

第二章 勞動派遣相關文獻回顧

第一節 前言

台灣於近年來爲了保護勞工，增設了許多法令，使得僱主的支出增多，造成成本上揚，但作業效率卻未必同時增加，部份企業因而外移至中國大陸、東南亞等國，有些企業則採取僱用外籍勞工方式，僱用短期人力、兼職人員、彈性上班人員、或採取業務外包，這無非都是爲了降低人力成本、提升企業競爭力。又爲因應我國已加入世界貿易組織(WTO)，以及勞工退休金給付新制(自二〇〇五年七月一日起企業必須強制提撥勞工個人薪資 6%至勞工個人帳戶)之勞工退休準備金提撥的壓力，國內已有多數企業悄悄地縮減正式聘雇之員工，轉而使用外包公司人力。此種外包人力，其勞務之給付型態於學理上稱之爲「非典型僱用」之工作型態。此種人力派遣業在國內發展已逐漸蔚爲風潮，約聘人力之僱用已是不可擋的潮流，根據 Career 雜誌針對國內一千家大企業所作的調查結果顯示，目前高達七成的企業已採用派遣、計時或短期聘僱的約聘人力，且未來有將近三成五的企業會繼續考慮擴大約聘人力的規模⁶。

勞動派遣就是此先天因素而造就出來的，讓有意想非經常性工作的勞工與有意聘用非經常性工作之企業互相結合。僱主可擁有更具彈性的人力調度，不用因景氣因素或淡、旺季因素調整對聘僱人員的成本，更不用支出資遣費、勞健保費、員工福利等事項，營業成本可大大降低，又不愁無人至廠作業，也因此而增加受派企業的競爭力。「勞動派遣」或稱「派遣人力」對國人而言，是一個較新的名詞，但是在國外先進工業國家中，如：德國、日本、法國、英國等均已行之多年；而台灣也陸續有許多行業採用經派遣公司所派遣的員工，但是大部份集中於服務業，如大樓管理員、守衛人員、打掃清潔工、電腦程式設計師、外語翻譯人員等，近來並有由早期藍領階層慢慢擴展至白領階層的趨勢。

⁶ Career 雜誌第 345 期，頁 136-150，2005 年。

對於了解人力派遣這種新型之勞動方式在其制度上的安排、產生的背景、使用原因、使用的現況、未來發展趨勢、勞動條件、及在人力資源管理實務上的發展與運用等，有其研究的重要性與必要性。主管機關行政院勞工委員會(以下簡稱勞委會)為廣徵多方意見，多次委託學者研究國內外企業使用派遣勞工的發展狀況⁷，以及召開多次有關勞動派遣相關問題之研討會⁸，並於民國九十三年將「勞動派遣法草案」提請行政院審議。

第二節 企業採用勞動派遣對勞資關係之影響

由於工作價值觀的改變，勞僱之間已不再將相互扶持與照顧視為一種隱性規則，而是將勞動契約視為一種交易模式，有一天工作，則有一天報酬。經濟部商業司於民國八十八年十月核准通過可以登記「人力派遣業」為公司營業的項目，根據經濟部商業司的登記資料，目前從事人力派遣的公司，其營業所涵括範圍非常廣泛，已經到了只要某類業務有派遣的需求，即有該項業務的派遣服務。

非典型僱用的發展與勞動市場彈性化的運用有密切關係，其泛指所有異於一般不定期之全時有酬僱用關係，它是源自於「非典型聘僱關係」的一種工作型態，即是一種非全時、非長期受僱於一個僱主或一家企業，包括部份工時勞工、定期契約工、季節工、家內勞動等，其興起的整體客觀因素有⁹：1.經濟環境的變化；2.勞力結構的變化；3.價值觀的變化；4.勞工保護法規日益增多；5.工會議價力量減弱；6.服務經濟的發展。然而，非典型僱用也對企業造成若干程度之影響，例如¹⁰：1.勞

⁷ 例如李誠、辛炳隆、成之約，「勞動市場彈性化與非典型僱用」，行政院勞委會委託研究計畫，2001年；成之約、鄭津津、楊通軒、王義基，「我國勞動派遣法草案之研擬」，行政院勞委會職訓局委託研究計畫，1998年。

