

107年度
性別
工作平等專刊

 臺北市政府勞動局

目錄 CONTENTS

06 局長序

08 第一屆性別工作平等論文徵選活動

09 壹、臺北市政府勞動局「第一屆性別工作平等論文徵選」入選論文

10 第一篇：職場上性別認同歧視案例之研究 / 黃珮芬

46 第二篇：性別工作平等法上關於育嬰留職停薪問題之研究 / 王觀嫻

74 第三篇：工作場所性騷擾雇主之民事責任 / 趙家緯

114 貳、專家學者新視界

115 第一篇：工作場所性騷擾事件之調查及處理
以性別工作平等法之相關規定為探討重心 / 焦興鎧教授

132 第二篇：性別工作平等促進就業措施之理論與實務分析
以近年修正之規定為核心 / 郭玲惠教授

146 第三篇：上帝不僱用同志？雇主得否以宗教理由對同志差別待遇？
/ 廖元豪教授

161

第四篇：懷孕歧視案例之就歧行政認定與法理分析 - 兼論我國法院近年實務案例 / 林良榮教授

178

參、鑑往知來說案例

179

第一篇：申請育嬰留職停薪遭拒並為其他不利處分 / 王如玄律師

184

第二篇：雇主未盡工作場所性騷擾防治義務案 / 莊喬汝律師

192

第三篇：請求安胎遭拒絕與懷孕歧視 / 郭玲惠教授

199

第四篇：申請育嬰留職停薪遭不利處分案 / 賴淑玲律師

206

第五篇：性別歧視 / 廖元豪教授

214

第六篇：懷孕歧視案 / 詹翠華律師

220

肆、附錄 - 勞動相關法規

局長序

「性別工作平等法」自民國 91 年立法之初，從最初「保護」婦女勞工的立場為出發點，逐步轉變為促進及保障性別平等為目標。隨著環境變遷，近年來社會已逐漸跳脫傳統認為「女性脆弱、體力較差、養兒育女最佳人選」的刻板認知，不再單憑女性體能的劣勢來建立資源分配系統，男女兩性、甚至是第三性別，不論是在生理或心理上均以建立共存共榮的相互尊重及享受相同的權利義務。

近年來，勞工申訴性別不平等的類型漸趨複雜，如因懷孕、分娩及育兒而遭遇解僱、升遷歧視等不友善對待，類此申訴案，皆透過本局工作人員訪查，再提本局性別工作平等會評議，不僅藉由行政處分落實性別平權的政策，維護勞工得在職場上獲得公平競爭機會，讓企業實踐尊重不同性別之受僱者、優質人力資源之目標，藉以提升國家競爭力。

本專刊收錄「臺北市政府勞動局第一屆性別工作平等論文徵選活動」學生獲選文章及本局受理申訴案件評議之節錄，並邀請專家學者撰文立述，希望藉此增進社會大眾對性別工作平等之認識，以減少職場上紛爭進而增加勞動生產力，共同建構一個尊重多元文化價值和重視公平正義、性別平等之社會。

本局為落實性別平等，今（107）年邀請專家學者、工會及企業人資代表共同制訂「臺北市職場性別平等指標」，未來，本局將透過宣導，全面鼓勵企業推動「臺北市職場性別平等指標」，讓性別平等意識能深耕於本市企業制度中，並持續透過企業說明會、性平挑戰營及指導手冊製作，加強宣導，亦期望能進一步使雇主願意主動配合，使勞、資、政及社會各界攜手共建性別平等且無歧視的職場環境。更期待本書內容能帶給全臺北市市民朋友豐富的收穫！



臺北市政府勞動局長 賴香伶 謹識 107 年 10 月

賴香伶

第一屆性別工作平等論文徵選活動

臺北市政府勞動局對性別工作平等法之宣導除針對事業單位或一般社會大眾外，鑑於大專生及碩士生即將投入勞動市場，為強化其性別工作平等法概念，勞動權益教育勢在必行，本年度遂舉辦「性別工作平等論文徵選」，藉由該活動，讓學生深刻瞭解性別工作平等的意涵，為校園導入性別工作平等概念，實踐職場平權之觀念向下紮根之基礎，啟發學生對於我國性別工作平等相關議題之關注與重視。

壹、臺北市政府勞動局 (第一屆性別工作平等論文徵選) 入選論文

第一篇：職場上性別認同歧視案例之研究

第二篇：性別工作平等法上關於育嬰留職停薪問題
之研究

第三篇：工作場所性騷擾雇主之民事責任

第一篇

職場上性別認同歧視案例之研究

目次

一、前言	(三) 招募
二、性別認同之判斷標準	1. 禁止招募歧視之規定
(一) 實務上之判斷類型	2. 是否具有真實職業資格
1. 忽略型	
2. 以容貌歧視判定性別認同	四、法律效果與救濟途徑
3. 以性傾向歧視判定性別認同	(一) 民事救濟程序
4. 以性別歧視判定性別認同	1. 依侵權行為責任
(二) 判斷之困境	2. 依雇主債務不履行責任
(三) 判斷之標準	3. 依勞基法之規定
	4. 依性平法之規定
三、不利益對待之歧視類型	(二) 行政救濟程序
(一) 調職	1. 救濟管道
1. 調職違法	2. 法律效果
2. 調職合法	
(二) 終止勞動契約	五、結論
1. 顧客取向	1. 調職
2. 執行職務	2. 解僱
3. 影響企業形象	3. 招募

第一篇

職場上性別認同歧視案例之研究

黃珮芬 / 東吳大學 / 法律學系法律專業碩士班

壹、第一篇

中文摘要

本文研究問題在於，我國《性別工作平等法》是否有保護因性別認同與自己生理性別不同者，若有，應如何解釋性別工作平等法上「性別」歧視之要件；若無，又為何將性別認同者排除於外。

因此，本文透過實務案例的分析，檢視自 2000 年至今與性別歧視相關的案例，並將之歸納為「忽略性別認同」、「以容貌歧視」、「以性傾向歧視」，以及「以性別歧視」，來處理性別認同歧視之類型。

為回應我國實務上對於性別歧視案例見解的分歧，本文進一步以職場上的案例進行分析，將雇主可能為之的僱用措施分類為「調職」、「解僱」及「招募」三類，了解在現行法規中雇主成立不利益對待之理由及其法律效果，並於結論中提出修法建議。

關鍵詞：性別認同、跨性別、就業歧視、性別歧視禁止、性別工作平等法。

一、前言

本文的源起來自於 2015 年末，媒體沸沸揚揚報導著長髮男警將被免職¹，筆者困惑著性別工作平等法的保障是否無其適用。爾後查閱相關規定並追蹤後續保訓會決定及法院判決，發現性別工作平等法的規定僅列出禁止性別及性傾向²歧視，對於性別表現或性別認同與生理性別相異的情形，並未訂有明文。

進一步觀察性平法規之立法模式發現，性別工作平等法相對於性別教育平等法之規範來的簡明扼要，並且分別對性別、性傾向、性別認同等定義有不同的呈現方式。比較二者後可以得知，性別工作平等法對於性別歧視之要件上，僅列出性別及性傾向，相較於性別平等教育法之規定，是於總則中第 2 條第 6 款中定義性別認同其可能之歧視態樣，二者立法方式有別，孰優孰劣尚難判斷。

事實上，性別工作平等法在性別歧視的列舉態樣上顯然較為缺乏，立法例上究竟應將所有性別概念加以細緻化，以利法院審判時有所依歸，抑或是蓋括規定，仰賴法官用法，是立法時所必須面臨的抉擇。

因此，本文研究目的欲透過實務上對於職場上性別認同案例之處理的方式加以分析。除了發現在性別認同歧視的案例中，儘管實務案例中雇主成立歧視，仍可能因為認事用法的差異，導致形成成立性別歧視或性傾向歧視等理由與不同見解。並藉此突顯我國實務在處理性別認同歧視時，基於某些因素，可能無法作出符合性別平等實質內涵之判斷。後進一步以「調職」、「終止契約」及「招募」三大面向，分析案例中雇主與求職者或受僱者間的利益衡量後，提出修法建議。

1. 18次申誡，長髮男警遭免職，中國時報，2015年12月17日，網址：<http://www.chinatimes.com/newspapers/20151217001435-260106>，最後瀏覽日：2018/02/01。

2. 性別工作平等法第二章性別歧視之禁止之各條文參照。

二、性別認同之判斷標準

此部分主要討論實務上如何判定案件屬於何種「性別認同」歧視，從最早的玫瑰少年案（2000年）³，到職場上的案件，包括英語補習教師案（2003年）⁴、文理補習班教師案（2007年）⁵、醫院員工案（2011年）⁶、長髮警察案（2013年）⁷、全聯案（2016年）⁸，做為討論分析的範圍。

在上述六個案例中，包括有忽略性別認同歧視、以容貌歧視、以性傾向歧視、或以性別歧視作為判定性別認同歧視之類型。接著，並分析在判斷過程中有何困難，以及應如何建立判斷之標準。

（一）實務上之判斷類型

1. 忽略型

在2000年玫瑰少年案與2013年長髮警察案中，前者法院在案例中對於性別認同歧視屬於完全忽略不談的類型，而後者案例法院則認為案件與性別歧視無涉，詳述如下。

（1）玫瑰少年案

2000年所發生的玫瑰少年案，是在性別平等教育法尚未施行以前所發生，對於性別認同歧視而生的不友善校園環境，學校方面的作為與不作為事實上並無法規明訂相關

-
3. 葉永鈺案經歷了：臺灣屏東地方法院89年度訴字371號判決、臺灣高等法院高雄分院90年度上訴字455號判決、最高法院93年度臺上字3830號判決、臺灣高等法院高雄分院93年度上更（一）字224號判決、最高法院95年度臺上字2583號判決、臺灣高等法院高雄分院95年度上更（二）字169號判決。
 4. 陳宜倩，禁止就業「性傾向歧視」之理論與實務初探，月旦法學雜誌，187期，頁128，2010年12月。
 5. 陳宜倩，臺北市政府就業歧視暨兩性工作平等委員會評議案分析研究報告書，委託單位：臺北市政府勞工局，研究單位：婦女新知基金會，頁16-17，2007年11月30日。
 6. 臺北地方法院100年度勞訴字第172號民事判決（事實與臺北地方法院101年度簡字第164號行政判決同）。
 7. 公務人員保障暨培訓委員會再申訴決定書102公申決字第0267號、公務人員保障暨培訓委員會復審決定書104公審決字第0281號、公務人員保障暨培訓委員會復審決定書106公審決字第0060號、臺北高等行政法院105年度訴字第173號、臺北高等行政法院106年度訴字第817號。
 8. 處分書文號：北市勞就字第10438168100號；蘋果日報，北市違《性平法》業者全聯上榜挨罰30萬元，網址：<https://tw.appledaily.com/new/realtime/20160603/877557/>，最後瀏覽日期：202018/02/02。
-

救濟之規定。該案件對於玫瑰少年在廁所死亡之事實，透過刑事救濟途徑，由檢察官依據場所主人責任，向學校校長、總務主任及庶務組長提起業務過失之刑事訴訟。並且在更二審以前，均為三人無罪之判決，理由在於當事人之死因經鑑定為昏倒，與廁所維修是否良好、有無漏水等毫無關係⁹。

本案在忽略性別認同歧視的狀態下，即使透過其母之說法，玫瑰少年因自幼「太女性化」，「很喜歡玩扮家家酒的遊戲，玩煮菜的玩具」。國中時也因為他的性別氣質而遭同學欺負¹⁰，雖曾向學校反應，但情況並未獲得改善。由於當時並無相關法制具體規範學校有任何應盡之義務，縱使檢察官認為少年是因為性別認同而在校園中受到不平等的對待，使得本案學生在校期間長期受到霸凌，致人格權遭受損害，也很難課與校方責任。除上述刑事追訴，對當事人而言，似可依民法第 18 條規定，有除去侵害請求權及防止侵害請求權，對於損害賠償或慰撫金亦得依民法第 195 條第 1 項規定，有損害賠償請求權。然本案因當事人已死亡，因此父母則依民法第 194 條規定，請求非財產上之損害賠償¹¹。對具有照顧義務之教師，與學校主管人員依民法第 185 條規定連帶負損害賠償責任。

該案在當時時空背景下，僅以業務過失之刑事責任向學校主管人員提起告訴，時至今日，性別教育平等法於 2004 年通過後，校園性別平等案件從而加入行政責任，依據同法第 28 條以下之規定，被害人或法定代理人可向學校或主管機關申請調查，若對調查結果不滿，則可再申復，不服則可提起行政訴訟及刑事訴訟。

(2) 長髮警察案

其次為長髮警察案，在本案中共有二次針對不同的考績訴訟標的所為的判決，一為因申誡達 36 次致考績丙等¹²，二為 19 次申誡中，有 17 次申誡理由皆為蓄髮，並因而

9. 最高法院93年度臺上字3830號判決。

10. 蘇芊玲，我的兒子葉永鈺－專訪葉媽媽陳君汝女士，兩性平等教育季刊，第38期，頁121-122，2006年12月。

11. 林誠二，債法總論新解－體系化解說（上），一版三刷，頁426，2015年。

12. 臺北高等行政法院105年度訴字第173號。

13. 臺北高等行政法院106年度訴字第817號。

考績丙等¹³。

二次行政訴訟中，法院均認為「警察人員儀容禮節及環境內務重點要求事項」（下稱儀容要求事項）規定第1點第1項：「儀容：……男警不燙髮，不留鬚毛，髮長前不覆額，兩側及後頸自髮根斜上剪薄，其斜長不少於一公分。……」屬於技術性及細節性之規定。且對於男警與女警在服裝儀容上皆有不同規範，並未對特定性別有特定要求，當然也並非為了特定群體而設定與職務無關之條件，因此與性平法之規範目的顯然有所不同。法院更進一步結論，基於規範目的的差異，若是依照性別而在服裝儀容有不同的規範，則不能謂為違反性平法第7條之規定¹⁴。

本案法院以儀容要求事項與性平法之規範目的有所不同，進而忽略當中隱含性別歧視之問題。判決理由除了排除性平法之適用，當然同時也忽略性平法施行細則第3條對於性平法第7條但書適用上之審查。其次，針對該規定有無造成歧視或差別待遇，是否可運用美國法上真實職業資格¹⁵之判斷，透過工作實質要件、全部或幾乎全部要件，與合理需要要素¹⁶，來確認儀容要求事項是警察人員工作中所必須具備的資格條件，亦未見說明。例如美國法上基於性別而主張真實執業資格抗辯者曾有二例，一為 *Dothard v. Rawlison* 是女性擔任獄警有安全上的考量，二為 *United Automobile Workers v. Johnson Controls, Inc.* 是被告公司基於保護懷孕婦女免於重金屬的工作內容而為的抗辯，二者皆因生理上差異所為的差別待遇，但也引起許多針對優惠性措施及反歧視者的意見¹⁷。

相對於本案，被告保二總隊於判決中說明服儀要求事項係為了安全且有效率的勝任工作任務，但卻並未能說明原告會因此無法勝任全部或幾乎全部的警察工作，並且更進一步在合理需要要素中，保二並非沒有其他替代方案可以選擇。

14. 臺北高等行政法院105年度訴字第173號、臺北高等行政法院106年度訴字第817號判決理由參照。

15. 1964年民權法第七章中規定，雇主得主張的合法抗辯之事由主要有真實職業資格（bona fide occupational qualification，簡稱 BFOQ）。See Section 703(e) (1) of the Civil Rights Act of 1964.

16. 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，臺大法學論叢，第32卷4期，頁144-145，2002年。

17. See George Rutherglen, *Employment Discrimination Law: Visions of Equality in Theory and Doctrine*, 3rd ed. NEW YORK: FOUNDATION PRESS, 129-131 (2010)。

本文認為法院在本案中並未能說明服儀要求事項與性別法之規範目的為何有所不同，退步言，即使該要求事項具備真實職業資格，但卻也忽略服儀要求事項將男警與女警做為區別，而落入性別二元論之框架中。因此本文將本案判決之判定歸屬於忽略性別認同之類型。

2. 以容貌歧視判定性別認同

在 2007 年文理補習班教師案中，就業歧視評議委員會將之列為容貌歧視。本案因申訴人穿著不得體，且其所帶的學生已經不再到補習班上課，因此只讓他做到五月底¹⁸。容貌歧視為就業服務法（下稱就服法）第 5 條第 1 項所規定之禁止歧視項目之一，禁止雇主因求職者或受僱者之容貌而在僱用上給予差別待遇。就服法雖未定義容貌，但文義解釋應指個人整體之相貌¹⁹，與性別認同與性別表現這種基於性別而發生的歧視應有不同。因此委員會評議結果認為不成立容貌歧視，建議依法移至臺北市兩性平等委員會（下稱兩平會，此為舊名，現為性別工作平等委員會）審議，針對兩平會之審議內容，請見第 4 點之內容。

3. 以性傾向歧視判定性別認同

最早將性傾向歧視認定為性別認同歧視者為 2003 年英文補習班教師案。本案因雇主不滿申訴人有著女裝之情形，而以其不適任文教工作將之解僱。2003 年 11 月 27 日由臺北市就業歧視評議委員會認為，雇主以其主觀刻板印象認為申訴人穿著打扮不男不女，懷疑其性傾向並因此將申訴人解僱，即是「性傾向」歧視。

值得注意的是，委員會強調性傾向歧視就是性別歧視，在性別多元的時代，不管任何性別傾向的人，都應該在職場上得到同等的就業機會，雇主不應予以歧視²⁰。由於當時就業服務法與兩性工作平等法皆未有性傾向歧視之項目，因此委員會前開之決定，在當時對於性別歧視案件具有一定的影響力²¹。

18. 臺北市政府勞工局，創造優職環境：就業歧視暨兩性平等專輯，一刷，頁27，2007年。

19. 鄭津津，職場與法律，五版，頁437，2015年。

20. 轉引自陳宜倩，禁止就業「性傾向歧視」之理論與實務初探，月旦法學雜誌，187期，頁128，2010年12月。

21. 焦興鎧，美國就業上性傾向歧視爭議之探討，歐美研究，第39卷，頁67，2009年3月。

4. 以性別歧視判定性別認同

此類型中除了全聯案中在臺北市公布之違法事業單位中載明認定成立「性別歧視」，在文理補習班教師案及醫院案的結論上，亦成立「性別歧視」。

(1) 文理補習班教師案

前述 2007 年文理補習班教師案在就業歧視評議委員會移送至兩性平等工作平等委員會（舊名，現為性別工作平等委員會）後之決議，委員會決議結果認為成立「性別歧視」，理由當中提及雇主認為申訴人穿著女性化，經證人證實雇主因懷疑申訴人之性傾向而將其解僱，已構成性傾向歧視²²。

本文認為，本案委員會的結果為成立「性別歧視」，然而在論理上，卻又認為是性傾向歧視，兩性工作平等委員會似乎對於性別及性傾向之概念混淆而無法取其一適用。

(2) 醫院員工案

此外，2011 年的醫院員工案中，在臺北市性別工作平等會（下稱性平會）第 36 次會議評議認定為性別歧視，理由認為雇主係因性別表現及性別認同造成申訴人遭受解僱，與其著女裝有一定關聯性，違反性別工作平等法（下稱性平法）第 11 條第 1 項成立「性別歧視」²³。

法院進而審理時則提到，雇主對受僱者免職，真正動機及意圖為「受僱者之服裝打扮及行為舉止相當女性化」而造成雇主人事上管理的困擾，是因基於女性傾向之因素所為之差別待遇。

相同情形已如文理補習班委員會所評議的內容所述，實務判決亦不容易區分性傾向與性別認同之概念，因此縱使結論上皆使用廣義的性別歧視成立案件的歧視類型，但在論理中不免令人發現性傾向概念的誤用。

22. 臺北市政府勞工局，同前註18，頁29。

23. 臺北地方法院101年簡字第164號行政判決。

（二）判斷之困境

從上述案例中，對於性別認同的認定，往往無法透過客觀的外在表現而判定求職者或受僱者本身的自我性別認同，而是透過當事人釋明後，經由委員會及法院認定雇主的僱用措施具備一定的主觀動機與意圖，以及其他證據證明雇主有不利對待，進而判斷雇主成立性別或性傾向歧視。

但對於求職者或受僱者是否具有性別認同之情事，從上述案例的觀察，實務除了對性傾向與性別認同之名詞定義有所混淆之外，在某些情況無法確認性別認同歸屬時，僅能依靠外觀上，例如打扮、容貌、言行舉止判斷，而此時是否能歸屬於性別認同之類型亦有疑義，故有容貌歧視的類型出現。

對於多元性別的概念，有見解認為性傾向為不確定法律概念²⁴。在性別少數族群中包括同性戀、雙性戀、變性者、衣飾倒轉者等類型²⁵。本文認為不論是性傾向或性別認同，依據多元性別當中情慾流動的概念，本身即是無法確認的概念。例如在性傾向的類型當中，就有可能產生同性戀、異性戀及雙性戀的類型。倘若一人對異性有好感，則未必會對同性沒有好感，故這三種類型有各自重疊的區塊且難以區分。而在性別認同的概念底下，若要確認一個人選擇作為男性或女性時，本身就已經陷入將性別二元化的框架當中。

由於在性別光譜中無法屬於何種特定的性別，並且隨著醫學科技之進步，發現對於性別及性傾向，並非後天社會化之結果，而是天生所具備之自我認同，在這方面例如歐洲法院在對變性人之保障較為周全²⁶，因此參考透過禁止「性別」歧視之規定處理²⁷。

基於性別本身多元的樣貌，上述案例所遇到的困境，一為性別認同易流於主觀認定，二為依據不清。實務見解中有認為是容貌歧視、或利用文義解釋將性傾向列入性別認同、或忽略當中具有性別歧視的意涵而未提出有關性別平等的概念，導致當事人未必

24. 黃碧芬，性別工作平等法增修之介紹與預期效益，臺灣勞工季刊，第12期，頁67，2008年3月。

25. 焦興鎧，同前註21，頁31註4。

26. 焦興鎧，歐洲聯盟禁止就業上性傾向歧視法制之研究，歐盟人權政策，頁323-324、329-331，2009年11月。

27. 焦興鎧，什麼是就業上性傾向歧視？—美國與歐洲聯盟經驗之探討，全國律師，頁2，2010年。

認同判決結果。在現行法基於禁止「性別」與「性傾向」歧視，導致二者間定義與界限並不明確，在判斷是否屬於性別認同歧視時，僅能參考外國立法例來作為認定標準，並實有建立客觀判斷基準之必要。

（三）判斷之標準

過去基於性別刻板的印象，認為男性需要養家活口，而給予較高的工資，而成為差別待遇²⁸。美國法上在 Price Waterhouse v. Hopkins 一案中，則因為 Hopkins 不具備女性該有的樣子，無法成為合夥人。在性別認同的案例中，往往因為性別表現不符合原本生理性別的樣貌，而產生歧視。因此本文認為，從消除性別刻板印象之路徑，可使禁止性別歧視擴張適用到禁止性別認同歧視。

參照美國法上的經驗，縱使美國國會積極想制定專法，但在社會及政治上也無法獲得全面的支持。現行法上民權法第七章僅規定禁止性別歧視，法院在處理性別認同歧視的案例時，主要是以 Price Waterhouse v. Hopkins 一案所建立的性別刻板印象，來對性別歧視做廣義解釋，進而禁止雇主對於跨性別者及變性者的歧視。理由在於人們對於性別的印象往往來自社會文化所建構出的既定價值，譬如男生應該陽剛，女生應該陰柔，而對於與自己原本性別有不同的認知時，展現於外在表現的樣貌與原本性別有異而產生的歧視，便是基於性別歧視。

我國性平會在英語補習班教師案提到，性傾向歧視即為性別歧視，是對性別歧視採廣義解釋。而性別歧視在我國性平法在 2008 年修法時，修法理由指出，條文所稱「性別」，除了指性別之生理特徵外，亦應包含對性別之刻板印象，因此按此見解，我國性平法中之「性別」似可採用廣義解釋，進而包括「性別認同」的類型。

所謂性別刻板印象，在立法理由中舉例為生理特徵為男性者應為豪邁，生理特徵為女性者之於溫柔的樣貌。除了對於不同生理性別所對應的性別特質具有刻板印象外，表現在傳統社會中的刻板印象最典型者例如男尊女卑、或男主外女主內，從而影響工作職場上的性別分工，產生對於不同性別者之工作能力有所質疑，或待遇上的差別待遇。

28. See Claire Sherman Thomas, Sex Discrimination in nutshell, WEST ACADEMIC PUB.,192-94(1991)。

性別刻板除了表現在男生、女生所產生的生理與社會差異外，更進一步便是需要破除男女二元觀點，進而檢視性別當中所涵蓋的自我性別氣質、性別認同，到性對象選擇、性實踐、性慾望等內涵。因此在性別概念當中便產生例如同性戀、異性戀、雙性戀，以及變性者、跨性別者等各種交叉角色。

這種對於性別所生的預設概念與樣貌，是性平法上所禁止因陷入刻板印象而為歧視之類型。不過，將性傾向與性別歧視分流，作為二個禁止歧視之項目是目前世界立法趨勢²⁹。透過上述實務案例便可發現，性別概念底下包含許多內涵，致實務在解釋案例時，將性別歧視與性傾向歧視混合使用而無法區分。因此亦有學者認為，生理性別、社會性別與性傾向確實具有不同的意義，但在概念混淆的情況下，因性傾向歧視必須建立在社會性別與生理性別之基礎上，故單以性傾向為基礎的歧視便不可能存在³⁰。

我國現行法規定亦為禁止「性別」與「性傾向」歧視，以此避免實務上對於性別歧視作狹義解釋而無法保障到同性戀者之權益。同理，性別認同是否應為獨立的禁止歧視項目，有見解認為應該將性別認同於性平法中明文單獨列舉作為禁止差別待遇保護之對象，以解決適用法律之問題³¹，但亦有認為應將性平法第7條等規定做廣義解釋，始能符合實質內涵³²。

由於法律體系較能接受的是將上述性別概念化約為「性別」³³，在立法上也是為了避免掛一漏萬。本文認為，不論是採用以性別刻板印象來擴張解釋性別歧視之方式，或者採用立法增加禁止歧視項目之方式，皆能達到消除性別認同歧視之情況。惟立法技術上應採用前者，以禁止性別刻板印象作為禁止性別認同之要素，來判斷有無性別認同歧視為佳。倘若立法技術上若不採取列舉方式，縱然於法理上皆建議採取最廣義解釋之方式，為避免實務上運作困難，建議於施行細則中做詳細規範。

29. 焦興鑑，工作平等與優惠之平衡—美國經驗之借鏡，國家菁英季刊，第7期第2卷，頁18，2011年06月。

30. See Francisco Valdes, *Queers, Sissies, Dykes, & Tomboys: Deconstructing the Conflation of Sex Gender, and Sexual Orientation in Euro- American Law and Society*, 83 CAL. L. REV. 1, 25-26 (1995).

31. 葛百鈴，性傾向？性別認同歧視？臺北地方法院101年度簡字第164號判決，收錄於性別工作平等法精選判決評釋，頁82，2014年。

32. 郭玲惠，性別表現或性傾向歧視案—臺北地方法院100年勞訴字第172號判決，收錄於勞動法精選判決評釋，初版，頁174，2013年08月。

33. 張小虹，女同志理論性／別與性慾取向，收錄於女性主義理論與流派，再版，頁245-246，2004年。

三、不利益對待之歧視類型

此部分將深入討論案例中因性別認同而遭受不利益對待之歧視類型，將案例分類為調職、終止勞動契約、招募三部分。

所謂不利益對待，例如僱用措施的不平等對待、勞動條件的差別待遇、或職場霸凌等。在法規範層次，性平法第 7 條至第 11 條之規定包括禁止就職前及就職後的歧視，性平法施行細則第 2 條亦規定，雇主不得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，故有直接與間接之分。此外，學理上對於歧視的動機亦有區分為單純動機與混合動機，針對歧視的作為不作為亦有積極歧視與消極歧視之分。

由於基於契約自由，勞雇雙方除了禁止雇主有就業歧視外，雇主當然有終止契約、調職等權利，因此這部分需先說明雇主為何為之，而法院如何認定該僱用措施使得受僱者或求職者產生不利益，最後由雇主透過舉證責任證明自己並非基於歧視而為之。

（一）調職

調職為雇主人事配置上的權限，醫院員工案與長髮警察案皆涉及調職，以下結論為調職違法與調職合法二者之情形說明。

1. 調職違法

違法調職者例如醫院員工案，案件中受僱者從維修單位調至庶務單位，由於當時尚未增訂勞基法第 10 條之 1，性平會之決議內容參酌過去實務見解，包括內政部 74 年函釋提到的「基於企業經營上所必須」，而不得有「不當動機及目的」³⁴。所謂不當動機及目的，例如就服法第 5 條第 1 項或性平法第 7 條等歧視態樣。此外，司法實務上亦認為調職命令應受「不得為權利濫用」原則之限制，必須具有企業經營上之必要性與合理性³⁵。因此在醫院員工案中已認定雇主之調職涉及不正當動機，並因調職行為本身即具備不當動機，此與性別歧視間具有因果關係，導致調職無效。

34. 內政部民國74年9月5日台內勞字第328633號函。

35. 司法院民國74年10月14日第七期司法業務研究會決議內容。

現行法中調職合法性除了必須符合勞基法第 10 條之 1 各款規定外，第 1 款本文更是說明基於企業經營上所必須，且不得有不當動機及目的。但書則認法律另有規定者，從其規定。因此，思考層次上需先考慮雇主是否符合勞基法調動原則的規範，其次考慮是否涉及性別歧視之不當動機。

又例如女僕咖啡廳，是否可以因生理性別男性者將其工作調至內勤，本文認為姑且不論工作內容、勞動條件是否因之改變，針對因性別認同而為的調動，在此部分亦難謂適法。理由在於雇主若已經先僱用生理性別男性擔任女僕工作後，基於誠信原則，便不應再以性別為由將其調至其他工作。除非在雇用後顯然因顧客取向而影響營運，此時可運用迴避解僱之調職，將其調至其他工作等方式處理。因此，調職違法之法律效果若因調職後而產生不利對待則可依照性平法提起申訴，而調職違法之部分可依勞基法第 10 條之 1 主張調職無效。

2. 調職合法

在美國早期案例中，*Ulane v. Eastern Airlines Inc.*³⁶ 一案因聯邦上訴法院第七巡迴法庭認為民權法第七章並不保護變性者或衣飾倒轉者，因此認為雇主調職合法。

由於調職為雇主人事配置上的權限，例如在長髮警察案中，該員警 000 從一線職務調至二線職務，法院判決認為保二總隊是依法進行僱用程序，屬於合法調職。惟該案件在調職後，因性別因素而給予其數次申誡達得以免職之條件，也使得前者調職行為與性別歧視間，並未能具有直接因果關係。此時判斷標準會認定調職行為仍然有效，而後階段的不利亦對待則依性平法之規定處理。

依現行勞基法第 10 條之 1 第 1 款規定，基於企業經營上所必須，且不得有不當動機及目的。但書規定，法律另有規定者，從其規定，使雇主在調職權限上獲得空間。對於法律另有規定者，例如勞基法中對女工的規定等。雖然長髮警長案並非適用勞基法，基於相同法理，若是基於法律規定而基於性別為差別待遇，應認為合法。特別注意的

³⁶. *Ulane v. Eastern Airlines Inc.*, 742 F. 2d 1081 (7th Cir. 1984)。

是，勞基法第 10 條之 1 第 1 款但書規定，除「法律」另有規定者，對於經法律所授權的行政命令是否能成為合理差別待遇之規定，本文認為勞基法已特別明訂須由「法律」所規定，因此對於再授權的情況自應不允。而長髮警察案中以《警察人員人事條例》做為調職的依據，對於法律是否有能作合理的差別待遇，則需視是否符合《兩公約》、《CEDAW 公約》及憲法之要求，以維平等原則。

綜上，由於性平法第 11 條僅規定解僱無效的法律效果，並未規定調職因具備性別歧視而無效，且本案依法調職之行為在現行法中仍為適法行為而不受影響。但因導致後續申誡及免職的不利益對待，則仍應依性平法第 7 條禁止因性別而為考績上之差別待遇，處以行政罰。

（二）終止勞動契約

從上述終止契約的案例中做橫向比較，針對醫院員工案、長髮警察案、英語補習班教師案、文理補習班案的服裝儀容規定，討論雇主在處理顧客取向、執行職務其企業形象的部分，是否得加以限制。

1. 顧客取向

依據顧客取向者例如英語補習班案與文理補習班案，二者皆因家長反應而使雇主決定與受僱者終止勞動契約。

針對依顧客去向而對受僱者之服裝儀容做限制，實務上例如求職者於面試時被詢問是否能著裙裝³⁷，該案例台中市勞動局表示，雇主須證明工作與服裝限制間具有關聯性，因此要以顧客取向而限制求職者或受僱者在性別外在表現之間須具有因果關係，且由雇主負舉證責任，用以證明對企業營運是否有所衝擊。以下對於直接衝擊及未受衝擊之不同法律效果說明之：

37. 面試問「穿裙嗎」遺傳被控歧視，蘋果日報，網址：<https://tw.appledaily.com/headline/daily/20150422/36507210/>，最後瀏覽日期：2018/06/18。

(1) 對企業直接衝擊

英語補習班案中教師帶班活動，使得家長向雇主反映教師之穿著打扮，此時須由雇主舉證證明影響企業營運，造成業務虧損若業務緊縮時。由於性平法第 11 條第 1 項之規定，雇主不得基於性別因素而終止契約，此時雇主應透過減緩措施，例如與顧客或家長溝通、或透過調職將受僱者之工作調整為教案處理、或者內勤工作、或不會與顧客直接接觸之工作等，以符合解僱最後手段性原則。

另一情況是文理補習班案中，雇主以其所帶的學生不再來上課，並向受僱者明示只做到五月底為止，倘若雙方是合意終止勞動契約，則顧客取向而產生的性別因素便不影響契約終止，惟雇主不能提前終止契約，否則難謂非因性別認同而為不利益對待，故此情形亦屬違法。

(2) 對企業未有衝擊

在對企業並不造成衝擊的情況下，雇主當然不能因性別因素而終止勞動契約。若雇主仍因性別因素終止勞動契約，則會違反性平法第 11 條第 3 項之規定，解僱無效，並且有行政罰。

2. 執行職務

因執行職務而限制求職者或受僱者之服裝儀容者，是雇主營業自由之具體表現。營業自由為憲法第 15 條所保障的工作權及財產權，人民得自由選擇從事一定之營業為其職業，而有開業、停業與否及從事營業之時間、地點、對象及方式之自由。惟限制營業自由必須合於憲法第 23 條比例原則³⁸。

針對這樣的限制，International Labour Organization（下稱 ILO）報告書中指出，基於工作本身所固有之要件而為的差別待遇即屬合法的措施，例如藝術表演或者涉及身體親

38. 司法院大法官釋字第514號、第719號解釋參照。其中在大法官釋字第719號解釋中，對於政府採購得標廠商員工逾百者應進用一定比例原住民，未進用者令繳代金之規定，並未宣告違憲，理由在於國家具有保障扶助並促進原住民族發展之義務，顯見基於種族(原住民身分)而對企業主在營業自由之限制是為合理。

密關係的工作內容³⁹，因此常見的女僕咖啡廳或女子按摩美容院，對於性別而為的僱用措施應為合理範圍。且雇主經營女僕咖啡店、執事咖啡店，基於營業自由與執行職務之需求，對服務生的打扮有所要求，自為合法。

本文所討論的案例中，長髮警察案的服裝容事項假若是屬於執行職務需求，例如值勤時可能具有安全性考慮而為之規定，則可謂為適法。另外一例是 *Fitzpatrick v. City of Atlanta*⁴⁰ 消防員不能蓄鬚，是基於消防員戴面罩以確保執行職務之安全。

因此雇主在不同事業中為服裝上的限制時，基於執行職務之需求是得以做差別待遇，但須注意的是，當服裝儀容僅止於性別刻板的區分，而未具備任何與職務相關連時，此時則非為合理的限制，仍會使解僱具有性別歧視而歸於無效。

目前警察服制條例第 5 條已於 2016 年修法，已經不再限制男生必須著褲裝、女性必須著裙裝。該條文修正要點為將原先舊法第 5 條第 1 項所訂之制服樣式及應配帶之標識，依條例所附警察制服制式說明書之規定，修正為由內政部定之，並刪除警察制服制式說明書含附圖，而內政部將於第 5 條修正後之授權命令，規定女警制服可著長褲式樣。

3. 影響企業形象

影響企業形象之因素，指侵害公司形象或名譽之情形，例如某公司要求女性同仁盡量減少著褲裝以避免視覺雜亂⁴¹，性平會進而認定公司之規定係具有性別刻板之性別歧視。因此企業若以服裝儀容做規定時，應考量《兩公約》及《CEDAW 公約》所賦予的平權精神，不得僅以企業形象作為差別對待之理由，若於工作規則中規定服儀事項，受僱者對於違反雇主要求時，則會產生不同法律效果。因此進一步分述如下：

39. International Labour Office, *Time for Equality at Work: Global Report under the Follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*, at 21 (2003)。

40. *Fitzpatrick v. City of Atlanta*, 2 F.3d 1112 (11th Cir. 1993)。

41. 臺北市政府勞工局，同前註18，頁21。

(1) 工作規則中有規定

長髮警察案中針對服儀規定係基於「警察人員儀容禮節及環境內務重點要求事項」，此儀容要求事項之目的係為提供民眾客觀上的辨識，法院認為儀容要求事項所為之限制合法，保二總隊對該名員警之懲處有理由。

事實上工作規則中可以對服裝儀容有所規定，然細究男警與女警在服裝儀容上之限制，若此限制僅係基於區分男女而為的規定，則規定就是基於男女性別刻板所為，此時規定便有違性別平等原則，縱使以違反規定而為懲處，亦非適法。目前警察服制條例第 5 條已不再限制男生必須著褲裝、女性必須著裙裝，而是僅對於警察形象之維護以及執行職務之需求而為限制，用以消除性別刻板印象，因此規定合理。但倘若雇主欲於工作規則中對於男女服裝為差別待遇時，則需具理由。

長髮警察案例中，雖然針對服儀規定的部分有所修法，使得制服已經不再限制男著褲裝、女著裙裝，但相對於頭髮樣式而言，本案中禁止男警蓄髮，而非比照女警盤髮梳髻，整潔乾淨，如此差異是否合理則需再斟酌。

若受僱者因未遵守工作規則而對企業造成實質損害，企業則可損害填補之法理，對受僱者要求損害賠償，或者依照勞基法第 12 條第 4 款以違反工作規則而解僱。

(2) 工作規則中未規定

若工作規則中並未規定服裝儀容，但雇主卻要求受僱者之穿著，例如醫院員工案中雇主認為受僱者著女裝造成院譽不佳，由於受僱者所面對的群體為公司同仁，自不影響公司名譽及經營，對於所生之「觀感不佳」僅屬於公司內部需針對性別議題再為教育的問題，此時雇主若再針對因性別因素，而對於受僱者之服裝儀容有不同意見，導致終止契約，則應認為依照勞基法第 10 條之 1 第 1 款，具備不當動機而解僱無理由，應為無效。

(三) 招募

1. 禁止招募歧視之規定

禁止招募歧視之規定除了性平法第 7 條本文提到禁止因性別及性傾向因素而為招募

歧視，而就服法第 5 條第 1 項於招募時亦有禁止性別歧視之規定。

此外，就服法第 5 條第 2 項規定雇主招募或僱用員工，不得違反求職者或員工之意思，留置其國民身分證、工作憑證或其他證明文件，或要求提供非屬就業所需之隱私資料、扣留求職者或員工財物或收取保證金。辦理聘僱外國人之申請許可、招募、引進或管理事項，提供不實資料或健康檢查檢體。就服法施行細則第 1 之 1 條第 1 項更進一步說明就服法第 5 條第 2 項第 2 款所定隱私資料，包括生理資訊、心理資訊、個人生活資訊。同法第 2 項指出，雇主要求求職者或員工提供隱私資料，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。

因此，招募原則上雖然可預設條件，例如限制星座、學歷或工作能力，但例外關於就服法第 5 條所列之項目若要成為預設條件，則須符合真實職業資格。又例如性平法第 7 條但書規定，工作性質僅適合特定性別者，不在此限。

2. 是否具有真實職業資格

真實職業資格指當雇主的僱用措施明白拒絕僱用法律所保護之特定群體，或給予差別待遇時，得以真實職業資格作為抗辯合法化該項僱用措施，此種情形與學理上的直接歧視相似。ILO 報告書中提到，對於工作本身所固有之要件而為的差別待遇即屬合法，例如藝術表演、涉及身體親密關係的工作內容，或宗教或政治因素亦可成立真實職業資格⁴²。2007 年的報告則指出，基於工作上確實之迫切需求（exigencies），以及技能及努力所影響的差別待遇並不違法⁴³。此亦與我國性平法第 7 條但書，因工作性質僅適合特定性別者，不在此限之規定相似。

(1) 肯定說

我國雇主主張真實職業資格作為抗辯而成立者，例如 2013 年臺北市性別工作平等

42. Supra note 39, at 21.

43. International Labour Office, Equality at Work: Tackling the Challenges: Global Report under the Follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, at 10 (2007).

會於第 49 次會議，審議事業主徵賣場清潔人員，以需要打掃女廁所為由，拒絕男性求職者應試。該案因賣場區域規模不大且女廁所有涉及隱私、密閉單獨空間等衍生人身安全顧慮問題，認定限制女性從事應屬執行業務相關的必要特質，而不涉性別歧視禁止規定⁴⁴。

本案若因近年性別主流化的推動，許多公共場合皆有設置性別友善廁所，乃至某些店家，僅設置一間廁所供生理男性與女性顧客共同使用。此時對於廁所的清潔人員之工作實質內容已經無關乎性別，而不應使之能作為合理抗辯。

在美國法上的案例中，因性別因素而成立真實職業資格者有二個案例，一為 *Dothard v. Rawlinson*，因女性擔任獄警有安全上的考量，二為 *United Automobile Workers v. Johnson Controls, Inc.* 是被告公司基於保護懷孕婦女免於重金屬的工作內容而為的抗辯，二者皆因生理上差異所為的差別待遇，但也引起許多針對優惠性措施及反歧視者的意見⁴⁵。

在肯定真實職業資格的案例中，又例如女僕咖啡廳、執事咖啡廳，基於服務生的性別與穿著打扮本身就是一種展演的方式，並且會影響受僱者是否能勝任工作，因此應認為雇主的要求與工作之間具有密切關連性，而具備真實職業資格。

(2) 否定說

全聯案中由於求職者為變性者，該案事業單位的抗辯認為，男性員工應為短髮方具真實職業資格，進而拒絕僱用。再比較上述美國法上性別認同歧視招募的案例，可見 EEOC 處理的性別認同案例中，雇主較難成立沒有歧視的抗辯。

全聯案所隱含的是求職者因性別認同而無法留短髮，不符合事業單位之要求而被拒絕僱用，並非僅因單純的服裝儀容表現。然男性員工留短髮是否為真實執業資格，性平會認定雇主成立性別歧視，且因留長髮或短髮與工作之間並無直接關聯性，從而認定不具備真實職業資格。

44. 徵才限性別?北市府呼籲仍應考量「真實職業資格」，網址：<http://tcg2www.taipei.gov.tw/ct.asp?xItem=53643997&ctNode=5158&mp=100001>，最後瀏覽日：2018/5/20。

45. *Supra* note 17, at 129-131。

回到性別認同影響性別表現的案例，其實也很容易使雇主張真實職業資格作為抗辯。在英語補習班教師案、文理補習班教師案中，皆因受僱者與求職者具有陰柔特質的外貌而受到不利亦對待，在衡量工作實質要件時，或許擔任教師及收銀員有維護工作形象之需求，但仍可發現受僱者與求職者的外型與工作內容並不影響教學，且不具備工作本身或工作確實之迫切需求，而不能勝任。

四、法律效果與救濟途徑

以下法律效果與救濟途徑分為民事及行政程序二部分，民事部分主要討論雇主有無侵權行為或債務不履行責任，並分別依序討論民法、勞基法及性平法之法律效果，而行政程序部分則針對性別平的規定討論是否該當行政罰。

（一）民事救濟程序

以下民事救濟程序包括受僱者能否主張雇主成立侵權行為及債務不履行，前者從侵害之法益或權利討論構成要件，後者討論雇主在性別認同歧視的部分是否能仿照職場上性騷擾之類型成立債務不履行。

1. 依侵權行為責任

侵權行為責任在民法第 184 條共有三種類型，分別為同條第 1 項前段、第 1 項後段及第 2 項，說明如下：

（1）民法第 184 條第 1 項前段

依民法第 184 條第 1 項規定解釋上本條屬於完全法條之類型，採過失責任為主，無過失責任為輔，所保護的客體前段為權利，後段為利益⁴⁶。針對一般侵權行為成立要件如下：

⁴⁶. 林誠二，同前註11，頁289。

A. 客觀要件

客觀上行為人需有加害行為，造成被害人產生損害，二者間具有客觀相當因果關係，且行為須具有不法性。至於民法第 184 條第 1 項前段所侵害之權利及後段所侵害之利益，於下段論述。

針對性別認同歧視所侵害之客體，民法第 184 條第 1 項前段所侵害之權利，包括財產權及非財產權，針對性別認同歧視所侵害之權利，可能有下列各項：

(A) 財產權

財產權包括物權、準物權、無體財產權。而債權是否能成為侵權行為制度所欲保護的客體，否定見解認為，當債務不履行本身構成侵權行時，會架空債務不履行之規定⁴⁷。另有認為本條並未如德國立法例將侵權行為限縮於絕對權，因此我國民法適用上先肯認侵害債權得以成立侵權行為，再從其他構成要件加以限縮⁴⁸。例如 Doe v. Webster⁴⁹一案中除以美國憲法增修條文第 14 條正當法律程序提起訴訟，原告亦主張雇主解僱之行為侵害其財產權，並請求確認雇傭關係存在。另也有認為依侵害之態樣不同，而分別適用民法第 184 條 1 項前段與後段⁵⁰。

然上述爭議多發生在第三人之介入，侵害債權時能否主張民法第 184 條第 1 項前段。在勞雇雙方間契約產生的債權損害，例如雇主因性別認同歧視而為不利益對待，使得受僱者的薪資、津貼、獎金受有影響時，似應優先以債務不履行之規定處理。

(B) 非財產權

非財產權又稱人身權，指權利主體之人格或身分不能分離之權利⁵¹，因此又有人格權及身分權之分，而本文所討論之範圍著重於人格權之保障。

47. 王澤鑑，侵權行為法，四版，頁243，2015年。

48. 林誠二，同前註11，頁326。

49. Doe v. Webster, 769 F. Supp. 1 (D.D.C. 1991), rev' d in relevant part sub nom. Doe v. Gates, 981 F. 2d 1316 (D.C. Cir. 1992), cert. denied, 114 S. Ct. 337 (1993)。

50. 孫森焱，民法債編總論（上冊），自版，頁217、218，2014年。

51. 姚志明，侵權行為法，三版，頁33，2014年。

人格權包括姓名權、生命權、身體權、健康權、名譽權、自由權、肖像權等其他人格權。憲法學者透過性自主權來做為性別概念擴張解釋的路徑，因此基於性別以外的性別歧視可能構成個人無從基於努力而加以克服之人格自由發展的障礙⁵²，有礙於個人的自我實現⁵³。基於此法理，在雇傭關係中雇主若因受僱者之性別認同而為歧視，亦屬侵害受僱者之人格權。

更具體的表現則依據民法第 18 條之規定，有救濟方法：請求法院除去侵害或防止侵害發生、財產上之損害以法律有規定者為限、非財產上之損害亦以法律有規定者為限，始得請求回復原狀或金錢賠償。學者認為，民法第 184 條第 1 項前段則是第 18 條第 2 項所指的法律特別規定，不論被侵害之人格權是否為法律所列舉，均得依民法第 184 條第 1 項前段規定，請求加害人對其所受財產上損害賠償⁵⁴。

至於損害賠償之內容，原則上為回復原狀，例如民法第 195 條第 1 項後段指出，名譽被侵害者，得請求回復名譽之適當處分或依據民法第 213 條之規定回復原狀。其不能回復原狀或回復原狀顯有困難者，應依民法第 215 條以金錢賠償其損害⁵⁵。財產上之損害賠償是以有法律規定者為限，例如民法第 193 條；而非財產上之損害賠償則例如依民法第 195 條第 1 項前段規定，亦得請求賠償相當之金額，賠償範圍則依民法第 216 條第 1 項規定為填補所受損害及所失利益。

而雇主究竟侵害受僱者何種權利，本文認為因性別認同而受到侵害之案例，可以從健康權、名譽權、自由權及其他人格權來討論受僱者之權利受到侵害。

a 健康權

健康權指生理內部機能之安全而享受利益之權利⁵⁶，有別於身體權係指肉體完整性之保障，健康權則專指身體功能。職場上常見健康權受到侵害知情形例如性騷擾致精

52. 陳愛娥，對憲法平等權規定的檢討—由檢視司法院大法官相關解釋出發，收錄於憲法解釋之理論與實務第五輯，頁251，初版，2007年。

53. 許育典，同性婚姻、同性平權與宗教自由，頁64，初版，2017年。

54. 孫森焱，同前註50，頁220。

55. 王澤鑑，民法學說與判例研究第一冊，頁43，2009年。

56. 姚志明，同前註51，頁35。

神崩潰，而構成健康權之侵害。

在性別認同的案例中，並不難想見當求職者或受僱者已經診斷為性別認同不安的狀態時，若職場上因對性別認同之歧視而使其難以調整或不允許其調整性別，致心理精神崩潰，對求職者或受僱者而言，便是侵害健康權。國外案例中例如 Glenn v. Brumby⁵⁷，儘管性別認同在醫學上已經從疾病中除名，但原告為獲勝訴仍主張雇主疾病歧視。

健康權受侵害者，針對財產上之損害依民法第 193 條第 1 項規定，請求被害人喪失或減少勞動能力之賠償，以及被害人所增加生活所需之費用。非財產上損害則依民法第 195 條規定請求賠償。

b. 名譽權

名譽權指某人就社會對本身之評價，享受利益之權利。例如醫院員工案中受僱者主張雇主「以不實是由解僱原告、並以歧視方式對待」，且雇主將案件揭露媒體，使原告名譽受損⁵⁸。由於名譽權之侵害應以社會上對個人評價是否貶損作為判斷依據，不論故意或過失，若行為足以使他人之評價受到貶損，均可構成侵權行為，且不以廣布社會為必要，僅使第三人知悉事件始足當之⁵⁹。

對於名譽權受到侵害，依民法第 195 條第 1 項前段請求慰撫金，並依同條後段請求回復原狀。

c. 自由權

自由權是指某人之行動不受不當之拘束或妨礙之權利⁶⁰。而自由權之範圍，有採專指身體行動自由，亦有採廣義見解而包括心理決定自由，例如企業對婦女所定之單身條款，是侵害職業自由下之自由權侵害類型⁶¹。侵害自由權之損害賠償，依民法第

57. Glenn v. Brumby, 663 F. 3d 1312 (11th Cir. 2011).

58. 臺北地方法院100年度勞訴字第172號判決。

59. 最高法院90年度台上字第646號判決。

60. 王澤鑑，同前註47，頁161。

61. 邱聰智，新訂民法債編通則（上），二版，頁184，2014年。

195 條第 1 項前段請求慰撫金。

d. 其他人格權

例如長髮警察案中，僅允許女警留髮梳髻而限制男警蓄髮，並不僅為單純基於性別上差別待遇，而是對於男性員警在人格發展上加以限制而侵害人格權。

由於民法在針對非財產權之侵害規定，為避免加重加害人負擔，在侵害輕微、或原則以回復原狀、或其他方式補償者，不得請求慰撫金⁶²。此情形也使得性別認同歧視案例中，受僱者難以伸張權利，因而有性平法之專法規定。

B. 主觀要件

行為人須有責任能力，且具有故意或過失。行為人注意義務之程度，指抽象輕過失。

(2) 民法第 184 條第 1 項後段

本條為利益之侵害。所謂利益，乃權利以外之其他利益，指私人享有並為法律所保護，但尚未賦予法律之力⁶³，例如純粹經濟上損失或純粹財產上損害。

對於利益受到侵害者應依民法第 184 條第 1 項後段主張侵權行為，但後段須違背善良風俗才能成立。事實上因雇主在職場上的人事管理具有一定權限，故在性別認同歧視案例中，難謂雇主的僱用措施是違反善良風俗而有本條之適用。退步言，在雇主的經營自由及受僱者的性別平等保障權衡下，亦難謂有任何一方為違反善良風俗。

(3) 民法第 184 條第 2 項

按本項前段規定，違反保護他人之法律，致生損害於他人者，負損害賠償責任。性平法第 7 條至第 11 條之規定、及就服法第 5 條禁止歧視之規定，是否為屬於「違反保護他人之法律」則有疑慮。

⁶² 王澤鑑，同前註55，頁48。

⁶³ 鄭冠宇，民法債編總論，二版，頁477，2015年。

所謂「違反保護他人之法律」，是以防止妨害他人權益，或禁止侵害他人權益為目的之公私法規，或雖非直接以保護他人為目的，而藉由行政措施以保障他人之權力或利益不受侵害者，均屬之⁶⁴。然而，行為人違反保護他人法律者，被害人並非當然皆可主張適用違反保護他人法律之類型，因為必須審酌保護法律之規範目的，被害人須為該保護他人法律所欲保護之人的範圍，以及受侵害之客體是法律所欲保護之範圍⁶⁵。故所謂保護他人之法律需具有個別保護性質⁶⁶，若僅為保護一般大眾時，則不屬於此處所稱之保護他人法律。而性平法第7條至第11條之規定、及就服法第5條禁止歧視之規定，便難認為民法第184條第2項所指涉之範圍，當雇主違法時，受僱者亦難以據此主張侵權行為。

