臺北高等行政法院判決

108年度訴字第1822號

110年1月7日辯論終結

原　　告　陳雲上

訴訟代理人　陳雲惠　律師

被　　告　新北市政府

代　表　人　侯友宜（市長）

訴訟代理人　黃月英

　　許慧貞

　　林子軒

參　加　人　聯合報股份有限公司

代　表　人　王文杉

訴訟代理人　陳金泉　律師

　　葛百鈴　律師

　　李瑞敏　律師

上列當事人間就業服務法事件，原告不服勞動部中華民國108年11月1日勞動法訴二字第1080010323號訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

主　文

原告之訴駁回。

訴訟費用由原告負擔。

事實及理由

一、事實概要：

原告自民國81年10月起受僱於參加人，經資遣前並擔任原告之經濟日報事業處新聞部財經中心副主任，參加人於107年3月16、30日曾與原告討論是否終止勞動契約，嗣後參加人於107年4月間通知原告而預告於同年月30日資遣，並果於當日

資遣原告而為雙方勞動契約之終止日（下稱系爭資遣行為）。原告認參加人就系爭資遣行為，有持年資達25年即提議先結清退休年資，再討論是否減薪回聘的作法，必然針對年齡較高者方有適用，認此情已涉及年齡之歧視，乃於107年4月27日（被告內部戳載日為107年5月1日，但實際收受日為107年4月27日）向被告申訴參加人涉及違反就業服務法第5條第1項規定關於年齡之就業歧視。嗣經被告調查並提經所組成108年2月23日新北市就業歧視評議委員會第11屆第1次會議評議後，經該會決議作成參加人「違反就業服務法第5條第1項規定不成立」之評議審定，經被告以108年3月18日新北府勞業字第1070830568號函檢附前開評議審定書（下合稱原處分）通知原告。原告不服，遞經勞動部駁回訴願，乃提起本件行政訴訟。

二、本件原告主張：

(一)就業服務法相關規定除保障一般公共利益外，並含有保護受就業歧視者之目的，應認為主張受就業歧視者，有請求直轄市、縣（市）主管機關就是否成立就業歧視為認定之主觀公權利，原告提起本件課予義務訴訟，自屬合法。

(二)原告所提錄音帶、譯文等均可證明參加人確實有針對年資滿25年者要求自請退休再打折回聘的措施，原告因不從而遭到資遣，過程中參加人從未提及原告有表現不佳或組織縮編等情形，僅提及希望配合參加人政策能接受打折回聘工作，被告卻不採信原告所提證據，就此未盡調查責任，且本件並無事證證明參加人所屬財經中心已無設置副主任之必要，被告所持參加人營運狀況符合虧損狀況，曾與工會約定以績效評比作為裁員標準，並承諾給予受資遣員工重返職場機會等情，認定參加人係依法資遣原告，並不構成就業歧視，實已違

反勞動基準法第11條第2款規定之立法意旨，侵害原告之工作權。又參加人對原告之考核資料等，並不能證明原告自100年度起工作表現開始有負面評價，反而由參加人就年資高於25年者人數佔資遣員工比例高達48.21%，高於平均資遣率，更高於對年資未滿25年員工之資遣比例，參加人之資遣明顯不利於年資高者，確有歧視高年資(年齡)勞工之行為。另原告遭資遣時僅取得26個基數之資遣費，並非原處分認定可上升至40個基數情形，原處分應有違誤等語。

(三)並聲明：

1.先位聲明：⑴訴願決定及原處分均撤銷。⑵被告應依原告107年4月27日之申請作成參加人有違反就業服務法第5條第1項規定歧視行為之行政處分。

2.備位聲明：訴願決定及原處分均撤銷。

三、本件被告則以：

(一)就業服務法第5條第1項規定，尚非賦予原告有請求被告對參加人為行政處分之公法上依據，原告所為之申訴，僅促請被告發動職權裁量是否為特定行為，屬建議、舉發之陳情性質，並非行政訴訟法第5條規定之「依法申請」或被告有應作為而不作為之情事，原告並無請求被告為一定行政行為之公法請求權存在，自非依法有權請求行政機關作為之「依法申請案件」，與行政訴訟法第5條課予義務訴訟之要件不符，且原告與被告並無因公法上原因發生財產上之給付爭議，本件原告訴之聲明非依符行政訴訟法第8條第1項規定提起一般給付訴訟。

