

企業使用人工智慧 之聘僱歧視問題研究 ——兼論對於現行反歧視法制之檢討

洪 瑩 容*

要 目

壹、前 言	一、義務內涵
貳、人工智慧於聘僱程序之應用 與歧視問題	(一)現行法之規範與侷限
一、人工智慧於聘僱程序之應用	(二)歧視禁止義務
(一)投放員工之資料以訓練人工智慧	二、就業歧視之認定
(二)透過人工智慧主動尋找「合適」之求職者	(一)直接或間接之不利對待
(三)使用聊天機器人協助求職者申請	(二)因果關係與舉證責任
(四)對於求職者之資料進行分析與篩選	(三)正當事由
二、使用人工智慧之歧視問題	肆附論：雇主詢問權與聘僱歧視
參、雇主之歧視禁止義務	肆、勞工遭受聘僱歧視之救濟
	一、性別與年齡（中高齡）歧視
	(一)責任性質
	(二)責任成立

DOI : 10.53106/199516202023110034001

中興大學法律專業學院助理教授，德國Passau大學法學博士。本文為國科會補助研究計畫「就業性別歧視之禁止與雇主民事責任之研究——以德國法為借鏡」（107-2410-H-128-007-MY2）之部分成果。感謝兩位審稿委員費心斧正與專業而寶貴之意見，讓作者獲益良多。

投稿日期：一一二年三月十三日；接受刊登日期：一一二年十月二日

(三)責任範圍	(一)締約上過失責任
二、其他因法律所禁止之指標 之歧視	(二)侵權責任
	伍、結 論



摘 要

在現代的勞動世界中，人工智慧的採用已經成為了勞動生活的現實，COVID-19疫情下更助長了使用人工智慧之趨勢，越來越多企業紛紛運用人工智慧協助人才招募之工作。然而，現今之科技發展尚無法克服演算法偏見之問題，在勞動法之領域中所會面臨之問題為：當人工智慧所作成具有歧視結果之決策時，採用人工智慧之雇主應負何等責任？為能釐清此一問題，本文先簡介目前企業於聘僱程序中運用人工智慧選才之形式，探求其可能產生之歧視問題，並就雇主是否違反歧視禁止義務以及其所產生之民事賠償責任進行分析。

關鍵詞：人工智慧、就業歧視、歧視禁止、雇主詢問權、人工智慧使用人、損害賠償、締約上過失



壹、前言

隨著科技之發展，人工智慧的採用已經成為了勞動生活的現實。關於人工智慧之確切概念，向來並無統一定義，一般多將人工智慧描述為具有模擬人類智慧行為之軟體系統。然隨著人工智慧應予以立法規範的呼籲，各國在制定規範時，開始思考如何對人工智慧加以定義。以歐盟為例，歐盟執委會在二〇一八年六月曾委託人工智慧高級專家團隊（Hochrangige Expertengruppe für Künstliche Intelligenz, HEG-KI）嘗試對人工智慧加以定義，而其研究報告亦成為歐盟執委會二〇二〇年二月「人工智慧、物聯網、與機器人於安全與責任層面之影響報告」對於人工智慧定義的基礎¹。歐盟在二〇二一年四月提出之「人工智慧規則草案」（Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für Künstliche Intelligenz (KI), KI-Verordnung），其第3條第1款明確將「人工智慧系統」（System der künstlichen Intelligenz, KI-System）定義為：利用附件1列舉之技術與概念所發展之軟體（Software），其能基於人類設定之目標而得出一定內容、預測、建議與決策結果而與外在環境產生互動²。人工智慧規則草案附件1所提及的技術與概念，包括機器學習（Konzepte des maschinellen Lernens）、奠基於邏輯與知識之概念（Logik- und wissensgestützte Konzepte）與統計方法與估計、搜索和優化方法（Statistische Ansätze,

¹ Europäische Kommission, Bericht über die Auswirkungen künstlicher Intelligenz, des Internets der Dinge und der Robotik in Hinblick auf Sicherheit und Haftung, COM (2020) 64 final.

² Artikel 3 der KI-Verordnung-E: „System der künstlichen Intelligenz“ (KI-System) eine Software, die mit einer oder mehreren der in Anhang I aufgeführten Techniken und Konzepte entwickelt worden ist und im Hinblick auf eine Reihe von Zielen, die vom Menschen festgelegt werden, Ergebnisse wie Inhalte, Vorhersagen, Empfehlungen oder Entscheidungen hervorbringen kann, die das Umfeld beeinflussen, mit dem sie interagieren.

Bayessche Schätz-, Such- und Optimierungsmethoden) ³。歐洲議會於二〇二三年六月十四日已通過「人工智慧法案」(Gesetz über künstliche Intelligenz)之立法草案⁴，在程序上仍須再經由歐盟理事會協調通過，在此版本中對於人工智慧系統之定義修改為：一種機器支援系統，其被設計以不同程度之自主性運作，該系統能針對明確或者隱含之目標產生一定結果(例如預測、建議或決策)，而對物理或虛擬之環境產生影響⁵。人工智慧在機器學習的基礎上，透過演算法獲取大量資訊，並從中找出其關聯性而獲得一般化之規律，且能逐步改善其性能。近年來人工智慧之技術取得驚人之進展，其所倚賴者為其「深度學習」之功能，此能力係模擬人類大腦神經網路之學習方式，人工智慧在此過程中學習如何如同人類解讀複雜之資訊，並能如同人類自行「獨立」作出決定⁶。

近年來人工智慧技術在勞動世界中的應用越來越廣泛，尤其是二〇二〇年以來COVID-19在全球大爆發，全球面臨到缺工之困境，疫情促使企業投入更多成本增設人工智慧系統，其中以演算法管理(algorithmic management)、任務自動化(task automation)、人力資源分析(human resource analytics)被企業廣泛使用⁷。

透過「演算法管理」，人工智慧系統可安排實施人員部署計畫，其可擬定人力需求計畫，並檢視現有人力之合理性，從而為有效的人

³ 參見Anhang I: Techniken und Konzepte der Künstlichen Intelligenz.

⁴ Vgl. Aktuelles Europäisches Parlament (14-06-2023), KI-Gesetz: erste Regulierung der künstlichen Intelligenz, <https://www.europarl.europa.eu/news/de/headlines/society/20230601STO93804/ki-gesetz-erste-regulierung-der-kunstlichen-intelligenz> (last visited: 2023.06.30).

⁵ 原文為: „System der künstlichen Intelligenz“ (KI-System) ein maschinengestütztes System, das so konzipiert ist, dass es mit unterschiedlichem Grad an Autonomie operieren kann und das für explizite oder implizite Ziele Ergebnisse wie Vorhersagen, Empfehlungen oder Entscheidungen hervorbringen kann, die das physische oder virtuelle Umfeld beeinflussen.

⁶ Bernd Waas, KI und Arbeitsrecht, Recht der Arbeit (2022), S. 125 f.

⁷ Bernd Waas, Künstliche Intelligenz und Arbeitsrecht, 2023, S. 27.

力配置，且可依據現場狀況為即時之人員調度⁸，此使得傳統之勞務提供模式發生變異，無論是平台經濟之蓬勃成長或是遠距工作之廣泛實施，皆要歸功於其背後之人工智慧系統與演算法技術⁹，此致使人們重新思考「勞工」之概念，尤其對於平台經濟下之工作者而言，其在工作彈性自由的外觀下實則受到人工智慧系統與演算法之宰制，是否須對「從屬性」之標準為重新之詮釋，則為勞動法學界應關注之議題。再者，當人工智慧與演算法大幅度地接替雇主之角色，代雇主對勞工進行工作上之指示與監督，此時將產生在法律上如何評價人工智慧所為「指示」之問題¹⁰。

除此之外，越來越多企業在工作現場增設智慧機器人以取代人類從事工作，人工智慧之發展在「任務自動化」上亦扮演重要角色，透過人工智慧與機器人之結合¹¹，在勞動力逐漸老化、人力成本逐漸升高之社會，機器人之普及化將成為將來之趨勢。又，當雇主在職場中採用能與人類共同工作、近距離互動之機器人時，其將使職場內之工作者面臨新的科技風險，為確保工作者之生命、身體健康不受到危害，如何因應科技發展而制定新的勞動保護規範，亦屬當今勞動法學界所須面臨之挑戰¹²。

至於「人力資源分析」主要係被用於招聘員工以及對於員工之績效評估¹³，其具有能在短時間大量處理個人資料、增進招聘程序效率之優點，而疫情期間更因為人員之流動受到限制，促使企業使用不同形式數位招聘之方式徵才，例如數位履歷、視訊面試等。於企業使用

⁸ Vgl. Waas, a.a.O. (Fn. 7), S. 27.

⁹ Vgl. Claudia Schubert, Arbeit in der Plattformökonomie, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht NZA-Beilage (2022), S. 5/6.

¹⁰ Vgl. Detlef Grimm/Jonas Singraven (Hrsg.), Digitalisierung und Arbeitsrecht, 2022, S. 347.

¹¹ Waas, a.a.O. (Fn. 7), S. 27.

¹² Vgl. Wolfgang Däubler, Digitalisierung und Arbeitsrecht Künstliche Intelligenz – Homeoffice – Arbeit 4.0, 7. Aufl., 2020, S. 297.

¹³ Waas, a.a.O. (Fn. 7), S. 27.

人工智慧之比例大幅增長之同時，亦對於現行法制帶來若干相當影響，最常被討論之問題為人工智慧之使用與歧視禁止法制之間緊張關係，自人工智慧開始發展以來，關於演算法偏見之爭議不勝枚舉，為迄今為止尚無法克服之難題。當企業採用人工智慧系統處理求職者之資訊，演算法在眾多資料中找出其中之關聯性而對於求職者進行分類、評估，在其運作之過程中，若其於法律所禁止之指標中尋找關聯性，其對於求職者所為之不利對待即有可能構成就業歧視。

人工智慧之使用已然成為未來趨勢，其對於現行法制之衝擊既深且廣，礙於篇幅限制，本文擬將討論重心置於企業使用人工智慧可能產生之聘僱歧視問題，為此，以下擬先說明人工智慧在企業實務上如何被運用（貳、一），並嘗試探究其可能產生歧視問題之原因（貳、二）。其後則從現行法之規定出發，闡述雇主在聘僱階段對於求職者負有歧視禁止義務之依據（參、一），並對如何認定「就業歧視」之問題加以分析，由於在現行法下，歧視禁止義務之規定散見於個別法規中，然其在法條用語、規範密度不盡相同，從而產生適用上之疑義，為能清楚釐清相關問題，本文在論述上將說明並檢討現行法制之規範，在此基礎上，進一步從人工智慧系統運作之方式與特性出發，探究其適用法律時可能遭遇到之障礙（參、二）。若肯認使用人工智慧之雇主違反歧視禁止義務，進一步則須討論雇主應負之損害賠償責任問題（肆）。

貳、人工智慧於聘僱程序之應用與歧視問題

一、人工智慧於聘僱程序之應用

隨著數位時代之來臨，企業越來越倚重以人工智慧協助其作成各項人事決策，尤其是在聘僱程序，人工智慧系統能快速地對眾多資料進行分析，從而提出建議或作成決策，其優點在於能協助雇主有效率地處理求職者之申請文件，大幅降低時間與金錢成本之耗費。對於人資部門而言，求職者之實習經驗、職業經歷與個人特徵、能力是其作

成錄用決定之關鍵，經驗豐富的人資主管往往會仔細檢視求職者之經歷，以求能找到適合人才，然而其不免受到主觀的偏見或刻板印象之影響，導致其作成不恰當之決定，就此點而言，以人工智慧聘僱反而更能獲得求職者之青睞，相較於傳統冗長、不透明的招募程序，人工智慧與演算法常被求職者視為能較為客觀評價且無預設立場之方式，而能增加錄取之機會¹⁴。透過人工智慧選才具有效率且客觀之優勢，其在將來的勞動世界中將在企業之招聘工作中扮演重要角色，以下為人工智慧於聘僱程序中之具體應用方式：

(一) 投放員工之資料以訓練人工智慧

為了讓人工智慧能被有效使用於企業的招募人才，須先提供訓練數據（Trainingdaten）讓人工智慧學習，若雇主認為公司內部優秀員工之特質為該職缺之重要要求，其可能將「模範員工」的資料輸入作為訓練樣本，讓人工智慧學習以提高辨識合適求職者之能力¹⁵。

(二) 透過人工智慧主動尋找「合適」之求職者

人工智慧系統依據其訓練數據主動在相關的求職網站、社群軟體或其他網站搜尋出合適的求職者。舉例言之，其可透過程式瀏覽職業社交網站網頁（如Xing、LinkedIn）蒐集使用者關於姓名、職業經歷、專業資格等重要資訊，並加以分析。部分系統可將不同的職業社交網站透過應用程式介面（API）供其業內的人資部門使用¹⁶。

此外，為能儘速覓得適當人才，雇主自然希望其所刊登招聘廣告能精準投放在目標族群中，此時可透過演算法分析使用者之資訊，雇主可使用自動化系統在平台上以競價之方式購買廣告欄位¹⁷，而該職

¹⁴ Michel Hoffmann, Möglichkeit und Zulässigkeit von Künstlicher Intelligenz und Algorithmen im Recruiting Personalsuche 4.0, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (2022), S. 19/20; Christoph Betz, Automatisierte Sprachanalyse zum Profiling von Stellenbewerbern, Zeitschrift für Datenschutz (2019), S. 148/150.

¹⁵ Vgl. Hoeren/Sieber/Holznagel MultimediaR-Hdb/John Teil 29.4 Rn. 13.

¹⁶ Verena Fink, Künstliche Intelligenz in der Personalarbeit, 2021, S. 78.

¹⁷ 此即為Real-Time-Bidding，中文譯為即時競標廣告。

缺之廣告將會自動投放、呈現於企業所需之目標族群¹⁸。除此之外，企業亦可透過演算法之文字探勘（Text-Mining）搜尋關鍵字，並於相關網頁上投放廣告，舉例言之，若雇主所開出的職缺為血液透析室的醫療人員，系統會將招聘啟示放置在腎臟科教育訓練的訊息旁的廣告欄位，對於該訊息有興趣的讀者即有可能看到廣告進而提交申請¹⁹，以此增加招聘工作之成效。

（三）使用聊天機器人協助求職者申請

對於有意應徵工作之求職者，企業可透過數位對話系統與之進行初步之接觸，當求職者欲進一步瞭解工作內容而進入網站頁面後，系統所設置之「聊天機器人」（Chatbots）可模仿人類之口吻與之進行對話並答覆問題。除了基礎的對話系統外，導入人工智慧技術所發展出之聊天機器人具有深度學習之功能，從與使用者之應答中，聊天機器人能依據當時情境延續對話並予以回覆²⁰。聊天機器人在聘僱程序中被廣泛使用，蓋其可減少傳統檢視書面履歷所耗費之時間與人力，除了協助求職者填具申請資料，回答與聘僱相關之問題外，部分聊天機器人具有安排面試之功能²¹。

（四）對於求職者之資料進行分析與篩選

在招聘程序使用人工智慧的下一步，則是對於求職者之行為進行分析，其可能採取之方式包括自動文件分析、筆跡與語言分析、聊天機器人、自動工作面試，甚至是完整的人格特質分析。在企業實務中，尤以文本或語言分析（Text- bzw. Sprachanalyse）較為常見²²，例如企業要求求職者撰寫自傳，或者請求職者朗讀與申請職缺無關之句

¹⁸ Fink, a.a.O. (Fn. 16), S. 64.

¹⁹ Fink, a.a.O. (Fn. 16), S. 64.

²⁰ Fink, a.a.O. (Fn. 16), S. 70-71.

²¹ 例如Paradox公司所開發名為Olivia之聊天機器人即有安排面試之功能，並將面試日期自動寄送到人資主管之郵件信箱，vgl. Fink, a.a.O. (Fn. 16), S. 75.

²² Hoeren/Sieber/Holzner MultimediaR-Hdb/John Teil 29.4 Rn. 24.

子²³，若企業曾投入模範員工之訓練資料，演算法即會對所蒐集而來之資料與「模範員工」資料進行比較，以達成能準確地預測企業所需人才之目的。若欲對求職者進行語言分析，企業會透過將求職者之對話予以錄音再交由人工智慧系統進行分析，或者透過聊天機器人、語音助理或語音對話系統跟求職者對話，在聊天過程中所蒐集之求職者個人資料，並透過人工智慧系統分析其語調、句子結構、使用詞彙等特徵，藉以評估求職者是否具有團隊協調能力、抗壓性、溝通能力、應變能力等特質²⁴。演算法得就其分析之結果列出求職者之排名順序，以利企業作為選才之參考²⁵，在此過程中，人工智慧即可能依據自我決策將其評估「不適合」之求職者排除，僅有「合適」之候選人才有機會進入下一階段。

二、使用人工智慧之歧視問題

企業於招聘程序中導入人工智慧技術，除了能提升工作效率外，其優點在於能對於求職者為客觀評價，摒除人類主管主觀上之偏見與刻板印象，從而為企業挑選出最適合之人才。然而，自有人工智慧之技術以來，關於人工智慧歧視之案例屢見不鮮。舉例言之，過去Google Foto曾將膚色較深之人類照片判讀為黑猩猩²⁶；人類利用「COMPAS」軟體為被告再犯率之風險評估，依據統計，未再犯的人群當中，被COMPAS錯誤標記為高風險再犯的黑人人數幾乎是白人的兩倍，其結果顯示人工智慧系統的評價並未客觀，而有種族歧視之疑

²³ Boris Dzida, Big Data und Arbeitsrecht, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (2017), S. 541/543.

²⁴ Hoffmann, a.a.O. (Fn. 14), S. 19/20; Betz, a.a.O. (Fn. 14), S. 148.

²⁵ Daniel Joos, Einsatz von künstlicher Intelligenz im Personalwesen unter Beachtung der DS-GVO und des BDSG, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (2020), S.1216.

²⁶ Sam Machkovech (Jul. 01, 2015), Google dev apologizes after Photos app tags black people as “gorillas”, <https://arstechnica.com/information-technology/2015/06/google-dev-apologizes-after-photos-app-tags-black-people-as-gorillas/> (last visited: 2023.03.01).

慮²⁷。又，在英國的演算法中，若求職人的姓名為“Jared”並且在高中打過曲棍球，演算法就會建議公司僱用²⁸。類似的例子層出不窮，此亦顯現出目前人工智慧發展尚無法完全克服演算法倫理之難題。隨著企業將越來越多的人力資源工作交由人工智慧系統處理，也必須面對使用這種技術可能會導致歧視的問題，茲分述如下：

第一，若雇主提供「模範員工」之資料供人工智慧學習以建立模型，一旦資料內容不夠全面詳盡，即可能導致演算法產生偏誤而造成歧視之結果²⁹。人工智慧系統不但能反映雇主對於特定族群求職者之刻板印象，其亦能在日後的招聘程序中延續雇主之偏見。舉例言之，當企業以往僱用者多為男性，其將相關資料以訓練為目的供演算法分析，經由學習後，人工智慧即會察覺「男性」要素之重要性而給予正面評價，此會導致人工智慧日後之決策與建議偏好「男性」求職者³⁰。在此種情況下，人工智慧的偏見係肇因於企業所提供之訓練數據本身帶有歧視要素，此將使得系統日後之決策與建議偏好特定性別，而阻礙其他性別求職者之錄取機會，而有就業性別歧視之嫌。

第二，有別於傳統招聘訊息放置於固定的徵才網站由求職者造

²⁷ Julia Angwin (May. 23, 2016), Jeff Larson, Surya Mattu and Lauren Kirchner, ProPublica, Machine Bias, <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing> (last visited: 2023.03.01).

²⁸ Waas, a.a.O. (Fn. 6), S. 125/126.

²⁹ Vgl. Waas, a.a.O. (Fn. 7), S. 118.

