

國立臺灣大學法律學院法律學系

碩士論文

Department of Law College of Law

National Taiwan University

Master Thesis



就業歧視禁止之界限—

論就業歧視禁止項目與差別待遇之正當理由

A Study on the Boundary of Prohibiting Employment
Discrimination: Characteristics and Justifiable Causes

黃夢萱

Meng-Syuan Huang

指導教授：王能君 博士

Advisor: Neng-chun Wang, Doctor of Laws

中華民國 105 年 1 月

January 2016



謝辭



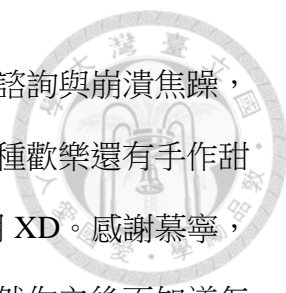
終於到了寫謝辭這一步。這一路的辛苦，在這一刻都值得了。

本論文的完成，首先感謝兩位口試委員：焦興鎧老師與侯岳宏老師。感謝兩位老師給予許多寶貴的意見，讓這部論文更加完善。也感謝兩位老師對我這些不成熟又任性的個人見解給予許多包容，讓我和這部論文能順利通過口試。最重要的還是我的指導老師，王能君老師。王能君老師對學生的關心與愛護，真的令其他研究生們羨慕不已。感謝王老師不論在我國考過程中或寫論文的過程中，均給予充分的空間，也適時提供各種幫助與鼓勵。即使老師自己忙碌不已，仍會撥空批改論文、詳加指導。還好最後也交出一本不至於讓老師覺得丟臉的論文，足矣！

感謝我的家人。謝謝爸媽的照顧，讓我衣食無缺、無後顧之憂地盡情享受研究生生活。感謝哥哥不論是國考期間或趕論文期間，經常禁不住我的哀求就出門買宵夜給我，讓我度過無數個用熱量驅趕煩躁的夜晚。

感謝此生最要好的兩個朋友：羽甄與鱷魚。雖然你們兩個跟論文的誕生一點關係都沒有，但還是感謝你們出現在我的生命中，為我帶來各種歡樂。跟你們相處的日子可以忘卻一切煩惱，感謝一路有你們相伴。

感謝 1811 研究室的成員們，包含 1811 室友與 1811 之友們。感謝容萱學姊與聖凱學長。從一開始進 1811 就受到你們多方的照顧，即使你們離開 1811 後，仍不忘繼續給我鼓勵與幫助，讓我順利度過之後的研究生生涯。感謝季凡從碩二上陪我一起到 1811 的門邊吹風，即使學長姐們都畢業了，還有你陪著我留在 1811。感謝牧軒坐在我左手邊但從沒有嫌棄我把兔子放在我們中間的架上，也感謝你跟兔子們相處得很愉快。感謝思敏一起度過國考與論文時期，每一次鼓勵你的時候其實也是在鼓勵我自己，現在我要畢業了，你一定也快了！感謝彬彬經常一起討論論文的日文文獻還有日本旅遊，獲得許多有用資訊。感謝柏村，雖然你每次都偷打我的兔子讓我覺得很火。感謝以昕搬到我隔壁時，經常陪我討論論文用字，在我論發與口試時，即使不在 1811 也提供我各種資訊上的幫助。感謝買飯小天使晉



昌，不論刮風下雨晴天雨天都會順便幫我買便當，還有各種感情諮詢與崩潰焦躁，讓我的研究生生活增添許多樂趣。感謝阿粽總是為 1811 帶來各種歡樂還有手作甜點，也常一起討論論文，真的很充實，希望我的論文能被你引用 XD。感謝慕寧，1811 有你在時很歡樂，很高興一起打桌遊一起玩密室逃脫，雖然你之後不知道怎麼……但……嗯，總之謝謝。感謝吳悠，每每在我徬徨的時候幫我算塔羅牌解惑，次次神準，感恩感恩。感謝柏榮在司法官面試期間一起互相抱怨，讓我覺得這世界雖然很鳥但有人跟我覺得一樣鳥，真好。感謝易修把螢光綠兔兔小英給贖回來，接下來要看他如何帶領你統治 1811 了。感謝翰昇，雖然很後來才加入 1811，但一起焦躁論發與口試，也算參與到我研究生生涯中的精華了。感謝旦旦，看你崩潰與焦躁本身就是一種樂趣啊！希望在我離開之後你也能順利畢業。感謝 1811 的兔兔們，小橘、H₂O、棉花糖、妮妮、小英，還有家裡的 9 隻兔兔以及工具人包包上的兔兔，感謝你們溫暖人心的微笑，還有迷人的尾巴。還有感謝新成員咖波，帶來各種暴飲暴食與溫馨。

雖然很不情願但還是感謝家丞在我研究生生活裡的各種吵鬧，我終於可以把小橘帶走、脫離你的魔爪了。感謝景智偶爾擔任備用買飯小天使，還帶來棉花糖與豆豆龍，讓 1811 更加溫馨。感謝良大對 1811 的活動幾乎無役不與，並且在國考期間給與諸多幫助，日文翻譯上的幫助更是讓我奠定基礎的重要功臣，萬分感謝！還有感謝亞儀、婉寧、柏硯、還有搶走我位子的有渝，但沒關係我最後還是搬回來了~

還要感謝王門的師兄、師姊，你們精湛的論文是我很重要的參考。也感謝師弟、師妹們給予各種幫助，讓我能順利走到這一步。感謝大學家族的學長姐、學弟妹們，每次家聚都是很重要的精神補給。

最後，感謝工具人沛恆。感謝你這段時間的陪伴，尤其那些趕死線的日子，讓你在下班後還繼續加班，幫忙調整論文格式、對照目錄等種種形式問題。這本論文感謝有你，才能順利產出。也感謝你跟 1811 的朋友們都相處愉快，讓我撰寫

論文的過程中增添更多歡樂，一起跟 1811 的朋友們垃圾話、感情諮詢、密室逃脫，很多美好的回憶。還有感謝你在休假時親手做便當送來 1811 餵食我，完全超越買飯小天使。在研究生生涯的後期有你的陪伴真好，謝謝。

一開始從沒想過要讀研究所，到最後真的生出這本論文然後畢業，感謝一路上諸多貴人幫忙以及各位好友相伴。雖然不知道未來會如何，但我會珍惜所擁有的一切，認真努力地往前走。

2016. 1. 29

於臺大霖澤館 1811 研究室



中文摘要



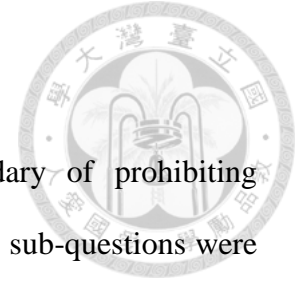
本論文以就業歧視禁止之界限為研究主軸，分別研究二個子題。第一為就業歧視禁止項目之範圍，第二為就業上差別待遇之正當理由。

首先，針對第一個問題，本論文參照美、日法制，發現美日法之就業歧視禁止項目，係呈現緩慢增加之趨勢。並且，就業歧視禁止項目不再以與生俱來無法改變之特質為必要。因此，本論文認為以我國法制之現況，就業歧視禁止項目亦應有增無減，並且至少在民事法上應能發展出一般平等待遇原則，以落實就業平等。

其次，針對第二個問題，本論文歸納美日就業上差別待遇之正當理由，認為可分為二類：一為適用於「直接以就業歧視禁止項目作為差別待遇之標準」者，另一則適用於「非以就業歧視禁止項目作為差別待遇之標準」者。然而，除了法律明定之正當理由，例如積極平權措施或因政策所生之規定等以外，其餘正當理由均為經營需求下之合理理由，包含真實職業資格。而判斷此類合理理由之要件有三：(一)以企業經營需求為目的。(二)以勞動者本身差異為差別待遇之標準，或非以勞動者本身之差異，但以與勞動者相關之事由為差別待遇之標準。(三)該差別待遇之標準與目的間具有必要性。

關鍵字：就業歧視、差別待遇、歧視、正當理由、合理理由、就業服務法第 5 條第 1 項、一般平等待遇原則。

Abstract



The theme of this study is concerned about the boundary of prohibiting employment discrimination. To narrow down the research area, two sub-questions were set up: characteristics and justifiable causes.

First, for the sub-question of characteristics, there is a trend that prohibited characteristics which employment discrimination bases on are slowly increasing in both United States and Japan. Moreover, characteristics are no longer must be immutable. Therefore, to compare with the employment discrimination law in Taiwan, characteristics in prohibiting employment discrimination should be increased, either. The principle of general equal treatment should be established at least in civil cases to implement employment equality.

Second, for the sub-question of justifiable causes, the key point is how to determine whether the differential treatment is reasonable. There are three requirements for a reasonable differential treatment: (1)For the purpose of any kinds of business necessity; (2)Choosing a characteristic or other factor that is associated with employee(s) as a standard; (3)The standard is a necessity of the purpose.

Keywords: employment discrimination, differential treatment, discrimination, justifiable causes, reasonable causes, Article 5.1 of Employment Service Act, the principle of general equal treatment.

日文判例集略語對照(依日文五十音排序)



1. 判時＝判例時報
2. 判夕＝判例タイムズ
3. 勞經速＝労働經濟判例速報
4. 勞裁資＝労働關係民事行政裁判資料
5. 勞判＝労働判例
6. 勞民集＝労働關係民事裁判例



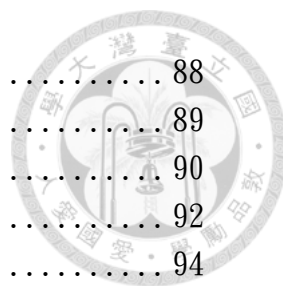
目錄



第一章 緒論	1
第一節 研究動機與研究範圍.....	1
第一項 研究動機及問題意識.....	1
第二項 研究範圍.....	4
第三項 文獻回顧.....	6
第二節 論文架構.....	11
第三節 觀念釐清.....	11
第一項 歧視與差別待遇.....	11
第一款 歧視與差別待遇之法規定義.....	13
第一目 歧視之法律用語.....	13
第二目 差別待遇之法律用語.....	15
第二款 歧視與差別待遇之實務見解.....	16
第一目 歧視之實務定義.....	16
第二目 差別待遇之實務定義.....	18
第三款 比較法上歧視與差別待遇之定義.....	20
第一目 消除對婦女一切形式歧視公約.....	20
第二目 身心障礙者權利公約.....	21
第三目 ILO 第 111 號公約.....	22
第四款 小結.....	22
第二項 差別對待、差別影響與直接歧視、間接歧視.....	23
第一款 差別對待與差別影響.....	23
第二款 直接歧視與間接歧視.....	25
第三款 本論文見解.....	26
第二章 美日就業歧視禁止項目之分析與比較	28
第一節 美國法就業歧視禁止項目.....	28
第一項 民權法第七章.....	29
第一款 性別.....	29
第二款 原始國籍.....	31
第二項 就業年齡歧視法.....	34
第三項 美國身心障礙者法.....	35
第四項 禁止基因資訊歧視法.....	38
第五項 其他發展中之歧視禁止項目.....	39
第二節 日本法就業歧視禁止項目.....	40
第一項 日本勞基法第 3 條.....	41



第一款	國籍	41
第二款	信念	42
第三款	社會性身分	44
第二項	日本勞基法第4-6條與男女雇用機會均等法	45
第一款	男女同一工資原則	45
第二款	男女平等待遇之公序法理	48
第三款	男女雇用機會均等法	49
第三項	雇用對策法	52
第四項	障害者雇用促進法	53
第一款	「障害者」之定義	54
第二款	身心障礙者歧視禁止與合理措施	55
第三款	法定僱用率制度與精神障礙者法律地位之賦予	57
第五項	有關非典型勞動者之規定	58
第一款	非典型勞動者之概念與問題	58
第二款	均等、均衡待遇原則之定立	60
第三節	綜合評析	63
第一項	美日就業歧視法制之異同	63
第二項	美國就業歧視法制之特色與課題	66
第一款	美國就業歧視法制之特色	66
第二款	美國就業歧視法制之課題	67
第三項	日本就業歧視法制之特色與課題	68
第一款	日本就業歧視法制之特色	68
第二款	日本就業歧視法制之課題	68
第四項	小結	70
第三章 我國就業歧視禁止項目之分析與比較		71
第一節	我國法就業歧視禁止項目	71
第一項	就業服務法第5條第1項	71
第一款	種族	71
第二款	階級、語言、思想	73
第三款	宗教、黨派	77
第四款	籍貫與出生地	77
第五款	性別與性傾向	80
第六款	年齡	82
第七款	婚姻	83
第八款	容貌與五官	84
第九款	身心障礙	85



第十款 以往工會會員身分	88
第二項 關於疾病與基因之法規	89
第一款 疾病	90
第二款 基因	92
第三項 其他	94
第一款 建教生	94
第二款 犯罪紀錄	95
第四項 小結	96
第二節 綜合評析	96
第一項 就業服務法之適用對象	96
第一款 立法解釋	97
第二款 實務見解	98
第三款 本論文見解	99
第二項 就業歧視禁止項目之增刪	101
第一款 部分就業歧視禁止項目之刪除	102
第二款 就業歧視禁止項目之增加	104
第三項 例示就業歧視禁止項目之可能性	108
第四項 小結：我國就業歧視法制之立法方向	110
第四章 就業上差別待遇之正當理由.....	112
第一節 比較法之分析	112
第一項 美國法就業上差別待遇之正當理由	112
第一款 民權法第七章	112
第二款 就業年齡歧視法	115
第二項 ILO 報告書	117
第三項 日本法就業上差別待遇之正當理由	118
第一款 男女雇用機會均等法	118
第二款 雇用對策法	123
第三款 有關僱用形態之規定	124
第四項 小結	125
第二節 我國法之檢討	126
第一項 我國法律之相關規定	126
第二項 司法院大法官解釋	128
第三項 學說見解	129
第四項 民事法院實務見解	130
第五項 行政法院實務見解	154
第六項 小結	169
第三節 本章總結—以必要性為關鍵要素	170

第五章 結論與建議	177
第一節 本論文結論	177
第二節 立法建議與展望	181
參考文獻	185
附表一	196
附表二	205





第一章 緒論

本論文以就業歧視禁止之界限為題，擬研究「就業歧視禁止項目之範圍」與「就業上差別待遇之正當理由」。本章將於第一節簡述本論文之研究動機及問題意識，並延續此一脈絡劃定本論文所欲研究之範圍。於第二節則概略描述本論文之架構。第三節則對於就業歧視領域常見之用語為釐清與說明。

第一節 研究動機與研究範圍

第一項 研究動機及問題意識

憲法第7條規定：「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。」而通說認為憲法所保障之平等權不以前開條文所列者為限，該五種項目僅為例示性規定¹，因此，舉凡其他項目之歧視如容貌、身高、出生地等，理論上皆應受到憲法第7條所保障。

勞動者亦享有此一平等權，惟其能否直接援引憲法基本權利保障之規定，以對抗來自雇主之歧視，不無疑義。對此，學者多主張現今社會人民不只會受到來自國家的侵害，不應將基本權利之保護限縮於國家與人民之間，而應擴展到私人與私人間之關係亦有適用，此即為「基本權利對第三人效力」²。學說對此第三人效力復有二種主要之見解：直接效力說、間接效力說。前者認為該他人得直接援引憲法之規定予以對抗第三人；後者則認為基本權利之規定仍以國家為主張之對象而不拘束私人，人民如遇排除來自第三者之侵害仍須透過其他法律規定尋求救濟，只是在該其他法律規定中，得援引憲法基本權利作為內容，間接適用於民事關係中³。民事法規定中，以民法第 72 條及第 148 條等有概括條款或不確定法律概念之規定最能將憲法基本權利之規定容納之。雖就結論而言採擇何說並不會有太

¹ 吳庚(2004)，《憲法的解釋與適用》，3版，頁182，臺北：自刊。

² 李建良(2000)，〈競業禁止與職業自由〉，《台灣本土法學雜誌》，15期，頁112。

³ 法治斌、董保城(2014)，《憲法新論》，頁168-170，台北：自刊；李惠宗(2001)，〈禁譜辦公室戀曲—「基本權第三人效力」或「基本權衝突」〉，《月旦法學雜誌》，79期，頁8-9。

大之差異，然考量為尊重制定普通法之權力分立、避免過度侵犯私法自治等因素⁴，本論文從後說之間接效力說。

由此可知，勞動者於就業領域中受到雇主之歧視，勞動者並不能援引憲法作為對抗雇主行為之依據，至多透過解釋民法第 72 條之「公共秩序」、「善良風俗」，或同法第 184 條 1 項前段之「不法」或同項後段之「善良風俗」內涵，以及同條第 2 項之「保護他人之法律」等，來限制雇主之行為。由於須在個案中透過法官為法律解釋，則對具有經濟優勢、法律資源相對豐富之雇主而言，嚇阻之效果甚為有限。

而就就業服務法第 5 條第 1 項⁵，即以勞動者之平等權及工作權為保護標的，正是補足前述無法遏止雇主行為之禁止規定。惟在保護勞動者平等權與工作權之同時，勢必會侵害到雇主之契約自由權。關於契約自由權，司法院大法官釋字第 576 號解釋理由書指出：「契約自由為個人自主發展與實現自我之重要機制，並為私法自治之基礎。契約自由，依其內容分別受憲法各相關基本權利規定保障，……(刪節號為筆者所加，以下皆同)；除此之外，契約自由亦屬憲法第 22 條所保障其他自由權利之一種。」是以，契約自由亦為基本權利之一環而應受到憲法所保障，此時即產生基本權利之衝突。私人間基本權利發生衝突時，原則上應從上述之間接效力說，透過法律之規定解決紛爭，而無法直接援引憲法。不過，立法者於此享有廣泛的判斷及形成空間(Beurteilungs-und-Gestaltungsraum)，其必須對此相互競爭的基本權利地位(基本權衝突)作衡平適當的考量⁶。而就勞動者平等權及工作權與雇主契約自由權之衝突，立法者已作出利益權衡後之結果，即就業服務法第 5 條第 1 項所示，優先保護勞動者之平等權與工作權。

綜上所述，立法者於此議題已做出其價值判斷，因此依就業服務法第 5 條第 1

⁴ 許宗力(2003)，〈基本權利：第五講—基本權利的第三人效力與國庫效力〉，《月旦法學教室》，第 9 期，頁 67。

⁵ 就業服務法第 5 條第 1 項：「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。」

⁶ 李建良，同註 2，頁 114。

項規定，雇主不得對勞動者予以歧視。惟此非謂完全排除雇主之契約自由權，蓋因法律只能對基本權利作限制而非完全剝奪，倘今將就業服務法解為完全排除雇主之契約自由，則過度侵害雇主之基本權，恐有違憲之虞。因此，本論文係以上開法條合憲為前提作以下之探討，則應認雇主之權利應僅是受到限制而非全面喪失。從而，此處即衍生本論文所欲研究之問題：就業歧視禁止之界限為何？亦即，在勞動者工作權、平等權與雇主財產權、契約自由權之間欲劃一條線時，應劃於何處？用何種標準檢視才能夠兼顧勞資雙方之權利以求得平衡？

思考此一問題，首當其衝者即為就業歧視禁止所保障之範圍。我國就業歧視法制之體系較為紊亂，相關法律除了有特定保護對象之性別工作平等法⁷、身心障礙者權益保護法⁸、高級中等學校建教合作實施及建教生權益保障法⁹、油症患者健康照護服務條例¹⁰、精神衛生法¹¹、傳染病防治法¹²、人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例¹³等之外，另有於特定情形才有適用空間之大量解僱勞工保護法¹⁴等。但以就業歧視禁止項目所能涵蓋之層面而言，最重要者仍為就業服務法。蓋因其並未限定適用對象，且保障之項目種類繁多，可謂規範就業歧視禁止之基本法律。然而，為數眾多之就業歧視禁止項目有無調整必要？換言之，究竟何種

⁷ 性別工作平等法第 7-11 條。

⁸ 身心障礙者權益保護法第 16 條第 1 項：「身心障礙者之人格及合法權益，應受尊重及保障，對其接受教育、應考、進用、就業、居住、遷徙、醫療等權益，不得有歧視之對待。」

⁹ 高級中等學校建教合作實施及建教生權益保障法第 26 條第 1 項：「建教合作機構於建教生受訓期間，不得因其種族、階級、語言、思想、宗教、黨派、籍貫、出生地、年齡、婚姻、容貌、五官或身心障礙之因素，給予不利之差別待遇。」同條第 2 項：「建教合作機構不得因建教生依本法提出申訴或協調，而給予不利之差別待遇。」同條第 3 項：「第一項差別待遇之認定，準用就業服務法及其相關法規有關就業歧視認定之規定。」

¹⁰ 油症患者健康照護服務條例第 6 條第 1 項：「油症患者之人格及合法權益，應受尊重及保障，對其接受教育、就業、醫療等權益，不得有歧視之對待；其相關權益保障辦法，由中央主管機關會商中央各目的事業主管機關訂定之。」

¹¹ 精神衛生法第 22 條：「病人之人格與合法權益應受尊重及保障，不得予以歧視。對病情穩定者，不得以曾罹患精神疾病為由，拒絕就學、應考、僱用或予其他不公平之待遇。」

¹² 傳染病防治法第 12 條：「政府機關(構)、民間團體、事業或個人不得拒絕傳染病病人就學、工作、安養、居住或予其他不公平之待遇。但經主管機關基於傳染病防治需要限制者，不在此限。」

¹³ 人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例第 4 條第 1 項：「感染者之人格與合法權益應受尊重及保障，不得予以歧視，拒絕其就學、就醫、就業、安養、居住或予其他不公平之待遇，相關權益保障辦法，由中央主管機關會商中央各目的事業主管機關訂定之。」

¹⁴ 大量解僱勞工保護法第 13 條第 1 項：「事業單位大量解僱勞工時，不得以種族、語言、階級、思想、宗教、黨派、籍貫、性別、容貌、身心障礙、年齡及擔任工會職務為由解僱勞動者。」

特質方能列入就業禁止歧視項目，以享就業歧視禁止之保障，此即第一條就業歧視禁止之界限。目前修法聲浪所持之見解係認為，我國就業歧視禁止項目過多，有許多項目實務上根本沒有案件，並且有許多非屬「與生俱來、無法改變」之特質，似無保護之必要，而欲減少項目¹⁵。因此，就業歧視禁止項目之範圍，即為本論文所欲探討之第一個問題。

其次，於釐清就業歧視禁止所保障之範圍後，下一個問題即為，在該範圍之中，什麼樣的行為應予禁止，而什麼樣的行為應予容許？換言之，雇主為其僱用決定時，勞動者卻主張雇主是就業歧視，則什麼情況下會就業歧視會成立，而什麼樣的情況下則否。亦即，此時雇主能為如何之主張進行抗辯，進而免責，而得認定為雇主之差別待遇實具有正當理由而不成立就業歧視。此即本論文所欲探討之第二個問題，亦為就業歧視禁止之第二界限：就業上差別待遇之正當理由。

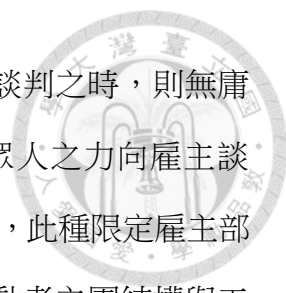
第二項 研究範圍

本論文研究之標的為就業歧視。所謂就業，解釋上應認係指勞動者於勞動市場中，不僅於招募、僱用之締約前階段，包含受僱中之契約存續階段，乃至於契約終了之契約後階段皆含括在內，即同性別工作平等法之規定¹⁶，如此方能完整保障勞動者於勞動市場之活動。而此間之契約關係以勞動契約及僱傭契約為主，排除委任契約與承攬契約¹⁷。其理由在於，之所以需要透過法律制定之方式來禁止歧視、保障勞動者，乃是因為勞動者與雇主間有地位上之落差，勞動者並無與雇主

¹⁵ 焦興鎧(2002)，〈我國就業歧視評議制度之現況及實施檢討評析〉，《臺大法學論叢》，31卷2期，頁170-172；同作者(2007)，〈工作平等國際勞動基準之建構〉，《中華國際法與超國界法評論》，3卷2期，頁412；鄭津津(2002)，〈美國就業歧視法制之研究—兼論我國相關法制應有之發展〉，《臺大法學論叢》，32卷4期，頁196。

¹⁶ 性別工作平等法第7條：「雇主對求職者或受僱者之招募、甄試、進用、分發、配置、考績或陞遷等，不得因性別或性傾向而有差別待遇。但工作性質僅適合特定性別者，不在此限。」
性別工作平等法第11條第1項「雇主對受僱者之退休、資遣、離職及解僱，不得因性別或性傾向而有差別待遇。」

¹⁷ 此處契約之定性須實質認定，凡實質認定為勞動契約或僱傭契約者，均應受就業歧視相關法制所規範，不受雇主所設之契約名目影響。



談判、磋商之能力。反之，當契約雙方當事人能夠彼此磋商、談判之時，則無庸以法律限制一方之契約自由。至於勞動者透過組織工會集結眾人之力向雇主談判，與雇主締結只能僱用該工會會員¹⁸或其他特定條件之勞動者，此種限定雇主部分締約自由之團體協約，因涉及集體勞動關係，須同時考量勞動者之團結權與工會發展之政策考量，研究重心並非在於就業歧視，故不在本論文研究範圍之內，合先敘明¹⁹。

除此之外，關於就業歧視中，歧視意圖之判斷、舉證責任與法律效果等，均為值得探討之題目。惟本論文係聚焦於就業歧視禁止之界限，故對於上開議題不擬詳述。

而本論文研究之素材除各類文獻之外，尚有我國法院之判決，包含各級民事法院與各級行政法院及地方法院行政訴訟庭之判決。文獻部分除我國國內文獻外，比較法之部分主要以日本文獻為主；復因美國法為就業歧視禁止之濫觴，因此仍會併參部份美國文獻。德國文獻則因受限於外語能力，只能參考國內對於德國法制之論著。歐盟法之部分，受限於篇幅，亦無法再開專章為比較法之討論。

實務見解之部分，依就業服務法施行細則第 2 條規定：「直轄市、縣（市）主管機關依本法第六條第四項第一款規定辦理就業歧視認定時，得邀請相關政府機關、單位、勞動者團體、雇主團體代表及學者專家組成就業歧視評議委員會。」因此，目前我國各縣市均已設立就業歧視評議委員會，以此評定雇主之行為有無

¹⁸ 團體協約法第 14 條：「團體協約得約定雇主僱用勞動者，以一定工會之會員為限。但有下列情形之一者，不在此限：

- 一、該工會解散。
- 二、該工會無雇主所需之專門技術勞動者。
- 三、該工會之會員不願受僱，或其人數不足供給雇主所需僱用量。
- 四、雇主招收學徒或技術生、養成工、見習生、建教合作班之學生及其他與技術生性質相類之人。
- 五、雇主僱用為其管理財務、印信或機要事務之人。
- 六、雇主僱用工會會員以外之勞動者，扣除前二款人數，尚未超過其僱用勞動者人數十分之二。」

¹⁹ 關於工會會員身分之歧視與侵害團結權之關連，可參林佳和(2014)，臺北市政府出版，《2014 就業歧視暨職場性騷擾法院判決解析》，頁 108-113，129-130，135-137，臺北：臺北市政府勞動局。

構成就業歧視²⁰。原則上，由就業歧視評議委員會所做成之評議內容應為最有參考價值之實務資料。蓋因就業歧視案件發生時，勞動者除民事救濟途徑外，尚可向主管機關提出申訴，透過就業歧視委員會之評議結果來獲取對民事訴訟有利之證據，或者以此為手段與雇主進行調解或達成和解等。則此時委員會即可能成為勞動者救濟途徑之第一站，同時也是雇主回應勞動者說法之第一站，此過程間之抗辯及主張與本論文欲研究之正當理由至關重要。然而，委員會之評議內容並非依法應公開之資訊，特別是性別歧視、性騷擾案件對於隱私保護之要求又更為強調，因此無法將之納入研究範圍²¹。

另一方面，評議內容並不當然拘束法院。有因判斷餘地之緣故，認倘無裁量逾越、裁量濫用或判斷恣意、違法之情事，法院即尊重就業歧視評議委員會之決定者²²。亦有因就業歧視評議委員會事證斟酌不完全、判斷基準可議，而作出與委員會相反之認定者²³。不論何者，皆指出法院並不當然受委員會之評議結果所拘束，亦即，法院對於就業歧視評議委員會所做成之評議內容仍有一定之審查空間。

綜上所述，雖然各縣市就業歧視評議委員會之評議內容在事實認定與抗辯事由上有重要之研究價值，但礙於上述不公開與法院仍得為審查之因素，本論文仍以法院判決為研究範圍。

第三項 文獻回顧


國內專書、專書論文之部分，學者焦興鎧之《勞工法與勞工權利之保障—美國勞工法論文集(一)》、《勞工法制之最新發展趨勢—美國勞工法論文集(二)》、《勞工法論叢(一)》、《勞工法論叢(二)》等論文集，對美國之就業歧視法制有相當多之

²⁰ 關於就業歧視評議委員會之運作，可參焦興鎧(2002)，〈我國就業歧視評議制度之現況及實施檢討評析〉，《臺大法學論叢》，31卷2期，頁131-195。

²¹ 張郁昇(2010)，《美國就業年齡歧視法之研究—兼論對我國法制之啟示》，頁9，國立臺灣大學法律學院法律學研究所碩士論文。

²² 例如臺北高等行政法院102年度訴字第1876號判決。

²³ 例如臺北高等行政法院100年度簡字第658號判決。



介紹，其中以性別歧視及性騷擾為主要研究內容，對於語言與生活形態歧視也有論及²⁴。學者林更盛所著之《勞動法案例研究(一)》也對一般平等待遇原則與性別歧視有所分析²⁵。學者郭玲惠所著之《兩性工作平等—法理與判決之研究》²⁶，則係以性別歧視之研究為主軸。其他與判決評釋相關之書籍有《性別工作平等法精選判決評釋》、《2014 就業歧視暨職場性騷擾法院判決解析》等書籍²⁷。

期刊論文相關之文獻頗豐，主要以性別歧視相關之論文最盛，且比較法之對象多為美國法，其次則為日本法之介紹，德國法之介紹亦有部分文章。學者焦興鎧除已收錄於上述論文集之文獻外，尚撰有〈美國勞工法上就業歧視問題之最新發展〉、〈工作場所性騷擾是不是就業上性別歧視？—試評臺北高等行政法院一則相關判決並兼論美國經驗之啟示(上)〉、〈工作場所性騷擾是不是就業上性別歧視？—試評臺北高等行政法院一則相關判決並兼論美國經驗之啟示(下)〉、〈美國最高法院與兩性工作平等爭議之解決〉、〈工作場所基因測試在美國所引起之就業歧視爭議〉、〈就業歧視爭議之最新發展〉、〈國內外就業歧視法制之最新發展—兼論就業上年齡、性傾向及出生地歧視之爭議〉、〈國際勞動基準之最新發展趨勢—以國際勞工組織近期努力為例〉、〈美國就業上性傾向歧視爭議之探討〉、〈就業歧視之新興議題解析〉、〈什麼是就業上性傾向歧視？—美國與歐洲聯盟經驗之探討〉、〈台灣就業上出生地歧視之探討—兼論美國經驗之啟示〉、〈禁止就業上身心障礙歧視國際勞動基準之建構〉、〈臺灣建構防制就業歧視法制之努力—二十年之回顧

²⁴ 焦興鎧(1995)，〈論雇主採用「胎兒保護措施」所引起之就業歧視爭議—Johnson Controls 一案之分析〉，《勞工法與勞工權利之保障—美國勞工法論文集(一)》，頁 389-443，台北：月旦；同作者(1997)，《勞工法制之最新發展趨勢—美國勞工法論文集(二)》，頁 125 以下，台北：月旦；同作者(2000)，《勞工法論叢(一)》，頁 35 以下，台北：元照；同作者(2001)，《勞工法論叢(二)》，頁 3 以下，台北：元照。

²⁵ 林更盛(2002)，《勞動法案例研究(一)》，頁 89 以下，台北：漢蘆。

²⁶ 郭玲惠(2004)，《兩性工作平等—法理與判決之研究》，2 版，臺北：五南。

²⁷ 侯岳宏等合著(2014)，臺北大學法律學院勞動法研究中心主編，《性別工作平等法精選判決評釋》，臺北：元照；臺北市勞動局、林佳和、侯岳宏編(2014)，《2014 就業歧視暨職場性騷擾法院判決解析》，臺北：臺北市政府勞動局。

與前瞻》等²⁸論文。其論文主要以美國法為背景，部分論文並有歐盟法之研究，討論之範圍十分廣泛。

學者郭玲惠撰有〈兩性工作平等法初探—救濟〉、〈兩性工作平等法面面觀—性別歧視之禁止與促進就業措施〉、〈性別歧視與損害賠償初探〉、〈性別表現或性傾向歧視案—評臺北地方法院一〇〇年度勞訴第一七二號民事判決〉等²⁹，以性別歧視為主要討論對象，對實務見解之觀察甚為深入。學者鄭津津則撰有〈美國就業歧視法制之研究—兼論我國相關法制應有之發展〉、〈建立年齡歧視法制以保障中高齡者就業權利之研究〉、〈反歧視與平等權—論臺灣外籍勞工之工作平等〉、〈就業歧視新興爭議問題之研究〉等³⁰，亦多以美國法為背景，且在年齡歧視方面之探討特別突出。學者劉志鵬則撰有〈兩性工作平等法之申訴及救濟體系〉，

²⁸ 焦興鎧(1990)，〈美國勞工法上就業歧視問題之最新發展〉，《美國研究》，20卷2期，頁51-116；同作者，前揭註15第一文，頁131-195；同作者(2004)，〈工作場所性騷擾是不是就業上性別歧視？—試評臺北高等行政法院一則相關判決並兼論美國經驗之啟示(上)〉，《全國律師》，8卷2期，頁21-33；同作者(2004)，〈工作場所性騷擾是不是就業上性別歧視？—試評臺北高等行政法院一則相關判決並兼論美國經驗之啟示(下)〉，《全國律師》，8卷3期，頁106-125；同作者(2004)，〈美國最高法院與兩性工作平等爭議之解決〉，《政大法學評論》，80期，頁103-176；同作者(2006)，〈工作場所基因測試在美國所引起之就業歧視爭議〉，《臺大法學論叢》，35卷6期，頁169-239；同作者(2006)，〈就業歧視爭議之最新發展〉，《台灣勞工雙月刊》，4期，頁43-52；同作者(2007)，〈國內外就業歧視法制之最新發展—兼論就業上年齡、性傾向及出生地歧視之爭議〉，《法令月刊》，58卷4期，頁65-91；同作者，前揭註15第2文，頁367-417；同作者(2008)，〈國際勞動基準之最新發展趨勢—以國際勞工組織近期努力為例〉，《中華國際法與超國界法評論》，4卷1期，頁1-49；同作者(2009)，〈美國就業上性傾向歧視爭議之探討〉，《歐美研究》，39卷1期，頁29-77；同作者(2010)，〈就業歧視之新興議題解析〉，《經社法制論叢》，46期，頁85-121；同作者(2010)，〈什麼是就業上性傾向歧視？—美國與歐洲聯盟經驗之探討〉，《全國律師》，14卷4期，頁4-22；同作者(2010)，〈台灣就業上出生地歧視之探討—兼論美國經驗之啟示〉，《月旦法學雜誌》，182期，頁192-204；同作者(2012)，〈禁止就業上身心障礙歧視國際勞動基準之建構〉，《全國律師》，16卷3期，頁4-20；同作者(2015)，〈臺灣建構防制就業歧視法制之努力—二十年之回顧與前瞻〉，《臺灣勞動法學會學報第十一期—勞動法裁判選輯(七)—焦興鎧教授六秩五華誕祝壽專輯》，頁1-65。

²⁹ 郭玲惠(2001)，〈兩性工作平等法初探—救濟〉，《月旦法學雜誌》，71期，頁54-61；同作者(2002)，〈兩性工作平等法面面觀—性別歧視之禁止與促進就業措施〉，《律師雜誌》，271期，頁28-39；同作者(2002)，〈性別歧視與損害賠償初探〉，《萬國法律》，125期，頁10-20；同作者(2013)，〈性別表現或性傾向歧視案—評臺北地方法院一〇〇年度勞訴第一七二號民事判決〉，《月旦裁判時報》，22期，頁48-58。

³⁰ 鄭津津，前揭註15，頁135-205；同作者(2002)，〈建立年齡歧視法制以保障中高齡者就業權利之研究〉，《政大勞動學報》，12期，頁395-424；同作者(2010)，〈就業上年齡歧視之探討〉，《月旦法學雜誌》，184期，頁177-206；同作者(2011)，〈反歧視與平等權—論臺灣外籍勞工之工作平等〉，《月旦法學雜誌》，189期，頁5-21；同作者(2014)，與周兆昱合著，〈就業歧視新興爭議問題之研究〉，《法令月刊》，65卷6期，頁14-29。

主要探討公部門與私部門之勞動者申訴、救濟層面與舉證責任等相關問題³¹。學者李玉春撰有〈我國懷孕歧視司法實務問題之研究〉，對於懷孕歧視於實務案例中常見之問題與爭議有詳盡之分析³²。此外尚有有學者曾淑瑜所撰之〈論基因歧視〉，以及學者何建志所撰之〈基因檢驗與基因歧視：問題本質與解決方案〉³³。

至於日本法相關之文獻，介紹整體日本就業歧視法制之討論較為少見，主要多探討非典型勞動之議題。如學者侯岳宏所撰之〈部分時間工作者勞動條件保障之探討—日本均等待遇原則之發展與啟示〉、學者周兆昱所撰之〈日本修正部分工時勞動法之研究—兼論我國實務之爭議問題〉以及學者張鑫隆所撰之〈勞動市場彈性化與部分工時均等待遇原則〉等。關於日本年齡歧視，則有學者周兆昱所撰之〈就業年齡歧視法理之研究—最高行政法院 101 年度判字第 1036 號判決評釋〉，對日本法及美國法之就業年齡歧視法制皆有相關說明³⁴。

德國法部分則有學者林佳和所撰之〈2006 年德國一般平等待遇法—勞動法領域平等貫徹的新契機？〉³⁵，對德國一般平等待遇法關於就業歧視之部分有詳盡之介紹。以及學者林更盛所撰，自一則判決之評析，帶出德國勞動法上間接歧視概念之〈何去何從的年齡間接歧視—最高行政法院一〇一年度判字第一〇三六號判決評析〉³⁶等。

此外，研究報告之部分有學者邱駿彥所主持之〈從日本男女雇用機會均等法

³¹ 劉志鵬(2002)，〈兩性工作平等法之申訴及救濟體系〉，《律師雜誌》，271 期，頁 57-69。

³² 李玉春(2012)，〈我國懷孕歧視司法實務問題之研究〉，《法令月刊》，63 卷 3 期，頁 46-68。

³³ 曾淑瑜(2007)，〈論基因歧視〉，《華岡法粹》，39 期，頁 191-222；何建志(2008)，〈基因檢驗與基因歧視：問題本質與解決方案〉，《法律與生命科學》，6 期，頁 23-44。

³⁴ 周兆昱(2009)，〈日本修正部分工時勞動法之研究—兼論我國實務之爭議問題〉，《東海大學法學研究》，31 期，頁 151-187；同作者(2015)，〈就業年齡歧視法理之研究—最高行政法院 101 年度判字第 1036 號判決評釋〉，《臺灣勞動法學會學報第十一期—勞動法裁判選輯(七)—焦興鎧教授六秩五華誕祝壽專輯》，頁 67-99；張鑫隆(2010)，〈勞動市場彈性化與部分工時均等待遇原則〉，《法學新論》，24 期，頁 75-108；侯岳宏(2014)，〈部分時間工作者勞動條件保障之探討—日本均等待遇原則之發展與啟示〉，陳繼盛等著，《勞動基準法施行 30 週年論文集》，頁 601-621，臺北：勞動部。

³⁵ 林佳和(2008)，〈2006 年德國一般平等待遇法—勞動法領域平等貫徹的新契機？〉，《成大法學》，15 期，頁 115-172。

³⁶ 林更盛(2014)，〈何去何從的年齡間接歧視—最高行政法院一〇一年度判字第一〇三六號判決評析〉，《月旦裁判時報》，28 期，頁 18-28。

之發展論我國兩性工作平等法之進程研究成果報告》，以及學者鄭津津所主持之〈建立就業年齡歧視判定標準制度研究計畫報告〉³⁷。

學位論文之部分，與就業歧視之正當理由、合理理由或抗辯事由相關之論文有：張郁昇所撰之《美國就業年齡歧視法之研究—兼論對我國法制之啟示》；卓家甫所撰之《從美國就業年齡歧視防治法制論我國相關法制之現況與未來發展》；劉達源所撰之《我國就業年齡歧視禁止法制之研究》；姜俊豪所撰之《就業歧視中之前科問題研究》；賴郁樺所撰之《從美國身心障礙者法看我國就業平等相關法制：以公務員體檢為例》；以及邱得晉所撰之《精神障礙歧視防治相關法制之研究》³⁸。各論文主要是針對某一就業歧視禁止項目為討論，並論及對該項目為差別待遇之正當理由。

由上述說明可知，在比較法方面，由於美國法為就業歧視法制之濫觴，故關於美國比較法之文獻相當豐富；德國近年來則因配合歐盟指令之緣故，於 2006 年制定相關法案，國內留德學者亦對此有所關照。而同為我國常見之比較法國家—日本，因其國情文化之故，在就業歧視法制方面，在先進各國而言是略顯落後的，或因如此導致國內文獻對於日本就業歧視法制之著墨較為缺乏。然而此一情況反而激起筆者研究之興趣。蓋因我國就業歧視法制實值修正、檢討之際，歐美之發展已多有論著，而鄰近我國之日本在文化方面與我國較為相近卻討論較少，著實可惜。因此，不論歐美法制或日本法制，這些在我國目前欲修正就業歧視法制之際皆有參考之價值，因此本論文比較法之對象亦納入日本法。

³⁷ 邱駿彥(2007)，〈從日本男女雇用機會均等法之發展論我國兩性工作平等法之進程研究成果報告〉，行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告；鄭津津(2009)，〈建立就業年齡歧視判定標準制度研究計畫報告〉，委託單位：行政院勞委會職業訓練局。

³⁸ 張郁昇，前揭註 21；卓家甫(2010)，《從美國就業年齡歧視防治法制論我國相關法制之現況與未來發展》，國立中正大學法律所碩士論文；劉達源(2013)，《我國就業年齡歧視禁止法制之研究》，國立中正大學法律學研究所碩士論文；姜俊豪(2014)，《就業歧視中之前科問題研究》，國立政治大學勞工研究所碩士論文；賴郁樺(2015)，《從美國身心障礙者法看我國就業平等相關法制：以公務員體檢為例》，國立臺灣大學科際整合法律學研究所碩士論文；邱得晉(2015)，《精神障礙歧視防治相關法制之研究》，國立中正大學法律學研究所碩士論文，本論文之電子檔於 2020 年始公開，且國家圖書館並無紙本論文，經電詢中正大學圖書館，該論文對內亦不公開，故無法取得。



第二節 論文架構

關於本論文之架構，除第一章緒論以外，第一部分擬從追溯美國之就業歧視禁止項目為出發，觀察美國法在就業歧視禁止項目上有如何之發展，以及存有如何之爭議。其次則介紹日本法就業歧視禁止項目之發展與爭議，並綜合分析美日就業歧視法制有無相似之處。

第二部分則介紹我國就業歧視禁止項目之發展與爭議，並附帶解決關於就業服務法第 5 條第 1 項之適用問題。其次則透過美日經驗來分析我國就業歧視法制可能之發展方向。

第三部分係針對正當理由，先就美日法制為介紹，再就我國法相關規定與法院實務審理就業歧視之判斷標準作分析，觀察我國目前有哪些正當理由。並研究有無將實務案件中雇主之抗辯事由予以類型化之可能，以觀察法院對於不同抗辯之審理是否有不同之判斷標準。而在釐清哪些事由該當於就業上差別待遇之正當理由時，接續之問題則係當雇主之歧視意圖與正當理由同時存在時，此一混合動機歧視應如何處理之問題，將併同於此部分簡述之。

最後第四部分為結論與建議。此部分將總結以上之討論，並提出本論文力有未逮、需待將來繼續研究之處。

第三節 觀念釐清

研究就業歧視之過程中，有多種用語經常定義不明或混淆不清。因此本論文擬就兩組常見之用語，作簡單之說明與釐清，分述如下。

第一項 歧視與差別待遇

本論文既以就業歧視為研究對象，自應先釐清何謂就業歧視。論者有謂：「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」³⁹。如前所述，就業應從廣義解釋，不限於進入職場之勞動契約締結時，契約存續中以及契約終了時皆應包含在內，方能真正落實就業平等。

然而，何謂歧視？與差別待遇有何不同？歧視與差別待遇之用語，二者之內涵是否相同，乃一根本性之問題。學者鄭津津與學者周兆昱於 2014 年即洞見癥結，注意到此一問題。惟受限於文章主題，於該文章中對此問題並未深入探究⁴⁰。以下即針對歧視與差別待遇之用語有無差異為分析。

教育部重編國語辭典修訂本⁴¹中對於歧視之定義為：「輕視，以不公平的態度相待。如：『種族歧視』。」由此可知，歧視一詞係帶有負面評價的；然而在法規範中構成歧視時，會發生相應的法律效果，則勢必要有更具體的行為方能該當，而不能僅以「以不公平的態度相待」就構成歧視。易言之，此處對於歧視的定義過於抽象、廣泛，無法作為法規而予以遵行。

至於差別待遇，教育部重編國語辭典修訂本則定義為：「立足於歧視或不平等的對待方式。如：『隨著時代的進步，過去男女工作上差別待遇的現象已有所改善。』」此處對於差別待遇的定義係由歧視所構成，除了可判斷差別待遇亦有負面評價外，仍無法進一步判斷究竟何謂歧視、何謂差別待遇，實有必要進一步分析。因此，筆者嘗試以歧視、差別待遇、差別之待遇作為關鍵字搜尋我國法規，再予分類歸納如下⁴²。

³⁹ 林明珠(2002)，〈淺論就業歧視之禁止—我國法律之規定與實務問題探討〉，《全國律師》，6 卷 3 期，頁 16。

⁴⁰ 周兆昱、鄭津津(2014)，〈就業歧視新興爭議問題之研究〉，《法令月刊》，65 卷 6 期，頁 19。

⁴¹ 教育部重編國語辭典修訂本：<http://dict.revised.moe.edu.tw/index.html> (最後瀏覽日期：2016 年 1 月 28 日)。

⁴² 本文於法源法律網之法規查詢：<http://db.lawbank.com.tw/FLAW/>；以「歧視+差別待遇+差別之待遇」為關鍵字搜尋包含有關鍵字之條文內容，搜尋結果為 774 個項目；逐一瀏覽後，排除契約範本、勞動檢查方針、契約書、公平交易委員會對各類行業之規範說明、裁罰基準、各類中外協定、各類定型化契約應記載及不得記載事項等不具定義性或說明性之資料，並排除單純使用歧視或歧視之對待或差別待遇或差別之待遇之字眼等不具定義性或說明性之條文(最後瀏覽日期：2015 年 6 月 2 日)。分類結果，詳如附表一，頁 196。



第一款 歧視與差別待遇之法規定義

首先，關於歧視之定義，綜觀我國法規，除了已納入我國法之消除對婦女一切形式歧視公約(Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women，以下簡稱 CEDAW)⁴³、身心障礙者權利公約(The Convention on the Rights of Persons with Disabilities，以下簡稱 CRPD)⁴⁴有對歧視做個別定義外(詳如後述)，其餘法規並未有針對歧視為定義之規定。至於差別待遇，則有性別工作平等法施行細則第 2 條規定：「本法第七條至第十一條、第三十一條及第三十五條所稱差別待遇，指雇主因性別或性傾向因素而對受僱者或求職者為直接或間接不利之對待。」由此可知，被禁止的差別待遇必須是直接或間接之不利對待。反面推論，有利於受僱者或求職者之有利對待並不被法律所禁止。

其他法規雖未對歧視或差別待遇定義或描述，但仍可以觀察到我國就此部份之法律用語有一現象：差別待遇一詞不必然帶有負面評價，但歧視幾乎都帶有負面評價，分述如下。


第一目 歧視之法律用語

首先，少部分法規將歧視、差別待遇與其他不當行為並列，如法官倫理規範第 4 條：「法官執行職務時，不得因性別、種族、地域、宗教、國籍、年齡、身體、性傾向、婚姻狀態、社會經濟地位、政治關係、文化背景或其他因素，而有偏見、歧視、差別待遇或其他不當行為」⁴⁵。依立法技術而言，偏見、歧視、差別待遇解釋上均屬不當行為之例示，亦即帶有負面評價。

⁴³ 依消除對婦女一切形式歧視公約施行法，聯合國 1979 年消除對婦女一切形式歧視公約(Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women)於 2011 年 1 月 1 日起具有國內法律之效力。

⁴⁴ 依身心障礙者權利公約施行法，聯合國 2006 年身心障礙者權利公約(The Convention on the Rights of Persons with Disabilities)於 2014 年 12 月 3 日起具有國內法律之效力。

⁴⁵ 其他用語相同之法規範有：司法院大法官自律實施辦法第 3 條、法院通譯倫理規範第 4 條、觀護人倫理規範第 4 條、檢察機關通譯倫理規範第 5 條。



其次則是將歧視與不公平待遇並列或者有前後因果關係者。前者如陸海空軍懲罰法第 32 條第 5 項：「各權責長官不得對提起第一項、第二項救濟程序之人及被懲罰人，予以歧視或不公平待遇；且於表示不服之範圍內，不得為更不利益之變更或處分」，後者如基隆市就業歧視評議委員會設置要點第 1 條：「……予以歧視，而造成不公平待遇」。

最後一類則是將歧視與差別待遇以前後因果關係之方式予以描述，如桃園縣政府秘書處臨時人員工作規則第 3 條：「……予以歧視，而有差別待遇」。

由以上粗淺分類可以發現，不公平待遇、差別待遇是最終顯現出來的結果，而歧視則似乎只是一前階段之行為，或者為一種描述。

附帶而論，我國法規有少數係使用「歧視待遇」作為用語，但同樣使用「歧視待遇」，實際上有兩種解釋。一者係指金錢收入之待遇，即身心障礙者權益保護法第 40 條第 1 項：「進用身心障礙者之機關（構），對其所進用之身心障礙者，應本同工同酬之原則，不得為任何歧視待遇，其所核發之正常工作時間薪資，不得低於基本工資。」由前後文推敲可知，此處之待遇係指薪資而言，歧視乃形容詞。另一則係泛指一切之對待，如住宅法第 45 條：「居住為基本人權，任何人皆應享有公平之居住權利，不得有歧視待遇」⁴⁶，但歧視於此處相同，亦為一負面之形容詞。另一方面，尚有「差別待遇或任何形式之歧視」之用語，似認差別待遇亦為歧視之一種，但只出現於行政院農業委員會農業科技創業投資計畫受託機構人員道德行為要點第 5 條，未見於其他法規⁴⁷。

⁴⁶ 另一使用「歧視待遇」之法規為教育基本法第 6 條第 4 項：「私立學校得辦理符合其設立宗旨或辦學屬性之特定宗教活動，並應尊重學校行政人員、教師及學生參加之意願，不得因不參加而為歧視待遇。但宗教研修學院應依私立學校法之規定辦理。」

⁴⁷ 行政院農業委員會農業科技創業投資計畫受託機構人員道德行為要點第 5 條：「受託機構應尊重多元化社會，給予員工平等任用及發展職業生涯之機會，不得因個人性別、種族、宗教信仰、黨派、性取向、職級、國籍或年齡等因素，而為差別待遇或任何形式之歧視。」



第二目 差別待遇之法律用語

差別待遇之法律用語則較為多樣化，有多種形容詞用以界定法律所禁止之差別待遇。為數最多者係以性騷擾防治法第 10 條第 1 項規定為首之「不當之差別待遇」⁴⁸。立法理由謂：「為避免對於在性騷擾事件申訴、調查、偵查或審理程序中，為申訴、告訴、告發、提起訴訟、作證、提供協助或其他參與行為之人為差別待遇或其他侵害行為，致無法發現真實，且亦不能保障該等人員之權益，爰明定其為差別待遇者之民事責任」。由此推之，其目的在於避免本項之行為主體打壓相關人士致性騷擾案件無法釐清、處理。然而，若是提供保障相關人士之差別待遇，應認不僅不妨礙本項之目的，甚有助於相關人士勇於面對性騷擾事件，而不應禁止之。依照性騷擾防治法第 7 條所制定之相關措施規範多數亦同母法之用語，使用「不當之差別待遇」一詞⁴⁹。

其次則為「無正當理由之差別待遇」、「非有正當理由……不得為差別待遇」或「無正當理由……為(給予)差別待遇」。此類型很明確指出，法律所禁止者為不具正當理由之差別待遇。反面推論，有正當理由之差別待遇即為法律所容許。此處與歧視之法律用語相比，應認相對於歧視，差別待遇係較趨於中性之用語。

其餘類型則有「不利之差別待遇」⁵⁰、「不合理之差別待遇」⁵¹以及「故意之差別待遇」⁵²。前二者之用語如同前述「不當之差別待遇」，是以負面之形容詞界定法規範所欲禁止之對象，然而後者「故意之差別待遇」則與其他類型皆有所不同。行政法規中之故意與刑事法規相同，皆指涉行為人意思之主觀要件⁵³，與前述不

⁴⁸ 性騷擾防治法第 10 條第 1 項：「機關、部隊、學校、機構、僱用人對於在性騷擾事件申訴、調查、偵查或審理程序中，為申訴、告訴、告發、提起訴訟、作證、提供協助或其他參與行為之人，不得為不當之差別待遇。」


⁴⁹ 參本論文附表一，頁 196。

⁵⁰ 交通部公路總局性騷擾防治措施、申訴及懲戒處理要點第 5 條第 4 款；高級中等學校建教合作實施及建教生權益保障法第 12 條第 4 款、第 26 條第 1、2、3 項。

⁵¹ 航業法第 23 條第 2 項。

⁵² 依核能電廠違規事項處理作業要點第 9 條之附件第 7 條第 1 款第 4 目、第 2 款第 4 目、第 3 款第 2 目。

⁵³ 李惠宗(2013)，《行政法要義》，頁 496-497，台北：元照。



當、不合理等描述客觀行為之用語完全不同。行為人故意即指明知並有意使其發生，亦即行為人知悉並且意欲為差別待遇，不論為差別之目的或手段為何，皆該當所謂「故意之差別待遇」；惟若客觀上該行為具備合理性，是否仍該當於「故意之差別待遇」而屬違反該作業要點之行為則不無疑問。因此「故意之差別待遇」，似乎實際上係指帶有惡意之差別待遇，以故意為形容詞應非適當適用語。

綜上所述，關於差別待遇，多數法規在制定上傾向以較中性之方式呈現，強調法律所禁止者係負面之差別待遇。

第二款 歧視與差別待遇之實務見解

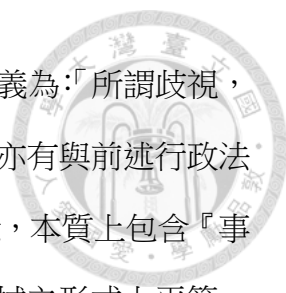
第一目 歧視之實務定義

最高行政法院參照就業服務法第 5 條第 1 項之立法理由，認為：「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）。……其立法意旨在於雇主在求職者或受僱者之求職或就業過程，不得因年齡因素而對之為直接或間接之不利對待，……；且按『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對待，即足當之；……不應僅限於直接歧視之情形，應兼涵間接歧視之情況」⁵⁴。

上述最高行政法院對於歧視之定義共有三點：

- 一、歧視係指雇主無正當理由而恣意實施差別待遇。
- 二、歧視須有事實比較。
- 三、歧視包含直接或間接之不利對待，亦即，有直接歧視與間接歧視之類型。

⁵⁴ 最高行政法院 101 年度判字第 1036 號判決。



相對於最高行政法院之定義，有民事法院判決對於歧視之定義為：「所謂歧視，應係指給予不公平之差別待遇而言」⁵⁵，此種較為簡略之定義。亦有與前述行政法院見解類似者：「就業服務法第 5 條第 1 項規定之『歧視』概念，本質上包含『事實比較』之意涵，……。又所謂之『平等原則』，並非指絕對、機械之形式上平等，而係指相同事物性質應為相同之處理，非有正當理由，不得為差別待遇而言，如事物性質不盡相同而為合理之各別處理，自非法所不許」⁵⁶。此定義即大約等同於行政法院見解之第一點及第二點。至於第三點，有二判決有相關論述⁵⁷：一為臺北地院 100 年度重勞訴字第 3 號判決，此與上述行政法院之判決為同一案件，基本上係援引該案行政法院判決之文字。另一則為臺北地院 103 年度訴字第 5052 號判決，其援引經濟社會文化權利國際公約第 16 號一般性意見指出，法律於形式上雖屬中性立法，不以性別為區分或歧視，惟其於適用時，若會產生對於某種性別之歧視效果，則屬於間接歧視，同樣違反國際人權公約禁止歧視之規定。

因此，行政法院與民事法院對於歧視之定義並無太大差距。

至於行政機關實務見解部分，法務部 103 年法律字第 10303502740 號函釋表示：「就業服務法第 5 條第 1 項規定……本條項所稱歧視，係指雇主無正當理由而恣意實施差別待遇而言」，行政院勞動者委員會 101 年勞職業字第 1000072018 號及 100 年勞職業字第 1000506072 號函釋：「『就業歧視』係指當雇主以求職人或所僱用員工『與執行該項特定工作無關之性質』來決定受僱與否或其勞動條件，且雇主在該項特質上的要求有不公平不合理之情事，可認定為雇主對求職人或所受僱員工歧視。又「就業歧視」型態分為『直接歧視』與『間接歧視』」。大致上，上述行政函釋皆與法院見解相符。

⁵⁵ 臺灣高等法院 102 年度勞上字第 30 號民事判決。

⁵⁶ 臺灣高等法院 101 年度上字第 436 號民事判決。

⁵⁷ 法源法律網：<http://www.lawbank.com.tw/>(最後瀏覽日期：2015 年 12 月 29 日)。



第二目 差別待遇之實務定義

首先，司法院大法官解釋於意見書及聲請書部分，對於差別待遇有如下之定義：

一、司法院釋字第 610 號彭鳳至、徐璧湖大法官之不同意見書：「所謂『差別待遇』，應包含相關規範體系之垂直比較與水平比較之結果，重點在於必須是『規範上出現差別待遇』」。

二、司法院釋字第 687 號及第 636 號之臺灣桃園地方法院錢建榮法官釋憲聲請書皆指出：「差別待遇係指對於具有『可相提並論性(Vergleichbarkeit)』的人或社會生活事實在法規範上作不相同之處理，而『可相提並論性』，乃指法規範上受到不同處理的人或社會生活事實，共同具有一個他人或其他生活事實所未具有的特徵。

三、司法院釋字第 696 號蘇永欽大法官之部分不同意見書提到：「所謂差別待遇的認定，必然是『在共同的基礎上作成的歧視性待遇』，只有當 A 制度是憲法唯一容許者或在法律上具有普遍性時，才有可能用 A 制的觀點去評價 B 制操作的結果有無差別待遇」。

關於以上三種見解對於差別待遇之闡述，主要著重在平等原則下之論述，可推知此處差別待遇之認定，必須透過觀察比較，並從中認定是否屬於等者卻不等之情形，方為差別待遇。因此，上述之說明皆屬差別待遇之認定方法，而非定義。

其次，最高行政法院見解之部分，除有引用前述性別工作平等法施行細則第 2 條關於差別待遇之定義者外，另外對差別待遇為闡述之內容者有三：

一、「……公平交易法第十九條第二款所規定。所謂差別待遇，係指對同一競爭階層之事業就相同之商品或服務，於交易條件或交易機會等事項給予不同之待遇」⁵⁸。

二、「……行政程序法第六條定有明文，此乃行政行為之平等原則之規定。此

⁵⁸ 最高行政法院 88 年度判字第 4312 號判決。



之差別待遇，係指權利、利益之享有或義務之負擔不同之謂，若行政行為之結果，在不同人間，就與權利、利益或義務有關事項，並無不同，僅與此無關之事項有所不同，尚不得謂有此之差別待遇」⁵⁹。

