

臺灣臺南地方法院行政訴訟判決

110年度簡字第47號

原告 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

被告 臺南市政府勞工局

代表人 王鑫基

訴訟代理人 鄭名家

陳家興

上列當事人間就業服務法事件，原告不服臺南市政府110年4月9日府法濟字第1100413766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、被告應給付原告新台幣300,000元及自民國110年7月8日起至清償日止按年息百分之五計算之利息。

三、訴訟費用新台幣4,772元由被告負擔。(被告應給付原告新台幣3,638元)

事實及理由

壹、程序事項：

一、本件行政訴訟之提起尚未逾越不變期間按「第四條及第五條訴訟之提起，除本法別有規定外，應於訴願決定書送達後二個月之不變期間內為之。但原告以外之利害關係人知悉在後者，自知悉時起算。」行政訴訟法第106條第1項定有明文。查原告之代理人係於110年4月12日收受臺南市政府110年4月9日府法濟字第1100413766號訴願決定書，原告提起本件行

01 政訴訟，自未逾越不變期間。

02 二、按「前項給付訴訟之裁判，以行政處分應否撤銷為據者，應
03 於依第四條第一項或第三項提起撤銷訴訟時，併為請求。原
04 告未為請求者，審判長應告以得為請求。」此有行政訴訟法
05 第8條第2項規定可稽。且「原告於提起撤銷訴訟，得併為請
06 求被告給付，法院得於同一訴訟程序就給付請求併為判決，
07 此始符合訴訟經濟原則，否則原告尚須待撤銷訴訟確定後始
08 得再為請求給付，不符訴訟經濟原則。」（最高行政法院106
09 年度判字第289號判決參照）。準此，原告訴請撤銷原處分，
10 被告受領原告給付之罰鍰即無法律上原因，原告一併訴請被
11 告返還原告已繳納之罰鍰300,000元於法有據。原告訴請撤
12 銷原處分併同請求被告返還已繳納之罰鍰金額300,000元，
13 自屬適法。

14 貳、爭訟概要：緣原告英屬蓋曼群島金百利克拉克股份有限公
15 司，遭員工申訴因年齡、年資因素被迫資遣，涉有年齡歧
16 視，經109年度臺南市就業歧視委員會第2次會議評議，決議
17 本件違反就業服務法第5條第1項規定成立，被告機關遂依評
18 議決定依就業服務法第65條規定，於109年3月17日南市勞就
19 字第1090303029B號函，作出罰鍰新臺幣(下同)30萬元處
20 分。原告不服原處分提起訴願，經臺南市政府110年4月9日
21 府法濟字第1100413766號訴願決定駁回，原告仍未甘服，乃
22 提起本件行政訴訟。

23 參、本件原告主張略以：

24 一、原告係以勞動基準法第11條第4款規定與甲○○及乙○○終
25 止勞動關係，惟原處分卻以同條第2款「虧損或業務緊縮」
26 之事由審認本件申訴案，自有認定事實及適用法律之顯然錯
27 誤

28 (一)、查，原處分「理由及法令依據」一欄第5點敘及「本案非為
29 典型雇主直接以年齡作為雇用（工作）措施或決定之要求，
30 表面及形式上皆以業務緊縮及優惠退休金之爭…」，且第
31 6、7點皆以勞動基準法第11條第2款「虧損或業務緊縮」之

要件審認本件申訴案。惟查，依原告開立予甲○○、乙○○之離職證明書，其上已明確記載終止事由為勞動基準法第11條第4款「業務性質變更，有減少勞工之必要」，而非勞動基準法第11條第2款「虧損或業務緊縮」之情形。惟原處分卻以同條第2款「虧損或業務緊縮」之事由審認本件申訴案，認定事實及適用法律顯有錯誤，先予敘明。

(二)、次查，就業務性質變更之內涵，實務上已有眾多判決前例論述綦詳：

1.最高法院107年度台上字第1951號民事判決明揭：「按雇主依勞基法第11條第4款規定減少勞工要件之『業務性質變更』，於雇主出於經營決策或因應市場競爭條件及提高產能、效率之需求，採不同經營方式，致該部分業務發生結構性及實質性改變者，亦屬之。」。

2.另按，最高法院96年台上字第2162號民事判決亦明揭：「基於整體商業考量，將上訴人原擔任之輕質骨材燒結研發工作委外研究，而無必要再僱用此項研發人員，既係本於企業經營決策及管理上之需要所為，即符合「業務性質變更，有減少勞工必要」之要件。」。

3.臺灣高等法院高雄分院89年勞上易字第10號民事判決意旨明揭：「『業務性質變更』之範圍極廣，應非侷限於變更章程所訂的事業項目或從登記之事業範圍中之一項變為另一項、生產產品的改變、生產技術的變更等項而已，則欲判斷公司業務性質是否變更，應本於經驗及論理法則，並參考工商業發展與勞動市場之條件與變化，企業（公司）經營決策與人員管理方式，及實際運作之狀況等予以綜合考量。……。查上訴人永豐餘公司上開函文已載明其所以終止契約，乃因業務外包而有減少勞工之必要…上訴人永豐餘公司以其公司業務性質變更，而有減少勞工之必要，又無適當工作可供安置對造己○○等五人為由，依勞基法第11條第4款規定終止兩造間之僱傭契約，於法尚無不合。」。

4.末按，臺灣臺北地方法院106年度重勞訴字第71號民事判

01 決，亦認定略以：「為因應市場發展現實考量，裁撤公司內
02 部部門，堪認被告內部單位組織結構已有縮編，應有業務性
03 質變更之情形。」。

04 5.綜上，所謂「業務性質變更」，依上開司法實務見解舉凡雇
05 主為因應市場競爭、提升效率所為之經營決策，造成部分業
06 務產生變更、外包或組織縮編，均與勞基法規定之「業務性
07 質變更」要件合節，與雇主是否面臨虧損並無關連，洵堪認
08 定。申言之，業務性質變更本不以營業項目有所變更為限，
09 倘雇主因經營決策或因應市場競爭條件，改變經營方式或裁
10 撤內部部門造成組織縮編，均屬業務性質變更之情形，若因
11 而造成人力需求之減少，雇主自非不得終止與勞工間之勞動
12 關係。準此，本件原告為因應全聯通路內部對於各合作廠商
13 產品進貨、陳列等之規定日趨繁瑣，由原告之員工直接負責
14 該業務已漸不敷因應市場變化，原告因而將全聯通路業務委
15 外經營，當屬經營方式之改變，並大幅減少原告之人力需求
16 （包含甲○○在內共27人）；而原告為提升營運效率，整併
17 業務區域，亦屬組織縮編之業務性質變更之型態，殆無疑
18 義。原告於訴願程序中亦曾提出相關實務見解及證據，原處
19 分亦早已認定原告確有業務外包、組織整併之事實，惟訴願
20 決定既未糾正原處分關於「業務性質變更，有減少勞工之必
21 要」此一要件之法律見解之錯誤，而僅泛稱原告未就終止申
22 訴人之勞動關係合致勞動基準法第11條第4款之要件充分舉
23 證云云，顯屬不當。

24 (三)、再者，原告係因全聯通路業務之委外經營，終止與原先主要
25 負責全聯通路業務之甲○○之勞動關係，以及原告因業務區
26 域整併，終止與被整併之區域之經理乙○○之勞動關係，依
27 上開判決意旨，均已符合業務性質變更，有減少勞工必要之
28 情形，已於前述。此一終止事由與原告是否仍有獲利完全無
29 涉；然原處分竟以原告獲利雖然減少，但並未虧損云云認定
30 原告無終止之必要，顯已自行創設法律所未規定之終止限
31 制，而有不當連結之情事。況查，以原處分所肯認原告營業

01 額減少之情形而言，更足證原告有採取調整業務組織、經營
02 模式等手段，以維持公司正常營運及永續發展之必要。迺原
03 處分反而以原告並無虧損為由，認定無終止勞動關係之必要
04 性並構成年齡歧視，其認定自有違誤。而前開適用法律錯誤
05 最根本之原因乃原處分誤認本件之終止事由為勞動基準法第
06 11條第2款「虧損或業務緊縮」，原處分自應依法予以撤
07 銷。而訴願決定對此一違法情事置而不論，自亦無從維持。

08 二、原告終止與甲○○、乙○○之勞動關係，係基於各員工因業
09 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
10 無涉。

11 (一)、甲○○部分：因應全聯通路委外，原告將主要負責全聯業務
12 之業務副理、襄理及商化人員均予以資遣，僅留任其中一名
13 員工處理全聯通路業務外包後之轉型事宜，且其年齡較甲○
14 ○更長2歲。