³⁰ Hoffmann, a.a.O. (Fn. 14), S. 19/20; Boris Dzida/Naemi Groh, Diskriminierung nach dem AGG beim Einsatz von Algorithmen im Bewerbungsverfahren, Neue Juristische Wochenschrift (2018), S. 1918 f.; Christian Arnold/Jens Günther (Hrsg.), Arbeitsrecht 4.0 - Praxishandbuch zum Arbeits-, IP- und Datenschutzrecht in einer digitalisierten Arbeitswelt, 2. Aufl., 2022, S. 174. 典型的事例為亞馬遜公司於2014年使用人工智慧徵才，其後卻發現人工智慧系統因其所學習之資料而無法秉持性別中立原則，其給予女性求職者較低之評價，由於無法確保人工智慧系統將來不會作出歧視性之排序，亞馬遜公司放棄此一人工智慧系統徵才計畫。參見周虹汶，亞馬遜AI徵才 歧視女性挨轟，自由時報新聞網站，2018年10月11日，<https://news.ltn.com.tw/news/world/paper/1238584>，造訪日期：2023年3月1日。

訪，企業導入人工智慧技術可主動將徵才廣告自動投放於社群媒體，系統可依據企業之需求將求職者予以分類，並自動篩選決定投放廣告之目標族群，以發揮徵才廣告之最大效益，然而，其所造成之結果為：求職者能否看到廣告是經由人工智慧篩選，對於被排除之族群，即喪失應聘之機會。舉例言之，企業透過人工智慧於Facebook去投放招聘廣告，演算法僅會在目標族群的頁面上顯示廣告，故在女性用戶的頁面鮮少出現卡車司機的徵才廣告，而此類所謂「性別定位」(Gender Targeting) 投放廣告為社群媒體中常見之情況，此將使女性求職者無從知悉此一職缺之存在，阻礙其進一步申請之可能性，對其就業有不利之影響，惟在此種情況下，並無「具體」、「個別」之求職者遭遇到不利之對待，現行法並無具體規範以處理此類「無受害者之歧視」(Opferlose Diskriminierung)³¹之問題，於大多數的情況下，潛在之受害者無法獲知其被排除而存在歧視之情事，自無從對企業求償。為避免歧視禁止法制所欲保護「促進國民就業、消除就業歧視」之立法目的落空，在制度上應思考如何避免雇主透過人工智慧之使用而規避其法定義務。

第三，為能提升效率並簡化招聘程序，雇主得使用「聊天機器人」與求職者進行對話，系統會依據雇主設定的招聘要求提問，並與求職者進行對話，若聊天機器人所提出之問題與「法律所禁止之指標」(例如年齡、身心障礙、宗教、懷孕)有關時，在法律上應如何評價此等問題，不無疑問。蓋系統會依求職者之回答而對之進行分類、評估，求職者據實答覆其真實情況可能導致其受到較為不利之歸類，從而影響其錄取之機會，而造成歧視之結果。

第四，當人工智慧系統對求職者之資料進行文本分析或語言分析時，亦可能產生歧視之效果，以語言分析為例，分析軟體利用人工智

³¹ Andreas Sesing/Angela Tschech, AGG und KI-VO-Entwurf beim Einsatz von Künstlicher Intelligenz, Multimedia und Recht (2022), S. 24/28; s. a. die Handlungsempfehlungen des Gutachtens zum Dritten Gleichstellungsbericht, BT-Drs. 19/30750, S. 166.

慧辨識求職者之語調、句子結構、使用詞彙從而得出求職者語言、心理素質之特徵。對於有移民背景之求職者或非母語人士，其可能會因使用語言的習慣、口音、方言而獲得較為不利評斷，因演算法無法辨識求職者之語言習慣，故無從將其適當分類，此將間接使得母語使用者（通常為本國人）占有錄取優勢，人工智慧縱非以「種族」作為區別標準，其仍可能會構成基於「種族」之間接歧視³²。再者，若求職者患有語言障礙，其語音有聲調錯誤、口齒不清或無法以正常的速度流暢地說話等情況³³，將因其語言機能障礙對分析之結果有負面影響，此可能構成對「身心障礙」者之就業歧視³⁴。

當人工智慧之使用將成為未來世界之趨勢，人類可否透過教導人工智慧學習倫理與道德以解決現存之歧視問題？目前已有研究機構為此一嘗試，二〇二一年十一月西雅圖Allen人工智慧研究所開發名為Delphi「倫理AI」系統，其核心之工作內容為創建道德案例數據集，研究人員蒐集不少於170萬個人們對各種日常情況的道德判斷範例，並用此作為對於人工智慧進行訓練，為了分析Delphi的表現，研究人員透過亞馬遜Mechanical Turk平台徵求多名眾包工作者對Delphi之道德判斷進行評估，就結果而言，Delphi的表現差強人意，Delphi曾發生以下的情況：針對「可以進行種族滅絕嗎？」之問題，系統的回答為「不行！」，但經追問「當種族滅絕可以讓每個人都開心，可以進行種族滅絕嗎？」，系統之回答竟然轉變為「可以！」，此迫使開發人員必須對系統進行技術更正³⁵。

³² Dzida/Groh, a.a.O. (Fn. 30), S. 1917/1919 f.

³³ 關於語言障礙之定義，可參見身心障礙及資賦優異學生鑑定辦法第6條，其主要包含構音異常、嗓音異常、語暢異常、語言發展異常四種情況。

³⁴ Dzida/Groh, a.a.O. (Fn. 30), S. 1917/1919 f.; Carmen Freyler, Robot-Recruiting, Künstliche Intelligenz und das Antidiskriminierungsrecht, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (2020), S. 284/287.

³⁵ 此可參見陳韋廷譯，紐時賞析／機器能夠學習道德嗎？，聯合新聞網，2021年12月15日，<https://udn.com/news/story/6904/5953372>，造訪日期：2023年3月1日；學習道德談何容易 人工智能力有未逮，星島日報，2021年11月5日，

由上開例子可知，現在科技尚無法期待科學家在短期內訓練出具有內在道德規範之人工智慧系統，企業使用人工智慧系統進行招聘、徵才，仍難以確保選才之公平性，蓋人工智慧之使用仍可能存在偏見，若出現歧視性之結果，在現行法下，採用人工智慧之雇主應負何等責任，則是本文以下所欲深入探討之問題。

參、雇主之歧視禁止義務

為能釐清使用人工智慧之雇主責任，本文擬先檢視現行法關於就業歧視禁止之相關規範，並在此基礎上探究雇主在招聘程序中應負有何等義務，且闡述其義務之內涵，此尤其是涉及到是否構成「就業歧視」之判定，傳統上多由雇主或人資主管親自篩選履歷、進行面試從而決定人選，當人工智慧承接了人類的徵才招聘工作時，其是否會構成法律適用上之障礙，有待深入分析。

一、義務內涵

(一)現行法之規範與侷限

在憲法的層次上，平等原則規範於憲法第7條，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。此為平等原則之總則性規定，對於平等的要求除了消極面向之禁止恣意之差別待遇外，國家亦須積極採取平等保護之措施³⁶。立法者在個別法規中定有「歧視禁止」之規範，例如就業服務法（以下簡稱「就服法」）、性別平等工作法（以下簡稱「性工法」）、中高齡者及高齡者就業促進法（以下簡稱「中高齡就促法」）、身心障礙者權益保護

<https://www.singtaousa.com/2021-11-05/%e5%ad%b8%e7%bf%92%e9%81%93%e5%be%b7%e8%ab%87%e4%bd%95%e5%ae%b9%e6%98%93-%e4%ba%ba%e5%b7%a5%e6%99%ba%e8%83%bd%e5%8a%9b%e6%9c%89%e6%9c%aa%e9%80%ae/3738631#page3>，造訪日期：2023年3月1日。

³⁶ 參見李惠宗，憲法要義，第8版，2019年9月，頁148-149。

法³⁷、精神衛生法³⁸、大量解僱勞工保護法³⁹等。其中，就服法、性工法與中高齡就促法專門針對「就業」歧視之禁止設有相關規定，故以下將以此三法之規範作為論述重點。

就服法第5條第1項設有禁止就業歧視之一般性規定，雇主對求職人或所僱用員工，不得以種族、階級、語言、思想、宗教、黨派、籍貫、出生地、性別、性傾向、年齡、婚姻、容貌、五官、身心障礙、星座、血型或以往工會會員身分為由，予以歧視。就服法於一九九二年立法之初原僅規定十二項法律所禁止之歧視指標，歷次修法為因應社會之發展而逐漸增加法定禁止之項目，至今已累積達十八項「歧視指標」，其詳盡程度顯示我國法秩序重視歧視禁止之問題⁴⁰。

在此可能產生的疑問為，就服法第5條第1項之規定究竟為列舉或例示之規定？當雇主所為差別待遇非基於前開十八項指標時（例如前科、基因等），其是否會違反本條歧視禁止之規定？對此問題，實務見解多認為本條應為列舉規定，蓋就服法對於違反本條規定之行為人設有罰則，故為讓雇主能預知法律效果之界線，禁止歧視之項目應具體明確，從而認為本條為列舉規定⁴¹。

37 參見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。」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。」

38 參見精神衛生法第37條：「病人之人格權及合法權益，應予尊重及保障，不得歧視。關於其就醫、就學、應考、僱用及社區生活權益，不得以罹患精神疾病為由，有不公平之對待。」本條施行日期民國113年12月14日，現行條文為第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。」

39 大量解僱勞工保護法第11條第1項規定：「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工。」

40 黃程貫主編，個別勞動法，2021年3月，頁357-358（林佳和執筆）。

41 行政院勞工委員會98年3月25日勞職業字第0970063292A號函；另請參見臺灣

就服法第5條第1項屬於就業歧視禁止之原則性規範，若其他法律有明文規定者，從其規定。針對「性別、性傾向」或「年齡（中高齡）」之就業歧視問題，性工法與中高齡就促法設有專章，在性質上應屬就服法之特別法。觀察我國反歧視法制之發展歷程，早期職場上性別歧視之問題普遍較受到關注與討論⁴²，二〇〇一年十二月通過「兩性工作平等法」，其目的即在保障女性平等工作之權益，二〇〇八年更名為「性別工作平等法」，將多元性傾向者之工作權益納入保障，本法於二〇二三年八月修正時更名為「性別平等工作法」，其立法目的在於消除職場中的性別與性傾向的歧視，確保性別工作權的平等，促進性別實質地位（性工法第1條規定參照）。性工法第7條至第11條明定雇主在招募、甄試、進用、分發、配置、考績、陞遷、教育訓練、各項福利措施、薪資給付、退休、資遣、離職及解僱等方面，不得因受僱者之性別或性傾向而有差別待遇。另外，政府為了因應將來人口結構變遷、人口老化而對勞動力市場所產生之影響，提升中高齡者勞動參與，促進高齡者再就業，維護中高齡者與高齡者之就業權益，於二〇一九年底通過中高齡就促法，該法第12條亦如同性工法之規定，禁止雇主對中高齡與高齡之求職者或受僱者以年齡為由予以差別待遇⁴³，該法所稱之中高齡者為年滿45歲至65歲之人，而高齡者則指逾65歲之人，故就業年齡歧視將出現兩種樣態，就45歲以上之中高齡勞工適用中高齡就促法之規定，至於其他非中高齡勞工遭遇到年齡歧視則回歸就服法之規定。為了落實就業歧視防治之目的，就服

基隆地方法院105年簡更一字第2號判決。

⁴² 關於立法背景之討論，參見焦興鎧，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11期，2015年8月，頁4-6。

⁴³ 參見中高齡就促法第12條第1項：「雇主對求職或受僱之中高齡者及高齡者，不得以年齡為由予以差別待遇。」同法第2條：「前項所稱差別待遇，指雇主因年齡因素對求職者或受僱者為下列事項之直接或間接不利對待：一、招募、甄試、進用、分發、配置、考績或陞遷等。二、教育、訓練或其他類似活動。三、薪資之給付或各項福利措施。四、退休、資遣、離職及解僱。」

法⁴⁴、性工法⁴⁵與中高齡就促法⁴⁶皆針對違反者設有處罰規定，以行政制裁作為手段，敦促雇主確實踐行其法定義務。

然而，若比較就服法、性工法與中高齡就促法關於就業歧視之規定，可發現其在法條用語、規範密度上未盡相同。舉例言之，就服法第5條第1項規定雇主對求職人或受僱者不得因該法所明定之指標為由，予以「歧視」；性工法第7條至第17條與中高齡就促法第12條之條文則捨棄「歧視」一詞，而使用「差別待遇」，在條文用語未一致之情況下，即衍生二者在概念上應如何區分之問題（詳見後述參、二）。

此外，針對雇主違反歧視禁止規定之法律效果，性工法與中高齡就促法皆設有雇主損害賠償責任之規定，其中又以性工法之規定最為詳盡，受到性別或性傾向歧視之求職者、受僱者，就其財產上之損害，得依性工法第26條向雇主請求損害賠償；若為非財產上之損害，求職者得依性工法第29條之規定向雇主請求賠償相當金額；其名譽被侵害者，並得請求回復名譽之適當處分。此外，性工法第31條設有舉證責任減輕之規定，求職者、受僱者僅須釋明差別待遇之事實，雇主即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。中高齡就促法針對因年齡（中高齡）而被歧視之求職者、受僱者於第17條第1項明定損害賠償請求之依據，並於第14條設有舉證責任減輕之規定，但其未如性工

⁴⁴ 雇主若違反歧視禁止之規定，依據就服法第65條第1項，處新臺幣30萬元以上150萬元以下罰鍰。另依第3項，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。

⁴⁵ 參見性工法第38條之1第1項：「雇主違反第七條至第十條、第十一條第一項、第二項者，處新臺幣三十萬元以上一百五十萬元以下罰鍰。」同條第3項：「有前二項規定行為之一者，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。」

⁴⁶ 參見中高齡就促法第41條第1項：「違反第十二條第一項規定者，處新臺幣三十萬元以上一百五十萬元以下罰鍰。」第42條：「有前條規定行為之一者，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。」

法另於第29條設有非財產上損害賠償之規範，故中高齡求職者可否請求非財產上損害之賠償，即生疑問（詳見後述肆、一、(三)）。

相較於此，就服法中關於雇主民事責任之規定則付之闕如，在此所產生之問題為，歧視若非基於「性別」、「性傾向」、「年齡（中高齡）」之要素，而是涉及到其他就服法所禁止之指標（如種族、出生地、身心障礙等），被歧視之求職者或受僱者得否（或依何等規定）向雇主請求損害賠償？又，於法律未有明文之情況下，就服法的歧視案件得否類推適用性工法第31條以及中高齡就促法第14條關於舉證責任減輕之規定？有待研究（詳見後述參、二、(二)）

綜上，由於我國並未有統一之就業歧視法制規範，除了就服法的一般性規定外，在專法中又另設「性別歧視」與「年齡歧視」禁止之規範，單從個別法律規定之比較，或可得出立法者對因「性別、性傾向」或「年齡（中高齡）」而受到歧視之受僱者或求職者之保護較為優待之結果，在現行法制規範密度不一之情況下，求職者或受僱者僅因「被歧視之原因」不同，而實際影響到對雇主流償之難易度，此在立法政策上應有重新檢討之必要。

(二)歧視禁止義務

我國憲法第7條為平等原則之明文，平等原則之意義為「恣意之禁止」，要求「相同事物為相同對待，不同事物為不同對待」，不得將事物本質不相關之因素納入考慮而作為差別待遇之基準⁴⁷。立法者於就服法、性工法、中高齡就促法中制定禁止就業歧視之規範，歧視禁止法制並非僅要求雇主不得對於勞工為恣意之差別對待，而是禁止雇主因「法律所禁止之指標」而對於求職者及受僱者予以差別對待，此類差別對待僅有符合法律規定才例外地被評價為合法⁴⁸。雇主在立

⁴⁷ 參見李惠宗，前揭註36，頁148。

⁴⁸ Vgl. Ulrich Preis/Felipe Temming, Arbeitsrecht – Individualarbeitsrecht, 6. Aufl., 2019, S. 306.

法者所設下的框架下，應對於前開「指標所涉及之不同群體」（男性／女性、中高齡者／年輕者、身心障礙者／非身心障礙者等）為同等對待。至於哪些「指標」應被列為歧視禁止之保護範疇，則涉及到立法政策之考量，此會隨著社會之發展而被納入就業歧視防治之體系中。

透過就服法歧視禁止之規定，雇主一方面被課以公法上之義務，若有違反，就服法本身定有行政機關之監督、處罰機制，俾以落實保護勞工之立法目的。另一方面，具有強行法性質之法規內容亦會對於勞動關係之內容產生一定之影響，若勞動契約之內容違反歧視禁止規範時，該約定依民法第71條規定應為無效；而就服法對於雇主歧視禁止之要求亦會形成雇主對勞工之義務，此係由民法誠信原則、僱傭契約章節中雇主之保護照顧義務作為轉化依據，從而成為雇主在勞動關係下之義務⁴⁹。據此，在勞動關係中，雇主對勞工負有歧視禁止之義務，此為雇主之附隨義務⁵⁰，其不得以法律所禁止之指標為由，對於其所僱用之勞工予以歧視。雇主之歧視禁止義務亦擴及到契約締結階段，此由就服法第5條第1項將「求職人」納入保障範圍，可見一斑。類似的規範方式亦可見於性工法與中高齡就促法之規定，由此可知，立法者不僅是要保護勞動關係存續中之受僱者不受歧視，於勞動關係締結前階段，潛在之就業者亦應受到保護，在此基礎下，雇主於聘僱階段對於求職者亦負有歧視禁止之義務，其不得因法律所禁止之指標而對求職者為差別待遇⁵¹，此項要求在性質上應可認為是法律上所規

⁴⁹ 參見黃程貫，勞動基準法之公法性質與私法轉化，載勞動與勞動法——黃程貫教授論文集，2022年1月，頁14-17。

⁵⁰ 此可參見德國一般平等待遇法第7條第3項，其明文規定：第1項所稱之歧視由雇主或求職者所為者，為契約義務之違反。

⁵¹ 此可參見臺北高等行政法院97年訴字第1130號判決：「核諸就業服務法1條所揭示之立法目的：『為促進國民就業，以及增進社會及經濟發展』以觀，該法所規範、保護之對象，當不侷限於現職之雇主、就業者，也包括潛在雇主及就業者，否則如何『促進』國民就業，又如何『增進』社會及經濟發展？此由同法第5條第1項、第2項第1款規定，亦可得相同之推論，蓋苟該法所規

定之先契約義務⁵²。

企業透過人工智慧招聘已成為將來勞動世界之趨勢，雇主在聘僱階段所負之歧視禁止義務，不因其使用「人類」主管或者「人工智慧」篩選員工而有所不同，換言之，雇主須確保求職者不因與執行特定工作無關之特質而影響到其就業權益，在此理解下，縱使資料之篩選、分析甚至是決策係透過人工智慧系統進行，因其將實質影響到求職者之就業機會，亦屬反歧視法制所要保護之範圍⁵³，至於雇主是否違反歧視禁止義務，則涉及到現行法對於就業歧視之認定問題，詳如後述。

二、就業歧視之認定

於判斷雇主是否違反歧視禁止之規定時，首應討論之問題為：何為「歧視」？我國關於就業歧視禁止之規定散見於不同法規中已如前述，作為原則性規定之就服法第5條第1項雖規定，雇主對求職人或所僱用員工，不得以該法所禁止之十八項指標予以「歧視」。然就服法本身並未針對「歧視」為進一步之立法定義。對照性工法之規定，其第二章標題雖訂為「性別歧視之禁止」，然觀察性工法第7條至第

範、保護之對象如僅限於現職之雇主及就業者，則保障就業歧視之範圍，焉何擴及於『求職過程』之招募員工？申言之，雇主刊登不實招才廣告之際，雇主就相對應之招才廣告應徵者，均非現職之雇主及就業者，豈有棄置該法規範，又不能保護受害者之理？職是，雇主對所僱用之員工如有就業歧視或不實廣告行為，應適用就業服務法規範，固毋庸論，雇主對『求職者』如有就業歧視或不實廣告行為，不論其對象特定或不特定，有無提出申訴，均有礙於國民就業，不利於社會及經濟發展，當然有前揭就業服務法相關規範之適用。且所謂求職過程，自應包括不特定之求職者知悉徵才廣告時，據廣告所載內容考量己身是否符合徵才資格，是否獲得該工作之機會，進而前往參與面試之面試前階段；以及決定參與面試後，特定之求職者實際前往徵才之公司參加面試時之面試階段，即面試前與面試當時均應為就業服務法第5條第1項所指之求職過程。

⁵² Vgl. ErfK/Preis, BGB § 611a Rn. 293.

