

釋字第 807 號解釋協同意見書

許志雄大法官 提出

一、勞動基準法第 49 條第 1 項規定：「雇主不得使女工於午後 10 時至翌晨 6 時之時間內工作。但雇主經工會同意，如事業單位無工會者，經勞資會議同意後，且符合下列各款規定者，不在此限：一、提供必要之安全衛生設施。二、無大眾運輸工具可資運用時，提供交通工具或安排女工宿舍。」

（下稱系爭規定）原則禁止雇主使女性勞工於夜間工作，僅於例外情形始得為之。就雇主而言，系爭規定主要涉及營業自由之限制；就女性勞工而言，其對就業機會造成不利影響，致生工作權（職業自由）受限制，以及（性別）平等權是否受侵害之憲法問題。二者為一體之兩面，但牽涉之憲法上權利並不相同，無庸贅言。

本號解釋聚焦於平等權，認系爭規定以性別為分類標準，而形成對女性勞工不利之差別待遇，難認其採取之手段與目的之達成間有實質關聯，故違反憲法第 7 條保障性別平等之意旨。對於系爭規定侵害平等權之釋示，本席敬表贊同。惟本案之聲請人分別為法院及雇主，而雇主之釋憲聲請所以受理，基本上係因其憲法保障之營業自由有受系爭規定違憲侵害之疑義。多數意見單獨針對女性勞工之平等權問題，作成系爭規定違憲之解釋，固足以回應法院之聲請，然對於雇主所主張之營業自由受侵害部分，幾乎完全漠視，形同受理而未審查、判斷，實難謂允當。

本席認為，系爭規定係以原則禁止雇主使女性勞工於夜間工作之手段，限制雇主之營業行為。該手段既經認定侵害女性勞工之平等權而違憲，則系爭規定以違憲手段限制雇主之營業行為，自構成對雇主營業自由之侵害。

二、過去各國往往以促進性別之實質平等為由，廣泛承認母性保護及一般女性保護。近年來，此一傾向已逐漸改變，原本基於特性論及性別角色分工論所為之差別待遇，備受質疑、排斥，而各種女性保護措施亦一一重新遭到檢視。關於女性夜間工作之禁止規定，國際間即普遍認有改正、廢除之必要。理論上，這是基於工作權保障之觀點，朝向形式平等保障發展之現象¹。其於一定範圍內，破除實質平等之假象與迷思，值得重視。

從近代到現代之歷史發展觀之，平等理念係由形式平等出發，往同時重視實質平等之方向演變。憲法第7條明文保障男女平等，增修條文第10條第6項復規定：「國家應維護婦女之人格尊嚴，保障婦女之人身安全，消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等。」適為此一發展趨勢之反映。一般而論，形式平等要求法律處理之均等，屬於抽象法律層面名義上之平等。反之，實質平等重視事實關係之均等，意指經濟社會等關係中事實上之平等²。而女性夜間工作之禁止及其他女性保護措施，傳統將其定位為追求性別實質平等而採取之手段。然今日觀之，此等手段反而造成歧視女性、貶低女性尊嚴之結果，顯然與實質平等之理念背道而馳。進一步言

¹ 辻村みよ子著，憲法，日本評論社，2012年第4版第1刷，頁181；同氏著，ジェンダーと人權，日本評論社，2008年，頁220、221。

² 阿部照哉、野中俊彥共著，平等の權利，法律文化社，1984年，頁75（阿部照哉執筆）。

之，近代平等觀強調形式平等，係基於個人尊嚴平等之核心理念，要求所有個人在法律上均等對待，享有同樣之權利與自由，而不問其種族、性別、階級、信仰或其他方面之差異。在夜間工作方面，無寧應採取形式平等之作法，去除單方面禁止女性之規定，不分性別一視同仁，確保女性與男性享有同樣之工作權保障，方能真正維護女性之人格尊嚴。由此可見，形式平等與實質平等之間呈現辯證關係，其取捨應從歷史脈絡及社會條件中尋繹。

三、近代人權觀念所想定之人權主體，係能自主決定，並承擔其結果之自律性個人，亦即堅強之個人（強者）。立基於這種強者圖像之「強者人權論」，重視個人之自主決定及「自由」。惟實際生存之個人往往未能如此堅強，甚至只是弱小之個人（弱者）。著眼於此，乃有「弱者人權論」之主張。「弱者人權論」強調國家應對弱者提供各項保障，破除自律能力之現實障礙，讓弱者真正享有自由平等之權利。其重視國家對個人之「保護」，與前者明顯不同。本席認為，為維護個人尊嚴，當代人權仍應以強者圖像為理念，盡量尊重個人之自由，但亦須正視弱者之現實，國家有必要對弱者提供保護³。惟保護必須適度，若過度，可能使個人習於依賴國家，其自律能力將更加弱化，而與讓弱者真正享有自由平等之初衷有違。至若保護係出於錯誤之假設或認知，輕則浪費國家資源，重則可能使受保護者之尊嚴及人權遭到侵害，豈能不慎加防範？

³ 許志雄著，人權論—現代與近代的交會，元照，2016年，頁36-42。

女性夜間工作之禁止規定，立法原意本在保護女性。然如本號解釋理由書所示，系爭規定無論係出於社會治安、母性保護、女性健康之維護、或讓女性能善盡生養子女及照顧家庭之考量，皆經不起事實及理論之檢驗，而欠缺實質合理之基礎。所以如此，乃因傳統對女性之角色定位出現嚴重偏差，尤其普遍將女性視為弱者，有以致之。在這種女性即弱者之錯誤觀念或刻板印象下，對女性採行之保護措施，不但未能真正保護女性，反而造成對女性之歧視，使女性之權益受損。保護變成侵害，追求性別之實質平等淪為歧視女性。系爭規定之荒謬性，於此顯露無遺。