

國立政治大學法律學系碩士論文

指導教授 林佳和博士



關係企業內調職問題之研究

研究生 彭敬元 撰

中華民國一百年九月

## 謝 辭

《荀子·勸學篇》有云：「不積跬步，無以致千里；不積小流，無以成江海。」在論文大功告成的此刻，這句話閃進了敬元的腦海。回首著手論文之初，心情是如何地忐忑不安，惶恐著不知整本論文何年何月才得以完成。於是幾乎每日張開雙眼，就埋首於書堆之中，直至晚上就寢。一點一滴的累積，終於慢慢地完成了這本論文，因此對於荀子的這番話感觸頗深，熬著熬著，論文不知不覺地漸漸成型，乃至完成……

時間拉回大四的時候，還在思索人生的方向，心想著如何能以自己法律的專長，為社會弱勢者盡一份自己微薄的力量。在家人和同儕的鼓勵下，推甄了政治大學勞動法與社會法組。由於推甄大學時失敗的經驗，讓此次的推甄在心態上惴惴不安，深恐又再次慘遭滑鐵盧。在本組戴承萱學姊以及邱羽凡學姊的幫忙下，終於順利的推甄上本組。也感謝當時的口試委員：黃程貫老師與郭明政老師，給了敬元這個機會，讓敬元能夠進入本組求學。

能夠完成這本論文，首先要感謝的是恩師林佳和老師。老師在我們勞動與社會法組讀書會時，促成了這本論文的因緣。並提點了許多敬元在當時報告時思慮不周的部分，引發了敬元想要深究這個問題的興趣。也很感謝恩師鼓勵敬元勇於表示自己的看法，促使敬元去思考問題，而較不會迷失在茫茫學說的大海中。在與恩師討論論文的過程中，深感恩師思考之細膩，提示了許多敬元所未慮及之處，也使得這本論文的錯誤能夠減少。也特別感謝恩師讓敬元出席在臺北大學的論文中間發表，讓敬元能夠吸取各個老師所提出的建議，讓這本論文更加完善。

感謝論文口試委員：黃程貫老師以及邱駿彥老師，耐心的讀完這本論文，並提出許多敬元在口試之前所未思考過的問題，而使敬元能改善這本論文所有缺漏之處。感謝在臺北大學論文中間發表時每個給予敬元意見的老師，開啟了敬元許多思考的面相。

感謝政治大學勞動與社會法中心的各位，在敬元著手寫作論文之時，能夠幫忙分擔中心事務，使敬元能無後顧之憂地專心於論文的寫作，並且在敬元枯燥無味的論文生活中，為敬元的生命注入歡笑。特別感謝張義德學長在百忙之中仍撥冗與敬元討論論文。

感謝親愛的家人們，在敬元寫作論文的過程中，默默地給予支持。特別是老媽和老姊，總是在敬元寫論文寫到快要瘋掉的時候，如同及時雨般的給予關心，讓敬元能夠重新拾回力氣，繼續奮鬥下去。

最後感謝一路上陪伴著敬元的師長與朋友們，有您們／你們才能夠有這本論文的產生！也祝福勞動與社會法組的同學和學弟妹，能夠早日完成論文，掀開人生嶄新的扉頁！

敬元 誌於台北  
2011 年秋



## 摘要

關係企業的經營型態已在我國占有日漸重要的地位，近年來我國公司在外國或大陸地區設立公司之情形亦時有所聞，此二者皆因此連帶引發了勞動法上的問題，究竟雇主可否使勞工在關係企業中不同公司間調職？甚至調職到我國境外之關係企業其他公司？此與傳統上企業內調職的不同點在於，此時勞工於各公司間的調職涉及勞工於不同法人格間的變動，雇主是否當然有此權利，即不無深究之餘地。

基此，本文將從以下幾個面向來探討關係企業內調職之問題：1. 在何等情況下構成關係企業？此由於勞動法上並無相關法制之訂定，故需從其他領域實定法著手，又設若從其他領域實定法著手，是否可全盤移植於勞動法亦屬討論範圍；2. 關係企業範圍界定後，是否會對於勞動法上的雇主概念造成影響，進一步而言，是影響到勞動契約上雇主概念，抑或是影響到功能性雇主概念，或者，在何種情況下該二者始會受到影響？3. 關係企業內調職的概念為何？其與雇主指示權的關係，與企業內調職、派遣、出差等概念究竟有何異同？4. 雇主得否事前取得使勞工於關係企業內調職之權利，若是，是在何種情形下雇主始能取得？5. 勞動法之終止保護是否能夠擴及於關係企業，若是，是在何種情況下擴及？6. 勞工於關係企業內調職後重要勞動條件應該如何因應之問題。

本論文希冀能夠將上述問題一一釐清，而讓勞資雙方能夠清楚了解雙方之權利義務分別為何，防範爭議於未然，共創與共享經濟之價值。

關鍵字：關係企業、康柴爾、調職、調動、指示權、指揮權、終止保護、解僱保護、安置、工作年資、勞動契約、功能性雇主、總管理處、法人格否認、平均工資、歸建

# 關係企業內調職問題之研究

## 目錄

|                                 |    |
|---------------------------------|----|
| 第一章 緒論.....                     | 1  |
| 第一節 研究動機與目的 .....               | 1  |
| 第二節 研究方法 .....                  | 6  |
| 第三節 研究範圍與限制 .....               | 6  |
| 第四節 研究架構 .....                  | 7  |
| 第二章 關係企業及其相關概念 .....            | 9  |
| 第一節 我國實體法上對關係企業的定義及其限制.....     | 9  |
| 第一項 公司法關係企業的立法旨趣 .....          | 9  |
| 第二項 公司法關係企業的定義 .....            | 11 |
| 第一款 有控制與從屬關係之公司 .....           | 12 |
| 第一目 形式上之控制及從屬公司（資本參與型） .....    | 12 |
| 第二目 實質上之控制及從屬公司（實質控制型） .....    | 14 |
| 第三目 推定之控制及從屬公司 .....            | 15 |
| 第二款 相互投資公司 .....                | 16 |
| 第三項 公司法對於關係企業定義的限制 .....        | 18 |
| 第一款 對於外國公司的限制 .....             | 18 |
| 第一目 外國公司之定義 .....               | 18 |
| 第二目 外國公司之認許 .....               | 18 |
| 第三目 公司法關係企業章於外國公司之應用與限制.....    | 19 |
| 第二款 對於大陸地區公司的限制 .....           | 20 |
| 第三款 其他限制 .....                  | 21 |
| 第一目 是否包括孫公司、曾孫公司？ .....         | 21 |
| 第二目 平行關係企業的範圍 .....             | 21 |
| 第三目 家族關係企業 .....                | 22 |
| 第四款 事實上關係企業？ .....              | 22 |
| 第四項 金融控股公司法關係企業的定義 .....        | 23 |
| 第一款 金融控股公司及其子公司之定義.....         | 23 |
| 第二款 公司法關係企業定義與金融控股公司定義之比較 ..... | 24 |
| 第二節 德國勞動法上關係企業 .....            | 26 |
| 第一項 康柴爾的概念 .....                | 26 |

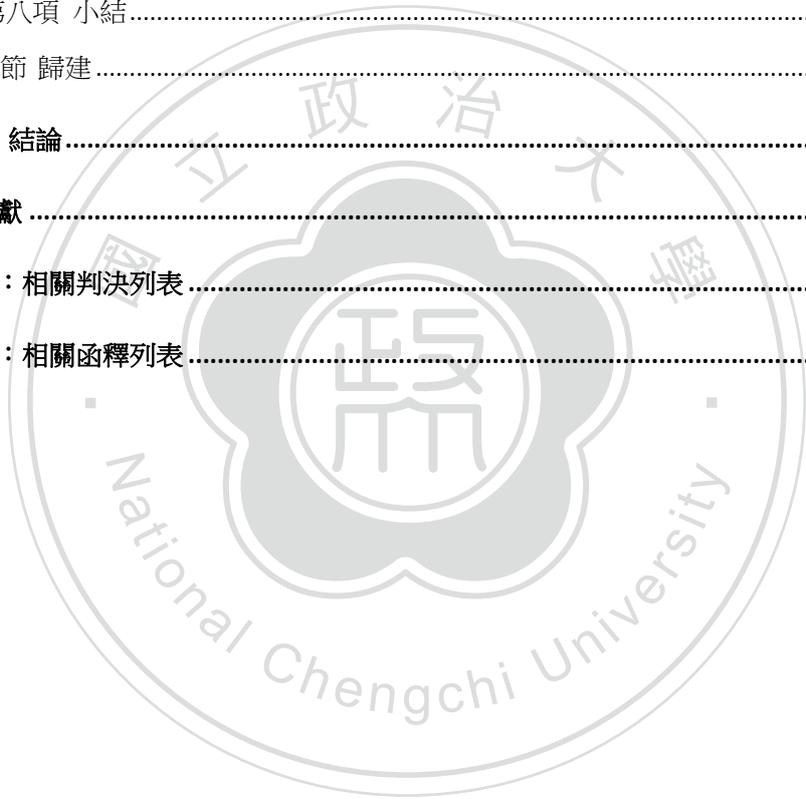
|  |           |
|--|-----------|
| 第一款 垂直與平行康柴爾 .....   | 26        |
| 第二款 契約康柴爾 (Vertragskonzern) 與合併康柴爾 (Eingliederungskonzern) .....                     | 28        |
| 第三款 事實康柴爾 (faktischer Konzern) .....   | 28        |
| 第二項 垂直康柴爾 (Unterordnungskonzern) .....   | 30        |
| 第一款 團結於統一的領導下 .....  | 30        |
| 第一目 企業 .....   | 30        |
| 第二目 團結 (Zusammenfassung) .....   | 31        |
| 第三目 統一的領導 .....  | 32        |
| 第四目 多階層康柴爾 (Mehrstufiger Konzern) 以及多倍的康柴爾隸屬性 (Mehrfache Konzernzugehörigkeit) ..... | 33        |
| 第二款 垂直康柴爾推定 .....  | 34        |
| 第一目 不可推翻的康柴爾推定 (unwiderlegbare Konzernvermutung) .....                               | 34        |
| 第二目 可推翻的康柴爾推定 (widerlegbare Konzernvermutung) .....                                  | 34        |
| 第三項 平行康柴爾 (Gleichordnungskonzern) .....  | 35        |
| 第一款 統一的領導 .....  | 35        |
| 第二款 非隸屬性 .....   | 36        |
| 第三節 本文見解 .....   | 37        |
| 第一項 我國與德國關係企業規定之比較 .....   | 37        |
| 第二項 我國勞動法對於公司法關係企業之調整 .....  | 39        |
| 第一款 垂直關係企業 .....   | 39        |
| 第二款 平行關係企業 .....   | 40        |
| 第三款 家族關係企業 .....   | 41        |
| <b>第三章 關係企業與雇主概念 .....</b>   | <b>42</b> |
| 第一節 我國實務與學說 .....  | 42        |
| 第一項 雇主的概念 .....  | 42        |
| 第一款 勞動契約雇主的概念 .....  | 42        |
| 第二款 功能性雇主的概念 .....   | 42        |
| 第二項 關係企業對於勞動契約雇主概念之影響 .....  | 44        |
| 第一款 法人格獨立說 .....   | 44        |
| 第二款 實質企業說 .....  | 45        |
| 第三款 小結 .....   | 46        |
| 第三項 總管理處 .....   | 47        |

|   |           |
|---|-----------|
| 第一款 學說見解.....                                 | 47        |
| 第二款 實務見解.....                                 | 48        |
| 第四項 法人格否認理論.....                              | 49        |
| 第一款 概說.....                                   | 49        |
| 第二款 於勞動法上之運用.....                             | 50        |
| 第二節 德國實務與學說.....                              | 51        |
| 第一項 概說.....                                   | 51        |
| 第二項 康柴爾作為雇主.....                              | 53        |
| 第三項 企業契約.....                                 | 54        |
| 第一款 營業出租契約 (Betriebspachtvertrag).....        | 55        |
| 第二款 營業讓與契約 (Betriebsüberlassungsvertrag)..... | 55        |
| 第三款 營業管理契約 (Betriebsführungsvertrag).....     | 55        |
| 第三項 穿透責任 (Durchgriffshaftung).....            | 57        |
| 第一款 契約康柴爾.....                                | 57        |
| 第二款 事實康柴爾.....                                | 57        |
| 第四項 企業老年照顧.....                               | 59        |
| 第五項 繼續僱用義務.....                               | 60        |
| 第三節 本文見解.....                                 | 61        |
| 第一項 關係企業對功能性雇主概念的影響.....                      | 61        |
| 第二項 關係企業對勞動契約雇主概念的影響.....                     | 61        |
| 第一款 原則—法人格獨立.....                             | 61        |
| 第二款 例外.....                                   | 63        |
| 第一目 關係企業中公司間具有公司契約.....                       | 63        |
| 第二目 法人格否認.....                                | 64        |
| 第三目 其他情形.....                                 | 65        |
| <b>第四章 調職的概念與類型.....</b>                      | <b>67</b> |
| 第一節 調職概念.....                                 | 67        |
| 第一項 概說.....                                   | 67        |
| 第二項 我國學說對調職概念的定義.....                         | 68        |
| 第三項 德國調職概念的定義.....                            | 69        |
| 第四項 本文對調職的定義.....                             | 71        |
| 第五項 調職概念的分類暨關係企業內調職的概念.....                   | 72        |

|                            |            |
|----------------------------|------------|
| 第二節 調職與雇主指示權的關係 .....      | 73         |
| 第一項 雇主指示權的定義及性質 .....      | 73         |
| 第二項 指示權與工作內容、工作場所的確定 ..... | 77         |
| 第三項 德國對於雇主指示權的實務與學說 .....  | 79         |
| 第四項 本文見解 .....             | 81         |
| 第五項 雇主指示權於關係企業調職之運用 .....  | 83         |
| 第三節 關係企業內調職之分類 .....       | 85         |
| 第一項 我國實務與學說 .....          | 85         |
| 第一款 行政主管機關之見解 .....        | 85         |
| 第二款 法院之見解 .....            | 88         |
| 第三款 學說見解 .....             | 95         |
| 第一目 企業內調職說 .....           | 95         |
| 第二目 企業外調職說 .....           | 96         |
| 第三目 二分說 .....              | 99         |
| 第四目 本文分析 .....             | 101        |
| 第二項 德國實務與學說 .....          | 102        |
| 第三項 本文見解 .....             | 107        |
| 第四節 關係企業內調職與其他概念的分野 .....  | 111        |
| 第一項 企業內調職 .....            | 111        |
| 第二項 派遣 .....               | 114        |
| 第三項 出差 .....               | 116        |
| <b>第五章 調職權之有無與控制 .....</b> | <b>119</b> |
| 第一節 我國學說與實務 .....          | 119        |
| 第一項 調職權之有無 .....           | 119        |
| 第一款 學說見解 .....             | 119        |
| 第二款 實務見解 .....             | 121        |
| 第二項 勞工同意之形式 .....          | 124        |
| 第一款 學說見解 .....             | 125        |
| 第二款 實務見解 .....             | 126        |
| 第三項 調職權之控制 .....           | 127        |
| 第一款 學說見解 .....             | 127        |
| 第二款 實務見解 .....             | 128        |

|                                    |            |
|------------------------------------|------------|
| 第二節 德國實務與學說 .....                  | 131        |
| 第一項 調職權之有無—調職約款 .....              | 131        |
| 第二項 康柴爾調職約款之允許性 .....              | 132        |
| 第三項 康柴爾調職條款行使及程序之限制 .....          | 134        |
| 第四項 康柴爾調職條款實例研析 .....              | 135        |
| 第三節 本文見解 .....                     | 137        |
| 第一項 概說 .....                       | 137        |
| 第二項 關係企業調職條款之允許性 .....             | 139        |
| 第一款 單一勞動契約單一雇主 .....               | 140        |
| 第二款 單一勞動契約複數雇主 .....               | 142        |
| 第三款 數個勞動契約數個雇主 .....               | 143        |
| 第四款 小結 .....                       | 144        |
| 第三項 關係企業調職條款行使之限制 .....            | 145        |
| 第四節 法律效果 .....                     | 146        |
| <b>第六章 調職後相關問題 .....</b>           | <b>149</b> |
| 第一節 工作年資是否併計 .....                 | 149        |
| 第一項 我國實務與學說 .....                  | 149        |
| 第一款 學說見解及分析 .....                  | 149        |
| 第二款 行政主管機關見解 .....                 | 151        |
| 第三款 法院見解 .....                     | 154        |
| 第二項 德國實務與學說 .....                  | 159        |
| 第三項 本文見解 .....                     | 160        |
| 第二節 平均工資計算及給付義務人 .....             | 164        |
| 第一項 平均工資之計算 .....                  | 164        |
| 第一款 我國實務與學說 .....                  | 164        |
| 第二款 本文見解 .....                     | 167        |
| 第二項 給付義務人 .....                    | 169        |
| 第三節 特殊關係企業內調職問題—關係企業範圍的終止保護? ..... | 170        |
| 第一項 我國實務與學說 .....                  | 170        |
| 第二項 德國實務與學說 .....                  | 173        |
| 第一款 繼續僱用義務的成立 .....                | 173        |
| 第二款 繼續僱用的方法 .....                  | 176        |

|                        |     |
|------------------------|-----|
| 第三項 本文見解.....          | 178 |
| 第四節 其他勞動條件.....        | 180 |
| 第一項 工資及福利.....         | 181 |
| 第二項 工作時間.....          | 182 |
| 第三項 例假、休假、請假.....      | 183 |
| 第四項 勞工安全衛生及職業災害補償..... | 184 |
| 第五項 工作規則.....          | 186 |
| 第六項 懲戒處分及終止勞動契約.....   | 190 |
| 第七項 跨國關係企業特殊問題.....    | 191 |
| 第八項 小結.....            | 193 |
| 第五節 歸建.....            | 194 |
| 第七章 結論.....            | 197 |
| 參考文獻.....              | I   |
| 附錄一：相關判決列表.....        | IX  |
| 附錄二：相關函釋列表.....        | XIV |



# 關係企業內調職問題之研究

## 表格目次

|                              |     |
|------------------------------|-----|
| 表格 1 集團企業發展趨勢 .....          | 2   |
| 表格 2 關係企業受僱員工人數與就業人口比率 ..... | 4   |
| 表格 3 企業內調職與關係企業內調職比較表 .....  | 114 |
| 表格 4 派遣與關係企業內調職比較表 .....     | 116 |



# 關係企業內調職問題之研究

## 圖表目次

|                         |    |
|-------------------------|----|
| 圖表 1 分子企業總數 .....       | 2  |
| 圖表 2 平均集團分子企業家數 .....   | 3  |
| 圖表 3 集團僱用員工與就業人口比 ..... | 4  |
| 圖表 4 研究架構 .....         | 8  |
| 圖表 5 形式關係企業之構成 .....    | 14 |



# 第一章 緒論

## 第一節 研究動機與目的

自從現代公司制度興起以來，透過公司財產與私有財產分離之設計，一方面以股東有限責任原則使投資者僅負擔有限之風險，他方面賦予公司法人格，而具有權利能力，得為權利義務之主體，鼓勵大眾將資金投入公司，因此促進了經濟發展。近年來，經營者為了擴充生產規模、增加產品種類、降低成本、規避賦稅、分散投資風險、提高競爭能力、拓展國際市場、追求整體企業之最大利潤等等目的，採取各種垂直、水平或多角化經營策略，以成立新公司、投資他公司形成資本參與、營業讓與、相互投資，甚至於兼併他公司，藉以形成龐大的集團企業，掌控競爭優勢，大幅提高其在國內及國外之競爭力。目前各國關係企業之公司組織模式已然成為主流，並帶來企業榮景，進而提升該國在世界經濟之影響力。此不僅僅是國際上的風潮，在國內的情形亦是如此。從國內的事實面相來看，關係企業（或稱為集團企業）近年的發展亦符合此種趨勢，而呈現增加的趨勢，依據中華徵信所之研究，其成長趨勢可見於下表：<sup>1 2</sup>

<sup>1</sup> 中華徵信所，2007年版台灣地區集團企業研究，2006年12月，頁39。

<sup>2</sup> 中華徵信所定義的集團企業如下：

（一）構成條件：

- 1.分子個數由3個或3個以上的公司所構成；
- 2.股權方面由國人資本占有51%以上的民營企業；
- 3.核心公司：在某集團各分子公司中，核心人物經常在該公司下達決策命令或該公司之經營、管理監督等權高於其他分子公司，其影響力可及於多數分子公司者；該公司通常具有成立歷史悠久，或規模龐大足以影響集團整體之根本存亡、運作方向等之特性；比諸人體，則有如居於腦、心臟或血液之地位者，則該公司成為該集團之核心公司；
- 4.地區：核心公司必須設在國內。

（二）結合方式：

1.客觀條件：

（1）凡經由法人轉投資關係，而持有被投資公司之股份50%以上；或公司間相互投資，而相互持有對方之股份33%以上；或未達上述比率，但實質上握有被投資公司較大股權者，視為同一集團。

（2）該公司與核心公司之資本額有半數以上為相同之股東持有或出資者。

（3）該公司與核心公司之董事、監察人、執行業務股東、代表公司股東及總經理有半數以上相同者。

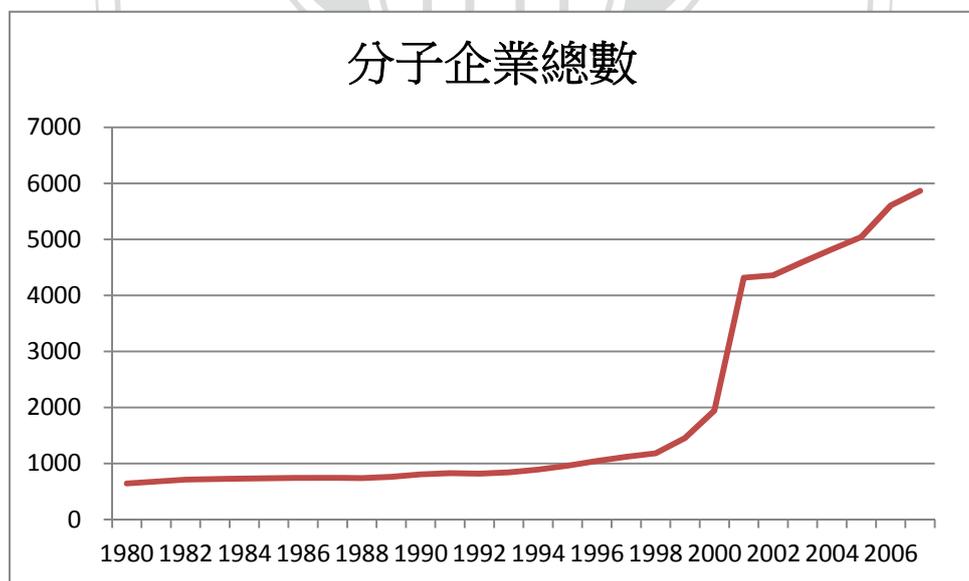
（4）該公司與核心公司之董事、監察人、執行業務股東、代表公司股東及總經理等有半數以上為配偶或三等以內之親屬者。

（5）受同一管理機構之指揮監督者。

2.主觀條件：必須具有「集團性」，也就是一種心理上的認同感，各分子公司間相互承認為同一集團。

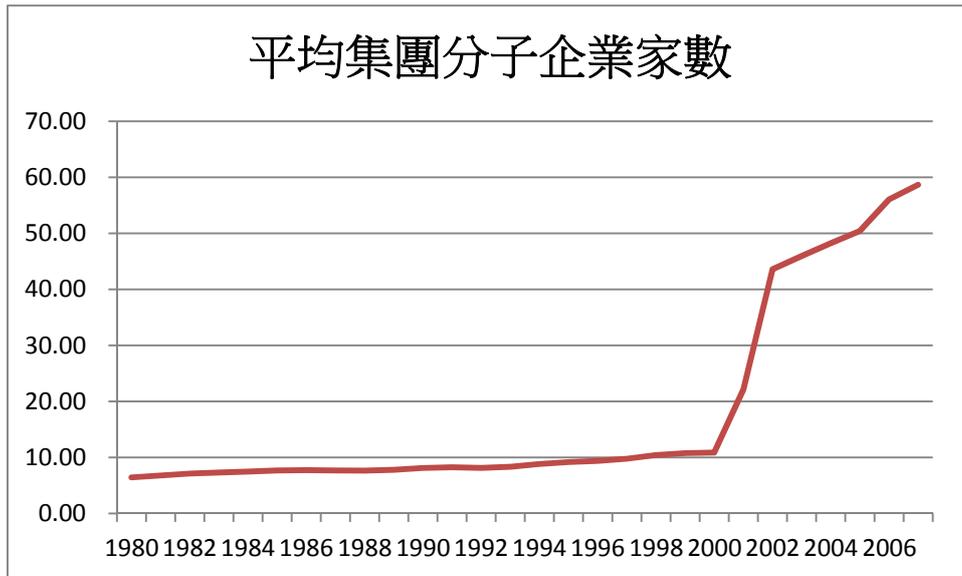
| 年版/項目     | 集團總數 | 分子企業總數 | 平均集團分子企業家數 |
|-----------|------|--------|------------|
| 1980      | 100  | 645    | 6.45       |
| 1982      | 100  | 713    | 7.13       |
| 1985-1986 | 96   | 745    | 7.76       |
| 1988-1989 | 97   | 738    | 7.61       |
| 1990-1991 | 100  | 832    | 8.32       |
| 1992-1993 | 101  | 816    | 8.08       |
| 1994-1995 | 101  | 918    | 9.09       |
| 1996-1997 | 115  | 1091   | 9.48       |
| 1998-1999 | 113  | 1215   | 10.75      |
| 2000      | 179  | 1944   | 10.86      |
| 2001      | 195  | 4317   | 22.14      |
| 2002      | 100  | 4360   | 43.6       |
| 2003      | 100  | 4596   | 45.96      |
| 2004      | 100  | 4826   | 48.26      |
| 2005      | 100  | 5043   | 50.43      |
| 2006      | 100  | 5605   | 56.05      |
| 2007      | 100  | 5868   | 58.68      |

表格 1 集團企業發展趨勢 資料來源：中華徵信所，台灣區集團企業研究，2007 年



圖表 1 分子企業總數，資料來源：依據上表自製

數家公司是否結合為一集團，首先必須具備5種客觀條件中的1種或1種以上，方形成關係企業，再配合主觀條件之認同而構成。



圖表 2 平均集團分子企業家數 資料來源：依據表格 1 自製

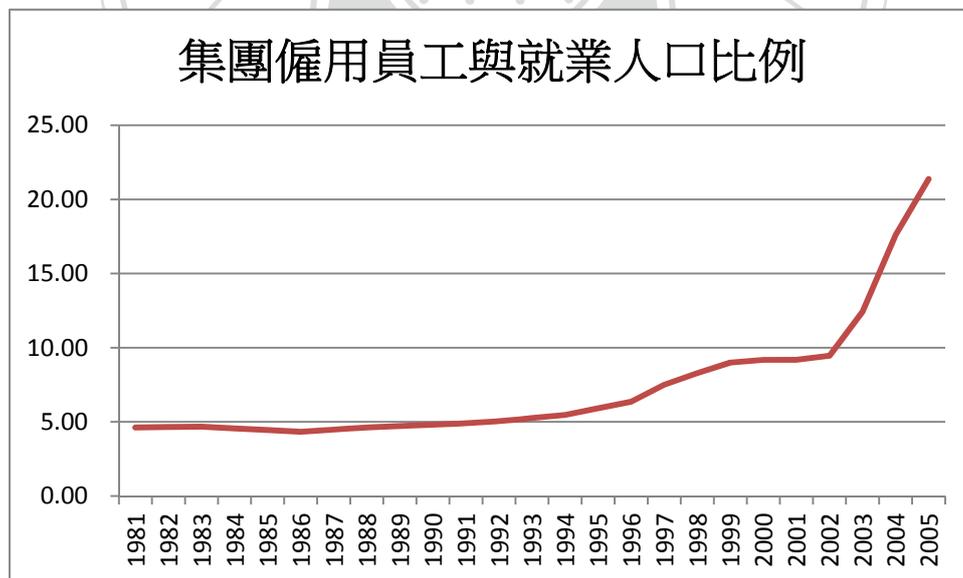
從表格 1 和圖表 1、圖表 2 可以得知，整個台灣地區前一百大左右的關係企業家數是呈現成長的現象，從 1980-1999 年緩慢的成長，到 2000-2001 年間有巨幅的成長，在 2001 年之後可以觀察到較 1980-1999 年間更為快速的成長。惟此數據僅能反映出關係企業成長的面向，並不足以反映出其對於勞動契約之影響。對於勞動契約之影響，仍應回到關係企業受僱之勞工來看。按中華徵信所的研究，關係企業的受僱員工人數與就業人口比率可見於表二：<sup>3</sup>

<sup>3</sup> 中華徵信所，2007年版台灣地區集團企業研究，2006年12月，頁53。

| 項目／年度 | 集團僱用員工人數 (A) | 台灣地區就業人口數(B) | A/B (%) |
|-------|--------------|--------------|---------|
| 1981  | 308          | 6672         | 4.62    |
| 1983  | 330          | 7070         | 4.67    |
| 1986  | 335          | 7733         | 4.33    |
| 1988  | 375          | 8107         | 4.63    |
| 1990  | 397          | 8283         | 4.79    |
| 1992  | 436          | 8632         | 5.05    |
| 1994  | 489          | 8939         | 5.47    |
| 1996  | 577          | 9068         | 6.36    |
| 1997  | 688          | 9176         | 7.5     |
| 1998  | 770          | 9289         | 8.29    |
| 1999  | 855          | 9498         | 9       |
| 2000  | 898          | 9784         | 9.18    |
| 2001  | 861          | 9383         | 9.18    |
| 2002  | 894          | 9450         | 9.46    |
| 2003  | 1190         | 9570         | 12.43   |
| 2004  | 1744         | 9901         | 17.61   |
| 2005  | 2126         | 9942         | 21.38   |

表格 2 關係企業的受僱員工人數與就業人口比率

資料來源：中華徵信所，台灣區集團企業研究，2007年 單位：千人



圖表 3 集團僱用員工與就業人口比 資料來源：依據上表自製

從集團僱用員工與就業人口的比例來看，1981-1994 年或有出現下降的情形，惟整體的趨勢仍是緩慢的成長。在 1994-2002 年間有較為快速之成長。2003 年以後呈現極速成長的現象。到 2005 年受僱於關係企業之勞工，占全台灣地區就業人口總數 21.38%，即是每 5 個人就有 1 人是受僱於集團企業，反映出關係企業對於我國勞動力市場的影響實占有舉足輕重之地位，並且依此成長之趨勢，將來受僱於關係企業的勞工將會更多，因此關係企業對於勞動契約之影響毋寧是一個值得重視之課題。例如透過統一工作規則之制定，使得整個關係企業之勞工適用相同的工作規則、關係企業設立專責機構負責新進勞工統一之招募與訓練。其中本研究關注者，乃是集團企業中的調職問題。近年來我國法院系統對於關係企業調職所引發的爭議已逾百件，其中最大的爭執點莫過於雇主調職權之有無以及勞工之工作年資。工作年資方面，主要的爭議點在於在不同的關係企業中調職，其年資是否可以併計或應該獨立計算之問題。在調職權方面，主要的爭議是是否需要勞工同意？或者僅符合所謂的「調職五原則」雇主即可取得調職權，而將勞工於不同關係企業間調職？如果需要勞工同意，勞工同意的客體為何？是民法第 484 條之勞務請求權讓與？或者涉及新契約成立？又勞工可否概括同意？事前同意？默示同意？以工作規則取代勞工之同意？或工作規則即視為勞工之同意？凡此種種皆為我國法院系統中再三出現的爭點。

另在國際經貿交流往來的影響下，外國公司來台轉投資或設立分公司亦非少見，於外國公司是否需要另一種考量，即不無深究之餘地。此外我國近年來公司赴大陸地區設立分公司或子公司亦不在少數，台灣公司將其所屬勞工派往大陸地區分公司或子公司工作，台灣雇主是否可以片面決定將勞工派往大陸地區從事工作，亦屬實務上爭議之問題。以上問題，由於對於勞工之影響不可謂不大，蓋調職涉及工作內容或工作地點的變動，有時勞工甚至要舉家遷移或遠赴他鄉。另外調職前後勞工與關係企業各公司的法律關係亦屬於本文所關注之重點，蓋此法律關係將影響到勞動契約之權利義務應由何人負責之問題，另在調職後勞動條件之影響對於勞工不可謂不重大，亦屬本文探討的範圍。另一個值得注意的是根據勞動基準法第 11 條第 4 款，雇主有無關係企業範圍之安置義務？換言之，雇主因經營事由終止勞動契約之前，有無安置勞工於關係企業其他公司之義務，亦屬本文所注目者。本文欲對於上述法律問題一一釐清，使得勞資雙方的權利義務明確，以減少勞資間之爭議。

## 第二節 研究方法

研究之方法主要是採取文獻分析法，參考國內相關的文獻，包括公司法上關係企業的定義、金融控股公司法關係企業之定義、勞動法上雇主的定義，進而探討關係企業會不會對勞動法上雇主的定義造成何等影響，例如，動搖勞動法上雇主此法律主體的概念。

除蒐集國內相關的期刊文獻外，並蒐集國內實務之見解，其中包括法院、行政部門（主要為勞工委員會）的見解。並且比較分析相關之實務見解，審視國內實務對於前述問題採取何等態度，是否有互相矛盾之處，並與學說作一對照比較。

另在研究方法上亦採取比較研究法，在關係企業的構成、關係企業對於雇主概念之影響、雇主有無使勞工於關係企業調職之權利、如雇主有調職權時，其權利行使有無限制、勞工於關係企業調職與關係企業各公司可能的法律關係等等問題上，參考德國學說以及實務見解，以期發現值得我國借鏡之處。

## 第三節 研究範圍與限制

本研究所欲研究者乃是「同一關係企業內」調職之問題，至於不同關係企業間或者非關係企業內之調職即不屬於本文研究之範圍。因此首先欲界定者，乃是關係企業的範圍為何，由於我國勞動法相關法律並沒有針對關係企業做出定義，故主要從其他法律的規定去尋找國內關係企業的概念，並從中發現過或不及之處，而於勞動法上有所調整。

第二個重要的研究範圍為調職之界定，究竟在何種意義下始構成調職？勞工變動工作內容包不包括在內？變動工作地點包不包括在內？又在考量調職時是否需要考量時間的因素？工作性質是否也是在判斷調職上的一種考量？一般所謂的出差是否歸入調職之範疇，皆屬界定本研究範圍的重點課題。

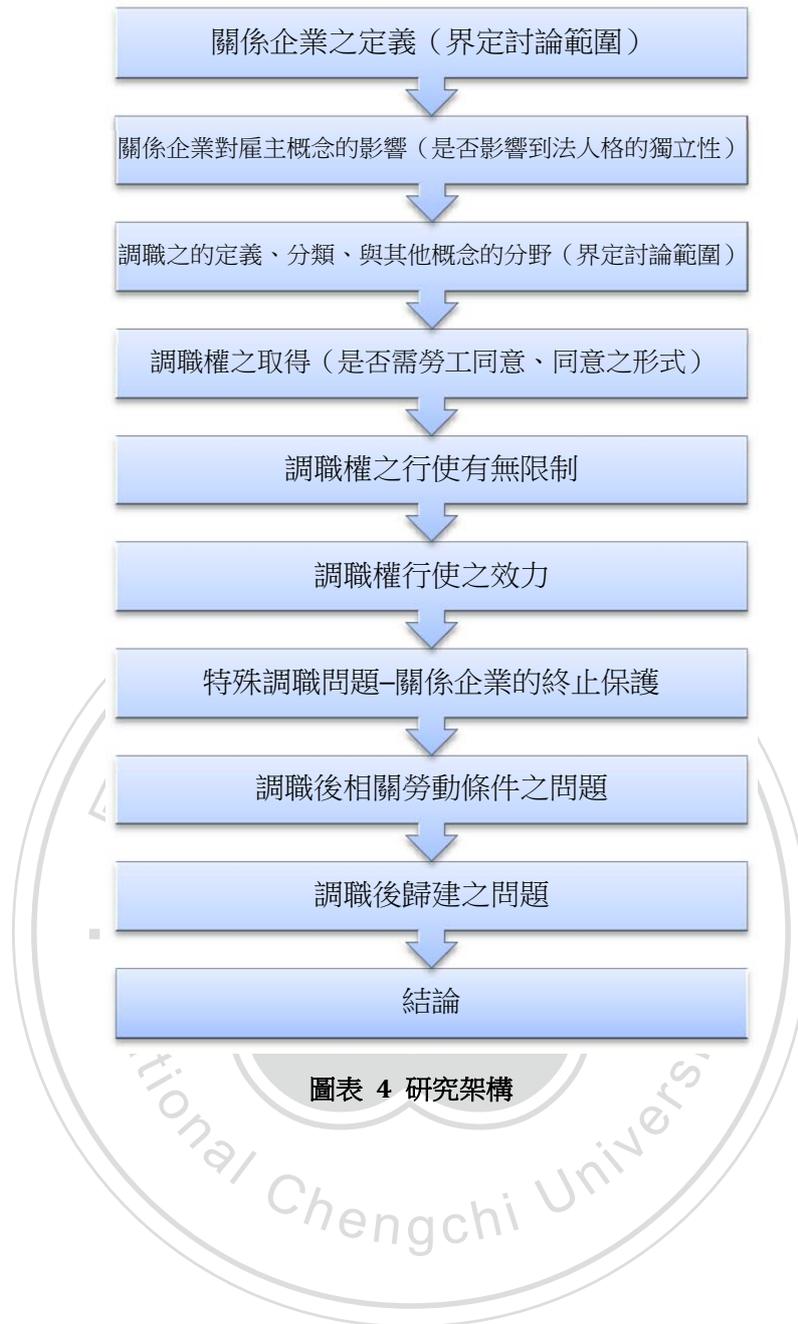
在界定關係企業的範圍以及調職後，本研究所關注者乃是關係企業內一家公司將其所屬勞工調職至同一關係企業內其他家公司所生之法律關係及其後續之問題。另在跨國企業興起後，對於跨國關係企業在國際間之調職應如何處理亦屬於本研究所關切之問題。

#### 第四節 研究架構

針對上述問題，本文嘗試用以下之架構來分析，期能一一釐清各該問題，以明確勞資雙方之權利與義務：第一章：包括研究動機、研究目的、研究方法、研究範圍與限制以及研究架構；第二章釐清關係企業的定義，主要是參考公司法上的定義，並且指出公司法對於關係企業定義的限制，再次參考德國勞動法上關係企業之定義，參酌我國公司法上以及德國勞動法上對於關係企業之定義，提出本文對於我國勞動法上關係企業應如何界定；第三章探討關係企業之構成是否會影響到勞動法上雇主之概念，如有，是影響到功能性雇主之概念，抑或是勞動契約雇主之概念，並參酌我國以及德國實務與學說，提出本文之觀點；第四章主要在定義調職之概念、調職與雇主指示權（或謂指揮權）之關係，<sup>4</sup>針對關係企業內調職之問題，勞工與關係企業內各公司可能的法律關係加以分類，以及關係企業內調職與企業內調職、派遣、出差之相同與相異之處。第五章主要針對雇主得否事先取得使勞工於關係企業內調職之權利，而於調職時毋庸再次經勞工現時或事後之同意。若雇主可取得調職之權利，是否需要勞工同意？又勞工同意之形式為何？該權利之行使有無其他限制？又行使之法律效果為何？皆為本章的探討重點；第六章則是針對調職後影響勞工權益甚鉅之工作年資是否併計問題、勞工退休或資遣時平均工資的計算問題、是否有關係企業範圍的終止保護問題以及勞工被調職後勞動條件的變動問題、勞工歸建回原公司的問題；第七章針對以上問題做出結論，期能針對目前實務上爭執頗多的關係企業調職問題提出一些解決之道。本文的研究架構圖如下：

---

<sup>4</sup> 以指示權名之者，參見黃越欽，勞動法新論，臺北：翰蘆，修訂三版，2006年9月，頁195。以指揮權名之者，參見呂榮海，勞動法法源及其適用關係之研究，臺北：蔚理法律，2002年2月，頁333。



圖表 4 研究架構

## 第二章 關係企業及其相關概念

由於我國關係企業常常於工作規則中訂定關係企業調職條款，或者以同意書方式使勞工同意於關係企業間之調職，從而關係企業之定義對於勞動法有其意義，在上述情形關係企業之範圍即涉及勞工被調職之範圍。但我國勞動法相關法律並沒有對於關係企業做一定義，而實定法中對於關係企業做定義者，乃公司法之關係企業章以及金融控股公司的特殊關係企業。勞動法上關係企業的定義及範圍為何，有論者認為應以「實質之控制關係」以為斷，<sup>5</sup>但多數勞動法學者在提及關係企業時，皆未對之做定義，從而亦無法推知是否勞動法上關係企業與公司法上關係企業作同一解釋，抑或作不同於公司法上關係企業之解釋，故勞動法上關係企業究應如何界定，即有探究之必要。

### 第一節 我國實體法上對關係企業的定義及其限制

#### 第一項 公司法關係企業的立法旨趣<sup>6</sup>

關於我國公司法何以於民國 86 年增訂關係企業專章，學者認為：「關係企業於我國經濟發展上現已具有舉足輕重之地位，在企業經營方式上，亦已取代單一企業成為企業經營之主流。惟公司法自民國 18 年制定公布迄今，仍一貫以單一企業為規範對象，對關係企業之運作尚乏規定，已難因應目前實際需要。茲為維護大眾交易之安全，保障從屬公司少數股東及其債權人之權益，促進關係企業健全營運，以配合經濟發展，達成商業現代化之目標，乃參考外國立法例，並衡酌我國國情，增訂關係企業專章。」<sup>7</sup>

亦有學者認為：「我國公司法自民國十八年制定公布以來，一貫以單一企業為規範對象。但公司法這種以「每一公司都是獨立主體」的假定，並沒有反映現實公司經營的真正情形。研究指出，某些公司相當程度之控制權為他公司所掌握。換言之，一家公司雖然在法律上為獨立之主體，但在實際上經營卻非完全獨立經

<sup>5</sup> 吳宗諺，集團企業間員工調動之法律問題研究，中國文化大學勞動學研究所碩士論文，2004 年，頁 42。

<sup>6</sup> 關於公司法關係企業立法背景的說明可參見王泰銓、王志誠合著，公司法新論，臺北：三民，增訂四版，2007 年，頁 693-694。王泰銓，公司法新論，臺北：三民，初版，1998 年，頁 389-391。

<sup>7</sup> 柯芳枝，公司法論（下），臺北：三民，增訂六版，2007 年，頁 651-652。

營，而必須聽命於其他公司。因之，民國八十六年六月立法院為正視此種控制權的存在，對關係企業之運作加以規範，乃參考德國、美國之立法例，並衡酌我國國情，增訂「關係企業專章」共計十二條，以維護大眾交易之安全，保障從屬公司少數股東及其債權人之權益，促進關係企業健全之營運，並達成商業現代化之目標。」<sup>8</sup>

另有學者認為：「我國公司法自民國十八年制定公布以來，仍一貫以單一企業為規範對象，對關係企業之運作尚乏規定，已難因應工商社會之實際需要。按關係企業於我國經濟發展上，現已具有舉足輕重之地位，在企業經營方式上，亦已取代單一企業，成為企業經營之主流。茲為維護大眾交易之安全，保障從屬公司少數股東及其債權人之權益，促進關係企業健全營運，以配合經濟發展，達成商業現代化之目的……」<sup>9</sup>

相似的觀點亦可見於民國 86 年時任經濟部長蕭萬長先生的立法說明：「關係企業於我國經濟發展上現已具有舉足輕重之地位，在企業經營方式上，亦已取代單一企業成為企業經營之主流。惟我國公司法自民國 18 年制定公布迄今，仍一貫以單一企業為規範對象，對關係企業之運作尚乏規定，已難因應目前實際需要。茲為維護大眾交易之安全，保障從屬公司少數股東及其債權人之權益，促進關係企業健全營運，以配合經濟發展，達成商業現代化之目的……」<sup>10</sup>

由上學者及立法說明可知關係企業章之立法目的無非在於：1.維護大眾交易安全 2.保障從屬公司少數股東及其債權人之權益 3.促進關係企業健全營運 4.達成商業現代化。雖然關係企業之立法目的不在於解決特定勞動法上的問題，但是關係企業的存在確實會對於關係企業內的勞動關係產生影響。例如關係企業中的控制公司，透過其對於從屬公司的影響力，要求子公司制定控制公司所希望的工作規則等。又例如本文所研究的，控制公司在其公司及從屬公司以工作規則規定勞工在關係企業中調動等。故公司法上關係企業的定義對於勞動法具有重要的意義。

<sup>8</sup> 鄭玉波著，劉連煜增訂，公司法，臺北：三民，增訂六版，2000年，頁267-268。

<sup>9</sup> 梁宇賢，公司法論，臺北：三民，修訂四版，2000年，頁615。

<sup>10</sup> 立法院公報，第86卷，第23期，院會紀錄，頁117。

<http://lis.ly.gov.tw/ttscgi/lgimg?@862301;0116;0199>，最後瀏覽日2011/04/16。

## 第二項 公司法關係企業的定義

經濟部民國 98 年 12 月 24 日經商字第 09802173660 號函，曾對關係企業做如下解釋：「按公司法所稱關係企業，係指獨立存在而相互間具有下列關係之企業：(一) 有控制與從屬關係之公司。(二) 相互投資之公司。公司持有他公司有表決權之股份或出資額，超過他公司已發行有表決權之股份總數或資本總額半數者為控制公司，該他公司為從屬公司。此外，公司直接或間接控制他公司之人事、財務或業務經營者亦為控制公司，該他公司為從屬公司。又推定有控制與從屬關係之情形有二：(一) 公司與他公司之執行業務股東或董事有半數以上相同者。(二) 公司與他公司之已發行有表決權之股份總數或資本總額有半數以上為相同之股東持有或出資者。再者，公司與他公司相互投資各達對方有表決權之股份總數或資本總額三分之一以上者，為相互投資公司。相互投資公司各持有對方已發行有表決權之股份總數或資本總額超過半數者，或互可直接或間接控制對方之人事、財務或業務經營者，互為控制公司與從屬公司。於計算公司所持有他公司之股份或出資額時，應連同下列各款之股份或出資額一併計入：(一) 公司之從屬公司所持有他公司之股份或出資額。(二) 第三人為該公司而持有之股份或出資額。(三) 第三人為該公司之從屬公司而持有之股份或出資額。公司法第 369 條之 1、之 2、之 3、之 9、之 11 分別定有明文。又依公司法第 369 條之 2 第 2 項規定，控制人事、財務、業務經營者，為實質關係之控制。公司法令對於非公開發行公司間是否具有實質關係一節，並無另為規定，係參照行政院金融監督管理委員會訂頒之『關係企業合併營業報告書關係企業合併財務報表及關係報告書編製準則』第 6 條規定認定之（如附件）。具體個案請依上開規定判斷。」

上述函釋基本上仍是對於公司法關係企業相關法條所做的法條整理，並沒有特別的說明各該法條的詳細操作，故以下將就公司法第 369 條之 1：「本法所稱關係企業，指獨立存在而相互間具有下列關係之企業：一、有控制與從屬關係之公司。二、相互投資之公司。」做詳細之介紹。<sup>11</sup>

<sup>11</sup> 所謂「獨立存在」，依學者之見解乃指「法律上之人格獨立存在而言」，參見鄭玉波著，劉連煜增訂，公司法，臺北：三民，增訂六版，2000年，頁268。

## 第一款 有控制與從屬關係之公司

依照公司法第 369 條之 2 規定：「公司持有他公司有表決權之股份或出資額，超過他公司已發行有表決權之股份總數或資本總額半數者為控制公司，該他公司為從屬公司。除前項外，公司直接或間接控制他公司之人事、財務或業務經營者亦為控制公司，該他公司為從屬公司。」及公司法第 369 條之 3：「有左列情形之一者，推定為有控制與從屬關係：一、公司與他公司之執行業務股東或董事有半數以上相同者。二、公司與他公司之已發行有表決權之股份總數或資本總額有半數以上為相同之股東持有或出資者。」學者有將其區分為「形式上之控制及從屬公司（資本參與型）」、「實質上之控制及從屬公司（實質控制型）」、「推定之控制及從屬公司」者，<sup>12</sup>亦有僅以法條（即公司法第 369 條之 2 第 1 項、第 369 條之 2 第 2 項、第 369 條之 3）做區分者。<sup>13</sup>但事實上上述二種分類仍不脫於形式上控制及從屬公司、實質上控制及從屬公司、以及推定控制及從屬公司三種分類，故以下將以此三種分類對於公司法「有控制從屬關係」的認定做一介紹。

### 第一目 形式上之控制及從屬公司（資本參與型）

公司法第 369 條之 2 第 1 項規定：「公司持有他公司有表決權之股份或出資額，超過他公司已發行有表決權之股份總數或資本總額半數者為控制公司，該他公司為從屬公司。」依此規定，即以形式上有表決權股份總數及出資額作為認定標準，蓋超過有表決權股份總數及出資額半數已能實質控制從屬公司。<sup>14</sup>

本項所謂他公司（即被控制公司），係指有限公司、兩合公司及股份有限公司。無限公司依公司法第 13 條第 1 項規定：「公司不得為他公司無限責任股東。」故無限公司不得成為從屬公司的對象。公司若轉投資於兩合公司只能成為其有限責任股東。又依本項「公司持有他公司有表決權之股份或資本總額，……」之規定觀之，所謂「持有他公司有表決權之股份」之他公司應指股份有限公司。所謂「持有他公司資本總額」之他公司應指有限公司或兩合公司而言。依公司法之規定，只有股份有限公司之資本為股份，其他種類公司之資本係由各股東之出資額

<sup>12</sup> 王文宇，公司法論，臺北：元照，二版，2005年，頁633-634。

<sup>13</sup> 柯芳枝，公司法論（下），臺北：三民，增訂六版，2007年，頁654-656。

<sup>14</sup> 王文宇，公司法論，臺北：元照，二版，2005年，頁632。鄭玉波著，劉連煜增訂，公司法，臺北：三民，增訂六版，2000年，頁269。柯芳枝，公司法論（下），臺北：三民，增訂六版，2007年，頁654。

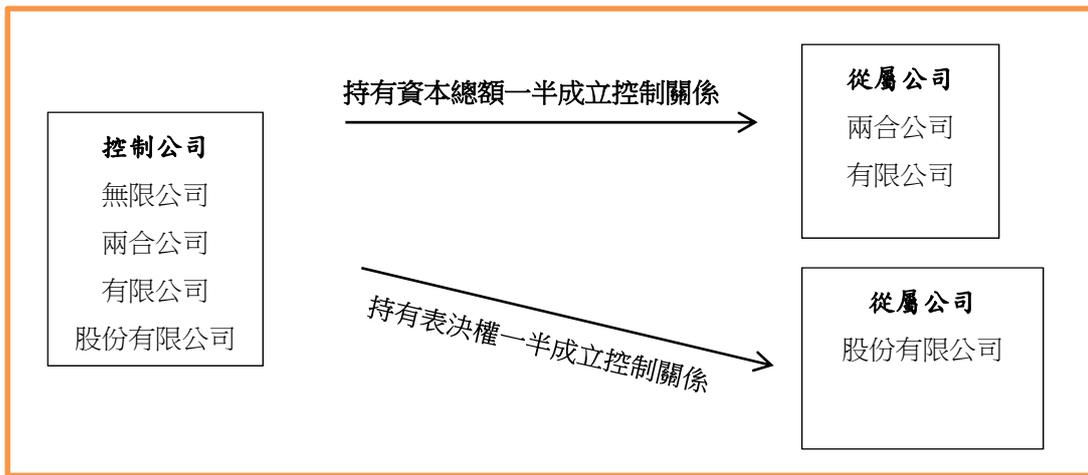
之和組成之故。再者，由於有限公司每一股東不問出資多寡，均有一表決權。但得以章程訂定，按出資多寡比例分配表決權。兩合公司之有限責任股東不得執行公司業務。因此，本項之他公司若屬有限公司或兩合公司，公司縱持有他公司之出資額超過該他公司資本總額之半數，該公司並非當然能控制他公司。<sup>15</sup>申言之，控制公司可以為無限公司、兩合公司、有限公司以及股份有限公司，<sup>16</sup>但從屬公司僅得為兩合公司、有限公司以及股份有限公司。又從屬公司為兩合公司時，控制公司需要持有該兩合公司資本總額之一半；當從屬公司為有限公司時，亦同。惟當從屬公司為股份有限公司時，控制公司需要持有已發行有表決權之股份的一半。控制公司與從屬公司的關係可以整理為下圖：



<sup>15</sup> 柯芳枝，公司法論（下），臺北：三民，增訂六版，2007年，頁654。更深入的評論可參閱王志誠，公司法：第八講「關係企業之認定及治理結構」，月旦法學教室，第35期，2005年9月，頁74。王氏認為，由於股份有限公司採取一股一表決權及多數決原理，其股東會之普通決議，是以有代表已發行股份總數過半數股東之出席，以出席股東表決權過半數之同意行之（公司法第174條），故以持有有表決權之股份比例作為對股份有限公司是否具有控制力之形式認定標準，應屬合理。相對地，以持有出資多寡之比例作為對有限公司及兩合公司是否具有控制力之形式認定標準，則與現行公司法就有限公司及兩合公司之表決權分配標準，未必完全一致。

以有限公司而言，公司法第102條第1項規定：「每一股東不問出資多寡，均有一表決權。但得以章程訂定按出資多寡比例分配表決權。」可見如有限公司章程未訂定按出資多寡比例分配表決權，即使持有出資額超過資本總額之半數，並非當然得控制有限公司。又以兩合公司而言，因公司不得成為他公司之無限責任股東（公司法第13條第1項），故一公司必也僅得成為兩合公司之有限責任股東，而不得成為無限責任股東。然而兩合公司之有限責任股東不得執行公司業務及對外代表公司（公司法第122條），且對於特定重大事項亦無決定權（公司法第13條第1項第1款、第29條第1項第1款），因此一公司即使持有兩合公司之出資額超過資本總額之半數，實質上並無法控制兩合公司。有鑑於此，在立法論上應不區分公司種類，而一律以是否持有他公司過半數之表決權為控制與從屬關係之形式認定標準。

<sup>16</sup> 關於關係企業章適用的範圍亦可見於立法理由：「……目前尚有無限公司、兩合公司、有限公司及股份有限公司等四種……均有可能發生控制與從屬關係及相互投資之情形……」，參見立法院公報，第86卷，第23期，院會紀錄，頁120。<http://lis.ly.gov.tw/ttscgi/lgimg?@862301;0116;0199>，最後瀏覽日2011/04/16。



圖表 5 形式關係企業之構成 資料來源：本文自製

依公司法第 369 條之 11 規定：「計算本章公司所持有他公司之股份或出資額，應連同左列各款之股份或出資額一併計入：一、公司之從屬公司所持有他公司之股份或出資額。二、第三人為該公司而持有之股份或出資額。三、第三人為該公司之從屬公司而持有之股份或出資額。」此是用意是「防止公司以迂迴間接之方式持有股份，規避關係企業之規範。」<sup>17</sup>申言之，本條第 1 款之情形乃合計控制公司與從屬公司對於「他公司」之股份或出資額，第 2、3 款在於防止控制公司以第三人持股或出資間接達到控制之效果。

#### 第二目 實質上之控制及從屬公司（實質控制型）

公司法第 369 條之 1 第 2 項規定：「公司直接或間接控制他公司之人事、財務或業務經營者亦為控制公司，該他公司為從屬公司。」本條項係以直接或間接控制他公司之人事任免權或支配其財務或業務經營之控制關係為斷。所謂直接控制，乃持有他公司有表決權之股份或出資額未過半數，卻可實質操縱他公司之人事、財務或業務經營者；所謂間接控制，如甲公司控制乙公司，乙公司控制丙公司，甲即可透過乙而控制丙。<sup>18</sup>深究控制公司與從屬公司之形成，基本上在於原本各自獨立存在之公司間存有某種控制關係，而公司對於他公司所行使之控制，主要表現於任免董事及經理人等人事權或支配公司財務或業務經營。在公司持有

<sup>17</sup> 王文宇，公司法論，臺北：元照，二版，2005年，頁634。柯芳枝，公司法論（下），臺北：三民，增訂六版，2007年，頁655。鄭玉波著，劉連煜增訂，公司法，臺北：三民，增訂六版，2000年，頁269。

<sup>18</sup> 王文宇，公司法論，臺北：元照，二版，2005年，頁634。

他公司有表決權之股份或出資額超過他公司已發行有表決權股份總數或資本總額半數時，實質上已能控制他公司，當然可直接控制他公司之人事、財務或業務經營。除此之外，若公司直接或間接控制他公司之人事、財務或業務經營者，亦為控制公司，該他公司為從屬公司。至於控制權之取得，究係由於轉投資或其他原因，則非所問。<sup>19</sup>

另外有關公司間存有「控制契約」的問題，若造成某公司得對他公司之人事、財務或業務經營加以指揮，是否屬於此處所謂「控制從屬」之範圍，對此有學者認為：「按我國公司法於 86 年引進德國關係企業規範時，雖無引進『契約上關係企業』之整體規範架構，僅引進『事實上關係企業』規範體系，但解釋上自應將因『控制契約』所產生之控制情形涵蓋在本項之範圍內。蓋現行公司法第 185 條明文承認若干企業契約之合法性，包括營業租賃契約、營業委託契約及共同經營契約等，因此，在無有力之理由，足以排除因『控制契約』所產生之控制情形於本項之範圍內，解釋上自應認為本項包括控制契約的情形在內。」<sup>20</sup>對此本文認為應視該控制契約是否符合公司法第 369 條之 2 一公司持有他公司過半表決權或過半資本額、一公司直接或間接控制他公司人事、財務或業務經營之情形或第 369 條之 3 推定之情形，尚不得單純以「控制契約之名義」即認定構成公司法上之關係企業，而在有上述情形之一時，始認定為關係企業。

### 第三目 推定之控制及從屬公司

鑑於實質控制關係的認定不易，<sup>21</sup>公司法特別於第 369 條之 3 做如下規定：「有左列情形之一者，推定為有控制與從屬關係：一、公司與他公司之執行業務股東或董事有半數以上相同者。二、公司與他公司之已發行有表決權之股份總數或資本總額有半數以上為相同之股東持有或出資者。」然此並非公司法控制從屬關係的認定有三種態樣，控制從屬關係依然只有公司法第 369 條之 2 「形式上之控制及從屬公司」、「實質上之控制及從屬公司」兩種態樣。但是考慮到實質控制關係認定的不易，所以特別於公司法第 369 條之 3 規定符合構成要件時，就推定為公

<sup>19</sup> 柯芳枝，公司法論（下），臺北：三民，增訂六版，2007年，頁655-656。

<sup>20</sup> 鄭玉波著，劉連煜增訂，公司法，臺北：三民，增訂六版，2000年，頁270。

<sup>21</sup> 王文宇，公司法論，臺北：元照，二版，2005年，頁634。

司法第 369 條之 2 第 2 項「實質上之控制及從屬公司」，<sup>22</sup>而非獨立控制從屬公司類型。又既然是屬於推定標準，相關公司自得舉反證推翻。另有學者認為：「一公司是否直接或間接控制他公司之人事、財務或業務經營，應以一公司對他公司具有指示具體業務執行之權力即為已足，而不以實際行使其控制力為必要。」<sup>23</sup>

在「公司與他公司之執行業務股東或董事有半數以上相同」之情形，學者認為：「公司與他公司之執行業務股東或董事有半數以上相同者，容易產生控制與從屬關係，為求周延，乃規定此種形態推定為有控制與從屬關係。所謂『有半數以上相同者』，應以較高席次之半數為計算基準。又倘董事係以法人代表人身分當選者，所謂『相同董事』，係以代表人之個人身分為認定標準。」<sup>24</sup>

在「公司與他公司之已發行有表決權之股份總數或資本總額有半數以上為相同之股東持有或出資者」之情形，學者認為：「國內個人持股或出資之情形普遍，且公司與他公司之已發行有表決權之股份總數或資本總額有半數以上為相同之股東持有或出資者，容易產生控制與從屬關係，故有此種情形者，推定為有控制與從屬關係。又所謂『有半數以上為相同之股東持有或出資者』，亦以較高股份總數或資本總額之半數為計算基準。」<sup>25</sup>

## 第二款 相互投資公司

公司法第 369 條之 9 第 1 項規定：「公司與他公司相互投資各達對方有表決權之股份總數或資本總額三分之一以上者，為相互投資公司。」學者認為：「本條之設，在界定相互投資公司應予規範之範圍。申言之，公司與他公司相互投資須各達對方有表決權之股份總數或資本總額三分之一以上者，始受本章之規範。立法原意，實因相互投資公司常有虛增資本及董監事永久保其職位等弊端，為規範此等弊病及保障公司小股東及債權人之權益，遂對相互投資的額度加以界定。」

<sup>22</sup> 柯芳枝，公司法論（下），臺北：三民，增訂六版，2007年，頁656。王志誠，公司法：第八講「關係企業之認定及治理結構」，月旦法學教室，第35期，2005年9月，頁74。

<sup>23</sup> 王志誠，公司法：第八講「關係企業之認定及治理結構」，月旦法學教室，第35期，2005年9月，頁74。

<sup>24</sup> 柯芳枝，公司法論（下），臺北：三民，增訂六版，2007年，頁656。

<sup>25</sup> 柯芳枝，公司法論（下），臺北：三民，增訂六版，2007年，頁656。主管機關亦持相同見解，參見經濟部88年9月8日經商字第88219627號函以及民國99年05月11日經商字第09900060500號函。

<sup>26</sup>且本條同於公司法第 369 條之 2 第 1 項「控制及從屬公司」規定，是採取形式之認定標準。<sup>27</sup>

公司法第 369 條之 9 第 2 項規定：「相互投資公司各持有對方已發行有表決權之股份總數或資本總額超過半數者，或互可直接或間接控制對方之人事、財務或業務經營者，互為控制公司與從屬公司。」值得注意者，乃公司法於民國 90 年修正第 167 條第 3、4 項之規定，已明文禁止被持有已發行有表決權之股份總數或資本總額超過半數之從屬公司，收買或收質控制公司之股份，且控制公司及其從屬公司直接或間接持有他公司已發行有表決權之股份總數或資本總額合計超過半數者，他公司亦不得收買或收質控制公司及其從屬公司之股份。在解釋上，控制公司原則上不能與其從屬公司成為相互投資公司。申言之，修法後控制公司不得再與其持有已發行有表決權之股份總數或資本總額超過半數之從屬公司，成立新的互有控制與從屬關係之相互投資公司；且控制公司亦不得再與其及其從屬公司直接或間接持有已發行有表決權之股份總數或資本總額合計超過半數之他公司，成立新的互有控制與從屬關係之相互投資公司。<sup>28</sup>但於修法前即已形成之相互投資公司，其法律地位及權利義務不受影響。<sup>29</sup>

公司法中關於關係企業之規定以如上述。惟倘若涉及 2001 年公佈之金融控股公司法所成立的控制母公司、被控制子公司，以及涉及外國公司時會不會落入到公司法關係企業之範疇，例如某外國公司來台灣設立分公司、或依台灣公司法成立新公司，抑或是台灣公司到外國轉投資成立一家公司、或設立分公司，依台灣之公司法是否會成立關係企業，即有探討之必要。

---

<sup>26</sup> 柯芳枝，公司法論（下），臺北：三民，增訂六版，2007年，頁656。

<sup>27</sup> 王志誠，公司法：第八講「關係企業之認定及治理結構」，月旦法學教室，第35期，2005年9月，頁75。

<sup>28</sup> 王志誠，公司法：第八講「關係企業之認定及治理結構」，月旦法學教室，第35期，2005年9月，頁75。

<sup>29</sup> 王文宇，公司法論，臺北：元照，二版，2005年，頁635。

### 第三項 公司法對於關係企業定義的限制

#### 第一款 對於外國公司的限制

##### 第一目 外國公司之定義

外國公司依公司法第 4 條：「本法所稱外國公司，謂以營利為目的，依照外國法律組織登記，並經中華民國政府認許，在中華民國境內營業之公司。」可見外國公司的構成要件有四：1.必須以營利為目的 2.依照外國法律組織登記 3.經中華民國政府認許 4.在中華民國境內營業。比照公司法第 1 條：「本法所稱公司，謂以營利為目的，依照本法組織、登記、成立之社團法人。」公司法關於外國公司的部分並未規定須為社團法人，因此對於非社團法人之外國公司是否認許，學者認為：「為維持國際貿易關係，達到通商友好目的，凡以經我國批准之條約為根據時，得承認其為外國公司。」<sup>30</sup>亦有認為：「本法第 4 條並未依第 1 條之體例規定須為『社團法人』，故只要依其本國法律組織登記成立之公司，即可承認為外國公司，不以具有『社團法人』為必要，如此方能裨益國際貿易之推展。」<sup>31</sup>本文認為，公司法第 4 條並未規定外國公司須為社團法人，故在解釋上不應限縮外國公司須為社團法人，而贊同後者之見解。

##### 第二目 外國公司之認許

依公司法的規定可分為積極與消極要件，積極要件為公司法第 371 條，外國公司必須在其本國設立登記以及在其本國營業，始得申請認許；消極要件則見於公司法第 373 條外國公司若有「目的或業務，違反中華民國法律、公共秩序或善良風俗者」或者「公司之認許事項或文件，有虛偽情事者」之情形，則不予認許。

32

認許之效力依公司法第 375 條：「外國公司經認許後，其法律上權利義務及主管機關之管轄，除法律另有規定外，與中華民國公司同。」對此經濟部民國 79 年 09 月 14 日經臺商（五）發字第 217057 號函有如是解釋：「外國公司原不

<sup>30</sup> 梁宇賢，公司法論，臺北：三民，修訂四版，2000年，頁626。

<sup>31</sup> 柯芳枝，公司法論（下），臺北：三民，增訂六版，2007年，頁668。

<sup>32</sup> 更詳細的討論可見梁宇賢，公司法論，臺北：三民，修訂四版，2000年，頁627-630。柯芳枝，公司法論（下），臺北：三民，增訂六版，2007年，頁671-673。

因認許而成為中華民國公司，外國公司之國籍亦不因認許而變更，或因此取得中華民國國籍，是以外國公司縱經中華民國政府認許，其性質上仍屬外國法人，此乃外國公司權利主體之問題。至於其權利義務，依公司法第三百七十五條規定『外國公司經認許後，其法律上權利義務及主管機關之管轄，除法律另有規定外，與中國公司同』，即除法律另有規定外與同種類之中國公司具有相同之權利義務……外國公司經認許後，在中國境內得設立分公司，並應申請分公司設立登記，惟分公司乃受本公司管轄之分支機構，理論上分公司為公司整體人格之一部份，非屬獨立之權利主體，是以外國分公司亦非獨立之外國法人。」可知外國公司經認許後，僅是在中華民國成立分公司並得營業，而此分公司並無獨立之法人格而是外國公司整體人格之一部分。

未經認許之外國公司，依最高法院民國 55 年台上字第 1898 號判例：「按未經認許其成立之外國法人，雖不能認其為法人，然仍不失其為非法人團體，苟該非法人團體設有代表人或管理人者，依民事訴訟法第四十條第三項規定，自有當事人能力，至其在臺灣是否設有事務所或營業所，則非所問。」以此觀之，未經認許之外國公司並不被我國法院承認為法人。然如果外國公司之本國與我國訂有承認法人地位的條約時，該外國公司應具法人資格。<sup>33</sup>

### 第三目 公司法關係企業章於外國公司之應用與限制

公司法上之外國公司已如上述，至於外國公司是否適用我國公司法關係企業章之規定，經濟部民國 86 年 09 月 04 日經(86)商字第 86214513 號函表示：「按公司法關係企業專章立法初創，本部原擬條文係針對本國公司為規定，例如第三百六十九條之八投資狀況公開化之規定與第三百六十九條之十二關係報告書、合併財務報表之規定等均屬之；至於第三百六十九條之四係屬民事賠償責任範疇，如遇有具體案件時，外國公司是否類推適用，仍應由法官本其確信之見解，妥為處理。」顯見經濟部的見解傾向於將此問題交由法官做個案處理，並未表明外國公司適用或不適用公司法關係企業章之規定。有學者認為，依立法者原意，是採否定之見解，即外國公司不適用關係企業章之規定。<sup>34</sup>

<sup>33</sup> 柯芳枝，公司法論（下），臺北：三民，增訂六版，2007年，頁679。

<sup>34</sup> 高靜遠，公司法關係企業專章實務解析，全國律師，1998年6月號，頁40-41。

另立法討論中經濟部政務次長張昌邦表示：「基本上關於其（外國公司）關係企業之規定……除非該外國之分公司透過其符合關係企業該章規範資格之後，才適用到關係企業的問題。若只是單純的在我國設立一分公司的話，在國內應無調關係企業狀況的產生……」<sup>35</sup>本文認為，如果外國公司在我國經認許而設立分公司之情形，其分公司與該外國公司屬於同一法人格已如上述，故其分公司與該外國公司並不會構成公司法上之關係企業。有疑義者，乃外國公司於我國設立之分公司，與我國其他公司有公司法關係企業之情形，本文認為此時即應適用我國公司法關係企業之規定。

外國公司若未於我國設立分公司，而是在我國依我國公司法成立新公司，或者未成立新公司，但對於我國現存公司已有符合公司法關係企業定義之情形，此時外國公司既未經認許，即非為我國公司法意義上之公司，故應不適用公司法關係企業之規定。申言之，我國公司法關係企業章的適用前提是以控制從屬公司皆為我國公司法所承認之公司為限，在外國公司未經認許之情形，該外國公司即不屬於公司法上之公司，故不得為控制公司，亦不得為從屬公司，然此並非意味著不構成勞動法上之關係企業。（詳見本章第三節）

#### 第二款 對於大陸地區公司的限制

大陸地區公司並非我國公司法上之外國公司，依臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 46 條第 2 項之規定：「大陸地區之法人、團體或其他機構。其權利能力及行為能力，依該地區之規定。」是以大陸地區之公司若依大陸地區之規定有法人資格，即承認其法人資格。若有大陸地區公司來台灣設立分公司之情形，應依大陸地區之營利事業在臺設立分公司或辦事處許可辦法辦理申請許可，該分公司之法人格應予該大陸地區公司同一，即該分公司並不具獨立法人格，而屬該大陸地區公司法人格之一部，如同外國公司來台設立分公司之情形，並不會產生關係企業。至於其他情形，如大陸地區公司未於台灣成立分公司而直接投資台灣公司，或台灣公司投資大陸地區公司是否會成為我國公司法上之關係企業，本文認為，應與外國公司未經認許的情形相同，因為此時之大陸地區公司沒有落入我國公司法所承認公司之範圍內，而不構成公司法上之關係企業，從而不適用相關之法律

<sup>35</sup> 立法院公報，第86卷，第6期，委員會紀錄，頁250。  
<http://lis.ly.gov.tw/ttscgi/lgimg?@860603;0235;0262>，最後瀏覽日2011/04/17。

效果，然此並非意味著不構成勞動法上之關係企業（詳見本章第三節）。

### 第三款 其他限制

觀諸我國公司法對於關係企業的定義只有兩種情形會成立關係企業，其一為有控制與從屬關係之公司，其二為相互投資公司。前者又可分為形式認定—即以一公司持有他公司有表決權股份或出資額之一半以上為形式認定；以及實質認定—即以一公司直接或間接控制他公司之人事、財務或業務經營時，該二公司成立關係企業。如果有一公司與他公司執行業務股東或董事有半數以上相同、已發行有表決權之股份總數或資本總額有半數以上為相同之股東持有或出資時，推定該二公司為控制從屬公司。後者以二公司相互持有他公司有表決權股份或出資額三分之一以上時，該二公司為相互投資公司並成立關係企業。又限於公司法第 167 條之規定，從屬公司不得與控制公司成立相互投資公司。

#### 第一目 是否包括孫公司、曾孫公司？

由上推論，我國公司法上的關係企業可以分為垂直的關係企業以及平行的關係企業，所謂垂直之關係企業例如 A 公司控制 B 公司，B 公司控制 C 公司，此時，基於控制從屬關係，A 公司與 B 公司為關係企業、B 公司與 C 公司亦為關係企業，惟此時 A 公司與 C 公司是否為關係企業即不無疑義，有學者認為，我國公司法之關係企業僅規範母子公司，不及於孫公司或曾孫公司，其說理為：「我國關係企業章雖規定持股比例之計算，須將子公司持股一併算入，但有人主張依第 369 條之 2 第 1 項之文義解釋，此係以母公司本身亦有持股為前提，若母公司自己本身並未持股，即無算入子公司持股之必要。依此解釋，我國對於間接支配、集團支配型態所形成之關係企業即有未納入規範之漏洞存在。」<sup>36</sup>然本文以為，此時 A 公司可以透過 B 公司間接支配 C 公司，應可解為公司法第 369 條之 2 第 2 項之情形，而 A 公司與 C 公司基於間接控制，亦為關係企業。

#### 第二目 平行關係企業的範圍

平行的關係企業，如 AB 二公司相互投資各達對方有表決權之股份總數或資本總額三分之一以上時，該二公司因為符合公司法第 369 條之 9 的規定為為關係企業。這裡會遇到一個問題，即若 A 公司分別控制 BC 二公司，而 BC 二公司又

<sup>36</sup> 王泰銓、王志誠合著，公司法新論，臺北：三民，增訂四版，2007年，頁717-718。

沒有控制從屬或相互投資的情形時，雖然 A 公司與 B 公司為關係企業、A 公司與 C 公司亦為關係企業，然 BC 公司因為沒有控制從屬或相互投資的情形時，BC 公司是否為關係企業即非無疑。

### 第三目 家族關係企業

所謂的「家族關係企業」依臺灣高等法院 96 年勞上易字第 102 號之見解，其具備(1)企業所有權與股權由家族成員控制(2)家族成員掌握主要經營權(3)管理決策家長化(4)企業員工管理家庭化等特色。惟其事實上未必會有「一公司持有他公司有表決權股份或出資額之一半以上」之情形，例如 A 公司為甲所控制、B 公司為乙所控制，而兩家公司並未互相持有他公司之股票，惟其決策都繫諸於父親丙，此時難認為 A 公司與 B 公司為公司法上之關係企業，因為 AB 公司並未相互持股，或者持有對方有表決權股份或出資額之一半以上，且 AB 公司亦未有 A 公司控制 B 公司決策或 B 公司控制 A 公司決策之情形，其公司之政策實是受甲乙之父丙所控制。丙是自然人並非公司，應不致於構成公司法之「控制公司」，是故在此情形（即 AB 未有互相持股之情形），亦難認 AB 二公司為關係企業。

### 第四款 事實上關係企業？

公司法關係企業的定義及其適用之範圍已如上述，而構成公司法上關係企業主要的法律效果，在控制從屬公司為公司法第 369 條之 4 以下之規定，在相互投資公司為公司法第 369 條之 10 之規定。然而我國法院似乎承認構成關係企業但不適用公司法相關法律效果之情形，例如最高法院 98 年度台上字第 1484 號判決，被上訴人主張上訴人台灣通用器材股份有限公司與香港商通用半導體有限公司、美商威世公司、美商通用半導體公司、新加坡威世科技亞洲私人有限公司、威世國際貿易（上海）有限公司深圳分公司皆為上訴人之關係企業，最高法院雖未直接承認，但是並不否認該等公司得構成關係企業。申言之，最高法院並未否認大陸地區公司與外國公司可以與本國公司構成關係企業，但是對於是否應適用我國公司法上之法律效果，最高法院則於此件並未表達。臺灣高等法院 98 年重勞上字第 2 號判決亦間接肯認大陸地區公司得與台灣公司成立關係企業。

