

派遣機構外派勞工至他人處工作未向勞工明示及徵得其同意 之法律效果－評彰勞簡上字 90 年第 1 號判決－

邱祈豪

大葉大學通識教育中心

51591 彰化縣大村鄉學府路 168 號

摘 要

長期以來我國政府對勞動派遣之勞動力供給制度係採自由放任政策，因此任何自然人或法人皆可專營或兼營勞動派遣業務，加上一般大眾較無相關概念，因此業者可偽裝成一般業務公司，但實際上係從事勞動派遣之行爲。甚至勞動派遣業者爲把握住派遣勞工常藉由與求職勞工簽訂最低服務年限，否則賠償違約金之勞動契約，讓求職勞工墮入其事先設計好的法律陷阱而不自覺。本案勞工未能達成服務年限，遭派遣業者索賠，正是其中最鮮明的事件。訴訟過程中雖經勞方以勞動派遣契約與勞動契約之相異性、派遣再派遣涉及中間剝削、派遣機構應有明示勞動派遣性質、就業條件並徵得派遣勞工同意之義務等理由辯護，且舉證資方蓄意隱瞞其爲派遣公司之屬性等，係非法的行爲，勞方有終止勞動契約之權利，最後經法院判決勞方勝訴不須付賠償金。但以上各點法院尚未完全釐清，本文藉由考察日本與台灣之相關學說及日本勞動派遣法令等，更詳細解析資方的違法性及勞工終止勞動契約之適法性。

關鍵詞：派遣，勞動契約，再派遣

Legal Effects of Ambiguous/Contested Labor Dispatches by Agencies: The NO1 Sentence (2001) by the Changhua District Labor Court

CHI-HAO CHIU

Liberal Arts Center, Da-Yeh University

No. 168, University Rd., Dacun, Changhua, Taiwan 51591 R.O.C

ABSTRACT

The ROC government has been lenient in policies regarding manpower supply provided by various agencies. Therefore, virtually any person, both individually and juridically, can operate a business related to temporary work. Moreover, due to the common people's lack of understanding of the pertinent concepts, certain agencies, disguised as general corporations, may employ temporary workers. To further ensnare workers as covertly planned, such agencies even demand basic service year limits for temporary laborers, which if violated lead to penal fines.

In the case studied here, a temporary worker failed to complete a service term; therefore, he was fined by the agency. In the lawsuit this worker defended himself by pointing out not only the differences between temporary-work and full-time labor contracts but also the likely exploitation by the agency. Additional proofs were offered, such as the agency's failure to disclose its full intention or obtain permission from its temporary laborers. The true identity of the corporation as an agency was also illegally concealed. In this case, the temporary workers should have had the right to nullify any pertinent contracts. Finally, the court freed the laborer from paying any fine demanded by the agency. Nevertheless, certain details remain ambiguous, such as the illegal intention of the agencies and the legitimate right of the temporary workers to terminate their labor contracts. To resolve these ambiguities, laws related to temporary work in Japan and published research on labor dispatches in both Japan and Taiwan should be studied for further outcomes.

Key Words: temporary work, labor contract, labor dispatches

一、前言

1990 年代中葉前後，我國政府相關單位（行政院經建會及勞委會）有感於勞動市場上勞動派遣¹之形態日漸增多，發生的勞資糾紛也隨之增加，遂著手進行勞動派遣法制化作業（經建會，1994）²，但遭到勞工團體強烈反對而擱置。以致勞動派遣政策仍停留在大陸撤退至今採行的自由放任原則。

近幾年，勞動派遣之自由放任政策有更顯著化之傾向，亦即經濟部於 1999 年 10 月開放核准以「人力派遣業」（指就業服務業以外之提供人力支援從事事業機構委託、派遣工作之業務）為公司之營業項目（經濟部，1999）。於是經營人力派遣公司與一般公司無異，只要向經濟部申請營業登記即可經營派遣業務。甚至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章程即可達到兼業之目的。再者，2001 年公司法修正，公司之營業項目僅須記載於公司章程即可，不須再向經濟部登記，於是經營人力派遣業務更為自由放任³。

甚至，勞委會並於 1997 年公告，包括人力供應業在內之「其他工商服務業」自翌年 4 月 1 日起適用勞基法（勞委會公告，1997）。在無法可管之情況下，該公告將勞動派遣業納入勞基法適用範圍管理，立意雖好，但有助長勞動派遣業擴大發展之作用。

另一方面，經濟景氣盛衰起伏變化多端，企業在經營合理化的目標下，盡量減少僱用正規勞工，以節省人事成本開銷，於是非典型僱用逐漸成為主流，其中勞動派遣的僱用形態，利用勞動力的企業不須負擔雇主責任，可當作調節景氣變化的安全閥，成為產業界的最愛。再者，產業界競爭激烈，企業藉由併購、部門獨立、策略聯盟等朝經營多角化、集團化、全球化佈局的方向發展以爲因應，因此企業集團內的派遣，甚至海外派遣成為常態。

在正規勞工逐漸派遣勞工化的趨勢當中，應特別注意的是，三面關係的勞動派遣含有中間剝削、強制勞動、勞動力買空賣空之危險性，以就業安全體系而言，不應僅以二當事人爲架構之勞基法規範而已，應著眼於三方當事人之權利義務特別規範。但因我國政府對勞動派遣採自由放任之政策，一般勞工階級、勞工行政機關、司法界等較無勞動派遣之概念，派遣勞工在無法令規範之環境下，其權利常遭侵害，甚至如涉及勞資糾紛，皆以民法或勞基法之規定處理，對派遣勞工極不公平。

在上述環境下，就業市場當中派遣業者往往偽裝成一般業務公司，以欺誑求職勞工。甚至藉附賠償金的最低服務年限條款，箝制勞工離職之自由，以繼續爲其效力。本案勞工未能達成服務年限，遭派遣業者索賠。訴訟過程中勞方舉

¹ 由各種相關文獻顯示，勞動派遣與派遣勞動、人力派遣是相同的實態，本文亦因應不同的情況而異其稱呼，僅先說明。

² 經建會提及勞動力調節方面，應引進高科技人才等，並應制定勞動派遣法，經行政院會通過。勞委會接受行政院交付研議之任務後，遂展開一連串的立法作業。

³ 與人力派遣同樣具有勞動力調節功能之就業服務（職業介紹），在就業服務法制定以前，亦採自由放任政策，當時勞工業務中央主管機關內政部曾於 1971 年及 1973 年兩次函經濟部，謂職業介紹事業於現代工業社會當中係屬就業安全體系之一環，不宜視爲營利事業，經濟部遂於 1973 年將就業服務列爲特種營業由警察機關嚴格管理。但現在的中央主管機關勞委會，長年以來對於人力派遣業，皆僅止於幕僚研討作業，未見提出較積極性的政策。另內政部公文書由前職業訓練局

出，資方蓄意隱瞞其為派遣公司之屬性，並以 1. 勞動派遣契約與勞動契約之相異性；2. 派遣再派遣涉及中間剝削；3. 派遣機構應有明示就業條件並徵得派遣勞工同意之義務等理由辯護，主張資方諸多違法性，勞方有終止勞動契約之權利，最後經法院判決勞方勝訴不須付賠償金。但上述三點法院並未釐清，因此本文試圖以上述三點為基礎，考察日本勞動派遣法令、理論學說與台灣現階段的法規及學說，更詳細解析資方的違法性及勞工終止勞動契約之適法性。

二、事件始末及判決

（一）事實概要

民國 89 年 6 月間勞工甲至乙公司應徵，獲錄取後勞資雙方簽定勞動契約書，內容記載起薪每月新台幣 3 萬 5 千元；受訓合格後薪資調整為每月 4 萬元；簽約後服務期間不得少於兩年，服務不滿兩年提前離職或因過失被解僱，賠償新台幣 40 萬元。

勞工甲隨即被派到丙公司接受 19 日之職前訓練並取得半導體製成等 5 種專業訓練合格證書。訓練課程結束後，丙公司隨即將勞工甲與該公司直接僱用之正規員工混合編組，輪流值班做同樣之工作。受僱期間勞工甲復被丙公司派到丁公司工作，勞工甲被派來派去覺得工作無意義，遂向乙公司及丙公司提出辭職。