三、「所謂差別待遇，應衡諸社會一般持平之理念，非為主張者個人主觀之見地，因社會上相同事件之納稅義務人對承受准予免稅之農地，應戒慎維持續行農業經營，始得以享受免稅之優惠，而若對免稅農地未能持續保持為農業生產狀況者，亦仍得享受免稅之優惠，兩者如不加以區別，則其方屬實質之差別待遇，有違實質平等原則」⁶⁰。

上述三則最高行政法院判決對於差別待遇之闡述，強調法律所禁止之差別待遇係等者卻不等之的情形，並提供審視個案中是否立於同等之判斷要素。

至於民事法院見解之部分，除有判決排除直接引用性別工作平等法施行細則第 2 條者外，對於差別待遇之描述較為少數。有謂：「所謂無正當理由不得差別待遇，係指等則等之，不等則不等之」⁶¹。由此可見，對於差別待遇檢視之重點在於有無正當理由。此外，尚有間接差別待遇之用語：「就日本均等法（相當於我國性別工作平等法）西元 1997 年修正時，日本眾參兩院特別附帶決議要求厚生勞動省針對間接差別待遇相關課題陸續檢討。政策研究會乃將有關間接差別待遇理解為『外觀上看似性別中立之規定、習慣或基準等措施，如與其他性別成員相比較時，顯示出其中一方之性別成員有被賦予相當程度之利益，且該基準等得被認定與職務無關連性且未具合理性與正當性者，則該外觀上看似性別中立之規定、習慣或基準等相關措施即屬於間接差別待遇』⁶²。」此處所稱之間接差別待遇，日文之原文為「間接差別」⁶³，而學者譯為間接差別待遇，並認為譯為間接歧視亦可⁶⁴。

⁵⁹ 最高行政法院 93 年度判字第 1713 號判決。


⁶⁰ 最高行政法院 94 年度判字第 1204 號判決。

⁶¹ 臺北地方法院 96 年度簡上字第 589 號民事判決。

⁶² 臺北地方法院 96 年度訴字第 7313 號民事判決。

⁶³ 日本厚生勞動省「男女雇用機會均等政策研究會」報告書：

<http://www.mhlw.go.jp/houdou/2004/06/h0622-1.html> (最後瀏覽日期：2016 年 1 月 28 日)。



行政實務見解之部分則有公平交易委員會 103 年公處字第 103043 號、102 年公處字第 102154 號等函釋：「公平交易法第 19 條第 2 款規定，無正當理由對他事業給予差別待遇，……；所稱差別待遇，係指事業就同一商品或勞務，以不同之價格或價格以外之條件與同一競爭階層不同之事業交易而言。故事業是否有構成違法之差別待遇行為，應審酌市場供需情況、成本差異、交易數額、信用風險及其他合理之事由認定之，尚非僅以形式上有不同待遇或拒絕交易即當然論以違反本款之規定」。由上可知，公平會之函釋亦著重在實質平等之認定。

總上所述，差別待遇本身，是一種比須透過比較才能得出之事實，並且有合法之差別待遇與違法之差別待遇。合法亦或違法，則繫於平等原則、有無正當理由之判斷。

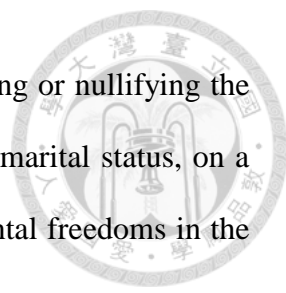
第三款 比較法上歧視與差別待遇之定義

如前所述，CEDAW 與 CRPD 已納入我國之法規範體系，而二者均有對個別之歧視作定義，以下即從二公約之翻譯以及原文作分析。另一方面，國際勞工組織(International Labor Organization, 簡稱 ILO)第 111 號關於就業和職業歧視公約亦有對歧視做出定義，一併敘明如下。

第一目 消除對婦女一切形式歧視公約

CEDAW 第 1 條規定：「在本公約中，『對婦女的歧視』一詞指基於性別而作的任何區別、排斥或限制，其影響或其目的均足以妨礙或否認婦女不論已婚未婚在男女平等的基礎上認識、享有或行使在政治、經濟、社會、文化、公民或任何其他方面的人權和基本自由。(For the purposes of the present Convention, the term "discrimination against women" shall mean any distinction, exclusion or restriction

⁶⁴ 邱駿彥(2007)，〈從日本男女雇用機會均等法之發展論我國兩性工作平等法之進程〉，頁 9，行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告。



made on the basis of sex which has the effect or purpose of impairing or nullifying the recognition, enjoyment or exercise by women, irrespective of their marital status, on a basis of equality of men and women, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural, civil or any other field.)」。

此處所使用之歧視，對照原文係為 *discrimination*，一般理解為："Treating a person or particular group of people differently, especially in a worse way from the way in which you treat other people, because of their skin colour, sex, sexuality, etc."⁶⁵亦即，所謂歧視，係指對個人或特定群體之人有不同的對待，尤其該對待他人之較差手段係起因於他人之膚色、性別、性能力等。CEDAW 將「對婦女的歧視」以更具體的「區別、排斥或限制」加以描述，雖然區別(*distinction*)是相對中性的詞彙，但對照前後文仍可觀察出歧視具有相當負面之意義。

第二目 身心障礙者權利公約

CRPD 第 2 條中對於「基於身心障礙的歧視(*Discrimination on the basis of disability*)」作如下之解釋：「是指基於身心障礙而加以區別對待、排斥或限制，其目的或效果是損害或剝奪與其他人在平等的基礎上認可、享有或行使政治、經濟、社會、文化、公民或任何其他領域的所有人權和基本自由。它包括一切形式的歧視，包括拒絕提供合理便利。(means any distinction, exclusion or restriction on the basis of disability which has the purpose or effect of impairing or nullifying the recognition, enjoyment or exercise, on an equal basis with others, of all human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural, civil or any other field. It includes all forms of discrimination, including denial of reasonable accommodation)」。

與 CEDAW 相同，CRPD 原文使用之文字亦為 *discrimination*，並佐以 *distinction*

⁶⁵ 參照劍橋大學線上英英辭典：<http://dictionary.cambridge.org/> (最後瀏覽日期：2016 年 1 月 28 日)。

作解釋，唯一不同之處在於此處對於 *distinction* 之翻譯係「區別對待」，但只是將區別更具象化，並不妨礙其本質，亦即，歧視本身即帶有負面意義。



第三目 ILO 第 111 號公約

ILO 第 111 號公約第 1 條：「1.本公約之『歧視』一詞包含：(a)基於種族、膚色、性別、宗教、政治見解、民族血統或社會出身，具有排除或減損就業或職業之機會均等或待遇平等作用之任何區別、排斥或偏好；(b)如其他基於種族、膚色、性別、宗教、政治見解、民族血統或社會出身，具有排除或減損就業或職業之機會均等或待遇平等作用之任何區別、排斥或偏好，得由締約國與代表雇主及勞動者之組織協商，若無此類組織，或與其他適當機構協商考量後決定。2.對於一特定職業，任何基於其固有之需求所生之區別、排斥或優惠，不應視為歧視。3.本公約之『就業』與『職業』包含獲得職業訓練之機會、獲得就業和特定職業之機會以及就業之條款與條件。」

本公約原文所使用之詞彙與前述 CEDAW 及 CRPD 大致相同，以 *discrimination* 為主體，並以 *distinction* 和 *exclusion* 做描述。

第四款 小結

總結以上觀察之結果，雖然法規範用語不一，但大致可發現歧視在法規範當中較接近法律評價，是對於特定行為經過評價之後的結果，並非對於事實的客觀上描述，而是透過行政機關乃至於司法機關進行不確定法律概念的判定，最終給予的法律上評價。至於差別待遇，可觀察出是相對中性的用語，因此才需要形容詞修飾，用以界定法規範所欲限制之對象，亦即限於違反平等原則之差別待遇。

綜上所述，本論文認為歧視應指不具正當理由之差別待遇，而就業歧視即指，在勞動契約締結時，包含先前之邀約階段，及契約存續中與契約終了時，雇主對



於勞動者不具正當理由之差別待遇即該當之。至於所謂正當理由是否限於前述行政函釋所指之「與執行該項特定工作無關之性質」？法院如何判斷審查？此為本論文研究之重心，容後詳述。

第二項 差別對待、差別影響與直接歧視、間接歧視

論者有將 disparate treatment 譯為直接歧視、將 disparate impact 譯為間接歧視者⁶⁶。然而，直接歧視/間接歧視之概念與 disparate treatment/disparate impact 所指是否相同，不無疑問，以下就此部分做釐清與說明。

第一款 差別對待與差別影響

首先，我國學者將 disparate treatment 譯為差別待遇⁶⁷或差別對待⁶⁸。用語方面，由於差別待遇一詞為我國法規範所常用，且未如下述美國法以 disparate treatment 指涉歧視類型或主張方法。因此，為避免混淆，本論文選擇將 disparate treatment 譯為差別對待。至於 disparate impact，我國學者多譯為差別影響⁶⁹，本論文從之。

其次，關於差別對待與差別影響的意義，基本上皆有兩種指涉：一為歧視之類型，一為主張之方法。差別對待與差別影響之概念係由美國法院所發展出，關於類型之意涵，前者又可再區分為：表面(facial)或公然(overt)歧視⁷⁰、託詞式(pretextual)歧視⁷¹、混合動機(mixed motive)歧視⁷²；歸納而言應屬一種故意且帶有惡意的歧視。相對於此，後者則指雇主之雇用措施表面上中立且公平(facially neutral

⁶⁶ 蔡牧融(2014)，〈她們想/需要什麼樣的法律？—一性別工作平等法典型歷史敘事的反思〉，頁 17，國立臺灣大學法律學院法律學系碩士論文。

⁶⁷ 焦興鎧(2004)，〈美國最高法院與兩性工作平等爭議之解決〉，《政大法學評論》，80 期，頁 118；鄭津津(2009)，〈建立就業年齡歧視判定標準制度研究計畫報告〉，頁 7，委託單位：行政院勞務院職業訓練局。

⁶⁸ 謝棋楠(2008)，〈由美國差別影響歧視制度評台北地院九十一年重勞訴字第五號判決〉，《全國律師》，12 卷 4 期，頁 14。

⁶⁹ 焦興鎧，前揭註 67，頁 118；謝棋楠，同前註。

⁷⁰ Phillips v. Martin Marietta Corp., 400 U.S. 542 (1971).

⁷¹ McDonnell Douglas Corp. v. Green, 411 U.S. 804 (1973).

⁷² Price Waterhouse v. Hopkins, 490 U.S. 228 (1989).

and fair)，卻會對受 1964 年民權法第七章所保障之群體，產生不成比例 (disproportionate) 之影響⁷³。此時，雇主之動機或意圖並非要件，著重者乃該措施所產生之效果。

至於主張之方法，係指於訴訟當中原告一方之主張，依其主張方法不同而會有不同之舉證責任要求。差別對待基本上依照 *McDonnell Douglas Corp. v. Green*⁷⁴ 案所確立之三段式舉證責任轉換制度⁷⁵；差別影響則已明文於 1991 年的民權法第七章中⁷⁶。

由上述說明可知，差別對待與差別影響之討論，除歧視類型外尚有主張方法，亦即舉證責任之討論。蓋因舉證責任攸關訴訟成敗，如何將之分配予雇主及勞動者是法院實務發展與立法政策之一大考驗。但究竟適用差別對待理論或差別影響理論，有時候重點不在於歧視類型本身，而是在於勞動者手上所握有之證據是直接證據或者是間接證據⁷⁷。因此，討論差別對待與差別影響時，如係強調歧視類型，宜強調為「差別對待歧視」與「差別影響歧視」，否則應係指主張方法與舉證責任之問題。

美國學者並認為，從保護勞動者的角度來看，比較好的做法仍是透過立法將差別對待與差別影響作出明確的定義，並將舉證責任予以明文化。例如，差別對待係指雇主故意基於主觀標準，不論全以不准考量(impermissible)之標準或結合允許考量之標準而做出之僱用決定，因種族、膚色、宗教、性別或原始國籍而影響特定勞動者；差別影響則係指雇主故意或非故意基於客觀之標準而做出之僱用決定，因種族、膚色、宗教、性別或原始國籍而影響其群體⁷⁸。

⁷³ *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971).

⁷⁴ 411 U.S. 729 (1973).

⁷⁵ 張郁昇，前揭註 21，頁 68-69。

⁷⁶ 42. U.S.C. §2000e-2(k).

⁷⁷ Deborah E. Moore, *Disparate Treatment Versus Disparate Impact: A Distinction Without A Difference*, 41 *Syracuse L. Rev.* 965, 987 (1990).

⁷⁸ *id.* at 982. 該文著於 1990 年，1991 年民權法第七章將差別影響之舉證責任制度明文化，但仍未將差別對待與差別影響做出定義。



第二款 直接歧視與間接歧視

直接歧視與間接歧視定義之討論在我國相對較少，主要見於對德國一般平等待遇法⁷⁹第 3 條名詞定義之翻譯。2006 年德國制定一般平等待遇法(Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz)，其第 3 條對於直接歧視與間接歧視做出定義：第 3 條第 1 項指出直接歧視(unmittelbare Benachteiligung)係：「一人基於第一條所列事由⁸⁰，公開且明顯得較可資比較之他人而受、已受或將受較不利之待遇」⁸¹；同法第 3 條第 2 項則指出間接歧視(mittelbare Benachteiligung)係：「規定、標準或程序，外觀上為中立的，惟其適用之結果將導致基於本法第一條所稱之事由所組成的群體，相較於其他群體，特別地遭受不利益的待遇」⁸²。

另一方面，直接歧視與間接歧視亦見於聯合國經濟社會文化權利委員會第 16 號一般性意見第 12 及第 13 點對於 direct discrimination 與 Indirect discrimination 之翻譯⁸³。該意見指出，所謂直接歧視，係指直接且明確地基於專以性或男女特徵之差異而生之不同的對待，且對待無法被客觀地正當化⁸⁴。所謂間接歧視則指，法律、政策或方案並未帶有歧視，惟實施時會造成歧視性影響⁸⁵。

由此可見，德國之直接歧視、間接歧視與美國之直接歧視、間接歧視，除了項目之差異外，概念上大致相同⁸⁶。

⁷⁹ 有譯為「一般平等對待法」，參周伯峰(2014)，〈「歧視禁止」作為私法自治的限制？—簡評德國《一般平等對待法》中的民事上歧視禁止規定及其爭議〉，月旦法學雜誌，224 期，頁 127。

⁸⁰ 德國一般平等待遇法第 1 條：「本法之目的為防止或排除基於種族、族群出身、性別、宗教、世界觀、身心障礙、年齡或性傾向等事由之歧視。」參林佳和，前揭註 35，頁 165。

⁸¹ 林佳和，前揭註 35，頁 146。

⁸² 林更盛，前揭註 36，頁 21。依前揭註 35，學者林佳和將該條文譯為：「一人基於第一條所列之事由，相對於他人，而受外觀上中立之規定、標準或程序之特別歧視者」。本文認為學者林更盛所譯之版本，在描述上較為具體，且對象較為明確，因此於本文中引用其譯文，並予敘明。

⁸³ 張文貞(2014)，〈性別平等之內涵與定位：兩公約與憲法之比較〉，《臺大法學論叢》43 卷特刊，頁 789。

⁸⁴ ICESCR General Comment No.16, at ¶ 12.

⁸⁵ Id. at ¶13.

⁸⁶ 國際勞動者組織(ILO)也將德國之直接歧視譯為 direct discrimination，將間接歧視譯為 indirect discrimination，參 ILO 網站：
http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---ilo_aids/documents/legaldocumen/t/wcms_142667.pdf (最後瀏覽日期：2016 年 1 月 28 日)。



第三款 本論文見解

經過上述的觀察可以發現，差別對待歧視類似於直接歧視，而差別影響歧視則類似於間接歧視，只是翻譯上之差別⁸⁷。差別對待歧視與直接歧視皆強調行為人之手段須公開明顯或直接，而前者透過法院實務之累積可看出更強調意圖與動機。差別影響歧視與間接歧視皆強調行為人之手段為表面中立，而實際上卻會影響受保護之群體。惟如前所述，差別對待與差別影響在討論上所指涉的可能不見得是歧視類型而是主張方法，而中文使用直接歧視與間接歧視時則皆指歧視類型，較少用以指涉主張方法。

淺見以為，區別類型之實益在於可快速聚焦於討論，免去釐清議題所生之時間浪費。在討論之初始即透過類型予以分流，有助於後續討論之建構，因此分類之方法宜明確簡單。差別對待強調意圖與動機，惟為更加保護勞動者，避免雇主假藉中性手段而實質仍造成歧視效果，因而發展不強調意圖與動機之差別影響。但是這樣的概念分類在法院實務反而造成困擾。蓋因動機之有無是事實，而事實之認定依賴證據，則在訴訟過程中會本末倒置地從證據回推歧視類型，而非從歧視類型決定舉證責任，即發生前述關鍵在所握有的證據的弔詭狀況。換言之，此時之分類反而不具分流之意義，則究竟此一分類之實益何在，即有再為思考之空間。

因此，本論文認為，分類上僅以勞動者主張雇主之僱用措施是基於禁止歧視之項目或非基於禁止歧視之項目做區分即可。此分類概念並未逸脫於前述德美之概念，只是將要件簡化與明確化，透過禁止項目來區分所謂明顯、故意與中立客觀。至於用語方面，本論文基本上採用直接歧視與間接歧視。原因在於，本論文既以禁止歧視項目做區分，則二者是屬於對照之概念，選擇直接與間接之用語，

⁸⁷ 學者焦興鎧亦將差別待遇歧視(disparate treatment discrimination)與直接歧視(direct discrimination)並列，而將差別影響歧視(disparate impact discrimination)與間接歧視(indirect discrimination)並列，可見兩組用語實指相同之二事。參焦興鎧(2006)，〈工作場所基因測試在美國所引起之就業歧視爭議〉，《臺大法學論叢》，35卷6期，頁185。

一來可強化此概念，二來也讓讀者可以更容易理解，無須再思考差別、對待、影響等用語背後所代表之意義。

綜上所述，本論文之直接歧視係指：雇主無正當理由，基於禁止歧視項目而為其僱用措施；間接歧視則指：雇主無正當理由，基於禁止歧視項目以外之理由而為其僱用措施，卻造成受禁止歧視項目所保護之群體受有差別待遇。

第二章 美日就業歧視禁止項目之分析與比較

觀察一國之就業歧視法，最先映入眼簾的即是就業歧視禁止項目。項目的多寡與類型，可透露出該國就業歧視法制之基本面貌。本章將分別於第一節與第二節介紹美國及日本之就業歧視禁止項目，包括現有之項目以及發展中之項目，並分析及檢討各項目可能面臨之爭議與問題。而於第三節再對美日法制進行比較分析。

第一節 美國法就業歧視禁止項目

關於美國就業歧視法制之分類，學者焦興鎧將基於種族、宗教、性別及原始國籍等所生之就業歧視，合稱為「第一代就業歧視」，並說明該等項目間之共同特性為「與生俱來無法改變之特質(immutable characteristics)」¹。而年齡、身心障礙與性傾向則分類於「第二代就業歧視」。最後，基因、生活形態及後天免疫缺乏與愛滋病則為「第三代就業歧視」¹。

由於外文文獻中有使用 *first generation discrimination* 來描述傳統形態之歧視，亦即早年長期所累積的職場隔離結構，普遍且公然地對特定族群施以排他措施²。而 *second generation discrimination* 則指在民權法第七章施行多年後，雇主的偏見變得微妙且複雜，因而更難察覺其意圖之歧視³。*first generation discrimination* 與 *second generation discrimination* 在中文上也譯為第一代、第二代歧視。為避免用語混淆，本論文不採此一分類方式。

另一方面，將就業歧視禁止項目分類，乃因數種項目分別有共通之處，是以分類歸納。惟諸多項目各有特色，縱有一二共通之處，卻同時亦有其他相異之處。

¹ 焦興鎧(2010)，〈就業歧視之新興議題解析〉，《經社法制論叢》，46期，頁90；同作者(2015)，〈臺灣建構防制就業歧視法制之努力—二十年之回顧與前瞻〉，《臺灣勞動法學會學報第十一期—勞動法裁判選輯(七)—焦興鎧教授六秩五華誕祝壽專輯》，頁25。

² Susan Sturm, *Second Generation Employment Discrimination: A Structural Approach*, 101 Colum. L. Rev. 458, 466 (2001).

³ Id. at 468.

淺見以為，在項目眾多之情況下，分類實益有限，本論文放棄以分類方式為介紹，改以擇重要之聯邦法規分別介紹之。



第一項 民權法第七章

1964年美國民權法第七章(Title VII of the Civil Rights Act of 1964)明文禁止基於種族、膚色、性別、宗教以及原始國籍之就業歧視⁴。此一法案之發展係受到1960年代美國黑人民權運動之影響，因此係以保障少數族裔為重心⁵。此就業歧視禁止項目之共同特色如前所述，係屬於與生俱來無法改變之特質，並且該等特質並不影響個人之工作能力。

上述項目中，種族、膚色及宗教在定義方面之理解上應較無困難。另一方面，我國對於種族、膚色與宗教之議題並無類同於美國之歷史淵源，處理起來相對容易，是以美國法此部分之議題與我國相比，於參考比較上之基礎差距較大。反之，性別之爭議以及原始國籍所引申之語言歧視爭議則能為我國所參考，因此，受限於篇幅，以下僅就性別及原始國籍為說明。

第一款 性別

於民權法第七章之前，1963年之同酬法(The Equal Pay Act of 1963)即規定，除了因年資、價值、生產之質或量以及其他非性別之因素外，雇主對於在同一職場中，為同一工作之男性與女性受僱者，有義務給予相同之待遇⁶。但在民權法第七章之立法過程中，性別並非原先預設之目標，而是政治角力當中，一位南方保守之眾議員，在國會討論之最後階段突然加上性別項目，企圖以此方式引起其他議員之反對而使法案無法通過。雖然最終仍完成立法，將性別列入禁止歧視之項目，

⁴ 42 U.S.C. §2000e-2(a).

⁵ 焦興鎧，前揭註1，頁91。

⁶ 鄭津津(2002)，〈美國就業歧視法制之研究—兼論我國相關法制應有之發展〉，《臺大法學論叢》，32卷4期，頁167。



卻也造成性別歧視在立法過程中缺乏充分討論，而有諸多問題⁷。

首先，懷孕歧視是否屬於性別歧視⁸？會有此一問題乃因會懷孕者只有女性。男性既無法懷孕，則對於懷孕者有歧視行為，即非基於性別，亦即非基於男性或女性而為歧視，而是基於身體狀況之因素⁹。美國國會最終以立法解決此一問題，於 1978 年制定懷孕歧視法(Pregnancy Discrimination Act of 1978)，其後該法案並合併於民權法第七章中¹⁰。

其次，性騷擾是否屬於性別歧視¹¹？此一問題之解決不同於前述懷孕歧視係透過立法明文，而係美國最高法院透過判決累積見解而成。美國最高法院早期認為性騷擾屬於個人行為，行為人之舉動並非民權法第七章所欲禁止之行為；後期則逐漸認定性騷擾屬於性別歧視之一種，並擴大至同性間之性騷擾¹²。

最後，民權法第七章中的性別，是否包含性傾向或所謂性別上少數族裔¹³？國際勞工組織(ILO)於 2007 年之全球報告中即指出，在許多國家中，同性戀被認為是違法的。在工作場所中若被發現或被認為是性別上少數族裔者，即可能面臨被歧視的問題。近年則受到歐盟指令之影響，許多國家立法禁止基於性傾向而為就業歧視¹⁴。然而，在美國，其通念上認為性別應指生理上差異，至於心理上或認同上之性屬層面，並非民權法第七章之性別所能涵蓋¹⁵。自 1990 年代起，美國國會議員推行就業上禁止歧視法案(Employment Non-Discrimination Act, 簡稱 ENDA)，希

⁷ 焦興鎧(2009)，〈美國就業上性傾向歧視爭議之探討〉，《歐美研究》，39 卷 1 期，頁 30。

⁸ 關於此問題之詳細說明可參：焦興鎧(1997)，〈懷孕歧視爭議在美國之最新發展趨勢〉，《勞工法制之最新發展趨勢—美國勞工法論文集(二)》，頁 131-134，台北：月旦；王漢民，〈美國禁止就業上懷孕歧視法制之研究—兼論對我國建構相同制度之啟示〉，頁 14-35，中國文化大學勞動學研究所碩士論文。

⁹ *Geduldig v. Aiello*, 417 U.S. 496-497 (1974).

¹⁰ 42 U.S.C. §2000e(k).

¹¹ 關於此問題之詳細說明可參：焦興鎧(2004)，〈工作場所性騷擾是不是就業上性別歧視？一試評臺北高等行政法院一則相關判決並兼論美國經驗之啟示(下)〉，《全國律師》，8 卷 3 期，頁 106-125；同作者(2004)，〈工作場所性騷擾是就業上性別歧視嗎？〉，《法令月刊》，55 期 4 卷，頁 4-25。

¹² 關於美國最高法院性騷擾判決之發展，參焦興鎧(2000)，〈美國法院對工作場所性騷擾判決之發展趨勢〉，《勞工法論叢(二)》，頁 262-274，台北：元照。

¹³ 即 LGBT：lesbian(女同性戀)、gay(男同性戀)、bisexual(雙性戀)、transgender(變性者)，參焦興鎧，前揭註 7，頁 31。

¹⁴ International Labour Office, *Equality at Work: Tackling the Challenges: Global Report under the Follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*, at 42-43(2007).

¹⁵ 焦興鎧，前揭註 1，頁 100。

冀以此專法來防治對於性別上少數族裔之就業歧視。惟截至 2014 年第 113 會期尚未通過¹⁶。由此可見，對於性別上少數族裔之問題，美國不認為可以透過解釋性別之定義來解決，而是循特殊立法之模式。另一方面，2015 年 6 月 26 日美國最高法院判決同性婚姻合法¹⁷，相信通過於就業領域保障性傾向乃至於性別上少數族裔免於歧視之法案指日可待。

第二款 原始國籍

關於美國民權法第七章之原始國籍，依照平等就業機會委員會 (Equal Employment Opportunity Commission, EEOC) 所頒布之指導原則，係指：「個人或其祖先之發源地；或個人具有某一原始國籍群體生理上、文化上或語言上之特質」¹⁸。並且其保障之範圍甚為廣泛，包含：「(a) 與該個人有原始國籍群體之婚姻關係或交往關係者；(b) 該個人加入以認同或尋求促進某原始國籍群體利益之組織或協會者；(c) 該個人出席或參加通常為某原始國籍群體之人所使用之學校、教堂、寺廟或清真寺者；以及(d) 該個人之姓名或其配偶之姓名，與某原始國籍群體有所關聯者」¹⁹。由此可見，美國對於原始國籍係採極廣義解釋。除此之外，因偏好某國籍者而拒絕僱用其他國籍者，或因受僱者不具特定外國國籍而拒絕僱用者，均構成原始國籍歧視²⁰。

與原始國籍相關之議題為語言歧視。在美國，語言歧視之常見類型為制定只能使用英語之工作規則，以及對於英語帶有腔調之受僱人有不利對待之情形²¹。從上述平等就業機會委員會之指導原則可知，語言特質與原始國籍息息相關。由於

¹⁶ 依美國國會網站搜尋結果，法案目前已提交參議院：
<https://www.congress.gov/search?q%7B%22source%22%3A%22legislation%22%2C%22search%22%3A%22ENDA%22%7D> (最後瀏覽日期：2015 年 10 月 26 日)。

¹⁷ Arizona State Legislature v. Arizona Independent Redistricting Com'n, 135 S.Ct. 2652(2015).

¹⁸ 29 C.F.R. §1606.1.

¹⁹ Id.

²⁰ 鄭津津，前揭註 6，頁 158-159。

²¹ Samuel R. Cacas, *The Language of Hate - Discrimination Complaints are Growing as the Workplace Becomes More Bilingual*, 22 Hum. Rts. 30, 30(1995).

美國有多數移民人口，於 1980 年代末期產生「以英語為官方語言運動」(official English movement)，遂有各州立法只准使用英語之州法²²。平等就業機會委員會對獨尊英語一事之見解分為：

(a)適用於任何時候時：「一工作規則要求員工於工作場所中無時無刻皆只能使用英語，是一沉重之就業條件與情況。個人之主要語言經常是不可或缺之原始國籍特質。禁止員工於任何時刻於工作場所中，使用其主要與言或其使用上最舒適之語言，是基於原始國籍而使該個人之就業條件處於不利地位。這樣的措施也可能營造出一種自卑、孤立、脅迫之氛圍，產生基於原始國籍所生就業歧視環境之結果。因此，委員會對此措施將推定其違反民權法第七章，並將嚴格審查之」²³。

(b)適用於特定時間時：「雇主可以制定要求員工於特定時間內只能使用英語之工作規則，只要其能證明該工作規則有業務上所必須之正當理由」²⁴。

(c)告知該工作規則：「個人之主要語言非英語者，不慎自使用英語轉換為其主要語言甚為常見。因此，倘若雇主確信其有於特定時間僅能使用英語之業務上所必要之工作規則，該雇主應告知其員工，於何種普遍情況下被要求只能使用英語，以及違反該規則之後果。如果雇主未能有效將該工作規則曉示於員工，而對該個人基於違反工作規則而做出不利之僱用決定者，委員會將會認定該雇主適用工作規則之舉是基於原始國籍之歧視」²⁵。


美國聯邦各級法院早期也接受前述平等就業機會委員會指導原則之立場。然而受到以英語為官方語言運動之影響，1990 年代後期即偏離指導原則保障少數族裔之立場，轉而以受僱者本身是否只會使用一種語言為判斷標準。倘若受僱者只會使用一種語言，則語言特質之於該受僱者即同膚色或種族一般，是一種無法改

²² 焦興鎧(1997)，〈工作場所限定英語交談在美國所引起之就業歧視爭議〉，《勞工法制之最新發展趨勢—美國勞工法論文集(二)》，頁 151-152。

²³ 29 C.F.R. §1606.7(a).

²⁴ Id. §1606.7(b).

²⁵ Id. §1606.7(c).



變之特質²⁶，獨尊英語即可能構成原始國籍之歧視。反之，若受僱者可以使用包含英語之兩種以上之語言，則要求其於特定時段只能使用英語，並不會構成原始國籍之歧視²⁷。但這樣的見解對美國之移民者不甚友善，某程度而言，否定了這類受僱者一部份之人格特質²⁸。學者亦指出，實務見解的不一致²⁹會使雇主無法制定政策，亦無懼於將來可能發生之訴訟，仍應由立法來解決³⁰。甚至有認為原始國籍歧視，字面上無法包含語言，而宜透過立法增列種族特質(ethnicity)之項目³¹。

然而，有不同意見則認為，基於以下數個理由，語言歧視不應包含於原始國籍歧視：1.據觀察顯示，移民者的第三代能夠將英語作為母語。2.英語在美國仍為主要語言，法律與公眾事物皆由英語傳達。3.除了避難者外，一般移民者移民至美國即有必須學英語之認知。4.語言並非與生俱來無法改變之特質，並不合於民權法之模式。總而言之，隨著時間經過以及英語即使未成為該族群之唯一語言，但至少是優勢語言時，這類限定使用英語之工作規則，與原始國籍之聯繫會越來越少。並且，即使移民者之英語能力隨著時間而有所提升，這也不會影響其種族或種族上之認同。至於這類工作規則是否能類似宗教歧視中，雇主應提供合理措施(例如提供伊斯蘭教徒禮拜之場所)，而進一步限制雇主制定限用英語之工作規則，則有待立法解決³²。由此可見，EEOC 指導原則以限制是否為全時段而區分有無歧視之作法，可以說是較折衷之見解。

最後，關於原始國籍與公民權之區別。依照 EEOC 指導原則，若雇主要求必須具備公民權，其目的或效果在於對特定人為基於原始國籍之歧視，則仍違反民

²⁶ 焦興鎧(2006)，〈就業歧視爭議之最新發展〉，《台灣勞工雙月刊》，4期，頁47。

²⁷ 焦興鎧，前揭註22，頁161。

²⁸ Cacas, supra note 21, at 49.

²⁹ 關於聯邦上訴法院各庭見解的歧異可參 Carlo A. Pedrioli, *Respecting Language as Part of Ethnicity Title VII and Language Discrimination at Work*, 27 Harv. J.Racial&Ethnic Just. 97, 103-108 (2011).

³⁰ Steven I. Locke, *Language Discrimination and English-Only Rules in the Workplace The Case for Legislative Amendment of Title VII*, 27 Tex. Tech L. Rev. 33, 71 (1996).

³¹ Pedrioli, supra note 29 at 108-116.

³² James Leonard, *Bilingualism and Equality Title VII Claims for Language Discrimination in the Workplace*, 38 U. Mich. J.L. Reform 57, 68-69, 117, 126-127, 130, 136, 138, 140 (2004).

權法第七章³³。因此，公民權係不同於原始國籍之概念，必須連結到原始國籍因素時，方有民權法第七章之適用。



第二項 就業年齡歧視法³⁴

年齡之特質不同於前述民權法第七章之項目，隨著時間推移，年齡會自然而然地增加，雖非人力可改變，但亦非屬與生俱來無法改變之特質。因此，美國於 1967 年制定就業年齡歧視法(Age Discrimination in Employment Act，簡稱 ADEA)³⁵。本法主要保障之對象為中高齡之勞動者。原先有 65 歲之最高年齡限制，嗣後於 1978 年修正為 70 歲，最終於 1986 年取消此一限制，只要 40 歲以上即受到保障³⁶。而本法其餘之內容大致上仿效民權法第七章之結構³⁷。

ILO 於 2003 年之全球報告中亦對年齡歧視有所關注，著重之方面與上述美國就業年齡歧視法相同，係側重防免對於中高齡者之就業歧視³⁸。然而，於 2007 年之全球報告中，不僅中高齡受僱者之年齡歧視，還更進一步關注到對年輕受僱者之年齡歧視。該報告指出，年輕受僱者比起其他年長之同事更容易受到年齡歧視，也經常因為缺乏經驗而被給予低薪³⁹。但年輕人於就業市場遭受困境，並不全然來自於歧視。經濟競爭下會趨向吸納每年自教育體系所產生之越來越多數的高學歷、高技術者，這會使沒有相應學歷或具有較低學歷之勞動者，更難進入就業市

³³ 29 C.F.R. §1606.5(a).

³⁴ 其他關於美國就業年齡歧視之詳細說明可參：鄭津津(2009)，〈建立就業年齡歧視判定標準制度研究計畫報告〉，頁 6-16，委託單位：行政院勞委會職業訓練局(現改為行政院勞動部勞力發展署)；鄭津津(2010)，〈就業上年齡歧視之探討〉，《月旦法學雜誌》，184 期，頁 181-183；張郁昇(2010)，〈美國就業年齡歧視法之研究—兼論對我國法制之啟示〉，國立臺灣大學法律學院法律學研究所碩士論文。

³⁵ 29 U.S.C. §§621-634.

³⁶ 29 U.S.C. §631(a).

³⁷ 焦興鎧(2007)，〈國內外就業歧視法制之最新發展—兼論就業上年齡、性傾向及出生地歧視之爭議〉，《法令月刊》，58 卷 4 期，頁 74。

³⁸ International Labour Office, *Time for Equality at Work: Global Report under the Follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*, at 35-36(2003).

³⁹ International Labour Office, *supra* note 14, at 38.

場。另一因素則是工作經驗之差異⁴⁰。

因此，年齡方面之就業歧視究竟僅保障中高齡者或兼有保護年輕勞動者，仍須視社會情況與國家勞動政策而定。



第三項 美國身心障礙者法⁴¹

身心障礙亦不盡然係與生俱來之特質，可能為後天所造成。再者，不論於已開發或開發中之國家，身心障礙者比起一般人，通常只受有較低之教育水準和較低之收入水平而很難擁有存款，並既而產生一種惡性循環。亦即，身心障礙增加貧窮之風險，而貧窮之狀態增加身心障礙之風險⁴²。即使進入職場，身心障礙者員工比起相對應之非身心障礙者員工所獲得之薪資亦為較少，其較低之學歷可部分解釋這種薪資差距之考量，而歧視也有部分是導因於此⁴³。

美國於 1973 年制定之復健法(Rehabilitation Act of 1973)，其目的係為協助於越戰中負傷之美軍回歸就業市場⁴⁴。然而復健法適用之範圍十分有限，限於聯邦政府各行政部門與機構、承攬聯邦政府契約之雇主，以及接受聯邦財政補助之雇主⁴⁵。

隨後於 1990 年制定之美國身心障礙者法案(Americans with Disabilities Act of 1990, ADA)則擴大保護範圍，包含僱用 15 人以上之私人企業⁴⁶。然而，由於法院對於身心障礙之概念為限縮解釋，此一法律適用之結果對於身心障礙者並非有利，嗣後美國國會於 2008 年通過美國身心障礙者修正法(ADA Amendments Act of 2008, ADAAA)。ADA 對於所謂身心障礙，係以該個人之生活機能影響為判準，並

⁴⁰ International Labour Office, *Equality at work: The continuing challenge: Global Report under the follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*, at 50(2011).

⁴¹ 關於美國身心障礙歧視，詳細可參黃惠琪(2003)，《美國禁止身心障礙歧視法案之研究—兼論我國相關法制未來之發展》，頁 14-58，中正大學勞工研究所碩士論文；林政緯(2004)，《美國禁止身心障礙就業歧視制度之研究—兼論對我國制度建構之啟示》，頁 13-80，政治大學勞工研究所碩士論文；鄭木恩(2004)，《從美國禁止身心障礙歧視法制看我國相關法制之成效與未來之發展》，頁 27-48，中正大學勞工研究所碩士論文。


⁴² International Labour Office, *supra* note 38, at 34.

⁴³ International Labour Office, *supra* note 14, at 44.

⁴⁴ 焦興鎧，前揭註 1，頁 98。

⁴⁵ 29 U.S.C. §§793-794.

⁴⁶ 42 U.S.C. §12111(5)(A).



未觸及其實際工作能力⁴⁷。因此，ADAAA 修正對於身心障礙之定義。所謂身心障礙指個人有：「(i)實質上限制⁴⁸一項或數項主要日常活動⁴⁹之生理上或心理上損傷；(ii)有此類損傷之記錄或(iii)依本條第(3)項被視為具有損傷」⁵⁰。但是有學者認為，ADAAA 並未針對「生理上或心理上損傷」做修正，反而去擴張主要日常活動及大幅降低實質上限制之門檻，這將會導致原本不甚重要之生理上或心理上損傷也能夠被證明是身心障礙⁵¹。

又美國身心障礙者法所禁止者係對於適格(qualified)身心障礙者之歧視⁵²。所謂適格身心障礙者，指該個人，透過或無須透過合理措施 (reasonable accommodation)，能夠執行該個人所擔任或渴求之職位所需之必要功能(essential functions)⁵³。換言之，倘若一身心障礙者縱使接受僱主所提供之合理措施，仍然無法執行該職位之必要職務時，該人即非屬適格者，即使拒絕僱用亦不會構成歧視。

身心障礙者歧視中，尚有一議題為 HIV/AIDS 感染者，是否亦屬於身心障礙者而得受到免於就業歧視之保護？HIV(Human Immunodeficiency Virus)人類免疫缺乏病毒與 AIDS(Acquired Immune Deficiency Syndrome)後天免疫缺乏症候群(俗稱愛滋病)之差別在於，感染前者病毒者並不會立刻演變為愛滋病。HIV 帶原者仍可能沒有任何疾病跡象地生活數年，或只有輕微至中等程度之徵狀。但若疏於治療，HIV 將會耗損免疫系統，降低特定白血球細胞(CD4)之數量以及誘發機會性感染。美國疾病控制與預防中心(The US Centers for Disease Control and Prevention, CDC)對於愛滋病感染者之定義為：帶有 HIV，並且有下列其中一項或兩項皆具備之情況：1.至少一項 AIDS 定義條件；2.CD4 細胞之數量為 200 或更低(正常數量約

⁴⁷ 焦興鎧，前揭註 1，頁 99。

⁴⁸ 關於實質上限制，可參 29 C.F.R. §1630.2(j)。

⁴⁹ 關於主要日常活動，可參 42 U.S.C. §12102(2)以及 29 C.F.R. §1630.2(i)。

⁵⁰ 42 U.S.C. §12102(1)。

⁵¹ Jeffrey Douglas Jones, *Enfeebling The ADA: The ADA Amendments ACT of 2008*, 62 Okla. L. Rev. 667, 671 (2010)。

⁵² 42 U.S.C. §12112(a)。

⁵³ 42 U.S.C. §12111(8)。



500~1500)⁵⁴。

國際勞工組織於 2003 年時即指出，由於大量且分裂的社會、經濟、政治牽涉到 HIV/AIDS 之廣泛流行，基於 HIV/AIDS 之就業歧視情況是全世界日益關注之議題⁵⁵。圍繞著疾病之恐懼、無知、偏見，以及對於病毒預防與病毒傳染之資訊缺乏，是 HIV/AIDS 就業歧視情況之核心⁵⁶。到了 2007 年，HIV/AIDS 人口持續增加，且多數為勞動力人口⁵⁷，如何有效處理歧視問題甚為重要。截至 2006 年，有 73 個國家在其勞工法規或禁止歧視法規包含有 HIV/AIDS 相關之規定，但即使是在這種患有 HIV/AIDS 者受惠於立法保障的國家裡，歧視仍然持續發生⁵⁸。非立法措施之補充性法律，例如工作場所之倡議，方能本質上地改變雇主及同事對於實際的或覺察的 HIV/AIDS 情況之態度與行為⁵⁹。

HIV/AIDS 可能是經由母親垂直傳染而為與生俱來之特質，也可能是後天經由血液而被感染，是有別於民權法第七章所規定之特質。在美國，對於 HIV/AIDS 之就業歧視即以身心障礙處理之⁶⁰。早期對於 AIDS 是否為復健法之殘障(handicap)非無疑義，最終多數見解認為該當之。解釋上係認為 AIDS 感染者，因免疫系統會被嚴重破壞，感染者無法抵禦機會性感染疾病而無法照料自身，屬生理上損傷⁶¹。而 1990 年之美國身心障礙者法案(Americans with Disabilities Act of 1990, ADA)，在立法歷程與實務見解上亦承襲此一見解，認為 ADA 保護 AIDS 感染者免於在職場上受到歧視⁶²。

⁵⁴ 參考非營利組織(NPO)The Well Project 之網站：
<http://www.thewellproject.org/hiv-information/what-hiv?gclid=C16E7IXQ4cYCFQFwvAodQ7kJhA>
(最後瀏覽日期：2016 年 1 月 28 日)；AIDS 定義條件可參：
<http://www.thewellproject.org/hiv-information/aids-defining-conditions>(最後瀏覽日期：2016 年 1 月 28 日)。

⁵⁵ International Labour Office, *supra* note 38, at 32.

⁵⁶ *Id.* at 33.

⁵⁷ International Labour Office, *supra* note 14, at 45.

⁵⁸ *Id.* at 47.

⁵⁹ *Id.*

⁶⁰ Laura Leigh Brown, *AIDS in The Workplace: A Legal Dilemma*, 42 SW L.J. 837, 841-844 (1988).

⁶¹ Curylo Patricia A., *AIDS and Employment Discrimination: Should AIDS be Considered a Handicap*, 33 Wayne L. Rev. 1095, 1106-1107 (1987).

⁶² Erika Perrone Tatum, *The Impact of the Americans with Disabilities Act on AIDS Discrimination in the Workplace*, 19 Am. J. Trial Advoc. 623, 639 (1996).

但 HIV/AIDS 感染者由於社會汙名化之影響，多半不願讓他人知悉自己患有 HIV/AIDS，因此其健康資訊等隱私權之保障亦為重要，但這部分之規範，因美國對 HIV/AIDS 之就業歧視並沒有單獨立法，而無法透過禁止歧視法規一窺究竟。

第四項 禁止基因資訊歧視法

國際勞工組織於 2007 年之全球報告中提出兩項新興形態之歧視：基因歧視與生活形態歧視。這兩類型之共通特點為，特定人可能被預測出一定之風險，而致使雇主因不願承擔該風險，因而在招募或僱用存續中施以不利之決定⁶³。

於職場中要求基因檢測，可能之目的有二：一是針對員工或應徵者之基因，測定該等人對於職場傷害之感染度(susceptibility)；另一則是針對員工之基因，監測其是否受到職場輻射或有毒物質之影響。二者皆是立意良善，意在透過基因檢測即早發現危險並採取預防措施，降低發病機率。但事實上此類檢測結果卻經常成為雇主對特定員工施以不利僱用措施之原因，進而引發就業上之基因歧視⁶⁴。

國際勞工組織於 2007 年之全球報告中指出，作成僱用決定是基於個人發展出特定疾病之可能性，而非基於其完成工作之真實能力，是構成歧視的⁶⁵。這一點對照禁止就業歧視濫觴之美國民權法第七章並不難理解，蓋因基因亦為與生俱來無法改變之特質。然而，其特殊之處在於，針對部分基因缺陷，確實有可能影響該個人之工作能力，但這僅僅是可能性，並非必然⁶⁶。換言之，擁有基因缺陷，但將來是否發病？以及發病後的嚴重程度如何？並無法全然由基因資訊得知，也因此增加了法規制定之難度。另一方面，基因資訊非經專業之機構以嚴格之方法檢測無法得知，亦即涉及到個人隱私之問題，這也影響法規制定之模式⁶⁷。


⁶³ International Labour Office, supra note 14, at 48.

⁶⁴ 曾淑瑜(2007)，〈論基因歧視〉，《華岡法粹》，39 期，頁 204。

⁶⁵ International Labour Office, supra note 13, at 48.

⁶⁶ International Labour Office, supra note 40, at 52.

⁶⁷ 主要為隱私權模式與平等權模式，通常會二者兼採，以禁止歧視規定補充隱私權規定，但仍有無法解決之問題，詳參何建志(2008)，〈基因檢驗與基因歧視：問題本質與解決方案〉，《法律與生命科學》，6 期，頁 32-35。



早在 1970 年代，美國各州即陸續有禁止職場基因歧視之州法，並於 2000 年有由美國總統柯林頓發布之「13145 行政命令」⁶⁸，禁止聯邦政府有基因歧視之行為⁶⁹。雖然 13145 行政命令為聯邦層級之法令，但適用之範圍有限，僅止於聯邦政府。另一方面，基因資訊有其特殊性，與傳統醫療資訊不同，僅由個別州法來保護並不足夠，而原有之聯邦法規保障亦不足夠⁷⁰，遂有 2008 年通過之禁止基因資訊歧視法 (Genetic Information Nondiscrimination Act, GINA)⁷¹。

GINA 關於就業歧視之部分規定：禁止(1)雇主因為受僱人之基因資訊而拒絕僱用或解僱之，或者於報酬、勞動條件、優惠等予以歧視；或(2)禁止雇主因為受僱人之基因資訊而將其限制、隔離或分類，以至於其工作機會受到剝奪或易於被剝奪，或者對於受僱人之受僱地位施以不利影響⁷²。於獲取基因資訊之部分則採原則禁止，例外允許之立法模式⁷³。整體而言，GINA 在就業歧視方面之規範，大致上與民權法第七章相同。

第五項 其他發展中之歧視禁止項目

除前述性傾向歧視仍在立法中外，另一新興形態歧視則為對生活形態之歧視。更精確而言，應指對「不健康」之生活形態予以歧視。健康之生活形態能使受僱人維持良好之狀態，對於勞動力之提供亦有所助益，因此會受到歧視之生活形態，一般而言是指會影響受僱人之勞動力、工作表現，或造成雇主在健康保險

⁶⁸ Exec. Order No. 13,145, 65 Fed. Reg. 6877.

⁶⁹ 宋佩珊(2008)，〈簡介美國反基因歧視法的必要性—從 2008 Genetic Information Nondiscrimination Act 的經驗談起〉，《科技法律透析》，20 卷 8 期，頁 3。

⁷⁰ 同前註，頁 5-7。但這並不代表無從救濟，工作場所基因檢測相關之爭議還是可以透過當時之民權法第七章、復健法、美國身心障礙者保護法為主張，詳參焦興鎧(2006)，〈工作場所基因測試在美國所引起之就業歧視爭議〉，《臺大法學論叢》，35 卷 6 期，頁 197-209。

⁷¹ 關於本法之翻譯，學者焦興鎧譯為禁止基因資訊歧視法，參前揭註 1，頁 104；學者宋佩珊譯為反基因歧視法，參前揭註 69，頁 2；學者何建志譯為基因資訊非歧視法，參前揭註 67，頁 37。首先，依照字面翻譯，仍應將 information 譯出較為精確。再者輔以中文習慣，非歧視或反歧視比起禁止歧視，皆較難以直接理解本法之目的，故本文從學者焦興鎧之翻譯，將 GINA 譯為禁止基因資訊歧視法。

⁷² 42 U.S.C. §2000ff-1(a).

⁷³ 42 U.S.C. §2000ff-1(b).



成本增加之不健康生活形態，例如吸菸、高血壓、肥胖。然而，具體而言，此種生活形態涵蓋之範圍如何？每一種生活方式的選擇都可能與個人之健康相關連，則員工私生活與雇主可控制之界限如何劃分即為問題所在⁷⁴。

在美國，多數州立有禁止生活形態歧視之州法⁷⁵，但大多侷限於吸菸、飲酒等，適用之範圍有限，因此受僱人下班後之生活仍有很多領域未受到保護。加上經濟全球化之影響，以州法保障受僱人已不再合適，而需要聯邦立法⁷⁶。

除此之外，生活形態歧視之類型仍有很大的發展空間。有學者即撰文表示，現行州法主要保障受僱人下班後之活動與合法消費品之使用。對於網路使用，特別是部落格經營，此種融合了下班後之生活行動與言論自由之活動，為現行州法所無法涵蓋之領域，也有待立法重塑禁止生活形態歧視之架構，方能予以完整之保障⁷⁷。

整體而言，生活形態歧視仍在發展階段，隨著科技發展、生活習慣改變等，可能有千變萬化之生活形態。如何平衡保障雇主僱用自由意志以及受僱人下班後之生活隱私，而設計出妥適之規範，仍是發展中之課題。

第二節 日本法就業歧視禁止項目

日本法上關於就業歧視禁止項目，亦無以專法規定，而是散見於各法律之中。與美國法相同，性別、國籍、年齡等亦在禁止歧視之保障中，然而，日本卻有更多美國較少探討之項目，例如，社會性身分及部分工時勞動者等。受限於篇幅，本論文以下僅就日本勞動法學者常探討之項目作介紹。

⁷⁴ International Labour Office, *supra* note 14, at 49.

⁷⁵ 關於美國各州對於生活形態歧視規範之概覽，參 Ann L.Rives, *You're Not the Boss of Me: A Call for Federal Lifestyle Discrimination Legislation*, L., 74 Geo. Wash. L. Rev. 553, 556-563(2006).

⁷⁶ *Id.* at 558,564.

⁷⁷ Shelbie J. Byers, *Untangling the World Wide Weblog A Proposal for Blogging, Employment-at-Will, and Lifestyle Discrimination Statutes*, 42 Val. U. L. Rev. 245, 267-268 (2007).



