高雄高等行政法院判決

高等行政訴訟庭第一庭
112年度訴更一字第6號
民國113年8月7日辯論終結

原　　告　李芝蓁

訴訟代理人　王舜信　律師
被　　告　高雄市政府勞工局

代　表　人　江健興
訴訟代理人　李美慧
　　鍾佳宏
輔助參加人　高雄市政府交通局

代　表　人　張淑娟
訴訟代理人　孫道萍

上列當事人間就業服務法事件，原告不服高雄市政府中華民國109年6月10日高市府法訴字第10930608700號訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

主　文

一、原告之訴駁回。

二、第一審及發回前上訴審訴訟費用均由原告負擔。

事實及理由

一、事實概要：

緣原告原為輔助參加人所僱用之路邊開單服務員，其於民國102年3月24日工作中發生事故導致受傷，嗣於107年11月30日復職。其後輔助參加人審酌原告具重度視覺障礙（下稱視障），且依診斷證明不適宜騎乘交通工具及擔任夜間或外勤工作，經評估該職務所需能力及原告工作情形後，認其於路邊執勤之基本保障自身安全能力確有不足，另原告係以步行方式開單，惟其因公傷之右肢不便，導致加重左腳負擔，近

期並頻繁看診等情，爰以原告再持續執行目前職務實有困難，乃依勞動基準法（下稱勞基法）第11條第5款規定，於108年7月4日起終止與原告之勞動契約。原告於108年7月23日向被告提出申訴，認輔助參加人以其無法勝任工作為由予以資遣，涉違反就業服務法（下稱就服法）第5條第1項身心障礙歧視禁止之規定，被告乃於108年7月30日函請即輔助參加人陳述意見，輔助參加人於108年8月8日派員陳述意見及提出書面意見。嗣經被告提報高雄市就業歧視評議會108年12月18日第5屆第3次會議審議結果，決議身心障礙歧視不成立，被告並以109年1月3日高市勞就字第00000000000號函（下稱原處分）將決議及理由函復原告。原告不服，提起訴願，遭決定駁回，遂提起行政訴訟，經本院109年度訴字第257號判決（下稱原判決）駁回。原告猶未甘服，提起上訴，經最高行政法院110年度上字第502號判決將原判決廢棄，發回本院更為審理。

二、原告起訴主張及聲明：

(一)主張要旨：

1、原告於102年3月24日發生職業災害後，導致右側腓神經損傷，不良於行，已不適合繼續外勤工作，原告亦罹患外傷性右視索症候群併雙眼左側視野半盲，雖然原告眼疾病發時無法舉證罹病與102年3月24日所發生職業災害間之因果關係，然無論原告眼疾是否為該次職業災害所造成，均致生原告不適宜繼續騎乘交通工具之結果，有高雄醫學大學附設中和紀念醫院（下稱高醫醫院）診斷證明書可佐。是輔助參加人應有義務提供工作環境之「合理調整」，將原告安置於適當之工作環境，否則即屬構成身心障礙歧視，然輔助參加人不但不提供「合理調整」，更進而基於身心障礙歧視而資遣原告，確有違反就服法第5條第1項規定，而構成不當歧視。

2、輔助參加人與原告協調於107年11月30日復職，斯時輔助參加人安排原告之工作場所為路邊開單，且值勤時段包含日、夜班，原告之視力無法負荷夜間開單，且原告之左腳亦無法

負擔長距離之路邊開單工作。經原告反應及被告所屬博愛職業技能訓練中心（下稱博愛職訓中心）建議後，輔助參加人於108年1月13日將原告之勤務區域調整為高雄火車站後站博愛停車場，然而值勤時間仍包含日、夜班，不適宜原告之眼睛狀態。嗣後原告再次反應無法於夜間值勤之情形，輔助參加人曾短暫將原告調整至只需要日間開單之輔仁路及建民路等路段，安排原告為路邊開單之工作內容，然而該些路段雖只於日間值勤，卻須負擔較廣之值勤（步行）範圍，更不利於原告。嗣後輔助參加人又將原告調回高雄火車站後站博愛平面停車場值勤，惟值勤時間仍包含日、夜班，原告只能盡力配合輔助參加人之任務調派，以請無薪公傷假、病假之方式避免於夜間值勤，可見輔助參加人對於原告之工作環境，並未依職業安全衛生法第21條為合理之調整，而有構成不當歧視之情形。

