臺灣高等法院民事判決

110年度重勞上更一字第2號

上　訴　人　永慶房屋仲介股份有限公司

000000000000000000

法定代理人　孫慶餘

訴訟代理人　張炳煌律師

被　上訴人　高翠屏

000000000000000000

訴訟代理人　許英傑律師

　　陳亭熹律師

　　彭之麟律師

上列當事人間請求確認僱傭關係存在等事件，上訴人對於中華民國106年10月25日臺灣臺北地方法院105年度重勞訴字第42號第一審判決提起上訴，經最高法院第一次發回更審，本院於111年3月1日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

原判決主文第二項關於命上訴人給付逾：自民國一〇五年六月十七日起至被上訴人復職日止，按月於次月十日給付新臺幣玖萬肆仟參佰陸拾元，及自各期應給付日之次日起至清償日止按週年利率百分之五計算之利息部分，及該部分假執行之宣告，暨訴訟費用之裁判均廢棄。

上開廢棄部分，被上訴人在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。

其餘上訴駁回。

第一審、第二審及發回前第三審訴訟費用由上訴人負擔百分之九十八，餘由被上訴人負擔。

事實及理由

一、被上訴人主張：

被上訴人於民國83年7月4日起受僱於上訴人，擔任客戶推廣部協理，職掌為產品研發、商品企劃、系統教育訓練、商品推廣銷售及售後客服等業務，薪資為每月新臺幣（下同）9萬6,160元。上訴人於105年2月4日在被上訴人不知情且未經

同意下，擅將被上訴人調動至上訴人組織中不存在之網媒研究中心（下稱系爭調動、系爭網媒中心），並設立諸多非其一人體能及技術所能勝任，且與其過往專長不符之工作內容，則系爭調動顯非基於企業經營上所必須，且上訴人具不當之動機及目的，應屬違法。被上訴人曾多次要求回復原職，但遭拒絕，其主觀上並無任意去職之意，客觀上亦可在原職繼續提供勞務，係上訴人拒絕受領勞務，上訴人於105年6月16日竟以被上訴人於同年月13日至同年月15日連續曠職3日為由，依勞動基準法（下稱勞基法）第12條第1項第6款規定終止兩造間之勞動契約，解僱並不合法。就此，爰依民法第487條規定、勞工退休金條例（下稱勞退條例）第14條第1項規定，聲明：㈠確認兩造間僱傭關係存在；㈡上訴人應自105年6月17日起至被上訴人復職之日止，按月於次月10日給付被上訴人9萬6,160元本息；㈢上訴人應自105年6月17日起至被上訴人復職之日止，按月提繳5,796元至被上訴人於勞工保險局（下稱勞保局）設立之勞工退休金專戶（下稱勞退專戶）；㈣願供擔保，請准宣告假執行【原審判決被上訴人全部勝訴，上訴人不服，提起上訴，經本院106年度重勞上字第47號判決（下稱前審）廢棄改判被上訴人全部敗訴，被上訴人不服，提起上訴，再經最高法院廢棄發回】。並答辯聲明：上訴駁回。

二、上訴人則以：

被上訴人於上訴人處任職前即有房地產研究相關經驗，被上訴人受僱於上訴人公司後，曾於87年1 月1 日至102 年7 月30日間擔任上訴人公司網路服務部主管，職司網站與數位平台創新服務之開發、經營與維護等工作，具有多年房地產網絡實務經驗，熟悉房地產網路業的競爭市場，且可進行全球房產網絡服務的分析，期間工作表現皆屬良好，上訴人認定其應可勝任新設立網媒研究中心之職務，經被上訴人同意後，才以系爭調動調整被上訴人之職務。被上訴人於調動後不僅工作難度更低，且工作負荷遠比調職前輕，更遑論調動

後工作之薪資及工作地點均未改變，調動後之工作對於被上訴人家庭及生活並未產生任何不利益，系爭調動係基於企業經營所必須，符合勞基法第10條之1 規定，應屬合法。又被上訴人縱認新職工作量過重，亦應到職提供勞務或遵守請假程序，而非未經上訴人准假即擅自未到職提供勞務，上訴人係因被上訴人於105年6月13日至同年月15日無正當理由連續曠職3日，方於105年6月16日依勞基法第12條第1項第6款規定終止兩造間之勞動契約。再被上訴人全家已於105年7月28日移民至中國大陸定居，被上訴人之丈夫陳史翎亦已改赴中國大陸最大房仲業鏈家集團所屬之麗茲行公司擔任副總經理一職，是被上訴人現實上已不能提供勞務。另縱認解僱違法，觀諸被上訴人主張薪資，其中證照津貼2,000元非屬勞基法第2條第3款之工資，伙食津貼1,800元則因被上訴人未服勞務而減省，皆應自薪資中扣除等語。並上訴聲明：㈠原判決廢棄；㈡被上訴人在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。

三、兩造不爭執事項（見本院卷第371頁至373頁）：

（一）被上訴人自83年7月4日起任職於上訴人公司，系爭調動前擔任客戶推廣部協理，職掌為系統教育訓練、商品推廣銷售及售後客戶服務。105年2月4日上訴人未發書面調職命令即將被上訴人調至系爭網媒中心擔任儲備幹部職務。

（二）系爭網媒中心於被上訴人到職前，其職務內容係由徐賢淑兼任，徐賢淑於兼任期間並未製作日報、週報及月報。

（三）被上訴人自105年6月13、14、15日未至系爭網媒中心上班，上訴人主張被上訴人無正當理由繼續曠工3日，於105年6月16日以存證信函通知終止兩造間之勞動契約。系爭網媒中心於105年6月間被上訴人遭終止勞動契約後，先由徐賢淑兼任，至107年1月17日指派產品部主管羅世豪兼任系爭網媒中心職務，至107年3月1日由董光宇專任該職務。