15 1.因全聯通路業務之委外，原告已無負責全聯通路業務之人力
16 需求，故原告一併終止主要負責全聯通路業務之人員之勞動
17 關係，包含本件申訴人甲○○、同屬原南一區之陳錦鋒及中
18 區之蔡振甫等三名業務副理或襄理，以及渠等負責監督管理
19 之商化人員等在內，共計27人。

20 2.南一區及南二區留任之二名業務襄理中，陳泰宏（即原處分
21 所稱35歲之員工）於其負責之業務通路中，全聯通路之銷售
22 額僅佔10.4%，受全聯通路業務外包之影響甚小，原告自不
23 可能僅因其亦有極小部分業務與全聯通路有關，即終止其勞
24 動關係；另名留任之業務襄理高意盛其負責全聯通路業務之
25 比例固然達79.5%，因其107年考評為「Exceptional」（表
26 現超越預設之目標，且於類似職位之員工中，行為表現為頂
27 尖。約百分之10至20之員工落入此級距），相較之下，其餘
28 主要負責全聯通路業務之甲○○、陳錦鋒及蔡振甫則為「St
29 rong」（表現達到預設目標，或偶爾超越預設之目標，且於
30 類似職位之員工中，行為表現為良好。約百分之65至80之員
31 工落入此級距），原告乃依渠等業務表現之差異，留任高意

01 盛以處理全聯通路外包後之過渡轉型事宜，乃企業實務通常
02 之作法，依法亦無不妥。況就年齡而言，留任之高意盛更較
03 甲○○年長2歲，顯見原告因應全聯通路業務委外所造成之
04 影響，已盡力安置降低對於員工之影響，且有正當標準選擇
05 留任人員，而非以年齡為篩選之依據。原處分徒以留任之陳
06 泰宏年紀較輕，忽視陳泰宏於其負責之業務通路中，全聯通
07 路之銷售額僅佔10.4%之事實，未考量相同或相似職稱之各
08 員工間負責業務各有不同、且亦有留任人員之年齡較甲○○
09 更高之事實，而遽認原告以年齡為終止與甲○○間勞動關係
10 之原因，其認定顯有違誤。

11 (二)、乙○○部分：原告評估原南一區區經理乙○○及南二區區經
12 理吳佩香之考評成績後，南二區區經理之績效表現及工作態
13 度確實較佳，始予以留任，與年齡無涉。

14 1.因原告原南一區與南二區合併，故有減少其中一名區經理之
15 必要，原告經評估南一區業務區經理（即申訴人乙○○）及
16 南二區業務區經理吳佩香之工作態度、績效表現及業務規模
17 後，認定南二區區經理之工作態度及績效表現較為良好且穩
18 定。依104年至107年之考評結果，吳佩香共取得兩次「Exce
19 ptional」（表現超越預設之目標，且於類似職位之員工
20 中，行為表現為頂尖。約百分之10至20之員工落入此級距）
21 及兩次「Strong」（表現達到預設目標，或偶爾超越預設之
22 目標，且於類似職位之員工中，行為表現為良好。約百分之
23 65至80之員工落入此級距）；反之，乙○○之表現則有連續
24 兩年被評為「Inconsistent」（表現未能持續符合期待/或
25 行為表現未達預期。約百分之5至10之員工落入此級距）
26 （參原證5），原告始決定由原南二區區經理吳佩香留任，
27 並接任整併後之南區區經理，其年紀雖較乙○○輕，惟實與
28 乙○○同屬就業服務法第2條所定義之45歲以上之中高齡就
29 業者。

30 2.原處分忽視上開考評結果之差異，僅以留任之南二區區經理
31 吳佩香年紀較輕為由，逕認原告設有年齡歧視，於法相違。

更遑論，本件原處分捨原告以員工表現優劣作為員工留任與否之判斷標準，卻逕以員工年齡多寡比較作為處分原告之理由，殊不知其已構成對較輕年齡階層者之歧視及差別待遇，卻不自知。

三、原處分及訴願決定就本件舉證責任之分配，顯有違背法令之情事，且均未說明原告終止勞動關係構成年齡歧視之具體事實，僅憑臆測泛言原告歧視高齡員工云云，顯有違誤

(一)、按原處分所引用之臺北高等行政法院108年度訴字第63號行政判決，明揭主管機關於認定雇主有歧視行為時，應說明以下事項：「主張雇主具有「歧視」行為時，若可指出一項可供參考比較之事實指標，藉以說明被歧視者與該參考之事實指標，二者職業條件相同，卻因某項與工作能力不相關之因素而受（雇主）不平等之處遇，或者職業條件不同，卻因某項與工作能力不相關之因素而受相同之對待，即足當之（最高行政法院101年度判字第702號判決要旨參照）」【附件6】。而該案法院即依前開意旨，就比較對象及終止勞動關係與年齡之關連性為實質審查，並認定雇主無涉年齡歧視之情事。準此，原處分機關既認定本案原告終止勞動關係構成年齡歧視，自應先舉證甲○○、乙○○與其他未被終止之員工職業條件相同為前提，再證明甲○○、乙○○之終止係因與其業務、工作不相關之因素所致，始合致前開實務見解。原告已說明甲○○、乙○○係因全聯業務外包及區域整併而終止僱傭關係，其職業條件自與其他未受終止之員工不同，已與前開判決揭示之歧視前提不符，而原處分及訴願決定均無法說明原告其他員工中，與甲○○、乙○○之職業條件相同者為何，亦未據此說明本件應比較之對象為何，以及認定原告之終止係基於年齡因素之具體事實，僅泛言原告現有相同職稱之人員平均年齡低於甲○○、乙○○云云，實難認已符合前開實務見解所揭示之舉證責任，原處分自非適法。

(二)、訴願決定就原處分前開舉證責任分配之謬誤，略謂參照中高齡者及高齡者就業促進法第14條之立法意旨，而應由雇主就

01 非年齡因素負舉證責任云云，惟本件原處分之依據係就業服
02 務法之規定，而非中高齡者及高齡者就業促進法，亦為訴願
03 決定所自承（參訴願決定第12頁第六、（一）、（二）
04 點）。就業服務法既未就此類事件之舉證責任為特別規定，
05 且中高齡者及高齡者就業促進法亦未為任何溯及或擴張其舉
06 證責任適用範圍之規定，則本件本應依一般法律原則，由主
07 張歧視之積極事實存在者負舉證責任，而非由原告就歧視事
08 實不存在之消極事實負舉證責任。原處分及訴願決定屢以原
09 告無法舉證為由，認定原告構成年齡歧視，顯有違背法令之
10 情事。

11 (三)、且查，原告於原處分機關調查過程中，業已舉證證明確有業
12 務委外、組織整併等業務性質變更之事實，亦為原處分所肯
13 認。原告自有依勞動基準法第11條第4款規定行使終止權之
14 相當基礎，至於當時原告有無適當工作可供安置，縱使原告
15 與申訴人對此理解有所不一，均非原處分機關得依其職權進
16 行認定，且無論依何種經驗或論理法則，均無從依據此一事
17 實上爭執，逕為推論原告終止權之行使具有年齡歧視之意圖
18 而構成年齡歧視。原處分及訴願決定一味拘泥於原告終止權
19 之行使是否合致勞動基準法第11條第4款，未就原告有何年
20 齡歧視之意圖及行為依具體事證進行判斷，通篇均僅在審查
21 原告未盡安置義務，繼而邏輯跳躍式的以「申訴人自述願意
22 調動至其他職位」、「原告無法舉證已盡安置義務」等至為
23 疏漏之事實認定，直接推導出「原告終止申訴人之僱傭關係
24 構成年齡歧視」之結論，其事實認定之邏輯謬誤甚為明確，
25 自非適法。

26 四、縱認原告應就終止合法負舉證責任，原告亦已於原處分及訴
27 願調查過程充分提出事證，原告終止與申訴人間之勞動關係
28 確係合致勞動基準法第11條第4款規定

29 (一)、按所謂「適當工作」，依最高法院107年度台上字第957號民
30 事判決之見解，係指「在資遣當時或資遣前後相當合理期間
31 內，有與勞工受資遣當時之工作條件相當，且屬勞工之能力

01 可勝任並勞工願意接受者而言。」，且按臺灣高等法院105
02 年度重勞上字第25號民事判決明揭：「所謂『適當工作』，
03 當指與勞工資遣當時之工作條件相當，且屬勞工之能力可勝
04 任者而言，故雇主雖有其他工作職缺，惟該職缺之工作條件
05 （包括薪資、職級等）顯不相當，或非屬勞工所得勝任者，
06 相對於勞工而言，自不得謂係「適當工作」，而責令雇主負
07 安置義務」。準此，原告是否應將甲○○、乙○○安置於其
08 他職位，除應視勞動關係終止時是否確有該等職位外，亦應
09 就職位之實質工作內容、待遇條件等進行衡量，始能判斷。
10 倘於勞動關係終止前後時原告內部並無符合渠等工作條件之
11 職缺，則依前開最高法院判決之見解，勞基法第11條第4款
12 規定之安置義務並不存在。