(二)參加人在系爭資遣行為前曾要求原告自請退休，應係顧及原告之顏面，且參加人所提出以原有薪資60%回聘，目的亦在回應、滿足工會提出回聘資遣中高齡員工之訴求，且可達到

符合降低僱用成本的，應在合理範圍，且本件最後雖資遣原告，主要仍係考量原告近年考績表現不佳情形，且所屬財經中心人力確有緊縮狀況，原告所任副主管職已無存在必要，並未逾越企業合理之人事精簡策略範圍；至於參加人選擇在原告工作年資達25年時方發動資遣，亦有考量原告依法較可領取較高基數計算之舊制退休金，就此而言並非對原告之不利對待。此外，審酌參加人近年營運虧損，確有人力精簡、成本控制等需要，本即符合勞動基準法第11條第2款所定資遣要件；另近1年參加人之被資遣員工中，並無特別針對年資達25年以上者，且目前在職員工中，年資在25年以上者仍有16%之比例，同時對工作滿10年、20年、30年、40年之受僱員工亦有頒發年資獎勵，均難認參加人對高年資員工有明顯不利對待情形。本件因此認參加人資遣原告尚非出於年資因素所為之差別對待，且縱認年資與年齡有發生必然關連，在無法確認參加人係因年資因素而對原告有差別對待之情形下，被告未認定參加人對原告之系爭資遣行為構成年齡歧視，並無錯誤等語，資為抗辯。

(三)並聲明：駁回原告之訴。

四、本件參加人則以：

(一)被告以就業歧視評議委員會之專業認定為辦理依據、處分理由，對外以被告名義發文而通知參加人及原告就業歧視申訴不成立，應已發生公法上法律效果，原處分性質上應屬以參加人為受處分對象、原告為利害關係人之行政處分。但原告所提出就業歧視申訴，並非行政訴訟法第5條規定「依法申請之案件」，或被告有應作為而不作為之情事，僅係促使被告發動職權，具建議或舉發之陳情性質，而非賦予原告有請求被告作成就業歧視成立認定之行政處分之權利，被告並無

依原告申請即作成歧視認定成立之義務，自不符行政訴訟法第5條規定提起課予義務訴訟之要件，故原告應不得提起課予義務之訴救濟，而僅能提起撤銷訴訟。

(二)參加人長年虧損及業務緊縮，符合勞動基準法第11條第2款規定而得合法資遣員工，且本件對原告之資遣，係因原告考績不佳及組織精簡後無副主任之需求，絕無歧視原告、年齡歧視之情事；另參加人之總編輯約談原告過程，未當場告知原告關於原告考績不佳、組織上無副主任需求等考量，實係為避免溝通中對立及傷害原告自尊，曾提及原告工作年資25年乙事，亦在勸說原告是否考慮退休，並非參加人有針對工作年資滿25年之員工必須要求退休或結清回聘之政策；再者由104至107年間，參加人公司24年以下遭資遣員工比例合計為56%，遠高於25年以上遭資遣員工之比例，另由被告訪談參加人在職或離職員工等電話訪談紀錄，亦可知參加人並無歧視25年工作年資員工之情事，原告之主張，並無依據等語，資為抗辯。

(三)並聲明：駁回原告之訴。

五、本件如事實概要欄所示事實，除下述所示爭點外，其餘為兩造所不爭執，並有參加人107年4月20日資遣原告通知書（原處分可閱卷第7頁）、原告離職證明（原處分可閱卷第11頁）、原告107年5月1日申訴書（原處分可閱卷第1至3頁）、被告所屬勞工局107年5月24日、107年6月28日、107年8月6日訪談紀錄（原處分可閱卷第4至6、33至35、36至38頁）、被告108年2月23日新北市就業歧視評議委員會第11屆第1次會議（原處分不可閱卷第134至145頁）、原處分（本院卷1第45至57頁）、訴願決定（本院卷1第59至79頁）影本等件在卷可稽，堪認與事實相符。而兩造既以前詞爭執，則本件

