高雄高等行政法院判決

高等行政訴訟庭第一庭
113年度訴字第215號
民國113年10月9日辯論終結

原　　告　謝志依
被　　告　屏東縣政府
代　表　人　周春米
訴訟代理人　伍政杰
　　徐絹宜

上列當事人間就業服務法事件，原告不服勞動部中華民國113年4月3日勞動法訴二字第1120022434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、訴訟費用由原告負擔。

事實及理由

一、事實概要：

原告領有第2類重度身心障礙手冊（類別：b230.3），原係台灣自來水股份有限公司（下稱被申訴人）屏東區管理處之民國111年度定期契約勞工，擔任文書助理，於112年2月28日定期契約屆滿離職。嗣被申訴人辦理112年度第2梯定期契約人員（聘用期間112年4月6日至113年3月5日）甄選，原告再度報名，並於112年3月28日參加面試，被申訴人於112年3月31日公告甄選結果，原告未獲錄取及備取。原告以參加面試甄選者，僅原告一人為身心障礙者，卻未受錄取，認被申訴人涉有身心障礙就業歧視行為，於112年4月6日向被告提出申訴。案經被告調查後，提經被告就業歧視暨性別工作平等評議委員會（下稱就業歧視評議會）112年8月28日112年度第2次會議決議，於112年9月18日作成「違反就業服務法（下稱就服法）第5條第1項不成立」之審議決定書，並經被告以112年9月18日屏府勞動資字第00000000000號函（下稱

原處分）檢送該函通知原告。原告不服，提起訴願，遭決定駁回，遂提起本件行政訴訟。

二、原告起訴主張及聲明：

(一)主張要旨：

1、被申訴人每年度均有招聘文書助理員之甄選，其工作內容大致相同，並非短期臨時性質，亦會錄取曾經聘僱的舊員工。但112年度參加面試應聘之舊員工中，唯獨原告一人未獲錄取，可見被申訴人係因歧視身障者之差別待遇而不錄取原告，構成就服法第5條第1項規定之就業歧視。

2、原告雖有聽力障礙，但無礙於擔任文書助理一職所需資料整理與電腦作業能力。原告既能勝任111年度文書助理工作，自無不能勝任工作內容幾乎相同之112年度工作。又原告111年度在職期間，請病假、事假多日，係因進行袖狀胃切除手術、因遭詐騙集團詐騙大筆金額，須向警察局刑事報案，並有與銀行協商之必要，均係出於正當事由，非無故曠職。況被申訴人均予准假，未認為有影響工作進度，可見被申訴人所稱「2個年度工作內容有差異」「原告先前請假過多」並非不錄取原告的真正理由。被告單憑被申訴人說法，未經實質調查，亦未說明被申訴人不聘任原告有無出於歧視身心障礙者之情形，即認定就業歧視不成立，顯有違誤。

3、參加被申訴人112年度甄選的應聘者，原告係唯一身心障礙者，但被申訴人未給予身心障礙者權益或措施之保護，也未依身心障礙學生升學輔導辦法規定予以加分。被申訴人倘認原告工作能力有問題，亦得在原告工作期間，依身心障礙者職務再設計實施方式及補助準則之規定，提供職務再設計之服務措施，給予原告訓練或工作再設計，而非逕不予錄取，被申訴人未依上開規定提供原告服務，構成歧視身心障礙者之差別待遇。

(二)聲明：

1、訴願決定及原處分均撤銷。

2、被告應依原告之申訴，作成認定被申訴人違反就服法第5條第1項成立之行政處分。

三、被告答辯及聲明：

(一)答辯要旨：

1、被申訴人與原告簽訂之111年度勞動契約，性質上為特定性定期契約，業已期滿終止，原告不得主張續約。至於112年度定期契約人員甄選，工作內容與前年度略有差異，其中符合面試資格者9人，錄取備取共6人，未錄取3人，原告並非唯一未獲錄取者。被告尚難據以認定被申訴人對於原告終止契約或112年度不錄取原告係因歧視身心障礙者而給予原告不利之對待。