⁵³ Vgl. Kai von Lewinski/Raphael de Barros Fritz, Arbeitgeberhaftung nach dem AGG infolge des Einsatzes von Algorithmen bei Personalentscheidungen, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (2018), S. 620/621.

11條之條文內容，其所使用之文字並非「歧視」而是「差別待遇」，其後制定之中高齡就促法在法條用語上延續性工法之規定，在「禁止年齡歧視」章中使用「差別待遇」。由於各法間用語之差異，在此即產生如何理解「歧視」與「差別待遇」之問題。

若參照就服法第5條第1項之立法理由，其稱「歧視係指雇主無正當理由而恣意實施差別待遇而言」，由此似可推知「歧視」並非全然等同於「差別待遇」。另勞工行政主管機關曾作成函釋對「就業歧視」加以定義，其謂：「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。⁵⁴」從上開定義可推論出，「歧視」似帶有負面評價之意涵。若對照性工法以及中高齡就促法之條文架構，求職者或受僱者縱因「性別」、「年齡（中高齡）」而遭受雇主之不利對待，雇主所為之差別待遇未必違法，若其符合性工法第7條但書「但工作性質僅適合特定性別者」，或具備中高齡就促法第13條各款所定之情況⁵⁵，具備「正當事由」之差別待遇將被評價為合法，換言之，唯有差別待遇被評價為違法時，始能以「歧視」稱之。由此觀之，「差別待遇」一詞應有較為客觀、中性之涵義，其表述一種求職者或受僱者遭到「不利對待」之事實狀態，而「歧視」則有某種程度之法律評價⁵⁶，或者可以說，「歧視」應為無正當理由（不合法）之差別待遇。

⁵⁴ 行政院勞工委員會101年9月4日勞職業字第1010077980號函；亦可參見勞動部網站，什麼是就業歧視？，2014年11月28日，<https://www.mol.gov.tw/1607/28690/2282/2284/2324/7394/post>，造訪日期：2023年3月1日。

⁵⁵ 參見中高齡就促法第13條之規定：「前條所定差別待遇，屬下列情形之一者，不受前條第一項規定之限制：一、基於職務需求或特性，而對年齡為特定之限制或規定。二、薪資之給付，係基於年資、獎懲、績效或其他非因年齡因素之正當理由。三、依其他法規規定任用或退休年齡所為之限制。四、依本法或其他法令規定，為促進特定年齡者就業之相關僱用或協助措施。」

⁵⁶ 關於「歧視」、「差別待遇」在我國不同法規使用之分析與意涵，詳見黃夢萱，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，臺灣大學法律學院法律學系碩士論文，2016年1月，頁13-20。

關於「差別待遇」之定義與種類，參照性工法施行細則第2條之規定，其係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」。其後所制定之中高齡就促法在條文編排與法條用語上近似於性工法，同樣使用「差別待遇」，且於第12條將之定義為「直接或間接之不利對待」。

就服法第5條第1項條文本身並未區分歧視之樣態，惟實務見解亦認為就服法之「歧視」包含「直接或間接之不利對待」，例如臺北高等行政法院97年訴字第1130號判決即表示：「就業服務法關於就業歧視之規範，所謂『歧視』，在某種程度上，固屬不確定法律概念，但配合體系及法律規範目的解釋，乃指『雇主對求職人或所僱用員工，因該項所明定之性別、年齡、容貌等事由，所為直接或間接不利對待』。」⁵⁷對此，實務見解與文獻上亦有以「直接歧視」與「間接歧視」稱之⁵⁸，惟如本文前述之觀察，「歧視」帶有法律評價，並非所有之差別待遇皆為不合法，在此理解下，針對雇主是否違反歧視禁止義務之判斷，首應先審視雇主是否基於法律所禁止之指標而對求職者為「直接或間接之不利對待」，若肯認之，則應進一步檢視是否具備

⁵⁷ 另可參見臺北高等行政法院109年訴字第573號判決：「另『身心障礙就業歧視』，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，不得因身心障礙因素而對之為直接或間接之不利對待。」臺北高等行政法院103年訴字第1061號判決：「其中第5條第1項所稱就業歧視，係指雇主對求職人或所僱用員工，因該項所明定之性別、年齡、容貌、身心障礙或以往工會會員身分等事由，為直接或間接不利之對待。」

⁵⁸ 參見行政院勞工委員會101年9月4日勞職業字第1010077980號函：「……又『就業歧視』型態分為『直接歧視』與『間接歧視』；而『直接就業年齡歧視』——係指『一個人因與其他人的年齡不同而受到不利待遇』；或是『一個人受到較不利的待遇係究因其特定之年齡』的情形；『間接就業年齡歧視』係指『一個在事實上明顯中性的規定或條件會使得特定年齡層者受到特別不利待遇』的情形」。另可參見最高行政法院101年判字第1036號判決：「又就業服務法第5條第1項規定之目的在避免雇主以與工作無直接關聯之原因，而予求職者或受僱者不平等之對待，故明文禁止雇主以年齡為限制條件而致『年齡就業歧視』，而該年齡歧視，自不應僅限於直接歧視之情形，應兼涵間接歧視之情況，核與就業服務法第5條第1項之立法意旨及其規範目的相合，並無違誤。」

「正當事由」。以下將討論不利對待與正當事由之相關問題。

(一)直接或間接之不利對待

所謂「直接之不利對待」，係指以歧視指標作為差別待遇之事由，對求職者或受僱者為直接不利之對待。舉例言之，雇主於為某項約定或為措施時，使之僅對某一性別或是特定年齡以下之求職者或受僱者發生效力，其構成基於性別與年齡直接之不利對待⁵⁹。典型之事例為雇主在招聘的廣告中明白表示該招聘的職位「限女性」或「限男性」，此為基於性別而對其他性別之求職者為不利之對待，在判斷上較無疑問。

惟若雇主在形式上並未明確表示以歧視指標（例如性別、年齡）作為差別待遇的理由，而是用外觀上中立的標準、約定或措施為區分之依據，然此等中性的標準事實上會讓「具特定歧視指標（例如年齡、性別）之人」受有負面之影響，此將構成「間接之不利對待」⁶⁰。舉例言之，若某項標準、措施從外觀看來是對於部分工時受僱者較為不利，然若依實際的統計數字可得知，大多數的從事部分工時工作者多為女性，在此情況下則有可能會構成基於「性別」而生之間接歧視⁶¹。又若雇主在形式上雖無明確表明以性別，而是透過其他標準（如身高、體重）作為區分的依據，若事實上因該約定或措施將使某一性別之勞工遭受不利益明顯較另一性別多，則亦構成因性別而生的間接之不利對待⁶²。

當企業使用人工智慧從事招聘工作，透過演算法而得出具體人

⁵⁹ 參見黃程貫主編，前揭註40，頁346；林更盛，論性別歧視與母性歧視之禁止——評台灣高等法院八十七年度勞上易字第一號判決，月旦法學雜誌，第74期，2001年7月，頁187。

⁶⁰ 參見黃程貫主編，前揭註40，頁346；傅柏翔，美國與臺灣就業歧視法制之舉證責任與適當比較基礎問題初探，法令月刊，第69卷第9期，2018年9月，頁76；鄭津津，就業上年齡歧視之探討，月旦法學雜誌，第184期，2010年9月，頁179。

⁶¹ BeckOK ArbR/Roloff AGG § 3 Rn. 17.

⁶² 林更盛，前揭註59，頁187-188。

選建議或是在過程中直接代替雇主剔除不合適人選而自行作成決策，此是否構成不利之「對待」？若考量到「對待」之文義，其似應指涉人類之行為，無論如何應由人類參與其中⁶³，在此理解下，則可能得出由人工智慧所作成之建議或決定無法被評價為不利對待之結論。

本文以為，對此問題應區分不同情況判斷：企業使用的演算法若僅是協助人類作出人選之判斷，最後仍由「人類」（雇主或人資主管）作成是否邀請面試甚至是錄用之決定時，此為「對待」較無疑義，蓋其乃雇主之決策，至於不利之對待是否參考人工智慧之建議而作成，要非所問⁶⁴。惟若人工智慧自行作成最終決定而未經雇主之介入，則此是否構成「對待」即生疑義。對此，德國文獻有認為，考量到一般平等待遇法（Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, AGG）之立法目的，就「對待」（Behandlung）之認定僅須形式上有人類參與即為已足，當企業為組織之決策前使用此類演算法代替人類之決策，其結果應歸屬於採用演算法之自然人或法人，雇主透過演算法而為之決策應被評價為人類之「對待」，因為整體而言，雇主是有意識地使用演算法代替其作成決策，即便是人類參與的程度未及真正作決策之人工智慧，仍屬「對待」⁶⁵。本文認為此一見解應值得贊同，蓋若考量到反歧視法制所要保障人民就業平等之立法目的，不宜直接將人工智慧之決策一律排除於「對待」之文義外，否則將使法律欲保障求職者平等受僱之立法目的落空，並將誘使雇主使用人工智慧以規避其應負之法定責任，職此，對於「對待」應採取較為廣義之解釋，縱使雇主

⁶³ Vgl. von Lewinski/de Barros Fritz, a.a.O. (Fn. 53), S. 620/621; Hans Steege, Algorithmenbasierte Diskriminierung durch Einsatz von Künstlicher Intelligenz – Rechtsvergleichende Überlegungen und relevante Einsatzgebiete, Multimedia und Recht (2019), S. 715/718.

⁶⁴ Freyler, a.a.O. (Fn. 34), S. 284/287; Hoeren/Sieber/Holzsnagel MultimediaR-Hdb/Straker Teil 15.6 Rn. 22.

⁶⁵ Freyler, a.a.O. (Fn. 34), S. 284/287; Hoeren/Sieber/Holzsnagel MultimediaR-Hdb/Straker Teil 15.6 Rn. 23.

將人事決策之選擇空間委由人工智慧進行，亦應認為此屬於歧視禁止法制所規範之「對待」。

若肯認雇主在聘僱程序中使用人工智慧屬於性工法、中高齡就促法所稱之「對待」，進一步要討論的問題，何謂「不利」之對待？此應由客觀上一般理性第三人的觀點作為判斷標準⁶⁶。在招聘程序中，雇主最終所作成拒絕錄用之決定固然屬於不利之對待，當求職者在前一階段即被排除而未獲得面試機會，解釋上亦應為不利對待⁶⁷，此不因為雇主使用人工智慧篩選面試者而有不同之評價。

以人工智慧系統處理求職者資訊時，演算法會將資訊依關聯性予以分類，而如果人工智慧進一步被運用於決定邀請面試甚至是聘用之人選時，其自然依此分類篩選人才，當人工智慧系統之分類基準涉及到性別、年齡、種族等「法律所禁止之指標」時，則可能發生聘僱歧視之問題。一般而言，人工智慧之分類與決策通常不會取決於單一或特定之「指標」，故鮮少發生直接不利對待之情況。對於求職者，其面臨者較常為「間接之不利對待」，蓋演算法之基礎在於資料探勘（Data Mining），利用龐大的資料庫去建立模型，從中找出隱藏的特殊關聯性，並將求職者進行分類評估，在運行的過程中，演算法不僅可能在「未被法律禁止之指標」中找出其關聯性，亦可能涉及到「法律所禁止之指標」。當演算法所連結者為一表面上看起來中性之指標而對求職者進行分類與評估，惟其結果卻使得某一法律所保護之群體（如中高齡、身心障礙等）遭受不利對待之比例較為顯著，此即可能產生間接不利對待之風險⁶⁸。舉例言之，以求職者之情緒狀態（emotionale Gemütslage）作為評估基礎而給予評價，若求職者因精神疾病而被判定達到身心障礙之標準，比起未罹患此類疾病之人，患

⁶⁶ Vgl. BAG, Urteil vom 23. 08. 2012 – 8 AZR 285/11, NZA 2013, 37.
⁶⁷ Freyler, a.a.O. (Fn. 34), S. 284/287; von Lewinski/de Barros Fritz, a.a.O. (Fn. 53), S. 620/621.

⁶⁸ Vgl. von Lewinski/de Barros Fritz, a.a.O. (Fn. 53), S. 620/622; Waas, a.a.O. (Fn. 7), S. 127.

病之求職者更容易有情緒不穩定之情況，在此種情況下，外觀上中性之標準實際上可能會使身心障礙者遭受到較差的待遇而構成間接之不利對待⁶⁹。

又例如，演算法將居住地點超過一定距離的勞工排除於面試名單外，因其從中找出「居住地」與勞工流動率的關聯，分析資料後顯示通勤時間較長的員工，其後離職、跳槽的流動率更高。求職者或受僱者之「居住地點」並非就服法所禁止之指標，然以居住區域為指標仍可能導致居住於窮鄉僻壤之勞工受到歧視，進一步可能連接到對於求職者貧富身分地位之歧視，有可能構成基於「階級」之間接不利對待⁷⁰，此外，若依具體個案情況，當該地之住民結構主要是由特定種族或特定籍貫所組成者，其可能構成對於「種族」或「籍貫」之間接不利對待⁷¹。

(二)因果關係與舉證責任

除了前開人工智慧之決策是否該當於「對待」之問題外，更棘手者為受歧視之求職者尋求權利救濟時之舉證困難，而人工智慧之使用更可能加劇求職者主張權利時之證明難度。就一般舉證責任之分配原則，民事訴訟法（以下簡稱「民訴法」）第277條本文設有規定，當事人主張有利於己之事實者，就其事實負有舉證責任。關於舉證責任分配之理論，學界之多數見解採取「規範說」，申言之，主張權利之當事人，就權利發生事實負舉證責任；主張權利不存在之人，就權利障礙、權利消滅或權利排除事實負舉證責任⁷²。在此原則下，求職者

⁶⁹ Dzida/Groh, a.a.O. (Fn. 30), S. 1917/1919 f.

⁷⁰ 依據行政主管機關之見解，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。參見行政院勞工委員會96年12月5日勞職業字第0960032114號函。另請參見臺北高等行政法院109年訴字第573號判決。

⁷¹ Vgl. Dzida/Groh, a.a.O. (Fn. 30), S. 1917/1919.

⁷² 參見姜世明，民事訴訟法（下冊），修訂9版，2023年2月，頁101；駱永家，民事舉證責任論，1999年12月，頁84以下；陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（下），第9版，2021年1月，頁50以下。

若欲主張其遭受就業歧視，對於雇主「不利對待」之事實，以及不利對待係源於「法律所禁止之指標」（因果關係），求職者應負舉證責任。然而多數就業歧視糾紛之證據皆屬於雇主人事管理資料，此為求職者或受僱者難以取得⁷³，況且動機存在於雇主之內心，求職者欲證明其所受不利對待與立法者所禁止之指標間之因果關係存在實屬不易，當求職者或受僱者無法提出證據證明待證事實，其在訴訟上將遭受到敗訴之不利結果。

考量到求職者與受僱者舉證困難之實務困境，以及勞雇雙方經濟地位不均等之事實，兩性工作平等法（性工法之前身）於制定之初，立法者即於第31條設有舉證責任減輕之規定⁷⁴。當求職者「釋明」差別待遇的事實後，雇主應就差別待遇之非基於性別、性傾向因素或該求職者所從事工作之特定性別因素負舉證責任。申言之，若當事人對於因性別而有差別待遇事實之存否有爭執，求職者須舉證讓法院認定事實之存否，有別於「證明」，當事人提出之證據方法，須足使法院產生堅強心證以確信其主張為真實⁷⁵；「釋明」則僅須讓法院就事實之存否產生薄弱之心證，信其大致如此者即可⁷⁶，其「證明度」較相較於「證明」應屬較低，不以讓法院達到確信為必要⁷⁷，因而減輕求職者之舉證責任，一旦求職者盡其「釋明」責任，雇主須就「差別待遇非基於性別、性傾向因素」或者「差別待遇具有正當事由」負舉證責任。類似之舉證責任減輕規定亦可在中高齡就促法第14條發現其蹤跡，於涉及就業年齡（中高齡）歧視之爭議時，求職者只要「釋明」

⁷³ 劉志鵬，兩性工作平等法之申訴及救濟體系，律師雜誌，第271期，2022年4月，頁64。

⁷⁴ 參見郭玲惠，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，第271期，2002年4月，頁29；郭玲惠，兩性工作平等法初探——救濟，月旦法學雜誌，第71期，2001年4月，頁57。

⁷⁵ 參見最高法院110年台上字第576號判決。

⁷⁶ 參見陳榮宗、林慶苗，前揭註72，頁34。

⁷⁷ 關於「釋明」之證明度，有學者認為僅須達到大於50%蓋然性，即可另法院相信該事實之存在，請參見姜世明，前揭註72，頁87-88。

差別待遇之事實後，雇主即須證明差別待遇非基於年齡因素或具備同法第13條之正當事由。

然而，在就服法第5條第1項所規範的就業歧視樣態中，除了「性別、性傾向」與「年齡（中高齡）」外，尚有其他被立法者所禁止之指標，惟其並無如同前開性工法、中高齡就促法設有舉證責任減輕之規定，此時產生之疑問在於，若涉及到其他就業歧視之案件（種族、身心障礙、出生地等），求職者是否僅能按一般舉證責任之規定，須「證明」其歧視事實之存在？抑或有類推適用性工法第31條、中高齡就促法第14條舉證責任減輕規定之可能性？

對此問題，在法律未有特別明文之規範下，似應回到民訴法第277條之規範以決定舉證責任分配原則，然而，在就業歧視之案件中，求職者及受僱者在訴訟上可能遭遇之困境已如前述，若循一般舉證責任分配原則，顯然無視於就業歧視案件之特性所可能產生不公平之結果，使求職者與受僱者無從獲得應有之救濟，因而無法符合個案正義之要求，就此而言，與此類訴訟中，法院可否依據民訴法第277條但書「依其情形顯失公平者」規定而減輕或調整求職者與受僱者之舉證責任，實有討論之空間。由於「依其情形顯失公平者」為一不確定之法律概念，故須進一步對之而為解釋。有學者指出，慮及到民訴法第277條但書之例外性質，應不宜為擴張解釋，而應考量到案件之「類型」進行評價⁷⁸。於現代型紛爭訴訟類型，如職業災害、公害、商品製造人責任及醫療訴訟等事件，若其嚴守民訴法第277條本文所定之原則，即可能產生不公平之結果，因而應以民訴法第277條但書予以調整。在斟酌「危險領域理論」、「武器平等原則」、「誠信原則」、「蓋然性理論」等所考量之因素，而得認為依據舉證責任分配一般原則所分配之舉證責任歸屬對於當事人屬於不可期待者，法院即



元照出版提供 請勿公開散布

⁷⁸ 學者認為不應太過強調單純「個案」考量，其可能使得「例外」變為「原則」，而無益於法安定性，參見姜世明，前揭註72，頁107。

有加以調整之必要⁷⁹。

以就業歧視之案件類型而言，勞雇雙方在能力及財力上通常處於不對等之地位，且相關之人事資料皆存在雇主之處，非勞工可輕易接近、取得，因而具備「證據偏在」之情事；再者，歧視之危險存在於雇主控制力之範圍內，蓋其多發生在職場中，在「危險領域」理論⁸⁰的觀點下，求職者及受僱者通常無法知悉在雇主人事決策之過程，亦無從取得證據，且性工法、就服法之立法旨在促進國民就業及消除就業歧視，從而課予雇主歧視禁止之義務，為能達到立法目的，應可期待由雇主提出證據，以證明不利待遇與法律所禁止之指標間「欠缺因果關係」或者雇主所為之不利待遇具備正當事由；此外，考量到訴訟程序中兩造當事人皆居於程序主體之地位，應受到公平對待，就風險平等而言，訴訟之勝敗風險應平等分配，不應由一方負擔較高之敗訴不利益風險，始能符合「武器平等原則」⁸¹。綜上所述，在誠信原則、證據遠近、舉證難易等綜合考量下，應認為在就業歧視訴訟中，不宜依民訴法第277條本文所規範之舉證責任分配原則，法院得依民訴法第277條但書之規定透過舉證責任之調整加以解決。