所應審究之主要爭點厥為：(一)程序爭點：依就業服務法第5條第1項、第6條第4項第1款及就業服務法施行細則第2條規定，原告有無公法上權利而得請求被告作成「參加人違反就業服務法第5條1項規定成立」之行政處分？原告就此得否提起課予義務訴訟？若否，系爭函是否為行政處分？原告得否依行政訴訟法第4條規定就系爭函提起撤銷訴訟？（二）實體爭點：參加人對被告所為系爭資遣行為，是否係基於其內部有採取年資達25年以上者，即提議先合意退休或資遣再減薪回聘的措施而來？系爭資遣行為是否違反就業服務法第5條第1項規定而以年齡為由，予以歧視？若認原告得提起課予義務訴訟，原告依就業服務法第5條第1項、第6條第4項第1款及就業服務法施行細則第2條等規定，請求判決如先位聲明所示，是否有理？若認原告得提起撤銷訴訟，系爭函是否違反就業服務法第5條第1項規定？

六、本院之判斷如下：

(一)按就業服務法第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項規定：「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項第1款規定：「直轄市、縣（市）主管機關掌理事項如下：一、就業歧視之認定。」第65條規定：「（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2項）……。（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。」次按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。」被告依前開規定而訂定新北市就業歧視評議委員會設置辦法，其中第2條第1、2款並規定：「新北市就業歧視評議委員會（以下簡稱本會）之職權如下：一就業歧視案件之認定事項。二就業歧視申訴案件之協商及調查事項。」

(二)原告應得依就業服務法第5條第1項、第6條第1項第1款規定，提起本件課予義務訴訟：

1.按行政訴訟法第5條課予義務訴訟制度之設計，旨在對於人民依法向行政機關申請而未獲核准之案件提供救濟之管道；所著重者，在於人民就其依法申請案件最終是否能獲准許，而達到權利保護之功能；如法律明確規定特定人得享有權利，或對符合法定要件而可得特定之人，授予向行政機關為一定的請求者，其規範目的在於保障個人權益，當無疑義；如法律雖係為公共利益或一般國民福祉而設，但就法律的整體結構、適用對象、所欲產生的規範效果及社會發展因素等綜合判斷，可得知亦有保障特定人的意旨時，則受保護的個人即因該法規而享有公法上的權利（司法院釋字第469號解釋理由書參照）。準此，就業服務法第5條第1項既明定為保障國民就業機會平等，雇主對所僱用員工，不得以年齡為由，予以歧視，81年5月8日訂定之立法理由並說明：「依憲法第7條平等權及第15條保障工作權之精神，規定雇主對求職人或受僱者，不得因個人因素而遭致差別待遇。」於101年11月28日修法時就禁止歧視之因素增列「年齡」乙項，同屬與

工作表現無關之個人因素，基於此禁止雇主為就業歧視之規定，本質即在保障受僱者依憲法第15條規定所享有工作權之基本權利，並包含依憲法第7條規定應給予個人之平等權保障，該規定目的在於保障受僱者個人權益，並非僅為公共利益而設，應無疑義。

2.其次，針對如何落實就業服務法第5條第1項關於禁止就業歧視之規定，除賦予主管機關得本於職權依同法第65條規定為裁罰之規定外，同法施行細則第2條既特別規定主管機關得選擇以組成就業歧視評議委員會的機制，作成就業歧視成立與否之認定，委員資格並包含相關政府機關、單位、勞工團體、雇主團體代表及學者專家等，當係透過勞資雙方均可參與，並在個案中以多元意見呈現之方式，形塑符合社會通念的客觀標準，藉此即能針對個案受害勞方，提供更合理且具體化保護的作用；是則，一旦主管機關依就業服務法施行細則第2條規定，採取組成就業歧視評議委員會之機制時，即建立就業歧視認定、裁罰分階段處理之機制，並因而賦予受僱者得主張適用前階段之機制，先針對有無遭就業歧視的爭議事實，請求主管機關循此機制先為事實認定之公法上權利，透過主管機關依法行使公權力而為調查暨認定等公法上行為，可先迅速蒐整並介入為雇主有無就業歧視行為的認定，較能快速判斷並警告雇主停止就業歧視行為，以此階段為判定的組織尚且須特別依規定組成就業歧視評議委員會，所作成勞方工作權有無遭違法歧視行為侵害之結論，並進而產生主管機關就同法第65條規定為裁罰之裁量權是否減縮至零的規制力，且對居於市場弱勢地位的受害勞工，並得依勞動事件法第34條第1項規定，在民事救濟途徑中提供令法院依法審酌，以為衡平，由此均可認前開規定已具備對個案特定受

