

高雄高等行政法院判決

111年度簡上字第28號

上訴人 臺南市政府勞工局

代表人 王鑫基

訴訟代理人 許雅芬 律師

蔡宜君 律師

王文廷 律師

被上訴人 英屬蓋曼群島商金百利克拉克股份有限公司

代表人 艾華斯(Ashish Agarwal)

訴訟代理人 蔡嘉政 律師

許維帆 律師

上列當事人間就業服務法事件，上訴人對於中華民國111年4月20日臺灣臺南地方法院110年度簡字第47號行政訴訟判決，提起上訴，本院判決如下：

主 文

一、原判決關於命上訴人給付被上訴人利息部分暨該訴訟費用部分均廢棄。

二、廢棄部分被上訴人在第一審之訴駁回。

三、其餘上訴駁回。

四、廢棄部分第一審及上訴審訴訟費用由被上訴人負擔，駁回部分上訴審訴訟費用由上訴人負擔。

理 由

一、爭訟概要：

緣被上訴人遭員工申訴因年齡、年資因素被迫資遣，涉有年齡歧視，經109年度臺南市就業歧視委員會(下稱就歧會)第2次會議(下稱系爭會議)評議，決議本件違反就業服務法第5條第1項規定成立，上訴人遂依就業服務法第65條規定，以民國109年3月17日南市勞就字第1090303029B號函(下稱原處

01 分)，作出罰鍰新臺幣(下同)30萬元處分。被上訴人不服，
02 提起訴願，遭訴願決定駁回，乃提起行政訴訟，前經臺灣臺
03 南地方法院以110年度簡字第47號行政訴訟判決(下稱原判
04 決)將訴願決定及原處分均撤銷，上訴人應給付被上訴人30
05 萬元及自110年7月8日起至清償日止按年息百分之5計算之利
06 息。上訴人不服，遂提起本件上訴。

07 二、被上訴人起訴主張及訴之聲明、上訴人於原審之答辯及聲
08 明、原判決認定之事實及理由，均引用原判決所載。

09 三、上訴意旨：

10 (一)原判決關於勞動基準法(下稱勞基法)第11條第4款之適用，
11 未衡量有無符合「解僱最後手段性」要件，應有適用法規不
12 當，且足以影響判決之結果：

13 1、勞基法第11條第4款所定要件除業務性質變更外，後段更列
14 明需要有減少勞工之必要，又無適當工作可供安排者，由雇
15 主盡周全保障受雇者勞動權保障，善盡種種協助措施後仍無
16 法改善，方能行使終止勞動契約最後手段，此乃「解僱最後
17 手段性原則」之具體展現，此原則之適用，不因雇主即被上
18 訴人與其前員工即申訴人曾啟淵、林育賢(下合稱申訴人)終
19 止勞動關係之法源依據，係勞基法第11條第2款或第4款而有
20 不同。原處分雖於理由及法令依據第五點、第六點提及業務
21 緊縮字眼，但並非係審酌被上訴人終止與申訴人間之勞動關
22 係，是否符合勞基法第11條第2款規定，而係審酌被上訴人
23 終止勞動關係之行為，是否符合「解僱最後手段性」原則之
24 論述。

25 2、衡量被上訴人終止勞動關係是否符合「解僱最後手段性」原
26 則，包含被上訴人之獲利情形，依被上訴人提供之財務報
27 表，被上訴人之營業額雖較前一年略為減少，惟仍屬正獲利
28 營運而非虧損狀態，且與申訴人相關之業務既已外包節省營
29 運成本，足徵被上訴人有能力透過其他手段進行財務控制；
30 則被上訴人終止與申訴人間之勞動關係，是否符合「解僱最
31 後手段性」原則，應由被上訴人證明，然被上訴人於原處分

