臺灣桃園地方法院行政訴訟判決

109年度簡字第45號
109年12月2日辯論終結

原　　告　鼎太食品有限公司
代　表　人　黃鼎睿
被　　告　桃園市政府
代　表　人　鄭文燦
訴訟代理人　康賢綜律師
　　吳兆原律師
　　黃士洋律師

上列當事人間就業服務法事件，原告不服勞動部民國108 年12月9 日勞動法訴二字第1080017707號訴願決定，提起行政訴訟，經臺北高等行政法院108 年度訴字第2004號裁定移送前來，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：申訴人李盛光（下稱申訴人）於民國107 年3 月19日任職於原告公司，因原告生意不好及業務緊縮，於107 年7 月31日終止與申訴人之勞動契約，申訴人之後於徵詢工作意願調查表填報回復，願意擔任外國人所從事之工作，惟原告公司表示申訴人年紀大而不予錄用，申訴人認遭年齡、語言歧視，於107 年11月26日向被告提出就業歧視（語言、年齡歧視）之申訴（下稱系爭申訴）。案經被告調查，提經108 年6 月11日桃園市就業歧視評議委員會（下稱評議委員會）108 年度第1 次會議審議決議：「就業歧視（年齡）成立」，被告乃認定原告違反就業服務法第5 條第1 項規定，以108 年6 月11日府勞條字第1080139399號裁處書（下稱原處分），依同法第65條第1 項規定，對原告裁處罰鍰新臺幣（下同）30萬元整，並公布原告名稱及負責人姓名。原告不服，原告不服，遞經勞動部駁回訴願，遂提起本件行政訴訟

。

二、原告起訴主張：原告公司目前僱用之員工40餘名，其中年齡超過50歲者計有江麗婕等八人。亦即，在原告公司中現有員工，年齡與申訴人相當者計有8 人，足認在原告並無年齡就業歧視，否則於107 年3 月19日原告即不可能僱用申訴人。資遣申訴人之原因，係因業務部門業績不好、申訴人表現不如預期，業務部不堪長期虧損而裁撤業務部門，本即無年齡就業歧視之問題存在。承上，原告既已於107 年7 月31日合法與申訴人終止勞動契約，僅因依就業服務法之規定及勞動部之函釋，需給予被資遣勞工即申訴人「是否願意從事外籍勞工所從事之工作」的「徵詢工作意願調查」期間。而在此徵詢期間內，若被資遣勞工表明不願從事外勞之工作，或雖表明願意從事外勞之工作，但資方不僱用而自動提報廢止一名外勞之聘僱者，此一徵詢程序即結束。據此，此一徵詢期間，本即非屬所謂之求職或僱用期間，自不符合就業服務法第5 條第1 項所明定之「雇主對求職人或所僱用員工」之要件。更且，細審原告代表人與申訴人本件對話之情境是：申訴人與其配偶前往原告公司找代表人，當時雙方言談氣氛融洽，申訴人配偶先表示：「申訴人以前在外面都是做總經理的，他肯做這種工作（按：指外勞工作）是大材小用，對於李盛光要去作外勞的打掃及清潔工作，是充滿委屈的」。因而原告代表人感受到申訴人及其配偶之心情，才安撫並順勢說：「對啊，你都那麼多歲了，來做這種打掃及清潔工作，甘好（台語：『好嗎？』）」等語，這是一種「於心不忍」的意涵，完全沒有以年齡為由拒絕申訴人之意思，當然更談不上所謂之「年齡就業歧視」。否則，若連這種私人間的談話，都要如此嚴苛地套入法律規定，不啻形同箝制言談自由之文字獄。至於有關填寫「徵詢工作意願調查表」部份，申訴人雖有在期限前填寫完成，但是卻寄給黃鼎睿個人，而不是給原告公司，也正巧原告公司執行長江玉雲拆閱前原告公司承辦人已因屆期未獲得申訴人之回覆函件，而向勞動部去

函報告未收到申訴人之回覆，因此這種陰錯陽差的失誤，本是申訴人自己之過失。怎料，申訴人又向有關機關陳情指控原告偽造文書為不實回覆。凡此，申訴人之種種作為，實令原告無奈。最終，勞動部雖然認定申訴人已有回覆之意願，僅係作業失誤，因此命原告重啟「徵詢工作意願調查」之程序，否則即需自行提報廢止乙名外籍勞工之聘僱；原告在確認申訴人確實不適任於原告公司後，於108 年5 月29日向勞動部勞動力發展署提報廢止外籍勞工HONGOC HUY之聘僱。以終結此場惡夢。綜上所述，本件應不構成「年齡就業歧視」之要件，原處分之認事用法，顯有違誤。並聲明：訴願決定及原處分關於罰鍰部分均撤銷。

