

婦女勞動條款與立法形成權

鄧學良*、王德嚴**

目 次

- 壹、前言
- 貳、基本國策與婦女勞動條款
- 參、大法官會議解釋與婦女勞動條款
- 肆、國家對婦女勞工負生存照顧之憲法義務
(與釋字第 549、609 號相關)
 - 一、女性勞工哺乳與生育問題
 - 二、女性夜間工作問題
 - 三、女性保護與母性保護問題
- 伍、婦女勞動條款與「立法自由形成」關係之分析
(與釋字第 596、578、560 號有關)
- 陸、婦女勞動事務立法自由形成錯置檢討修正之分析
(與釋字第 596 號相關)
- 柒、結論與建議

* 國立中山大學中國與亞太區域研究所副教授

** 國立中山大學中國與亞太區域研究所博士生

摘 要

我國現行勞動法制，定有不少婦女條款，而其用意，是在於婦女勞動保障。惟經本研究發現，這些婦女勞動條款扭曲了勞動市場定律，甚而是不當將政府責任，加諸於企業主。凡此，已生無數不利現象於勞動婦女。政府理應重行檢討，並將婦女勞動條款定位於：婦女勞動應有特別保障，但本保障應由政府負起全責。

關鍵詞：婦女勞動、女性保護、母性保護、勞動定律、政府責任

壹、前言

以下我國勞動法制之婦女勞動條款，果真無問題？

- 一、勞動基準法（以下簡稱「勞基法」）第 49 條（所有行業）及第 30 條之 1 第 1 項第 4 款（中央主管機關指定之行業），乃至於第 84 條之 1 第 1 項（中央主管機關核定之工作者）規定之「深夜勞動與女工保護」，政府在安全衛生設施上，果真不應有任何投入？果真僅為資方的責任？
- 二、勞基法第 50 條規定之「3 個月以上妊娠（含：人工流產及優生減胎手術）¹ 時之產假與工資」，係由雇主支付，果真恰當？性別工作平等法第 15 條對「未滿 3 個月妊娠時有產假，無工資」之規定，果真能保護女性？對雇主果真公平？女工產假期間，資方在業務執行上的困擾，政府果真無設法解決之責任？
- 三、勞基法第 51 條規定之「妊娠期間與輕易工作安排」，政府果真不需有任何輔助措施？
- 四、勞基法第 52 條及性別工作平等法第 18 條規定之「哺乳時間視為工作時間」，政府對雇主之「特別犧牲」，果真無需填補？
- 五、性別工作平等法第 15 條第 4 項規定之「陪產假之工資」，由雇主負擔，果真恰當？
- 六、雇主違反性別工作平等法第 17 條時，依同法第 33 條僅得向地方主管機關申訴，並無進一步援助措施，果真符合婦女勞動特別保障之旨意？
- 七、勞工安全衛生法第 22 條規定之「妊娠中或產後未滿 1 年，女工不得從事危險性或有害性工作」，雇主果應當然獨自承擔此一「不利益」？

¹ 行政院勞工委員會 1999 年 1 月 13 日勞動 3 字第 058996 號函。

我國現行勞動法制中，頗多條文規定雇主應扛起對婦女的社會責任，這些規定果真恰當？在實務上，此一立法美意，常遭閒置，任令此等婦女勞動條款，自生自滅，果真符合憲法要求？

我國憲法由第 152 條至第 157 條，以基本國策之定位，規定「社會安全」之國家基本政策，「婦女勞動保障責任」，亦定位於「社會安全」中。復依憲法增修條款第 10 條第 6 項之規定：「國家應維護婦女之人格尊嚴，保障婦女之人身安全，消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等。」

勞動法制之目的，在追求勞動關係的穩定化、一致化與責任化，而其內在，則用以彰顯勞動人權，而非在對勞動者進行非人權式的管理。勞動法制之法律關係主體，常涉及勞資政三方，各有其功能與角色，並輔以罰則，藉以確保勞資雙方履行其義務²。

問題是，勞動法制對以上設計原則，有無可能錯置？甚至原本應屬於國家社會之責任，卻被定位為勞資雙方或其中一方的責任，而政府卻不必有任何的作為？

鑑於現行勞動法制婦女勞動之社會責任條款定位不明，甚至有違基本國策原意，本文謹分析其當有之思維與調整之方向。

貳、基本國策與婦女勞動條款

所謂基本國策，指國家一切政策所應遵循之基本政策，而為全國上下必須共同努力之目標。政府政策雖得應時代需要而改變，但基本

² 焦興鎧稱在全球化步伐益形加速後，各國工會運動逐漸萎縮衰微，取而代之者，是所謂「公益勞動法」(public-interest labor laws)所規範之勞僱關係，也就是由國家公權力直接介入，而以制定法來規範雇主與受僱者在職場上之各類關係。請詳：焦興鎧，「工作平等國際勞動基準之建構」，<http://www.npf.org.tw/post/2/5217>，2012年2月7日造訪。

國策係屬永久不變，因此無論任何政黨執政，均應遵守憲法，推行其基本國策。執政黨因時制宜，只能在政策上善自運用，始不至因執政黨之更迭，而破壞憲法，動搖國本³。

基本國策入憲理由之一，乃在規定政府之施政方針，其目的在保障人民權益，對於政府之施政等活動，給予明確之方向，俾其行動有所遵循。

另基於福利國之思想，使政府能克盡職責，解決人民食衣住行育樂六大需要，乃在憲法上加以明文規定，以為施政之準繩。

我國憲法有關基本國策的規定，表面看來似乎沒有拘束性，但大體上指示了行政與立法之方針，透過政策與制度的執行，對人民的權利形成制度性的保障。

林紀東氏認為我國憲法基本國策章之規定，屬於方針規定之性質，即於法律條文上，指示政府以行動方針之規定，至於其效力如何？林氏認為「強行性」與「強制性」不同，憲法為根本大法，雖因欠缺具體規定而無強制性，但自始即有其強行性，當普通法律超越憲法所規定之範圍時，當然有違憲之虞⁴。

我國憲法第 13 章第 4 節規定「社會安全」，分別是：「人民就業」（第 152 條）、「工農保護」（第 153 條）、「勞資關係」（第 154 條）、「社會保險、社會扶助」（第 155 條）、「婦兒政策」（第 156 條）及「衛保公醫」（第 157 條）。

在基本國策之下，我國學界對各種社會事務已有相當之投入。例如：智慧財產權之憲法基礎、平均地權與經濟發展、原住民教育與多元文化、環境權與產業技術創新等。基本國策用於指導與決定我國經濟之走向，婦女勞動獲有基本國策之保障，應屬當然。

³ 謝瑞智，憲法大辭典，地球出版社，頁 286-287，1991 年 4 月。

⁴ 林紀東，中華民國憲法釋論，大中國圖書公司，頁 357-362，1989 年 11 月。

因基本國策有其強行性，學界亦從社會各層面探討國家責任，如營建物上之安全、秩序行政之維護、國際經貿活動、環境保全與自然保全、國民之終身教育，以及預防接種與公共衛生等。亦即，基本國策之範圍，在實務上已超越憲法之列舉規定。

在法律的類別中，傳統的法學理論往往將法律分為公法和私法，其區別之學說繁多，主要的有利益說（或稱目的說）、舊主體說、權力說、應用說以及新主體說等，此即「公私法二分論」。以上各說雖各言之成理，但無法清楚區分公法和私法，乃因人類社會瞬息萬變，保障私益的法律，亦必兼顧社會公益，此種現象稱為「私法之公法化」或「法律之社會化」。

由於公私法二分論以及公法中之高權行政與非高權行政，在當前行政法中，因為「依法行政」之講求，進而各項行政行為，無論高權或非高權，均被要求應有其實體法上之依據。公私法二分論，可謂逐漸式微。何況，像勞動法、教育法、租稅法、社會保障法、環境法等，究屬公法或私法，不但無有定論，且無區別上之實益⁵。因此乃有「公私社三分論」之誕生，即公法、私法之外，另有兼具公法和私法性質的「社會法」，而勞動法乃為社會法之一環。

