

就業平等之理論與實務

—以就業歧視為中心

報告人：湯文章*

- 一、前言
- 二、何謂就業歧視？
- 三、性騷擾是否是一種性別歧視？
- 四、性騷擾與就業歧視之關係
- 五、就業歧視的例外
 - (一) 積極行動方案
 - (二) 真實職業資格
 - (三) 營運需要
- 六、結論

一、前言

工作除了維持生活外，也與個人人格的發展息息相關，而每個人一生中約有三分之一的時間是在工作，要能夠在工作中發揮所長，當然要先有一個機會平等、公平競爭的職場環境。然在實踐上，職場環境卻因種種因素而有歧視、霸凌等不友善的情況存在，導致就業機會不平等，進而喪失公平競爭機會。所以，當雇主以求職者或受僱人的某些特質來決定其受僱機會或勞動條件時，如果該種特質是求職者或受僱人可以透過後天努力改變的特質，求職者或受僱人還有可能透過後天的努力來滿足雇主要求，但如果該項特質是求職者或受僱人與生俱來無法改變的特質，且該項特質又與執行該項特定工作無關時，雇主在該項特質上的要求即不公平且不合理，這種就業歧視就應該被禁止¹。然而，何種特質是「與生俱來無法改變的特質而構成就業歧視？本文擬從就業服務法等相關法制來加以說明。

二、何謂就業歧視？

就業服務法第 5 條第 1 項明定：「為保障國民就業機會平等，雇主對求職人或所僱用員工，不得以種族、階級、語言、思想、宗教、黨派、籍貫、

*臺灣花蓮地方法院法官兼庭長、國立東華大學財經法律研究所兼任講師、國立中正大學法律學研究所博士候選人

¹鄭津津，就業歧視之理論與實務。網址：

<http://webadm.tainan.gov.tw/tn/taian/warehouse/%7BF0C257ED-80F8-4550-B1FD-063CDFDB653A%7D/%E5%B0%B1%E6%A5%AD%E6%AD%A7%E8%A6%96.pdf> 最後造訪日期：2017 年 8 月 9 日

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。」明定 16 種歧視事由，茲敘述如下：

- (一) **種族歧視**：係指求職人或受僱者因種族（民俗）的不同，而在招聘過程中或僱用上遭受不公平或差別待遇。世界上有許多國家是由數個不同種族所組成，而總會有某一特定種族占人口的多數。於是占多數的種族總是與占少數的種族產生歧見或發生衝突。雖然遭受種族歧視者往往是占少數的種族，然而，就業服務法有關種族歧視之禁止，所欲保障的對象並非僅針對該少數或特定的種族，而是所有種族都同樣受到保護。例如：某公司招攬員工，禁止原住民應徵。
- (二) **階級歧視**：係指求職人或員工因貧富、身分、財產、知識水準高低、職位區隔等遭受就業歧視。例如：限研究畢業，才能應徵。
- (三) **語言歧視**：係指顧主對求職人或受僱者因使用某種與語言，或無法使用某種語言，而在招聘過程或僱用上有不公平或差別待遇。例如：不會講閩南話，不能應徵。
- (四) **思想歧視**：係指某種「意識型態」，如右派思想、左派思想、統派思想、獨派思想、三民主義思想及共產思想等。若求職人或受僱者因思想的問題，而在招聘過程或僱用上受到不公平或差別待遇，即是思想歧視。例如：信仰馬克思主義者，不得應徵。
- (五) **宗教歧視**：若求職人或受僱者因宗教信仰，在招聘過程或僱用上受到不公平或差別待遇，即是宗教歧視。例如：信仰摩門教者，不能應徵。
- (六) **黨派歧視**：若求職人或受僱者因支持或參與黨派活動，在招聘過程或僱用上受到僱主不公平或差別待遇，即是黨派歧視。例如：有國民黨籍者，不能應徵。
- (七) **籍貫歧視**：依社會通念，「籍貫」應是指過去身份證上所記載之籍貫，國內大多是依籍貫來區分所謂的「外省人」與「本省人」對於本省、外省等籍貫的不同與偏好，在招聘過程或僱用上有不公平或差別待遇，即是籍貫歧視。例如：外省籍者，不能應徵。
- (八) **出生地歧視**：係指求職人或受僱者之孕成地，屬與生俱來、無法改變之特質，此一特點即是禁止就業歧視的基本精神所在。而因出生地的問題，在招聘過程或僱用上受到不公平或差別待遇即是出生地歧視。例如：應徵者限台灣出生。
- (九) **性別歧視**：因性別的問題，而在招聘過程或僱用上受到不公平或差別待遇即是性別歧視。性別歧視非僅及於女性，男性也可能面臨性別歧視問題。例如：限女性。