然而，值得肯認的是，民法上僱用人依民法第483條之1規定，當受僱者服勞務，其生命、身體、健康有受危害之虞者，僱用人應按其情形為必要之預防。實務見解認此屬於民法第184條第2項所指保護他人之法律⁶⁷，雇主若違反民法第483條之1之規定，仍會構成民法第184條第2項侵權行為。

2. 依雇主債務不履行責任

本文所討論的債之關係，是基於勞動契約或雇傭契約所生之債權債務關係，進言之，契約關係中雇主是否有責任確保給付關係的實現，仰賴於雇主是否負有給付義務，而當雇主有債務不履行時，受僱者得以如何主張法律效果。

依民法第482條規定，雇傭契約是以服勞務為契約內容，以勞務本身之給付為契約為目的，並在雇主指揮監督下服勞務。復依同法第483條之1規定，當受僱人服勞務，其生命、身體、健康有受危害之虞者，僱用人應按其情形為必要之預防。有認為本條屬民法第184條第2項所指保護他人之法律⁶⁸，亦有認為屬於雇主給付義務之範圍⁶⁹。

64. 最高法院97年度台上字第1953號民事判決。

65. 邱聰智，同前註61，頁189。

66. 王澤鑑，同前註47，頁391。

67. 最高法院95年度台上字第2692號判決。

68. 最高法院95年度台上字第2692號判決。

69. 臺北地方法院101年度勞訴字第126號判決。

在性別認同歧視案件中，卻難認雇主或同事之歧視行為，可依本條要求雇主為預防排除之義務。理由在於此等性別歧視與仍與職場上性騷擾相比，歧視行為之程度難以掌握，對於未達有危害生命、身體、健康之虞時，受僱者即無法主張雇主係出於性別認同而於職場上所受的不利益對待。因此，若依此推論而言，受僱人難以依民法主張同時履行抗辯及債務不履行。

此外，若因歧視致受僱人受有損害時，能否主張民法第 487 條之 1 第 1 項之規定，法條雖認為受僱人須以不可歸責為限，但對雇主而言，此項損害賠償責任應為無過失責任，不問雇主有無過失，對受僱者因服勞務而遭受損害者，均應負賠償責任⁷⁰，較符合保障弱者之意旨。

學者認為，條文規定「因非可歸責於己之事由」時，受僱人使得求償，顯然對受僱人而言較為嚴苛。故應為「非全係可歸責於自己之事由」而受損害時，受僱人即得求償，並適用與有過失之規定，較能平衡勞資雙方的權益⁷¹。另有認為本條要求「受僱人必須無可歸責之事由」始得求償，使本條似非採無過失責任，受僱人若依本條為請求時，仍須證明造成損害之違法事實存在，僱用人如欲免除損害賠償責任，則須證明受僱人具有可歸責之事由⁷²。

結論上，儘管本條課予雇主較重責任，但在性別認同歧視的案例中，除了難以建立僱用人之給付義務外，當因歧視而使受僱人受有損害時，亦難以建立僱用人之給付義務與受僱人之損害之間的因果關係，而使得本條之規定在此類型中難以主張。

3. 依勞基法之規定

勞動契約依勞基法第 2 條第 2 款規定，而民法第 482 條亦有規定僱傭契約。勞動契約與民法僱傭契約之差異在於，勞動契約強調人格上、經濟上，及組織上之從屬性⁷³，由於勞雇雙方在經濟地位並不平等，故有勞基法特別加強保護經濟弱勢之一方，使得勞

70. 林誠二，債編各論新解－體系化解說（中），頁31，2015年。

71. 楊通軒，職業災害之賠償與補償，收錄於勞動基準法釋義－施行二十年之回顧與展望，二版，頁460，2009年。

72. 楊通軒，同前註71，頁458。

73. 郭玲惠，勞動契約法論，一版，頁24，三民，2011年。

動契約與一般民法上的規定有所不同。

勞基法上勞雇雙方亦具有給付義務，以下就性別認同歧視案例中，勞基法上如何處理調職及解僱論述之。

(1) 違法調職

性別認同歧視的案例中，有關調職的規定，在性平法上並無明文禁止因性別歧視而調職，因此法律效果的回到勞基法。

在調職與歧視相交錯時，出現違法調職且有歧視，以及合法調職但具有歧視的二種情況。前者因調職已違法，因此不須再處理性別歧視之法律效果，後者則需要進一步討論混合動機，進而認定性別歧視是否為勞基法第 10 條之 1 第 1 款不當動機之內涵，從而認定調職違法。

醫院員工案中涉及調職的問題，雇主內部簽呈表示以其穿著打扮而為調動措施，隱含合法動機與不合法動機，故屬於混合動機，並有濫權之疑慮，依據勞基法第 10 條之 1 第 1 款，具有不正當動機，認定調動違法。

由於考量勞工工作權益及法律安定性，且調職無效並不影響雇主已為無效法律行為之事實，因此違法調職之法律效果可歸納為契約終止型與契約繼續型⁷⁴。前者係指受僱者得依勞基法第 14 條第 1 項第 6 款之規定，以雇主之調職違反勞動契約為由，不經預告向雇主終止勞動契約，並請求雇主給付資遣費。後者受僱者可向原職報到，或向新職報到。

值得注意的是，受僱者若向原職報到，為避免雇主拒絕受勞務而造成受僱者曠職，應依民法 235 條但書提出勞務，使雇主受理遲延，否則會成為無正當理由曠職。若受僱者向新職報到，卻又向法院提起確認調職，可能是為避免將來調職無效之訴訟敗訴時，仍能保有工作之作法，故有見解認為如此避險做法則不能謂受僱者違反誠信⁷⁵。

74. 陳金泉，違法調職之司法救濟－臺灣高等法院97年重勞上字第27號判決，收錄於勞動法精選判決評釋，頁113，2013年。

75. 陳金泉，同前註74，頁116。一併參考臺中地院95勞訴字第94號判決。

勞基法修法後，受僱者可針對調職命令無效提起訴訟，包括確認之訴（例如確認調職命令無效）或給付之訴（例如撤銷調職命令及回復原狀、或終止契約請求給付資遣費）。依民法第 113 條規定請求無效法律行為回復原狀。

醫院員工案由於調職違法，雇主後續的行為，例如認定受僱者違反工作規則、資遣，或者解僱，效力皆有疑慮。由於判決中僅處理解僱是否合法，當本案解僱無效確定後，受僱者回到工作崗位，仍需面對調職是否合法的問題，換言之，受僱者應前往原職（維修單位）或是新職（庶務性工作）亦有問題。對此本文認為，由於調職係屬於明顯具有性別歧視之違法調職，因此本案解僱無效之餘，調職亦為無效，受僱者應回到原先工作崗位。

（2）違法解僱

針對解僱無效的情形可區分為二種，一是對於單純因性別歧視而為解僱者，依性平法第 11 條第 1 項及第 3 項規定，解僱無效。二則如醫院員工案，雇主因違法調職後為解僱者，應如何評價解僱的效力如下所述。

由於解僱須符合最後手段性原則，在醫院員工案中，判決理由說明即使因受僱者違反工作規則，雇主縱然可以對受僱者為懲戒，但若依勞基法第 12 條第 1 項第 4 款不經預告而終止勞動契約，則必須符合情節重大之要件。而實務見解認為，情節重大與否之認定，非屬雇主之裁量權，而應依客觀情事判斷認定之⁷⁶。並應依社會一般通念，審酌評估該行業性質、職場文化暨違規行為造成之影響、是否可歸責於勞工、有無賦與勞工必要程序保障等情節，平衡雇主與勞工之利益而為判斷⁷⁷。

解僱無效的法律行為，受僱者可以主張回復原先之僱傭關係，而提起確認僱傭關係存在之訴，一併請求按月給付工資至復職日止，或僅提起給付工資之訴，或提起聲請給付工資或僱傭關係之定暫時狀態處分。或依勞基法第 14 條第 1 項第 6 款向雇主終止勞動契約，並訴請資遣費。

76. 臺北地方法院106年度勞訴字第123號判決參照。

77. 臺北地方法院105年度勞訴字第259號判決參照。

解僱無效對於受僱者所造成的損害，包括財產上及非財產上之損害，前者包括薪資、提撥勞工退休金、育嬰留職停薪津貼或生育給付等，後者則於性平法第 29 條定有明文。

4. 依性平法之規定

立法者為了具體化民法第 483 條之 1 雇主之照顧義務，制定公法上勞工保護及防止意外法規，形成雇主必須嚴格遵守之不可更易的契約上義務。換言之，公法上勞工保護及防止意外之法規，具有雙重性格（或雙重效力），一方面課予雇主遵守公法規定之義務，二方面該等規定也會成為勞動契約之內容，雇主若未盡到保護照顧義務，受僱者則可依私法上的效力要求雇主履行⁷⁸。

在性別認同歧視案例中，使用民法規定來主張雇主所須負擔責任之難處已如前述，因此以下就性平法針對性別認同歧視時之法律效果規定論述之。

雇主違反性平法第 7 條至第 11 條之強制規定效力為無效⁷⁹，或者雇主若另有約定為無效之情況，該約定以違反民法第 71 條或第 72 條無效。另求職者或受僱者依性平法第 26 條規定，因同法第 7 條至第 11 條或第 21 條而受有損害者，雇主負損害賠償責任，並依性平法第 29 條請求非財產上損害，請求權之消滅時效規定於第 30 條。

（1）損害賠償

性平法第 26 條是參考我國民法第 184 條、第 195 條及德國民法第 611 條之 1 規定，且為能給予勞工更妥善之保護而訂定之⁸⁰。學者指出，在性平法中規定損害賠償之條文是為使性別工作平等之爭議回到損害賠償之基本法理，填補受害者之損害，而達實質保障之目的。

本條要件包括雇主有違反性平法第 7 條至第 11 條或第 21 條之情事，以及雇主的歸責程度。實務上雖以性平法第 31 條舉證責任轉換之立法意旨，來推論雇主對於同法第

78. 楊通軒，同前註71，頁458。

79. 郭玲惠，同前註73，頁68。

80. 性平法第26條立法理由參照。

26 條損害賠償責任應採推定過失責任⁸¹，換言之，雇主之行為若能證明為無過失時，得免其責任。例如在醫院員工案，雇主亦因歧視行為而使受僱者受有損害時，依性平法第 26 條雇主應負賠償責任。

但由於推定過失責任之判斷標準難以形成，學者傾向基於工作場所之安全包括生命、身體、健康，亦涵蓋生理與心理健康，損害賠償責任不應以雇主有過失為要件，而應採無過失責任⁸²。

此外，針對非財產上之損害賠償，性平法第 29 條規定，有第 26 條之情形時，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。名譽被侵害者，並得請求回復名譽之適當處分。

然而性平法第 26 條至第 30 條所規定的損害賠償責任，與民法第 195 條第 1 項規定是否重複，雖有爭議。但由於受僱者有性別因素而受有不利利益的差別待遇時，受僱者往往難以提出健康或名譽受到損害之證明，例如因遭受懷孕歧視至心理壓力過大而早產或流產，在證明為健康遭受侵害的過程有相當程度的難度，實務案例中往往同時主張⁸³。因此亦可得知，當雇主因性別因素而對受僱者有不利之差別待遇時，對於人格法益之侵害，應認為性平法作為特別法，優先於民法普通法之適用，並且性平法第 26 條及第 29 條之規定，足以涵蓋財產上及非財產上之損害賠償。

(2) 強制締約

在招募歧視的案例中，對於被歧視的求職者而言，是否可請求雇主締結勞動契約，或者可依性平法第 26 條及第 29 條規定，請求財產上及非財產上之損害賠償，則有疑義。例如全聯案，由於違法招募的情況指雇主與求職者之間尚未訂立勞動契約，因此並雇主並無債務不履行。

81. 臺北地方法院96年度訴字第7313號判決、臺灣高等法院98年度上更（一）164號判決、最高法院100年度臺上字第1062號判決。

82. 楊通軒，同前註71，頁457。

83. 郭玲惠等註，勞動基準法釋義－施行二十年之回顧與展望，一版，頁389，2005年。氏著，同前註73，頁68。

參考德國民法規定，由於締結勞動契約涉及雇主決定締約自由與否之權限，因此求職者無權請求雇主必須締結勞動契約。我國學者見解則認為，招募廣告為要約之引誘，勞工應徵為要約，雇主錄取為承諾⁸⁴，或認為勞工應徵、面試後，雇主工之錄用為要約，勞工同意到職為承諾⁸⁵，因此勞動契約於雇主錄取或勞工承諾時成立，進而法律上並無強制要約之引誘而使契約成立之理。

至於損害賠償請求權仍需由求職者針對所受損害提出證明，參考德國立法例，受到歧視之求職者除了可以請求因歧視所生之損害外，並得請求最高三個月薪資之補償⁸⁶。

（二）行政救濟程序

行政救濟程序上，依目前現行法規定，受僱者遇到就業歧視的狀況時，得依就服法第 6 條第 4 項、就服法施行細則第 2 條，向各縣市地方政府組成就業歧視評議委員會申訴。由於依就服法施行細則第 2 條規定直轄市、縣（市）主管機關辦理就業歧視認定時，得邀請相關政府機關、單位、勞工團體、雇主團體代表及學者專家組成就業歧視評議委員會。因此就業歧視評議委員會亦可能處理到性別平等爭議問題，此時就歧會之組成仍須符合性平法之規定⁸⁷。

1. 救濟管道

針對因性別認同而產生的性別歧視案件，雇主責任則於性平法第 26 條負有財產上之損害賠償責任，在第 29 條有非財產上之損害賠償責任。內部申訴管道則依同法第 32 條雇主受理受僱者之申訴，而建立申訴制度協調處理。或當受僱者或求職者發現雇主違反性平法第 7 條至第 11 條之性別歧視之情形、或雇主違反第 21 條受僱者要求依法為促進工作平等措施時，或雇主依第 36 條因受僱者提起申訴或協助他人申訴，而為解僱、調

84. 林誠二，同前註11，頁136。

85. 林更盛，論性別歧視與母性歧視之禁止－評臺灣高等法院87年勞上易字第1號判決，月旦法學雜誌，第74期，第189頁，2001年7月。

86. 郭玲惠，兩性工作平等－法理與判決之研究，二版，頁21，2005年08月。

87. 行政院勞工委員會民國91年7月25日(91)勞動三字第09100345431號函。

職或不利處分時，依第 34 條向地方主管機關申訴。

2. 法律效果

法律效果的部分以解僱及招募二種情況分述如下：

(1) 違法解僱

行政責任的部分，雇主終止契約若具有性別歧視，則將因違反性平法第 11 條之規定，依同法第 38 條之 1 第 1 項處以罰鍰。

以英語補習班教師案、文理補習班教師案二例，在委員會分別成立雇主性傾向歧視及性別歧視，因此依據性平法第 11 條規定，解僱無效，並依同法第 38 條之 1 處以罰鍰。醫院員工案中，雇主亦因不服性平會之決定而進一步依性平法第 34 條第 1 項提起行政訴訟。

(2) 違法招募

對於招募歧視之禁止規定於就服法第 5 條第 1 項及性平法第 7 條，按特別法優於普通法原則，應優先適用性平法第 7 條規定及第 38 條之 1 規定裁處，並依同法第 3 項規定，公布姓名或名稱、負責人姓名。因此，全聯案中，雇主便被性平會認定具有招募歧視而處以罰鍰。

五、結論

性別議題在臺灣社會的發展已從男女平等到女男平等的二元區分論，至今已逐漸形成多元性別角色的態樣，儘管一路走來並非順遂，但在實現多元性別平等的過程中，仍是共同努力的目標。

從上述結論中細究性平法之規定發現，事實上成立性別歧視並不困難，難處在於：一、法院是否在適用法規時會採取廣義解釋，二、在處理不同的不利益對待之歧視類型，法律適用上的問題。

本文認為，針對第一個難題，不論從美國法上分析，抑或我國性平法的立法意旨，

皆可發現條文所訂之禁止性別歧視包括禁止因性別刻板而產生的歧視態樣，從而解釋上原則是不具有任何疑義，倘若為避免實務在運作上產生困難，本文則建議在性平法中禁止「性別」與「性傾向」歧視之相關條文中，應刪除條文中第 6 條之 1、第 7 條、第 9 條、第 10 條、第 11 條及第 31 條中「性傾向」之要件，以避免適用上困難與混淆。另外，為因應因《兩公約》與《CEDAW 公約》在內國法化之後的要求，針對性平法的性別歧視所為的解釋，解釋上對於「性別」之概念採取最廣義解釋，則於施行細則中作詳細規範，故建議增列性平法施行細則第 2 條第 2 項。

其次，針對調職、解僱與招募等僱用措施，在確立雇主之行為係對受僱者的不利益對待之歧視類型後，結論與建議如下：

（一）調職

由於調職屬於雇主人事上的權限，且性平法上並未對調職有禁止為差別待遇的規定。因此是否為合法調職，僅能從個案觀察雇主是否有直接歧視。對於調職違法的效果，本文認為應類推適用性平法第 11 條第 3 項之效力，或者依勞基法第 10 條之 1 第 1 款不當動機與目的，使具有歧視動機的調職歸於無效。

另外合法調職的部分，於調職後仍有因性別因素而導致不利之獎懲時，縱使不影響勞動契約之效力，雇主後階段之行為則依性平法第 7 條認定具有性別歧視而為裁罰。故本文認為，調職歧視禁止的部分，在雇主的合理調職權限範圍內，應於性平法中詳加規定，避免雇主有權利濫用的情形。

（二）解僱

禁止雇主因性別而為差別待遇會依據性平法第 11 條第 1 項無效。從實務案例中可以發現，對於解僱性別認同者之理由可能有因不能勝任、或因營運需要、或因業務緊縮、或因違反工作規則，這些原因多為勞基法第 11 條及第 12 條事由。惟雇主除了必須證明受僱者符合解僱要件外，亦必須證明自己並非基於歧視而為解僱之行為，否則將會因為混合動機而使解僱亦歸無效。

惟受僱者的損害賠償請求權，實務上案例常出現受僱者一方將各種可能的請求權列出於法庭上，乃至於未能直接適用性平法第 26 條及第 29 條財產上及非財產上損害賠償請求權。因此本文建議實務工作者應對於性平法有所認識，以利在處理相關案例時，能精確地適用法律。

（三）招募

在招募歧視禁止的部分，性平法第 7 條訂有亦明文，雇主亦須負擔舉證責任，證明求職者能力不如其他求職者。

然違反禁止招募歧視之雇主，在我國現行法規定中，求職者並不能強制雇主締結勞動契約，因此目前僅有行政救濟程序。

招募歧視則因基於契約自由，即使成立歧視也無法使求職者得到損害賠償，此部分則可參考德國法之規定，使求職者得請求薪資補償。惟實務運作上，應如何在我國現有制度中規劃補償制度，尚須待進一步的研究。

參考文獻

(一) 中文

1. 書籍

- 王澤鑑，民法學說與判例研究第一冊，自版，2009年。
- 王澤鑑，侵權行為法，自版，四版，2015年。
- 林誠二，債法總論新解－體系化解說（上），瑞興，一版三刷，2015年。
- 林誠二，債編各論新解－體系化解說（中），瑞興，2015年。
- 邱聰智，新訂民法債編通則（上），華泰文化，二版，2014年。
- 姚志明，侵權行為法，元照，三版，2014年。
- 孫森焱，民法債編總論（上冊），自版，2014年。
- 許育典，同性婚姻、同性平權與宗教自由，元照，初版，2017年。
- 郭玲惠，兩性工作平等－法理與判決之研究，五南，二版，2005年08月。
- 郭玲惠，勞動契約法論，三民，一版，2011年。
- 郭玲惠等著，勞動基準法釋義－施行二十年之回顧與展望，新學林，一版，2005年。
- 臺北市政府勞工局，創造優職環境：就業歧視暨兩性平等專輯，一刷，2007年。
- 鄭冠宇，民法債編總論，新學林，二版，2015年。
- 鄭津津，職場與法律，五版，2015年。

2. 專書論文

- 張小虹，女同志理論性／別與性慾取向，收錄於女性主義理論與流派，女書文化，再版，2004年。
- 郭玲惠，性別表現或性傾向歧視案－臺北地方法院100年勞訴字第172號判決，收錄於勞動法精選判決評釋，元照，初版，2013年08月。
- 陳宜倩，臺北市政府就業歧視暨兩性工作平等委員會評議案分析研究報告書，委託單位：臺北市政府勞工局，研究單位：婦女新知基金會，2007年11月30日。
- 陳金泉，違法調職之司法救濟－臺灣高等法院97年重勞上字第27號判決，收錄於勞動法精選判決評釋，元照，2013年。
- 陳愛娥，對憲法平等權規定的檢討－由檢視司法院大法官相關解釋出發，收錄於憲法解釋之理論與實務第五輯，新學林，初版，2007年。
- 焦興鎰，歐洲聯盟禁止就業上性傾向歧視法制之研究，收錄於歐盟人權政策，頁303-344，2009年11月。
- 楊通軒，職業災害之賠償與補償，收錄於勞動基準法釋義－施行二十年之回顧與展望，新學林，二版，2009年。
- 葛百鈴，性傾向？性別認同歧視？臺北地方法院101年度簡字第164號判決，收錄於性別工作平等法精選判決評釋，元照，2014年。

3. 期刊

- 林更盛，論性別歧視與母性歧視之禁止－評臺灣高等法院87年勞上易字第1號判決，月旦法學雜誌，第74期，頁185-192，2001年7月。
- 陳宜倩，禁止就業「性傾向歧視」之理論與實務初探，月旦法學雜誌，187期，頁119-133，2010年12月。
- 焦興鎰，工作平等與優惠之平衡－美國經驗之借鏡，國家菁英季刊，第7期第2卷，頁9-36，2011年06月。
- 焦興鎰，什麼是就業上性傾向歧視？－美國與歐洲聯盟經驗之探討，全國律師，頁4-22，2010年。
- 焦興鎰，美國就業上性傾向歧視爭議之探討，歐美研究，第39卷，頁29-77，2009年3月。
- 黃碧芬，性別工作平等法增修之介紹與預期效益，臺灣勞工季刊，第12期，頁64-67，2008年03月。
- 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，臺大法學論叢，32卷4期，頁135-205，2002年。
- 蘇芊玲，我的兒子玫瑰少年－專訪葉媽媽陳君汝女士，兩性平等教育季刊，第38期，頁120-128，2006年12月。

4. 網路資料

18次申誡，長髮男警遭免職，中國時報，2015年12月17日，網址：<http://www.chinatimes.com/newspapers/20151217001435-260106>，最後瀏覽日：2018/02/01

面試問「穿裙嗎」遠傳被控歧視，蘋果日報，網址：<https://tw.appledaily.com/headline/daily/20150422/36507210/>，最後瀏覽日期：2018/06/18。

處分書文號：北市勞就字第10438168100號；蘋果日報，北市違《性平法》業者全聯上榜挨罰30萬元，網址：<https://tw.appledaily.com/new/realtime/20160603/877557/>，最後瀏覽日期：202018/02/02。

徵才限性別？北市府呼籲仍應考量「真實職業資格」，網址：<http://tcg2www.taipei.gov.tw/ct.asp?xItem=53643997&ctNode=5158&mp=100001>，最後瀏覽日：2018/5/20

(二) 外文

1. 書籍

International Labour Office, Time for Equality at Work: Global Report under the Follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, (2003).

International Labour Office, Equality at Work: Tackling the Challenges: Global Report under the Follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, (2007).

Claire Sherman Thomas, Sex Discrimination in nutshell, WEST ACADEMIC PUB., (1991)

George Rutherglen, Employment Discrimination Law : Visions of Equality in Theory and Doctrine, 3rd Ed., NEW YORK : FOUNDATION PRESS, (2010).

2. 期刊

Francisco Valdes, Queers, Sissies, Dykes, & Tomboys: Deconstructing the Conflation of Sex Gender, and Sexual Orientation in Euro- American Law and Society, 83 CAL. L. REV. 1-377 (1995).

第二篇

性別工作平等法上關於育嬰留職停薪問題之研究

目次

- 壹、前言
- 貳、臺灣育嬰留職停薪制度與現況
 - 一、臺灣育嬰留職停薪制度概述
 - (一) 育嬰留職停薪制度之目的
 - (二) 育嬰留職停薪之普及率
 - (三) 育嬰留職停薪之運行
 - 二、臺灣實務發展與學理之討論
 - (一) 申請時是否需「書面」
又是否得補正
 - (二) Line 是否算書面
 - (三) 復職是回復原有工作，
是否可以回復相當原有
工作之職位
- 參、美國育嬰留職停薪制度與脈動
 - 一、美國育嬰留職停薪立法背景
 - 二、家庭醫療休假法之立法發展
 - 三、美國育嬰假的現行概況
 - (一) 制度設計
 - (二) 與復職的相關規定
 - 四、優於聯邦 FMLA 的各州州法
 - (一) 降低「雇主雇用人數」門檻
 - (二) 擴大對家庭的定義
 - (三) 使 FMLA 適用範圍增加
 - 五、美國法未來可能的脈動
 - (一) 擴大適用範圍方式
 - (二) 州法擴大適用範圍
 - (三) 從無給制朝向有給制發展
 - (四) 提供有給家庭假的州立法
 - (五) 勞動部獎勵有給假制度
之研究與建立
 - (六) 巨型科技業帶頭採行
有給家庭假政策
 - (七) 聯邦有給假法案之提出
- 肆、比較與檢討
 - 一、臺灣與美國制度特徵比較
 - 二、臺灣復職未來可能的發展與建議
- 伍、參考資料

第二篇

性別工作平等法上關於育嬰留職停薪問題之研究

王觀嫻 / 國立臺北大學 / 法律系碩士班 / 民法法學組

壹、第二篇

摘要

我國於近二十年前訂定性別工作平等法，並建立育嬰留職停薪制度，受僱者能夠有親自育兒的機會，以平衡家庭與工作的重心。現行法雖於近年修正頻繁，然實務在應用育嬰留職停薪制度時，仍產生一些問題。諸如申請時，現行實施辦法之「事先」與「書面」之判準未臻明確、性別工作平等法第 9 條第 3 項修訂後，復職必須要回復原工作之規定是否過度僵硬等。本文描述育嬰留職停薪之各階段制度，並整理實務上關於第 16 條與第 17 條之爭點以及認定方式。最後參酌美國《家庭與醫療假法》（Family and Medical Leave Act）的實施方式，對於台灣關於復職問題提出更彈性的作法。

關鍵詞：家庭與醫療假法、育嬰留職停薪、復職、性別工作平等法

壹、前言

傳統上婦女在家庭裡擔負照顧家庭及從事家庭勞務的工作，惟隨著經濟的發展，教育的普及，女性就業人口占就業者比重升高、尤其是服務業更成長劇烈。女性就業人口占就業者比重已由民國 60 年之 30.54 %，提高至民國 103 年之 48.84 %。特別是近幾年來服務業蓬勃發展，提供婦女更多的就業機會，服務業部門女性就業人口比重已由民國 60 年之 30.74 % 提升至 103 年之 50.60 %，顯示國內的經濟發展，女性的貢獻不容忽視。

我國憲法第 156 條明文規定：「國家為奠定民族生存發展，應保護母性，並實施婦女、兒童福利政策。」憲法增修條文第 9 條第 4 項亦規定：「家應消除性別歧視，促進兩性地位的實質平等。」女性受僱者擁有生育能力（enabling），而不是社會上既存的「責任」，憲法明文要求國家應保障女性不因生理而受到差別待遇，應追求兩性地位的實質平等。放諸世界各工業大國，皆對於「母性保護」做出明文規定。根據國際勞工組織（ILO）第一〇三號修正案所指出之定義為：「女性在法定期間內所享有之產假權、母性受益權、安全工作權及平等工作權。產假權指的是女性勞工生育可有至少十二週的產假；母性受益權指的是生育期間未出勤的女性勞工，應有請領現金及醫療給付的權利；安全工作權指的是女性勞工在妊娠期間得調換至較輕鬆且不易危害胎兒及母親健康的工作環境；平等工作權指的是雇主不得藉婚姻、懷孕、分娩、育嬰等理由，解雇女性勞工或對其勞動條件有不利之變更。」綜上，不論就女性勞工之個人勞動權益保障或兩性平等地位之促進，母性保護是不可或缺的重要條件。故育嬰留職停薪制度有其迫切性與必要性。為使女性朋友在工作上獲得充分伸展的空間及降低就業的障礙，勞動部積極推動創造性別平等的工作環境，提昇婦女的就業能力，健全婦女的勞動保護，並建構完善的社會支持體系。

然而，育嬰留職停薪制度在實務上實行時，在各層面面臨不同的問題。諸如在申請層面，對於是否需要書面的問題行政法院與高等法院有不同的見解，育嬰留職停薪期滿申請復職層面，民國 103 年所增訂性別工作平等法第 3 條第 9 款對於復職必須恢復原有工作的定義是否可能過度限縮彈性而在實務有所爭議？本文預計對於目前關於育嬰留職停薪文獻以及實務育嬰留職停薪的各層面問題的判決發展做一整理。另外，基於過

去訂定性別工作平等法時有參考美國的作法，因此在實務上面臨問題時，有必要進一步參考這些問題是否有值得借鏡的地方。希望可以藉此提供國內的研究以及參考，作為性別工作平等法的 16 條與第 17 條實務上的參考，以達成追求勞雇雙方雙贏的最終目的。

貳、臺灣育嬰留職停薪制度與現況

一、臺灣育嬰留職停薪制度概述

（一）育嬰留職停薪制度之目的

李惠宗老師認為，育嬰留職停薪亦為憲法「保護母性」之落實，婦女勞動者因為生產而要求繼續保有工作，亦為工作權保障之範圍，以達成社會安全之目的¹。另外，藉由育嬰留職停薪的施行，使得社會責任擴及育嬰，並以男女受僱者皆可以申請而打破傳統上女性育兒的刻板觀念²。雖然現下申請者仍以女性居多，但此制度使申請者在工作上獲得充分伸展的空間及降低就業的障礙，以提昇婦女的就業能力與勞動參與率³、健全婦女的勞動保護，並建構完善的社會支持體系。

（二）育嬰留職停薪之普及率

為建構友善的工作環境，91 年《性別工作平等法》已訂定受僱者可申請育嬰留職停薪。98 年 5 月起，符合《就業保險法》規定者得請領育嬰留職停薪津貼，《公教人員保險法》、《軍人保險條例》則分別自 98 年 8 月 1 日、99 年 5 月 14 日起施行。

105 年 1 月至 6 月育嬰留職停薪津貼核付件數計 24 萬 2,865 件，核付金額共 44.2 億元，其中初次核付件數 4 萬 7,243 件，以就業保險核付勞工 4 萬 4,113 件居首，占 93.37%，公教人員 2,904 件次之，占 6.15%，軍職人員 226 件第三，占 0.48%。自開辦至 105 年 6

1. 李惠宗，愛之足以害之的美麗錯誤—育嬰休假完變失業的悲歌，月旦法學雜誌，第102期，頁6-7，2011年4月。
2. 劉梅君，兩性工作平等法中「育嬰津貼」的定義及立法意義淺析，萬國法律，第125期，頁2，2002年10月。
3. 馬財專，回首來時路：育嬰留職停薪的初步思索，社區發展季刊，第119期，頁431，2007年12月。

月止，受惠人數達 45 萬 3,263 人，其中勞工身分者 41 萬 8,234 人，總核付金額 382.2 億元⁴。

104 年初次核付件數 8 萬 5,872 件，給付金額計 84.4 億元，分別較 103 年增加 25.73%、32.05%，主要係因政府持續推動性別工作平等措施，營造友善職場環境，提升民眾親自育兒的機會，及 104 年 5 月 14 日修正「就業保險法施行細則」，將育嬰留職停薪津貼的發放方式由按月於「期末」發給改為「期初」發給，未滿一個月，以一個月計，致較 103 年明顯成長⁵。

（三）育嬰留職停薪之運行

近年來，男性勞動力增加 7.9%、女性增加 19.2%，兩性勞動參與率差距逐年縮減⁶。女性勞工會因為生理上或傳統上的因素，而使得即使給予男女消極的「機會均等」並不能顧及女性勞工的實際需求，因此，憲法於第 153 條及增修條文第 10 條明文規定，對於婦女予以特別之保護，以促進兩性的為實質平等。

性別工作平等法第四章將保障規範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（例如調整工時、育嬰留職停薪、家庭照顧假及托兒措施等）以及針對母性特殊需求（例如產假）之規範，前者特別重於性別特殊需求之考量，後者則對於懷孕及妊娠婦女之特殊照顧養護。以期藉由積極的消除就業障礙，進而達到促進就業的目的。

育嬰留職停薪必須有較周密完善的配套規範，制度之落實無法單純藉由宣示性規範或以單純法條規範法則的方式達成，特別是受僱者經濟上的需求，如何與社會福利制度結合、如何幫助受僱者兼顧工作與家庭，並儘量與現有之相關法律併計，並減少雇主成本之負擔等等，似為相當難解之問題。然不可否認的，優質的人力來自優質的家庭，母性的保護不僅是為女性受僱者之個人需要，亦為國家社會之共同需求。

4. 參見勞動部統計處105年度育嬰留職停薪津貼核付概況<http://www.mol.gov.tw/media/3809943/%E8%82%B2%E5%AC%B0%E7%95%99%E8%81%B7%E5%81%9C%E8%96%AA%E6%B4%A5%E8%B2%BC%E6%A0%B8%E4%BB%98%E6%A6%82%E6%B3%81.pdf>（最後瀏覽日：2016年3月25日）

5. 同註4

6. 楊育儒、王韻婷，台灣勞工季刊，第44期，頁17，104年12月。

為平衡育有三歲以下年幼子女的受僱者在工作與育兒的蠟燭兩頭燒的情形，性別工作平等法第 16 條規定受僱者任職滿六個月後，於每一子女滿三歲前，得申請育嬰留職停薪，期間至該子女滿三歲止，但不得逾二年。同時撫育子女兩人以上者，其育嬰留職停薪期間應合併計算，最長以最幼子女受撫育兩年為限。另外，為符合友善收養環境之趨勢，於 103 年 11 月增訂第 16 條第 3 項：於依家事事件法、兒童及少年福利與權益保障法相關規定與收養兒童先行共同生活之受僱者，其共同生活期間得依第 1 項規定申請育嬰留職停薪。

另考量育嬰之需求與品質，依育嬰留職停薪辦法第 2 條規定，育嬰留職停薪期間，每次以不少於六個月為原則。受僱者於育嬰留職停薪期間，得繼續參加原有之社會保險，由原雇主負擔之保險費，免予繳納；原由受僱者負擔之保險費，得遞延三年繳納。

育嬰留職停薪津貼的發放，另以法律定之⁷。此點於本法施行之際，或有受僱者認為育嬰留職停薪而無同時給予津貼乃是「惠而不實」的方式，使得甫生產完的婦女有假可申請卻無薪可以支領，將可能會使之陷入經濟上之困窘。因此，於就業保險法第 11 條第 4 項即明文規定育嬰留職停薪津貼的申請資格：被保險人保險年資合計滿一年以上，子女滿三歲前，依性別工作平等法規定辦理育嬰留職停薪者即可請領育嬰留職停薪津貼，可以申請育嬰留職停薪津貼。其給付標準於同法第 19 條：以被保險人育嬰留職停薪之當月起前六個月平均月投保薪資百分之六十計算，於被保險人育嬰留職停薪期間，按月發給，每一子女合計最長發給六個月，父母同為被保險人時，得分別請領，但期間不得重疊。若投保單位違反本法規定，未為其所屬勞工辦理投保手續者，按就業保險法第 38 條規定則依同法規定之給付標準賠償勞工因此所受之損失，並處以罰鍰。我國自實施育嬰留職停薪津貼後，請領者持續增加，依勞動部統計，103 年初次核付 7.4 萬件，較 102 年增 9.4%，較開辦之初（98 年）增 1.5 倍，其中女性申請者占 8 成以上，投保身分以勞工占逾 9 成居多；總計 103 年共核付津貼 68.7 億元⁸。

7. 就業保險法育嬰留職停薪津貼自2009年5月1日施行。另外，公教人員保險法之育嬰留職停薪津貼自98年8月1日施行，軍人保險條例之育嬰留職停薪津貼自99年5月14日施行。

8. 行政院主計處104年4月20日公布之第069號國情統計通報，該統計資料可在下列網址閱覽
<https://www.dgbas.gov.tw/public/Data/5420161683HCMH930.pdf> (2016年2月15日)。

另外，勞委會訂有育嬰留職停薪實施辦法，同辦法第 2 條第 1 項規定：「受僱者申請育嬰留職停薪，應事先向雇主提出」。關於此點，最高行政法院 101 年度判字第 313 號判決支持原審高雄高等行政法院 100 年訴字第 426 號判決，並進一步認為：「按法令規定法律行為應遵守一定之程序或方式者，若無特別規定不能事後補正，本於法律行為有效性之原則，應准許當事人提出補正。…苟未依前開育嬰留職停薪實施辦法所定程序以書面提出相關資料供核，上訴人仍應先命其補正，倘申請育嬰假者拒絕提供或所提文件資料仍未符合性評法等所規定申請育嬰假之要件，使得拒絕申請等語，揆之以上說明，並無違誤。」

性別工作平等法第 22 條規定受僱者之配偶為就業者，不適用第 16 條及第 20 條之規定，但有正當理由者，不再此限，仍應允許其申請育嬰留職停薪。並為使受僱者能夠安心申請育嬰假，於性別工作平等法第 17 條即載明：受僱者於育嬰留職停薪期滿後，除有下列情形之一，並經主管機關同意者外，雇主不得拒絕：一、歇業、虧損或業務緊縮者。二、雇主依法變更組織、解散或轉讓者。三、不可抗力暫停工作在一個月以上者。四、業務性質變更，有減少受僱者之必要，又無適當工作可供安置者。雇主因前項各款原因未能使受僱者復職時，應於三十日前通知之，並應依法定標準發給資遣費或退休金。

二、臺灣實務發展與學理之討論

（一）申請時是否需「書面」又是否得補正

育嬰留職停薪實施辦法第二條第一項，依實施辦法規定，申請時必須「事先提出」，然法規並沒有明文謂多久謂之事先，實務上產生爭議，尤其是受僱者之表現長期瀕臨雇主可能有終止勞動契約的可能時，受僱者是否可能藉由提出育嬰留職停薪申請，形成學者所謂「巧取行為」⁹。

9. 鄭津津，雇主得否因終止勞動契約而拒絕受僱者育嬰留職停薪之申請？，月旦法學教室，第134期，頁30-32，2013年12月。

例如實務上曾發生受僱者於得知雇主有意終止勞動契約，而先行以存證信函書面申請育嬰留職停薪，以規避勞動契約之終止。然而參照勞工委員會 101 年勞動 3 字第 1010086939 號函，勞工即使在雇主為終止契約之意思表示後，與要是在預告期間內，仍得依法申請育嬰留職停薪至勞動契約終止日。因此吳姿慧老師認為，現行法並未名為定多久謂事先，故得否逕視為權力濫用，恐有猶豫之處¹⁰。

同條亦規定申請需以書面提出，核其規範目的乃在使雇主得以確認受僱者申請育嬰假之意願，並就勞工留職停薪期間造成企業內勞動力可能短絀做出安排，俾於保障勞工權益之於，同時亦兼顧雇主的企業經營利益。然書面要件並非規定於母法（性別工作平等法）而係其實施辦法，倘受僱者以口頭或以 LINE 申請，雇主得否拒絕，容有疑義。吳姿慧老師認為，育嬰停薪獲准後，受僱者暫時停止勞務給付時，雇主得停止支付工資之義務，故留停時間的起始點甚為重要。此外，受僱者是否繼續參加社會保險？留停期間仍需要與雇主繼續保持聯繫等資料，均對勞雇關係影響至關重要，以書面提出除使資訊明確，更為確定申請者之真意，而認為確有其必要¹¹。

（二）Line 是否算書面

肯定說認為（最高行政法院 101 年判字第 313 號、新北地方法院 103 年簡字第 43 號判決）：「……依育嬰留職停薪實施辦法第 2 條之規定，受僱者申請育嬰留職停薪，固應事先以『書面』向僱主提出，但既無特別規定不能事後補正，○○○自得於口頭提出申請之後予以補正，則○○○以口頭或『Line』通訊之方式就育嬰留職停薪之申請，均足認其已為意思表示，則園長於 102 年 5 月 27 日就之加以拒絕，即係違反性別工作平等法第 21 條第 1 項之規定，……，故本件違規事實之認定，當不因○○○所為之申請未依『育嬰留職停薪實施辦法』第 2 條之規定提出而受影響……」。

10. 吳姿慧，我國育嬰留職停薪制度申請要件及程序之檢討—兼論育嬰本質及責任，台北大學法學論叢，第98期，頁40，105年2月。

11. 同前註8，頁41。

臺北高等行政法院 100 年簡上第 104 號判決（為新北地院 103 簡字第 43 號判決行政訴訟上訴審）對此則持否定態度，謂：「原判決顯將口頭或『Line』之意思表示誤解為書面申請，自有適用性別工作平等法第 21 條第 1 項及性別工作平等法第 21 條第 4 項授權訂定之育嬰留職停薪實施辦法第 2 條法規不當之判決違背法令情事。」

值得一提的是台北高等行政法院 100 年簡字第 544 號判決：「再性別工作平等法第 16 條就育嬰假之申請，並無書面之要式規定，另育嬰留職停薪實施辦法第 2 條規定之書面亦僅為訓示規定，是原告以○○○沒有提出書面申請為由，即認定○○○沒有提出育嬰留職停薪的要求，尚非可採。又原告表示一定要○○○復職後再談，亦足認原告有拖延之意而損及○○○申請育嬰留職停薪之權益。」似認為第 16 條就育嬰假之申請，不得以未提書面為由即認為未提出育嬰留職停薪要求。

（三）復職是回復原有工作，是否可以回復相當原有工作之職位

過去在保障申請者回復原職場之前提下，仍得與申請育嬰留職停薪者特約約定在符合調職五原則之條件下，特約約定不回復原有工作雇用非代替人力。見諸台灣高等法院 98 年勞上易字第 107 號判決：「…性別工作平等法第 17 條之立法意旨在於保障育嬰留職停薪期滿復職之員工得順利回到原職場，在育嬰留職停薪期間，雇主若考量業務尚可僱用替代人力，暫時執行受僱者之原有工作時，則受僱者於育嬰留職停薪期滿時，當以回復原有工作為原則，惟依勞動契約之特性，勞雇雙方基於各自立場，在不低法定最低要件或強制規定之情形，即可協議訂定或變更受僱者之勞動條件。即若雇主因考量業務專業性之因素，已難保證育嬰留職停薪者復職時可回復原工作者，則仍得僱用非替代人力，否則於勞工申請育嬰留職停薪期滿後，相關業務及人事組織恐均已有相當變化之情形下，卻反不准雇主為申請復職之勞工安排其他相當之職務，顯失事理之平，亦當非前開法條之規範目的。但前提仍須保障受僱者在育嬰留職停薪期滿時得回到原職場。…」以及士林地院 98 年勞訴字第 11 號判決：「…原告雖主張上開約定違反性別工作平等法第 17 條之規定，應屬無效云云，惟觀諸上開條文乃規定受僱者於育嬰留職停薪期滿後，申請復職時，除有該條第 1 項各款所列情形，並經主管機關同意者外，雇主不得拒絕，

並未明定雇主有保留受僱者原職務，待其申請復職時得回任原職之義務，是以上開法條之文義而言，已難認被告與原告所為之前開協議，有何違反性別工作平等法第 17 條規定之情事。況考諸上開法條之立法目的，應係為保障受僱人於育嬰留職停薪期滿後，得重返工作崗位，繼續其職業生涯，尚非限制雇主不得因業務運作及人力調配等考量，合理變更受僱人復職後之職務內容，否則，在勞工正常任職期間，雇主於有調動勞工之必要時，尚得予以調動其職務，然於勞工申請育嬰留職停薪期滿後，相關業務及人事組織恐均已有相當變化之情形下，卻反不准雇主為申請復職之勞工安排其他相當之職務，顯失事理之平，亦當非前開法條之規範目的，是原告指其與被告間有關願於復職後接受非原職位、原職級、原工作內容職務之協議，違反性別工作平等法第 17 條之規定而無效，其得不受拘束云云，自非可採。」其上訴審台灣高等法院 98 年勞上易字第 107 號判決亦肯認之：「在不低法定最低要件或強制規定之情形，即可協議訂定或變更受僱者之勞動條件」

鄭津津老師認為不可否認某些職務具有相當之專業性，或這涉及特別的人事任用定（如公部門之人事主管），一旦從事此種職務之受僱者請育嬰假，雇主找的來之替代人力往往亦必須具備特定的條件與資格，雇主若在此情形下仍欲使申請育嬰假之受僱者「回復原有工作」，可能對於事業進行引起相當的困難以及可能產生過大的影響。因此，「回復原有工作」應為原則而非絕對。¹²

而是否回復與原工作相當之職務應如何判定？花蓮地院 103 年勞簡上字 1 號判決從體能、技術做判斷；台灣高等法院 96 年勞上字第 35 號判決、新北地方法院 95 年勞訴字 119 號判決則從地點、工作性質、薪資研判，而認為薪資無向上調整之可能為不利處分，與原工作並不相當。

然而，實務上對於何謂「原則」有何謂「例外」紛爭不斷。行政院勞工委員會 95 年 8 月 3 日勞動 3 字第 0950035573 號函便提及：依據育嬰留職停薪實施辦法第 6 調條，為使受僱者得以同時兼顧工作與家庭照顧，受僱者於育嬰留職停薪期滿復職時，應以回

12. 鄭津津，育嬰假與復職，月旦法學教室，第86期，頁24-25，2009年12月。

復原有工作為原則，不得降低原有勞動條件。」而為解決前述之爭議，民國 103 年性別工作平等法第 3 條更增訂第 9 款復職定義：「九、復職：指回復受僱者申請育嬰留職停薪時之原有工作」。直接以立法方式規定回復原有工作，雖立法目的良善，然本文對本條後續追蹤結果，發現直至三年後的民國 106 年 3 月，實務上仍未有引用本條之判決，本條規定是否符合現狀、是否過於嚴苛可能容有疑義。

又，在觀察育嬰留職停薪實務上的各種問題時，基於性別工作平等法於民國 91 年制定時師法美國制度頗多諸如鼓勵事業單位建構內部申訴制度，並透過主管機關及性別工作平等委員會提供相關之行政救濟等構想，均與美國制度的做法相似。故在十餘年後的今日，對於這些問題，欲參酌美國的相關法規與處理經驗是否自有我國國情部分加以援引擷取之處，以便早日達成性別工作平等的理念。

參、美國育嬰留職停薪制度與脈動

一、美國育嬰留職停薪立法背景

美國是一個採取極端資本主義的國家，在過去有關產假以及育兒假都是交由勞資雙方集體談判交涉(collective bargaining)或者雇主片面施行，原則上，政府不主動介入。因此，對於產假及育兒假的規定，無論是就適用範圍或保障內容而言，顯較其他先進工業國家（尤其是實施社會福利制度者）落後許多¹³。諸如，直到 1988 年，僅有 3% 的中大型企業有提供女性有這類的家長休假 (parental leave)，在這些事業單位中，49% 准許受僱者申請留職停薪，但卻只有 25% 有書面的假期制度¹⁴。

美國於 1993 年制定家庭及醫療假法 (Family and Medical Leave Act, FMLA¹⁵) 係基於兩個原因：一、美國勞動力的需求；二、高績效組織的發展。越來越多的美國兒童和老人都有賴需要大量工作的人來撫養。當一個家庭出現緊急情況，而需要受僱者趕忙到

13. 焦興鎧，懷孕歧視爭議在美國之最新發展趨勢，勞工法之最新發展趨勢－美國勞工法，頁139，1997 年12 月。

14. 參見Comment, Pregnancy in the Workplace— Sex-Specific Fetal Protection Policies— UAW v. Johnson Controls, Inc.—A Victory for Women? 59 TENN. L. REV. 617-634-40(1992)及 Note, UAW v. Johnson Controls: The supreme Court Fails to Get the Lead out, Overlooks Fetal Harm Resulting from Worker 14. Exposure, 40 CLEV. ST. L. REV. 261. 265-72(1992)

15. Family and Medical Leave Act of 1993, 29 U.S.C. § 2601。

子女或父母身邊幫忙照顧時、或家有剛出生或收養的嬰兒，甚至是受僱者生了大病時，受僱者需要得到一個保證，保證他們將不會被要求在工作與家庭間之間做出唯一選擇，並滿足他們的個人和家庭義務或因自身狀況而須在家休養。FMLA 有意和有望使雇主和受僱者受益，因為家庭的穩定和在工作場所的生產力有直接的關係存在，FMLA 假期的提供將促使高績效組織的發展。

二、家庭醫療休假法之立法發展

雖然國會於 1985 年起，即嘗試訂立一套全國適用的家庭休假制度 (family leave)，甚至在 1990 與 1991 年已完成初步立法手續，但卻遭布希總統以「政府不應干涉企業人事政策自由」加以否決，而國會因無法以三分之二席次推翻布希總統的否決，使之前的立法努力功虧一簣¹⁶。

這種僵局直至柯林頓總統上台後才改觀，柯林頓總統在 1992 年總統競選期間即力推此項立法，且，在其就任不到兩周即簽屬該法案成為法律¹⁷，此舉措柯林頓總統不但開啟就任以來一系列勞工法律及制度改革的先河¹⁸，也讓美國擺脫「唯一未採行全國性家長休假制度之工業先進國家」之惡名。

但《家庭與醫療假法》自 1993 年制定施行至今，並沒有太多對適用範圍的修訂。2008 年美國勞動部增設軍人家庭假，具申請資格的軍人家屬還包括祖父母、叔伯姨姑、表（堂）兄弟姊妹等。任何被徵召服役的國民兵與後備軍人的家屬，亦可以申請 FMLA 的留職停薪假，其中包含育嬰、學校活動、部署後的行動以及軍事行動。然而，這新修訂與其說是擴張對勞工家庭的保護，更像是單純對軍人家庭的福利與照顧，且實際上真正使用該假期的受僱人，僅佔所有請假受僱人的 2%¹⁹；至於對航空業，這群一般工時

16. 鄭麗嬌，美國「家庭與醫療假法」(FMLA) 政策形成過程之研究，台大政治科學論叢，第 11 期，頁 270，1999 年 12 月。

17. 鄭麗嬌，同前註 13，頁 270-271、281。

18. 焦興鎰，對我國實施家庭照顧休假制度之檢討評析，台灣勞工季刊，第 24 期，頁 56，2010 年 12 月。

19. 8 Abt Associates, Family and Medical Leave Act in 2012: Executive Summary, UNITED STATES DEPARTMENT OF LABOR, ii, at <http://www.dol.gov/asp/evaluation/fmla/FMLA-2012-Executive-Summary.pdf> (last visited Mar. 11, 2017)。

安排異於其他行業的機組人員得以適用本法、對配偶定義的修改，使同性婚姻中的受僱人亦能夠以配偶之身分獲得請假資格等等的增修，對本法適用範圍的擴張都很有限²⁰。

三、美國育嬰假的現行概況

(一) 制度設計

1964 年民權法第七章 (Title VII of the Civil Rights Act of 1964)²¹ 禁止雇主因受僱者的膚色、性別、種族、宗教信仰、原始國籍而拒絕僱用或解雇，或在工作條件、薪資、工作待遇等的雇用條件上有差別待遇之歧視²²，並設有平等就業機會委員會輔以執行，為美國禁止就業歧視相關的法律中範圍最廣影響最為深遠的法律。此法經歷三次重大修正，第一次是在 1972 年平等就業機會法 (Equal Employment Opportunity Act of 1972)，賦予平等就業委員會 (Equal Employment Opportunity Commission: EEOC) 能提起一般訴訟及集體訴訟 (class action suits)。第二次在 1978 年，將禁止懷孕歧視法 (Pregnancy Discrimination Act of 1978) 列入民權法第七章。第三次則是 1991 年民權法 (Civil Rights Act of 1991) 的制定。

1993 年 FMLA，保障規定若雇用員工超過 50 人以上，應給予工作超過一年、年工時至少超過 1250 小時的正式員工²³ (regular employees)，在生育或者剛收養孩童的一年內，12 週因子女出生、收養兒需要其他安置照顧的無薪特別休假 (unpaid leave)²⁴。1964 年民權法第七章雖然沒有規定育嬰假，卻因其規定的衡平性而對於育嬰假的保障有間接適用的功能。換句話說，對於育嬰假的保護條件，因為規定平等，所以其條件不能低於其他的假別。

FMLA 立法要求當受僱者因重大傷病 (serious health condition²⁵) 而無法勝任工作²⁶，經受僱者自行提供證明給雇主並申請休假時，雇主應提供員工每年至多十二週的醫療照顧

20. 梁芷蓉，美國親職假相關法制之研究—兼論我國相關法制未來應有之發展，國立中正大學法律學系碩士論文，頁70，2016年7月。

21. 42 U.S.C. § § 2000e(17) (2017)。

22. 42 U.S.C. § § 2000e-2(a) (2017)。

23. 29 CFR § 825.110。

24. 29 CFR § § 825.120, 825.121。

25. 29 C.F.R. § 825.113(a)-(e)。

26. 29 C.F.R. § 825.123。

假。另外，雇主於員工留職停薪期間繼續提供健康保險，並待員工復職時，提供原來工作 (the same job) 或與原職相當工作條件的工作 (an equivalent job) 給該員工。