第一項 日本勞基法第 3 條

首先，日本國憲法第 14 條第 1 項規定：「全體國民在法律之下一律平等。不得因種族、信念、性別、社會性身分或門第，而在政治性、經濟性或社會性關係為歧視」⁷⁸。而日本勞動基準法(以下簡稱日本勞基法)第 3 條規定：「雇主不得以勞動者之國籍、信念或者社會性身分為由，在工資、工作時間或其他勞動條件為差別待遇」，亦即日本國憲法第 14 條第 1 項之具體規定⁷⁹。日本勞基法第 3 條之規定，被稱為均等待遇原則⁸⁰。關於日本勞基法第 3 條之國籍、信念與社會性身分，說明如下。

第一款 國籍

日本勞基法第 3 條所規定之國籍，並未如同美國法規定「原始」國籍。一般而言，國籍依字面意思，係指個人隸屬於國家之身分。各國有其取得國籍或放棄國籍之規定，淺見以為應屬可依自己之意思為改變之特質。然而，日本學者認為，所謂國籍應包含種族⁸¹。如論種族，則屬與生俱來無法改變之特質當無疑義，解釋上即類似於美國法原始國籍的概念。甚且，日本勞基法第 3 條禁止以國籍為由而歧視之規定，被解為及於不法就勞者⁸²。亦即，外國人至日本工作，雖然有違反出入國管理及難民認定法之規定，而屬不法就勞者，但雇主仍不得對之為國籍歧視。

著名之國籍歧視案例為 1974 年之日立製作所事件⁸³。本案原告原為採用內定

⁷⁸ 日本國憲法第 14 條原文為：「すべて国民は、法の下に平等であつて、人種、信条、性別、社会的身分又は門地により、政治的、経済的又は社会的關係において、差別されない。」其中「差別」之翻譯，依本文第一章用語採擇之分析，應理解為歧視或無正當理由之差別待遇。惟日文法令中並未另外使用類似中文裡「歧視」之語詞，而係以「差別」或「差別的取扱い」等來描述。前者本文多翻譯為歧視，後者則忠於原文有明文待遇而譯為差別待遇(歧視待遇之用語較為少見，並非慣用語而為本文所不採)。惟縱譯為差別待遇，仍應注意法令僅禁止無正當理由之差別待遇，併予敘明。

⁷⁹ 和田肇(2014)，〈雇用平等法制の意義・射程〉，《ジュリスト増刊—労働法の争点》，頁 22。

⁸⁰ 菅野和夫(2012)，《労働法》，10 版，頁 165，東京：弘文堂。

⁸¹ 同前註，頁 166。

⁸² 水町勇一郎(2014)，《労働法》，5 版，頁 211，東京：有斐閣。

⁸³ 横浜地判昭和 49.6.19 労民集 25 卷 3 号 277 頁。

者，惟其於應徵文件當中未填寫本名且記載虛偽之本籍，因而被被告公司以說謊為由取消內定。但判決認定，取消內定該當於解僱，且公司取消內定之理由是原告為「在日韓國人」，係為日本勞基法第 3 條之國籍歧視，依日本民法第 90 條，解僱之法律行為違反公共秩序而為無效。本判決雖無法從日本勞基法第 3 條直接導出解僱無效之效果，但仍具有彰顯禁止以國籍為由而差別待遇之意義⁸⁴。

除了上述早期在日韓國人隱匿國籍與本名之案型外，近年則因人口交流活潑化以及入國管理政策之變化等，外國勞動者與留學生等之數量大幅增加，新形態類型之問題產生⁸⁵。例如，對外國人有僱用期間上之差異，亦即對日本本國勞動者締結不定期契約，對外國勞動者卻締結定期契約，是否有國籍歧視之問題。對此，日本實務見解認為，由於在工資方面較為優遇，外國勞動者本沒有締結不定期勞動契約之意思⁸⁶，或由於職務專門性以及工資優遇之不同⁸⁷，而認定不該當於國籍歧視。

事實上，在日本法院實務中，歧視外國勞動者之事例並不多，法院也有不太承認歧視成立之傾向⁸⁸。不過，隨著經濟無國界化，外國人(尤其東亞、東南亞之勞動者)流入，可以預想到今後以種族為由之歧視事件會隨之增加⁸⁹。

第二款 信念

本節所指之信念，係日文漢字中的「信条」。「信条」如以字面直譯為「信條」，

⁸⁴ 早川智津子(2012)，〈アメリカ合衆国における外国人労働者の統合政策と日本法への示唆—差別禁止法を中心に〉，《季刊労働法》，236号，頁138。


⁸⁵ 野川忍(2012)，西谷敏等編，《新基本法ロンメンタル 労働基準法・労働契約法》，頁15，東京：日本評論社。

⁸⁶ 東京国際学園事件，東京地判平成13.3.15 労判818号55頁。

⁸⁷ ジャパンタイムズ事件，東京地判平成17.3.29 労判897号81頁。

⁸⁸ 早川智津子，前掲註84，頁139。

⁸⁹ 青木宗也、片剛昇(1994)，《労働基準法 I〔序説・第1条～第41条〕》，頁52，東京：青林書院。



似乎不甚精確。中文的「信條」係指共同信守的準則⁹⁰，亦即多數人會去遵守的一個內心標準。然而日文的「信条」，依照學者的解釋，所謂「信条」，意味著思想、信念或其他在人類內心中的思考方式，包含宗教性的、政治性的或其他各式各樣的思想⁹¹，也包含思想性的信念⁹²。換言之，「信条」是個人內心的信仰，予以肯認並遵循者不見得有多數人，因此中文翻譯上無法將「信条」譯為信條。學者既以思想、信仰、信念來描述「信条」，可見該等詞彙彼此間有一定之相似性甚至同一性。另一方面，日文文獻中常見以「思想・信条」之方式表達，則翻譯上難以同時將「信条」譯為思想，因此本論文不採我國立法用語之思想，而選擇以信念作為「信条」之翻譯，合先敘明。

日本勞基法第 3 條此一均等待遇原則，只禁止以思想、信念本身為由之差別待遇。而依照特定之思想、信念所為之行動，對於企業之秩序或利益有不利影響時，以該行動為由而為差別待遇則不在禁止之列。然而，以「行動」為由之差別待遇要被認定為適法者，必須因該行動所生之企業秩序(利益)之侵害，足以達到正當化該差別待遇之內容與程度。若無法正當化，則結果可能是以表現出思想、信念的行動為由之差別待遇被認定為違法之情形⁹³。換言之，依照特定思想、信念之而為之行動，必須要對於企業之秩序維持產生重大影響時，以該秩序違反行為本身為由之差別待遇，才不生本條違反之問題⁹⁴。

關於以信念為由而差別待遇之裁判例，能否以身為共產黨員為由而予以解僱之爭執占壓倒性之多數，並且多採否定說，認為以身為共產黨員為由而解僱勞動者違反日本勞基法第 3 條⁹⁵。

另一常見之問題為「傾向事業」議題。在德國，將「服務於政治、工會、信

⁹⁰ 教育部重編國語辭典修訂本：

http://dict.revised.moe.edu.tw/cgi-bin/cbdic/gsweb.cgi?ccd=rcoHx2&o=e0&sec=sec1&op=v&view=0_1 (最後瀏覽日期：2016 年 1 月 28 日)。

⁹¹ 菅野和夫，前揭註 80，頁 166；荒木尚志(2013)，《勞働法》，2 版，頁 80，東京：有斐閣。

⁹² 水町勇一郎，前揭註 82，頁 210。

⁹³ 菅野和夫，前揭註 80，頁 166-167。

⁹⁴ 厚生労働省労働基準局(2011)，《労働基準法上》，平成 22 年版，頁 73，東京：労務行政。

⁹⁵ 同前註。

仰、科學、美術、慈善、教育或其他同樣使命的事業」，稱之為「傾向事業」(Tendenzbetrieb)。於此種「事業」中，解僱限制法(Kündigungsschutzgesetz)適用上之特別待遇是被認可的。亦即，在基於勞動者思想、信念之「勞動者的人格或行動」，與該事業之特殊性無法相容的情形時，解僱會被認可⁹⁶。日本實務上，與此相關的代表性裁判例表示，雇主之「事業與特定思想體系是本質上的不可分，將該承認、支持作為存立的條件，而且對勞動者要求承認、支持該思想體系，從這樣的事業本質來看，客觀上是妥當的」，是一嚴格之判斷架構。在這種例外的情形，認定解僱信念與雇主相異的勞動者是被允許的⁹⁷。會被認定是這種例外事由者，似乎是限於政黨和宗教團體等⁹⁸。

第三款 社會性身分

關於社會性身分，有認為從歷史解釋出發，本條之目的在於追求撤廢因沿革性地社會身分而為之歧視，後天因素所生之地位是否包含在內不無疑問⁹⁹。亦有認為雖然其用語不必然明確，但一般而言被理解為係指具有某種永續性之地位。並且，雖然將之理解為如同「部落出身者」與生俱來之身分者為多數，但即使是因為後發性之理由，若是在一定期間內無法依自己之意思脫離的固定地位，也應解為包含在內。例如，受刑人、破產者，都被解為指無法依照自己的意思而逃離之社會性分類¹⁰⁰。至於憲法第 14 條之門第也包含在社會性身分中，這一點則較無爭執¹⁰¹。

實務見解對於社會性身份之解釋也是採較為限縮之見解，舉凡禁治產者¹⁰²、

⁹⁶ 菅野和夫，前揭註 80，頁 167。

⁹⁷ 日中旅行社事件，大阪地判昭 44.12.26 勞民集 20 卷 6 号 1806 頁。

⁹⁸ 以勞動者之信念表明為由而被認定解僱無效之裁判例：三元貿易事件，東京地判昭和 45.1.30 判夕 248 號 196 頁。

⁹⁹ 厚生勞動省労働基準局，前揭註 94，頁 75。

¹⁰⁰ 石井照久(1964)，《註解勞動基準法 I》，頁 63-64，東京：勁草書房；荒木尚志，前揭註 91，頁 81。

¹⁰¹ 菅野和夫，前揭註 80，頁 168。

¹⁰² 我國舊民法第 14 條原規定有禁治產制度，惟於 2008 年修法，改為監護宣告與輔助宣告制度。

有前科者，正式員工與臨時工、職員或工人等員工編制上之地位¹⁰³，職種¹⁰⁴、學歷¹⁰⁵或者工會會員之地位¹⁰⁶等，皆不該當於社會性身分。



第二項 日本勞基法第 4-6 條與男女雇用機會均等法

日本勞基法第 4 條¹⁰⁷以及「男女雇用機會均等法」第 5 條、第 6 條¹⁰⁸，禁止以性別為由而為歧視。關於性別歧視，依照其發展之脈絡可區分為三個部分來觀察。首先是日本勞基法之規定。其次是該法不足的部分，透過公序之法理來補充。最後才是針對性別歧視單獨立法來處理相關之就業歧視問題。以下分別就此三部分說明之。

第一款 男女同一工資原則

關於性別歧視，並不是在日本勞基法第 3 條一併規定，而是在同法第 4 條另外規定，雇主不得以勞動者身為女性為由，在工資上與男性有差別待遇。之所以不在禁止全部勞動條件歧視之第 3 條中列入性別，原因在於日本勞基法在加班、假日勞動、深夜勞動、危險有害業務以及產前產後休假等部分勞動條件之事項上，定有女性之保護基準，是對於女性在勞動關係上向來採取異於男性之措施。因此，不採取上述列入第 3 條徹底禁止歧視之書寫方法，而在均等待遇原則之後，僅止於規定在工資方面之男女平等待遇，原因即在於此¹⁰⁹。

¹⁰³播磨造船事件，広島地判昭 24.6.15 勞裁資 6 号 189 頁，富士重工宇都宮製作所事件，宇都宮地判昭 40.4.15 勞民集 16 卷 2 号 256 頁。

¹⁰⁴朝日新聞社事件，大阪地判昭 36.7.9 勞民集 12 卷 4 号 40 頁。

¹⁰⁵日本油脂事件，東京地判昭 46.11.30 勞經速 766 号 29 頁。


¹⁰⁶名古屋證券取引所事件，名古屋地判昭 39.11.9 勞民集 15 卷 6 号 1215 頁。

¹⁰⁷日本勞基法第 4 條：「雇主不得以勞動者身為女性為由，而在工資上與男性為差別待遇。」

¹⁰⁸男女雇用機會均等法第 5 條：「企業主對於勞動者之募集與採用，必須給予無關其性別之均等機會。」同法第 6 條：「企業主對於下列事項，不得以勞動者之性別為由為差別待遇：

- 一、勞動者之配置(包含業務之分配與權限之付與)、升遷、降職以及教育訓練。
- 二、住宅資金之貸款或其他以此為準之福利厚生措施，以厚生勞動省令訂定者。
- 三、勞動者之職種與僱用形態之變更。
- 四、退職之獎勵、定年與解僱以及勞動契約之更新。」

¹⁰⁹菅野和夫，前掲註 80，頁 180。



日本勞基法第 4 條是將國際勞工組織第 100 號公約第 2 條¹¹⁰及日本國憲法第 14 條第 1 項之規定予以具體化。日本國憲法第 14 條第 1 項規定，不得基於性別等因素而在政治性、經濟性或者社會性關係上為歧視，並非僅限於工資的差別待遇，而勞基法則特別認為工資有顯著不利影響，並且設有罰則，以此禁止工資差別待遇¹¹¹。從日本勞基法第 4 條是為實現國際公約與落實該國憲法平等規定之脈絡來看，本條僅從工資著手來實現男女平等，並非謂工資以外事項之歧視即被容許，只是無法以本條規制而已。

這樣的男女同一工資原則所禁止者，僅止於「工資方面」之歧視。來自於採用、配置、升遷、教育訓練等之歧視，並不會牴觸該原則。縱使來自於採用、配置、升遷、教育訓練等之歧視，反過來影響到工資差異(例如，對於升遷之歧視而產生的工資差異)，也不能說是本條所禁止之工資歧視¹¹²。對於上述非屬工資之歧視，則由後述男女平等之公序法理或「男女雇用機會均等法」規制之。例如，職能給(職能資格)制度上之升格差別待遇，在體現職能資格之職務、技能、責任等差異之範圍內，並非工資方面之歧視，因此，並非依照日本勞基法之男女同一工資原則，而是依照男女平等之公序法理以及「男女雇用機會均等法」之「升遷」歧視禁止來規制¹¹³。但是，也有實務見解與前述見解相反，此等見解認為在職能資格制度下，資格與工資直接連動，升格歧視應與工資歧視同視，而該當於違反男女同一工資原則，可基於侵權行為請求損害賠償乃至於請求確認資格與請求工資差額¹¹⁴。惟不論採何種見解，差異只在於規制之依據不同，在認定該行為係屬歧視之結論上並無太大差異。

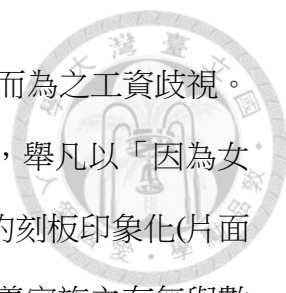
¹¹⁰ILO 第 100 號公約第 2 條：「各締約國應透過適當之方法以有效地決定報酬標準，提升以及在使該方法維持一致之情況下，確保全體勞動者適用男女工作價值同等原則。本原則得透過下列手段予以施行：(a)國家法律或條例；(b)依法設立或認可之工資決定方法；(c)雇主與勞動者之團體協約；或(d)上述幾種方法之結合。」

¹¹¹厚生労働省労働基準局，前掲註 94，頁 80-81。

¹¹²水町勇一郎，前掲註 82，頁 212。

¹¹³菅野和夫，前掲註 80，頁 181。

¹¹⁴芝信用金庫事件，東京高判平 12.12.22 勞判 796 号 5 頁；日本オートマチックマシン事件，横浜地判平 19.1.23 勞判 938 号 54 頁；昭和競シエル石油(男女差別)事件，東京地判平 21.6.29 勞判 992 号 39 頁。



此外，男女同一工資原則所禁止者，是以「身為女性為由」而為之工資歧視。而所謂之歧視禁止，不僅是以「身為女性」為直接理由的情形，舉凡以「因為女性對公司之貢獻度低」、「因為女性的家計負擔較少」，諸如此類的刻板印象化(片面斷定)為由的情形也包含在內¹¹⁵。是以，源自於年齡、年資、扶養家族之有無與數量、職種、職務內容、能率(勞動成果)、責任(權限)、工作條件等之差異所致之工資差異，即因非屬身為女性為由，不在禁止之列¹¹⁶。換言之，本條規定之趣旨在於，只有在性別以外之要素(職種、職位、年資、學歷及職歷、成果等)相同時，方於男女間禁止生有工資之差異，而在這個限定範圍內才能保障「同工同酬」原則¹¹⁷。惟亦有認為，日本勞基法男女同一工資原則之條文(日本勞基法第4條)，並沒有特別規定男女從事「同一工作」或「同一價值工作」這樣的要件。此部分應理解為，工資往往既以職務(job)之內容與技能要件為基準，也以年齡、年資、家族狀況等屬人性要素為基準而被支付，此為日本企業之工資制度所心繫者，並未以同一(價值)工作為必須之要件¹¹⁸。因此，雖然從事同一工作是推認「以身為女性為由」歧視重要之間接事實，但並非必須之要件事實¹¹⁹。

而條文中所謂「差別待遇(歧視)」，與均等待遇原則(勞基法第3條)之情形相同，被解為是不問有利不利之不同對待，而有利不利與否，依一般社會通念決定之¹²⁰。因此，女性在工資上比起男性獲得更有利之對待(例如，只有對於女性實施早期退職之退職金優遇措施)也違反男女同一工資原則。換句話說，本原則可以說是以男性、女性之雙方為保護對象之兩面性規制¹²¹。

最後，私法上，男女同一工資原則是強行規定，因此，違反之法律效果為無效(工作規則或團體協約上之差別性工資規定，無效)，是加諸損害之違法行為(侵

¹¹⁵野田進(2011)，《労働法一「企業」視点で読み解く》，頁208，東京：弘文堂。

¹¹⁶菅野和夫，前掲註80，頁181。

¹¹⁷野田進，前掲註115，頁208。

¹¹⁸渡辺章等(1996)，《労働基準法〔昭和22年〕日本立法資料全集51》，頁102、324，東京：信山社。

¹¹⁹菅野和夫，前掲註80，頁181。

¹²⁰厚生労働省労働基準局，前掲註94，頁77、84。

¹²¹菅野和夫，前掲註80，頁181-182。

權行為)而會產生賠償責任。因此，被歧視之女性(或者男性)，可以將過去工資之差額以及慰撫金作為損害賠償而請求之¹²²。至於契約上請求權之依據，有認為直接以日本勞基法第 4 條為依據。亦有認以日本勞基法第 13 條¹²³作為依據，而將男性之工資解為基準，但有認為僅限於女性應該適用之工資基準明確時，才能以日本勞基法第 13 條為依據。另有透過與團體協約或工作規則相關之規定，將團體協約或工作規則中訂有男性工資之部分適用於女性，但亦有認為應以誠信原則作勞動契約之補充解釋者。最後則有以法律上一般原則為論據者。在學說上可歸類出以上六種說法¹²⁴。

第二款 男女平等待遇之公序法理

如前所述，日本勞基法在勞資關係中，並沒有規制工資以外之男女歧視。但在社會上仍然存在著，男性是一家之經濟來源，女性則負責家事，這種傳統的男女分工(價值觀)。以此為前提，在許多企業中也施行了將男性作為勞動力而長期予以育成、活用，將女性在年輕時(到結婚前)作為補助性勞動力而予以使用的男女別僱用管理制度。於是，對於女性從業員，結婚退職制、「若年定年制¹²⁵」、男女別工資管理等，這類違反男女機會均等理念之制度與慣行甚為普遍。然而，在 1960 年代之高度經濟成長期，勞動力不足之情況下，女性勞動者增加與扎根(加上女性勞動者自身權利意識之提高)之現象產生，以此為背景，使法院發展出男女平等待遇之公序法理¹²⁶。

例如，關於結婚退職制，實務樹立了一法理：因性別所生之禁止差別待遇與

¹²²菅野和夫，前揭註 80，頁 182。

¹²³日本勞基法第 13 條：「未達本法所定基準而訂定勞動條件之勞動契約，其部分為無效。於此情形，該無效之部分，依本法所定之基準。」

¹²⁴相關整理參東京大学労働法研究会(2003)，《注釈労働基準法上卷》，頁 109-110，東京：有斐閣。此問題在我國的情況則爭議較小，參侯岳宏(2015)，〈薪資禁止性別歧視〉，《台灣勞工季刊》，44 期，頁 35。

¹²⁵日文漢字「定年制」指屆齡退休制度，「若年定年」則是低於一般屆退年齡，為早期退休之意。

¹²⁶菅野和夫，前揭註 80，頁 183。

結婚自由之保障，構成「公共秩序」(日本民法第 90 條)之內容。而訂定結婚退職之契約，不論是字據、慣行、工作規則、團體協約之何者，只要被認為沒有合理的理由，就會違反公序良俗而無效¹²⁷。其次，實務再樹立之法理為：女性 30 歲退休(而男性為 50 歲)，此種女性「若年定年制」之約定，既然不認為有將之正當化的特別情事，則此種顯著不合理之男女差別待遇即會因違反「公共秩序」而為無效¹²⁸。而且，最高法院判例¹²⁹也用同樣之法理，否定了男性 60 歲、女性 55 歲之差別定年制之法律效力¹³⁰。

第三款 男女雇用機會均等法

規定禁止性別歧視之基本性法律，即為「男女雇用機會均等法」。同法於 1985 年成立，經過 1997 年以及 2006 年之大幅修正，始為今日之姿¹³¹。

1985 年的「男女雇用機會均等法」，在立法當時僅止於在僱用方面以漸進的「努力義務」(行政指導)方式來為男女歧視之規制，同時加入了追求女性勞動者職業意識與能力之提升，且在女性之育兒、家事負擔之中提供其就業援助之措施。雖然僅為努力義務，但若有違反，在公法上可透過行政機關予以助言、指導、勸告等而要求改善；私法上之效果則可能構成公序之為反而產生損害賠償¹³²。這樣的「男女雇用機會均等法」，並非追求以男女雙方為對象而禁止性別歧視之「性別歧視禁止法」，而是作為專門為了女性勞動者，片面性地追求歧視規制與就業援助而被制定的。像這種 1985 年的「男女雇用機會均等法」，如同國際上一般，普遍男女僱用機會均等法制都會具有此種過渡性格。因此，隨著男女機會均等形勢之進展，

¹²⁷住友セメント事件，東京地判昭 41.12.20 勞民集 17 卷 6 号 1407 頁。

¹²⁸初審判決，東急機關工業事件，東京地判昭 44.7.1 勞民集 20 卷 4 号 715 頁。

¹²⁹日產自動車事件，最三小判昭 56.3.24 判時 998 号 3 頁。

¹³⁰菅野和夫，前掲註 80，頁 183-184。

¹³¹關於男女雇用機會均等法之修法內容，中文文獻可參劉志鵬(2009)，〈職場性騷擾之法律救濟—板橋地院 96 年度訴字第 774 號判決評釋〉，《臺灣勞動法學會學報第八期—勞動法裁判選輯(六) —前大法官黃越欽教授紀念專輯》，頁 114-118。

¹³²赤松良子(1985)，《詳說男女雇用機會均等法及び改正労働基準法》，頁 243-244，東京：日本労働協会。


重新評估、朝向更普遍的性別歧視禁止法制是不可避免的。本質性重新評估之主要課題為：1.從歧視的限定規制到更包括性的規制。2.努力義務規定之禁止(強行)規定化。3.抹去法規制的片面性性格等。為了達成此些目的，勞基法上女性保護規定之撤除成為前提條件¹³³。

1997年6月，「男女雇用機會均等法」修正，為了保護女性勞動者而擴充強化在僱用方面的男女歧視規制，但為了弱化片面性格，同時將女性勞動者就業援助(福祉增進)之措施限定於懷孕中、生產後之健康確保措施內。此次修正內容之重點為：1.將有關於募集、採用、配置、升遷等過去為努力義務之規定，改為「對於女性，『必須』給予與男性均等之機會」(募集、採用)、「『不得』以勞動者身為女性為由，而與男性有差別待遇」(配置、升遷)之強行規定、禁止規定。2.修正過去的片面性，認為只有女性的募集、採用等女性優惠之原則為違法，而擴大女性機會之積極平權措施(positive action)則為適法，並規定了積極平權措施的國家援助事項。3.將限於 Off-JT(off -the-job training, 職場外之教育訓練)教育訓練之禁止，擴大至包含 OJT 的全部教育訓練；規定性騷擾之企業主保護照顧義務等，擴大規制之幅度。4.修正為當事人之一方申請即可透過機會均等調解委員會來調解(過去以雙方當事人之同意為必要)；增加違反禁止(強行)規定中的惡質案例，厚生勞動大臣可以公布企業名稱等，強化確保實效性之措施¹³⁴。

1997年所修正之「男女雇用機會均等法」，與歐美之男女僱用平等歧視法制相比，仍有：1.並非實施以男女雙方為保護對象之歧視規制。2.規限定於雇主之特定行為(待遇)，在僱用方面並非及於全部勞動條件與待遇的包括性規定。3.缺乏禁止間接歧視等差異。此後，在男女僱用機會均等之理念於社會中更為扎根下，時值法制定 20 周年階段之時期。因此，2006 年再一次執行「男女雇用機會均等法」之大幅修正。修正之主要內容為：1.改變僅以女性為保護對象這樣的片面性格，成為以男性、女性雙方為保護對象之兩面性性格的法律(即所謂的性別歧視禁止法。

¹³³菅野和夫，前掲註 80，頁 185-186。

¹³⁴菅野和夫，前掲註 80，頁 186-187。



是以，男性對於違反法律之差別待遇，也有提起訴訟和申請調解之可能)。2.差別待遇被禁止自僱用階段(於 2006 年修法前為止，有募集、採用、配置、升遷、教育訓練、福利厚生、定年、退職、解僱)，再加上降職、職種與僱用形態之變更、退職獎勵、僱用終止(勞動契約之更新)。關於「配置」，明文「業務之分配」以及「權限之付與」均包含在內。3.關於間接歧視，以省令於規定之限定場合中設有禁止規定。4.於禁止以懷孕、生產、產前產後休假之取得為由而解僱之規定中，增加解僱以外之不利益待遇禁止。5.將企業主關於性騷擾之保護照顧義務規定，強化為措施義務規定，並且承認男性也會成為性騷擾之對象¹³⁵。

透過上述修法，雖然對於性別歧視之規定日趨完善，但一個根本性的問題是，「男女僱用機會均等法」是禁止「以性別為由」之歧視。而所謂「以性別為由」，是將男性與女性作為比較對象，因此，並非以男女作為比較對象之同法第 9 條¹³⁶禁止懷孕、婚姻歧視才另外特別規定¹³⁷。這些關涉到性的要素，卻非「性別」。本法這樣的思考方式是過於狹隘的，也產生一種女性確實被歧視卻又不是因為性別所致之自我矛盾，是以，應該要明確地解決這個問題。如此一來，懷孕生產、已婚者之問題自不待言，性別認同障礙以及同性間之歧視也才能夠明確成為「男女僱用機會均等法」之對象¹³⁸。


此外，日本於 2013 年亦修正(2014 年施行)「男女僱用機會均等法施行細則」及部分其所授權訂定之指針，主要修正內容有以下 4 點：1.重新評估可能構成間接歧視之措施。2.追加性別歧視之事例。3.徹底預防性騷擾與事後應對等。4.制定

¹³⁵ 菅野和夫，前揭註 80，頁 187-188。

¹³⁶ 男女僱用機會均等法第 9 條：「企業主，不得為女性勞動者預定以結婚、懷孕或者生產作為退職理由之約定。企業主，不得以女性勞動者結婚為由而予以解僱。企業主，不得以其所僱用之女性勞動者懷孕、生產，依勞動基準法(昭和二十二年法律第四十九號)第六十五條第一項之規定請求休假，或依同項或依同條第二項之規定請求休假或有其他有關懷孕或生產之事由而以厚生勞動省令規定者作為理由，對該女性勞動者為解僱或其他不利益待遇。對懷孕中之女性勞動者以及生產後未達一年之女性勞動者所為之解僱，無效。但企業主能證明該解僱並非以前項規定之事由為理由者，不在此限。」

¹³⁷ 一般性地禁止性別歧視之規定與禁止以懷孕、生產為由而為不利益待遇之規定，彼此間之關係為何，是一意義深遠的研究課題，參相澤美智子(2006)，〈均等法の改正と妊娠・出産等を理由とする不利益取扱の禁止〉，《季刊労働法》，214 号，頁 118-119。

¹³⁸ 藤本茂(2014)，〈男女僱用機會均等法の政策課題〉，《ジュリスト増刊一労働法の争点》，頁 26。



course 等區別之僱用管理指針。與本項探討之主題較為密切的部分，關於第 1 點，修正前所管制之措施原為 course 別僱用管理之部分，擴張為舉凡募集、採用、升遷、職種變更等，皆納入間接歧視管制之措施。第 2 點部分則為，增加以結婚為由而在職種變更或退休年齡約定上，對男女有不同待遇者，亦該當於性別歧視¹³⁹。整體而言，是增加了性別歧視成立之可能性。

第三項 僱用對策法

根據日本總務省統計局 2015 年之統計，日本 65 歲以上之高齡者已達 3384 萬人，佔總人口比例達 26.7%，其中 80 歲以上者首次超越 1000 萬人，其高齡者人口之比例於世界主要國家中亦為最高¹⁴⁰，高齡化之問題甚為嚴重。因此，如何促進並保障高齡者之就業權以善用高齡者之勞動力，在日本是一重要問題。

對此，年齡歧視法制的歧視法理有兩項特質，一為具有對中高年齡層保護、促進僱用的傾向，另一為比起其他就業歧視禁止項目，年齡歧視法制對於既存的僱用慣行、勞動市場有更多的考量。這兩項特質並非日本所獨有，即使在美國與歐盟的規範裡也具有這兩個面向的特性¹⁴¹。

依照 2007 年「僱用對策法」之修法，禁止於募集、採用時為年齡限制¹⁴²。另一方面，例外被允許得於募集、採用時為年齡限制之情形(同法施行細則第 1-3 條)有：1.以低於退休年齡作為條件(依「高年齡者僱用安定法」第 8 條規定，退休年齡不得低於 60 歲)。2.自因長期工作而追求能力開發與提升之觀點出發，而以不定期契約來募集、採用應屆畢業生者。3.以追求技能、知識之傳承為目的，在勞動者

¹³⁹詳參日本厚生勞動省之公告：<http://www.mhlw.go.jp/stf/houdou/0000033232.html>(最後瀏覽日期：2016 年 1 月 28 日)。

¹⁴⁰日本總務省統計局，統計トピックス No.90，高齡者の人口：<http://www.stat.go.jp/data/topics/topi901.htm>(最後瀏覽日期：2016 年 1 月 28 日)。

¹⁴¹關於歐美年齡歧視法制在此二特質上之介紹，參櫻庭涼子(2008)，《年齡差別禁止の法理》，頁 302-306，東京：信山社。

¹⁴²僱用對策法第 10 條：「為使勞動者有效發揮其能力，必要時以厚生勞動省令為規定，對於勞動省之募集與採用，依照厚生勞動省令之規定，企業主必須給予勞動者與年齡無關之均等機會。」

之數量相當少的狀態下，限定於特定年齡層而以不定期契約為募集、採用者。⁴⁴³ 4. 在藝術或者藝能的領域，為確保表現之真實性等而對特定之年齡層為募集、採用。⁴⁴⁴ 5. 被認為是以促進高齡者之僱用為目的，而實施特定年齡以上之高齡者(60歲以上)之募集、採用等。關於上述第 1 點、第 2 點，是為了不要影響到定年以及應屆畢業生採用等日本的僱用慣行。此外，第 5 點的內涵是為了高齡者之僱用促進，而與不該當於高齡者之人相比，選擇給予高齡者優惠¹⁴³。

整體而言，這樣的規制，不失僱用政策之性格¹⁴⁴。換言之，日本對於年齡歧視之禁止，並未設定年齡區間，不論年輕或中高齡之勞動者，均受到保障。惟相較之下，因政策設計之緣故，仍然較傾向保障高齡勞動者¹⁴⁵。另一方面，為了不要衝擊到原有的勞動市場與僱用慣行，也有妥協的例外，呼應了前述年齡歧視法制中的第二個特質。惟亦有學者認為承認多項例外的做法，對於作為差別禁止法而言，這樣的立法並不徹底¹⁴⁶。

最後，違反「僱用對策法」第 10 條之情形，主要是施行依照行政上之助言、指導、勸告等方式來修正。另一方面，由於並沒有關於私法上效果之規定，以年齡為由而不被採用之勞動者，並沒有承認其採用請求(修正請求)以為救濟之餘地。不過，此一行為仍可能構成侵權行為¹⁴⁷。

第四項 障害者僱用促進法

與身心障礙保護相關之法律，在日本有障害者基本法。該法於 2011 年修正時，新增了禁止以障害為由之歧視或其他權利利益之侵害行為的規定¹⁴⁸。同法以推進

¹⁴³ 山川和義(2013)，〈僱用差別禁止法制的到達点と課題〉，《法律時報》，85 卷 3 号，頁 39。


¹⁴⁴ 櫻庭涼子(2008)，〈僱用差別禁止法制的現状と課題〉，《日本勞動研究雜誌》，574 号，頁 13。

¹⁴⁵ 周兆昱(2015)，〈就業年齡歧視法理之研究—最高法院 101 年度判字第 1036 號判決評釋〉，《臺灣勞動法學會學報第十一期—勞動法裁判選輯(七)—焦興鎧教授六秩五華誕祝壽專輯》，頁 78。

¹⁴⁶ 和田肇，前揭註 79，頁 23。

¹⁴⁷ 山川和義，前揭註 143，頁 39。

¹⁴⁸ 障害者基本法第 4 條第 1 項：「任何人對於身心障礙者，不得以身心障礙為理由而為歧視或為侵害其他權利利益之行為。」



障害者之自立支援以及社會參加支援等措施之實施為其目的，因此該規定無法被評價為在勞動法領域禁止以障害為由歧視之直接根據。不過，實際上有關以障害為由而歧視，致紛爭產生的情形，仍應作為認定該行為違法之規範性根據而評價之¹⁴⁹。

而在勞動領域直接相關之法律則為「障害者雇用促進法」。「障害者雇用促進法」最近一次修法是在 2013 年。加上 2006 年因應簽屬聯合國身心障礙者權利公約之修正，該法主要可分為兩個區塊來觀察。第一，對於身心障礙者歧視禁止與提供合理措施。第二，法定僱用率制度與賦予精神障礙者之法律地位。但首先還是要先釐清何謂「障害者」，接著再就本法兩個重點作介紹。


第一款 「障害者」之定義

依照「修正之障害者雇用促進法」第 2 條第 1 項對於「障害者」之定義，係指具有身體障礙、智能障礙、精神障礙(包含發展障礙)或其他身心機能障礙，因而長期在職業生活上受有相當之限制，或者經營職業生活有顯著困難者。由此可知，日文之「障害者」不僅身體障礙，也包含精神方面之障礙。因此，在中文翻譯上，將之譯為身心障礙者，合先敘明。而在「修正之障害者雇用促進法」當中，除了上述第 2 條之定義外，同法第 37 條第 2 項並規定，於本法「雇用促進章」所謂之「目標身心障礙者」，是指身體障礙者、智能障礙者或精神障礙者(以領有依精神保健及精神障礙者福祉法第 45 條第 2 項所規定之精神障礙者保健福祉手冊者為限者)。在同一部法律作二次定義之意義何在？是否妥適？不無疑問。

此時，暫且可以假定兩個模型來思考這個問題：一是將身心障礙者理解為一個分類的一元論；另一則是認為身心障礙者的概念會因為規範之根據而不得不呈現多樣之多元論¹⁵⁰。而多元論應是較能採擇之模式，理由在於身心障礙者之定義，

¹⁴⁹山川和義，前揭註 143，頁 41。

¹⁵⁰中川純(2013)〈障害者雇用促進法の差別禁止条項における「障害者」の概念〉，《季刊労働法》，243 号，頁 11。



雖然應該要由國家自由決定，但仍必須合致於實現該制度、政策目的之合理範圍內。詳細而言，具有同樣目的之制度、政策，應該有類似的適用對象，否則會產生不合理之現象與法體系之矛盾。因此，在歧視禁止法也一樣，該當於其適用對象之身心障礙的設定，即難以與其規範之性質分離思考。而被一定法則所支配之歧視禁止事由的身心障礙者，會因歧視禁止法之規範性質而被賦予特定之程度方向¹⁵¹。是以，理論上而言，隨著目的不同，身心障礙者的概念會是多元的。

然而，日本對於身心障礙者之定義事實上是採手冊中心主義。蓋因在日本有許多對於身心障礙者的福利與義務減免，皆是以持有身心障礙手冊者，提示其手冊，方得受領相關之福利。在日本，雖然因應每一制度有不同的定義，但實際上身心障礙手冊持有者即等於身心障礙者這樣的定義，在身心障礙者政策的實施仍扮演重要的角色。因此，可以說日本的體制，是採以手冊持有者作為身心障礙者的中心的身心障礙者手冊中心主義¹⁵²。

更進一步地，歧視禁止法理與僱用率制度考量的面向不盡相同，前者是對於基於與侵權行為同樣理論的加害行為而為之補償；後者則涉及國家資源分配等問題¹⁵³。日本所採取的手冊中心主義，也只是一種妥協。身心障礙者僱用率制度與身心障礙者歧視禁止條款之對象大致相同的情況，包含提供合理措施的歧視禁止法理在社會中能否實現其目的是存有疑問的。歧視禁止法理的適用被限定於一部份的身心障礙者，只是在表面上解消了兩難的情況，對於身心障礙者的定義，仍期待有重新評估的空間¹⁵⁴。

第二款 身心障礙者歧視禁止與合理措施

「修正之障害者雇用促進法」第 34 條規定，企業主在勞動者之募集、採用方

¹⁵¹ 同前註，頁 10。

¹⁵² 同前註，頁 12-13。

¹⁵³ 同前註，頁 19-20。

¹⁵⁴ 同前註，頁 24。

面，對於身心障礙者與非身心障礙者必須給予均等之機會。同法第 35 條規定，企業主對於工資之決定、教育訓練之實施、福利厚生設施之利用或其他待遇，不得因勞動者為身心障礙者，而與非身心障礙者間為不當之差別待遇。舉例而言，以身為身心障礙者為由而拒絕採用、給予較低之工資、令其無法接受研修、拒絕其使用餐廳等，均該當於此處被禁止之歧視行為¹⁵⁵。

另一方面，同法第 36-2 條本文規定，企業主，對於勞動者之募集與採用，為了改善會成為身心障礙者與非身心障礙者確保均等機會障礙之情事，依照該當於勞動者之募集與採用之身心障礙者之申請，必須考量該身心障礙者之障礙特性，而給予必要之措施。例如，在募集、採用時，將採用試驗之考試用紙譯為點字或予以音譯，配合輪椅使用者調整機台之高度，配合智能障礙者以較易理解之文書、繪圖來說明，為了避免通勤顛峰時間而變更工作時間等，皆為事例¹⁵⁶。但同法第 36-2 條及第 36-3 條之但書皆提及，對於此類合理措施義務之規定，當會造成企業主過重之負擔時，即不負此些措施義務。

這些規定將於 2016 年 4 月施行。厚生勞動大臣依照「修正之障害者雇用促進法」第 36 條、第 36-5 條，對於歧視禁止與提供合理措施義務之具體內容，定有方針（「歧視禁止方針」、「均等機會確保方針」）。此外，關於這些規定之紛爭，要求企業主在工作場所內之苦情處理機關等，努力尋求自主性解決（同法第 74-4 條），行政方面之紛爭解決援助則有都道府縣勞動局長之助言、指導、勸告（同法第 74-6 條），以及都道府縣勞動局之紛爭調整委員會之調解（同法第 74-7 條以下）¹⁵⁷。

除此之外，關於違反這些歧視禁止、提供合理措施義務規定之情形在司法上之效果（在裁判上認定違法、無效後能否實現權利），「障害者雇用促進法」並未明文規定，而是委由依照法院對私法一般規定（日本民法第 90 條公序良俗、第 709 條侵權行為等）之解釋為準。關於這一點，若從歧視禁止與提供合理措施義務規定

¹⁵⁵ 水町勇一郎，前揭註 82，頁 222。

¹⁵⁶ 水町勇一郎，前揭註 82，頁 222-223。

¹⁵⁷ 水町勇一郎，前揭註 82，頁 223。



作為人權保障規定之性格以及社會重要性來看，雇主違反這些規定之行為，應解為違反公共秩序或為侵權行為而成為法律行為之無效確認以及損害賠償請求之對象¹⁵⁸。

第三款 法定僱用率制度與精神障礙者法律地位之賦予

原先於「障害者雇用促進法」就有課與企業主雇用一定比率以上之身心障礙者之義務(第 37 條、第 43 以下)，未達成義務之企業主(常用勞動者 201 人以上，2015 年起為 101 人以上之企業主)，每一未達成之人數將徵收每月 5 萬日圓之身心障礙者僱用納付金(第 53 條以下)。此一法定僱用率，依現行法是以身體障礙者以及智能障礙者作為算定基礎。而在 2013 年「修正之障害者雇用促進法」，將精神障礙者(限於領有精神障礙者保健福祉手冊者)也加入算定基礎，提高法定僱用率。此一修正並未課與雇主僱用精神障礙者之義務，但將精神障礙者也列入算定基礎，會課與更高比率之身心障礙者僱用義務¹⁵⁹。

此規定將於 2018 年 4 月施行。為緩和急遽的變化，於 2018 年 4 月起至 2023 年 3 月止之五年期間，在以身體障礙者、智能障礙者為算定基礎所得之比率，與再加上精神障礙者所得之比率之間，以政令來決定比率，並於 2023 年 4 月完全移往包含精神障礙者所算定之比率(修正法附則第 4 條)¹⁶⁰。總而言之，法定僱用率每五年會重新評估一次，並非一定值，而是透過計算身心障礙者之常用勞動者人數加上失業之身心障礙者人數，再除以常用勞動者數減去除外率相當勞動者數，加上失業者數¹⁶¹。因此，當精神障礙者列入計算式中，子數增加，法定僱用率也會隨之上升，並且每五年重新評估，可以因應身心障礙者人數變化而分配企業之社

¹⁵⁸ 同前註。

¹⁵⁹ 水町勇一郎，前揭註 82，頁 224。

¹⁶⁰ 同前註。

¹⁶¹ 計算式可參日本厚生勞動省網站對於修正障害者雇用促進法所作之概要說明：

http://www.mhlw.go.jp/bunya/koyou/shougaiasha_h25/dl/kaisei02.pdf(最後瀏覽日期：2016 年 1 月 28 日)。

會責任程度。



第五項 有關非典型勞動者之規定

非典型勞動者如前所述，係因自己之意思決定而取得之身分，與社會性身分有所不同，並非與生俱來無法改變之特質。以下先就非典型勞動者之基本概念與衍生之問題為說明，再就其相關之禁止歧視法規為介紹。至於非典型勞動者發展之起源與變遷，因非本論文重點，茲不贅述。

第一款 非典型勞動者之概念與問題

欲探討對於非典型勞動者之歧視，首先須先了解非典型勞動之定義。關於非典型勞動之定義，在國際上，非典型勞動被稱之為 *non-standard employment*。*Non-standard employment* 係指，相對於其他固定受薪之僱用形態而言，包含部分工時僱用或暫時性工作以及自營業者。其中暫時性工作包含定期契約、代理工作及季節性工作¹⁶²。在歐洲多數國家，所謂 *standard employment* 是謂不定期之全職直接僱用，而 *non-standard employment* 之主要形態為部分工時僱用、定期僱用以及間接(派遣)僱用。要言之，非典型勞動者，是透過勞動時間短、期間固定、透過第三者而僱用，這三個客觀性指標來識別。相對於此，在日本，所謂 *standard employment* 是指長期僱用制底下的正式員工，而所謂 *non-standard employment* 則指不適用長期僱用制、有多樣性稱呼之勞動者。這些非典型僱用者(例如「約聘員工」、「部分工時者」、「打工者」)，雖然以部分工時者與定期僱用者占多數，但全職或不定期(定期但也包含實際上不定期者)之受僱者仍有相當數量。總而言之，在日本企業中，全職、不定期僱用者不一定是 *standard employment*，典型或非典型，如同勞動力調查，變得被迫以工作地(企業)之稱呼來作區別¹⁶³。

¹⁶² International Institute for Labour Studies, *World of Work Report 2008: Income Inequalities in the Age of Financial Globalization*, at 118(2008).

¹⁶³ 菅野和夫，前揭註 80，頁 206。

日本自 1970 年代後半以來，非典型勞動者增加¹⁶⁴，形成僱用形態多樣化之現象。而非典型勞動者增加之結果，對於日本僱用社會產生下述各式各樣的問題。

第一，在非典型勞動者之中，無法如願從事典型僱用而從事非典型僱用者增加。這些非本意就業者之典型，可能的推測是剛從高中、大學畢業，因為就職不易而未受僱於典型僱用之年輕人，以及以景氣不佳為由而被企業解僱或自行辭職，進而從事於非典型僱用之人¹⁶⁵。但也有一部份是高齡勞動者，而且主要理由是因為工作時間自由，而屬於本意型就業者¹⁶⁶。

第二，低收入勞動者增加。典型勞動者之待遇隨著職涯之進展而向上提升，因此，典型勞動者與非典型勞動者之收入差異也隨之擴大。更進一步地，因工作而無法維持文化生活之不滿、無法進入典型僱用職涯形成過程之焦躁，以及對於與典型僱用者待遇差異之不公正感等增加，「差異社會」與「窮忙族(working poor)」等標語因應而生，非典型勞動者社會問題化¹⁶⁷。

第三、非典型勞動者之僱用不安定性。於 1997 年金融、證券危機後之不景氣，以及 2000 年代初期的 IT 不景氣(Internet Bubble)之際，正式社員與非典型勞動者之削減同步進行，但到了 2008 年秋季雷曼衝擊後之生產急速下降之際，則集中於派遣勞動者與定期契約勞動者之削減。如此一來，製造業派遣勞動者之派遣契約終止為多數企業所施行，那些人被追討公司宿舍、沒有僱用保險支給而陷入苦境的樣子被報導，成為社會問題¹⁶⁸。

第四，伴隨著非典型勞動者之大幅增加，並且在正式員工就職困難化的情況下，產生了只能從事非典型僱用的年輕人不完全就業問題。這些被稱為「free

¹⁶⁴關於日本非典型勞動者增加之成因與數據，參菅野和夫，前揭註 80，頁 207-208。

¹⁶⁵菅野和夫，前揭註 80，頁 208-209。

¹⁶⁶日本總務省統計局，統計トピックス No.90，高齡者の就業：
<http://www.stat.go.jp/data/topics/topi903.htm>(最後瀏覽日期：2016 年 1 月 28 日)。

¹⁶⁷菅野和夫，前揭註 80，頁 209。

¹⁶⁸菅野和夫，前揭註 80，頁 209。

Arbeiter」¹⁶⁹的年輕人，於巔峰時之 2003 年增加到 217 萬人，到了 2011 年也有 176 萬人，在日本經濟中勞動力品質低下的狀況令人擔憂¹⁷⁰。

事實上，典型、非典型之區分並非法律上的概念。在長期僱用制底下的企業，將受僱者分為「作為核心從業員而培育的人才」與「非培育為核心從業員的人才」來管理，向來被認為是很合理的，只不過是人事僱用管理上之區分。企業經營上，區分僱用管理的指標，除了契約期間以外，還有工作時間(全職或部分工時)、配置(全國調職或工作地限定)等指標。其中尤以採用工作時間為僱用管理區分的部分工時勞動，與契約期間一起成為日本身分僱用管理的要角。當然，身分僱用管理，在法律上是勞動者自己以契約來選擇這樣的工作方式。雖說如此，對於此間的處遇差異，勞動者會有「難以認同」的心理，這就是採用僱用管理區分的處遇差異問題。之所以「難以認同」，正是因為工作時間短、定期契約這樣的原因，致使在許多場合中，工資、獎金、退職金制度有所不同，升遷、升格的可能性也被限定或排除，並未提供職業生活的希望。也因為如此，採用僱用管理區分所生之處遇差異，被作為僱用形態歧視而成為近年非典型勞動問題之中心課題¹⁷¹。

第二款 均等、均衡待遇原則之定立

為解決上述問題，近年日本關於非典型勞動之法令多有修正。關於部分工時勞動法，於 2007 年導入差別待遇禁止規定，並於 2014 年再強化之。定期契約勞動者之部分有 2012 年於日本勞動契約法新增禁止不合理勞動條件之規定。同年勞動者派遣法(「労働者派遣事業の適正な運営の確保及び派遣労働者の就業条件の整備等に関する法律等」)也有新增均衡考慮之努力義務。以下分別介紹之。

¹⁶⁹在日本政府統計中，所謂「free Arbeiter」被定義為：15-34 歲之間，男性畢業者、女性畢業且未婚者，從事於「部分工時」、「打工」形態之工作之人，或者尋找這類形態工作之人。參菅野和夫，前揭註 80，註 18，頁 209-210。

¹⁷⁰菅野和夫，前揭註 80，頁 209-210。

¹⁷¹毛塚勝利(2013)，〈非正規労働の均等処遇問題への法理論的接近方法〉，《日本労働研究雑誌》，636 号，頁 14-15。



首先，日本勞動契約法於 2012 年修法。關於定期契約的部分施行了：1.可以轉為不定期契約之轉換權¹⁷²，以及 2.強化依照定期契約與不定期契約而有勞動條件差異之均等處遇規定¹⁷³。而關於後者，是採取禁止不合理之不同勞動條件的規範形式。

其次，於 2012 年修法的相關規定還有勞動者派遣法的第 30-2 條¹⁷⁴。回顧派遣勞動之發展，一般而言，派遣是為維繫一時性勞動需要所創造出的繼續性僱用。日本在 1985 年對派遣解禁，創造了以高學歷女性為對象的專門性勞動市場。然而，在市場經濟全球化的規制緩和政策之下，1999 年，一時性勞動限定行業的必然性不再，轉換為暫時派遣原則。2003 年，撤廢、緩和派遣期間之限制，承認製造業派遣等，也不再論是否為暫時性工作或有專門技術需求之專門職，成為一種「不管什麼都能派遣」的狀態。此次修法，是基於認識到欠缺一貫性的無原則政策，帶來了差異社會以及所謂窮忙族(working poor)的社會問題。而最首要者，是將派遣勞動之政策目的予以明確，並在這目的上執行適合的規制¹⁷⁵。此次修法中，也

¹⁷²日本勞動契約法第 18 條：「定期勞動契約，該當於下列各款者，其契約期間屆滿時，勞動者申請該定期勞動契約之更新時，或於該契約期間屆滿後，沒有遲延地申請締結定期勞動契約時，雇主拒絕該申請，在客觀上欠缺合理理由，社會通念上不被認為是相當者，雇主視為以與過去定期勞動契約內容之勞動條件同一之勞動條件承諾該申請：

一、該定期勞動契約在過去曾反覆被更新者，於其契約期間屆滿時，因不更新該勞動契約而使該定期勞動契約終了，與對締結不定期勞動契約之勞動者為解僱之意思表示而使該不定期勞動契約終了，被認為在社會上通念得同視者。


二、特定勞動者於其定期勞動契約之契約期間屆滿時，對該定期勞動契約更新之期待，被認為具有合理理由者。」

¹⁷³日本勞動契約法第 20 條：「締結定期勞動契約之勞動者，其契約內容之勞動條件，因定有期間而同一之勞動者，與締結不定期勞動契約之勞動者，其契約內容之勞動條件相異時，該勞動條件之不同，考量勞動者之業務內容與伴隨該業務之責任程度(以下各條所謂之「職務內容」)、該職務內容及配置變更之範圍或其他情事，不得有不合理者。」

¹⁷⁴勞動者派遣法第 30-2 條：「考量從事與派遣公司所僱用之勞動者從事的業務同種之業務，而受僱於要派公司(即受領該派遣勞動者之勞務提供者，第四節除外，以下皆同)之勞動者的工資水準間之均衡，斟酌從事與該派遣勞動者從事之業務同種之業務之一般勞動者之工資水準，或者該派遣勞動者之職務內容、職務成果、意欲、能力或經驗，派遣公司必須如此考量以決定該派遣勞動者之工資。

考量從事與派遣公司所僱用之勞動者從事的業務同種之業務，而受僱於要派公司之勞動者的工資水準間之均衡，派遣公司對於該派遣勞動者，必須如此考量以追求教育訓練及福利厚生之實施或其他為確保該派遣勞動者順利進行派遣工作之必要措施。」2015 年再修正時，將第 1 項括號內之文字刪除，並整條移列為第 30-3 條。

¹⁷⁵毛塚勝利(2010)，〈派遣法改革とは間接雇用法にすること？〉，《労働法律旬報》，1721 号，頁 4。



將均等處遇原則列入。然而，要求派遣公司考量與同種業務的要派公司勞動者間的工資均衡、同種業務一般勞動者的工資水準，以決定工資，幾乎難以期待其實效性。日本學者並指出，理論上，非典型僱用一般的均等處遇問題與派遣勞動的均等處遇問題有所不同，而這一點並沒有被意識到。均等處遇，一般而言是在同一雇主之下，基於平等原則而為之要求，但在派遣的情形則是不同雇主的勞動者間。之所以被認為有均等處遇的問題，是因為要派公司迴避典型僱用的緣故。並且，由於日本沒有同工同酬原則(日本勞基法第 4 條只是男女同一工資原則)，因此與歐美不同，均等處遇原則不適用論，至少在派遣方面而言是不適當的¹⁷⁶。

最後，日本部分工時勞動法(「短時間労働者の雇用管理の改善等に関する法律」，日本簡稱「パートタイム労働法」)於 2014 年修正，修法內容與本論文主題有關者有二：1. 以全體部分工時勞動者為對象創設待遇原則。2. 擴大歧視禁止之對象。關於第一點，新法第 8 條規定：「企業主所僱用之部分工時勞動者之待遇，與受僱於該企業之通常勞動者之待遇有差異時，考量該部分工時勞動者與通常勞動者之業務內容及伴隨該業務之責任程度(以下簡稱「職務內容」)，以及該職務內容與配置範圍變更或其他情事，不得有不合理之處」，新增了此一原則性規定，意在追求部分工時勞動者僱用管理之改善¹⁷⁷。至於第二點，舊法第 8 條第 1 項對於「應與通常勞動者同視之部分工時勞動者」，必須具備職務內容同一性、不定期契約、人才活用之結構與運用同一之三要件，缺一不可。而新法第 9 條¹⁷⁸則承襲日本勞動契約法第 20 條之修法動向，刪除不定期契約之要件，使歧視禁止之要件趨

¹⁷⁶同前註，頁 5。

¹⁷⁷厚生労働省雇用均等・児童家庭局短時間・在宅労働課(2014)，〈改正パートタイム労働法の解説〉，《季刊労働法》，247 号，頁 86。

¹⁷⁸部分工時勞動法第 9 條：「職務內容與受僱於該企業之通常勞動者相同之部分工時勞動者(第 11 條第 1 項所謂之『職務內容同一之部分工時勞動者』。)，於該企業中自慣行或其他情事觀之，於與該企業主之僱傭關係終了為止之全部期間內，對於其職務內容與配置，預估於與該通常勞動者職務內容與配置之變更範圍同一之範圍內變更者(次條及同項所謂『與通常勞動者同視之部分工時勞動者』)，企業主不得以身為部分工時勞動者為由，對於工資之決定、教育訓練之實施、福利厚生設施之利用或其他待遇為差別待遇。」



於緩和¹⁷⁹。

有學者認為，舊部分工時勞動法第 8 條是勞動條件整體之歧視禁止規定，是徹底的僱用平等法，但由於作為比較對象之通常勞動者以及與其比較之要件被設定地過於嚴格，使得機能極為有限¹⁸⁰。而修法後，有學者認為，即使不該當於新法第 9 條之要件，仍得以新法第 8 條之規定，認定不合理而違法¹⁸¹。且有論者指出，社會中實際運作之情形，在近年有非典型勞動者典型化的現象。移向典型之轉換制度並非始於近日，而是早在 2000 年的中期，就有以流通業等為中心將之導入的趨勢。在此中扮演關鍵角色的，就是 2007 年部分工時法之修正。人才確保之困難，可能導致典型化之傾向加速，因而朝向追求部分工時等勞動者之僱用安定、處遇改善以及與典型僱用間之均衡等進展是可以期待的。從企業的角度而言，追求從業員的固定化、提升工作士氣，對勞資雙方來說都是一樁美事¹⁸²。因此，究竟本法適用之成效如何，仍得再為觀察並做更進一步之統計，以作為將來修正之素材。

第三節 綜合評析

承襲前述對美日就業歧視法制之介紹，本節將比較美日就業歧視法制之異同，以及分析美日就業歧視法制之特色與課題，以作為本章之總結。

第一項 美日就業歧視法制之異同

總結上述法制概覽之內容，可以發現美日關於就業歧視法制之發展有以下數個共通特性或趨勢，但各自又有些不同之處。

第一，採取特別立法模式。所謂特別立法模式，係指就某一就業歧視禁止項

¹⁷⁹ 奧田香子(2014)，〈改正パートタイム労働法と均等・均衡待遇〉，《季刊労働法》，246 号，頁 17-18。

¹⁸⁰ 和田肇，前揭註 79，頁 23。

¹⁸¹ 奧田香子，前揭註 179，頁 20。

¹⁸² 逢見直人(2014)，〈非正規の正規化—その実態と法的課題〉，《季刊労働法》，246 号，頁 99。



目單獨立法規範，而不採將多數項目合併立法之模式。姑且不論單獨立法之目的為何，其優點在於可以貼近該項目之特性而量身訂做，使該法在解釋適用上更為明確且更有實效。

美國雖有民權法第七章作為原則性法規，但為因應歧視項目之性質不同，仍將年齡、身心障礙、基因資訊單獨立法。而仍在立法中的禁止性傾向歧視，之所以單獨立法，則是希望透過限縮適用範圍，以取得保守派之認同。雖然目的並非為了項目的適性，但仍是一種選擇單獨立法之原因。而日本方面雖有憲法作為基礎，學者也認為日本國憲法第 14 條第 1 項之事由為例示規定，若無合理理由而為歧視也會受到違反憲法之評價¹⁸³，足具原則性。但日本憲法仍與美國民權法不同，會有憲法第三人效力之問題，不能直接適用於私人關係中。而日本勞基法相關之規定，其禁止項目不多、適用範圍有限，且因違反者會被科以刑罰，依罪刑法定主義，應解為列舉規定¹⁸⁴，作為基礎性法規亦有困難。是以，日本在就業歧視法制上並不具有原則性法規，也是選擇針對各項目單獨立法，且各法規在適用範圍上以及規範方法上亦有些許不同，可反映其政策目標之差異。

第二，就業歧視禁止項目擴張。不論美國或日本，此一項目擴張之趨勢甚為明顯，惟仍有些許值得注意之處。項目增加基本上有三種方式，一為最直接的方式—增加新項目。二為透過擴張解釋原有項目之內涵，以達到項目增加之效果。三為間接歧視之應用，惟此一方式目的並非新創項目，而是將某一不在法規範圍內之項目，透過統計、解釋之方式，納入原有項目之中。美日對於三種方式皆有所應用，但日本新項目增加緩慢、間接歧視只有應用於性別，仍有相當之進步空間。

具體而言，在項目增加上，美國的發展進程比起日本更為快速、大膽，日本對於美國新發展之基因資訊、生活形態歧視等都尚未有立法方面之跟進。然而，即使項目增加迅速如美國，仍然有法所未及之處。有些項目是除了立法新增以外，無法透過解釋現有項目來涵蓋(例如性傾向)，仍待立法繼續努力。而有些項目雖然

¹⁸³ 青木宗也、片剛昇，前揭註 89，頁 48。

¹⁸⁴ 同前註。



已透過解釋來涵蓋，但仍有許多不明、有爭議之處，例如語言。基本上可以認為，不論項目再多都會不敷使用，蓋因隨著社會變遷與科技發展，勞動者在將來會因為什麼樣的特質被歧視是不可預見的。

第三，與生俱來無法改變之特性逐漸弱化。此一趨勢不如第二點明顯，但仍為值得注意之現象。最早期之就業歧視禁止項目，誠如前述學者焦興鎧所謂之「第一代就業歧視禁止項目」，皆為與生俱來無法改變者。但隨著社會變遷，需要納入就業歧視法制保障的項目也逐漸多元。

此一現象首見於增列年齡、身心歧視障礙，蓋因前者雖與生俱來卻會自行改變，並且原則上每個人都會從年輕變老；後者則可能與生俱來或後天而得。更進一步地，美國地方州法出現生活形態歧視，而此一類型歧視之成因也十分複雜，或為天生基因所致，或為自我習慣所致，或為環境所致，難以一概而論。日本除了年齡、身心障礙之外，此一特性則顯現在參考歐盟僱用形態歧視的立法。僱用形態原為勞動者契約選擇意志之展現，自非與生俱來無法改變。然而，由於日本僱用體制上有長期僱用慣行、年功工資制度、企業工會等特徵，這些都只針對正職員工有所適用，形成典型勞動者與非典型勞動者之職務、工作、處遇決定方法迥異，因而有均等、均衡待遇之需求，藉以修正這些差異，避免典型勞動者與非典型勞動者間兩極化¹⁸⁵。這也反映了對於廣泛平等之想像，禁止歧視不再限於與生俱來無法改變之特質。而在所謂「個人尊重」之法律基礎為美日所共有的現況中，到底何種態樣之差別待遇會被禁止，實際上即繫於對於「歧視」輪廓之理解¹⁸⁶。

由此可見，雖然與生俱來無法改變之特性可以強化立法保護之正當性，但實非必要條件，毋寧事實上有無保護必要才是關鍵所在。至於判斷保護必要之標準何在，則是更進一步必須探就之問題。日本學者也指出，有關僱用歧視禁止法規制之課題，隨著歧視禁止事由之擴大，對於基於什麼樣的理由而要禁止、限制差

¹⁸⁵ 労働政策研究・研修機構(2011)〈雇用形態による均等処遇についての研究会報告書〉，頁 15-17。

¹⁸⁶ 安部圭介(2008)，森戸英幸、水町勇一郎編，〈差別はなぜ禁じられなければならないのか〉，《差別禁止法の新展開—ダイバーシティの実現を目指して〉，頁 23-24，東京：日本評論社。

別待遇，是否應予統一理解即為課題¹⁸⁷。此些問題也與我國法將來修法之走向息息相關，應予注意。



第二項 美國就業歧視法制之特色與課題

第一款 美國就業歧視法制之特色

關於美國就業歧視法制之特色，本論文提出以下兩點心得。

第一，美國就業歧視法制有一特殊之處在於其平等就業機會委員會(EEOC)之設置。EEOC 之委員由美國總統所提名，並經由參議院同意後任命¹⁸⁸，層級之高且具有一定之民意基礎，足證美國對於就業歧視禁止之重視。EEOC 不僅受理就業歧視申訴之問題，甚至可以主動為受歧視之勞動者提起訴訟。不僅如此，在防治就業歧視之宣傳與教育上也有所著力，職責範圍非常廣泛¹⁸⁹。

勞資爭議案件其中之重要問題即為勞資雙方經濟地位不對等。雇主之經濟優勢可使其取得較多之法律資源，在訴訟過程中非常容易形成雙方當事人武器不平等之現象。再加上勞動者之經濟壓力使其無法投入過多資源於訴訟中，往往就會選擇放棄訴訟救濟。即使設有訴訟救助制度，勞動者不同於雇主有法定代理人、訴訟代理人可處理訴訟事宜而不影響其事業，勞動者不可能專心致力於訴訟當中。因此，EEOC 主動為勞動者提起訴訟，可以解決勞資雙方武器不平等之問題。

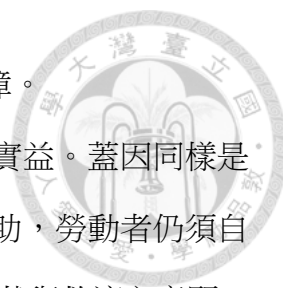
第二，美國就業歧視法制設有懲罰性賠償金之規定¹⁹⁰。對於雇主不法之意圖性歧視(unlawful intentional discrimination)，受歧視之勞動者有權向雇主請求給付懲罰性賠償金。損害賠償原只是彌補、回復損害，對具有經濟優勢之雇主而言並不會造成太大威脅。懲罰性賠償金則在損害賠償之外，額外課與雇主一懲戒性之

¹⁸⁷ 山川和義，前揭註 143，頁 42。

¹⁸⁸ 焦興鎧(2000)，〈美國平等就業機會委員會機能之研究〉，《勞工法論叢(一)》，頁 84，台北：元照。

¹⁸⁹ 同前註，頁 86-87。

¹⁹⁰ 42 U.S.C §1981a(a)(1).



賠償，不僅對雇主有較高之嚇阻效果，也對勞動者有更高之保障。

比起單純設有罰鍰之體制，懲罰性賠償金的效果可能更有實益。蓋因同樣是付出金錢，罰鍰是繳交國庫，對於受歧視之勞動者並無實質幫助，勞動者仍須自行至民事法院提起訴訟方能填補其損害，大大降低勞動者請求制裁與救濟之意願。而美國 EEOC 代為訴訟並能請求懲罰性賠償金之制度則能解決此一問題。

然而，這樣的制度設計有無可能引發濫訴之現象，則可能需要另為研究。

第二款 美國就業歧視法制之課題

美國就業歧視法制經常是走在世界的前端，其所遭遇之課題，理論上會是許多未知的難題，通常是發生問題後，才進行融合與修正。

然而，筆者觀察到的美國困境並非是新興課題，而是一個根本性的問題——就業歧視之現象仍然存在。當然，不能否認就業歧視法制有其成效，可能遏阻了一部份潛在之歧視問題，也提供受到歧視之勞動者得以救濟之管道。但為何就業歧視法制運行多年之美國，時至今日仍然存在就業歧視案件？這一點特別要提到的是宗教上之就業歧視。

美國自 911 事件以來對於伊斯蘭教徒之敵意有增無減。曾有案例顯示，一名在美國土生土長之穆斯林，具有相當優秀之學歷，卻因其名字為 Osama(與據悉為 911 事件策畫者之 Osama bin Laden 同名)而在求職過程中受挫。而當其投遞履歷時，隱其名而只寫其姓氏時，就獲得非常多的面試邀約¹⁹¹。這樣的反應或許情有可原，但這就是實實在在的就業歧視案件。並且，表面上看不出有歧視行為，但實際上卻可透過履歷之篩選達到歧視之效果。

因此，不只是美國，就業歧視法制之成效是各國都必須面對的深刻問題。並非定有各種禁止規定與處罰規定就能確實遏止就業歧視案件。這樣的法制度要如

¹⁹¹ Ishra Solieman, *Born Osama: Muslim-American Employment Discrimination*, 51 Ariz. L. Rev. 1069, 1069-1070 (2009).

