

第四章 公部門運用勞動派遣相關法律問題與解決

第一節 前言

在公部門依據政府採購法之採購行為屬於私經濟行為，其與民法及勞動法之關係，已如前述，但相異於德國與日本等有勞動派遣法制的國家，我國並未有勞動派遣法，因此，勞動派遣係屬契約自由的範圍，只要不違反法律強制規定或公序良俗，原則上容由契約當事人自行約定。亦即，目前依府採購程序要結勞動派遣契約時，除政府採購法及現行勞動法令外，並無規範勞動派遣三面關係之法律，故本文探討政府採購程序與締結勞動派遣契約之關聯時，如涉及勞動派遣法制時將以勞委會版之草案為對象。再者，本章第二節區分政府採購程序的考量，主要係以對外發生法律拘束力或有法律上效果者²⁵⁶，加以分類；至於屬於採購機關內部行政程序、行政裁量之問題（例如是否收取押標金）、以及有關不良廠商停權之處理程序（屬行政罰性質者）等，均不在探討之範圍。最後，本章第三節將對公部門運用勞動派遣所產生相關法律問題，分別加以探討並試著提出解決方法。

第二節 政府採購程序與締結勞動派遣契約之關聯問題

第一項 招標公告或邀標階段

第一款 派遣業務範圍之限制

目前因勞動派遣尚未法制化，有關採購機關採購派遣人力擬從事

²⁵⁶ 參見本文第三章第二節第四項第一款政府採購法與民法之關係。

之業務範圍並無限制，故目前公部門各機關只要內部預算容許下²⁵⁷，自得毫無限制運用勞動派遣人力從事任何業務，但未來如勞動派遣法通過立法並施行後，公部門採購勞動派遣人力所從事的業務範圍將受到限制，雖然本文認為勞動派遣法立法初期宜採負面表列較採正面表列為妥當，但不管未來採取何種立法方式，對部分受到排除適用之業務的採購機關勢必帶來衝擊，此時，採購機關如採取直接雇用方式，以促進就業安定保障勞工，固屬良善。但吾人亦不敢保證採購機關會轉而以「勞務承攬」方式來辦理採購，以規避法律規定。事實上，勞委會版勞動派遣法草案，對於違反派遣業務範圍之派遣行為，僅處罰派遣機構²⁵⁸，而對於要派機構（採購機關）並無法律上之負擔。況且，派遣機構與採購機關所締結之契約倘屬於「勞務承攬契約」，在草案中似乎也無禁止派遣機構從事其他非勞動派遣業務之規定。因此，本文後面將會探討勞動派遣法制化後，是否應適度禁止或調和「勞務承攬」之問題。

第二款 招標方式之選擇

招標方式之選擇上，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²⁵⁹；在未達公告金額但逾十分之一採購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²⁶⁰；公告金額十分之一以下採購之招標，得不經公告程序，逕洽廠商採購，免提供報價或企劃書²⁶¹。故除採購金額

²⁵⁷ 公部門採購案除內部有嚴格預算制度規範外，政府採購法中亦有預算金額之相關規定，例如第 27 條第 3 項：「機關辦理採購時，應估計採購案件之件數及每件之預計金額。預算及預計金額，得於招標公告中一併公開。」、第 53 條第 2 項：「前項辦理結果，最低標價仍超過底價而不逾預算數額，機關確有緊急情事需決標時，應經原底價核定人或其授權人員核准，且不得超過底價百分之八。但查核金額以上之採購，超過底價百分之四者，應先報經上級機關核准後決標。」等。

²⁵⁸ 勞委會版勞動派遣法草案第 34 條。

²⁵⁹ 政府採購法第 19 條。

²⁶⁰ 政府採購法第 49 條及中央機關未達公告金額採購招標辦法第 2 條。

²⁶¹ 中央機關未達公告金額採購招標辦法第 5 條。

在十萬元以下，得逕洽廠商採購外，採購機關應選擇以公開招標為原則，限制性招標為例外。其立法之目的，乃為公平、公開之採購程序，提升採購效率與功能，確保採購品質，並防止圍標或綁標等違法行為²⁶²。蓋所謂限制性招標，乃是指不經公告程序，邀請二家以上廠商比價或僅邀請一家廠商議價²⁶³，故容易產生不公平或不透明之疑慮。

在採購勞動派遣勞動力時，於招標方式之選擇上，如採限制性招標，除上述採購法之顧慮外，容易對勞動派遣關係上有可能產生以下之關聯影響：第一、偽裝承攬或虛擬派遣之問題；第二、特定派遣勞工之問題；第三、迂迴避開派遣期間超過法定上限之問題。例如，(一)將原本所雇用之勞工及集體轉由勞動派遣廠商僱用；(二)利用原有採購之後續擴充²⁶⁴，或者利用與原得標廠商限制性議價，達到以小綁大，而要求特定派遣勞工；(三)將逾法定派遣期間之特定派遣勞工，暫時不直接派遣，間隔一定時間後再以後續擴充方式，辦理限制性採購，達到進用特定派遣勞工之效果。

第三款 招標文件之規定

招標公告或邀標相當於民法要約引誘，但不同於民法性質者，機關應依招標文件規定之條件，審查廠商投標文件，倘廠商未依招標文件之規定投標或投標文件內容不符合招標文件之規定者，應不予開標或不為決標對象，故招標文件一經公告或邀標，即有拘束機關及廠商之效力（依據政府採購法第五十條及第五十一條之規定）。因此，政府採購法對於招標文件規定與採購勞動派遣人力有關者，分述如下：

²⁶²政府採購法第 1 條。

²⁶³政府採購法第 18 條第 3 項。

²⁶⁴原有採購之後續擴充，且已於原招標公告及招標文件敘明擴充之期間、金額或數量者。可採與原得標廠商限制性議價，達到以小綁大之效果。參見政府採購法第 22 條第 1 項第 7 款。

一、有關技術規格

政府採購法第二十六條規定，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，得在招標文件內註明諸如「或同等品」字樣。又參照工程會所訂頒「政府採購法第二十六條執行注意事項」之內容來看，有關技術規格之規定應屬財物採購始有適用之餘地，但觀察有部分機關之招標文件竟然將擬採購之勞動派遣人力所須具備之性別、年齡、學歷、經驗及專業能力等列為技術規格並註明「或同等品」字樣，顯然，採購機關有將勞工「物化」的傾向，此亦可能產生以「勞務承攬」替代「勞動派遣」之問題，並且可能連帶的會在契約規範上訂定許多不合理條款，衍生中間剝削及懲戒權行使之問題。

二、有關廠商資格

政府採購法第三十六條規定，機關辦理採購，得依實際需要，規定投標廠商之基本資格；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，得另規定投標廠商之特定資格。目前勞動派遣尚未法制化，對於勞動派遣業經營資格並無限制，故在訂定廠商基本資格或特殊資格時，琳瑯滿目，相當分歧。未來勞動派遣法制化後，無論對派遣業者採許可制或報備制，廠商之資格訂定將成為重要之問題。因為，採購機關如以採購「派遣勞工」對外招標，其廠商必須是「經營派遣業務並經申請設立許可及取得許可證之公司」或「經營派遣業務並經完成報備之公司」為基本資格；倘採購機關以「勞務承攬」對外招標，其廠商之資格必然是訂定「得提

供某種勞務之廠商」，該廠商可能是獨資、合夥之商號、法人或非法
人團體。可以預見的是，第一、應屬「勞動派遣」而誤用「勞務承攬」
招標時，其所締結之契約的效力問題；第二、廠商資格不符²⁶⁵，但因
審標時未發現決標予該廠商，經事後發現撤銷決標、解除契約或終止
契約時²⁶⁶，如派遣勞工已經派遣在採購機關提供勞務，如何處理的問
題。似乎在目前勞委會版勞動派遣法草案裡，尚無法得到解答²⁶⁷，本
文將於下一節討論並嘗試提出解決方向。

三、有關契約條款

在採購機關辦理招標公告或邀標時，招標文件公開發給、發售及
郵遞方式辦理²⁶⁸。其中契約書內容也會一併附於招標文件內，俾廠商
可以事前審閱，評估風險利潤，並據以判斷是否投標及擬定標價等，
廠商對招標文件內容有疑義者，應於招標文件規定之日期前，以書面
向招標機關請求釋疑。對招標文件規定或釋疑結果認為違反法令致侵
害其權利時，亦可在期限內提起異議及申訴²⁶⁹。之所以如此規定，乃
因政府採購契約屬於定型化契約性質，故採購機關對廠商應明示其契
約內容及給予合理審閱期間²⁷⁰。

採購機關採購勞動派遣人力時，其與廠商所訂定政府勞務採購契
約，即是要派契約，如上所述，政府採購契約屬於定型化契約，故此
時要派契約皆是由採購機關（要派機關）所擬定，採購機關本於維護
自身權益立場，對於派遣勞工要求事先面試、試用等而實質介入人選
的問題，以及對於派遣勞工之勞動條件、安全衛生及職災補償等並不
重視或表明由派遣機構（廠商）負責，但對於派遣勞工指揮監督事項

²⁶⁵應屬於政府採購法第 50 條第 1 項第 2 款情形。

²⁶⁶政府採購法第 52 條第 2 項規定。

²⁶⁷依勞委會版勞動派遣法草案僅在第 22 條規定，派遣契約不具書面形式者無效的情況下之處理
方式，未能涵蓋本問題之解決方法。

²⁶⁸政府採購法第 29 條。

²⁶⁹政府採購法第 41 條、第 75 條及第 76 條。

²⁷⁰另可參見公共工程招標文件公開閱覽制度實施要點之規定。

相對嚴苛甚至不盡合理，就將本求利的廠商而言，當然會將成本及風險轉嫁給派遣勞工。因此，對於公部門運用勞動派遣時，在要派契約（政府勞務採購契約）的內容上，可能發生，第一、偽裝承攬的問題；第二、中間剝削的問題；第三、差別待遇問題；及第四、懲戒權行使之問題。

四、有關等標期及履約起始點問題

機關辦理招標，其自公告日或邀標日起至截止投標或收件日止之等標期，應訂定合理期限，而依招標期限標準，因採購金額大小不同，而有七日至二十八日不等之下限等標期規定²⁷¹。政府採購法之上述規定，乃為公平、公開、透明之採購程序，給予廠商合理準備投標之時間，其立意良善。又投標文件亦會載明未來履約的起始點，給予廠商評估本身有無履約之能力及風險等，亦無疑問。然而，勞動派遣之採購不同於一般工程、財物或勞務之採購，且目前我國勞動派遣制度尚不健全，為了成本考量，派遣業之經營者本身並未僱用常僱型派遣人力或儲備足夠的登錄派遣勞工；一般而言，只有在準備投標的等標期間或於確定得標後，才會開始招募或僱用派遣勞工。從而，可能成為問題者，在等標期過短或履約起始點緊迫的情況下，投標廠商被迫或根本是樂意於得標後，自動延用（續）之前廠商所派遣之勞工。事實上，公部門有些機關（尤其是中央機關及公營事業）每年委外人事費預算動輒數億元，其中固然有業務外包或勞務承攬性質者，但實質上運用勞動派遣所佔比例不在少數。再者，依政府採購法第十四條規定：「機關不得意圖規避本法之適用，分批辦理公告金額以上之採購。」，故採購機關辦理派遣人力之採購，一個標案超過百人以上者，相當普遍；以目前派遣業經營者之規模來看，於投標前不願意、也無能力去評估及準備招募或僱用未來得標後派遣勞工，而在得標後順理

²⁷¹政府採購法第 28 條、招標期限標準。

成章的延用（續）之前廠商所派遣之勞工，即不足為奇了。

以上勞動派遣之採購模式，在公部門以行之多年，在法律關係的判斷上可能涉「虛擬派遣」的問題，例如上述所提及「利用勞動派遣取代長期雇用之脫法行為無效」之判決²⁷²，即其適例。期待勞動派遣法制化後，對經營業者納入管理，或許能撥亂反正。

第二項 廠商投標及審標、決標階段

如前所述，廠商投標行為相當於民法的要約，且投標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²⁷³，或觸犯相關之刑責²⁷⁴。而機關決標相當民法上承諾，機關除政府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。又除非招標文件中另有規定，或機關決標之意思表示附停止條件（保留決標），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。

在此階段，與採購勞動派遣人力最具相關性者，除上述在招標文件規定所討論之有關廠商資格訂定之二點問題：第一、應屬「勞動派遣」而誤用「勞務承攬」招標時，其所締結之契約的效力問題；第二、廠商資格不符，但因審標時未發現決標予該廠商，經事後發現撤銷決標、解除契約或終止契約時，如派遣勞工已經派遣在提供勞務，如何