⁸ 例如邱祈豪，我國派遣勞動法草案與日本派遣勞動法制之比較；鄭津津，我國勞動派遣法草案與美國派遣法制之比較；楊通軒，歐洲聯盟勞動派遣法制之研究；邱駿彥，勞工派遣業法律問題之探討。以上文章見於勞動派遣法制研討會講義，行政院勞委會主辦，2002年。

⁹ 楊通軒、林更盛，非典型工作型態相關法律問題之研究，行政院勞委會委託研究計畫，頁82，1999年。

¹⁰ 成之約、鄭津津、楊通軒、王義基，「我國勞動派遣法草案之研擬」，行政院勞委會職訓局委託研究計畫，頁7-12，1998年。

資關係惡化；2.降低正職員工忠誠度；3.降低員工工作士氣；4.影響工作團隊的有效運作；5.典型與非典型員工間的敵視；6.增加正職員工流動率；7.業務機密易外洩。

另一方面，採用派遣勞工也有若干優點：1.對企業而言：(1)彈性勞動力取得容易；(2)勞動成本的降低；(3)正職員工人數減少；(4)專業的技術與人力之取得較為容易；(5)可暫時替代休假員工；(6)減少行政管理事務；(7)有效的成本控制。2.對派遣勞工而言：(1)因應就業市場改變，接受派遣為快速進入職場方式之一；(2)累積工作經驗與專長，提高個人附加價值；(3)暢通中高齡、技術性低之勞動者的就業機會；(4)進入大型企業的踏腳石；(5)短時間接觸不同的企業文化；(6)失業或待業期間的另一種選擇；(7)嚐試自己的興趣。而勞動派遣之興起可能須面對的問題則有¹¹：1.中間剝削；2.僱用上欠缺安定性；3.差別待遇；4.勞工團結權之危害。

有鑑於此，世界各主要國家大多採取較為嚴格之手段或立法規範，來限制人力派遣業的發展。

第三節 勞動派遣的概念

第一項 何謂勞動派遣

勞動派遣業在台灣某些行業早已行之多年，如醫院看護、保全警衛、環境清潔等。但「勞動派遣」對多數國人仍是個生疏的概念與名稱，在我國，規範該種勞動型態的專門法規尚未法制化，對其稱呼也很多，企業界多稱為「人力派遣」或「派遣人力」，法學界多稱作「勞動派遣」、「派遣勞動」、或「勞工派遣」，尚無統一的用語¹²。根據日本「勞工法」第二條第一項第一款規定：「人才派遣業，係指自己所僱用之勞工，在該僱用關係下，讓勞工受他人

¹¹ 李來希，談派遣勞動之立法規範，勞工行政第 87 期，頁 53，1995 年。

¹² 例如：學者楊通軒稱為勞動派遣，邱駿彥、鄭津津、成之約、李來希稱為派遣勞動，黃程貫稱之為勞工派遣。

指揮命令，並為該他人從事勞動而言，但不包括約定讓他人僱用該勞工¹³。」。日本學者高梨昌認為：「人才派遣法所定義之派遣行為，係派遣機構將自己直接僱用之勞工提供他人，並且使其在他人的指揮監督下從事勞動的一種事業活動稱之。」；三浦和夫對人才派遣業的定義為¹⁴：「將自己僱用的勞工，於僱用關係存續中，並且在他人的指揮監督下，為該他人從事勞動為事業的業者稱之。」。

學者鄭津津認為¹⁵：「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之勞動型態。」。學者楊通軒認為¹⁶：「勞動派遣契約是由僱主與勞動者約定，勞動者必須依僱主之指示，受派為另一企業主提供勞務之契約。」。學者邱駿彥認為¹⁷：「所謂派遣，乃是派遣機構之僱主，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。」。學者焦興凱認為¹⁸：「……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。」。

參諸日本與德國之立法均認為無論是派遣機構，或要派機構均得為自然人或法人，而我國依主管機關勞委會提送行政院之草案中，限制對派遣機構僅為法人組織，同時，該草案對該類勞動型態稱之為「勞動派遣」，故本文以下對此種勞動型態亦以「勞動派遣」稱之，對於派遣單位則以派遣機構、使用單位(即要派單位)則以要派機構稱之¹⁹。在該草案第二條就「派遣」定義為：「謂依本法設