（四）被上訴人於105年4月22日發送「您3/21-4/8週報中回覆的

內容因涉及研究主題過大。非本人一人能力所及。請提供2-3名助手協助本人於3周內完成您所交辦週報，以便能深入研究相關專案任務，謝謝。」之電子郵件內容予徐賢淑、人資課協理李明宗。徐賢淑於同年月29日發送「未交付請盡快交付。人力問題，我尚未見目前的工作量有不堪負荷現象，而是品質問題，請進一步改善」之電子郵件內容予被上訴人、李明宗。

（五）被上訴人於105年6月1日至8日均有請特別休假，上訴人均予以准假。被上訴人於105年6月13日、14日連續2日未向上訴人公司請假而未到職提供勞務，上訴人公司之人事單位於105年6月14日發送簡訊內容為「同仁您好：您從6/13-6/14未來公司上班，也沒有向主管請假，因連續三天曠職公司會以免職做處理，故提醒您務必盡快回公司上班或向主管請假」等字語（被證18）予被上訴人。被上訴人於同日也發送簡訊內為「徐賢淑副總：本人有收到公司曠職簡訊之通知，但本人並無曠職之情事，因本人經公司非法調動，多次向公司反應回復原職務，但均遭拒絕，本人實無補服勞務之義務，又本人有私人之物品仍於公司，請公司妥適保管本人之物品，若有毀損或滅失之情形，將依法追究相關人員之責任。高翠屏」等語（原證24）告知未到公司之原因。

（六）被上訴人與徐賢淑、李明宗於105年3月16日共同參加被上訴人新職位目標設定之會議（會議記錄詳參原證11）。被上訴人於105年3月16日寄發電子郵件檢附工作計畫（被證15）、於105年3月23日寄發電子郵件檢附上週週報及工作計畫（被證16）通知李明宗、徐賢淑。

（七）被上訴人於105年4月20日向臺北市政府勞動局（下稱勞動局）申請勞資爭議調解，請求上訴人將其恢復原職務，兩造於105年5月6日、同年月19日進行調解會議未達成共識，而調解不成立。

（八）被上訴人於105年5月30日發臺北市○○路○○○○號碼00

1023號函，105年6月3日至上訴人公司，並於同年月6日以臺北松江路存證信函號碼001099號函請求恢復原職務，上訴人並未再以存證信函回應，105年6月3日上訴人公司請被上訴人至新單位提供勞務。

（九）上訴人就被上訴人若任職於其公司按月應提繳之勞退金額，不論伙食津貼、證照津貼是否計入工資，應提繳金額均為5,796 元。

（十）被上訴人在台日數及出入境情況如本院卷第163至168頁更一附表1、3所載。

四、得心證之理由：

被上訴人主張系爭調動為不合法，其非無故曠職，則上訴人以被上訴人曠工3日為由，而依勞基法第12條第1項第6款規定終止勞動契約亦不合法。爰請求確認兩造間僱傭契約繼續存在，上訴人應給付如聲明所示之薪資，並按月提撥退休金等語。惟為上訴人所否認，並以前開辯述，茲就本件爭點，分述如下：

（一）按雇主調動勞工工作，不得違反勞動契約之約定，並應符合下列原則：一、基於企業經營上所必須，且不得有不當動機及目的。但法律另有規定者，從其規定。二、對勞工之工資及其他勞動條件，未作不利之變更。三、調動後工作為勞工體能及技術可勝任。勞基法第10條之1 第1 款至第3 款定有明文。

（二）就系爭調動，上訴人有無違反勞基法第10條之1 第1 款、第2 款、第3 款規定。經查：

1、就勞基法第10條之1第1 款部分：

⑴勞動契約為繼續性契約，於事業永續發展之過程中，事業就原有人力可透過職務調動之方式加以活用，以配合事業發展之方向。如隨事業所處外部競爭環境之變遷，認事業不得調整勞工職務，使雇主無從適時適所運用人力，亦會妨礙事業之存續發展。故雇主基於企業經營之必要，具有合理性之調職，應認為不違反勞動契約之本

旨。

⑵查上訴人籌備成立系爭網媒中心，係評估分析房屋仲介之電子商務競爭力後，而於104 年11月25日制訂系爭網媒中心之關鍵年度計畫、績效指標（KPI ），有104 年11月11日全球房產電商經營模式分析報告、104年11月25日2016網媒事業處年度KPI在卷可參（見前審卷一第522頁至第541頁），此互核證人即上訴人公司總經理葉凌棋於前審時證稱，104年我發現網路市場在轉變，所以在該年度決定要成立系爭網媒中心，以便掌握網路趨勢、制訂策略，系爭網媒中心是隸屬網媒事業處下的單位，人員配置預定4至8人，105年1月開始籌備該單位等語（見前審卷一第499頁）。可見上訴人公司為系爭調動前之104年間即已著手評估成立系爭網媒中心，用以研究房產電商之網路市場變化，嗣於105年1月間籌備成立系爭網媒中心等情，而衡以上訴人公司所從事者為不動產仲介業務，提供媒介服務為其營業最重要之一環，是其自會配合消費者之需求而隨時作因應調整，而網路世界下，電子商務、網路服務瞬息萬變，此為一般人所週知，企業經營者若無法跟上變化腳步調整，將致企業經營衰退，或造成嚴重虧損甚至倒閉之風險，故企業經營者成立特定單位如系爭網媒中心，用以研究網路市場變化，並據以研擬對策因應，自有其必要。

⑶被上訴人於系爭調動前，曾擔任網路服務部主管，帶領團隊負責網站功能、網站內容資料蒐集、競爭者資料蒐集分析、數據分析等，此據被上訴人陳稱在卷（見前審卷一第191 頁），亦經葉凌棋證述明確（見前審卷一第499頁）。又證人即上訴人公司網路事業處副總經理（即被上訴人直屬主管）徐賢淑於原審時證稱，我自102年起擔任被上訴人之長官，101 年7 月到部門整併前，被上訴人擔任永慶房屋房仲網的最高主管，職稱係協理，負責研究海外相關房地產官網競爭資料，研擬發展策略與服務規劃方向，後來將被上訴人調至客戶推廣部當協理學習業務工作

