法

¹⁷²對於未達公告金額之採購異議之處理結果不服者，不得申訴，參見政府採購法第 76 條。

¹⁷³政府採購法第 102 條。

¹⁷⁴政府採購法第 85 條之 1 第 1 項。又九十六年七月四日總統華總一義字第 09600085741 號令修正公布第 85-1 條增列：「工程採購經採購申訴審議委員會提出調解建議或調解方案，因機關不同意致調解不成立者，廠商提付仲裁，機關不得拒絕。」

¹⁷⁵政府採購法第 85 條之 1 第 3 項。

¹⁷⁶政府採購法第 85 條之 1 第 2 項。

¹⁷⁷政府採購法第 85 條之 3、第 85 條之 4。

律之適用。由於政府採購作業具有特殊性質，因工程、財物或勞務之不同採購種類，而勞動法之適用當然會有所不同，但只有牽涉到勞務之供給，即可能會涉及有關勞動契約、勞動條件、勞工安全衛生、職災補償、勞工保險福利、兩性平等及性騷擾防治、勞資爭議等勞動法之問題。茲分述如下：

一、 有關勞動契約

採購機關依採購程序所獲得勞務給付的關係可能是僱傭、委任、承攬或勞動派遣等，如屬於勞動契約即有勞動基準法等相關規定之適用。由於勞動契約關係的特殊性格，勞動契約的判斷標準，以及勞動契約與其他勞務給付契約之區別等問題，政府採購法未有規定，此時有關勞動契約事項，勞動法即成為補充法之地位。

二、 有關勞動條件

政府勞務採購契約如屬於勞動契約性質者，有關契約所訂之勞動條件，諸如，工資、工時、休息、休假及退休等，即不得低於勞動基準法等相關規定之最低標準。

三、 有關勞工安全衛生

政府採購契約無論是工程、財務或勞務採購契約，其性質不管是僱傭、委任、承攬或勞動派遣等，只要是履約過程中有涉及勞務給付內容者，即產生有關勞工安全衛生之問題，而為促使勞工安全衛生法令之落實，勞動法設有勞工安全衛生法規及勞動檢查法規等一系列規範外，政府採購法第七十條亦規定，機關辦理採購，應訂明廠商施工安全衛生之責任，工程會所訂頒之採購契約範本也將有關勞工安全衛生法令規定納入契約中¹⁷⁸。又行政院勞工委員會為提升公共工程之勞

¹⁷⁸工程採購契約範本第9條：「契約施工期間，廠商應遵照勞工安全衛生法及其施行細則、勞工安全衛生設施規則、營造安全衛生設施標準、勞動檢查法及其施行細則、危險性工作場所審查暨

工安全衛生之水準，執行行政院核頒之「維護公共安全方案－勞工安全衛生管理子方案」，消弭職業災害，保障勞工生命健康福祉，訂定「加強公共工程勞工安全衛生管理作業要點¹⁷⁹」，足見政府採購契約，有關勞工安全衛生事項，除政府採購法規外，勞動法相關規定仍其有適用。

四、 有關職業災害補償

我國有關職業災害之救濟，原則上可區分為職業災害之賠償與職業災害之補償，職災賠償大抵上可以民法第一百八十四條、第二百二十七條、第四百八十三條之一及第四百八十七條之一等規定為請求權依據。至於職災補償部分，係由勞工保險條例之職業災害給付、勞動基準法之職業災害補償、以及職業災害勞工保護法等三大制度所組成¹⁸⁰。從而，政府勞務採購契約如屬於勞動契約性質者，如涉及有關職業災害補償部分，當然有勞動法規定之適用。

再者，勞動基準法第六十二條有關事業單位招人承攬時，對於交予他人承攬之工作所生職業災害，事業單位承攬人及中間承攬人均應與最後承攬人負連帶補償責任¹⁸¹；以及第六十三條有關事業單位以其事業招人承攬時，應督促承攬人與再承攬人依勞工安全衛生法之規定辦理。若勞工不幸發生職業災害時，事業單位應負補償之連帶責任¹⁸²。是以，政府勞務採購契約如屬於承攬性質者，採購機關對於勞工安全衛生應予注意，否則可能要負擔職業災害之連帶補償責任。

五、 勞工保險、福利

檢查辦法、勞動基準法及其施行細則、道路交通標誌標線號誌設置規則等有關規定確實辦理，並隨時注意工地安全及水、火災之防範。」

¹⁷⁹行政院勞工委員會九十二年十二月一日勞安二字第○九二○○六六六五三號令發布。

¹⁸⁰楊通軒，職業災害之賠償與補償，「勞動基準法釋義施行二十年之回顧與展望」，台灣勞動法學會編，2005年5月，頁453-496。

¹⁸¹內政部76.6.24內勞字第506902號函。

¹⁸²行政院勞工委員會81.1.30台81勞動三字22262號函。

採購機關依據政府採購法締結之勞務採購契約如屬於僱傭性質者，當然應依勞工保險條例之規定為勞工加保，另公營事業機構如適用職工福利金條例者，亦有為勞工提撥職工福利金之義務。工程會訂頒之工程採購契約範本、財物採購契約範本及勞務採購契約範本，均要求得標廠商應依中華民國法規為其員工及車輛投保勞工保險、全民健康保險及汽機車第三人責任險。其依法免投勞工保險者，得以其他商業保險代之¹⁸³。

六、有關兩性平等及性騷擾防治

為落實我國憲法第七條、第一百五十三條、第一百五十六條及憲法增修條文第十條第六項等有關兩性平等之理念，勞動基準法、就業服務法及兩性工作平等法定有關就業機會平等、性別歧視之禁止、促進工作平等及性騷擾防治等相關之規定，故政府勞務採購契約如屬於勞動契約性質者，即有上述勞動法令之適用。

又近年來由於性別意識逐漸抬頭，在婦女團體之努力推動下，各類防治性騷擾之立法紛紛制定，在二〇〇二年公布施行以規範工作場所¹⁸⁴（職場）之兩性工作平等法；又在二〇〇四年公布施行之性別平等教育法中第四章規定有關校園性侵害或性騷擾防治之事項；另外，在二〇〇五年制定並自二〇〇六年二月五日正式施行之性騷擾防治法中，將防治保障範圍擴大至職場及教育場域以外¹⁸⁵，政府採購機關當然亦在適用範圍。

七、有關勞資爭議

勞資爭議，指因勞動關係所生爭議，對勞工而言，可能造成勞工本人及其家人經濟上或精神上損害發生或擴大；對雇主而言，亦

¹⁸³工程採購契約範本第 13 條、財物採購契約範本第 10 條、勞務採購契約範本第 10 條。

¹⁸⁴兩性工作平等法第三章明定性騷擾之類別及雇主防治之責任。

¹⁸⁵焦興鎧，性騷擾爭議之預防及處理-兼論性騷擾防治法之相關規定，經社法制論叢第 38 期，2006 年 7 月，頁 278。

可能招致人才外流及生產力下降之不利結果；對勞雇雙方當事人以外之第三人產生意外之不利益，例如因勞資爭議罷工帶來的不便。因此如何適當解決勞資爭議，乃勞動法規範中不可忽視之一環¹⁸⁶。勞資爭議，如以勞資爭議處理法區分，可分為權利事項勞資爭議與調整事項勞資爭議。權利事項之勞資爭議，係指勞資雙方當事人基於法令、團體協約、勞動契約之規定所為權利義務之爭議。調整事項之勞資爭議，係指勞資雙方當事人對於勞動條件主張繼續維持或變更之爭議。權利事項之勞資爭議，依同法所定之調解程序處理之。法院為處理權利事項之勞資爭議，必要時應設勞工法庭。而調整事項之勞資爭議，依同法所定之調解、仲裁程序處理之¹⁸⁷。

政府勞務採購契約如屬於勞動契約性質者，即有上述勞資爭議處理法之適用。且如受僱者（勞工）同時又屬於政府採購法之廠商者，亦不排除依政府採購法第八十五條之一以下規定申請調解之可能性。

第三節 政府勞務採購契約下的勞雇法律關係

勞動契約為約定勞動關係的契約，其當事人分別為勞工與雇主。勞工係受雇主僱用從事工作獲致工資者；雇主則是僱用勞工之事業主、事業經營之負責人或代表事業主處理有關勞工事務之人。因勞工必須親自提供勞務，故以自然人為限；而雇主則可以是自然人或非自然人。所以，在政府採購勞務供給契約中可能是勞動契約的訂定而形成勞動關係者，其廠商必然是自然人，其他法人、機構或團體等，因無法「親自」從事工作，故不可能為勞工。因此，以非自然人為廠商所締結之政府採購勞務供給契約不可能屬於民法僱傭契約，當然亦不可能是勞動契約，其可能成立者在民法上可能是承攬、委任、運送等，