「重大傷病」謂 (a) 超過連續三天喪失一段時間的工作能力 (b) 因懷孕或者產前檢查而導致喪失一段時間工作能力 (c) 因慢性病而一段時間喪失工作能力，例如：癲癇、糖尿病等 (d) 因為療程無法在短時間發揮效用導致一段時間喪失能力者，例如：阿茲海默症、中風、癌症等 (e) 因接受為恢復的各種手術治療或因治療條件而缺席工作者，例如：癌症、關節炎、或腎臟病等。也就是說，若沒有治療，會造成超過三天的工作缺席。

「導致無法勝任工作」謂受僱者再也無法任職該工作或者無法勝任該職位所必需的工作能力。

另外，員工為了取得申請家庭醫療休假的法律適格，而必須向雇主提出通知 (notice)，證明其確因重大傷病而無法勝任工作需要申請留職停薪。然而，若此留職停薪的申請是可預見的，受僱者必須於休假日的前三十天提出申請²⁷。在休假期間，受僱者的年資 (seniority) 也將不會受影響，但其他附加性的年資 (additional seniority) 卻不能在此段休假期間內累積。

美國並不是以「復職，必須要回復原來工作」來規定育嬰留職停薪期滿員工的復職職位問題，在休假期滿後，受僱者有請求雇主將其回復原職或與原職相等的職位，而得以享有相同的工作條件的權利。然而，FMLA 對於復職規定卻設有例外條款，如果受僱者是工作單位內百分之十的高薪者，雇主得以保留該職位會對於公司經營產生相當經營損害為理由而事先預告拒絕保留該職位，若受僱者希望避免失去該職位，則有權立即回復工作²⁸。

另外，對於違反此規定的法律責任，除了以勞動部調查違法事項，以及相關條款的實行外，個人受僱者亦有權向聯邦過各州地方法院提出訴訟，藉以貫徹本法的實施。一般的違法事項必須在兩年內向雇主提告，但在故意違法的情形，則可以在三年內提告。雇主被判定違反此法規定之情形，則需要負擔以下的法律責任：(a) 賠償因這項違法所

27. 42 29 C.F.R. § 825.302 ; 29 U.S.C. § 2612 (e) (1) & (2) (B)。

28. 關於此點請參見 Tim Barnett, Minston N. McVea, Jr. and Patricia A. Lanier An Overview of the Family and Medical Leave Act of 1993, 44 LAB. LJ.429,431 (1993)。

造成的損失 (b) 任何直接的金錢性損失 (c) 前述損失金額的利息 (d) 若雇主故意違反本法，其他附加性的損害賠償金 (Compensatory Damages)，其數額將以前三項之總數計之，且 (e) 雇主需要提供勞工衡平性救濟 (equitable relief) 例如給予其復職、或是晉升等等。至於與州法競合的情形，如果州法較利於受僱者，則現行有效或是未來制定的州法都不應受到減損影響。但若州法對於雇主較為寬鬆時，則本法應取而代之²⁹。

（二）與復職的相關規定

如果僱員選擇不在 FMLA 假期期間保留健康保險，則必須在僱員返回時立即以與休假開始時的等同條件給予復職之受僱者，包含身體檢查、人壽保險、傷殘保險等水平恢復原工作上可享有的福利。

在休假期滿後，受僱者得請求雇主將其回復原職，或回復相等之職務，而得以領取相同薪資、福利措施及其他雇用條件等。

四、優於聯邦 FMLA 的各州州法

（一）降低「雇主雇用人數」門檻

由於聯邦的 FMLA 法要求，需於擁有 50 人（含以上）的雇主下工作的雇員，才是 FMLA 的涵蓋範圍。由於這個門檻要求，40% 的私部門受僱者並沒有受到 FMLA 的保護。基於上述狀況，部分的州法下調「住主雇用人數」的門檻，使該法能夠適用於更多的受僱者。相關州法分述如下：

29. 關於此點請參見 Tim Barnett, Minston N. McVea, Jr. and Patricia A. Lanier, An Overview of the Family and Medical Leave Act of 1993, *supra* note 49, at 432 及 E. Patrick McDermott and Marilyn B. Katz, The Family and Medical Leave Act of 1993, 44 LAB. L. J. 673, 681 (1993)。

表一 較聯邦 FMLA 更降低雇主雇用人數要求之州法 ³⁰	
州	門 檻
緬因州	私部門 15 名員工（含以上）或城市或城鎮單位 25 名員工（含以上）
明尼蘇達州	於育嬰假情形時，只需要 21 名員工（含以上）即可申請
俄勒岡州	25 名員工（含以上）
羅德島	私部門 50 名員工（含以上）公部門 30 名員工（含以上）
佛蒙特州	於育嬰假情形，僅需 10 名員工受僱（含以上） 於家庭或醫療假情形，需 15 名員工（含以上） 即達門檻
華盛頓州	除了每名受僱者受保險育嬰假涵蓋之外，達 50 名員工（含以上）即能以 FMLA 規定之事由申請各種休假
哥倫比亞特區	20 名（含以上）員工

（二）擴大對家庭的定義

聯邦法 FMLA 讓符合要件的僱員請領休假，去照顧新生兒、18 歲以下兒童（若是長於 18 歲之兒童則需有殘疾或有嚴重的健康狀況）、或配偶。2008 年，FMLA 擴增給予軍人家庭 26 週的假，以照顧受傷的軍人。軍人家庭的適用範圍擴張，對家庭的定義擴及親戚，有一些州在 FMLA 法時，也擴張對家庭的定義至近親，next of kinc），以包含更多的家庭成員。相關州法分述如下³¹：

30. 參見 STATE FAMILY AND MEDICAL LEAVE LAWS, (2016), at <http://www.ncsl.org/research/labor-and-employment/state-family-and-medical-leave-laws.aspx#2> (last visited Mar.26.2017)。

31. 同上註30。

表二 較 FMLA 擴大家庭定義之州法

州	對家庭的定義（除了孩童、配偶以及父母）
加利福尼亞州	同居伴侶與同居人的小孩
康乃狄克州	岳父母、公婆、同性婚姻伴侶（Civil union partner）
夏威夷州	祖父母、公婆、岳父母、互惠受益人（employee's reciprocal beneficiary）
緬因州	同居伴侶及同居伴侶的小孩、兄弟姊妹等同輩（sibling）
紐澤西州	同性婚姻伴侶與同婚伴侶之小孩、公婆、岳父母、繼父母
俄勒岡州	同居人、祖父母、孫子女、岳父母
羅德島	同為州雇員的同居人、岳父母
佛蒙特州	同性婚姻伴侶、岳父母
威斯康辛州	岳父母
哥倫比亞特區	與血緣、法定監護權、婚姻有關的僱員；與該僱員生活在一起並具有承諾關係的人；與僱員同居並且僱員永久承擔並履行父母責任的子女

（三）使 FMLA 適用範圍增加

聯邦 FMLA 法案針對受僱者若有嚴重的身體狀況、為照顧有嚴重健康狀況的家庭成員、為照顧新出生的子女、為照顧因服役而重大受傷生病的軍人家族成員，以解決各種緊急的家庭情況。有些州則拓展 FMLA 受僱者適用範圍，分述如下³²：

表三 較 FMLA 擴大適用範圍的州法	
州	FMLA 的適用增加
康乃狄克州	器官捐贈者或骨髓捐贈者
緬因州	器官捐贈者、若家族成員於服役中被殺者，可申請 FMLA 假
俄勒岡州	為照顧不嚴重但需要居家照顧小孩的受僱者

五、美國法未來可能的脈動

事實上，美國親職假制度之聯邦法制化，係先進工業國家中最晚者。另外，法案所給予的假期為無給薪制，且每年僅有 12 週假期，再加上適用之雇主限定為事業單位規模達 50 人以上者，使實際上得適用本法受保護的受僱人，僅占全美受僱人的 59%。該法的施行已如前述，而顯而易見的是，觀其質與量卻遠遠落後於歐洲其他工業化已開發國家，因此而飽受批評。為此，美國內部已在醞釀改變現狀，《家庭與醫療假法》之發展趨勢分述如下：

（一）擴大適用範圍方式

1. 下調雇用人數門檻

依美國勞動部 2012 年《家庭與醫療假法》調查報告中的試算結果，若將雇主雇用人數門檻及工作地點 75 英哩範圍內受僱人數門檻下降至 30 人，將有約 63.2% 的受僱人可以適用《家庭與醫療假法》；而若將人數門檻下降至 20 人，將有約 66.6% 的受僱人

32. 同上註30。

可以適用之³³。事實上，2008 年時，美國總統歐巴馬 (Barack Obama) 即曾提議，應將法定僱用人數門檻下調至 25 人³⁴ 以使更多勞工受惠。

但其實，自 1997 年即有紐約眾議員 Carolyn B. Maloney 作成 H.R.234 號提案、佛羅里達眾議員 Alcee L. Hastings 作成 H.R.191 號提案開始倡議，其後 Maloney 繼續力主修法，提出 H.R.2103(1999)、H.R.2784(2001)、H.R.956(2003)、H.R.476(2005)、H.R.5625(2006)、H.R.1369(2007)、H.R.7233(2008)、H.R.824 (2009)、H.R.1440(2011)、H.R.3999(2014) 等提案，內容主軸之一即為下調僱用人數門檻限制至 25 人，雖然幾乎年年提出同類型法案，但都未能實際通過參、眾兩院表決並經總統簽署而施行

2. 下調受僱人為雇主實際工作時數限制

若將受僱人在過去一年應實際為雇主工作時數下降至 1050 小時 (約每週平均 20 小時)，將能有約 58.2% 的受僱人適用本法³⁵；若下調工作時數限制至 780 小時 (約每週平均 15 小時) 將能有約 62.7% 的受僱人得以適用本法³⁶。可惜的是，目前並沒有類似的聯邦法提案支持此種擴大適用範圍的方式。

(二) 州法擴大適用範圍

儘管聯邦法制度更改提案，若要通過目前仍然困難，不過《家庭與醫療假法》授權各州可以自行訂立法律，建立不同的適用基準，已有數個州自行訂立的家庭或醫療假法制中，透過降低雇主僱用人數門檻、受僱人實際工作時數限制或家庭成員的定義變更，

33. Abt Associate, Family and Medical Leave in 2012: Technical Report, UNITED STATES DEPARTMENT OF LABOR, 21, <http://www.dol.gov/asp/evaluation/fmla/FMLA-2012-Technical-Report.pdf>. (last visited Mar. 11, 2017)。

34. Abt Associate, Family and Medical Leave in 2012: Technical Report, UNITED STATES DEPARTMENT OF LABOR, 4, <http://www.dol.gov/asp/evaluation/fmla/FMLA-2012-Technical-Report.pdf>. (last visited Mar. 11, 2017)。

35. Helene Jorgensen & Eileen Appelbaum, Expanding Federal Family and Medical Leave Coverage: Who Benefits from Changes in Eligibility Requirements?, CENTER FOR ECONOMIC AND POLICY RESEARCH, 7, <http://cepr.net/documents/fmla-eligibility-2014-01.pdf>. (last visited Mar. 11, 2017)。

36. Abt Associate, Family and Medical Leave in 2012: Technical Report, UNITED STATES DEPARTMENT OF LABOR, 21-22, <http://www.dol.gov/asp/evaluation/fmla/FMLA-2012-Technical-Report.pdf>. (last visited Mar. 11, 2017)。

擴張家庭與醫療假的適用範圍，已如前述，而如果越來越多的州立法擴張適用範圍，相信亦能帶來推動聯邦法律變革的可能性。

（三）從無給制朝向有給制發展

美國係所有工業化國家中，唯一沒有聯邦法律保障全面有給母職假、親職假的國家，受許多學者詬病許久如前所述。倡議應立法提供有給假之呼聲熱烈，除有數個州政府及地方政府已先於聯邦制定有給親職假法制外，參眾議院亦提出有給假法案的提出，揭示著美國親職假法制勢必會向有給制發展。

（四）提供有給家庭假的州立法

1. 加州、紐澤西州、羅德島州的暫時失能保險

加州在 2002 年成為首個推行有給家庭假的州政府，紐澤西州於 2008 年亦跟上加州腳步，接著是 2013 年羅德島緊追其後。這三州推行的有給家庭假制度，財源完全來自於受僱人給付的薪資稅 (employee-paid payroll taxes)，並由州政府「暫時失能保險」(temporary disability insurance, 簡稱 TDI) 運營執行；適用範圍包含所有私部門受僱人，無雇主規模限制；當受僱人有新生或領養子女，或為照顧有重大健康狀況的家庭成員而請假時即可申請津貼³⁷。

2. 華盛頓州的華盛頓家庭保險法

華盛頓州在 2007 年通過頒布有給家庭假法律，本是第 2 個制定有給家庭假的州政府，並計畫在 2009 年生效，但由於預算不足，生效卻推遲至 2012 年，再推遲至 2015 年，至今仍未真正生效施行，亦未決定如何籌措保險財源³⁸。

37. State Variation in Family and Medical Leave Policies: State Paid Family Leave Policies: Successes and Shortcomings, DIVERSITYDATA.ORG, 1.at <http://www.diversitydatakids.org/files/Policy/FMLA/Capacity/State%20variation%20in%20family%20and%20medical%20leave%20policies.pdf> (last visited Mar. 11,2017)。

38. Lisa Guerin, Paid Family Leave in California, New Jersey,Rhode Island, Washington, and theDistrict of Columbia,NOLO, <http://www.nolo.com/legal-encyclopedia/paid-family-leave-states-29854.html> (last visited Mar. 11,2017)。

《華盛頓家庭假保險法》(Washington Family Leave Insurance Law) 涵蓋所有雇主，受僱人須至少在過去五季中，工作達四個季³⁹，受雇主僱用達 680 小時⁴⁰，於子女出生或領養時，全職者（每週工時達 35 小時）可申請最多 5 週，每週 250 美元的家庭假津貼，部分時間工作者之津貼，按照與全職工時相對之比例分配⁴¹。

3. 紐約州的紐約州家庭假法案

2016 年 4 月 4 日，紐約州州長 Cuomo 簽署頒布紐約州家庭假法案，並預定於 2018 年 1 月生效施行。自 2018 年開始，將每週扣繳受僱人 70 美分（2021 年將提升金額至 1.47 元），作為紐約州暫時失能保險經費給付來源。大部分私部門受僱人，全職者為雇主連續工作滿 26 週、部分時間工作者為雇主工作滿 175 天後，於子女之出生或領養、為照顧子女、父母、公婆、岳父母、配偶、同居伴侶、祖父母、孫子女的重大健康狀況、家庭成員受召執行軍務而有需要時，可以申請家庭假，假期結束後，雇主並應使受僱人回復原職或與原職相當之職位⁴²。

（五）勞動部獎勵有給假制度之研究與建立

2015 年，美國勞動部女性事務局 (Women's Bureau) 提供 150 萬美金的獎金，以鼓勵州、市或聯邦認可的部落 (federally recognized tribes) 參與研究可行的或現有的有給假制度如何發展和實施。而其中加州、馬里蘭州蒙哥馬利縣 (Montgomery County)、新罕布什爾州、紐約市、羅德島州、田納西州、佛蒙特州及華盛頓州等，皆領取到數額不同的獎金，幫助研究或建立地方性的有給家庭與醫療假制度⁴³。

39. Wash. Rev. Code. § 49.86.010 (11)。

40. Wash. Rev. Code. § 49.86.030 (2)。

41. Wash. Rev. Code. § 49.86.060。

42. Paid Family Leave: How It Works, COMMUNITIVE SERVICE SOCIETY, <http://www.cssny.org/pages/paidfamilyleave#faq> (last visited: Mar. 11, 2017)。

43. Department awards \$1.55M to study paid family, medical leave implementation, UNITED STATES DEPARTMENT OF LABOR, at <https://www.dol.gov/opa/media/press/wb/WB20151927.htm> (last visited Mar. 11, 2017)。

（六）巨型科技業帶頭採行有給家庭假政策

近年來，美國數個知名的科技業公司，如 Netflix、Adobe、Apple、Google、Microsoft、Facebook、Yahoo! 和 Amazon 等，皆相繼推行 100% 給薪的親職假政策，父母親皆得各自享有一定週數（最少父、母各 6 週，最多各 52 週）。這些公司皆是僱用數千名員工的大型企業，而亞馬遜、蘋果和微軟等企業每間皆僱用超過 10 萬名員工，代表超過 30 萬名企業受僱人可享有有給薪之親職假或家庭假。藉由這些巨型科技業公司推行有給家庭假政策的示範，可以證明有給家庭假制度不但無損於產業競爭力及生產效能，相反的將有利於吸引和留住人才，可謂一種重要的商業政策，並且對於美國國內產生一定的引領趨勢的效果⁴⁴。

（七）聯邦有給假法案之提出

2005 年時，眾議員 Fortney Pete Stark 於眾議院提出「有給家庭與醫療假法案」⁴⁵ (Paid Family and Medical Leave Act, H.R.3192) 認為勞動部長應建立一套「家庭與醫療保險制度」，由各地的州政府或社會安全局（Commissioner of the Social Security Administration）營運執行，同時向雇主徵收一定稅金以籌措保險信託基金。2008 年 Stark 將原法案之補貼額度按收入劃分給付級距，並更名為「家庭假保險法案」，然而皆未通過施行。

2013 年參議員 Kirsten E. Gillibrand 在眾議院提出「家庭與醫療假保險法案」⁴⁶ (Family and Medical Insurance Leave Act of 2013, S.1810/H.R. 3712)，提議財政部應建立聯邦家庭與醫療假保險信託基金，並給予申請家庭與醫療假之受僱人每月最多 4,000 美金，底線最少 580 美金的保險給付，惟法案並無獲得通過，2015 年 Gillibrand 又再提一次本法案，仍未果。

44. Julie Kashen, Tech Companies Are Leading the Way on Paid Family Leave, THE CENTURY FOUNDATION, 8-12, at https://s3-us-west-2.amazonaws.com/production.tcf.org/app/uploads/2015/11/12124508/Kashen_TechPaidLeave-11.pdf (last visited: Mar. 11, 2017)。

45. 8 H.R.3192-Paid Family and Medical Leave Act of 2005, CONGRESS.GOV, at <https://www.congress.gov/bill/109th-congress/house-bill/3192> (last visited: Mar. 11, 2017)。

46. 9 H.R.5873-Family Leave Insurance Act of 2008, Sec.103(c), CONGRESS.GOV, at <https://www.congress.gov/bill/110th-congress/house-bill/5873/text> (last visited: Mar. 11, 2017)。

雖然聯邦層級的有給家庭與醫療假法制都尚未通過施行，但若觀察各地方政府以及州政府相繼嘗試建立的保險法制，用以給付受僱人申請家庭與醫療假時所受的薪資損失，有給假法制的風潮已逐漸在美國境內開展，能夠建立一套聯邦有給家庭與醫療假法制應指日可待。

肆、比較與檢討

一、臺灣與美國制度特徵比較

從上述介紹來看，儘管臺灣在制定育嬰留職停薪制度時，部分參酌美國制度而為，卻也在這將近 20 年的過程中，逐漸蛻變而產生我國制度的風貌。以下試分析臺美兩制度之特徵，並探討對於臺灣法規對於復職的定義，是否能再爬梳美國的制度後，給予更彈性的想法。

（一）臺灣制度特徵

1. 國家已保障復職需回復原有工作

2014 年性別工作平等法第 3 條增訂第 9 項規定：「復職，指回復受僱者申請育嬰留職停薪時之原有工作。」過去實務為此各有看法與處理方式，有認為復職必須回復原有工作崗位者；亦有認為若非育嬰留停前的工作位置，則可輔以調職五原則判斷新工作崗位，若無違反五原則，應可認為係合法復職。

2. 對於育嬰留職停薪有幾乎全國性的津貼保障

在符合性別工作平等法第 16 條所要求之任職六個月期間以及子女年齡規定後，受僱者需依育嬰留職停薪實施辦法第 1 條至第 9 條之規定，向雇主申請育嬰留職停薪。

再向雇主申請而後取得「育嬰留職停薪證明」後，被保險人保險年資合計一年以上、子女滿三歲以前，可至勞工保險局申請育嬰留職停薪津貼。該給付標準為被保險人育嬰留停之當月起前 6 個月平均月投保薪資之 60% 計算，於被保險人留停期間，按月發給津貼。每一子女合計最長發給 6 個月，未滿 1 個月者，以 1 個月計。

（二）美國制度特徵

1. 較依賴雇主與員工的協商能力

美國家庭醫療假法不若臺灣規定如此嚴格，在受僱者得以休養與照顧家庭新成員之餘，更著重的是雇主不因員工的育嬰留停而影響其企業經營。因此復職回復原來職為並非絕對，而有賴雇主與員工的協商。若有紛爭，法院對此佐以不同角度判斷是否回復相似職位，作為對復職者的法律保障。

2. 回復原職之規定較有彈性

諸如美國法在休假期滿後，受僱者得請求雇主將其回復原職，或回復相等之職務，而得以領取相同薪資、福利措施及其他雇用條件等。然而家庭醫療假法對於此回復原職的規定也設有一重要的例外條款：若受僱者是屬於工作單位內百分之十的高薪者，則雇主得以「保留該職位將會對其產生相當程度的經濟損害」為由，拒絕為該受僱者保留其職位，需要注意的是，此項決定必須為事先預告，如果受僱者不希望失去此一工作崗位，則亦有權利立即返回原工作崗位。

二、臺灣未來可能的發展與建議

（一）應規範復職係「回復原職，或與原職相當之職位」

性別工作平等法雖規範有對育嬰留職停薪期滿後受僱人之復職保障，惟所謂復職，究係「回復原有之工作」、抑或是「回復工作」，定義並不明確⁴⁷。對此，我國勞動部曾經對此做出函釋，並獲得實務上諸多引用：「受僱者育嬰留職停薪期滿後申請復職，雇主自應以回復原職為原則。另雇主如經徵得受僱者同意，亦可調動受僱者，惟仍應參照調動五原則相關規定辦理，以保障受僱者之工作權。」⁴⁸。「調動五原則」本為內政部函釋⁴⁹所建立，在過往實務上常有不夠明確的困擾，2015年勞動基準法第10-1條則為調動五原則的明文化。該條文明定雇主調動勞工工作，除不得違反勞動契約約定外，

47. 鄭津津，育嬰假與復職，月旦法學教室，第86期，頁24，2009年11月。

48. 勞動3字第0990130965號函。

49. 內政部74年9月5日台內勞字第328433號函。

應(1)基於企業經營上必須，不得有不當動機及目的；(2)不得對勞工之工資或其他勞動條件作不利之變更⁵⁰；(3)調動後工作為勞工體能及技術可勝任；(4)調動工作地點過遠時，雇主應為必要協助；(5)考量勞工及其家庭生活利益⁵¹等因素綜合考量之。

綜上所述，我國育嬰留職停薪期滿後之復職保障，實與美國《家庭與醫療假法》之復職保障相似。蓋《家庭與醫療假法》規範，受僱人假期結束後，雇主應使其回復原職，或與原職相當之職位，此處所謂「與原職相當之職位」，須在薪資、福利、工作條件……等等事項，實質上與受僱人請假前的職位相同，且該職位所需的技能、責任與權限亦應相同⁵²。

2014年性別工作平等法第3條增訂第9項規定：「復職，指回復受僱者申請育嬰留職停薪時之原有工作。」對於原先爭議不休的實務問題可謂有一定調。然本條是有過於嚴苛的問題，導致雇主可能因為本條規定而難以為企業內部的人力調動，以滿足其經營績效之追求。雖載至今日實務上並沒有直接引用本條之例證，然其未來發展仍值得觀察。

本文以為，鑒於美國育嬰留職停薪制度的彈性，對於我國育嬰留職停薪規範，法條應可修改為：「受僱者於育嬰留職停薪期滿後，申請復職時，雇主應使其回復原職，或與原職相當之職位，是否回復相當職位，則準用勞動基準法第10-1條判斷之。」使雇主在經營上與受僱者在決定上，提供復職更大的彈性空間。

50. 勞動基準法第10-1條第2款。

51. 勞動基準法第10-1條第3款。

52. 29 C.F.R. § 825.215(a)。

參考資料

一、中文參考資料

中文文獻資料

1. 李惠宗，愛之足以害之的美麗錯誤－育嬰休假完變失業的悲歌，月旦法學雜誌，第102期，頁6-7，2011年4月。
2. 吳姿慧，我國育嬰留職停薪制度申請要件及程序之檢討－兼論育嬰本質及責任，台北大學法學論叢，第98期，頁40，105年2月。
3. 馬財專，回首來時路：育嬰留職停薪的初步思索，社區發展季刊，第119期，頁431，2007年12月。
4. 梁芷蓉，美國親職假相關法制之研究－兼論我國相關法制未來應有之發展，國立中正大學法律學系碩士論文，頁70，2016年7月。
5. 焦興鎰，懷孕歧視爭議在美國之最新發展趨勢，勞工法之最新發展趨勢－美國勞工法，頁139，1997年12月。
6. 焦興鎰，對我國實施家庭照顧休假制度之檢討評析，台灣勞工季刊，第24期，頁56，2010年12月。
7. 鄭津津，育嬰假與復職，月旦法學教室，第86期，頁24-25，2009年12月。
8. 鄭津津，雇主得否因終止勞動契約而拒絕受僱者育嬰留職停薪之申請？，月旦法學教室，第134期，頁30-32，2013年12月。
9. 鄭津津，育嬰留職停薪後復職問題之探討－台灣高等法院98年度勞上易字第107號判決，性別工作平等法精選判決評釋，元照出版社，頁119，2014年9月。
10. 鄭麗嬌，美國「家庭與醫療假法」(FMLA)政策形成過程之研究，台大政治科學論叢，第11期，頁270，1999年12月。
11. 劉梅君，兩性工作平等法中「育嬰津貼」的定義及立法意義淺析，萬國法律，第125期，頁2，2002年10月。

中文網路資料

1. 勞動部統計處105年度育嬰留職停薪津貼核付概況<http://www.mol.gov.tw/media/3809943/%E8%82%B2%E5%AC%B0%E7%95%99%E8%81%B7%E5%81%9C%E8%96%AA%E6%B4%A5%E8%B2%BC%E6%A0%B8%E4%BB%98%E6%A6%82%E6%B3%81.pdf> (最後瀏覽日：2017年3月25日)

二、英文參考資料

英文期刊資料：

1. Abt Associate, Family and Medical Leave in 2012: Technical Report, UNITED STATES DEPARTMENT OF LABOR, 21-22, <http://www.dol.gov/asp/evaluation/fmla/FMLA-2012-Technical-Report.pdf> (last visited Mar. 11, 2017)。
2. Abt Associate, Family and Medical Leave in 2012: Technical Report, UNITED STATES DEPARTMENT OF LABOR, 4, at <http://www.dol.gov/asp/evaluation/fmla/FMLA-2012-Technical-Report.pdf> (last visited Mar. 11, 2017)。
3. Department awards \$1.55M to study paid family, medical leave implementation, UNITED STATES DEPARTMENT OF LABOR, at <https://www.dol.gov/opa/media/press/wb/WB20151927.htm> (last visited Mar. 11, 2017)。
4. Helene Jorgensen & Eileen Appelbaum, Expanding Federal Family and Medical Leave Coverage: Who Benefits from Changes in Eligibility Requirements?, CENTER FOR ECONOMIC AND POLICY RESEARCH, 7, <http://cepr.net/documents/fmla-eligibility-2014-01.pdf> (last visited Mar. 11, 2017)。
5. Julie Kashen, Tech Companies Are Leading the Way on Paid Family Leave, THE CENTURY FOUNDATION, 8-12, at https://s3-us-west-2.amazonaws.com/production.tcf.org/app/uploads/2015/11/12124508/Kashen_TechPaidLeave-11.pdf (last visited: Mar. 11, 2017)。
6. Lisa Guerin, Paid Family Leave in California, New Jersey, Rhode Island, Washington, and the District of Columbia, NOLLO, at <http://www.nolo.com/legal-encyclopedia/paid-family-leave->

- states-29854.html (last visited Mar. 11,2017)。
7. National partnership for women and family, State Family and Medical Leave Laws that are More Expansive than the Federal FMLA ,at <http://www.nationalpartnership.org/research-library/work-family/fmla/state-family-leave-laws.pdf> (last visited Mar. 11,2017)。
 8. State Variation in Family and Medical Leave Policies: State Paid Family Leave Policies: Successes and Shortcomings, DIVERSITYDATA.ORG, 1, at <http://www.diversitydatakids.org/files/Policy/FMLA/Capacity/State%20variation%20in%20family%20and%20medical%20leave%20policies.pdf> (last visited Mar. 11,2017)。
 9. STATE FAMILY AND MEDICAL LEAVE LAWS, (2016), at <http://www.ncsl.org/research/labor-and-employment/state-family-and-medical-leave-laws.aspx#2> (last visited Mar.26,2017)。
 - 10.8 Abt Associates, Family and Medical Leave Act in 2012: Executive Summary, UNITED STATESDEPARTMENT OF LABOR, ii, at <http://www.dol.gov/asp/evaluation/fmla/FMLA-2012-Executive-Summary.pdf> (last visited Mar. 11,2017)。
 - 11.8 H.R.3192-Paid Family and Medical Leave Act of 2005, CONGRESS.GOV, at <https://www.congress.gov/bills/109th-congress/house-bill/3192> (last visited Mar. 11,2017)。
 - 12.9 H.R.5873-Family Leave Insurance Act of 2008, Sec.103(c), CONGRESS.GOV, at <https://www.congress.gov/bills/110th-congress/house-bill/5873/text> (last visited Mar. 11,2017)。

英文參考書籍與文獻：

1. Comment, Pregnancy in the Workplace— Sex-Specific Fetal Protection Policies— UAW v. Johnson Controls, Inc.—A Victory for Women? 59 TENN. L. REV. 617,634-40 (1992)。
2. E. Patrick McDermott and Marilyn B. Katz, The Family and Medical Leave Act of 1993, 44 LAB.L. J. 673,681 (1993)。
3. Note, UAW v. Johnson Controls: The supreme Court Fails to Get the Lead out, Overlooks Fetal Harm Resulting from Worker Exposure, 40 CLEV. ST. L. REV. 261. 265-72 (1992)。
4. Tim Barnett, Minston N. McVea, Jr. and Patricia A. Lanier, An Overview of the Family and Medical Leave Act of 1993, 44 LAB. LJ.429,431(1993)。
5. Tim Barnett, Minston N. McVea, Jr. and Patricia A. Lanier, An Overview of the Family and Medical Leave Act of 1993, supra note 49, at 432(1993)。

壹、臺北市政府勞動局「第一屆性別工作平等論文徵選」入選論文

MEMO

壹、
第二篇



臺北市政府勞動局 105 年度溫馨勞動月職場家庭兩平衡記者會。

第三篇

工作場所性騷擾雇主之民事責任

目次

一、前言	2. 雇主契約義務之內涵
(一) 研究動機	
(二) 研究範圍	四、我國和日本工作場所性騷擾 雇主民事責任之比較檢討
二、我國法工作場所性騷擾 與雇主之民事責任	(一) 雇主侵權責任之比較檢討
(一) 雇主之侵權行為責任	1. 注意義務內容之異同
1. 以民法作為請求權基礎	2. 請求權體系之異同
2. 以性別工作平等法 作為請求權基礎	3. 免責標準之異同
(二) 雇主之債務不履行責任	(二) 雇主債務不履行責任之比較檢討
1. 雇主契約上之性騷擾防治義務	1. 制度背景之異同
2. 雇主違反契約上性騷擾防治 義務之損害賠償責任	2. 損害賠償法律效果之異同
三、日本法工作場所性騷擾 與雇主之民事責任	3. 義務範圍之異同
(一) 男女雇用均等法之發展	五、結論
(二) 雇主之侵權行為責任	(一) 民法和性別工作平等法 雇主侵權行為責任界線不明
1. 董事和有代表權人之性騷擾和法人之侵權責任	(二) 雇主侵權行為注意義務不明確
2. 員工性騷擾和雇主之侵權責任	(三) 侵權行為舉證免責範圍不明確
3. 性騷擾事後應對措施和雇主之侵權責任	(四) 雇主契約義務不明確
(三) 雇主之債務不履行責任	(五) 契約義務舉證免責範圍不明確
1. 雇主債務不履行責任之法理基礎	(六) 建構雇主性騷擾防治義務
	參考文獻

第三篇

工作場所性騷擾雇主之 民事責任

趙家緯 / 國立臺北大學 / 法律學系民事法學組碩士

壹、
第三篇

中文摘要

工作場所性騷擾雇主之民事責任

隨著社會之發展、兩性平權之進步，工作場所性騷擾之發生已成為社會上不容忽視之議題。臺灣亦在 2002 年 3 月 8 日施行性別工作平等法來規範工作場所性騷擾之問題。同時性別工作平等法亦著眼於雇主有能力去預防、補救工作場所性騷擾之問題，而課予雇主防治性騷擾之義務，並在第 27 條至第 29 條規範雇主之民事責任。

另一方面，民事責任之兩大基石分別為侵權行為和債務不履行，而我國目前工作場所性騷擾雇主之民事責任皆偏重於侵權行為責任上，但不論是性別工作平等法第 27 條和第 28 條要件解釋上之爭議，抑或是實務上產生舉證困難、無法證明損害等問題，甚至是性別工作平等法和民法侵權行為間之關係、雇主義務範圍等，皆莫衷一是，而有釐清之必要。

此外，雇主和員工之間往往存在著僱傭契約，而雇主依民法第 483 條之 1 對於員工負保護照顧義務，此義務之內涵是否包含性別工作平等法課予雇主之防治性騷擾義務？雇主相關義務範圍、違反時之法律效果等問題，不論實務或學說上皆鮮少論及，而有討論之空間。

針對上開問題點，日本於 1985 年制定男女雇用機會均等法作為規範工作場所性騷擾之法律，期間歷經 1997 年和 2006 年之修正。同時亦有相關指針對工作場所性騷擾之問題有詳細規定，並於 2013 年有所修訂。再加上救濟體系和我國類似，相關實務、學說對此亦有詳細深入之討論。

綜上，本文以日本為比較對象，針對上開議題，梳理出我國與日本法制間之相似和相異點。最後，本文希冀透過日本施行長達 30 逾年之經驗，嘗試提出改進方法，作為我國未來修法之參考，同時達到拋磚引玉之目的，以促進我國工作場所性騷擾之發展。

關鍵字：性騷擾、工作場所性騷擾、職場性騷擾、保護照顧義務、民法第 483 條之 1、性別工作平等法第 27 條、性別工作平等法第 28 條

一、前言

（一）研究動機

在兩性社會之現代，工作場所性騷擾之問題有多常見？本文於 GOOGLE 瀏覽器上以工作場所性騷擾為關鍵字，以新聞作為分類別進行搜尋，得出了約 2 萬筆之結果¹。其中廣為世人矚目者，例如民國 80 年多名華航女性空服員抗議至航醫中心接受職前健康檢查，遭航醫中心醫師性騷擾；民國 82 年爆發調查局官員涉嫌強暴女秘書案；民國 84 年臺北廣播電臺女性員工檢舉臺長性騷擾案、某旅行社主管性騷擾女職員案；民國 89 年長庚醫院麻醉醫師對護士性騷擾²；近期亦有臺鐵女員工遭主管性騷擾之事件³。

1. GOOGLE 搜尋引擎，<https://www.google.com.tw/search?q=%E5%B7%A5%E4%BD%9C%E5%A0%B4%E6%89%80%E6%80%A7%E9%A8%B7%E6%93%BE&tbm=news&ei=RPmIW50eBsiB8wXUwoL4Cg&start=20&sa=N&biw=1536&bih=710&dpr=1.25>，（最後瀏覽日：2018年8月31日）。

2. 關於長庚醫院麻醉醫師對護士性騷擾一案，相關評析可參，焦興鎧，醫療院所性騷擾問題在我國所引起之法律爭議對我國法院長庚醫院一則相關案例判決之評析，月旦法學雜誌，第78期，2001年11月。

3. TVBS新聞網，<https://news.tvbs.com.tw/local/983907>（最後瀏覽日：2018年8月31日）。

而近幾十年來，由於兩性意識之抬頭、婦女團體的大聲疾呼，再加上國際勞工組織於 1951 年通過男女勞工同工同酬公約，1981 年復通過男女勞工待遇與機會平等公約，聯合國亦於 1979 年倡議消除對婦女一切形式歧視公約。乘著這股浪潮，我國兩性工作平等法（現已更名為性別工作平等法⁴）於 2002 年 1 月 16 日修正，並於 2002 年 3 月 8 日施行，此部法律的問世，不僅使得兩性工作平權前進一大步，同時更以法律明文規範工作場所衍生出之性騷擾問題。

值得注意的是，性別工作平等法（下稱本法）中，針對工作場所性騷擾，特別以第三章「性騷擾之防治」來規範，不難看出立法者之重視，具體內容則於第 12 條⁵ 明定性騷擾之定義、第 13 條⁶ 明定雇主對於性騷擾之防治措施、申訴及懲戒。至於雇主之民事責任部分，則見諸於第五章「救濟及申訴程序」，具體內容則於第 27 條⁷ 規範性

4. 兩性工作平等法於2008年更名為性別工作平等法，本文為行文方便，以下皆以更名後之性別工作平等法稱之。2002年之兩性工作平等法第12條：「本法所稱性騷擾，謂下列二款情形之一：一、受僱者於執行職務時，任何人以性要求、具有性意味或性別歧視之言詞或行為，對其造成敵意性、脅迫性或冒犯性之工作環境，致侵犯或干擾其人格尊嚴、人身自由或影響其工作表現。二、雇主對受僱者或求職者為明示或暗示之性要求、具有性意味或性別歧視之言詞或行為，作為勞務契約成立、存續、變更或分發、配置、報酬、考績、陞遷、降調、獎懲等之交換條件。」。
5. 2002年之兩性工作平等法第12條：「本法所稱性騷擾，謂下列二款情形之一：一、受僱者於執行職務時，任何人以性要求、具有性意味或性別歧視之言詞或行為，對其造成敵意性、脅迫性或冒犯性之工作環境，致侵犯或干擾其人格尊嚴、人身自由或影響其工作表現。二、雇主對受僱者或求職者為明示或暗示之性要求、具有性意味或性別歧視之言詞或行為，作為勞務契約成立、存續、變更或分發、配置、報酬、考績、陞遷、降調、獎懲等之交換條件。」。
6. 2002年之兩性工作平等法第13條：「（第一項）雇主應防治性騷擾行為之發生。其僱用受僱者三十人以上者，應訂定性騷擾防治措施、申訴及懲戒辦法，並在工作場所公開揭示。（第二項）雇主於知悉前條性騷擾之情形時，應採取立即有效之糾正及補救措施。（第三項）第一項性騷擾防治措施、申訴及懲戒辦法之相關準則，由中央主管機關定之。」。
7. 2002年之兩性工作平等法第27條：「（第一項）受僱者或求職者因第十二條之情事，受有損害者，由雇主及行為人連帶負擔損害賠償責任。但雇主證明其已遵行本法所定之各種防治性騷擾之規定，且對該事情之發生已盡力防止仍不免發生者，雇主不負賠償責任。（第二項）如被害人依前項但書之規定不能受損害賠償時，法院因其聲請，得斟酌雇主與被害人之經濟狀況，令雇主為全部或一部之損害賠償。（第三項）雇主賠償損害時，對於為性騷擾之行為人，有求償權。」。

騷擾之損害賠償責任、第 28 條⁸ 規範雇主違反第 13 條第 2 項時所負之損害賠償責任及第 29 條⁹ 規範非財產上損害之賠償責任。此外，雇主之行政責任部分，則明定於第 38 條¹⁰ 即雇主違反第 13 條第 1 項後段、第 2 項時處新臺幣一萬元以上十萬元以下罰鍰。

綜觀本法內容，不難發現，為落實工作場所性騷擾之防治及促進工作平等，雇主是否願意提供友善的工作環境以及對於發生性騷擾時之處理方式及態度，實居於舉足輕重的地位。而雇主之責任由行政責任和民事責任所構成，其中民事責任作為被害者事後向雇主請求損害賠償之最後手段，其重要性不亞於行政責任。

而本法施行至今已屆 15 年，學術界對於雇主之民事責任¹¹ 亦有所著墨，期間雖經歷了 7 次的修正¹²，但本法卻未對雇主義責任之相關條文有所修正，再加上實務判決亦已累積相當之數量，值得再次審視其妥適性。

（二）研究範圍

我國民事責任之救濟體系中，以損害賠償請求權最為常見。其中尤以契約上之債務不履行和侵權行為之損害賠償作為兩大基石。

正因如此，回頭觀察本法第 27 條至第 29 條¹³ 關於雇主之民事責任，從法條文義觀之，

-
8. 2002 年之兩性工作平等法第 28 條：「受僱者或求職者因雇主違反第十三條第二項之義務，受有損害者，雇主應負賠償責任。」
 9. 2002 年之兩性工作平等法第 29 條：「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。」
 10. 2002 年之兩性工作平等法第 38 條：「雇主違反第七條至第十條、第十一條第一項、第二項、第十三條第一項後段、第二項、第二十一條第二項或第三十六條者，處新臺幣一萬元以上十萬元以下罰鍰。」
 11. 邱琦，工作場所性騷擾民事責任之研究，臺大法學論叢，第 34 卷第 2 期，頁 181-213，2005 年 3 月；侯岳宏，性別工作平等法上職場性騷擾雇主之民事責任，月旦法學雜誌，第 196 期，頁 214-220；郭玲惠，兩性工作平等法初探——救濟，月旦法學雜誌，第 71 期，頁 54-61，2001 年 4 月；劉志鵬，職場性騷擾之法律救濟——板橋地院 96 年度訴字第 774 號判決評釋，臺灣勞動法學會學報，第 8 期，頁 133-142，2009 年 12 月。
 12. 性別工作平等法 7 次修正日期分別為，2007 年 12 月 19 日、2008 年 11 月 7 日、2010 年 12 月 21 日、2013 年 11 月 26 日、2014 年 5 月 30 日、2014 年 11 月 21 日及 2016 年 5 月 3 日。
 13. 現行性別工作平等法第 27 條：「（第一項）受僱者或求職者因第十二條之情事，受有損害者，由雇主及行為人連帶負損害賠償責任。但雇主證明其已遵行本法所定之各種防治性騷擾之規定，且對該事情之發生已盡力防止仍不免發生者，雇主不負賠償責任。（第二項）如被害人依前項但書之規定不能受損害賠償時，法院因其聲請，得斟酌雇主與被害人之經濟狀況，令雇主為全部或一部之損害賠償。（第三項）雇主賠償損害時，對於為性騷擾之行為人，有求償權。（第四項）被害人因第十二條之情事致生法律訴訟，於受司法機關通知
-

不難發現皆係立基於侵權行為之基礎下所制定。但如和民法侵權行為體系一併觀察，則有許多值得探究之問題，首先依本法第 27 條之立法理由¹⁴，不難發現本條和民法第 188 條之相似性，且實務上亦有當事人僅主張侵權行為之法律關係而沒有主張本法第 27 條¹⁵，雖也有兩者同時主張¹⁶，但此是否為立法者當初制定之本意？又本法和民法侵權行為間之關係為何？是否有疊床架屋之虞，值得留意。

再者，需注意的是，雇主於知悉性騷擾時未採取立即有效之糾正及補救措施（下稱立即有效之補救措施）致受有損害時，將同時構成本法第 28 條之民事責任及第 38 條之 1 第 2 項之行政責任，因此民事法院和行政法院對於「立即有效之糾正及補救措施」之認定為何？而實務上，依據本法第 28 條向雇主請求者，僅有 6 筆¹⁷，其中勝訴者僅有 1 件¹⁸。除了本條在訴訟上被援引之機會不高外，同樣也面臨舉證上面之困難，是否有效達到當初制定之目的，抑或無存在之必要，值得討論。

此外，回歸到債務不履行之體系中，本法似無特別規定，但雇主和員工之間往往存在著僱傭契約，雇主依民法第 483 條之 1¹⁹，是否對於被性騷擾之員工負有保護之義務，

到庭期間，雇主應給予公假。」性別工作平等法第28條：「受僱者或求職者因雇主違反第十三條第二項之義務，受有損害者，雇主應負賠償責任。」性別工作平等法第29條：「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。」。

14. 性別工作平等法第27條立法理由：「一、參考我國民法188條之規定，明定雇主違反工作場所性騷擾之規範時，應與性騷擾之行為人連帶負賠償責任，但為避免雇主責任過重，特增列雇主之免責規定。二、為避免受害人無法得到賠償，明定雇主應負衡平責任。三、明定雇主賠償損害時，對於性騷擾之行為人有求償權。」。
15. 如台灣高等法院97年上易字第350號判決、台北地院96年訴字第6336號判決、板橋地院96年度訴字第774號判決等。
16. 如台灣高等法院98年上易字第103號判決、新北地院100年板勞簡第30號判決、桃園地院99年桃簡字第976號判決等。
17. 如台灣高等法院102年勞上字第17號判決、台灣高等法院94年第49號判決、台北地院101年勞訴字第208號判決、台北地院101年勞訴字第126號判決、台北地院95年訴字第6336號判決、台中地院100年重勞訴字第7號判決。
18. 台北地院101年勞訴字第126號判決，原告雖勝訴，然其一併主張民法第483條之1、第227條及第227條之1。目前實務上並無僅主張本法第28條而勝訴判決。
19. 民法第483條之1：「受僱人服勞務，其生命、身體、健康有受危害之虞者，僱用人應按其情形為必要之預防。」。

從而依據民法第 227 條第 2 項或第 487 條之 1²⁰ 對員工負損害賠償之責任。甚且於性騷擾之場合下，往往會侵害員工之人格權，進而依民法第 227 條之 1 準用民法第 195 條，負有非財產上之損害賠償責任²¹。倘若肯認上述見解，則雇主所負之義務、範圍及抗辯為何？又倘若否認之，是否能透過誠信原則來擴大雇主之保護義務？亦值得探討。

針對上開問題點，鑒於日本性騷擾之法制建構，與我國有類似之處，皆以侵權行為和契約責任作為救濟之手段。關於侵權行為之部分，在加害者是雇主時，其本身須負日本民法第 709 條（類似於我國之民法第 184 條）之侵權行為責任。在加害者是員工時，此時雇主須負民法第 715 條（類似於我國之民法第 188 條）之責任。至於契約責任部分，則有雇主「安全配慮義務」及「職場環境配慮義務」之討論。此外，對於雇主免責之抗辯，無論學界或實務界亦有所著墨。因此，本文擬透過對日本制度之比較研究，試圖釐清上開問題點，希冀對我國工作場所性騷擾法制之建構有所貢獻。

二、我國法工作場所性騷擾與雇主之民事責任

在探討工作場所性騷擾之雇主民事責任前，首要之務便是區辨「性騷擾」和「工作場所性騷擾」之差別，但本文礙於篇幅，僅著重在雇主之侵權行為責任和債務不履行責任。針對侵權行為責任部分，先行審視本法對於雇主之侵權行為責任後，再擴張至民法體系，並整理現今學者對於本法所遭遇之問題點、及其見解看法，再分析現行實務見解之現況。至於雇主債務不履行責任部分，則透過歸納學者提出之意見、實務見解之整理，分析其對於雇主民事契約責任之可行性。並藉此機會檢討現行雇主民事責任制度之缺失。

20. 民法第487條之1：「（第一項）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。（第二項）前項損害之發生，如別有應負責任之人時，僱用人對於該應負責者，有求償權。」。

21. 亦有學者提及此一部份，如徐婉寧，民法第四八三條之一之研究，政大法學評論，第138期，頁270；2014年9月。劉志鵬，同註11文，頁142。

（一）雇主之侵權行為責任

1. 以民法作為請求權基礎

（1）民法第 184 條第 2 項

本法第 13 條賦予雇主防治性騷擾之義務，且於知悉有性騷擾之情形時，應採取立即有效之糾正及補救措施，可見本法規定係以保護工作場所受僱人之權益為目的，故受僱人應屬於本法所保護之人的範圍；且本法所保護之利益範圍，即為受僱人之「人格尊嚴」，從而本法第 13 條之規定應屬民法第 184 條第 2 項規定意義下之「保護他人法律」。因此，學說上有認為雇主若客觀上有違反本法第 13 條第 1 項前段之防治性騷擾之法定義務之情形，且主觀上具有未建立足夠工作場所性騷擾之預防措施或未採取足夠有效之糾正及補救措施之故意過失，而不法侵害被害人之人格權致其受有損害時，雇主應依民法第 184 條第 2 項負自己之賠償責任。

又學者邱琦亦認為，對於直接被騷擾之受僱人或求職者，給予就業利益，因而排擠到其他受僱人或求職者之機會，則該等被排擠之受僱人或求職者，可認為係性騷擾之間接被害人，在本法制定後，本法第 13 條應可認為亦以保護此等性騷擾間接被害人為目的，因此間接被害人得依民法第 184 條第 2 項，向雇主主張損害賠償。至於實務方面，亦有為數不少之見解提及民法第 184 條第 2 項之適用²²，而肯認本法應屬民法第 184 條第 2 項保護他人之法律。

（2）民法第 185 條第 1 項前段

根據司法院例變字第 1 號，共同侵權行為人間不以有意思聯絡為必要，若工作場所性騷擾之行為人依民法第 184 條第 1 項應負損害賠償責任時，而雇主亦應依民法第 184 條第 2 項負損害賠償責任，從而行為人與雇主之侵權行為均為被害人所受損害之共同原因，因此成立共同侵權行為，應連帶負賠償責任。

22. 相關實務見解可參，臺灣高等法院102年勞上字17號判決、臺北地院101年勞訴字126號判決、臺灣高等法院101年訴易字16號判決等。

至於實務見解方面，臺灣高等法院 98 年上易字 103 號判決²³，雖有提及民法第 185 條第 1 項前段，可惜的是並未詳加論述。

(3) 民法第 188 條第 1 項

遭受工作場所性騷擾之被害人除了得直接向性騷擾行為人依民法侵權行為主張損害賠償外，在該行為人又是雇主之受僱人之情形下，雇主即有可能負有民法第 188 條第 1 項之責任。

首先關於受僱人之定義，是否須以僱傭契約存在為要件，學說上多數見解皆認為從法律規範意旨及保護被害人之角度，不以僱傭契約存在為必要，即係指客觀上被雇主（僱用人）使用，從事一定勞務，而受其監督，服從其指示之人²⁴。至於實務上亦採取相類似之立場²⁵。

其次，另一值得注意之要件，雇主責任之成立須以其受僱人在執行職務而不法侵害他人權利。關於執行職務之解釋，學說上多數見解採取客觀說，即受僱人外觀上是在執行職務即屬之。亦有採取內在關聯說者，認為凡與雇主所委辦職務具有通常合理關聯之行為，蓋如此一來，雇主得以預見並能事先預防，以分散經營風險。至於實務見解²⁶，

23. 臺灣高等法院98年上易字103號判決：「……甲女遭受000性侵，又係000個人之行為，甲女並未舉證證明被上訴人000與000間有何意思聯絡，或被上訴人000有何因過失不法侵害其權利，且該過失行為復為其遭受000性侵所生損害之共同原因，故甲女依民法第184條第2項、第185條第1項前段規定，請求被上訴人000應與000負連帶賠償之責，同無足取。」。

24. 相王澤鑑，侵權行為，增訂新版，頁560，2015年6月。

25. 相關實務見解可參最高法院45年台上1599判例：「民法第188條所稱之受僱人，係以事實上之僱用關係為標準，僱用人與受僱人間已否成立書面契約，在所不問。」和最高法院57年台上1663判例：「民法第188條第1項所謂受僱人，並非僅限於僱傭契約所稱之受僱人，凡客觀上被他人使用為之服務勞務而受其監督者均係受僱人。」

26. 最高法院42年台上1224判例：「民法第188條第1項所謂受僱人因執行職務不法侵害他人之權利，不僅指受僱人因執行其所受命令，或委託之職務自體，或執行該職務所必要之行為，而不法侵害他人之權利者而言，即受僱人之行為，在客觀上足認為與其執行職務有關，而不法侵害他人之權利者，就令其為自己利益所為亦應包括在內。」

亦是採取客觀說之立場。但值得注意的是，在關於一則敵意工作環境性騷擾之最高法院67年台上2032判例：「民法第188條所定僱用人之連帶賠償責任，以受僱人因執行職務不法侵害他人之權利者為限，始有其適用，本件受僱人黃某所犯與何女相姦及誹謗等罪責，均由於其私生活不檢所致，顯與其執行職務無關，即與該條所定成立要件不合，上訴人據以訴請被上訴人與其負連帶賠償責任，於法無據。」則認為敵意工作環境之性騷擾行為，為加害人私生活不檢，並非執行職務，似採取較為嚴格之立場²⁷。

2. 以性別工作平等法作為請求權基礎

(1) 性別工作平等法第27條第1項

被害人欲主張本法第27條第1項，須證明「行為人有性騷擾事實存在」與「被害人因該行為受有損害」二要件。但值得注意的是，本法第27條第1項但書，亦賦予了雇主免責事由之抗辯，此規定學說上有認為與民法第188條第1項但書之規定方式相同，應係舉證責任轉換之規定，亦即雇主可以舉證證明「雇主已遵行本法所定之各種防治性騷擾之規定」及「對該事情之發生已盡力防止仍不免發生」免除損害賠償責任²⁸。

針對上開免責要件，學說上有指出，本法第27條第1項已要求性騷擾行為須符合第12條第1款受僱人執行職務與敵意工作環境二項要件，此二要件已適度限縮雇主負連帶賠償責任可能性，如果在免責事由之認定上又採寬鬆標準，性騷擾被害人請求雇主負連帶賠償責任之機會將大大降低，這不僅違背立法者設計第27條之立法目的，更不利於雇主主動建構實質有效之性騷擾防治措施，宜採「嚴格標準」來認定免責事由²⁹。但其並未深入解釋「嚴格標準」和「寬鬆標準」的差異為何。

