

# 高齡就業與年齡歧視之認定 — 以德國法為借鏡

洪瑩容 | 中興大學法律專業學院 助理教授



## ► 壹、前言

相較於年輕的勞動力，高齡者在勞動市場中常面臨求職、就業的困難，在社會上對於中高齡勞工常見之刻板印象包含：生產力退化、體力與學習力不佳、不易溝通管理、工作心態消極、工作容易受傷等；此外，企業亦可能考量到僱用中高齡勞工之成本過高，且礙於中高齡者之工作年限不長，若對之為職業訓練，雇主有無法回收其投資成本之擔憂<sup>2</sup>，基於前開原因，企業可能更傾向僱用年輕之勞動力，

「年齡」成為中高齡勞工在就業時之障礙。為能提升中高齡者勞動參與，促進高齡者再就業，維護中高齡者與高齡者之就業權益，政府於2019年底通過「中高齡者及高齡者就業促進法」（以下簡稱中高齡就促法），本法所稱之中高齡者為年滿45歲至65歲之人，而高齡者則指逾65歲之人，其內容除了有相關就業促進措施之規定外，亦明文禁止雇主對中高齡及高齡之求職者或受僱者，以年齡為由而予以歧視。

1. 關於中高齡勞工就業困境之分析請參見萬峻璋，我國中高齡者及高齡者就業促進法制之研究，國立中正大學法律系研究所碩士論文，2020年10月，頁26-27。

## ► 貳、我國年齡歧視禁止規範概述

就業服務法第5條第1項設有禁止就業歧視之一般性規定，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。此為原則性之規範，若其他法律有明文規定者，從其規定。

就服法第5條第1項雖已將「年齡」列為法律所禁止之歧視指標，惟依其文義，應指涉所有之年齡段，並非專門針對「中高齡」，且就服法並未針對各項指標建立具體之判斷標準，導致是否構成就業年齡歧視存在判斷上之困難。就此而言，中高齡就促法明文禁止雇主對中高齡與高齡之求職者或受僱者以年齡為由予以差別待遇，該法所稱之中高齡者為年滿45歲至65歲之人，而高齡者則指逾65歲之人，故就業年齡歧視將出現兩種樣態，就45歲以上之中高齡勞工適用中高齡就促法之規定，至於其他非中高齡勞工遭遇到年齡歧視則回歸就服法之規定。

中高齡就促法第12條第1項明文規定：「雇主對求職或受僱之中高齡者及高齡者，不得以年齡為由予以差別待遇。」至於何為「差別待遇」，依照同條第2項之規定，指雇主因年齡因素對求職者或受僱者為下列事項之直接或間接不利對待：

一、招募、甄試、進用、分發、配置、考績或陞遷等；二、教育、訓練或其他類似活動；三、薪資之給付或各項福利措施；四、退休、資遣、離職及解僱。然而，縱雇主係因「年齡（中高齡、高齡）」之指標而對於求職者或受僱者予以差別待遇，若符合本法第13條所定「正當事由」之規定，則雇主所為之差別待遇仍屬合法。其事由包含：「一、基於職務需求或特性，而對年齡為特定之限制或規定；二、薪資之給付，係基於年資、獎懲、績效或其他非因年齡因素之正當理由；三、依其他法規規定任用或退休年齡所為之限制；四、依本法或其他法令規定，為促進特定年齡者就業之相關僱用或協助措施。」為了落實就業歧視防治之目的，中高齡就促法除了如同性工法規範雇主之損害賠償責任外（中高齡就促法第17條規定參照），針對違反者設有處罰規定，以行政制裁作為手段，敦促雇主確實踐行其法定義務<sup>2</sup>。

相較於其他歧視類型（例如性別）之判斷，於是否構成「年齡（中高齡）」歧視之判斷可能更為困難，蓋此涉及到國家勞動力市場、社會政策等各項考量，除此之外，其判斷尚應注意到與其他法規之整合（例如法定退休年齡）。就此而言，中高齡就促法第13條關於正當事由之規定即具有重要性，惟立法理由中僅提及本條之制定係：「為避免過度限制雇主僱用受僱者，爰於各款定明得合理差別待遇之事由，排除前條第一項不得以年齡為由予以差別待

