最　高　行　政　法　院　判　決

112年度上字第315號

上　訴　人　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
　　洪靖亭
被 上訴 人　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

上列當事人間就業服務法事件，上訴人對於中華民國112年3月22日高雄高等行政法院110年度訴字第436號判決，提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決廢棄，發回高雄高等行政法院地方行政訴訟庭。

理　由

一、行政訴訟法施行法第19條規定：「（第1項）修正行政訴訟法施行前已繫屬於最高行政法院，而於修正行政訴訟法施行後，尚未終結之事件，由最高行政法院依舊法(指民國111年6月22日修正公布，112年8月15日施行前之行政訴訟法)審理。（第2項）前項情形，最高行政法院為發回或發交之裁判者，應依修正行政訴訟法第104條之1或第229條規定決定受發回或發交之管轄法院。受發回或發交之高等行政法院或地方行政法院應依修正行政訴訟法審理。」本件於112年8月15日修正行政訴訟法施行前已繫屬於本院，於施行後尚未終結，依上規定，應由本院依舊法(下稱行政訴訟法)規定審理，先予敘明。

二、事實概要：

緣被上訴人所僱用員工陳政國（下稱陳君）於109年6月9日向新北市政府勞工局（下稱新北市勞工局）申訴，指稱被上訴人於109年5月4日資遣陳君，係以陳君擔任神腦國際企業股份有限公司企業工會（下稱神腦企業工會）理事長身分為由之歧視行為。經新北市勞工局以109年6月16日新北勞業字第1091110203號函轉上訴人妥處，上訴人受理後，發現被上訴人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、被上訴人提出之陳述意見後，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。上訴人遂核認被上訴人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111年2月8日高市勞就字第11030995100號裁處書（下稱原處分）處被上訴人新臺幣（下同）30萬元罰鍰，並公布名稱、負責人姓名。被上訴人不服，循序提起行政訴訟，並聲明：訴願決定及原處分均撤銷，經高雄高等行政法院（下稱原審）以112年3月22日110年度訴字第436號判決（下稱原判決）撤銷訴願決定及原處分。上訴人不服，於是提起本件上訴。

三、被上訴人起訴主張及上訴人於原審之答辯，均引用原判決之記載。

四、原審撤銷訴願決定及原處分，其主要論據如下：

㈠就業服務法第5條第1項規範禁止雇主對求職人或所僱用員工歧視之緣由，以該條文列舉之「種族……以往工會會員身分」等各項特質、身分之緣由為限，其中所稱「以往工會會員身分」，自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，不包含對員工以「現在工會會員身分」為由之歧視行為。再者，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，則改制前行政院勞工委員會（已改制為勞動部，下稱勞動部）95年8月10日勞職業字第0950062428號函（下稱95年8月10日函）認前揭「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），與就業服務法第5條第1項規定「以往工會會員身分」之立法意旨不合，尚難予以援用。從而，陳君遭被上訴人資遣時擔任神腦企業工會理事長；縱認被上訴人係考量陳君身分決定將其資遣，而構成就業歧視行為，亦係以所僱用員工於行為時之「現在工會會員身分」為歧視緣由，非以「以往工會會員身分」，核與就業服務法第5條第1項所稱「以往工會會員身分」之歧視要件不合，不構成違反上開規定之就業歧視行為，上訴人以原處分裁處被上訴人，即有違誤。

㈡就法律名稱及整體法規範內容觀之，工會法就工會事項有最詳細之規定，相對於就業服務法而言，工會法應屬工會事項之特別法。再比較工會法第35條第1項第1款、就業服務法第5條第1項規定之構成要件及意旨，足認前者已完全涵蓋後者，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。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）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，可依各該法條分別尋求救濟等語，有違中央法規標準法第16條規定，尚難予以援用。是以，縱認被上訴人資遣陳君，純係考量其身分之決定，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，上訴人適用此規定作成原處分，即有違誤。