性別工作平等法中「有關性別歧視禁止」的規定主要為「差別待遇的禁止」、「同工同酬與同值同酬」以及「禁婚與禁孕條款的禁止」。

1.差別待遇的禁止

在「差別待遇禁止」方面，性別工作平等法禁止雇主在下列事項中對求職者或受僱者，因其性別而給予差別待遇：a.招募、甄試、進用、分發、配置、考績、陞遷；b.舉辦或提供教育、訓練其他類似活動；c.舉辦或提供各項福利措施；d.薪資之給付；e.退休、資遣、離職及解僱。在「差別待遇禁止」的原則下有兩個例外情形：a.雇主在決定招募、甄試、進用、分發、配置、考績或陞遷事項時，若能證明某些工作的性質僅適合特定性別者，則得因求職者或受僱者之性別而有差別待遇；b.雇主在薪資給付上，若是基於年資、獎懲、績效或其他非性別因素之正當事由，則得給予不同性別受僱者不同之待遇。

2.同工同酬與同值同酬

性別工作平等法第10條第1項除了規定同工同酬之外，還有同值同酬的規定。事實上，同工同酬的規定在世界各國皆是非常普遍的，我國勞動基準法及工廠法對此亦有明文規定。然而，由於我國兩性職業區隔的現象十分嚴重，女性受僱者大多從事較無前景或社會地位較低的職業，女性受僱者擔任管理監督階層工

作者相對較少。因此，單有同工同酬的規定並無法解決我國男女受僱者在薪資給付上的差別待遇問題。性別工作平等法第10條第1項規定：「雇主對受僱者薪資之給付…其工作或價值相同者，應給付同等薪資」，其目的即在於真正落實兩性在薪資給付上的平等，只是工作價值如何認定在技術上頗為困難，若無法克服此項困難，要落實同值同酬的規定，並不容易。

3.禁婚與禁孕條款的禁止

在「禁婚與禁孕條款禁止」方面，性別工作平等法規定「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。」雇主若在工作規則、勞動契約或團體協約中，作「禁婚」或「禁孕」條款的約定，該項約定是無效的，勞

動契約若因「禁婚」或「禁孕」條款的約定而終止亦是無效。

(十) **性傾向歧視**：係指求職人或受僱者基於性傾向，在招聘過程或僱用上受到不公平或差別待遇。例如：同性戀者不能應徵。

(十一) **年齡歧視**：就業年齡歧視是指雇主以年齡為由，對求職人在招聘過程或對受僱者在僱用期間施予不公平或不同的差別待遇。例如：限 45 歲以下。要如何判斷就業年齡歧視行為目前所遭遇的主要問題有²：

1、保護對象不明

《就業服務法》第 5 條第 1 項僅禁止雇主對求職者或其所僱用之員工，因其「年齡」予以歧視，但「年齡」係指「所有年齡層」或是「特定年齡層」並不明確。

²鄭津津，《建立就業年齡歧視判定標準制度》研究計畫報告，行政院勞委會職訓局委託研究計畫，2009 年，頁 27。

2、年齡歧視之定義不明

就業服務法並未對「年齡歧視」的構成要件做規範，故在認定雇主何種行為或措施構成「年齡歧視」時缺乏具體明確的判斷標準。雇主若是直接且明白地以求職者或受僱者的「年齡」作為僱用相關措施的條件，要認定此種雇主措施係一種年齡歧視行為較無困難與爭議，但如果雇主的僱用措施表面上是中性客觀的，未以年齡作為條件或考量，但實施的結果卻會對特定年齡層的求職者或受僱者造成不利影響，則此種雇主措施或行為是否應被視為「年齡歧視」，就業服務法並未明訂。例如：應徵者不可以戴老花眼鏡。