三、被告則以：原告以勞動基準法第11條第2 款規定之虧損或業務緊縮為由，資遣申訴人，不符最後手段性原則，難認原告客觀上有因業務緊縮而無從繼續僱用申訴人之情事，原告主張其終止與申訴人間之勞動契約，與年齡歧視無涉，顯不可採。查原告於107 年7 月31日資遣申訴人後，又於107 年10月3 日寄發徵詢工作意願調查表予申訴人，詢問伊有無擔任清洗打掃職缺之工作意願，足證申訴人在原告公司仍有其他之工作及職位尚存在，況且原告公司仍有聘僱外國人從事工作之需求，堪認其他部門依然正常運作，不致影響事業之存續，益徵申訴人遭原告終止勞動契約時顯不合於勞動基準法第11條第2 款規定「虧損或業務緊縮」之情形，亦不符最後手段性原則，原告主張其依法終止與申訴人間之勞動契約，與年齡歧視無涉，顯無理由。縱然原告與申訴人間已依法終止勞動契約，然原告於107 年10月3 日寄發徵詢工作意願調查表予申訴人，詢問有無擔任清洗打掃職缺之工作意願，申訴人於徵詢工作意願調查表填報回覆，願意擔任外國人所從事之工作，嗣後原告代表人卻當面向申訴人及其配偶表示申訴人年紀大而不予僱用，顯見原告確有因申訴人之年齡而有年齡歧視之事實，洵堪認定，原處分應屬適法有據等語，資為抗辯。並聲明：判決駁回原告之訴。

四、經核兩造之陳述，本件爭點厥為：被告以原處分審認原告年齡歧視成立，違反行為時就業服務法第5條第1項規定，對原告裁罰30萬元罰鍰，是否合法有據？

五、本院之判斷：

(一)按為促進國民就業，以增進社會及經濟發展，制定有就業服務法，其行為時（107年11月28日修正公布前）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……。（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項規定：「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。」蓋依憲法第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。又就業服務法第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，並促進國民就業，增進社會與經濟之發展。因此，「就業歧視」係指雇主以求職者或所僱員工與執行該項特定工作無關之特質（如種族、階級、年齡等），來決定是否僱用求職者或決定所僱員工之勞動條件，且雇主在該項特質上的要求有不平等且不合理之情事。是為杜絕就業歧視，俾使每一國民均有公平參與經濟生活之機會，雇主應以工作性質、需求及求職者或所僱員工之工作能力為考量，而不得僅依雇主個人之偏見或偏好，對求職者或所僱員工造成職場上之不平等，始符合

行為時就業服務法第5條第1項規定保障國民就業機會平等之立法意旨。另「年齡歧視」係指雇主在招募、甄試、勞動條件、陞遷、調職、獎懲、訓練、福利或解僱時，因求職者或所僱員工之年齡而直接或間接地給予不同差別之待遇。

(二)另前揭就業服務法第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）。其中「正當理由」、「恣意」、「差別待遇」等，係屬不確定法律概念，判斷事涉專業，有賴專家組成審議委員會，本於專業素養為判斷，是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。」授權被告據此設置評議委員會為審議，並訂定「桃園市就業歧視評議委員會設置要點」（下稱評議委員設置要點），其第1點規定：「桃園市政府為保障國民就業機會平等，避免雇主對求職人或所僱員工有就業歧視行為，而造成不公平待遇，依就業服務法施行細則第2條規定，設桃園市歧視評議委員會（以下簡稱本會），並訂定要點。」第2點第1款規定：「本會之任務：（一）求職人或受僱者遭受就業歧視申訴案件之認定及評議。……」第3點規定：「本會置委員13人，其中1人為召集人，由本府勞動局（以下簡稱勞動局）局長兼任，1人為副召集人，由勞動局副局長兼任，其餘委員由下列人員組成之：（一）勞工團體代表2人。（二）雇主團體代表1人。（三）婦女團體代表1人。（四）身心障礙代表1人。（五）原住民代表1人。（六）新住民代表1人。（七）法律、勞政等相關學者專家4人。……」

