

裁判選輯及評釋：民事

楊博任*

【裁判字號】臺灣高等法院108年度勞上字第92號

【裁判日期】109年6月10日

【裁判案由】給付資遣費等

【裁判要旨】

勞動契約與以提供勞務為手段之委任契約之主要區別，在於提供勞務者與企業主間，其於人格上、經濟上及組織上從屬性之有無。如雙方權利義務內容具有從屬性，縱其部分職務有獨立性，仍應認定屬勞基法所規範之勞雇關係。**判斷雇主之調職命令是否合法，應就其經營上有無必要性或合理性與勞工因調職所蒙受之不利益**，依上開規定為基準，綜合考量判斷雇主調動有無權利濫用或違反誠信原則。雇主對於違反紀律之勞工，施以懲戒處分或調職，固係事業單位為維持其經營秩序所必須，**惟所採取之方式，不可逾越必要之程度**，此即相當性原則，縱認勞工未依雇主指示配合更換新廠商，雖可能影響雇主工作調度，亦應先施以其他較輕微之懲戒處分例如告誡、記過、減薪等，給予顏英林改善之機會，然雇主卻捨此等侵害較小手段不為，直接將勞工降調職等，且薪資調降為5萬元，嚴重變更其原有工資及勞動條件，難認其調職符合相當性原則，即與勞基

法第10條之1規定之要件不合，尚非合法調動。

【評釋】

一、關於勞動契約之認定

早期實務採取：「（一）人格從屬性，即受雇人在雇主企業組織內，服從雇主權威，並有接受懲戒或制裁之義務。（二）親自履行，不得使用代理人。（三）經濟上從屬性，即受雇人並不是為自己之營業勞動而是從屬於他人，為該他人之目的而勞動。（四）納入雇方生產組織體系，並與同僚間居於分工合作狀態。勞動契約之特徵，即在此從屬性。又基於保護勞工之立場，一般就勞動契約關係之成立，均從寬認定，只要有部分從屬性，即應成立。」等之論述模式（參照最高法院81年台上字第347號、88年台上1864號判決），判斷是否為勞動契約，長久以來為司法實務及多數學界採行。

自從105年10月21日司法院大法官釋字第740號解釋，針對保險招攬業務員為對象，以「勞務債務人得否自由決定勞務給付之方式（包含工作時間），並自行負擔業務風險以為斷」論述模式，認定其為承攬契約後。上開模式論述是否適用非保險業務員，尚未可

* 本文作者係執業律師

知。直到最高法院100台上字第1000號判決，以同樣論述方式，針對業務行銷員，認定為非屬勞動契約，可見我國司法實務有擴張適用範圍至非保險業務員。至於非業務型勞務提供者，如一般包月制司機，有最高法院109年度台上字第1003號民事判決；電台節目委製人員，有最高法院109年度台上字第2215號民事判決等，未採取釋字第740號解釋模式，並認定為勞動契約。

將來實務是否將該勞動契約之判斷模式，適用於非業務型勞務提供者，需繼續觀察其發展。

依最近實務脈絡觀察，如果法院意欲認定為勞動契約，傾向於以早期實務模式認定，如欲認定為非勞動契約者，會傾向於採取釋字第740號解釋模式¹。再者，由於勞工職業災害保險及保護法將於111年5月1日開始施行，該法對於勞工保險法律關係採取法定債之關係說，而非以往之申報制度。承擔勞保給付之勞工保險局，只要具有勞動法律關係，且在期間發生保險事故，即應有給付義務，在此修法之下，我國司法實務是否會從嚴認定勞動契約，逐漸採取釋字第740號解釋模式，有待觀察。本件臺灣高等法院108年度勞上字第92號案件事實，為廚師、行政主廚、主廚等職務，並非業務型勞務提供者，對於判斷是否為勞動契約之論述模式，採取一貫之從寬認定從屬性標準，並未採取從嚴

認定之釋字第740號解釋模式。

二、調職命令之合法性

所謂調職，乃是雇主變更員工之配置，通常伴隨著職務內容或工作場所之變更，且需為相當長一段時間²。所謂調職合法性之判斷，包含調職命令權限及權利濫用等二階段判斷³。就第一階段步驟，雇主是否取得調職命令權限而言。由於所有工作內容或工作場所之變更，且相當一段時間之調職，並非皆視為勞動契約之變更，必須探究勞動契約之約定內容，是否產生變更之情形。如調職之程度為契約之變更者，雇主之調職命令僅能被認定為調職之要約，必須得到勞工之同意，始能為合法之調職。