13 (二)、查，原告於通知申訴人終止勞動關係後，至勞動關係終止日
14 108年3月31日止，期間至少尚有十餘日（甲○○及乙○○於
15 108年3月20日以申請勞資爭議調解），甲○○、乙○○倘認
16 有其他可以勝任之工作，自可依原告內部職缺系統或不定期
17 寄發之職缺公告向原告提出轉調申請。迺甲○○、乙○○捨
18 此不為，反而於事後即至臺南市政府申請勞資爭議調解，主
19 張退休金之計算應納入年節獎金云云，足認渠等亦自認無其
20 他適當工作，而無繼續任職原告之意願，僅就平均工資之計
21 算有所爭執。由此足見，原告於終止勞動關係當時，確實無
22 甲○○、乙○○得以勝任、願意擔任或工作條件相近之職
23 位，且此並非原告片面之認定，而係渠等亦有此一認知。豈
24 料原處分機關竟以「勞工甲○○等人曾於訪談紀錄中陳述向
25 訴願人反應，配合企業轉型需求，願調其他適合單位繼續工
26 作，然而訴願人未曾聞問」等申訴人片面之詞（參原處分機
27 關109年4月30日訴願答辯書第4頁第五點）為其判斷適當工
28 作之依據，顯然未憑任何證據，並違反行政機關應對於當事
29 人有利及不利之情形一律注意之客觀性義務。

30 (三)、再者，原告終止與申訴人之勞動關係後，固自108年7月起陸
31 續新聘四名業務人員，惟該等職缺均係於臺北總公司【原證

13】，與申訴人原先任職地點位於臺南相距甚遠；且距108年3月31日原告終止兩造間勞動關係已超過三個月以上，原告於終止勞動關係時並無該等職缺，自不得謂原告於終止兩造間勞動關係時已有該等職缺而未盡安置義務。且申訴人實際上係於108年7月15日委任律師發函始提出復職之請求，且於原告收受該函後，兩造討論之內容亦僅針對金錢給付進行協商，仍難認渠等主觀上有自認得以勝任、願意擔任並轉調之其他職位，自不得遽認該等職缺係渠等得以勝任、願意擔任或工作條件相近之所謂「適當工作」，而指摘原告未盡安置義務。

(四)、再就該等職缺之工作內容觀之，雖同為業務人員，惟其所需之技能、經驗亦非全然相同。以該四人中，其中二人負責之電商通路為例，該職位所要求之工作技能、能力均與申訴人原先負責之全聯通路商品擺設等之管理工作顯不相同，此參該二人之「經歷」欄位，均具備「E-Commerce」、「Online Marketing」等相關工作經歷即明，是自客觀上而言，亦難認申訴人足以勝任該等職缺。

(五)、是以，就原告於兩造勞動關係終止後新聘之四名員工，不論其職缺產生之時間、給付勞務之地點及所需技能等均與申訴人原先職位顯不相當，非屬勞動基準法第11條第4款所稱之「適當工作」，原告業已舉證說明甚詳。惟原處分於事實認定上全憑臆測而未有任何實據，僅以原告未將甲○○、乙○○安置於該等職位，即認原告未盡安置義務，顯有違誤。訴願決定亦未就原處分前開不當之處為任何說明，自均無從維持。

五、綜上所述，原處分及訴願決定認定原告終止與甲○○、乙○○間之勞動關係構成年齡歧視，其認事用法均有違誤，應予撤銷。等情，並聲明求為判決：一、訴願決定及原處分均撤銷。二、被告應給付原告300,000元及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止按年息分之五計算之利息。三、訴訟費用由被告負擔。

01 肆、被告則以：

02 一、本案關鍵係爭原告資遣勞工是否有年齡歧視因素。依據臺北
03 高等行政法院100年訴字第1136號判決意旨：「就業服務法
04 第5條第1項之規定之目的既在避免雇主以與工作無直接關聯
05 之原因，而予以求職者或受僱者不平等之待遇，以達本法保
06 障國民就業機會之平等，從而促進國民就業，以增進社會與
07 經濟之發展。該條項規定明文禁止雇主以年齡為限制條件而
08 致「年齡就業歧視」，其立法意旨厥在雇主在求職者或受僱
09 者之求職或就業過程，不得因年齡因素而對之為直接或間接
10 之不利對待。亦即，不問雇主係直接以年齡為因素，設定為
11 僱用員工、解僱員工或給予員工福利之條件，或雖未直接以
12 年齡為條件，但間接設定其他因素，但因該因素連結之結
13 果，將與年齡發生必然之關連，終致員工將因年齡因素而與
14 勞動條件發生牽連，均應認為係因年齡因素而予員工不當之
15 歧視，始為允當。否則，如將該法條所定之年齡歧視界定為
16 僅限於直接以年齡為連結因素者，始能構成年齡歧視，則將
17 畀予企業經營者規避之動機與空間，即企業經營者將極易不
18 直接以年齡為勞動條件之因素，但設定其他與年齡連結之其
19 他因素而達致直接以年齡為連結條件相同之效果，如本件原
20 告所設定之成本考量，因年齡較大者，通常年資較長，年資
21 較長者，通常薪資亦較高，如將終止勞動契約之條件設定為
22 薪資較高者，事實上終將連結至年資較長、年齡較高者，即
23 為適例。類此之情形，如謂因設定之連結條件為薪資成本，
24 並非直接以年齡為連結因素，非屬直接歧視，僅為間接歧
25 視，即無就業服務法第5條第1項年齡歧視規定之適用，將極
26 易形成適用法律時刻意之脫法行為，當非立法定制之本意，
27 故就業服務法第5條第1項所規定之年齡歧視，不應僅限於直
28 接歧視之情形，應兼涵間接歧視之情況，應屬無庸置疑，原
29 告主張該法條所定之年齡歧視應僅限於直接歧視，不及於間
30 接歧視云云，尚非的論，自無足取」。本案原告聲稱資遣
31 林、曾兩名員工無涉年齡歧視，卻將個別突出以及條件不對

01 等的個案，企圖模糊或偷轉換年齡歧視核心概念，是以，論
02 及就業歧視應以客觀平等性、行政可期待性、合理可比較性
03 作綜合評斷，本市就業歧視評議委員會以此為基礎，針對申
04 訴勞工職務、背景…等作同價評判，首先以勞工甲○○(以
05 下簡稱林君)而言，原告一再以不同營業所高意盛(以下簡稱
06 高員)對比林君，比較基礎即有欠合理，此外忽視同營業所
07 陳泰宏(以下簡稱陳員)年齡及年資皆淺於林君，且陳員與林
08 君業務同質性無論多寡，背景相同並皆有職務重疊事實，工
09 作調整並非不可實現，否則於資遣林君後原本業務為何就可
10 調配，因此如何能期待林員受客觀平等的合理評價。同理，
11 乙○○(以下簡稱曾君)與勞工吳佩香(以下簡稱吳員)，兩人
12 同屬南部營業區，本就有合理基礎比較性，原告卻宣稱吳員
13 表現較佳而留任，然而若照原告所宣稱因曾君有「Inconsis
14 tent」紀錄，如何自圓吳員於106年(2017)亦有「Inconsist
15 ent」紀錄，原告若非落入心理學近期效應，否則即為故意
16 忽視曾君於原告公司職涯近30年幾乎皆達成所訂KPI績效事
17 實。退步而言，企業經營者將極易不直接以年齡為勞動條件
18 之因素，但設定其他與年齡連結之其他因素而達致直接以年
19 齡為連結條件相同結果，常見如年資長短，效果等同於年齡
20 效果，通說亦視為年齡歧視條件(參照臺北高等行政法院100
21 年訴字第1136號判決)，本案曾君及林君年資達近30年，對
22 照陳員及吳員平均2至5年資，已有巨大落差性，對於原告經
23 濟支付成本明顯易見，以年資條件亦構成間接性之歧視，綜
24 前述說明客觀平等性、行政可期待性、合理可比較性，皆不
25 利申訴勞方情況下，可評定原告有年齡歧視之因素。

26 二、憲法第15條明文規定人民之生存權、工作權及財產權，應予
27 保障。有關勞基法第11條終止勞動契約之事由，涉及勞工既
28 有工作權之喪失，屬於憲法工作權保障之核心範圍，基此即
29 應恪守資遣最後手段性。依據臺灣高等法院108年重勞上字
30 第2號民事判決及最高法院108年台上字第2279號民事判決意
31 旨：「按業務性質變更，有減少勞工之必要時，雇主雖可依