害勞方權利的保護規範特徵。至於就業服務法第5條第1項等規定，雖未見有受僱者是否暨應如何申請主管機關以前開機制，為就業歧視認定等相關細節性程序規定，但由前開規定目的即在明示受害勞方個別工作權不受所列載歧視行為之侵害而言，並無礙於受害勞工本得依前開規定申請適用該機制以為個人權益保障的內涵；亦即，就業服務法第5條第1項、第6條第4項第1款規定，在本件被告有進一步依同法施行細則第2條規定並訂定新北市就業歧視評議委員會設置辦法第2條第1、2款等規定特別建立就業歧視認定機制的情況下，受害勞方基於憲法所保障之工作權，即取得循此請求被告就其雇主是否成立就業歧視為認定之公法上權利，如被告作成對其不利之認定，申請之勞工並得提起課予義務訴訟，方屬有效之救濟，參加人謂原告應僅得提起撤銷訴訟，並不足以完全實現原告依前開規定得主張之權利保護，應不可採。故原告主張依就業服務法第5條第1項、第6條第4項第1款規定，以先位聲明提起本件課予義務訴訟，應為有據。

3.關於備位聲明部分，按「人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，予以駁回，認為其權利或法律上利益受違法損害者，經依訴願程序後，得向行政法院提起請求該機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟。」為行政訴訟法第5條第2項所明文。又原告提起課予義務訴訟，除聲明請求命被告機關作成行政處分（在案件尚未成熟的情形）或特定內容之行政處分（在案件已經成熟的情形）外，另附帶聲明請求將否准處分（及訴願決定，下同）撤銷，其乃附屬於課予義務訴訟之聲明，並非獨立之撤銷訴訟，與課予義務訴訟具一體性，不可分割（最高行政法院101年度判字第306號判決意旨參照）。本件原告以備位聲明提起撤銷訴訟部分，乃

主張以先位聲明無理由，作為備位聲明之審理條件，然其在先位提起課予義務訴訟之訴之聲明第1項，所為撤銷聲明實係課予義務訴訟之附屬聲明，雖非獨立撤銷訴訟，惟先位聲明經審理認無理由時，就附屬之撤銷聲明即已一體審理完竣，自無再就相同之撤銷聲明，重複列為備位聲明並以之屬獨立撤銷訴訟而為審理之必要，故原告將課予義務訴訟之附屬聲明另獨立成為備位聲明之主張，自屬欠缺權利保護必要。

(三)本件參加人確有因虧損而裁減原告所任職位的事實，依全案事證，尚難認參加人係出於原告年齡較高而為系爭資遣行為，原告主張得請求被告作成參加人違反就業服務法第5條第1項規定成立之認定，難予准許之：

1.本件原告主張參加人係因其年齡較高而作為資遣之理由，無非以參加人之主管在預告原告將予以資遣之過程，有述及原告年資已達25年以上乙事，為其主要論據；而原告所指年資達25年以上之情形，所謂「年資」主要繫於工作時間若干，若年齡高但工作時間甚短，未必能符合年資滿25年以上之要件，就此而論，固然可見年資、年齡的內涵仍有差異，但由年資加多必然伴隨年齡增長，二者仍屬正相關而言，原告主張年資滿25年以上即涉及年齡較高之狀態，仍可認有存在以年齡為差別待遇之可能，是原告執此認有涉及年齡歧視，並無法排除有構成之可能。進而，參加人之總編輯費○○，確實曾於107年3月16日下午在總編輯辦公室，向原告提出是否接受年資滿25年即退休、後續再以薪水打6折方式回聘之建議，並說明此建議方案業經參加人行之有年，否則因參加人虧損緣故，將採取107年4月底資遣原告作法等事實，除有參加人所提出錄音譯文影本1份為憑外（原處分可閱卷第11至17頁），參加人所提出當日完整對話譯文中（本院卷1第287