27. 新北地院96年訴字774號判決：「……該條所謂受僱人因執行職務不法侵害他人之權利，須受僱人之行為在客觀上可認為與執行職務有關，而不法侵害他人之權利者始足當之。是民法第188條所定僱用人之連帶賠償責任，以受僱人因執行職務不法侵害他人之權利者為限，始有其適用。被告甲○○○○○○○與原告均係受僱於被告00公司，為兩造所不爭。被告甲○○○○○○○意圖性騷擾，乘原告不及抗拒而觸摸其胸部之行為，係由於被告之私德敗壞所致，顯與其執行職務無關。……」亦採相類似之立場。

28. 高鳳仙，性騷擾之行為人與僱用人事賠償責任分析（下），萬國法律，第126期，頁102，2002年12月。

29. 林威成，性別工作平等法中敵意工作環境性騷擾相關問題之探討，萬國法律，第168期，頁109-110，2009年12月。

而關於「雇主已遵行本法所定之各種防治性騷擾之規定」此要件，學說上有認為需遵守本法第 13 條第 1 項與第 2 項之規定³⁰。然亦有認為，僅限於本法第 13 條第 1 項，其理由在於，觀察本法第 27 條第 1 項但書免責事由之用語，可以發現立法者係強調雇主「事前預防措施」之落實與否，至於事後糾正補救措施採行與否，則屬本法第 28 條之規範範圍，故在此一觀點下，所謂「雇主已遵行本法所定之各種防治性騷擾之規定」應單指本法第 13 條第 1 項而已，因此縱使雇主主張其於性騷擾行為發生後，已採取相關立即有效之糾正及補救措施，只要雇主無法證明在該次性騷擾行為發生前，其已完善建構預防性騷擾行為發生之相關機制，雇主即無從依本法第 27 條第 1 項但書主張免責³¹。

至於實務見解部分，本法第 27 條第 1 項但書之要件「雇主已遵行本法所定之各種防治性騷擾之規定」及「對該事情之發生已盡力防止仍不免發生」之內涵，立法理由未詳加說明，用語亦屬模糊，而本文整理我國實務見解後，發現對於該內涵實務目前有本法第 13 條第 1 項³²及本法第 13 條第 2 項³³和本法第 13 條第 2 項³⁴之標準。

(2) 性別工作平等法第 28 條

首先關於本法第 28 條是否為一獨立請求權基礎即有爭議³⁵，但本文礙於篇幅於此並不深入探討此一議題。而對於接下來要件之討論亦以肯定本法第 28 條為獨立請求權基礎作為前提。其次雇主欲構成本法第 28 條之責任，須「知悉」性騷擾之發生而未採取「立即有效之補救措施」，因此學說和實務上之討論亦多聚焦於此。

30. 高鳳仙，性暴力防治法規—性侵害、性騷擾及性交易相關問題，頁127-128，新學林，2005年7月。

31. 林威成，同註29文，頁110。

32. 相關實務見解可參，新北地院96年訴字774號判決、臺北地院103年訴字3809號判決。

33. 相關實務見解可參，臺灣高等法院98年上易字103號判決。

34. 相關實務見解可參，臺北地院96年訴字6336號判決、桃園地院99年桃簡字976號判決。

35. 相關討論可參，林威成，同註29文，頁112；謝棋楠，工作場所性騷擾防治措施申訴及懲戒辦法訂定準則探討：美國法之經驗，法學新論，第22卷，頁14-16，2010年5月。

a. 知悉

關於知悉此一要件，因性騷擾行為通常十分隱密而難以被第三人發覺，倘若被害人基於保護個人隱私而選擇隱忍，則性騷擾行為根本無從被得知，更遑論有糾正補救之可能，因此加入「知悉」之要件以適度限縮雇主之責任。

然此要件做為追究雇主責任之先決要件，在實務上則有各式各樣之態樣出現，從而也造成認定上面之困難。儘管直接提及知悉此要件內涵之實務見解屈指可數。但本文仍從現有之實務見解中，嘗試將其分成以下幾種態樣：(a) 雇主無從知悉³⁶、(b) 告知、申訴即為知悉³⁷、(c) 客觀上得知悉³⁸、(d) 公司負責人知悉等於公司知悉³⁹。

b. 立即有效之糾正及補救措施

立即有效之糾正及補救措施此一要件，由於使用了不確定法律概念之文字，解釋上則有其困難性存在。而關於此點學說上有認為立即有效之補救措施包含使被害人不發生損害及已盡力防止仍不免發生性騷擾與損害之兩層內涵。其理由在於，若依第 28 條之

36. 相關實務見解可參，臺灣高等法院94年勞上字49號判決：「……可知00公司於第1次受理甲○○之口頭申訴時，已進行相關之調查，惟甲○○未釋明之，00公司亦查無實證，00公司無從知悉確有性騷擾之行為，縱依甲○○所稱00公司對其第1次申訴未為任何處置或補救措施，亦難認有何違反「兩性工作平等法」第13條第2項規定……。」
37. 相關實務見解可參，嘉義地院101年勞訴字第1號判決：「……原告受被告員工戊○○言語性騷擾，經原告多次告知請求予以處理，被告皆未立即採取有效糾正及補救措施，乃於9月5日以電話口頭終止勞動契約等語……足見被告至遲在原告配偶氣憤前往公司理論後，亦已知悉被告員工戊○○對原告性騷擾之情形，然被告卻未採取任何立即有效之糾正及補救措施，則被告公司已違反兩性工作平等法第13條第2項之規定，灼然至明。……基上所述，被告既違反兩性工作平等法第13條第2項之規定，則本件原告主張其受被告員工戊○○性騷擾，因被告未採取任何立即有效之糾正及補救措施，乃於100年9月5日終止勞動契約等語……是原告依勞動基準法第14條第1項第6款，主張不經預告而終止勞動契約並請求資遣費等語，洵屬有據。」
38. 相關實務見解可參，臺北高等行政法院100年簡字827號判決：「……本案申訴人於99年9月23日遭解僱當日，即由同事吳君陪同向原告陳述其遭受行為人性騷擾之情形，並出具相關簡訊等為證，原告客觀上已得知悉該可疑之性騷擾事件，已負有啟動處理機制，審慎調查並為立即有效糾正及補救措施之公法義務。……」。
39. 相關實務見解可參，桃園地院102年簡字108號判決：「……嗣後訴外人雖一再隱忍原告負責人之不當性騷擾行為，惟原告負責人亦不斷以各種方式向訴外人表示歉意，則據以自認可認定同時身為性騷擾行為人之原告負責人於此時，確已知悉訴外人有遭受性騷擾之行為，原告負責人即為原告公司之法定代理人，自應認原告公司於此時亦已知悉訴外人有遭受性騷擾之行為，是原告主張因為原告負責人此時僅有單純示愛之行為，故不認屬性騷擾，故直至訴外人提出申訴時，始可認原告確已知悉此事，實無足採。」。

文義解釋，凡受僱人或求職人受有損害之情事時，實難解釋雇主所為之糾正及補救措施是立即有效，此時雇主即負損害賠償責任，因此立即有效之糾正及補救措施不可能只被界定在未受有損害之情形，在受有損害之情形下，若雇主所採取之「立即有效之糾正及補救措施」，其效果符合第 27 條第 1 項但書之受僱人或求職者雖受有損害，但已盡力防止仍不免發生之情形，亦應使雇主得以之主張抗辯⁴⁰。

在前者之情形，雇主若履行本法第 13 條第 2 項義務，對於已發生性騷擾，但尚未使受僱人或求職者受有損害者，其立即有效之糾正及補救措施之施行，使其損害因而不發生，此時依本法第 27、28 條，雇主皆無須負責，而雇主之所以能以事後之糾正及補救措施而予以防治，係因數次性騷擾行為有其連續性，雇主於知悉前一次之性騷擾行為後，方能準備對下一一次性騷擾行為予以糾正及補救，此時因雇主之糾正及補救，而使行為人之下一一次性騷擾行為發生前，因該糾正及補救，而使受僱人或求職者之損害不發生；在後者之情形，如受僱人或求職者已因性騷擾受有損害之情形，則立即有效之糾正及補救措施之施行，亦係雇主第 27 條但書之「已盡力防止仍不免發生」之具體履行，此時若亦符合「遵行本法所定之各種防治性騷擾之規定，且對該事情之發生已盡力防止」之要件，雇主即可主張第 27 條但書之免責抗辯，同時亦免於負擔第 28 條之責任，此係因兩條規範之構成要件實為重疊之故⁴¹。

而實務見解方面，由於使用了不確定法律概念，因此對於何時間點該當「立即」、何種作為該當「有效之糾正補救措施」民事法院並沒有表示意見，但相對於此，行政法院則有稍加闡述。現行實務之操作模式，基本上不問雇主是否確定有性騷擾之情事，只要雇主知悉性騷擾行為時，即應採取立即之補救措施，且該補救措施須能有效的糾正及補救性騷擾行為，方符合本法之立法目的⁴²。

40. 謝棋楠，同註35文，頁15。

41. 謝棋楠，同前註文，頁14-15。

42. 相關實務見解可參，臺北高等行政法院101年簡字324號判決、臺南地院104年簡字20號判決、臺北高等行政法院95年簡字978號判決、臺中高等行政法院100年簡字173號判決、臺中高等行政法院98年簡字61號判決、高雄高等行政法院100年簡字180號判決、臺北地院103簡字247號判決等亦同此意旨。

但值得注意的是，現行實務見解並無進一步對立即有效補救措施之內涵有更具體之論述，而本文整理民事及行政法院之見解後，符合立即有效之補救措施之態樣有調職⁴³；立即協商、參加研習會、提出告誡、詢問其他員工⁴⁴；維護當事人隱私⁴⁵；求助相關政府機關或專業團體⁴⁶；隔開可疑行為人和被害人⁴⁷；不得因申訴而為不利處分⁴⁸；移至安全處所⁴⁹；籌組申訴處理委員會⁵⁰。

至於不符合立即有效之補救措施之態樣則有公權力介入後仍消極面對⁵¹；僅陪同調查⁵²；行為人向主管機關告發後不處理⁵³；僅諮詢行為人一人⁵⁴；僅解僱行為人但未調查事情始末⁵⁵；指派利害關係人調查⁵⁶；調整座位或職務但業務上仍會接觸⁵⁷；慰留和更改工作方式⁵⁸；給付慰問金和命行為人休假⁵⁹。

儘管實務上對於立即有效補救措施之態樣包羅萬象，但整體而言，對於雇主基於本法第 28 條所負之立即有效補救措施之義務範圍並不明確，而有委由法院個案判斷的情形，對雇主似稍嫌過苛。

43. 相關實務見解可參，臺灣高等法院94年勞上字49號判決。

44. 相關實務見解可參，臺北地院96年訴字6336號判決。

45. 相關實務見解可參，臺北高等行政法院97年簡字457號判決、臺北高等行政法院96年簡字744號判決。

46. 相關實務見解可參，臺北高等行政法院97年簡字247號判決。

47. 相關實務見解可參，桃園地院102年簡字101號判決。

48. 相關實務見解可參，彰化地院102年簡更字2號判決。

49. 相關實務見解可參，屏東地院101年簡字8號判決。

50. 相關實務見解可參，臺北高等行政法院99年簡字774號判決。

51. 相關實務見解可參，臺南地院104年簡字20號判決。

52. 相關實務見解可參，臺北地院101年勞訴字126號判決。

53. 相關實務見解可參，臺南地院104年簡字20號判決。

54. 相關實務見解可參，臺北高等行政法院99年簡字774號判決。

55. 相關實務見解可參，臺北高等行政法院99年簡字590號判決。

56. 相關實務見解可參，臺北高等行政法院99年簡字590號判決。

57. 相關實務見解可參，臺北高等行政法院95年簡字978號判決。

58. 相關實務見解可參，臺中高等行政法院100年簡字173號判決。

59. 相關實務見解可參，南投地院102年簡字3號判決。

（二）雇主之債務不履行責任

契約當事人之間所負之權利義務關係源自於債之本旨，一旦債務人具有可歸責事由且未依債之本旨履行債務即有可能構成債務不履行之責任。又構成債務不履行責任最核心之要素之一，即在於確立依債之本旨所負之主給付義務，而受僱人與雇主之間，往往存有僱傭契約，且依民法第 482 條可知僱傭契約之債之本旨對於雇主及受僱人而言分別在於給付報酬及提供勞務，此亦為雙方之主給付義務。然而依民法第 483 條之 1 之規定，雇主對於受僱人另負有保護照顧義務，此義務之性質及內涵和本法之關係為何？違反後受僱人之損害賠償請求權基礎又為何？

1. 雇主契約上之性騷擾防治義務

（1）保護照顧義務和性別工作平等法之關係

在受工作場所性騷擾之受僱人欲主張因雇主違反工作場所性騷擾之保護照顧義務，而負債務不履行責任時，首要之務便是特定雇主所負之保護照顧義務範圍是否包括防止工作場所性騷擾。

學說上有對此持肯定之見解認為，受僱人在提供勞務時，雇主應採取必要之措施，使受僱人得以免於生命、身體、健康危害之性騷擾，而其法律根據則是本法第 13 條第 1 項及民法第 483 條之 1，二者之內涵應相同⁶⁰；亦有從工作場所性騷擾可能侵害勞工之人格權或心理健康之觀點，其與民法第 483 條之 1 欲保護之身體健康法益密不可分，因此將本法之義務納入保護照顧義務之範疇，並以之作為其具體化之內容自無不可⁶¹。

然學說上亦有未言明二者之關係，但認為保護照顧義務之範圍應包括性騷擾之見解，認為保護義務之範圍應按具體個案，針對受僱人生命、身體或健康之保護為必要之預防，所謂必要措施應依民法第 148 條進行個案判斷，至於健康法益除身體健康外亦包含心理健康，工作場所中遭受性騷擾，而使受僱人心理健康有危害之虞時，雇主即應提供必要之預防措施⁶²。

60. 劉志鵬，同註11文，頁142。

61. 徐婉寧，同註21文，頁268。

62. 郭玲惠，勞動契約法論，三民出版，頁82，2011年9月。另，學者邱琦也認為保護義務之內涵亦應包括心理健康之保護，可參邱琦，同註11文，頁202。

相對於此，學說上有採相反見解，其從比例原則及法條構成要件之角度出發，認為依比例原則，並非每一性騷擾行為都構成損害之發生，雇主對於工作場所性騷擾防治義務，不應等同於管領工作場所之雇主，對其工作場所內之勞工之安全具有防止傷害事件發生之義務⁶³。且依債務不履行法理，只要債務人違反其義務，即產生對債權人之損害賠償責任，不須另因性騷擾而造成債權人之損害為要件，然本法第 27、28 條之構成要件有「受有損害」此一要件，可見雇主對於工作場所內之安全維護義務之法理的解釋，並不周延⁶⁴。

關於實務見解之部分，對於保護義務範圍之討論絕大多數集中於勞工安全衛生法規，而涉及工作場所性騷擾之判決，僅有新北地院 96 年訴字第 774 號判決⁶⁵ 似認為本法之雇主義務構成民法第 483 條之 1 之保護義務之內涵，惟其並未進一步說明法理基礎以及何謂必要之預防措施。

此外，臺北地院 101 年勞訴字第 126 號判決⁶⁶ 雖未明確表明保護照顧義務之內涵，但其對於雇主違反本法第 13 條第 2 項時亦可依據債務不履行進行求償，且亦援引了民法第 483 條之 1，似有隱含著保護照顧義務同時包含本法義務之意味。

63. 謝棋楠，同註35文，頁3。

64. 謝棋楠，同前註文，頁3。

65. 新北地院96年訴字第774號判決：「……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，民法第483條之1、第487條之1分別定有明文。是受僱人服勞務，其生命、身體、健康有受危害之虞者，雇主應按其情形為必要之預防。另參諸兩性工作平等法第12條第1款……第13條第1項……第27條……足見性騷擾若來自於具有管理權之上司、同仁或第三人（顧客等）時，對勞工而言，此等人員係構成勞工工作環境之一環，勞工在此環境中提供勞務時，雇主應採取必要之預防措施，使得勞工得以免受生命、身體、健康危害之性騷擾。雇主若未為必要之預防措施，致使勞工遭受生命、身體、健康之損害時，雇主即構成債務不履行責任。」

66. 臺北地院101年勞訴字第126號判決：「……按雇主於知悉前條性騷擾之情形時，應採取立即有效之糾正及補救措施。性別工作平等法第13條第2項定有明文。……次按，受僱者或求職者因雇主違反第13條第2項之義務，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。性別工作平等法第28條、第29條亦有明文。……再按……民法第184條第1項前段、第195條第1項前段分別定有明文……因可歸責於債務人之事由，致為不完全給付者，債權人得依關於給付遲延或給付不能之規定行使其權利。因不完全給付而生前項以外之損害者，債權人並得請求賠償；債務人因債務不履行，致債權人之權利受侵害者，準用第192條至第195條及第197條之規定，負損害賠償責任。民法第483條之1、第227條、第227條之1亦有明文。」

2. 雇主違反契約上性騷擾防治義務之損害賠償責任

在肯認雇主基於民法第 483 條之 1 負有性騷擾防治義務之前提下，雇主違反此義務時，受僱人有何權利能主張？可能之請求權除了損害賠償外，學說上亦有提及請求排除敵意工作環境、請求確認僱傭關係存在等權利⁶⁷。本文礙於篇幅，則僅針對損害賠償請求權進行討論。

首先關於民法第 483 條之 1 是否為一請求權基礎，即有爭論。學說上有認為民法第 483 條之 1 為從給付義務，以之作為獨立的請求權基礎已足⁶⁸。相對於此，學說上多數見解則認為不得以之作為請求損害賠償之依據，僅得於尚未發生損害時，作為同時履行抗辯之基礎，即當雇主未履行此保護義務時，可拒絕提供勞務，而相關法理已如上述。

其次，關於民法第 487 條之 1，學說上多數見解認為，於雇主違反保護照顧義務而生損害於受僱人時，可依據本條向雇主主張損害賠償，且本條之責任性質上為無過失責任，亦即不問雇主是否有故意或過失，且損害之造成縱係第三人所致，雇主亦應負責。但值得注意的是，如受僱人對於損害之發生自己有部分歸責事由時，此時為貫徹民法第 487 條之 1 之立法意旨，故仍得以之請求損害賠償，僅係雇得主張民法第 217 條之過失相抵⁶⁹。然學說上亦有持不同之見解，認為若民法第 487 條之 1 為一無過失責任，則對於雇主責任之認定上自應從嚴解釋，限於不可歸責於受僱人之事由致受有損害時方可主張，亦即將受僱人可歸責作為雇主之免責事由，避免對雇主過苛⁷⁰。

至於實務見解方面，關於民法第 487 條之 1 之性質，有認為只要係可歸責於受僱人，則受僱人即無法據此請求，而不考慮雇主本身是否負無過失責任或者有過失相抵之情形⁷¹。然而，亦有明確表示民法第 487 條之 1 為無過失責任者⁷²。另外，亦有如同學說

67. 詳細討論可參，邱琦，同註11文，頁204-205。

68. 劉志鵬，同註11文，頁142。

69. 林誠二，民法債篇各論（中），瑞興出版，頁32-33，2008年4月；劉春堂，民法債篇各論（中），自版，頁15-16，2011年11月。

70. 徐婉寧，同註21文，頁272。

71. 相關實務見解可參，臺南地院99年訴字第818號判決、臺北地院91年勞訴字第157號判決等。

72. 相關實務見解可參，新北地院105年勞訴字第28號判決、高雄地院104年重勞訴字第14號判決、臺南地院102年勞訴字第29號判決等。

上所採，只要非全可歸責於受僱人之事由時，亦得依民法第 487 條之 1 請求損害賠償者⁷³。

最後，除了上述之請求權基礎外，學說上有認為在性騷擾行為人為雇主時，即為因可歸責於己之事由，而違反保護照顧義務，構成不完全給付，而依民法第 227 條第 2 項，負債務不履行損害賠償責任，且依民法第 227 條之 1 準用第 195 條，亦負非財產上損害賠償責任⁷⁴。至於實務見解方面亦採取相類似之立場⁷⁵。

但值得留意者，高等法院高雄分院 95 年勞上字第 14 號判決⁷⁶似乎認為在構成不完全給付之情形下，優先適用民法第 227 條第 2 項、第 227 條之 1，但民法第 487 條之 1 為債各僱傭契約之規定，本應優先於債總之規定而適用，何以在成立僱傭契約下，竟不優先考慮民法第 487 條之 1，則未見說明，實屬可惜。

三、日本法工作場所性騷擾與雇主之民事責任

在整理完我國雇主工作場所性騷擾侵權和債務不履行責任之發展，並從學說及實務之發展中析出許多問題點後，本文擬透過本章對於日本法上雇主工作場所性騷擾民事責任整體之制度，從工作場所性騷擾之發展、定義、侵權責任體系和債務不履行體系作一介紹，以利之後作為我國制度上之比較參考。

73. 臺南地院102年重勞訴字第7號判決。

74. 邱琦，同註11文，頁202-203；另學說上亦認為可透過民法第227條不完全給付之相關規定作為請求權基礎者。可參林誠二，同註69文，頁32-33、劉春堂，同註69文，頁14、徐婉寧，同註21文，頁274-275、劉志鵬，同註11文，頁142。

75. 另臺南地院102年重勞訴字第7號判決、高雄地院100年勞訴字第47號判決、臺北地院99年勞訴字第159號判決、高雄地院93年勞訴字第41號判決亦同此意旨。

76. 高等法院高雄分院95年勞上字第14號判決：「被上訴人OO公司因未裝置合於起重升降機具安全規則規定之安全鎖之升降機，已如前述，因而使上訴人自升降機內摔落地下室，致上訴人身體、健康權受損，已違反勞動契約附隨義務，依民法第483條之1規定應認為已構成不完全給付，應依民法第227條第2項、第227條之1規定，對上訴人負賠償責任。……應依民法第487條之1規定負賠償義務部分，因被上訴人OO公司已應負債務不履行之損害賠償責任，此部分無庸再審理。」

（一）男女雇用均等法之發展

日本法上規範工作場所性騷擾之法律莫過於男女雇用機會均等法（下稱均等法）。萌芽之初受到美國 1970 年代公民權法第七章及 1980 年代 EEOC 所制定之性別歧視指導原則之影響，再加上日本政府批准聯合國在 1979 年所公布之消除對婦女一切形式歧視公約等因素，日本國內開始出現討論是否須建立相關法理制度之聲音，乘著這股浪潮，男女雇用機會均等法於 1985 年公布施行。此外，從均等法第 1 條⁷⁷ 可知均等法之立法目的即是在消弭男女之間工作上不平等，創造能充分發揮能力之工作環境，以呼應現今世界上之趨勢⁷⁸。

隨後，伴隨著 1997 年徹底廢除勞動基準法上關於女性保護之相關原則之際，均等法也進行修正，並在 1999 年 4 月實施。該次修正涉及工作場所性騷擾部分者，依均等法第 11 條第 1 項⁷⁹ 確立了雇主之配慮義務。而配慮義務之相關內涵，依均等法第 11 條第 2 項⁸⁰ 由厚生勞動大臣制定之「關於雇主對於在職場之性的言行舉止造成之問題於僱用管理上應採取措施之指針」（平成 18 年厚生省告示第 615，最終改正：平成 28 年 8 月 2 日厚生省告示第 314，事業主職場性的言動起因問題僱用管理上講措置指針）

（下稱指針）將之具體化，至於指針的位階則相當於行政指導。然值得注意的是，雖然該次修正將雇主之配慮義務明文化，但此僅為雇主所負之公法上義務，因此不具有私法上請求作為、不作為或作為損害賠償請求權之效力，仍應透過民法上之侵權行為或債務不履行之規定來向雇主求償。

77. 均等法第1條：「本法根據日本憲法的理念，保障法律之下的平等。在僱用的領域中，一方面促進男女機會平等及待遇的確保相同等事項；另一方面，對女性勞工而言，旨在促進其職業能力的開發及提升，就業的援助及職業生活和家庭生活間之調和等措施，以謀求女性勞動者福祉之增進及地位之提升為目的。」

78. 奧山明良，工作場所性騷擾和民事責任－以債務不履行為中心，收錄於土田道夫、荒木尚志、小畑史子編，勞動關係法の現代の展開——中嶋士元也先生還曆紀念論集，頁249。（信山社，2004年）。

79. 均等法第11條第1項：「雇主為了適切的因應於職場上遭受性言行舉止之勞動者不致於因該情形受到勞動條件上之不利益、就業環境之惡化，應回應來自該勞動者之相談、建立能適切對應該情形之必要制度、或採取其餘僱用管理上必要之措施。」。

80. 均等法第11條第2項：「厚生勞動大臣基於前項規定關於雇主應採取之措施，為了使其適切且有效的實施，應制定必要之指針。」。

1997 年修正後之均等法，與比較法上相比，不僅保護之對象僅限於女性勞動者、對於間接歧視亦無相關規範等等，仍有許多檢討空間。再加上男女平等之觀念日漸蓬勃及社會快速的變遷，均等法之內容已有不足。因此，於 2006 年均等法再次修正，該次修正內容與工作場所性騷擾有關者，在於強化雇主之配慮義務以及將工作場所性騷擾之保護對象擴及於男性勞動者，同時亦將間接歧視納入規範⁸¹。此外，儘管指針的部分亦分別於 2012、2013 年有所變動，但關於民事責任之部分仍係依循民法上之規定作為請求權基礎，此點則始終一致。

（二）雇主之侵權行為責任

1. 董事和有代表權人之性騷擾和法人之侵權責任

依日本民法第 44 條第 1 項⁸²：「法人對於其董事或有代表權之人因執行職務時對他人所生之損害負賠償責任。」因此判斷之重點即在於何謂「執行職務」，關於此點，實務見解基本上會考量行為發生之場所、時間、經營者利用其地位和權限等態樣來判斷之。但其中最重要之要素莫過於經營者利用其地位和權限。另有學者進一步指出，在工作場所中具有上下從屬關係之情形中，具體考量之指標有 1. 性騷擾加害人和被害人間之上下、從屬關係是否相當。或者 2. 性騷擾行為和職務間是否有相當之關聯性，換言之，即性騷擾行為和工作時間、場所是否密接、是否是在執行職務等。舉例言之，在公司社長或幹部等員工對女生下屬執意要求約會、碰觸身體等不愉快之性言行舉止，由於當事人間具有上下、支配從屬關係，因此不問是否是在工作時間或是否在工作場所內外所為，皆該當執行職務之行為，而可追究雇主責任⁸³。

81. 菅野和夫・労働法（第11版補正版）・頁254-255・（弘文堂・2017年）。

82. 日本民法第44條：「法人は、理事その他の代理人がその職務を行うについて他人に加えた損害を賠償する責任を負う。（第1項）……。」。

83. 水谷英夫・セクシュアル・ハラスメントの実態と法理・頁380・（信山社・2001年）。

實務見解方面，在金澤性騷擾事件⁸⁴ 東京性騷擾（廣告）事件⁸⁵ 大阪性騷擾（牙齒器材販賣公司）事件⁸⁶ 亦採相類似之立場。

2. 員工性騷擾和雇主之侵權責任

首先依日本民法第 715 條第 1 項⁸⁷：「僱用人對於受僱人因執行職務而加損害於第三人時亦負損害賠償責任。但僱用人對於受僱人之選任和事業之監督已盡相當之注意或即使已盡相當注意仍不免發生損害時，不在此限。」規範雇主對於受僱人之賠償責任以及免責事由。因此，在員工同時也是性騷擾加害人之情形，其本身基於民法 709 條負損害賠償責任，應無疑義，但如同時也是處於「執行職務」之狀態，此時雇主基於民法第 715 條亦應負責。值得注意的是，雖然賦予雇主免責事由，但在現行實務判決中，幾乎沒有成功舉證免責者，故實際上民法第 715 條之雇主責任已變成無過失責任⁸⁸。

其次，關於執行職務此要件之解釋上，目前是以「外形理論」作為判斷依據。具體而言，需考量員工加害行為發生之場所（是否是工作場所）、時間（是否是工作時間或相當於工作時間）、行為之內容（是否是和職務相關連之發言或行為）、加害人工作上

84. 金澤性騷擾事件中法院以「女性員工的工作是在代表取締役之家中擔任家管，而代表取締役在自家之言行同時也是職務上之言行，因此代表取締役之行為被認定是基於職務所為。」為理由，命公司需基於民法第 44 條第 1 項負責。金沢地輪島支判平六・五・二六勞判 650 號 8 頁。該案件要旨可在下列網址找到：<http://joseishugyo.mhlw.go.jp/joho/data/19991201100000094syst.html>。（最後瀏覽日：2018 年 8 月 31 日）。

85. 東京性騷擾（チラシ廣告）事件中法院以「該性騷擾行為是於工作時間中且在公司之辦公室內發生，此外被告利用其公司代表者之地位對原告為性騷擾，而原告對此亦無法拒絕。」認定公司需對其代表所為之性騷擾行為負侵權行為責任。東京性騷擾（チラシ広告会社）事件，東京地判平九・二・二八判タ 947 號 228 頁。該案件要旨可在下列網址找到：<http://joseishugyo.mhlw.go.jp/joho/data/19991201100000106syst.html>。（最後瀏覽日：2018 年 8 月 31 日）。

86. 大阪性騷擾（牙齒器材販賣公司）事件法院以「性騷擾行為係利用社長之地位，而與職務具有密切關連之行為作為理由來承認公司之責任。」大阪性騷擾（歯材販売会社）事件，大阪支判平十・十・三十勞判 754 號 29 頁。該案件要旨可在下列網址找到：<http://joseishugyo.mhlw.go.jp/joho/data/20060514143633.html>。（最後瀏覽日：2018 年 8 月 31 日）。

87. 日本民法第 715 條：「ある事業のために他人を使用する者は、被用者がその事業の執行について第三者に加えた損害を賠償する責任を負う。ただし、使用者が被用者の選任及びその事業の監督について相当の注意をしたとき、又は相当の注意をしても損害が生ずべきであったときは、この限りでない。（第 1 項）……」。

88. 水山崎文夫・セクシュアル・ハラスメントの法理，頁 188。（総合労働研究所，2000 年）。

之地位和權限等綜合考量⁸⁹。因此，僅有在員工利用執行職務或與之有密切關係時為性騷擾行為，方可追究雇主之責任。

相關實務見解方面，前揭兵庫性騷擾（国立病院）事件⁹⁰，法院認為「身體接觸等性嫌惡行為及職場之霸凌行為，工作場所之上司，在工作時間內，以其職務行為作為契機，所為之上開一連串行為，外形上觀之，是於被告醫院中執行職務時所為之行為。」故醫院須負雇主責任。前揭橫濱性騷擾事件⁹¹，高等法院認為「該身體接觸之侵權行為，既係在事務所內發生，且是營業所長對其部下在工作時間、利用其上司之地位所為，應可認為是利用職務上之機會，而與執行職務具有密切關連之行為。」另前揭大阪性騷擾（葬儀社）事件⁹²，法院認為「被告行為和會長之職務無關，但該行為是利用其公司會長之地位所為，因此和職務上有密切關連性，而肯認與執行職務有關。」簡言之，實務判決似皆認為要追究雇主責任，須具備「利用職務上地位」或「和職務上有密切關連性」之要件⁹³。

再者，值得注意的是，在工作結束後續攤之情形，基本上判斷標準也是以是否有利用執行職務之機會以及是否具有密切關連作為判斷標準⁹⁴。此外，需特別注意的是，亦

89. 奧山明良，同註78文，頁251-252。

90. 兵庫性騷擾（国立病院）事件，神戸地判平九・七・二九勞判726號100頁。該案件要旨可在下列網址找到：<http://joseishugyo.mhlw.go.jp/joho/data/19991201100000111syst.html>。（最後瀏覽日：2018年8月31日）。

91. 橫濱性騷擾事件，東京高判平九・十一・二十勞判728號12頁。該案件未能搜尋到全文，但詳細之介紹可參考，水谷英夫，同註209文，頁389-391、398-400。

92. 大阪性騷擾（葬儀会社）事件，大阪地判平八・四・二六判時1589號92頁。該案件要旨可在下列網址找到：<http://joseishugyo.mhlw.go.jp/joho/data/19991201100000101syst.html>。（最後瀏覽日：2018年8月31日）。

93. 相同意旨，如前揭和歌山性騷擾（青果会社）事件、沼津性騷擾（F鐵道工業）事件，靜岡地沼津支判平・十一・二・二六勞判760號38頁等。該案件要旨可在下列網址找到：<http://joseishugyo.mhlw.go.jp/joho/data/20060514144826.html>。（最後瀏覽日：2018年8月31日）。

94. 相關實務見解可參，大阪性騷擾（S運送公司）事件，關於上司基於慰勞員工而舉辦酒會後，邀約參加二次會，並在卡拉OK包廂內，對女性員工藉工作之故，為糾纏、親嘴、掀裙子、解開罩衫的扣子和擁抱等令人嫌惡之行為一事，法院認為「該令人嫌惡之行為，是利用其職務有關連之上司地位所為，換言之，是因執行職務所生。」大阪性騷擾（S運送会社）事件，大阪地判平十・十二・二一勞判756號26頁。該案件要旨可在下列網址找到：<http://joseishugyo.mhlw.go.jp/joho/data/20060514144317.html>。（最後瀏覽日：2018年8月31日）。

有認為性騷擾行為是個人之行為和執行職務無關⁹⁵。

最後關於雇主舉證免責部分，多數案例中並無成功免責之情形，但成功免責之案例，在前揭橫濱性騷擾事件⁹⁶，法院認為「本件中，關於C之侵權行為，由於原告和C之供述有極大之差異，因此雇主在確定有關事實上極其困難，即便是直接收到申訴之A公司社長，對於在只有原告和C之場所間所發生之性騷擾，目前除了聽聞兩人之陳述外，並沒有其他方式來確定相關事實……A公司對於侵權行為和該障礙事由沒有足夠之證據證明，因此難認知悉因C之侵權行為而使原告在勞務提供之際產生重大障礙事由，原告之主張並不可採。」

3. 性騷擾事後應對措施和雇主之侵權責任

首先在性騷擾行為人是顧客、客戶等第三人時，被害人對於行為人基於侵權行為求償故無疑問，但得否基於民法第715條向雇主請求損害賠償，則會產生問題。關於此點，前揭福岡性騷擾事件⁹⁷認為「雇主和員工間，有依社會通念而生之義務，即負有應照顧員工在服勞動之過程中免於生命和健康受到侵害之職場環境之義務。另外，為了適當處理、避免發生員工在執行職務時人格尊嚴受到侵害或產生重大情事，課予在職場中維持使員工易於工作之環境之照顧義務，如具有選任監督之人違反上開注意義務，而對於員工成立侵權行為，則雇主依民法715條也負有侵權行為之責任。」單從本判決之意旨觀之，似僅擴張侵權行為之義務範圍，而使得雇主更易為其受僱人負民法第715條之賠償責任。

95. 相關實務見解可參，京都性騷擾（呉服販売会社）事件，京都地判平九・四・一七勞判716號49頁。該案件要旨可在下列網址找到：https://www.mykomon.biz/harassment/hanrei_sekuhara/hanrei05.html。（最後瀏覽日：2018年8月31日）。

96. 橫濱性騷擾事件，東京高判平九・十一・二十勞判728號12頁。該案件未能搜尋到全文，但詳細之介紹可參考，水谷英夫，同註83文，頁389-391、398-400。

97. 本案之案例事實略為，具有員工選任監督權限之專務和被告公司，皆負有應維護良好職場環境之義務，然發生性騷擾後卻認為性騷擾是個人之問題，而依兩人之對話即採取對策，隨後僅命加害人待在家三天並對原告採取命其離職之方針。福岡性騷擾事件，福岡地判平四・四・一六勞判607號6頁。該案件要旨可在下列網址找到：<http://www.jil.go.jp/rodoqa/kikaku-qa/hanrei/data/190.html>。（最後瀏覽日：2018年8月31日）。

然學說上有基於此判決認為，既然雇主對於該雇用上利益負有「保持職場易於工作之照顧義務（職場環境配慮義務）」則不論加害人是員工或其以外之第三人，甚至是在加害人無法特定之情形，雇主都有可能因該義務之違反而被追究責任，但須注意的是，此責任之性質並非代位責任，而是雇主本身之自己責任⁹⁸。

其次，相關實務見解部分，沼津性騷擾（F 鐵道工業）事件⁹⁹ 法院認為「被告公司負有謹慎調查原告和 S 支店長間是否具有特別之關係、防止人際關係產生摩擦等調整職場環境之義務，卻怠於謹慎調查，僅聽信被告 B 們之報告就下判斷，顯未採取適當之措施，而且本案解僱撤回後，又在被告 A 底下工作，限制工作內容等，顯係怠於履行調整職場環境之配慮義務。再者被告公司因解僱權濫用而將原告解僱，關於此點也負侵權行為之責任。再者，被告公司濫用解僱權，此點亦成立侵權行為。」

而針對上開沼津性騷擾事件，學說上有認為對於雇主本身注意義務之違反，也能基於日本民法 709 條追究其責任。雇主本身注意義務之內容，也受到均等法上配慮義務以及指針之相關規定影響。理論上來說，可將之分為事前措施之規定整備義務、設施整備義務及事後措施之避免損害擴大義務、損害回復義務伴隨著損害賠償義務、道歉文、禁止請求權等問題¹⁰⁰。

（三）雇主之債務不履行責任

1. 雇主債務不履行責任之法理基礎

首先要依債務不履行向雇主張契約責任，首要之務便是，其法理依據何在？在僱傭契約中，雇主和勞工互負勞務提供和給付報酬之義務。從勞工勞務提供義務之具體內容觀之，勞工須依雇主現實之指揮命令提供勞務，同時也必須負有顧及雇主之利益而誠實

98. 相山川隆一，わが国におけるセクシュアル・ハラスメントの私法的救済，ジュリスト1097號，頁69以下，1996年9月；奥山明良，同註78文，頁252-253。

99. 沼津性騷擾（F鐵道工業）事件，靜岡地沼津支判平，十一・二・二六勞判760號38頁等。該案件要旨可在下列網址找到：<http://joseishugyo.mhlw.go.jp/joho/data/20060514144826.html>。（最後瀏覽日：2018年8月31日）。

100. 水谷英夫，同註83文，頁402。

提供勞務之義務（換言之，也就是誠實義務或忠實義務，例如保護營業秘密之義務。）另一方面，雇主在受領勞務之際，負有顧及勞工利益，誠實受領勞務之義務（換言之，也就是配慮義務，此義務之內容即在勞工提供勞務時，須確保其健康、安全等維持良好工作環境之義務。）

其次，因為勞工提供勞務之行為是人本身之勞動行為，所以雇主在勞工提供勞務時，除了確保勞工健康、生命、身體安全外，也須強烈要求維持良好職場環境之照顧，因此雇主便負有「職場環境配慮（整備）義務良好環境整備義務」而此義務之型態之一，主要是在履行勞務之過程中著眼於生命、身體之安全。又性騷擾防治義務，即是勞動契約上雇主對勞工所負之職場環境配慮義務之一環，同樣的義務在和勞動契約類似之從屬勞動或指揮命令關係（或有類似關係）之承包契約和國家級公務員之關係中亦存在。簡言之¹⁰¹，性騷擾之防止義務，是職場環境配慮義務之一種型態，可將之定義為「為了使勞動者之勞動條件、環境免於受到性騷擾之防止、配慮義務。」

（1）安全配慮義務

首先，學說上最早提及民法債務不履行之法理基礎可追溯於勞動災害和勞動安全衛生法上之安全配慮義務。當時，勞災事故之頻繁發生和安全衛生意識之抬頭下，勞動安全衛生法在昭和 47 年制定施行，雇主關於安全衛生之諸多義務有著飛躍性之強化和擴大，而學說上對於安全配慮義務之法理依據則有認為安全配慮義務是契約之明示或從契約解釋中所直接導出之義務，並進一步將之區分絕對的（或是結果債務）安全配慮義務和通常（或是手段債務）安全配慮義務。前者則是確保對方之安全必須要求要有萬全之防範措施（除非可以舉證是不可抗力方能免責），後者則是採取相當之防範措施已足¹⁰²。

101. 水谷英夫・同註83文・頁412。

102. 水谷英夫・同前註文・頁415。

然而實務見解方面則是採基於契約上誠信原則（日本民法第1條第2項）所生之立場，昭和50年的最高法院自衛隊車輛整備工事件¹⁰³，判決認為「安全配慮義務是基於法律關係對和社會有特別接觸關係之當事人間，基於該法律關係之附隨義務，當事人之一方或雙方對於相對人所負誠信原則上之義務。」但學說上有認為違反附隨義務和違反主、從給付義務相同，皆會被追究債務不履行責任，因此如從此觀點，則學說和實務上關於安全配慮義務之法理依據之討論則沒有太大之實益¹⁰⁴。

（2）職場環境配慮義務

相對於上開學說上對於雇主債務不履行責任之討論，日本實務上早先仍維持著以侵權行為作為工作場所性騷擾損害賠償責任之基礎。儘管福岡地院之判決率先使用了職場環境配慮義務一詞，但其是將之適用於侵權行為而非債務不履行。實務上率先肯認雇主職場環境配慮義務違反會構成債務不履行責任者，則是京都地院1997年之判決。隨後，承認雇主具有契約上職場環境配慮義務之判決則相繼出現。

實務見解方面，以職場環境配慮義務違反作為雇主契約責任，首見於京都性騷擾（絲網販賣公司）事件¹⁰⁵，判決認為「被告公司於僱傭契約中具有使原告之隱私不受侵害之職場環境整備義務。被告公司雖在女子更衣室中發現攝影機，但公司沒有任何人努力去發現偷拍等之真相，且應負有不再發生同樣情事之義務……公司僅有將隱藏攝影機轉向、將其撤掉後，即沒有採取任何措施，因此再次使女子更衣室中發生偷拍事件，被告公司基於債務不履行對於平成七年六月發現偷拍以來對於原告所生之損害，負損害賠償責任。……被告公司附隨於僱傭契約具有使不違反原告意願離職之職場環境整備義務。本案因C的發言而使員工對原告產生遠離之態度，人際關係顯著變差，造成

103. 最高法院自衛隊車輛整備工事件，最一小判昭50.2.25判時767號11頁。該案件全文可在下列網址找到：http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/111/052111_hanrei.pdf。（最後瀏覽日：2018年8月31日）。

104. 水谷英夫，同註83文，頁416。

105. 京都性騷擾（呉服販売会社）事件，京都地判平九・四・一七勞判716號49頁。該案件要旨可在下列網址找到：https://www.mykomon.biz/harassment/hanrei_sekuhara/hanrei05.html。（最後瀏覽日：2018年8月31日）。

原告在被告公司中生活困難，導致其陷入不得不離職之狀況……。」

此外，在三重性騷擾（厚生農協連合會）事件¹⁰⁶，關於作為護士之兩名原告，遭被告上司在工作中觸摸臀部、開色情玩笑長達半年以上，甚至在深夜工作休息時間觸摸大腿一案。判決認為「本案在深夜工作所為之行為，雖說是在工作中、休息室內所為……卻是被告個人之行為並無利用業務上之機會、亦無和業務有密切關連性。再者，A 之日常猥褻言行亦是其個人行為，和深夜工作之行為兩者相結合構成侵權行為，但並不構成雇主之責任。……雇主對於受僱人，基於勞動契約上附隨義務所生之誠信原則上之職場環境配慮義務，換言之對於受僱人負有保持職場環境易於工作之配慮義務，被告連合會對於原告負有此義務。A 從以前就在日常生活中常為猥褻之言行，被告連合會對於 A 卻無注意，B 主任在平成 5 年 12 月時從原告們那聽聞不想和 A 一起在深夜工作，卻沒有探詢理由、採取任何對應措施，平成 6 年 1 月 28 日 B 主任雖從原告們那聽聞 A 在休息室之行為但卻沒有直接告訴護理長們，也沒有特別注意 A，結果在同年 2 月 1 日在休息室對原告發生性騷擾行為。被告連合會對於平成 6 年 2 月 1 日被告 A 之行為雖有採取對策，但此之前監督義務者們沒有採取任何對應措施而忽略 A 之行為。此外，被告聯合會確立護理長、主任、副主任之責任，每月定期舉行院內學習會、員工之研修會等，主張盡到指揮監督之責，但如前所述，難認已盡到職場環境配慮義務。」

106. 三重性騷擾（県厚生農業共同組合連合会）事件・津地判平九・一一・五勞判729號54頁。該案件要旨可在下列網址找到：<http://joseishugyo.mhlw.go.jp/joho/data/19991201100000114syst.html>。（最後瀏覽日：2018年8月31日）。

2. 雇主契約義務之內涵

(1) 均等法和雇主契約義務之關係

至於雇主基於勞動契約所負之配慮義務內容究竟為何？關於此點即不能忽略均等法及指針所規範之相關雇主職場環境配慮義務。但如前所述，均等法是公法上之義務，不能和民法上雇主所負之契約義務等同視之。其規定得否做為參考即有疑問，然如從二者皆在防止工作場所性騷擾之目的觀之，基於目的相同，以均等法上相關規定來建構雇主勞動契約上配慮義務之基本具體內容，再輔以學說和判決補充，即具有相當之參考價值¹⁰⁷。

而關於雇主契約義務範圍之內涵，學說上分類之方式皆不相同，有依企業對於性騷擾方針之明確化和使防止性騷擾之政策公眾周知、因相談、苦情的應對而採取之防範未然措施、從防止再發生之觀點採取事後迅速且適當之應對措施、當事人的隱私保護和禁止不利益待遇等情事，而將其分為四類¹⁰⁸。亦有以事前、事後觀點之方式將其區分等¹⁰⁹。惟不論分類方式為何，其實質內容則相類似，因此為了使雇主契約義務於性騷擾發生前、中、後能明確劃分，俾使雇主採取相當之應對措施，本文擬採取事前、事後之方式作介紹。

(2) 事前措施義務

首先關於雇主事前措施義務部分，可以再分成規定整備義務和設施整備義務，前者又包含了實體規定之整備亦即雇主須明確制定排除性騷擾之方針、制裁規定，同時需使員工徹底知悉，以及雇主具有指導監督員工在執行職務時避免發生性騷擾行為之監督教育義務¹¹⁰。此外尚包含了程序規定之整備亦即制定發生性騷擾時之相談等對應措施

107. 奧山明良，同註78文，頁273。

108. 山崎文夫，同註88文，頁266-270。

109. 水谷英夫，同註83文，頁419-462。

110. 相關實務見解可參，三重性騷擾（県厚生農業共同組合連合会）事件，津地判平九，一一・五勞判729號54頁。該案件要旨可在下列網址找到：<http://joseishugyo.mhlw.go.jp/joho/data/19991201100000114syst.html>。（最後瀏覽日：2018年8月31日）、厚生労働省告示第314号，第3條第1項，同註225文。

¹¹¹。而後者係指雇主應提供對於性而言是安全之設施，亦即提供物理上難以入侵、避免偷窺等設施之義務¹¹²。

(3) 性騷擾行為防止義務

其次，雇主尚負有性騷擾行為防止義務，亦即對於履行輔助人（管理監督權人）和第三人（履行輔助人等以外之員工和顧客等）是否需要負責。關於前者，學說上見解不一，有認為此為履行輔助人自己之行為而和雇主無涉¹¹³，但學說上和實務上亦有認為履行輔助人既在執行職務時，利用其執行職務之密接性為性騷擾行為，此時亦可以此追究雇主職場環境配慮義務之違反¹¹⁴。至於後者，在一般員工為性騷擾行為時，實務見解似採肯定之態度¹¹⁵，而員工以外第三人所為之性騷擾行為，實務上雖無相同案例，但卻有肯認在員工受到顧客傷害事件後，雇主負有危害防止之義務¹¹⁶，後續之發展，值得留意。

(4) 事後措施義務

再者，關於雇主事後措施義務，又可分為調查義務、避免損害擴大義務、再發生防止義務和回復損害義務。而調查義務又包括迅速調查義務、公正公平之事實調查義務、

111. 平成 18 年厚生労働省告示第 615 号，最終改正：平成 28 年 8 月 2 日厚生労働省告示第 314 号，（以下簡稱厚生労働省告示第 314 号），事業主が職場における性的な言動に起因する問題に関して雇用管理上講ずべき措置についての指針，第 3 條第 2 項 <http://www.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-11900000-Koyoukintoujidoukateikyoku/0000133451.pdf>，（最後瀏覽日：2018 年 8 月 31 日）。

112. 相關實務見解可參，京都性騷擾（呉服販売会社）事件，京都地判平九・四・一七勞判 716 號 49 頁。該案件要旨可在下列網址找到：https://www.mykomon.biz/harassment/hanrei_sekuhara/hanrei05.html，（最後瀏覽日：2018 年 8 月 31 日）。

113. 山崎文夫，同註 88 文，頁 201。

114. 水谷英夫，同註 83 文，頁 426。相關實務見解可參，東京性騷擾（広告代理店）事件，東京地判平八・一・二・二五。該案件未能搜尋到全文，但詳細之介紹可參考，水谷英夫，同註 209 文，頁 384-386。

115. 相關實務見解可參，三重性騷擾（県厚生農業共同組合連合会）事件，津地判平九・一一・五勞判 729 號 54 頁。該案件要旨可在下列網址找到：<http://joseishugyo.mhlw.go.jp/joho/data/19991201100000114syst.html>，（最後瀏覽日：2018 年 8 月 31 日）。

116. 相關實務見解可參，バイオテック事件，東京地判平一一・四・二。該案件要旨可在下列網址找到：<http://joseishugyo.mhlw.go.jp/joho/data/20060617102323.html>，（最後瀏覽日：2018 年 8 月 31 日）。

調查協力義務。所謂迅速調查義務係指在性騷擾發生或有可能發生時，負有阻止行為的發生和損害擴大之義務¹¹⁷。其中公正公平之事實調查義務具體而言係指確保調查員之公平和調查程序之公平，又調查程序之公平包含了聽取雙方當事人之意見¹¹⁸、向第三人調查¹¹⁹及適當判斷當事人間之發言內容。值得注意的是調查協力義務，亦即員工是否負有陪同雇主調查之義務，學說上有認為在「依該勞工之職責和其職務內容有關」和「調查對象違反行為之性質、內容、見到上開違反行為和執行職務之關聯性、有無更適當之調查方法等情事綜合判斷，從勞動契約之基本義務從履行勞務提供義務來看，是必要和合理的」此時雇主即可要求勞工協力調查¹²⁰。而實務見解則有針對違反企業秩序時員工負有調查義務¹²¹，但對於發生性騷擾時員工是否負有調查義務則無類似案例。

此外，避免損害擴大義務係為了避免申訴性騷擾之被害人遭受到不利益待遇所課予雇主之義務。具體而言則包括了避免解僱義務、避免離職義務、在家待命調職和隱私保護等面向。至於在家待命、調職和隱私保護部分，依據實務見解，如雇主是基於業務上必要，對加害人沒有侵害過遽之情形，本於僱傭契約所生之勞務指揮權，此業務命令應在許可之範圍內¹²²。

-
117. 相關實務見解可參，京都性騷擾（吳服販売会社）事件，京都地判平九・四・一七勞判716號49頁。該案件要旨可在下列網址找到：https://www.mykomon.biz/harassment/hanrei_sekuhara/hanrei05.html。（最後瀏覽日：2018年8月31日）、三重性騷擾（県厚生農業共同組合連合会）事件，津地判平九・一一・五勞判729號54頁。該案件要旨可在下列網址找到：<http://joseishugyo.mhlw.go.jp/joho/data/19991201100000114syst.html>。（最後瀏覽日：2018年8月31日）。
118. 相關實務見解可參，沼津性騷擾（F鉄道工業）事件，静岡地沼津支判平・十一・二・二六勞判760號38頁等。該案件要旨可在下列網址找到：<http://joseishugyo.mhlw.go.jp/joho/data/20060514144826.html>。（最後瀏覽日：2018年8月31日）。
119. 相關實務見解可參，東京性騷擾（M商事）事件，平塚地判平一一・三・一二。該案件要旨可在下列網址找到：<http://joseishugyo.mhlw.go.jp/joho/data/20060514145101.html>。（最後瀏覽日：2018年8月31日）。
120. 水谷英夫，同註83文，頁438。
121. 相關實務見解可參，富士重工業事件，最三小判昭五二・一二・一三判時873號12頁。該案件全文可在下列網址找到：http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/228/053228_hanrei.pdf。（最後瀏覽日：2018年8月31日）。
122. 相關實務見解可參，ネスル静岡出張所事件，静岡地判平二・三・二三勞判567號47頁。該案件要旨可在下列網址找到：<http://joseishugyo.mhlw.go.jp/joho/data/20071207144250.html>。（最後瀏覽日：2018年8月31日）。
-

又關於再發生防止義務，依據實務見解，係指雇主除了對於已發生之性騷擾負有上開所提之義務外，對於未來也負有防止性騷擾再次發生之義務¹²³。但性騷擾具有持續性之情形下，被害人得否請求將該性騷擾行為除去，學說上有從此種性騷擾行為將來有可能再次發生，且損害極有可能擴大之觀點，亦侵害了人格權，此種禁止請求權有其必要性。而實務上早先已有肯認禁止請求權之存在，且亦肯認在伴隨強制要求性關係、侵害性自由時，得主張禁止請求權¹²⁴。

最後關於回復損害義務，在確認性騷擾事實存在後，且雇主違反性騷擾防治義務時，雇主對於被害人所受之精神上損害需支付慰撫金、道歉等，如因此造成離職、解僱等不利待遇，尚負有財產上之損害賠償等義務。而此時依據指針之規定，雇主基於其業務指揮權、相關工作規則對加害人懲處，以確立其對於性騷擾之責任¹²⁵。