01 勞動基準法第11條第4款規定終止勞動契約；惟依該款規
02 定，雇主除須業務性質變更，有減少勞工之必要外，尚須無
03 其他適當工作可供安置時，始得終止勞動契約。是以雇主倘
04 僅因一部經營組織結構調整而減少勞工，但同性質之他部
05 門，依然正常運作，甚或業務增加，仍需用勞工時，則基於
06 解僱最後手段原則，雇主須證明曾有積極持續輔導勞工轉任
07 至其他部門從事工作，並經正當考核程序，卻不能勝任工
08 作，致無其他適當工作可供安置時，始得依勞動基準法第11
09 條第4款規定終止勞動契約。為避免雇主濫用解僱權之流
10 弊，尚不得僅因一部組織結構調整之業務性質變更情狀發
11 生，即任意解僱勞工，否則即與勞基法保障勞工權益，加強
12 勞雇關係，促進社會與經濟發展之立法意旨（勞基法第一條
13 參照）及行使權利應依誠信原則相悖」。原告自認因部分業
14 務外包及調整即符合業務性質變更及減少勞工要件，然而依
15 勞動基準法第11條第4款規定終止勞動契約，已明訂先決條
16 件，尚須無其他適當工作可供安置時，始得終止勞動契約，
17 其立法原意即包含積極性的主動媒合轉任適當職缺，因此原
18 告本就該盡最大舉證責任，證明確有盡其所能為資遣勞工輔
19 導轉換技能及其安置措施，卻反指答辯機關盡信勞方自稱要
20 求安置要求，無論勞工所提請求是否為真，本市就業歧視員
21 會調查原告處置措施，確實無相關安置或轉換輔導紀錄，此
22 外查原告資遣前後期間尚有其它徵才紀錄，去除研發、理
23 工、工程…等無關勞工專業條件，尚有可能匹配職缺，皆未
24 見原告探詢，另答辯機關援引勞動基準法第11條第2款規
25 定，乃為原告調查及探查是否有因營利長期虧損為生存必要
26 而有減少勞工之必要，經查核發後發現原告營運皆處正營利
27 狀態，難認有營運困難而資遣員工之必要，委員會及答辯機
28 關對於有利及不利事項皆以衡量，參照前述法院判例該部分
29 已難認適法。

30 三、續上，國際勞工建議書第一六二號建議書(老年勞工)：「促
31 進與雇主和勞工組織，及任何其他有關團體之合作，以及其

01 他所有活動中，遵守該項政策，應採取所有確保以設施、建
02 議與協助高齡勞工輔導、訓練與職業介紹服務，以促使其充
03 分獲得機會待遇均等之利益。...與雇主及勞工組織共同參
04 與研究，以界定可能加速老化之活動類型，或當高齡勞工在
05 適應其工作需求遭遇困難時，決定其問題成因，並想出適當
06 之解決方法。」；一六六號建議書(工作終止)：「當雇主計
07 畫在生產、規畫、組織、結構、或工技中，施行可能導致勞
08 工失去工作的重大變遷時，該雇主應盡速與有關之勞工代
09 表，共同商討此類變遷之施行步驟，對其可能產生之影響，
10 及如何避免或減低此類變遷所帶來之不良影響」。查原告20
11 19全球企業永續發展報告人權篇章(Social Compliance&Hum
12 an Rights)即宣示遵守國際勞工組織等的基本原則宣言和工
13 作中的權利，顯然可推斷對於歧視及其員工保護應知之甚
14 詳，然而勞工林君及曾君於原告服務長達近30年，未曾為勞
15 方考慮資遣後是否有其能力嫁接社會發展，而僅因業務變更
16 即提出資遣決定，連勞動基準法第11條第4款最低法律要
17 求，表面主動探詢或協助之動作皆闕如，甚至於前階訴願救
18 濟稱盡推勞方未”自行”尋求其他職務，其又於受資淺員工
19 取代，勞方至此又如何所爭，勞方任迄至今已屬高齡，社會
20 再就業之能力邊際效益遞減，謀求最大可能經濟利益本屬合
21 理請求，故本案不能如原告主張為資遣費不合意之爭議，企
22 業為謀求生存或競爭力，而作相關人事或組織調整並非不
23 可，在現代社會責任要求下應尋求員工最低衝擊為準，平時
24 應訂定合理KPI、適當員工教育發展，尤其對於高齡員工更
25 應盡力輔導，盡所有種種手段減少衝擊，方符盡最後手段
26 性，故本案經109年度臺南市就業歧視委員會第2次會議評
27 議，委員評定就業歧視成立，原處分機關援依會議決作成罰
28 鍰處分，處分無違法及不當。

29 四、本案原告以消極手段，怠惰受資遣勞工輔導轉任義務，即濫
30 用勞動基準法第11條第4項規定啟動資遣手段，資遣程序不
31 符法律規定：依據臺灣臺北地方法院民事109年度重勞訴字

第70號判決意旨：「按雇主依勞基法第11條第4款規定，因業務性質變更有減少勞工必要而資遣勞工前，應先盡安置勞工義務，必無處可供安置時，最後不得已才可資遣；該所謂「適當工作」，當指在資遣當時或資遣前後相當合理期間內，有與勞工受資遣當時之工作條件相當，且屬勞工之能力可勝任並勞工願意接受者而言（參照最高法院105年度台上字第144號、107年度台上字第957號判決意旨）…然於資遣原告之過程，卻未提供實質訓練或協助，亦無舉證原告經相當時間之教育、考核後仍不適任各該職缺，即並片面認原告缺乏相關職缺所需工作技能，故無法安置，實難認被告已善盡雇主之安置義務」；又以原告爰引107年度台上字第957號判決意旨：「按雇主因業務性質變更，有減少勞工之必要，又無適當工作可供安置，得預告勞工終止勞動契約，觀勞基法第11條第4款規定自明。依該條款規定，雇主因業務性質變更而有減少勞工必要，仍應先盡安置勞工義務，必無處可供安置勞工時，始得資遣勞工，此種安置乃為迴避資遣的調職，該所謂「適當工作」，當指在資遣當時或資遣前後相當合理期間內，有與勞工受資遣當時之工作條件相當，且屬勞工之能力可勝任並勞工願意接受者而言。故雇主資遣勞工之際或相當合理期間前後雖有其他工作職缺，惟該職缺之工作條件與受資遣勞工顯不相當，或非該勞工所得勝任，或資遣勞工經相當合理期間後始產生之工作職缺，均難認係適當工作，而貴令雇主負安置義務」。是以，我國實務判決實務，對於勞動基準法第11條第4項雇主啟動資遣權力已明，應善盡媒合轉任義務，又勞工之能力可勝任並勞工有意願接受，最後是提供實質訓練或協助，窮盡種種義務後仍無方解決，始可依法啟動資遣程序。等語，資為抗辯，並聲明求為判決駁回原告之訴。

伍、兩造之爭點：原處分有無誤認本件之終止事由為勞動基準法第11條第2款「虧損或業務緊縮」？原告有無年齡歧視？被告是否有對較輕年齡階層者之歧視及差別待遇？被告抗辯原

告違背安置義務是否適法？

陸、本院之判斷：

一、按「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。」、「直轄市、縣(市)主管機關掌理事項如下：一、就業歧視之認定。」、「違反第5條第1項、……處新臺幣30萬元以上150萬元以下罰鍰。」就業服務法第5條第1項、第6條第4項第1款及第65條第1項分別定有明文。又「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。」復為就業服務法施行細則第2條所明定。

二、復按行政法院對行政機關就不確定法律概念所為的判斷，原則上應予審查，但對於行政機關就具有高度屬人性的評定（如國家考試評分、學生的品行考核、學業評量、教師升等前的學術能力評量等）、高度科技性的判斷（如與環保、醫藥、電機有關的風險效率預估或價值取捨）、計畫性政策的決定及獨立專家委員會的判斷，則基於尊重其不可替代性、專業性及法律授權的專屬性，而承認行政機關就此等事項的決定，有判斷餘地。然而，並非所有不確定法律概念形式上合乎上述判斷因素的事件，都應該一律尊重行政機關的判斷而認有判斷餘地，仍應視其性質而定。例如不涉及風險預估、價值取捨或政策決定的事實認定及法律的抽象解釋，本來就屬於行政法院進行司法審查的核心事項，行政機關自無判斷餘地可言，而且不因為它是經由獨立專家委員會所作成的行政處分，而有所不同。（最高行政法院109年度判字第582號判決參照）。本件英屬蓋曼群島商金百利克拉克股份有限公司是否確實涉有年齡歧視係事實認定，不涉及風險預估、價值取捨或政策決定的事實認定及法律的抽象解釋，本來就

01 屬於行政法院進行司法審查的核心事項，行政機關自無判斷
02 餘地可言，自可由司法審查予以確認。從而，原決定縱然是
03 由裁決會所作成，上述事項亦無判斷餘地可言。

