

粹法岡華



第四十四期

1. 僱用調整目的下勞動契約變動之法律問題探討（下）

..... 邱駿彥

2. 論故意民國九十年以來最高法院判決之動向觀察

陳友鋒

3. 土地所有人與其上房屋所有人之法律關係

——租賃、地上權、典權與不動產質權..... 鄭傑夫

4. 刑法第26條修法及適用之釋疑

謝庭晃

5. 中央對地方政府自治行政監督與救濟程序

——以日本『國地方系爭處理委員會』之審理為中心... 王萱琳

6. 教殤——法律教育論

周興生

中國文化大學法律學系

中華民國九十八年七月

華 岡 法 粹



第 四 十 四 期

1. 僱用調整目的下勞動契約變動之法律問題探討（下）

..... 邱駿彥

2. 論故意民國九十年以來最高法院判決之動向觀察

陳友鋒

3. 土地所有人與其上房屋所有人之法律關係

——租賃、地上權、典權與不動產質權..... 鄭傑夫

4. 刑法第 26 條修法及適用之釋疑

謝庭晃

5. 中央對地方政府自治行政監督與救濟程序

——以日本『國地方系爭處理委員會』之審理為中心... 王萱琳

6. 教場——法律教育論..... 周興生

中國文化大學法律學系

中華民國九十八年七月

華岡法粹徵稿簡則

華岡法粹為法律學術期刊，徵稿內容包括法學論著、判解研究、書評、法學譯著等學術著作，園地公開，歡迎投稿。

字數與格式：1.除書評外，來稿字數以一萬五千至五萬字為原則。

2.來稿請附作者中英文姓名、中英文題目名稱、目次、六百字以內之中英文摘要及中英文關鍵詞，並按序標明頁碼。

3.投稿請惠賜電子檔，並以中文橫式與 A4 之大小格式繕寫。

4.譯著請另附原著作及翻譯權授證明文件。

5.註解格式請依照本系「論文註解」範例之規定（本系網址：<http://www2.pccu.edu.tw/crlldl/>）。

審稿：本刊將聘請相關領域之專家學者雙向匿名審查來稿，經審查通過後，方得刊登。如不採用，原稿件恕不另行奉還。

文責與著作權：來稿內容請遵守著作權法與其他法令，並授權本刊以紙本及數位方式發行。

免費贈閱：稿件經刊登後，不另致送稿酬，本刊敬送抽印本二十份。

投稿地址：來稿請寄「11114 台北市陽明山華岡路五十五號 中國文化大學法律學系收」，或逕傳本刊電子信箱：crlldl@staff.pccu.edu.tw。

華岡法粹第四十四期

地 址：台灣臺北市陽明山華岡路五十五號中國文化大學法律學系

電 話：2861-0511 轉 27106 分機法律學系辦公室

印刷者：華岡印刷廠

定 價：每冊新台幣二百五十元整

劃撥帳號：07537328

戶 名：中國文化大學法律學系華岡法粹

粹法岡華

發行人：中國文化大學法律學系

Publisher: Department of Law

Chinese Culture University

主編：

Editor in Chief:

編審委員：

Editorial Board:

姚 思 遠

Sea-wain Yau

王 志 文

David J. W. Wang

王 寶 輝

Bau-huei Wang

王 萱 琳

Hsuan-lin Wang

何 曜 琛

Spenser Y. Hor

李 復 甸

Ful-dien Li

邱 駿 彥

Jiunn-yann Chiou

林 信 和

Hsin-ho Lin

林 恒 志

Heng-chih Lin

林 柏 杉

Bor-shan Lin

梁 宇 賢

Yeu-shyan Liang

陳 友 鋒

Yu-feng Chen

陳 美 伶

Mei-ling Chen

陳 惠 峰

Hui-feng Hsu

郭 介 恒

Chieh-heng Kuo

黃 宗 樂

Tzong-leh Hwang

曾 習 賢

Allen S. Tseng

廖 正 豪

Cheng-hao Liao

鄭 欽 哲

Chin-che Cheng

謝 榮 堂

Jung-tang Hsieh

謝 庭 晃

Ting-huang Hsieh

張 有 捷

Yu-Chieh Chang

劉 臺 強

Tai-chiang Liu

范 文 清

Wen-ching Fann

(以姓名筆劃排列)