3、依據輔助參加人107至108年開單績效未達標準暨差額補足控管表所示，因重大疾病業績只須達標準之65%，即可免予懲處。然原告右肢及雙眼之狀況不良，卻未獲任何業績減免，此亦屬對於原告之歧視。甚且原告108年5月、6月之業績均已達標，可見輔助參加人稱原告不能勝任工作之說法並不實在，至於原告申請調派內勤工作，是基於身體健康或安全之因素，請求輔助參加人合理調整，輔助參加人如拒絕，自可繼續讓原告留任於外勤單位，無須以原告無法勝任資遣原告。

4、自上開原告之身體障礙程度可知，原告並不適合長途步行，也不適合夜間值勤，而輔助參加人所提出之身心障礙雇員，並無任何一人與原告之情形相同，同時具有肢體及眼睛之不便，原告確實較其他身心障礙雇員更適宜調派為內勤人員，且原告也非常努力，自行前往電腦技能基金會受訓，完成PowerPoint2016及Word2016項目之實用級Primary認證，也正學習其他項目，目的就是希望電腦操作能力更加精進，以符合內勤人員的電腦操作需求。

(二)聲明：訴願決定及原處分均撤銷。

三、被告答辯及聲明：

(一)答辯要旨：

1、原告發生職災後，其與輔助參加人協調於107年11月30日回復原職，從事路邊開單服務，輔助參加人考量原告身體情況及工作績效，於108年1月13日調整為定點（高雄火車站後站博愛停車場）開單，將原告安排適當工作場域，降低原告因騎車所產生的風險及身體負擔，並輔以路邊班長予以協助，及博愛職訓中心協助申請眼鏡及助行器等輔具，且為配合原告無法夜間工作，輔助參加人曾向委外廠商抽回輔仁路及建民路等路段，讓原告可以輪白天班即可，惟原告表示無法達到業績，要求調降業績，遂使輔助參加人再將原告調回原定點平面停車場進行開單，依據身心障礙者權利公約（CRPD，下稱身權公約）所揭示之「合理調整」原則，輔助參加人業已評估原告之身心狀態，且當時輔助參加人聘任200多名路邊服務員，其中具有身心障礙者共計25人，輔助參加人亦基於與其他身心障礙者員工之平等，確已充分考量原告之身體情況，調整為定點開單之工作，減輕原告就視力及行動不便之風險，並指派班長輔導，以及申請輔具，協助原告返回原有職位，在不造成輔助參加人過度負擔或不成比例的狀態下，輔助參加人對於原告工作上的調整，係屬適當且有效，並使原告可逐步適應該工作之執行，確保原告在與其他路邊服務員平等基礎上，享有同樣對於該工作可執行之基本能力。

2、另原告基於其身心障礙之因素要求調整為內勤工作，惟其合理調整亦包含對於義務方不得有「不成比例或過度負擔」之情形，並設有界限，基於輔助參加人對於內勤調整訂有「停車管理中心服務員工作調整原則」（下稱工作調整原則），該調整原則為輔助參加人內部管理之激勵措施，即依外勤人員之業績情況擇優甄選，故輔助參加人不能無視人事法令而影響其他員工之公平性，而輔助參加人已對原告做出合理調

整以確保原告對於該工作之可執行性，原告僅以其身心障礙對輔助參加人提出轉調內勤之要求，基於輔助參加人管理上及其他具身心障礙者路邊服務員之公平性，原告之要求確已造成輔助參加人有不成比例或過度負擔之情形，尚不能單以輔助參加人拒絕原告轉調內勤，而無視輔助參加人對於原告有效合適之工作調整，難謂輔助參加人對於原告有以身心障礙為由予以差別待遇之情事。

(二)聲明：原告之訴駁回。

四、輔助參加人陳述要旨：

(一)原告經招考進入輔助參加人停車管理中心，身分即為路邊開單服務員，輔助參加人認為其對於所擔任之工作及所享有之權利義務本應充分了解。自其102年3月公傷後，雖勞工保險局及勞動部依據專科醫師醫理見解，認為其於103年12月4日已可恢復工作能力，續請不合理，而終止職業傷害補助，輔助參加人仍體恤同仁，續給公傷假及雇主補償金至104年6月7日，因原告堅持無法在外開單，始於104年6月8日給付40個月平均工資，終止工資補償責任。原告於107年申請復職，輔助參加人業以107年7月9日高市交停管字第00000000000號函及同年11月26日高市交停管字第00000000000號函告知，請其自行斟酌是否已醫療終止恢復原工作能力，體力可勝任每日輪值不同路段範圍及早晚班之工作，復職後應依輔助參加人排班規定辦理，故輔助參加人認為原告辦理復職，應係自行考量過身體狀況可進行原本工作。原告自公傷起，已有約5.3年辦理公傷假未上班，且輔助參加人共支付其新臺幣（下同）1,727,042元，原告復職後又要求進到內勤，實與當初給予長期公傷假及補償金之初始意念及誠信有違。