乙公司依勞動契約內容所載向勞工甲請求賠償違約金新台幣 40 萬元，一審法院認為乙公司所提證據確鑿，判決勞工甲敗訴，應賠償全部違約金，勞工甲不服提起上訴，經上訴審法院駁回原審，判決勞工甲勝訴。本案原本是服務年限與違約金之問題⁴，但勞方以資方係虛偽的從事派遣活動、未明示工作屬人力派遣之性質、也未徵得勞工同意即將勞工外派等理由辯護，在政府對勞動派遣實施自由化政策，所有的公司皆可經營勞動派遣之大環境下，頗堪玩味。

（二）雙方爭執重點如下

1. 勞方主張本案係勞動派遣形態，資方主張係買賣契約之附屬行為

勞方主張本案係勞動派遣之形態。其理由如下，乙公司

依公司法之規定向經濟部登記之營業項目，包括電子資訊與週邊設備零件、軟體買賣、進出口貿易、諮詢顧問、人力派遣業等。人力派遣業既為該公司營業項目之一，本案乙公司以人力派遣之形態將其所僱用之員工，派遣至丙公司接受丙公司之指揮監督為其提供勞務，應屬合理推論。

資方則主張本案係「軟體買賣契約之附隨行為，並非勞動派遣形態。由於丙公司與乙公司有商業上策略聯盟關係，兩家公司共同接半導體機器買賣及維修案，以及乙公司人員委由丙公司做半導體維修之專精技術訓練，故人員會相互支援運用。員工仍受乙公司指揮命令，否則為何每星期要回乙公司開會，薪資亦由乙公司支付？」。

2. 勞方主張公司應明示並徵得勞工同意；資方則主張非屬勞動派遣形態，無此義務

既屬勞動派遣之形態，勞方進而主張應向勞工明示，在勞動派遣尚未法制化前，並應適用民法第 484 條規定，亦即「僱用人非經受僱人同意，不得將其勞務請求權讓與第三人。受僱人非經僱用人同意，不得使第三人代服勞務。當事人之一方違反前項規定時，他方得終止契約」。本案乙公司將勞工甲派遣至丙公司接受該公司主管之指揮監督，係將勞務請求權讓與丙公司之行為，應向勞工甲明示其為勞動派遣之性質，並徵得勞工甲之同意，否則勞工甲可終止勞動契約。

另一方面，資方則主張本案係買賣契約之附屬行為，非屬勞動派遣之形態，不須向勞方明示，也無讓與勞務請求權之情事，亦與民法第 484 條之規定無關。

3. 勞方主張本案涉及再派遣違法，勞動契約無效；資方則主張係買賣之附隨行為合法

勞方主張本案乙公司將勞工甲派遣至丙公司，丙公司再將勞工甲派遣至丁公司接受其指揮命令，丙公司涉及勞動力買空賣空、中間剝削之再派遣行為，該當於勞基法第 6 條禁止中間剝削之規定。而丙公司之行為係乙公司所明知且提供勞工的，乙公司與丙公司係刑法上之共犯結構，亦同屬違反勞基法第 6 條規定，其與勞方間簽訂之勞動契約明顯違反法律（勞基法）禁止之規定，應為無效。

另一方面，資方則主張派遣勞工甲到丁公司、係因丁公司付費給乙公司，乙公司再與合作夥伴丙公司拆帳，此部份涉及商業競爭及營業機密與本案無關，並無所謂再派遣之情事。

雙方爭執當中，勞方提出嶄新的勞動派遣觀念，三點連貫一氣呵成，亦即派遣⇒明示並徵得勞工同意之義務⇒再派

⁴ 依據司法院第 14 期司法業務研究會結論，認為如約定服務年限，勞工提前離職應賠償違約金（司法院，1989）。另相關論文請參考（邱駿彥，1990；黃泰平，2003；黃程貫，2005）。附帶一提的是，日本勞動基準法第 16 條規定，雇主不得締結不履行勞動契約時之違約金或預定損害賠償金額之契約。

遣中間剝削違法，並以民法、勞基法規定以及勞動派遣理論以為佐證；相對的，資方則辯稱雖公司營業項目有登記人力派遣業務，但本案則非人力派遣，而係傳統的買賣契約加上僱傭（勞動）契約，無派遣再派遣、亦無讓與勞務請求權之情事。在任何公司皆可以兼營派遣業務的政策下，要從形式上觀察本案是否為派遣活動，該派遣活動是否違法等有相當的難度，應從整個勞動流程逐一考察。關於此部份，本文於下述三、判例評析當中全盤考察勞資雙方爭執點相關的實務與理論。

二審法院認為乙公司未經勞工甲同意，將勞務請求權讓與丙公司，勞工甲有權依民法第 484 條規定終止勞動契約，判決勞工甲勝訴不須賠償違約金，並廢棄一審判決。

法院判決理由如下，第一、丙公司派勞工甲前往丁公司工作，係由丙公司主管全權決定並簽名於出差通知單上。第二、證人之證詞顯示丙公司為勞工甲之指揮命令者，乙公司與勞工甲間僅有勞動契約關係。亦即證人（乙公司派遣至丙公司工作之離職員工）稱，「在丙公司工作期間，負責與本案無涉 A 公司的部份，並以丙公司員工自稱，如出差去 A 公司南部分公司，都由丙公司主管核准，」上班都是先到丙公司，聽候丙公司主管命令是否要去 A 公司，「至於乙公司方面，僅每星期開會一次」。法院因此得心證，勞工甲雖受僱於乙公司，但「勞務之實施方式、時間及地點（包括是否出差及出差之工作內容）加以指示或安排」，指揮監督權、勞務請求權皆在丙公司。第三、「承諾書（勞動契約書）或員工手冊（工作規則）無勞工同意之相關記載」（括號為筆者添加）。第四、勞工甲雖已在乙公司「受僱半年後離職，但以勞工係受僱人之相對弱勢地位，亦難認勞工已有默示同意」。

三、判決評析

本案勞資雙方主要爭議點如前述，勞方提出之論點大致為法院採納。但法院（勞工法庭）並未引用勞工相關法規（勞基法、勞動派遣法等規定及理論），僅以傳統的民法觀點，亦即資方違反民法第 484 條讓與勞務請求權應經勞工同意之規定，判決未經勞方同意擅自調動，勞方有終止勞動契約之權利而已。針對勞方所提勞動派遣契約與勞動契約之相異點、再派遣與中間剝削、派遣機構之明示義務及勞工的同意權等觀點，則隻字不提，殊為可惜。本文藉由考察台日兩國相關學說及日本勞動派遣法令等，探究資方的違法性及勞方

終止勞動契約之適法性。

（一）勞動契約與勞動派遣契約之相異點

1. 勞動契約

現階段台灣產業界利用勞動力之勞務供給契約，除僱傭（勞動）契約⁵外，尚有委任、承攬等有名契約。此外許多企業也常利用各種形式的無名契約（例如出向形態之要出向契約、勞動派遣形態之要派契約）或混合契約（例如購買軟體附加軟體教學或維修、保養、操作）利用所需的勞動力。上述各種契約，依現行法律規定，除僱傭（勞動）契約外，其餘的契約，利用勞動力之企業與勞動者間無任何勞動關係，亦即利用勞動力之企業不須負擔健保、勞保、退休金、資遣費等雇主責任，係產業界的最愛。其中，以勞動派遣形態之要派契約調節所需勞動力之方式，最近幾年有逐漸盛行之傾向。

一般而言，傳統上如標的物以一人之力無法完成者，則受任者或承攬人須僱用勞工，作為履約輔佐人共同完成工作。但如係以偽裝承攬或偽裝委任契約之形式，實際上勞工受利用企業之指揮監督，雙方有使用從屬關係，勞工往往要求利用企業負雇主責任，此部份累積之判例及學說極為多數⁶，本文暫且割愛，不將其列為論述範圍。

本文探討的重點是勞工與提供勞動力之機構（承攬人或受任人）間的關係，亦即身為履約輔佐人之勞工與契約上的雇主之間勞動關係的實質內容（或稱雙方勞動契約之真偽）。眾所皆知，僱傭（勞動）契約當事人之勞工服勞務時最大的特色為從屬勞動關係，亦即人格上、經濟上、組織上之從屬性（黃程貫，1997；林更盛，2002；黃越欽，2002；邱駿彥，1998；劉志鵬，2000；片岡昇，1988），而從屬性之具體適用則由場所、對象、用具、指揮命令者、勞務成果