2. 參見中高齡就促法第41條、第42條之規定。

遇之限制。」至於如何適用本條之規定？是否有更為具體之審查體系與判斷標準？似仍有討論之空間。本文擬介紹德國法制之規範，以及法院在處理具體案例時所援用之標準，希望成為我國處理相關問題時之參考。

### ▶ 參、德國一般平等待遇法關於就業年齡歧視禁止之規範

在德國法制下，有關勞動法中歧視禁止之保護主要係規定在一般平等待遇法（Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz）中，該法第1條開宗明義表明本法之立法目的，旨在避免或排除因種族或由於血統來源、性別、宗教或世界觀、身心障礙、年齡或性傾向所生之不利對待。本條宣示禁止歧視的法律原則，並透過本法的規範來達到保護與預防之功能。其中，立法者將「年齡」列為法律所禁止歧視之特徵，其將對於內國法律之制定有很大的影響<sup>3</sup>。依據立法理由，「年齡」係指生理年齡，而本法所保護者為與具體年齡段所連結之不合法的差別待遇<sup>4</sup>，因此，從文義觀之，其應包含所有年齡階層，「年齡歧視」之禁止應不僅只保護「較年長」之受僱者，惟不可否認者為，中高齡與高齡受僱者為一般平等待遇法所要保護之重點對

象<sup>5</sup>。相較於其他一般平等待遇法所禁止歧視之要素（如性別），如何判定基於年齡而生之差別待遇合法與否則相對困難。所有受僱者在職業生涯中皆會經歷所謂「不受歡迎年齡」之階段，其不僅可能出現在高齡時期，亦有可能發生在受僱者剛進入職場或者是實習階段，此將依據不同之行業特性而有差異，例如某些行業可能會注重年輕員工對於工作所具備較強的負荷能力；在其他不同的行業或是主管層級的職位上，則可能較重視職員所具有豐富的生活與職業經驗，在此等複雜的樣態中，立法者無從找到一般性通用的解決方案<sup>6</sup>，基於此一原因，本法對於是否構成年齡歧視之判斷，在法條結構上採取例示之規範體系，最後仍須依據個案情況而為具體之衡量判斷<sup>7</sup>。



3. Preis, Verbot der Altersdiskriminierung als Gemeinschaftsgrundrecht - Der Fall "Mangold" und die Folgen, NZA 2006, 401, 410.

4. BT-Drs. 16/1780, S. 31.

5. Bauer/Krieger/Günther, AGG EntgTranspG, 5 Aufl., § 1 AGG Rn. 4.

6. BT-Drs. 16/1780, S. 36.

7. Bauer/Krieger/Günther, AGG EntgTranspG, 5 Aufl., § 10 AGG Rn. 3.

本文擬在一般平等待遇法之架構下，依照一般的審查順序，就其如何處理因年齡而生之就業歧視問題加以闡述，尤其是針對年齡歧視的正當化事由，加以分析。

## 一、適用範圍

依據一般平等待遇法第6條第1項第1句之規定，其適用對象包含雇主與受僱者，受僱者為被保護的對象，而雇主則須遵守歧視禁止義務。關於「受僱者」之概念，除了勞工外，尚包含基於職業訓練關係之受僱者、類似勞工，家內勞動者等；此外，同條第1項第2句之規定，亦將「求職者」納入在受僱者之概念下，將本法之適用範圍擴及至勞動契約締結前之準備階段<sup>8</sup>，依據一般平等待遇法第2條第1項之規定，從申請、選擇、僱用之標準，到包含工資與解僱之勞動條件，甚至是僱用關係消除後之法律效果，皆在本法之適用範圍內。