關於舉證責任分配之調整方法，除了法律別有規定外，尚包含證明度降低、證明妨礙、表見證明、對不負舉證責任之當事人課以事案解明義務、甚至是舉證責任之轉換等⁸²。誠如前文所述，民訴法第277條但書之規定本質上是對於舉證責任分配之一般原則而為之修正，應從案件「類型」之特性而加以審酌，在此理解下，本文認為，於涉及到「性別、性傾向」與「年齡（中高齡）」以外之就業歧視案件，較

⁷⁹ 姜世明，前揭註72，頁108。實務見解參見最高法院107年台上字第267號判決、最高法院110年台上字第50號判決。

⁸⁰ 關於危險領域說之論述，參見陳榮宗、林慶苗，前揭註72，頁56以下；許士宦，民事訴訟法（下），增訂版，2019年1月，頁180-181。

⁸¹ 有關武器平等原則之內涵，參見沈冠伶，武器平等原則於醫療訴訟中之適用，月旦法學雜誌，第127期，2005年12月，頁28-29；許士宦，同前註，頁188-189。

⁸² 姜世明，前揭註72，頁108-109、132-172；許士宦，前揭註80，頁188以下。

適當之方式是先尋找現行法對於類似案件之處理方式，此將有助於維持法律安定性。就此而言，應予討論之問題即在於：其他就業歧視之爭議，可否類推適用性工法第31條以及中高齡就促法第14條之規定。

對此問題，本文認為應持肯定之見解⁸³，首先，就服法本身為未設有舉證責任減輕之規定是否為一「法律漏洞」？爬梳就服法當時之立法資料，似無法得出「舉證責任規定之欠缺為立法者有意之省略不加以規定」之結論，應肯認法律漏洞之存在。再者，應與審視者為，不同案件間是否具有「類似性」而存在類推適用之基礎，此應以法律規範之意旨而加以判斷⁸⁴：就服法第5條第1項就業歧視禁止規範之目的在於促進國民就業，保障憲法所賦予人民之工作權及平等權，立法者選擇了十八項之禁止歧視之指標，確保求職者及受僱者不因與執行特定工作無關之特質而影響到其就業權益，其規範目的與前開性工法及中高齡就促法禁止「性別、性傾向」與「年齡（中高齡）」歧視之立法目的並無二致。而性工法、中高齡就促法之所以設有舉證責任減輕之規定，理由在於此類就業歧視之案件具有證明困難之特性，而其同樣會發生在就服法所禁止就業歧視類型中，更何況「性別、性傾向」與「年齡」原本即被就服法之十八項指標所涵蓋，皆屬立法者認為應被禁止之指標而同等重要，立法者應無獨厚受「性別、性傾向」與「年齡（中高齡）」歧視之當事人之意，基於平等原則，於其他歧視案件類型，應有類推適用性工法及中高齡就促法規定之餘地，即先由求職者「釋明」差別待遇的事實後，雇主應就其所為之差別待遇非基於「就服法所禁止之指標」，或者該差別待遇具有正當理由之事負舉證責任。

承上，在現行法制下雖有（或得類推適用）舉證責任減輕之規定，然於雇主使用人工智慧之情況，求職者於尋求救濟時仍然相當困難，在一般情況下，求職者遭受到「人類」主管或雇主之歧視，被歧

⁸³ 國內文獻採取肯定見解者，請參見傅柏翔，前揭註60，頁97。

⁸⁴ 王澤鑑，法律思維與案例練習，增訂新版，2019年9月，頁248-249。

視者會接受到他方不友善的情緒或信號，然演算法的歧視欠缺此種被感知之「信號」而不易察覺。此外，以人工智慧之運行方式，甚難想像演算法僅以「單一」之指標對於求職者進行分類，蓋其運作方式係在眾多資料中找出關聯性而對求職者進行分類、評估，在此情況下，即可能產生其所決策並非全然與「法律所禁止之指標」有關，此即類似雇主所為之差別待遇具有「混合動機」之情況，常見之事例為雇主以懷孕之女員工績效落後不能勝任工作為由解僱之，雇主雖基於數項不同之動機（能力不佳及懷孕）而作成不利於勞工之決定，然依據通說看法，只要「法律所禁止之指標」為雇主差別待遇之原因，該原因在雇主任成決策的評斷中具有一定之重要地位，亦應肯認該「指標」與差別待遇間存有因果關係⁸⁵。此一理解固可應用於由人工智慧自行作成決策之情況，但人工智慧之自主性風險（Autonomierisiko）卻可能加深證明上的困難，因為人工智慧之決策雖在一定程序上受到使用者之指示與設計者之預設影響，但其自主性格亦限制使用人對於其決策之預測可能性，更嚴重者為人工智慧存在自主決策之不透明，演算法之黑箱將讓使用人難以在事後確定其決策原因⁸⁶。此外，演算法之相關資訊亦可能因事涉營業秘密⁸⁷而不被公開，此皆使因果關係之證明陷入困境，在此可以思考者為，在立法上或可要求雇主在使用人工智慧前應負有測試義務（Testpflicht），以確認系統在正常使用下應具備基本之準確性與妥適性，並將此等測試過程予以紀錄（Dokumentationspflicht）⁸⁸。德國政府於二〇二一年六月所出版之第三次平等報

⁸⁵ Vgl. Jobst-Hubertus Bauer/Steffen Krieger/Jens Günther, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz und Entgelttransparenzgesetz: AGG EntgTranspG, 5. Aufl., 2018, § 7 AGG Rn. 14. 國內文獻，參見洪瑩容，非特定性別不能履行之工作——以德國法制之觀察為中心，月旦法學雜誌，第273期，2018年2月，頁201。

⁸⁶ 關於人工智慧之自主性風險，參見呂彥彬，人工智慧時代契約法之挑戰與回應，政大法學評論，第169期，2022年6月，頁305。

⁸⁷ Freyler, a.a.O. (Fn. 34), S. 284/290.

⁸⁸ Sesing/Tschech, a.a.O. (Fn. 31), S. 24/26 ff.

告中即指出企業使用人工智慧進行人事決策可能產生之歧視問題並提出因應之道⁸⁹，其中一項建議是透過立法以明確雇主之責任，在一般平等待遇法中增加關於使用人工智慧系統之具體規定，其建議之條文內容包含：雇主若欲在人事管理領域中使用演算法系統，特別是關於人員選擇標準、僱用、晉升、工資、解僱等條件之相關措施，就演算法系統之採用，雇主負有公開之義務。除此之外，雇主亦應負有確認系統妥適性之義務，申言之，其須確保該系統之設計可排除基於「法律所禁止之指標」可能產生之歧視。為了達成此目的，雇主特別應注意以下事項：第一、雇主應對演算法所依據之資料進行檢查，審視演算法所依據之資料是否對於求職者或受僱者有潛在之不利影響，且應排除使用可能產生歧視之資料；第二、制定個別差別待遇之標準應不得與法律禁止之歧視指標有關；第三、系統整體應具有透明性⁹⁰。至於雇主審核系統應注意之具體事項，報告建議可以參酌專家或研究機構所出版的檢查參考指南（例如非營利組織AlgorithmWatch所發布「人事管理中之自動化決策與人工智慧——審查人工智慧系統重要特徵指南」⁹¹），或者是委託外部專家確認系統之妥適性⁹²。除了立法賦予雇主前開義務外，雇主是否踐行此等義務之效果亦將連結到日後訴訟上之舉證責任，申言之，日後在涉及就業

⁸⁹ 德國聯邦政府在每個立法週期須提交一份關於德國男女平等的報告，以對於現狀進行評估，並提出相關建議以消弭不平等之現象。第三份平等報告於2021年6月提出，主題是關於在數位科技下如何透過立法以達成性別平等之討論，報告內容包含獨立專家委員會之意見、德國聯邦政府之立場。vgl. BMFSFJ (10. 06. 2021), Dritter Gleichstellungsbericht, BT-Drs. 19/30750, S. 168, <https://www.bmfsfj.de/resource/blob/184544/c0d592d2c37e7e2b5b4612379453e9f4/dritter-gleichstellungsbericht-bundestagsdrucksache-data.pdf> (last visited: 2023.06.30).

⁹⁰ BMFSFJ, a.a.O., S. 168.

⁹¹ Vgl. Sebastian Stiller/Jule Jäger/Sebastian Gießler (02. 03. 2020), Automatisierte Entscheidungen und Künstliche Intelligenz im Personalmanagement - Ein Leitfaden zur Überprüfung essenzieller Eigenschaften KI-basierter Systeme für Betriebsräte und andere Personalvertretungen, https://algorithmwatch.org/de/wp-content/uploads/2020/03/AlgorithmWatch_AutoHR_Leitfaden_2020.pdf (last visited: 2023.06.30).

⁹² BMFSFJ, a.a.O. (Fn. 89), S. 169.

歧視之訴訟中，使用人工智慧系統之雇主若無法提出使用前已對系統進行檢測之相關紀錄，則可認為勞工已盡釋明責任，雇主即須證明其所為之差別待遇與法律所禁止之指標不具因果關係，或者對於求職者之差別待遇具備正當事由⁹³。

(三)正當事由

所謂的「歧視」，係指雇主「無正當理由」而恣意實施差別待遇（就服法第5條立法理由參照）。基此，若雇主對於求職者之招募、甄試、進用因「法律所禁止之指標」而給予差別待遇，此一不利之對待仍有被評價為合法之可能，前提是雇主具備正當事由。至於何謂「正當事由」，就服法並未設有一般性判斷規範，而於性工法及中高齡就促法中可發現若干正當事由。以性工法為例，其第7條規定：「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。」從此條文可知，若「工作性質僅是適合於特定性別者」，雇主仍得因性別或性傾向而為差別待遇。至於如何理解性工法第7條但書所謂「其工作性質僅適合特定性別者」？同法施行細則第3條進一步將但書之規定解釋為「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」。典型的事例如該工作取決於生理性別上的必要性，例如當保母的工作包含對嬰兒哺乳，此一工作須由女性才能完成；或者法律對於特定性別設有禁止僱用之規定，如女性不能進入特種部隊等⁹⁴，則雇主不僱用女性應有正當事由。

縱雇主係因「年齡（中高齡）」之指標而對於求職者或受僱者予以差別待遇，中高齡就促法亦設有「正當事由」之規範，亦即雇主若具備第13條所定事由，該差別待遇即被評價為合法，其事由包含：

⁹³ Sesing/Tschech, a.a.O. (Fn. 31), S. 24/28; Anne Lauscher/Sarah Legner, Künstliche Intelligenz und Diskriminierung, Zeitschrift für Digitalisierung und Recht (2022), S. 367/389.

⁹⁴ 參見洪瑩容，前揭註85，頁203-206。

「一、基於職務需求或特性，而對年齡為特定之限制或規定。二、薪資之給付，係基於年資、獎懲、績效或其他非因年齡因素之正當理由。三、依其他法規規定任用或退休年齡所為之限制。四、依本法或其他法令規定，為促進特定年齡者就業之相關僱用或協助措施。」⁹⁵

若參酌法院對於就業歧視之判斷，實務判決曾指出就服法第5條第1項禁止歧視之規定旨在規範雇主不得以「人」作為差別待遇之依據，亦即禁止雇主對於勞工不具實質理由而與其他類似或可資比較者予以較差之對待，也就是不得為「較差之無實質理由的恣意對待」，此乃立基於勞動法上的平等待遇原則⁹⁶。亦有判決認為：若雇主在簡章中對於甄試資格設有限制，於是否成立就業歧視之審視重點應在於該資格限制於具體個案中，其限制條件是否與欲達成之目的有正當合理之關聯性、必要性，及是否合於比例原則、平等原則等情，而可認係正當合理之差別待遇⁹⁷。

在聘僱過程中，人工智慧之決策固然可能對求職者構成間接之不利對待，但若雇主具備「正當事由」，其所為之差別待遇即非違法。然雇主委由人工智慧進行資料分析及篩選時，由於人工智慧決策具有

⁹⁵ 有學者指出以上各款事由為美國法上真實職業資格抗辯、真實善意年資制度與勞工福利制度之明文化，將來司法實務裁判如何認定尚有待觀察，參見傅柏翔，禁止年齡歧視之國際借鏡及啟示，台灣勞工季刊，第61期，2020年3月，頁21。關於真實職業資格之抗辯，舉例言之，若航空公司規定機師年滿60歲必須退休或者轉任其他職務不得繼續擔任機師，雇主可提出客觀之醫學研究報告，證明超過60歲者在高空飛行容易發生昏厥、中風、心臟病發等危害飛安之情況，雇主除了透過對機師年齡作限制外，沒有其他方法可以確保飛航安全，即可為此抗辯，參見鄭津津，前揭註60，頁199-200。

⁹⁶ 參見臺灣基隆地方法院99年勞簡上字第1號裁定。

⁹⁷ 參見臺北高等行政法院104年簡上字第48號判決：「惟是否成立就業歧視，並非僅以系爭簡章所列甄試資格是否會對特定某就業層已為預告且實質排除而造成負面影響，為判斷之依據。申言之，既然有甄試資格之限制，當然會對不符合資格之特定就業層造成影響。因此，審視重點應在於該資格限制於具體個案中，其限制條件是否與欲達成之目的有正當合理之關聯性、必要性，及是否合於比例原則、平等原則等情，而可認係正當合理之差別待遇。此自應從系爭甄試之目的、期限、工作內容等特定事實關係而為綜合之判斷。」

不可預見性，雇主有時亦難證明其所為之差別待遇具備正當事由。以性工法為例，第7條但書規定若「其工作性質僅適合特定性別者」，雇主得以「性別」作為是否錄取求職者之標準，此須判斷該工作是否非由特定性別之求職者從事，否則將不能完成或是難以完成。演算法透過資料分析僅能找出性別與某工作特性之關聯，例如某一種性別在特定職位上的表現比另一性別更成功，但其並無法確認其是否具有因果關係，亦即特定性別是適合特定工作之原因⁹⁸。詳言之，演算法於分析資料時，其僅能確定「指標」間之關聯性，並無法辨識其間之因果關係。舉例言之，演算法若在資料中找出車子顏色與員工效率之間的關聯性，其結果顯示出「開紅色汽車的員工之工作效率比開藍色汽車的員工高」，但演算法並無法確認此一關聯性之原因為何（為何開紅色汽車之員工每月工作效率會比開藍色汽車之員工高），演算法亦無法確認其所分析的「指標」間是否真的存在因果關係（員工車子的顏色是否實際上真能對員工的工作效率造成影響）⁹⁹。更有甚者，演算法之分析有時會出現無意義甚至荒謬的結果，例如，美國在科學、太空和技術方面的開支似乎與自殺（因絞死、勒死和窒息）之間存在著99%的關聯性¹⁰⁰。此種演算法之偏差導致雇主在現行法下幾乎無從主張其具備正當事由¹⁰¹。

從前開例子可知，人工智慧之決策係以資料分析與關聯性之尋找作為分類與決策之基礎，其無法確認「招聘職缺」須由「特定指標」之求職者從事始能順利履行之因果關係，在具體個案中，雇主若欲對招聘職缺以「特定指標」作為標準而設有要求，依照前開實務見解，此一差別待遇須源於合法目的，並應符合比例原則之要求，其亦涉及到雇主與求職者間之利益衡量判斷，由於利益衡量無法全賴邏輯推論模式處理，人工智慧在利益衡量判斷上尚存在許多侷限性，就此而

⁹⁸ Freyler, a.a.O. (Fn. 34), S. 284/287.

⁹⁹ Vgl. von Lewinski/de Barros Fritz, a.a.O. (Fn. 53), S. 620/623.

¹⁰⁰ Dzida/Groh, a.a.O. (Fn. 30), S. 1917/1918 f.

¹⁰¹ Waas, a.a.O. (Fn. 7), S. 130.

言，使用人工智慧之雇主在實際爭議中往往無法證明差別待遇具備正當事由，建議雇主於使用人工智慧招聘時，應檢視演算法之運作結果與其對於開設職缺之要求具有因果關係¹⁰²，蓋若其無法證明對於求職者之差別待遇具有正當事由，雇主將於日後的損害賠償訴訟中承擔敗訴之風險。

（四）附論：雇主詢問權與聘僱歧視

於企業使用人工智慧系統招聘的樣態中，常可見到「聊天機器人」之採用，透過自動化的對話設計，企業可獲得求職者之相關資訊，聊天機器人可依據雇主設定的招聘要求對於求職者進行詢問，在此可能發生的情況為：若人工智慧系統詢問與「法律上禁止之指標」（例如年齡、身心障礙、宗教、懷孕）相關之問題時，此一問題在法律上應如何評價？求職者可否拒絕回答？惟在通常情況下，求職者縱使認為問題不妥，為了獲得工作，比起拒絕回答求職者更可能會選擇隱瞞現況或避重就輕，職此，在實務上具有重要性之討論為：求職者可否回答與真實狀態不符之答案？

上開問題涉及到雇主詢問權（Fragerecht）之範圍，於正式締結勞動契約前，雇主為了評估求職者是否適任，須獲得求職者關於學經歷、能力、資格等資訊，始能為聘用與否之決定，故應承認雇主於招聘階段具有詢問求職者以獲取重要資訊之權利。然若考量到對於求職者人格權與隱私權之保護，雇主之詢問權仍應受有限制¹⁰³。至於雇主詢問權之合法界線應如何劃定，原則上應以雇主具有合法、合理與值得保護之利益為判斷標準¹⁰⁴，若求職者答覆的內容與應聘職位內容有緊密關聯時，應認為雇主之詢問具有值得保護之利益¹⁰⁵，針對雇主合法之詢問，勞工原則上有據實說明之義務；反之，若雇主之詢問不合

¹⁰² von Lewinski/de Barros Fritz, a.a.O. (Fn. 53), S. 620/623.

¹⁰³ Vgl. Preis/Temming, a.a.O. (Fn. 48), S. 178.

¹⁰⁴ BAG, Urteil vom 20. 09. 1995 - 7 AZR 70/95, NZA 1996, 696.

¹⁰⁵ Vgl. Preis/Temming, a.a.O. (Fn. 48), S. 179.

法，求職者無須據實回答，亦即文獻上所稱其有說謊之權利（Recht zur Lüge）¹⁰⁶。

由於雇主對於求職者之詢問屬於個人資料之蒐集，故應注意個人資料保護法之相關規範，在勞動法領域中，關於雇主求職階段之就業資料蒐集，就服法第5條第2項第2款明定，雇主招募或僱用員工，不得違反求職者之意思，要求其提供非屬就業所需之「隱私資料」。至於何為「隱私資料」，於就服法施行細則中第1條之1第1項則有進一步之規定，其包含：「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。」該條第2項則明定雇主於「隱私資料」蒐集時須遵守之原則，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理之關聯。前開就服法與其施行細則之規定應可被認為是個人資料保護法針對資料蒐集、處理原則於勞動領域之具體化，對於就業資料之處理利用，就服法為個人資料保護法之特別法而應優先適用¹⁰⁷，雇主若欲取得求職者之隱私資料，須符合就服法之規定，此亦可作為判斷雇主詢問權合法與否之標準¹⁰⁸。舉例言之，若雇主在求職面談中對於來應聘之求職者一律詢問其有無前科，此一問題即可能被評價為不合法，雇主所得詢問者僅係與擬聘任之職務互不相容之罪刑，不能一律針對所有的求

¹⁰⁶ Däubler/Bertzbach-Däubler, § 7 Rn. 35, 54.