作成前提出之資料，不足以證明被上訴人終止勞動關係之行為符合「解僱最後手段性」，故上訴人認定被上訴人違反就業服務法第5條第1項年齡歧視，自屬適法。

3、上訴人審酌被上訴人有無獲利情形，係為判斷被上訴人終止勞動關係之行為，是否符合勞基法第11條第4款「解僱最後手段性原則」，而非審酌上訴人解僱行為，是否合於勞基法第11條第2款之規定，上訴人於原處分之法規適用，並無違誤，原判決未審酌被上訴人以勞基法第11條第4款終止與申訴人間之勞動契約，是否符合「解僱手段性原則」，誤認上訴人錯誤適用勞基法第11條第2款之規定云云，顯有適用法令不當之違誤。

(二)被上訴人終止與申訴人之勞動關係有無年齡歧視，應由被上訴人負舉證責任，原判決就此部分之舉證責任分配，顯有錯誤，且亦有未適用中央法規標準法第16條、中高齡者及高齡者就業促進法(下稱就業促進法)第14條等規定之違誤。就業促進法為就業服務法之特別法，依中央法規標準法第16條規定，本件係涉及年齡歧視之單一歧視問題，基於特別法優先適用原則，被上訴人是否有涉及年齡歧視之議題，應優先適用就業促進法之規定。就業促進法第14條明定，雇主應就差別待遇非因年齡因素，或其符合前條(即第13條)所定之差別待遇因素，負舉證責任。本件申訴人既已主張渠等遭被上訴人以業務緊縮為由，結清高齡員工年資並資遣，涉及年齡歧視乙節，經上訴人調查後，認定申訴人之主張尚屬可採，則被上訴人應就其差別待遇非基於年齡因素乙節，舉證以實其說，然觀諸被上訴人所提出資料，其比較說明之人員，與申訴人2人並不具可比性，且關於上訴人詢及申訴人等任職於全聯通路部門前之業務究為何者時，被上訴人亦未提出相關證據供上訴人參考，是上訴人認定被上訴人就此部分未盡舉證責任，進而認定被上訴人終止與申訴人間之勞動關係違反就業服務法第5條第1項之規定，自屬適法。原審就被上訴人

01 終止與申訴人間之勞動關係，是否涉及年齡歧視之舉證責
02 任，顯然分配錯誤。

03 (三)縱認本件「歧視事實」存否應由上訴人舉證，原審就此部
04 分，亦有應依職權調查而未予調查之違法：

05 1、被上訴人強迫符合自請退休條件之申訴人退休，申訴人拒絕
06 後，被上訴人改以勞基法第11條第4款規定，終止與申訴人
07 間之勞動關係，已涉及年齡歧視；縱原審認定上訴人此部分
08 有舉證不足之情形存在，亦應職權調查或命上訴人詳為舉
09 證，然原審就此部分逕為上訴人不利之認定，有不適用行政
10 訴訟法第125條第1項、第133條之規定，及判決不備理由等
11 判決違背法令情形存在。

12 2、申訴人曾啟淵、林育賢均已符合自願退休年齡，於108年3月
13 間無預警遭被上訴人通知促請申訴人申請自願退休，然申訴
14 人並無意自請退休，被上訴人竟於108年3月29日以公司內部
15 郵件佈達員工關於申訴人要退休之訊息，內容略以：「各位
16 同仁大家好，懷著不捨的心情，通知大家，5位親愛的同
17 事，南一區區經理曾00(即申訴人曾員)、業務副理陳00、業
18 務經理林00(即申訴人林員)、中區區經理邵00、業務襄理蔡
19 00，將於108年3月31日退休。……」，可證明被上訴人確實
20 有強制勞方退休之情形存在。惟因申訴人不願自請退休，遂
21 遭被上訴人以勞基法第11條第4款之理由進行資遣，申訴人
22 非自願離職之事實，亦有被上訴人所開立之離職證明書可
23 證。故原判決僅以：「原告終止與申訴人之勞動關係，係基
24 於各員工因業務性質變更所受影響程度及其業務考核成績為
25 考量，與年齡無涉：……本件擇定過程尚難認涉年齡因素，
26 更無構成年齡歧視之證據。被告僅依申訴人等一面之詞，遽
27 認本件僱傭關係之終止構成該年齡歧視云云，顯非適法。」
28 即認定被上訴人無違法事實存在，而未盡職權調查事證之義
29 務，且未敘明上訴人主張不可採之理由，自屬判決適用法規
30 不當、判決不備理由。

