最　高　行　政　法　院　判　決

109年度上字第1001號

上　訴　人　中華航空股份有限公司

代　表　人　謝世謙

訴訟代理人　陳金泉　律師

葛百鈴　律師

黃胤欣　律師

被 上訴 人　桃園市政府

代　表　人　鄭文燦

訴訟代理人　林三加　律師

上列當事人間勞動基準法事件，上訴人對於中華民國109年7月30日臺北高等行政法院108年度訴字第504號判決，提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決廢棄。

訴願決定及原處分關於罰鍰部分撤銷；關於公布上訴人名稱及負責人姓名部分，發回臺北高等行政法院。

第一審及上訴審訴訟費用，除發回部分外，均由被上訴人負擔。

理　由

一、爭訟概要：

上訴人經營航空運輸業，屬應適用勞動基準法之行業。被上訴人因所屬勞動局勞動檢查處於民國107年6月26日及28日派員至上訴人營業處所實施勞動條件檢查，因認上訴人未經工會同意分別使僱用女性勞工郭書涵（註：事實上郭書涵為男性，非女性）、黃婷君於107年5月31日午後10時17分起至翌晨6時31分與107年6月12日午後10時11分起至翌晨6時30分止之夜間工作，違反勞動基準法第49條第1項規定，且係第9次違反，遂以107年9月4日府勞檢字第10701848281號裁處書（下稱原處分），依勞動基準法第79條第1項第1款、第80條之1第1項及行為時桃園市政府處理違反勞動基準法事件統一

裁罰基準（下稱違反勞基法統一裁罰基準）附表第45項所規定最近3年內第7次以上違反同一規定，處罰鍰新臺幣（下同）100萬元，並公布上訴人名稱及負責人姓名。上訴人不服，循序向臺北高等行政法院（下稱原審）提起行政訴訟，聲明求為訴願決定及原處分均撤銷。經原審以108年度訴字第504號判決（下稱原判決）駁回其訴後，提起本件上訴。

二、原判決所載兩造於原審之主張及答辯暨聲明，均援引之。

三、原判決駁回上訴人在原審之訴，其主要論據如下：

㈠勞動基準法第49條第1項規定雇主不得使女性勞工於夜間工作，乃因應不同性別之身體狀態差異，提高女性勞工之最低勞動條件標準，藉特別保護女性勞工身體健康，以維護社會安全，合於憲法第153條所揭示之保護勞工政策。復衡酌生育年齡占女性勞動期間大半，是女性於此期間不僅身心負荷較諸男性為重，且其母體健康更攸關下一代是否健全，從而禁止雇主令女性勞工於夜間工作，以免有違人體生理時鐘之工作安排，影響其身體健康，係基於使社會人口結構穩定，及整體社會世代健康之考量，並非無正當理由而對女性勞工為差別待遇。況立法者於勞動基準法第49條第1項但書容許勞雇雙方基於特殊工作需要，於雇主提供必要之安全衛生設備，及於無大眾運輸工具可資運用時，提供交通工具或安排女工宿舍之條件下，就女性夜間工作等事項，可經工會或勞資會議同意而為不同約定；同法第84條之1另明文中央主管機關應公告性質特殊之工作，使從事該類職業之女性勞工得與雇主就是否於夜間工作另行約定，已就限制女性勞工不得夜間工作，所可能引發對渠等人格充分實現之障礙，設有緩和機制，故合於比例原則。是勞動基準法第49條第1項規定與憲法第7條保障平等權之意旨，尚無違誤，對女性勞工工作權所加諸之限制，亦合於比例原則。

㈡上訴人與中華航空股份有限公司企業工會（下稱企業工會）於91年10月14日第1次簽訂團體協約（下稱91年協約），之後每3年進行換約，先後於94年11月9日、98年1月21日、101