從另一個角度觀察，雇主是否有廣泛之調職權限，首先須從雙方之勞動契約內容觀之，勞資雙方是否就特定工作地點或工作內容約定。在勞動契約沒有約定時，得否以任職當時之工作規則，作為雇主之調動權限來源，由於工作規則為雇主單方所制定，能否直接成為勞動契約之部分，恐有爭議，不過，多數實務及學者持肯定之見解。最後，在勞動契約及工作規則，並未約定雇主有調職權限時，雇主得否基於雇主指示權，而當然取得調職權限，學者有不同意見：

(一) 持否定見解認為，工作場所與工作內容為勞動契約之要素，必須由勞資雙

註1：吳哲毅，〈勞動契約之從屬性判斷基準——評最高法院100台上字第1000號判決〉，《萬國法律》，N0.239.2021.10，第92-94頁。

註2：邱駿彥（1999），〈勞動法裁判選輯（一）〉，《中華民國勞動法學會編》，第28-29頁。

註3：邱駿彥等著（2005），臺灣勞動法學會編，《勞動基準法釋義——施行二十年之回顧與展望》，第146-172頁（邱駿彥主筆），新學林。

方合意始能特定，不得由雇主單方面予以變更⁴。雇主相較於勞工而言，較有經濟資源以近法律服務，雇主得輕易取得法律資源進而於團體協約、工作規則、勞動契約中約定雇主取得人事調動權，就擬定契約較具知識經驗。是否有人事調動權之法律風險，應由雇主承擔，承認雇主有概括調動權，將使原已失衡之勞資關係，更向資方傾斜⁵。因此，必須有勞工明確表示同意調職，雇主始有調職權限⁶。雇主在勞動契約及工作規則並未約定調職權限時，需再次取得勞工之同意，始能為調職命令。

(二) 亦有持肯定認為，應從寬認定雇主的調職權限，諸如團體協約、工作規則、勞雇間之默示合意，重點在合理化雇主任行使調職命令權⁷。因勞動契約之繼續性契約，因此其具體內容必須某種程度上保留彈性，以因應社會經濟環境的變化，除另有明確依據或授權（例如團體協約、勞動契約或工作規則）外，原則上認為人事調動權，是源出於雇主任企業經營主導權所衍生出的指示權⁸。縱使勞工任職時之初，勞動契約或工作規則並未約定調職權

限，雇主任得行使調職命令。

(三) 邱駿彥教授認為，隨著社會發展與科技進步，需要專業技術能力之職種日益趨多，導致勞動契約中特定工作內容之合意者逐漸增加，而且我國目前實務上，勞資雙方在訂立勞動契約時，大多數勞工皆須提出遵守雇主任人事異動之同意書或誓約書，且絕大多數之工作規則也都有勞工必須服從雇主任調職命令之條款等，於此，其不認為在一般勞動契約下，雇主任基於勞動指揮權，當然取得概括之勞動力處分權限，而是必須有特別約定，勞工將工作內容或工作場所之變更或決定權限為由雇主任行使時，雇主任始有調職命令之權限。雖然承認得以默示合意之事實，雇主任得於合理範圍內，仍有行使調職命令之餘地，但仍須謹慎判斷之⁹。由此可知，學界普遍認為，至少要有默示合意，雇主任始有調動命令之權限。

我國司法實務上對於雇主任的調職命令之取得，從早期最高法77年度台上字第1868號判決觀察：「查工作場所及從事之工作有關事項，應於勞動契約內訂定之（看勞動基準法施行細則第七條第一款規定）。嗣後資方如因業

註4：邱駿彥，〈調職之法理運用〉，《輔仁法學》，第15期，第254頁以下。

註5：彭敬元（2021），〈第九章人事調動與績效考核〉，《個別勞動法》，第296頁，元照。

註6：鄭津津（2020），〈職場與法律〉，第37頁，元照。

註7：劉志鵬（1997），〈論企業內調職——桃園地方法院八十四年度重勞訴字第一號判決評釋〉，《現代國家與憲法——李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集》，第1613-1663頁。

註8：林更盛（2013），〈雇主任調職權限的控制——最高法院九十八年度台上字第六〇〇號判決評析〉，《裁判時報》，第20期，第12-13頁。

註9：邱駿彥（1999），《勞動法裁判選輯（一）》，中華民國勞動法學會編，第34-36頁。

務需要而變動勞方之工作場所及工作有關事項時，除勞動契約已有約定，應從其約定外，資方應依誠信原則為之，否則，應得勞方之同意始得為之。」，邱駿彥教授認為¹⁰，此判決是否承認雇主具有調職命令權，語焉不詳，最理想的解讀為，工作地點等已事先特定者，必須依誠信原則，雇主不得調動；若未事先合意者，雇主如要發調職命令，一定要得到勞工同意。但之後下級審法院各自解讀，並產生不同見解¹¹。

