

科技部補助專題研究計畫成果報告 期末報告

不當勞動行為裁決決定與判決之整合型研究計畫：不利益待遇 (子計畫一)

計畫類別：整合型計畫
計畫編號：MOST 104-2410-H-004-062-
執行期間：104年08月01日至105年07月31日
執行單位：國立政治大學法律學系

計畫主持人：黃程貫

計畫參與人員：碩士班研究生-兼任助理人員：李秉恒
碩士班研究生-兼任助理人員：劉舒婷

中華民國 105 年 10 月 31 日

中文摘要：2011年5月起實施之不當勞動行為制度，對於我國未來之集體勞動關係的發展，必然將產生一定程度的影響。本「不當勞動行為裁決決定與判決之整合型研究計劃」之研究，希望能針對我國不當勞動行為之裁決決定書以及相關法院判決，作分析整理。希望透過不當勞動行為之相關實務見解之研究，徹底檢討我國現行見解後提出理論之檢討或是修法之建議，能對於未來我國不當勞動行為之制度之理論探討與實務運作，甚至對於我國集體勞動法制之發展，有所助益。總計畫區分為四項子計畫，分別是「不利益待遇」、「團體協商」、「支配介入」與「審判權與判斷餘地」。本研究「不當勞動行為裁決決定與判決之整合型研究計劃：不利益待遇（子計畫一）」則為上述整合型計畫之子計畫，主要針對不利益待遇進行研究。其結果，將不只豐富往後勞動法學之研究成果，並且得作為將來我國實務運作之參考，藉以提高裁決決定以及法院判決之水準而有助於裁決決定與勞動司法裁判之穩定性與正確性之建立。

中文關鍵詞：不當勞動行為、不利益待遇

英文摘要：“Integral Research Project on Administrative Decisions and Judicial Decisions on the Unfair Labor Practices: Sub-project 1 – Disadvantageous Treatment”
Since May 2011, “Unfair Labor Practice” have been put into practice, and to some extent, it must have impacts on the development of collective labor relations in Taiwan in the future. This study on “Integral Research Project on Administrative Decisions and Judicial Decisions on the Unfair Labor Practices” will focus on the administrative decisions and the related court decisions in Taiwan, and analyses in connection with these decisions will also be conducted. By studying on the related decisions on “Unfair Labor Practice,” reviewing the administrative and judicial practices thoroughly and commenting in the light of theories or making advice on potential amendment of the laws, the ambition of this project is to make contributions to the theory and the practice of “Unfair Labor Practice” in Taiwan, and even to the development of the labor law system in Taiwan.
The integral project can further be divided into four sub-projects, and they are “Disadvantageous Treatment,” “Collective Bargaining,” “Domination or Interference” and “Jurisdiction and Administrative Discretion.” This “Integral Research Project on Administrative Decisions and Judicial Decisions on the Unfair Labor Practices: Disadvantageous Treatment (the First Sub-Project)” is a sub-project of the abovementioned integral project, and it will concentrate on the study of treatment which made by the employer to cause illegal influences on operation of trade union. As a result, future research will not only enrich the Labor Law, and was used as a reference for

future operations of our practice, in order to improve the standard of the court 's rulings and decisions and contribute to the stability of the ruling Labor and the correctness of the administration of justice set up.

英文關鍵詞：Unfair Labor Practices, Labor Dispute

目錄

一. 中、英文摘要	II
二. 報告內容	1
(一) 前言	1
(二) 研究目的	1
(三) 研究方法	2
(四) 結果與結論	2
一. 前言	2
二. 動機競合	2
三. 不利益待遇	8
1. 黃犬契約	8
2. 工會活動與不利益待遇	9
3. 解僱	16
4. 降調	16
5. 減薪	19
6. 其他不利益待遇	19
7. 績效考核	23
8. 昇格、昇任與不利益待遇	30
9. 雇主對勞工提起訴訟與不利益待遇	31
10. 精神上不利益	35
11. 私生活上的不利益	36
12. 報復的不利益待遇	37
13. 總結	41