年1月17日及104年1月5日續約（下分別稱94年、98年、101年、104年協約），依104年協約第30條「甲方不得派遣乙方懷孕女性會員於夜間工作時段內從事工作。」之約定，可知其規範對象為「懷孕女性」，不及於「未懷孕」之其他女性，則上訴人主張依該約定之反面解釋，可推論企業工會同意女性勞工於夜間工作，已難謂符合勞動基準法保障勞工之立法本旨。況企業工會曾以107年1月18日華航企工權字第107008號函（下稱107年1月18日函）知上訴人上開約定並非表示同意上訴人可以讓女性會員於夜間工作，並於另案即臺灣桃園地方法院106年度簡更㈠字第3號事件審理中函復104年協約第30條為懷孕女性會員禁止其夜間工作之約定，但非有上訴人所謂反面解釋，上訴人並未曾就「本會女性會員得夜間工作……等」相關勞動條件進行協商等語；企業工會嗣因上訴人未有改善，因此函請被上訴人所屬勞動局實施勞動檢查，足見企業工會並無以與上訴人所簽訂104年協約第30條，同意女性會員於夜間工作。是被上訴人認定上訴人從事航空運輸業，為適用勞動基準法之行業，未經工會同意，使女性員工黃婷君於107年6月12日午後10時11分起至翌晨6時30分止之夜間工作，違反勞動基準法第49條第1項規定，於法並無不合。

㈢證人即上訴人空服處副理劉君祥於原審107年度訴字第633號事件107年9月25日準備程序固證稱略以：企業工會在與上訴人進行協商簽訂團體協約時，本就同意不論男女均得於夜間工作；至為何未將同意女性可以夜間工作放入團體協約草案內，係肇因於斯時主要是把勞資雙方有爭議或想要爭取之福利事項納入，很多沒有爭議事項就未列入；且夜間工作薪資高，大家都樂於從事，公司也如實給付相關薪資等語。然工作起迄時間與工作期間若干休息，涉及工作時間之長短，勞資雙方對此議題協商時通常會一體考量，觀企業工會與上訴人進行協商後所提草案版本第24條：「午後10時至翌晨6時為夜間工作時間，乙方會員連續工作如涵蓋夜間工作時間，

按勞基法規定辦理。飛航組員之飛行時間限制依民航法規定辦理。」之意見，因未達協議而「保留」，嗣於91年協約第30條僅約定：「甲方不得派遣乙方懷孕女性會員於夜間工作時段內從事工作。」其餘草案內容並未納入該協約條文中，足見雙方對於夜間及連續工作日之間隔時間等議題，有所爭議而未達共識，僅就無爭議之懷孕女性不得夜間工作於團體協約中訂明。上開經勞資雙方協商所提草案意見，縱初始有出現在夜間工作字樣，仍須其他條件獲得滿足，企業工會才會與上訴人簽約，證人劉君祥徒以未經雙方協議之企業工會版協約草案第33條規定：「甲方安排乙方會員工作時，其連續2日工作之間隔時間不得少於12小時。但安排乙方會員夜間工作時，其間隔時間不得少於16小時」，即謂企業工會同意非懷孕之女性勞工得於夜間工作，自屬速斷，難以採認。審酌女性勞工得否夜間工作為勞動基準法規範核心精神之一，且該法第49條性質上為強制規定，若以團體協約變更，本應另以明文定之，證人劉君祥證稱勞資雙方就許多無爭議事項未訂入91年協約中，實有可議。況懷孕女性不得於夜間工作，亦屬勞資雙方無爭議之事項，為何其訂明於協約；對女性員工得否於夜間工作此一重要議題，卻未訂明於協約中，反以104年協約第30條規定作反面解釋，進而推翻勞動基準法第49條規定，導致迄今爭議不休，是證人劉君祥上開證述，顯有瑕疵可指，尚難作為有利於上訴人之認定。