臺灣高等法院臺中分院 96 年勞上易字第 15 號判決則直接明文：「美國 Stmtec 公司為被上訴人持有百分之百已發行股票之子公司，上訴人公司並直接控制美國 Stmtec 公司人事、業務（原審卷第 31-32 頁），是依公司法關係企業章規定，美國 Stmtec 公司為上訴人從屬子公司之關係企業，兩者分屬獨立法人格，於法律上為

獨立的權利義務主體。」臺北地方法院 91 年勞訴字第 82 號判決亦明文肯認越南福山水泥公司、幸福水泥菲律賓公司等未經認許之外國公司為被告世易公司之關係企業。

惟上述關於外國公司或大陸地區公司是否得認為是我國公司法上關係企業之問題，臺灣高等法院臺中分院 88 年重上更(一)字第 33 號判決則有不同之見解，該件中被上訴人同泰電子科技股份有限公司之部分股東於香港設立好邦公司，再由好邦公司於廈門設立僑興公司。法院認為：「...按我國公司法第一條已明定：『本法所稱公司，謂以營利為目的，依照本法組織，登記成立之社團法人』，查僑大公司係由白清棟、陳玲琴、鄭美鳳、白明鏡、白素真、謝靜修、朱白素女等七名股東依我國公司法登記設立，而白清棟、陳玲琴、白明鏡三人又集資另在香港設立好邦公司，再由好邦公司到大陸投資設立僑興公司乙節，業據僑大公司提出僑大公司股東名簿、經濟部投資審議委員會函、僑興公司設立核准、好邦實業有限公司註冊證書在卷可稽。是僑興公司乃依大陸法律設立之權利主體，性質上為二個不同領域之法人，僑興公司又未在我國內依上開公司法登記，已難認有互相隸屬之關係，僑興公司自難認係我公司法上所稱控制公司之從屬公司。」可推知法院就本件之情形，認為大陸地區公司未依我國公司法登記，故不適用公司法關係企業章之規定。

綜上，我國法院基本上承認未經認許之外國公司以及大陸地區公司，仍得與依我國公司法登記之公司構成關係企業，但對於是否適用我國公司法關係企業章第 369 條之 4 以下之規定，則幾無論及，是故法院是否認為在此等情形雖可構成關係企業，但不適用該等條文之規定，值得繼續觀察。

#### **第四項 金融控股公司法關係企業的定義**

##### **第一款 金融控股公司及其子公司之定義**

依金融控股公司法第 4 條第 1 項第 2 款之規定，金融控股公司「指對一銀行、保險公司或證券商有控制性持股，並依本法設立之公司。」而所謂「控制性持股」依該法第 4 條第 1 項第 1 款為「指持有一銀行、保險公司或證券商已發行有表決權股份總數或資本總額超過百分之二十五，或直接、間接選任或指派一銀行、保險公司或證券商過半數之董事。」另依該法第 4 條第 1 項第 4 款之規定，金融控股公司法意義下的子公司包含「(一) 銀行子公司：指金融控股公司有控制性持

股之銀行。(二) 保險子公司：指金融控股公司有控制性持股之保險公司。(三) 證券子公司：指金融控股公司有控制性持股之證券商。(四) 金融控股公司持有已發行有表決權股份總數或資本總額超過百分之五十，或其過半數之董事由金融控股公司直接、間接選任或指派之其他公司。」所謂其他公司，依財政部金融局民國 93 年 04 月 13 日台融局（一）字第 0938010556 號函係指銀行、證券、保險以外之事業。<sup>37</sup>學者認為，「在此種控制性持股關係中，子公司之經營權明顯地受到限制，又金融控股公司於追求自身利益時，除了可能影響子公司的少數股東債權人之利益外，也可能對子公司之勞工造成不利的影響。」<sup>38</sup>

## 第二款 公司法關係企業定義與金融控股公司定義之比較

分析金融控股公司法相關的定義，所謂控制性持股構成要件有二：1. 持有一銀行、保險公司或證券商已發行有表決權股份總數或資本總額超過百分之二十五 2. 直接、間接選任或指派一銀行、保險公司或證券商過半數之董事。與公司法第 369 條之 2 規定：「公司持有他公司有表決權之股份或出資額，超過他公司已發行有表決權之股份總數或資本總額半數者為控制公司，該他公司為從屬公司。除前項外，公司直接或間接控制他公司之人事、財務或業務經營者亦為控制公司，該他公司為從屬公司」以及公司法第 369 條之 3：「有左列情形之一者，推定為有控制與從屬關係：一、公司與他公司之執行業務股東或董事有半數以上相同者。二、公司與他公司之已發行有表決權之股份總數或資本總額有半數以上為相同之股東持有或出資者」相較，可以發現：

—就金融控股公司第一個構成要件「持有一銀行、保險公司或證券商已發行有表決權股份總數或資本總額超過百分之二十五」而言，雖然構成金融控股公司法意義下的金融控股公司及其子公司，但不會構成公司法關係企業章之「公司持有他公司有表決權之股份或出資額，超過他公司已發行有表決權之股份總數或資本總

<sup>37</sup> 該函全文如下：「一、復 貴公司九十三年一月三十日新產秘發字第 930042 號函。二、金融控股公司法所稱子公司，依該法第四條第四款規定，指金融控股公司直接持有『控制性持股』之銀行、證券、保險子公司，或持有已發行有表決權股份總數或資本總額超過百分之五十或其過半數之董事由金融控股公司直接、間接選任或指派之『其他公司』。上開『控制性持股』，依該法第四條第一款規定，指持有一銀行、保險公司或證券商已發行有表決權股份總數或資本總額超過百分之二十五，或直接、間接選任或指派一銀行、保險公司或證券商過半數之董事。而『其他公司』，係指銀行、證券、保險以外之事業。」

<sup>38</sup> 林更盛，「控制性持股」關係對雇主概念及其責任的可能影響，律師雜誌，第291期，12月號，2003年12月，頁30。

額半數」而被認定為公司法形式上的控制從屬公司。此被認為是因為我國公司法關係企業定義過於狹隘，從而在金融控股公司法對於「控制」的概念加以擴大，以保障關係交易人。<sup>39</sup>

—在金融控股公司法第二個構成要件的情形，即「直接、間接選任或指派一銀行、保險公司或證券商過半數之董事」，亦迥異於公司法第 369 條之 2 第二項「直接或間接控制他公司之人事、財務或業務經營」、第 369 條之 3「公司與他公司之執行業務股東或董事有半數以上相同者、公司與他公司之已發行有表決權之股份總數或資本總額有半數以上為相同之股東持有或出資者」，應可認為是公司法第 369 條之 2 直接或間接控制他公司之人事之具體化規定，而毋庸對於實質控制之有無再加以深入探究，某種程度而言，亦是放寬公司法「控制」之認定。此時不但構成金融控股公司法特殊之關係企業，由於已直接、間接選任或指派一銀行、保險公司或證券商過半數之董事，亦可認為已達公司法「直接或間接控制他公司之人事」，而構成公司法上之關係企業。

上述所言是以金融控股公司面來探討是否構成金融控股公司法之特殊關係企業—即是否構成金融控股公司法上之控制公司，以下將從金融控股公司法意義下的子公司面向來探討是否構成公司法上的從屬公司。依金融控股公司法第 4 條第 1 項第 4 款之規定，若有銀行、保險、證券公司被金融控股公司持有已發行有表決權股份總數或資本總額超過百分之二十五、或被直接、間接選任或指派過半數之董事時，該銀行、保險、證券公司即為金融控股公司法意義下之子公司。關於由控制性持股來探討是否成為金融控股公司法上之特殊關係企業已如上述，在此不再贅述。而同條項款第 4 目：「金融控股公司持有已發行有表決權股份總數或資本總額超過百分之五十，或其過半數之董事由金融控股公司直接、間接選任或指派之其他公司」其前半的構成要件與公司法第 369 條之 2 第 1 項之規定相同，故除構成金融控股公司法上之特殊關係企業外，亦構成公司法上的關係企業。至於後半的構成要件與控制性持股的第二個構成要件相同，即亦應認為構成公司法上的關係企業。

---

<sup>39</sup> 王文宇，建構我國金融控股公司法制相關問題之研究，台灣金融財務季刊，第2輯第2期，2001年6月，頁45。

金融控股公司作為有別於公司法關係企業章之特殊關係企業，放寬了公司法構成關係企業之門檻，當子公司為銀行、保險、證券公司時，若金融控股公司持有其已發行有表決權股份總數或資本總額超過百分之二十五時，即構成金融控股公司法之特殊關係企業（較公司法過半數為低）；若金融控股公司直接、間接選任或指派其過半數之董事，不同於公司法第 369 條之 3 在兩家公司執行業務股東或董事有半數以上相同，僅推定有控制從屬關係，在金融控股公司法直接認定有控制關係。再者，若子公司為其他公司時，無論是金融控股公司持有其已發行有表決權股份總數或資本總額超過百分之五十，或直接、間接選任或指派其過半數之董事，本文認為除構成金融控股公司法之特殊關係企業外，亦同時構成公司法有控制從屬關係之關係企業。

## 第二節 德國勞動法上關係企業

依德國股份法（Aktiengesetz）第 15 條之規定，聯合企業（Verbundene Unternehmen）有五種，分別為同法第 16 條之多數參與及被多數參與企業（Mehrheitsbesitz stehende Unternehmen und mit Mehrheit beteiligte Unternehmen）、第 17 條從屬與控制企業（abhängige und herrschende Unternehmen）、第 18 條康柴爾企業（Konzernunternehmen）、第 19 條相互投資企業（wechselseitig beteiligte Unternehmen）以及第 291 條、第 292 條為互為企業契約之一方之企業（Vertragsteile eines Unternehmensvertrags）。然此並非謂此五種聯合企業為互斥的概念，相反的，此五種聯合企業的概念可能是互相關連的，舉例而言，第 17 條第 2 項即推定多數參與企業控制被多數參與企業。而對勞動法影響較大者，則為其中的康柴爾企業，故以下將就康柴爾企業做一介紹。

### 第一項 康柴爾的概念

#### 第一款 垂直與平行康柴爾

與我國勞動法相同，德國的勞動法並沒有自己獨立對於關係企業之定義，而是參考德國股份法第 18 條之規定<sup>40</sup>：「如果一個控制企業（herrschende

<sup>40</sup> Pries, Arbeitsrecht Praxis-Lehrbuch zum Individualarbeitsrecht, 1999, Dr. Otto Schmidt, S. 94; Preis, in: Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, 3. Aufl. 2007, C. H. Beck, C. Grundbegriffe des Kündigungsrechts Rn. 88; Oetker, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 11. Aufl. 2011, C. H. Beck, MitbestG § 5 Konzern Rn. 2; Wank, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 11. Aufl. 2011, C. H. Beck, AÜG § 1 Erlaubnispflicht Rn. 58; Kittner/Zwanziger(Hrsg.), Arbeitsrecht Handbuch für

Unternehmen) 和一個或更多的從屬企業 (abhängige Unternehmen) 團結於控制企業統一的領導之下，他們建立康柴爾；個別的企業是康柴爾企業 (Konzernunternehmen)。在企業間存在一個控制契約或在他們之中一間被另一間企業合併 (eingliedern) 時，企業視為在一個統一的領導之下。從屬企業被推定，它和控制企業建立康柴爾。(第一項) 如果法律上獨立的企業，即使它沒有從屬於另外一個企業，但團結於一個統一領導之下，也是康柴爾；個別的企業也是康柴爾企業。(第二項)」

基此，學者將之區分為垂直康柴爾 (Unterordnungskonzern) 以及平行康柴爾 (Gleichordnungskonzern)。<sup>41</sup>此二者的共同要件為「概括於一個統一的領導之下」，但在垂直康柴爾之情形，存在一家控制企業，並且至少存在一家從屬企業；而在平行康柴爾之情形，雖然同樣是處於一個統一的領導之下，但是所涉及之企業彼此間並沒有隸屬性存在。<sup>42</sup>垂直康柴爾和平行康柴爾是可能同時存在的，亦即平行康柴爾分別與第三企業建立垂直康柴爾的情形，<sup>43</sup>在此情形，兩家平行康柴爾同時為第三控制企業的從屬企業，彼此間因為沒有隸屬性，但團結於一個統一的領導之下，故仍為平行康柴爾。

---

die Praxis, 5. Aufl. 2009, Bund-Verlag, § 5 Rn. 58; Röller, in: Küttner, Personalbuch 2011, 18. Aufl. 2011, C. H. Beck, Konzernarbeitsverhältnis Rn. 1; Richardi, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2009, C. H. Beck, § 23 Konzern als Organisationseinheit des Arbeitsrechts Rn. 2; Müller-Glöge, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, C. H. Beck, BGB § 611 Vertragstypische Pflichten beim Dienstvertrag Rn. 244; Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2007, C. H. Beck, Rn. 12.

<sup>41</sup> Bayer, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl. 2008, C. H. Beck, AktG § 18 Konzern und Konzernunternehmen Rn. 1; Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 6. Aufl. 2010, C. H. Beck, AktG § 18 Konzern und Konzernunternehmen Rn. 1; Hirschmann, in: Hölters, Aktiengesetz, 1. Aufl. 2011, C. H. Beck, AktG § 18 Konzern und Konzernunternehmen Rn. 1; Hüffer, Aktiengesetz, 9. Aufl. 2010, C. H. Beck, AktG § 18 Konzern und Konzernunternehmen Rn. 2.

<sup>42</sup> Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 6. Aufl. 2010, C. H. Beck, AktG § 18 Konzern und Konzernunternehmen Rn. 1; Bayer, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl. 2008, C. H. Beck, AktG § 18 Konzern und Konzernunternehmen Rn. 4.

<sup>43</sup> Bayer, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl. 2008, C. H. Beck, AktG § 18 Konzern und Konzernunternehmen Rn. 5.

## 第二款 契約康柴爾 (Vertragskonzern) 與合併康柴爾 (Eingliederungskonzern)

康柴爾可以透過契約而建立，例如透過控制契約 (Beherrschungsvertrag) 建立垂直康柴爾或者透過平行契約 (Gleichordnungsvertrag) 建立平行康柴爾。控制契約通常是用來強化已根據多數參與成立的垂直康柴爾，透過控制契約的建立，控制公司取得股份法第 308 條對於從屬公司的指示權 (Weisungsrecht)，並且與平行契約做一區分。<sup>44</sup>所謂控制契約依股份法第 291 第 1 項第 1 句為：「股份公司 (Aktiengesellschaft) 或股份兩合公司 (Kommanditgesellschaft auf Aktien) 將公司之領導置於其他企業之下。」所謂平行契約依同條第 2 項為：「如果彼此互不隸屬的企業透過契約處於統一的領導之下，但並不因此使一個企業隸屬於與之簽訂契約之另一企業，此契約並非控制契約。」

合併康柴爾只存在於垂直康柴爾的形式。依據股份法第 319 條之規定，股份公司的股東大會，在公司的全部股票掌握在未來總公司手中的情況時，可決議公司併入另一個設在德國內的股份公司 (未來總公司)。此決議必須得到未來總公司股東大會之同意，合併方為有效。決議的門檻則為代表註冊資本至少 3/4 且過半數同意。另外依據股份法第 320 條，如果該股份公司的股份 95% 的註冊資本掌握於未來總公司的手中，股份公司的股東大會亦可以決議併入另一個設在德國內的股份公司。依據股份法第 323 條，總公司取得對於被合併公司的指示權。

## 第三款 事實康柴爾 (faktischer Konzern)

事實康柴爾是一個事實的現象且沒有法律的定義。<sup>45</sup>其許可性並未被明文禁止，也至少是被法律所默許。<sup>46</sup>依照德國股份法第 311 條規定：「若不存在控制契約，控制企業不得利用其影響，促使從屬股份公司或股份兩合公司採取不利於他們自己的法律行為或採取不利於他們的措施或中止這些措施，除非這些損失能得

<sup>44</sup> Bayer, in : Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl. 2008, C. H. Beck, AktG § 18 Konzern und Konzernunternehmen Rn. 6.

<sup>45</sup> Bayer, in : Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl. 2008, C. H. Beck, AktG § 18 Konzern und Konzernunternehmen Rn. 8.

<sup>46</sup> Hüffer, Aktiengesetz, 9. Aufl. 2010, C. H. Beck, AktG § 18 Konzern und Konzernunternehmen Rn. 4 ; Hirschmann, in : Hölters, Aktiengesetz, 1. Aufl. 2011, C. H. Beck, AktG § 18 Konzern und Konzernunternehmen Rn. 3.

到補償。(第一項)若事實上在營業年度內損失未予補償，至遲必須在從屬公司受損失的營業年度結束時決定，應在何時和以何種利益形式補償此損失。從屬公司享有以一定的利益形式得到補償的合法權利。(第二項)「實務上既承認事實的垂直康柴爾，也承認事實的平行康柴爾。<sup>47</sup>依照統一領導的強度可以進一步區分為單純事實康柴爾(einfach faktischer Konzern)以及適格事實康柴爾(qualifiziert faktischer Konzern)。<sup>48</sup>

事實的垂直康柴爾中，法律並沒有賦予控制企業法定的康柴爾領導權(Konzernleitungsmacht)——法定康柴爾領導權只能透過控制契約，而且此時也不存在合併的情形，通常是依據「多數參與」取得隸屬性而導致下層公司(Untergesellschaft)的董事會與監事會服從上層公司(Obergesellschaft)的康柴爾領導。<sup>49</sup>儘管這種控制並不能透過法律加以貫徹，但依照股份法第18條第1項第3句，仍然存在控制影響被執行的可能性，在實務中也確實被應用而且因此在一個統一領導之下康柴爾企業的團結被實施。<sup>50</sup>股份法第311條的規定毋寧應該做此理解，如果從屬公司被控制公司補償時，對於從屬公司的不利益手段是允許的。<sup>51</sup>

適格事實康柴爾立基於「適格的隸屬性」上，也就是說控制企業基於隸屬性的範圍、強度且持續地施加非常密集的影響，此時控制企業對於從屬企業施加的傷害不再允許分開評價，導致依據股份法第311條針對施加不利益的補償以及第317條損害補償責任依法律全盤適用實際上是不可能的。簡言之，適格事實康柴爾的構成為：「從屬公司如同控制公司非獨立的廠場部分加以管理。」相對的，單純的統一領導事實既不充分也不必要。例如所有基本日常交易行為的接管或關於金融手段現金管理被完全控制。適格事實康柴爾的法律圖像對於責任有限公司

---

<sup>47</sup> Bayer, in : Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl. 2008, C. H. Beck, AktG § 18 Konzern und Konzernunternehmen Rn. 8.

<sup>48</sup> Hirschmann, in : Hölter, Aktiengesetz, 1. Aufl. 2011, C. H. Beck, AktG § 18 Konzern und Konzernunternehmen Rn. 5.

<sup>49</sup> 所謂多數參與依德國股份法第16條第1項之規定，需持有他公司過半數之股份或過半數之表決權。

<sup>50</sup> Bayer, in : Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl. 2008, C. H. Beck, AktG § 18 Konzern und Konzernunternehmen Rn. 9.

<sup>51</sup> Bayer, in : Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl. 2008, C. H. Beck, AktG § 18 Konzern und Konzernunternehmen Rn. 10.

(Gesellschaft mit beschränkter Haftung, GmbH) 不適用，而是適用於股份公司。<sup>52</sup> 對於責任有限公司有其特殊性，有別於股份公司，其股東允許對於商業經營施加直接的影響。德國聯邦最高法院 (BGH) 放棄在責任有限公司的領域應用適格事實康柴爾的法律圖像，而改用存在毀滅責任 (Existenzvernichtungshaftung) 的法律圖像取代。<sup>53</sup>

在事實的平行康柴爾中，康柴爾企業在沒有契約協議的情形下，被團結在一個統一的領導之下。主要的情形是透過共同非自己行使康柴爾領導的唯一或過半數股東企業領導的人事交織 (personelle Verflechtung)。

## 第二項 垂直康柴爾 (Unterordnungskonzern)

### 第一款 團結於統一的領導下

#### 第一目 企業

參加的企業往往是作為一個整體隸屬於康柴爾，非如此的，只有在少數特殊企業領域。康柴爾企業亦是法律獨立的企業：因為儘管只有在平行康柴爾才有所謂的明文法律上獨立的構成要件特徵，基於股份法第 17 條「從屬企業是法律上獨立的企業」以及控制企業定義的理由，法律上獨立企業的特徵也適用於垂直康柴爾。因為參加康柴爾的企業必然具有法律上的獨立性，所以主公司和分公司之間，因為屬於相同的法律主體，故其之間不會構成康柴爾。<sup>54</sup>

另外勞工派遣法 (Gesetz zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung, AÜG) 第 1 條第 3 項第 2 款也使用股份法第 18 條康柴爾的定義，惟其不同點在於，勞工派遣法中的康柴爾概念，並非形式地按照康柴爾從屬企業的法律形式，而是取決於康柴爾實質的特徵。該款的康柴爾也可能由其他法律上獨立的企業建立，而這些企業沒有股份公司或股份兩合公司的法律形式。另外康柴爾也不必要全是依德

<sup>52</sup> Bayer, in : Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl. 2008, C. H. Beck, AktG § 18 Konzern und Konzernunternehmen Rn. 11.

<sup>53</sup> Bayer, in : Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl. 2008, C. H. Beck, AktG § 18 Konzern und Konzernunternehmen Rn. 13.

<sup>54</sup> Bayer, in : Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl. 2008, C. H. Beck, AktG § 18 Konzern und Konzernunternehmen Rn. 26.

國法設立的德國企業，也可以涉及國際康柴爾或多國籍康柴爾以德國法未規定的法律形式，只要該康柴爾在德國境內設立營業所，而且在德國境內有被承認的法律形式。<sup>55</sup>

關於自然人可否做為控制企業的問題，若是不可推翻推定的康柴爾中，由於只能透過控制契約的簽訂與合併，而控制契約的適用對象只有「股份公司」與「股份兩合公司」，是故自然人不可能與從屬企業簽訂控制契約；而在合併的情形，亦限於股份公司，所以自然人也不可能透過合併的方式達到控制的目的。可能的是，自然人透過事實康柴爾成為控制企業。<sup>56</sup>一個決定性參與其他企業的自然視為第 311 條的企業。雖然企業的概念包括自然人可能與語感不符，但在該自然人是董事會的成員時，可能導致相當廣泛的責任效果。對於包括自然人決定性的是，無論不利益的手段是被法人或自然人執行，就規範保護目的而言並沒有不同。如同法人控制的公司，自然人控制的公司的債權人與少數股東同樣需要保護。但在股份公司或股份兩合公司被自然人多數參與時，自然人仍非企業。對於自然人是否歸類為企業決定性的是，是否自然人以參與追求其他經濟目標，而且這樣的多數參與的存在導致相應的影響。透過自己經濟目標的追求使自然人成為企業。按照通說也贊同自然人的企業實體，只要該私人不僅管理經營而且執行統一的領導。<sup>57</sup>德國聯邦最高法院也承認自然人在事實康柴爾中作為控制企業，前提是該人另外經營的企業對於該人決定性參與的其他公司不停的施加影響。<sup>58 59</sup>

## 第二目 團結 (Zusammenfassung)

依據股份法第 18 條第 1 項，垂直康柴爾必須被團結在一個統一的領導之下，此團結是否構成獨立之構成要件，依照通說之見解，除了「統一的領導」以外，

<sup>55</sup> Hamann, in : Schüren, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 4. Aufl. 2010, C. H. Beck, AÜG § 1 Erlaubnispflicht Rn. 490f.

<sup>56</sup> Clemenz, in : Tschöpe(Hrsg.), Anwalts-Handbuch Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2009, Dr. Otto Schmidt, Teil 4 A Rz. 11f; Annuß, in : Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, 12. Aufl. 2010, C. H. Beck, BetrVG § 54 Errichtung des Konzernbetriebsrats Rn. 25; Röller, in : Küttner, Personalbuch 2011, 18. Aufl. 2011, C. H. Beck, Unternehmen Rn. 2; Joost, in : Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2009, C. H. Beck, § 227 Konzernbetriebsrat Rn. 7.

<sup>57</sup> Leuring/Goertz, in : Hölters, Aktiengesetz, 1. Aufl. 2011, C. H. Beck, AktG § 311 Schranken des Einflusses Rn. 22.

<sup>58</sup> BGH, 13.12.1993 - II ZR 89/93 : Natürliche Person als herrschendes Unternehmen, MittBayNot 1994, Heft 3, 244.

<sup>59</sup> 德國聯邦勞動法院也承認自然人得作為控制企業。參見 BAG, 13. 10. 2004 - 7 ABR 56/03 : Konzernbetriebsrat - paritätisch beherrschte Unternehmen, NZA 2005, Heft 11, 647.

「團結」並非獨立的構成要件。<sup>60</sup>而應該做此理解：「如果符合統一領導的構成要件特徵，即意味著參加的企業的團結，而符合康柴爾的概念。」<sup>61</sup>然而此一要件並非完全的沒有意義，可以用來區分作為企業聯合形式的卡特爾（Kartell）。<sup>62</sup>

### 第三目 統一的領導

垂直的康柴爾中，可以進一步區分為狹義的康柴爾以及廣義的康柴爾概念。所謂狹義的康柴爾與經濟學的定義一致，皆把康柴爾作為經濟單位（wirtschaftliche Einheit）且康柴爾的頂端（Konzernspitze）在企業政策所有核心的領域承擔企業經濟的領導功能。並且康柴爾的頂端在執行統一的計畫時，不考慮康柴爾成員的法律上獨立性。所謂核心領域在此意義下，除了人事管理外，最重要的是財務管理。<sup>63</sup>所謂廣義的康柴爾只需要至少在一個企業行為核心領域中，例如採購、人事管理、組織、銷售，其要件為企業的協調有康柴爾的效果。然而這兩種區分看法至少在狹義和廣義康柴爾皆要求康柴爾範圍的財務合作上，特別是現金管理上，是模糊而無法區分的。<sup>64</sup>

統一的領導既不要求指示權（此指示權只有透過控制契約的簽訂或在合併的情形始由法律賦予，而事實康柴爾則不可能有），也不要求給予完全的指示。毋寧是考量領導執行的整個可能性，例如以願望、建議、忠告或設立目標等形式的非正式影響。<sup>65</sup>

人事交織是非常流行的，在此情形不同的變形應予考量：有些是母公司董事會的成員被派到子公司的監事會，有些是母公司董事會的成員同時是子公司董事會的成員（所謂的董事兼充 **Vorstands-Doppelmandate**）；這兩種人事交織皆有可

<sup>60</sup> Hüffer, Aktiengesetz, 9. Aufl. 2010, C. H. Beck, AktG § 18 Konzern und Konzernunternehmen Rn. 7.

<sup>61</sup> Bayer, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl. 2008, C. H. Beck, AktG § 18 Konzern und Konzernunternehmen Rn. 27.

<sup>62</sup> Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 6. Aufl. 2010, C. H. Beck, AktG § 18 Konzern und Konzernunternehmen Rn. 15.

<sup>63</sup> Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 6. Aufl. 2010, C. H. Beck, AktG § 18 Konzern und Konzernunternehmen Rn. 10.

<sup>64</sup> Bayer, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl. 2008, C. H. Beck, AktG § 18 Konzern und Konzernunternehmen Rn. 29ff.

<sup>65</sup> Bayer, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl. 2008, C. H. Beck, AktG § 18 Konzern und Konzernunternehmen Rn. 34.

能構成母子公司執行相同的命令；同樣地在母公司所屬的管理人才派出到子公司領導中的情形須加以考量。<sup>66</sup>

法律並沒有要求康柴爾的領導必須持續特定的期間。同樣如同在隸屬性的情形，康柴爾關係（Konzernverhältnis）可能是存在於一段特定期間的。同時時間要件是存在特定的持續性；因此一個偶然的企業政策的協調一致並不構成統一的領導。<sup>67</sup>

#### 第四目 多階層康柴爾（Mehrstufiger Konzern）以及多倍的康柴爾隸屬性 （Mehrfache Konzernzugehörigkeit）

如同在隸屬性的情形，康柴爾關係可能被多階層的建立，此時康柴爾頂端不但統一領導子公司，同時也領導孫公司。此時母公司是對於子公司施加直接的控制，而對於孫公司施以間接的控制，所以孫公司同樣也是康柴爾企業。<sup>68</sup>

與多階層的康柴爾不同的是康柴爾中的康柴爾（Konzern im Konzern）。此涉及的問題是，是否孫公司不僅與母公司有康柴爾拘束，同時與子公司也有康柴爾拘束。<sup>69</sup>換言之，所謂的多倍的康柴爾隸屬性即是孫公司同時與母公司建立康柴爾，亦與子公司建立康柴爾。由於康柴爾只能存在一個統一的領導，是故通說採取否定之見解。<sup>70</sup>如果垂直康柴爾中的上層公司與其他企業建立平行康柴爾，此時並非這裡所謂的「多倍的康柴爾隸屬性」，而毋寧是平行康柴爾的康柴爾子公司，因為平行康柴爾的當事人皆被統一的領導。<sup>71</sup>然而在共同決定中

<sup>66</sup> Bayer, in : Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl. 2008, C. H. Beck, AktG § 18 Konzern und Konzernunternehmen Rn. 35.

<sup>67</sup> Bayer, in : Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl. 2008, C. H. Beck, AktG § 18 Konzern und Konzernunternehmen Rn. 37.

<sup>68</sup> Hirschmann, in : Hölters, Aktiengesetz, 1. Aufl. 2011, C. H. Beck, AktG § 18 Konzern und Konzernunternehmen Rn. 17.

<sup>69</sup> Bayer, in : Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl. 2008, C. H. Beck, AktG § 18 Konzern und Konzernunternehmen Rn. 40; Hirschmann, in : Hölters, Aktiengesetz, 1. Aufl. 2011, C. H. Beck, AktG § 18 Konzern und Konzernunternehmen Rn. 18; Hüffer, Aktiengesetz, 9. Aufl. 2010, C. H. Beck, AktG § 18 Konzern und Konzernunternehmen Rn. 14.

<sup>70</sup> Hüffer, Aktiengesetz, 9. Aufl. 2010, C. H. Beck, AktG § 18 Konzern und Konzernunternehmen Rn. 14.

<sup>71</sup> Hüffer, Aktiengesetz, 9. Aufl. 2010, C. H. Beck, AktG § 18 Konzern und Konzernunternehmen Rn. 15; Hirschmann, in : Hölters, Aktiengesetz, 1. Aufl. 2011, C. H. Beck, AktG § 18 Konzern und Konzernunternehmen Rn. 18.

(Mitbestimmung)，康柴爾中的康柴爾是被承認的。因為此時承認康柴爾中的康柴爾可以避免共同決定的空轉，<sup>72</sup>申言之，如果康柴爾是一個巨大的康柴爾，它可能會將一部分的權利下放給某一部分的子公司，而讓子公司對於子公司的子公司（即孫公司）或子公司的孫公司（即曾孫公司）擁有一定的政策決定權，此時如果參與共同決定的勞工這一方與沒有實質上在進行決定的康柴爾頂端進行共同決定，實際上無異於讓共同決定的結果失去意義。

## 第二款 垂直康柴爾推定

### 第一目 不可推翻的康柴爾推定 (unwiderlegbare Konzernvermutung)

依照股份法第 18 條第 1 項第 2 句，如果存在第 291 條第 1 項第 1 句的控制契約或第 319 條以下的合併時，執行統一的領導之推定即屬不可推翻。<sup>73</sup>股份法第 18 條第 1 項第 2 句的推定適用於所有的公司形式並不限於股份公司。<sup>74</sup>不可推翻的理由在於，在這兩種情形中，法律賦予控制公司針對從屬公司董事會的概括指示權（控制契約依第 308 條取得指示權、合併依第 323 條）。從屬企業以控制契約或合併方式的組織上結合在法律事實上的意義即為「以控制契約或合併確保統一的領導」。在共同決定中此不可推翻的康柴爾推定亦有其適用。<sup>75</sup>

### 第二目 可推翻的康柴爾推定 (widerlegbare Konzernvermutung)

依照股份法第 18 條第 1 項第 3 句，如果存在第 17 條從屬企業與控制企業的情形，從屬企業與控制企業推定成立康柴爾。此規定乃德國立法者基於這樣的經驗判斷而制定：「所有的控制企業皆會充分利用它的影響達到康柴爾的建立」。目的在於強化康柴爾審計人員對於康柴爾範圍的決定。<sup>76</sup>而依照第 17 條所謂控制與

<sup>72</sup> Bayer, in : Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl. 2008, C. H. Beck, AktG § 18 Konzern und Konzernunternehmen Rn. 41.

<sup>73</sup> Bayer, in : Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl. 2008, C. H. Beck, AktG § 18 Konzern und Konzernunternehmen Rn. 44; Emmerich, in : Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 6. Aufl. 2010, C. H. Beck, AktG § 18 Konzern und Konzernunternehmen Rn. 20; Hüffer, Aktiengesetz, 9. Aufl. 2010, C. H. Beck, AktG § 18 Konzern und Konzernunternehmen Rn. 17f; Hirschmann, in : Hölters, Aktiengesetz, 1. Aufl. 2011, C. H. Beck, AktG § 18 Konzern und Konzernunternehmen Rn. 19f.

<sup>74</sup> Hirschmann, in : Hölters, Aktiengesetz, 1. Aufl. 2011, C. H. Beck, AktG § 18 Konzern und Konzernunternehmen Rn. 19.

<sup>75</sup> Emmerich, in : Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 6. Aufl. 2010, C. H. Beck, AktG § 18 Konzern und Konzernunternehmen Rn. 22.

<sup>76</sup> Bayer, in : Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl. 2008, C. H. Beck, AktG § 18 Konzern und Konzernunternehmen Rn. 46.

從屬企業的情形有二：

—從屬公司本身是法律獨立的企業，在它之上其他企業（即控制企業）能執行直接或間接控制的影響；

—被多數參與企業推定隸屬於多數參與企業。所謂多數參與依第 16 條第 1 項為：「如果法律上獨立企業的過半數股份屬於其他企業，或者其他企業有過半數表決權，這家企業是被多數參與企業，另一家企業是多數參與企業。」

因為第 18 條第 1 項第 3 句的康柴爾推定是建立在第 17 條的控制從屬企業上，所以，在第 17 條第 2 項的情形（即被多數參與企業推定隸屬於多數參與企業），只要該「隸屬性」被推翻，即不落入第 18 條第 1 項第 3 句的康柴爾推定。於其他情形，只要符合第 17 條隸屬性的規定，要推翻第 18 條第 1 項第 3 句的推定，即需要證明即使有該隸屬性存在，事實上統一的領導並沒有被執行。而其證明度的要求則是取決於構成的是狹義或廣義的康柴爾。於個別情形至少需要證明從屬企業仍保有它的財務政策的自由。然而實務上鮮有成功舉證推翻康柴爾推定者。

77

### 第三項 平行康柴爾（Gleichordnungskonzern）

#### 第一款 統一的領導

如同垂直康柴爾，法律也要求平行康柴爾團結在統一的領導之下。與垂直康柴爾相較，平行康柴爾缺乏如同垂直康柴爾推定的法律定義，是故平行康柴爾必須正面的確定是否有統一領導的存在。<sup>78</sup>統一領導的要件與第 18 條第 1 項做相同的解釋，涉及的企業必須在一個共同的商業政策之下；相反地這樣是不足夠的，如果企業商業政策的協調限於另一家企業企業政策的觀點或限於另一家企業廠

<sup>77</sup> Bayer, in : Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl. 2008, C. H. Beck, AktG § 18 Konzern und Konzernunternehmen Rn. 48; Emmerich, in : Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 6. Aufl. 2010, C. H. Beck, AktG § 18 Konzern und Konzernunternehmen Rn. 22f.

<sup>78</sup> Bayer, in : Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl. 2008, C. H. Beck, AktG § 18 Konzern und Konzernunternehmen Rn. 50.

場的觀點。<sup>79</sup>

在平行康柴爾中特別是以平行契約的締結作為領導的形式，並且在平行契約中訂定康柴爾領導的範圍與種類。常常出現的是伴隨股份法第 292 條第 1 項第 1 款營利共同體（Gewinngemeinschaft）的建立。這樣的平行契約的法律性質是公司契約；契約當事人（同時也是平行康柴爾企業）是民法合夥的合夥人。為了貫徹契約合議的統一領導可能有一個領導機關（Leitungsorgan）被創造，例如所謂的領導委員會，而且領導公司（Leitungsgesellschaft）可以是任意法律形式，例如責任有限公司。然而此領導機關只允許執行協調功能（Koordinationsfunktion）；康柴爾的領導必須掌握在平行康柴爾企業手中。<sup>80</sup>

統一的領導亦可能非透過契約的協議而建立（即所謂事實上平行康柴爾），即企業的領導被完全相同的人或大部分相同的人所占據（即所謂人事交織）。在實務上這樣的平行人事交織通常要求共同的大股東（即該人為所有參與企業的過半數股東）或合作的股東團存在。<sup>81</sup>

#### 第二款 非隸屬性

在應用非隸屬性的規定時，必須區分被統一領導的、彷彿處於同一階層的企業（現在也稱為姊妹公司）之間的關係以及它們與可能共同領導機關之間的關係。只要共同的領導機關沒有股份法第 15 條意義下的企業資格，特別是在姊妹公司統一領導的人，按照股份法第 18 條第 2 項平等姊妹公司的隸屬性即與平行康柴爾認可的共同領導機關的隸屬性不衝突。對於平行康柴爾的認可在這種情形毋寧取決於，參與的企業彼此沒有隸屬性，換句話說姊妹公司彼此是平等的。因此這要求一個公司不得強迫其他公司接受其意願，特別是沒有任何姊妹公司在共同的領導機關中被其他公司否決；至少在這樣的情形中每一家參與的企業享有立即終止權，否則就不是平行康柴爾而是垂直康柴爾。<sup>82</sup>

<sup>79</sup> Emmerich, in : Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 6. Aufl. 2010, C. H. Beck, AktG § 18 Konzern und Konzernunternehmen Rn. 27.

<sup>80</sup> Bayer, in : Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl. 2008, C. H. Beck, AktG § 18 Konzern und Konzernunternehmen Rn. 52f.

<sup>81</sup> Bayer, in : Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl. 2008, C. H. Beck, AktG § 18 Konzern und Konzernunternehmen Rn. 54.

<sup>82</sup> Emmerich, in : Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 6. Aufl. 2010, C. H. Beck, AktG § 18 Konzern und Konzernunternehmen Rn. 32.

### 第三節 本文見解

#### 第一項 我國與德國關係企業規定之比較

觀諸我國公司法對於關係企業的定義只有兩種情形會成立關係企業，其一為有控制與從屬關係之公司，其二為相互投資公司。前者又可分為形式認定—即以一公司持有他公司有表決權股份或出資額之一半以上為形式認定；以及實質認定—即以一公司直接或間接控制他公司之人事、財務或業務經營時，該二公司成立關係企業。如果有一公司與他公司執行業務股東或董事有半數以上相同、已發行有表決權之股份總數或資本總額有半數以上相同之股東持有或出資時，推定該二公司為控制從屬公司。後者以二公司相互持有他公司有表決權股份或出資額三分之一以上時，該二公司為相互投資公司並成立關係企業。又限於公司法第 167 條之規定，從屬公司不得與控制公司成立相互投資公司。而金融控股公司法之特殊關係企業，雖然於控制從屬關係上放寬為表決權股份總數或資本總額超過百分之二十五，惟其適用範圍限於從屬公司為銀行、保險公司或證券商之情形，整體範圍似乎較公司法為小。

反觀德國康柴爾的定義主要是規定於股份法第 18 條。依該條以所涉及的企業是否存在隸屬性可區分為垂直康柴爾與平行康柴爾；以康柴爾是否透過契約成立可以區分為契約康柴爾以及事實上康柴爾。無論是哪一種形式的康柴爾，其最重要的判斷基準為「團結在一個統一的領導之下」。垂直康柴爾又可以進一步區分以控制契約或合併而成立之不可推翻推定之康柴爾，以及因股份法第 17 條成立隸屬關係的可推翻推定之康柴爾。而所謂隸屬關係的成立主要是指一企業對他企業施加直接或間接之影響，而被多數參與公司推定與多數參與公司存在隸屬關係（多數參與指持有過半數股份或表決權）。

由上推論，我國公司法上的關係企業雖然如同德國康柴爾的區分，可以分為垂直的關係企業以及平行的關係企業。所謂垂直之關係企業例如 A 公司控制 B 公司，B 公司控制 C 公司，此時，基於控制從屬關係，A 公司與 B 公司為關係企業、B 公司與 C 公司亦為關係企業，惟此時 A 公司與 C 公司是否為關係企業即不無疑義，有學者認為，我國公司法之關係企業僅規範母子公司，不及於孫公司或曾孫公司，其說理為：「我國關係企業章雖規定持股比例之計算，須將子公司持股一併算入，但有人主張依第 369 條之 2 第 1 項之文義解釋，此係以母公司本身

亦有持股為前提，若母公司自己本身並未持股，即無算入子公司持股之必要。依此解釋，我國對於間接支配、集團支配型態所形成之關係企業即有未納入規範之漏洞存在。」<sup>83</sup>然本文以為，此時 A 公司可以透過 B 公司間接支配 C 公司，應可解為公司法第 369 條之 2 第 2 項之情形，而 A 公司與 C 公司基於間接控制，亦為關係企業；平行的關係企業如 AB 二公司為相互投資公司時，該二公司為關係企業。這裡會遇到一個問題，即 A 公司分別控制 BC 二公司，而 BC 二公司又沒有控制從屬或相互投資的情形時，雖然 A 公司與 B 公司為關係企業、A 公司與 C 公司亦為關係企業，然 BC 公司因為沒有控制從屬或相互投資的情形時，BC 公司即非我國法上之關係企業，惟此時依照德國法仍有構成平行康柴爾的可能。故從平行的關係而言，德國法可能較我國為寬。

從另外一個面向來看，我國法上關於關係企業之規定，無論是公司法之關係企業章，或者是金融控股公司法特殊之關係企業，無論是在控制從屬關係企業或是相互投資關係企業，其規範之重點皆為兩家公司之「關係」，而非如同德國法「團結在一個統一的領導之下」著重的是關係企業的集團性，從而出現上述例子中，A 公司分別控制 B、C 公司，但 B、C 公司無控制從屬關係或相互投資關係之情形，B、C 公司即非我國公司法上之關係企業，除與我國勞動生活上勞動契約雙方當事人之認知有出入外，據此若該勞工與 B 公司訂有關係企業終止保護安置條款時，亦因為 B、C 公司不構成關係企業，使得該勞工遭遇終止時不能引據該條款而被調職到 C 公司，對於勞工未必有利，此即為我國公司法關係企業之定義於勞動法上全盤移植不宜之處。

此外德國法亦認為自然人得作為控制企業而與其他公司成立康柴爾，我國限於公司法之規定，自然人並非公司，自不可能成為控制「公司」。然而肯定自然人作為控制企業的實益在於滿足一定之條件下，使得該自然人負擔從屬企業之債務，對於從屬企業僱用之勞工而言，亦有其有利之處，此亦為我國公司法於勞動法上運用所不足之處。

---

<sup>83</sup> 王泰銓、王志誠合著，公司法新論，臺北：三民，增訂四版，2007年，頁717-718。

在德國平行康柴爾的情形，該構成平行康柴爾之企業，可能建立一個統一的領導機關，此亦為我國公司法所不可能構成者，申言之，我國公司法上承認之平行關係企業，似僅有相互投資公司，而在兩家公司有統一之領導關係時，並未構成關係企業，然而我國實務運作上有許多企業設有總管理處者，而其旗下各企業多有受制於該總管理處之情形，該總管理處並非公司，是故不可能與實際上被控制之公司成立我國公司法上之關係企業；他方面而言，我國於平行關係企業僅承認相互投資公司，從而被實際上控制之各公司，若無相互投資之情形，亦不構成平行關係企業。然此在德國法下，姑且不論垂直控制之情形，至少在設有總管理處之時，得肯認總管理處所統一領導之各公司構成平行康柴爾。其實益在於，如同上述約定有關係企業終止保護安置條款之時，勞工之安置範圍得以擴大，更可能避免被解僱之命運。此亦為我國公司法於勞動法上運用不足之處。

綜上，德國勞動法之所以可以在康柴爾的定義上主要參考德國股份法之規定，乃是該國股份法關於康柴爾之規定範圍涵蓋較廣，從而能夠涵蓋大部分勞動法所碰到之問題。<sup>84</sup>然從上述比較可以發現，我國公司法關係企業所涵蓋面似乎有點過於狹隘，此亦為金融控股公司法放寬「控制」認定之因。公司法定義於勞動法上應用不足的部分如下：1. 平行關係企業偏於狹隘，只限於相互投資公司；2. 過度著重各公司間的「關係」，忽略關係企業的整體性；3. 未納入自然人等作為控制企業的可能性。從而本文認為我國勞動法上關係企業之認定雖得以我國公司法關係企業作為定義之基礎，但不得不因應勞動法做調整，此調整之方面見下述。

## 第二項 我國勞動法對於公司法關係企業之調整

### 第一款 垂直關係企業

在垂直關係企業方面納入自然人構成控制企業之情形，此亦為我國公司法學者所主張，該學者認為除自然人外，獨資、合夥、合作社對於他公司控制之情形亦應納入公司法關係企業之範圍。<sup>85</sup>

<sup>84</sup> 然此非謂德國勞動法康柴爾之解釋即與股份法完全相同，其亦在某些地方擴大康柴爾的範圍，詳見本章第二節第二項。

<sup>85</sup> 王泰銓、王志誠合著，公司法新論，臺北：三民，增訂四版，2007年，頁716。其認為：「公司法在認定是否為關係企業時，以公司持有他公司股份或出資為準，亦即必須是公司對他公司持股或出資始有關係企業章之適用，不及於其他企業組織型態，例如獨資、合夥、合作社或其他個人等。然而，關係企業之形成亦可能透過上述非公司組織型態之公司對他公司持股或出資，或對

德國勞動法相關的制定法中雖然也如同我國勞動法一樣沒有對於關係企業做一定義，而是參考德國股份法的定義，然而在適用上卻不一定完全同於股份法的適用範圍，亦做勞動法上相應之調職。例如在跨國或多國康柴爾，只要該康柴爾在德國境內有設立營業所，即屬於該國勞動法意義下的康柴爾。另外德國勞動法上康柴爾的企業形式亦不限於股份法的規定，毋寧只參考德國股份法上康柴爾的定義。值得我國參考。申言之，我國勞動法在處理相關涉及關係企業之爭議時，不必太過拘泥於公司法的規定，而將勞動法與公司法上的關係企業做同一範圍之解釋，而導致實際上被控制之公司因不適用我國公司法而排除在關係企業之外，例如前述大陸地區公司與外國公司之情形，雖然因為不適用我國公司法而不能構成我國公司法上之關係企業，但仍得構成勞動法上之關係企業。換句話說，在垂直關係企業的情形，應將重點擺在一家公司是否被另一家公司所控制，只要有控制的關係存在，即可認為構成關係企業，而不必拘泥該二家公司是否皆依我國公司法設立或經我國公司法認許。基此，臺灣高等法院臺中分院 96 年勞上易字第 15 號判決，認為未經認許之外國公司以及大陸地區公司仍得構成勞動法意義下之關係企業，值得贊同。

#### 第二款 平行關係企業

在平行關係企業的情形，依我國公司法如果 A 公司同時控制 BC 二公司，如果 BC 公司間沒有控制從屬關係或相互投資關係，在我國公司法下即不成立關係企業，但是在想像上勞工的調動可能由 A 公司（控制公司）調到 BC 公司（從屬公司）、有可能從 BC 公司調至 A 公司，亦有可能從 B 公司調至 C 公司，是以若採取我國公司法關係企業之定義，BC 公司勞工互調，即不屬關係企業調職問題。似與實務之運作有所脫節，故本文認為在此情形，似應與德國平行關係企業做同一解釋，而擴大我國公司法關係企業的定義，使得被同一公司所控制之公司間，雖不具有相互投資關係或控制從屬關係，亦構成勞動法意義下之關係企業。此外在於各公司受制於同一機構（如總管理處）、組織或自然人時，參考德國法平行康柴爾之規定，本文認為各該公司構成勞動法意義下之平行關係企業。

---

他公司具有實質控制力。因之，只要不具備公司身分，雖對他公司持股或出資過半，或具有實質控制力，即非關係企業章所稱之關係企業或控制公司，而在我國人頭文化充斥之背景下，此點應受各方之批評。如此，有心人士只要利用此一關漏，即可規避法律，關係企業章之規範功能自受影響。」

### 第三款 家族關係企業

另一個值得關注的問題是所謂的「家族關係企業」依臺灣高等法院 96 年勞上易字第 102 號之見解，其具備(1)企業所有權與股權由家族成員控制(2)家族成員掌握主要經營權(3)管理決策家長化(4)企業員工管理家庭化等特色。惟其事實上未必會有「一公司持有他公司有表決權股份或出資額之一半以上」之情形，例如 A 公司為甲所控制、B 公司為乙所控制，而兩家公司並未互相持有他公司之股票，惟其決策都繫諸於父親丙，此時難認為 A 公司與 B 公司為公司法上之關係企業，因為 AB 公司並未相互持股，或者持有對方有表決權股份或出資額之一半以上，且 AB 公司亦未有 A 公司控制 B 公司決策或 B 公司控制 A 公司決策之情形，其公司之政策實是受甲乙之父丙所控制。針對此情形，基於其對於勞動契約之影響，在勞動法的意義下，亦應將獨資、合夥、合作社或其他個人對於他公司控制之情形亦視其為勞動法意義下的關係企業，<sup>86</sup> <sup>87</sup>且被其控制之公司亦應構成關係企業。

在德國法下，自然人成為控制企業的情形要求該自然人自己也有經營其他事業，而此自然人又同時是另一家公司的控制股東，此時如果該自然人對於其握有過半數股份或表決權之公司，為了自己經營之其他事業施加控制影響時，該自然

<sup>86</sup> 王泰銓、王志誠合著，公司法新論，臺北：三民，增訂四版，2007年，頁716。

<sup>87</sup> 實務對於關係企業擴大解釋之判決亦可參見臺灣高等法院91年勞上字第32號判決：「廣豐公司及振豐公司之前身振豐信豐工業股份有限公司七十六年四月一日所發之人事命令，其內容『為配合關係企業各廠技術人員相互支援，暨加強生產品質管理起見，今調派原任職於廣豐桃園織布場運轉兼品管副主任甲○○自七十六年四月一日起調任振豐信豐公司桃園廠運轉兼品管副主任，文到之日希即辦理移交。此令』。是堪認廣豐公司與振豐公司之前身振豐信豐工業股份有限公司於七十六年間將上訴人甲○○等自廣豐公司調派至振豐信豐工業股份有限公司服務時，確係認該二公司為『關係企業』。另依廣豐公司編列之廣豐公司、振豐信豐公司、裕豐紗廠關係企業電腦化手冊、桃園縣政府七六府社勞字第90四八六號函主旨所載『台端（受文者 雲嬌君）函陳廣豐實業公司調動工作無法適應請求資遣乙案，據該公司（即廣豐公司）函復略以淘汰布機，於徵得其個人同意後按排至關係企業，且同性質之織布部門工作，共四十九人歷時已近兩個月，...』等，振豐公司廠長林茂雄八十六年一月二十二日出具之在職證明書內容略以『查 雲嬌...自民國六十三年八月十九日起擔任本廠織布員職務。』等語及八十六年五月十九日列印之振豐公司近期退休人員名冊，有關甲○○、乙○○、丙○○之到職日期分別為六十年五月二十七日、六十二年二月二十三日、六十二年七月十二日（即甲○○等受僱廣豐公司之日）等情，益堪認廣豐公司及振豐公司均係認該二公司確為『關係企業』。雖八十六年六月二十五日修正之公司法規定『關係企業』為獨立存在而相互間具有控制從屬關係或相互投資關係之企業（公司法第三百六十九條之一）。惟在修法前，『關係企業』並無明確之立法解釋，是尚不得以修法後之規定解釋修法前非同一法人格之不同公司間是否為關係企業。是本件堪認廣豐公司與振豐公司間在公司法修正前已有密切關係，並均視對方為關係企業無疑.....」

人即可構成事實上康柴爾的控制企業。開啟了自然人得做為控制企業的可能性，值得我國參考。於上述 A 公司受甲控制、B 公司受乙控制，但甲乙實是聽命於甲乙共同之父丙的情形，由於丙並未為 AB 二公司之控制股東，故不符合上述自然人構成事實上康柴爾之情形，但至少可以認定 AB 二公司處於一個統一的領導之下，且彼此之間未相互從屬，而構成事實上平行康柴爾。

### 第三章 關係企業與雇主概念

#### 第一節 我國實務與學說

##### 第一項 雇主的概念

##### 第一款 勞動契約雇主的概念

所謂勞動契約雇主的概念，<sup>88</sup>依學者的見解為：(一)勞工請求確認勞動契約上受僱地位之相對人；(二)負有支付工資等勞動契約義務之人。<sup>89</sup>而此相對人得為自然人或法人。以此觀之，如果關係企業得以做為勞動契約上之雇主，勞工即得請求確認勞動契約，以及請求其支付工資等勞動契約義務。

##### 第二款 功能性雇主的概念

功能性雇主的概念主要是規定於勞動基準法第 2 條第 2 款，之所以採取功能性雇主的概念，基本的出發點為勞動保護範圍的擴大。申言之，如果單純以勞動契約當事人為勞動保護的範圍，在自然人為雇主之情形固然可以由該自然人行使雇主的權限；但在法人為雇主之情形由於該法人並不可能自己為行為，必定要透過法人的機關—即自然人才得以行使，若單純採取勞動契約當事人為雇主的定義，則該自然人並非勞動契約當事人，即不該當雇主，故其所為之行為即可能非雇主之行為，故將其納入有助於勞動保護範圍的擴大。<sup>90</sup>

<sup>88</sup> 關於勞動契約的定義可參見黃程貫，勞動法，國立空中大學，修訂再版，2001年，頁56。黃氏認為：「...勞動基準法第 2 條第 6 款之勞動契約（係『約定勞雇關係之契約』）。此種契約係一種私法上或民法上之契約，且係民法各種之債章中『僱傭契約』之一種。」

<sup>89</sup> 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，臺北：新學林，二版，2009年9月，頁31。（此部分由劉志鵬執筆）

<sup>90</sup> 勞動基準法雇主的概念主要是參考勞工安全衛生法，而勞工安全衛生法之所以採取功能性雇主的定義則是因為受聘出任事業所有權人之法定代理人以受聘僱人員自居，而推諉其雇主責任。參見立法院法律案專輯，勞動基準法（上），第73輯，內政：29，頁六，

學者黃程貫認為：「勞動基準法之雇主定義並非純粹以契約當事人或權利義務人來認定何謂雇主，而是依照執行雇主功能與職權之自然人來認定何謂雇主，例如，某甲若受大同公司僱用在三峽廠上班，則某甲之勞動契約相對人乃是大同公司這個法人，某甲係大同公司之員工，而非大同公司董事長、總經理、三峽廠廠長之員工，但依勞動基準法之定義，則某甲之雇主並非大同公司這個法人，而是大同公司之董事長、總經理、三峽廠廠長。可知我國勞動基準法之雇主定義並非一種形式上之契約當事人、權利義務主體的認定，而是一種『功能性的雇主概念』的定義」。換言之，在勞動契約中，相對於勞工之當事人一方乃是法人者，則雇主之功能與職權必須亦必然係由自然人來執行，而此種由「雇主功能與職權之執行」觀點來定義雇主之方式，即係一功能性之雇主概念，且必定是以自然人為雇主，與純粹由形式上之契約當事人來認定而以自然人或法人為雇主之情形，並不相同。」<sup>91</sup>

學者黃越欽認為：「凡在私法契約中僱用勞工，並將之納入其勞動組織中者，即為雇主。雇主不必同時為事業主，家長使用家庭傭工，其家長即為雇主，雇主亦可能同時為第三人之受僱人。研究工作者以出版商之經費僱用助理，該研究工作者即為雇主。此外不僅自然人得為雇主，法人亦得為雇主。法人包括私法人與公法人在內，公權力主體亦得為雇主，不過所成立者必須為私法契約，因此公務員之上司或監獄看守，就公務員之義務或犯人之勞動均非雇主……事業經營之負責人必須為有行為能力之自然人，但事業主則可能是無行為能力人或法人或基於其他理由無法行使指示命令權之人。例如，未成年人之法定代理人、繼承與遺囑執行人、共同債務人或破產管理人。在此等情況下，雇主之權能分屬兩個不同之人時，雇主可分為勞務請求權主體之雇主與指示命令權之雇主，也有稱其為所謂功能性雇主者。」<sup>92</sup>

學者劉志鵬認為勞動基準法第 2 條第 2 款所指的雇主為：「(1) 事業主：指事業之經營主體；在個人企業，指企業主或經營者個人，在股份有限公司或其他

---

[http://lis.ly.gov.tw/lgcgi/ttsbookc?53:218111183:1:ttswebbook1.ini:y049266:0001-0028:\\_self](http://lis.ly.gov.tw/lgcgi/ttsbookc?53:218111183:1:ttswebbook1.ini:y049266:0001-0028:_self)，最後瀏覽日2011/5/10、立法院公報第63卷，第6期，院會紀錄，頁66，

<http://lis.ly.gov.tw/tscgi/lgimg?@63520600;0053;0072>，最後瀏覽日2011/7/1。

<sup>91</sup> 黃程貫，勞動法，國立空中大學，修訂再版，2001年，頁77。

<sup>92</sup> 黃越欽，勞動法新論，臺北：翰蘆，修訂三版，2006年9月，頁126-127。

法人團體，公司或法人本身就是事業主；(2) 事業經營之負責人：指法人的代表人、股份有限公司之董事等對企業經營握有一般性、整體性之權限、責任者而言；(3) 代表事業主處理有關勞工事務之人：勞工事務泛指有關人事、薪資、勞務管理、福利厚生、安全衛生等業務，因之，凡受雇主授權而就上述勞工事務有處理權限者，都可能該當本款所指之雇主，鑑於此類處理有關勞工事務之人係現場直接承擔、負責之人，為防止違反勞動基準法之行為發生，乃責成此等處理有關勞工事務之人承擔雇主責任。」<sup>93</sup>

分析上述學者的見解，劉氏認為勞動基準法第 2 條第 2 款雇主包括事業經營主體，無論其為自然人或法人、法人的代表人、股份有限公司董事等、代表事業主處理有關勞工事務之人；黃程貫氏認為由執行雇主功能的角度來看，認為僅包括自然人；黃越欽氏則認為包括契約之相對人，無論其為自然人或法人，然事業經營負責人必須為有行為能力之自然人。事業主可以是無行為能力人、法人、其他無法行使指示命令權之人。本文認為，就勞動基準法的立法原意來看，勞動基準法的雇主定義是參照勞工安全衛生法，<sup>94</sup>而勞工安全衛生法之雇主依立法者原意，「係指事業主及經營之負責人，無論其為自然人或法人均屬之」。<sup>95</sup> 可見劉氏與黃越欽氏之見解較為貼近立法者之原意。是故本文認為，勞動基準法第 2 條第 2 款之雇主應可拆成：1. 僱用勞工之事業主；2. 事業經營之負責人或代表事業主處理有關勞工事務之人。前者乃是勞動契約之相對人，無論是自然人或法人；後者乃功能性雇主之概念，即執行雇主功能之自然人。

## 第二項 關係企業對於勞動契約雇主概念之影響

### 第一款 法人格獨立說

關係企業是否會影響到勞動契約上雇主之概念？首先應就勞動契約上雇主概念來看，惟是否可以做如此解釋，此說學者認為：「關於雇主之概念，係以雇

<sup>93</sup> 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，臺北：新學林，二版，2009年9月，頁28-29。（此部分由劉志鵬執筆）

<sup>94</sup> 法律案專輯，勞動基準法（上），第73輯，內政：29，頁六，[http://lis.ly.gov.tw/lgcgi/ttsbookc?53:218111183:1:ttswebbook1.ini:y049266:0001-0028:\\_self](http://lis.ly.gov.tw/lgcgi/ttsbookc?53:218111183:1:ttswebbook1.ini:y049266:0001-0028:_self)，最後瀏覽日2011/5/10。

<sup>95</sup> 立法院公報，第63卷，第64期，委員會紀錄，頁33。  
<http://lis.ly.gov.tw/ttscgi/lgimg?@63536400:0032:0042>，最後瀏覽日2011/5/10。

主-與勞工之特徵從屬性相對地-在企業經營上擁有獨立性為出發點。但這一前提，就關係企業／控制性持股關係中的子公司的情況，卻未儘符合。因為當關係企業彼此間並非是平行的、而是具有上下從屬關係時，不僅僅是子公司之企業的計畫、組織與經營，將會受到母公司的影響，更重要的是：上述外力的影響，乃是源自關係企業內結構性的從屬關係。子公司（雇主）之經營權限，因為關係企業／控制性持股關係而受影響；因此勞動法向來企圖透過課予雇主之義務、影響其決策，以保護勞工的作法，對於關係企業／控制性持股關係中的子公司（雇主），是否仍然能夠適當地發揮其功能，不無疑問。何況子公司的勞工在關係企業／控制性持股關係下所面對的風險，與少數股東及公司債權人相比，並未更少。因此如何在關係企業／控制性持股關係之子公司界定雇主及其相關義務，即有待探討。」<sup>96</sup>而關於關係企業是否動搖雇主的觀念，該學者引德國法上的見解，認為基本上還是應該採取否定之見解，也就是說，原則上仍應以和勞工締結契約之相對人，作為認定勞動契約上雇主的判斷標準。因為單純經濟上／企業經營上的控制權限，並不足以影響子公司在法律上獨立之法人格，子公司之勞工仍以與之締結勞動契約之子公司為其雇主，經濟上／企業經營上的控制權限，並不足以使母公司轉變成為子公司勞工之雇主。另在具有控制權的「總部」或「總事業處」，可能只是單純多數企業的結合，並無法人格存在。另一方面，子公司之勞工之雇主既然是與之締約之子公司，關係企業的整體亦非子公司勞工之雇主，亦不必連帶地負雇主責任。<sup>97</sup>我國勞工行政主管機關基本上亦是採此見解。<sup>98</sup>法院見解亦傾向此見解。<sup>99</sup>

## 第二款 實質企業說

此說學者認為，從民法的觀點來看，雇主是勞動契約當事人，其必然是「權利主體」，故只要從勞動契約簽訂等形式因素觀察，來論斷定誰是勞動契約當事

<sup>96</sup> 林更盛，「控制性持股」關係對雇主概念及其責任的可能影響，律師雜誌，第291期，12月號，2003年12月，頁31-32。

<sup>97</sup> 林更盛，「控制性持股」關係對雇主概念及其責任的可能影響，律師雜誌，第291期，12月號，2003年12月，頁32。

<sup>98</sup> 參見內政部民國76年04月17日（76）台內勞字第491897號函、行政院勞工委員會民國78年10月05日（78）台勞動三字第24268號函、行政院勞工委員會民國81年11月13日（81）台勞保二字第38653號函。

<sup>99</sup> 參見臺灣高等法院92年勞再易字第2號判決、臺灣高等法院92年重勞上字第2號判決、臺灣高等法院91年勞上易字第5號判決、臺灣高等法院臺中分院97年勞上易字第41號判決、臺灣高等法院臺中分院96年勞上易字第15號判決、臺灣高等法院臺南分院95年勞上易字第16號判決。惟亦有採法人格否認者，如最高法院98年台上字第652號判決。

人。然而，勞動法上所談論之雇主概念，不僅指作為勞動契約當事人的面向，更關注作為勞動保護責任主體的面向。在勞工從屬弱勢的情況下，雇主人為操弄契約形式，避免法律責任。為避免關係企業實質上對旗下各子公司之經營享有指揮支配利益，卻又透過法人格的安排及契約形式的操弄，以法人格不同或缺直接契約關係等形式理由，規避法律責任，應參考公司法關係企業章「支配之所在、責任之所在」的法理，肯定母公司在一定條件下負勞動關係上責任。而關係企業中之個別公司間常有人事管理上的合作，甚至形成「人事管理上的共同體」，使得整個關係企業實質上形同是單一企業般運作，故關係企業勞動關係的雇主認定或責任論究，不該以法人格同異以及個別企業與勞工有無直接存在勞動契約決定，而應以關係企業人事管理實態為基礎，依勞工受僱時之目的及勞動契約內容，為認定雇主以及討論相關權利義務問題之基礎。換句話說，若關係企業人事管理實態，得認為不同法人格之各該企業形同「實質單一企業」，則在「實質單一企業」內執行人事管理職能的個別企業，因其居於概括性雇主地位，故應課其雇主責任，以保護勞工。<sup>100</sup>

### 第三款 小結

上述二學說之見解，應該是著眼於控制從屬關係的情形，來分析是否會影響到勞動契約上之雇主概念，並未討論到相互投資公司的情形，蓋在相互投資公司，彼此間乃處於平行的狀態，而不會有所謂支配母公司或受支配子公司之情形出現。而所謂母公司或子公司，其亦未做進一步之定義，是成立控制從屬關係即得認定為母子公司，或者必須達到百分之百之持股才得謂母子公司，上述學者之見解並未做深入之分析。

本文認為，探究其之真意，其所謂母子公司應當只要達到控制從屬關係即為已足，並不以達到百分之百持股為必要，因為只要達到控制從屬關係之程度，母公司（控制公司）即可操縱子公司（從屬公司）之經營、人事、決策。因此上述前者的主要論點即可簡化為「控制從屬關係不影響雇主之認定，仍以個別法人格為判斷」。而後者的主要論點則為「所有被支配的公司若與支配公司形成人事管理上之共同體時，即可認為形成實質的單一企業，因其整體居於概括雇主地位，

---

<sup>100</sup> 陳建文，關係企業勞工退休金請求對象爭議／高院97勞上39，台灣法學雜誌，第122期，2002年2月15日，頁177-178。

故應課其雇主責任」。

### 第三項 總管理處

#### 第一款 學說見解

「總管理處」是否得做為雇主？學說上有認為總管理處得作為勞動契約之當事人者。<sup>101</sup>亦有認為對於勞工甚為不利而持否定說者。<sup>102</sup>我國法律上並沒有對「總管理處」做相關之定義，惟行政院於 1991 年所提出之公司法修正草案，應可以做一參考，該草案第 369 條之 14 對總管理處做如是定義：「關係企業為統一管理或協調各公司之經營，而設有專責機構者，該專責機構之人員因執行職務對他人所生之賠償責任，各公司應負連帶責任。」其立法理由為：「關係企業為統一管理或協調各公司之經營而設有專責機構者（如總管理處），因該專責機構非獨立法人，為顧及受害人之利益，特規定其成員因執行職務所生之賠償責任，各公司應連帶負責。」<sup>103</sup>依此定義，總管理處即為關係企業為統一管理或協調各公司之經營而成立之專責機構。

有論者認為，如果關係企業有設有總管理處或具有類似職權之機構，且該機構對於整體集團企業內之人力具有實質管理權，而能實際執行雇主功能與職權之權利時，因我國勞動基準法對雇主之定義採「功能性之雇主概念」，故該等機構難謂非受僱於集團企業員工之雇主。並且，基於為妥善保障受僱於集團企業的勞工之權益，或可援引「公司法人格否認理論」，推論該等機構為勞工之雇主。換言之，即否認與勞工締結勞動契約之公司法人格，而認為對勞工有實質雇主功能與職權權利的總管理處，推定為勞工之雇主。<sup>104</sup>

本文認為就功能性雇主之概念而言，由於它必定是執行雇主功能之自然人，故若從功能性雇主之概念為出發點，總管理處多係各公司派出的人員所組成，是

<sup>101</sup> 簡良機，勞動基準法實務爭議問題之研究，臺北：萬國蔚理，修訂版，1991年9月，頁36。

<sup>102</sup> 呂榮海，勞動基準法實用1，臺北：蔚理法律，十版，1990年，頁187-188。

<sup>103</sup> 法律案專輯，第212輯（上），經濟（44），頁25-26。參考網址：

[http://lis.ly.gov.tw/lgcgi/ttsbookc?51:1871296473:8:ttswebbook1.ini:n017139:0001-0112:\\_self](http://lis.ly.gov.tw/lgcgi/ttsbookc?51:1871296473:8:ttswebbook1.ini:n017139:0001-0112:_self)，最後瀏覽日，2011/5/3。

<sup>104</sup> 吳宗諺，集團企業間員工調動之法律問題研究，中國文化大學勞動學研究所碩士論文，頁52-53。

一種人的結合，並非一自然人，故而認定總管理處為一功能性雇主似乎不太妥當。退一步而言，總管理處至多只能說其所構成的成員，若係執行雇主功能之自然人，即可認定其為符合各該公司功能性雇主之定義，而為各該公司功能性之雇主，並非總管理處得作為功能性之雇主。再者，功能性雇主之概念重視的是「執行雇主功能之自然人」，法人本身即不該當功能性雇主之概念，依「公司法人格否認理論」否認其法人格似乎無太大實益。

## 第二款 實務見解

國內關於總管理處是否影響到雇主認定的判決，可以台塑總管理處案為代表。該件案例事實為：勞工甲自民國 62 年進入南亞塑膠工業股份有限公司起，工作場所均在臺北，惟 84 年間，台塑關係企業總管理處將甲調往台灣塑膠股份有限公司駐廠總經理室，工作場所變更為雲林縣麥寮鄉，遭甲拒絕。85 年 1 月間，總管理處又將甲調往總管理處總經理室，工作場所仍在麥寮，亦為甲所拒。85 年 2 月間，總管理處以甲不配合調動為由，將甲資遣。甲主張：總管理處並非甲之雇主，其所為違反勞動契約之調動及逾 30 日期間所為之資遣，不生效力。南亞塑膠公司則主張：1.總管理處係為方便管理台塑關係企業而設立之管理機構，所有人員皆由各關係企業借調而來，負責台塑關係企業高階人員之調度，其調動上訴人，自屬適格。2.兩造並無約定上訴人工作地點在臺北。且工作規則規定，因業務需要，得合理調動員工。3.上訴人係因違反勞動契約情節重大而遭解僱。4.伊於 85 年 1 月 20 日始確定上訴人拒絕調職，伊於同年 2 月 14 日終止勞動契約，未逾 30 日除斥期間。

該件之爭點主要是勞工甲認為台塑關係企業總管理處並非其雇主，故總管理處發布之調職命令對之不生效力。而南亞公司認為總管理處本身即可對於台塑關係企業中所有勞工發布調職命令，並且合法，似乎在暗示總管理處即為勞工之雇主而可以逕行發布調職命令，或至少是具有雇主之權限而得發布調職命令。對此，最高法院 90 年台上 308 號判決作此表示：「按總管理處乃台塑關係企業所設立之專業幕僚單位，用為整體關係企業之幕僚及服務部門，位在董事長、總經理之下，而與各關係公司並列，以處理各關係公司之事宜，而總管理處之董事長王永慶，即係被上訴人公司之董事長，已足表示係代表被上訴人公司之意見，原審因認以台塑關係企業總管理處董事長王永慶名義所發布之人事命令效力自應視其內容而及於各相關公司，而為上訴人敗訴判決，並不違背法令。」以此觀之，最高法院並沒有肯定總管理處可以做為勞動契約之相對人（即雇主），而是認為總管理

處既然是以勞工甲受僱公司（即南亞公司）董事長名義所發布，自然即得視為是南亞公司本身之命令，似乎暗示總管理處本身不得作為雇主而逕以總管理處之名義發布人事命令。至於最高法院真意為何？實有待進一步之觀察。

#### 第四項 法人格否認理論

##### 第一款 概說

法人格否認理論的適用前提，即是承認個別企業在法律上是具有獨立之法人格，在關係企業中如果自始不承認從屬公司具有獨立之法人格，自無法人格否認理論之適用。蓋其既自始無法人格，斷無否認其法人格之理。若採取前述實質企業說，因為將整個關係企業當作一個實體而課予關係企業整體雇主之責任，可以說是法人格否認說的一種變形。

公司法上的「揭開公司面紗理論」似可提供一參考點。所謂「揭開公司面紗理論」，主要是美國法上的概念，認為適用情形為「公司債權人對公司股東所提起之訴訟，要求股東對公司之債務負起責任。此種情形，通常是公司債權人嘗試去『揭穿公司之面紗』，以使公司股東對公司債務負起賠償責任」、「在關係企業之情形，揭穿公司的圍牆，使關係企業之兄弟姊妹公司，對分子公司之債務負責」、「濫用公司型態以逃避『法令或契約上之債務』」，而在以上三種情形時，美國法院否認其公司之人格，使其不法目的不達。運作揭開公司面紗理論時，美國法院考量的點主要是公司人格主體被用於詐欺、犯罪等不法行為之工具時，否定公司與股東各為獨立主體。而主要的考量因素有：（1）股東對公司之控制力；（2）股東與公司資產之混淆不清；（3）公司型式之不遵守。<sup>105</sup>基此，姑且不論美國法院如何細致的判斷揭開公司面紗原則，但可以注意到的點是，美國法院毋寧重視的是「公司法人格主體」被用於不法行為，也只有在此時始否認被濫用公司之法人格。

亦有學者引用日本的學說，而認為法人格否認理論可以進一步區分為兩種類型，其一是法人格形骸化之類型，即指法人格徒有虛名，公司實質上只不過是股

---

<sup>105</sup> 劉連煜，揭穿公司面紗原則及否認公司人格理論在我國實務之運用，收錄於氏著公司法理論與判決研究（四），臺北：元照，初版，2006年4月，頁147-149。

東個人營業或者子公司是處於母公司部門之一的狀態。此時要件為不僅是擁有股票得對其他企業進行支配，須在人事、財務、業務執行上也有實質支配或管理，而導致該企業的法人格完全是形骸化的情形；其二是法人格濫用之類型，指公司為遂行其不法目的，而利用公司之獨立人格從事違法或不當之行為。要件為必須有違法或不當的目的，且要有以法人為道具加以支配之情形。<sup>106</sup>

## 第二款 於勞動法上之運用

關係企業所造成的勞動法問題，國內已有學者藉著引用法人格否認說來課予關係企業中的控制企業或關係企業整體雇主責任，以保障從屬企業的勞工。<sup>107</sup>例如：

-為避免關係企業實質上對旗下各子公司之經營享有指揮支配利益，卻又透過法人格的安排及契約形式的操弄，以法人格不同或缺直接契約關係等形式理由，規避法律責任，應參考公司法關係企業章「支配之所在、責任之所在」的法理，肯定母公司在一定條件下負勞動關係上責任。<sup>108</sup>

-為保障日益複雜之勞雇型態，有採用人格否認理論之必要。<sup>109</sup>

-在金融控股公司之情形，具有絕對之實質人事、經營決策掌控權者，應採公司法人格否定說，其類型為有三：其一為因直接、間接選任或指派一銀行、保險公司或證券商過半數之董事而成立之金控公司；其二為因公司持有他公司有表決權之股份或出資額，超過他公司已發行有表決權之股份總數或資本總額半數者，而

<sup>106</sup> 侯岳宏，法人格否認理論在勞動法上的適用—最高法院九十八年台上字第六五二號判決評析，月旦裁判時報，第8期，2011年4月，頁16。

<sup>107</sup> 陳建文，關係企業勞工退休金請求對象爭議／高院97勞上39，台灣法學雜誌，第122期，2002年2月15日，頁177-178。侯岳宏，法人格否認理論在勞動法上的適用—最高法院九十八年台上字第六五二號判決評析，月旦裁判時報，第8期，2011年4月，頁16-17。劉志鵬，關係企業與勞工之職務異動，律師雜誌，第291期，2003年12月，頁52-53。郭玲惠，臺灣高等法院九十四年重勞上字第二號判決評釋—多重雇主之法律關係，臺灣勞動法學會學報，第8期，2009年12月，頁52-53。郭玲惠，金融控股公司與關係企業內之調職，行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告，2005年，頁35。魏千峰，多重雇主初探—台灣高等法院89年度勞上易字第36號判決及臺北地院88年度勞訴字第89號判決評釋，臺灣勞動法學會學報，第6期，2007年6月，頁182。

<sup>108</sup> 陳建文，關係企業勞工退休金請求對象爭議／高院97勞上39，台灣法學雜誌，第122期，2002年2月15日，頁178。

<sup>109</sup> 魏千峰，多重雇主初探—台灣高等法院89年度勞上易字第36號判決及臺北地院88年度勞訴字第89號判決評釋，臺灣勞動法學會學報，第6期，2007年6月，頁182。

成為關係企業中之控制公司者；其三為公司直接控制他公司之人事、財務或業務經營者，而成為關係企業之控制公司者。<sup>110</sup>

在實務方面，最高法院 98 年台上字第 652 號判決亦承認了法人格否認理論於勞動法上的運用，其理由為：「按雇主依勞動基準法第十一條第四款關於『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』之規定，預告勞工終止勞動契約，因該款所謂『業務性質變更』，除重在雇主對於全部或一部分之部門原有業務種類（質）之變動外，最主要尚涉及組織經營結構之調整，舉凡業務項目、產品或技術之變更、組織民營化、法令適用、機關監督、經營決策、預算編列等變更均屬之，故解釋該款末句所稱之『無適當工作可供安置時』，為保障勞工之基本勞動權，加強勞雇關係，促進社會與經濟發展，防止雇主以法人之法律上型態，規避不當解僱行為之法規範，杜絕雇主解僱權濫用之流弊，自可將與『原雇主』法人有『實體同一性』之他法人，亦無適當工作可供安置之情形併予考慮在內，即『原雇主』法人與另成立之他法人，縱在法律上之型態，名義上之主體形式未盡相同，但該他法人之財務管理、資金運用、營運方針、人事管理暨薪資給付等項，如為『原雇主』法人所操控，該他法人之人格已『形骸化』而無自主權，並有適當工作可供安置勞工，二法人間之構成關係顯具有『實體同一性』者，均應包括在內，始不失該條款規範之真諦，庶幾與誠信原則無悖。」以此觀之，最高法院至少承認了在解僱時，原雇主若與他法人具有實體同一性時，否認他法人之法人格，而將原雇主的安置義務擴張於他法人上。

## 第二節 德國實務與學說

### 第一項 概說

德國勞動法學界和我國一樣，對於雇主概念的探討並沒有如同對於勞工概念探討的詳細。導致在雇主的定義時往往是不清楚的。這樣的不清楚特別可以歸溯於「以雇主的概念去掌握完全不同的法律現象且因此在結果上必然有所落差。」雇主的概念可能只從社會保護的觀點出發，而這種雇主概念有目共睹地並不能精準的掌握勞動契約當事人的法律地位，而將勞動契約當事人的雇主彼此區分開來。

<sup>110</sup> 郭玲惠，金融控股公司與關係企業內之調職，行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告，2005年，頁35。

在個別勞動法相關領域雇主的概念可能是以下三種不同的人：<sup>111</sup>

-在勞動關係中勞工的他方當事人，也就是勞工概括權利義務的對造；

-勞動法管理權的所有人；

-所有這樣的人：執行個別的權限與法律地位，通常在勞動關係中作為勞動契約之當事人具有指示權。

對於個別勞動法能全面應用的雇主概念只有「承擔勞動契約當事人之概括權利義務之人」。只有這種人可能在個別勞動法的所有領域中被承認為雇主。<sup>112</sup>基於此種以「勞動契約當事人」的雇主概念出發，康柴爾的建立原則上並不會影響雇主的地位，<sup>113</sup>勞務給付的請求權通常只有與之締結契約者。康柴爾的上層公司沒有對康柴爾從屬公司勞工有勞動法的指示權。<sup>114</sup>從另一方面來看，康柴爾只是一個企業聯合的形式，它並沒有構成一個法律的主體，所以勞工即使屬於康柴爾中的一份子，他的雇主也不是康柴爾，而是與之締結勞動契約之雇主。<sup>115</sup>

雖然勞動契約存在於勞工和與之締結勞動契約之雇主之間，但是若勞工的雇主屬於康柴爾的一份子，那麼該雇主必須服從康柴爾統一的領導，造成了以下對於勞工的風險：<sup>116</sup>

<sup>111</sup> Henssler, Der Arbeitsvertrag im Konzern, 1983, Duncker & Humblot, Berlin, S. 35f.

