

第五章 勞動派遣之技師簽證與既有法規範之適用性探討

第一節 概說

在已實施勞動派遣制度的國家中，所制定可參與勞動派遣的行業多為一般非核心性、專業程度較低、或較不具專業技術性的工作，對於部份以負面表列排外的行業，其之所以被限制，無法納入勞動派遣之行業內有其特有的歷史因素存在⁹⁰；另一方面，具有專業技術的勞工所擔任者多為核心性的工作，在擔任派遣勞工時，可能會因工作內容上的專業性，須受到其它法規的約制。前文已討論過有關勞動派遣的相關事項，包括勞動派遣的概念、作業型態的介紹、當事人間的法律關係，同時，也對技術顧問公司的營業型態、以及具專業技術之工程技師在工程技術顧問公司中所扮演的角色作一說明，其中，更對技師於執行業務時所為簽證與簽署的差異性予以探論區分。以下，再回到本論文一開始所提出的例示問題，藉由前文各章的概念，予以探討工程技術顧問公司採用執業技師擔任派遣勞工時之簽證效力，並將綜合剖析該例示問題應如何解決，同時，將探討民法第三人利益契約與勞動法對勞動派遣的適用性，以及日後立法之方向等。

第二節 執業技師於勞動派遣中之簽證效力

本節以下將就例示問題中所可能涉及的問題予以探論，例示問題中的要派機構即指工程技術顧問公司，而派遣勞工即指具執業技師身分的專業工程技師，同時，派遣機構之營業項目亦符合技術顧問公司管理條例的規定，可從事工程技術顧問業務。

(例示問題之發生)

⁹⁰ 楊通軒，論德國勞動派遣法制，勞動派遣法制研討會，中華民國勞動法學會主辦，頁 69，1999 年。德國對於商業性的勞動派遣探部份禁止的立法，基於社會福祉的衡量，建築業被排除適用。其理由約為：由於建築業中一直存有許多非法的借貸勞工，逼使派遣人基於競爭的目的，亦從事非法的派遣。而為數眾多的建築公司亦以合法的派遣勞工掩護非法的派遣勞工，再加上建築工地的不斷變動，使得主管機關的監督倍增困難；另一理由則是薪資一致的原則，被非法借貸勞工破壞的情形，在建築業中尤其嚴重。對於建築業的排除適用，如從聯邦憲法法院對於基本法第 12 條工作權所發展出的階段理論觀之，並未危及職業選擇的自由。

「甲為一具專業工程執業技師身分的派遣勞工，受派遣機構乙派任至要派機構丙處上班，在其工作期間，因甲作業所為之圖樣及書表內容有誤，致要派機構丙有財產上之損失，因而要派機構丙主張基於技師法有關執業技師簽證或簽署之規定，派遣勞工甲應擔負賠償責任，而乙為甲的僱主，應負連帶賠償責任。」

當事人之抗辯

派遣勞工甲主張在自己所為圖樣及書表上的簽名僅係為證明該圖樣及書表確係本人在受派遣期間所為，但非為技師執行業務上之簽證或簽署行為，無庸負技師簽證或簽署之責，同時，派遣勞工甲認為自己的僱主係為派遣機構乙，即使有因自己的疏失或錯誤導致要派機構丙受有損害時，亦應由要派機構丙先向派遣機構乙求償後，再由派遣機構乙向本人求償，故主張要派機構丙應向派遣機構乙求償；而派遣機構乙則認為派遣勞工甲之實際僱主為要派機構丙，發生侵權損害賠償事件時應由派遣勞工甲自行負責，試問，本事件當事人三方應負之責任為何？」

第一項 人力派遣公司與工程技術顧問公司的業務內容

在本例示問題中提到，派遣機構所派遣至要派機構服勞務者為一具專業工程執業技師身分的派遣勞工，對於該派遣機構的營業業務內容為何，使得專業技師得以成為受僱者，應先行了解。

既有法律規範對於工程技術顧問公司的營業項目並未規定必須專營，人力派遣公司(派遣機構)如要經營工程技術顧問業務，則該人力派遣公司之組織便必須符合技管條例對於成立工程技術顧問公司的相關規定(例如該管理條例第六條規定，對於工程技術顧問機構的成立，必須公司之董事、執行業務或代表公司的股東，應有三分之一以上為該公司營業範圍的執業技師等)，只要能符合技管條例相關規定，任何公司的營業項目都可以登記經營工程技術顧問業務，說得誇張點，餐飲業要做工程技術顧問業，只要能符合技管條例中有關成立工程技術顧問公司的相關規定，一樣可以從事工

程技術顧問業務。而工程技術顧問公司若要經營人力派遣業務時，只要依照公司法或商業登記法中對於公司成立之規定，其營業項目包含人力派遣，即可經營人力派遣業務，並未受到特別的限制；又人力派遣公司與派遣勞工間之勞動派遣屬契約自由的範疇，勞僱雙方得對於勞務的內容及勞務的型態自由約定。經濟部在民國八十八年十月開放公司法人可以設立「人力派遣業」為營業項目⁹¹，經營派遣之業者與一般公司無異，只要向經濟部申請營業登記即可，並未規定須為專營的型態。一般公司亦可兼營人力派遣業務，只要將人力派遣業務與其他業務項目一起記載於公司的營業項目即可達到兼業的目的。人力派遣業自八十七年七月一日起適用勞基法行業分類中「原屬於其他工商服務之人力供應業」，適用業別代碼「9201 人力供應業」，故人力派遣業中之派遣勞工之福祇至少應適用勞基法應無疑義。

前文探論過執業技師就執行業務成果的採認方式有簽證與簽署之別，簽署者，係技師就執行業務時所製作之圖樣及書表所為的證明，而簽證則為經執業技師簽署後加蓋執業圖記的一種認證方式。本文以下探論者，為一公司之營業項目中已登錄工程技術顧問公司的營業項目，並向主管機關登錄人力派遣之營業項目，可從事工程技術顧問業務與人力派遣，在派遣具執業技師身分之勞工至要派機構(工程技術顧問公司)服勞務，該派遣勞工除勞力的付出外，是否得對於所為圖樣及書表進行簽證或簽署作業？而該簽證或簽署行為於法律上之效力如何？以下則就派遣勞工是否具有專業技師資格，以及該派遣勞工在執業與未執業的情形下，就所為的圖樣、書表予以簽名(在此稱之「簽名」以異於技師於執行業務時之簽證與簽署)的效力分別探論之。

第二項 不具技師資格的派遣勞工所為的簽名效力

按技師法第一條及第五條規定：「中華民國國民，依考試法規

⁹¹ 經濟部民國 88 年 10 月 21 日經(88)商字第 88222970 號公告參照。

定經技師考試及格，領有技師考試及格證書者，得向中央主管機關登記，請領技師證書，而依技師法領有技師證書者，得充技師。」。技師資格之取得除須為中華民國國民外，更須依考試法之規定通過國家考試後，領有技師考試及格證書者，方能向主管機關登記，以請領技師證書。換言之，非中華民國國民者，即使具有國外的技師資格，尚不得在我國請領技師證書，充任技師(我國進入 WTO 會員國時承諾可在我國執業之各類科技師除外)；以及，雖經國家技師資格考試及格領有考試及格證書，但未向主管機關登記請領技師證書者，亦不得充任技師。因此，即使為中華民國國民，畢業於專業系所，領有專業系所的學士或碩、博士學位，但未經國家考試及格者，並不具技師資格，不得執行技師業務。

不具技師資格但具專業技術(如畢業於專業系所，領有學位證書者)的派遣勞工至要派機構工作，應僅係勞力的付出，此時之勞務給付應與一般公司正職員工所為者無所差異；對於所為圖樣與書表，倘欲實行簽署或簽證作業，應由要派機構之執業技師為之，因為該不具技師資格的派遣勞工不具備技師簽證或簽署的資格(無法構成執業技師之執業要件)，自然無法實行技師執業之簽證或簽署作業。若要派機構無執業技師可就該不具技師資格的派遣勞工所為圖樣、書表予以簽證或簽署，則要派機構在公司成立時，即無法依技管條例所規定之事項成立技術顧問公司(技管條例第九條)從事技術顧問業務，故在無執業技師而可以成立技術顧問公司，在實務上是無法成立的。不具技師資格但具專業技術之派遣勞工，在其所為圖樣、書表上之簽名，應僅表示該圖樣、書表確係為該派遣勞工本人所為。此時該具專業技術的派遣勞工於工作期間之所為，致要派機構損害賠償的法律關係，無異於不具專業技術者擔任派遣勞工之情形，尚無須受限於其他約制技師的特別法規範。

第三項 具技師資格但未執業的派遣勞工所為的簽名效力

本項討論者在於派遣勞工具技師資格但未執業的情形，查技師

之開業要件，除須通過國家高等考試外，尚須在主管機關登錄，同時依照技師法第六條之規定執行業務，其執業方式為自行開業、受聘開業、或受聘在法律規定須有技師方得營業者(如營造業法第九條有關營造業之設立資格)；依技師法第一條及第五條規定，人民雖然通過國家考試具有技師資格，但是卻未向主管機關申請開業登記為執業技師，即無法執行技師業務，此時之簽證或簽署作業，應由要派機構之執業技師為之。故具技師資格但未執業的派遣勞工在要派機構就本人所為圖樣、書表的簽名，應僅為證明該圖樣及書表係本人所為，無涉於技師執行業務時之簽署或簽證行為，蓋因簽署與簽證係為執業技師方得為之之法定行為，須另受技師法及其相關法規的特別約制與規範。具技師資格但未向主管機關登錄成為執業技師者，與一般無專業技師資格者所受到的法律規範應是相同的，僅屬一般具專業技術之人員，並不因為具有技師資格而受有更重的規範約制與罰責，此係因具技師資格但未執業乃係人民在憲法工作權上職業選擇的自由，不能因為具技師資格即應受更高之要求標準，否則，對於具有技師資格而未執業者反而是種懲罰。

