高雄高等行政法院判決

110年度訴字第436號
民國112年3月1日辯論終結

原　　告　神腦國際企業股份有限公司

代　表　人　林榮賜
訴訟代理人　林岡輝　律師
　　黃鈺玲　律師
被　　告　高雄市政府勞工局

代　表　人　周登春
訴訟代理人　李美慧
　　鍾佳宏
　　王羚懿

上列當事人間就業服務法事件，原告不服高雄市政府中華民國110年9月27日高市府法訴字第11030756100號訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

主　文

一、訴願決定及原處分均撤銷。

二、訴訟費用由被告負擔。

事實及理由

壹、程序部分：

原告代表人已由賴勁麟變更為林榮賜，業據新任代表人具狀聲明承受訴訟，核無不合，應予准許。

貳、實體部分：

一、爭訟概要：

緣原告所僱用員工陳政國(下稱陳員)於民國109年6月9日向新北市勞工局申訴，指稱原告於109年5月4日資遣陳員，係以陳員擔任神腦國際企業股份有限公司企業工會(下稱神腦工會)理事長身分為由之歧視行為。新北市勞工局受理後，以陳員勞務提供地為高雄市轄管，於109年6月16日發函轉送

被告處理。被告受理後，發現原告涉有違反就業服務法第5條第1項規定之情事，經審酌調查所得事實證據、原告提出之陳述意見後，提報高雄市就業歧視評議會109年12月30日第5屆第7次會議審議結果，決議本案以「以往工會會員身分」歧視成立。被告遂核認原告有違反就業服務法第5條第1項規定之歧視行為，依同法第65條第1項及第3項規定，以110年2月8日高市勞就字第11030995100號裁處書(下稱原處分)處原告新臺幣(下同)30萬元罰鍰，並公布名稱、負責人姓名。原告不服，提起訴願，遭決定駁回，遂提起本件行政訴訟。

二、原告起訴主張及聲明：

㈠主張要旨：

1.就業服務法第5條第1項規定「以往工會會員身分」之文義，應不包括「現在工會會員身分」之僱用員工在內。參照教育部重編國語辭典修訂版就「以往」之釋義為「過去、以前」，亦可供參考。又依行政罰法第4條規定，違反行政法上義務之處罰，以行為時之法律或自治條例有明文規定者為限。故上開規定所稱「以往工會會員身分」之要件，應於「歧視行為成立時」即應具備，陳員自106年10月1日起擔任神腦工會理事長至今，其於109年5月4日遭原告資遣時仍具現任工會會員身分，不符合就業服務法第5條第1項「以往工會會員身分」之要件，原處分顯有違誤。

2.就業服務法於81年5月8日公布施行，為因應公平就業之社會價值觀，禁止雇主有就業歧視，以第5條第1項為一般性規定，然對歧視之定義內涵則未予闡釋。嗣立法者再分別就「就業歧視」之態樣加以特別規定，如工會法第35條第1項第1款、第45條第1項，就雇主對於勞工組織工會、加入工會、參加工會活動或擔任工會職務而解僱，訂有處罰規定，可認工會法第35條第1項第1款應屬就業服務法第5條第1項「以往工會會員身分」歧視要件之特別規定，應優先適用。陳員已依工會法第35條第1項及勞資爭議處法理法相關規

定，向行政院勞工委員會申請裁決，經作成確認原告構成工會法第35條第1項第1款及第5款之不當勞動行為，並經臺北高等行政法院109年度訴字第1372號判決在案，被告不得再依就業服務法第5條第1項、第65條規定處罰原告。

3.就業服務法第5條第1項條文所稱「歧視」，固屬不確定法律概念，惟因不涉及風險預估、價值取捨，性質上非屬行政機關判斷餘地範圍。退步言之，縱認屬判斷餘地範圍，原告係以陳員有勞動基準法第11條第5款「勞工對於所擔任之工作確不能勝任」之緣由將其解雇，核與陳員具有「以往工會會員身分」並無關涉，被告認定事實有錯誤：