一、中、英文摘要與關鍵詞

(一)中文摘要

2011年5月起實施之不當勞動行為制度，對於我國未來之集體勞動關係的發展，必然將產生一定程度的影響。本「不當勞動行為裁決決定與判決之整合型研究計劃」之研究，希望能針對我國不當勞動行為之裁決決定書以及相關法院判決，作分析整理。希望透過不當勞動行為之相關實務見解之研究，徹底檢討我國現行見解後提出理論之檢討或是修法之建議，能對於未來我國不當勞動行為之制度之理論探討與實務運作，甚至對於我國集體勞動法制之發展，有所助益。總計畫區分為四項子計畫，分別是「不利益待遇」、「團體協商」、「支配介入」與「審判權與判斷餘地」。本研究「不當勞動行為裁決決定與判決之整合型研究計劃：不利益待遇（子計畫一）」則為上述整合型計畫之子計畫，主要針對不利益待遇進行研究。其結果，將不只豐富往後勞動法學之研究成果，並且得作為將來我國實務運作之參考，藉以提高裁決決定以及法院判決之水準而有助於裁決決定與勞動司法裁判之穩定性與正確性之建立。

(二)英文摘要

“Integral Research Project on Administrative Decisions and Judicial Decisions on the Unfair Labor Practices: Sub-project 1 - Disadvantageous Treatment”

Since May 2011, “Unfair Labor Practice” have been put into practice, and to some extent, it must have impacts on the development of collective labor relations in Taiwan in the future. This study on “Integral Research Project on Administrative Decisions and Judicial Decisions on the Unfair Labor Practices” will focus on the administrative decisions and the related court decisions in Taiwan, and analyses in connection with these decisions will also be conducted. By studying on the related decisions on “Unfair Labor Practice,” reviewing the administrative and judicial practices thoroughly and commenting in the light of theories or making advice on potential amendment of the laws, the ambition of this project is to make contributions to the theory and the practice of “Unfair Labor Practice” in Taiwan, and even to the development of the labor law system in Taiwan.

The integral project can further be divided into four sub-projects, and they are “Disadvantageous Treatment,” “Collective Bargaining,” “Domination or Interference” and “Jurisdiction and Administrative Discretion.” This “Integral Research Project on Administrative Decisions and Judicial Decisions on the Unfair Labor Practices: Disadvantageous Treatment (the First Sub-Project)” is a sub-project of the abovementioned integral project, and it will concentrate on the study of treatment which made by the employer to cause illegal influences on

operation of trade union. As a result, future research will not only enrich the Labor Law, and was used as a reference for future operations of our practice, in order to improve the standard of the court's rulings and decisions and contribute to the stability of the ruling Labor and the correctness of the administration of justice set up.

關鍵字：不當勞動行為、不利益待遇

二. 報告內容

(一) 前言

本子計畫乃「不當勞動行為裁決決定與判決之整合型研究計畫」之一部，主要係以我國目前涉及不當勞動行為中之「不利益待遇」的相關裁決決定、行政法院判決及民事法院判決為研究範圍。所謂的「不利益待遇」，依修正後的工會法第 35 條第 1 項第 1、3、4 款之規定，係指對於勞工因(1)組織工會、加入工會、參加工會活動或擔任工會職務；(2)提出團體協商之要求或參與團體協商相關事務；或(3)參與或支持爭議行為而拒絕僱用、解僱、降調、減薪或為其他不利之待遇。其中所謂之「其他不利益待遇」依同法施行細則第 30 條之規定則係指意圖阻礙勞工參與工會活動、減損工會實力或影響工會發展，而對勞工為直接或間接不利之對待。

自 2011 年 5 月 1 日新勞動三法及裁決制度開始施行迄今，裁決委員會約已作出百餘件的裁決決定，其中亦有相當數量係涉及「不利益待遇」者，而對於其中多號之裁決決定，當事人不服裁決委員會之決定而又向行政法院或民事法院提起救濟。是以，目前在不當勞動行為事件中，已有相當的比例係為涉及不利益待遇之案件，而不論是裁決委員會之見解或法院之看法，這些見解將會影響勞資關係之發展，甚至在下一階段修法時提供修法之參考而有其研究的價值與必要性。因此，研究不當勞動行為之相關實務見解，包括裁決決定書作成之背景及理論依據，以及裁決決定與法院判決之歧異等，實有燃眉之急。