倘具技師資格但卻未執業之派遣勞工，於要派機構處就所為之圖樣、書表致要派機構受有損害，其損害賠償責任與法律關係，應無異於不具專業技術者擔任派遣勞工的情形，尚無須受限於其他約制技師的特別法規範。

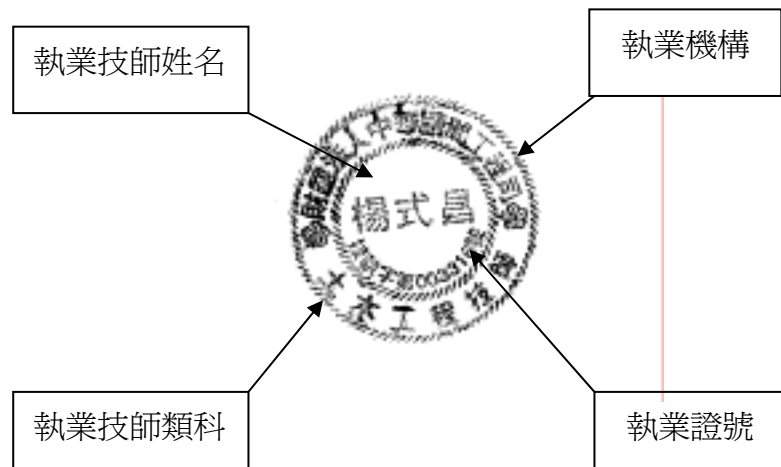
第四項 具執業技師身分的派遣勞工所為的簽名效力

技師執行業務之條件是經國家技師考試及格，並向主管機關登記成為執業技師，依技師法第六條規定，技師執行業務的型態有三種：1.單獨設立技師事務所或與其他技師組織聯合技師事務所；2.受聘於技術顧問機構或組織技術顧問機構；3.受聘於前款以外依法令規定必須聘用技師之營利事業或機構。

本項欲討論之具執業技師身分的派遣勞工之執行業務型態，並不合於技師法第六條第三款規定「受聘於前款以外依法令規定必須

聘用技師之營利事業或機構」，本款之規定主要是為應部份與公眾安全有關之行業(如營造業)，使其於執行業務時，機構內部能有專業技術上之把關。同時，該具執業技師身分的派遣勞工，在勞動派遣關係中係受僱於派遣機構，其與派遣機構間具有法律上的僱傭關係，因此，亦不符合技師法第六條第一款規定之「單獨設立技師事務所或與其他技師組織聯合技師事務所」，及技師法第六條第二款後段之「組織技術顧問機構」的自營型態。因此，該具執業技師身分的派遣勞工，在勞動派遣關係中因係受僱於派遣機構，其執行業務型態應為技師法第六條第二款前段之「受聘於技術顧問機構」，故技師法第六條第二款前段規定之「受聘於技術顧問機構」，即係本文所討論的具執業技師身分派遣勞工之技師執行業務方式。

具執業技師身分的派遣勞工，在要派機構就本人所為圖樣、書表的簽名，非即當然具有執業技師所為簽證或簽署的效力，蓋因具有執業身分或者就受僱之執業技師而言，須就本人所為圖樣、書表實行簽證或簽署，並非成為派遣勞工之必要條件；同時，因為技師之簽證或簽署具有一身專屬性，具執業技師身分之派遣勞工在要派機構就本人所為圖樣、書表之簽名，尚應另就該派遣勞工是否與派遣機構訂定有須為受派任期間於職務上所為圖樣、書表予以簽證或簽署之契約約定內容而定，不能直接跳過派遣勞工與派遣機構間之契約約定內容，直接將簽證或簽署效力歸屬於要派機構。至於具執業技師身分之派遣勞工，在技師法施行細則第三條規定，技師僅得在同一執業機構執行業務，故其執業機構係登錄在派遣機構，此點亦可由派遣勞工的技師執業圖記上所標記的執業機構處所看出，該派遣勞工在要派機構處就所為圖樣、書表上的簽名效力，應另依下列情況判斷是否具有技師執業時之簽證或簽署效力(技師執業圖記例示如下)。



一、 若派遣機構與要派機構就派遣勞工所為圖樣、書表沒有簽訂簽證契約

執業的派遣勞工就自己在要派機構處所為圖樣、書表的簽名，無論是否合於法令規定有關技師執行業務之簽證或簽署的要求，由技師執業圖記上可看出該技師之執業機構為派遣機構而非要派機構；既然派遣機構(即該具執業技師身分之派遣勞工的執業機構)與要派機構就派遣勞工所為圖樣、書表之業務無承攬或委任的法律關係，該派遣勞工在要派機構就本人所為圖樣、書表上的簽名行為，自當因執業機構的不適格，致其簽名的效力應僅能證明該等圖樣、書表確係為該派遣勞工本人所為而已，非為技師執行業務之簽證效力表示，不應另受技師法及其相關法令之約制與規範。

二、 若派遣機構與要派機構就派遣勞工所為圖樣、書表有訂簽證契約

該執業之派遣勞工依技師法第六條第二款前段規定「受聘於技術顧問機構」執行技師業務，而受聘在派遣機構(依前所述，該派遣機構已登記人力派遣並可從事工程技術顧問業務)

執行技師業務，此時，該執業之派遣勞工就自己在要派機構處所為圖樣、書表的簽名，是否應受到技師相關法令上之約制，尚須視該派遣勞工是否有與派遣機構訂定須為本人至要派機構所為圖樣、書表為之簽證或簽署的約定而異。

1.若該派遣勞工未與派遣機構約定，須在要派機構處就所為的圖樣、書表為之簽證或簽署時，此時該派遣勞工的簽名行為應只算是在一般勞僱關係中之受僱者於職務上就所為事項證明之行爲，非得逕謂該派遣勞工在本人所為圖樣、書表上的簽名即具有技師執行業務時簽證或簽署的效力，其中，是否為執行技師業務的行爲認定，可由受僱者(執業的派遣勞工)於派遣機構取得之勞務報酬的項目內容，或與派遣機構訂定之派遣契約的約定內容看出。

2.只有在該執業的派遣勞工與派遣機構訂定的派遣契約中有約定須在要派機構處就所為圖樣、書表為之簽署或簽證時，方有可能視為係該派遣勞工之執業行爲，惟此時派遣機構、派遣勞工、與要派機構三者間，就派遣勞工至要派機構處所服勞務之業務性質即非勞動派遣關係，而為承攬、或委任關係，或者，就派遣勞工所為業務相對於要派機構而言為次承攬行爲；但又依技師法施行細則第三條規定，技師僅得在同一執業機構執行業務，故派遣勞工之技師執業機構處登錄在派遣機構，就其在要派機構處所為圖樣、書表的簽證或簽署效力，應歸於派遣機構而非要派機構，此時派遣勞工就所為之圖樣與書表之從事業務行爲，與派遣機構間即非屬分離狀態，如此的勞務給付型態即非為勞動派遣關係中「僱用與使用分離」之型態。

探究以上之派遣勞工不論是否具有技師資格，或是否為受聘於派遣機構之執業技師，其在要派機構處就本人所為圖樣、書表之簽名，皆非可能屬於執業技師在執行技師業務上之簽證或簽署行爲，其主要原因在於勞動派遣關係中，派遣勞工在法律上之僱主為派遣

機構，該執行技師業務的派遣勞工在其執業圖記上所登載之執業機構即為派遣機構；即便該派遣勞工與派遣機構間訂有須在要派機構處就所為之圖樣、書表實行技師執行業務上之簽證或簽署的約定，也因執業機構的不適格，而無法將該派遣勞工之執業技師簽證或簽署效力歸於要派機構。除非要派機構與派遣機構就該派遣勞工完成的業務內容訂定有委任或承攬契約，該派遣勞工方才有可能就其本人所為之圖樣、書表進行技師執業時的簽證或簽署，惟此時在經承攬或委任後，派遣勞工就所為業務內容之簽證或簽署效力歸於派遣機構而非要派機構，主要原因乃在於依技師法施行細則第三條規定，技師僅得在同一執業機構執行業務，該派遣勞工之技師執業機構係登載於派遣機構所致。此時，因派遣機構與要派機構就派遣勞工所為業務之承攬或委任關係的發生，即失去了勞動派遣關係中，派遣勞工須至要派機構為其提供勞務給付之「僱用與使用分離」的精神。是故，在勞動派遣關係中，受聘於派遣機構執業的派遣勞工於受派至要派機構處服勞務時，就本人所為圖樣、書表的簽名，並無成立專業技師簽證或簽署的效力；此時該派遣勞工就所為圖樣、書表上的簽名作為，與不具技師資格者，或具技師資格但未執業之派遣勞工就所為圖樣、書表之簽名行為並無差異。

第三節 民法第三人利益契約對勞動派遣法律關係適用性之探討

在前文有關勞動派遣契約中，除契約當事人之派遣機構與派遣勞工外，第三人(要派機構)亦被涉入該勞動契約中，該三者於外觀上應為涉他契約中之「真正第三人利益契約」，而真正第三人利益契約(民法第二六九條)在應用於勞動派遣關係時，其適用性如何，探論如下。

第一項 第三人利益契約與勞動派遣

第一款 第三人利益契約於勞務供給關係之適用性

第三人利益契約乃為應近世交易成長，為便於貨物流通所訂定之法律，其意旨就經濟功能而言，主要在於縮短給付路

徑，使第三人得向債務人直接請求給付，避免債務人先給付債權人，債權人再給付予第三人之雙重移轉的麻煩。透過第三人利益契約之運作，債權人不必於收受債務人之實際給付後，再為給付予第三人即可達成欲給付予第三人之目的，因為債務人向第三人給付時，可同時發生三種給付功能：1.債務人直接向第三人給付；2.債務人向債權人為間接給付；3.債權人向第三人為間接給付。因此，債務人一人之給付可同時消滅債務人與債權人對第三人之債務，此適足以表徵「縮短給付途徑」之特點。但在勞動派遣關係中，倘派遣勞工(債務人)先向派遣機構(債權人)給付勞務，再由派遣機構(債權人)向要派機構(第三人)給付勞務，此時派遣機構是否有能力給付予要派機構和派遣勞工一樣的給付內容則有疑問，要派機構可能反而得不到預期所要享有的勞務內容。

