國立政治大學勞工研究所碩士論文

我國女性勞動者工作權益保障之研究
－以性別歧視之規範效力及救濟為核心

A Study on the Protection of Female Workers Rights in ROC: Focus on the Legal Effect and Remedies of Sex Discrimination

國立政治大學
National Chengchi University

指導教授：王惠玲 博士

研究生：邱亭鈞 撰

中華民國一〇八年六月

DOI:10.6814/NCCU201900892

國立政治大學
National Chengchi University

DOI:10.6814/NCCU201900892

摘要

當女性勞動者在就業市場遭受歧視時，主要之救濟法規為性別工作平等法。然因性別工作平等法僅針對因性別因素對勞動者之退休、資遣、離職及解僱有予以效力規定，在因性別因素對勞動者招募、甄試、進用、分發、配置、考績、陞遷、提供教育、訓練、提供各項福利措施、薪資之給付等情形則未有規範。

故本研究針對女性就業者於職場上之性別歧視進行探討，著重之焦點在於當女性勞動者因性別因素對勞動者之招募、甄試、進用、分發、配置、考績、陞遷、提供教育、訓練、各項福利措施、薪資遭受歧視時，該歧視行為之效力及遭受各種歧視後所得主張之救濟。

在討論歧視行為之效力與救濟前，本研究仍針對各種歧視之行為進行釐清。藉由分析相關見解，本研究認為除直接歧視及間接歧視屬我國禁止之行為之外，混和動機歧視亦應包括在內，而無歧視動機之差別對待則屬可容許之行為。

在歧視行為效力之討論上，本研究以為當女性勞動者因性別因素對勞動者招募、甄試、進用、分發、配置、考績、陞遷、提供教育、訓練、各項福利措施、薪資為歧視時，應將該行為評價為無效。無效之依據係民法第 72 條公共秩序善良風俗規定之違反。

最後，在得主張之救濟部分，本研究認為性別工作平等法第 26 條為侵權行為之特別法，故而受歧視勞動者在主張相關權利時，應優先適用性別工作平等法第 26 條之規定。然仍得與民法第 184 條自由競合。而在賠償之範圍，除財產及非財產上之損害以外，美國法中懲罰性賠償金之制度亦值得吾人借鏡。

關鍵字：性別歧視、混和動機、性別工作平等法、侵權行為、懲罰性賠償金

國立政治大學 National Chengchi University

DOI:10.6814/NCCU201900892

Abstract

When female workers suffer discrimination, the main access to legal remedy is via Act of Gender Equality in Employment. However, Act of Gender Equality in Employment is only applicable when employers practice discrimination against employees on the ground of gender in the case of retirement, discharge, severance and termination, but not applicable in the course of recruitment, screening test, hiring, placement, assignment, evaluation, promotion, paying wages, holding or providing education, training and various welfare measures. Hence, this research explores effects of different forms of discrimination by gender that female workers suffer at workplace in the course of aforementioned situations and the possible access to legal remedy.

Before discussing the effects of discrimination and possible remedy, this research distinguishes and clarifies the various forms of discrimination. By analyzing relevant interpretations, this research argues that in addition to direct and indirect discrimination, mixed motive discrimination also ought to be prohibited, while differential treatments based on nondiscriminatory motivation should be permitted.

In terms of the effects of discrimination, this research contends that discriminatory judgment and evaluation against female workers on the ground of gender should be null and void in the course of recruitment, screening test, hiring, placement, assignment, evaluation, promotion, paying wages, holding or providing education, training and various welfare measures. The basis is Article 72 of the Civil Code, which states that any juridical act against public policy or morals is void.

Finally, regarding the legal remedy accessible for female workers, this research argues that Article 26 of Act of Gender Equality in Employment should be deemed a special law against torts, so the workers suffering discrimination should resort to Article 26 of Act of Gender Equality in Employment or to Article 184 of the Civil Code. Meanwhile, in addition to compensation for property or non-property losses, the legislation regarding punitive damages in the US is also worthwhile for our country to consult.

Keywords: sex discrimination, mixed motive, Act of Gender Equality in Employment, tort, punitive damages

國立政治大學 National Chengchi University

DOI:10.6814/NCCU201900892

國立政治大學
National Chengchi University

DOI:10.6814/NCCU201900892

目錄

第一章、緒論.....1
第一節、研究動機與目的.....1
第二節、研究方法與範圍.....4
第三節、研究架構.....5
第二章、性別歧視之認定.....6
第一節、性別歧視之概說－－直接歧視與間接歧視.....6
第一項、我國法中歧視之態樣.....6
第二項、美國法中歧視之態樣.....8
第二節、混合動機歧視之競合.....12
第一項、實務見解.....12
第二項、學說見解.....15
第三項、本文見解.....17
第三節、無動機歧視.....18
第四節、性別歧視抗辯事由.....23
第一項、實務見解.....23
第二項、美國法之見解.....24
第三項、本文見解.....26
第三章、性別歧視規範之效力與契約自由之衝突.....28
第一節、性別歧視規範效力之概述.....28
第二節、契約自由與性別工作平等規範之衝突.....32
第一項、契約自由及性別工作平等於憲法中之地位.....32
第二項、性別工作平等法之立法模式.....34
第三項、契約自由與性別工作平等之衝突與調和.....43
第四項、本文見解兼論基本權第三人效力.....47
第四章、工作權益之保護與救濟.....53
第一節、牴觸性別工作平等效力規範之救濟.....53
第二節、遭受性別歧視之請求權基礎.....54
第一項、債務不履行損害賠償請求權.....54
第二項、侵權行為損害賠償請求權.....58
第三節 損害賠償之範圍.....67
第一項、契約成立前之損害賠償範圍.....70
第二項、契約存續期間之損害賠償範圍.....73
第三項、終止契約之損害賠償.....75
第四項、美國法中損害賠償之範圍.....78
第五章、結論.....83
參考文獻.....86

DOI:10.6814/NCCU201900892

圖目錄

圖一.....6
圖二.....12

國立政治大學
National Chengchi University

DOI:10.6814/NCCU201900892

國立政治大學
National Chengchi University

DOI:10.6814/NCCU201900892

第一章、緒論

第一節、研究動機與目的

著名的政治哲學家霍布斯認為，人生來即有獲取便利品之欲望，而人們則藉由彼此之間組成勞動組織來達成此等願望[1]。姑且不論其論點是否容有商榷之餘地，在現今的社會上，人們藉由工作來獲取報酬（不論是有形或無形的），而藉由該報酬獲取便利品卻是不爭的事實。而此種情形在工業革命後則是更加的顯著，在第二次世界大戰之後，女性投入工作場所之比例也是逐漸增加。時序推演迄今，現今的社會，女性勞動者在就業市場之人數實已達一定的比率。然而在進入就業市場前或就業市場後，不論是在雇主與勞工間抑或是勞工與勞工間，對女性勞動者之歧視行為仍層出不窮，依勞動部統計，於 106 年因性別工作平等申訴受理案件即有 456 人，其中女性即占 402 人；評議案件 290 人，女性即占 235 人[2]。當女性勞動者在遭受歧視時，對於女性勞動者而言最為重要者，毋寧是在其遭受歧視此等對待之後，得以獲得何種之保障。係以本文主要之討論重點亦將環繞於此等議題上進行分析。

當女性勞動者遭受歧視時，吾人若自行為主體層面觀之，得以將之區分為由雇主所為之行為，或由勞工所為之行為等兩種態樣。在上述兩種主體當中，本文以為在討論對象層面上，因雇主基於性別之因素而給予之歧視行為，或將導致女性勞動者工作之有無，直接或間接影響女性勞動者之生存或其生活品質甚鉅，從而本文之研究標的，將限縮於此等部分進行討論。質言之，本文之討論標的在於當女性勞動者在受到雇主之歧視時，得以獲得何種之保護。

---

[1] Edgar Bodenhelmer，范建得、吳博文，法理學：法哲學與法學方法，頁 55，臺北，漢興書局有限公司，1997 年元月初版。

[2] 勞動部，性別勞動統計專輯，性別勞動統計（106 年），性別工作平等法實施情形，http://statdb.mol.gov.tw/html/woman/106/106woanalyze09.pdf，最後瀏覽日期 2019 年 8 月 18 日。

DOI:10.6814/NCCU201900892

而在我國，針對女性勞動者之保護，主要係依據性別工作平等法做為保障的依據，從而本文將環繞於此法規進行討論。

惟在討論女性勞動者得以獲得何種保護之前，本文仍將先針對雇主所為之各種歧視行為加以討論，探討女性勞動者在就業市場中可能遭遇之歧視型態。蓋在確認雇主行為確實屬於歧視之行為後，方有嗣後救濟與保護之相關規範加以適用。此部分之問題意識在於何種行為屬於歧視，以及雇主在何種情況之下，方得以為差別對待之行為。若以整個勞動契約的角度觀之，即係涉指勞動契約成立前、勞動契約存續期間以及勞動契約終止時可能遭遇之各種對待；以相對人之出發點觀之，則係由雇主所為之各種歧視行為。

在確定雇主之何種行為屬歧視之行為後，接下來則要討論之重點將回到對於女性勞動者之保護，即女性勞動者對雇主之歧視行為得主張何種權利。再討論此議題前，仍有一先決問題有待釐清，亦即——當雇主為一歧視之行為時，該行為之效力究竟應如何評價。蓋在性別工作平等法之規範中，針對雇主所為歧視行為效力部分，因我國立法規範對於雇主為一歧視行為之時，性別工作平等法僅於第 11 條第三項之部分有規定，違反該條前兩項之效力（因性別因素對受僱者之退休、資遣、離職及解僱有差別待遇；在工作規則、勞動契約或團體協約之約定有懷孕之情事須離職）屬無效。然則在性別工作平等法第 7 條（雇主對求職者或受僱者之招募、甄試、進用、分發、配置、考績或陞遷等因性別或性傾向而有差別待遇）；第 8 條（為受僱者舉辦或提供教育、訓練或其他類似活動，因性別或性傾向而有差別待遇）；第 9 條（雇主為受僱者舉辦或提供各項福利措施，不得因性別或性傾向而有差別待遇）；第 10 條（雇主對受僱者薪資之給付，不得因性別或性傾向而有差別待遇）之規範中，則未針對牴觸該等規範將產生何等法律效果給予明文表示。本文以為此部分實有釐清之必要，而此一爭議，將同時牽涉到契約自由的問題。蓋勞動契約在本質上仍然是私法契約，從

DOI:10.6814/NCCU201900892

而當國家在給予特定性別一定程度之保護時，實亦同時限制了雇主締結契約之自由。質言之，此種限制與現代民事關係中契約自由原則有一定程度之衝突。性別工作平等法第 11 條即是契約自由受有限制之事例，從而在評價該等規範之效力上，勢必需非常謹慎，以免破壞現代民法理論所建構出之法秩序。蓋契約自由亦屬我國憲法欲加以保障之權利，此至司法院釋字第 576、580 號解釋即可看出，司法院釋字 576 號解釋即指出：

> 契約自由為個人自主發展與實現自我之重要機制，並為私法自治之基礎，除依契約之具體內容受憲法各相關基本權利規定保障外，亦屬憲法第二十二條所保障其他自由權利之一種。

從而本文將探究基本權之間之衝突關係，亦即平等權與契約自由之衝突，希望得以藉此評價性別工作平等法第 7 條至第 10 條之效力。

然徒有效力之規範，並不足以保障勞動者之權益，從而在確定雇主行為之效力後，仍將針對其嗣後之救濟進行討論，此部分之問題意識將環繞於性別工作平等法第 26 條之規定。蓋依據性別工作平等法第 26 條規定，當雇主為性別工作平等法第 7 條至第 10 條所規範之行為時，相對人得對雇主主張賠償責任。然則該等請求權與基於勞動契約關係之請求權或基於侵權行為之請求權相互間之關聯究竟為何？此是其一。又該損害賠償之範圍又係為何？此是其二。而除損害賠償之外，於現有之法規範體制下，是否有其他之請求權基礎得加以主張？此是其三。故而本文將分析在現有之相關法規之下，受侵害之勞動者得以主張之相關權利（即請求權基礎）以及針對請求之範圍進行討論。質言之，此部分將分兩點進行說明，其一為雇主所為之歧視行為之效力為何，其二則是對於該歧視行為，女性勞動者得請求何等之賠償或保障。

DOI:10.6814/NCCU201900892

第二節、研究方法與範圍

本文將採取文獻探討之方式進行研究，而文獻之來源主要係專書和相關之碩、博士論文、期刊論文以及網路資料等。除此之外，法院所做之判決亦係本文主要之參考資料。

在各種敵視態樣以及嗣後救濟之部分，則將以學說見解以及實務見解進行分析與討論。

其中，針對法院之判決分析，本文將以法院歷年之判決(包含兩性工作平等法時期所作出之判決）為整理基礎，觀察實務上過去針對相關議題有何等之討論，進而分析整理其觀點，在與相關學說進行比較與討論後，提出筆者自行之觀點。

在蒐集法院判決時，將以最高法院、最高行政法院之見解為最為優先整理內容。若無相關之見解，其次則是參考高等法院及分院、高等行政法院及分院之見解，最後方才是地方法院。蓋最高法院、最高行政法院既為國家司法審判權之最終審，從而其所為之判決應較各級法院所為之判決有代表性。而二審法院是地方法院之上級審，其影響亦比地方法院對人民之影響為大。然則因行政法院與普通法院之審判權並不相同，是在整理時，本文亦會將其分別整理之，呈現行政法院與普通法院見解之相同或相異。又在蒐集相關判決時，將以司法院之判決檢索系統，以輸入關鍵字之方式進行判決之蒐集，在此亦予以敘明。

而在研究範圍之部分，本文將限縮在雇主此一主體所為之性別歧視部分，又性傾向歧視雖亦包攝於性別工作平等法所規範之條文中，惟因相關申訴案件並不多見，在 106 年及 107 年甚至無相關申訴案件[3]，討論之標的尚難尋覓，故而此部分之討論將予以割捨。而在性騷擾之部分，過往之討

[3] 行政院性別平等會，106 年性別工作平等申訴案件件數—按申訴類別分，http://statdb.mol.gov.tw/html/sex/year106/8110.pdf、107 年性別工作平等申訴案件件數—按申訴類別分，http://statdb.mol.gov.tw/html/sex/year107/8110.pdf，最後瀏覽日期：2019 年 8 月 18 日。

DOI:10.6814/NCCU201900892

論甚多，故本文亦不擬對此部分進行討論。

第三節、研究架構

本文之研究將針對以下相關之議題進行論述：

首先在第一章－－緒論之部分，本文將針對研究動機與目的、研究方法與範圍等進行說明。

而後在第二章－－基於性別因素所產生之敵視態樣與認定之部分，則係要說明各種可能出現之性別歧視對待，並同時說明得以正當化雇主行為之理由，蓋在討論其後之保護與救濟之前，仍須釐清導致該請求與保護之前行為，俾得以對保護及救濟之範圍進行確認。質言之，須雇主有為該等行為，方有接下來之效力及救濟以資適用。

於第三章－－性別歧視行為之法效力與契約自由之衝突與調和之部分，則是針對我國之法律規範歧視行為之效力之討論，並將針對性別工作平等權與契約自由間之問題進行釐清，進而論述其規範上之效力。

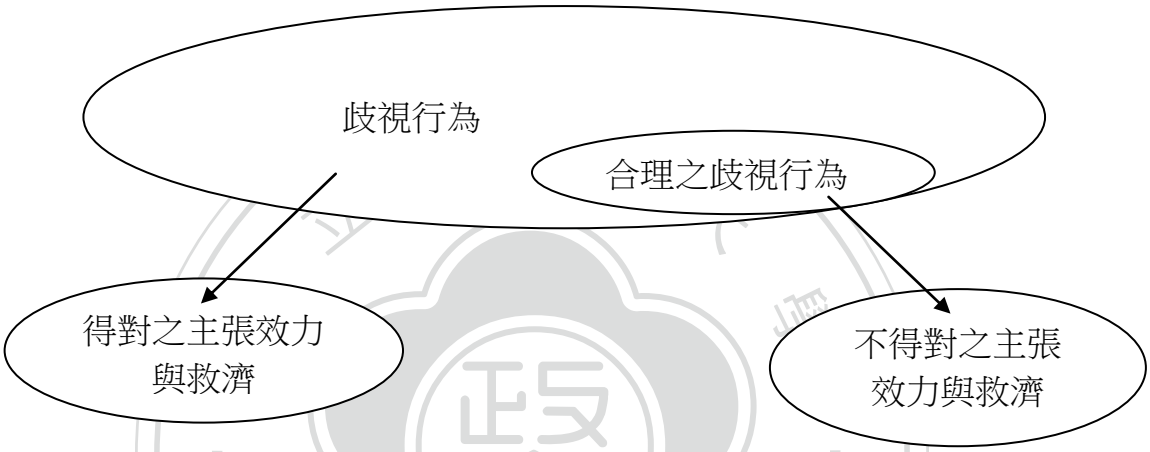
在第四章－－工作權益保護與救濟之部分，則係針對我國實務上之民事判決進行討論，蓋徒有效力之規範不足以保障勞工也，從而本文將於此章釐清受侵害之當事人因受有不當侵害時，所得請求之保障以及其請求權基礎、範圍究竟為何。同時參照相關學說，除我國實定法上之請求外，是否有其它請求權基礎尚得主張之可能，並進行立法論之討論，而此部分亦將與第三章相互呼應，蓋本文將以第三章推導出之相關法理做為立法論分析之依據。

而第五章之部分則係針對本文進行收尾以及為最終之結論。

DOI:10.6814/NCCU201900892

第二章、性別歧視之認定

本章主要討論者在於界定何謂性別歧視，以及在何種情形下雇主得以為性別歧視之行為。蓋在討論性別歧視行為之效力與救濟前，仍有必要將歧視之行為做一界定，僅在符合歧視之行為要件，且並無得合理化歧視行為之理由之下，方有嗣後效力之規範及救濟之問題。此概念如下圖所示：



圖一

第一節、性別歧視之概說－－直接歧視與間接歧視

本節針對性別歧視之態樣為討論，並比較我國及外國立法例當中歧視態樣之異同，希冀藉此釐清何謂性別歧視。

第一項、我國法中歧視之態樣

首先，在討論雇主之歧視行為之前，吾人須先定義何謂歧視。所謂之歧視，依據教育部重編國語辭典修訂本之定義，乃係指「**輕視，以不公平的態度相待。**」[4]；而性別歧視者，則係指「**在觀念、行為或制度上對於各種性別種種不平等的對待方式。**」[5]。

[4] 教育部重編國語辭典修訂本，
http://dict.revised.moe.edu.tw/cgi-bin/cbdic/gsweb.cgi?o=dcbdic&searchid=Z00000098451，最後瀏覽日期：2017 年 11 月 15 日。

[5] 教育部重編國語辭典修訂本，
http://dict.revised.moe.edu.tw/cgi-bin/cbdic/gsweb.cgi?o=dcbdic&searchid=Z00000111092，最後瀏覽日期：

DOI:10.6814/NCCU201900892

從上述之定義加以分析，吾人得以理解所謂之歧視者，乃係行為人對於某一個體或群體為差別之對待；而性別歧視者，則係基於「性別」此一因素所為之差別對待。又既然是為一差別對待之行為，同時亦表彰歧視乃是一個相對之概念，猶如道德經所云之長短相形，高下相傾。從而欲要判斷行為有否歧視，先決要件即係須有一個可資比較之對象，方得以判定行為人之行為是否有歧視之情形。

係以吾人得就字面上之意涵，試圖針對在勞動市場中之歧視為一定義性之說明。所謂之就業歧視者，應係指「某一特定群體或個體在就業市場中遭受較其他群體或個體為不利之對待」而言。而性別上之就業歧視則是指「某一特定性別群體或個體在就業市場中有遭受較其他性別群體或個體為不利之對待」而言。從而若依上述之定義，自行為主體為出發點觀察，將可發現不論是在勞工與勞工之間，抑或是雇主於勞工之間，皆有歧視行為發生之可能。

然則若自我國性別工作平等法之立法體例觀之，則得以發現在該法第二章－－性別歧視禁止之部分，其所規範之內容皆是針對雇主所為之差別待遇做規範。從而自上述規範應得以知悉，在我國法制上對於性別就業歧視之定義，應該僅係「針對雇主此一主體在就業市場上對不同之性別群體給予差別待遇之行為」，是以下本文所謂之基於性別而為之就業歧視（下簡稱為性別歧視），皆是在指涉「雇主」對於不同性別之勞工為差別待遇之行為。

在性別工作平等法中，認為基於性別之因素而造成招募、甄試、進用、分發、配置、考績或陞遷等（性別工作平等法第 7 條）、為受僱者舉辦或提供教育、訓練或其他類似活動（性別工作平等法第 8 條）、為受僱者舉辦或提供各項福利措施（性別工作平等法第 9 條）、對受僱者薪資之給付（性別工作平等法第 10 條）、對受僱者之退休、資遣、離職及解僱（性別

2017 年 11 月 15 日。

DOI:10.6814/NCCU201900892

工作平等法第 11 條）等皆屬歧視之行為。

此種狀態，本文將之歸納為對勞動條件內容上之歧視。此種基於內容的歧視，射程範圍包含於契約成立前（招募、甄試、進用等屬之）、契約存續期間（分發、配置、考績、陞遷、為受僱者舉辦或提供教育、訓練、提供各項福利措施、薪資之給付等屬之）以及契約終止時（退休、資遣、離職、解僱等屬之）等情形。

而自雇主角度觀之，雇主所為之就業歧視行為，就其歧視之手段上，依我國性別工作平等法實行細則第 2 條之規定:「本法第七條至第十一條、第三十一條及第三十五條所稱差別待遇，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」。