<sup>112</sup> Henssler, Der Arbeitsvertrag im Konzern, 1983, Duncker & Humblot, Berlin, S. 36.

<sup>113</sup> Preis, in : Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, 3. Aufl. 2007, C. H. Beck, Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht Rn. 88; Söllner/Waltermann, Arbeitsrecht, 14. Aufl. 2007, Vahlen, Rn. 70.

<sup>114</sup> Pries, Arbeitsrecht Praxis-Lehrbuch zum Individualarbeitsrecht, 1999, Dr. Otto Schmidt, S. 95.

<sup>115</sup> Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, 12. Aufl. 2010, C. H. Beck, BetrVG § 1 Errichtung von Betriebsräten Rn. 97; Richardi, in : Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2009, C. H. Beck, § 23 Konzern als Organisationseinheit des Arbeitsrechts Rn. 1; Ziemann, in : Moll, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2009, C. H. Beck, § 74 Das Urteilsverfahren Rn. 1; Deinert, in : Kittner/Zwanziger(Hrsg.), Arbeitsrecht Handbuch für die Praxis, 5. Aufl. 2009, Bund-Verlag, § 5 Rn. 65; Rolfs, in : Blomeyer/Rolfs/Otto, Gesetz zur Verbesserung der betriebl. Altersversorgung, 5. Aufl. 2010, C. H. Beck, BetrAVG § 16 Anpassungsprüfungspflicht Rn. 206.

<sup>116</sup> Deinert, in : Kittner/Zwanziger(Hrsg.), Arbeitsrecht Handbuch für die Praxis, 5. Aufl. 2009, Bund-Verlag, § 5 Rn. 56.

-經濟風險：雇主自己的決定也許不再是為了自己的利益，而是整體康柴爾更高的利益。因此雇主可能受到控制企業的拘束。勞工契約當事人的雇主常常被限縮在由上層規定特定手段。工作位置風險伴隨普遍的責任風險。

-期待風險：只要勞工在康柴爾中在不同的企業被調來調去，存在一個問題，是否在康柴爾其他公司的工作年資能夠被算入實際上在康柴爾中的雇主企業的工作年資，例如終止保護法第 1 條第 1 項。

-共同決定風險：共同決定被放置在一個平面，在這個平面之上實際的決定不再能夠發生，因為決定的主體受制於康柴爾的方針，使得共同決定無效。

制定法只有不完整的答案，缺乏對於康柴爾法的一個完整結構。這個問題最後取決於，康柴爾沒有法律主體性且因此不是勞動契約的契約當事人，雖然如此，經濟決定仍被作為具體雇主的法律主體決定。<sup>117</sup>

## 第二項 康柴爾作為雇主

如果把康柴爾整體作為勞工他方的雇主，從勞工利益的觀點而言是有利於勞工的。承認這樣的康柴爾勞動關係可以避免勞工遭受康柴爾成立的不利益。如果把康柴爾當做勞動法意義的單一企業，這樣的解釋就不會有困難：康柴爾第三方公司（Konzerntrittgesellschaft）對於康柴爾勞工財產法上的請求權或在康柴爾其他公司繼續僱用義務負有責任。此時勞動關係即是康柴爾規模。<sup>118</sup>但是依照德國主流的契約理論，勞動關係作為法律關係之一種是透過勞動契約建立。勞動法的個別保護義務也許有其他的考量，但雇主概括的法律地位要求契約的法律關係。<sup>119</sup>以此觀之，康柴爾作為一個企業的聯合，並不具有獨立的法人格，不能負擔權利義務，故不能成為勞動契約之他方當事人。因此康柴爾作為雇主必須尋找另外的可能性，亦即仍回歸到個別康柴爾企業作為雇主為出發點。此時有兩種契約關係可以想像，其一是與康柴爾所有的公司同時建立數個勞動契約，其二是以只締

<sup>117</sup> Deinert, in: Kittner/Zwanziger(Hrsg.), Arbeitsrecht Handbuch für die Praxis, 5. Aufl. 2009, Bund-Verlag, § 5 Rn. 56.

<sup>118</sup> Henssler, Der Arbeitsvertrag im Konzern, 1983, Duncker & Humblot, Berlin, S. 39.

<sup>119</sup> Henssler, Der Arbeitsvertrag im Konzern, 1983, Duncker & Humblot, Berlin, S. 40f.

結一個勞動契約，但是雇主這方面是康柴爾所有的公司。<sup>120</sup>

一個明文的契約締結實施通常只有與僱用勞工的康柴爾公司。對於一個與所有康柴爾第三方公司的契約締結通常沒有基礎存在，也就是說，勞工在一個契約關係中，通常不會與康柴爾其他公司發生勞動關係。與康柴爾其他公司契約關係的建立通常需要其他的理由來支持。可想像的是，僱用勞工的公司作為其他企業的代理人締結一個共同勞動契約（Gesamtarbeitsvertrag），但它的問題是這些康柴爾成員的代理權（Vertretungsmacht）的來源。因為僱用勞工的公司完全沒有使康柴爾其他公司負有義務，康柴爾第三方公司負有關於法律行為代理的義務因此是說不通的。另外以表見代理來說，它如同代理行為，以代理人有代理的企圖或至少有以他人的名義為行為的企圖，按此解釋，僱用勞工的公司亦不可能用表見代理來解釋。權利外觀構成要件只代替缺乏的表示意識和缺乏的行為意思，並非法律行為其他的要件。從客觀的表示價值，與康柴爾公司的勞動契約通常沒有包括代理康柴爾所有公司的意願。<sup>121</sup>因此勞工與康柴爾所有公司同時建立數個勞動契約實際上是有困難的。

康柴爾所有企業在一般契約參加（Vertragsbeitritt）的結構下是法律上站不住的，因為康柴爾其他成員沒有明示這樣的契約參加，大多時候應該思考有無透過決定性的行為默示表示參加。單單由康柴爾成員的結合得不出默示表示造成特定法律效果的行為。<sup>122</sup>因此雇主方面由康柴爾所有的企業構成亦是有困難的。

### 第三項 企業契約

依照德國股份法第 15 條，企業的結合形式有五情形已如第二章第二節所述，其中的企業契約雖不一定構成康柴爾，但企業契約的建立往往是為了創造康柴爾核心的領導結構<sup>123</sup>。而對於勞動關係的影響主要為營業出租契約、營業讓與契約以及營業管理契約。

<sup>120</sup> Henssler, Der Arbeitsvertrag im Konzern, 1983, Duncker & Humblot, Berlin, S. 40.

<sup>121</sup> Henssler, Der Arbeitsvertrag im Konzern, 1983, Duncker & Humblot, Berlin, S. 41.

<sup>122</sup> Henssler, Der Arbeitsvertrag im Konzern, 1983, Duncker & Humblot, Berlin, S. 41.

<sup>123</sup> Richardi, in : Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2009, C. H. Beck, § 23 Konzern als Organisationseinheit des Arbeitsrechts Rn. 10.

### 第一款 營業出租契約 (Betriebspachtvertrag)

出租人藉由營業出租契約的締結讓與出租人企業的營業給承租人占有和使用，而且開啟了這個可能性，承租人以自己之名義和自己風險的利益管理出租公司的營業。契約的標的是整個公司的營業。一個勞動法意義的廠場不是該契約的目的，而是整個企業可利用的基石。如果出租人讓與營業予承租人，讓承租人經營自己的企業，此時才存在一個企業契約；這是不足夠的，只有一個廠場或部分廠場被出租。營業出租契約的客體不是廠場，而是出租人的整個企業。如果企業把自己分割成多個廠場，出租人在股份法第 292 條第 1 項第 3 款意義下的營業讓與契約就必須讓與出租人企業所有的廠場給承租人使用與占有。營業出租契約對於勞動法的影響為，與出租人存在的勞動關係在營業出租契約移轉到承租人。此時適用德國民法第 613 條之 1。<sup>124</sup>

### 第二款 營業讓與契約 (Betriebsüberlassungsvertrag)

營業讓與契約應予營業出租契約加以區分，在營業讓與契約時，受讓人雖然如同在營業出租契約為自己利益之計算，然而與之相較，受讓人是以讓與公司的名義而不是如同營業出租契約時以自己之名義。在此時民法第 613 條之 1 既不直接也不相應的適用。雇主毋寧仍是讓與公司。受讓人對於勞工僅是作為讓與人的代理人。<sup>125</sup>

### 第三款 營業管理契約 (Betriebsführungsvertrag)

在營業管理契約時，讓與公司 (業主公司, Eigentümergesellschaft) 委託其他公司 (營業管理公司, Betriebsführungsgesellschaft) 為了讓與公司的計算管理讓與公司的營業，在此不重要的是，是否以營業管理公司的名義或讓與公司的名義。這種的營業管理契約不需要涉及整個公司，契約客體可以是固定分離的企業部門，特別是在勞動法意義的廠場。<sup>126</sup>

<sup>124</sup> Richardi, in : Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2009, C. H. Beck, § 23 Konzern als Organisationseinheit des Arbeitsrechts Rn. 11-12.

<sup>125</sup> Richardi, in : Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2009, C. H. Beck, § 23 Konzern als Organisationseinheit des Arbeitsrechts Rn. 11-13.

<sup>126</sup> Richardi, in : Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2009, C. H. Beck, § 23 Konzern als Organisationseinheit des Arbeitsrechts Rn. 14.

如果營業管理公司不是以自己的名義而是以業主公司的名義經營，勞動關係並不是存在於營業管理公司，而是業主公司。營業管理公司承擔作為雇主的權利，但雇主的權利卻不是他自己所擁有的。這也適用於勞動法指示權的執行。營業管理公司以業主公司的名義管理，與業主公司存在契約關係。營業管理公司並非如同借用勞動關係的借用人執行自己權利的指示權；因為業主公司讓與營業管理公司業主公司的廠場，反之在借用勞動關係勞工被派到其他廠場，亦即借用人的廠場。<sup>127</sup>

相對的，如果營業管理公司以營業管理公司的名義僱用勞工，它自己就是雇主。如果勞工過去與業主公司締結勞動契約，如同在營業出租契約時，應適用民法第 613 條之 1；勞工隨著企業契約的締結進入與營業管理公司的勞動關係中。民法第 613 條之 1 的應用在這種情形不允許危險分配變成勞工負擔；因營業管理公司經營企業不是為自己而是為了讓與公司計算。尤其要考量，如果讓與公司讓與它的廠場給兩個或更多個營業管理公司。在此讓與公司行使一個康柴爾領導情形，只要對於企業經濟的可流通性或如同在終止保護法中繼續僱用可能性勞動法占有重要地位時，不能僅根據營業管理公司作安排。<sup>128</sup>

如果康柴爾上層公司與一個隸屬於它的公司締結營業管理契約(母公司管理子公司營業)，康柴爾的領導權有勞動法的影響。如果康柴爾上層公司作為營業管理公司以它的隸屬康柴爾的名義經營該企業，勞工的契約關係停留在讓與公司。如果營業管理公司僅是以隸屬康柴爾企業的名義經營；因為營業管理公司作為康柴爾上層公司有康柴爾領導權，而且基於營業經營契約的基礎甚至自己經營該企業，只要企業涉及經濟可流通性或僱用可能性，不僅勞動關係於讓與的業主公司是肯定的，在此康柴爾上層公司亦應包括在內。如果從屬公司基於營業管理契約讓與從屬公司的廠場給康柴爾上層公司，儘管從屬公司在法律上獨立性，仍如同康柴爾上層公司的非獨立廠場處理。<sup>129</sup>

---

<sup>127</sup> Richardi, in : Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2009, C. H. Beck, § 23 Konzern als Organisationseinheit des Arbeitsrechts Rn. 15.

<sup>128</sup> Richardi, in : Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2009, C. H. Beck, § 23 Konzern als Organisationseinheit des Arbeitsrechts Rn. 16.

<sup>129</sup> Richardi, in : Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2009, C. H. Beck, § 23 Konzern als Organisationseinheit des Arbeitsrechts Rn. 17.

### 第三項 穿透責任 (Durchgriffshaftung)

資合公司 (Kapitalgesellschaft) 的股東，尤其是責任有限公司 (GmbH)、股份公司 (Aktiengesellschaft)、合作社 (Genossenschaft)，原則上對於公司的債務不負責任。法人責任的法律圖像意味著，法人的權利和義務並非同時是它的成員的。只有在例外的情形法人的責任才會追到個別股東。穿透責任也只有在例外的情形才能合理的適用，即法人的法律圖像在個別情形被以違反法規範目的的方式使用時。<sup>130</sup>

#### 第一款 契約康柴爾

在契約康柴爾，康柴爾上層公司對於股份公司債權人的責任可能得出於股份法第 301 條、第 302 條。<sup>131</sup>而根據該二條合併觀之，在存在控制契約或盈餘輸納契約的情形，如果契約執行期間產生的任何年度虧損沒有被契約執行期間劃入其他盈利儲備金中的款項所彌補時，契約他方應對該項虧損進行補償。另外在從屬公司將其營業出租或讓與控制企業的情況下，如果協議的對等支付沒有達到適當的補償數額，控制企業應對契約執行期間產生的年度虧損進行補償。

#### 第二款 事實康柴爾

依據聯邦最高法院早期的見解，責任有限公司唯一股東和持多數股股東，此人同時是該公司唯一執行董事且自己亦從事個體商業經營時，如果他以不適當的考量從屬公司的個別利益的方法行使康柴爾領導權，原則上按照適格康柴爾的範圍內的責任規則負責 (類推股份法第 302 條、第 303 條)。但此見解已為聯邦最高法院及聯邦勞動法院所揚棄。<sup>132</sup>

<sup>130</sup> Rolfs, in : Blomeyer/Rolfs/Otto, Gesetz zur Verbesserung der betriebl. Altersversorgung, 5. Aufl. 2010, C. H. Beck, Anhang zu § 1 Die Durchführungsformen im allgemeinen Arbeitsrecht Rn. 273f.

<sup>131</sup> Rolfs, in : Blomeyer/Rolfs/Otto, Gesetz zur Verbesserung der betriebl. Altersversorgung, 5. Aufl. 2010, C. H. Beck, Anhang zu § 1 Die Durchführungsformen im allgemeinen Arbeitsrecht Rn. 278.

<sup>132</sup> Rolfs, in : Blomeyer/Rolfs/Otto, Gesetz zur Verbesserung der betriebl. Altersversorgung, 5. Aufl. 2010, C. H. Beck, Anhang zu § 1 Die Durchführungsformen im allgemeinen Arbeitsrecht Rn. 278; Linck, in : Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch: Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis, 13. Aufl. 2009, C. H. Beck, S. 266.

依據聯邦最高法院近期的見解，責任有限公司股東對公司債務負個人的責任，如果他不考量公司財產的特定用途，且透過公開或隱藏的取出該公司對於其履行債務必要的財產價值而無適當的補償（所謂存在毀滅性的干預 *existenzvernichtender Eingriff*）。如果股東掌握公司託付且作為責任財產的必要財產，並且他透過公司造成一種狀態：公司的債務不再能夠被滿足或者僅能在更小的範圍內被滿足，他即濫用了有限公司的法律形式。因此他原則上喪失引用有限責任公司法（*GmbHG*）第 13 條第 2 項的責任限制的權利，只要他使公司總共遭受的不利益不再用數量表示且因此透過依據有限責任公司法第 30 條、31 條的請求權已經不能被補償。<sup>133</sup>

聯邦最高法院在 2007 年 7 月 16 日的判決已放棄這種以法律形式的濫用為出發點責任圖像獨立自主的概念。<sup>134</sup>作為代替，法院把股東存在毀滅責任聯繫於在債權人利益中有使用目的限制的公司財產的濫用損害，並且將之歸類於—對於公司損害賠償法內部責任的形式—單獨在民法第 826 條作為一個屬於「非法故意加損害於他人」特別案件類型。損害賠償請求權基於存在毀滅責任根據民法第 826 條與基於有限責任法第 30 條、第 31 條的賠償請求權並不具有補充性；如果要區分的話，毋寧在它們之中存在請求權競合。<sup>135</sup>

依據聯邦最高法院的見解，在事實上有限責任康柴爾唯一股東並不因此導致在公司法中康柴爾法的責任系統，從屬有限責任公司的保護毋寧是限於資本存量的維持以及存在保護的保證，存在保護要求適當的考量有限責任公司的個別利益。一個關於有限責任公司法第 31 條第 3 項股東對於公司出資責任落空被納入考量，如果在公司財產的撤資時對於公司債務運作能力的維持並無適當的考量且因此導致公司的破產。<sup>136</sup>

---

<sup>133</sup> Linck, in : Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch: Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis, 13. Aufl. 2009, C. H. Beck, S. 267; Müller-Glöge, in : Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, C. H. Beck, BGB § 611 Vertragstypische Pflichten beim Dienstvertrag Rn. 246; Röller, in : Küttner, Personalbuch 2011, 18. Aufl. 2011, C. H. Beck, Konzernarbeitsverhältnis Rn. 6.

<sup>134</sup> BGH, 16. 7. 2007 - II ZR 3/04: \* Änderung des Haftungskonzepts zum existenzvernichtenden Eingriff – Trihotel, NJW 2007, Heft 37, 2689.

<sup>135</sup> Linck, in : Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch: Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis, 13. Aufl. 2009, C. H. Beck, S. 267; Müller-Glöge, in : Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, C. H. Beck BGB, § 611 Vertragstypische Pflichten beim Dienstvertrag Rn. 247.

<sup>136</sup> Linck, in : Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch: Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis, 13. Aufl. 2009, C. H. Beck, S. 267.

#### 第四項 企業老年照顧

對於企業老年照顧 (betriebliche Altersversorgung) 的請求權原則上只有僱用勞工的康柴爾企業始負責任，而不是康柴爾其他企業或母公司。<sup>137</sup>但如果康柴爾的母公司給予從屬子公司勞工退休金承諾，母公司即可能負擔退休金的義務。<sup>138</sup>

企業年金法 (Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung, BetrAVG) 第 16 條雇主每三年應該審查企業老年照顧的持續給付的調整，而且對此依公平裁量決定。雇主是與勞工締結勞動契約的企業，在企業年金法中也適用法人格獨立之原則。基於法人格獨立的原則，康柴爾企業的照顧承諾原則上並不會使康柴爾其他企業負擔照顧義務。<sup>139</sup>如果給予工作的康柴爾企業作為照顧債務人，基於經濟地位並不能夠從收益和增值中支付調整利率，例外的取決於控制公司的經濟狀況<sup>140</sup>。此計算穿透 (Berechnungsdurchgriff) 應該滿足兩個要件：<sup>141</sup>

-在照顧債務人 (即僱用勞工之康柴爾企業) 和控制公司之間一個緊密的康柴爾聯繫必須存在。如果一個控制契約或盈餘輸納契約存在，這個要件是滿足的。然而這也足夠，如果企業事實上掌握且持續管理照顧義務人的交易。

-另一個對於計算穿透是必要的，關係企業領導權以這樣的方法被執行，沒有適當的考量從屬公司的利益而且因此造成照顧義務人給付能力的缺乏。

<sup>137</sup> Rolfs, in : Blomeyer/Rolfs/Otto, Gesetz zur Verbesserung der betriebl. Altersversorgung, 5. Aufl. 2010, C. H. Beck, BetrAVG § 4 Übertragung Rn. 38.

<sup>138</sup> Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch: Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis, 13. Aufl. 2009, C. H. Beck, S. 762.

<sup>139</sup> Rolfs, in : Blomeyer/Rolfs/Otto, Gesetz zur Verbesserung der betriebl. Altersversorgung, 5. Aufl. 2010, C. H. Beck, Anhang zu § 1 Die Durchführungsformen im allgemeinen Arbeitsrecht Rn. 268.

<sup>140</sup> Röller, in : Küttner, Personalbuch 2011, 18. Aufl. 2011, C. H. Beck, Konzernarbeitsverhältnis Rn. 7.

<sup>141</sup> Richardi, in : Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2009, C. H. Beck, § 23 Konzern als Organisationseinheit des Arbeitsrechts Rn. 35; Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch: Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis, 13. Aufl. 2009, C. H. Beck, S. 777; BAG, 04.10.1994 - 3 AZR 910/93 : Betriebsrentenanpassung im Konzern, NZA 1995, Heft 8, 368.

此外聯邦勞動法院認為在以下兩種情形，應由康柴爾母公司負擔子公司勞工的老年照顧責任：<sup>142</sup>

-如果照顧債務人並非有權利勞工直接的勞動契約當事人之一方，因為康柴爾母公司管理一個集中的退休共同基金（Unterstützungskasse），該退休共同基金提供子公司勞工康柴爾統一的照顧給付；

-如果勞工從具有照顧承諾的康柴爾母公司被派到國外的子公司，儘管勞工與該子公司締結契約，然而子公司並不當然發生照顧義務，若嗣後康柴爾母公司破產，母公司之年金保障團體（Pensions-Sicherungs-Verein）仍須承擔該勞工之照顧期待（Versorgungsanwartschaft）。

#### 第五項 繼續僱用義務<sup>143</sup>

解僱保護原則上不能延伸到康柴爾層次，因為特別重要康柴爾相關調職義務經常被否定。康柴爾相關調職義務可能只有在特別的契約情形被肯定。聯邦勞動法院使用雇主相關調職義務的想法，此義務雖然無疑地限於廠場和企業，然而經常不能延伸到康柴爾其他企業。一個康柴爾相關的調職義務原則上與康柴爾的獨立性衝突。有終止打算的雇主必須已有事實和法律的可能性，在康柴爾其他企業安置勞工。在這樣的觀點下聯邦勞動法院仍對於康柴爾相關的繼續僱用義務維持例外的可能，此義務導致針對雇主契約的工作位置提供請求。造成的例外，依據信賴保護原則的解釋，是可想見的：<sup>144</sup>

1. 契約訂立之初即規定，勞工為了企業領域或康柴爾領域被僱用；
2. 勞動契約清楚地約定康柴爾範圍的調職；
3. 康柴爾已經明示繼受勞工；
4. 雇主承諾，企圖讓康柴爾其他廠場繼受勞工。

<sup>142</sup> BAG, 06.08.1985 - 3 AZR 185/83 : Insolvenzschutz im Konzern mit Auslandsgesellschaften (Ls.), NZA 1986, Heft 6, 194.

<sup>143</sup> 詳見第六章第三節第二項。

<sup>144</sup> Preis, in : Stahlhacke/Preis/Vossen, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 8. Aufl. 2002, C. H. Beck, Rn. 1014.

### 第三節 本文見解

勞動法下所謂雇主之概念誠然有兩種面向，一種為勞動契約相對人之雇主概念，另一種是作為負有勞動保護法責任之雇主概念，在探討雇主概念時，此二者之區別不宜混淆。就勞動保護面向而言，只要其僱有勞工，該自然人或法人即負有勞動保護法所賦予之義務，至於其是否與發生爭議之勞工具有勞動契約關係要非所問，蓋此勞動保護義務乃是基於其雇主地位而課其公法上之作為或不作為義務，故對於其與發生爭議之勞工是否具有勞動契約應非重點，換言之，關係企業之構成並不會影響各該雇主依法所負之勞動保護義務。

#### 第一項 關係企業對功能性雇主概念的影響

勞動基準法功能性雇主的概念，亦不受關係企業之成立所影響，該功能性雇主之概念，必為行使雇主權能之自然人，惟需探究者，乃是賦予雇主權能之雇主為何人？此在雇主為法人之情形特別重要。在台塑總管理處案，最高法院 90 年台上 308 號判決亦是從此功能性雇主之概念為出發，認為總管理處以王永慶之名義所發出之調職命令，由於王氏為勞工受僱公司（南亞公司）之董事長，又董事長該當功能性雇主之定義，故該調職命令即屬勞工勞動契約雇主（南亞公司）所發出命令。

#### 第二項 關係企業對勞動契約雇主概念的影響

##### 第一款 原則—法人格獨立

就關係企業是否影響到勞動契約雇主概念之問題，姑且不論限制行為能力或無行為能力之自然人之問題，勞動契約之主體須有權利能力，始能享受權利負擔義務，故原則上亦只有具權利能力之自然人或法人始有成為勞動契約雇主之可能。德國學說及實務亦是持此見解。<sup>145</sup>基此，就現行法而言，並未承認關係企業整體具有法人格，故其不能成為勞動契約之主體乃屬當然。

<sup>145</sup> Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, 12. Aufl. 2010, C. H. Beck, BetrVG § 1 Errichtung von Betriebsräten Rn. 97; Richardi, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2009, C. H. Beck, § 23 Konzern als Organisationseinheit des Arbeitsrechts Rn. 1; Ziemann, in: Moll, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2009, C. H. Beck, § 74 Das Urteilsverfahren Rn. 1; Deinert, in: Kittner/Zwanziger(Hrsg.), Arbeitsrecht Handbuch für die Praxis, 5. Aufl. 2009, Bund-Verlag, § 5 Rn. 65; Rolfs, in: Blomeyer/Rolfs/Otto, Gesetz zur Verbesserung der betriebl. Altersversorgung, 5. Aufl. 2010, C. H. Beck, BetrAVG § 16 Anpassungsprüfungspflicht Rn. 206.

退一步而言，即使承認關係企業整體得做為勞動契約之雇主，但關係企業整體並非一成不變的概念，它毋寧是一個動態的概念，申言之，一公司對於他公司持有過半之表決權股份或過半之出資額，以及相互投資之情形，是有可能發生變動的，例如股份的出讓，使得控制公司與從屬公司脫離形式上控制從屬關係，或者脫離相互投資；又例如股份的購買，使得新公司被納入關係企業的範圍，若採肯定之見解，即使得勞動契約之相對人—雇主方面—陷於不確定。

或有論者認為，關係企業的整體可以用勞工與其中一企業訂約時的關係企業範圍為界定。<sup>146</sup>不可否認，以這樣的特定時點的界定方式，是可以確定關係企業整體的範圍，但是如此的界定方式仍會面臨到其後關係企業範圍會有所變動之情形，如對於新加入關係企業者，或許可以認為其不算在該勞工雇主之範圍；然而，若是退出關係企業者，是否仍屬於該勞工雇主範圍即不無疑義。

另一方面，勞工得否與關係企業中任一公司締結勞動契約，即屬已與關係企業中所有公司皆締結勞動契約，如同本章第二節第二項之解釋，此在德國亦認為是有疑義的，一方面透過代理之解釋，通常與勞工締結勞動契約之公司並沒有代理之意思，一方面透過契約參加之解釋，亦難得出關係企業其他公司有契約參加之意思。故在現行法下，仍應回到一般契約之法理，由關係企業個別公司與勞工締結勞動契約，且亦只有與之締結勞動契約之公司，始為勞動契約之雇主。此看法亦有我國多數學說、行政主管機關、多數法院以及德國法實務與學說所支持。關係企業的構成，亦不足以影響此契約之結構，在垂直關係企業雖然可能在外觀上有控制公司影響從屬公司與從屬公司勞動契約之情形，而混淆究竟何人為勞動契約之雇主（詳見下述），但在平行關係企業更能彰顯各該勞動契約之獨立性。

綜上，本文認為在我國仍是以法人格獨立說較為可採，而實質企業說原則上否認關係企業中公司的法人格，而以關係企業整體作為勞動契約的對象，似乎有商榷的餘地，理由如下：1.我國法目前未承認關係企業整體具有法人格，從而關係企業整體並不能享受權利、負擔義務，並不能作為勞動契約之當事人；2.即使承認關係企業得做為勞動契約之雇主，但關係企業處於動態的變動，隨時有可能

---

<sup>146</sup> 陳建文，關係企業勞工退休金請求對象爭議／高院97勞上39，台灣法學雜誌，第122期，2002年2月15日，頁178。

有新的公司被納入或舊的公司被排除，使得勞動契約之雇主陷於不確定；3.回到關係企業個別公司作為雇主，但透過契約參加或代理，由於往往缺乏契約參加之意思或缺乏代理之意思，勞工即不可能與關係企業中所有的公司同時成立勞動契約。

不可否認的，即使在關係企業中以個別具有法人格之公司作為勞動契約之雇主，仍不能避免關係企業控制公司對於從屬公司與從屬公司勞工之勞動契約施加影響，但此時應認為，關係企業控制公司基於其對於從屬公司之控制力，施加控制之對象為從屬公司，再由從屬公司對於其所屬勞工產生勞動契約之影響，當然，若屬於變更勞動契約之情形，仍須由從屬公司—即勞動契約之雇主，與勞工合意變更之，控制公司此時並非勞動契約之當事人，自無對於他人間之法律關係有置喙之餘地。此外關係企業中各公司之董事長由同一自然人所兼任亦所在多見，此時由於該自然人對於關係企業中各公司而言皆該當功能性雇主之概念，換言之該自然人得行使對於各公司所屬勞工之雇主權限，乃屬當然。

## 第二款 例外

### 第一目 關係企業中公司間具有公司契約

德國在契約康柴爾何人為雇主的認定上，雖然我國公司法並未明定此種關係企業形式，惟如果關係企業中各公司間有類似契約之情形，德國之見解即有可供參考之處：

1.在營業出租契約之情形，由於承租人是自己之名義和自己風險的利益管理出租公司的營業，因而承租人應自己僱用勞工，從而勞動契約存在於承租人與受僱於承租人之勞工間。但對於受僱於出租人之勞工而言，此時參考德國民法第613條之1之規定，使得承租人承受出租人與其勞工之勞動契約關係；

2.在營業讓與契約之情形，受讓人是以讓與公司之名義經營，是故受僱於讓與公司勞工之雇主仍為讓與公司，而受讓人僅是讓與公司之代理人；

3.在營業管理契約之情形，此時視營業管理公司是以何人之名義為經營，若以業主公司名義經營，則勞動契約關係存於勞工與業主公司間；若以自己名義經營（營業管理公司），則勞動契約關係存於勞工與營業管理公司間，而業主公司

之勞工因適用德國民法第 613 條之 1 之故，亦轉移勞動契約關係於營業管理公司。此在關係企業特殊的考量為，如果控制公司利用控制力使從屬公司與其締結營業管理契約，在以從屬公司（即業主公司）名義經營時，勞動契約不僅存於從屬公司與勞工間，亦應將控制公司包括在內。

## 第二目 法人格否認

關係企業之構成基於我國法律並未賦予其法人格，從而關係企業整體不得作為勞動契約當事人一方之雇主；他方面由關係企業中所有公司與勞工皆構成契約關係（數個勞動契約），或者關係企業中所有公司皆參加與勞工之契約（一個勞動契約）之情形，則通常缺乏代理行為或參加之意思而不構成，故原則上對於勞動契約雇主概念不生影響，勞動契約之雇主仍是與勞工締結契約之個別關係企業中公司，因而原則上亦只有與勞工締結勞動契約之個別公司，始負擔勞動契約上之權利義務。

在此意義下，與勞工締結勞動契約之雇主，因與關係企業其他公司為不同之法人格，從而不得將勞工於關係企業間之調職當作同一法人格下之調職處理，而必須以不同法人格間之調職加以處理，此時不同法人格間之調職，由於可能涉及勞務請求權讓與第三人或勞動契約雇主發生變更之情形，是故與勞工締結勞動契約之雇主不當然基於勞動契約有調職權。而於勞動契約或其他約定有關係企業調職條款之情形，上一章關係企業之定義即成為該關係企業調職範圍之限制，或者在於約定雇主有關係企業的安置義務時，上一章關係企業之定義即成為安置義務之範圍。

在例外的情形，仍可藉由法人格否認理論或其他理由，使非勞動契約之雇主負擔其他公司與其從屬勞工之勞動契約雇主責任。法人格否認理論主要適用於垂直關係企業，但究竟在何種情形始否認從屬公司之法人格，而使控制公司負擔一部或全部之他人勞動契約雇主責任，我國、美國、日本，以及德國則有不同之見解。美國法上主要是以公司法人格被用於不法行為時，否認公司之法人格，而使控制股東或公司對於從屬公司之債務負責；日本法則是區分為法人形骸化與法人格濫用之類型，於構成該二種情形之一時，否認從屬公司之人格；德國法在契約康柴爾則有明文規定控制公司應負責任之情形，而在事實康柴爾，法院已從法人格形式被濫用的想法，改為股東構成非法故意加損害於他人之侵權行為類型。而即使在事實上有限責任康柴爾僅存在唯一股東之情形，法院亦不認為當然應否

認從屬公司之法人格。

比較美日德三國實務之見解，皆承認在控制公司基於不法目的操縱從屬公司，而導致從屬公司勞工基於勞動契約之債權無法滿足時，否認從屬公司之法人格，使控制公司負擔從屬公司與從屬公司之勞工勞動契約一部或全部之雇主責任。在法人格是否形骸化而否認法人格方面，德日兩國似乎有不同見解，德國在唯一股東之情形，如上所述，並未因此即當然認為公司之法人格被否認，然此時公司既只有唯一股東，甚難想像該公司之人事、財務、業務執行上未被該股東實質支配或管理，從而若依日本法之解釋，此時構成法人形骸化，從而使得該公司法人格被否認，而與德國實務之見解有別。

本文認為，若僅因為二家公司具有實質控制關係即否認被控制公司（即從屬公司）之法人格，似有矯枉過正之疑，況且該實質控制關係應如何認定亦有疑義。申言之，若此時一概否認從屬公司之法人格，解釋上即把從屬公司當成控制公司其中一廠場或部門，由從屬公司所僱用之勞工當然成為控制公司之勞工，故由控制公司負擔所有從屬公司與其勞工間之權利義務，但此時既然基於實質控制關係即否認從屬公司之法人格，非但於勞動契約上應如此適用，因從屬公司之法人格已被否認，故從屬公司其他法律上的權利義務，例如公司法、稅法等亦應全由控制公司承擔。若依此解釋，公司法之法人格獨立原則以及股東有限責任原則將受到侵蝕，且對於經濟發展恐有負面影響。從另一方面來看，否認從屬公司之法人格若作為原則，對於從屬公司之勞工亦未必有利，此時若關係企業中有一公司有經營終止事由時，因為關係企業皆屬於同一法人格，故所有從屬公司之勞工皆有可能面臨被終止之命運。

### 第三目 其他情形

其他擴大勞動契約雇主義務或使非勞動契約雇主負擔他雇主勞動契約義務之理由，主要在於工作年資之計算與解僱保護。有關工作年資計算之問題，本文認為勞工在於關係企業內調職之工作年資應予合併計算（詳見第六章第一節）。而勞工於關係企業內的安置義務，參考德國之見解，主要得出於雇主之承諾、契約之性質，以及平等待遇、誠信原則等法理。（詳見第六章第三節）另外有關關係企業勞工調職前後勞動契約權利義務應由何人負擔的問題，由於關係企業之構成並不影響各公司之法人格，從而勞動契約之權利義務原則上仍存於勞工和與之締結勞動契約之公司間，契約應予遵守（*Pacta sunt servanda*）之原則於關係企

業調職問題上應有其適用，至於實際上勞動契約之權利義務將作如何之調整或不調整，亦於第六章討論。



## 第四章 調職的概念與類型

### 第一節 調職概念

#### 第一項 概說

所謂調職，雖勞動基準法有類似之用語，<sup>147</sup>以及在未施行之勞動契約法中有類似之概念，<sup>148</sup>但並無法律之定義。國內學說上有稱為調職者，<sup>149</sup>有稱為調動者，<sup>150</sup>，有並稱調職調動者，<sup>151</sup>有稱為人事調動或人事異動者。<sup>152</sup> <sup>153</sup>國內實務上亦有分歧之稱呼，例如內政部（74）台內勞字第 331013 號函即以「調動」來稱呼此種情形，而在行政院勞工委員會（79）台勞福一字第 24507 號又以「調職」來稱呼。相同之情形，即不同之稱呼，亦可見於我國實務之判決。例如臺灣高等法院 92 年重勞上字第 2 號是採「調職」「調動」混用。亦有稱為「調派」、「調任」如最高法院民事判決 86 年台上字第 3638 號，並無固定之用語。上述對於調職、調動、人事異動、人事調動等稱呼，無非是一種事實的描述，而非精確的法律定義，而它所指的概念可能是單純涉及工作場所的變動，例如從一公司位於臺北的

<sup>147</sup> 例如勞動基準法第51條「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」；第57條「但受同一雇主『調動』之工作年資」等用語。

<sup>148</sup> 勞動契約法第9條：「勞動之給付地，依契約之所定，勞動者無移地勞動之義務。但於一地方同時有數營業所，並於勞動者無特別困難時，雇方得指定或轉移之。」

<sup>149</sup> 黃程貫，勞動法，國立空中大學，修訂再版，2001年，頁460。黃程貫，懲戒與調職／新竹地院98竹北勞小2，台灣法學雜誌，第150期，2010年4月15日，頁163以下。陳建文，「降級減薪之調職」與「虧損資遣之職位安置義務」／臺北地院98勞訴181，台灣法學雜誌，第168期，2011年1月15日，頁167以下。陳建文，調職問題的事理結構與法理思考／臺中地院九七勞訴一〇四，台灣法學雜誌，第141期，2009年12月1日，頁237以下。鄭津津，調職，月旦法學教室，第75期，2009年1月，頁8以下。劉士豪，調職之性質與程序／高院九七勞上易五三，台灣法學雜誌，第126期，2009年4月15日，頁223以下。劉志鵬，企業外調職（借調）之法律問題—臺北地院八十二年度勞訴字第七〇號判決評釋，收錄於氏著勞動法理論與判決研究，臺北：元照，初版，2002年，頁206以下。郭玲惠，金融控股公司與企業併購對於勞工勞動條件保障之初探—以調職為例，律師雜誌，第291期，12月號，2003年12月，頁16以下。吳姿慧，調職合法性之審查原則與雇主之懲戒關係／高院98勞上21，台灣法學雜誌，第158期，2010年8月15日，頁186以下。

<sup>150</sup> 林炫秋，關係企業間勞工之調動與勞工之同意權—評高雄地方法院八十二年度雄簡字第五二五號暨勞簡上字第第六號判決，收錄於勞動法裁判選輯（二），臺北：元照，1999年12月，頁54。

<sup>151</sup> 黃程貫/林佳和，調動調職與企業經營之必要性／最高法院判決98台上600，台灣法學雜誌，第129期，2009年6月1日，頁207以下。

<sup>152</sup> 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，臺北：新學林，二版，2009年9月，頁146。（此部分由邱駿彥執筆）

<sup>153</sup> 有論者稱之為遷調者，參見傅士瑛，集團人力資源遷調制度之探討—以台灣五製造業集團個案為例，國立中山大學人力資源管理研究所碩士論文，2007年，頁17。

A 工廠調到位於桃園的 B 工廠，但是同樣從事研磨零件之工作；也可能指的是仍在同一地點上，但是從 A 部門調至 B 部門，例如原本從事會計調到人事部門。亦有可能工作場所及工作內容皆變動，例如從臺北總公司會計部調到桃園分公司人事部，以上三個例子是關於企業內調職的描述。實務上亦有不同企業間調職的現象，例如從 A 公司調至 B 公司，工作場所改變從事相同或不同之工作。

從事實面向來看，在過去調職通常存在於企業內：在公司，指在同一法人下變動工作內容或工作場所；在獨資、合夥、合作社或其他個人，指的是在同一獨資、合夥、合作社或其他個人下變動工作內容或工作場所。近年來受到企業經營多角化之影響，調職已不再侷限於以往在同一法人下變動工作內容或工作場所，或者是在同一獨資、合夥、合作社或其他個人下變動工作內容或工作場所，可能是從一法人調到他法人、獨資、合夥、合作社或其他個人下從事工作。調職的目的不能一概而論，可能是基於人力的調配、解僱的迴避、勞工能力的培養，或者基於不當的目的，例如基於勞工具有工會會員身分而對之進行調職之不當勞動行為。姑且不論是基於何種目的被調職，調職往往對被調職的勞工造成一定的影響，例如工作場所的轉換，可能使勞工必須離開原來之住所而與家人分離，更有甚者，可能使得勞工必須舉家遷移，使得全家人都必須重新適應新的環境—無論是在職場或學校上。即使不轉換工作場所而僅轉換工作內容，勞工亦須重新適應新的工作內容，而導致勞工在適應時間內工作效率之低落，造成勞工身心上的影響。在企業外的調職，亦可能發生勞務給付對象或勞動契約發生變更的情形。故調職對勞工而言，毋寧是個重要的課題。

## 第二項 我國學說對調職概念的定義

由於我國法並沒有針對調職做一個明確的法律定義，是故對於調職之定義，主要是由學說發展而成，整理國內學者之見解，大致有以下見解：

學者黃程貫認為：「調職乃是雇主對員工人事配置上之變動，係企業人事管理、運作上之頗為常見的現象，通常同時帶有職務內容或工作場所之變動，且此一人員配置之變動亦須具有一定之相當時間的持續性始可，若是基於臨時性或短期性之特定需求，而派令勞工前去支援或出差，則應非調職問題。」<sup>154</sup>

<sup>154</sup> 黃程貫，勞動法，國立空中大學，修訂再版，2001年，頁460-461。

學者林炫秋認為：「勞工應依勞動契約對其雇主提供勞務給付。但勞動契約中有關工作場所、工作內容有時並非明確，而有待於雇主之指示。在同一事業單位內，勞工的工作場所及工作內容可能發生變動，即俗稱的工作場所的調動、職務的調動。勞工依契約或依雇主的指示，也可能長期不在自己雇主的事業單位提供勞務給付而至其他事業主的事業單位提供勞務給付，甚至更進一步完全脫離原雇主的事業單位之歸屬性，而成為其他事業主的勞工，此通稱為『勞工的調動』。」

155

學者劉志鵬就企業內調職作定義：「同一企業內，長期性地變更勞工之職務內容、職務種類或工作場所而言。」<sup>156</sup>學者陳建文則以：「調職乃雇主對員工人事配置上之變動。」<sup>157</sup>

學者郭玲惠認為：「傳統上所稱之『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。」<sup>158</sup>惟郭玲惠氏亦將金融控股公司之下各子公司間發生併購時，被存續或新設公司留用之勞工亦視為調職。<sup>159</sup>

學者邱駿彥認為：「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，而且此變更需為相當長一段期間，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。」<sup>160</sup>

### 第三項 德國調職概念的定義

相較於我國對於調職並沒有法律上的定義，德國於企業組織法（Betriebsverfassungsgesetz, BetrVG）第95條第3項對於調職的定義為：「本法意義下的調職為配置到其他勞動領域（Arbeitsbereich），預計期間超過一個月或涉

<sup>155</sup> 林炫秋，關係企業間勞工之調動與勞工之同意權—評高雄地方法院八十二年度雄簡字第五二五號暨勞簡上字第六號判決，收錄於勞動法裁判選輯（二），臺北：元照，1999年12月，頁54。

<sup>156</sup> 劉志鵬，論企業內調職，收錄於勞動法裁判選輯（一），臺北：元照，1999年12月，頁241。

<sup>157</sup> 陳建文，調職問題的事理結構與法理思考／臺中地院九七勞訴一〇四，台灣法學雜誌，第141期，2009年12月1日，頁240。

<sup>158</sup> 郭玲惠，金融控股公司與企業併購對於勞工勞動條件保障之初探—以調職為例，律師雜誌，第291期，12月號，2003年12月，頁16。

<sup>159</sup> 郭玲惠，金融控股公司與企業併購對於勞工勞動條件保障之初探—以調職為例，律師雜誌，第291期，12月號，2003年12月，頁23-24。

<sup>160</sup> 邱駿彥，僱用調整目的下的勞動契約變動之法律問題探討（下），華岡法粹，第44期，2009年7月，頁5-6。

及情形有顯著的變更，在這兩種情形下給付勞務。如果勞工按照他勞動關係的特徵通常沒有在一個固定的工作位置（Arbeitsplatz）從事工作，那麼每一次工作位置的特定就不是調職。」而企業組織法第 95 條第 3 項調職的規定，會聯繫到同法第 99 條第 1 項員工代表會（Betriebsrat）的人事事務的參與，只要該企業經常僱用有選舉權的勞工在 20 人以上，在每一次的調職前都必須告知員工代表會、遞交必要的文件以及給予當事人的訊息；雇主應該給予員工代表會計畫採取的方法影響的信息，而且對於計畫採取的方法得到員工代表會的同意。在調職時，雇主特別應該告知未來的工作地點。如果有該法第 99 條第 2 項之事由時，員工代表會可以拒絕同意。雖是如此，員工代表會的同意與否並非用以代替雇主的決定，而是客觀判斷的基準。<sup>161</sup>

勞動領域的概念關於工作位置不僅是空間的，也包括功能的觀點。配置到其他勞動領域也不只是地點的改變（Ortswechsel），也包括勞務給付情形的改變。<sup>162</sup> 三個元素構成勞動領域：工作的種類，勞務給付地點（Ort），以及勞工在企業組織的位置。並非每一個這種元素自身的改變就足以構成調職。毋寧必須要重大的改變。特別是在廠場中勞動地位（Arbeitsstelle）局部的改變，例如辦公室的搬遷，改到其他辦公桌，通常不意味著調職。<sup>163</sup> 工時長短和配置的改變不是調職，因為沒有造成勞動任務（Arbeitsaufgabe）內容的改變<sup>164</sup>。

上述企業組織法的規定，只是代表在構成企業組織法第 95 條第 3 項之情形時，必須有第 99 條員工代表會同意的程序性規定，並非員工代表會同意以後，即代表雇主在個別勞動契約上有權對勞工進行調職。<sup>165</sup> 因為個別勞動法並沒有對之定義，所以調職在個別勞動法並沒有特定的內容。契約形成的實務應用不同的調職概念，此調職概念對於企業組織法的評價沒有扮演任何角色。<sup>166</sup>

---

<sup>161</sup> Brox/Rüthers/Henssler, Arbeitsrecht, 17. Aufl. 2007, Kohlhammer, Rn. 937.

<sup>162</sup> Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2007, C. H. Beck, Rn. 210.

<sup>163</sup> Zöllner/Loritz/Hergenröder, Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2008, C. H. Beck, S. 538.

<sup>164</sup> Brox/Rüthers/Henssler, Arbeitsrecht, 17. Aufl. 2007, Kohlhammer, Rn. 945.

<sup>165</sup> Zöllner/Loritz/Hergenröder, Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2008, C. H. Beck, S. 538.

<sup>166</sup> Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2007, C. H. Beck, Rn. 215.

#### 第四項 本文對調職的定義

參考我國學者之見解，原則上不脫「工作場所、工作內容之變動」，然而如果不加上時間的因素，出差亦可能落入調職的範圍，申言之，出差雖亦未有法律的定義，但是出差一定涉及工作場所的改變，其可能出差到公司的其他分公司、其他公司、或者非公司之第三地，凡此總總皆一定涉及工作場所之改變。而調職可能涉及工作場所的變動，可能涉及工作內容的變動，亦可能工作場所、工作內容二者皆變動。因此如果在調職的定義上沒有加上時間因素，出差即落入調職的範圍。

德國個別勞動法雖然對於調職並沒有做定義，但是至少在法規範上可以找到企業組織法對於調職的法律定義，即調職到其他勞動領域超過一個月或情形有顯著變更；若基於工作特性工作地點本來就不固定者，其工作地點的確定通常不構成調職。

由此可知，國內在討論「調職」此一概念上似乎比德國的調職（*Versetzung*）概念為廣，國內的概念不但包括工作地點的變動，尚且包括工作內容之變動。<sup>167</sup>而德國對於調職的概念主要是涉及工作地點的變動。為限縮討論範圍，本文在調職的問題上，主要指的是工作地點的變動，將調職描述如下：「調職乃長期工作地點之顯著變更，有時亦伴隨著工作內容之變更；如依工作之性質工作地點本不固定者，該工作地點每次的特定非為調職。至於是否為長期或顯著，應依個別情形判斷之。」至於若僅變動工作內容而未涉及工作地點顯著變動者，應落入職務變動／職務異動的範圍，非本文所稱之調職。

此外於公司間發生併購之情形，雖有論者認為被留任之員工是屬於企業外調職。<sup>168</sup>此時是否構成調職，依本文對於調職之定義因為必然涉及工作地點之變動，是故被留任之員工若沒有工作地點之變動即不屬於本文所謂之調職。申言之，併

---

<sup>167</sup> 國內在使用調職一詞為討論範圍時，多指工作地點的變動為討論範圍。

<sup>168</sup> 郭玲惠，金融控股公司與企業併購對於勞工勞動條件保障之初探—以調職為例，律師雜誌，第291期，12月號，2003年12月，頁23-24。

購可以分為新設合併與存續合併，<sup>169</sup>設若有 A 與 B 二家公司，今日新設合併為 C 公司，原 AB 公司底下的員工如果新設合併後沒有被調動工作地點，此時僅是雇主之法人格變更之情形，與本文定義之調職無涉；若今日以 A 為存續公司，B 為消滅公司，此時 A 的員工之雇主人格並未變動，若無其他工作地點變動等情形，亦未構成本文之調職。就 B 公司的員工而言，因其雇主變更為 A 公司，若無其他工作地點變動等情形，亦僅是單純雇主人格變動之問題，和本文定義之調職有所出入。

### 第五項 調職概念的分類暨關係企業內調職的概念

調職之定義已如上述，惟其概念應可以在細分為企業內調職與企業外調職，前者為典型之調職，後者有學者借用日本之漢字稱之為「出向」。而出向依是否與原雇主勞動契約存續與否，再細分為「在籍型出向」、「轉籍型出向」。<sup>170</sup> 雖是如此，本文在區分上，仍採企業內調職與企業外調職來區分，<sup>171</sup>而關係企業的調職，本文認為應以關係企業個別法人格獨立為原則，故應歸類於企業外調職。企業內與企業外調職最大的差別即在於：企業外調職必定涉及工作地點的變更，而且該工作地點也脫離原雇主所得直接支配的範圍，而進入他雇主直接支配的範圍。

進一步言，所謂的企業內調職，除對勞工工作場所之變動，且此變動係屬長期外，應加上工作場所之變動限於一定範圍內；在獨資、合夥、合作社或其他個人的情形，限於該獨資、合夥、合作社或其他個人所直接控制的場域；在法人之情形，限於該法人所直接控制之場域。而所謂直接控制的場域包括廠場以及辦公處所。所謂企業外調職，就工作場所的變動而言，在獨資、合夥、合作社或其他個人的情形，工作場所變動到其他獨資、合夥、合作社、其他個人或法人所直接

<sup>169</sup> 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*，臺北：新學林，二版，2009年9月，頁217。（此部分由黃馨慧執筆）

<sup>170</sup> 邱駿彥，*調職法理之探討*，收錄於*勞動法裁判選輯（一）*，臺北：元照，1999年12月，頁29。亦有學者以休職型出向、長期出差型出向、配轉型出向、移籍型出向等四種類型者，參見，劉志鵬，*企業外調職（出向）之法律問題—臺北地方法院八十二年度勞訴字第七十號判決評釋*，收錄於*勞動法裁判選輯（二）*，臺北：元照，1999年12月，頁229。

<sup>171</sup> 邱駿彥，*調職法理之探討*，收錄於*勞動法裁判選輯（一）*，臺北：元照，1999年12月，頁29。張靜宜，*企業內調職問題之研究*，國立中正大學勞工研究所碩士論文，2000年，頁28。曾雅蘭，*勞工於企業外調職所生退休金問題之探討*，國立臺北大學法律學系碩士論文，2009年，頁13。陳逢源，*勞動法上人事異動之研究—以調職為中心兼論借調與轉雇*，國立中興大學法律學研究所碩士論文，1998年，頁2-3。

控制之場域；在法人的情形，工作場所是變動到獨資、合夥、合作社、其他個人或他法人所直接控制之場域。而關係企業的調職在承認法人格獨立的前提下，同於企業外調職之情形，只是所涉及的企業是屬於關係企業爾。<sup>172</sup>

## 第二節 調職與雇主指示權的關係<sup>173</sup>

### 第一項 雇主指示權的定義及性質

勞動契約為民法僱傭契約之一種，惟從民法僱傭契約章並未規定受僱人應服從僱用人之指示，依民法第 529 條之規定，「關於勞務給付之契約，不屬於法律所其他契約之種類者，適用關於委任之規定」，適用第 535 條「受人處理委任事務，應依委任人之指示」之結果，受僱人應服從僱用人之指示。而僱用人之指示其法律性質觀察，依學者黃越欽之見解，大體上可分為：<sup>174 175</sup>

<sup>172</sup> 以下本文所提到關係企業內調職指排除調職於自身分支機構、廠場內的調職。

<sup>173</sup> 國內亦有以指揮權稱「指示權」者，參見呂榮海，勞動法法源及其適用關係之研究，臺北：蔚理法律，2002年2月，頁333以下。

<sup>174</sup> 黃越欽，勞動法新論，臺北：翰蘆，修訂三版，2006年9月，頁195。

<sup>175</sup> 黃越欽氏進一步認為：「不論法律或命令，均只能就概括性原則加以規範，即使團體協約或經營協議，亦只能對原則性事項予以規定，要在僱傭契約中之一切詳情鉅細靡遺，事先作一完整之總預定，乃事實上所不可能，此亦本問題特別繁雜之原因。從法令之層次上來觀察，可分為三種不同規定：(1) 法律明文規定僱用人有指示權者；(2) 法律雖無明文但受僱人違反指示時可構成解僱之原因者，此等規定中僱用人無指示權，則其法律規定之效力豈不成為空言；(3) 有依地方習慣，僱用人有指示權者。由於以上法源，僱用人即可將其指示權具體化，其情形即如普通契約中對給付內容詳予規定者然，此即德國民法第315條規定之意義，不過此種情形對僱傭契約卻不見得能適用，蓋普通契約類型在成立之初或甫成立後即將給付內容予以確定，而僱傭契約則於成立時並無明確範圍，何者得依僱用人之指示於受僱人之勞務給付義務外，尚應詳予具體化。按繼續性契約本身性質上即有不斷產生契約上附屬義務之特色，僱傭契約亦然，吾人固然可以假定因此僱用人可對受僱人之給付時、給付地，進一步詳細規定，但究竟可作何種程度之實施方法的詳細規定，仍未明確，當然從法理上來界定其範圍，吾人可主張僱用人得以命令依給付之本旨對受僱人予以指示。當然有很多規範可以透過「就業規範」成為僱用人指示權之內容，因此吾人必須明確劃定界限，何種得以指示定之，此一界限明確後，則在此範疇內得為何種程度之形成？事實上指示權除法律有強制規定者外，並無限制，而既無法律規定，亦無團體協約規定，在契約中亦無規定之情形，即成為雇主之片面形成權矣……指示權應以勞務給付依契約本旨實現必要之具體化為限，凡逾而涉及勞動條件者，即不應歸屬於僱用人之指示權範圍內。蓋勞動條件乃是勞務給付之基礎，而非給付本身，勞務給付從受僱人地位觀察之，無非提出勞動力以從事生產工作，但非為自己之利益，而是為雇主之利益而已，與勞動者為自己之利益勞動時，其對勞動條件之改善，地位之向上的意願原應無異，故勞動者之從屬性，只以勞力給付之具體化為限，雇主在踰越此一界限外，對勞動條件之片面決定，顯然欠缺法理上的妥當性。」參見黃越欽，勞動法新論，臺北：翰蘆，修訂三版，2006年9月，頁197-198。黃氏採事實行為說，但又認為指示權除法律有強制規定者外，並無限制，成為雇主片面之形成權，似乎有矛盾之處。另指示權應勞務給付依契約本旨實現必要之具體化為限，值得肯定，而「逾而涉及勞動條件者，即不應歸屬於僱用人之指示權範圍內」，應指雇主之指示已逾越具體化的範圍，而涉及勞動條件之變更（或意圖變更），不屬

-事實行為說：僱用人之指示，無非即為對受僱人履行債務行為之指導，純屬於事實範疇，並非基於接受指示之人合意，故不具法律行為之性質，只有在對受僱人所作之重大決定性，諸如工作時間、地點等勞動條件之指示時，始有法律行為可言。此說為黃越欽氏所採。<sup>176</sup>

-法律行為說：僱用人之指示係僱用人行使基於僱傭契約取得之形成權。因此認為指示權乃僱用形成權之一部分。<sup>177</sup>

-法律上有意義之行為說：僱用人之指示權係僱用人對受僱人之事實上的優勢，故其行為乃是一種法律上有意義之行為而已，尚不能認係法律行為。<sup>178</sup>

-法規制定說：雇主之指示權乃是一種對勞資關係制訂法律之權。<sup>179</sup>

若將雇主之指示定位為一種事實行為，即應該從事實行為之定義著手，而事實行為其法律的定義為「無庸表現內心的意思內容，即可發生效果的行為，也就是說，只要事實上有此行為，即生法律上效果，行為人有無取得此種法律效果的意思，在所不問」。<sup>180</sup>以此觀之，雇主之指示必須表現內心的意思內容，即不屬事實行為。退萬步言，若肯定雇主之指示為事實行為，因事實行為不適用意思表示之規定，亦非權利之行使而不受法律評價，對勞工誠屬不利；若採法律行為說，認為雇主之指示是一種形成權，即雇主單方面意思表示即可變動法律關係，法律

---

於僱用人之指示權範圍內。但雇主經指示（即具體化後）後，此指示是否即成為勞動條件之一部而不得再指示即不無疑義。

<sup>176</sup> 黃越欽，勞動法新論，臺北：翰蘆，修訂三版，2006年9月，頁196-197。

<sup>177</sup> 黃氏對之的批評為：「此說並不能正確說明命令權之性質，蓋形成權並無繼續性，一次行使改變法律關係後即行消滅，同時不能撤回，如認為僱用人基於僱傭契約即有無數形成權，則對受僱人而言未免太過不利，因此亦有將指依性質上差貫，區別為私法上規章制定權，與形成權之行使者。」參見黃越欽，勞動法新論，臺北：翰蘆，修訂三版，2006年9月，頁196。相對於黃氏之見解，呂榮海氏認為指揮權係雇主透過單方之意思表示，以繼續形成勞工之主要義務之權利，則是採取形成權說。參見呂榮海，勞動法法源及其適用關係之研究，臺北：蔚理法律，2002年2月，頁333。

<sup>178</sup> 黃氏對之的批評為：「此說過於遷就事實，為多數學者所反對，不過法律效力與法律行為效力之間之分野，原係私法之最根本問題；受僱人違反指示時之效力，不因指示權是否為法律行為而有所區別，形成權之行使云云，並無實際意義。」參見黃越欽，勞動法新論，臺北：翰蘆，修訂三版，2006年9月，頁196。

<sup>179</sup> 黃氏對之的批評為：「此說違反現代法治國之原則，不足採。」參見黃越欽，勞動法新論，臺北：翰蘆，修訂三版，2006年9月，頁196。

<sup>180</sup> 王澤鑑，民法總則，臺北：三民，2004年，頁266-267。

可以因為雇主之指示為形成權之一種而對之評價。法律上有意義之行為說，究竟是否定位為法律行為而受法律評價，或定位為事實行為而不受法律評價容有疑義。法規制定說違背法律保留之原則，故不足採。

本文認為，雇主之指示應為一種形成權，且基於勞動契約繼續性債之關係的緣故，雇主即因而擁有無數形成權，其形成權之界限，應依勞動契約約定之。就工作內容及工作場所而言，如果契約已有詳細之規定，即不待雇主之指示，工作內容及工作場所業已確定，此時即無雇主指示其他工作內容及工作場所之空間，亦即無就工作內容及工作場所之形成權。

從另一方面來看，雇主指示之範圍實與契約約定之詳細程度呈現彼此消長的狀態，如果契約約定愈詳細，雇主之指示（即形成權）範圍即愈小；如果契約約定愈概括，雇主之指示範圍愈大。但事實上基於繼續性債之關係之特性，難以從契約簽訂之始即為非常詳細之約定，故通常勞動契約僅為概括之約定或者未就工作內容、工作場所為約定，而賦予雇主指示之空間。若一概認為雇主之指示為事實行為，姑且不論是否真的為事實行為，從勞動契約未為約定的情形來看，雇主即可任意指示勞工從事任何工作、並於任何工作場所從事工作，並且可以經常變動勞工之工作內容以及工作場所，對於勞工無論是人格之發展、職業生涯、技能養成未免過於不安定。況且若該指示為事實行為，於勞動契約未明文約定工作內容或工作場所時，即有待雇主之指示，此時因該指示為事實行為，而無形成勞動契約權利義務內容之效力，勞工即無服從之義務。即使從勞動契約為概括約定的範圍來看，如果僅採事實行為說，勞工面臨不確定的風險未必比契約未為約定之風險少，例如勞動契約約定為儲備幹部，無法從字面上解釋儲備幹部的工作內容以及工作場所限於一定之範圍內。

從勞工的角度來看，如果其相對固定在一個工作崗位上，其工作內容、工作場所亦已確定，或至少有一個範圍的確定，其可以在工作崗位上培養其人際關係，並且工作場所的確定，亦會使勞工相對定居在一個地位，與附近地區發展地緣關係，如有家庭時，家庭之成員亦會發展地緣關係，由此可知一個相對固定的工作內容與工作場所，實與勞工本身之人格發展及其家庭有重要的關係。此外，如果工作內容相對固定，勞工亦可以期待其工作資歷和工作技能累積到一定程度時，其勞動條件會有改善，無論是薪資或其他福利待遇，乃至於升遷，此勞工期待的面向亦不可忽略。

執此之故，基於考量勞工的人格發展與其家庭因素，以及勞工期待的面向，即不容雇主之指示單純定位為一個事實行為而不需受到法律之評價，使勞工的工作內容與工作場所處於隨時變動之風險，更何況雇主之指示是否為事實行為亦不無疑義。如同黃越欽氏所言，民法僱傭契約章並未規定雇主之指示，而雇主之指示是結合民法第 529 條以及民法第 535 條關於委任之規定而來。而委任章指示之性質，依學者之見解，為有相對人之單獨行為，委任人因其單方之意思表示，使受任人有依其意思處理事務之義務，其限制為委任事務範圍內，若超出委任事務範圍，受任人無遵守之義務。<sup>181</sup>申言之，委任人得以單方之意思表示，形成受任人給付義務之內容，其性質應為一種形成權。

再者，勞動契約既是民法僱傭契約之一種，除另有特別規定，理論上即受民法僱傭契約之規範，由民法第 482 條及民法第 153 條合併觀察，可知僱傭契約之必要之點（契約所不可缺的原素）為勞務之提供及報酬，但若再結合民法第 483 條第 1 項以觀，僅須就一方提供勞務有合意，即可成立勞動契約。<sup>182</sup>而工作內容與工作場所應為非必要之點中之常素（某種原素常構成某種契約的內容）。<sup>183</sup>基此認識，工作內容與工作場所既為勞動契約之內容，可認為雇主為工作內容以及工作場所之指示時，客觀上來看即是經由雇主片面之指示，形成契約之內容，其在法律上的意義，即是經由雇主片面的意思表示形成契約之內容，故其就工作內容以及工作場所為指示時，此時之指示應為一種形成權，即雇主片面地形成勞工勞務給付之內容，包括工作場所與工作內容，而與民法委任之指示性質相同。

至於雇主指示之限制，在勞動契約已有詳細規定工作內容及工作場所的情形，雇主無指示之空間，雇主若為其他工作內容或工作場所之指示時，勞工無服從之義務；在勞動契約為概括約定的情形時，雇主僅就概括約定的範圍內有指示的空間，若雇主之指示超過勞動契約概括約定的範圍時，勞工無服從之義務；在勞動契約未為約定時，雇主之指示不得違反法律強行禁止規定，並依誠實信用原則為之。

---

<sup>181</sup> 黃立主編，民法債編各論（下），臺北：元照，初版，2004年9月，頁78。

<sup>182</sup> 黃程貫，勞動法，國立空中大學，修訂再版，2001年，頁377-378。

<sup>183</sup> 契約之必要之點，指某種契約所不可缺的原素；所謂非必要之要包括常素（即某種原素常構成某種契約的內容）及偶素（即某種法律事實）。參見王澤鑑，債法原理（一），臺北：三民，增訂版，2003年，頁210。

## 第二項 指示權與工作內容、工作場所的確定

如前所述，調職問題涉及的乃是工作內容或工作場所長時間之變動，邏輯上自然需要先確定始有變動可言，勞動契約既屬於民法僱傭契約之一種，故民法對於勞動契約的解釋自具有意義。依民法第 482 條之規定，「稱僱傭者，謂當事人約定，一方於一定或不定之期限內為他方服勞務，他方給付報酬之契約。」可知，勞動契約之成立僅須約定一方服勞務，他方給付報酬即可成立。關於工作內容與工作場所並非決定契約成立的要素，而其決定之方法，可見於下列兩位學者之見解：

學者史尚寬氏：「勞動給付之方法及範圍依團體協約之規定。無團體協約時，依勞動契約上之特約。無特約時，依僱用人之指示。但僱用人之指示須為適法。如其指示係出於惡意或違反公共秩序或善良風俗或係違法或特有害於受僱人之健康時，受僱人無服從之義務。又僱用人使其受僱人從事於其所約定以外之勞動時，受僱人原則上得拒絕勞動。但有緊急情形或職業上有特別之習慣時，不得拒絕其所能給付之勞動……勞動給付地原則上依當事人間之約定。無約定時，依僱用人之指定或依勞動之種類習慣而定。僱用人之指定亦不能完全自由。例如僱用人有數個分店或工作場所在同一地域時，無論僱用人指定任何分店或任何工作場所，受僱人有服從之義務。如僱用人有數個之分店或工作場所不在同一之地域時，於就業之始如無反對之約定，僱用人得自由指定。但原在甲地域之分店或工作場所勞動之人，如僱用人命其移轉在乙地域之分店或工作場所勞動，則受僱人無移地勞動之義務。如受僱人承諾移轉，亦得向僱用人請求因移轉所生之費用。」<sup>184</sup>

學者陳繼盛氏：「勞務給付之種類及範圍，應依勞動契約或團體協約予以確定。如勞動契約或團體協約未明確約定或規定時，則依雇主或其代理人之指示，但雇主或其代理人指示不能違反法律之規定或侵害勞動者之人格權。在勞務給付範圍之工作，勞動者有依誠信原則勤勉提供勞務之義務，不能有故意保留之作為。在計件勞務者亦有勤勉義務，蓋計件勞動者之工作量雖為計算報酬之基準，但並非工作之勤勉與否，僅對勞動者有利害關係，實際上對於雇主仍然有利害關係……勞務給付之處所，原則上由當事人約定。如無約定時，則由雇主依勞務之性質予

<sup>184</sup> 史尚寬，勞動法原論，臺北：正大，1978年，頁21-22。

以指定。通常推定勞動者對於雇主之廠場為勞務之提供有默示之同意，故勞動者原則上以雇主之廠場為勞動者之勞務給付地。又勞動者亦原則上並無移地提供勞務之義務，但雇主於同一地方同時有數處廠場或營業所而並不增加勞動者之特別困難時，雇主得指定或移轉其勞務給付地。雇主遷移廠場時，如在同一地方而並不增加勞動者顯著之負擔時勞動者不得拒絕隨廠轉移。蓋不能違反勞動者之自由意志而期待其隨廠遷移，以致放棄其自己之居所或已具有深厚之地緣或人緣關係。勞動者所提供之勞務性質，若全部或大部分在雇主之廠場外或營業所為之者，雇主自得要求其在雇主之廠場或營業所外提供勞務。例如外銷員、建築工人、採礦工人或從事火車或從事汽車之駕駛員等。」<sup>185</sup>

分析上述兩位學者之見解，關於勞務給付之種類及範圍，亦即本文所謂工作內容部分，史氏認為確定的先後次序為 1.團體協約；2.勞動契約上之特約；3.僱用人之指示，但僱用人之指示有其限制，如受制於非出於惡意、公共秩序、善良風俗、不得有害受僱人之健康、須為勞動契約約定以內之勞動、如為勞動契約約定以外之勞動，遇有緊急情形或職業上特別習慣時，則不得拒絕。陳氏認為確定的先後次序為 1.勞動契約或團體協約；2.雇主或代理人的指示，但雇主或代理人的指示有其限制，如不能違反法律、侵害勞工之人格權。

本文認為工作內容確定的次序，實是勞動法法源適用順序的問題，<sup>186</sup>亦即適用優先次序為團體協約、其次為勞動契約、再次為雇主之指示。如果勞動契約就工作內容已有詳細之規定，即不待雇主之指示，工作內容業已確定，此時基於勞動契約，即不容有指示工作內容之空間，若雇主指示勞工從事異於勞動契約之工作，應屬逾越勞動契約，而勞工並無服從之義務；在勞動契約僅有概括的約定之時，勞工勞務之給付亦須經雇主指示始能服其勞務，但雇主此時之指示應限於勞動契約概括約定之範圍，逾此範圍之指示勞工亦無服從之義務。在勞動契約未為約定時，工作內容即待雇主之指示始能確定，勞工亦只有在雇主指示後始能服其勞務，依上述兩位學者之見解，僅可解釋到工作內容依雇主之指示，並未言及是

<sup>185</sup> 陳繼盛，勞工法論文集，財團法人陳林法學文教基金會，1994年6月，頁229-230。

<sup>186</sup> 關於勞動法法源的適用順序，可參見黃程貫，勞動法，國立空中大學，修訂再版，2001年，頁104-105。黃氏認為適用順序依序為1.國際勞動法2.憲法3.制定法4.行政命令5.法院判決6.行政機關之解釋令7.團體協約8.勞資會議所為決議9.工作規則10.個別勞動契約11.企業習慣12.雇主之指示權。

否雇主指示特定的工作內容後，雇主基於勞動契約可否再為指示，例如雇主已指示勞工之工作內容為打掃工作，是否可以再指示勞工從事收發之工作，即不無疑義。

而關於工作場所的問題，史氏認為其次序為 1.依當事人約定；2.僱用人之指定或依勞動之種類習慣而定，但雇主之指定限於同一地域，如屬不同地域時，必須勞工無反對之約定始得自由指定；若屬雇主指示勞工移動工作場所於不同地域時，勞工無服從之義務。陳氏認為決定次序亦為 1.當事人約定；2.雇主指定。並推定勞工對於雇主之廠場為勞務之提供有默示之同意，但勞工原則上無移地提供勞務之義務，其例外為雇主於同一地方同時有數處廠場或營業所而並不增加勞工之特別困難時，雇主得指定或移轉其勞務給付地。在遷場之情形，如同在同一地方而不增加勞工顯著之負擔時，勞工不得拒絕移轉。分析兩者之見解，皆認為契約約定優先於雇主之指定，差別在於史氏認為在同一地域中，雇主皆可以自由指定，若在不同地域時，雇主之指示勞工無服從之義務；而陳氏認為只要是雇主之廠場，皆得指示為工作場所，不限於同一地域，但在指示之後，只要在同一地方且不增加勞工之特別困難，雇主即得指示變更工作場所。另在遷場情形，在同一地方而不增加勞工顯著負擔時，勞工不得拒絕移轉。從史氏的見解而言，其僅言及在不同地域工作之指示勞工無移轉之義務，但並未言及在同一地域勞工有無移轉之義務；就陳氏之見解而言，其僅言及勞工在同一地方變動工作場所之情形，並未言及若工作場所變動到不同地方，勞工有無服從義務。另何謂同一地域與同一地方亦不無疑義。

### 第三項 德國對於雇主指示權的實務與學說

德國營業法（Gewerbeordnung, GewO）第 106 條第 1 句規定了雇主的指示權（Direktionsrecht oder Weisungsrecht）：「雇主可以按照公平裁量進一步確定勞務給付的內容、種類和時間，只要這個勞動條件沒有被勞動契約、廠場協定（Betriebsvereinbarung）、生效中的團體協約或法律規定確定。」

只要雇主在指示權的範圍內為指示，勞工即對於該指示負有義務。勞工如果拒絕該指示，可能因為拒絕工作而被一般或特別終止。<sup>187</sup>其受限於法律、團體協約與廠場協定。此外雇主的指示權也限於勞動契約的界限，然而它也可以透過勞動契約加以擴大<sup>188</sup>，通常且可能的是，在勞動契約中約定了一個調職保留（*Versetzungsvorbehalt*），依此勞工依據需求可以調到企業的不同廠場。<sup>189</sup>亦即雇主的指示權通常並沒有包括調職在內。<sup>190</sup>

因為勞動契約劃定了指示權的法律基礎，勞動契約也建立了重要的界限：勞動契約已有規定者，不能再用指示的方法加以改變；勞動契約的改變只能透過變更契約或變更終止實現。申言之，勞動契約的協議和雇主的指示權存在消長的關係：勞動契約規定勞務給付地和內容以及工時的配置愈詳細，雇主的空間就愈少，這些因素透過指示具體化；勞動契約約定的範圍愈廣，指示權的空間就愈大。<sup>191</sup>

只要指示沒有牴觸勞動契約、廠場協定、團體協約或法律限制，聯邦勞動法院認為每一個雇主指示須符合民法第 315 條執行界限（*Ausübungsschranke*）<sup>192</sup>，參照營業法第 106 條第 1 句：總之在已存在的界限內，指示並不能隨心所欲，而是建立在雇主公平裁量（*billige Ermessen*，§ 315 III 1 BGB）；如果指示符合公平（*Billigkeit*），指示對於勞工有拘束力。雇主必須適當的考慮個別的情況和勞工的利益。營業法第 106 條第 3 句進一步提到，雇主必須考慮他的裁量決定對於勞工的妨礙；這個規定補充社會法典第九部第 81 條第 2 項的歧視禁止。此外民法第 315 條公平裁量的概念是私權的一般條款，此條款建立在私法關係中勞工基本權對於雇主的切入點。<sup>193</sup>

<sup>187</sup> Preis, in : Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 11. Aufl. 2011, C. H. Beck, GewO § 106 Weisungsrecht des Arbeitgebers Rn. 1.