01 (四)被上訴人實際係年齡較長(即年資較長、薪資所得較高)之人
02 員為裁員目標，然此等篩選方式，已構成「間接年齡歧
03 視」；且被上訴人將申訴人等移置「同一部分」並裁撤該部
04 門，是否符合勞基法第11條第4款所規定「業務變更」之情
05 事，亦屬有疑，原審就此部分未依職權調查，顯違反行政訴
06 訟法第125條、第133條之規定：

07 1、按「就業歧視」係指當雇主以求職人或所僱用員工「與執行
08 該項特定工作無關之性質」來決定受僱與否或其勞動條件，
09 且雇主在該項特質上的要求有不公平不合理之情事，可認定
10 為雇主對求職人或所受僱員工歧視。又「就業歧視」型態分
11 為「直接歧視」與「間接歧視」；而「直接就業年齡歧視」
12 係指「一個人因與其他人的年齡不同而受到不利待遇」；或
13 是「一個人受到較不利的待遇係究因其特定之年齡」的情
14 形；「間接就業年齡歧視」係指「一個在事實上『明顯中性
15 的規定或條件』會使得特定年齡層者受到特別不利待遇」的
16 情形。

17 2、被上訴人於全聯通路業務委外前，南一區業務人員計有17
18 名，其中15名均屬於中高齡就業者，比率達88.23%，且50歲
19 以上者多達12人；另被上訴人所屬員工「因全聯通路業務外
20 包受影響」計有27人，年齡屬45歲以上之中高齡就業者為22
21 位，亦即本次因被上訴人緊縮全聯業務通路而受終止勞動契
22 約者中有81.48%(即22/27)係屬中高齡就業者，有被上訴人
23 所附「全聯通路業務委外前訴願人南一區之業務人員年齡分
24 布」及「因全聯通路業務委外受影響之員工年齡分布」表可
25 憑，由上可知被上訴人南一區及所欲裁撤之全聯通路業務人
26 員本屬中高齡就業者居多，負責南一、二區全聯業務人員尤
27 然。故被上訴人以緊縮全聯通路業務為由，合併南一、二區
28 業務區時，縱如所陳係依員工考核表現為留任標準，惟何以
29 被上訴人擬外包之全聯通路業務部門之任職者，多為中高齡
30 就業者，被上訴人應提出相關說明，否則即同准予資方得以
31 此間接方式歧視中高齡就業者。

01 3、由被上訴人提具之103年至107年離職經理人員之人數、年齡
02 及年資資料可知，總計離職業務人員58名，非自願性離職者
03 為16名，其中6名為中高齡就業者，可認被上訴人裁撤全聯
04 業務通路前之業務人員非自願離職情形，中高齡就業者並未
05 明顯高於其他年齡層，與本案申訴人之年齡及服務年資相當
06 (即年齡達50歲、年資達30年)之非自願離職者亦僅有2位，
07 符合一般企業任職員工非自願離職者應大致平均分布於各年
08 齡層之常情；但於被上訴人開始執行縮減全聯通路計畫時，
09 107年間即有2位中高齡服務人員因表現原因離職；另臺南市
10 政府法制處向被上訴人詢問，因全聯通路外包受影響之27名
11 員工負責全聯業務之年資時，被上訴人答稱，渠等自任職被
12 上訴人起即以全聯通路為主要業務。然全聯福利中心係於87
13 年10月承接中華民國合作社聯合社成立，成立之初約68間門
14 市，迄今雖有千餘家門市，惟其通路門市數量顯係逐年累
15 積，參諸被上訴人所提具之因全聯通路業務外包受影響之員
16 工年資表，可認受影響之27名員工年資多有逾10年以上者，
17 而申訴人甚達30年以上者，故被上訴人僅泛稱該等員工自任
18 職被上訴人起即負責全聯業務，顯與常情有違，難謂已就上
19 訴人疑問事項充分舉證。是上訴人依上開數據及申訴人之主
20 張，認定被上訴人確有違反就業服務法第5條第1項，自無違
21 誤，然原判決未敘明上訴人上開主張有何不可採之理由，顯
22 有認定事實未依卷證資料，且違背經驗法則及論理法則等判
23 決違背法令、判決不備理由之情形存在。