⁵ 僱傭契約與勞動契約之關係如下，亦即純粹的僱傭契約應適用民法第 482 條關於僱傭之規定，勞動契約固然應適用勞工法之規定，然因兼具僱傭契約之屬性，所以在勞工法無規定而僱傭契約有規定時，仍應適用僱傭契約之一般規定，因此僱傭契約為勞動契約之上位概念，現今學說都以此為出發點，本文亦採相同之觀點。（黃茂榮，2003；林更盛，2002；黃越欽，2002；史尚寬，1978）。

⁶ 我國勞基法制定後有些企業為規避勞基法之雇主責任，紛紛將原來直接僱用勞工之勞動契約，改為承攬契約或委任契約，詳細請參考（林務局組頭事件，1987；中興木業承攬勞工事件，2000）；日本判例則有（新甲南鋼材事件，1972；教育社事件，1975；近畿放送事件，1976；全日空事件，1976；青森放送事件，1978；英國航空事件，1979；岡谷鋼機事件，1980；佐賀テレビ事件，1980）；學說部份有（萬井隆令，1981，頁 147；本多淳亮，1981，頁 17）。

等強度分別考察得知。

應特別注意的是，二當事者間的僱傭（勞動）契約最大的特徵為一身專屬性（對勞工而言指勞務專屬性、對雇主而言指勞務請求權之專屬性），亦即民法第 484 條，非經勞工同意不得讓與勞務請求權之規定。此一身專屬性與二當事者間之僱傭（勞動）契約有密切的關連性。對勞工而言，勞務請求權原則上禁止讓與，如允許其讓與將導致雇主變更、擴大勞務給付之內容和忠誠義務、加重勞工責任之結果，使勞工陷於不利益之危險性（孫田秀春，1931；滝川誠男，1981），因此該條文特別規定如無勞工同意，雇主擅自將勞務請求權讓與他人，顯已逸脫勞雇雙方當事人間約定之契約內容，勞工可逕行終止勞動契約。

2. 勞動派遣契約

所謂勞動派遣契約，依日本勞動派遣法規定，指勞工與雇主（派遣機構）間存有僱傭（勞動）契約⁷（小室豐允，1986；橫井芳弘，1986；安西愈，1993），一時的或相當期間內在他人（要派機構）指揮命令下提供勞務。

一般而言，勞動派遣不論常用型或登錄型約略可分為兩種形態，第一種，錄用後立即派遣的形態；第二種，以正規勞工之身分僱用後再行派遣的形態⁸。無論何種形態皆應徵

得勞工本人同意後才可派遣，而其同意係派遣機構、要派機構、及派遣勞工三方當事人皆同意的情況下才實施。

值得注意的是，基於派遣勞工之同意，派遣機構才具有對派遣勞工之派遣命令權。但此時派遣命令權並非無限制之權利，筆者參酌各種三面關係勞動形態之學說（西村健一郎、高木紘一，1981；劉志鵬，2000），認為亦應受下述各種限制才合適。第一、手續方面。如將正規勞工轉換成派遣勞工時，應經工會或勞資會議同意，尤其如團體協約有特別約定「工會會員之派遣或人事異動應經工會或勞資會議同意」之條款時，雇主如未經工會或勞資會議同意，即擅自行使派遣命令權，應解釋為違法無效之行為。第二、實體法之限制。又可分為制定法之限制與法律一般原則之限制。首先，就制定法之限制而言，例如違反勞基法禁止中間剝削之規定、使無經驗之人擔任危險性機械或設備操作、使童工女工從事法定危險性、有害性工作者皆屬無效。再者，關於法律一般原則之限制方面，係指勞動派遣違反勞工正當期待性而言，如派遣命令違背誠信原則，該派遣命令亦屬違法，派遣命令所由生之勞動派遣契約亦當然歸於無效，例如要派機構指揮命令下身體生命有危險之虞，或以欺騙之方法為之等皆屬之（小西國友，1983）。

（二）再派遣與中間剝削

以勞動派遣之形態供給勞動力的行為，於台灣現階段之法律體系當中，雖無法律可規範，但詳究之，應有違反就業服務法之規定及勞基法禁止中間剝削之法理，尤其再派遣行為之違法性更為明顯。有關禁止中間剝削相關法律之規定及解釋，日本較我國尤為嚴謹，以下分述之。

1. 日本的情形

（1）勞動派遣法制定前中間剝削規定

日本勞動派遣法制定前，有關禁止中間剝削之基本理念，見諸於勞基法第 6 條：「任何人除法律許可外，不得以介入他人之就業獲取利益為業」，所謂介入他人之就業依行政機關之解釋，係指雇主與勞工之間，有第三者介入，對其勞動關係之開始或存續，以媒介、斡旋等方法參與，兩者間並有因果關係存在（勞働基準局長通達，1948）。

日本勞基法第 6 條禁止中間剝削之理念，與職業安定法

⁷ 日本勞動派遣法制定前，部份學者認為勞動派遣形態當中，派遣機構與派遣勞工間之關係，並非通常之僱傭契約。因日本民法第 623 條規定二當事人之僱傭契約，亦即稱僱傭者，謂「當事人約定，一方為他方服勞務，他方給付報酬之契約」。但派遣勞工與派遣機構間之勞動派遣契約的情形，勞工並非為對方（雇主、派遣機構）服勞務，而是雙方約定在第三人（他人、要派機構）之指揮監督下服勞務。此種情形，勞工與雇主間的契約應不屬僱傭契約。換言之，實態上、法律關係上皆錯綜複雜之三面關係當中，勞動者履行債務之實際對象為要派機構，非契約之締結者，此種締結者與履行者分離之情形，與二當事人間僱傭契約之本旨無法相容。進而主張此種「僱用」與「使用」分離的形態係違法的，非屬民法上之僱傭契約，應為無效。勞動派遣法制定後，通說以派遣勞工與派遣機構之間的僱傭關係有效成立為前提，只要契約雙方當事人約定的對價關係能維持，該對價關係之形成是直接的或間接的，甚至不論有無當事人以外之第三者介入，只要不違反強行法規或公序良俗，皆屬有效。

⁸ 此種形態在勞動派遣法制定前稱為「在籍出向」（勞工與出向機構間保持原來的契約關係，被派到出向地機構接受其指揮監督服勞務；是關係企業內調職之一種）。勞動大臣的諮詢機關勞動基準研究會、學說的主流皆認為「在籍出向」係勞工與出向機關、出向地機關雙方發生二重勞動契約。而勞動派遣法規定「勞動派遣」之定義，係勞工與派遣機構間有勞動契約關係，勞工與要派機構間僅有使用關係存在而已。產業界為避免二重勞動契約造成過重的人事成本負擔，因此於勞動派遣法的立法過程當中，要求在該法第 38 條內插入一句「派遣機構以外之事業主所行之派遣活動，亦適用第 33 條（限制要派機構僱

用派遣勞工之禁止）及第 34 條（就業條件之明示）規定」，亦即增加「非以營業為目的之派遣形態」，以滿足大企業集團在關係企業間頻繁的調職活動，詳細請參考（邱祈豪，2003；勞働省労働基準局，1986；下井隆史，1988）。

相互呼應，並由職業安定法將其具體化。亦即涉及三當事人之勞動力供需調節制度，職業安定法制定初期，為達防止中間剝削之目的，特別設計為「以國家獨佔為原則、民間經營為例外」之政策。於是職業介紹僅在政府無法干預之音樂家、藝術家，助產士，護士等特殊技術之行業，才例外的開放由民間經營（職業安定法第 32 條）。勞動者供給事業因該事業之經營者往往將勞工置於自己之支配下，以備隨時應付顧客之需求，兩者間以實力支配或封建之身分關係較為常見，其無視勞工之自由，含有強制勞動、中間剝削之危險性，除工會經營以外，採全面禁止規定。