3、欠缺就業年齡歧視的例外規定

就業年齡歧視行為原則上應被禁止，但此並不代表所有雇主以求職者或受僱者的「年齡」作為僱用措施或決定的條件皆是違法的，畢竟有些工作的「有效安全執行」與執行者的年齡有密切之關係，若不在求職者或受僱者的年齡上設限，有些工作可能無法安全且有效率地執行。現行就業服務法僅單純地禁止年齡歧視，未針對年齡歧視的例外做任何的規範，可能會造成雇主即使有正當合理事由欲在求職者或受僱者的年齡上設限，仍會被視為違法之就業年齡歧視行為。

4、舉證責任規定的欠缺

當求職者或受僱者主張其受到雇主就業年齡歧視時，舉證責任應由誰負擔或應如何配置，就業服務法皆未規定。舉證責任規定的欠缺會造成實際上處理就業年齡歧視案件時，雙方當事人無法確知其應負擔何種舉證責任，受理申訴案件之行政主管機關在判斷處理上亦會產生許多困難。

(十二) **婚姻歧視**：求職人或受僱者因為婚姻的狀態，在招聘過程或對受僱者在僱用期間施予不公平或不同的差別待遇。例如：限未婚。就業服務法在2002年12月修正時，特別加入禁止所謂「婚姻歧視」(marriage discrimination)之項目，但此一修正是由一位未婚之女性立法委員所提出，官方版未見對應草案，同時，在立法院修正過程中，也未見有任何之實質討論出現，此一歧視所指之範圍為何？與一般所熟知之性別歧視有何差異？學者認為其態樣約可區分為下列三種，而所產生之法律效果並不相同³。第一，是雇主基於刻板印象、個人偏好或營運考量等因素，而直接拒絕僱用已婚者之情形，尤其是國內在過去相當盛行之所謂「單身條款」措施，往往限定未婚女性始得應徵或在結婚後必需離職等，藉以規避產假或其他給付，但偶亦有為避免付給子女教育補助費而不僱用已婚男性（也包括已婚女性在內）之情形。第二，是雇主為避免產生利益衝突或前述性徇私之情形，而拒絕僱用或解僱已婚之男女兩性受僱者，因其配偶已在該事業單位中任職服務。一般而言，此類基於所謂「禁止裙帶關係」(anti-nepotism)或不得僱用配偶(no-spouse)規定所引發

³焦興鎧，性別主流化之重要議題－各類性別員工在職場上之關係－，頁11-12。

之爭議，是目前婚姻歧視中較為常見者，國外經驗顯示也較難以處理。第三，由於近年來婚姻制度逐漸解體及轉變而產生之相關爭議，在某些情況下也會受到重視。舉例而言，雇主有時也會對多次結婚而現仍有婚姻關係之男女受僱者，在相關福利津貼上加諸不利之限制，諸如再婚者不得請婚假或領取結婚補助等；或對不符傳統型態之婚姻，諸如同性結婚或同居關係者，較正常結婚者給予不利待遇之情形，也有可能引發婚姻歧視之爭議。

(十三) **容貌歧視**：當求職人在招過程或受僱者在僱用期間，由於本身容貌的因素而受到不公平或差別待遇即是「容貌歧視」。「容貌」應是指「個人臉型相貌、美麗、端正、體格胖瘦、身材高矮與身材殘缺等外在條件」。例如：限身高 160 公分以上。一般而言，雇主或同事多會認為肥胖肇因於個人不知節制飲食或作息不良，甚至與懶惰或工作效率不彰劃上等號。然而，根據醫學研究發現，肥胖者往往是與基因有關，因此應屬一種與生俱來無法改變之特質，所以對他（她）們在就業上如有任何不公平對待之行為，仍有觸犯就業歧視之可能。另外與外表歧視有關聯者，則是身高之限制。雇主之求才廣告雖並沒有直接限定性別之字樣，但卻規定身高要達到一定之標準，然而，由於女性之平均身高通常無法與男性相比，因此，這種表面上一體適用而看不出有歧視意圖之徵才啟事，極仍有可能會構成差別影響之間接歧視。