²⁷²臺灣臺中地方法院 95 年 1 月 25 日 93 年度重勞訴字第 3 號民事判決。

²⁷³政府採購法第 101 條。

²⁷⁴政府採購法第 87 條以下罰則。

處理的問題外，尚有下列情形值得探討。

第一款 廠商投標時之不正行為

所謂廠商投標時之不正行為，並非指廠商資格不符合招標文件規定之情形，而是指廠商運用不正當、不合法的手段來投標之行為。例如，借用或冒用他人名義或證件，或以偽造、變造之文件投標；偽造或變造投標文件；不同投標廠商間之投標文件內容有重大異常關聯者；第一百零三條第一項不得參加投標或作為決標對象之情形；其他影響採購公正之違反法令行為等情形²⁷⁵。採購機關於開標前發現投標廠商有上述情形，應不得將該廠商列入政府採購法第四十八條第一項所稱三家以上合格廠商投標²⁷⁶，其所投之標應不予開標；於開標後發現者，應不決標予該廠商²⁷⁷。此時，採購機關除得依政府採購法第三十一條規定不發還押標金，及依同法第一百零一條以下規定處理（不良廠商），如有犯罪嫌疑者並應移請相關機關處理外，未來勞動派遣立法施行後，亦應注意於該投標廠商涉及勞動派遣之不正行為時，依法函請該法主管機關處理。

再者，最值得探討者，乃是決標或簽約後發現得標廠商於決標前有不正行為之情形者，依政府採購法第五十條第二項規定，應撤銷決標、終止契約或解除契約，並得追償損失。此種情況，一般在只有二面關係的採購契約上並不會有任何法律之適用上之問題，然而，在涉及三面關係的勞動派遣關係上，恐將發生疑義。分述如下：

第一、在撤銷決標、解除契約情形

採購契約（要派契約）經撤銷決標、解除契約自始不生效力，依

²⁷⁵政府採購法第 50 條。

²⁷⁶政府採購法施行細則第 55 條。

²⁷⁷政府採購法第 50 條。

民法規定，得回復原狀及追償損失；倘派遣勞工已被派遣至採購機關提供勞務時，如何保障派遣勞工權益，即成為問題。目前勞委會版勞動派遣法第二十二條第一項規定，在派遣契約無效時，倘派遣勞工已被派遣至採購機關提供勞務時，擬制派遣勞工與要派機構成立勞動契約，其規範之趣旨，或許可以說派遣契約無效事由係要派機關所可得知悉或可得防範，故責由要派機關應負與派遣勞工間成立勞動契約之義務。但草案並未規定要派契約無效時之處理方式，且縱使在要派契約無效情形，也不當然是可歸責於採購機關，例如，在撤銷決標、解除契約情形係採購機關依政府採購法規定應作為之義務，倘勞動派遣法規定，要派契約無效時，即責由要派機關應負與派遣勞工間成立勞動契約之義務，也不符正義之原則。

另外，依政府採購法施行細則第五十八條規定，機關依本法第五十條第二項規定撤銷決標或解除契約時，得重行辦理招標；原係採最低標為決標原則者，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。是以，目前實務上在勞動派遣之採購上，採購機關依上開規定辦理時，皆會要求後續得標之廠商，必須接手之前被撤銷決標或解除契約之廠商所留下之派遣勞工，以解決派遣勞工面臨的窘境；但勞委會版勞動派遣法草案第二十條規定，禁止要派契約約定特定派遣勞工，故未來遭遇上述情形，派遣勞工恐怕只能自求多福，或向其法律上雇主之派遣機構主張本身應有之權利了。

第二、終止契約之情形

要派契約終止後，目前採購實務上均由採購機關與派遣勞工間先行簽訂一個月左右的定期契約，再由採購機關重行辦理招標，決標後再轉掛由得標廠商接手，換言之，派遣勞工的雇主在短期內做了三次

更換，但所從事的工作一點也沒改變。成為問題者，勞委為會版勞動派遣法草案第二十二條第二項規定，派遣契約或要派契約期限屆滿，派遣勞工繼續為要派機構提供勞務，而要派機構不即表示反對意思時，視為派遣勞工與要派機構成立勞動契約；則因採購機關行使法定終止權之情形是否包括在期限屆滿之內？所成立之勞動契約之性質是否屬於勞動基準法第九條規定之定期契約？以及草案同條第三項所謂勞動派遣期不得超過一年，是否因採購機關曾僱用派遣勞工一個月而從新起算？以上問題，未來如勞動派遣法立法施行後，各採購機關或勞工主管機關，允應注意或釐清者。

第二款 底價之訂定與決標

決標相當於民法上承諾意思表示，機關辦理採購之決標方式原則上有，採訂有底價之最低標決標、未訂底價之低標決標以及最有利標決標三種方式。但採最有利標決標者，以異質之工程、財物或勞務採購而不宜以最低標辦理者為限²⁷⁸。目前有關採購機關辦理勞動派遣人力之採購實務上，均係以最低標決標辦理²⁷⁹。再者，機關辦理採購，除因訂定底價確有困難之特殊或複雜案件、以最有利標決標之採購、以及小額採購得不訂底價外，應訂定底價。底價應依圖說、規範、契約並考量成本、市場行情及政府機關決標資料逐項編列，由機關首長或其授權人員核定²⁸⁰。從而，採購機關辦理勞動派遣人力之採購時，原則上採取訂定底價之最低標決標來辦理。

成為問題的是，固然採購機關訂定之底價應考量到，其與廠商間對於派遣勞工之工作內容、勞動條件、薪資等約定，以及廠商法定支出（例如退休金提撥、勞健保費等）、營業管銷費用等，而為合理的

²⁷⁸政府採購法第 52 條。

²⁷⁹行政院第 2983 次會議院長指示，爾後機關辦理採購以「最低標為原則、最有利標為例外」。

²⁸⁰政府採購法第 46 條及第 47 條。

編列；但是以最低標決標，乃本於市場自由競爭精神²⁸¹，其本身即存在廠商低價搶標之可能性，雖然依政府採購法第五十八條規定，採購機關如認為最低標廠商之標價偏低，顯不合理，有降低品質、不能誠信履約之虞或其他特殊情形，得不決標予該廠商，並以次低標廠商為最低標廠商²⁸²，但以公部門公務人員相對保守作風，寧可要求廠商繳交差額保證金也不輕易的改決標給標價合理之次低標廠商²⁸³。從而，因低價搶標之結果，廠商勢必轉嫁派遣勞工，其結果導致不當剝削的問題。尤有進者，觀察比較某些機關、國營事業近年來在勞健保費的調漲及勞退新制實施前後，每個勞動派遣人力之決標單價，並未明顯比例提高，甚至有往下調降之情形，除非個案之勞務之給付內容及勞動條件等有所調整，否則，對於派遣勞工不當剝削的嚴重性就不言而喻了。

再者，對於複數決標情形亦有探討的必要，所謂「複數決標」係指機關得於招標文件中公告保留採購項目或數量選擇之組合權利，但應合於最低價格或最有利標之競標精神²⁸⁴。換言之，機關採用複數決標方式者，第一、招標文件訂明得由廠商分項報價之項目，或依不同數量報價之項目及數量之上、下限。第二、訂有底價之採購，其底價依項目或數量分別訂定。第三、押標金、保證金及其他擔保得依項目或數量分別繳納。第四、得分項報價者，分項決標；得依不同數量報價者，依標價及可決標之數量依序決標，並得有不同之決標價。第五、分項決標者，得分項簽約及驗收；依不同數量決標者，得分別簽約及驗收²⁸⁵。因此，倘若，採購機關運用複數決標辦理勞動派遣人力之採

²⁸¹有關比減價格規定，參見政府採購法第 53 條、第 54 條。

²⁸²政府採購法第 58 條規定：「機關辦理採購採最低標決標時，如認為最低標廠商之總標價或部分標價偏低，顯不合理，有降低品質、不能誠信履約之虞或其他特殊情形，得限期通知該廠商提出說明或擔保。廠商未於機關通知期限內提出合理之說明或擔保者，得不決標予該廠商，並以次低標廠商為最低標廠商。」

²⁸³作業程序參見工程定頒「依政府採購法第五十八條處理總標價低於底價百分之八十案件之執行程序」。

²⁸⁴政府採購法第 52 條第 1 項第 4 款。

²⁸⁵政府採購法施行細則第 65 條。

購時，可能出現（一）同一項目的標案，依不同數量（派遣人力）分別決標予二家以上廠商，其決標價相同；（二）同一項目的標案，依不同數量（派遣人力）分別決標予二家以上廠商，其決標價不相同；（三）不同項目標案，決標予同一家廠商，其決標價各不相同；（四）不同項目標案，決標予二家廠商，其決標價各不相同。一般而言，工作條件性質相同的會歸類為同一項目，工作條件性質不相同的會分別歸屬於不同之項目。因此，依複數決標的結果，同樣勞動條件之一群派遣勞工，可能分別來自各不同派遣公司，其工資亦可能不同；或者，屬於同一家派遣公司之員工，被派遣至相同要派機關工作，但其勞動條件雖相同，薪資卻報酬不相同；或再者，屬於同樣一家派遣公司之員工，被派遣至相同要派機關工作，但其勞動條件與薪資報酬均不相同。是故，在此情形下，本質上即有可能導致結構性的差別待遇的問題。

第三項 履約管理及驗收

第一款 履約管理

政府採購法對於履約管理，原則上責由採購機關應明訂廠商執行品質管理、環境保護、施工安全衛生之責任，並對重點項目訂定檢查程序及檢驗標準。機關於廠商履約過程，得辦理分段查驗，其結果並得供驗收之用²⁸⁶。是以，如何履約管理大多委諸採購契約來規範，而在勞動派遣人力之採購上之履約管理，即係依據要派契約。目前因勞動派遣尚無法律規範，故對於要派契約的內容訂定，本於契約自由原則，由契約當事人自行約定；政府採購契約性質上是定型化契約，原則上由採購機關事前所擬訂，已如前述，故採購機關透過採購契約琳

²⁸⁶政府採購法第 70 條。另政府採購法第 63 條至 68 條有關損害賠償、轉包及分包等規定不在本文探討範圍。

瑯滿目的要求²⁸⁷，例如，派遣特定員工，派遣勞工事前面談、試用期間及懲戒權行使範圍、違約條款、扣罰等之約定，以利遂行其履約管理；從而，產生勞動派遣上千奇百怪之亂象，當然就不足為奇了。

另外，政府採購法第六十四條規定：「採購契約得訂明因政策變更，廠商依契約繼續履行反而不符公共利益者，機關得報經上級機關核准，終止或解除部分或全部契約，並補償廠商因此所生之損失。」倘採購機關因政策變更，而終止或解除要派契約時，以及其他因要派契約所約定之解除權、終止權行使後，派遣勞工之權益如何保障，此等種情形與上述採購機關依政府採購法第五十條第二項規定，撤銷決標、終止契約或解除契約導致之問題相當，目前勞委會版勞動派遣法草案規定無法提供解答，本文將一併於下節提出看法與建議。

第二款 驗收

政府採購法雖對於機關辦理驗收之程序定有規範²⁸⁸，但原則上仍委諸採購契約來約定。在驗收階段，有關勞動派遣人力之採購上會產生關聯者，最重要有以下三點：第一、因採購機關自始即以勞務承攬、業務外包之前提設定採購契約²⁸⁹，故派遣勞工雖在採購機關指揮監督下服勞務，但是只要派遣勞工違反工作規範（規則），當日即不予計價且計罰高額違約金，此將涉及不當剝削以及懲戒權行使的問題。第二、派遣勞工之雇主是得標廠商，所以給付派遣勞工工資的人是廠商；廠商擔心因採購機關驗收付款時可能有對採購機關因債務不履行而被處違約金之情事，故廠商通常會與勞工約定在某種情況下，必須預扣勞工工資作為未來違約金或賠償費用，此涉及是否違反勞動基準

²⁸⁷參見附錄「某醫院傳送人力業務委外服務契約書」，其性質應屬勞動派遣性質，且本文觀察到公部門的勞動派遣採購契約書確實有極其不合理之約定。

²⁸⁸政府採購法第 71 條及第 72 條。

²⁸⁹參見附錄「某醫院傳送人力業務委外服務契約書」，以業務委外或勞務承攬設定採購契約，但其性質應屬勞動派遣性質。

法第二十六條之問題。第三、一般採購機關的給付契約價金都是採按月分期（批）查驗後付款給廠商，由於廠商資金的調度考量或本身根本無足夠資力，通常廠商也會和勞工約定於收到契約價款後之一定期間內，將勞工應得之薪資給付之。但問題是，倘廠商與採購機關間有驗收爭議時，勢必無法順利取得契約價金，而勞工工資即無法如期發給，此涉及是否違反勞動基準法第二十三條之問題。

第四項 爭議處理

第一款 招標審標決標之爭議

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規定提出異議及申訴。而廠商對於機關辦理採購，對於招標文件規定，或對於招標文件規定之釋疑、後續說明、變更或補充，或對於採購之過程、結果，認為違反法令或我國所締結之條約、協定，致損害其權利或利益者，得於規定之一定期限內，以書面向招標機關提出異議。又廠商對於公告金額以上採購異議之處理結果不服，或招標機關逾期限不為處理者，得於規定期間內，以書面向管轄採購申訴審議委員會申訴²⁹⁰。再者，因審議判斷，視同訴願決定，故廠商對於申訴會之審議判斷不服者，得向管轄高等行政法院提起撤銷訴訟²⁹¹。

關於招標、審標、決標之爭議，其爭議處理之結果可能有以下三種情形：（一）廠商提出異議或申訴，招標機關評估其事由，認其異議或申訴有理由，而自行撤銷、變更原處理結果，或暫停採購程序之進行²⁹²；（二）採購申訴審議委員會審議判斷，指明招標機關原採購行為有違反法令，並建議招標機關處置之方式²⁹³；（三）審議判斷未被行