至294頁），亦可見有此內容之陳述；然而參加人總編輯費佳琪自始即表示因參加人報社這幾年都是虧損，僅經濟日報(即原告當時任職的單位）獲利也不夠彌補虧損，因為虧損而做此人事安排，並說明有些同事因組織精簡，甚至無法補人而沒有提供回聘的方式，其有不得不如此處理的壓力，另外亦有提及若原告能找到參加人其他單位接受轉入，亦可轉到其他單位，其不知道有無此種單位，可能要探詢等語（原處分可閱卷第11頁、本院卷1第287至288頁），可知參加人之總編輯同時亦有告知須資遣原告之理由，主要仍在於參加人多年虧損的問題，並據參加人陳明98至107年中有8年（99年、100年以外者）稅後損益為負數，列載104至106年分別虧損288,414,618元、138,181,416元、120,708,304元之財務報表簽證查核報告書暨綜合損益表影本(本院卷1第455至466頁），及參加人之平面刊物停刊報導、各報實銷報份下跌比率表（本院卷1第467至469頁）等件為憑；加之參加人於104至107年間之員工在職總人數，確實呈現逐年遞減情形（本院卷1第633頁附表四在職總人數欄），均可見參加人於資遣原告時，即存在虧損多年且員工人數逐年遞減等狀況，而參加人本於企業經營者之地位，遇有虧損或業務緊縮時，認有必要裁員以進行企業組織調整，謀求企業之存續，俾免因持續虧損而倒閉，造成社會更大之不安，尚在其營業權自由行使範圍內，此所以勞動基準法第11條第2款規定雇主遇此事由有選擇單方終止勞動契約之權利，參加人採取資遣之手段，應符合前開規定。

2.其次，依參加人總編輯費○○在原告訴請參加人給付薪資而經臺灣士林地方法院107年度勞訴字第75號、臺灣高等法院108年度勞上易字第118號審理之民事事件（下稱另民事事件

，判決見本院卷1第121至143頁、第539至570頁）二審中之證述，原告所任職的經濟日報事業處新聞部財經中心，由105年之20人減少為107年之8人，組織上不需要這麼多主管，資遣原告前即評估只需要主任、召集人即可(本院卷1第690至691頁、卷2第99頁）；另任職於參加人經濟日報事業處的員工李○○，在另民事事件一審審理中亦曾到庭證稱：原告離職後，其工作調由該新聞部編務委員徐○○負責，該人做不來部分則轉由其他組做等語，有另民事事件一審審理筆錄節本影本1份在卷可按（本院卷1第669至671頁），亦可見針對原告所任職單位而言，在原告離職後並未補入原本人力，而是改由其他內部單位人員分攤處理原告之工作，原告原本任職時所處理之業務，確有採取人力減縮而改調配其他人員辦理即可之情事，足見原告所擔任職稱暨工作，確有因虧損及業務緊縮需要而另為安排調減之考量，且嗣後亦果成事實。由上情以觀，參加人因虧損及業務減縮而選擇資遣對象時，本涉及參加人對後續經營組織、人力暨政策等取捨，原則上應享有相當之人事自主管理空間，而以原告為資遣對象，復可見有參加人為精簡組織、節省營運成本等，以原告任主管(副主任）的部門下屬人數僅約8人，就主管職數為裁減，亦有其自身營運需求的考量，並非毫無正當理由，此情復屬與原告工作相關之因素，自難認參加人係單憑原告符合年資滿25年以上乙事，在未考量與其工作表現相關之因素下，即擇定原告為資遣對象，原告主張系爭資遣行為乃出於年齡歧視，應非事實。原告對參加人起訴之另民事事件第二審判決，亦係持相同見解（本院卷1第546至548頁）。