而所謂之直接歧視或間接歧視，依行政院勞工委員會（現為勞動部）勞職業字第 1000072018 號函表示：

> ……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……。

實務上亦有援引日本法之討論，認為間接歧視係指雇主之規定或基準就外觀而言看似中立,然該規定或基準與職務並無關聯性或正當、合理性，並產生對特定性別者較為有利之情況時，該規定或基準即屬間接歧視[6]。

第二項、美國法中歧視之態樣

而在美國法中，基於內容歧視的部分，有謂雇主針對招募、任用、薪資、工作條件及待遇、陞遷、調職、訓練、福利、懲戒、退休、解僱等，

[6] 侯岳宏，性別工作平等法判決予解釋令彙編，頁 7-8，臺北，元照出版有限公司，2016 年 10 月初版。

DOI:10.6814/NCCU201900892

皆不得因當事人性別之因素而給予歧視[7]。此部分與我國規範之內容極為相似，包含了自契約成立前、契約存續期間及契約終止時之各種歧視態樣之禁止。

而美國法中就其歧視之手段上，有論者以為就雇主所為之歧視型態可分為兩種情形，其一為「表面歧視」，另一種則為「負面影響」[8]；相對於此，另有見解則是參考美國聯邦最高法院之見解，將就業歧視區分為三種不同之型態，其一為差別待遇歧視（disparate treatment discrimination），其二為差別影響歧視（disparate impact discrimination），其三為混和動機歧視（mixed motive discrimination）[9]。下將就此等類別進行說明：

一、表面歧視、差別待遇歧視與直接歧視：

所謂之表面歧視，有論者以為是指：

> 「『表面歧視』（facial or overt discrimination）是表面或形式上最明顯的一種就業歧視，亦即雇主以法律明文禁止的就業歧視行為，做為其僱用措施之一部分[10]。」

另有論者則針對差別待遇歧視（disparate treatment discrimination）為以下之說明：

> 「所謂差別待遇歧視是指雇主直接而故意之歧視情形，最典型之情形是因求職者或受僱者之種族、膚色、宗教信仰、性別或原始國籍等因素，而給予差別待遇[11]。」

自上述兩者之定義觀之，應得發現「表面歧視」與「差別待遇歧視」是屬於相同之概念，亦即雇主係直接以特定之生理或心理上之差異作為對

---

[7] 焦興鎧，美國兩性工作平等制度之研究，收錄於勞工法之最新發展趨勢—美國勞工法，頁 183-184，臺北，元照出版公司，1997 年 12 月初版。
[8] 鄭津津，美國就業歧視法制之研究-兼論我國相關法制應有之發展，台大法學論叢第 32 卷第 4 期，頁 141-142，2003 年 7 月。
[9] 焦興鎧，同前揭註 7，頁 184-185。
[10] 鄭津津，同前揭註 8，頁 141。
[11] 焦興鎧，美國聯邦最高法院與就業歧視問題，收錄於勞工法與勞工權利之保障：美國勞工法論文集（一），頁 345，臺北，月旦出版社股份有限公司，1995 年 11 月初版。

DOI:10.6814/NCCU201900892

員工為差別對待之標準，諸如在招募條件上限定男性或女性方得應徵即屬之。此種歧視態樣，我國行政主管機關將之稱為直接歧視[12]。

二、負面影響、差別影響歧視與間接歧視：

而所謂之負面影響，有論者以為是指：

「當雇主的僱用措施表面和形式上係中性且公平（neutral and fair），但實施的結果卻會對就業歧視相關法律所保護的特定群體造成負面影響（adverse Impact）時，雇主該項雇用措施即可能構成就業歧視行為[13]。」

另有論者針對差別影響歧視（disparate impact discrimination）為如下之說明：

「差別影響歧視（disparate impact discrimination），也就是雇主之某些雇用措施，在表面上雖然是完全公平正當，但在實際上卻會對某種特定性別之受雇者產生不利之影響，例如有關身高體重之限制即常對女性不利等。一般而言，這類歧視爭議最為普遍……[14]。」

自上述之說明觀之，應可以發現負面影響與差別影響歧視係屬相同之概念，此種歧視樣態之重點在於雇主並未以特定生理或心理特徵做為對員工為差別對待之要件，然則事實上卻隱含了特定生理或心理要素於內，諸如在招募時因懷孕之情形而不予錄用即為事例，蓋懷孕係僅女性方有之特殊生理狀況也。而在我國，雇主於招募條件中限定男性須役畢之情形亦屬之，蓋依我國現行之法令(兵役法等相關規定)，僅男性有服兵役之義務，從而在招募條件上限定役畢之招募態樣，亦將使尚未服役之男性遭受招募上之不利益，故同屬差別影響歧視之一種。而此種歧視態樣於我國行政主

[12] 行政院勞工委員會（現為勞動部）勞職業字第 1000072018 號函。
[13] 鄭津津，同前揭註 8，頁 142。
[14] 焦興鎧，同前揭註 7，頁 184。

DOI:10.6814/NCCU201900892

管機關，則稱之為間接歧視[15]。

三、混和動機歧視（mixed motive discrimination）

至於混和動機歧視，則係指雇主在為某項僱用行為時，同時擁有雙重動機，亦即合法與非法之動機也[16]，諸如當雇主欲解僱或為一對勞工不利之行為時，其考量者包含該員工懷孕之情形（歧視動機）以及該員工經常性遲到之表現（雇主合理之固有管理權限）。

上述三種情況，本文將之歸納為屬於行為上所造成之歧視。亦即以不同之行為，進而遂行雇主歧視之目的。上述之情形皆是雇主或多或少具有性別歧視之動機而為差別對待之行為，進而產生對特定性別有不公平之結果。以歧視之主觀程度來劃分，則直接歧視屬於最為強烈之歧視，間接歧視則次之。而混和動機歧視之主觀動機相對於前兩者則又更為薄弱。

自上述行為延伸，則除美國法中之三種歧視行為以外，倘若雇主無任何歧視之動機，然行為上卻有對於特定性別產生較為不利之結果（下稱無動機歧視），則該行為是否亦屬性別歧視，則有疑義。蓋無動機歧視並無任何歧視之動機，然則卻會產生對特定性別就業上不利之結果。此係肇因於男、女本有別，男性或女性或多或少皆會因為其特殊生理狀況及需求進而影響其工作表現，導致雇主給予較不利之評價，而此種情況是否亦屬歧視之行為，其評價上應如何處理，本文以為即有加以討論之必要。

而在比較我國與美國法之規範後，可以發現在直接歧視與間接歧視之情況，毫無疑問亦屬我國所禁止之範圍，此自我國性別工作平等法實行細則第 2 條之規定，即將直接歧視與間接歧視定位為性別工作平等法所指稱之歧視即可得之。然則混合動機歧視因於我國法中並未有所規範，故此種歧視行為是否亦屬本法所禁止之行為，亦有討論之必要，而本文以下將另

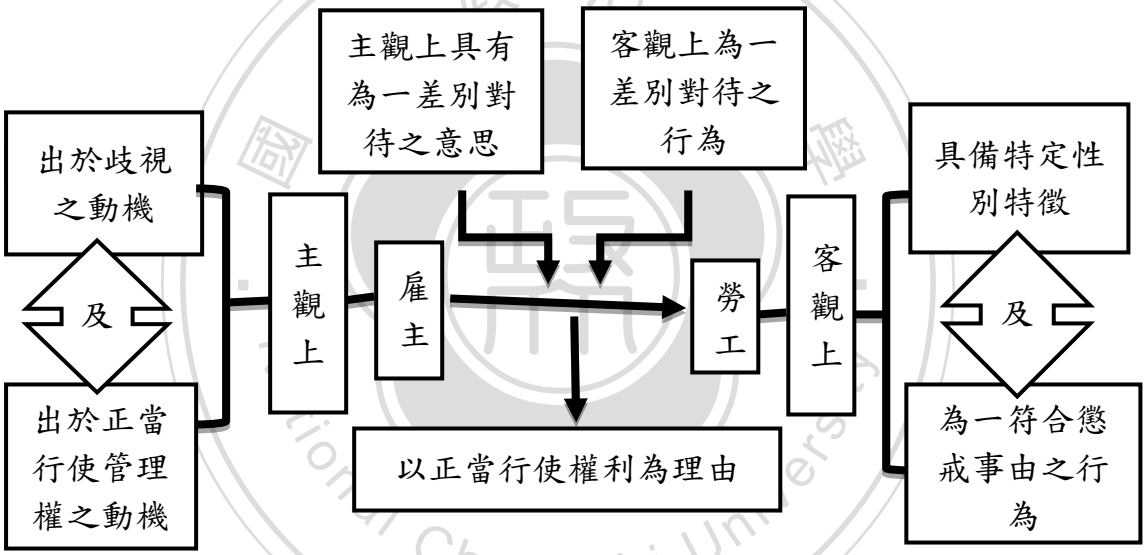
[15] 行政院勞工委員會（現為勞動部）勞職業字第 1000072018 號函。
[16] 焦興鎧，同前揭註 7，頁 185。

DOI:10.6814/NCCU201900892

就此種歧視態樣為一說明。而無動機歧視之部分本文則將於第三節進行討論。

第二節、混合動機歧視之競合[17]

歧視之型態中，混合和動機歧視是一種極為特殊之態樣，蓋在此種歧視之類型上，雇主係基於兩種意圖進行其差別待遇之行為，其中一種之動機是正當的（例如員工無法勝任工作）；而另一種動機則屬不正當的（諸如基於懷孕歧視等因素），故如何處理兩者間衝突之問題，即十分有趣。此種情形如下圖所示[18]：



圖二

吾人應如何評價雇主混和動機之行為，下將針對實務以及學說層面進行分析討論。

第一項、實務見解

關於此種歧視態樣，在臺灣臺北地方法院 103 年度簡字第 252 號行政

[17] 本節改寫自筆者於 2015 年 5 月 30 日於政治大學所舉辦之勞動與社會青年公共論壇-勞工系所研究生研討會論文集之發表，頁 151-166，惟筆者因當時思慮尚欠週延，故而當時之見解容有疑義，此處乃係將當時之見解所為之修正看法。

[18] 此圖為筆者自行繪製。

DOI:10.6814/NCCU201900892

訴訟判決曾指出：

> 3、性別工作平等法第 31 條舉證責任條文之立法目的，在**於雇主對受僱者之差別待遇，是否係基於性別因素，往往牽涉雇主之主觀動機與意圖，受僱者在舉證上多有困難；且有關差別待遇之證據，多屬雇主之人事管理資料，受僱者取得不易，故課予具有優勢地位且掌握資訊之雇主較重之舉證責任。**亦即，受僱者僅須提出可供即時調查之證據，使處分機關或調查委員就其曾因性別因素致遭受雇主為不利對待一事，得有大致之心證，雇主即應就該項差別待遇並非出於性別因素，負舉證責任，否則即應受不利之認定……。
>
> 4、**性別工作平等法第 11 條就懷孕勞工之保護係屬勞動基準法之特別規定，是縱使懷孕之勞工確有勞動基準法第 11 條或第 12 條所定之解雇事由，仍應審酌雇主是否違反性別工作平等法第 11 條規定，並於懷孕勞工釋明差別待遇之事實後，由雇主舉證證明其解僱懷孕勞工與性別之差別待遇無涉，以避免含有懷孕歧視之解雇動機競合之情形，方符性別工作平等法第 11 條及第 31 條之立法意旨。**

吾人自上述之判決觀之，得以發現該實務見解之論述係以普通法與特別法之角度切入做為判斷何者應優先適用之基礎。蓋依中央法規標準法第 16 條之規定：「法規對其他法規所規定之同一事項而為特別之規定者，應優先適用之。其他法規修正後，仍應優先適用。」從而認為性別工作平等法應優先於勞動基準法之適用。是以當雇主有合理之解僱事由，然而懷孕歧視之動機亦同時存在時，仍應認為雇主之行為違反性別工作平等法之規定。若以自此種論述脈絡觀之，僅需有歧視之動機，即得以使合法之動機

DOI:10.6814/NCCU201900892

無效化。且依本判決「雇主之行為與歧視之動機不相關」之舉證責任在於雇主。

就本文之觀察，此判決應係將混合動機歧視分為兩個層次進行處理。首先在實體法之層面上（法律優先適用之順序），當雇主之差別待遇出於兩種動機之時（正當與非正當），法院對於兩者間之競合，係將對於保護性別平等之性別工作平等法之保障，優先於雇主之正當解僱動機。其理由是基於普通法與特別法之關係，從而當雇主對勞工為一不利益之行為係同時出於正當與非正當之動機時，則將優先評價雇主之行為係屬不當，蓋該出於正當之動機將因為特別法優於普通法之關係，而為出於不正當之動機所吸收之故，此部分係於實體法層面之評價。

而後於程序層面（證據之部分），係要求雇主負舉證之責任，由雇主證明其並無出於歧視之動機。從而雇主將負有較高之證明義務，而法諺有云：「舉證之所在，敗訴之所在」，從而此等實務操作方式對受歧視之受僱者保障可謂十分周到。

在一般民事法院判決中，臺灣臺北地方法院 104 年度勞訴字第 233 號民事判決中則認為：

> 性別工作平等法第 11 條第 2 項、第 26 條、第 29 條分別定有明文。查原告請假 203 日已經被告核准，且被告於兩造及威強公司與原告間電子郵件往來間，業已知悉原告懷孕及預產期為 103 年 10 月 30 日，被告於 103 年 11 月 3 日終止勞動契約違反勞基法第 13 條規定，均為本院認定如前，原告主張被告有懷孕歧視，尚非無據。而縱被告就其抗辯……又長達 2 個月不提出任何文件證明有提早申請產假之必要，其乃終止兩造間勞動契約，終止並非懷孕歧視一事，已提出報案單、蘋果日報即時新聞列印紙為證（見卷第 164 頁、第 277 頁至第 278 頁），**<u>但此僅得證明</u>**

DOI:10.6814/NCCU201900892

被告之終止或混合有其他動機，亦無法排除其對原告懷孕歧視之認定，是原告依性別工作平等法應得請求被告為非財產上之損害賠償。

觀察此則民事判決，吾人得發現民事法院之見解亦如同上述行政判決之看法，認為若同時存在兩種解僱之動機時，雇主仍應依照性別工作平等法之規定對勞工負損害賠償之責，然則係基於何種理由則未有明說。

第二項、學說見解

在學說層面上，應先說明者，是混和動機此種歧視態樣係極易出現於各種就業歧視之型態當中。或許可能出於工會，又或者可能出現於種族、身心障礙等因素。從而本文以為此種關係，實應得將之歸納為一種最終之型態－－亦即當雇主所為之差別待遇型為係同時出於正當動機與不正當動機時，究竟應如何處理之問題。從而本文認為不論係出於何種原因所為之敵意式對待，皆應有相同法理之適用。

在勞工加入工會所為之混和動機歧視，在日本法中有許多學說討論應如何評價，在美國法中亦有針對種族或性別歧視此等情形進行討論，下將簡述之。蓋其得以作為雇主在之差別待遇混合「非正當動機」時，應如何處理之討論依據。

首先在日本法，針對雇主因勞工參加工會而為差別對待之不當勞動行為中，出於混和動機之差別對待情況，稱為動機競合，該國之判斷方式約略有以下幾種，分述如下[19]：

[19] 林良榮，動機競合與不當勞動行為，台灣法學雜誌，第 138 期，頁 235，2009 年 10 月；吾妻光俊，労働法，頁 167(青林書院，1964 年)、門田信男，不利益取扱の成立要件，日本労働法学会編，新労働法講座 6 巻，不当労働行為，頁 92(有斐閣，1967 年)、三藤正，不利益取扱，日本労働法学会編，労働法講座 2 巻，団結権及び不当労働行為，頁 285 (有斐閣，1956 年)、田边公二，労働紛爭と裁判，頁 35(弘文堂，1965 年)，轉引自侯岳宏，從日本法檢討我國工會法不利益待遇解僱之規定，台北大學法學論叢，第 80 期，頁 252，2011 年 12 月。

DOI:10.6814/NCCU201900892

一、不當勞動行為否定說：只要雇主的正當處分理由存在，即不構成為了打壓工會而為之之不當勞動行為。依照此見解，吾人得以認定雇主管理權之行使係高於法律所規定之禁止或誡命規定。

二、因果關係說：則係認為不當勞動行為與雇主之行為間具有因果關係即係出於打壓工會所為之不當勞動行為。若自本項法理延伸，得以推論出僅要雇主出於不正當之動機為一行為，即得以認為雇主之行為係屬不合法。

三、決定性原因說：此見解以為做成不利益待遇之決定性動機來判斷是否構成不當勞動行為。此說認為何種動機係做成處分行為之決定性動機，即以該動機作為判斷標準認定雇主之行為適法與否。

四、相當因果關係說：本說係就工會活動與不利益待遇之間，若無工會活動則大概不會出現不利益待遇來判斷是否構成不當勞動行為。

相對於此，在美國法中，聯邦最高法院在*Price Waterhouse v. Hopkins*[20]一案中，則以為當雇主解僱或拒絕僱用勞工係出於混合動機之時，其得以藉由提出優勢證據以證明倘若其係基於其他商業考量而不包含歧視之動機，亦會為相同之不利勞動決定，則得以使雇主得以免除其責任[21]，而此種情形即類似所謂舉證責任導致之方式。

至於德國法院及多數學說之見解則是認為在性別平等之案例上，僅需法律所禁止之歧視表徵做為差別待遇之因素時，即得將該差別待遇之行為評價為違法，惟亦有學者認為須該歧視表徵屬重要或關鍵之因素時，方得將雇主之行為評價為違法[22]。

[20] 490 U.S.228（1989）

[21] DAVID P. TWOMEY, LABOR AND EMPLOYMENT LAW: TEXT AND CASES 466 (14th ed. 2010).

[22] 相關說明，請參閱葉啟洲，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，26：3 期，頁 159，2015 年 1 月。

DOI:10.6814/NCCU201900892

第三項、本文見解

我國實務之處理方式，就筆者觀之，應係類似因果關係說，亦即有該不合法之動機即構成歧視之行為，而雇主此時需證明其並無此種動機方得以阻卻其行為不合法之評價。

本文以為，法院此項見解可資贊同，蓋性別工作平等之保護，針對勞工之保障而言係屬於特別法之故，而勞動基準法則係規範勞雇關係之普通法，從而性別工作平等之保護應優先適用。故而縱使雇主有任何理由，若同時出於基於性別此一因素而為差別對待，將因之而使其本為合法行為變質為違法。質言之，雇主符合勞動基準法之任何不利益對待之事由，將因特別法優於普通法之法之法理使之無效，性別工作平等之保護優先於雇主之勞基法上之一切行為。

且在我國實定法之規範上，自性別工作平等法第 7 條到第 11 條文義觀之，亦僅係規定「**不得因性別或性傾向而有差別待遇**」單僅就文義解釋而言，「不得因性別或性傾向而有差別待遇」應得以解釋為雇主之一切行為皆不得因性別或性傾向而給予不同之對待。從而當雇主係採取混合動機歧視之行為而對勞工造成差別待遇時，勞工或求職者亦係廣義上因性別而受有不平等之待遇，此種態樣之歧視，本質上仍係直接或間接歧視，從而自然包攝於「**不得因性別或性傾向而有差別待遇**」以內。

故而在類似案件之討論上，本文以為重點應該聚焦於如何證明之雇主之動機之問題，蓋出於內心之想法，著實難以判斷。而依照傳統民事訴訟之法理係採取規範說[23]，亦即主張權利存在之人負舉證責任，從而係由受僱人負舉證之責任，實務上將舉證責任歸屬於雇主，其背後延伸之意義即係推定雇主有違法之動機。本文以為，基於雇主有較為完整之資料，且證據偏在於雇主一方，從而將舉證之責任歸責於雇主並無違背公平之原則。

[23] 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（中），頁 119-126，臺北，三民書局，2014 年 3 月，修訂八版。

DOI:10.6814/NCCU201900892

事實上，我國性別工作平等法 31 條即係以此種立法方式，將舉證責任倒置於雇主一方，此係自程序面觀之。

又雇主亦得以舉證證明其並無歧視之動機。在實體面上此時縱使雇主有歧視之意圖或動機，亦將被其所證明之結果（無歧視之動機，蓋其得以證明其對每一位員工都會為如此之行為）吸收掉，從而亦不會對雇主造成過多的不利益。換言之，若雇主於客觀上得舉證其行為並非基於歧視之動機所為，縱其有主觀上有歧視之動機，亦將免於性別工作平等法之規範。

第三節、無動機歧視

由於男女生理結構之不同，從而在有些情況下，因生理之因素諸如懷孕等情形，進而導致工作能力下降，或將可能造成雇主對於懷孕女性之考績為較為不理想之評定。在此種情況下，雇主的主觀上並無歧視該懷孕女性之意圖，然則在客觀上，卻會因為懷孕此種情況而做出較為不利益之對待而產生差別待遇，此時雇主此等行為之效力應如何評價，即有疑義。

在實務見解之部分，臺灣臺北地方法院 105 年度重勞訴字第 28 號民事判決有認為：

> 又原告雖以被告所提 105 年 3 月 8 日電子郵件記載「there is a risk of discriminating women afrer laboring」，主張被告明知本件涉及性別歧視。惟上開電子郵件係 Cheung Michael 向 Chiang Joan 表示：依原告之工作表現，我們只能考慮終止僱傭契約，**<u>但若以原告之工作表現為由而終止僱傭契約，有歧視產後女性之風險等語</u>**（「the termination of employment is the only action that we should consider basic on her performance. But if we terminate her with performance reason, …there is a risk of discriminating women afrer laboring.」，見