編 輯：

Editors:

丁 怡 萍

Yi-ping Ting

葉 書 秀

Shu-hsiu Yeh

巫 健 宇

Jian-yu Wu

江 鴻 雯

Hung-Wen Chiang

第四十四期目錄

1.僱用調整目的下勞動契約變動之法律問題探討（下）	邱駿彥... 1
2.論故意民國九十年以來最高法院判決之動向觀察	陳友鋒... 63
3.土地所有人與其上房屋所有人之法律關係 ——租賃、地上權、典權與不動產質權	鄭傑夫... 91
4.刑法第 26 條修法及適用之釋疑.....	謝庭晃...127
5.中央對地方政府自治行政監督與救濟程序 ——以日本『國地方系爭處理委員會』之審理為中心	王萱琳...181
6.教殤——法律教育論	周興生...237

僱用調整目的下勞動契約變動之法律問題 探討（下）

A Study on Legal Problems of Change of Labor Contracts for the Purpose of Employment Adjustment

邱 駿 彥^{*}
Jiunn-yann Chiou

摘 要

2008 年底開始全球性金融大海嘯，繼而引起超大型之經濟不景氣。在此波景氣變動下，以出口外銷為導向之台灣企業亦難以倖免。訂單減少所帶來之財務周轉困境，首當其衝者，當然就是減少人事成本實施裁員措施。企業為了突破經營困境所採取之人事削減措施，一般稱之為「僱用調整」。惟僱用調整手段，不只是裁員解僱一途而已，內部勞動市場之活絡化，也是企業永續經營前提下，面臨經濟不景氣時必須採取之自保措施。然而，在活化企業內部勞動市場手段窮盡後，最後依然難以避免選擇與勞工終止契約以斷尾求生。

我國企業所實施之僱用調整措施中，從契約訂定階段開始之取消內定、試用期滿不予正式僱用、廣泛運用特定性定期契約、非典型僱用、工時工資等契約要素變更、調職問題、最後到裁員解僱，手段可謂琳瑯滿目。這些議題中，有些是學界熱衷探討研究過，例如調職、派遣、解僱等。但也有些議題甚少被著墨，例如內定、無薪休假等。惟本文一來受限於篇幅字數，無法全面涉獵探討，二來筆者自研究勞動法以來，對特定議題有獨自看法及抱持濃厚興趣。因此在本論文中礙於篇幅關係，

投稿日期：98.03.17；接受刊登日期：97.04.21；最後修訂日期：98.05.05

^{*} 日本國立神戶大學法學博士，現任文化大學法律系副教授。本篇論文承蒙二位匿名審查委員提供寶貴意見，筆者於此深深致上謝意。本篇論文已遵照審查委員所提意見之方向增刪修改，如有未盡之處，文責歸於筆者。

僅針對勞動契約締結階段、勞動契約本身、勞動契約重要要素變更、調職、及預告終止契約等相關議題提出探討。

關鍵詞：勞工、雇主、僱用關係、勞動契約、試用、調職、無薪休假、終止契約。

目 次

壹、序論

- 一、僱用調整目的下之勞動契約變動問題
- 二、勞動契約與勞雇關係
- 三、本論文之研究議題

貳、勞動契約概論

- 一、勞動契約之基本概念與規範
- 二、勞動契約之種類與期間
- 三、定期契約轉換為不定期契約
- 四、勞動契約之訂定與年資之合算

參、勞動契約展開階段之法律問題

- 一、採用內定之法律問題
- 二、試用期間之契約關係

肆、勞動契約重要要素之變動問題

- 一、無薪休假與留職停薪問題之崛起
- 二、無薪休假之意義
- 三、無薪休假之法律性質
- 四、留職停薪法律問題（以上刊載於本期）

伍、調職之法律問題（以下刊載於第 44 期）

- 一、調職法律問題之源起
- 二、調職命令之法性質
- 三、評析我國司法實務上對於調職命令法性質之見解
- 四、調職命令權存在與否及權利濫用禁止之具體判斷
- 五、有關迴避資遣型調職之若干疑義