(十四) **五官歧視**：雇主以五官的缺陷為招聘或僱用之依據，產生不公平或差別待遇，即為「五官歧視」。例如：限身體沒有刺青。比較值得注意的是，雇主或事業單位基於各種需求，常會對受僱者在工作場所內頒布所謂「衣著標準」(dressing codes) 要求他（她）們之衣著儀容等，必須符合某些基本之要求，是否構成歧視？是那一種歧視？例如，國內某著名銀行即曾因要求女性員工不得穿著牛仔褲上班，但對男性員工卻無限制之規定，臺北市兩性工作平等委員會認定構成性別歧視。此外，某一外語補習班以男性教師穿著較不符傳統，而辱罵其「不男不女」並將其開革之爭端，亦被該委員會認定違法。

(十五) **身心障礙歧視**：就業服務法並未對「身心障礙」作定義性規定，而依身心障礙者權益保障法第 5 條對身心障礙之定義，是指因神經系統、精神、心智功能、語言溝通與功能或其他身體上的構造與功能有偏離（不正常）或喪失而影響日常生活活動，並領有身心障礙證明者屬之。而因身心障礙，於招聘過程或僱用上受到不公平或差別待遇，及身心障礙歧視。例如：公司以應徵者有小兒麻痺症拒絕錄取。

(十六) **以往工會會員身份歧視**：若求職人或受僱者曾加入工會為會員，而在招聘過程僱用期間受到不公平或差別待遇。例如：某公司經營不善被接收後，工會幹部 8 名中有 7 名未被新公司重新聘僱。

外國法制尚有規範**基因歧視**，即雇主從事工作場所基因檢測，即對人類

DNA、RNA、粒線體 DNA、染色體或蛋白質之任何測試，藉以辨明基因、基因不正常情形（genetic abnormalities），以及在基因物質中遺傳或後天特質之呈現或消失，包括用以辨明具有一項基因特質質素（predisposing genetic characteristics）之檢測方式在內，來加以確認受僱人將來會罹患某種疾病，而不錄用或加以解僱，目前就業服務法尚無對此做規定。

三、就業歧視之態樣

「就業歧視」有兩種態樣：「直接歧視」與「間接歧視」。「直接歧視」係指可以從雇主的決定或措施其表面清楚明白的觀察發現，雇主是觸犯就業服務法第 5 條第 1 項規範禁止就業歧視之 16 種因素，來做為僱用或決定的限制要求。例如：雇主招募時想聘用指定性別的人，便是直接「性別」歧視。勞工是單身的懷孕人士，而雇主決定福利只給予合法結婚的人士，便屬「婚姻」狀況歧視。雇主在得知員工懷有身孕時，即因此解僱，這就是「懷孕」歧視。「間接歧視」則是當雇主的決定或措施表面上是中性的，但實施結果卻會對具備某種特質條件的求職人或受僱人，造成不利影響。例如：雇主招募時，限制應徵人員不得有「老花眼」，便是對中高齡者的應徵機會，造成不利，此做法便是間接的「年齡」歧視。又例如雇主以維護企業形象為由，規定員工應穿著制服，卻僅提供部份尺碼，造成求職人因無合身制服，而無法錄取。此種做法對特定容貌（高矮胖瘦）者或懷孕者有不利影響，便屬於間接「容貌」或「懷孕」歧視。

三、性騷擾是否是一種性別歧視？

所謂「性騷擾」，依據性騷擾防治法第2條及兩性工作平等法第12條的定義為，可分為「交換利益性騷擾」(quid pro sexual harassment)，及「敵意工作環境性騷擾」(hostile worksexual environment harassment)。前者係指以順服性要求作為給與工作利益之條件，即對他人要求性利益以交換其工作有關利益，其成立要件包括：1.被害人為受僱者或求職者；2.加害人為雇主；3.以性利益交換工作利益。後者係指因為性之歧視（discrimination based on sex）而造成敵意或辱罵的（hostile or abusive）工作環境，即對他人為性要求、性意味或性別歧視言行，造成敵意工作環境致干擾人格尊嚴或影響工作表現，其成立要件包括：1.被害人為受僱者；2.於執行職務時發生；3.為性或性別歧視言行；4.造成敵意工作環境；且包括非受僱員工之性騷擾，例如保險從業人員遭遇客戶之性騷擾。

依據兩性工作平等法規定，不得因性別而有差別待遇。但性騷擾是否係一種性別歧視？這是一個極具爭議性之問題。如果性騷擾不是一種性別歧視，那麼就無兩性工作平等法的適用。1986 年美國聯邦最高法院在著名的 Meritor Savings Bank, FSB v. Vinson⁴一案中，認為性騷擾係一種性別歧視，但此案中，法院認為原告提起敵意環境性騷擾訴訟時，必須證明性騷擾嚴重或普遍(severe or pervasive)而足以變更工作條件，導致下級審法院對於性騷擾是

⁴Meritor Savings Bank v. Vinson, 477 U.S. 57 (1986).