DOI:10.6814/NCCU201900892

卷第165頁)，**可見Michael係基於原告之工作表現不佳，而認為應終止兩造間之僱傭契約，僅顧慮此舉有歧視產後女性之風險，尚難因此認為被告終止契約之動機涉及性別歧視。**

自是則判決中，雇主認為自己之行為具歧視之風險，因而吾人得以理解為雇主對於自身之行為已有可能構成歧視之認識，然則因雇主對勞工之不利行為並非出於歧視之直接動機，從而法院於本案中認為尚未構成性別歧視。若此，則於本案中，法院似乎認為出於歧視之動機須具有直接且明確之意圖方足構成嗣後性別歧視之行為。

而在臺灣新北地方法院106年度勞訴字第58號民事判決亦有相類似之見解，該判決認為：

從而，被告既不知原告懷孕，且原告確實於工作上有多次疏失，尚難認定被告終止勞動契約係出於懷孕歧視之動機，再參以原告向新北市政府提起申訴，新北市就業歧視評議委員會業已評議審定原告所提性別工作平等法第11條第1項（懷孕歧視）規定不成立之情，有新北市政府就業歧視評議委員會審定書1份附卷可憑（見本院卷第94頁至第97頁），**是原告此部分之主張為無理由。**

依此則民事法判決之看法，亦得發現法院在認定雇主之行為是否構成性別歧視時，仍需具備性別歧視之動機，方足以構成。

然則相對於上述兩則判決，最高法院院100年台上1062號民事判決則認為：

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**

DOI:10.6814/NCCU201900892

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櫫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。查上訴人主張性別工作平等法係採雇主「無過失責任」，指原判決逕認係過失責任為違法一節，顯與上揭雇主「過失推定責任」之意旨，不盡相同，自有未洽……。縱原審另就同法第二十六條規定，認該侵權行為成立要件應以過失責任為限，而未論述上揭舉證責任轉換之趣旨，容有未周，但依原審上述認定被上訴人未違反性別工作平等法第七條規定之情事以觀，仍於判決結果不生影響，亦應予維持。

此則最高法院判決以為，在構成性別歧視之要件上，應有推定過失之適用。若此，則得以推論出最高法院認為在構成歧視行為上，至少在主觀上須具備過失之要件以為適用，則故意或過失皆有構成性別歧視之可能。然則何謂過失為一「差別待遇」之行為？蓋雇主所為之「差別對待」行為可謂一中性行為，例如雇主因勞工之工作表現而給予不同勞工不同報酬即屬合理之情事。從而最高法院之過失為一「差別對待」行為之定義，就筆者觀之應比較接近因「過失」，進而未注意受僱者生理或性別等因素者而言，若此則該「過失」則較為接近「無歧視之動機」然卻為一差別對待之行為。

DOI:10.6814/NCCU201900892

而臺灣士林地方法院 96 年度勞訴字第 32 號民事判決中則有更為清楚之說明，本判決以為：

> 且婦女懷孕後，原本即因身體為適應懷孕而產生諸多不適現象，故請假日數較多，疏懈未能接聽電話、工作進度稍有遲緩等原屬懷孕生理反應所可能產生對工作上的影響，被告以原告有上開情況就認為未能達於一般員工的工作表現，**顯過於忽略懷孕生理上應有的影響**，特別是被告從未將原告的懷孕期間的工作表現與男性員工的工作表現分離看待，**仍不分性別的予以比較工作表現，顯然是要求懷孕之原告甚至須達於一般健全男性員工的平時表現**，達不到就在不到 15 日內的期間就要求原告留職停薪，**就男女性因生理結構及社會關係不同，女性投入職場的先天障礙原較男性為多的情形下，被告的評比對於原告言顯為過苛，應屬性別歧視觀點下所為解僱的決定**[24]。

此則判決認為雇主在婦女懷孕後並無改變其評價之標準，具有實質上之歧視，從而認定雇主之行為構成性別歧視之要件。質言之，承審法院認為在此種情況下，雇主為不利決定行為之動機似不僅限於具備歧視之「動機」方足夠成，蓋法院在此判決中說明到：「……顯過於忽略懷孕生理上應有的影響……」從而應得以推論法院認為縱使雇主為不利決定行為之動機係過失而未注意到婦女因懷孕而致使工作能力下降時，仍會構成「過失」之歧視，進而認定雇主在此種情況下為不利之行為仍會構成性別歧視。此種說法顯與臺灣臺北地方法院 105 年度重勞訴字第 28 號民事判決以及臺灣新北地方法院 106 年度勞訴字第 58 號民事判決有所出入，而有較為放寬性別歧視構成之要件。

[24] 相關評釋可參閱李瑞敏，懷孕歧視與損害賠償－台灣士林地方法院 96 年度勞訴字第 32 號判決評析，收錄於性別作平等法精選判決評釋，臺北大學法律學院勞動法研究中心編，侯岳宏等合著，頁 83-92，臺北，元照出版社，2014 年 9 月初版。

DOI:10.6814/NCCU201900892

而在學說之部分，則有較上述兩種實務見解更為放寬性別歧視構成要件者，該文獻自勞動法中之一般平等待遇原則為出發點指出：

「**不平等待遇得構成，並不以雇主於主觀上有故意或過失為前提**；否則遭受不平等待遇之勞工將可能僅僅因為雇主欠缺故意或過失而不能獲得平等處遇之保障。[25]」。

從而依其論理，縱使雇主為某一不利行為之動機並無性別歧視之故意或過失，仍足以構成性別歧視。而其目的係為保護受不平等對待之勞工之權益。

針對上述三種不同之見解，本文以為在此種情況下之評價方式，仍應依照混合動機歧視之判斷方式加以處理。蓋依據性別工作平等法第 31 條規定：「受僱者或求職者於釋明差別待遇之事實後，**雇主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。**」而有舉證責任倒置之規定，應得以推論出本法對於性別歧視之各種情形，係認為雇主必須具有歧視之動機此等意圖始足以當之，否則將不會有得以讓雇主主張其行為係非基於性別、性傾向等因素而為舉證推翻之規定。換言之，因外觀看似性別歧視之情況下，當雇主並非出於性別或性傾向之事由時，我國法應係容許雇主為差別待遇行為的。是若雇主對於其行為，並無歧視之動機時，實係針對勞工行為之單純評價，不應使其遭受性別工作平等法所產生之不利益，方為妥適。

且在混合動機歧視之部分，為歧視行之行為人既然得以舉證其無歧視之動機而阻卻其行為之適用性別工作平等法所遭致之不利效力，從而縱使雇主具有歧視之動機，然則若得以舉證推翻，亦能得以免除性工作平等法所給予之不利效果。舉重以明輕，有歧視之主觀意圖既然得以藉由舉證來

[25] 林更盛，性別歧視與母性歧視之禁止－評台灣高等法院八七年勞上易字第一號判決－收錄於勞動法案例研究（一），頁 123，臺北，翰蘆圖書出版有限公司，2002 年 5 月初版。

DOI:10.6814/NCCU201900892

排除本法之適用，更何況是無歧視之主觀意圖，當然更得以舉證推翻其主觀之意圖。

第四節、性別歧視抗辯事由

雖然在性別工作平等法之規範下，雇主原則上不得為歧視之行為，然而有原則必有例外。而此種例外即是——倘若雇主為差別待遇之理由係屬合理之時，則其行為之評價將屬合法，而在此種情形下受歧視之勞工將不會有嗣後救濟與保護之適用，蓋合法行為不構成侵害之故。是本文下將對雇主為差別對待之合理化事由為一說明，以便於確定受歧視者之範圍。

第一項、實務見解

首先在法律之規範層面上，性別工作平等法第 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。」而自條文中之「工作性質僅適合特定性別者，不在此限。」即得以發現我國法在一定之條件下係允許雇主得對特定性別為差別待遇。

而在就業服務法之規範中則無如上述但書之規定，惟在實務見解中，最高行政法院 99 年度裁字第 1683 號判決指出：

> 然原判決已論明……所謂「秘書、特助」工作內容，在於襄助首長為核心業務之事務性處理，與性別是否為女性、身高條件為何、年齡長幼等，難謂有絕對關係。逕於求職廣告中以排除性的方式剝奪未符合性別、年齡、身高等條件之求職者權益，足使不特定之求職者見聞該廣告望之卻步，上訴人以與秘書、特助工作能力或工作內容無直接相關之因素，剝奪求職者於求職過程初始應有之面試機會，顯屬不平等之待遇。……上訴人亦始終未能具體指出其所徵求之董事長秘書、特助工作內容，遑論說明上開條件與

DOI:10.6814/NCCU201900892

所徵求之秘書、特助工作間連結之合理性與必要性，徒以上詞為辯，委無足採。

自是則判決中，得發現最高行政法院認為若雇主得以證明工作徵求之條件（特定性別）與工作內容之合理性與必要性，即得以作為抗辯之理由。是吾人可推知最高行政法院在針對就業服務法之合理化事由，是採取合理性以及必要性做為依據。

事實上，現今就業服務法第五條之規定：「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。**」此處之其他法律有明文者從其規定，應得認為性別工作平等法係屬於就業服務法所謂之其他法律。蓋就業服務法係針對多種歧視態樣而予以禁止規範，而性別工作平等法則係僅針對「性別」此種歧視態樣予以規範，故得以認為性別工作平等法相對於就業服務法而言，係屬於中央法規標準法第16條所謂之特別規定，進而得以優先於就業服務法之適用，而此即特別法優於普通法之原則。故而在此部分應得以直接適用性別工作平等法之「但工作性質僅適合特定性別者，不在此限。」之規定。

惟本文以為最高行政法院之標準，仍不失做為補充性別工作平等法例外規定之判斷方式，亦即性別工作平等法第7條中之「但工作性質僅適合特定性別者」仍須具備合理性與必要性。事實上性別工作平等法第7條之「僅」及「適合」等相關用字遣詞，亦即蘊含了必要性及合理性之概念在其中。

第二項、美國法之見解

在學說上，雇主之行為雖然造成直接歧視或間接歧視，然則仍有正當化雇主行為之依據。而欲正當化上述兩種歧視之依據，在美國法中則有較

DOI:10.6814/NCCU201900892

為細緻之操作，有論者將之整理為是否具備「真實職業資格」、「營運之需要」以及「積極行動」[26]等要件做為判斷標準，下將就此等要件進行說明，並分析我國之立法規定模式。

一、真實職業資格

真實職業資格者（Bona Fide Occupational Qualifications 通稱為 BFOQ[27]）係指限制特定身分從事某項工作係基於雇主業務之必要本質[28]，而此部份之舉證責任，在美國法中係在於雇主[29]，亦即雇主須證明雇主以特定身分為條件此一行為係基於其業務本質所必須也。然而真實職業資格此一概念於美國聯邦最高法院當中之運用，其實是即為狹窄的[30]。

茲舉美國聯邦最高法院一案例為說明，本案事實略為：有雇主因擔心懷孕婦女之胎兒因暴露於電池製造廠而可能造成對胎兒的危害，從而將懷孕婦女排除於此場所之外，此舉被認為係違反真實職業資格。蓋電池製造場所之營業本質在於製造電池，而有能力之女性不應被排除於外也[31]。若此，僅需雇主之考量有基於性別之因素而對勞工為差別對待，則不論該動機是否良善皆無法主張其行為並無歧視，而此種情況亦非本文上開所稱之無動機歧視，蓋無動機歧視係雇主對勞工為差別對待並未考量性別此因素所為方屬當之。

此種合理化之方式須具備幾點要件：1.雇主須證明其排除僱用或受到差別待遇之人無法安全且有效的執行職務。2.雇主須證明全部或近乎全部被排除僱用或拒絕僱用之人無法執行該工作之主要內容。3.雇主無其他方式來加以取代具差別待遇之僱用[32]。此種正當化行為之方式，是在雇主明

[26] 鄭津津，同前揭註 8，頁 143。
[27] ALVIN L. GOLDMAN & ROBERTO L. CORRADA, LABOUR LAW IN THE USA, 196 (4th ed. 2014).
[28] *Id*. at 196.
[29] *Id*. at 196.
[30] *Id*. at 196.
[31] *Id*. at 196.
[32] 鄭津津，同前揭註 8，頁 144-145。

DOI:10.6814/NCCU201900892

白以特定群體為排除或差別對待之直接歧視行為之下所加以主張[33]。

二、營運需要

雇主雖然並無直接以特定性別作為僱用之限制，然則其行為實質上仍會因而對特定性別產生影響時，雇主得以主張其所為之限制係基於營運所必需，進而合理化其行為也，此種合理化之事由多發生於雇主行為形式上中立實質上卻會對特定群體不利之間接歧視之行為上[34]。

三、積極行動

當雇主採取一行為而對於特定族群之勞動者給予保護，因而造成反向性之歧視時，雇主得以主張此一理由，而將其可能涉及歧視之舉證責任轉換給向雇主主張其受到歧視之勞工[35]。

第三項、本文見解

本文以為我國法上之規範應足夠做為合理化雇主歧視行為之依據，蓋在性別工作平等法第 7 條中「但工作性質僅適合特定性別者」之規定即帶有真實職業資格之意義蘊含於內。

而性別工作平等法第 31 條之規定「**受僱者或求職者於釋明差別待遇之事實後，雇主應就差別待遇之非性別、性傾向因素**」亦如同美國法上之營運需要之意義，蓋此一規範即係賦予雇主說明其所為之限制係基於營運所必須，與營運需要此一美國法上之概念係屬相同。雖我國性別工作平等法上並未有積極行動此種將舉證責任轉換給勞工之規定，然則仍得以依照民事訴訟法之相關規範，諸如民事訴訟法第 277 條之規定轉換給勞工，係以我國對此部分對雇主之保護尚屬完善。

而上述之實務及學說見解所發生之案例與事實，皆係涉及如何正當化契約成立前之歧視行為，在指涉如何正當化契約存續期間之歧視行為則未

[33] 鄭津津，同前揭註 8，頁 146。
[34] 鄭津津，同前揭註 8，頁 146。
[35] 鄭津津，同前揭註 8，頁 147。

DOI:10.6814/NCCU201900892

有著墨。本文以為在契約存續期間之歧視行為仍有上開之概念予以適用。係以在敘薪與解僱之部分，當雇主有合理化之正當事由時，仍得以阻卻其行為。雖我國法「**但工作性質僅適合特定性別者**」僅規範在性別工作平等法第 7 條之部分，然本文以為應可類推適用此一規定而加以阻卻之。理由在於「**但工作性質僅適合特定性別者**」應不僅止於僱用時方會出現，在解僱員工時亦有可能發生，茲舉一例以為說明。例如某公司係生產時裝之公司，旗下有男女模特兒各十人，因營運困難而欲裁撤其男裝部門時。此時男性模特兒即非該公司之營運所需，從而公司應可依照勞動基準法第 11 條第四項之規定將之解僱。在本案中，雇主予以解除勞動契約雖係基於性別所為之不平等對待，然則其剩餘之模特兒工作僅適合於女性，因而可認為該解僱之行為亦係具有真實職業資格。故基於相同事物應為相同處理之法理，應得以類推適用「**但工作性質僅適合特定性別者**」之規定而阻卻雇主之歧視行為。

國立政治大學 National Chengchi University

DOI:10.6814/NCCU201900892

第三章、性別歧視規範之效力與契約自由之衝突

在討論完何種行為為歧視之行為後，本章主要針對歧視行為之效力進行討論。此章之重點在於性別工作平等法第 7 條至第 10 條之規範效力究竟為何，並同時針對性別工作平等之保護與雇主契約自由保障之間的衝突進行討論。

第一節、性別歧視規範效力之概述

在討論完各種歧視態樣及阻卻歧視行為之理由後，接下來即係要針對歧視行為之效力做評價。質言之，此處之問題意識在於——當雇主為一歧視之行為後，該行為之效力究竟為何？

於我國法中，性別工作平等法針對性別歧視之禁止，主要係規範於該法第 7 條至第 11 條之間。如若吾人細細探究此等條文，將會發現本法第 7 條之前半段係針對雇主在契約成立前之歧視行為（雇主對求職者或受僱者之招募、甄試、進用……）；而在第 7 條之後半段及第 8、9、10 條則是針對契約內容存續期間禁止所為之歧視行為；至若第 11 條之部分，則是勞雇雙方終止契約時所產生之歧視行為。

然則此等規範之效力，若單純就法條之文義加以觀之，將會發現僅有在性別工作平等法第 11 條之部分（雇主基於性別歧視進而終止契約時）有予以效力之規定；相對於此，在同法第 7 條至第 10 條之部分，則未就效力予以規範。倘若吾人依明示其一而排除其他之反面推論法理。當雇主為性別工作平等法第 7 條至第 10 條行為之時，雇主行為之效力似仍得以評價為有效（雖仍有損害賠償之問題），而此部分係因我國法立法例所致，係以不會有比較法之適用，惟在討論內容上，則仍會參酌外國學理，在此併予敘明。

針對此等問題，我國實務上約略有以下兩種見解，首先在臺灣臺北地方法院 96 年度訴字第 7313 號民事判決中認為：

DOI:10.6814/NCCU201900892

「雇主對受僱者之退休、資遣、離職及解僱，不得因性別而有差別待遇」「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」「違反前二項規定者，其規定或約定無效；勞動契約之終止不生效力」**性別工作平等法第 11 條第 1 項、第 2 項、第 3 項分別定有明文。然對於其他第 7 條至第 10 條所列之性別差別待遇之情形，未規定其差別待遇之行為效力如何。就本案而言**，原告因國立宜蘭大學校長招募、甄試之過程中，遭性別歧視之言論，雖其於 95 年 5 月 26 日以電子郵件向教育部申訴受歧視之情形，然行政院已於 95 年 5 月 15 日公布聘請訴外人庚〇〇擔任宜蘭大學校長（見被證 12），**如本院解釋為該選任無效，將導致法律關係更趨於複雜，故除因性別工作平等法第 11 條所列之事由，尚不宜解釋該聘任為無效；**

自上述之判決觀之，可以發現民事法院在判斷違反性別工作平等法第 7 條至第 10 條時，係以明示其一而排除其他之反面推論方式，在此一「個案」當中，否認了性別工作平等法第 7 條至第 10 條作為效力規定之解釋，而認為雇主之行為尚不因之而無效。

然則相對於上述之判決，台灣高等法院 105 勞上字第 131 號判決則有不同之見解，本號判決見解如下：

按雇主對於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。受僱者或求職者於釋明差別待遇之事實後，雇主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因素，負舉證責任。法院及主管機關對差別

DOI:10.6814/NCCU201900892

待遇事實之認定，應審酌性平會所為之調查報告、評議或處分。性平法第 7 條、第 31 條、第 35 條分別定有明文。**本法第 7 條至第 11 條、第 31 條及第 35 條所稱差別待遇，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**……。承上，**甲〇〇既已釋明合庫銀行對其所為系爭乙 A 等評定，係因其懷孕生產所為不利之對待，且合庫銀行就其所為差別待遇非基於性別因素乙節，不能舉證證明，則甲〇〇主張合庫銀行對其所為系爭乙 A 等評定違反性平法第 7 條禁止規定，依民法第 71 條規定，係屬無效，難謂無據，是甲〇〇請求確認合庫銀行對其所為系爭乙 A 等評定之意思表示無效，自應准許。**

自是則判決之論述，可發現台灣高等法院 105 勞上字第 131 號判決之見解是異於臺灣臺北地方法院 96 年度訴字第 7313 號之看法。本則判決認為在違反性別工作平等法第 7 條之部分，雖然性別工作平等法並未予以明文規範違反該等規定之效力，然則仍得以依照民法第 71 條強制禁止規定之規範而使雇主之行為無效。

惟當吾人參照民法第 71 條之規定後，吾人得以發現違反民法 71 條之時，依該法第 71 條之規定：「法律行為，違反強制或禁止之規定者，無效。但其規定並不以之為無效者，不在此限。」是以若單純自此則條文「但其規定並不以之為無效者」觀之，吾人亦可解釋因性別工作平等法第 7 條至第 10 條之規定並未以之為無效，故不在民法第 71 條禁止之效力規範之內。

事實上，我國最高法院之見解係將違反民法第 71 條禁止規定行為之法律效力區分為取締規定及效力規定。

DOI:10.6814/NCCU201900892

在取締規定之部分，該法律行為之效力仍屬有效；然則相對於此，倘若違反效力規定，則法律行為之效力則將被評價為無效[36]。或有謂取締規定者，乃係以禁止某一行為為目的之規範，而效力規定則係根本否定該行為之法律效果[37]。

然則違反某一法律規定之行為究屬取締規定抑或是效力規定，著實難以區辨，是以有論者認為應綜合法規之意旨並權衡法益之衝突加以認定，若係涉及締結契約之外部行為時（諸如時間、地點），則將之評價為取締規定；而針對內容之禁止時，則係效力規定[38]。

性別工作平等法第 7 條至第 10 條之部分，顯然係針對契約內容之管制而非單純限制時間或地點，是以若依上述之論理，應得以將之評價為禁止規定，進而使之無效。然誠如上所述，在評價行為之效力時仍應考慮法規之意旨與利益衝突，是以本文以為尚不得逕自以法律之規範是針對規制之內容或外部行為為認定之標準。

本文以為，在性別工作之禁止規定此等問題之法益衝突權衡，最根本之處將牽涉契約自由與國家基於性別平等而進行管制之衝突（此處即係在評價與權衡法規之意旨與相衝突之利益）。蓋在此種牽涉到雇主與勞工契約成立前、契約存續期間之雇主行為，受有國家基於性別平等之要求，而強行管制之情形，倘若契約自由係屬無邊無際，則根本不應賦予雇主無效之強行規定（即無民法 71 條無效之適用），頂多只有國家在為達成一定之行政目的而給予人民一定程度的不利管制行為之效力（即取締規定之效力）。而若契約自由發展到極端之情況下，性別工作平等法第 11 條所賦予之效力規範亦將產生疑義；反之，倘若契約自由有界線，則該界線究竟到何等之程度，性別工作平等法第 11 條，是否尚未牴觸契約自由之意旨；而