陸、預告終止勞動契約之法律問題

- 一、問題之提起
- 二、定期契約終止之相關問題
- 三、不定期契約之終止問題

柒、研究結論

伍、調職之法律問題

一、調職法律問題之源起

調職，一般有稱為人事調動或人事異動者。除僱用員工極為少數之零細企業外，在一般企業裡幾乎可說或多或少皆有調職之活動，尤其是隨著企業規模之擴大，經濟學者所言「內部勞動市場」之活動必然愈形熱絡，調職亦因而成為企業人事管理制度中極為重要之一環。

企業內實施調職活動之目的不一而足。在過去，調職通常實施於同一工作場所或同一企業內者居多，亦常被視為係培育管理幹部之手段之一；但近年來受多角化經營、關係企業興起等趨勢影響，調職不再侷限於同一工作場所或同一企業，即使在同一企業不同廠場或不同營業所，乃至同一雇主下關係企業間之調職活動亦偶有所聞，甚至近時亦有多起因企業之遷廠而導致不得不將整廠員工實施調職之態樣。另外，由於我國勞基法第 11 條置有除非雇主具備特定原因，否則不得預告勞工終止勞動契約之限制規定^{〔1〕}，故為避免不當解僱或裁員導致勞資糾紛，晚近之調職亦有係雇主基於僱用調整之目的而實施者。

問題是 2008 年底面臨世界金融海嘯衝擊下，經濟不景氣導致經營困難時，雇主為了避免解僱，基於僱用調整目的下所為之調職命令，勞工是否有絕對義務必須遵守？我國近來法院對此爭議，似乎絕大多數皆以「迴避資遣型調職」為理由，而判決勞工不得拒絕。惟若該調職命令對勞工有帶來極度不利之虞時，若勞工拒絕前往新單位報到時，雇主是否得予以懲戒解僱，或勞工是否得拒絕該調職命令進而請求資遣，非無再議之餘地。

〔1〕特別是勞基法第 11 條項第 4 款規定除非「業務性質變更，有減少勞工之必要，又『無適當工作可供安置時』」，雇主不得預告勞工終止勞動契約。筆者認為其中「又無適當工作可供安置」之要件，正是明言雇主欲以本款理由資遣或解僱勞工前，應負有先檢討是否有其他工作可供調職之義務。另外本文尚認為，雇主以同條項第 2 款所定之虧損或業務緊縮為理由實施解僱時，由於此種情形亦屬有減少勞工之必要，故同一雇主下或同一企業中如有他種業務尚待擴充時，解釋上應認為雇主亦有必要先檢討是否得藉調職之方式以避免解僱。再者，第 5 款所定勞工對於所擔任之工作確不能勝任者，除非勞動契約中有明文限定工作種類，否則要求雇主有檢討得否調職之責任，當非過苛。