²⁹⁰政府採購法第 74 條、第 75 條及第 76 條。

²⁹¹政府採購法第 83 條及行政訴訟法第 4 條。

²⁹²政府採購法第 84 條。

²⁹³政府採購法第 82 條。

政法院支持，機關原採購行為遭撤銷。以上會與勞動派遣人力之採購上會產生重要關聯影響者，乃是因此結果導致採購契約（要派契約）無效、解除或終止之情形，亦即與決標或簽約後發現得標廠商於決標前有不正行為之情形者，依政府採購法第五十條第二項規定，應撤銷決標、終止契約或解除契約之情形相當，詳見本節第二項第一款。

第二款 採購履約之爭議

如前所述，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²⁹⁴，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²⁹⁵，且調解屬廠商申請者，機關不得拒絕²⁹⁶；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²⁹⁷。是以有關契約爭議，在採購實務上，政府採購法的調解制度深受廠商或採購機關所樂於使用。

雖然，有關採購履約爭議調解制度乃為採購契約的當事人，亦即採購機關與廠商間契約履約之爭議所設之訴訟外紛爭解決機制，但因為廠商亦可能是自然人且可能成立勞動關係，已如前述。當有勞動關係存在的政府採購勞務契約發生履約爭議時，其本質上即是勞資爭議之問題，此時，採購機關或廠商任何一方依政府採購法第八十五條之一規定申請調解者，就是勞資爭議之調解，申言之，採購履約爭議調解制度亦可能是勞動法上多元 ADRs 型態之一。

再者，在非以自然人為廠商的勞務承攬或業務委外的情況，因採購履約爭議當事人是機關與廠商間，只有採購機關或廠商得申請採購

²⁹⁴政府採購法第 85 條之 1 第 1 項。

²⁹⁵政府採購法第 85 條之 1 第 3 項。

²⁹⁶政府採購法第 85 條之 1 第 2 項。

²⁹⁷政府採購法第 85 條之 3、第 85 條之 4。

履約爭議調解；倘廠商與其所雇用之勞工間的勞資爭議申請調解者，其因當事人不適格，採購申訴審議委員會應為不受理之決議²⁹⁸。但是，勞動派遣涉及三面法律關係，因此，採購與廠商間因契約（要派契約）之爭議，往往會涉及派遣勞工工作內容與性質、勞動條件、派遣期間、指揮監督、懲戒權行使、安全衛生與職災補償責任等事項，直接對派遣勞工發生影響，換言之，勞動派遣關係之勞資爭議本質上亦有三面關係的問題；是故，當採購機關（要派機構）與廠商（派遣機構）間因此種採購履約爭議，向該管採購申訴審議委員會申請調解時，就該調解事件，派遣勞工即是有法律上利害關係之第三人，此時，調解委員得依職權審酌通知該派遣勞工參加調解程序²⁹⁹。總之，在公部門運用勞動派遣所生之三面關係的勞資爭議，政府採購法上之調解制度，亦可成為勞動法上多元 ADRs 型態之一。

第三節 相關法律問題與解決

由上述政府採購程序與締結勞動派遣契約之關聯，發現在公部門運用勞動派遣之相關法律問題形形色色，以下將就國內文獻上所提及的僱用安定、雇主責任、不當剝削、差別待遇、懲戒權行使、團結協商等六種法律問題（第二章第二節第二項）予以歸類，分別加以探討並嘗試提出解決方式。

第一項 僱用安定的問題

觀察公部門在採購派遣人力，幾乎難得見到是以勞動派遣契約（要派契約）之名義呈現，一般均以勞務承攬、委外人力或業務外包等形式出現，惟其實質內涵卻是勞動派遣契約，故以下將就偽裝承

²⁹⁸採購爭議調解規則第 10 條。

²⁹⁹採購爭議調解規則第 14 條。

攬、勞務承攬、虛擬派遣等影響僱用安定性之最主要問題者予以討論，再就採購契約常見的特定人選、面試及試用等問題探討，最後我國在法制上有無區分經常雇用型及登錄型勞動派遣之必要，以促進僱用安定的問題，亦值探討。

第一款 偽裝承攬

所謂「承攬」，係指依照發包機構之希望，承攬事業者本於自身之裁量及責任，使用自己所雇用之勞工以完成工作，發包機構並無指揮命令承攬事業者之勞工從事業務之權力。所以承攬是「僱用與使用一致」，而勞動派遣是「僱用與使用分離」，就此點而言，乃承攬與勞動派遣間最大差異³⁰⁰。而所謂偽裝承攬或假裝委託，指形式上以承攬契約或業務委託契約的名義，但承攬人或受任人自己並不指揮監督勞工，而由發包機構或委託機構實際進行指揮命令以遂行業務，而有「僱用與使用分離」之情事。更有甚者，在公部門運用勞務承攬、業務委託或外包的型態辦理勞務採購，雖以承攬契約或委外契約稱之，但得標廠商之勞工並不獨立作業，而是與採購機關之職員，混合編組共同遵從採購機關之指揮監督，在同一工作場所，從事同一工作內容。此種偽裝承攬或假裝委託的情形，證諸鄰近日本的實務運作情形，其目的乃在於規避勞動派遣法律所為之規範³⁰¹。但反觀我國因勞動派遣本身即無法可管，遑論所謂偽裝承攬或假裝委託之情形，尤應注意者，公部門依政府採購法辦理勞務承攬或勞務委託，一般均以最低標決標為原則，此種情形會造成廠商低價搶標，其結果對於勞工的處境，無異雪上加霜。為此，勞工主管機關允應予以正視，盡速完成勞動派遣之立法工作，並將偽裝承攬或假裝委託的情事導入正軌。

³⁰⁰有關勞動派遣與承攬之區分基準，於第二章第四節第三項已有詳細說明。

³⁰¹安西愈，労働者派遣法の改正点と実務対応，労働調査会，2004年06月，行政院勞工委員會編譯，頁92。

第二款 勞務承攬應適度禁止或調和

目前勞務承攬、勞務外包情形相當普遍，行政院勞工委員會八十九年函釋³⁰²認為，「事業單位如確基於經營型態考量，將其生產或相關業務之部分適當轉包予勞務外包公司承攬，現行勞工法令並無明文禁止。」而間接承認勞務承攬之合法性。或許有人認為，勞務承攬已經侵蝕到勞動法所保護的勞動核心價值，亦即勞工不是商品，而勞務作為承攬之標的本身就是將勞工商品化、物化之結果。但實際上，只要有勞動力市場存在、只要雇主與勞工是在市場上自由地約定僱用與受雇，則勞動力就商品。因為勞工基本上有所謂從屬性，勞動力與勞工本身的人格具有不可分割的關係，故雇主支配勞動力就等於是支配勞工整個人，因此勞工整個人格也就受雇主支配而具有從屬性。換言之，勞工受雇主僱用時付出人格從屬性作為代價，而雇主應提供相當之工資及其他勞動條件並負擔一定之照顧保護義務作為代價。既然，現行勞動市場必須承認勞動力是商品下，為避免對勞工造成不公平或甚至被物化的傾向，勞動法必須創設各種制度去衡平與克服³⁰³。

因此，本文認為，勞動力就是商品乃現行勞動市場必須承認的事實，所以勞務承攬應容由市場決定，不可能全面禁止；但是，勞動派遣制度不應僅只是新興的、創新的非典型工作型態而已，甚至我們可以說，因勞務承攬的無限制濫用，可能對勞工造成極度不公平並可能侵害勞動法保護勞動核心價值之虞，故創設勞動派遣制度，其制度本身也有扮演衡平及克服對勞工造成的不公平及勞工可能被物化之功能。從而，勞務承攬在勞動派遣法制化時，應可考量適度禁止或予以調和，亦即，在法律制度設計上，可做以下二點規範：

一、非勞動派遣業務範圍之工作：不管未來勞動派遣業務是採正面表列或負面表列，只要是不適用（或尚未開放）勞動派遣業務範圍

³⁰²行政院勞工委員會 88.05.12 台勞資二字第 0018469 號函。

³⁰³ 黃程貫，前揭書，頁 23-47。

之工作，依舉輕明重的法理，該等工作不應使用勞務承攬。在法律設計上，應明文禁止並訂罰則。

- 三、 勞動派遣業務範圍之工作：既然屬於勞動派遣業務範圍之工作，法律設計的前提應在於防範實質上是勞動派遣關係，而假藉勞務承攬之名的所謂脫法行為。倘若是此種脫法行為，法律設計上，除予以處罰外，並將原本脫法之承攬關係擬制成為勞動派遣關係，以保護派遣勞工。其他如本質上屬於勞務承攬性質者，亦即，契約之目的在於一定工作的完成，且定作人對勞工並無指揮監督及懲戒等權限者，根本上不會涉及勞動派遣關係，應委諸勞動市場來決定。

第三款 虛擬派遣（並論 93 年度重勞訴字第 3 號判決）

前面所舉台中地方法院 93 年度重勞訴字第 3 號判決，即是公部門採購勞動派遣人力時，被法院認定屬虛擬派遣之案例，雖本案於 96 年 6 月 20 日遭台灣高等法院台中分院 95 年度重勞訴字第 3 號判決廢棄，但本案對於虛擬派遣之問題上仍值探討。

第一目 日本的經驗

在日本法制經驗上，由於勞動者供給事業因含有中間詐取及強制勞動之危險性，故職業安定法第四十四條規定全面予以禁止（除工會經營者外），但產業界為因應禁止之規定，紛紛以承攬契約的形式，利用承攬勞工，針對此問題，於 1948 年遂增訂該法施行細則第四條規定承攬與勞動者供給之區別標準；並於 1950 年增訂施行細則第四條第二項規定，縱使符合施行細則第四條第一項各款規定之要件，如係為規避職業安定法第四十四條規定而偽裝承攬者，亦視為勞動者供

給事業³⁰⁴。

然而，有關勞動力供需調整的機制中，勞動派遣事業並非是嶄新的事業，以供給勞工於第三人並在該第三人指揮命令下服勞務，亦是其中一種工作型態，而為規避職業安定法第四十四條全面禁止之規定，自 1970 年代中期後企業廣泛運用勞務承攬、業務委外的勞務供給型態，當然在此種情況下，一方面會觸及到是否違反職業安定法第四十四條之問題；另一方面，以此種型態提供勞務之勞工往往會主張其與實際上為指揮命令之要派企業間成立僱用關係，以保障其本身之權利³⁰⁵。從日本當時實務案例上，有許多係以派遣企業派遣勞工提供勞務獲取利益乃違反勞基法第六條及職業安定法第四十四條規定而予以告發，遭到處以有罪判決之事例；另外，法院判決認為，勞工實際履行勞務的對象為要派機構，契約締結者與實際履行者分離不一致，而否定派遣公司與勞工間有勞動契約，並進一步認為要派企業與派遣勞工間存在使用從屬關係，並從具有此「使用從屬關係」的事實推定「默示」的意思表示合致，而判決要派企業與派遣勞工之間成立勞動契約，要派企業應負雇主責任之案例，極為普遍³⁰⁶。

又依學者所整理當時日本法院基於當事人默示合意而認為要派機構與派遣勞工之間成立勞動契約，要派機構應負雇主責任之判決中，大概有以下四種情形，第一、要派機構與派遣勞工間存在有所謂勞工接受雇主指揮命令下服勞務之「使用從屬關係」者；第二、要派機構參與該當派遣勞工採用的決定者；第三、承攬或業務外包名義所支付之費用，是以該當勞工工作時間工資為基礎來算定，其實質上要派企業對勞工有工資給付的性質者；第四、不認為勞務供給單位是具有獨立的派遣企業實體，或者認為勞務供給單位僅是要派機構支付勞

³⁰⁴ 邱祁豪，台灣勞動派遣法制化之研究-由日本勞動派遣法制及政策之歷史發展考察，致良出版社，2003 年 12 月，頁 110-112。

³⁰⁵ 中野麻美，労働者派遣の法律相談，派遣労働研究会，2001 年 03 月，頁 13-16。

³⁰⁶ 小室豊允，使用者概念と労働者派遣-その法的展開と立法上の対応，総合労働研究所，1986 年 1 月，頁 225-233。

工工資的代行機關一般，而不能承擔雇主的實質機能與責任。然而，以上法院判決僅僅以「使用從屬關係」存在，以及當事人間有所謂「默示之合意」來認定成立勞動契約，學說中即提出不少質疑。因此，有人認為勞動者供給事業如能充分的承擔作為雇主的實質責任，而且在不損及受供給的勞工之僱用及勞動條件，以及要派企業本身勞工之僱用權益也受不影響情形下，應將「勞動派遣」從受職業安定法第四十四條禁止之勞動者供給概念中抽離出來，使其成為合法的工作型態。當然，在勞動派遣法制定之過程當中，贊成與反對之意見對立，曾有激烈爭辯，最後始制定「勞動派遣法」，所以依據職業安定法第四條第六項，該當於派遣法第二條第一項所定之勞動派遣者解除禁止³⁰⁷。