(二) 研究目的

本研究在實體法部分仍切分為「不利益待遇子計畫」、「支配介入子計畫」以及「無正當理由拒絕團體協商子計畫」三個部分來加以處理，另搭配不當勞動行為制度實體法與程序法相錯交雜的問題特性，在程序法部分按不同救濟管道分別以「裁決程序子計畫」、「司法程序子計畫」兩個部分為討論。

而本研究乃為「不利益待遇之子計畫」，希望藉由目前台灣實務上的不當勞動行為裁決決定書以及相關法院判決，並輔以美國、日本、韓國三國之比較法研究，對我國未來不當勞動行為制度開始運作後可能產生之問題、制度的解釋適用、操作運用等提供借鏡，以期制度得以順利無礙地運作並持續發展。

在前述之本計畫的清晰目的下，預期所進行之工作及將期待得以完成之研究成果，對於台灣不當勞動行為制度之適用暨理論學說發展，應得具備下列之重要性：

1. 以嚴謹之學術著作，提供各方參考引據，將有利於台灣集體勞動生活之法律秩序的穩定；
2. 於勞動法學、特別是集體勞動法學領域中，建立兼具理論與實務需求、論者與適用者觀點兼顧之不當勞動行為制度之著作，將有利於往後勞動

法學研究之深度；

3. 對於裁決委員會之裁決委員與司法裁判者而言，對社會重要之勞動生活，本於有限之勞動三法條文，得以有更完整之不當勞動行為制度之視野，得以參酌更嚴謹與多元之解釋與理解工具，將有利於裁決決定與勞動司法裁判之穩定性與正確性之建立。

(三)研究方法

本研究子計畫之主題係研究分析不當勞動行為之「不利益待遇」之類型，而本子計畫著重在於與不利益待遇相關之裁決決定書以及法院判決之整理，以期歸納裁決委員會和法院對於不利益待遇類型中某一爭點之看法以及有無歧異之處。因此首先會以目前裁決實務上所遇到之爭點為主，再就各爭點提出相關之裁決決定書以及法院判決之見解整理，最後再做統整並思考未來發展之可能性。

(四)結果與結論

一. 前言

不利益待遇係指雇主在於勞動契約範圍內以侵害同盟自由為目的而對勞工一切之不利益的契約上行為。也因此，不利益待遇之要素以上列所述再與工會法第 35 條分析可分為 1. 勞動契約範圍內 2. 不利益之待遇 3. 因果關係 4. 工會關聯性。

而勞動契約範圍內應為契約締結前之準備階段(工會法第 35 條第 2 項)、契約履行時、契約消滅及後契約階段(解僱與解僱之後)。不利益待遇即為雇主對勞工所為之契約上行為(如工會法第 35 條所提之解僱、降調、減薪或為其他之不利益之待遇)。因果關係為雇主之不利益待遇行為需與勞工之行為有因果關係，此處從工會法第 35 條之文字「對於…而…」即可得知應有因果關係存在才得以成立不當勞動行為。最後則是工會關聯性，亦即雇主之行為與工會相關之程度。

而由裁決決定書之論述脈絡，在進入實體判斷前，不當勞動行為裁決委員會(以下簡稱裁決委員會)通常先判斷雇主是否具有不當勞動行為意思後，再進入各爭點的討論。所以此處也先探討不利益待遇與不當勞動行為意思相關之爭點，再進入實務上所遇到之各種爭點。

二. 動機競合

不利益待遇與不當勞動行為意思相關之問題即為「動機競合」。動機競合係指雇主所為之不利益待遇之行為係同時基於不當勞動行為之目的(工會相關性)以及契約上合法之事由。若能判斷雇主之行為僅基於不當勞動行為之目的或契約上之合法事由，此時雇主之行為是否為不當勞動行為是一目瞭然的，所以實務上最常見的問題為雇主之行為係兼具兩者時，到底是否該當不當勞

動行為。但此處必須瞭解的是，若雇主無不當勞動行為動機而單純是行使其契約上權利或指揮監督權時，此時並沒有動機競合之問題，所以不能僅以雇主有對勞工之不利益待遇之行為即斷言有不當勞動行為之問題¹。