¹⁰⁷ 鄭津津、馬財專、侯岳宏、劉士豪、顏雅婷、辛昀浩、藍偉銓，數位時代下勞工資訊隱私權保護之研究，勞動部勞動及職業安全衛生研究所研究計畫，2022年6月，頁84。

¹⁰⁸ 此規定於個人資訊保護法第5條規定之條文文字相似，故文獻上認為本條應為個人資料保護法中關於個資蒐集原則於勞動領域中之具體化，參見姚好嬌，勞動領域勞工隱私權之研究——以求職階段為中心，國立政治大學法律學系碩士論文，2014年7月，頁43；張義德，論勞工隱私權之保障——以日本法為借鏡，政大法學評論，第156期，2019年3月，頁90。

職者詢問其是否具有前科¹⁰⁹。若雇主於聘僱中對於求職者為違法之詢問而違反就服法第5條第2項之規定，依同法第67條第1項之規定得處以罰鍰。

另外，就服法、性工法與中高齡就促法有關歧視禁止之規範亦得作為雇主詢問權合法與否之判斷標準，立法者已明文禁止雇主因「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」對於求職者予以歧視，故若雇主之問題與前開「法律所禁止之指標」相關，原則上屬於不合法之問題。例如詢問女性求職者是否處於懷孕之狀態應屬不合法，當求職者因懷孕而未獲錄取，此將構成基於「性別」而生之就業歧視¹¹⁰，就此違法之詢問，求職者並無據實回答之義務。由於雇主所提出之問題涉及就服法第5條第1項所禁止之指標，若該問題與招募之工作職缺不具合理正當關聯性，一旦被認定有就業歧視之情事，主管機關得依就服法第65條第1項之規定對雇主處以罰鍰。

當雇主使用聊天機器人與求職者進行對話，就蒐集資訊與詢問範圍合法與否之判斷，應採取同樣之標準，蓋聊天機器人通常係在雇主設定之招聘要求範圍內與求職者進行對話，導入人工智慧技術之聊天

¹⁰⁹ Vgl. Bauer/Krieger/Günther, a.a.O. (Fn. 85), § 2 AGG Rn. 23. 國內文獻請參見詹森林，德國勞工法上僱主對於求職者之詢問權，載民事法理與判決研究，2001年8月，頁426。

¹¹⁰ 懷孕歧視本質上屬於性別歧視，參見郭玲惠，兩性工作平等法面面觀——性別歧視之禁止與促進就業措施，前揭註74，頁29；鄭津津，懷孕歧視之探討，台灣勞工雙月刊，第6期，2007年3月，頁45以下；李玉春，我國懷孕歧視司法實務問題之研究，法令月刊，第63卷第3期，2012年3月，頁49-50；實務判決可參見高雄高等行政法院107年訴字第238號行政判決：「性別工作平等法第11條第1項雖然沒有明定懷孕歧視也是一種性別歧視，但在職場中因懷孕而遭受差別待遇者一定是女性，因此，懷孕歧視在本質上亦屬於該條項所明文禁止的性別歧視，是以雇主對受僱者之退休、資遣、離職及解僱，如果摻入懷孕之因素作為考量，依性別工作平等法第31條規定，受僱者僅須先釋明『因懷孕而受到不利待遇』的客觀事實，其後有關該不利待遇的合理性，即應由掌握資訊優勢之雇主負擔舉證責任。」

機器人雖然在詢答的過程中較不拘泥於對話固定內容與順序，惟其基本上仍在一定範疇內與求職者應對，若其談話內容超出設定範圍，則須由人類接手續行對話。於談話階段，機器人主要之目的在於蒐集求職者之資訊，此較不涉及人工智慧之自我決策，故其地位接近於雇主之「使者」，主要係在傳達雇主之問題及接受求職者之回答，在此理解下，雇主透過聊天機器人對求職者之詢問，亦應遵守上開就服法之相關規定。

此外，對於雇主詢問「法律所禁止之指標」之問題，求職者可否為不實之陳述？又當雇主詢問此類問題時，其在反歧視法制下應如何評價？有待討論。

若參酌德國文獻之討論，學者間對此問題見解不一。學說有採取否定之見解者，其認為並非所有與「法律所禁止之指標」相關之問題皆會被評價為不合法，蓋雇主所為之差別待遇若具有正當事由，亦可評價為合法之差別待遇，例如雇主所開設的職缺係非由特定性別之求職者從事不能完成或難以完成之工作，「性別」成為重要且關鍵之職業要求時，雇主基於性別之提問即屬合法。換言之，當雇主所詢問之問題具備正當事由，與其所開設之職缺工作內容有正當合理關聯性，應認為其問題為合法¹¹¹。然而，其於日後的損害賠償訴訟中，只要求職者指出雇主詢問之問題涉及與「法律所禁止之指標」有關，此一事實即足以作為雇主違反歧視禁止規定之「情況證據」（Indiz），雇主應就其差別待遇具有正當事由負舉證責任（德國一般平等待遇法第22條規定參照）¹¹²。

採取肯定見解之學者則認為，只要是涉及到與「法律所禁止之指標」相關之問題，勞工即有說謊之權利，依其見解，對於求職者而言，其僅能分辨問題是否涉及到「法律所禁止之指標」，而無能力去

元照出版提供 請勿公開散布

¹¹¹ Bauer/Krieger/Günther, a.a.O. (Fn. 85), § 2 AGG Rn. 23a; Preis/Temming, a.a.O. (Fn. 48), S. 180.

¹¹² Bauer/Krieger/Günther, a.a.O. (Fn. 85), § 2 AGG Rn. 23a.

判斷問題之合法與否¹¹³。求職者若據實回答即有可能不被錄取，在現行法下並未承認受歧視之求職者有請求雇主僱用之權利的前提下（參見肆、一、(三)），採取否定見解對於求職者保障明顯不足¹¹⁴。

對此問題，本文認為並非所有與「法律所禁止之指標」有關之問題皆屬違法，蓋於我國就業歧視防治法制下，本即容許雇主於具備正當事由時對求職者為差別待遇，其可因職務本身之特性與要求而拒絕錄用擁有（或不具備）某項「指標」之求職者，既然如此，若認為雇主不得詢問任何涉及該項「指標」之問題，在法律評價上即有所矛盾，當某項特徵之存否對於該職務構成重要且關鍵性之要求時，雇主對於相關問題之詢問即有合法利益，其應可期待得到求職者之正確回答，不宜一律否認雇主詢問之合法性。然而，若日後產生就業歧視之爭議，求職者於訴訟中僅須提出「雇主曾詢問與指標相關之問題」而事後未被錄用，即可認為求職者已盡釋明責任，雇主應就差別待遇並未因為「指標」或差別待遇具備正當事由負舉證責任（性工法第31條、中高齡就促法第14條規定參照），若雇主未盡其舉證責任，將遭受敗訴之不利利益，此亦適用於企業使用聊天機器人之情況。

勞工面對不合法的問題有說謊之權利，縱勞工之陳述與事實不符致雇主與之締結勞動契約，雇主嗣後亦不得主張其受詐欺而依民法第92條撤銷其意思表示。若從詐欺之客觀要件、主觀要件觀之，雇主似能符合民法第92條第1項本文之要件而撤銷其意思表示，然而，詐欺應具備「違法性」（*Rechtswidrigkeit*）¹¹⁵，此雖非條文明文所規範，然若表意人自身違法，則相對人之詐欺不具違法性，換言之，當雇主之詢問被評價為不合法，求職者縱有詐欺行為，其亦不具備違法性，此可透過對於民法第92條規定為目的性限縮，而排除雇主撤銷權之行

¹¹³ Gerlind Wisskirchen/Alexander Bissels, Das Fragerecht des Arbeitgebers bei Einstellung unter Berücksichtigung des AGG, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* (2007), S. 169/170.

¹¹⁴ Wisskirchen/Bissels, a.a.O., S. 169/170.

¹¹⁵ Vgl. Preis/Temming, a.a.O. (Fn. 48), S. 186.

使¹¹⁶。此外，雇主亦不得依勞基法第12條第1項第1款之規定，以勞工「於訂立勞動契約時為虛偽意思表示，使雇主誤信而有受損害之虞者」為由不經預告終止勞動契約。

肆、勞工遭受聘僱歧視之救濟

若求職者於聘僱程序中遭受歧視，可向地方主管機關進行申訴，雇主一旦被認定有就業歧視之情事則可能遭受主管機關處以罰鍰¹¹⁷。除了行政罰外，違反歧視禁止規定之雇主亦須對求職者負損害賠償責任，此為本文所要討論之重心。由於僅性工法與中高齡就促法就「性別歧視」、「年齡（中高齡）歧視」設有雇主損害賠償責任之規定，就服法對此未為規定，當求職者因其他就服法第5條第1項所禁止之指標而遭受就業歧視，其若欲向雇主請求損害賠償，則須另行尋找法律基礎。職此，本文以下將區分「性別與年齡（中高齡）歧視」以及「其他因法律所禁止之指標而生之歧視」探討雇主民事責任之相關問題。

一、性別與年齡（中高齡）歧視

在招募階段，雇主若因求職者之「性別」或「性傾向」而予以歧視，求職者就其財產上之損害可依性工法第26條向雇主請求損害賠償；若為非財產上之損害，求職者亦得依性工法第29條之規定請求雇主賠償相當金額；其名譽被侵害者，並得請求回復名譽之適當處分。針對因中高齡而受歧視之求職者，中高齡就促法於第17條第1項亦定有損害賠償請求之依據，惟其並未如性工法第29條明定非財產上損害之規範依據，因而產生適用上之疑義。

由於性工法制定較早且規範較為詳盡，本文以下先就性工法之規定作為討論主軸，並擬從雇主賠償責任之性質、成立要件及賠償範圍

¹¹⁶ Vgl. BAG, Urteil vom 21. 02. 1991 - 2 AZR 449/90, NZA 1991, 719.

¹¹⁷ 參見就服法第65條、性工法第38條之1、中高齡就促法第41條之規定。

等面向，探討被人工智慧決策排除而遭受歧視對待之求職者在主張權利時所可能遭遇之困難，其後則在此基礎上，簡要處理中高齡就促法所衍生之類似問題。

(一)責任性質

當企業使用人工智慧系統進行招聘工作，若其因此造成性別歧視之結果，雇主即可能須對求職者依性工法第26條之規定負損害賠償責任，應予以注意的是，若雇主僅是參考人工智慧的評估結果而作成錄取人選之決策，此應屬於雇主自己作成之決策，雇主應為自己之行為負責，在判斷上較無疑義。惟若在聘僱程序中，人工智慧系統在未經「人類」介入下而自行作成具有歧視性之決策，舉例言之，人工智慧系統對於求職者之履歷進行篩選，經由演算法直接將「不適合」之人選摒除，僅留下「適合的求職者」之名單，被排除的求職者則是基於人工智慧之自我決策，導致求職者因「性別」或「性傾向」而受有不利之待遇，此時雇主是否須為人工智慧系統之自我決策負責？不無疑問。此問題又與性工法第26條之責任性質密切相關，單從本條條文文字觀之，其責任之成立似乎不以雇主對於歧視之決策有故意過失為要件，在此即產生本條規定究竟為「過失責任」或為「無過失責任」之爭議。此一討論之實益在於，雇主得否主張其無可預見人工智慧之歧視決策而免責？

對此問題，實務見解認為本條之適用應以雇主有可歸責事由為前提，最高法院100年台上字第1062號民事判決認為本條應為雇主之「推定過失責任」，此判決指出：「按性別工作平等法第二十六條雖規定受僱者或求職者因第七條之情事，受有損害者，雇主應負賠償責任，而未如民法第一百八十四條第二項但書設有舉證責任轉換之明文，惟該法係為保障性別工作權之平等，貫徹憲法消除性別歧視、促進性別地位實質平等之精神而制定（該法第一條規定參照），性質上應同屬保護他人之法律，且尋繹性別工作平等法第二十六條規定之立法過程，將原草案『故意或過失』文字予以刪除，及其立法理由提及

參考德國民法第六百十一條之一（該條文捨德國一般侵權行為之舉證責任原則，將雇主違反兩性平等原則致勞工受損害者，改採舉證責任轉換為雇主）規定，明定雇主違反第七條規定時之賠償責任，並參照性別工作平等法第三十一條規定揭發舉證責任轉換為雇主之趣旨，應認雇主如有違反該法第七條因性別或性傾向而差別待遇之情事，依同法第二十六條規定負賠償責任時，雇主當受過失責任之推定，亦即舉證責任轉換為雇主，僅於證明其行為為無過失時，始得免其責任。」¹¹⁸

對於最高法院之判決，文獻上有傾向採取「無過失責任」之看法者，其認為立法者既已刪除草案中關於故意過失及故意過失之舉證責任轉換規定，解釋上似可認為本條採無過失責任；此外，其認為最高法院以德國舊民法第611a條作為性工法第26條推定過失責任之依據，在論理上有值得檢討之處，蓋德國舊民法第611a條第1項並非歸責原則之明文，而係舉證責任轉換之規定，判決以之作為過失推定之論理依據，有混淆不同構成要件之嫌。考量到保障受僱者與求職者之性別平等人格法益，似應採取無過失責任之見解¹¹⁹。

對此問題，本文認為，最高法院於前開判決指出，性工法第26條

¹¹⁸ 另可參見臺北地方法院96年訴字第7313號民事判決：「本院認為，在雇主招募、甄試、進用、分發、配置、考績、陞遷、教育訓練、福利措施、薪資給付、退休、資遣、離職、解僱時，如有差別待遇，基於不得以不知法律免責之法理，雇主均應認為有可歸責之事由，換言之，如在上開過程及結果中，雇主有性別差別待遇之行為，至少均可認為係過失所致；況且，性別工作平等法第31條之規定，在求職者釋明其差別待遇之事實後，舉證責任即轉換成雇主，除非法院認為該事實不構成差別待遇，否則雇主在被法院認定差別待遇是基於性別因素或求職者所從事工作之特定性別因素時，除非雇主舉反證推翻並無性別差別待遇之考量，均會認定至少雇主應負過失責任。」

¹¹⁹ 劉素吟，性工法第26條損害賠償責任與過失推定——最高法院100年度台上字第1062號民事判決，載性別工作平等法精選判決評釋，2014年9月，頁202-204。國內文獻有學者傾向認為本條應屬雇主之「無過失責任」，其立論之依據在於，考量到工作場所之安全保障範圍包含生命、身體與健康，而健康又包括生理與心理健康，故本條似無以雇主有過失為損害賠償之要件。參見臺灣勞動法學會編，勞動基準法釋義——施行二十年之回顧與展望，2005年5月，頁391-392（郭玲惠執筆）。

係繼受德國舊民法第611a條而來，並以該條條文中關於舉證責任之轉換之規定作為論述「推定過失」責任之依據，應是有所誤會¹²⁰，探究德國舊民法第611a條第1項第3句，其條文內容為：「有爭議時，於勞工釋明足以推定因性別而受不利對待之事實，雇主就非因性別、差別待遇之正當理由或性別對於該工作具不可拋棄性，負舉證責任。」¹²¹此規定目的僅在於減輕勞工之舉證責任，絲毫未涉及雇主是否須具備可歸責事由之問題，故以此規定作為性工法第26條為推定過失責任之理由，顯有未洽。

然就性工法第26條之損害賠償責任，本文仍傾向認為其為一「過失責任」規定，其理由如下：

首先，從形式而論，性工法第26條之條文雖無「故意過失」之規定，惟此不必然能推導出本條為無過失責任，蓋過失責任為民法之基本原則，無過失責任應為例外¹²²。若觀察我國無過失責任之立法，立法者多設有免責事由，在契約法之無過失責任之規定中，典型之例子為民法第634條之規定，運送人對於運送物之喪失、毀損或遲到應負責任，但書則規範責任排除之事由，若運送人能證明其喪失、毀損或遲到，係因不可抗力或因運送物之性質或因託運人或受貨人之過失而致者，則無須負損害賠償責任。其他如民法第654條第1項旅客運送人之責任¹²³、民法第606條場所主人之責任¹²⁴、民法第607條飲食店、浴

¹²⁰ 相同觀察，參見劉素吟，同前註，頁203-204。

¹²¹ 德國舊民法第611a條第1項第3句原文為：「Wenn im Streitfall der Arbeitnehmer Tatsachen glaubhaft macht, die eine Benachteiligung wegen des Geschlechts vermuten lassen, trägt der Arbeitgeber die Beweislast dafür, daß nicht auf das Geschlecht bezogene, sachliche Gründe eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen oder das Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für die auszuübende Tätigkeit ist.」

¹²² 王澤鑑，債法原理，增訂新版，2022年2月，頁340-341。

¹²³ 民法第654條第1項規定：「旅客運送人對於旅客因運送所受之傷害及運送之遲到應負責任。但因旅客之過失，或其傷害係因不可抗力所致者，不在此限。」

¹²⁴ 民法第606條之規定：「旅店或其他供客人住宿為目的之場所主人，對於客人

堂或其他相類似場所主人¹²⁵亦採取相近之條文編排方式。又如民法第487條之1條關於僱用人之損害賠償責任，受僱人服勞務致受損害者，只要是非因「可歸責於受僱人本身之事由」，僱用人即須對受僱人負損害賠償責任。民法第487條之1規定本質上亦屬僱用人之「無過失責任」¹²⁶，其雖未設有類似上開規定之但書，惟其將責任之成立限縮在受僱人「非可歸責於自己之事由，致受損害者」，此某種程度亦屬於限制雇主無過失責任之額外要件。再觀察侵權法上之無過失責任，其不但有免責事由之規範，有時更定有責任限額。以核子損害賠償法為例，其於第18條規定核子設施經營者之損害賠償責任，對於核子損害之發生或擴大，核子設施經營者「不論有無故意或過失」皆應負責，本條之但書設有免責事由，若「核子事故係直接由於國際武裝衝突、敵對行為、內亂或重大天然災害所造成者」則排除核子設施經營者之責任；此外，於第24條第1項明定責任限額¹²⁷，以避免賠償責任過度擴張。又如公路法第64條第1項規定汽車或電車運輸業者於行車事故之損害賠償責任，此為一無過失責任之規定，立法者於但書中定有免責事由¹²⁸，且同條第2項¹²⁹以及第3項¹³⁰亦設有責任限額之明文。反觀

所攜帶物品之毀損、喪失，應負責任。但因不可抗力或因物之性質或因客人自己或其伴侶、隨從或來賓之故意或過失所致者，不在此限。」

¹²⁵ 民法第607條之規定：「飲食店、浴堂或其他相類場所之主人，對於客人所攜帶通常物品之毀損、喪失，負其責任。但有前條但書規定之情形時，不在此限。」

¹²⁶ 由本條之立法理由亦可獲知要求雇主負無過失責任之原因，其立論依據在於雇主為自己之依據而使用他人從事事務，因該事務本身之危險性而造成之損害，僱用人應對受僱人負責，此不以僱用人具有故意過失為其責任成立之要件。

¹²⁷ 核子損害賠償法第24條第1項：「核子設施經營者對於每一核子事故，依本法所負之賠償責任，其最高限額為新台幣四十二億元。」

¹²⁸ 公路法第64條第1項：「汽車或電車運輸業遇有行車事故，致人、客傷害、死亡或財、物損毀、喪失時，應負損害賠償責任。但經證明其事故發生係因不可抗力或因託運人或受貨人之過失所致者，不負損害賠償責任。」

¹²⁹ 公路法第64條第2項：「前項貨物損毀、滅失之損害賠償，除貨物之性質、價值於裝載前經託運人聲明，並註明於運送契約外，其賠償金額，以每件不超

性工法第26條則未如以上無過失責任規定設有免責事由或責任限額規定，故是否能單以其未於條文中要求雇主須有主觀歸責要件，即認為此乃無過失責任規定，實有疑義。

再者，從性工法第26條之性質觀之，此為雇主違反歧視禁止義務之責任依據，以聘僱階段而言，由於雙方尚在締結契約之準備階段，法律禁止雇主對求職者為性別歧視，在性質上應屬法律課以雇主之先契約義務，性工法第26條嚴格說來是締約上過失責任之特別規定，若觀察我國民法第245條之1關於締約上過失責任之規定¹³¹，其責任之成立，須違反先契約義務之一方具有可歸責事由，第1項第1款及第2款之主觀歸責事由甚至要求「惡意」及「故意或重大過失」之程度，第3款雖無明文規定主觀要件，惟學說¹³²與實務¹³³多肯認其須以行為人有可歸責事由為前提。循此思考，考量到性工法第26條之責任性質，應無作不同解釋之理。