我國目前由學術層面研究「社會安全」之內容多元，例如國家稅制、高齡國民照護法制、衛生防疫法制、國土安全、地方行政運作、刑事政策方面等均有相關研究。而有更多文獻是依循憲法之設計，論述其相關環節，其中，對於基本國策與勞動法制之關係，頗多從「社會保險」著手⁶。

⁵ 鄧學良，行政法摘要，中華勞資事務基金會，修定二版，頁 8，2005 年 8 月，

⁶ (1) 林炫秋，「社會保險權利之憲法保障—以司法院大法官解釋為中心」，國立中正大學法學集刊第 24 期，頁 297-353，2008 年 5 月。(2) 李玉君、張瑞君，「全民健保法對經濟弱勢者醫療保障規定之評析」，國立臺灣大學法學論叢第 36 卷第 1 期，頁 157-208，2007 年 3 月。(3) 孫迺翊，「憲法解釋與社會保險制度之建構—

本文係以國家責任為出發點，探究婦女勞動在行為人權利義務負擔上之設計是否符合「社會安全」要求之角度來進行分析。

參、大法官會議解釋與婦女勞動條款

關於此一部分，可從以下角度來探討：

一、基本國策對於國家而言，究竟僅為原則性宣示？抑或國家有積極實現之義務？大法官相關解釋有：

(一)釋字第 549 號

此號解釋強調：勞保體制用以貫徹國家對國民負生存照顧義務之意旨，即政府應積極主動照顧包括婦女勞工在內之國民，以實現基本國策。

(二)釋字第 609 號

此號解釋認為：帶病投保仍可請領死亡給付，為我國勞保制度內有之設計，如此方能以社會保險來完成社會安全。對於社會安全之形成，主政者應常態地、主動地推動，婦女勞工亦當然受有此一保障。

二、國家可否將婦女勞動保障上之責任，以立法方式轉嫁於人民？「立法形成權」在婦女勞動保障之分際為何？立法形成之結果如錯置基本國策上國家應有之責任時，該立法應否調整？大法官相關解釋有：

(一)釋字第 578 號

此號解釋對「立法自由形成」概念說明綦詳，亦係對勞基法第 55 條、第 56 條與憲法第 153 條第 1 項、第 23 條、第 15

以社會保險『相互性』關係為中心」，國立臺灣大學法學論叢第 35 卷第 6 期，頁 241-290，2006 年 11 月。

條及第 7 條有無牴觸進行處理，認為：(1)憲法第 153 條不宜做為請求權基礎；(2)勞保老年給付與勞基退休金並存，未違憲；(3)本號解釋用了 4 次立法自由觀念，並強調未牴觸憲法。

本文認為，「社會安全」與「國家經濟」同為基本國策，立法時應有同等考量。婦女勞動保障，確屬國家責任，若由企業承擔，難稱非責任之錯置。本號解釋頻用「立法自由」之概念，並無法釐清婦女勞動保障在「法律」與「憲法」之應有分際。

(二)釋字第 560 號

本號解釋認為，勞工保險條例所規定之喪葬津貼係用以減輕活人負擔，對於外國籍眷屬在海外死亡不得請領之規定，未違反憲法第 7 條及第 15 條，屬「立法裁量範圍」。但本號解釋，並未敘明「立法裁量範圍」於本案不違背平等權之理由，似乎僅說明以屬地主義為社會型立法之大原則。問題是，「地」的概念並非一成不變，以兩岸現況言之，台灣地區之社會法制，須兼顧「人」的條件，本解釋所稱之「立法裁量範圍」並無其絕對性。國家在婦女勞動立法中，應更體察基本國策上之責任。

(三)釋字第 596 號

本號解釋認為，「公保退休金不得扣押」與「勞保退休金得扣押」，屬立法自由形成，不衝突。問題是，勞動法制與其他法制設計不同，果真無礙憲法之實質平等權？果真與「社會安全」之基本國策，毫無衝突？本文認為，我國將公私退休制度予以年金化，乃在強調老後保障之必要性，退休金之權利行使，應無礙憲法對國民老後保障之實質平等，上開之立法自由形成權，難稱無礙於「社會安全」上的基本國策的實踐。

(四)釋字第 550 號

即使國家一時強調「立法自由形成」（立法裁量事項）之

正當性，但最終仍不敵責任錯置之檢討與修法者，本號解釋即為著例。本號解釋認為全民健康保險法規定，由地方分擔經費，非法所不許。然而此種不依憲法原理來解釋立法之是非，將來修法時，大法官會議之憲法立場必將進退失據。為了杜絕地方欠繳中央勞健保費的爭議，2009年9月25日，行政院長吳敦義表示，政府確實研擬修法。亦即，我國勞健保法制的經費分擔，已衍生政治不安，直轄市政府在「市民」認定上，亦有「戶籍說」、「工作地說」之爭執，大法官會議竟對此一欠缺社會保險大數法則之立法，「尊重」其立法選擇！更且不論當初由台灣省負擔之勞健保，於精省後全改由中央負擔，此已使地方政府在勞健保的負擔上出現「一國二制」。

全民健康保險法已完成修法，大法官會議之本號解釋，並未處理中央與地方分權下，非地方自治事項不應由地方出錢的根本問題，成為唯一輸家⁷。立法上之責任錯置既可能肇致重大損害，我國對婦女勞動條款，亦應檢討責任歸屬有無錯置，至少應解決企業不遵守婦女勞動保障之問題。

三、社會安全，除給付行政上應積極主動外，在秩序行政上，執政者是否亦有同樣之責任。大法官相關解釋有：

(一)釋字第 568 號

本號解釋認為，對給付行政不可予以過度之行政管理，勞保條例施行細則對於欠繳保費者逕予退保之規定，應不再適用，因其無助於社會安全之形成。在婦女勞動方面，對雇主無謂的罰則，不如改為對婦女的實質保障，如此方能形成婦女勞動上有實益之社會安全。

⁷ 全民健康保險法於 2011 年 1 月 26 日全文修正，其第 17 條規定：「本保險保險經費於扣除其他法定收入後，由中央政府、投保單位及保險對象分擔之。」

(二)釋字第 549 號

本號解釋認為，勞保之遺屬津貼，乃用來照顧活人，此人雖不限親屬，但須以受被保險人生前所扶養，且無謀生能力者為限。故勞保條例對遺屬全體全面給付之現行法制，應檢討修正。設計「社會安全」，不可以盲目給付為已盡責。在婦女勞動保障方面，除「盲目給付」外，如有盲目地「不給付」，亦難稱已在立法上盡責。

綜上對婦女勞動條款之核心概念，可整理如下：

1. 國家對婦女勞工負生存照顧之憲法義務。(549 號、609 號)
2. 對立法院在婦女勞動條款上之「立法自由形成」權，大法官會議應予尊重(578 號)，對「立法裁量」權，亦同(560 號)。與婦女勞動相關制度間的不同立法，亦屬立法自由形成(596 號)。雖尊重立法自由形成，但不敵責任錯置檢討而修法(550 號)。
3. 婦女勞動事務立法之自由形成，若有錯誤、錯置應檢討修正。(549 號)

以下分別論述之。

肆、國家對婦女勞工負生存照顧之憲法義務 (與釋字第 549、609 號相關)

2000 年第 88 屆國際勞工大會通過第 183 號母性保護公約〔Maternity Protection Convention, 2000 (No.183)〕，將產假期間原有之 12 週延長至 14 週，產後強制休假期間延長至 6 週，產婦在產假期間所應獲取之現金給付(cash benefits)，則不得少於產前所得之 2/3。本公約還特別強調應保障產婦之就業安全，並樹立不得懷孕歧視之原則，亦明訂婦女親自哺乳及育嬰減少工時等規定。此一公約所規定之事項與就