## 二、年齡歧視之認定

一般平等待遇法第7條第1項則明文規定，受僱人不得因為本法第1條所定之特徵（種族、血統來源、性別、宗教或世界觀、身心障礙、年齡或性傾向）而遭受不利待遇。前開條文旨在保護受僱者不因無法改變之特徵而受到歧視，使其人格權遭受侵害，其不僅是要求雇主不得對於勞工為恣意之差別對待，而是禁止雇主因



「法律所禁止之指標」而對於受僱者為差別對待。

對於受僱者或求職者之「不利對待」，依其形態可區分為「直接之不利對待」與「間接之不利對待」，一般平等待遇法第3條對此設有立法定義，相關問題，茲分述如下：

所謂「直接之不利對待」，當一個人基於第1條所列之事由，相較於其他相類似情況之人，遭受較差之待遇，此構成直接之不利對待（一般平等待遇法第3條第1項規定參照）。據此，受僱者不因年紀之不同而遭受較差之對待。由於「年齡」之特徵為相對之概念，其特徵非屬具體明確，所以在德國聯邦勞動法院的判決中提及，為了確定雇主之行為、措施是否構成一般平等待遇法下「不利對待」，需要在不同年齡間找到一組特定年齡群族，進而確認該族群因雇主之差別待遇明顯遭受到不利之影響<sup>9</sup>。而基於年齡之「直接不利對

8. Preis, Arbeitsrecht Individualarbeitsrecht Lehrbuch für Studium und Praxis, 6 Aufl., 2020, Rn. 1555.

9. Vgl. BAG, Urteil vom 25. 02. 2010 - 6 AZR 911/08, NZA 2010, 561.

待」係指，雇主以具體的「年齡」或某一「年齡區段」成為適用特定措施之基礎。

除了直接與「年齡」連結之相關規範或措施外，在實務上「年齡歧視」亦常以「間接之不利對待」之樣態出現，當其非直接連結於「年齡」這一特徵，而是使用形式上看似客觀、中立之標準如「企業年資」、「對企業之忠誠」或者「工作經驗」<sup>10</sup>，但此可能造成年輕的受僱者以某種特定之方式遭受到較為不利之對待，此即可能構成間接之不利對待；然而，若系爭規定、標準或程序，若係為了達成合法目的而合理正當，且其手段對於目的之達成為適當且必要者，不在此限。（一般平等待遇法第3條第2項規定參照）

在招聘廣告中，雇主尤應注意避免使用有「年齡歧視」疑慮之文字，以下為幾個發生過之爭議案例以及德國實務判決之見解：

- 招聘廣告中若限制求職者在一定年齡區段，例如在廣告中之描述「你的年齡為 18 ~ 35 歲，具備良好的德文能力且在尋找一個全職工作嗎？」，依據德國聯邦勞動法院之見解，此構成直接之年齡歧視<sup>11</sup>。
- 當雇主於招聘啟事出現「年輕積極的團隊」字眼時，是否會構成年齡歧視，不無疑問。對此問題，實

務見解認為，對於「年輕積極的團隊」在字面上可能有不同之理解，並非可直接推導出其對於高齡求職者有年齡歧視之結論。除了可將此一描述理解為團隊之年齡外，其同時也可能指涉團隊成立之時間，若是後者，則無關乎對於求職者之年齡歧視<sup>12</sup>。

- 招聘廣告中常可見到徵求「初級顧問」（Junior Consultant）、「資深顧問」（Senior Consultant）之職位，依據德國法院實務見解，其不構成年齡歧視，雖然「junior」、「senior」在英文的語意上與年齡有關，但如果此用於職位之描述則是涉及到企業內之不同階層，而非直指生理年齡<sup>13</sup>。

### 三、正當事由

若求職者或受僱者因年齡而遭受不利對待，其可能構成年齡歧視，然而，不可否認的是，許多基於年齡而生之差別待遇在勞動生活中是合理而有必要的，舉例言之，應該沒有人會質疑對於「童工之禁止」會構成年齡歧視，因此，對於「年齡歧視」之認定應著重在基於「年齡」所為之差別待遇是否具有正當事由，而得「正當化」差別待遇<sup>14</sup>。換言之，基於年齡而生之差別待遇是否合法，則須視有無正當事由，