[36] 王澤鑑，民法總則，頁 302，臺北，作者自版，2010 年 4 月修訂版。
[37] 詹森林，效力規定與取締規定之區別標準，收錄於民事法理與判決研究（六），頁 41-42，臺北，作者自版，2012 年 12 月初版。
[38] 王澤鑑，同前揭註 36，頁 302。

DOI:10.6814/NCCU201900892

性別工作平等法第 7 條至第 10 條之規範，是否亦仍在契約自由之界線所容許規範之範圍內。如上述命題為肯定，則違反性別工作平等法第 7 條至第 10 條之效力將趨近於禁止規定，而有民法 71 條前段之適用，進而導致違反該等規範之行為效力為無效；反之則不然，而係趨近於取締規定之效果，亦即國家為達成一定管制目的而給予人民之不利益行為，然則此規範並不影響雇主行為之效力。故以下將就此等議題進行討論。

第二節、契約自由與性別工作平等規範之衝突

本節將針對性別工作平等之保障與契約自由間之衝突進行討論，故首要即係針對契約自由與平等權之保障進行說明，在確認契約自由與平等權保障之關係後，在依此處所推導出之法理對性別工作平等法第 7 條至第 10 條之效力進行評價。

第一項、契約自由及性別工作平等於憲法中之地位

在現代民法之基本理論下，依據契約自由原則，當事人有訂立契約對象選擇之自由、契約內容亦係由當事人自行決定之、訂約之方式亦僅需意思合致即足成立[39]。質言之，雇主得以選擇與何人訂立契約，勞工亦得自由選擇欲與何雇主訂立勞動契約；契約之內容與訂定契約之方式皆僅需雙方當事人合意即可。

從而，在契約自由之原則下，雇主欲與何種性別之勞工訂立契約，理應是不受國家所干預的；而在雙方訂立契約之內容觀之，依據契約自由原則，僅須雙方之意思表示合致，則勞動契約之條件與內容亦即告成立，而無他人置喙之餘地。

而契約自由此一概念同樣係屬於憲法所保障之基本權利，雖憲法並無明文規定之，然依據司法院釋字 576、580 號所為之意旨觀之，可知道契約

[39] 王澤鑑，同前揭註 36，頁 265；王澤鑑，債法原理，頁 80，臺北，作者自版，2006 年 9 月再版。

DOI:10.6814/NCCU201900892

自由原則應為憲法 22 條所含括[40]，此外並有文獻指出契約自由此一原則同時亦蘊含於憲法第 14 條之集會結社自由、憲法第 15 條之生存權、工作權以及財產權中[41]。

然則相對於此，我國憲法第 7 條明文規定：「**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。**」、又增修條文第 10 條亦規定：「**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。**」從上述之規定，得以看出我國憲法對於性別平等保障之意旨與意圖。從而在雇主不欲與特定性別群體或個體締結契約或約定較他性別為不利之工作條件時，即與性別平等保障產生衝突。蓋國家既有保障雇主得與任何人締結契約，約定契約內容之自由之責任，然則亦同時具備保護男女平等之義務。

惟憲法是公法，主要之目的係在規範國家與人民之關係，從而當女性勞動者欲進入職場工作時，仍然係依據傳統私法（民法等相關法規）來處理雙方之權利義務關係。從而為達成保護性別平等之目的，我國訂有性別工作平等法加以規範與約束私人間契約之效力。而在性別工作平等法第 11 條當中並規定：「**雇主對受僱者之退休、資遣、離職及解僱，不得因性別或性傾向而有差別待遇。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。<u>違反前二項規定者，其規定或約定無效；勞動契約之終止不生效力。</u>**」

從該條第三項得以看出，性別工作平等法之內容有針對私人間之民事契約效力進行管制。若此，則該條文即會與契約自由原則產生衝突，蓋本條在一定之程度上實係介入了私法契約，而有違反契約自由之意旨。

[40] 陳新民，憲法學釋論，頁 151，臺北，作者自版，2008 年 9 月修訂六版。
[41] 王澤鑑，同前揭註 39，頁 80。

DOI:10.6814/NCCU201900892

然則性別工作平等法第一條即開宗明義表示本法係：「**為保障性別工作權之平等，<u>貫徹憲法消除性別歧視</u>、促進性別地位實質平等之精神，爰制定本法。**」故而從上揭條文即可得知，我國性別工作平等法之目的是為貫徹憲法保護性別平權之意旨，而得認為係平等權之延伸。

保護勞工之工作權與平等權，其立法之正當性及理由無庸置疑是十分強大的，但是藉由國家公權力介入民事當中之私人契約關係亦有可能導致與同樣受憲法所保障之契約自由原則產生衝突。

從而本文以為首要需探究者係——為何性別平等此一憲法之保障優於憲法所保障之契約自由。質言之，為何吾人得以訂立一個保障性別工作平等之法規進而去介入私人之間之契約自由與工作自由。故而此時即須先考量之問題即是——基本權與基本權之間，究竟是否有先後順序之問題。

第二項、性別工作平等法之立法模式

第一款、性別平等之意義與保護之途徑

在討論性別平等與契約自由之調和前，須先處理之先決問題即是——何謂性別平等？以及如何為之方才是性別平等？蓋在不清楚何為性別平等，實無法討論應如何加以調和。

首先在平等之討論上，何謂性別平等，針對此一疑問，女性主義法學當中分別有兩種理論模型，其一為「形式平等理論」，其二為「實質平等理論」[42]，其中在「形式平等理論」中有一派認為：

> 「法律上認可的性別歧視乃是女性受壓迫的重要根源之一，而這主要表現為種種基於性別的差別待遇，其型態可能是排除（例如將女性排除於勞動市場之外），也可能是邊緣化：給予女性（相對於男性）較差的待遇，例如同工

[42] 陳昭如、張晉芬，性別差異與不公平的法意識－以勞動待遇為例，政大法學評論，108 期，頁 69，2009 年 4 月。

DOI:10.6814/NCCU201900892

不同酬。不過，平權理論並不認為所有的差別待遇都是一種歧視，基於所謂「男女本質上差異」的差別待遇是可被容許的。[43]」

依上述之概念，應得認為在平等之保障上，仍得以特定性別之差異為不同之評價。質言之，此派學說係欲建立一個客觀中立之純然理性立法規範，允許法律因為特定的性別差異或特徵而為相異之規範－－只要本質上確實有所差異即可。

在就業服務法第5條中提到「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。」；性別工作平等法第二章當中，自第7條至第11條更是明確的規範了性別歧視之禁止。其中性別工作平等法第7條之「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。**」即係允諾得以在有本質上之差異之情況下得以為差別待遇。

此種立法模式係為一消極式－－只要雇主不違背該等規定即屬合法之立法。該等立法並無強加雇主一定要僱用特定性別或促進特定性別進入職場之義務。惟倘若雇主仍然以禁止之規範做為僱用之裁量標準，則會受到行政法上之處罰（就業服務法65條等可供參照）。

然而，在實質平等論學者之觀點下，基進女性主義法學派（宰制理論）則認為女性係受到結構性之壓迫，女性之弱勢並非基於差別待遇所造成，而係基於結構性之壓迫所導致[44]。此派認為，國家甚至需要積極的促進平等。

[43] 陳昭如、張晉芬，同上揭註 42，頁 69。
[44] 陳昭如、張晉芬，同前揭註 42，頁 71-72。

DOI:10.6814/NCCU201900892

本文以為，我國之就業服務法第 26 條規定：「**主管機關為輔導獨力負擔家計者就業，或因妊娠、分娩或育兒而離職之婦女再就業，應視實際需要，辦理職業訓練。**」即應屬積極式之立法。

此外，在實質平等論學者之見解之下，法律看似客觀中立的文字，實亦可能係基於男性群體之觀點所做出。以我國為例，在司法院釋字 490 解釋當中，男性應服兵役而女性不用係基於「**立法者鑒於男女生理上之差異及因此種差異所生之社會生活功能角色之不同**」而為之設計，此號解釋即具有以男性觀點而認為女性係應受保護之群體此一意象藏存其內[45]。

而在美國之部分，在 *EEOC v. Sears, Roebuck & Co.(1986)*[46]一案當中，法院亦認為因為女是性「自願」選擇進入低薪資之部門的，蓋女性對職業之競爭意識較不強烈，而係屬於其自由意志之表現，進而認為雇主並無歧視之實[47]。

從上述的兩派討論當中，在形式平等理論認為有絕對客觀之標準存在，從而在性別確有差異之情形下，即得以因為該特殊差異而有所不同的規範；惟在實質平等論學者之觀點，則係認為特殊差異其實有一些部分係因為傳統父權之概念所建構與形塑出來的，諸如在上述所提之服兵役之義務即屬釋例，蓋真實差異與刻板印象之界線並不容易輕易劃分。在美國聯邦最高法院的觀點當中，認為「真實之差異」必須完全吻合性別特徵，必須所有女性或者是所有男性皆係如此，方得謂之為「真實之差異」，倘若非屬該等情況，則皆屬於性別刻板印象[48]。

在實質平等論學者之觀點中，似乎認為縱使在提供充分平等之就業環境情況下，仍有可能因為特定性別從小之教育或社會所形塑出之環境而有所影響，上述美國案例即屬之。

---

[45] 陳昭如、張晉芬，同前揭註 42，頁 74。
[46] Equal Employment Opportunity Commission v. Sears, Roebuck & Co., 628 F. Supp. 1264 (N.D. Ill. 1986)
[47] 陳昭如、張晉芬，同前揭註 42，頁 75。
[48] 黃昭元，純男性軍校與性別歧視，歐美研究，第 33 卷第 3 期，頁 494，2003 年 9 月。

DOI:10.6814/NCCU201900892

孟子滕文公下中提到：

> 景春曰:「公孫衍、張儀豈不誠大丈夫哉？一怒而諸侯懼，安居而天下熄。」孟子曰:「是焉得為大丈夫乎？子未學禮乎？丈夫之冠也，父命之；女子之嫁也，母命之，往送之門，戒之曰:『往之女家，必敬必戒，無違夫子。』以順為正者，妾婦之道也。」

即可看出傳統社會對於特定性別所「製造」出來的差異，縱使形式的法律規範並無對之為差別待遇，然而實質上該等特定性別仍會產生一實質上的距離，有論者以為性別正義係屬於應然面之探討，然則其仍需與實然面為結合[49]。蓋依據上述孟子之時代所形塑出之女性觀點，縱使於戰國時代給予女性家庭暴力防治法此一應然面得受有保障之法，然則於實然面受暴婦女仍不會去主張其權利。

第二款、性別平等保護之內容與強度

在討論完形式平等論者之主張後，接下來即係討論吾人是否即需要對特定性別因為其處於傳統社會，所形成之弱勢給予其特定之推力或促進就業之措施，亦即實質平等論者之想法，最為著名的即是－－規範雇主對於某工作或職位之特定分類之聘用人數不得少於一定之比例之規定。蓋雖然法令之規定已達形式平等論者所希望之要求時，仍有實質平等論者所擔憂之因為制宰所產生的實質不平等之情形，如上述之美國案例以及孟子之舉例－－雖然法令已經給予一個性別友善空間，然而因為其他的因素無法達成實質之平等。

在說服吾人採取特定之積極促進措施時，首要之問題即係－－為何要給予特定身分積極促進之措施？

針對此一疑問，有見解以為縱使國家給與性別工作平等之保障，然而

[49] 洪惠芬，“照顧者正義”：性別正義不只是法律平等，台灣社會研究季刊，51 期，頁 101，2003 年 9 月。

DOI:10.6814/NCCU201900892

整個社會結構若仍係充滿差別待遇，則依舊無法解決性別不平等之問題，因此國家應給予積極之促進措施，以消彌性別不平等之架構[50]。

除此之外，有以自補償之角度出發，認為因為過往男性對女性身分所造成之不利益，而須以積極之促進措施為補償，美國法院即曾以此為理由合於重要之政府目的[51]。

然則，本文以為若以此等理由做為給予差別待遇之依據時，會出現的第一個問題是－－現代的特定性別為何要去承擔因為過去之社會所形塑出來的宰制，而為之負責。

德儒康德以為，人本身即為目的，而非手段，此亦為現代民主法治國家極為重要的原則，有論者認為人性尊嚴係基本權之基礎[52]，或有論者謂人性尊嚴屬於憲法秩序中之基本原則[53]，而人性尊嚴有兩項基本內涵，其一為人之主體性，此即意味國家不得將人做為一項工具而使用[54]；其二則係人之自由意志需受充分之尊重[55]，另有論者認為自治自決之機會皆需受充分之保障與尊重[56]，查其兩者之說法，實係意義相同僅用字遣詞不同而已矣。質言之，人的意志主體性係人性尊嚴之基本價值。

若此，則現代之人不得為做為為補償過去不利益所產生之結果之手段，蓋吾人需尊重每一人之意志主體性。從而本文以為若以為對過去造就之不利益結構做為性別促進措施之理由實在係不夠強烈。

有論者以為國家之基本權亦有保護之功能，在資本主義之下，勞工對於契約自由係受有自由意志之限制的，藉由國家立法反而得以保障勞工之

[50] 陳威龍，從憲法平等原則探討性別工作平等審查標準，國立高雄大學法律學系碩士論文，頁45-46，2009 年。
[51] 黃昭元，同前揭註 48，頁 495。
[52] 李惠宗，憲法要義，頁 84，臺北，元照出版有限公司，2009 年 9 月五版。
[53] 李震山，人性尊嚴與人權保障，頁 3，臺北，元照出版有限公司，2000 年 2 月初版。
[54] 李惠宗，同前揭註 52，頁 84-85。李震山，同前揭註 53，頁 10-12。
[55] 李惠宗，同前揭註 52，頁 87。
[56] 李震山，同前揭註 53，頁 12-14。

DOI:10.6814/NCCU201900892

自由意志不會在社會體制之下遭受壓迫[57]。本文贊同上述之說法，且若法令係為維護人性尊嚴而設，則此一理由係十分充分且強烈的，畢竟人性尊嚴係現代法治國重要之基礎。

從而，本文以為國家得以立法去消除甚至促進勞工之就業，蓋此之目的係為消除體制之壓迫，最終為使人們得以真正展現其契約選擇之自由意志。質言之，國家此種立法方式反而係在保障人性尊嚴。

而女性勞工之保護，本文以為亦應有此種解釋途徑之適用，蓋女性勞工長期受到體制之壓制，若給予促進就業之措施，實係在消除此種壓制，進而達到無壓制之社會。女性工作者之契約自由意志在無壓迫之社會方得以真正展現，蓋在無任何結構性壓迫之社會中，方具有真正之自由意志。故而給予女性促進之就業措施實係在促進其自由意志之展現，進而達到維護人性尊嚴之目的，故而本文以為促進措施可資贊同。

然則此一措施亦不得因而侵害男性受僱者之權益，從而若係針對人數之立法，則人數比例即不得超過一半，蓋仍應保障男性之最低保護，而男性在此一情形下應忍受此一措施，蓋在重構整體社會對女性之印象與特定男性工作權之權衡下，在男性工作權之保護以及雇主契約自由保護應係得以稍作限縮的。然而此應僅限定於一定的過渡時期，當此一過渡時期結束，即轉換為形式平等理論所訴諸之「等者等之，不等者不等之」之消極概念，純然回歸真實之職業資格，蓋此時性別角色的印象已逐漸淡化，並無在以特定之規範來維護女性群體之弱勢現象，此時女性勞動者應得以「實質之自由意志」和雇主訂定契約而非受結構所壓迫之「形式之自由意志」與雇主訂立形式上係合乎自由意志，然則實質上卻係不自由之契約。

美國法院亦指出，雖然政府為補償過往女性遭受歧視所造成的損害，而採取性別差異之立法，然而仍需要注意此種基於善意所為之分類亦不能

[57] 李惠宗，同前揭註 52，頁 87。

DOI:10.6814/NCCU201900892

去強化性別刻板印象[58]。此即係第二個應要注意之問題－－此時仍需要小心以免造成對女性更為不利之影響，在美國聯邦最高法院金斯勃格大法官於維吉尼亞軍校拒收女性學生一案中，即認為雖然性別分類作為補償女性所遭遇之不平等現象，然不能卻因而再度深化女性在法律及經濟、社會上之弱勢[59]。事實上，當政府採取某一項促進婦女就業之保障措施時，其實同樣藉由此一立法傳達出一項訊息－－某項工作對於女性而言在社會上是弱勢的此一圖像。

綜上，性別平等之保護在強度上應係可放寬至不單純僅於形式上之保護，而是包括實質之就業促進。惟雖然實質平等論者所為之推論言之成理，然而筆者仍認為形式平等論當中之性別真實差異仍係屬存在的，蓋性別之間的身體結構與差異，本即有之，不是以種族、宗教、信仰等方式區別可資比擬的，蓋以種族、宗教、信仰等方式區別實難看出不同群體間有何特別之特徵而影響工作也。

憲法第7條平等權之意涵即包含等者等之，不等者不等之之概念[60]，在接受憲法得以做為私人秩序之基本價值此一脈絡當中，當然會認同法律給予不同性別基於該特徵而有不同待遇之保障或規範，蓋平等原則並非不許為差別待遇，而係不得為恣意之差別待遇也[61]。

惟在實然面，誠如實質平等論所言，雖然已建構了一理想化之法律平台，然而在傳統宰制之下，女性實無法藉由此一平台達到真實的平等。從而本文以為促進女性之就業制度現行仍有存在之必要，然必需要小心反而深化女性弱勢之形象，本文認為應係有條件地承認政府對於特定性別之促進行為，惟此仍係屬於一過渡期間之手段，當實然面之隱性歧視消失時，仍需要回歸至最後形式平等理論者所主張之亞里斯多德式的平等。

---

[58] 黃昭元，同前揭註 48，頁 495。
[59] 黃昭元，同前揭註 48，頁 513。
[60] 司法院釋字第 595 號可供參照。
[61] 李惠宗，同前揭註 52，頁 129。

DOI:10.6814/NCCU201900892

第三款、我國基於性別所給予保護之立法模式

在討論完給予性別平等保障之正當性之強度後，皆下來即係針對我國之相關立法進行概述。

首先我國針對女性勞動者之保護，在規範勞工的基礎法規－－勞動基準法中，第49條以下即有針對女工之相關規範，諸如工作時間、產假、產假期間之工資以及哺乳等相關規範。而在就業服務法中第5條亦有規定不得以性別此一要件為歧視。然則大多數對於特定性別之保護規範，仍主要在性別工作平等法當中，下將就此規範進行概述。

在勞動基準法之部分，關於產假以及哺乳之相關規範，係基於女性之生理特徵而給予之特別規定，係屬於「不等者不等之」之事例，此種不等者不等之之立法方式，亦係憲法平等原則之基本概念，同樣是基本權中平等權之展現。而產假期間或哺乳時間長短之問題，則係立法技術之問題，需考量者為現今醫療技術及科技發展程度、社會通念等，已非本文所欲討論之層面，係已不多贅述。而在懷孕期間，工資給付照給之部分，亦此亦係基於不同之特徵而給予不相等待遇的展現，蓋僅有女性工作者會有懷孕之可能，從而相較於男性工作者而言，女性工作者將會有工作時間較少之可能性，此種方式即係針對女性勞動者特殊生理結構之保障。

而在就業服務法當中，該規定係不得因性別而與以歧視，從而僅係課予雇主不得考量與工作本質無關之事項而不聘用女性勞工，係屬於憲法中基本權之介入，亦係屬於形式平等論者所謂之等者等之之立法模式，用意在於「提醒」雇主有為招募平等之義務也，此外本法雖僅規定不得因性別而為工作之歧視，惟此處本文以為仍應包含懷孕在內，蓋懷孕此種狀態，係基於性別此一因素延伸出來的。質言之，在現今醫療技術下，僅特定性別者（即女性）得以懷孕，故而懷孕此一概念實際上應係被包含於特定性別此一因素當中的。

DOI:10.6814/NCCU201900892

而在性別工作平等法之部分,立法方式分別為總則、性別歧視之禁止、性騷擾之防治、促進工作平等措施、救濟及申訴程序、罰則以及附則。

該法規首先在總則之部分，於第 1 條揭示出其立法之目的以及意旨，性別工作平等法第 1 條規定「**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，爰制定本法。**」在於貫徹憲法性別平等之保障。

性別工作平等法第 2 條規定「**雇主與受僱者之約定優於本法者，從其約定。**」此一規範即係以本法為一最低之基準，從而在此基準之上者，當然有契約自由之適用，從而本規範事實上應得以認為係承認契約自由適用於私法契約之展現，然則前提是不得低於本法之最低基準，亦即在不違背憲法之基本原則上方具有契約自由。

而在第二章之部分,則係針對性別歧視禁止之規定,此一部份之規定，不論係針對雇主僱用員工或升遷、員工訓練、福利、薪資、解僱等[62]皆係明定為：「**不得因性別或性傾向而有差別待遇**」，從而依形式平等論者之觀點,即係不得考量與工作無關之事由做為判斷,而此種等者等之之立法，本即係平等原則之基本立論。

第三章則係針對性騷擾之防治，本文以為，此立法可以視為民法 483-1 之特別規定，蓋雖然契約自由，然則仍然有應擔負之權利義務，以維繫雙方之權利義務法律關係，民法 483-1 則係規定僱用人在受僱人有為害之虞者，應為必要之預防，即係此等規定之例釋。而性別工作平等法中性騷擾之防治則係針對此一規範之更為具體之規定。