(二)原告於107年11月30日復職以來，多次因右肢公傷及個人眼疾等因素要求調整工作，輔助參加人考量員工安全性，協助如下：1、核予無薪公傷假至長庚醫療財團法人高雄長庚紀念醫院（下稱高雄長庚醫院）復健。2、至高雄後火車站停車場定點開單（本場為路外停車場，僅需於停車場範圍內巡

場，相較其他身障同仁須穿梭於路邊停車格開單，步行範圍已大幅縮減，且停車場位於陸橋下，有橋墩及遮陰區域，已較其他同仁工作輕鬆安全）。3、盡可能安排日班勤務（錯開另一位開刀同仁上班時間，將其日間排班最大化）。4、指派專責班長輔導陪同開單。5、對於執勤作業及績效達成均從寬認定。6、配合博愛職訓中心職務再設計，協助申請眼鏡及助行器等輔具。

(三)原告復職以來，輔助參加人均持續給予適當協助，對其之寬待更勝於其他路邊同仁，並未有因其具身心障礙身分而給予不平等之對待或有任何歧視。輔助參加人已善盡雇主照顧之責，基於避免危害發生及保障勞資雙方權益，輔助參加人依勞基法無法勝任工作之規範依法終止契約，並無違法之虞。

五、爭點：被告認定輔助參加人身心障礙歧視不成立，有無違誤？

六、本院的判斷：

(一)事實概要記載之事實，有輔助參加人108年6月28日高市交停管字第00000000000號函（原處分卷第5至6頁）、原告108年7月23日就業歧視暨性別工作平等申訴書（原處分卷第1至2頁）、被告108年7月30日高市勞就字第00000000000號函（原處分卷第10頁）、被告行政處分前陳述意見通知書（原處分卷第12至13頁）、被告108年8月8日談話紀錄（原處分卷第14至17頁）、輔助參加人陳述意見書（原處分卷第20至22頁）、高雄市就業歧視評議會108年12月18日第5屆第3次會議紀錄（原處分卷第115至116頁）、原處分（本院前審卷〔下稱前審卷〕第19至21頁）、訴願決定書（前審卷第24至32頁）、原判決（本院卷第29至52頁）、最高行政法院110年度上字第502號判決（本院卷第15至27頁）等證據可以證明

(二)應適用之法令：

1、勞基法第11條第5款：「非有左列情事之一者，雇主不得預告勞工終止勞動契約：……五、勞工對於所擔任之工作確不

能勝任時。」

2、就服法：

(1)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、星座、血型或以往工會會員身分為由，予以歧視；其他法律有明文規定者，從其規定。」

(2)第65條第1項、第3項：「違反第5條第1項……規定者，處新臺幣30萬元以上150萬元以下罰鍰。」「違反第5條第1項規定經處以罰鍰者，直轄市、縣（市）主管機關應公布其姓名或名稱、負責人姓名，並限期令其改善；屆期未改善者，應按次處罰。」

3、身心障礙者權益保障法（下稱身權法）：

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。」

4、身權公約：

(1)第2條：「定義：……『基於身心障礙之歧視』是指基於身心障礙而作出之任何區別、排斥或限制，其目的或效果損害或廢除在與其他人平等基礎上於政治、經濟、社會、文化、公民或任何其他領域，所有人權及基本自由之認可、享有或行使。基於身心障礙之歧視包括所有形式之歧視，包括拒絕提供合理之對待；『合理之對待』是指根據具體需要，於不造成過度或不當負擔之情況下，進行必要及適當之修改與調整，以確保身心障礙者在與其他人平等基礎上享有或行使所有人權及基本自由……。」

(2)第5條：「平等與不歧視：1.締約國確認，在法律之前，人人平等，有權不受任何歧視地享有法律給予之平等保障與平等受益。2.締約國應禁止所有基於身心障礙之歧視，保障身心障礙者獲得平等與有效之法律保護，使其不受基於任何原因之歧視。3.為促進平等與消除歧視，締約國應採取所有適