¹⁸⁶鄭傑夫，「勞動基準法釋義施行二十年之回顧與展望」，台灣勞動法學會編，2005年5月，頁507-509。

¹⁸⁷勞資爭議處理法第4條、第5條、第6條。

或者是屬於勞動派遣關係下之要派契約。

至於雇主，依勞動基準法規定至遲於民國八十七年底以前適用於一切勞雇關係，但其適用確有窒礙難行者，不在此限。故八十七年以後原則上所有勞雇關係均應適用勞動基準法，但勞委會亦依據勞動基準法第三條公告不適用勞動基準法之行業及工作者，從而，採購機關之一方如屬於不適用勞動基準法之行業，或其採購之工作者被排除適用勞動基準法時，即涉及是否成立勞動契約之問題，本章乃就政府採購勞務供給契約之勞雇法律關係加以探討。

第一項 雇主之概念

由於勞動法規基於各自之勞動政策與目的，各自對雇主為定義性之規定，故在法令適用上允應先對雇主之概念予以澄清。而對於適用政府採購法之採購主體之範圍已如上述，是以，採購機關是否成為各該勞動法規所規範之對象，亦屬重要之前提性問題。茲分述如下：

第一款 勞動基準法上之雇主

勞動基準法第二條第二款：「謂僱用勞工之事業主、事業經營之負責人或代表事業主處理有關勞工事務之人。」，依其規定，雇主之類別有下列三種：

一、事業主：指事業之經營主體，包括法人或自然人。凡依公司法成立之公司、依商業登記法成立之獨資或合夥事業、及公營事業機構均屬之。

二、事業經營之負責人¹⁸⁸：

（一）公司組織：

¹⁸⁸營利事業登記規則第四條規定。

1. 股份有限公司及選任有董事長之有限公司為董事長，未設有董事長之有限公司為董事。
2. 無限公司及兩合公司為執行業務或代表公司之股東。
3. 依外國人投資條例或華僑回國投資條例核准設立之公司組織，得為經該公司董事會授權而在中華民國境內設有住所之經理人。

(二) 合夥組織：為執行業務之合夥人。

(三) 獨資組織：為資本主或其法定代理人。

(四) 其他組織：為其代表人或管理人。

(五) 營利事業、機關、團體、組織之總機構在中華民國境外，其在中華民國境內之固定營業場所，為經該總機構指定在中華民國境內之代表人。

(六) 有總機構之固定營業場所之負責人應與總機構之負責人一致。但經總機構授權者，為經授權之人。

三、代表事業主處理有關勞工事務之人：此等人員原則上仍屬勞工，惟其在處理有關勞工事務時視同雇主，例如總經理、經理、廠長等或經該公司指定得代表公司處理有關勞工事務之人而言¹⁸⁹。所稱勞工事務泛指有關人事、薪資、勞務管理、福利厚生、安全衛生等業務，鑑於此類勞工事務攸關勞工權益甚鉅，為防止違反勞動基準之行為發生，乃責成此等代表事業主處理有關勞工事務之人承擔雇主責任¹⁹⁰。

又勞動基準法第二條所定之雇主，乃係為落實勞動基準監督之目的所作之定義，因此於解釋勞動基準法各條所稱雇主之範圍時，仍應依各該法條立法目的做調整，例如，勞動基準法第五十九條、第六十條所定之雇主應僅限於事業主，換言之，勞工遭遇職業災害時，僅得

¹⁸⁹最高法院 88.03.12 台非字第 69 號民事判決。

¹⁹⁰劉志鵬，「勞動基準法釋義-施行二十年之回顧與展望」，台灣勞動法學會叢書（一），2005 年 5 月，頁 27。

向事業主請求職業災害補償，尚不得向事業經營之負責人及代表事業主處理有關勞工事務之人請求¹⁹¹。

第二款 與其他勞動法規雇主之比較

勞工安全衛生法第二條第二項：「本法所稱雇主，謂事業主或事業之經營負責人」因勞工安全衛生法旨在為防止職業災害，保障勞工安全與健康，故本法並未如勞動基準法將代表事業主處理有關勞工事務之人納入。此乃代表事業主處理有關勞工事務之人未負責勞工安全衛生業務之故。

又為保障兩性工作權之平等，貫徹憲法消除性別歧視、促進兩性地位實質平等之精神，而制定之兩性工作平等法，依該法第二條第二項規定，本法於公務人員、教育人員及軍職人員，亦適用之。故其適用範圍大於勞動基準法，依第三條第三款：「雇主：謂僱用受僱者之人、公私立機構或機關。代表雇主行使管理權之人或代表雇主處理有關受僱者事務之人，視同雇主。」。

再者，為促進國民就業，以增進社會及經濟發展，制定就業服務法，該法第二條第三款：「雇主：指聘、僱用員工從事工作者。」，析其文義，應指擬聘僱用員工而未來與勞工訂立勞動契約之人，相當於勞動基準法之所稱之事業主。至有些勞動法規雖就「雇主或其代理人」為規範對象，但卻未對雇主作定義性規定，例如，工會法第三十五條第一項、第三十六條及第三十七條規定¹⁹²。

第三款 勞動契約之雇主

勞動契約上之雇主包含二種意義，第一、勞工請求確認勞動契約

¹⁹¹劉志鵬，同前註書，頁 40。。

¹⁹² 劉志鵬，同前註書，頁 28。

上受雇地位之相對人；第二、負有支付工資等勞動契約義務之人。因此，勞動契約之雇主應僅限於勞動契約所明示之一方當事人，但因隨著組織之變遷及雇用型態之多樣化，呈現（一）雇主概念之擴張現象，例如，勞工在關係企業間職務異動、同一勞工為多數關係企業服務、以及保險從業人員與壽險公司間契約性質是否容許僱傭及承攬並存等問題，而將雇主概念擴大以保護勞工；（二）雇主概念分離現象，例如，如前所述在企業外借調存在單一契約及二重契約之爭議，以及勞動派遣主要特徵是「僱用」與「使用」分離等情形¹⁹³。

第二項 於採購機關之勞動基準法適用範圍

第一款 事業單位適用勞動基準法之認定

依勞動基準法第三條第一項第一款至第八款係以事業作為適用範圍之規定，所稱事業適用中華民國行業標準分類之規定¹⁹⁴。又依同法第二項：「依前項第八款指定時，得就事業之部分工作場所或工作者指定適用。」所稱中央主管機關指定之事業，係指中央主管機關依中華民國行業標準分類之規定指定者，並得僅指定各行業中之一部分¹⁹⁵。

有關事業單位適用勞動基準法之認定原則，依內政部七十五年函釋：「一、勞動基準法（以下簡稱本法）第三條及本法施行細則第三條規定之事業，其認定依中華民國行業標準分類規定之場所單位之主要經濟活動為其分類基礎，凡經濟活動之性質相同或相似者，均應歸於同一類目。二、場所單位係指經濟活動之構成主體，（如一家工廠、一個農場、一家事務所等），以備有獨自之經營簿冊或可單獨辦理事

¹⁹³ 劉志鵬，同前註書，頁 29-38。

¹⁹⁴ 勞動基準法施行細則第 3 條。

¹⁹⁵ 勞動基準法施行細則第 4 條。

業登記者，以為判斷。三、事業係屬一個場所單位者，如其經濟活動中有本法第三條所列各業者，應適用本法。四、事業具有二個以上場所單位者，應依左列原則認定之：(一) 各場所單位從事相同之經濟活動者，如其經濟活動所屬行業為本法適用範圍者，應適用本法。(二) 各場所單位，從事之經濟活動不相同者，應分別依第三項原則認定；惟為便於事業之管理，凡其數個場所單位中有部分應適用本法者，其他場所單位，得適用本法。(三) 事業之總管理或分支管理部門，如自成個別場所單位者，依第三項原則認定之；若非屬個別場所單位者，其所屬場所單位之經濟活動分類，應依其所轄場所單位中，有本法適用範圍者，該等部門即應適用本法。」

由於勞動基準法於八十五年十二月二十七日修正第三條第三項為：「本法至遲於民國八十七年底以前，適用於一切勞雇關係。但其適用確有窒礙難行者，不在此限。」因此，八十七年以後原則上所有勞雇關係均應適用勞動基準法，從而，有關事業單位適用勞動基準法之認定原則之重要性隨之降低¹⁹⁶。