㈣參酌91年、94年、98年協約有效期間均為3年，本件行為時上開協約均已失效，當時有效之團體協約為104年協約。至團體協約法第21條規定係指舊約期滿、新約尚未簽訂時，有關舊約效力之相關規範，與本件業已簽訂新約之情形無涉。又證人劉君祥於原審另案證稱伊係91、94、98年協約之召集人，所述係其瞭解的部分；至104年協約簽訂時，其已非企業工會幹部而未參與，所以之後協商出現怎樣變化其並不清楚等語，應認其僅代表企業工會與上訴人就91年、94年、98年等協約進行協商，並未參與104年協約之協商過程，則其

前開所稱企業工會本就同意不論男女均得於夜間工作，充其量僅為企業工會在與上訴人簽訂91年、94年及98年協約時之意見，抑或其個人意見，自無從據以認定於雙方簽訂104年協約時，工會仍同意女性得於夜間工作。對此，證人劉偉國於原審另案準備程序到庭證稱略以：資方於101年協約換約談判時，本有意要求企業工會同意女性會員得於夜間工作，惟經企業工會第三分會（管轄空服處員工）討論後，認為對女性會員影響甚大；後來企業工會與上訴人協商時，伊有參與，因為經企業工會反映，後續版本及會議就沒有再對此議題進行討論，因此104年協約沒有同意或不同意女性會員得於夜間工作的內容存在，因為企業工會立場就是不同意女性會員於夜間工作等語；參諸企業工會第三分會於103年9月22日召開第27屆第2次幹事會議，決議以該分會名義發表聲明在與事業單位對於夜間工作條件尚未達成共識前，堅決反對將同意女性得於夜間工作列入本次團體協約內容，旋以103年9月24日工三（發）字第103069號函（下稱103年9月24日函）知企業工會等情，核與證人劉偉國上開證述情節相符，所言堪以採信。且企業工會於103年9月30日召開之團體協約第二次更約會議中，也已明確向上訴人表達不同意女性於夜間工作之立場。凡此均足認企業工會於104年協約簽訂時，並無與上訴人就女性得於夜間工作之事項達成共識。

㈤上訴人所提企業工會於86年6月16日提出之團體協約草案；87年7月17日第8次、89年4月19日第22次、89年6月9日第23次、90年6月13日第29次等團體協約協商會議紀錄；94年11月4日協議書、94年、95年航班表；所僱3名女性空服員於79年、93年、94年之班表暨103年8月8日第234次有關勞方因有女性員工於夜間在女性組員休息室休息，感覺悶熱難當，要求於夜間及假日開放冷氣，經上訴人回覆：男女休息室已協調裝置分離式冷氣，悶熱狀況應可解決之勞資會議紀錄等，均為103年9月30日前即已存在之文書，至多僅能證明企業工會在該日前並非反對女性會員在夜間工作，並不足以推翻證

人劉偉國前揭證言及103年團體協約第二次更約會議摘要內容，顯示企業工會於103年9月30日即已向上訴人表明不同意女性於夜間工作之事實。從而，企業工會對上訴人所發前述107年1月18日函，表示不同意女性於夜間工作等語，僅係重申其與上訴人就104年協約進行協商以來，至遲自103年9月30日起所持反對女性於夜間工作之立場，非如上訴人所言自成立以來，從未反對女性於夜間工作，直到107年1月18日函始突然改變。再依前述證人劉偉國之證言及企業工會第三分會103年9月24日函內容可知，企業工會係因與上訴人就104年協約進行協商期間，對上訴人提出使夜間工作人員於工作完畢後能獲得充足休息、延長休息時間或發給加班費等要求，未為上訴人接受，始決意在與上訴人就夜間工作之勞動條件尚未達成協議前，不同意女性於夜間工作；觀此企業工會所為，無非以同意女性會員於夜間工作為籌碼，對上訴人施壓，促其承諾改善於夜間工作勞工之勞動條件，以履行依工會法第5條第3款規定所負促進會員勞動條件及福利事項之任務，並非專為妨礙上訴人經營所為損人不利己之濫用權利。另上訴人對夜間工作之地勤人員，均提供早班津貼、夜點費、夜間工資加給等勞動基準法未規定之福利，惟該給付對象非企業工會，尚無從據以即無視其至遲自103年9月20日即表明不同意女性會員於夜間工作之意思，而率認已默示同意女性會員在夜間從事地勤工作。