⑴依原告之「維修機送修、建檔及報價作業準則」、「保固外收費作業說明_更新」，可知原告之維修工程師於進行維修客戶送修手機之作業前，必須先進入維修系統檢查該送修手機是否仍在保固期間，以判斷是否向消費者進行維修作業之報價，若需報價者，並應先行報價並取得消費者同意後，方可執行後續維修。陳員原係擔任原告南區維修中心之維修工程師，於108年12月31日，因客戶黃健祥至原告位於屏東縣東港鎮之櫃位將其故障HTC手機送修，原告分配予陳員處理。而客戶送修之手機已逾原告之保固期，原告可酌收維修服務費用，然陳員漏未依規定查核是否已逾原告公司保固期間（但未逾HTC原廠保固期間），於未經上述報價流程之情況下，逕依保固「內」之作業程序送交原廠維修，再將完修後之手機輾轉由客戶領回。原告嗣於例行檢核程序中發現陳員前述缺失，並進行相應調查程序，然陳員竟故意採取：於業務上文書為不實登載、於訪談程序欺瞞主管、教唆同事偽造客戶簽名、串謀同事為虛偽陳述共同欺瞞原告、誤導不知情客戶向原告虛偽陳述等各種該當刑事犯罪構成要件行為之手段，藉此妨礙原告釐清事實，嚴重破壞內部紀律與組織管理。此外，陳員於前述維修件事件發生前1年內，已發生3次以上關於維修、報價與公關客訴等相類(保固外未收費或保險耗用料件未收費)作業缺失，縱曾接受原告輔導與教育訓

練，卻仍重複違犯此類缺失；且原告於調查陳員本次違規程序中，多次循循善誘，期能見到悛悔改過之意，然陳員自始至終均拒絕認錯，甚至以各種狡辯或虛偽陳述故意卸責。衡諸陳員長期工作表現不佳，作業缺失次數極多，縱經施以輔導改善，不但未見改善，甚至發生此次該當刑事不法之嚴重脫序行徑，確屬不能勝任工作，且其不願改正而無忠誠履行勞務意願，無法期待未來不會再有相類之違法舉措，已無從期待雙方繼續僱傭關係，原告不得不依勞動基準法第11條第5款終止勞動契約。況原告與陳員合意簽訂之工作倫理書亦已訂明，員工就公司紀錄有造假等違反適當行為標準之活動，原告得為終止僱用之懲戒。陳員前述造假等行為，已嚴重違反上開工作倫理書所載之適當行為標準，原告本得終止勞動契約，核與陳員擔任神腦工會理事長無關，並無因其以往工會會員身分為由予以歧視之事實，高雄市就業歧視評議會之事實認定有誤。

⑵參酌原告近年雖有其他員工發生相類案件，然其他員工大多於首次接受權責單位調查時，即直接坦承不諱，或經在提示細節後全盤承認，該些情節均明顯較陳員前述情形為輕，爰僅予以大過或較輕之處分。況參酌與原告情節較相似之案件，部分員工僅因年度KPI未達標準、或因二次服務標準不符原告規範等，即遭原告依勞動基準法第11條第5款終止勞動契約，足證原告予以陳員解聘處分亦無特別較重之情形。從而，原告對陳員所為之資遣自無原處分所稱逾越過往處理同一或相類事件之懲處之情形，實無差別對待之情事，自無以陳員以往工會會員身分為由予以歧視之事實。

⑶臺灣臺北地方法院（下稱臺北地院）109年度勞訴字第320號判決業已認定原告資遣陳員一事，符合勞動基準法第11條第5款規定之要件，據以駁回陳員請求確認僱傭關係存在之訴。嗣陳員提起上訴，雖經臺灣高等法院110年度勞上字第119號判決原判決部分廢棄、確認兩造間僱傭關係存在等。惟其判決理由亦已敘明：維修缺失起初全因陳員疏失行為所

致，與原告全然無涉。復觀諸原告就維修缺失之後續調查過程，均係針對維修缺失所涉及之相關事實進行，所涉內容尚與陳員是否具神腦工會理事長之身分，或神腦工會與原告間之勞資爭議無關。又陳員於維修缺失調查過程中，另唆使同事戴淑梅在空白之公關客訴單「顧客簽名」欄上偽簽「黃銘清」之簽名，而有涉犯偽造文書犯嫌一事，由先後全部事實內容可知，本件資遣緣由係肇因於陳員起初之維修疏失及其後續之相關作為等語，可見原告資遣陳員，係基於陳員前開違失行為所致，而非以陳員之工會會員身分為由之歧視行為。