¹³ 邱駿彥，勞工派遣法制之研究—以日本勞工派遣法為例，勞動派遣法制研討會，中華民國勞動法學會主辦，頁 22，1999 年。

¹⁴ 高梨昌、三浦和夫，「人才派遣之活用法」，頁 29，日本東洋經濟新聞社，1997 年。

¹⁵ 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 2 期，頁 244，1999 年。

¹⁶ 楊通軒，林更盛，前揭文，頁 85。

¹⁷ 邱駿彥，前揭文，頁 35。

¹⁸ 焦興凱，論勞動派遣之國際勞動基準，台灣勞動法學會學報第 1 期，頁 159，2000 年。

¹⁹ 亦有學者將其稱之為「派遣機構」、「派遣勞工」、與「要派公司」，參見邱駿彥，同前揭文。另有學者

立之勞動派遣機構指派其所僱用之勞工，至要派機構提供勞務並受要派機構指揮監督。」；而立法委員廖婉汝版對「派遣」定義為：「謂派遣機構與要派機構訂立要派契約，約定由派遣機構僱用勞工，並派至要派機構提供勞務。」；立法委員陳根德版對「派遣」定義為：「指人力派遣機構與要派機構訂立人力要派契約，約定由人力派遣機構提供勞工至要派機構提供勞務。」。本文將之定義為「派遣機構以經營事業為業，與派遣勞工訂定派遣契約，將所僱用之勞工，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。」。

由學者、立法委員、與官方對此類勞動型態的定義描述，在文辭上雖不盡相同，但由各方所為的定義中可看出，均嚐試欲對此一新型之勞動型態，於派遣機構、要派機構、派遣勞工間的勞務提供方式、與三方當事人間的權利義務予以劃分、切割。勞動派遣是一種三方二地間的勞動關係，三方所指的是一方為派遣勞工的事業單位(派遣機構)，一方為接受勞動派遣之勞工(派遣勞工)，另一方為受領派遣勞動的事業單位(要派機構)；二地是指派遣地或勞動契約訂定地，及實際提供勞務之履行地。該三方當事人間權利義務之主要爭點在於派遣勞工係藉由與派遣機構間之勞動契約，同意至要派機構處服勞務，而實際上指揮派遣勞工者為要派機構，但派遣勞工與要派機構之間卻無存在勞動契約，不具備法律上勞動契約之勞僱關係，只是基於派遣契約，使得派遣機構對派遣勞工作具有實質之勞務使用關係，此使用關係指的是與原僱主具有同樣對勞工指揮監督、管理、並要求提供適當勞務之權²⁰。在法律尚無規定此類勞動關係之勞務提供內容，與當事人間的權利義務前，三方當事人在適用法律上將造成問題，同時，此類勞務提供方式有將勞務視為商品而為買賣之虞，其間所涉之相關法律問題於是發生；例如：涉及企

稱之為「派遣人」、「派遣勞工」、「受派人」，參見楊通軒，論德國勞動派遣法制，勞動派遣法制研討會論文，中華民國勞動法學會主辦，頁 59-66，1999 年。

²⁰ 李來希，前揭文，頁 52。

業經營管理權之可行使範圍、企業安全衛生責任、社會保險、懲戒權、及勞動權之行使等問題。

第二項 勞動派遣僱用之態樣

勞動派遣的僱用型態，目前於實務運作上大致可分為「經常僱用型」勞動派遣與「登錄型」勞動派遣，茲分述如下：

第一款 「經常僱用型」勞動派遣

「經常僱用型」勞動派遣係指派遣機構與派遣勞工所訂定之派遣契約為繼續性、不定期契約，即便派遣勞工於等待派遣命令期間，或是在派遣期間終了後，或因派遣機構與要派機構間的要派契約因故被解除、或效力消滅、中止等等因素影響下，派遣機構與派遣勞工間之派遣契約仍不因之而消滅。其意味著當派遣機構與派遣勞工間的勞動關係仍續存時，派遣機構即負有繼續支付派遣勞工工資之義務，以及在勞動法及社會法上所規定的僱主責任。此外，若派遣機構欲終止該派遣契約時(例如決定解僱或資遣派遣勞工)，派遣機構仍須受到勞動基準法(以下簡稱勞基法)上關於解僱限制之規範²¹。

該類型的勞動狀態相較於傳統的勞動關係，二者間最大差別在於「勞務給付的對象不同」，在傳統勞動關係中，勞務給付的對象為給付工資的僱主，而在「經常僱用型」勞動派遣中，其勞務給付的對象並非給付工資的僱主，而是與派遣勞工無任何契約的要派機構²²。