24 4、申訴人林育賢108年9月24日陳述略以：「公司是早有預謀，
25 早在1、2年前就將高年資的人員調到同一單位再裁撤，所以
26 看起來就好像公司實際有縮編」等語，並參照被上訴人所檢
27 具之「全聯通路業務委外前訴願人南一區之業務人員年齡分
28 布」及「因全聯通路業務委外受影響之員工年齡分布」等年
29 齡分布資料，與申訴人之指述互為印證，足徵林育賢之主張
30 並非全然無稽；又被上訴人迄今仍未提出相關資料，說明因
31 全聯通路業務變更受有影響之任職人員歷年來任職單位為

01 何，僅空言渠等自任職被上訴人起即以全聯通路為主要業
02 務，上訴人自無法採認該主張。

03 5、依最高行政法院101年度判字第1036號判決意旨，本件申訴
04 人均屬年資30年以上之人，且每月平均工資分別為13萬餘
05 元、9萬餘元，其餘受影響之經理級人員月薪亦有7萬元至11
06 萬餘元不等，乃屬薪資成本較高之人員；另觀諸因全聯通路
07 受影響之人員，普遍為中高齡就業者，年資多逾10年以上，
08 亦可證明本次受影響之人員，均屬「薪資成本較高之人
09 員」，是被上訴人無論係以「薪資成本」(按依一般社會通
10 念，年資較長者，薪資亦較高)或「年齡」考量裁撤人員，
11 均已涉及年齡歧視，至為明確。

12 6、上訴人曾請被上訴人提出因全聯通路業務外包受影響之27名
13 員工「負責全聯業務之年資」相關資料供參部分，均付之闕
14 如，然此部分資料顯與被上訴人有無涉及年齡歧視，具有重
15 要關聯性，法院自應依職權調查此部分之證據；原審未依行
16 政訴訟法第125條、第133條第1項規定，職權調查此部分之
17 證據，自有判決未予適用法令之違誤。

18 (五)被上訴人對於申訴人應有勞基法第11條第4款規定之安置義
19 務而未盡之，上訴人作出裁罰處分，自屬適法；原判決就此
20 部分認定有判決不備理由、適用法令不當之違誤：

21 1、申訴人曾啟淵於原審言詞辯論證述：「(問：提示原證12公
22 告職缺。這個公告職缺你有收過這電子郵件嗎?)答：沒
23 有。這個印象當中如果在我電子郵件我應該會看到，不過時
24 間看起來有問題。這個職缺公告我看起來幾乎都是在，像這
25 封是2月22日發出來，公司發出來叫我離職的時間是在13日
26 下午4點，我的主管把我叫到會議室，叫我做到這個月底，3
27 月13日之前我不知道我被資遣，所以3月13日之前所有的職
28 缺公告，我都沒有特別去注意他。」且上開職缺公告日期，
29 分別為108年2月22日、108年4月8日、107年8月9日、103年1
30 1月13日，然申訴人係108年3月13日始知悉被上訴人要求其
31 自請退休之情事(後因申訴人不服而遭被上訴人資遣)，如何

01 期待申訴人能留意108年3月13日以前的職缺公告並申請轉
02 職？又申訴人已於108年3月31日非自願離職，又如何能在10
03 8年4月8日申請轉職？由被上訴人提出之原證12，反而證明
04 被上訴人主張：「……林育賢、曾啟淵倘認有其他可以勝任
05 的工作，自可依原告內部職缺系統或不定期寄發的職缺公告
06 向原告提出轉調申請」云云，因無期待申訴人提出轉職之實
07 質可能性，自不足採。