再者，調職亦有可能成為雇主不當勞動行為正當化之藉口，例如，雇主為抑制工會發展或與某勞工有嫌隙時，則藉調職之名對工會幹部或特定勞工施以隔離之手段者，亦非少見。

姑且不論雇主將勞工調職之目的為何，但不容吾人否認，調職常伴隨著勞動條件降低或增加勞工家庭生活困難等不利益之結果。因調職而導致加班機會減少或職務加給取消等工資上之不利益，若非至影響勞工生活程度，或許尚難即謂係重大勞動條件變更；然調職地點過遠而需增加數倍通勤時間，或導致勞工不得不舉家遷徙、或不得已必須單身赴任致家庭瀕臨破碎，甚至所調新職與勞工原職內容兩相逕庭，都有可能嚴重影響勞工勞務給付之品質，進而發生勞資糾紛^{〔2〕}。有關調職之勞資糾紛，起因多在勞工拒絕雇主之調職命令而遭懲戒，從而雇主是否擁有對勞工發調職命令之權限、勞工是否需服從調職命令、雇主調職命令權之法源根據何在、或係爭調職命令是否為權利濫用，及如何判斷調職命令是否該當權利濫用等，皆為調職糾紛法律問題上亟待釐清之爭點。各級法院在各爭議點之判斷上，會出現見解分歧現象，也是起因於對於調職命令法性質之認知不同所導致。因此，探討調職命令之法性質可以說是釐清調職相關爭議問題之原點。

二、調職命令之法性質

1. 調職之定義

我國規範勞動關係的主要法規中，除勞基法有類似之用語^{〔3〕}，及同法施行細則第7條第1款中規定勞動契約應約定工作場所及應從事之工作有關事項，和勞動契約法第9條置有勞動者移地勞動義務之相關規定等外，並未見有任何關於調職之用辭定義或有效規範勞雇雙方間調職關係之規定。

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

〔2〕有關調職糾紛之訴訟案件不在少數，除本文所引用者外其他尚有多起，因篇幅及論述主題所限，本文不一一列舉。

〔3〕例如勞基法第51條有「女工在妊娠期間，如有較為輕易之工作，得申請『改調』，雇主不得拒絕...」，又同法第57條亦有「...但受同一雇主『調動』之工作年資...」等用語。

變更，而且此變更需為相當長一段期間^[4]，以與企業內基於臨時性或特定性需要，雇主命令勞工暫時「支援」他單位或出差者有別。

事實上，有關勞工之調職，嚴格言之尚可區分為企業內與企業外之人事異動兩種。企業內調職可說是一般傳統典型之人事異動，而企業外調職可說是隨著經濟全球化下，企業進出海外投資或設立分支機構時，雇主所考量之人事運用佈局，學界有循日本法定用語稱之為「出向」者。企業內調職與出向（企業外調職）之間，在職務內容與工作場所均發生變更之點上，兩者相同。但出向之特徵在於人事異動後，出向勞工需在他雇主之指揮監督下服勞務之點上，兩者有極大差異。出向又依勞工異動時是否保持原僱用關係下之從業員地位，而有在籍出向與移籍出向之區別^[5]。有關出向之人事異動所產生之勞資糾紛，在我國實務界已有訴訟前例^[6]，其重要性並不亞於調職，其法律關係之探討亦值得吾人注目。不過有關出向部分之研究，學界中劉志鵬律師於其『勞動法理論與判決研究』著作中，已有經典之論述，本文礙於篇幅設限，於此部分不擬詳細論述。

2.調職命令之法性質

勞工與雇主訂立勞動契約後，即必須在雇主指揮監督下服勞務。然雇主對勞工所發之調職命令，是否亦屬於雇主之指揮命令權限範圍內，非無疑問；換言之，勞工是否有絕對服從雇主調職命令之義務，往往成為勞資間調職糾紛之主要癥結所在。為釐清此問題，首先即必須探討調職命令之法性質，才能據以了解雇主所為調職命令之法根據。

就實務上一般而言，調職可以說是雇主在企業內人事運用及勞務管理上，極為重要的指揮命令權限之一。因此在過去，調職常被認為只是

[4] 下井隆史『労働基準法(第四版)』（有斐閣，2007）第116頁，菅野和夫『労働法（第7版補正2版）』（弘文堂，2007）第387頁。

[5] 所謂在籍出向，即指出向勞工保持原僱用關係之從業員地位，一段期間於他企業雇主之指揮監督下服勞務，期滿後得復歸原企業者，學者間亦有單以「出向」名之。所謂移籍出向，即指出向勞工為了在他企業雇主之指揮監督下服勞務，而將原僱用關係之從業員工地位移轉至新企業者，學者間另有稱之為「轉籍」。請參閱下井隆史前揭『労働基準法(第四版)』第117頁，另菅野和夫『労働法（第7版補正2版）』第388頁同旨。