(三)又按涉及具高度屬人性之評定、高度科技性之判斷、計畫性政策之決定及獨立專家委員會就不確定法律概念所為之判斷，基於尊重其不可替代性、專業性及法律授權之專屬性，行政機關就此等行政事項尤享有專業判斷之餘地，行政法院僅得審查行政機關之判斷有無恣意濫用及其他違法情事，構成

應予撤銷或變更之情形。易言之，行政法院就涉及專業判斷之行政處分，僅得就：⑴行政機關所為之判斷，是否出於錯誤之事實認定或不完全之資訊。⑵行政機關之判斷，是否有違一般公認之價值判斷標準。⑶行政機關之判斷，是否違反法定之正當程序。⑷作成判斷之行政機關，其組織是否合法且有判斷之權限。⑸行政機關之判斷，是否出於與事物無關之考量，亦即違反不當聯結之禁止。⑹行政機關之判斷，是否違反相關法治國家應遵守之原理原則，如平等原則、公益原則等事項為審查，不得替代行政機關為決定（司法院釋字第382號、第462號、第553號解釋理由參照）。被告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，依就業服務法施行細則第2條規定，設就業歧視評議委員會，已如前述。該委員會置委員13人，由該府勞工局局長兼任主任委員，餘由相關機關、婦女團體、勞工團體、身心障礙團體、原住民團體、雇主團體、學者專家及其他社會人士等組成。其在組織性質上，藉由嫻熟系爭專業領域人士集思廣益，進行專業審查之合議制度，所為決議事項，如非出於錯誤之事實及不完全之資訊、涵攝無明顯錯誤、無明顯違背解釋法則或牴觸既存之上位規範、無違一般公認之價值、非出於與事物無關之考量、未違反法定之正當程序、組織合法且有判斷權限、未違反相關法治國家應遵守之原理原則，並得自審查過程得知其審查結論之依據時，行政法院應予尊重其專業客觀判斷，承認其決議結果具有判斷餘地，對之採取較低之審查密度，合先敘明。

(四)本件原告並無虧損或業務減縮之情事。

1.按雇主「非於最初虧損階段，即任意解僱受僱人，係最終衡酌經營虧損情狀，有裁員及進行公司調整，謀求存續必要，依勞動基準法第11條第2款、第5款規定，始解僱資遣受僱人，於法並無不合」，最高法院106年度台上字第1019號民事判決意旨可參。而「雇主有虧損或業務緊縮時，得預告勞工終止勞動契約，勞動基準法第11條第2款定有明文。所謂

虧損，係指雇主之營業收益不敷企業經營成本，致雇主未能因營業而獲利。其立法意旨係慮及雇主於虧損時有裁員之必要，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，造成更多員工失業而致社會更大不安。惟雇主依此預告勞工終止勞動契約，基於憲法第15條工作權應予保障之規定，及本諸勞基法為保障勞工權益、加強勞雇關係之立法意旨，自應以相當時間持續觀察，從事業單位近年來經營狀況及獲利情形加以判斷，如僅短期營收減少或因其他原因致收入減少，不致影響事業單位存續，或一部業務減少，而其他部門依然正常運作，仍需勞工時，仍應視具體情形認定雇主是否得預告終止勞動契約，避免雇主因短時間虧損或業務緊縮，或適逢淡旺季致營業銷售額間斷起伏，遽謂得以此預告勞工終止勞動契約，影響勞工權益。且企業是否虧損，雇主得否以此原因片面終止與受僱人間之僱傭契約，應以企業整體之營運、經營能力為準，而非以個別部門或是區分個別營業項目之經營狀態為斷。倘雇主因虧損而進行組織調整時，仍有符合原有員工專長之人力需求，甚至仍需新聘勞工，即不得任意依上開規定終止勞動契約，以兼顧勞工權益之保障，非謂雇主遇有虧損情事時，即得任意解僱勞工（最高法院95年度台上字第2716號、96年度台上字第1935號、102年度台上字第100 號民事裁判意旨參照）。是雇主依勞動基準法第11條第2 款規定以虧損為由終止勞動契約，自應具備解僱之必要性及最後手段性之要件，即必須雇主虧損之狀態已持續一段時間，且無其他方法可資使用，雇主為因應景氣下降或市場環境變化，方可以此為由終止勞動契約」，亦有臺灣高等法院104 年度重勞上字第39號民事判決意旨可資參照。

2.本件原告主張終止與申訴人間勞動關係，係出於原告業務部門不堪虧損，故有業務減縮之事由資遣申訴人，固據原告提出原告106 年10月至107 年7 月銷售狀況表為證（本院卷一第97至115 頁）。然本院查，觀諸上開銷售狀況表，原告自