第二目 本文看法

如前所述，有關 93 年度重勞訴字第 3 號判決，第一審與第二審間之爭議問題點主要有二：第一、雖均不否認勞動派遣之合法性，但第一審法院認為人力派遣制度在「勞動派遣期間」及「派遣業務範圍」等二大要件限制下，應僅適用於「非長期性」之工作型態；惟第二審法院認為人力派遣制度目前並無法律對業務種類、期間之規範的限制。第二、勞動派遣契約如應受業務種類、期間之限制，其為規避法律之限制，而為「脫法行為」，第一審法院認為以迂迴方法逃避勞動基準法之適用，以達其實質享有原告等人長期提供勞務之實質目的之脫法行為於法即屬無效；惟第二審法院認為其違反規定，僅係各該僱傭契約或要派契約之法律效果問題，不能直接推論契約以外之人成立另一個契約。

一、應否僅適用於「非長期性」之工作型態

93 年度重勞訴字第 3 號判決以台電公司迴避強行法規之適用，以

³⁰⁷中野麻美，労働者派遣の法律相談，派遣労働研究会，2001 年 03 月，頁 17-18。

迂迴方法達成該強行法規所禁止之相同效果之脫法行為，應屬無效；並基於保護勞工之立場，因台電公司與勞工間具有使用從屬性，而認定勞動契約關係之成立。本案立論之基礎，與上述日本法院判決以「使用從屬關係」存在，以及當事人間有所謂「默示之合意」來認定成立勞動契約之觀點，有其雷同之處。但因在強行法規之禁止部分，「勞動派遣」是日本當時職業安定法第四十四條明文禁止者，而我國因司法實務均已承認勞動派遣制度之合法性前提下，本案第一審判決僅得以人力派遣制度應僅適用於「非長期性」之工作型態之外國立法例（或法理），來論斷台電公司以迂迴方法達成該強行法規所禁止之目的，其立論基礎顯然較日本判決來得薄弱，因此遭到第二審法院廢棄，當是其最主要之緣故。

然而，本文贊同第一審法院所稱，派遣制度在「勞動派遣期間」及「派遣業務範圍」等二大要件限制下，對於季節性、臨時性、短暫性之工作所需人力，得委由派遣機構提供派遣勞工支援此部分人力之需，故人力派遣制度應僅適用於「非長期性」之工作型態之見解。因為，從先進國家經驗來看，勞動派遣本質上乃「非典型勞動」之一種，在處理勞動派遣問題上，均持戒慎恐懼，逐步放寬之政策，深怕任其無限制的使用發展衝擊到傳統的雇用型態，造成僱用不安定。從而，第二審法院以「我國勞動派遣法草案目前並非僅有單一版本，且該草案尚未制定通過，尚無規範拘束力，且行政院勞動委員會制定之派遣勞工權益參考手冊載述內容可知，勞動派遣關係中，要派公司使用派遣勞工並無期間之限制」之理由而未予支持原審的判斷，其見解顯然相當保守；蓋以，就是勞動派遣法尚未立法通過而行政院勞動委員會制定之派遣勞工權益參考手冊也僅是重申目前勞動法令，故在此法律不備的情況下，即要法院本於「法理³⁰⁸」判決，使執法者自立於立法者之地位，尋求就該當案件所應適用之法則，以實現公平與正義，調

³⁰⁸ 民法第一條：「民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理。」

和社會生活上相對立之各種利益³⁰⁹。

二、「脫法行為」是否推論要派企業與派遣勞工間成立勞動契約

參照前述日本法院判決，要派企業與派遣勞工間存在使用從屬關係，並從具有此「使用從屬關係」的事實推定「默示」的意思表示合致，而判決要派企業與派遣勞工之間成立勞動契約，要派企業應負雇主責任之案例。學者間或其他法院判決亦有提出批判者，認為僅僅以「事實上之使用從屬關係」存在，在無經驗法則或一般社會通念下，去推定使用者與該勞工間有「服勞務」及「給付報酬」之意思，而有默示勞動契約的成立，顯然是缺乏理論基礎且不當的³¹⁰。我國本案第二審法院認為，縱使違反規定僅係各該僱傭契約或要派契約之法律效果問題，不能直接推論契約以外之人成立另一個契約，似乎與上述日本批判者之意見相當，換言之，第一審法院論點似有商榷之餘地。

從而，在本案之立論基礎上有無尋求其他法律關係之規範，來加以解決，頗值得深思。就此議題而言，學者間有認為³¹¹，事實上本案可能涉及民法第八十七條「通謀虛偽意思表示」之問題，因為台電公司與勞工終止勞動契約，如果是依勞動基準法第十一條規定之預告終止方式，意味著台電公司已有裁員的必要性，但若真符合裁員解雇勞工之要件時，幾乎難以想像再以勞動派遣方式使用原有勞工，故台電公司之資遣員工行為本身之合法性即有疑義；至於原勞工被資遣後，台電公司與派遣公司締結虛擬勞動派遣契約時，即事先約定要求派遣公司必須整批僱用原台電公司所資遣之員工，而派遣公司依此再與被資遣員工締結虛擬的勞動契約，故後面二個契約（聯立契約³¹²）因屬

³⁰⁹ 王澤鑑，民法總則，三民書局，1999年3月，頁29。

³¹⁰ 小室豐允，使用者概念と労働者派遣-その法的展開と立法上の対応，総合労働研究所、1986年1月，頁228。

³¹¹ 邱駿彥，勞動派遣法律關係若干疑義之考察，臺北大學法學論叢，第60期，2006年12月，頁60-62。

³¹² 所謂「聯立契約」指兩個以上的獨立契約，不一定同時存在於一契約書上，不失其個性，但相互間的條件。參見林誠二，民法債編各論（上），興大法學叢書，1994年11月，頁18。

於通謀虛偽之意思表示，依民法第八十七條第一項規定，其意思表示無效。又其通謀虛偽之意思表示之主要目的，乃在於隱藏繼續雇用原被資遣員工（派遣勞工）之事實，故依民法同條第二項規定「虛偽意思表示，隱藏他項法律行為者，適用關於該項法律行為之規定。」，亦即台電公司繼續雇用原被資遣員工（派遣勞工）。本文贊同上述之見解，因為公部門為規避勞動法有關雇主責任之規定，於適用勞動基準法及勞工退休金條例施行前後，即大量解雇臨時勞工，再依政府採購法採購外包人力，直接由外包公司接手；雖然在法律關係的外觀上有「機關辦理採購人力」、「終止原有勞動契約」、「由得標公司接手僱用」，「由公司派遣到機關服勞務」等程序，但實質上在整個運作過程當中，勞工幾乎一切沒有改變且毫無選擇地，配合採購機關順理成章完成「雇主的轉換」，也就是三者當事人間存在著「通謀虛偽意思表示」，其法律效果當如上述所言。

第四款 特定人選的問題

如前所述，派遣機構之義務只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。除非當事人有特約，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。當事人間如有特別約定，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，免其給付之義務³¹³。

從而，派遣機構與要派機構締結要派契約後，原則上有關人選問題要派機構理應在契約中事先約定所需要的派遣勞工應具備的學

³¹³黃程貫，前揭文，頁 298-300。

識、能力、專長等條件，至於派遣機構擬派何人至要派機構提供勞務，係屬派遣機構的權責，要派機構不宜介入人選問題，否則將會導致勞動派遣關係發生質變，因為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，如此，將可能影響僱用安定性及勞工之就業條件有被降低之虞³¹⁴。是故我國勞委會版勞動派遣法草案第二十條亦參考德國及日本的立法例，明文規定禁止派遣機構與要派機構雙方簽訂要派契約不得有特定某派遣勞工之約定。但是，法律全面禁止要派機構與派遣機構約定特定人選之問題上，學者邱駿彥教授認為，在少人數之派遣需求時，毋寧說未抱持非常堅決之反對立場，例如甲要派機構知悉乙派遣機構旗下擁有一位精通希伯來文之A君，剛好甲公司在短期內需要希伯來文之翻譯人才，如法律禁止甲公司與乙公司間特定派遣A君時，不只不合情理亦有恐損及A君之工作機會。不過，因勞動派遣之運用，本質上即為「非典型勞動」之一種，故只能當作補充性人力之運用，從世界先進國家制定勞動派遣法規範之經驗來看，皆採取儘量避免使勞動派遣有取代傳統僱用之可乘之機；以日本進步之法制現況尚且明文禁止要派機構特定派遣勞工，用以確保僱用安定之政策，更何況我國目前尚未有勞動派遣法實體規範下，自然更應戒慎處理³¹⁵。本文贊同上述看法，派遣機構與要派機構間特定某派遣勞工原則上應立法予以禁止；但如在特殊情形且符合一定要件下（例如少數人且短暫期間內之特殊專門人才性質的派遣）似可作例外的處理，容許以特約約定。

第五款 面試及試用等問題

觀察公部門的採購實務上，一般採購機關可能不會明目張膽地於

³¹⁴邱駿彥，勞動派遣法律關係若干疑義之考察，台北大學法學論叢，第60期，2006年12月，頁58。

³¹⁵此觀點參見邱駿彥，同前註，頁63-64。

採購契約上直接作特定派遣勞工之約定，而是透過事前面試、試用期間或其他可能額外增加廠商成本之設計，達到由採購機關得以介入派遣勞工人選決定的目的。以下是本文所觀察到的普遍對於進用派遣勞工之約定：

- 一、事前面試：「廠商派駐人員應先由機關需用單位主管面試，經機關面試合格同意始得雇用。」
- 二、試用期間：「新進工作人員須派駐病房試用二天，經機關試用合格同意始得雇用。」、「乙方派遣人力，必須至本院或○○療養院試用一個月，合格後才錄用。」
- 三、其他額外增加廠商成本之設計：「廠商之派遣人員如在本機關無作業經驗之新人，應於本契約生效前十日接受機關提供之職前訓練，機關免收訓練費用，但應支付受訓人員之任何費用，概由廠商自行負責。履約期間，如有再須機關提供新人教育訓練時，機關得按每小時三百元計費，並於廠商報領費用或保證金中扣除。」、「機關基於為民服務之效率、品質，得推薦派遣工作人員名單，並得要求廠商更換機關認為不適任之工作人員，廠商應於二日內更換人員，如無法及時更換，致影響機關業務推展時，機關得隨時通知廠商解除契約。」

第一目 事前面試

要派機構在派遣勞工受派遣之前，事先與擬派遣之勞工面談，可能出於各種不同原因背景，或許擔心派遣公司重利剝削派遣勞工；也許是想要事先「大體上」了解擬被派遣前來服務之人選，此等情形，在要派機構的人力資源管理上，應可以理解及容忍的。不過，要派機構仍得以運用其他多種管道與方式，達到相同的目的；倘要派機構堅持使用事前面試途徑，操作不當，恐怕容易介入派遣勞工人選之間

題，而造成勞動派遣之法律架構上之矛盾³¹⁶。

事實上，要派機構雖以面談、說明會等名目來執行事前面試，而實質如果是在決定派遣勞工人選時，勞動派遣之法律關係即已產生質變，此時，容易被理解成要派機構藉由事前面試，與派遣勞工間有關勞動條件形成合意，並於接受該人選時，存在著直接雇用該勞工之意圖；而且派遣公司認可（通知）派遣勞工前往事前面試，也容易被看成是在實行職業介紹之行為³¹⁷。是故，前述採購機關與廠商間關於「廠商派駐人員應先由機關需用單位主管面試，經機關面試合格同意始得雇用。」之約定，實質上已完全掌控派遣勞工人選之選定，非勞動派遣法律關係所容許，判斷上應認為違反派遣勞工特定之禁止，甚至可能構成虛擬派遣。

再者，在勞動派遣需求上，派遣公司覓妥派遣勞工人選，大致告知工作內容、工資、工作時間等必要勞動條件後，要求該準派遣勞工前往要派公司面談，此時，倘若派遣勞工前往面談的結果，要派機構不接受該派遣勞工時，是否應負擔何種責任，值得探討。由於派遣公司已與該勞工談妥工作內容、工資、工作時間等必要勞動條件，似已成立派遣之勞動契約或成立內定關係，勞工得基於勞動契約關係，請求依照契約就勞及請求工作報酬，是故，要派機構不接受該派遣勞工的結果，導致派遣公司須對該勞工終止勞動關係或取消內定關係，亦即派遣公司對該名勞工應負損害賠償責任（例如交通費與當日工作報酬等）；此時，要派機構如係以不合理之理由拒絕該勞工，派遣公司得依據要派契約之法律關係轉向要派機構請求損害賠償³¹⁸。

³¹⁶ 邱駿彥，勞動派遣法律關係若干疑義之考察，台北大學法學論叢，第 60 期，2006 年 12 月，頁 58-59。

³¹⁷ 中野麻美，労働者派遣の法律相談，派遣労働研究会，2001 年 03 月，頁 99、110。

³¹⁸ 邱駿彥，同註 308，頁 59。及中野麻美，同註 311，頁 109。

第二目 試用期間

試用乃是雇主評價試用勞工之職務適格性及能力，作為考量締結正式勞動契約與否，且存續期間較為短暫之定期性、實驗性之約定。基於契約自由原則，雇主及勞工均享有締結或不締結勞動契約之自由，而身為企業所有人之雇主則特別享有「採用自由」³¹⁹。申言之，所謂「試用期間」，依一般社會通念或僱用習慣上，應可認試用期間係在正式僱用前，規定一個試驗期間，觀察受僱勞工之工作態度、人格、技術、能力等特性，藉以決定是否正式僱用。亦即雇主在試用期間內保留其對勞工之解僱權，因未經試用無法預知勞工之工作態度之特性，如經試用發現其特性不合企業所需而不宜繼續僱用者，使企業保留較已在職勞工有更寬之解僱權³²⁰。至於試用期間，應於勞動契約明定，試用期間之長短，原則上技術層級愈低者，試用期間應愈短；反之，非長期觀察不足以判斷勞工之適格性者（例如高階技術或管理階層勞工），則可約定較長期間。倘試用期間過長，應解為違反公序良俗而無效³²¹