04 三、再按「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨
05 派，在法律上一律平等。」、「人民之生存權、工作權及財
06 產權，應予保障。」憲法第7條、第15條分別定有明文。由
07 上揭規定可推知，人民之平等工作權應予保障，即國民就業
08 機會均等，因此求職人若於求職之過程中，未能享有平等之
09 工作機會，或受僱人於就業時，未能享有平等之薪資、配
10 置、考績或陞遷、訓練機會、福利措施、退休、終止勞動契
11 約等就業安全保障之待遇，即構成就業歧視。衡諸就業服務
12 法第5條第1項規定：「為保障國民就業機會平等，雇主對求
13 職人或所僱用員工，不得以種族、階級、語言、思想、宗
14 教、黨派、籍貫、出生地、性別、性傾向、年齡、婚姻、容
15 貌、五官、身心障礙或以往工會會員身分為由，予以歧視；
16 其他法律有明文規定者，從其規定。」並未就構成年齡歧視
17 規定其年齡之區間，就法律文義解釋，本即無從得出該條文
18 所規定之年齡歧視僅限於年滿45歲至65歲之中高齡國民，且
19 依諸上揭憲法條文所揭槩保障平等工作權之精神，自無僅就
20 某一年齡範圍區間給予保障，另一年齡區間則不予保障之差
21 別待遇之理。且按「歧視」之概念，本質上包含「事實比
22 較」之意涵，亦即主張雇主具有「歧視」行為時，必指出一
23 項可供參考比較之事實指標，藉以說明被歧視者與該參考之
24 事實指標，二者職業條件相同，卻因某項與工作能力不相關
25 之因素而受（雇主）不平等之處遇，或者職業條件不同，卻
26 因某項與工作能力不相關之因素而受相同之對待，始足當
27 之。

28 四、同理，就業服務法第5條第1項之規定之目的既在避免雇主以
29 與工作無直接關聯之原因，而予以求職者或受僱者不平等之
30 待遇，以達本法保障國民就業機會之平等，從而促進國民就
31 業，以增進社會與經濟之發展。該條項規定明文禁止雇主以

01 年齡為限制條件而致「年齡就業歧視」，其立法意旨厥在雇
02 主在求職者或受僱者之求職或就業過程，不得因年齡因素而
03 對之為直接或間接之不利對待。亦即，雇主不得直接以年齡
04 為因素，設定為僱用員工、解僱員工或給予員工福利之條
05 件，或雖未直接以年齡為條件，但間接設定其他因素，因該
06 因素連結之結果，將與年齡發生必然之關連，終致員工將因
07 年齡因素而與勞動條件發生牽連，均應認為係因年齡因素而
08 予員工不當之歧視，惟主管機關應負舉證責任，始為允當。

09 五、原告以勞動基準法第11條第4款規定與申訴人終止勞動關
10 係，惟原處分卻以同條第2款「虧損或業務緊縮」之事由審
11 認本件申訴案，自有認定事實及適用法律之顯然錯誤：

12 (一)「按雇主依勞基法第11條第4款規定減少勞工要件之『業務
13 性質變更』，於雇主出於經營決策或因應市場競爭條件及提
14 高產能、效率之需求，採不同經營方式，致該部分業務發生
15 結構性及實質性改變者，亦屬之。」（最高法院107年度台
16 上字第1951號民事判決意旨參照）。是以，所謂「業務性質
17 變更」，舉凡雇主為因應市場競爭、提升效率所為之經營決
18 策，造成部分業務產生變更、外包或組織縮編，均與勞基法
19 規定之「業務性質變更」要件合節，與雇主是否面臨虧損並
20 無關連。申言之，業務性質變更本不以營業項目有所變更為
21 限，倘雇主因經營決策或因應市場競爭條件，改變經營方式
22 或裁撤內部部門造成組織縮編，均屬業務性質變更之情形，
23 若因而造成人力需求之減少，雇主自非不得終止與勞工間之
24 勞動關係。準此，本件原告為因應全聯通路內部對於各合作
25 廠商產品進貨、陳列等之規定日趨繁瑣，由原告之員工直接
26 負責該業務已漸不敷因應市場變化，原告因而將全聯通路業
27 務委外經營，當屬經營方式之改變，並大幅減少原告之人力
28 需求（包含甲○○在內共27人），而原告為提升營運效率，
29 整併業務區域，亦屬組織縮編之業務性質變更之型態，殆無
30 疑義。

31 (二)查原處分「理由及法令依據」一欄第5點敘及「本案非為典

01 型雇主直接以年齡作為雇用（工作）措施或決定之要求，表
02 面及形式上皆以業務緊縮及優惠退休金之爭...」，且第6、
03 7點皆以勞動基準法第11條第2款「虧損或業務緊縮」之要件
04 審認本件申訴案。惟查，依原告開立予甲○○、乙○○之離
05 職證明書，其上已明確記載終止事由為勞動基準法第11條第
06 4款「業務性質變更，有減少勞工之必要」（本院卷一第181
07 -182頁），而非勞動基準法第11條第2款「虧損或業務緊縮」
08 之情形。惟原處分卻以同條第2款「虧損或業務緊縮」之事
09 由審認本件申訴案（本院卷一第110頁），認定事實及適用
10 法律顯有錯誤。訴願決定未糾正原處分之錯誤，而僅泛稱原
11 告未就終止申訴人之勞動關係合致勞動基準法第11條第4款
12 之要件充分舉證云云，尚有違誤。

13 （三）再者，原告係因全聯通路業務之委外經營，終止主要負責全
14 聯通路業務之甲○○之勞動關係，以及原告因業務區域整
15 併，終止與被整併之區域之經理乙○○之勞動關係，依上開
16 判決意旨，均已符合業務性質變更，有減少勞工必要之情
17 形。此一終止事由與原告是否仍有獲利無涉；然原處分以原
18 告獲利雖然減少，但並未虧損云云認定原告無終止之必要，
19 顯已自行創設法律所未規定之終止限制，而有不當連結之情
20 事。況原處分如認原告營業額減少，更足證原告有採取調整
21 業務組織、經營模式等手段，以維持公司正常營運及永續發
22 展之必要。惟原處分反而以原告並無虧損為由，認定無終止
23 勞動關係之必要性並構成年齡歧視，其認定自有違誤。而原
24 處分適用法律錯誤乃誤認本件之終止事由為勞動基準法第11
25 條第2款「虧損或業務緊縮」，而訴願決定對此違法情事未
26 予指正，亦有違誤。

27 六、原告終止與申訴人之勞動關係，係基於各員工因業務性質變
28 更所受影響程度及其業務考核成績為考量，與年齡無涉：

29 （一）甲○○部分：原告主張因應全聯通路委外，原告將主要負責
30 全聯業務之業務副理、襄理及商化人員均予以資遣，且被留
31 任處理全聯通路業務外包後之轉型事宜之員工，其年齡較甲

○○更長2歲。經查，

1.因全聯通路業務之委外，原告已無負責全聯通路業務之人力需求，故原告一併終止主要負責全聯通路業務之人員之勞動關係，包含本件申訴人甲○○、同屬原南一區之陳錦鋒及中區之蔡振甫等三名業務副理或襄理，以及渠等負責監督管理之商化人員等在內，共計27人（本院卷一第183頁）。

2.南一區及南二區留任之二名業務襄理中，陳泰宏（即原處分所稱35歲之員工）於其負責之業務通路中，全聯通路之銷售額僅佔10.4%，受全聯通路業務外包之影響甚小，原告自不可能僅因其亦有極小部分業務與全聯通路有關，即終止其勞動關係；另名留任之業務襄理高意盛其負責全聯通路業務之比例固然達79.5%，因其107年考評為「Exceptional」（表現超越預設之目標，且於類似職位之員工中，行為表現為頂尖。約百分之10至20之員工落入此級距），相較之下，其餘主要負責全聯通路業務之甲○○、陳錦鋒及蔡振甫則為「Strong」（表現達到預設目標，或偶爾超越預設之目標，且於類似職位之員工中，行為表現為良好。約百分之65至80之員工落入此級距）（本院卷一第185頁），原告乃依渠等業務表現之差異，留任高意盛以處理全聯通路外包後之過渡轉型事宜，乃企業實務通常之作法，依法亦無不妥。況就年齡而言，留任之高意盛更較甲○○年長2歲，顯見原告因應全聯通路業務委外所造成之影響，已盡力安置降低對於員工之影響，且有正當標準選擇留任人員，而非以年齡為篩選之依據。原處分徒以留任之陳泰宏年紀較輕，未審酌陳泰宏於其負責之業務通路中，全聯通路之銷售額僅佔10.4%之事實，未考量相同或相似職稱之各員工間負責業務各有不同、且亦有留任人員之年齡較甲○○更高之事實，而遽認原告以年齡為終止與甲○○間勞動關係之原因，其認定尚有違誤。