由以上討論可知，性工法第26條未明確規定雇主須具備主觀歸責事由，此有檢討必要，然在現行法之解釋上，應認為本條責任之成立須以雇主有可歸責事由為要件，同樣的問題也發生在中高齡就促法第17條第1項之規定，由於本條之條文內容與立法目的與性工法第26條之規定相似，故其責任性質亦屬締約上過失責任，從而雇主僅於違反

過新台幣三千元為限。」

¹³⁰ 公路法第64條第3項：「人、客傷害、死亡之損害賠償辦法，由交通部另定之。」經本條授權，交通部訂定汽車運輸業行車事故損害賠償金額及醫藥補助費發給辦法，依該辦法第4條：「汽車運輸業之車輛，因行車事故致人、客傷害或死亡，除因不可抗力不負損害賠償責任外，如能證明其事故之發生非由於其過失所致者，仍得依左列標準酌給喪葬或醫藥補助費：一、死亡者，最高金額新台幣十萬元。二、受傷者，按實補助醫藥費，最高金額新台幣七萬元。」

¹³¹ 國內採此見解者，參見向明恩，對我國民法第245條之1之反省與檢討，臺北大學法學論叢，第79期，2011年9月，頁193-194。

¹³² 同前註，頁175；楊芳賢，民法債編總論上，修訂2版，2020年9月，頁80-81；陳忠五，論契約責任與侵權責任的保護客體：「權利」與「利益」區別正當性的再反省，國立臺灣大學法學論叢，第36卷第3期，2007年11月，頁210。

¹³³ 參見臺灣高等法院臺中分院96年重上字第22號判決。

歧視禁止義務具有可歸責事由時，始對求職者負損害賠償責任。

(二)責任成立

若採取本文見解，認為性工法第26條與中高齡就促法第17條之損害賠償責任在性質上屬於違反先契約義務之締約過失責任，則此責任成立之要件，除了雇主因使用人工智慧系統而發生對性別或中高齡之歧視結果外（先契約義務之違反），尚須具備雇主就該歧視結果之發生有可歸責事由、求職者因該歧視而受有損害，以及該歧視與損害間存在因果關係等要件。

其中，就義務違反之要件而論，雇主使用人工智慧系統從事招聘工作，單純使用本身並不構成義務之違反，蓋企業已越來越倚重由人工智慧系統協助其尋找合適人才，而人工智慧確實也為企業與求職者帶來了相當程度之便捷，節省時間與人力成本，此亦為人類未來世界發展之趨勢，故雇主使用人工智慧系統並不會被評價為義務之違反。然而，當人工智慧所作成之決策與法律所禁止之指標有關，此一歧視決策對於使用人工智慧之雇主而言，仍構成（先契約）義務違反。至於在可歸責事由之要件層次上，有必要區分以下情況而為討論：

第一，人工智慧作成具有歧視性的決策可能是源於學習、發展階段之缺失，此通常可歸咎於人類的不當行為，當人類投放「訓練數據」供人工智慧學習時，若此一「訓練數據」本身存在歧視性的指標，人工智慧在錯誤之基礎上自可能產生歧視性的決策。舉例言之，若某企業將過去「模範員工」之資料投放予人工智慧學習，但該企業過去多僱用男性員工，故以現有之人事資料作為學習樣本，人工智慧即會辨識出「男性」之指標正面意涵，並以此建立規則，此將導致其對於將來錄取人選的選擇上會偏好男性求職者¹³⁴。當企業係有意或因疏忽而投放具有歧視性的訓練數據讓人工智慧學習，演算法依據錯誤資料自行發展後而作成具有歧視性之決策應屬在意料之中，此時可直接評價為雇主具有可歸責事由。

¹³⁴ Dzida/Groh, a.a.O. (Fn. 30), S. 1917.

第二，歧視決策尚可能肇因於設計開發者之行為，例如設計開發者在演算法設計之過程中有意或無意加入自己之評價或偏見而導致「模型偏差」(Modellfehler)¹³⁵，此時即產生雇主是否須為「系統設計開發者」之過失行為負責之疑問，在此類情況下，「系統設計開發者」可否被視為是民法第224條之履行輔助人？對此問題，本文認為應依個案判斷，若雇主向他人購置規格化之系統，就他人對於系統設計上之缺陷，不應由雇主負責。但若企業因自身之聘僱需求而委由系統設計開發者設計建置人工智慧招聘系統，系統設計開發者應可被認為係雇主之履行輔助人¹³⁶，因設計缺陷所致之歧視性決策，自應由雇主負責。

第三，若人工智慧之歧視決策非屬前兩種情況，而僅單純涉及演算法運作之結果，此時雇主得否以其無從預見人工智慧決策之過程，進而主張自己就該歧視之決策欠缺可歸責事由而不負賠償責任？在此涉及到雇主應否為人工智慧之歧視決策負責之問題，而核心的爭議在於，人工智慧可否被評價為民法第224條之債務履行輔助人？

若考量到民法第224條之立法目的，其係建立在「債務人因使用他人履行債務而獲得擴張交易領域之利益，自應承擔因該他人行為所衍生之危險」之基礎思考上¹³⁷，此或可作為雇主為人工智慧決策負責之依據，蓋企業使用人工智慧目的在於有效處理求職者之資訊，提升聘僱工作之效率，故其應承擔人工智慧作成歧視決策之危險。然而，從第224條之條文內容可知，雇主應負責之對象應僅限於代理「人」或者使用「人」，但人工智慧欠缺權利主體資格，無法被歸入履行輔

¹³⁵ Dzida/Groh, a.a.O. (Fn. 30), S. 1917.

¹³⁶ Freyler, a.a.O. (Fn. 34), S. 284/288.

¹³⁷ Steffen Wettig, Vertragsschluss mittels elektronischer Agenten: eine interdisziplinäre Untersuchung mit juristischem Schwerpunkt unter Einbeziehung internationaler, technischer und philosophischer Aspekte, 2010, S. 332.

助「人」之概念，故無法直接適用民法第224條之規定¹³⁸。民法並未對於使用人工智慧之責任歸屬設有明文規定，應屬一「法律漏洞」，蓋立法者於制定民法之際，未能預見到未來世界之科技發展情況，自無從對此加以規範，至於如何填補此一法律漏洞，應考慮有無類推適用民法第224條之餘地，蓋若人工智慧之決策本身能被評價是債務履行輔助人之過失行為，則雇主自應依此規定而為該歧視決策負同一責任。對此問題，國內外文獻已有不少討論，以德國為例，針對此類使用人工智慧之情況能否類推適用德國民法第278條（類似我國民法第224條）之疑義，學說上見解不一，茲分述如下：

文獻上有採取肯定見解者，其立論之基礎在於德國民法第278條之規範目的，債務人既然因使用人工智慧而獲得擴張其交易範圍、活動空間之利益，自應承擔其所伴隨而來之風險，債權人不該因為債務人使用人工智慧而蒙受損害¹³⁹。雇主之所以願意在招聘過程中導入人工智慧技術，其好處即是人工智慧能在短時間內有效率地挑選出最佳人選，雇主既因使用人工智慧獲得工作效率提升、時間金錢成本降低之利益，自應對於人工智慧所作出具有歧視性之決策負擔責任。再者，相較於由人事部門主管作成之決策，人工智慧經由演算法分析之結果可能更為客觀，人類可能基於不同之成長背景、教育程度而對特定族群之求職者具有某種刻板印象或偏見，其違反歧視禁止規範之風險甚至可能高於人工智慧，雇主既須為「人類」決策負責，自無不須對「人工智慧」之決策負責之理。此外，對於求職者而言，其因「性別」、「性傾向」等法律禁止之指標而遭受歧視，並不會因為該決策係由「人類」或「人工智慧」之作成而有所不同¹⁴⁰，蓋此皆無法改變求職者人格法益受到侵害之事實。基於上開理由，應認為有類推適用德國民法第278條之餘地。

¹³⁸ 相同見解，呂彥彬，前揭註86，頁352。

¹³⁹ Wettig, a.a.O. (Fn. 137), S. 332.

¹⁴⁰ von Lewinski/ de Barros Fritz, a.a.O. (Fn. 53), S. 620/623; Dzida/Groh, a.a.O. (Fn. 30), S. 1917/1920.

相較於此，多數學者傾向認為在此情況無類推適用德國民法第278條之餘地¹⁴¹。有學者將過往對於債務人使用「自動化機器」故障之討論援用到雇主使用人工智慧而生歧視決策之情況，以作為否定類推適用之可能理由¹⁴²。詳言之，早期文獻上曾認為，債務人使用自動化機器履行債務，對於機器故障造成他方當事人之損害，基本上可認為使用人未盡其謹慎維護之義務，蓋依一般舉證責任之分配，就義務之違反，債務人須證明自己無可歸責之事由始能免責，然債務人要能證明已盡謹慎維護義務仍發生故障情事，實屬不易，因此債權人已受有相當之保護，故無類推適用德國民法第278條之必要¹⁴³。若將此一思考沿用於人工智慧之歧視決策之案例，雇主亦難以證明對於歧視禁止義務之違反無可歸責之事由，故舉證責任之倒置規定已足以保護被歧視之求職者，因此無須再類推適用德國民法第278條¹⁴⁴。另一個否定類推適用的理由在於，德國民法第278條係將履行輔助人之故意過失歸屬於債務人之規範，故須以履行輔助人之故意、過失之行為作為前提，而人工智慧之決策雖具有一定之自主性，究其本質應非屬人類意識控制下之行為，且人工智慧欠缺責任能力，無故意過失可言，從而無從類推適用該條規定¹⁴⁵。

關於此一問題，本文傾向採取否定之見解，企業使用人工智慧進行招聘工作，雇主對於人工智慧所為之自我決策，在現行法下似難有類推適用我國民法第224條規定之空間。針對前述第一個反對類推適用之理由，本文認為尚有商榷之處，造成聘僱歧視之原因若源於雇主

¹⁴¹ Friedrich G. Biermann, *Wissenszurechnung und Künstliche Intelligenz*, 2022, 192; Markus Kaulartz/Tom Hinrich Braegelman (Hrsg.), *Rechtshandbuch Artificial Intelligence und Machine Learning*, 2020, Kap. 6, Rn. 60; Stefan Klingbeil, *Schuldnerhaftung für Roboterversagen*, *Juristen Zeitung* (2019), S. 718/720.

¹⁴² Vgl. von Lewinski/de Barros Fritz, a.a.O. (Fn. 53), S. 620/623.

¹⁴³ Vgl. *MüKoBGB/Grundmann*, 9. Aufl., 2022, BGB § 278 Rn. 46.

¹⁴⁴ 此一見解之介紹，vgl. von Lewinski/ de Barros Fritz, a.a.O. (Fn. 53), S. 620/623.

¹⁴⁵ Jens Günther/Matthias Böglmüller, *Künstliche Intelligenz und Roboter in der Arbeitswelt*, *Betriebs Berater* (2017), S. 53/55.

未盡其妥適維護人工智慧系統之義務時，對於求職者因歧視所受之損害，雇主本應負責，蓋雇主基本上無法證明其不具可歸責事由；相較於此，只要雇主已踐行謹慎維護義務，而此聘僱歧視之結果係源於演算法之最適決策，則此涉及到雇主應否對於人工智慧之自主決策負責之問題，此非雇主單純盡其謹慎維護義務即可避免，反倒是雇主能主張人工智慧之自主決策非其所能預見，故無可歸責事由而得免責。現今人工智慧之發展與運作已非過去自動化機器所能比擬，故過往對於自動化機器故障之見解並不宜援用於運用人工智慧聘僱之情況，以此作為否定類推適用之理由，當屬無據。

本文認為，類推適用並非毫無界線，而須確認個案與被類推適用之法條規範對象是否具備「可資比較之利益狀態」。觀諸民法第224條之性質，其作用乃將履行輔助人之故意過失行為「歸屬」於債務人，因此，若要讓債務人為履行輔助人之故意過失負同一責任，其應以履行輔助人本身須有「故意過失」之「行為」為前提，於使用人工智慧之情況，縱使人工智慧之決策有一定之自主性，惟此僅係演算法運作之結果，而非「人類」意思所支配下之「行為」，更重要的是，人工智慧根本無承擔「故意過失」之可能，故欠缺「可資比較之利益狀態」，從而難認為有類推適用民法第224條之餘地。若由此結論觀之，雇主藉由人工智慧之使用而獲有利益之同時，卻可以其無法預見人工智慧之歧視決策而脫免責任，此顯非合於事理之平。事實上，此一問題並非使用人工智慧而生聘僱歧視之情況所獨有，而屬於民事契約法在人工智慧時代下所面臨之共同難題¹⁴⁶，而在解釋論及類推適用之侷限下，應透過立法方式予以解決，方為妥適¹⁴⁷。

(三) 責任範圍

從上開之討論可知，於人工智慧自行作成歧視性決策之情況，雇

¹⁴⁶ 參見呂彥彬，前揭註86，頁352-356。

¹⁴⁷ 國外文獻之建議參見Klingbeil, a.a.O. (Fn. 141), S. 718/724. 國內學者提出立法建議，詳見呂彥彬，前揭註86，頁360-364。

主之損害賠償責任恐因其欠缺可歸責事由而無法成立。若未來在立法論上有所突破，或者是採取可類推適用民法第224條之看法（非本文見解），即應探討責任範圍之問題。

因「性別、性傾向」或「年齡（中高齡）」遭受歧視之求職者，就其財產上之損害，可依性工法第26條、中高齡就促法第17條第1項之規定向雇主請求賠償。若求職者因受歧視而未被錄用，其因申請該職缺所支出之費用，性質上屬於所受損害，求職者可向雇主請求賠償，較無疑問（民法第216條第1項規定參照）。有疑義者為，求職者無法取得工作之本身，乃至於預期可取得工作所喪失之利益（工資），求職者可否向雇主請求損害賠償？

就喪失之工作機會本身，依民法第213條第1項之規定，雇主應回復他方損害發生前之原狀，在此可能產生之問題為：受到歧視之求職者可否請求雇主僱用？對此問題，應採取否定見解，蓋若認為雇主負有與求職者訂立契約之義務，恐有牴觸契約自由原則之疑慮，由於雇主原則上享有選擇契約相對人之自由，在現行法下，以強制締約制度取代當事人之意思應屬罕見之例外¹⁴⁸，故應認為在現行法下求職者應無請求雇主僱用之權利。對此，德國一般平等待遇法於第15條第6項甚至明文規定，求職者並無請求雇主僱用之權利¹⁴⁹。

至於求職者因受歧視而未被錄取，就其因此可能損失之工資，應有依據性工法第26條、中高齡就促法第17條第1項之規定向雇主請求損害賠償之可能。依照一般舉證責任分配原則，求職者請求損害賠償時，須主張自己是雇主所開設職缺之最佳人選，其未被錄用係受雇主

¹⁴⁸ 關於強制締約之論述，請參見王澤鑑，前揭註122，頁93-96。

¹⁴⁹ 一般平等待遇法第15條第6項之原文為：「Ein Verstoß des Arbeitgebers gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 begründet keinen Anspruch auf Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses, Berufsausbildungsverhältnisses oder einen beruflichen Aufstieg, es sei denn, ein solcher ergibt sich aus einem anderen Rechtsgrund.」〔翻譯：雇主違反第7條第1項所規定之歧視禁止，（求職者或受僱者）無成立僱用關係、職業教育關係或職業升遷之請求權，但基於其他法律規定而得主張者，不在此限。〕

歧視所致，當雇主爭執此一事實，求職者須證明自己在未受歧視之情況下會被雇主錄用¹⁵⁰。然而此一事實對於求職者而言，實際上並不容易證明，而性工法第31條與中高齡就促法第14條僅是針對「差別待遇」一事存否有爭執時減輕求職者舉證責任之規定，就義務違反與損害間之因果關係，仍須由求職者負舉證責任，當求職者無法證明自己為「資格最適者」，則無法依性工法第26條之規定向雇主請求損害賠償。

除了財產上之損害外，因性別、性傾向而遭受歧視之求職者另可依性工法第29條，就其非財產上之損害請求雇主賠償相當之金額。由前開論述可知，受歧視之求職者礙於舉證之困難，其能成功向雇主請求給付喪失之工作所得之機率微乎其微，故在實務上具有重要性者應是性工法第29條之規定。當雇主基於「性別」或「性傾向」等求職者無法決定之出生影響因素而給予歧視，此所涉及者為對於求職者人格法益侵害，立法者已明確表示性工法之立法目的在於保障性別工作權之平等，貫徹憲法消除性別歧視、促進性別地位實質平等之精神¹⁵¹，求職者若因「性別」或「性傾向」被歧視而未被錄取，基本上應得肯認其「兩性平等人格法益」¹⁵²受到侵害，並不以該求職者為「該職缺之最佳人選」為要件，故求職者就其非財產上之損害，得向雇主請求賠償相當之金額。

至於何謂「相當」之金額，立法者給予法院必要的裁量空間，讓法院可依個案情節之輕重加以衡量。依照實務之見解，其核給標準，須斟酌雙方之身分、資力與加害程度及其他各種情形核定相當之數額。而所謂「相當」自應以實際加害情形與其名譽影響是否重大及被

¹⁵⁰ Vgl. BGH, Urteil vom 23. 04. 2012 – II ZR 163/10, NZA 2012, 797; BAG, Urteil vom 19. 08. 2010 - 8 AZR 530/09, NZA 2010, 1412; Bauer/Krieger/Günther, a.a.O. (Fn. 85), § 2 AGG Rn. 25.

¹⁵¹ 參見性工法第1條之規定。

¹⁵² 實務判決更具體將之稱為「兩性平等人格法益」，參見最高法院98年台上字第2249號判決。

害人之身分地位與加害人經濟情況等關係定之¹⁵³。若搜尋實務判決關於性工法第29條之判決，鮮少有遭受性別歧視而未被錄用之求職者向雇主請求非財產上損害之賠償之案例，故難以知悉實務在此類案件中酌定之額度。若參酌德國法制中對於聘僱歧視案例之處理標準，在不考量額外加重因子所酌定之非財產上損害賠償應以一個半月之工資為適當¹⁵⁴。在求職者因歧視而未獲錄用之情況，德國一般平等待遇法第15條第2項對於非財產上之損害賠償額度設有上限，求職者得請求之金額不得超過三個月之工資，惟此一限制僅適用於即使排除歧視仍不會被僱用之求職者，若是「資格最佳」之求職者仍得請求超過此一數額之損害賠償¹⁵⁵。

相對於此，遭受年齡歧視之中高齡求職者在現行法下是否能向雇主請求非財產上損害之賠償？不無疑問。依據中高齡就促法第17條第1項之規定，求職或受僱之中高齡者及高齡者，因第12條第1項之情事致受有損害，雇主應負賠償責任。求職者得依本條規定請求雇主賠償其財產上之損害自無疑問，然就非財產上之損害，依民法第18條第2項之規定，人格權受侵害時之慰撫金請求以法律有特別規定者為限，然立法者在中高齡就促法中未如性工法第29條明定求職者非財產上損害之法律依據。就此而言，性工法第29條有無類推適用之餘地？本文傾向採取否定見解，蓋我國非財產上損害之賠償（慰撫金）之請求，須有法律明文規定，不宜逕為類推適用。惟受歧視之中高齡求職者仍有人格法益受侵害之情事，故可依一般侵權行為規定請求損害賠償，就非財產上損害亦可依民法第195條第1項規定向雇主請求。

二、其他因法律所禁止之指標之歧視

除了性別與年齡（中高齡）歧視外，當雇主使用人工智慧協助聘

¹⁵³ 參見最高法院51年台上字第223號裁判先例，臺灣高等法院106年勞上易字第96號判決。

¹⁵⁴ Bauer/Krieger/Günther, a.a.O. (Fn. 85), § 15 AGG Rn. 35.