基於契約自由原則，在勞動派遣原則上應尊重當事人所約定之試用條款，但其約定之試用期間長短則應符合勞動派遣之本質，因勞動派遣僅是短期性、補充性之勞動力，就本文所觀察的上述公部門勞動派遣契約的期間只是一年且工作性質屬於技術層級極低者，故規範試用期間二天尚屬合理，但另一契約要求一個月試用期間顯然違反公序良俗，似應解為無效。惟無論如何，勞動契約之效力從試用期間開始即已發生，但雇主保留解僱權，一旦試用期間中發現試用勞工有不適格情形時，即得以之作為理由而解僱勞工（此時要派機關得以之為理

³¹⁹ 劉志鵬，論試用期間，收錄於「勞動法理論與判決之研究」，元照出版社，2002年8月，頁51。

³²⁰ 有關試用期間之法律性質有預約說、特別契約說、停止條件說、解除條件說、解僱權保留說及多元說六種，通說採解僱權保留說，參見劉志鵬，同註313，頁46以下。

³²¹ 民國八十六年六月十二日內政部(86)台勞動一字第024354號令修正發布勞動基準法施行細則第6條刪除第3項：「勞工之試用期間不得超過四十日。」

由請求更換派遣勞工)而已；因此，所謂「經機關試用合格同意始得雇用」或「試用一個月，合格後才錄用」應依上述解僱權保留之法理，試用期間內，派遣勞工與派遣機構成立勞動契約；派遣勞工在要派機構受領派遣勞工所提供勞務，應將契約價金給付派遣機構；派遣機構應支付派遣勞工試用期間之工資。倘採購契約中有「試用期間不計入履約期間」之約定或以試用不合格即屬於驗收不合格為理由，「不予付款」、「減價收受」或「扣罰違約金」等，皆非適法行為。

第三目 其他

上述公部門採購契約中，有部分外觀上雖載明免費為派駐新人實施職前訓練，但相對卻額外增加廠商之成本，因為在此「職前訓練期間」根本不計入契約履約期間，故廠商如與受訓人員已成立勞動契約或成立內定關係者，即應由廠商支付受訓人員費用。另部分契約透過「推薦派遣工作人員名單」及「要求廠商更換機關認為不適任之工作人員」之條款，實質掌握採購機關推薦人選上，迫使廠商接受，因為如非機關屬意人選，一再經機關通知更換，恐非廠商所能承受。從而，倘條款之實質目的是在完全掌控派遣勞工人選之選定，亦非勞動派遣法律關係所容許，應有違反派遣勞工特定之禁止之虞。

第六款 經常僱用型及登錄型勞動派遣之區分

勞委會否定「登錄型」勞動派遣之存在，但實務上「經常僱用型」勞動派遣極其罕見，一般而言，派遣公司在與客戶簽訂要派契約後，才會和派遣勞工簽訂派遣契約，亦即，在我國實踐上「登錄型」勞動派遣才是主流，目前法院均不否認其合法性，已如上述。但勞委會版勞動派遣法草案並未仿倣日本勞動派遣法規定區分經常僱用型及登

錄型勞動派遣，並對經營之派遣事業分別管理³²²；或許主管機關認為未來由勞動市場自行決定，但本文以為，應仿倣日本勞動派遣法規定予以區分，因為在勞動派遣之運作上至少有以下幾點意義：

一、區隔勞動派遣與職業介紹，並促進就業安定

如前所述，職業介紹的概念易與「登錄型」勞動派遣產生混淆，倘若在登錄型勞動派遣中，派遣機構與派遣勞工間所成立的勞動關係流於形式，僅名義上存在有僱傭關係，雙方並無任何實質上的權利義務關係；此時，勞動派遣有可能演變成有償職業介紹，派遣機構是否以登錄型勞動派遣之名，行職業介紹機構之實，以規避就業服務法之規定。是以，如仿效日本勞動派遣法規定區分經常僱用型及登錄型勞動派遣，並對經營之派遣事業分別管理，即經營常僱型派遣事業者（日本稱「特定型派遣事業」）採報備制，經營登錄型派遣事業者（日本稱「一般型派遣事業」）採許可制。如此，經營常僱型派遣事業者容許登記經營職業介紹，而經營登錄型派遣事業者，不容許登記經營職業介紹。除區隔勞動派遣與職業介紹，防止以登錄型勞動派遣之名，行職業介紹機構之實外，並可鼓勵經營常僱型派遣事業者僱用經常型派遣勞工，促進就業安定。

二、擬制成立勞動派遣契約、限制派遣勞工在受僱之禁止規範上

為保障派遣勞工權益，勞委會版勞動派遣法草案規定，派遣契約欠缺書面形式時，該契約無效；或者於派遣契約或要派契約期限屆滿、以及超過法定勞動派遣期間時，視為在派遣勞工與要派機關間成立勞動契約。以及禁止派遣機構限制於派遣契約或要派契約終止後，與要派機構另訂勞動契約之條款。事實上，這些規定只有在保護登錄型派遣勞工始具有較大實益，因為，常僱型派遣勞工與派遣機構基本

³²² 日本勞動派遣法第2條、第5條、第16條。

上就有勞動契約關係且一般而言屬於不定期契約，故縱使法律無強制派遣勞工與要派機構間成立勞動契約關係，對該勞工僱用安定性上影響似乎較小；只有在登錄型派遣勞工因為與派遣機構間之勞動關係屬於定期契約，當派遣契約無效時或終止後，擬制成立勞動派遣契約或限制派遣勞工再受僱之禁止上，有較大實益。

三、海外派遣報備之問題上

對於登錄型派遣勞工因為派遣機構於招募或僱用派遣勞工時有告知之義務，且派遣契約及派遣工作單均應記載派遣勞工之工作地點、工作內容，故登錄型派遣勞工應可事前知悉可能受海外派遣之可能性；然而對經常僱用型派遣勞工，未必於招募或僱用時即有受告知海外派遣之機會，例如原本僅受告知國內派遣之勞工，突然被派遣至海外工作，如派遣勞工不願接受，是否有不當調職問題，或派遣機構利用海外派遣以達到資遣或解僱勞工之目的。從而，在海外派遣之問題上，亦有將登錄型及經常僱用型派遣勞工分別處理之必要。

第二項 雇主責任的問題

第一款 因要派契約無效、解除或終止

如上節所述，在締結勞動派遣契約的關聯性上，有導致要派契約發生無效、解除或終止之情形，因公部門有政府採購法適用（介入）之下，其情形相對於私部門就顯得更加複雜；本文觀察勞委會版勞動派遣法草案似乎仍找不到解決答案，爰參考德國及日本立法例，試圖找尋解決方案，茲分述如下：

一、要派契約之無效

派遣機構之廠商未具合法資格（例如未經勞動派遣經營許可）或其他不正行為（例如借用或冒用他人名義或證件，或以偽造、變造之文件投標），而與採購機關締結之要派契約，其法律效力問題（無效或得撤銷），目前因無勞動派遣法明文規定，故尚難論斷。但依政府採購法第五十條第二項規定，採購機關決標或簽約後發現者，仍得撤銷決標，決標經撤銷後要派契約當然無效。此時，未來勞動派遣法得規定，派遣勞工如已在要派機構（採購機關）提供勞務，應視為派遣勞工與要派機構間成立勞動契約，且該勞動契約屬於定期性契約。定期性契約之期間如要派機構（採購機關）未即時與派遣勞工重新約定者，原無效之要派契約所訂之派遣期間，視為定期性契約之期間。再者，要派契約之無效時點，未必均在決標或簽約之時點，故在履約期間如發生有無效原因者（例如派遣機構破產、停業或許可遭撤銷時），則該無效時點即視為派遣勞工與要派機構間成立勞動契約之時點³²³。

二、要派契約之解除應比照終止僅向將來發生效力

政府採購法所規定之終止權或解除權，有法定形成權性質者（如第五十條第二項），亦有約定形成權者（如依第六十四條所為之約定），已如前述。契約終止後係向將來發生效力，故要派契約經終止後，派遣勞工原在要派機構所提供勞務給付，及要派機構對派遣機構支付價金，均是有法律上之原因，不生問題。但契約經解除後係溯及自契約成立時發生解除之效力，故契約解除時當事人有回復原狀之義務³²⁴；而回復原狀在涉及三方面的勞動派遣關係上，恐不切實際，且損及派遣勞工之權益，故在要派契約之解除時應比照終止權僅向將來發生效力³²⁵。

³²³ 德國勞工派遣法第 10 條第 1 項規定。

³²⁴ 參照民法第 259 條規定。

³²⁵ 參照日本勞動派遣法第 29 條規定。

三、要派契約屆滿、終止或解除

未來如勞動派遣法規定，要派契約之解除僅向將來發生效力；則當要派契約屆滿、終止或解除時，其法律效果得一起做統一之規定，亦即，當要派契約期限屆滿、終止或解除，派遣勞工繼續為要派機構提供勞務，而要派機構不即表示反對意思時，視為派遣勞工與要派機構成立勞動契約，且該勞動契約屬於定期性契約。定期性契約之期間如要派機構（採購機關）未與派遣勞工重新約定者，屆滿、終止或解除之要派契約所訂之派遣期間，視為定期性契約之期間。

第二款 因派遣契約無效

派遣契約即是派遣勞工與要派機構間之勞動契約，勞動契約屬於不要式契約，已如前述；但因在勞動派遣關係上，為保障派遣機構與派遣勞工間之權利義務，故德國及日本立法例均採書面要式契約之規定，勞委會版勞動派遣法草案第十八條亦有相同規定。但就其法律效果而言，勞委會版草案第二十二條僅規定，派遣契約不具書面形式者，無效；並對派遣勞工如已在要派機構提供勞務，應視為派遣勞工與要派機構成立勞動契約。此種規範並不周延，因為派遣契約無效的情形，不只是不具書面形式一種而已，其他無效情形諸如因派遣機構不具經營許可或許可失其效力之情形³²⁶，亦可能影響派遣契約的效力。此時，亦應納入規範，始足保護派遣勞工之權益。

為此，本文認為，對於因派遣契約無效及法律效果可做如下規定，派遣契約不具書面形式、派遣機構不具經營許可或許可失其效力者，無效，派遣勞工繼續為要派機構提供勞務，視為派遣勞工與要派機構成立勞動契約，且該勞動契約屬於定期性契約。定期性契約之期間，可準用要派契約無效之規定情形。再者，派遣契約無效係可歸責

³²⁶ 參照勞委會版第 34 條第 1 款規定，未經許可取得許可證者，而從事派遣業務者，應受行政罰之規定。

於派遣機構，所以派遣勞工於其與派遣機構所訂之契約無效時，得向派遣機構請求因信賴契約有效所受之損害；但派遣勞工已明知該契約具有無效原因者，不得請求乃屬當然³²⁷。

第三款 關於要派機關之雇主責任

觀察公部門勞務採購契約對於雇主責任皆會作以下規範，「廠商派駐之工作人員，與機關無任何僱傭、委任、或其他直接法律關係。派駐工作人員之勞動安全、衛生、職業安全、勞動災害、勞工保險等勞動基準法有關法令規定之雇主責任，概由廠商負責。」，此種條款最主要是採購機關在排除對於派遣勞工之雇主責任，因我國目前尚無勞動派遣法律之規範下，上述條款並不違反法律強制規定，乃屬當然。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。故於勞動派遣法上明文規定要派機構對派遣勞工負勞動基準法上部分勞動條件之責任；又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，有關工作場所安全衛生，規定要派機構之雇主視同該派遣勞工之雇主；以及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，均有其必要。換言之，未來勞動派遣法完成立法並施行後，有關公部門勞務採購契約對於雇主責任縱使仍有上開規範，亦因違反法律強制規定而無效。又本文認為有關兩性工作平等法之部分雇主責任，亦應由要派機關承擔，始足以保障派遣勞工，詳如本節第四項「差別待遇的問題」。

³²⁷參照德國勞工派遣法第 10 條第 2 項規定。

第三項 不當剝削的問題

有關勞動派遣關係，在公部門實際運用的情形，就不當剝削問題，主要可以分為（一）派遣機構在招募或登錄勞工階段之不當剝削問題；以及（二）派遣勞工在派遣勞務階段之不當剝削問題。

第一款 派遣機構在招募或登錄勞工階段

如前所述，有某人力派遣公司一方面到處以低價搶標方式，取得公部門之勞務採購契約；另一方面，刊登廣告以「公家機關約聘人員」、「公家機關徵才」、「公家機關培訓」、「公營單位代訓」等名義刊登廣告，收取學員三萬元費用後，再派遣至各個招標機關服勞務之案例，經公平交易委員會調查後，以該公司於廣告上或以其他使公眾得知之方法，就服務之內容為虛偽不實或引人錯誤之表示，依違反公平交易法第二十一條第三項準用第一項規定予以連續處罰達四次之案例³²⁸。