何與社會、與人民對話，以及如何從根本落實，仍需持續思考。然此非指美國現行制度成效不彰，而是這樣的制度維持到今日，其效果可能已到達頂點，如何再予強化？是否轉型？或許是下一步的思考方向。



第三項 日本就業歧視法制之特色與課題

第一款 日本就業歧視法制之特色

日本就業歧視法制之特色，本論文認為是一緩和、保守之性格。此處之緩和與保守並不全為負面評價，可為以下兩點說明。

第一，日本法院有尊重日本企業慣行之傾向。日本法院之態度會讓就業歧視所生之差異，較不易進行救濟。另一方面，法院向來將重心放在權利濫用或公序違反等一般條款之發展，這也影響了歧視禁止法理在日本之發展¹⁹²。

第二，日本推行就業歧視禁止多採階段性的手段。從前述性別歧視與身心障礙歧視的發展可以看出，日本雖然觀察到歐美法制之發展，但在國內法的立法上卻不會一步到位，而是漸進式地立法。除了對現有規定逐步修改、擴張以外，也會使用延後生效之方法，來讓社會凝聚共識，讓企業能有所準備。

這樣的緩和、保守性格可謂兩面刃。倘若緩和、保守能讓社會對於就業歧視禁止之接受度提升，使得法制更為落實，雖然耗時較久，但仍不失為徹底改變社會之方法。反之，則有可能是讓就業歧視禁止法制停滯不前或力度不足，導致需要被保護之勞動者，仍無法得到相應之保障。

第二款 日本就業歧視法制之課題

關於日本就業歧視法制之缺失，本論文觀察到以下兩點：

¹⁹²參山田省三於「男女僱用機會均等法成立 30 周年座談會」之發言，收錄於淺倉むつ子等著(2015)，〈座談會：男女僱用機會均等法成立から三〇年—なぜ日本のジェンダー格差は縮小しないのか〉，《労働法律旬報》，1844 号，頁 7-8。

第一，被禁止歧視的情形並沒有統一。對於國籍、信念、社會性身分歧視，在募集、採用之階段並沒有被禁止，而年齡歧視則只有在募集、採用階段被禁止。性別、應與通常勞動者同視之部分工時勞動者、定期契約勞動者則是全部待遇之歧視都被禁止。自歧視禁止之觀點來看，理應統一為妥¹⁹³。

此外，也可以看出對於差別待遇之規制方法有所歧異。對於國籍、信念、社會性身分、性別、應與通常勞動者同視之部分工時勞動者，是規定「不得為差別待遇」。而對於不該當於應與通常勞動者同視之部分工時勞動者，以及派遣勞動者，是要求要施以考慮到與各個通常勞動者、執行同種業務之要派公司的勞動者間的均衡待遇。對於定期契約勞動者，則是禁止設定不合理的勞動條件。關於差別待遇之規制，或有明確的歧視禁止規定，或有考慮均衡上的不合理待遇禁止，存在著這兩種類型¹⁹⁴。

在規制方面，也可以看出有兩面性規制與片面性規制之差異。國籍、信念、社會性身分、性別等之差別待遇是明確禁止的，而且不論有利、不利之差別待遇都被禁止。而在年齡歧視方面則具有由於高齡者保護(僱用促進)而容許年齡限制等，依照歧視修正目的與僱用政策目的，而容許對於特定族群之勞動者給予優惠之特性¹⁹⁵。

最後的歧異之處是，禁止間接歧視之規定，只有限定性地見於「男女雇用機會均等法」。在其他僱用歧視禁止相關的法規制中，並沒有見到這種獨自的歧視類型而為之發展¹⁹⁶。

第二，日本就業歧視禁止法制的共通點是對於具體的救濟方式並沒有明文規定。關於對歧視或不合理勞動條件之私法上救濟，若該行為是法律行為則為無效，

¹⁹³ 山川和義，前揭註 143，頁 41。

¹⁹⁴ 同前註。關於禁止就業歧視與禁止不合理差別待遇之區別，粗略地劃分，可將前者理解為有利不利之差別待遇一律禁止，而後者只禁止不利益之差別待遇。除此之外還有適用於派遣勞動者之均衡待遇要求，係對雇主課予一注意義務而已。至於這樣的分類意義何在、有無必要，是另一複雜之問題，受限於篇幅與能力，予以割愛。

¹⁹⁵ 同前註。

¹⁹⁶ 山川和義，前揭註 143，頁 42。

也可能構成侵權行為，這兩點是很明確的。但對於無效後，該部分之補充則缺乏立法上之措施。或許是因為應該予以補充之內容既多樣又不明確，因此為立法上之措施有其難度。雖然因歧視或不合理勞動條件之決定所生的不利益可以排除，但歧視狀態、不合理狀態之修正，則是委由個案解釋¹⁹⁷。

本論文認為，將具體救濟措施予以明文確實有其難度，可能會過度影響雇主之契約自由。不過，前述美國法設有懲罰性賠償金之制度，既不改變雇主原先之僱用決定，又能實質賠償勞動者之損失，且具嚇阻效力，或許是可供參考之具體救濟方式。退步言之，即使救急措施明文不易，但至少法律效果可以明文規定，而無須再透過民法公共秩序之概念，以強化法律之力度。

第四項 小結

總結以上，美日就業歧視法制可以提供我國法制設計上之啟示可分為三個層面，一為立法模式：採取特別立法制。二為立法內容：就業歧視禁止項目之採擇。三為執行層面：執行機關的設置。

日本法在這三個層面上均提供我國立法研究相當之養分，可供我國思考是否採取相同的制度，或我國國情有何不同，因而需要做出如何的修正。而前二者與本論文主軸較為相關，待第三章介紹我國法後，再一併於第五章討論將來我國就業歧視法制之發展應何去何從¹⁹⁸。

¹⁹⁷ 同前註。

¹⁹⁸ 參本論文第五章第二節，頁 181。

第三章 我國就業歧視禁止項目之分析與比較

在本論文第二章整理分析美、日就業歧視法制，對兩國之相關法制有基礎了解之後，本章將介紹我國禁止就業歧視禁止項目，並對照前述美日法制，探討我國法制相關之問題，與美日法制可供借鏡之處。

第一節 我國法就業歧視禁止項目

我國就業服務法第 5 條第 1 項於 1992 年制定時，禁止就業歧視禁止項目有：種族、階級、語言、思想、宗教、黨派、籍貫、性別、容貌、五官、殘障或以往工會會員身分等，計有 12 個項目。再於 2001 年時，增加婚姻，達到 13 個項目，並將殘障改為身心障礙。最終於 2007 年再增加出生地、性傾向、年齡，已達 16 個項目，且仍有其他特別法規定之項目未列入計算。我國就業歧視法制不同於美日，不僅在項目數量遠大於美日，立法模式則係多數項目盡數集中於一部法律。因此，本節說明以就業服務法為主軸，依照法條規定之順序為介紹，並輔以其他特別法之規定。

第一項 就業服務法第 5 條第 1 項

第一款 種族

何謂種族歧視？依照行政機關之見解，因就業服務法第 5 條之適用對象為本國國民，因此外籍勞工並非就業歧視評議委員會受理就業歧視認定對象¹。然而，此段文字之重點是在本條之適用對象²，並未對種族歧視作出任何定義，因此本條之種族所指為何，仍須考究。

所謂種族，依照學者對憲法第 7 條關於種族之解釋，係將以膚色為區分之人

¹ 行政院勞工委員會職業訓練局(88)台勞職業字第 025548 號函釋，其要旨為：「解釋就業服務法第五條中『種族歧視』之定義」，內文則如本文所述，與種族歧視之定義無關。本函釋於 2007 年廢止。

² 關於就業服務法第 5 條第 1 項適用對象之問題，於本章第二節第一項詳細說明之，頁 96。

種，加上血統、語言、宗教、生活方式及文化之差異，進而形成種族³。由此可知，膚色不同即屬不同種族，膚色相同則須進一步視其他特質、習性是否相同而定。

種族歧視在我國可能發生於對原住民之歧視問題。依原住民身分法第 2 條規定，包含山地原住民與平地原住民，並且須於戶口調查登記中有登記，或其直系血親尊親屬為原住民者。而平地原住民除上述要件外，更須於公所登記平地原住民在案者⁴。子女則依其原住民父母直接取得原住民身分，或依其原住民之父或母其中一方姓氏，或命原住民傳統名字者而取得原住民身分⁵。如此之認定方式僅為黨團協商之結果，雖無法參透其道理，但明文其認定方式仍具必要性，以便界定是否適用其他原住民法規。

對於原住民之保障，除了消極依就業服務法第 5 條第 1 項禁止對原住民為種族歧視外，原住民族工作權保障法則積極要求公營機構⁶、原住民地區之公營機構⁷以及依政府採購法得標之廠商⁸，須依比例進用原住民，藉以保障原住民之工作權。而得標廠商未達進用比例者須繳納代金之規定，雖然限制雇主之營業自由權與財

³ 陳新民(2015)，《憲法學釋論》，修訂 8 版，頁 207，臺北：自刊。

⁴ 原住民身分法第 2 條：「本法所稱原住民，包括山地原住民及平地原住民，其身分之認定，除本法另有規定外，依下列規定：

一、山地原住民：臺灣光復前原籍在山地行政區域內，且戶口調查簿登記其本人或直系血親尊親屬屬於原住民者。

二、平地原住民：臺灣光復前原籍在平地行政區域內，且戶口調查簿登記其本人或直系血親尊親屬屬於原住民，並申請戶籍所在地鄉（鎮、市、區）公所登記為平地原住民有案者。」

⁵ 原住民身分法第 4 條：「原住民與原住民結婚所生子女，取得原住民身分。原住民與非原住民結婚所生子女，從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字者，取得原住民身分。

前項父母離婚，或有一方死亡者，對於未成年子女之權利義務，由具有原住民身分之父或母行使或負擔者，其無原住民身分之子女取得原住民身分。」

⁶ 原住民族工作權保障法第 4 條第 1 項本文：「各級政府機關、公立學校及公營事業機構，除位於澎湖、金門、連江縣外，其僱用下列人員之總額，每滿一百人應有原住民一人」，同條第 2 項：「前項各款人員之總額，每滿五十人未滿一百人之各級政府機關、公立學校及公營事業機構，應有原住民一人。」

⁷ 原住民族工作權保障法第 5 條第 1 項本文：「原住民地區之各級政府機關、公立學校及公營事業機構，其僱用下列人員之總額，應有三分之一以上為原住民」，同條第 3 項：「原住民地區之各級政府機關、公立學校及公營事業機構，進用須具公務人員任用資格者，其進用原住民人數應不得低於現有員額之百分之二，並應於本法施行後三年內完成。但現有員額未達比例者，俟非原住民公務人員出缺後，再行進用。」

⁸ 原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項：「依政府採購法得標之廠商，於國內員工總人數逾一百人者，應於履約期間僱用原住民，其人數不得低於總人數百分之一」，同條第 3 項：「得標廠商進用原住民人數未達第一項標準者，應向原住民族綜合發展基金之就業基金繳納代金。」

產權，但依照司法院釋字第 719 號解釋，仍未逾比例原則，並不違憲。縱使得標廠商將繳納代金作為替代手段，亦即非因未達進用比例而繳納代金，而是直接選擇繳納代金以符合法規，形同規避積極進用之規定，則該就業基金如何應用，以及是否有助於原住民之工作權保障與提升即為關鍵⁹。

雖然對於原住民之保障在積極面與消極面均有規範，然而最根本性的問題仍是原住民之認定。我國原住民從早期 9 族演變至今有 16 族¹⁰，並且尚有持續爭取正名之族群¹¹。可見目前社會中，仍有部分實質上具有原住民身分者，在法律上卻無法受到上述法規範之保護。另一方面，部分法律上具有原住民身分者，外觀上可能與漢民族無異，亦居住於非原住民地區，獲取之資源相對於非原住民者並未較低時，亦即其實質上並非弱勢族群時，倘若在就業市場上予以額外保護，則會排擠其他弱勢之原住民或非原住民者之工作機會。諸如此類之問題皆仍有待解決。

另一方面，隨著我國移民人口增加，對新移民也可能產生種族歧視問題，也會與下述之出生地歧視、語言歧視產生競合。

第二款 階級、語言、思想

於就業服務法立法過程中，有委員主張加入階級、語言與思想之禁止歧視項目。理由在於階級為憲法第七條所明定，應予落實；語言之部分則是由於方言及口音等問題；思想則是避免雇主以員工思想偏差，或與雇主自己之想法不同而對員工有所歧視¹²。

對於增列這三個項目，在過程中有諸多討論。首先，針對階級，持反對意見

⁹ 關於原住民族綜合發展基金如何管理應用，可參原住民族綜合發展基金收支保管及運用辦法；至於實際效果則須另為研究觀察，此部分因非本文重點，留待相關領域人員研究之。


¹⁰ 參原住民組委員會網站之原住民族簡介：

<http://www.apc.gov.tw/portal/cateInfo.html?CID=8F19BF08AE220D65>(最後瀏覽日期：2016 年 1 月 28 日)。

¹¹ 首屆平埔正名高峰會，參 MATA TAIWAN：

<http://www.pure-taiwan.info/2015/08/summit-meeting-of-pepo-recognition>(最後瀏覽日期：2016 年 1 月 28 日)。

¹² 立法院秘書處(1993)，《法律案專輯—就業服務法案》，151 輯(下)內政(68)，頁 323。



者認為歧視本身就涉及到階級，禁止歧視就是一種對階級的保護，因而無須再增列階級。亦有認為，台灣地區並無階級僵化現象，勞動階級與中小企業之間的角色互換頻率非常高，因而無增列之必要。以及，階級為封建時代的用詞，可能鼓勵向上或向下流動，增列階級並無特殊意義。惟亦有持肯定意見者認為，機關中有高官、中官或職員之不同，亦有學歷、職位之高低，均應受尊重而不應有所歧視，故階級有列入之必要¹³。

對於階級歧視，有學者認為我國目前社會並無所謂階級制度，如將階級勉強解為勞資階級或有產無產階級，雖可反映出某些社會現象，但仍有其邏輯解釋之困難¹⁴。既然本項目最初是由憲法而來，則解釋上仍應先理解憲法第 7 條中，階級之意義為何。有學者僅指出我國已非階級社會¹⁵，故而對階級沒有多作論述，似乎是指所謂階級，乃由國家所制定或認可之階級，而非僅為社會自我形成之現象。亦有認為，平等權源自於 18、19 世紀，立憲主義建立之初，僅少數人如地主、貴族等人享有參政權，係資產階級之政治制度，因而有馬克思主義者之反動¹⁶。從而，對憲法第 7 條階級之解釋，應指資產階級與非資產階級之區分。然而，亦有採廣義見解者認為，階級平等指不分貧富、職位，在法律上一律平等¹⁷。如此一來，階級便不限於資產階級與非資產階級之分，職位高低也可能是一種階級。

而實務見解則曾表示，「階級歧視」是指求職人或受僱人因「貧富、身分、財產、知識水準高低、職位區隔等因素而在就業上受到歧視」¹⁸。雖然該函釋未具體之判斷標準為何，但可以看出實務對階級歧視之定義採廣義解釋。

此外，筆者搜尋到台灣菸酒股份有限公司條例似乎有規範階級歧視。亦即，在該條例第 10 條第 4 項規定：「本公司從業人員，不得因其晉用資格之不同而予

¹³ 同前註，頁 325、328-329、440。

¹⁴ 焦興鎧(2002)，〈我國就業歧視評議制度之現況及實施檢討評析〉，《臺大法學論叢》，31 卷 2 期，頁 170。

¹⁵ 李惠宗(2012)，《憲法要義》，6 版，頁 138，臺北：元照。

¹⁶ 吳庚、陳淳文(2014)，《憲法理論與政府體制》，增訂版，頁 161-162，臺北：三民。

¹⁷ 黃炎東(2014)，《中華民國憲法概要》，2 版，頁 60，臺北：自刊。

¹⁸ 行政院勞委會(96)勞職業字第 0960032114 號函。

以歧視」。蓋因該公司之從業人員部分人員具公務員身分，則公務員出身與非公務員出身間，即可能為一階級。

關於階級之定義，本論文認為，宜採廣義解釋為宜，理由在於：1.階級之劃分不易，可能有非常多種區隔標準。2.依就業服務法之立法原意，也不限於資產階級與非資產階級之分類。3.為使本項禁止歧視規定達到最大效用，應採廣義解釋。因此，對於階級應解為不論貧富、職位、學歷，任何與工作能力無關之高低分類，皆屬階級歧視之範疇。至於如此廣義理解可能會衍生之問題與解決方法，詳如後述¹⁹。

其次為語言歧視。所謂語言歧視，係指雇主不得因對某種語言之偏見或偏好，而對會使用或不會使用與工作所需無關之某種語言的求職人或受僱人，在就業上給予不公平之差別待遇²⁰。至於口音、勞動者是否只會一種語言等就具體之問題，則未見相關說明。學者則認為，雇主不得因對某種語言的偏見或偏好，而對會使用或不會使用該語言之求職人或受僱人，在就業上給予差別待遇²¹。此處應予強調者為，是雇主對於某種語言之「偏見或偏好」，而與工作需求無關。倘若是工作所需，則屬於工作能力之問題，可以構成差別待遇之正當理由。一般情況下，是否為工作所需不難判斷，惟某些情況仍不易判斷。例如，立法過程中有委員舉例，如小雜貨店只需三個員工，而雇主本身不懂國語，若最先來求職者為只會說國語之老兵，則此時能否要求雇主應僱用之²²？以工作職責而言，語言並非重點，然而於工作當中與雇主、同事之溝通也甚為重要，如求職人或受僱者不會該工作場所中多數人所使用之語言，則難保其工作表現不會不如預期。惟淺見以為，倘若雇主或同事本身具有其他足以與該求職人或受僱者溝通之語言，並且使用該語言並不會產生過大影響時，仍應認雇主不得以語言為由予以歧視。原則上此類情形應

¹⁹ 參本章第二節第二項第一款，頁 102。

²⁰ 行政院勞工委員會(99)勞職業字第 0990511417 號函。

²¹ 鄭津津(2002)，〈美國就業歧視法制之研究—兼論我國相關法制應有之發展〉，《臺大法學論叢》，32 卷 4 期，頁 175。

²² 立法院秘書處，前揭註 12，頁 332。



為少數，是否透過修法增加就業服務法適用之限制，例如限於 15 人以上之企業，此為立法政策考量問題，仍須視整體社會適用情況而定。

雖然語言歧視之認定不易判斷，但將之明文規定，反而能免去如同美國法必須透過解釋原始國籍內涵之麻煩。我國雖無原始國籍之規定，但有類似概念之出生地歧視。若未明文語言歧視，則須解釋語言特質與出生地特質之關連，實徒生困擾²³。因此，定有語言歧視，並釐清判斷標準與正當理由，對勞動者之保障較明確，也讓雇主易於遵守規定。

最後，對於思想歧視，學者認為依社會通念，應指個人之意識型態，而與個人政治主張及立場有密切關聯²⁴。惟根據上述立法過程，主張增列思想歧視之發言，並未將所謂思想限縮於意識型態，舉凡個人想法皆可能涵括在內，只是意識型態之爭較為常見而已。也因此立法過程中，有委員主張，對他人思想之判別十分困難，至多只能透過觀察其行為，視其加入何政黨來判斷，則黨派足以保障，無須增列思想歧視²⁵。行政機關則指出，思想始於思維，是人腦對於現實事物間接的、概括的加工形式，以內隱或外隱的語言或動作表現出來²⁶。至於該表現出來之動作是否亦包含在禁止思想歧視所保護之範疇，則未見說明。

分析以上三個項目，除階級係與生俱來之外，語言與思想則為後天影響居多。至於階級是否能夠改變，係有關階級翻轉與階級再製之問題²⁷。語言基本上可以後天學習，但發音不標準或口音之問題，能否矯正則須視個人情況而定。思想則更為縹緲。一個人的思想能否改變，完全無法以統計、科學或邏輯予以論證。基本上可以說這三個項目彼此之間沒有共通特性，之所以被一起提出來，可能只是基於一種不能因為這些理由歧視求職人或受僱者，這樣的一種理念而已。

²³ 有學者即認口音係屬於間接出生地歧視，參藍科正(2012)，〈論出生地就業歧視〉，《新北市政府防制就業歧視案例實錄 10》，頁 30。

²⁴ 鄭津津，前揭註 21，頁 175-176；焦興鎧，前揭註 14，頁 41。

²⁵ 立法院秘書處，前揭註 12，頁 440。

²⁶ 行政院勞工委員會(99)勞職業字第 0990073854 號函。

²⁷ 一般認為教育可促進階級流動，然而目前多有主張因教育資源分配不均導致階級再製之現象，參呂晶晶(2008)，〈從 M 型社會談台灣教育之社會正義〉，《學校行政》，57 期，頁 93-94；黃怡雯(2008)，〈偏遠地區國中學生基測成績之探究〉，《學校行政》，58 期，頁 68。



第三款 宗教、黨派

我國宗教文化多元，基本上並無單一宗教與我國文化相結合。既然宗教種類繁多，則很難一概而論宗教於就業歧視禁止項目中，究竟具有怎麼樣的特性。是否與生俱來？是否能依己力改變？不同宗教可能會有不同之結果。然而，無庸置疑的是，若個人之宗教信仰與工作無關，無礙於其工作表現時，應認不得因其宗教信仰而予以歧視。

黨派歧視亦源於憲法第 7 條，而黨派即指政黨。鑒於我國之歷史背景，政黨色彩影響個人之社交生活甚多。立法過程中有委員表示，在軍方或警方中，民進黨籍人士根本不要妄想升官²⁸。在當時社會中，雇主會因政黨偏見或偏好而對求職人或受僱人有差別待遇。時至今日，社會中政黨對立之情況仍屢見不鮮，具少數黨色彩者，於職場遭遇到之情況或許不如以往嚴峻，但並不代表不會受到政黨色彩影響。具多數黨派色彩者，於今日社會也不必然不會受到歧視。因此，禁止黨派歧視仍有其必要。


惟究竟何種情形構成黨派歧視，實務見解並不明確。例如，某黨中央黨部工作人員服務辦法規定：「黨工應具備黨員身分，未入黨者，應於辦理入黨手續後予以正式任用。特殊情形經人評會同意無須入黨者，不在此限」。行政機關認為「似已與就業服務法第 5 條第 1 項規定立法意旨及憲法精神有相違「之虞」²⁹。態度十分曖昧不明。依前述日本法關於傾向事業之說明，應認政黨合於此類企業，而得以加入政黨作為任職條件，並不構成就業歧視。

第四款 籍貫與出生地

所謂籍貫，就業服務法並未給予定義，一般而言應指早期我國身分證上記載

²⁸ 立法院秘書處，前揭註 12，頁 328。

²⁹ 行政院勞工委員會(95)勞職業字第 0950068004 號函。



之籍貫，大多用以區分所謂本省人與外省人³⁰。論者有謂籍貫係指個人祖先之原來國籍³¹。然而，依照 1945 年戶籍法³²第 5 條規定：「中華民國人民之籍別，以省及其所屬之縣為依據」，是以，本籍欄位皆記載地區，並非國籍。因此，將籍貫理解為祖先之原來國籍或許不太合適，而應指特定地方(省、縣)³³。而本省與外省之區分，起源於中國大陸之戶口統計模式，係以省為主要統計單位，則在人口流動之情況下，本籍地與現住地不同時，即為外省人，亦即所謂「外省籍」是一相對、流動之籍貫身分³⁴。但當政府統治僅限於台灣省時，本省與外省之劃分即為固定。蓋因本籍非台灣省者，只要持續留在台灣省，就會被認定是外省籍。

然而，到了 1992 年，戶籍法修正，取消本籍之登記，理由在於省籍情結造成社會之隔閡與不安，因此改以出生地取代之，使籍貫發揮真正之意義³⁵。隨後於 2005 年發行之新式身分證，亦改為記載出生地，不再有本籍欄位。因此，就業服務法第 5 條第 1 項關於出生地此一項目之增列，在法案形成中之原意係為配合身分證上出生地欄之格式，故將籍貫改為出生地³⁶。然而，籍貫與出生地仍有所區別。出生地依其字面意義並不難理解，即指出生之所在。而籍貫依上述說明則是指以連結省縣之方式分類個人身分之本籍，依舊戶籍法之規定，籍貫與出生地不盡然相同³⁷。且我國對於籍貫之概念仍未完全淡化，在職場中仍不排除透過口頭、書面，直接詢問或間接刺探，進而得知受僱人之籍貫，而可能對特定受僱人有不利對待

³⁰ 鄭津津，前揭註 21，頁 176。

³¹ 林明珠(2002)，〈淺論就業歧視之禁止—我國法律之規定與實務問題探討〉，《全國律師》，6 卷 3 期，頁 17。

³² 戶籍法制定於 1931 年，於 1934 年略為修正，至 1945 年全文修正。由於 1945 年修正後與原先版本差異太大，因此本文引用之最早期版本為 1945 年。

³³ 王甫昌(2005)，〈由「中國省籍」到「台灣族群」：戶口普查籍別類屬轉變之分析〉，《台灣社會學》，9 期，頁 63-64。

³⁴ 同前註，頁 75。

³⁵ 立法院公報處(1992)，《立法院公報》，81 卷 50 期，頁 61。

³⁶ 立法院公報處(2007)，《立法院公報》，96 卷 8 期，頁 173。

³⁷ 1945 年戶籍法第 17 條第 1 項第 1 款之規定：「一、子女除別有本籍者外，以其父母之本籍為本籍。」由本規定可知，縱使出生於某地，只要與父母之本籍不同，仍會以父母為主，即產生籍貫與出生地不同之現象。

之情形。是以，將籍貫保留並另行增列出生地之作法應予肯認³⁸。

此外，出生地與居住地亦不相同。出生地具有與生俱來無法改變之特性，居住地則否。倘若雇主徵才時為增進產業與地方共榮發展，而定有所謂「睦鄰權宜條款」，亦即儘量僱用當地市民以增加就業機會，此係以居住地作為優先僱用條件，而非指出生地，並不違反就業服務法第 5 條第 1 項之規定³⁹。

既然出生地與籍貫無關，則此一項目會發生作用之情況即可能在於對我國新移民之歧視⁴⁰。根據內政部移民署之統計，截至 2015 年 6 月，我國外裔、外籍配偶，以及大陸、港澳地區配偶，合計為 504,399 人⁴¹。這些新移民在我國之工作權亦應予以保障，但礙於語言、文化以及法規限制等因素，仍會遭遇許多就業歧視之問題。因此，新移民於我國之工作權保障仍有相當進步空間⁴²。

此外，行政機關有見解表示，因就業服務法第 5 條第 1 項之「求職人或所僱用員工」尚包含具合法工作權之外籍與大陸地區配偶等人員，因此雇主若以「須具備中華民國身分證」為職業之限制，即屬出生地歧視⁴³。實際上此一爭議與前述種族歧視之問題相同，係本條適用對象之問題。除非透過間接歧視之概念，經過一連串論證得出中華民國身分證與出生地，具有高度正相關，否則出生地一詞從字面上無法導出具備中華民國身分證一事。因此，若要得出本函釋「以須具備中華民國身分證為職業之限制，屬出生地歧視」之結論，前提是本條之適用對象包含非本國人，且須以間接歧視論證統計上多數出生地非我國之人多不具我國身分證，方能夠成出生地歧視。是以，本論文認為上述行政機關見解稍嫌速斷。

³⁸ 行政院之修正版本，據當時勞委會副主委表示，籍貫是戶籍法之規定，出生地之範圍較廣，參立法院公報處(2007)，前揭註 36，頁 173。

³⁹ 行政院勞工委員會(97)勞職業字第 0970084251 號函。

⁴⁰ 焦興鎧(2010)，〈台灣就業上出生地歧視之探討—兼論美國經驗之啟示〉，《月旦法學雜誌》，182 期，頁 192。

⁴¹ 內政部戶政司全球資訊網：<http://www.ris.gov.tw/346>(最後瀏覽日期：2016 年 1 月 28 日)。

⁴² 關於外籍配偶於我國有關就業平等之問題，參鄭津津(2015)，〈談外籍與大陸配偶在我國之就業平等障礙與應有之保障〉，《台灣勞工季刊》，44 期，頁 48-51。

⁴³ 行政院勞工委員會(102)勞綜 4 字第 1020155155 號函。



第五款 性別與性傾向

關於性別與性傾向，首先必須說明者，係二者為不同之概念。性別為與生俱來應無疑義，而性傾向則是隨著醫學科技進步，才逐漸發現其並非後天社會化之結果，乃是天生即具有者⁴⁴。

在就業服務法第 5 條第 1 項增列性傾向之禁止項目之前，地方政府之就業歧視評議委員會對於性別歧視即有作出擴張解釋之案例。例如，申訴人為男性，卻有女性化穿著之打扮，因而遭雇主以其「不男不女」為由而解僱之。而同性間之性騷擾，也有被認定為是性別歧視的案例⁴⁵。

立法院於同會期增列年齡與出生地時，在委員會有較多的討論。但是，性傾向之增列在委員會當中並沒有太多討論，僅以「現在是普世價值的時代」，即將之納入禁止歧視項目中⁴⁶。隨後性別工作平等法之修正，也跟隨就業服務法之修正，於該法第 7 條增列性傾向之項目。並同時在修正理由中明示，該條所稱之性別，除了指性別的生理特徵外，亦應包含對性別的刻板印象，如生理特徵為男性者之於豪邁；生理特徵為女性者之於溫柔等⁴⁷。本論文認為，性別工作平等法在就業歧視領域，一來屬特別法而應優先適用，另一方面規定較詳細，有助於解釋適用，對受僱者之保障亦較為充足，故就業服務法對於性別之解釋亦應與性別工作平等法相同，較為妥適。

雖然增列性傾向，仍無法涵蓋性別認同、跨性別者等特質⁴⁸。實務上曾有一案

⁴⁴ 焦興鎧(2010)，〈什麼是就業上性傾向歧視？—美國與歐洲聯盟經驗之探討〉，《全國律師》，14 卷 4 期，頁 6；同作者，前揭註 14，頁 44。

⁴⁵ 焦興鎧，同前註第一文，頁 18；同作者(2009)，〈美國就業上性傾向歧視爭議之探討〉，《歐美研究》，39 卷 1 期，頁 67-68。

⁴⁶ 立法院公報處，前揭註 36，頁 178。

⁴⁷ 於 2007 年就業服務法之修正案中，立法委員黃淑英等人即在修正動議提案說明中，對本法第 5 條第 1 項提出同樣之主張，亦即性別氣質之傳統刻板印象。惟最終修正理由謹記載「照黨團協商條文通過」。同前註，頁 173。

⁴⁸ 學者對此認為，僅以性傾向作為保障多元性別者之工作權益顯然不足，應將性別作廣義理解，參郭玲惠(2013)，〈性別表現或性傾向歧視案—評臺北地方法院一〇〇年度勞訴字第一七二號民事判決〉，《月旦裁判時報》，22 期，頁 51。



例，被告機關主張原告雇主有性別認同歧視，惟法院最終確認定係性傾向歧視⁴⁹。事實上性傾向與性別認同為不同概念⁵⁰，從性別平等教育法之用語亦將性別、性別特質、性別認同與性傾向並列⁵¹，可見彼此間仍為不同之概念。

此外，懷孕歧視是否屬於性別歧視？實務見解對此明白表示：「雖然並非每個女性皆會選擇懷孕或都可以懷孕，但因懷孕而在職場中受到差別待遇者均為女性，男性不會遭遇此種困境與問題，因此，一般認為懷孕歧視應被視為雇主基於性別而採取之差別待遇，為性別歧視之一種」⁵²。學者並認為，性別工作平等法第 11 條⁵³所隸屬之章節即為「性別歧視之禁止」，則將之解為性別歧視之相關規定應無妨⁵⁴。亦即，懷孕歧視，即為性別歧視。

至於性騷擾之部分，依照上述就業歧視評議委員會之案例，亦認為性騷擾屬於性別歧視之一種，並且包含同性間之性騷擾⁵⁵。學者亦認為，依照我國兩性工作平等法(現為性別工作平等法)之立法模式，立法原意即是將工作場所之性騷擾視為一種就業上性別歧視⁵⁶。

綜上所述，關於禁止就業歧視禁止項目中之性別，我國對此之理解應比前述美國、日本之理解更為廣義，不僅指生理性別，尚包含性別特質，亦即所謂性別刻板印象。而性傾向既為獨立之項目，對同性戀者之保障自然更為明確，比之美

⁴⁹ 臺北地院 101 年度簡字第 164 號判決，判決評釋參葛百鈴(2014)，〈性傾向？性別認同歧視？—臺北地方法院 101 年度簡字第 164 號判決〉，臺北大學法律學院勞動法研究中心主編，《性別工作平等法精選判決評釋》，頁 73-82，臺北：元照。

⁵⁰ 性別認同指的是每個人對於我屬於什麼性別的主觀意識認同，性傾向則是指一個人是屬於異性戀、同性戀、雙性戀或無性戀之傾向，參李念祖(2013)，〈性別辨識與性別認同〉，《在野法潮》，19 期，頁 10。

⁵¹ 參性別平等教育法第 12 條第 1 項、第 13 條、第 14 條。

⁵² 臺北高等行政法院 102 年度訴字第 633 號判決。相同見解有臺北地院 103 年度簡字第 252 號判決、苗栗地院 104 年度簡字第 18 號判決。

⁵³ 性別工作平等法第 11 條：「雇主對受僱者之退休、資遣、離職及解僱，不得因性別或性傾向而有差別待遇。工作規則、勞動契約或團體協約，不得規定或事先約定受僱者有結婚、懷孕、分娩或育兒之情事時，應行離職或留職停薪；亦不得以其為解僱之理由。違反前二項規定者，其規定或約定無效；勞動契約之終止不生效力。」

⁵⁴ 李玉春(2012)，〈我國懷孕歧視司法實務問題之研究〉，《法令月刊》，63 卷 3 期，頁 50。

⁵⁵ 法院亦同此解，參最高行政法院 93 年度判字第 1263 號判決。

⁵⁶ 焦興鎧(2004)，〈工作場所性騷擾是不是就業上性別歧視？—試評臺北高等行政法院一則相關判決並兼論美國經驗之啟示(上)〉，《全國律師》，8 卷 2 期，頁 22。

日，我國對於性傾向此一特質似更為包容。惟即使已將性傾向納入項目，仍無法包含性別認同，究應立法明示或擴張性別之內涵，仍有待研究。



第六款 年齡

就業服務法立法之初對於是否將年齡列為禁止歧視項目有諸多討論。曾有認為只要落實就業服務法第 24 條⁵⁷促進中高齡就業之計畫即可，無須將年齡列為法定項目⁵⁸。而最終則係因立法委員郁慕明認為中、高齡者當然有差別而反對列入禁止歧視項目⁵⁹，院會為順利逕付二讀而將年齡刪除。

於 2007 年再次就年齡歧視為討論時，主要之目的在於解決我國面臨高齡化社會，對中高齡勞動力人口投入就業市場之問題⁶⁰。因而產生就業服務法第 5 條第 1 項之年齡，是否限於中高齡者之爭議。以前述美國為例，係保障 40 歲以上之員工，而我國法對年齡此一項目則無任何限制或描述。

對此，學者認為僅保障中高齡者或保障所有年齡層者，並無好壞對錯，只是仍宜明確規範，以杜爭議⁶¹。實務見解部分，最高行政法院維持原審見解，亦認為本條條文既未限定年齡區間，則自無僅中高齡者受保障之理⁶²。本論文認為，年輕人畢業即失業，以及新人普遍低薪之就業困境，其嚴重性不比中高齡失業低，同樣是整個社會結構、社會氛圍之問題，不應只保障中高齡者。況且，對於中高齡者特別為保障，某程度也造成貼標籤之效果。例如老人福利法第 29 條規定：「雇

⁵⁷ 就業服務法第 24 條第 1 項第 2 款：「主管機關對下列自願就業人員，應訂定計畫，致力促進其就業；必要時，得發給相關津貼或補助金：……二、中高齡者。」

⁵⁸ 立法院秘書處，前揭註 12，頁 327。

⁵⁹ 立法院秘書處，前揭註 12，頁 674。

⁶⁰ 不論立法委員盧天麟等人或立法委員黃適卓等人提出之修正版本，對於年齡項目之增列都是著眼於中高齡者。前者參立法院公報處(2005)，〈立法院第六屆第一會期第十三次會議議案關係文書〉，〈立法院議案關係文書院總第一五三七號委員提案第六二二八號〉，頁 349-351；後者參立法院公報處(2005)，〈立法院第六屆第二會期第四次會議議案關係文書〉，〈立法院議案關係文書院總第一五三七號委員提案第六四〇六號〉，頁 101-103。

⁶¹ 鄭津津(2009)，〈建立就業年齡歧視判定標準制度研究計畫報告〉，頁 27，委託單位：行政院勞委會職業訓練局(現改為行政院勞動部勞力發展署)；同作者(2010)，〈就業上年齡歧視之探討〉，《月旦法學雜誌》，184 期，頁 195。

⁶² 最高行政法院 101 年度判字第 1036 號判決。

主對於老人員工不得予以就業歧視」，而所謂老人，依同法第 2 條係指滿 65 歲以上之人。對於滿 65 歲以上仍身強體健、有工作能力之人，被特別標列為老人員工，再提醒雇主不得予以歧視，與直接禁止不分區間之年齡歧視相比，後者顯得中性許多。

第七款 婚姻

關於婚姻歧視，依字面理解，應指個人之婚姻狀態，可能為未婚、已婚、離婚或喪偶。回顧修法增列本項之過程，不論在委員會審查之階段⁶³，或是二讀逐條討論之階段⁶⁴，都沒有對於婚姻此一項目之增列有任何討論。行政院所提之修正草案說明中，也沒有交代任何理由，僅以「增列雇主對求職人或所僱用員工不得因婚姻予以歧視」一語帶過⁶⁵。

事實上，早在本法立法初期就有委員提及，婚姻狀態是可能受到歧視的，尤其離婚後的女性在找工作時，往往會受到歧視⁶⁶，反映了當時對女性仍有偏見之現象。然而該委員只是提及此一現象，提醒其他委員於列舉時應多方考量，並未積極主張增列婚姻項目。在修法增列婚姻項目之前，行政機關曾有函釋表示，如設有女性員工結婚即須離職之規定，即有就業歧視之嫌，主管機關應就個案具體事實認定之⁶⁷。在當時既無婚姻歧視，這類「單身條款」⁶⁸又都僅適用於女性，則應屬性別歧視之範疇，縱使未增列婚姻項目也能夠解決問題。

此處比較值得注意的議題是，禁止裙帶關係或不得僱用配偶等限制。此類條款主要目的在於避免發生利益衝突或營業祕密外洩⁶⁹。這樣的條款只會適用於已婚

⁶³ 立法院公報處(2001)，《立法院公報》，90 卷 19 期，頁 357。

⁶⁴ 立法院公報處(2001)，《立法院公報》，90 卷 62 期，頁 495。

⁶⁵ 立法院公報處(1999)，《立法院第四屆第二會期第十三次會議議案關係文書》，〈立法院議案關係文書院總第一五三七號政府提案第六九〇六號〉，頁 508、513。

⁶⁶ 立法院秘書處，前揭註 12，頁 324。

⁶⁷ 行政院勞工委員會(83)台勞職業字第 00881 號函。

⁶⁸ 關於單身條款之法律性質、是否違反公序良俗等爭議，參郭玲惠(2004)，《兩性工作平等—法理與判決之研究》，2 版，頁 39-69，臺北：五南。

⁶⁹ 焦興鎧(2006)，〈就業歧視爭議之最新發展〉，《台灣勞工雙月刊》，4 期，頁 50。

者，因而引發婚姻歧視。而避免利益衝突或營業祕密外洩能否構成正當理由，即為問題之所在。因此，能否謂婚姻歧視皆能透過性別歧視予以涵蓋，淺見以為並不盡然。



第八款 容貌與五官

就業服務法並未對容貌與五官給予定義。一般而言，以社會通念理解之，所謂容貌應指個人相貌之美醜、是否端正、有無殘缺，五官則指個人之眼、耳、口、鼻以及眉毛⁷⁰。不論容貌或五官，皆在臉部範圍內，二者重疊性極高，五官可謂完全包含於容貌之中。因此，此二項目究竟有何獨立並列之意義令人困惑。

關於容貌，在最初立法草案中並無此一項目，係在草案修正之過程中立法委員趙少康提及「外貌美醜，身高等問題，也不應予以歧視限制」⁷¹。而立法委員蔡壁煌則認為，容貌究竟係指身體各部份？或僅限臉部？是否包含殘障者？並不明確，因而建議將容貌改為外型⁷²。至於五官，立法委員吳勇雄則是認為，容貌只是美醜之分，美醜與工作效率並無相關，因此容貌歧視之情況較少；殘障歧視則相當多，殘障人士五官不正已甚為不幸，因而主張在容貌之下增列五官，藉以包括身體、四肢，將能更周延照顧殘障人士⁷³。

從以上立法記錄觀之，最初之發想係包含容貌與身高，但法案列入之文字僅容貌。而對五官之理解則是完全超出文義，也不符合一般人之認知。雖然為保障殘障人士立意良好，但五官很明確即指耳、耳、口、鼻、眉毛，如何能涵蓋身體、四肢，上述立法委員吳勇雄之主張，著實令人費解。毋寧外型一詞所指涉之範圍最廣，舉凡人體外在身形皆包含在內，比起容貌、五官並列，反而更為清楚明瞭。

對此，行政機關之見解認為，雇主對於身高、體重之限制，可能違反本項之

⁷⁰ 鄭津津，前揭註 21，頁 177；林明珠，前揭註 31，頁 18。

⁷¹ 立法院秘書處(1993)，《法律案專輯—就業服務法案》，151 輯(上)內政(68)，頁 148-149。

⁷² 立法院秘書處，前揭註 12，頁 321。

⁷³ 同前註，頁 322。

容貌歧視⁷⁴。法院亦認為「容貌」應是指個人臉型相貌美醜、端正、體格胖瘦、身材高矮與殘缺等外在條件⁷⁵。由此可見，容貌、五官二者皆指人之外型，實無獨立並列之必要。



第九款 身心障礙

身心障礙之用語於修正前為殘障。就業服務法在最初行政院版本之草案修正案中，並未列殘障為禁止歧視項目。於修正案討論過程中，除前述欲以五官來保障殘障者外，另有委員提到要增列殘障項目，但兩次被以殘障福利法及就業服務法草案第 24 條已對殘障者有所保障為由拒絕，之後未有反對意見才增列成功⁷⁶。1997 年，殘障福利法改為身心障礙者保護法(2007 年再改為身心障礙者權益保障法)，將原本殘障之定義加以擴張，納入精神病患，並將帶有負面觀感之殘障二字改為身心障礙⁷⁷。就業服務法配合該法之修正，亦將殘障改為身心障礙⁷⁸。

關於身心障礙之定義，實務有見解認為，就業服務法第 5 條第 1 項之身心障礙，係依身心障礙者權益保障法第 5 條⁷⁹規定所列各款身體系統構造或功能，有損傷或不全導致顯著偏離或喪失，影響其活動與參與社會生活，經醫事、社會工作、特殊教育與職業輔導評量等相關專業人員組成之專業團隊鑑定及評估，領有身心

⁷⁴ 行政院勞工委員會(100)勞職業字第 1000506072 號函。

⁷⁵ 行政院勞委會(100)勞職業字第 1000065914 號函。新北地院 102 年度簡字第 93 號行政判決同此見解，認本案勞動者身上之刺青，係屬容貌之一環。

⁷⁶ 立法院秘書處，前揭註 12，頁 323-324、440-442、448-449。

⁷⁷ 立法院公報處(1994)，《立法院公報》，83 卷 43 期，頁 62-63。

⁷⁸ 立法院公報處，前揭註 65，頁 512。

⁷⁹ 身心障礙者權益保障法第 5 條：「本法所稱身心障礙者，指下列各款身體系統構造或功能，有損傷或不全導致顯著偏離或喪失，影響其活動與參與社會生活，經醫事、社會工作、特殊教育與職業輔導評量等相關專業人員組成之專業團隊鑑定及評估，領有身心障礙證明者：

- 一、神經系統構造及精神、心智功能。
- 二、眼、耳及相關構造與感官功能及疼痛。
- 三、涉及聲音與言語構造及其功能。
- 四、循環、造血、免疫與呼吸系統構造及其功能。
- 五、消化、新陳代謝與內分泌系統相關構造及其功能。
- 六、泌尿與生殖系統相關構造及其功能。
- 七、神經、肌肉、骨骼之移動相關構造及其功能。
- 八、皮膚與相關構造及其功能。」



障礙證明者⁸⁰。

然而，以身心障礙者權益保障法為認定基準會產生一問題：未領有手冊之身心障礙者，能否主張就業歧視之保障？勞動者未領有手冊不代表沒有身心障礙，可能受限於鑑定之要件或其他因素而未能領有手冊，但仍可能受到歧視。因此，應認就業上之身心障礙歧視，應與身心障礙手冊脫鉤處理。學者亦認為，就業服務法施行細則第 9 條⁸¹並未包含母法第 5 條，應認是主管機關有意作不同處理⁸²。實務有一案例係勞動者接獲公司之錄取通之後，告知公司其領有身心障礙手冊，即遭公司取消錄取資格。法院認為勞動者對於身心障礙之情事並無主動揭露之義務，因此該公司主張勞動者人事資料填載不實構成詐欺等，並不足採⁸³。雖未明言身心障礙手冊與就業歧視間之關係，但倘若勞動者無須告知，則似乎手冊即非重要要件。行政函釋雖有見解認未達身心障礙者權益保障法之身心障礙，仍可能構成五官、容貌歧視⁸⁴，然此依舊不能解決外觀上看不出來，亦未領有手冊之身心障礙者，其受到就業歧視時應如何認定之問題。追根究柢，仍應正面思考身心障礙手冊之目的與意義。前述日本法對於身心障礙定義之檢討亦可參考之，亦即對身心障礙採多元化之定義，而非僅以手冊為判斷中心。

至於 HIV/AIDS 是否如同美國見解，亦構成身心障礙，依現行法規，包含免疫系統之損傷，解釋上似有可能構成⁸⁵。惟依現行鑑定機制，並非所有 HIV/AIDS

⁸⁰ 行政院勞工委員會(97)勞職業字第 0970074524 號函。


⁸¹ 就業服務法施行細則第 9 條：「本法第二十四條第一項第三款、第二十五條、第二十七條及第二十八條所稱身心障礙者，指依身心障礙者保護法規定領有身心障礙手冊者。」條文中之身心障礙者保護法現已改為身心障礙者權益保障法。

⁸² 孫迺翊(2011)，〈身心障礙者權益保障法之基本精神及相關爭議問題〉，《法律扶助》，33 期，頁 33。

⁸³ 臺北高等行政 99 年度簡字第 648 號判決。

⁸⁴ 行政院勞工委員會(100)勞職業字第 1000074753 號函。

⁸⁵ 身心障礙者權益保障法第 5 條第 4 款：「本法所稱身心障礙者，指下列各款身體系統構造或功能，有損傷或不全導致顯著偏離或喪失，影響其活動與參與社會生活，經醫事、社會工作、特殊教育與職業輔導評量等相關專業人員組成之專業團隊鑑定及評估，領有身心障礙證明者：……四、循環、造血、免疫與呼吸系統構造及其功能。」



感染者皆能被評估為身心障礙者⁸⁶。身心障礙者權益保障法要求這類損傷須「影響其活動與參與社會生活」。而依目前醫療科技水準，HIV/AIDS 雖無法根治，惟只如同治療慢性疾病一般，規律服藥，仍可有效控制病情。則此些病情穩定之感染者，其工作能力並無減損，無法該當「影響其活動與參與社會生活」之要件，即無法透過禁止身心障礙歧視而受到保障。雖然這類感染者因藥物控制而外表上與常人無異，但社會上對這類感染者、帶原者汙名化，投以異樣眼光，乃至於歧視行為仍時有所聞，因此對這類感染者之保障仍有必要⁸⁷。

同樣的，其他法定傳染病、疾病或健康狀況等，行政機關認為，就業服務法第 5 條第 1 項既屬於列舉之立法形式，只要未達身心障礙之程度，對該等項目歧視並不違反本項規定⁸⁸。

另外，在身心障礙者保護法之時代，規定各級主管機關應設立身心障礙者保護委員⁸⁹，因而有與就業服務法所規定之就業歧視評議委員會，對身心障礙歧視爭議有重複管轄之問題⁹⁰。此問題於修法後，已刪除相關規定，再無此爭議。但違反身心障礙者權益保障法第 16 條第 1 項，對於身心障礙者有就業歧視行為時，依同法第 86 條規定，處新臺幣十萬元以上五十萬元以下罰鍰⁹¹，遠比就業服務法第 65 條⁹²所規定之罰鍰低。針對此一問題，行政機關之見解係認依行政罰法第 24 條第 1

⁸⁶ 以臺北市身心障礙者鑑定表為例，並沒有單獨對免疫系統功能為評量之表格，僅能從血液功能做鑑定，且必須達一定數值、一定期間方可能構成身心障礙。因此，可以說 HIV/AIDS 感染者必須達一定嚴重程度才可能構成身心障礙。參臺北市府衛生局網站>市民服務>特殊照護>身心障礙鑑定：<http://health.gov.taipei/Default.aspx?tabid=460> (最後瀏覽日期：2016 年 1 月 28 日)。

⁸⁷ 關於禁止歧視 HIV/AIDS 感染者之法規範，另有人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例。

⁸⁸ 行政院勞工委員會(97)勞職業字第 0970063292A 號函。

⁸⁹ 身心障礙者保護法第 7 條第 1 項：「各級主管機關應設立身心障礙者保護委員會，以行政首長為主任委員，各目的事業主管機關、身心障礙者或其監護人代表、身心障礙福利學者或專家、民意代表及民間相關機構、團體代表等為委員；其中身心障礙者或其監護人代表、民意代表及民間相關機構、團體代表等，不得少於三分之一。」

⁹⁰ 林政緯，《美國禁止身心障礙就業歧視制度之研究—兼論對我國制度建構之啟示》，頁 108-109，政治大學勞工研究所碩士論文。

⁹¹ 身心障礙者權益保障法第 86 條：「違反第十六條第一項規定，處新臺幣十萬元以上五十萬元以下罰鍰。」

⁹² 就業服務法第 65 條第 1 項：「違反第五條第一項、第二項第一款、第四款、第五款、第三十四條第二項、第四十條第二款、第七款至第九款規定者，處新臺幣三十萬元以上一百五十萬元以下罰鍰。」

項⁹³，以罰鍰額度較高之就業服務法裁罰之⁹⁴。

最後，對於身心障礙者免於歧視之保護，與其他項目相比有很大之不同。其他多數項目特質，基本上與個人之能力沒有關連，但身心障礙不同。身心障礙可能影響個人之工作能力或部分工作能力，縱使不影響個人之工作能力，在其他方面仍可能有所影響而使該個人之生活負擔，比之常人更為沉重。因此，對於身心障礙者，要使其真正免於歧視，只有消極禁止之規定並不足夠，仍需積極協助打造合宜之社會環境。學者謂：「身心障礙者保護的終極思維，就在於建構一個無障礙的社會環境。身心障礙者的期待與滿足並不在於社會的憐憫與同情，更非希望自己獲得國家社會終生特殊的身分保護或權益保障，而是一種人道關懷的家國情懷之流露與公平正義社會的體現，讓身心障礙者能生活在一個公正競爭的環境中，取得公平對待與充分發展的機會」⁹⁵，亦凸顯此一領域之立法政策應有別於單純禁止歧視，更須審慎設計之。

第十款 以往工會會員身分

關於以往工會會員身分，在立法之初即被列為禁止歧視項目。然而，整個立法過程都沒有對此作討論。之所以強調「以往」，本論文猜測是由於過去已發生之事實無法改變，現在是否為工會會員之狀態則可由求職人或受僱者自行決定。然而，依實務見解，所謂以往工會會員係以就業歧視事件之認定時為基準時，只要在基準時以前具備工會會員身分，即符合本要件⁹⁶。故解釋上也包括現任(歧視發生時)工會會員。確實，為使受僱者之團結權能真正落實並發揮效用，如此解釋方能真正保障受僱者。關於團結權之保護，工會法對於雇主之行為也有相關規定以

⁹³ 行政罰法第 24 條第 1 項：「一行為違反數個行政法上義務規定而應處罰鍰者，依法定罰鍰最高之規定裁處。但裁處之額度，不得低於各該規定之罰鍰最低額。」

⁹⁴ 行政院勞工委員會(96)勞職業字第 0960501552 號函。

⁹⁵ 廖俊松(2003)，〈身心障礙者保護法之執行檢討與修訂建議〉，《社區發展季刊》，101 期，頁 444。

⁹⁶ 最高行政法院 101 年度判字第 702 號判決。

茲保障⁹⁷。因此，雇主對工會會員無正當理由而為差別待遇時，可能同時構成歧視與不當勞動行為⁹⁸。

與工會有關之歧視禁止，尚有大量解僱勞工保護法第 13 條第 1 項所規定之「擔任工會職務」。本項規定之立法理由僅為照黨團協商條文通過，究竟何以不採就業服務法第 5 條第 1 項之文字，解釋上是否與就業服務法第 5 條第 1 項相同，均無法窺知。本論文認為，實應與就業服務法第 5 條第 1 項之「以往工會會員身分」為相同之理解方為妥適。否則於大量解僱勞工之情形，雇主以工會會員身分為解僱標準，並刻意排除工會幹部時，不僅實質上歧視工會成員，也對工會實力大為削弱，卻不違反大量解僱勞工保護法。如此一來，並不符合禁止就業歧視之立法意旨，故應以就業服務法之解釋為準。

第二項 關於疾病與基因之法規

關於此類涉及勞動者個人隱私之項目，依就業服務法第 5 條第 2 項第 2 款之規定⁹⁹，雇主不得違反求職人或員工之意思，要求其提供非屬就業所需之資料¹⁰⁰，僅保障隱私權層面而無涉禁止歧視規範。

依職業安全衛生法第 20 條第 1 項規定，於僱用勞工前應施行體格檢查，而對

⁹⁷ 工會法第 35 條：「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、解僱、降調、減薪或為其他不利之待遇。
- 二、對於勞工或求職者以不加入工會或擔任工會職務為僱用條件。
- 三、對於勞工提出團體協商之要求或參與團體協商相關事務，而拒絕僱用、解僱、降調、減薪或為其他不利之待遇。
- 四、對於勞工參與或支持爭議行為，而解僱、降調、減薪或為其他不利之待遇。
- 五、不當影響、妨礙或限制工會之成立、組織或活動。

雇主或代表雇主行使管理權之人，為前項規定所為之解僱、降調或減薪者，無效。」

⁹⁸ 至於就業歧視與不當勞動行為競合之問題，如前所述，並非本論文研究範圍，故不予詳述。

⁹⁹ 就業服務法第 5 條第 2 項第 2 款：「雇主招募或僱用員工，不得有下列情事：……二、違反求職人或員工之意思，留置其國民身分證、工作憑證或其他證明文件，或要求提供非屬就業所需之隱私資料。」

¹⁰⁰ 就業服務法施行細則第 1-1 條第 1 項：「本法第五條第二項第二款所定隱私資料，包括下列類別：

- 一、生理資訊：基因檢測、藥物測試、醫療測試、HIV 檢測、智力測驗或指紋等。
- 二、心理資訊：心理測驗、誠實測試或測謊等。
- 三、個人生活資訊：信用紀錄、犯罪紀錄、懷孕計畫或背景調查等。」

在職勞工則應施行健康檢查¹⁰¹。雖然依辦理勞工體格與健康檢查醫療機構認可及管理辦法第 15 條第 2 項之規定，體格檢查與健康檢查之項目須依勞工健康保護規則附表八¹⁰²來進行，不會進行基因或 HIV/AIDS 之檢測。然而，依現行之檢查項目，有沒有可能導致雇主排斥高血壓患者、肥胖者等等，不無疑問。因此，對於相關項目禁止歧視之立法設計仍應有其必要，不應侷限於隱私層面之保護。以下分別以疾病、基因兩類做介紹。

第一款 疾病

首先，如前所述，由於我國對身心障礙者之認定以鑑定為之，因此 HIV/AIDS 感染者可能無法透過禁止歧視身心障礙者來保障其工作平等權。不過，依照其他法律，仍有相關保障規定。亦即，依我國人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例第 3 條¹⁰³與第 4 條第 1 項¹⁰⁴之規定，禁止對感染者於就業上有不公平之待遇，加上同條例第 14 條¹⁰⁵對於相關人員課與保密義務，對於感染者之工作平等權與隱私權，已有基本之保障。關於罰則規定，人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例與就業服務法所規定之罰鍰額度相同¹⁰⁶，並不會有優先適用特別法反而導致罰則較輕之問題。

¹⁰¹ 職業安全衛生法第 20 條第 1 項：「雇主於僱用勞工時，應施行體格檢查；對在職勞工應施行下列健康檢查：

- 一、一般健康檢查。
- 二、從事特別危害健康作業之特殊健康檢查。
- 三、經中央主管機關指定為特定對象及特定項目之健康檢查。」

¹⁰² 參本論文附表二，頁 205。

¹⁰³ 人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例第 3 條：「本條例所稱人類免疫缺乏病毒感染者(以下簡稱感染者)，指受該病毒感染之後天免疫缺乏症候群感染者及感染病毒而未發病者。」

¹⁰⁴ 人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例第 4 條第 1 項：「感染者之人格與合法權益應受尊重及保障，不得予以歧視，拒絕其就學、就醫、就業、安養、居住或予其他不公平之待遇，相關權益保障辦法，由中央主管機關會商中央各目的事業主管機關訂定之。」

¹⁰⁵ 人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例第 14 條：「主管機關、醫事機構、醫事人員及其他因業務知悉感染者之姓名及病歷等有關資料者，除依法律規定或基於防治需要者外，對於該項資料，不得洩漏。」

¹⁰⁶ 人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例第 23 條第 3 項與就業服務法第 65 條第 1 項，罰則皆為處新臺幣三十萬元以上一百五十萬元以下罰鍰。

傳染病¹⁰⁷患者的部分，則有傳染病防治法第 12 條規定，禁止對其就業歧視，惟該條但書也明文，主管機關基於傳染病防治需要限制者，不在此限¹⁰⁸。由此可知，基於公益需求，對於傳染病患者仍可給予就業上之限制，但當傳染病患者經治療而無傳染之虞時，自不應對其有所歧視。另外，尚有針對 1979 年間，因多氯聯苯米糠油事件¹⁰⁹致中毒者，為保障此些所謂油症患者所制定之油症患者健康照護服務條例第 6 條第 1 項¹¹⁰亦規定，禁止對油症患者為就業歧視。

精神疾病之部分，則有精神衛生法第 22 條後段規定，對病情穩定者，不得以曾罹患精神疾病為由，拒絕就學、應考、僱用或予其他不公平之待遇。而本法所規定之精神疾病，雖然包括藥癮與酒癮¹¹¹，但此類對藥物、酒精成癮之人，依精神衛生法第 3 條第 1 款規定，已達精神狀態表現異常且適應生活功能發生障礙之程度，非再為單純個人生活形態之選擇，因此本論文認為無法將之歸類於生活型態歧視之規定。

事實上，在就業服務法草案修正案中，立法委員林鈺祥曾主張將病歷列入禁止歧視項目。理由在於倘若傳染疾病已過傳染期而安全無虞、精神疾病康復後與

¹⁰⁷ 傳染病防治法第 3 條第 1 項：「本法所稱傳染病，指下列由中央主管機關依致死率、發生率及傳播速度等危害風險程度高低分類之疾病：

一、第一類傳染病：指天花、鼠疫、嚴重急性呼吸道症候群等。

二、第二類傳染病：指白喉、傷寒、登革熱等。

三、第三類傳染病：指百日咳、破傷風、日本腦炎等。

四、第四類傳染病：指前三款以外，經中央主管機關認有監視疫情發生或施行防治必要之已知傳染病或症候群。

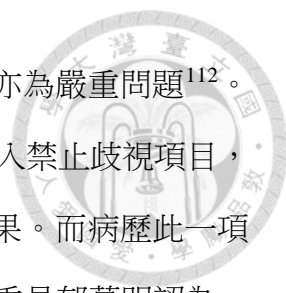
五、第五類傳染病：指前四款以外，經中央主管機關認定其傳染流行可能對國民健康造成影響，有依本法建立防治對策或準備計畫必要之新興傳染病或症候群。」

¹⁰⁸ 傳染病防治法第 12 條：「政府機關(構)、民間團體、事業或個人不得拒絕傳染病病人就學、工作、安養、居住或予其他不公平之待遇。但經主管機關基於傳染病防治需要限制者，不在此限。」

¹⁰⁹ 關於本事件之簡要說明，可參邱綉惠、陳國熏(2014)，〈台灣食品安全史的大事件—「多氯聯苯中毒」〉，《高醫醫訊》，33 卷 10 期，頁 11。

¹¹⁰ 油症患者健康照護服務條例第 6 條第 1 項：「油症患者之人格及合法權益，應受尊重及保障，對其接受教育、就業、醫療等權益，不得有歧視之對待；其相關權益保障辦法，由中央主管機關會商中央各目的事業主管機關訂定之。」

¹¹¹ 精神衛生法第 3 條第 1 款：「本法用詞定義如下：一、精神疾病：指思考、情緒、知覺、認知、行為等精神狀態表現異常，致其適應生活之功能發生障礙，需給予醫療及照顧之疾病；其範圍包括精神病、精神官能症、酒癮、藥癮及其他經中央主管機關認定之精神疾病，但不包括反社會人格違常者。」