四、我國和日本工作場所性騷擾雇主民事責任之比較檢討

（一）雇主侵權責任之比較檢討

1. 注意義務內容之異同

首先在雇主侵權行為責任中，其所負之注意義務內涵扮演著不可或缺之地位，關於此點，我國和日本基於請求權體系之差異，亦衍伸出義務內容之不同。如先前所述，本文認為本法第 27 條和第 28 條雖寓有將雇主所負義務明確化之意，但實務及學說對於二者之內涵差異尚無統一之見解。而本文透過實務見解之觀察，儘管實務往往是個案判斷，卻不難發現其實有很大一部份和工作準則之內容有其相似性。但值得注意的是，現今實務見解之發展中，亦有不屬於工作準則內容者¹²⁶。整體而言，對於在工作場所性騷擾中，雇主所應負之注意義務並未有一明確內涵，亦無更詳細之介紹。

123. 相關實務見解可參，京都性騷擾（吳服販売会社）事件，京都地判平九・四・一七勞判716號49頁。該案件要旨可在下列網址找到：https://www.mykomon.biz/harassment/hanrei_sekuhara/hanrei05.html。（最後瀏覽日：2018年8月31日）。

124. 相關實務見解可參，西谷商事事件，東京地決平一一・一一・一二勞判781號72頁。該案件要旨可在下列網址找到：<http://joseishugyo.mhlw.go.jp/joho/data/20090218135157.html>。（最後瀏覽日：2018年8月31日）。¹²⁵ 厚生労働省告示第 314 号・指針第3條第3項第3款・同註111文。

126. 例如台灣高等法院98年上易字103號判決，即認為迅速將被害人帶離行為人住所符合立即有效之補救措施。

其次，日本關於雇主注意義務之內容，經由實務及學說之發展，肯認雇主負有職場環境配慮義務，而性騷擾防治義務作為職場環境配慮義務內容之一，實務之發展亦和均等法及指針之內容有其相似性存在，學說上對於將均等法和指針作為雇主其內涵亦多所肯認。但從目前實務見解觀之，並未如我國有跳脫均等法和指針之義務態樣存在。而從學說上之發展，更進一步將雇主性騷擾防治義務細分成性騷擾發生前、性騷擾發生後，並詳細區分各時期所負義務之內容，整體而言與我國相比，較為詳細、具體。

2. 請求權體系之異同

首先，在民法體系中，我國民法除了民法第 184 條第 1 項前段外，尚有民法第 184 條第 1 項後段及民法第 184 條第 2 項，二者之保護客體皆擴及利益，並以此填補民法第 184 條第 1 項前段之不足。相對於此，由於日本民法第 709 條保護之客體包括權利及利益，因此並無發展出如我國民法第 184 條第 1 項後段和民法第 184 條第 2 項之條文。而此點差異性也顯現在工作場所性騷擾之雇主責任上，我國學說及實務見解大多肯認本法係民法第 184 條第 2 項所稱之保護他人之法律，且從實務之發展，亦可發現該條之運用在工作場所性騷擾中具有舉足輕重之地位¹²⁷。

其次，我國和日本在主張僱用人須對其受僱人負侵權責任上，則有其類似性存在。我國對於雇主之請求權基礎分別為民法第 188 條和本法第 27 條，而本法第 27 條是為修正民法第 188 條而制定。但在現今請求權體系分歧加上二者要件上差異並不明顯，導致在實務發展上，無法有效解釋二者之關係、適用上之優劣等問題，從而無法達到當初本法第 27 條欲減輕被害人求償難度之目的。相對於此，日本對於雇主所負之僱用人責任則僅以日本民法第 715 條作為請求權基礎，因此實務發展上僅針對第 715 條之要件進行討論，也使得實務、學說能聚焦於性騷擾行為人是否符合「受僱人在執行職務中所為」之要件、相關免責抗辯等進行較深入之討論，並無產生如我國分歧的狀況。又在日本實務肯認雇主負有職場環境配慮義務後，學說及實務即有以此認為得依日本民法第 709 條

127. 台灣高等法院102年勞上字17號判決、台灣高等法院101年訴易字16號判決、台灣高等法院98年上易字103號判決、台北地院101年勞訴字126號判決等，皆有向雇主主張民法第184條第2項。

直接向雇主請求侵權行為，此點在我國雇主注意義務範圍不明確之現況下，則尚無此種見解出現。

3. 免責標準之異同

承上所述，儘管我國實務分別以民法第 188 條和本法第 27 條作為請求權基礎，但值得注意的是，二者皆賦予雇主免責事由。如單從法條文字觀之，民法第 188 條第 1 項但書雇主倘「選任受僱人及監督其職務之執行，已盡相當之注意」或「縱加以相當之注意仍不免發生損害」則不負僱用人責任。而在本法第 27 條但書之要件雇主則需「已遵行本法所定之各種防治性騷擾之規定」及「對該事情之發生已盡力防止仍不免發生」方可免責。在現行操作模式下將會產生以下之問題，第一為民法第 188 條第 1 項但書從文義解釋上雇主僅須舉證證明選任受僱人及監督其職務之執行已盡相當之注意「或」縱加以相當之注意仍不免發生損害，二者其中之一即可免責。反之在本法第 27 條第 1 項雇主需證明已遵行本法所定之各種防治性騷擾之規定「及」對該事情之發生已盡力防止仍不免發生，二者缺一不可。第二則為二者要件上之內涵解釋上是否相同。第三則為實務上認定之免責標準差異，民法第 188 條第 1 項但書舉證免責成功之例子幾希矣，本法第 27 條但書實務認定上是否亦是相同之結果。

相較於我國上述之差異性，日本方面僅以日本民法第 715 條第 1 項但書作為雇主免責之依據，且係以「對於受僱人之選任和事業之監督已盡相當之注意」或「即使已盡相當注意仍不免發生損害時」作為免責之要件，和我國「選任受僱人及監督其職務之執行已盡相當之注意」或「縱加以相當之注意仍不免發生損害」二者之內涵可謂相類似。但儘管日本學說、實務上肯認均等法和相關指針能形塑部分之雇主職場環境配慮義務，實務上雖亦有成功舉證免責之例子¹²⁸，但並非如我國實務所肯認能透過盡到雇主防治性騷擾義務來免責。

128. 如橫濱性騷擾事件係以雇主無從知悉、京都性騷擾（呉服販売会社）事件和三重性騷擾（県厚生農業共同組合連合会）事件，皆係以員工偷拍行為和執行職務並無關連，作為雇主免責事由。

（二）雇主債務不履行責任之比較檢討

1. 制度背景之異同

首先相較於我國，日本法上並無相類似我國民法第 483 條之 1 之條文。取而代之的，則是實務上所發展出之「安全配慮義務」，而學說上對於安全配慮義務概念之討論，亦聚焦在其和德國民法第 618 條之差異性¹²⁹。隨後在京都性騷擾（絲綢販賣公司）判決開始，實務上更發展出「職場環境配慮義務」來規範職場性騷擾之相關問題。

其次，日本法上關於安全配慮義務和職場環境配慮義務之關係，學說上提及者甚少，有表示意見者，則認為雇主在受領勞工提供勞務之際，也負有應考量勞工之利益誠實受領勞務之義務（換言之，也就是配慮義務，此義務之一部分，即是雇主在勞工提供勞務時，應確保維持包含健康、安全等在內之良好職場環境配慮義務，此義務之型態之一，如著眼於履行勞務之過程中生命、身體之安全，即是所謂之「安全配慮義務¹³⁰」。同樣地，性騷擾防治義務，即防止、保護勞工之勞動條件、環境免於受性騷擾侵害之義務，此義務也是職場環境配慮義務之型態之一。但日本實務上，對於二者之關係則沒有詳細之說明，同時亦沒有性騷擾防治義務一詞之出現，取而代之的，則是以職場環境配慮義務作為追究雇主職場性騷擾責任之依據。

2. 損害賠償法律效果之異同

關於構成債務不履行後之法律效果，損害賠償請求權方面，鑒於我國民法第 487 條之 1 學說上多認為是無過失責任，因此不論雇主是否可歸責皆須負責，如在雇主可歸責之情形，除了亦構成民法第 227 條外，尚可依民法第 227 條之 1 準用侵權行為法之規定請求非財產上之損害賠償。至於實務上，對於民法第 487 條之 1 適用上則有寬嚴不一之標準。相對於我國，日本並無我國民法第 487 條之 1 之規定，因此仍回歸一般債務不履行之可歸責處理方式。

129. 關於此點，可參張國璽，日本安全配慮義務法理之形成與發展－兼論我國民法第四八三條之一之規定，第三章有詳細之介紹，台灣大學法律學研究所，2005年。

130. 如水谷英夫，同註83文，頁411-412。

3. 義務範圍之異同

首先，學說上大多肯認民法第 483 條之 1 保護照顧義務包含本法所課予雇主之性騷擾防治義務，但本法課予之義務係公法上之義務，而民法第 483 條之 1，雇主所負的是契約上之義務，二者義務之範圍、內涵等是否相當，學說上皆無進一步之說明。實務見解則有肯認本法作為保護照顧義務之內涵，但關於義務之範圍僅限於法條上所闡釋之「必要之預防措施」，而其內涵從判決脈絡推敲，除了本法第 13 條第 1 項外，並無具體之說明¹³¹。

相較於我國義務範圍之不明確，日本方面，儘管學說上有提及均等法是公法上義務，不能直接和民法上之契約義務等同視之¹³²。但從現行實務之發展、防止工作場所性騷擾之目的¹³³，均等法和指針關於配慮義務之內容和雇主契約義務相當雷同，極具參考之價值。

因此，日本現行對於雇主契約義務之範圍，由於並無相關成文法之規定，而是透過實務和均等法去形塑。但發展之結果則和均等法規範之義務有高度相似性。但值得注意的是，學說上有認為均等法上所規定之相關措施是基本、例示的規定，因此須視實際個案，來特定、明確雇主之義務¹³⁴。儘管目前對於雇主契約義務之範圍似仍具有不確定性之問題，但至少透過實務和均等法已經給予雇主最低限度之義務範圍可供遵循。

五、結論

（一）民法和性別工作平等法雇主侵權行為責任界線不明

我國雇主侵權行為責任因本法和民法皆有規範之故，體系上如何整合即相當重要，從本文觀察實務見解之結果，在被害人追究雇主工作場所性騷擾侵權行為責任時，往往以民法第 184 條第 2 項、民法第 188 條第 1 項、民法第 195 條、本法第 27 條第 1 項、本法第 28 條、本法第 29 條作為請求權基礎，且在個案中交錯併同主張，而法院在判

131. 相關實務見解可參，新北地院96年訴字第774號判決、臺北地院101年勞訴字第126號判決。

132. 奧山明良，同註78文，頁273；山崎文夫，同註88文，頁275。

133. 奧山明良，同前註文，頁273。

134. 奧山明良，同註78文，頁285-286。

斷理由中亦無釐清上開請求權基礎間之關係，導致本法第 27 條第 1 項既係參考民法第 188 條第 1 項所制訂，在二者要件有其相似性下，無法區辨出差異性。

（二）雇主侵權行為注意義務不明確

雇主侵權行為責任在本法第 27 條實務上認為是特殊侵權行為之情形下，其和第 28 條雇主所負之義務內涵以及民法侵權行為上注意義務之關係是否相同，實務上亦未見說明，如此一來對於雇主而言將難以預防，對於被害人亦難以舉證，實屬不利。

（三）侵權行為舉證免責範圍不明確

本法第 28 條和本法第 27 條第 1 項相同，亦有舉證免責範圍不明之問題。據本文之研究結果，目前實務上僅肯認在雇主不知悉和盡到立即有效補救措施時方可免責，但誠如前述，知悉和立即有效補救措施，目前實務上皆有判斷標準不明確之問題，在現今雇主被課予較大義務之同時，為平衡雇主之責任，似亦應考量雇主是否有其餘之免責抗辯存在。

（四）雇主契約義務不明確

雇主和受僱人在訂定僱傭契約時，雙方除了互負給付報酬和提供勞務之主給付義務外，尚有基於誠信原則所生之附隨義務。而實務上依民法第 483 條之 1，雇主對於受僱人負有基於附隨義務所生之保護照顧義務，且根據本文之研究結果，在發生工作場所性騷擾時，實務上皆肯認受僱人得依契約向雇主張債務不履行之責任。但附隨義務既是基於誠信原則所生，則其義務範圍如無明確界定，勢必產生雇主責任無限擴張、不確定等問題。又依本文之觀察，雖然實務上並沒有進一步說明工作場所性騷擾在保護照顧義務中之地位，但似有將本法所課予雇主之義務作為雇主保護照顧義務之一環，而雇主之義務範圍更涉及到後續違反時之法律效果等問題，實有釐清之必要。

（五）契約義務舉證免責範圍不明確

在雇主基於僱傭契約之附隨義務而負有民法第 483 條之 1 保護照顧義務之現況下，從契約義務之法理觀之，原則上雇主僅在可歸責時方負債務不履行之責任，而從舉證責任之角度，雇主舉證其不可歸責時即可免責。又據本文之觀察，現行實務見解尚未針對雇主舉證免責表示過意見，且在現今雇主保護照顧義務範圍不明確之情況下，雇主欲舉證其盡到保護照顧義務進而免責似乎難上加難。又除了上開盡到保護照顧義務外，是否還具有其他之免責事由，關乎雇主責任之成立與否，對於雇主或被害人而言皆有其重要性，值得釐清。

（六）建構雇主性騷擾防治義務

首先關於雇主之民事責任不論在侵權行為或是契約責任上皆有義務範圍不明確之問題。但二者仍有本質上之差異，侵權行為法理之重點在於，雇主基於法律等負有作為義務，而其不作為對於產生法益侵害之結果間具有不法性。而債務不履行之法理則在於，雇主基於誠信原則所生之義務對於惡化之職場環境負有改善之義務而不為，對於工作場所性騷擾之發生具有可歸責性。

然根據本文之研究結果，初步觀之，無論是基於本法第 27 條第 1 項或第 28 條雇主性騷擾防治義務，抑或是基於契約所生之保護照顧義務，在實務之發展上皆緊貼著本法和工作準則所揭示之義務內容。此點和日本之發展具有高度相似性，因此本文認為，現行實務見解仍在萌芽之際，應可參考日本學說上將均等法和指針作為雇主職場配慮義務基本內容之作法，將我國工作準則之內容作為雇主性騷擾防治義務和保護照顧義務之基本架構，將之區分為事前措施義務和事後措施義務，以期雇主得以有所預見，達到本法對於工作場所性騷擾預防勝於治療之立法目的。並以侵權行為和債務不履行作為受害者之救濟手段，後續再視實務發展予以調整。

最後，礙於篇幅，本文僅先就雇主防治性騷擾義務之範圍作一初步的介紹和整合，其餘問題諸如本法第 27 條和第 28 條之要件解釋、二者之關係、和民法侵權行為之適用、侵權和契約關係之互動關係（時效、舉證責任等）、慰撫金普遍偏低（幾乎不超過 10 萬元）等問題，皆有深入釐清之必要。

參考文獻

中文資料（以作者姓氏筆劃數排序）

一、專書

王澤鑑，侵權行為，增訂新版，2015年6月。

王澤鑑，債法原理，自版，2009年9月。

林誠二，民法債篇各論（中），瑞興出版，2008年4月。

侯岳宏，性別工作平等法判決與解釋令彙編，元照出版，2016年10月。

高鳳仙，性侵害及性騷擾之理論與實務，五南圖書，2016年3月。

高鳳仙，性暴力防治法規—性侵害、性騷擾及性交易相關問題，新學林，2005年7月。

郭玲惠，勞動契約法論，三民出版，2011年9月。

郭玲惠，兩性工作平等法理與判決之研究，五南圖書，2005年8月二版。

焦興鎧，性騷擾爭議新論，元照出版，2003年2月。

焦興鎧，向工作場所性騷擾問題宣戰，元照出版，2002年3月。

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，2009年2二版。

臺北大學法律學院勞動法研究中心主編，性別工作平等法精選判決評釋，元照出版，2014年9月。

劉春堂，民法債篇各論（中），自版，2011年11月。

鄭津津，性別工作平等法逐條釋義，五南出版，2016年12月。

二、期刊論文

林威成，性別工作平等法中敵意工作環境性騷擾相關問題之探討，萬國法律，第168期，2009年12月。

邱琦，工作場所性騷擾民事責任之研究，臺大法學論叢，第34卷第2期，2005年3月。

侯岳宏，性別工作平等法上職場性騷擾雇主之民事責任，月旦法學雜誌，第196期，2011年9月。

高鳳仙，性騷擾之行為人與僱用人民事賠償責任分析（下），萬國法律，第126期，2002年12月。

高鳳仙，性騷擾之行為人與僱用人民事賠償責任分析（上），萬國法律，第125期，2002年10月。

徐婉寧，民法第四八三條之一之研究，政大法學評論，第138期，2014年9月。

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。

焦興鎧，我國防治性騷擾法制之建構，法令月刊，第57卷第5期，2006年5月。

焦興鎧，醫療院所性騷擾問題在我國所引起之法律爭議——對我國法院長庚醫院一則相關案例判決之評析，月旦法學雜誌，第78期，2001年11月。

焦興鎧，工作場所性騷擾問題在我國之最新發展，律師雜誌，第242期，1999年11月。

鄭津津，美國工作場所性騷擾相關法制之研究，中正大學法學集刊，第1期，1998年7月。

劉志鵬，職場性騷擾之法律救濟——板橋地院96年度訴字第774號判決評釋，臺灣勞動法學會學報，第8期，2009年12月。

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，2002年4月。

劉志鵬，兩性工作平等法草案「整合版」所定職場性騷擾之研究——以日本法制為比較對象，月旦法學雜誌，第71期，2001年4月。

謝棋楠，工作場所性騷擾防治措施申訴及懲戒辦法訂定準則探討：美國法之經驗，法學新論，第22卷，2010年5月。

三、學位論文（以作者姓氏筆劃數排序）

張國璽，日本安全配慮義務法理之形成與發展—兼論我國民法第四八三條之一之規定，臺灣大學法律學研究所，2005年。

四、其他資料

GOOGLE搜尋以工作場所性騷擾為關鍵字<https://www.google.com.tw/search?q=%E5%B7%A5%E4%BD%9C%E5%A0%B4%E6%89%80%E6%80%A7%E9%A8%B7%E6%93%BE&btn=nws&ei=RPmIW50eBsIB8wXUwOL4Cg&start=20&sa=N&biw=1536&bih=710&pr=1.25>

TVBS新聞網<https://news.tvbs.com.tw/local/983907>

立法院法律系統，性別工作平等法異動條文及理由<http://lis.ly.gov.tw/lglawc/lawsingle?0054642D792800000000000000014000000004FFFFFFA00~03616103112100~00046001001>。

司法院法學資料搜尋系統

<http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>。

外文資料（以作者姓氏筆劃數排序）

一、專書

山崎文夫，セクシュアル・ハラスメント法理の諸展開，（信山社，2013年）。

山崎文夫，セクシュアル・ハラスメントの法理，（総合労働研究所，2000年）。

水谷英夫，セクシュアル・ハラスメントの実態と法理，（信山社，2001年）。

中窪裕也・野田進，労働法の世界（第12版），（有斐閣，2017年）。

吉川英一郎，職場におけるセクシュアル・ハラスメント問題，（雄松堂，2004年）。

西谷敏，労働法第2版，（日本評論社，2013年）。

西谷敏，労働法の基礎構造，（法律文化社，2016年）。

浅倉むつ子，雇用差別禁止法制の展望，（有斐閣，2016年）。

荒木尚志，労働法（第3版），（有斐閣，2016年）。

菅野和夫，労働法（第11版補正版），（弘文堂，2017年）。

二、期刊論文

ハラスメント判例研究会，ハラスメント判例ファイル，法律のひろば，第69巻第5期，2016年5月。

山川隆一，わが国におけるセクシュアル・ハラスメントの私法的救済，ジュリスト1097號，1996年9月。

奥山明良，在外日本企業とセクシュアル・ハラスメント問題，ジュリスト1097號，1996年9月。

三、其他資料

事業主が職場における性的な言動に起因する問題に関して雇用管理上講ずべき措置についての指針<http://www.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-11900000-Koyoukintoujidoukateikyoku/0000133451.pdf>。

労働安全衛生法http://homepage.ntu.edu.tw/~ycheng/index/PDF/occupational_diseases/Industrial%20Safety%20and%20Health%20Act—Japan.pdf。

女性就業支援バッグアップナビ

<http://joseishugyo.mhlw.go.jp/index.html>

社長のための労働相談マニュアル

<https://www.mykomon.biz/>

労働政策研究研修機構

<http://www.jil.go.jp/>

裁判所裁判例情報

http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/search1

全基連—公益社団法人全国労働基準関係団体連合会

<https://www.zenkiren.com/>

壹、臺北市府勞動局「第一屆性別工作平等論文徵選」入選論文

MEMO

壹、
第三篇



臺北市府勞動局「親職均等 臺北向前 -5F 愛家新觀念」宣導

貳、專家學者新視界

第一篇：工作場所性騷擾事件之調查及處理
以性別工作平等法之相關規定為探討重心

第二篇：性別工作平等促進就業措施之理論與實務分析
以近年修正之規定為核心

第三篇：上帝不僱用同志？雇主得否以宗教理由對同志
差別待遇？

第四篇：懷孕歧視案例之就歧行政認定與法理分析－
兼論我國法院近年實務案例

第一篇

工作場所性騷擾事件之調查及處理
以性別工作平等法之相關規定為探討重心

目 次

- (一) 序言
- (二) 性別工作平等法之相關法律規定
- (三) 雇主及相關當事人所應採取之作為
- (四) 工作場所性騷擾申訴案件之調查及處理
- (五) 調查時應注意事項
- (六) 結語

第一篇

工作場所性騷擾事件之調查及處理 以性別工作平等法之相關規定為探討重心

焦興鎧教授 / 中華勞資關係研究所所長

（一）序言

發生在工作場所之性騷擾事件，一直是我國長期關注之社會議題，而在婦女團體之努力推動下，早在 2002 年制定之兩性工作平等法（現已更名為性別工作平等法，以下簡稱本法）第 2 章中，即曾效法美國之經驗，除課雇主以事先預防及事後處理之法律義務外，並責令僱用 30 人以上之事業單位，應設置處理此類紛爭之內部申訴機制，俾便對相關當事人及證人進行調查訪談，藉以尋求讓當事人滿意之解決之道，至於如當事人對雇主透過內部申訴機制之處理結果不服，則可向各縣市政府及行政院勞工委員會（現已升格為勞動部）之性別工作平等會提出審議之請求。嗣後，在 2004 年制定之性別平等教育法中，也規定各級學校應設置性別平等教育委員會，並在第 4 章中亦建構此類之內部申訴機制，希望以同樣之方式來處理發生在校園內之性騷擾事件。至於在 2005 年制定並自 2006 年實施之性騷擾防治法中，則是在各直轄市及縣市政府設置性騷擾防治委員會，以較正式之外部申訴機制，來處理發生在軍中、公共場所、專業服務及一般服務之此類事件。事實上，根據個人調查近 242 件此類申訴案件（包括工作場所、校園及其他場域）之經驗，透過這兩種內部及外部申訴機制之交互使用，如運用得宜的話，確能對此類事件發揮一定之止紛解爭效果。

本文之目的，是希望對我國所建構之防治工作場所性騷擾法制，做一簡要之說明，並提及相關當事人所應採取之具體作為，然後再剖析在從事此類事件之調查處理時所應注意之事項。除序言及結語外，全文之內容共分四個部分：第一部分先探討本法之主要內容，包括：工作場所性騷擾之定義與重要類型，以及雇主所應負擔之事先防範與事後處理之法律責任。此外，也會分析雇主與行為人所應負之損害賠償責任，以及雇主如能證明確已妥善處理後所能主張之民事免責抗辯。同時，也對前述內部及外部申訴機制之運作加以說明，最後則是有關對違反規定雇主之罰則等。第二部分則是分別對雇主及受僱者所應採取之作為加以分析，藉以收事先預防及事後妥善處理之效。第三部分是本文之重心所在，主要根據個人處理近 180 件涉及工作場所性騷擾事件之經驗，來探討究應如何從事此類事件之實際調查，以及協助雇主做善後之處理。一般而言，由於每一個申訴案件之案情不一，並無一定之準則可循，但只要有工作經驗並通曉一般人情世故，其實並無需太多之專業技能，即足以勝任愉快。第四部分則是提及實際調查時應注意之事項，包括：調查之原則及技巧、相關之倫理議題、調查報告之製作及其他應注意事項等，藉以讓此類工作得以順利進行，除希望能發現事實外，更重要的是協助當事人找出最適合之解決之道，而避免衍生更多之爭議。

（二）性別工作平等法之相關規定

目前，我國規範發生在職場上性騷擾事件最主要之法律依據，當屬前述性別工作平等法之相關規定，雖然本法第 3 章有關性騷擾之防治僅有兩條實體性之條文，但連同程序性及其他部分之條款，則有 11 條條文之多，足見所受重視之程度，而這些條文之內容，大體可細分為下列五項：首先在定義部分，本法在第 12 條將此類行為區分為兩大類型：「敵意工作環境性騷擾」是指任何人在受僱者執行職務時，以性要求、具有性意味或性別歧視之言詞或行為，對其造成敵意性、脅迫性或冒犯性之工作環境，致侵犯或干擾其人格尊嚴、人身自由或影響其工作表現。「交換性騷擾」則是指雇主對受僱者或求職者為明示或暗示之性要求、具有性意味或性別歧視之言詞或行為，作為勞務契約成立、存續、變更或分發、配置、報酬、考績、陞遷、降調、獎懲之交換條件。其次是有關雇主之防治責任之規定，可區分為一般防治及設置企業內部處理機制兩種。

前者是指第 13 條第 1 項前段所稱雇主應事先防治此類行為發生，以及同條第 2 項所稱雇主在知悉此類事件後所應採取之立即有效糾正及補救措施。後者則是特別指第 13 條第 1 項後段所稱僱用受僱者 30 人以上之雇主，應訂定防治性騷擾措施、申訴及懲戒辦法，並在工作場所公開揭示。

此外，本法亦訂有詳盡之損害賠償規定，大體可區分為三種情形。一是如受僱者或求職者遭受敵意工作環境或交換性騷擾而受有損害，則根據第 27 條之規定，應由雇主及行為人連帶負損害賠償責任，但雇主亦得提出所謂「免責抗辯」，也就是如能證明其已遵行本法所定之各種防治規定，且對該事情之發生已盡力防止仍不免發生者，即不必負賠償責任，惟如被害人依此一規定無法受償時，法院仍得因其聲請，在斟酌雇主與其之經濟情況後，令雇主為全部或一部之損害賠償。此外，同條復規定雇主賠償損害後，對性騷擾之行為人有求償權。另一則是雇主未能在此類事件發生後採取立即有效之糾正及補救措施，致使受僱者及求職者受有損害之情形，雇主亦應負賠償責任。第三則是第 29 條所指稱之非財產損害賠償及回復名譽之請求權。至於這類損害賠償請求權之時效期間，第三十條則規定自請求權人知有損害及賠償義務人時起 2 年間不行使而消滅，自有性騷擾行為時起逾 10 年者亦同。

為鼓勵此類事件被害人勇於主動舉發，而讓雇主得以知悉並迅速處理，本法也訂有事業單位內部及外部之申訴制度。在前者之情形，是指第 13 條第 1 項後段之內部處理機制，至於外部申訴制度則是指受僱者及求職者得依第 34 條向地方主管機關提出申訴，如對其處分有異議時，則得向中央主管機關之性別工作平等會申請審議，或逕行提起訴願。如對其處分仍有異議時，則得提起訴願或進行行政訴訟。最後在罰則部分，本法第 38 條之 1 對違反相關規定之雇主，亦設有科處新臺幣 10 萬元以上 50 萬元以下罰鍰之規定。至於雇主所可能觸犯本法之情形，則共有以下數端：第一是僱用員工 30 人以上者未能訂定性騷擾防治措施、申訴及懲戒辦法，並在工作場所公開揭示。第二是在知悉此類事件發生後未能採取立即有效之糾正及補救措施者；第三則是有本法第 36 條所規定對提出或協助他人申訴之受僱者採取報復不利處分者。

（三）雇主及相關當事人所應採取之作為

本法既課雇主事先防範及事後處理工作場所性騷擾事件之法律責任，而在勞動部所公布之工作場所性騷擾防治措施、申訴及懲戒訂定準則中，又對雇主所應採取之各項相關措施做出明確之規定，從而，雇主即應採下列之對策，藉以防杜此類事件發生，或即使因此而被受僱者或求職者向性別工作平等會提出申訴或向法院提出訴訟，亦得主張免責之抗辯。

- (1) 發布一項書面之禁止工作場所性騷擾事件之政策聲明，明確禁止在工作場所任何形態之性騷擾行為，並強調處理這類事件絕不寬貸之嚴正立場，而且要讓所有員工均能週知。
- (2) 加強管理監督者在這方面之教育，使他（她）們能成為迅速處理這類事件之專業人員，而且也能提高警覺，及早向經理部門或雇主報告反映工作場所不恰當之言行。同時，並應防範這些人員本身觸犯性騷擾行為，以避免負擔連帶之法律責任。此外，對一般受僱者也應施以相關訓練，以加強其對此類問題之認知，不但能避免此類行為之侵害，也不致成為此類事件之加害人。
- (3) 制定一套正式之申訴程序，俾便讓所有受僱者均能利用此一內部申訴管道提出投訴，但對那些被管理監督者所性騷擾之受僱者，則應另闢一替代性申訴管道。至於規模較小之事業單位，則可考慮設置非正式之申訴管道，以其發揮更大效應。
- (4) 對這種正式申訴進行迅速、客觀、完整而保守機密之調查，而且還要特別注意程序之公平性及當事人隱私權之保障，以避免讓當事人遭到二度傷害，或甚至嗣後有被控誹謗或妨害名譽訟爭之危險。

(5) 在調查程序結束後，應對結果採取合適之行動，如確有這種情事發生，則應對被害人儘速給予補償，並嚴防此類事件再度發生或有報復之情形，而對觸犯者則應依情節之嚴重情況，給予不同等級之懲戒處分，但對誣陷或挾怨報復之情形，也應明確加以處理。

至於在受僱者本身，平時則應注意衣著、行為及舉止之適度合宜，避免給可能騷擾者任何可乘之機（如單獨相處、共同餐飲、要求或給予小惠等）；在公事與私事間要有明確分際界限。在遭遇性騷擾行為侵害時，應相信自己之直覺並尋求可靠情緒上支持，而且應嚴正向騷擾者表達直接拒絕之立場；或要求騷擾者立即停止該項行為，這種表達方式或可當面以言詞或行為抗議，亦可以簡單書面為之，切勿逃避或漠視，致使事件演變更形惡化。受僱者如希望提出正式申訴或甚至採取法行行為，尚應將每次騷擾事件詳加記錄，以作舉證之用，並向其他同事或離職者蒐集相關證據。在最嚴重之情況，應運用事業單位之內部申訴管道提出申訴，或向所屬工會提出訴求，或透過婦女團體及其他公益社團尋求援助，目前這些團體都設有熱線電話，由經過訓練之專人提供諮詢服務。此外，亦可向各縣市政府所成立之就業歧視評議委員會或性別工作平等會提出就業上性別歧視之申訴，甚至採取必要之法律行動。

（四）工作場所性騷擾申訴案件之調查及處理

根據個人調查處理近 180 件屬於工作場所性騷擾申訴案件之經驗，在從事此類事件之實際調查及協助雇主做善後之處理時，大體可分為下列幾個階段來進行，但因每一個申訴案件之案情通常不一 (fact-intensive)，故並無一定準則可以遵循，然以下之說明大體應可足以涵蓋。

（1）初步之調查

事業單位在接獲被害受僱者這類控訴時，應先採取初步之調查措施，而在進行這類調查工作時，通常應注意下列之事項：

- (a) 對任何這類事件之控訴，都應以嚴肅之態度來加以處理，切不可掉以輕心。
- (b) 以專業之態度來與提出這類申訴者面談，並使其感覺沒有遭到任何壓力。
- (c) 儘量搜集相關之事實，不要急於做成判斷。
- (d) 對「何人」、「何事」、「何時」、「何地」、「為何」、「如何」等問題詳加詢問。
同時，並應詢問提出申訴者是否擔心被挾怨報復，以及她（他）們希望事業單位應如何解決該項問題。

(2) 進一步之調查

如果經前述之初步調查，認為確有這類事件發生，或事態確屬嚴重，則事業單位在決定做更進一步深入調查後，還應特別注意下列之事項：

- (a) 向提出申訴者提出說明，指出性騷擾事件是嚴重違反事業單位相關規定之行為，而公司會在整個事件做成任何決定前，從事一項深入而全面之調查，同時，並應保證提出申訴者不會因提出這種申訴而遭到報復。
- (b) 告知提出申訴者其所應享有之權利，包括根據相關法律規定，提出其他正式申訴之管道，以及事業單位本身可資運用之內部申訴管道。
- (c) 從事一項完整而迅速之調查，最好在接獲這類申訴後立即採取行動，因為在這方面延誤遲疑，不但給提出申訴者一種不受重視之感覺，而且也使證人證詞之可靠性變得更無法確認。
- (d) 雖然有些申訴表面上顯得微不足道，但仍應在證明申訴無法成立前，慎重加以處理。
- (e) 即使無法在完全保密之情況下進行調查，也應告知所有相關者謹守秘密，否則將科以懲戒處分。
- (f) 對相關調查資料均應妥善保管，對事業單位內部得以取得這類資料之人數嚴加控制，並不應對證人做不必要之公開。
- (g) 如果有數個相同之控訴提出，應分開各別加以處理。
- (h) 在與證人討論案情時，應確保訪談內容不會洩露給無關之第三者知悉，如果無法確保證人之保密能力時，更須謹慎行事。

(i) 為避免嗣後發生誹謗或妨害名譽等訴訟糾紛，應避免引用特定事件做為事業單位相關訓練教材或案例說明之用。

(3) 調查訪談時應注意事項

在正式調查過程中，往往必須與相關人員訪談，而由於這類訪談之對象不同，因此應分別處理，而其所應注意之事項也有所區別，一般而言，這類訪談共有四種情形，現分述如下：

(a) 在對提出申訴者加以訪談之情形：

(i) 仔細觀察申請人是否符合所謂「合理被害人」(reasonable victim) 之情形。

(ii) 設法找出所指控性騷擾事件之特別細節部分。

(iii) 設法找出發生事件之地點及時間。

(iv) 設法決定該騷擾行為對提出申訴者所產生之負面影響。

(v) 設法決定被控從事性騷擾活動者對提出申訴者以外之受僱者，是否也會採取相同之行動。

(vi) 準備一項詳盡之事件發生經過記錄，以瞭解整個事件之來龍去脈。

(vii) 設法找出提出申訴者所希望之處理方式。

(b) 在對被控從事騷擾活動者（被申訴人）加以訪談之情形：

(i) 仔細觀察被申訴人之人格特質。

(ii) 設法獲得被控從事騷擾活動者一項聲明。

(iii) 認明被控從事騷擾活動者與提出申訴者間之關係。

(iv) 如果被控從事騷擾活動者是具有管理監督權能者，應確定其職稱及職責。

(v) 設法決定被控從事騷擾者對提出申訴者是否有指揮或做成僱用決定（如任用、開革或晉升）等之權能。

(vi) 仔細注意被控從事騷擾活動者對所提申訴之初步反應。

(c) 在對被控從事騷擾活動者之上司加以訪談之情形：

(i) 設法瞭解該上司是否知曉性騷擾事件兩造間之關係。

- (ii) 知悉提出申訴者是否在先前曾提出類似事件之報告。
- (iii) 設法決定該上司是否知曉該類事件確曾發生，並找出相關之文件（如信函、報告或聲明等）。
- (d) 在對相關證人加以訪談之情形：
 - (i) 仔細觀察證人是否符合所謂「合理個人」（reasonable person）之情形。
 - (ii) 設法由證人中得到支持或否認申訴者所提出指控之聲明。
 - (iii) 向證人擔保他（她）們之合作是相當重要，所提出之證詞將會保密處理，同時，他（她）們將不會因此而被報復。
 - (iv) 對熱心挺身而出之證人，應給予鼓勵，但也應注意與申訴人有無「串供」之可能。

(4) 調查後之處理

在經過調查後，雇主應將結果通知提出申訴者及被控從事性騷擾活動者，一般而言，通常會有三種處理方式：

- (a) 如果證據顯示指控無法成立，雇主應將調查結果告知兩造當事人，同時並應重申其反對性騷擾之立場，而且還應通知提出申訴者另提供其他相關資訊，並對任何進一步證據加以調查。如能證明提出申訴者確有惡意誣陷之情形，則亦應對其科以適當之懲處。
- (b) 如果調查結果並不能確定究竟有無這類事件發生，則雇主仍應將調查結果通知兩造當事人，並重申其反對性騷擾之立場，此外，他還應與被控從事性騷擾活動者共同審查事業單位相關之禁止性騷擾政策，且要將此一事實通知提出申訴者。
- (c) 如果調查結果發現性騷擾之控訴確足以成立，則雇主即應採取各種合宜之補正措施（其詳後述）。

(5) 對行為人之懲戒

如果經過調查後，證實確有性騷擾事件發生，則雇主可視加害人所觸犯性騷擾形態及情節之嚴重性如何，對觸犯此項行為者科以懲處，一般而言，各事業單位

對這種懲戒都是採用漸進之方式處理，而所採用之懲戒措施則包括：

(a) 對初犯或情節輕微之行為，通常都是給予口頭或書面譴責，而這些書面譴責都會存放在騷擾者之人事資料中一定期間（通常是一年至兩年），如果在嗣後並無再犯之情形，則這些書面資將會被移去。

(b) 對情節較嚴重之犯行，通常是給予書面譴責，並予以停職停薪或降調之處分。

(c) 對所謂交換性騷擾，或情節極端嚴重之敵意工作環境性騷擾，通常都會給予革職之處分。

除上述懲戒措施外，雇主在給予懲戒處分時，還有四種情況值得做進一步之探討；

(a) 在情節輕微之行為，可命被控騷擾者以書面向被害人保證將不會再有類似情形發生，並警告若有再犯之情形，則將會給予更嚴厲之處分，或甚至加以革職。

(b) 在做成調職之處分時，應是加害人被調職，而非被害人，即使必須調動被害人，其職位及一切薪資福利津貼等，都不應減少，以免有因此反而遭到犧牲之嫌。

(c) 為避免被革職者挾怨報復而提起誹謗或妨害名譽之訴，對整個處理程序之公正性及保密性均應注意。雖然有些美國公司會提供心理諮詢服務，但由於費用昂貴，是否可取，尚有待斟酌。也有某些公司要求騷擾者自動辭職離去，並允諾在其人事資料上不附加任何記錄，但這種做法對被害人並不公平，而且也會助長加害人到其他事業單位再犯之可能性。

(d) 為避免同樣事件再度發生或有事後報復之情形，應進行事後追蹤考核監督，以確保所採取之懲戒措施能有效執行。

(6) 對被害人之補償（或補救）

至於在確定提出申訴人確曾遭到性騷擾活動侵犯後，雇主則應採取下列措施，來彌補被害人所遭受之損失：

(a) 在所謂交換性騷擾之情形，被害人應可得到積欠工資、可得而未能得到之職位、晉升、工資或其他應得之利益。

(b) 在敵意工作環境性騷擾之情形，雇主應主動保證同樣事件將不會再發生，同時，

並應從事各種後續性之調查，以擔保事件不會重演，或提出控訴者不致因此遭到報復。

(c) 對情節嚴重事件受害人給予專業性之心理諮詢治療，並由雇主負擔一切費用。此外，雇主還應向所有員工重申該事業單位禁止工作場所性騷擾事件之政策措施，但為避免不必要之妨害名譽訟爭，應切忌指名道姓將整個事件之當事人（尤其是被控性騷擾者）做不必要之曝光。

(7) 其他之相關作為

除前述之各項措施外，雇主或事業單位還可以採取下列之補助性做法，以求防範更為週全：

(a) 利用受僱者離職時，舉辦離職面談，藉以發掘其辭職他去之原因是否是由於性騷擾事件壓力之緣故，如果發現確有此種情形發生，應勸服其繼續留任，直到整個事件已完全解決為止，如此不但可設法解決現存而未被公開之問題，而且也可避免離職者在嗣後提起不當解雇訴訟之虞。

(b) 設立檢舉這類事件之電話熱線或建議信箱，以設法早期發掘事實，雖然對匿名檢舉原則上不應受理，但仍不失為一發現真相之「預警制度」。

(c) 經常巡視工作場所，藉以發現員工是否有陳列冒犯性掛圖、月曆或文字，以及是否有使用冒犯性語言或其他開性方面之玩笑之情形。

(d) 追查任何受僱者有關性騷擾之謠言及閒談，如果同一主角重複多次出現，即應主動介入進行相關之調查，並將訪談結果逐次紀錄列管，以為未來證明確有採取一定作為之證據。

(五) 調查時應注意事項

本文此一部分首先分析進行這類調查時所應遵守之原則及運用之技巧，然後再討論這類申訴案件調查及處理時所涉及之倫理議題，而由於此類調查報告往往是主管機關作成懲處加害人之重要依據，因此對其製作時所應遵守之格式等，也將加以

說明，最後，此一部份也會對某些其他應注意之事項一併加以提及。

(1) 調查之原則與技巧

一般而言，根據本法調查相關性騷擾案件所累積之經驗顯示，在進行此類事件之調查時，調查人員均應遵守下列之幾項原則：首先，是保密之原則，也就是應採取不公開之方式進行，藉以保護當事人之隱私及其他人格權益，且對當事人之姓名及其他足以辨識身分之資料，均應予以保密，尤其在目前我國媒體處理此類事件尚未具專業水準之前，調查人員在調查過程中，更應絕對避免與其有任何之接觸，以免因洩密而受罰。至於對當事人保密之程度，以個人之經驗觀察，在事實上並沒有辦法做到絕對保密之地步，但仍應盡力加以維護。其次，是公平對待之原則，也就是無論是加害人之行為如何令人深惡痛絕，在程序之公平上絕對要嚴格遵守，而給予充分陳述之機會。同時，也不要因被害人之情緒反應，而有過份屈從其意志之行為，一切以人證及物證為準。至於本法訂定準則中雖未規定自行迴避之條款，但也應確實遵循。最後，是專業之原則，也就是要避免詢問查訪與本案無關之事務，由於性騷擾事件涉及個人隱私之處頗多，尤其對被害人身心不利影響甚鉅，為避免被害人情緒起伏過大而產生反感，對已明確陳述之事實或不必要之部分，應避免重複詢問，且在當事人或證人有權力不對等之情形時，也應避免當面對質。

至於在調查技巧方面，雖因調查對象不同而略有差別，但在進行這類調查而進行訪談時，調查人員在進行調查時，通常都應注意下列之原則：第一，對任何這類事件之申訴，均應以嚴肅之態度來面對處理，切不可掉以輕心。第二，要以專業之態度來與當事人面談，並使其感覺沒有遭到任何壓力。第三，盡量利用訪談之機會蒐集相關之事實，而不要急於做成判斷，尤其不要有一般刻板化先入為主之觀念。第四，對前述之「何人」、「何事」、「何時」、「何地」、「如何」等問題詳加詢問。同時，並應詢問申訴人是否擔心被挾怨報復，以及希望應如何解決這項爭議。在經過詢問後，如認為確有性騷擾事件發生，則應更進一步深入調查，此時，調查人員即應注意到下列事項：第一，向申訴人提出說明，指出性騷擾事件是嚴重違反加害人所屬單位之行為，僱用人或單位

負責人在整個事件做成決定前，會從事一項深入而全面之調查，同時，並應向申請人明確說明提出申訴人不會因此遭到任何不利之對待。第二，要告知申訴人所應享有之權利，包括根據相關法規提起其他正式申訴之管道等。第三，應立即從事一項完整而迅速之調查，最好在接獲申訴後立刻採取行動，因為任何延誤遲緩之舉，不但會讓申訴人覺得不受重視，而且也會使相關證人之可靠性變得無法確認。第四，雖然有些申訴在表面上顯得微不足道，但仍應在申訴確定無法證明成立前，慎重加以處理。第五，即便無法在完全保密之情況下進行調查，也應告知所有當事人均應謹守秘密，否則則科以懲戒處分。第六，對相關調查資料均應妥善保存，對所屬單位內部得以取得這類資料之人數嚴加控管，並不應對證人做不必要之公開。第八，在與相關證人討論案情時，應確保訪談內容不致洩漏給不相干之第三者，如無法確保證人之保密能力時，則更需謹慎行事。

一般而言，在調查過程中，都必須進行訪談，而由於訪談之對象各有不同，因此，即應分開處理。首先，在對申訴人加以訪談時，應注意下列之情形：第一，應設法找出所指控性騷擾事件之特別細節部分。第二，應設法找出性騷擾行為對申訴人所造成之各項負面影響。第三，應準備一項詳盡之事件發生經過記錄，以期瞭解整個事件之來龍去脈。第四，應設法找出相關之人證及物證。第五，應設法找出申訴人所希望之事務。其次，在對被控性騷擾者加以訪談時，則應注意下列之情形：第一，設法取得被控性騷擾者在訪談出席記錄上簽名，俾便證明確曾參與訪談。第二，設法釐清性騷擾事件雙方當事人間之關係。第三，仔細注意被控性騷擾者對所提申訴之初步反應，尤其是其眼神及肢體語言。第四，在被訪談人之陳述離題太遠或刻意閃爍其辭時，應適時加以打斷，並立刻回到原問話內容。第五，在訪談過程前徵得被控性騷擾者之同意後，應全程錄音，並避免有中斷之情形。第六，即便在證據已相當明確之情形，並不應做出「價值判斷」，而對被控性騷擾者有任何情緒性之用語。最後，在對證人加以訪談時，由於通常在此類事件中願意挺身而出做證者極為難得，除應查明與當事人間之關係外，還要擔保其合作是相當重要的，所提出證詞將會盡量保密處理，此外，也要告知他（她）們受本法所保障之權利。

(2) 倫理議題

除前述之保密原則外，根據我國其他防治性騷擾之相關法規，對調查人員還另訂有迴避之條款，在從事工作場域此類事件之調查時，亦有一定之參考價值。舉例而言，如調查人員本人或其配偶、前配偶、四親等之血親或三親等之姻親，或曾有此關係者為性騷擾事件之當事人時；或調查人員或其配偶、前配偶，就該性騷擾事件與當事人有共同權利人或共同義務人關係者；或調查人員現為或曾為該當事件之代理人或輔佐人者；或調查人員在該性騷擾事件曾為證人或鑑定人者，則在調查過程中，均應自行迴避。此外，當事人亦得申請調查人員迴避。舉例而言，在調查人員有前述之情形而不自行迴避，或有具體事實足以認定其執行調查有偏頗之虞者，則當事人在為適當之釋明後，即自得申請該調查人員迴避。然而在這種情況下，被申請迴避之調查人員除可提出意見書加以說明外，在有急迫之情形，仍應為必要之處置，而並不是一定要停止調查工作。至於調查人員有前述情形而不自行迴避，而當事人亦未申請迴避時，則調查單位仍可命其迴避，以確保調查程序之公平。

事實上，在調查人員所應遵守之倫理規範中，最重要者莫過於是保密之義務。以個人過去從事此類調查工作近 20 年之經驗顯示，在曝光率較高之案件中，來自媒體之干擾確實相當難以應付，尤其是目前坊間專門報導所謂「八卦」新聞之雜誌或報紙，只要風聞有這類事件發生，即會無所不用其極取得相關人員之電話或地址，而以各種手段來設法加以探聽。由於這類人員並無性騷擾事件之處理應以「療傷止痛」為最高原則之認知，而且也不瞭解媒體應善盡社會責任之概念，因此，調查人員在處理相關案件之過程中，應切記千萬不得與媒體有任何之接觸，以免因疏忽而洩密，不但會影響及調查之公正性，甚至還會有觸法之可能，絕對不可掉以輕心。

此外，調查人員除在進行面談之場合外，與事件當事人完全不應有任何之接觸，如需任何之補充資料及說明，亦僅能透過申訴處理調查單位加以呈轉。根據個人之經驗，此類事件之被害人偶有在事後仍會設法與調查人員（尤其是來自單位外者）聯絡之情形，藉以表達謝意或抒發情緒，此時調查人員亦應保持相同之態度，即使被害人仍有身心狀況不穩定之情形，亦僅能轉告申訴處理單位提供必要之協助，而不應主動介入，以免節外生枝。至於調查人員嗣後在有從事學術或其他專業研究之必要，或為協助調查

單位編印訓練教材，而必須要引用相關之調查案件時，則應將當事人之姓名或其他足以辨識身分之資料等，以代號或其他方式加以取代或刪除，以避免嗣後衍生誹謗或妨害名譽之法律糾紛。

(3) 調查報告之製作

雖然在本法及相關訂定準則中，對調查報告之形式及內容等事項，並未作詳盡之規定，但根據個人之經驗，一份完整之調查報告，大體應包括下列幾項內容：首先是調查之法源根據，應依據不同之調查對象，分別列舉本法、施行細則及訂定準則之相關規定。其次是調查之過程，即依訪談時間之先後，說明分別訪談申訴人、被申訴人及相關證人之情形，其中所有接受詢問之當事人，均應以代號方式呈現。再者是申訴成立或不成立之主文及理由，其中理由之說明應客觀明確，不得使用任何情緒性或含價值判斷之字句。最後亦可視情況提出對當事人處遇之建議等。在此應注意者是，由於調查報告是認定性騷擾行為是否成立之最重要依據，因此，在作成前調查人員應審慎討論，並由具法律背景或曾受專業訓練者負責草擬，最好設法取得共識決，盡量避免有反對或不同意見在報告中出現，至於在真有歧見之情形，則可在嗣後之全體委員會中再作更深入討論，否則會滋生更多之爭端。

(4) 其他應注意事項

調查人員在此類爭端之處理上居於舉足輕重之地位，從而，對於性騷擾行為應有幾項基本認知，而要特別跳脫某些迷思。首先，被害人提出這類控訴，通常都是確曾發生，所謂「因愛生恨」、「挾怨報復」或有其他動機之情形，在職場雖偶會出現，但所佔之比例極微，而且一般只要經過詳細調查訪談後，通常都無法遁形。

其次，調查人員絕對不應有「責怪被害人」之刻板印象，例如認為某些穿著較為開放或言語較為前衛者，是在故意挑逗或誘使他人對他（她）們做出違反其意願之言行，或其容忍此類行為之尺度，可能要較一般人為寬。至於在加害人方面，由於觸犯此類行為者之人格特質等，通常並無一定模式可資判明，因此，任何人均有可能從事此類行

為，與他（她）們在事業單位內之地位與階級並無關聯，只要在一般之情況下，依據社會通念此類行為不應發生而仍然發生，就有違反本法之可能。從而，調查人員在調查時，所應側重者是行為之本身及結果，而非當事人之身分及動機等因素。事實上，即使是男女之間之追求行為，雖一方是出於愛慕之意，並無任何不當之動機，但只要另一方明確表達不歡迎之意思，而他方仍執意為之，即有構成性騷擾之可能。

再者，由於我國社會益趨多元化，因此，除一般最為常見之男性性騷擾女性之情形外，女性性騷擾男性或同性間性騷擾之事件也有可能偶會發生，調查人員都應以同樣之尺度標準來加以處理。在此較值得注意者是，本法在第 2 條對性騷擾加以立法定義時，特別將「性別有關之行為」列入，從而，因某位個人之性傾向或性癖好，而對其加以騷擾，即使並不以單純之性意涵為前提，也有構成觸犯此法之可能。舉例而言，故意辱罵同性戀者，或對較不符合主流性別者所做不禮貌之言行，即使行為人僅是不同意被害人之裝扮或言行等，而本身亦非同性戀者，但仍屬本法所稱之性騷擾。

最後，本法所處理性騷擾行為之被害人偶有未成年人之情形，調查人員在對這類當事人為訪談時，即應特別審慎。除在調查時應讓家長或監護人以輔佐人身份在場協助外，即使在有單獨接受訪談之必要時，最好亦應由曾受過專業訓練之調查人員（如律師或醫師等）來主導，以免衍生其他之後遺症。

（六）結語

隨著我國經濟快速成長，職業區隔之現象已逐漸消除，某些本是屬男性主導之職業，諸如軍隊、警察、法官、律師及建築業等已有相當數量之婦女投入參與，而某些原本以女性員工為絕大多數之職業，諸如護士、中小學教職、餐飲業及金融服務業等，也逐漸

有男性加入工作行列。在這種情形下，尋求不同性別者在工作場所之和諧相處，可說更具重要性。性騷擾在本質是一種性別歧視行為，它不但會對被害人本身、雇主、事業單位及整個社會產生負面影響，而且也與性別平等工作權之理念直接抵觸。目前，這類問題在我國已經因性別工作平等法之實施逐漸受到重視，而隨著性別意識之普遍覺醒，將來應如何徹底防杜這類事件發生或迅謀解決之道，實值得吾人密切加以關懷及注意。



臺北市政府勞動局 105 年度「職場型男奶爸 5F 育兒照片徵件活動」獲選照片

照片主題：Family

溫暖的家 / 鄭育宗爸爸與鄭又寧妹妹

第二篇

性別工作平等促進就業措施 之理論與實務分析 以近年修正之規定為核心

郭玲惠教授 / 國立臺北大學法律學系

壹、法源基礎

性別工作平等法第四章中將促進性別平等措施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（例如產假與安胎假）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，進而達到促進平等之目的。

不可否認地，該等促進就業平等措施，立法之初即有相當大之疑慮。首先各種假期之施行，特別是育嬰留職停薪與彈性工時制度等之施行，必須有較周密完善之配套規範，制度之落實無法單純藉由宣示性規範或以罰則方式達成，特別是受僱者經濟上之需求、如何與社會福利制度結合、如合幫助受僱者兼顧工作與家庭，並儘量與現有之相關法律融合，實為相當難解之問題。然不可否認地，優質的人力來自優質的家庭，母性之保護不僅僅是為女性受僱者之個人，亦為國家社會之共同需求，性別之保護除了產假、安胎假、生理假及陪產假之特殊需求外，亦不應有男女之差異，因此立法上仍將該等規定列入性別工作平等法。