㈡聲明：訴願決定及原處分均撤銷。

三、被告答辯及聲明：

㈠答辯要旨：

1.依行政院勞工委員會95年8月10日勞職業字第0950062428號函(下稱勞動部95年8月10日函)意旨：「……二、查本法第5條第1項規定……其中所稱『以往工會會員身分』，係以就業歧視事件審（認）定時點加以判斷，因就業歧視事件之發生時點當在該事件審（認）定前，故就業歧視事件發生當時或之前，求職人或所僱用員工具有依法組織工會之會員身分者，即符合本條『以往工會會員身分』之身分構成要件。」是以，依高雄市就業歧視評議會109年12月30日決議當時為判斷，原告109年5月4日將陳員解僱之歧視行為發生當時，陳員仍具有神腦工會會員身分，自符合就業服務法第5條第1項「以往工會會員身分」要件。另依勞動部109年9月9日勞動條4字第1090130767號函（下稱109年9月9日函）意旨：「所詢申訴人因現具有工會會員身分遭受雇主不利對待，實係適用就業服務法第5條第1項或工會法第35條第1項規定疑義，查該二法所規範之目的及緣由並不相同，爰雇主如對勞工有不利對待之情形，應就其目的、動機等因素予以確明後，再依各該法律尋求救濟。」可知，就業服務法第5條第1項與工會法第35條第1項，不具有法條競合關係，如符合各

該規定，主管機關自得分別處罰，則被告在管轄權責內，適用就業服務法第5條第1項、第65條第1項及第3項規定，對原告予以處罰，並無違誤。

2.原告確有以陳員以往工會會員身分為由予以歧視之事實，原處分並無事實認定錯誤：

⑴依陳員109年3月13日接受原告調查之訪談記錄可知，雖陳員於處理上述HTC手機之維修工作，因違反原告作業流程，未確認該送修是否有過原告保固期而須收費之情形，並自承有疏失，然該送修件過原告保固期限後，又送原廠維修，因在原廠保固期內故並未收費，而該公關客訴單僅係為補正原告所要求程序，陳員因前述維修件未產生費用，方委請同仁於公關客訴單簽署「黃銘清(代)」，足見該次維修事件原告並無損失，陳員偽造他人簽名僅係為補正原告公關客訴單之內部規定程序，不法性亦甚低。又參酌107年至109年原告員工懲處名單，經原告解僱及大過之情形，其中偽造簽名不外乎有侵佔配件、贈品或圖利者，而就陳員前述維修件經原告與客戶、陳員之主管確認，並未造成原告任何損失或陳員有藉此圖利他人及自己之情形，陳員對於前述維修件雖有未確認該送修是否有過原告保固期、偽造公關客訴單簽名而違反原告內部規定之行為，惟陳員偽造簽名目的僅係為補正原告內部流程上，陳員偽造簽名之動機之相較於其他遭原告記大過或解僱者更甚輕微，然原告卻以陳員無法勝任工作為由資遣，顯已違反比例原則，而有明顯之差別待遇。

⑵陳員擔任神腦工會第一屆工會理事長，任期106年10月1日至110年9月30日止，於107年至108年間因促使主管機關實施勞動檢查等情事，與原告資方間存有緊張關係。原告針對陳員違失程度所給予之處分顯然過當，並未就相同情事給予相同對待，足見原告顯有以陳員以往工會會員身分為由予以歧視之事實，原處分事實認定並無錯誤。

㈡聲明：原告之訴駁回。

四、本案爭點：

原告對具有工會會員身分之受僱員工陳員為資遣，是否符合就業服務法第5條第1項所定「以往工會會員身分」之歧視要件？倘認符合，上開規定與工會法第35條第1項有無法條競合關係？