具體言之，首先，未取得許可之營利的職業介紹之情形，介紹業者與勞工間無勞動契約，求人企業與勞工間成立勞動契約關係，介紹業者以職業介紹之形式，參與「勞動關係之開始」，如由其中獲取利益，則符合勞基法禁止中間剝削之規定（勞働基準局長通達，1948）。

再者，勞動者供給事業之情形，因係職業安定法第 44 條禁止之對象，大多數之業者，為規避責任之追究紛紛採承攬契約之形式，從而供給（承攬）業者與勞工間締結勞動契約、並制定就業規則、支付工資、為勞工投保社會保險等，外觀上踐行雇主責任；利用勞動力（發包）業者直接監督作業企劃、對提供勞務之勞工指揮命令，兩者間存在「勞動關係」（萬井隆令，1989），亦即通稱之「事實上之勞動關係」。復以「事實上之勞動關係」整個勞動流程之實態，可區分勞工與介入者（承攬業者）之間有無勞動契約存在的兩種類型。第一種類型，勞工與介入者（承攬業者）間無勞動契約之類型。該類型之下，介入者（承攬業者）成為單純的他人，該當於前述日本勞基法第 6 條禁止中間剝削之規定。第二種類型為介入者（承攬業者）與勞工間有勞動契約之類型。該類型之下，勞工依介入者之指示，於利用勞動力（發包）業者之指揮命令下就業，亦應解為「介入他人之就業」，此亦係法令、判例、行政解釋、學說一致之態度⁹。

2. 勞動派遣法制定後

（1）違反中間剝削規定之變化

勞動派遣法成立後，雖對勞動者供給等概念產生影響，但至少勞基法第 6 條之立法意旨及規定內容並無絲毫改變。

就法的整合性而言，派遣機構依勞動派遣法之規定成立，與營利之職業介紹事業相同，皆係基於法律許可之例外規定，特別免除勞基法第 6 條之適用。

行政機關的解釋如下，亦即派遣機構與派遣勞工間之勞動契約、及要派機構與派遣勞工間之指揮命令關係合稱為該派遣勞工之「勞動關係」，派遣機構不屬於「勞動關係」以外之第三人，從而勞動派遣形態亦不屬第三人介入他人之「勞動關係」，非該當於勞基法第 6 條禁止之中間剝削（勞働基準局長通達，1986）。

有勞動派遣法之父之稱的高梨昌（1985）教授更直接稱，派遣機構係以契約當事人之身分負法律上之責任，所以勞動派遣形態不符合介入他人之就業，亦無中間剝削（勞基法第 6 條）之問題。

另一方面，反對之學者認為，就實態而言，要派機構與派遣勞工間存在「事實上之勞動關係」，其開始或存續期間派遣機構皆有參與，兩者間並有因果關係，理應該當於勞基法第 6 條中間剝削之禁止規定（萬井隆令，1989）。

值得特別一提的是，縱然採勞動派遣之形式，但被判斷為實際上該當於勞動者供給之行爲，係法律禁止之對象，此時不論派遣機構（供給機構）與勞工間有無締結勞動契約，自無法排除勞基法第 6 條之適用。

亦有學者認為勞動派遣法制定後，因有實體法之存在縱然反對，亦應以勞動派遣法為前提展開解釋論，較為合理，此種意見為現行的通說（小室豐允，1988；國武輝久，1985）。

（2）涉及中間剝削的再派遣

所謂再派遣即是要派機構將派遣機構派來之派遣勞工，再派遣至第三者處，接受第三者之指揮命令。此時要派機構並非該派遣勞工之雇主，雖與派遣機構簽訂要派契約擁有該派遣勞工之指揮命令權，事實上要派機構藉由與第三者間簽訂之再要派契約，已經將該派遣勞工之指揮命令權讓與第三者。換言之，要派機構與該派遣勞工之間既無勞動契約關係亦無指揮命令關係，要派機構從事的僅是單純的以空賣空之勞動力買賣行為而已。此種再派遣之行為如介於中間之要派機構僅有一個時稱為二重派遣；如介於中間有二個要派機構時稱為三重派遣，甚至四重、五重派遣皆係常見之情事，亦皆屬違反勞基法第 6 條禁止中間剝削之規定。

日本之勞動派遣法雖並未有禁止及處罰再派遣之條文，且未針對再派遣特別規定，其原因係此種行為該當於職業安定法禁止及處罰之勞動者供給事業。關於此點，日本勞

⁹ 法令部份有（職業安定法施行規則第 4 條第 1 項 2 款 3 款）；判例部份則有（名古屋造船事件，1955；高野プロダクション事件，1968）；行政解釋部份則有（勞働省労働基準局，1968，頁 66）；學說部份則有（松岡三郎，1958；有泉亨，1963）。

動派遣法審議階段時，國會議員質疑「關於二重派遣或三重派遣之行爲，中央職業審議會或小委員會皆有討論，此點又如何」？勞動省當局答辯稱，「二重派遣極爲明顯觸犯職業安定法禁止勞動者供給事業之規定」（參議院社會勞動委員會會議事錄，1985；眾議院社會勞動委員會會議事錄，1985）。因此國會附帶決議，「二重派遣該當於禁止之勞動者供給事業，應將其意旨徹底週知不可行二重派遣活動，並盡量予以嚴格指導」。勞動派遣法施行後，中央主管機關針對二重派遣亦解釋其屬勞動者供給，係違反職業安定法第 44 條規定之行爲，爲取締之對象（勞動省職業安定局，1986）。

3. 我國有關中間剝削之規定

我國勞動派遣尚未法制化前，有關中間剝削之禁止原則，見諸於 1984 年制定之勞基法內容，該法第 6 條規定：「任何人不得介入他人之勞動契約，抽取不法利益」。1992 年就業服務法的制定係依據就業服務（職業介紹）應爲國營、公益、無償之原則，例外的民營就業服務機構應經政府許可，方允許其可營業的國際基準（ILO 關於收費職業介紹第 96 號公約）。故其介紹活動雖該當於勞基法第 6 條所示「介入他人勞動契約」，但並未獲取「不法」利益，因所獲取之利益係依就業服務法所規定的，應屬「合法」的利益。換言之，就業服務法規定之民營就業服務（職業介紹）機構係勞基法第 6 條中間剝削禁止原則之例外。

值得一提的是，民法第 565 條規定：「稱居間者，謂當事人約定，一方爲他方報告訂約之機會，或爲訂約之媒介，他方給付報酬之約定」。居間係以「物」爲主，然若以提供勞務爲內容的勞動契約，因涉及「自然人」的尊嚴與價值，自應加以若干限制，但相關單位卻採相反立場（司法院，1985）。¹⁰

附帶一提的是，勞基法第 6 條關於「介入他人之勞動契約」的規定，日本法則泛稱爲「介入他人之就業」，且必以介入他人之就業爲業，始構成中間剝削之要件。客觀言之，

兩國勞基法第 6 條之表現雖不盡相同，但對中間剝削禁止規定之理念則一致（林豐濱，1997；邱駿彥，2005）。

再者，關於勞動派遣形態，我國因並未法律明文禁止規定，係處於模糊地帶，行政機關亦放任不管。勞委會曾就勞動派遣形態是否抵觸就業服務法之規定做出行政解釋，謂「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形態，應適用就業服務法第 35 條規定處罰」（按第 35 條係規定私立就業服務機構應經許可才准予設立）（勞委會，1994）。亦即如業者與勞工間有僱傭關係存在之派遣形態，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。

其實勞動派遣形態依僱用派遣勞工期間之長短，可分爲登錄型與常用型兩種。就實態而言，常用型派遣與承攬類似；登錄型派遣與職業介紹類似。ILO 在關於收費職業介紹公約（第 96 號）之適用上，針對 1965 年瑞典有關打字員臨時派遣之事例，解釋不得基於形式上有無契約關係，而應基於實際上之情形判斷，進而認定該打字員臨時派遣係屬職業介紹，有違反第九六號公約之規定。再者，1997 年採攝的第 181 號民營職業介紹所公約，亦將新興的勞動派遣業務列爲職業介紹所營業範圍之一，該公約並認爲包括勞動派遣在內之職業介紹，應在政府主管機關認可下從事營業活動（塚原英治，1985；焦興鎧，2005）。以國際勞工基準之觀點而言，從事勞動派遣之業者未經法律規定之許可程序，擅自營業不僅違反法律（在勞動派遣尚未法制化前，違反就業服務法），亦同時違反勞基法第 6 條禁止中間剝削之規定。若雇主與勞工間有僱傭（勞動）契約存在，但僅係虛偽的、形式上的而已，則勞工與利用企業間有成立僱傭（勞動）契約之可能性，如此則變成職業介紹之一種。顯然勞委會上述之解釋並未考量到僱傭（勞動）契約如屬虛偽的情形，以及三面關係勞動力供需調節制度含有中間剝削之危險性，勞基法中間剝削禁止法理之真義。