2、被申訴人係考量原告前次（111年度）任職期間，事、病假天數過多，出勤情形不佳，遂未予錄取，並無以原告與「執行該項特定工作無關之特質」決定受僱與否，且在該項特質上之要求亦無不公平及不合理之情事，故不構成就服法規定之身心障礙者就業歧視。

3、面試當天，由被申訴人3位面試委員對8位應徵人員逐一面試評分，並依平均成績列出正取、備取名次。被申訴人沒有為原告加分的義務，原告亦未釋明於面試期間有遭受任何直接歧視之對待，被告尚無法確信被申訴人有違反就服法第5條第1項之具體事實。

(二)聲明：原告之訴駁回。

四、爭點：被申訴人辦理本次定期契約人員甄選，未錄取原告，有無以身心障礙為由予以就業歧視？

五、本院的判斷：

(一)前提事實：

如事實概要欄所載等情，經兩造分別陳述在卷，並有原告身心障礙證明（第31頁）、111年度定期契約人員勞動契約書（第33頁）、非自願離職證明書（第37頁）、112年3月20日定期契約人員徵才公告（第99頁）、112年3月31日錄取公告（第51頁）、原告112年4月6日就業歧視申訴書（第103

頁）、被告就業歧視暨性別工作平等評議委員會112年8月28日112年第2次會議紀錄（第149頁）、112年9月18日審議決定書（第18頁）、原處分（第17頁）及訴願決定書（第21頁）附本院卷為證，可信為真實。

(二)應適用的法令：

1、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6條第4項第1款：「直轄市、縣（市）主管機關掌理事項如下：一、就業歧視之認定。」

2、就服法施行細則第2條：「直轄市、縣（市）主管機關依本法第6條第4項第1款規定辦理就業歧視認定時，得邀請相關政府機關、單位、勞工團體、雇主團體代表及學者專家組成就業歧視評議委員會。」

3、身心障礙者權益保障法（下稱身權法）第16條第1項、第3項：「（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。……。（第3項）公、私立機關（構）、團體、學校與企業公開辦理各類考試，應依身心障礙應考人個別障礙需求，在考試公平原則下，提供多元化適性協助，以保障身心障礙者公平應考機會。」

(三)就服法第5條第1項規範意旨，係依憲法第7條平等權及第15條保障工作權之精神，規定雇主對求職人或受僱者，不得因個人因素而遭致差別待遇（立法理由參照），故對雇主課予不得就業歧視之義務，藉以保障國民就業機會平等。其具體規範內容為禁止雇主對求職人或所僱用員工恣意以「種族、階級……身心障礙……」等法定之個人特質，作為決定不予僱用或給予不利勞動條件之考量因素。倘雇主係考量「與執

行工作無關之上述某一法定特質」而給予不利之差別待遇，且無正當理由，即構成就業歧視。反之，雇主係考量與上述法定之個人特質無關聯性之其他因素而給予差別待遇，即與該規定要件不合，不構成就業歧視。又依身權法第16條第1項、第3項規定意旨，就身心障礙者求職應試、就業之權益，不得有歧視之對待，並應提供符合個別需要之適性協助，以保障就職應考之平等機會。參對依我國身心障礙者權利公約施行法第12條規定施行之聯合國身心障礙者權利公約第2條關於「基於身心障礙之歧視」「合理之對待」之定義規定，身心障礙之歧視包括所有形式之歧視，所稱違反「提供合理之對待（調整措施）」之義務，亦屬其中一種形式。惟就雇主而言，須對求職者或受僱人基於身心障礙之合理需求，拒絕提供合理之對待（調整措施），始符合上開規範所建構「拒絕提供合理之對待（調整措施）」之身心障礙歧視類型，且須因此影響身心障礙者是否僱用或其勞動條件之決定，致受有不利之差別待遇，始該當就服法第5條第1項規定之就業歧視要件。因此雇主若非基於身心障礙因素之特殊考量，而對特定求職人或受僱人較為不利之差別待遇；或雇主已考量受僱人之身心障礙因素，將其工作條件與要求標準，進行必要及適當之實質上修改與調整，使身心障礙者享有合理之對待者，即不能認其有直接或間接之就業歧視。又雇主對身心障礙之受僱人有無就業歧視，應綜合觀察雇主一切作為或不作為之整體客觀情狀，合理評價之，而非徒以受僱人之主觀感受為據（最高行政法院109年度上字第144號判決意旨參照）。