業上性別平等有直接之關聯，其重要性事實上並不在第 100 號及第 111 號等核心公約之下⁸。

相對於 ILO (International Labor Organization, 國際勞工組織) 所界定的勞工標準⁹，我國相關法制存有以下問題：

一、女性勞工哺乳與生育問題

勞委會函釋：「勞動基準法第 30 條之 1 及第 49 條係規定女性勞工於哺乳期間不得從事夜間工作，故未親自哺乳女性勞工不包括在內。」¹⁰。問題是，女性勞工因有無親自哺乳，提供之勞動力亦不同；不能提供勞動力的婦女，會不會受到雇主的「不同待遇」？甚或放棄親自哺乳的意願，以保全工作？縱令雇主使婦女勞工於親自哺乳期間不從事夜間工作，但其中若有雇主之「特別犧牲」時，國家果不應填補？國際勞工組織對以上問題，亦未有相關處理。各工業化國家婦女

⁸ 焦興鎧，前揭註 3，頁 4-5。

⁹ ILO 所界定的勞工標準共有 19 項，包括：(1) 結社自由及組織權利的保障 (Convention 87, 1948)；(2) 組織與集體談判的權力 (Convention 98, 1949)；(3) 工資保障 & 工資保障建議書 (Convention 95, 1949、Convention 85, 1949)；(4) 就業政策 & 就業政策建議書 (Convention 122, 1964)；(5) 就業歧視 (Convention 111, 1958)；(6) 強迫勞動 & 廢除強迫勞動 (Convention 29, 1930 & Convention 105, 1957)；(7) 工作時間 & 減少工作時間建議書 (Convention 47, 1935 & Convention 116, 1962)；(8) 每週休息 (Convention 14, 1921 & Convention 106, 1957)；(9) 工資照付年假 (Convention 52, 1936)；(10) 工業安全與衛生 (Convention 6, 1919、Convention 13, 1921 等)；(11) 福利設施；(12) 住房和業餘時間 (Convention 102, 1956、Convention 115, 1961 等)；(13) 社會保障最低標準 (Convention 102, 1952 等)；(14) 社會政策基本目標和標準 (Convention 117, 1962 等)；(15) 產業關係 (Convention 91, 1951 等)；(16) 女工 (Convention 3, 1919、Convention 103, 1952 等)；(17) 童工與未成年工人 (Convention 5, 1919、Convention 138, 1973 等)；(18) 老年工人 (Convention 162, 1980 等)；(19) 海員 (Convention 147, 1976 等)，請詳：經濟部投資業務處網站，<http://csr.moea.gov.tw/standards/ilo.asp>，2011 年 7 月 7 日造訪。

¹⁰ 行政院勞工委員會 1998 年 8 月 26 日台 87 勞動三字第 035659 號。

生育的種種困難，甚至不願生育，與國際勞工組織未正確指引各國為企業分憂有關。

勞委會又函釋：「兩性工作平等法¹¹第 18 條之規定，旨在使受僱者得以兼顧工作與育兒，如受僱者確有親自哺乳之需要而提出申請，雇主應依法給予。至於勞資雙方協商約定將哺乳時間集中一次申請，自無不可，惟哺乳時間仍應含在當日正常工作時間內¹²。」此一函釋，僅是將衝突點，轉移由勞資當事人進行處理而已。

由此可知，女工養育後代，與資方的營業利益衝突巨大。現行勞動法制對於婦女勞動者的母愛，未能提供有尊嚴的保障。

2010 年 8 月以來，政府之生育補助規劃，徒增疑義。經建會推估 2023 年台灣將呈現人口負成長，為鼓勵生育，內政部正規畫第 3 胎補助政策，未來不論年收入多少，第 3 胎子女零至 2 歲，政府準備提供每月 3 千元的送托保母補助費用，不設定排富，採政策與宣導並重，增設公立幼托園所，最遲在 2011 年實施。政府在政策上已將養兒育女當作「公共財」，而非「個人負擔」，國家社會的責任會逐漸加重，政策介入的情況也越來越多¹³。

對於上開措施，本文以為：政府想在人口數上「得利」，絕不可將生育定位為家庭責任，而應定位為國家責任。而 3 千元亦不足以解決低收入戶生育後到孩子成年的所有費用，內政部應做好生存照顧上之整體規劃。

王順民氏指出，搶救生育率，生養教療應配套。關於第 3 胎 2 歲前不排富月領 3 千元，究竟是要解決什麼難題？可以消解的程度為何？以及所可能衍生的衝擊和影響？倘若是為了鼓勵生育並提高養兒

¹¹ 已於 2008 年 1 月 16 日修正名稱為「性別工作平等法」

¹² 行政院勞工委員會 2004 年 3 月 17 日勞動 3 字第 09300124592 號。

¹³ 有關「第 3 胎 2 歲前月補助 3000」，取自 2010 年 9 月 6 日聯合報/A1 版/要聞。

育女的誘因時，這項誘因條件是否足夠？是否要將第 1、2 胎所累積的生養成本，一併折算進來？看來，政府對於鼓勵生育一事，已掉入現金給付的死胡同裡，以致漠視了生兒育女背後糾結的意願問題、能力問題以及結構性限制問題，對抗人口負成長一役，的確是要有跨部會、跨層級以及跨領域的特別任務小組¹⁴！

本文以為：我國首要確認者是，「母性保護」究竟是個人、企業或國家之責任？不將母性保護的責任，全面交由國家來扛負時，連生育率都會受影響。因為，對婦女勞動者之生存照顧，已自然形成為統治責任的第一要務。而當前我國婦女勞動保障條款，對婦女勞動者而言，的確並未善盡生存照顧的義務。

二、女性夜間工作問題

以下相關函釋或問題頗值討論：

1. 勞委會函釋：「依勞動基準法第 49 條規定，女工不得於午後 10 時至翌晨 6 時之時間內工作。檳榔攤若有需要，可申請指定為同法第 30 條之 1 之行業。依上開條文規定，中央主管機關指定之行業，雇主經工會或勞工半數以上同意後，女性勞工，除妊娠或哺乳期間者外，於夜間工作，不受第 49 條之限制，但雇主應提供完善安全衛生設施。」¹⁵ 問題是，雇主若未提供檳榔攤女工之安全衛生設施，依勞基法第 79 條固有罰則，惟實務上有多少檳榔攤女工敢提出異議？何況，夜間檳榔攤所需的「安全衛生設施」為何，政府亦未有明確規定。政府對檳榔攤夜間工作的女工，實難稱已盡照顧之義務，更遑論其懷孕工

¹⁴ 有關「搶救生育率，生育教療配套」，取自 2010 年 9 月 7 聯合報 / A15 版 / 民意論壇。

¹⁵ 行政院勞工委員會 89 年 1 月 25 日台 89 勞動 3 字第 0003484 號函。

作時間之調整。

2. 勞委會函釋：「從事茶、咖啡、冷飲、水果等點叫後供應顧客飲用之行業歸屬茶館及飲料店業，該業屬於餐飲業，凡受僱該業之女工，其夜間工作得依該法第 30 條之 1 第 1 項第 4 款規定辦理。」¹⁶ 問題是，餐飲業之婦女勞動者，對前述「生存照顧」與「安全衛生設施」，雖同樣有需要，然在實務上，婦女勞動者似難能多所主張。或謂政府等待婦女勞動者來申訴，然而在實務上並不可行。
3. 勞委會訂有「事業單位僱用女性勞工夜間工作場所必要之安全衛生設施標準¹⁷」，並規定有「女工夜間工作安全衛生自主檢查」。問題是，上開標準與一般勞工安全衛生標準無異，女工夜間工作安全衛生標準，並未特別訂定，立法陳義過高，女工顯然未獲特別助益。