等語（見原審卷一第214 頁背面至第215 頁）；證人即上訴人公司網路服務部一課課長鄭凱元於原審時證稱，我96年至98年間任職在上訴人公司，主管是被上訴人，第一課業務內容主要負責網站蒐集、競爭者資料分析、網路規格書規劃，被上訴人審核後，由我負責建置網路平台。競爭者資料分析是由一課專人負責分析競爭者網路流量、網站功能、網頁內容更新、國內外網站活動情報，每週會做成書面格式交給被上訴人，被上訴人也會提供蒐集資料方向、參與討論、給予修正建議。網路服務部有3 課，第一課負責公司內、外系統建置規劃，第二課負責加盟網站維護，第三課負責網站內容的支援。被上訴人會將工作交給我們，我們完成向她回報，她再向高層簡報做成決定等語（見原審卷一第240 頁背面至第241 頁背面）；證人即上訴人公司網路服務部第三課課長惠蘊德於原審時證稱，96年至101年任職在上訴人公司，被上訴人是我的主管，鄭凱元離職後，我也有兼任一課工作，我負責的工作內容是租屋服務網的建置維護、管理、競爭者及員工網路訊息的觀察及蒐集，蒐集到對上訴人有負面、不好訊息會陳報。代理一課時，好房網與房仲網要分家，我負責處理網站分開後的內容、流程規劃，建置平台時要參考國內、外業者放在網頁上的內容，被上訴人會告訴我要看那幾個國外網站，日文、英文、韓文網站分別都有人負責，我們會消化資料後，提出修改計畫，被上訴人也會給建議，並審核我們提出的計畫，並決定要不要修改等語（見原審卷一第241 頁背面至第242 頁）；證人即上訴人公司網路研展課課長葉朝全於原審時證稱，96年至104 年任職在上訴人公司，與被上訴人共事約3 年，我負責關鍵字操作、網站數據分析、網站優化，進行網頁分析必須向被上訴人報告，被上訴人會給我具體修正及方向等語（見原審卷一第247頁背面至第248 頁）；證人即上訴人公司客戶服務部業務課經理陳健倫於原審時證稱，我從99年開始任職在上訴人

公司，在一課時工作內容是網站內容規劃及網站建置，我們接專案做網路修改，我會參考國內外其他網路平台所提供功能，說服主管作為修改、新增功能，會看美國、日本、大陸網站後作分析報告，也要和被上訴人討論，被上訴人會指導、提供意見供我們做修正等語（見原審卷一第249 頁至第250 頁）。是系爭調動前，被上訴人已擔任上訴人公司網路服務部主管多年，並指揮部屬為網路資料蒐集、修改，其已對仲介業務網路相關訊息脈動具一定熟稔。再佐以系爭調動前被上訴人曾擔任客戶推廣部協理，職掌為系統教育訓練、商品推廣銷售及售後客戶服務，為兩造所不爭執（見不爭執事項㈠），故其對上訴人公司之員工訓練、產品內容、商品銷售、客戶服務等上訴人公司之營業內容、運作等，亦當相當熟悉，應堪以認定。

⑷承上，上訴人為因應網路市場瞬息萬變而成立系爭網媒中心，進而研擬對策，自應找對公司經營項目及網路運作模式均熟稔瞭解之人，方能瞭解公司營業項目及明確洞悉公司與競爭對手之網路經營差異，而由被上訴人在上訴人公司之上開經歷，上訴人因而認被上訴人屬適切人員，並對其為系爭調動，尚認屬企業經營所須，則上訴人辯稱系爭調動係基於企業經營上所必須，非屬無據。

⑸被上訴人雖主張上訴人係因被上訴人之夫陳史翎與上訴人公司法定代理人之妻林淑貞間有投資糾紛，所以才為系爭調職，系爭調動有不當動機云云，並提出2 紙存證信函為證（見原審卷一第168 頁至第171 頁）。然參諸上開存證信函其內容為陳史翎於105 年3 月30日、4 月14日2 度函請永慶國際企業股份有限公司提出歷次股東會議紀錄及說明實際發配股利的情形，已難認陳史翎與林淑貞於系爭調動前，即已生投資糾紛之情事，更無從再憑此推論上訴人係因投資糾紛方因而為系爭調動。又被上訴人主張陳史翎於105 年5 月26日有遭鴻運通股份有限公司解僱一事（見原審卷一第177 頁），亦難遽謂即與本件有所相關，況且

陳史翎之解僱通知又在系爭調動後3 個月餘，自難逕將陳史翎之解僱與系爭調動遽作連結，是被上訴人此部分主張，不予足採。

⑹被上訴人復主張其調任至系爭網媒中心前，該工作係由徐賢淑兼任，其被終止勞動契約後，該職位亦非專職，則系爭調動應非企業經營上所必須云云；然查，被上訴人離職後其原任職位係先由徐賢淑、羅世豪兼任，嗣再由董光宇專任迄今等情，為兩造所不爭執（見不爭執事項㈢），則系爭網媒中心迄今均仍存續，並未裁撤，且先後亦有兼任、專任人員負責，顯見系爭網媒中心確屬上訴人公司營業上之必要單位，則被上訴人以此而謂系爭調動非企業經營上所必須云云，亦不足採。

⑺被上訴人又主張依上訴人公司之網路組織圖，其上未見系爭網媒中心，可見系爭網媒中心非企業經營上所必須云云，並提出內部電腦系統翻拍組織圖為證（見前審卷二第405頁）。然查系爭網媒中心係於105年1月始籌備，原由徐賢淑所兼任等情，已如前述，可見系爭網媒中心屬新籌設，而由徐賢淑負責該職務內容，並非被上訴人就任前不存在之單位；至被上訴人所提組織圖照片（其右下角之電腦螢幕顯示時間為105年3月10日下午1時39分），其上固未見系爭網媒中心，然企業經營其組織結構本非僅以組織圖所規劃之內容為限，企業本得隨時配合消費者之需求而作因應調整，斯時系爭網媒中心甫成立約1個月，上訴人縱未即時更新其網路上之組織圖資料，尚難以此即謂無系爭網媒中心之存在，更難再依此推論成立系爭網媒中心非屬上訴人公司經營之必要，被上訴人此部分主張，並非可採。