3.尤其，參加人復指出原告於105年、106年間在新聞部二級副主管、三級正副主管間的考績分數排名，分別為倒數第一、

倒數第二，並提出原告102至106年間之考績評核表影本等件供佐（本院卷1第337至341頁），雖然原告所指其歷年考績仍屬甲等，參加人並不爭執，但原告擔任副主管之單位既已有前述列入組織精簡之因素，參加人綜合考量原告在主管間排序表現等因素，將其列入資遣對象，仍有其合理性，且與對原告工作能力之評估指標有關，並非如原告所稱參加人僅憑其年資達25年以上乙事，作為資遣的理由。至於前述原告與參加人總編輯費○○討論過程，雖絲毫未提及原告之考績表現，以當時主要在有無其他替代方案的協調討論，縱使費○○礙於討論氣氛暨內容未加提及，亦不足證明係事後捏造，或參加人擇定原告為資遣對象時，並未考量此因素，是原告此部分主張，並不足採。

4.再者，原告雖又主張參加人多年來有針對年資滿25歲以上者，要求薪資打折後回聘，否則即予資遣之說法，此方為本件對原告資遣之原因，並謂參加人此種作法即屬以年齡為就業歧視。而查：

(1)按「歧視」之概念，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對待，方足當之（最高行政法院101年度判字第1036號判決意旨參照）。本件由被告調查中曾以電話詢問之參加人員工陳○○、林○○、李○○、戴○○、張○○、羅○○等人，固均陳稱其等為在參加人處工作年資達25年以上者，並有先辦理退休後又經參加人回聘工作等情（原處分可閱卷第54至56頁、

第61至64頁、第67至68頁、第79至80頁）；關於辦理退休之原因，員工陳○○、張○○、羅○○則分別稱乃從事之業務結束、單位整併或自身因素，才辦理退休；林○○則稱因參加人公司縮編，照考核排定次序決定要終止契約後，其才辦理退休；僅員工李○○、戴○○稱係參加人透過主管對其提出退休建議，其才辦理等語。由上情可知參加人所屬員工辦理退休後又回聘之情形，固然對部分離職勞工存在，仍非全部，且有經提出回聘建議的勞工各自工作年資及辦理退休原因又不一，尚難認前開員工情形，均屬於原告所主張參加人通案性針對「年資滿25年以上者」，均有要求薪資打折後回聘、否則資遣的執行適例，亦難認參加人裁減（包含提議退休或資遣方式）各該員工，均無視各人所屬組織如何配合業務縮減的需求，或未有檢視個人工作表現等考量，而僅以年資滿25年以上作為唯一標準之結果。

(2)又針對終止勞動契約後又回聘部分，雇主資遣勞工前，在可期待範圍內本應依據誠信原則，採用對勞工人權益影響較輕之替代措施，確保受僱人之僱用地位得以繼續存在，已盡安置義務，必待勞工拒絕接受而無從繼續僱用時，方得預告勞工終止勞動契約，以符合資遣最後手段原則。本件參加人員工林○○、陳○○、李○○、戴○○、張○○、林○○、羅○○等人，在被告電話詢問中雖均陳稱曾聽聞參加人或工會有採取薪資打折後回聘的作法（原處分可閱卷第57至64頁、71至72頁、79至80頁），此節在前述參加人總編輯費○○於107年3月16日下午建議原告退休、否則資遣之對話過程中，亦曾提及（原處分可閱卷11至12頁、本院卷1第227至228頁），但由前述各該確實經回聘員