常人無異，而雇主如因病歷資料記載相關病史而予以歧視時，亦為嚴重問題¹¹²。就業服務法立法之初雖無第 5 條第 2 項之規定，但若將病歷列入禁止歧視項目，再搭配對病歷之定義解釋，理論上應可達到相當之防制歧視效果。而病歷此一項目也一度得到部分委員之認可而增列於修正版本中，惟因立法委員郁慕明認為，病歷是表示該求職人或員工「確實有病」，不能立法加以限制¹¹³。為能逕付二讀，其他委員也不再異議，病歷即從法案中被刪除，喪失了能將上述多種問題一次宣示禁止歧視之機會。因此，如若不該當於上述各法規之疾病，亦未達身心障礙者，則皆無法透過上述規定獲得免於就業歧視之保障。

第二款 基因

關於求職人或員工之基因資訊，基本上也是透過前述就業服務法第 5 條第 2 項第 1 款之隱私資訊予以保障。然而，此處面臨同樣的問題，亦即基因資訊僅受到隱私權方面之保護，對於禁止歧視之規定則付之闕如。儘管基因資訊之取得較前述疾病之資訊為困難，但仍應思考發生基因歧視之可能性與預防措施。

如同本論文介紹美國法時所論及，要求基因檢測仍有其正當目的，亦即測定受僱人基因對工作場所有害物質之感染度與是否受到工作場所有害物質之影響。惟我國法目前有關於基因資訊之相關規定，除前述就業服務法外，僅有為規範人體生物資料庫之設置、管理及運用之人體生物資料庫管理條例，以及為維護人民安全、協助司法鑑定、協尋失蹤人口、確定親子血緣、提昇犯罪偵查效能、有效防制犯罪之去氧核醣核酸採樣條例，以及個人資料保護法有相關規範。對於基因資訊於就業上應用方面之法規範，只有就業服務法施行細則第 1-1 條第 2 項抽象地規定：「雇主要求求職人或員工提供隱私資料，應尊重當事人之權益，不得逾越基於經濟上需求或維護公共利益等特定目的之必要範圍，並應與目的間具有正當合

¹¹²立法院秘書處，前揭註 12，頁 441。

¹¹³同前註，頁 647。

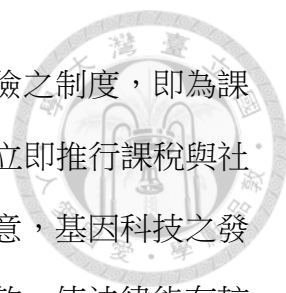
理之關聯」。所謂尊重當事人之權益，是否包含求職人或員工拒絕之情形？亦即求職人或員工拒絕提供資料時，雇主能不能予以不利對待？所稱經濟上需求或維護公共利益，具體而言究指何等事項？均不明確。而且施行細則之法律位階僅為法規命令，能否有效規制雇主之行為不無疑義。簡言之，關於就業領域上之基因應用，可以說並無明確之規範。

至於歧視禁止規範方面，曾有論者撰文討論，將基因異常者解釋為身心障礙者之可能性，並藉以使基因異常者受到當時身心障礙者保護法之保障。該文認為，依當時之身心障礙者保護法規定，必須透過罕見疾病之認定才能使基因異常者被納入身心障礙者之範疇，但主管機關公告之種類十分有限，仍應根本修法改變身心障礙之認定方為上策¹¹⁴。不過，依照目前修法後之身心障礙者權益保障法，已無罕見疾病之分類，而純以身體系統構造或功能之鑑定結果為依據。是以，基因缺陷者很難單純因其具有缺陷之基因而被認定為身心障礙者，必須病發、甚或併發至一定程度，才可能被鑑定為身心障礙。因此，以現行法規範而言，並沒有禁止對基因缺陷者為就業歧視，而被歧視之基因缺陷者，至多只能尋求民事救濟途徑。

綜上所述，我國目前對於基因資訊之規制，主要停留在隱私權之保障，對於就業領域，不論是雇主經營特權之行使或受僱者工作平等權之保護，皆有待立法解決。然而，基因領域之法規範設計並不容易，必須結合法律學、倫理學、醫學、勞資關係學，乃至於社會學及心理學之相關領域專家學者之智識¹¹⁵，方能完善立法。此外，基因資訊另一特別之處在於，其並非單純只是個人之特質，更是目前生技科學研究發展上，一個相當重要的素材。正因為如此，基因檢驗對於生技發展上會有一定的公益性，倘若運用得當，對多數人會有所幫助。因此，即有學者認為，基因歧視問題之關鍵在於使基因檢驗之利益平均分配，並使社會成員基因

¹¹⁴林孟玲(2006)，〈身心障礙者保護法中有關防止就業基因歧視規範之研究〉，《財產法暨經濟法》，8期，頁156-173。

¹¹⁵焦興鎧(2006)，〈工作場所基因測試在美國所引起之就業歧視爭議〉，《臺大法學論叢》，35卷6期，頁229。



風險之成本平均分散。而最能回應此種平均分配利益與分配風險之制度，即為課稅與社會福利，禁止基因歧視之立法則為次佳方案。倘若無法立即推行課稅與社會福利制度，禁止基因歧視之立法仍優於無所作為，惟仍應注意，基因科技之發展與變化十分迅速，宜於法律中明文定期更新或重新檢討之條款，使法律能有較高度之客觀正當性與長期合理性¹¹⁶。

第三項 其他

關於我國之就業歧視禁止項目，均已羅列如上，惟仍有兩點須為補充說明。一為非屬一般勞動者之建教生，另一則為就業服務法立法過程中曾討論之犯罪紀錄。

第一款 建教生

2012年，高級中等學校建教合作實施及建教生權益保障法施行。依該法第26條第1項規定：「建教合作機構於建教生受訓期間，不得因其種族、階級、語言、思想、宗教、黨派、籍貫、出生地、年齡、婚姻、容貌、五官或身心障礙之因素，給予不利之差別待遇」，並不包含性別、性傾向以及以往工會會員身分，而將其中之性別、性傾向，與性騷擾一同列於同法27條第1項¹¹⁷。

行政院提出之草案即排除工會會員，並將性別與性傾向另外列出，而其他委員提出之版本也大同小異¹¹⁸。究竟如此分列之初衷為何不得而知，可能之理由為結合就業服務法與性別工作平等法之立法模式，而將後者特別規範之性別、性傾向與性騷擾並列。至於以往工會會員身分，可能著眼於建教生仍為學生，應無加入工會之經驗，不會具備以往工會會員身分之特質。

¹¹⁶何建志(2008)，〈基因檢驗與基因歧視：問題本質與解決方案〉，《法律與生命科學》，6期，頁34、40。

¹¹⁷高級中等學校建教合作實施及建教生權益保障法第27條第1項：「建教合作機構於建教生受訓期間，不得因其性別或性傾向而有差別待遇，並應防治性騷擾行為之發生；於知悉有性騷擾情形時，應採取立即有效之糾正及補救措施。」

¹¹⁸關於各版本之條文比較，參立法院公報處(2012)，《立法院公報》，101卷83期，頁325-328。

故建教生本身並非就業歧視禁止項目，而是將就業歧視禁止之適用對象擴大至建教生。惟若係因建教生之身分而受到歧視，淺見以為仍可透過階級歧視予以涵蓋。



第二款 犯罪紀錄

一般人對於更生人心存疑慮，甚至進而對該等人有歧視心理應不難想像。然而，倘若更生人離開獄所後，不能被社會所接受，無法在職場中被公平對待，甚至可能根本無法獲得就業機會，則很有可能因此再以犯罪維生，最終又進入獄所，形成惡性循環。如此之結果，國家與社會反而需負擔更多的成本。對於更生人理應肯認其改過向善之努力，協助其賦歸社會。

於就業服務法之立法過程中，曾有委員主張增加禁止歧視有犯罪紀錄者，以避免該等人求職遇到困難。然而，召集委員卻認為，對犯罪之受刑人已有更生保護法予以保障，對相關之設置、技藝訓練、機構或生產事業均已有周延規定，因此無須再增列於就業服務法中¹¹⁹。

事實上，依照更生保護法，雖然對於就業輔導等有所規定，但並沒有禁止歧視之規定。因此，以目前現行法而言，雇主如因求職人有前科而不予錄用，並不違反法律，則更生人之工作權即無從保障之。雖然如同基因資訊一般，犯罪紀錄亦屬隱私資訊而受到就業服務法第 5 條第 2 項之保障，但與基因資訊歧視之問題相同，只保障隱私權層面並不足夠。蓋因即使禁止雇主要求勞動者提供相關之隱私資訊，但仍不能防止一旦雇主意外知悉相關資訊時，可能會對特定勞動者有歧視行為之情形。因此，制定禁止歧視有犯罪紀錄者，應仍有其實益。

¹¹⁹立法院公報，前揭註 12，頁 440、442。



第四項 小結

綜上所述，我國就業歧視禁止項目有就業服務法第 5 條第 1 項之種族、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(容貌與五官解釋上可包含身高、體重)、身心障礙或以往工會會員身分等 16 個項目，其中性別、性傾向於性別工作平等法亦有規定。另於疾病部分雖不見得能夠成身心障礙，但仍有人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例禁止對 HIV/AIDS 感染者歧視，以及傳染病防治法之傳染病患者、油症患者健康照護服務條例之油症患者，以及精神衛生法之精神病患者，共計 20 個項目。

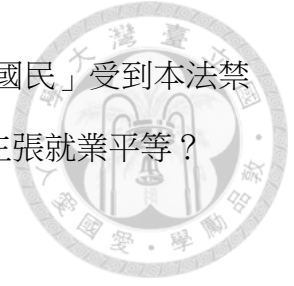
雖然項目繁多，但對於基因、生活形態以及僱用形態之歧視則未見我國法規有所規範。犯罪紀錄、其他疾病等是否應明文列入禁止歧視項目以給予保障也值得留意。由此可知，求職人或受僱者在職場中，仍可能因為一些法所未明文之項目而受到歧視。

第二節 綜合評析

從上述我國就業歧視法制之說明中，可以發現行政機關有將就業服務法第 5 條第 1 項之適用對象與種族歧視、出生地歧視混淆之問題。因此，關於本項之適用對象，係一前提問題，須先予釐清。此一問題釐清後，再討論在美日就業歧視禁止項目都日趨增加的情況下，學者我國就業歧視禁止項目卻有予以刪減之建議，應如何修正方為妥適？以及探討透過美日經驗，我國就業法制應何去何從之問題。

第一項 就業服務法之適用對象

關於就業服務法適用對象之疑義，起因於就業服務法第 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……為由，予以歧



視；其他法律有明文規定者，從其規定。」則是否只有「我國國民」受到本法禁止就業歧視規定之保護？亦即，是否必須具有我國國籍者方能主張就業平等？

第一款 立法解釋

從立法過程觀之可以發現，就業服務法原先並非專門針對就業歧視禁止所設立之法規範，而是為規範外籍勞工與國民就業所生¹²⁰。惟正因草案過度強調對外籍勞工之規範，反而在立法過程中，出現應立法保障我國國民就業之聲浪，才促成增加第 5 條之規定。正因如此，自立法委員乃至於行政機關對於就業歧視相關規範並未詳細研擬，而是用附加的方式列入就業服務法之中，並未設立專法。是以，就業歧視相關之規範在就業服務法當中僅第 5 條寥寥數語，對於適用之範圍、細節、定義皆付之闕如。

關於就業服務法第 5 條之適用對象，自行政院草案首度提出本條之立法文字觀之，其規定「雇主對於求職人或所僱用員工……」，並未限定於我國國民，惟對照其草案總說明可發現，第 5 條與第 4 條同為平等規範，也置於一處一併說明，而第 4 條規定「國民具有工作能力者，接受就業服務一律平等」¹²¹。可見草案最初對於第 5 條之適用對象依立法解釋與體系解釋，應限於我國國民。立法委員黃天生並表示，第 5 條並未對外籍勞工加以區別，如果一個外籍勞工以本條中雇主不得以種族歧視而要求在薪資上不應與本國人有所差別待遇時，如何處理？為了避免此類問題，應修正本條條文為「雇主對求職人或所僱用之國人」，藉以排除外籍勞工之適用¹²²。最終條文並未完全採用前述黃天生委員之建議，但增加「為保障國民就業機會均等」之文字，主要之目的在於張顯立法精神，至於適用對象是否限定於我國國民之爭議也即告終，於立法過程未再有爭執。因此，依立法原意，應推認就業服務法第 5 條之適用對象限於我國國民。

¹²⁰ 立法院秘書處，前揭註 71，頁 34、36、46-47。

¹²¹ 同前註，頁 55、59。

¹²² 立法院秘書處，前揭註 12，頁 322。

附帶一提，外國人在臺灣就業與外籍勞工不同。所謂外籍勞工係指非技術性之外國工人¹²³。換言之，外國勞動者在我國可區分為外國人與外籍勞工，並且後者專門從事不具技術之純勞力工作。



第二款 實務見解

實務見解的部分可以從幾則函釋來觀察。早在 1985 年，行政院內政部即表示，外籍勞工權利義務應依我國勞工法令，其與雇主所簽訂勞動契約內容有關權利義務規定與本國勞工之勞動契約相同，不得違反法令之強制或禁止規定並受本國勞工法令之保障。且其內文係指外籍人士，並未區分外國人與外籍勞工¹²⁴。依文義觀之，應認對於外籍勞動者之工作權與我國勞動者之工作權，在基本的法律保障上並無二致。雖然就業服務法為 1992 年所制定，並不在本則函釋解釋之範圍內，但行政機關平等保障外籍勞動者工作權之立場應可獲得初步肯認。惟 1999 年則有見解表示，排除外籍勞工之適用¹²⁵。

於 2004 年，行政院勞工委員會(現為勞動部)則明確表示，就業服務法第 5 條第 1 項之適用對象為：1.依法取得許可在我國境內工作之外國人。2.與中華民國境內設有戶籍之國民結婚，且獲准居留，依法在我國境內工作之外國人。3.依法許可在臺灣地區依親居留，並取得許可在臺灣地區工作之大陸地區人民。4.依法許可在臺灣地區長期居留，居留期間在臺灣地區工作之大陸地區人民。5.依法許可在臺灣地區工作之取得華僑身分之香港、澳門居民及其符合中華民國國籍取得要件之配偶及子女。6.依法取得許可在臺灣地區工作之香港、澳門居民¹²⁶。簡言之，不具我國國民身分者，只要是依法得於我國工作者，皆適用就業服務法第 5 條第 1 項。學者對此認為，外籍勞工在就業歧視方面享有與本國人相同之權利，只要其為依

¹²³ 立法院秘書處，前揭註 71，頁 43。

¹²⁴ 行政院內政部(74)台內勞字第 345330 號函。

¹²⁵ 行政院勞工委員會職業訓練局(88)台勞職業字第 025548 號函釋。本函釋因行政院勞工委員會(96)勞職業字第 0960078458 號函之發布而廢止，似乎可認外國人亦包含外籍勞工。

¹²⁶ 行政院勞工委員會(93)勞職業字第 0930204733 號函；(96)勞職業字第 0960078458 號函。



法取得許可在臺灣境內工作之外國人¹²⁷。

行政機關多數見解對於就業服務法第 5 條第 1 項之適用對象採寬鬆解釋，固然立意良好，但顯然跟與條文義不符。實務上確實有他機關對上述見解產生疑義，因而函詢當時之勞工委員會，請求說明上述六類人是否為本項所謂之「國民」。或許事涉敏感政治議題，勞委會函覆並未說明是否為國民之問題，但仍表示應適用本國法律，以達人權保障¹²⁸。

由此可見，實務見解與立法原意及法條文字均有所悖離，則究竟對於外國勞動者是否應納入就業歧視禁止之保護更令人產生疑竇。除此之外，就業服務法第 42 條¹²⁹以下有諸多對外國人工作之限制，若以移民管制之考量而為此些限制，尚有其正當目的。惟第 42 條本身又規定聘僱外國人工作，不得妨礙本國人之就業機會與勞動條件，則究指外國人之就業機會與勞動條件必須劣於本國人，否則即構成妨礙？亦或是平等對待外國人、本國人，即不構成妨礙？實務見解有認為，本條既無設罰則，只是一宣示性規定而已¹³⁰。因此，整體而言，就業服務法第 5 條第 1 項之適用對象是否包含外國勞動者，誠有疑義。

第三款 本論文見解


關於外國人在我國的權利保障問題，在憲法上也有相關的論述。而就業歧視所涉及之工作權與平等權，對照我國憲法第 15 條與第 7 條可以發現，前者之主體為人民，後者之主體為中華民國人民，也有適用對象的問題。人民之範圍大於中華民國人民應無疑義，而所謂中華民國人民是否包含外國人在內，不論肯否皆有

¹²⁷鄭津津(2011)，〈反歧視與平等權—論臺灣外籍勞工之工作平等〉，《月旦法學雜誌》，189 期，頁 17。

¹²⁸行政院勞工委員會(101)勞職業字第 1010073004 號函。

¹²⁹就業服務法第 42 條：「為保障國民工作權，聘僱外國人工作，不得妨礙本國人之就業機會、勞動條件、國民經濟發展及社會安定。」

¹³⁰高雄地院 102 年度簡字第 86 號判決。



支持者¹³¹。本論文亦認為，既然我國憲法中有使用中華民國國民、中華民國人民以及人民，則同法第 7 條在解釋上應可解為不需具備我國國籍，但需身在我國境內者，從而自得包含外國人，會是較符合人權保障之解釋。而工作權保障之主體為人民，自亦應解為包含外國人。惟若跳脫文字遊戲而實質審視基本權利之性質，依照學說繼受德國之傳統三分法：人權、公民權、國民權，由於工作權涉及國家經濟與資源分配，應以本國人民為優先，因此工作權屬於國民權¹³²。折衷之見解則有合乎人性尊嚴最低生活標準之權利不區分本國或外國人，但原則上仍以本國境內之外國人為限¹³³。新近見解則是以保護必要性為判斷標準，且與我國關係越密切、依賴程度越高者，其所受到之保障即應越趨近我國國民¹³⁴。淺見以為，由於傳統三分法過於僵化，為使憲法保障人權之功能得以落實，故應以後二說為當。

依照上述見解，首先，立法者雖然有其立法形成自由，但仍應在憲法的框架底下制定法律，因此就業歧視法也應依照上述原則為立法方為妥適。1998 年，國際勞工組織(ILO)通過「工作基本原則與權利宣言(Declaration of Fundamental Principles and Rights at Work)」，將禁止就業歧視納入核心勞動基準之一，應認就業歧視禁止係屬基本人權。再者，依照前述新近學說見解，外國人來我國工作，必須居住於此、長期在此地生活，雖然不見得會在我國置產或結婚，但長時間居住生活也是一種緊密連結。而在我國工作獲取對價，生活上也有基本開銷，著實參與了我國的經濟活動，對於此類外國人應該要有相應之保障。況且，除了人權保障之理由外，在政策方面，完善的法規範也有助於增進我國的移民環境。因此，應認外國人在我國工作亦應享有工作平等權之保障，免於受到就業歧視之侵害，

¹³¹ 持肯定說者，如李震山(2003)，〈論移民制度與外國人基本權利〉，《臺灣本土法學》，48 期，頁 56；李念祖(2001)，〈論我國憲法上外國人基本人權之平等保障〉，《憲政時代》，27 卷 1 期，頁 81-82。持否定說者，如許宗力(2003)，〈基本權利：第三講—基本權主體〉，《月旦法學教室》，4 期，頁 80；李建良(2003)，〈外國人權利保障的理念與實務〉，《臺灣本土法學》，48 期，頁 97。以上均指對憲法第 7 條之文義解釋。

¹³² 廖元豪(2008)，〈移民—基本人權的化外之民：檢視批判「移民無人權」的憲法論述與實務〉，《月旦法學雜誌》，161 期，頁 85。

¹³³ 許宗力，前揭註 131，頁 81。

¹³⁴ 廖元豪，前接註 132，頁 102。

並且不分一般外國人或外籍勞工，只要是在我國工作之外籍勞動者均屬之。

其次，本章第一節所介紹相關之就業歧視禁止法規範，其中性別工作平等法、身心障礙者權益保障法、高級中等學校建教合作實施及建教生權益保障法、傳染病防治法、油症患者健康照護服務條例之適用對象皆未限定於我國國民。至於人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例、精神衛生法之適用對象是否限定於我國國民則語焉不詳¹³⁵。至少，我國多數就業歧視禁止法規範並未限定適用對象。

綜上所述，不論從憲法之角度觀察或參照其他相關規定之設計，對於就業服務法第 5 條適用對象之解釋，應認不應限於我國國民始有適用。更何況就業歧視禁止之目的既然在禁止歧視，除非涉及國家資源供給之問題而不得不限定適用對象，否則應盡可能一律適用，方能真正達到就業平等之目的。倘若在法條設計上一開始就排擠外國人之適用，甚至只排擠外籍勞工之適用，則該法律本身即帶有歧視他人之矛盾，實難期待我國就業歧視法制在這種內在矛盾之下能完善發展。因此，對於實務見解肯定縱使不具我國國民之身分，只要是合法於我國工作者，皆有就業服務法第 5 條之適用，足資贊同。惟仍應修法將法條文字之國民予以刪除，方能不逸脫於法條文義，也根本解決此一問題。

第二項 就業歧視禁止項目之增刪

如前所述，美日就業歧視禁止項目都有增加之趨勢，藉以保障更多勞動者。然而我國就業歧視法制發展之情形與美日法制由少到多之發展不同。我國一開始就多達 12 個項目，雖然之後也逐漸增加項目，但仍引發學者批評部分項目應予刪

¹³⁵ 人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例第 1 條：「為防止人類免疫缺乏病毒之感染、傳染及維護國民健康，並保障感染者權益，特制定本條例。」本法保障之對象有二，一為我國國民，一為感染者。則感染者是否也限於我國國民，依法條文字，不論肯否皆有解釋空間。精神衛生法第 1 條：「為促進國民心理健康，預防及治療精神疾病，保障病人權益，支持並協助病人於社區生活，特制定本法。」本法的問題也如同前者，病人是否限於國民並未明文，有解釋之空間。

除，說明如下。



第一款 部分就業歧視禁止項目之刪除

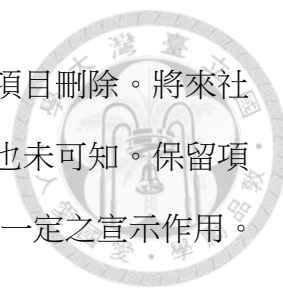
我國就業歧視禁止項目之所以如此之多，從上一節所說明的立法原委觀之，似乎是因為在立法之初，我國就未如同美國限定於與生俱來無法改變之特質。毋寧是依照當時之社會現象或是立法委員個人之認知來決定哪些項目需要受到立法保護。因此我國就業服務法第 5 條有許多美日法制上所沒有之項目，並產生項目之存廢問題。整理學說見解，可以發現欲刪減項目主要理由有二：一為非屬與生俱來無法改變，二為意義不明或流於主觀而導致認定不易¹³⁶。

針對第一點如同本論文第二章第三節對於美日法制總結的部分所闡述的，雖然與生俱來無法改變可以強化立法保護之正當性，但不代表某一項目一定要具備此一要件才有資格受到法律之保護。我國立法之初對於眾多非屬與生俱來無法改變之項目並未詳細論證何以需要列入保護，但是否有「保護之必要」應為關鍵。這一點從美國關注生活形態歧視以及日本增加僱用形態之項目都可以得出相同結論。因此，項目之增刪，不應單純以是否為與生俱來無法改變之特質來決定，仍應考量實際之需求。

第一點之部分例如階級、思想歧視等，既非與生俱來無法改變，在實務上也幾乎沒有個案出現，則是否並不具有實際需求而應予以刪除？以階級歧視為例，實務上曾有護理師在職場上認為其護理長對其有階級歧視之行為，亦即職位上之階級，因而向行政機關申訴。惟就業歧視評議委員會認為此案件所指之職位階級，並非就業服務法第 5 條所規範之階級¹³⁷。因此，實際上沒有個案之原因，或可能出於下述第二點意味不明之問題。亦或許，某些項目有主張、舉證上之困難，導

¹³⁶焦興鎧，前揭註 14，頁 170-172，同作者(2007)，〈工作平等國際勞動基準之建構〉，《中華國際法與超國界法評論》，3 卷 2 期，頁 412；鄭津津，前揭註 21，頁 196。

¹³⁷筆者曾於 103 學年度下學期，於國立臺灣大學法律學系旁聽焦興鎧教授所講授之「就業歧視法」課程，此為焦教授於 2014 年 3 月 7 日上課時所舉之案例。就業歧視評議委員會之評亦結果並不公開，僅能從個案後續之訴願決定與行政訴訟中，方能對委員會之見解窺知一二。




致實務上沒有個案出現。然而，實行上的困難不應該反過來將項目刪除。將來社會發展之動向無法預見，很可能某一項目在將來會是熱門議題也未可知。保留項目並不會增加額外成本，也可能保障到潛在之受害勞動者，仍有一定之宣示作用。因此，不宜因實務上沒有個案即選擇刪除特定項目。

第二點關於意義不明或流於主觀而導致認定不易部分，相關之項目有階級、容貌、五官、思想等。關於階級，由於我國目前沒有明確的階級制度，因此是屬於意義不明的類型。但是僅僅是意義不明，可以透過解釋加以補充，並非一定要將之刪除。如同本章前述對於階級之說明，本論文對階級之定義採廣義解釋，諸如學歷等也屬階級歧視之範疇。蓋因學歷與工作能力不必然相關，以學歷為篩選條件只是一種偏好或為節省成本的作法。確實，以目前社會實態而言，將階級予以廣義理解會造成非常大之衝擊，多數公司在徵才時常以學歷、科系為選人之門檻。淺見以為，此處可能之折衷作法為，將此類可依己力改變之特質所生之歧視禁止，限定於一定人數以上之企業方有適用¹³⁸。蓋因大型企業有能力在徵才上付出更多的成本來尋找真正符合該工作需求之人。某程度而言，也是讓企業負擔部分之社會責任。

關於五官、容貌歧視，蓋因美醜與否，實涉個人喜好。然而，淺見以為，個人主觀喜好固然有其影響，但一般大眾喜好之主流並非不能預見。以現今社會為例，身材高瘦者獲得的評價大多優於身材肥胖矮小者；相貌異於常人，例如面部有胎記等，其獲得的評價也經常劣於五官端正者。而這些外貌上的情況，或多或少會影響到求職的順利與否¹³⁹。五官與容貌真正之問題或許不在於流於主觀，而是美醜之說涉及評價。換言之，我們無法期待勞動者去主張「因為我長得醜，所以不被錄取」，勞動者不會樂見自己變成「法院認證的醜」。但是倘若因此而刪除

¹³⁸例如性別工作平等法第 23 條對於育兒措施之設置係要求受僱者為 250 人以上之雇主。因此，在立法政策上，課與大型企業較多之責任應為可行。

¹³⁹關於美貌與工作選擇權及薪資影響之研究，參許馨予(2010)，《容貌對工作選擇與薪資之影響—以金融保險業務人員為例》，頁 43-44，國立中央大學人力資源管理研究所碩士論文。該論文之結論為：(1)美貌對工作選擇有顯著影響；(2)工作選擇對薪資有顯著影響；(3)美貌對薪資有顯著影響；(4)工作選擇對美貌與薪資的關係有部分中介效果。



容貌歧視，對於現存的容貌歧視現象並不會有任何幫助。雖然受到容貌歧視的勞動者仍有可能透過民事途徑求償，但仍不比在第一時間禁止雇主為容貌歧視來得有效。況且有無歧視之判斷重心，應在於雇主有無將容貌列為僱用決定之考量即足，實際上美醜與否並非重要。至於認為容貌可以透過日益發達的整容手術來改變，也實難成為刪除容貌歧視之理由。蓋因改變容貌的權利源於身體自主，不應該是因為在社會上被壓迫、不被接受，所以被迫耗費微量甚至相當之金錢來改變自我的容貌。因此，應認五官、容貌歧視仍有保留之必要，只是宜合併為外型歧視，以明確包含身材或其他外觀上之歧視。

至於思想歧視，也屬主觀事項，且可能隨時會改變，似乎並無保障之必要。對此本論文認為，就業平等所保障者，並不是某一特質，而是勞動者本身。我們期待勞動者在就業市場當中，不會因為其所具有之思想不被雇主所喜而受到歧視。因此不論勞動者所持之思想為何、是否會改變、認定上有無困難，如同五官、容貌歧視一般，就業歧視法關切之重心不是思想之內涵，而是雇主不應以勞動者之思想為僱用決定之標準。是以，思想歧視是否應予刪除，並非沒有討論空間。

綜上所述，縱使我國原有之項目為美日所無，或在內涵上有一些待釐清之問題，但並非不能解決，實應積極解決問題而盡可能保留項目，使就業平等之保障更為全面，而非選擇將項目刪除。此對照美日就業歧視禁止項目增加之趨勢，應可得出相同結論。亦即，依目前之趨勢，項目只會越來越多，不太會有項目過多須予刪除的問題。況且，將現有之項目予以刪除，反而可能引發雇主認為可以將該被刪除之項目作為差別待遇僱用決定標準之風險，不得不慎。而保留項目，亦有宣示性意義，並非毫無效用，故本論文認為不宜刪除現有項目。

第二款 就業歧視禁止項目之增加

雖然項目多如我國，但對照美日就業歧視法制之發展，在項目上仍有許多我國所無之處。包含美國法之基因、州法之生活形態，以及日本法之僱用形態。

關於基因資訊之保護，我國目前採取隱私權模式已如前述。但隱私權與工作平等權終究為不同之權利，侵害之態樣也不盡相同，只採取隱私權模式並無法涵蓋到工作平等權之保護，因此仍宜列入就業歧視禁止項目之中方為妥適。

至於生活形態以及僱用形態應否列入就業歧視禁止項目，本論文持肯定之態度。雖然二者皆非屬與生俱來無法改變之特質，但此非關鍵已如前述，重點仍在有無保護必要。對於生活形態歧視，雖然態樣複雜，但觀察美國經驗大致可發現主要圍繞在會使身體不健康之特質，而這樣的特質會導致雇主之成本增加。我國之保險形態與美國不同，雇主並未負擔全部之保費¹⁴⁰，因此勞動者具備不健康之特質，對於雇主保險成本之增加應非顯著。則可能的問題即在於，不健康的勞動者會導致雇主人力使用上之成本增加，因此影響雇主之用人偏好。但是，只要勞動者仍有工作能力，關於出缺勤在我國勞基法第 43 條¹⁴¹、勞工請假規則第 4 條、第 5 條¹⁴²乃至於雇主自己之工作規則皆有規定，縱使真因健康狀況達到無法勝任工作也可能依據我國勞基法第 11 條 5 款之規定合法解僱¹⁴³。人力使用上之成本增加在實際上之情況或許並沒有想像中的顯著。因此，仍是回到該勞動者能否勝任工作為判斷標準。因勞動者生活形態之狀況屬於個人選擇，雇主不應將之納入僱用決定之考量。而生活形態歧視當中關於勞動者下班後私生活之限制，在我國似

¹⁴⁰以一般有一定雇主之情況為例，依全民健康保險法第 27 條第 1 款規定，投保單位負擔 70% 之保險費；依勞工保險條例第 15 條第 1 款，普通事故投保單位負擔 70%，僅有職業災害保險費由投保單位負擔 100% 之責任。

¹⁴¹勞動基準法第 43 條：「工因婚、喪、疾病或其他正當事由得請假；請假應給之假期及事假以外期間內工資給付之最低標準，由中央主管機關定之。」

¹⁴²勞工請假規則第 4 條：「勞工因普通傷害、疾病或生理原因必須治療或休養者，得在左列規定範圍內請普通傷病假：

- 一、未住院者，一年內合計不得超過三十日。
- 二、住院者，二年內合計不得超過一年。
- 三、未住院傷病假與住院傷病假二年內合計不得超過一年。

經醫師診斷，罹患癌症(含原位癌)採門診方式治療或懷孕期間需安胎休養者，其治療或休養期間，併入住院傷病假計算。

普通傷病假一年內未超過三十日部分，工資折半發給，其領有勞工保險普通傷病給付未達工資半數者，由雇主補足之。」同規則第 5 條：「勞工普通傷病假超過前條第一項規定之期限，經以事假或特別休假抵充後仍未痊癒者，得予留職停薪。但留職停薪期間以一年為限。」

¹⁴³最高法院 92 年度台上字第 353 號判決肯認下級審見解，認為所謂不能勝任工作，包含身心狀況不能勝任之情形。臺灣高等法院 88 年度勞上字第 17 號判決亦有將身體狀況欠佳作為判斷不能勝任工作之考量。



未發展出相關之現象。對於勞動者下班後私生活之限制，主要可能是禁止兼職、競業禁止或營業秘密等工作相關事項，與生活形態之就業歧視無涉。目前似無此方面立法之必要，仍得再為觀察¹⁴⁴。

最後，關於僱用形態歧視之部分，依行政院主計總處 103 年人力運用調查統計結果綜合分析顯示，我國非典型勞動者，包含部分時間、臨時性或人力派遣工作者，佔全體就業者 6.93%¹⁴⁵。雖然比例上不多，但仍有 76 萬 6 千人。而非典型勞動者經常是僱主降低人事成本及人力調整之優先對象，因此這類勞動者之勞動條件與僱用上有普遍低落且不安定之現象¹⁴⁶。我國對於部分工時形態，主要在於勞動市場彈性化與勞動法規之鬆綁，以反映勞方渴望自主時間、資方節省人事成本、政府降低失業率等三方之需求。比起歐洲，特別是德國，在承認非典型勞動的同時，仍導入部分工時與全時勞工間之均等待遇原則，旨在避免薪資差距擴大與勞動條件不當之低落¹⁴⁷，這一點在我國立法層面上受到較少之關注，目前只有僱用部分時間工作勞工參考手冊可供參考，但該手冊裡面也並未提及均等待遇原則之相關規定。

依目前之現況來看，不只民間企業，就連政府也多聘用約聘員工¹⁴⁸與派遣員工。相關規定並不完備，派遣勞動法也遲未能立法¹⁴⁹，只能透過憲法、國際公約等之解釋納入民法之公共秩序以為保護，行政機關也無從積極落實就業平等。另一方面，僱用形態所導致之勞動條件差異，仍是契約自由之結果，要對契約自由有所限制，實須有法律明文規定之強力理由，是以立法論應該是須考量之重要方

¹⁴⁴相關案例如本文第四章編號 62。惟該案係勞動者之親屬有競業禁止行為，並非勞動者本身下班後之生活，因此此類案例仍待觀察。

¹⁴⁵中華民國統計資訊網，主計總處統計專區，103 年人力運用調查統計結果綜合分析：<http://www.stat.gov.tw/public/Attachment/4112614305FDX2C8F3.pdf>(最後瀏覽日期：2016 年 1 月 28 日)。

¹⁴⁶張鑫隆(2010)，〈勞動市場彈性化與部分工時均等待遇原則〉，《法學新論》，24 期，頁 76。

¹⁴⁷同前註，頁 75。

¹⁴⁸2015 年 7 月 15 日，中時電子報，〈約聘雇人數大增 中央批苗栗〉：<http://www.chinatimes.com/newspapers/20150715000372-260102>(最後瀏覽日期 2016 年 1 月 18 日)。

¹⁴⁹鄭津津(2014)，〈勞動派遣與工作權〉，《臺北大學法學論叢》，90 期，頁 48-50。

式¹⁵⁰。從而，對於僱用形態歧視，實有法制化之必要。有學者認為，我國部分工時勞動問題之嚴重性並非嚴峻，為免社會反彈或成效不佳，立法上可考量罰則規定較輕之設計。蓋因目的並非在處罰雇主，而是讓勞動者有救濟途徑，也具教示作用¹⁵¹。

淺見以為，我國要推行僱用形態歧視禁止應較日本容易。蓋因日本對於僱用形態之身分別差異較我國明顯許多，不只部分工時、派遣等差異，尚有不會調派外地、加班等之「一般職」，與會調派外地、責任較重、常加班等之「總合職」之 course 別管理制。因此將僱用形態納入禁止歧視項目應非不可行。學者認為，如欲將部分工時勞動者均等待遇原則透過立法之方式來實現，為使社會凝聚共識、降低雇主反彈，可採漸進式進行¹⁵²。本論文亦同此解，認為若恐發生認定、執行上之疑慮，短期內先採行日本之均衡待遇努力義務，透過行政指導之方式觀察社會適應之狀況，再進一步為強行法規之立法，也不失為一種推行方式。雖然努力義務實際上之效果非無疑義¹⁵³，但本論文認為這是一種立法與現實互動之方式，在增進國人對就業歧視之認識與接受上應有所幫助。

事實上，僱用形態歧視之議題與其他就業歧視議題相比，可謂是另一體系。蓋因僱用形態之議題不只是非典型僱用者被歧視之問題，尚涉及整體勞動環境、雇主彈性運用人力之需求，以及降低失業率之追求等國家勞動政策，因此十分複雜。僱用形態相關之法律制定可謂牽一髮而動全身，即便只是規定禁止歧視，仍須考量到其他層面之影響。本論文贊成禁止僱用形態之歧視，只是站在勞動者保護之立場而已，尚未考量到其他面向之問題。惟此一議題過於龐大，非筆者能力所及，仍有待筆者日後繼續研究。另一方面，日本法關於僱用形態均等處遇之規

¹⁵⁰ 侯岳宏(2013)，〈日本部分工時勞工均等待遇原則之發展〉，《國立中正大學法學集刊》，39 期，頁 60。

¹⁵¹ 周晁昱(2009)，〈日本修正部分工時勞動法之研究—兼論我國實務之爭議問題〉，《東海大學法學研究》，31 期，頁 184。

¹⁵² 侯岳宏(2014)，陳繼盛等著，〈部分時間工作者勞動條件保障之探討—日本均等待遇原則之發展與啟示〉，《回顧與前瞻：勞動基準法施行 30 週年論文集》，頁 619，臺北：勞動部。

¹⁵³ 同前註，頁 620。

定，相當程度參考歐盟各國之法制¹⁵⁴，則歐盟方面之政策變遷亦應予注意，而有加以研究之必要。

總而言之，本論文的立場係認為，要真正達到就業平等，保護項目只會越來越多。則當項目多到一定程度時，即須考慮是否改為例示規定以免掛一漏萬？承下所述。

第三項 例示就業歧視禁止項目之可能性

對於就業歧視禁止項目之設計，本論文認為或許是取決於我們對於就業平等的想像。就業歧視法制早期只保護與生俱來無法改變之特質，其原因不難想像，即在於雇主不能要求勞動者具備其客觀上所無法達成之條件，且該條件與工作之要求無關。至於勞動者可依己力改變者，當然可以透過自我改變以達成條件，不應要求雇主改變其僱用決定之要件或標準¹⁵⁵。這種「不能要求別人做他做不到的事情」，本論文認為是屬於就業平等的基本門檻。進一步要問的是，倘若一勞動者可以在工作表現上與其他勞動者相同或更優秀，為何要要求該勞動者努力改變自我，以達某一根本與工作無關或者非必要之特質？換句話說，前述「不能要求別人做他做不到的事情」的反面就是，「你做得到的事情，你自己不努力不能怪別人」。但在勞動者明明可以勝任特定工作的時候，為什麼可以設定某些無關的條件來剔除部分勞動者呢？雖然雇主有其契約自由權，但這樣的設定合理嗎？簡言之，原本歧視禁止是規範雇主不能要求勞動者去改變其無法改變之特質，而本論文認為，要求勞動者為不需要之改變，就是歧視。

理論上，雇營業之目的在於營利，因此選才之角度也應從能力出發，以符合追求最大利潤之目標。是以，最理想的就業平等環境，本論文認為應該是只要不具有正當理由，就不能為差別待遇。換言之，不問具體項目為何，只問雇主為

¹⁵⁴勞動政策研究・研修機構(2011)，〈雇用形態による均等処遇についての研究会報告書〉，頁 90 以下。

¹⁵⁵鄭津津，前揭註 21，頁 136-137。

其僱用決定之考量是否具有正當理由。首先，由於仍保有正當理由抗辯之可能，並非完全剝奪雇主之契約自由，也沒有強制締約之效果，應能在合於比例原則下作此種立法設計。其次，不作項目之限定，而實質認定有無正當理由之作法，可以不用透過間接歧視去檢視雇主之標準是否連結到特定項目，省去統計與論證上之麻煩。

在日本，雖然並沒有包括性的禁止歧視立法，但在勞動法領域中應該要被禁止之歧視，這類實定法上的規範，可以說逐漸形成為一般性的規範¹⁵⁶。若非法定禁止歧視之項目之僱用歧視(以年齡為由在募集、採用以外之歧視，以性傾向、基因資訊、容貌為由之歧視等)，依照日本國憲法上人權規定(第 13、14 條等)之精神，則以是否該當於公共秩序之違反或侵權行為(日本民法 90 條 709 條)，這樣的結構來判斷其適法性¹⁵⁷。因此，我國在這方面的民法體制與日本類似，應有相同解釋之空間。我國目前實務之現況，有認歧視行為係違反誠信原則者¹⁵⁸，有認係權利濫用者¹⁵⁹，亦有直接以平等原則為論斷者¹⁶⁰。雖然我國與日本之論證基礎並不相同，但思考途徑仍為同一，亦即透過不確定法律概念之解釋來落實憲法保障平等權之要求。因此，縱非法定禁止項目，仍有可能構成就業歧視行為而產生無效以及損害賠償之法律效果。是以，理論上應承認有所謂勞動法上之一般平等待遇原則¹⁶¹。既然如此，則就業歧視禁止項目為例示規定，亦只是將勞動法上之一般平等待遇原則予以明文化。

惟有疑義之處在於，如果不明列就業歧視禁止項目且仍有行政罰之設計，則可能會違反明確性原則。蓋因不作項目設計，雇主無法知悉是否有違法之可能。即便在現有項目之後另為概括條款，也會有相同之問題。然而，以我國目前之社

¹⁵⁶ 山川和義(2013)，〈雇用差別禁止法制の到達点と課題〉，《法律時報》，85 卷 3 号，頁 41。

¹⁵⁷ 水町勇一郎(2014)，《労働法》，5 版，頁 209-210。

¹⁵⁸ 例如臺北地院 93 年度北重勞訴字第 1 號判決、新竹地院 94 年度竹勞簡字第 11 號判決。

¹⁵⁹ 例如雲林地院 101 年度六勞小字第 1 號判決。

¹⁶⁰ 例如臺南地院 95 年度勞訴字第 13 號判決。

¹⁶¹ 關於勞動法上一般平等待遇原則之論證，參林更盛(2002)，〈勞動法上的一般平等待遇原則—評台灣台北地方法院八七年勞檢上字第一六號判決〉，《勞動法案例研究(一)》，頁 89-116，台北：漢蘆。

會現況，不規定行政罰而僅為宣示性規定，可能無法期待有多少效果。因此，現階段將就業歧視禁止項目改為例示規定，乃至於不再明列項目，目前皆不可行。

關於就業歧視法制，立法作出禁止規定與取締規定，固然能解決眼前之就業歧視問題，但社會根本上的改變仍須仰賴教育。只有當社會多數對於就業平等能夠內化為常理的時候，才可能放棄行政上之管制。因此，最終極的目標雖為不明列就業歧視禁止項目，僅為一宣示性規定而不列罰則，但現階段仍無法期待雇主會主動遵守，行政罰仍有其必要。

但以上述部分之實務見解觀之，至少在民事案件之系統中，承認一般平等待遇原則是可行的。亦即，雖然勞動者並無法自行政法規中舉出雇主有就業歧視禁止項目上之差別待遇，但仍得依一般平等待遇原則檢視雇主之行為有無差別待遇之正當理由，進而保障勞動者之就業平等權。

第四項 小結：我國就業歧視法制之立法方向

我國就業服務法本質上即非就業歧視法，則我國就業歧視法制應何去何從？目前之立法走向，係欲制定就業平等法，規定禁止歧視之事項有：種族、國籍、語言、宗教、政治意見、出生地、性別、性傾向、性別認同、年齡、婚姻、容貌或身心障礙，並且對於各該事項均有定義。亦明示直接歧視之定義為雇主直接基於禁止歧視事項而在僱用措施或決定上給予求職者或受僱者差別待遇之行為；間接歧視為雇主雖非直接基於禁止歧視事項而在僱用措施或決定上給予求職者或受僱者差別待遇，惟雇主所訂基準會對具特定禁止歧視是項特質者造成實質上之不利利益。此外，年齡限定為 16 歲以上 65 歲以下，應是與勞基法第 54 條第 1 項第 1 款 65 歲以下得強制退休規定¹⁶²之配合；而容貌指五官、身高、體型等外觀樣貌；語言方面亦明示包含口音。惟身心障礙則謂生理或心理上的損傷或功能障礙，並

¹⁶²勞動基準法第 54 條第 1 項：「勞工非有下列情形之一，雇主不得強制其退休：

- 一、年滿六十五歲者。
- 二、心神喪失或身體殘廢不堪勝任工作者。」

領有身心障礙手冊或證明者¹⁶³，淺見以為，如同前述身心障礙者不見得都領有身心障礙手冊之問題，如此定義對實質身心障礙者似乎不太友善。

綜上所述，依上述就業平等法草案之內容，關於我國就業歧視法制於項目層面之界限，有增加亦有減少。被刪除之黨派仍得改以政治意見而受到保護，惟刪除思想後，其他非屬政治意見之個人信念即不在禁止歧視之列，籍貫也無法為出生地所涵蓋，是否妥適不無疑問。依本論文見解則是期待完全解放關於就業歧視禁止項目之界限而建立一般平等待遇原則，亦即任何項目均有可能作為禁止歧視之主張，而雇主若欲正當化其差別待遇，則視有無差別待遇之正當理由，詳如第四章。

¹⁶³關於就業平等法草案之說明，參鄭津津(2014)，〈我國就業平等法制建構主要條文與內容之探討〉，「勞動部 103 年度委託辦理各國就業平等法制學術研討會」台中場，頁 26-41。

第四章 就業上差別待遇之正當理由



本章將依序就美國法、日本法以及我國法，探討就業上差別待遇之正當理由，並以我國法院判決之分析為重心。

第一節 比較法之分析

以下分別就美國法與日本法中，關於就業上差別待遇之正當理由分別作介紹。

第一項 美國法就業上差別待遇之正當理由

一如先前本論文介紹美國法差別對待與差別影響時所述，美國法比起歧視類型，更著重訴訟當中之舉證活動，對於就業上差別待遇之正當理由亦復如此。求職人或受僱者提出受到就業歧視之主張後，雇主即提出合法抗辯事由，以推翻求職人或受僱者之主張。如若雇主所為之主張為法院所採信，而求職人或受僱者無法再為推翻時，該差別待遇即有正當理由。以下分別就民權法第七章、就業年齡歧視法¹。

第一款 民權法第七章

依美國民權法第七章之規定，有以下 4 種抗辯事由：

一、真實職業資格²

在求職人或受僱者之宗教、性別或原始國籍成為真實職業資格(*bona fide*

¹ 禁止基因資訊歧視法也有相關之規定，惟基因資訊牽涉到政策、科技、隱私乃至於工作環境等因素，不同於一般特質，有更多其他的考量理由，例如勞動者之健康等，故並未一併列入說明。相關規定可參 42 U.S.C. §2000ff-1(b)。至於身心障礙部分由於雇主有合理措施提供之義務，相關抗辯事由亦不同於其他特質之歧視，亦未一併列入。相關整理可參賴郁樺(2015)，《從美國身心障礙者法看我國就業平等相關法制：以公務員體檢為例》，頁 69-72，國立臺灣大學法律學院科際整合法律學研究所碩士論文。

² 42 U.S.C. §2000e-2(e)(1).

occupational qualification, BFOQ)，對於企業之正常營運屬合理需求時，雇主根據求職人或受僱者之宗教、性別或原始國籍所生之僱用決定並不構成就業歧視。真實職業資格條款被法院解釋得極為限縮，且證明具有營運需求一事之舉證責任也在雇主身上³。

然一例外情況是，勞動者確實有相應之工作能力，但對於雇主或第三人可能產生風險，例如女性警衛求職人有管理男性監獄之能力，但由於女性警衛較容易引起男性受刑人之攻擊，對雇主之管理與安全將會造成相當大的損害，則此時雇主仍得援引真實職業資格而拒絕僱用女性警衛⁴。

淺見以為，此一例外考量雇主之實際需求固然有其道理，然而卻將真實職業資格導為一相對概念，而非客觀審視勞動者是否具備真實職業資格，似乎不甚妥適，故此類應僅屬於某種雇主之經營需求(避免過重之成本)，而非真正之真實職業資格。

二、國家安全⁵

系爭職位或所進行的職責，依照國家利益所執行之安全計畫，或法令，或總統之行政命令而有所要求者，若求職人或受僱者無法達成要求或不再能達成要求，雇主對之拒絕僱用等，不構成就業歧視。

三、年資或功績制度；工作產出之質與量；能力檢測；基於性別與最低工資規定所授權之薪資⁶

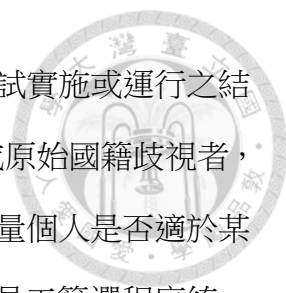
雇主對薪資或其他不同之用語、條件、或僱用特權，依照善意的年資或功績制度、或按工作產出之質與量衡量之制度，而使用不同的薪資標準，或對工作地點不同之員工，給予之差異並非基於種族、膚色、宗教、性別或原始國籍之歧視意圖所生之結果，並不構成就業歧視。

³ David P. Twomey, *Employment Discrimination Law: A Manager's Guide*, 62(2002).

⁴ 鄭津津(2002)，〈美國就業歧視法制之研究—兼論我國相關法制應有之發展〉，《臺大法學論叢》，32卷4期，頁145。

⁵ 42 U.S.C. §2000e-2(g).

⁶ 42 U.S.C. §2000e-2(h).



雇主應用其提供之專業發展能力測驗所生之結果，該測試實施或運行之結果並非設計或意圖為過去慣行用於種族、膚色、宗教、性別或原始國籍歧視者，並不構成就業歧視。而此一測驗必須與工作相關，是用於衡量個人是否適於某工作，而非抽象地衡量該個人⁷。對此類測驗，EEOC 定有員工篩選程序統一準則(Uniform Guidelines of Employee Selection Procedures)，其中建立了「五分之四原則」用以判定一測驗是否對特定族群造成不利影響。雖有許多法院以此為判定標準，但仍未全面性地被採用⁸。

雇主根據性別而在工資或薪資之數額有所區別者，該區別合於第 29 章第 206 條(d)同工同酬之規定所授權者，亦不構成就業歧視。

四、僱用措施與系爭職位之工作相關且合於經營需求⁹

當原告證明被告所使用之特定僱用措施，造成基於種族、膚色、宗教、性別或原始國籍所生之差別影響，而被告無法證明系爭措施是出於系爭職位之工作相關且合於經營需求者，即成立差別影響歧視。

僱用措施與系爭職位之工作相關且合於經營需求之抗辯事由僅適用於差別影響(間接歧視)之案例中，若原告主張故意歧視則不適用之。換言之，在個案中雇主之歧視意圖甚為明顯時，縱使雇主能證明其僱傭措施合於經營需求，仍無法解免其責任，就業歧視依然成立。

此外，於此類間接歧視案例中，會適用三階段舉證責任轉換制度¹⁰。亦即，第一階段由勞動者建立符合表面證據之舉證，得以推斷可能存在間接歧視之情形。第二階段則由雇主主張免責抗辯，即本項之經營需求。若雇主舉證成功，擇前述之推定即喪失基礎，勞動者必須進行第三階段之舉證，即證明有其他較不會影響該些勞動者之僱用措施，卻為雇主所拒絕¹¹。

⁷ Twomey, supra note 3, at 66.

⁸ Id.

⁹ 42 U.S.C. §2000e-2(k)(1)(A)(i).

¹⁰ 謝棋楠(2008)，〈由美國差別影響歧視制度評台北地院九十一年度重勞訴字第五號判決〉，《全國律師》，12 卷 4 期，頁 26-27。

¹¹ 42. U.S.C. §2000e-2(k)(1)(A)(ii).



第二款 就業年齡歧視法

美國就業年齡歧視法規定¹²有以下之抗辯事由¹³：

一、真實職業資格

當年齡是一真實職業資格，對企業之正常營運有合理需求時，並不構成就業歧視。對於以年齡作為真實職業資格，EEOC 之行政規則有三項說明：1. 雇主所設之年齡限制於其事業本質有合理需求；2. 所有或幾乎所有被排除於系爭工作以外之求職者，實際上並不具備擔任該職務之資格；3. 對於某些被排除於系爭工作以外之求職者，其不能勝任之原因僅能自年齡推斷之¹⁴。

二、年齡以外之合理因素

若雇主之僱用措施是基於年齡以外之合理因素，亦不構成就業歧視。所謂年齡以外之合理因素，依照 EEOC 行政規則之說明，其範圍並非明確，必須個案認定¹⁵。若雇主之僱用措施直接以年齡作為限制標準，即不得以年齡以外之合理因素作為抗辯¹⁶。並且，主張年齡以外合理因素之抗辯事由時，雇主必須證明其僱用措施具有經營需求¹⁷。

由於年齡以外之合理因素並不明確，因此引發爭論，例如年資是否為年齡以外之合理因素？此一問題於我國日本航空案亦曾發生類似論述。臺北高等行政法院以進入企業較長久，年資較高、薪水亦相對較高，藉以論證年齡較高者薪資亦較高，因此雇主以薪資高者作為優先資遣對象構成間接年齡歧視¹⁸。是以，我國法院應是認為年資較高者，年齡亦為較高，兩者間成正相關。而美國

¹² 29 U.S.C. §623(f)(1)-(2).

¹³ 關於年齡歧視抗辯事由詳細之整理，可參鄭津津(2009)，〈建立就業年齡歧視判定標準制度研究計畫報告〉，頁 14-16；張郁昇(2010)，《美國就業年齡歧視法案之研究—兼論對我國法制之啟示》，頁 54-61，國立臺灣大學法律學院法律學研究所碩士論文；卓家甫(2010)，《從美國就業年齡歧視防治法制論我國相關法制之現況與未來發展》，頁 44-49，國立中正大學法律學研究所碩士論文。

¹⁴ 29 C.F.R. §1625.6(b).

¹⁵ 29 C.F.R. §1625.7(b).

¹⁶ 29 C.F.R. §1625.7(c).

¹⁷ 29 C.F.R. §1625.7(d).

¹⁸ 臺北高等行政法院 100 年度訴字第 1136 號判決，該見解並為上級審最高行政法院 101 年度判字第 1036 號判決所維持。



法院早期亦不認為年資可作為年齡以外之合理因素，惟美國最高法院於 1993 年 *Hazen Paper Co. v. Biggins* 案¹⁹中則認為，年資與年齡在分析上是可區別之概念，故年資為年齡以外之合理因素。

由上可知，關於年資得否作為年齡以外之合理因素，不僅我國或美國之間見解不同，就連美國本身前後見解也不一致。因此，年齡以外之合理因素，何謂「年齡以外」？何謂「合理」？除了經營需求可以補充界定是否合理以外，對於此一抗辯事由之內涵仍是十分模糊。

三、員工工作地之外國法律

雇主對位於國外工作之員工所為之措施，遵守就業年齡歧視法之規定，將造成雇主或雇主所控制之公司，違反該工作場所坐落之國家之規定時，雇主亦得以為遵守該外國法律作為抗辯事由。

四、善意資深制度(Bona Fide Seniority System)

自善意資深制度的用語觀之，該制度並非意圖迴避就業年齡歧視法之規定，除了該制度不應由於勞動者之年齡，要求或允許任何勞動者非自願退休以外。換言之，由於勞動者已屆中高齡，而雇主欲強制其退休，並不在合法差別待遇之列。

五、善意員工給付計畫(Bona Fide Employee Benefit Plan)

不論個別優惠或集體優惠，若為了資深勞動者利益所產生或花費的實際數額，並不亞於為了資淺勞動者利益所產生之數額，而依相關規定所允許者，不構成年齡歧視。合於適當目的或合於就業年齡歧視法目的之鼓勵自願提早退休計畫，亦得為雇主之抗辯事由。

欲主張此抗辯事由之雇主，除須證明該計畫存在以外，並須證明並非脫法行為²⁰。

¹⁹ *Hazen Paper Co. v. Biggins*, 507 U.S. 604(1993).

²⁰ 卓家甫，前揭註 13，頁 48。

六、正當理由(good cause)²¹

因正當理由而解僱或懲戒勞動者。此抗辯事由限於雇主之特定措施係解僱或懲戒方得主張之，亦即雇主得舉證其解僱或懲戒勞動者乃因某正當理由而非因年齡所致。惟若對於同一事由所為之懲戒，僅針對中高齡之勞動者時，則仍構成年齡歧視²²。

第二項 ILO 報告書

ILO 於 2003 年之全球報告書指出，並非所有區別都會構成歧視。基於工作本身所固有之要件而為的差別待遇即屬合法的措施。因此，若均等機會並未被削弱，則差別待遇並不會構成歧視²³。到了 2007 年的全球報告則指出，基於工作上確實之迫切需求(exigencies)並不違法²⁴。似乎對於工作需求的必要性刻劃地更為深刻。

常見的例子如藝術表演或涉及特定身體隱私的工作。政治意見與宗教信仰在特定情況下可能會構成特定職位的真實資格。例如政黨歸屬可能會被認為是擔任高階職位以發展政府政策所必須的特別責任；奉行一特定信念在宗教學校裡教學也被認為是必要的。個人涉嫌危害國家安全活動之排除，亦不會被認為是歧視，但這類型的排除必須適當且一致性地合於工作之要件，並且須具備程序審查之保護²⁵。

基於個人能力所為之區別亦不會被認為是就業歧視。個人能力(merit or ability)之概念是指個人之天賦、智識、技能，與適任特定工作之要求，彼此間之關連。能力可識別出任該工作之最佳人選。然而，實際上能力難以定義及衡量，且能力之判定易生偏見。「能力」並非一個絕對的、靜態的概念，定義「最適格」的求職

²¹ 29 U.S.C. §623(f)(3).

²² 卓家甫，前揭註 13，頁 49。

²³ International Labour Office, *Time for Equality at Work: Global Report under the Follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*, at 21 (2003).

²⁴ International Labour Office, *Equality at Work: Tackling the Challenges: Global Report under the Follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*, at 10(2007).

²⁵ International Labour Office, *Supra* note 23, at 21-22.

者，此一概念本身就經常由社會價值所決定，包括偏見。不僅如此，不同經驗與不同工作經歷之價值，通常也很難妥適地衡量與比較²⁶。

由於歷史因素或近代歧視導致具有特定條件之個人或群體，於勞動市場遭受不利益，為了此些人採行以確保待遇與機會均等為目的之特別措施(special measures)，無涉歧視。特別措施可區分為兩類：保護性、協助性特別措施與積極平權措施(affirmative action measures)。前者之協助性特別措施，例如對於視覺受損者提供特殊電腦軟體，或提供第二語言課程予工作場所中之近期移民者。保護性特別措施則例如法律禁止女性勞動者坑內勞動。後者則目的在於透過暫時性的政策，矯正特定族群(例如女性或少數種族)所面臨的因過去或現在之社會性歧視所生之經濟上不利益或社會隔離等問題²⁷。

第三項 日本法就業上差別待遇之正當理由

日本法關於就業上差別待遇之正當理由，亦散見於各法或其施行細則與指針當中，分述如下。

第一款 男女雇用機會均等法

首先，「男女雇用機會均等法」第 5 條、第 6 條規定了自募集採用階段，配置、升職、降職以及教育訓練，福利厚生措施，職種及僱用形態之變更，退職獎勵、退休年齡、解僱及勞動契約之更新等階段，皆禁止性別歧視(直接歧視)。並於同法第 7 條為間接歧視之禁止。其差別待遇之正當理由，則規定於依男女雇用機會均等法第 10 條所授權訂定之指針，即「禁止對勞動者性別歧視有關事項之雇主適切

²⁶ Id. at 22.