⑻被上訴人再主張上訴人明知其並無妨害電腦使用行為，竟對其提起刑事告訴，顯見上訴人係為整治勞工，不難想像違法之系爭調動亦係其對勞工所為整治行為云云，並提出臺灣臺北地方檢察署107 年度偵字第12818號不起訴書處

分書為證（見前審卷三第133 頁至第150 頁；下稱系爭不起訴處分書）。然查，系爭不起訴處分書要係上訴人因認被上訴人有自97年至105年間犯罪嫌疑而提出刑事告訴後，檢察官偵查後之結果，此部分事實與系爭調動尚屬有別，要難僅因上訴人曾對被上訴人提出上開刑事告訴，即與系爭調動遽作聯結，而謂系爭調動為不合法，是被上訴人此部分主張，亦難憑採。

2、就勞基法第10條之1 第2 款、第3款部分：

⑴承上，系爭調動雖屬上訴人公司經營上所必須；然上訴人設立系爭網媒中心，依證人葉凌棋前開證稱系爭網媒中心係於105年1月開始籌備，隸屬網媒事業處下，人員配置預定4至8人等語（見前審卷一第499頁），且證人徐賢淑於原審時亦證稱，系爭網媒中心係於105年2月成立，之前並無此單位，這些工作之前都是我在做。當時被上訴人有提出研究中心組織圖，也有提到要找人，印象中人數約4-5人，也有架構這些人的職掌工作內容等語（見原審卷一第216頁），可見系爭網媒中心於105年1月始籌備，並於同年2月設立，該單位原預定配置人員為4至8人等情，而系爭調動，上訴人係於105年2月4日在未發書面調職命令之情況，即將被上訴人調至系爭網媒中心擔任儲備幹部職務，為兩造所不爭（見不爭執事項㈠），是由上開時序可知，系爭調動對被上訴人而言，確屬未給予任何準備之突然調動之舉。

⑵復承前所述，被上訴人於系爭調動前係擔任客戶推廣部協理，職掌為系統教育訓練、商品推廣銷售及售後客戶服務等情，而依證人徐賢淑於原審時證稱，101年7月整併前，被上訴人係擔任永慶房屋房仲網的最高主管，負責海內外相關房地產官網的相關的競爭資料，擬定發展策略與服務規劃的方向等語（見原審卷一第214頁反面）；證人鄭凱元於原審時證稱，被上訴人時任網路服務部主管，該部門下有3課，各有不同職掌，即一課負責網站蒐集、競爭者

資料分析、網路規格書規劃，再交給主管即被上訴人審核，成員有6至7人；二課負責加盟網站維護，人員3至5人；三課係網站內容的支援單位，包括文案，人員3至5人。我是一課課長，被上訴人係我們主管，被上訴人交付工作給我們，我們完成後回報她，她會跟高層做簡報，最後才作成決定等語（見原審卷一第240頁反面至241頁反面）；證人惠蘊德於原審時證稱，我是三課課長，鄭凱元離職後有兼任一課課長工作，三課負責工作內容為租屋服務網的建置維護及管理、競爭者及員工網路訊息的觀察及蒐集，即我們會蒐集網路上對永慶房屋有負面或不好訊息的內容，也會派網軍去洗評論，負責平衡報導，同時會將蒐集後的資料向被上訴人回報，必要時跟被上訴人報告。又我們需要蒐集競爭者資料分析，還要參考國外業者放了哪些內容、技術，因為被上訴人管得很細，所以我都要回報，被上訴人會告訴我哪幾個國外網站要看，我也會找資料跟她討論，我們會消化資料後向被上訴人提出我們網站的修改計畫，被上訴人會審核我們的計畫是否需要修正等語（見原審卷一第241頁反面至242頁）；證人陳健倫於原審時證稱，我當時在一課，係被上訴人之下屬，我是負責網站內容規劃與網站建置，我需作成分析報告，也要跟被上訴人討論與報告，被上訴人會對我們進行指導，並提出意見，讓我們回去做修正等語（見原審卷一第249頁），足證被上訴人於系爭調動前身任網路服務部主管，其下所屬成員有12至17人，並分作三課，以團隊分工合作之方式各自負責不同事項，而被上訴人身為主管，係負責交辦指揮其下所屬人員進行各待辦事項，待下屬蒐集彙整相關資料並陳報後，被上訴人再與其等討論、審核及作成後續決定等情。

⑶然而，如前所述，設置系爭網媒中心既屬上訴人為因應產業經營需求所必須，且上訴人亦稱系爭網媒中心係具前瞻性之組織，有利未來之開創發展等語（見本院卷第120

頁），顯見上訴人對系爭網媒中心之運作具相當之重視，其對系爭網媒中心之資源投入，理應會於設立之初即有一步到位；但系爭調動後，系爭網媒中心卻僅配置被上訴人一人，並要被上訴人一人即負責該單位之全部業務，且上訴人公司亦未依其原先所規劃般，配置4至8人等情，又依證人徐賢淑於原審時證稱，被上訴人調到系爭網媒中心擔任協理，協助我做海外房地產，包含美國、中國、亞洲的房地產分析，主要是透過他長達20多年房地產相關從業經驗與分析，讓我更清楚進一步更精準的策略等語（見原審卷一第214頁反面至215頁），及參諸被上訴人與徐賢淑、上訴人公司人力資源主管李明宗於105年3月16日共同參加被上訴人新職位目標設定會議之決議內容：「1.關於新職務的補充說明：徐賢淑副總在本次會議中已將研究中心專案協理（儲備人才）之職務說明、量化目標及考核標準，以書面方式進行補充說明（如附件），針對高翠屏認為考核目標（營運數字部分）不夠明確部分，徐賢淑副總亦會在會後補充調整（如附件營運數字的目標），高翠屏將根據此內容框架，去擬定其工作計畫並設定工作目標，並答應於會後也先提一版先前所擬的工作計畫。2.週報補繳部分：高翠屏表示經企所所指四次未上傳之週報，2/4確實有上傳，可能因為系統問題，以致無法上傳沒成功，高翠屏允諾將在本週補足尚未完成上傳之週報，日後亦將依公司規定按時上傳週報。待辦事項：將缺繳的週報上傳至週報平台，預計完成日：105/3/18。提交新職位（研究中心專案協理）工作計畫及工作目標，預計完成日：105/3/18。附件：職務說明：1、國內外房地產網站競爭分析，並定期產出（日/周/月報）內容如下：A、市場面：當地房地產市場的動態與線上服務的更迭。B、消息面：每日更新最新全球房產線上服務資訊與競爭動態。C、服務面：深入研究各網站服務功能，並定期產出研究結果。2、專案觀察類：A、中國、美國、日本O2O發展動態追蹤。B、