㈥上訴人為適用勞動基準法之行業，對於該法第49條第1項規定課予雇主非經工會或勞資會議同意，且符合提供必要之安全衛生設施、交通工具或安排女工宿舍等要件外，不得使女性勞工於午後10時至翌晨6時之時間內工作之義務，自應注意遵守；且上訴人為上市公司，於107年6月間之勞保投保人數為8,089人，前因違反勞動基準法第49條第1項規定，經被上訴人於3年內為第9次違反同規定之裁罰。是上訴人對該條文課予雇主之行政法上義務，顯然知之甚稔，詎其仍使女性勞工黃婷君於107年6月12日午後10時11分起至翌晨6時30分

止出勤工作，自具違章故意，被上訴人依勞動基準法第79條第1項第1款、第80條之1第1項及違反勞基法統一裁罰基準附表第45項等規定，裁處上訴人罰鍰100萬元，並公布其名稱及負責人姓名，核無違誤。至原處分就上訴人所僱勞工郭書涵於107年5月31日午後10時17分起至翌晨6時31分止出勤工作，認亦違反勞動基準法第49條第1項規定，雖有違誤，然扣除此一勞工，上訴人仍有使所僱女性勞工於夜間工作之違規情事，核無影響原處分裁處結果，自無庸撤銷之。另上訴人此次經被上訴人查知在夜間從事工作之女性勞工為地勤人員，故無其所述女性空服員若所服勤航班之飛行時間跨至午後10時至翌晨6時，勢必無法避免在夜間工作之情形，上訴人或改由男性員工服勤，或藉由科技設備為旅客服務，均可避免本次違規情形發生，自難認其此次就勞動基準法第49條第1項規定所課予義務，有任何事實上或法律上無法期待其遵守之情，所稱因與企業工會關係緊張、對立，故無遵守勞動基準法第49條第1項規定欠缺期待可能性，有阻卻責任事由等語，難以採憑。

四、上訴意旨略以：

㈠民法第153條規定，當事人互相表示意思一致者，無論其為明示或默示，契約即為成立。復參酌最高法院96年度台上字第286號判決意旨，解釋契約應探求當事人真意，不得拘泥於所用辭句，尤應將誠信原則涵攝在內。又勞動基準法規定經工會「同意」不以明示為限，亦包含默示在內，自不能僅因團體協約內未載明同意即遽認其不同意，則有本院106年度判字第300號、原審106年度訴更一字第57號及105年度訴字第1033號等判決意旨可稽；況前開勞動基準法規定並無期間限制，應認工會一經同意即不得恣意變更，否則構成權利濫用而有違誠信原則。

㈡據此，由上訴人與企業工會就91年協約進行協商之歷程，並觀諸證人即擔任斯時團體協約召集人劉君祥於他案之證述暨91年協約第30條、第65條等約定之真意，抑或本於法律解釋

有效性原則，均可證明企業工會業已明示同意女性得於夜間工作。縱前情無法解釋為明示同意，惟其不但自成立以來從未表達反對女性於夜間工作，復於明知存在女性於夜間工作之事實，仍與上訴人在94年11月4日簽訂協議書同意航班維持不變，亦證企業工會至少已默示同意女性得於夜間工作。凡此均足證企業工會早已同意女性勞工得於夜間工作，自不得於嗣後恣意變更，否則即有違誠信原則。