基於第三人利益契約的立法原意主要在於縮短給付路徑，以及具有生計扶養照顧性質(如保險給付予受益人等)，而在勞動關係下，勞工必須將其勞動力全面地供僱主之處分支配，因為勞動力與勞工個人之不可分離，等於是勞工將自己個人供僱主處分支配，基於此一特性，絕對不可將勞動力當作其他一般的交易商品，而將勞動關係認為是勞動力與金錢二者之財產性質的給付交換契約⁹²。本文認為，勞務提供是無法分段移轉給付的，民法第二六九條並未限定第三人不得將債務人之給付再移轉予另一第三人，但在勞動派遣關係中，若有「再派遣」之情形，則與勞動派遣中之法律關係型態有異，也有視勞務為商品之嫌；換言之，第三人利益契約之論點純然應用在勞動派遣上的適用性是有疑義的。

第二款 第三人利益契約與勞動派遣當事人之關係

民法第二六九條(第三人利益契約)第一項規定：「以契約

⁹² 黃程貫，勞動法中關於勞動關係之本質的理論，政大法學評論第 59 期，頁 232，1998 年。

訂定向第三人為給付者，要約人得請求債務人向第三人為給付，其第三人對於債務人，亦有直接請求給付之權。」，若不考慮本項前段之規定「以契約訂定向第三人為給付者」時，僅由本項中段規定：「……要約人”得”請求債務人向第三人為給付……」，就文義解釋，要約人請求債務人向第三人給付並非強制性，要約人請求債務人向自己給付亦應無不可；換言之，債務人可向要約人(債權人)給付，也可以向第三人給付。又本項末段規定：「…其第三人對於債務人，”亦”有直接請求給付之權。」，即對於債務人有直接請求給付權者為債權人與第三人。若將本條規定之文義解釋套入勞動派遣關係中，派遣勞工之勞務給付對象，可以是派遣機構(債權人)或要派機構(第三人)，但在現實履行上，派遣機構與派遣勞工所訂之派遣契約，係使派遣勞工向要派機構(第三人)給付勞務，而非向派遣契約中之債權人(派遣機構)給付勞務，派遣機構藉由派遣勞工至要派機構處提供勞務給付，而要派機構將勞務報酬付予派遣機構，派遣機構在扣除必要費用及合理利潤後，再支付派遣報酬予派遣勞工。倘派遣勞工向派遣機構提供勞務給付，則該勞務之給付內容未必是派遣契約中之債權人(派遣機構)所欠缺或所欲求者，同時，派遣機構也因欠缺來自要派機構處取得勞務給付報酬之營收，此亦與派遣機構係以營利為目的之意旨相違。此時套入民法二六九條第一項前段規定之「以契約訂定向第三人為給付者……」即可說明第三人利益契約中，債務人僅得向第三人為給付，非得向債權人給付，故在勞動派遣關係中，派遣勞工之勞務給付對象僅為要派機構而已。

民法學者認為，透過民法第二六九條第三人利益契約規定之運作，債務人僅得向第三人為之給付，不得向原契約債權人為之給付，同時認為，第三人所得請求者為債務人未向自己給付所生之損害賠償請求權，而債權人所得請求者，為債務人未

向第三人給付時，所生債權人本身之損害，該二者請求權並非同一⁹³。該等債務人僅得向第三人為之給付的說法，與勞動派遣關係中，派遣勞工(債務人)僅得向要派機構(第三人)履約，提供勞務給付，而非可向派遣機構給付勞務之情況相同。本文認為，此係因為本法前段規定了「以契約訂定向第三人為給付者」之故，該項規定已限定了債務人之給付對象，致債務人僅得向第三人為給付，而非得向債權人為給付。

本文認為，在勞動派遣關係中，第三人利益契約雖然較能完整說明要派機構與派遣勞工間之實際的勞務指揮、監督與管理、及彼此間之忠誠與保護的法律基礎，對其間之從屬關係亦可為較妥適之交代，又能在派遣勞工有債務不履行之情形時，建立要派機構在契約上之損害賠償請求權基礎，對要派機構較有保障；惟派遣機構與要派機構間之要派契約關係，以及派遣勞工與要派機構間類似契約之關係，並無法單以民法第二六九條之規定完全詮釋與涵括，且由於勞動派遣涉及三方當事人，彼此間的權利義務內容亦有待進一步釐清，此亦非用民法第二六九條可以完全規範與說明，因此，欲僅以民法第二六九條完全詮釋勞動派遣之三方法律關係是不足的。

第三款 第三人利益契約對專業技術人員勞動派遣之適用性

目前尚無法律規範勞動派遣關係，而學說與實務上亦尚未對此類勞動型態中各當事人的權利義務及責任予以釐定與釐清，就本論文前述之討論，派遣勞工於受派任期間，在要派機構處服勞務時因有疏失或錯誤，致要派機構受有損害時，在外觀上，應可採用民法第二六八至第二七〇條有關第三人負擔契約、以及第三人利益契約之規定予以規範。但因本論文所探論之派遣勞工係為一具有執業技師身分者，縱然該派遣勞工在勞動派遣的法律關係下並無就所為圖樣、書表成立執業技師簽證

⁹³ 史尚寬，「債法總論中冊」，頁 590，作者自印，1954 年。鄭玉波，「民法債編總論」，頁 394，三民書局，1990 年。

或簽署法效力之餘地，但仍應為其於受派遣期間至要派機構所為業務內容之品質負責；因所提供勞務給付之內容多屬核心性工作，具有一身專屬性，不似非核心性的工作容易具有替代性，不同人所為之作業展現成果近乎相同；且因具專業技術的工作性質多會受個人專業上之主觀意志影響，因不同人之作為而呈現不同的展示樣貌與使用性(例如工程技術顧問業務中的設計圖展現)，或者，原設計者未完成之內容，若換由他人接手時亦容易有與原著者之設計理念不一致的情形發生，造成設計成果之意象表達不一致。

在勞動派遣關係中，就派遣勞工與派遣機構間訂定之派遣契約，依民法規定，若雙方當事人未就該項品質內容予以約定時，僅提供中等品質即可；但對於專業技術性之給付內容的不可預見性與設計理念因人而異之無法一致性，因不同人的作為將呈現不同的展示樣貌與使用性，究竟何等品質方可謂為「中等品質」，則存有莫大的解釋空間；對於派遣機構所派任之中等品質勞工，恐不易有相同成果的展現，故就專業技術性作業內容的專屬性與勞務不可分割性，本法之規定恐不適用於專業性派遣作業型態。

第二項 勞動派遣關係當事人派遣機構應受之法規範

雖然，藉由民法第二六九條第三人利益契約來詮釋勞動派遣關係，可使得三方當事人間的權利義務與損害賠償責任可在既有民法規定下得到較大的保障，但是，勞動派遣關係中之派遣機構與派遣勞工相對於要派機構並無連帶債務關係，若派遣勞工就所為作業致要派機構受有損害，而要派機構卻無法連帶向派遣機構求償，如此一來，要派機構之債權恐有保障不足之慮。

再檢討民法既有有關僱用人與受僱人關係的法條中，民法第一八八條對於僱用人應負之責任似有較充份的規範，但該法條所規範者僅在受僱人因執行職務，「不法」侵害他人之權利時，對於僱用

人在選任受僱人與監督其職務之執行，已盡相當之注意或縱加以相當之注意而仍不免發生損害者，僱用人才不須負賠償責任，否則，僱用人與行為人連帶負賠償責任。若以民法第二六九條所規定者來規範勞動派遣關係之當事人，則債務人之債務不履行時，所套用之法條為民法第二一九條~第二四一條有關債之給付與遲延之規定，其中所規定之賠償責任主體係視債之各當事人間，彼此有無疏失而課予不同程度的責任，此時，並無對僱用人(派遣機構)課以如民法第一八八條對僱用人所應負之責任的規範。因為事實上派遣勞工並非在派遣機構給付勞務，派遣機構極易以此作為監督與注意義務執行上之非當事人作為規避僱主之責任，而將僱主之責任轉嫁給要派機構，脫離了享受利益以外所應受到的責任與監督。

本文認為，在勞動派遣關係中，派遣機構只是代要派機構找尋適當、能力可以勝任的工作者，派遣勞工實際聽命於要派機構在工作上的指揮監督，但基於權利義務平衡原則，受派遣者若發生侵權行為時，派遣機構亦應被視為共同僱主，負連帶責任，或者至少應負擔保證責任(因為受派勞工之能力，當然是派遣機構認為是足以擔當要派機構指定之事務者)，如此，對於要派機構才有更週全的保障，派遣機構也才不致純享漁利，減少相對應擔負之責任⁹⁴。

第三項 例示問題的檢討

在本文之例示問題中，派遣勞工甲係受派遣機構乙及要派機構丙之間所訂定，使第三人為要派機構丙提供勞務給付之第三人負擔契約(要派契約)，以及派遣勞工甲與派遣機構乙之間所訂定之為第三人利益契約(派遣契約)的約束，而至要派機構丙處提供勞務給付。因我國既有法律並未規定工程技術顧問公司的營業內容必須專

⁹⁴ 例如勞工安全衛生法第 16 條：「事業單位以其事業招人承攬時，其承攬人就承攬部分負本法所定僱主之責任；原事業單位就職業災害補償仍應與承攬人員負連帶責任。再承攬者亦同。」。本法中規定了原事業單位與承攬人就承攬部份之職業災害補償應負連帶賠償責任，此一立法精神已透露出在事業體中，不能僅因把業務委外承攬後，即免除一切責任；對於勞動派遣關係中，派遣勞工於要派機構中給付勞務時所生之損害賠償問題，對於派遣勞工之法律上僱主(派遣機構)似可採此一連帶責任之方式，可作為立法之參考。

營，在本例示問題中派遣機構之組織係假設已符合技管條例對於工程技術顧問公司成立之條件，可以從事工程技術顧問業務，並聘有執業技師，同時，該公司亦已向主管機關登記人力派遣之營業項目，可從事人力派遣業務。