否嚴重或普遍之認定標準十分分歧。直到最高法院在 1993 年之 Harris v. Forklift Systems, Inc.⁵一案中，認為原告在敵意環境性騷擾訴訟中只要證明性騷擾行為對於合理人(reasonable person)產生冒犯即可，不須證明性騷擾嚴重到對於其心理安寧 (psychological well-being) 產生重大影響或對其造成傷害。另外，美國法院對於同性間之性騷擾 (same-sex sexual harassment, 男性對於男性或女性對於女性為性騷擾) 於 1998 年聯邦最高法院在 Oncale v. Sundowner Offshore Services, Inc.⁶一案中，亦認為同性間之性騷擾可以構成性別歧視。至於雙性之性騷擾 (bisexual harassment, 一個人對於男性與女性均為性騷擾) 是否構成性別歧視，美國法院則均採否定看法，認為一個人如果對於男性與女性均為性騷擾，縱然其為性騷擾係為獲取某種工作上之利益或已造成敵意之工作環境，因此種性騷擾使男性與女性均受到相同型態之性騷擾，且均出於相同之動機，故不能認為係基於性別之原因，無法認為性別歧視。因此，將性騷擾定義認為是一種性別歧視，必須考慮加害人與受害人之性取向、為性騷擾之動機、對於兩性是否有差別待遇等因素，不僅容易產生解釋上之紛爭，而且會使某些被害人 (例如：雙性性騷擾之被害人等) 無法得到法律的保護，所以，為使人享有免於性騷擾之權利，不宜僅將性騷擾定義為一種性別歧視，而應將性騷擾採取較廣義之定義。但亦有認為，由於我國立法之初，乃是鑑於性騷擾被害人大多為女性，而且台灣有關性的文化的建構，男性向來被認為是積極得利的一方，而女性被認為是被動臣服的一方，因此男性常藉性騷擾之手段來顯示其優越地位，以行其歧視女性之實，因此性騷擾本質上即被認為源自性別歧視，而獲得婦女團體之關切。另一方面，性騷擾之定義包括性的騷擾及性別的騷擾。而所謂性別的騷擾 (或含性霸凌) 不論是對生理性別、性別特質、性傾向或性別認同的歧視皆包括在內，因此性騷擾包括性別歧視，性別歧視也是一種性騷擾⁷。

四、性騷擾與就業歧視之關係

目前對於性騷擾規範的法律，有性騷擾防治法與兩性工作平等法、性別平等教育法等三種法律，但三種法律規範的範圍與適用對象、救濟程序均不相同。兩性工作平等法係 91 年 3 月 8 日就通過的法律，也是三個法律中最早對性騷擾作規定的法律，但因該法係針對職場性騷擾作規定，被害人需是受雇人或求職者才有適用，如被害人不是受雇人或求職者，即不能適用該法之規定。因此，醫生對受雇的護士性騷擾，適用兩性工平等法，但護士對醫生性騷擾、醫生對病人性騷擾，就不能適用兩性工作平等法的規定。性別平等教育法係 93 年 6 月 23 日通過的法律，但該法適用的對象，一方需為校長、教師、職員、工友、學生，他方一定要是學生，所以老師對老師為性騷擾，

⁵Harris v. Forklift Systems, Inc., 510 U.S. 17 (1993).

⁶Oncale v. Sundowner Offshore Services, Inc., 118 S. Ct. 998 (1998).