²⁷ Id.

處理指針」²⁸ (以下簡稱「性別歧視指針」)，如下所述。



一、積極平權措施

依「男女雇用機會均等法」第 8 條之規定，第 5-7 條之規定，不得妨礙企業主以改善僱用領域男女機會均等待遇確保之障礙等情事為目的，對女性所為之相關措施。依照「性別歧視指針」第 2 條第 14(1)指出，母法第 8 條即為積極平權措施(positive action)。並補充具體之態樣，亦即，於上述募集採用階段、配置、升職、教育訓練、職種變更以及僱用形態變更上，採取下列措施，並不違反母法第 5、6 條：

1. 在僱用管理區分之募集或採用，女性勞動者與男性勞動者相比，為相當程度之少數時，於該募集或採用所提供之情報中，為對女性較有利之待遇，於滿足條件之勞動者中優先採用女性，或其他對女性較有利之待遇等。
2. 在僱用管理區分下，女性勞動者為相當程度少數之職位要配置新的勞動者時，只鼓勵女性參加配置之資格試驗，於滿足配置條件之勞動者中，以女性勞動者為優先，或為其他對女性較有利之待遇等。
3. 在僱用管理區分下，女性勞動者為相當程度少數之職位要升職時，只鼓勵女性參加升職之資格試驗，於滿足該升職基準之勞動者中，以女性勞動者為優先，或為其他對女性較有利之待遇等。
4. 在僱用管理區分下，提供從事某女性勞動者為相當程度少數之職務或職位，所必備之能力之教育訓練時，僅以女性為教育訓練之對象，提供女性勞動者有利條件，或為其他對女性較有利之待遇等。
5. 在僱用管理區分下，對女性勞動者為相當程度少數之職種為變更，只鼓勵女性參加變更之資格試驗，於滿足職種變更基準之勞動者中，以女性勞動

²⁸ 労働者に対する性別を理由とする差別の禁止等に関する規定に定める事項に関し、事業主が適切に対処するための指針：

<http://www.mhlw.go.jp/general/seido/koyou/danjokintou/dl/20000401-30-1.pdf>(最後瀏覽日期：2016 年 1 月 28 日)。

者為優先之職種變更對象，或其他對女性較有利之待遇等。

6. 在僱用管理區分下，對女性勞動者為相當程度少數之僱用形態為變更，只鼓勵女性參加該僱用形態變更之資格試驗，於滿足僱用形態變更基準之勞動者中，以女性勞動者為優先之僱用形態變更對象，或為其他對女性較有利之待遇等。


二、真實職業資格

按「性別歧視指針」第 2 條第 14(2)之規定，於下列情形為募集與採用、配置、升職之措施時，並不會被認為未給與無關乎性別之均等機會，或以性別為由而為差別待遇，不違反母法第 5、6 條：

1. 與從事下列職務之勞動者相關的情形
 - (1) 於藝術、藝能領域中，為求表現的真實性，因而有必要限於由男性或女性從事之職務。
 - (2) 於守衛、警備員等有防犯上之要求，因而有必要由男性從事之職務。
 - (3) 除了(1)和(2)所揭示之情形外，宗教上、風紀上、運動競賽性質上或其他業務性質上，僅限於男性或女性從事，被認為與上述情事有相同程度必要性之職務。
2. 由於依照勞動基準法(昭和 22 年第 49 號法案)第 61 條第 1 項、第 64-2 條或第 64-3 條第 2 項之規定不能令女性工作，或依照保健師助產師看護師法(昭和 23 年第 203 號法案)不能令男性工作，為了遂行通常業務，給予無關於勞動者性別之均等機會或為均等待遇被認為有困難的情形。
3. 由於風俗、習慣，而使男女任一方在海外難以發揮能力之工作之必要情形，或由於其他特別情事，而被認為給予無關於勞動者性別之均等機會或為均等待遇是有困難的情形。

三、合理理由

「男女雇用機會均等法」第 7 條關於間接歧視之規定指出，企業主於募集



與採用階段或其他配置、升職等前述所揭示之事項所為之措施，是以勞動者性別以外之事由為要件，觀察滿足該措施要件之男女比率或其他情事，實質上恐為以性別為理由而歧視之措施，係厚生勞動省令之規定者，若非依照成為該措施之對象的業務性質，而該措施之實施於該業務之遂行上有特別必要之情形，或依照事業營運狀況，而該措施之實施於僱用管理上有特別必要之情形，或其他合理理由之情形，不得為之。自以上文字反面推論，可歸納出：

1. 業務遂行上有特別必要。
2. 僱用管理上有特別必要。
3. 其他合理理由。

關於所謂合理理由，依照「性別歧視指針」第3條第1(2)，所謂「合理理由」，具體而言，按照成為該措施之對象的業務性質，而該措施之實施為該業務之遂行上有特別必要時，或依照事業營運之狀況，而該措施之實施為僱用管理上有特別必要者，是謂此類行情。該說明等於是將前述1、2之要件用以補充合理理由，則其他合理理由可能係指其他相類似於1、2之事由，亦即其他經營上有特別必要之情形。

至於究竟有無合理理由，依照「性別歧視指針」第3條第2(2)之規定，是依個案具體事實為綜合判斷。該規定並舉出，於募集或採用時，以身高、體重或體力為要件，下列情況會被認為是不具合理理由的：a.以搬運貨物之業務作為內容的職務，以具備為執行該業務所必要之臂力更強之臂力為要件的情形。b.雖有以搬運貨物之業務作為內容的職務，惟已有導入用以搬運等之機械、設備等，於通常作業中不需要臂力的情形，卻以具備一定以上之臂力為要件的情形。c.單純的接待，僅為對出入者之確認等，並非以防犯作為原先目的之警備員職務，卻以一定以上之身高或體重為要件的情形。三個案例皆是以超出遂行業務所必須之能力為要件，亦即逾越上述1.業務遂行上有特別必要者。將三個案例與業務遂行連結觀察，可以發現業務遂行上之必要，實際上也可能



是一種真實職業資格，並且，以業務所必須之能力為限，要求超出業務所需能力以外之要件，即逾越必要性，非合理理由。

於 course 別僱用管理中，總合職勞動者之募集或採用，以可以配合會搬家的調職為要件時，依「性別歧視指針」第 3 條第 3(3)，於下列情況會被認為不具合理理由：a.並未於各地展開分店、分公司，且亦無此計畫之情形。b.雖有於各地展開分店、分公司，惟長期以來，除了由於家庭因素或其他特別情事而本人希望調職的情形以外，幾乎沒有會搬家的調職的實態。c.雖有於各地展開分店、分公司，惟被認為沒有於不同地區的分店、分公司等作為管理者而累積經驗，或經歷生產現場的業務，或經歷地區特殊性等，作為幹部之能力的養成與確保之特別必要，並且被認為在組織營運上，並沒有實施包含伴隨著搬家之調職人事輪替的特別必要性的情形²⁹。以上三例不同於臂力是工作能力之要求，而是工作配合上之需求，應可認是廣義的業務遂行。三個例子亦均是自必要性出發，欠缺必要性即非合理理由。

於勞動者之升職中，以具備調職之經驗為要件，依「性別歧視指針」第 3 條第 4(2)，於以下情形會被認定不具合理理由：a.在各地有開分店、分公司的企業中，要升為本公司的課長時，被認為在遂行本公司課長的業務上，不具有需不同地區的分店、分公司勤務經驗之特別必要，並且被認為並沒有實施包含伴隨著搬家之調職人事輪替的特別必要的情形，卻以具備會搬家之調職的經驗為要件者。b.在遂行作為特定分店管理職之職務上，被認為不具有待過不同分店經驗之特別必要的情形，升職為該分店之管理職時，卻以具有不同分店職務經驗為要件的情形。以上二例與前述轉職案例類似，亦是以必要性之有無為出發，藉以認定是否為合理理由。

²⁹ 論者有謂此一案例可特別注意，蓋因該文作者認為，此有暗示重新檢討於總合職確實有調職的企業中，「調職對於總合職是否本來就不可或缺？」之意味，並且行政指導、監督有著眼於此點之可能性。參大浦綾子(2015)，〈男女雇用機會均等法施行細則・指針改正と企業の対応ポイント解説—女性も男性も活躍できる職場づくりのために〉，《労働法学会報》，2590号，頁 22。



第二款 雇用對策法

雇用對策法設有禁止年齡歧視之規定，而例外不違反該規定之情形則規定於施行細則中，分述如下。

一、退休年齡

雇主對其所僱用之勞動者有退休年齡之規定時，以低於該退休年齡之年齡作為條件而為勞動者之募集、採用，並不構成年齡歧視(限於以締結不定期勞動為目的者)³⁰。

雇主既可以訂定退休年齡(依「高年齡者雇用安定法」第 8 條規定，退休年齡不得低於 60 歲)，而於勞動者屆齡時令其退休，則要求求職人低於該年齡，得避免新進勞動者才剛加入公司即屆齡退休，導致雇主人事管理上之成本增加。

二、遵循法令

依照日本勞基法或其他規定禁止或限制特定年齡層之勞動者從事之業務，雇主募集、採用該年齡層以外之勞動者，不構成年齡歧視³¹。

三、合理之必要年齡限制

自以年齡限制作為必要最小限制之觀點來看，為合理限制之情形³²：

1. 對於長期繼續工作的職務，以追求必要能力之開發與提升為目的，實施青少年或特定年齡以下勞動者之募集、採用者。限於以締結不定期勞動契約為目的，且不以該勞動者有工作經驗為徵才要件，以應屆畢業生為對象之募集、採用。
2. 在雇主所僱用特定年齡層、特定職種之勞動者，其數量相當少而合於厚生勞動大臣所規定的條件時，以追求該職種之業務遂行所必要以及相關聯之技能、知識之傳承為目的，限定於特定年齡層之勞動者而以不定期契約為

³⁰ 雇用對策法施行細則第 1-3 條第 1 項。

³¹ 雇用對策法施行細則第 1-3 條第 2 項。

³² 雇用對策法施行細則第 1-3 條第 3 項。



募集、採用者。

3. 在藝術或者藝能的領域，為確保表現之真實性等而對特定之年齡層為募集、採用。
4. 被認為是以促進高齡者之僱用為目的，而實施特定年齡以上之高齡者(60歲以上)之募集、採用等。

除上述第 3 點內容即同真實職業資格之要求，其餘多為對於日本僱用貫行之妥協、促進高齡僱用等政策方面之考量³³。

第三款 有關僱用形態之規定

如本論文第二章第二節第五項所介紹，在僱用形態歧視的部分，日本法在設計上選擇了不同的規範模式，亦即對與通常勞動者同視之部分工時勞動者禁止差別待遇，其餘部分工時勞動者則禁止不合理之待遇。對定期契約勞動者，採取不合理待遇禁止原則。而對於派遣勞動者則是課予雇主均衡待遇考量義務。惟不論何種類型，於法規中均無規定差別待遇之正當理由。

則於僱用形態歧視的爭議當中，能否援引上述例外情況作為差別待遇之正當理由即成問題。特別是僱用形態中，典型勞動者與非典型勞動者彼此間之差異多數是在僱用形態而非勞動者本身；著重的是不同待遇合理與否而非有無正當理由。學者認為，依日本僱用慣行的特徵，職涯 course 的不同、學歷的不同、在職期間(年資)的不同、未來繼續工作可能性的不同，皆可作為納入德國、法國正當化不利益待遇(歧視待遇)客觀理由之考量³⁴。

至於禁止不合理待遇之判斷，不能僅僅以比起典型勞動者低就認為不合理，

³³ 參本論文第二章第二節第三項，頁 52。

³⁴ 水町勇一郎(2011)，〈「格差」と「合理性」—非正規労働者の不利益取扱いを正当化する「合理的理由」に関する研究〉，《社会科学研究》，62 卷 3・4 期，頁 151。惟日本對於僱用形態歧視並非採取德國、法國不利益待遇禁止原則之模式，因此是依據體個案為柔軟判斷，此亦為均衡待遇之問題，頁 152。該文於 2011 年發表，其後雖然相關法律皆有修法，惟多數仍非歧視禁止，而是不合理待遇禁止，因此二原則間相關解釋適用之問題仍然存在。

仍須進一步分析、評價該落差之程度是否已達社會性地不公正。而判斷之內容包含職務之內容(業務之內容與責任)，職務內容與配置之變更範圍，及考量其他情事等³⁵。




第四項 小結

總結以上說明，粗淺分析美日法間之異同。首先，美國法與日本法關於差別待遇之正當理由，均有規定者為真實職業資格、依法令規定、積極平權措施以及合理理由。真實職業資格並非如字面上那樣的客觀，實際上需要解釋之處反而是雇主之經營需求，亦即雇主所需者是一如何之職業資格，而其要求是否合理之問題。依法令規定之部分則無太大爭議，除非各該法令本身有違法或違憲之問題，否則為遵循相關規定導致對勞動者施以差別待遇，並不違反歧視禁止規定。積極平權措施有其正當目的，乃為實現實質平等，基本上亦無太大爭議，實質上之問題會落在實施積極平權措施之對象、方法與期間。至於合理理由，於美國法是規定於年齡歧視，於日本法則規定於性別歧視，基本上就是一概括事由，而其輪廓均環繞在雇主之經營需求上。

其次，日本法相關規定特殊之處在於年齡歧視之例外，政策考量之痕跡較為明顯。積極平權措施或可謂一種政策，然此處年齡歧視例外之政策，其背後之考量並非在於實現實質平等，而是一種對現況的妥協(企業與社會的接受度、高齡化社會勞動力運用等)。優點在於，會讓法規之適用更有彈性，可以因應社會需求，缺點則為可能造成保障平等權上之漏洞。將這類政策目的納入差別待遇之正當理由是否妥適，對於就業平等之實現是好是壞，可能還有待研究。

此外，不論美國或日本皆有針對間接歧視單獨提出雇主可為之抗辯事由。然而仔細觀察可以發現，其他抗辯事由中，有許多也可以該當於間接歧視下之經營上合理理由抗辯，例如能力、年齡以外之合理理由，甚至嚴格而言，真實職業資

³⁵ 菅野和夫(2012)，《労働法》，10版，頁235-236，東京：弘文堂。



格也可以該當於一種經營需求(篩選勞動者之措施)。因此，是否有必要依照勞動者之主張方法來規定抗辯事由，本論文之立場是持保留態度，此亦應證前述觀念釐清中，關於直接歧視與間接歧視類型分類上，因證據之有無而導果為因地回推歧視類型之問題³⁶。

綜上所述，歸納上述正當理由，大致上有雇主經營需求(包含真實職業資格、其他合理理由)、公益考量(國家安全、相關政策)、積極平權措施，以及勞動者之付出(年資、能力、工作成果等)等諸多項目。並且可以分為二類：一為適用於「直接以就業歧視禁止項目作為差別待遇之標準」者；另一為適用於「非以就業歧視禁止項目作為差別待遇之標準」者。此分類並非依存於勞動者之主張，而是視雇主之抗辯內容而定。倘若雇主對於以就業歧視禁止項目作為其僱用決定之標準一事並不爭執，則其抗辯會屬於前者。若雇主主張其僱用決定之標準並非基於就業歧視禁止項目，則其抗辯即屬於後者。


第二節 我國法之檢討

本節將針對我國法之法律規定、實務與學說見解來分析歸納我國就業上差別待遇之正當事由。

第一項 我國法律之相關規定

就業服務法第 5 條第 1 項於 2001 年修正時，即於立法理由中明白指出：「所稱歧視係指雇主無正當理由而恣意實施差別待遇而言」。然而，整部法律並未說明何謂正當理由。該法於 2007 年修正時，是否於條文中增列「具正當理由，且於法律明文規定者，從其規定」之文字，也曾有一番爭議。希望增列之考量，主要在於執行層面與效率層面之因素。蓋因一律不准設置求職要件，事實上有其困難，

³⁶ 參本論文第一章第三節第二項第二、三款，頁 25-26。



會使多數不符需求之應徵者前來應徵，造成企業徵才成本提高、效率降低。持反面見解者則認，敘明增列該等文字會造成反推效果，亦即會導致雇主認為具備正當理由即可歧視特定族群之現象。除此之外，在該討論中，似乎認為除了工作能力之外，不應為其他之就業限制³⁷。

事實上，具備正當理由之差別待遇，即為合法之差別待遇，而不會被評價為歧視，因此上述爭論之考量實屬多慮。況且觀諸同為規範就業歧視之性別工作平等法，該法第 7 條但書與第 10 條第 1 項但書³⁸即分別指出：「工作性質僅適合特定性別者」、「基於年資、獎懲、績效或其他非因性別或性傾向因素之正當理由者」，即為正當理由。亦顯示明文規定正當理由並無不妥，反而利於企業操作。

至於性別工作平等法之正當理由，其中「工作性質僅適合特定性別者」，立法理由指出，例如男演員、男模特兒即屬之，並於性別工作平等法施行細則第 3 條明文：「本法第七條但書所稱工作性質僅適合特定性別者，指非由特定性別之求職者或受僱者從事，不能完成或難以完成之工作」。此即同美日法制皆有之真實職業資格抗辯。然而，該法第 10 條但書所謂「其他非因性別或性傾向因素之正當理由」此一概括性規定，解釋上可以包山包海，則又回到究竟正當理由為何之原點。但此一現象亦非我國所獨有，美國法與日本法都有程度不一的概括規定，例如經營需求、合理理由等。

此外，尚有勞動基準法第 25 條規定：「雇主對勞工不得因性別而有差別之待遇。工作相同、效率相同者，給付同等之工資」，則反面推論，工作不同、效率不同，即可給予不同之工資。基本上得為前述性別工作平等法第 10 條第 1 項但書所包含。

³⁷ 立法院公報處(2007)，《立法院公報》，96 卷 8 期，頁 174-179。

³⁸ 性別工作平等法第 7 條：「雇主對求職者或受僱者之招募、甄試、進用、分發、配置、考績或陞遷等，不得因性別或性傾向而有差別待遇。但工作性質僅適合特定性別者，不在此限。」
性別工作平等法第 10 條第 1 項：「雇主對受僱者薪資之給付，不得因性別或性傾向而有差別待遇；其工作或價值相同者，應給付同等薪資。但基於年資、獎懲、績效或其他非因性別或性傾向因素之正當理由者，不在此限。」



第二項 司法院大法官解釋

司法院大法官解釋有關差別待遇正當理由之說明，主要是針對平等原則之闡述。然而，其所敘述者幾乎都是以一種綜合考量的方法來觀察是否有不同之處，若有不同之處，即可為不同對待，多數是過於抽象的。例如釋字第 205 號解釋理由書：「……此所謂平等，係指實質上之平等而言，其為因應事實上之需要，及舉辦考試之目的，就有關事項，依法酌為適當之限制」。釋字第 211 號解釋文：「……並不限制法律授權主管機關，斟酌具體案件事實上之差異及立法之目的，而為合理之不同處置」。釋字第 481 號解釋理由書：「憲法上之平等原則，……，並不禁止法律依事物之性質，就事實狀況之差異而為合理之不同規範」。釋字第 485 號解釋文、釋字第 584 號解釋理由、釋字第 596 號解釋文、釋字第 605 號解釋理由書、釋字第 614 號解釋理由書、釋字第 711 號解釋理由書：「……立法機關基於憲法之價值體系及立法目的，自得斟酌規範事物性質之差異而為合理之區別對待」。釋字第 547 號解釋文：「憲法上所謂平等原則，係指實質上之平等而言，若為因應事實上之需要及舉辦考試之目的，就有關事項，依法自得酌為適當之限制」。釋字第 565 號解釋文、釋字第 647 號解釋理由書：「其差別待遇具有正當理由，即與平等原則無違」。釋字第 635 號解釋理由書：「納稅義務人固應按其實質稅負能力，負擔應負之稅捐，惟為增進公共利益，……給予特定範圍納稅義務人減輕或免除租稅之優惠措施，而為有正當理由之差別待遇者，尚非憲法第 7 條規定所不許」。釋字第 648 號解釋理由書、釋字第 682 號解釋理由書、釋字第 694 號解釋理由書：「法規範是否符合平等權保障之要求，其判斷應取決於該法規範所以為差別待遇之目的是否合憲，其所採取之分類與規範目的之達成之間，是否存有一定程度之關聯性而定」。釋字第 666 號解釋理由書、釋字第 694 號解釋理由書：「憲法第 7 條……係保障人民在法律上地位之實質平等，要求本質上相同之事物應為相同之處理，不得恣意為無正當理由之差別待遇」。大概可以從此間推得正當理由的三個要件：第一，目的(追求某種價值)。第二，事實或事物有所差異。第三，不同對待須合理、



適當。

而說明較為具體者則有釋字第 179 號解釋理由書：「憲法第七條……，並非不許法律基於人民之年齡、職業、經濟狀況及彼此間之特別關係等情事，而為合理之不同規定」。以及釋字第 365 號解釋理由書：「因性別而為之差別規定僅於特殊例外之情形，方為憲法之所許，而此種特殊例外之情形，必須基於男女生理上之差異或因此差異所生之社會生活功能角色上之不同，始足相當」。第 179 號解釋雖然泛指憲法第 7 條之項目皆可能以法律基於年齡、職業等情事而為不同規定，但該案背景係關於訴訟權限制之問題，可能對此有較寬鬆之解釋。而第 365 號解釋則聚焦在性別歧視上，對正當理由之解釋則較為限縮。由此可見，針對不同項目而討論其差別待遇之正當理由時，可能存在不同之標準。

第三項 學說見解

我國學者對於就業歧視中，雇主之抗辯事由或差別待遇之正當理由一事上，大多數都是以美國法之介紹為主³⁹。另有學者指出，性別歧視之正當事由，必須能通過廣義比例原則之檢驗⁴⁰，惟此僅提出檢驗之方法或標準，何謂正當事由不盡明確。

有學者於判決評釋時，提及雇主如欲抗辯其差別待遇之作法並未涉及歧視時，必須該特質為「重要與關鍵之資格」⁴¹。除此之外，尚有勞動者並無履行契約之能力、對雇主將形成不可期待之負擔的困境抗辯等⁴²。惟該學者並未詳細說明各概念之內涵為何，而重要與關鍵之資格以及勞動者無履行契約之能力，二者間是

³⁹ 例如鄭津津(2002)〈美國就業歧視法制之研究—兼論我國相關法制應有之發展〉，《臺大法學論叢》，32 卷 4 期，頁 143-149；美國法之真實職業資格(BFOQ)、營運需要、積極行動(affirmative action)，頁 159；國家安全；焦興鎧(2004)〈美國最高法院與兩性工作平等爭議之解決〉，《政大法學評論》，80 期，頁 120-126；美國法之真實職業資格(BFOQ)、業務上之必要(business necessity)。

⁴⁰ 林更盛(2002)〈性別歧視與母性歧視之禁止〉，《勞動法案例研究(一)》，頁 126，臺北：翰蘆。

⁴¹ 林佳和(2014)，臺北市府勞動局出版，《2014 就業歧視暨職場性騷擾法院判決評析》，頁 24、50，臺北：臺北市勞動局。

⁴² 同前註，頁 92。

相同或不同之概念，亦不明確。



第四項 民事法院實務見解⁴³

民事法院判決中，關於差別待遇之正當理由，基本上均自企業之契約自由與經營自由出發，只是可能受到現有的法規或法理所拘束，而有程度不一之要件限制。例如，解僱之部分必須該當勞基法第 11 條或第 12 條之事由，如不具解僱事由而予以解僱，則解僱當然不合法。本論文以下嘗試將民事法院判決所提及之差別待遇正當理由歸納分述如下。

一、合法解僱事由

關於以合法解僱事由作為差別待遇正當理由之案例，筆者蒐集到者，共有以下 33 件，其中勞基法第 11 條第 1 款至第 4 款之事由或合意終止勞動契約等，與勞動者本身無關，其餘解僱事由則相反，或與勞動者本身能力有關(勞基法第 11 條第 5 款)，或為勞動者之行為所遭致之解僱(勞基法第 12 條第 1 項各款)。因此以下分為兩類，說明如下。

(一)與勞動者本身無關之解僱事由

與勞動者本身無關之解僱事由，均屬於雇主方面之經濟問題，相關案例共計 14 件，分述如下：

1. 臺灣高等法院 87 年度勞上易字第 1 號判決⁴⁴：契約約定。本案不適用勞基法，而勞雇雙方約定任一方皆可於一個月前，以書面通知對方終止契約。原告勞動者於第二次請產假之期間，經被告雇主通知終止契約。法院認為，既有此約定，且嗣後補缺之勞動者亦為女性，則並無性別歧視之問題。本論文認為此為法院較早期之判決，兩性工作平等法(現為性別工作平等

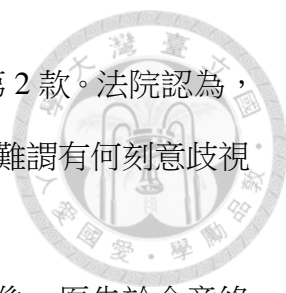
⁴³ 本論文以「歧視+差別待遇」為關鍵字，於法源法律網：<http://www.lawbank.com.tw/index.aspx>(最後瀏覽日期：2015 年 12 月 7 日)搜尋民事各級法院之判決，共計 2231 則，汰選後之可用判決均羅列於本文。


⁴⁴ 關於本案判決之評釋，參林更盛，前揭註 40，頁 118-133。

法)於民國 90 年才制定並於隔年施行，因此法院對於性別歧視之認知，可能尚不及懷孕歧視，因而忽視本案仍構成就業歧視之可能性。

2. 士林地院 92 年度勞訴字第 25 號判決：勞基法第 11 條第 2 款。本件就業歧視評議委員會認定成立性別歧視，惟法院認為雙方之主張與事證與委員會所調查者不同，且法院不受其拘束。是以，法院採信被告主張，認為該公司其他懷孕或生產完畢之女性員工皆未被資遣，以及員工性別比例表可證被告公司女性員工多於男性，可排除歧視意圖。上訴審臺灣高等法院 94 年度勞上易字第 2 號判決同原審見解，並進一步指出就業歧視評議委員會所稱之「混合動機」內涵不明，且認為雇主關於人事之任用所為各種考量，例如個人能力、服從性、忠誠性、合群性、甚或基於僱傭成本之經濟效益等，均屬私人企業判斷領域，不宜由行政機關決定私人企業得否資遣不適任員工。本論文認為高等法院不明所謂混合動機，應闡明原告或其訴訟代理人為補充⁴⁵。法院逕於判決內為此表示，對當事人恐有突襲之嫌。
3. 臺中地院 92 年度豐簡字第 296 號判決：勞基法第 11 條第 2 款。原告主張其懷有身孕卻遭資遣，且業務不佳的是大雅廠，其在潭子廠上班，為何資遣伊？如真業務緊縮，為何僅資遣伊一人？法院對此認為，被告確有業務緊縮之情事，且原告確實為部門績效最差者，即認被告依據員工之工作表現、考績優劣等標準來選擇資遣對象所述為真，並無不法。上訴審臺中地院 92 年度勞簡上字第 35 號判決亦持相同見解。
4. 臺北地院 94 年度勞簡上字第 20 號判決：勞基法第 11 條第 2 款。原告主張懷孕歧視，法院認為確有業務緊縮之情形，且該部門僅餘原告與訴外人，而該訴外人所學較原告為多，故先資遣原告為公司經營所需，非懷孕所致。

⁴⁵ 民事訴訟法第 199 條：「審判長應注意令當事人就訴訟關係之事實及法律為適當完全之辯論。審判長應向當事人發問或曉諭，令其為事實上及法律上陳述、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。陪席法官告明審判長後，得向當事人發問或曉諭。」


- 
5. 臺北地院 95 年度勞訴字第 78 號判決：勞基法第 11 條第 2 款。法院認為，本案確有業務緊縮之情事，且原告之績效較他人為差，難謂有何刻意歧視原告並故意規避原告辦理退休之可言。
 6. 臺北地院 98 年度勞訴字第 6 號判決：合意終止勞動關係。原告於合意終止勞動關係後，復主張其係遭脅迫同意，實為懷孕歧視。法院認為，原告知悉自己懷孕後仍請生理假，並參加懷孕者不宜之員工旅遊，已有意隱瞞懷孕事實，難認被告係因懷孕而與原告終止勞動關係。
 7. 桃園地院 96 年度勞訴字第 47 號判決：勞基法第 11 條第 2 款。法院認為被告公司資遣人員之選擇，係與工會多次討論，最終方案亦透過員工代表以多數決為之，應認不具歧視情事。
 8. 臺北地院 98 年度勞訴字第 88 號判決：勞基法第 11 條第 2 款。原告主張有懷孕歧視之情形，惟法院認為，確有虧損之情事，且性別工作平等會認為無法證明資遣與懷孕有關，原告又未能舉證以實其說，故無懷孕歧視。
 9. 臺南地院 98 年度重勞訴字第 1 號判決：勞基法第 11 條第 2 款。本件原告主張懷孕歧視，法院認為被告公司確有業務緊縮之情形，且過去該公司懷孕之女性員工亦無在生產後遭解職之情形，故認無懷孕歧視。上訴審高等法院臺南分院 98 年度重勞上字第 2 號判決持相同見解，並進一步指出，同一時間其餘被資遣者，尚有考績優於原告者，足認資遣原因非歧視。
 10. 高雄地院 98 年度勞訴字第 42 號判決：勞基法第 11 條第 2 款。本件勞動者主張因參與工會事務而被歧視。惟法院認為選擇資遣原告乃因考績不佳，無明顯不合理或歧視之情事。
 11. 臺南地院 100 年度勞訴字第 60 號判決：勞基法第 11 條第 2 款。本件就業歧視評議委員會認為，雖有資遣事由，惟懷孕歧視之因素確實存在，因此仍構成性別歧視。惟本案法院未說明為何不採委員會之見解，僅認定確實有虧損狀態即認解僱合法。

- 
12. 新北地院 101 年度勞訴字第 137 號判決：勞基法第 11 條第 2 款。本件原告主張懷孕歧視，惟法院認定有虧損及業務緊縮之情事後，即認解僱合法，並未進一步判斷被告公司有無歧視意圖。惟同案於行政庭之判決，即新北地院 102 年度簡字第 46 號判決則認為，該公司對於虧損及業務緊縮是否已達必須資遣員工之程度仍有疑問，且僅資遣原告一人亦生疑義。故認本案成立性別歧視。
13. 高雄地院 101 年度重勞訴字第 4 號判決：勞基法第 11 條第 2 款。本件原告主張被告公司選擇資遣對象時，對工會會員為歧視。法院審酌認為確有虧損情事，且原告未能舉證有歧視意圖，故資遣合法。
14. 新竹地院 102 年度勞訴字第 17 號判決：性別工作平等法第 17 條第 1 項第 1 款⁴⁶。原告於育嬰留職停薪期間遭資遣，法院認為被告公司確有業務緊縮之情事，且上開條文「並經主管機關同意」係屬訓示規定，故資遣仍為合法。對於歧視意圖之有無則未見說明。本論文認為，要求主關機關同意之規定是否屬訓示規定誠有疑義⁴⁷，且本案並未具體判斷被告公司是否刻意挑選育嬰留職停薪中之原告，亦即並未判斷雇主有無歧視意圖，即認資遣合法，似乎稍嫌速斷。

首先應注意者，係法院對於歧視意圖之認定。姑且不論法院認定之方法是否妥適，可以確定的是，法院對於歧視意圖與差別待遇正當理由彼此間的關係，見解是不明確的。例如上述編號 1、2、6、8、9、13 之判決，法院皆有排

⁴⁶ 性別工作平等法第 17 條：「前條受僱者於育嬰留職停薪期滿後，申請復職時，除有下列情形之一，並經主管機關同意者外，雇主不得拒絕：
一、歇業、虧損或業務緊縮者。
二、雇主依法變更組織、解散或轉讓者。
三、不可抗力暫停工作在一個月以上者。
四、業務性質變更，有減少受僱者之必要，又無適當工作可供安置者。
雇主因前項各款原因未能使受僱者復職時，應於三十日前通知之，並應依法定標準發給資遣費或退休金。」

⁴⁷ 臺北高等行政法院 96 年度簡字第 964 號判決即認主管機關之同意乃生效要件。



除歧視意圖之存在，或因舉證之緣故認為無法證明有歧視意圖，惟於編號 11、12 之民事法院判決、14 則未判斷有無歧視意圖，不知是認有差別待遇之正當理由即可推認無歧視情事，亦或是認為不論是否同時存在歧視意圖，只要有正當理由即為合法？例如下述編號 17、24、26 之判決，似乎即認只要解僱非因歧視單一因素即仍為合法。此涉混合動機歧視法律效果之問題，容後詳述。

此外，本論文認為特別值得注意的是，編號 3、4、5、10 之判決，均說明了「擇人標準」。亦即，確實有業務緊縮或虧損等解僱事由，惟為何選擇該名勞動者而非他人？全部資遣固然沒問題，有問題者就係「為何我被資遣而他人沒有」，此方為有無歧視之判斷重心。若雇主之選擇無正當理由，即為歧視。而編號 3-5、10 皆指出系爭勞動者績效較差或留用之人優於系爭勞動者，則績效等即為雇主解僱「系爭勞動者」行為之正當理由。既然雇主選擇解僱對象不能恣意，則勞基法第 11 條第 2 款僅為勞基法對於解僱之限制，實際上不足以夠成差別待遇之正當理由。

(二)與勞動者本身有關之解僱事由

與勞動者本身有關之事由，主要為勞基法第 11 條 5 款或同法第 12 條第 1 項之事由。除此之外，試用期滿不適任，亦類同於不能勝任工作，故置於此分類。相關案例計 19 件，分述如下：

15. 臺灣高等法院 91 年度勞上字第 49 號判決：勞基法第 11 條第 5 款。法院認為原告確實不能勝任工作，且因被告嗣後再僱用遞補空缺之員工亦為女性，即認原告徒以曾因懷孕請假，且被告予以資遣之時間為其甫銷假上班之時間，而臆測被告有性別歧視，自屬無稽。惟本案原審法院士林地院 89 年度勞訴字第 9 號判決則認為，原告於一月時即有工作上之疏失，何以被告遲延至七月方予解僱？且原告銷假後即遭解職，時間點過於巧合。加上勞工局訪談被告前代理人時，其稱「不知勞工懷孕」、「資遣決定前三天

始知懷孕」，實有迴避原告懷孕為其為終止兩造勞動契約動機之嫌。故認有性別歧視。

16. 臺灣高等法院 90 年度勞上字第 17 號判決：試用期滿不適任而終止勞動契約。原被告間有試用期之約定，法院認為原告勞動者不適任，被告公司終止契約即為合法，且無法證明被告公司確實知悉懷孕一事，自無從發生性別歧視。加上被告公司女性員工居多，過去未曾有歧視懷孕員工之情事，故原告主張性別歧視並不可採。惟本案原審士林地院 88 年度勞訴字第 18 號判決指出：「原告於 85 年 10 月 10 日告知懷孕時，其主管陳天鑫課長以懷孕為大事須向總經理報告；另業務經理周蕙祺即於 12 月 12、13 日因此懷孕之理由又約談原告兩次，要求其自動離職」，認終止契約之動機顯與懷孕有關。惟不知為何於上訴審即不見此節。
17. 臺北地院 93 年度勞訴字第 40 號判決：勞基法第 11 條第 5 款。本件被告並非單純以原告罹患或曾罹患精神病為由終止系爭勞動契約，而係以原告上開行為已經影響被告職場秩序、破壞被告職場運作、對於所任工作顯不能勝任為由而終止系爭勞動契約。故不違反精神衛生法第 36 條對精神病人歧視之規定。上訴審臺灣高等法院 93 勞上字第 45 號判決亦同此解。
18. 臺北地院 94 年度勞訴字第 58 號判決：勞基法第 11 條第 5 款。本件原告主張其因提親請假遭資遣而有婚姻歧視。惟法院認為原告確有不能勝任工作之情形，且對於因提親請假即遭資遣一事未能舉證以實其說。
19. 臺北地院 95 年度勞訴字第 204 號判決：勞基法第 11 條第 5 款。原告主張本案於就業歧視評議委員會認定成立就業歧視，惟法院對此並未為相關論述，僅論證確實有不能勝任工作之情事即認解僱合法。上訴審臺灣高等法院 97 年度勞上字第 3 號判決除依舊認定原告不能勝任工作外，並指出台北市政府依該委員會所作出之處分已經臺北高等行政法院撤銷(編號 77)，

且原先處分所認定之內容係認為被告公司於就業環境上有很大之改善空間而於以懲處，並非個案上之就業歧視。故本件不構成身心障礙歧視。

20. 桃園地院 96 年度勞訴字第 36 號判決：勞基法第 11 條第 5 款。本案原告主張被告有身心障礙歧視，法院則認為被告於原告之試用期間內並不知悉原告為身心障礙者，試用期滿後方始知悉，並報請以身心障礙之身分僱用，應認並無歧視之情形。況且原告確有不能勝任工作之情形，倘因其身心障礙使雇主不能終止勞動關係，豈非鼓勵怠工或令雇主不願僱用身心障礙者？上訴審臺灣高等法院 97 年度勞上字第 46 號判決亦同此解，但另提及原告最終係以一般身分被聘僱，自應具備一般人應有之工作能力，而薪資亦與一般員工相同，並無歧視。淺見以為，單純論證不能勝任工作即足，以一般身分聘顧身心障礙者即要求身心障礙者應達一般人之工作能力，似乎不符合實質平等之要求，增加此一論述似有畫蛇添足之嫌。本案經最高法院 98 年度台上字第 1198 號判決以原告如不能勝任工作，為何沒有懲戒記錄等重要攻擊方法未敘理由為由發回，而更審之臺灣高等法院 98 年度勞上更(一)字第 5 號判決再為調查後仍維持原二審之結論。最高法院 99 年台上字第 1309 號判決亦同此結論。
21. 臺中地院 97 年度勞訴字第 4 號判決：勞基法第 12 條第 1 項第 6 款。本案法院認為原告雖然懷孕至醫院安胎，惟依病歷記載，原告狀況趨於穩定，如有緊急狀況建議就近急診，待情況許可再回院追蹤，並未認原告之懷孕狀態已甚為危急，並致其失去工作能力。原告既可工作，工作地點附近又有大型醫院，故並無被告公司當然應予准假之情事。又原告嗣後請假係以病假名義而非產假，且日期係 7 月，故認其 8 月後未再請假即未到職是屬曠職，解僱應屬合法。
22. 臺北地院 99 年度勞簡上字第 45 號判決：勞基法第 12 條第 1 項第 4 款。本件法院原告認定確實有違反工作規則情節重大一事後，即認並無因性別

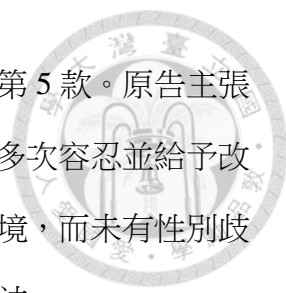
而為差別待遇。本件於原審(臺北地院 99 年度北勞簡字第 18 號判決)時，並未提出性別歧視之主張。

23. 士林地院 99 年度勞簡上字第 21 號判決：勞基法第 11 條第 5 款。本案勞動者主張懷孕歧視。惟法院審理後認為，該名勞動者工作態度不佳，經常不服主管之督導，輪調數部門仍無改善，又不願意學習新機台之使用，故認已達不能勝任工作。法院僅以此認為解僱非因懷孕所致，並未具體判斷有無歧視意圖⁴⁸。本案原審士林地院 99 年度湖勞簡字第 1 號判決則簡單指出原告勞動者對於解僱與懷孕間之不當連結並未舉證以實其說。本案行政法院之判決參編號 78。
24. 士林地院 100 年度勞訴字第 3 號判決：勞基法第 11 條第 5 款。雖然就業歧視評議委員會認被告公司有女性櫃檯人員不能戴眼鏡之內規而構成性別歧視，惟法院表示縱有此內規存在，亦未能逕認被告係因原告戴眼鏡此一單一原因將其資遣，且確實有不能勝任工作之情事，故資遣仍為合法。上訴審臺灣高等法院 100 年度勞上字第 91 號判決亦同此解。
25. 臺北地院 100 年度勞訴字第 36 號判決：勞基法第 12 條第 1 項第 4 款。本件法院認為原告確有違反工作規則情節重大之情事，被告公司係因此等行為而予以解僱，非因原告之工會會員身分，並不違反工會法第 35 條。綜觀本案之案例事實，淺見以為似乎是因為原告動輒開記者會控訴被告公司，必定會吸引被告公司之注意，因此難認被告公司係刻意針對其工會會員身分，而推認無歧視意圖。
26. 士林地院 101 年度勞訴字第 42 號判決：勞基法第 11 條第 5 款。解僱之原因乃係原告罹患精神疾病且不願配合治療之情況，已造成其對於所擔任之工作無法勝任，而非單純因原告罹患精神疾病，不問是否對工作造成影

⁴⁸ 本案仍有可能構成混合動機歧視，參劉志鵬(2014)，〈懷孕歧視與資遣之動機競合一士林地方法院 99 年度勞簡上字第 21 號判決〉，臺北大學法律學院勞動法研究中心主編，《性別工作平等法精選判決評釋》，頁 102-111。

響，即率予資遣，非屬歧視。上訴審臺灣高等法院 102 年度勞上字第 30 號判決亦同此解。

27. 臺北地院 102 年度重勞訴字第 33 號判決：勞基法第 11 條第 5 款。法院認為原告確有不能勝任工作之情事，且被告公司於 101 年 12 月至 102 年 8 月之離職員工 50 歲以上者僅 20%，仍不足以證明該等員工非因生涯規劃或不足以勝任工作而是純遭被告公司以年齡歧視而解僱；況被告公司年齡 50 歲以上及年資 29 年以上之員工眾多，顯無年齡歧視之情事。
28. 臺北地院 102 年度勞訴字第 194 號判決：勞基法第 11 條第 5 款。本件原告主張懷孕歧視，並經性別工作平等會認定成立性別歧視。惟法院認為確有不能勝任工作之情事，性別工作平等會認定之理由並不拘束法院。參酌判決文字，性別工作平等會似乎是認為本案情事未達不能勝任工作之程度，故有懷孕歧視；法院則持相反見解。本案行政法院部分(台北地院 103 年度簡字第 252 號判決)則認原告雖有工作態度不佳等情事，惟被告公司並未要求改善或施以懲戒，而係待解僱之際方執為理由，實為混有懷孕歧視之複合動機。
29. 新竹地院 102 年度勞訴字第 15 號判決：勞基法第 11 條第 5 款。原告主張有懷孕歧視，而法院認為於雇主知悉懷孕一事前，原告即有不能勝任工作之情況，且兩造有試用期之約定，故非因懷孕而終止契約。
30. 新北地院 103 年度勞訴字第 57 號判決：勞基法第 11 條第 5 款。本件原告主張被告公司係因其欲申請育嬰假而遭資遣。惟法院認為在原告申請育嬰假之前，被告公司即曾通知原告有不能勝任工作之情形，如未能改善將予以資遣。嗣後於被告公司要當面為終止之意思表示後，原告方提出育嬰假之申請，顯係有意以育嬰假之保障來迴避資遣。且原告確有不能勝任工作之情事，故本案並不構成歧視。本案行政法院判決參編號 86。

- 
31. 桃園地院 103 年度勞訴字第 72 號判決：勞基法第 11 條第 5 款。原告主張懷孕歧視，而法院認為原告工作有多次疏失，被告公司多次容忍並給予改善空間，應認已盡力建構性別友善之勞動條件及就業環境，而未有性別歧視之情形，且確實有不能勝任工作之情事，契約終止合法。
 32. 臺中地院 103 年度勞訴字第 15 號判決：勞基法第 11 條第 5 款。原告主張懷孕歧視，而法院認為原告確有不能勝任工作之情事，且本案無積極事證可認解僱與懷孕有關，故不構成性別歧視。上訴審高等法院臺中分院 103 年度勞上字第 31 號判決進一步認定雇主係於作成解僱決定後方知悉懷孕一事，則當無性別歧視。
 33. 雲林地院 103 年度勞訴字第 18 號判決：勞基法第 11 條第 5 款。原告主張有其他分店之業績比伊為差，惟僅其負責之分店被裁撤且遭解職，是有差別待遇。法院認為原告之工作能力確實不佳，且各營業區域之客戶數、需求及消費模式均不相同，因之原告以不同營業區之他店業績，與其所經營之永定店業績作比較，客觀上難謂適當，自非可取。上訴審高等法院臺南分院 104 年度勞上字第 6 號判決亦同此解。

與勞動者本身有關之解僱事由之案例，對於歧視意圖認定，亦有前述問題。例如編號 15 之案例，上訴審認有解僱事由即排除歧視意圖，惟原審卻認雇主姑息多時，而於勞動者懷孕時發難，縱有解僱事由，亦難認非出於歧視意圖。此外，不同於前述與勞動者無關之解僱事由，此類解僱事由於勞動者而言，其本身之可責性較高，作為差別待遇之正當理由當無疑問。惟若同時有其他情事證明雇主有歧視意圖，則此時一樣有混合動機歧視之問題。



二、合法調職

於雇主調職決定合法性之爭論中，有主張歧視或無正當理由差別待遇，並認為不成立之案件，筆者蒐集到者共有 4 件。其中一件因併同考量勞動者個人之問題，故置於他處，參編號 51 判決。另一件除調職五原則外，另有爭執調動人選違反平等原則，故亦置於他處討論，參編號 66 判決。

34. 台南地院 100 年度勞訴字第 16 號判決：原告認調職有工會歧視。法院審酌後認為，被告調動原告至總務部門，薪資並無若何減損，也無限制原告參與工會事務及請公假，服務地點亦無任何變更，基於企業經營創造利潤願景及倫理，認本件被告依法有權調動原告。就業歧視評議委員會亦認符合調職五原則，並不構成就業歧視。上訴審高等法院臺南分院 100 年度勞上字第 12 號亦同此解。

35. 士林地院 102 年度重勞訴字第 7 號判決：法院認為，本案之調動符合調職五原則之要件。且勞動者係調至有前景之職位，薪資並無變動，被告公司尚無明顯一望可知係基於性別歧視之動機而作職務調動之行為。

對於調職之案例，觀察結果如下：

調職合法性之判斷一般以內政部(74)台內勞字第 328433 號函釋所揭示之五原則為標準。亦即必須(一)基於企業經營上所必需；(二)不得違反勞動契約；(三)對勞工薪資及其他勞動條件，未作不利之變更；(四)調動後工作與原有工作性質為其體能及技術所可勝任；(五) 調動工作地點過遠，雇主應予以必要之協助⁴⁹。

⁴⁹ 此調職五原則於 2015 年 12 月 16 日修正公布，於勞動基準法第 10-1 條明文規定：「雇主調動勞工工作，不得違反勞動契約之約定，並應符合下列原則：


- 一、基於企業經營上所必須，且不得有不當動機及目的。但法律另有規定者，從其規定。
- 二、對勞工之工資及其他勞動條件，未作不利之變更。
- 三、調動後工作為勞工體能及技術可勝任。
- 四、調動工作地點過遠，雇主應予以必要之協助。
- 五、考量勞工及其家庭之生活利益。」

自上述兩則判決觀之，或許是調職五原則本身所考量之平等與合理性已足，因此符合調動五原則本無不利益待遇，即可推認無歧視意圖。至於選擇調動員工之標準，在第一與第二原則內即可能以企業之自主權帶過，而強化僱主之裁量空間。

三、違規情節不同

以違規情節不同作為差別待遇正當理由之案例，有以下 4 件，分述如下：

36. 臺北地院 90 年度勞訴字第 90 號判決：原告稱被告公司其他員工有比其更嚴重之異常事件，卻未被解僱，有違平等原則。法院認本件異常事件與原告所舉其他事件不同，且本件飛安事件除涉及原告操作方式不當外，尚有原告迄今仍認為其操作方式並無不當、未影響飛安之觀念錯誤與紀律問題。故本件與原告所稱其他事件並非相同事件，被告對不同事件為不同之處理，並無違反平等原則可言。
37. 士林地院 100 年度勞訴字第 85 號判決：原告因工作中飲酒發生疏失及酒駕被判處拘役得易科罰金。其並主張另有二員工肇事逃逸卻未被解僱，是僱主歧視原告更生人之身分。法院認為其中一人於肇事時非隸屬於被被告之員工，被告無懲戒權；另一人肇事非於工作中，不可相提並論。故以勞基法第 12 條第 1 項第 4 款為解僱事由，且僅解僱原告而未解僱他人仍為合法。
38. 士林地院 101 年度重勞訴字第 9 號判決：原告主張其與數員工皆有以假日停車費單據向被告請領停車費之情形，然被告獨就原告要求簽署系爭協議書，顯屬差別待遇。法院認為，原告身為業務經理與其他員工職級不同，且違規之情節與金額亦不相同，衡量各員工違失情節之具體狀況後，縱僅針對原告進行約談及追究，亦難認有何違反勞工平等原則之情事。且未能證明有就業歧視禁止項目所生之歧視，不違反平等原則。



39. 基隆地院 102 年度基勞小字第 2 號判決：本件原告受被告公司懲處，主張被告管理組長亦於上班時間睡覺之情事，被告卻僅對原告懲處，顯有差別待遇。不同於前述案例法院有對此進行實質論述，本案僅表示原告所述均非得以據為上班時間睡覺怠勤之正當理由，並未實質進行判斷，即認為確有違規情事即足證懲處合法。

關於上述勞動者主張其他員工亦有違規，卻只有自己被懲處或懲處較重之案例：

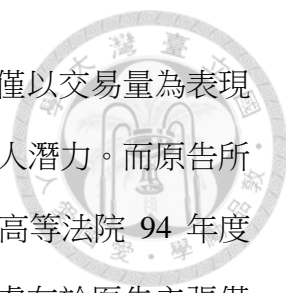
一般而言，A 員工違規，B 員工未違規，則雇主即得以違規事由之有無，作為差別待遇之正當理由，亦即雇主只處罰 A 而不處罰 B，並不違反平等原則。惟此類案例之勞動者若欲爭執雇主之懲戒不符平等原則時，其比較基礎通常不在於違規員工與未違規員工之間，而是數名勞動者均有違規，卻只有少數人被懲處之情形。上述編號 36 至編號 38 之判決皆是以違規情節不同，得到之懲處亦不同，作為認定不構成歧視或無正當理由差別待遇之基礎。符合平等原則所謂「不等者，不等之」之要求。至於編號 39 之判決則未進行比較，自然也沒有作是否成立歧視之認定，殊為可惜。

四、勞動者本身情況所反映之狀況

依勞動者本身之能力、條件、績效、貢獻等，而給予差別待遇之案例，筆者蒐集到之案例共有 14 件，整理如下：

40. 桃園地院 92 年度勞訴字第 43 號判決：依員工表現之優劣而給予不同金額之年終獎金，此一差別待遇並不違法。

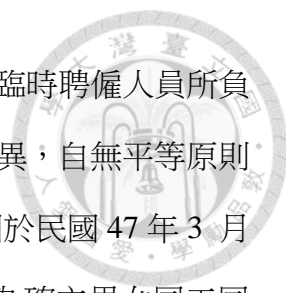
41. 臺北地院 93 年度勞訴字第 140 號判決：原告主張被告公司僅給付男性主管獎金，因原告為女性而未對其給付等行為構成性別歧視。法院認為被告公司是否核工作獎金，有其審酌權限。其審酌因素包括原告個人及原告所




在部門、區域之表現，暨被告公司整體績效表現，且非僅以交易量為表現之唯一審酌基準，尚會審酌該個人是否具重大貢獻及個人潛力。而原告所指之行為皆未能舉證，難認構成性別歧視。上訴審臺灣高等法院 94 年度勞上字第 44 號判決亦持相同見解。本論文認為可議之處在於原告主張僅對男性主管給付獎金而排除女性一事，原告本無法取得相關資料，要求勞動者對此負舉證責任似乎過苛，也違反性別工作平等法第 31 條之規定⁵⁰。

42. 宜蘭地院 93 年度勞訴字第 5 號判決：原告主張與其同時招考進入公司之員工，同等學歷、年齡相近，於業務性質變更時，將其中部分之人員安置於其他職位，卻未對伊為安排，是歧視原告。惟法院認為，雖當初考選守衛條件均相同，但經過一、二十年後，個人努力、經驗各不同，未必條件還是一樣，被告選擇較為公司所需要之人，自屬必然。且於徵詢安置時，原告並未表示意願，故最終資遣原告並不構成歧視。
43. 臺北地院 95 勞訴字第 55 號判決：被告辯稱其所僱用外籍機師薪資項目與本國機師相較，多出「房屋津貼」(Housing Expense Allowance)與「市場津貼」(Market Allowance)兩項，其中房屋津貼係因外國籍機師在臺灣並無住所，如其以臺北松山機場或高雄機場為基地者，因其報到執行飛行任務或報離解除之地均為臺北松山機場或高雄機場，則有必要負擔住宿費用，被告因此核發房屋津貼，使外國籍機師不用自行負擔住宿費用；而市場津貼係因以本國機師之薪資，無法吸引有足夠飛行技術及經驗之外籍機師至被告任職，是被告另給付「市場津貼」予外國籍機師，此乃被告所僱用外國籍機師多為資深、具豐富國際民航飛行經驗者，且招募門檻遠較本國機師嚴謹之原因。故外國籍機師雖較本國籍機師有多領取之市場津貼及房屋津貼，但此非因原告所稱差別待遇所致等情。上訴審臺灣高等法院 96 年度勞上字第 15 號判決亦同此解。

⁵⁰ 性別工作平等法第 31 條：「受僱者或求職者於釋明差別待遇之事實後，雇主應就差別待遇之非性別、性傾向因素，或該受僱者或求職者所從事工作之特定性別因素，負舉證責任。」

- 
44. 臺北地院 95 年度勞訴字第 68 號判決：專案聘僱人員與臨時聘僱人員所負擔之義務有別，故被告承諾賦予之退休金等權利因之有異，自無平等原則之違反可言。勞動基準法第 25 條⁵¹之立法理由為「我國於民國 47 年 3 月 1 日已批准國際勞工組織『男女勞工同工同酬公約』，為確立男女同工同酬之原則，爰於本法作明確規定」，足見上開條文係性別歧視之禁止，確立男女同工同酬之規定；並非規定同性別擔任相同工作之勞工，其工資均應相同，蓋雇主得依同性別勞工各人之年齡、身體狀況、教育程度、經驗等各種因素而個別議定工資，此為當然之道理。據此，被告在 87 年 7 月 1 日以前，未同以專案聘僱人員方式僱用原告等四人，亦難謂有違反禁止歧視原則之情。
45. 臺北地院 95 年度勞訴字第 70 號判決：原告雖主張資深組長與資淺組長工作內容相同，然津貼相差 2,000 元，依同工同酬原則被告應補發組長津貼差額 50,000 云云，然按勞動基準法第 25 條之立法理由為「我國於民國 47 年 3 月 1 日已批准國際勞工組織『男女勞工同工同酬公約』，為確立男女同工同酬之原則，爰於本法作明確規定」，足見上開條文係性別歧視之禁止，確立男女同工同酬之規定。並非規定同性別擔任相同工作之勞工，其工資均應相同，蓋雇主得依同性別勞工各人之年齡、身體狀況、教育程度、經驗等各種因素而個別議定工資，此為當然之道理。原告既不能證明其工作效率相同，當亦無從援引勞動基準法第 25 條之規定而主張被告不應低於他人亦應按月加給組長津貼 2,000 元，故原告此部分主張亦無可取。
46. 高雄地院 95 年度鳳勞簡字第 4 號判決：原告主張被告公司民國 83 年度年終獎金檢討會議決議：「不論獲利如何一律發給二個月年終獎金」，惟原告二人卻領較低額之年終獎金，是被告對原告工會會員身分予以歧視。法院


⁵¹ 勞動基準法第 25 條：「雇主對勞工不得因性別而有差別之待遇。工作相同、效率相同者，給付同等之工資。」



審理認為該決議違反公司法第 232 條之規定⁵²，從而被告依其管理階層對於員工之工作態度、勞動情形、出勤狀況所為之考核，給予不同之年終獎金，以激勵工作士氣，即屬有據。對於工會會員歧視之部分，則認原告無法舉證以實其說。

47. 臺中地院 96 年度勞簡上字第 13 號判決：本判決認為，被告公司之考績獎金評定並非僅以工作為唯一考量，尚包括操行、學識、才能等事項所為之綜合考量，是尚難僅以其考績遭評定為乙等，而認為與勞動基準法第 25 條之規定相違背。至於考績獎金評定為乙等僅獲得半個月之獎金，業務獎金又以考績分數為計算，此乃根據考績評定結果所為之差別待遇，而此項差別待遇乃與被告公司藉以激發職員工作情緒，提高工作效率目的相符合，尚難認為有何不妥。
48. 臺灣高等法院 99 年度勞上易字第 21 號判決、臺灣高等法院 99 年度勞上易字第 26 號判決：工資之給付固可能因受僱人之勞力付出、智識程度、工作性質、是否例假日工作等情，而受合理之差別待遇。
49. 臺北地院 100 年度勞訴字第 65 號判決：本件原告主張自己未獲調薪係受有差別待遇。法院認為，被告公司係以晉升調薪為主，考績調薪為輔，另參酌個人績效、發展潛力、目前薪資與市場狀況、北、中、南區域物價水準等因素差異化調整，且該次調薪係對協理級(含)以上及襄理級等薪酬競爭力明顯偏低之族群為檢討改善重點。而原告之薪資非但為該職級中薪資最高者，甚且高於其上一級協理之平均月薪，未獲調薪非因性別歧視。
50. 士林地院 101 年度勞訴字第 12 號判決：勞動者主張公司對外國籍機師待遇較優，離職違約金之責任則以本國籍機師較重，有差別待遇。法院認為外國機師在臺灣無住所，且各國生活水平及消費水準均有不同。而本國籍


⁵² 公司法第 232 條：「公司非彌補虧損及依本法規定提出法定盈餘公積後，不得分派股息及紅利。公司無盈餘時，不得分派股息及紅利。公司負責人違反第一項或前項規定分派股息及紅利時，各處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣六萬元以下罰金。」



機師及外國籍機師之養成教育、訓練成本及資歷均有所不同，以本國籍機師之薪資，無法吸引有足夠飛行技術及經驗之外國籍機師至原告公司任職，是原告以較高之薪資僱用資深、具豐富國際民航飛行經驗之外國籍機師，乃市場制度所致。至於違約金之部分則反映在對本國籍機師之培訓上，不能與外國機師相比。

51. 臺北地院 102 年度重勞訴字第 8 號判決：本件原告主張被告公司有工會會員歧視，調職本身與調職後之協助有差別待遇。法院認為調職並無違反調職五原則，且不允許原告使用 PD 系統乃因使用不當會導致客戶客訴，有其合理考量因素，並非差別待遇。
52. 高雄地院 102 年度重勞訴字第 8 號判決：薪資給付與勞務提供應有合理對價，乃勞動契約基本原則，而身心障礙者權益保護法第 16 條第 1 項規定，解釋上係指身心障礙勞工提供與身心健全勞工相同之勞務給付，雇主應給予相同之報酬，不得對身心障礙之勞工為歧視之對待而給予較低報酬，然無法導出「身心障礙勞工提供較低勞務給付，卻仍可領取高額報酬」之結論，故原告因身心障礙無法勝任三等功三電子技術員工作，自不得援引上開規定，主張被告應支付三等功三電子技術員報酬。
53. 臺灣高等法院 102 年度重勞上字第 60 號判決：在保障基本工資之前提下，由資方就勞方之工作能力及表現，作為差別待遇之考量，使各單位員工所領獎金確實反應其績效及表現，以激勵員工潛能，提升經營績效，符合市場競爭之需求，使公司永續經營，兼能保障員工工作權，自其核發之總金額未變及修正之內容與幅度觀之，客觀上難謂不具合理性、必要性及社會相當性。

關於依勞動者本身之情況不同，而有差別待遇之案例：



編號 40 至編號 53 之判決多明白指出勞動者個人之經驗、智識等可以作為差別待遇之理由。不同於前述之判決，此部分之判決提及更多之目的正當性，例如編號 46、47、53 之判決都提到激勵員工等目的，似乎比較貼近前述大法官解釋關於平等原則審查之模式。亦即，目的正當，採取之分類與目的間有一定程度之關連性。編號 53 之判決並提及社會相當性，似乎亦有比例原則之考量。