當步驟，以確保提供合理之對待。4.為加速或實現身心障礙者事實上之平等而必須採取之具體措施，不得視為本公約所指之歧視。」

5、身權公約施行法：

(1)第1條：「為實施聯合國2006年身心障礙者權利公約……（以下簡稱公約），維護身心障礙者權益，保障其平等參與社會、政治、經濟、文化等之機會，促進其自立及發展，特制定本法。」

(2)第2條：「公約所揭示保障身心障礙者人權之規定，具有國內法律之效力。」

(3)第3條：「適用公約規定之法規及行政措施，應參照公約意旨及聯合國身心障礙者權利委員會對公約之解釋。」

(4)第4條：「各級政府機關行使職權，應符合公約有關身心障礙者權利保障之規定，避免侵害身心障礙者權利，保護身心障礙者不受他人侵害，並應積極促進各項身心障礙者權利之實現。」

(三)輔助參加人認原告有勞基法第11條第5款規定之情事，而以108年6月28日高市交停管字第00000000000號函終止雙方勞動契約乙節，並無違反就服法第5條第1項身心障礙就業歧視禁止之規定，是被告以原處分審認原告申訴不成立，自屬適法：

1、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。」乃是保障法律上平等的總則性規定，上述各要素僅是例示規定，身心障礙雖未列於條文，法令如以身體、智力或精神上之障礙為差別待遇，仍須受平等原則之拘束，人民不可因身心障礙的理由而遭受歧視。憲法增修條文第10條第7項並明定：「國家對於身心障礙者之保險與就醫、無障礙環境之建構、教育訓練與就業輔導及生活維護與救助，應予保障，並扶助其自立與發展。」彰顯身心障礙者的權利主體地位，確認國家的作為義務在於協助身心障礙者自立發展、確保其平等參與社會的機

會。身權法第16條第1項規定：「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。」已揭示不歧視原則；同法第86條第1項規定：「違反第16條第1項規定，處新臺幣10萬元以上50萬元以下罰鍰。」就服法第5條第1項亦同樣明揭對於身心障礙就業歧視禁止之規定，違反者依同法第65條第1項規定，得處30萬元以上150萬元以下罰鍰。前揭規定就是課予國家作為義務，保障身心障礙者免於遭受第三人的歧視，以落實憲法平等權保障的保護義務功能。又聯合國大會於西元2006年12月13日決議通過「身權公約」，而我國已於103年8月20日制定公布「身權公約施行法」，依該施行法第1條、第2條、第4條規定，身權公約已內國法化，各級政府機關行使職權，應符合身權公約有關身心障礙者權利保障的規定。從而，身權法第16條第1項規定所稱不得為歧視性的對待，即可參照身權公約第2條、第5條等規定予以解釋。準此，身權公約將合理調整（對待）與基於身心障礙之歧視加以連結，由此建構國家實踐實質平等之積極作為義務，確保障礙者享有並行使權利之機會平等。法院於個案中對於內國法律自須作符合身權公約意旨之法律解釋，行政機關所為之裁量如未考量身權公約保障身心障礙者人權之意旨，或是作了牴觸公約意旨之法律解釋，即構成違法。是依前揭身權公約之意旨，及參諸憲法第7條、憲法增修條文第10條第7項、身權法第16條第1項及就服法第5條第1項等規定意旨，對於身心障礙者工作權之基本權，應予保障，並扶助其自立與發展。「合理調整」乃作為追求身心障礙者全面參與社會之重要手段，倘合理調整措施並未逾比例原則，亦不致造成雇主過度負擔，雇主若無正當事由而拒絕提供身心障礙者合理調整，即屬基於身心障礙之歧視，而有違反就服法第5條第1項關於身心障礙就業歧視禁止之規定。

2、究應如何落實提供合理調整義務方面，依身心障礙者權利委員會第6號一般意見書第26段之意旨，提出幾項判準，包括7

項核心要素：（1）須與身心障礙者對話，找出其行使權利的障礙。（2）評估某項調整措施在法律上與事實上是否可行。（3）評估某項調整措施在系爭權利的實現上是否具有關聯性與有效性，亦即障礙者所要求之調整措施，須為其行使特定權利所需。（4）評估某項調整措施是否帶給調整義務人過度或不當之負擔，其評估手段與目的及權利行使之間是否符合比例原則。（5）確保調整措施有助於達成平等與消除對身心障礙者歧視之基本目標。因此，應由身心障礙者與調整義務承擔者依具體個案進行協商，應列入考慮之要素包括財務成本、可得資源（包括公共輔助）、調整義務方之規模（須以調整方之整體加以觀察）、該項調整對機關（構）或企業的影響、第三人的利益、對其他人的負面影響，以及合理的健康與安全要求。（6）應確保身心障礙者盡可能不負擔所需支出之成本。（7）由主張過度或不當負擔之調整義務承擔者負舉證責任。準此，合理調整是針對個別身心障礙者，在具體個案中遭遇障礙時所採取的事後調整措施，合理調整義務的存在是條件式的，並非絕對，只有在合理調整措施不會造成過度或不當負擔情形下，義務方之調整義務才成立，因此必須依照身心障礙者所處環境作具體判斷，不過義務方拒絕調整亦須有客觀上之理由，且須負擔舉證責任。