106 年10月至107 年7 月每月之業績收益分別為1241萬5451元、1118萬8369元、1238萬5816元、1124萬8736元、1015萬4341元、1199萬7031元、1091萬5588元、1216萬3368元、921 萬9143元、952 萬7618元，從原告企業整體經營之角度以觀，原告於106 年10月至107 年7 月每月營收均為正數，並無虧損情事，已甚顯然，雖然就原告之業務部與各分店之業績達成率比較而言，業務部之業績達成率較低，然不能以此即謂原告有虧損或業務減縮之情形。況依原告所述，即使業務部營運狀況不佳，然不能以此個別營業項目之經營狀態作為判斷原告公司有無虧損或業務減縮之標準，從而，原告主張因虧損或業務減縮而有解僱申訴人之必要，並不可採。

3.至原告於起訴狀另稱申訴人「不思自己工作表現」、「就業服務法應該要保護的是認真工作的勞工，而不是工作能力不足，卻個性刁鑽，四處找麻煩的人」（臺北高等行政法院108 年度訴字第2004號卷第21頁）乙節，核原告所陳，係指申訴人有勞動基準法第11條第5 款對於所擔任之工作確不能勝任情形。然查，觀諸原告起訴狀所述關於申訴人「個性刁鑽，四處找麻煩」係指申訴人107 年7 月31日遭原告解僱後，「到處向有關單位進行申訴」，而非就申訴人工作能力、身心狀況、學識品行為考量。且原告於起訴狀內自陳業務部於106 年7 月成立（臺北高等行政法院108 年度訴字第2004號卷第19頁），對照原告提出之銷售狀況表，業務部在申訴人107 年3 月19日任職前之106 年10月至107 年2 月期間，業績達成率即僅有59%、46%、70%、54%、36%，原告任職後業務部於107 年3 月至7 月期間業績達成率為57%、59%、51%、48%、61%（本院卷一第107 至115 頁）。由此可知，原告業務部之業績達成率於申訴人任職前後並無明顯差異，原告將業務部績效不佳歸咎於申訴人個人工作表現不佳，亦無可取。

(五)即使原告確因虧損或業務減縮解僱申訴人，然原告未依申訴人徵詢工作意願調查表願繼續從事工作之意願而不予錄用，

仍構成年齡歧視。

1.經查，原告解僱申訴人後，勞動部以107 年8 月28日勞動發事字第0000000000-000000 號函命原告應於該函送達之日起30日內，以徵詢工作意願調查表，徵詢申訴人是否願意擔任外籍勞工所從事之工作。原告申請延長辦理期限，勞動部以107 年10月3 日勞動發事字第1070656280號函同意補正期限延至107 年10月28日乙節，有上揭勞動部函文可佐（臺北高等行政法院108 年度訴字第2004號卷第27至33頁）。原告於107 年10月3 日寄發徵詢工作意願調查表予申訴人，於107 年10月5 日到達申訴人，亦有中華郵政掛號郵件收件回執、掛號函件執據可參（臺北高等行政法院108 年度訴字第2004號卷第35頁）。

2.申訴人於107 年10月8 日即填妥徵詢工作意願調查表，表示願意從事清洗打掃工作後於翌（９）日回覆原告，亦有徵詢工作意願調查表及申訴人記載「黃鼎睿先生收」之信封可證（臺北高等行政法院108 年度訴字第2004號卷第45、47頁）。對此，原告主張此乃申訴人之疏失，未將信封收件人記載鼎太食品有限公司，而將徵詢工作意願調查表寄給代表人個人，因代表人私人信件均由原告執行長江玉雲處理，江玉雲於107 年10月6 日出國至107 年10月16日始銷假上班，未及拆閱申訴人填妥之徵詢工作意願調查表，原告已於前一日（即107 年10月15日）已由公司其他同仁將空白之徵詢工作意願調查表回覆勞動部，表示申訴人並無意願從事外勞工作等語。然本院查：

⑴民法第95條第1 項規定：非對話而為意思表示者，其意思表示以通知達到相對人時發生效力，所謂達到，係僅使相對人已居可了解之地位即為已足，並非須使相對人取得占有，故通知已送達於相對人之居住所或營業所者，即為達到，不必交付相對人本人或其代理人，亦不問相對人之閱讀與否，該通知即可發生為意思表示之效力，最高法院28年上字第1284號、54年台上字第952 號判例參照。是關於本件徵詢工作意