¹⁵⁵ Bauer/Krieger/Günther, a.a.O. (Fn. 85), § 15 AGG Rn. 36.

僱工作，求職者尚可能因為就服法所禁止之指標而遭受歧視，惟就服法本身並無雇主應負損害賠償責任之規定，故受歧視之求職者如欲對雇主求償，須另尋法律基礎。在此，可想像的責任依據為締約上過失與侵權行為責任等規定，以下分別說明之。

(一) 締約上過失責任

在締結契約之準備或磋商階段，當事人因締約而為交易上之接觸，基於信賴而產生法律上之特別結合關係，從而互負通知、說明、協力、保護及忠實等附隨義務，若因一方當事人之故意過失，致契約不成立或無效者，應對他方因信賴契約有效成立而受損害，負損害賠償責任，此為締約上過失理論之基礎思考¹⁵⁶。我國民法於民國八十八年債編修正時增訂第245條之1規定，作為締約上過失責任之明文，該條第1項規定：「契約未成立時，當事人為準備或商議訂立契約而有左列情形之一者，對於非因過失而信契約能成立致受損害之他方當事人，負賠償責任：一、就訂約有重要關係之事項，對他方之詢問，惡意隱匿或為不實之說明者。二、知悉或持有他方之秘密，經他方明示應予保密，而因故意或重大過失洩漏之者。三、其他顯然違反誠實及信用方法者。」

在聘僱程序中，就服法課予雇主禁止歧視之義務，旨在保護求職者源於平等權及工作權之不受歧視之人格法益，若從求職者的角度，此義務某程度也在維護其信賴勞動契約能在不受歧視因素影響下順利締結之利益。在此理解下，應可認為歧視禁止義務乃立法者課予雇主在締約階段（招聘程序）之法定先契約義務，如有違反，雇主所負責任之性質，應屬締約上過失責任範疇。至於責任依據，本文認為其應足以該當於「顯然違反誠信及信用之方式」加損害於信契約成立之求職者的情況，故求職者得依民法第245條之1第1項第3款規定向雇主請求損害賠償。

¹⁵⁶ 王澤鑑，前揭註122，頁259-261。

文獻上有認為，民法第245條之1第1項第3款規定不應適用於違反保護義務致他人固有利益受侵害之案例（如人身或所有權之侵害），其主要理由如下：其一，本條規定之文義上難以涵蓋此類案例；其二，不同於德國通說將此案例劃歸締約上過失，乃為避免僱用人得依德國民法第831條第1項第2句規定（類似我國民法第188條第1項但書規定）免責，然有鑑於我國實務鮮少有僱用人得依民法第188條第1項但書規定舉證免責之例，加上同條第2項尚有德國民法所無之僱用人衡平責任規定，故一般侵權行為規定已足以保護被害人，而無須再求諸於締約上過失責任規定，以避免發生「向契約法逃避」的現象¹⁵⁷。

不過，本文基於以下理由而持不同看法：首先，承認侵害固有利益之案例得適用締約上過失責任規定將對於被害人之保護更加周全，因為其不僅提供另一個可資救濟之權利，在舉證責任的分配上，亦較有利於被害人。蓋於一般侵權行為規定，除非個案足以該當於民法第184條第2項規定，否則被害人須證明加害人有故意過失，但於締約上過失責任，由於其性質上更近於契約責任，故一般認為被害人無庸證明加害人有可歸責事由，反而是加害人須舉證自己就先契約義務之違反無可歸責始能免責¹⁵⁸，若由舉證負擔的角度觀之，肯認此類案例得適用締約上過失責任規定，對於被害人更加有利。

再者，否定見解提到民法第245條之1規定之文義無法涵蓋侵害固有利益之案例，此一說法在侵害他方當事人身體健康情況（如經典的德國「蔬菜葉案」¹⁵⁹）或言之成理，但在聘僱歧視的案例，雇主違反歧視禁止義務而侵害求職者人格法益的情況，反而十分契合於本條第1項第3款當事人一方（雇主）以「顯然違反誠信及信用之方式」（違

¹⁵⁷ 陳聰富，締約上過失的責任構成與救濟方法，政大法學評論，第169期，2022年6月，頁276-277；相同見解，參見王澤鑑，前揭註122，頁276-277；楊芳賢，前揭註132，頁70-71。文獻上認為民法第245條之1第1項第3款規定應包括侵害固有利益之案型者，參見向明恩，前揭註131，頁180-181；鄭冠宇，民法債編總論，第4版，2021年8月，頁299。

¹⁵⁸ 王澤鑑，前揭註122，頁279；向明恩，前揭註131，頁180-181。

¹⁵⁹ BGH, Urteil vom 28. 01. 1976 – VIII ZR 246/74, BGHZ 66, 52.

反歧視禁止義務)致信契約有效(勞動契約能有效締結)之人(求職者)受有損害(人格法益受侵害)之文義,故應否單從法條文義而全數排除侵害固有利益之案例,誠有可議之處。

更重要的理由在於,一方當事人於締約磋商階段侵害他方固有利益之案例,本來就屬於一種「侵權以上契約未滿」的中間責任類型,從而關鍵性的問題在於,究竟應將其「推向」契約責任範疇,抑或「留待」侵權行為法領域處理。前開否定見解認為被害人應按一般侵權行為規定保護,此或許是一種價值選擇,但若從立法者增訂民法第245條之1規定係為保護締約磋商階段所建立之信賴關係的角度觀之,肯認侵害固有利益之案例得適用締約上過失責任規定,進而提供被害人更周全的保護,或許更符合立法者的想法。

基於上開理由,本文認為,在雇主違反歧視禁止義務而侵害求職者人格法益的情況,應該當於民法第245條之1第1項第3款之規定,故雇主應負締約上過失責任。

依本文之見,雇主在招聘程序因使用人工智慧發生之聘僱歧視,若其涉及「就服法所禁止之指標」,自有構成締約上過失責任的可能。不過仍應注意的是,由於此責任之成立仍應以雇主就(人工智慧造成之)歧視禁止義務之違反,具有可歸責事由為要件,故其最終仍須面臨到雇主得否以其無法預見人工智慧歧視決策而主張免責,以及民法第224條規定能否(類推)適用等難題,此可詳見前述討論(肆、一、(二)),在此不予贅述。

(二)侵權責任

退步言之,縱認為我國締約上過失責任規定無法涵蓋侵害固有利益之案例,但由於就業歧視構成求職者人格法益之侵害,故受歧視之求職者仍有依民法第184條第1項前段規定請求損害賠償之餘地。如雇主故意為歧視行為,其更可能構成民法第184條第1項後段故意以背於

善良風俗加損害於他人之情況¹⁶⁰。此外，對於求職者更有意義者，則是民法第184條第2項規定，蓋就服法第5條第1項關於歧視禁止之規範旨在保障求職者（與受僱人）不因個人無法改變之特徵或是因為個人自然發展、行使自由權而受到差別待遇¹⁶¹，立法者透過本條規定對人民就業平等為法律具體之保障，故其應屬民法第184條第2項「保護他人之法律」¹⁶²，若從此一責任規定之性質為「推定過失責任」觀之，只要雇主違反就服法第5條第1項規定，致求職者受有損害，雇主即被推定有過失，其僅能於證明自己無過失時始能免責，這對於尋求權利救濟之求職者更為有利。

然而以上侵權責任之規定，在企業使用人工智慧而發生聘僱歧視的情況，可能遭遇以下困境：首先，有鑑於人工智慧決策之自主性風險，雇主基本上難以瞭解其決策之過程，故該歧視結果得否評價雇主之加害「行為」，恐生疑問。縱採取相對廣義的理解，認為人工智慧造成的不利對待決策仍為雇主之行為（詳見前述參、二、(-)），但由於人工智慧之決策結果亦非雇主所能預見，故能否單以歧視結果即遽認定雇主有「過失」，更有疑問。另因人工智慧不具權利主體之資格地位，故亦難認為其為雇主之受僱「人」，從而責令雇主負僱用人之賠償責任。

由以上分析可知，針對人工智慧所作成之歧視決策，致侵害求職者人格法益而生之損害賠償問題，現行侵權責任規定在解釋論上似乎難以回應。然此一責任法上的困境並非聘僱歧視問題所獨有，而是傳統侵權責任面對人工智慧科技所面臨的共同難題。有鑑於此，歐盟近年來有不少立法建議，以二〇一七年歐洲議會提出之「機器人民事規範」建議為例，其即有關於承認電子人（ePerson）之倡議¹⁶³，另於二

¹⁶⁰ 參見葉啓洲，民事交易關係上之反歧視原則——德國一般平等待遇法之借鏡，東吳法律學報，第26卷第3期，2015年1月，頁150。

¹⁶¹ 黃程貫主編，前揭註40，頁357。

¹⁶² 參見臺灣新北地方法院108年板簡字第380號判決。

¹⁶³ Entschließung des Europäischen Parlaments vom 16. Februar 2017 mit Empfehlungen

○二〇年十月歐洲議會所提出之「使用人工智慧之民事責任規範」建議¹⁶⁴，其附件「人工智慧使用責任規則」草案¹⁶⁵，嘗試區分不同危險等級之人工智慧系統¹⁶⁶，並要求高危險人工智慧的使用者，須就其因此造成之人身或財產損害，負無過失責任（嚴格責任）¹⁶⁷，至於其他非高危險之人工智慧系統，使用者須就特定義務之違反承擔推定過失責任¹⁶⁸。我國未來應否作此類似立法，以填補當前侵權行為法之不足，本文限於篇幅，尚難詳論，但此等立法思考，或可作為我國未來立法上之重要指引。

伍、結 論

綜合以上討論，本文結論如下：

一、我國並未有統一之就業歧視法制規範，除了就服法第5條第1

an die Kommission zu zivilrechtlichen Regelungen im Bereich Robotik (2015/2103(INL)) sub 59 lit.f.

¹⁶⁴ Entschließung des Europäischen Parlaments vom 20. Oktober 2020 mit Empfehlungen an die Kommission für eine Regelung der zivilrechtlichen Haftung beim Einsatz künstlicher Intelligenz (2020/2014(INL)).

¹⁶⁵ Empfehlungen zur Ausarbeitung einer Verordnung des europäischen Parlaments und des Rats über Haftung für den Betrieb von System mit künstlicher Intelligenz.

¹⁶⁶ 類似的人工智慧系統分級概念，亦可參見歐盟在2021年4月21日公布的「人工智慧規則草案」（Vorschlag für eine Verordnung des europäischen Parlaments und des Rats zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz），其第3節有詳細規範。

¹⁶⁷ 參見草案建議之第4條第1項規定（Art. 4Abs. 1: „Der Betreiber eines KI-Systems mit hohem Risiko unterliegt verschuldensunabhängiger Haftung für alle Personen- oder Sachschäden, die von einer von dem KI-System angetriebenen physischen oder virtuellen Aktivität, Vorrichtung oder Prozess verursacht wurden.“）。

¹⁶⁸ 參見建議之草案第8條第1項規定（Art. 8 Abs. 1: „Der Betreiber eines KI-Systems, das kein KI-System mit hohem Risiko im Sinne von Artikel 3 Buchstabe c und Artikel 4 Absatz 2 ist und folglich nicht im Anhang der Verordnung aufgeführt ist, unterliegt für alle Personen- oder Sachschäden, die durch eine von dem KI-System angetriebene physische oder virtuelle Aktivität, Vorrichtung oder einen entsprechenden Prozess verursacht wurden, der verschuldensabhängigen Haftung.“）。

項設有就業歧視禁止之一般性規範外，於性工法及中高齡就促法又另定有「性別歧視之禁止」與「禁止年齡歧視」專章，各法間之法條用語、規範密度未盡相同，從而產生適用上之疑義。首先，單純比較各法間之規定，則可得出立法者對因「性別、性傾向」及「年齡（中高齡）」而受歧視之求職者之保護較為優厚，蓋就服法本身欠缺雇主民事賠償責任以及舉證責任減輕之規定，當求職者因其他就服法所禁止之指標被歧視而欲向雇主流求償，則須另尋法律依據或者在現行法上探求類推適用之可能性。再者，性工法與中高齡就促法雖皆就雇主之民事損害賠償責任設有規範，然中高齡就促法並無如性工法第29條明定求職者非財產上損害之法律依據，即產生適用上疑義。求職者或受僱者僅因「被歧視之原因」不同，而實際影響到對雇主流求償之難易度，在立法政策應有重新檢討之必要。

二、就服法並無如同性工法第31條、中高齡就促法第14條對於求職者、受僱者設有舉證責任減輕之規定，本文以為除了「性別、性傾向」、「年齡（中高齡）」之指標外，求職者因其他就服法所禁止之指標受有差別待遇，在訴訟上應可類推適用舉證責任減輕之規定，蓋在於此類就業歧視之案件同樣具有證明困難之特性，更何況「性別、性傾向」與「年齡」原本即被就服法之十八項指標所涵蓋，皆屬立法者認為應被禁止之指標而同等重要，立法者應無獨厚受「性別、性傾向」與「年齡（中高齡）」歧視之當事人之意，基於平等原則，於其他歧視案件類型，應有類推適用性工法及中高齡就促法規定之餘地。

三、有關就業歧視之認定，首應先審視雇主是否因法律所禁止之指標而對求職者為「直接或間接之不利對待」，若肯認之，則應進一步檢視雇主是否具備「正當事由」。雇主所為之「差別待遇」若無「正當理由」始得被認定為違法而成立就業歧視。本於人工智慧之使用原理與特性，人工智慧所作之決策可能產生「間接歧視」之結果，於判斷雇主是否違反歧視禁止規定時，適用現行法之規定將遭遇以下適用之困境：

(一)首先，人工智慧所為之歧視性決策可否被評價為「不利對

待」，誠有疑問。本文認為應採取較為廣義之解釋，對於求職者或受僱者而言，其在就業層面客觀上受有不利待遇之事實，縱使雇主將人事決策之選擇空間委由人工智慧進行決策，亦應認為此屬於反歧視法制中所為之「對待」。

(二)再者，求職者遭聘僱歧視在訴訟上本即難以證明，而人工智慧之使用更可能加劇求職者主張權利時之證明難度，演算法之自主決策性格與不透明將使「不利對待」與「法律所禁止之指標」間之因果關係難以被證明。在立法上應可考慮要求雇主在使用人工智慧前應負有測試義務，並將此等測試過程予以紀錄。將來在訴訟中若雇主無法提出相關紀錄，則可認為勞工已盡釋明責任，雇主即須證明其所為之差別待遇具備正當事由。

四、聘僱程序中雇主以聊天機器人與求職者進行對話，人工智慧系統之地位接近於雇主之使者，就其問題是否合法之判斷，應與雇主或人類主管親自詢問之標準相同。針對求職者就業資料之蒐集，應注意就服法第5條第2項第2款之規定；此外，聊天機器人之問題原則上不得觸及就服法、性工法與中高齡就促法所禁止之指標，本文認為並非所有與「法律所禁止之指標」有關之問題皆屬違法，蓋於我國就業歧視防治法制下，本即容許雇主於具備正當事由時對求職者為差別待遇，當某項指標存在與否構成職務上之重要且關鍵性之要求，雇主透過聊天機器人對於相關問題之詢問即存在合法利益，不宜一概否認其正當性。然而，將來若有就業歧視之爭議，求職者於訴訟中僅須提出「雇主透過聊天機器人詢問與指標相關之問題」而事後未被錄用，應可認為求職者已盡釋明責任，雇主應就差別待遇並未因為「指標」或差別待遇具備正當事由負舉證責任（性工法第31條、中高齡就促法第14條規定參照）。

五、性工法第26條與中高齡就促法第17條第1項之損害賠償性質應屬過失責任，雇主在聘僱階段之歧視禁止義務本質上應為法定先契約義務，性工法第26條與中高齡就促法第17條第1項應屬締約上過失之特別規定，應以雇主具有主觀歸責事由為要件，故在解釋論上，應

認為性工法第26條與中高齡就促法第17條第1項之責任性質應為「過失責任」，須以雇主有故意過失為責任成立之要件。

六、性工法第26條與中高齡就促法第17條第1項責任成立之要件為：雇主違反歧視禁止義務、雇主就歧視之發生具有可歸責事由、求職者因歧視而受有損害，以及歧視與損害間存有因果關係。本文以為雇主對於人工智慧所為具有歧視性之自我決策，在現行法下似難有類推適用民法第224條規定之空間，其主要之理由在於欠缺「可資比較之利益狀態」，由於民法第224條在性質上應屬於一歸屬之規定，須以履行輔助人本身具有「故意過失」之「行為」為其前提，人工智慧之自主決策非「人類」意思所支配下之「行為」，自難成為被歸屬之客體，故欠缺類推適用之基礎。惟此一結果難符事理之平，正本清源之道仍需透過立法途徑解決。

七、求職者若因「性別、性傾向」或「中高齡」而受到聘僱歧視，就其財產上之損害，求職者得依性工法第26條或是中高齡就促法第17條第1項向雇主請求損害賠償，惟求職者並無請求雇主僱用之權利。求職者若能證明在歧視不存在之情況下，自己是該職缺之最佳人選而會被錄用，則其可向雇主請求未被錄取而損失之工資。此外，受性別歧視之求職者亦可依據性工法第29條之規定，就其非財產上之損害，請求雇主賠償相當之金額。至於因「中高齡」而受歧視之求職者，中高齡就促法本身未設非財產上損害賠償之法律依據，就其人格法益受侵害之情事，應可依一般侵權行為之規定為損害賠償請求之依據，就非財產上損害可依民法第195條第1項規定向雇主請求。

八、若求職者因其他就服法所禁止之指標而遭受到聘僱歧視，雇主違反歧視禁止義務而侵害求職者人格法益，應屬民法第245條之1第1項第3款「顯然違反誠信及信用之方式」加損害於信契約成立之求職者的情況，求職者得依此規定向雇主請求損害賠償。此外，由於就業歧視構成求職者人格法益之侵害，故受歧視之求職者可依侵權行為之規定，向雇主請求損害賠償。然而，無論是締約上過失責任或侵權責任，於雇主使用人工智慧之情況，將遭遇到法律適用上之困境，以前

者而言，締約上過失責任成立仍應以雇主就（人工智慧造成之）歧視禁止義務之違反，具有可歸責事由為要件，在無從類推適用民法第224條規定之情況下，將使求職者無法求償；另就侵權責任之成立，因雇主對人工智慧之決策過程與聘僱歧視之結果欠缺預見可能性，故甚難認為雇主具有過失，此亦阻礙求職者請求損害賠償之可能。以上困境應透過立法解決，方為妥適。



參考文獻

一、中文

(一)專書

1. 王澤鑑，法律思維與案例練習，增訂新版，自版，2019年9月。
Tze-Chien Wang, *Legal Thinking and Case Practice*, Revised New Edition, Self-published (2019).
2. 王澤鑑，債法原理，增訂新版，自版，2022年2月。
Tze-Chien Wang, *Principles of Debt Law*, Revised New Edition, Self-published (2022).
3. 李惠宗，憲法要義，第8版，元照，2019年9月。
Hwai-Tzong Lee, *Essentials of Constitutional Law*, 8th ed., Angle Publishing (2019).
4. 姜世明，民事訴訟法（下冊），修訂9版，新學林，2023年2月。
Shyh-Ming Chiang, *Civil Procedure Law (Volume II)*, Revised 9th ed., New Sharing (2023).
5. 許士宦，民事訴訟法（下），增訂版，新學林，2019年1月。
Shu-Huan Shyuu, *Civil Procedure Law (Volume II)*, Expanded Revised Edition, New Sharing (2019).
6. 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（下），第9版，三民，2021年1月。
Jung-Tsung Chen & Qing-Miao Lin, *Civil Procedure Law (Volume II)*, 9th ed., San-Min (2021).
7. 黃程貫主編，個別勞動法，元照，2021年3月。
Cheng-Guan Hwang (Ed.), *Individual Labor Laws*, Angle Publishing (2021).
8. 黃程貫，勞動基準法之公法性質與私法轉化，載勞動與勞動法——黃程貫教授論文集，元照，2022年1月，頁3-23。
Cheng-Guan Hwang, The Public Nature and Transformation into Private Law of the Labor Standards Act, in: *Professor Cheng-Guan Huang's Collection of Essays on Labor and Labor Law*, Angle Publishing, pp. 3-23 (2022).