3、經查，原告初於99年至102年間擔任輔助參加人之定期契約路邊服務員，嗣於102年3月1日因績效達前20名內轉任為不定期路邊服務員，其後因102年3月24日原告路邊值勤時發生交通事故致右下肢小腿嚴重撕裂傷，原告即多次申請公傷假，雖輔助參加人曾於104年3月間要求原告復職，但原告續提診斷證明並申請勞資爭議調解，輔助參加人乃同意其申請並一次給付40個月平均工資終止其工資補償責任；原告復於105年10月4日再度申請勞資爭議調解，要求輔助參加人提供定點、早班及減免業績等路邊開單業務措施，但未經輔助參加人同意，致調解不成立；原告迨至107年6月12日始以書面

申請復職，經輔助參加人通知其於同年7月16日報到，惟原告續於同年8月3日申請勞資爭議調解，要求將工作內容改調為內勤白天班，仍不為輔助參加人所同意。原告嗣後乃依輔助參加人之通知，於同年11月30日復職；其後原告又於108年3月6日申請勞資爭議調解，要求調整至白天、室內工作並降低業績，被上訴人表示可研議至委外廠商開單路店並固定白天班，但無法調整業績等情，此為兩造及輔助參加人所不爭，並有輔助參加人104年3月16日高市交停管字第10431658800號函（前審卷第123頁）、107年7月9日高市交管字第10736658800號函（前審卷第127頁）暨被告104年3月9日、105年10月4日、107年8月3日勞資爭議調解紀錄及108年3月25日勞資爭議會議紀錄、108年4月25日勞資爭議調解紀錄（原處分卷第86至94頁）附卷可稽。次查，原告自107年4月10日起遭鑑定為重度視障，且依高醫醫院107年7月27日、108年2月25日、108年3月13日診斷證明書及高雄市立大同醫院108年4月8日診斷證明書記載：「該員（即原告）……因雙眼視力及視野缺損，不適宜騎乘交通工具或外勤工作以免發生事故，建議協調配工適合工作，以室內的工作為主。」「該員（即原告）……因雙眼視力及視野缺損，其右眼中心視野平均缺損26.04dB，左眼中心視野平均缺損27.78dB，……。綜上，依其身體狀況不適宜騎乘交通工具或外勤工作以免發生事故，建議協調配工適合工作，以室內的工作為主，不宜夜間工作。」「該員（即原告）……因雙眼視力及視野缺損，其右眼中心視野平均缺損26.04dB，左眼中心視野平均缺損27.78dB，……。綜上，依其身體狀況不適宜騎乘交通工具或外勤工作以免發生事故，應協調配工適合工作，以白天室內的工作為主，不適合夜間工作。」「該員（即原告）因上述病情（即雙眼左半邊視野缺損）長年於本院門診追蹤，於108年4月8日在本院接受電腦自動視野檢查，其右眼中心視野平均缺損27.19dB，左眼中心視野平均缺損29.11dB，其右眼最佳矯正視力為0.2，左眼最佳矯正視力為0.2，患者目前不

適合騎乘交通工具，不適合夜間工作。」等語，此有原告身心障礙證明（原處分卷第46頁）及上述醫事機構診斷證明書（原處分卷第43頁、前審卷第33頁、原處分卷第42、38頁）附卷為憑。是依上開資料，堪認上訴人因重度視障，確不適合室外及夜間工作屬實。