㈢詎原判決竟採信從未參與91年協約協商之證人劉偉國證詞及企業工會至107年才聲稱不同意女性於夜間工作的相關函文，忽視應由被上訴人就企業工會不同意女性於夜間工作負舉證責任，復不察企業工會向與上訴人衝突、對立，已難期明示同意女性得於夜間工作，且案關勞工僅黃婷君1人等情，遽論原處分於法無違，顯有適用勞動基準法第49條第1項、行政訴訟法第136條及行政罰法第7條等規定不當暨應適用而不適用行政訴訟法第189條第1項、民法第153條等規定及違背證據法則之違法。

㈣勞動基準法第49條第1項業經司法院釋字第807號解釋宣告違憲，參照本院103年度判字第233號、102年度判字第103號及100年度判字第1836號、第2012號判決意旨，可見原判決認定原處分適用勞動基準法第49條第1項並無違誤，自有適用法規不當（不應適用而適用）之違法。

五、經核原判決維持原處分有適用法規不當之情形，應予廢棄。茲論述理由如次：

㈠按勞動基準法第49條第1項、第4項及第5項規定：「（第1項）雇主不得使女工於午後10時至翌晨6時之時間內工作。但雇主經工會同意，如事業單位無工會者，經勞資會議同意後，且符合下列各款規定者，不在此限：一、提供必要之安全衛生設施。二、無大眾運輸工具可資運用時，提供交通工具或安排女工宿舍。……（第4項）第1項規定，於因天災、事變或突發事件，雇主必須使女工於午後10時至翌晨6時之時間內工作時，不適用之。（第5項）第1項但書及前項規

定，於妊娠或哺乳期間之女工，不適用之。」第79條第1項第1款規定：「有下列各款規定行為之一者，處新臺幣2萬元以上100萬元以下罰鍰：一、違反……第49條第1項規定。」第80條之1第1項規定：「違反本法經主管機關處以罰鍰者，主管機關應公布其事業單位或事業主之名稱、負責人姓名，並限期令其改善；屆期未改善者，應按次處罰。」（本條項於109年6月10日修正公布：「違反本法經主管機關處以罰鍰者，主管機關應公布其事業單位或事業主之名稱、負責人姓名、處分期日、違反條文及罰鍰金額，並限期令其改善；屆期未改善者，應按次處罰。」）

㈡次按憲法第171條第1項明定法律與憲法牴觸者無效，而依同法第80條規定，法官有依據法律審判之憲法義務，所稱法律當指未牴觸憲法之法律而言。足見個案應適用之法律，如業據司法院解釋宣告違憲者，法官自不得再適用該違憲之法律作為審判之依據，否則裁判即構成違憲。準此以論，苟裁罰處分作成時所依據之法律，嗣經司法院解釋宣告違憲者，行政法院就訴訟繫屬中之該裁罰救濟案件，即應依據裁判當時合憲有效之法律為基準，排除上開實體從舊原則之適用，方能達到有效保障人民權益之目的。而「勞動基準法第49條第1項規定：『雇主不得使女工於午後10時至翌晨6時之時間內工作。但雇主經工會同意，如事業單位無工會者，經勞資會議同意後，且符合下列各款規定者，不在此限：一、提供必要之安全衛生設施。二、無大眾運輸工具可資運用時，提供交通工具或安排女工宿舍。』違反憲法第7條保障性別平等之意旨，應自本解釋公布之日起失其效力。」業經司法院釋字第807號解釋，並於110年8月20日公布在案。

㈢依行政訴訟法第125條第1項至第3項規定，行政法院應依職權調查事實關係，不受當事人主張之拘束。審判長應注意使當事人得為事實上及法律上適當完全之辯論，並應向當事人發問或告知，令其陳述事實、聲明證據，或為其他必要之聲明及陳述；其所聲明或陳述有不明瞭或不完足者，應令其敘

明或補充之。是以行政處分如有已執行而無回復原狀可能之情形，行政法院審判長應盡闡明義務，使當事人為正確訴訟種類之選擇，並進行事實上及法律上適當完全之辯論，方符合行政訴訟法第125條規定之本旨，否則，訴訟程序即構成重大瑕疵而有違誤。復按對於違法行政處分提起撤銷訴訟之目的，在於解除行政處分之規制效力。是以，行政處分如已已執行，其規制效力已終了，而無回復原狀可能者，即無提起撤銷訴訟救濟之實益，如原告尚有即受確認判決之法律上利益時，應提起確認該行政處分違法訴訟救濟。