第一款 具執業技師身分之派遣勞工簽證所適用之法規範

依技師法第六條第二款前段規定，該派遣勞工受聘於派遣機構執行技師業務，並依技師法施行細則第三條之規定，以該派遣機構為惟一的執業機構，因其具有派遣勞工身分，可受派任至要派機構提供勞務給付，而其執業機構登載處為派遣機構，就技師法施行細則第三條之規定，該派遣勞工自無法就其在要派機構處所為圖樣、書表實行技師簽證或簽署，其在要派機構處所為圖樣、書表所為的簽名應僅表示該圖樣、書表係本人所為，與一般派遣勞工或要派機構內之正職員工所為之簽名效力相同，尚毋須受到技師法之約制與規範。此時，若欲使該派遣勞工所為圖樣與書表發生技師法上之簽證效力，則應由要派機構之執業技師簽證之。

即使派遣機構與要派機構間訂有須由執業的派遣勞工就其所為的圖樣與書表簽證之契約，亦因既有法規上的規定而無法發生簽證的效力，此時，因非可歸責於該執業的派遣勞工而致給付不能(因該執業的派遣勞工非為要派契約的當事人)，故免給付義務(民法第二二五條)。至於有無涉及派遣機構與要派機構間之債務不履行的問題，則應另就派遣機構與要派機構間所訂派遣契約之約定內容而論。

第二款 例示問題當事人之責任歸屬

對於派遣勞工於提供勞務過程中，就其所為之勞動所可能引起當事人間之責任承擔，在以民法第二六九條作為勞動派遣關係之「本質」的論點下，可區分如下⁹⁵：1.基於要派機構之

⁹⁵ 黃程貫，前揭文，頁 291-293。

事由，致派遣勞工無法提供勞務，此時派遣勞工如已依債務本旨提出給付、或要派機構預示拒絕給付之意思、或給付兼須要派機構之行爲者，派遣勞工得以準備給付之事情，通知要派機構以代提出(民法第二三五條)，此時要派機構即應負受領遲延責任(民法第二三四條)，派遣勞工對派遣機構依法仍有報酬請求權(民法第二六七、四八七條)，派遣機構對要派機構亦有請求給付派遣報酬之權利。而若：2.係出於派遣機構之事由，致使派遣勞工得合法正當地拒絕提供勞務時，派遣勞工在不違反誠信原則之前提下，得對要派機構主張同時履行抗辯。此時要派機構得以第三人之身分提出清償，以換取派遣勞工之給付勞務，其所代付之工資，得由派遣報酬中抵銷之。最後，若：3.係出於派遣勞工自身之事由致未提出給付，此時，派遣機構即應另行派遣適任之勞工至要派機構處提供勞務給付；否則即應由派遣機構對要派機構負債務不履行之責任，對於債務不履行的結果，派遣機構除無法請求派遣報酬外，若因此造成要派機構其他之損害，尚須承擔賠償責任，該賠償責任最終並應由派遣勞工負終局義務人之責任。

因此，在本例示問題中，因可歸責於派遣勞工甲之事由致要派機構丙受有損害，故要派機構丙可向派遣勞工甲提出損害賠償，派遣機構乙可向派遣勞工甲請求因要派機構丙之損害所致派遣機構乙本身所受之損害。

第四節 勞動法既有法規範對勞動派遣法律關係適用性之探討

勞基法施行至今已二十多年，該法自制定實施已來，在法律修訂、學說發展、判決與解釋令上亦已累積相當規模，在有關勞務關係爭議的實際案例發生時，首先即須要確認雙方當事人間之勞務關係究屬僱傭、承攬或委任關係，其主要實益在於繼後所採用之法律究以民法或特別法(如勞基法)爲據，因所採用之法律論據將影響當事人之實質權益。在界

定勞動關係與其他法律關係上，最重要的是考量勞務係在何種狀況下被提供，而非契約中所約定報酬給付之型式。每一個契約的實質類型應是依勞務者實際提供勞務的內容而定，如果契約內容與勞務者實際提供的勞務內容不相符合時，則應以實際提供之勞務內容為準，並據以推論雙方當事人實際上係以何種法規範界定彼此的權利及義務為契約內容。

傳統的勞基法、勞工安全衛生法，乃至其他勞動相關法規，幾乎都是以僱主與勞工訂定勞動契約，且由僱主本身指揮監督勞工服勞務為基礎的概念下所構成。勞動派遣與傳統勞動型態之最大差異在於派遣勞工與派遣機構的派遣契約上，僱主並未親自指揮監督勞工為自己服勞務，而真正指揮勞工服勞務的要派機構與派遣勞工間又無勞動契約存在。派遣機構存在的功能之一是讓派遣勞工不致於因為經常轉換僱主而使退休年資與福利中斷，但是派遣不同於一般的直接僱用型態，它屬於間接僱用的一種，也就是在勞工與勞務給付的對象中間多了一個派遣公司，於是就產生二個最基本的問題：1.派遣公司每月從派遣員工之工資中抽成，有無中間剝削的問題；2.以派遣公司為僱主的身分出現，從而讓真正使用勞務之僱主(要派機構)躲避僱主應對勞工所負的責任。

探討現行勞動相關法規是否能有效規範勞動派遣關係前，首先必須了解「勞動契約」之本質，與勞動派遣關係具有何種潛在的問題及關連性，方能針對問題檢討現行法規的實效。

第一項 「勞動契約」之本質

勞動契約是一種法律行為及有名契約，也具有創設勞動關係之功能，一個勞動關係的成立，意味著雙方當事人(僱主與勞工)就工資及約定之勞務給付內容取得合意，此種意思之合意係勞動契約不可缺少之核心，勞工之主要義務即勞動義務，必須以此核心為基礎，透過契約的其他相關約定、法律、僱主之指揮等，獲致具體化之內容，亦即透過勞動契約創設了僱主與勞工間的基本關係。勞動契約以外之其他勞動關係決定因素再以此基本關係為前提與之發生關連，並增加基本關係之內容，而形成勞工與僱主間之綜合關

係，即「勞動關係」。在不違反勞動契約之上位階法源，包括憲法、法律之強行規定、團體協約等法規範之前提，或有利於勞工之前提下，僱主與勞工得以書面或口頭方式，約定各種勞動契約條款或內容，此等勞動契約條款即為勞僱雙方當事人間之規範，雙方當事人自有遵守之義務。

在日本學界的理解下，就資本主義下的勞動關係而言，作為勞動力所有者的勞動者，雖然於契約之中將勞動力的處分權移轉給僱用者，不過勞動力本身仍無法從勞動者自身的肉體加以分離，從而依據僱用者的指示而做的勞動力處分，常常伴隨著勞動者人格的實現；正因如此，勞動者在勞動力的處分過程(即勞動過程)之中即不得不接受僱用者的指揮命令；亦即勞動者於勞動的過程中，在人格上對於僱用者有很強的從屬關係，此稱之「人格從屬性」。正由於在人的從屬關係為基本的勞動過程中，似乎有出現對人類生活自主權否定的情形，為具體的保障勞動者的生存權，於是乎有了勞動法的存在，因此人格從屬性不得不稱做勞動法上勞動者概念之最重要要素。依我國已公佈但未施行的勞動契約法第一條規定：「稱勞動契約者，謂當事人之一方對於他方在從屬關係提供其職業上之勞動力，而他方給付報酬之契約。」即可看出，勞動契約之本質即在於勞僱雙方之從屬性。

而勞動契約之實質性則應從雙方當事人所訂契約內容的權利義務來觀察，如某法律行為是屬於一方提供勞務，而他方因對方之勞務提供而提供給付，且雙方因該契約產生的法律關係，將使一方比他方居於更從屬的地位，則當事人二者間所締結之契約即為勞動契約。

第一款 勞動契約之成立

勞動契約之成立以雙方當事人有合意者為必要，僱主與受僱人對於契約內容有合致之意思表示，如一方以口頭提出要約，他方當即承諾，若一方以書面為之，則應許他方以相當時

間為承諾之合理期限；原則上意思表示不必明示，得以一定行為為表達，例如一方提供勞務而他方受領，此時勞動契約即為成立。學者認為民法僅能適用在一般勞動契約締結之階段，唯有在僱主將勞動者納入組織，雙方建立從屬關係，而勞動指揮權在行使狀態中，受僱人與其他受僱人成立團體關係而居於分工合作狀態時，才能成立勞動契約⁹⁶。

第二款 勞動契約關係之當事人

勞動契約當事人之一方為僱主，其主要在於報酬之給付，並保護照顧勞工；另一方為受僱人，必須提供勞務，並負有忠誠之義務。該二者之概念說明如下：

一、僱主

依勞基法第二條第二款規定：「稱僱主者，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」。學者黃程貫認為⁹⁷：我國勞基法第二條所定義之僱主，並非由勞動契約之當事人的觀點來定義僱主，而是採取一切功能性的定義方式，即依照事實上究竟何人在行使僱主的職權來定義僱主，因此，凡是行使僱主職權之人即屬勞基法上所稱之僱主。在此種定義下，僱主必為自然人，因為只有自然人才可能行使僱主職權，此點與純粹由契約當事人來認定僱主者有極大之不同，亦有學者採不同見解⁹⁸。

二、勞工

我國法制對於「勞工」概念所定範圍不一，早期法律對勞工法保護對象之勞動者當事人所定範圍頗為狹窄，僅包括直接從事生產或輔助其生產之「工人」而已。在勞工保險條例中所規定之範圍則包括年滿十五歲以上，六十歲以下者；勞基法上

⁹⁶ 黃越欽，「勞動法新論」修訂2版，頁175-176，翰蘆圖書出版有限公司，2002年。

⁹⁷ 黃程貫，「勞動法」，國立空中大學用書，頁50，1996年。

⁹⁸ 黃越欽(前揭書，頁136。)認為：凡在私法契約中僱用勞工，並將之納入其勞動組織中者，即為僱主。僱主不一定須自然人，法人亦得為僱主；僱主在法律上之最主要之意義在於對受僱人之勞務請求權與指示命令。