一、一般性之保護

各種假期中分別針對男性與女性之不同需求，有生理假及陪產假之規定。女性受僱者常因生理期而造成身體上的不適，故於條文中明列生理假之規定：女性受僱者因生理日致工作有困難者，每月得請生理假一日，全年請假日數未逾三日，不併入病假計算，其餘日數併入病假計算。生理假薪資之計算，併入及不併入病假之生理假，薪資，減半發給。因此如該雇主一年給予病假三十日半薪，則三日半薪，另九日生理假併同病假亦得有三十日之半薪，超過部分則無薪資¹。如該受僱者整年除每月一日之生理假外，並無請其他病假，仍應視為全勤，發給全勤獎金。較困難者為如何請女性受僱者提供證明，一般之醫生證明往往不適用於生理假，或僅能由受僱者依誠信原則為之。

至於五日陪產假的規定，則是著眼於現代社會小家庭，配偶生產時乏人照顧提供情緒及精神的支持，同時讓受僱主能參與子女的誕生，103年性別工作平等法第15條第5項，將陪產假由三日延長為五日。但為了不該假期被濫用，故於施行細則第7條中規定，陪產假的請假日期，受僱者應於配偶分娩之當日及其前後之十五日期間內，擇其中之五日請假。前項期間如遇例假、紀念節日及依其他法令規定應放假之日，均包括在內，不另給假。不同於生理假，陪產假不與任何原有假期合併計算，同時是給予薪資，此點或可左證性別工作平等法實非僅在於保護女性受僱者，而是針對各個性別間之特殊需求作為一平等之保障。值得注意者，性別工作平等法之陪產乃陪伴民法所規定之配偶，對於未結婚者，似乎基於舉證之困難，並未納入考量。

二、特別針對母性需求

勞基法第五十條第一項規定，女工分娩前後，應停止工作，給予產假八星期；第二項規定，前項女工受僱在六個月以上者，停止工作期間工資照給；未滿六個月者減半發給。

性別工作平等法第十五條規定第1項規定，雇主於女性受僱者分娩前後，應使其停止工作，給予產假八星期；妊娠三個月以上流產者，應使其停止工作，給予產假四星

1. 勞動條4字第1040131594號函令。

期；妊娠兩個月以上未滿三個月流產者，應使其停止工作，給予產假一星期；妊娠未滿兩個月流產者，應使其停止工作，給予產假五日。本條有關於產假及流產假之規定，並不以請求者已婚為必要，同時不考量其流產原因，其所保護之法益是以該女性受僱者之生理需求，使其有充分之休息，因此受僱者僅須提供生產或流產之相關證明已足。另同條第三項及第四項規定，受僱者經醫師診斷需安胎休養者，其治療、照護或休養期間之請假及薪資計算，依相關法令之規定；受僱者妊娠期間，雇主應給予產檢假五日。

三、其他促進措施

1、育嬰留職停薪

性別工作平等法第十六條規定，受僱者任職滿六個月後，於每一子女滿三歲前，得申請育嬰留職停薪，期間至該子女滿三歲止，但不得逾二年。同時撫育子女二人以上者，其育嬰留職停薪期間應合併計算，最長以最幼子女受撫育二年為限。受僱者於育嬰留職停薪期間，得繼續參加原有之社會保險，原由雇主負擔之保險費，免予繳納；原由受僱者負擔之保險費，得遞延三年繳納。

又受僱者於育嬰留職停薪期滿後，申請復職時，依該法第 17 條規定，除有下列情形之一，並經主管機關同意者外，雇主不得拒絕：

- 一、歇業、虧損或業務緊縮者。
- 二、雇主依法變更組織、解散或轉讓者。
- 三、不可抗力暫停工作在一個月以上者。
- 四、業務性質變更，有減少受僱者之必要，又無適當工作可供安置者。

2、哺乳假與調整工作時間

性別工作平等法第十八條規定，子女未滿二歲須受僱者親自哺（集）乳者，除規定之休息時間外，雇主應每日另給哺（集）乳時間六十分鐘。受僱者於每日正常工作時間以外之延長工作時間達一小時以上者，雇主應給予哺（集）乳時間三十分鐘。前二項哺

（集）乳時間，視為工作時間。

值得肯定者，哺乳時間男性與女性受僱者皆可以請求，唯技術上必須男性受僱者將其嬰兒放置於工廠內或鄰近上班地點之托育中心，女性受僱者則可代之另請求擠乳時間，作為哺乳時間。

此條乃延續勞基法第五十二條之規定，提供受僱者額外時間撫育一歲以下子女。這條也引起雇主相當大的疑慮，因為這涉及空間安排、工作安全衛生的實際顧慮等，從安全衛生的角度而言，這項考慮也有其道理，因為職場若有安全衛生上的顧慮，除了雇主要努力改善外，有些作業環境是不利受僱者進行哺乳，因此性別工作平等法另規範僱用受僱者一百人以上之雇主，雇主必須設置哺乳室，使縱使只是單純將母乳取出儲存之受僱者，其隱私權能有較周全之保護。

此外第 19 條規定，受僱於僱用三十人以上雇主之受僱者，為撫育未滿三歲子女，得向雇主請求為下列二款事項之一：一、每天減少工作時間一小時；減少之工作時間，不得請求報酬。二、調整工作時間。一小時或調整工作時間，至於調整是否包含減少與彈性調整，則未明文規範。

3、家庭照顧假

性別工作平等法第二十條規定，受僱者於其家庭成員預防接種、發生嚴重之疾病或其他重大事故須親自照顧時，得請家庭照顧假；其請假日數併入事假計算，全年以七日為限。家庭照顧假薪資之計算，依各該事假規定辦理。

性別工作平等法第二十二條規定受僱者之配偶未就業者，不適用第十六條及第二十條之規定，換言之該配偶如得親自照顧家庭成員，實無給予家庭照顧假之需要，但如前文有正當理由者，不在此限。此外主管機關 104 年之函示²，指出有關「家庭成員」，為免過度限縮立法意旨，其屬民法第 1123 條規定之家屬或視為家屬者，亦屬之。

2. 勞動條 4 字第 1040132317 號函示。

4、育嬰托兒設施或措施

性別工作平等法第二十三條規定，僱用受僱者一百人³以上之雇主，應提供下列設施、措施：一、哺（集）乳室。二、托兒設施或適當之托兒措施。主管機關對於雇主設置哺（集）乳室、托兒設施或提供托兒措施，應給予經費補助。有關托兒設施、措施之設置標準及經費補助辦法，由中央主管機關會商有關機關定之。當然此規定考慮到托兒設施與事業單位之實際狀況，並不以托兒設施為限，雇主亦得與鄰近之托兒所或托育中心協議簽約，同樣達到促進就業之目的。值得探討者，「適當」托兒設施或措施之標準為何，如雇主雖有提供育嬰托兒措施，卻因其地點（例如僅設於總公司）、費用問題（如索取費用昂貴）或教學品質而無法受惠受僱者時，是否為適當之托兒措施或設施，而是否適當應由何人認定。不可否認地雇主提供托兒措施或設施之義務，雖是法律明文課以雇主之附隨義務，但似乎依現行實務上之見解，較難以強制之方式強制施行。惟主管機關自得藉由補助鼓勵之方式、各種申請案之考量（例如僱用外籍勞工之申請，考慮其是否有採取促進就業之各種措施），間接使雇主了解其重要性。

5、促進就業與差別待遇

雖然本章之各種促進就業措施並無直接強制規定，僅於該法第二十一條有受僱者請求時，雇主不得拒絕之規定，違反者將受到第 38 條之處罰以及公布姓名。

受僱者自得依本法行使相關權益；且如受僱者請求時，雇主不得視為缺勤而影響其全勤獎金、考績或為其他不利之處分。如雇主有不利處分，⁴致受僱者受有損害時，則依同法第二十六條，雇主應負賠償責任。

同時為使雇主提供育嬰托兒措施，依第二十三條有相關補助與獎勵之規定及授權，藉由鼓勵取代處罰。

3. 有關於本法之各種人數門檻之計算，是以公司之總人數併計。

4. 勞動條 4字第 1040130878 號函令。

貳、近年法令之修正

性別工作平等法自 2002 年公布施行後，已歷經十餘年。期間因應社會之變遷與法規之整合，有數次之修正，特別是名稱已有兩性工作平等法跨入性別工作平等之列。而近二年除配合懷孕婦女之實際需要於第 15 條加入安胎假外，因應僱用型態之多元化及法規執行上之困難，立法院於 103 年 5 月 30 日三讀通過，總統於 6 月 18 日公布性別工作平等法之修正。特別是近年興起之派遣僱用，要派公司與派遣公司責任之歸屬，迭有爭議，遂於第 3 條將雇主之定義擴大，規定：要派單位使用派遣勞工時，視為第八條、第九條、第十二條、第十三條、第十八條、第十九條及第三十六條規定之雇主。因此要派單位對於派遣勞工之福利教育訓練及不得有差別待遇，如派遣勞工遭受性騷擾時，要派單位亦應負有雇主責任。另外有關於技術生等，亦於第 2 條規定：雇主依勞動基準法規定招收之技術生及準用技術生規定者，除適用高級中等學校建教合作實施及建教生權益保障法規定之建教生外，亦適用之。又實習生於實習期間遭受性騷擾時，也有性別工作平等法之適用。

此外於該法第 3 條第 9 款為避免受僱者留職停薪是否復原職之爭議，特別修正加入：「復職：指回復受僱者申請育嬰留職停薪時之原有工作。」之規定。對於生理假之計算於第 14 條規定，則對於給予薪資有較明確之規範以及增加陪產假之日數外，另針對於懷孕期間有產檢之必要，於第 15 條第五項規定，受僱者妊娠期間，雇主應給予產檢假五日。並於第五項明定產檢假，薪資照給。另有關於留職停薪之受僱期間要求亦由一年第 16 條縮減為任職滿六個月。

此次修法最大之突破乃將收養子女之需求納入，於第 16 條第 3 項規定，依家事事件法、兒童及少年福利與權益保障法相關規定與收養兒童先行共同生活之受僱者，其共同生活期間得依第一項規定申請育嬰留職停薪。

有關於罰則部分則於第 38-1 條提高到新臺幣三十萬元以上一百五十萬元以下罰鍰。並要求主管機關應公布雇主之姓名或名稱、負責人姓名，並限期令其改善；屆期未改善者，應按次處罰。

不可否認地，近年法令之修正，除增加假期之長短以及明確薪資相關規定外，仍未解決許多爭議問題，因此下文首先針對該等假期之根本法律性質疑義提出分析，並以實務上爭議最頻繁的育嬰留職停薪問題，作為討論核心：

一、各種促進措施之法律性質

以受僱者懷孕期間請求安胎假為例，性別工作平等法第 15 條第 3 項雖有勞工請求安胎假之規定，勞工經醫師診斷需安胎休養者，雇主並無拒絕之權利，至於安胎休養或照護之方式，當依醫師之指示為準，雇主不得任意要求安胎之方式或地點或請求其在家工作。實務上常見雇主得知其懷孕後，不僅工作上與以刁難，經常勸她辭職安胎或要求安胎假與其他假期調整，甚至要以書面事先申請之規定，多為對於勞工請求安胎假之不友善措施。

蓋基於母性保護，縱使勞工處於無薪休假期間，如提出安胎休養請假、產檢假或陪產假申請，雇主應依法給假不得拒絕，且該期間應依原勞動契約所約定工資數額給付，而安胎休養請假期間薪資則依相關法令規定。⁵ 另受僱者於安胎休養請假期間內 結婚或遇親屬喪亡，在婚假或喪假可請假之期限內，得改請婚假或喪假； 其有產前檢查之事實及需求者，得改請產檢假⁶。

然進一步值得討論者，性別工作平等法第 21 條第 1 項明文規定，受僱者請求該法第 14 條至第 20 條之假期時，雇主不得拒絕，因此而產生安胎假之法律性質疑義。特別是依條文規定，如勞工一經行使該權利該等假期，雇主不得拒絕，則該權利是否具有前開形成權之性質。蓋形成權是使法律關係發生、變革或消滅的權利，而請求權則是債權人請求債務人為一定作為或不作為之權利。請求安胎假並未使勞資間之法律關係發生變動，該法之其他假期亦相同，因此當不生勞工一經提出及產生效力之情形。因此性別工作平等法第 21 條由文義解釋，當解釋為該等假期仍為勞工之請求權，但大幅限縮雇主之拒絕空間，換言之，除勞工有民法第 148 條權利濫用之情形，例如安胎之期間，醫師

5. 勞動部勞動條 4字第 1050130153 號函令。

6. 勞動條 4字第 1040131548 號函令。

認定已無再行休養之必要，卻另行到他處修習教育學分，雇主當可拒絕安胎假之請求，要求受僱者回來工作⁷。

值得一提者，受僱者如有因請求該章之各種假期而遭受歧視時，亦得依同法第二十六條請求損害賠償，同時依第三十八條及第三十八條之一由主管機關處以罰鍰。爰此值得探討者，實務上評定考績之方式多以出勤、產能與績效等三方面評定，而性別工作平等法第二十一條規定，受僱者為此種假期之請求時，雇主不得視為缺勤而影響其全勤獎金、考績或為其他不利處分，因此雇主自不得將請求本章各種假期之受僱者評定為缺勤，同時出勤紀錄之應出勤天數亦應配合修正，較有疑問者為產能之評估，特別是按件計酬之工作者，該如何計算，確為一大難題。

二、育嬰留職停薪與復職

（一）實務見解

本次修法最大之爭議點為有關於復職乃回復原本工作之定義修正，此乃針對實務上因為復職而遭受不利待遇之問題，有明確之規定。惟不可否認定，我國法院於修法前已依消除對婦女一切歧視公約(Cedaw)之規定，主張雇主應有積極協助回復原工作之義務。例如花蓮地方法院 103 年⁸判決主張，育嬰留職停薪後申請復職，上訴人竟未回復其原職務，亦未安排工作性質相當之職務，違反上開有關育嬰留職停薪之勞工法令，致有損害被上訴人權益之虞，依勞動基準法第 14 條第 1 項第 6 款規定，被上訴人得不經預告終止契約，且依同法第 14 條第 4 項、第 17 條、第 19 條、勞工退休金條例第 11 條第 1 項、第 2 項、第 12 條第 1 項、第 2 項之規定，得請求上訴人給付資遣費。因此。顯然司法實務要求雇主必須使受僱者回復原職務為原則，安排其他相似工作為例外。

7. 教育部臺人（二）字第 1010176112 號函令。

8. 花蓮地方法院103年度勞簡上字第1號民事判決。

（二）復職之理論解析

1、復職之意義

復職之意義，實務爭議已久，勞工留職停薪期滿，是否當然得以復職，復職是否為受僱者之權利，為請求權或形成權，是否需經雇主之同意，勞工才能復職。不可否認地，受僱者雖然是留職停薪，但仍與雇主間存有勞動關係，請假之原因既消滅，則得請求復職，為受僱者之權利無疑。進一步該談者為，其究為請求權或形成權，如為形成權，則一經受僱者提出，無須經雇主同意，雇主必須使其復職。然如前文所提，僅是大幅現縮雇主拒絕權利，並無形成權之空間。

另復職是否指回復受僱者申請育嬰留職停薪時之原有工作，實務上爭議不斷，特別是留職停薪期間原則上最少六個月，原該職務仍需繼續進行，雇主本得依育嬰留職停薪辦法第6條之規定，僱用替代人力，執行受僱者之原有工作。惟實務上雇主將該工作改由其他受僱者分擔，或由他部門調派人力擔任，致受僱者育嬰留職停薪期滿，請求復職時，卻無原工則使其擔任。為解決該爭議，性別工作平等法遂於103年增列第3條第9款規定：「復職：指回復受僱者申請育嬰留職停薪時之原有工作。」。

不可否認定，雖然受僱者有請求復職之權利，如受僱者未提出復職申請，雇主無法得知受僱者是否有續任之意願，因此基於誠信原則，勞僱間當得約定復職提出之時點，例如期滿前半個月。期限之約定得因育嬰留職停薪之長短以及是否提前復職而有不同。如受僱者復職時，原工作暫時無空缺時，事業單位當應先使其復職，並積極與勞工進行協商，使勞工有合適之工作及提供必要之協助，始符合性別工作平等法有關復職規定之立法目的。

同法第16條與育嬰留職停薪實施辦法第2條明文規定，受僱者申請育嬰留職停薪，應事先以書面向雇主提出。因此育嬰留職停薪之申請，當以書面為之，但法令並未規定復職之申請是否應以書面為之。於此有二種不同見解，肯定說者，認為育嬰留職停薪之申請，既然應以書面為之，復職之申請自應以同樣方法為之。採否定說者，則認為該二行為其法律效果並不相同，前者使勞僱關係暫時停止，後者則恢復勞僱關係。為能解決該問題，本文採否定見解，如勞資雙方約定其育嬰留職停薪申請須以書面提出，

在該方式未完成前，依民法第 166 條推定其契約不成立，近年司法實務⁹亦有採此見解，然如已口頭請求，仍允許其事後補正¹⁰。

如無約定，則應回歸誠信原則不應強制要求受僱者必須以書面或以雇主所認定之方式申請。較有疑問者，如雇主規範於工作規則，特別是一般性之勞工請假規則，雖然基於工作規則目前實務上多採之定型化契約效力，除有違背公序良俗或強行規定外，受僱者原則上必須遵守。但育嬰留職停薪畢竟使勞資關係之進行產生重大變動，以通案方式規範，卻未與提出申請者協商，確有疑問，應再行斟酌。

2、復職得否拒絕

受僱者留職停薪期滿後，申請復職，雇主除有正當理由並經主管機關同意外，不得拒絕。所謂的正當理由係指性別工作平等法第 17 條規定之情形：一、歇業、虧損或業務緊縮者。二、雇主依法變更組織、解散或轉讓者。三、不可抗力暫停工作在一個月以上者。四、業務性質變更，有減少受僱者之必要，又無適當工作可供安置者。且依程序，雇主未能使受僱者復職時，應於 30 日前通知之。爰此，雇主於受僱者留職停薪期滿申請復職時，雇主如無法使受僱者復職，不僅須有法定之事由，程序上亦須先經主管機關同意，且於三十日前通知。至於受僱者是否應提前申請復職，以何種方式，並未明文規定，於不違反法律強行規定之前提下，原則上並不禁止雇主與受僱者私下約定。換言之，雖得約定多久前提出申請，包含提前或延後復職之提出時點，但不得約定雇主除了法定事由外，得拒絕復職。不可否認地，受僱者提出育嬰留職停薪之申請，雇主依法，不得拒絕。而復職雖無相關之規定，但雇主得以拒絕之空間，亦僅侷限於法定之事由。且育嬰留職停薪以及復職之權利非為形成權，仍須與雇主協議，但與雇主之協議範圍，仍受到大幅限制，並不得以受僱者違反育嬰留職停薪程序上之約定，而拒絕勞工復職或其他不利待遇，例如調職。

9. 臺北高等行政法院 103 年簡上字第 104 。

10. 最高行政法院 101 年判字第 313 號判決。

至於復職應多久前提出，則應回歸誠信原則之法理，依其育嬰留職停薪時間之長短，期滿復職、提前復職或延後復職而有不同。特別是育嬰留職停薪期滿復職時，雇主本有預期受僱者有復職之可能，法令雖未要求雇主必須於期滿前提供受僱者職業訓練，以使其容易銜接復職之工作，但提供受僱者工作上必要之協助，當屬基於勞動契約，雇主附隨義務之一環。因此如勞資間並未約定，受僱者必須多久前提出申請，於期滿復職者，原則上雇主不應因此拒絕復職，至於暫時無法回復原工作，特別是如請假期間較長，例如長於一年，基於誠信原則，亦應給予雇主經營管理上之調配時間。進一如言之，勞資間如擬約定復職申請之時點，建議參考勞動基準法第 16 條依其請求之長短，例如請求半年者五天，請求一年者十天。惟如提前或延後復職，因非雇主原可期待之範圍，其期限可斟酌延長。

又復職是否應以書面為之，法令並未規定。育嬰留職停薪實施辦法第 2 條僅規定，受僱者申請育嬰留職停薪，應事先以書面向雇主提出。但對於育嬰留職停薪期滿或提前或延後復職，則未有明文規定，而於同辦法第 3 條規定受僱者於申請育嬰留職停薪期間，得與雇主協商提前或延後復職。

值得討論者，如雇主與受僱者約定復職、提前或延後復職，受僱者必須以書面提出申請，而受僱者未以書面提出時，雇主得否拒絕。不可否認地，勞資間之約定基於契約自由原則，如其不違反法律之強行規定，並無禁止之必要。書面固可為意思表示之要式，契約當事人亦得約定。惟是否可以因此拒絕復職，則確有可議。最高行政法院 101 年¹¹指出，提出復職之申請，按育嬰留職停薪實施辦法第 2 條固規定，受僱者申請育嬰留職停薪應事先以書面向雇主提出，惟並無明文規定不得事後補正。如受僱者曾以口頭向公司之負責人提出育嬰假的需求，縱受僱者未依所定程序以書面提出相關資料供核，公司仍應先命其補正，倘申請育嬰假者拒絕提供或所提文件資料仍未符合申請育嬰假之要件，始得拒絕申請。舉重以明輕，對於法律中以明文規定須以書面為之之育嬰留職停薪假請求，司法實務並不認為其為請假之要件，對於請求復職一事，當非申請要件，受僱者得事後補正。

11. 最高行政法院 101 年判字第 313 號判決。

3、何謂勞動條件之不利益變更

如前文所述，雇主原則上不得拒絕受僱者復職，縱使因為暫無工作亦必須提供相關協助，並使其先行復職。因此如無法回復原工作，而未能到原工作報到，雇主是否得視為曠職，因無正當理由而依勞動基準法第 12 條第 1 項終止勞動契約。特別是雇主經常主張時常有員工無意願復職，所以在申請人未提出復職申請前，事業單位也無法確定受僱者是否擬復職。此種抗辯固然為雇主實務上之難處，惟此乃執行上之問題，雇主本有提供勞務之義務，不應因此使勞工成為曠職，特別如下文，於修法後，雇主之義務，更加明確。

4、法律修正之適用與留職之本質

由前文得知，無論是勞方或資方對於「復職」之意義及解釋，皆有相當之疑義。主管機關雖提出修法，確明復職乃回復原工作，惟爭議仍未完全解決。其核心問題乃未能釐清留職停薪之法律性質。換言之，所謂「留職」之意義，勞動關係究竟是「中止」、「終止」或繼續存在。蓋依性別工作平等法第 16 條及就業保險法第 11 條僅有關於社會保險保費遞延與請求育嬰留職停薪津貼之規定，對於期間勞工是否已不在職，並未釐清，至實務上往往有各種獎金發放之爭議，未來修法時應再考量。

值得一提者，如雇主優於性別工作平等法第 16 條之規定，使受僱未滿六個月之勞工，得以請育嬰留職停薪，前開保費之減免，依主管機關 104 年¹²之函令主張仍有適用：雇主同意受僱者任職未滿六個月申請育嬰留職停薪者，該等人員育嬰留職停薪期間社會保險及原由雇主負擔之保險費，適用性別工作平等法第 16 條第 2 項之規定。

從文義解釋，「留職」不同於「離職」，其勞動關係並不消滅，僅因勞工未能提供勞務，基於「no work no pay」原則，致雇主減免其給予薪資之義務。惟實務上多受到前開社會保險問題處理原則之影響，而認為勞動關係於受僱者育嬰留職停薪期間，其法律關係因而停止（中止）。依此見解受僱者之保險年資雖然繼續，但工作年資卻因而中斷，不僅影響其相關年資之計算，例如得以退休之年資、資遣費計算之年資，甚至年度特休

12. 勞動條 4字第 1040130693 號函令。

年資之計算。近來曾發生受僱者於留職停薪期間，事業單位發生虧損或業務僅縮而有必須大量裁員，甚至關廠之情形，因為勞工無法復職，遂無法如其他受僱員工請求資遣費及依就業保險法第 11 條之規定，請領失業給付。針對該問題，如延續前開實務見解，將導致受僱者必須先行復職，待地方主管機關同意其有正當理由，得以拒絕復職期間，仍應為其加保，理論上確實產生爭議。因此勞動部¹³遂 103 年解釋：雇主優於性別工作平等法第 16 條第 1 項規定，同意受僱者育嬰留職停薪，此意即雙方同意依性別工作平等法相關規範辦理，自非法所不許。基上，該等人員育嬰留職停薪期間及期滿復職時，即應有性別工作平等法第 17 條、第 21 條及第 38 條規定之適用。前開函令僅能解決部分問題，正本清源，應重行思考「留職」與「在職」之本質，避免受僱者形式上雖為留職，其相關權益，卻實質上形同離職。爰此，論理上實應認定受僱者育嬰留職停薪期間，其勞動關係仍繼續存在，並無是否在職與否之問題，僅勞資雙方免除提供勞務以及給付薪資之義務；雇主與受僱者間僅得就育嬰留職停薪以及復職申請之程序性與執行面之問題進行協商。例如前開最高法院¹⁴101 年判字之見解，對於未書面提出育嬰留職停薪申請者，自得使其事後補正。至於補正前之效力，縱使受僱者因而未提供勞務，雇主即不能以其無正當理由曠職，依勞動基準法第 12 條第 1 項第 6 款終止契約，基於誠信原則，其效力僅限於免除雇主給付工資之義務。

此外，為能落實該等規定，103 年性別工作平等法第 38 條規定部分修正為：「雇主違反第 21 條或第 36 條規定者，處新臺幣 2 萬元以上 30 萬元以下罰鍰。有前項規定行為之一者，應公布其姓名或名稱、負責人姓名，並限期令其改善；屆期末改善者，應按次處罰。」。換言之，雇主如有拒絕受僱者復職或其他不利益之對待，除罰鍰提高外，將因此而被公布姓名。值得注意者，雇主如於勞工提出復職時予以刁難，復職後又不積極使其回復原來工作，則可能因為同時違反性別工作平等法第 21 條第 1 項與第 2 項而遭受二次處罰。

13. 勞動條 4 字第 1030131155 號函令。

14. 最高法院 101 年判字第 313 號判決。

三、結語

勞工工作與家庭平衡，始可使事業單位擁有優質的人力資源。近年性別工作平等法之修正，亦是積極因應社會之變遷與勞工之實際需要，本文僅為引言，整理近年修法與實務上之發展，以為性別工作平等法制之理論與實務上之參考。



臺北市政府勞動局 105 年度「職場型男奶爸 5F 育兒照片徵件活動」獲選照片

照片主題：Fortune

踏實的幸福 / 林龍德爸爸與林曉萱妹妹

第三篇

上帝不僱用同志？雇主得否以宗教理由對同志差別待遇？

廖元豪教授 / 國立政治大學法學院副教授

壹、前言

臺灣，如同世界各地，都一直有著「宗教自由」與「同志權益」的緊張關係。尤其在反歧視法的領域，最容易發生衝突。一方面，法律規定禁止「性傾向歧視」；但同時憲法也保障人民的宗教自由不受法律過度限制。這二者之間，該如何求得雙贏？

我國雖不似基督教或伊斯蘭傳統深厚的國家，受到聖經中某些（看似）排斥同志的文字所影響¹，對同志的生活方式有特別的敏感性。但近年來由於同性婚姻合法化的爭議，仍然也看到不少宗教組織（特別是基督教相關團體）與同志運動的衝突。而「性別工作平等法」在 2008 年修正時，將「性傾向」納入禁止歧視的範圍。也使得「性別」的定義有所擴張：狹義的「性別」，係指男女；而廣義的「性別」，則含括「男女」以及「性傾向」。準此，任何雇主若以求職者或受僱人的性傾向而為差別待遇，就有可能牴觸性別工作平等法第二章的相關規定。

1. 如：利未記18:22：你不可與男人同睡交合，像與女人同睡交合一樣，這是可憎的事；創世記19:1-11中，所多瑪和蛾摩拉城中的同性淫亂與強姦行為，遭到神的毀滅制裁；羅馬書 1:26-27：為這緣故，神任憑他們放縱可羞恥的情慾。他們的女人，把順性的用處變為逆性的用處；男人也是如此，棄了與女人順性的交往，慾火攻心，男和男彼此貪戀行可羞恥的事，就在自己身上受這過失當得的刑罰；林後 6:9-10：你們豈不知，不義的人不能承受神的國？不要被騙，無論是淫亂的、拜偶像的、姦淫的、作變童的、同性戀的、偷竊的、貪婪的、醉酒的、辱罵的、勒索的，都不能承受神的國。
至於這些經文是否代表了基督教精神必然排斥同性性傾向？教義上仍有爭辯餘地，但主流教會仍依字面解釋，所以多數基督教教會（含天主教）看待同志仍採「罪人」的態度。

然而，如果雇主是宗教團體，或形式上並非宗教團體，卻是基於宗教信仰之宗旨而設立之組織，若其教義本質上不能接受同志，則其對同志之差別待遇是否構成「性傾向歧視」？或是因為憲法保障其宗教信仰，性別工作平等法必須在此讓步？就如同天主教僅許男性擔任神職人員，但由於宗教自由之保障，這並不算是性別歧視。那性傾向的差別待遇呢？何種組織，能夠行使宗教自由而排除反歧視法的適用？

試想以下幾個虛擬案例：

【案例一】

某甲擔任臺北市天主教榮光教會之神父，但後來公開出櫃表示自己是男同志，並且認為天主教應該改弦更張，容許女性與同志擔任神職人員。榮光教會遂依教義規定解除其職務。榮光教會之決定，是否牴觸性別工作平等法第 11 條第 1 項「雇主對受僱者之……解僱，不得因性別或性傾向而有差別待遇」之規定？

【案例二】

基督教教會設立之私立文文女中，一向以聖經與基督信仰作為品德教育的內涵，廣受好評。為維持此等傳統，其在招聘新任教師的公告上，特別註明「本校採高道德標準，專任教師之行為舉止應符合基督徒應有之精神，同性戀者請勿應徵」。請問文文女中此等徵才條件，是否牴觸性別工作平等法第 7 條第 1 項「雇主對求職者或受僱者之招募……不得因性別或性傾向而有差別待遇」的規定？

【案例三】

財團法人基督教善心基金會係以照顧受暴、失婚及其他無依婦女為宗旨之社福機構。今年開始提供員工「單身」與「家庭」宿舍，後者專供已婚夫妻租用。美美與花花均為善心基金會之員工，也是一對女同志伴侶。由於司法院大法官釋字 748 號解釋宣告同性二人的婚姻自由應受憲法保障，就向基金會申請租用「家庭」宿舍。但基金會以其婚姻並非教會所認可的「婚姻」為由，拒絕出租，只能容許他們以較高的「單身」租金，入住。請問這是否牴觸性別工作平等法第 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」之規定？

處理此類爭議，必須在解釋、適用法律時，加入憲法精神的考量，方能做出適當的權衡。以下在本文第貳部分，就先析論憲法保障宗教自由之範圍與標準；第參部分參考美國有關「禁止性傾向歧視」之法律與憲法宗教自由衝突的案例；第肆部分則就我國應有之權衡標準提出建議，並試著解答前揭三個假設案例。

貳、憲法宗教自由之保障範圍與標準

憲法條文中，明文提及「宗教」並與宗教自由有關的條文有二：一是憲法第十三條「人民有信仰宗教之自由」；另一個重要規定，則是憲法第七條「中華民國人民，無分…宗教…在法律上一律平等」。第十三條的「宗教自由條款」，配上第七條的「宗教平等條款」，就是我國憲法有關宗教的主要規範基礎。

兩個條文配套起來，不但禁止國家任意侵害宗教自由；同時也禁止國家「因宗教因素」而課與負擔或賦予優惠。亦即，國家對宗教的「干預」與「分配」措施，都同時受到憲法的明文、特別約束。國家既不能罰，又不能賞，這自然就迫使國家在宗教事務上，必須採取消極、謙抑、中立的立場。可以說，「遠離宗教」是我國憲法對「國家與宗教」所採取的基本態度²。

或許也因為這個因素，雖然我國憲法並未明定「政教分離」，但司法院大法官的解釋卻仍揭示出類似的觀念。在釋字 460 號解釋理由書、釋字 490 號解釋文，以及較近的釋字 573 號解釋理由書，都出現這段闡釋憲法宗教自由意涵的文字：

「…憲法第十三條規定人民有信仰宗教之自由，係指人民有信仰與不信仰任何宗教之自由，以及參與或不參與宗教活動之自由，國家不得對特定之宗教加以獎勵或禁制，或對人民特定信仰界予優待或不利益。」

至於憲法第 13 條所欲保障的內涵為何？大法官似乎目前仍未就宗教自由所欲保護的「法益」或「目的」，做清楚的闡釋。釋字 490 號解釋理由書有這樣一段：

2. 廖元豪，〈從憲法宗教自由論宗教立法之原則〉，收於《宗教自由暨教義與國家法制之規範論壇論文集》，頁113-115（2010）。

「內在信仰之自由，涉及思想、言論、信念及精神之層次，應受絕對之保障；其由之而派生之宗教行為之自由與宗教結社之自由，則可能涉及他人之自由與權利，甚至可能影響公共秩序、善良風俗、社會道德與社會責任，因此，僅能受相對之保障。」

釋字490號解釋指出，宗教自由包含了宗教的「思想、言論、信念及精神」，還加上「派生之宗教行為」與「宗教結社」。但「言論」本來就是憲法第11條保障的權利；「結社」是憲法第14條保障之基本權利；「行為」則依釋字689號解釋，也是憲法第22條的「一般行為自由」之範圍。而「思想」、「信念」及「精神」，因為並未外顯，所謂「絕對之保障」也是理所當然（或是空話—政府法令如何管理內心？）。照這樣看，「宗教自由」豈不是一個多餘、重疊的條文？若從這個角度來看，那宗教自由之所以經常被忽略，也是可以理解的了。

然而，宗教自由其實保障的是人性最根本，最基礎的「良知」（conscience）與「信念」（faith）。³ 吾人常云「人性尊嚴」，而人為什麼會有尊嚴？為什麼人性尊嚴值得保障？憲法預設了人會有良知，會有對世界、社會、人際的自主道德判斷，而這種價值預設的基礎，就是「宗教信仰的自由」。⁴ 世界第一部國家成文憲法—美國憲法—的制憲史也體現出，「宗教信仰自由」不是其他自由的重複規定，而是「第一自由」（First Freedom），是所有自由的基礎。⁵ 正因憲法承認每一個人都是能夠作成自主的道德、價值判斷之主體，才會導出其他的各種基本權利。⁶ 而這種自主擁有世界觀、生死觀、價值觀、社會圖像，並且依照自己相信的這套信念而行事，就是美國憲法所要保障的「自由行使宗教」（free exercise of religion）！⁷

3. RONALD DWORKIN, RELIGION WITHOUT GOD (2013)。

4. Allen D. Hertzke, A Madisonian Framework for Applying Constitutional Principles on Religion, in RELIGIOUS FREEDOM IN AMERICA: CONSTITUTIONAL ROOTS AND CONTEMPORARY CHALLENGES 9-10 (Allen D. Hertzke ed., 2015)。

5. Id。

6. Id。

7. Id。

依此，宗教自由要保障的是一個人最深層的信念與想法，以及根據此深層信念而展現出來的行為。這種行為乃是「自由行使宗教」與一般的行動、言論並不相同。因為它反映了個人的信念，而此一信念與個人本質身分認同密切相關，而不是單純表現偏好而已。

在這樣的理解下，才能填補釋字 490 號解釋沒有講清楚的部分——所謂「相對的保障」是到何種程度的「相對」？憲法上的基本權利本來就都可以在符合比例原則的情況下做一定的限制，大法官並沒有具體說明，限制宗教自由的法律，是推定違憲或是推定合憲？釋字 490 號解釋雖然肯認「服兵役」的規定並不因為限制宗教自由而違憲，但「兵役」是憲法明文規定之義務，又涉及國家極為重大之利益，所以並不能依本號解釋率爾導出「法律可任意限制宗教自由之行使」之結論。相反的，若從前述宗教自由的「第一自由」性質作為基礎，那任何對「基於宗教信仰而出發之行為」加以限制之法律，均應受嚴格審查。

然而，從另一方面來說，性別工作平等法與其他反歧視法，也都是為了實現極為重要的公共價值。這兩種重要價值相互衝突時，應如何權衡處理？以下即探究主管機關與法院，處理此等問題應有之審查基準。

參、「禁止性傾向歧視」與「宗教自由」之衝突

一、中立法律有無違反宗教自由之可能——釋字 490 之曖昧態度

我國性別工作平等法第二章的「禁止性傾向歧視」規定，並沒有明文「針對宗教」，而是一般性適用的中立法律。然而，許多中立法律卻可能因為個別宗教信仰所在乎事項不同，而產生不同影響。例如，釋字 490 號解釋涉及的「兵役義務」對其他宗教的人，或許沒有直接影響；但對某些「絕對反戰」的教派（如：耶和華見證人，以及早期的基督教貴格會），就會產生特別的衝擊，使信徒必須在堅守信仰與接受刑罰之間擇一。那麼，憲法是否要求一般中立的法律，在適用時開一個「例外」，對於基於宗教信仰而為的行為，豁免其適用？或是這樣的法律會被宣告整個違憲？還是說，既然是宗教中立的法律，就沒有違憲的問題，而是宗教信徒必須自行承受信仰所需付出的代價？

初步看來，大法官在釋字第 490 號解釋，似採否定說。面對耶和華見證人信徒的宗教自由主張，大法官除了闡釋宗教自由以禁止「宗教歧視」為原則外，較為具體之的回應是：「... 宗教之信仰者，既亦係國家之人民，其所應負對國家之基本義務與責任，並不得僅因宗教信仰之關係而免除 ...」以及

「... 上開條文，係為實踐國家目的及憲法上人民之基本義務而 為之規定，原屬立法政策之考量，非為助長、促進或限制宗教而設，且無助長、促進或限制宗教之效果。復次，男子服兵役之義務，並無違反人性尊嚴亦未動搖憲法 價值體系之基礎，且為大多數國家之法律所明定，更為保護人民，防衛國家之安全所必需，與憲法第七條平等原則及第十三條宗教信仰自由之保障，並無牴觸。」

從字面上推斷，大法官似以為，只要系爭法令沒有歧視宗教之目的或效果，就不涉及宗教自由的問題。但鑑於大法官的文字論述還是相當隱晦，我們未必能如此「腦補」地推論大法官全然否定任何「中立法律」（如：性別工作平等法之禁止性傾向歧視規定）可能構成侵害宗教自由。

二、美國法院之態度⁸

美國最高法院對這個議題，也一再游移。早期曾採取相當絕對的見解。在 Reynolds v. United States⁹ 案中，對於摩門教教會（Mormon Church）肯認的重婚行為是否可豁免於重婚罪之規定，法院拒絕承認被告可以宗教自由為由而免責。最高法院並於判決意見書表示：

若豁免此等行為，將使宗教信仰之教義高於國法，且使得每一個公民自己就成為法律。在這種情形下，政府名存實亡¹⁰。

8. 本節有關2015年以前判例之介紹，主要引自廖元豪，〈上帝高於凱撒？—宗教行為豁免於一般性法律規範的可能性〉，台灣法學雜誌，291期，頁58以下，頁59-62（2016）。

9. 98 U.S. 145 (1879)。

10. Id. at 167. 英文原文：“To permit this would be to make the professed doctrines of religious belief superior to the law of the land, and in effect to permit every citizen to become a law unto himself. Government could exist only in name under such circumstances.”

但自從 1963 年起，最高法院改採對此種「對特定宗教造成嚴重負擔之一般法律」，採取相當嚴格之審查方式。1972 年的 *Wisconsin v. Yoder*¹¹ 是極有名的案例。Yoder 案涉及的是威斯康辛州的「強迫入學法」（compulsory attendance school law，類似我國之「強迫入學條例」）與「老派阿曼門諾會」（Old Order Amish）的衝突。依據老派阿曼門諾會的教義，信徒與其子女應該避免受到外界、塵世的污染；但強迫入學法則要求父母必須讓 16 歲以下的子女就讀學校。當地的老派阿曼門諾會信徒只願意讓八年級以下的學童入學—因為超過這個年紀，就無法在老派阿曼門諾會當地的社區就讀，而必須出城去接受外界的污染！

最高法院採取利益權衡的途徑，表示州政府推動「普遍教育」（universal education）的目標雖然正當且重要，依然必須接受憲法檢驗，與老派阿曼門諾會的宗教自由權衡。而最高法院認定，要老派阿曼門諾會學童受八年級以上的學校教育，必然會對於其宗教信仰產生極大的不利衝擊；但州政府的利益，卻不見得會因為給予老派阿曼門諾會豁免而有重大影響—這些學童至少已經讀了八年。因此判決老派阿曼門諾會勝訴。

然而到了 1990 年的 *Employment Division v. Smith*¹²，這個尊重宗教自由的趨勢又被翻轉過來。該案涉及某些美國原住民教會，一向在儀式中施打 peyote（一種由仙人掌粹取的藥物）的慣行。但這種藥品，依奧勒岡州州法，乃是一種管制藥物，除正當醫療用途外不得施打。原住民教會之成員因在宗教儀式中施打 peyote 而被雇主免職，申請失業救濟卻遭拒絕。理由就是他們施打 peyote 的行為，被認為「行為不檢」（misconduct）。

最高法院不但拒絕承認施打 peyote 可以豁免於奧勒岡州之管制藥品與失業救濟法，更根本上否定法院可以宗教自由為由而審查一般法律之適用。由 Scalia 大法官主筆的多數意見，限縮宗教自由之適用，認為唯有在法令措施特別「針對宗教」加以規範時，才有宗教自由的問題。任何人不能以宗教自由為名，要求免於一般法律的規範！此後，美國憲法宗教自由條款能夠發揮作用的空間，就變得相當有限；宗教團體與信徒，反而多用表現自由來捍衛權利。

11. 406 U.S. 205 (1972)。

12. 494 U.S. 872 (1990)。

有趣的是，美國最高法院在憲法上，對於審查「中立法律」大幅退卻之際，聯邦與各州的「立法」卻試圖在「恢復」宗教豁免於一般性法律的空間。尤其在「同志權益」或「同性婚姻」上，更產生了許多爭議。

爭議的背景是：當美國的同志平權運動，逐漸說服許多政治部門，通過「禁止性傾向歧視」的法律時，以基督教教會為主的宗教團體，均援引憲法宗教自由，或主張這些法律侵害其宗教自由，讓他們無法基於良心、信仰而拒斥同志（不雇用同志，不與同志交易等），係屬違憲；或主張宗教團體與組織應該可以豁免於這些法律的規定。

這一個問題的爭議，可追溯至前揭 Smith 案。依該判決之見解，若某個法令，並未明文針對宗教或特定宗教加以限制，那麼即使「附帶」限制了特定宗教，原則上不會被認為「侵犯宗教自由」。也就是說，宗教自由並不保障宗教行為有著「豁免於一般性法律規範」之地位。依此，若各州有著禁止「性傾向歧視」的法律，那基督教徒似乎無權主張基於教義信仰而排拒同志。

又由於 Smith 判決引起許多關切宗教自由的人強烈抨擊，美國國會更立法通過「宗教自由恢復法」（The Religious Freedom Restoration Act of 1993, RFRA），明文規定任何一般性法律，若對宗教造成「實質負擔」（substantially burden），則僅有在其乃追求極重要利益（compelling government interest）之必要措施時，方屬合法。雖然這個法律後來在 City of Borne v. Flores¹³ 被限縮範圍而僅能適用在聯邦政府而不及於各州州法，但各州也陸續通過類似法律。而聯邦國會也修法，在「宗教土地使用及機構法」（The Religious Land Use and Institutionalized Persons Act, RLUIPA）中，將 RFRA 的範圍擴張至任何受聯邦政府資金援助的單位。因此，到底宗教行為在何種條件下可豁免，還有著憲法與法律層次的拉鋸。

13. 521 U.S. 507 (1997)。

最高法院在 2000 年的 *Boy Scouts of America v. Dale*¹⁴，又將此爭議複雜化。卻認定美國童軍團，得將出櫃之男同志童軍團長（Scoutmaster）予以除名。雖然 New Jersey 州的反歧視法禁止性傾向歧視，但童軍團的結社自由，蘊含著它教導特定價值的自由，因此不得援引禁止性傾向歧視的規定，干預童軍團「除名出櫃同志」的決定。這個判決雖然不是明文基於宗教自由，但卻顯示各個團體、機構，可以基於（包括宗教在內的）其所信奉的價值，進而豁免於「禁止性傾向歧視」的法律。這也形同承認在 *Smith* 案之後，仍有「宗教行為豁免於一般性法律」的可能。

2014 年，聯邦最高法院在 *Burwell v. Hobby Lobby Store, Inc.* 案¹⁵，援引聯邦 RFRA，將聯邦健康服務部「雇主應為員工投保包含『避孕給付』的健康保險」之規定，宣告其牴觸 RFRA，不得適用於如 *Hobby Lobby* 這種基於信仰而拒絕為員工投保的閉鎖性公司。本案雖然不是直接引用憲法宗教自由的規定，而是 RFRA 的法律層次爭議。但其將「宗教豁免」擴張至非宗教組織，甚至延伸到營利事業，也引起很大衝擊。

在 2015 年的 *Holt v. Hobbs*¹⁶，聯邦最高法院則全體一致援引 RLUIPA，認定 Arkansas 監獄中的「禁止蓄鬍」政策，適用在基於伊斯蘭信仰而堅持蓄短鬍之受刑人，係屬違法。

從以上的判例來看，*Smith* 所揭示的「中立原則」是否仍能維持？是否應該維持？宗教信仰自由若全然必須服從一般性法律，那是否太過忽視宗教信仰的特殊性與「非世俗性」？美國最高法院以往曾經在判例中，宣告老派阿曼門諾會的學生家長，得基於宗教自由有限度拒絕受強迫教育（*Wisconsin v. Yoder*）；也曾判決耶和華見證人學生，有權基於表現自由（但骨子裡是宗教信仰）而拒絕向國旗敬禮（*West Virginia State Board of Education v. Barnette*¹⁷），都是膾炙人口的判例。而美國國會與各州的立法，除了 RFRA 外，各種反歧視法往往也賦予宗教組織某種程度的「豁免權」，只是範圍有多大？宗教信仰自由、一般性的法律政策，與他人免於歧視的自由，到底該如何權衡？這在同志權益逐漸受到重視，尤其是同性婚姻被承認後，會愈發嚴重。（種族、性別歧視也有類似

14. 530 U.S. 640 (2000)。

15. 134 S. Ct. 2751 (2014)。

16. 135 S. Ct. 853 (2015)。

17. 319 U.S. 624 (1943)。

的問題，但基督教與同性婚姻的直接衝突較大。因此「禁止種族歧視」只是限制了他人的偏好，但「禁止性傾向歧視」很可能就會碰觸到許多基督徒的宗教價值觀）。

在 Obergefell v. Hodges 案¹⁸ 承認同性婚姻受憲法保障後，立即產生進一步爭議。部分基督教團體在各州倡議牧師拒絕為同志伴侶證婚的行動，某些外燴、花店、婚禮設計等業者，也表示基於宗教因素不願意與同性婚姻的婚禮締約。甚至有政府官員，以個人宗教信仰為由，拒絕核發同志「結婚證書」。雖然目前法院判處藐視法庭，並遭拘留處罰，但也顯示這個議題的爭議性。這是否屬於單純的契約自由，由民事關係處理即可？核心的宗教團體在「證婚」等儀式上，如此主張或許比較容易被接受。但非宗教團體（如前述的 Hobby Lobby）主張此等「拒絕交易」的正當性何在？

2018 年的 Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission¹⁹ 是最高法院在同性婚姻合法化之後，第一次面對此等爭議。Masterpiece Cakeshop 是由 Jack Phillips 這專業烘焙師所擁有並經營的烘焙店，位於 Colorado 州。Phillips 同時也是虔誠的基督徒。在 2012 年，一對同性伴侶想要在已經承認同性婚姻的 Massachusetts 州結婚（當時，Colorado 尚未開放同性婚姻），並且請 Phillips 為婚禮訂做蛋糕。但 Phillips 基於信仰因素，表示不能祝福、慶賀這種聖經所不接受，州法也尚未承認的「婚姻」，所以拒絕訂做蛋糕²⁰。

這樣的「拒絕交易」，涉嫌違反該州的反歧視法（Colorado Anti-Discrimination Act (CADA)）。依據 CADA，公開販售與提供服務的店面，不得有「性傾向」歧視。該州之民權委員會經過審議，認定其違法，並命其停止並改善其歧視行為。²¹ Phillips 雖然提出「宗教自由」之抗辯，但州政府與州法院均援引前揭 Smith 案，認為宗教自由並不賦予任何人「豁免於中立法律之權利」²²。

18. 135 S. Ct. 2584 (2015)。

19. 138 S. Ct. 1719 (2018)。

20. Id. at 1724。

21. Id. at 1725-26。

22. Id. at 1726-27。

案件上訴至聯邦最高法院，多數意見一方面承認「禁止歧視」的原則必須被遵守，但也同時要求政府在權衡宗教自由時，不得具有敵意。由 Kennedy 大法官主筆的多數意見書指出，同志與同性配偶的平等自由，必須被法院尊重並給予高度重視²³，反歧視法應該充分執行。然而，Phillips 並非要求將 CADA 宣告違憲，而只是指出個人良心、信仰，以及表現自由（製作蛋糕表達祝賀訊息），在這個案件將受到壓縮。何況 Colorado 當時還沒有承認同性婚姻，聯邦最高法院也尚未判決認定同性婚姻受到憲法保障，因此他當時「不承認同性婚姻」也是合理的。²⁴此外，州政府之前曾在 3 個案件中，認定烘焙店可以基於自己的信念，拒絕製作「貶抑同志或同性婚姻」的蛋糕裝飾。所以，即使是執行（宗教中立的）CADA，州政府以往是可能允許店家，依信念理念而拒絕服務的²⁵。

更重要的，是法院從事證資料中發現州政府的民權委員會在審議時，並未謹守「中立」原則，而多處展現了對宗教信仰的「敵意」。某位委員曾於會議中，表示 Phillips 可以信仰宗教，但如果要在本州做生意，就不能依據宗教信仰行事。最高法院認為這種負面評語，顯示其對宗教自由權利，及當事人在此種事件上的兩難，欠缺考慮。另一位委員更在會議中發言認為「宗教自由與宗教，在歷史上都被用來正當化所有的歧視行為，包括奴隸制度、納粹大屠殺」「我們能列出上百種例子，都說明宗教自由都被拿來為歧視背書。而且，對我來說，這是人們用來正當化歧視時，最卑劣的藉口——用宗教去傷害他人。」（we can list hundreds of situations where freedom of religion has been used to justify discrimination. And to me it is one of the most despicable pieces of rhetoric that people can use to—to use their religion to hurt others.）²⁶

這段話雖然只是某位委員的發言，但其他委員並無異議也沒有表示任何意見，甚至在上訴過程中都沒有與此論點保持距離。就此而言，最高法院認為極為嚴重。因為若將一個人的信仰，說成是「最卑劣的藉口」，那就在兩方面貶抑宗教：卑劣、藉口²⁷。

23. Id. at 1727。

24. Id. at 1728。

25. Id. at 1728-29。

26. Id. at 1729。

27. Id。

依據先例，政府在處理有關宗教自由爭議時，必須謹守中立—立法上與行政上的中立。而從委員會的紀錄上，該委員會對 Phillips 的宗教異議，既不容忍也不尊重。尤其與之前州政府特別給予店家「拒絕製作貶一同志之蛋糕裝飾」的案例來比較，更看出其未以中立（不敵視）的態度來權衡本案當事人的宗教信仰與反歧視法之間的衝突，因此違反宗教自由，其對 Phillips 的處分以及下級法院之判決應予撤銷²⁸。

三、美國憲法判例值得借鏡之處

從美國聯邦最高法院的判例觀之，其對「中立法律」（包括反歧視法）是否應對宗教自由讓步，為其開例外，一直在游移擺盪。近年來愈來愈多學術著作，批評政府與法院過於講究「形式中立」與「世俗 / 宗教」組織的二分法，而忽視宗教自由可能因為一般性法律而遭到壓縮的事實²⁹。也有學者指出，宗教自由與一般中立法律之執行，其實在大多數情況，都可以取得雙贏。³⁰ 重點在於法院是否認真地權衡各方利益，並且思索「宗教豁免」是否為必要的保護措施。

雖然在 Smith 案之後，「宗教中立」的一般性法律，包括「禁止性傾向歧視」的反歧視法，原則上都不會被認定違憲侵犯宗教自由—即使對某些宗教信徒可能造成特別嚴重的負擔。但從 RFRA 的幾個案例，以及最近的 Masterpiece Cakeshop 案，也可以看出聯邦最高法院開始注意到，宗教信仰應該擁有更多「免於一般性法律之侵害」的空間；「中立論」可能在事實上會對宗教信仰造成不必要的壓抑。以 Masterpiece Cakeshop 而言，其更開啟日後個案權衡的空間。即使不能導出全面的「宗教自由豁免」，至少也在個案中顯示出，基於宗教信念而為的「行為」未必能被定位為「歧視」。

28. Id. at 1732。

29. STEPHEN V. MONSMA & STANLEY W. CARLSON-THIES, FREE TO SERVE: PROTECTING THE RELIGIOUS FREEDOM OF FAITH-BASED ORGANIZATIONS (2015)。