願調查表之通知，於通知達到相對人可得支配範圍，使相對人處於得隨時了解該內容之客觀狀態即為已足，所謂相對人可得支配範圍內，指該非對話之通知已送達相對人之住所、居所或營業處所而言，不以本人或其代理人親收為限。

⑵申訴人之徵詢工作意願調查表送達原告營業所桃園市○○區○○路0段00巷00號，且收件人為原告代表人黃鼎睿，足證徵詢工作意願調查表既已送達原告之營業所，顯已達到原告可得支配範圍，自已發生該通知送達效力，不因信封未載原告公司名稱，亦不因江玉雲出國無人拆閱徵詢工作意願調查表而受影響，原告主張此為申訴人之疏失，亦屬無據。

3.嗣經申訴人查詢，得知原告以空白徵詢工作意願調查表回覆，便提出陳情，並由桃園市政府勞動局轉請勞動部勞動力發展署處理，有桃園市政府陳情案件紙本簽核表、桃園市政府勞動局107年11月27日桃勞外字第1070102701號函在卷可考（臺北高等行政法院108年度訴字第2004號卷第49、51頁）。其後原告代表人與申訴人在原告公司協商時，原告自陳曾對申訴人說「對啊，你都那麼多歲了，來做這種打掃及清潔工作，甘好（台語：『好嗎？』）」等語（臺北高等行政法院108年度訴字第2004號卷第21頁），可證原告以年齡為由，拒絕原告擔任清潔打掃工作。原告雖又主張上揭言語係出自於心不忍所言，然原告自陳與申訴人協商之際並未錄音、錄影等語（本院卷一第154頁），從而無法判斷原告當時之語調、態度，故難認定原告上揭主張為真實。

4.又就業服務法第5條第1項規定之「歧視」概念，本質上即包含「事實比較」之意涵，亦即主張行為人具有「歧視」行為，必須先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，始足當之。本院查，原告於言詞辯論時自陳「（所以外勞在原告公司是負責清潔打掃？）大致上是，但是各樓

層也要排班，因為我們二樓做麵包、三樓做蛋糕，而麵包部裡面有本國人，也有外國人會進行排班。」等語（本院卷一第152 頁），足證與申訴人工作能力相同之本國籍、外國籍勞工，均可從事清潔打掃工作，原告卻以年齡大為由，認定申訴人不適合從事清潔打掃工作而拒絕錄用，涉及年齡歧視，已可認定。

(六)綜上，原告所舉情由，並不足以證明原告有虧損或業務減縮之情事，亦不能證明申訴人有何不能勝任工作且達須立即解僱之程度，反而由原告代表人與申訴人協商時，以年齡為由拒絕錄用有意願從事清潔打掃工作之申訴人，原告拒絕錄用申訴人應與其年齡有關，而涉有年齡歧視，構成故意違反就業服務法第5 條第1 項之行為，堪以認定。是以，被告於107 年12月14日、同年12月20日進行勞資雙方訪談紀錄調查，並作成訪談紀錄，提經評議委員會討論後，審認原告有出於年齡而予差別待遇之就業歧視情事，故決議其違反就業服務法第5 條第1 項規定，並經作成審定書，有申訴書、申訴人及原告訪談紀錄（本院卷二第1 至20頁）、評議委員會108 年4 月25日第4 次會議紀錄（本院卷三第5 至7 頁）、原處分（本院卷二第60至62頁）等件附卷可稽。其組織及議決程序均符合規定，所為事實認定並無錯誤；被告援引系爭審定書而為裁處事實之認定，並依同法第65條第1 項規定，以原告係故意違反就業服務法第5 條第1 項規定，作成原處分而裁處原告30萬元罰鍰，亦符合各該規定，且所裁處罰鍰金額既為法定最低罰鍰金額，難認違反比例原則，所為裁量尚無與法律授權之目的相違或出於不相關事項考量之裁量濫用，復無消極不行使裁量權之裁量怠惰情事，亦均無違誤。

六、綜上所述，原告主張各節，均無可採，原處分並無違誤，訴願決定予以維持，亦無不合。原告仍執前詞，訴請撤銷，並求為判決如其聲明所示，為無理由，應予駁回。

七、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，亦予指明。

八、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　　109　　年　　12　　月　　30　　日

行政訴訟庭　法　官　高維駿

上為正本係照原本作成。

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）。上訴理由應表明關於原判決所違背之法令及其具體內容，或依訴訟資料可認為原判決有違背法令之具體事實。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　12　　月　　31　　日

書記官　吳文彤