

釋字第 807 號解釋協同意見書

黃昭元大法官提出

一、本號解釋結果及本席立場

[1] 本號解釋審查標的是勞動基準法（下稱勞基法）第 49 條第 1 項有關限制女性勞工於夜間工作之規定。多數意見認為上述規定違反性別平等，宣告違憲並立即失效。本席支持多數意見之結論，因就理由部分有補充及不同主張，提出協同意見如下。

二、性別平等之審查部分

（一）性別分類之審查標準

[2] 由於本案涉及性別分類，就性別平等案件之審查標準，本號解釋理由書第 6 段明示：「...惟法規範如採取性別之分類而形成差別待遇，因係以難以改變之個人特徵、歷史性或系統性之刻板印象等可疑分類，為差別待遇之標準，本院即應採中度標準從嚴審查（本院釋字第 365 號解釋參照）。其立法目的須為追求重要公共利益，所為差別待遇之手段，與目的之達成間具實質關聯，始與憲法平等權保障之意旨無違。」這是本號解釋在理由部分第一個值得注意之處。

[3] 過去已有多號大法官解釋審查性別分類規定之合憲性，如釋字第 365、452、457、490、728 等號解釋，其中釋字第 490 及 728 號解釋是合憲宣告，其他三件都是違憲宣告。就審查標準而言，其中最重要的應該就是釋字第 365 號解釋，其理由書第 1 段認為：「...因性別而為之差別規定僅於特殊例外之情形，方為憲法之所許，而此種特殊例外之情形，必須基於男女生理上之差異或因此差異所生之社會生活功能角色上之不同，始足相當。」這應該是大法官就性別平等案件說明其審查標準（雖然當時並沒有使用審查標準的用語）

的第一件解釋，後為釋字第 490 號解釋援用，並延續至今，未曾變更。

[4] 釋字第 365 號解釋提出上述審查標準，確有其歷史性的貢獻。但如今觀之，也可發現其侷限。其所謂「因性別而為之差別規定僅於特殊例外之情形，方為憲法之所許」，表面上來看似從嚴審查，但並未清楚說明究竟是嚴格或中度審查？亦未說明其決定審查標準的考慮因素為何？在目的審查上，其所例示之特殊例外之情形，則包括「基於男女生理上之差異或因此差異所生之社會生活功能角色上之不同」，尤其是將上述男女社會角色之不同，理所當然地當成特殊例外之情形，進而認目的合憲，這其實是相當寬鬆的審查。釋字第 365 號解釋所稱之「男女生理上差異」，或許還可說是男女間之真實差異（例如懷孕、生產等生理差異），而得以承認此類目的合憲（這在學說上仍有爭議）。但所謂「因此差異所生之社會生活功能角色上之不同」（可稱為社會角色之差異），則往往是古老傳統影響下之社會建構結果，且常為傳統上性別刻板印象及偏見之溫床，這正是性別平等案件的審查重點（沒有之一，就是這個），而不應該是用來審查其目的是否合憲之依據。再者，釋字第 365 號解釋似僅提及目的應如何審查，然對於手段之審查，如差別待遇之方式（例如能否採取固定配額的差別待遇？是外加或內含配額？）、程度（例如配額比例之高低、加權之比重）等，則完全未置一詞。

[5] 與釋字第 365 號解釋相比，本號解釋認性別分類係以「難以改變之個人特徵」及「歷史性或系統性之刻板印象」等可疑分類，¹為差別待遇之標準，因而明示採取中度審查標準，

¹ 嚴格來說，此處所稱之「可疑分類」，應該改成「準嫌疑分類」比較精確。因為可疑分類在概念上包括嫌疑分類及準嫌疑分類，兩者固然都是從嚴審查（heightened scrutiny），但前者是嚴格審查，後者則是中度審查，其審查標準仍有不同。本院釋字第 768 號解釋理由書第 14 段、第 802 號解釋理由書第 9、10 段，均曾使用過「可疑分類」之用語，此兩號解釋所指之可疑分類係包括上述嫌疑分類及準嫌疑分類，而非僅指準嫌疑分類，可供參考。

這是本號解釋釐清或實質修正釋字第 365 號解釋之處。至於本號解釋所提出之上述兩個因素（個人特徵及刻板印象），顯係參考並延續釋字第 748 號解釋就性傾向分類²亦採較為嚴格（即中度³）審查標準之部分考量因素。⁴

[6] 就平等審查之理論基礎及方法而言，釋字第 365 號解釋將審查重點放在不同性別之間是否有差異（包括生理差異和社會角色之差異），而非從不同性別所面臨的歷史性、結構性壓迫等困境出發。可見釋字第 365 號解釋採取的是很典型的差異論之思考及論述方式，且落入並重複「等者等之，不等者不等之」空洞公式的窠臼。與之相比，本號解釋在決定審查標準時所考慮的兩個因素：其中所謂「難以改變之個人特徵」固仍屬差異論之思考，然「歷史性或系統性之刻板印象」就有反宰制論⁵的傾向。這也是本號解釋在方法論上有別於釋