¹⁶ 行政院勞工委員會 88 年 12 月 10 日台 88 勞動 3 字第 0052205 號函。

¹⁷ 行政院勞工委員會 2003 年 4 月 9 日勞動 3 字第 0920018966 號令發布：

第 1 條 本標準依勞動基準法第 49 條第 2 項規定訂定之。

第 2 條 雇主對於通道、地板、階梯等，應保持不致使勞工跌倒、滑倒、踩傷等之安全狀態，或採取必要之預防措施。

第 3 條 雇主設置之安全門及安全梯，於夜間工作時間內不得上鎖，其通道不得堆置物品。

第 4 條 雇主對於工作場所之出入口、樓梯、通道、安全門、安全梯、廁所及停車場等夜間工作可能前往之場所，應有適當之照明。

第 5 條 雇主應設置停電或平常照明系統失效時使用之緊急照明系統。

第 6 條 雇主對於主要人行道及有關安全門、安全梯，應有夜間足以辨識之明顯標示。

第 7 條 雇主對於工作場所應使空氣充分流通，必要時，應以機械通風設備換氣。

第 8 條 雇主應提供保全、守衛或電子監視裝備等必要之安全措施及設備。

第 9 條 本標準自發布日施行。

若由前述檳榔攤或茶館及飲料店業之營業場所觀之，上述安全衛生標準，顯不相干。舉凡，非工廠型之營銷場所之女性雙人作業或男女搭配作業、女性之緊急護欄護衛設計、遠端駐員監控型錄影與警民連線等等，理應是女工夜間工作之首要考量。實務上，國家幾將此責任，完全交市場規則自由決定，難謂已盡對女工的生存照顧義務，我國女工夜間工作之安全衛生可謂完全被置於政府與企業「均已盡力」的假象中，更遑論雇主向政府請求補助相關設備之必要費用。尤其，政府又將此負擔交由雇主自行承受時，我國女工夜間工作上之安全衛生，堪稱「三不管」。

三、女性保護與母性保護問題

勞委會函釋：「女工因生理原因請普通病假，係指女工因月經而有腹痛、腰痛、頭痛等現象致不適工作者而言，雇主應以女工所請求之必要日數給假。」¹⁸；「勞工請假規則第 10 條後段規定勞工辦理請假手續時，雇主得要求勞工提出有關證明文件。所稱『證明文件』非僅指醫療機構或醫師證明文件，是以女工因生理原因如須請假休養者因顧及我國婦女習性，及為此前往醫療機構或醫師處取得是項證明之意義不大。基此，雇主如要求女工提出其他適當之證明文件，自屬可行。」¹⁹；「女性受僱者依兩性工作平等法第 14 條規定請生理假，或因妊娠未滿 3 個月流產，依同法第 15 條規定請產假者，於依勞動基準法第 2 條第 4 項規定計算平均工資時，上開期間之工資及日數均不列入計算。」²⁰。

問題是，我國將「生理假」以病假來處理，果真妥當？果真不影

¹⁸ 行政院勞工委員會 1991 年 8 月 31 日臺勞動 3 字第 22149 號函。

¹⁹ 行政院勞工委員會 1991 年 11 月 1 日臺勞動 3 字第 27909 號函。

²⁰ 行政院勞工委員會 2003 年 1 月 8 日勞動 2 字第 0920001321 號函。

響女工申請其他病假的權利？既為「生理假」，為何不單列為女性特有的假別？有鑑於生理假與雇主所主觀預想與勞工的勞務提供，有所衝突，可能危及「女性保護」，政府理應對女性的生理假，以勞保給付方式填補雇主的特別犧牲，使女性在生理時期，受到當然的保護。將生理假定為病假，其申請則交由勞資間個案「協調」，除增加雇主之特別負擔外，亦使需請生理假的女工，並不當然獲得生存照顧。

或謂雇主因勞方懷孕或生產而實施差別待遇，會同時構成性別歧視，惟於相同工作勞工均為女性時，是否構成性別歧視，則產生疑義，因此應將母性歧視與性別歧視分別以觀，即雇主為差別待遇的原因並非單單基於男性或女性的差別，而是以有無懷孕或生產作為區分²¹。本文認為，更有利於母性保護的見解，應立足於「女性」與「孕女」間不應有不同待遇，否則便為「歧視母性」。因為，基於妊娠、生產、哺乳等母性機能而給予保護，以確保母體之健康以及下一代之健全成長，並消弭勞動場域中婦女就業之結構上障礙，以實質確保女性勞動者之權利，制度設計上包括產假、陪產假、育嬰休假、育嬰津貼及兒童照護休假等均屬之²²。

此外，有關育嬰休假制度，因照護幼兒而中止勞動契約，留職停薪期間勞動契約存續，但勞雇雙方提出勞務、給付薪資之主給付義務停止，至於雇主照顧義務、勞方忠誠義務等附隨義務仍然持續。依我國現制，符合要件之受僱者均得申請留職停薪，並不限於女性受僱者。問題是，國人不察育嬰留職停薪制度下，有無雇主的特別犧牲，以及勞工在復職上不可測的風險？進而，育嬰津貼（即受僱者因撫育幼兒

²¹ 黃程貫，勞動法，新學林出版社，頁 273，2006 年 4 月。

²² 有關性平法第 15 條「產假」之文獻，請詳：謝棋楠，「加拿大婦女勞動者產假保護制度」，2005 年台灣勞動學學術研討會論文集，台灣勞動學會，頁 777-816，2005 年 6 月。

而暫離職場期間之所得補償²³) 果真足以達成育嬰使命？

綜上可知，我國婦女勞動保障條款，在婦女勞工生存照顧義務之履行上，因制度設計偏頗，無法符合憲法乃至於大法官會議解釋的要求，其肇因自立法之自由形成，當值探討，謹再分析如下。

伍、婦女勞動條款與「立法自由形成」關係之分析（與釋字第 596、578、560 號有關）

一、我國立法部門對婦女勞動條款之作爲及其問題

(一)保障母性，女工原不宜從事夜間工作，爲因應經濟發展需要，「工廠法」及「工廠法施行細則」分別於 1975 年 12 月 19 日及 1976 年 6 月 24 修正公布，有條件放寬女工夜工限制。

問題是，母性保護與女工夜間工作之放寬，果真能兩全？

(二)「工廠法」第 13 條規定：「女工不得在午夜 10 時至翌晨 6 時之時間內工作」，爲因應經濟發展之需要，採取有條件放寬。但爲保障母性，對於妊娠及哺乳期間之女工仍禁止深夜工作。

問題是，「母性」在爲取得「女性」相同工作機會，妊娠及哺乳之婦女，果真可不在深夜工作？

(三)國際勞工組織「修正保護母性公約」第 3 條規定：「產假期間至少應有 12 星期」，但我國勞基法第 50 條仍參照「工廠法」給予產假 8 星期及停止工作期間工資照給，另增妊娠 3 個月以上流產之休養期間。

問題是，停止工作期間之工資，由資方照給。此一規定，是否造成資方自始便不願意雇用女性勞工，而形成男女在雇用之實

²³ 有關性平第 16 條「育嬰津貼」之文獻，請詳：劉梅君，「兩性工作平等法中『育嬰津貼』的定位及立法意義淺析」，萬國法律第 125 期，頁 2-9，2002 年 10 月。

質機會上之不平等？

(四) 1998 年 5 月 13 日，我國勞基法因原規定對於在妊娠或哺乳期間之女性勞工無法獲得保障，有違國際勞工公約保護妊娠、哺乳期女性勞動者之精神。為補充法律規範保障之不足，故於勞基法第 30 條之 1 第 1 項第 4 款中增列排除妊娠或哺乳期間女性勞工適用之規定。