10. Bauer/Krieger/Günther, AGG EntgTranspG, 5 Aufl., § 10 AGG Rn.18.

11. BAG, Urteil vom 21.06.2012 – 8 AZR 188/11, NZA 2012, 1211.

12. LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 15. 01. 2016 - 19 Sa 27/15, BeckRS 2016, 67158.

13. LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 19. 11. 2015 - 6 Sa 68/14, BeckRS 2015, 73486.

14. Preis, Arbeitsrecht Individualarbeitsrecht Lehrbuch für Studium und Praxis, 6 Aufl., 2020, Rn. 1539.

若無正當事由，因年齡而為之差別待遇即構成違法之年齡歧視。

在一般平等待遇法中，立法者於第8條設有正當化差別待遇之一般性規定，當「年齡」這項特徵對於所執行之職務或者履行職務的條件構成「重要」且「關鍵」的職業要求時，只要是「目的合法」且「要求適當」者，屬於合法之差別待遇。此外，針對基於「年齡」而生之差別待遇，本法於第10條另設有「正當事由」之特別規範。無論是第8條或者第10條之適用範圍主要是針對第3條第1項所規範之「直接之不利對待」，若為「間接之不利對待」，如徵「職場新鮮人」，此間接與年齡連結，此非第8、10條所要適用之範圍，而是第3條第2項在構成要件的層次上去審酌<sup>15</sup>。

比較一般平等待遇法第8條與第10條之條文內容可以得知，相較於第8條之規定，德國立法者針對「年齡歧視」之判斷上，採取較為寬容之態度，而降低了對於正當事由之審查強度，若從結果言之，針對基於年齡而生之差別待遇是否能通過正當化之審查，僅第10條具有重要性<sup>16</sup>，蓋其若無法符合第10條較寬鬆之標準，更遑論能通過第8條更嚴格之審查。總結以上論述，在德國法制中，雇主所為之差別待遇合法與否之判斷，一般平等待遇法第10條之規定扮演相當重要之角色，其條文內容如下：

「儘管有第8條之規定，基於年齡所為之差別待遇亦屬合法，當差別待遇客觀、適當且能透過合法之目的而被正當化（第1句）。為達目的所使用之手段須為適當（*angemessen*）且必要（第2句）。前開合法之差別待遇特別係指以下之情況（第3句）：

1. 為了促進及保護青少年、年長以及負有撫養義務之受僱者之職業上整合而針對僱用、職業訓練制定特別條件以及包含工資、僱用關係之消滅之勞動條件；
2. 針對僱用或者與其僱用所連結之特定利益，而制定針對年齡、職業經驗或者年資之最低要求；
3. 基於特定職務之特別培訓資格，或因退休前設置適當僱用期間之必要，而制定最高年齡者；
4. 為取得享有資格、請領退休金或喪失勞動能力時之給付，就企業社會安全體系訂定年齡限制者，包括於該體系之範圍內，就特定受僱者或受僱人群體，以及就保險大數法則之計算而使用年齡標準，訂定年齡限制者；
5. 內容為「僱用關係於受僱者於年齡符合申請退休金給付時，無須終止僱用關係消滅」之約定；社會法典第6編第41條之規定仍有適用。
6. 關於企業組織法下依社會計畫之給付之差別待遇，若當事人依據年齡或者企業

15. Bauer/Krieger/Günther, AGG EntgTranspG, 5 Aufl., § 10 AGG Rn. 33.

16. Vgl. Bauer/Krieger/Günther, AGG EntgTranspG, 5 Aufl., § 10 AGG Rn. 13.

年資而創設依等級劃分之補償規範，而該規範明確地將受僱者因年齡因素使其在勞動市場上的就業機會大幅受限之情況納入考量；或者因受僱者於請領失業給付後取得請領退休金之資格致其經濟上獲得保障，而將之排除於社會計畫之給付外。