（二）乙○○部分：原告主張評估原南一區區經理乙○○及南二區區經理吳佩香之考評成績後，南二區區經理之績效表現及工作态度確實較佳，始予以留任，與年齡無涉。經查，

- 01 1.因原告原南一區與南二區合併，故有減少其中一名區經理之
02 必要，原告經評估南一區業務區經理（即申訴人乙○○）及
03 南二區業務區經理吳佩香之工作態度、績效表現及業務規模
04 後，認定南二區區經理之工作態度及績效表現較為良好且穩
05 定。依104年至107年之考評結果，吳佩香共取得兩次「Exce
06 ptional」（表現超越預設之目標，且於類似職位之員工
07 中，行為表現為頂尖。約百分之10至20之員工落入此級距）
08 及兩次「Strong」（表現達到預設目標，或偶爾超越預設之
09 目標，且於類似職位之員工中，行為表現為良好。約百分之
10 65至80之員工落入此級距）；反之，乙○○之表現則有連續
11 兩年被評為「Inconsistent」（表現未能持續符合期待/或
12 行為表現未達預期。約百分之5至10之員工落入此級距）
13 （本院卷一第147頁），原告始決定由原南二區區經理吳佩香
14 留任，並接任整併後之南區區經理，其年紀雖較乙○○輕，
15 惟實與乙○○同屬就業服務法第2條所定義之45歲以上之中
16 高齡就業者。原處分未審酌上開考評結果之差異，僅以留任
17 之南二區區經理吳佩香年紀較輕為由，逕認原告設有年齡歧
18 視，尚有違誤。再者，倘依原處分標準，捨原告員工表現優
19 劣作為員工留任與否之判斷標準，逕以員工年齡多寡比較作
20 為處分原告之理由，實已構成對較輕年齡階層者之歧視及差
21 別待遇，殊不足採。
- 22 2.被告訴訟代理人於110年9月22日言詞辯論期日固稱：「乙○
23 ○有20年年資，原告只拿出最後三年考績評比，比較基礎就
24 有落差。我們委員會不是針對年輕人歧視，如果表現你的資
25 料提出都已經在平均值以上，怎麼會比不過年輕人三年的表
26 現嗎」云云。惟查，申訴人乙○○自99年至107年之考評結
27 果，乙○○僅99年至100年被評為「Grid6」，此係原告公司
28 舊制之1至9個等考核系統，為表現達到預設目標及有效領
29 導。約百分之55至75之員工落入此級距（本院卷一第351頁）
30 及106年至107年取得兩次「Strong」，於此9年期間，卻有
31 連續5年被評為「Inconsistent」（表現未能持續符合期待/或

行為表現未達預期。約百分之5至10之員工落入此級距)(本院卷一第353頁)；反觀，南二區業務區區經理吳佩香不僅有兩年取得「Strong」（表現達到預設目標，或偶爾超越預設之目標，且於類似職位之員工中，行為表現為良好。約百分之65至80之員工落入此級距），更甚於最近一年（原告終止與乙○○勞動關係時）獲得考核成績最佳的評等「Exceptional」（表現超越預設之目標，且於類似職位之員工中，行為表現為頂尖。約百分之10至20之員工落入此級距）（本院卷一第353頁）。足證原告公司決定由原南二區區經理吳佩香留任，並接任整併後之南區區經理，應係考量雙方整體長期之績效表現，包括未留任之申訴人乙○○101至105年連續5年最差評等之考核成績，而非如被告訴訟代理人所陳僅考量近三年之表現，原處分未注意上開考評結果之差異，僅以留任之南二區區經理吳佩香年紀較輕為由，逕認原告涉有年齡歧視，顯有違誤。

3. 況，於業務性質變更之情況下，雇主基於維持企業存續、維持競爭力等正當事由終止與部分勞工之僱傭關係，本屬企業經營自主權限之一環；倘雇主基於勞工之考績等語工作能力相關之客觀因素為終止之依據，而主管機關無法明確證明終止對象之決定係完全基於年齡因素而不具任何正當事由時，雇主之終止當無構成年齡歧視及違法解僱之不法可言。

4. 查申訴人乙○○部分，原告係依南部地區原有之南一區區經理乙○○及南二區區經理吳佩香之工作態度、績效表現等因素進行考量，並依渠等過往績效考核結果之差異決定終止與乙○○間之僱傭關係。而就申訴人甲○○部分，原告係就主要負責全聯通路之理級業務人之績效表現進行比較，留任其中考評最佳之高意盛，並終止與甲○○等人之僱傭關係；且留任之高意盛年齡較甲○○更長二年。依上所述，本件僱傭關係之終止確係依員工之工作表現為終止與否之依據而與年齡無涉甚明，並未逾越企業經營自主之權限，核屬正當，被告自應予以尊重；再者，勞基法第11條第4款既賦予雇主在

01 一定要件下得不經預告終止勞動契約，以維市場競爭力，則
02 雇主選擇僅先就部分勞工行使該權利，倘非恣意，本諸尊重
03 企業經營自主之原則，當無不法可言。本件擇定過程尚難認
04 涉年齡因素，更無構成年齡歧視之證據。被告僅依申訴人等
05 一面之詞，遽認本件僱傭關係之終止構成年齡歧視云云，顯
06 非適法。

07 七、原告終止人選之擇定係以其業務內容及考評結果為依據而與
08 年齡無涉，業已說明甚詳如上。原處分及訴願決定均以留任
09 者年齡是否較長作為原告有無年齡歧視之判斷標準而無視考
10 評結果，其論理本身即已帶有對於較年輕者之年齡歧視，顯
11 屬不當：

12 (一) 所謂「年齡歧視」係指，雇主在作成相關僱用決定時，不
13 以求職人或受僱人的能力、條件或表現為判斷，而是以與
14 執行該工作能力無關的「年齡」因素作為考量的標準，因
15 而造成某個年齡層的人無法和其他年齡層的人進行公平競
16 爭，此有臺北市政府勞動局問答集可參（本院卷一第259
17 頁）。又「歧視」本質上已包含「比較」之概念，主張雇主
18 有「歧視」行為時，應具體指出可供比較之參考指標，例
19 如相同工作條件下，兩人之工作能力、條件及表現均相
20 同，雇主卻因某項與工作條件、能力及表現無關之因素而
21 為差別對待，進而導致「某個年齡層的人無法和其他年齡
22 層的人公平競爭之結果。又依司法實務見解，上開年齡層
23 「非僅限於年滿45歲至65歲之中高齡國民」（最高行政法院
24 101年度判字第1036號判決參照）。易言之，倘雇主因考量
25 與工作條件或員工個人工作能力/條件/表現無關之因素，
26 導致年齡或年資較低之員工因此無法與其他年齡或年資較
27 高年之員工為公平競爭之結果者，雇主對於該等年齡或年
28 資較低之員工亦構成年齡歧視。惟原處分及訴願決定之意
29 旨未注意原告係以員工之績效表示作為留任與否之判斷依
30 據，而以年齡考量作為其裁處原告之依據，顯不足採。

31 (二) 原告與申訴人甲○○及乙○○間終止僱傭關係係因業務性

01 質變更所致，且若係因營業區域整併而有選擇同仁留任之
02 情形時，原告係以申訴人與其他同仁之績效表現為判斷及
03 認定，過程中難認涉及員工年齡之考量。本件原處分及訴
04 願決定，卻以原告留任員工之年紀是否較長作為原告有無
05 違反年齡歧視之依據，反而構成對年輕者之歧視，違反不
06 得對任何階層之年齡歧視，殊不足採。

07 八、原告終止與申訴人勞動關係前已盡安置義務，原處分之認定
08 顯有違誤：

09 (一)按勞動基準法第11條第4款所謂「適當工作」，係指在資遣
10 當時或資遣前後相當合理期間內，有與勞工受資遣當時之工
11 作條件相當，且屬勞工之能力可勝任並勞工願意接受者而言
12 (最高法院107年度台上字第957號判決參照、本院卷一第86
13 頁)。是以，倘雇主所有之職缺並非勞工所願意接受或能夠
14 勝任，雇主本無強予安置勞工至該等職位之必要，否則此種
15 情況下之調動亦難認具有調動之正當性。易言之，雇主「安
16 置義務」存在與否係以雇主有適當工作或員工認為有能力勝
17 任之工作存在為前提，倘事實上雇主根本不存在該適當工作
18 或員工自身認為無法勝任該等職缺之工作，則雇主所謂之
19 「安置義務」當無所附麗。準此，若雇主已將所有職缺資訊
20 公告予勞工，而勞工於勞動契約終止前因認為無適當職缺而
21 未提出申請者，自難認雇主有違反解僱前之安置義務可言。

22 (二)依上所述，雇主以電子郵件將職缺提供予員工參考並供其決
23 定是否提出轉任之申請，屬安置義務之履行方式之一；倘職
24 缺資訊之提供係於僱傭關係終止之預告之後，亦不影響雇主
25 已盡安置義務之認定。(臺灣高等法院105年度重勞上字第14
26 號民事判決參照)