問題是，此一修法裁量，固屬依國際勞工公約之規定，但因無其他配套措施（如：協助雇主增加設施等），實已生不利益於婦女勞工。

(五) 2002 年 12 月 25 日，勞基法有關婦女勞動條款，有以下修正：

1. 為促進職場上兩性之平等，有關女工夜間工作之條件：

(1) 勞基法第 30 條之 1 第 1 項規定事業單位申請女工夜間工作，需符合一定之條件者，始得為之。其中是否同意於夜間工作，事涉制度之實施，應有全體勞工之參與。是以，除維持現行工會同意之規定外，並將「勞工」同意修正為「勞資會議」同意。

(2) 2002 年 6 月 12 日版之勞基法第 49 條第 1 項規定實施晝夜 3 班制為女工夜間工作要件之一，惟此項規定已不合時宜，予以刪除。

(3) 雇主如符合所定要件，即可使女工於夜間工作，應毋須再經由主管機關核准。

(4) 為顧及女工於夜間工作之健康與安全，並順應國內經濟與社會之發展，在配合修正雇主於提供必要之安全衛生設施下，當無大眾運輸工具可資運用，若雇主提供交通工具或安排女工宿舍時，女工便得於夜間工作。

2. 為明確規範勞基法第 49 條第 1 項第 1 款所稱必要之安全衛生設施，增列同條第 2 項明定其標準由中央主管機關定之，及於

末句後增列「但雇主與受雇者約定之安全衛生設施優於本法者，從其約定」。

3. 女工縱使已同意夜間工作，但如有健康或其他正當理由，雇主仍不得強制其工作，增列於勞基法第 49 條第 3 項。

問題是，以上之修法裁量，其立基為勞資可對等協商，「女性保護」之價值為勞雇所共認，但實務上非然，縱然勞基法對於上開行為，分別定有行政罰與刑事罰，婦女勞工似較多屈服於失去工作的壓力，勞基法對婦女勞動保障之名實不符，立法院在立法的自由形成方面，顯已逾越合理的範圍！

- (六) 2009 年 4 月 22 日，勞基法有關婦女勞動，於第 30 條之 1（工作時間變更原則）有進一步修正：

中央主管機關指定之行業，雇主經工會同意，如事業單位無工會者，經勞資會議同意後，其工作時間得依下列原則變更。亦即，女性勞工除妊娠或哺乳期間者外，於夜間工作，不受第 49 條第 1 項之限制。但雇主應提供必要之安全衛生設施。且 1996 年 12 月 27 日修正施行前第 3 條規定適用勞基法之行業，除第 1 項第 1 款之農、林、漁、牧業外，均不適用前述規定²⁴。

問題是，立法院以立法授權方式，交付勞委會所訂之「事業單位僱用女性勞工夜間工作場所必要之安全衛生設施標準」，並無婦女勞動保障之特殊規定，我國雖有「立法院職權行使法」，其中並有法令審查專章，但立法院竟未本於職權，對於上開法規性命令，依其原旨進行審查，不符法治國之要求。

- (七) 政府認為，女性員工因懷孕不適需要安胎者，可依勞工請假規則

²⁴ 有關「在妊娠或哺乳期間之麻姐的權益」，請詳：http://tw.myblog.yahoo.com/jw!GUpXqQ2TSEIk_fGZnD6g2A--/article?mid=1195，2012 年 2 月 10 日造訪。

第 4 條請病假，如有不足，再依同規則第 5 條規定辦理²⁵。

問題是，安胎假列為資方的負擔，亦屬責任的錯置，安胎假以病假處理，亦屬不當。蓋安胎假應為生育後代的一環，國家果真在乎母性保護時，目前「法定」的病假，對特別情形之母親，應不敷使用。故當病假不足使用時，如將其轉為母親之個人負擔，則與原制度有異！

二、有關女工工作時間之限制²⁶，勞委會採取以下措施：

(一)依勞動基準法第 49 條規定，女工不得於午後 10 時至翌晨 6 時之時間內工作。該業若有需要，可向本會申請指定為同法第 30 條之 1 之行業。依上開條文規定，中央主管機關指定之行業，雇主經工會或勞工半數以上同意後，女性勞工除妊娠或哺乳期間者外，於夜間工作，不受第 49 條之限制，但雇主應提供完善安全衛生設施²⁷。

問題是，雇主果真會申請為勞基法第 30 條之 1 之行業，進而為女性勞工之夜間工作，而增加成本負擔？女性勞工在此規定下，果真未喪失應有之工作機會？

(二)勞動基準法第 50 條規定，分娩產假及妊娠 3 個月以上流產假，係以事實認定為準，不論已婚或未婚。本法第 52 條規定哺乳時間，係指在事業單位內之哺乳設施為之，與女工住所無關²⁸。

問題是，此一哺乳時間，勢必要有配套的育嬰室、育嬰專門人員，否則果真可執行？

²⁵ 行政院勞工委員會 83 年 12 月 28 日台 83 勞動 3 字第 121197 號函。

²⁶ 有關勞基法第 49 條「女性工作時間」之相關文獻，請閱：劉梅君，「女性夜間工作禁止存廢的爭議——行走於『資本』與『平權』的鋼索上」，月旦法學第 71 期，頁 61-71，2001 年 4 月。

²⁷ 行政院勞工委員會（2000）臺勞動 3 字第 03484 號函。

²⁸ 內政部（1984）臺內勞字第 264995 號函。

(三)勞動基準法適用範圍內女工妊娠 6 個月以上分娩者，無論死產或活產，均應依勞動基準法第 50 條規定，給予產假 8 星期，以利母體調養恢復體力²⁹。

問題是，我國之中小企業果真有實力可「供養」請產假之女工？

(四)女工產假，停止工作期間，依勞動基準法第 13 條規定，雇主不得終止契約。其所遺職務，可依事實需要僱用短期契約工代理。產假期滿後，勞雇雙方自應繼續履行原約³⁰。

問題是，當企業有女工生育時，雇主變成需支付「雙薪」，放棄可能生育的女工，似較符企業成本的考量。

(五)女工分娩前後，應停止工作，給予產假 8 星期，為勞動基準法第 50 條明定，乃女工應有之合法權益，不應視為缺勤，原有之全勤獎金自應照發³¹。

問題是，獎金應照發，而不是由政府補助之法理為何？只因該女工是為「企業」或「國家」生育，故應獎金照發？

(六)勞工在產假停止工作期間，其定期契約因屆滿而終止，雇主可不續給產假及產假工資³²。

問題是，定期契約期滿之女工，果真便因此不需產假？雇主因契約期滿，固已無責任，惟國家果真不應接手「母性保護」責任？

(七)勞工特別休假，與女工產假，兩者法定要件不同，雇主自應分別給假，不得以任何理由予以合併或抵扣³³。

²⁹ 內政部（1986）臺內勞字第 267656 號函。

³⁰ 內政部（1985）臺內勞字第 288244 號函。

³¹ 內政部（1985）臺內勞字第 315778 號函。

³² 內政部（1986）臺內勞字第 438324 號函。

³³ 行政院勞工委員會（1987）臺勞動字第 2679 號函。

由此觀之，雇主僱用女工 3 年以上，當該女工開始生育時，雇主可獲得該女工之「實際」工作日數便大形減少，在利益考量下，女性勞工之就業機會與從業保障，果真無問題？

- (八) 雇主依勞動基準法第 50 條規定，發給計件女工產假停止工作期間工資時，可依產前最近一個月工資之平均額計給³⁴。

問題是，計件型勞動之女工，如不由政府補助，計件女工果真可獲得工資給付？

- (九) 勞動基準法第 50 條所定之產假旨在保護母性之健康，該假期內如遇星期例假、紀念日、勞動節日及其他由中央主管機關規定應放假之日，均包括在內無庸扣除。³⁵