所稱之勞工則為受僱主僱用從事工作獲致工資者。

我國目前對勞動契約當事人範圍，已從正面列舉型式改變為例外排除方式，因此勞工之範圍已大大放寬，自民國八十八年一月一日起，除主管機關指定不適用之行業或工作者外，勞基法適用於一切勞僱關係⁹⁹。

第三款 勞動契約的特色

有關勞動契約的特色，依學者之見解與實務上法院之判決整理說明如下：

一、學者

(一)學者黃越欽認為勞動契約之從屬性可表現在¹⁰⁰：1.人格上從屬性；2.經濟上從屬性。茲說明如下：

1.人格上從屬性

所謂人格上從屬性係指負有勞務給付義務之一方，基於明示、默示或依勞動之本質，在相當期間內，對自己之習作時間不能自行支配而言，換言之，人格上從屬性係勞動者自行決定之自由權的一種壓抑，同時勞務給付內容的詳細情節亦非自始確定，勞務給付的具體內容不是由勞務提供者決定，而是由勞務受領者決定。人格上從屬性的重要特徵在於指示命令權，其內容包含甚廣，舉凡企業內之管理規則、勞動力之通盤調配、工作職場規則、工時、工作地點、工作方法等皆包括在內。除此之外，亦有論者認為秩序上的懲罰權亦應包括在內，由於此項懲罰權的存在，僱主對受僱人之意向等內心活動過程均能達到某種程度上的干涉與強制，此點乃人格上從屬性效果最強之處，也是最根本所在。綜上分析，人格上的從屬性可歸納有下列幾點具體內容：(1)服從營業組織中之工作規則；(2)服從指示；(3)接受檢查義務；(4)接受制裁義務。

⁹⁹ 行政院勞工委員會民國 87 年 12 月 31 日(87)勞動一字第 059604 號函參照。

¹⁰⁰ 黃越欽，前揭書，頁 131-134。

2.經濟上從屬性

所謂經濟上從屬性係指受僱人完全納入僱主經濟組織與生產的結構內，但與僱主或受僱者之經濟或財政狀況無關，申言之，受僱人之經濟狀況未必不如僱主。經濟上從屬性之重點在於受僱人並不是為自己的營業勞動，而是從屬於他人，為該他人之目的而勞動，因此受僱人在勞動關係中並不具經濟上之獨立性。本論點之內容主要有：(1)生產組織體系屬僱主所有；(2)生產工具或器械屬僱主所有；(3)原料由僱主供應；(4)責任與危險多由僱主負擔。

(二)學者陳繼盛認為¹⁰¹：「僱傭契約以具有從屬性為其特徵，而承攬及委任則以獨立行為為其特徵，我國勞動契約法第一條就勞動契約明文規定，稱勞動契約者，謂當事人之一方對於他方在從屬關係提供其職業上之勞動力，而他方給付報酬之契約，因此，從屬性之有無乃勞動契約概念上之主要判斷基準。」。

(三)學者邱駿彥認為¹⁰²：「勞務之提供者是否具有勞工性，一般以人的從屬性，即勞務之型態是否為「指揮監督下勞動」，以及所獲致之工資是否具有「勞務對價性」為其要素，並且，勞資雙方間至少尚須有默示訂立契約之意思表示合致。惟在對於人的從屬性加以界定時，應以參考其他要素綜合判斷之。」。

(四)學者楊通軒認為¹⁰³：人格從屬性才是適當的界定標準，並提出較新的區分觀點，其為上位、下位（實質）標準以及形式標準。1.上位標準即人格從屬性，包括：在僱主指揮監

¹⁰¹ 陳繼盛，「我國勞動契約法制之研究」，引自劉志鵬，「勞動法理論與判決研究」，頁 23 以下，元照出版社，2000 年。

¹⁰² 邱駿彥，勞動基準法上勞工之定義，勞動法裁判選輯（二），頁 93 以下，2000 年。

¹⁰³ 楊通軒，勞動者的概念與勞工法，中原財經法學第 6 期，頁 227 以下及頁 290-291，2001 年。楊氏認為：所謂上位概念係指自願承受企業經營風險而言，自主的營業人必須獨自承擔職業保障的風險以及生存保障的風險，但同時亦享有企業經營上的機會。所謂下位概念係指具體化的標準，可以用目的論的觀點，將受到指示權的拘束、納入生產組織、市場的取向、及自有的企業組織等特徵納進來。在此一下位概念下，勞動者在提供勞務時，典型上會有以下五個特徵：1.繼續性；2.只為一位工作委託人提供勞務；3.親自提供勞務；4.大體上無自有資本；5.大體上無自有生產組織。

督下提供勞務、納入僱主生產組織、僱主擁有廣泛的指示權(對於工作時間、地點、業務的進行)、勞工喪失對業務處分的可能、提供之勞務具利他性。2.下位(實質)標準包括:在工作時間、地點、專業上(內容上)受他方指示之拘束(但此專業上從屬性非絕對必要)、對於工作無不接受之自由、應自行提供勞務(勞務專屬性)、非為自己營業而勞動。3.形式標準包括:企業主代扣所得稅、代繳社會保險費、健保費、有無營業(商業)登記、生產手段是否為工作者所有、人事資料/紀錄。在認定的順序上,應先以下位(實質)標準、再以上位標準,最後輔以形式標準。

(五)學者黃程貫認為¹⁰⁴:「勞動契約之特徵為從屬性,又可分為:1.人格從屬性:包含僱主之指示權、將勞工納入其事業組織內、決定勞務給付之時、地,以及於勞工違反企業內秩序所得行使之懲戒權等,其為勞工從屬性之要素;2.經濟從屬性:包含勞工非工作則無法生存、勞動契約之內容受到資方決定性的控制、勞工所須之商品,其價格又多取決於資方,故勞工對於資方有所謂經濟上從屬性,惟此經濟上之從屬性僅是勞工從屬性之常素而非要素。人格從屬性之主要參考表徵有:受僱主指示權之拘束、納入僱主之生產領域或勞動組織、勞動力之純粹利他性,而經濟上之從屬性僅是勞工從屬性之常素,而非要素。」。

(六)學者林更盛主張¹⁰⁵:「從屬性」之具體認定標準有:1.指示權:僱主對勞工之工作時間、地點、所應提供勞務的具體種類,具有單方決定權限。於此情形下,勞工處於僱主單方決定勞動條件的權限,為適當地保障勞工人格上、身心安全健康、經濟上的利益,將此類勞務提供者納入勞工範圍之內應屬

¹⁰⁴ 黃程貫,前階書,頁67-74。

¹⁰⁵ 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別,行政院勞委會民國91年勞工法規研討會,頁14,2002年。

妥當。2.懲戒權：僱主若對提供勞務者擁有超過一般契約當事人間單純違約處罰的懲戒權限，則和指示權的情況相比，該提供勞務者更具有或至少擁有相同程度的從屬性。3.勞務提供之專屬性：參照民法第四八四條之規定，提供勞務者若在契約法上根本無須自行提供勞務，得另行聘用他人代服勞務，則顯然其得藉此減少直接受到相對人所可能行使之指示權拘束而欠缺從屬性。4.其他可能的標準(輔助參考)：如為該他人之目的而非為自己的營業而勞動(勞務之利他性)、納入企業生產組織、與同僚基於分工合作的狀態等。

二、法院判決

最高法院民國八十一年台上字三四七號判決已儘量說明勞動契約的內涵，該判決略以：「按勞基法第二條第六款僅規定「勞動契約，謂約定勞僱關係之契約」，對於勞動契約之性質及成立要件如何並未有具體明確之規定。惟依政府於民國二十五年十二月二十五日公布尚未實施之勞動契約法第一條規定，稱勞動契約者，謂當事人一方對於他方在從屬關係提供其職業上之勞動力，而他方給付報酬之契約。一般學理上亦認勞動契約當事人之勞工，具有下列特徵：1.人格從屬性，即受僱人在僱主企業處組織內服從僱主權威，並有接受懲戒或制裁之義務；2.親自履行，不得使用代理人；3.經濟上從屬性，即受僱人並不是為自己之營業勞動而是從屬於他人，為他人之目的而勞動；4.納入僱方生產組織體系，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。」。

由本判決可看出最高法院對於勞工性之判斷內容有幾點

特色：1.從屬性之內容包括人格從屬性、經濟上從屬性、以及須納入僱主生產組織；2.對於人格從屬性、經濟上從屬性並且加以定義；3.須親自履行，不得使用代理人作為勞工的特徵，不區分其係上位概念或下位概念；4.勞動關係之成立從寬認定，只要有部份之從屬性，即使為承攬契約，亦應認其為勞動契約。

就學者與實務之見解咸認為從屬性應為勞動關係中之主要特徵，其中更以人格從屬性為主要要素。本文認為，按勞基法第二條第六款規定：「勞動契約，謂約定勞僱關係之契約」，其對於勞動契約之性質及成立生效要件如何，並未有具體明確之規定。惟依民國二十五年十二月二十五日公布但尚未實施之勞動契約法第一條規定：「稱勞動契約者，謂當事人一方，對於他方在從屬關係提供其職業上之勞動力，而他方給付報酬之契約」。就立法時間順序(先有勞動契約法，再有勞基法)與立法意旨連貫性推論，「從屬性」應為勞動契約之主要特徵殊無疑義，惟未指明須為法律上或實質上之從屬性。而學者黃程貫亦主張我國勞基法第二條所定義之僱主，並非僅由勞動契約之當事人的觀點來定義僱主，而是採取一切功能性的定義方式，依照事實上究竟何人在行使僱主的職權來定義；此說法若套用在勞動派遣關係中之派遣機構為派遣勞工之法律上僱主，而要派機構為派遣勞工事實上之僱主，不論勞動的型式與內容為何，法律上之僱主必為勞工之僱主，而事實上使用勞力之僱主，亦應為勞工之僱主，如此方不致產生法律上之漏洞，對勞工權益之保障也能更為週全，故本文認為應擴充僱主之範圍為法律上與使用上者均屬之¹⁰⁶。