五、其他企業經營需求

關於因應企業經營需求，而認為不構成歧視之案例，筆者蒐集之案例有以下 13 件：

54. 臺北地院 92 年度勞訴字第 194 號判決：被告公司之經營情形已非良好，其無法按員工手冊內容給付離職金，先前予另一員工離職金，係在公司尚有盈餘，與原告等人請求時之情形並非相同狀況，此尚無違平等原則。
55. 臺北地院 92 年度勞訴字第 32 號判決：優惠離職方案由所屬勞工向該分行申請離退，須經該分行為篩選及核定，與勞基法主動資遣勞工情形不同，該分行公告前開優惠離職方案後，就提出申請之員工是否予以核可，應屬企業固有之自主權利。本件優惠離職方案中已就實施對象有所保留，況為兼顧企業營運需求及人力需求，非可認為符合資格者一經申請該分行即應予同意，核該優惠離職方案之內容與適用結果，並無違反法律強制或禁止規定、公序良俗或權利濫用之情，法院自應予以尊重。
56. 高雄地院 92 年度勞簡上字第 17 號判決：本件原告主張被告公司所頒工作規則中並無請假或調班須經廠長親自批示之規定，其自不得違反平等原則而故意對伊之請假、調班予以差別待遇設下要經廠長批准之特別規定。惟法院經審理後發現，原告有經常性曠工之情形，此為因應原告個人因素所為之個別性措施，乃為維護企業經營及人事管理所必要，且亦能達成防止原告再行曠工之需求。此勞動條件之不利益變更自因業經勞工本人之事前


同意且具人事管理之合理性與必要性而屬適法，此之設限自無所謂差別待遇或權利濫用之情事。

57. 臺北地院 93 年度勞訴字第 156 號判決：原告曾遭被告違法解僱，經判決勝訴後復職，惟卻不再有加班機會而導致薪資大幅下降，與其他員工相比，收入明顯較少。法院認為，加班須勞資雙方同意，勞動者無權要求雇主應予同意，且其他員工有加班而原告則無，故收入不同乃屬當然。淺見以為，本案原告因未加班而致收入低於其他員工固然有其道理，惟本判決仍未處理其他人都可加班，唯獨不同意原告加班是否有不合理差別待遇之問題。亦即，企業自主之界限—差別待遇(歧視)禁止原則、權利濫用禁止原則等，在本案並未被進一步討論。高雄高等行政法院 98 年度訴字第 238 號判決為類似案例，背景事實大致上為勞動者為工會會員，因爭取公司應給予加班費，而遭公司變更工作內容，改調為不會超時之工作。惟依該公司之薪資結構，加班費與業績獎金為主要部分，調整工作內容後導致該些工會會員比起非工會會員在薪資上有明顯差異。法院對此表示，不給予平等之工作機會，亦屬就職業條件相同者，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，構成就業歧視。雖然前者民事法院之判決，原告並不具工會會員身分，因而不會構成就業服務法第 5 條之違反，惟關於差別待遇之認定應無不同，實以後者行政法院之判斷為宜，應以與其他員工相比，觀察工作以及待遇是否平等方為妥適。
58. 臺北地院 95 年度勞訴字第 50 號判決：事業主為選擇其勞工而於給付薪資等條件上給予較多優惠來吸引求職者之投入，若能提出其所據以給予優惠徵職條件之合理說明，而由求職市場自為競爭選擇，並無違法之情，縱因此而生薪資、福利上之不同優劣結果，亦為團體爭議所應發揮之空間，是若事業主所給予之不同待遇並無違反法律之情事，法律即無強行介入餘地。上訴審臺灣高等法院 96 年度勞上字第 40 號判決則從不同角度論述，




認為原告之主張係以勞基法第 25 條為依據，而該條係禁止性別歧視，故被告縱有因國籍而為差別待遇，仍不違反該規定。本案經最高法院 97 年度台上字第 2591 號判決以原審對於工作時間之認定有疏率之處為由發回，但關於差別待遇之觀點則未論及。嗣後關於差別待遇之部分，臺灣高等法院 98 年度勞上更(一)字第 3 號判決仍持類似見解，認為此乃為吸引外籍機師之市場制度所致，況外國機師並無培訓費用，自不能以單月月薪相比即認有所歧視。

59. 臺北地院 95 年度勞訴字第 52 號判決：原告主張其與二訴外人皆為原告自他公司挖角入被告公司之勞動者，惟該二人於他公司之年資皆併入計算，而伊則無，是差別待遇。法院認為，被告銀行基於自身立場，對不同員工為不同條件之訂約行為，基於私法自治與契約自由原則應予尊重，除違反強制禁止或公序良俗外，法律不予干涉。該二訴外人之所以併算先前年資乃因該二人有議定年資並計之特別約定，而原告則無，自不能為相同主張。本論文認為，對照其他判決，本判決隱約透露出，在勞動者一方亦有磋商、締約能力之情況下，要求平等待遇之強度反而有隨之下降之現象。
60. 臺北地院 95 年度北勞簡字第 71 號判決：按事業單位依其經營獲利情況，在不同時空背景，為保障勞工利益而修正其內部工作規則，於法並無不合，亦不違反平等原則。上訴審臺北地院 95 年度勞簡上字第 58 號判決持相同見解。
61. 高雄地院 96 年度勞上更(一)字第 5 號判決：本件原告主張總務室之 2 位女性員工及男性員工未參與輪值，違反公平。惟法院認為男性員工是否宜擔任總機業務，本屬其事業內部單位之考量，是以男性員工未參與輪值係因業務性質考量，且另 2 位女性員工未參與輪值亦因該 2 位女性員工接聽經理及副理之專線電話所致，亦難屬差別待遇。針對男性員工是否宜擔任總機業務，法院認屬事業內部單位之考量即不予以實質審查之部分，此間



背後極可能存在以性別刻板印象分配業務之情形。法院對此卻未詳查，著實可惜。上訴審高等法院高雄分院 94 年度勞上字第 9 號判決雖進一步表示，輪值總機業務者，中午雖不能休息但也因此於輪值當日可提早下班，並無不公平之情事。惟對於何以只選擇女性員工輪值一事仍與原審為相同判斷。

62. 臺北地院 97 年度勞訴字第 143 號判決：本件被告公司於工作規則中規定，若員工二親等內之親屬有從事競業行為，而未據實告知公司者，視同違反勞動契約或工作規則情節重大。原告主張此規定違反就業服務法第 5 條，惟未具體說明違反之處。法院認為系爭規定僅係規範被告所屬員工誠實告知親屬任職於同業之義務，難認有何歧視之情，與就業服務法第 5 條規定尚屬有間，即認原告主張不足採。原告於上訴審(臺灣高等法院 99 年度重勞上字第 9 號)時則補充，被告公司自承員工親屬有無任職同業，即作為其是否任用之重要考量因素、影響在職員工之升遷或調職等不利處分，純以人力無法改變之年資、才能以外之自然血緣身分關係，作為區分標準而為不同待遇，即有就業機會、升遷不平等且構成歧視之情，既欠缺合理性，亦與個人負責原則有違，更違反就業服務法第 5 條第 1 項、公民與政治權利國際公約、經濟社會文化國際公約揭櫫之反歧視及平等原則。惟法院則表示，此為信義房屋公司要求所屬員工誠實告知親屬任職於同業之義務，並非以血統、親族、宗族之概念為就業之歧視；且信義房屋公司係為避免競業行為針對有任職同業親屬之員工為必要之職務調整，並非僅以自然血緣為升遷之依據，否則焉有僅限於二親等血親之理。換言之，法院一來不認為是歧視(非僅考量血緣，仍有其他標準)，也認為該規定具有合理性(限於二親等內)與必要性(公司營運)。
63. 士林地院 98 年度勞訴字第 11 號判決：本件原告申請育嬰留職停薪時，原被告間有約定將來復職時不保證能回復原職之約定，其主張該約定違反性




別工作平等法第 17 條之規定。法院則認為該條並非限制雇主不得因業務運作及人力調配等考量，合理變更受僱人復職後之職務內容。否則，在勞工正常任職期間，雇主於有調動勞工之必要時，尚得予以調動其職務，然於勞工申請育嬰留職停薪期滿後，相關業務及人事組織恐均已具有相當變化之情形下，卻反不准雇主為申請復職之勞工安排其他相當之職務，顯失事理之平⁵³。且被告公司亦未拒絕原告復職，故無性別歧視。上訴審臺灣高等法院 98 年度勞上易字第 107 號判決⁵⁴亦持同解。

64. 臺北地院 98 年度勞訴字第 1263 號判決：按私立學校教師敘薪制度係由各校自行訂定，與公立學校所適用之敘薪制度並非完全一致，有最高行政法院 94 年判字第 833 號判決足資參考。故以現行法令規定，私立學校教師所敘定之薪級非必要比照公立學校教師，私立學校自得依事務之本質為差別待遇。惟此類判決均未明確指出，事務之本質差異何在。新北地院 102 年度重勞訴字第 8 號判決、臺南地院 101 年度勞訴字第 48 號判決則進一步補充：私立學校教師之薪資給付辦法，自應由私立學校之董事會視財務狀況自行訂立。故財務狀況不同應為不同敘薪制度之正當理由。新竹地院 104 年度勞訴字第 6 號判決亦表示針對勞務對價以外之其他補助性或恩惠性給與(即加給與獎金)，即應得由私立學校本其財務收支狀況及校務發展需要自行衡酌調整。

65. 高雄地院 98 年度雄簡字第 3264 號判決：本件被告為軍事單位，職務為供應站之行政或品檢人員，其工作與應供廠商有所接觸，對於員工誠信、忠誠、信賴、廉潔等程度本較一般民間私人企業為高，而被告並非限制一般

⁵³ 關於育嬰留職停薪期滿之復職，是否指回復「原職」，多數見解認為原則上當為如此，惟例外情況為何則不盡明確。行政院勞委會(94)勞動 3 字第 0990130965 號函、(95)勞動 3 字第勞動 3 字第 0950035573 號函皆認為應以回復原職為原則，亦被部分法院判決所承認(臺灣高雄地方法院行政訴訟第 102 年度簡字第 28 號判決、臺灣臺北地方法院 101 年度勞訴字第 88 號判決)。學者鄭津津亦同此解，參鄭津津(2009)，〈育嬰假與復職〉，《月旦法學教室》，86 期，頁 24-25。

⁵⁴ 本判決之評釋參鄭津津(2014)，〈育嬰留職停薪後復職問題之探討〉，臺北大學法律學院勞動法研究中心主編，《性別工作平等法精選判決評釋》，頁 112-121。



刑事犯罪者均不可任職，僅限於曾犯內亂外患罪或曾服公職有貪污行為等
重大犯罪經判決確定者，亦非僅針對原告所特設，且審酌被告機關、職務
之特殊性質，於招聘時，對於應聘人員之資格採取較為嚴格之標準而排除
此種於身分上可能有所疑慮者之人員，以達其職務上所要求之誠信、忠
誠、信賴、廉潔標準，此種限制自有其正當理由亦屬合理，當為法之所許。
上訴審高雄地院 99 年度簡上字第 16 號判決亦持相同見解，並補充只須該
項限制合於比例原則及平等原則之檢驗，即難遽謂係屬違法而無效。

66. 臺南地院 100 年度南勞簡字第 8 號判決：本件原告主張其與另二員工共同
發生工作上之疏失，惟僅對原告調動職務，另 2 名員工並未調整職務或處
分，係有違平等原則之差別待遇。法院經審理後認為，僅調動原告係為利
用調動及交叉比對之方式來釐清量不良品回爐事件之原因。至於被告是否
就其他員工有所調職或處分，係企業本身為維護事業單位營運管理而根據
企業經營需要所為之人事變動或處分，而純屬被告本身之管理職權，尚與
對原告所為之系爭調動無涉。淺見以為，應解為法院係認調動本身並非懲
處，則未對他人懲處也不構成平等原則之違反，否則只處分原告確不處分
同有疏失之人，仍有違反平等原則之嫌。

以其他企業經營需求為差別待遇理由之案例，說明如下：

關於此部分「其他企業經營需求」之分類，事實上並非一妥適之分類。蓋因
解僱、調職、依違規情節不同而為不同懲處等，均屬經營需求中之人事管理，只
是因難以再劃分而均置於此處。另一方面，此部分之案例區分不易。例如此處編
號 58 之判決與前述編號 43、50 之判決實為同一航空公司下之類似案例，但前者
主要著重在公司吸引人才之策略，後二者則對於勞動者本身條件之描述較多，實
難輕易劃分。換言之，能否純以公司之人事經營管理等作為差別待遇之正當理由，
仍有討論空間。



六、其他

筆者所蒐集之判決中，其他法院認為有正當理由而不構成歧視之案例，尚餘 3 件，分述如下：

67. 彰化地院 91 年度勞訴字第 30 號判決及其上訴審最高法院臺中分院 92 年度勞上易字第 20 號判決、高等法院高雄分院 91 年度勞上易字第 21 號判決、高等法院高雄分院 91 年度勞上易字第 27 號判決：工作時間及場所等均為工作環境之一部分，係與勞務之提出具密切相關之工作條件，尤其勞工於夜間工作，其生活作息與常人相反，對勞工之身體健康極為不利，故對於夜間工作之勞工給與其與日間工作之勞工不同之工資待遇亦屬有正當理由而為合理的差別待遇，並無違反平等原則之處。
68. 高雄地院 92 年度勞訴字第 66 號判決：本件該專案要點制定之目的為補償被告所屬生產事業機構因單位裁減而使其公務人員須辦理提前退休或資遣，致該等人員未合請領公保養老給付或勞保老年給付之權益損失而設，因而適用對象僅限於編制內之員工，是以區別編制內或編制外之員工而予以差別對待，堪認合理，故難謂有違平等原則。
69. 臺北地院 96 年度勞訴字第 171 號判決：原告主張被告於年資計算有階級歧視。法院認為，年資計算不同乃因適用勞基法與公務員法令之結果，難認被告依不同適用依據分別計算原告與其他「職員」之退休金，有違誠信原則或違反就業服務法第 5 條禁止階級歧視之規定。上訴審臺灣高等法院 97 年度勞上易字第 104 號判決進一步指出，職員與工員，兩者事物本質原所有不同，職員原兼具公務員身分，適用勞基法後始為純勞工，與原告自始為純勞工不同，被告之工作規定，基於此項本質上之差異，就退休金核算方式適用不同之法令規定，難認有違誠信，亦難認有違就業平等法第五條(此為判決文字，實應指就業服務法)禁止歧視原則之規定。本論文認為判決僅指出「身分」上之差異，而身分差異是否能導出合理之差別待遇，



仍須探就。惟此牽涉公部門法規命令、組織人員結構等相關問題，實為另一值得研究之主題。

關於「其他」類之案例：此部分主要之正當理由為各種客觀因素，例如編號 67 之案例主要為夜間工作本身之特性，編號 68、69 之案例則為特定規定適用之結果。

總結以上，從民事法院判決中爬梳差別待遇之正當理由，本論文認為有一先天上之限制。亦即，受限於處分權主義與辯論主義之影響，法院之論理與判斷深繫著雙方當事人之主張。許多判決勞動者主張有歧視或差別待遇，但最終根本未成為爭點，而完全未顯現於判決理由中。或於爭點整理、協議時排除於爭點外，或因證據不足而未成為討論重心，原因不一而足，無從知悉。因此本論文僅能就現有判決所呈現之論述推敲與分析，可能不見得能完整表達法院之立場。

至於差別待遇正當事由之整理，將置於本節末。

第五項 行政法院實務見解⁵⁵

行政法院之判決雖然主要著重於行政機關對公司為罰鍰之行政處分合法性問題，惟雇主除程序上之抗辯外，實體上之抗辯則大致與民事案件相同，故以下採用相同之分類。

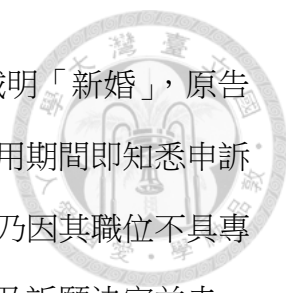
一、合法解僱事由

(一)與勞動者本身無關之解僱事由

⁵⁵ 本論文以「歧視+差別待遇」為關鍵字，於法源法律網：<http://www.lawbank.com.tw/index.aspx>(最後瀏覽日期：2015 年 12 月 17 日)搜尋行政各級法院之判決，共計 10296 則。經初步觀察後再以「歧視+差別待遇-所得稅法-政府採購法-交通裁決-營業稅」為關鍵字篩去部分無關之判決，尚餘 5703 則。其中有眾多公部門之案件，因涉及公部門相關法規命令、行政規則，預算、組織員額之控制等，有許多不同於私部門運作之因素，實可獨立為另一研究主題，故原則上予以排除。其餘汰選後之可用判決均羅列如本文。

筆者蒐集到關於以與勞動者本身無關之解僱事由，作為差別待遇正當理由之案例，共計 6 件，分述如下：

70. 高雄高等行政法院 93 年度訴字第 864 號判決：勞基法第 11 條第 2 款。本判決首先指出就業服務法第 5 條第 1 項關於工會會員身分之歧視，係限定於「以往」工會會員，如為「現任」工會會員受到歧視則應循工會法處理。再者，法院認為本案確實有業務緊縮之情事，解僱該等人員乃因業務緊縮而非工會會員所致。法院並指出不能以解僱人員當中有一定比例之工會會員即認有工會會員歧視，現任員工亦有多數工會成員。就業歧視評議委員會雖指出雇主無法說明資遣員工標準、無法提出員工考績紀錄，其心可議，惟法院認為此仍不足以證明雇主有歧視意圖，就業歧視委員會無法說明判斷差別待遇之比較基準為何。由本案判決可知，就業歧視案件之舉證責任問題仍待解決，惟縱使本案之歧視意圖無法證立，倘若雇主無法說明選擇資遣人員之標準，則仍有違反平等原則之可能。
71. 臺北高等行政法院 96 年度訴字第 2032 號判決：勞基法第 11 條第 2 款。本案勞動者為工會會員，其主張原告公司以虧損為由資遣之，卻無視其工作意願與工作能力，完全未給予其他部門之職缺訊息或積極協助，係因工會會員身所致。法院審理後認為，原告確實有虧損，且該員所任之部門係全部裁撤，並非僅資遣該員，自難認係針對其工會會員之身分。又該員雖主張其有轉任其他部門之工作能力，惟其確實並未具備相關經歷，故難認原告未予轉任留用有何差別待遇情事。
72. 臺中高等行政法院 97 年度簡字第 66 號判決：勞基法第 11 條第 2 款。本件就業歧視評議委員會認為，原告公司資遣懷孕之申訴人，關於資遣理由前後說法不一，對於調查之配合亦甚為消極。且申訴人試用期滿因表現優異而加薪任用，則原告資遣優秀人員不合常理。另一方面，申訴人曾表示積極工作意願，轉調屈就其他職位亦無妨，惟原告公司卻全數回絕，難認



資遣之原因與懷孕無關。法院則認為，申訴人應徵時載明「新婚」，原告公司知悉申訴人懷孕之可能性極高，卻仍予任用。且試用期間即知悉申訴人懷孕，仍加薪任用。原告並主張申訴人之所以被資遣乃因其職位不具專業性而列為優先資遣對象等有利事項，法院認為原處分及訴願決定並未一併審酌而撤銷原處分與訴願決定。本案行政機關再為成立就業歧視之處分，經臺中高等行政法院 98 年度簡字第 146 號判決審理，除上述理由外，再補充原告公司之虧損雖非嚴重，惟於輕微虧損時適度經簡人力仍屬常情。況原告所任之秘書職位，於原告就任前即由他人兼任，資遣原告後復由他人兼任以節省開支，難認係刻意針對懷孕之申訴人。仍認本案並無歧視意圖，不成立性別歧視。

73. 台南地院 101 年度簡字第 14 號判決：勞基法第 11 條第 2 款。本件原告因懷孕歧視而被裁罰，惟法院審理後認為，原告公司於試用期間即知悉該名勞動者已懷孕，倘歧視懷孕婦女，何須先行僱用再予解僱？原告公司降薪任用乃因該員工作表現不佳，惟考量懷孕另為求職不易，方為降薪僱用，不僅無所歧視更應值鼓勵。另就業歧視評議委員會認原告主張虧損，卻於資遣該員後另聘員工，足證資遣乃因懷孕一事。法院經查發現，原告確有虧損，且新聘員工與該員業務不同，且給薪亦低於該員，故仍符合節省人力成本之目的，並非懷孕歧視之託詞。故本案不成立性別歧視。上訴審高雄高等行政法院 102 年度簡上字第 34 號判決維持原審見解。
74. 桃園地院 102 年度簡字第 58 號判決：合意終止勞動契約。本件法院指出，依照契約自由原則，若雇主與懷孕員工經協議而合意終止勞動契約者，即非性別工作平等法第 11 條所欲處罰之對象。蓋勞資雙方本即互有所需、各有立場，惟亦非處於完全對立之狀態，是以雙方必須透過充分、坦承的溝通與協調，才能化解雙方的認知歧異，以期達到雙贏的結果。且本案相

關證據指出系爭勞動者懷孕時因身體不適表達離職之意，雇主縱未慰留亦難認有歧視意圖。

75. 桃園地院 102 年度簡字第 105 號判決：勞基法第 11 條第 2 款。勞動者主張懷孕歧視，惟法院審理後認為，雇主確實有業務緊縮之情況，且該名勞動者之考績為最後一名，懷孕前後之考績亦無顯著變化，故排除懷孕歧視意圖。

關於與勞動者本身無關之解僱事由之案例，說明如下：

上述案例除編號 70 無法證明有歧視意圖外，其餘均有為歧視意圖之認定。編號 71 之雇主係將該部門全部裁撤，則當無針對系爭勞動者之意圖；編號 72 之所以選擇系爭勞動者乃因縮編該職位之考量；編號 73 則因勞動者表現不佳；編號 74 係合意終止契約，並沒有雇主擇人之問題，但法院仍有認定雇主並無歧視意圖；編號 75 之系爭勞動者考績最差，並有排除雇主之歧視意圖。

行政法院於與勞動者本身無關之解僱事由案例中，與前述部分之民事法院判決(編號 3-5、10)相同，會再論證雇主選擇係爭勞動者背後之原因，亦即擇人標準最終仍會連結到與系爭勞動者有關之事項。另一方面，對於歧視意圖之認定更為要求，可能導因於行政罰必須要求主觀要件之緣故⁵⁶。

(二)與勞動者本身有關之解僱事由

筆者所蒐集到以與勞動者本身有關之解僱事由，作為差別待遇正當理由之相關案例共計 11 件，分述如下：

76. 臺北高等行政法院 96 年度簡字第 124 號判決：勞基法第 11 條第 5 款。本案原告公司經裁罰有性別歧視而提起訴訟。法院認為，原告公司新任代表人於民國 95 年 1 月即預告全體員工將要實施改革，3 月起會資遣不適任之

⁵⁶ 行政罰法第 7 條：「違反行政法上義務之行為非出於故意或過失者，不予處罰。」

員工。本案勞動者工作態度不佳，原告公司亦係於 3 月時方知悉其有懷孕之事實，尚無其他事證可認資遣與懷孕有因果關係，故性別歧視不成立。

77. 臺北高等行政法院 96 年度訴字第 915 號判決⁵⁷：勞基法第 11 條第 5 款。

本案勞動者為聽障者，其主張原告公司對其資遣、未允調派至更合適之工作、未提供再訓練之機會與資訊，以及未提供會議用助聽器等，係身心障礙歧視。法院審理首先參照美國法之規定，認定該名勞動者為適格之身心障礙者，亦即該身心障礙者為堪任或在提供合理措施後堪任系爭工作之勞動者。惟觀諸該員之工作疏失，均屬其怠忽工作、不能忠誠履行勞務給付之問題，與其聽覺障礙無關。且於主管糾正後亦無改善，因此調派、再訓練亦與合理措施之提供無關。又其本身已有配戴助聽器，公司會議無須作紀錄，亦有提供書面資料，亦非屬合理措施之範疇，縱不提供亦不構成身心障礙歧視。同案之民事判決參編號 19。

78. 臺北高等行政法院 99 年度簡字第 724 號判決：勞基法第 11 條第 5 款。本案原告公司經就業歧視評議委員會認定有懷孕歧視。法院審理後認為，該名懷孕員工因懷孕欲避免高溫與有機溶劑，請求原告公司調職，原告公司准予調職惟仍須短暫支援原部門一事，僅生是否違反勞基法第 51 條⁵⁸之問題，尚非懷孕歧視。又解僱該員係發生於調職後半年，應認並不相關。此外，該員確實有不能勝任工作之情事，轉調數部門均有工作無法配合、不能服從主管監督之情事，是以解僱該員非因懷孕，不構成性別歧視。民事判決參編號 23。

79. 臺北高等行政法院 99 年度訴字第 1204 號判決⁵⁹：勞基法第 11 條第 5 款。本案原告勞動者主張其被解僱係因年齡所致而有年齡歧視。法院審理後認為，原告確實有不能勝任工作之情事，與同為 50 歲以上同仁之績效相比

⁵⁷ 判決評釋參林佳和，前揭註 41，頁 59-79。

⁵⁸ 勞動基準法第 51 條：「女工在妊娠期間，如有較為輕易之工作，得申請改調，雇主不得拒絕，並不得減少其工資。」

⁵⁹ 判決評釋參林佳和，前揭註 41，頁 35-41。

亦有顯著差距，故解僱應為原告眼力、體力不佳以及工作態度等問題，並非年齡所致而不成立年齡歧視。

80. 高雄高等行政法院 100 年度訴字第 426 號判決：勞基法第 12 條第 1 項第 6 款。本案勞動者因流產經醫院告知宜休養一個半月，因此口頭告知原告公司欲請育嬰假(其仍育有一子未滿三歲)，惟原告公司因業務安排因素予以拒絕，遂申請 6 月 2 日至同年月 10 日之特別休假。惟遲至 6 月 2 日當日，原告公司仍未核准，遂於當日改請病假。然原告對 3 日起之特別休假亦未准假，嗣以該員無正當理由曠職 3 日，依勞基法第 12 條第 1 項第 6 款解僱之。法院認為，性別工作平等法第 11 條在於禁止雇主因性別或懷孕、育兒等因素而對受僱者在解僱等之處置上為直接或間接不利之對待，以保障兩性工作平等，消除性別歧視。本案解僱之原因在於曠職 3 日，並非基於懷孕或育兒之因素，純屬民事勞資糾紛，與性別工作平等法第 11 條無涉。惟拒絕育嬰假之部分則認有違反性別工作平等法第 21 條第 1 項之規定。淺見以為，本判決對違反性別工作平等法第 11 條、第 21 條第 1 項做出不同認定，實有矛盾。蓋因對於育嬰假之拒絕，某程度已可推認原告公司對於育兒婦女之不友善，則應進一步審視原告先前不准假是否基於性別歧視所致，並非如判決所述係單純之民事糾紛。
81. 臺北高等行政法院 102 年度訴字第 1876 號判決：試用期間不適任，提前終止契約。本件勞動者主張其工作數日後，有更年輕之應徵者應徵工作，雇主即以伊年齡超過 30 歲為由將其解職，有年齡歧視。法院審理後認為，本案勞動者所應徵之職位為櫃台人員兼按摩師，惟該勞動者拒絕學習按摩技能，新應徵者則願意配合，且其餘櫃台人員多為 30 歲以上，故不成立年齡歧視。
82. 新北地院 102 年度簡字第 82 號判決：勞基法第 12 條第 1 項第 6 款。本件法院認為雇主雖於勞動者懷孕期間將之解僱，時機敏感，惟其已舉證證明

勞働者確實有勞基法第 12 條第 1 項第 6 款之情事，並非單純因懷孕而解僱該員，不應認有違反性別工作平等法第 11 條，故撤銷原處分。

83. 桃園地院 102 年度簡字第 93 號判決：勞基法第 11 條第 4、5 款。本案法院認為，勞働者確有不能勝任工作之情事，而公司本即有組織變更之規畫，為避免勞働者求職困難，遂以勞基法第 11 條第 4 款予以資遣。勞働者於此間過程中告知懷孕事實後不久即遭資遣僅係巧合。上訴審臺北高等行政法院 103 年度簡上字第 130 號判決認為原審之判斷並無違背經驗法則之處而認上訴無理由，維持原審裁判。
84. 桃園地院 102 年度簡字第 111 號判決：試用期滿不適任而終止契約。本件勞働者主張原約定試用期三個月，卻於工作兩個月後遭僱主終止勞働關係，認為有懷孕歧視。法院經審理後認為，該名勞働者確實有工作態度與情緒管理不佳之情形，而工作態度與情緒管理實為公司選擇員工時之重要考量因素。則僱主考量該員之表現後，就其「試用期評核」評定為不合格並因而將其辭退，尚非無據。此與一般公司對(試用期)員工的考核標準亦屬差異不大，應認尚無不合。至於試用期間不足三個月，法院認為此屬勞資爭議，非行政庭之審理範圍。
85. 新竹地院 103 年度簡更字第 1 號判決：試用期內明顯不適任，提前終止契約。本案法院認為，勞働者在工作上之團隊合作能力及勞働服務態度上確有不盡理想之處，且為通常係屬可歸責之一方，是以僱主主張其並非因該員懷孕而對之為差別待遇予以資遣等情，顯非全然無據。
86. 臺北高等行政法院 104 年度訴字第 337 號判決：勞基法第 11 條第 5 款。原告勞働者主張其因申請育嬰假而遭公司資遣。惟法院審理認為，系爭公司已決定資遣原告在先，原告才提出育嬰留職停薪之申請，系爭公司當然不可能推翻已作成之資遣決意而改同意原告育嬰留職停薪之申請。故其資

遭原告時，自並無「育嬰假歧視」之主觀犯意，乃因原告不能勝任工作所致。本案民事判決參編號 30。



關於差別待遇之正當理由為與勞動者有關之解僱事由，案例說明如下：

此部分之案例，行政法院判斷歧視意圖之論證即不如前述無關勞動者之解僱事由明顯。似乎是勞動者之可責性較高，就越容易排除雇主方的歧視意圖。例如編號 78、80、82、84、85 之判決，均屬主張有懷孕歧視之事例，其認定歧視意圖之論證即不如編號 72-75 詳細。

二、合法調職

筆者蒐集到認定調職合法而無歧視之行政法院案例，有以下 1 則判決：

87. 臺北高等行政法院 100 年度簡字第 658 號判決：符合調職五原則。本件就業歧視評議委員會認為原告公司於系爭勞動者成立工會後半年內即將之自非業務職調為業務，增加其績效壓力，是為對工會會員之歧視。惟法院審理後認為，原告公司之工作規則本得調動員工，且依該員於原告公司之任職經歷，對於業務職應得勝任。又不論業務職或非業務職，依原告公司之工作規則皆有績效考評之壓力，調職後並無不利。故認行政機關並未具體說明其判斷差別待遇之基準何在，撤銷原訴願決定及原處分。

關於調職合法，不構成就業歧視之部分：

與編號 34、35 之民事法院判決相比，本判決除檢視是否符合調職五原則外，更進一步論證歧視認定之問題。亦即判斷差別待遇，要有比較之基準，不能僅認為雇主調動某一勞動者即存在就業歧視，仍應說明該勞動者與其他勞動者相比，受到了不同之待遇，而該勞動者與其他勞動者之差異即為工會會員身分。此類比較標準、比較對象之論述，尚有編號 90、96 之判決，而在民事法院較為少見。



三、違規情節不同

因勞動者違規情節不同而生不同之差別待遇，被認為合法者，筆者蒐錄之案例有以下 1 件判決：

88. 桃園地院 102 年度簡字第 61 號判決：本案勞動者為補習班教師，就業歧視評議委員會認為，該師有數次體罰學生之紀錄，過往僅口頭告誡，而懷孕後再發生即將之解僱，應認摻有懷孕歧視之意圖。法院審理後則認為，雇主解僱與懷孕並無關連，亦即縱無懷孕，雇主仍會將之解僱。且先前體罰較輕微，導致解僱之該次體罰造成學生臉部受傷且家長並將學生轉走，嚴重程度有別，因此雇主張非因懷孕所致應屬有據。

關於違規情節不同之案例：

不同於前述民事判決係不同勞動者，因彼此違規情節不同而受有不同待遇。本案係同一勞動者，其先後違規情節不同，是以最後一次違規因情節較重而遭解僱，而屬有正當理由之差別待遇。由此可知，就業歧視判斷之比較標準，不盡然是不同勞動者間之比較，也可能是同一勞動者，於不同時間具備不同特質，而得為前後之比較。例如懷孕或工會會員身分，皆為後天所增加之特質，則雇主當然有可能嗣後對之為歧視。由此可見，差別待遇比較對象之選取，實無法一概而論。


四、勞動者本身所反映之狀況

關於原告本身因素所致之合法差別待遇，除績效、違規等情事外，因勞動者本身之情況而不續聘之情形，因非屬解僱，亦置於此處。筆者蒐集到之相關之案例共有 5 件，分述如下：

89. 臺中高等行政法院 98 年度訴字第 242 號判決：違反工作規則而不續聘。本件原告勞動者主張系爭大學對不適任之男性職員皆係溝通後再予資遣，卻未經溝通即一次解僱 4 名女性職員，是有性別歧視。惟法院審理後

認為，原告被資遣乃因其毀謗校長，且於資遣前曾告知將來會有一批人事調整，原告已達退休年齡，建議原告退休以免其他年資較淺之職員被資遣。足認於資遣前有溝通過，因此應認無性別歧視。

90. 臺北地院 101 年度簡字第 98 號判決：本案勞動者主張其原先考績皆為甲等，惟於擔任工會幹部之期間，原告公司均給予乙等考績，且將其調職，是有工會會員歧視。法院審理後認為，該員擔任幹部之數年間，確實工作量降低導致增加同仁負擔。不僅主管考評，即便同仁互評之部分亦不盡理想，因此考績為乙等。其他工會會員幹部亦有一定比例人員獲得甲等，故非因工會會員身分所致。而調職乃基於連續三年乙等考績之結果，自不得因有工會會員身分而豁免。故本案不成立就業歧視。上訴審臺北高等行政法院 102 年度簡上字第 179 號判決維持原審見解。
91. 臺北高等行政法院 102 年度訴字第 633 號判決：不能勝任工作而不續聘。本案勞動者為縣政府之約聘人員，原為一年一聘。惟其申請育嬰留職停薪後，縣政府即通知其不予續聘，是有性別歧視。法院審理後認為，不予續聘之決定係基於考核之結果，而考核不佳係因該員不能勝任工作及態度不佳之緣故。另查該員於懷孕前即有工作進度嚴重落後之情形，且曾調任數單位，皆與同仁相處不睦。考績決定之日亦在該員申請育嬰留職停薪之前，故應認不具歧視意圖，不成立性別歧視。
92. 臺北高等行政法院 103 年度訴字第 959 號判決：原告勞動者主張工會會員身分歧視，致其考績較低、所獲獎金有差別待遇等。法院則認為，系爭公司歷年來之激勵獎金公告明載：為達到公平與確實激勵員工之效果，視員工工作績效表現決定個人實際發放數額。即員工績效優者，可獲得超過整體基準值之獎金。反之，績效不佳者將低於平均值或不受激勵。系爭公司係以原告勞動者因前 3 年內有 2 年考績乙等而未獲核發激勵獎金。又 102 年 7 月發放激勵獎金時，確有 461 名績優者領取超過 0.8 個月獎金，亦



有包括原告在內共計 3313 名員工，因前 3 年內有 2 年考績乙等而未獲核發激勵獎金。據上，原告所稱激勵獎金之發放具有針對性云云，殊難採信。關於工會身分之部分，除經科學工業園區管理局 103 年 1 月 24 日園勞字第 1030003155 號函認定「申訴人被評為乙等之當年度與力晶公司歷年各年度考績評為乙之員工比例未有明顯不符比例原則情事」外，原告確實有績效不佳之情況，難認係工會會員身分所致。

93. 臺北高等行政法院 103 年度訴字第 1061 號判決：工作態度不佳不續聘。本件勞動者主張其為身心障礙者，擔任某國小廚工卻遭解職，其主張遭終止勞動契約係因身心障礙歧視。惟法院審理後認為，終止契約乃因該名勞動者工作態度不佳，且續聘另 2 名廚工而對原告不為續聘，除經費問題外，另 2 名廚工之資歷亦優於該勞動者，尚非歧視所致。

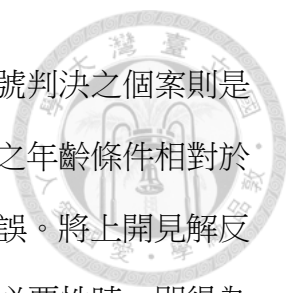
關於勞動者本身狀況不同，而雇主對之有差別待遇之情形：

考績等級、續聘與否，繫於勞動者之工作效率與工作態度等，雇主為其經營需求，擇優嘉獎、擇劣懲戒，除有特殊情形外，具有其正當性。因此人事管理制度而生之差別待遇，除有明顯歧視意圖者外，基本上較無爭議，自得作為差別待遇之正當理由。

五、其他企業經營需求

行政法院中，關於其他企業經營需求之相關判決，筆者蒐集到之案例有以下 2 件：

94. 臺北高等行政法院 97 年度簡字第 619 號判決：本件原告公司於徵才時，限定 40 歲以下，被認定有年齡歧視並經裁罰。法院指出，勞工體能狀況之優劣無法僅憑年齡為判斷，原告所徵業務人員縱因從事粗重工作而需體能佳者，亦不足以表明上開所設年齡條件與所徵業務人員工作間連結之合



理性與必要性。臺中高等行政法院 100 年度簡字第 126 號判決之個案則是限定 20 歲以上，法院亦認為原告公司未提出其所開具之年齡條件相對於該工作性質之合理性與必要性之說明，而認裁罰並無違誤。將上開見解反面推論，似乎指某項特質與工作間之連結據有合理性與必要性時，即得為差別待遇之根據。

95. 高雄地院 97 年度訴字第 736 號判決⁶⁰：本件勞動者主張，系爭公司對於環境清潔員有諸多進出管控之限制，是有階級歧視。法院認為，公司規範其所屬員工之工作地點、工作時間、進出方式等管理規則與措施，乃公司基於管理行政所必要，則該公司縱因員工工作性質不同，就不同工作性質員工之工作時間、地點、進出公司方式給予不同管制，亦屬其基於管理及安全之目的而為，尚不得因此認構成就業歧視。惟本案民事法院(臺南地院 99 年度勞訴字第 26 號判決)則認為，系爭公司限制該勞動者一切進入室內之行動，似乎心態上已不將原告視為公司之員工，且對於其他員工並未為相同之限制，已違反就業服務法第 5 條之規定。

關於以上兩則案例：

編號 94 雖非認為係合法之差別待遇，惟其指出於招募階段設有限制時，必須該限制(特質)與工作間，具有合理性與必要性。此與前述大法官解釋有關平等原則中，差別待遇分類與目的間之關連須有一定程度之關連，有類似之判斷。而同時要求必要性，似乎亦帶有比例原則之判斷。

編號 95 之判決，行政法院與民事法院之認定結果不同，其可能之原因在於民事法院認為系爭公司如此之要求不具必要性，且對象上亦有針對性而有歧視意圖。行政法院判決之部分則未見此節。

⁶⁰ 判決評釋參林佳和，前揭註 41，頁 26-34

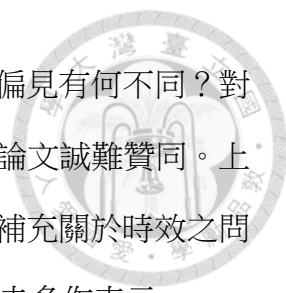


六、其他

其他無法分類於上述各類之案例，於筆者所蒐集之案例中，尚餘 7 件，分述如下：

96. 臺北高等行政法院 97 年度訴字第 492 號判決：本件原告公司旗下飯店結束經營後，於原址另開新飯店，並自原飯店人員為留用。就業歧視評議委員會指出，原告不留任之人員中，工會會員比例偏高。且依據往年考績資料，申訴人 7 人均為優良，原告留用人員並未再度面試，僅以填寫員工資料及意願調查為之，並未實際考量工作能力，是對工會會員有所歧視。惟法院審理認為，若自留用人員觀之，工會會員經留用者所佔比例亦不低，不能單以統計為據。又原告授權由主管推薦留用人員，亦係由熟知員工工作情況之人依該年度表現為判斷依據，並無再為面試之必要。既經裁量無須面試，亦同時適用於該部門之全體，並無差別待遇。申訴人等雖往年表現優良，惟仍難證明其等優於受留用之人。故本案依就業歧視評議委員會所調查之事證難認成立就業歧視，應撤銷訴願決定及原處分。
97. 臺北地院 102 年度簡字第 206 號判決：本案勞動者印尼籍看護主張雇主要求其不得於僱傭期間懷孕，有性別歧視。法院認為依照雇主與仲介簽定之契約均未約定不得懷孕，至於雇主認為懷孕婦女不適合擔任看護，係個人信念問題，並不違反性別工作平等法。雇主於勞動關係成立後仍要求不得懷孕，依處罰法定原則，其行為亦不違反性別工作平等法第 7 條⁶¹。本論文認為法院堅守處罰法定原則固然係保障人民權利，將性別工作平等法第 7 條作嚴格解釋亦無可厚非，只是凸顯本論文認為以行政處罰等管制手段不能「徹底」解決就業歧視問題之論點。然本論文對於此判決之疑義在於，法院所指之個人信念，不就是歧視嗎？除非能夠論證懷孕婦女確實不適合

⁶¹ 本案法院認為性別工作平等法第 7 條本文：「雇主對求職者或受僱者之招募、甄試、進用、分發、配置、考績或陞遷等，不得因性別或性傾向而有差別待遇」，雖於行為態樣後有「等」字，惟「等」字可解為例示說明，亦可解為收尾之意。違反本規定會處以行政罰，則依處罰法定原則字應從嚴解釋，解為後者。




擔任看護，否則跟過去諸如認為女性工作能力比較差等偏見有何不同？對於不予處罰的結論尚可理解，惟對歧視意圖之認定，本論文誠難贊同。上訴審臺北高等行政法院 102 年度簡字第 183 號判決僅補充關於時效之問題，對於性別歧視不成立之見解僅認原審並無違誤，並未多作表示。

98. 高雄地院 102 年度簡字第 79 號判決：本案原告於徵才時有限役畢及年滿 65 歲依規定應強制退休等字樣，經就業歧視評議委員會認為排擠特定年齡層之勞動者，成立年齡歧視而遭裁罰。惟法院經審理認為，原告該徵才復有學經歷限制，則依國人一般就學年齡而論，難認會侵害 15~18 歲年齡層之勞動者。此外，勞基法第 54 條第 1 項第 1 款即定有強制退休年齡，原告本可拒絕 65 歲以上之勞動者。故本案並未構成年齡歧視⁶²。惟同樣於徵才時標註限役畢之另案，基隆地方法院 103 年度簡字第 29 號則認為確實會對於特定年齡層之男性造成就業歧視。若該職缺有用人時效急迫性、該職務係短期契約或培訓成本過高等，應於甄試簡章中載明清楚報到日期（逾期未能報到者視同放棄錄取資格）、契約時程、提供一定勞務期間之約定等，而非僅簡單以「限役畢」作為達到即時用人或穩定在職等目的之手段。故本案維持原處分，認定有年齡歧視。

99. 高雄地院 102 年度簡字第 86 號判決：本案勞動者主張系爭公司於本國勞動者放無薪假時，卻令外籍勞動者加班，違反就業服務法第 42 條不得妨礙本國人工作權利之規定。法院首先認為就業服務法第 42 條僅為訓示規定。其次，依證據調查之結果，實施無薪假期間並無加班情事，而雇主實施無薪假措施之標準乃係以放無薪假後試算是否符合最低基本工資，符合

⁶² 關於屆齡退休規定之解釋，有不同見解。臺北高等行政法院 100 年度簡字第 159 號判決：本案勞動者應徵某財團法人研究院之工作，遭原告回覆該院研究人員有最高服務年齡 65 歲之限制，故拒絕該名勞動者之求職申請。法院認為，勞基法第 54 條第 1 項第 1 款之屆退年齡規定並未禁止雇主僱用 65 歲以上之勞動者，與年齡歧視禁止之規定並無相違。強制退休應以工作能力為定，否則即有年齡歧視之問題。本案發生之時點，該院尚不適用勞基法，惟綜以該院退休內規為依據，亦不符合就業服務法第 5 條第 1 項後段「其他法律有明文規定」，故本案成立年齡歧視。



者放無薪假，未達者則放有薪假。此係出於平等原則及兼顧各員工之基本生活需求，尚難認係以差別待遇而侵害本國勞工之權益。至於上開無薪假之實施條件與實施結果，使本國勞工多放無薪假一事，係因我國勞動基準法對於外勞之薪資政策係採法定最低基本工資之制度所致。因此，本案為合於法定基本工資之要求而以此為差別待遇之基準，符合平等原則。

100.臺北高等行政法院 101 年度訴字第 15 號判決：本案原告為身心障礙之勞動者，主張依照工作規則，其有諸多貢獻應獲嘉獎，雇主卻未記嘉獎等諸多情事，構成身心障礙、工會會員、階級等歧視。惟法院審理後認為，原告有多項違失遭雇主懲處，各該違失皆為屬實，且原告無法證明其他員工有因相類似之事蹟而獲嘉獎。故本案並不存在差別待遇，亦不構成就業歧視。

101.臺北高等行政法院 101 年度訴字第 567 號判決：本案原告勞動者主張，其曾申請系爭公司之優惠專案離退，嗣後又申請復職。其間有多人申請離退反悔欲復職，惟系爭公司僅准許最年輕之勞動者復職，故有年齡歧視。法院審理後認為，該優惠專案明文規定申請書於權責機構主管簽核後即不得要求撤回。該名年輕勞動者之所以被准許復職，係因主管尚未簽核，撤回有效；原告則係於簽核後請求復職，自不生撤回效力，並無年齡歧視。

102.臺中高等行政法院 95 年度訴字第 52 號判決：本案原告原為法官助理，因違法兼任教職而遭解聘，其主張法官輪派至校園演講推廣司法教育可獲公假，其以自身休假於校園任教卻遭解聘，是有差別待遇。法院對此點主張認為，二者職位不同，且法官係奉派演講，原告則是未獲同意兼課，情況不同無足比較，並未違反「相同之事務應為相同之處理，不同之事務即應為不同之處理」之差別待遇原則。

關於其他類之案例，說明如下：

此部分之案例十分多元，或為單純舉證不足之編號 96，或為因法律規範有限而不成立歧視之編號 97，單純個案情況不同之編號 101、102 等。基本上都是個案認定是否有歧視意圖。



第六項 小結

與美國、日本相較，我國法令對於差別待遇之正當理由規定十分簡陋，幾乎委由法院於個案判斷，並且與歧視動機之判斷交織在一起，端示個案當事人之主張與證據呈現之情況，而為程度不一之說理。例如解僱案件，由於勞基法明文規定解僱事由，因此首須判斷者即為解僱事由是否存在，倘若解僱事由根本不存在，即無須再論證雇主是否有歧視意圖。除非勞動者於確認僱傭關係存在以外，尚有請求因歧視所生之損害賠償⁶³。又例如編號 89 之案例，勞動者主張雇主未經溝通即予資遣，對其他男性員工則否，而法院證明勞動者所述為假，即根本連差別待遇都不存在。

行政法院之判決看似略有架構，部分判決有引用此段文字：「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如足當之」⁶⁴。似乎說明，歧視案件中，首先應有比較標準，爾後才判斷是否等者等之、不等者不等之。但事實上各判決仍是依雙方當事人之攻防予以回應，並不全然依照上述說明為判斷。是以，透過上述整理，筆者推測法院認定就

⁶³ 侯岳宏(2014)，〈性別工作平等判決之回顧與展望〉，臺北大學法律學院勞動法研究中心主編，《性別工作平等法精選判決評釋》，頁 7-8。

⁶⁴ 最高行政法院 101 年度判字第 702 號判決、101 年度判字第 1036 號；臺北高等行政法院 103 年度訴字第 1061 號、102 年度簡上字第 179 號、101 年度訴字第 15 號、101 年度訴字第 1425 號、100 年度簡字第 159 號、100 年度簡字第 658 號、100 年度訴字第 1136 號、100 年度簡字第 159 號、97 年度訴字第 492 號、91 年度簡字第 851 號判決；臺中高等行政法院 100 年度訴字第 363 號判決；高雄高等行政法院 98 年度訴字第 238 號、97 年度訴字第 736 號、93 年度訴字第 864 號判決；臺北地院行政訴訟庭 101 年度簡字第 98 號判決。

業歧視時並不存在統一之標準或流程，幾乎都是個案認定、少有共通性，亦難有類型化之空間。

其次，蒐錄於資料庫之實務案件中，筆者不曾看見以真實職業資格作為論證差別待遇正當理由之案例，至多有編號 65 之判決可認為是廣義之真實職業資格。至於勞基法第 11 條第 5 款不能勝任工作之解僱事由，是否能作為一種真實職業資格之類型？字面上似乎行得通，概因不能勝任工作，某程度即指勞動者不具備擔任系爭職位之資格。但事實上美日法制中在論證真實職業資格時，皆是雇主以特定就業歧視禁止項目為要件，而該特質必須屬於該工作之必要條件。論證之方向完全不同，實屬二事。換言之，於此情形雇主並不否認其以就業歧視禁止項目作為僱用決定之標準，且主張此標準具有正當性並為法院所認可者，於我國實務判決中並不存在。

因此，總結以上可以發現，我國實務案例關於就業上差別待遇之正當理由，均屬於「非以就業歧視禁止項目為標準」之類型，且幾乎都屬於雇主經營需求方面之理由。至於美日法制另有積極平權措施或政策考量等正當理由，截至目前(2015 年 12 月)為止，尚未見於我國實務之中。

第三節 本章總結—以必要性為關鍵要素

如前所述，就業上差別待遇之正當理由分成兩類：第一類為確實以就業歧視禁止項目作為僱用決定標準時，所適用之正當理由，第二類則為事實上非以就業歧視禁止項目作為僱用決定標準之正當理由。前者例如真實職業資格、積極平權措施、政策考量等；後者即為非就業歧視禁止項目以外之合理理由，例如考績、工作效率、工作態度等。

前者由於雇主直接以就業歧視禁止項目作為標準，則相應之正當理由即須針對該就業歧視禁止項目。因此，於判斷真實職業資格、積極平權措施、政策考量等時，會將特定之就業歧視禁止項目與各該事由作連結。例如，以宗教信仰為真

實職業資格、以女性作為積極平權措施之對象、以高齡者作為優先錄取之政策，皆是以就業歧視禁止項目與正當理由作連結，並判斷是否該當。

後者則是從反方向論證。亦即，雇主是以某一合理理由，而非以就業歧視禁止項目，為其僱用決定之標準，並以此論證其非以就業歧視禁止項目為標準。而正是因為這種反方向論證，才導致正當理由與意圖之判斷會夾雜在一起。而上述第一類「以就業歧視禁止項目作為僱用決定標準」之情況，由於直接以某就業歧視禁止項目作為標準，是直接排除、衝擊到不具該特質之勞動者，影響範圍較廣，因此其正當理由之內涵多會於法律明文規定⁶⁵。是以，如何判斷之問題，主要在於上述第二類「事實上非以就業歧視禁止項目作為僱用決定標準時」之正當理由，亦即經營上所必須之合理理由。而真實職業資格，雖然屬於第一類，但由於實際上相關之僱用措施亦屬於一種經營必須，故亦得置於下述之判斷架構。

關於非因就業歧視禁止項目，而係因其他合理理由所為之差別待遇，如何具體判斷各該合理理由是否成立，亦即是否構成就業上差別待遇時之正當理由，本論文認為要件有三：


(一)以企業經營需求為目的。

此處之企業經營需求，例如人事管理、財政狀況、照顧員工等等，可為廣義理解。至於企業自主或契約自由等，則是更上位的概念，是企業的「權利」。如將企業的權利行使本身作為目的，則無論如何目的都將正當化，即不具判斷之必要。

(二)以勞動者本身差異為差別待遇之標準，或以非勞動者本身之差異，但與勞動者相關之事由為差別待遇之標準。

勞動者本身之差異，例如能力、績效等，甚至較抽象之企圖心、上進心亦無妨，重點在於勞動者本身之特質，且該特質與工作有關。以此類與

⁶⁵ 例如前述性別工作平等法施行細則第 3 條針對性別真實職業資格之要求即為：非由特定性別之求職者或受僱者從事，不能完成或難以完成之工作。積極平權措施例如身心障礙者權益保障法第 38 條關於身心障礙者就業名額保障之規定。至於政策考量於我國尚未有實例，但前述日本法對於高齡勞動者之優惠即屬一事例。



工作有關之特質，作為差別待遇之正當理由，性質上中性又與工作相關，除非有特殊情事，不然基本上較無爭執。至於非勞動者本身之差異，但與勞動者相關之事由，其所關注者並非勞動者本身之特質，而是原本為外在因素，卻與勞動者有相關連之事由。例如編號 71、72 之案例，雇主針對的是部門或特定職位之裁撤，而非針對該勞動者，只是剛好該勞動者任職於該職位，因此成為雇主所選定之對象。又例如編號 67 夜點費之案例，日班與夜班勞動者工作內容實際上完全相同，而夜點費係針對夜間勞動所給付之津貼，勞動者為夜班成員時，才會成為雇主僱用措施(夜點費)之對象。換言之，此類皆非勞動者本身之特質，而是其他職位上相關之事項導致系爭勞動者與其他勞動者間存有差異。雖然可能會使要件(二)擴張，但最關鍵之控管仍為要件(三)，只要不具備要件(三)，仍不構成正當理由。

(三) 該差別待遇之標準與目的間具有必要性。

觀察前述大法官解釋之平等原則操作，除正當目的以外，即要求該不同對待須合理、適當。但合理、適當太抽象，是否合理、是否適當最終容易流於恣意。因此，淺見以為，二者間之控制應在於必要性。例如編號 45 之案例，勞動者主張因其領取較少之獎金係受到就業歧視。首先，考績獎金之目的在於激勵員工，是屬於雇主經營需求之一環。其次，系爭公司考績獎金評定除工作表現外，尚包括操行、學識等，均與勞動者本身相關，得作為差別待遇之標準。最後，若無工作表現等標準作為區別勞動者之手段，即無從分辨員工之優劣，無法鼓勵員工盡可能爭取表現，是以手段與目的間具有必要性。

又例如編號 75 之案例，雇主以勞基法第 11 條第 2 款為由資遣一名懷孕之勞動者。由於虧損或業務緊縮而需精簡人事支出，屬於雇主經營需求。雇主選擇該名勞動者之理由在於其考績為最後一名。選擇表現最差之勞動者資遣之，實質上有達成人事成本之降低，且該名勞動者之考績已為

最後一名，並無其他更好之人選，故此一選擇與精簡人事支出之目的間有
必要性。


此處之必要性，即比例原則下之概念，亦即必須是侵害最小之手段。
而前述美國法關於間接歧視下雇主之抗辯事由中，於第三階段舉證責任得
由勞動者主張雇主有其他較不影響特定族群之手段，卻為雇主所拒絕者，
即屬相類似之概念。淺見以為，不論直接歧視或間接歧視，皆應具備必要
性，迫使雇主不論是否以就業歧視禁止項目為其僱用決定之標準，均須考
量其行為究竟有無正當理由，方能真正達到禁止歧視之效果。

以上皆是暫且不論歧視意圖有無之情形。一旦加入歧視意圖之判斷，則個案
即趨於複雜。倘若差別待遇不具正當理由，亦即欠缺上述任一要件時，則雇主之
行為當違反平等原則。至於是否構成就業歧視，須視雇主行為之原因是否與就業
歧視禁止項目相關、是否具有歧視意圖，否則以現行法而言，不盡然會構成就業
歧視。而當雇主所為之差別待遇具有正當理由，但同時亦有歧視意圖時，即為前
述多有提及之混合動機歧視。

當正當理由與歧視動機並存時，究竟是否成立就業歧視？淺見以為此實為價
值選擇之問題。承本論文開頭所述，就業歧視禁止本即為雇主契約自由、經營自
由權與勞動者工作權、平等權衝突之產物。雇主與勞動者即光譜之兩端，並非線
段可找到一分為二之中心點，只能相對而論去決定究竟趨向保障勞方亦或保障資
方。自趨向勞方乃至趨向資方之排列來看，大致有幾種選擇：當然成立、相當性
動機、決定性動機、當然不成立⁶⁶。

於混合動機歧視之情形，直接認定系爭雇主之行為成立就業歧視，毋寧對勞
動者而言是最有保障的。例如數名勞動者有違反工作規則情節重大之情形，雇主
卻只挑女性員工予以解僱，即成立性別歧視。相當性動機源於相當因果關係之判

⁶⁶ 此為日本法不當勞動行為原因競合時可能產生之效果，參侯岳宏(2011)，〈從日本法檢討我國工會法不利益待遇解僱之規定〉，《臺北大學法學論叢》，80期，頁252-253。本論文認為不當勞動行為原因競合與就業歧視之混合動機，實有異曲同工之妙，故嘗試以相通之概念論述之。



斷，亦即，該名勞動者若非女性，大概不會被解僱。決定性動機則是要具體判斷各種情狀，確認合法事由與歧視動機，究竟何者為決定性因素。例如勞動者平時就有一些工作疏失幾為常態，雇主卻都不曾要求改善並習以為常，於知悉勞動者懷孕後即以該些工作疏失為解僱之理由。此時，勞動者之工作疏失固然屬實，惟懷孕方為決定性動機，應認成立就業歧視。最後則為對雇主最有利之選項，只要有正當理由，縱使雇主帶有歧視意圖，仍不成立就業歧視。


美國法採取趨向保護勞動者之見解，只要原告能證明其為民權法第七章所保護之族群，而該等特質即為雇主行為之動機因素(motivating factor)，則縱使該行為仍有其他動機因素，仍構成就業歧視⁶⁷。日本實務則是判斷何者為差別待遇之真正理由、或決定性之理由，以此判斷而得出結論⁶⁸。

本論文認為，若欲落實就業平等，遏止雇主為歧視行為，自應以當然成立說為當。亦即只要涉有歧視意圖，行為即違法。但此一結論是否妥適，並非無討論之餘地。蓋因於勞動者本身可歸責之情況下，僅憑客觀事由原足以懲處該勞動者，卻因雇主另有所圖即得使該勞動者免於懲處，似乎不甚合理。雇主歧視勞動者固然有錯，惟同時是否對勞動者過於優惠？因此，此一問題可以分成兩種目的來觀察，一者為行政院所處理處罰歧視行為之問題，另一則為民事院所處理雇主系爭行為合法與否之問題。前者目的在於處罰歧視行為，因此只要涉有歧視意圖，就認定歧視成立，自然能生處罰與嚇阻之效。惟於民事法院則必須考量整體勞動關係，關注之重點在於雇主之行為是否合法有效，並非僅純粹判斷歧視是否成立，仍須考量其他問題。因此，民事、行政事件是否應採同一標準，不無疑問。

首先，民事法院與行政法院審理歧視案件之現況，根據筆者上述之分析，現

⁶⁷ 42 U.S.C. §2000e-2(m).