第二款 「登錄型」勞動派遣

「登錄型」勞動派遣係指當派遣機構欲將派遣勞工派遣至要派機構處服勞務時，雙方始訂定派遣契約，此時派遣機構與派遣勞工間始具有勞動契約關係。一旦派遣契約期間屆滿，或是派遣機構與要派機構間的要派契約因故被解除時，派遣勞工

²¹ 邱駿彥，前揭文，頁 30-31。

²² 鄭津津，前揭文，頁 245。

與派遣機構間的勞動契約關係即隨之終止，派遣勞工又回復到原登錄時之狀態。

「登錄型」勞動派遣的派遣契約為一定定期契約，至於要派機構所須勞動力的派遣期間，若有逾越勞基法第九條所規定之各種定期契約的期限時，則派遣機構與派遣勞工所締結之派遣契約，有無因更新之事實，此時派遣勞工可否依據勞基法第九條第二項之規定，向派遣機構主張該派遣契約為不定期契約之權利，則值得思考²³。

勞動派遣不論其態樣如何，基本特質為勞動關係可分為勞工與派遣業主間勞動契約的「僱用關係」，與接受派遣業主之勞工指揮命令的「使用關係」，於法律面與實際使用面上是難以分離的。

第三項 勞動派遣之特徵

勞動派遣，是指派自己僱用的勞工，接受他人指揮監督管理，為他人提供勞務，其主要特徵為「僱用與使用分離」，派遣機構與派遣勞工間簽定勞動契約，由派遣機構給付派遣勞工薪資、福利及訓練，派遣勞工至要派機構服務，聽從要派機構的指揮命令；而派遣機構與要派機構間則簽訂要派契約，派遣機構向要派機構收取服務費。因此，可歸納出勞動派遣之特質如下²⁴：

- 一、派遣機構應以從事經營派遣事業為目的，針對政府組織、非營利組織、民營企業或個人等之須要，提供派遣機構所僱用之勞工為該等機構所運用。
- 二、派遣機構與派遣勞工之間具有勞動契約關係，雙方訂有派遣契約，或為定期契約，或為不定期契約，經派遣勞工同意後，約定由派遣勞工前往派遣機構所指示之工作地點提供勞務，至於派遣契約內之其他相關內容則由勞僱雙方以書面意定之。
- 三、派遣勞工至要派機構提供勞務，並接受要派機構之指揮監督，但派

²³ 邱駿彥，前揭文，頁 30。

²⁴ 鄭津津，派遣勞動相關法律問題之探討，就業與訓練第 16 卷，第 6 期，頁 12，1998 年。

遣勞工與要派機構之間並無任何契約關係存在，而關於派遣勞工之報酬與其他福利待遇，係由派遣機構支付。

四、派遣機構與要派機構訂定要派契約，要派機構直接接受派遣勞工提供勞務給付之直接利益歸屬，並將派遣勞工所提供勞務之對價給付予派遣機構，不過，派遣機構僅將該對價中的一部報酬，作為派遣勞工提供勞務的對價(報酬)。

五、派遣勞工雖在派遣機構所指示的工作地點(要派機構處)提供勞務給付，且接受要派機構之指揮監督，然而派遣勞工之法律上真正僱主仍為派遣機構，亦即派遣機構須對派遣勞工負法律上僱主之責任。