27 1.查，原告公司內部系統(Workday)已提供員工所有轉調申請
28 機會(本院卷二第225-227頁)，且原告公司另以電子郵件
29 將職缺提供予員工參考。前開職缺系統及公告為全體員工包
30 括申訴人等人所知悉並隨時可提出申請，又查原告公司110
31 年1月間面臨通路衰減需減少人力之情形，即有三名員工收

到原告公司內部職缺公告後，口頭或正式申請轉調。另外，106年1月因原告公司經銷商通路衰減，需減少二名人員，亦有一名員工經由原告公司內部轉調至負責全聯通路業務，顯示原告公司內部職缺系統及電子郵件公告確屬原告公司員工所週知之制度且能有效提供面臨資遣之員工轉調之機會，進而迴避解僱之發生，且轉調之成功與否，與員工之年齡、年資無涉，而係依據員工所具備之經驗、技術能否勝任申請轉調之職位而定，此由上開四案例中其中兩人成功轉職案例之員工當時年齡都逾50歲以上，可證原告公司並未有被告所稱之年齡歧視之情形，蓋倘原告公司有被告所稱之年齡歧視之情形，原告公司即無需積極協助年逾50歲員工轉職並盡力促其成功以迴避資遣。原告並提出該公司員工透過內部職缺系統或電子郵件公告申請轉職案例如下：

姓名	當時年齡	當時時間	原職	新職	原因
陳錦鋒	54	106年1月	General Trade (經銷商)	Sales Operation (嘉義/雲林、台南)	陳錦鋒因原告公司經銷商通路有減少人力之必要，原告公司協助為其成功轉任至當時尚有職缺之全聯通路業務。 當時陳錦鋒年齡為54歲，原告公司仍依其工作能力為其轉任適當之職缺，足見原告公司並未有年齡歧視或不盡安置義務之情形。
邱榮華(JungHua Chiu)	51	110年1月	Sales Operation 台中	Sales Operation^ 桃園/中壢	因台中地區通路有減少人力之必要，該員工經由職缺公告知悉同部門於桃園/中壢地區之職缺並申請轉調成功。 當時該員雖已51歲，原告公司仍依其工作能力為其轉任適當之職缺。該名同仁當時已51歲(屬45歲至60歲之中高齡就業者)仍轉職成功且目前仍任職於原告，當可證明原告並無原處分機關所稱年齡歧視之情事。
李柏憲(Morgan L)	34	110年1月	PHA Distributor	無	原告公司因經銷商/藥房直營及經銷通路有減少人力之必要，該員

01

i)			(藥房經銷商)		工經由職缺公告知悉負責愛買通路之客戶發展副理職缺並申請轉調，惟於面試後因該員不符職缺所需經驗技能，並未轉調成功。
曾軍容 (Roge Tseng)	45	110年1月	PHA Distributor (藥房經銷商)	無	因經銷商/藥房直營及經銷通路有減少人力之必要，該員經由職缺公告知悉電商客戶經理職缺並口頭向主管表示對該職缺有興趣。惟事後因該職缺工作地點與該員居住地距離過遠，未提出正式轉調申請故未予轉任。

02

03

04

05

06

07

08

09

10

11

12

13

14

15

16

17

18

19

20

21

22

23

(三)由上開事實可知，本件原告內部職缺公告系統確作為原告為迴避資遣所設之安置制度，申訴人即證人乙○○在本院亦證稱請假系統確實要上原告公司內部系統Workday（本院卷二第189頁），另申訴人即證人甲○○則稱「電腦我們不是很專業，公司有個人請假系統，壹個流程，什麼名稱，人家叫我怎麼進去我就怎麼進去，我已經忘了。」二人既均為原告員工，職缺公告及請假均同一系統，自難諉為不知。又被告雖辯稱資遣與安置應同時提出云云，惟雇主具有勞基法第11條第4款之情事，本得不經預告終止勞動契約，是雇主先行於1個月前預告終止契約，並於預告期間提供職缺資訊，於法並無相悖。（臺灣高等法院105年度重勞上字第14號民事判決意旨參照）原告於預告終止後提供職缺資訊，本無不可。本件原告已協助員工進行內部轉職，惟申訴人等從本件爭議開始之初即係要求原告公司給予渠等更高之資遣費及退休金，而無繼續任職於原告公司之意願，此從乙○○證稱「公司沒有讓我延長，我想提供壹個時間點，3月15日告訴我們做到當月的月底之後，我們可以想到的就是如何把我們第一季獎金沖高，來保障我們未來的收入，這當中我們當然沒有告知公司我們可以轉換其他的職務，但這家公司在之前公司通通沒有前例。我作了20幾年主管參予過幾次資遣的作業，這是不可能的。」（本院卷二第190頁）；甲○○證稱「（你有看過這個職缺公告嗎？）證人甲○○：我有收到，

01 但是我沒有看，因為當時我不須要，所以我沒有認真看。」

02 「這家公司的職缺對我無效，看也沒有用。」（本院卷二第
03 192頁及194頁）可知，則原告提供職缺資訊供渠等參考，自
04 無違反勞動基準法第11條第4款所規定之安置義務。

05 九、原處分及訴願決定未負舉證責任，顯有違背法令之情事，且
06 均未說明原告終止勞動關係構成年齡歧視之具體事實，泛言
07 原告歧視高齡員工云云，顯有違誤：

08 （一）按原處分所引用之臺北高等行政法院108年度訴字第63號行
09 政判決，明揭主管機關於認定雇主有歧視行為時，應說明以
10 下事項：「主張雇主具有「歧視」行為時，若可指出一項可
11 供參考比較之事實指標，藉以說明被歧視者與該參考之事實
12 指標，二者職業條件相同，卻因某項與工作能力不相關之因
13 素而受（雇主）不平等之處遇，或者職業條件不同，卻因某
14 項與工作能力不相關之因素而受相同之對待，即足當之（最
15 高行政法院101年度判字第702號判決要旨參照）」（本院卷
16 一第79頁）。而該案法院即依前開意旨，就比較對象及終止
17 勞動關係與年齡之關連性為實質審查，並認定雇主無涉年齡
18 歧視之情事。

19 （二）次按，臺北高等行政法院101年度訴字第1425號行政判決
20 「所謂『就業歧視』乃一不確定之法律概念，本質上仍須賴
21 主管機關將此抽象之不確定概念經由解釋而具體化的適用於
22 特定事實關係，是被告（即臺北市政府）對原告有『就業歧
23 視』之待證事實應負客觀舉證責任。（本院卷一第295頁）。
24 再按，臺北高等行政法院100年度簡字第658號行政判決明
25 揭：「『當事人主張事實，須負舉證責任，倘其所提出之證
26 據，不足為主張事實之證明，自不能認其主張之事實為真
27 實。又行政官署對於人民有所處罰，必須確實證明其違法之
28 事實。倘不能確實證明違法事實之存在，其處罰即不能認為
29 合法。』亦有最高行政法院39年度判字第2號判例要旨可
30 參。準此，被告以原告有違反就業服務法第5條第1項之就業
31 歧視行為而處以罰鍰，自應就原告有因陳軍智具有以往工會

01 會員之幹部身分而不予重新聘用之就業歧視事實，負客觀舉
02 證責任」（本院卷一第309頁）。

03 （三）參酌上開判決意旨可知，被告機關既認定原告終止勞動關係
04 構成年齡歧視，自應具體指明申訴人甲○○、乙○○之終止
05 係因與其業務、工作不相關之因素所致，原告公司已分別詳
06 實說明甲○○因全聯業務外包、乙○○因區域整併且業務考
07 核成績不如其他區經理而未能留任之事證。被告未提出原告
08 公司之終止係基於年齡因素之具體事實，實難認已負舉證責
09 任，被告對原告作成裁罰處分，顯屬率斷自非適法。

10 （四）訴願決定謂參照中高齡者及高齡者就業促進法第14條之立法
11 意旨，應由雇主就非年齡因素負舉證責任云云；惟本件原處
12 分之依據係「就業服務法」之規定，而非「中高齡者及高齡
13 者就業促進法」，亦為訴願決定所自承（參訴願決定第12頁
14 第六、（一）、（二）點）。就業服務法既未就此類事件之
15 舉證責任為特別規定，且中高齡者及高齡者就業促進法亦未
16 為任何溯及或擴張其舉證責任適用範圍之規定，則本件本應
17 依一般法律原則，由主張歧視之積極事實存在者負舉證責
18 任，而非由原告就歧視事實不存在之消極事實負舉證責任。
19 原處分及訴願決定以原告無法舉證為由，認定原告構成年齡
20 歧視，顯有違背法令之情事。