而第四章之部分，則係針對特定性別所具有之特徵，進而所可能產生之各種情況，給予規範。郭玲惠教授以為：

> 兩性工作平等法第四章中將保障規定區分為一般性別之保護(例如女性之生理假及男性之陪產假)與就業促進(例

[62] 性別工作平等法 7 至 11 條。

DOI:10.6814/NCCU201900892

如調整工時、育嬰留職停薪、家庭照顧假及托兒措施或設施等〉以及針對母性特殊需求〈例如產假〉之規範，前者特別著重於性別特殊需求之考量，後者則為對於懷孕及妊娠婦女之特殊照養。期藉由積極的消除就業障礙，進而達到促進就業之目的[63]。

其認為本章中有關產假之規定，係針對特殊照護而給予之積極式之立法。然則本文以為此係屬於不等者不等之概念之展現而給予實質之平等保障，蓋生理日與分娩、生產等皆係僅會出現於特定性別之情形，係本質上之差異，因而得以給予不同之保護。

至於該規範之時間長短，如上所述，係屬於立法技術之問題，蓋此等規範亦會同時伴隨著醫療等因素而有所變化。質言之，針對特定性別所具有之特徵而給予規範之「質」係符合憲法平等權之意旨，從而優先於契約自由之保障，而「量」即給予多少假日等規範，則需視醫療等技術而屬立法技術層面之問題。

綜上，針對我國與性別相關之立法，就筆者之分析，應大多屬於形式平等論者中之等者等之、不等者不等之之規範方式。質言之，我國之相關立法規範僅係要求雇主給予一個合理公平之就業平台也。

第三項、契約自由與性別工作平等之衝突與調和

討論完我國之立法模式及性別工作之意義之後，揭下來即係要探討性別平等與契約自由之間的關係，亦即孰先孰後的問題。

針對我國對於基本權是否有先後順位之此一部份之討論上，於實務見解之部分，司法院大法官認為契約自由此一權利之概念亦包攝於於憲法所欲保障之基本權範圍之內，然則對於契約自由之保障程度卻留有伏筆。司法院釋字 576 號即指出：

[63] 郭玲惠，兩性工作平等法面面觀—性別歧視之禁止促進就業措施，律師雜誌，頁 29，271 期，2002 年 4 月。

DOI:10.6814/NCCU201900892

契約自由為個人自主發展與實現自我之重要機制，並為私法自治之基礎，**除依契約之具體內容受憲法各相關基本權利規定保障外，亦屬憲法第二十二條所保障其他自由權利之一種。惟國家基於維護公益之必要，尚非不得以法律對之為合理之限制。**」抑或是釋字 580 所謂之「基於個人之人格發展自由，個人得自由決定其生活資源之使用、收益及處分，**因而得自由與他人為生活資源之交換，是憲法於第十五條保障人民之財產權，於第二十二條保障人民之契約自由**。惟因個人生活技能強弱有別，可能導致整體社會生活資源分配過度不均，**為求資源之合理分配，國家自得於不違反憲法第二十三條比例原則之範圍內，以法律限制人民締約之自由，進而限制人民之財產權。**

從此則解釋觀之，得以確認契約自由蘊含於各項基本權以及憲法第 22 條當中，然則本號解釋亦明文揭示出一項概念，亦即－－當國家基於公益或資源分配之必要時，仍得以法律限制人民之契約自由。若此，如若得將保障性別平等解釋為是為了公益之必要，即得以此為原因而限制契約自由原則。

除上述之司法院釋字以外，在相關學說之討論上則有文獻指出憲法在基本權之間的關係，於制憲之初，制憲者或有排序之意，然則事實上吾人欲判斷孰先孰後則並不容易[64]。質言之，基本權之保障究竟何者處於核心之地位，欲去分辨區別誠非易事。有論者以為公司限制特定性別為選募員工之標準（契約成立前），其認為雇主的「經營自由」此種自由權在「工作權」此一分類之保障之下，應較特定性別「就業機會之自由」更為接近「工作權」之「核心」，權衡後應使公司經營自由優於特定性別之就業機

[64] 李惠宗，同前揭註 52，頁 262。

DOI:10.6814/NCCU201900892

會[65]。其所為之論述就筆者之理解，應係認為在同種之基本權之間（工作權），雇主之工作自由係較優於僱員之工作自由也。

然則其隨後仍補充到，此種營業自由縱使優於就業機會之自由，仍不得違反憲法最基本之價值，即針對性別平等之保障，諸如憲法第 7 條、153 條、156 條、增修條文第 10 條第 6 項等等，蓋其認為性別平等係憲法基本價值之秩序所在而具有社會規範之功能之故[66]。

故而，依其論理似認為性別平等之保障，是得以合理化國家藉著強制力干涉人民工作或經營選擇自由之依據，蓋性別平等係憲法基本權之價值秩序所在也。若此，則性別平等之保障將優於雇主之營業自由（工作權之保障）。

除上述之見解外，另有文獻以為契約自由之概念只有在雙方皆係立於一平等之地位下方得成立，若非如此，僅係以自由之名行壓榨之實也[67]。

從而依其論理亦得以推導出其認為對於平等之保護亦將優先於契約自由，蓋在平等之地位下方得以自由的訂定契約。該論者甚至認為契約自由之先決條件，係在當事人皆屬自由平等之下始有意義，故而倘若一方與他方係立於不對等之地位，則實無自由可言。國家法律在此種情形下即有介入之必要[68]。從而契約自由應係在雙方的自由意志均無外在力量所影響之下所訂立契約，方屬有之。

自上述之論述觀之，應得發現上述學說見解皆已為基本權價值做出排序，亦即平等原則係優先於契約自由也。而此背後之目的係為實踐契約正義[69]。若此，則我國為達到憲法所欲保障之男女平等，而制定了諸如性別工作平等法等法規，希冀保障勞工與雇主之間的權利義務關係不會因為性別或特定身分等因素而受有不同之對待而介入私法契約，即具有強大之論

[65] 李惠宗，同前揭註 52，頁 264。
[66] 李惠宗，同前揭註 52，頁 264。
[67] 王澤鑑，同前揭註 39，頁 81。
[68] 王澤鑑，同前揭註 36，頁 267。
[69] 王澤鑑，同前揭註 39，頁 81-83。

DOI:10.6814/NCCU201900892

理基礎。質言之，基於平等的地位締結契約是契約自由之前提，而基於平等之保護，係契約自由之界線。且如上所述，我國係採取形式平等之立法方式，亦無過度介入雇主契約自由之情況，該立法之模式毋寧可認為係要求雇主給予一個公平的進入職場平台，故而干涉雇主契約自由之程度相較於實質平等論者之立場，係較為輕微的。

而在國外學說之部分，德國民法界之多數學說均認為無法自基本法（相當於我國憲法）中平等權之保護，而推論出私法契約亦須保障平等此一權利[70]。然則此並非謂契約中之平等無須保護，毋寧說係在憲法外探求另一基於公平原則而貫穿於一切法律規範之基本原則，做為保護私法契約間平等之依據[71]。實務及學說見解多數亦認為契約自由原則上係優先於平等待遇原則[72]，僅在實定法上有禁止差別待遇之明文規範時，該禁止之規定方屬無效，從而得推論當有明確之實定法規範時，平等原則即得做為契約自由之界線[73]。

然則，有學說以為契約自由與平等原則間之關係，實應區分締約與否及契約內容之決定兩部分觀察之。在締約與否之部分，對締約與否國家之強制干涉，將嚴重影響雇主契約自由，從而原則上勞工並無法強制雇主僱用之，而僅得向雇主主張損害賠償而已[74]。

有論者則係自民事法中契約成立之要件出發，認為在職場招募上，通常之清況為雇主為應徵（要約引誘），當雇主為錄用之意思表示方屬邀約，勞工同意到職責為承諾，至此契約始告成立，從而應徵之啟示僅為要約之

[70] 林佳和，2006 年德國一般平等待遇法-勞動法領域平等貫徹的新契機？，成大法學，第 15 期，頁 124，2008 年 6 月。
[71] 林佳和，同前揭註 70，頁 125。
[72] 林佳和，同前揭註 70，頁 132；林更盛，勞動法上的一般平等待遇原則，收錄於勞動法案例研究（一），頁 112，臺北，翰蘆圖書出版有限公司，2002 年 5 月初版。
[73] 林佳和，同前揭註 70，頁 132。
[74] 林更盛，同前揭註 72，頁 112-113。

DOI:10.6814/NCCU201900892

引誘，而法律並無法強制要約引誘之意思表示成立契約，從而在此等情況下及無強制地約之義務[75]。

而在契約內容之部分，雖然契約自由原則優先於平等原則，然則此亦係建立在差別待遇之禁止此一前提之下[76]。

第四項、本文見解兼論基本權第三人效力

契約自由固然係憲法所欲保障之基本原則，然則在現今資本主義之發展下，企業逐漸成為龐大的經濟體，已使一般人民無法與之匹敵，從而契約自由也僅剩下「得否」締結契約之自由而已[77]。質言之，契約自由之本質已受到掏空，反而僅係企業主一方有所謂之締約自由，而在一般私人情況則無此等自由締結契約之權利，更甚者甚無締約之機會。在此種情形下，學說上發展出一套理論，使基本權得以應用於私人契約關係，是謂基本權第三人效力[78]。

所謂之基本權第三人效力係指，基本權原本之設置目的僅係在對抗國家，以避免人民遭受到國家之侵害，故而原則上，基本權之適用應僅止於人民與國家間之關係。而基本權三人效力即是使原則上僅應適用於國家與人民間關係之基本權，例外得以進入於人民與人民間之私法關係中，蓋憲法所規定之基本權利不僅為主觀之權利，更係一客觀之價值體系而得以擴散至整個法律體系之中[79]。基本權之功能除了保護人民不受國家之侵害以外，亦保護人民不受其他第三人所侵害，而此種論理方式為晚近之學者所採，認為基本權之效力除對國家得主張以外，亦得以對抗社會上其他之強勢者也[80]。

---

[75] 葛百鈴，招募性別歧視—台中高等行政法院 99 年度簡字第 222 號判決，收錄於性別工作平等法精選判決評釋，頁 70-71，臺北，元照出版，2014 年 9 月初版。
[76] 林更盛，同前揭註 72，頁 114。
[77] 黃泰平，勞動契約上最低服務年限約定之研究，頁 45，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2004 年。
[78] 黃泰平，同前揭註，頁 45-46。
[79] 王澤鑑，同前揭註 36，頁 312。
[80] 黃泰平，同前揭註頁 46。

DOI:10.6814/NCCU201900892

然則事實上，基本權是否得以適用於人民與人民之間的權利義務法律關係，仍有見解認為不應適用者，該說以為公法與私法應係區分適用，以維持雙方之區別，甚至認為縱使在契約自由下受到侵害，亦屬「自願」所致，而法諺有云「自願不構成非法」，因而秉持自由主義之原則反對憲法之相關規定進入私人關係[81]。

而在認為得以適用說之部分，亦有直接適用說以及間接適用說兩種論點，下分述之：

一、直接適用說：本說以為基本權已非單純抵抗國家之權利，而係直接適用於法私法關係[82]。此見解以為，憲法中有許多人權規定係屬於「社會生活之價值秩序」，而此種「社會生活之價值秩序」對國民之間之法律關係是直接相關的，從而人民為私法行為時，亦不得與此等「社會生活之價值秩序」牴觸[83]。

二、間接適用說：間接效力說是目前學說與實務上之通說[84]。該說以為基本權本身係一種基本價值之決定，而具有強制效力，而藉由民法公序良俗等相關條款使基本權進入私法體系[85]。以期待在法律體系與邏輯上維繫其一致性，同時亦維持法律與道德價值之一體性[86]。

有論者謂間接效力說，得使基本權藉由民法之概括條款進入私法之體系，進而保護人民之權利，維持法秩序之一致性[87]。察其意旨，應係擔心若直接適用基本權於私法體系，恐會造成適用法規之紊亂，而間接效力說即得以排除基本權不應適用於私人間關係者之疑慮，蓋間接效力並不會衝擊公法與私法之體系。

---

[81] 相關說明可參照李惠宗，憲法要義，頁 106；陳新民，憲法學釋論，頁 152。
[82] 相關說明可參照李惠宗，憲法要義，頁 106。
[83] 相關說明可參照陳新民，憲法學釋論，頁 156。
[84] 相關說明可參照李惠宗，憲法要義，頁 106。
[85] 相關說明可參照李惠宗，憲法要義，頁 106。
[86] 相關說明可參照陳新民，憲法學釋論，頁 158。
[87] 王澤鑑，同前揭註 36，頁 312。

DOI:10.6814/NCCU201900892

而私法中之相關規定，我國則有民法 71 條之強制禁止規定：「**法律行為，違反強制或禁止之規定者，無效。但其規定並不以之為無效者，不在此限。**」此規定係將基本權做為強制禁止規定使民法無效。又或者如民法 72 條有關違反公序良俗之規定：「**法律行為，有背於公共秩序或善良風俗者，無效。**」此一規定，係將基本權做為民法當中之公共秩序善良風俗，進而規範契約若與該等規定牴觸，將為無效[88]。

本文以為，在資本主義之社會下，企業以其經濟實力或政商關係間之影響力，已足以影響國家與政府也[89]。質言之，企業對人民之影響，實不亞於國家。憲法做為國家最高法律規範，基於保障基本人權之目的，私法關係自應同為憲法所含括[90]。從而本文贊同基本權對於第三人之間接效力，此種論述背後所欲達成之目的，同樣係基於契約正義所為之考量。是以契約自由原則在契約正義面前將向之退讓，而保障性別工作平等之規範正是實踐契約正義之手段。

而在基本權第三人效力此一脈絡之下，既然得以藉由民法當中之相關條款做為基本權進入私法領域之載具，表示基本權之相關原理原則於私法關係當中有所適用。從而得以認為歧視之禁止是私法自治之界限之一，只是尚需藉概括條款方得以導出[91]。若此則自然亦得以於該基本權之目的以及範圍內，訂定法律規範直接進入私法關係以限制契約自由，做為對抗企業主以及對勞工保障之依據，進而達到契約正義。

而性別工作平等法此種立法方式係將基本權之相關規範藉由立法技術，直接進入私法體系進而規制私人間之權利義務法律關係，亦即藉由法規做為媒介，故而亦不會發生基本權直接適用之問題，進而應無紊亂公私

---

[88] 李惠宗，同前揭註 52，頁 106。

[89] 此自商界給予政治人物政治獻金等相關行為即可見一斑，政府甚至會為了特定產業而會給予特殊之待遇。

[90] 王澤鑑，勞動契約上之單身條款、基本人權與公序良俗，收錄於民法學說與判例研究（七），頁 48，臺北，作者自版，1992 年 9 月 1 版。

[91] 周伯峰，「歧視禁止」作為私法自治的限制？－簡評德國《一般平等對待法》中的民事上歧視禁止規定及其爭議，月旦法學雜誌，224 期，頁 148-149，2014 年 1 月。

DOI:10.6814/NCCU201900892

法體系之疑義，惟此種制定方式，其實已經類似為基本權直接適用於私法契約之概念了。

然而，在性別工作平等中，縱使承認基本權得以介入私法契約，此一介入是否皆無區別而得以一體適用即有疑義。首先得以確定者，是依照性別工作平等法第 11 條之規定將使雇主之相關決定產生無效之效力，而此等規定是為了維繫男女平等之憲法基本價值以達到契約正義，而保障平等既然屬於契約自由之界線，且若自德國之見解出發，此亦係為保障平等原則而以實定法所訂出之規範，從而當國家藉由此條文介入私人契約應屬妥適而並無疑義。

而在性別工作平等法第 7 條至第 10 條之部分，因同樣是為維繫憲法基本價值，且此種保障平等目的同樣屬於契約自由之界線，故而針對雇主之行為進行規範。然則在違反該等規範之效力，因該等條文並未給予效力之規定，從而違反該等條文之規定得否逕依民法 71 條為無效之評價，或是必須依據基本權第三人效力，依民法 72 條公序良俗條款使違反該等條文之雇主行為評價為無效，似無法一概而論。

蓋單純自立法體系觀之，立法者僅在性別工作平等法第 11 條訂有效力之規定，而在第 7 條至第 10 條卻無有此等規範，應得以認為係立法者是有意區別該等條文之強制力所致。亦即雇主違反性別工作平等法第 11 條之效力應受國家介入之程度較同法第 7 條至第 10 條為強大，其可能之解釋即是立法者在雇主違反性別工作平等法第 7 條至第 10 條此等情況下，或有意給予契約自由較大之空間。若非如此，則僅於立法之初，即逕自如同性別工作平等法 11 條規範其效力即可，何必使吾人需假求於民法第 71 條之規定來評價違反性別工作平等法第 7 條至第 10 條之效力；然則自另一個角度觀之，若認為此種情形係立法漏洞而欲以類推適用填補亦有疑義，蓋類推適用必須在相類似之情形方得為之，然則契約成立前、契約存續期間、契約

DOI:10.6814/NCCU201900892

終止皆係不同之態樣，係以尚難以類推適用加以適用之。基此，似乎得以將之評價為取締規定。

惟就另一方面來說，性別工作平等法第 7 條至第 10 條之背後目的，其實亦係為貫徹憲法男女平等之意旨，而此等保護同樣是契約自由之界線，是以在違反性別工作平等法第 7 條至第 10 條之情形下，應將之評價為無效較為妥適。

本文以為，在違反性別工作平等法第 7 條至第 10 條之部分，基於憲法保障性別平等之原則係優於契約自由之原則，在此應將之評價為效力規定或許較為恰當。然則依照立法體例觀之，在雇主違反性別工作平等法第 7 條至第 10 條之部分，直接依照民法第 71 條而認定雇主行為之效力為無效，在性別工作平等法之法律體系上或有扞格，理由已如上所述。本文認為在尚未為法條修正之前，不妨依照民法第 72 條之規定給予無效之評價，此理由係依據基本權第三人效力理論，進而認定雇主違反性別工作平等法第 7 條至第 10 條之效力為無效，而在此種情形下導致雇主行為無效之原因係因為違反憲法平等原則，從而依據基本權第三人效力規範而屬民法 72 條公序良俗條款之違反之故，而使雇主之行為無效，並非直接適用性別工作平等法 7 條至第 10 條之規定並配合民法第 71 條強制禁止規定而使之無效。

而當中當雇主為招募、甄試有違反性別工作平等法第 7 條之規定之情形，其中之無效所產生的法律效果並非要求雇主有強制僱用受歧視者之義務，而僅係要求雇主須重新為一公允之評價，蓋基於平等之保護雖高於契約自由，然則此僅係要求給予一個公平之機會，質言之，僅係提供一個合理之締約平臺而已，並無強制介入契約內容之效力，進而侵害雇主之契約自由之權力。

綜上，基於性別平等之保護，得以將之做為契約自由之界線。是以在為保護平等之情形之下，應得以將雇主之行為為無效之評價，然則因我國性別工作平等法之立法體例，並未直接給予效力之規定，從而依照明示其

DOI:10.6814/NCCU201900892

一而排除其他之解釋方式及體系解釋原則，難認定在違反性別工作平等法 7 條至第 10 條得逕依民法第 71 條使之無效。然則本文以為在此種情形下，為保障特定性別之工作權，仍得以依照民法第 72 條之規定，將雇主之行為評價為違反憲法平等權之保障進而違背公共秩序與善良風俗而使之無效。若此則雇主違反性別工作平等法 7 條至第 10 條之規範仍應評價為無效，然理由係因違反民法第 72 條之故，而性別工作平等法 7 條至第 10 條毋寧是做為參考何謂違反公共秩序善良風俗之釋例而已。

國立政治大學
National Chengchi University

DOI:10.6814/NCCU201900892

第四章、工作權益之保護與救濟

當雇主為一牴觸性別工作平等法之行為時，勞工可向行政機關提起雇主為歧視之檢舉，而行政機關亦將評價雇主行為之效力，進而認定雇主行為之有效性，然則當雇主行為之效力被評價為無效時，則接下來將會碰到的問題是－－勞工得以主張何種權利，蓋當雇主之行為被評價為無效時，無論係依照性別工作平等法第11條之規定或民法第72條之規定，皆僅係針對該行為之效力進行釐清，勞工所得以主張之保障則並未加以說明，民法72條僅係針對法律行為做為規範對象並提供其法律效果，然並無法支撐受歧視者除去該侵害或做為受損害賠償之積極請求[92]。質言之，徒有該效力之評價不足以保障受歧視者，從而接下來的問題即係在於－－勞工得以向雇主主張何種權利之討論上。

第一節、牴觸性別工作平等效力規範之救濟

勞動者得向雇主請求何種救濟，實則即係私人間之法律關係勞工得向雇主主張何等請求權基礎，或曰雙方有何等債之關係。而在私人之間債之關係上，發生之原因不外乎兩者，其一為意定之債，即基於法律行為所生之債，契約屬之；其二為法定之債，即基於法律規定而生之債之關係，侵權行為屬之[93]。而勞工與雇主所另訂之勞動契約，屬於因意思表示合致所締結之契約之債，從而當雇主因性別歧視之對勞工為不利之行為時，即有可能得向雇主主張契約或侵權行為之損害賠償。

此外，性別工作平等法第 26 條規定：「受僱者或求職者因第七條至第十一條或第二十一條之情事，受有損害者，雇主應負賠償責任。」、性別工作平等法第 29 條規定：「前三條情形，受僱者或求職者雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額。其名譽被侵害者，並得請求回復名譽之適