五、本院的判斷：

㈠前提事實：

如爭訟概要欄所載等情，業經兩造分別陳述在卷，並有新北市政府勞工局109年6月16日新北勞業字第1091110203號函（第1頁）、就業歧視申訴書（第2頁）、資遣通知書（第8頁）、高雄市就業歧視評議會109年12月30日第5屆第7次會議紀錄（第545頁）、原處分（第547頁）、訴願決定（第550頁）附處分卷為證，可信為真實。

㈡應適用的法令：

1.就業服務法

⑴第5條第1項：「為保障國民就業機會平等，雇主對求職人或所僱用員工，不得以種族、階級、語言、思想、宗教、黨派、籍貫、出生地、性別、性傾向、年齡、婚姻、容貌、五官、身心障礙、星座、血型或以往工會會員身分為由，予以歧視；其他法律有明文規定者，從其規定。」

⑵第65條：「(第1項)違反第5條第1項……規定者，處新臺幣30萬元以上150萬元以下罰鍰。……(第3項)違反第5條第1項規定經處以罰鍰者，直轄市、縣（市）主管機關應公布其姓名或名稱、負責人姓名……。」

2.工會法

⑴第35條第1項第1項：「雇主或代表雇主行使管理權之人，不得有下列行為：一、對於勞工組織工會、加入工會、參加工會活動或擔任工會職務，而拒絕僱用、解僱、降調、減薪或為其他不利之待遇。二、對於勞工或求職者以不加入工會或擔任工會職務為僱用條件。……。」」

⑵行為時法第45條：「雇主或代表雇主行使管理權之人違反第35條第1項規定，經依勞資爭 議處理法裁決決定者，由中央

主管機關處雇主新臺幣3萬元以上15萬元 以下罰鍰。」

㈢原告對「現在工會會員身分」之受僱員工陳員資遣，不符合就業服務法第5條第1項所稱「以往工會會員身分」之歧視要件：

1.依就業服務法第5條第1項、第65條之規範結構觀之，前者係課予人民一定行政法上不作為義務之禁止規定，亦即就業歧視行為之構成要件規定；後者係法律效果之處罰規定。又依就業服務法第5條第1項規範意旨，可知禁止雇主對求職人或所僱用員工歧視之緣由，以該條文列舉規定之「種族……以往工會會員身分」等各項特質、身分之緣由為限，而該條文既明定「以往工會會員身分」為歧視要件，則被歧視者倘不符合該身分要件，雇主所為即不構成該規定之就業歧視行為。

2.按法律文字之解釋，應儘量採用立法當時一般通俗語法之意思，始能貼近立法者真意。依教育部重編國語辭典修訂本（參照網路版本）關於「以往」一詞，符合近代通俗語法之釋意為「……2.過去、以前。如：小妹這次的月考成績較以往進步。」是以，就業服務法第5條第1項所稱「『以往』工會會員身分」之文義解釋，係指「過去、以前」工會會員身分，而有別於「現在」工會會員身分。又法律條文每一個字，都應儘量賦與法律上意義，使其具有規範效力，避免將法條文字解釋為贅文，以示對立法權之尊重。立法者制定條文時，在「工會會員身分」前添加「以往」2字，應係有意針對工會會員身分之要件，就其存在時間予以限制規範，僅限於雇主對員工以「過去曾具有工會會員身分」為由之歧視行為，而不包含對員工以「現在工會會員身分」為由之歧視行為。亦即立法者明定「以往工會會員身分」為歧視要件，其主要用意是要防範雇主打壓曾參與工會勞工，而將之列入黑名單，致造成其重新覓職困難（參見焦興鎧著「我國就業歧視評議制度之現況及實施檢討評析」，「國立台灣大學法學論叢」第31卷第2期，第172頁）。再者，倘將之解釋為包

括所僱用員工「以往工會會員身分持續至行為當時」，等同於將條文「以……『以往』工會會員身分為由」之「以往」二字剔除後之相同解釋，忽略立法者制定「以往」二字所賦與之規範意義，而將之視為贅文，即有違反上述解釋原則，尚非可採。