觀察第10條之條文結構，第10條第1句與第2句為得依年齡為差別待遇之一般正當事由之規定，此涉及到利益衡量而須經由個案判斷。而第3句則為具體正當事由之六款「例示」，以下即針對第10條之條文內容為簡要說明。

(一) 一般正當事由（第10條第1句與第2句）

#### 1. 目的之設定

依據第10條第1句之規定，於判斷有無正當事由首應確定系爭措施、規範之目的為何，在目的之設定上必須合法、客觀且適當，德國立法者直接採用歐盟指令第6條（RL 2000/78/EG）之用語，在立法理由中並未再對「合法」、「客觀」、「適當」加以說明與定義。

在立法理由中指出，該目的之設定應與公共利益相關，例如僱用政策、勞動



市場、或者職業訓練等<sup>17</sup>。對此，歐洲法院在其判決中認為，對於目的之設定應僅能與社會政策、勞動市場、或職業訓練有關<sup>18</sup>，除此之外，職業安全或基於維護特定群體之權益，亦被歐洲法院認為是合法之目的<sup>19</sup>；相較於此，若基於年齡所為之差別待遇僅是為了企業私人之利益，例如對於人員安排之合理規劃或是獲得專業知識等，則非第10條第1句意義下足以正當化差別待遇之合法目的<sup>20</sup>。至於「客觀」要素，則應審查所追求之利益須基於事實且為謹慎之考量，而非僅是推測或者主觀之臆測<sup>21</sup>。對於目的之設定而言，「適當」這個特徵較無重要性，申言之，差別待遇是否「適當」之審查重點應為選擇採用之手段是否能達成目的，請見本文以下之論述。

17. BT-Druck. 16/1780, S. 36; Bauer/Krieger/Günther, AGG EntgTranspG, 5 Aufl., § 10 AGG Rn. 20.

18. EuGH (Große Kammer), Urteil vom 13. 9. 2011, – C-447/09 (Reinhard Prigge, Michael Fromm, Volker Lambach/Deutsche Lufthansa AG), NJW 2011, 3209.

19. EuGH, Urt. v. 8. 9. 2011 – C-297/10, C-298/10 (Sabine Hennigs/Eisenbahn-Bundesamt und Land Berlin/Alexander Mai), NZA 2011, 1100.

20. Bauer/Krieger/Günther, AGG EntgTranspG, 5 Aufl., § 10 AGG Rn. 13.

21. BAG, Urteil vom 13. 10. 2009 - 9 AZR 722/08, NZA 2010, 327.

## 2. 手段選擇

差別待遇是否具備正當事由，依據第 10 條第 2 句所規範之要件，其所採用之手段對於目的之達成為適當且必要，換言之，系爭差別待遇所欲追求之目的之達成，不會對勞工之合法利益造成過度侵害，且該措施不會超出為達成目的之必要性。

該法所用之「angemessen」在德國法下傳統之理解應為比例原則下第三個審查標準，亦即「狹義的比例原則」或者「相當性原則」，但文獻上認為，本法條文直接援用歐盟指令之文字，若對照其英文及法文之版本，此處之「angemessen」應為適當、有用、合目的之義，換言之，此一造成差別待遇所選用之手段應為適合達成其所追求之目的<sup>22</sup>，對此，歐洲法院在其判決中提及，其手段不得為不理性或者明顯不適合目的之達成<sup>23</sup>。至於「必要性」，若依照歐洲法院之見解，應是著重在利益衡量之判斷<sup>24</sup>，以下之標準可作為參考<sup>25</sup>：

- 單純「中高齡受僱者之生活與工作經驗較豐富」並不能作為基於年齡而為差別待遇之正當理由，因年齡或職業經驗之增加而獲取較高資格

者，須具體且可衡量，不能僅以年齡作為標準<sup>26</sup>。

- 以「為了保護中高齡受僱者，使其不因工作而危害自身之健康」，不應作為對高齡受僱者為差別待遇之正當理由<sup>27</sup>。
- 僅是因為特定年齡段面臨較重的財務負擔（例如年輕家庭的負擔較重），其本身並無法構成對於年齡為差別待遇之正當事由<sup>28</sup>。