(四)被申訴人本次（112年度第2梯）甄選結果，未錄取僱用原告，不構成以身心障礙為由之就業歧視：

1、經查，原告參加被申訴人辦理前次（111年度第2梯1人）屏東區管理處下轄屏東營運所之定期契約文書助理甄選，獲錄取僱用，聘用期間111年4月1日起至112年2月28日止。該次徵才公告載明：限身心障礙者，正取1人、備取1人，應徵資

格須持有身心障礙手冊；至於原告未獲錄備取之本次（112年度第2梯4人）屏東營運所定期契約文書助理甄選，此次徵才公告載明：正取4名，備取2名，聘用期間112年4月6日至113年3月5日，應徵資格並無身心障礙者或其他身分別之限制，此有上述2次徵才公告在卷為證（本院卷第97、99頁）。可知前次（111年度第2梯）甄選條件係對身心障礙者提供特別保障之就業機會，已排除非身心障礙者參與求職競爭；本次（112年度第2梯）則無特別保障，不論是否身心障礙者，均立於相同條件之平等機會參與求職競爭，就甄選資格、條件之形式觀察，並未對應徵者之「身心障礙」特質而給予不利之差別待遇。原告主張其參加前次甄選獲錄取，足見其適任該工作，本次甄選為同一單位相同性質工作，工作內容大致相同，卻未獲錄備取，可推論被申訴人有以身心障礙為由之就業歧視云云，尚無可採。

2、被申訴人辦理本次（112年度第2梯）定期契約文書助理甄選，應徵者資格，非限於身心障礙者，報名者共計9人，於112年3月28日經面試後錄取4名、備取2名。原告（面試編號2）經3名面試委員，分別給予評分74、70、71分，平均71.67分，符合面試資格之應徵者9人當中，計8人到場，原告成績排名第8，未獲錄（備）取者，包括原告、編號6及當日未到之編號9等3人等情，有被申訴人112年4月20日台水屏業字第0000000000號函（下稱112年4月20日函，附本院卷第109頁）、定期契約人員面試總表乙份（本院卷第113頁）在卷可證，且互核相符合，應可採信。又原告因前次（111年度第2梯）甄選錄取受僱於被申訴人之期間（111年4月1日起至112年2月28日），規定工作日該年度共計227日，原告合計請病假34日、事假11日，請假日數約占規定工作日數百分之20等情，經上開被申訴人112年4月20日函陳明，並有出缺勤統計表（本院卷第115頁）、原告111年4月至112年2月間出勤簽到表及攷勤表（本院卷第117-133頁、訴願卷第110-116頁）可證，應可信為真實。參對被告就業歧視評議會112年8

月28日會議之決議，亦載明：因原告過往在職時差勤紀錄不佳（在職11個月期間，請病假34天、事假11天，共計45天），在同期之臨時人員中，差勤狀況特別不理想，故為不錄取之原因等語，有上開會議紀錄可證（本院卷第151頁）。依此事證，被告主張被申訴人係參酌原告111年度在職期間出勤狀況之工作表現等資訊，對原告有不利之評分，據以決定不予錄備取原告，尚非無憑。再者，依原告提出111年度受僱期間之病假醫療證明及事假證明，其中除111年11月3日、12月14日接受聽力檢查而請假（本院卷第45-46頁）以外，其餘包括接受腹腔鏡袖狀胃切除手術（本院卷第43頁）、失眠就診（本院卷第44頁）、派出所受理案件證明單（本院卷第49頁），均核與原告所患第2類聽覺功能（b230.3）障礙之必要治療無涉。準此，被申訴人辦理本次甄選，將原告出勤狀況不佳之工作態度，採為決定不予錄取僱用之考量因素，核與原告「身心障礙」之個人特質，並無關聯性，足認被申訴人所為核與就服法第5條第1項規定就業歧視之要件不合。