台灣指定競品動態監控：591、信義、樂屋。C、研究產出，每兩週產出一個網站在020領域的深度研究報告。量化目標：日報：每日產出競爭對手與國外產業研究對象，在市場面、消息面、服務面的更新資訊。週報：每週需產出一個網站的服務功能研究，並深入分析為何產出這樣的服務？雙週報：每兩週產出一個網站在020領域的深度研究報告月報：整理該月的產出，進行事業處的分享。」等語（見原審卷一第51至52頁），足見被上訴人於系爭網媒中心所負責者，尚包含：1、國內外房地產網站競爭分析，並定期產出（日/周/月報）、2、專案觀察類：A、中國、美國、日本020發展動態追蹤。B、台灣指定競品動態監控：591、信義、樂屋。C、研究產出，每兩週產出一個網站在020領域的深度研究報告等諸多涵攝範圍甚廣之事務。此互核被上訴人調動前後之工作內容，二者間確有相當之差異，且被上訴人於調動前其下本有成員12至17人可供其指揮調度，而被上訴人原係負責審核、討論其下成員所彙整提出之資料，再作成決定等即可；然系爭調動後，被上訴人一人即要負責系爭網媒中心之全部運作，且無其他奧援，尚須自身進行上開事項之分析、研究，及固定產出日/周/月報等，又系爭調動對被上訴人而言，業屬突然，致其亦無法有任何事前準備下，即令其從事與其原工作事務具諸多差異之業務，則此勞動條件之變更，對被上訴人而言，難謂非屬不利。

⑷又被上訴人雖於105年2月4日即為調動，且其間上訴人公司有要求被上訴人繳交2月4日、2月19日、2月26日及3月4日之週報等情（見原審卷一第97頁），但由前開會議內容可知，被上訴人除有繳交2月4日之週報，且兩造間因就被上訴人之工作計畫部分尚未確定，故於該次會議決議被上訴人應於105年3月18日提交新職位（研究中心專案協理）工作計畫及工作目標等情。而被上訴人亦於105年3月16日寄發電子郵件檢附工作計畫（見原審卷二第21至24頁），

及於105年3月23日寄發電子郵件檢附上週週報及工作計畫（見原審卷二第25至32頁）通知李明宗、徐賢淑等情，此為兩造所不爭（見不爭執事項㈥），可認被上訴人於系爭網媒中心之工作計畫應於斯時方為確定。

㈤承上，被上訴人工作計畫確定後，其於105年4月22日即有發送「您3/21-4/8週報中回覆的內容因涉及研究主題過大。非本人一人能力所及。請提供2-3名助手協助本人於3周內完成您所交辦週報，以便能深入研究相關專案任務，謝謝。」之請求人力協助之電子郵件予徐賢淑、李明宗等情，且證人徐賢淑於原審時亦證稱，不是被上訴人一人，被上訴人有提出組織等語（見原審卷一第216頁反面）；然徐賢淑於同年月29日則係發送「未交付請盡快交付。人力問題，我尚未見目前的工作量有不堪負荷現象，而是品質問題，請進一步改善」之電子郵件內容予被上訴人、李明宗等情（見不爭執事項㈣）。經核承前所述，上訴人公司設立系爭網媒中心時，既已預定配置4至8人，上訴人公司不僅未依其原先規劃配置人力，且面對被上訴人之工作計畫業已確認，其亦明確請求上訴人提供人力協助，上訴人公司仍未為之。又由證人徐賢淑於原審時證稱，被上訴人雖有傳送上開請求人力協助之電子郵件，但我不認為這工作非一人所不能及，被上訴人有提出組織架構，但我不是不提供她幫手，係被上訴人沒有去找人等語（見原審卷一第215頁反面、第216頁反面），可見徐賢淑明知系爭網媒中心有人力配置之需求，且應由上訴人配置人力，嗣卻改以其認為該工作非被上訴人一人所不能及，或稱係被上訴人自身未找人，而作為搪塞上訴人公司未提供人力之理由，則見證人徐賢淑所為，除已相互矛盾，再細繹證人徐賢淑於原審時亦證稱，被上訴人一直說她無法一人完成，但是我有告訴她，在她到研究中心之前，這些工作都是我一人完成等語（見原審卷一第219頁反面），可知徐賢淑皆係以其先前兼任時所從事之工作內容與被上訴人均屬相

同，作為不提供被上訴人人力協助之依據；惟查徐賢淑於兼任系爭網媒中心期間，其並未曾製作日報、週報及月報（見不爭執事項㈡），且徐賢淑兼任前開職位時，亦未見其有就研究之外國文獻提出逐字翻譯稿之情事；但參諸徐賢淑對被上訴人所提出簡報之附註回應（內容為：外文請翻譯逐字稿，並提出妳的建議與看法，約時間說明，見原審卷一第57至59頁），卻係要求被上訴人應就各該外國文獻資料，均提出逐字翻譯稿，可見徐賢淑所謂其與被上訴人之工作內容均屬相同而得不提供人力協助之立據，顯不足採。