五、本院的判斷：

㈠行政訴訟法第125條第1項至第3項規定：「（第1項）行政法院應依職權調查事實關係，不受當事人主張之拘束。（第2項）審判長應注意使當事人得為事實上及法律上適當完全之辯論。（第3項）審判長應向當事人發問或告知，令其陳述事實、聲明證據，或為其他必要之聲明及陳述；其所聲明或陳述有不明瞭或不完足者，應令其敘明或補充之。」第133條前段規定：「行政法院於撤銷訴訟，應依職權調查證據。」第189條第1項、第3項規定：「（第1項）行政法院為裁判時，應斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，依論理及經驗法則判斷事實之真偽。……。（第3項）得心證之理由，應記明於判決。」第209條第3項規定：「理由項下，應記載關於攻擊或防禦方法之意見及法律上之意見。」足見行政法院應依職權調查事實關係，不受當事人主張之拘束，審判長應注意使當事人得為事實上及法律上適當完全之辯論，並應向當事人發問或告知，令其陳述事實、聲明證據，或為其他必要之聲明及陳述；其所聲明或陳述有不明瞭或不完足者，應令其敘明或補充之。行政訴訟具有確保國家行政權之合法行使，維護公益之目的，行政法院應依職權調查證據，且為裁判時，應斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，依論理及經驗法則判斷事實之真偽，並將得心證之理由，記明於判決。倘未善盡調查證據及審酌其證明力之職責，其判決即屬違背法令，並因調查證據未臻完備，不足以判斷事實之真偽，亦有判決不備理由之違法瑕疵。

㈡就業服務法第5條第1項規定：「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。」第6條第1項、第4項第1款規定：「（第1項）本法所稱主管機關：在中央為勞動部；在直轄市為直轄市政府；在縣（市）為縣（市）政府。……（第4項）直轄市、縣（市）

主管機關掌理事項如下：一、就業歧視之認定。……」第65條第1項、第3項規定：「（第1項）違反第5條第1項、第2項第1款、第4款、第5款、第34條第2項、第40條第1項第2款、第7款至第9款、第18款規定者，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，並限期令其改善；屆期未改善者，應按次處罰。」就業服務法施行細則第2條規定：「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。」高雄市就業歧視評議會設置要點第1點規定：「本府為保障轄內國民就業機會平等，避免雇主對求職人或所僱用員工有歧視行為，而造成不公平待遇，並為促進性別工作平等，特設高雄市就業歧視評議會……」第3點規定：「（第1項）本會置委員11人至13人，其中1人為召集人，由市長指定副市長1人兼任；其他委員由本府就下列人員聘（派）兼之：㈠本府社會局代表1人。㈡本府勞工局代表1人。㈢本市工會團體代表2人。㈣本市雇主團體代表1人。㈤身心障礙團體代表1人。㈥婦女團體代表2人。㈦原住民代表1人。㈧學者專家1人至3人。（第2項）前項委員之女性人數不得少於2分之1。（第3項）委員任期2年，期滿得續聘（派）兼之。任期內出缺時，得補聘（派）兼至原任期屆滿之日止。但機關團體代表職務異動時，各機關團體應依程序改派，其任期至原任期屆滿之日止。」第5點規定：「（第1項）本會會議每4個月召開1次；必要時，得召開臨時會議。但受理申訴案件，應自受理申請之日起3個月內召開會議。（第2項）前項會議之召開，由召集人召集並為主席；召集人因故不能出席時，由召集人指定委員1人代理之。（第3項）本會會議應有過半數委員之出席，出席委員過半數之同意始得作成決議；正反意見同數

時，取決於主席。（第4項）本會委員應親自出席本會會議及參與表決，不得代理。」

㈢就業服務法第5條第1項所稱「歧視」，係指雇主無正當理由而恣意實施差別待遇而言（其立法理由參照）。依憲法第7條、第15條規定，人民之平等工作權應予保障，即國民就業機會均等，因此求職人若於求職之過程中，未能享有平等之工作機會，或受僱人於就業時，未能享有平等之薪資、配置、考績或陞遷、訓練機會、福利措施、退休、終止勞動契約等就業安全保障之待遇，即構成就業歧視。按「歧視」概念，本質上包含「事實比較」之意涵，亦即主張雇主具有「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待遇，即足當之。勞動部95年8月10日函略以：「……二、查本法（即就業服務法）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。三、承上，對以往工會會員就業歧視之成立，求職人或所僱用員工除應具備工會會員等身分外，仍須有就業歧視之情事，並由直轄市、縣、（市）政府依本法第6條第4項第1款及本法施行細則第2條規定邀集相關政府機關、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本諸職權視具體個案之情形，加以專業價值判斷及認定。……」核乃勞動部本於就業服務法中央主管機關職權，闡釋該法第5條第1項所稱「以往工會會員身分」構成歧視要件之意涵，著重在以工會會員身分為由，而予歧視。說明歧視事件發生當時非工會會員，而以往具工會會員身分遭歧視，固有其適用；惟亦包括以往