第二款 擴大適用及排除適用

勞動基準法第三項規定：「本法適用於一切勞雇關係。但因經營型態、管理制度及工作特性等因素適用本法確有窒礙難行者，並經中央主管機關指定公告之行業或工作者，不適用之。」同條第四項規定：「前項因窒礙難行而不適用本法者，不得逾第一項第一款至第七款以外勞工總數五分之一。」目前勞委會依據勞動基準法第三條第三項公告：

一、 不適用勞動基準法之行業有¹⁹⁷：

¹⁹⁶ 劉志鵬，「勞動基準法釋義-施行二十年之回顧與展望」，台灣勞動法學會叢書（一），2005年5月，頁40。

¹⁹⁷ 行政院勞工委員會87年12月31日(87)台勞動一字第059605號。

- (一) 藝文業。
- (二) 其他社會服務業。
- (三) 人民團體。
- (四) 國際機構及外國駐在機構。

二、不適用勞動基準法之工作者有¹⁹⁸：

- (一) 公立醫療院所（技工、工友、駕駛人除外）之工作者。
- (二) 公立社會福利機構（技工、工友、駕駛人除外）之工作者。
- (三) 依立法院通過之組織條例所設立基金會之工作者。
- (四) 個人服務業中家事服務業之工作者。
- (五) 餐飲業中未分類其他餐飲業之工作者。
- (六) 公立之各級學校及幼稚園、特殊教育事業、社會教育事業、職業訓練事業等（技工、工友、駕駛人除外）之工作者；私立之各級學校、特殊教育事業、社會教育事業、職業訓練事業、已完成財團法人登記之私立幼稚園等之教師、職員¹⁹⁹。
- (七) 公立學術研究及服務業（技工、工友、駕駛人除外）之工作者；私立學術研究及服務業之研究人員。
- (八) 娛樂業中職業運動業之教練、球員、裁判人員。
- (九) 公務機構（技工、工友、駕駛人、清潔隊員及國會助理除外）之工作者。
- (十) 國防事業（非軍職人員除外）之工作者。
- (十一) 醫療保健服務業之醫師、法律及會計服務業之律師及會計師。

¹⁹⁸行政院勞工委員會 87 年 12 月 31 日 (87) 台勞動一 字第 059604 號及第 059605 號。

¹⁹⁹行政院勞工委員會 89 年 01 月 21 日(89) 台勞動一 字第 0056818 號：「本會八十七年十二月卅一日台 (87) 勞動一字第〇五九六〇號公告，私立各級學校之教師、職員不適用勞動基準法。所稱職員，係指受學校僱用之非勞務性工作者。」

- 三、 行政院勞工委員會於 90 年 05 月 18 日公告勞動基準法適用及不適用行業因中華民國行業標準分類第七次修訂而變更類別情形²⁰⁰。
- 四、 依行政院勞工委員會作成函釋或陸續指定適用勞動基準法者：
- (一) 本會已於去年九月一日公告指定公務機構技工、駕駛人、工友及清潔隊員自八十七年七月一日起適用勞動基準法。故凡於公務機構擔任技工、駕駛人、工友及清潔隊員，均應依該法規定辦理。至於按日計酬臨時僱用人員，如其所從事之工作與上開人員工作相同，即屬上開該等人員之範圍，應適用勞動基準法²⁰¹。
- (二) 凡係公務機構僱用之臨時清潔工，如其所擔任之工作與技工、駕駛人、工友及清潔隊員工作相同者，不論其僱用經費來源與目的。均應自八十七年七月一日起適用勞動基準法²⁰²。
- (三) 娛樂業（該業中職業運動業之教練、球員、裁判人員除外）之工作者未列入本會台（87）勞動一字第○五九六○五號公告指定不適用該法之各業及工作者範圍，故該業應自八十七年十二月三十一日起適用勞動基準法。該業事業單位僱用之勞工不論其給薪方式如何，均有該法之適用，至於有無勞雇關係，應依事業認定²⁰³。
- (四) 政黨僱用之勞工，自九十二年十月一日起適用勞動基準法²⁰⁴。
- (五) 勞工團體自九十二年十二月一日起適用勞動基準法

²⁰⁰ 行政院勞工委員會 90 年 05 月 18 日(90) 台勞動一 字第 0022451 號。

²⁰¹ 行政院勞工委員會 87 年 01 月 05 日 (86) 台勞動一 字第 56414 號。

²⁰² 行政院勞工委員會 87 年 04 月 16 日(87) 台勞動一 字第 13435 號。

²⁰³ 行政院勞工委員會 89 年 07 月 20 日(89) 台勞動一 字第 0027695 號。

²⁰⁴ 行政院勞工委員會 92 年 09 月 23 日勞動一 字第 0920053077 號。

- (六) 公立醫療院所進用之臨時人員（不包括：依聘用人員聘用條例及行政院暨所屬行政機關約僱人員僱用辦法進用之人員、醫師及業經本會八十六年九月一日公告指定自八十七年七月一日起適用勞動基準法之技工、駕駛人、工友）自九十四年六月三十日起適用勞動基準法²⁰⁶。
- (七) 全國性政治團體僱用之勞工，自九十四年六月三十日起適用勞動基準法²⁰⁷。

第三款 採購機關適用勞動基準法之判斷

綜上所述，採購機關，不論是政府機關、公立學校及公營事業，或是受政府補助且依規定應適用政府採購法之法人或團體，於辦理採購（或僱用）勞工時，是否適用勞動基準法之判斷，即應依據上述行業、工作場所或工作者之性質等，加以認定。至於有關公共行政部門之行業歸類原則，因依我國行業標準分類之規定，係以事業單位備有獨立會計帳冊之場所單位主要經濟活動為分類基礎，而公共行政部門之場所單位係指總預算中列有單位預算者；若未編列單位預算，則以其組織所隸屬機關之經濟活動歸類²⁰⁸。

第三項 政府勞務採購契約下的勞雇關係

如前所述，法律上以當事人一方提供勞務或服務作為該當事人主要義務的契約非僅限於勞動契約，因此並非所有的勞務給付者皆會具備勞工或者受僱人之身分，換言之，勞工身分之判斷會涉及到法律適

²⁰⁵ 行政院勞工委員會 92 年 11 月 14 日勞動一字第 0920063692 號。

²⁰⁶ 行政院勞工委員會 93 年 10 月 11 日勞動一字第 0930050332 號。

²⁰⁷ 行政院勞工委員會 93 年 12 月 13 日勞動一字第 0930062173 號。

²⁰⁸ 行政院勞工委員會 87.06.22 台勞一字第 023892 號函。

用而具有重要之前提性問題，從而，先予探討勞動法規對勞工概念之界定，亦即探討從屬性之問題；再就廠商為自然人及非自然人時之政府採購勞務供給契約之勞雇關係，分別加以探討。

第一款 勞動法規對勞工概念之界定

在我國各種勞工法規中，對於勞工之名稱使用上並未一致。有稱之為「勞工」者（如勞動基準法、勞工安全衛生法），亦有稱之為「工人」（工廠法、工會法）、或「勞動者」（勞動契約法）。雖然各法規中所使用之名稱或有不同，但其代表的涵意並無太大的差別。勞動基準法第二條第一款將勞工定義為，「受雇主僱用從事工作獲致工資者」。申言之，受雇主僱用，在雇主的指揮監督下從事勞動，就其勞動之價值獲致工資者為具勞工身分。

勞工安全衛生法第二條第一項之勞工定義，與工廠法施行細則第三條中之「工人」定義，皆僅謂「受僱」從事工作獲致工資者，雖未明定「受誰僱用」，然解釋上與勞動基準法規定「受雇主僱用」應無二致。至於他他如民法第四百八十二條以下、勞工保險條例、民國二十五年公布迄今尚未施行之勞動契約法等，法條中雖未就勞工加以定義，但亦得解為與勞動基準法之規定同義。又現行工會法中亦未就「工人」加以定義，然工會法中的勞工概念較廣，包括產業工人與職業工人二者，其中產業工人之概念與勞基法之概念相同，其內涵亦不可欠缺「指揮監督下從事勞動」與「獲致工資」之屬性；而職業工人之概念則較廣，無一定雇主之勞工亦包含在內，惟其只涉及勞保與健保問題，故職業工人之概念主要在工會法及勞工保險條例中有其意義。另工會法中之勞工未必限定於勞資關係存續中，即使遭解僱或現失業中者，若未受工會除名，仍得為工會會員，亦即得為工會法中之勞工。