[6] 參見大同公司事件，台北地院82年度勞訴字第70號判決，83.3.28。

雇主人事權的自由裁量運用，為雇主之固有權限，屬於事實行為之一種；而既然調職是事實行為，故除非雇主所為之調職命令係明顯不合理之裁量權濫用行為，否則沒有評斷調職命令法律效力之餘地^[7]。且早期調職糾紛之訴訟實務，大抵是勞工主張雇主以勞工抗命為由之解僱處分無效^[8]，直接訴諸調職命令本身是否權利濫用者並不多見。

但近代勞動關係理念下，咸認為勞雇雙方權利義務關係之成立，必須基於勞動契約等之合意，而雇主之勞動力處分權，也必須經由勞工自由意思之媒介始有可能發生。因此雇主對勞工得為調職命令之法源依據，必須由勞動契約訂定後所取得之勞動力處分權決定，此種見解目前已成為日本學說判例上確定之原則^[9]。

學說上，有關上述見解雖已確立，但針對調職命令之法性質，特別是雇主調職命令權之法根據，日本學界發展上歸納下來，有下列四種對立之見解。即概括的合意說、勞動契約說、特約說、調職命令權否認說等四種^[10]。

(1)概括的合意說

概括的合意說首先強調調職命令並非事實行為，而應該是形成行為，因此調職命令有法律上判斷之餘地。從而，勞工對雇主之調職命令即有請求確認無效之權利，亦有請求停止調職命令效力之假處分權利^[11]。本說主要認為工作場所與內容為勞動契約不可欠缺之要素，其變更即發生契約關係之變動，故調職原本即需經勞工之同意。但勞動契約

〔7〕參見菅野和夫前掲『労働法（第7版補正2版）』第388頁。菅野教授於本書中有謂「自由裁量行為說，並未有學者提出明確的理論根據或主張」，故亦有學者將此種見解稱之為「經營權說」，見桑原昌弘「配置轉換」（收錄於橫井芳弘・角田邦重等編『労働法の争点（新版）』，1990）第179頁。又早期裁判例亦有採取此種見解者，例如日本國民生命保險事件，東京地方法院決定1952.02.07，勞民集3卷1號，第10頁參照。

〔8〕下井隆史前掲『労働基準法（第四版）』第117頁。又我國訴訟實務上例如遠東紡織公司事件中，亦是以調職糾紛為起因，最後導致確認雇傭關係存在之訴訟，參見最高法院79年度台上字第1916號判決，79.9.7。

〔9〕高木紘一「配轉・出向」（『現代労働法講座』第10卷，綜合労働研究所，1986）第118頁參照。

〔10〕筆者很早以來即針對調職法律問題保持關心與持續研究，有關日本調職命令法律性質之發展詳情，請參閱筆者歷年著作，收錄於『勞動基準法釋義』（新學林出版社，2005）第139至160頁。

〔11〕下井隆史前掲『労働基準法（第四版）』第119頁，菅野和夫前掲『労働法（第7版補正2版）』第389頁等參照。

訂定時，一般幾乎未就各個工作場所與內容為具體約定，而僅是由勞工將勞動力使用權概括委由雇主處分，雇主依此權利的作用，可決定工作場所與工作內容，此種權限一般稱之為勞動指揮權。

概括的合意說雖認為雇主對勞工有勞動力的概括處分權，但勞雇雙方對工作場所與工作內容如已特定，且有明示或默示合意，或依企業內習慣已形成具體的勞動契約內容時，則調職命令仍應視為變更勞動契約之要約，必須得到勞工本人同意，否則調職命令對該勞工無拘束力。另外，雇主之勞動力概括處分權也並非漫無限制，雇主基於勞動力概括處分權所為之調職命令，仍應受權利濫用禁止之規範。假如雇主所為調職命令，在業務上無充分合理性或必要性，或對勞工生活帶來嚴重不利益者，該調職命令皆有被認為無效之可能^[12]。