上開案例係因派遣公司招募員工時之廣告違反公平交易法遭到公平交易委員會處罰，惟仍有值得再探討者，首先本案人力派遣公司是否違反就業服務法規定之問題。依就業服務法第五條第二項規定，雇主招募或僱用員工，不得為不實之廣告或揭示（第一款）；亦不得扣留求職人或員工財物或收取保證金（第三款）。故該人力派遣公司在招募或登錄勞工階段，如有不實之廣告或揭示；或者扣留求職人或員工財物或收取保證金之情事，勞工主管機關本得以依法予以處罰。再者，依勞動基準法第六條規定：「任何人不得介入他人的勞動契約，抽取不法利益」，派遣雇主對派遣勞工抽取不法利益，係屬勞動基準法第六條規範之射程範圍，已如前述，故本案之人力派遣公司於招募

³²⁸ 行政院公平交易委員會 89 年 9 月 29 日（89）公處字第 159 號。

或登錄勞工階段收取「學費」之行為，如已構成「抽取不法利益」時，勞工主管機關即應依法處置，維護勞工權益。事實上，依本文所觀察，目前仍有少數不肖人力派遣公司於取得公部門之標案後，私底下收取「學費」後始同意僱用派遣之情事，而勞工爲了能夠獲得派遣至公部門服務，只好忍氣吞聲，隱忍不敢言，這種現象勞工主管機關豈可坐視不管，建議在勞動檢查時，要加把勁了。

第二款 派遣勞工在派遣勞務階段

一、來自政府勞務採購契約---要派契約

公部門辦理勞務採購契約一般都以最低價決標爲原則，而透過競標之結果，本即存在低價搶標之可能性，故就將本求利的廠商而言，其利潤的來源，當然就會是想盡辦法壓低支付給勞工的薪資。雖然有部分採購契約爲防止得標廠商不當剝削勞工，保障派遣勞工基本權益，在契約中訂定廠商應支付給派遣員工最低薪資下限之規定；但由於契約中採購機關會將所有可能想像得到的履約風險歸由廠商負責（此亦涉及雇主責任問題），例如：「廠商須保證所僱用人員素行良好……，若衍生一切法律責任由廠商負責」、「廠商所有派駐機關工作人員之福利、安全措施、訓練及工作中之職業傷害（如發生針扎事故時，其免疫球蛋白注射之相關費用……），概由廠商負責自行處理。廠商應遵守「勞工安全衛生法」及其施行細則，如有違反規定廠商應負完全之責任。」、「廠商派駐工作人員在工作中發生毀損機關設備儀器時，由廠商負責修復，若無法修復，廠商應以該儀器之帳面價值賠償。」等。再者，其契約之內容仍如「承攬契約」一般，動輒對派遣勞工之服勞務的不當行為皆處以違約扣罰處理（此亦涉及懲罰權行使問題），例如：「工作時間未帶識別證當日費用不予計價」、「通知不到、工作不力、不服從指揮當日不予計價，並按每人每日扣罰二千元」、「遲

到早退於一小時視同缺工一日，不予計價」、「接獲通知應於五分鐘內到達單位執行業務，逾時每次扣一點，扣滿四點視同缺工一日，當日不予計價」等。因此，廠商必然將此風險轉嫁給勞工而造成不當剝削。

二、來自勞動契約---勞工派遣契約

要派公司於取得公部門勞動派遣標案後，即會依據勞務採購契約（要派契約）內有關派遣期間、派遣勞工應從事之工作內容與性質、派遣勞工之工作地點、工作時間、休息時間等勞動條件，以及要派機構對於派遣勞工之指揮監督事項等，與派遣勞工簽訂勞動契約書（派遣契約），乃屬當然。觀察常見的公部門勞動派遣採購之得標廠商與派遣勞工訂立之勞動契約書有以下特點，分述如下：

- （一）勞動契約載明屬於「特定性」之定期契約，所謂「特定性工作」是謂某工作標的係屬於進度中之一部份，當完成後其所需之額外勞工或特殊技能之勞工，因已無工作標的而不需要者³²⁹。故就一般登錄型派遣勞工，派遣機構與派遣勞工所簽訂之勞動契約，其性質定性屬於「特定性」之定期契約，尚無疑義；又公部門勞動派遣採購契約大多是以一年以內為期間，但亦不排除超過一年者，此時，得標之派遣機構應依勞動基準法施行細則第六條規定，報請主管機關核備。
- （二）工作報酬雖以要派契約所要求之最低保障薪資為基準，但卻技巧性的載明「以上薪資已含二千元及員工出差費、加班費」，其用意乃在於，當勞工請假缺勤時「扣除二千元及當日薪資」作為違約金；並且所謂「當日薪資」並非勞工一天的薪資，因為採購機關對於派遣公司是按「決標價金」計算而扣款，故派遣公司係以遭受採購機關扣款額

³²⁹ 行政院勞工委員會 89 年 03 月 11 日 (89) 台勞資二 字第 0011362 號。

度，轉嫁由勞工承擔。再者，因部分採購契約中明定有廠商派駐人員有配合出差或加班輪值等之義務，並將相關差旅費及加班費等納入契約價金內，但派遣公司卻透過勞動契約之訂定，將相關費用包含於薪資中，換言之，已明顯違反勞動基準法第二十四條等規定。

- (三) 派遣勞工除配合採購機關上班時間外，部分採購契約會要求每月給予勞工一至二天休假，此時，派遣公司所訂定之勞動契約即會訂有「除國定假日外，工作人員每人每月得有○天不扣薪之特休假」，但問題是，除不扣薪之特休假外只要勞工請假即屬於缺勤，將被「扣除二千元及當日薪資」，換言之，派遣公司完全不願負擔勞動基準法第四十三條規定之雇主責任。
- (四) 其他風險責任轉嫁，例如，「離職當月薪資保留至業主確認不罰款即發放」、「乙方（派遣勞工）因缺工或違反甲方（派遣雇主）業主（要派機關）承攬合約相關規定而致甲方遭扣款時，該項扣款將於乙方當月薪資內扣抵，乙方不得異議。又乙方行為造成甲方與業主違約處理條件時，經業主通知甲方，乙方應負一切法律責任，甲方可終止本契約。」、「乙方於甲方或業主執行工作期間，如有侵權行為或其他違法行為，致任何第三人受損時，乙方應自行負責，概與甲方無涉。」等形形色色之規定，目的均在於透過勞動契約將採購契約上之責任及風險轉嫁勞工身上。

第三款 小結

綜上所述，在公部門之派遣勞動實務上，有關不當剝削情形相對嚴重，本文雖肯認派遣雇主對派遣勞工抽取不法利益，係屬勞動基準

法第六條規範之效力範圍，但以勞工主管機關適用法律相對保守的情況下，恐怕會持否定見解，而認為派遣勞動關係本質上即是以派遣勞工之勞務提供為商品，而以抽取該商品之利益為企業經營之利潤來源，所以「企業經營之利潤」國家法令不應予以介入，而應依契約自由原則委諸市場法則。況且，觀察實務上因勞動基準法第六條規定受處罰之案例，難得一見，或許是因為勞動基準法上對於所謂「不法利益」屬於不確定法律概念，且法律無授權訂定裁罰標準之法規命令，致無所適從之故；為今之計，當務之急，主管機關得本於權責而訂頒解釋性規定及裁量基準³³⁰，可為公務員認事用法之依據，不失為解決派遣勞工所面臨不當剝削現狀之良策。惟為正本清源，本文建議，未來我國勞動派遣法應仿勞動基準法第六條之規定，並由法律授權訂定裁罰標準之法規命令。

再者，有許多不當剝削之情況固已明顯違反勞動基準法，派遣機構當然應予譴責並追究處罰，但究其根本原因，部分乃是來自政府勞務採購契約之不當或不合理之規範內容，為此，中央勞工主管機關允應洽請政府採購法之主管機關，依政府採購法第十條第三款規定，重新檢討及審定適合勞動派遣之標準採購契約，俾有利公部門遵循，並保障派遣勞工權益。

第四項 差別待遇的問題

在公部門經常運用勞務承攬、業務委託或外包的型態辦理勞務採購，但得標廠商之勞工並不獨立作業，而是與採購機關之職員，混合編組共同遵從採購機關之指揮監督，在同一工作場所，從事同一工作

³³⁰ 行政程序法第 159 條：「本法所稱行政規則，係指上級機關對下級機關，或長官對屬官，依其權限或職權為規範機關內部秩序及運作，所為非直接對外發生法規範效力之一般、抽象之規定。行政規則包括下列各款之規定：一 關於機關內部之組織、事務之分配、業務處理方式、人事管理等一般性規定。二 為協助下級機關或屬官統一解釋法令、認定事實、及行使裁量權，而訂頒之解釋性規定及裁量基準。」。

內容，此種偽裝承攬之情形，洵不足取，未來勞動派遣法應予禁止，已如前述。但即便是勞動派遣的勞工，一般實務上也是與採購機關之職員，混合編組共同遵從採購機關之指揮監督，在同一工作場所，從事同一工作內容，而其薪資待遇卻有著天壤之別；或者因採購機關於決標時採複數決標，造成同樣一家派遣公司之員工，被派遣至相同要派機關工作，但其勞動條件雖相同但薪資報酬卻不同的情形，顯然派遣勞動力的運用在結構上本存在著「同工不同酬」的問題。固然上述問題，乃是目前公部門在人力資源的運用，允宜正視並透過業務的劃分與組織的調整，以及採購的規劃與調配等，可以改善及避免結構上的「同工不同酬」現象。

然而，探討派遣勞工差別待遇應不在於上述是否「同工同酬」的問題上，而是基於勞工特殊身分之事由，而予以歧視所造成的差別待遇的問題，故本文先就目前有關差別待遇禁止之規定加以論述，再探討勞動派遣各個階段差別待遇之問題。

第一款 關於差別待遇禁止之規定

按勞動契約因與一般契約類型之當事人通常立於對等地位有別，勞工與其同事（勞工彼此間）經常處於雇主單方決定勞動條件與環境之前提下，為實現及貫徹憲法第七條之平等原則所蘊含之價值判斷、節制雇主恣意行使其決定權限，勞工有受一般平等待遇原則保護之必要。我國就業服務法第五條、勞基法第二十五條、兩性工作平等法第二章等規定，即是一般平等待遇原則之具體規定。即雇主除有正當事由外，不得對相同或相類似之勞工，為差別待遇，否則被歧視之勞工有請求相同待遇之權利。

一、就業服務法

就業服務法第五條第一項：「為保障國民就業機會平等，雇主對求職人或所僱用員工，不得以種族、階級、語言、思想、宗教、黨派、籍貫、出生地、性別、性傾向、年齡、婚姻、容貌、五官、身心障礙或以往工會會員身分為由，予以歧視；其他法律有明文規定者，從其規定。」

二、勞動基準法

勞動基準法第二十五條規定：「雇主對勞工不得因性別而有差別之待遇。工作相同、效率相同者，給付同等之工資。」，其立法理由為「我國於民國 47 年 3 月 1 日已批准國際勞工組織『男女勞工同工同酬公約』，為確立男女同工同酬之原則，爰於本法作明確規定」，足見上開條文係性別歧視之禁止，確立男女同工同酬之規定；並非規定同性別擔任相同工作之勞工，其工資均應相同，蓋雇主得依同性別勞工各人之年齡、身體狀況、教育程度、經驗等各種因素而個別議定工資，此為當然之道理³³¹。

三、兩性工作平等法

兩性工作平等法第二章有關於性別歧視禁止之規定，禁止雇主對求職者或受僱者之招募、甄試、進用、分發、配置、考績或陞遷等，有差別待遇。但工作性質僅適合特定性別者，不在此限。此外雇主為受僱者舉辦或提供教育、訓練或其他類似活動，或提供各項福利措施，亦不得因性別而有差別待遇。同時為彌補勞動基準法第二十五條「同工同酬」無法避免薪資歧視，於該法第十條特別加入同質同酬之規定，即雇主對受僱者薪資之給付，不得因性別而有差別待遇；其工作或價值相同者，應給付同等薪資。但基於年資、獎懲、績效或其他非因性別因素之正當理由者，不在此限。同時雇主不得以降低其他受

³³¹臺灣臺北地方法院 96.02.02，95 年度勞訴字第 68 號民事判決。

僱者薪資之方式，規避上述之規定。另針對實務上存在之單身條款或禁孕條款，於第十一條中明文規定雇主對受僱者之退休、資遣、離職及解僱，不得因性別而有差別待遇。工作規則、勞動契約或團體協約，不得規定或事先約定受僱者有結婚、懷孕、分娩或育兒之情事時，應行離職或留職停薪；亦不得以其為解僱之理由。值得注意者，有單身條款或禁孕條款之規定或約定，條文明文規定其效力無效；如有因此而終止勞動契約時，其終止不生效力³³²。就目前法律規定，兩性工作平等法所稱之雇主，乃是指派遣機構。