①103 年勞裁字第 17 號

「在懲戒解僱之場合，是否成立不當勞動行為，其判斷基準應就該受懲戒解僱之勞工在工會中的地位、參與活動內容、雇主平時對工會的態度等集體勞動關係的狀況、所為不利之待遇的程度、時期及理由之重大性等因素加以綜合判斷。特別應以雇主之處分與過去同種事例之處理方式是否不同，或同種事例因人而為不同之處分或不為處分，作為重要的判斷基準。因此，雇主縱使依據勞動契約或工作規則，對於懲戒處分具有裁量權限，如依上述之判斷基準，認為雇主懲戒解僱之行為存在不當勞動行為之動機時，即有構成不當勞動行為之可能，此有本會 102 年勞裁字第 41 號裁決決定書可參。」

②104 年勞裁字第 35 號

「其次，雇主依勞動契約或工作規則之規定，對勞工所為懲戒處分，可能同時存在不當勞動行為及權利行使之雙重動機競合。此時，是否成立不當勞動行為，其判斷基準應就該受懲戒處分之勞工在工會中的地位、參與活動內容、雇主平時對工會的態度等集體勞動關係的狀況、所為不利之待遇的程度、時期及理由之重大性等因素加以綜合判斷，特別應以雇主之處分與過去同種事例之處理方式是否不同，作為重要的判斷基準。因此，雇主縱使依據勞動契約或工作規則，對於懲戒處分具有裁量權限，如該懲戒處分依一般社會通念判斷已超過合理之程度，並綜合上述判斷基準，認為存在不當勞動行為之意思時，即有構成不當勞動行為之可能（本會 101 年勞裁字第 1 號裁決決定意旨參照）。」

由裁決委員會之論述可知在動機競合之狀況下，除了綜合判斷雇主是否有不當勞動行為意思之外，判斷重點在於「雇主之處分與過去同種事例之處理方式是否不同」，也就是與情形類似者之比較。換句話說，即為雇主之行為是否有不當勞動意思雖在此種情形下較難判斷，但只要綜合判斷特別是有與類似情形下雇主之處置明顯有所不同而可明確認為雇主之行為係與工會相關之狀況下，便可認為雇主有不當勞動行為之意思。而此時雖雇主之不利益行為係行使其正當權限，但仍有成立不當勞動行為之可能。

①台北高等行政法院(以下簡稱北高行)102 年度訴字第 30 號

「被告主張美國聯邦最高法院之相關判決，因國情民風不同，不能逕為比附援引，固非無見。惟從比較法學觀點觀察，美國聯邦最高法院及國家勞資關

¹ 可參照勞動部不當勞動行為裁決決定書 103 年勞裁字第 29 號裁決決定書

係局均已一致認為，僱主依其憲法第一修正案對其員工（勞工）所提民事訴訟，如具有事實或法律爭議基礎者，即不應被當作不當勞動行為而遭到禁止，縱然僱主當初是為報復員工行使國家勞動關係法所定權利，始提起該訴訟，亦屬無妨。「他山之石，可以攻錯」，古有明訓。我國不當勞動裁決制度既源自美國，基於案情類同，且法理相通，已經美國聯邦最高法院審結之案件，其法律見解，自非不可資為本件之借鏡。從而，就法理上言之，除非原告對參加人所提系爭民事確認訴訟，欠缺事實或法律爭議之基礎，而失去憲法保障人民訴訟基本權之意旨，始該當於工會法第 35 條第 1 項第 1 款之不利待遇之不當勞動行為外，實不能未實際探討原告對參加人所提系爭民事確認訴訟事實或法律爭議之基礎為何，即僅因原告對參加人單獨起訴、具工會幹部身分之外觀，即逕認其起訴行為該當於工會法第 35 條第 1 項第 1 款不利待遇之不當勞動行為。」

②北高行 102 年度訴字第 796 號

「除非有事證足認原告「意圖」阻礙勞工參與工會活動、減損工會實力或影響工會發展，而對勞工為直接或間接不利之對待而濫用其權利，以單獨對勞工提起訴訟之方式，遂行其前述意圖，否則不能僅因原告單獨對勞工提起民事確認僱傭關係不存在訴訟，即認該行為屬不利益待遇之不當勞動行為。而不當勞動行為意思之判斷，有其困難，實務上通常藉由大量觀察法來證明，亦即當事人雙方雖無法直接證明該當不當勞動行為之主要事實存在，但如果能從經驗法則上來主張或舉證雇主各個間接事實與其發動不當勞動行為之間具有很強的因果關係時，即可推定該主要事實之存在。此時，雇主如能證明該等間接事實不存在，或證明與該間接事實可能矛盾之其他事實存在，即能推翻不當勞動行為之推定。」