在內政部之調動五原則時代，實務常基於勞資雙方契約約定，或雇主指揮權，而認為雇主有調職權限，從寬認定調職合意之存在。而在109年6月10日勞基法第10-1條施行後，多數實務仍維持相同見解，例如，臺灣高等法院109年度勞上字第45號民事判決：「勞動契約係繼續性契約，雇主基於企業經營之需要，調整勞工之職務，在所難免，如要求雇主行使調職命令權，均必須得到每個勞工之同意，將妨礙企業之存續發展、雇主之人力運用，進而影響全體勞工之職業利益，是雇主基於企業經營上之需要調動勞工工作，如新工作為勞工技術體能所能勝任，其薪資

及其他勞動條件又未作不利之變更，自應認並未違反勞動契約之本旨，故為維護事業單位營運及管理並本勞資合作之精神，應認雇主原則上具有行使勞工調職命令之權限。」

不論是內政部之調動五原則，或者在109年6月10日施行之勞基法第10-1條，均有提到「不得違反勞動契約之約定」等語，差別只在於法源位階，分別為法律位階或行政規則。雖然調職未必牽涉到勞動契約之變更，但如涉及契約之變更，姑且不論是否為法律保留事項，僅有行政規則位階之法源加以規範，顯有不足，因此，勞基法第10-1條之明文化，已解決上開問題。學者周兆昱認為¹²，將其提升為該條文之規定，強化法律對雇主調職權限之要求，雇主可能無法再以默示同意，作為調職法源依據來抗辯，應於工作規則或勞動契約中明定其調職權限為宜。本文亦認為，狹義之調職，不包含勞動契約之變更，所謂「不得違反勞動契約之約定」，僅有注意規定之性質。廣義之調職，包含勞動契約之變更，則應解釋為雇主提出調職命令時，實質上為雇主提出契約變更之要約，當然需要得到勞工之同意，否則，雇主之調職

註10：邱駿彥等著，前揭註3，第146-172頁（邱駿彥主筆）。

註11：臺灣高等法院臺中分院96年度勞上字第12號判決：「工作場所及應從事工作有關事項之變更，雇主固應與勞工商議，惟於雇主確有調動勞工工作之必要時，並非必須與勞工商議，取得勞工之同意，始得調動勞工之工作，依內政部74年9月5日（74）台內勞字第328433號函所示，雇主在符合內政部所定調動五原則之情況下，仍得調動勞工之工作。最高法院77年度台上字第1868號判決意旨亦認「資方如因業務需要而變動勞方之工作場所及工作有關事項時，除勞動契約已有約定，應從其約定外，資方應依誠信原則為之，否則應得勞方同意始得為之」，可見雇主在因業務需要而變動勞工之工作場所及工作有關事項時，依勞動契約之約定或誠信原則，仍得為之，並非必須取得勞工之同意。」

註12：周兆昱，〈調職制度之運用爭議：理論與關鍵案例——高雄地方法院108年度勞簡上字第17號判決評析〉，《當前勞動法與企業實務之對話》，臺北大學法律學院勞動法研究中心主編，第267-268頁，元照。

命令不具合法性。

本件臺灣高等法院108年度勞上字第92號案件事實，涉及所謂的「懲戒性調職」，從判決中無法判斷雇主是如何取得調職命令權限，可能在簽訂勞動契約時附有同意書或誓書，或者工作規則中另有約定，亦可能基於默示合意而取得調職命令權限，甚至可能認為「懲戒性調職」為獨立類型之調職，符合調職必要性與合理性，即當然取得調職命令權限，不得而知。不過，本文必須強調的是，勞工在訂立勞動契約時或事件發生前之同意，是否出自主性，恐需要嚴謹判斷，否則，雇主將有濫用契約自由之情形。

三、調職之最後手段性

就第二階段步驟，雇主是否濫用調職權限，可以從調職必要性及相當性判斷。既然調職，是活化企業組織之重要手段之一，不應過於限制，否則造成企業組織僵化，不利於社會經濟之發展。雇主再決定行使調職命令時，仍須考量其調職之目的，基於活化企業組織，迴避資遣，還是迴避懲戒，此亦為調職必要性考量因素之一。

雇主在決定「是否調職」，以及「如何調職」之裁量，不得裁量怠惰、衡量瑕疵等裁量濫用，亦須符合一般法律原則也是考量因素，如憲法所揭示之比例原則、誠實信用原則、平等原則等。誠如解雇最後手段性原則之定義，為解雇應為雇主終極、無法迴避、不得已的手段，為比例原則下之必要性原