第一目 從屬性之問題

勞工須依契約從事工作，亦即依勞動契約而提供勞務給付，故可知係為雇主從事工作、受雇主之指示、為雇主服勞務，因而勞工具有從屬性。此一從屬性乃是勞動契約之特徵。依勞動法學界歷來之見解，復可分為人格上從屬性、經濟上從屬性及組織上從屬性三者。茲分述如下：

一、人格上從屬性

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，並決定勞工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係事實上不可分離，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控制範圍之內，並得支配勞工之人身、人格，也就是說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，雇主更得予以懲戒，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的特徵²⁰⁹。

二、經濟上從屬性

勞資關係中，勞工先天上處於弱勢地位，勞工非如事業主之擁有資本、生產資料，勞工所有者只是其勞動力，其生存之基礎唯有依賴提供勞務而獲致之工資。勞工對資本家的依賴主要是經濟上的，因此資本家有能力對勞工實施三重可能的控制。第一、勞工之提供勞務為雇主工作，即係為求生存，非工作即無法生存，故勞工對雇主有經濟

²⁰⁹ 黃程貫，勞動法，空中大學，2002年2月，頁63。

上、財產關係上之從屬性、依賴性，此乃資方基於其所有權，對勞方之第一重控制。第二、資方對工資及其他勞動條件等勞動契約內容之決定性控制，此乃本於資方之市場強勢而來的第二重控制。第三、勞工勞動所得之工資乃是勞工投入一般商品市場之消費、購買力，但商品之價格乃是由資方所決定、控制，相較於立於單純消費者地位之勞工對於商品價格之幾乎毫無影響力，資方對商品基本上擁有諸多影響商品價格之手段，如囤積、炒作等。亦即是勞工對資方所有權之經濟上從屬性、依存性²¹⁰。

此外，勞動者所提供之勞動力乃具有隨時間消失而無儲存之本質，在勞動契約訂立過程有關勞動條件之談判時常處於不利地位而僅能附合雇主單方的要求，來決定勞動條件，這種經濟的從屬性亦為勞動契約易成附合契約的基本原因²¹¹。

三、組織上從屬性

一般而言，可將組織上從屬性涵蓋在人格從屬性內，即應置於人格上從屬性項目之下，作為人格上從屬性之具體化的一部份，亦即人格從屬性的一個下位概念，而非獨立出來成為與人格上、經濟上從屬性並列之等價概念²¹²。但亦有學者認為，具有專業性質之勞工，例如受僱於醫院之醫師、護士、受僱於會計師事務所之會計師、受僱於律師事務所之律師或受僱於營造公司之工程師等，皆是憑藉著專業知識提供勞務，固然工作內容係由雇主所指定，但具體完成工作之細節部分則必須憑藉本身專業判斷執行，故如從人格從屬性觀察容有欠缺，但就組織上而言，皆屬於雇主整體生產、經營過程中不可或缺之一環，亦即具有組織上從屬性，應屬於勞工契約下之勞工²¹³。

²¹⁰ 黃程貫，勞動法，空中大學，2002年2月，頁64-65。

²¹¹ 陳繼盛，我國勞動契約法制之研究，行政院勞工委員會委託研究，1989年7月，頁14。

²¹² 黃程貫，前揭書，頁65。

²¹³ 王伯松，「勞動基準法釋義-施行二十年之回顧與展望」，台灣勞動法學會叢書（一），2005年5月，頁56-57。

第二目 德國及日本關於勞工從屬性之認定

一、德國²¹⁴

德國聯邦勞工法院所提出之諸種特徵中，主要如下：

- (一) 受雇主指示權之拘束：勞工提供勞務之方式、種類、地點、每日工作時間以及契約存續期間等均係由雇主片面以指示權決定之，勞工基本上對之並無自由決定之權利。在個案的判斷中，此種受拘束的程度強弱亦均有所不同，程度強者，當然也就多於勞工；但程度弱者，也並非即非屬勞工，是否為勞工，一切仍應取決於個案事實與特性。但缺少此一表徵者，亦不表示即非屬勞工，蓋在今日社會中，有許多勞務係完全委由勞工之創造力、創意及專業獨立性等，始能完成者，尤其是技能愈高之勞務常更係如此。
- (二) 納入他人（即雇主）之生產領域或勞動組織之內：通常在雇主所指定之時間與場所提供勞務者，即得認定為被納入雇主之勞動組織。
- (三) 勞動力之純粹利他性：勞務提供者如以其全部之勞動力均供利他之目的，受他人使用（供雇主支配使用），以致於勞務提供者本身無法再支配自己之勞動力，且再無以企業活動參與市場運作之可能性者。

以上三者乃是判斷勞工之人格上從屬性時，最為重要、最具決定性的三個參考表徵。惟此等表徵之重要性程度如何，仍應依個案事實即其特殊性定之。具備此等表徵者雖並不一定即當然具備人格上從屬性而必為勞工，但通常應即是勞工，而欠缺此等表徵者亦並非一定當然不具備人格上從屬性而必非屬勞工。若依前述三個重要特徵仍無法在斟酌個案事實後，清楚判斷提供勞務者是否具備人格上從屬性，德

²¹⁴ 黃程貫，前揭書，頁 64；林更盛，「勞務給付型態之認定—承攬契約、勞動契約及委任契約之區分」，行政院勞工委員會與司法院合辦之「九十一年勞工法規研討會」，91.9.11-12，台北。

國聯邦勞工法院認為亦得再參酌下列之輔助性參考表徵：

- (1) 提供類似或相同勞務者之認定結果為何？是否為勞工？若是，則亦可能得將當事人認定為勞工。為此一表徵並不能作為絕對標準。
- (2) 契約當事人對提供勞務之一方的稱謂是否為勞工？惟此一表徵的參考價值較低，蓋是否具備人格上從屬性，應依個案客觀事實認定之，始為正確；亦即應對勞工所擔任之工作採實質認定方式，而非純依其工作之職稱即驟然下斷語。
- (3) 所得報酬之計算方式為何？係固定薪資，或是變動薪資，抑或是計件工資，或根本不稱之為工資、薪資？
- (4) 是否代為扣繳薪資所得稅及社會保險費用？若是，則可能較偏向勞工。
- (5) 勞務提供者在疾病及休假期間中，契約相對人是否仍然繼續支付工資？若是，則較偏向勞工。
- (6) 是否有開具工作證明，或如勞工保險資料、勞工名冊、工資清冊之證明等，若有，則較偏向勞工。
- (7) 是否承擔企業經營風險或工作危險？若是，則較偏向非勞工。

二、日本²¹⁵

日本之勞動基準法判斷勞工之標準係所謂「使用從屬性」，亦即在雇主指揮監督下勞動，並接受勞動對價之工資。而在具體個案中究竟應如何判斷，日本的勞動基準法研究會於1985年曾提出「關於勞動基準法之『勞工』的判斷基準」報告書，其內容如下：判斷時不應拘泥於形式究係採用僱傭契約或承攬契約，而應由勞務提供之型態、報酬之勞務對價性以及相關因素觀察之，以進行綜合判斷。在此前提

²¹⁵ 劉志鵬，論勞動基準法上之「勞工」（以經理人為檢討重點），勞動法理論與判決研究，元照，2000年5月，頁15-19。

下，勞動基準法研究會建議判斷「使用從屬性」之基準如下：

- (一)「指揮監督下之勞動」的判斷標準：
 - (1)對於工作之委託、執行業務之指示是否有拒絕權：如果對於工作之委託或執行業務之指示，有加以拒絕之自由時，即難謂係從屬他人提供勞務；反之，若無拒絕之自由，則可推定具有指揮監督關係。
 - (2)對業務之執行、完成過程中有無受指揮監督：關於業務之內容及執行之方法，如須接受具體的指揮命令，則應係判斷指揮監督關係存否之基本且重要的因素。又，如接受命令或指示時，即有從事通常已約定之業務以外的其他業務之情形，則此亦可作為認定受指揮監督之補強標準。
 - (3)拘束性之有無：若工作場所與地點受到指定與管理時，一般而言，應屬受到指揮監督。
 - (4)代替性之有無：若本身之勞務得委由他人代為提供時，應構成否定指揮監督關係之因素。
- (二)「報酬之勞務對價性」的判斷標準：雇主對勞工所支付的報酬，只要是勞動的對價，不問其名稱為工資、津貼、獎金等，皆屬「工資」。