[92] 葉啟洲，同前揭註 22，頁 149。
[93] 王澤鑑，同前揭註 39，頁 6-7。

DOI:10.6814/NCCU201900892

當處分。」從此兩條文得以知悉當雇主對員工基於性別而給予差別待遇時，勞工亦得以向雇主請求損害賠償以及非財產上之損害賠償。

然則，此二條規範，究竟是獨立之請求權基礎，抑或是相關民事責任的重複規定？又若性別工作平等法之此兩條規範係獨立之請求權基礎，則該規定當屬於契約責任亦或是侵權責任？此處之區別實益在於，倘若性別工作平等法之此兩條係屬於侵權行為法或契約法之特別規範，則此條文與一般侵權行為法或民事契約法之間的關係究竟為何，蓋依中央法規標準法第16條之特別法優於普通法之規定，則本條文即有優先適用之可能。若此，則嗣後之損害賠償範圍將可能受此處所規定為其限度範圍；相對於此，若性別工作平等法之此兩條規範係獨立之請求權基礎（即既非侵權行為或債務不履行），則除本條文得做為其請求權基礎以外，受性別歧視之當事人仍得以依照民法中，侵權行為或契約行為之規範向雇主請求損害賠償，從而在嗣後損害賠償之範圍，除性別工作平等法外尚得以依照侵權行為或契約向雇主請求損害賠償。

除此之外，該雇主之賠償責任範圍究竟為何？亦將是本章欲一併處理之問題。

第二節、遭受性別歧視之請求權基礎

本節主要針對受性別歧視者得主張之意定之債及法定之債進行討論，此外亦一併討論性別工作平等法第 26 條之定性。

第一項、債務不履行損害賠償請求權

應先敘明者，在債務不履行此等請求權基礎之行使上，僅於契約成立後方得主張之，蓋此等請求權基礎係基於意定之債所衍伸之請求權基礎，在尚未有債之關係之情形，並不會有此請求權基礎之產生，從而此請求權基礎應僅限於契約存續期間方具備之。若此，則在契約簽定前之歧視，諸如因特定性別而不予僱用，將不會產生此種意定之債之關係。

DOI:10.6814/NCCU201900892

而在意定之債中，最為基本之規範係規範於民法中。關於勞動契約之規定上，民法債編中之僱傭一節有給予相當之規範。

依民法 482 之規定，僱傭者，係指當事人約定，一方於一定或不定之期限內為他方服勞務，他方給付報酬之契約。而當雇主因性別等相關因素而解除契約時，因該解除契約之行為因違背性別工作平等法第 11 條而無效，從而勞雇雙方之契約仍係存續當中，縱使契約雖看似「終止」，實則仍繼續存在。在此種情況下，依照民法 487 條規定：「**僱用人受領勞務遲延者，受僱人無補服勞務之義務，仍得請求報酬。**」 故勞工仍得以主張此一存續期間之工資所得，蓋此係僱用人受領遲延之情形。除此之外，又依民法 487-1 條規定：「**受僱人服勞務，因非可歸責於自己之事由，致受損害者，得向僱用人請求賠償。**」，而依民法 216 條之規定，「**損害賠償，除法律另有規定或契約另有訂定外，應以填補債權人所受損害及所失利益為限。依通常情形，或依已定之計劃、設備或其他特別情事，可得預期之利益，視為所失利益。**」從而若受僱者在此等期間中受有損害或喪失利益，諸如公司所給予之各項福利或教育訓練等，仍得以據此向雇主請求，蓋此處之所受損害或所失利益係基於雇主性別歧視之行為所致，屬民法 487-1 條所謂之非可歸責於自己之事由，致受損害者也。

然則在民法第 487 條之適用上，我國實務見解中臺灣臺北地方法院 98 年度勞訴字第 8 號民事判決中認為：

> **按僱用人受領勞務遲延者，受僱人無補服勞務之義務，仍得請求報酬，民法第 487 條第 1 項固有明文。惟民法第 234 條、第 235 條分別規定，債權人對於已提出之給付，拒絕受領或不能受領者，自提出時起，負遲延責任；而債務人非依債務本旨實行提出給付者，不生提出之效力。但債權人預示拒絕受領之意思，或給付兼需債權人之行為者**

DOI:10.6814/NCCU201900892

，債務人得以準備給付之事情，通知債權人，以代提出[94]。又民法第 235 條但書所謂給付兼需債權人之行為者乃指債權人於受領行為以外，兼需為協力之其他事實或法律行為，債務人始克完成其給付之情形言，而所謂已提出之給付，係指債務人依債務本旨，於適當之處所及時期實行提出給付者而言(最高法院 92 年度台上字第 1065 號判決意旨可以參照)。……**而觀諸原告……所書信函內容謂：「寫這封信給你，是想要表達我心裡面的感受..... 我是一個孕婦，你今天不是遣散我一個工作而已，而是斷了我往後將近一年之收入..... 為什麼對我這麼殘忍這麼狠，公司是你一個人的，你做任何決定，我也只能好聚好散吧！」等語原告並表示伊也只能好聚好散等語，顯然係對於遭被告資遣乙事表達無奈、不甘之心情，並無任何表示準備提出勞務給付之意思。**

自此則判決觀之，法院認為受僱者需有對雇主提出服勞務之意思，方得以依照民法 487 條之規範向雇主為主張。而何謂對雇主提出服勞務之意思，在臺灣高等法院 106 年度勞上易字第 96 號民事判決中指出：

按僱用人受領勞務遲延者，受僱人無補服勞務之義務，仍得請求報酬。債務人非依債務本旨實行提出給付者，不生提出之效力。但債權人預示拒絕受領之意思，或給付兼需債權人之行為者，債務人得以準備給付之事情，通知債權人，以代提出。債權人對於已提出之給付，拒絕受領或不能受領者，自提出時起，負遲延責任，民法第 487 條前段、第 235 條及第 234 條分別定有明文。又雇主不法解僱勞工，

[94] 台灣高等法院 106 勞上易字第 96 號民事判決、台灣高等法院 104 重勞上易字第 6 號民事判決、台灣高等法院 103 勞上字第 88 號民事判決、判決意旨可資參照。

DOI:10.6814/NCCU201900892

應認其拒絕受領勞工提供勞務之受領勞務遲延。勞工無補上開期間服勞務之義務，並得依原定勞動契約請求該期間之報酬（最高法院89年度台上字第1405號判決意旨參照）。查甲○○於鴻緯公司通知其前往領取工資及資遣費時，已表示不接受資遣……足見甲○○在鴻緯公司終止僱傭契約前，並無任意去職之意，鴻緯公司逕行終止僱傭契約，應認其拒絕受領勞工提供之勞務，即應負受領遲延之責，甲○○無須補服勞務，仍得請求報酬。

從而自是則判決觀之，僅需拒絕雇主之違法資遣，即得以依照民法487條之規定，向雇主主張於該段期間所喪失之報酬且毋庸補服勞務，而在臺灣臺北地方法院98年度勞訴字第8號民事判決中，因該孕婦「願與雇主好聚好散」，從而法院認為其並無欲提出勞務之行為，而認定其所主張係為無理由。

本文以為，法院上述見解值得贊同，蓋當勞工受雇主解僱或資遣時，其本身即無法積極的提出勞務之付出，從而當其不願接受資遣或解僱，應得將之評價為其有給付勞務之意思，僅係雇主不願受領給付也。

而民法第487-1條之規定：「**受僱人服勞務，因非可歸責於自己之事由，致受損害者，得向僱用人請求賠償。**」此處之損害，解釋上亦應包含人格權所受之非財產上損害[95]。若此，在契約存續之期間，雇主為性別作平等法第8條至第10條及第7條招募、甄試以外所禁止之行為（蓋此時尚無契約關係）時，因此時所遭受之差別待遇係屬於非可歸責於己之事由，且亦係於服勞務之時，受有因差別待遇所致之人格權損害，故亦應得以依此向雇主請求非財產上之損害賠償。

[95] 邱聰智，新訂債法各論（中），頁27，臺北，元照出版有限公司，2008年8月初版。

DOI:10.6814/NCCU201900892

第二項、侵權行為損害賠償請求權

性別工作平等法第 26 條規定：「受僱者或求職者因第七條至第十一條或第二十一條之情事，受有損害者，雇主應負賠償責任。」、性別工作平等法第 29 條規定：「前三條情形，受僱者或求職者雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額。其名譽被侵害者，並得請求回復名譽之適當處分。」關於此二條文之定位，若吾人自性別工作平等法第 26 條之立法理由觀之，得發現該條係：

> 參考我國民法第一八四條、第一九五條及德國民法第六一一條之一規定，明定雇主違反第七條至第十一條或第二十一條第二項時之賠償責任。

同樣的，在性別工作平等法第 29 條之立法理由亦認為該條係：

> 參考我國民法第第一九五條第一項及德國民法第六一一條之一規定，明定雇主違反第七條至第十二條、第十三條第二項或第二十一條第二項時，受僱者或求職者得請求非財產上之損害。

從而自上述兩條之立法理由，吾人可以發現，此兩條規範於立法者制定之初，即係以民法之侵權行為為參考，因而吾人應得以將此兩條文定位為侵權行為法之應無疑義。然則縱使性別工作平等法之此二條文係屬侵權行為法，其與民法中侵權行為之關聯性究竟為何仍有疑義。首先須說明者係性別工作平等法第 29 條，因屬於侵權行為損害賠償之範圍，故此部分將留待下一節說明之。

對於上述問題，本文以為可自侵權行為法之體系為出發點加以觀察與討論。在侵權行為之類型中，我國法係將之分為一般侵權行為與特殊之侵權行為[96]。而所謂之一般侵權行為[97]，係指民法 184 條第一項前段：因故意

[96] 王澤鑑，侵權行為法，頁 427，臺北，作者自版，2011 年 8 月再版。
[97] 王澤鑑，同前揭註 96，頁 427-429。

DOI:10.6814/NCCU201900892

或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任；民法 184 條第一項後段：故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人者亦同；以及民法 184 條第二項：違反保護他人之法律，致生損害於他人者，負賠償責任。但能證明其行為無過失者，不在此限。

相對於此，在特殊侵權行為之部分，除民法所規範之 185 條以下至 191-3 等特殊態樣以外，在特別法當中亦有規範侵權行為之類型[98]。而如上所述，吾人已自性別工作平等法 26 條及 29 條之立法理由發現此等規範亦係參照侵權行為而來，從而得將之認定為侵權行為，而其又係基於保障特定權益而定於民法以外之特殊法規範。質言之，性別工作平等法 26 條及 29 條是特別於民法 184 條三種一般侵權行為以外之特殊侵權行為法規範，從而應屬特別法當中之侵權行為法。

事實上，關於性別工作平等法之侵權行為規範，本文以為在構成要件上應可理解為以下幾種不同之侵權行為：

1. 受僱者或求職者因雇主對受僱者或求職者之招募、甄試、進用、分發、配置、考績或陞遷等因性別或性傾向而有差別待遇，受有損害者，雇主應負賠償責任。但工作性質僅適合特定性別者，不在此限（性別工作平等法第 7 條加第 26 條）。

2. 受僱者因雇主為受僱者舉辦或提供教育、訓練或其他類似活動，因性別或性傾向而有差別待遇，受有損害者，雇主應負賠償責任（性別工作平等法第 8 條加第 26 條）。

3. 受僱者因雇主為受僱者舉辦或提供各項福利措施，因性別或性傾向而有差別待遇，受有損害者，雇主應負賠償責任（性別工作平等法第 9 條加第 26 條）。

4. 受僱者因雇主對受僱者薪資之給付，其工作或價值相同者而因性別或性傾向而有差別待遇，受有損害者，雇主應負賠償責任。但基於年資、獎懲、

[98] 王澤鑑，同前揭註 96，頁 430-431。

DOI:10.6814/NCCU201900892

績效或其他非因性別或性傾向因素之正當理由者，不在此限（性別工作平等法第 10 條加第 26 條）。

5. 受僱者因雇主對受僱者之退休、資遣、離職及解僱，因性別或性傾向而有差別待遇，受僱者因之受有損害者，雇主應負賠償責任（性別工作平等法第 11 條第一項加第 26 條）。

6. 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，受僱者因之受有損害者，雇主應負賠償責任（性別工作平等法第 11 條第二項加第 26 條）。

從上述法條之觀之，吾人可以將之解構為以下幾個要件，即 1.基於性別或性傾向之因素；2.為一差別對待之行為；3.受僱者受有損害；4.具因果關係。而此種侵權行為之態樣亦毋庸如同民法 184 條一項前段之規定，須有權利受有侵害方得主張，而係較類似於 184 條一項後段及 184 條第二項之規定，即故意違背公序良俗而對他人造成損害或故意違反保護他人法律因而對他人造成損害，而並無限制須權利遭受侵害。

又依傳統見解對於民法 184 條一項前段所規定之「權利」應僅限縮於絕對權之理論觀之，在性別工作平等法上之侵權行為因本法僅規定受僱者受有損害即得主張，而並非規定「受僱者之權利受有侵害」，係以縱使在侵害債權因而造成之純粹經濟上損失，亦應得以加以主張。

而特殊侵權行為與一般侵權行為之關係，應如何競合者，有論者謂：

> 「關於侵權行為亦適用「特別法優先於普通法」原則，即特別法有規定者，應優先適用，其無規定時，依民法規定。核子損害賠償法第一條第二項規定：「原子能和平用途所發生核子損害之賠償，依本法之規定；本法未規定者，依其他法律之規定。」消費者保護法第一條第二項規定：「有

DOI:10.6814/NCCU201900892

關消費者之保護，依本法之規定，本法未規定者，適用其他法律。」，所謂其他法律包括民法在內，自不待言。除有特別規定外，民法上的侵權行為原則上得與特別法侵權行為損害賠償請求權發生競合關係，被害人得自由選擇行使。特別法上的規定通常較為有利，被害人多會主張[99]……。」

「同一行為具備特殊侵權行為與一般侵權行為的，亦屬有之。……特殊侵權行為之規定多在「減輕」其要件以保護被害人，衡諸法律規範目的，與一般侵權行為的規定，原則上不具「特別法排除普通法」的效力，得成立請求權競合關係[100]。」

從而在加害人為一行為同時構成特殊侵權行為以及一般侵權行為時，受害者之請求權基礎，除一般侵權行為外，亦包含特殊侵權行為而有成立請求權競合之關係。從而當雇主之行為構成性別歧視時，若同時構成一般侵權行為時，則受侵害之勞工應得以依照性別工作平等法第 7 條至第 11 條搭配性別工作平等法第 26 條、或依照民法 184 條之三種一般侵權行為規範向雇主為主張。

在司法實務上，關於性別工作平等法與民法侵權行為之討論，最高法院 100 年台上 1062 號判決認為：

按性別工作平等法第二十六條雖規定受雇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

[99] 王澤鑑，同前揭註 96，頁 77。
[100] 王澤鑑，同前揭註 96，頁 435。

DOI:10.6814/NCCU201900892

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櫫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。**

從最高法院此則判決得以發現，最高法院認為性別工作平等法第 26 條之性質係屬於侵權行為法之請求權，且在認定是否有故意過失時依照立法理由及比較法之觀點，認有舉證責任轉換而有推定過失之適用。

質言之，最高法院認為在雇主違反第七條至第十一條之情事，使受僱者受有損害時而符合性別工作平等法第 26 條之損害賠償之請求時，至少仍須具備過失此一要件之存在，僅係在適用上，將舉證責任轉換於雇主，從而利於侵權行為構成之認定而已矣。而在性別工作平等法第 26 條和民法之侵權行為之關係，應可認為最高法院亦同時將性別工作平等法定位為保護他人之法律（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……性質上應同屬保護他人之法律）。至於應如何與性別工作平等法相競合，則並未表示意見。若此，則性別工作平等法第 26 條之損害賠償其適用上即並無優於民法 184 條第二項之規定，蓋皆係針對利益之保護，且皆有侵權行為之過失推定。

DOI:10.6814/NCCU201900892

而此民事判決之下級審法院臺灣高等法院 98 年度上更(一)字第 164 號民事判決更明確指出：

> 教育部是否違反性別工作平等法第 7 條規定，而應依性別工作平等法第 26 條、第 29 條規定負責？
>
> ……**惟由 91 年 1 月 16 日制定第 26 條、第 29 條之立法理由均載「參考我國民法第 184 條、第 195 條及德國民法第 611 條之 1 規定，明定雇主違反第 7 條至第 11 條或第 21 條第 2 項時之賠償責任」文義觀之，可見同法第 26 條、第 29 條規定應屬特別侵權行為型態，其成立要件仍應以過失責任為限（參原審卷(一)第 162 頁）**；除需具備性別工作平等法施行細則第 2 條規定所稱差別待遇，即基本上需雇主就受僱者之待遇或求職者之職業資格審查有與職務無關聯之差異標準如性別、性傾向或類同措施、處分而已生或可能生歧異不公平情事者，**且需損害之發生與其差別待遇間有相當因果關係，始足當之。**

此則高等法院判決亦自立法理由出發，認為性別工作平等法係屬於特殊之侵權行為法，除故意及過失以外，仍須有相當因果關係方足以成立雇主之責任。而在臺灣板橋地方法院 101 年度板勞簡字第 33 號板橋簡易庭民事簡易判決亦指出：

> **原告顯受有預期產假工資權利之損害，自非不得依民法第 184 條第 1 項前段、第 2 項前段、性別工作平等法第 26 條等規定，請求被告公司賠償產假工資之損害 44761 元等情**……。**再者，原告無從證明：雇主（即被告公司）拒絕受僱者（原告）申請育嬰留職停薪之情事，即無從依性別工作平等法第 26 條規定，請求被告公司負財產損害賠償責任，已如上述，且原告亦未舉證以證明：被告公司有違**

DOI:10.6814/NCCU201900892

反民法第 184 條第 1 項前段、第 2 項前段所定：「因故意或過失，不法侵害他人之權利」及「違反保護他人之法律，致生損害於他人」之要件，則原告請求被告賠償產假工資之損害，亦屬無據。

自此則判決，可以發現臺灣板橋地方法院簡易庭亦認為受歧視之勞工得依照性別工作平等法與民法加以主張，而並未表示適用上究竟孰先孰後，然則此則判決在舉證責任之部分確係將之分配予原告，顯與上述最高法院之判決有所差異。而在臺灣臺北地方法院 100 年度北勞簡字第 51 號民事簡易判決亦認為：

> 按雇主對受僱者之退休、資遣、離職及解僱，不得因性別而有差別待遇。受僱者或求職者因第七條至第十一條或第二十一條第二項之情事，受有損害者，雇主應負賠償責任。前三條情形，受僱者或求職者雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額……。違反保護他人之法律，致生損害於他人者，負賠償責任。不法侵害他人之身體、健康、名譽、自由、信用、隱私、貞操，或不法侵害其他人格法益而情節重大者，被害人雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額。97 年 1 月 16 日修正前兩平法第 11 條第 1 項、第 26 條、第 29 條、第 35 條、民法第 184 條第 2 項、第 195 條第 1 項分別定有明文。

此則簡易判決亦將性別工作平等法 26 條及民法 184 條二項同時使用且亦無討論孰先孰後之關係。臺灣臺中地方法院 104 年度中勞小字第 28 號民事判決則延續最高法院 100 年度台上字第 1062 號判決之精神，認為性別工作平等法同屬民法 184 條第二項之保護他人之法律，然則在適用上法條上，則稍嫌混亂，似將民法及性別工作平等法一體適用，本判決略以為：

DOI:10.6814/NCCU201900892

按違反保護他人之法律，致生損害於他人者，負賠償責任。但能證明其行為無過失者，不在此限。……**民法第 184 條第 2 項、性別工作平等法第 15 條第 1 項前段、第 16 條第 1 項前段、第 21 條第 1 項、第 26 條及第 29 條分別定有明文。又前揭性別工作平等法之規定，性質上屬於保護他人之法律（最高法院 100 年度台上字第 1062 號裁判要旨參照），故受僱者依該法第 26 條、第 29 條請求雇主賠償非財產上之損害，係以雇主違反同法第 7 條至第 11 條或第 21 條為前提。**

相對於上述實務見解將性別工作平等法第 26 條及 29 條定位為侵權行為之認定，臺灣高等法院 102 年度勞上字第 59 號民事判決曾有如下之判決：

則上訴人既因無正當理由調整被上訴人職位而應回復被上訴人主任或相當於主任之職位，被上訴人依勞動契約、性平法第 26 條規定主張上訴人應給付被上訴人自 100 年 1 月至 101 年 4 月主管加給合計 16 萬元……即非無理由。……惟按僱用人受領勞務遲延者，受僱人無補服勞務之義務，仍得請求報酬；債務人非依債務本旨實行提出給付者，不生提出之效力。但債權人預示拒絕受領之意思或給付兼需債權人之行為者，債務人得以準備給付之事情，通知債權人以代提出；債權人對於已提出之給付，拒絕受領或不能受領者，自提出時起，負遲延責任，民法第 487 條前段、第 235 條及第 234 條分別定有明文。