最後，有關再派遣之情形，筆者歸納下述兩點，可知再派遣與職業介紹係屬相同的類型。第一點，就要派機構與派遣勞工間之關係而言，雙方並無勞動契約存在、亦無指揮命令權（要派機構因已將指揮命令權藉再要派契約讓予再要派機構），此點與職業介紹業者、求職勞工之間，並無勞動契約亦無指揮命令關係的情形是相同的。第二點，就派遣勞工與再要派機構間之關係而言，雙方有指揮命令關係存在，而

¹⁰ 台灣高等法院提出「一般人或職業介紹所爲勞工與雇主間媒介工作機會，訂立契約，收取一定報酬，是否觸犯勞基法第 76 條之罪」，經司法院討論結果採用如下之意見，亦即「該法第 6 條規定任何人不得介入他人勞動契約。惟尚須抽取者爲不法利益，始足構成該法第 76 條之罪，如一般人及職業介紹所無違反公序良俗，按一般成例收取居間之報酬既爲民法第 565 條所許可，即非抽取不法利益，應無觸犯該條之罪可言」。司法院第二廳同意研討結果，並函覆台灣高等法院。筆者認爲，司法院之意見並未考慮勞動法、勞動市場法之整合性，以及勞基法第 6 條禁止中間剝削之法理及意義、國際勞動基準，僅以民法與勞基法援引適用之法理提出意見，有重新討論之空間。

有事實上的指揮命令關係，具有相當強度之使用從屬關係，即可導出雙方有勞動契約關係（馬渡淳一郎，1992）。此點與求職勞工、求人企業間存在指揮命令關係及勞動契約關係的情形是一樣的。可見再派遣機構所從事的僅是勞動力買空賣空之行為而已，顯然抵觸就業服務法之規定，並違反勞基法第6條禁止中間剝削之法理。

（三）派遣機構之明示義務及徵得派遣勞工同意

「僱用」與「使用」分離之勞動派遣，係勞動市場上特殊之就業形態與僱用形態，因此依勞動派遣法、勞動市場法、勞動保護法等相關法律之規定及精神，派遣機構有向求職勞工（或正規勞工轉變為派遣勞工）明示之義務，以免派遣勞工一時失察淪為求職陷阱、甚至喪失其權益。明示內容包括明示其為派遣機構、派遣之性質及主旨、派遣勞工之就業條件等，茲將日本及台灣的情形分述如下。

1. 日本的情形

（1）明示勞動派遣之性質

前述派遣活動可分為錄用後立即派遣的形態；及以正規勞工之身分僱用後再行派遣的形態。

依日本勞動派遣法之規定，對前者形態之勞工，派遣機構對求職勞工以派遣勞工身分僱用時，應事先將其意旨向該求職勞工明示（法第32條第1項）；對後者形態之勞工，亦應事先將其意旨向該勞工明示，並取得其同意（法第32條第2項）。

勞動派遣法的立法過程當中，本來主管機關認為團體協約或工作規則之內容如有規定，應一律適用於前後者身分之所有派遣勞工。亦即行政機關呈送國會之法律案原來規定，「將正規勞工變更為派遣勞工時，應得到該勞工之同意，或團體協約或工作規則之內容有規定亦可」。如此工作規則或團體協約如有規定，即可不須取得勞工之同意逕自將該正規勞工變更為派遣勞工，造成勞工權益無法保障之後果。眾議院審查法案時，經國會議員認為不妥，遂刪除「或團體協約或工作規則之內容有規定亦可」之文字，使勞工於變更身分時取得絕對的同意權（眾議院社會勞動委員會會議事錄，1985）。爾後，正規勞工轉換為派遣勞工時，縱然團體協約或工作規則有規定，亦不符合法律要求之明示宗旨。

勞動派遣法制定後，所謂明示勞動派遣之性質及意旨，對於前者形態之勞工，行政解釋認為「僱用時之明示只要團體協約或工作規則有規定即可」（勞働省職安局，1986）。對該行政解釋，論者進一步闡述如下，亦即求職者一旦以派遣

勞工之身分就業，只要團體協約或工作規則有規定，求職者承知係以派遣勞工之身分就職，即表示其已「同意」，並成為勞動派遣契約之內容，因此並不需於每次的派遣活動時皆要徵得其同意（安西愈，1993）。

至於明示之方法，派遣機構必須於事前為之，並於簽訂勞動派遣契約時明示，為防止紛爭應盡量以書面確認，而書面則有勞動派遣契約書或雇用通知書之方式。

再者，關於後者形態之勞工，因是將正規勞工變更為派遣勞工之身分，涉及原來的勞動契約之重大變更，不僅應向其明示勞動派遣之性質及意旨，並應於派遣前徵得該勞工之同意。而其同意及明示不以在團體協約或工作規則有規定為足，應於派遣之前，向每位該身分之勞工明示並徵得其同意。至於明示及同意之方法，法律及行政命令並未特別規定，以文書或口頭皆可，只要有明確的形式表現，不問手段、方法、或時間之長短（安西愈，1993），此係與前者形態之勞工最大的不同點。但實務上為防止日後發生紛爭，明示及徵得同意應留有書面記錄為上策。

違反向派遣勞工明示、或明示並徵得其同意之規定者，派遣機構將成為取消許可（第14條第1項）、停止事業命令（第14條第2項）、改善命令（49條）等行政處分之對象。

以營業為目的行勞動派遣之際，派遣勞工係在「與通常預想相異之僱用形態及就業形態」之下提供勞務，因此就保護勞工之觀點而言，對違反者課以公法上之規制，應無庸置疑。

問題是，該等規定是否同時造成私法上之效果。行政機關解釋為，該等規定係圖謀保護勞工之觀點而設計的公法上之規範，而非私法上之性質。從而違反明示、或未徵得派遣勞工同意等義務，逕自僱用派遣勞工行派遣活動時，並未對勞動派遣契約或要派契約發生民事上之效果，要派契約本身仍屬有效（勞働省職安局，1986）。甚至，有論者主張違反事前明示、或明示並徵得其同意等義務或欠缺手續，派遣機構逕自命令勞工從事派遣活動，派遣勞工當時並未異議隨即被派往要派機構處從事勞務之情形，應認為係默示之同意，民事法上該勞動派遣係屬有效，日後縱然派遣勞工本人主張本件派遣活動並未於事前向其明示、或明示並徵得其同意，違反勞動派遣法第32條規定，應屬無效等，皆無法獲得認同，因派遣勞工本人於被派遣時並未拒絕並服從命令前往要派機構服務（安西愈，1993）。

另一方面，針對以上官方的行政解釋及贊成論，反對之

學者就勞動派遣契約部份提出以下之觀點。亦即由上述該等規定之文字表現，及以保護派遣勞工之觀點設計的立法宗旨觀之，應認為係課派遣機構履行義務之規定。因此，對違反該等義務之行爲，應認為係違法行爲，並依民法第 709 條規定，成為損害賠償請求權之對象（按民法第 709 條係規定因故意或過失侵害他人之權利而生損害者，負賠償責任）。再者，違反該等規定，未向派遣勞工明示、或明示並徵得其同意，而行派遣活動時，該勞動派遣契約應無法律上之效力。因法第 32 條要求派遣機構應明示、或明示並徵得其同意，係因勞動派遣契約與一般的勞動契約對價關係之狀態不同，且該對價關係是構成勞動派遣契約之基本要素所致（橫井芳弘，1986）。

筆者認為僱用與使用分離的勞動派遣與傳統的僱用形態不同，因此對前者身份之派遣勞工，僅以「記載於團體協約或工作規則」為理由，即可派遣，實無法令人信服。對派遣機構僅將勞動派遣之性質「記載於團體協約或工作規則」而已，應解釋為並未完成明示義務。