則。學者林更盛教授認為¹³，舉凡懲戒權之行使、升遷調職、工作規則之制定、以及解僱權之行使，都有透過比例原則加以調整之餘地。因此，調職亦有最後手段性原則之適用。

不同於「解雇最後手段性原則」，實務判決亦發展出「調職最後手段性原則」，換言之，懲戒型調職處分，仍有最後手段性原則適用，如有其他侵害最小之懲戒方式，例如告誡、記過、減薪等，給予勞工改善之機會，不得逕以調職處分，作為懲戒。如本件臺灣高等法院108年度勞上字第92號判決中說明：「縱認陳清水於行政主廚離職後應負責開菜單，惟其原無開菜單之業務，其一時無法開菜單，仍應先與其溝通菜單、輔導、施以教育訓練而給予改善之機會，然富綠公司卻捨此等侵害較小手段不為，直接以陳清水未能開菜單為由調職至薪水較低之工作，自屬勞動條件不利益之變更，難認其調職符合相當性原則，即與勞基法第10條之1規定之要件不合，尚非合法調動。」，以調職最後手段性原則，作為是否符合「調職相當性」之輔助判斷。

四、調職得否變動工資內容

我國實務針對主管職務調動非主管職務，有最高法院109年度台上字第2723號民事判決；基於懲戒而將勞工自夜班主任調任為副主任，如臺灣高等法院109年度勞上字第45號民事判決；將勞工從業務部分調任至非業務

註13：臺灣勞動法學會編（2005），《勞動基準法釋義——施行二十年之回顧與展望》，第272頁（林更盛主筆），新學林。

部分，如臺灣高等法院106年度重勞上字第31號民事判決；司機因為職業災後復職而改為一般行政職務，如臺灣高等法院臺中分院105年度勞上易字第14號判決等，均認為「雇主係基於企業經營上之必要性與合理性而對於受僱人之職務、職位等內容加以調整，而勞工因擔任不同之工作，其受領之工資因而合理伴隨其職務內容有所調整，尚不得僅以工資總額減少，即認該調職違法。」

率且不論是基於何種原因及動機調職，多數判決還是認為「工作內容不同，工資當然不同」。有論者以為，倘若勞工真的能力不足以擔任既有職務，甚至明顯有工作表現不力之情事，如果還不允許雇主調整其職務並同時減薪，則只會直接予以懲戒或資遣解雇，對於勞工反而更為不利。學者周兆昱教授認為¹⁴，即便是資遣迴避或懲戒迴避型調職，並不意味雇主當然可以片面決定調降勞工之勞動條件，雙方仍應就此進行協商始為妥當，否則勞基法第10-1條所明文揭示，雇主調動勞工職務不得使其勞動條件不利益變更之重要原則，勢將成為具文。

本文認為，資遣迴避或懲戒迴避型調職，在未有完整且成熟之理論發展前，所有調職仍需符合勞基法第10-1條所揭示一般調職之要件，尤其是「不得違反勞動契約之約定」之要件。因此，在合法調職前提下，勞工應可以預期職務調動，將影響薪資結構及內容，勞工既然同意調職（含團體協約及工作規則），應也同意薪資隨之變動。或者雇主所為之調職，並未造成勞動契約之變更，薪

資之相對應調整在勞動契約及工作規則規定範圍內，並未產生勞工不可預期之損害，應無不可，否則，將造成「同工不同酬，不同工卻同酬」之不平等待遇。本件案例事實為，雇主將擔任頭砧板廚師應負訂購食材職務之勞工，調職為不須訂購食材之二砧板廚師，薪資調降為5萬元，由於該調職不符合調職最後手段性，被認定為不合法調職，相對地將薪資調降為5萬元，亦屬不合法。

五、結論

調職，是活化企業組織之重要手段之一，也是雇主人事指示權之重要部分，不應過於嚴格而僵化。然而，特定工作內容及職務之於勞工而言，具有人格養成之特性，雖不一定承認勞工具有就勞請求權，在現今專業分工之社會，勞工對於應聘具有之信賴與期待，不應隨意忽略。調職命令之權限取得，實務及學界均有承認，得透過工作規則或團體協約取得，然調職如連動薪資結構之變更，對於勞工之影響不可謂之不大。尤其在我國工會數目不多，加上工作規則多由雇主單方面制定，調職極易成為雇主隨意處分之領域。因此，除了強化工會參與外，透過正當法律程序概念，加深勞資會議程序規範，使工作規則之制定與修改，或者個別勞工之同意，在外部人或外部機構之協助審查下，更能提供並確保勞工之自主性，使司法實務更相信工作規則及勞資會議之效力，進而採為判決之基礎，增加勞動實務之司法透明度，並減少企業之法律風險及成本。

註14：周兆昱，前揭註12，第276頁。