(2)勞動契約說

或許為與概括的合意說有所強烈區別，亦有學者將本說稱之為「限定的合意說」^[13]。主張勞動契約說者認為，調職如果是在勞動契約之預定範圍內時，則調職只是契約之履行過程，調職命令僅是勞務指揮之一種樣態的事實行為，勞工當然必須服從。反之，若調職超越勞動契約預定範圍外時，則調職即為變更契約內容之要約，未得勞工同意，調職對勞工不生拘束力。因此，調職命令對勞工是否有拘束力，必須針對勞動契約內容詳加判斷。不過即使調職命令在勞動契約之預定範圍內，惟若調職命令有權利濫用等情事時，勞工亦無服從義務^[14]。

(3)特約說

亦有學者將本說稱之為「特定的合意說」^[15]，但以特約說為名者

[12] 本多淳亮前揭「配置轉換・轉勤をめぐる法律問題」外，同作者「配置轉換・轉勤の法的性質」（大阪市大法學雜誌 19 卷 3=4 號，1973）第 171 頁亦請參照。另裁判例中，北海道放送事件・札幌地方法院判決，1964.2.25，勞民集 15 卷 1 號，第 90 頁，亦是相關議題上日本學界肯定之經典判決，採相同見解。

[13] 見萬井隆令「業務命令權の根據と限界」（有泉亨等編『基本法コンメンタール』，1990），第 57 頁。但也有學者將本說簡稱為「契約說」，見菅野和夫前揭『労働法（第 7 版補正 2 版）』第 388 頁。不過一般大都稱此說為勞動契約說。

[14] 荻澤清彦「配置轉換の效力停止と假處分」（成蹊法學 21 號，1965）第 10 頁，秋田成就「人事權の法的構成」季刊労働法 83 號，第 24 頁參照。

[15] 見萬井隆令前揭「業務命令權の根據と限界」論文第 57 頁。

居多。主張特約說者認為，工作場所與工作內容，在性質上為勞動契約之要素，必須由勞雇雙方合意始能特定，不得由雇主單方面予以變更，因此雇主發調職命令時，即為契約內容之重要要素變更，必須每次取得勞工之同意；或僅在勞動契約中有勞工將工作場所與工作內容之變更或決定之權限委由雇主行使之明確特約時，雇主始取得對勞工調職命令之權限^[16]。但就一般勞資關係實態而言，於勞動契約訂定時，不能否認勞雇雙方就調職已有默示合意存在之可能，因此如該默示合意存在之事實得被立證時，雇主於合理範圍內仍有行使調職命令權之餘地^[17]。

(4) 調職命令權否認說

主張調職命令權否認說者強烈認為，雇主並無單方面得命勞工調職之權利，雇主對勞工之工作場所與工作內容發變更命令之行爲，皆屬於變更勞動契約內容之要約，從而必須得到勞工個別的明示或默示合意，雇主之調職命令始具法律效力^[18]。至於勞動契約訂定時，雖就工作場所與工作內容無特別約定，但亦不能即認定勞雇雙方就調職有默示合意存在，必須俟工作場所與內容決定後，該勞務提供之債務始告特定^[19]。

3. 調職命令法性質見解異同之評析

就以上所述日本調職命令權法性質之四種主要學說中，概括的合意說雖然主張雇主因勞動契約成立而取得概括之勞動力處分權，但其行使調職命令時仍受權利濫用禁止理論之規範，且本說亦未否認雇主之調職命令權有受到勞動契約合意所拘束之可能^[20]。而勞動契約說者亦認為，即使調職命令係在勞動契約之預定範圍內，但若雇主濫用勞務指揮權行使不當之調職命令時，勞工並無受調職命令拘束之義務。從而在判斷調職命令拘束力有無之架構上，概括的合意說與勞動契約說兩種見解並無太大的差異^[21]。但兩說之理論構成在舉證責任上仍可見其不同之