¹⁰⁶ 例如民法第 188 條在基於保護被害人之立場，對於僱用人之認定採外觀原則，在報償責任之運用下，使得獲得利益者，亦應負擔所生損害。雖然本法係應用在「侵權行為」時，其與勞動派遣關係中三方當事人間之關係為「契約」有異，而無法相提比擬，惟勞動派遣之勞動型態應屬私法契約範疇，基於契約自由的原則下，擴充僱主範圍之概念應有其可採之處。又公司法中對於董事或執行業務股東，對內有處理公司一切事務之權，對外行為則代表公司，該行為並包括法律行為與事實行為；此點亦可作為日後對勞動派遣中有關認定

第二項 勞動基準法之規定

在勞動派遣關係中，受派遣之勞工主要是在要派機構的指揮監督下提供勞務給付，派遣機構並無法就派遣勞工之勞務給付內容予以指揮監督。因此，既有勞動法之規定有無適用於勞動派遣之可能，應予探討。以下舉出勞基法中對勞力提供所規範之要點精神，與勞動派遣之勞務給付型態可能有抵觸者予以探論。

第一款 中間剝削之禁止(勞動基準法第六條)

勞工派遣機構的業務型態，係將所僱用的勞工派遣至要派機構，使勞工在要派機構的指揮命令下服其勞務，而派遣勞工的工資獲得，係由要派機構支付予派遣機構，再由派遣機構扣除必要的成本與利潤後給付予派遣勞工。然而，在此情形下，派遣勞工所獲之工資必然與要派機構支付予派遣機構的報酬有所差異，問題是，此差異的額度應為若干，方為社會上一般通念所能認可的合理利益，否則，派遣機構即有從要派機構所支付之報酬中，獲有「不法」之利益。同時，派遣機構藉由派遣勞工至要派機構服勞務而從中獲取利益，是否有將勞務視為商品而為買賣，應而觸犯勞基法之規定，亦是可探究之處。對此，學者有認為應設法防止派遣機構從中抽取不法利益，並應規範在抽取合法的利潤下，派遣機構必須為派遣勞工提供教育訓練甚至福利措施¹⁰⁷。

我國勞基法中有關勞務提供之規範在第六條明文規定：「任何人不得介入他人之勞動契約，抽取不法利益。」。按本條之立法意旨在禁止中間剝削以保護勞工權益；蓋禁止中間剝削，不僅是我國重要的勞工政策，也是世界各國勞動法所揭示之原則。勞動契約是勞工與僱主間約定勞動關係之契約，應由勞工與僱主直接簽訂，不容第三者介入，更不容第三者從中抽

僱主概念時之參考。

¹⁰⁷ 邱駿彥，勞動派遣法制之研究—以日本勞工派遣法為例，勞動派遣法制研討會，台灣勞動法學會主辦，頁6，1999年。

取不法利益。所謂「介入」，是指中介插入；即勞工與僱主直接簽訂勞動契約時，或於簽訂契約前後，第三人不僅基於從中介紹的地位，且有插入或插手的行爲，其介入之行爲，無論是明白的加入契約當事人之一，或是基於幕後，對於他人簽訂勞動契約的事宜，暗中加以操縱、指使、阻礙、或阻止，皆爲法所禁止。所稱「抽取」，乃以強制或非法之方法，從中漁利而獲致利益，上開之行爲，因足以損害勞工之權益，故爲法所不許。勞動者基本上具有服從於僱主在工作上指揮監督之從屬性，並未能如商品一般的買賣，惟由我國勞基法第六條規定，只要業者並未抽取不法利益，法律上並不禁止業者介入他人的勞動契約，或爲有償職業介紹之行爲。

本文認爲，所謂「不法」，係抽象的概念，應有一量化之標準，但此標準並非絕對，應視國家的政策、社會經濟狀況、勞動市場的變化等而異，例如，可以參考對勞工所訂之基本工資保障的計算方式，訂定一套可量化的計算依循標準，隨時空變異而做調整(或以物價指數之調整作爲參考依據)，倘派遣機構違反此一計算標準，即可視爲不法，進而視該不法行爲致影響勞工的生存保障。

因爲勞動派遣的本質是勞動力供給的一種型態，對於勞動供給是否違反勞基法第六條之規定，有下列三種說法¹⁰⁸：1.派遣機構與要派機構間之要派契約，乃是派遣機構以自己所僱用之員工在他人(即要派機構)指揮監督下爲要派機構服勞務，而派遣機構對勞工而言，係直接之僱主地位，並負擔勞動法上之僱主責任，此時派遣機構並未介入「他人」的勞動契約，故亦無須更進一步探究有無抽取不法利益之必要，故屬合法之勞動型態。2.勞基法第六條所禁止之抽取不法利益，是否必然以介入「他人」的勞動契約爲前提，法條文意上或許仍有解釋之空

¹⁰⁸ 邱駿彥，前揭文，頁4。

間，條文中之「他人」，未必以雙方當事人都是他人為限，只要有抽取不法利益之事實時，派遣機構於其本身與勞工間所訂定之派遣契約，自可因勞工係第三人之故，而為勞基法第六條規範之效力射程範圍方為妥當。3.所謂「他人」，非專指第三人而言，只要不是自己本身，就是條文所指之「他人」，換言之，只要是有介入勞動契約而獲致不法利益，都是一種「中間剝削」，應被禁止。

由於勞動派遣為一非典型的勞動型態，與傳統的勞動關係有異，二者是否可相提並論，不無疑問。派遣機構係以營利為目的，本來就有抽取由要派機構所支付派遣報酬上利益之事實，檢視勞動派遣之內部關係，勞動派遣關係係存在於派遣機構與勞工之間，要派機構並未以任何不法方式介入，非屬介入他人勞動契約之「任何人」，況其亦未曾從派遣機構與其勞工間之派遣契約中取得利益；另一方面，派遣機構與派遣勞工間之派遣契約，乃是派遣機構以自己所僱用之勞工在他人指揮命令下為他人服勞務，派遣機構因而自要派機構取得對價，然該利益是來自要派契約之約定，惟勞工與要派機構間並無勞動契約關係，派遣機構自無所謂介入他人勞動契約之客觀條件存在，因此不致產生是否違反勞基法第六條禁止介入他人勞動契約之問題。而派遣機構在抽取要派機構支付之勞務報酬時，在扣除必要的費用支出與管銷成本外，支付於派遣勞工的勞務報酬，只要未違背基本工資之規定或縱使違背，在既有法律規定下，亦難謂有違反勞基法第六條之規定¹⁰⁹。本文認為，雖然派遣勞工與要派機構並無契約關係存在，惟在保護勞工之立場，與目前尚未有約制勞動派遣關係的法令下，仍應可適用勞基法第六條之規定檢視派遣機構對派遣勞工有無抽取不法利益之

¹⁰⁹ 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 64-65，2003 年。

情事。

第二款 同工同酬原則(勞動基準法第二十五條)

就勞動派遣之型態為派遣機構自要派機構取得勞務報酬，扣除必要支出費用與利潤外，再付予派遣勞工，因此，要派機構(企業機構)並不須要設置較多的常任正職員工，若企業採用派遣人力時，可因此減少企業日常性支出(例如退休金提撥、教育訓練費用等)，以及配合設置其他部門的費用支出，經營成本多會降低。

依實務運作結果，派遣勞工所獲報酬與福利待遇等，均較正職員工為低，本文認為，就勞基法第二十五條前段所稱之僱主，及勞基法第二條對僱主之定義為：「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」，在此並未說明該僱主究係事實上之僱主或法律上之僱主。基於保護勞工之立場，應擴充勞基法上僱主之概念，使之包含事實上與法律上之僱主；同時，基於同工同酬原則，企業所支付於派遣機構使用派遣人力之勞務報酬，不應低於給付予常任正職員工之工資，倘要派機構有所違反時，至少應受勞基法之約制。

第三項 就業服務法之規定

以下舉出就業服務法中對勞動力提供所規範之要點，與勞動派遣之勞動型態可能有抵觸者予以探論。

第一款 有償之職業介紹(就業服務法第二十五條)

我國對職業介紹並未採國家獨佔原則，而是依循國際勞工組織第九十六號公約「關於收費職業介紹條約」，在一定條件下允許私人得經營以營利為目的之職業介紹所，在我國就業服務法第三十四條第一項規定：「私立就業服務機構及其分支機構，應向主管機關申請設立許可，發給許可證後，始得從事就業服務業務；其許可證並應定期更換之」，及同法第二項前段規定：「未經許可者，不得從事就業服務業務」；並由同法第

三十五條之規定：「私立就業服務機構得經營下列就業服務業務：1.職業介紹或人力仲介業務。2.接受委託招募員工。3.協助國民釐定生涯發展計畫之就業諮詢或職業心理測驗。4.其他經中央主管機關指定之就業服務事項。」，及同法第一項規定：「私立就業服務機關經營前項就業服務業務得收取費用；其收費項目及金額，由中央主管機關定之。」；由該法令規定有關職業介紹當事人之法律關係可知，就業服務機構並未將勞工納入自己的營業體系中，只是將待業或欲轉職者聚集後，藉由資訊上的傳遞，為勞工謀得新的工作，作為求職者與僱主間之媒合角色。就業服務機構所辦理職業介紹等作業的法律性質應屬於民法中之居間概念，與勞動派遣的法律性質是明顯不同的，因此，目前就業服務法上之規定並無法適用於勞動派遣。

因為我國並未禁止私人間之有償職業介紹業務行為，只不過屬於有償職業介紹者須受就業服務法之規範，是否因此將造成民間就業服務機構採取類似登錄型勞動派遣之作法，以逃避就業服務法上之相關規範，值得加以注意。

第二款 就業歧視之禁止(就業服務法第五條)

歐美勞動法學者對就業歧視之現象曾提出兩種見解，一種係依勞動者「進出勞動市場之流程」，將就業歧視分為四種：1.進入勞動市場前歧視；2.僱用歧視；3.薪資歧視；4.退出勞動市場後歧視。另一種則由「歧視之結構面向」加以分析，將之分為三種，即：1.差別待遇歧視(例如限男性，或女性薪資較男性低)；2.差別影響歧視(例如限高中畢業，或通過性向測驗，排除少數民族)；3.混合動機歧視(例如懷孕歧視，即受僱人因懷孕而工作不力，僱用人將其解僱，如此不合法因素與合法因素交錯而成)¹¹⁰。