在勞動派遣中之派遣機構、要派機構、與派遣勞工之關係可表示如下圖。

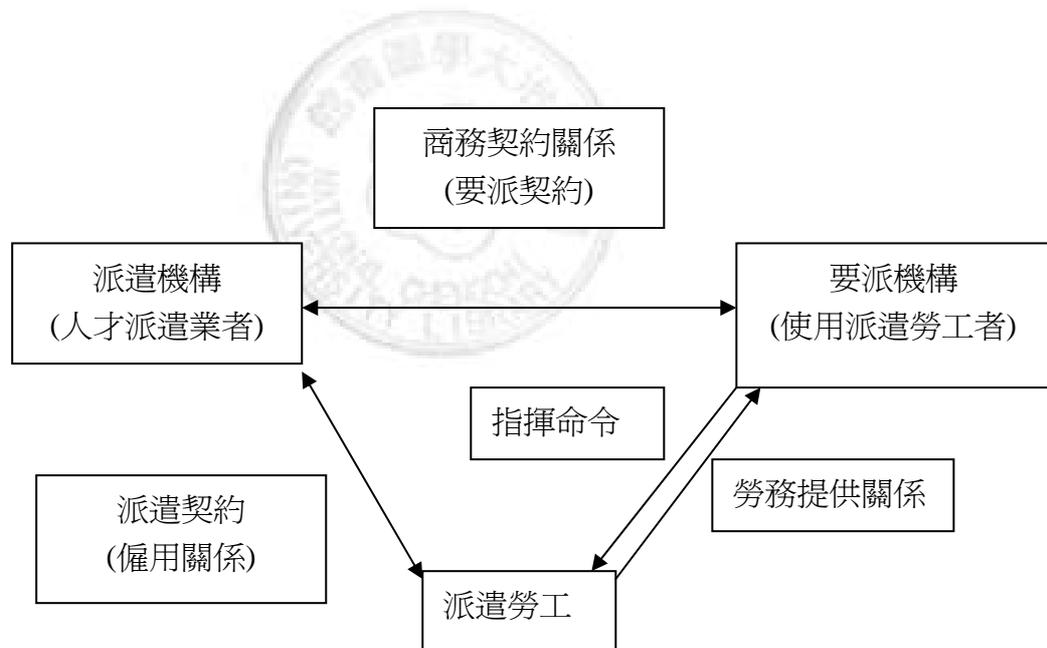


圖 2.3.3-1 勞動派遣當事人(派遣機構、要派機構、與派遣勞工)之關係

第四節 勞動派遣與其他類似的勞動型態

本節將說明與勞動派遣相類似之勞動型態，包括職業介紹(仲介)、承攬與借調。

第一項 職業介紹(仲介)

依據國際勞工組織(International Labour Organization，以下簡稱 ILO)第九十六號公約，在收費就業機構公約(Conventions Concerning Fee-Charging Employment Agencies)第一條規定，所謂職業介紹，係指職業介紹機構無論是以營利或非營利為目的，其以仲介或斡旋者之角色，居於勞工(求職者)與僱主(求才者)之間，提供勞工(求職者)合理之配置，並符合僱主(求才者)之需求，以實現雙方之意願，成立僱用關係²⁵。由此可知，職業介紹機構與求職者間並未發生任何勞動契約關係，而是求職者與求才者之間成立勞動契約關係，此時，職業介紹機構扮演之角色應符合民法第五六五條之居間概念²⁶。

職業介紹與勞動派遣最大不同處在於職業介紹的角色為報告居間者，或指示居間者，其任務係受勞動契約當事人雙方之委託，斡旋於雙方當事人間，職業介紹者並非勞工之僱主，因此勞動者對其並無從屬性。職業介紹型態當事人間所涉及之法律關係圖示如下：

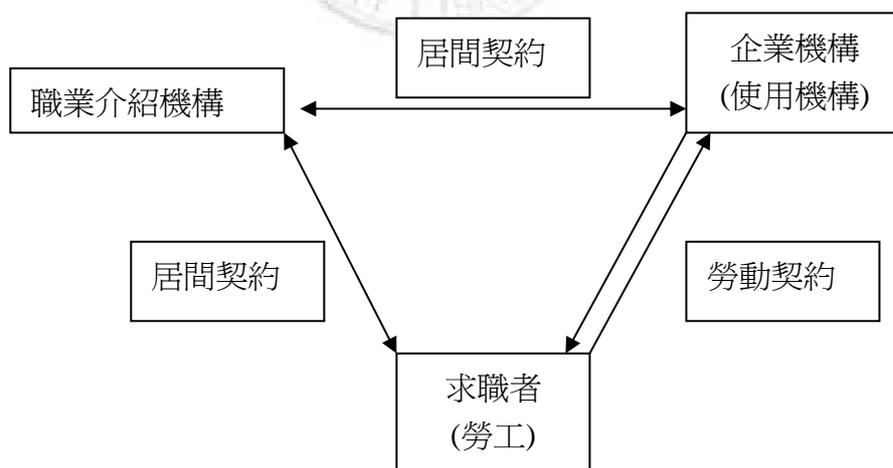


圖 2.4.1-1 職業介紹型態當事人之關係

²⁵ 邱駿彥，前揭文，頁 23。而在日本職業安定法第五條第一項規定：「所謂職業介紹係指受理求才與求職申請，促成求才者與求職者之間，成立僱用關係而言。」，參見西谷敏，脇田滋，「日本派遣勞動之法律與實務」，頁 60，行政院勞工委員會譯印，1994 年。