<sup>188</sup> von Hoyningen-Huene, in : Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2010, C. H. Beck, Vorbemerkung zu § 59 Rn. 43.

<sup>189</sup> Preis, in : Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 11. Aufl. 2011, C. H. Beck, GewO § 106 Weisungsrecht des Arbeitgebers Rn. 10.

<sup>190</sup> Reichold, in : Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2009, C. H. Beck, § 36 Arbeitspflicht und Arbeitszeit Rn. 53.

<sup>191</sup> Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2007, C. H. Beck, Rn. 207.

<sup>192</sup> 德國民法第315條第1項規定：「如果給付應透過契約締結確定，在有疑義時，給付之確定應依公平裁量（*billige Ermessen*）。」

<sup>193</sup> Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2007, C. H. Beck, Rn. 207.

#### 第四項 本文見解

本文認為，工作內容與工作場所的確定，<sup>194</sup>固然應先由雙方的勞動契約之約定加以確定，若契約未約定，則由雇主片面指示工作內容與工作場所；然而並非勞動契約已有約定，雇主即無指示之空間。申言之，如果雙方勞動契約自始已約定特定之工作內容與工作場所時，例如在臺北市某路某號從事打掃工作，雇主如欲變動勞工之工作內容或工作場所，例如變更為新竹市某路某號從事研發工作，基於勞動契約並無賦予雇主指示其他工作內容或工作場所之空間，勞工對於此種指示即無服從之必要；然而勞動契約若未約定如此詳細而僅為概括約定之時，例如僅約定工作內容為事務性工作、工作場所為臺北，但臺北有三個廠場時，勞工勞務之給付即有待雇主指示始能特定，在此情形，若雇主指示勞工從事非事務性工作、工作場所改為新竹，亦屬於逾越了雇主指示之範圍，而勞工無服從之義務。在勞動契約未有約定須待雇主指示，以及勞動契約雖然約定但僅為概括性約定仍待雇主指示之情形，雇主是否可以變更其指示，亦即雇主經指示後已特定工作內容及工作場所，可否重新為指示？此即可能涉及調職之問題。

依本文所定義之調職，主要是涉及工作場所的變動，有時亦可能伴隨工作內容的變動。但是因為工作性質工作場所本來就不固定者，其工作場所的變動應不認為是調職。是故如果依其工作性質工作場所是可能固定在一個地方的，在勞動契約已為約定工作場所的情形，雇主除非另與勞工約定調職條款，否則即不可依其指示權指示勞工於其他工作場所從事勞動，因為雇主基於勞動契約無指示勞工異地勞動的指示權，除非經由調職條款擴大；在勞動契約工作場所僅為概括約定的情形，雇主固然基於勞動契約對於工作場所有指示權，然一經雇主依其指示權具體化之後，考量到工作場所為勞動契約重要的勞動條件，應可以認為此時經由雇主依其指示權具體化的工作場所，已形成勞動契約之內容，故成為雇主指示權之限制，換句話說，雇主一旦具體化工作場所後，僅能就該具體化後的範圍內享有指示權。若雇主變更勞工之工作場所，因其對於具體化工作場所以外之其他工作場所已不具有指示權，除非另有取得勞工之同意或勞動契約有調職條款保留指

---

<sup>194</sup> 雖依勞動基準法施行細則第7條勞動契約應記載「工作場所及應從事之工作有關事項」，然其並無強制性，故仍會有勞動契約並未約定工作場所及工作有關事項之情形。關於其未具強制性部分，可參見黃越欽，勞動法新論，臺北：翰蘆，修訂三版，2006年9月，頁166-167。

示權，不得為之；在勞動契約未為工作場所約定之情形，應與勞動契約為概括約定之情形做相同之處理。

基此，本文認為國內實務與學說討論之雇主調職權之有無，在本文的脈絡下，應將雇主此調職權歸為雇主指示權之一部。除非勞雇雙方於勞動契約中約定調職權保留，或者本於勞動契約該工作性質本來就非固定於一處服勞務，否則雇主原則上沒有指示勞工異地服勞務之指示權（或謂調職權）。此使勞工異地勞動之指示權之賦予，必須經由勞資雙方意思表示合致始為有效，又意思表示得為明示或默示，乃屬當然之理。惟應予注意者，乃默示之意思表示必須由特定行為間接推知行為人的意思表示，而與沉默有所區別。所謂沉默，指單純不作為而言，即當事人既未明示其意思，亦不能藉他項事實，推知其意思，故原則上不具意思表示的價值。<sup>195</sup>基此認識，勞資雙方於訂約伊始，若無明文約定雇主有調職之指示權，實難認為勞資雙方就調職權有默示之合意。申言之，若雇主就調職指示權之有無沒有為特定的行為，根本就不是默示之意思表示而是單純之沉默，勞工如何能就此單純之沉默再為一個默示之意思表示？故本文認為若勞動契約訂立之始若無調職之指示權明文約定，難認勞資雙方就調職之指示權有默示之合意。至於雇主沒有調職之指示權而指示勞工異地服勞務時，此時應該由勞雇雙方合意變更勞動契約始得為之。此合意乃法律行為，是意思表示之一種，依照民法意思表示之構成，自可得明示、默示或以意思實現為之。

至於雇主行使指示權之限制，例如應該受到勞動契約的限制、團體協約、法律的限制等。且在雇主行使指示權時，參考德國之學說見解，雖然我國並未如同德國民法第 315 條、營業法第 106 條之規定，但至少可以從我國民法第 148 條之規定得出，受到誠實信用原則以及權利不得濫用原則之拘束，此在雇主具有調職之指示權亦有其應用。

---

<sup>195</sup> 王澤鑑，民法總則，台北：三民，2004年，頁364以下。

## 第五項 雇主指示權於關係企業調職之運用

我國學說在探討關係企業調職時—與企業內調職相同，使用的仍是雇主有無「調職權」，而不是將此調職權放置在雇主指示權的脈絡下來談。<sup>196</sup>撇開用語的不同，國內學說的討論亦將雇主對於關係企業的調職權分成兩種看法<sup>197</sup>：一種是將關係企業調職視為企業外調職，在此脈絡之下，關係企業調職的問題即為雇主有沒有企業外調職之權利，在本文的脈絡下即為雇主有沒有企業外調職之指示權；第二種看法是將關係企業內之調職視為企業內調職，所要審查的，就變成雇主有沒有企業內調職之權利，即本文脈絡下企業內調職之指示權。在後者的看法上，其前提即為否定關係企業下所有公司的法人格，而將關係企業視為一個整體，使得關係企業這個實體具有對關係企業所有員工的指示權；退一步言，至少該前提是否認關係企業從屬公司的法人格，而使得控制公司對於關係企業中所有（被否認法人格）子公司之勞工具有指示權。

在此即存在三個問題：首先是關係企業是否可以做為一個整體而對於關係企業內所有的勞工具有勞動法上的雇主指示權；其二，與第一個問題有些關連，即是不把關係企業當作一個整體，但是控制公司對於從屬公司的勞工具有勞動法上的指示權。之所以說第一個問題和第二個問題有些關連，是因為此二者皆涉及關係企業中公司全部公司法人格之否認或部分公司法人格之否認，而且二者皆是一即使承認關係企業整體或控制公司對於關係企業的所有勞工具有雇主指示權，仍會面臨雇主得否指示勞工異地勞動的問題；其三乃是在承認關係企業中所有公司法人格的前提下，雇主有沒有指示勞工於關係企業其他廠場服勞務之指示權。

針對第一、第二個問題，在德國法上基本的看法仍是肯認了康柴爾中所有從屬公司的獨立法人格，此從德國股份法第 17 條第 1 項條文「從屬公司是法律上

---

<sup>196</sup> 郭玲惠，金融控股公司與企業併購對於勞工勞動條件保障之初探—以調職為例，律師雜誌，第291期，12月號，2003年12月，頁21-22。劉志鵬，關係企業與勞工之職務異動，律師雜誌，第291期，2003年12月，頁52-53。林炫秋，關係企業間勞工之調動與勞工之同意權—評高雄地方法院八十二年度雄簡字第五二五號暨勞簡上字第六號判決，收錄於勞動法裁判選輯（二），臺北：元照，1999年12月，頁54。

<sup>197</sup> 郭玲惠，金融控股公司與企業併購對於勞工勞動條件保障之初探—以調職為例，律師雜誌，第291期，12月號，2003年12月，頁21-22。劉志鵬，關係企業與勞工之職務異動，律師雜誌，第291期，2003年12月，頁52-53。

獨立的企業」即可看出。因此康柴爾的領導權沒有給予康柴爾的上層公司對於康柴爾從屬公司勞工勞動法上指示權。<sup>198</sup>此不僅適用於事實上康柴爾，也適用於契約康柴爾、合併康柴爾。如果存在控制契約，或者存在合併，控制公司有權關於公司的領導給予從屬公司董事會指示；然而康柴爾法的指示權在從屬公司被締結的勞動契約中沒有法律地位。<sup>199</sup>換言之，即使從外觀上看來，從屬公司的勞工服從控制公司的指示，然其並非是因為控制公司對於該從屬公司的勞工擁有勞動法上的雇主指示權，而是因為控制公司對於從屬公司具有控制力—無論是在財務、人事以及業務經營上，命令從屬公司對於自己的勞工為一定指示，而從屬公司對於自己勞工所為之指示，乃是本於自己為該勞工之雇主，故擁有雇主之指示權使然。簡言之，控制公司若欲對於從屬公司之勞工下達一定之指示，控制公司即必須透過對於從屬公司的控制力，再由從屬公司基於勞工雇主身分為一定指示，在外觀上看來或許是控制公司得對從屬公司勞工為一定指示，但實是藉由迂迴之手段達成，並非即謂控制公司對於從屬公司之勞工有勞動法上之指示權。

針對第三個問題，既然德國學說原則上認為同企業內不同廠場之調職都需要調職保留，而非雇主透過指示權可逕行為之，除非有調職保留條款。舉輕以明重，對於變動到他法人格下的關係企業內調職自然應該作相同處理，亦即雇主原則上對於勞工於關係企業內其他法人格下之調職無指示權，<sup>200</sup>除非透過康柴爾調職條款（*Konzernversetzungsklausel*）予以保留。<sup>201</sup>惟此時應注意是否依其工作性質，雇主本來就具有使勞工異地工作之指示權。在此情形，即使雇主使勞工於關係企業中其他公司從事工作，因為雇主依工作性質本就有使勞工異地工作之指示權，是故此時雇主之指示即不需再次得到勞工同意。

---

<sup>198</sup> Pries, *Arbeitsrecht Praxis-Lehrbuch zum Individualarbeitsrecht*, 1999, Dr. Otto Schmidt, S. 164.

<sup>199</sup> Richardi, in : *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, 3. Aufl. 2009, C. H. Beck, § 23 Konzern als Organisationseinheit des Arbeitsrechts Rn. 24.

<sup>200</sup> Preis, in : Preis(hrsg.), *Der Arbeitsvertrag*, 2. Aufl. 2005, Dr. Otto Schmidt, II D 30 Rz. 110; Fliss, *Die örtliche Versetzung - Neue Regeln seit dem 11. 4. 2006?*, NZA-RR 2008, Heft 5, 229.

<sup>201</sup> Reichold, in : *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, 3. Aufl. 2009, C. H. Beck, § 36 Arbeitspflicht und Arbeitszeit Rn. 49; Henssler, *Der Arbeitsvertrag im Konzern*, 1983, Duncker & Humblot, Berlin, S. 169.

### 第三節 關係企業內調職之分類

#### 第一項 我國實務與學說

##### 第一款 行政主管機關之見解

早期勞工行政主管機關的見解，即內政部（74）台內勞字第 332242 號函，<sup>202</sup>認為雇主調動勞工至他公司工作，涉及當事人一方或提供勞務對象之改變，已非原勞動契約之履行，故須經勞工同意。至少就企業外調職而言，即已意識到可能涉及雇主之變更或是提供勞務對象的改變，故須經勞工同意。但之後勞工行政主管機關之見解，幾乎皆傾向二種區分方式：即「借調勞動關係」、「勞動契約變更」，並且為行政院勞工委員會（85）台勞保三字第 104703 號函、<sup>203</sup>行政院勞工委員會（86）台勞動二字第 000089 號函、<sup>204</sup>行政院勞工委員會（87）台勞資二字第 025697 號函、<sup>205</sup>行政院勞工委員會勞動 4 字第 0940021507 號函，<sup>206</sup>以及行政院

<sup>202</sup> 該函釋全文為：「關於雇主調動勞工至他公司工作，因涉及當事人之一方（雇主）或提供勞務之對象改變，已非原勞動契約之履行，若未經勞工同意，應已違反勞動基準法第十四條第一項第六款之規定。」

<sup>203</sup> 該函釋全文為：「受僱勞工受派遣出國提供服務，得否繼續參加勞保，應依其個案事實加以認定其僱傭關係，如係轉受僱於他公司服務，則與原派遣公司之勞動關係即行終止，自不得於原公司繼續加保；如係借調他公司或至原派遣公司之國外分公司或分廠服務，則與原派遣公司仍有僱傭關係存在，得由原派遣公司依勞工保險條例第九條第二款及同條例施行細則第二十九條（現修正為第二十四條）第一項規定繼續加保，又其投保薪資應以原領薪資總額依投保薪資分級表適用之等級申報，其於海外服務公司所支領之津貼，不得併入投保薪資總額內申報。」

<sup>204</sup> 該函釋全文為：「查勞動契約為諾成契約，勞資雙方意思表示一致契約即成立，其契約內容（薪資給付方式、工作地點、勞務提供對象等）可由雙方約定之。另母公司與子公司為個別權利義務主體，若該勞工係基於借調關係，由母公司調往子公司工作，勞雇關係仍存在於母公司。若非基於借調關係，而係與母公司合意終止原約，再與子公司成立新的契約，則屬另一勞動契約之履行。準此，勞工奉派至國外或大陸子公司工作，若係基於借調關係，而資方有積欠工資情事，主管機關自可依法處理；若母公司僅代為招募，其勞雇關係存在於子公司時，其在國外或大陸服務期間發生未獲工資爭議，因涉及涉外民事法律適用法、台灣地區與大陸地區人民關係條例或國內法域所不及之事實，而非主管機關行政權所能及。」

<sup>205</sup> 該函釋全文為：「查勞動基準法第五十七條規定：『勞工工作年資以服務同一事業單位為限。但受『同一雇主』調動之工作年資．．．應予併計』。本案原事業單位與關係企業如為個別之法人，以其為個別之權利主體，勞工若基於『借調』，由原事業單位調往關係企業工作，其勞雇關係存在於原事業單位與勞工之間，若非基於『借調』關係，而係經勞工之同意，則屬另一勞動契約之履行，與原事業單位之勞雇關係亦因合意而終止，年資自應重新起算。如嗣後該員工返回原單位工作，該員工前後年資或於關係企業之年資，如無勞動基準法第十條情事者，依法可不併計。惟如勞資雙方另有約定併計年資，因此約定係優於法律，當然有限，且勞資雙方應從其約定。另前開約定之效力，並無因關係企業為認許之外國公司而有所不同。」

<sup>206</sup> 該函釋全文為：「一、依勞工退休金條例第8條第1項規定：『本條例施行前已適用勞動基準法之勞工，於本條例施行後仍服務於同一事業單位者，得選擇繼續適用勞動基準法之退休金規定。但於離職後再受僱時，應適用本條例之退休金制度。』，即明定本條例施行前已適用勞動基準法

勞工委員會保險局勞動 4 字第 0940068779 號函所引用，<sup>207</sup>而其二種關係內容如下：

一借調勞動關係：所謂借調勞動關係依行政院勞工委員會（82）台勞動三字第 41107 號函，定義為「勞動者在原雇主僱用下，在他企業從事相當期間工作」，判斷的標準例如編制仍在原公司、向原公司領取薪資，此時勞動者與原雇主的契約關係繼續存在。

一勞動契約變更：勞工受雇主調動至另一事業單位，無論另一事業單位是否適用勞動基準法，因已非屬同一事業單位，係勞動契約之變更，應先徵得勞工同意，並結清工作年資。<sup>208</sup>

---

之勞工，於本條例施行後可選擇繼續適用勞動基準法之退休金規定。但於離職後再受僱時，應適用本條例之退休金制度（以下簡稱新制），不得再選擇適用勞動基準法之退休金規定（以下簡稱舊制）。二、查關係企業依法係為各自獨立運作之私法人，雇主調動勞工至他事業單位（關係企業）工作，因涉及當事人之一方或提供勞務之對象改變，已非原勞動契約之履行。因此於新制施行後，雇主若有上開調動情事，且經勞工同意，即依本條例第8條第1項但書之規定，應適用新制。惟如雇主依新制提繳退休金，並併計勞工所有在原事業單位與他事業單位（關係企業）服務之年資，俟後採舊制標準給付退休金，因屬從優之規定者，自屬可行。三、另，若屬所謂借調之勞動關係，乃勞工在原雇主僱用下，在他事業單位提供相當期間之勞務。勞工於新制施行後，被要求前往他事業單位提供勞務，但編制仍在原事業單位，且向原事業單位領取薪資。因勞工與原事業單位間之勞動契約並未因赴他事業單位而終止，故勞工仍得依其選擇，繼續適用勞動基準法之退休金規定。」

<sup>207</sup> 該函釋全文為：「一、查金融控股公司法第4條規定，金融控股公司(以下簡稱金控公司)係指對一銀行、保險公司或證券商有控制性持股，並依該法設立之公司。復查該法第2條規定，金控公司之設立、管理及監督，依該法規定；該法未規定者，依其他法律之規定。基上，金控公司與其子公司間或金控公司不同子公司間，如非屬公司法第3條規定者，而係屬公司法第369條之1所定獨立存在而相互間具有控制與從屬關係，或相互投資之公司者，則分屬不同之事業單位。二、勞工退休金條例施行後，勞工於金控公司體系間不同之事業單位受僱時，因涉及當事人之一方或提供勞務之對象改變，已非原勞動契約之履行，屬『離職後再受僱』之情形，應依勞工退休金條例第8條第1項但書規定適用勞退新制。惟如雇主除依勞工退休金條例提繳退休金外，另行約定併計勞工於其他事業單位服務之年資，並以優於法令或依勞動基準法規定計給退休金者，從其約定。三、若屬借調之勞動關係，即原勞動契約存續狀態下，勞工受原雇主之指派轉換勞務提供地點，因原契約未終止、編制仍在原事業單位且向原事業單位領取薪資，則自非勞工退休金條例第8條第1項但書之情形，亦即得繼續其選擇適用之退休金制度。」

<sup>208</sup> 參見行政院勞工委員會（83）台勞動三字第39742號函，該函釋認為：「查勞動基準法第五十七條係參考『台灣省工廠工人退休規則』第八條及『廠礦工人受僱解僱辦法』第五條文所訂定；有關勞工工作年資計算，應指受同一雇主於同一事業單位調動之工作年資為限。又勞工如受雇主調動至另一事業單位者(其間或有適用本法之事業單位，或有不適用本法之事業單位者)，因已非屬同一事業單位，係勞動契約之變更，應先徵得勞工之同意，並就適用本法之事業單位所服務之工作年資部分辦理結清給付資遣費或退休金；惟事業單位如有優於上開規定者，從其規定。」

在派勞工於海外工作的情形，亦是區分為轉受僱他公司，而與原公司之勞動關係終止；若屬借調至他公司或至原公司海外分公司或分廠工作，則與原公司仍存有勞動關係。<sup>209</sup>在母子公司（即關係企業）的情形，因母子公司為個別權利義務主體，若勞工基於借調關係，由母公司調往子公司工作，勞僱關係存於母公司與勞工之間；若非基於借調關係，則是勞工與母公司合意終止契約，再與子公司成立新約。<sup>210</sup>在金融控股公司亦是作相同的處理。<sup>211</sup>

由內政部（74）台內勞字第 332242 號函之見解來看，可以得知早期勞工行政主管機關認為關係企業間的調職，應可區分為「當事人之一方（雇主）變更」或「提供勞務之對象改變」二種情形，但在後來的函釋中則以「借調之法律關係」以及「勞動契約變更之法律關係」來描述，是否可以推知勞工行政主管機關是將「提供勞務之對象改變」與「借調之法律關係」對應，而「當事人之一方變更」與「勞動契約變更」相對不無疑義。若無此對應，單從借調法律關係來看，勞工行政主管機關將其定義為「勞動者在原雇主僱用下，在他企業從事相當期間工作」，比較像是事實之描述，似乎非嚴謹的法律定義；相較於勞動契約變更的情形，「勞工受雇主調動至另一事業單位，因已非屬同一事業單位，係勞動契約之變更，應先徵得勞工同意」。行政主管機關在於借調的法律關係中並未說明是否須經勞工之同意。再者，借調的法律關係難道並非「受雇主調動至另一事業單位」？從事實面相來看，借調的法律關係當然亦是經雇主調動到另一事業單位，否則勞工何以無緣無故至他事業單位中從事相當時間之工作。又在借調的法律關係中，雇主是否即當然不發生變更，亦不無疑義，若承認勞工得同時與二個以上之雇主成立法律關係，在借調法律關係中亦可能是勞工與原雇主維持勞動關係，但亦與新雇主成立另一勞動契約。探究勞工行政主管機關之真意，其似乎在「借調」的法律關係中，認為僅是勞務請求權讓與之情形，故與原雇主的勞動契約繼續存在，此時依民法第 484 條第 1 項之規定，應得勞工同意，亦即內政部（74）台內勞字第 332242 號函所言「提供勞務之對象改變」改變之情形。

<sup>209</sup> 參見行政院勞工委員會（85）台勞保三字第104703號函。

<sup>210</sup> 參見行政院勞工委員會（87）台勞資二字第025697號函、行政院勞工委員會勞動4字第0940021507號函。

<sup>211</sup> 參見行政院勞工委員會保險局勞動4字第0940068779號函。

在勞動契約變更之情形，勞工行政主管機關認為「勞工受雇主調動至另一事業單位，因已非屬同一事業單位，係勞動契約之變更，應先徵得勞工同意。」似乎是認為此時勞工與原雇主合意終止契約，並且與新雇主成立新約，故屬勞動契約之變更，應得勞工同意。分析其要件，只有「勞工受雇主調動至另一事業單位」，此時與前者「借調之法律關係」在客觀上難以區分已如上述，雖是如此，仍可以得知行政主管機關對於關係企業內調職的問題上，採取如同企業外調職相同之區分標準—即借調與勞動契約變更，但其區分標準似乎未臻明確。

## 第二款 法院之見解

司法院曾就「某集團企業之母公司將原服務於該母公司之員工甲，調派至其旗下某一子公司服務，問甲嗣後之勞雇關係應以那一公司為雇主？」作出法律意見，<sup>212</sup>有論者認為，司法院第一廳研究意見如此的區分是將關係企業勞工調動後的法律關係分為雇主不變的借調勞動關係，以及雇主變更成立新的勞動關係兩種類型<sup>213</sup>。所謂的借調勞動關係，在司法院第一廳研究意見的定義下，為「雇主將受僱人於一定期間內，借調給他雇主，於其期間內，受僱人接受他雇主指示之法律關係」，和勞工行政主管機關所定義之借調為「勞動者在原雇主僱用下，在他

<sup>212</sup> 參見民事法律專題研究（六）—司法院司法業務研究會第14期研究專輯，1989年8月，初版，頁227-228。業務研究會意見如下：「1.法律問題：某集團企業之母公司將原服務於該母公司之員工甲，調派至其旗下某一子公司服務，問甲嗣後之勞雇關係應以那一公司為雇主？

### 2.討論意見：

甲說：勞雇關係在存於母公司與甲之間。按雇主將受僱人於一定期間內，借調給他雇主，於其期間內，受僱人接受他雇主指示之法律關係，學說上為「借調勞動關係」，勞雇關係僅存於原當事人間，工資請求權及契約終止權僅得對原雇主請求，但他雇主負有安全維護及福利供應之義務。

乙說：勞雇關係存在子公司與甲間。依內政部74.7.25(75)台內勞字第332242號函解釋，如經勞工同意後之調動，即屬另一勞動契約之履行，與原雇主間之勞雇關係，業因合意而終止，甲乃是與母公司先合意終止勞雇關係後，再與子公司成立一新的勞雇關係。

丙說：如為借調勞動關係時採甲說；如非經勞工同意調派時採乙說。

### 3.研討結論：採丙說。

4.司法院第一廳研究意見：母公司與子公司之關係，僅為母公司支配子公司，但兩公司仍為個別之權利主體，因此該勞工若係基於借調由母公司調往子公司工作，工資請求權及契約終止權僅得對母公司請求，但子公司負有安全維護及福利供應之義務。若非基於借調關係，而係經勞工之同意，則屬另一勞動契約之履行，與原雇主即母公司之勞雇關係亦因合意而終止。因此，甲乃係與母公司合意終止勞雇關係後，再與子公司成立新的勞雇關係。」

<sup>213</sup> 林炫秋，關係企業間勞工之調動與勞工之同意權—評高雄地方法院八十二年度雄簡字第五二五號暨勞簡上字第第六號判決，收錄於勞動法裁判選輯（二），臺北：元照，1999年12月，頁59。

企業從事相當期間工作」，從司法院第一廳研究意見借調勞動關係契約存在於勞工與原雇主間，與勞工行政主管機關勞工與原雇主契約繼續存在來判斷，二者應指同樣的法律關係，亦即民法第 484 條第 1 項勞務請求權讓與的情形。但是二者相同的是，都沒有回答此時究竟是否需要勞工同意。若與司法院第一廳研究意見雇主變更成立新的勞動關係，「若非基於借調關係，而係經勞工之同意，則屬另一勞動契約之履行」反面推論，即得出「非另一勞動契約之履行，不需經勞工之同意」，司法院是否有此意思不得而知。總而言之，本文認為司法院第一廳研究意見並未與勞工行政主管機關的意見有太大差別，二者皆是區分為「借調的勞動關係」、「若經勞工同意即屬另一勞動契約履行」，只是在借調的勞動關係上，司法院第一廳研究意見比勞工行政主管機關的描述更為細緻而已。

針對法院的判決，其與行政主管機關統一的見解不同，沒有一個統一的見解，就「雇主使勞工於關係企業內調職是否需要勞工同意而言」，此時可能涉及「雇主是否須經勞工同意始取得使勞工於關係企業內調職之指示權」、「雇主若無使勞工於關係企業內調職之指示權，得否片面變更契約」，有肯否定二種對立之見解，否定說認為關係企業內的調職無企業內調職無異，只需要符合調職五原則，<sup>214</sup>即可調動勞工，從寬認定雇主有調職之指示權，即可不必得勞工之事後同意，例如臺中地方法院 92 年勞訴字第 124 號判決。<sup>215</sup> <sup>216</sup>肯定說則是認為關係企業間的

<sup>214</sup> 參見內政部民國74年09月05日(74)台內勞字第328433號函：「勞動基準法施行細則第七條第一款規定，工作場所及應從事之工作有關事項應於勞動契約中由勞資雙方自行約定，故其變更亦應由雙方自行商議決定。如雇主確有調動勞工工作必要，應依下列原則辦理：(一) 基於企業經營上所必需；(二) 不得違反勞動契約；(三) 對勞工薪資及其他勞動條件，未作不利之變更；(四) 調動後工作與原有工作性質為其體能及技術所可勝任；(五) 調動工作地點過遠，雇主應予以必要之協助。」

<sup>215</sup> 該判決要旨如下：「查所謂調職者，乃指變更勞工之職務內容、職務種類或工作地點及時間而言。又雇主為增進勞工專業知識及身心之發展，提昇企業競爭力與產能，對勞工施以在職訓練，固無不可。然所謂訓練者，應係於不影響原告既有職位及勞動條件（特別係工資部分）之前提下始可，特別就短期訓練而言，自以原職受訓，訓練完畢後回歸原所屬工作為常態，實無短期訓練期間，卻將勞工之職務加以異動，甚且變更勞動條件者。如係有將勞工職務加以異動並變更勞動條件者，則雇主所為，雖以『訓練』之名行之，實質上係為『職務調動』行為，斯時，仍應認雇主所為係屬調職行為，而應依調職相關法規及原則，據以判斷該調職行為之效力，合先敘明之。按勞動基準法施行細則第七條第一款規定，工作場所及應從事之工作有關事項應依本法有關規定於勞動契約中約定，故本於契約自由合意原則，其變更亦應由雙方自行商議決定，如雇主確有調動勞工工作必要，應依下列原則辦理：基於企業經營上所必需；不得違反勞動契約；對勞工薪資及其他勞動條件，未作不利之變更；調動後工作與原有工作性質為其體能及技術所得勝任；調動工作地點過遠，雇主予以必要之協助。（內政部七十四年九月五日以(七四)台內勞字第三二八四三三號函釋及行政院勞工委員會九十年六月十八日台(九〇)勞資二字第〇〇一八〇〇四號函參釋參照)……再雇主為達成營業之目的，具有指揮監督勞工之權限，即雇主對於勞工擁

調職應得到勞工之同意，又可細為分：

—認為調職涉及勞動契約當事人的變更或勞務請求權的讓與，亦即判決引用內政部（74）台內勞字第 332242 號函之見解，故需要勞工的同意者，如臺北地方法院 94 年勞簡上字第 52 號判決；<sup>217 218</sup>

—認為調職涉及勞務請求權的讓與，故需要勞工的同意者，如臺中地方法院 89 年勞簡上字 6 號判決；<sup>219 220</sup>

---

有人事權（含職務調動權），為勞動契約之核心內容，且勞動契約係繼續性契約，勞僱雙方之關係處於流動狀態，基於企業經營需要，衡諸常情，調職乃經常發生、難以避免之現象，除勞雇雙方已就勞動行為之種類、態樣或工作地點特別為約定，否則應從寬認為具體勞動行為內容可由雇主單方決定，即雇主原則上具有行使勞工調職命令之權限，惟被告行使其職務調動權，必須遵守前開調職五原則，方為適法乃屬當然……本件原告原係擔任被告公司生鮮超市之店長，然被告將之調往與生鮮超市工作顯不相關之關係企業工作，猶有進者，未確實保障原告原有之薪資，顯已對原告之薪資及勞動條件產生不利之變更，則被告於未徵得原告同意逕為該調職行為，應認為不合法，亦即本件被告所為，已足認為違反勞動契約及勞動法令。」

<sup>216</sup> 相同見解：臺灣高等法院臺中分院94年勞上易字第25號判決、臺北地方法院91年北勞簡字第47號判決、士林地方法院96年勞簡上字第14號判決、苗栗地方法院96年勞訴字第2號判決。

<sup>217</sup> 該判決要旨如下：「關係企業內之各事業單位，在法律上係各自獨立之公司法人，勞工被調至關係企業內他事業單位任職，即發生雇主變動之情形，依民法第484條第1項『僱用人非經受僱人同意，不得將其勞務請求權讓與第三人』之勞務專屬性之規定，若資方即上訴人欲對勞工即被上訴人進行關係企業內之調動，則必定是在關係企業之管理部門已協調安排完畢，亦即原事業單位與新事業單位間已就勞工之調動安排完畢，因而即已屬勞務請求權之讓與，勞工之企業外調縱使為在籍之情形，亦已構成此一情形而須得勞工之同意，何況是勞動契約尚事人之雇主一方亦發生變動之轉籍的情形，更應得到勞工之同意始可。參以，內政部就不同企業間之調動之情形，亦以（74）台內勞字第332242號釋示：『關於雇主調動勞工至其他公司工作，因涉及當事人之一方（雇主）或提供勞務之對象改變，已非原勞務契約之履行，若未經勞工同意，應已違反勞動基準法第14條第1項第6款之規定』。是未經勞工同意，則雇主不得調動勞工工作，若調動工作未經勞工同意，勞工即得依民法第484條第2項之規定，終止勞動契約，亦即勞工得依勞動基準法第14條第1項第6款之規定，不經預告終止勞動契約並請求給付資遣費。」

<sup>218</sup> 相同見解：士林地方法院98年勞簡上字第10號判決、士林地方法院95年士勞簡字第13號判決、板橋地方法院98年勞簡上字第1號判決、板橋地方法院97年重勞簡字第15號判決。

<sup>219</sup> 該判決要旨如下：「按僱用人非經受僱人之同意，不得將其勞務請求權讓與第三人。違反此規定受僱人得終止契約，民法第四百八十四條第一項前段、第二項定有明文。上訴人未經被上訴人之同意，將擔任樣品電腦設計員之被上訴人，調至訴外人震興公司處擔任現場作業員，將被上訴人之勞務給付讓與震興公司，顯違前述民法之規定無誤，雖上訴人辯稱：震興公司為其關係企業，二公司之負責人係夫妻，其工作地點與上訴人公司相同，工作性質相周同，被上訴人解約不合法，不得請求資遣費等語，惟上訴人與震興公司各為獨立之法人，人格本有不同，自不因上訴人與震興公司為關係企業，即等同視之。且僱傭契約，僱用人與受僱人相互間之權利義務，基於專屬關係而生，僱用非經受僱人之同意，自不得將勞務請求權讓與第三人，而破壞勞動契約之專屬性。上訴人之抗辯，尚不足採。」

<sup>220</sup> 相同見解：臺灣高等法院92年勞再易字第2號判決、臺灣高等法院92年重勞上字第2號判決、臺灣高等法院91年勞上易字第5號判決、臺灣高等法院臺南分院95年勞上易字第16號判決、臺北地方法院98年勞訴字第67號判決、臺北地方法院97年勞簡上字第33號判決、臺北地方法院94年北

-未明白表示調職是否涉及勞務請求權讓與或勞動契約當事人變更，認為只要工作規則有規定，因為工作規則屬於附合契約，即屬勞工同意調職，例如臺灣高等法院 89 年勞上字第 3 號判決；<sup>221</sup>

-未明白表示調職是否涉及勞務請求權讓與或勞動契約當事人變更，認為得於勞動契約簽訂之始概括同意者，如臺北地方法院 92 年勞訴字第 110 號判決；<sup>222 223</sup>

---

勞簡字第42號判決、臺北地方法院91年勞訴字第147號判決、臺北地方法院90年勞訴字第76號判決、桃園地方法院94年勞訴字第33號判決、桃園地方法院91年勞訴字第45號判決、嘉義地方法院94年勞訴字第8號判決、臺南地方法院98年勞訴字第33號判決。

<sup>221</sup> 該判決要旨如下：「按工作規則為雇主統一勞動條件及工作紀律，單方制定之定型化規則。雇主公開揭示時，係欲使其成為僱傭契約之附合契約，而得拘束勞雇雙方之意思表示。勞工知悉後如繼續為該雇主提供勞務，應認係默示承諾該工作規則內容，而使該規則發生附合契約之效力。查本件上訴人曾於八十一年一月間，以德春公司名義公告自八十一年二月一日起實施德春公司暨關係企業管理規則，業據其提出該公告及管理規則為證（見外放證物證一、二）。被上訴人既未曾對該規則表示異議，則被上訴人繼續為上訴人提供勞務，揆諸上開說明，應認該管理規則為系爭僱傭契約之附合契約，而得拘束兩造。從而上開德春公司暨關係企業管理規則第一條明定：德春企業股份有限公司暨關係企業（下稱本公司）為求組織之安定、發展及經營管理之健全，以達高度運用人力，提高經營績效並增進員工福利之目的，除勞工法令另有規定外，均依本規則行之；第四條明定：凡本公司員工均應遵守本規則暨依本規則所訂定之各類辦法、標準及公告事項；第二十七條明定：本公司因工作需要，須調動人員時，被調人員不得拒絕。顯見上訴人因工作需要，有權調動其雇用之人員至關係企業德春公司工作，亦堪認定。」

<sup>222</sup> 該判決要旨如下：「按，所謂勞動契約係指約定勞雇關係之契約，勞動基準法第二條第六款定有明文。又勞動契約應約定工作場所及應從事之工作有關事項。勞動基準法施行細則第七條第一款亦有明定。調職乃是雇主對員工人事配置上之變動，固係企業人事管理、運作上之常見現象，且通常同時帶有職務內容或工作場所之變動，惟調職命令之性質，依目前我國實務上之見解，係採所謂之勞動契約說（或稱限定的合意說），即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事實行為，勞工當然必須服從，反之，若調職超越勞動契約之預定範圍外時，則調職即為變更契約內容之要約，未得勞工之同意時，調職對勞工不生拘束力。又雇主若因業務需要而有變動勞工之工作場所及應從事之工作等有關事項之需求者，除勞動契約已另有約定，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（參見最高法院七十七年台上字第一八六八號判決及內政部七十四年九月五日(74)台內勞字第三二八四三三號函前段），德國勞動法界之通說亦是如此。至於何謂『勞動契約已有約定』，除明文之約定外，一般亦認有所謂默示地同意雇主有調職權。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，表示同意資方之任何調動命令。此時在實務上固曾被肯認為有效，惟亦有認為此種勞工之明示或默示同意之過度寬鬆之認定，殊不足採，對於勞工極為不利，宜採取較為嚴格之認定，以免資方濫權，而造成對勞工不公平或不可期待之結果。雖內政部七十四年九月五日發布之七四台內勞字第三二八四三三號函釋後段認為，若未有契約之約定，且亦未能徵得勞工之同意，但雇主又確實有調動勞工工作之必要時，得依下列五原則（即一般所稱之「調動五原則」）處理之，即：基於企業經營上所必須。不得違反勞動契約。對勞工薪資及其他勞動條件未做不利益變更。調動後工作與原有工作性質為其體能及技術所可勝任。調動地點過遠，雇主應予必要協助。（即一般所稱之「調動五原則」）……惟查，原告乙○○於八十五年九月二十五日及原告甲○○未具日期之營業人員工作契約第四點工作地點均已載明：『乙方（即原告）之經常工作地點，依其工作性質由甲方（即被告）派定之，甲方營業地區範圍內所為之工作地點變動，乙方不得異議。』（見本院卷第五0、第五一頁）。原告亦不爭執該營業人員工作契約之真正，足見原告於任職之初已就工作地點，概括同意被告所為安

-未明白表示調職是否涉及勞務請求權讓與或勞動契約當事人變更，認為若事前無概括同意，雇主即須於調職時取得勞工同意者，如臺北地方法院 91 年北勞簡字第 136 號判決；<sup>224</sup>

-認為屬於勞動契約變更需勞工同意者，如士林地方法院 98 年湖勞簡字第 29 號判決；<sup>225 226</sup>

排或指派，是雇主即被告南陽公司因勞動契約之締結已取得對勞工即原告勞動之概括的處分、指揮及命令權，基於上開權利，堪認雇主即被告南陽公司自得以決定勞工即原告之工作場所等之默示合意，是被告南陽公司本於原告上開勞動契約，而予以調職，自無違反勞動契約可言。」

<sup>223</sup> 相同見解：臺北地方法院96年北勞簡字第85號判決、士林地方法院96年湖勞簡字第9號判決。

<sup>224</sup> 該判決要旨如下：「按『勞動契約應依本法有關規定約定左列事項：一、工作場所及應從事之工作有關事項，·』勞動基準法施行細則第七條第一款定有明文，是勞動給付之內容與地點係勞動契約之要素，應由勞資雙方於勞動契約內方合意訂定之。不得由雇主單方面予以變更，因此雇主若因業務需要而有變動勞工之工作場所、職務種類、內容等有關事項之需求者，除勞動契約已另有約定，應從其約定或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外，應徵得勞工之同意，始得將勞工予以調動。又雇主調動勞工工作固為企業經營權之自主行使，惟非無受適法性評價之餘地，除應與勞方間達成合意外，亦應檢視其調動職務，是否基於企業營上之必需，有無其他不當之動機或目的，勞工所受之不利益，是否超出社會一般通念之程度等因素，作為考量基礎。原告進入被告公司任職時，係於補習班擔任行政人員工作，為兩造不爭，而原告於任職時並未概括同意雇主得事後任意為職務內容、地點之調動，原告與被告所訂勞動契約之初係擔任行政人員職務，勞資雙方原已就原告職務內容予以特定，而補習班行政人員與餐廳服務人員彼此職種不同，所需經驗、技能殊異，二者勞動條件相異，被告欲為不同職種間調動，原則上須得原告同意，始得為之。查被告抗辯因補習班業務緊縮，於九十一年六月間諮詢原告願否轉任被告關係企業拉堤極品咖啡任職，當時並未強迫要求原告轉職，只不過徵詢原告意見而已，並無意將原告解僱，亦未將原告調職，係原告自己請辭云云，惟未舉證證明形式上確係基於企業經營上所必需及對原告薪資及其他勞動條件未作不利變更，且未徵得原告同意，自不得恣意為之。被告答辯稱原告不願接受，事後主動辭職乙節，雖據被告副班主任到庭證稱『目前公司政策還沒決定，沒有明白告知原告要確定將其調職』，但假若被告所述尚未確定將原告調轉其他單位任職乙詞屬實，何以原告仍要放棄原職，並喪失資遣費權利而主動辭職，衡諸常情，顯屬不可能。再者被告於九十年十月二十九日答辯狀中已表示『按答辯人已盡所能將原告轉調附近關係企業服務，係原告不接受，尚非答辯人不為』等語，依其陳述內容，顯然被告將原告調動至其他企業工作係一已定政策，勢在必行，況且被告業務緊縮，將來亦無原先行政人員工作可供原告任職，證人所述自不足採信。另證人唐麗蘭證稱『是八月五、六日左右，丘主任跟我講，原告明天要領薪水，順便拿勞保轉出單。』，依其內容並不能證明係原告主動辭職。按雇主違反勞動契約或勞工法令，致有損害勞工權益之虞者，勞工得不經預告終止契約，勞動基準法第十四條第一項第六款訂有明文。依上所述，被告調職命令未經原告同意，與雙方所訂勞動契約內容不合，且未舉證證明形式上確係基於企業經營上所必需及對原告薪資及其他勞動條件未作不利變更，自不得恣意為之，原告主張被告調職命令違反勞動契約，致損害其權益乙詞，堪可採信。是原告主張依勞動基準法第十四條第一項第六款規定，不經預告終止兩造勞動契約，洵屬有據。至被告抗辯原告無正當理由曠職三日，得依法解僱原告云云，但並未舉證於知悉其情事之日起三十日內向原告為終止勞動契約之意思表示，所辯亦不足採信。」

<sup>225</sup> 該判決要旨如下：「按資方如因公司內部有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，應得勞方之同意始得為之。調職因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，因之，雇主之調職命令權不可毫無制約地行使，如雇主濫用調職權利時，勞工可不受該調職命令之拘束，至調職命

除了上述可以明白區分為肯定說與否定說者外，法院亦有與司法院第 14 期司法業務研究會相同意見者，即在於借調關係未說明是否需要勞工同意，若非基於借調關係，屬於另一勞動契約之履行，則需要勞工同意。如臺北地方法院 94 年勞訴字第 24 號判決。<sup>227</sup> 228

另亦有區分為借調與原契約終止成立新約之情形，但與司法院第 14 期司法業務研究會有部分不同。申言之，該等見解認為無論是在借調或原契約終止成立新約之情形，勞工皆與調動後的公司成立新的勞動契約。亦即在借調的情形，勞工與原雇主的勞動契約處於中止的狀態，由原雇主讓與勞務請求權予新雇主，但勞工與新雇主亦存在另一新的勞動契約（即存在兩個勞動契約）；在原契約終止成立新約的情形，則是勞工與原雇主合意終止原約，而另與新雇主成立新約（即僅存在新約）。此外該等見解明白表示借調亦需勞工同意。如臺北地方法院 90 年勞訴字第 85 號判決。<sup>229</sup> 230

---

令是否該當權利濫用禁止原則之判斷基準，應就各個調職命令在業務上有無必要性或合理性，與勞工接受調職命令後所可能產生於生活上之不利益程度為綜合之比較考量，同時並考慮其中是否有動機與目的上之不當性予以全盤之判斷，設調職命令沒有業務上必要性，或者縱有業務上必要性，然另有其他不當動機、目的，或明顯使勞工承擔超過通常應忍受程度之不利益時，除非有特殊之情事，即應認該調職命令已構成權利之濫用。又我國公司法第六章之一固規定有關係企業型態，惟在關係企業中，從屬公司及控制公司仍係各自獨立之法人，若資方將勞方調任至資方之關係企業時，因已非屬同一事業單位，係屬勞動契約之變更，應先徵得勞工之同意。」

<sup>226</sup> 相同見解：彰化地方法院99年彰勞簡字第10號判決。惟士林地方法院98年湖勞簡字第29號判決所指之勞動契約變更，法院認為包括「調職」與「轉任」；而彰化地方法院99年彰勞簡字第10號判決從上下文義，應指勞務請求權讓與第三人的情形。

<sup>227</sup> 該判決要旨如下：「關係企業之母公司與子公司之關係，雖母公司得支配子公司，惟兩公司仍為個別之權利主體，勞工若非基於借調關係，而係經勞工之同意，則屬另一勞動契約之履行，與原雇主即母公司之勞雇關係固得因合意而終止（見78年2月25日司法院第14期司法業務研究會期研究意見參照）……兩造間之原僱傭關係縱因原告同意擔任新加坡華義公司總經理一職而暫時停止，惟於被告將原告之總經理職務解任並調任回台，改為擔任被告公司總經理室協助相關業務推行一職時，即已恢復兩造間之原僱傭關係……綜上，兩造間之原僱傭關係雖曾因原告同意擔任新加坡華義公司總經理一職而暫時停止，惟於被告將原告之總經理職務解任並調任回台，改為擔任被告公司總經理室協助相關業務推行一職時，已恢復原有之僱傭關係，並有勞動基準法之適用。」

<sup>228</sup> 相同見解：臺灣高等法院臺中分院96年勞上易字第15號判決、板橋地方法院89年勞訴字第15號判決、臺中地方法院97年勞訴字第12號判決。

<sup>229</sup> 該判決要旨如下：「按現代企業，或為尋求更大之利潤、或為減免稅捐負或為分散危險等種種原因，漸漸採行集團企業之方式，而可能於國內外設立分公司、或另成立子公司，或投資設立關係企業，為適應此種企業型態之變更，且為求最大勞動力之利用，企業常有將其員工由總公司調往分公司或由分公司調往總公司，由母公司調往子公司或由子公司調往母公司，或調往關係企業之其他公司，此種人事異動之種類基本上可分為企業內部之人事異動（即同一法人格內部之人事異動），及企業外部之人事異動（即不同法人格間之人事異動），其中企業內部之人事異動，勞工與雇主間之僱傭關係仍然存在，其勞動指揮監督權並無變更，而企業外部之人事異動，由於動之

姑不論是否需要勞工之同意，單就「關係企業內調職之分類」以觀，法院的見解大致可以分為：

一認為涉及勞動契約當事人之變更或勞務請求權讓與，如臺北地方法院 94 年勞簡上字第 52 號判決，<sup>231</sup>但亦有將勞動契約當事人變更細分為終止原約而另締新約、契約承擔兩種類者，如臺北地方法院 90 年勞訴字第 110 號判決；<sup>232</sup>

---

指揮監督權發生變動，勞工與原雇間之僱傭關係是否因而消滅？及勞工與新指揮監督權人是否發生新的僱傭關係？．．等等，即成為應予探討問題。查我國企業組織絕大多數為中小企業，所謂大型企業之關係企業化現象，雖有漸漸繁衍之趨勢，但仍足以涵蓋我國整體之勞工雇用現象，且我國尚未採行所謂法人格否定說之理論，本於法安定性之要求，勞工與異動前後之企業間之法律關係，基本上仍宜遵循我國實務上一貫嚴格區別法人格之立場，認為勞工分別與異動前後之企業成立僱傭契約，始能符合民法第四百八十四條所定『僱用人非經受僱人同意，不得將其勞務指揮權讓與第三人．．。』之規定，亦即雇主經得勞工同意後，將勞工調往雇主以外之其他企業服務時，其前後雇主得分別於其僱用期間，依各自勞動契約對勞工行使勞務指揮權．．．．而企業外部之人事異動，勞工與原雇主間是否仍有僱傭關係存在，應視勞工實際是否任職、離職及兩造間之約定而定。大抵上，企業間人事之互相異動，有兩種不同型態，其一為將勞工終局地調往其他公司服務，無調派期間之約定，或於調派期滿即回任，或可於調派期間合意終止調派回任原公司之合意，調派之後由新雇主發放勞工之薪資並行使對勞工之勞動指揮權。其二為雇主將勞工於某一段時期內暫時借調至他公司服務，而約定於借調期滿或一定條件下，再行回任。於前者之情形，應認勞工已與新雇主成立一新僱傭繼續，其與原雇主間之僱傭契約，於勞工調派至他公司服務時，即已終止。在後者之情形，則係原雇主經勞工同意後，將其對勞工之勞務指揮權於借調期間移轉予新雇主，由新雇主於借調期間依其與勞工之勞動契約行使勞務指揮權，原雇主與勞工之僱傭契約則處於中止之狀態，俟此項借調因借調期滿或其他原因終止後，雇主與勞工之僱傭契約始行回復。」

<sup>230</sup> 相同見解：臺北地方法院96年勞簡上字第41號判決、臺北地方法院96年勞訴字第86號判決、臺北地方法院95年重勞訴字第18號判決、臺北地方法院91年勞訴字第82號判決、新竹地方法院97年勞訴字第19號判決。

<sup>231</sup> 相同見解：士林地方法院98年勞簡上字第10號判決、士林地方法院95年士勞簡字第13號判決、板橋地方法院98年勞簡上字第1號判決、板橋地方法院97年重勞簡字第15號判決。

<sup>232</sup> 該判決要旨如下：「按勞工應依勞動契約對其雇主提供勞務給付，但勞動契約中有關工作地點、工作內容有時並非明確，而有待於雇主之指示。在同一事業單位內，勞工之工作地點、工作內容可能發生變動，即俗稱之工作地點調動、職務調動。但勞工依契約或依雇主指示，可能長期不在自己雇主的事業單位提供勞務給付而至其他事業主之事業單位提供勞務給付，甚至，更進一步完全脫離原雇主的事業單位之歸屬性，而成為其他事業主之勞工，即通稱為勞工之調動。在不同事業單位間勞工調動法律型態，依據雇主是否變更可分為：(1)雇主不便但由第三人受領勞務給付，(2)雇主變更。在後者，在法律上處理方式可能有二：(1)先終止原來之勞動契約，而後由原勞動契約勞工與新雇主重新締結一個與原來勞動契約內容完全相同或不同之勞動契約。(2)勞動契約並不終止，而由新雇主承擔原來雇主之法律地位，亦即以『契約承擔』方式做成。3.在前述雇主變更之勞工調動型態，可能發生在關係企業間勞工之調動，抑或者單純為不同事業單位間勞工之調動。若此種調動，係採取契約承擔之方式處理，則須經原雇主、新雇主及勞工三方面同意方生效力，與一般債權債務關係所生契約承擔要件相同。」

-認為屬於勞務請求權的讓與，如臺中地方法院 89 年勞簡上字第 6 號判決；<sup>233</sup>

-認為屬於勞動契約之變更，如士林地方法院 98 年湖勞簡字第 29 號判決；<sup>234</sup>

-認為應區分為借調與另一勞動契約之履行，即與司法院第 14 期司法業務研究會相同，如臺北地方法院 94 年勞訴字第 24 號判決。<sup>235</sup>但亦有區分相同，但認為借調不僅是單純勞務讓與且亦成立新約者（雙重或多重契約關係），如臺北地方法院 90 年勞訴字第 85 號判決。<sup>236</sup>

就本文的分析，上述法院見解雖有不同，但大抵仍可以歸類為：1.單純勞務請求權讓與，此時原雇主與勞工之勞動契約繼續存在，僅是將勞務請求權讓與給第三人；2.原雇主將勞務請求權讓與給第三人，但勞工亦與第三人成立另一勞動契約（存在二個契約）；3.原雇主與勞工合意終止原契約，勞工與第三人成立新勞動契約；4.契約承擔等四種類型。司法院第 14 期司法業務研究會所言之借調應指第 1 種情形，而非借調則指第 3 種情形。至於第二種情形，亦被部分法院稱之為借調。

### 第三款 學說見解

#### 第一目 企業內調職說

持此說者立基於否認關係企業中從屬公司的法人格，認為關係企業內的調職或可與企業內調職作同一處理，以企業內調職法理來審視該關係企業內的調職是否適法，其所持理由如下：

<sup>233</sup> 相同見解：臺灣高等法院92年勞再易字第2號判決、臺灣高等法院92年重勞上字第2號判決、臺灣高等法院91年勞上易字第5號判決、臺灣高等法院臺南分院95年勞上易字第16號判決、臺北地方法院98年勞訴字第67號判決、臺北地方法院97年勞簡上字第33號判決、臺北地方法院94年北勞簡字第42號判決、臺北地方法院91年勞訴字第147號判決、臺北地方法院90年勞訴字第76號判決、桃園地方法院94年勞訴字第33號判決、桃園地方法院91年勞訴字第45號判決、嘉義地方法院94年勞訴字第8號判決、臺南地方法院98年勞訴字第33號判決。

<sup>234</sup> 相同見解：彰化地方法院99年彰勞簡字第10號判決。

<sup>235</sup> 相同見解：臺灣高等法院臺中分院96年勞上易字第15號判決、板橋地方法院89年勞訴字第15號判決、臺中地方法院97年勞訴字第12號判決。

<sup>236</sup> 相同見解：臺北地方法院96年勞簡上字第41號判決、臺北地方法院96年勞訴字第86號判決、臺北地方法院95年重勞訴字第18號判決、臺北地方法院91年勞訴字第82號判決、新竹地方法院97年勞訴字第19號判決。

「企業集團重視企業間之人事交流，勞工在企業間流動係屬頻繁，企業為了此人事流動而特別設有人事規範，例如由核心企業代表集團內其他企業統一僱用勞工，再視各公司之用人需要，將勞工調職至用人公司，進行統一的職務安排及升遷等人事管理，亦即母公司將企業集團當成一個人事圈，整體地調度人力；另一方面，勞工對此事先已經有所預見或雇主已為充分說明，在此前提之下，可將企業集團間之職務異動與同一企業內之調職作相同之評價。也就是說，此際整個關係企業實質上是同一企業，勞工在關係企業間調職時，不必過度在意各個關係企業在法律上之獨立人格，而宜將關心的重點置於勞工在關係企業間調職時權利是否蒙受不利益。」<sup>237</sup>

## 第二目 企業外調職說

相對於企業內調職說，企業外調職說仍是承認了關係企業中—無論是控制公司還是從屬公司，所有公司的法人格，因此其基本的立場仍是將關係企業內的調職當作是企業外調職加以處理，所持理由為：

-關係企業間在內部雖有統一指揮關係，在經濟上彼此間為利害與共的整體，但在法律上仍為各自獨立的法律主體，故勞工在關係企業間之調職，與一般不同事業單位間勞工之調職並無不同，而與同一事業單位內容勞工工作地點或職務之調動有別。<sup>238</sup>

-關係企業內之各個事業單位，在法律上尚未承認關係企業之型態，故關係企業內之各個事業單位，在法律上係各自獨立之法人公司企業，因而勞工受僱於其一，但之後被調到其他公司，事實上雖仍在同一關係企業內，但就法律上而言，其實已是被調至其他事業單位，因此發生雇主變動之情形，亦即勞動契約當事人已有所改變。<sup>239</sup>

<sup>237</sup> 劉志鵬，「控制性持股」關係對雇主概念及其責任的可能影響，律師雜誌，第291期，12月號，2003年12月，頁52-53。

<sup>238</sup> 林炫秋，關係企業間勞工之調動與勞工之同意權—評高雄地方法院八十二年度雄簡字第五二五號暨勞簡上字第六號判決，收錄於勞動法裁判選輯（二），臺北：元照，1999年12月，頁58-59。

<sup>239</sup> 黃程貫，勞動法，國立空中大學，修訂再版，2001年，頁466。

企業外調職說雖然對於關係企業內的調職問題，基本上皆採取承認關係企業內所有公司法人格獨立之立場，而把關係企業內的調職當作企業外的調職來處理（亦即不同法人格間的調職），但是對於調職的分類上，則有不同之見解：

#### 1.以雇主是否變更分類<sup>240</sup>

此說認為不同事業單位間勞工調動之法律型態，可依勞動契約之雇主是否變更分為兩種類型：

##### （1）雇主不變但由第三人受領勞務給付

此種型態係雇主在一定的期間內，將勞工借調給其他事業單位的事業主，在此期間內勞工受該事業主之指示，可稱之為借調勞動關係。此時原勞動契約依然維持，原雇主亦未變更，但受領勞務給付之人變為第三人，而非原雇主。此即是民法第 484 條勞務請求權讓與第三人的情形。依民法第 484 條之規定，只要經過受僱人同意，僱用人即得將勞務請求權讓與第三人，故此種型態之勞工調動須經勞工同意。

##### （2）雇主變更

此又可區分為二種方式，其一為先終止原勞動契約，而後由原勞動契約之勞工與新雇主重新締結一個與原來勞動契約內容完全相同或不同的勞動契約，新舊契約在時間上可能有段差距，亦可能緊緊相接。即使其內容完全相同，但新雇主與勞工間的權利義務關係仍是重新開始，既為重新締結契約，自應得勞工同意。

其二為勞動契約並不終止，而由新雇主承擔原來雇主的法律地位，亦即以「契約承擔」的方式作成。由於我國民法並沒有針對契約承擔有概括性之規定，此說以民法第 484 條為出發點，認為民法第 484 條既然規定得讓與屬人性甚強的勞務請求權，則僱傭契約其他權利義務之讓與或承擔，只要經僱傭契約當事人同意，即得為之。而債權讓與及債務承擔及其他附隨權利轉讓之僱傭契約之承擔，只要經過原契約當事人及承擔人三方面的同意，即得由新雇主承擔原雇主原勞動契約

---

<sup>240</sup> 林炫秋，關係企業間勞工之調動與勞工之同意權—評高雄地方法院八十二年度雄簡字第五二五號暨勞簡上字第第六號判決，收錄於勞動法裁判選輯（二），臺北：元照，1999年12月，頁54-55。

上之法律地位。

## 2.以勞動契約是否變更分類<sup>241</sup>

此說對於關係企業調職的問題，主要著眼於是否影響到勞動契約上雇主之概念，而將情形區分為二：

### (1) 借調：既有勞動關係的維持

若依係爭勞動契約而言，借調工作係屬常態，且當事人並無終止（中斷）勞動契約之意思，原則上應認為原雇主仍為勞工之雇主，勞動關係繼續存在。其理由為關係企業內對於較高階之勞工調動職務，乃是一典型的現象，基本上與一般的派遣勞動關係並無實質上的差異，亦即勞工雖然實際上到受派地點工作，惟此係受其雇主之指派、構成其依勞動契約提供勞務的內容之一，因此並不當然引起任何受派勞工任何信賴，使其與實際工作場所之公司成立另一勞動關係。

### (2) 借調：新的勞動契約的簽定

勞工為關係企業中的母公司所僱用，其後被派至關係企業中的子公司，與後者締約，為後者公司工作，此時區分為與母公司的契約關係是否終結可分為：

#### a.成立另一勞動關係

若依個案情形，特別是當事人之約定，可認為勞工與原公司之契約關係已經終結，則應認為勞工在為新公司服務時，與新公司成立另一新的勞動契約。

#### b.成立多重的契約關係

勞工與原雇主之勞動契約關係基本上並未終結，因為原則上可認為保有對勞工勞動力處置與指揮之權，亦有利母公司，在此情形，勞工同時與二雇主成立二個勞動關係。例如對於一適用德國法的勞動契約的勞工，其依契約之補充約定，被德國公司派到關係企業所屬的外國公司，而與外國公司締結勞動契約、提供勞務，惟因其提供勞務不僅須依該外國公司，甚且亦應依該德國公司之指揮監督為

---

<sup>241</sup> 林更盛，雇主概念的界定與義務的擴張，收錄於勞動法案例研究（二），臺北：五南，初版，2009年3月，頁54-55。林更盛，「控制性持股」關係對雇主概念及其責任的可能影響，律師雜誌，第291期，12月號，2003年12月，頁33-35。

之，而且該德國公司仍保有權利、得隨得指派該勞工另一關係企業所屬的其他國家的公司工作，勞工即同時保有二個勞動關係。

### 第三目 二分說

此說認為金控公司底下之調職可能產生二種類型，其一將金控公司視為受僱勞工之雇主，而回歸企業內調職之法理而斟酌其是否有違反調職五原則及是否有權利之濫用。其二是依傳統見解，認為關係企業內調職乃為企業外調職，已超過勞動契約之預定範圍，因此除勞工事前同意外，該調職並不產生效力。<sup>242</sup>申言之此說認為關係企業在具有絕對之實質人事、經營決策掌控權時，應採公司法人格否定說，此時調職視為企業內調職，而其調職之合法與否應依調職五原則判斷；<sup>243</sup>在未具有絕對之實質人事、經營決策掌控權時，應採法人格實在說，而屬企業外調職，原勞動契約與勞工同意終止，而與新雇主成立新約。<sup>244</sup>此說雖然是針對金融控股公司而設，然其在應用上已將範圍擴展到公司法上之關係企業，而未限於金融控股公司法上之特殊關係企業，是故亦可歸類為關係企業調職分類學說之一。<sup>245</sup>依此說之見解將企業內調職情形與企業外調職情形分述於下：

一企業內調職情形：於金控公司底下，如人事調派各該子公司並無決定權，特別是調職往往並非一次性，可能有暫時性之性質，如將其視為企業內之調職，學理上並非完全禁止，然究於如何情形下，得將金控公司視為該勞工之雇主，仍有待學理之發展，就最高法院 90 年台上第 308 號判決而言，<sup>246</sup>應可認為，關係企業

<sup>242</sup> 郭玲惠，金融控股公司與企業併購對於勞工勞動條件保障之初探—以調職為例，律師雜誌，第291期，12月號，2003年12月，頁21-22。

<sup>243</sup> 郭玲惠，金融控股公司與關係企業內之調職，行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告，2005年，頁35-37。依郭氏之見解，所謂「具有絕對之實質人事、經營決策掌控權」有以下三種情形：1.因直接、間接選任或指派一銀行、保險公司或證券商過半數之董事而成立之金控公司；2.因公司持有他公司有表決權之股份或出資額，超過他公司已發行有表決權之股份總數或資本總額半數者，而成為關係企業中之控制公司者；3.公司直接控制他公司之人事、財務或業務經營者，而成為關係企業之控制公司者，如設有總管理處之關係企業。

<sup>244</sup> 郭玲惠，金融控股公司與關係企業內之調職，行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告，2005年，頁35-38。郭氏認為，所謂「未具有絕對之實質人事、經營決策掌控權」有以下二種情形：1.因持有一銀行、保險公司或證券商已發行有表決權股份總數或資本總額超過百分之二十五而成立之金控公司；2.公司僅間接控制他公司之人事、財務或業務經營，而成為關係企業之控制公司，如無設有總管理處之關係企業。

<sup>245</sup> 郭玲惠，金融控股公司與關係企業內之調職，行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告，2005年，頁53以下。

<sup>246</sup> 其原文為台灣高等法院90年台上第308號判決，惟其應指最高法院90年台上第308號判決。

總管理處所下達之調職命令，應視為雇主對於其受僱人指揮監督權之行使，雖然總管理處並未實質監督管理各該子公司內部之實際經營，但仍具有雇主之性質。依此判決，則金控公司底下之調職將與企業內之調職將無差異，雇主不僅必須考慮經營上之必要，無論勞工之年資、薪資、勞動條件及退休之保障部份，皆不得有不利之變更。<sup>247</sup>

—企業外調職情形：金控公司底下之個子公司仍為獨立之公司人格，為不同法人格，勞工與工作場所調動前後之企業間之法律關係，基本上仍應嚴格區別法人格。<sup>248</sup>而又可以區分為永久性調職於暫時性調職：<sup>249</sup>

在永久性調職的情形，首先要探討者，即雇主是否有調職之權限。在勞工不同意調職之情形，如個別子公司無勞動基準法第 11 條或第 20 條之事由，雇主無法因此終止勞動契約，若雇主執意調職，勞工尚且得依勞動基準法第 14 條第 1 項第 6 款終止勞動契約。如勞工同意調職，因勞動契約中雇主之法人格既已變更，原勞動契約應已終了，勞工受僱於原雇主之年資，雇主是否承認以及勞動條件是否變更，仍必須由勞工與新雇主簽訂契約。

在暫時性調職的情形，該行為已超出原勞務之預定範圍，雇主必須經勞工同意後，始得調往雇主以外之其他企業。勞工之考核、懲戒、歸建及解僱、退休等不以勞務之提供為目的之人事權，均仍由原雇主掌握，與原雇主間仍存在僱傭關係，僅於他公司指揮下執行職務。又可分為三種情形：

<sup>247</sup> 郭玲惠，金融控股公司與企業併購對於勞工勞動條件保障之初探—以調職為例，律師雜誌，第291期，12月號，2003年12月，頁22。本文認為郭氏之見解應予補充說明，其判旨如下：「按總管理處乃台塑關係企業所設立之專業幕僚單位，用為整體關係企業之幕僚及服務部門，位在董事長、總經理之下，而與各關係公司並列，以處理各關係公司之事宜，而總管理處之董事長王永慶，即係被上訴人公司之董事長，已足表示係代表被上訴人公司之意見，原審因認以台塑關係企業總管理處董事長王永慶名義所發布之人事命令效力自應視其內容而及於各相關公司，而為上訴人敗訴判決，並不違背法令。」申言之，最高法院並非將總管理處視為勞工之雇主，而是總管理處所發布之命令，是以係爭案例中勞工受僱公司之董事長名義所發出，該調職之命令即為勞工受僱公司本身之命令。亦即最高法院在本件中的見解，僅是將關係企業外的調職與企業內調職做同一之處理，非謂將總管理處視為勞工之雇主。

<sup>248</sup> 郭玲惠，金融控股公司與企業併購對於勞工勞動條件保障之初探—以調職為例，律師雜誌，第291期，12月號，2003年12月，頁22。

<sup>249</sup> 郭玲惠，金融控股公司與企業併購對於勞工勞動條件保障之初探—以調職為例，律師雜誌，第291期，12月號，2003年12月，頁22-23。

(1)二勞動契約併行，即勞工與調動前後之雇主間均存有僱傭關係，其前後雇主得分別於其勞動關係存續期間各自依勞動契約對受僱人行使勞務指揮權，勞工僅改向新雇主提供勞務，舊雇主勞動契約中不以勞務提供之約定，對於調出勞工繼續適用；

(2)原勞動關係暫停，新勞動關係繼續，待勞工返任或歸建；

(3)原勞動關係終了，外調公司承認原勞動關係之年資，如再行返任，原雇主亦承認外調期間之年資。

#### 第四目 本文分析

我國學說對於關係企業內調職問題的分類見解，就是否涉及法人格的否認上可以區分為二種見解，即企業內調職說或企業外調職說。就前者而言，被否認法人格的可能只有從屬公司，<sup>250</sup>或者是把關係企業整體當作一個實質企業，從而否認關係企業所有公司的法人格。如同本文在第三章所述，依我國法之解釋，似難認將關係企業中從屬公司法人格之否認作為原則加以適用，較為合宜者，仍是肯定關係企業中各公司獨立之法人格，而於具體之情形加以例外之調整，企業內調職說是否與我國現行法體系一致，<sup>251</sup>本文持保留之看法；就後者而言，其雖然皆承認關係企業中個別公司皆有獨立之法人格，但對於關係企業調職之分類則有不同見解，本文認為大抵仍可以區分為：

—單純涉及勞務請求權的讓與。在此情形，勞工與原雇主的勞動契約繼續存在，僅是原雇主對於勞工之勞務請求權讓與給關係企業中其他法人格之雇主，有學者以「借調」名之；<sup>252</sup>

<sup>250</sup> 郭玲惠，金融控股公司與企業併購對於勞工勞動條件保障之初探—以調職為例，律師雜誌，第291期，12月號，2003年12月，頁22。

<sup>251</sup> 劉志鵬，「控制性持股」關係對雇主概念及其責任的可能影響，律師雜誌，第291期，12月號，2003年12月，頁52-53。

<sup>252</sup> 林炫秋，關係企業間勞工之調動與勞工之同意權—評高雄地方法院八十二年度雄簡字第五二五號暨勞簡上字第第六號判決，收錄於勞動法裁判選輯（二），臺北：元照，1999年12月，頁54-55。

-成立雙重或多重勞動契約。在此情形，勞工與原雇主的勞動契約亦繼續存在，但勞工與新雇主亦成立另外之勞動契約。勞工與原雇主的勞動契約可能處於一部中止或全部中止。此時勞工主要是履行對於新雇主的勞動契約；

-原勞動契約終止，成立新的勞動契約。在此情形，勞工與原雇主的勞動契約終止，而勞工另與關係企業中其他法人格之雇主成立新的勞動契約，其內容可能與原勞動契約相同或相異；

-原勞動契約並不終止，但是發生雇主變更。在此情形，勞工與原雇主之勞動契約並未終止，但是勞動契約之一方當事人（亦即雇主）發生變動，即由新雇主經由契約承擔的方式，概括承受原雇主之法律地位。此時由於是概括承受原雇主之法律地位，於繼受之始原勞動契約之勞動條件不得做任何之變更。

## 第二項 德國實務與學說

德國在討論康柴爾內的調職時，原則上是以個別企業具有法人格獨立性、康柴爾僅是企業聯合的一種方式，並不具有獨立法人格為出發點來討論康柴爾調職的問題。勞工的雇主仍是與之締結勞動契約之雇主（個別的康柴爾企業），而不是康柴爾本身。<sup>253</sup>另一方面，康柴爾的領導權也得出對於從屬公司勞工的勞動法上的指示權，<sup>254</sup>因此若由康柴爾控制公司對於其從屬公司勞工發出的指示，由於其並非勞工之雇主而不具有雇主之指示權，且其領導權亦得出對於從屬公司勞工之指示權，因而勞工對於控制公司「直接的指示」可以拒絕服從。換言之，原則上從屬公司的勞工對於康柴爾控制公司所發出之調職命令，因控制公司對於該勞工並無指示權，故勞工沒有服從之義務。

---

<sup>253</sup> Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, 12. Aufl. 2010, C. H. Beck, BetrVG § 1 Errichtung von Betriebsräten Rn. 97; Richardi, in : Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2009, C. H. Beck, § 23 Konzern als Organisationseinheit des Arbeitsrechts Rn. 1; Ziemann, in : Moll, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2009, C. H. Beck, § 74 Das Urteilsverfahren Rn. 1; Deinert, in : Kittner/Zwanziger(Hrsg.), Arbeitsrecht Handbuch für die Praxis, 5. Aufl. 2009, Bund-Verlag, § 5 Rn. 65 ; Rolfs, in : Blomeyer/Rolfs/Otto, Gesetz zur Verbesserung der betriebl. Altersversorgung, 5. Aufl. 2010, C. H. Beck, BetrAVG § 16 Anpassungsprüfungspflicht Rn. 206.

<sup>254</sup> Pries, Arbeitsrecht Praxis-Lehrbuch zum Individualarbeitsrecht, 1999, Dr. Otto Schmidt, S. 164.

在康柴爾個別企業皆是獨立法人格之雇主之前提下，勞工之雇主若欲將勞工調往康柴爾其他企業從事勞務，必須得到勞工之同意始得為之。<sup>255</sup>此時就勞動契約當事人的雇主與勞工而言，康柴爾其他企業是第三人。勞工原則上沒有在康柴爾其他企業提供其勞務之義務；與勞工締結勞動契約之雇主原則上也沒有使勞工於康柴爾其他企業提供勞務之指示權，除非透過勞動契約之合意加以擴大；如果勞工沒有在勞動契約中合意雇主指示權的擴大，則雇主在調職時需要變更終止（Änderungskündigung）。<sup>256</sup>調職可能的情形羅列於下：

### 1. 單一勞動契約單一雇主

在勞工與康柴爾中其中一個企業訂立勞動契約的情形，由於只存在一個勞動契約，而當事人亦只有單一勞工對於單一雇主（即與之締約之康柴爾企業），只要雇主有調職之指示權，康柴爾中的調職可能透過下列二種方法實施：<sup>257</sup>

- 康柴爾借用（Konzernleihe）：此時勞動契約只存在於一家康柴爾企業，然而勞工對於該康柴爾企業負有提供勞工的勞務給付給康柴爾其他企業之義務。<sup>258</sup>在此情形不發生雇主變更，也就是說原雇主對於在康柴爾其他從屬企業的調派（Entsendung/Abordnung）期間內仍是雇主。<sup>259</sup>雇主可以透過調派實施調職。勞工提供勞務給付的主要義務給第三方企業，然而契約雇主仍是工資債務人。<sup>260</sup>此時應該區分勞工於康柴爾中的借用是暫時性（vorübergehend）的或是非暫時性

<sup>255</sup> Gragert, in : Moll, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2009, C. H. Beck, § 10 Art der Tätigkeit Rn. 4.

<sup>256</sup> Schüren, in : Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2009, C. H. Beck, § 319 Arbeitnehmerüberlassung im Konzern und sonstige Formen der Überlassung Rn. 4; Hamann, in : Schüren, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 4. Aufl. 2010, C. H. Beck, AÜG § 1 Erlaubnispflicht Rn. 520.

<sup>257</sup> Moll, Die Änderung der Arbeitsbedingungen durch den Arbeitgeber - insbesondere in der Unternehmenskrise: Reichweite und Grenzen von Direktionsrecht und erweiterten Leistungsbestimmungsrechten, 1. Aufl. 2009, Peter Lang, S. 231ff; Röller, in : Küttner, Personalbuch 2011, 18. Aufl. 2011, C. H. Beck, Konzernarbeitsverhältnis Rn. 4; Preis, in : Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 11. Aufl. 2011, C. H. Beck, BGB § 611 Vertragstypische Pflichten beim Dienstvertrag Rn. 198.

<sup>258</sup> Richardi, in : Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2009, C. H. Beck, § 23 Konzern als Organisationseinheit des Arbeitsrechts Rn. 21.

<sup>259</sup> Schiefer, in : Hümmerich/Reufels(hrsg.), Gestaltung von Arbeitsverträgen Kommentierte Klauseln und Musterverträge, 2. Aufl. 2011, Nomos, 1 Rn. 3340.

<sup>260</sup> Schiefer, in : Hümmerich/Reufels(hrsg.), Gestaltung von Arbeitsverträgen Kommentierte Klauseln und Musterverträge, 2. Aufl. 2011, Nomos, 1 Rn. 3379; Richardi, in : Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2009, C. H. Beck, § 23 Konzern als Organisationseinheit des Arbeitsrechts Rn. 9.