工中，除員工李○○、羅○○外，其餘員工均陳稱回聘後所從事工作、組織編制，與原本情形已有不同，且依員工李○○在另民事事件一審審理中所證稱：其有2次回聘，第1次回聘薪資60,000元，第2次回聘是4年期滿並併到經濟日報後調減為薪資55,000元等情(本院卷1第677頁），亦可見其等任職內容暨編制等，在接受參加人提議回聘後，仍有所調整，由此觀之，亦可證參加人決定先與各該員工終止勞動契約時(無論建議退休或資遣），確實存在須達成公司組織暨業務減縮調整以降低營運成本之目的；就參加人評估個別勞工是否仍符合其營運需求而言，其既係為減少費用而縮減、整併組織，規劃目的本在企圖降低支付員工的薪資費用(無論採取減薪，或裁減不符需求員工後更換較低薪資員工等方式），如前述，參加人連年虧損情形亦符合得依勞動基準法第11條第2款規定，選擇單方終止不符需求勞工之勞動契約作法，其嗣後又採取對該勞工減薪回聘之方式，反而較前述逕行資遣作法溫和；換言之，只須參加人前係依法資遣勞工，其事後考量資遣畢竟對勞工較不利，並基於彼此過往勞僱關係之信任暨認知，就組織精簡後的工作優先提供離職勞工回聘機會，亦係以資遣(退休)在前為前提，縱使事後提供工作條件較前不利，勞工亦可衡酌自身情況決定是否接受，並非可再持「資遣前」狀態作為比較基礎的問題，此種情形且與勞動基準法第10條等規定限制雇主自始安排乃利用換約等方法，中斷勞工年資計算，損及勞工權益之情形，並不相同。是以，參加人事後減薪回聘之作法，形式上似有終局目的恐不在終止勞動契約，而係在針對此類勞工減薪的疑慮，但由前述參加人因虧損、業務減縮等已足終止與原告間繼續勞

動契約關係的實質而言，參加人尚提供原告可選擇退休後減薪回聘的作法，較僅有資遣乙途有利。因此，以就業服務法第5條第1項規定之「就業歧視」，係指「雇主以求職人或所僱用員工『與執行特定工作無關』之特質，來決定是否僱用求職人或受僱人的勞動條件，且雇主在該項特質上的要求是不公平、不合理的行為」（參見該法條107年11月28日修正理由第1點），關於參加人提供可選擇退休後減薪回聘的機會部分，應不屬對原告為不合理差別待遇情形，甚至對年資非高者，豈非反而無回聘之選擇機會，自亦難認此節與參加人是否有對其為年齡歧視之認定有關。

(3)抑且，以本件情形，參加人總編輯費○○前於107年3月16日下午建議原告退休、否則資遣之對話中，另有提出原告可嘗試能否覓得其他單位轉入任職，只是其目前不知有無如此單位可以辦理的替代方案（原處分可閱卷第12至13頁、本院卷1第291頁），即可見參加人擬資遣原告前，有與原告討論資遣以外替代方案的事實，與前述建議原告退休後再薪資打折回聘的作法，同為資遣原告以外的其他較溫和替代方案，而原告當場亦曾表示就此退休後再薪資打折回聘的作法，其要考慮留下來卻因人力減少而做更多事，薪資又低，不符合其對工作付出的因素等語（原處分可閱卷第12頁、本院卷1第289頁），更可佐證參加人對原告提出該建議方案目的，應在提供參加人可視自身狀況選擇較資遣有利方案之機會。進而，參加人提出此類退休再減薪、否則資遣之建議，縱使係針對年資滿25年以上者，以勞動基準法第53條第2款規定不計年齡，工作25年以上即符合自請退休之要件而言，參加人就此類建議對象之設定標

準，毋寧在於須年資滿25年以上者，依法較有適用該建議之可能所造成，縱使設若參加人擇定資遣對象時，可認僅以得適用此替代方案者作為唯一標準，為適用此方案須間接論及年資，因而又涉及年齡條件時，或尚有是否構成以年齡為間接歧視的討論空間；但本件情形如前述，原告遭資遣主要仍存在與其工作直接相關因素（即原告擔任主管職數之裁減及原告在主管群體間個人表現等考量），關於其尚可選擇退休後再減薪回聘替代方案乙事，究非其遭資遣的主要、唯一評估因素，自難以資遣前參加人所提供較溫和替代方案涉及年齡因素，即得推認參加人「自始」決定資遣原告時，即係出於其年齡較高因素而屬歧視之行為。