30. FRANK S. RAVITCH, FREEDOM'S EDGE: RELIGIOUS FREEDOM, SEXUAL FREEDOM, AND THE FUTURE OF AMERICA (2016)。

而若採取「權衡」的方法，那「宗教自由」與「免於歧視」的利益要如何權衡，就必須注意脈絡。例如，若反歧視法所規範的是「一般公開交易」，那給予宗教自由一些「豁免」空間，或許不會造成太大傷害。因為在一個充分競爭的市場下，特定賣家的「拒絕交易」或「拒絕提供服務」，對同志的商業利益與尊嚴，傷害有限。這一家蛋糕店不肯訂做蛋糕，別家店還是可以。甚至也許有些店家還可以「專門製作同性婚禮糕點」作為競爭手段。可是，如果是「就業歧視」，除非雇主是核心的宗教團體或以宗教誠命為組織目標的團體，否則似應多負擔一些公共責任，以免傷害同志的就業權利。

上述案例中，嚴格來說，涉及性傾向歧視與宗教自由衝突的「就業歧視」只有一例——Boy Scout of America，但法院在形式上是以「結社自由」為依據。另外，Hobby Lobby 亦是涉及雇主義務的案子，不過與歧視較無關係，且受僱者依然可由其他方法獲得避孕保險給付。本文以為，「就業」與一般、單純的「交易」不同，在此領域的「拒絕雇用」（或不利差別待遇）對同志侵害較大。應限縮於最核心的宗教組織，或是直接以實現信仰為目的的單位，方可享受「宗教自由」。而若為一般商業組織，或是立案宗旨與信仰並無直接關係的非營利組織，那原則上仍應受「禁止歧視」的誠命所規範。

肆、性別平等工作法之適用—案例解答

前述檢討美國憲法判例而得出的原則，在我國似應可參照。畢竟，宗教自由是中華民國憲法之明文規定，而性別工作平等法亦屬一般性適用的法律，其目的在保障任何人不因其性傾向而在就業領域遭受排擠貶抑。或謂我國社會與政治之基督教色彩並不那麼強烈，但這不應該是「宗教自由受較少保護」的理由。相反地，正因為宗教，尤其是基督教人口數量在我國並不似美國那麼大，即使給予某種彈性或豁免，對整體法律秩序的衝擊也很小。

準此，本文以為，在【案例一】，天主教榮光教會解僱公開出櫃男同志之神父，應受宗教自由之保障，而不構成性別工作平等法第 11 條之「性傾向歧視」。「教會」當然是最核心的宗教團體，受到最強烈的宗教自由之保障。神職人員的任用，本來就要絕對符合宗教教義的標準。雖然性別工作平等法第 7 條但書僅對「性別」，有「工作性質」

之例外規定，但解釋上如系爭工作（神職人員）本來就不適合公開出櫃男同志擔任，那也應該以合憲性解釋之方式，限縮第 11 條規定之適用或是依「阻卻違法」的法理，不予以處罰。

在【案例二】的爭議則較大。一方面，私立學校即使是教會所設立，但仍為「世俗組織」，與前例之教會仍有不同。另一方面，宗教團體所設置的世俗組織，仍然可能是以實踐教義與宗教誠命為目的。在這種情形下，各種法令措施是否得要求其為符合世俗法律之公益，而放棄、妥協其信仰？

這個問題會變得複雜，還牽扯到我國的教育法規，一向沒有細緻區分公立與私立學校，忽視私立學校教育應該有著較大的自由空間，以體現教育多樣性與私人辦學的不同理念，³¹ 也沒有考量私立學校其實是人民可以自行選擇是否就讀的一所以少有「強迫」的性質。私立學校法第 7 條甚至規定非宗教研修學院的私立學校，不得強制學生參加任何宗教儀式或修習宗教課程，基本上就否定了「以宗教信仰作為教育之一環」的可能。

本文以為，本案例中的私立文文女中，仍應遵守性別工作平等法第 7 條「禁止性傾向差別待遇」的規定。因為即使以基督教或道德觀點而論，同志（公告上寫「同性戀」）身分的人，也並不必然不適合當「教師」。聘任同志擔任教師，並不當然破壞私立文文女中的教育任務。文文女中甚至沒有明文要求應徵者必須是基督徒，而僅要求「符合基督徒應有之精神」；那又為何全然排斥同志？即使是同志，在行為舉止或是教育風格上，依然可以「以聖經與基督信仰作為品德教育的內涵」。

至於【案例三】，既然基督教善心基金會並不排斥僱用同志擔任員工，而同志員工也可以租用宿舍，可見同志身分與基金會的「功能」或「宗旨」並無衝突。

雖然基督教的主流見解，並未承認同性婚姻。但同性婚姻如屬國家法律所保障之制度，則基督教善心基金會提供「家庭宿舍」並不會被人誤解為「基督教已經改變教義，承認同性婚姻」。該基金會只需要單純的「適用國家法令」而給予「異性配偶」和「同性配偶」相同的保障即可。

31. 廖元豪，〈與眾不同，抑或一視同仁？—多元文化教育、自由主義，與平等權之關係〉，收於《公法研究的世代對話：法治斌教授逝世十週年紀念論文集》，頁137—138（2013）。

有鑑於此，本文以為，在立法院依據釋字 748 之意旨，制定或修改法律，承認同性婚姻之後；或是在 2019 年 5 月 24 日大法官所宣告的「最後通牒日」（同志可登記結婚）之後，本案中的基督教善心基金會就不得拒絕給予同性配偶「家庭宿舍」。但在此之前，由於我國法律尚未正式落實同性「婚姻」，基金會不承認同性伴侶為「配偶」，尚不違法。



臺北市政府勞動局 105 年度「職場型男奶爸 5F 育兒照片徵件活動」獲選照片

照片主題：Friendly

友善的陪伴 / 王佑仁爸爸與王睿涵妹妹

第四篇

懷孕歧視案例之就歧行政認定與法理分析 兼論我國法院近年實務案例

目次

貳、第四篇

一、案例事實概要

二、本件案例主要爭點

三、現行有關懷孕歧視禁止、調動以及解僱保護之法規範

四、歧視禁止、調動與解僱保護之法理與法院實務

五、我國法院近年有關「懷孕歧視」之實務案例分析

六、本案例之法律適用關係分析

第四篇

懷孕歧視案例之就歧行政認定與法理分析—兼論我國法院近年實務案例

林良榮教授 / 政治大學法學院

一、案例事實概要

當事人小惠於 100 年 11 月 18 日任職 A 公司，從事有關社區秘書工作，該工作內容為外派至社區、服務社區住戶及協助社區主任處理行政文書事宜；包括信件收發、登記、管理費繳交及財務報表製作等行政庶務。小惠離職前係外派至天母 B 社區任職，在該社區已服務近 4 年，於任職期間受總幹事即社區主任之管理及指揮監督，月薪資 40,000 元，由 A 公司支付。

104 年 8 月小惠知悉自己懷孕，主動先跟社區主任提及，爾後該社區主任遂跟 A 公司提及小惠懷孕一事。A 公司在知道小惠懷孕後，於 105 年 1 月 30 日通知兩造終止勞動契約，資遣日期為 2 月 5 日，終止契約的理由為該社區未有社區秘書之需求。但同時，A 公司於 105 年 1 月 30 日提供協商書給小惠，並提議兩種方案：其一、降薪並調到汐止總公司擔任行政業務工作，該工作需跑外勤；其二、因無現場秘書職缺，以資遣處理。惟，在小惠尚未向公司做出選擇之前，A 公司卻已先解僱小惠並發給離職單。

然而，A 公司與 B 社區簽訂之契約至 6 月 30 日才終止，該社區實際上仍有社區秘書工作之需求；此外，按照往例，A 公司及關係企業之間，其所僱用人員常會互相調動。綜上，小惠遂向臺北市政府勞動局提起雇主違反性別工作平等法（懷孕歧視）申訴案。

對此，A 公司則抗辯表示該社區並非仍有社區秘書之需求，且該社區於 105 年 2 月曾去函公司表示不需社區秘書。此外，A 公司亦主張當時之關係企業並未有任何社區秘書之職缺可安排。

二、本件案例主要爭點

A 公司解僱小惠之行為，是否該當於懷孕之歧視？亦即，僱主之調動或解僱行為是否合法？

三、現行有關懷孕歧視禁止、調動以及解僱保護之法規範

（一）性平法有關懷孕歧視之禁止保護

如就廣義之「母性保護」概念而言，現行我國有涉及「母性保護」之相關法制度規範者有包括憲法（增修條款）、勞基法、兩性工作平等法、就業服務法，以及職業安全衛生法等。一般而言，就上述該等規範之保護內容，概有以下三大保護類型之規範內容，分別是：（母性）就業保障及歧視禁止、產假及津貼給付，以及育嬰婦女之健康保護等。其中，有關歧視禁止的部分自包括雇主「懷孕歧視」行為之禁止保護。

依據我國性別工作平等法第 11 條規定：「（第一項）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。（第二項）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。（第三項）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」。

再者，若雇主違反規定者，依同法第 38 條之 1 規定：「雇主違反第 7 條至第 10 條或第 11 條第 1 項或第 2 項者，處新臺幣 30 萬元以上 150 萬元以下罰鍰。有前項規定行為之一者，應公布其姓名或名稱、負責人姓名，並限期令其改善；屆期末改善者，應按次處罰。」，又按同法第 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」。

（二）勞基法有關調動之規定

依照我國現行勞動基準法第 10-1 條規定：

「雇主調動勞工工作，不得違反勞動契約之約定，並應符合下列原則：

- 一、基於企業經營上所必須，且不得有不當動機及目的。但法律另有規定者，從其規定。
- 二、對勞工之工資及其他勞動條件，未作不利之變更。
- 三、調動後工作為勞工體能及技術可勝任。
- 四、調動工作地點過遠，雇主應予以必要之協助。
- 五、考量勞工及其家庭之生活利益」

（三）勞基法有關解僱之保護

依照勞基法第 11 條規定：

「非有左列情事之一者，雇主不得預告勞工終止勞動契約：

- 一、歇業或轉讓時。
- 二、虧損或業務緊縮時。
- 三、不可抗力暫停工作在一個月以上時。
- 四、業務性質變更，有減少勞工之必要，又無適當工作可供安置時。
- 五、勞工對於所擔任之工作確不能勝任時」。

四、歧視禁止、調動與解僱保護之法理與法院實務

（一）歧視禁止之法理

一般而言，所謂職場「性別歧視」係指在工作職場中，求職者或受雇人因其性別而受到雇主不公平待遇。禁止性別歧視之目的主要在於「性別」乃個人與生俱來，乃屬於本身無法改變的特質，故不應基於性別因素而於工作職場中受到不平等待遇。進一步言，所謂因性別因素所為之差別待遇，係指雇主基於性別之因素（動機）而對受僱者或求職者為直接或間接不利之對待；就懷孕之歧視，於立法目的上，即在於保護受僱者不得因其懷孕而受雇主之不利對待（差別待遇）。

但現實上，由於是否存在歧視之動機，乃牽涉雇主主觀動機之認定，即應如何判斷

雇主之真正意圖，一般受僱者往往受限於難以舉證之現實。因此，性平法第 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；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（北高等行政法院 100 年簡字第 737 號）。反之，該法第 11 條非謂雇主對懷孕員工有解僱情事時，即違反規定而得依同法第 38 之 1 條處罰；倘雇主已舉證證明其解僱員工與懷孕歧視無涉，仍不得依同法第 38 之 1 條處罰。至雇主如非因懷孕歧視而終止勞動契約，則雇主對勞工終止勞動契約之適法性，核屬勞基法規範之範疇，尚與性平法無涉（高雄高等行政法院 102 年簡上字第 34 號判決參照）。

但必須注意者，懷孕歧視經常出現所謂「混合動機 (mixed motive discrimination) 因素」，即，雇主在作成某項有關雇用或勞動關係的決定時（例如解僱），同時含有合法（正當）與不合法的動機因素。具體而言，指雇主基於當事人懷孕之考量（懷孕歧視動機）而為特定之人事作為（例如解僱或調職），但同時也存在非屬於懷孕之動機。例如：雇主於勞工懷孕之期間予以解僱，除有懷孕歧視之動機以外，該勞工亦同時該當懲戒之行為或「不能勝任工作」之情形。對此，上述存在「混合動機」之情形，就立法政策之目的考量，仍然構成懷孕歧視之認定。

（二）調動保護之法理

就一般學理而言，調職命令乃雇主基於業務執行上指揮命令權之一種行使形態；有關於調職命令的法律根據為何所生爭議的學說，主要有「概括的合意說」、「勞動契約說」、「特約說及否認說等之不同立場見解。

就我國法院實務見解，所謂「『調職』係雇主在企業內人事運用及勞務管理上極為

重要之指揮命令權限之一，雇主為因應業務上必要，自有權據其自身裁量而決定勞工之工作場所，且由於勞動契約關係有繼續性，在契約有效存續期間中，基於企業經營需要，調職幾乎是不可避免，惟調職因常伴隨著勞動條件降低或增加勞工家庭生活困難等不利益之結果，因之，雇主之調職命令權不可毫無制約地行使，如雇主濫用調職權利時，勞工可不受該調職命令之拘束，至調職命令是否該當權利濫用禁止原則之判斷基準，應就各個調職命令在業務上有無必要性或合理性，與勞工接受調職命令後所可能產生於生活上之不利益程度為綜合之比較考量，同時並考慮其中是否有動機與目的上之不當性予以全盤之判斷，設調職命令沒有業務上之必要性，或者縱有業務上必要性，然另有其他不當動機、目的，或明顯使勞工承擔超過通常應忍受程度之不利益時，除非有特殊之情事，即應認該調職命令已構成權利之濫用。」（高雄地方法院 95 年度勞簡上字第 19 號判決）

（三）解僱保護之法理：依勞動基準法第 11 條第 4 款

我國於解僱法制上，自始即採正當事由說的立場，即雇主非有法定解僱事由不得解僱勞工；其中，勞基法第 11 條第 4 款規範終止勞動契約之要件：一、因有業務性質變更之情形，二、有減少勞工之必要，三、又無適當工作可供安置。何謂「業務性質變更」？一般而言，係指雇主為因應特定情事而對經營或生產組織上的改變或調整的措施，係著重雇主對全部或一部分部門原有業務種類的變動，因其主要涉及組織經營結構的調整，則屬於「質」的改變。

實務上，最高法院 98 年台上字 652 號判決曾指出，「所謂業務性質變更，除重在雇主對於全部或一部分之部門原有業務種類（質）之變動外，最主要尚涉及組織經營結構之調整，舉凡業務項目、產品或技術之變更、組織民營化、法令適用、機關監督、經營決策、預算編列等變更均屬之。」又，學說與實務上並主張勞動基準法第 11 條各款及第 12 條第 1 項第 2、4、5 款皆有其適用「解僱最後手段性原則」，係指解僱應為雇主終極、無法迴避、不得已的手段，就其內容而言，係廣義的比例原則下的必要性原則。例如，臺北地方法院 86 年勞訴字第 54 號民事判決首先採用此原則，法院判決理由指出：

「按雇主為維護企業內部秩序，對於不守紀律之公司勞工得以懲罰，在各種懲戒手段中，以懲戒解僱終止勞雇雙方之勞動契約關係，所導致之後果最為嚴重。在行使懲戒解僱之處分時，因涉及勞工既有之工作將行喪失之問題，當屬憲法保障工作權之核心範圍，因此在可期待雇主之範圍內，捨解僱而採用對勞工權益影響較輕之措施，應符合憲法保障工作權之價值判斷。換言之，解僱應為雇主終極、無法迴避、不得已的手段、即『解僱之最後手段性』（ultima ratio），就其內容言，實不外為比例原則下之必要性原則之適用」。

五、我國法院近年有關「懷孕歧視」之實務案例分析

（一）北高行 106 年度訴字 65 號判決之案例分析

1. 案例事實概要：

原告（雇主）於申訴人（勞工）臨盆之際，以業務變更有減少勞工之必要為由將其資遣，經被告（臺北市勞動局）依職權調查，認為基於以下之理由認定原告雇主構成懷孕歧視之行為。

其一，原告於試用期即知申訴人（勞工）於執行職務有遲延情事卻仍使申訴人通過試用期，且申訴人延遲之職務係屬研發後端，在先後順位上無立即性需求，又原告表示可考慮在終止勞動契約後，以外包方式與申訴人合作，足證申訴人能力未必不能勝任，而申訴人擔任之職務需求亦並未消失；

其二，另原告雖主張資金部分出現困難，然原告對申訴人（勞工）資遣後，仍於人力銀行刊登同部門徵才廣告，故原告主張究係勞動基準法之虧損及業務緊縮，抑或一時性營業額減少，仍有疑義，且依原告董事會議程所載，原告除與申訴人終止契約方式外，尚有其他方式得以應對此資金短缺境況；

其三，申訴人（勞工）即便有違反忠誠履行勞務給付義務情事，然原告無法舉證排除未因申訴人懷孕因素而為資遣決定之涉有混合動機歧視意涵，且於資金調度困難後選擇申訴人作為資遣對象，卻未採用對勞工權益影響較輕之措施，故提經臺北市府勞動局評議審定原告乃違反性別工作平等法第 11 條第 1 項規定（懷孕歧視）成立。

惟，當事人原告（雇主）對審定結果不服，遂提起行政救濟。然法院基於以下理由予以駁回請求。

2. 主要判決理由：

承上述之事實，法院基於以下理由駁回原告請求。該判決主要理由如下：

其一、法院判決理由指出，懷孕之受僱勞工在職場中所受到的差別待遇並不侷限於資遣、解僱或強制留職停薪等不利待遇；雇主基於成本考量及對懷孕女性之刻板印象，可能對懷孕之求職者與受僱者懷有偏見，因而在招募、甄試、進用、分發、配置、考績、陞遷、福利給予、教育訓練以及勞動條件等方面給予其差別待遇。因此，「雖然並非每個女性皆會選擇懷孕或都可以懷孕，但因懷孕而在職場中受到差別待遇者均為女性，男性不會遭遇此種困境與問題。因此，懷孕歧視核屬雇主基於性別而採取之差別待遇，堪認為性別歧視之範圍。」

其二、法院認為「依勞動基準法第 11 條第 5 款規定之立法意旨，重在勞工提供之勞務，如無法達成雇主透過勞動契約所欲達成客觀合理之經濟目的，雇主始得解僱勞工。而所謂不能勝任工作是指舉凡勞工客觀上之能力、學識、品行及主觀上違反忠誠履行勞務給付義務均涵蓋在內。至於不能勝任須至何種程度，始能解僱，亦須雇主於其使用勞動基準法所賦予保護之各種手段後，仍無法改善情況下，始得終止契約，以符解僱最後手段性原則」。故，原告所稱申訴人不能勝任工作一節，係因進度落後，是否該當被資遣之事由，尚非無疑。再者，原告亦表示「可考慮在終止勞動契約後，若有需求可以外包方式與申訴人合作等情，亦足佐證申訴人能力未必不能勝任而達到必須資遣之程度。」

其三、再者，「依勞動基準法第 11 條第 2 款規定之立法意旨係慮及雇主於虧損時，有裁員之必要，以進行企業組織調整，謀求企業之存續，俾免因持續虧損而倒閉，造成更多員工失業而致社會更大不安。惟倘雇主因虧損而進行組織調整時，仍有符合原有員工專長之人力需求，甚至仍需新聘勞工，即不得任依上開規定終止勞動契約，以兼顧勞

工權益之保障，非謂雇主遇有虧損情事時，即得任意解僱勞工。」是以，原告之資金困難是否即屬勞動基準法所規定之虧損及業務緊縮，尚待審酌，且原告於資遣申訴人後，仍於人力銀行刊登同部門徵才廣告，由此益可認申訴人遭終止勞動契約時是否合於「虧損或業務緊縮」之情形，確非無疑。

其四、又，勞動基準法第 11 條第 4 款規定，所謂「業務性質變更」，係指雇主為因應特定情事而對經營或生產組織上的改變或調整的措施，係著重雇主對全部或一部分部門原有業務種類的變動，因其主要涉及組織經營結構的調整，則屬於「質」的改變。換言之，「係指雇主所營事業或經營事業之技術、手段、方式有所變更，致全部或部分業務發生結構性或實質性之變異而言」。「且明示雇主資遣勞工前必先盡『安置前置義務』，必無處可供安置時，最後不得已才可資遣。」是以，根據相關原告訪談事實，可認對申訴人擔任職務內容之需求只是先後順位有所改變，而非需求消失，故實難認有所謂「業務性質變更」之事由存在。

3. 判決特徵與意義：

本文認為，上述之判決有以下兩個特徵及意義。首先，法院認為，雖然就現實上並非每個女性勞工皆會選擇懷孕或都可以懷孕，但因懷孕而在職場中受到差別待遇者均屬於女性，即男性勞工本人不會（也不可能）遭遇此種懷孕歧視之差別待遇。因此，對於該「懷孕歧視核屬雇主基於性別而採取之差別待遇，堪認為性別歧視之範圍。」。

其次，本案原告除有違反性別工作平等法第 11 條第 1 項性別歧視之懷孕歧視規定外，即使排除性別工作平等法之適用，僅依勞動基準法有關解僱保護之規範予以檢視，雇主之行使解僱權並未符合該法第 11 條所定之第 2 款「虧損或業務緊縮」、第 4 款「業務性質變更，有減少勞工之必要，又無適當工作可供安置」，以及第 5 款「勞工對於所擔任之工作確不能勝任」等要件，該資遣申訴人勞工之行為不僅違反性別工作平等法，亦已違反勞動基準法之規定。換言之，雇主不僅構成性別工作平等法第 11 條第 1 項性別歧視之懷孕歧視而使台北市勞動局之就歧認定處分核屬正當，於民事關係上亦負有違法解僱之責任。

（二）其他與懷孕歧視相關之案例分析

1. 臺北高等行政法院 90 年度簡字 7865 號（違反就業服務法第 5 條：經性評會議認定為性別歧視；臺北市政府被告）

（1）事實概要

勞工 A 於 85 年 5 月 7 日至 88 年 4 月 30 日受僱於原告卓利電子股份有限公司擔任美工一職，於 86 年 8 月至 87 年 6 月妊娠期間，遭受原告負責人言語上之諷刺；後因產假計入缺勤日數，致影響年終獎金遭致短少給予；且黃毓秀年終考核並非該公司最後一名，卻為唯一未獲調薪之員工，對懷孕之 A，顯有不平等之對待。經台北市政府就業歧視評議委員會認定原告原告就業歧視成立，違反就業服務法第 5 條禁止性別歧視之規定。被告不服提起訴願，亦遭決定駁回，遂向本院提起行政訴訟。

資方抗辯認為，方應保有權利依公司營運狀況以及個別員工之表現決定調薪標準與幅度，因此 A 未獲調薪係與其工作能力有關，與懷孕無關。

（2）法院判決理由

「產假計入缺勤日數，致影響年終獎金遭短少給予；且勞工之年終考核並非原告公司最後一名，卻為唯一未獲調薪之員工，顯原告對於該勞工有不平等之對待。因此原告有不公平對待之行為，已該當就服法第 5 條規定禁止性別歧視之要件。」

2. 臺北高等行政法院 96 年度簡字第 131 號判決（違反性別工作平等法第 11 條第 2 項：經性評會議認定為性別歧視；臺北縣政府被告）

（1）事實概要

原告大站企業股份有限公司會計部勞工 A 向被告台北市政府申訴其因懷孕遭原告強制資遣，予以性別歧視。經臺北縣就業歧視委員會審議，性別歧視成立，原告違反兩性

工作平等法禁止性別歧視之規定。原告不服，提起訴願，遭決定駁回，遂提起本件行政訴訟。

對此，資方抗辯認為，因公司財務虧損，乃決定各部門緊縮人員配置，因此決定電腦部、業務部及會計部各資遣 1 人。惟當時會計主管 B 遞交「人員停止任用通知單」給出納 A 時，對 A 已懷孕乙事並不知情，事後會計部主管建議延後資遣日期至月底，以利 A 尋覓新工作，原告亦接受此請求，且資遣費之發放與預告通知皆依法做到。

(2) 法院判決理由

法院維持訴願與性評會之理由，乃「原告所稱以業務緊縮資遣 A 時不知其懷孕，與事實不符，另外對於 A 退求兼職之意願，亦考量懷孕因素而不允准，且原告仍在事後持續在 104 人力銀行刊登徵才廣告與原告所稱營運不佳和業務緊縮之情況不符。因此被告以原告資遣 A 係基於性別（懷孕）歧視，違反兩性工作平等法第 11 條第 1 項規定，於法並無不合。」

3. 臺北高等行政法院 98 年度訴字第 993 號判決

（經就業歧視評議委員會認定為性別歧視；台北縣政府被告）

(1) 事實概要

A 君向臺北縣政府申訴，其因懷孕遭原告金雍和科技股份有限公司調動工作並予解僱，涉有性別歧視之嫌。經就業歧視評議委員會認定就業（性別）歧視成立。原告不服，提起訴願，遭駁回，遂提起本件行政訴訟。

對此，資方抗辯認為，公司於 96 年間因景氣衰退，國內市場大幅衰退，業務部門中業務專員相繼離職，搭配之業務助理因此而有冗餘之情形發生，乃計劃將業務部門冗餘之助理調派至該單位，不再對外招募新人，惟為考慮符合公平原則，原告並非指定將 A 君調任該職，而係於 96 年 12 月 26 日以抽籤方式進行，且 A 於抽籤前並未表明其懷有身孕，迨其抽中調任該職後，始突然表示其懷有身孕無法勝任云云，當時原告為體諒 A，乃安撫其他員工，再由他人抽籤派任，並未對 A 任何刁難。

另外，原告知悉 A 懷孕後，考量業務部門人力精簡工作量可能有所增加，乃改派工作性質相近，且體力負荷較輕之生產處包裝課行政助理乙職（職稱助理管理師），由 A 擔任，然其拒絕，並偕同其丈夫至原告公司，向原告財務部門之 C 協理提出於不向原告請領資遣費之條件下，要求原告將 A 女資遣，並開給非自願離職證明書，以利 A 女向主管機關請領失業救濟金，遭 B 協理以於法不合為由拒絕。

（2）法院判決理由

法院先肯認就業歧視評議委員會之調查與結果，認為「將 A 君調動至包裝課擔任助理管理師一職，因以往原告在包裝課並未設置該職缺，且該職缺工作性質或工作環境均迥異於其原任職之業務助理工作；因調動職務時 A 君正值懷孕期間，依據勞動基準法第 51 條規定，A 君本得依體能狀況，申請改調較為輕易之工作，故原告欲調動 A 君至包裝課擔任助理管理師一職時，本應向 A 君妥為說明其職務內容及工作時間等，或於調動公告文件載明，但原告未於調動前向 A 君積極說明職務內容及工作時間，致 A 對該項調動無異議的機會，更遑論依據勞動基準法第 51 條規定申請改調較為輕易之工作。」

另外，做第 2 次職務調動時，業務助理尚有其他 1 人可調動，原告確未比照前次抽籤方式，逕自調動 A，法官認原告處理原則歧異，即對 A 與另外 1 位業務助理有差別待遇，認為原告對 A 有懷孕歧視之情形。

4. 臺北高等行政法院 99 年簡字第 724 號判決（經新北市政府就業歧視評議委員會認定為就業歧視——雇主違反兩性工作平等法第 11 條、違反性別工作平等法第 11 條第 2 項）

（1）事實概要

原告文匯公司所屬勞工 A 於 98 年 6 月 17 日向被告所屬勞工局申訴其因懷孕而遭原告資遣，原告涉及懷孕歧視。後經被告新北市政府就業歧視評議委員會認定「性別歧視不成立」。A 君不服，提起訴願，經行政院勞工委員會以 99 年 1 月 13 日勞訴字第

0980026671 號訴願決定書將原處分撤銷，由被告於 2 個月內另為適法之處分。嗣經被告就相關事證再行調查，並提經被告就業歧視評議委員會，經認定為「就業歧視成立」。原告不服，提起訴願，遭勞委會決定駁回，遂提起行政訴訟。

對此，資方則抗辯認為，本件勞資爭議起於主管於員工教育訓練檢討會議時，提出 A 君之包裝錯誤供其他員工警惕，希望全體員工徹底遵守公司作業流程，卻未料非但就其疏失未自我反省，竟於該次教育訓練當眾向部門主管咆嘯並以情緒性字眼頂撞。後經幹部會議討論，各部門主管均表示無法與 A 君溝通，實已無適當職務供 A 君繼續工作，故決議建議解僱 A 君。然在解僱決議出來之前，先將 A 君調至其他部門，詎料 A 君調任至其他部門後，不服主管之考量（A 君當時懷孕），執意操作須用力操作相當重量模板之舊型機台而非僅須按鈕即可運作之新機台，該部門主管擔心會發生職災，提議讓 A 君調離該部門。資方認為已多次考量 A 君因之個人因素或喜好而調配職務，現各部門主管表示已無適當職務供 A 君工作，念 A 君已任職 3 年多並有孕在身，遂要求人事主管尋求給付資遣費之法律依據。

(2) 法官判決理由

被告所稱原告於 A 君調職後，仍要求其返回原部門支援，僅能認定為未能落實調職，涉及是否違反勞基法第 51 條之規定，並非被告所稱構成懷孕歧視。而依據證詞指稱，A 君確無法聽從組長指揮調度，不聽勸言、擅離職守，顯見 A 主觀上之工作態度及意願，與僱傭契約之從屬性有違，有未能勝任工作之情事。又不願意學習較安全之新機台，與調職後之主管發生爭執，則可認將 A 君調往不同部門均未改善其工作態度，原告以不能勝任工作為由終止兩造之勞動契約，符合解僱最後手段之原則，適法有據。

5. 高雄地方法院 101 年度雄勞簡字第 15 號民事判決（雇主以懷孕勞工未完成請假手續，仍構成違法解僱）

(1) 事實概要

兩造於民國 94 年 4 月 1 日成立勞動契約，原告勞工 A 擔任被告雅琪企業有限公司之

會計人員。原告 A 於 100 年間懷孕並於同年 11 月 15 日生產，於生產前已告知被告公司將自同年 10 月 20 日起請休產假，被告於同年 10 月 19 日告知明日不用至公司上班等語，原告即隔日起未至公司上班。然被告竟於 100 年 10 月 25 日以原告無故曠職 3 日為由，當場以口頭向原告終止兩造勞動契約。原告遂提起訴訟，要求依勞基法請求雇主支付短少之資遣費與預告期間工資。

對此，資方抗辯認為，原告並未明確告知被告公司預產期為何，亦未明確告知將於 100 年 10 月 20 日開始請休產假，其於同年 10 月 20 日起至 23 日連續曠職 3 日，公司依法終止兩造勞動契約。

(2) 法院判決理由

法院認為母性保護是「國家為維護婦女之人格尊嚴，保障婦女之人身安全，並消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等，已達維護母性之憲法目的所設之強制規定」。是以，其特別保護之原因，係因「勞雇雙方實質之不平等，縱勞動基準法已明白規定請休產假為女工之基本權利，然女工或基於雇主明示、暗示，或基於同儕之人情壓力，囿於傳統社會加諸女性之枷鎖，惟恐請休產假、育嬰假遭受刁難，往往不敢主張其法定保障之基本權利，之此誠屬社會法制不彰、漠視人權之現況」，故於法令之解釋上，即應考量社會現況。

又，雇主對於懷孕之女工，「本負有於其分娩前後應給予產假之義務，雇主如已知悉女工懷孕之情事，縱女工未於分娩前後向雇主明示請休產假並完成請假手續，惟倘依一般社會經驗法則判斷，雇主得間接推知女工確有請休產假之意思，且未到職之期間未逾上開產假法定期間者，即難認屬同法第 12 條第 1 項第 6 款所指『無正當理由』，雇主並不得依該款規定終止僱傭契約。」

再者，判決理由指出，「請假方式應不以書面為限，口頭亦可，原告或認勞雇雙方彼此已有默契，且依一般社會經驗法則判斷，應可認定被告公司當得以知悉原告確有請休產假之意思。」因此被告以連續曠職為由解僱原告，即屬無據，不生終止效力。

6. 新北地方法院 98 年度板勞簡字第 24 號民事判決（（雇主以懷孕勞工未完成請假手續，仍構成違法解僱）

（1）事實概要

原告 A 於 86 年 4 月 8 日至被告億台企業有限公司工作，因懷孕生產自 98 年 1 月 5 日至 98 年 3 月 2 日向被告請產假八週，98 年 3 月 3 日原告請完產假恢復上班第一天，被告公司即以原告 A 未按公司請假規定自行准假，構成曠職，後以業務緊縮為由資遣原告，終止雙方之勞動契約。原告 A 遂提起訴訟，要求依勞基法請求雇主支付短少之資遣費與預告期間工資。

對此，資方則抗辯，原告於所言在 12 月 30 日生產分娩一事並非事實，卻自行准假。且「原告於 3 月 3 日上班第一天，被告即以業務緊縮為由資遣原告。」以上原告之所稱並非事實。

（2）法院判決理由

法官認為勞基法 50 條之有關女工產假期間工資應照給之規定，「其立法精神乃係基於保護母性政策，乃女工應有之合法權益，又此項工資給付之規定係屬強行性規定，雇主必須遵守」，勞工只要確有請假之正當事由與事實，「即不因原告請假之手續有無完備以及被告公司有無准假而影響原告上揭法定之權益」，即使勞工請假程序有瑕疵，也並不能構成終止勞動契約之理由。

另外，本件被告於原告連續請假期間，仍繼續給付該期間工資，以及事後終止勞動契約時有給付部分之費用予原告，足以證明被告並未認定在該期間原告有何曠職之行為，被告片面終止兩造間之勞動契約，於法無據。

六、本案例之法律適用關係分析

（一）本案例並非一定屬於「混合動機」類型之歧視案例：

雇主(A公司)對於小惠之解僱或調職行為，皆不該當於勞基法有關調動(第 10-1 條)、解僱(第 11 條)之規範要件，特別是解僱保護。換言之，就個案事實之分析，本案例乃得認定雇主對於小惠之調職或解僱已屬違反勞基法之行為。

1. 依照我國現行勞動基準法第 10-1 條規定，A 公司對小惠之調動行為難以符合該條文第五款所謂「考量勞工及其家庭之生活利益」之要件。就此，自尚難構成所謂「迴避資遣型之調職」。
2. 依照我國現行勞動基準法第 11 條規定，A 公司對小惠之解僱行為亦難以符合勞基法第 11 條之規範要件。即使雇主張 B 社區表示「不再有社區秘書之需求」，但仍然不構成「業務性質變更，有減少勞工之必要，又無適當工作可供安置時」之要件；至少 A 公司之關係企業公司仍在 104 人力銀行招募社區秘書，則顯難以有所謂「減少勞工之必要」。

（二）雇主之調動或解僱行為，存在懷孕歧視之動機：

1. 首先，A 公司是在 104 年 11 月知悉小惠懷孕訊息後不久，始接獲小惠服務之 B 社區管理委員會告知 A 公司該社區不需要秘書職務。就此，顯然該社區不需要秘書職務之時間點乃於 A 公司知悉小惠懷孕訊息之後。
2. 其次，A 公司於知悉該社區不需要秘書職務之後，向小惠表示之選擇方案，皆屬於不利益之待遇；將小惠調任至總公司之方案，既路途遙遠不利孕婦前往且降薪，另一方面，若不選擇此調職方案則將被解僱。就此，A 公司所提供之兩種方案顯然皆不利於小惠，顯已難謂非懷孕之歧視。

3. 再者，縱然 B 社區果真未再有社區秘書一職之需求，但 A 公司並未能舉證該公司何以無法使其調職至其他社區擔任秘書，而僅予以調職至遙遠的汐止總公司擔任行政業務工作，而使身為孕婦之小惠更難於執行職務，是以相當構成懷孕歧視。
4. 再退一萬步言，即使 A 公司僅能將小惠調職至汐止總公司而難有其他調整方案，但在小惠尚未向公司表示可否之前，A 公司卻已先行一方表示終止勞動契約，乃明確顯示雇主基於懷孕歧視已使當事人小惠處於勞動條件之不利益待遇。
5. 承上，根據性平法第 11 條所定之歧視要件：(第一項)「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。」而就「不得因性別」動機而有差別待遇之原因事實自包括因懷孕事實所生之性別歧視（懷孕歧視），是以，當事人小惠向臺北市政府勞動局提起雇主 A 公司違反性別工作平等法（懷孕歧視）之申訴自屬依法得認定成立。

參、鑑往知來說案例

第一篇：申請育嬰留職停薪遭拒並為其他不利處分

第二篇：雇主未盡工作場所性騷擾防治義務案

第三篇：請求安胎假遭拒絕與懷孕歧視

第四篇：申請育嬰留職停薪遭不利處分案

第五篇：性別歧視

第六篇：懷孕歧視案

第一篇

申請育嬰留職停薪遭拒並為其他不利處分

王如玄律師 / 常青國際法律事務所

壹、案例說明

小美（以下簡稱申訴人）於 102 年 12 月到職，先擔任生產管理助理，後轉任為業務助理，申訴人表示於 104 年 3 月 13 日先以口頭方式，向公司負責人申請育嬰留職停薪，當時雇主已答應，並請申訴人向會計詢問後續辦理問題，當天會計回覆她會再去問問。惟數日後會計告知申訴人，公司總經理不同意她申請育嬰留職停薪，並要資遣申訴人，因當時申訴人的小孩急需親自照顧，只能被迫接受公司資遣方案。申訴人被資遣後，嗣後得知 105 年曾有同事申請育嬰留職停薪成功，始知當時公司拒絕其申請育嬰留職停薪乙事已屬違法，並讓自己權益受損，故於 107 年 1 月 10 日向臺北市府勞動局申訴公司違反性別工作平等法第 21 條第 1 項（申請育嬰留職停薪遭拒）及第 2 項（申請育嬰留職停薪遭其他不利之處分）規定。

貳、案例解析

一、公司主張

公司（以下簡稱被申訴人）表示，申訴人從未提出育嬰留職停薪之申請，申訴人到職後表現一直不佳，試用期未滿時被申訴人就想資遣申訴人，惟當時因業務缺助理，才讓申訴人轉任業務助理，但申訴人工作表現及配合度依然不佳，103 年申訴人產假後出勤狀況更差，104 年年初已將特休假申請完，後又申請事、病假，有時一週進辦公室的時間不到兩天，評估申訴人的工作狀況、態度與出勤，被申訴人認為實在無法再忍受，所以才會決定資遣申訴人，請會計小姐辦理資遣一事並通知申訴人，申訴人得知將被資遣後才去找負責人，希望可以彈性的在家上班，當時負責人並未答應申訴人，僅請她找會計辦理資遣後續的事宜。

二、評議重點

- （一）申訴人是否向被申訴人提出育嬰留職停薪之申請？其申請育嬰留職停薪在被申訴人通知資遣其之前或之後？
- （二）申訴人向被申訴人申請育嬰留職停薪是否遭拒，並因其申請育嬰留職停薪而予以資遣？
- （三）本件申訴如果成立，究屬性別工作平等法第 21 條第 1 項或第 2 項之違反？

三、評議解析

- （一）申訴人是否向被申訴人提出育嬰留職停薪之申請？其申請育嬰留職停薪在被申訴人通知資遣其之前或之後？
 - 1. 經詢問證人即被申訴人會計小姐表示，曾接獲總經理的指示，想要資遣申訴人，並請她計算資遣費及辦理後續資遣事宜；雖申訴人確實曾向會計小姐詢問辦理育嬰留職停薪事宜，惟當時會計小姐已被交代要辦理資遣申訴人一事，卻未被告知申訴人要申請育嬰留職停薪，會計小姐雖覺得奇怪，惟僅告知申訴人需要再跟主管確認，且認為資遣一事主管應已預告申訴人，故當下亦未告知申訴人將被資遣。

2. 本件事實如依被申訴人所主張，被申訴人先因申訴人工作不力、通知申訴人資遣後，申訴人才去找負責人，希望可以彈性的在家上班，當時負責人並未答應申訴人，並請她去找會計辦理資遣後續的事宜；則申訴人當下去找證人會計小姐的對話內容，應與資遣有關，而非如會計小姐所言前後全部只談及育嬰留停申請事宜，而未隻字片語談及資遣乙事，比較申訴人與被申訴人所主張內容，應以申訴人之主張較為可採，係申訴人先向被申請人提出育嬰留職停薪之申請，之後被申訴人才通知資遣乙事。

（二）申訴人向被申訴人申請育嬰留職停薪是否遭拒，並因其申請育嬰留職停薪而予以資遣？

1. 被申訴人主張，於申訴人試用期未滿前即因申訴人工作情形並不理想，本想資遣申訴人，並經其當時主管證實有此乙事，後因業務部門人力短缺，又讓申訴人轉任業務助理，但其表現仍不理想，申訴人產後因小孩照顧問題，於 104 年初多次請假（事病假及特別休假），以致於出勤狀況不佳，被申訴人即有資遣申訴人之意思，並非因申訴人申請育嬰留職停薪予以資遣。
2. 經查，申訴人 103 年 12 月至 104 年 3 月的確有較多請假情況，惟申訴人所申請之假別皆為被申訴人依法須給予之事假、病假及特休假，被申訴人也知道申訴人是因為照顧小孩關係，才需請假。
3. 至於申訴人工作不力乙事，被申訴人亦承認其並未針對申訴人出勤狀況，或工作表現不佳之狀況，曾經要求申訴人改善。
4. 再查，被申訴人想要資遣申訴人之決定，自始至終從未預告申訴人，直到申訴人口頭向被申訴人申請育嬰留職停薪之後，被申訴人始通知申訴人，公司欲將其資遣故無法同意申訴人申請育嬰留職停薪。換言之，被申訴人資遣意思表示在申訴人申請

育嬰留職停薪之前從未送達申訴人，被申訴人雖主張申訴人試用期間表現即不佳，惟其卻遲至申訴人任職一年多後，當其提出育嬰留職停薪申請之時，才以其工作態度及工作表現不佳予以資遣，縱申訴人確有工作不力之情事，亦難謂被申訴人非混合動機之資遣行為。

（三）本件申訴如果成立，究屬性別工作平等法第 21 條第 1 項或第 2 項之違反？

按性別工作平等法第 16 條規定：「受僱者任職滿六個月後，於每一子女滿三歲前，得申請育嬰留職停薪，期間至該子女滿三歲止，但不得逾二年。同時撫育子女二人以上者，其育嬰留職停薪期間應合併計算，最長以最幼子女受撫育二年為限。」及第 21 條：「受僱者依前七條之規定為請求時，雇主不得拒絕。受僱者為前項之請求時，雇主不得視為缺勤而影響其全勤獎金、考績或為其他不利之處分。」違反者，依同法第三十八條規定，「雇主違反第二十一條、第二十七條第四項或第三十六條規定者，處新臺幣二萬元以上三十萬元以下罰鍰。有前項規定行為之一者，應公布其姓名或名稱、負責人姓名，並限期令其改善；屆期末改善者，應按次處罰。」本件可認被申訴人以資遣之手段，拒絕申訴人申請育嬰留職停薪，被資遣應是拒絕申訴人申請育嬰留職停薪之不利結果，並非不利處分，故本件被申訴人應係違反性別工作平等法第 21 條第 1 項成立，同法第 21 條第 2 項不成立。

MEMO

參、第一篇



臺北市府勞動局「職場爸媽 家庭工作都圓滿」宣導。

第二篇

雇主未盡工作場所性騷擾防治義務案

莊喬汝律師 / 德臻法律事務所

壹、案例說明

一、小英(以下簡稱申訴人)105年2月15日到職,擔任總經理秘書,該公司員工人數50人。申訴人於105年4月19日至22日與總經理至馬來西亞出差,於桃園機場出境通關排隊時,申訴人認為總經理全程貼她貼得很近,讓申訴人感到不舒服。抵達馬來西亞機場時,因申訴人先行坐上公務車(後座左邊),總經理抽完菸後直接開啟後座左邊車門並要求申訴人「坐過去」,惟未待申訴人移動,總經理即立刻上車,且以臀部碰撞申訴人,亦未向申訴人道歉,讓申訴人感到不適,申訴人認為總經理對其之行為已涉及職場性騷擾,回國後雖未向公司提起申訴,但申訴人私下已向其朋友抱怨出差時所遇到之性騷擾事件。

二、105年6月22日總經理與申訴人溝通工作上的問題,申訴人認為是105年4月19日至馬來西亞的出差時發生之性騷擾事件,影響到申訴人的工作表現,於是與總經理針對性騷擾事件發生爭執。

三、105年6月24日董事長約談申訴人有關6月22日所發生之事件，並提出資遣申訴人之想法，請申訴人回去考慮。6月27日申訴人回復董事表示同意公司的資遣，有關總經理性騷擾之行為，依律師朋友建議，提出六個月薪資之和解金。董事長認為總經理之行為與公司無關，董事長不接受申訴人六個月和解金之要求，請申訴人提出正式申訴，並表示當天即資遣申訴人。

四、105年6月27日董事長約談申訴人表示：「總經理的行為讓你不舒服，我代表公司跟你道歉，總經理沒有性騷擾的意思，這個事情我想就是讓它平淡化，另外你本身也往正面去想，心上不會一個陰影在，這你的看法怎麼樣？總經理個人的行為，不代表公司，公司不會處理這樣的事，你自己去告他，這跟公司沒關係，公司現在正式資遣你」。

五、105年6月28日申訴人以E-mail方式向公司正式提起申訴，公司分別於105年7月1日、7月12日及7月21日共召開3次性騷擾申訴評議委員會，並做出性騷擾不成立之決議。另於105年7月21日將調查報告書親自交給申訴人，並說明申訴人之申復權益，惟申訴人認為公司調查過程過於草率，申復後應不會有更好的處理，而未提出申復。

六、105年7月21日「(申訴人)你們根本沒有性騷擾防治辦法…。(楊)是我們公司疏忽，在你進公司後沒有拿公告給你看。…(申訴人)這上面不是寫展群。(楊)那時候是高雄市政府發函要求我們訂定辦法，所以我們是針對俊吉營造…，當下我們都有發公告至各工地。只是在當時你進公司我們沒有把文件給你。…」

七、105年8月1日下班後申訴人收到公司資遣通知(資遣日期為8月12日)及總經理個人名義發給她的存證信函，總經理亦將一份存證信函寄送至申訴人台南家中，

申訴人認為公司將她個資洩漏給總經理。因申訴人不滿被申訴人調查過程中偏袒相對人，且因申訴人對公司提出性騷擾之申訴而遭資遣解僱，故於 105 年 9 月 5 日向臺北市政府勞動局提出公司未盡職場性騷擾防治義務之申訴。

貳、案例解析

一、公司（以下簡稱被申訴人）主張

- (一) 被申訴人提供高雄分公司所訂定的工作場所性騷擾防治措施申訴及懲戒辦法辦法，並在申訴人提出申訴後，被申訴人將該辦法張貼在台北總公司公布欄。
- (二) 105 年 6 月 22 日，被申訴人交辦業務復遭申訴人拒絕，被申訴人便請申訴人將辦公室門關上，糾正其工作態度並表示因其工作表現不佳，遲未改善，被申訴人有意請求辦理離職，申訴人聞言公司有意請其離職，即突然刻意將辦公室門打開，大聲宣稱「自己係因二個月前於吉隆坡出差時遭總經理性騷擾使導致工作表現不佳」等語。
- (三) 105 年 6 月 24 日董事長主動找申訴人談 105 年 6 月 22 日所發生的爭執為何，事前董事長已找總經理詢問過，但是認為還是要跟當事人再次確認，申訴人 105 年 6 月 24 日也跟董事長申訴，她遭受到總經理的性騷擾。
- (四) 105 年 6 月 27 日申訴人跟董事長提出性騷擾賠償，申訴人表示她可以求償最多六個月的賠償，但未說明金額。董事長對於申訴人的意圖有所疑義，所以被申訴人於當日請申訴人提出正式的申訴，被申訴人將按照既定的辦法流程處理。6 月 28 日申訴人以 e-mail 正式向被申訴人提出性騷擾申訴。被申訴人收到正式的申訴書後，於 105 年 7 月 1 日召開第一次的性騷擾評議委員會，與申訴人訪談。本次會議後，即調整申訴人的工作內容，將申訴人與總經理的業務分開，讓雙方不要有因為工作而有接觸的機會，並調整申訴人的位置離總經理的辦公室較遠，當時工作內容與位置的調整都是經由申訴人的同意。105 年 7 月 1 日分開訪談雙方當事人與證人（公務車司機，因證人在馬來西亞，所以委由馬來西亞的主管協助調查），委員會開會日期：105 年 7 月 1 日、7 月 12 日及 7

月 21 日，共召開三次的會議，並在 7 月 21 日第三次的會議中做出性騷擾不成立之決議。

二、評議重點

於我國性別工作平等法規範下，如何劃定雇主於工作場所之防治性騷擾義務範圍，相關的子議題包含：

- (一) 雇主事前需要建立怎樣的性騷擾處理機制？
- (二) 雇主受理性騷擾事件申訴後應該有怎樣的反應？

三、評議解析

性別工作平等法第 13 條規定課予雇主防治及調查處理之義務，係因雇主最有能力以及責任防止職場性騷擾事件發生，並在發生職場性騷擾後可迅速讓相關當事人傷害減到最小，故性別工作平等法之最終精神在於雇主知悉職場有此等情事發生之可能，即啟動相關機制，此一機制並非要雇主擔任審判之角色，究其性騷擾事件真偽與否，而是透過公平公正、尊重的處理機制，處理職場可能存在性別歧視之問題，且啟動機制之作為本身即富有高度教育意義，更是雇主積極保護勞工並提供友善職場環境之表現（勞動法訴字第 1030008463 號參照）。就此，針對雇主防治工作場所性騷擾之義務範圍，由以下兩點析論之：

(一) 雇主事前需要建立的性騷擾處理機制

1. 按性別工作平等法第 13 條第 1 項：「雇主應防治性騷擾行為之發生。其僱用受僱者三十人以上者，應訂定性騷擾防治措施、申訴及懲戒辦法，並在工作場所公開揭示。」又工作場所性騷擾防治措施申訴及懲戒辦法訂定準則第 4 條更明確化了防治措施的內涵：「性騷擾防治措施應包括下列事項：一、實施防治性騷擾之教育訓練。二、頒布禁止工作場所性騷擾之書面聲明。三、規定處理性騷擾事件之申訴程序，並指定人員或單位負責。四、以保密方式處理申訴，並使申訴人免於遭受任何報復

或其他不利之待遇。五、對調查屬實行為人之懲戒處理方式。」、第 5 條「雇主應設置處理性騷擾申訴之專線電話、傳真、專用信箱或電子信箱，並將相關資訊於工作場所顯著之處公開揭示。」其中，所謂公開揭示，按工作場所性騷擾防治措施申訴及懲戒辦法訂定準則第 2 條指：「在工作場所顯著之處公告及印發各受僱者」，且該公開揭示特指使「全體員工」處於可知悉系爭辦法之環境，藉以瞭解系爭辦法，縱雇主已對大部分員工完成公開揭示之情況，只要有員工無法得知悉系爭辦法，即不符該規定，例如只在總公司公告欄公告而未考量分公司人員、或是在社區服務人員無法接觸到公告、又或是在公布欄公告幾天就拿下來，以致新進人員無從知悉等情形，即會違反性別工作平等法第 13 條第 1 項，至於員工是否因此確實認真瞭解該等辦法，即非該規定所問（臺灣桃園地方法院行政訴訟判決 104 年度簡字第 5 號參照）。而違反上開規定之雇主，依性別工作平等法第 38 條之 1 的規定，處新臺幣 10 萬元以上 50 萬元以下罰鍰，且應公布雇主姓名或名稱、負責人姓名，並限期令其改善，若屆期未改善者，應按次處罰。

2. 本案申訴人所屬公司人數達 50 人，該當性別工作平等法第 13 條第 2 項及 30 人以上的公司，不但應該建立性騷擾申訴、調查及處理機制、加害人懲處機制，並應該公告揭示，讓公司裡全體員工都了解公司的性騷擾處理流程，在發生性騷擾事件時能夠立即反應。申訴人所屬之公司規模不小，除了申訴人上班的臺北公司，在高雄也有分公司。本案的性騷擾調查報告中檢附之性騷擾防治辦法，即是高雄分公司的，無法確認是否跟臺北公司的性騷擾防治辦法共用，且申訴人也從未見過臺北辦公室有公告或是宣導性騷擾防治辦法。由此可知，申訴人的公司並未在「全體員工」皆可接觸的環境公告及印發予各受僱者整個公司的性騷擾防治規範，公司亦未曾舉辦相關的教育訓練或宣導活動，申訴人的公司顯然已經違反性別工作平等法第 13 條第 1 項之規定。

（二）雇主受理申訴後的處理方法

1. 按性別工作平等法第 13 條第 2 項：「雇主於知悉前條性騷擾之情形時，應採取立即有效之糾正及補救措施。」所謂立即有效之糾正及補救措施，實務上固非單純以被性騷擾者之主觀感受為據，惟若機關、學校、團體或事業單位於受理性騷擾申訴案件時，未以審慎態度視之，即時設身處地主動關懷，啟動所設置之處理機制，並採取適當解決之措施，以免被性騷擾者長期處於具敵意性、脅迫性或冒犯性之工作環境，即難認已符合該項規定（臺灣臺中地方法院行政訴訟判決 105 年度簡字第 11 號、臺灣臺北地方法院行政訴訟判決 103 年度簡字第 247 號、臺灣臺中地方法院行政訴訟判決 103 年度簡字第 74 號等判決參照）。違反者按同法第 38 條之 1 規定，處新臺幣 10 萬元以上 50 萬元以下罰鍰。
2. 且按性別工作平等法第 36 條：「雇主不得因受僱者提出本法之申訴或協助他人申訴，而予以解僱、調職或其他不利之處分。」違反者按同法第 38 條規定，處新臺幣 2 萬元以上 30 萬元以下罰鍰。另外，除了公司可能對申訴人處不利處分，被申訴人也可能對提出性騷擾申訴者施以報復或不利待遇，故工作場所性騷擾防治措施申訴及懲戒辦法訂定準則第 4 條第 1 項第 4 款規定：「四、以保密方式處理申訴，並使申訴人免於遭受任何報復或其他不利之待遇」課予了雇主在處理程序上的保密義務。
3. 本案中，董事長於 106 年 6 月 27 日因申訴人與總經理之性騷擾事件約談申訴人，其以口頭不斷強調「總經理的行為跟公司沒有關係、公司不會處理這樣的事」、「這個事情我想我們是不是就讓它『平淡化』」企圖置外於雇主防治性騷擾之責任，又以「他只是動作比較大、應該沒有意思啦」等語試圖合理化總經理之舉動而忽視申訴人不舒服的感受。又申訴人在 106 年 6 月 28 日正式用電子郵件提出申訴後，公司雖分別於 105 年 7 月 1 日、7 月 12 日、7 月 21 日共召開參次評議委員會，在做出不成立性騷擾決議後於 7 月 21 直接將報告書交給申訴人並說明申復程序，形