⁷焦興鎧，美國女性主義法學者對工作場所性騷擾爭議之批判，《歐美研究》第33卷第1期，2003年3月，頁57-123。

就無性別平等教育法的適用。因為前述二種法，有適用對象上的漏洞，所以 94 年 2 月 5 日才通過性騷擾防治法，該法在補充前述二法的漏洞，凡不適用前述二法的對象，均可適用該法。性騷擾防治法將性侵害排除在外，換言之，性侵害的被害人並不能循性騷擾防治法來救濟，但兩性工作平等法的性騷擾包括性侵害，性別平等教育法又將性侵害與性騷擾同時規定，所以適用範圍上有所不同。又前述三法雖然都將性騷擾分為交換利益性騷擾及敵意環境性騷擾（性騷擾防治法第 2 條、兩性工作平等法第 12 條、性別平等教育法第 2 條第 4 款），但要件並不全然相同，性騷擾防治法的要件較寬，兩性工作平等法的要件較嚴，譬如：在兩性工作平等法，要構成敵意環境性騷擾，限於受雇人在執行職務時，才有適用。至於救濟方法，兩性工作平等法規定，被害人可選擇向雇主申訴，也可選擇向事業單位所在地之主管機關申訴，對於主管機關的處理結果不服，可向中央主管機關行政院勞工委員會提出覆議，也可逕行提出訴願。性別平等教育則規定，對於性別平等教育委員的處理結果不服，可向學校或主管機關申復，不服申復結果，僅得依其他法律來尋求救濟。性騷擾防治法則規定，被害人可向雇主申訴，不服處理結果，可向主管機關再申訴。責任方面，兩性工作平等法沒有刑事責任，對於違反防治義務、反報復條款均設有行政處罰，另外，雇主及行為人要負民事賠償責任。性別平等教育法，主要規範校園對於性侵害及性騷擾之申訴程序及防治措施，並無責任的規定。性騷擾防治法對於違反防治義務、反報復條款有行政處罰，另有規定行為人及雇主的民事賠償責任，且有乘機騷擾罪的刑事責任規定，該罪為告訴乃論之罪。此外，性騷擾防治法還有調解制度的規定，這是其他二種法律所沒有的。

此外，為確實防治職場性騷擾，性別工作平等法第 13 條明確地規定雇主在此類事件中的法律責任。僱用受僱者三十人以上的雇主，應依行政院勞工委員會訂頒之「職場性騷擾防治措施申訴及懲戒辦法訂定準則」訂定性騷擾防治措施、申訴及懲戒辦法，並在工作場所公開揭示。雇主在知悉上述兩種工作場所性騷擾時，應採取立即有效之糾正及補救措施。僱用受僱者三十人以上之雇主，如未訂定性騷擾防治措施、申訴及懲戒辦法，並在工作場所公開揭示；或是知悉上述兩種性騷擾之情形而未採取立即有效之糾正及補救措施時，主管機關得處以新台幣十萬元以上五十萬元以下罰鍰。性別工作平等法第 27 條對雇主在工作場所性騷擾一事上之民事損害賠償責任亦有具體之規定。受僱者或求職者若因工作場所性騷擾之情事受有損害者，原則上由雇主及行為人連帶負損害賠償責任。但雇主證明其已遵行本法所定之各種防治性騷擾之規定，且對該事情之發生已盡力防止仍不免發生者，雇主不負賠償責任。如被害人依前項但書之規定不能受損害賠償時，法院因其聲請，得斟酌雇主與被害人之經濟狀況，令雇主為全部或一部之損害賠償。雇主賠償損害時，對於為性騷擾之行為人，有求償權。

五、就業歧視的例外

(一) 積極行動方案

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。」這是我國現行法對於就業歧視禁止規定最完整的條文。「歧視禁止法律」制定之目的，在於積極消弭社會上特定群體之求職人或受僱人受雇之不平衡現象，並積極促進該特定群體之就業。倘若雇主為矯正已經國家及社會所確認之「明顯的種族或性別僱用失衡」時，以既存的、形式化的以及具有書面的計畫之積極行動方案 (affirmative action programs) (又稱為：優惠性措施或優惠性差別待遇) 特別保障該特定受歧視群體 (例如：女性或身心障礙者) 之就業機會時，因與「歧視禁止法律」制定之目的相同，則雇主之積極行動方案將例外不被認為歧視。