的，如果勞工在康柴爾中暫時性非給付勞務予勞工之雇主，依照勞工派遣法(AÜG)第1條第3項第2款不適用部分勞工派遣法的規定。而所謂暫時性的要件可以做相當廣泛的解釋，可能包括超過一年的期間。<sup>261</sup>如果勞工派遣是屬於長期的，在「暫時性」這個要件的解釋下必須非已計劃將勞工終局的派遣。判斷「暫時性」的要件具有決定性的是：是否勞工按照已存在的派遣規定應該歸建於原企業或終局地離開原企業，確切歸建的時點毋庸確定。<sup>262</sup>在派遣之初如果沒有歸建選擇權(Rückkehroption)，通常不應肯認派遣是暫時性。<sup>263</sup>在康柴爾範圍方面包括垂直康柴爾與平行康柴爾。<sup>264</sup>如果康柴爾中某一組織單位的任務是「為了勞工持續性地派遣到康柴爾其他企業」而僱用勞工，此時不構成暫時性的勞工派遣。<sup>265</sup>該組織單位即為人力管理公司，若以經營人力派遣為業，應適用勞工派遣法。<sup>266 267</sup>

-雇主變更：在永久性調職的情形，人們理解為是康柴爾中雇主的改變。<sup>268</sup>此時雇主變更可能透過原有勞動關係的繼續存在但雇主當事人方面變更，或透過終止原來的勞動契約成立一個新的勞動契約。<sup>269</sup>在此情形即使勞工於康柴爾不同企業調職亦不構成勞工讓與(Arbeitnehmerüberlassung)，因為勞工讓與決定性的概

<sup>261</sup> Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch: Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis, 13. Aufl. 2009, C. H. Beck, S. 1243.

<sup>262</sup> Wank, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 11. Aufl. 2011, AÜG § 1 Erlaubnispflicht Rn. 60; Hamann, in: Schüren, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 4. Aufl. 2010, C. H. Beck, AÜG § 1 Erlaubnispflicht Rn. 507. 但亦有學者認為在借用康柴爾企業勞務給付開始及結束的時點於借用之初即需清楚的確定。參見Reiserer, in: Moll, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2009, § 63 Arbeitnehmerüberlassung Rn. 77.

<sup>263</sup> Reiserer, in: Moll, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2009, C. H. Beck, § 63 Arbeitnehmerüberlassung Rn. 77.

<sup>264</sup> Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch: Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis, 13. Aufl. 2009, C. H. Beck, S. 1243.

<sup>265</sup> Reiserer, in: Moll, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2009, C. H. Beck, § 63 Arbeitnehmerüberlassung Rn. 78.

<sup>266</sup> Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch: Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis, 13. Aufl. 2009, C. H. Beck, S. 1243.

<sup>267</sup> 惟如果是康柴爾自己經營的人力管理公司，雖然與一般之人力管理公司同樣適用勞工派遣法，然若屬康柴爾內部的人力管理公司，其派遣勞工之範圍僅限於康柴爾內之企業，而其他市場經營的人力管理公司則有更為廣大的派遣對象。參見Reiserer, in: Moll, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2009, C. H. Beck, § 63 Arbeitnehmerüberlassung Rn. 79.

<sup>268</sup> Thomas Lakies, AGB im Arbeitsrecht: Kontrolle vorformulierter Arbeitsvertragsinhalte: Reichweite und Grenzen, 1. Aufl. 2006, C. F. Müller, S. 136.

<sup>269</sup> Röller, in: Küttner, Personalbuch 2011, 18. Aufl. 2011, C. H. Beck, Konzernarbeitsverhältnis Rn. 4; Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 11. Aufl. 2011, C. H. Beck, BGB § 611 Vertragstypische Pflichten beim Dienstvertrag Rn. 198.

念為「第三方獨立法人格參與到勞動契約中」。<sup>270</sup>在前者情形，雇主地位已然變更，非僅讓與勞務請求權，且雇主已變更為第三人，沒有勞務請求權讓與典型的三方關係；於後者情形，一方面新勞動契約已有勞務請求權無需讓與，他方面原勞動契約已終止，亦無勞務請求權以資讓與。

## 2. 單一勞動契約複數雇主

此即所謂契約參加的情形。在此情形，契約訂立之始或之後數個企業契約參加到雇主之一方。<sup>271</sup>共同且單一雇主地位的勞動契約可能透過默示的契約參加建立。例如勞工多次長期地在康柴爾其他企業中從事勞動而且不存在真正借用關係的情形。<sup>272</sup>此時於已契約參加的康柴爾企業間調職，不構成勞工讓與。因為此時已參加到契約中的康柴爾企業並非第三人。

## 3. 多重勞動契約關係

此時數個勞動契約彼此以這種形式互相聯繫：與僱用企業（Einstellungsunternehmen）的主要的勞動關係（Stammarbeitsverhältnis）停止，也就是說雙方的主要給付義務（Hauptleistungspflicht）中止，同時與康柴爾其他企業的勞動關係被建立。<sup>273</sup>此時一個勞工分別與個別雇主間存在個別的勞動契約關係，亦即存在數個勞動契約關係。在此多重勞動契約關係的情形，勞工於已存在契約關係的康柴爾企業間調職不構成勞工讓與。<sup>274</sup>

## 4. 康柴爾勞動關係（Konzernarbeitsverhältnis）：

康柴爾勞動關係在德國學說的討論上並沒有一個統一的見解，但其基本上是脫離了傳統一個勞動契約只存在一個勞工與一個雇主，且勞工只提供勞務給與之締結勞動契約雇主之情形，學者對於康柴爾勞動關係的見解如下：

<sup>270</sup> Reiserer, in : Moll, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2009, C. H. Beck, § 63 Arbeitnehmerüberlassung Rn. 80f.

<sup>271</sup> Schiefer, in : Hümmerich/Reufels(hrsg.), Gestaltung von Arbeitsverträgen Kommentierte Klauseln und Musterverträge, 2. Aufl. 2011, Nomos, 1 Rn. 3339.

<sup>272</sup> Kiel, in : Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, 3. Aufl. 2007, C. H. Beck, KSchG § 1 Sozial ungerechtfertigte Kündigungen Rn. 593.

<sup>273</sup> Schiefer, in : Hümmerich/Reufels(hrsg.), Gestaltung von Arbeitsverträgen Kommentierte Klauseln und Musterverträge, 2. Aufl. 2011, Nomos, 1 Rn. 3339; Röller, in : Küttner, Personalbuch 2011, 18. Aufl. 2011, C. H. Beck, Konzernarbeitsverhältnis Rn. 2.

<sup>274</sup> Reiserer, in : Moll, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2009, C. H. Beck, § 63 Arbeitnehmerüberlassung Rn. 81.

—如果勞工按照與一個康柴爾企業的勞動契約，不僅一開始即為了康柴爾範圍被僱用，勞工也清楚的以勞動契約同意跨企業的、康柴爾範圍的派遣保留和調職保留。要件是，勞工的雇主基於控制企業與其他從屬企業的協調，同意在康柴爾其他企業工作位置的提供施加一定影響，而且關於勞動契約成立的決定原則上不保留給康柴爾其他企業，該康柴爾企業在必要時提供一個空缺。<sup>275</sup>依此見解，勞工只與一個康柴爾企業存在勞動契約關係，僅是在該勞動契約關係中，與勞工締結勞動契約的康柴爾企業保有調職勞工於康柴爾其他企業的指示權。而此調職可以是上述的康柴爾借用或雇主變更的情形。

—康柴爾勞動關係是一種勞動關係，在此勞動關係中，勞動契約關係在一個勞工與多數關係企業間同時存在。特別可能的是，數個勞動關係並肩被建立。這也是可能的，已派遣的勞工只要占據雙重地位（*Doppelstellung*）：一方面勞工對於母公司的勞動契約關係保持不變，他方面與子公司發生僱傭契約關係。第三種則是勞工基於數個勞動契約同時地被康柴爾不同企業僱用，此時存在一個統一的勞動關係（*einheitliches Arbeitsverhältnis*）。<sup>276</sup>依此見解，康柴爾勞動關係存在三種情形：其一是勞工與不同的康柴爾企業存在數個勞動關係；其二是勞工與母公司存在勞動契約關係，而與子公司存在僱傭契約關係；其三是統一的勞動關係，即勞工與康柴爾不同的企業同時成立數個勞動契約，惟此統一的勞動契約不但是「同時」與康柴爾所有的企業建立契約關係，終止時亦必須康柴爾所有的企業同時終止。若是經營事由之終止，則必須對於康柴爾企所有的企業皆構成經營必要時始可。<sup>277</sup>此外亦禁止將這些關係在法律上分開處理。<sup>278</sup>在此關係中數個雇主可能是德國民法第 421 條對於僱用義務（*Beschäftigungspflicht*）為連帶債務人（*Gesamtschuldner*）。通常這些雇主對於報酬義務（*Vergütungspflicht*）為連帶債

<sup>275</sup> Röller, in : Küttner, Personalbuch 2011, 18. Aufl. 2011, C. H. Beck, Konzernarbeitsverhältnis Rn. 2.

<sup>276</sup> Griebeling, in :

Etzel/Bader/Fischermeier/Friedrich/Griebeling/Lipke/Pfeiffer/Rost/Spilger/Vogt/Weigand/Wolff, Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 8. Aufl. 2007, Luchterhand, § 1 KSchG Rz. 590f.

<sup>277</sup> Griebeling, in :

Etzel/Bader/Fischermeier/Friedrich/Griebeling/Lipke/Pfeiffer/Rost/Spilger/Vogt/Weigand/Wolff, Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 8. Aufl. 2007, Luchterhand, § 1 KSchG Rz. 591.

<sup>278</sup> Deinert, in : Kittner/Zwanziger(Hrsg.), Arbeitsrecht Handbuch für die Praxis, 5. Aufl. 2009, Bund-Verlag, § 5 Rn. 30.

務人<sup>279</sup>。在勞務請求權部分，可能是以共同債權人（Mitgläubigerschaft）處理（德國民法第 432 條），此時每一個雇主為了所有人請求給付；也可能是以連帶債權人（Gesamtläubigerschaft）處理（德國民法第 428 條以下），此時每一個雇主可以為了自己請求給付。<sup>280</sup>

—如果勞工處於與康柴爾數個企業的法律關係中，此康柴爾並不能以借用勞動關係的思考圖像適當的掌握，此時勞工毋寧類似被視為歸入康柴爾更多企業。特別是在這樣的情形，一個統一的勞動關係存在於康柴爾企業，在此勞動關係中所有涉及的康柴爾企業必須共同負擔工資及僱用。<sup>281</sup>依此見解，應該以契約參加來理解統一的勞動關係，亦即單一勞動契約但雇主方面有數公司之情形，該數公司負有對於勞工之同一債權與同一債務。

### 第三項 本文見解

我國行政主管機關認為關係企業內的調職型態主要有「借調」與「轉受僱」兩種型態，前者主要是指勞工與原雇主維持勞動契約，而讓與勞務請求權於關係企業中其他公司的情形；後者則指勞工與原雇主終止原勞動契約，而與關係企業中其他公司成立新的勞動契約之情形，基本上仍是維持關係企業各公司法人格獨立之觀點。

我國法院的情形，司法院第一廳研究意見與行政主管機關相似，亦是區分為借調與轉受僱之情形，同樣地亦維持關係企業各法人格獨立之看法。而於法院之見解，則有不同看法，有認為關係企業間之調職應予企業內調職作同一處理，從而僅符合調職五原則雇主即可調動勞工者。亦有以關係企業各法人格獨立為出發點，認為可能涉及勞務請求權讓與、契約承擔、轉受僱、成立多重勞動契約等類型。

---

<sup>279</sup> Deinert, in : Kittner/Zwanziger(Hrsg.), Arbeitsrecht Handbuch für die Praxis, 5. Aufl. 2009, Bund-Verlag, § 5 Rn. 31.

<sup>280</sup> Deinert, in : Kittner/Zwanziger(Hrsg.), Arbeitsrecht Handbuch für die Praxis, 5. Aufl. 2009, Bund-Verlag, § 5 Rn. 31a.

<sup>281</sup> Zöllner/Loritz/Hergenröder, Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2008, C. H. Beck, S. 313.

我國學說上則有將關係企業內視為企業內調職者，亦有仍肯定關係企業各公司獨立之法人格，而認為構成企業外調職者，但其分類有認為關係企業內調職應分類為勞務請求權讓與、轉受僱、契約承擔等三種類型，亦有認為應區分為勞務請求權讓與、轉受僱、成立多重契約關係等三種類型。

德國之實務與學說則認為關係企業各公司之法人格原則上獨立，建構關係企業調職之勞動關係，認為可分為勞務請求權讓與（包括單純讓與和勞務派遣）、轉受僱、契約承擔、契約參加、多重勞動契約關係等類型。

從上述分析可知，我國多數學說、行政主管機關以及多數法院之見解，仍認為關係企業中各公司具有獨立之法人格，且將此想法應用於關係企業之調職上，從而關係企業之調職亦屬於不同法人格間之企業外調職，亦因此衍生出不同的關係企業調職之類型。（倘若將關係企業調職視為同一法人格內之調職，自無構成勞務請求權讓與第三人、契約承擔、轉受僱、成立多重契約關係之可能。）

相較於德國實務與學說之見解，我國實務與學說在關係企業調職分類上仍難免有不足之處，忽略了部分類型之可能。就勞務請求權讓與而言，無論是行政主管機關、法院或國內學說，多指單純勞務請求權讓與第三人之情形，而忽略了派遣之可能。另外契約參加之類型亦未見於國內學說之討論。國內學說上之企業內調職說、二分說控制公司對於從屬公司具有實質控制人事、經營決策權時以及部分法院見解，原則上採取否認關係企業中從屬公司法人格之見解，將關係企業中的調職當作企業內調職處理，其不可採的理由在於：1.與我國未承認關係企業整體具有法人格，得作為勞動契約當事人之法制有違；2.此等學說一方面擴大解釋使關係企業得作為雇主，擁有雇主之權限，並且課予其雇主之責任，此為後端的解決方式。未若在前端即否認其不得作為雇主，因而其未具有雇主之權限，不得對勞工具有勞動契約上之指示權為妥。

本文認為在我國現行的法制下仍以承認關係企業中各公司法人格獨立之企業外調職說較為可採，此亦有行政機關、多數法院判決、國內部分學說以及德國實務與學說支持。參考國內學說實務見解與德國學說實務見解，以關係企業中所有的公司仍具有法律上獨立性、關係企業中控制公司原則上沒有對於從屬公司勞工勞動法上的指示權、而且與勞工締結勞動契約之公司除非得勞工同意，否則原則上亦沒有關係企業內調職之指示權為出發點，並且考量關係企業各公司究竟與

被調職之勞工有幾個勞動契約存在、關係企業各公司有幾個成為勞動契約之雇主，認為關係企業中的調職應該以「單一勞動契約單一雇主」、「單一勞動契約複數雇主」以及「數個勞動契約數個雇主」等勞動關係作為分類，<sup>282</sup>以期能涵蓋所有關係企業內調職之勞動關係，以下分別說明之：

1. 單一勞動契約單一雇主：在此情形又可以分為我國民法第 484 條勞務請求權讓與的情形以及雇主變更的情形。

(1) 勞務請求權讓與：此時勞動契約之雇主並不發生變更，勞務讓與期間雇主仍是原來的雇主，故原雇主仍負擔勞動契約的工資債務，而勞工轉向關係企業中的其他公司服勞務，但由於涉及民法第 484 條故需勞工同意。此勞務請求權讓與的情形，可能涉及非以勞工讓與為業的單純的勞務請求權讓與，亦包括以勞工讓與為業的派遣。在單純勞務請求權之判斷方式，即勞工受僱之初並未明白表示受僱於整體關係企業，通常即可認為勞工對於勞動契約之合意僅及於與之簽訂勞動契約之公司，因之亦只有該公司成為勞工之雇主，而勞務請求權之讓與可能以勞動契約或其他方式預先規定，或者於調職時與勞工現時之合意，而重要的判斷基礎，則在於調職後雖由非勞動契約當事人之關係企業中其他公司對勞工為指揮監督，但仍由勞動契約之雇主以自己之名義支付工資，而非由調職後之公司支付工資。在派遣之情形，則必須由勞工受僱之時明白約定派遣之勞動關係始可。

(2) 雇主變更：此種情形可以用契約承擔作成，或者勞工與原雇主終止原來的勞動契約，而與新雇主另外成立一個新的勞動契約。在契約承擔的情形，涉及勞動契約當事人一方之變更需要勞工同意；在勞工與原雇主終止原來勞動契約，而與新雇主另外成立一個新的勞動契約的情形，涉及終止原約而成立新約，二者皆需分別得到勞工之同意。在此二者之判斷情形亦是勞工受僱之初並未明白表示受僱於整體關係企業，從而僅與之簽訂勞動契約之關係企業中公司為勞動契約上

---

<sup>282</sup> 學說與實務上多重雇主或多數雇主的觀念，可能包括單一勞動契約複數雇主以及數個勞動契約數個雇主的情形，參見臺灣勞動法學會編，*勞動基準法釋義—施行二十年之回顧與展望*，臺北：新學林，二版，2009年9月，頁33-35。（此部分由劉志鵬執筆）魏千峰，*多重雇主初探—台灣高等法院89年度勞上易字第36號判決及臺北地院88年度勞訴字第89號判決評釋*，臺灣勞動法學會學報，第6期，2007年6月，頁177以下。郭玲惠，*臺灣高等法院九十四年重勞上字第2號判決評釋—多重雇主之法律關係*，臺灣勞動法學會學報，第8期，2009年12月，頁43以下。

之雇主，並且於調職後原雇主即完全退出勞動契約關係，而不負擔勞動契約關係之權利義務。而於契約承擔之情形，涉及三方之法律關係，必須由勞工、雇主、以及欲承擔勞動契約之關係企業中其他公司三方合意始可。而於終止原約成立新約之情形，則有二個合意必須判斷，一是勞工與原雇主終止勞動契約之合意、一是勞工與新雇主締結新勞動契約之合意。

2.單一勞動契約複數雇主：在此情形即屬於契約參加之類型，亦即在單一勞動契約中，雇主之一方由關係企業中數個公司所構成。此契約參加可以在勞動契約成立之時即「明示」有哪些關係企業中公司加入到此契約之中。在判斷上即可能是勞工於受僱之初即明白表示該勞工受僱於整體關係企業，若未明白表示，則因為與勞工締結契約之關係企業中公司通常並未有代理行為，從而不構成契約參加之情形，而是勞工與該公司締結勞動契約（即單一契約單一雇主）；或者在勞動契約成立之後，勞工與雇主之一方「合意」讓第三方關係企業中公司加入到勞動契約中，由於二者涉及勞動契約當事人之變動，故皆需勞工同意。惟無論何者，藉由契約參加而進入勞動契約雇主之一方的關係企業中公司應明示對於勞動契約之債務負連帶責任。<sup>283</sup>

此亦可能會與下述數個勞動契約數個雇主關係混淆，是故必須慎重認定當事人間合意之內容，其與數個勞動契約數個雇主的不同點在於，此時僅有一個勞動契約存在，故不會有數個勞動契約數個雇主關係中有一契約暫時停止履行而需要合意中止之問題。

由於勞動契約雇主之一方由關係企業中數個公司構成，故在已契約參加的關係企業中公司之調職，應屬於同一雇主下的調職，惟此時並非即謂雇主得任意調職，仍需透過勞動契約取得調職之指示權始得為之。如果勞工調職於契約參加以外的關係企業中公司，仍與單一勞動契約單一雇主之情形做相同處理，亦即可能

---

<sup>283</sup> 學者認為，連帶債務對於債權人最有利、亦最有保障，因為其可以向任一債務人為全部之請求，縱使多數債務人無力清償，只要有一債務人有給付能力，債權即能獲得滿足。相對地，連帶債務對債務人則相當不利，而且風險相當高，因為債權人向其中任一債務人皆可為全部給付之請求，雖然該被請求之債務人於給付後，可依內部關係向其他債務人求償，且須自行承擔其他債務人是否具有償還能力之風險。正因為連帶債務人對於債務人極為不利，因此只有在債務人有明白之表示或法律有規定時，始能成立。參見，謝銘洋，連帶債務與不真正連帶債務，台灣本土法學雜誌，第15期，2000年10月，頁119。

發生勞務請求權的讓與或雇主變更之情形。

3.數個勞動契約數個雇主：在此情形可能是勞工同時或先後與關係企業中不同公司成立數個勞動契約，無論是同時成立或先後成立，關係企業中個別的公司皆對於勞工有基於自身與勞工締結之勞動契約之指示權，惟此指示權可能處於不行使的狀態，勞工原則上僅可能履行其中一個勞動契約。於同時成立情形之判斷，如同單一契約複數雇主之情形，可能勞工於受僱之初即明白表示該勞工受僱於整體關係企業，其區別如上所述，於數個勞動契約數個雇主之情形，由於有契約是處於一部或全部中止之狀態，故需要合意中止。

惟亦如同單一契約複數雇主之情形，若與勞工締結契約之關係企業中公司未有代理行為時，勞工只與該公司締結勞動契約（單一契約單一雇主）。他方面調職後若由調職後之雇主指揮監督，該人亦給付工資報酬時，若勞工未與原雇主合意終止勞動契約，通常可認為成立數個勞動契約數個雇主之關係。

此外，由於涉及勞動契約之成立，故需要得到勞工之合意。他方面由於可能涉及一勞動契約（多半是原勞動契約）部分或全部中止，故就勞動契約中止之部分亦應得到勞工同意，斷無雇主自行決定中止自己給付之理，若雇主自行決定中止自己之給付，乃屬債務不履行。

#### **第四節 關係企業內調職與其他概念的分野**

##### **第一項 企業內調職**

我國學者對於企業內調職的定義有從勞工於「同一企業」調動或「同一事業單位」調動著手者。<sup>284</sup>事業單位依勞動基準法第2條第5款之定義，為適用勞動基準法各業僱用勞工從事工作之機構，解釋上包括法人與自然人。<sup>285</sup>而企業一詞則於勞動基準法中未見其定義，本文認為其應指具有獨立法人格之公司、合作社、

<sup>284</sup> 採「同一企業」者，參見劉志鵬，論企業內調職，收錄於勞動法裁判選輯（一），臺北：元照，1999年12月，頁241；採「同一事業單位」者，參見林炫秋，關係企業間勞工之調動與勞工之同意權—評高雄地方法院八十二年度雄簡字第五二五號暨勞簡上字第六號判決，收錄於勞動法裁判選輯（二），臺北：元照，1999年12月，頁54。

<sup>285</sup> 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，臺北：新學林，二版，2009年9月，頁30。（此部分由劉志鵬執筆）

合夥或其他從事商業經營之自然人。二者之範圍雖有些許差異，但在同一企業內或同一事業單位內之調職，就公司的組織型態而言，不涉及變動到他公司（他法人格）下從事勞務給付。申言之，就公司的組織型態而言，在同一企業內的調職勞工仍於「同一法人格」內提供勞務給付，並不涉及雇主變更，亦不涉及勞務請求權讓與第三人之情形。以下就本文對於關係企業內調職之分類與企業內調職做一比較：<sup>286</sup>

1. 單一勞動契約單一雇主：在此情形，又區分為勞務請求權讓與第三人、雇主經由契約承擔變更、雇主經由終止原有勞動契約、成立新勞動契約變更等三種情形，後二者可統稱雇主變更之情形。就勞務請求權讓與第三人的情形而言，企業內調職在公司的型態為在同一公司內工作場所（包括其分支機構）調職，在合夥、合作社、其他個人的情形亦屬於在該合夥、合作社、其他個人所直接支配的工作場所內調職，而不涉及勞務請求權讓與第三人之情形。進一步而言，在勞務請求權讓與第三人之情形，勞動契約仍存在勞工與原公司、合夥、合作社或其他個人之間，勞動契約之雇主並沒有發生改變，此點與企業內調職同，故原勞動契約之雇主仍依勞動契約，除被讓與之勞務請求權外，負有相關之權利義務；就雇主變更的情形而言，其與企業內調職之差別在於，企業內調職後，勞動契約之雇主並不會因而改變為第三人，原勞動契約之雇主仍負有基於勞動契約之權利義務；但在關係企業內調職雇主變更的情形，就契約承擔而言，原雇主之雇主地位已由第三人承擔，亦即原雇主已脫離原有的勞動契約關係，從而不再負擔原有勞動契約關係之權利義務；就終止舊約成立新約而言，因為原雇主與被調職勞工之勞動契約已然終止，故原雇主亦不再負擔原勞動契約之權利義務。

契約承擔與成立新約的另一個差別在於，契約承擔是原雇主將勞動契約所有雇主之權利義務讓與給第三人承擔，解釋上讓與之標的自包括勞務請求權在內；而在終止舊約，成立新約的情形，新雇主基於其對於勞工之勞動契約本就享有基於勞動契約之勞務請求權，實毋需再由原雇主讓與勞務請求權。從另一方面來看，原勞動契約既已終止，而基於勞動契約之勞務請求權亦失所附麗，因而原雇主欲

---

<sup>286</sup> 關於企業內與企業外調職之分野可參見：張靜宜，企業內調職問題之研究，國立中正大學勞工研究所碩士論文，2000年，頁29-32。吳宗諺，集團企業間員工調動之法律問題研究，中國文化大學勞動學研究所碩士論文，2004年，頁118-119。曾雅蘭，勞工於企業外調職所生退休金問題之探討，國立臺北大學法律學系碩士論文，2009年，頁13-14。

讓與勞務請求權於新雇主亦屬不可能。

2.單一勞動契約複數雇主：在此情形，由數個不同的法人、合作社、合夥或自然人共同承擔勞動契約雇主之權利與義務，故在已經參加契約的法人、合作社、合夥或自然人間之調職，並不涉及雇主之變更，也不涉及勞務請求權讓與給「勞動契約以外之第三人」。若將企業定義為具有獨立法人格之公司、合作社、合夥或其他從事商業經營之自然人，則雖然此時不涉及雇主之變更，但就客觀而言仍是調動到他法人格或自然人下從事勞務給付，故仍可歸類為企業外調職。但如果將企業的定義包括關係企業，則單一勞動契約複數雇主的情形即屬於企業內調職。

3.數個勞動契約數個雇主：在此情形，無論數個勞動契約是同時成立或先後成立，只要勞工被調到其他法人、合作社、合夥或自然人（即不同雇主）處服勞務，由於已涉及不同法人格間的調職，故應歸屬於企業外調職，而非企業內調職。另一方面，由於個別雇主基於其與勞工個別之勞動契約，即擁有勞務請求權，是故如果勞工在不同勞動契約之雇主間調職時，似乎不必透過讓與勞務請求權之方式為之，惟其實益在於若原雇主讓與勞務請求權於新雇主，此時勞工於新雇主處服勞務可認為不但是履行勞工對於新雇主的勞務給付，亦同時履行勞工對於原雇主的勞務給付。

|            |            | 是否於同一法人格內服勞務 | 勞務請求權是否讓與第三人     | 勞動契約雇主是否變更<br>(包括成立另一契約) |
|------------|------------|--------------|------------------|--------------------------|
| 企業內調職      |            | v            | x                | x                        |
| 單一契約單一雇主   | 勞務請求權讓與第三人 | x            | v                | x                        |
|            | 終止舊約，成立新約  | x            | x                | v                        |
|            | 契約承擔       | x            | v <sup>287</sup> | v                        |
| 單一勞動契約複數雇主 |            | x            | x                | x                        |
| 數個勞動契約數個雇主 | 契約同時成立     | x            | 不一定              | v                        |
|            | 契約先後成立     | x            | 不一定              | v                        |

表格 3 企業內調職與關係企業內調職比較表 來源：本文自製

## 第二項 派遣

派遣之法律關係依我國多數學說之見解，乃是派遣公司與派遣勞工締結勞動契約，而要派公司與派遣勞工間並沒有存在勞動契約，要派公司僅是受讓派遣公司對於派遣勞工之勞務請求權，其他勞動契約的權利義務(包括工資給付義務)，原則上仍是由派遣公司負擔。<sup>288</sup>如前一節第三項所述，於單一契約單一雇主的情形，關係企業間之調職可以透過勞務請求權之讓與為之，而依民法第 484 條規定之解釋，此時可以包括單純的勞務請求權讓與以及以營利為目的之派遣，從而關係企業間之調職自可以透過派遣為之，與一般派遣不同點在於，此時之派遣公司與要派公司皆為關係企業之一份子。若要在解釋上認為關係企業間之調職不得透過派遣為之，關係企業之控制公司亦可以用迂迴之方式避免構成關係企業，以非關係企業之公司達到派遣之目的，除非在解釋上根本否定派遣此種勞務給付型態，否則無法杜絕關係企業之控制公司以派遣之方式實施調職。

<sup>287</sup> 此時是整個勞動契約讓與給第三人，自包括勞務請求權。

<sup>288</sup> 邱駿彥，勞動派遣法律關係若干疑義之考察，臺北大學法學論叢，第60期，2006年12月，頁53-55。邱駿彥，勞工派遣法制之研究—以日本勞工派遣法為例，臺灣勞動法學會學報，第1期—勞動派遣法制之研究，2000年11月，頁47-48。劉士豪，勞動派遣的法律關係—從國際勞工組織第一百八十一號公約談起，台灣國際法季刊，第五卷第三期，2008年9月，頁82-84。黃程貫，德國勞工派遣關係之法律結構，政大法學評論，第60期，1998年12月，頁300-301。鄭津津，派遣勞動之法律關係與相關問題之研究，中正大學法學集刊，第2期，1999年7月，頁246-247。鄭津津，從美國勞動派遣法制看我國勞動派遣法草案，中正大學法學集刊，第10期，2003年1月，頁39。焦興鎰，論勞動派遣之國際勞動基準，臺灣勞動法學會學報，第1期—勞動派遣法制之研究，2000年11月，頁159-160。陳金泉，勞動法一百問，臺北：三民，修訂二版，2007年，頁15-16。

單一契約單一雇主之調職包括派遣已如上述，至於其他調職之類型與派遣之不同分述如下：於單一契約單一雇主單純勞務請求權讓與第三人之情形，與派遣之不同點在於，此時出借公司非以營利為目的，而屬於單純讓與勞工之情形（真正借用）。於契約承擔以及終止原約成立新約之情形，原雇主已脫離與被調職勞工之勞動契約，而與派遣時派遣公司與派遣勞工乃存在勞動契約有所不同。他方面而言，在派遣時要派公司與派遣勞工並無契約關係，但在契約承擔以及終止原約成立新約之情形，則是契約承擔之公司或成立新約之公司，與被調職之勞工存有契約關係。

在單一契約多數雇主之情形，由於派遣必須是勞務請求權讓與第三人，此時各該契約參加雇主皆具有雇主之地位，故皆非第三人。勞工於其間調職並不可能構成派遣，由於各該雇主對於勞務請求權為連帶債權人，毋庸透過勞務請求權讓與之方式為之，所生僅是由何人行使之問題。他方面，勞工與各該雇主之間存在一個勞動契約關係，並不因調職前後而有所變動，與派遣時派遣勞工與要派公司無契約關係有所不同。

在多數契約多數雇主之情形，<sup>289</sup>可能透過原雇主讓與勞務請求權於他雇主之方式為之，亦可能透過原雇主與被調職之勞工中止勞務請求權之方式為之。於前者之情形，雖然與派遣同樣涉及勞務請求權之讓與，但是其與派遣不同點在於，被調職之勞工與調職目的地公司亦存在勞動契約關係。且讓與公司通常亦非以派遣為業，而屬單純勞務請求權讓與之情形；在後者之情形，非但不涉及勞務請求權之讓與，他方面亦與被調職勞工存在契約關係，而與派遣有所不同。

---

<sup>289</sup> 有學者認為在「在籍出向」的情形，除勞工與原雇主之勞動契約繼續存在外，另與新雇主成立另一勞動契約，而屬本文所謂多數契約多數雇主之情形，氏認為此在籍出向與派遣之最大區別，在於在籍出向與出向地事業主間成立勞動契約。另一個可區分點在於「事業性之有無」。參見，邱駿彥，勞工派遣法制之研究—以日本勞工派遣法為例，臺灣勞動法學會學報，第1期—勞動派遣法制之研究，2000年11月，頁39-40。

|                |                    |                   | 勞務請求權<br>是否讓與第<br>三人 | 是否與調職前<br>雇主存在契約<br>關係 | 是否與調職後<br>雇主存在契約<br>關係 | 發動調職雇<br>主是否以此<br>為業 |
|----------------|--------------------|-------------------|----------------------|------------------------|------------------------|----------------------|
| 單一契約單一<br>雇主   | 勞務請求<br>權讓與第<br>三人 | 派遣                | v                    | v                      | x                      | v                    |
|                |                    | 單純讓與<br>勞務請求<br>權 | v                    | v                      | x                      | x                    |
|                | 終止舊約，成立新約          |                   | x                    | x                      | v                      | x                    |
|                | 契約承擔               |                   | v                    | x                      | v                      | x                    |
| 單一勞動契約複數雇主     |                    |                   | x                    | v                      | v                      | x                    |
| 數個勞動契約<br>數個雇主 | 契約同時成立             |                   | 不一定                  | v                      | v                      | x                    |
|                | 契約先後成立             |                   | 不一定                  | v                      | v                      | x                    |

表格 4 派遣與關係企業內調職比較表 來源：本文自製

### 第三項 出差

關於調職與出差之區分，論者引用日本法人員出差之概念提出以下見解：「兩種概念於期間上有所不同。雖然對於兩種概念中之期間皆無法律規範，然人員出差中『期間』的概念乃係暫時性；而在籍型調動中『期間』的概念乃係非暫時性。因此，兩者於期間的概念之差異，實是不言可喻。二方面，兩者於『提供勞務上之地點』亦又所差別，人員出差中的長期出差此一類型，對於調動員工而言，通常仍係於原受僱企業之事業單位中；而支援出差，則有可能非為原受僱企業之事業單位中；但於在籍型調動的過程之中，對調動員工而言，其工作場所絕非是原受僱企業之事業單位之中。此外，兩者於『是否仍受原受僱企業之指揮監督命令』亦有所不同。人員出差中的長期出差此一類型，對於調動員工而言，其仍係於原受僱企業之指揮監督命令下，提供勞務；而支援出差，則係因以支援出差目的企業為原則，則需受出差目的企業之指揮監督命令，而提供勞務；但於在籍型調動的過程之中，對調動員工而言，其則是於調動目的企業之指揮監督命令下，提供勞務之。」<sup>290</sup>

<sup>290</sup> 吳宗諺，集團企業間員工調動之法律問題研究，中國文化大學勞動學研究所碩士論文，2004年，頁117-118。吳氏引用日本學說，認為人員出差可以分為長期出差與支援出差。所謂長期出差，通常係指一個月以上，甚或三個月以上。此種長期出差的過程中，受調動員工雖已變更其之工作場所（此地點通常是雇主所有之事業單位），但其仍係以遂行平常之職務為原則；亦即，其仍是受原所屬單位之雇主的指揮監督命令，而提供勞務；所謂支援出差，係指受調動員工，受其雇主之業務命令，而為暫時性地變更其工作場所（此地點並無區分是否為其雇主所有之事業單位

學者劉志鵬認為出差為：「基於業務需要，臨時性、短期性地指派勞工至同一企業內之其他部門支援工作、抑或指派至企業外工作，而勞工之身分、職種未發生改變者，則係出差。出差必然涉及工作場所的變動，但因係臨時性、短期性，俟出差結束，勞工又回歸至原職工作，故與企業內調職仍有不同。」<sup>291</sup>

學者黃程貫雖未對出差作一定義，不過參照其對於調職的定義，至少可以得知出差與調職的區別在於，前者乃是臨時性或短期性之特定需求；後者則是一定之相當時間的持續性。<sup>292</sup>

由上述見解可知，調職與出差最為重要的區分乃在於其時間性，或有謂之「暫時性」與「非暫時性」；亦有以「臨時性、短期性」來加以區分者。而亦有加上「勞務提供地點」、「是否仍受原受僱企業之指揮監督命令」來加以判斷。從勞務提供的地點上來看，其又區分為長期出差、支援出差與在籍型調職三種：在長期出差，勞務提供地點通常是原受僱企業之事業單位中；支援出差可能非為原受僱企業之事業單位中；在籍型調職絕非原受僱企業之事業單位中。從是否受原受僱企業指揮監督命令來看，長期出差是受原受僱企業指揮監督；支援出差是受出差目的企業指揮監督；在籍型調職是調動目的地企業之指揮監督。就勞務提供的地點來看，無論是長期出差、支援出差與在籍型調職，皆涉及工作場所之改變，只是長期出差工作場所雖然改變，但仍在原雇主的法人格所屬之工作場所，並不涉及他法人格所屬之工作場所；若涉及獨資、合夥、合作社或其他個人時，亦屬在原獨資、合夥、合作社或其他個人所支配之工作場所內。而支援出差則係涉及變動到他法人格的工作場所。進一步而言，支援出差與在籍型調職因為皆是在他法人格之工作場所從事勞務之提供，故在「勞務提供地點」上是無法直接區分的。就是否仍受原受僱企業之指揮監督，長期出差則是，支援出差則否，而是暫時性的勞務請求權讓予給他雇主，在籍型調職亦屬勞務請求權讓予給他雇主，故從是否受原受僱企業之指揮監督來看，亦無法直接區分支援出差與在籍型調職。以勞

---

)，而執行支援出差目的企業業務之職務。因此種調動係為支援出差目的企業之業務為目的，故受調動員工，其往往必須接受出差目的企業之指揮監督命令，而提供勞務。而出差目的企業之指揮命令監督權乃是該員工原受雇企業，將其之指揮監督命令權，基於一定之原因，而暫時性委讓予出差目的企業。

<sup>291</sup> 劉志鵬，論企業內調職，收錄於勞動法裁判選輯（一），臺北：元照，1999年12月，頁214。

<sup>292</sup> 黃程貫，勞動法，國立空中大學，修訂再版，2001年，頁460-461。

務提供地點、是否受原雇主指揮監督來看，能否準確區分三者，似值商榷。

本文認為，所謂在籍型調職與支援出差並無本質上的差異，所謂支援出差既是受出差場所雇主之指揮監督，即是勞務請求權讓與給第三人之情形，美其名為出差，實則是為迴避日本民法第 625 條勞務請求權讓與第三人需勞工同意之規定，故其與在籍型調職雖名異而實同。而本文對於出差的定義，從事實面向來看，出差必定涉及工作場所的變動，其可能是在原雇主工作場所作暫時性的變動，例如從臺北總公司出差到臺南分公司，即屬適例；可能是出差到他雇主處，例如受僱於會計師事務所的勞工到他法人處所執行帳目之查核工作，或者業務人員前往他雇主處商談業務；亦可能是出差到非他雇主之第三人處，例如出差到政府機關辦公。至於工作內容，應不發生變動之情形，而是依其工作性質，雇主基於勞動契約本來就擁有的指示權範圍。申言之，某些工作必然會有工作場所之改變，而出差乃是雇主基於勞動契約指示勞工工作場所暫時之改變，而與勞務請求權讓與第三人之情形有別。



## 第五章 調職權之有無與控制

### 第一節 我國學說與實務

#### 第一項 調職權之有無

雇主有無使勞工於關係企業內調職之權利，乃關乎勞工是否須服從雇主使其於關係企業內調職之命令。申言之，若雇主於調職前已取得調職之權利，則於調職之時即不需要再次得到勞工個別的同意，蓋因雇主既有使勞工於關係企業內調職之權利，於調職權利範圍內，勞工即有服從之義務無庸其再次同意。他方面而言，若雇主在調職之前沒有取得使勞工於關係企業內調職之權利，則必須在調職時得到勞工之同意始得為之，此時由於雇主並無調職之權利，故勞工無服從之義務。

#### 第一款 學說見解

企業內調職說認為，關係企業間調職的法律障礙主要為民法第 484 條「僱用人非經受僱人同意，不得將其勞務請求權讓與第三人」，但是勞工之同意應不限於事後同意，事前之概括同意亦屬之。而勞工同意之形式可以由雇主事前個別徵得其同意，若以工作規則、團體協約明文規定，解釋上亦可認為雇主已經取得勞工之同意。<sup>293</sup>肯認了雇主得於調職前取得調職權。

惟本文認為，此說既然在關係企業人事作業具有實質上同一企業之性格時，將關係企業間之職務異動視同同一企業內之職務異動，既是同一企業內之調動，應不涉及勞務請求權讓與給第三人之情形，申言之，若將關係企業間之職務異動視為同一企業內之職務異動，則關係企業間之調動實與在同一企業內不同廠場調職無異，此時應不涉及勞務請求權讓與第三人之情形，蓋其法人格既已被否認，仍將之視為第三人似有未盡完善之處。

---

<sup>293</sup> 劉志鵬，「控制性持股」關係對雇主概念及其責任的可能影響，律師雜誌，第291期，12月號，2003年12月，頁53。

企業外調職說基本上認為關係企業間的調職仍應與一般企業外調職做相同之處理，認為此時的調職應得勞工同意。<sup>294</sup>但針對雇主得否事先取得調職權，有認為應區分為勞務給付受領對象之變更以及雇主變更的情形做不同的處理，於前者之情形，由於原勞動契約存續，而且在期間上有所限制，只要其他勞動條件維持不變，勞工的事前概括同意應可承認其效力，但若調職後有不利益情形發生時，仍須勞工事後同意；於後者之情形，無論是終止原約成立新約，或是藉由契約承擔的方式為之，皆不得以勞工事前概括同意為之，而須具體的個別同意，其理由有四，其一為締約/契約承擔對象不明、甚或締約/契約承擔對象尚未存在；其二為勞工是否願意於其他雇主處從事工作，尚須就具體情形判斷，勞工無從事前判斷；其三為若勞工事前概括同意，則無異於原雇主得單方決定勞工之契約對象為何人，與契約自由中選擇締約對象自由有違；其四為概括同意是雇主所提出之一般勞動條件，勞工自始對此無拒絕接受之可能。<sup>295</sup>

亦有引用德國學說者：德國通說認為，必須得到勞工「現時」的同意，亦即須得勞工事後的、明示的同意。若是事前所為關係企業內調動之概括同意，例如受僱之始即簽訂概括同意條款，或另外簽有特別概括同意之同意書時，因關係企業內之調動係雇主之變動，與一般企業內調動不同，此時之事前概括同意不得做為雇主調動之依據。理由為關係企業間調動事前之概括同意，實際上是規避終止保護的脫法行為，申言之，關係企業間的調職既然涉及雇主之變更，則原雇主應先與勞工終止契約，其後再由勞工與新雇主訂約，此時即應適用終止保護之規定。再者，勞工於不同事業單位間調動，即勞動契約當事人契約地位之變動，此三方關係應得勞工之同意，始能變動。惟亦有反對之見解，<sup>296</sup>認為在符合以下要件時，勞工得概括同意：1.勞工是否清楚認識其在將來有被雇主在關係企業內之各事業單位間，相互調動，而變換雇主之可能性？2.調職之「關係企業」範圍限於勞工同意時關係企業已有之事業單位為準，其後新設立者不得在調動範圍內；3.雇主

<sup>294</sup> 林炫秋，關係企業間勞工之調動與勞工之同意權—評高雄地方法院八十二年度雄簡字第五二五號暨勞簡上字第六號判決，收錄於勞動法裁判選輯（二），臺北：元照，1999年12月，頁60-61。黃程貫，勞動法，國立空中大學，修訂再版，2001年，頁466。

<sup>295</sup> 林炫秋，關係企業間勞工之調動與勞工之同意權—評高雄地方法院八十二年度雄簡字第五二五號暨勞簡上字第六號判決，收錄於勞動法裁判選輯（二），臺北：元照，1999年12月，頁60-61。

<sup>296</sup> Windbichler, *Arbeitsrecht im Konzern*, 1989, C. H. Beck, S. 97.轉引自黃程貫，勞動法，國立空中大學，修訂再版，2001年，頁467-468。

於調動前，在選擇何一勞工應被調動時，是否合乎誠信原則，而盡到保護勞工最大利益之照顧保護義務？是否符合企業內之慣例？是否符合平等待遇原則？人選是否有權利濫用或有失公平之情事？<sup>297</sup>該學者傾向前者之見解，亦即原則上不同企業間之調動應得勞工之「現時」同意，亦即必須得到勞工在知悉新雇主後之事後、明示的同意始屬有效。<sup>298</sup>

二分說則認為關係企業在具有絕對之實質人事、經營決策掌控權時，調職的法律效果視為同一公司內調職，故只要符合調職五原則即可使勞工於關係企業內調職，似毋庸勞工同意，<sup>299</sup>雇主即可取得調職權；但在未具有絕對之實質人事、經營決策掌控權時，採取法人格實在說，而屬於企業外調職，因涉及民法第 484 條勞務專屬性之規定，而須經與勞工合意終止原契約，而另與新雇主締結新勞動契約。若該勞工不同意，則因非屬企業內調職，無調職五原則之適用，此時雇主似無調職權。<sup>300 301</sup>

## 第二款 實務見解

實務對於雇主得否事前取得勞工之調職權，主要可以分為行政主管機關的解釋與法院的見解兩部分來看，以下將分別就行政主管機關的解釋與法院的見解兩部分來看：

一行政主管機關的見解：行政主管機關的解釋大抵可以分為二種，一種是內政部（74）台內勞字第 332242 號函：「關於雇主調動勞工至他公司工作，因涉及當事

<sup>297</sup> 黃程貫，勞動法，國立空中大學，修訂再版，2001年，頁466-468。

<sup>298</sup> 黃程貫，企業外調動／臺北地院九七勞簡上三三，台灣法學雜誌，第119期，2009年1月1日，頁208。

<sup>299</sup> 有學者認為調職五原則是在未有契約約定，亦未有勞工同意之情形下，例外地用來認定雇主之片面發布的調動是否合法、正當之標準。參見，黃程貫，勞動法，國立空中大學，修訂再版，2001年，頁463-464。

<sup>300</sup> 郭玲惠，金融控股公司與關係企業內之調職，行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告，2005年，頁35-38。

<sup>301</sup> 此外有學者認為，在勞工與A公司訂立勞動契約，雖然A公司與B公司之投資人相同、勞動契約或工作規則訂有廣泛的調動權，「老闆」亦沒有權利將勞工調到B公司，從而否認關係企業調職之指示權之可能。參見呂榮海，勞動基準法實用1，臺北：蔚理法律，十版，1990年，頁187。另有學者認為，在A公司與B公司雇主相同，而且勞動契約或工作規則也訂有廣泛之調動權，雇主亦無權把與A公司訂立勞動契約的勞工調到B公司去服務，但如果勞工是與A、B兩家公司的「總管理處」訂立勞動契約的話，雇主可以把勞工自A公司調到B公司。參見簡良機，勞動基準法實務爭議問題之研究，臺北：萬國蔚理，修訂版，1991年9月，頁36。

人之一方(僱主)或提供勞務之對象改變,已非原勞動契約之履行,若未經勞工同意,應已違反勞動基準法第十四條第一項第六款之規定。」另一種則是自行政院勞工委員會(85)台勞保三字第104703號函以來,<sup>302</sup>採取借調與非借調二分法。於前者之情形,無論是借調或僱主一方變更的情形,皆須勞工同意,但並未明文是否得事前同意;於後者之情形,只說明若非借調是另一勞動契約之履行,與原事業單位之勞動關係合意終止,而需要勞工同意,亦未明文是否得事前同意。而借調關係則未提及是否需要勞工同意,故亦無法得知行政主管機關對此問題是否允許勞工事前之同意。行政主管機關是否承認僱主得事先取得關係企業內調職之指示權仍有待觀察。

—法院的見解:依司法院第14期司法業務研究會意見,如同行政主管機關大多數的函釋,區分為借調與非借調,且亦僅於非借調之情形認為是涉及新勞動契約之成立而需勞工同意,但未表明可否事前同意。於借調之情形亦未言及是否需勞工同意。

至於其他法院的見解,延續前章關係企業內調職是否需要勞工同意之分類,將肯定說對於僱主是否得取得使勞工於關係企業內調職之權利的見解羅列於下:

1.認為調職涉及勞動契約當事人的變更或勞務請求權的讓與,亦即引用內政部(74)台內勞字第332242號函之見解,故需要勞工的同意者:此類判決雖然未明文表示勞工之同意需要「現時之同意」,亦即在調職時取得勞工之同意,但就上下文義而言,實採取需勞工現時同意之見解。<sup>303</sup>

2.調職涉及勞務請求權的讓與,故需要勞工的同意者:此類判決雖皆認為關係企業內的調職涉及勞務請求權之讓與,故需勞工同意,但就僱主得否取得調職

<sup>302</sup> 類似的解釋可參見,行政院勞工委員會(86)台勞動二字第000089號函、行政院勞工委員會(87)台勞資二字第025697號函、行政院勞工委員會勞動4字第0940021507號函,以及行政院勞工委員會保險局勞動4字第0940068779號函。

<sup>303</sup> 參見臺北地方法院94年勞簡上字第52號判決、士林地方法院98年勞簡上字第10號判、士林地方法院95年士勞簡字第13號判決、板橋地方法院98年勞簡上字第1號判決、板橋地方法院97年重勞簡字第15號判決。

權則有不同之見解。有認為工作規則有規定即屬勞工同意者；<sup>304</sup>有從上下文義得推知採取勞工現時同意者；<sup>305</sup>有明確表示需勞工現時同意者；<sup>306</sup>有認為勞工於調職後默示同意者。<sup>307</sup>於第一種見解即承認雇主得依工作規則取得調職權；後三者則未承認雇主得取得勞工於關係企業內調職之權利，而需勞工現時之同意或調職後默示之同意。

3.未明白表示調職是否涉及勞務請求權讓與或勞動契約當事人變更，認為只要工作規則有規定，因為工作規則屬於附合契約，即屬勞工同意調職，<sup>308</sup>故雇主取得使勞工於關係企業內調職之權利。

4.未明白表示調職是否涉及勞務請求權讓與或勞動契約當事人變更，認為得於勞動契約簽訂之始概括同意者。<sup>309</sup>基此，雇主即取得使勞工於關係企業內調職之權利。

5.未明白表示調職是否涉及勞務請求權讓與或勞動契約當事人變更，認為若事前無概括同意，雇主即須於調職時取得勞工同意者。<sup>310</sup>未否認雇主得取得使勞工於關係企業內調職之權利。

6.認為屬於勞動契約變更需勞工同意者：此類見解有未否認雇主得取得使勞工於關係企業內調職之權利者；<sup>311</sup>亦有依上下文義認為應現時同意者。<sup>312</sup>

<sup>304</sup> 參見臺灣高等法院92年勞再易字第2號判決、臺灣高等法院91年勞上易字第5號判決。

<sup>305</sup> 參見臺中地方法院89年勞簡上字第6號判決、臺灣高等法院臺南分院95年勞上易字第16號判決、臺北地方法院97年勞簡上字第33號判決、臺北地方法院90年勞訴字第76號判決、嘉義地方法院94年勞訴字第8號判決、臺南地方法院98年勞訴字第33號判決。

<sup>306</sup> 參見臺北地方法院94年北勞簡字第42號判決。

<sup>307</sup> 參見臺灣高等法院92年重勞上字第2號判決、臺北地方法院98年勞訴字第67號判決、臺北地方法院91年勞訴字第147號判決、桃園地方法院94年勞訴字第33號判決。

<sup>308</sup> 參見臺灣高等法院89年勞上字第3號判決。

<sup>309</sup> 參見臺北地方法院92年勞訴字第110號判決、臺北地方法院96年北勞簡字第85號判決、士林地方法院96年湖勞簡字第9號判決。

<sup>310</sup> 參見臺北地方法院91年北勞簡字第136號判決。

<sup>311</sup> 參見士林地方法院98年湖勞簡字第29號判決。

<sup>312</sup> 參見彰化地方法院99年彰勞簡字第10號判決。

除肯定說之外，否定說則認為只要符合調動五原則，雇主即有使勞工於關係企業內調職之權利，故不必得勞工同意。<sup>313</sup>此外於無法明確區分肯否定說的判決，如引用司法院第 14 期司法業務研究會意見者，<sup>314</sup>或與司法院第 14 期司法業務研究會同樣區分為借調與終止原約另立新約者，<sup>315</sup>爭執點多為勞動契約關係存於勞工與何人之間，而未對於雇主是否取得調職權有進一步的說理。

綜上，法院對於關係企業內的調職基本上可分為兩派見解，一是將關係企業內的調職與企業內調職做同一處理，而認為只要符合調職五原則即可調動勞工，毋庸勞工之同意；<sup>316</sup>一是將關係企業內的調職仍當作企業外的調職處理，肯定調職需要勞工之同意，但有認為勞工得事前概括同意而使得雇主有調職權者，<sup>317</sup>有認為工作規則有規定，雇主即有調職權者，<sup>318</sup>有認為需勞工現時同意者，有認為勞工得於調職後默示同意者。於後二者之情形雇主皆未取得調職權。

## 第二項 勞工同意之形式

此處勞工同意之形式，係以承認雇主欲使勞工於關係企業內調職時需要勞工同意為前提。若認為僅符合調動五原則，雇主即可使勞工於關係企業內範圍調職，而毋庸勞工同意，即無討論勞工同意形式之意義。且此處所言勞工同意之形式，

<sup>313</sup> 參見臺灣高等法院臺中分院94年勞上易字第25號判決、臺灣高等法院臺中分院97年勞上易字第41號判決、臺北地方法院91年北勞簡字第47號判決、士林地方法院96年勞簡上字第14號判決、苗栗地方法院96年勞訴字第2號判決、臺中地方法院92年勞訴字第124號判決。

<sup>314</sup> 參見臺北地方法院94年勞訴字第24號判決、臺灣高等法院臺中分院96年勞上易字第15號判決、板橋地方法院89年勞訴字第15號判決、臺中地方法院97年勞訴字第12號判決。

<sup>315</sup> 參見臺北地方法院90年勞訴字第85號判決、臺北地方法院96年勞簡上字第41號判決、臺北地方法院96年勞訴字第86號判決、臺北地方法院95年重勞訴字第18號判決、臺北地方法院91年勞訴字第82號判決、新竹地方法院97年勞訴字第19號判決。

<sup>316</sup> 惟亦有明白採取否定勞工於關係企業內逕行適用調職五原則，而使雇主取得調職權者，如臺北地方法院90年勞訴字第76號：「雖內政部七十四年九月五日發布之七四台內勞字第三二八四三三號函釋後段認為，若未有契約之約定，且亦未能徵得勞工之同意，但雇主又確實有調動勞工工作之必要時，得依下列五原則（即一般所稱之「調動五原則」）處理之，即：①基於企業經營上所必須。②不得違反勞動契約。③對勞工薪資及其他勞動條件未做不利益變更。④調動後工作與原有工作性質為其體能及技術所可勝任。⑤調動地點過遠，雇主應予必要協助。（即一般所稱之「調動五原則」）。以上規定如係在企業內調動時固無不可。四、惟查，若是不同事業單位、不同公司企業間之調動（此可稱為「企業外調動」，而依受調動勞工是否在人員編制上是否亦隨之變動，尚可分為在籍與轉籍二種），則情形即有所不同。」相同見解：臺灣高等法院臺南分院95年勞上易字第16號、臺北地方法院94年勞簡上字第52號、臺北地方法院94年北勞簡字第42號、臺灣士林地方法院95年士勞簡字第13號、臺灣臺南地方法院98年勞訴字第33號

<sup>317</sup> 但有明白採取需勞工「現時」同意者，如臺北地方法院94年北勞簡字第42號判決。

<sup>318</sup> 但有明白採取工作規則不得作為使勞工於關係企業調職之依據者，如臺灣高等法院臺南分院95年勞上易字第16號。

係針對勞工事前同意雇主調職權而言，不包括勞工現時之同意。基此，二分說認為於關係企業內具有絕對之實質人事、經營決策掌控權時，似乎只要符合調職五原則，雇主即有調職權而無需勞工同意；而在未具有絕對之實質人事、經營決策掌控權時，雇主無調職權，而需勞工事後同意。<sup>319</sup>即無深入討論雇主事前取得調職權勞工同意形式之實益。

#### 第一款 學說見解

企業內調職說認為勞工之事前同意得概括同意，並且包括工作規則、團體協約有明文規定之情形。而對於工作規則之所以得作為勞工事前之同意，其所持理由如下：「工作規則係定型化契約，工作規則公佈施行後經過一段期間即轉化成為勞動契約內容之一部分，就此，將工作規則中之借調規定解釋成勞資雙方之合意，而得為雇主援為借調之依據，尚無不妥，亦可兼顧企業管理之現實。」<sup>320</sup>

企業外調職說中的以雇主變更為分類之見解則認為在勞務給付受領對象改變的情形而言，可以承認勞工事前的概括同意；然而在雇主變更的情形則認為不得以勞工事前概括同意的方式為之。至於工作規則中若有關係企業調職條款之情形，可否構成雇主使勞工於關係企業內調職之依據，此說認為工作規則係僱用多數勞工的雇主，為統一事業單位內勞動條件及工作紀律等具體事項而制定之規則，雖在法律性質上有定型化契約說、法規說、事實說及折衷等學說，但此說採取定型化契約說，認為工作規則經雇主公開揭示後，因勞工明示或默示承諾使該定型化工作規則發生附合契約之效力，然工作規則中的關係企業調職條款仍屬於勞工事前之概括同意，故只有在勞務請求權讓與給第三人之情形，始得承認勞工概括同意之效力。而於雇主變更之情形，即使工作規則有此條款，亦不應承認勞工概括同意之效力，而須經勞工個別同意。此時勞工拒絕同意不能指為違反工作規則。

321

<sup>319</sup> 郭玲惠，金融控股公司與關係企業內之調職，行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告，2005年，頁35-38。

<sup>320</sup> 劉志鵬，「控制性持股」關係對雇主概念及其責任的可能影響，律師雜誌，第291期，12月號，2003年12月，頁53。

<sup>321</sup> 林炫秋，關係企業間勞工之調動與勞工之同意權—評高雄地方法院八十二年度雄簡字第五二五號暨勞簡上字第六號判決，收錄於勞動法裁判選輯（二），臺北：元照，1999年12月，頁61-62。

## 第二款 實務見解

行政主管機關自行政院勞工委員會（85）台勞保三字第 104703 號函後大抵認為，於非借調的情形，由於涉及新勞動契約之成立，故需要勞工同意，並沒有針對借調情形說明是否需要勞工同意，亦沒有針對新勞動契約之情形說明勞工同意之形式，故亦無從得知行政主管機關針對此問題的態度為何。相對於行政主管機關之見解，法院針對勞工事前同意之形式，則有以下見解：

臺北地方法院 92 年勞訴字第 110 號判決：「原告乙○○於八十五年九月二十五日及原告甲○○未具日期之營業人員工作契約第四點工作地點均已載明：『乙方（即原告）之經常工作地點，依其工作性質由甲方（即被告）派定之，甲方營業地區範圍內所為之工作地點變動，乙方不得異議。』原告亦不爭執該營業人員工作契約之真正，足見原告於任職之初已就工作地點，概括同意被告所為安排或指派，是雇主即被告南陽公司因勞動契約之締結已取得對勞工即原告勞動之概括的處分、指揮及命令權，基於上開權利，堪認雇主即被告南陽公司自得以決定勞工即原告之工作場所等之默示合意。」認為勞工得以「營業人員工作契約」為事前概括同意。

臺北地方法院 96 年北勞簡字第 85 號判決認為：「原告於 90 年 10 月 28 日簽署同意書，其中第 4 點及第 10 點規定：『本人同意公司基於業務需要，得依公司規章與工作規則之規定，長期、短期或臨時調動本人職務、工作場所及排定、調整、延長本人工作時間，若未違反勞動基準法之規定，本人絕不藉故推諉』、『本人同意公司基於業務需要，得隨時調動本人至關係企業任職』等情，有被告提出之同意書在卷可稽，故被告已經原告之事前同意，得基於業務需要及實際需要，調動職務或至關係企業任職。」認為得以「簽署同意書」為事前概括同意。

士林地方法院 96 年湖勞簡字第 9 號判決：「原告於 92 年進入被告公司服務時，即已簽立服務同意書，同意公司得依規定調動職務及工作場所，並有原告所簽服務同意書附卷可證。」認為勞工得以簽立「服務同意書」為事前概括同意。

至於雇主得否依工作規則之規定取得勞工於關係企業內的調職權，法院則有肯否定兩種不同的看法。臺灣高等法院臺中分院 97 年勞上易字第 41 號判決認為：「判斷勞資雙方就調職是否已有默示之合意，須考量上述企業經營及勞動實務狀

況，除非勞動契約約定內容有明確約定，或從勞資雙方履行勞動契約過程中，得以肯定勞資就工作場所、工作內容已有限定之合意外，於工作規則有勞工須遵守雇主調職命令之條款規定時，應傾向勞工在訂定勞動契約時，已有接受調職之默示合意。」<sup>322</sup>認為雇主得以工作規則取得勞工於關係企業內調職之權利。惟臺灣高等法院臺南分院 95 年勞上易字第 16 號則認為：「依工作規則之調動，乃係指企業內之調動而言，不包括企業外或關係企業間之調動。」否定了關係企業內勞工之調動雇主得以工作規則取得調職權。

簡言之，在承認雇主得事前取得使勞工於關係企業內調職之權利之前提下，法院大抵認為得以「工作契約」或「同意書」取得勞工概括之同意，但就工作規則得否作為勞工概括之同意則有贊成與反對之見解。

### 第三項 調職權之控制

此處所謂調職權之控制，是以承認雇主得事前取得勞工於關係企業內的調職為前提，若根本否認雇主得事前取得使勞工於關係企業內之調職權，則毋庸討論雇主調職權之控制。

#### 第一款 學說見解

學說針對雇主行使調職權時控制較少著墨，主要見於企業內調職說與二分說。企業內調職說將關係企業間之職務異動實際上可視同是同一企業內之職務異動，而參考調職五原則，認為在符合以下三要件時認為調職是合法的：<sup>323</sup>

1. 企業有進行關係企業間之職務異動之必要：關係企業間之職務異動無論是因投資新部門，有必要注入新人力，或者因企業合併，有必要整合人力資源，皆可認為有進行關係企業間職務異動之必要。而在判斷上，因其本質上乃企業判斷、商業判斷之問題，法院於判斷之際宜謹慎，尊重企業之判斷。

2. 勞動契約、工作規則或團體協約中約定雇主得進行關係企業間之職務異動：關係企業間職務異動之法律障礙主要在於民法第 484 條，但勞工可以事前概括同

<sup>322</sup> 相同見解：臺灣高等法院89年勞上字第3號判決。

<sup>323</sup> 以下整理自劉志鵬，「控制性持股」關係對雇主概念及其責任的可能影響，律師雜誌，第291期，12月號，2003年12月，頁53-54。

意及事後同意。此概括同意包括工作規則及團體協約。為避免雇主濫權及保護勞工免於不確定之借調，勞動契約、工作規則或團體協約至少應明訂借調或轉籍之對象（亦即調入關係企業之範圍）及選定借調人選之標準。此外，如有僅由母公司出面與勞工締約，原則上日後調動勞工之權限僅限於勞動契約當事人之母公司；如果由關係企業「共同」僱用，並約定日後該用人公司亦有權再將勞工調至其他用人公司亦可。

3.員工調職後之勞動條件明確，且無不合理之不利益之變更：此時應區分為狹義勞動條件及僱用條件，所謂狹義勞動條件指以工資、工時、安全衛生及職災補償為主之勞動條件；所謂僱用條件指與勞工受僱地位有關之條件，主要以年資為核心。就狹義勞動條件之改變而言，如雇主已為明確說明或勞工已有所預見，只要該勞動條件之不利益變更有合理理由時，借調即為合法。所謂合理理由例如：（1）借調之目的係出於懲戒，將犯錯勞工降調至企業集團較邊緣之子公司，此時勞動條件發生不利益變更乃因懲戒使然，除非雇主有懲戒權濫用之情形，宜認為降調具合理理由；（2）母公司因虧損而將勞工調至子公司，以避免資遣勞工，此時目的在於迴避解僱，勞動條件不利益變更乃不得已之事，亦宜認為有合理理由。

二分說認為關係企業在具有絕對之實質人事、經營決策掌控時，應直接以調職五原則判斷其合法性與否，亦即直接以：（1）基於企業經營上所必需；（2）不得違反勞動契約；（3）對勞工薪資及其他勞動條件，未作不利之變更；（4）調動後工作與原有工作性質為其體能及技術所可勝任；（5）調動工作地點過遠，雇主應予以必要之協助。來作為調職權行使之控制。<sup>324</sup>

### 第二款 實務見解

行政主管機關的見解，如前所述，並未針對雇主得取事前取得調職權做出相關之解釋。故在此不再討論行政主管機關對於調職權之控制。而在承認雇主有調職權的前提下，法院認為調職權的控制有直接適用調職五原則，亦以調職五原則

<sup>324</sup> 郭玲惠，金融控股公司與關係企業內之調職，行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告，2005年，頁35-37。

來判斷雇主是否有調職權者。<sup>325</sup>其他承認雇主有調職權的判決，有引用調職五原則作為雇主行使之控制者；<sup>326</sup>有衡量調職必要性與勞工之不利益者；<sup>327</sup>有就勞工

<sup>325</sup> 臺灣高等法院臺中分院94年勞上易字第25號判決認為：「按勞動基準法施行細則第七條第一款規定，工作場所及應從事之工作有關事項應依本法有關規定於勞動契約中約定，故本於契約自由合意原則，其變更亦應由雙方自行商議決定，如雇主確有調動勞工工作必要，應依下列原則辦理：基於企業經營上所必需；不得違反勞動契約；對勞工薪資及其他勞動條件，未作不利之變更；調動後工作與原有工作性質為其體能及技術所得勝任；調動工作地點過遠，雇主予以必要之協助。（內政部七十四年九月五日以（七四）台內勞字第三二八四三三號函釋及行政院勞工委員會九十年六月十八日台（九〇）勞資二字第〇〇一八〇〇四號函參釋參照）。再雇主為達成營業之目的，具有指揮監督勞工之權限，即雇主對於勞工擁有人事權（含職務調動權），為勞動契約之核心內容，且勞動契約係繼續性契約，勞僱雙方之關係處於流動狀態，基於企業經營需要，衡諸常情，調職乃經常發生、難以避免之現象，除勞僱雙方已就勞動行為之種類、態樣或工作地點特別為約定，否則應從寬認為具體勞動行為內容可由雇主單方決定，即雇主原則上具有行使勞工調職命令之權限，惟上訴人行使其職務調動權，必須遵守前開調職五原則，方為適法乃屬當然。本件被上訴人於78年8月1日起任職於上訴人公司擔任生鮮超市職員，迄至92年7月1日擔任臺中市〇〇路店長，除於85年4月1日至88年12月16日期間，曾調至總公司總務課及開發處外，均係擔任上訴人公司生鮮超市之工作（見原審卷第55頁），上訴人將之調往與生鮮超市工作顯不相關之關係企業工作；縱其職等相當；惟另被上訴人擔任店長職務，除本薪外，另固定領有店鋪津貼、管理津貼（職務津貼），並按自己店鋪毛利額之達成率而領有特別獎金；另據證人即上訴人公司人事主管廖年聖於原審證述：『原告『調職』後並沒有在現場擔任店長，且原告是從店長變成專員，所以職務津貼會不一樣，我記憶中並沒有提到具體薪水要降多少』等語（見原審卷第186頁）。準此而言，上訴人顯已對被上訴人之薪資及勞動條件產生不利之變更，則上訴人於未徵得被上訴人同意，逕為該調職行為，應認為不合法；亦即本件上訴人所為，已足認為違反勞動契約及勞動法令。」相同見解：臺灣高等法院臺中分院97年勞上易字第41號判決、臺北地方法院91年北勞簡字第47號判決、士林地方法院96年勞簡上字第14號判決、苗栗地方法院96年勞訴字第2號判決、臺中地方法院92年勞訴字第124號判決。

<sup>326</sup> 臺北地方法院92年勞訴字第110號判決：「惟查，原告乙〇〇於八十五年九月二十五日及原告甲〇〇未具日期之之營業人員工作契約第四點工作地點均已載明：『乙方（即原告）之經常工作地點，依其工作性質由甲方（即被告）派定之，甲方營業地區範圍內所為之工作地點變動，乙方不得異議。』（見本院卷第五〇、第五一頁）。原告亦不爭執該營業人員工作契約之真正，足見原告於任職之初已就工作地點，概括同意被告所為安排或指派，是雇主即被告南陽公司因勞動契約之締結已取得對勞工即原告勞動之概括的處分、指揮及命令權，基於上開權利，堪認雇主即被告南陽公司自得以決定勞工即原告之工作場所等之默示合意，是被告南陽公司本於原告上開勞動契約，而予以調職，自無違反勞動契約可言。另查，傳統產業近年來因受經濟不景氣影響，經營困難，甚至有多家歇業、倒閉，其能存續者亦亟思如何勉力支撐，以求突破困境。查，被告公司主要營業項目為經營各種汽車、機車及其零件等之買賣經銷業務，汽、機車之修理及保養業務，有被告公司基本資料查詢可稽（見本院卷第十一頁），被告南陽公司確屬傳統產業，並面臨相同之處境，且在面對同業之競爭，及市場之不景氣等惡劣經營環境，被告已連年虧損，加以與日本車廠之合約關係終止之故，業績亦大受影響等事實，此為週知之事實，毋庸舉證。被告南陽公司既因受經濟不景氣影響，近年連續虧損，而於九十一年度八、九月間結束設於宜蘭、花蓮、台東之營業據點，並基於保障原告工作權益，乃於九十一年八月三十日將原告調職至最近之縣市即其關係企業南誠公司屏東內埔營業所，仍以原薪資福利擔任原職務即營業專員，實係因原營業據點消滅所不得不作之處置，且依職務調動津貼補助等，業據論述如前可證，被告既係為確保公司在虧損下仍得存續經營，在不裁減人員之原則下，調整組織，縮減人員編制，而結束被告南陽公司八月三十日將原告調職至關係企業南誠公司屏東內埔營業所，足見被告調動原告確為企業經營所必需，且在業務上有必要性及合理性。亦非一般通念難以忍受。況原告調動後之職等及其他勞動條件均未降低，依上開內政部函釋調動五原則之意旨，被告所為調動自屬依法有據，並無何權利濫用之情形。」

同意之範圍加以控制者；<sup>328</sup>亦有就雇主自身之工作規則作為判斷依據者。<sup>329</sup>乍看之下，我國法院對於雇主若有使勞工於關係企業內調職之權利，已被法院承認的控制手段有：1.勞工同意的範圍；2.雇主訂定之工作規則；3.調職五原則；4.雇主之調職必要性與勞工所受之不利益。於前二者之情形應不屬於雇主行使調職權之控制，而屬於雇主有無調職權之問題。申言之，於勞工同意的範圍之外，以及於雇主訂定之工作規則以外，雇主並未取得使勞工於關係企業內調職之權利，是故

<sup>327</sup> 臺北地方法院96年北勞簡字第85號判決：「被告已經原告之事前同意，得基於業務需要及實際需要，調動職務或至關係企業任職，而被告在96年3月29日將歐艾斯太平洋保全股份有限公司之系統保全業務與相關設備，全部移轉由賓士保全股份有限公司承受，原告係任職於被告之臺中分公司『系統保全全部專員』，因被告已將系統保全業務及設備全部移轉給第三人賓士保全股份有限公司，以致於被告之臺中分公司有業務緊縮之情形，且被告之臺中分公司亦已在96年5月23日辦理分公司撤銷登記等情，有原告提出之歐艾斯太平洋保全股份有限公司與賓士保全股份有限公司聯名寄給客戶之96年4月2日信函影本1張、被告公司基本資料查詢2張在卷可稽（見第24頁至第26頁），並為兩造所不爭執，顯見被告確有實際需要而將原告調職。原告雖主張前揭同意書條款有違反民法第247條之1規定，此約定亦於原告有重大不利益，且顯失公平，依法自屬無效云云，惟查，原告於90年10月21日所簽之同意書，雖未約定調動職務後薪資之調整，惟依該同意書第1條規定原告有遵守被告公司工作規則之義務，意即原告調動至關係企業任職，其薪資的核敘均依照被告公司之工作規則。況依照工作規則之規定，原告亦可能因職務調動造成薪資增加的情況發生，是尚難謂前揭同意書之約定對原告有重大不利益，故原告主張系爭同意書約款無效云云，並不可採。次查，原告原職務為客服專員，而其調職後擔任內勤行政工作，本薪相同，惟津貼不同等情，為原告所不爭執，是原告調職前從事客戶服務及收費事宜，因須經外出拜訪客戶，被告公司為補貼原告交通費，核發原告交通津貼，另依據原告向客戶收款多寡，發給原告獎金，以資鼓勵原告，至原告調任內勤行政工作後，因其二者工作性質、職務內容不同，在原告本薪並未變動情況下，進而調整原告薪資結構，調整原告應領津貼及獎金，致使津貼及獎金部份有所差異，並非對原告勞工薪資作不利變更之情事，故原告主張被告違反勞動契約及勞工作法致侵害原告之勞工權益，而終止勞動契約，並不合法，是其請求被告給付資遣費，並無理由。」

<sup>328</sup> 士林地方法院96年湖勞簡字第9號判決：「……(二)被告抗辯因業務減縮而調動被告職務，然為原告否認，且被告亦未提出證據證明，故被告抗辯無理由。又原告於95年4月11日遭被告調至其關係企業千翔公司，薪資由34,000元調降為每月20,100元，為被告所不爭執，又有勞工保險被保險人投保資料表附卷可證，足信為真實。雖然原告於92年進入被告公司服務時，即已簽立服務同意書，同意公司得依規定調動職務及工作場所，並有原告所簽服務同意書附卷可證。然薪資調降並未得原告同意。(三)如上所述，被告調動原告職務及減薪並不合法，故原告於95年4月20日以存證信函表示終止勞動契約係合法。而被告則係於兩造勞動契約終止後，才以原告連續自4月20日至23日曠職三日予以解僱，顯不合法。」

<sup>329</sup> 臺灣高等法院89年勞上字第3號判決：「上訴人固有調動僱用之勞工至關係企業工作之權限，惟參諸上開管理規則第二十七條但書規定，該調動以不降低原有勞動條件及確為員工能力所能勝任為原則。查被上訴人主張上訴人調其從事工地之支撐、安裝、拆除工作，與其原任需具備合格證照之吊車司機一職之性質迥異，且具高度危險性等語，業據其提出德春公司之公告、結業證書及照片為證（見外放證物證壹、十、十一）。核與證人陳峰柏在原審所證稱：被上訴人原為連續壁吊車司機，調支撐部拆裝助手等語相符（見原審卷(2)第四十五頁反面）。雖上訴人抗辯仍係令被上訴人駕車從事支撐安裝工作云云，惟與上開人事命令之公告所載內容不符，殊無足取。從而，上訴人未舉證證明該調職並未降低原有勞動條件及確為被上訴人所能勝任，僅以被上訴人年資較淺，身體無缺陷即遽予調任，顯然違反上開但書之規定，被上訴人拒絕接受該項調職自無不合。故被上訴人仍為上訴人之受僱人，並未由德春公司繼受僱用人之地位，則德春公司以被上訴人連續曠工三日為由，終止僱傭契約，顯屬無據，不生終止之效力。」

雇主除非與勞工於調職時另有合意不得為之。於後二者之情形始屬於雇主行使調職權之控制手段，亦即基於民法第 148 條權利不得濫用之法理，對於雇主「調職權之行使」加以控制。

## 第二節 德國實務與學說

### 第一項 調職權之有無—調職約款

雇主有無使勞工於康柴爾中調職的權利，德國基本上仍是放在雇主有無此「指示權」來談。原則上勞工並無義務給付康柴爾中其他公司勞務。若雇主沒有使勞工於康柴爾中其他公司服勞務之指示權，則必須得到勞工之同意；若勞工不同意，那麼雇主在調職時即必須表示變更終止，因為雇主之指示權只能具體化，並不能夠由雇主自己加以擴張。<sup>330</sup>而雇主事前取得調職之指示權的方式，主要是透過康柴爾調職條款（Konzernversetzungsklausel）、康柴爾派遣條款（Konzernabordnungsklausel）或康柴爾保留（Konzernvorbehalt）取得勞工之同意為之。<sup>331 332</sup>

康柴爾調職條款可能的內容是不涉及雇主變更的康柴爾內派遣行為（Entsendung/Abordnung/Konzernleihe），或者是涉及雇主變更的條款。<sup>333</sup>於前者之情形由於原雇主的地位並沒有發生變更，僅是將勞工之勞務請求權讓與給康柴爾中的其他公司，依勞工派遣法第 1 條第 3 項第 2 款（§ 1 Abs 3 Nr 2 AÜG），只要勞工於康柴爾其他公司使用是暫時性（vorübergehend），即不需要得到勞工派遣

<sup>330</sup> Schüren, in : Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2009, C. H. Beck, § 319 Arbeitnehmerüberlassung im Konzern und sonstige Formen der Überlassung Rn. 4; Hamann, in : Schüren, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 4. Aufl. 2010, C. H. Beck, AÜG § 1 Erlaubnispflicht Rn. 520.