式上固有完成性騷擾申訴、調查及評議的流程，然而過程中評議委員卻對申訴人態度不佳，調查程序上針對不利總經理之情事也未充分確認。公司甚至洩漏申訴人的個人資料給總經理，讓總經理發存證信函至申訴人家。整體而言，不只讓申訴人主觀上認公司態度偏袒且敷衍，客觀上公司之處理亦難謂符合以公平公正、審慎態度看待性騷擾申訴，一再以質疑、否定語氣造成申訴人二度傷害，更遑論有設身處地主動關懷申訴人，應已違反性別工作平等法第 13 條第 2 項之規定，並因洩漏申訴人個人資料而違反工作場所性騷擾防治措施申訴及懲戒辦法訂定準則第 4 條第 1 項第 4 款。

4. 更甚之，在 106 年 6 月 27 日董事長約談當日，董事長即告知申訴人公司將資遣之決定，就此，公司不無已經構成因申訴者提出申訴而受不利處分違法解雇之可能性。查申訴人在 106 年 6 月 22 日曾與總經理因為性騷擾事件產生爭論，在該事件後，總經理即已交代不要再給申訴人工作，申訴人亦於 106 年 6 月 27 日受到董事長當面告知資遣決定，並於 106 年 8 月 1 日收到資遣通知。雖然公司表示，105 年 5 月初申訴人試用期滿時，公司即已因為申訴人的工作表現不佳而欲資遣她，然而，105 年 5 月公司在討論後，還是認為招募新員工不易而決定給申訴人留任機會。故再次提出資遣要求，公司必須重新舉證說明申訴人過了一年後有何不適任的情形，不可與一年前之情形混為一談。況此次資遣前，申訴人正在受到性騷擾，亦即其上司總經理工作機會與資源上的剝奪，當總經理已經交代其他人不要派任工作給申訴人之情況下，實難想像其在工作上能夠達到一般職員之水準，且資遣的日期與申訴日期十分接近，資遣通知亦是在與董事長商談性騷擾事件處理的會談中發生，可見資遣與性騷擾申訴事件之關聯甚深。綜觀而言，難謂申訴人不是因為其提出性騷擾申訴而受到資遣之不利處分，進而影響其工作權益。故雇主此一資遣決定違反了性別工作平等法第 36 條之規定。

第三篇

請求安胎假遭拒絕 與懷孕歧視

郭玲惠教授 / 臺北大學法律學系

壹、案例說明

小倩（以下簡稱申訴人）於 104 年 6 月 1 日到職，擔任業務秘書，104 年 6 月 30 日調職為經理。公司（以下簡稱被申訴人）於 105 年 12 月知悉申訴人懷孕，106 年 1 月被申訴人請申訴人支援中南區業務工作，惟申訴人因懷孕出血，被申訴人於 106 年 3 月 31 日將其調整職務，並以其未擔任主管職而於薪資中扣發主管加給 7,000 元。

被申訴人於 106 年 5 月 22 日以電子郵件將告知申訴人將遭資遣並公告，惟資遣公告載明日期為 106 年 5 月 12 日。被申訴人主張於 106 年 5 月 17 日曾以口頭告知申訴人將於 106 年 5 月 18 日終止勞動契約，契約當於 5 月 18 日終止。申訴人則抗辯，被申訴人又再於 106 年 5 月 19 日發送簡訊詢問其人離職方式，而其亦有回應將繼續工作，顯見勞動契約至 106 年 5 月 19 日仍存續，則申訴人於 106 年 5 月 18 日提出安胎假申請時明顯仍在職，被申訴人卻以已資遣為由拒絕申訴人申請安胎假，有違反性別工作平等法第 11 條第 1 項。

後於 106 年 6 月 19 日及 7 月 3 日勞動局分別召開調解會，申訴人要求恢復僱傭關係，惟調解不成立，申訴人為保障工作權益於 106 年 7 月 20 日向臺北市政府勞動局提出性別工作平等法第 11 條第 1 項及第 21 條第 1 項（懷孕歧視、請安胎假遭拒絕）之申訴。

貳、案例解析

一、公司主張

（一）就懷孕歧視的部分：

被申訴人主張其於 105 年 12 月知悉申訴人懷孕時，曾邀同事聚餐並為其祝賀，於其懷孕期間，不論請假是否依程序辦理，皆予以准假。但申訴人身為主管，自到職後即造成申請輸入許可多次遭退件情形，被申訴人因此於 106 年 1 月請申訴人以電話協助辦理南區業務人員交接業務，但申訴人於 106 年 2 月 6、7 日擅自出差至南部，又向客戶抱怨其因出差而造成懷孕出血等身體不適，造成公司名譽損害，考量申訴人身體狀況，故於 106 年 3 月 31 日將其調職為「總經理助理」，減少其工作量，並不再發給主管加給，但申訴人挑撥員工與公司對立，再度使公司遭主管機關處分，因此於 106 年 5 月 17 日即告知申訴人將於 106 年 5 月 18 日終止勞動契約，並於 106 年 5 月 22 日以電子郵件將 5 月 12 日之資遣公告週知全體同仁（含申訴人）。

（二）請求安胎假部分：

就被申訴人主張其於 105 年 12 月知悉申訴人懷孕時，曾邀同事聚餐並為其祝賀，於其懷孕期間，不論請假是否依程序辦理，皆予以准假。但申訴人身為主管，自到職後即造成申請輸入許可多次遭退件情形，被申訴人因此於 106 年 1 月請申訴人以電話協助辦理南區業務人員交接業務，但申訴人於 106 年 2 月 6、7 日擅自出差至南部，又向客戶抱怨其因出差而造成懷孕出血等身體不適，造成公司名譽損害，考量申訴人身體狀況，故於 106 年 3 月 31 日將其調職為「總經理助理」，減少其工作量，並不再發給主管加給，但申訴人挑撥員工與公司對立，再度使公司遭主管機關處分，因此於 106 年 5 月 17 日即告知申訴人將於 106 年 5 月 18 日終止勞動契約，並於 106 年 5 月 22 日以電子郵件將 5 月 12 日之資遣公告週知全體同仁（含申訴人）。

二、評議重點：

本案主要涉及三大爭點：

- (一) 小倩懷孕後公司將其調為非主管職，是否有違反性別工作平等法第 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。
- (二) 公司於 105 年 12 月已知悉小倩懷孕，後於 5 月 22 日通知小倩遭到資遣，是否因懷孕而有違反性別工作平等法第 11 條第 1 項，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。
- (三) 公司拒絕小倩請安胎假，是否有違反性別工作平等法第 21 條第 1 項之規定。

三、評議解析：

(一) 懷孕與調職

不可否認地，女性勞工懷孕後，可能有身體不適或無法勝任原本工作之可能性，因此勞基法第 51 條規定，女工在妊娠期間，如有較為輕易之工作，得申請改調，雇主不得拒絕，並不得減少其工資。換言之，申請改調輕易工作，乃勞工之權利，發動權在勞工，如雇主體恤勞工，認為有調職之必要，亦應與勞工協調，並非自行認定改調後之工作，是否對於勞工較為輕易。99 年 地方法院之判決及指出：所指之較為輕易者，應以客觀上能為該女工所勝任，並且不會影響到母體及胎兒之健康者而言，但因母體及胎兒會因不同之身體狀況而有不同之結果，故仍應就個案分別為判斷。前開判決特別針對於工作時間配置，何時對於懷孕勞工較有利，應依勞工之需求判斷。

本案申訴人 106 年 1 月兼任「南區業務人員」，公司於得知小倩懷孕後，因為有出血等現象，遂將其調離主管職，除不擔任主管外，另減少其主管加給 7000 元。有關申訴人有身體不適，而遭公司請求選擇調任總經理特別助理或資遣一事，確實有違反性別工作平等法第七條因為受僱者性別（懷孕）因素，而有對其陞遷有差別待遇之疑慮。惟

後公司並未給予申訴人資遣之選擇，雖然調職並非申訴人主動請求，但考量申訴人之身體狀況，難謂雇主有因此而對申訴人有不利益對待。

然依前開勞基法第 51 條，雇主並不得因此減少勞工工資。有爭議者，一般所謂調職不得有勞動條件之不利益，期比較之客體，必須為同一職位，例如 100 年 最高法院之判決及指出：調職乃僱主對勞工人事配置上之變動，調職通常必伴隨勞工職務、職位及特定津貼等內容之變更，如僱用人係基於企業經營上之必要性與合理性而對於受僱人之職務、職位等內容加以調整，而勞工因擔任不同之工作，其受領之工資因而合理伴隨其職務內容有所調整，故隨職務調整而產生之基本薪資與職務津貼之變動是否違法，仍應審究薪資及其他勞動條件是否為不利之變更，不應僅以工資總額作為認定之依據。然此種一般規定，依勞基法第 10-1 條，肇因於企業經營之必要，除勞資間之約定之職務內容為主管外，勞工擔任主管既為兼任，調任後之工作因無主管職務，而未支付主管加給，並不違反法律之規定。不同於前開是由，勞基法第 51 條乃女性勞工之特殊境遇，乃依照消除對婦女一切形式歧視公約第 4 條第 2 項之規定，締約各國為保護母性而採取的特別措施，包括本公約所列各項措施，不得視為歧視。又同法第 11 條第 2 項 d 規定，(d) 對於懷孕期間從事確實有害於健康的工種的婦女，給予特別保護。因此女性勞工縱使因為懷孕而改調輕易工作，此乃基於母性特殊性之永久特別措施，對其勞動條件亦不應有不利益對待，公司對於小倩之減薪措施，確有不當。

（二）因懷孕而遭受解雇

本公司主張資遣小倩乃因其不依公司請假規定請假，且有因人事管理及會計業務出錯而使公司違反勞動法令之情形。而小倩則主張請假以事假取代病假，乃因為懷孕不適以及產檢需要等等假期需要證明，故以事假便宜行事，並非無故曠職；而人事管理與會計業務並非其工作內容，縱使公司認為小倩有不能勝任之情事，應給予改善之機會，然期間卻從未懲處小倩。因此如公司主張小倩確實有工作不能勝任，必須負擔舉證責任。

臺北高等行政法院 106 年之判決指出：關於懷孕歧視之構成，雖需建立雇主因受僱女性懷孕而在資遣事務決定上有差別待遇之因果關係，但就其事實之證明，性別工作平等法第 31 條已經定明，受僱者釋明差別待遇之事實後，即應由雇主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。且關於因懷孕而差別待遇事實之證明，於雇主關於資遣受僱女性事務之決定，有受其懷孕之影響而有差異，即為已足。亦即若非懷孕因素，雇主關於資遣之處遇決定，將有其他不同處遇決定者，即構成因懷孕而為歧視。至於懷孕外是否尚揉合其他因素一併考量，則在所不論。

實務上 對於女性勞工懷孕後，如有因為工作不能勝任而擬依勞動基準法第 11 條第 5 款規定予以資遣，亦應有明確告知因有工作考績不佳而調整工作，或有與其之工作能力有關之告誡或糾正資料，如並未給改善期間，自無從期待其有改善之機會，仍無法構成合理之解雇原因。

蓋就常理而論，勞工孕期感受會與一般時期不同，且因人而異，公司於女性勞工懷孕期間有所不適之際，理應妥予體貼關懷，縱女性勞工有因懷孕身體不適致違反勞動契約或工作規則之規定，因妊娠係為暫時狀態，該等情情況待妊娠期間結束即可預期消滅，公司當不得濫用解僱權，以其不能勝任工作終止勞動契約。

本案公司早於 105 年 12 月及得知小倩懷孕，其後小倩請假情形較頻繁，公司既已體諒其特殊狀況，允許其事後補請假，亦未懲處，顯然以了解小倩是處於懷孕之特殊情形，再以此事由，作為小倩有應工作卻不工作之主觀工作不能勝任以及缺勤較多之客觀上工作不能勝任之資遣事由，顯無法證明資遣非因性別因素，亦無法舉證工作不能勝任與懷孕因素間之非因果關係，因此公司有違反性別工作平等法第 11 條第 1 項之規定。

（三）拒絕給予安胎假

本案小倩主張公司拒絕其請求安胎假，公司則抗辯，其與小倩之勞動關係既已終止，當無給予安胎假之可能。因此值得一提者，公司之終止契約究應依 5 月 22 日 e-mail 通知小倩並公告時生效，或依公告內容之 5 月 12 日時點生效。本案事實中所稱之 5 月 18

日口頭告知，則因 5 月 19 日之詢問離職方式，合理推之勞動契約仍處於存在之狀態。

蓋勞動契約之終止權之性質屬形成權，為有相對人之單獨行為，其效力之發生，必須權利人有終止之意思表示，且須該意思表示到達相對人時，始得發生形成之效力。既然本案公司至 5 月 22 日始通知小倩，當無自行將終止日期任意提前之空間，無論終止契約是否合法，小倩於 5 月 22 日前仍有依性別工作平等法第 15 條第 3 項請求安胎假之權利。勞工經醫師診斷需安胎休養者，雇主並無拒絕之權利，至於安胎休養或照護之方式，當依醫師之指示為準，雇主不得任意要求安胎之方式或地點或請求其在家工作。實務上常見雇主得知其懷孕後，不僅工作上與以刁難，經常勸她辭職安胎或要求安胎假與其他假期調整，甚至要以書面事先申請之規定，多為對於勞工請求安胎假之不友善措施。

蓋基於母性保護，縱使勞工處於無薪休假期間，如提出安胎休養請假、產檢假或陪產假申請，雇主應依法給假不得拒絕，且該期間應依原勞動契約所約定工資數額給付，而安胎休養請假期間薪資則依相關法令規定。另受僱者於安胎休養請假期間內結婚或遇親屬喪亡，在婚假或喪假可請假之期限內，得改請婚假或喪假；其有產前檢查之事實及需求者，得改請產檢假。

進一步值得討論者，性別工作平等法第 21 條第 1 項明文規定，受僱者請求該法第 14 條至第 20 條之假期時，雇主不得拒絕，因此而產生安胎假之法律性質疑義。特別是依條文規定，如勞工一經行使該權利該等假期，雇主不得拒絕，則該權利是否具有前開形成權之性質。蓋形成權是使法律關係發生、變革或消滅的權利，而請求權則是債權人請求債務人為一定作為或不作為之權利。請求安胎假並未使勞資間之法律關係發生變動，因此當不生勞工一經提出及產生效力之情形。惟性別工作平等法第 21 條由文義解釋，當解釋為該等假期仍為勞工之請求權，但大幅限縮雇主之拒絕空間，換言之，除勞工有民法第 148 條權利濫用之情形，例如安胎之期間，醫師認定已無再行休養之必要，卻另行到他處修習教育學分，雇主當可拒絕安胎假之請求，要求受僱者回來工作。

本案公司主張其考量小倩的身體狀況，因此請假很有彈性，縱使小倩時常會到中午才打電話到公司說她身體不適，仍准假，要求其事後再補假單，並沒硬性規定一定要

事先請假，亦未拒絕她請假。而小倩多以事假等代替安胎假，以避免證明文件之繁瑣。因此推知公司於小倩在職期間並無拒絕請求懷孕相關假期知情情形。然因此公司主張小倩先生於 5 月 18 日代理申請安胎假時，已將小倩資遣，因此並沒有同意她請假，以違法人前開雇主不得拒絕之規定。小倩既無權利濫用之情形，公司以已將小倩資遣作為不給假之理由，而其遲至 5 月 22 日始通知小倩遭到資遣，勞動關係如前文逾期提出安胎假申請期間，仍然存續，公司拒絕之理由，難謂無違反性別工作平等法第 21 條第 1 項。



臺北市府勞動局 105 年度「職場型男奶爸 5F 育兒照片徵件活動」獲選照片

照片主題：Father

可靠的肩膀 / 張景皓爸爸與張恩綵妹妹

第四篇

申請育嬰留職停薪 遭不利處分案

賴淑玲律師 / 賴淑玲律師事務所

壹、案例說明

小琪（以下簡稱申訴人）97年12月1日任職，擔任營業人員，約定月薪為新臺幣2萬4,370元，申訴人於105年12月23日起向公司申請育嬰留職停薪2年，現在仍在育嬰留職停薪期間。

申訴人表示，公司的年終獎金發放標準是以考核和年資。公司每年都在過年前一個月打考核，105年的考核是在105年12月進行，申訴人在105年12月23日申請育嬰留職停薪前已完成公司考核，考核成績為甲，符合領取年終獎金的資格。公司卻認為申訴人申請育嬰留職停薪就是不在職，所以不發放年終獎金給申訴人，遂向臺北市政府勞動局提出申請育嬰留職停薪遭不利處分案。

參、
第四篇

貳、案例解析

一、公司主張

（一）公司（以下簡稱被申訴人）年終獎金發放係按工作規則第42條規定：「於營業年度終了結算如有盈餘依公司規定發給獎金」，被申訴人規定係為「員工除考核成績應為乙以上外，發放年終獎金當日未暫停或停止勞動契約者」，因此發放年終獎金當日已離職者及留職停薪者（含因事留職停薪、因病留職停薪、育嬰留職停薪、因兵役留職停薪等）不得領取。

- (二) 勞動部勞保 2 字第 0960140337 號函釋及臺北地方法院民事判決，均認定年終獎金僅係勉勵、恩惠性質之給予，非屬勞務對價性質之工資，雇主對於恩惠性質之給予，自得按被訴人規定標準給予，並無違反勞動相關法規。
- (三) 留職停薪於勞工法令上之意涵係指勞雇雙方合意「暫時停止勞動契約之履行」，被訴人依工作規則規定，未發放年終獎金予已留職停薪員工，並非僅限於育嬰留職停薪之員工，對於其他因事、病、兵役等留職停薪之員工均一視同仁不予發放，此乃制度化之做法，並非針對訴人之育嬰留職停薪而給予其差別待遇或不利之處分，自無違反性別工作平等法之規定。

二、評議重點

本案例之主要爭點有二：

- (一) 年終獎金倘屬雇主對於勞工的恩惠性質之給予，是否可按雇主自訂之給付標準給予，而不受法令之拘束？
- (二) 雇主依其自訂之工作規則規定，採取制度化之做法，未發放年終獎金予已留職停薪員工，對於所有因事、病、兵役等原因留職停薪之員工均一視同仁不予發放，並非針對訴人或育嬰留職停薪之員工而給予其差別待遇或不利之處分，是否即無違反性別工作平等法之規定？

三、評議解析：

- (一) 依據性別工作平等法第 21 條第 2 項規定，受僱者依性別工作平等法第 16 條規定提出育嬰留職停薪之申請時，依同法第 21 條第 2 項規定，雇主不得視為缺勤而影響其全勤獎金、考績或為其他不利之處分。此項規定旨在保障受僱者於行使法定請求時，其原有權益不因而受減損。

(二) 勞動部 103 年 7 月 24 日勞動 4 字第 1030070998 號函釋略以：「... 二、受僱者依性別工作平等法第 16 條規定提出育嬰留職停薪之申請時，依同法第 21 條第 2 項規定，雇主不得視為缺勤而影響其全勤獎金、考績或為其他不利之處分。此項規定旨在保障受僱者於行使法定請求時，其原有權益不因而受減損。復查育嬰留職停薪實施辦法第 4 條規定，育嬰留職停薪期間，除勞雇雙方另有約定外，不計入工作年資計算。三、另事業單位依民俗發給之年終獎金，屬事業單位之勞工福利事項，其發放要件、標準及方式等事宜，勞動基準法並無規定，可由勞雇雙方於勞動契約中約定或雇主於工作規則中訂定，報請當地勞工行政主管機關核備後並公開揭示之，惟不得對申請育嬰留職停薪之受僱者另為不利處分。四、綜上，受僱者於育嬰留職停薪期間雖無出勤義務，惟事業單位仍可接受僱者出勤狀況依比例發給年終獎金，以落實性別工作平等法之立法精神。又，受僱者於育嬰留職停薪前，倘已符合前述獎金之領取要件，縱其約定之發放日期在育嬰留職停薪期間，雇主仍應依約定發給。... 五、另有關於育嬰留職停薪之『留職停薪』於勞工法令上之意涵，係指勞雇雙方合意『暫時停止勞動契約之履行』，勞動契約並未終止。」。

(三) 勞動部 106 年 8 月 23 日勞動條 4 字第 1060131684 號函釋略以：「... 二、受僱者依性別工作平等法第 16 條規定提出育嬰留職停薪之申請時，依同法第 21 條第 2 項規定，雇主不得視為缺勤而影響其全勤獎金、考績或為其他不利之處分。此項規定旨在保障受僱者於行使法定請求時，其原有權益不因而受減損。三、按事業單位依民俗發給之獎金，屬事業單位之勞工福利事項，其發放要件、標準及方式等事宜，勞動基準法並無規定，可由勞雇雙方於勞動契約中約定或雇主於工作規則中訂定，報請當地勞工行政主管機關核備後並公開揭示之，惟不得對申請育嬰留職停薪之受僱者另為不利處分。四、所詢事業單位發放『年終獎金』及『三節獎金』以核發時『在職』為限，是否違反性別工作平等法第 21 條規定疑義乙節，本部 103 年 7 月 24 日勞動條 4 字第 1030070998 號函及 104 年 12 月 11 日勞動條 4 字第 1040132583 號函諒達。倘受僱者於育嬰留職停薪前，

已符合『年終獎金』之領取要件，縱其約定之發放日期在育嬰留職停薪期間，雇主應依約定發給，尚不得以受僱者育嬰留職停薪期間視為『在職與否』作為發放之憑據。至事業單位是否違反性別工作平等法第 21 條規定，應依個案事實認定。五、另按前開所稱事業單位之『三節獎金』，係指其『節金』性質之給與，亦即係因民俗節慶，爰於特定期日發給。考量該等三節獎金因屬節金性質，如未併就一定期間之工作表現、考核或工作年資等作為發放標準，其以特定期日核發時『在職與否』為據，尚難認違性別工作平等法相關規定之意旨。惟若事業單位發放之三節獎金非屬前開節金性質者，受僱者若已符合事業單位所定三節獎金之發放要件，縱其約定之實際發放日期在育嬰留職停薪期間，雇主仍應依約定發給，方符性別工作平等法之立法精神。至是否屬『節金』性質，非依獎金名目而定，而應以其發放要件為判斷之準據。」。

- (四) 被申訴人於勞動局訪談時表示：「公司會對員工當年度工作表現進行考核，依考核成績來發放年終獎金，門市員工考核成績大約都是甲和乙，不管是甲或乙，都有年終獎金，只是領取金額多或少。申訴人於 105 年度已打完考核之後才申請產假和育嬰假，其下半年考核成績為甲」。因此，依據被申訴人之說法，申訴人當年度考核成績為甲等，已符合該公司領取年終獎金之條件。至於被申訴人主張，其年終獎金發放規定，除了考核成績之外，尚須符合發放年終獎金當日未暫停或停止勞動契約之要件。惟依勞動部 103 年 7 月 24 日勞動 4 字第 1030070998 號函釋及 106 年 8 月 23 日勞動條 4 字第 1060131684 號函釋皆已明確表示：「倘受僱者於育嬰留職停薪前，已符合『年終獎金』之領取要件，縱其約定之發放日期在育嬰留職停薪期間，雇主仍應依約定發給，尚不得以受僱者育嬰留職停薪期間視為『在職與否』作為發放之憑據」，因此被申訴人仍應發給申訴人年終獎金，不得以受僱者育嬰留職停薪期間視為『在職與否』作為發放之憑據。

- (五) 另有關被申訴人主張：「公司依人事規則規定，未發放年終獎金予已留職停薪員工，乃是對於包括因事、病、兵役等留職停薪之員工均一視同仁不予發放，

並非僅針對申訴人之育嬰留職停薪而給予差別待遇或不利之處分，自無違反性別工作平等法之規定…」等語，然查，受僱者申請「育嬰留職停薪」係依據性別工作平等法第 16 條規定，有同法第 21 條第 2 項規定之特別保護，此為保護母性之法定權益甚明，且前揭法令規定旨在保障受僱者於行使法定請求時，其原有權益不因而受減損，與其他留職停薪（如因事、病等留職停薪）規定不同，無法相同論比，是故前揭勞動部 103 年 7 月 24 日勞動 4 字第 1030070998 號函釋及 106 年 8 月 23 日勞動條 4 字第 1060131684 號函釋亦因此才有「倘受僱者於育嬰留職停薪前，已符合『年終獎金』之領取要件，縱其約定之發放日期在育嬰留職停薪期間，雇主應依約定發給，尚不得以受僱者育嬰留職停薪期間視為『在職與否』作為發放之憑據」之解釋。

- （六）綜上，本案申訴人自任職以來，考核成績大都是甲等，且 105 年度考核成績亦為甲等，已符合領取年終獎金之條件，被申訴人卻以發放當日，申訴人於育嬰留職停薪中，而不予發放，被申訴人違反性別工作平等法第 21 條第 2 項規定成立。

四、重點說明

- （一）依性別工作平等法第 21 條之規定，受僱者依性別工作平等法第 14 條至第 20 條之規定請求時，雇主不得拒絕，亦不得視為缺勤而影響其全勤獎金、考績或為其他不利之處分。而其中第 16 條、第 17 條都是有關育嬰留職停薪之相關規定。此項規定旨在保障受僱者於行使本法之相關請求時，其原有的權益不會因此而受到任何減損。因此，針對上開爭點，即應依照本條文之立法精神而依個案狀況加以論斷，且雇主自訂之管理規則或人事規章等內容，倘若違反法令之強制規定，自屬無效，更不得據以豁免法律責任。
- （二）年終獎金之性質是否屬於工資，應視勞動契約之內容而定，例如：倘若雇主與勞工約定每年給予年薪 14 個月，其中兩個月的薪資在每年年終發放，此種約定之年終獎金，性質上應屬勞務對價，乃是工資的一部分；倘無類此約定，而

是由雇主視當年度的營業狀況而決定是否發放及發放金額，這才是所謂的雇主對勞工之勉勵、恩惠性質之給予，性質上應屬福利而非工資。然則，縱使是屬於恩惠性質給予之年終金，在發放時亦應符合法令之規定，例如：依性別工作平等法第 9 條、第 10 條之規定，雇主為受僱者提供各項福利措施及對受僱者薪資之給付，均不得因受僱者之性別或性傾向而有差別待遇。同理，倘若雇主因為受僱者依性別工作平等法第 14 條至第 20 條之規定請求生理假、產假、育嬰留職停薪或其他請求時，雇主竟以此為由而不予發放年終獎金，應屬本法第 21 條第 2 項規定之「其他不利之處分」，自非適法。

- (三) 再按，本件被申訴人雖主張依其公司內部之工作規則規定，年終獎金之發放對象限於發放年終獎金當日「未暫停或停止勞動契約者」，並且對於留職停薪者，不論其事由為何，舉凡因事、因病、因兵役或因育嬰留職停薪者，均「一視同仁」不予發放，強調該公司並非僅針對育嬰留職停薪之員工給予「差別待遇」。然則，被申訴人此一抗辯事由實屬邏輯上之謬誤，所謂的「差別待遇」應視個案之狀況去論斷是否因為某一特定事由而受到不利對待，而非凡是對「其他類此狀況之人均一視同仁」即不構成差別待遇，蓋亦有可能是該些被「一視同仁」之勞工均同樣受到不利待遇；此外，倘若因為雇主之作為而侵奪了勞工被法律所保障之權益，更不會因為雇主「沒有差別待遇」即不違法。在本案例中，申請育嬰留職停薪之勞工權益受到性別工作平等法第 16、17、21 條之明文保障，勞動部亦再三函釋「倘受僱者於育嬰留職停薪前，已符合『年終獎金』之領取要件，縱其約定之發放日期在育嬰留職停薪期間，雇主應依約定發給，尚不得以受僱者育嬰留職停薪期間視為『在職與否』作為發放之憑據」，雇主自有遵守法令之義務，今申訴人之年度考核既符合公司發放年終獎金之標準，但雇主即被申訴人卻以其申請育嬰留職停薪為由視為不在職而不予發放，已明顯違反性別工作平等法第 21 條第 2 項之規定。

- (四) 綜上，被申訴人以申訴人申請育嬰留職停薪為由視為不在職而不予發放年終獎金之作為，已足以影響申訴人之權益，主管機關從而評定被申訴人此舉違反性別工作平等法第 21 條第 2 項之規定，確屬適切。



臺北市政府勞動局 105 年度「職場型男奶爸 5F 育兒照片徵件活動」獲選照片

照片主題：Future

希望的未來 / 蔡森淼爸爸與蔡亮

第五篇

性別歧視

廖元豪教授 / 國立政治大學法律系

壹、案例說明

城新公司服務櫃檯人力委外作業，係由第一公司要派單位得標，履約期限為 104 年 1 月 1 日至 12 月 31 日，雙方並有簽訂「人力委外作業契約」。依前揭契約書規定，第一公司是派遣公司，城新公司是要派公司，派遣公司須幫要派公司派任 35 位櫃檯人員，若該 35 位櫃檯人員中有人員離職，派遣公司就須依照契約書規定提供所需人力。要派公司通知派遣公司有 2 位櫃檯人員離職，派遣公司透過關係企業在人力銀行刊登招募廣告，小剛（以下簡稱申訴人）看到該職缺投遞履歷，派遣公司看到申訴人履歷並通知申訴人面試，申訴人面試後，因未接獲派遣公司電話，就主動打電話詢問結果，派遣公司在電話中明確向申訴人表示，請其於 104 年 10 月 13 日早上到要派公司報到，派遣公司在該通電話中建議申訴人穿黑色長褲，因為申訴人身分證上登載性別是男性，若為女性打扮，擔心會增加無謂困擾。申訴人於 104 年 10 月 13 日與其他 7 位求職者至要派公司參加 8 天之業務觀摩，惟當日在自我介紹後，申訴人和另一位求職者陳先生被通知離開，不能繼續參加業務觀摩，申訴人詢問原因後表示：「派遣公司所持的理由是：『我叫你穿褲子，你怎麼穿裙子，你明明是個 1，怎麼穿個 2，我當場問性別的那關，到底是要派公司的意思還是派遣公司的意思，要派公司才說是派遣公司的意思』」，申訴人遂向臺北市府勞動局申訴派遣公司及要派公司因涉違反性別工作平等法第 7 條及第 8 條規定之性別歧視申訴。

貳、案例解析

一、被申訴人主張：

（一）派遣公司負責人表示：

「在面試時就發現申訴人在履歷表上性別欄位寫『男及女』，身分證是『男性』，並做女性打扮。面試時申訴人主動說他一開始出生是男性，但後來不知道是說有被醫生認定是女性，還是他喜歡打扮女性，我不太記得了。另外因為申訴人有大學畢業及會電腦，資格符合，我有和申訴人說等人員找齊（要5人以上）及要派公司通知後再通知申訴人進入業務觀摩，我也有和申訴人說一定要經過要派公司8天的業務觀摩後才可以知道有沒有錄取，我當天有印法規給申訴人先行閱讀。後申訴人打電話給我，我通知申訴人10月13日報到，我有建議申訴人穿黑色長褲，因為申訴人身分證是男性，若為女性打扮，擔心會增加無謂困擾。我的出發點是好意，希望申訴人求職過程順利，如果我真的對申訴人有性別歧視，我在一開始就不會讓申訴人進入第二階段面試了。申訴人訓練當天即被告知不被錄取，且說明不錄取的原因是口齒不清晰」。

（二）要派公司負責人主張：

「申訴人在自我介紹時哼歌，申訴人先哼一段歌，再自我介紹，然後再哼一段歌，且自我介紹時口齒不清，並不適合這份工作，所以就請派遣公司轉達申訴人，至於派遣公司怎麼轉達，我們不清楚。另外申訴人當天是做女性打扮，說話的聲音也不像男生，所以當天完全沒有發現申訴人是男生。直到收到勞動局調查函文才知道申訴人是男性」。

二、評議重點

（一）爭點一：申訴人報到並參加業務觀摩之時，是「求職者」或「受僱者」？

（二）爭點二：拒絕小剛繼續參加業務觀摩之行為是否適用性別工作平等法第7與第8條之規定？

(三) 爭點三：以小剛之性別與穿著作為終止契約之理由，是否違反性別工作平等法第 8 條與第 11 條之規定？

三、案例解析：

(一) 本案爭點一：申訴人報到並參加業務觀摩之時，是「求職者」或「受僱者」？

1. 在本案中，城新公司與第一公司，以申訴人之性別與服裝因素，通知其離開，拒絕其繼續參加業務觀摩，是否違反性別工作平等法第 7 條與第 8 條？欲解決這個問題，前提爭點是：派遣公司（第一公司）請申訴人向要派公司報到，參加業務觀摩。這樣的通知，是否已經成立勞動契約？如果勞動契約已經成立，則申訴人參加業務觀摩時，已經具有「受僱人」的身分，而要派與派遣公司拒絕其繼續參加業務觀摩，就是終止勞動契約。反之，若勞動契約尚未成立，則申訴人是「求職遭拒」，其身分是「求職者」而非「受僱人」。身分的認定，會影響法規的適用。所以必須先行討論。
2. 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。」同時適用於「求職者」與「受僱者」。但同法第 8 條則規定：「雇主為受僱者舉辦或提供教育、訓練或其他類似活動，不得因性別或性傾向而有差別待遇。」僅適用於「受僱者」。而關於「受僱者」與「求職者」的區別，性別工作平等法第 3 條規定：「本法用詞，定義如下：一、受僱者：指受雇主僱用從事工作獲致薪資者。二、求職者：指向雇主應徵工作之人。三、雇主：指僱用受僱者之人、公私立機構或機關。代表雇主行使管理權之人或代表雇主處理有關受僱者事務之人，視同雇主。要派單位使用派遣勞工時，視為第 8 條、第 9 條、第 12 條、第 13 條、第 18 條、第 19 條及第 36 條規定之雇主。」。

3. 在本案中，派遣公司（第一公司）通知申訴人至要派公司（城新公司）報到，並參加「業務觀摩」。但報到並參加業務觀摩的第一天，就被通知離開。這樣的關係，是「已經錄取，但終止契約」，還是「須經業務觀摩結束後，方成立勞動契約」？勞動基準法並不承認「試用期」的概念，而派遣單位指派派遣員工要通過要派單位之業務觀摩或實習，這種業務觀摩或實習的過程，在實務上也都認定派遣員工已經在「提供勞務」，所以勞動契約已經成立，當事人也已經取得「受僱者」之地位。即使後來在業務觀摩或實習之後，派遣員工被要派單位認為不適任，也不影響派遣單位與派遣員工勞務關係成立之事實。依此，本案申訴人與被申訴人派遣公司（第一公司）面試後，被申訴人雖然沒有主動通知「錄取」，但於電話中通知申訴人於104年10月13日至要派公司（城新公司）報到並參加8天業務觀摩，這時申訴人與被申訴人間勞動契約已經成立。申訴人已經具有「受僱者」之身分。
4. 在這類案例，派遣公司經常會引用其與要派公司之委外契約規定，主張要觀摩完成後才能在要派單位任職。然而，這是「要派單位與派遣單位」間的契約，與「派遣單位是否已經錄取求職者」並不相干。無論委外契約怎樣規定，都不代表派遣單位要經由要派單位同意，才成立與派遣勞工間的勞雇契約。何況，許多委外契約也都規定，能至要派單位參加「業務觀摩」者皆係派遣單位所「指派人員」，派遣單位之所以能指派該些人員，係因其已通過派遣單位面試且符合資格者，此情況即符合勞動派遣定義：即指「派遣事業單位指派所僱用之勞工至要派單位，接受該要派單位指揮監督管理，提供勞務之行為」。
5. 派遣公司也經常以要派單位規定「通過業務觀摩後方能正式任職」來證明參加義務觀摩的人，尚未與派遣公司成立勞動契約。然而，在勞動派遣關係下，派遣員工不符合要派單位的需求，並不影響派遣員工與派遣單位勞雇關係存續的事實。派遣單位往往以當事人僅通過「派遣公司第一階段面試」尚未通過「要派公司業務觀摩考核」等形式來進行其僱用關係的偽裝，稱申訴人僅係求職者身分，而真正目的是要

隱藏其背後真正的直接僱用，以逃避勞動基準法等勞動法令的規範（如給付業務觀摩期間之薪資、加保勞健保、終止約等規範）。這是一種常見的「脫法行為」，因此在解釋適用法律時，自不應被外表托辭所惑。

6. 綜上，本案申訴人在報到並參加業務觀摩時，與第一公司（派遣公司）已經成立勞動契約，成為「受僱者」而非「求職者」。依此，性別工作平等法第 7、8 兩條規定均有適用可能。

（二）爭點二：拒絕申訴人繼續參加業務觀摩之行為是否適用性別工作平等法第 7 與第 8 條之規定？

1. 如前所述，申訴人於報到並參與業務觀摩之行為時，已經是「受僱者」。而要派公司在「自我介紹」之後，便通知其離開，不能繼續參加業務觀摩。這樣的行為，性質上乃是「終止勞動契約」。因此當然不符合性別工作平等法第 7 條所規範的「招募、甄試、進用、分發、配置、考績或陞遷」，因此性別工作平等法第 7 條自無適用於城新公司之餘地。
2. 至於「業務觀摩」似已構成同法第 8 條所稱之「教育、訓練或其他類似活動」，但派遣公司（城新公司）並未舉辦此等活動，所以自無本條之適用。而要派公司（第一公司）舉辦業務觀摩，又拒絕申訴人繼續參加觀摩，此等情形是否適用第 8 條？形式上，申訴人之雇主乃是城新公司而非第一公司（要派公司），所以第一公司似不應適用性別工作平等法第 8 條。然而，性別工作平等法第 3 條規定「要派單位使用派遣勞工時，視為第 8 條……規定之雇主」，而使得第一公司成為法律所擬制的「雇主」，也要受本條規定之拘束。

（三）爭點三：以申訴人之性別與穿著作為終止契約之理由，是否違反性別工作平等法第 8 條與第 11 條之規定？

1. 如前所述，性別工作平等法第 7 條因與「終止契約」（解雇）無關，因此無適用餘地。而要派公司（第一公司）舉辦「業務觀摩」，可以歸類在「教育訓練」相關措施之中，因此要受到性別工作平等法第 8 條之規範。但申訴人的申訴，漏未引用最關鍵之性別工作平等法第 11 條第 1 項規定：「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。」，也該一併討論。
2. 申訴人遭到解雇之理由，是「生理男性穿著裙子」。而此一理由，確有考慮性別因素，而可能構成性別工作平等法第 8 條與第 11 條所稱「因性別或性傾向而有差別待遇」。在深入討論本案是否有「性別 / 性傾向差別待遇」前，有一個事實問題應先處理：以「男人穿女裝」為由而解雇者，是要派公司或派遣公司？如依要派公司（第一公司）所云，此一決定乃「派遣公司的意思」，那為此差別待遇者，就是派遣公司（城新公司）而非要派公司。舉辦業務觀摩的要派公司，也就不違反性別工作平等法第 8 條之規定。實務上，這仍須經由主管機關依職權進行行政調查之後，方能確認。回到本案最重要的癥結，因為員工「男性穿女裝」而解雇或禁止參加教育訓練，是否屬於「性別 / 性傾向差別待遇」？在就業歧視領域，傳統，或典型的「性別差別待遇」，多半是指雇主直接因為受僱人或求職者的「生理性別」，而給予其不利待遇。尤其「歧視女性」的案例更多。例如，女性員工都必須於進用時簽訂「單身條款」（結婚後就離職），或直接規定某些工作「限男性」。這些都是以往常見的例子。隨著時代的進步，更複雜的案例類型又漸漸湧現。「性別工作平等法」所定義的「性別」可區分為生理性別、性別表現及性別認同三個不同面向。「生理性別」是指個人與生俱來的身體狀態，最為典型，也是絕大多數人在身分證資料上所載明的性別。「性別表現」是指氣質、外觀、行為、舉止、說話、穿著、都可能傳達有關性別定位的訊息。「性別認同」則跳脫生理性別，承認個人往往有著屬於自己主觀的性別認同，有時也被稱為「心理性別」。

3. 在本案中，申訴人的生理性別為「男性」，但在正式場合打扮為女性，可知其性別表現為「女性」。或許申訴人的性別認同或心理性別，也自認為「女性」。因此就產生了「生理性別」與另兩種性別定義的落差。而觀諸申訴人被解雇的原因，是派遣公司表示「我叫你穿褲子，你怎麼穿裙子，你明明是個 1，怎麼穿個 2」，明顯是對申訴人的「性別表現」予以差別待遇。（至於有無對「性別認同」有差別待遇，尚待進一步調查）在社會一般習慣上，的確有不少人對「生理性別」與「性別表現」落差不太習慣，甚至會有憎惡的感覺。從本案中派遣公司的說法，也顯示出此等排斥感，更以此作為終止勞動契約之理由。初步已經構成「因性別而有差別待遇」。除非派遣公司（城新公司）能夠反證說明，該項工作（第一公司之櫃臺人員）本質上就不適合「生理男性穿女裝」，否則以此為終止勞動契約之理由，即違反性別工作平等法第 11 條之規定。

（四）結論

1. 關於性別工作平等法第 7 條，因本案為「終止以成立之勞動契約」而非對「求職者」拒絕進用，與該條規定之「招募、甄試、進用、分發、配置、考績或陞遷」亦不相干，因此派遣單位與要派單位，均未違反本條規定。

2. 關於性別工作平等法第 8 條，派遣公司並未舉辦系爭之「業務觀摩」，故不受直接規範。而舉辦該「教育訓練」的要派公司雖然也適用性別工作平等法第 8 條，但依目前資料顯示，係依派遣公司之意思而請申訴人離開，並非自己從事性別差別待遇，因此也並未違反本條規定。

3. 關於性別工作平等法第 11 條，派遣公司解雇之理由係基於性別因素（「穿女裝」之性別表現與生理性別不合），而又無法說明此項決定與工作本質有何必要關係，因此已經構成性別歧視，違反本條規定。

MEMO

參、第五篇



臺北市政府勞動局 106 年度「我家的大小幫手 5F 愛家新觀念」彩繪比賽頒獎典禮。

第六篇

懷孕歧視案

詹翠華律師 / 東言法律事務所律師

壹、案例說明

申訴人許佩佩（以下簡稱申訴人）於 104 年 10 月 26 日到職，受雇於甲公司。申訴人擔任業務助理職務，工作內容是輔助主管與日本廠商接洽，及協助內部行政工作，不需前往工廠及亦無外勤業務，面試時約定試用期三個月。104 年 11 月 3 日，申訴人曾因身體不舒服，在廁所待很久，此後主管開始關切申訴人之身材。申訴人於 104 年 11 月 4 日知悉懷孕，但於 104 年 11 月 19 日始以通訊軟體 (line) 告知直屬主管楊副總經理（以下簡稱楊副總）。甲公司在面試時，面試者楊副總有詢問申訴人是否有結婚及懷孕計劃，申訴人有照實告知確實有此計畫，但面試當時申訴人尚未結婚及懷孕。申訴人到職後，楊副總經常關心申訴人身體狀況，詢問是否有懷孕。申訴人一開始未告知，因當初面試時，楊副總似十分在意申訴人是否懷孕，而申訴人認為懷孕狀況不會影響工作表現，沒必要將私人訊息告知楊副總，但因楊副總詢問太頻繁，始於 104 年 11 月 19 日以通訊軟體告知。楊副總在知悉申訴人懷孕後，翌日（104 年 11 月 20 日）找申訴人前往會議室並表示：「公司無法接受剛到職不久員工即請產假，故要求申訴人立即離職，薪資會在下月 5 日轉帳給申訴人，之前因身體不舒服而在廁所待較久，即有男同事反應懷疑申訴人已懷孕，那時楊副總還回稱申訴人未懷孕，現在告知懷孕訊息會讓其面子掛不住，若未處理無法對股東及同事交待，而且懷孕後期往往會有身體不適狀況而影響工作表現。」。即使申訴人告知可接受產假僅請一個月且明確向楊副總表示這樣對待懷孕婦女已違反法令，當初錄取也是因為能力符合，且業務上亦溝通無礙，不該因懷孕而解僱，但甲公司仍不接受要，並求申訴人離職。

貳、案例解析

一、公司主張

甲公司（以下簡稱被申訴人）表示：申訴人係於 104 年 10 月 26 日到職，其隸屬於行政部，職務為日文本秘書，工作內容為電子郵件翻譯、打報價單等，面試時約定試用期三個月，離職退保日為 104 年 11 月 20 日，被申訴人與其終止契約的原因是申訴人屢次說謊：一，申訴人之語言能力根本不精通；二，申訴人不會開立信用狀；三，申訴人隱瞞懷孕的事情，楊副總關心詢問時，申訴人都表示只是身材太胖緣故。此外申訴人在職期間工作表現不佳，時常丟三落四，在職期間用網路翻譯軟體直接翻譯，其語言能力未達需求，不懂的事也不問，雖然有進行指正，而申訴人後續雖略有修正，但不數日又故態復萌。申訴人於面試時表示其會開信用狀，進出口也做過，但事實上完全不會開、也不懂；機密資料隨意亂放，經指正後會稍作改正，但嗣後又發作；公務信箱有管制密碼，不能亂改，因為信箱記錄了客戶往來機密訊息，但申訴人在離職前卻更改密碼，經被申訴人告知才改回，亦不知是否有資料流出；楊副總有告知申訴人報名包裝工業展很重要，一定要準時，但申訴人卻在報名期限經過後，才寄出報名資料；客戶的重要電子郵件一直未處理，直到現在仍無法提供客戶…此外多次發生錯誤，罄竹難書。被申訴人是由 104 年 11 月 19 日才由通訊軟體得知申訴人懷孕訊息，104 年 11 月 20 日楊副總主動找申訴人至會議室開會，希望其能提出改善方向，因其無法提出後來才決定不留申訴人。104 年 10 月 7 日面試時及其後決定試用申訴人時，已知悉申訴人懷有身孕。因為面試時申訴人提出二份履歷表，一份載明「單身」，另一份載明「既婚」，且當時申訴人應已懷有身孕近五個月，其小腹微凸、懷孕明顯。因此，被申訴人於面試時並主動告知申訴人，產假依勞基法規定辦理。被申訴人基於同情申訴人係未婚懷孕，又一再懇求被申訴人給予工作機會，方才決定試用申訴人。被申訴人並非於知悉申訴人懷孕後，方予以解聘。

二、評議重點

- (一) 被申訴人是否因申訴人懷孕而解雇申訴人？是否構成懷孕歧視？
- (二) 被申訴人解雇申訴人之原因與申訴人懷孕有關與否，應由哪一方負舉證責任？

三、評議解析

- (一) 被申訴人是否因申訴人懷孕而解雇申訴人？是否構成懷孕歧視？

1. 申訴人 104 年 10 月 26 日到職，隸屬於行政部，工作內容為電子郵件翻譯、打報價單、輔助主管與日本廠商作接洽，以及協助內部行政工作等，面試時約定試用期三個月，但試用期間尚未屆滿，被申訴人即於 104 年 11 月 20 日解雇申訴人。被申訴人雖辯稱非因申訴人懷孕而予解僱，而係因申訴人有前述語言不精通、不會開信用狀等等缺失云云。惟被申訴人開立予申訴人之非自願離職證明書內所記載之解雇事由為「定期契約期滿」，而非「勞工對於所擔任之工作確實不能勝任」，與被申訴人所主張之解雇事由，已不相符。況且被申訴人所指之缺失，皆為申訴人所否認，被申訴人未舉證證明申訴人確實有其主張之缺失，其主張亦難採信。被上訴人復未證明其曾經對於該等缺失，糾正申訴人、於試用期間施予訓練或督促其改善，即在未為預告之情況下，驟然解雇申訴人。因此，縱使申訴人確有如被申訴人所主張之缺失，被申訴人解雇申訴人亦不符比例原則，難謂合法。再者，申訴人所負責之電子郵件翻譯、打報價單、輔助主管與日本廠商作接洽，以及協助內部行政工作等工作項目，皆為貿易及製造業例行不斷之工作項目，兩造間應屬不定期雇傭契約關係，而非定期雇傭契約關係。被申訴人所開立非自願離職證明書內載之解雇事由，亦不實在。

2. 反之，申訴人於 104 年 11 月 19 日以通訊軟體 Line 通知被申訴人懷孕訊息，被申訴人翌日(104 年 11 月 20 日)即找申訴人至會議室開會，旋即告知申訴人終止契約，有下述 line 對話截圖及被申訴人開立之非自願離職證明可稽，應屬真正。另據申訴

人所提供 104 年 11 月 19 日及 20 日其與楊副總間 line 對話紀錄顯示：「2015/11/19(週四)… 18:49(申訴人說) 楊副總，我懷孕了喔 ~ 再過五個月就要生了，謝謝你們體貼孕婦；19:04(楊副總說) 之前問你，怎麼都不說呢？ 19:26(申訴人說) 我怕麻煩別人啦；19:27(楊副總說) 不希望影響工作；2015/11/20(週五)… 11:06(楊副總說) 我們業助又要換人了，好煩喔；11:09(楊副總說) 你有空嗎？到會議室；11:30(楊副總說) 公司無法接受你一開始的隱瞞，也問你好幾次，你告訴我是胖，這麼相信你，怎麼可以騙我呢？…」，由前揭「(楊副總說) 之前問你，怎麼都不說呢？」此一談話內容，足以證明申訴人所稱其到職後，楊副總經常關心申訴人身體狀況，詢問是否有懷孕一節為真；加上前揭「(楊副總說) 不希望影響工作」及「(楊副總說) 公司無法接受你一開始的隱瞞，也問你好幾次，你告訴我是胖，這麼相信你，怎麼可以騙我呢？…」等談話記錄，顯見被申訴人認定懷孕可能影響申訴人工作，非常介意申訴人懷孕，自始即企圖查探申訴人懷孕與否。而被申訴人於知悉申訴人懷孕之翌日，立即解雇申訴人，時間上又極度緊密，所主張之解雇事由又不合理，無法採信，實難謂非因申訴人懷孕而予解雇。申訴人之直屬主管楊副總聲稱面試時即知悉申訴人懷有身孕，非因申訴人懷孕而予解雇云云，亦無可採。

3. 按性別工作平等法第 11 條第 1 項規定：「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」。所謂因性別或性傾向而有差別待遇，係指雇主因性別因素，對受僱者或求職者為直接或間接之不利對待，加重工作、解雇、不當調動職務等，皆屬之。而懷孕僅有女性會發生，雇主因懷孕而對受僱人或求職者為差別待遇，亦屬性別歧視，為性別工作平等法第 11 條第 1 項所禁止。本案被申訴人因申訴人懷孕予以解雇，構成懷孕歧視，違反性別工作平等法第 11 條第 1 項規定，依同法第 38 條之 1 第 1 項規定，應處新臺幣 30 萬元以上 150 萬元以下罰鍰，並應公布其姓名或名稱、負責人姓名，並限期令其改善；屆期末改善者，應按次處罰。

（二）被申訴人解雇申訴人之原因與申訴人懷孕有關與否，應由哪一方負舉證責任？

按性別工作平等法第 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」，本條之立法目的，在於受僱者懷孕時雇主之不利對待是否構成差別待遇，往往牽涉雇主主觀動機之認定，而應如何判斷雇主之真正意圖，受僱者往往舉證困難。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，因此性別工作平等法於制訂時，即參考歐美先進國家處理懷孕歧視事件之作法，課予具有較優勢地位且掌握人事資訊之雇主較重之舉證責任，受僱者僅須盡其釋明責任，使處分機關或調查委員大略相信因懷孕而有遭受不利待遇之情事時，舉證責任即轉換至雇主。本案申訴人就懷孕後遭被申訴人解雇此一事實，提出上開 line 對話記錄及非自願離職證明等作為佐證，應已踐行釋明之責任，被申訴人應就其解雇申訴人非因申訴人懷孕，或申訴人所從事工作之特定性別因素，負舉證責任，被申訴人若無法舉證，即應構成懷孕歧視。本案提送臺北市政府勞動局性別工作平等會會議，評議被申訴人違反性別工作平等法第 11 條第 1 項（懷孕歧視）規定成立。

MEMO

參、
第六篇



臺北市政府勞動局「親職均等 臺北向前-5F 愛家新觀念」宣導。

肆、附錄-勞動相關法規

序號	法規名稱	
1	勞動基準法	
2	勞動基準法施行細則	
3	性別工作平等法	
4	性別工作平等法施行細則	

序號	法規名稱	
5	就業服務法	
6	就業服務法施行細則	
7	育嬰留職停薪實施辦法	
8	勞動局相關檔案（含事業單位性騷擾防治措施、申訴及懲戒辦法（符合性平法與性騷擾防治法範本）及工作場所性騷擾防制法令與實務彙編等）	

107年度
**性別
工作平等專刊**

 臺北市政府勞動局

出 版 者：臺北市政府勞動局

指導單位：勞動部

發行單位：臺北市政府勞動局

出版日期：107 年 10 月

地 址：臺北市信義區市府路 1 號 5 樓

電 話：1999（外縣市 02-27208889）#7023

勞動部就業安定基金補助  勞動臺北 



勞動臺北
臉書粉絲專業QR Code



勞動臺北
電子報QR Code



臺北市政府勞動局
勞動即時通QR Code