自此則判決得以推知高等法院肯認受僱者因性別歧視而遭受薪資減少等待遇時，勞工得以依性別工作平等法第 26 條作為向雇主基於契約關係

DOI:10.6814/NCCU201900892

而造成損害之請求依據。若此，似係將性別工作平等法第 26 條之規定視為債務不履行之損害賠償請求權。

本文以為，依性別工作平等法之立法理由觀之，該條文係將性別工作平等法定位為特殊侵權行為損害賠償請求權應無疑義，且此條文亦應係一獨立之請求權基礎，蓋依筆者將法條拆解與結合後，可發現性別工作平等法已將侵權行為之構成要件及法律效果為一完整之規範，從而應毋須假求於民法第 184 條第一項後段、第二項，藉由該等規範而向雇主請求，而性別工作平等法第 26 條與第 7 條至第 11 條之搭配觀之，雖並無明訂雇主所為之差別待遇行為需故意或過失方足以構成，然則因性別工作平等法第 31 條規定「受僱者或求職者於釋明差別待遇之事實後，雇主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。」從而若雇主得證明其所為之差別待遇並非基於性別或性傾向因素而為之，則就性別工作平等法 31 條與 26 條及第 7 條至第 11 條搭配觀之。筆者認為此處之構成要件須故意方足當之，從而與最高法院之見解略有不同，蓋若雇主得舉證其行為並非出於性別或性傾向因素而為差別待遇，諸如因未注意受僱者之生理或性別等因素而「過失」為一差別待遇之行為，則雇主之行為即非屬性別工作平等法第 7 條至第 11 條之因性別或性傾向因素而有差別待遇之行為（因雇主得舉證證明之故）。若此則過失為一差別待遇之行為似毋庸依性別工作平等法第 26 條負損害賠償責任。

而在適用上，民法及性別工作平等法何者較為有利，首先在舉證責任之部分因性別工作平等法第 31 條已規定：「受僱者或求職者於釋明差別待遇之事實後，雇主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。」從而亦產生舉證責任導置之規範，從而在效力上與民法 184 條第二項相較，對勞工有利之程度應係相當。而於消滅時效之部分，性別工作平等法 30 條之規範為自知悉時起兩年內不行使而消滅，與民法 197 條所規範之時效相同，從而亦無優劣之

DOI:10.6814/NCCU201900892

分。然則在故意或過失此等層面上，因性別工作平等法第 31 條舉證責任轉換之規定，從而縱使過失為一差別待遇行為，仍有可能使雇主因無法舉證其所為之差別待遇行為係無歧視之動機，而被評價構成性別歧視之情形，進而導致雇主之行為在整個法律效果上更為接近無過失責任，而依性別工作平等法 26 條對受僱者負損害賠償責任。

綜上所述，性別工作平等法第 26 條與 29 條與民法第 184 條二項相較保護更為廣泛，且在適用上，因性別工作平等法係屬於較為具體之規範，從而本文以為應優先適用之。然則此並非代表民法第 184 條第一項後段、第二項於雇主為一性別工作不平等之措施時即無法適用，蓋此時仍係構成故意以背於公序良俗之方法（侵害性別平等）加生損害於他人，以及違反保護他人之法律（性別工作平等法）之要件，惟其所得請求之範圍應皆屬相同，僅請求權不同也。蓋此時不論係直接依照性別工作平等法第 26 條或民法第 184 條第一項後段、第二項，其所主張之構成要件皆係性別工作平等法第 7 條至第 11 條所列之情事也，從而應係採取自由競合之方式較為合理，若非如此，則加害人之單一行為將會使受侵害者獲有雙重之損害賠償，而在契約關係成立後以債務不履行此請求權向雇主主張時，亦應與侵權行為請求權加以競合，蓋所主張之事實屬相同，且皆係要求恢復所受之不利益，僅請求權不同也，若債務不履行及侵權行為皆准予請求，損害亦將受有雙重填補之嫌，殊非事理之平也。

第三節 損害賠償之範圍

在損害賠償範圍此一部分，因為雇主之行為有可能係在契約成立前、契約存續期間以及契約終止時為之。而在上述三種情況，在契約成立前，因勞雇雙方尚未有契約關係；在後兩種情形則有具備契約關係，從而對勞工產生之損害亦將可能有所不同，而尚無法一概而論。故在損害賠償之部分，本文亦將以上述之分類進行討論。針對不同情形之侵害為損害賠償範

DOI:10.6814/NCCU201900892

圍之說明。

然在此之前，仍有共通之範圍可先為說明，蓋依據性別工作平等法第29條之規定：「前三條情形，受僱者或求職者雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額。其名譽被侵害者，並得請求回復名譽之適當處分。」從而不論係在契約成立前或契約存續期間及契約終止時，皆得以請求非財產上之損害賠償，而此一範圍與民法195條關係究竟應如何處理，在臺灣臺北地方法院96年度訴字第7313號民事判決[101]有如下之說明，本判決以為：

> 2.性別工作平等法與民法第195條之競合
>
> (1)性別平等法第29條非財產損害賠償之規定，與民法第195條相較，是否有競合之關係，殊值探討。民法195條第1項規定……對於受僱者有性別因素而為不利益之差別待遇時，受僱者往往難提出健康或名譽遭受損害之證明，如因懷孕而受解僱，致心理壓力過大而早產或流產，亦相當難認定為健康遭受損害。而所謂人格法益遭受侵害，於我國實務上，仍有待發展。**事實上雇主有因性別因素而對受僱者有不利之差別待遇時，是否已構成人格法益遭受侵害，於德國實務上之見解亦有爭議，德國聯邦勞工法院之法官Etzel於西元1999年於文章中指出，所謂人格法益遭受侵害，必須其雇主有故意或過失之行為，而該行為嚴重地違反法律，並侵害到受害者之人格發展，衡量該行為過失之程度、行為之種類、傷害之嚴重程度及行為之動機，有補償之必要，且受害者依其他方式，無法獲得救濟時，始得請求人格法益遭受侵害之損害賠償。德國捨棄一**

[101] 本判決即係最高法院100年台上字1062號、臺灣高等法院98年度上更（一）字第164號之下級審判決，雖原告最終敗訴，然則因本判決針對民法與性別工作平等法非財產上之損害賠償之競合論述頗為清楚，係以仍加以分析說明。

DOI:10.6814/NCCU201900892

般侵權行為之請求方式，而於民法第 611 條之 1 中給予違反差別待遇禁止之法律效果。……。

(5)但「性別工作平等權」與「名譽權」非同一權利，前開遴選會中，僅有一個女性候選人，被告丙〇〇以前開言詞詢之，當係侵害原告之名譽權，同時亦侵害原告之性別工作平等權，其一行為已使原告二權利受侵害，因其事實上之牽連及一行為二權利受侵害之性質，本院認為得一個非財產損害賠償請求權之範圍予以認定，對被告二人較為公平。爰是，原告分別依民法第 195 條第 1 項主張名譽權受損，而向被告丙〇〇請求非財產之損害賠償；被告教育部因選任委員及監督不周，原告依性別工作平等法第 29 條之規定請求非財產之損害賠償，並請求被告二人為回復名譽之處分均為有理由，應予准許。

自是則判決觀之，實務見解似認為性別工作平等法 29 條與民法 195 條所保護之範圍係不相同的。雖然兩者皆係屬於侵權行為法之損害賠償之範圍，然則本判決卻認為兩者所適用之保護對象並不同，在民法 195 之部分，係針對名譽權之侵害而以得請求之非財產上損害；相對於此，在性別工作平等法 29 之部分，法院認為此部分則係針對性別工作平等權遭受侵害而得以請求之非財產上損害賠償。從而當受僱者遭受性別歧視之待遇時，其固然得依照性別工作平等法 29 條請求非財產上損害賠償，若雇主之行為同時對受僱者之名譽有侵害時，受僱者亦得依照民法 195 條之規定向雇主請求非財產上損害賠償，而兩者所主張之範圍並無相互影響，蓋雇主所侵害之權利係不相同也。

若此，則在非財產上之損害部分，不論係有否契約關係，只要有性別工作平等權及名譽權受有侵害時，皆得以依照性別工作平等法 29 條及民法 195 條之規定向雇主請求非財產上之損害賠償。從而當雇主為一性別不平

DOI:10.6814/NCCU201900892

等之行為時，則求職者或受僱者至少得依照性別工作平等法 29 條之損害賠償請求權請求非財產上之損害賠償，蓋當雇主為一性別不平等之行為時，必定侵害了受僱者或求職者之「性別工作平等權」，如若同時又受有名譽上之侵害時，則得以額外請求非財產上之損害賠償。至於在何時方得請求非財產上之損害賠償，依照最高法院 90 年台上字第 646 號判例之見解則認為：

> 民法上名譽權之侵害非即與刑法之誹謗罪相同，名譽有無受損害，應以社會上對個人評價是否貶損作為判斷之依據，**苟其行為足以使他人在社會上之評價受到貶損，不論其為故意或過失，均可構成侵權行為，其行為不以廣佈於社會為必要，僅使第三人知悉其事，亦足當之。**

此外，在臺灣高等法院 98 年度上更(一)字第 164 號民事判決則指出：

> 次按民法上名譽權有無受損害，係以社會上對個人評價是否貶損為判斷之依據，苟其行為足以使他人在社會上之評價受到貶損，不論其為故意或過失，亦不論其方法為直接或間接，均可構成侵權行為（最高法院 90 年台上字第 646 號判例、96 台上字第 35 號判決參照）。**是名譽權有無受損害，應就個案事件其發生之背景、環境、當事人之關係、行為人之言詞、行為及相對人之認知等客觀具體事實審酌認定之，非以個人主觀感受為判斷之惟一依據。**

從而依照實務上之見解，是否得以請求名譽權之損害賠償，非可一概而論，仍應審酌當時之客觀情況個案判斷。

第一項、契約成立前之損害賠償範圍

針對契約關係成立前之損害賠償，在此時因勞動契約尚未成立，從而雙方並無任何約定之債之關係，從而應無法自債務不履行之觀點加以切入

DOI:10.6814/NCCU201900892

分析。若此，得以討論者，除如上述所謂之性別工作平等權或名譽權遭受侵害進而有性別工作平等法第 29 條可供主張外，而當雇主因性別歧視之意圖而為一差別待遇時，諸如因懷孕或特定性別而不予以僱用時，亦應同時構成侵權行為。蓋如上節所述，性別工作平等法第 26 條規定：「**受僱者或求職者因第七條至第十一條或第二十一條之情事，受有損害者，雇主應負賠償責任。**」為一侵權行為損害賠償請求權，而其所得請求之範圍，應僅限於求職者遭受侵害之部分，而在此種情形下，應由法院個案加以斟酌認定之。

惟此處值得討論者係在於求職者得否主張其所受之損害係「若其受僱用後所得已請領之工資」，蓋純粹經濟上之損失在此等特殊侵權行為中應係得以請求損害賠償也。此種情形本文以為尚難得加以主張，其理由在於雇主並無與求職者強制訂立勞動契約之義務，蓋在一般情況下，雇主不與求職者訂立勞動契約之效力雖屬無效（相關論述請參閱本文第三章第二節第三項），然並無強制締約之義務，若此則當然並無債權之侵害進而導致純粹經濟上損失。質言之，雇主之性別歧視與雇主和求職者是否得以訂立勞動契約並無相當因果關係，當雇主不為性別歧視並不必然導致雇主必定會與求職者訂立勞動契約，而在德國法中，此種係屬於履行利益之損害，亦不可向雇主請求[102]。

然並非謂求職者即無權利或利益遭受侵害，此處求職者所遭受之利益侵害應係其為與雇主訂約所為之訂定契約之前置行為－－亦即契約磋商行為所付出之勞力、時間、費用，或有論者得主張信賴利益之損害[103]。蓋在一般情況下，求職者與雇主為契約磋商行為時，並不會預設雇主會有性別歧視之情事，從而其所付出之勞力、時間、費用係在無性別歧視之前提下所付出之，縱使最終契約並未成立，在無民法第 245 之 1 之情形下，亦

[102] 余慧君，兩性工作平等法，頁 34，臺北，蔚理有限公司，2002 年 3 月 8 日初版；林更盛，同前揭註 72，頁 110。
[103] 余慧君，同前揭註 102，頁 33-34。

DOI:10.6814/NCCU201900892

屬求職者應自行吸收之成本。然則當雇主為歧視行為時，此處之締約成本即非屬求職者應自行吸收。本文以為理由在於，若求職者知悉雇主會因為性別因素而不予僱用時，求職者根本就不會浪費時間來向雇主應徵工作。故當雇主不為歧視之行為時，則求職者即不會浪費為了與雇主訂立勞動契約所付出之勞力、時間、費用等契約磋商之行為所喪失之利益，而得認為受有損害。

綜上，求職者僅得依性別工作平等法第 26 條之規定請求因契約磋商行為所致之時間，經濟上之損害而向雇主請求損害賠償，尚無法對雇主主張「若其受僱用後所得已請領之工資」。

此外，求職者是否得依照民法第 245 之 1 之規範向雇主請求亦值得討論，蓋依民法第 245 之 1 之條文，可將之拆解為以下幾點要件：1.準備或商議訂立契約、2.違反誠信原則及可歸責事由、3.加害人有行為能力、4.他方受有損害、5.侵害行為與損害有因果關係[104]。

若此當雇主因為特定性別因素不予僱用時，應符合該要件之準備或商議訂立契約、加害人有行為能力等要件，從而需討論者即係是否符合違反誠信原則及可歸責事由、他方受有損害、侵害行為與損害有因果關係等要件。

其中，在他方受有損害、侵害行為與損害有因果關係應係得認具備也，蓋當雇主與求職者於商定契約時，求職者於商定契約時所付出之時間及勞力等純粹經濟上損失且亦與雇主之行為有相當因果關係，蓋雇主若無歧視之行為則不會導致契約磋商時所付出之勞力及費用之損害，若有歧視之行為則通常會造成契約磋商時所付出之勞力及費用之損害。從而應得認具因果關係。係以最終之問題點在於雇主之行為是否構成違反誠信原則及可歸責事由此一要件，本文以為，雇主之行為尚難認為係違反誠實信用原則，蓋雇主並未為詐騙欺瞞之行為也，從而求職者尚難依民法第 245 之 1 之規

[104] 王澤鑑，同前揭註 39，頁 271。

DOI:10.6814/NCCU201900892

範向雇主為主張。

第二項、契約存續期間之損害賠償範圍

於契約存續期間，因此時已有契約關係，從而可自債務不履行之觀點出發，且因有侵權行為之適用從而亦得以此請求加以主張，然則所得主張者，不外乎民法第 216 所規範之所受損害及所失利益，至於在此等情形下，何謂所受損害及所失利益，臺灣高等法院 105 年度勞上字第 131 號民事判決中，將在契約存續期間遭受不平等對待時所得以請求之損害賠償之項目列舉出，判決理由如下：

(四)甲〇〇所得請求之損害賠償：

1.交通費：

……又甲〇〇主張其調職至光復分行後，每日騎機車上下班往返，受有每月燃料費 315 元之損失，為合庫銀行所不爭，此乃甲〇〇因合庫銀行不完全給付而增加之支出，則甲〇〇依民法第 227 條第 2 項規定，請求合庫銀行應自 104 年 9 月 11 日起至回復其在六家分行理財專員之原職務為止，按月給付 315 元，即屬可採。

2.99 年度考績獎金差額：

查合庫銀行對甲〇〇所為系爭乙 A 等評定雖係違反性平法第 7 條禁止規定而無效，然關於甲〇〇99 年度年終考績應由合庫銀行本於員工考核要點第 2 條規定，依甲〇〇該年度服務貢獻，重新為客觀公平之考核，本院無從介入逕行取代合庫銀行對甲〇〇為績效考核……。

3.慰撫金（系爭乙 A 等評定部分）：

……是甲〇〇至遲於 102 年 8 月間收受該評議結果後，已知悉合庫銀行所為系爭乙 A 等評定違反性平法第 7 條規定，

DOI:10.6814/NCCU201900892

得依性平法第 29 條規定，對合庫銀行行使非財產上損害賠償請求權，然甲〇〇於 105 年 2 月 26 日始起訴請求此部分賠償，自已罹於 2 年消滅時效……。

4. 慰撫金（系爭調職命令部分）：

……又雇主對勞工為不利益對待，解釋上不僅只有降調、減薪等經濟層面上給予不利益對待，也包含在精神層面上給予不利益之對待，是雇主對於勞工所為之調職行為，縱使在經濟層面上並未帶來不利益之結果，但在精神層面上造成勞工人格尊嚴受損，而情節重大，應亦認係對勞工人格法益之侵害，勞工自得請求雇主賠償非財產上之損害。查合庫銀行以系爭調職命令將甲〇〇自六家分行調職至光復分行，違反性平法第 36 條規定，系爭調職命令之動機出於報復，明顯惡意，除使甲〇〇需至調動後離家車程約 30 分鐘之光復分行工作，受有車資支出、通勤時間與體力耗費之不利益外，亦使甲〇〇感受遭到報復對待，精神上受有痛苦，甲〇〇之勞工人格權自受到相當侵害且情節重大，則甲〇〇依民法第 227 條之 1 規定，請求合庫銀行賠償因系爭調職命令所致非財產上損害賠償，自應准許……。

從而若自上述之內容觀之，受僱者因性別歧視之因素而得以向雇主主張之損害賠償至少包含了：1 車資、2 無法領取獎金之不利益、3 慰撫金等，而在考績獎金之部分，法院雖認雇主之行為無效，然並未介入進而代雇主為考績之評價。

筆者基本上認同法院此種見解，上述之損害賠償內容，皆屬於勞工薪資上所受之不利益，屬財產上所受之不利益。而在考績獎金之部分，雖然考核權為雇主之核心權利，然則因基於性別工作平等之保護，雇主此項權

DOI:10.6814/NCCU201900892

力仍應受有限制，故而雇主行為之效力雖依民法 72 條之規定因基本權第三人效力進而違反公序良俗導致無效，然則此處之無效僅得要求雇主重新為一公正之評價，蓋平等權之保護僅係要求雇主給予一公平的評價，若法院因而介入進而代雇主為評價則實將會有過度侵害雇主核心權利之嫌也。而在非財產上之不利益部分則係得以請求慰撫金，此係肇因於人格權所受之侵害所致，然則除人格權以外，該勞工之性別工作平等權及名譽權實亦已遭侵害，從而在考量慰撫金時，應將上屬兩項因素一併納入方屬妥適，若此則該慰撫金之金額亦將增加。縱上，受僱者所請求之救濟仍多為金錢上之賠償，不論係在財產或非財產上之損害中。

第三項、終止契約之損害賠償

在終止契約部分，因為該等終止契約之效力係屬無效，從而勞動契約實仍繼續存續，此時勞雇雙方之關係實與契約存續期間之關係並無二致，從而其所得請求之損害賠償之範圍亦應與契約存續期間相同。

在臺灣新北地方法院 107 年度勞訴字第 93 號民事判決，針對請求之範圍，則有如下之見解：

> (二)原告依據雇傭契約，請求被告給付 106 年 9 月 6 日起至 107 年 3 月 6 日薪資共 25 萬 2000 元，是否有理由？……在此之前，債務人無須補服勞務之義務，仍得請求報酬……**查被告於 102 年 8 月 26 日終止系爭勞動契約，並不合法，已如前述，被告之上開終止契約，雖不生終止契約之效力，但已足徵被告有為預示拒絕受領原告勞務之意思表示，而原告在被告違法解僱前，主觀上並無任意去職之意，客觀上亦繼續提供勞務……應認被告已經受領勞務遲延，並應給付薪資與原告……。**

DOI:10.6814/NCCU201900892

(三)原告依據勞基法第 50 條之規定，請求產假薪資 7 萬 8400 元，是否有理由？

女工分娩前後，應停止工作，給予產假八星期；妊娠三個月以上流產者，應停止工作，給予產假四星期。前項女工受僱工作在六個月以上者，停止工作期間工資照給；未滿六個月者減半發給，勞基法第 50 條定有明文。

(四)原告依據性平法第 29 條之規定，請求非財產損害賠償 20 萬元，是否有理由？

……受僱者或求職者因第七條至第十一條或第二十一條之情事，受有損害者，雇主應負賠償責任。前三條情形，受僱者或求職者雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額。其名譽被侵害者，並得請求回復名譽之適當處分。性平法第 11 條、第 26 條、第 29 條分別定有明文。**原告因受懷孕歧視而為被告解僱，已如前述**……及原告所受痛苦程度，認以 20 萬元為適當，核屬正當，應予准許。

(五)原告依據就業保險法第 16 條第 1 項、第 19-2 條、第 38 條第 1 項之規定，請求被告賠償 6 個月育嬰留職停薪津貼 15 萬 1200 元，是否有理由？……**原告於 106 年 3 月 22 日分娩，依據前開規定，應可申請育嬰留職停薪津貼 6 個月 15 萬 1200 元，被告將原告退保，致原告喪失請領上開金貼之損害，原告依據前開規定，請求被告賠償……自屬有據。**

(六)原告依據勞工退休金條例第 31 條之規定，請求被告提撥 106 年 9 月 6 日起至 107 年 3 月 6 日止共 1 萬 5120 元之勞工退休金至原告之勞工退休金專戶，是否有理由？……**勞工退休金條例之制度係採個人退休金專戶制**

DOI:10.6814/NCCU201900892

度，依該制度之設計，勞工在勞保局開設個人退休金之存儲專戶，雇主應依法按月將為勞工提繳之退休金存入該專戶……是雇主倘未依規定為勞工提繳退休金至該個人退休金專戶，即造成勞工個人退休金專戶內之本金及累積收益短少，致使勞工之財產減少，足認已使勞工受有損害……。

在此則判決中則可發現，法院認可得主張之賠償包含：1.工資、2.慰撫金、3.以及雇主應提撥之勞工退休金，此外若係因為懷孕而為解僱，並有4.育嬰留職之津貼。又須注意者，因此時勞動契約因違反性別工作平等法第 11 條第三項之規定而無效，故勞動契約關係仍尚屬存在，從而勞工於懷孕結束後亦得繼續工作自不待言，此時僅係將當初因「解僱」未獲得之所受損害及所失利益之取回而已矣。

綜上所述，受歧視之勞工得以請求之損害賠償範圍，包含工資、車資、應提撥之退休金、獎金、慰撫金等，上述之賠償亦多屬於薪資上所失去之財產上不利益及人格權、名譽權所受之非財產上不利益。值得一提者，乃係勞工所主張之請求權包含了勞動基準法以及就業保險法、勞工退休金條例，雖上述法條於上節並未討論，然則其本質上皆係基於契約關係所致，從而上開部分本文以為，勞工縱未依勞動基準法以及就業保險法、勞工退休金等法條加以主張，仍亦得依以依照僱傭契約或侵權行為法、性別工作平等法加以請求，惟請求方式亦係採取請求權自由競合，理由在於避免雙重填補之故。

而若勞工不欲與雇主繼續維持勞動契約時，則其所得請求之範圍即有討論之必要。蓋當雇主為一性別歧視行為後，其與勞工之信賴關係實已崩解，欲期待勞資雙方仍維持最初訂立契約時之勞資關係，依一般社會通念觀之實已無可能。係以若勞工欲與雇主中之勞動契約時，得否向雇主請求終止後之所失利益即為值得討論之議題。

DOI:10.6814/NCCU201900892

首先無疑問者，是在當契約終止前之狀態下，其所得請求之損害賠償範圍與契約存續中所得之請求應屬相同，蓋此時「勞動契約尚屬存續」從而自得向雇主請求報酬。然則，當勞工因雇主之歧視行為而主動與雇主為終止契約之意思表示時，本文以為此時既係勞工主動所提出，則當無性別工作平等法第 26 條所謂之「受有損害」之情形，蓋此時選擇勞動契約是否繼續存續之權利在於勞工身上，從而勞工在此種情況下尚難認受有任何侵害，從而自無法向雇主請求嗣後之薪資報酬，以上是自侵權行為之觀點加以分析。而在契約之部分，因終止契約後，勞雇雙方已無勞動契約且亦非勞工欲提出勞務給付而無法給付之情況，從而亦無民法 487、487-1 之適用自屬當然。

第四項、美國法中損害賠償之範圍

在美國法中，似乎並無針對單純性別歧視所得請求之損害賠償進行規範，然而在諸如民權法案第 7 條、美國身心障礙法案、勞工年齡歧視法案、同工同酬法案即有所規範，其中針對遭遇歧視之員工，可向雇主之主張之權利，本文以為此亦得以供為性別歧視為參考，蓋歧視之態樣雖然五花八門，然則就其本質而言，皆係為一不公平之對待，從而在損害賠償上亦應有其共通性，從而本文將參酌美國法上之救濟做討論。大致而言，於美國法中，當勞工遭遇歧視之時，共計有以下幾種情形得以提出救濟，包含請求報酬、重新僱用及恢復原職、判決確定復職前之損害賠償、補償性賠償及懲罰性賠償、違約賠償、救濟命令、律師費等等，此外原告並享有優勢之地位[105]。

[105] MACK A. PLAYER, FEDERAL LAW OF EMPLOYMENT DISCRIMINATION IN A NUTSHELL 404-418 (7th ed. 2013).