08 2、上開公告職缺是對內及對外不特定人士公告招募，顯見該職
09 缺並未給予受資遣員工優惠性保留，且不見被上訴人於通知
10 申訴人受資遣前，有安排任何面談討論是否有轉職可能性，
11 是被上訴人主張其已盡安置義務云云，殊無足採。另被上訴
12 人固主張至少有2名員工係經由被上訴人主動協助轉任，然
13 此舉亦證被上訴人顯對於其負有積極提供安置措施之義務，
14 有所認知，卻對於申訴人僅以內部郵件及不具優惠保留性之
15 公告招募，主張其已盡安置義務云云，實無足取。

16 (六)原判決主文第2項判令上訴人給付自110年7月8日起至清償日
17 止按年息百分之五計算之利息，有適用法令不當之違誤：
18 按公法上不當得利，可分為一般公法上不當得利及特殊公法
19 上不當得利，特殊公法上不當得利之返還請求權，例如稅捐
20 稽徵法第28條、第38條第2項或行政程序法第127條，法律已
21 有特別規定應計付利息或明文規定準用民法相關之規定；在
22 一般公法上不當得利，因國家公法上之收入，原則上並非在
23 於獲利，而是在於公益之運用，與私法上收益性質不同，尚
24 難類推適用民法第182條第2項有關返還不當得利時應附加利
25 息之規定。易言之，公法上之返還義務，如法律或其明確授
26 權訂定之命令未有加計利息之規定或準用相關加計利息規定
27 之明文，並不當然加計利息，此觀稅捐稽徵法第49條規定：
28 「滯納金、利息、滯報金、怠報金、短估金及罰鍰等，除本
29 法另有規定者外，準用本法有關稅捐之規定。但第6條關於
30 稅捐優先及第38條關於加計利息之規定，對於罰鍰不在準用
31 之列。」（最高行政法院100年度判字第1340號判決參

照）。是一般公法上不當得利事件，若法律或其授權訂定之命令未設有加計利息或準用相關加計利息規定之明文，人民向國家請求返還公法上不當得利時，原則上即不得請求加計利息。本件並無法律或其授權訂定之命令有加計利息規定之明文，人民向國家請求返還公法上不當得利時，即不得請求加計之利息。是被上訴人關於此部分之請求，為無理由，原審未予詳查，逕為上訴人不利之認定，顯有適用法令不當之違誤，自應予以廢棄。

四、本院查：

（一）應適用之法令：

1、就業服務法

（1）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。」

（2）第6條第4項第1款：「直轄市、縣（市）主管機關掌理事項如下：一、就業歧視之認定。」

（3）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。」

2、就業服務法施行細則第2條：「直轄市、縣（市）主管機關依本法第6條第4項第1款規定辦理就業歧視認定時，得邀請相關政府機關、單位、勞工團體、雇主團體代表及學者專家組成就業歧視評議委員會。」

3、勞基法第11條第2款、第4款：「非有左列情事之一者，雇主不得預告勞工終止勞動契約：……二、虧損或業務緊縮時。……四、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。」

（二）上訴無理由部分：

1、按證據之取捨與當事人所希冀者不同，致其事實之認定亦異於該當事人之主張者，不得謂為原判決有違背法令之情形。

又證據之證明力如何或如何調查事實，事實審法院有衡情斟酌之權，苟已斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，而未違背論理法則或經驗法則，自不得遽指為違法。