⑹再參諸被上訴人與徐賢淑往來之電子郵件，其內容分為：「（105年4月21日）徐賢淑：...希望妳以工作工作為要，儘快交付主管交辦的工作，以免自誤！以下工作，盼儘快交付！被上訴人：3/21～4/8一共四次的週報本人均依公司規定如期上傳EIP，未見你回覆週報意見，直至4/12當天終見你回覆。4/12～4/15本人因小孩流感學校停課一週不得不請假，且本人已當面向你請假，也完成線上請假作業，你也已核定」、「（105年4月25日）徐賢淑：...接任研究中心已二個多月，均未產出任何的日報、雙週報與月報。請協助如下。請每日產生日報/雙週報/月報。...」、「（105年4月29日）徐賢淑：妳今日的報告與我之前提醒應交付的任務並不對等，因妳跳過前一封信（如今日妳寄出的信件），茲附上，請仔細檢核工作是否有完全交付。未交付請儘快交付。人力問題，我尚未見目前的工作量有不堪負荷現象，而是品質問題，請進一步改善。...」等語（見原審卷一第53至54頁），及依證人徐賢淑於原審時證稱，這個工作之前都是我一人在做，我不認為非一人所不能及，我也不是不提供她幫手，是被上訴人沒有找，因為被上訴人有提出組織架構，但被上訴人都沒有去找人，我們一直在循環，因為被上訴人說沒有溝通協調，但是我有告訴她，之前有溝通，也有與李明宗

一起溝通，溝通結束後，提了週報沒有符合需求，被上訴人又說沒有溝通，也不是她一個人可以完成的，被上訴人也說沒有提供人，但是我們認為被上訴人沒有去找人，我有告訴被上訴人可以提出人力需求單，被上訴人可以去找人。我認為每次溝通都有達成共識，被上訴人提出週報當我進一步問問題時，被上訴人又說工作不是他想要的，又提到之前工作內容提到的問題，不斷再循環。又被上訴人一直說她無法一人完成，但是我有告訴她，在她到研究中心之前，這些工作都是我一人完成，我請她來找我，告訴她如何完成。另外我有發會議通知，但她都沒有來。」等語（見原審卷一第219頁），可證徐賢淑於上揭期間僅係不斷催促被上訴人提出報告，又再以其先前亦可一人完成為由，而一味否定被上訴人所提出之人力協助請求，然承前所述，徐賢淑所謂被上訴人一人即可完成之立據，已屬無據，且被上訴人亦有於105年4月15日、同年月22日、同年5月6日各繳交工作內容，有被上訴人所提出之資料在卷可佐（見原審卷一第55至60頁、第111至117頁、第119至123頁），並非未遵從上訴人之指示而為相關資料之繳交，又被上訴人所任系爭網媒中心之職務經董光宇於107年3月1日專任後，上訴人亦有於同年5月指派陳建仁經理至系爭網媒中心等情，此據上訴人陳稱在卷（見本院卷第115、350頁），則被上訴人縱具網站功能、網站內容資料蒐集、競爭者資料蒐集分析、數據分析等相關經驗，但上訴人要求被上訴人所從事事務既如前所述般，除與被上訴人過往之工作模式與內容尚有差異，且新指派職務又事項繁多且範圍甚廣下，上訴人不提供任何奧援，逕要求被上訴人單憑一己之力亟需完成上訴人所交待之全部事務，此對被上訴人之體能及技術而言，確有難為勝任之情事。

⑺上訴人雖辯稱系爭調動有經被上訴人同意云云，並以證人徐賢淑於原審時之證述為據（見原審卷一第217頁）；惟查，系爭調動後，被上訴人於105年3月8日寄發予徐賢淑

之電子郵件即載：「...未經當事人溝通告知就對其他人員佈達，這調動若合法又何需怕我先知道？...此一職位根本是虛設，哪有一個職位沒有目標、沒有工作內容就安排職位？！還要非法被調任到該職位的弱勢員工自己提出工作內容、計畫跟目標！...先調職再羅織設計，這是違法在先、無理在後，無情傷人」等語（見原審卷一第91頁）、及105年3月11日寄發予李明宗之電子郵件亦稱：「公司調職未經事先告知我同意就逕行調職在先...」等語（見原審卷一第98頁），均見被上訴人係強烈反對系爭調動，而未見被上訴人有同意之情事，且上訴人係於105年2月4日未發書面調職命令即為系爭調動，已如前述，衡情上訴人倘與被上訴人已有事前溝通，並有取得被上訴人之同意，其又何須突為此調動之舉。又依前所述，證人徐賢淑身為被上訴人之直屬主管，其面對被上訴人之人力協助請求，均係以前開相互矛盾之理由予以搪塞，且證人徐賢淑於原審經訊問為何要求被上訴人提出外國文獻翻譯之逐字稿？又稱，我不知道被上訴人是否有把提供給我的原文稿讀進去，並提供我依被上訴人專業的經驗提供被上訴人的看法，因為翻譯不是重點，看法才是重點等語（見原審卷一第215頁反面），然參諸徐賢淑前開對被上訴人所提出簡報之附註回應，其係明確表示：「請翻譯逐字稿」等語（見原審卷一第57至59頁），顯見證人徐賢淑之證述與客觀事實有所出入，認有偏頗，而不足採，則上訴人辯稱系爭調動有經被上訴人同意云云，亦難憑採。

⑻上訴人復辯稱被上訴人調動前後之位階、工資並未改變，且被上訴人調動後之平均日工時甚較調動前為少（見本院卷第245頁工時計算附表），是系爭調動並無勞動條件之不利變更或有工作量不合理、超出負荷等情事云云；惟查，勞動條件有無不利變更，或是否為被上訴人之體能及技術所能勝任者，並非單以調動前後之工時為據，且如上訴人所辯稱，其係看上被上訴人夠資深，且受公司信賴，