9. 楊芳賢，民法債編總論上，修訂2版，三民，2020年9月。
Fang-Hsien Yang, *General Introduction to Civil Law of Obligations (Volume I)*, Revised 2nd ed., San-Min (2020).
10. 詹森林，德國勞工法上僱主對於求職者之詢問權，載民事法理與判決研究，自版，2001年8月，頁417-437。
Sheng-Lin Jan, Employer's Inquiry Rights Regarding Job Applicants in German Labor Law, in: *Studies in Civil Jurisprudence and Judgments*, Self-published, pp. 417-437 (2001).
11. 臺灣勞動法學會編，勞動基準法釋義——施行二十年之回顧與展望，新學林，2005年5月。
Compiled by the Taiwan Labor Law Association, *Interpretation of the Labor Standards Act — A Retrospective and Prospective Look after 20 Years of Implementation*, New Sharing (2005).
12. 劉素吟，性工法第26條損害賠償責任與過失推定——最高法院100年度台上字第1062號民事判決，載性別工作平等法精選判決評釋，元照，2014年9月，頁196-205。
Su-Yin Liu, Liability for Damages and Negligence Presumption Under Article 26 of the Gender Equity in Employment Act — Supreme Court Civil Judgment No. 1062 of the Year 2011, in: *Selected Judicial Interpretations of the Gender Equality in Employment Act*, Angle Publishing, pp. 196-205 (2014).
13. 鄭冠宇，民法債編總論，第4版，新學林，2021年8月。
Guan-Yu Zheng, *General Introduction to Civil Law of Obligations*, 4th ed., New Sharing (2021).
14. 駱永家，民事舉證責任論，臺灣商務，1999年12月。
Yeong-Jia Louch, *Thesis on Civil Burden of Proof*, The Commercial Press (1999).

(二) 期刊論文

1. 向明恩，對我國民法第245條之1之反省與檢討，臺北大學法學論叢，第79期，2011年9月，頁145-205。

Ming-En Hsiang, Retrospection and Re-evaluation on the Article 245-1

- Civil Code of Taiwan, *Taipei University Law Review*, 79, 145-205 (2011).
2. 呂彥彬，人工智慧時代契約法之挑戰與回應，政大法學評論，第169期，2022年6月，頁291-373。
Yen-Pin Lu, The Challenges and Responses of Contract Law in the Era of Artificial Intelligence, *Chengchi Law Review*, 169, 291-373 (2022).
 3. 李玉春，我國懷孕歧視司法實務問題之研究，法令月刊，第63卷第3期，2012年3月，頁46-68。
Yu-Chun Li, Research on Judicial Practices Regarding Pregnancy Discrimination in Taiwan, *The Law Monthly*, 63(3), 46-68 (2012).
 4. 沈冠伶，武器平等原則於醫療訴訟中之適用，月旦法學雜誌，第127期，2005年12月，頁28-49。
Kuan-Ling Shen, Application of the Principle of Equal Arms in Medical Litigation, *The Taiwan Law Review*, 127, 28-49 (2005).
 5. 林更盛，論性別歧視與母性歧視之禁止——評台灣高等法院八十七年度勞上易字第一號判決，月旦法學雜誌，第74期，2001年7月，頁185-192。
Geng-Schenq Lin, Prohibition of Gender Discrimination and Maternity Discrimination — A Review of the Taiwan High Court (1998) Lao Shang Yi Zi No. 1, *The Taiwan Law Review*, 74, 185-192 (2001).
 6. 姚好嬈，勞動領域勞工隱私權之研究——以求職階段為中心，國立政治大學法律學系碩士論文，2014年7月。
Yu-Qiang Yao, *Research on Employee Privacy Rights in the Labor Sector — A Focus on the Job Application Stage*, Master's Thesis, Department of Law, National Chengchi University (2014).
 7. 洪瑩容，非特定性別不能履行之工作——以德國法制之觀察為中心，月旦法學雜誌，第273期，2018年2月，頁197-210。
Ying-Jung Hung, Work Only Suitable to a Specific Gender — A Focus on the Observations from the German Legal System, *The Taiwan Law Review*, 273, 197-210 (2018).
 8. 張義德，論勞工隱私權之保障——以日本法為借鏡，政大法學評論，第156期，2019年3月，頁79-165。

I-Te Chang, On Workers' Privacy Rights Protection — A Lesson from Japan, *Chengchi Law Review*, 156, 79-165 (2019).

9. 郭玲惠，兩性工作平等法初探——救濟，月旦法學雜誌，第71期，2001年4月，頁54-61。

Ling-Hwei Kuo, An Initial Exploration of Gender Equality in the Workplace — Remedies under the Gender Equality in Employment Act, *The Taiwan Law Review*, 71, 54-61 (2001).

10. 郭玲惠，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，第271期，2002年4月，頁28-39。

Ling-Hwei Kuo, An Overview of the Gender Equality in Employment Act — Prohibition of Gender Discrimination and Promotion of Employment Measures, *Taipei Bar Journal*, 271, 28-39 (2002).

11. 陳忠五，論契約責任與侵權責任的保護客體：「權利」與「利益」區別正當性的再反省，國立臺灣大學法學論叢，第36卷第3期，2007年11月，頁51-254。

Chung-Wu Chen, Protected Objects of Contractual Liability and Delictual Liability: Rethinking the Legitimacy on the Distinction between Rights and Interests, *National Taiwan University Law Journal*, 36(3), 51-254 (2007).

12. 陳聰富，締約上過失的責任構成與救濟方法，政大法學評論，第169期，2022年6月，頁215-290。

Tsung-Fu Chen, The Liability of Culpa in Contrahendo and Its Remedies, *Chengchi Law Review*, 169, 215-290 (2002).

13. 傅柏翔，美國與臺灣就業歧視法制之舉證責任與適當比較基礎問題初探，法令月刊，第69卷第9期，2018年9月，頁73-105。

Bo-Shone Fu, The Burden of Proof and the Similarly Situated Comparator in the Employment Discrimination Law — A Comparative Research between America and Taiwan Law, *The Law Monthly*, 69(9), 73-105 (2018).

14. 傅柏翔，禁止年齡歧視之國際借鏡及啟示，台灣勞工季刊，第61期，2020年3月，頁12-23。

Bo-Shone Fu, International Comparisons and Insights on Prohibiting

- Age Discrimination, *Taiwan Labor Quarterly*, 61, 12-23 (2020).
15. 焦興鎧，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11期，2015年8月，頁1-65。
Cing-Kae Chiao, The Efforts of Establishing a Legal System in Combating Employment Discrimination in Taiwan — Retrospect and Prospect in Twenty Years, *Journal of the Taiwan Labor Law Association*, 11, 1-65 (2015).
16. 黃夢萱，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，臺灣大學法律學院法律學系碩士論文，2016年1月。
Meng-Syuan Huang, *A Study on the Boundary of Prohibiting Employment Discrimination — Characteristics and Justifiable Causes*, Master's Thesis, Department of Law, College of Law, National Taiwan University (2016).
17. 葉啓洲，民事交易關係上之反歧視原則——德國一般平等待遇法之借鏡，東吳法律學報，第26卷第3期，2015年1月，頁143-200。
Chi-Chou Yeh, Anti-Discrimination in Private Law — Legislation of German General Equal Treatment Act 2006, *Soochow Law Journal*, 26(3), 143-200 (2015).
18. 劉志鵬，兩性工作平等法之申訴及救濟體系，律師雜誌，第271期，2022年4月，頁57-69。
Chih-Poung Liu, The Complaint and Remedial System under the Gender Equality in Employment Act, *Taipei Bar Journal*, 271, 57-69 (2022).
19. 鄭津津，懷孕歧視之探討，台灣勞工雙月刊，第6期，2007年3月，頁44-51。
Chin-Chin Cheng, Study on the Pregnancy Discrimination, *Taiwan Labor Bimonthly*, 6, 44-51 (2007).
20. 鄭津津，就業上年齡歧視之探討，月旦法學雜誌，第184期，2010年9月，頁177-206。
Chin-Chin Cheng, Study on Age Discrimination in Employment, *The Taiwan Law Review*, 184, 177-206 (2010).

(三) 網頁文獻

1. 周虹汶，亞馬遜AI徵才 歧視女性挨轟，自由時報新聞網站，2018年10月11日，<https://news.ltn.com.tw/news/world/paper/1238584>，造訪日期：2023年3月1日。
Hong-Wen, Zhou, Amazon's AI Hiring Discrimination Against Women Sparks Criticism, *Liberty Times Net*, October 11, 2018, <https://news.ltn.com.tw/news/world/paper/1238584> (last visited: 2023.03.01).
2. 陳章廷譯，紐時賞析／機器能夠學習道德嗎？，聯合新聞網，2021年12月15日，<https://udn.com/news/story/6904/5953372>，造訪日期：2023年3月1日。
Wei-Ting, Chen (Trans.), New York Times Analysis: Can Machines Learn Ethics?, *udn.com*, December 15, 2021, <https://udn.com/news/story/6904/5953372> (last visited: 2023.03.01).
3. 勞動部網站，什麼是就業歧視？，2014年11月28日，<https://www.mol.gov.tw/1607/28690/2282/2284/2324/7394/post>，造訪日期：2023年3月1日。
Ministry of Labor website, What Is Employment Discrimination?, November 28, 2014, <https://www.mol.gov.tw/1607/28690/2282/2284/2324/7394/post> (last visited: 2023.03.01).
4. 學習道德談何容易 人工智能力有未逮，星島日報，2021年11月5日，<https://www.singtaousa.com/2021-11-05/%e5%ad%b8%e7%bf%92%e9%81%93%e5%be%b7%e8%ab%87%e4%bd%95%e5%ae%b9%e6%98%93-%e4%ba%ba%e5%b7%a5%e6%99%ba%e8%83%bd%e5%8a%9b%e6%9c%89%e6%9c%aa%e9%80%ae/3738631#page3>，造訪日期：2023年3月1日。
Learning Ethics Is Not Easy: Artificial Intelligence Has a Long Way to Go, *Sing Tao Daily*, November 5, 2021, <https://www.singtaousa.com/2021-11-05/%e5%ad%b8%e7%bf%92%e9%81%93%e5%be%b7%e8%ab%87%e4%bd%95%e5%ae%b9%e6%98%93-%e4%ba%ba%e5%b7%a5%e6%99%ba%e8%83%bd%e5%8a%9b%e6%9c%89%e6%9c%aa%e9%80%ae/3738631#page3> (last visited: 2023.03.01).

(四) 其他

◎鄭津津、馬財專、侯岳宏、劉士豪、顏雅婷、辛昀浩、藍偉銓，數位時代下勞工資訊隱私權保護之研究，勞動部勞動及職業安全衛生研究所研究計畫，2022年6月。

Chin-Chin Cheng, Tsai-Chuan Ma, Yueh-Hung Hou, Shih-Hao Liu, Ya-Ting Yan, Yun-Hao Hsin & Wei-Chuan Lan, *A Study on the Protection of Workers' Information Privacy Rights in the Digital Era*, Research Project of the Institute of Labor and Occupational Safety and Health, Ministry of Labor, June 2022.

二、德 文

(一) 專 書

1. Arnold, Christian/Günther, Jens (Hrsg.), *Arbeitsrecht 4.0 - Praxishandbuch zum Arbeits-, IP- und Datenschutzrecht in einer digitalisierten Arbeitswelt*, 2. Aufl., 2022.
2. Bauer, Jobst-Hubertus/Krieger, Steffen/Günther, Jens, *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz und Entgelttransparenzgesetz: AGG EntgTranspG*, 5. Aufl., 2018.
3. Biermann, Friedrich G., *Wissenszurechnung und Künstliche Intelligenz*, 2022.
4. Däubler, Wolfgang, *Digitalisierung und Arbeitsrecht Künstliche Intelligenz – Homeoffice – Arbeit 4.0*, 7. Aufl., 2020.
5. Däubler, Wolfgang/Martin, Bertzbach (Hrsg.), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz Handkommentar*, 4. Aufl., 2018. (zitiert Däubler/Bertzbach-Bearbeiter)
6. Fink, Verena, *Künstliche Intelligenz in der Personalarbeit*, 2021.
7. Grimm, Detlef/Singraven, Jonas (Hrsg.), *Digitalisierung und Arbeitsrecht*, 2022.
8. Hoeren, Thomas/Sieber, Ulrich/Holznagel, Bernd, *Handbuch Multimedia-Recht*, 58. Aufl., 2022. (zitiert Hoeren/Sieber/Holznagel MultimediaR-Hdb/Bearbeiter)

9. Kaulartz, Markus/Hinrich Braegelmann, Tom (Hrsg.), *Rechtshandbuch Artificial Intelligence und Machine Learning*, 2020.
10. Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid (Hrsg.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 23. Aufl., 2023. (zitiert ErfK/Bearbeiter)
11. Preis, Ulrich/Temming, Felipe, *Arbeitsrecht – Individualarbeitsrecht*, 6. Aufl., 2019.
12. Rolfs, Christian/Giesen, Richard/Meßling, Miriam/Udsching, Peter (Hrsg.), *BeckOK Arbeitsrecht*, 66. Edition, 2022. (zitiert BeckOK ArbR/Bearbeiter)
13. Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch - Band 2 Schuldrecht – Allgemeiner Teil I*, 9. Aufl., 2022. (zitiert MüKoBGB/Bearbeiter)
14. Waas, Bernd, *Künstliche Intelligenz und Arbeitsrecht*, 2023.
15. Wettig, Steffen, *Vertragsschluss mittels elektronischer Agenten: eine interdisziplinäre Untersuchung mit juristischem Schwerpunkt unter Einbeziehung internationaler, technischer und philosophischer Aspekte*, 2010.

(二) 期刊論文

1. Betz, Christoph, *Automatisierte Sprachanalyse zum Profiling von Stellenbewerbern*, *Zeitschrift für Datenschutz* (2019), S. 148-152.
2. Dzida, Boris, *Big Data und Arbeitsrecht*, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* (2017), S. 541-546.
3. Dzida, Boris/Groh, Naemi, *Diskriminierung nach dem AGG beim Einsatz von Algorithmen im Bewerbungsverfahren*, *Neue Juristische Wochenschrift* (2018), S. 1917-1922.
4. Freyler, Carmen, *Robot-Recruiting, Künstliche Intelligenz und das Antidiskriminierungsrecht*, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* (2020), S. 284-290.
5. Günther, Jens/Böglmüller, Matthias, *Künstliche Intelligenz und Roboter in der Arbeitswelt*, *Betriebs Berater* (2017), S. 53-58.

6. Hoffmann, Michel, Möglichkeit und Zulässigkeit von Künstlicher Intelligenz und Algorithmen im Recruiting Personalsuche 4.0, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (2022), S. 19-24.
7. Joos, Daniel, Einsatz von künstlicher Intelligenz im Personalwesen unter Beachtung der DS-GVO und des BDSG, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (2020), S. 1216-1221.
8. Klingbeil, Stefan, Schuldnerhaftung für Roboterversagen, Juristen Zeitung (2019), S. 718-725.
9. Lauscher, Anne/Legner, Sarah, Künstliche Intelligenz und Diskriminierung, Zeitschrift für Digitalisierung und Recht (2022), S. 367-390.
10. Schubert, Claudia, Arbeit in der Plattformökonomie, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht NZA-Beilage (2022), S. 5-15.
11. Sasing, Andreas/Tschech, Angela, AGG und KI-VO-Entwurf beim Einsatz von Künstlicher Intelligenz, Multimedia und Recht (2022), S. 24-30.
12. Steege, Hans, Algorithmenbasierte Diskriminierung durch Einsatz von Künstlicher Intelligenz - Rechtsvergleichende Überlegungen und relevante Einsatzgebiete, Multimedia und Recht (2019), S. 715-721.
13. von Lewinski, Kai/de Barros Fritz, Raphael, Arbeitgeberhaftung nach dem AGG infolge des Einsatzes von Algorithmen bei Personalentscheidungen, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (2018), S. 620-625.
14. Waas, Bernd, KI und Arbeitsrecht, Recht der Arbeit (2022), S. 125-131.
15. Wisskirchen, Gerlind/Bissels, Alexander, Das Fragerecht des Arbeitgebers bei Einstellung unter Berücksichtigung des AGG, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (2007), S. 169-174.

(三) 網頁文獻

1. Aktuelles Europäisches Parlament (14-06-2023), KI-Gesetz: erste Regulierung der künstlichen Intelligenz, <https://www.europarl.europa.eu/news/de/headlines/society/20230601STO93804/ki-gesetz-erste-regulierung-der-kunstlichen-intelligenz> (last visited: 2023.06.30).
2. Angwin, Julia (May 23, 2016), Jeff Larson, Surya Mattu and Lauren

- Kirchner, ProPublica, Machine Bias, <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing> (last visited: 2023.03.01).
3. BMFSFJ (10. 06. 2021), Dritter Gleichstellungsbericht, BT-Drs. 19/30750, <https://www.bmfsfj.de/resource/blob/184544/c0d592d2c37e7e2b5b4612379453e9f4/dritter-gleichstellungsbericht-bundestagsdrucksache-data.pdf> (last visited: 2023.06.30).
 4. Machkovech, Sam (Jul. 01, 2015), Google dev apologizes after Photos app tags black people as “gorillas”, <https://arstechnica.com/information-technology/2015/06/google-dev-apologizes-after-photos-app-tags-black-people-as-gorillas/> (last visited: 2023.03.01).
 5. Stiller, Sebastian/Jäger, Jule/Gießler, Sebastian (02. 03. 2020), Automatisierte Entscheidungen und Künstliche Intelligenz im Personalmanagement - Ein Leitfaden zur Überprüfung essenzieller Eigenschaften KI-basierter Systeme für Betriebsräte und andere Personalvertretungen, https://algorithmwatch.org/de/wp-content/uploads/2020/03/AlgorithmWatch_AutoHR_Leitfaden_2020.pdf (last visited: 2023.06.30).

(四)其他

- ©Europäische Kommission, Bericht über die Auswirkungen künstlicher Intelligenz, des Internets der Dinge und der Robotik in Hinblick auf Sicherheit und Haftung, COM (2020) 64 final.



Research on Employment Discrimination Issues in the Use of Artificial Intelligence by Enterprises: Discussions on the Review of Current Anti- Discrimination Legal Framework

Ying-Jung Hung^{*}

Abstract

In the modern working world, the adoption of artificial intelligence (AI) has become a reality of working life. The COVID-19 epidemic has further encouraged the trend of using artificial intelligence, and more and more companies are utilising it to assist in talent recruitment.

However, the current technological development is still unable to overcome the problem of algorithmic bias. In the field of labour law, the problem that will be faced is: when AI makes decisions with discriminatory results, what responsibility should employers who use AI bear? To clarify this issue, this article first introduces the current form of AI selection by enterprises in the recruitment process, explores

 元照出版提供 請勿公開散布

^{*} Assistant Professor, School of Law, National Chung Hsing University; Dr. iur., University of Passau, Germany.

Received: March 13, 2023; accepted: October 2, 2023

possible discrimination issues, and conducts a survey on whether the employer violates the prohibition of discrimination obligations and the resulting civil liability.

Keywords: Artificial Intelligence, Employment Discrimination, Prohibition of Discrimination, Inquiry Rights of Employer, Artificial Intelligence Users, Compensation for Damages, Culpa in Contrahendo