¹¹⁰ 林明珠，淺論就業歧視之禁止—我國法律之規定與實務問題探討，全國律師，頁 16-17，2002 年 3 月號。我國「兩性工作平等法」第 7 條已規定「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。」，藉此保護性別在就業上

企業內同時使用一般正規勞工與派遣勞工時，雖兩者間或許都從事同一內容之工作，但由於身分上之差別，所能享受企業內各種福利之待遇即可能有種種之差異，一般而言，派遣勞工在要派機構所受之待遇通常不如企業編制內之正規勞工。雖然就業服務法第五條禁止就業歧視，但可否依此條文解決派遣勞工在要派機構所受到之不公平待遇，實有疑義，按民國九十年十二月二十一日立法院三讀修正通過之就業服務法第五條：「為保障國民就業機會平等，僱主對求職人或所僱用員工，不得以種族、階級、語言、思想、宗派、黨派、籍貫、性別、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。」，其所規定之「僱主對求職人或所僱用員工」云云，並無法適用於非屬派遣勞工之法律上僱主的要派機構身上，故在現行法制上，如有差別待遇發生，並無法解決¹¹¹。因此，若能擴充僱主的概念，使其包含法律上與事實上的僱主，對於派遣勞工之權益則更有保障。

第五節 勞動派遣與立法

第一項 勞動派遣另立專法之必要性研究

全球化帶來的高度競爭，加上全球相互依賴程度的日益增加，使得僱主不得不思考採用非典型勞動力以節約企業經營成本，同時又必須依賴所僱用或使用的勞工能全心投入工作。勞動派遣具有分離僱傭關係與實質勞務使用關係的效果，而勞動契約本係債權契約的一種類型，基於民法契約自由的原則，只要契約內容不違反法律強制或禁止規定，且無背於公序良俗者，皆可在派遣契約或要派契約中訂定勞動派遣之勞務給付方式，換言之，派遣機構可透過要派契約的訂定，限制要派機構對派遣勞工的指揮、命令與管理權。但

的差別待遇；而其與勞動派遣關係上之性別保護與應用，尚屬有間。

¹¹¹ 林基豐，前揭論文，頁 65-66。

是，吾人不能忽略，在重視勞工生存權保障，與勞動條件保護為基本理念之勞動法觀點考量下，絕無法贊同勞動派遣關係可單純地以滿足民法所定要件，即可解決派遣勞工與派遣機構、派遣機構與要派機構、及派遣勞工與要派機構間的權利義務關係。

以下則探討勞動派遣於法律上的適法性，同時說明勞動派遣與傳統勞動型態的差異性，並建議該如何規範勞動派遣，文末再就是否應予另立新法以為規範加以說明。

第一款 勞動派遣之適法性

勞動派遣為一新型態的勞務給付方式，應屬於人民可自由選擇的工作型式，由大法官的各號解釋觀之，特別是釋字第四〇四號解釋稱：「憲法第十五條規定人民之工作權應予保障，故人民得自由選擇工作及職業，以維持生計。」。釋字第五一〇號解釋亦稱：「憲法第十五條規定人民之工作權應予保障，人民從事工作並有選擇職業之自由。」。釋字第五一四號解釋更明確地使用「人民營業之自由為憲法上工作權所保障。」的論述。釋字第五八四號解釋亦稱：「人民之工作權為憲法第十五條規定所保障，其內涵包括人民選擇職業之自由。」，上開大法官會議之各號解釋咸認為工作權係指職業自由而言，故不能因為既有法律未能約制此類新型勞動方式，即否定其存在之必要性與價值。依憲法第二十二條：「凡人民之其他自由及權利不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障。」，亦可肯認此種新型勞動方式非法所不容，並應受到憲法上對人民工作權之保障。

第二款 勞動派遣關係內涵之檢討

勞動派遣關係相較於傳統勞動型態約有以下幾項保障不足處：

- 一、派遣勞工因僱主在法律上的責任不明確，致影響派遣勞工的生存保障

勞動派遣關係與傳統勞動型態最大的差別，在於派遣勞工的勞動契約上，僱主並未親自指揮派遣勞工為其服勞務，而真正指揮派遣勞工的要派機構與提供勞務給付的派遣勞工卻無勞動契約關係存在。在此情形下，倘遇到法律上必須課予僱主責任時(如派遣勞工發生職業災害)，因勞動關係當事人之僱主未直接指揮命令勞工而無法課其責任，但真正指揮派遣勞工服勞務的要派機構，因為與派遣勞工間並無勞動契約的存在，在目前並無法律訂定派遣機構與要派機構應負擔的法律責任前，尚難課予要派機構相對之義務，此類新型態勞動方式將衍生僱主責任不明確問題。

二、勞動派遣之運作產生僱用不安定之結果

勞動派遣中通常有二種不同身分的勞工，一為登錄型派遣勞工，另一為經常僱用型派遣勞工。登錄型勞工平常與派遣機構並無勞動契約關係，只在要派機構與派遣機構簽訂要派契約後，才獲通知而與派遣機構訂定勞動契約。而經常僱用型派遣勞工雖與派遣機構有如一般傳統勞工的勞動契約關係，惟當派遣機構無勞動派遣業務須要時，受資遣的可能性極高。因此，對於此種新興勞動型態提供勞務之勞工，其僱用關係之不確定性不言可喻。

三、派遣勞工與一般傳統勞工間的差別待遇

研究結果發現，要派機構若同時使用一般傳統勞工與派遣勞工時，二者或許從事同一內容的工作，但由於身分上的差別，所能享用要派機構內各種福利的待遇即可能有不同的差異。通常情況下，派遣勞工不如傳統勞工，此種差別，使得派遣勞工有次等員工、甚至意志消沉的心態¹¹²。長此以來，派遣勞工之人格健全勢將受不良影響，造成工作效率不彰，惡性循環。

¹¹² 高必綺，「台灣勞動派遣業勞動者保護之探討」，國立政治大學勞工研究所碩士論文，頁 44，2001 年。

四、派遣勞工因教育訓練機會的缺乏，致影響其工作保障

一般而言，派遣勞工至要派機構提供勞務給付是短期性的，要派機構在節約成本下選擇使用派遣勞工，期待派遣勞工能在最短時間內即能適應新的工作，在此現實情況下，欲由要派機構對派遣勞工提供教育訓練的機會微乎其微。同時，要派機構亦難以知悉派遣勞工對原已具備之技能的熟悉度，即使欲對派遣勞工施以教育訓練，亦將因各人資質不一而難以竟全功。對派遣機構而言，從派遣勞工的提供勞務下，獲得要派機構給付之報酬為其主要的業務經營模式與獲利來源，故期待由派遣機構對派遣勞工實施教育訓練是不切實際的。對派遣勞工而言，無法在工作期間中累積厚實的專業能力，對於尋找下一份穩定、長期的工作，無異為一幻想。因此，倘無法對勞動派遣業中之派遣勞工有一完整的職業訓練配套計畫，實戕害派遣勞工對職業選擇的機會與工作保障。

第三款 如何規範勞動派遣

目前的派遣機構係利用此種無”法”可管的勞動型態來規避現行勞動法令下所應負擔的僱主責任，對於勞動派遣當事人間之權責所涉及之諸問題，實非民法所能充份規範與解釋，若以既有之民法以為解釋，徒增學者與實務上之解釋空間。對於如何規範勞動派遣之法律關係，目前有以下三種見解：

一、 納入就業服務法¹¹³

若以增修既有法律條文之方式，以納入就業服務法內之考量，似乎為唯一的選擇。從立法目的言之，就業服務法除第一條宣示有促進國民就業機會，增進經濟發展之目的外，保障國民就業平等、維持僱用穩定等，亦為同法所包含之目的之一，更何況，就業服務法中，針對民間就業服務機關亦有相當之規範，以此觀之，將有關勞工派遣事項納入同法之規範領域內，

¹¹³ 邱駿彥，前揭文，頁 64-65。

亦不至有格格不入的感覺。

二、 於既有勞動法規之相關規範中加以修正，分別將之納入規範

114

主張此說者認為，對派遣勞工而言，以單獨立法方式來加以保障，或透過結社權即團體協商之方式來爭取其利益，各說法可謂見仁見智。以單獨立法方式為例，由目前已有這類專法國家所實施之經驗顯示，仍有許多盲點無法解決，而由國際勞工組織此一公約之制定過程觀之，則僅能提供幾項基本原則而已。至於透過團體協約之方式，雖有體認這類受僱者參與正式工會組織之實際困難，而認為應籌組各類「替代性勞工組織」來爭取權益，且各國相關立法及國際勞工組織對此一公約亦採相同之立場，然而，由我國目前政治生態及集體勞資關係積弱不振之情形觀之，這兩種途徑似乎均非易事。將來不如採取循序漸進之方式，在修正勞基法、就業服務法或其他相關法律時，於相關條款中設法將這類勞動者納入加以保護，或許是較為可行之策。

三、 制定專法¹¹⁵

從立法技術與立法體例而言，由於勞動派遣與承攬、職業介紹等型態極為類似，故必須從定義開始，對於派遣契約、派遣機構、與要派機構間的責任區分(如差別待遇、僱用不安定、懲戒權之行使等)、派遣業之許可等等事項予以嚴謹之規範，此等規範事項絕非僅依既有的勞動法規予以異動部份條文即可滿足，且有關勞動派遣之規範，不只橫跨勞動市場法之領域，亦包含勞動保護法、甚至集體勞動關係亦在其規範範圍內，故制定單純之專法詳為規範，自屬較適當之選擇。