2、查原審本於職權調查證據後，認定被上訴人將全聯通路業務委外經營，屬經營方式之改變，並大幅減少其人力需求，為提升營運效率，整併業務區域，屬組織縮編之業務性質變更之型態，故係以勞基法第11條第4款規定與申訴人終止勞動關係，並確有「業務性質變更」情事，惟原處分卻以同條第2款「虧損或業務緊縮」之事由審認申訴案，有認定事實及適用法律之顯然錯誤；被上訴人終止與申訴人之勞動關係，係基於各員工因業務性質變更所受影響程度及其業務考核成績為考量，與年齡無涉，被上訴人業已舉證證明確有業務委外、組織整併等業務性質變更之事實，則被上訴人依勞基法第11條第4款規定行使終止權，終止與申訴人之僱傭關係，應屬可採，而為判決撤銷原處分及訴願決定。經核原審業已在原判決理由欄詳敘其採證之依據及得心證之理由，尚無違反證據法則、論理法則及經驗法則等情事。又本件上訴人係以被上訴人成立年齡歧視，違反就業服務法第5條第1項規定，而以原處分對被上訴人裁處罰鍰。關於被上訴人究竟係依勞基法第11條第2款或第4款之理由資遣申訴人；以及是否有踐行勞基法第11條第2款、第4款之「解僱最後手段性」、安置妥當性等要件，乃被上訴人與申訴人間私法上勞動契約是否合法終止之民事問題，該終止勞動契約是否有據，與上訴人以原處分裁罰被上訴人是否合法，乃係二事。故上訴意旨以被上訴人無法舉證「業務性質變更」情事、被上訴人終止與申訴人間之勞動關係不符合最後手段性原則、未盡安置義務等情，主張原處分適法有據，原審以具有違法情事而撤銷原處分及訴願決定有適用法律不當之違背法令一節，無非係重述其於原審已主張而為原審所不採之理由，及就原審取捨證據、認定事實之職權行使，指摘其為不當，或係執其主觀見解，就原審所為論斷，仍執陳詞為爭議，均非可採。

01 (三)廢棄部分：

02 原判決主文第2項判命上訴人應給付被上訴人自110年7月8日
03 起至清償日止按年息百分之五計算之利息部分：按公法上不
04 當得利，可分為一般公法上不當得利及特殊公法上不當得
05 利，特殊公法上不當得利之返還請求權，例如稅捐稽徵法第
06 28條、第38條第2項或行政程序法第127條，法律已有特別規
07 定應計付利息或明文規定準用民法相關之規定；在一般公法
08 上不當得利，因國家公法上之收入，原則上並非在於獲利，
09 而是在於公益之運用，與私法上收益性質不同，尚難類推適
10 用民法第182條第2項有關返還不當得利時應附加利息之規
11 定。易言之，公法上之返還義務，如法律或其明確授權訂定
12 之命令未有加計利息之規定或準用相關加計利息規定之明
13 文，並不當然加計利息，此觀稅捐稽徵法第49條規定：「滯
14 納金、利息、滯報金、怠報金、短估金及罰鍰等，除本法另
15 有規定者外，準用本法有關稅捐之規定。但第6條關於稅捐
16 優先及第38條關於加計利息之規定，對於罰鍰不在準用之
17 列。」自明。從而，公法之返還義務，如法律未有加計利息
18 之規定，並不當然加計利息（最高行政法院100年度判字第7
19 90號判決及100年度判字第1340號判決意旨參照）。經查，
20 有關本件罰鍰處分被撤銷後，已繳納罰鍰之返還義務，尚無
21 法律或其授權訂定之命令設有加計利息之規定或準用相關加
22 計利息規定之明文，是原判決主文第2項判命上訴人自110年
23 7月8日起至清償日止按年息百分之五計算之利息，容有未
24 洽，上訴人請求廢棄此部分判決，為有理由，應由本院本於
25 原審確定之事實，將原判決此部分廢棄，並駁回被上訴人在
26 第一審之訴。至於原判決之本院判斷欄十二中記載「原告既
27 受敗訴判決」，及據上論結欄記載「本件原告之訴為無理
28 由」顯為「被告既受敗訴判決」「本件原告之訴為有理由」
29 之誤載，附此敘明。

30 (四)綜上所述，原判決除主文第2項命上訴人給付被上訴人利息

01 外，其餘認事用法並無不合，上訴論旨，仍執前詞，指摘原
02 判決此部分違背法令，求予廢棄，即為無理由，應予駁回。

03 五、結論：上訴為一部有理由，一部無理由。

04 中 華 民 國 111 年 9 月 30 日

05 高雄高等行政法院第三庭

06 審判長法官 林 彥 君

07 法官 黃 奕 超

08 法官 廖 建 彥

09 以上正本係照原本作成。

10 不得上訴。

11 中 華 民 國 111 年 9 月 30 日

12 書記官 謝 廉 縈