3、原告主張其雖身心障礙，但具資料整理與電腦作業能力，並無不適任文書助理之情況，被申訴人就參加應徵的舊員工中，唯獨不錄取原告，其真正原因並非原告在職期間請假過多，而係以原告身心障礙為由，已構成就業歧視云云。惟查，依原告提出為證之112年5月18日屏東縣政府勞資爭議調解紀錄（本院卷第39頁），其記載內容並無涉及身心障礙就業歧視之資訊，無從採為有利原告判斷之依據；原告提出為證之病歷診斷證明及事假證明，固能證明其111年受僱期間，均有依規定請假，並無曠職情事，然無從推論被申訴人將其請假天數過多採為決定不予僱用之考量因素，與其身心障礙有關聯性，已如前述。再者，被申訴人與原告間111年度文書助理勞動契約，係因契約期間屆滿而終止，非因歧視身心障礙所為之差別待遇，原告對被申訴人提起確認僱傭關係存在之訴訟，亦經臺灣屏東地方法院以112年度勞訴字第3

0號民事判決（附本院卷第137頁）判決駁回在案。依原告主張及所提證據資料，經整體評價結果，尚不足以證明被申訴人係以身心障礙為由而不錄取僱用原告，原告出於主觀感受之主張，並無可採。

4、依原告就業歧視申訴書所載，自承112年3月28日參加面試時，因聽覺障礙之需求，有使用屏東縣手語翻譯，並有同步聽打員陪同在場等情，可知原告參加面試求職程序，已獲得合理之對待或協助，足以確保與其他應徵者獲得平等基礎之應考權利保障。此外，原告並未具體主張於應徵面試階段，有何合理請求遭被申訴人拒絕或漏未提供之情形，尚不能認定被申訴人有違反聯合國身心障礙者權利公約第2條定義規定及身權法第16條第1項、第3項規定所建構「拒絕提供合理之對待（調整措施）」之身心障礙歧視，更無從據此認定符合就服法第5條第1項之就業歧視。

5、原告雖主張被申訴人未依身心障礙學生升學輔導辦法規定給予原告加分，亦未依身心障礙者職務再設計實施方式及補助準則規定，提供原告職務再設計之服務，構成對身心障礙者就業歧視云云。惟查，身心障礙學生升學輔導辦法第3條第1項加分規定之適用對象為「參加高級中等學校或專科學校0年制新生入學」之身心障礙學生，不適用於求職就業時機之原告，原告誤解上開法規之主張，並無可採。至於身心障礙者職務再設計實施方式及補助準則第3條、第8條第1項第2款規定意旨，係規範雇主發現身心障礙勞工執行工作有特殊需求時，為協助提昇其工作效能，可提供改善工作條件或調整工作方法之措施，例如提供訓練、經費補助或專家諮詢等，核係指向「在職執行工作之受僱員工」為對象，始有「職務再設計」以協助排除履行職務困難之必要。原告係求職者，並非「在職之受僱者」，其與被申訴人間並無適用上述規定之職務再設計關係，況此與被申訴人不予錄取僱用原告之因素，並無關聯性，原告此部分主張，亦無可採。

(五)綜上所述，原告之主張，均無可採。原處分及訴願決定，均無違誤。原告訴請撤銷，並請求被告依其申訴，作成如聲明第2項之行政處分，並無理由，均予駁回。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，並無逐一論述之必要，併此說明。

六、結論：原告之訴無理由。

中　　華　　民　　國　　113　　年　　10　　月　　30　　日

審判長法官　李　協　明

法官　邱　政　強

法官　孫　奇　芳

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　　10　　月　　30　　日

書記官　祝　語　萱