（2）是否每次派遣前皆須徵得勞工同意

勞動派遣法制定前，與勞動派遣性質極為類似的出向或調派勞工前往出向地機構工作，須徵得勞工同意為學說主流。所謂同意可分為應於每次出向或調派前皆應徵得派遣勞工之同意、以及概括同意兩種學說。但概括同意應附帶三條件，亦即第一、同意必須明確且基於勞動者之真意。第二、包含出向地機構、出向期間、出向中之勞動條件等出向相關事項，應獲得勞工具體的同意。第三、對勞動者絕無不合理以及顯著的不利益之內容（和田肇，1984）。

勞動派遣法制定後，關於「徵得派遣勞工同意之義務，應否須於每次派遣前為之」的問題。中央主管機關對錄用後立即派遣之形態，解釋並不須於每次派遣前皆徵得其同意（勞働省職安局，1986），亦即採概括同意之立場。持贊成立場之論者認為，若不如此，無法順暢的運營派遣機構，因若每次派遣之際，派遣勞工皆有拒絕權，則派遣機構無法行使派遣活動，形成實際上解僱派遣勞工之局面。若無法解僱，只有命令停工或轉至其他業務，反而妨礙安定之勞動力供需調節。至於以正規勞工之身分僱用後再行派遣之形態，雖規定應徵得該勞工之同意，但亦屬概括之同意而已，並不需要於行派遣之際，再度徵求該勞工本人同意，因行使派遣命令係公司具體的人事權之一環。否則派遣機構與要派機構締結要派契約後，再徵求勞工之同意時若遭拒絕則要派契約

之履行將有實際上之困難，亦有礙勞動派遣業務之進行（安西愈，1993）。

針對以上勞動省解釋及贊成論者之見解，反對論者認為，無論錄用後立即派遣之形態，或以正規勞工之身分僱用後再行派遣之形態，勞動派遣之具體內容可預見的每次將會不同，因此契約內容當然亦隨之而異，於每次行派遣活動前向派遣勞工明示並徵得其同意應是必要的（橫井芳弘，1986）。

派遣機構除上述明示勞動派遣之性質外，日本勞動派遣法尚規定，派遣機構亦有明示派遣勞工就業條件之義務。亦即不論派遣機構是否以營業為目的，行派遣活動時，應預先向派遣勞工明示勞動派遣之要旨、法令規定等有關就業條件之事項（法第 34 條、第 38 條）。違者刑事處分方面，處 10 萬日幣以下罰金（第 61 條 3 款）。

而就就業條件之明示義務依施行規則第 25 條第 1 項規定，應以書面明示並交付該派遣勞工。實施勞動派遣而有緊急之必要，無法預先交付書面之情形，得將應明示之事項預先以書面以外之方法明示之，但應於一週內補足（施行規則第 25 條第 1 項但書）。

勞動派遣法藉由就業條件之明示規定達到保護派遣勞工之目的，並謀求三方面當事者間法律關係之明確化，直接設計行政上取締規定，值得肯定。依勞動派遣法之立法要旨及課以刑事罰規定觀之，違反法第 34 條（明示就業條件之義務），成為損害賠償請求權之對象，應無疑義。學者並主張考量違反就業條件之明示義務、勞動派遣時每次就業條件皆有變更、以及要求明示之就業條件之大部分皆為勞動條件等因素，實不應承認私法上之效力（橫井芳弘，1986）。亦即違反就業條件明示義務時，派遣勞工與派遣機構之間的勞動派遣契約無法律上之效力。

2. 台灣的情形

關於向派遣勞工明示勞動派遣之性質，以及徵得派遣勞工同意等相關問題，雖我國因勞動派遣法尚未制定，也無特別規範，但依然可由相關法律規定及學說推演，茲分述如下。

勞動派遣係在勞動契約當事人以外之地方工作，並接受第三人指揮監督之勞動形態，屬特殊之僱用形態及就業形態。而指揮監督權人、工作地點為勞動契約極為重要之部份，如果簽訂勞動契約時未向該勞工明示其為勞動派遣之性質、應至第三人處工作接受該第三人指揮命令，則有使勞工誤認指揮監督係勞動契約當事人之嫌。而指揮命令涉及勞工

服勞務過程之人格、經濟、組織從屬性，係勞工選擇雇主時相當重要之考量基準。再者，未明示工作地點違反勞基法施行規則第7條第1款所示，工作場所及應從事之工作有關事項，應於勞動契約中約定之精神。且依1936年公佈但未實施之勞動契約法第9條觀之（黃越欽，2002）¹¹，勞工無移地勞動之義務，亦即雇主之調動命令無效。

由以上之整理得知，資方未向派遣勞工明示其為勞動派遣之性質，已涉及指揮命令權人與當初簽訂勞動契約時之認知有違、以及服勞務之地點相異之重大問題，勞方因此取得勞動契約之終止權。

關於異地工作（在第三人處工作並接受其指揮命令，係勞動派遣形態必然引起之結果），學界一般認為，除非勞工有合意，否則該異地工作之調職命令權無效。而我國勞工於訂定勞動契約時鮮少就此有限定合意，且為爭取受僱機會，實無選擇餘地，因而認為除非勞動契約之具體內容能客觀的認定勞工有此合意，否則儘管工作規則或團體協約有類似規定，尚不宜輕易的解為勞資雙方就調職有默示合意（邱駿彥，1996）。

黃程貫教授（1997）認為雇主若因業務需要而有變動勞工工作場所及應從事工作等有關事項之需求者，除勞動契約已有約定，應從其約定外，應徵得勞工之同意，始得將勞工予以調動，不得任由雇主恣意調動。至於何謂勞動契約已有約定？除明文之約定外，一般亦認為有所謂默示的同意雇主之調職權。惟在我國勞動生活中，勞工在進入事業單位時，常即簽下一紙同意書或誓願書，表示同意資方任何調動命令。此時實務上會被認定為事前已明文的概括同意，勞工自不得再有任何異議，或曾受雇主調動而無異議，即表示默示同意或承認雇主有調動之權利，其後即無表示不同意之權利。此種對勞工之明示或默示同意過度鬆寬的認定，殊不足採，對於勞工極為不利，宜採較嚴格之認定，以免資方濫權，而造成對勞工不公平或不可期待的結果。

筆者認為勞工如遭事業單位派遣至第三人處工作，首先應主張其有同意權，如勞工不同意則該調職命令無效。但實務上訂定勞動契約時，大多數的勞工皆必須提出遵守雇主人人事變動命令之同意書或誓約書，再者，絕大部份的工作規則亦都有勞工必須服從雇主派遣命令之條款。其實工作規則規

定勞工有被調職之義務，或勞動契約簽訂事前概括的同意派遣，都無法探求勞工於該次調職前，是否同意之內心的真意。例如勞工訂定勞動契約時尚未結婚，故同時簽訂願配合公司業務需要派遣調動之同意書，數年後結婚生子，家庭生活之基盤在當地已穩固，如遭調動勢必影響家庭生活，故以勞工既已事前概括同意派遣為理由，而推斷勞工應也同意本次之調動，殊為無理。應就每次調動勞工前，徵詢勞工本人是否同意，並依個別調動命令判斷是否有業務上之必要性、人選合理性，否則構成權利濫用而無效。

四、結語

日本將勞動派遣形態視為勞動力供需調節制度之一環，基於就業安全之觀點，為避免求職勞工遭受中間剝削、強制勞動等待遇，除制定勞動派遣法規範外，並於該法當中針對三方當事人的勞動形態設計，派遣機構應適用包括實體法及手續法在內之各種勞工相關法律（勞基法、勞工安全衛生法、工會法等）。派遣機構的派遣命令如未遵循上述各種勞工相關法律、或違背誠信原則故意欺瞞求職勞工、或使求職勞工置於身體生命有危險之虞的場所接受他人之指揮命令，皆屬無效。