- (十) 勞動基準法第 50 條第 1 項規定女工分娩前後，應停止工作，給予產假 8 星期係為保護母性法律明定停止工作之強制性規定，不得以個別勞動契約方式拋棄。³⁶

問題是，在實務上女工常以一定程度拋棄產假，來向雇主表示忠誠時，政府果真能提供「實質」保護？

- (十一) 查勞動基準法第 50 條規定，妊娠 3 個月以上流產者，應停止工作，給予產假 4 星期。另，前勞工行政主管機關內政部曾以 74 年 11 月 4 日（1985）臺內勞字第 359124 號函釋，女工妊娠 3 個月以上實施人工流產，如經優生保健法第 5 條規定指定之醫生證明屬實者，應依勞動基準法第 50 條之規定停止工作，給予產假 4 星期。至於減胎手術可否視同人工流產而核給流產假，經勞委會函請行政院衛生署釋復略以：「優生保健法第 4 條規定如下：

『稱人工流產者，謂經醫學上認定胎兒在母體外不能自然保持其

³⁴ 內政部（1987）臺內勞字第 50942 號函。

³⁵ 行政院勞工委員會（1990）臺勞動(3)字第 01425 號函。

³⁶ 行政院勞工委員會（1991）臺勞動(3)字第 01622 號函。

生命之期間內，以醫學技術，使胎兒及其附屬物排除於母體外之方法。』有關因優生保健之需要施以減胎手術，可否視同人工流產？應以施術時是否有胎兒及其副屬物排除於母體之事實發生作為判斷之依據。」³⁷

問題是，實務上在中小企業要請產假相當困難，流產下之母性保護，恐怕也是由女工自行「承擔」，不敢「轉嫁」於雇主。

(三)勞動基準法第 50 條規定，勞工分娩前後，應停止工作，給予產假 8 星期，女工如於產前 4 週請產假亦屬適當，如勞資雙方協商決定，妊娠期間女性員工得於產前分次請產假，亦無不可。另現行法令並無產前檢查假之規定，勞工如需產前檢查，可以請特別休假或以事、病假方式處理。勞委會 1991 年 2 月 7 日臺（1991）勞動 1 字第 323 號函有關產假應一次連續請足之函釋併予停止適用³⁸。

問題是，實務上之勞資協商常常是以「工作為重」，母性保護，常呈空言。

由以上「女性工作時間之限制」之相關行政命令觀之，姑不論裁量權之行使，有無逾越母法規定，其結果，未生「母性保護」之效果者，屢見不鮮。勞工行政主管機關延續立法之腳步，雖屬當然，就結果言，亦僅屬「立法自由形成」之另一濫用而已。

三、有關「妊娠期間得請求改調輕易工作」方面，勞委會採取以下措施：

勞動基準法第 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……」，上開女工在妊娠期間，事業單位如有較為輕易之工作，即得申請改調，並未規定應以妊娠滿若干時

³⁷ 行政院勞工委員會（1998）臺勞動（3）字第 058996 號函。

³⁸ 行政院勞工委員會（1999）臺勞動（3）字第 0002466 號函

間為要件；至所謂「較為輕易」之工作，應指工作為其所能勝任，客觀上又不致影響母體及胎兒之健康者。該項工作是否影響母體及胎兒之健康，仍應依個案審慎認定³⁹。

問題是，在實務上，果真所有的雇主，均有回應的能力？產假期間的母性保護，在雇主無力承擔時，政府並不必要接手，如此果真能保護母性？

由以上「改調輕易工作」之行政命令可知，此類之「立法之自由形成」，可謂難生實益於婦女勞動者。

四、有關「哺乳時間」方面，勞委會採取以下措施：

(一)勞動基準法第 49 條第 2 項規定禁止女性勞工於哺乳期間從事夜間工作，立法旨意在於保護產後女性勞工生活作息正常，以利哺育及照顧嬰兒，所謂哺乳，不限於餵哺母乳，包含餵哺牛乳在內；至於哺乳期間之長短，該條文未予規定，應視個別女工之實際情況而定，經參酌同法第 52 條：「子女未滿 1 歲須女工親自哺乳者，……。」及勞工安全衛生法第 22 條第 1 項：「雇主不得使……產後未滿 1 年之女工從事左列危險性或有害性工作……。」等規定，該「哺乳期間」可解釋為產後一年，但仍應視個別勞工之情況而定⁴⁰。

問題是，1 年之哺乳期間，雖可得確定，但企業內如無保育工作人員、育嬰設施，則哺乳時間，將成具文。1 年之哺乳期間，亦將無意義。

(二)政府認為勞動基準法第 30 條之 1 及第 49 條係規定女性勞工於哺乳期間不得從事夜間工作，故未親自哺乳女性勞工不包括在內⁴¹。

³⁹ 行政院勞工委員會（1991）臺勞動（3）字第 18950 號函。

⁴⁰ 行政院勞工委員會（1994）臺勞動（3）字第 10039 號函。

⁴¹ 行政院勞工委員會 1998 年 8 月 26 日台 87 勞動 3 字第 035659 號。

問題是，「哺乳期間，不得從事夜間工作」？此一美意，在實務上，果真可能？「親自哺乳」的人倫期待，能否勝過對工作權之擔憂？

(三)勞動基準法第 52 條規定哺乳時間，旨在使女性勞工得以兼顧工作與育兒，女性員工如確有親自餵哺嬰兒之需要而提出申請，雇主應依法給予，但如女性員工不提出申請，自當別論。所謂哺乳，不限於餵哺母乳，包含餵哺牛乳在內，如事業單位內設有哺育設施，勞工宜儘量使用之。至於勞資雙方協商約定將哺乳期間集中於上班前或下班後，自無不可，惟哺乳時間仍應含在當日正常工作時間內⁴²。

問題是，與社會實務不符，上開規定似僅適合大企業，中小企業根本無力應付。

由以上「哺乳期間」之行政命令觀之，我國勞工行政主管機關依然是進行了無責式、卸責式的行政立法！

查日本勞基法第 64 條之 2 至第 68 條「懷孕婦女保護專章」中並未明定分娩假期間應給予工資，一般理解為可以不付工資。但日本女工分娩期間，依其健康保險法第 50 條第 2 項及第 69 條之 18，領有 60% 的工資補貼。亦即，在日本之分娩期間工資，自始納入社會保險體系，並未不當歸責於雇主⁴³。

本文認為，徒有婦女權益保障法，但性別歧視與差別待遇，仍難

⁴² 行政院勞工委員會 1998 年 11 月 20 日台 87 勞動 3 字第 047553 號。

⁴³ 請詳：金子征史、青木宗也，*勞動關係法*，東京：日本評論社，頁 324-325，1994 年 6 月。外井浩志，*改正勞動基準法*，東京：生產性出版，頁 257-258，1999 年 9 月。此外，在瑞典，父母都可以申請有薪的育嬰，或是照顧兒童假，政府補助約 9 成的托嬰費用。請詳：楊淑娟，「悠閒也能創造高成長」，*天下雜誌*第 351 期，頁 62，2006 年 7 月。

禁絕。其原因乃在對女性的過度保護，此一過度保護已形成女性就業的困難，因雇主自有其成本考量。本文主張應「以（國家）社會基金，辦理社會事」。

在台灣地區，目前雖已有性別工作平等法，然諸多之女性、母性保護在執行上，顯不理想。

許淑英氏指出，勞委會決定修正勞工請假規則，懷孕婦女最長可享有 1 年安胎假，期望提升婦女的生育意願，改善台灣出生率全球最後一名的困境。這個政策立意良善，但如果沒有完整的規劃，最終可能流於空談。這些配套規劃至少包括：