<sup>331</sup> Schüren, in : Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2009, C. H. Beck, § 319 Arbeitnehmerüberlassung im Konzern und sonstige Formen der Überlassung Rn. 4; Selder, in : Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, 3. Aufl. 2007, C. H. Beck, Steuerrechtliche Aspekte der Beendigung von Arbeitsverhältnissen Rn. 70; Röller, in : Küttner, Personalbuch 2011, 18. Aufl. 2011, C. H. Beck, Konzernarbeitsverhältnis Rn. 5.

<sup>332</sup> 惟此三者實屬名異而實同，皆指勞工與雇主合意，使雇主於勞動契約中取得使勞工於康柴爾中調職之指示權。

<sup>333</sup> Hümmerich/Reufels(hrsg.), Gestaltung von Arbeitsverträgen Kommentierte Klauseln und Musterverträge, 2. Aufl. 2011, Nomos, 1 Rn. 3339ff; Moll, Die Änderung der Arbeitsbedingungen durch den Arbeitgeber - insbesondere in der Unternehmenskrise: Reichweite und Grenzen von Direktionsrecht und erweiterten Leistungsbestimmungsrechten, 1. Aufl. 2009, Peter Lang, S. 231ff.

法的許可。<sup>334</sup>但若使用是非暫時性，且派遣勞工之康柴爾企業又是以派遣為業時，應適用勞工派遣法。此時涉及德國民法第 613 條第 2 句「勞務請求權在有疑義時不得讓與」，是故必須得到勞工之同意。而在後者的情形，如果雇主欲使勞工永久調職（dauerhafte Versetzung）於康柴爾其他企業，則應理解為在康柴爾中雇主變更的情形。<sup>335</sup>雇主變更的情形可能有二種情形：1.原勞動契約繼續，但雇主改由康柴爾其他公司繼受雇主地位，即契約承擔；2.終止原來的勞動契約成立一個新的勞動契約。<sup>336</sup>在有需要時與原雇主約定歸建條款（Rückkehrklausel）或再次僱用條款（Wiedereinstellungsklausel）且／或中止原調職企業的勞動關係。<sup>337</sup>於契約承擔的情形因涉及雇主當事人的變更故需勞工同意；於終止原來勞動契約成立新約的情形，終止原約需要勞工同意，成立新約的部分亦同。

## 第二項 康柴爾調職約款之允許性

康柴爾調職條款如果涉及雇主變更的情形，可能會涉及德國民法第 309 條無評價可能性條款禁止（Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit）的規定。依照該條第 10 款之規定，只要第三人替代或可能替代使用人（Verwender）來自勞動契約的權利義務，第三人必須具名（BGB § 309 Nr. 10 a）或者契約其他部分承認解除契約的權利（BGB § 309 Nr. 10 b）。然而考量到勞動法的特殊性，民法這個條款於勞動法中並不能應用。<sup>338</sup>申言之，如果第三人僅須具名（BGB § 309 Nr. 10 a）即可以變更勞動契約之雇主，對於第一個雇主的契約處於強制終止權的矛盾。在

<sup>334</sup> Röller, in : Küttner, Personalbuch 2011, 18. Aufl. 2011, C. H. Beck, Konzernarbeitsverhältnis Rn. 4.

<sup>335</sup> Röller, in : Küttner, Personalbuch 2011, 18. Aufl. 2011, C. H. Beck, Konzernarbeitsverhältnis Rn. 4; Preis, in : Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 11. Aufl. 2011, C. H. Beck, BGB § 310 Anwendungsbereich, Rn. 86.

<sup>336</sup> Röller, in : Küttner, Personalbuch 2011, 18. Aufl. 2011, C. H. Beck, Konzernarbeitsverhältnis Rn. 4; Preis, in : Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 11. Aufl. 2011, C. H. Beck, BGB § 611 Vertragstypische Pflichten beim Dienstvertrag Rn. 198.

<sup>337</sup> Röller, in : Küttner, Personalbuch 2011, 18. Aufl. 2011, C. H. Beck, Konzernarbeitsverhältnis Rn. 4.

<sup>338</sup> Preis, in : Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 11. Aufl. 2011, C. H. Beck, BGB § 310 Anwendungsbereich, Rn. 86; Röller, in : Küttner, Personalbuch 2011, 18. Aufl. 2011, C. H. Beck, Konzernarbeitsverhältnis Rn. 5; Thomas Lakies, AGB im Arbeitsrecht: Kontrolle vorformulierter Arbeitsvertragsinhalte: Reichweite und Grenzen, 1. Aufl. 2006, S. 169.但亦有相反見解，認為在涉及勞動契約雇主變更時，只要加入之第三人具名，該調職條款即屬有效。參見Schiefer, in : Hümmelich/Reufels(hrsg.), Gestaltung von Arbeitsverträgen Kommentierte Klauseln und Musterverträge, 2. Aufl. 2011, Nomos, 1 Rn. 3345.亦以直接以該條款（德國民法第309條第10款）來審視康柴爾調職條款效力者，認為該條款因為通常沒有第三人之具名而無效。即使條款已經清楚列出康柴爾中所有企業的名單，理論上依民法第309條第10款應具有效力。但是以今日企業解構、買賣、分割或併購的速度，康柴爾中潛在當事人的名單幾乎不可能在一開始即完全掌握，是故亦很難有效。參見Hümmelich, Gestaltung von Arbeitsverträgen nach der Schuldrechtsreform, NZA 2003, Heft 14, 759.

契約同意解除權的情形（BGB § 309 Nr. 10 b），不符合勞工存續保護需要。<sup>339</sup>因此如果康柴爾調職條款如果涉及雇主變更時，其效力之審查應依德國民法第 305 條之 3 第 1 項以及德國民法第 307 條加以審查。<sup>340</sup>

依德國民法第 305 條之 3 第 1 項規定：「一般交易條件的條款，按照情形，特別是按照契約外觀，太過異常致使使用人的契約當事人不會考量，非契約構成部分。」另依德國民法第 307 條第 1 項規定：「一般交易條件的條款違反誠實信用原則，不合理地致使使用人的契約相對人受到不利益時，該條款不生效力。基於條款的不清楚與無法理解也可能構成不合理的不利益。」基此，大多數康柴爾調職條款禁不住第 307 條透明度控制（Transparenzkontrolle）。對於涉及的勞工通常是不可辨認的，雇主調職他到什麼樣的廠場，更確地說到什麼樣的公司；在什麼樣的要件下這個康柴爾保留可能被使用；在什麼樣的期間勞工必須依指示給付勞務，且什麼樣的經濟上的勞動條件對於勞工在康柴爾其他企業應適用。這些情形必須是在康柴爾調職條款中對於勞工可理解的方式規定。無法理解的情形，康柴爾調職條款是無效的。<sup>341</sup>

依德國聯邦勞動法院的見解，一個內容符合營業法第 106 條第 1 句規定的預先規定條款，不適用民法第 307 條第 1 項第 1 句裁量性控制（Angemessenheitskontrolle）。該條款並非民法第 307 條第 3 項第 1 句意義下違背法律規定或補充規定。該條款適用民法第 305 條第 2 項作為不明條款免於控制的主要協議，以及民法第 307 條第 1 項第 2 句透明度控制。一個賦予雇主配置勞

---

<sup>339</sup> Preis, in : Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 11. Aufl. 2011, C. H. Beck, BGB § 310 Anwendungsbereich, Rn. 86; Thomas Lakies, AGB im Arbeitsrecht: Kontrolle vorformulierter Arbeitsvertragsinhalte: Reichweite und Grenzen, 1. Aufl. 2006, S. 169. 其批評參見Worzalla, Die Wirksamkeit einzelner Arbeitsvertragsklauseln nach der Schuldrechtsreform - Entgelt, Arbeitszeit und Tätigkeit, Betriebsvereinbarungs- und Tarifvertragsoffenheit, Änderung des Arbeitsvertrags, NZA-Beilage 2006, Heft 3, 132. Worzalla氏認為民法第309條第10款兩個要件應該皆須構成，而非擇一構成，在此情形下對於勞工之保護是足夠的，是故如果康柴爾調職條款如果已將潛在的其他企業具名而且勞工賦予在必要時得立即解除契約的可能性，該條款應為有效。

<sup>340</sup> Preis, in : Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 11. Aufl. 2011, C. H. Beck, BGB § 310 Anwendungsbereich, Rn. 86; Röller, in : Küttner, Personalbuch 2011, 18. Aufl. 2011, C. H. Beck, Konzernarbeitsverhältnis Rn. 5; Thomas Lakies, AGB im Arbeitsrecht: Kontrolle vorformulierter Arbeitsvertragsinhalte: Reichweite und Grenzen, 1. Aufl. 2006, S. 169; Müller-Glöge, in : Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, C. H. Beck, BGB § 611 Vertragstypische Pflichten beim Dienstvertrag Rn. 438.

<sup>341</sup> Röller, in : Küttner, Personalbuch 2011, 18. Aufl. 2011, C. H. Beck, Konzernarbeitsverhältnis Rn. 5.

工於德國營業的企業的其他勞動地點（Arbeitsort）權利的條款，並不因為最大的距離半徑以及合理的預告期間皆未合議即因此是不透明的。一個這樣的具體化義務對於雇主的需求是不適當地，雇主不可能在契約締結的時點對不可預見變化作出反應。距離的適當和有需要時必要的預告期間是按依民法第 315 條第 1 項履行控制（Ausübungskontrolle）的範圍內審查。<sup>342 343</sup>依德國營業法第 106 條第 1 句規定：「雇主得依公平裁量進一步指示勞務給付的內容、地點以及時間，只要該勞動條件未透過勞動契約、廠場協定、生效中的團體協約或法律規定被確定。」此時即使雇主依勞動契約有保留調職之指示權，由於僅涉及勞務給付內容、時間以及地點之確定，故應限於雇主不發生之變更之情形，始有此見解之適用。申言之，如果發生雇主變更，在終止原契約成立新約的情形，原雇主已非雇主，故無指示勞務給付之權利；在契約承擔的情形，原雇主亦非雇主，亦無指示勞務給付之權利。換言之，聯邦勞動法院肯認了康柴爾中不涉及雇主變更之派遣條款效力，並且該條款的內容控制方面應依民法第 305 條第 2 項，以及民法第 307 條第 1 項第 2 句。而且行使時應依民法第 315 條第 1 項。<sup>344</sup>

學說上亦肯認康柴爾條款只涉及勞務請求權讓與的情形。<sup>345</sup>且在這種情形雇主基於他的指示權，對於勞工讓與的派遣即為已足。在個別情形勞工的同意對於勞工讓與—如同在借用勞動關係—並不需要。如果勞工在勞動契約中與雇主已合意在康柴爾其他公司工作，勞工即同意之後的勞工讓與。<sup>346</sup>

### 第三項 康柴爾調職條款行使及程序之限制

如果康柴爾調職條款在涉及雇主變更的情形通過德國民法第 305 條之 3 以及德國民法第 307 條之審查，或者不涉及雇主變更的派遣情形通過民法第 305 條第

<sup>342</sup> BAG, 13. 4. 2010 - 9 AZR 36/09: Wirksamkeit einer Konzernversetzungsklausel (Ls.), NZA 2011, Heft 1, 64.

<sup>343</sup> 該案下級審邦勞動法院Hamm(LAG Hamm)則認為康柴爾調職條款在調職到其他工作場所前需要保留合理的預告期間，否則構成對於勞工不合理之不利益而無效（德國民法第307條第1項第1句）。參見LAG Hamm Urteil 11. 12. 2008 11 Sa 817/08.

<sup>344</sup> Baeck, Winzer, Gleiss, Lutz: BAG: AGB-Kontrolle einer Versetzungsklausel, NZG 2010, Heft 30, 1181.

<sup>345</sup> Hamann, in : Schüren, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 4. Aufl. 2010, AÜG § 1 Erlaubnispflicht Rn. 520; Schüren, in : Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2009, C. H. Beck, § 319 Arbeitnehmerüberlassung im Konzern und sonstige Formen der Überlassung Rn. 4.

<sup>346</sup> Hamann, in : Schüren, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 4. Aufl. 2010, AÜG § 1 Erlaubnispflicht Rn. 520.

2 項以及民法第 307 條之審查，雇主即取得使勞工於康柴爾內調職之指示權。由於此時亦屬於指示權之一種，故在行使上應受到德國民法第 315 條以及營業法第 106 條公平裁量行使之控制。<sup>347</sup>而依營業法第 106 條公平裁量，雇主必須在調職執行時衡量自己與勞工之利益狀態，而且雇主必須解釋自己因調職取得之利益超過勞工之利益。<sup>348</sup>

在不涉及雇主變更的情形，只要配置到康柴爾其他企業預期超過一個月，按照企業組織法第 99 條調職的規定，被調職勞工所屬康柴爾企業之員工代表會在讓與前必須參與。因為讓與根據勞工派遣法第 1 條第 3 項第 2 款是暫時的，勞工的同意以及勞動契約中的康柴爾調職條款並未取消共同決定權。如果勞工自己以勞務經常給付於不同的康柴爾企業之協議而被僱用，按照企業組織法第 99 條之共同決定權會被同法第 95 條第 3 項第 2 句「依其工作性質常於不同地點給付勞務不構成調職」排除。在雇主變更的情形，按照企業組織法第 102 條第 1 項員工代表會必須聽證。<sup>349</sup>

#### 第四項 康柴爾調職條款實例研析

德國有學者整理實務上經常出現的康柴爾調職條款，並且對於每一種康柴爾調職條款加以分析，雇主基於該條款取得之權限以及該條款之允許性，經常出現之康柴爾調職條款以及該學者之分析如下：<sup>350</sup>

案例一：雇主有權，使勞工在符合其經歷與其能力的其他工作位置從事工作，在本國……康柴爾中其他企業亦同。

此時不涉及雇主變更。契約當事人仍是原雇主。雇主應該透過派遣（Entsendung/Abordnung）實施。勞工提供勞務給付的主要義務給第三方企業，

<sup>347</sup> Preis, in : Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 11. Aufl. 2011, C. H. Beck, BGB § 611 Vertragstypische Pflichten beim Dienstvertrag Rn. 198; Preis, in : Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 11. Aufl. 2011, C. H. Beck, GewO § 106 Weisungsrecht des Arbeitgebers Rn. 10; Hamann, in : Schüren, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 4. Aufl. 2010, AÜG § 1 Erlaubnispflicht Rn. 520, Rn. 535.

<sup>348</sup> Fliss, Die örtliche Versetzung - Neue Regeln seit dem 11. 4. 2006?, NZA-RR 2008, Heft 5, 229.

<sup>349</sup> Hamann, in : Schüren, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 4. Aufl. 2010, C. H. Beck, AÜG § 14 Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte Rn. 491.

<sup>350</sup> Schiefer, in : Hümmelich/Reufels(hrsg.), Gestaltung von Arbeitsverträgen Kommentierte Klauseln und Musterverträge, 2. Aufl. 2011, Nomos, 1 Rn. 3378-3382.

然而契約雇主仍是工資債務人。這樣的條款的允許性是沒有爭議的。一部分取決於一般允許性（一般交易條款）。一部分加重考量對於勞工相應利益缺乏補償的重要性。如果康柴爾調職條款在個別情形是有效的，它應該在勞動契約中對於所有的情形規定調職理由而且正當化，勞工只能被調職到相同價值的位置。

案例二：您從.....（時間）作為.....部門的經理在我們.....分公司從事工作。我們保留此權利：在需要時，您在其他的工作場所且／或在康柴爾其他公司依照您的經歷與您的能力從事同等價值的工作。在此我們會適當地考量您個人的利益。

雖然原則上立基於聯邦勞動法院的司法見解，依此場所的指示是被指示權所涵蓋的。依照 Hamm 邦勞動法院的觀點此條款基於不合理的不利益而無效，如果雇主保留在國內外康柴爾其他企業的使用，而沒有規定足夠的預告期間。承諾個人利益合理考量是不足夠的。

案例三：勞工負有義務，在.....集團.....康柴爾從屬的其他企業暫時且符合其能力與知識的工作提供勞務。一個這樣的派遣對於薪資沒有影響。

此被稱為派遣條款（Abordnungsklausel）。一個這樣的派遣被作為透過第三人雇主權執行的讓與，特別是指示權，法律是允許的。依此條款迄今的薪資應繼續計算應該於任何情形皆予規定。在其他情形這種條款的利益與不利益應該謹慎的衡量。此條款一方面提高雇主的彈性，他方面也許使得勞工的終止特別困難。企業範圍的終止保護在康柴爾調職條款的情形在必要時成為康柴爾範圍的終止保護，而得出康柴爾範圍繼續僱用的義務。

案例四：我們保留，您在我們所有的企業中，也就是說在德國境內營業所有關係公司，依照您的經歷與您的能力以相同的契約條件與薪資在其他職位從事勞動，而且您應該在我們其他相關企業中被調職。除了跨廠場的必要性外，我們考量與您契約終止期間相應的預告期間。契約當事人成為接手的企業。員工同意，以相同的契約條件在一個.....集團其他從屬公司從事類似的工作。員工在其他公司的工作期間算入該公司直接僱傭關係。

由法律來看此種條款的應用應該被制止。它在一開始即規定各式各樣雇主變更的情形，由於缺乏預見可能性在實務上幾乎是不可能的。

從上述的案例以及學者的分析可知，如果契約條款中並未言明雇主變更或勞動契約終止，原則上與雇主約定該契約條款之勞工仍與該勞動契約之雇主維持勞動契約關係，僅是該雇主取得讓與勞務請求權給康柴爾其他企業之權利，雇主仍負擔工資債務。而雇主依據該條款，亦僅能透過派遣（Abordnung）實施。（注意此處之派遣指的是勞務請求權讓與中真正借用之情形，而與我國一般所謂以營利為目的之派遣有別）而且該條款之效力僅及於勞務請求權之讓與以及工作地點之改變，尚不及於其他勞動條件之變更，是故僅能調職到相同價值之工作位置。於契約條款中概括約定雇主變更之情形，則因為勞工缺乏預見可能性而無效。

### 第三節 本文見解

#### 第一項 概說

企業內調職說一方面認為關係企業應視為實質上同一企業，而將關係企業內之調職認為應同於企業內調職處理，一方面又認為關係企業內之調職涉及民法第484條之規定而需要勞工同意，既然已將關係企業視為同一企業，自然在關係企業間之調職不會涉及「同一企業」以外之第三人，不無矛盾之處，若採此說容有商榷之餘地。

二分說認為關係企業在具有絕對之實質人事、經營決策掌控權時，採企業內調職說，並直接以調職五原則來判斷調職合法性與否，亦有值得商榷之處。理由為：

1.若採取法人格獨立之見解，由於個別公司法人格仍屬獨立存在之狀態，故與勞工締結勞動契約之雇主若欲將勞工調職到關係企業中其他公司時，由於可能涉及勞務請求權讓與，或者雇主變更而需要勞工之同意；反之，依其之見解將關係企業間視為企業內調職，並且直接以調職五原則來判斷調職合法性，似不需勞工之同意，勞工即面臨隨時可能被調到關係企業中其他公司之風險，對於勞工未必有利；

2.若採此種見解，控制公司在符合調職五原則時，即可使勞工於關係企業內不同公司間調職，恐與勞工之認知有所不符。申言之，勞工受僱於關係企業中其中一公司時，未必會認知到將來可能被調職到關係企業中其他公司；

3.此說在關係企業在具有絕對之實質人事、經營決策掌控權時，即否認從屬公司之法人格，恐過度擴張法人格否認之應用，而破壞承認法人格獨立之原則。申言之，該學說認為構成絕對之實質人事、經營決策掌控權有三種情形：其一，因直接、間接選任或指派一銀行、保險公司或證券商過半數之董事而成立之金控公司；其二，因公司持有他公司有表決權之股份或出資額，超過他公司已發行有表決權之股份總數或資本總額半數者，而成為關係企業中之控制公司者；其三，公司直接控制他公司之人事、財務或業務經營，而成為關係企業中之控制公司者。依此見解，幾乎只要一構成公司法之控制從屬企業或金融控股公司法之控制公司，即否認從屬公司之法人格，此與我國在關係企業原則上承認各公司之法人格，而在例外時始否認從屬公司法人格之理論未盡相符；

4.關係企業乃是一動態的概念，其組成分子可能隨時有所增減，例如勞工調職後，如果控制公司喪失對於從屬公司之控制，是否還能課控制公司雇主責任亦不無疑義。從另一方面而言，若勞工受僱之初其公司並非關係企業之成員，嗣後該公司若成為某一關係企業之成員，該公司之法人格即被否認，而控制公司得使勞工於關係企業內調職，似與勞工訂約之始對於勞動契約之認知有些差距。

綜上，本文認為，在處理關係企業的調職問題上，原則上應承認關係企業中所有公司具有獨立之法人格，即採企業外調職說為妥，此亦有我國行政機關、多數法院見解、部分學說以及德國之學說與實務可資支持。在此前提下，所謂雇主即是與勞工締結勞動契約之關係企業中個別公司，除非基於工作性質，否則雇主原則上不應享有使勞工於關係企業內其他公司從事工作之指示權。從另一個角度來說，勞工原則上僅有給付與之締結勞動契約之雇主勞務之義務，而且無異地勞動之義務（當然包括於關係企業中其他公司），除非另有約定使雇主的指示權得以擴張。若雇主沒有事先取得使勞工於關係企業中其他公司給付勞務之指示權，則雇主於調職命令發出時，應解釋為勞動契約變更之要約，必須得到勞工之合意始得為之。進一步而言，如果雇主欲使勞務請求權讓與給第三人，則依民法第484條應得勞工之同意，合意變更勞動契約；如果雇主欲使雇主變更為第三人（此即關係企業中其他公司），在契約承擔的情形，必須與勞工合意變更勞動契約始

可；而在終止原勞動契約另立新約的情形，則必須與勞工合意終止勞動契約始為適法，否則無異於雇主得行使勞動基準法以外之終止權，與勞動基準法終止保護之法律規定有違。

## 第二項 關係企業調職條款之允許性

我國學說上的企業內調職說與二分說，皆認為在特定要件下應將關係企業間的調職視為企業內調職，<sup>351</sup>亦即否認從屬公司之法人格或將關係企業視為一整體。就關係企業視為一整體之部分，由於關係企業這個整體法律並未賦予其法人格，是故其不可能享有權利負擔義務而成為契約之當事人。就否認法人格方面，此二說在思考的脈絡上，皆傾向於肯定雇主有使勞工調職於關係企業中其他公司的權利，再考量如何對於雇主此一調職權加以控制。但事實上如果不否認從屬公司之法人格，即可得出控制公司非從屬公司勞工之雇主，原則上沒有調職從屬公司勞工之權利；無論是控制公司或從屬公司，使勞工在關係企業內調職時，由於可能涉及雇主之變更或勞務請求權讓與，亦原則上沒有把勞工調職於關係企業中其他公司的權利。換句話說，如不否認法人格，則與勞工締結勞動契約之雇主原則上沒有使勞工於關係企業內調職之權利，基於雇主無調職權，即無需對於雇主之調職權加以控制。此二說採法人格否認之部分，刻意迴避雇主變更的問題，對於勞工工作年資的保障的想法仍值得肯認。

我國實務的見解上，行政主管機關並未明白表示雇主得否取得調職權。而法院針對調職權的看法則有逕行以調職五原則肯認雇主在符合調職五原則時，即有使勞工於關係企業內調職之權利者，如臺灣高等法院臺中分院 94 年勞上易字第 25 號判決；有認為勞工得事前概括同意者而使得雇主有調職權者，如臺北地方法院 92 年勞訴字第 110 號判決；有認為工作規則有規定雇主即有調職權者，如臺灣高等法院 89 年勞上字第 3 號判決；有認為需勞工現時同意者，如臺北地方法院 94 年北勞簡字第 42 號判決；有認為勞工得於調職後默示同意者，如臺灣高等法院 92 年重勞上字第 2 號判決。可見法院於雇主得否取得使勞工於關係企業內調職權之問題上見解尚未統一。由於調職五原則乃是雇主未得勞工同意，例外

---

<sup>351</sup> 劉志鵬，「控制性持股」關係對雇主概念及其責任的可能影響，律師雜誌，第291期，12月號，2003年12月，頁53。郭玲惠，金融控股公司與關係企業內之調職，行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告，2005年，頁35-36。

取得調職權的情形，<sup>352</sup>是故若依調職五原則雇主即得使勞工於關係企業內調職，在勞務請求權讓與的情形即與民法第 484 條的規定衝突；在雇主變更的情形與契約自由的原則衝突，申言之，於契約承擔的情形雇主得片面決定勞動契約當事人為何人；於終止契約成立新約的情形，雇主不僅取得勞動基準法以外之終止權，亦取得片面決定新勞動契約當事人為何人，與契約自由之選擇締約當事人自由有違。

對於雇主得否取得使勞工於關係企業內調職之指示權，此一問題並非單純之肯否定之問題，仍需要區分不同情形以觀，依本文關係企業調職之分類針對不同情形加以討論：

#### 第一款 單一勞動契約單一雇主

此一模式於關係企業的勞動關係較為常見亦較為單純。亦即勞工僅與關係企業中其中一公司成立勞動契約，並且亦只有此與勞工締結契約之公司始為勞工之雇主，從而承擔勞動契約之權利與義務。勞工若依此種契約關係被雇主調職於關係企業中其他公司，又可區分為民法第 484 條勞務請求權讓與以及雇主變更的情形。

於民法第 484 條勞務請求權讓與的情形，如同德國學說見解，可能包括關係企業中某中一公司以派遣為業，將勞工派遣到關係企業中其他公司的情形；亦可能包括關係企業中某一公司僱用勞工，單純地讓與勞務請求權於關係企業中其他公司的情形（即真正借用 *echte Leiharbeit*）。惟應予注意者，乃德國勞工派遣法對於派遣業有許可之設計，以及相關派遣公司、要派公司之義務，並非我國完全不加以規範之狀態。於此等情形，民法第 484 條僅規定須得勞工之同意，是故在解釋上勞工得事前概括同意。同意的方式如同意書、勞動契約、團體協約等。至於如果工作規則中有此勞務讓與請求權之規定，雇主是否得取得使勞工於關係企業內調職之指示權，實涉及工作規則之法律性質。對此，學說上討論甚多，<sup>353</sup>本

<sup>352</sup> 黃程貫，勞動法，國立空中大學，修訂再版，2001年，頁464。

<sup>353</sup> 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，臺北：新學林，二版，2009年9月，頁404-410。（此部分由王能君執筆）王能君，工作規則不利益變更的合理性判斷，月旦法學雜誌，第125期，2005年10月，頁195-198。劉志鵬，論工作規則之法律性質及其不利益變更之效力，律師通訊，第132期，1990年9月，頁36以下。林更盛，對工作規則法律性質的幾點初步想法，月旦法學雜誌，第91期，2002年12月，頁320-328。黃越欽，勞動法新論，臺北：翰蘆，

文認為應採定型化契約說，如勞工受僱之初工作規則即已訂定勞務請求權讓與之條款時，該工作規則因勞工之同意而成為契約之內容，且因工作規則屬於定型化契約，應受民法第 247 條之 1 定型化契約條款之控制。然此並非謂雇主以同意書、勞動契約中規定調職條款時，即不受定型化契約條款之審查，仍應視個別情形是否是以定型化契約條款之情形出現。

於雇主變更的情形，我國民法並未如同德國有德國民法第 305 條之 3 第 1 項異常條款、第 307 條第 1 項第 2 句透明度控制之規定，僅於民法第 247 條之 1 有定型化契約條款相關之限制，而依民法第 247 條之 1 之規定，定型化契約條款有免除或減輕預定契約條款之當事人之責任、加重他方當事人之責任、使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利、其他於他方當事人有重大不利益等情形之一，依其情形顯失公平者，該部分約定無效。退一步言，即使雇主不以定型化契約條款的方式為之，雇主若欲取得使勞工於關係企業內調職之指示權，無論是契約承擔或終止原約成立新約，亦有可能違反契約自由中之締約對象選擇自由，除非雇主能詳細規定於何等情形下勞工之雇主變更為何人，而且某一種情形只有一種結果，勞工始能明確得知雇主將變更為何人，此時始可能不違反契約自由原則中之締約對象選擇自由。

即便如此，契約承擔與終止原約成立新約的情形仍與其他契約原則有所牴觸。申言之，在契約承擔的情形，由於涉及契約當事人之變更，必須經由法律行為始得為之，此三方關係必須是勞工與雇主合意由第三人承擔雇主之地位、第三人與雇主合意承擔雇主地位以及第三人與勞工合意由該人承擔雇主地位，勞工於簽訂調職條款之時如何與不明之第三人合意頗值疑問，況且此時是由雇主與勞工雙方關係中，若是透過代理，雇主如何代理不明之第三人為意思表示是疑問之一；雇主有無代理意思是疑問之二，是故難以承認契約承擔概括約定之效力。

於終止原約成立新約之情形，其疑問為雇主得否事先與勞工合意於將來任何或特定時點終止契約、雇主得否代替第三人與勞工成立勞動契約。如承認雇主得

---

修訂三版，2006年，頁186-193。呂榮海，勞動法法源及其適用關係之研究，臺北：蔚理法律，2002年2月，頁277-298；黃程貫，勞動法，國立空中大學，修訂再版，2001年，頁449-456。楊通軒，工作規則法律性質之探討，收錄於勞動法裁判選輯（三），臺北：元照，2000年1月，頁82-92。

事先與勞工合意於將來任何或特定時點終止契約，無異於雇主取得法律規定所無之終止權，而與勞工現時合意終止有所不同，似有脫法行為之嫌。雇主得否代替第三人與勞工成立契約之問題，亦與契約承擔之問題相同，雇主此時如何代理不明之第三人為意思表示，雇主有無代理之意思，皆值得商榷。故在終止原約締結新約時，亦難以承認此條款之效力。

退一步言，即使承認雇主變更條款之效力，使雇主取得調職之指示權，於行使時亦是另一問題，於契約承擔之情形，雇主為調職命令時，若即發生法律狀態變動之效果，使得原雇主脫離勞動契約關係而新雇主繼受原勞動契約之雇主地位，此時原雇主既然已脫離勞動契約，理論上即無「基於勞動契約」之指示權，而指示勞工於關係企業內其他公司給付勞務；而在終止原約締結新約時亦有同樣的問題，即雇主為調職命令時，即發生法律狀態變動之效果，雇主與勞工之勞動契約已然終止，亦無基於勞動契約之指示權。簡言之，於雇主變更的情形幾乎難以承認事前賦予雇主使勞工於關係企業內調職之指示權之效力。而於雇主概括取得雇主變更調職之指示權，基於上述不應承認其效力。

## 第二款 單一勞動契約複數雇主

此契約參加的情形當然亦需得到勞工之同意始可，如果是經由勞工與雇主合意讓第三人加入到勞動契約之雇主之一方固然沒有疑問。然若是雇主事先與勞工約定此種類型之調職條款即不無探究之餘地。<sup>354</sup>申言之，雇主事先與勞工約定此種條款的法律效果即為，雇主於將來某一時點得使第三人加入勞動契約之中，且第三人由於已加入勞動契約而成為雇主之一方，即取得對於勞工之指示權。問題點在於勞工能否於事前同意讓第三人加入到契約之中，此時與前述雇主變更的情形相同，涉及到勞工是否能夠了解在何等要件下由何人加入到勞動契約之中，否則即可能因雇主片面指定加入之第三人，而違反契約自由原則。

即使雇主已明文在何等要件下由何人加入勞動契約之中，而勞工也能確切了解在何等要件下由何人加入勞動契約之中，但非雇主即取得使勞工異地勞動之指

---

<sup>354</sup> 我國並沒有德國民法第309條第10款第三人加入契約之規定，是故不會有於勞動法應否適用該條款爭執之問題。

示權，雇主使勞工異地勞動之指示權仍需得到勞工之同意。<sup>355</sup>此時所衍生之問題即為勞工得否賦予雇主調職自己到將來可能成為雇主之第三人處之指示權，此與第三人加入契約之問題不同，蓋在契約加入的情形得以設定在何等要件下由何人加入契約，但是對於究係何人會加入契約係屬於不確定之狀態，換言之，若承認勞工得賦予雇主調職自己到將來可能成為雇主之第三人處之指示權，勞工同意調職之範圍難以確定，故宜採第三人加入契約後再與勞工合意變更勞務給付地或合意異地勞動之指示權為妥。

綜上，於單一勞動契約複數雇主亦禁止雇主概括取得調職之指示權，如約定則必須明確約定於何等要件由何人加入契約，且即使第三人加入契約調職之指示權亦須自第三人加入後與勞工合意始得為之。此外，若此約款以定型化契約條款之形式出現時，亦應注意民法第 247 條之 1 之控制。

### 第三款 數個勞動契約數個雇主

此情形勞工同時或先後與關係企業中不同公司成立數個勞動契約，無論是同時成立或先後成立，個別雇主皆享有對於勞工之指示權。此種多方的法律關係中，其中一勞動契約可能處於全部中止或部分中止之狀態。

如果於契約訂定之始即同時成立數個勞動契約。若雇主甲欲使勞工於雇主乙處服勞務，並不需要透過勞務請求權之讓與方式為之，蓋雇主乙基於勞動契約本享有對該勞工之指示權，此時之重點毋寧在於雇主甲需與勞工合意中止全部或一部之勞動契約。而雇主甲得否事先與勞工合意於將來某一時點中止全部或一部之勞動契約，而改由雇主乙與勞工履行其二者間之勞動契約，此時涉及勞動契約變更之問題，應經由法律行為為之，故亦須適法、確定、可能，<sup>356</sup>如勞動契約中止發生之要件不明確，難認其法律行為之效力。

在勞動契約先後成立的情形，則會面臨雇主如何能夠於特定要件下，一方面與勞工合意中止勞動契約一部或全部，他方面使勞工與第三人訂定勞動契約。前

<sup>355</sup> 補充說明，如果第三人加入勞動契約雇主之一方，第三人即亦屬雇主，故在複數雇主間之調職應屬於同一勞動契約而非涉及勞務請求權讓與或契約承擔、終止原約另立新約之情形。

<sup>356</sup> 鄭玉波著，黃宗樂修訂，民法總則，台北：三民，修訂十版，2007年，頁240-247。

者之情形如同同時成立數個契約的情形，屬於勞工事前合意要件明確性的問題；後者之情形則是雇主如何代理不明之第三人為意思表示，雇主有無代理之意思，姑不論第三人是否明確，在雇主無代理意思之情形根本不生代理效果而無法使勞工與第三人成立契約。

綜上，於數個勞動契約數個雇主的情形，如果契約同時成立，則需考量中止契約要件是否明確；於契約先後成立，亦需考量中止契約要件是否明確，另需考量第三人是否明確、雇主有無代理之意思。於雇主概括取得調職之指示權應否認其效力。另需注意若屬定型化契約條款，亦須通過定型化契約條款之審查。

#### 第四款 小結

上述分析就勞工同意雇主取得使勞工於關係企業內調職的形式而言，除了在單一契約單一雇主下之勞務請求權讓與外，其他情形若以勞動契約條款、團體協約或其他事前同意之方式，往往由於將來可能與勞工成立新約、契約承擔、契約參加等勞動契約當事人雇主之一方陷於不確定之狀態，而與契約自由之原則有違，故應否認其效力。

基此，企業內調職說原則上否認關係企業中各公司之法人格，而將關係企業內各公司間之調職視為企業內調職處理，雖然可以避免不同類型之出現（因從屬公司之法人格已被否認，從而勞工即使於關係企業間調職亦不會有涉及雇主變更、勞務請求權讓與第三人之情形），但以否認法人格作為原則，使關係企業得以勞工之概括同意取得關係企業中勞工於關係企業間調職之指示權，不可採的理由在於：1.我國之法人格理論僅於例外時，如控制公司有不法目的時始「例外」承認從屬公司法人格之否認，若將從屬公司法人格否認作為原則，恐與我國學說與實務見解不符；2.該說一方面否認從屬公司之法人格，一方面又認為關係企業中各公司之調職涉及民法第 484 條勞務請求權之讓與，不無矛盾之處，既然已被否認法人格，即不構成「第三人」；3.在面臨關係企業的成員有增減之時，關係企業是否當然取得或喪失使勞工於關係企業間調職之指示權，亦不無疑義。例如勞工於受僱之初，該公司為關係企業之成員，勞工亦概括同意關係企業範圍之調職，但嗣後該公司退出該關係企業，該關係企業是否仍擁有調職該公司勞工之權限，即有疑義。

二分說則認為在關係企業內具有絕對之實質人事、經營決策掌控權時，雇主得直接以調職五原則將勞工於關係企業內調職，不可採之理由在於：1.在符合調職五原則時，直接使雇主得調職勞工而毋庸勞工之同意有商榷之餘地，勞工未必有認知到進入關係企業後，有可能在將來任一時點被調職到關係企業中其他公司；2.此說與企業內調職說有同樣的問題，即把否認從屬公司之法人格作為原則適用，與我國法人格理論僅於例外時適用有些出入；3.此說亦與企業內調職說遭遇關係企業成員有變動時之問題。

而法院在承認雇主得事前取得使勞工於關係企業內調職權利之前提下，大抵認為得以「工作契約」或「同意書」取得勞工之概括同意，未區分不同之情形，亦有商榷之餘地。在勞工的事前同意形式上，企業外調職說之見解值得贊同。

### 第三項 關係企業調職條款行使之限制

若雇主與勞工約定之關係企業調職條款確實能夠通過上述之審查，雇主即取得使勞工於關係企業調職之指示權，此時雇主於行使調職命令時雖毋庸再次得到勞工之同意，但是並非不受其他之限制。我國法雖然對於雇主之指示權沒有如同德國民法第 315 條第 1 項、營業法第 106 條公平裁量之限制，然此並非我國對於雇主調職之指示權即全然不加以限制，由於此亦屬於權利行使之一種，故亦應受到我國民法第 148 條第 1 項權利不得濫用之限制。

對此，企業內調職說的第一個要件—企業有進行關係企業間之職務異動之必要，以及第三個要件—員工調職後之勞動條件明確，且無不合理之不利益之變更，即已注意到雇主行使調職之指示權之限制。<sup>357</sup>而二分說認為在具有絕對之實質人事、經營決策掌控時，應直接以調職五原則判斷其合法性與否亦屬於雇主行使調職之指示權之限制。<sup>358</sup>而我國法院在審查雇主之指示權時，有引用調職五原則者，亦有就勞工之不利益與雇主之利益加以衡量者，亦皆屬於雇主調職之指示權行使之限制。

<sup>357</sup> 劉志鵬，「控制性持股」關係對雇主概念及其責任的可能影響，律師雜誌，第291期，12月號，2003年12月，頁53-54。

<sup>358</sup> 郭玲惠，金融控股公司與關係企業內之調職，行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告，2005年，頁35-37。

參考我國學說實務以及德國學說實務之見解，本文認為在雇主行使調職之指示權時，應衡量雇主與勞工之利益，審視有無構成權利濫用之情形，換言之即需衡量雇主確實有調職之必要，以及勞工所受之不利益是否有透過其他手段加以緩和。原則上調職應限於平行調職或升調，而於例外之情形始承認雇主降調屬合法。另在雇主有不當目的時，應否定雇主調職之必要性。此外德國企業組織法上對於雇主行使調職之指示權程序性上的限制，亦是值得我國加以參考之處。

#### 第四節 法律效果

如果雇主確有使勞工於關係企業內調職之指示權，而且該指示權之行使又無權利濫用等情形，雇主調職之指示權即屬合法有效，勞工即有接受之義務，如勞工拒絕接受時，雇主可援用勞動基準法第 12 條第 1 項第 6 款連續曠工三日為理由而解僱勞工。<sup>359</sup>惟此時應注意何人為勞工之雇主，申言之，在勞務請求權讓與的情形，雇主並未變更，故原勞動契約之雇主始有終止權；於契約承擔以及終止原約成立新約的情形，則只有新雇主始有終止權；於單一契約複數雇主的情形，由於只有單一勞動契約存在，是故如果容許單一雇主即可決定終止與勞工之勞動契約，對於契約參加之其他雇主甚為不利，故此若欲終止與勞工之勞動契約，則必須得到所有契約參加雇主之同意始能為之；於多數契約多數雇主的情形，對勞工原服勞務之雇主而言，其指示勞工於他雇主處服勞務，而勞工未前往他雇主處服勞務故能取得終止權。對於他雇主而言，其基於與勞工之勞動契約已開始履行，故若勞工未對其履行勞務，他雇主亦有終止權。如果勞工於雇主有調職之指示權之情形，拒絕接受調職，且主張依勞動基準法第 14 條第 1 項第 6 款終止契約，該終止因不合法而不生效力。<sup>360</sup>

如果雇主未取得調職之指示權，且又未於發布調職命令時取得勞工之合意（即無合意變更或終止契約），該調職之命令即不合法，此時如果雇主終止勞動契約，因其所為之終止違反勞動基準法第 12 條之規定，勞工得以雇主違反勞工法令為由（勞動基準法第 14 條第 1 項第 6 款），不經預告終止勞動契約，並得準

<sup>359</sup> 劉志鵬，「控制性持股」關係對雇主概念及其責任的可能影響，律師雜誌，第291期，12月號，2003年12月，頁54。實務見解參見，苗栗地方法院96年勞訴字第2號判決、臺北地方法院92年勞訴字第110號判決。

<sup>360</sup> 參見臺灣高等法院91年勞上易字第5號判決。

用第 17 條之規定請求雇主發給資遣費。<sup>361</sup> <sup>362</sup>若勞工已依勞動基準法第 14 條行使終止權，由於契約已然終止，自無雇主依勞動基準法第 12 條第 1 項第 6 款行使終止之理。<sup>363</sup>在調職命令不合法的情形，如果雇主另有構成第 14 條第 1 項第 5 款「雇主不依勞動契約給付工作報酬，或對於按件計酬之勞工不供給充分工作者」之情形。有法院認為，此所謂不依勞動契約給付工作報酬，應包括給付不完全及給付遲延在內，俾使勞工得於此種情形下不受原勞動契約之拘束，迅速另謀適當之工作，以免生活陷於困難。故即使超過第 6 款 30 日之除斥期間。勞工亦得依本款終止契約。<sup>364</sup>此外應注意於雇主變更的情形，由於調職並不合法，故雇主不發生變更，故即使勞工未對於原本應當成為新雇主之第三人給付勞務，該第三人仍不得終止契約，<sup>365</sup>蓋此時契約仍存在於勞工與原雇主間。



<sup>361</sup> 林炫秋，關係企業間勞工之調動與勞工之同意權—評高雄地方法院八十二年度雄簡字第五二五號暨勞簡上字第第六號判決，收錄於勞動法裁判選輯（二），臺北：元照，1999年12月，頁64。

<sup>362</sup> 實務認為調職不合法時已構成勞動基準法第14條第1項第6款之情形，故勞工得終止契約，參見臺北地方法院94年勞簡上字第52號判決、臺灣高等法院臺中分院94年勞上易字第25號判決、士林地方法院96年勞簡上字第14號判決、臺中地方法院89年勞簡上字第6號判決、臺灣高等法院臺南分院95年勞上易字第16號判決、臺北地方法院97年勞簡上字第33號判決、桃園地方法院91年勞訴字第45號判決、臺南地方法院98年勞訴字第33號判決、臺中地方法院92年勞訴字第124號判決。

<sup>363</sup> 參見臺北地方法院91年北勞簡字第47號判決、臺北地方法院94年北勞簡字第42號判決、臺北地方法院90年勞訴字第76號判決、士林地方法院96年湖勞簡字第9號判決。

<sup>364</sup> 參見桃園地方法院91年勞訴字第45號判決。

<sup>365</sup> 參見士林地方法院98年湖勞簡字第29號判決。



## 第六章 調職後相關問題

### 第一節 工作年資是否併計

勞動基準法計算資遣費、特別休假、退休要件、退休金計算上皆與勞工之工作年資高度相關，亦即在該等事項之計算上，必須先確定勞工之工作年資。有關於勞工於關係企業內調職前後之工作年資是否併計，取決於勞動基準法第 57 條之解釋，該條規定：「勞工工作年資以服務同一事業者為限。但受同一雇主調動之工作年資，及依第二十條規定應由新雇主繼續予以承認之年資，應予併計。」而此年資之計算，如果在關係企業調職前後不予併計，無論是在退休金或資遣費的計算上，對於勞工皆屬不利。<sup>366</sup>以下將就國內實務與學說，以及德國實務與學說探討勞工於關係企業內調職前後工作年資是否併計之問題。

#### 第一項 我國實務與學說

##### 第一款 學說見解及分析

企業內調職說認為，我國人事管理實務上為降低關係企業間人事流動時產生之困擾，多半不會更動僱用條件，所以勞工在關係企業間流動之年資通常予以合併計算，由退休時勞工所在企業發給退休金，嗣後該企業再與勞工曾任職之各個關係企業依各個在職年資結算求償，<sup>367</sup>並未明白表示究竟是否應合併計算年資，惟若從該學說否認個別關係企業在法律上獨立之人格，以及關係企業間之職務異動視同同一企業內之職務異動以觀，應可推知此說傾向將年資合併計算。

企業外調職說有認為，依勞動基準法第 57 條但書之規定，受同一雇主調動之勞工之工作年資應合併計算。此處所謂「受同一雇主調動」之情形，除應包括在同一事業單位內（同一法人）之調動外，解釋上亦包括關係企業內之調動。理由為此時得將條文中之「雇主」認定為勞動基準法第 2 條第 2 款之執行雇主功能之自然人，而合於「同一雇主」之要件，或者因勞工進入關係企業之某一事業單位工作，而於被調到同一關係企業之其他事業單位時，通常亦由原先之事業單位

<sup>366</sup> 呂榮海/俞慧君合著，勞動基準法實用2，臺北：蔚理法律，1989年，頁134。

<sup>367</sup> 劉志鵬，關係企業與勞工之職務異動，律師雜誌，第291期，2003年12月，頁54。

發令，故亦得認定為「受同一雇主調動」。<sup>368</sup>

亦有認為，若以僱用勞工與勞工訂立勞動契約之事業主為限，則所謂同一雇主之調動僅能涵蓋同一事業單位內部之調動，以及雇主不變更之借調勞動關係之調動。對勞工之保障實屬有限。若以事業經營負責人是否相同為判斷標準，較以事業主為標準所涵蓋之範圍稍廣，但可能因負責人之變更，而由同一雇主變成非同一雇主。在目前法律對關係企業間勞工調動之有限保護規定的情形下，應從勞動法保護勞工之原則從寬解釋。即所謂「受同一雇主調動」應包括勞動基準法第 2 條第 2 款的三種雇主概念，只要有一相同者，即屬同一雇主。<sup>369</sup>

此二者之見解，皆是認為勞動基準法第 57 條但書之規定，規定「受同一雇主調動之勞工之工作年資應合併計算」，此同一雇主之解釋應包括勞動基準法第 2 條第 2 款三種情形，即包括「僱用勞工之事業主」、「事業經營之負責人」以及「代表事業主處理有關勞工事務之人」。故調動前後此三種人有其一相同時，即屬於「受同一雇主」調動，而年資應予併計。惟於前者之見解亦將原事業單位之發令，認定為「受同一雇主」調動之情形，而較後者之範圍為廣。

二分說認為，在具有絕對之實質人事、經營決策掌控權時，應採法人格否定說，而使調職之法律效果同於企業內調職，故年資應予併計；反之則視為企業外調職，年資應重新起算。<sup>370</sup>

另有學者認為，勞動基準法第 57 條將「受同一雇主調動」、「以服務同一事業者為限」並列，說明此二者是不同概念。且本條之規範功能主要在於透過「保護法」的強行規定，來增益「契約法」所不能。亦即立基於勞工先後受僱於不同雇主的事實前提，來設想應該例外突破契約法規則，合併採計不同雇主間的工作

<sup>368</sup> 黃程貫，勞動法，國立空中大學，修訂再版，2001年，頁388。

<sup>369</sup> 林炫秋，關係企業間勞工之調動與勞工之同意權—評高雄地方法院八十二年度雄簡字第五二五號暨勞簡上字第第六號判決，收錄於勞動法裁判選輯（二），臺北：元照，1999年12月，頁63-64。

<sup>370</sup> 郭玲惠，金融控股公司與關係企業內之調職，行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告，2005年，頁35-38。

年資，而由最後一位雇主承擔給付勞工年資權益責任的情形。<sup>371</sup>申言之，若依契約法的一般觀念，年資併計與否，應視雇主人格是否相同，雙方有無年資併計的合意而定。亦即，著重於勞工轉換在不同「事業單位」或「雇主」間從事工作，能否從原契約中找到合意基礎，或是該等工作轉換情事可否為原契約當事人的意思所涵括，而未逸出「債之同一性」；而本條之規定，可謂係法人格否定理論的制定法實踐，能否享有本條所定併計年資效果，應參酌其規範目的、按其規定要件為斷，不能無視其規範功能，而以一般「契約法」觀念操作。<sup>372</sup>依此見解，只要勞工是被「同一雇主」（即原雇主）調動到「他雇主」處服勞務時，依勞動基準法第 57 條之規範目的，他雇主即必須併計勞工於原雇主處之年資。

亦有學者認為，勞工被原事業單位調往另一事業單位工作，但其編制仍在原事業單位，且由原事業單位支薪，該勞工應被視為「受同一雇主調動」，故其在兩個不同事業單位的工作年資，應合併計算。另在勞工被母公司調至子公司，之後又被調回母公司之情形，為避免雇主藉由調動勞工來達到中斷勞工工作年資之目的，宜從寬解釋，只要勞工是在同一雇主的相關事業單位間調動，其工作年資應被合併計算。<sup>373</sup>

## 第二款 行政主管機關見解

行政主管機關在勞工於關係企業調職年資是否併計的問題上，從內政部民國 76 年 02 月 26 日（76）台內勞字第 476838 號函並無法看出端倪，<sup>374</sup>該函釋之重點，毋寧是勞工退休準備金不隨同調動而移轉，並由行政院勞工委員會民國 88 年 03 月 03 日（88）台勞動三字第 007091 號函再次聲明。<sup>375</sup>而真正關於年資是

<sup>371</sup> 陳建文，勞動基準法第五十七條之規範功能與操作原則／臺北地院九七勞訴七七，台灣法學雜誌，第138期，2009年10月15日，頁239-240。

<sup>372</sup> 陳建文，雇主功能化趨勢與「同一雇主」概念的操作思考／臺北地院九九勞訴六七，台灣法學雜誌，第165期，2010年12月1日，頁200。

<sup>373</sup> 鄭津津，職場與法律，臺北：新學林，修訂三版，2010年9月，頁200。

<sup>374</sup> 該函釋全文如下：「事業單位因業務需要，調動勞工至另一事業單位工作，勞工工作年資應依勞動基準法第五十七條之規定計算，俟後給付勞工退休金，應由發生勞工退休事實之事業單位，自所提撥之勞工退休準備金給付退休金。」

<sup>375</sup> 該函釋全文如下：「查事業單位因業務需要，調動勞工至另一關係企業，其於原事業單位之工作年資，如該關係企業之退休辦法規定可予併計者，自可從其規定，則取自原事業單位撥付之補償金亦可全數提撥勞工退休準備金，惟該關係企業提撥之勞工退休準備金於接收員工後應視實際需要予以調整，但不得由原事業單位之勞工退休準備金帳戶中移轉。如該關係企業之勞工退休準備金提撥比率因此而超過該公司薪資總額百分之十五，則為勞動基準法所允許，至於是否列為當年度費用列支，仍請卓處。」

否得以併計的問題，行政主管機關基本上亦區分為「借調」與「非借調」兩種情形加以探討<sup>376</sup>：於借調的情形，依據行政院勞工委員會民國 82 年 07 月 29 日(82)台勞動三字第 41107 號函，<sup>377</sup>勞工與原公司的勞動契約並未終止，而原公司與借調公司之年資應合併計算。

另結合行政院勞工委員會勞動 4 字第 0940021507 號函與其他函釋以觀，<sup>378</sup>可知只要是「雇主調動勞工至他事業單位（關係企業）工作」之用語，皆屬於非借調之情形。在此非借調之情形，原則上依行政院勞工委員會（83）台勞動三字第 39742 號函可知，<sup>379</sup>因勞工已非屬同一事業單位，係勞動契約之變更，除應先徵得勞工同意外，就工作年資之部分應辦理結清；新雇主是否併計勞工於原雇主年資之問題，依行政院勞工委員會（88）台勞動三字第 007091 號函可知，行政主管機關認為如「關係企業之退休辦法」規定可併計者，自應併計；此外，行政院勞工委員會（84）台勞動三字第 119983 號函以及行政院勞工委員會（87）台勞

<sup>376</sup> 雖是如此，但事實上如何認定借調、非借調，行政主管機關並沒有給出很明確的判準，參見第四章第四節第一項第一款。

<sup>377</sup> 該函釋全文如下：「（一）所謂借調之勞動關係，乃勞動者在原雇主僱用下，在他企業從事相當期間工作之謂。（二）本案勞工受僱於適用勞動基準法之甲公司，被要求前往乙公司工作，但編制仍在甲公司，且向甲公司領取薪資，此即前述借調之勞動關係。勞工與甲公司間之勞動契約並未因赴乙公司工作而終止，其在甲、乙公司工作之年資，自應合併計算。（三）勞工如在甲公司服務二十年，再借調至乙公司工作五年，其工作年資合計應為廿五年，符合勞動基準法第五十三條自請退休條件。於申請退休時，甲公司應依同法第五十五條規定發給退休金。」

<sup>378</sup> 行政院勞工委員會勞動4字第0940021507號函釋全文如下：「一、依勞工退休金條例第8條第1項規定：『本條例施行前已適用勞動基準法之勞工，於本條例施行後仍服務於同一事業單位者，得選擇繼續適用勞動基準法之退休金規定。但於離職後再受僱時，應適用本條例之退休金制度。』，即明定本條例施行前已適用勞動基準法之勞工，於本條例施行後可選擇繼續適用勞動基準法之退休金規定。但於離職後再受僱時，應適用本條例之退休金制度（以下簡稱新制），不得再選擇適用勞動基準法之退休金規定（以下簡稱舊制）。二、查關係企業依法係為各自獨立運作之私法人，雇主調動勞工至他事業單位（關係企業）工作，因涉及當事人之一方或提供勞務之對象改變，已非原勞動契約之履行。因此於新制施行後，雇主若有上開調動情事，且經勞工同意，即依本條例第8條第1項但書之規定，應適用新制。惟如雇主依新制提繳退休金，並併計勞工所有在原事業單位與他事業單位（關係企業）服務之年資，俟後採舊制標準給付退休金，因屬從優之規定者，自屬可行。三、另，若屬所謂借調之勞動關係，乃勞工在原雇主僱用下，在他事業單位提供相當期間之勞務。勞工於新制施行後，被要求前往他事業單位提供勞務，但編制仍在原事業單位，且向原事業單位領取薪資。因勞工與原事業單位間之勞動契約並未因赴他事業單位而終止，故勞工仍得依其選擇，繼續適用勞動基準法之退休金規定。」

<sup>379</sup> 該函釋全文如下：「查勞動基準法第五十七條係參考『台灣省工廠工人退休規則』第八條及『廠礦工人受僱解僱辦法』第五條文所訂定；有關勞工工作年資計算，應指受同一雇主於同一事業單位調動之工作年資為限。又勞工如受雇主調動至另一事業單位者（其間或有適用本法之事業單位，或有不適用本法之事業單位者），因已非屬同一事業單位，係勞動契約之變更，應先徵得勞工之同意，並就適用本法之事業單位所服務之工作年資部分辦理結清給付資遣費或退休金；惟事業單位如有優於上開規定者，從其規定。」

資二字第 025697 號函應屬於兩次非借調之情形，<sup>380</sup> <sup>381</sup>舉例而言，甲公司調動勞工於乙公司，甲公司與勞工之契約終止，而乙公司與勞工成立契約，嗣後乙公司又與勞工契約終止，而甲公司復與勞工成立契約之情形，原則上年資應重新起算，且如無勞動基準法第 10 條情形，依法可不併計，惟若依「原事業單位之工作規則或退休辦法」之規定年資併計，年資即應併計。

綜上，行政主管機關在關係企業年資是否併計的問題上，主要的觀點認為於借調之情形，勞工與原雇主之勞動契約繼續，故勞工於第三人處服勞務之年資自應予以併計。而於非借調之情形，原則上勞工與原雇主之勞動契約已然終止，故應結清年資。至於新雇主是否併計原雇主年資，則依關係企業退休辦法；至於勞工調動至第三人處之後歸建之情形，年資是否併計亦依其他約定，或者依原雇主相關辦法。此外，若雇主不屬法人而是自然人之情形，如果該自然人經營二以上事業單位，且有使勞工於事業單位間調職之情形，基於勞動基準法第 2 條第 2 款所稱「僱用勞工之事業主」與「事業經營之負責人」等雇主任義，亦屬該法第 57 條但書所稱之「同一雇主」，則勞工受調動前後之工作年資，應予併計。<sup>382</sup>但此同一事業經營之負責人可否擴張至法人之情形，行政主管機關則無進一步之說明。

<sup>380</sup> 行政院勞工委員會（84）台勞動三字第119983號函釋：「事業單位因業務需要，調動勞工至另一關係企業，嗣後再調回原事業單位，其於關係企業之工作年資，如原事業單位之工作規則或退休辦法中規定可予併計，自可從其規定。」

<sup>381</sup> 行政院勞工委員會（87）台勞資二字第025697號函釋：「查勞動基準法第五十七條規定：『勞工工作年資以服務同一事業單位為限。但受『同一雇主』調動之工作年資．．．應予併計』。本案原事業單位與關係企業如為個別之法人，以其為個別之權利主體，勞工若基於『借調』，由原事業單位調往關係企業工作，其勞雇關係存在於原事業單位與勞工之間，若非基於『借調』關係，而係經勞工之同意，則屬另一勞動契約之履行，與原事業單位之勞雇關係亦因合意而終止，年資自應重新起算。如嗣後該員工返回原單位工作，該員工前後年資或於關係企業之年資，如無勞動基準法第十條情事者，依法可不併計。惟如勞資雙方另有約定併計年資，因此約定係優於法律，當然有限，且勞資雙方應從其約定。另前開約定之效力，並無因關係企業為認許之外國公司而有所不同。」

<sup>382</sup> 參見行政院勞工委員會勞動4字第0960131055號函釋：「查私立之托兒所與私立之短期補習班均係適用勞動基準法之事業單位，惟其不具法律上之獨立人格，僱用勞工所生之權利義務關係，當由其負責人承擔最終責任。如該二事業單位均係同一自然人所獨資經營，並由其擔任負責人。基此，該自然人符合勞動基準法第2條第2款所稱『僱用勞工之事業主』與『事業經營之負責人』等雇主任義，亦屬該法第57條但書所稱之『同一雇主』，則勞工受調動前後之工作年資，應予併計。」

### 第三款 法院見解

法院針對勞工於關係企業內調職是否得併計工作年資，主要的爭執點仍然是在勞工與調職後公司另成立新約的情形，在雇主承認勞工工作年資的情形，無論是透過人事管理規則（如臺灣高等法院 90 年勞上字第 16 號判決）<sup>383</sup>、<sup>384</sup>、工作規則（如高雄地方法院 95 年勞訴字第 2 號判決、<sup>385</sup>臺灣高等法院 91 年勞上字第 32 號判決），<sup>386</sup> <sup>387</sup>或雇主以其他方式承認年資，<sup>388</sup>例如士林地方法院 96 年勞簡

<sup>383</sup> 該判決要旨如下：「參以福城公司之人事管理規則第五十二條規定：『本公司員工與各關係企業員工得互相遷調，其服務年資合併計算』等語，足認福城公司於前開服務證明書所載甲○○服務期間自六十七年十二月十七日起至八十八年五月十四日止，係合併計算其退休前在上述各福城公司之關係企業任職之時間，應認甲○○任職福城公司之二十年四個月又二十八日。」

<sup>384</sup> 相同見解：臺灣高等法院91年勞上易字第7號判決。

<sup>385</sup> 該判決要旨如下：「按『勞工工作年資以服務同一事業者為限。但受同一雇主調動之工作年資，及依第二十條規定應由新雇主繼續予以承認之年資，應予併計』，勞動基準法第57條固訂有規定，惟關於關係企業間勞工調動的工作年資是否合併計算，業經行政院勞工委員會補充：『事業單位因業務需要，調動勞工至另一關係企業，嗣後再調回原事業單位，其於關係企業之工作年資，如原事業單位之工作規則或退休辦法中規定可予併計，自可從其規定』，此有行政院勞工委員會84年6月14日以（84）台勞動三字第119983號函釋在案。查被告與榮久公司為關係企業，均為被告之法定代理人乙○○所創立，此有被告89年度年報第74頁特別計載事項之關係企業相關資料說明附卷可參，且卷附被告89年及90年度財務年報及會計師查核報告書亦將被告與榮久公司之往來交易情形列屬關係人交易，上開證據資料之真正既已不爭執，且內部記載詳實，可堪為憑。又參以被告所印製之員工手冊中所載第16節有關關係企業人員互調作業規定，其中第6條第（3）項年資計算方式b款規定：『關係企業互調人員，其退休之總年資可合併計算。』，及工作規則第17節職工退休辦法第7條年資之採計方式第（4）項亦規定：『關係企業互調人員年資照計』，亦有上開員工工作手冊、工作規則附卷可參，該等手冊及工作規則既均屬被告公司為規範內部員工所製定的工作規則，亦堪為憑，故上開工作規則既已明定關係企業互調人員之年資得予併計，是原告經被告之調動至榮久公司任職之年資自得與原告於被告任職之年資併計。」

<sup>386</sup> 該判決要旨如下：「被上訴人廣豐公司八十年十二月七日八十府勞動字第二一〇六七三號核備公布之工作規則第六十七條第三款規定，『連續服務本公司，但調任至本公司所經營投資之公司者，其服務期間之年資得予併計。』，第七十六條規定，『本公司員工調任至關係企業任職者，其年資得合併計算，並由前後期間服務之關係企業按任職年資比例分攤退休金。』（見原審卷第三〇頁）。上訴人振豐公司八十二年八月二十日公布之勞工退休辦法第三條規定：『本辦法所稱工作年資係指勞工服務本公司工作之年資者，但受本公司關係企業調動之工作年資應予合併計算』（見原審卷第七一頁）…雖八十六年六月二十五日修正之公司法規定「關係企業」為獨立存在而相互間具有控制從屬關係或相互投資關係之企業（公司法第三百六十九條之一）。惟在修法前，『關係企業』並無明確之立法解釋，是尚不得以修法後之規定解釋修法前非同一法人格之不同公司間是否為關係企業。是本件堪認廣豐公司與振豐公司間在公司法修正前已有密切關係，並均視對方為關係企業無疑。至公司法於八十六年六月二十五日修正後，廣豐公司與振豐公司間已非法律上之關係企業，惟在修法前，勞工因廣豐公司調派而至振豐公司工作，而於修法後退休者，仍應併計兩家公司之工作年資為計算可否退休及退休金年資之標準，始不致因法律之修正，而妨害勞工既有之權益……上訴人甲○○等以起訴狀繕本送達廣豐公司、振豐公司為請求退休之意思表示，並主張依廣豐公司工作規則第六十七條第三款、第七十六條及振豐公司勞工退休辦法第三條等規定，甲○○等服務廣豐公司、振豐公司服務年資應予併計，廣豐公司、振豐公司應各依上訴人甲○○等服務該公司年資，比例分擔退休金乙節，應認為正當。」

上字第 14 號判決，法院以所得明細記載勞工於前公司之到職之日，認定為雇主承認年資併、<sup>387</sup>臺北地方法院 92 年勞訴字第 30 號判決，雇主於調職公文載明年資併計、<sup>389</sup>臺灣高等法院 98 年勞上易字第 66 號判決，法院以勞工請假卡記載勞工於前公司之到職之日，認定為雇主承認年資併、<sup>391</sup>彰化地方法院 90 年勞訴字第 10 號判決，法院以工作證明書及退休申請表記載勞工於前公司之到職之日，

---

<sup>387</sup> 相同見解：高雄地方法院95年勞訴字第24號判決、臺灣高等法院92年重勞上字第2號判決、臺灣高等法院高雄分院96年勞上易字第5號判決、桃園地方法院89年重勞訴字第2號判決。

<sup>388</sup> 參見：板橋地方法院96年勞訴字第43號判決、桃園地方法院97年勞訴字第40號判決、新竹地方法院97年勞訴字第19號判決、臺中地方法院97年勞訴字第115號判決、臺北地方法院90年勞訴字第142號判決、臺北地方法院99年北勞簡字第85號判決、臺南地方法院97年勞訴字第47號判決、臺灣高等法院92年勞上易字第35號判決、臺灣高等法院97年勞上易字第35號判決、臺灣高等法院臺中分院95年勞上字第11號判決、臺灣高等法院臺南分院98年勞上字第10號判決。

<sup>389</sup> 該判決要旨如下：「復按雇主依勞動基準法第16條終止勞動契約者，應依左列規定發給勞工資遣費：一、在同一雇主之事業單位繼續工作，每滿一年發給相當於一個月平均工資之資遣費。二、依前款計算之剩餘月數，或工作未滿一年者，以比例計給之，未滿一個月者以一個月計，上開規定於勞工依同法第14條終止契約時準用之，勞動基準法第14條第4項、第17條定有明文。次按勞工工作年資以服務同一事業為限，但受同一雇主調動之工作年資，應予併計，勞動基準法第57條亦有明定。查被上訴人自89年5月1日起即受僱於強固管理公司擔任協理一職，於92年9月1日轉任遠來公司，於93年6月4日轉任上訴人公司，上訴人曾於員工所得明細上記載被上訴人之到職日期為89年5月1日，而強固管理公司與上訴人之法定代理人為同一人，為上訴人之關係企業，遠來公司與上訴人曾為關係企業，法定代理人亦曾與上訴人公司相同，上訴人之員工會在上開關係企業內調動等事實，除有強固管理公司薪資單、員工薪資明細表、上訴人公司員工所得明細存卷供參（見原審卷第145至149頁），復為兩造所不爭執，而被上訴人之勞工保險於89年5月23日由強固管理公司投保後，92年9月1日退保，當日即由遠來公司為其投保，嗣於93年6月4日退保，當日復旋由上訴人為其投保，中間並無間斷等情，亦有勞保局被保險人投保資料查詢作業文件在卷可證（見原審卷第66頁），是上2開公司既為上訴人之關係企業，上訴人之員工會在上開關係企業內調動，且被上訴人自89年5月起於上訴人關係企業之年資既未曾結算核發資遣費，揆諸前揭規定，被上訴人於強固管理公司、遠來公司及上訴人處任職之工作年資，自應合併計算。」

<sup>390</sup> 該判決要旨如下：「原告係受僱於泰豐公司及其關係企業，而於七十七年四月十五日到職，且八十三年五月五日由泰豐公司及其關係企業發布改調泰安公司人員年資計算事之公文，亦載明原告年資准予相互併計，該公文之附件即關係企業調任泰安公司員工名冊內，原告部分之到職日亦載明係七十七年四月十五日，及原告所使用之名片亦印有泰豐公司之全銜，且被告九十年十二月三十一日將原告免職之獎懲公告，亦係蓋用泰豐公司管理部行文及對內用章之戳章等情，業論述如上，從而，原告主張其工作年資應自七十七年四月十五日起予以併計，亦為可取。」

<sup>391</sup> 該判決要旨如下：「上訴人主張上訴人公司、大泰公司及天才文化公司均為關係企業，為求管理上方便，始以文強或『TCW』為名對外表示，非謂使用文強或『TCW』即認被上訴人為文強公司員工。惟查，被上訴人等應徵工作即係至上訴人文強公司工作，業經證人已○○於原審97年12月25日到庭所證述明確，足證被上訴人丁○○、戊○○2人均在上訴人文強公司工作，對照上訴人公司97年度員工請假卡4份、薪資明細表4份、考勤表，益發佐證被上訴人確為上訴人文強公司之員工。上訴人徒以廣設關係企業之方式，意圖推卸雇主應負之責，其主張實無可取……至被上訴人丙○○、乙○○之到職日部分，此於上訴人公司製作之請假卡上記載清楚，且為上訴人所不爭執，因此被上訴人丙○○及乙○○之年資，各為76年7月1日及85年5月19日，應堪認定。」

認定為雇主承認年資併。<sup>392</sup>法院皆認為既然雇主已承認年資應予併計，則勞工於關係企業中不同公司間之年資自應併計。有疑義者乃是在於雇主未表示承認勞工之工作年資，或者工作年資並未於工作規則等規定得併計之情形，勞工之工作年資得否併計？對此，法院則有不同之見解：

—有引用勞工委員會台 84 勞動三字第 119983 號及台 83 勞動三字第 39742 號函釋，認為如果工作規則未規定併計，則工作年資不得併計者，如臺中地方法院 92 年勞簡上字第 22 號判決；<sup>393</sup> <sup>394</sup>然此邏輯似乎有值得商榷之處，依勞工委員會之見解，是若工作規則規定年資併計，則年資併計。僅能論斷出若年資不併計，則工作規則未規定年資併計。並得不出此等法院若工作規則未規定併計，則年資不得併計之結論。

—有以關係企業內各公司法人格獨立為出發點，認為關係企業內各公司非同一雇主、同一事業單位或單以法人格獨立，而年資自不得併計者，如彰化地方法院

<sup>392</sup> 該判決要旨如下：「被告雖抗辯稱原告實際到職日期為七十三年二月十四日，且吉勝企業有限公司與被告公司屬不同之事業單位云云，惟上開工作證明書及退休申請表均為被告公司依原告申請核發或核可之文書，被告復不否認該二種文書形式上之真正，被告事後以勞工保險卡記載之投保生效日期為七十三年二月十四日為由，否認該二種文書有關原告到職日期記載之真正，故為忽略該勞工保險卡資料原在被告自行保管中，被告核發上開工作證明書時若非認定吉勝企業有限公司與被告公司實際上屬於同一雇主，豈有併計原告在吉勝企業有限公司工作年資之理？況依原告提出前開二家公司之公司登記資料，發現吉勝企業有限公司設立於六十三年一月間，公司負責人為張慶會，而被告公司設立於六十五年八月間，公司負責人為張慶勝(目前為甲○○)，前開二家公司均係張慶會、張慶勝、甲○○及張慶修等人互為董監事各情，有卷附前開公司登記資料影本可按，則前開二家公司顯係同一家族經營之關係企業，其形式上屬不同名稱之二家公司，然實質上仍屬同一雇主甚明，被告事後否認上情，即無可採。」

<sup>393</sup> 該判決要旨如下：「有關勞工工作年資計算，應指受同一雇主於同一事業單位調動之工作年資為限。如受雇主調動至另一事業單位者，因已非屬同一事業單位，係屬勞動契約之變更，應先徵得勞工之同意，並就原事業單位所服務之工作年資部分辦理結清給付資遣費或退休金，則本院認宏機公司與上訴人即附帶被上訴人公司負責人雖同為丙○○，但設立日期、登記所營事業項目均不相同，應非屬同一事業單位。且縱認二公司係屬家族關係企業，然事業單位因業務需要，調動勞工至另一關係企業，其於關係企業之工作年資，除原事業單位之工作規則或退休辦法中規定可予併計，而得從其規定外，仍應就原事業單位所服務之工作年資部分辦理結清給付資遣費或退休金，有行政院勞工委員會八十四年六月十四日台八十四勞動三字第 119983 號及八十三年六月二十三日台八十三勞動三字第 39742 號函釋可考，孰是除非本件上訴人即附帶被上訴人公司有年資可予併計之規定或曾與被上訴人即附帶上訴人為此類約定，否則被上訴人即附帶上訴人之工作年資自當不得合併計算。」

<sup>394</sup> 相同見解：高雄地方法院 95 年勞訴字第 27 號判決、高雄地方法院 98 年雄勞簡字第 4 號判決、臺中地方法院 96 年勞訴字第 87 號判決、臺中地方法院 94 年勞訴字第 106 號、臺北地方法院 96 年勞訴字第 3 號判決、臺北地方法院 96 年勞訴字第 64 號。

—有認為在外調公司任職期間與原公司為「同一事業單位」任職，而年資不中斷者，如臺北地方法院 98 年勞訴字第 45 號判決；<sup>397</sup>

—有認為勞動基準法第 57 條之「同一雇主」應包括勞動基準法第 2 條第 2 款之「事業單位經營負責人」者，如臺灣高等法院 92 年勞上易字第 53 號判決；<sup>398</sup> <sup>399</sup>

—有另創「同一事業主體」之概念，而認為勞工於關係企業內年資應予併計者，如臺北地方法院 91 年勞訴字第 106 號判決；<sup>400</sup> <sup>401</sup>

<sup>395</sup> 該判決要旨如下：「依原告所提被告及訴外人吉勝公司基本資料查詢單所示，被告之董事長為乙○○，董事為張慶修、張慶會、劉素金，監察人為張楊婦仔，公司地址為彰化縣彰化市○○里○○路一七五號；而訴外人吉勝公司之董事長為張慶會，董事為乙○○、張國禎，公司地址為彰化縣彰化市○○里○○路五〇二巷十三號。被告之法定代理人乙○○、董事張慶會雖互為訴外人吉勝公司之董事及董事長，然二家公司之名稱、組織、營業地址均不相同，係屬個別之法人，原告主張被告與訴外人吉勝公司係屬關係企業，為同一雇主云云，尚不足採。」

<sup>396</sup> 參見：桃園地方法院 98 年勞訴字第 100 號判決、臺北地方法院 97 年北勞簡字第 77 號判決、臺北地方法院 97 年店勞簡字第 8 號判決、臺北地方法院 97 年勞訴字第 77 號判決、臺灣高等法院 98 年勞上字第 79 號判決、臺灣高等法院臺中分院 88 年重上更（一）字第 33 號判決。

<sup>397</sup> 該判決要旨如下：「是以就原告於臺灣與香港地區間之職務異動，不應僅以被告與香港雅筑公司間是否獨立法人、形式上有無關係企業關係認定之，而應以被告與香港雅筑公司事實上得否認為係屬『同一雇主之事業單位』為斷……被告係將香港雅筑公司視為旗下一分支單位而非與其無關之他公司之方式，處理二公司間之人員派任、薪資支付事宜。該簽呈重點僅在處理被告與香港雅筑間就原告之年資、福利、薪資轉移如何處理以符合會計規範而已，無從認為被告有終止與原告間之僱傭關係，由香港雅筑與原告另訂勞動契約之情況。甚且，就所發給原告相當 5 個月薪資之款項部分，被告法定代理人所批示之內容亦僅認為係『補助退休金之損失』，並未將其界定為資遣費，更無從認為被告於當時有結清原告年資之意思。是以依此份簽呈，尚無從認為原告自被告處派往香港雅筑公司任職，係終止與被告間之勞動關係……綜上，80 年 9 月 12 日起至 94 年 6 月 30 日止之期間，雖由被告派往香港雅筑公司任職，然揆諸前開說明，仍應認為係在被告之事業單位工作，是以 80 年 9 月 12 日起至 94 年 6 月 30 日止之年資，亦應計入原告於被告處之工作年資。」

<sup>398</sup> 該判決要旨如下：「接近來企業經營多角化、關係企業日增，為求對勞工資源最大運用與對勞工教育之加強，而將勞工調動至其他企業服務趨勢日增，因關係企業之間對於勞工的調動不僅影響工作的內容、工作地點及工資請求的對象及職位保障，而且可能影響勞工的工作年資及退休給付，從而我國勞動基準法第五十七條規定，勞工在關係企業間調動，其工作年資應受特別之保護，其『受同一雇主調動』之工作年資應予併計。所謂『雇主』之概念應從勞動基準法保護勞工之原則依據個案從寬解釋，『同一雇主調動』應包括僱用勞工之事業主、事業經營之負責人等。」

<sup>399</sup> 相同見解：板橋地方法院 97 年勞訴字第 93 號判決、桃園地方法院 94 年勞訴字第 33 號判決、臺中地方法院 98 年中勞簡字第 136 號判決、臺北地方法院 92 年北勞簡字第 65 號判決、臺南地方法院 87 年重勞訴字第 1 號判決、臺灣高等法院臺中分院 97 年勞上易字第 14 號判決、南投地方法院 96 年再易字第 9 號判決、臺北地方法院 90 年勞訴字第 110 號判決、桃園地方法院 96 年勞訴字第 65 號判決。

<sup>400</sup> 該判決要旨如下：「按勞動基準法施行細則第五條明定，勞工工作年資係以服務同一事業單位為限，並自受僱當日起算。經查，被告公司與木喬公司曾屬同一企業集團中之關係企業，但不同

一有認為關係企業即為同一雇主，故年資即應予併計，如臺北地方法院 93 年勞簡上字第 26 號判決；<sup>402</sup>亦有直接認為關係企業內之調職年資即應併計，否則對勞工保護不周者，如臺北地方法院 91 年北勞簡字第 37 號判決。<sup>403</sup>

綜上，法院的見解基本上可以區分為肯否定二說，否定說有引用勞工委員會台 84 勞動三字第 119983 號函及台 83 勞動三字第 39742 號函認為工作規則未規定年資併計則年資不併計。亦有認為關係企業法人格各自獨立，年資不併計。亦有認為關係企業非同一雇主，年資不併計。亦有認為關係企業非同一事業，年資不併計；而肯定說則有認為不同關係企業間為「同一事業單位」故年資得併計。有認為勞動基準法第 57 條之同一雇主，包括勞動基準法第 2 條第 2 款三種情形，故只要事業經營負責人同一即應併計年資。<sup>404</sup>亦有認為勞動基準法第 17 條之同一雇主，包括受同一雇主指示之情形。亦有自創「同一事業主體」概念，而認為年資應併計者。亦有直接認為關係企業為同一雇主，而年資應併計者。亦有認為只要是關係企業內之調職年資即應併計，否則對勞工保護不周者。縱觀法院之見解，未見較為統一之看法。

---

之法人，仍係各自獨立之不同法人格主體，雖同一關係企業、公司或工廠負責人有時分由雇主之兒女或其他親屬擔任，然其各個事業單位之雇主仍非同一人，勞工如經調動至其他事業單位工作時，勞工之工作年資即不能併計。惟如關係企業之旗下員工經雇主作出相互調動之指派時，倘僅因係屬關係企業並非同一雇主，即遽認被調動之勞工之工作年資不能併計，顯然有失衡平。否則，如有雇主為規避給付資深勞工之資遣費，大可於資深勞工行將辦理資遣前，即將之調派其他關係企業，並可藉以免除勞工多年年資之計算，如此豈有事理之平？是認，關係企業縱然係不同之法人，仍應審究實際上是否為同一事業主體。」

<sup>401</sup> 相同見解：臺北地方法院 93 年勞訴字第 65 號判決、臺北地方法院 94 年勞訴字第 157 號判決。

<sup>402</sup> 該判決要旨如下：「基於現今企業為提升競爭力，經營多朝向集團化、多角化，公司間成立關係企業成為現今趨勢，為求關係企業間勞動力之最大運用與組織之最有效管理，關係企業內之勞工往往有互相調動之情形，而關係企業間既有密切關係，則為保障勞工權益及避免雇主不當剝削勞工工作年資，應認勞工在關係企業內調動之工作年資，係屬勞動基準法第五十七條所規定受同一雇主調動之工作年資，應予併計。」

<sup>403</sup> 該判決要旨如下：「『勞工工作年資以服務同一事業者為限。但受同一雇主調動之工作年資及依第二十條規定應由新雇主繼續予以承認之年資，應予併計』，勞動基準法第五十七條定有明文。原告係於八十三年二月二十二日到職，原任群亨公司，嗣經關係企業集團內部之調動，而至被告公司任職，此有勞工保險卡可參，若受企業集團內部之職務調動，而不併計調動前與調動後之工作年資，對勞工權益之保障，並不充分，故此段工作年資應予併計。」

<sup>404</sup> 但有相反之見解，如臺灣高等法院 98 年勞上字第 79 號：「太子汽車公司與被上訴人為關係企業，事業經營之負責人均為許勝發，屬於同一雇主，自應合併計算工作年資云云。惟按雇主，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。勞動基準法第 2 條第 2 款定有明文。基此，上訴人於 67 年 10 月 26 日至太子汽車公司任職，其雇主即為太子汽車公司。而於 83 年 4 月 11 日至被上訴人任職，其雇主即為被上訴人，而與許勝發個人無涉。易言之，許勝發雖為上訴人任職於太子汽車公司、被上訴人時之董事長，但非上訴人之雇主，應無疑問。」

## 第二項 德國實務與學說

德國企業給付的退休金並非如同我國勞動基準法之規定強制雇主給付勞工退休金，按照企業年金法（BetrAVG）第 1 條第 1 項，是雇主基於其與勞工之勞動關係，由雇主給予勞工照顧承諾（Versorgungszusage），雇主始負擔對於該勞工之老年退休金給付。在勞工工作年資（Betriebszugehörigkeit）的計算上基本上仍應區分為二種情形：<sup>405</sup>

—如果勞工在維持他與原雇主的僱傭關係或勞動關係的前提下，只是暫時的變更到康柴爾其他企業，例如基於派遣或於一定期限內，總之此情形工作年資仍保持。

—如果勞工在解除迄今的勞動關係或僱傭關係的前提下，變更到康柴爾其他企業，工作年資的概念被轉為「康柴爾工作年資（Konzernzugehörigkeit）」，因為勞工在康柴爾中每一個廠場對價值創造的貢獻是相同的，而且因此勞工也可能期待「康柴爾工作年資」，即使該「康柴爾工作年資」非明文的協議。工作年資的計算此時被自動的實施。<sup>406</sup>企業忠誠（Betriebstreue）可能藉由勞工於相同康柴爾中不同康柴爾企業給付其勞務而建立。<sup>407</sup>然而科隆邦勞動法院（LAG Köln）則認為「工作年資在企業年金法第 30 條之 6 的意義下意味著對於單一且相同契約當事人持續的工作。包括權利義務繼受的情形。對於相同康柴爾其他企業先前存在的契約關係原則上是不足夠的」，<sup>408</sup>即認為康柴爾中的工作年資不當然繼續計算。

亦有學者認為只有在以下三種情形工作年資才會被繼續計算：1.新雇主承認在康柴爾其他企業僱用期間作為先前的年資；2.雇主按照民法第 415 條以及企業

<sup>405</sup> Rolfs, in: Blomeyer/Rolfs/Otto, Gesetz zur Verbesserung der betriebl. Altersversorgung, 5. Aufl. 2010, C. H. Beck, BetrAVG § 1 b Unverfallbarkeit und Durchführung der betrieblichen Altersversorgung Rn. 270ff.