### （二）法律對於因年齡合法差別待遇之例示（第 10 條第 3 句）

相較於第 10 條第 1 句、第 2 句之一般性規範，第 10 條第 3 句則分別在第 1 至第 6 款明文規定「得作為正當化因年齡而為差別待遇之事由」。第 1 款至第 4 款主要是承襲歐盟指令（RL 2000/78/EG）之規範而來；第 5 款及第 6 款則是德國立法者所自行創設之規定<sup>29</sup>。

若發生爭議案件，其無法被歸入第 10 條第 3 句之各款規定時，關於基於年齡而生之差別待遇是否合法之判斷，則應依第 10 條第 1、2 句加以審視其是否具備正當事由。而第 10 條第 3 句所規定之正當事

22. EuGH, Urteil vom 19. 6. 2014 – C-501/12, C-502/12, C-503/12, C-504/12, C-505/12, C-506/12, C-540/12, C-541/12 (Specht ua/Land Berlin), NZA 2014, 831.

23. EuGH, Urteil vom 5. 3. 2009 - C-388/07, NZA 2009, 305.

24. 文獻指出在德國法制中，在比例原則下之「必要性 (Erforderlichkeit)」係指選擇侵害最小之手段，與歐盟法對於「必要性」之理解有所不同。Vgl. Bauer/Krieger/Günther, AGG EntgTranspG, 5 Aufl., § 10 AGG Rn. 22b.

25. Bauer/Krieger/Günther, AGG EntgTranspG, 5 Aufl., § 10 AGG Rn. 24.

26. Bauer/Krieger/Günther, AGG EntgTranspG, 5 Aufl., § 10 AGG Rn. 24.

27. Vgl. BAG, Urteil vom 01. 11. 1995 - 5 AZR 880/94, NZA 1996, 816.

28. Bauer/Krieger/Günther, AGG EntgTranspG, 5 Aufl., § 10 AGG Rn. 24.

29. Bauer/Krieger/Günther, AGG EntgTranspG, 5 Aufl., § 10 AGG Rn. 24.

由共有六款之規定，以下為各款規定之簡要說明：

首先，若雇主為了促進及保護青少年、年長以及負有撫養義務之受僱者之職業上整合，而針對工資、僱用關係之消滅等勞動條件以年齡作為標準而為差別待遇，依據第10條第3句第1款之規定，此等差別待遇可被評價為具有正當事由。本款明確規範了「合法之目的」，其旨在促進在較弱勢之群體融入勞動市場中，其包含青少年、較年長以及負有撫養義務之受僱者，在此所謂「撫養義務」之受僱者與「年齡」並無直接關聯，蓋扶養義務不僅是適用於照顧子女（通常是在較年輕之階段），其亦適用於照顧父母（中年階段）或者是伴侶（較高齡階段）。至於何為「較年長」之受僱者，須以規範之保護目的而決定之，受僱者僅是在比較群體中年齡較大者，尚不能認為符合此一要件<sup>30</sup>，此尚須依據個別之情況判定，當其涉及到體力負荷較大之工作，對於五十歲以上之受僱者而言，其休息及恢復之需求提高<sup>31</sup>，若為達到促進年長者之保護目的，則包含減輕特定工作負擔之規定<sup>32</sup>。從歐盟指令之規範可知，若涉及到勞動力市場政策，指令賦予各會員國有很大之裁量權，為了實現合法之目的，各國政府得自行決定達成目標之具體措施<sup>33</sup>。