四、性騷擾防治

「性騷擾」之定義，實務上有相當之爭議，依兩性工作平等法第十二條規定，有二種情形：（一）敵意式性騷擾：受僱者於執行職務時，任何人以性要求、具有性意味或性別歧視之言詞或行為，對其造成敵意性、脅迫性或冒犯性之工作環境，致侵犯或干擾其人格尊嚴、人身自由或影響其工作表現。（二）交換式性騷擾：雇主對受僱者或求職者為明示或暗示之性要求、具有性意味或性別歧視之言詞或行為，作為勞務契約成立、存續、變更或分發、配置、報酬、考績、陞遷、降調、獎懲等之交換條件。為達到事先預防性騷擾，兩性工作平等法第十三條特別課予雇主應防治性騷擾行為之發生之義務；其僱用受僱者三十人以上者，應訂定性騷擾防治措施、申訴及懲戒辦法，並在工作場所公開揭示。雇主於知悉有性騷擾之情形時，亦應採取立即有效之糾正及補救措施。中央主管機關訂頒「工作場所性騷擾防治措施申訴及懲戒辦法訂定準則」俾供雇主有所遵循。就目前法律規定，兩性工作平等法所稱之雇主，乃是指派遣機構。

另外，為防治性騷擾及保護被害人之權益，制定「性騷擾防治法」並於 95 年 2 月 5 日施行後，有關性騷擾之定義及性騷擾事件之處理

³³² 郭玲惠，「勞動基準法釋義-施行二十周年之回顧與展望」焦興鎧等十八人著，台灣勞動法學會編，2005 年 5 月，頁 385-387。

及防治，依性騷擾防治法之規定。但適用兩性工作平等法及性別平等教育法者，除第十二條、第二十四條及第二十五條外，不適用性騷擾防治法之規定。性騷擾防治法所稱之性騷擾，係指性侵害犯罪以外，對他人實施違反其意願而與性或性別有關之行為，且有下列情形之一者：（一）以該他人順服或拒絕該行為，作為其獲得、喪失或減損與工作、教育、訓練、服務、計畫、活動有關權益之條件。（二）以展示或播送文字、圖畫、聲音、影像或其他物品之方式，或以歧視、侮辱之言行，或以他法，而有損害他人人格尊嚴，或造成使人心生畏怖、感受敵意或冒犯之情境，或不當影響其工作、教育、訓練、服務、計畫、活動或正常生活之進行。目前要派機構與派遣機構均應依性騷擾防治法相關規定，防治其場域內性騷擾事件之發生，維護出入其所屬場域者之人身安全，派遣勞工亦包括在內。

第二款 關於勞動派遣之差別待遇

第一目 招募或登錄

有關派遣機構招募或登錄派遣勞工之差別待遇禁止問題上，在日本情形，因派遣公司招募或登錄派遣勞工時，有「適用確保僱用領域男女機會及待遇均等相關法律（以下稱均等法）」第五條有關募集採用差別禁止規定之適用，是故，要派公司招募或登錄派遣勞工如以性別、年齡、容貌、結婚與否、懷孕有無等為條件者，即違反均等法之規定，被排除登錄之勞工得向要派公司請求損害賠償，其範圍包括直接經濟上損害（例如因登錄而得接受要派公司免費所提供之技能講習及福利措施等），以及因差別待遇所遭受精神上損害之慰撫金。另外，亦有職業安定法第三條差別禁止規定之適用，在招募或登錄時，派遣公司如以性別、社會身分、信仰、年齡等為不合理差別處理，勞工因

差別待遇所受精神上損害得請求損害賠償³³³。

在我國情形，於招募或登錄時因性別而有差別待遇，勞工得以派遣機構兩性工作平等法第七條規定為由，依同法第二十六條規定，請求損害賠償，並得依同法第三十四條規定向主管機關申訴；或以違反就業服務法第五條為由，向主管機關檢舉。

第二目 派遣勞工人選之決定與派遣通知

在勞動派遣之特定人選的問題上，在日本情形，原則上是被禁止的，因為，在締結勞動派遣契約（要派契約）時，要派機構必須將派遣勞工所要遂行的業務正確地傳達給派遣機構，而由派遣機構獨自判斷並決定適當派遣人選，此時，派遣機構在派遣通知上不得以種族、性別、年齡等因素，對派遣勞工之人選上有差別待遇；並且，要派機構對於派遣勞工，視為「均等法」上之雇主，要派機構與派遣機構在締結勞動派遣契約，不得指定特定種族、性別、年齡等之派遣，否則即構成違法無效之派遣行為。例如，依該法禁止以女性為理由而排除僱用或僅限定僱用女性勞工，從而以指定女性為派遣勞工所締結之勞動派遣契約即成為違法而無效。但是，如果是遂行業務內容本質上所需要之特別技能、經驗、身體、風俗習慣等因素，所導致必須選定特別派遣勞工時，即不構成差別待遇或特定人選禁止之違法³³⁴。

我國兩性工作平等法第七條規定，雇主對求職者或受僱者之招募、甄試、進用、分發、配置、考績或陞遷等，不得因性別而有差別待遇。但工作性質僅適合特定性別者，不在此限。雖然其規定與日本均等法之規定相同，但因兩性工作平等法所稱之雇主並未包含要派機構，並且亦無如日本勞工派遣法對於派遣勞工特定人選之禁止；從而，目前我國派遣勞工人選決定之差別待遇問題上，對要派機構而言

³³³ 中野麻美，労働者派遣の法律相談，派遣労働研究会，2001年03月，頁157。

³³⁴ 中野麻美，同前掲書，頁111及頁157-158。

並無法律上禁止之規範。再者，我國勞委會版勞動派遣法草案第二十三條雖有「歧視之禁止」之規定，但僅在「終止派遣契約或要派契約或其他不利之待遇」之情形有其適用，並未涵蓋派遣勞工人選決定之差別待遇問題；是以，本文認為，在未來勞動派遣法規範上，對於要派機構之雇主責任，除勞動基準法之特例及安全衛生與職業災害補償責任之規定外，應可考慮加入兩性工作平等法之部分雇主責任。

第三目 要派機構對就業環境之整備與性騷擾之防治

派遣勞工與一般正式勞工同樣，均在相同工作場所接受要派機構指揮命令下服勞務，故有關工作環境以及休息室、醫務室、餐廳、文康設備、運動器材等，要派機構應該提供給派遣勞工使用，乃屬當然。我國勞委會版勞動派遣法草案第二十三條有關「歧視之禁止」及第二十四條有關「合理就業」之規定，即揭此趣旨。

就性騷擾之防治，對於派遣勞工而言，要派機構並非兩性工作平等法所稱之雇主，但依性騷擾防治法規定，要派機構亦有性騷擾防治之義務，但本文認為，派遣勞工與一般正式勞工同樣，均在相同工作場所接受要派機構指揮命令下服勞務，法律將之分別適用不同法律規定，恐生窒礙，因此，在未來勞動派遣法規範上，要派機構對於性騷擾防治之雇主責任，亦如上述，應考慮直接適用兩性工作平等法關於性騷擾之雇主責任。

第四目 終止契約與其他不利待遇

派遣勞工除上述差別待遇外，亦可能因受歧視而遭解雇或其他不利待遇，例如要派機構因種族、思想、黨派、性別、年齡、懷孕、生產等為理由而要求派遣機構解雇或更換派遣勞工，故我國勞委會版勞動派遣法草案第二十三條禁止因歧視等理由而終止派遣契約或要派契約或其他不利之待遇之規定，以及第二十八條關於女性勞工懷孕、

生產時要派機構之保護義務，以及不得因勞工申訴而予解僱、調職或其他不利之處分等勞動基準法之責任，即旨在保護派遣勞工。又本文認為，在未來勞動派遣法規範上，上述要派機構之雇主責任的規定尚有不足，應可考慮加入兩性工作平等法第四章「促進工作平等措施」之部分雇主責任。

第五項 懲戒權行使的問題

派遣勞工依據派遣之勞動契約必須履行在要派機構服勞務之義務，而派遣勞工在接受要派機構之指揮命令服勞務時，必然會觸及派遣勞工未遵守指揮命令或違反要派機構工作規則時，要派機構對勞工有無施以懲戒處分之權力。從而，本文以下先就工作規則與懲戒權的法律性質說明，再就要派機構對派遣勞工懲戒權加以探討。

第一款 工作規則

在現代勞務關係中，因企業之規模漸趨龐大受僱人數超過一定比例者，僱主為提高人事行政管理之效率，節省成本有效從事市場競爭，就工作場所、內容、方式等應注意事項，及受僱人之差勤、退休、撫恤及資遣等各種工作條件，通常訂有共通適用之規範，俾受僱人一體遵循，此規範即工作規則³³⁵。

工作規則之訂定，依勞動基準法第七十條及其施行細則第三十七條規定，雇主於僱用勞工人數滿三十人時應即訂立工作規則，並於三十日內報請當地主管機關核備。工作規則應依據法令、勞資協議或管理制度變更情形適時修正，修正後並依前項程序報請核備。主管機關認為有必要時，得通知雇主修訂前項工作規則。成為爭議者，雇主未

³³⁵最高法院 88.07.30 八十八年度台上字第一六九六號民事判決。

將工作規則送請主管機關核備之效力如何？事實上，雇主違反勞基法第七十條關於工作規則應報請主管機關核備之規定，僅係雇主應受同法第七十九條第一款規定處罰之問題，如該工作規則未違反強制或禁止規定，且經雇主公告揭示使勞工隨時易於認識，勞方復無反對之表示，自應認該工作規則於勞雇雙方均生補充勞僱契約內容之效力，而須共同遵守³³⁶。

至於工作規則的法律性質為何？亦即，工作規則的訂定及變更是由雇主單方為之，為何對勞工發生拘束力？工作規則不利益變更的法律效力如何？茲分述如下：

一、工作規則的法律性質

國內討論工作規則的法律性質，主要有法規說、契約說、二分說及集體合意說。採法規說者，一般均承認雇主有片面訂定工作規則內容的權限，且工作規則的生效，與勞工之同意與否無關；採契約說者，則主張工作規則須經勞工之同意始發生效力，而同意得為明示或默示，故在諸多情形下擬制勞工同意，故亦有稱之為定型契約說；採二分說者，將工作規則區分為二大部分，關於工資、工時、休假等狹義勞動條件部分適用契約說，廣義勞動條件（如勞務指揮權）部分則適用法規說；採集體合意說者，工作規則原則上應經個別勞工之同意，但此種同意可由勞工集體意思的同意（如工會之同意）而取代。

有關工作規則法律性質之理論的爭議雖然很大，但是實際個案判斷上不管採何種學說，極少否定工作規則的效力³³⁷，而爭議之背後實益應該是在解決工作規則不利益變更的法律效力之問題。

³³⁶最高法院民事判決 95.10.05 九十五年度台上字第二二四三號民事判決、最高法院 96.04.26 九十六年度台上字第八六八號民事裁定：「於工作規則內明訂以記大過方式加以處罰，並無抵觸勞動法令或違反憲法對工作權之保障，縱未立即報請主管機關核備後公開揭示，仍屬有效。」、黃程貫，前揭書，頁 456。

³³⁷黃程貫，前揭書，頁 455。

二、工作規則不利益變更的法律效力

有關工作規則不利益變更的法律效力，因工作規則法律性質認知之不同而有不同學說見解。原則上，雇主單方不利益變更工作規則時，不能拘束表示反對之勞工，但如不利益變更有合理性及必要性時，例外地亦能拘束表示反對之勞工；因為，如不作如此解釋，工作規則之不利益變更具有合理性時，一旦少數勞工反對，仍不能對之發生拘束力，結果造成勞動條件分歧，不但違反工作規則旨在統一、劃一勞動條件之性格，同時也不能滿足企業經營之需要³³⁸。

為此，勞工與雇主間之勞動條件依工作規則之內容而定，有拘束勞工與雇主雙方之效力，而不論勞工是否知悉工作規則之存在及其內容，或是否予以同意，除該工作規則違反法律強制規定或團體協商外，當然成為僱傭契約內容之一部。雇主就工作規則為不利勞工之變更時，原則上不能拘束表示反對之勞工；但其變更具有合理性時，則可拘束表示反對之勞工³³⁹。

第二款 懲戒權

由於勞動關係具有組織與集體的性格，為統合協調多數勞工進行營運、生產等活動，企業透過一些不利益的處置，對個別勞工的偏差行為施以制裁，以維護經營秩序及生產活動的紀律，因而產生企業的懲戒制度³⁴⁰。勞動基準法第七十條規定工作規則應記載的事項幾乎包含了所有勞動條件事項，而其中第五款「應遵守之紀律。」及第六款「考勤、請假、獎懲及升遷。」即屬懲戒之內涵。因雇主與勞工具具有利害衝突的關係，故為建立企業懲戒合理運作之原則，勞動基準法要求雇主應於工作規則明定懲戒事項，目的在使企業懲戒權之運作具有

³³⁸劉志鵬，論工作規則之法律性質及其不利益變更之效力，勞動法理論與判決研究，元照出版社，2000年5月，頁288。

³³⁹最高法院 88.07.30 八十八年度台上字第一六九六號民事判決。

³⁴⁰黃程貫，企業懲罰權，台灣社會研究季刊，第2卷第3、4期，頁39。

最起碼的制度形式，藉以排除雇主恣意的行為。而懲戒處分之型態，若以不利益方式來區分，基本上可分為，精神性不利益處分（如譴責、警告、訓誡）、經濟不利益處分（如減薪、違約金、獎金停支）以及工作上不利益處分（停職、降職、調職、解雇）等類型³⁴¹。