² 釋字第 748 號解釋所審查之分類為性傾向分類，而非性別分類。雖然學說上有主張性傾向分類可看成是廣義的性別分類，但本席則認為性別和性傾向這兩種分類應予區別，一來我國現行立法已多區別性別與性傾向（如文化基本法第 4 條、性別平等教育法第 2 條、性別工作平等法第 6-1、7 至 11、31 條、就業服務法第 5 條第 1 項、長期照顧服務法第 1 條第 2 項）；再者，由於美國法院實務就性別歧視係採中度審查標準，然就性傾向歧視則仍採合理審查標準（相當於我國之寬鬆審查標準），因此主張性傾向歧視亦為性別歧視，即可提高審查標準至中度，在美國法院實務上有其實益。但我國釋憲實務對性別和性傾向分類均採中度審查標準，故在我國法上即使區別兩者，在實務上也不致產生太明顯的不同結果，無妨繼續維持此區別。

³ 本院在釋字第 799、801、803、806 等號解釋已將先前所使用之「較為嚴格」審查標準，改稱為「中度」標準，本號解釋沿襲此一新用語。

⁴ 參釋字第 748 號解釋理由書第 15 段：「...性傾向屬難以改變之個人特徵（immutable characteristics），...並非疾病。在我國，同性性傾向者過去因未能見容於社會傳統及習俗，致長期受禁錮於暗櫃內，受有各種事實上或法律上之排斥或歧視；又同性性傾向者因人口結構因素，為社會上孤立隔絕之少數，並因受刻板印象之影響，久為政治上之弱勢，難期經由一般民主程序扭轉其法律上劣勢地位。是以性傾向作為分類標準所為之差別待遇，應適用較為嚴格之審查標準，以判斷其合憲性...」。另釋字第 794 號解釋理由書第 18 段就平等權案件審查標準之決定因素，亦有類似之說明。惟本號解釋認性別分類為可疑分類（即準嫌疑分類）之考量因素，並未包括上述「孤立隔絕少數、政治上弱勢」這兩者。

⁵ 關於平等審查所涉及的反差異論及反宰制論兩種思考及論述方式之分析比較及其應用，參，例如，Catharine A. MacKinnon, *Feminism Unmodified: Discourses*

字第 365 號解釋之處。

(二) 本案之目的審查

[7] 在目的審查部分，本號解釋理由書第 8 段認為：「...系爭規定之目的概為追求保護女性勞工之人身安全、免於違反生理時鐘於夜間工作以維護其身體健康，並因此使人口結構穩定及整體社會世代健康安全等，固均屬重要公共利益。」肯定勞基法第 49 條第 1 項規定之立法目的合憲。

[8] 本席認為：保護女性勞工之人身安全及身體健康固然是重要公共利益，但如上述保護目的係基於對男女能力或角色之過時 (outmoded)、古老 (archaic)、過廣 (overbroad) 的一般化 (generalization) 或刻板印象 (stereotype)，縱使其立意良善，也仍然是違憲之目的。⁶換言之，不管是出於敵意或基於無限好意，只要是屬於或兼有上述性別刻板印象，都是憲法所禁止的歧視目的。⁷具敵意的不利差別待遇是歧視，出

on Life and Law, Cambridge, MA: Harvard Univ. Press (1988); 陳昭如，女性主義法學的理論與實踐：一個初步的介紹，近代中國婦女史研究，6 期，頁 213-236 (1998)；陳昭如，就是女性主義—Catharine A. MacKinnon, *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law* (1987) 導讀，台灣法學雜誌，233 期，頁 101-115 (2013)；陳昭如，Catharine A. MacKinnon: 宰制論女性主義法學的開創者，婦研縱橫，98 期，頁 51-62 (2013)；黃昭元，純男性軍校與性別歧視：評 *United States v. Virginia* 一案判決，歐美研究，33 卷 3 期，頁 461-539 (2003)，另收於：焦興鎧 (主編)，*美國最高法院重要判決之研究：一九九六～一九九九*，台北：中研院歐美所，頁 225-303 (2005)。

⁶ See *Califano v. Goldfarb*, 430 U.S. 199, 211 (1976) (plurality opinion) (“Such classifications, however, have frequently been revealed on analysis to rest only upon “old notions” and “archaic and overbroad” generalizations, and so have been found to offend the prohibitions against denial of equal protection of the law”); *J. E. B. v. Alabama ex rel. T. B.*, 511 U.S. 127, 130-31 (1994) (“Today we reaffirm what, by now, should be axiomatic: Intentional discrimination on the basis of gender by state actors violates the Equal Protection Clause, particularly where, as here, the discrimination serves to ratify and perpetuate invidious, archaic, and overbroad stereotypes about the relative abilities of men and women”).