〔16〕 吾妻光俊「労働者の権利・義務」（『労働法大系』第五冊，1963）第48頁以下，毛塚勝利「配転における労働契約の法理」労働法律旬報918號，第34頁參照。

〔17〕 石井照久『労働法の研究（第二冊）』，1967，第209頁。

〔18〕 渡邊章「配置轉換と労働契約」（労働問題研究第四集，1970）第79頁以下。

〔19〕 山口俊夫「労働契約」收錄於『労働判例評釋集』第379頁。

〔20〕 例如雇主與勞工對工作之場所與工作內容已有明示或默示合意特定時，則調職命令仍需得到勞工本人同意。參照前述①概括的合意說部分。

〔21〕 下井隆史前掲『労働基準法（第四版）』第121頁。

處。質言之，前者肯定雇主原本即有工作場所與工作內容之決定權，若勞工無法就勞動契約等立證關於工作場所與工作內容有特別之合意存在時，則在理論上肯定勞雇雙方就調職命令已有概括的合意；後者則先否定雇主有工作場所與工作內容之決定權，但若雇主從勞動契約、工作規則等之規定或自勞動實態等能舉證調職係在勞動契約之預定範圍內時，雇主即有行使調職命令之權限^{〔22〕}。

特約說雖然在主張工作場所與工作內容必須經由勞雇雙方之合意始能特定之點上，與概括的合意說有所不同，但如能舉證於勞動契約成立時，勞雇雙方對調職命令權之行使已有默示合意，則在判斷調職命令拘束力有無之架構上，與概括的合意說亦無太大差別。而特約說與勞動契約說最大的區別則在於，兩種學說對「調職」之概念有歧見^{〔23〕}。亦即調職命令若為勞動契約之預定範圍內時，勞動契約說認為此時之調職命令僅為契約履行過程之一種樣態，為一事實行為；但特約說則認為此時之調職並非僅是契約之履行過程，而應是勞動契約內容之要素變更，亦即特約說認為不管在何種情況下，調職命令皆非事實行為。

對於調職概念的認知或調職命令之理論構成上，調職命令權否認說與特約說之見解大體雷同，但調職命令權否認說並不認為勞動契約成立時，勞雇雙方就調職命令可有默示合意之存在，此點乃是判斷調職命令拘束力有無之架構上，調職命令權否認說與其他學說較為特殊之區別所在。

4.調職命令法性質之管見

由以上調職命令法性質之各種學說見解看來，除了調職命令權否認說以外，筆者以為，在我國處理調職紛爭的訴訟上，特別是判斷調職命令權存在與否時，無論採用那一種學說，其結果皆有可能趨於一致。其主要理由如下：

第一、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，導致勞動契約中有特定工作內容之合意者逐漸增加，例如電視公司之新聞播報員或電腦公司之程式設計師等是。假設在判斷雇主是否得行

〔22〕菅野和夫前掲『労働法（第7版補正2版）』第390頁。

〔23〕下井隆史前掲『雇用關係法』第112頁。

使調職命令權將上述職種之勞工調至營業部門之糾紛中，吾人若採取勞動契約說之見解，則該調職命令被認為溢出勞動契約之預定範圍，而否定其拘束力之機率極大。他方，即使採取概括合意說之主張，依據社會一般通念之判斷基準，應也容易被認為勞動契約訂定時，勞雇雙方就工作內容已有特定之合意，而對調職命令之拘束力採取否定之見解。

第二、無論採用何種調職命令法性質之見解，判斷雇主是否具有調職命令權時，皆有必要探討勞動契約內容之真意^[24]。而我國目前的勞動實務上，勞雇雙方在訂定勞動契約時，於契約內容上就工作場所與工作內容為限定之合意者尚屬少數，反而是在訂定勞動契約同時，大多數勞工皆必須提出遵守雇主人事異動命令之同意書或誓約書。再者，絕大部分的工作規則也都有勞工必須服從雇主調職命令之條款。在此種狀況下，對於大量的傳統職業種類上所發生調職命令之爭執，不管是採取概括的合意說或勞動契約說之立場，由於勞動契約解釋的結果，雇主被認定對勞工擁有調職命令權者恐不在少數。即便是採取特約說之立場，勞工被認定在勞動契約訂定時已有賦予雇主調職命令權之默示合意者，其可能性亦不小。