(4)此外，原告雖又稱參加人就年資滿25年以上者為資遣的比例高，謂此足以證明參加人有以年齡為歧視；然而，經比對參加人所提出99至107年間(以6月為基準)，年資滿25年以上員工所佔全體員工人數之比例（即附表二，本院卷1第451頁），99至101年間尚在10%以下，102至107年間則上升並維持於17.7%至15%間，可知102至107年間參加人內部員工之年齡結構，屬年資滿25年以上者大致維持相同且穩定之比例；再與99至107年間年資滿25年以上遭資遣員工人數所佔全部資遣員工人數之比例（即附表三，本院卷1第453頁）為觀察，99至101年間約佔9%至31%，102至104年後卻上升至74%、68%、54%，迄105至107年間仍維持在40%至43%間，參加人在102至107年間資遣員工中既有近一半為年資滿25年以上者，意味著上開期間有相當比例之年資滿25年以上者遭資遣，但縱使年資滿25年以上者遭資遣比例甚高，若非參加人全體員工呈現資深者佔多數的年齡

結構，當無未遭資遣而仍在職且年資滿25年以上員工，卻仍佔全體員工人數穩定比例（即附表二所示者），未見大幅下降之理。由此觀之，若參加人有刻意將年資滿25年以上而可適用較溫和替代方案乙事，列入擇定資遣的重要考量，在參加人全體員工多屬年資較深的情況下，徒憑此因素是否即可輕易擇定資遣對象，容有疑問，且由前述年資滿25年以上所佔全體員工比例多年卻仍穩定，並未見有因此導致大幅下降的現象，更可見參加人應無多年來僅以年資25年以上者作為資遣對象之唯一標準，未加考量相關工作表現而在資遣員工時以年齡為歧視之情形。至於原告另以附表二、附表三間所呈現的比例應相同，卻呈現附表三有較高倍數，作為參加人資遣時有歧視年資25年以上者之論據，但各該比例計算本係根據不同計算基準（分子、分母均不同），且附表三計算比例之基準，並未排除各該年度資遣原因等差異，為何二者比例須相同，不應呈現倍數相關性（尤其若參加人內部員工屬多數年資較深之情形），原告並未能合理說明，自亦難憑此為對其有利之認定。

5.另原告仍聲請命參加人提供員工林○○及其他經回聘員工相關回聘情形及回聘前後薪資等資料，或聲請傳喚「二十年，你可以滾了！」該書作者徐○○作證部分（本院卷1第583至584頁），無非為證明參加人有要求滿25年年資以上員工辦理退休再薪資打折後回聘等事實，但如前述，參加人所屬員工是否、為何配合該作法之原因並不一，此復屬參加人為資遣替代方案的選項之一，尚不足憑為參加人有以年齡為歧視之依據，均業經本院論述如前，就此自難認尚有為調查之必要，亦予說明。

七、從而，原告主張各節，均無可採，本件被告以原處分否准其

所請，並無違誤，訴願決定予以維持，亦無不合。原告仍執前詞，依就業服務法第5條第1項、第6條第1項第1款規定，訴請判決如先位訴之聲明所示，並無理由，其以備位訴之聲明提起獨立撤銷訴訟部分，則有欠缺權利保護必要之情形，均應予駁回。

八、本件事證已臻明確，兩造其餘主張、陳述及證據，均無礙本院前開論斷結果，爰不予一一論述，併予指明。

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項前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　110　　年　　2　　月　　4　　日

臺北高等行政法院第六庭

審判長法　官　陳心弘

法　官　林淑婷

法　官　林麗真

一、上為正本係照原本作成。

二、如不服本判決，應於送達後20日內，向本院提出上訴狀並表明上訴理由，如於本判決宣示後送達前提起上訴者，應於判決送達後20日內補提上訴理由書（須按他造人數附繕本）。

三、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）

四、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
㈠符合右列情形之一	1.上訴人或其法定代理人具備律師資

者，得不委任律師為訴訟代理人	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。
㈡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㈠、㈡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㈡所示關係之釋明文書影本及委任書。	

中　　華　　民　　國　　110　　年　　2　　月　　4　　日

書記官　李淑貞