DOI:10.6814/NCCU201900892

其中，所謂之報酬包含了因為歧視所喪失的所有薪資與福利，包含了定期加薪、紅利、喪失之其他福利，諸如假期之工資、退休金的提撥、員工認股權、飲食或住宿費用之補貼、分紅等等[106]。

而在恢復原職中，若雇主無適當之原職加以恢復予受歧視之勞工時，此時法院會要求雇主先將勞工安置於勞工最為適合之職位，並要求雇主給予勞工應當恢復之原職位之損害賠償，等到嗣後有相同之職位或相似之職位時，在將該勞工恢復於該職位之上[107]。

在補償性賠償部分，當勞工因而遭受非財產上之損害，諸如感受羞辱、造成生活上之不便、傷害名譽地位或信用之喪失、身心靈疾病之加劇等情形時，得據以向雇主加以主張。然則，此時原告(即勞工)須舉證證明該等損害係因雇主之歧視行為所造成的[108]。

而在救濟命令之部分，法院則得以要求雇主採取相關之反歧視措施，諸如訂定反歧視之規則、安排主管受訓及要求雇主為相關之報告等[109]。

從上述美國法中之保護範圍觀之，與我國所保護範圍實相去無幾，惟其救濟之方式有謂重新僱用以及恢復原職。若依據此種救濟方式觀之，則於美國法中似認定勞雇雙方之契約關係業已消滅，蓋其謂重新僱用也。若契約尚未消滅，則何來重新僱用以創設新的契約關係；相對於此，我國法則係直接規範該解僱屬無效之行為。而若為無效，則勞雇雙方之契約關係自得依債務不履行加以主張，又因性別工作平等法第 26 條之規定，故而勞工亦得以依照侵權行為之規範向雇主加以主張，且同時因民法本文 184 條以下之規定，故而在我國法中，勞工之請求權約略有三項：其一為債務不履行損害賠償請求權；其二為一般侵權行為請求權；其三為特殊侵權行為請求權。然所得請求之範圍則皆屬相同，故此部分與美國法相較，就實質

[106] *Id.* at 404.
[107] *Id.* at 407.
[108] *Id.* at 410.
[109] *Id.* at 414-415.

DOI:10.6814/NCCU201900892

面觀之，雖所得請求之範圍相去無幾，然因得主張之請求權較多，從而就權利主張方面，應係較美國法有利也。

惟值得一提者，乃係美國法中有所謂之懲罰性損害賠償。此救濟制度係基於 1991 年民權法之規定，針對 1994 年民權法做出修正，使受歧視之當事人除得請求衡平法上之救濟，諸如復職、積欠工資、律師費等以外，更得主張補償性及懲罰性之損害賠償[110]。

補償性損害賠償，於我國法中，尚得以非財產上之損害，諸如人格權受侵害等向雇主主張之，惟懲罰性損害賠償此一概念即為我國法中所無，本文以為實值得參考討論。蓋此種制度之設計並非基於勞工所受有之損害而加以主張，毋寧係為懲罰雇主之錯誤行為並嚇阻未來的不法行為[111]。

針對懲罰性損害賠償之請求，除雇主在主觀上具備不當歧視之動機以外，更需對勞工之權利有惡意或恣意之漠不關心[112]。就筆者觀之，此應係類似直接故意即間接故意或重大過失之概念。而當勞工主張懲罰性損害賠償時，勞工毋庸以其受到重大且確切之損害為必要，重大且確切之損害毋寧僅係決定賠償金額的限制性因素[113]，亦即決定賠償金額多寡之要件而已矣。

若該歧視之行為係由雇主之經理人或高階管理人所為時，美國聯邦最高法院在 *Kolstad v American Dental Association*[114]一案中認為若該歧視行為係由雇主之經理人或高階管理人所為時，雇主毋庸為該行為單獨負責，而係採取類似處理性騷擾案件時替代責任之方式，僅在雇主對其經理人或高階管理人所為之惡意或恣意之漠不關心之歧視行為未盡民權法第 7 章所要求之忠實義務時，方需為其經理人或高階管理人之行為負責，從而雇主得

---

[110] 焦興鎧、鄭津津，我國就業歧視評議運作機能與制度建立研究報告，行政院勞工委員會，頁 43-44，2000 年 10 月。
[111] Mack A. Player, supra note 105, at 411.
[112] *Id.* at 411.；U.S. Equal Employment Opportunity Commission，https://www.eeoc.gov/employers/remedies.cfm，最後瀏覽日期：2019 年 7 月 16 日。
[113] Mack A. Player, supra note 105, at 412-413.
[114] 527 U.S.526（1999）

DOI:10.6814/NCCU201900892

以建立內部控制制度使自身免受懲罰性賠償金相繩[115]。

惟每人得請求之賠償額度亦因雇主業務規模之大小而有所差異，若雇主僅僱用 15 至 100 名員工，則損害賠償及懲罰性損害賠償至多僅得請求 5 萬美金；然倘若雇主係僱用 101 至 200 名員工，則限額則增加至 10 萬美元；而在僱用 201 至 500 名員工時，所主張之上限為 20 萬美元；最後，當雇主僱用超過 500 名員工時，則所得請求之損害賠償及懲罰性損害賠償限額即高達 30 萬美元[116]，然倘若係基於蓄意性別歧視之因素而未給予平等工資之待遇者，因同工同酬法之另有規範，從而無法主張損害賠償及懲罰性損害賠償，而係以約定違約金加以主張，且不論係故意或恣意漠不關心之歧視行為皆得主張[117]。

綜上，在美國法之制度下，除一般之損害賠償以外，亦有一額外之補償，與我國立法例相較，當雇主在我國為一性別歧視行為時，其所遭受之懲罰則僅係規範於性別工作平等法 38-1 條[118]，以行政罰之方式為之，而使國家取得財產上之利益，然在此情況下勞工並無法獲得該財產上之額外利益，而美國法則係藉由懲罰性賠償金之方式使勞工另外獲得一異於一般損害賠償之財產上利益。

本文以為，既然皆欲對雇主科予另一不利益，則美國此制度對受歧視者則顯然較為有利。而此種制度至設計亦不會與我國傳統民事責任理論產生扞格，蓋課予懲罰性賠償金，勞工並不會受有雙重填補之故，此處之賠償金與其說是賠償，毋寧說是懲罰，並非基於損害，而係基於懲罰及遏止不法，僅係將該懲罰給予勞工而已。事實上，懲罰性賠償金此種對不法行

---

[115] GEORGE RUTHERGLEN, EMPLOYMENT DISCRIMINATION LAW: VISIONS OF EQUALITY IN THEORY AND DOCTRINE 197 (4th ed. 2017).

[116] 42 U.S.C. § 1981 a (b) (3) (2012); U.S. Equal Employment Opportunity Commission，https://www.eeoc.gov/employers/remedies.cfm，最後瀏覽日期：2019 年 7 月 16 日。

[117] U.S. Equal Employment Opportunity Commission，https://www.eeoc.gov/employers/remedies.cfm，最後瀏覽日期：2019 年 7 月 16 日。

[118] 性別工作平等法 38-1 條：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。

DOI:10.6814/NCCU201900892

為人課以較為重之責任以嚇阻不法之制度雖原非我國所採，然於民國八十年以後於公平交易法等法規皆有加以採用[119]，懲罰性賠償金於我國法已非特例，本文以為此種制度在性別歧視之情形實亦得加以參酌之。

國立政治大學
National Chengchi University

[119] 陳春玲，論懲罰性賠償金之法律爭議與風險管理，頁 55，國立政治大學風險管理與保險研究所碩士論文，2004 年。

DOI:10.6814/NCCU201900892

第五章、結論

自上述研究，吾人發現在性別歧視之態樣當中，直接歧視及間接歧視於為我國法已屬於禁止之型態，然則在混合動機歧視卻並未有所規範，本研究以為在混和動機歧視之情況下，因特別法（性別工作平等法）優於普通法（勞動基準法）之故，且此種型態仍屬另類之直接歧視或間接歧視行為，從而亦應在禁止之列。然雇主於此情形得舉證加以推翻其因無歧視之動機，使其「可能」有歧視動機之行為，不因之受有法律上之非難；至於無歧視動機之差別對待，則根本即不構成歧視之行為。

又我國法律規範雖原則上禁止歧視，然在符合真實職業資格時，即得以為差別對待。性別工作平等法第 7 條但書：「但工作性質僅適合特定性別者，不在此限」即為釋例。而我國性別工作平等法僅於第 7 條中有明文規定真實職業資格做為雇主於招募、甄試、進用、分發、配置、考績或陞遷等為行為時為差別待遇之例外事由，而於第 7 條以下之其他雇主之措施則並未有所規範，然本研究以為於第 7 條以下之其他雇主之措施應得以類推適用第 7 條但書之要件，使雇主之行為正當化。惟此規定並未如美國法之操作細緻。

於確認雇主之行為是否為歧視行為後，接著即係針對雇主該行為效力之評價，而因我國性別工作平等法僅於第 11 條有予以效力之規定，使雇主行為之效力為無效，在性別工作平等法第 7 條至第 10 條等其他歧視行為之部分則並未予以效力之規範，此種立法方式形成效力規範上之漏洞。針對上開問題，本研究係從契約自由與平等權之保護兩者間之衝突加以切入，其中在平等權之保護上，除形式平等外更應擴及於實質平等之保障，而我國之立法模式多為形式平等之保護。而後在性別工作平等之保護與雇主契約自由之保護兩相權衡下，雖兩者皆係憲法所欲保障之權利，然本文以為契約自由之前提係契約正義之故，從而性別工作平等之保護是凌駕於契約

DOI:10.6814/NCCU201900892

自由之保護，故而違反性別平等法第 7 條至第 10 條之規範於法律之評價上應被認為無效。然因立法體例之故，逕自依民法第71條始之無效或有疑義。故而本文認為在性別工作平等法 7 條至第 10 條尚未修正之前，應得以依照民法第 72 條之規定，以性別歧視屬公序良俗之違反，而將雇主之行為評價為無效。而此無效並非即係要求雇主必須採取何種行為，毋寧說是要求雇主重新為一公正之判斷而已，故而亦不會過度侵害雇主之權利而侵害雇主之工作權或締約自由之權利。

然因徒有效力之規範不足以救濟受歧視者所受之損害，從而本研究在救濟之部分討論中，主要係針對損害賠償請求權基礎加以論述，並區分契約成立之先後加以討論。

在契約成立前，僅得以依照侵權行為加以請求，而此處之請求權基礎則為民法中侵權行為之規範及性別工作平等法，而本文以為性別工作平等法之請求權基礎應將之認定為侵權行為之特別法，從而在主張上開兩項請求權時應採取請求權自由競合加以處理方屬恰當，蓋因擔心求職者獲得雙重填補之故；而在契約成立後，則除了侵權行為以外，亦得以依契約之規範加以請求，故請求權基礎即包含民法僱傭相關章節、侵權行為章節及性別工作平等法，而請求之方法亦係採取請求權自由競合加以處理。

再確認請求權基礎後，嗣後之損害賠償範圍亦仍須區分契約成立前及契約成立後加以討論，在契約成立前得請求之損害賠償範圍，包含性別工作平等之權利以及名譽權所遭受之非財產上損害，而此部分則並無包含締約上過失，至於純粹經濟上之損失，亦僅得向雇主主張求職者所耗費之勞力、時間費用等，故尚無法請求若嗣後受有雇主僱用所得請求之報酬。至於在契約成立後，所得請求之範圍則包含了工資、車資、無法領取獎金之不利益、應提撥之退休金、慰撫金等財產上之損害，與外國法相較實係相差無幾，保護亦尚屬妥適。

在美國法中懲罰性賠償金制度之部分，我國在性別工作平等法中並無

DOI:10.6814/NCCU201900892

如美國法中懲罰性賠償金之制度，但於公平交易法等法規皆有加以採用，懲罰性賠償金此制度在我國已非特例之情況下，美國之規定實值得我國參考。蓋皆欲對雇主科予一額外之不利益，則相較於對雇主課與行政罰而將該財產上之利益給予政府，不若對雇主課予懲罰後，將該金錢上之利益給予勞工。若此則在保護上，或許將對勞工更為完善也，且因此並非基於損害賠償之法理，從而亦不會有雙重填補之情況發生，從而對我國民法上之損害賠償法理亦不會產生扞格。

國立政治大學
National Chengchi University

DOI:10.6814/NCCU201900892

參考文獻

一、中文部分

（一）書籍(依作者姓氏筆畫排序)

Edgar Bodenhelmer，范建得、吳博文譯，法理學：法哲學與法學方法，漢興書局有限公司，1997 年初版。

王澤鑑，民法學說與判例研究（七），作者自版，1992 年 9 月一版。

王澤鑑，民法總則，作者自版，2010 年 4 月修訂版。

王澤鑑，侵權行為法，作者自版，2011 年 8 月再版。

王澤鑑，債法原理，作者自版，2006 年 9 月再版。

李惠宗，憲法要義，元照出版有限公司，2009 年 9 月五版。

李瑞敏，懷孕歧視與損害賠償－台灣士林地方法院 96 年度勞訴字第 32 號判決評析，收錄於性別作平等法精選判決評釋，臺北大學法律學院勞動法研究中心編，侯岳宏等合著，元照出版社，2014 年 9 月初版。

李震山，人性尊嚴與人權保障，元照出版有限公司，2000 年 2 月初版。

余慧君，兩性工作平等法，蔚理有限公司，2002 年 3 月 8 日初版。

林更盛，勞動法上的一般平等待遇原則，收錄於勞動法案例研究（一），臺北，翰蘆圖書出版有限公司，2002 年 5 月初版。

林更盛，性別歧視與母性歧視之禁止－評台灣高等法院八七年勞上易字第一號判決－收錄於勞動法案例研究（一），翰蘆圖書出版有限公司，2002 年 5 月初版。

邱聰智，新訂債法各論（中），2008 年 8 月初版。

侯岳宏，性別工作平等法判決予解釋令彙編，2016 年 10 月初版。

陳新民，憲法學釋論，作者自版，2008 年 9 月修訂六版。

陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（中），三民書局， 2014 年 3 修訂八版。

焦興鎧，勞工法與勞工權利之保障，美國勞工法論文集(一) ，月旦出版社股份有限公司，1995 年 11 月初版。

DOI:10.6814/NCCU201900892

焦興鎧，美國兩性工作平等制度之研究，勞工法制之最新發展趨勢-美國勞工法論文集（二），月旦出版社股份有限公司，1997 年 12 月初版。
葛百鈴，招募性別歧視-台中高等行政法院 99 年度簡字第 222 號判決，性別工作平等法精選判決評釋，元照出版，2014 年 9 月初版。
詹森林，效力規定與取締規定之區別標準，收錄於民事法理與判決研究（六），作者自版，2012 年 12 月初版。

（二）期刊文獻（依作者姓氏筆畫排序）

周伯峰，「歧視禁止」作為私法自治的限制？－簡評德國《一般平等對待法》中的民事上歧視禁止規定及其爭議，月旦法學雜誌，224 期，頁 127-150，2014 年 1 月。
林良榮，動機競合與不當勞動行為，台灣法學雜誌，第 138 期，頁 234-236，2009 年 10 月。
林佳和，2006 年德國一般平等待遇法-勞動法領域平等貫徹的新契機？，成大法學，第 15 期，頁 115-172，2008 年 6 月。
侯岳宏，從日本法檢討我國工會法不利益待遇解僱之規定，台北大學法學論叢，第 80 期，頁 237-267，2011 年 12 月。
洪惠芬，“照顧者正義”：性別正義不只是法律平等，台灣社會研究季刊，51 期，頁 95-142，2003 年 9 月。
陳昭如、張晉芬，性別差異與不公平的法意識－－以勞動待遇為例，政大法學評論，108 期，頁 63-123，2009 年 4 月。
郭玲惠，兩性工作平等法面面觀—性別歧視之禁止促進就業措施，律師雜誌 4 月號 271 期，頁 28-39，2002 年 4 月。
黃昭元，純男性軍校與性別歧視，歐美研究，中央研究院，第 33 卷第 3 期，頁 461-539，2003 年 9 月。
葉啟洲，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，26：3 期，頁 143-200，2015 年 1 月。

DOI:10.6814/NCCU201900892

鄭津津，美國就業歧視法制之研究-兼論我國相關法制應有之發展，台大法學論叢第三十二卷第 4 期，頁 135-205，2003 年 7 月。

（三）學位論文（依作者姓氏筆畫排序）

陳春玲，論懲罰性賠償金之法律爭議與風險管理，國立政治大學風險管理與保險研究所碩士論文，2004 年。

陳威龍，從憲法平等原則探討性別工作平等審查標準，國立高雄大學法律學系碩士論文，2009 年。

黃泰平，勞動契約上最低服務年限約定之研究，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2004 年。

（三）網路暨其他資料

U.S. Equal Employment Opportunity Commission，
https://www.eeoc.gov/employers/remedies.cfm

行政院性別平等會，106 年性別工作平等申訴案件件數—按申訴類別分，
http://statdb.mol.gov.tw/html/sex/year106/8110.pdf

行政院性別平等會，107 年性別工作平等申訴案件件數—按申訴類別分，
http://statdb.mol.gov.tw/html/sex/year107/8110.pdf

勞動部，性別勞動統計專輯，性別勞動統計（106 年），性別工作平等法實施情形，http://statdb.mol.gov.tw/html/woman/106/106woanalyze09.pdf

教育部重編國語辭典修訂本，
http://dict.revised.moe.edu.tw/cgi-bin/cbdic/gsweb.cgi?o=dcbdic&searchid=Z00000098451

教育部重編國語辭典修訂本，
http://dict.revised.moe.edu.tw/cgi-bin/cbdic/gsweb.cgi?o=dcbdic&searchid=Z00000111092

邱亭鈞，勞動與社會青年公共論壇-勞工系所研究生研討會論文集，政治大學，2015 年 5 月 30 日

DOI:10.6814/NCCU201900892

焦興鎧、鄭津津，我國就業歧視評議運作機能與制度建立研究報告，行政院勞工委員會，2000 年 10 月。

二、外文部分

（一）書籍

ALVIN L. GOLDMAN, ROBERTO L. CORRADA, LABOUR LAW IN THE USA, Wolters Kluwer. (4th ed. 2014)

DAVID P. TWOMEY, LABOR & EMPLOYMENT LAW TEXT AND CASES, SOUTH-WESTERN (14th ed. 2010)

GEORGE RUTHERGLEN, EMPLOYMENT DISCRIMINATION LAW: VISIONS OF EQUALITY IN THEORY AND DOCTRINE (4th ed. 2017).

MACK A. PLAYER, FEDERAL LAW OF EMPLOYMENT DISCRIMINATION IN A NUTSHELL (7th ed. 2013).

國立政治大學 National Chengchi University

DOI:10.6814/NCCU201900892