若依上述二判斷標準仍無法明確判斷勞工之使用從屬性，則該報告書復又建議下述之補強判斷「勞工性」的標準：

- (1)雇主性之有無：勞工原則上並無機械、器具、原料等生產資料，但在特別情形，勞工若自己擁有高價之器具而為他人服勞務，則並不宜以上述兩個判斷標準來定是否為勞工，而應將該勞務提供者是否具備「雇主性」一點一併判斷。
- (2)專屬性之程度：若勞動者受到限制而不得為其他雇主服勞務，或因無足夠之餘暇等原因而事實上無法為其他雇主服勞務，則此時該人之「勞工性」強。
- (3)其他：若採用之選考過程與一般勞工大致上相同；所領之

報酬被發給人扣繳所得稅；屬勞工保險之適用對象；有工作規則等服務規則之適用；以及有員工退職金及其他福利制度之適用。凡此，均得作為肯定「勞工性」之標準。

第三目 司法機關對從屬性之見解

「勞動關係」之界定基本上係契約歸類的問題，因此其特徵「從屬性」之標準即或多或少具有不確定的因素。因此在學說見解中有認為：在決定是否為勞工時，應就契約情況整體觀察；或是強調應就「從屬性」之程度（而非只是從屬性之有無而已）加以決定者，應屬正確。惟另一方面，為顧及法律之安定性，吾人應尋找「從屬性」的一些類型上關鍵性的特徵，以利法律之適用。蓋因勞動者之認定應以人格從屬性為準，亦即勞動者係在雇主之指揮命令下提供勞務，勞動者被納入雇主生產組織之內，雇主對之擁有廣泛之指示權，得對於工作時間、地點、業務的進行單方面予以確定，而勞動者喪失其對勞務處分的可能性，其提供勞務具有利他的特性，為其特徵。惟由於從屬性的特徵仍然顯得抽象，因此有必要進一步再加以具體化，俾有利個案之認定，使得提供勞務的人獲得合理公平的對待，並且有助於法律之安定性²¹⁶，以下為我國最高法院對勞工概念之界定：

一、採實質認定者

（一）最高法院民事判決 81 年度台上字第 347 號

本判決不僅以從屬性作為界定勞工的標準，並認為只要契約具有從屬性勞動性格，縱然有承攬之性質，亦應屬勞動契約，並對從屬性的涵義作了詳盡的說明。

判決理由謂：「按勞基法第二條第六款僅規定『勞動契約，謂約定勞雇關係之契約』，對於勞動契約之性質及成立生效要件如何，未

²¹⁶ 楊通軒，勞動者的概念與勞工法，中原財經法學，第 6 期，頁 274-275。

有具體明確之規定。……一般學理上亦認勞動契約當事之勞工，具有下列特徵：(一)人格從屬性，即受雇人在雇主企業處組織內，服從雇主權威，並有接受懲戒或制裁之義務。(二)親自履行，不得使用代理人。(三)經濟上從屬性，即受雇人並不是為自己之營業勞動，而是從屬於他人，為該他人之目的而勞動。(四)納入雇方生產組織體系，並與同僚間居於分工合作狀態。勞動契約之特徵，即在此從屬性。又基於保護勞工之立場，一般就勞動關係之成立，均從寬認定，只要有部份從屬性，即應成立。足見勞基法所規定之勞動契約，非僅限於典型之僱傭契約，只要該契約具有從屬性勞動性格，縱有承攬之性質，亦應屬勞動契約」。

(二) 最高法院亦曾於 89 年度台上字第 1301 號判決

「……勞動契約之勞工與雇主間具有使用從屬及指揮監督之關係，勞動契約非僅限於僱傭契約，關於勞務給付之契約，其具有從屬性勞動性質者，縱兼有承攬委任等性質，自應屬勞動契約。……勞動契約為具有身分性質之契約，其勞務給付之義務，原則上係專屬於受雇勞工之義務，但經雇主同意，或習慣上允許他人代為勞動，或依勞動之性質，由他人代為勞動並無差異者，受雇勞工得使第三人代服勞務」。

(三) 最高法院 92 年度台上字第 2361 號判決

「……所謂勞工，依勞動基準法第二條第一、三款規定意旨，應指受雇主僱用從事工作，獲致如薪金、計時或計件之經常性給與（包括現金或實物）之工資者而言。又勞動契約當事人之勞工，通常具有下列特徵：(一)人格從屬性，即受雇人在雇主企業組織內，服從雇主權威，並有接受懲戒或制裁之義務。(二)親自履行，不得使用代理人。(三)經濟上從屬性，即受雇人非為自己之營業勞動，而係從屬於他人，為該他人勞動。(四)納入雇方生產組織體系，並與同僚

間居於分工合作狀態。又基於保護勞工之立場，一般就勞動契約關係之成立，均從寬認定，只要有部分從屬性，即足成立。」

二、採形式認定者

（一）最高法院 81 年台上字第 2686 號判決

「……就勞動與承攬契約之區別，於直接涉及受僱人與僱用人連帶負侵權行為之損害賠償責任時，則表示：『按承攬與僱傭同屬於供給勞務之契約，惟前者乃以發生結果（工作之完成）為目的之契約，供給勞務不過為其手段而已；後者則以供給勞務本身為目的之契約，亦即除供給勞務外，並無其他目的，此為二者區別之所在』」。

（二）最高法院 89 年台上字第 1620 號判決

認為「……勞動契約，當事人之意思以勞務之給付為目的；其受僱人於一定期間內，應依照顧主之指示，從事一定種類之工作，即受僱人有一定雇主；且受僱人對其雇主提供勞務，有繼續性及從屬性之關係。承攬契約，當事人以勞務所完成之結果為目的；其承攬人只須於約定之時間完成一個或數個特定之工作，既無特定之雇主，與定作人間尤無從屬關係，其可同時與數位定作人成立數個不同之承攬契約。故二者並不相同。」

（三）最高法院 90 年度台上字第 1260 號判決

其判決理由謂：「查合約書已表明上訴人願為被上訴人完成特定地區新聞採訪與報導工作，並就『工作約定之期間』、『應完成之特定工作』、『約定報酬之給付』、『特殊重要之約定』、『終止契約之事由』、『損害賠償與保證』及『附約』等各項，均有明確約定，著重在完成特定之工作，顯示契約之目的，係以工作之完成（即完成特定新聞之內容並經被上訴人採用）為要件，並非以新聞採訪之勞務給付過程為給付酬金之對價，足見該契約之性質為承攬契約，而非勞動契約。……

此外，上訴人係依其按月提供之新聞，經被上訴人採用後，由被上訴人按件計付報酬，且無上下班工作時間之限制，更無年休日數之限制，請假亦無須填寫請假單，且其稿件亦不必由上訴人本人親自撰寫，勞務工作之完成不具專屬性，上訴人均依其完成之工作件數領得數額不等之酬金及車馬費等情」。

第四目 小結

勞工與雇主間具從屬性，乃勞動契約之特色，本文所歸納從屬性具有下列三個內涵：

- 一、人格上從屬性：此乃勞動者自行決定之自由權的一種壓抑，在相當期間內，對自己之作息時間不能自行支配，而勞務給付內容之詳細情節亦非自始確定，勞務給付之具體詳細內容非由勞務提供者決定，而係由勞務受領者決定之，其重要特徵在於指示命令權，例如：勞動者須服從工作規則，而僱主享有懲戒權等。
- 二、經濟上從屬性，此係指受僱人完全被納入僱主經濟組織與生產結構之內，即受僱人並非為自己之營業勞動，而係從屬於他人，為該他人之目的而勞動，故受僱人不能用指揮性、計畫性或創作性方法對於自己所從事工作加以影響。
- 三、組織上從屬性，在現代企業組織型態之下，勞動者與僱主訂立勞動契約時，其勞務之提供大多非獨自提供即能達成勞動契約之目的，僱主要求之勞動力，必須編入其生產組織內遵循一定生產秩序始能成為有用之勞動力，因此擁有勞動力之勞動者，也將依據企業組織編制，安排其職務成為企業從業人員之一，同時與其他同為從業人員之勞動者，共同成為有機的組織，此即為組織上從屬性。