依據第10條第3句第2款，可作為基於年齡所為之差別待遇之正當事由則為：針對僱用或者與其僱用所連結之特定利益，而制定針對年齡、職業經驗或者年資之最低要求。本款本身並未如同第1款針對「目的」而為規定，而僅是說明一種可能正當化差別待遇之情況，故並非所有於招聘或就業條件中任意使用設定年齡之最低要求皆可被評價為合法，其仍須具備追求合法目的、手段為適當、必要為要件，此類最低要求之設定必須取決於具體的工作職位、內容，例如對於管理職位而言，其受僱者須有更多之工作經驗始能勝任<sup>34</sup>。



第10條第3句第3款則是涉及僱用最高年齡之限制，在實務上，本款事由於招聘廣告內容之描述上具有重要性，例如企業徵「實習生、儲備幹部不得超過35歲」、「長途客運司機不得超過40歲」即有構成直接年齡歧視之疑慮。實務上亦曾發生航

30. BAG, Urteil vom 12. 04. 2016 – 9 AZR 659/14, NZA-RR 2016, 438.

31. BAG, Urteil vom 21. 10. 2014 – 9 AZR 956/12 NZA 2015, 297.

32. OVG Bremen, Beschluss vom 15. 07. 2013 – 2 B 101/13, NZA-RR 2013, 611.

33. EuGH (Große Kammer), Urteil vom 22. 11. 2005 - C 144/04, NZA 2005, 1345.

34. ErfK/Schlachter, 23. Aufl. 2023, AGG § 10 Rn. 2.

航空公司招聘飛行員時，將僱用最高年齡設為32歲又364天內，此一年齡限制應屬年齡歧視，蓋依目前法令，飛行員一般工作年齡之限制為60歲或65歲，高於33歲的受僱者仍有足夠時間可貢獻其能力，故將最高年齡設定為未滿33歲，應屬不合法<sup>35</sup>。

第10條第3句第4款為與企業內退休金相關之特殊規定，其允許雇主就參與企業內退休金計畫或領取退休金之資格，制定年齡限制之規定，其目的涉及到公共利益，藉此與確保企業內社會安全體系之正常運作<sup>36</sup>，此一體系須以保險大數法則為基礎，以確定其負擔能力，其中包含設定請領給付之最低繳費期間之計算基礎，藉此排除妨礙體系運作之障礙，以達成企業內退休金計畫能持續普及之目的<sup>37</sup>。

若勞動契約或團體協約中規定，勞工達法定退休年齡時，勞動契約無須經由終止而自動消滅。此類約定依據第10條第3句第5款應為有效。其目的在於勞動市場之流動，若要让年輕的勞動力進入勞動市場，則高齡工作者勢必要退出勞動市場<sup>38</sup>。此外，雇主與受僱者於整個工作期間均繳納社會保險之保費，以為將來之退出勞動市場而做好準備。歐洲法院對此亦採取較為寬鬆之態度，在契約中為年齡範圍

之約定，只要其係基於僱用與勞動市場政策之合法目的，且其手段具備適當性、必要性，此一年齡範圍之規範即可能被認定為合法<sup>39</sup>，換言之，為了將勞動市場開放給年輕的勞工，而為年老的勞工設下退休年齡而使勞動關係消滅應屬合法。

第10條第3句第6款允許社會計畫（Sozialplan）之給付在特定之條件下可以依據受僱者之年齡而有差別待遇。於企業組織變動（Betriebsänderung）時（例如部門裁撤、歇業、遷廠），依據企業組織法第112條之規定，雇主有義務與員工代表會進行「社會計畫」之協商，以補償或減輕勞工因企業組織變動所產生之經濟上之不利益，雇主依據社會計畫所給予之金錢給付，在性質上並非屬於對於過去所提供勞務之額外工資，而是具有與將來有關之補償與連接過渡期間之功能<sup>40</sup>。在符合公益與社會政策之目的下，立法者允許雇主與員工代表會得依據年齡或年資制定補償標準，尤其是考慮到較年長的勞工一旦失去工作後，其在勞動市場上所面臨之困境通常會比年輕的勞工更加艱難，因而肯認本款規定所追求之目的符合公益與社會政策，而被評價為合法<sup>41</sup>。同樣地，將符合請領退休金資格之勞工排除於社會計畫之