1. 勞工婦女請安胎假時，公司的替代人手如何安排的問題。諸如：
是否有適當的人力可以替代？在什麼樣的平台找到替代人力？
替代人力的薪資是否全部由雇主支付？
2. 勞工婦女請安胎假後（預期會再請育嬰假），一旦歸建，如何能夠順利地回到工作崗位？是否有平台能夠輔導婦女重回工作崗位？平台由什麼單位經營、維持？
3. 安胎假是無薪假是否適當？許多懷孕婦女之所以必須安胎，是因為胎兒不穩定，此期間除了受到荷爾蒙作用的影響、擔心胎兒發展得好不好，更可能有藥物需求、住院需求等，這些支出是否全部由婦女買單？安胎假是否只限於勞工婦女？非勞工婦女是否也能享有安胎資源？如果政策的對象僅限於勞工婦女，許多潛在的可生育人士必定會對生育一事裹足不前。

為此，許淑英氏呼籲，如果要提高出生率，應該以嬰兒為主要的補助對象，再輔以其他補助方案。有效的政策如：按月定額發放嬰兒養育金，此養育金的年限可長達 20 年，金額可以參考老人年金的方式，限定為每月 5 千或 8 千不等。這樣的政策一旦執行，相信很快的

就能看到我們出生率的趨勢產生逆轉的現象⁴⁴。

由上開陳述可知，我國立法部門在立法之自由形成上，已不無裁量權濫用之情形。法國只要生 4 個小孩，則該夫妻單以養小孩為工作，就可生活⁴⁵。我國內政部、勞委會實應儘速聯手提出我國之人口與婦女勞動政策！

彭懷真氏亦指出，對於勞委會推出「安胎假」的政策，宣示色彩重，沒有面對根本的問題。育嬰假推動很多年，成效有限，關鍵是婦女要的主要是工作，而不是休假。安胎假的立意良善，但會比育嬰假的效果更差。因為生育孩子是客觀事實，安胎卻未必能客觀辨識。孕婦為了避免「人言可畏」，也為了保住工作，不敢輕易請安胎假。如果政府真的要執行安胎假或落實育嬰假，這樣的成本不應該由雇主來負擔，而應該由政府補貼。因為是政府而非雇主需要更多的嬰兒，各雇主的經營已經很辛苦，實在無法強求資方負擔太多員工個人領域的需求。如果強勢執行安胎假，反而會刺激雇主排斥女性，畢竟發薪水的是雇主，而不是政府。政府總是端出口惠不實際的新政策，台灣的生育率鐵定繼續快速下滑⁴⁶。

本文認為，誠如彭氏所言，我國目前在性別立法上，存在著立法裁量欠缺事實基礎之遺憾，立法部門之權力濫用，已不利於人口政策。而「人口政策歸內政部」、「勞動力歸勞委會」之完全分立下，確有其盲點。我國既需鼓勵生育，立法部門實宜儘速調整各婦女勞動條款。

綜上所述，我國對於女性保護及母性保護方面，誠然欠缺上位之

⁴⁴ 以上許淑英：「不是只有工作婦女不生...安胎假拚出生率？不如育嬰補貼」，取自 2010 年 3 月 8 日聯合報/A13 版/民意論壇。

⁴⁵ 有關「法國女人真的這麼好嗎？」，請詳：無名小站網誌—法國女人真的那麼好嗎？，<http://www.wretch.cc/blog/inespeng1226/10862003>，2011 年 7 月 7 日造訪。

⁴⁶ 以上彭懷真「安胎、育嬰假、政府補貼」，取自 2010 年 3 月 7 日聯合報/A19 版/民意論壇。

原理與概念，且對立法部門之「立法自由形成」，大法官會議竟退縮至憲法正義之外。立法之盲目、憲政法制維繫機關之退縮，輕者帶來勞工個人痛苦，重者帶來人口危機。「立法自由形成」已讓我國陷入各方利益之絕對衝突，立法部門豈能稱無責任？

陸、婦女勞動事務立法自由形成錯置檢討 修正之分析（與釋字第 596 號相關）

由以上之分析可知，政府在婦女勞動事務上至少存有下列違失：

- 一、勞基法第 49 條規定之「深夜勞動與女工保護」條款，政府在保護措施上，未有任何投入，確有違失。
- 二、勞基法第 50 條規定之「產假期間工資」，係由雇主支付，政府未有任何投入，確有違失。
- 三、勞基法第 51 條規定之「妊娠期間與輕易工作安排」，政府未有任何輔助措施，確有違失。
- 四、勞基法第 52 條及性別工作平等法第 18 條規定之「哺乳時間視為工作時間」，政府對雇主之「特別犧牲」，未有任何填補，確有違失。
- 五、性別工作平等法第 15 條第 4 項規定之「陪產假之工資」，政府未有任何投入，只命雇主負擔，確有違失。

本文認為，以上 5 種規定之違失，肇因於社會責任之錯置。這些規定之執行利益，乃歸屬國家社會，雇主並未有具體獲益。我國之立法，竟然是「未獲益者付費」？此等規定，致使雇主儘可能選擇非女性，已滋生就業機會上之差別待遇。在實務上，此等條款並不當然獲得雇主之確實履行。「母性保護」與「女性保護」既為國家之責任，國家理應透由有效保護手段，確保我國人口之成長。

經建會推估，台灣人口零成長將提前 4 年（在 2022 年）發生，2023 年開始人口將負成長，人口問題更惡化。在 2017 年，65 歲以上人口占全台總人口比率將增加至 14%，屆時台灣將進入國際慣例所稱的「高齡社會」。到 2025 年，台灣將再邁入「超高齡化社會」；50 年後，老年人口將占全台總人口的 42%，社會老化程度令人擔心；2034 年起，台灣將邁入撫養比超過 60% 的「人口負債」時期，等於平均每兩位有生產力的青壯年人口，將撫養超過一位的小孩或老年人，負擔十分沉重⁴⁷。

彭懷真氏主張，要減緩人口零成長的趨勢，政府的公共托育政策是關鍵，北歐就是成功的範例，也就是政府出錢、民眾出力，儘管政府可能得花不少錢，但這要看將來產生的其他活絡效果，靠口號、徵文一點用也沒有⁴⁸。

本文認為：強化「托育」，固有必要，生育體制之完整補助政策，更為首要；讓企業負擔婦勞保障的長期錯置，必須立即調整；將生育亦當做一種重要產業，須由國家來妥善經營；婦勞保障推給企業，可謂千錯萬錯！

台灣的人口出生率與總生育率在亞洲主要國家「吊車尾」，比日本、香港、新加坡都低，未來台灣競爭力恐將敗在「少子化」。台灣自 2001 年總生育率超過 1.6 人後，每年生育率人數就像溜滑梯，一路跌至 2009 年 1.03 人，比日本 1.37 人、新加坡 1.28 人、韓國 1.15 人、香港 1.04 人都要低⁴⁹。2010 年台灣新生兒僅有 16.7 萬人，總生

⁴⁷ 以上周小仙「少子化高齡化，我國人口提早負成長」，取自 2010 年 8 月 17 日聯合報 / A1 版 / 要聞。

⁴⁸ 以上賴昭穎「10 年國中生少 3 成 學校裁 勞動力衰 經濟熱不起來」，取自 2010 年 8 月 17 日聯合報 / A3 版 / 焦點。

⁴⁹ 以上周小仙「亞洲總生育率 我吊車尾！」，取自 2010 年 8 月 17 日聯合報 / A1 版 / 要聞。

育率已跌破 1 人，來到 0.89 人的歷史最低，如今已是全球生育率最低國家。根據兒福聯盟統計，育兒前 6 年的花費約 125 萬元，政府提供的托育補助、幼兒教育津貼等僅占 7%，家庭負擔了 93%。以往仰賴補助機制催生的「利誘」明顯不足；如今租稅工具準備上場，除了加碼之外，自亦具有強烈的政策宣示意義⁵⁰。