至於是否具備使用從屬關係，則須以提供勞務時有無時間、場所之拘束性，以及對勞務給付方法之規制程度，雇主有無一般指揮監督權等

為中心，再參酌勞務提供有無代替性，報酬對勞動本身是否具對價性等因素，作一綜合判斷²¹⁷。

依我國民法第五百二十九條規定，關於勞務給付之契約，不屬於法律所定其他契約之種類者，適用關於委任之規定。故從民法的結構來看，勞務供給契約是以委任契約作為上位概念、概括類型，而僱傭契約與承攬契約則是其下位概念、特殊類型，故在法律上適用上應優先適用特殊類型規定，無規定時適用有關委任之規定。從而，委任契約主要在規範白領階級的勞務給付契約，其定義上是「處理事務」而不是提供勞務；而僱傭契約與承攬契約二者乃是藍領階級的勞務給付之主要類型，其中構成勞動關係之勞動契約，是僱傭契約的下位類型。是以，僱傭承攬與委任契約間原本結構上有其主要之區別。又委任契約向來以無償為原則，但因我國民法第五百四十七條規定，報酬縱未約定，如依習慣或依委任事務之性質，應給與報酬者，受任人得請求報酬。故今日委任契約幾乎是有償為原則，無償為例外，為此，委任與僱傭契約均屬有償契約且委任之「處理事務」與僱傭之「服勞務」亦難以區分。再者，由於今日因完成一定工作或處理一定事務所需專業能力及資格不斷提昇，過去所謂白領階級之勞心的勞務給付與藍領階級之勞力的勞務給付間，更難以用「處理事務」與「工作之完成」來加以區分²¹⁸。

故本文乃從形式認定說與實質認定說著手，歸納以下二點：

一、從締約形式上、外觀上即可判斷不具從屬性者，採形式認定說

勞務給付契約的工作型態，如從形式上、外觀上可以判斷僱傭契約、委任契約或承攬契約之區別並不困難者，亦即，從形式上、外觀上可以區分「服勞務」、「處理事務」或「工作之完成」者，應可採形

²¹⁷ 高等法院 94.11.15 勞上易字第 35 號判決。

²¹⁸ 黃程貫，勞動法，空中大學，2002 年 2 月，頁 57-59。

式認定說。所謂形式上、外觀上乃指締約之過程、給付內容及手段等而言，例如，採購機關依政府採購法第二十二條第一項第九款、第十款及第十三款規定評選專業服務、技術服務或資訊服務廠商、辦理設計競賽、委託研究發展等，縱使該廠商屬於自然人者，因該法授權主管機關工程會所訂頒之相關法規²¹⁹已明定招標、評選、計費及契約應載明事項等規定，足以判斷所締結之契約屬委任或承攬性質，該契約類型顯然不是僱傭契約，當然亦不可能是勞動契約。

二、無法從締約形式上、外觀上判斷從屬性者，採實質認定說

傳統勞務給付契約的工作型態單純，要從形式上、外觀上區分「服勞務」、「處理事務」或「工作之完成」來判斷僱傭契約、委任契約或承攬契約或許容易，得採形式說來認定從屬性尚無問題，但隨著工作型態之多樣化，勞務給付之方法各異，採形式說來認定特定之勞務供給契約是否屬於勞動契約，恐力有未逮，因此必須就具體個案全面加以觀察判斷，不得任由當事人之一方（雇主）假借契約自由之名，以勞動契約以外之勞務給付契約之名義，刻意規避保護勞工之法律²²⁰。亦即，倘若無法從締約之過程、給付內容及手段等從形式上、外觀上即可判斷從屬性者，應就具體個案依各種從屬性予以實質認定，例如，在業務外包問題，有將工程之「工作」交由特定人招攬工人承作，雖名為承攬，惟係按實際到工人數及工作天數發放工資，且派有工地主任在場管理，對之有管理權，其實質仍以勞務給付為目的，此種情形，應視原企業主（定作人）與勞工間應屬勞動（僱傭）契約，自有勞動基準法之適用²²¹。

²¹⁹ 機關委託專業服務廠商評選及計費辦法、機關委託技術服務廠商評選及計費辦法、機關委託資訊服務廠商評選及計費辦法、機關辦理設計競賽廠商評選及計費辦法、機關委託研究發展作業辦法。

²²⁰ 王松柏，「勞動基準法釋義-施行二十年之回顧與展望」，台灣勞動法學會叢書（一），2005年5月，頁61-62。

²²¹ 最高行政法院 88.12.03 八十八年度判字第四〇八二號判決。

第二款 廠商為自然人型態之勞雇關係

如上所述，政府機關、公立學校及公營事業依據政府採購法辦理勞務採購契約之型態中，可能是僱傭、承攬或委任契約性質，而所稱勞務，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。政府採購法將勞務的採購分為「勞務之委任」與「勞務之僱傭」二種，事實上「勞務之承攬」亦應包括在內。但因為機關依人事法規僱用臨時工，以及機關非以人事經費僱用自然人為非正式編制臨時人員，其比照人事法規進用程序，且訂有管理、考核規定辦理者，並不適用政府採購法之規定²²²，從而「勞務之僱傭」較少發生，只有在其他部分情況下直接適用政府採購法僱用臨時人員情況，例如，為執行專案計畫而僱用專案人員²²³、因專案工程而由工程費用僱用工程監造（工）人員或因辦理土石流及崩塌地源頭整治工作僱用災區在地人²²⁴等情況。

至於直接適用政府採購法僱用臨時人員情況，機關與該臨時人員間雖具僱傭關係，但是否為勞動契約而適用勞動基準法，仍應依本節第二項之原則認定之，例如，最高法院民事判決九十六年度台簡上字第第六號民事判決一則，有關受僱於縣（市）政府從事停車場業務之人員，無論其簽訂勞動契約之對象為縣（市）政府、警察局或交通局，均有勞基法之適用²²⁵，公有路邊收費停車場自九十年一月二十一日起適用勞基法²²⁶，……凡受僱於適用勞基法之事業單位勞工，有關各項勞動條件事項，應自適用之日起依勞基法及相關法規釋例辦理²²⁷。可見公有路邊收費停車場從業人員自九十年一月二十一日起即有勞基

²²² 工程會工程企字第八八〇九一七六號及 95 年 7 月 5 日工程企字第 09500243340 號令

²²³ 最高法院 93.10.28 九十三年度台上字第 2208 號判決。

²²⁴ 依行政院訂頒「各機關僱用在地人辦理土石流及崩塌地源頭整治工作採購作業處理原則」自行僱用在地人辦理施工。

²²⁵ 行政院勞工委員會九十年六月四日台 90 勞動一字第 0025778 號函。

²²⁶ 行政院勞工委員會九十年六月四日台 90 勞動一字第 0025778 號函。

²²⁷ 行政院勞工委員會九十年十二月七日台 90 勞動一字第 0060408 號函。

法之適用，與其簽訂勞動契約依據之法令為何無涉。兩造間之僱傭契約雖成立於九十年一月二十一日以前，惟既存續至該日以後，則自該日起即應適用勞基法。按勞基法第九條第一項後段有繼續性工作「應」為不定期契約之規定，屬強制規定，而被上訴人自八十四年、八十六年起擔任公有收費停車場之巡場員工作，其間未曾間斷，其工作自非臨時性、短期性、季節性或特定性，而為繼續性，兩造間之僱傭契約自應視為不定期之勞動契約，可資參考。

綜上所述，有關專業服務、技術服務、資訊服務、研究發展、營運管理等採購，因政府採購法授權主管機關工程會所訂頒之相關法規已明定招標、評選及計費等規定，足以判斷所締結之契約屬委任或承攬性質，原則上可排除成立勞雇關係。申言之，只有在採購機關以廠商為自然人直接雇用的型態，不論所使用名稱是僱傭、承攬或承攬，其雇用關係即可能屬於勞動契約，且如屬勞動契約者，因一般採購機關均以工作性質屬於臨時性、短期性、季節性或特定性工作為由，採定期契約雇用，但亦不能排除其工作屬於繼續性而應為不定期契約，或臨時性、短期性工作而被擬制視為不定期契約之可能²²⁸。茲分述如下：

- 一、政府機關、公立學校等：原則上公務機構或公立學校、公立醫院、公立社會福利機構等營造物，除部分工作者外，其工作人員並非勞動基準法適用範圍，但此類機關所採購雇用之工作者如屬於類似工友之勞力提供者、警衛、駕駛、清潔、餐飲、停車收費等，即有勞動基準法之適用；又因一般採購機關均以工作性質屬於臨時性、短期性、季節性或特定性工作為由，採定期契約雇用，但亦不能排除其工作屬於繼續性而應為不定期契約，或臨時性、短期性工作而被擬制視為不定期契約之可能。
- 二、公營事業：一般而言，公營事業均屬勞動基準法第三條第一項第