如上所述，在我國的勞動實務現況下，於處理調職命令訴訟之紛爭時，可能產生不管採取何種調職命令法性質之見解，就判斷雇主是否有行使調職命令權限之結果而言，似乎未必有所差別。但吾人亦不能據以即認定檢討調職命令之法性質，於實務上無多大意義。相反地，不管其判斷結果如何，調職命令法性質之理論構成仍應受到重視，否則不僅雇主行使調職命令之法源依據失所附麗，對於將來隨著社會經濟情況之變遷所產生有關調職命令新課題之解決上，難免發生捉襟見肘之窘境。

雖然我國學界中，迄今有不少學者提出調職命令法性質可能採取勞動契約說、甚至定型化契約說之見解者，但若從調職與勞動契約間之關係、調職命令法性質之理論構成、及我國勞動關係之實態等綜合考量，筆者仍不改過去以來一貫主張，認為我國勞資關係現場實務下調職命令

[24] 即使在概括的合意說，仍有必要探究勞雇雙方對工作場所或工作內容是否已有限定之合意；在勞動契約說，則必須探討調職是否屬於勞動契約之合意範圍內；而在特約說，則必須探討勞動契約訂定時，勞雇雙方就調職是否已有默示之合意存在。

之法性質，或許採取特約說之見解比較適切。其理由略述如下：

第一、工作內容與工作場所為勞動契約訂立時之重要要素

首先就調職與勞動契約間之關係來說，勞工在雇主指揮命令下服勞務賺取工資以養其日常生活所需，可以說是資本主義社會下勞務關係之本質。而勞工必以其擅長之勞務技能作為追求更高待遇之籌碼，因此從事工作之內容與勞工服勞務之表現，其關係必然密切，故謂工作內容為勞動契約之重要要素當無異議。他方面，勞工之勞動生涯當中，亦無法與家庭生活或居住地區之社會生活完全切割，因此工作場所（地點）往往成為勞工求職時之重要考慮事項^{〔25〕}，故謂工作場所為勞動契約之重要要素當亦不為過。從而，雇主變更勞工工作場所與工作內容之調職命令行為，為勞動契約內容變更之要約，除非得到勞工之合意，否則不容許雇主單方面實施變更。

第二、從調職定義而言，凡調職命令者，應皆屬於勞動契約重要要素變更

其次，就理論構成來說，吾人不能否認，雇主隨著業務需要而有變更勞工工作場所或工作內容必要性之事實。但所有的此種勞工工作場所與工作內容之變更，並非皆有必要視為係勞動契約要素之變更，例如基於某些部門業務之需要，勞工被命至該部門做暫時性之人力支援，有可能只是雇主行使勞務指揮權之一種事實行為而已。因此嚴格言之，若參照調職之定義，則僅有工作場所與工作內容之變更達到勞動契約要素變更之程度者，始得稱為調職。就此點而言，特約說主張所有的「調職」命令皆屬於勞動契約要素變更之見解，應比較符合勞務關係之實態。

第三、調職既然影響勞工權益重大，應讓勞工有真實合意之機會

再者，吾人不能否認調職為現代企業人事管理制度上極為重要之手段之一，而且藉著變更工作場所與工作內容之經驗，也可以給予勞工適應環境變化之機會及增強其職業能力，甚至調職亦具有僱用調整以避免解僱之機能。但另一方面，吾人卻也不能忽略調職對勞工而言有可能發生種種不利之事實。從而，在調職之如此多面性格下，如能讓勞工得以藉著特約，以自主的合意實質介入與其勞動生涯息息相關之調職命令，

〔25〕參見大慧實業股份有限公司事件，板橋地院 83 年度勞簡上字第 5 號判決，83.1.24。