⁶⁸ 菅野和夫，前揭註 35，頁 167。



行行政院多數採取只要無法排除歧視意圖就成立就業歧視之見解⁶⁹，而民事法院之態度則晦暗不明。民事法院判決最早於臺北地院 91 年度重勞訴字第 5 號判決出現一段關於勞基法第 11 條第 2 款之論述：「按事業單位因虧損或業務緊縮，為謀求事業單位之永續經營及保障其餘勞工之權益，解雇部分勞工既屬無可避免，則其選定解雇或留用勞工之情形，除有明顯不合理，或歧視特定勞工族群，如年資較長、身心障礙、女性、懷孕、職災，或擔任工會或勞工代表之勞工等情形外，於年資、考績、工作能力等條件相仿勞工間之選擇解僱或留用，應賦予雇主相當之裁量選擇權，使雇主能依其經營管理上之合理考量做選擇，俾便企業經此整理解僱而得改善經營體質、提高營運績效永續經營」。以此見解反面推論，似乎有歧視特定勞工族群時，即非屬雇主的裁量之範圍，而可能有權利濫用或違反誠信原則之情事。然該案事實上並無法證立歧視意圖。其他引用此段文字之判決，或與就業歧視無涉⁷⁰，或並不存在歧視意圖⁷¹，或不存在正當理由⁷²，實不存在一真正混合動機歧視之情況。

除此之外，部分民事法院判決似乎有只要有正當理由就能排除歧視意圖之傾向，例如前述編號 11、12 之民事判決以及編號 14 之判決。如依此見解，根本不可能存在混合動機歧視。因此，關於混合動機歧視於民事法院之問題，首要者為釐清歧視意圖與正當理由之關係，亦即法院須明白有正當理由不代表沒有歧視意圖，沒有歧視意圖不代表有正當理由。換言之，二者毫無關聯，至多可以將不具正當理由一事作為有歧視意圖之證據以個案判斷。但根本之道仍是思考歧視意圖

⁶⁹ 例如臺北高等行政法院 98 年度訴字第 11 號判決、臺北高等行政法院 98 年度訴字第 2522 號、臺北高等行政法院 98 年度訴字第 2803 號、苗栗地院 104 年度簡字第 18 號行政判決、高雄地院 102 年度簡字第 61 號行政判決、高雄地院 102 年度簡字第 161 號行政判決、臺北地院 103 年度簡字第 252 號行政判決、臺北地院 104 年度簡字第 14 號行政判決。甚至有認不論動機是否涉有歧視，該招募行為確實以限役畢作為要件，即實質影響特定群體，仍構成就業歧視之見解，參基隆地院 103 年度簡字第 29 號行政判決。

⁷⁰ 臺灣高等法院 103 年度勞上字第 116 號判決、臺北地院 103 年度重勞訴字第 39 號判決、臺北地院 95 年度勞訴字第 78 號判決、士林地院 99 年度勞訴字第 73 號判決、士林地院 96 年度重勞訴字第 7 號判決、新竹地院 103 年度勞訴字第 29 號判決。

⁷¹ 臺灣高等法院 92 年度重勞上字第 17 號判決、桃園地院 96 年度勞訴字第 47 號判決、高雄地院 98 年度勞訴字第 42 號判決。

⁷² 臺北地院 104 年度重勞訴字第 20 號判決。



究竟有無必要。

其次，既然行政法院與民事法院之案件，其背後追求之目的不同，則當然有可能採行不同之標準。雖然可能導致二法院認定是否成立就業歧視會產生不同結果，但此並非罪無可赦，何況現行法院見解確實有認定歧異之現象，例如前述編號 28 之案例，一法院認歧視成立，另一認歧視不成立。另一解套之想法則為，行政法院只認定是否成立就業歧視，雇主之行為是否有效乃民事事件之糾紛，是以行政法院並不會為雇主行為合法與否之判斷⁷³。因此，可以透過法律明文規定，成立就業歧視時，其法律效果卻非無效之情形。例如前述混合動機歧視中，雇主具有歧視意圖，惟勞動者亦可歸責時，即認定就業歧視成立，惟雇主之僱用決定仍為有效。

本論文認為，關於混合動機歧視，與其讓行政法院與民事法院對於就業歧視成立與否不一致，不如在判斷是否成立就業歧視一事上，一律採取當然成立說，而另行明文就業歧視之法律效果。行政案件採行此一標準之原因已如前述，在於嚇阻雇主為歧視行為。民事案件之部分，雖無涉處罰，但認定就業歧視成立仍具有宣示意義。並且再依照雇主所主張之正當理由是否可歸責於勞動者，來決定雇主系爭行為是否有效，亦能使個案更趨近公平。雖然可能產生勞動者受到歧視仍被合法解僱或懲戒等情形，但此並不排除勞動者請求受到歧視之損害賠償，尤其精神上之損害賠償，仍不至於令雇主之歧視行為完全逍遙法外，應為有效之折衷作法。

⁷³ 至於不當勞動行為裁決會同時認定雇主之行為合法有效與否，則增添論述難度。然此非本論文研究範圍，不予詳述。



第五章 結論與建議

本論文係以探討就業歧視禁止之界限為目的，欲透過美日就業歧視法制之觀察，來研究關於就業歧視禁止項目與差別待遇之正當理由，其範圍與內涵為何。因此，本章將分為兩個部分，第一節總結上述討論，整理研究結果；第二節則提出本論文對我國就業歧視法制立法方面之建議，以及簡單說明本論文力有未逮、欲留待將來研究之處。

第一節 本論文結論

誠如本論文第一章所述，就業歧視禁止乃為保護勞動者之工作權與平等權。然這樣的保護同時會影響到雇主之契約自由權與經營自由權等，倘若將雇主方之自由全部予以剝奪，即有違憲之虞。因此，如何於勞資雙方間求得平衡，在勞動法領域一直都是很重要的問題，在就業歧視之討論亦不例外。探討就業歧視禁止之界限，就是希望找出勞資雙方間的平衡線應劃於何處。而第一條線，即為就業歧視禁止項目。依現行法之規定，若非屬就業歧視禁止項目之列，即便受到雇主無正當理由之差別待遇，亦不構成就業歧視。因此，什麼樣的特質能夠列入就業歧視禁止項目，是本論文所欲研究的第一個問題。


為釐清究竟何種特質能夠被列入就業歧視禁止所保障之範疇，本論文首先觀察美、日法制，以探討美日法制關於就業歧視禁止項目之特徵。美國民權法第七章列有種族、膚色、宗教、原始國籍以及性別等 5 個特質，皆屬與生俱來無法改變之特質。隨後之就業年齡歧視法以及美國身心障礙者法再將年齡與身心障礙者(包含 HIV/AIDS 感染者)納入，惟此兩種特質已漸漸不同於與生俱來無法改變之特質。蓋因年齡會隨著時間自己改變，而身心障礙則不一定與生俱來。再後之禁止基因資訊歧視法，除禁止基因歧視外，亦規範相關之隱私保護。近年則持續推動禁止性傾向歧視之就業上禁止歧視法案，而各州州法則另有保障生活形態歧視之



相關規定。


另一方面，日本法之就業歧視禁止項目較少，分別有日本勞基法之國籍、信念、社會性身分，「男女雇用平等法」之性別，「雇用對策法」之年齡，「障害者雇用促進法」之身心障礙者。其中，日本之年齡歧視不分中高齡或年輕之勞動者，均受保護，而美國法僅保護 40 歲以上之勞動者。雖然基因歧視、性傾向歧視、生活形態之歧視在日本之討論較少，但日本法有美國法所無之僱用形態歧視。相關規範有部分工時勞動法、勞動契約法、勞動者派遣法，但其規範方式，除與通常勞動者同視之部分工時勞動者亦採禁止歧視原則外，其他非典型勞動者則不同於其他就業歧視禁止項目，是採不合理待遇禁止原則、均衡待遇原則之規範方式。

觀察美日法制可以發現，就業歧視禁止項目緩慢地增加，並且漸漸不存在一共通特質。亦即，陸續增加之就業歧視禁止項目並非必須與生俱來無法改變，毋寧是視社會上有如何之需求、視哪些族群在就業市場中趨於弱勢而需要被保護。然而事實上整個勞動者族群比之資方雇主，除了少數得與雇主磋商談判外，本來絕大多數的勞動者就是弱勢者。並且，若以落實就業平等為目的，則不論勞動者所具備之特質，只要與工作無關，而勞動者確實能勝任該工作，且雇主無正當理由時，斷無拒絕勞動者之理。同理，於職場當中，雇主亦不得無正當理由而對勞動者為差別待遇，否則即構成就業歧視。是以，筆者認為應建立一就業上之一般平等待遇原則，亦即不列就業歧視禁止項目或僅為例示，是否構成就業歧視則逕以有無差別待遇之正當理由為斷。惟受限於政府與當代社會對於行政罰之依賴，倘若不放棄行政罰方面之管制，則為了合於處罰法定原則之要求，例示就業歧視禁止項目之希冀仍不可行。但民事法規範既無處罰法定原則之要求，則落實就業上一般平等待遇原則並非不可能，且現行民事法院實務確實有部分案例非屬就業歧視禁止項目，而法院以差別待遇禁止原則之模式來審查雇主之行為。成文法中，民法之誠信原則、公序良俗以及權利濫用禁止，皆有可能達到一般平等待遇原則之效果。因此，將之明文化並不會對現行實務判決之生態帶來過大之衝擊。




然對勞動者之保護亦不能無邊無際，否則雇主動輒得咎，對雇主之權利未免侵害過大。第一條線如此放寬之結果，難免坐實嚴重侵害私法自治原則之名。此時即須調整其他方面之設計以作為平衡。可能之設計，例如限定達一定員工人數以上規模之雇主方有適用。蓋因既要求雇主無正當理由時，不得以工作以外無關之事由為就業條件，則雇主即須耗費更多之成本以判斷求職人是否適格。例如，過去習以年齡作為體力之篩選標準，當改以真正之工作要求一體力，為就業標準時，雇主在徵才上即須設計體力方面之測驗，則要求規模較小之雇主亦須負擔此類成本，可能有違平等，須視個案情況論斷。另一方面，由於規模較大之企業較有能力，因此讓企業規模較大之雇主於就業平等方面承擔更多之社會責任，應不至於有違平等。此外，成立就業歧視之法律效果，亦須排除強制締約之可能。蓋因即便雇主沒有歧視求職人，該求職人也不必然能錄取。且強制締約對於雇主之契約自由亦傷害過鉅，於此情形，亦無法期待將來勞資間會產生和諧之勞動關係，因此強制締約並非良策。況且尚有第二條線，亦即就業上差別待遇之正當事由作為緩和，雇主並非沒有喘息空間，是以，民法上一般平等待遇原則不致過度侵害私法自治，並非不可期。

放寬就業歧視禁止項目後，隨後之問題即為，究竟於何種情況下，雇主之差別待遇並不會構成就業歧視。筆者觀察美日法制，兩國皆有規定就業歧視之例外情況，或雇主所得抗辯之事由，此即本論文所指之差別待遇正當理由。美日法制規定有多項事由，本論文將之歸為兩類，第一類係直接以就業歧視禁止項目為雇主僱用決定之標準，則雇主得以真實職業資格、積極平權措施、法規政策等事由作為其正當理由。第二類則係雇主以非屬就業歧視禁止項目作為其僱用決定之標準時，雇主得以經營上合理理由，為其正當理由。附帶而論，倘若已採取一般平等待遇原則，自無須作此區分，將積極平權措施以及政策等透過法令規定，明白指出要對於哪類族群提供更多之幫助以達實質平等，即得作為差別待遇之正當理由。其餘則均依有無合理理由為判斷。



而所謂合理理由，筆者觀察美日法制以及我國實務判決後，列出三要件：一、以企業經營需求為目的。二、以勞動者本身差異為差別待遇之標準，或以非勞動者本身之差異，但與勞動者相關之事由為差別待遇之標準。三、該差別待遇之標準與目的間具有必要性。此三要件實際上就是一種比例原則之表現，並且三個要件缺一不可。首先，非屬經營需求為目的者，應以法律有規定者為限，則依各該法律即可作為正當理由。因此，此處合理理由均須以經營需求為目的。再者，作為雇主僱用決定之標準者，必須是勞動者本身之差異，且與工作有關者，例如工作能力、效率、有無違規、經驗等，或至少是與勞動者相關之事由，例如勞動者所在之部門、職位等。由此可知，勞基法第 11 條第 1-4 款經濟性解僱事由本身，與勞動者並無相關，係純粹雇主方面之動機，並不是選人上的差別待遇標準，亦不得作為差別待遇之正當理由。因此，於經濟性解僱時，仍須雇主解僱之決定係基於勞動者工作相關之特質，或基於部門之裁撤與職務之縮編等有關特定勞動者之事由，因而使任職於該部門、職位之勞動者與雇主擇人之標準有所關連，方得作為正當理由。最後，該合理理由必須與目的間具有必要性。再以經濟性解僱為例，並以本論文所主張之一般平等待遇原則說明之：雇主得以降低人事成本為其具體之經營需求目的，並以薪水作為僱用決定之標準。薪水並非勞動者之特質，惟若雇主以薪水較高者為解僱對象，則薪水之高低即會特定到某些勞動者，可作為合理理由。惟此時尚須具備選擇以薪資較高之對象為節省人事成本之必要性。例如，既須精簡到一定金額才能使公司繼續經營時，則以薪資較高者優先解僱，可以解僱最少人之方式達到目標，即具必要性。反之，以考績為標準解僱數人後即可達到繼續經營之目的，斷無以薪資較高者為對象之必要時，即因手段非屬侵害最小而不具必要性。此時，缺乏第三要件，雇主之主張即不構成正當理由，是無正當理由之差別待遇，雖非屬就業歧視禁止項目，惟依一般平等待遇原則之要求，仍成立就業歧視。

綜上所述，除積極平權措施與政策等必須透過法律明文其內涵外，其餘事由




均得以上述三要件作為檢驗是否構成差別待遇之正當理由。惟上述情形並未將歧視意圖納入考量，當正當理由與歧視意圖並存而形成混合動機歧視時，究竟是否構成就業歧視？美國法認為只要涉有歧視意圖，即使有合法事由仍構成就業歧視。日本實務則以歧視意圖是否為決定性動機作為標準。對此，以現行法制之架構而言，本論文認為為落實就業平等，應認只要摻有歧視意圖即構成就業歧視。如此，行政案件即得對雇主為裁罰，藉以迅速矯正雇主之歧視行為。而民事案件則因須同時兼顧勞資雙方，不能只一味要求雇主不得歧視卻使勞動者得免其自身責任。亦即當雇主之正當理由係勞動者有可歸責之情形時，若無歧視意圖，勞動者本即應為其可責之原因付出相應代價時，不能因雇主另有所圖即減免勞動者之責任。故此時應該過明文規定法律效果之方式，令雇主一方面成立就業歧視，另一方面卻不致雇主之僱用決定無效，藉以平衡勞資雙方之權利義務。此外，由於就業歧視仍然成立，因此雖然勞動者不能主張雇主之行為無效，但仍有主張歧視行為所生之損害賠償之空間，尤其非財產上之損害賠償。

第二節 立法建議與展望

如前所述，美日就業歧視法制主要採單獨立法之模式，如此方能貼近各個項目之需求而設計法規範。我國現有之項目繁多，針對每一項目單獨立法既浪費又沒必要。因此，重新制定一就業歧視法作為原則性法規，除明文各項目外，將共通事項如歧視之形態(直接歧視、間接歧視等)，差別待遇之正當理由、舉證責任、法律效果等，統一作原則性規定，並說明有特別規定者優先適用。前述目前就業平等法之草案，即為較接近美國模式之立法。亦即，類同民權法第七章，有一較原則性之法律。

至於哪些項目需要單獨立法，本論文認為可從兩個要件為思考。一為性質差異過大者，例如基因與疾病相關之歧視。蓋因此類項目不僅有歧視問題，亦同時涉及勞動者之隱私，須考量的層面較多，無法僅列於原則性規定之就業歧視法，



否則可能會保障不周。二為須規定積極平權措施者，例如身心障礙。積極平權之對象主要為歷史上長期受到壓迫之族群，並非每一就業歧視禁止項目都須給予積極平權之保障。再加上積極平權措施對於雇主所產生的負擔更重，需要立法者詳加考量，故宜特別立法。

除此之外，草案亦有規定真實職業資格等抗辯事由，本論文對此建議亦應將判斷之要件，例如本論文所提出之三要件或其他判斷標準，明列於法條文字中以便法院實務操作。若非如此，對於就業歧視案件，法院仍可能依照過去習慣，純粹依雙方當事人之主張或事證為審理對象，忽略對歧視本身之判斷與論證。另一方面，關於混合動機歧視之問題，亦宜明文相關之判斷與法律效果，以免法院見解歧異或根本不認為有成立混合動機歧視之可能。

以上為本論文對於就業歧視禁止界限之粗淺想法，仍有許多未盡之處。例如歧視意圖本身即有諸多疑問：1.歧視意圖之內涵，是否與行政罰故意過失之主觀要件相同？歧視意圖可能指涉的是一種雇主之「惡意」，而故意過失則針對雇主對其行為之認知。則所謂意圖，與故意過失間之關係究竟為何？亦即，認知之範圍有多廣？2.歧視意圖如何判斷？此亦牽涉到舉證責任之問題。3.歧視意圖是否為必要？不論美日或我國均承認間接歧視，間接歧視並不以意圖為必要。淺見以為，為達成實質平等，意圖似乎並非必要。

除此之外，對於招募階段與在職階段，是否要用同一套標準去檢視？雖然每個階段的就業平等都應予追求，然每個階段之社會需求可能不盡相同。例如於招募階段時，著重的是廣開大門，讓勞動者有機會表現自己，讓雇主能放棄成見看到真正有才能之勞動者。而當進入職場時，勞動者已取得機會，雇主在此階段之經營需求大於招募階段，則此時是否要提供相同程度之保護？

更進一步地，關於就業歧視之法律效果，以及損害賠償之設計等，亦有進一步研究之必要。法律效果究應全面無效，或如前述於勞動者可歸責之混合動機歧視中而予退讓？損害賠償之設計，是以民法之規定即足，亦或須為特別規定？舉

證責任雖然如前所述，性別工作平等法第 31 條設有規定，或可類推適用於就業服務法。惟於行政罰之情形，仍由雇主舉證自己不具歧視意圖，是否妥適？以及就業歧視與不當勞動行為競合之情形等等。有相當多之問題仍待研究，惟本論文篇幅實在有限，有待將來繼續研究，亦期待有更多研究者投入就業歧視領域之研究。

最後，謹以本論文撰寫之過程中，閱讀到一則令人動容之判決作結。花蓮地院 101 年度花小字第 83 號判決之事實背景為：被告勞動者為外籍勞工，受僱於原告雇主，並簽屬教育訓練同意書，其中附有逃逸後之損害賠償條款。被告勞工逃逸後，原告雇主即以此提起損害賠償訴訟，要求被告支付相關金額。法院表示：

「勞動基準法第 21 條規定：『工資由勞雇雙方議定之。但不得低於基本工資。』，亦即勞動條件固然係由雇主與勞工以相互協商之方式決定，而為避免因協商時之地位不平等，勞動基準法設有最低工資以保障勞工基本的收入，但非謂最低工資即為符合一切工作之最適當或合理的工資待遇。」

「外籍勞工僅其國籍、種族且其來源係由境外移入，與本國勞工不同，但在基本人權及勞動人權上不應受到差別對待或任何形式之歧視。」

「外籍勞工之行動自由應不得予以非法限制，要使勞工出於志願為雇主提供勞務，應以『誘因』而非懲罰或扣款之不法手段為之。雇主聘用外籍勞工固然應就勞工生活工作之行跡及動態加以管理，但基於行動自由不得限制、勞動不得強迫履行及國民待遇之法理原則，外籍勞工應享有與本籍勞工相同之勞動權利及行動自由，故應無所謂『逃逸』或『脫逃』之問題。」

「採用本國或外籍勞工，乃雇主基於經營需要得依法自行決定者。外籍勞工之勞動價值與本國勞工之勞動價值，應屬『等價』。外籍勞工固然因其本國之生活水準及工資水準狀況，基於合意而自願接受較本國勞工為低之工資，但非謂雇主即享有以較低工資聘用該外籍勞工之『權利』。」

「原告主張外勞終止勞動契約後所造成之行政資源及人力安排障礙之損失，……云云，明顯異化（物化）外籍勞工之勞動人格，予以價格化，而悖離

了勞動神聖平等的基本精神，殊不可採。」

事實上該案外籍勞工因行蹤不明並未參與審判，但該法官仍引用兩公約，本於實現就業平等、尊重個人之精神而作出上述判決，而非逕以原告雇主單方面之主張判決原告勝訴。本案法官對於人權之尊重與關懷令人敬佩，乃為法律從業人員應有之高度。本論文之目的只在於劃定界限俾勞資雙方清楚遊戲規則，利於遵守而減少紛爭，比起該法官對就業平等精神之維護，筆者實自嘆不如、感到慚愧。謹以此共勉之，期待就業平等能真正實現。



參考文獻




一、中文文獻(依姓名筆畫排序)

(一)書籍

1. 吳庚(2004),《憲法的解釋與適用》, 3版, 台北: 自刊。
2. 吳庚、陳淳文(2014),《憲法理論與政府體制》, 增訂版, 臺北: 三民。
3. 李惠宗(2012),《憲法要義》, 6版, 臺北: 元照。
4. 李惠宗(2013),《行政法要義》, 台北: 元照。
5. 林更盛(2002),《勞動法案例研究(一)》, 台北: 漢蘆。
6. 法治斌、董保城(2014),《憲法新論》, 台北: 自刊
7. 侯岳宏等合著(2014), 臺北大學法律學院勞動法研究中心主編,《性別工作平等法精選判決評釋》, 臺北: 元照。
8. 郭玲惠(2004),《兩性工作平等—法理與判決之研究》, 2版, 臺北: 五南。
9. 陳新民(2015),《憲法學釋論》, 修訂 8 版, 臺北: 自刊。
10. 焦興鎧(1995),〈論雇主採用「胎兒保護措施」所引起之就業歧視爭議—Johnson Controls 一案之分析〉,《勞工法與勞工權利之保障—美國勞工法論文集(一)》, 頁 389-443, 台北: 月旦。
11. 焦興鎧(1997),《勞工法制之最新發展趨勢—美國勞工法論文集(二)》, 台北: 月旦。
12. 焦興鎧(2000),《勞工法論叢(一)》, 台北: 元照
13. 焦興鎧(2001),《勞工法論叢(二)》, 台北: 元照。
14. 黃炎東(2014),《中華民國憲法概要》, 2版, 臺北: 自刊。
15. 臺北市勞動局、林佳和、侯岳宏編(2014),《2014 就業歧視暨職場性騷擾法院判決解析》, 臺北: 臺北市政府勞動局。


(二)期刊論文

1. 王甫昌(2005),〈由「中國省籍」到「台灣族群」: 戶口普查籍別類屬轉變之分析〉,《台灣社會學》, 9期, 頁 59-117。
2. 何建志(2008),〈基因檢驗與基因歧視: 問題本質與解決方案〉,《法律與生命科學》, 6期, 頁 23-44。


- 
3. 呂晶晶(2008)，〈從 M 型社會談台灣教育之社會正義〉，《學校行政》，57 期，頁 90-109。
 4. 宋佩珊(2008)，〈簡介美國反基因歧視法的必要性—從 2008 Genetic Information Nondiscrimination Act 的經驗談起〉，《科技法律透析》，20 卷 8 期，頁 2-8。
 5. 李玉春(2012)，〈我國懷孕歧視司法實務問題之研究〉，《法令月刊》，63 卷 3 期，頁 46-68。
 6. 李念祖(2001)，〈論我國憲法上外國人基本人權之平等保障〉，《憲政時代》，27 卷 1 期，頁 80-100。
 7. 李建良(2000)，〈競業禁止與職業自由〉，《台灣本土法學雜誌》，第 15 期，頁 111-118。
 8. 李建良(2003)，〈外國人權利保障的理念與實務〉，《臺灣本土法學》，48 期，頁 92-107。
 9. 李建良(2010)，〈行政法：第十一講—行政裁量與判斷餘地〉，《月旦法學教室》，98 期，頁 34-49。
 10. 李惠宗(2001)，〈禁譜辦公室戀曲—「基本權第三人效力」或「基本權衝突」〉，《月旦法學雜誌》，79 期，頁 8-9。
 11. 李震山(2003)，〈論移民制度與外國人基本權利〉，《臺灣本土法學》，48 期，頁 51-65。
 12. 周兆昱(2009)，〈日本修正部分工時勞動法之研究—兼論我國實務之爭議問題〉，《東海大學法學研究》，31 期，頁 151-187。
 13. 周兆昱、鄭津津(2014)，〈就業歧視新興爭議問題之研究〉，《法令月刊》，65 卷 6 期，頁 14-29。
 14. 周兆昱(2015)，〈就業年齡歧視法理之研究—最高行政法院 101 年度判字第 1036 號判決評釋〉，《臺灣勞動法學會學報第十一期—勞動法裁判選輯(七)—焦興鎧教授六至五華誕祝壽專輯》，頁 67-99。
 15. 周伯峰(2014)，〈「歧視禁止」作為私法自治的限制？—簡評德國《一般平等對待法》中的民事上歧視禁止規定及其爭議〉，《月旦法學雜誌》，224 期，頁 127-150。
 16. 林佳和(2008)，〈2006 年德國一般平等待遇法—勞動法領域平等貫徹的新契



- 機?》，《成大法學》，15期，頁115-172。
17. 林孟玲(2006)，〈身心障礙者保護法中有關防止就業基因歧視規範之研究〉，《財產法暨經濟法》，8期，頁151-178。
 18. 林明珠(2002)，〈淺論就業歧視之禁止—我國法律之規定與實務問題探討〉，《全國律師》，6卷3期，頁16-25。
 19. 邱綉惠、陳國熏(2014)，〈台灣食品安全史的大事件—「多氯聯苯中毒」〉，《高醫醫訊》，33卷10期，頁11。
 20. 侯岳宏(2013)，〈日本部分工時勞工均等待遇原則之發展〉，《國立中正大學法學集刊》，39期，頁25-71。
 21. 侯岳宏(2014)，陳繼盛等著，〈部分時間工作者勞動條件保障之探討—日本均等待遇原則之發展與啟示〉，《回顧與前瞻：勞動基準法施行30週年論文集》，頁601-621，臺北：勞動部。
 22. 侯岳宏(2015)，〈薪資禁止性別歧視—宜蘭地方法院98年度勞訴字第2號判決評釋〉，《台灣勞工季刊》，44期，頁28-35。
 23. 孫迺翊(2011)，〈身心障礙者權益保障法之基本精神及相關爭議問題〉，《法律扶助》，33期，頁29-34。
 24. 張文貞(2014)，〈性別平等之內涵與定位：兩公約與憲法之比較〉，《臺大法學論叢》43卷特刊，頁771-838。
 25. 張鑫隆(2010)，〈勞動市場彈性化與部分工時均等待遇原則〉，《法學新論》，24期，頁75-108。
 26. 許宗力(2003)，〈基本權利：第三講—基本權主體〉，《月旦法學教室》，4期，頁80-88。
 27. 許宗力(2003)，〈基本權利：第五講—基本權利的第三人效力與國庫效力〉，《月旦法學教室》，第9期，頁64-74。
 28. 郭玲惠(2001)，〈兩性工作平等法初探—救濟〉，《月旦法學雜誌》，71期，頁54-61。
 29. 郭玲惠(2002)，〈兩性工作平等法面面觀—性別歧視之禁止與促進就業措施〉，《律師雜誌》，271期，頁28-39。
 30. 郭玲惠(2002)，〈性別歧視與損害賠償初探〉，《萬國法律》，125期，頁10-20

- 
31. 郭玲惠(2013),〈性別表現或性傾向歧視案—評臺北地方法院一○○年度勞訴第一七二號民事判決〉,《月旦裁判時報》,22期,頁48-58。
 32. 曾淑瑜(2007),〈論基因歧視〉,《華岡法粹》,39期,頁191-222。
 33. 焦興鎧(1990),〈美國勞工法上就業歧視問題之最新發展〉,《美國研究》,20卷2期,頁51-116。
 34. 焦興鎧(2002),〈我國就業歧視評議制度之現況及實施檢討評析〉,《臺大法學論叢》,31卷2期,頁131-195。
 35. 焦興鎧(2004),〈工作場所性騷擾是不是就業上性別歧視?—試評臺北高等行政法院一則相關判決並兼論美國經驗之啟示(上)〉,《全國律師》,8卷2期,頁21-33。
 36. 焦興鎧(2004),〈工作場所性騷擾是不是就業上性別歧視?—試評臺北高等行政法院一則相關判決並兼論美國經驗之啟示(下)〉,《全國律師》,8卷3期,頁106-125。
 37. 焦興鎧(2004),〈工作場所性騷擾是就業上性別歧視嗎?〉,《法令月刊》,55期4卷,頁4-25。
 38. 焦興鎧(2004),〈美國最高法院與兩性工作平等爭議之解決〉,《政大法學評論》,80期,頁103-176。
 39. 焦興鎧(2006),〈工作場所基因測試在美國所引起之就業歧視爭議〉,《臺大法學論叢》,35卷6期,頁169-239。
 40. 焦興鎧(2006),〈就業歧視爭議之最新發展〉,《台灣勞工雙月刊》,4期,頁43-52。
 41. 焦興鎧(2007),〈工作平等國際勞動基準之建構〉,《中華國際法與超國界法評論》,3卷2期,頁361-417。
 42. 焦興鎧(2007),〈國內外就業歧視法制之最新發展—兼論就業上年齡、性傾向及出生地歧視之爭議〉,《法令月刊》,58卷4期,頁65-91。
 43. 焦興鎧(2009),〈美國就業上性傾向歧視爭議之探討〉,《歐美研究》,39卷1期,頁29-77。
 44. 焦興鎧(2010),〈什麼是就業上性傾向歧視?—美國與歐洲聯盟經驗之探討〉,《全國律師》,14卷4期,頁4-22。

- 
45. 焦興鎧(2010),〈台灣就業上出生地歧視之探討—兼論美國經驗之啟示〉,《月旦法學雜誌》,182期,頁192-204。
 46. 焦興鎧(2010),〈就業歧視之新興議題解析〉,《經社法制論叢》,46期,頁85-121。
 47. 焦興鎧(2012),〈禁止就業上身心障礙歧視國際勞動基準之建構〉,《全國律師》,16卷3期,頁4-20。
 48. 焦興鎧(2015),〈臺灣建構防制就業歧視法制之努力—二十年之回顧與前瞻〉,《臺灣勞動法學會學報第十一期—勞動法裁判選輯(七)—焦興鎧教授六秩五華誕祝壽專輯》,頁1-65。
 49. 黃怡雯(2008),〈偏遠地區國中學生基測成績之探究〉,《學校行政》,58期,頁60-75。
 50. 廖元豪(2008),〈移民—基本人權的化外之民:檢視批判「移民無人權」的憲法論述與實務〉,《月旦法學雜誌》,161期,頁83-104。
 51. 廖俊松(2003),〈身心障礙者保護法之執行檢討與修訂建議〉,《社區發展季刊》,101期,頁429-444。
 52. 劉志鵬(2002),〈兩性工作平等法之申訴及救濟體系〉,《律師雜誌》,271期,頁57-69。
 53. 劉志鵬(2009),〈職場性騷擾之法律救濟—板橋地院96年度訴字第774號判決評釋〉,《臺灣勞動法學會學報第八期—勞動法裁判選輯(六)—前大法官黃越欽教授紀念專輯》,頁109-145。
 54. 鄭津津(2002),〈建立年齡歧視法制以保障中高齡者就業權利之研究〉,《政大勞動學報》,12期,頁395-424。
 55. 鄭津津(2002),〈美國就業歧視法制之研究—兼論我國相關法制應有之發展〉,《臺大法學論叢》,32卷4期,頁135-205。
 56. 鄭津津(2010),〈就業上年齡歧視之探討〉,《月旦法學雜誌》,184期,頁177-206。
 57. 鄭津津(2011),〈反歧視與平等權—論臺灣外籍勞工之工作平等〉,《月旦法學雜誌》,189期,頁5-21。
 58. 鄭津津(2014),〈勞動派遣與工作權〉,《臺北大學法學論叢》,90期,頁45-89。
 59. 鄭津津(2015),〈談外籍與大陸配偶在我國之就業平等障礙與應有之保障〉,《台灣勞工季刊》,44期,頁45-51。

- 
60. 謝棋楠(2008)，〈由美國差別影響歧視制度評台北地院九十一年重勞訴字第五號判決〉，《全國律師》，12卷4期，頁14-35。
 61. 藍科正(2012)，〈論出生地就業歧視〉，《新北市政府防制就業歧視案例實錄10》，頁29-33。

(三)研究報告

1. 邱駿彥(2007)，〈從日本男女雇用機會均等法之發展論我國兩性工作平等法之進程研究成果報告〉，行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告。
2. 鄭津津(2009)，〈建立就業年齡歧視判定標準制度研究計畫報告〉，委託單位：行政院勞委會職業訓練局。

(四)學位論文

1. 王漢民，《美國禁止就業上懷孕歧視法制之研究—兼論對我國建構相同制度之啟示》，中國文化大學勞動學研究所碩士論文。
2. 卓家甫(2010)，《從美國就業年齡歧視防治法制論我國相關法制之現況與未來發展》，國立中正大學法律所碩士論文。
3. 林政緯(2004)，《美國禁止身心障礙就業歧視制度之研究—兼論對我國制度建構之啟示》，政治大學勞工研究所碩士論文
4. 姜俊豪(2014)，《就業歧視中之前科問題研究》，國立政治大學勞工研究所碩士論文。
5. 張郁昇(2010)，《美國就業年齡歧視法之研究—兼論對我國法制之啟示》，國立台灣大學法律學院法律學研究所碩士論文。
6. 許馨予(2010)，《容貌對工作選擇與薪資之影響—以金融保險業務人員為例》，國立中央大學人力資源管理研究所碩士論文。
7. 黃惠琪(2003)，《美國禁止身心障礙歧視法案之研究—兼論我國相關法制未來之發展》，中正大學勞工研究所碩士論文。
8. 劉達源(2013)，《我國就業年齡歧視禁止法制之研究》，國立中正大學法律學研究所碩士論文。
9. 蔡牧融(2014)，《她們想/需要什麼樣的法律？—性別工作平等法典型歷史敘事

的反思》，國立台灣大學法律學院法律學系碩士論文。

10. 鄭木恩(2004)，《從美國禁止身心障礙歧視法制看我國相關法制之成效與未來之發展》，中正大學勞工研究所碩士論文。
11. 賴郁樺(2015)，《從美國身心障礙者法看我國就業平等相關法制：以公務員體檢為例》，國立臺灣大學科際整合法律學研究所碩士論文。


(五)政府資料

1. 立法院公報處(1992)，《立法院公報》，81 卷 50 期。
2. 立法院秘書處(1993)，《法律案專輯—就業服務法案》，151 輯(上)內政(68)。
3. 立法院秘書處(1993)，《法律案專輯—就業服務法案》，151 輯(下)內政(68)。
4. 立法院公報處(1994)，《立法院公報》，83 卷 43 期。
5. 立法院公報處(1999)，《立法院第四屆第二會期第十三次會議議案關係文書》，〈立法院議案關係文書院總第一五三七號政府提案第六九〇六號〉。
6. 立法院公報處(2001)，《立法院公報》，90 卷 19 期。
7. 立法院公報處(2001)，《立法院公報》，90 卷 62 期。
8. 立法院公報處(2005)，《立法院第六屆第一會期第十三次會議議案關係文書》，〈立法院議案關係文書院總第一五三七號委員提案第六二二八號〉。
9. 立法院公報處(2005)，《立法院第六屆第二會期第四次會議議案關係文書》，〈立法院議案關係文書院總第一五三七號委員提案第六四〇六號〉。
10. 立法院公報處(2007)，《立法院公報》，96 卷 8 期。
11. 立法院公報處(2012)，《立法院公報》，101 卷 83 期。

二、日文文獻(依姓氏五十音排序)


(一)書籍

1. 青木宗也、片剛昇(1994)，《労働基準法 I〔序説・第 1 条～第 41 条〕》，東京：青林書院。
2. 赤松良子(1985)，《詳説男女雇用機会均等法及び改正労働基準法》，東京：日本労働協会。
3. 荒木尚志(2013)，《労働法》，2 版，東京：有斐閣。

- 
4. 石井照久(1964),《注解労働基準法 I》,東京:勁草書房。
 5. 厚生労働省労働基準局(2011),《労働基準法上》,平成 22 年版,東京:労働行政。
 6. 櫻庭涼子(2008),《年齢差別禁止の法理》,東京:信山社。
 7. 菅野和夫(2012),《労働法》,10 版,東京:弘文堂。
 8. 東京大学労働法研究会(2003),《注釈労働基準法上巻》,東京:有斐閣。
 9. 西谷敏、野田進、和田肇(編)(2012),《労働基準法・労働契約法》,東京:日本評論社。
 10. 野田進(2011),《労働法—「企業」視点で読み解く》,東京:弘文堂。
 11. 水町勇一郎(2014),《労働法》,5 版,東京:有斐閣。
 12. 森戸英幸、水町勇一郎(編)(2008),《差別禁止法の新展開—ダイバーシティの実現を目指して》,東京:日本評論社。
 13. 渡辺章等(1996),《労働基準法〔昭和 22 年〕日本立法資料全集 51》,東京:信山社。
 14. 渡辺章等(1998),《労働基準法〔昭和 22 年〕日本立法資料全集 52》,東京:信山社。

(二) 期刊論文

1. 相澤美智子(2006),〈均等法の改正と妊娠・出産等を理由とする不利益取扱の禁止〉,《季刊労働法》,214 号,頁 113-124。
2. 浅倉むつ子等著(2015),〈座談會:男女雇用機会均等法成立から三〇年—なぜ日本のジェンダ—格差は縮小しないのか〉,《労働法律旬報》,1844 号,頁 7-37。
3. 逢見直人(2014),〈非正規の正規化—その実態と法的課題〉,《季刊労働法》,246 号,頁 97-113。
4. 奥田香子(2014),〈改正パートタイム労働法と均等・均衡待遇〉,《季刊労働法》,246 号,頁 13-24。
5. 毛塚勝利(2010),〈派遣法改革とは間接雇用法にすること?〉,《労働法律旬報》,1721 号,頁 4-5。

- 
6. 毛塚勝利(2013) ,〈非正規労働の均等処遇問題への法理論的接近方法〉,《日本労働研究雑誌》, 636号, 頁 14-25。
 7. 厚生労働省雇用均等・児童家庭局短時間・在宅労働課(2014) ,〈改正パートタイム労働法の解説〉,《季刊労働法》, 247号, 頁 84-89。
 8. 櫻庭涼子(2008) ,〈雇用差別禁止法制の現状と課題〉,《日本労働研究雑誌》, 574号, 頁 4-17。
 9. 中川純(2013) ,〈障害者雇用促進法の差別禁止条項における「障害者」の概念〉,《季刊労働法》, 243号, 頁 10-24。
 10. 早川智津子(2012) ,〈アメリカ合衆国における外国人労働者の統合政策と日本法への示唆—差別禁止法を中心に〉,《季刊労働法》, 236号, 頁 137-153。
 11. 藤本茂(2014) ,〈男女雇用機会均等法の政策課題〉,《ジュリスト増刊—労働法の争点》, 頁 26-27。
 12. 水町勇一郎(2011) ,〈「格差」と「合理性」:非正規労働者の不利益取扱いを正当化する「合理的理由」に関する研究(〈特集〉「労働」と「格差」)〉,《社会科学研究》, 3、4号, 頁 125-152。
 13. 山川和義(2013) ,〈雇用差別禁止法制の到達点と課題〉,《法律時報》, 85 卷 3号, 頁 37-42。
 14. 和田肇(2014) ,〈雇用平等法制の意義・射程〉,《ジュリスト増刊—労働法の争点》, 新・法律学の争点シリーズ 7, 頁 22-23。

(二) 研究報告

労働政策研究・研修機構(2011) ,〈雇用形態による均等処遇についての研究会報告書〉。

三、英文文献(依英文字母排序)

(一) 書籍

Twomey, David P., *Employment discrimination law : a manager's guide : text and cases*, West/Thomson Learning(2002).



(二)期刊論文

1. Brown, Laura Leigh, *AIDS in the Workplace: A Legal Dilemma*, *Southwestern Law Journal*, Vol. 42, Issue 2, 837-864 (1988).
2. Byers, Shelbie J., *Untangling the World Wide Weblog A Proposal for Blogging, Employment-at-Will, and Lifestyle Discrimination Statutes*, *Valparaiso University Law Review*, Vol. 42, Issue 1, 245-290 (2007).
3. Cacas, Samuel R., *The Language of Hate - Discrimination Complaints are Growing as the Workplace Becomes More Bilingual*, *Human Rights*, Vol. 22, Issue 1, 30-49 (1995).
4. Curylo, Patricia A., *AIDS and Employment Discrimination: Should AIDS be Considered a Handicap*, *Wayne Law Review*, Vol. 33, Issue 3, 1095-1110 (1987).
5. Jones, Jeffrey Douglas, *Enfeebling The ADA: The ADA Amendments ACT of 2008*, *Oklahoma Law Review*, Vol. 62, Issue 4, 667-700 (2010).
6. Leonard, James, *Bilingualism and Equality Title VII Claims for Language Discrimination in the Workplace*, *University of Michigan Journal of Law Reform*, Vol. 38, Issue 1, 57-140 (2004).
7. Locke, Steven I., *Language Discrimination and English-Only Rules in the Workplace The Case for Legislative Amendment of Title VII*, *Texas Tech Law Review*, Vol. 27, Issue 1, 33-72 (1996).
8. Moore, Deborah E., *Disparate Treatment Versus Disparate Impact: A Distinction Without A Difference*, *Syracuse Law Review*, Vol. 41, Issue 3, 965-984 (1990).
9. Pedrioli, Carlo A., *Respecting Language as Part of Ethnicity Title VII and Language Discrimination at Work*, *Harvard Journal on Racial & Ethnic Justice*, Vol. 27, Issue 1, 97-124 (2011).
10. Rives, Ann L., *You're Not the Boss of Me: A Call for Federal Lifestyle Discrimination Legislation*, *George Washington Law Review*, Vol. 74, Issue 3, 553-568 (2006).
11. Solieman, Ishra, *Born Osama: Muslim-American Employment Discrimination*, *Arizona Law Review*, Vol. 51, Issue 4, 1069-1096 (2009).
12. Sturm, Susan, *Second Generation Employment Discrimination: A Structural Approach*, *Columbia Law Review*, Vol. 101, Issue 3, 458-568 (2001).
13. Tatum, Erika Perrone, *Impact of the Americans with Disabilities Act on AIDS Discrimination in the Workplace*, *American Journal of Trial Advocacy*, Vol. 19,

Issue 3, 623-652 (1996).



(二) 研究報告

1. International Institute for Labour Studies, *World of Work Report 2008: Income Inequalities in the Age of Financial Globalization* (2008).
2. International Labour Office, *Equality at Work: Tackling the Challenges: Global Report under the Follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work* (2007).
3. International Labour Office, *Time for Equality at Work: Global Report under the Follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work* (2003).
4. International Labour Office, *Equality at work: The continuing challenge: Global Report under the follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work* (2011).

〈附表一〉

	法令名稱	條號
不當(之)差別待遇	公務員懲戒委員會性騷擾防治申訴及調查處理要點	第十六點(八)
	文化部性騷擾防治措施及申訴調查處理要點	第十二點(九)
	司法院司法人員研習所性騷擾防治申訴及調查處理要點	第十六點(八)
	司法院性騷擾防治申訴及調查處理要點	第十六點(八)
	交通部公路總局性騷擾防治措施、申訴及懲戒處理要點	第十七點
	交通部觀光局性騷擾防治申訴及調查處理要點	第十六點(九)
	行政院原子能委員會性騷擾申訴調查處理要點	第七點(十一)
	行政院國家科學委員會中部科學工業園區管理局工作場所性騷擾防治措施、申訴及懲戒要點	第十六點(九)
	宜蘭縣政府地方稅務局性騷擾防治措施及申訴懲戒要點	第十四點(九)
	性騷擾防治法	第 10 條第 1 項
	花蓮縣政府及所屬機關學校性騷擾防治、申訴及懲戒措施	第十二點(七)
	南投縣政府文化局性騷擾防治及申訴處理要點	第七點(八)
	南投縣政府性騷擾防治及申訴處理要點	第七點(八)
	財政部臺灣省中區國稅局性騷擾防治、申訴及懲處要點	第八點(四)9
	高雄市政府人事處性騷擾防治措施作業規定	第十二點(八)
	國立科學工藝博物館性騷擾防治申訴及調查處理要點	第十點(九)
	國立國父紀念館性騷擾防治申訴及調查處理要點	第十五點(九)
	國立教育廣播電臺性騷擾事件防治及處理要點	第十二點(七)
	國立臺南生活美學館性騷擾防治措施（申訴及調查懲戒）處理辦法	第 19 條第 9 款
	國立臺灣美術館性侵害暨性騷擾防治措施及申訴、調查、處理要點	第十四點(九)
	國立臺灣藝術教育館工作場所性騷擾防治措施、申訴及懲戒措施	第十四點(九)
	國立臺灣藝術教育館性騷擾防治申訴及調查處理要點	第十七點(九)
	國家圖書館性騷擾防治措施及申訴調查處理要點	第十六點(八)

	法令名稱	條號
不當(之)差別待遇	國家圖書館性騷擾防治措施及申訴調查處理要點	第十六點(八)
	基隆市政府性騷擾防治申訴及調查處理要點	第十六點(九)
	教育部性騷擾與性別歧視防治及處理要點	第十三點(八)
	教育部青年發展署性騷擾防治及處理要點	第十一點(八)
	雲林縣政府性騷擾防治措施	第七點(八)
	新北市政府地政局性騷擾防治申訴及調查處理要點	第七點(九)
	新北市政府法制局性騷擾防治申訴及調查處理要點	第七點(八)
	新北市政府城鄉發展局性騷擾防治申訴及調查處理要點	第七點(八)
	新北市政府研究發展考核委員會性騷擾防治、申訴及調查處理要點	第七點(八)
	新北市政府消防局性騷擾防治、申訴及調查要點	第七點(八)
	新北市政府都市更新處性騷擾防治、申訴及調查處理要點	第七點(八)
	新北市政府勞工局性騷擾防制措施及懲戒辦法	第七點(八)
	新北市政府環境保護局性騷擾防治、申訴及調查處理要點	第七點(八)
	監察院性騷擾防治申訴及調查處理要點	第十一點(七)
	臺中市政府及所屬各機關學校性騷擾防治與申訴作業注意事項	第十一點(八)
	臺中市政府地政局性騷擾防治措施申訴及懲戒處理要點	第七點(九)
	臺中市政府勞工局及所屬機關工作場所性騷擾防治措施申訴及懲處要點	第九點(八)
	臺中市政府觀光旅遊局暨所屬機關工作場所性騷擾防治措施申訴及懲處要點	第七點(八)
	臺北市交通管制工程處性騷擾防治申訴及調查處理要點	第十六點(九)
	臺北市士林地政事務所工作場所性騷擾防治措施、申訴及懲戒要點	第十四點(九)
臺北市士林地政事務所性騷擾防治申訴及調查處理要點	第十八點(九)	
臺北市士林區健康服務中心性騷擾防治申訴及調查處理規範	第十六點 9	

	法令名稱	條號
不賞(之)差別待遇	臺北市大安地政事務所性騷擾防治申訴及調查處理要點	第十九點(九)
	臺北市大安區公所性騷擾防治申訴及調查處理要點	第十六點(九)
	臺北市中山地政事務所性騷擾防治申訴及調查處理要點	第十九點(九)
	臺北市中正區公所性騷擾防治申訴及調查處理要點	第十八點(九)
	臺北市內湖區公所性騷擾防治計畫	第十七點
	臺北市文山區公所性騷擾防治措施計畫	肆四
	臺北市文山區健康服務中心性騷擾防治申訴及調查處理規範	第十六點(九)
	臺北市北投區公所性騷擾防治申訴及調查處理要點	第十六點 9
	臺北市北投區健康服務中心性騷擾防治申訴及調查處理規範	第十六點 9
	臺北市古亭地政事務所工作場所性騷擾防治措施、申訴及懲戒要點	第十四點(九)
	臺北市古亭地政事務所性騷擾防治申訴及調查處理要點	第十九點(九)
	臺北市立動物園性騷擾防治措施	第十五點(九)
	臺北市交通事件裁決所性騷擾防治申訴及調查處理要點	第十六點(九)
	臺北市松山地政事務所性騷擾防治申訴及調查處理要點	第十九點(九)
	臺北市松山區公所性騷擾防治申訴及調查處理要點	第十九點(九)
	臺北市南港區公所性騷擾防治申訴及調查處理要點	第十九點(八)
	臺北市建成地政事務所性騷擾防治申訴及調查處理要點	第十九點(九)
	臺北市政府人事處性騷擾防治申訴及調查處理要點	第十六點(九)
	臺北市政府工務局工作場所性騷擾防治措施、申訴及懲戒要點	第十四點(九)
	臺北市政府工務局公園路燈工程管理處性騷擾防治申訴及調查處理要點	第十六點(九)
臺北市政府工務局水利工程處性騷擾防治申訴及調查處理要點	第十六點 9	

	法令名稱	條號
	臺北市政府工務局性騷擾防治申訴及調查處理要點	第十六點 9
	臺北市政府公務人員訓練處性騷擾防治申訴及調查處理要點	第十六點 9
	臺北市政府文化局暨所屬機關性騷擾防治申訴及調查處理要點	第十六點 9
	臺北市政府主計處性騷擾防治申訴及調查處理原則	第十六(九)
	臺北市政府地政局土地開發總隊工作場所性騷擾防治措施、申訴及懲戒要點	第十四(九)
	臺北市政府地政局土地開發總隊性騷擾防治申訴及調查處理要點	第十九(九)
	臺北市政府地政局工作場所性騷擾防治措施、申訴及懲戒要點	第十四(九)
	臺北市政府地政局性騷擾防治申訴及調查處理要點	第十八點(九)
	臺北市政府兵役局性騷擾防治申訴及調查處理要點	第十七點(九)
	臺北市政府法務局性騷擾防治申訴及調查處理要點	第十六點(九)
	臺北市政府社會局暨所屬機關性騷擾防治申訴及調查處理要點	第十六點(九)
	臺北市政府客家事務委員會性騷擾防治申訴及調查處理要點	第十六點(九)
	臺北市政府政風處性騷擾防治措施、申訴及調查處理要點	第十六點(九)
	臺北市政府研究發展考核委員會工作場所性騷擾防治措施、申訴及懲戒要點	第十四點(九)
	臺北市政府研究發展考核委員會性騷擾防治申訴及調查處理要點	第十六點(九)
	臺北市政府財政局性騷擾防治申訴及調查處理要點	第十六點(九)
	臺北市政府捷運工程局工作場所性騷擾防治措施、申訴及懲處要點	第十四點(九)
	臺北市政府捷運工程局中區工程處性騷擾防治申訴及調查處理要點	第十六點(九)
	臺北市政府捷運工程局北區工程處性騷擾防治申訴及調查處理要點	第十六點(九)
	臺北市政府捷運工程局性騷擾防治申訴及調查處理要點	第十六點(九)
	臺北市政府捷運工程局東區工程處性騷擾防治申訴及調查處理要點	第十六點(九)

不當(之)差別待遇

	法令名稱	條號
不 當 (之) 差 別 待 遇	臺北市政府捷運工程局南區工程處性騷擾防治申訴及調查處理要點	第十六點(九)
	臺北市政府捷運工程局機電系統工程處性騷擾防治申訴及調查處理要點	第十六點(九)
	臺北市政府產業發展局暨所屬機關性騷擾防治申訴及調查處理要點	第十六點 9
	臺北市政府勞動局性騷擾防治申訴及調查處理要點	第十六點(九)
	臺北市政府環境保護局工作場所性騷擾防治措施、申訴及懲戒要點	第十四點(九)
	臺北市政府環境保護局內湖垃圾焚化廠性騷擾防治申訴及調查處理要點	第十六點 9
	臺北市政府環境保護局北投垃圾焚化廠性騷擾防治申訴及調查處理要點	第十六點 9
	臺北市政府環境保護局性騷擾防治申訴及調查處理要點	第十六點(九)
	臺北市政府警察局性騷擾防治申訴及調查處理要點	第十六點(九)
	臺北市停車管理工程處性騷擾防治申訴及調查處理要點	第十六點(九)
	臺北市都市計畫委員會性騷擾防治申訴及調查處理要點	第十六點(九)
	臺北市稅捐稽徵處性騷擾防治申訴及調查處理作業要點	第十八點(九)
	臺北市萬華區戶政事務所工作場所性騷擾防治措施申訴及懲處要點	第十四點(九)
	臺北市萬華區健康服務中心性騷擾防治申訴及調查處理規範	第十六點(九)
	臺北捷運公司性騷擾防治申訴及調查處理要點	第十六點 9
	臺北翡翠水庫管理局性騷擾防治申訴及調查處理要點	第十六點 9
	臺東縣政府性騷擾防治申訴及調查處理要點	第十七點(九)
	臺東縣消防局性騷擾與性別歧視防治及處理要點	第十四點(八)
	臺東縣臺東市公所工作場所性騷擾防治措施、申訴及懲戒處理要點	第十四點(八)



不 當 (之) 差 別 待 遇	法令名稱	條號
差 別 待 遇 或 任 何 形 式 之 歧 視	臺灣高等法院性騷擾防治申訴及調查處理要點	第十六點(八)
	澎湖縣政府公共車船管理處性騷擾防治措施	第十七點(九)
無 正 當 理 由 …… 差 別 待 遇 非 有 正 當 理 由 …… 差 別 待 遇 除 有 正 當 理 由 …… 差 別 待 遇	澎湖縣政府消防局性騷擾防治措施	第十七點 9
	檢察官倫理規範	第 6 條
	行政院農業委員會農業科技創業投資計畫受託機構人員道德行為	要點五
	公職人員選舉罷免法	第 49 條第 3 項
	總統副總統選舉罷免法	第 46 條第 2 項
	電子簽章法	第 4 條第 3 項、 第 6 條第 3 項、 第 9 條第 2 項
	公平交易法	第 20 條第 2 款
	行政程序法	第 6 條
	電信法	第 26-1 條第 1 項第 8 款
	衛星廣播電視法	第 32 條
	政府採購法	第 6 條第 1 項
	高級中等以下教育階段非學校型態實驗教育實施條例	第 9 條第 5 款
	固定通信業務管理規則	第 45 條第 3 款
	共同供應契約實施辦法	第 10 條
	機械類產品型式驗證實施及監督管理辦法	第 31 條
	公平交易委員會對於技術授權協議案件之處理原則	第六點(十二)
	公平交易委員會對於加盟業主經營行為案件之處理原則	第五點(一)
	公平交易委員會對於電梯事業之銷售及維修保養行為案件之處理原則	第五點(一)
行政院海岸巡防署暨所屬機關處理請託關說事件注意事項	第四點	
學校訂定教師輔導與管教學生辦法注意事項	第十一點	
僑務委員會公務員倫理規範	第六點	



法令名稱	條號
法務部矯正署桃園少年輔育院公務員清廉倫理規範	第二點
採購評選委員會委員須知	第九點
民間參與公共建設甄審委員會委員須知	第十一點
行政院農業委員會林務局各林區管理處辦理違反森林法行政罰鍰案件裁罰基準	第五點(三)
企業關於反托拉斯之遵法行為守則	第五點(八)
公平交易委員會對於企業訂定反托拉斯遵法規章之指導原則	第五(四)1(1)
桃園縣殯葬管理自治條例	第 18 條第 1 項
臺中市政府秘書處小額採購作業要點	第四點
臺中市政府及所屬各機關學校小額採購作業要點	第四點
消防機具器材及設備登錄機構管理辦法	第 10 條第 1 項
臺中市政府社會局小額採購作業要點	第四點
臺中市政府消防局小額採購作業要點	第三點
臺中市政府原住民事務委員會小額採購作業要點	第四點
臺中市政府客家事務委員會小額採購作業要點	第四點
臺中市政府地方稅務局小額採購作業要點	第四點
臺中市政府教育局小額採購作業要點	第四點
新北市國民中學及高級中等學校學生獎懲實施要點	第二點(一)
新北市國民小學學生獎輔實施要點	第二點(一)
臺中市政府文化局小額採購作業要點	第四點
臺中市政府水利局採購作業要點	第二點
臺中市政府交通局小額採購作業要點	第四點
臺中市政府觀光旅遊局小額採購作業要點	第四點
臺中市政府新聞局小額採購作業要點	第四點
臺中市政府人事處小額採購作業要點	第四點
臺中市政府主計處小額採購作業要點	第四點
臺北市政府採購評選委員倫理規範	第四點(三)
臺中縣政府廉政規範	第五點
臺中市政府都市發展局小額採購作業須知	第五點
商品檢驗業務委託辦法	第 12 條
電信終端設備審驗辦法	第 3 條

除有正當理由……差別待遇
 非有正當理由……差別待遇
 無正當理由……差別待遇

	法令名稱	條號
故意之差別待遇	核能電廠違規事項處理作業要點	第 9 條 附件七(一)4、(二)4、(三)2
不利之差別待遇	交通部公路總局性騷擾防治措施、申訴及懲戒處理要點	第五點(四)
	高級中等學校建教合作實施及建教生權益保障法	第 12 條第 4 款、第 26 條第 1、2、項
不合理之差別待遇	航業法	第 23 條第 2 項
歧視、差別待遇或其他不當行為	法官倫理規範	第 4 條
	法院通譯倫理規範	第四點
	司法院大法官自律實施辦法	第 3 條
	觀護人倫理規範	第四點
	檢察機關通譯倫理規範	第五點
予以歧視，而有差別待遇	桃園縣政府秘書處臨時人員工作規則	第 3 條
	桃園市政府秘書處臨時人員工作規則	第 3 條
	桃園縣政府觀光旅遊局暨所屬機關臨時人員工作規則	第 3 條
	桃園縣政府勞動及人力資源局臨時人員工作規則	第 3 條
	桃園縣政府城鄉發展局臨時人員工作規則	第 3 條
歧視……不公平之待遇 不公平待遇	嘉義市就業歧視評議委員會設置要點	要點一
	臺北市就業歧視評議委員會設置要點	要點一
	高雄市就業歧視評議會設置要點	要點一
	臺南市就業歧視評議委員會設置要點	要點一
	桃園縣就業歧視評議委員會設置要點	要點一
	南投縣就業歧視評議委員會設置要點	要點一
	嘉義縣就業歧視評議委員會設置要點	要點一
	臺東縣就業歧視評議及性別工作平等會設置要點	要點一
	金門縣就業歧視評議委員會設置要點	要點一
	新竹科學工業園區就業歧視評議委員會設置要點	要點一

	法令名稱	條號
歧視…… 不公平(之)待遇	陸海空軍懲罰法	第 32 條第 5 項
	人類免疫缺乏病毒感染者權益保障法	第 7 條第 1、3 項
	精神衛生法	第 22 條
	人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例	第 4 條第 1 項
歧視 待遇	身心障礙者權益保護法	第 40 條第 1 項
	住宅法	第 45 條
	教育基本法	第 6 條第 4 項
	新竹市國民中學學生成績評量辦法	第 21 條

〈附表二〉：一般體格檢查、健康檢查項目表

體格檢查項目	健康檢查項目
<p>(1)作業經歷、既往病史、生活習慣及自覺症狀之調查。</p> <p>(2)身高、體重、腰圍、視力、辨色力、聽力、血壓及身體各系統或部位之理學檢查。</p> <p>(3)胸部X光（大片）攝影檢查。</p> <p>(4)尿蛋白及尿潛血之檢查。</p> <p>(5)血色素及白血球數檢查。</p> <p>(6)血糖、血清丙胺酸轉胺酶(ALT)、肌酸酐(creatinine)、膽固醇、三酸甘油酯、高密度脂蛋白膽固醇之檢查。</p> <p>(7)其他經中央主管機關指定之檢查。</p>	<p>(1)作業經歷、既往病史、生活習慣及自覺症狀之調查。</p> <p>(2)身高、體重、腰圍、視力、辨色力、聽力、血壓及身體各系統或部位之理學檢查。</p> <p>(3)胸部X光（大片）攝影檢查。</p> <p>(4)尿蛋白及尿潛血之檢查。</p> <p>(5)血色素及白血球數檢查。</p> <p>(6)血糖、血清丙胺酸轉胺酶(ALT)、肌酸酐(creatinine)、膽固醇、三酸甘油酯、高密度脂蛋白膽固醇、低密度脂蛋白膽固醇之檢查。</p> <p>(7)其他經中央主管機關指定之檢查。</p>