<sup>406</sup> 反對見解參見Rolfs, in: Blomeyer/Rolfs/Otto, Gesetz zur Verbesserung der betriebl. Altersversorgung, 5. Aufl. 2010, C. H. Beck, BetrAVG § 1 b Unverfallbarkeit und Durchführung der betrieblichen Altersversorgung Rn. 272. Rolfs氏認為此時忽略了工作年資是勞工基於企業忠誠而生，而且康柴爾核心並未與個別康柴爾企業的勞工存在勞動契約關係，況且何企業擁有比其他企業更高的康柴爾指示權且構成康柴爾經濟上雇主亦是未明確的。

<sup>407</sup> Steinmeyer, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 11. Aufl. 2011, C. H. Beck, BetrAVG § 1 b Unverfallbarkeit und Durchführung der betrieblichen Altersversorgung Rn. 17.

<sup>408</sup> LAG Köln, Urteil vom 07.03.2003 - 4 Sa 954/02.

年金法第 4 條繼受照顧義務；3.對於先前的康柴爾企業的勞動關係至少作為中止勞動關係持續中。<sup>409</sup>

此外如果在康柴爾中存在一個統一的照顧規定，且預計安排在康柴爾從屬公司調職，此時此統一的工作年資，儘管勞工於康柴爾內不同公司調職，該統一的工作年資仍然應持續計算，而以企業年金法第 1 條第 1 項的工作年資評價。<sup>410</sup>

### 第三項 本文見解

我國與德國勞工退休金工作年資的計算上存在著不同的規範模式。在我國是透過法律強制的方式，亦即透過勞動基準法之規定要求雇主給付勞工退休金；而德國主要是透過雇主「自願」的照顧承諾。即便如此，在德國法上一樣會和我國面臨相同的問題，究竟勞工於關係企業內調職之工作年資是否應予併計之問題。

我國學說上有認為關係企業內的調職應視為同一企業內之調職，故工作年資應併計者；<sup>411</sup>有仍以關係企業為不同法人格，故關係企業間之調職為企業外調職，但勞動基準法第 57 條但書之「同一雇主」應包括同法第 2 條第 2 款三種人，即擴大同一雇主的解釋，而認為年資應併計者；<sup>412</sup>亦有認為此是法律直接規定命最後一位雇主承擔給付勞工年資權益責任者。<sup>413</sup>而在實務方面行政主管機關認為在借調之情形應予併計，但是在勞工終止原契約而與第三人成立新約的情形則採取任由當事人約定的態度，若當事人有約定或於工作規則有規定工作年資併計自得併計，而對於當事人未為約定或工作規則未有規定之情形，則看不出行政主管機關採何種見解；在法院的判決上，在雇主與勞工約定年資併計或工作規則有規定時，咸認為工作年資即應併計，反之，在雇主與勞工未約定年資併計或工作規

<sup>409</sup> Rengier, in: Moll, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2009, C. H. Beck, § 35 Ansprüche nach dem Betriebsrentengesetz Rn. 29.

<sup>410</sup> Tschöpe(Hrsg.), Anwalts-Handbuch Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2009, Dr. Otto Schmidt, Teil 2 E schipp Rz. 292.

<sup>411</sup> 劉志鵬，關係企業與勞工之職務異動，律師雜誌，第291期，2003年12月，頁54；郭玲惠，金融控股公司與關係企業內之調職，行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告，2005年，頁35-37。

<sup>412</sup> 黃程貫，勞動法，國立空中大學，修訂再版，2001年，頁388。林炫秋，關係企業間勞工之調動與勞工之同意權—評高雄地方法院八十二年度雄簡字第五二五號暨勞簡上字第6號判決，收錄於勞動法裁判選輯（二），臺北：元照，1999年12月，頁63-64。

<sup>413</sup> 陳建文，勞動基準法第五十七條之規範功能與操作原則／臺北地院九七勞訴七七，台灣法學雜誌，第138期，2009年10月15日，頁239-240。

則未為規定時，對於年資是否併計之問題，則有肯否定二種見解，肯定說有擴大勞動基準法第 57 條但書雇主概念者，有逕認關係企業年資應予併計者，有認為關係企業為同一事業單位或同一事業主體而年資應予併計者；否定說則認為若雇主未與勞工約定且工作規則未規定時，年資即不得併計，亦有以關係企業法人格個別獨立從而否定為「同一雇主」或「同一事業單位」者。

德國學說與實務上基本上是區分為兩種情形，<sup>414</sup>在雇主未發生變更的情形，工作年資當然併計；而在雇主發生變更的情形，則有不同見解，有認為此時工作年資應擴大為康柴爾年資，從而工作年資應予併計者；亦有認為工作年資不當然併計者。

本文認為，在工作年資是否併計之問題上，基本上仍是勞動基準法第 57 條的解釋問題，而該條年資併計的情形有三：1. 勞工服務同一事業；2. 勞工受同一雇主調動；3. 依第二十條規定應由新雇主繼續予以承認之年資，凡屬此三種情形之一，年資即應予併計。按本條之規定，乃是參考臺灣省工廠工人退休規則以及廠礦工人受雇解雇辦法而來，<sup>415</sup>故在解釋本條規定上，該二者具有相當之價值。

按臺灣省工廠工人退休規則第 8 條之規定，工人之工作年資計算方式有三：1. 工作年資應以連續服務同一工廠為限，轉廠年資不予計入，但由廠方調動者不在此限；2. 工廠因轉讓或其他事故變更業主，其工人未依「廠礦工人受雇解雇辦法」資遣，並繼續被雇用者，其原任之工作年資應予併計；3. 本規則發布前，工人之工作年資，應予併計。廠礦工人受雇解雇辦法第 5 條規定：「廠礦改組或轉讓時，除新舊業主商定留用之工人外，其他工人應依本辦法規定資遣；其留用工人之工作年資應由新業主繼續予以承認。」而所謂「工廠」依臺灣省工廠工人退休規則第 3 條聯合工廠法施行細則第 2 條，指的是「僱用工人從事製造、加工、

---

<sup>414</sup> Rolf, in: Blomeyer/Rolf/Otto, Gesetz zur Verbesserung der betriebl. Altersversorgung, 5. Aufl. 2010, C. H. Beck, BetrAVG § 1 b Unverfallbarkeit und Durchführung der betrieblichen Altersversorgung Rn. 270ff.

<sup>415</sup> 立法院法律案專輯. 第73輯, 內政; 29, 勞動基準法案(上), 頁21。

<http://lis.ly.gov.tw/lgcgi/ttsbookc?4:24852731:1:/disk1/lg/ttswebbook1.ini:y049266:0001-0028: self>。  
最後瀏覽日2011/9/20。

修理、解體等作業場所或事業場所」。就臺灣省工廠工人退休規則第 8 條的解釋而言，其在工作年資計算方式的第 1 種情形可得知，工作年資原則上是與服務於同一工廠為限，而在例外情形（即廠方調動之情形），應予併計。申言之，此時即使勞工對於調動後之工廠在前一段年資沒有對其服務貢獻，基於法律之規定，仍將前一段工作年資算入調動後之工廠，換言之，工作年資之併計並非完全取決於勞工對於該工廠服務之貢獻。基此想法應用到勞動基準法第 57 條上，即是第 57 條之「同一事業」指的是勞工受僱於同一自然人或法人之情形，<sup>416</sup>但若受該自然人或法人調動到其他自然人處或法人處，基於法律的規定，該其他自然人或法人仍應併計勞工於前一自然人或法人之工作年資。

勞動基準法第 57 條「勞工工作年資以服務同一事業者為限」應指勞工與同一自然人或同一法人具有勞動契約關係之情形，合併勞動基準法施行細則第 5 條以觀，此工作年資之始點是「自僱用之日起」。而在此勞動契約關係中，勞工是否有實際提供勞務並非計算工作年資之重點，其重點在於此「勞動契約關係之存續期間」。若將工作年資限於勞工有實際提供勞務之情形，則遇有假日、勞工請假、特別休假之情形即應剔除，甚至應限於勞工實際提供之工作時數，不啻造成計算工作年資上之困難。故應以勞動契約關係之存續期間為計算基礎為宜。換言之，只要勞動契約關係繼續，年資即應繼續計算。

此外勞動基準法第 57 條但書「同一雇主」之規定亦非無解釋空間，此同一雇主就立法解釋而言，傾向從發動調動的人為出發點，無論其為法人或自然人，亦即只要是受到原雇主調動到他雇主處，勞工於原雇主之工作年資即應被他雇主承認且加以併計；若採調動前後是否為同一雇主之角度來觀察，將此同一雇主解釋包括勞動基準法第 2 條第 2 款「事業主、事業經營之負責人以及代表事業主處理有關勞工事務之人」三種雇主之定義，亦非脫出文義解釋之範圍，故調動前後只要有事業主、事業經營之負責人、代表事業主處理有關勞工事務之人三者之一同一者，即應視為「同一雇主」而併計工作年資。基此，我國勞動基準法第 57

---

<sup>416</sup> 勞動基準法第 57 條「同一事業」指的是「同一事業單位」，而事業單位包括法人與自然人，參見內政部（75）台內勞字第 464100 號函：「勞動基準法第五十七條規定勞工工作年資以服務同一事業者為限，所稱『同一事業』係指同一事業單位，涵蓋總機構及分支機構。」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，臺北：新學林，二版，2009 年 9 月，頁 30。（此部分由劉志鵬執筆）

條既已規定受同一雇主調動之年資應併計，即無需如同德國將工作年資擴大解釋為「康柴爾工作年資」之必要。

綜上，於關係企業間勞務請求權讓與之情形，無論其為派遣或單純勞務請求權讓與之情形，由於不涉及雇主變更，與原雇主之勞動契約繼續存在，其年資繼續計算乃屬當然，德國學說亦同此見解；於契約承擔之情形，由於新雇主概括承受原勞動契約之權利義務，年資當然繼續計算。於勞工與原雇主終止原約而另與新雇主成立新約之情形，由於勞工是受原雇主「調動」到新雇主處，從調動發動人以及立法解釋之角度出發，此亦屬受「同一雇主」調動之情形，故年資應予併計。若從調動前後是否為同一雇主出發，調動前後若有勞動基準法第 2 條第 2 款三種情形同一之情形，更應併計年資；於單一勞動契約複數雇主之情形，由於勞工於各雇主處服勞務仍處於同一勞動契約關係中，故年資應繼續計算；在數個勞動契約數個雇主的情形，在先後成立的情形，原勞動契約關係繼續存在，故年資應繼續計算。在同時成立之情形，即便是勞工受原雇主調動至他雇主處，勞工與原雇主之勞動契約亦繼續存在，故年資亦應繼續計算。

基此，我國除二分說外，無論企業內調職說、企業外調職說，皆認為勞工於關係企業內調職時工作年資應予併計之見解可資贊同。而二分說認為在具有絕對之實質人事、經營決策掌控權時肯定勞工工作年資之併計，反之，則認為年資應重新起算，對於勞工之保護似有未盡完善之處。

另勞工退休金條例施行後，依該法第 24 條，適用新制者之工作年資改以「實際提繳退休金之年資為準」，且「年資中斷者，其前後提繳年資合併計算」，即已與勞動基準法第 57 條計算工作年資之方法相異，改採與事業單位脫鉤之計算方式，換言之，工作年資不再綁定於事業單位，而無上述工作年資是否併計之爭議。適用新制之勞工其爭議點，可能改為「是由何雇主提繳」<sup>417</sup>。

在單一契約單一雇主的情形，由於只有一個雇主，故由何人提繳相對明確，申言之，在勞務請求權讓與的情形，勞工並未與勞務請求權受讓人成立契約關係，

---

<sup>417</sup> 勞工退休金條例第14條第1項：「雇主每月負擔之勞工退休金提繳率，不得低於勞工每月工資百分之六。」

其勞動契約關係仍存於原雇主間，故仍由原雇主提繳；在契約承擔或終止原契約成立新約之情形，亦只有一個勞動契約之雇主，故由該勞動契約之雇主提繳；在單一契約複數雇主的情形，宜由各雇主協調負擔，若協調不成時，由勞工實際給付勞務之雇主處，負擔工資與勞工退休金之提繳；在多數契約多數雇主的情形，若勞工僅於一雇主處服勞務且受領工資，則由勞工服勞務且受領工資處之雇主提繳。若勞工於多數雇主處服勞務且受領工資，則各該雇主依其給付勞工之工資提繳。<sup>418</sup>理由在於依勞工退休金條例第 14 條第 1 項規定，提繳既是以勞工之工資為基準，故由發給工資之雇主負擔提繳義務計算上較為方便。且勞工退休金條例之退休金性質較偏向「遞延工資」，<sup>419</sup>若要非受領勞務之雇主負擔工資之給付與退休金之提繳，似與工資之對價性有違。

## 第二節 平均工資計算及給付義務人

### 第一項 平均工資之計算

#### 第一款 我國實務與學說

勞工於關係企業內工作年資是否併計之問題已如上述，但若於發生資遣事由或退休事由之情形，平均工資應如何計算以及給付義務人為何人則有待進一步之探討。申言之，依勞動基準法第 2 條第 4 款所謂平均工資為：「謂計算事由發生之當日前六個月內所得工資總額除以該期間之總日數所得之金額。工作未滿六個月者，謂工作期間所得工資總額除以工作期間之總日數所得之金額。工資按工作

<sup>418</sup> 行政院勞工委員會勞動4字第0940035170號函認為：「勞工受雇主派駐他公司（含關係企業）工作期間，因勞動契約並未終止或中止，勞工至他公司工作之年資，應合併計算。勞工如選擇適用新制，其適用舊制之年資，應依勞退條例第 11 條規定予以保留，由雇主於勞工符合退休要件退休時，以退休時之平均工資，依勞動基準法所定給付標準，計給該保留年資之退休金。至其適用新制後，派駐他公司工作期間，雖非由公司直接支付薪資，惟因勞動契約繼續存續，雇主仍應以其工資，依月提繳工資分級表按月為勞工提繳退休金。」由於在此情形是由其他公司支付薪資，故不屬於單一契約單一雇主之情形，可能是單一契約複數雇主或多數契約多數雇主的情形。於單一契約複數雇主之情形，本文認為應由雇主間協調，若協調不成時，由勞工實際給付勞務之雇主處，負擔工資與勞工退休金之提繳；於多數契約多數雇主的情形，本文認為亦應由勞工服勞務且受領工資處之雇主提繳。理由為本文所述。

<sup>419</sup> 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，臺北：新學林，二版，2009年9月，頁477-478。（此部分由郭玲惠／郝鳳鳴執筆）邱駿彥，勞工退休金條例之相關問題探討，勞工研究，第4卷第2期，2004年12月，頁96。郭玲惠，勞工退休金條例爭議問題初探，臺灣勞動法學會學報，第5期，2006年6月，頁51-52。楊通軒，勞工退休金條例基本問題初探，臺灣勞動法學會學報，第5期，2006年6月，頁132。邱駿彥，勞工退休金條例釋義，臺灣勞動法學會學報，第5期，2006年6月，頁147-148。

日數、時數或論件計算者，其依上述方式計算之平均工資，如少於該期內工資總額除以實際工作日數所得金額百分之六十者，以百分之六十計。」此若於勞工在資遣事由或退休事由發生前六個月間皆於同一關係企業中公司服勞務並受領工資，且資遣事由或退休事由發生於該關係企業中公司時較無疑義，法院往往直接以在資遣事由或退休事由發生之關係企業中公司前六個月間之工資為計算基礎。<sup>420</sup>但是若在資遣事由或退休事由發生前六個月間勞工於不同關係企業中公司給付勞務且受領工資時，平均工資應如何計算即不無疑義。

臺灣高等法院 92 年重勞上字第 2 號判決中，案例事由大致為：勞工先受僱於台灣水泥公司，之後被調至和信公司，歸建／返任後立即辦理退休(約一個月)。法院認為此問題可能涉及行政院勞工委員會 76 台勞動字第 2255 號函，該函意旨為：「依照勞動基準法第二條第四款規定計算平均工資時，如因普通傷病假或留職停薪致工資折半發給或不發給期間，應不列入計算平均工資，前經內政部七四.一一.二一(七四)台內勞字第三五七二二四號函釋在案；計算平均工資時，應將上開期間扣除，往前推計。」是故若勞工於資遣事由或退休事由發生前六個月間勞工於不同關係企業中公司給付勞務且受領工資時，應以最後勞工服勞務公司之工資為準，並扣除於其他公司服勞務之期間，以相同公司(即勞工最後服勞務公司)算足六個月為止。惟在本件中，由於被上訴人公司另有優於此計算方式之「外調人員管理規定」，故法院直接以該外調人員管理規定計算平均工資，並未採取上述扣除方式。

另在臺灣高等法院 98 年重勞上字第 2 號判決中，被上訴人乙○○於 59 年 8 月 8 日受僱於上訴人公司(即台灣水泥公司)，68 年 2 月 23 日外調至上訴人公司之子公司台通公司任職，93 年 1 月 1 日再外調至台通公司之子公司福州台通公司任職，95 年 4 月 1 日回臺灣並辦理退休，福州台通公司任職期間除台通公司繼續給付原有薪資外，福州台通公司另給付人民幣 9242.8 元(即新臺幣 40,000 元)。被上訴人甲○○於 65 年 8 月 21 日受僱於上訴人公司，80 年 9 月 1 日外調至

---

<sup>420</sup> 參見臺灣高等法院98年勞上易字第66號判決、臺灣高等法院臺南分院98年勞上字第10號判決、臺灣高等法院臺中分院97年勞上易字第14號判決、臺灣高等法院97年勞上易字第35號判決、臺灣高等法院高雄分院96年勞上易字第5號判決、臺灣高等法院臺中分院95年勞上字第11號判決、臺灣高等法院92年勞上易字第53號判決、臺灣高等法院92年勞上易字第35號判決、臺灣高等法院91年勞上易字第7號判決。

上訴人公司之子公司台訊公司任職，91年2月1日再外調至台訊公司之子公司北京漢儀公司任職，94年8月10日回臺灣並辦理退休，任職北京漢儀公司期間，除台訊公司繼續給付原有薪資外，北京漢儀公司另給付人民幣6935.5（即新臺幣27,742元），並依其在北京期間按日給付1,000元之膳雜費（或差旅費），平均每月膳雜費為23,000元。被上訴人丙○○於69年10月3日受僱於上訴人公司，88年6月1日外調至上訴人關係企業香港台泥公司並同時調至朱家橋水泥公司任職，91年1月7日再外調至上訴人關係企業福州台泥公司任職，96年5月1日回臺灣，並於96年5月14日退休，任職福州台泥公司期間除上訴人繼續給付薪資外，上訴人或香港台泥公司另給付40,000元。由於被上訴人等皆是返台後立即辦理退休，故除被上訴人丙○○外，其他人在退休前長年未受領上訴人（台灣水泥公司）之薪資，故雙方之爭執點乃在於外調公司支付之薪資是否得計入平均工資之計算基礎。對此，法院認為「被上訴人外調期間之薪資雖亦由調用機構負擔，但調用機構核薪後，仍須書面通知上訴人，且被上訴人外調期間之薪資不得低於上訴人現行辦法，甚至若低於上訴人之規定，上訴人尚須貼補其待遇差額。可見被上訴人之外調期間之薪資乃為上訴人所明知及所掌控，是上訴人公司與訴外人公司雖屬二獨立法人權利主體，惟訴外人公司給付被上訴人薪資或津貼，仍係受上訴人公司指示而為，形同被上訴人仍在上訴人公司受薪，與所謂『留職停薪』仍有差距，故無論被上訴人係歸建或返任，被上訴人外調期間之薪資仍應列入被上訴人退休前六個月薪資計算標準……」即直接將勞工最後六個月受領之工資視為平均工資之計算基礎，而不論是否與資遣事由或退休事由發生之公司為同一公司。

關於平均工資之計算，學者認為本條之立法意旨在於，計算資遣費應以領取資遣費之勞工正常狀況下之薪資金額做為計算基礎，故不僅不以終止前一個月工資為準，以避免偶發性之工資增減影響資遣費計算，亦排除職災醫療或產假期間等不可歸責、天災事變等不可抗力之情況下造成之非常態性薪資金額，換言之，應以客觀狀況下勞工實際之經常所得，做為計算資遣費之基礎。<sup>421</sup>

---

<sup>421</sup> 吳姿慧，平均工資之計算排除「無薪休假」非屬常態性期間工資之爭議／桃園地院九九勞訴二四，台灣法學雜誌，第164期，2010年11月15日，頁217。

## 第二款 本文見解

在單一契約單一雇主下，若屬於勞務請求權讓與的情形，由於勞動契約之雇主並未變更，勞工仍由勞動契約之雇主處受領工資，故平均工資在計算上並不會出現由不同雇主處受領工資之情形，在計算上較無疑義，該勞務讓與期間勞工所受領之工資亦屬於上述學者所謂客觀狀況下勞工實際之經常所得；在單一契約多數雇主下，也就是契約參加的情形下，亦由於僅是行使勞務請求權人有所改變，勞動契約之雇主於勞工調職前後並未改變，故亦不會有調職前後由「不同勞動契約」之雇主受領工資之問題。勞工在契約參加的情形下，僅是行使勞務請求權人不同，其所受領之工資，亦屬客觀狀況下勞工實際之經常所得。

但是在單一契約單一雇主契約承擔以及終止原約成立新約、多數契約多數雇主之情形，即可能發生勞工於終止事由發生前六個月間，勞動契約之雇主有所變動的情形。申言之，在契約承擔以及終止原約成立新約的情形，可能在終止事由發生前六個月間由雇主甲變為雇主乙；在多數契約多數雇主的情形，可能在終止事由發生前六個月間，發生勞工終止與調職後雇主處之契約，回到調職前雇主處之情形。在此三種涉及雇主變更及工資給付義務人不同的情形如何認定「客觀狀況下勞工實際之經常所得」即不無疑義。該學者之見解與行政院勞工委員會 76 台勞動字第 2255 號函釋之見解同，旨在於排除「非常態性的工資」，而認為平均工資之計算應以「常態性工資」為其計算基礎。此在於單一契約單一雇主之前提下並無適用之困難，然而在此三種涉及雇主變更的情形，由於終止事由發生前六個月間發生雇主變動，從而勞工在最後雇主所領的工資可能未滿六個月。甚且在關係企業內的調職下，可能勞工一歸建即辦理退休，導致勞工在最後雇主處完全沒有受領工資，當然亦不可能有常態性工資做為計算基礎。

誠然，勞動基準法第 2 條第 4 款平均工資之計算在工作未滿六個月的情形，得按工作期間所得工資總額除以工作期間之總日數所得之金額做為解決之方法。此在契約承擔之情形較無疑義，由於契約承擔屬於契約概括承受，除當事人合意變更外，勞工調職後之工資應與勞工於原雇主處同。而於終止原約成立新約或多數契約多數雇主之情形，由於是兩個截然不同的契約，故勞工調職後之工資即可能有減少之虞。本文認為在此種情形，平均工資之計算以終止事由發生前六個月為計算基礎，遇有非常態性工資時，則扣除該期間，而不論雇主是否有發生變動，理由如下：

1.平均工資之計算應與勞動基準法第 57 條工作年資一併觀察，申言之，勞動基準法第 57 條之工作年資既然將「受同一雇主調動」之年資併計於最後雇主之年資，解釋上在計算平均工資時亦得將其他雇主之工資列入計算之基準，此亦與「常態性工資」無違；

2.若採行政院勞工委員會 76 台勞動字第 2255 號函釋之見解，平均工資之計算在資遣事由或退休事由發生前六個月間勞工於不同關係企業中公司給付勞務且受領工資時，即可能計算平均工資的基礎為數十年前，對於勞工甚為不利；再者，該函釋之見解應是以單一契約單一雇主且不發生雇主變動情形之圖像為建構之基礎，申言之，在單一契約單一雇主且不發生雇主變動的情形下，如果不扣除普通傷病假或留職停薪致工資折半發給或不發給期間，則平均工資將被大幅往下拉低，造成對於勞工不利之結果，換言之，該函釋適用之結果應是對於請普通傷病假或留職停薪之勞工較為有利，然如果在此二種情形亦採此見解，除適用之法律圖像有所不同外，亦可能得出對於勞工不利之結果，況且在終止原約成立新約之情形，除二次轉受僱的情形外，勞工不見得有與調職後之雇主有先前之工資做為計算基礎，直接適用該函釋容有商榷之餘地；

3.勞動基準法第 2 條第 4 款所謂平均工資，毋寧指「計算事由發生之當日前六個月內所得工資總額除以該期間之總日數所得之金額」，並未限於「自同一雇主處領取之工資」，故即使在此二種情形發給工資之雇主可能發生變動，但直接以計算事由發生之當日前六個月內所得工資為計算基礎，似乎亦未脫於文義之解釋；

4.撇開雇主變動的情形，由於在此三種情形勞工調職後可能工資較調職前為低，若依「常態性工資」以觀，應扣除不計的反而是調職後較少或甚至沒有的工資；

5.此與一般兩個獨立契約不同點在於，此時勞工是受關係企業其中一公司予以調職到關係企業中另一公司，加入了「受關係企業調職」之因素，故在處理上應予一般獨立契約做不同之考量。

綜上，本文認為在關係企業調職後平均工資之計算，在單一契約單一雇主勞務請求權讓與，以及單一契約複數雇主契約參加的情形，由於雇主不發生變動，

故沒有平均工資由不同雇主處受領計算上的問題。而於單一契約契約承擔之情形，由於新雇主概括承受原勞動契約，故即使退休前六個月間發生雇主變動，因為新雇主必須依原契約給付工資，因此工資應不致於有太大變動，而依勞動基準法第2條第4款「平均工資之計算在工作未滿六個月的情形，得按工作期間所得工資總額除以工作期間之總日數所得之金額」作為計算基礎。而在終止原約成立新約、多數契約多數雇主之情形，為避免雇主變動後無工資可供計算或工資較變動前少之結果，應直接以終止事由發生前六個月間之工資做為計算基礎，並扣除「非常態性工資」，而不論雇主之變動，臺灣高等法院98年重勞上字第2號判決對此部分之見解可資贊同。

## 第二項 給付義務人

在給付義務人方面，法院多以事由發生時之雇主需負擔全部之資遣費或退休金，<sup>422</sup>但臺灣高等法院91年勞上字第32號判決則認為：「本件上訴人甲○○等於七十六年間由廣豐公司調派至振豐公司服務時，並未與廣豐公司辦理離職，其等與廣豐公司之僱傭關係並未消滅。上訴人甲○○、乙○○、丙○○分別於六十年五月二十七日、六十二年二月二十三日、六十二年七月十二日受僱於廣豐公司，嗣經調派至振豐公司服務，迄八十九年八月三十一日，其等服務年資均已滿二十五年，茲上訴人甲○○等以起訴狀繕本送達廣豐公司、振豐公司為請求退休之意思表示，並主張依廣豐公司工作規則第六十七條第三款、第七十六條及振豐公司勞工退休辦法第三條等規定，甲○○等服務廣豐公司、振豐公司服務年資應予併計，廣豐公司、振豐公司應各依上訴人甲○○等服務該公司年資，比例分擔退休金乙節，應認為正當。」即是以被上訴人等之工作規則決定各該關係企業中公司負擔退休金之比例。而臺灣高等法院92年重勞上字第2號判決認為：「系爭被上訴人外調人員管理規定係針對被上訴人公司外調人員所定之規範，該條例第十三條雖一併規定被上訴人與和信公司應如何分攤應給付調職員工之退休金，然屬被上訴人公司與和信公司間之約束，亦無礙其針對被上訴人公司調職員工所為規定之效力。」明確表示即使各該公司之工作規則中即使有如何分攤退休金之約定，亦無礙於勞工

<sup>422</sup> 參見臺灣高等法院98年勞上易字第66號判決、臺灣高等法院98年重勞上字第2號判決、臺灣高等法院臺南分院98年勞上字第10號判決、臺灣高等法院臺中分院97年勞上易字第14號判決、臺灣高等法院97年勞上易字第35號判決、臺灣高等法院高雄分院96年勞上易字第5號判決、臺灣高等法院臺中分院95年勞上字第11號判決、臺灣高等法院92年勞上易字第53號判決、臺灣高等法院92年勞上易字第35號判決、臺灣高等法院91年勞上易字第7號判決、臺灣高等法院90年勞上字第16號判決。

對於事由發生之雇主處請求全部之退休金。

本文認為，在給付義務人方面，基於勞動基準法第 57 條之規定由最後雇主承擔勞工所有之工作年資，故由最後雇主承擔所有資遣費或退休金應與該條之精神相符，且資遣事由或退休事由是於該雇主處始發生，自無強要求所有涉及之關係企業公司依勞工於其處之工作年資分攤資遣費或退休金，且勞工要向渠等公司分別請求之理。此法律之意涵在於，關係企業既享有使用勞工之便，自應承擔使用勞工之不利，換言之，最後雇主應承擔資遣事由或退休事由發生之所有資遣費金額或退休金金額，至於所有涉及之關係企業公司應如何分攤始不會造成對於各該公司股東之不利益要非所問，故臺灣高等法院 92 年重勞上字第 2 號判決可資贊同。

### 第三節 特殊關係企業內調職問題—關係企業範圍的終止保護？

#### 第一項 我國實務與學說

雇主依勞動基準法第 11 條第 4 款「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」有無安置勞工於關係企業中其他公司的義務。有學者認為雇主依勞動基準法第 11 條終止時，無論是以何款事由，雇主皆需採取避免解僱之努力措施，自然包括本款，而避免解僱之努力措施其中之一，即是透過出向（企業外調職）。<sup>423</sup>故雇主有安置勞工於關係企業中其他公司之義務。亦有學者認為在以下三種情形，應有關係企業的安置義務：1.關係企業間或控制公司與從屬公司間有明文約定或慣例，新雇主負有調回原職之義務；2.考量「法人人格專屬權」與「信賴保護」的利益衡量，令控制公司有將勞工調回原職之義務；3.如控制公司僅是基於工作上之需求，暫時將勞工調至從屬公司，嗣後仍可調回控制公司繼續工作。<sup>424</sup>

針對此問題，最高法院 98 年台上字第 652 號判決表示：「按雇主依勞動基準法第十一條第四款關於『業務性質變更，有減少勞工之必要，又無適當工作可供

<sup>423</sup> 邱駿彥，僱用調整目的下的勞動契約變動之法律問題探討（下），華岡法粹，第44期，2009年7月，頁54。

<sup>424</sup> 郭玲惠，解僱合法性及其關係企業之態樣，收錄於勞動法裁判選輯（一），臺北：元照，1999年12月，頁74-76。

安置時』之規定，預告勞工終止勞動契約，因該款所謂『業務性質變更』，除重在雇主對於全部或一部分之部門原有業務種類（質）之變動外，最主要尚涉及組織經營結構之調整，舉凡業務項目、產品或技術之變更、組織民營化、法令適用、機關監督、經營決策、預算編列等變更均屬之，故解釋該款末句所稱之『無適當工作可供安置時』，為保障勞工之基本勞動權，加強勞雇關係，促進社會與經濟發展，防止雇主以法人之法律上型態，規避不當解僱行為之法規範，杜絕雇主解僱權濫用之流弊，自可將與『原雇主』法人有『實體同一性』之他法人，亦無適當工作可供安置之情形併予考慮在內，即『原雇主』法人與另成立之他法人，縱在法律上之型態，名義上之主體形式未盡相同，但該他法人之財務管理、資金運用、營運方針、人事管理暨薪資給付等項，如為『原雇主』法人所操控，該他法人之人格已『形骸化』而無自主權，並有適當工作可供安置勞工，二法人間之構成關係顯具有『實體同一性』者，均應包括在內，始不失該條款規範之真諦，庶幾與誠信原則無悖。」即從原雇主法人與另成立之他法人間，審視他法人是否被原雇主法人所操控，以致於該他法人之人格已形骸化而無自主權，原雇主法人與他法人即具有實體同一性，而在考量適當工作之安置時，一併考量他法人有無適當工作可供安置，此為學說所肯定。<sup>425</sup>

上述判決並為臺灣高等法院 98 年度重勞上字第 1 號判決所引用，此判決表示：「按因業務性質變更，有減少勞工之必要時，雇主須試圖於同一部門或同一企業中，安插轉職或換工作地點之可能性，縱使此轉職須先經由再訓練或教育始有可能時，除非造成雇主重大困擾，否則雇主不得拒絕。又於認定『無適當工作可供安置時』，為保障勞工之基本勞動權，加強勞雇關係，促進社會與經濟發展，防止雇主以法人之法律上型態，規避不當解僱行為之法規範，杜絕雇主解僱權濫用之流弊，自可將與『原雇主』法人有『實體同一性』之他法人，亦無適當工作可供安置之情形併予考慮在內，即『原雇主』法人與另成立之他法人，縱在法律上之型態，名義上之主體形式未盡相同，但該他法人之財務管理、資金運用、營運方針、人事管理暨薪資給付等項，如為『原雇主』法人所操控，該他法人之人格已『形骸化』而無自主權，並有適當工作可供安置勞工，二法人間之構成關係

---

<sup>425</sup> 林佳和，關係企業間的工作安置義務？最後手段原則的進一步發展／最高法院判決九八台上六五二，台灣法學雜誌，第129期，2009年6月1日，頁210-211。侯岳宏，法人格否認理論在勞動法上的適用—最高法院九十八年台上字第六五二號判決評析，月旦裁判時報，第8期，2011年4月，頁17。

顯具有「實體同一性」者，均應包括在內，庶幾與誠信原則無悖。經查，上訴人公司為阿克蘇諾貝爾集團之一員，為上訴人所不爭執，依被上訴人具有企業管理碩士背景，且具化工專業知識，又有超過 17 年的塗料工作背景，從實驗室研究員、技術服務工程師、重要客戶主任、銷售及服務經理到領導市場開發與銷售服務團隊的商業發展經理；從英商 ICI 得利塗料所歷練過的汽車原廠漆、一般工業用漆、荷蘭商阿克蘇諾貝爾集團的金屬塗料、與特殊塗料，並成功的為其開發電腦、自有品牌手機產品的塗料技術與市場等豐富之學、經歷，應有職務可供安置。倘上訴人主張其無適當工作可安置被上訴人，則核諸上開說明，除須證明台灣地區之上訴人公司已無適當工作可安置被上訴人外，尚須證明上訴人所屬阿克蘇諾貝爾集團亦無適當職位可以安插，始能認為確實該當已無適當職位可供安置之要件。上訴人就此有利於己之事實，未能舉證證明之，自難作有利於上訴人之認定。」依此見解，高等法院似乎認為只要是關係企業即具有實體同一性，從而關係企業下屬之任何一家公司若依勞動基準法第 11 條第 4 款解僱勞工時，皆需考量在整體關係企業內有無適當之職位以供安置，而擴大了上述最高法院法人格否認理論之適用範圍。

此外最高法院 99 年度台上字第 1203 號判決認為：「業務性質變更，有減少勞工之必要時，雇主雖可依勞動基準法第十一條第四款規定終止勞動契約；惟依該款規定，雇主除須業務性質變更，有減少勞工之必要外，尚須無其他適當工作可供安置時，始得終止勞動契約。所謂『無適當工作可供安置時』，為保障勞工之基本勞動權，加強勞雇關係，促進社會與經濟發展，應包括『原雇主』為因應業務性質變更而投資成立，在人事晉用及管理上為『原雇主』所操控之他公司，亦無適當工作可供安置之情形在內。本件上訴人於九十三年六月十八日及同年七月三十一日分別資遣被上訴人，均與勞動基準法第十一條第四款規定之業務性質變更、有減少勞工之必要及又無適當工作可供安置時之要件不符。又上訴人嗣雖因工程顧問條例之規定，業務發生組織調整之情事，惟上訴人依該條例百分之百轉投資設立並完全支配控制其人事任用權之世曦公司，並非無適當工作可供安置被上訴人，上訴人未徵詢被上訴人之意願，即逕行終止契約，乃原審合法確定之事實，上訴人所為之系爭勞動契約之終止，即非合法。」則認為關係企業勞工的安置義務，只有在「原雇主因業務性質變更而投資設立，且人事晉用及管理上為原雇主所操控之他公司」。即迥異於最高法院 98 年台上字第 652 號判決以實質同一性做為安置義務之理由，未來法院究竟是併採還是擇一，仍有待觀察。

## 第二項 德國實務與學說

### 第一款 繼續僱用義務的成立

一個屬於康柴爾一份子的企業於經營事由（betriebsbedingte Kündigung）終止勞工時，有無使勞工安置於康柴爾其他企業廠場的繼續僱用義務（Weiterbeschäftigungspflicht），涉及終止保護法（Kündigungsschutzgesetz, KSchG）第1條第2項第1款第2目「勞工在該廠場或該企業的其他廠場有其他的工作位置可能繼續僱用時」，終止具有社會不正當性。學說與實務見解皆認為，依此規定，終止保護通常不能夠延伸到康柴爾層次。<sup>426</sup>而且基此規定，原則上亦只有作為雇主之個別法人格獨立企業有繼續僱用的義務，始不會與法人格獨立的原則矛盾。即使控制公司擁有其他從屬公司全部的股份，這樣的聯繫可能並非如同法律上單一企業終止保護法的處理，而導致延伸到康柴爾的繼續僱用義務。<sup>427</sup>德國的實務或學說認在以下的情形應該承認雇主負有安置勞工於康柴爾其他企業的繼續僱用義務，無關緊要的是，是否康柴爾空的工作位置是在國內或國外，只要基於德國終止保護法的勞動關係皆得到應用：<sup>428</sup>

<sup>426</sup> Preis, in : Stahlhacke/Preis/Vossen, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 8. Aufl. 2002, C. H. Beck, Rn. 1014; Richardi, in : Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2009, C. H. Beck, § 23 Konzern als Organisationseinheit des Arbeitsrechts Rn. 29; Röller, in : Küttner, Personalbuch 2011, 18. Aufl. 2011, C. H. Beck, Konzernarbeitsverhältnis Rn. 9; Kittner/Däubler/Zwanziger, Kündigungsschutzrecht, 6. Aufl. 2004, Bund-Verlag, §1 KSchG Rn. 20; Etzel/Bader/Fischermeier/Friedrich/Griebeling/Lipke/Pfeiffer/Rost/Spilger/Vogt/Weigand/Wolff, Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 8. Aufl. 2007, Luchterhand, § 1 KSchG Rz. 539; Fiebig/Gallner/Griebeling/Mestwerdt/Nägele/Pfeiffer, Kündigungsschutzgesetz (Handkommentar), 2. Aufl. 2004, Nomos, § 1 Teil F HaKo-Gallner, Rn. 627; Kiel, in : Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, 3. Aufl. 2007, C. H. Beck, KSchG § 1 Sozial ungerechtfertigte Kündigungen Rn. 590; BAG, 22.05.1986 - 2 AZR 612/85 : Betriebsbedingte Kündigung - soziale Auswahl im Konzern, NZA 1987, Heft 4, 125; BAG, 23. 3. 2006 - 2 AZR 162/05 : Kein konzernbezogener Kündigungsschutz bei Betriebsstilllegung trotz Konzernversetzungsklausel, NZA 2007, Heft 1, 30; BAG, 14-10-1982 - 2 AZR 568/80: Zur Konzernbezogenheit des Kündigungsschutzgesetzes, NJW 1984, Heft 7, 381; BAG, 23. 4. 2008 - 2 AZR 1110/06: Kündigungsschutz bei Umstrukturierung im Konzern – Unternehmensübergreifende Weiterbeschäftigungspflicht, NJW 2008, Heft 45, 3309.

<sup>427</sup> Kiel, in : Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, 3. Aufl. 2007, C. H. Beck, KSchG § 1 Sozial ungerechtfertigte Kündigungen Rn. 591.

<sup>428</sup> Kittner/Däubler/Zwanziger, Kündigungsschutzrecht, 6. Aufl. 2004, Bund-Verlag, §1 KSchG Rn. 389; BAG, 21. 1. 1999 - 2 AZR 648/97 : Kündigungsschutz bei vertraglicher Verpflichtung zur Arbeitsleistung mit ausländischen, konzernzugehörigen Unternehmen, NZA 1999, Heft 10, 539.

1.如果勞工同時基於數個勞動契約被不同康柴爾企業僱用，存在一個統一的康柴爾勞動關係。一個統一的勞動關係依照德國民法第 429 條第 3 項以及 425 條第 2 項只能被所有的雇主們同時終止。經營事由的終止只有在對於所涉及的勞工在任何一個勞動契約負有義務的企業沒有繼續僱用可能性時始可能。<sup>429</sup>如果契約參加的要件不存在，考量民法第 242 條的再次僱用請求權（Wiedereinstellungsanspruch），如果雇主有法定信賴構成要件，或者雇主以違反誠信的方法構成禁反言。<sup>430</sup>

2.契約一開始就規定，勞工為了企業領域和康柴爾領域被僱用，<sup>431</sup>此時雇主在經營事由的終止前，必須嘗試在康柴爾其他企業安置勞工。因為雇主已承諾相應的義務，然而此安置義務並不拘束康柴爾其他企業。<sup>432</sup>

3.在此情形下，即使勞工沒有與該企業存在勞動契約關係，該企業仍負有繼續僱用勞工之義務；如果作為經營管理公司的康柴爾控制公司基於停工或歇業解僱從屬公司的勞工。此時應該審查，是否勞工能夠在康柴爾控制公司的廠場被繼續僱用。如果一個企業委託多數經營管理公司，在每次讓與特定的企業部門給經營管理公司管理時，即應該考量，經營管理公司並非基於自己計算經營。如果經營管理公司以業主公司的名義經營，繼續僱用的審查涉及業主公司的整體，因為終止相關勞工的雇主是業主公司而非經營管理公司。然而相同的原則也必須適用，如果經營管理公司以自己之名義僱用勞工，繼續僱用的審查亦涉及業主公司的整體；因為決定性的是，為了業主公司的計算經營。<sup>433</sup>與勞工未存在勞動契約關係，他企業的繼受義務也能基於相關康柴爾企業創造的信賴構成要件形成。信賴構成要件可能來自適當的期待產生，勞工在康柴爾企業間和平改變的情形期待是被引

---

<sup>429</sup> Kiel, in : Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, 3. Aufl. 2007, C. H. Beck, KSchG § 1 Sozial ungerechtfertigte Kündigungen Rn. 393.

<sup>430</sup> Kiel, in : Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, 3. Aufl. 2007, C. H. Beck, KSchG § 1 Sozial ungerechtfertigte Kündigungen Rn. 393.

<sup>431</sup> Preis, in : Stahlhacker/Preis/Vossen, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 8. Aufl. 2002, C. H. Beck, Rn. 1014; Richardi, in : Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2009, C. H. Beck, § 23 Konzern als Organisationseinheit des Arbeitsrechts Rn. 32.

<sup>432</sup> Richardi, in : Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2009, C. H. Beck, § 23 Konzern als Organisationseinheit des Arbeitsrechts Rn. 32.

<sup>433</sup> Richardi, in : Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2009, C. H. Beck, § 23 Konzern als Organisationseinheit des Arbeitsrechts Rn. 33.

起的。<sup>434</sup>

4.聯邦勞動法院在 2006 年 3 月 23 日中的判決認為：如果康柴爾其他企業已經明示樂意繼受勞工，而且特別是這樣的情形，如果這樣的義務直接來自於勞動契約或其他契約的協議。一個勞動契約的康柴爾調職條款並不能滿足此要件。這種跨企業的繼續僱用義務進一步的要件是僱用廠場的特定影響，更確切的說契約締結的企業對於調職的特定影響。調職的決定原則上不允許有意願繼受的企業保留決定權。<sup>435</sup>聯邦勞動法院在 2008 年 4 月 23 日判決認為，單單股東對於集團中多數公司或所有公司施加重大的影響的事實，並不足以延伸終止保護於康柴爾。<sup>436</sup>針對企業保留決定權與否，有學者認為此是終止法上不重要的問題。因為伴隨勞工義務的擴張且勞工在康柴爾領域的使用，一個被擴大的責任落到康柴爾全體，透過繼續僱用的擴大雇主不能逃避責任。康柴爾全體形成的法律義務就勞工的康柴爾相關僱用義務以觀，不能是康柴爾個別從屬企業的好意（good will）。決定性的是，如同具有契約形成和事實上的契約過程的外貌，而且是否僱用可能性在康柴爾聯合是客觀存在的；<sup>437</sup>而針對契約締結企業對於調職特定的影響，學者認為此影響是基於法律規定或者僅僅是事實上的影響是不重要的。<sup>438</sup>

5.來自康柴爾結合（Konzernbildungen）的責任，由此產生調職到康柴爾其他企業的照顧義務和平等待遇義務。只要得出控制公司提供一個工作位置的義務，以經營事由的終止不被允許。<sup>439</sup>

6.在勞動契約中有康柴爾範圍的調職保留之情形，如果勞工基於這樣的保留被康柴爾範圍的使用時，這個針對他的雇主在康柴爾其他從屬姊妹企業或子企業空的且適當工作位置提供的請求權可能被建立，即使這些企業不是雇主。如果雇

<sup>434</sup> Kittner/Däubler/Zwanziger, Kündigungsschutzrecht, 6. Aufl. 2004, Bund-Verlag, §1 KSchG Rn. 393.

<sup>435</sup> BAG, 23. 3. 2006 - 2 AZR 162/05 : Kein konzernbezogener Kündigungsschutz bei Betriebsstilllegung trotz Konzernversetzungsklausel, NZA 2007, Heft 1, 30.

<sup>436</sup> BAG, 23. 4. 2008 - 2 AZR 1110/06: Kündigungsschutz bei Umstrukturierung im Konzern – Unternehmensübergreifende Weiterbeschäftigungspflicht, NJW 2008, Heft 45, 3309.

<sup>437</sup> Preis, in : Stahlhacke/Preis/Vossen, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 8. Aufl. 2002, C. H. Beck, Rn. 1015.

<sup>438</sup> Röller, in : Kittner, Personalbuch 2011, 18. Aufl. 2011, C. H. Beck, Konzernarbeitsverhältnis Rn. 9.

<sup>439</sup> Kittner/Däubler/Zwanziger, Kündigungsschutzrecht, 6. Aufl. 2004, Bund-Verlag, §1 KSchG Rn. 391.

主可能貫徹勞工的安置，是否影響的可能性是基於法律規定或事實存在是不重要的。決定性的是，如果雇主是數個企業的所有權人或者康柴爾從屬姊妹企業針對勞工之雇主負有接管義務或已同意接管。<sup>440</sup>

7.如果企業決定的基礎是濫用的話，亦構成雇主經營事由終止的社會不正當性。這特別是在不變更-有必要時減少-延續的勞動任務的配置轉換到從屬的康柴爾公司，此從屬公司最終有康柴爾內部替換終止（**Austauschkündigung**）的特色，因為從屬公司的勞工一如既往服從舊雇主的指示。<sup>441</sup>

8.另從控制企業或從屬企業的面向來看，在以下情形控制企業有繼續僱用義務：<sup>442</sup>控制公司基於他的地位被要求的特定影響。控制公司必須作為雇主尋找避免終止的替代方案。根據他的領導權不僅在合併康柴爾（**Eingliederungskonzern**）、契約康柴爾，也在事實上康柴爾處於一種情況，安排被終止勞工到從屬公司空的工作位置。欲終止企業的指示（**Verweisung**）基於這個它自己控制的可能性造成終止不合比例。這樣指示可能性（**Verweisungsmöglichkeit**）的要件是空的工作位置如同在相同的意義下在企業中的指示；如果從屬公司終止在勞動契約中沒有康柴爾關聯的勞工，此時缺乏康柴爾其他企業提供工作位置的影響可能性。聯邦勞動法院建立的控制公司自我拘束（**Selbstbindung**）的元素是必要的。至少這樣的情形被呈現出來，如果對於終止影響的企業決定是透過控制公司借助於控制公司的領導權所影響，例如，如果在康柴爾內部涉及勞工的工作任務被改變。自我拘束也可能基於緊密的領導結構得出，例如營業租賃、營業讓與、營業管理契約（**Betriebsführungsverträgen**），或基於康柴爾範圍的人力資源原則或方法。

## 第二款 繼續僱用的方法

如果雇主由於康柴爾其他企業的合意或雇主的公司法的地位能夠，繼續僱用勞工基於「派遣（**Abordnung**）」到康柴爾其他企業空的工作位置，雇主應該抓住

<sup>440</sup> Kiel, in : Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, 3. Aufl. 2007, C. H. Beck, KSchG § 1 Sozial ungerechtfertigte Kündigungen Rn. 594.

<sup>441</sup> Etzel/Bader/Fischermeier/Friedrich/Griebeling/Lipke/Pfeiffer/Rost/Spilger/Vogt/Weigand/Wolff, Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 8. Aufl. 2007, Luchterhand, § 1 KSchG Rz. 544.

<sup>442</sup> Kittner/Däubler/Zwanziger, Kündigungsschutzrecht, 6. Aufl. 2004, Bund-Verlag, §1 KSchG Rn. 395f.

這個可能性作為非康柴爾關聯受僱勞工終止的緩和手段。在康柴爾其他公司使用勞工按照勞動契約或勞動契約事實上的實行有利於雇主，在必要時雇主應該竭盡所能的利用他在其他企業作為股東的權利。終止保護法第 1 條第 2 項第 2 句法律準則只是在一家企業內繼續僱用，不是康柴爾。然而在這個規定康柴爾相關勞動關係的特別情形伴隨著特別的僱用風險沒有被考量，以致於擴大解釋沒有被排除，而是被賦予。對於非康柴爾相關的勞動關係這樣解釋的清楚法律文義，除了濫用的情形外是衝突的。要考量的是，大股東的康柴爾影響是有界限的。少數股東可能以阻礙通過的少數派阻止派遣。如果雇主可能無法貫徹派遣，義務仍存在，按照繼續僱用可能性對於具有康柴爾關聯勞動關係的勞工應詢問康柴爾其他公司，而且有必要時請求派遣的同意。如果雇主停止上述義務而且勞工有繼續僱用的可能，終止不具有社會正當性。一個派遣是不合理的，如果這個派遣將導致一個非透過勞工派遣法第 1 條第 3 項第 2 款給予特權的永久勞工讓與，而且由此勞動關係按照勞工派遣法第 9 條第 1 款和第 10 條轉移到其他企業。這個與其他雇主勞動關係的繼續可能不被終止保護法第 1 條支持，而是需要其他的法律基礎。<sup>443</sup>

另一個繼續僱用的方法則是讓與勞動關係給康柴爾其他公司。讓與勞動關係給康柴爾其他公司到康柴爾其他公司可取得的空的工作位置上，需要該企業的同意。一個同意存在或契約雇主能夠導致這樣透過公司法的影響，他應該利用這樣可能性而且同意契約轉讓，取代勞動關係的終止。這適用如同派遣可能性。如果其他公司拒絕契約讓與，其他公司可能因此不因契約當事人間的協議被負有義務。康柴爾從屬公司在民法第 613 條之 1、企業改組法第 323 條( *Umwandlungsgesetz, UmwG* ) 的應用範圍外享有契約自由而且不能夠透過第三人所建立的權利關係利用別人的契約要求關係企業從屬公司勉強承擔。必要的毋寧是一個權利拘束的安置承諾，此承諾能夠用默示來表示。僅僅是長期派遣中使用該勞工並不足以導出這樣的表示價值。<sup>444</sup>

---

<sup>443</sup> Etzel/Bader/Fischermeier/Friedrich/Griebeling/Lipke/Pfeiffer/Rost/Spilger/Vogt/Weigand/Wolff, *Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften*, 8. Aufl. 2007, Luchterhand, § 1 KSchG Rz. 542.

<sup>444</sup> Etzel/Bader/Fischermeier/Friedrich/Griebeling/Lipke/Pfeiffer/Rost/Spilger/Vogt/Weigand/Wolff, *Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften*, 8. Aufl. 2007, Luchterhand, § 1 KSchG Rz. 543.

### 第三項 本文見解

關係企業範圍的終止保護的問題實際上涉及到關係企業各公司是否具有法人格之獨立性，若將關係企業視為雇主，則此問題可以迎刃而解，蓋此時之雇主為關係企業整體，故在業務性質變更，有減少勞工之必要時，雇主自應考量勞工於關係企業所有「被否認」法人格的公司中有無適當工作可供安置。然則我國法律上並未賦予關係企業整體法人格，該關係企業整體既無法人格，自無從做為勞動契約之主體享受權利負擔義務，亦無從負擔勞工之安置義務或繼續僱用義務。從而，具有安置義務的主體只能夠是具有法人格的公司，無論其為控制公司或是從屬公司。

無庸置疑地，如果雇主於勞動契約或其他協議中（如團體協約）明定雇主有使勞工於關係企業內的安置義務，此時雇主基於契約或其他協議負有此安置義務（注意此時是雙方面的約定）。如果雇主單方面承諾勞工關係企業內的安置義務，雇主依此承諾亦有在經營事由終止時安置勞工於關係企業中其他公司的義務。參照德國學說與實務之見解，如果非雇主之第三人公司明確表示在終止時繼受勞工，該第三人公司在勞工被原公司終止時，該第三人公司負有繼續僱用被終止勞工之義務。

上述情形乃是契約約定、其他協議或單方面承諾而負有安置義務的情形。但是若於單一契約複數雇主、數個契約數個雇主，但該數個契約彼此緊密聯繫的情形（即德國法上統一的勞動契約），或者勞工只與關係企業其中一家公司締結契約，但是在契約締結之始即明白表示勞工是為了關係企業的範圍被僱用，基於契約本身的性質，毋庸契約、其他協議、單方面承諾，雇主即負有安置義務。申言之，於前二者之情形，若雇主欲終止與勞工之勞動契約，則必須該勞工在所有契約參加之雇主或與勞工締結契約之雇主處皆構成終止事由始可，換言之，所有契約參加或與勞工締結契約之雇主依勞動契約之性質皆負有對於該勞工之安置義務。在第三者之情形，依該契約之性質，雇主即有使勞工於關係企業間調職之權利，亦依該契約之性質視為雇主承諾於終止時有使勞工安置於關係企業其他公司的義務，以代替終止。

如果從契約約定、其他協議、單方面承諾或契約之性質得不出雇主使勞工於關係企業其他公司的安置義務，我國實務有從誠信原則出發，否定從屬公司法人

格，而認為勞工之雇主有安置勞工於從屬公司者，如最高法院 98 年台上字第 652 號判決；亦有直接以關係企業具實體同一性，只要關係企業中任何企業依勞動基準法第 11 條第 4 款解僱勞工時，即應安置勞工於關係企業所有其他企業者，如臺灣高等法院 98 年重勞上字第 1 號判決；亦有擴大解釋勞動基準法第 11 條第 4 款，將業務性質變更而投資設立，人事管理上受原雇主操控之從屬公司，亦納入原雇主安置義務範圍者，如最高法院 99 年台上字第 1203 號判決。

德國實務與學說則是認為，此時勞工之安置義務可由照顧義務及平等待遇義務、<sup>445</sup>濫用企業決定、<sup>446</sup>勞工信賴之構成、<sup>447</sup>擴大控制公司義務得出，<sup>448</sup>應可作為我國在剛起步的關係企業勞工安置義務之參考。<sup>449</sup>在平等待遇義務的情形，如果發生終止之前或終止時，已有其他勞工被調職到關係企業其他公司以避免終止，該被終止之勞工應可向雇主張平等待遇，而使雇主負有安置勞工於關係企業其他公司的義務；在濫用企業決定的情形，例如控制公司另外成立新公司，但該新公司的勞動力需求與該控制公司幾乎無異，而控制公司又基此終止自身公司之勞工，即應屬濫用企業決定之情形，而使該控制公司負有安置勞工於新公司之義務，在控制公司轉移營業於從屬公司時，亦屬適例；而於勞工信賴構成的情形，如果勞工曾被調職到關係企業其他公司，該勞工在面臨終止時應可期待雇主以調職之方式以代終止，換言之，雇主有安置之義務做為緩和終止之手段；在擴大控制公司義務的情形，又可分成兩種情形，一種是控制公司終止其本身之勞工，另一種是控制公司基於其控制力使從屬公司終止從屬公司之勞工。於前者之情形，乃基於控制公司本身對於從屬公司之控制力，使得調職勞工到從屬公司作為終止緩和的手段成為可能，從而擴大控制公司的義務，使其負有安置勞工於所有從屬公司的義務；在後者之情形，由於勞工被從屬公司所終止是控制公司透過其控制力實施之結果，基於自我拘束，控制公司即負有安置被從屬公司終止之勞工於控制公

---

<sup>445</sup> Kittner/Däubler/Zwanziger, Kündigungsschutzrecht, 6. Aufl. 2004, Bund-Verlag, §1 KSchG Rn. 391.

<sup>446</sup> Etzel/Bader/Fischermeier/Friedrich/Griebeling/Lipke/Pfeiffer/Rost/Spilger/Vogt/Weigand/Wolff, Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 8. Aufl. 2007, Luchterhand, § 1 KSchG Rz. 544.

<sup>447</sup> Kittner/Däubler/Zwanziger, Kündigungsschutzrecht, 6. Aufl. 2004, §1 KSchG Rn. 393.

<sup>448</sup> Richardi, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2009, C. H. Beck, § 23 Konzern als Organisationseinheit des Arbeitsrechts Rn. 33; Kittner/Däubler/Zwanziger, Kündigungsschutzrecht, 6. Aufl. 2004, Bund-Verlag, §1 KSchG Rn. 395f.

<sup>449</sup> Kittner/Däubler/Zwanziger, Kündigungsschutzrecht, 6. Aufl. 2004, Bund-Verlag, §1 KSchG Rn. 395f.

司或關係企業其他公司之義務。上述之義務之建立並非相斥，只要構成其一，即有安置義務。

然而即使雇主或控制公司基於上述負有安置勞工於關係企業其他公司之義務，參考德國實務與學說之見解，此義務必須加上「義務人在事實上或法律上有可能」之要件，如果義務人在事實上或法律上根本不可能履行安置義務，對於勞工而言無異於畫餅充飢，義務人非但不能終止與勞工之勞動契約，甚且可能因為要繼續履行欲終止之勞動契約而導致更多勞工可能面臨終止，對於雙方而言亦非善事。

在安置義務的方法上，於單一契約複數雇主或多數契約多數雇主的情形，由於各該雇主與勞工原本就存在勞動契約關係，是故即使在面臨安置勞工義務時，亦不需要透過勞務請求權讓與或契約承擔之方式為之。而於其他情形（即勞工安置對象與勞工並未存在勞動契約之情形），原雇主可以透過勞務請求權讓與之方式為之，亦可以透過契約承擔的方式為之。惟應予注意者，乃是依勞動基準法第11條第4款之規定，安置之工作必須為「適當」，故原則上安置之工作應與勞工原來之工作相當，若客觀存在「適當」之工作，而雇主未安置勞工於此工作時，雇主即不得終止契約。若客觀存在「適當」之工作，而雇主亦安置勞工於此工作，雖涉及勞務請求權讓與或契約承擔而需勞工同意，但此時勞工若拒絕此適當之工作，因雇主已履行其義務，故勞工不得改請求資遣費。若客觀上不存在「適當」之工作，雇主即無安置義務。對於勞工私生活造成重大影響之工作，通常應認為不適當。

#### 第四節 其他勞動條件

關於調職後勞動條件相關問題，基本上仍應回歸到不同的法律關係下去處理，而非能一概而論，以下將就工資及福利、工作時間、例假、休假、請假、勞工安全衛生及職業災害補償、工作規則、懲戒處分、終止勞動契約等問題於不同法律關係加以探討，工作年資之問題如本章第一節所述，在此不再討論。此外契約應予遵守（*Pacta sunt servanda*）之原則於關係企業調職問題上亦有其適用，並無所謂一方當事人得自行免除自己債務之道理。

## 第一項 工資及福利

德國學說認為，勞工工資請求權的對象只有與之締結勞動契約之企業，一個為此產生的連帶債務在關係企業中並不存在。法人股東的直接責任只有在例外的情形——也就是公司財產存在毀滅干預時，始考量。<sup>450</sup>在我國法上，基於勞動契約，倘若無其他約定（例如債務參加），勞工工資請求權對象只有勞動契約之相對人應屬無疑。另關於連帶債務之成立，依我國民法第 272 條，限於當事人明示或法律規定，是故不會因為存在關係企業之關係，即當然對於某一公司勞工之工資債務構成連帶債務，故我國應同於德國學說之解釋，僅勞動契約當事人一方之關係企業中公司，始負與之締結勞動契約勞工之工資債務。他方面而言，如同本文第三章第三節所言，在控制公司基於不法目的操縱從屬公司，導致從屬公司勞工的工資債權無法獲得滿足時，應否認從屬公司法人格，使得控制公司負擔從屬公司勞工之工資債務。準此，本文認為在不同的契約關係下，應負有工資及福利的責任人如下：

單一契約單一雇主：又可以分為勞務請求權讓與、契約承擔、終止原約成立新約的情形，於勞務請求權讓與之情形，由於勞動契約之雇主並未發生變動，而且勞工亦未同意除勞務請求權外其他勞動契約勞動條件之變動，僅是勞務請求權讓與第三人之情形，因此工資及福利仍由勞動契約之雇主負擔。而於契約承擔、終止原約成立新約的情形，雇主已變更為第三人，工資及福利自應由已成為雇主之第三人承擔。

單一契約複數雇主：此即契約參加的情形，於此情形，如果各該參加契約之雇主未依民法第 272 條明示對所有勞動契約的債務負連帶責任，勞工即可以不同意該第三人參加到契約之中。是故在此情形，所有參加契約之雇主應對於勞動契約之工資給付及福利負連帶責任。

複數契約複數雇主：對於勞工正在履行中的契約而言，該被履行契約之雇主應負基於其與該被調職勞工之勞動契約較無疑義，但是原勞動契約之工資及福利原雇主是否需繼續給付，則端視原雇主與被調職之勞工之合意。申言之，若原雇

<sup>450</sup> Röllner, in : Küttner, Personalbuch 2011, 18. Aufl. 2011, C. H. Beck, Konzernarbeitsverhältnis Rn. 6.