本文以為：女性保護及母性保護既為鐵則時，則在保護中所生待遇上的差別，便應由國家來填補；生養後代，本來就是國家與個人共同的事，將責任推給企業，只會造成不樂婚、不願生、不能養的窘境；減稅效益不大，政府應落實補助政策，特別是國家責任自應投入。一切由國家承擔下來，反而可創造另一波育兒經濟行動；「婦女勞動保障條款」乃至於「婦女保障條款」，仍以國家社會全面處理為宜。

生育下一代已經是關乎國家生死存亡、每個國人禍福甘苦的「共業」，「養兒防老」其實不應指一家一族的事，「養兒」是為了「防止」整個國家及整個社會的老龄化。因此「養兒」也就不只是一家一族的責任，而是應有整個這一代人共同扶養下一代人的觀念。既然新生人口的數量與品質，關乎國祚的昌隆乃至延續，又與這一代未來的安養與生活有密切關係，則生育子女即不應只視為單純的私人事務，而應具備某種程度的公共財或共有財的屬性。如果將新生人口的生育費用、預防接種、托兒設施，乃至未來的教育成本，皆視為整個社會的共同責任；則可舉國共同分擔養育下一代的重擔，使父母的雙肩大為減輕，不再視生育為畏途，而甘願為下一代付出心血與時間⁵¹。

人口結構會影響國家行政的走向，我國婦勞條款應以有利於生育為設計方向，我國執政者應注意，在瑞典，人民擁有 480 天的育嬰假，前 390 天可領到 8 成薪水，病假還有 75% 的薪水可拿，這些花費全由

⁵⁰ 以上「鼓勵生育，如何減稅」取自 2011 年 6 月 27 日聯合報 / A2 版 / 焦點。

⁵¹ 以上「養兒防整個社會老」，取自 2010 年 8 月 28 日聯合報 / A2 版 / 焦點。

政府買單⁵²。

綜上，我國現行的婦女勞動條款不但未對婦女，提供真正有效、有益的就業保障，而且製造勞資衝突。我國生育率偏低，亦與婦女勞動條款不當的「責任錯置」，有相當之因果關係。我國在婦女勞動保障上的責任錯置，其影響個人、社會、國家者，豈只深遠？我國婦女勞動保障條款，欠缺人口政策之上位概念，徒留良法美意。婦女勞動保障的國家責任化，應是調整種種責任錯置的必要選擇。因為，由婦女勞動保障中所換得的「養兒」，不只是防自己老，更是防整個國家社會老化衰敗。

柒、結論與建議

一、結論：經由以上的分析，本文獲得以下結論：

1. 我國婦女勞動保障條款首應確認者是，婦女勞動保障的責任，應在國家。目前將婦女勞動保障責任，幾乎全歸責於企業主，顯屬將憲法基本國策所規定之社會安全，以不當的立法自由形成手段，所造成的錯置。
2. 此一錯置，已生無數損害於個人、社會及國家。政府應創造誘因，使雇主樂意執行「女性保護」、「母性保護」。
3. 婦女勞動條款乃彰顯政府在勞資關係中，由社會法角度所應扮演調和的角色，政府在此一角色上的缺漏，將使勞資關係失調。
4. 透由法律經濟學之觀察，我國勞動現行法制與大法官會議解釋，均有其不濟之一面。
5. 我國目前勞動法制中婦女勞動條款的最大困難，在於勞工的「幸

⁵² 引述自：蕭富元，「原創瑞典，小國智勝」，天下雜誌第 386 期，頁 176，2007 年 12 月。

福追求權」未能獲得政府公權的充分擁護。亦即，我國執政者對於屬於基本國策的婦女勞動條款，並未在法律制度間有正確的施為。

二、建議：本文提出建議如下：

1. 勞動法既為社會法的一環，勞資政之三方結構，便應隨時在勞動法制中出現，尤其政府做為一方行為主體，尤應善盡在勞動正義維護上之責任。
2. 我國勞動法制中之婦女勞動條款，實應有所調整與興革。亦即，「女性保護」及「母性保護」之勞動條款，宜全面改為國家責任。其中，政府乃至於社會福利，應全面吸收「女性保護」、「母性保護」所需的成本。
3. 我國勞動法制在婦女勞動條款上之缺失，源自於欠缺法律經濟上的重要思維。我國執政者，宜在政治考量立法間，澈底加進婦女勞動條款中所應有的「效率性」與「合理性」。
4. 我國更需有具婦女勞動觀之大法官，以杜絕侵害社會利益的不當之「立法自由形成」。畢竟，婦女勞動保障責任的錯置，終將危及國家社會的存續。
5. 我國勞動婦女條款之整體規定結果，有可能影響人口成長。目前婦女勞動為勞委會業務，然而人口問題，則為內政部業務，二者同為部會層級，各依法行政，各有職司，勞動婦女條款與人口問題的連結處，不難出現無管轄部會之狀態。由此觀之，我國行政院實宜由跨部會之專案政務委員，來處理本問題。當然，無論人口政策考量之有無，對母性、女性保護，果真為勞動正義之一時，政府便應扛起保障責任。

參考文獻

一、日文部分

金子征史、青木宗也，勞動關係法，（東京）日本評論社，1994年6月20日。

外井浩志，改正勞動基準法，（東京）生產性出版，1999年9月30日。

二、中文部分

(一)書籍

謝瑞智，憲法大辭典，（台北）地球出版社，1991年4月。

林紀東，中華民國憲法釋論，（台北）大中國圖書公司，1989年11月修訂52版。

鄧學良，行政法摘要，（高雄）中華勞資事務基金會，2005年8月。

黃程貫，勞動法，（台北）新學林出版社，2006年4月。

謝棋楠，加拿大婦女勞動者產假保護制度，2005 台灣勞動學學術研討會論文集，2005年6月。

(二)期刊

林炫秋，社會保險權利之憲法保障－以司法院大法官解釋為中心，國立中正大學法學集刊第24期，2008年05月。

李玉君、張瑞君，全民健保法對經濟弱勢者醫療保障規定之評析，國立臺灣大學法學論叢第36卷第1期，2007年03月。

孫迺翊，憲法解釋與社會保險制度之建構－以社會保險「相互性」關係為中心，國立臺灣大學法學論叢第35卷第6期，2006年11月。

劉梅君，兩性工作平等法中「育嬰津貼」的定位及立法意義淺析，

萬國法律第 125 期，2002 年 10 月。

劉梅君，女性夜間工作禁止存廢的爭議——行走於「資本」與「平權」的鋼索上，月旦法學第 71 期，2008 年 9 月 1 日。

楊淑娟，悠閒也能創造高成長，天下雜誌，2006 年 7 月 19 日。

蕭富元，原創瑞典，小國致勝，（台北）天下雜誌，2007 年 12 月 5 日。

(三) 網路資源

有關「在妊娠或哺乳期間之麻姐的權益」，http://tw.myblog.yahoo.com/jw!GUpxgq2TSEIk_fGZnD6g2A--/article?mid=1195，2012 年 2 月 10 日造訪。

有關「法國女人真的這麼好嗎？」，<http://www.wretch.cc/blog/inespeng1226/10862003>，2012 年 2 月 10 日造訪。

Female labor provision and right in forms of legislation

Deng, Shuai-liang & Wang, Te-Yen***

Abstract

There are many regulations about feminine laborer in our country, and it is informed to serve protection around feminine laborer. But through this study, it is obviously that above regulations mentioned are twisting discipline of labor market. To the top if off, the governmental responsibility converts into the management's duty. It brings much disadvantage to feminine laborer. It is necessary to do some examination, and try to locate the female labor regulation on: To be protected to woman labor, and to be the responsibility of the government.

Keywords: female labor, feminine protection, maternal protection, labor discipline, governmental responsibility

* Associate professor, Institute of China and Asia-Pacific Studies, National Sun Yat-Sen University.

** Doctoral student, Institute of China and Asia-Pacific Studies, National Sun Yat-Sen University.