⁷ See *Mississippi University for Women v. Hogan*, 458 U.S. 718, 725 (1982) (“[I]f the statutory objective is to exclude or ‘protect’ members of one gender because they are presumed to suffer from an inherent handicap or to be innately inferior, the objective itself is illegitimate”).

於浪漫父權主義（romantic paternalism）之善良（benign）立意，亦屬歧視性目的。名為保護，實則基於或夾雜性別刻板印象或隱藏偏見者，即使其目的在表面上看來冠冕堂皇，仍是違憲。何況，像這類自以為立意良善之立法所採之分類及差別待遇，其實際效果也多半是將女性置於牢籠之內，而非臺座之上，⁸自足以構成歧視。

[9] 就勞基法第 49 條第 1 項之立法目的而言，本號解釋理由書第 8 段引用立法院公報之紀錄，認：「系爭規定之所以原則禁止雇主使女性勞工於夜間工作，其立法理由依立法過程中之討論，可知應係出於社會治安、保護母性、女性尚負生養子女之責、女性須照顧家庭及保護女性健康等考量（立法院公報第 91 卷第 47 期第 45 頁至第 89 頁參照）。…」上述考量中之「保護母性、女性尚負生養子女之責、女性須照顧家庭及保護女性健康」，其實正是不折不扣的性別刻板印象。至於「社會治安」雖非典型之性別刻板印象，但由於夜間工作之男性勞工亦會面臨類似問題，縱認此項目的合憲，然在手段上亦不應採取性別分類，而應採取性別中立（即不分性別）之手段，例如對所有勞工均提供系爭規定但書所要求之安全衛生設施及交通工具或宿舍等，因此在手段部分也是違憲，如本號解釋理由書第 9、10 段之結論。

[10] 就此，本號解釋理由書第 10 段於審查手段之合憲性時，亦認：「...至於所謂女性若於夜間工作，則其因仍須操持家務及照顧子女，必然增加身體負荷之說法，不僅將女性在家庭生活中，拘泥於僅得扮演特定角色，加深對女性不應有之刻板印象，更忽略教養子女或照顧家庭之責任，應由經營共同生活之全體成員依其情形合理分擔，而非責由女性獨自承擔。況此種夜間工作與日常家務之雙重負擔，任何性別之勞工均可能有之，不限於女性勞工。又，前述說法，對單身或

⁸ See *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677, 684 (1973) (“Traditionally, such discrimination was rationalized by an attitude of “romantic paternalism” which, in practical effect, put women not on a pedestal, but in a cage”).

無家庭負擔之女性勞工，更屬毫不相關。」從而認定系爭規定所採性別分類手段違憲。本席認為，上述理由其實亦可用於審查目的是否違憲。系爭勞基法第 49 條第 1 項之所以違憲，應不只是因為手段違憲，而是其目的就已違憲。

三、其他爭點

[11] 除了上述平等爭點外，本案其實另涉及其他憲法上權利。按本案聲請人除法官外，另有家福股份有限公司及中華航空股份有限公司兩位聲請人。這兩位雇主在其聲請書中，除亦主張系爭規定違反性別平等外，並另主張系爭規定侵害其營業自由、契約自由及財產權等。由於雇主並非性別歧視之受害人，自無從主張其平等權受到侵害。然系爭規定確會干預到雇主之營業自由，而仍有予以審查之必要。至於契約自由和財產權部分則可為營業自由的保障範圍涵蓋，毋須另外審查。

[12] 依本院向來實踐，如果解釋文是合憲宣告，在原則上多會於理由書一一回應聲請人所提出之主要理由，除非是顯無理由之主張。至於違憲宣告，則不會一一回應聲請人所主張的所有憲法權利或違憲理由。就此，多數意見或許是認為：既然已經以性別平等為依據，宣告系爭規定違憲，則毋須再進一步審查系爭規定是否侵害雇主之營業自由。畢竟不管營業自由的審查結果如何，系爭規定都還是違憲，於本號解釋之結論，並無影響。不過，就審查的完整性而言，本號解釋的審查範圍仍不免是有所缺憾。

四、結論

[13] 本案是釋字第 728 號解釋之後，涉及性別平等的一號重要解釋，尤其是針對性別平等案件之審查標準正面表示立場，⁹並實質修正了釋字第 365 號解釋所採之審查標準，亦即

⁹ 釋字第 728 號解釋既未說明其對性別平等案件之審查標準，在結論上也實質棄守對系統性差別影響（disparate impact）之性別歧視的審查。釋字第 791 號解

將釋字第 365 號解釋所稱因男女生理差異所生之「社會生活功能角色上之不同」予以排除，不再認其屬合憲目的，而可據以為性別分類。除了本件爭議之解決外，本號解釋在方法及理論面的主要價值，應該就是有關性別平等審查標準的部分。

釋理由書第 42、43 段雖有提及性別失衡的現象，但並未正面處理性別平等的問題，因此也沒有先就性別平等之審查標準表示立場。