²²⁸ 勞動基準法第9條。

一款至第八款適用勞動基準法之各行業，故在公營事業以廠商為自然人直接雇用而具有從屬性的型態，不論所使用名稱是僱傭、委任或承攬，其屬於勞動契約，適用勞動基準法；且一般公營事業均以工作性質屬於臨時性、短期性、季節性或特定性工作為由，採定期契約雇用，但亦不能排除其工作屬於繼續性而應為不定期契約，或臨時性、短期性工作而被擬制視為不定期契約之可能。

第三款 廠商為非自然人型態之勞雇關係

以非自然人為廠商之政府勞務採購契約，在契約當事人之法律關係上，除非是採購機關為規避勞動法令之規定，以偽裝承攬或虛擬承攬之方式，否則，採購機關不可能與非自然人的廠商締結僱傭契約，因此，廠商為非自然人之政府採購勞務供給契約之型態，可能是承攬、委任、勞動派遣，故廠商為非自然人型態之勞雇關係可區分如下：

一、以偽裝承攬、委任或藉勞動派遣之名行脫法行為之實，而實質上採購機關與該非自然人廠商之名義上受僱人間存在僱傭關係，至是否有勞動契約關係而適用勞動基準法，同上述廠商為自然人型態加以認定，毋庸贅述。

二、至其他廠商為非自然人之勞務給付型態可分述如下：

- (一) 有關專業服務、技術服務、資訊服務、研究發展、營運管理等採購，因政府採購法授權主管機關工程會所訂頒之相關法規已明定招標、評選及計費等規定，足以判斷所締結之契約屬委任或承攬性質者，此時，勞務提供者即是非自然人之廠商本身，該廠商所僱用勞工應屬於廠商之履行輔助人，與採購機關間無勞雇關係。
- (二) 非屬有關專業服務、技術服務、資訊服務、研究發展、營運管理等採購，但採購機關與廠商間勞務供給契約確屬承攬或委任性質者，例如業務委外或勞務承攬。此時，勞務提供者即是非自然

人之廠商本身，該廠商所僱用勞工應屬於廠商之履行輔助人，與採購機關間無勞雇關係。

(三) 屬於勞動派遣或雖以業務外包或勞務承攬之名行勞動派遣之實者，即是成立勞動派遣三面法律關係；此時，廠商為派遣機構，採購機關為要派機關，所簽定之政府勞務採購契約即是要派契約；而廠商與派遣勞工間存在有勞動契約，但約定派往採購機關處並在採購機關之指揮監督下服勞務；派遣勞工之法律上雇主是廠商，廠商有給付工資義務並負勞動法上雇主之責任；採購機關對派遣勞工有指揮監督及懲戒之權並有受領勞務之權利，但對派遣勞工不負勞動法上雇主之責任。

第四節 政府勞務採購契約下的勞動派遣關係

如上所述，目前由於勞動派遣法尚未制定，故採購機關採購人力時，一般採購契約均以勞務外包、勞務承攬、外包人力等方式，並不嚴格區分「派遣」與「承攬」，本節所指稱勞動派遣是政府勞務採購契約實質上屬於勞動派遣關係者。以下乃就政府勞務採購契約中，探討有關勞動派遣的三個面向之關係，並引勞委會版勞動派遣法草案的規範內容，來論述未來公部門對於採購勞動派遣人力時可能面臨之法律關係，俾作為後續討論公部門運用勞動派遣所產生相關法律問題之準備。

第一項 派遣機構與要派機構間

第一款 廠商--派遣機構

依民國 95 年 4 月 28 日第 8 次修訂版中華民國行業標準分類規

定，就業服務業項下人力派遣業（細類編號：7802）定義為「指凡從事於固定期間內派遣所屬員工至顧客之場所以支援工作之行業均屬之。派遣員工在顧客之工作場所工作期間，不受人力派遣單位直接監督。」目前登記從事人力派遣之營業登記並不以公司為限，故凡是依照商業登記法完成商業登記即可經營人力派遣業務。亦即，依據商業登記法登記從事人力派遣業之公司、合夥或獨資之工商行號及其他法人、機構或團體²²⁹，即可成為政府採購派遣人力之投標廠商。

但勞委會版勞動派遣法草案對於派遣機構之經營採許可制，且為保障派遣勞工之權益，明定須依公司法規定設立之公司，其實收資本額在新台幣五百萬元以上者方得為之。故未來如完成立法時，廠商要經營派遣業務應向中央主管機關申請設立許可及取得許可證，其設立且須符合一定之積極要件及消極要件²³⁰。屆時，採購機關辦理採購規定投標廠商基本資格，以及屬特殊或巨額之採購，須由具有相當經驗、實績、人力、財力、設備等之廠商始能擔任者，要另規定投標廠商之特定資格²³¹，即有上述規範之適用。

第二款 採購機關--要派機構

目前對於派遣業務之範圍並無任何限制，因此任何政府機關、公立學校或公營事業之任何業務內容，欲依據政府採購法採購派遣人力均可以，實務上公部門運用派遣人力之情形相當普遍，派遣業務內容亦相當廣泛且多樣化，不受任何限制。但由於勞動派遣業為興新之行業，勞委會版勞動派遣法草案對於派遣業務範圍採取正面表列方式²³²（但本文認為宜採負面表列²³³），亦即未來如完成立法時，採購機關（要

²²⁹政府採購法第 8 條廠商之規定。

²³⁰勞委會版勞動派遣法草案第 4 條及第 5 條。

²³¹規定投標廠商基本資格及特殊資格，請參見政府採購法第 36 條及投標廠商資格與特殊或巨額採購認定標準相關規定。

²³²勞委會版勞動派遣法草案第 6 條。

²³³派遣業務範圍究應採取正面表列或負面表列之問題，本文以為，目前實務上各行各業運用派遣

派機構) 需要派遣人力所從事之業務，如非法律或中央主管機關核定派遣業務範圍之工作，則派遣機構將受行政罰及廢止派遣機構之許可²³⁴。不過值得注意者，未來如完成立法時，法律對要派機關有特別規定者：

- 一、 約定特定派遣勞工之禁止：因要派機構為節省僱用成本，可能與派遣機構合意約定提供特定之派遣勞工，而為不使該特定之派遣勞工，其就業條件可能被降低，故予以禁止²³⁵。
- 二、 擬制與派遣勞工成立勞動契約：要派契約期限屆滿，派遣勞工繼續為要派機構服勞務時，而要派機構不即表示反對意思，即視為派遣勞工與要派機構間有事實上之勞動關係²³⁶。
- 三、 派遣期間之限制及擬制與派遣勞工成立勞動契約：為避免企業長期使用派遣勞工，以規避勞工法令應有之義務，而影響一般受僱勞工之工作權益，爰立法限制派遣期間最長不得超過一年，超過一年者，視為派遣勞工與要派機構成立勞動契約²³⁷。
- 四、 歧視之禁止：為避免派遣勞工受到歧視，規定派遣機構與要派機構不得以種族、國籍、階級、語言、思想、宗教、黨派、籍貫、性別、年齡、容貌、五官、身心障礙或公會會員為由、終止派遣契約或要派契約或其他不利之待遇²³⁸。
- 五、 限制派遣勞工再受僱之禁止：為保障派遣勞工之工作權，並禁止派遣機構藉由契約的訂定限制派遣勞工之工作自由，明定派遣機構不得藉要派契約的訂定，限制派遣勞工

勞工之情形已經極為普遍，倘採正面表列恐掛萬漏一，不如採負面表列為妥。

²³⁴ 參見勞委會版勞動派遣法草案第 34 條。

²³⁵ 勞委會版勞動派遣法草案第 20 條。

²³⁶ 勞委會版勞動派遣法草案第 22 條第 2 項。

²³⁷ 勞委會版勞動派遣法草案第 22 條第 3 項。

²³⁸ 勞委會版勞動派遣法草案第 23 條。

與要派機構於派遣關係結束後另訂勞動關係之自由²³⁹。

- 六、 要派機關罷工時派遣之禁止：為避免削弱要派機構受僱勞工行使爭議權之力量，及保障派遣勞工之權益，明定派遣機構不得派遣勞工至有罷工情況之要派機構，以取代罷工者。
- 七、 對相關文件之留存義務：派遣機構及要派機構之派遣契約、要派契約、派遣工作單、派遣勞工之工作清冊、派遣及出勤紀錄、教育訓練紀錄、派遣勞工申訴資料等應保存五年，以備查驗²⁴⁰。