又具研究海內外相關房地產官網之競爭資料，擬定發展策略與服務規劃方向等經驗而為系爭調動，可見被上訴人就其所從事事務之專業展現，方為其工作內容之重點，被上訴人並非如同單純操作機械之工人般，而僅以工時長短作為其職務表現之評價依據，再系爭調動對被上訴人而言，認屬勞動條件之不利變更，且調動後之工作內容，亦非被上訴人之體能及技術所得勝任，業經本院認定說明如前，則上訴人前開所辯，亦難憑採。

⑼上訴人又辯稱，上訴人未提供其他人力予被上訴人，係因被上訴人未提出人力之要求，如被上訴人有向上訴人提出人力需求之計畫，上訴人即會如同董光宇專任該職務時般，後續為其配置人力云云；惟查，上訴人身為雇主，系爭網媒中心又為其所決定設置，上訴人本有為系爭網媒中心配置足夠人力之責，且承前所述，上訴人設立系爭網媒中心時，亦已預定要配置人力4至8人等情，則難將未配置足額人力問題，反歸咎係被上訴人之責。又參以上訴人所提出董光宇之人力需求報告（見前審卷一第577至578頁），董光宇係以一頁書面報告表達其人力需求之規劃。反觀被上訴人前已以前開電子郵件向徐賢淑表達人力協助之請求，二者間並未有相當差異，但徐賢淑卻係以「人力問題，我尚未見目前的工作量有不堪負荷現象」等語，而逕予拒絕被上訴人之請求，則認系爭網媒中心未配置足額人力，實非被上訴人之責，是上訴人所辯，並不足採。

⑽綜此，上訴人所為系爭調動，尚與第10條之1 第2 款「對勞工之工資及其他勞動條件，未作不利之變更」、第3款「調動後工作為勞工體能及技術可勝任」之要件均有未合，則被上訴人主張系爭調動係屬違法，應屬可採。

（三）承上，系爭調動既有違反勞基法第10條之1第2、3款所示情事，且被上訴人就此亦於105年4月20日先向勞動局申請勞資爭議調解，請求上訴人將其恢復原職務，兩造並於105年5月6日、同年月19日進行調解會議，但未達成共識，

而調解不成立。嗣被上訴人又於105年5月30日寄發臺北市○○路○○○○號碼001023號函，及於同年月6日以臺北松江路存證信函號碼001099號函通知上訴人，請求恢復原職務；但上訴人均未理會，並於105年6月3日請被上訴人至新單位提供勞務等情，為兩造所不爭（見不爭執事項㈦、㈧），則被上訴人就系爭違法調動，未依上訴人之指示，於上揭時間至系爭網媒中心任職，其未到職難謂無正當理由。則上訴人再以被上訴人自105年6月13、14、15日未至系爭網媒中心任職，而以無正當理由繼續曠工三日為由，於105年6月16日以存證信函通知終止兩造間之勞動契約，即難認有據。

（四）上訴人雖辯稱，系爭調動縱屬違法，被上訴人未到職仍應先踐行請假程序，而非逕予曠工云云；惟查，被上訴人就上訴人所為之違法調動，已有多次請求上訴人將其回復原職務，但上訴人均未予理會，甚仍再要求被上訴人至新單位提供勞務等情，已如前述，可見被上訴人並非未循正當管道以求上訴人回復其職務，係上訴人就此始終均不予理會，則被上訴人嗣後因而未於上揭期間至上訴人公司任職，既係上訴人前開違法行為所致，自難再就上訴人之違法行為，反課予被上訴人應為請假之責，是其所辯，自不足採。從而被上訴人主張上訴人依勞基法第12條第1項第6款終止兩造間之勞動契約，係屬違法，其請求確認兩造間僱傭關係存在，應堪憑採。

（五）被上訴人請求上訴人給付自105年6月17日起至復職之日止之薪資部分：

1、按僱用人受領勞務遲延者，受僱人無補服勞務之義務，仍得請求報酬；債務人非依債務本旨實行提出給付者，不生提出之效力，但債權人預示拒絕受領之意思或給付兼需債權人之行為者，債務人得以準備給付之事情，通知債權人以代提出；債權人對於已提出之給付，拒絕受領或不能受領者，自提出時起，負遲延責任，民法第487條前段、第2

35條、第234條分有明文。復按債權人拒絕受領或於債務人履行債務前，已預示拒絕受領之意思表示，或債務人之給付兼需債權人之行為而不行為，債權人即負受領遲延之責任。且債權人遲延後，須再表示受領之意思，或為受領給付作必要之協力，催告債務人給付時，受領遲延之狀態，始因滌除而告終了。勞工解僱前無去職之意思，並已表示願繼續提供勞務之意思，則雇主於解僱並拒絕受領勞工勞務後，應負受領遲延之責，而在其再表示受領之意思或為受領給付作必要之協力，催告勞工給付時，其受領遲延之狀態始得認為終了，勞工無須補服勞務，仍得請求報酬（最高法院98年度台上字第1821號判決意旨參照）。

2、查上訴人於105年6月16日以被上訴人無正當理由連續曠工3日以上為由，逕依勞基法第12條第1項第6款規定，終止兩造間之勞動契約，於法未合，不生終止效力，而被上訴人於105年4月20日有向勞動局申請勞資爭議調解，並於同年5月30日寄發臺北市○○路○○○○號碼001023號函，及於同年月6日以臺北松江路存證信函號碼001099號函通知上訴人，請求恢復原職務，均遭上訴人拒絕，已如前述，可見被上訴人主觀上並無任意去職而有繼續提供勞務之意，客觀上亦可繼續提供勞務，但上訴人公司卻拒絕受領，則依上開規定及判決意旨，上訴人應負受領勞務遲延之責任。是被上訴人請求上訴人自105年6月17日起至被上訴人復職之日止，按月給付被上訴人薪資，應屬有據。