其次，有關再派遣之問題，因其涉及勞動力買賣（以空賣空）行為，雖然勞動派遣法本身並未有明文禁止規定。但依行政解釋係屬職業安定法及勞基法（第六條中間剝削之禁止規定）取締的對象。日本早在第二次世界大戰以後，即依據國際勞工基準所示，勞動力供需調節制度（職業介紹、勞動者供給等）應以國營、公益、無償為原則，民間經營之者應經政府許可方准其例外的存在，與政府經營的體系形成互補機制，建構求職勞工進入勞動市場綿密的網絡，並藉以去除不良的業者。基於此理念，日本政府特別針對民營的各種勞動力供需形態設定許多規範，其中再派遣即屬於勞動者供給之範圍，為禁止之行為，違者並課以有期徒刑處分。派遣機構違反上述規定，依違背公序良俗、法律禁止之行為論處，勞動派遣契約歸於無效。

再者，派遣機構之明示義務及徵得派遣勞工同意之問題。派遣勞動屬於勞動力供需調節制度之一環，其意義即在，將派遣機構定位為求職勞工進入勞動市場之入口站。因此日本勞動派遣法參考職業安定法之規定，派遣機構應將包括自身為派遣機構之屬性、勞動派遣之性質、工作地點性質、時間、薪資福利等所有的勞動條件，向求職勞工明示，

¹¹ 此種具有法律外觀之規範結構，雖不能引為適用之行為規範或裁判規範，但具有法理之效力（即民法第一條所規定，民事法律無規定依習慣，無習慣者依法理，之所謂「法理」）。

不得有欺瞞之行爲，以保障求職勞工的權益。日本就業市場上常發生民營的勞動力供需業者（職業介紹所、勞動者募集業者等）以不實的勞動條件欺瞞求職勞工、或逼迫女性求職勞工從事賣春行爲等情事。爲去除此種對求職勞工不合理、不人道待遇的陋習，勞動派遣法特別規定派遣機構有將勞動條件明示之義務，否則處以罰金。

應特別注意的是，日本勞動派遣法將派遣勞工區分爲錄用後立即派遣形態，及以正規勞工身分僱用後再行派遣之形態。立法者認爲兩者形態的派遣勞工對於同意權之行使有別，前者身分的勞工，求職時係以成爲派遣勞工之意思應徵，故外派時不須再取得其同意；後者身分之勞工，涉及原來勞動契約重大變更，應事先取得其同意。關於此問題，日本學界贊否兩論皆有，筆者認爲對無論前後者身分之派遣勞工，應於每次派遣前皆徵得其同意才屬合理，因外派到他人處工作，涉及工作性質、地點、時間、指揮命令權人等複雜的問題，而且每次都不一樣。派遣機構未善盡明示義務及徵得派遣勞工同意，派遣勞動契約應無效。

從以上之檢討得知，僱用形態及就業形態多樣化的時代，各種勞務供給契約（包括僱傭、承攬、委任、派遣以及無名契約、混合契約）當中，當事人間究係屬於何種契約關係暫且不論，所有的契約皆應不違反法律強行禁止規定或公序良俗，違反者無效。

本案乙公司主張勞資雙方爲僱傭（勞動）契約，法院則以勞工甲受丙公司指揮監督之事實，顯然乙公司已將勞務請求權讓與丙公司，但卻未徵得勞工甲之同意，因而認定勞工甲有終止勞動契約之權利，判決結果頗值得肯定。

但法院並未檢視僱傭（勞動）契約之實際內容，亦即未指出其缺乏從屬勞動關係之偽裝性、僱傭（勞動）契約僅形式上存在而已等假象，從而也未追究該僱傭（勞動）契約的無效性。

甚至，讓與勞務請求權縱徵得勞工同意，而成爲勞動派遣形態時，派遣命令權並非毫無限制，派遣命令若該當於前述手續上或實體上違法等諸限制時，該派遣命令無效，派遣勞工亦無義務爲要派機構服勞務，勞動派遣契約歸於無效¹²，非僅止於違反民法第 484 條規定，「勞工可終止契約」

而已。

其次，乙公司與勞工甲之間簽訂的僱傭（勞動）契約僅是形式上的而已，實際上係提供勞動力給丙公司使用，應解爲典型的勞動派遣形態。雖依前述勞委會之行政命令解釋，乙公司與勞工甲之間有勞動契約關係存在，不須依就業服務法規定申請許可即可營業。但筆者認爲前述勞資雙方簽訂的僱傭（勞動）契約係虛偽的，並且勞工甲在丙公司接受該公司主管之指揮命令，具有相當強度的使用從屬關係，有「事實上之勞動關係」，應解爲勞工甲與丙公司之間存在勞動契約關係。換言之，乙公司所從事的係職業介紹之行爲。

至於丙公司方面，案情最後該公司藉由與丁公司間簽訂之再要派契約，已經將對勞工甲之指揮命令權讓與丁公司，勞工甲在丁公司處工作，接受丁公司主管之指揮命令，具有相當強度的使用從屬關係，有「事實上之勞動關係」，亦應解爲勞工甲與丁公司之間存在勞動契約關係，因此丙公司亦同屬從事職業介紹之行爲。

乙公司與丙公司既同屬從事職業介紹之行爲，皆應依就業服務法第 35 條規定申請許可才可營業，否則應依該法規定處罰（與勞基法第 6 條規定亦有競合適用之關係）。而本案之當事人乙公司既違反法律禁止規定，其與勞工甲間之僱傭（勞動）契約應歸於無效。

歸納前述事實及學說，乙公司未向勞工甲明示其爲勞動派遣之性質，並徵得其同意，擅自派遣勞工甲至丙公司接受其指揮命令，勞工甲自亦可依民法第 484 條（讓與勞務請求權應徵得勞工本人同意）、第 489 條（僱傭契約遇有重大事由縱訂有期限，當事人之一方得於期限內終止之）及勞基法第 14 條等規定終止勞動契約。

關於法政策及制度方面，「僱用」與「使用」分離之勞動派遣形態與一般傳統之僱傭（勞動）形態有顯著之差異，爲保障派遣勞工免受不利之待遇，應嚴守如下之原則，第一、1944 年費城宣言以及隨後制定的國際勞工組織（以下簡稱 ILO）憲章等揭櫫「勞動力非商品」、「勞動力不得買賣」之原則。第二、勞動力供需調節制度（職業介紹、勞動派遣等）應以國家經營、公益、無償爲原則，民營爲例外。國家

此，非但使問題難以處理，對勞工亦造成不公平。例如僱用未滿 15 歲之人服勞務，發生職業災害，雇主主張該勞動契約違反勞基法第 45 條不得僱用未滿 15 歲人之規定，契約自始無效，以逃避雇主應負之職災責任，違反法律公平正義原則，不足採。關於此點詳細請參考（林更盛，2003，頁 33）。

¹² 應特別注意的是，此處所謂無效，因係自始無效，若造成勞工不利之結果，應僅限於向後發生效力而已。依最高法院（1998）判旨顯示，若勞動契約已經進行，尤其是勞務給付後始發現勞動契約有瑕疵時，不得逕行適用無效撤銷之規定，使既生的關係自始歸於無效，果如

有調節勞動力過剩與不足，建構各種勞動力供需調節制度，解決失業問題之責任。惟應遵循 ILO 第 96 號公約以及第 181 號公約的基本原則。國內法方面，應以勞基法第 6 條禁止中間剝削之規定為基準（該條款具有勞動憲章之地位），民營的就業服務機構係例外的允許其合法存在，對於與就業服務（職業介紹）性質相似的勞動派遣形態，亦應加以規範，並將加納入勞動力供需調節制度之一環，放任自由化不僅有違國際勞工基準以及勞動力調節制度之基本原則。其結果各行各業都可以從事勞動派遣活動，導致如本文所述的勞資糾紛案件將層出不窮，屆時國家（各級勞工行政機關及法院）將疲於應付，派遣勞工的權益將蕩然無存。