35. LAG Hessen, Beschluss vom 17. 03. 2009 – 4 TaBV 156/08, BeckRS 2011, 71390.

36. BAG, Urteil vom 11. 08. 2009 – 3 AZR 23/08, NZA 2010, 408.

37. BAG, Urteil vom 21. 10. 2014 – 9 AZR 956/12 NZA 2015, 297.

38. Bauer/Krieger/Günther, AGG EntgTranspG, 5 Aufl., § 10 AGG Rn. 39; Bauer, Europäische Antidiskriminierungsrichtlinien und ihr Einfluss auf das deutsche Arbeitsrecht, NJW 2001, 2672, 2674.

39. Vgl. EuGH, Urteil vom 12. 10. 2010 – C-45/09, NZA 2010, 1167.

40. BAG, Urteil vom 09. 12. 2014 – 1 AZR 102/13, NZA 2015, 365.

41. BAG, Urteil vom 26. 05. 2009 – 1 AZR 198/08, NZA 2009, 849.

給付之外，若該勞工因可領取失業給付與退休金，致其經濟上已獲有一定程度之保障，在符合合法之社會政策目的下，此一基於年齡而為之差別待遇亦可被認為具有正當事由。

## ► 肆、結論與啟示

相較於德國反歧視法制之立法方式，其係將立法者所禁止之歧視指標（種族、血統來源、性別、宗教或世界觀、身心障礙、年齡或性傾向）統一規範在「一般平等待遇法」中，我國歧視禁止之規範因分散規定於個別法規中，致生適用上之疑義，以受歧視者之損害賠償請求權為例，中高齡就促法並未如性工法於第29條設有非財產上損害賠償之依據，在此所產生之疑問在於：遭受到年齡歧視之中高齡或高齡者，可否向請求非財產上損害之賠償？此外，除了「年齡（中高齡、高齡）」與「性別、性傾向」歧視外，立法者在就服法第5條中尚規範了其他法律所禁止之歧視指標，包含種族、階級、語言、思想、宗教、黨派、籍貫、出生地、婚姻、容貌、五官、身心障礙、星座、血型或以往工會會員身分等事項。在個別法律間法條用語、規範密度不盡相同之情況下，除了可能產生適用上的疑義外，其在結果上可能導致求職者或受僱者僅因「被歧視之原因」不同，而實際影響到對雇主求償之難易度，除非立法者能說明何以因「性別、性傾向」、「年齡（中高齡、高齡）」而受歧視之求職

者或受僱者有更值得保護之理由，否則在立法政策上似有再行思考之空間<sup>42</sup>。

針對是否構成「高齡就業歧視」，在認定上須先判斷雇主是否基於「年齡（中高齡）」而對求職者為「不利對待」（中高齡就促法第12條），若存在前開差別待遇，則應進一步檢視是否具備第13條所規範之「正當事由」。由於中高齡就促法自2020年底開始施行至今時間並不長，實務上如何適用第12、13條之規定尚有待觀察，是否有更為具體之判斷標準？第13條所規範之四款事由是否為列舉之規定？尚有討論之空間。就基於年齡之直接歧視而言，審查順序與德國一般平等待遇法之規範相似，一般平等待遇法第10條設有「正當事由」之規定，該條除了一般原則之闡述外，另明文規範了六款正當事由，作為法律之例示。該條規定所揭櫫之原則為：雇主所欲因「年齡」而對於求職者、受僱者予以差別待遇，其先須確認該措施所要達成之目的為何？目的是否合法？再者，須審查且所採用之手段對於目的之達成為適當且必要者，此涉及到在個案中對於勞雇雙方當事人之個案衡量。德國法制之相關討論或可提供一較為具體之標準，以供我國於處理「年齡歧視」之爭議案例之參考。



42. 對於我國法制之檢討，請參見洪瑩容，企業使用人工智慧之聘僱歧視問題研究 兼論對於現行反歧視法制之檢討，預計刊登於興大法學第34期，2023年11月。