工會會員身分持續至當時，而為歧視緣由者，未逾文義解釋之範疇，且符合該法條規定在於保障國民就業機會平等之立法意旨，自得為地方主管機關辦理相關案件所援用。

㈣又工會法第35條第1項第1款規定：「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、解雇、降調、減薪或為其他不利之待遇。」工會法施行細則第30條第1項：「本法第35條第1項第1款及第3款所稱其他不利之待遇，包括意圖阻礙勞工參與工會活動、減損工會實力或影響工會發展，而對勞工為直接或間接不利之對待。」勞資爭議處理法第51條第1項、第2項及第4項：「（第1項）基於工會法第35條第1項及團體協約法第6條第1項規定所為之裁決申請，其程序準用第39條、第40條、第41條第1項、第43條至第47條規定。（第2項）前項處分並得令當事人為一定之行為或不行為。……（第4項）對於第1項及第2項之處分不服者，得於決定書送達之次日起2個月內提起行政訴訟。」上述規定所建構之不當勞動行為禁止及其裁決機制，其立法目的旨在確實保障勞工之團結權、團體協商權及集體爭議權，避免雇主以其經濟優勢地位，對於勞工行使法律所賦予之團結權、團體協商權及集體爭議權時，採取反工會組織及相關活動之不當勞動行為，透過不當勞動行為裁決機制，除對於具體個案認定是否構成不當勞動行為外，尚藉命當事人為一定行為或不行為之方式，以為快速有效之救濟命令，俾迅速排除不當勞動行為，回復受侵害勞工之相關權益及集體勞動關係之正常運作。至於就業服務法第5條第1項規定之目的在避免雇主以與工作無直接關聯之原因，而予求職者或受僱者不平等之待遇，以保障國民就業機會之平等，從而促進國民就業，以增進社會與經濟之發展（同法第1條規定參照）。基此，就業服務法作為平等權保護客體之一的「以往工會會員身分」所指向之立法政策目的自不等同於工會法第35條之團結權保護政策之目的，並經勞動部109年9月9日函予以指

明：「……三、按就業服務法就業歧視禁止規定，係為保障國民就業平等，規範雇主對於求職人或所僱用員工，不得以與執行特定工作無關之特質，決定其勞動條件或受僱與否。另工會法第35條明定禁止雇主不當勞動行為之態樣，係期藉由禁止雇主以公司管理權之行使，作為打壓工會會員、幹部，破壞或弱化工會活動，妨礙勞工團結權之行使，以保護工會及工會會員、幹部。四、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事由並不相同，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。」

㈤原判決雖以：被上訴人係對陳君以「現在工會會員身分」為歧視緣由，非以「以往工會會員身分」，核與就業服務法第5條第1項所稱「以往工會會員身分」之歧視要件不合，不構成違反上開規定之就業歧視行為；且工會法第35條第1項第1款為就業服務法第5條第1項之特別規定，自應優先適用等由，資為原處分違法應予撤銷之論據。惟查：

1.神腦企業工會係於106年10月1日成立，被上訴人所僱用陳君擔任第1屆理事長，任期自106年10月1日至110年9月30日止，嗣被上訴人於109年5月4日資遣陳君時，陳君雖仍擔任神腦企業工會理事長，惟依據就業服務法第5條第1項及前揭勞動部95年8月10日函意旨，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，即符合就業服務法第5條第1項「以往工會會員身分」之構成要件，陳君自106年10月1日起即具有神腦企業工會會員身分，已符合「以往工會會員身分」之構成要件，其遭被上訴人資遣時，仍擔任神腦企業工會理事長，並無礙上訴人認定被上訴人資遣陳君構成就業歧視，則原判決遽論此無由成立就業服務法第5條第1項規定以「以往工會會員身分」之歧視，適用法規顯有違誤。