第三款 要派契約

要派契約，乃派遣機構（廠商）與要派機構（採購機關）約定派遣勞工至要派機構提供勞務之契約²⁴¹，亦即公部門依據政府採購法規定與廠商所簽訂之政府勞務採購契約。目前實務上政府勞務採購契約屬要派契約性質者，一般所作之約定事項，琳瑯滿目，甚為分歧；為規範派遣機構與要派機構間之權利義務關係，勞委會版勞動派遣法草案第十九條明定必須在要派契約中約定一定之事項，未來政府勞務採購契約如屬要派契約性質者，允應注意遵照法定要派契約之內容規範。

²³⁹參見勞委會版勞動派遣法草案第 26 條。

²⁴⁰勞委會版勞動派遣法草案第 13 條。

²⁴¹勞委會版勞動派遣法草案第 2 條第 6 款。

第二項 派遣勞工與派遣機構間

第一款 派遣契約

派遣契約，乃派遣機構與派遣勞工約定派遣勞工至要派機構提供勞務之契約²⁴²，實質上即派遣機構與派遣勞工所訂定之勞動契約，而勞動契約係約定勞雇雙方權利義務之契約，依據勞動基準法施行細則第7條規定，契約內容應約定工作場所、工資、工作時間、休假、安全衛生、勞工教育訓練等事項。目前法令上並未限制勞動契約應以書面為之，故上述勞動基準法施行細則第7條規定只具建議、參考性質，即使勞動契約未就該條所規定之事項為約定，該契約仍屬有效²⁴³，換言之，勞動契約屬不要式契約。但為保障派遣勞工權益，勞委會版勞動派遣法草案對派遣契約規定為書面要式契約，規訂派遣契約欠缺書面形式時，該契約為無效，且視為在派遣勞工與要派機構間成立勞動契約。是故，未來如完成立法時，採購機關（要派機構）辦理招標或訂定採購契約（要派契約）時，應要求廠商（派遣機構）應以書面與派遣勞工訂定勞動契約（派遣契約），以免法律視為與派遣勞工間成立勞動契約。再者，為保障派遣機構與派遣勞工間之權利義務，草案第十八條明定派遣機構應與派遣勞工訂定書面派遣契約，於派遣勞工時，依據派遣契約應製作派遣工作單，交付派遣勞工與要派機構。

第二款 派遣勞工與派遣機構

派遣機構是派遣勞工法律上之雇主，有關勞動契約所約定之勞動條件不得低於勞動基準法之規定，以及其他勞動法保護勞工之要求

²⁴²勞委會版勞動派遣法草案第2條第5款。

²⁴³黃程貫，勞動法，空中大學，2002年2月，頁379。

等，即是雇主應負之責任，舉凡勞工保險、退休金、安全衛生與職業災害補償、勞資爭議、兩性工作平等相關規定均有適用，另依勞委會版勞動派遣法草案對派遣機構另有特別之規定如下：

- 一、 派遣勞工之最低年齡限制：由於派遣工作的性質特殊，為保護兒童的身心健康與發展，明文禁止派遣機構僱用未滿十五歲者從事派遣工作。
- 二、 告知之義務：為防止派遣機構以一般僱用之名，行派遣之實，因而違反勞工個人之受僱意願並損及其權益，明定派遣機構於招募及僱用派遣勞工時，應已明確方式使之了解其係受僱於從事派遣工作²⁴⁴。
- 三、 從事海外派遣之報備義務：以利主管機關掌握海外派遣之資訊及保障派遣勞工的權益²⁴⁵。
- 四、 派遣機構之教育訓練責任：為落實保護勞工政策，並具有為要派機構工作的能力，獲得就業技能精進的機會，已節稅方式鼓勵派遣機構落實教育訓練責任²⁴⁶。
- 五、 歧視之禁止：為避免派遣勞工受到歧視，規定派遣機構與要派機構不得以種族、國籍、階級、語言、思想、宗教、黨派、籍貫、性別、年齡、容貌、五官、身心障礙或公會會員為由、終止派遣契約或要派契約或其他不利之待遇²⁴⁷。
- 六、 限制派遣勞工再受僱之禁止：為保障派遣勞工之工作權，並禁止派遣機構藉由契約的訂定限制派遣勞工之工作自由，明定派遣機構不得藉要派契約的訂定，限制派遣勞工與要派機構於派遣關係結束後另訂勞動關係之自由²⁴⁸。
- 七、 合理就業與申訴：為防止要派機構不當對待派遣勞工，派

²⁴⁴勞委會版勞動派遣法草案第 25 條。

²⁴⁵勞委會版勞動派遣法草案第 14 條。

²⁴⁶勞委會版勞動派遣法草案第 15 條。

²⁴⁷勞委會版勞動派遣法草案第 23 條。

²⁴⁸勞委會版勞動派遣法草案第 26 條。

遣機構應採取各項必要措施，且如派遣勞工於派遣就業上之申訴，亦應給予合理之處置²⁴⁹

八、派遣勞工個人資料不得濫用及保障派遣勞工隱私：派遣機構對於派遣勞工個人資料之蒐集、保管及使用之限制及管理，並禁止派遣機構及其人員無正當理由不得洩漏派遣勞工個人隱私²⁵⁰。

九、相關文件之留存義務：派遣機構及要派機構之派遣契約、要派契約、派遣工作單、派遣勞工之工作清冊、派遣及出勤紀錄、教育訓練紀錄、派遣勞工申訴資料等應保存五年，以備查驗²⁵¹。

第三項 要派機構與派遣勞工間

要派機構非派遣勞工法律上雇主，但因派遣勞工係在要派機構之工作場所並在其指揮監督下服勞務。如前所述，要派機構因真正利他契約之法律結構而取得勞務給付請求權，但要派機構仍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，亦即，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給付之範圍內，要派機構對之亦負有照顧保護義務。此時，要派契約之內容²⁵²，以及派遣機構依據派遣契約所製作並交付給派遣勞工與要派機構之派遣工作單²⁵³所載有關派遣期間、工作地點、工作內容、工作時間、休息時間、延長工時、休假、例假、請假及輪班制之換班有關事項、安全衛生、要派機構對於派遣勞工之指揮監督、派遣勞工申訴處理及福利事項等，即是上述類似契約關係所指涉之內涵。至於勞委

²⁴⁹勞委會版勞動派遣法草案第 24 條。

²⁵⁰勞委會版勞動派遣法草案第 30 條。

²⁵¹勞委會版勞動派遣法草案第 13 條。

²⁵²勞委會版勞動派遣法草案第 19 條。

²⁵³勞委會版勞動派遣法草案第 18 條。

會版勞動派遣法草案對要派機構之責任另有特別之規定如下：

- 一、 勞動基準法之特例：由於勞動派遣涉及要派機構、派遣機構與派遣勞工等三方當事人，派遣勞工的勞動條件係由派遣機構與派遣勞工合意決定，但派遣勞工實際上服勞務的對象是要派機構，因此派遣勞工得否享有勞動基準法保障之最低勞動條件，即與派遣機構和要派機構二者是否確實遵守該法之規定有密切的關係。故明文規定要派機構對派遣勞工負勞動基準法上之責任，其相關責任包括強制勞動之禁止（第五條）、工時之規定（第三十條及第三十條之一）、坑道工作時間之規定（第三十一條）、延長工時之規定（第三十二條及第三十三條）、輪班之規定（第三十四條）、休息之規定（第三十五條）、例假之規定（第三十六條）、休假之規定（第三十七條）、天災等假期停止之加給工資及補休之規定（第四十條）、正當理由不得強制工作之規定（第四十二條）、請假之規定（第四十三條）、女性妊娠期間申請改調及哺乳時間（第五十一條及第五十二條）、雇主不得因勞工申訴而解雇之規定（第七十四條第二項）²⁵⁴。
- 二、 安全衛生與職業災害補償責任：派遣勞工在要派機構指揮監督下提供勞務，為確保派遣勞工之生命安全與健康，該要派機構之雇主視同該派遣勞工之雇主，該勞工視為要派機構之勞工來管理，其工作場所安全衛生適用勞工安全衛生法及依該法所發布之命令。又為確保派遣勞工之職業災害受補償權利，規定應由要派機構與派遣機構連帶負勞動基準法上職業災害補償責任²⁵⁵。

²⁵⁴勞委會版勞動派遣法草案第 28 條。

²⁵⁵勞委會版勞動派遣法草案第 29 條。