3.被告雖援引勞動部95年8月10日函為其作成原處分之準據。惟查，依行政罰法第4條、第27條第2項規定意旨，違反行政法上義務之處罰，以「行為時」之法律或自治條例有明文規定者為限，原則上自「行為終了時」起算裁處權時效，可知違章行為人是否具備處罰規定之構成要件，係以行為時點觀察。是以，雇主之歧視行為該當就業服務法第5條第1項「以往工會會員身分」之構成要件，自應於該「歧視行為時」即具備。上開函釋意旨，認應立於行為後之就業歧視事件審（認）定時點往前觀察，則行為當時之身分，相對於時間在後之審（認）定時點而言，自屬「以往」之身分，據以判斷該當「以往工會會員身分」之構成要件，有違行政罰法第4條規定意旨。再者，須等待至權責機關為「就業歧視事件之審（認）定時」之不確定時點，始能判斷雇主歧視行為是否該當上開構成要件，在此時點之前陷於法律適用之不確定狀態，亦有違法律明確性原則。至於勞動部95年8月10日函釋意旨之結論，認「以往工會會員身分」之構成要件，包含歧視行為發生「當時」（即現在工會會員身分）或「之前」（即以往工會會員身分），參照前開解釋說明，足認與就業服務法第5條第1項規定「以往工會會員身分」之立法本旨不合，尚難予以援用。

4.經查，原告以其所僱用員工陳員不能勝任工作為由，於109年5月4日發給資遣通知書予以資遣。陳員於遭資遣時，擔任神腦工會理事長（任期106年10月1日至110年9月30日止），有上開資遣通知、新北市勞工團體職員當選證明書（原處分卷第4頁）在卷為證。又參照行為時工會法第19條第1項規定意旨，工會會員年滿20歲者，得被選舉為工會之理事，可知

陳員於資遣行為時，係「現在工會會員身分」之受僱員工並經選舉擔任工會理事長。是以，原告資遣陳員之行為，縱認純係考量陳員身分之決定，而構成就業歧視行為，亦係以所僱用員工陳員於行為時之「現在工會會員身分」為歧視緣由，而非以陳員之「以往工會會員身分」為由，依上述說明，核與就業服務法第5條第1項所稱「以往工會會員身分為由」之歧視要件不合，不構成違反上開規定之就業歧視行為，被告以原處分裁處原告，即有違誤。

㈣退步而言，縱採納就業服務法第5條第1項所稱「以往工會會員身分」之歧視要件，包含受僱員工具「現在工會會員身分」或「以往工會會員身分持續至行為當時」之解釋，而認原告所為構成違反該規定之就業歧視行為，亦因與具特別法性質之工會法第35條第1項第1款有法條競合關係，而無適用之餘地：

1.依中央法規標準法第16條規定：「法規對其他法規所規定之同一事項而為特別之規定者，應優先適用之……」之意旨，兩個法規之規定事項有法條競合情形，而屬特別法與普通法之關係時，只適用特別法規定，普通法規定則無適用之餘地。

2.就法律名稱及整體法規範內容觀之，工會法就工會事項（包括工會會員、工會職員身分及其保護等）有最詳細之規定，相對於就業服務法而言，工會法應屬工會事項之特別法。再者，經比較工會法第35條第1項第1款規定「雇主……不得……對於勞工……加入工會、參加工會活動或擔任工會職務，而拒絕僱用、解僱、降調、減薪或為其他不利之待遇」、就業服務法第5條第1項規定「雇主對求職人或所僱用員工，不得以……以往工會會員身分為由，予以歧視」之規定意旨，可知兩者關於勞工權益之保障事項，均具有保護員工免於因參加工會之緣由而遭其雇主不利對待之同一規範目的。再者，工會法第35條第1項第1款規定，係針對受僱用員工取得「工會會員身分」或基於該身分參加活動或擔任工會

職務之個別緣由而遭雇主不利對待所制定之個別（狹義）構成要件；就業服務法第5條第1項上開事項之規定，則係針對員工因「工會會員身分」之一般緣由而遭雇主不利對待所制定的概括（廣義）構成要件，足認前者之構成要件已完全涵蓋後者之構成要件，兩者間具有特別（狹義）法與普通（廣義）法之法條競合關係，依中央法規標準法第16條規定及就業服務法第5條第1項後段明示「其他法律有明文規定者，從其規定」之意旨，自應優先適用為特別法之工會法第35條第1項第1款規定，為普通法之就業服務法第5條第1項則無適用之餘地。