觀察我國勞動市場之現狀，勞動派遣型態已漸普及，尤其勞工

¹¹⁴ 焦興凱，論勞動派遣之國際勞動基準，勞動派遣法制研討會，台灣勞動法學會主辦，頁 180，2000 年。

¹¹⁵ 邱駿彥，前揭文，頁 41。

退休金給付新制已自二〇〇五年七月一日實施，以往勞工受制於只能在同一企業服務相當年限後才能領取退休金之顧慮已不存在，日後該種非典型的勞動型態將更為普遍，故實有必要儘早對該種勞動型態之當事人提供一套遵循的規則，以防患未然。本文嚐試著從既有民法與勞動法規中找出與勞動派遣關係中當事人間的法律關係相似之條文規定，予以比擬探論是否可符合此種新型態勞動方式，惟經由本文就既有民法之規定探討勞動派遣關係發現，無論是連帶債之關係，或涉他契約關係等，尚存有解釋與適用上之空間。勞動法係屬公法與私法外之第三法域，倘套用民法規定，首須面臨者係民法上私法自治及契約自由之理念該如何調和的問題，而民法之既有規定是否可以全然套入勞動派遣關係中，亦是一大疑問。倘欲切割既有法律條文，或就既有規定強為解釋而勉強適用，對於勞工權益的保障顯為不週，同時，一般勞動法規係公法性質之法律，以保護勞工為使命，以公權力強制為其貫徹手段，而勞動派遣關係係一含有私法性質的法律關係，規範當事人間之公平原則，以私法上損害賠償，或終止法律關係為其實現正義之手段，無法將之完全定位為公法，又非全然為私法。

為了使勞動派遣納入正軌，在以保護勞工之角度出發，學者之見解均較偏重於法規的適用性與週延性，且皆建議須制定法律以規範此類勞動型態各當事人之權責，大部份學者亦多建議單獨制定勞動派遣專法。若由國家制定勞動市場政策介入勞動市場運作，對憲法所揭示之基本權保障規定，無可避免會產生衝突，影響人民權利義務關係¹¹⁶，惟基於政策性之考量，及保護勞工之權益，對私法自治與契約自由之原則有必要作一適當的限制，縮限當事人意思自主原則之適用，如果相關法律規範無法提供派遣勞工各項平等的保

¹¹⁶ 對此課題之解釋可就以下幾點面向觀察：1.勞動市場公正性原則：此原則之目標在排除勞動市場上之不公平現象，擴大職業介紹之功能，以達充份就業之目標。2.勞動市場規範民主化原則：勞動市場機制應充分實現集體形成作用，儘量尊重團體協商、經營協議、工作規則等集體形成作用之民主精神。3.充分就業原則：此事實上已非單純勞動問題之範圍，與經濟、社會、國家財政等面向有重大關係。黃越欽，前揭書，頁 565。

障，將使得派遣勞工因對勞動條件不滿而不願全力投入工作，企業反而將因此處於競爭上的不利地位。

本文認為，以我國向來之作法，都是盡量將有關勞資雙方的議題一併規定在勞基法中，並一體適用；然而，勞基法是以傳統勞資關係為規範對象，對於僱主及受僱人之定義有嚴格的認定標準，如何適用於非典型勞動上將有問題，在派遣勞工提供勞務之對象非僱主之情形下，勞基法該如何適用？在目前尚未有法律規範此類勞動型態的情形下，可先採以既有勞動法規為基準，先以行政命令擴充僱主(派遣機構)之範圍至使用人(要派機構)，將此類勞動型態先行規定適用勞基法，以保障派遣勞工於法律上之基本權益¹¹⁷。再而為避免造成法體系混亂與適用上之明確性，應以另立新法以作為規範此類新型態勞動方式為較適當之選擇。

第二項 勞動派遣行業之範圍與限制

有關勞動派遣法案的提出有諸多版本¹¹⁸(如立法委員廖婉汝及陳根德版本(參見附錄八)、及主管機關行政院勞委會版本)，本文僅以主管機關勞委會所提出之草案版本(二〇〇四年一月版，參見附錄九)為例說明。

第一款 負面表列的評價

由勞委會所提之勞動派遣法草案第八條乙案採負面表列限制派遣機構適用之對象，於其立法理由中謂：「為確保從事特定工作勞工的權益，宜將在航空器上、船舶上及礦坑內之工作及其他經中央主管機關指定之工作的勞工排除於業務範圍外」，此種立法方式之理由係為了保障派遣勞工合理就業，避免要派機構不遵守本法及相關勞動法令規定之情事發生，對於

¹¹⁷ 學者認為在經常性勞動派遣中，若派遣機構終止派遣契約時(如解僱或資遣派遣勞工)，派遣機構仍須受到勞度基準法上關於解僱之規範(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 30-31，1999 年。)。本文認為此作者之見解亦即間接採認勞動派遣關係至少應依勞動基準法之規定。

¹¹⁸ 邱祈豪，「台灣勞動派遣法制化之研究—由日本勞動派遣法制度及政策之歷史發展考察」附錄三，致良出版社，2003 年。

職災率偏高或安全衛生疑慮較高的工作，考量該等業務之特殊性、距離性與隔離性，若允許派遣機構可從事該業務，在派遣機構無法有效監督派遣勞工從事勞務之地點，以及相關職業安全衛生條件的情形下，派遣勞工之權益將無法確保，故該等職業並不適合使用派遣勞動力，此係以保障派遣勞工之權益為出發之論點。但有疑問的是，會從事該等職災率偏高或安全衛生疑慮較高之工作的勞工畢竟屬於少數，且該論點並未就可從事派遣業務之判斷基準為之規定，讓人難以判斷何種職業為職災率偏高或安全衛生疑慮較高之工作。對於以「負面表列」的方式，不但無判斷的基準，且所列舉不得從事的工作，僅以職業災害發生率偏高或安全衛生疑慮較高之行業為由，缺乏實證調查研究之基礎，有違憲法所保障勞工工作權之慮，如此之規定恐流於立法者主觀之恣意。

第二款 正面表列的評價

勞動派遣業務之範圍，依勞委會所提之勞動派遣法草案第八條甲案採「正面表列」之方式，明文列舉出可以適用勞動派遣型態之行業，於其立法理由中謂：「派遣業務為新興之行業，於立法之初應採正面表列方式較為妥適」。由正面表列所列舉的各項行業中，多屬文書事務性等一般企業內非核心性工作，由此一立法方向可看出，在憲法保障人民在不妨礙他人的情況下，均有選擇職業的自由，並且，不採取負面表列的方式先排除某些行業禁止採用勞動派遣方式，亦可降低社會大眾於選擇職業時對部份特定職業的負面印象。雖然目前經正面表列的行業並未完整納入各行業，惟由此立法方向應可肯認主管機關並不排斥此種勞動型態的意態。

察日本勞動派遣法第四條規定¹¹⁹，係採負面表列方式，禁止派

¹¹⁹ 日本勞工派遣法在 1986 年 7 月 1 日開始實施時，除明文禁止港口運送業務、建設業務與警備業務等三業務不得為派遣業務外，於法律施行令中更明文限制了適用對象業務之範圍，並以正面表列方先行開放適用勞工派遣事業之行業(計有十六種業務)，至 1996 年第二次修法時，更將可適用勞工派遣事業之行業擴大為二十

遣機構從事下列業務：港灣運輸業務、建設業務、保全業務、及其他經主管機關公告認定不適合以勞動派遣方式取得勞動力之業務；而在同條第二項明訂主管機關對於認定不合適以勞動派遣方式取得勞動力業務的內容有變更時，必須先諮詢中央職業安定審議會之意見。衡觀日本派遣勞工法第四條第一項後段中，明白列舉判定派遣機構之標準：1.派遣機構須提供派遣勞工具專門性知識、技術或經驗之業務，為「業務專門性」之基準；2.為使勞動力供須可迅速結合，須透過派遣機構提供派遣勞工以為迅速及確實之完成，為「勞力供須」基準；3.因派遣勞工之就業型態及僱用型態等有特殊性，而有必要採取特別僱用管理，為「僱用管理特殊性」之基準。由此可看出日本立法例對於派遣機構得從事派遣之業務有嚴格的認定標準，應值得我國參考¹²⁰。因此，本文認為推行勞動派遣制度實施之初期，可先就一般非核心性的工作採正面表列方式辦理，惟對於專業人士，尤如本文所探討之執業技師，及同時須受其他特別法規範之專業人士，倘欲開放其參與勞動派遣，則應先就其所可能涉及之法律關係與適用之法律加以釐定、釐清，制定相關之配套制度，以能確實保障勞工權益，降低對社會之衝擊；並於立法條文中提供適合採用勞動派遣型態之合理判斷基準，訂期限檢討，逐步依施行之狀況，考量彈性調整勞動供須之目的，待勞動派遣之勞動型態發展成熟後，再採用負面表列方式限定參與勞動派遣之除外行業，方不致背離實際過遠。

在本章中以現有民法與勞動法來說明其於勞動派遣的適用性，其中也檢討倘套用民法或勞動法於勞動派遣中可能引起的問題點，例如，勞

六種，雖然如此，仍然無法滿足派遣勞動市場之需求，當時日本勞動大臣伊次文明大體接受中央職業安定審議會所提出之建議，同意勞工派遣對象之業務範圍原則上改採自由化政策，並將適用勞工派遣之業務對象改採負面表列方式，除港口運送業務與建設業務，及其他中央主管機關認為不適當勞工派遣，以負面表列列舉禁止外，其餘各項業務均得實施勞工派遣。不過中央主管機關決定何者不適宜勞工派遣業務時，必須徵詢中央職業安定審議委員會之意見。之後於1999年再經修法時，方明白列舉判定派遣機構之標準。以上參見邱駿彥，勞工派遣法制之研究—以日本勞工派遣法為例，台灣勞動法學會學報第1期，頁15-27，2000年。

¹²⁰ 黃仕儀，前揭論文，頁240。

動派遣關係中之派遣機構與派遣勞工相對於要派機構並無連帶債務關係，若派遣勞工就所為作業致要機構受有損害時，要派機構卻無法向派遣機構求償，如此一來，對於要派機構之保障恐有不足之慮；文末亦對是否應立專法規範此類勞動型態，並以勞委會所擬之勞動派遣法草案的立法思考方向為導向說明，最後並提出本文之看法。