最後筆者提出下列步驟進行改革。步驟一、立專法或修改各種勞動法律緩不濟急之際，首先應檢查派遣業者有無再派遣、中間剝削之情事，如有發現應立即依勞基法第 6 條以及就業服務法相關規定移送論處。步驟二、派遣機構應明示其為派遣事業之性質。以就業市場全球化的觀點而言，派遣機構係包括海外在內的農村過剩人口（外籍勞工或國內失業者）移往都市或工業區的入口站，這些求職勞工普遍缺乏派遣機構之屬性、派遣勞動的性質等知識。如允許任何公司皆可經營人力派遣業務，無異默許一般公司可隱藏其為人力派遣公司之屬性，不須告知求職勞工。這樣的政策僅是基於資本家的觀點，鬆綁公司法的規範，有助於營利事業的發展而已，絲毫未站在保護求職勞工的立場思考。建議勞工業務中央主管機關勞委會應立即與經濟部協商，人力派遣屬就業安全體系之一環，不宜視為一般公司的業務範圍。步驟三、禁止兼業。禁止派遣機構兼業與明示義務相關。勞動力供需業者應如就業服務（職業介紹）機構，禁止兼業以保持其純粹性，冀求保護求職勞工之權益。從前民營的勞動力供需業者為確保勞動力，常藉由各種手段羈絆勞動者職離之自由，形成強制勞動之事實。例如當舖業者、風俗產業者兼營勞動派遣事業，亦可藉由前借金制度強迫勞工繼續從事工作，或從事風俗產業，係極為不人道的行為。步驟四、修法規範。將本來以二當事人為規範內容的各種勞工法規，插入勞動派遣條款，以保護派遣勞工的權益。但此僅為消極性的解決勞資關係，減少勞資糾紛而已。步驟五、制定專法規範。以國家勞動力供需調節制度的觀點，創設公營的勞動派遣機構，由國家統籌調節勞動力的過與不足，解決失業問題，同時制定派遣機構、要派機構應遵循的規範，保障派遣勞工之權益。

如對勞動派遣形態規範時，應將與本案有關的下列幾點

列入，亦即 1. 派遣機構從事派遣活動時，應將派遣公司名稱許可字號等懸掛於明顯處所供閱覽，並應向派遣勞工明示其為勞動派遣之性質，以及勞動條件。2. 派遣機構與派遣勞工間簽訂之勞動派遣契約，以要式契約之形式規範，避免引起糾紛。3. 應於每次派遣時皆以書面徵求勞工同意，不得以勞工登錄或應徵時已出示同意派遣誓約書、或已簽訂願意配合公司業務需要外派、或工作規則已有規定等概括同意即逕行派遣，派遣勞工的權益才有保障。

參考文獻

- 中興木業承攬勞工事件（2000），最高法院民事判決 2000 年度台上字第 1620 號。
- 司法院（1985）。廳刑 1 字第 452 號函（1985.6.5）。
- 司法院（1989）。**民事法律專題研究（六）**。台北：司法秘書處。
- 史尚寬（1978）。**勞動法原論**。台北：正大。
- 林更盛（2002）。**勞動法案例研究（一）**。台北：漢蘆。
- 林更盛（2003）。從「事實上勞動關係」到「有瑕疵的勞動關係」。 **台灣本土法學**，53，25-44。
- 林務局組頭事件（1987），台灣高等法院民事判決 1987 年上更（二）字第 235 號。
- 林豐濱（1997）。**勞動基準法論**。台北：三民。
- 邱祈豪（2003）。**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**。台北：致良。
- 邱駿彥（1990）。約定服務年限與違約金之法律問題探討。**輔仁法學**，20，141-175。
- 邱駿彥（1996）。調職法理之研究。載於法律與當代社會（461-486 頁）。台北：思上。
- 邱駿彥（1998）。勞動基準法上勞工之定義。載於劉志鵬（主編），**勞動法裁判選輯**（13-26 頁）。台北：月旦。
- 邱駿彥（2005）。調職·勞動派遣。載於台灣勞動法學會編，**勞動基準法釋義**（139-187 頁）。台北：新學林。
- 最高法院（1998）。1998 年度台上字第 451 號判決。
- 勞委會（1994）。勞職業字第 58819 號函釋（1994.8.29）。
- 勞委會（1997）。勞動一字第 047494 號公告（1997.10.30）。
- 焦興鎧（2005）。勞動基準法總則章與國際勞動基準之規範。載於台灣勞動法學會編，**勞動基準法釋義**（1-26 頁）。台北：新學林。
- 黃茂榮（2003）。僱傭契約。**根植雜誌**，19(6)，199-238。

- 黃泰平（2003）。勞動契約上服務年限和違約金之約定。載於務實法學基金會（主編），**判解研究彙編七**（217-240 頁）。台北：務實法學基金會。
- 黃程貫（1997）。**勞動法修訂再版**。台北：空中大學。
- 黃程貫（2005）。最低服務年限與競業條款禁止。載於台灣勞動法學會編，**勞動基準法釋義**（211-239 頁），台北：新學林。
- 黃越欽（2002）。**勞動法新論**。台北：漢蘆。
- 經建會（1994）。**人力發展計畫**。台北：行政院經建會。
- 經濟部（1999）。商字第 88222970 號公告（1999.10.21）。
- 劉志鵬（2000）。**勞動法理論與判決研究**。台北：元照。
- 下井隆史（1988）。**雇用關係法**。東京：有斐閣。
- 小西國友（1983）。多樣化する勞動契約法。**季刊労働法**，**130**，79-94。
- 小室豐允（1986）。**使用者概念と労働者派遣**。東京：綜合労働研究所。
- 小室豐允（1988）。労働者派遣法の施行とその法理。**立命館法学**，**201-202**，685-703。
- 片岡昇（1988）。**新版労働法（1）（改訂二版）**。東京：有斐閣。
- 本多淳亮（1981）。派遣労働者と派遣先企業の法律關係。**季刊労働法**，**120**，17-28。
- 全日空事件（1976.6.17），大阪地裁。
- 名古屋造船事件（1955.12.27），名古屋高判。
- 安西愈（1993）。**労働者派遣法の法律実務**。東京：綜合労働研究所。
- 有泉亨（1963）。**労働基準法**。東京：有斐閣。
- 西村健一郎、高木紘一（1981）。**労働者保護法 3（初版）**。東京：有斐閣。
- 佐賀テレビ事件（1980.9.5），佐賀地裁。
- 和田肇（1984）。出向命令權根據。**労働法学会誌**，**63**，26-45。
- 岡谷鋼機事件（1980.2.22），大阪地裁。
- 松岡三郎（1958）。**條解労働基準法（新版・上）**。東京：弘文堂。
- 近畿放送事件（1976.5.10），京都地裁。
- 青森放送事件（1978.2.14），青森地裁。
- 英國航空事件（1979.11.29），東京地裁。
- 孫田秀春（1931）。**労働法論總論各論（上）（初版）**。東京：有斐閣。
- 馬渡淳一郎（1992）。**三者間勞務供給契約の研究**。東京：綜合労働研究所。
- 高梨昌（1985）。**詳解労働者派遣法（初版）**。東京：日本労働協会。
- 高野プロダクション事件（1968.9.16），大阪地裁。
- 參議院社會労働委員會議事錄（1985）。**20**，頁 7，和田靜夫議員發言、野見山真之政府委員答辯。
- 國武輝久（1985）。労働者派遣法と労働法上の使用者概念。**季刊労働法**，**137**，34-47。
- 教育社事件（1975.12.25），東京地裁八王子支部。
- 眾議院社會労働委員會議事錄（1985）。**17**，頁 25，網岡議員發言、政府委員加藤孝答辯。
- 塚原英治（1985）。労働者派遣法に関する ILO 提訴について。**労働法律旬報**，**1125**，4-7。
- 新甲南鋼材事件（1972.8.1），神戸地裁。
- 萬井隆令（1981）。事業場内下請労働者と労働契約論。**龍谷法学**，**14(1)**，147-167。
- 萬井隆令（1989）。**労働者派遣法と労働者保護法制**。載於法と民主主義の現在の課題（450-477 頁）。東京：有斐閣。
- 横井芳弘（1986）。派遣労働者の法的地位。**季刊労働法**，**140**，4-14。
- 労働省職業安定局（1986）。**改定新版人材派遣法の実務解説**。東京：勞務行政研究所。
- 労働省労働基準局（1968）。**改定新版労働基準法**。東京：労働行政研究所。
- 労働基準局長通達（1948）。基發 381 號（1948.3.2）。
- 労働基準局長通達（1986）。333 號（1986.6.6）。
- 滝川誠男（1981）。応援・派遣・出向・転籍の法律実務。**季刊労働法**，**120**，51-60。

收件：97.06.12 修正：97.08.11 接受：97.09.26