3.被告雖援引勞動部109年9月9日函（附處分卷第22頁），主張上開2法條不具有法條競合關係，應可分別適用處罰云云。惟查，關於針對受僱用員工保護其免於因參加工會之緣由而遭雇主不利對待之同一事項，上開2法條均有規定，且構成要件有完全涵蓋之情形，合於中央法規標準法第16條規定，已如前述。勞動部109年9月9日函釋意旨，認上開2法條之規範目的及緣由並不相同，雇主就其所受不利裁處，可依各該法律分別尋求救濟等語，有違中央法規標準法第16條規定意旨，尚難予以援用。原告此部分主張，並無可採。

4.依陳員提出之就業歧視申訴書、高雄市就業歧視評議會會議紀錄、原處分書事實欄之記載內容，洵相一致，足見被告係認定「原告以其所僱用員工陳員擔任神腦工會理事長職務之緣由，而予以資遣之不利對待」，該當就業服務法第5條第1項所稱「以往工會會員身分」歧視要件之違規行為，據以作成原處分。是以，縱認原告對陳員資遣，純係考量陳員身分之決定，而構成就業歧視行為，核係一個違規行為，同時該當彼此間存有特別法與普通法關係之工會法第35條第1項第1款、就業服務法第5條第1項規定，實質上僅違反「一個」行政法上義務，依前述說明，本件不適用為普通法之就業服務法第5條第1項規定。被告適用此規定作成原處分，即有違誤。

㈤綜上所述，原告所為核與就業服務法第5條第1項所稱「以往工會會員身分」之要件不合，不構成就業歧視之違規行為。退步而言，縱認原告所為符合就業服務法第5條第1項所稱「以往工會會員身分」之要件，而構成就業歧視之違規行為，因法條競合之適用關係，亦無就業服務法第5條第1項之適用餘地。被告依同法第65條第1項、第3項規定，處原告30萬元罰鍰，並公布名稱及負責人姓名，原處分即有違誤，訴願決定未予糾正，亦有違誤，應併予撤銷。

㈥本件判決基礎，兩造其餘及訴訟資料，經本院斟酌後，核與判決結果不生影響，並無逐一論述之必要，併此說明。

六、結論：原告之訴為有理由。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　3　　月　　22　　日

高雄高等行政法院第一庭

審判長法官　李　協　明

法官　邱　政　強

法官　孫　奇　芳

以上正本係照原本作成。

一、如不服本判決，應於送達後20日內，向本院提出上訴狀，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（均須按他造人數附繕本）。未表明上訴理由者，逕以裁定駁回。

二、上訴時應委任律師為訴訟代理人，並提出委任書。（行政訴訟法第241條之1第1項前段）

三、但符合下列情形者，得例外不委任律師為訴訟代理人。（同條第1項但書、第2項）

得不委任律師為訴訟代理人之情形	所　需　要　件
（一）符合右列情形之一者，得不委任律師為訴訟代理人	1.上訴人或其法定代理人具備律師資格或為教育部審定合格之大學或獨立學院公法學教授、副教授者。

	2. 稅務行政事件，上訴人或其法定代理人具備會計師資格者。 3. 專利行政事件，上訴人或其法定代理人具備專利師資格或依法得為專利代理人者。
（二）非律師具有右列情形之一，經最高行政法院認為適當者，亦得為上訴審訴訟代理人	1. 上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親具備律師資格者。 2. 稅務行政事件，具備會計師資格者。 3. 專利行政事件，具備專利師資格或依法得為專利代理人者。 4. 上訴人為公法人、中央或地方機關、公法上之非法人團體時，其所屬專任人員辦理法制、法務、訴願業務或與訴訟事件相關業務者。
是否符合（一）、（二）之情形，而得為強制律師代理之例外，上訴人應於提起上訴或委任時釋明之，並提出（二）所示關係之釋明文書影本及委任書。	

中　　華　　民　　國　　112　　年　　3　　月　　22　　日

書記官　宋鑠瑾