4、惟依輔助參加人108年度定期契約路邊服務員勞動契約（原處分卷第23至26頁）工作項目之約定，路邊服務員必須：（1）獨立從事○○市○○○○路邊、路外停車場外勤巡場製單作業，並操作各項停車管理所須資訊設備機具等；（2）從事○○市○○○○路邊、路外停車場之停車秩序管理等相關工作；（3）每日掣單基本績效為5,500元，每月掣單基本績效標準為當月實際出勤日數乘以5,500元；工作時間按輔助參加人所排定之班表輪流上班（分早、中、晚班），並於每7日輪替不同班別；如路邊服務員因可歸責於己之事由每月掣單金額未達基本績效標準，且6個月內達4次以上者，經輔助參加人查證屬實或有具體事證者，得不經預告終止契約予以解雇。惟原告自復職以來，屢次向輔助參加人要求調整為內勤或非路邊開單工作，然依輔助參加人100年8月制定且當時有效之工作調整原則（原處分卷第27至28頁）第4點規定，路邊服務員需最近一年路邊開單績效前50名，電腦操作尚可且具意願者，始得調整為路邊班長、立體停車場場長或拖吊場場長；又路邊班長、立體停車場場長及拖吊場場長表現良好、熟電腦操作且具意願者，始得調整為該停車管理中心內勤服務員。且輔助參加人於110年5月25日本院前審行準備程序時到庭陳述：「（法官問：內勤工作的內容為何？）主要有停車場及停車規劃管理、停車費開單管理及拖吊場管理營運，……，也需要到外面現場會勘或開會，所以，仍然有走動的需求，……。」「……內勤工作要收受民眾陳情及申訴案件，再出去會勘處理。」等語（參見前審卷第246至247頁準備程序筆錄），足見內勤工作非屬無走動需求之任務內容。輔助參加人認原告既未達績效標準，

也不適合內勤服務員工作需求，且停車管理中心另有25名其他身障及6名重大傷病路邊服務員，若單獨改任原告為內勤工作，顯不符合該中心之人事管理及公平性原則，乃於108年1月間就原告工作內容向被告申請職務再設計服務。經被告進行訪視後，查知原告領有重度視障之身心障礙手冊（不含肢體障礙），因其有視野缺陷不敢騎機車，採坐公車到特定路線，以行走方式往來於路邊開停車單執行業務，而原告右小腿久站久走約30分鐘後會感到不舒服，需要坐下來休息緩解不適應，致其工作約2小時僅開46筆停車單，依此比例換算，單日可以完成的量僅達規定之5成5，故建議更換原告眼鏡或提供擴視輔具、提供助步車，以供暫時路邊休憩使用、或建議嘗試騎電動腳踏車，至於原告想要調整為輔助參加人停車管理中心之內勤或非路邊開單工作，則牽涉輔助參加人整體工作安排調度，宜由內部協商後再行安排，並據以出具職務再設計訪視與建議評估表予輔助參加人。隨後輔助參加人即依前揭評估表之建議，同意補助助行器及眼鏡等輔具予原告，並考量原告身體情況及工作績效，於108年1月13日調整為定點（高雄火車站後站博愛停車場）開單，但原告後續表示不能值該定點停車場之晚班職務，輔助參加人乃另向委外廠商抽回輔仁路及建民路等路段，讓原告可以輪白天班即可。惟原告仍於108年3月6日再度申請勞資爭議調解，以醫囑所表明之身體狀況請求調整為室內工作，且於調整至室內工作以前，先調降績效標準為每日3千元、每日工作時間除既有用餐時間外應另給予2次各1小時休息時間，並安排為固定早班等項向輔助參加人提出工作訴求，但不為輔助參加人所同意，致調解不成立。惟輔助參加人仍依原告主張之身體狀況再將原告調回原博愛定點平面停車場進行開單，並儘量安排白班、請專責班長輔導陪同開單及對其值勤作業及績效達成從寬認定。然原告107年12月至108年5月間開單績效仍僅分別為4,277元、4,014元、4,420元、4,405元、5,221元、5,785元，雖原告108年5、6月份有達績效標準，但原