²⁶ 民法第 565 條：「稱居間者，謂當事人約定，一方為他方報告訂約之機會，或為訂約之媒介，他方給付報酬之契約。」。

職業介紹的概念易與「登錄型」勞動派遣產生混淆，職業介紹機構與求職者(勞工)之間並無勞動契約關係，換言之，職業介紹機構並非勞工之僱主，因此勞動者對其並無從屬性。而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常流於形式，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；基於契約自由原則，亦無禁止派遣勞工與要派機構事後(派遣期間屆滿後)締結勞動契約之理，此時派遣機構之行爲將類似於職業介紹。因此，登錄型勞動派遣之派遣機構常以登錄型勞動派遣之名，行職業介紹機構之實，以規避現行勞動法(就業服務法)之規定²⁷。由於我國就業服務法有針對民間就業服務機構(職業介紹機構)制定規範，而關於勞動派遣至目前則尚無相關法規予以規範，業者極可能爲避免現行就業服務法之規定，而以登錄型勞動派遣的方式運作，演變成有償的職業介紹。至於如何判定業者究爲職業介紹機構或登錄型勞動派遣，學者邱駿彥認爲應以「勞動契約的實質內容」爲綜合判斷²⁸，本文亦認爲如此。

由上所述，職業介紹關係與勞動派遣關係歸納有以下之不同處²⁹：

- 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派遣勞工之間不成立勞動契約關係；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；於職業介紹關係中，除約定無償外，勞工須依約給付居間報酬給就業服務機關，並自企業機構獲得工資。

²⁷ 勞委會民國 83 年 8 月 29 日 83 勞職業字第 58819 號函釋：「如有業者載送勞工前往要派機構由要派機構指派工作，並從中抽取工資差價，如該業者與勞工間無僱傭關係則非屬派遣型態，應適用就業服務法第 35 條規定處罰。」也就是說，如該業者與勞工間有僱傭關係存在之派遣型態，雖有從中抽取工資差價之行爲，亦非屬職業介紹之範圍，不適用就業服務法處罰規定。

²⁸ 邱駿彥，前揭文，頁 23。

²⁹ 林基豐，「勞動派遣相關法律問題及在我國勞動法制適用上之研究」，東海大學法律研究所碩士論文，頁 21-22，2003 年。

- 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；於職業介紹關係，係由同樣是使用勞動力的企業機構(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)；於職業介紹關係，使用機構可以是以從事派遣為業的機構，將就業服務機構所仲介的勞工派遣出去，乃極其自然且不違法。該二者間之差別，並非兩者性質上之必然，而是立法上對「再派遣」之限制使然。
- 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。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。

第二項 承攬

企業將本應由企業員工承擔的工作與責任轉由承包者來承擔，以減少企業成本，將企業有限資源充分運用到企業的核心活動，此時企業與承包者所簽訂之契約應屬民法之「承攬」，依我國民法第四九〇條第一項規定，「承攬，係指當事人約定，一方(承攬人)為他方(定作人)完成一定之工作，他方俟工作完成，給付報酬之契約。」，而該契約係為確立二方當事人之間互動的基礎，在承攬契約下，承攬人負有完成一定工作之義務，並單獨擔保工作成果的提出，及負有報酬與瑕疵擔保等風險，定作人對履行輔助人並無指揮命令權。有關承攬關係當事人間之法律關係圖示如下：