至於懲戒處分之事由，相當多樣化，一般而言，會在勞動契約、工作規則或團體協約中呈現，其主要內容包括，違反指揮命令或業務命令、勤務怠慢、曠工、缺勤、經歷的詐稱、無許可的兼職、私用或竊盜公司物品、毀損設備器具、洩漏機密、犯罪行為、影響信譽、企業內政治活動等。然而，勞工的行為縱使該當於工作規則所規定的懲戒事由，企業雇主執行懲戒處分因權力濫用而造成違法或無效之情況，也不在少數。因為，懲戒處分之各式各樣型態中，由口頭告誡至解僱輕重程度相差甚大，對勞工權益影響甚鉅，故為防止雇主行使懲戒處分之裁量權濫用，應有嚴格審查基準之必要³⁴²。例如，「相當性原則」（懲戒處分必須依據勞工行為輕重給予適當的懲戒）、「平等處理原則」（違反相同規律之行為必須處以相同程度之處分）、「不溯及原則」（不適用工作規則頒布前之懲戒規定）、「程序正義原則」（不得違反工作規定所訂之懲戒程序³⁴³）、「雙重懲戒禁止原則」、「解僱最後手段性原則」等。

綜合上述，僱主對於違反紀律之勞工，施以懲戒處分，係事業單位為維持經營秩序並滿足配置、處分力之目的所必須，惟其所採取之方式，不可逾越必要之程度，此即懲戒處分相當性原則。而在各種懲戒手段中，以懲戒解僱終止勞雇雙方之勞動契約關係，所導致之後果最為嚴重。在行使懲戒解僱之處分時，因涉及勞工既有的工作將行喪失之問題，當屬憲法工作權保障之核心範圍，因此在可期待雇主之範圍內，倘捨解僱而採用對勞工權益影響較輕之措施，應係符合憲法保

³⁴¹ 陳建文，企業懲戒，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，2005年5月，頁351-353。

³⁴² 下井隆史，勞動基準法，第3版，有斐閣法學叢書，2001年1月，頁314-323。

³⁴³ 臺灣士林地方法院 92.09.02 九十二年度勞訴字第一二號民事判決。

障工作權之價值判斷。換言之，解雇應為雇主終極、無法避免、不得已之手段，即「解雇之最後手段性」，就其內容而言，實不外為比例原下之必要性原則之適用。故採取懲戒解僱手段，須有勞動基準法第十一條各款規定之情形，違背忠實義務，足認勞動關係受嚴重之干擾而難期繼續，而有立即終結之必要，且雇主採取其他懲戒方法，如記過、扣薪、調職均已無法維護其經營秩序，始得為之³⁴⁴。

第三款 勞動派遣之懲戒權行使

如上所述，雇主對勞工具有懲戒權，且一般會在工作規則中呈現，雇主懲戒權之行使依其不同種類、性質，應遵守一定原則，否則可能構成權力濫用而無效。因此，在討論要派機構得否懲戒派遣勞工時，首先必須探討派遣勞工，是否適用要派機構的工作規則。就此問題，學者間有認為，雖然日本現行勞工派遣法第四十四條明文規定要派公司無勞動基準法有關工作規則之適用。其立法趣旨一般認為乃是為了使工作規則之適用能集中於派遣公司，已收統一之效，且為了防止勞動關係之複雜化使然，如此解釋的話，則派遣勞工似乎沒有要派公司工作規則之適用，自然要派公司即無依據工作規則懲戒派遣勞工之餘地。然而假設派遣勞工果真可不受要派公司工作規則之適用，則很有可能於派遣勞工輕微地違反勞務給付義務時，要派公司因無法實施警告等適當之懲戒，只好與派遣公司解除派遣契約，或要求派遣公司另外派遣其他員工，如此一來反而對派遣勞工產生僱用不安定之後果。故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³⁴⁵，本文贊同此見解。

³⁴⁴ 臺灣台北地方法院 92.01.10 九十一年勞訴字第七七號民事判決

³⁴⁵ 邱駿彥，勞工派遣法制之研究-以日本勞工派遣法為例，收錄於「勞動派遣法制之研究」，台灣勞動法學會學報第一期，2000年11月，頁51-52。

因為，派遣機構與派遣勞工間的勞動契約為真正之利他契約，故在勞動派遣關係中，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得行使雇主之指示權，而懲戒權在性質上乃是指示權之一部分，而工作規則基本上即是指示權的文字化、制度化³⁴⁶。詳言之，派遣勞工有遵守要派機構之工作規則的義務，在此範圍內，要派機構有懲戒派遣勞工之權限。

第四款 小結

公部門對派遣勞工懲戒權行使之問題上，也許是因為對勞動派遣制度之陌生，也或許是刻意將「正員工」與「派遣勞工」作出一定區隔，一般公部門幾乎不會援引該機關（構）已訂定之工作規則或其正式員工所適用之工作規範；而是，依據採購契約及其相關作業規定來處理，並且另訂一套的上下班的刷（打）卡出勤系統、平日考核查檢流程、定期考核等機制。惟觀察部分公部門的懲戒處分之型態，大多以「罰款」、「不計薪」、「通知換人」等型態訂定，換言之，其型態均屬重大經濟不利益處分，或者是重大工作上不利益處分，是否妥當，似有值得非議之處。再觀察其懲戒之事由，輕重情節不一；有極其輕微者，例如，未帶識別證，聚集聊天、遲到、早退等；有短暫情緒表現者，例如，精神散漫，工作不力等；有情節重大者，例如，私用或竊盜公司物品、毀損設備器具、洩漏機密等。然而，其懲戒處分皆是千篇一律的「罰款」、「不計薪」、「通知換人」等型態是否違反公序良俗？要派機關執行懲戒處分時因有權力濫用或過當而無效？應否受司法審查？就此問題，本文認為固然派遣勞工有遵守要派機構之工作

³⁴⁶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年12月，頁288。

規則的義務，且在此範圍內，要派機構有懲戒派遣勞工之權限；惟要派機關仍不宜透過要派契約或作業規範定訂不合理之懲戒權限。然而，目前勞動法上所建立的企業懲戒權之諸法理，究竟如何適用於勞動派遣關係上之要派機構對於派遣勞工之懲戒權行使的問題上，似值得再深入研究之課題。

第六項 團結協商的問題

第一款 勞工之同盟自由基本權

勞工之同盟自由基本權，或稱為勞工之集體基本權，其意義在於藉由勞方同盟（主要是工會）的自由組織與活動，以創設一足以與資方力量互相抗衡之自治的勞動關係當事人之力量關係，俾得以自由訂定期間之勞動及經濟條件，並保障公平之結果，此即所謂「武裝平等」原則或稱「爭議對等」原則，以避免基於當事人先天優勢或弱勢所可能導致之非公平正義的結果，並排除國家之介入私人間權利義務關係的形成，我國一般以「勞動三權」稱之，其內容包含團結權、集體協商權和爭議權（罷工）三者³⁴⁷。換言之，勞工透過團結權（勞動結社權）形成集體力量，足以與資方交涉（團體交涉權）以提升與維護勞工之勞動條件與經濟條件，倘集體協商破裂或無結果時，勞工團體得以進行罷工等行動之集體爭議權，我國工會法、團體協約法、勞資爭議處理法即是反映上述勞工之同盟自由基本權之法律規範。

第二款 派遣勞工之同盟自由基本權

依行政院勞工委員會訂頒「勞動派遣手冊」第十、工會組織與勞

³⁴⁷黃程貫，前揭書，頁 145 以下。

資爭議載明：「同一派遣機構內僱用勞工人數在 30 人以上者，依工會法第 6 條規定，應組織成立產業工會。」因派遣勞工也是受僱從事工作獲取工資者，其勞工之身分自然受到勞工之同盟自由基本權保障，乃屬當然。是故，派遣機構內如有三十人以上受雇者時，依工會法第六條規定，可組織並加入所屬派遣機構的產業工會。不過，現行工會法第六條雖規定「應」成立工會，但只是訓示規定之法律性質而已³⁴⁸，是否組成工會仍取決於勞工自主的選擇。然而，工會法第十二條規定：「凡在工會組織區域內，年滿十六歲之男女工人，均有加入其所從事產業或職業工會為會員之權利與義務。」同法施行細則第十三條規定：「工人拒絕加入工會時，經勸告、警告，仍不接受者，得由工會依章程規定或會員大會（會員代表大會）決議予以一定期間內之停業。被停業人於接受加入工會後，得隨時復業。」，亦即我國工會法採取「強制入會制」，此種規定明顯剝奪勞工消極同盟自由權，屢屢遭學者專家³⁴⁹及工運團體的批評。

不過，以派遣勞工分派到各個要派機構，得否自主自發的組成工會，或即使派遣勞工果真組織且依規定加入工會，但該工會是否真正能替所屬派遣勞工會員向派遣機構或要派機構爭取更好勞動條件與福利，相當令人懷疑。因為，派遣勞工是在要派機構的指揮監督下服勞務，故與派遣機構進行協商顯然不具實益；但如果要與要派機構進行協商，以目前工會法的規範制度下，要派機構尚無回應的義務³⁵⁰。

惟就現行法制下，派遣勞工得否加入要派機構之產業工會，亦值得探討。因現行工會法第六條及第十二條均以「工人」稱之，且第十二條係規定，凡在工會組織區域內，年滿十六歲之男女工人，均有加入「其所從事」產業或職業工會為會員之權利與義務。以及第十三條規定，同一產業之「被僱人員」，除代表僱方行使管理權之各級業務

³⁴⁸黃程貫，前揭書，頁 227。

³⁴⁹黃程貫，前揭書，頁 226 以下。

³⁵⁰邱駿彥，勞動派遣法律關係若干疑義之考察，臺北大學法學論叢，第 60 期，2006 年 12 月，頁 65。

行政主管人員外，均有會員資格。從而，現行工會法中雖然未就「工人」加以定義，但一般認為，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，是故，倘依上開條文之理解，則因派遣勞工雖在要派雇主之指揮監督下從事勞動，但卻非直接「獲致工資」者，亦即，二者間並無勞動基準法上勞雇關係，所以不得加入要派機構之產業工會。

不過，學者間有認為，派遣勞工即便未受要派公司僱主雇用，但其受要派公司指揮監督服勞務之事實評價，與要派公司僱用之其他勞工並無太大差異。為保障派遣勞工之團結權益，在要派公司產業工會同意下，使其亦得有加入要派公司產業工會之權利，並非不能思考方向。並從解釋論上提出看法，首先工會法第十二條「其所從事」似乎即隱含著未必設限於受雇主所僱用，即便是非受僱用但實際上受指揮監督提供勞務者，未必有禁止其加入所從事產業工會之必要性。其次工會法第十三條所謂「被僱人員」，從合目的性解釋言，應解為凡具有指揮監督關係者，皆在本條射程之內，除非如第十三條所列者卻有可能危害工會組織與發展之人員，必須明文排除工會會員資格外，工會會員資格本質上應屬工會自治事項，對於無礙工會存亡之會員資格，法律時無需過度介入限制，以免反而阻礙工會之發展空間。再者以日本工會法為例，工會法第三條中對於勞動者之定義係「不問種類，凡依工資、薪水等類似收入維生者均屬之。」，其與勞動基準法之定義必以受雇者為限，有極大區別。日本工會法中只要工會同意，甚至不排除受雇主解雇者皆有加入工會之權利³⁵¹。本文贊同上述見解，在現行工會法制度下，行政院勞工委員會得直接透過解釋，讓派遣勞工得加入要派機構之產業工會，另要派機構之產業工會亦應敞開

³⁵¹ 邱駿彥，勞動派遣法律關係若干疑義之考察，臺北大學法學論叢，第 60 期，2006 年 12 月，頁 65-67。

心胸接納，畢竟派遣勞工與正員勞工一樣，面對相同的資方雇主。

再者，由於現行法制對於勞工組織工會及工會運作的各種限制，造成勞工團結權日漸式微，嚴重侵害勞工之同盟自由基本權。有鑑於此，行政院勞工委員會通過之勞動三法(工會法、團體協約法、勞資爭議處理法)修正草案³⁵²，其中工會法修正草案，將原第六條、第十二條、第十三條等均以有大幅度修正，從法制面來看，大體上對派遣勞工之同盟自由基本權之維護與保障應屬正面，期待未來工會法等相關法律能順利完成修法並施行，但實際成效如何，尚有待觀察。

³⁵²其修正之原則如下：「一、解除組織工會的管制與限制，藉集體力量以保障合法權益之結社自由。二、加強對工會及會員之保障，排除對結社自由之限制。三、建立協商式勞資關係，提供一個有利協商環境的制度平台，促使勞資雙方能在集體勞資關係中，發揮自律自治功能。四、權利事項勞資爭議得依勞資爭議處理法申請仲裁。五、對於集體爭議行為（如罷工）的行使予以適度規範。六、對不當勞動行為建立裁決機制，有效排除不當勞動行為之侵害，以保障勞工團結權及協商權。」