告108年5月份總計向輔助參加人申請5次半天病假、2次3小時病假、2次1小時病假；同年6月份則請3日全日病假（含生理假）、6次半天病假、1次1小時病假；反觀輔助參加人108年度除原告以外，另雇有25名重度、中度或輕度肢障或聽障路邊服務員，並無任何路邊服務員以身體障礙為由，致其當年度開單未達績效標準或要求降低績效標準。經輔助參加人審酌原告每月掣單金額未達基本績效標準且6個月內達4次以上，雖未領有肢障之身障手冊，但卻領有重度視障之身障手冊，且依其提出之多份醫院診斷證明書，顯示原告眼睛狀況已不適合騎乘交通工具、不適合夜間及室外工作，於路邊執勤基本的保障自身安全能力確有不足，而原告又多次表示因右肢行走不便，致加重左腳負擔，近期頻繁看診，故綜合評估後，認原告再持續執行目前職務實有困難，遂於108年6月28日以高市交停管字第00000000000號函，以原告具有勞動基準法第11條第5款規定之情事，爰自108年7月4日起終止雙方之勞動契約，此為兩造及輔助參加人所不爭，並有被告108年1月11日身心障礙者職務再設計訪視與建議評估表（前審卷第217至219頁）、輔助參加人108年3月25日勞資爭議會議紀錄及同年4月25日勞資爭議調解紀錄（原處分卷第91至94頁）、輔助參加人停車管理中心107年12月3日至108年7月14日勤務排班表（原處分卷第62至70頁）、輔助參加人107年12月1日起至108年5月31日止營運報表作業（開單稽核報表－實收金額開單報表）（原處分卷第29至34頁）、停車管理中心人員名單（原處分卷第35頁）、108年度身心障礙者名冊（原處分卷第36至37頁）、107年12月至108年5月開單績效未達標準暨差額補足控管表（原處分卷第57頁）、原告107年12月3日起至108年6月27日止之請假紀錄（原處分卷第81至84頁）、輔助參加人108年6月28日高市交停管字第00000000000號函（原處分卷第5至6頁）附卷可資佐證。

5、觀諸輔助參加人對原告所提調整工作之請求，雖未完全依原告所請將其轉任為白天內勤人員，然仍考量原告之身體狀

況，安排其於定點開單，大幅縮減其步行範圍，並盡可能安排日班勤務，亦協助其申請助行器及眼鏡等輔具，並請專責班長輔導陪同開單，亦對其值勤作業及績效達成從寬認定，復於歷次勞資爭議調解程序對原告說明其拒絕依原告請求調整工作所考量之因素，堪認已依前述身心障礙者權利委員會一般性意見之意旨，與原告進行溝通及對話後，盡其所能提供適度調整措施，並無怠於依原告之請求，進行工作合理調整之情事。再者，就服法或身權法並無明文規定雇主於僱用時或僱用後查知勞工身體狀況不適於從事特定勞務時，仍負有無條件僱用及積極性調整措施之義務（職業安全衛生法第21條第1項前段規定還明示如雇主於僱用時即知勞工身體狀況不適於從事聘僱工作時，即不得僱用）。是以職業災害勞工保護法第27條所謂「安置適當之工作」及職業安全衛生法第21條第1項後段所稱「變更其作業場所、更換工作或縮短工作時間」，應係指雇主在其既有之營業規模、職業條件、職能體系當中，於其管理權限所及之範圍內，對已就任但嗣後因故致不適任原職之勞工另提供適才適所之新職務，但非謂雇主因前揭規定，致其因而負擔超出期待可能性範圍之外且須盡一切可能之調整措施以安置該不適任勞工之行為義務，此應非前揭規定之本意。原告既有重度視障（此並非職業災害所致）之固定病症，已欠缺從事室外及夜間勤務之工作能力，復因公傷致肢體欠安而需頻繁請假看診或休養。原告雖自認輔助參加人停車管理中心之內勤服務員職務適合其轉任，但內勤服務員工作內容並非屬無走動需求之任務內容，且需配合輔助參加人各類職務指派之需要，已如前述。原告事實上僅是期望從事有限度之內勤服務員工作。姑不論原告此舉已明顯逾越輔助參加人調整其職務之期待可能性，而原告既有重度視障之根本緣由，恐也無可能勝任輔助參加人室內勤務之基本工作能力。至原告雖於本院113年8月7日行言詞辯論程序時主張其最後僅係要求輔助參加人安排定點開單而已等語（參見本院卷第233頁言詞辯論筆錄），然輔

助參加人先前即曾調整原告為定點、白天開單工作，原告仍無法勝任，且輔助參加人轄下其他身障員工並無一人以其身障原因要求固定區域、降低業績，已如前述，自不能無視工作調整原則等人事法令之規定及對其他員工處遇之公平性，強令輔助參加人負擔超出期待可能性範圍之外義務之理。是原告上揭要求輔助參加人將其轉任為內勤人員，顯然造成輔助參加人過度負擔，難認未逾比例原則。