學說是否贊成積極行動方案，向來有肯定說與否定說。肯定說者，認為：1.由於積極行動方案或措施，僅在對於某些「可資認定歧視 (identifiable discrimination)」加以補償，以彌補其所受到之歧視，目的在於提供受歧視者更多之社會機會以促進社會平等，並無歧視特定群體，且對於優勢群體所產生之不利有限。2.更有進者主張，僅單純停止前述可資認定之歧視或彌補所產生之效果，並無法對受歧視者提供真正之平等機會，須更進一步主張這類方案應採取更為激進之補償措施，始能消弭過去因歧視特定群體所造成之「社會性歧視 (societal discrimination)」現象。3.採取此類積極行動方案可藉由模範角色及多元化之作法，增進職場中之種族和諧及提昇生產效益。4.採用此類方案可降低優勢群體因以往歧視弱勢群體之罪惡感。否定說，認為：1.任何積極行動方案，均可能會對多數族群或男性造成反向歧視 (reverse discrimination) 之問題。2.此類方案或計畫之實施，經常會產生某些有害的副作用，可能會造成另一種情形之種族仇視、刻板印象更具體化，或者使弱勢群體污名化等後果，形成另一種對於弱勢群體之歧視。3.模範角色之見解，與過去之歧視並無一定關聯，且不符合合法之補償目的；前述多元化之見解與社會性歧視，均充滿模糊及不確定性，更與刻板印象無法切割。4.積極行動方案可能會使弱勢群體被標籤化，甚至引來敵視，未必有降低優勢群體之罪惡感之效果。積極行動方案之措施是否採行，爭議一直很大，積極行動方案之本質，在於促進弱勢群體之社會機會，但不能以犧牲其他群體之利益更換之，因此，應該採取比較緩和之作法，定額進用可能是比較好之方式。例如：在招募員工時，宜採用定額保障方式之積極行動方案，將部分定額保障名額提供予弱勢群體，惟不宜將全部之名額均保留給弱勢群體。目前在政府採購法第 98 條、自由貿易港區設置管理條例第 12 條第 2 項、原住民族工作權保障法第 4 條第 1 項及第 12 條、身心障礙者保護法第 4 章，以及其他相關之地方法規中，均採

用較為折衷之方案，亦即以「定額進用」為主。

一般而言，雇主在年齡歧視部分，提出「積極抗辯」或「免責抗辯」(affirmative defense)，認為不必遵守禁止年齡歧視之抗辯共有以下6種：
1.年齡是一「真實之就業資格」(Bona Fide Occupational Qualification: BFOQ)，而與特定事業單位之正常營運，有合理之必要關係。
2.雇主所採取之作為，是基於年齡以外之合理因素(Reasonable Factors Other Than Age: RFOA)。
3.在國外之企業，如雇主為遵循該法而採用之僱用措施，將會造成違反事業單位所在地國家相關法律之情形。
4.雇主所採行之年齡歧視僱用決定，是為遵守一項「誠信資深制度」(Bona Fide Seniority System: BFSS)就業條件之緣故。
5.雇主所採行之年齡歧視僱用措施，是為遵守一項「誠信員工給付計畫」(Bona Fide Employee Benefit Plan: BFEBP)就業條件之緣故。
6.雇主所採行之年齡歧視作為，純然只是以正當理由(good cause)解僱或懲戒一位個人之緣故⁸。

(二) 真實職業資格⁹

不何種歧視，都是違反工作平等法制，均屬於違法行為。但雇主對於受僱者或求職者所為之差別待遇若非基於歧視動機，而係基於「真實職業資格」(bona fide occupational qualification, 簡稱 BFOQ)，其所為之差別待遇(disparity treatment)具有正當理由時，則例外不被認為歧視行為。所謂「真實職業資格」，係指當求職人或受僱人之宗教信仰、性別或原國籍等等就業條件為該職務所必須具備者，且為事業單位正常營運(normal operation)之合理需要(reasonably necessary)時，雇主以其為招募條件，即不構成歧視行為。而所謂「真實職業資格」，必須具備下列要件：