3、上訴人雖辯稱被上訴人於105年4至6月已頻繁前往大陸，且其全家已於105年7月28日移民至大陸定居，又陳史翎亦已改赴麗茲行公司擔任副總經理，是被上訴人並無繼續提供勞務之意，且現實上亦不能提供云云；惟查，移動遷徙本為人民憲法上之基本權利，且參諸被上訴人之入出境資料（見本院卷第219至220頁），被上訴人於105年4月至6月間，僅有於105年5月12日出境，於同年月14日入境；同年月19日出境，同年月22日入境等短暫出入境等情，則難

僅以被上訴人有為前開短暫出入境，即謂其無繼續提供勞務之意。復被上訴人與其家人現人雖在大陸，但被上訴人訴訟代理人於本院準備程序中陳稱，被上訴人目前待在大陸，但本件若確認僱傭關係存在，被上訴人可立即返台工作，並無移民一事，又被上訴人在大陸係在照顧小孩，並無另外從事工作等語（見本院卷第216頁），亦表示仍願繼續提供勞務之意。至陳史翎有至大陸任職，上訴人雖有提出相關網頁資料及錄影影像等為據（見本院卷第257至279頁），然被上訴人與陳史翎本屬不同個體，尚難僅憑陳史翎有至大陸工作，即與被上訴人遽為連結，而謂被上訴人自身亦無繼續提供勞務之意，是被上訴人前開所辯，並不足採。

4、按工資，依勞基法第2條第3款規定，謂勞工因工作而獲得之報酬，包括工資、薪金及按計時、計日、計月、計件以現金或實物等方式給付之獎金、津貼及其他任何名義之經常性給與均屬之。該所謂「因工作而獲得之報酬」者，係指符合「勞務對價性」而言，所謂「經常性之給與」者，係指在一般情形下經常可以領得之給付。判斷某項給付是否具「勞務對價性」及「給與經常性」，應依一般社會之通常觀念為之，其給付名稱為何？尚非所問（最高法院104年度臺上字第728號判決意旨參照）。經參諸被上訴人之薪資領條明細（見原審卷一第44頁、前審卷二第447至449頁），證照津貼與本薪、職務加給均係列於相同給付項次（應稅加項），且均係按月定額發給2,000元等情，則該證照津貼既為上訴人每月所固定定額發給，此與取得證照時發給一次之具有雇主單方勉勵恩惠給與之性質尚有不同，應屬經常性之給與之性質，且與其以專業為勞務提供係屬相關，亦具勞務對價性，應認係屬工資。至伙食津貼1,800元部分，伙食津貼雖亦為按月所固定發放，然伙食津貼依其名義既係以勞工有為勞務提供所為之伙食補助，且尚無其他證據證明此補助屬勞務之對價，則被上訴人於

前揭時間遭上訴人違法解僱後，其確未再實際提供勞務，則上訴人辯稱未被上訴人實際提供勞務之此段期間，應不得再請求伙食津貼等語，應屬可採。

5、按給付有確定期限者，債務人自期限屆滿時起，負遲延責任。給付無確定期限者，債務人於債權人得請求給付時，經其催告而未為給付，自受催告時起，負遲延責任；其經債權人起訴而送達訴狀，或依督促程序送達支付命令，或為其他相類之行為者，與催告有同一之效力；遲延之債務以支付金錢為標的者，債權人得請求依法定利率計算。應付利息之債務，其利率未經約定，亦無法律可據者，週年利率為百分之5。民法第229條第1項、第2項、第233條第1項前段、第203條分有明文。經查，上訴人係於105年6月16日，以被上訴人無正當理由連續曠工3日為由，而依勞基法第12條第1項第6款規定，違法終止兩造間之勞動契約，已如前述，上訴人違法解僱後，即未給付被上訴人薪資，則被上訴人請求上訴人應給付違法解僱後，至其復職前之按月薪資，自屬有據。是被上訴人主張上訴人應自105年6月17日起（即被上訴人遭違法解僱之翌日）至被上訴人復職日止，按月於每月10日給付被上訴人9萬4,360元（即本薪61,204元、職務加給31,156元、證照津貼2,000元），及分別各自應給付日之翌日（即每月11日）起至清償日止，按年息5%計算之利息請求，以及按月提撥5,796元（見不爭執事項㈨）至勞保局設立之被上訴人勞退專戶內，為有理由，應予准許。逾此以外之範圍，則屬無據，而予駁回。

六、綜上所述，被上訴人依兩造間之勞動契約、民法第487條、勞退條例第14條等規定，請求：㈠確認兩造間僱傭關係存在；㈡上訴人應自105年6月17日起至被上訴人復職之日止，按月於次月10日給付被上訴人9萬4,360元，及自各期應給付日之翌日起至清償日止，按年息百分之5計算之利息；㈢上訴人應自105年6月17日起至被上訴人復職之日止，按月提繳

5,796元至被上訴人於勞保局設立之勞退專戶之範圍內，為有理由，應予准許。逾此以外之範圍，則屬無據，應予駁回。原審就逾上開應予准許部分，為上訴人敗訴之判決，自有未洽，上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為有理由，爰由本院廢棄改判如主文第二項所示。至上開應准許部分，原審為上訴人敗訴之判決，並依聲請為准、免假執行之宣告，核無不合。上訴人仍執陳詞，指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回其上訴。

七、本件事證已臻明確，兩造其餘之攻擊或防禦方法及所用之證據，經本院斟酌後，認為均不足以影響本判決之結果，爰不逐一論列，併此敘明。

八、據上論結，本件上訴為一部有理由、一部無理由，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　111　　年　　3　　月　　22　　日

勞動法庭

審判長法　官　黃雯惠

法　官　趙伯雄

法　官　華奕超

正本係照原本作成。

如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提理由書狀（均須按他造當事人之人數附繕本）上訴時應提出委任律師或具有律師資格之人之委任狀；委任有律師資格者，另應附具律師資格證書及釋明委任人與受任人有民事訴訟法第466 條之1第1項但書或第2項所定關係之釋明文書影本。

中　　華　　民　　國　　111　　年　　3　　月　　23　　日

書記官　簡素惠