6、又輔助參加人前已針對原告之身體狀況給予各種輔助、調整工作，原告均無法勝任，而輔助參加人於112年12月21日本院行準備程序時亦到庭陳述：「（法官問：輔助參加人有無職缺讓原告可以上班？）……目前都遇缺不補。路邊或停車收費很多路段都用智慧委外，所以可能要從民間公司去找，我們真的沒有辦法。」等語（參見本院卷第150頁準備程序筆錄），是輔助參加人並無其他得再予調整工作職務之空間，亦不能無視工作調整原則等人事法令之規定及對其他員工處遇之公平性，提供原告從事有限度之內勤服務員工作之義務。故輔助參加人以原告不能勝任工作為由，終止與原告間之勞動契約，為輔助參加人所能採取之唯一手段，符合「解僱最後手段性原則」，應無疑義。依此，輔助參加人以108年6月28日高市交停管字第00000000000號函認原告有勞基法第11條第5款規定之情事而終止雙方勞動契約乙節，並無違反前揭就服法第5條第1項所揭示因身心障礙者身分所致之歧視禁止規定。從而，被告依高雄市就業歧視評議會於108年12月18日第5屆第3次會議審議結果以原處分審認原告申訴不成立，自屬適法之處置。原告主張依其身體障礙程度，其並不適合長途步行，也不適合夜間值勤，輔助參加人本應配合原告身體狀況將其轉任為白天內勤人員；且原告已取得PowerPoint及Word軟體實用級之合格證書（前審卷第115、259頁），可見原告具有相當於輔助參加人之內勤人員技能，詎輔助參加人無正當理由拒絕將原告轉任為白天內勤人員，

反而資遣原告，顯然構成身心障礙歧視，違反身權公約及就服法第5條第1項等規定云云，並無可採。

7、至原告主張其於108年5、6月間業績仍有達標，並無無法勝任情事云云。惟查，原告自107年12月17日起至108年6月20日止，僅2個月業績達標，且其於18時20分至22時20分夜間時段幾乎均請假，甚至於108年5月31日因腳無法走路，坐救護車去醫院；而原告108年5月份總計申請5次半天病假、2次3小時病假、2次1小時病假，同年6月份則請3日全日病假（含生理假）、6次半天病假、1次1小時病假，此有原告請假紀錄附原處分卷（第81至84頁）可稽。足見原告身體確實難以負荷定點開單服務員之夜間及室外工作，自不能僅憑2個月的業績作為判斷原告能否勝任之標準。故原告上揭主張，即無可取。

七、綜上所述，原告申訴輔助參加人對其資遣而涉有違反就服法第5條第1項規定乙節，被告以原處分審認不成立身心障礙歧視，於法並無違誤；訴願決定遞予維持，亦無不合。原告起訴意旨求為均予撤銷，為無理由，應予駁回。又本件判決基礎已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及訴訟資料，經本院斟酌後，核與判決結果不生影響，爰無逐一論述之必要，併此說明。

八、結論：原告之訴為無理由。

中　　華　　民　　國　　113　　年　　8　　月　　21　　日

審判長法官　李　協　明

法官　孫　奇　芳

法官　邱　政　強

一、上為正本係照原本作成。

二、如不服本判決，應於送達後20日內，向本院高等行政訴訟庭提出上訴狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內補提理由書；如於本判決宣示或公告後送達前提起上訴者，應於判決送達後20日內補提上訴理由書（均須按他造人數附繕本）。

三、上訴未表明上訴理由且未於前述20日內補提上訴理由書者，逕以裁定駁回。

四、上訴時應委任律師為訴訟代理人，並提出委任書（行政訴訟法第49條之1第1項第3款）。但符合下列情形者，得例外不委任律師為訴訟代理人（同條第3項、第4項）。

得不委任律師為訴訟代理人之情形	所需要件
(一)符合右列情形之一者，得不委任律師為訴訟代理人	1. 上訴人或其代表人、管理人、法定代理人具備法官、檢察官、律師資格或為教育部審定合格之大學或獨立學院公法學教授、副教授者。 2. 稅務行政事件，上訴人或其代表人、管理人、法定代理人具備會計師資格者。 3. 專利行政事件，上訴人或其代表人、管理人、法定代理人具備專利師資格或依法得為專利代理人者。
(二)非律師具有右列情形之一，經最高行政法院認為適當者，亦得為上訴審訴訟代理人	1. 上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親具備律師資格者。 2. 稅務行政事件，具備會計師資格者。 3. 專利行政事件，具備專利師資格或依法得為專利代理人者。 4. 上訴人為公法人、中央或地方機關、公法上之非法人團體時，其所屬專任人員辦理法制、法務、訴願業務或與訴訟事件相關業務者。
是否符合(一)、(二)之情形，而得為強制律師代理之例外，上訴人應於提起上訴或委任時釋明之，並提出(二)所示關係之釋明文書影本及委任書。	

中　　華　　民　　國　　113　　年　　8　　月　　21　　日

書記官　黃　玉　幸