21 （五）且查，原告業已舉證證明確有業務委外、組織整併等業務性
22 質變更之事實，原告自有依勞動基準法第11條第4款規定行
23 使終止權之相當基礎，至於當時原告有無適當工作可供安
24 置，縱使原告與申訴人對此理解有所不一，亦非被告得依其
25 職權擅為認定；且依經驗或論理法則，亦無從依「安置與
26 否」之事實上爭執，逕為推論原告終止權之行使具有年齡歧
27 視之意圖而構成年齡歧視。原處分及訴願決定一味拘泥於原
28 告終止權之行使是否合致勞動基準法第11條第4款，未就原
29 告有何年齡歧視之意圖及行為依具體事證進行判斷，均僅在
30 審查原告未盡安置義務，繼而以「申訴人自述願意調動至其
31 他職位」、「原告無法舉證已盡安置義務」等語，直接推導

01 出「原告終止申訴人之僱傭關係構成年齡歧視」之結論，其
02 事實認定尚有違誤，自非適法。

03 十、縱認原告應就終止之合法性負舉證責任，原告亦已於原處分
04 及訴願調查過程充分提出事證，原告終止與申訴人間之勞動
05 關係確係合致勞動基準法第11條第4款規定：

06 (一)按所謂「適當工作」，依最高法院107年度台上字第957號民
07 事判決之見解，係指「在資遣當時或資遣前後相當合理期間
08 內，有與勞工受資遣當時之工作條件相當，且屬勞工之能力
09 可勝任並勞工願意接受者而言。」（本院卷一第86頁），且
10 按臺灣高等法院105年度重勞上字第25號民事判決明揭：
11 「所謂『適當工作』，當指與勞工資遣當時之工作條件相
12 當，且屬勞工之能力可勝任者而言，故雇主雖有其他工作職
13 缺，惟該職缺之工作條件（包括薪資、職級等）顯不相當，
14 或非屬勞工所得勝任者，相對於勞工而言，自不得謂係「適
15 當工作」，而責令雇主負安置義務」（本院卷一第103頁）。
16 準此，原告是否應將甲○○、乙○○安置於其他職位，除應
17 視勞動關係終止時是否確有該等職位外，亦應就職位之實質
18 工作內容、待遇條件等進行衡量，始能判斷。倘於勞動關係
19 終止前後時原告內部並無符合渠等工作條件之職缺，則依前
20 開最高法院判決之見解，勞基法第11條第4款規定之安置義
21 務並不存在。

22 (二)查，原告於通知申訴人終止勞動關係後，至勞動關係終止日
23 108年3月31日止，期間尚有十餘日，此有申訴人於108年3月
24 20日以申請勞資爭議調解紀錄可依（本院卷一第175頁），
25 申訴人倘認有其他可以勝任之工作，自可依原告內部職缺系
26 統或不定期寄發之職缺公告向原告提出轉調申請（本院卷一
27 第187-194頁）。迺申訴人捨此不為，反而於事後即至臺南市
28 政府申請勞資爭議調解，主張退休金之計算應納入年節獎金
29 云云，足認渠等亦自認無其他適當工作，而無繼續任職原告
30 之意願，僅就平均工資之計算有所爭執。由此足見，原告於
31 終止勞動關係當時，確實無申訴人甲○○、乙○○得以勝

01 任、願意擔任或工作條件相近之職位，且此並非原告片面之
02 認定，而係渠等亦有此一認知。被告僅以「勞工甲○○等人
03 曾於訪談紀錄中陳述向訴願人反應，配合企業轉型需求，願
04 調其他適合單位繼續工作，然而訴願人未曾聞問」等申訴人
05 片面之詞（參被告109年4月30日訴願答辯書第4頁第五點）
06 為其判斷適當工作之依據，顯然未憑任何證據，並違反行政
07 機關應對於當事人有利及不利之情形一律注意之客觀性義
08 務。

09 （三）本件原告已將僱傭關係終止前後之所有職缺均已提供予申訴
10 人（本院卷一第187-194頁），申訴人若有轉任意願原告將會
11 安排部門主管面試。惟因上開之職缺其所需職能大抵與財務
12 專長相關且需具備英文聽說讀寫流利之能力，因申訴人並不
13 具備該等專長且該等專長亦非原告稍加提供訓練即一蹴可
14 成，此乃申訴人對於原告所提供之職缺不予理會之主要原因。
15 準此，當不能因申訴人客觀不能勝任原告所提供之職缺
16 之工作之事由轉嫁予原告承擔而認定原告未盡安置義務。原
17 處分以此為由認定原告構成年齡歧視，業已違反上開最高法
18 院判決所明揭之，雇主安置義務存在係以有適當工作存在為
19 前提之意旨，況雇主有無盡安置義務與雇主有無違反就業服
20 務法年齡歧視本屬二事，尚不得將兩者為不當聯結，則日後
21 縱使雇主已盡安置義務，仍需檢視有無年齡歧視之情形。再
22 者，原告終止與申訴人之勞動關係後，固自108年7月起陸續
23 新聘四名業務人員。惟該等職缺並非於僱傭關係終止前後適
24 當時間所產生之職缺。況該等職缺均係於臺北總公司（本院
25 卷一第195頁），與申訴人原先任職地點位於臺南相距甚遠；
26 且距108年3月31日原告終止兩造間勞動關係已超過三個月以
27 上，原告於終止勞動關係時並無該等職缺，自不得謂原告於
28 終止兩造間勞動關係時已有該等職缺而未盡安置義務。且申
29 訴人實際上係於108年7月15日委任律師發函始提出復職之請
30 求，且於原告收受該函後，兩造討論之內容亦僅針對金錢給
31 付進行協商（本院卷一第197-199頁），仍難認渠等主觀上有

01 自認得以勝任、願意擔任並轉調之其他職位，自不得遽認該
02 等職缺係渠等得以勝任、願意擔任或工作條件相近之所謂
03 「適當工作」，而指摘原告未盡安置義務。

04 (四)再就該等職缺之工作內容觀之，雖同為業務人員，惟其所需
05 之技能、經驗亦非全然相同。以該四人中，其中二人負責之
06 電商通路為例，該職位所要求之工作技能、能力均與申訴人
07 原先負責之全聯通路商品擺設等之管理工作顯不相同，此參
08 該二人之「經歷」欄位，均具備「E-Commerce」、「Online
09 Marketing」等相關工作經歷即明（本院卷一第195-196
10 頁），客觀上而言，亦難認申訴人足以勝任該等職缺。

11 (五)是以，就原告於兩造勞動關係終止後新聘之四名員工，不論
12 其職缺產生之時間、給付勞務之地點及所需技能等均與申訴
13 人原先職位顯不相當，非屬勞動基準法第11條第4款所稱之
14 「適當工作」。惟原處分於事實認定上全憑臆測而未有任何
15 實據，僅以原告未將甲○○、乙○○安置於該等職位，即認
16 原告未盡安置義務，顯有違誤。訴願決定亦未就原處分前開
17 不當之處為任何說明，自均無從維持。

18 十一、綜上所述，被告以原告終止與申訴人甲○○、乙○○間之
19 勞動關係構成年齡歧視，涉違反就業服務法第5條第1項規
20 定，原處分裁處原告罰鍰300,000元，尚有違誤，訴願決定
21 予以維持，亦有未洽，原告訴請撤銷訴願決定及原處分，為
22 有理由，應予准許。原處分既經撤銷，被告因此受領原告繳
23 納之罰鍰300,000元即失所據，原告訴請被告返還，為有理
24 由，亦應准許，及自起訴狀繕本送達翌日即110年7月8日
25 （本院卷一第223頁）起至清償日止按年息百分之五計算之
26 利息。

27 十二、按訴訟費用，由敗訴之當事人負擔；法院為終局判決時，
28 應依職權為訴訟費用之裁判，經核本件應徵之第一審裁判
29 費為2,000元及證人日旅費2,772元，扣除證人甲○○634
30 元，乙○○500元已由被告先行預納外，被告應給付原告
31 3,638元，此有卷附之裁判費審核單及收據可稽，原告既

01 受敗訴判決，應負擔上開訴訟費用，併依職權確定之，附
02 此敘明。

03 據上論結，本件原告之訴為無理由，依行政訴訟法第98 條第1項
04 前段，判決如主文。

05 中 華 民 國 111 年 4 月 20 日

06 行政訴訟庭 法 官 侯明正

07 一、上為正本係照原本作成。

08 二、如不服本判決，應於送達後20日內，向本院提出上訴狀，並
09 繳納上訴費新台幣3,000元，其未表明上訴理由者，應於提
10 出上訴後20日內向本院補提理由書（均須按他造人數附繕
11 本）。上訴理由應表明關於原判決所違背之法令及其具體內
12 容，或依訴訟資料可認為原判決有違背法令之具體事實。

13 中 華 民 國 111 年 4 月 20 日

14 書記官 陳惠萍