2.其次，就業服務法第5條第1項之規範目的與工會法第35條第1項第1款規定有別，前已詳述，則原判決認為後者之構成要件已完全涵蓋前者之構成要件，彼此具有特別法與普通法之法條競合關係，依中央法規標準法第16條規定及就業服務法第5條第1項後段明文，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，就業服務法第5條第1項則無適用餘地，亦嫌速斷。況且，被上訴人資遣陳君後，神腦企業工會、陳君向勞動部申請不當勞動行為裁決，經勞動部所屬不當勞動行為裁決委員會於109年9月11日作成109年勞裁字第15號不當勞動行為裁決決定（下稱不當勞動行為裁決）：「一、確認相對人（即被上訴人）於109年5月4日解僱（5月5日生效）申請人陳政國之行為，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。二、確認相對人於109年5月4日解僱（5月5日生效）申請人陳政國之行為無效。三、相對人應於本裁決決定書送達翌日起10日內，回復申請人陳政國原任於相對人維修服務處南區維修中心工程師之職務及39,500元之原薪，並將事證送交勞動部存查。四、相對人應自109年5月5日起至申請人陳政國復職日止，按月於次月5日給付申請人陳政國薪資39,500元，及自每月發薪日之翌日起至清償日止，按年息百分之五計算之法定利息。五、相對人應自109年5月5日起至申請人陳政國復職日止，按月提繳2,406元至申請人陳政國之勞工退休金專戶。六、相對人應於本裁決決定書送達翌日起10日內，將本裁決決定主文以16號標楷體公告於相對人官方網站（https://www.senao.com.tw/）首頁及公司公告系統30日，並將事證送交勞動部存查。」被上訴人不服不當勞動行為裁決，提起行政訴訟，聲明：原裁決主文第1至6項均撤銷，經臺北高等行政法院109年度訴字第1372號判決駁回被上訴人對原裁決主文第1項、第3至6項所提撤銷訴訟，另以裁定駁回被上訴人訴請撤銷原裁決主文第2項部分。被上訴人不服臺北高等行政法院109年度

訴字第1372號判決，提起上訴，業經本院以112年5月4日111年度上字第186號判決駁回上訴確定在案。觀之不當勞動行為裁決主文可知，勞動部所屬不當勞動行為裁決委員會係對被上訴人為一定行為之救濟命令，並未就被上訴人違反工會法第35條第1項第1款規定，另依同法第45條第1項規定作成裁處罰鍰，並公布其名稱、代表人姓名、處分期日、違反條文及罰鍰金額之行政處分，故本件尚不發生因就業服務法第5條第1項與工會法第35條第1項第1款二者競合，於裁罰時應優先適用何者之問題。

㈥綜上所述，原判決於法既有上述可議情形，上訴意旨指摘原判決違法，求予廢棄，為有理由，本院自應將原判決予以廢棄。惟因原處分所載被上訴人違法事實，尚未經原審調查完盡臻於明確，本院無從自為判決。又因原處分係處被上訴人30萬元罰鍰，並公布名稱、負責人姓名，屬修正行政訴訟法第104條之1第1項第2款「因不服行政機關所為150萬元以下之罰鍰或其附帶之其他裁罰性、管制性不利處分而涉訟者。」應以地方行政法院為第一審管轄法院，爰依行政訴訟法施行法第19條第2項規定，發回高雄高等行政法院地方行政訴訟庭更為審理，另為適法之裁判。

六、據上論結，本件上訴為有理由，爰依行政訴訟法第256條第1項、第260條第1項，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　10　　月　　19　　日

最高行政法院第三庭

審判長法官　陳　國　成

法官　王　碧　芳

法官　簡　慧　娟

法官　蔡　如　琪

法官　陳　文　燦

以　上　正　本　證　明　與　原　本　無　異

中　　華　　民　　國　　112　　年　　10　　月　　20　　日

書記官　莊　子　誼