主與被調職之勞工合意中止工資及福利，自可從之，惟並無原雇主自行中止自己之給付之理，倘原雇主未與勞工合意中止工資及福利之給付，原雇主自應繼續給付工資及福利。

## 第二項 工作時間

單一契約單一雇主：於勞務請求權讓與的情形，由於此時勞工之勞動力改由第三人使用，故工作時間應依第三人指揮。於契約承擔以及終止原約成立新約的情形，工作時間由新雇主指揮安排乃屬當然。

單一契約複數雇主：此時勞務請求權乃是此契約參加之複數雇主所共享，且屬於民法第 271 條數人享同一債權之情形，故債務人（勞工）依民法第 284 條，僅對於該複數雇主中之任一雇主為給付，即已履行其勞動契約，至於各該雇主如何行使對於勞工之勞務請求權而影響工時之配置，有待雇主們協商，惟其勞務請求權之行使，仍受民法第 148 條權利濫用禁止之限制。

複數契約複數雇主：此時各個雇主基於勞動契約，皆享有對於被調職勞工之勞務請求權，但事實上勞工只可能服從一個雇主的指揮監督，可行的方法為勞工與原雇主合意中止原勞動契約之勞務給付，而勞工只履行調職目的地雇主勞動契約之勞務給付；或者原雇主讓與勞務請求權於調職目的地之雇主，由調職目的地雇主行使原雇主對於勞工之勞務請求權，此時調職目的地之雇主對於勞工指揮監督時，即同時行使二個勞務請求權，換言之，勞工同時履行二個勞動契約，其實益在於一方面就原契約而言，由於讓與勞務請求權於第三人（即新雇主），故勞工對於第三人提供勞務，亦屬履行出讓人（即原雇主）與被調職勞工間之勞動契約，故出讓人仍須給付勞務之對價；他方面就新契約而言，被調職勞工履行與新雇主間之勞動契約，故新雇主亦須給付勞務之對價。惟無論為何種情形，皆由調職目的地雇主安排工時。

至於勞動基準法有關於工作時間被違反之情形應由何人負責之部分，參考學者對於派遣此僱用與使用分離之情形，認為此公民權之行使與勞動現場息息相關，

而應由要派公司負責之法理，<sup>451</sup>本文認為在單一契約單一雇主勞務請求權讓與之情形亦應作相同之解釋，而使得實際上使用勞動力之第三人負擔勞動基準法關於工作時間之雇主義務。

### 第三項 例假、休假、請假

單一契約單一雇主：於勞務請求權讓與第三人之情形，由於勞務請求權是由第三人行使，故勞動基準法第 36 條之例假應由受讓勞務請求權之第三人安排。勞動基準法第 37 條之法定休假乃屬法律強制規定，毋庸受讓勞務請求權之第三人安排，所有的適用勞動基準法之勞工皆得享有，自包括被調職之勞工在內。勞動基準法第 38 條之特別休假，勞工工作年資之計算已如本章第一節所述，至於勞工與受讓勞務給付之第三人如何安排特別休假，宜由當事人自行協議。在請假方面，亦由被調職之勞工向擁有勞務請求權之第三人請假為宜。於契約承擔以及終止原約成立新約的情形，由於一切的勞動契約權利義務皆屬於新雇主承擔，故無論是例假、請假皆由新雇主安排。法定休假如前勞務請求權讓與第三人情形。特別休假之工作年資併計已如本章第一節所述，如何與被調職之勞工協商特別休假，宜由當事人自行協議。

單一契約複數雇主：此時各個契約參加之雇主為勞務請求權之連帶債權人，勞工僅須對其中一雇主給付即屬履行勞動契約，由於上述各種之假除法定休假外實與勞工勞動力之恢復高度相關，故宜由行使勞務請求權之雇主安排例假與請假。至於特別休假亦宜由行使勞務請求權之雇主與勞工協議之，工作年資繼續計算已如本章第一節所述。法定休假如上所述。

複數契約複數雇主：此時各該雇主皆享有勞務請求權，惟無論是原雇主與被調職勞工合意中止勞務給付，或是原雇主讓與新雇主勞務請求權，客觀上皆是新雇主對被調職之勞工指揮監督，故例假、請假由行使勞務請求權之新雇主安排，特別休假應併計勞工於原雇主之工作年資，與勞工協議給假。法定休假亦如上所述。

---

<sup>451</sup> 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*，臺北：新學林，二版，2009年9月，頁193。（此部分由邱駿彥執筆）

#### 第四項 勞工安全衛生及職業災害補償

勞工安全衛生法之勞工安全衛生義務應為何人負擔，學者有就派遣之情形，認為如勞工安全衛生法之雇主責任仍由訂有勞動契約之派遣公司負擔，並非妥當。反而應由實際上指揮命令勞工從事勞務提供之要派公司，負擔勞工安全衛生法上之雇主責任。<sup>452</sup>亦有認為在出向之情形，出向勞工現實上既在新雇主處受其指揮命令而提供勞務，則勞工安全衛生法上之雇主責任自宜歸由新雇主負擔。<sup>453</sup>皆是在僱用與使用分離之勞動關係下，認為應由實際使用勞動力之人負擔勞工安全衛生義務。對此，本文認為，就其立法目的而言，依該法第 1 條之規定，明文規定立法目的為「防止職業災害」，從而可得知為防止職業災害，則必須課予勞工工作現場之雇主勞工安全衛生義務，亦僅有勞工工作現場之雇主始能確切掌握該廠場之情形而能防範勞工職業災害發生於未然。倘若非如此解釋，由非勞工工作現場之雇主負擔勞工安全衛生義務，除該雇主未必能夠清楚掌握勞動工作現場之情形外，雇主為防範職業災害之發生，介入他雇主廠場設立勞工安全衛生設施，似有侵害他雇主財產權之嫌，故勞工安全衛生義務由勞工工作現場之雇主負擔，較能切合危險之實際狀況，上述學者之見解可資贊同。基此認識，無論是在單一契約單一雇主之情形下，單一契約複數雇主之情形下，抑或是複數契約複數雇主之情形下，雖勞工工作現場之雇主未必與勞工有勞動契約關係，仍須負擔勞工安全衛生義務。

相較於勞工安全衛生義務與工作場所高度相關，宜由該工作場所之雇主負責。職業災害補償責任則在解釋上並非如同工作場所之勞工安全衛生義務之單純，申言之，一方面勞動基準法第 59 條之職業災害之構成，必然是基於雇主之指示，本於「利益之所在，危險之所在」之原理，申言之，由於勞工之勞動力乃是受雇主之使用支配或準備供雇主之使用支配，此一使用支配勞動所生之利益乃是歸雇主所有。故若勞工在受雇主使用支配或準備受其使用支配時發生災害，亦係為求雇主之利益所致，故此一危險與不利益即應歸雇主負擔。<sup>454</sup>他方面而言，勞動基

<sup>452</sup> 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*，臺北：新學林，二版，2009年9月，頁193-194。（此部分由邱駿彥執筆）

<sup>453</sup> 劉志鵬，*企業外調職（出向）之法律問題—臺北地方法院八十二年度勞訴字第七十號判決評釋*，收錄於*勞動法裁判選輯（二）*，臺北：元照，1999年12月，頁234。

<sup>454</sup> 黃程貫，*勞動法*，國立空中大學，修訂再版，2001年，頁441。

準法第 59 條之職業災害補償責任亦為一種要求勞動契約雇主給付之責任，<sup>455</sup>在契約與行使勞務請求權未分離的情形下，如單一契約單一雇主之契約承擔、終止原約成立新約、單一契約複數雇主、<sup>456</sup>多數契約多數雇主，而原勞動契約中止的情形下，由契約之雇主（即行使勞務請求權之雇主）負擔職業災害補償責任較無疑義。但若於單一契約單一雇主但勞務請求權讓與第三人，以及多數契約多數雇主，原雇主讓與勞務請求權於調職目的地雇主之情形，該由何人負擔職業災害補償責任即不無疑義。

於單一契約單一雇主但勞務請求權讓與第三人之情形，雖然勞工是受第三人指揮監督以致於發生職業災害，但並不足以動搖課予勞動契約雇主之補償責任，申言之，勞工於第三人處服勞務，是基於其與發動調職雇主之勞動契約，且仍是履行原發動調職雇主之勞動契約，非謂不有利於發動調職之雇主，故仍應由勞動契約雇主負職業災害補償責任為宜，至於勞動契約之雇主與第三人應如何求償要非所問。

於多數契約多數雇主，原雇主讓與勞務請求權於調職目的地雇主之情形，由於新雇主同時行使兩個勞務請求權，一方面基於新雇主與勞工之勞動契約，新雇主負有職業災害補償責任；他方面基於與前述勞務請求權讓與第三人情形之理由，原雇主亦負有職業災害補償責任。此時此基於同一原因而產生之二個職業災害補償之請求權，應屬於請求權競合的問題，勞工向其中一雇主請求給付後，即不得再向另一雇主請求給付，至於各該雇主如何分擔職業災害補償要非所問。

職業災害的另一個問題乃是民法的求償問題，此與勞動基準法職業災害補償問題相同，如果是在契約承擔、終止原約成立新約、單一契約複數雇主的情形，

---

<sup>455</sup> 事實上亦有學者認為在派遣情形，派遣勞工仍可向派遣人（即與之具有勞動契約之雇主）請求勞動基準法第59條之補償，亦採契約上之雇主應負勞動基準法職災補償責任之觀點。參見劉士豪，派遣勞工的職業災害補償問題之研究，臺灣勞動法學會學報，第七期—非典型勞動關係之爭議問題與解決，2008年6月，頁161。陳金泉，勞動法一百問，臺北：三民，修訂二版，2007年，頁16。

<sup>456</sup> 單一契約複數雇主的情形，行使勞務請求權者必為該「單一」勞動契約之雇主，故此時契約之雇主與行使勞務請求權人並未分離。由於勞工此時之職業災害補償請求權對於各個契約參加之雇主而言為連帶債務，故勞工得向任何契約參加之雇主請求職業災害補償，至於各該雇主應如何分擔職業災害補償之問，要非所問。

由於勞工之「使用」與「僱用」並未分離，是故勞工發生職業災害時應負責之人相對明確。

惟在使用與僱用分離之情形（即有勞務請求權讓與之情形），勞工發生職業災害時依民法應負責之人為何人則不無疑義。依民法第 184 條侵權行為之規定，構成侵權行為者有三：1. 因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任；2. 故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人者亦同；3. 違反保護他人之法律，致生損害於他人者，負賠償責任。此侵權行為之責任，應視勞動契約之雇主或實際實施指揮監督之第三人是否構成侵權行為以為斷。至於民法第 487 條之 1「受僱人服勞務，因非可歸責於自己之事由，致受損害者，得向僱用人請求賠償。（第一項）前項損害之發生，如別有應負責任之人時，僱用人對於該應負責者，有求償權（第二項）」之無過失契約責任，<sup>457</sup>本文認為本條在解釋上並未限於由僱用人行使勞務請求權，亦包括第三人行使勞務請求權在內，蓋無論是由僱用人行使或第三人行使，受僱人皆是基於同一勞動契約服勞務，故只要受僱人因非可歸責自己之事由致受損害，僱用人即負賠償責任。在勞務請求權讓與之情形，即是僱用人負賠償責任，而行使勞務請求權之第三人為本條第 2 項之「應負責者」，由僱用人再行對之求償。

#### 第五項 工作規則

依勞動基準法第 70 條規定，工作規則應規定下列事項：「一、工作時間、休息、休假、國定紀念日、特別休假及繼續性工作之輪班方法。二、工資之標準、計算方法及發放日期。三、延長工作時間。四、津貼及獎金。五、應遵守之紀律。六、考勤、請假、獎懲及升遷。七、受僱、解僱、資遣、離職及退休。八、災害傷病補償及撫卹。九、福利措施。十、勞雇雙方應遵守勞工安全衛生規定。十一、勞雇雙方溝通意見加強合作之方法。十二、其他。」

上述事項，基本上可以分類為與勞動力使用「時間」有關之事項，如第一款、第三款以及第六款的考勤、請假；與勞動力使用「品質」有關之事項，如第五款；與雇主金錢給付有關之事項，如第二款、第四款；雇主其他給付事項，如第九款

<sup>457</sup> 林誠二，論勞工服勞務受害之賠償請求權，台灣本土法學雜誌，第15期，2000年10月，頁125。

福利措施；勞工安全衛生事項，如第十款；與契約締結、終止有關事項，如第七款；與契約內容變更有關事項，如第六款獎懲及升遷；與職業災害有關事項，如第八款。

由於本文對於工作規則的性質採取定型化契約說，故勞工於受僱之初已存在的工作規則，因勞工之同意而成為勞工與締結勞動契約雇主之勞動契約內容。此於單一契約單一雇主終止原約成立新約之情形較為單純，因為只存在一個勞動契約，而且勞務請求權亦由該契約之雇主行使，適用新雇主之工作規則乃屬當然。而於契約承擔的情形，則因為原雇主之工作規則已成為勞動契約之內容，故調職後欲適用新雇主處之工作規則，仍須勞工與新雇主合意變更之。

但於單一契約單一雇主勞務請求權讓與第三人的情形、單一契約複數雇主、多數契約多數雇主的情形，工作規則應如何適用即不無疑義。學者認為在出向之情形，勞工與舊雇主間已停止提供勞務之關係（部份舊雇主乃以休職、停職來處理），然勞動契約尚未終止，因此，舊雇主所頒工作規則中不以勞務提供之部分條款仍繼續對於被調職之勞工適用；他方面，勞工既在新雇主處受其指揮命令提供勞務，自須服從新雇主之勤務管理及服務規律。<sup>458</sup>

本文認為，工作規則有一部分是與勞動力使用息息相關，於單一契約單一雇主勞務請求權讓與第三人的情形，雖然基上述理論出讓人的工作規則仍是其與被調職勞工勞動契約內容之一部，惟事實上出讓人並沒有實際使用勞動力，而是由第三人使用，故出讓人工作規則使用勞動力相關之部分，仍對於被調職之勞工繼續適用，可能與實際使用勞動力之受讓人之需求有所扞格，解決之方法，乃是出讓人與被調職之勞工合意變更勞動契約之內容，申言之，出讓人藉由工作規則構成勞動契約內容與勞動力使用相關之部分，變更為受讓人處之工作規則。（注意此時僅有與勞動力使用相關之部分變更為受讓人處工作規則關於使用勞動力相關之部分）

---

<sup>458</sup> 劉志鵬，企業外調職（出向）之法律問題—臺北地方法院八十二年度勞訴字第七十號判決評釋，收錄於勞動法裁判選輯（二），臺北：元照，1999年12月，頁234。

於單一契約複數雇主時，如果各該雇主處有統一之工作規則，該統一之工作規則構成勞動契約之內容較無疑義。但是如果各該雇主處之工作規則不相同時，則應以契約參加之時點區分成二種情形：

1.於契約訂定之始只有單一雇主，其他雇主嗣後加入之情形，此時由於契約訂定之始只有單一雇主，故該雇主之工作規則可構成與勞工之勞動契約內容，其後其他雇主加入勞動契約，該雇主之工作規則並不當然影響已形成的勞動契約內容，遇有派至其他雇主之情形，同上述勞務請求權讓與之情形，可由勞工與所有契約參加之雇主合意變更有關勞動力使用之部分適用調職目的地雇主之工作規則；

2.於契約訂定之始即有複數雇主，由於各該雇主之工作規則不相同，勞工無法「合意」其中一種工作規則為勞動契約之內容，此時除雇主們與勞工明確約定適用何種工作規則外，原則上各該工作規則皆不構成勞動契約之內容。若勞工已於其中一雇主處服勞務，依其情形可認為雙方已合意該雇主處之工作規則成為勞動契約之內容時，則該雇主處之工作規則即成為該雇主們與勞工之勞動契約之內容，遇有調職之情形，若欲改適用調職目的地雇主處工作規則與勞動力使用有關之部分，由於涉及勞動契約內容之變動，則必須由所有之雇主與勞工合意變更始可。

於多數契約多數雇主之情形，各該雇主之工作規則分別構成其與勞工之勞動契約之內容，於調職之情形，可由原雇主與被調職勞工合意中止其與該勞工之勞動契約為之，亦可原雇主讓與勞務請求權於新雇主之方式為之。於前者之情形，由於勞工履行的乃是新雇主處之勞動契約，且原勞動契約已中止（構成勞動契約內容之工作規則亦因契約中止而對於勞工不繼續適用），故勞工服從所有新雇主處之工作規則應屬無疑；於後者之情形，就原契約而言，為避免新舊雇主工作規則對於勞動力使用之部分有所衝突，宜由原雇主與勞工合意就勞動力使用有關之部分適用新雇主處之工作規則，而其他部分如未經原雇主與勞工合意中止自應繼續適用。就新契約而言，勞工因其與新雇主之勞動契約，服從新雇主之工作規則（包括勞動力使用部分）自屬當然。基此臺灣高等法院 92 年度重勞上字第 2 號判決：「調職期間新雇主得依勞動契約對受僱人行使勞務指揮權，但勞工與原雇主間勞動契約關係猶存，僅改為對新雇主提供勞務，由新雇主提供薪資，原雇主所頒工作規則不以勞務提供之部分條款仍對調出之勞工繼續適用，而勞工在新雇

主處受其指揮命令提供勞務，自當服從新雇主之勤務管理及服務規定。」在此脈絡下可資贊同。

綜上，除工作規則有關勞動力使用部分會因調職及當事人之約定有所變動外，其他構成勞動契約內容之工作規則，如未經「勞動契約當事人」合意變更或中止，自應繼續適用，絕無非契約當事人之第三人得任意決定他人間勞動契約應如何變動之理。

此外，對於工作規則合理性變更之法理，是否得適用於關係企業內調職之問題上，本文採取保留之態度，理由如下：

1.觀諸工作規則合理性變更之法理，主要是應用於一公司內雇主單方面變更工作規則之情形，而其適用之範圍乃是該公司所有勞工。在關係企業調職上則不同，雇主並不會因為該勞工調職到其他雇主處，即變動自己之工作規則。雇主欲變動者，毋寧是工作規則構成勞動契約之部分，而使勞動力指揮監督之部分適用調職後雇主處之工作規則，而與工作規則合理性變更所處理者乃是該公司全體勞工勞動條件之變動有所不同；

2.若雇主欲以工作規則合理性變更之法理，使勞工適用調職後雇主處之工作規則，除須具有合理性外，亦須將自己公司之工作規則改為該勞工調職後雇主處之工作規則，實際上應無雇主作如此操作；

3.工作規則合理性變更之要義是在「例外」時，因其具有合理性始拘束表示反對意見之勞工，理由在於依定型化契約說之觀點，工作規則亦屬契約內容之一部分，故原則上契約之變動自應由雇主與勞工合意變更之，但工作規則涉及的乃是全體勞工，從而雇主一一與勞工合意變更勞動契約有其困難，因此才在例外具有合理性時，拘束所有勞工；在關係企業內調職之勞工並沒有全體勞工這麼多，雇主與個別被調職之勞工合意變更勞動契約，應無工作規則變更時難以一一合意之問題。故在此處應無該法理之適用，仍由當事人間合意變動勞動契約內容為宜。

## 第六項 懲戒處分及終止勞動契約

在懲戒的情形，學者認為如涉及出向，勞工之表現如何，惟有新雇主知悉，故獎懲宜歸由新雇主行使之；但懲戒處分中最嚴厲之懲戒解僱，因涉及出向關係之整體變動，似宜劃歸由舊雇主行使。<sup>459</sup>惟本文認為，此二者皆涉及勞動契約內容變更或終止，故原則上僅有勞動契約當事人之雇主始得行使。

基此，在單一契約單一雇主讓與勞務請求權於第三人之情形，有懲戒處分及終止勞動契約權限者，乃屬擁有勞動契約雇主地位之出讓人，而受讓人則無懲戒處分及終止勞動契約之權限，受讓人所為之懲戒處分或終止對於勞工不生效力。

單一契約單一雇主契約承擔與終止原約成立新約之情形，擁有懲戒處分及終止勞動契約權限者，為契約承擔之新雇主或新約之雇主，原雇主已脫離勞動契約關係，故契約承擔後或終止原約後，原雇主自無上開權限。

於單一契約多數雇主之情形，由於雇主之權限由所有契約參加之雇主共享，且上開權限行使後即發生勞動契約變動之效果，若由單一雇主即可行使，對於其他雇主可能有不利益之嫌，故在經營事由終止時，必須所有契約參加之雇主處皆有此事由始得終止；在勞工個人事由終止時，則必須該事由對於所有雇主而言，勞動契約繼續皆不可期待始得為之；在懲戒處分的情形，則必須所有雇主同意變動勞動契約時始得為之。

於多數契約多數雇主之情形，各該雇主皆對於被調職之勞工有基於其與該勞工之契約有終止及懲戒權，原則上該終止與懲戒權互相獨立互不影響，但若屬德國統一勞動契約之情形，經營事由之終止時則必須所有雇主處皆有經營事由終止時始可。<sup>460</sup>

<sup>459</sup> 劉志鵬，企業外調職（出向）之法律問題—臺北地方法院八十二年度勞訴字第七十號判決評釋，收錄於勞動法裁判選輯（二），臺北：元照，1999年12月，頁234。

<sup>460</sup> Kiel, in : Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, 3. Aufl. 2007, C. H. Beck, KSchG § 1 Sozial ungerechtfertigte Kündigungen Rn. 593.

雇主的關係企業關聯只有在勞動契約保障考量關係企業其他企業利益時，勞工個人或行為事由之終止始受該關聯之影響。若缺乏此勞動契約之保障，勞工個人或行為事由之終止，只能從契約雇主之觀點去評價。<sup>461</sup>舉例而言，勞工對於關係企業其他雇主所為之重大侮辱，並不能做為勞動契約雇主之終止事由。此觀點於上述任何一種契約關係皆有其適用。

### 第七項 跨國關係企業特殊問題

此問題主要是勞動保護法律以及勞動契約法律的適用問題，在國內的勞動契約關係，基於勞動保護法律公法色彩，適用我國勞動保護法律當屬無疑，然而在涉外的法律關係上，例如我國公司在外國或大陸地區轉投資成立之關係企業應如何適用勞動保護法律以及勞動契約法律即不無疑義。

法務部（77）法律字第 12649 號認為：「按國家之行政法規，對於本國人，不問其在國內或國外均應適用之，至對於僑居本國之外國人，除上開法規明定不適用於外國人或依國際慣例某種法規不適用於外國人外，原則上均適用本國行政法規。勞動基準法為行政法規，於七十三年七月三十日公布，自同年八月一日生效。故本件行政院國家退除役官兵輔導委員會所屬榮民工程事業管理處派往國外之本國員工，仍應適用該法。至該管理處因事實需要，而作用當地勞工，除當地國另有特別規定外，似應適用當地國勞工有關法令。」

行政院勞工委員會（86）台勞動二字第 000089 號認為：「查勞動契約為諾成契約，勞資雙方意思表示一致契約即成立，其契約內容（薪資給付方式、工作地點、勞務提供對象等）可由雙方約定之。另母公司與子公司為個別權利義務主體，若該勞工係基於借調關係，由母公司調往子公司工作，勞雇關係仍存在於母公司。若非基於借調關係，而係與母公司合意終止原約，再與子公司成立新的契約，則屬另一勞動契約之履行。準此，勞工奉派至國外或大陸子公司工作，若係基於借調關係，而資方有積欠工資情事，主管機關自可依法處理；若母公司僅代為招募，其勞雇關係存在於子公司時，其在國外或大陸服務期間發生未獲工資爭議，因涉及涉外民事法律適用法、台灣地區與大陸地區人民關係條例或國內法域所不及之

<sup>461</sup> Richardi, in : Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2009, C. H. Beck, § 23 Konzern als Organisationseinheit des Arbeitsrechts Rn. 30.

事實，而非主管機關行政權所能及。」

論者認為，此時應區分有公法性質之勞動條件部分，及純粹私法部分之勞動契約，前者應絕對適用屬地主義以工作地之法律為準；後者則應依國際私法定其契約之準據法。<sup>462</sup>另有論者認為，勞動基準法關於刑法處罰部分因刑法採取屬地主義，因之僅於雇主在國內觸犯勞動基準法刑章時，方能論以勞動基準法之刑責；關於勞動基準法行政取締處罰規定之規範與執行，亦與國家之公權力密切關聯，依公法屬地主義原則，僅於勞務給付地方有適用；關於勞動基準法民事法規規定，雇主若使勞工短期至國外出差，因出差係執行國內業務之一環，因之，針對該出差所生之勞動關係應適用勞動基準法；相對地，國內企業若於境外設立法人，將勞工長期地、常態地派至境外法人時，通常可分成二種情形：其一為勞工未切斷與我國雇主間之勞動契約關係，因我國雇主尚可行使指揮命令權，因之就此部分仍應適用勞動基準法；其二為勞工切斷與我國雇主間之勞動契約關係，此時勞資雙方之勞動契約關係已不存在，不再適用我國勞動基準法。<sup>463</sup>上述二者之見解基本上可資贊同，惟本文認為調職到外國的情形仍應區分不同的契約形式以觀：

單一契約單一雇主勞務請求權讓與的情形，此時勞工即使調職外國，仍與出讓人的勞動契約關係繼續存在，此時由於勞動保護法的雙重性格，我國勞動保護法已形成契約之內容，<sup>464</sup>故即使調職到外國，關於我國勞動保護法已成為契約內容之部分應繼續適用（民法效力），此外亦須適用當地的勞動保護法規（公法效力）。在契約承擔的情形，勞工被調職到外國後由於契約為新雇主所承擔，故本國勞動保護法已構成契約內容之部分，自應由新雇主繼續承擔，與前者情形相同，應適用當地的勞動保護法規。於終止原約成立新約之情形，原本我國勞動保護法構成契約內容之部分已然終止，由於本國勞動保護法僅有域內效力，對於新成立之契約並不當然構成契約之內容，且即使新雇主有違我國勞動保護法，亦不能對之加以處罰，惟此時除應適用當地的勞動保護法規，該法規應成為勞動契約之內容。此外前二者之情形，原契約之權利義務皆繼續，故無選用準據法之問題。但於終止原約成立新約之情形，當事人對於成立之新約，應有勞動契約準據法選用

<sup>462</sup> 陳金泉，勞動法一百問，臺北：三民，修訂二版，2007年，頁13。

<sup>463</sup> 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，臺北：新學林，二版，2009年9月，頁46-47。（此部分由劉志鵬執筆）

<sup>464</sup> 黃程貫，勞動法，國立空中大學，修訂再版，2001年，頁88。

之問題，原則上由當事人議定之。

單一契約複數雇主之情形，如果勞動契約締結之時是在我國境內，我國勞動保護法律當然成為契約之內容，即使嗣後調至外國之契約參加之雇主處亦不能單方變更我國勞動保護法規已成為契約內容之部分（民法效力），惟仍適用當地勞動保護法規（公法效力），若有違反當地勞動保護法規之情形，由當地行政主管機關依當地勞動保護法規加以處罰自不待言。此時依我國法締結之勞動契約繼續，應無選用準據法之問題。

多數契約多數雇主之情形，如果原契約是在我國境內訂定，而新契約是在外國訂定時，就原契約而言，我國勞動保護法已構成契約內容之部分不因調職前後而有所變更，可能的是調職後勞動契約被合意一部或全部中止，惟調職後應適用當地勞動保護法。就新契約而言，由於不涉及我國勞動保護法適用之領域，僅適用當地之勞動保護法，當地勞動保護法亦當然構成新約之內容，但契約準據法如何選用，由當事人議定之。

此外在當地勞動保護法與我國勞動保護法皆構成契約內容之情形，應適用有利勞工原則，當然，這不影響當地勞動保護法的處罰（公法性質）。另於被調職勞工仍與本國公司維持勞動契約關係之情形，若權利行使地或義務履行地於本國時，由於其權利行使地或義務履行地於本國境內，故屬於我國行政法效力所及之範圍，除應適用我國勞動基準法外，就私權之爭議，我國行政主管機關有管轄權。

#### 第八項 小結

關係企業之構成原則上不影響各該公司與其所屬勞工之勞動契約關係，此原則不僅在純粹由國內公司構成的關係企業有其適用，於跨國的關係企業亦有其適用。即使有勞工於關係企業內調職，仍應由被調職勞工與關係企業中所有涉及調職之公司間個別之法律關係以為斷，至於各關係企業中公司協議如何分擔勞動契約之雇主權利義務，不當然影響勞動契約，勞動契約之權利義務仍應由勞動契約之當事人協議變更之。依契約之原則，並無契約外之第三人得直接變更他人間契約法律關係之理。

誠然，在垂直關係企業各該涉及調職公司之協議，往往由控制公司片面決定，但此是基於其控制力使然，非謂該協議即為不重要，此協議之重要在平行關係企

業將更為突出。他方面而言，關係企業各公司之董事長由同一人所兼任之情形，無論是在垂直關係企業或平行關係企業，各該涉及調職公司之協議，實際上皆由該自然人所決定（換言之即無協議），但此乃是採用人代表制度不得不然之結果，非謂該協議即不重要，此在涉及調職公司董事長為不同人時，亦能突顯協議之重要。然而仍需強調者，乃是無論在關係企業各公司董事長為同一自然人由其決定雇主權利義務分配之情形，或者在董事長為不同人故需協議之情形，皆不當然影響到法人雇主與勞工間之勞動契約。

## 第五節 歸建

所謂歸建，應指調職後的法律關係經由再一次的調職回復到調職前的法律關係。於單一契約單一雇主之勞務請求權讓與第三人之情形，即出讓人回復對於被調職勞工之勞務請求權，而第三人退出法律關係。於契約承擔、終止原約成立新約之情形，即經由再次契約承擔或終止調職後之契約與原雇主另立新約，使已脫離契約之原雇主再次具有勞動契約當事人地位。在契約承擔之情形，即使原雇主再次成為勞動契約之當事人，基於契約承擔之性質，對於調職後之權利義務亦由原雇主承擔。於單一契約複數雇主之情形，在契約訂定之始即有多數雇主契約參加之情形，由於勞工於各該雇主調職時並未影響到勞動契約之同一性，故此時之歸建僅理解為再次由最初使用勞動力之雇主使用勞動力；但於契約訂定之始僅有單一雇主之情形，歸建理解為其他雇主退出契約，回復到單一契約單一雇主之情形，亦可能其他雇主未退出契約，而僅再次由最初使用勞動力之雇主使用勞動力。於多數契約多數雇主之情形，若多數契約同時成立，歸建亦理解為再次由最初使用勞動力之雇主使用勞動力，（若之前有中止）恢復其與勞工中止契約之部分。若多數契約先後成立，則指回復到僅與原雇主存在單一勞動契約之情形（即只有單一契約單一雇主），（若之前有中止）其他與原雇主契約中止履行之部分亦恢復履行。至於雇主之歸建命令應如何評價，仍應區分不同情形以觀：

### 1. 單一契約單一雇主：

勞務請求權讓與第三人之情形，若該勞務請求權讓與附有確定期限或可得確定之期限，由於該勞務請求權讓與自始即附有期限，於期限屆滿時勞務請求權即回歸於出讓人（即勞動契約之雇主），並毋庸出讓人對被調職之勞工發歸建命令。若勞務請求權讓與第三人而未附有確定期限或可得確定之期限，由於勞務請求權已讓與第三人，故出讓人除非經三方協議，不得逕行要求勞工歸建，申言之，出讓人必須得到勞工以及受讓人之同意，始得將勞務請求權由受讓人處移轉回出讓

人，不容出讓人恣意變動三方之法律關係。

在契約承擔或終止原約另立新約之情形，由於原雇主已脫離勞動契約關係，故原雇主之歸建命令對於被調職之勞工並無拘束力，若原雇主欲恢復與被調職勞工之勞動契約關係，則可透過另一次契約承擔或成立另一勞動契約。亦無脫離勞動契約之第三人片面變動他人間之法律關係之理。

## 2. 單一契約複數雇主：

若契約訂定之始即有多數雇主，各該雇主對於勞工之勞務請求權為連帶債權人，原雇主之歸建命令，即屬於勞務請求權之行使，若契約中賦予雇主調職之指示權時，對被調職勞工當然生效力。即便是契約訂定之始僅有單一雇主，但事後其他雇主參加契約之情形，各該雇主對於勞工之勞務請求權亦為連帶債權人，原雇主之歸建命令，亦屬於勞務請求權之行使，若契約中賦予雇主調職之指示權時，對被調職勞工當然生效力。至於其他雇主是否要退出契約，應就所有參加之雇主及被調職之勞工合意之。此外，勞務請求權行使之安排，仍由所有契約參加之雇主協議安排之，故歸建命令之發出，為免爭議，仍以所有契約參加之雇主協議後為妥。

## 3. 多數契約多數雇主：

無論是契約訂定之始即有多數契約，或者之後勞工另與他雇主成立勞動契約而存在多數契約，原雇主（即第一個行使勞務請求權之雇主）歸建命令對於勞工不當然發生效力。理由為無論是原雇主讓與勞務請求權於第三人（即新雇主）之情形，或者原雇主中止其與被調職勞工勞動契約中勞務給付請求之部分，於前者之情形勞務請求權已讓與第三人，則必須經由三方合意原雇主之勞務請求權始得回復；於後者之情形，由於原雇主與被調職勞工合意中止之部分，自應亦由二者「合意回復」，斷無原雇主得任意決定勞動契約中止與否、回復與否之道理。但若於讓與定有期限或中止定有期限之情形，於讓與情形應屬於三方已合意回復；於中止情形應屬於原雇主與勞工已合意回復。至於勞工與他雇主之契約是否終止，仍應由勞工與他雇主合意之，並無原雇主代其二者決定該契約是否終止之理。



## 第七章 結論

在本文第一章的研究架構下，經過第二章到第六章之討論，而有以下之心得以及建議：

### 1. 勞動法上關係企業的定義：

就關係企業的構成上，由於勞動相關法律並沒有特別對於關係企業做一定義，本文參酌國內及德國實務以及學說之見解，認為我國公司法上關係企業定義著重於兩家公司間是否構成關係企業而忽略了關係企業之集團性、在適用上僅以我國公司法上承認之公司為限，以及在平行關係企業定義過於狹隘，導致勞動法上應用有捉襟見肘之處，故不宜全盤移植公司法關係企業定義及其適用範圍，從而認為我國勞動法上關係企業之定義應以我國公司法關係企業之定義做為基礎，亦即以控制與從屬關係公司、相互投資公司為基礎，但在以下地方作調整：

(1) 在平行關係企業方面，兩家或數家公司間雖無控制從屬、相互投資關係，但被同一公司或獨資、合夥、合作社或其他個人控制之情形，亦構成平行關係企業，較為符合關係企業集團之性質，亦較為貼近勞動契約雙方當事人之認知；

(2) 在控制企業方面，不妨承認獨資、合夥、合作社或其他個人對於一家公司擁有實質控制權時，該人亦成為控制企業；

(3) 在外國公司或大陸地區公司，毋庸限於適用我國公司法之公司，而在我國公司有與外國公司或大陸地區公司構成控制從屬、相互投資之情形時，亦認為屬勞動法上之關係企業；

(4) 在家族關係企業由於已放寬自然人得作為控制企業，是故除該自然人得與家族關係企業中之公司成立垂直關係企業外，該家族關係企業間亦得成立平行關係企業。

勞動法作此關係企業範圍之調整，實益不但在於特定條件下，否認被其控制之從屬公司之法人格，將從屬公司之債務由該控制公司、獨資、合夥、合作社或其他個人承擔，亦在於若勞工與雇主約定有關係企業安置義務時，擴大安置義務

之範圍，或者在於特定條件下，使得非勞動契約雇主之關係企業中其他公司負擔他公司之雇主義務。

## 2.關係企業對於雇主概念的影響：

關於此問題基本上仍要區分所討論的是功能性雇主之概念或是勞動契約上雇主之概念。而功能性雇主之概念由於僅能由自然人構成，是故關係企業對於功能性雇主之概念並不會有所影響，而總管理處非自然人，故不可能構成功能性雇主，有可能者，乃是總管理處內之員工構成功能性雇主之概念。

而於勞動契約雇主概念，主要之爭執點在於關係企業之構成是否影響關係企業內所有公司之法人格。對此國內有認為將關係企業當作一實質企業，否認關係企業內各該公司獨立法人格者。然本文認為在我國法的架構下，尚未賦予關係企業法人格，是否得作此解釋不無疑義。況且即使賦予關係企業法人格，依關係企業之特性（增加持股或減少持股以致影響到關係企業之構成），該法人格之範圍即可能處於一種不安定之狀態，不但對於交易相對人造成交易不安全，對於勞工請求履行債務之人亦屬不確定。

德國實務與學說認為關係企業原則上不影響各該公司之獨立法人格，僅於例外的情形透過穿透責任否認從屬公司之法人格，而要求控制公司負擔從屬公司之債務，並且於特定條件下調整勞動契約當事人間之權利義務，頗值我國參考。例如在於公司間訂有企業契約之情形，德國已發展之勞動契約雇主認定，即值得我國在關係企業中各公司間具企業契約時雇主認定之參考。

在法人格否認——此例外之情形，本文認為在控制企業有不法目的時，應否認從屬公司之法人格，但在於法人是否形骸化部分，比較德日兩國之見解，認為此時應不足以構成法人格之否認，蓋若以實質控制關係即否認從屬公司之法人格，即可能將「例外」變成「原則」適用，且實質控制要達到何種程度亦頗有疑義，另對於勞工亦未必有利。而於其他擴大勞動契約雇主責任或非勞動契約雇主承擔他雇主勞動契約責任，則可於關係企業終止保護、工作年資併計等處見其之運用。

### 3.調職之概念：

調職概念的定義上，雖然我國在探討調職概念時，多將工作內容之變動與工作地點之變動並列，但本文參考德國學說對於調職之定義，所採取的乃是限於工作場所長期以及顯著之變動，至於是否伴隨著工作內容的調整則要非所問，但是若在於該工作之性質工作場所即屬不固定者，每一次工作場所之特定應不構成調職，而是雇主基於勞動契約本就享有之指示權。基此，因事業單位發生改組或轉讓之情形，若勞工不涉及工作場所長期之變動，則不屬於本文定義之調職。

此外德國企業組織法對於調職之聽證程序亦有值得我國參考之處，此聽證程序無論是在企業內調職以及企業外調職皆有其適用，透過一個組織作調職程序性上之限制，應可降低勞資雙方對於調職之爭議，或許可為我國法未來努力之方向。

### 4.關係企業調職之概念：

在此問題上，本文認為應以法人格獨立為出發點，從而關係企業內之調職在分類上應歸屬於企業外調職，而與企業內調職有別。在調職與雇主指示權的關係上，雖雇主之指示權性質有諸多說法，但本文認為在我國法體系解釋上應採形成權說，而此指示權又與勞動契約約定之詳細程度呈現互相消長之情形。調職亦屬於雇主指示權中工作地點指示之一部，是故本文在論及雇主是否有使勞工於關係企業內調職之權利時，以雇主有無此指示權稱之，而有別於本國學說與實務皆以調職權稱之，此亦為德國學說實務所支持之論點。基此，所謂調職之指示權，乃雇主享有單方面變更勞工勞務提供地點之形成權。惟其既為權利之一種，從而在行使上即受權利濫用之限制。

### 5.關係企業內調職法律關係分類

本文整理國內以及德國實務與學說，從勞動契約的數量與雇主的數量以觀，認為可歸納為以下三種大的類型，並基於下述法律關係與企業內調職、派遣以及出差做一概念上之區分。：

(1) 單一契約單一雇主，包括勞務請求權讓與（包括單純讓與以及派遣）、契約承擔、與原雇主終止原約另與他雇主成立新約；

(2) 單一契約複數雇主，主要是契約參加之問題，此藉由各契約參加之雇主义示對於勞動契約之債務負連帶責任成立；

(3) 多數契約多數雇主，即勞工分別與調職前後之雇主皆存在勞動契約之情形，此多數契約可以同時或先後成立。

#### 6.關係企業內調職與企業內調職之分野：

本文從調職前後是否於同一法人格內服勞務、勞務請求權是否讓與第三人、勞動契約雇主是否變更（包括成立另一契約）三者分析，認為關係企業內調職與企業內調職最大的差別即在於，關係企業內調職後之工作地點必定與調職前為不同法人格所支配。

#### 7.關係企業內調職與派遣之分野：

從勞務請求權是否讓與第三人、是否與調職前雇主存在契約關係、是否與調職後雇主存在契約關係以及發動調職雇主是否以此為業分析，認為關係企業內調職與派遣之最大不同在於關係企業內調職原則上並非以派遣為業，從中獲取商業收益。當然，如同本文之分類，關係企業內調職於單一契約單一雇主勞務請求權讓與之情形，即包括派遣在內。

#### 8.關係企業內調職與出差之分野：

與出差最大之區別在於，工作地點改變時間的長短，以及是否雇主基於勞動契約即享有變動勞工工作地點之權利。於關係企業內調職原則上雇主並不享有調職之指示權，僅能另外透過約定為之，且時間較長；而於出差之情形，則可認為此是雇主基於勞動契約本來就享有的指示權，且時間較短。

#### 9.關係企業內調職之指示權有無、行使以及效力：

本文認為調職權乃屬於雇主工作地點指示權之一部，必須透過勞動契約、團體協約或以其他方式另為約定，雇主始得享有。無論是單一契約單一雇主、單一契約複數雇主、多數契約多數雇主，各種情形皆須嚴格審視其約款之明確性，除了單一契約單一雇主之勞務請求權讓與外，其他情形通常鮮少具有明確性，而與契約自由原則中選擇締約當事人之原則有違，應否認其約款之效力。但此畢竟是以法理去做約款之限制，建議如同德國在定型化契約條款中，加入契約條款透明度之控制。

於勞工同意之形式上，除非有勞動契約、團體協約或以其他方式約定，考量到我國法律行為是以意思表示為核心，斷無勞資雙方皆以「默示」合意調職之指示權之可能。申言之，默示之意思表示必須由特定行為間接推知行為人的意思，而與單純之沉默有別。雇主既未以「特定行為」為默示之意思表示，勞工如何能對此單純之沉默加以合意？

若雇主確實有調職權之情形，其行使仍受我國民法第 148 條權利不得濫用原則之限制。若有權利濫用之情形，該權利之行使並無法律上之效力。若雇主具有調職之指示權，且無權利濫用等情形，該指示權即生效力，因該指示權乃屬形成權之性質，故由雇主發出意思表示後，即生權利義務變動之效果。若勞工不履行變動後之勞動契約，雇主即取得終止契約之權利，然此時應予注意者，乃是何人具有雇主身分從而擁有終止權。若該人並不具有雇主身分，並無終止權，從而該人行使之終止權不生終止之效力。若雇主未有合法有效調職之指示權而調職勞工時，勞工即無服從之義務，並得終止勞動契約。

#### 10. 調職後勞動條件：

在處理調職後勞動條件上，基於契約應遵守之原則，不容勞動契約上之雇主任意變更勞動條件，若雇主欲變更勞動條件或中止部分勞動契約，原則上應透過與勞工合意變更之方式為之。

##### (1) 工作時間、例假、休假、請假

勞工於調職後，由於是由調職後雇主之指揮監督，故在工作時間、例假、休假、請假上宜由實際上指揮監督之雇主安排。但仍應注意工作時間、例假、休假以及請假上，只有在勞動契約之範圍內，實際上指揮監督之人始有安排之空間，非謂該人得任意安排。基此，在單一契約單一雇主勞務請求權讓與的情形，由受讓人安排；在單一契約單一雇主契約承擔以及終止原約成立新約的情形，由新雇主安排；在單一契約複數雇主時，由實際上指揮監督之雇主安排；在多數契約多數雇主時，亦由實際上指揮監督之雇主安排（通常為第二個契約雇主處）。

##### (2) 勞工安全衛生義務

勞工安全衛生義務由於與工作現場高度相關，參考國內學說之見解以及立法目的，本文認為宜由勞動力使用現場之雇主負擔相關之義務，以便能確實掌握勞動現場之狀況，防範職業災害發生於未然。基此，在單一契約單一雇主勞務請求

權讓與的情形，由受讓人負擔勞工安全衛生義務；在單一契約單一雇主契約承擔以及終止原約成立新約的情形，由新雇主負擔勞工安全衛生義務；在單一契約複數雇主時，由實際上指揮監督之雇主負擔勞工安全衛生義務；在多數契約多數雇主時，亦由實際上指揮監督之雇主負擔勞工安全衛生義務。為避免當事人間之爭議，建議法律明定由工作現場之雇主負擔勞工安全衛生義務之責任。

### （3）職業災害補償

職業災害方面，無論是勞動基準法第 59 條之補償或是民法第 487 條之 1 之責任，本文透過解釋，認為其乃是法定課予勞動契約雇主之責任，仍由契約雇主承擔。基於「利益之所在，危險之所在」之原則，在單一契約單一雇主契約承擔、終止原約成立新約、單一契約複數雇主以及多數契約多數雇主勞務請求權未讓與第三人的情形，由於實際上使用勞工之人與勞動契約上之雇主並未分離，故課予該人職業災害補償之責較無疑義。而在單一契約單一雇主勞務請求權讓與第三人，以及多數契約多數雇主涉及勞務請求權讓與之情形，由於勞工給付勞務仍屬履行原勞動契約，出讓人（即勞動契約之雇主）仍受有該勞工給付勞務之利益，故亦應負責。

### （4）工作規則

在工作規則方面，本文採定型化契約說，故勞工受僱之初工作規則規定之部分，因勞工之同意已構成勞動契約內容之工作規則部分，除當事人約定調整外，原則上不得變更。而工作規則合理性變更之法理，主要適用於一公司變動其工作規則之情形，所涉及者乃該公司全體勞工，而與此處只涉及被調職勞工已構成契約內容之工作規則之情形有所不同，故應不適用該法理。基此，單一契約單一雇主勞務請求權讓與以及契約承擔的情形，原工作規則已構成契約內容之部分，勞動契約雇主欲變更者，則需與被調職之勞工合意；單一契約單一雇主終止原約成立新約的情形，由於成立新的勞動契約，從而沒有舊工作規則適用之問題；在單一契約複數雇主各雇主處工作規則不同之情形，則需所有雇主與勞工合意變更；在多數契約多數雇主的情形，新勞動契約亦無適用調職前工作規則之問題，就原勞動契約而言，原雇主若欲變更工作規則構成勞動契約內容之部分，仍應與勞工合意變更。

#### (5) 懲戒處分及終止勞動契約

在懲戒處分及終止勞動契約上，則須明辨究竟是何人為勞動契約之雇主從而擁有該等權限。在單一契約單一雇主勞務請求權讓與之情形，只有出讓人（即勞動契約之雇主）有此權限；在單一契約單一雇主契約承擔、終止原約成立新約的情形，只有新雇主有此權限；在單一契約多數雇主，則必須所有契約參加之雇主同意始可；在多數契約多數雇主，個別雇主基於其與該勞工之契約，分別擁有此權限。

#### (6) 跨國調職

在跨國調職問題上，有關勞動保護規定仍應區分公法效力與私法效力部分異其處理。公法效力部分應適用勞務給付地之法規；私法效力部分，若涉及新勞動契約之成立，視當事人之約定定其準據法。若屬原勞動契約繼續或契約承擔之情形，已成為勞動契約內容部分，若涉及勞動契約之變更，則必須由勞動契約當事人合意變更始可。基此，無論是單一契約單一雇主、單一契約多數雇主以及多數契約多數雇主，在公法上處罰之部分，基於公法之屬地原則，只能由勞務給付地之國家處罰。私法效力部分，單一契約單一雇主勞務請求權讓與以及契約承擔之情形，由於原契約繼續或契約被承擔，故我國勞動保護法已構成契約內容之部分應繼續適用；終止原約成立新約的情形，僅當地的勞動保護法規構成勞動契約之內容，並應約定準據法；單一契約多數雇主之情形，若契約締結時是在我國境內，則我國勞動保護法構成契約內容之部分亦應繼續適用；多數契約多數雇主之情形，若原契約於我國境內締結，除被當事人合意中止外，我國勞動保護法構成契約內容之部分亦應繼續適用。對於新約部分，則與上述成立新約的情形同一處理。

#### (7) 工作年資

在工作年資之計算上，透過勞動基準法第 57 條之立法解釋，從調職發動人來看，只要是被原雇主調職至他雇主處，年資即應併計；就文義解釋而言，只要調職前後有勞動基準法第 2 條第 2 款雇主定義三者之一相同時，年資即應併計。無論是透過立法解釋或文義解釋，皆可認為關係企業內調職屬於該條但書之情形，故勞工在關係企業內調職前後之工作年資皆應予併計。基此，在單一契約單一雇主勞務請求權讓與、契約承擔以及單一契約多數雇主之情形，由於原契約繼續，年資當然併計；在終止原約成立新約的情形，則透過該條但書之規則予以併計；在多數契約多數雇主之情形，就原契約之部分因原契約繼續而併計。就新契約之部分因該條但書之規則予以併計。為避免當事人間之爭議，建議將關係企業內調

職前後年資併計明定於勞動基準法第 57 但書中。

#### (8) 平均工資

於平均工資之計算上，若是單一契約單一雇主勞務請求權讓與、單一契約複數雇主的情形，由於原勞動契約繼續，雇主亦未變更，故不會發生終止事由發生前六個月間自「不同勞動契約雇主」處受領工資之情形，此時平均工資之計算較無疑義；單一契約單一雇主契約承擔的情形，雖然原勞動契約繼續，但雇主業已變更，惟考量到調職前後新雇主應按原契約給付工資，勞工受領之工資應無太大差別，若有調職後未滿六個月發生終止事由時，平均工資以「按工作期間所得工資總額除以工作期間之總日數所得之金額」計算；而在單一契約單一雇主終止原約成立新約，以及多數契約多數雇主調職後勞工之工資可能驟減，以平均工資應以「常態性工資」做為計算基礎為出發點，認為應直接以終止事由前六個月間之工資做為計算基礎，並扣除「非常態性工資」，而不論雇主之變動。為避免當事人間之爭議，法律規定在平均工資之計算上，宜將終止事由發生前六個月間，勞工於關係企業內調職之情形納入考量。

#### (9) 終止保護安置義務

在終止保護的問題上，若勞動契約、團體協約或其他勞工與雇主之協議約定雇主有關係企業之安置義務時，雇主基於此等約定自負有安置義務。若依勞動契約之性質得出雇主有安置義務時，雇主亦有安置義務。其他雇主之安置義務，則透過法理加以形成，例如誠信原則、平等原則等。

#### (10) 歸建

在歸建部分則須區分不同契約關係評價歸建命令，並非能一概而論。基此，單一契約單一雇主勞務請求權讓與之情形，由於是三方合意讓與，回復則亦需三方合意回復；單一契約單一雇主契約承擔以及終止原約成立新約的情形，由於原雇主已脫離契約關係，自不能以歸建命令片面變動他人間之法律關係；在單一契約複數雇主歸建命令應解為勞務請求權之行使，若契約中賦予雇主調職之指示權時，對勞工當然發生效力；多數契約多數雇主之情形，若原雇主與勞工合意中止一部或全部之契約時，則必須由原雇主與勞工合意回復，並非原雇主得自行決定勞動契約之權利義務。

國內在處理關係企業調職的問題上，出現了幾個本文認為係盲點之處，其一是就關係企業的構成部分，往往不加以思索地直接引用「關係企業」四個字作為討論範疇，至於其是否是與公司法或金融控股公司法做同一解釋，則鮮少見於討論。此問題亦延燒到法院判決上，可於法院的判決中見到對於「關係企業」不同的法律圖像。其二是就關係企業是否影響到關係企業個別獨立的法人格部分，誠然，不可否認的是採取法人格否認說的出發點在於保障在關係企業中被調職勞工的勞動權益，然其事實上是採取後端的觀點，即勞工在調職後如何彌補其可能被侵害的勞動權益，而非從源頭——即雇主的調職權上，直接基於法人格的獨立性，否認雇主的調職權。其三是就關係企業調職不同的法律關係上，雖然部分學說已著手區分不同的法律關係必須異其處理，但此部分實是我國實務運作上所缺乏的。也基此引發出雇主能否事前取得調職之權利的爭議。其四的問題是，無論是學說與實務，有些見解往往以雇主有「事實上之權力」直接肯認其「法律上之權利」，這恐怕是必須審慎認定之處，無非能速斷。希冀本文所做的研究，能夠澄清上述幾點問題，俾使處於勞動生活中的人們，能清楚地認識到自己的權利義務，共創與共享經濟價值。



## 參考文獻

### 一、中文部分

#### (一) 中文書籍 (依作者姓氏筆劃順序)

1. 中華徵信所，2007年版台灣地區集團企業研究，2006年12月。
2. 王文宇，公司法論，臺北：元照，二版，2005年。
3. 王泰銓，公司法新論，臺北：三民，初版，1998年。
4. 王泰銓、王志誠合著，公司法新論，臺北：三民，增訂四版，2007年。
5. 王澤鑑，民法總則，臺北：三民，2004年。
6. 王澤鑑，債法原理（一），臺北：三民，增訂版，2003年。
7. 史尚寬，勞動法原論，臺北：正大，1978年。
8. 呂榮海，勞動法法源及其適用關係之研究，臺北：蔚理法律，2002年2月。
9. 呂榮海，勞動基準法實用1，臺北：蔚理法律，十版，1990年。
10. 呂榮海/俞慧君合著，勞動基準法實用2，臺北：蔚理法律，1989年。
11. 柯芳枝，公司法論（下），臺北：三民，增訂六版，2007年。
12. 梁宇賢，公司法論，臺北：三民，修訂四版，2000年。
13. 陳金泉，勞動法一百問，臺北：三民，修訂二版，2007年。
14. 陳繼盛，勞工法論文集，財團法人陳林法學文教基金會，1994年6月。
15. 黃立主編，民法債編各論（下），臺北：元照，初版，2004年9月。
16. 黃程貫，勞動法，國立空中大學，修訂再版，2001年。
17. 黃越欽，勞動法新論，臺北：翰蘆，修訂三版，2006年9月。
18. 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，臺北：新學林二版，2009年9月。
19. 鄭玉波著，黃宗樂修訂，民法總則，台北：三民，修訂十版，2007年。
20. 鄭玉波著，劉連煜增訂，公司法，臺北：三民，增訂六版，2000年。
21. 鄭津津，職場與法律，臺北：新學林，修訂三版，2010年9月。
22. 簡良機，勞動基準法實務爭議問題之研究，臺北：萬國蔚理，修訂版，1991年9月。

#### (二) 中文專書論文 (依作者姓氏筆劃順序)

1. 林更盛，雇主概念的界定與義務的擴張，收錄於勞動法案例研究（二），臺北：五南，初版，2009年3月。

2. 林炫秋，關係企業間勞工之調動與勞工之同意權—評高雄地方法院八十二年度雄簡字第五二五號暨勞簡上字第六號判決，收錄於勞動法裁判選輯(二)，臺北：元照，1999年12月。
3. 邱駿彥，調職法理之探討，收錄於勞動法裁判選輯(一)，臺北：元照，1999年12月。
4. 郭玲惠，解僱合法性及其關係企業之態樣，收錄於勞動法裁判選輯(一)，臺北：元照，1999年12月。
5. 楊通軒，工作規則法律性質之探討，收錄於勞動法裁判選輯(三)，臺北：元照，2000年1月。
6. 劉志鵬，企業外調職(出向)之法律問題—臺北地方法院八十二年度勞訴字第七十號判決評釋，收錄於勞動法裁判選輯(二)，臺北：元照，1999年12月。
7. 劉志鵬，企業外調職(借調)之法律問題—臺北地院八十二年度勞訴字第七〇號判決評釋，收錄於氏著勞動法理論與判決研究，臺北：元照，初版，2002年。
8. 劉志鵬，論企業內調職，收錄於勞動法裁判選輯(一)，臺北：元照，1999年12月。
9. 劉連煜，揭穿公司面紗原則及否認公司人格理論在我國實務之運用，收錄於氏著公司法理論與判決研究(四)，臺北：元照，初版，2006年4月。

### (三) 中文期刊(依作者姓氏筆劃順序)

1. 王文宇，建構我國金融控股公司法制相關問題之研究，台灣金融財務季刊，第2輯第2期，2001年6月，頁33-54。
2. 王志誠，公司法：第八講「關係企業之認定及治理結構」，月旦法學教室，第35期，2005年9月，頁73-85。
3. 王能君，工作規則不利益變更的合理性判斷，月旦法學雜誌，第125期，2005年10月，頁192-201。
4. 吳姿慧，調職合法性之審查原則與雇主之懲戒關係／高院98勞上21，台灣法學雜誌，第158期，2010年8月15日，頁186-189。
5. 吳姿慧，平均工資之計算排除「無薪休假」非屬常態性期間工資之爭議／桃園地院九九勞訴二四，台灣法學雜誌，第164期，2010年11月15日，頁215-218。
6. 林更盛，「控制性持股」關係對雇主概念及其責任的可能影響，律師雜誌，第291期，12月號，2003年12月，頁30-39。

7. 林更盛，對工作規則法律性質的幾點初步想法，月旦法學雜誌，第 91 期，2002 年 12 月，頁 318-328。
8. 林佳和，關係企業間的工作安置義務？最後手段原則的進一步發展／最高法院判決九八台上六五二，台灣法學雜誌，第 129 期，2009 年 6 月 1 日，頁 209-211。
9. 林誠二，論勞工服勞務受害之賠償請求權，台灣本土法學雜誌，第 15 期，2000 年 10 月，頁 123-134。
10. 邱駿彥，勞工派遣法制之研究—以日本勞工派遣法為例，臺灣勞動法學會學報，第 1 期—勞動派遣法制之研究，2000 年 11 月，頁 1-68。
11. 邱駿彥，勞工退休金條例之相關問題探討，勞工研究，第 4 卷第 2 期，2004 年 12 月，頁 92-109。
12. 邱駿彥，勞工退休金條例釋義，臺灣勞動法學會學報，第 5 期，2006 年 6 月，頁 137-174。
13. 邱駿彥，勞動派遣法律關係若干疑義之考察，臺北大學法學論叢，第 60 期，2006 年 12 月，頁 47-74。
14. 邱駿彥，僱用調整目的下的勞動契約變動之法律問題探討(下)，華岡法粹，第 44 期，2009 年 7 月，頁 1-61。
15. 侯岳宏，法人格否認理論在勞動法上的適用—最高法院九十八年台上字第六五二號判決評析，月旦裁判時報，第 8 期，2011 年 4 月，頁 13-17。
16. 高靜遠，公司法關係企業專章實務解析，全國律師，1998 年 6 月號，頁 40-46。
17. 郭玲惠，金融控股公司與企業併購對於勞工勞動條件保障之初探—以調職為例，律師雜誌，第 291 期，12 月號，2003 年 12 月，頁 16-29。
18. 郭玲惠，勞工退休金條例爭議問題初探，臺灣勞動法學會學報，第 5 期，2006 年 6 月，頁 35-83。
19. 郭玲惠，臺灣高等法院九十四年重勞上字第二號判決評釋—多重雇主之法律關係，臺灣勞動法學會學報，第 8 期，2009 年 12 月，頁 29-66。
20. 陳建文，「降級減薪之調職」與「虧損資遣之職位安置義務」／臺北地院 98 勞訴 181，台灣法學雜誌，第 168 期，2011 年 1 月 15 日，頁 91-96。
21. 陳建文，勞動基準法第五十七條之規範功能與操作原則／臺北地院九七勞訴七七，台灣法學雜誌，第 138 期，2009 年 10 月 15 日，頁 237-242。
22. 陳建文，雇主功能化趨勢與「同一雇主」概念的操作思考／臺北地院九九勞訴六七，台灣法學雜誌，第 165 期，2010 年 12 月 1 日，頁 196-201。

23. 陳建文，調職問題的事理結構與法理思考／臺中地院九七勞訴一〇四，台灣法學雜誌，第 141 期，2009 年 12 月 1 日，頁 237-242。
24. 陳建文，關係企業勞工退休金請求對象爭議／高院 97 勞上 39，台灣法學雜誌，第 122 期，2002 年 2 月 15 日，頁 177-178。
25. 焦興鎧，論勞動派遣之國際勞動基準，臺灣勞動法學會學報，第 1 期—勞動派遣法制之研究，2000 年 11 月，頁 151-200。
26. 黃程貫，企業外調動／臺北地院九七勞簡上三三，台灣法學雜誌，第 119 期，2009 年 1 月 1 日，頁 207-208。
27. 黃程貫，德國勞工派遣關係之法律結構，政大法學評論，第 60 期，1998 年 12 月，頁 271-302。
28. 黃程貫，懲戒與調職／新竹地院 98 竹北勞小 2，台灣法學雜誌，第 150 期，2010 年 4 月 15 日，頁 163-165。
29. 黃程貫/林佳和，調動調職與企業經營之必要性／最高法院判決 98 台上 600，台灣法學雜誌，第 129 期，2009 年 6 月 1 日，頁 207-208。
30. 楊通軒，勞工退休金條例基本問題初探，臺灣勞動法學會學報，第 5 期，2006 年 6 月，頁 85-136。
31. 劉士豪，派遣勞工的職業災害補償問題之研究，臺灣勞動法學會學報，第 7 期—非典型勞動關係之爭議問題與解決，2008 年 6 月，頁 153-202。
32. 劉士豪，勞動派遣的法律關係——從國際勞工組織第一百八十一號公約談起，台灣國際法季刊，第五卷第三期，2008 年 9 月，頁 81-130。
33. 劉士豪，調職之性質與程序／高院九七勞上易五三，台灣法學雜誌，第 126 期，2009 年 4 月 15 日，頁 223-224。
34. 劉志鵬，「控制性持股」關係對雇主概念及其責任的可能影響，律師雜誌，第 291 期，12 月號，2003 年 12 月，頁 30-39。
35. 劉志鵬，論工作規則之法律性質及其不利益變更之效力，律師通訊，第 132 期，1990 年 9 月，頁 35-44。
36. 劉志鵬，關係企業與勞工之職務異動，律師雜誌，第 291 期，2003 年 12 月，頁 40-60。
37. 鄭津津，派遣勞動之法律關係與相關問題之研究，中正大學法學集刊，第 2 期，1999 年 7 月，頁 237-256。
38. 鄭津津，從美國勞動派遣法制看我國勞動派遣法草案，中正大學法學集刊，第 10 期，2003 年 1 月，頁 37-98。
39. 鄭津津，調職，月旦法學教室，第 75 期，2009 年 1 月，頁 8-9。

40. 謝銘洋，連帶債務與不真正連帶債務，台灣本土法學雜誌，第 15 期，2000 年 10 月，頁 119-122。
41. 魏千峰，多重雇主初探—台灣高等法院 89 年度勞上易字第 36 號判決及臺北地院 88 年度勞訴字第 89 號判決評釋，臺灣勞動法學會學報，第 6 期，2007 年 6 月，頁 171-185。

#### **(四) 政府出版品 (依作者姓氏筆劃順序)**

1. 民事法律專題研究 (六) — 司法院司法業務研究會第 14 期研究專輯，1989 年 8 月，初版。
2. 立法院公報，第 63 卷，第 64 期，委員會紀錄。
3. 立法院公報，第 63 卷，第 6 期，院會紀錄。
4. 立法院公報，第 86 卷，第 23 期，院會紀錄。
5. 立法院公報，第 86 卷，第 6 期，委員會紀錄。
6. 立法院法律案專輯，勞動基準法 (上)，第 73 輯，內政：29。
7. 立法院法律案專輯，第 212 輯 (上)，經濟 (44)。
8. 郭玲惠，金融控股公司與關係企業內之調職，行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告，2005 年。

#### **(五) 學位論文 (依作者姓氏筆劃順序)**

1. 吳宗諺，集團企業間員工調動之法律問題研究，中國文化大學勞動學研究所碩士論文，2004 年。
2. 張靜宜，企業內調職問題之研究，國立中正大學勞工研究所碩士論文，2000 年。
3. 陳逢源，勞動法上人事異動之研究—以調職為中心兼論借調與轉雇，國立中興大學法律學研究所碩士論文，1998 年。
4. 傅士瑛，集團人力資源遷調制度之探討—以台灣五製造業集團個案為例，國立中山大學人力資源管理研究所碩士論文，2007 年。
5. 曾雅蘭，勞工於企業外調職所生退休金問題之探討，國立臺北大學法律學系碩士論文，2009 年。

## **二、外文部分**

### **(一) 德文書籍**

1. Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, 3. Aufl. 2007, C. H. Beck.
2. Blomeyer/Rolfs/Otto, Gesetz zur Verbesserung der betriebliche Altersversorgung, 5. Aufl. 2010, C. H. Beck.
3. Brox/Rüthers/Henssler, Arbeitsrecht, 17. Aufl. 2007, Kohlhammer.

4. Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 6. Aufl. 2010, C. H. Beck.
5. Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 11. Aufl. 2011, C. H. Beck.
6. Etzel/Bader/Fischermeier/Friedrich/Griebeling/Lipke/Pfeiffer/Rost/Spilger/Vogt/Wei-gand/Wolff, Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 8. Aufl. 2007, Luchterhand.
7. Fiebig/Gallner/Griebeling/Mestwerdt/Nägele/Pfeiffer, Kündigungsschutzgesetz (Handkommentar), 2. Aufl. 2004, Nomos.
8. Henssler, Der Arbeitsvertrag im Konzern, 1983, Duncker & Humblot, Berlin.
9. Hölters, Aktiengesetz, 1. Aufl. 2011, C. H. Beck.
10. Hüffer, Aktiengesetz, 9. Aufl. 2010, C. H. Beck.
11. Hümmerich/Reufels(hrsg.), Gestaltung von Arbeitsverträgen Kommentierte Klauseln und Musterverträge, 2. Aufl. 2011, Nomos.
12. Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2007, C. H. Beck.
13. Kittner/Däubler/Zwanziger, Kündigungsschutzrecht, 6. Aufl. 2004, Bund-Verlag.
14. Kittner/Zwanziger(Hrsg.), Arbeitsrecht Handbuch für die Praxis, 5. Aufl. 2009, Bund-Verlag.
15. Küttner, Personalbuch 2011, 18. Aufl. 2011, C. H. Beck.
16. Moll, Die Änderung der Arbeitsbedingungen durch den Arbeitgeber - insbesondere in der Unternehmenskrise: Reichweite und Grenzen von Direktionsrecht und erweiterten Leistungsbestimmungsrechten, 1. Aufl. 2009, Peter Lang.
17. Moll, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2009, C. H. Beck.
18. Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2009, C. H. Beck.
19. Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl. 2008, C. H. Beck.
20. Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, C. H. Beck.
21. Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2010, C. H. Beck.
22. Preis(hrsg.), Der Arbeitsvertrag, 2. Aufl. 2005, Dr. Otto Schmidt.
23. Pries, Arbeitsrecht Praxis-Lehrbuch zum Individualarbeitsrecht, 1999, Dr. Otto Schmidt.
24. Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, 12. Aufl. 2010, C. H. Beck.
25. Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch: Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis, 13. Aufl. 2009, C. H. Beck.
26. Schüren, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 4. Aufl. 2010, C. H. Beck.
27. Söllner/Waltermann, Arbeitsrecht, 14. Aufl. 2007, Vahlen.
28. Stahlhacke/Preis/Vossen, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 8. Aufl. 2002, C. H. Beck.

29. Thomas Lakies, AGB im Arbeitsrecht: Kontrolle vorformulierter Arbeitsvertragsinhalte: Reichweite und Grenzen, 1. Aufl. 2006 , C. F. Müller.
30. Tschöpe(Hrsg.) , Anwalts-Handbuch Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2009, Dr. Otto Schmidt.
31. Windbichler, Arbeitsrecht im Konzern, 1989, C. H. Beck.
32. Zöllner/Loritz/Hergenröder, Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2008, C. H. Beck.

## (二) 德文期刊

1. Baeck/Winzer/Gleiss/Lutz: BAG: AGB-Kontrolle einer Versetzungsklausel, NZG(Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht) 2010, Heft 30,1181.
2. BAG , 04.10.1994 - 3 AZR 910/93 : Betriebsrentenanpassung im Konzern, NZA(Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht) 1995, Heft 8, 368.
3. BAG , 06.08.1985 - 3 AZR 185/83 : Insolvenzschutz im Konzern mit Auslandsgesellschaften (Ls.) , NZA 1986, Heft 6, 194.
4. BAG , 13. 10. 2004 - 7 ABR 56/03 : Konzernbetriebsrat - paritätisch beherrschte Unternehmen, NZA 2005, Heft 11, 647.
5. BAG , 21. 1. 1999 - 2 AZR 648/97 : Kündigungsschutz bei vertraglicher Verpflichtung zur Arbeitsleistung mit ausländischen, konzernzugehörigen Unternehmen, NZA 1999, Heft 10, 539.
6. BAG , 22.05.1986 - 2 AZR 612/85 : Betriebsbedingte Kündigung - soziale Auswahl im Konzern, NZA 1987, Heft 4 , 125.
7. BAG , 23. 3. 2006 - 2 AZR 162/05 : Kein konzernbezogener Kündigungsschutz bei Betriebsstilllegung trotz Konzernversetzungsklausel, NZA 2007, Heft 1, 30.
8. BAG, 13. 4. 2010 - 9 AZR 36/09: Wirksamkeit einer Konzernversetzungsklausel (Ls.) , NZA 2011, Heft 1, 64.
9. BAG, 14-10-1982 - 2 AZR 568/80: Zur Konzernbezogenheit des Kündigungsschutzgesetzes, NJW (Neue Juristische Wochenschrift) 1984, Heft 7, 381.
10. BAG, 23. 4. 2008 - 2 AZR 1110/06: Kündigungsschutz bei Umstrukturierung im Konzern – Unternehmensübergreifende Weiterbeschäftigungspflicht, NJW 2008, Heft 45, 3309.
11. BGH , 13.12.1993 - II ZR 89/93 : Natürliche Person als herrschendes Unternehmen, MittBayNot (Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern) 1994, Heft 3, 244.
12. BGH, 16. 7. 2007 - II ZR 3/04: \* Änderung des Haftungskonzepts zum existenzvernichtenden Eingriff – Trihotel, NJW 2007, Heft 37, 2689.
13. Fliss, Die örtliche Versetzung - Neue Regeln seit dem 11. 4. 2006? , NZA-RR (Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht-Rechtsprechungs-Report Arbeitsrecht) 2008, Heft 5, 229.

14. Hümmerich, Gestaltung von Arbeitsverträgen nach der Schuldrechtsreform, NZA 2003, Heft 14, 759.
15. Worzalla, Die Wirksamkeit einzelner Arbeitsvertragsklauseln nach der Schuldrechtsreform - Entgelt, Arbeitszeit und Tätigkeit, Betriebsvereinbarungs- und Tarifvertragsoffenheit, Änderung des Arbeitsvertrags, NZA-Beilage (Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht-Beilage) 2006, Heft 3, 132.



## 附錄一：相關判決列表

### 1. 事實上關係企業（是否承認非我國公司上承認之公司得構成關係企業）

| 判決字號                         | 見解   |
|------------------------------|------|
| 最高法院 98 年台上字 1484 號          | 默示承認 |
| 臺灣高等法院 98 年重勞上字第 2 號         | 默示承認 |
| 臺灣高等法院臺中分院 96 年勞上易字第 15 號    | 承認   |
| 臺北地方法院 91 年勞訴字第 82 號         | 承認   |
| 臺灣高等法院臺中分院 88 年重上更（一）字第 33 號 | 否認   |

### 2. 關係企業間調職分類、是否需勞工同意、勞工同意形式

A=符合調職五原則即可調職

B=借調、另一勞動契約履行

C=勞動契約當事人的變更、勞務請求權的讓與（同內政部(74)台內勞字第 332242 號函）

D=勞務請求權讓與

E=勞動契約變更

F=借調、另一勞動契約履行（同司法院司法業務研究會第 14 期研究意見）

G=借調、另一勞動契約履行（與司法院司法業務研究會第 14 期研究意見類似）

H=未表示

| 判決字號／研究意見                   | 見解 | 是否需勞工同意    | 勞工同意形式  |
|-----------------------------|----|------------|---------|
| 臺北地方法院 91 年北勞簡字第 47 號判決     | A  | 否          |         |
| 臺中地方法院 92 年勞訴字第 124 號判決     | A  | 否          |         |
| 臺灣高等法院臺中分院 94 年勞上易字第 25 號判決 | A  | 否          |         |
| 士林地方法院 96 年勞簡上字第 14 號判決     | A  | 否          |         |
| 苗栗地方法院 96 年勞訴字第 2 號判決       | A  | 否          |         |
| 司法院司法業務研究會第 14 期研究意見        | B  | 僅表示後者需勞工同意 | 無法得知    |
| 臺北地方法院 94 年勞簡上字第 52 號判決     | C  | 是          | 推知採現時同意 |
| 士林地方法院 95 年士勞簡字第 13 號判決     | C  | 是          | 推知採現時同意 |

| 判決字號／研究意見                   | 見解 | 是否需勞工同意 | 勞工同意形式   |
|-----------------------------|----|---------|----------|
| 板橋地方法院 97 年重勞簡字第 15 號判決     | C  | 是       | 推知採現時同意  |
| 板橋地方法院 98 年勞簡上字第 1 號判決      | C  | 是       | 推知採現時同意  |
| 士林地方法院 98 年勞簡上字第 10 號判決     | C  | 是       | 推知採現時同意  |
| 臺中地方法院 89 年勞簡上字第 6 號判決      | D  | 是       | 推知採現時同意  |
| 臺北地方法院 90 年勞訴字第 76 號判決      | D  | 是       | 推知採現時同意  |
| 臺北地方法院 91 年勞訴字第 147 號判決     | D  | 是       | 調職後得默示同意 |
| 桃園地方法院 91 年勞訴字第 45 號判決      | D  | 是       | 無法得知     |
| 臺灣高等法院 91 年勞上易字第 5 號判決      | D  | 是       | 工作規則視為同意 |
| 臺灣高等法院 92 年勞再易字第 2 號判決      | D  | 是       | 工作規則視為同意 |
| 臺灣高等法院 92 年重勞上字第 2 號判決      | D  | 是       | 調職後得默示同意 |
| 臺北地方法院 94 年北勞簡字第 42 號判決     | D  | 是       | 明確採現時同意  |
| 桃園地方法院 94 年勞訴字第 33 號判決      | D  | 是       | 調職後得默示同意 |
| 嘉義地方法院 94 年勞訴字第 8 號判決       | D  | 是       | 推知採現時同意  |
| 臺灣高等法院臺南分院 95 年勞上易字第 16 號判決 | D  | 是       | 推知採現時同意  |
| 臺北地方法院 97 年勞簡上字第 33 號判決     | D  | 是       | 推知採現時同意  |
| 臺北地方法院 98 年勞訴字第 67 號判決      | D  | 是       | 調職後得默示同意 |
| 臺南地方法院 98 年勞訴字第 33 號判決      | D  | 是       | 推知採現時同意  |

| 判決字號／研究意見                   | 見解 | 是否需勞工同意    | 勞工同意形式       |
|-----------------------------|----|------------|--------------|
| 士林地方法院 98 年湖勞簡字第 29 號判決     | E  | 是          | 無法得知         |
| 彰化地方法院 99 年彰勞簡字第 10 號判決     | E  | 是          | 推知採現時同意      |
| 板橋地方法院 89 年勞訴字第 15 號判決      | F  | 僅表示後者需勞工同意 | 無法得知         |
| 臺北地方法院 94 年勞訴字第 24 號判決      | F  | 僅表示後者需勞工同意 | 無法得知         |
| 臺灣高等法院臺中分院 96 年勞上易字第 15 號判決 | F  | 僅表示後者需勞工同意 | 無法得知         |
| 臺中地方法院 97 年勞訴字第 12 號判決      | F  | 僅表示後者需勞工同意 | 無法得知         |
| 臺北地方法院 90 年勞訴字第 85 號判決      | G  | 是          | 無法得知         |
| 臺北地方法院 91 年勞訴字第 82 號判決      | G  | 是          | 無法得知         |
| 臺北地方法院 95 年重勞訴字第 18 號判決     | G  | 是          | 無法得知         |
| 臺北地方法院 96 年勞訴字第 86 號判決      | G  | 是          | 無法得知         |
| 臺北地方法院 96 年勞簡上字第 41 號判決     | G  | 是          | 無法得知         |
| 新竹地方法院 97 年勞訴字第 19 號判決      | G  | 是          | 無法得知         |
| 臺灣高等法院 89 年勞上字第 3 號         | H  | 是          | 工作規則視為勞工同意   |
| 臺北地方法院 92 年勞訴字第 110 號判決     | H  | 是          | 勞工得事前概括同意    |
| 臺北地方法院 96 年北勞簡字第 85 號判決     | H  | 是          | 勞工得事前概括同意    |
| 士林地方法院 96 年湖勞簡字第 9 號判決      | H  | 是          | 勞工得事前概括同意    |
| 臺北地方法院 91 年北勞簡字第 136 號判決    | H  | 是          | 若無概括同意，需現時同意 |

### 3. 工作年資是否併計

A=雇主承認年資即應併計

B=引用勞工委員會台 84 勞動三字第 119983 號及台 83 勞動三字第 39742 號函釋，若工作規則未規定併計，則工作年資不得併計

C=法人格獨立／非同一雇主、同一事業單位，年資不得併計

D=關係企業屬同一事業單位，年資應予併計

E=「同一雇主」包括勞動基準法第 2 條第 2 款之「事業單位經營負責人」，年資應予併計

F=關係企業為同一事業主體，年資應予併計

G=關係企業為同一雇主，年資應予併計

H=關係企業內之調職年資即應併計，否則對勞工保護不周

| 判決字號                       | 見解 |
|----------------------------|----|
| 桃園地方法院 89 年重勞訴字第 2 號判決     | A  |
| 臺北地方法院 90 年勞訴字第 142 號判決    | A  |
| 彰化地方法院 90 年勞訴字第 10 號判決     | A  |
| 臺灣高等法院 90 年勞上字第 16 號判決     | A  |
| 臺灣高等法院 91 年勞上易字第 7 號判決     | A  |
| 臺灣高等法院 91 年勞上字第 32 號判決     | A  |
| 臺北地方法院 92 年勞訴字第 30 號判決     | A  |
| 臺灣高等法院 92 年勞上易字第 35 號判決    | A  |
| 臺灣高等法院 92 年重勞上字第 2 號判決     | A  |
| 高雄地方法院 95 年勞訴字第 2 號判決      | A  |
| 高雄地方法院 95 年勞訴字第 24 號判決     | A  |
| 臺灣高等法院臺中分院 95 年勞上字第 11 號判決 | A  |
| 板橋地方法院 96 年勞訴字第 43 號判決     | A  |
| 士林地方法院 96 年勞簡上字第 14 號判決    | A  |
| 臺灣高等法院高雄分院 96 年勞上易字第 5 號判決 | A  |
| 桃園地方法院 97 年勞訴字第 40 號判決     | A  |
| 新竹地方法院 97 年勞訴字第 19 號判決     | A  |
| 臺中地方法院 97 年勞訴字第 115 號判決    | A  |
| 臺南地方法院 97 年勞訴字第 47 號判決     | A  |
| 臺灣高等法院 97 年勞上易字第 35 號判決    | A  |
| 臺灣高等法院 98 年勞上易字第 66 號判決    | A  |
| 臺灣高等法院臺南分院 98 年勞上字第 10 號判決 | A  |
| 臺北地方法院 99 年北勞簡字第 85 號判決    | A  |
| 臺中地方法院 92 年勞簡上字第 22 號判決    | B  |

|                                |   |
|--------------------------------|---|
| 臺中地方法院 94 年勞訴字第 106 號          | B |
| 高雄地方法院 95 年勞訴字第 27 號判決         | B |
| 臺北地方法院 96 年勞訴字第 3 號判決          | B |
| 臺北地方法院 96 年勞訴字第 64 號           | B |
| 臺中地方法院 96 年勞訴字第 87 號判決         | B |
| 高雄地方法院 98 年雄勞簡字第 4 號判決         | B |
| 臺灣高等法院臺中分院 88 年重上更（一）字第 33 號判決 | C |
| 彰化地方法院 91 年勞訴字第 26 號判決         | C |
| 臺北地方法院 97 年北勞簡字第 77 號判決        | C |
| 臺北地方法院 97 年店勞簡字第 8 號判決         | C |
| 臺北地方法院 97 年勞訴字第 77 號判決         | C |
| 臺灣高等法院 98 年勞上字第 79 號判決         | C |
| 桃園地方法院 98 年勞訴字第 100 號判決        | C |
| 臺北地方法院 98 年勞訴字第 45 號判決         | D |
| 臺南地方法院 87 年重勞訴字第 1 號判決         | E |
| 臺北地方法院 90 年勞訴字第 110 號判決        | E |
| 臺北地方法院 92 年北勞簡字第 65 號判決        | E |
| 臺灣高等法院 92 年勞上易字第 53 號判決        | E |
| 桃園地方法院 94 年勞訴字第 33 號判決         | E |
| 桃園地方法院 96 年勞訴字第 65 號判決         | E |
| 南投地方法院 96 年再易字第 9 號判決          | E |
| 板橋地方法院 97 年勞訴字第 93 號判決         | E |
| 臺灣高等法院臺中分院 97 年勞上易字第 14 號判決    | E |
| 臺中地方法院 98 年中勞簡字第 136 號判決       | E |
| 臺北地方法院 91 年勞訴字第 106 號判決        | F |
| 臺北地方法院 93 年勞訴字第 65 號判決         | F |
| 臺北地方法院 94 年勞訴字第 157 號判決        | F |
| 臺北地方法院 93 年勞簡上字第 26 號判決        | G |
| 臺北地方法院 91 年北勞簡字第 37 號判決        | H |

## 附錄二：相關函釋列表

### 1. 關係企業內調職之分類

| 函釋字號                          | 見解             |
|-------------------------------|----------------|
| 內政部（74）台內勞字第 332242 號函        | 當事人一方或提供勞務對象改變 |
| 勞工委員會（85）台勞保三字第 104703 號函     | 借調勞動關係、勞動契約變更  |
| 勞工委員會（86）台勞動二字第 000089 號函     | 借調勞動關係、勞動契約變更  |
| 勞工委員會（87）台勞資二字第 025697 號函     | 借調勞動關係、勞動契約變更  |
| 勞工委員會勞動 4 字第 0940021507 號函    | 借調勞動關係、勞動契約變更  |
| 勞工委員會保險局勞動 4 字第 0940068779 號函 | 借調勞動關係、勞動契約變更  |

### 2. 工作年資是否併計

| 函釋字號                      | 見解                    |
|---------------------------|-----------------------|
| 勞工委員會（82）台勞動三字第 41107 號函  | 借調時，年資應併計             |
| 勞工委員會（83）台勞動三字第 39742 號函  | 非借調時，原則上就工作年資之部分應辦理結清 |
| 勞工委員會（88）台勞動三字第 007091 號函 | 非借調時，退休辦法得約定併計        |
| 勞工委員會（84）台勞動三字第 119983 號函 | 非借調時，工作規則或退休辦法得約定併計   |
| 勞工委員會（87）台勞資二字第 025697 號函 | 非借調時，勞資得約定併計          |