㈣查被上訴人於107年9月4日作成原處分對上訴人裁處罰鍰100萬元，並公布其名稱及負責人姓名，被上訴人已於同年11月份公布完畢，有卷附被上訴人勞動局107年度11份公布9月份違反勞動基準法事業單位名單可憑（見原審卷二第139至140頁）。上訴人於108年4月提起本件行政訴訟時，因原處分關於罰鍰部分，無論其已執行與否，因金錢係屬可代替物，該罰鍰處分部分，經撤銷仍可返還，而完全回復原狀，上訴人就此部分提起撤銷訴訟救濟，尚有實益。但關於公布上訴人名稱及其負責人姓名部分，因其性質上係屬無持續效力之行政處分，已執行公告後，其規制之法律效力已竭盡，並發生對上訴人名譽不利影響之結果，即使撤銷此部分處分，而將已公布之公告內容註銷或除去，仍無從使上訴人之名譽回復至執行前未公布時之狀態。是以，上訴人於原審言詞辯論期日將原起訴聲明請求確認原處分關於公布上訴人名稱及負責人姓名為違法部分，一併聲明變更為撤銷訴訟，其訴訟種類即有錯誤，原審仍准許變更，依前開規定及說明，於法即有未洽。

㈤另上訴人所僱用勞工郭書涵係屬男性，有卷內郭書涵之人事資料可按（見原審卷一第205頁），並為被上訴人所不爭執，則原處分誤認定上訴人使女性勞工郭書涵於107年5月31日午後10時17分起至翌晨6時31分止出勤工作，違反勞動基準法第49條第1項規定，認事用法均明顯有違誤，亦構成應

予撤銷之事由。因原處分所適用之勞動基準法第49條第1項規定業據司法院釋字807號解釋宣告違憲，構成違法，應予撤銷。則原判決以被上訴人認定上訴人違規僱用女性勞工於夜間工作之全部事實，剔除上開誤認男性勞工為女性之違誤部分，並不影響原處分裁處結果，作為原處分無庸撤銷之論據，亦失其正當性。

㈥綜上所述，勞動基準法第79條第1項第1款、第80條之1第1項固明定違反同法第49條第1項規定者，構成應裁處罰鍰，並公布其事業單位或事業主之名稱、負責人姓名之要件，然因上開第49條第1項業據司法院解釋宣告違憲，並諭知立即失效在案，則原處分關於罰鍰部分，即構成違法應予撤銷之事由，訴願決定予以維持即有違誤，原判決作成時因未及適用司法院釋字第807號解釋而駁回上訴人在原審之訴，於法未合。故上訴意旨指摘原判決違背法令，為有理由。從而，原判決駁回上訴人請求撤銷訴願決定及原處分關於罰鍰部分，應由本院將原判決廢棄，本於原審確定之事實，自為判決予以撤銷。至於關於公布上訴人名稱及負責人姓名部分，因原審所確定之上訴人訴訟種類尚有未洽，本院無從逕依上訴人在原審言詞辯論期日所變更之訴之聲明為判決，爰將此部分發回原審更為適法裁判。

六、據上論結，本件上訴為有理由。依行政訴訟法第256條第1項、第259條第1款、第260條第1項、第98條第1項前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　111　　年　　2　　月　　17　　日

最高行政法院第一庭

審判長法官　侯　東　昇

法官　王　碧　芳

法官　簡　慧　娟

法官　鍾　啟　煌

法官　蔡　紹　良

以　上　正　本　證　明　與　原　本　無　異

中　　華　　民　　國　　111　　年　　2　　月　　18　　日

書記官　莊　子　誼