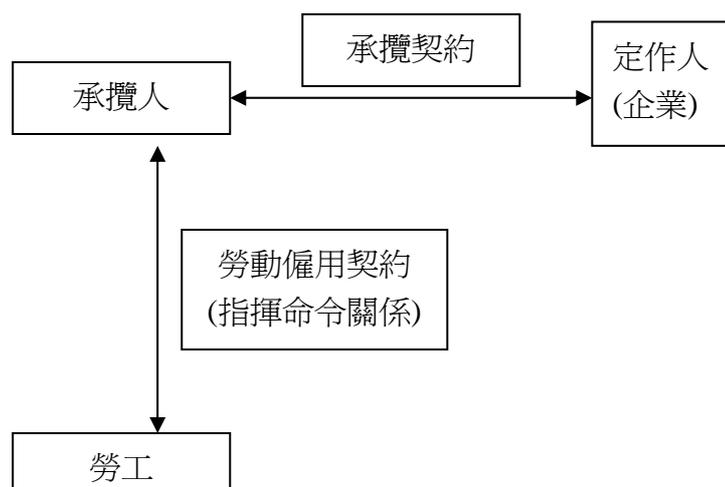


圖 2.4.2-1 承攬之當事人關係

承攬與派遣，有時難以分辨，究竟屬於承攬或派遣，首先必須確認派遣機構是否係獨立遂行定作人所定作之義務，換言之，派遣機構遂行該業務時必須是直接使用自己所僱用之勞動力，且將所承攬之業務視為自己之業務，脫離定作人之介入而獨立處理³⁰。即在承攬的法律關係下，派遣機構並未將自己所僱用勞動者的使用權讓與定作人，儘管因實際完成定作物之需求而有使派遣機構之勞動者進入定作人機構工作之必要，派遣機構之勞工所受之指示命令仍直接來自派遣機構之管理者；儘管有受定作人機構規則約束之處(如工作時間)，亦只是源自於派遣機構為完成定作人之定作物所須，進而轉為對所僱用勞動者之拘束而已，並非定作人對派遣機構所僱用之勞動者直接指揮命令與使用之具體表現行為。但是在勞動派遣的法律關係下，原則上派遣機構對於所僱用勞工的使用權可謂完全的讓出，此時受派勞工係為直接為要派機構勞動，直接受要派機構之指揮監督，依要派機構之意思履行勞務。在派遣勞動契約關係下，受派勞動者勞務之履行受要派機構意識所左右，且要派機構得直接指揮命令受派勞工，與承攬關係下派遣機構直接指揮命令所僱用勞工之情形完全不同。在勞動派遣時，始有僱主地位的分離、割

³⁰ 邱駿彥，前揭文，頁 23-24。

裂，亦即定作人(要派機構)擁有實質契約上僱主的指示權，但卻不因此成為契約的當事人，雖然定作人有介入所約定計畫的可能，但此點並不得與對勞工的指示權等同視之。有關承攬契約的指示是涉及工作的目的，即對於工作成果的指示，而非勞動契約上對於如何履行勞務的指示。

有關承攬與勞動派遣之不同點，基本上可歸納如下³¹：

- 一、在承攬勞動契約中，承攬人對定作人負完成約定工作的義務；在勞動派遣，派遣機構只須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、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；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、在承攬關係中，定作人對勞工無指揮監督權，二者無法律行為上之連結關係；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。

在日本勞動省勞動基準局「派遣勞工之勞務管理(新訂版)」的見解，認為欲認定派遣機構係為承攬而非派遣行為時，須具備以下二要件³²：

- 一、派遣機構親自直接利用自己所僱用勞工之勞動力，其具體判斷基準有：1.有關執行業務的勞動，乃自行直接負責指示及其他相關管理事項。2.有關工作時間等事項，乃自行負責指示及其他相關管理事項。3.為維持及確保企業秩序之相關事項，乃自行負責及其他相關管理事項。
- 二、派遣機構將已承攬之業務視為本身之業務，由該承攬契約之對方(定

³¹ 林基豐，前揭論文，頁 38。

³² 西谷敏、脇田滋，前階書，頁 55。

作人)獨立出來，而獨立處理業務。其具體判斷標準有：1.處理業務所須之資金，完全自行負責分配及支付。2.關於業務之遂行，及有關民法及商法之規定，負起事業主一切所應負的法律責任。3.並非單指僅提供體力與勞力³³。

第三項 借調

借調，係指勞工在不同事業單位間職務的調動，而非將勞工調到同一公司的其他單位工作。被借調的勞工，其薪資以無償為原則，仍是由原事業單位支付，而非由借調事業單位負責給付，一般又可分為「在籍」借調（在籍出向）與「移籍」借調（移籍出向）³⁴。

第一款 「在籍」借調

「在籍」借調係指勞工與原事業單位維持勞動契約關係，卻被命令前往借調事業單位，接受借調事業單位之指揮命令服勞務。但如將自己僱用之勞工，以營業為目的，反覆繼續的施行在籍借調，基於該借調以獲得企業之利益，超越通常人事權行使之範圍時，應屬脫法之勞動派遣。