1、工作實質要件：

雇主須證明其所拒絕僱用之求職人或受差別待遇之受僱人，不能安全且有效率地勝任該項職務，始得合於「工作實質要件」。換言之，雇主係基於其職務之本質、生理上之需要或行業上本質之需要所為之僱用決定。例如：航空公司之空服員主要任務為安全且有效率地將乘客運送至目的地，或許在多數乘客之心理上，女性空服員可能優於男性，但此種顧客偏好與空服員之職務功能並不相干，雇主不得以顧客偏好作為真實職業資格。但有時顧客偏好會影響該職務之主要功能時，此時顧客偏好即例外可構成真實職業資格，例如：醫院對於受性侵害之女性提供心理諮商時，因受害人心理上之陰影，可能使受害人產生與男性互動之障礙，此時醫院以性別作為心理治療師之招募條件，即可構成真實職業資格，而具有工作實質要件。

⁸焦興鎧，什麼是就業年齡歧視，台北縣政府防制就業歧視案例實錄，第5輯，2007年12月，頁8。

⁹在美國被許可「真實職業資格」抗辯者多為與公眾安全相關的職業，如機師、警察、消防員與航管人員等工作，皆得適用強制退休之規定。參見吳宏翔，主要國家就業年齡歧視禁止作法介紹，《台灣勞工》，第6期，2007年，頁125。

2、「全部或幾乎全部」要件：

雇主必須證明其所排除之特定群體求職人或受差別待遇之受僱人，「全部或幾乎全部」不能勝任該工作之主要功能。因此，倘若某一職務要求求職人須具有堅強之體力時，雖有女性體力較差之一般印象，然並非「全部或幾乎全部」女性之體力較差，雇主即不得因一般女性之體力較差而拒絕僱用或解僱女性。但如受僱人需搬運十二公斤以上重物，經醫生評估懷孕女性搬運如此重物，會造成流產時，倘若僱用懷孕女性，對於懷孕女性會造成傷害、流產，此時排除懷孕女性即具有「全部或幾乎全部」要件。亦即被排除僱用的特定群體之求職人或受僱人縱有能力擔任該項職務，但會引起他項風險且無法除去該項風險或除去該項風險之成本過高時，此時拒絕僱用特定群體即例外具有真實職業資格。

3、合理需要要素：

真實職業資格對於雇主事業之正常經營是「合理且必要」的，其排除特定群體即具有正當事由。但如雇主有其他替代方案，且不會造成雇主對工作之重新分配或對其他受僱人增加顯著之負擔者，此時即不具備「合理需要要素」，不得主張真實職業資格。例如：雇主不得以懷孕之女性受僱人無法勝任原來工作而將其解僱，但亦不得要求雇主為了繼續僱用「無法勝任工作」之懷孕婦女，而為其安排與受僱人專業或技能無關之工作。

(三) 營運需要

「營運需要」係另一個雇主可以主張免責的抗辯。當雇主誠信地採用「中性的選擇措施」(neutral selection devices)，而此種方式會對就業歧視法律所保護之特定群體的求職者之就業機會造成負面影響，雇主必須證明其拒絕僱用某特定群體的求職者係「合理需要」(reasonably necessary) 的，否則不論雇主採用此種僱用措施的動機為何，皆會構成就業歧視。例如對於身高設限，雇主除在證明身高一事與其所從事之職業有相當之關聯性

(job-related)，諸如招募籃球隊員，以及是營運上所必要 (business necessity)，諸如看管犯人之法警等外，還必須提出較不具歧視之替代方式 (discriminatory alternatives) 始可，諸如改變工作方式或增用輔具等。因此，雇主或事業單位在職場上即應揚棄對各類性別工作者外表之刻板化印象，而以其實際工作資格及能力來做判斷，方可避免因此類歧視而衍生不必要之爭議¹⁰。

六、結論

建立友善的職場環境，需要雇主與勞工一同努力。雇主應該瞭解，現今雇主與勞工間，已非昔日「父權—權威—服從」的關係，而係「平等—協商—合作」的關係，尤其，法令課予雇主種種作為義務之目的，即在要求雇主必建立一個符合人性的友善工作環境。相對的，職場工作既是勞工生活所必

¹⁰焦興鎧，性別主流化之重要議題—各類性別員工在職場上之關係—，頁 14。

須，亦是人格發展所必要之環境，勞工亦應該多秉持與雇主溝通協商之心態，不能凡事皆謂「法令怎麼規定，就怎麼做」，捐棄固我思維己見，才能共同創造雙贏的職場工作環境。