有關「在籍」借調關係中當事人間之法律關係圖示如下：

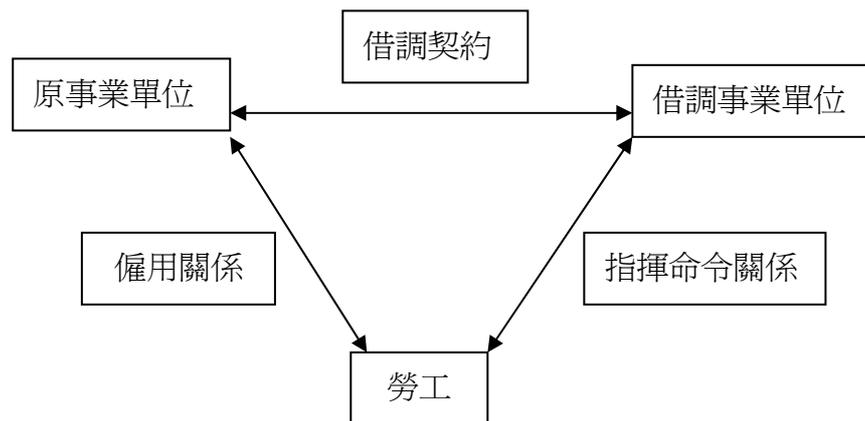


圖 2.4.3-1 「在籍」借調關係中當事人間之關係

³³ 意即相關業務之遂行由自己負責承擔，並自行處理與業務遂行相關之事務，諸如調度機械、資材等業務，或自行企畫業務之遂行、自備專門之技術或經驗，以處理業務之實施者。

³⁴ 邱駿彥，前揭文，頁 23-24。

第二款 「不在籍」(移籍)借調

「不在籍」借調係指勞工喪失在籍事業單位(即原發生勞動契約關係的事業單位)員工身分，而另外與借調事業單位訂定新的勞動契約，取得借調事業單位員工身分的一種配置移轉行為。

有關「不在籍」借調關係中當事人間之法律關係圖示如下：

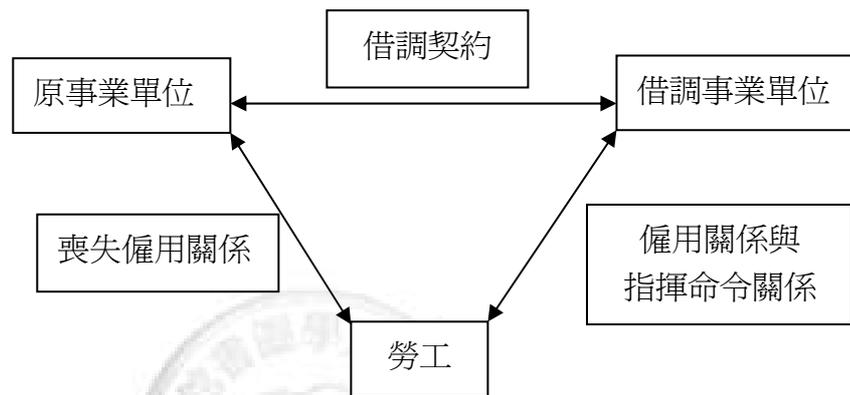


圖 2.4.3-2 「不在籍」借調關係中當事人間之關係

借調關係與勞動派遣關係十分類似，其不同點大致如下：

- 一、不在籍借調的情況下，准許勞工與借調事業單位成立勞動契約；在派遣勞動關係下，派遣勞工與要派機構間係一實際的使用監督關係，並無勞動契約。
- 二、在借調關係中，原事業單位並非以將所僱用之勞工供給他人使用監督為其事業，若原事業單位以派遣勞工為「事業」，即以經常從事派遣工作為其主要業務者，則「在籍」借調即為勞動派遣。

本章主要係就有關勞動派遣的勞務提供型態做一文獻回顧與觀念上之說明，並將一般既有之勞務給付型態，如職業介紹、承攬、與借調等，就其當事人間之法律關係予以區分與說明，並將之與勞動派遣作一差異比較，在區分各類勞務給付型態在法律關係上之差異後，藉以組織

成爲本文繼後論述架構之基礎。