③北高行 103 年度訴字第 1630 號

「構成工會法第 35 條第 1 項第 1 款之不當勞動行為的主觀要件不以故意為限，只要行為人具有不當勞動行為之認識為已足。又雇主依勞動契約或工作規則之規定，對勞工所為懲戒處分，可能同時存在不當勞動行為及權利行使之雙重動機競合。在懲戒解僱之場合，是否成立不當勞動行為，其判斷基準應就該受懲戒之勞工在工會中的地位、參與活動內容、雇主平時對工會的態度等集體勞動關係的狀況、所為不利之待遇的程度、時期及理由之重大性等因素加以綜合判斷。特別應以雇主之處分與過去同種事例之處理方式是否不同，或同種事例因人而為不同之處分或不為處分，作為重要的判斷基準，不因雇主或企業行使合理管理權限外觀而有異。……由上述資料可知，以同屬工會幹部之人員做比較及以與原告職稱相同之其他非工會幹部之考評做比較，參加人對於 102 年度工會幹部之考績考評，依上揭資料據以判斷，並未有普遍較差之評定。而考量參加人平時對工會之態度、所為不利之待遇之

程度、時期及理由之重大性等因素加以綜合判斷，參加人對於原告 102 年度考績評定為三等之考評，依一般社會通念判斷，亦未超過合理之程度。是原告主張，參加人存在不當勞動行為及權利行使之雙重動機競合之情形，並無足採。」

④高雄地方法院 101 年度勞訴字第 107 號

「又雇主依勞動契約或工作規則之規定，對勞工所為懲戒處分，可能同時存在不當勞動行為或權力行使之雙重動機競合，故判斷是否成立不當勞動行為，其基準應以受懲戒勞工於工會之地位、參與活動內容、所為不利待遇之程度、時期及理由等重大性因素綜合判斷，特別應以雇主之處分與同種事例之處理方法是否迥異，作為重要之判斷基準。故即便雇主依勞動契約或工作規則，對懲戒處分具裁量權，如該懲戒處分已逾一般社會所認知之合理程度，且依前述基準綜合判定，認存在不當勞動行為之意思時，即屬構成不當勞動行為之情況，合先敘明。……綜合社會通念之常情判斷，原告因系爭拒絕加班活動既未受鉅額損害，系爭工會所為該活動，復無引發任何人傷或物損，即便因此造成原告調班、排班上之困擾，惟原告逕以解僱手段懲處被告，已超越解僱之最後手段性原則，依前開說明，顯具不當勞動行為之認識及動機，自屬工會法第 35 條第 1 項第 1 款、第 5 款所定之不當勞動行為，應堪認定。……原告對被告之解僱行為，既屬不當勞動行為，依法無效，且被告並無系爭工作規則第 14 條第 12 款所定行為，原告亦無舉證證明被告另有其他違反勞動契約或工作規則，且達情節重大之情況，則原告依勞基法第 12 條第 1 項第 4 款終止兩造間僱傭契約，自屬不法，故原告訴請確認兩造間僱傭契約自 101 年 2 月 4 日起不存在云云，洵屬無據。」

⑤台灣高等法院高雄分院 102 年度重勞上字第 6 號(高雄地方法院 101 年度勞訴字第 107 號判決之上訴審)

「顯已違反系爭工作規則第 14 條第 12 款及「職工獎懲規例」編號 646 規定，且屬情節重大，上訴人自得對被上訴人鄭 00 為終止僱傭契約之意思表示，已如前述，準此，上訴人對鄭 00 為終止僱傭契約之理由並非鄭 00 參加工會活動或擔任工會職務，亦無不當影響、妨礙或限制工會之成立、組織或活動，故被上訴人辯稱上訴人有工會法第 35 條第 1 項第 1 款及第 5 款所規定之不當勞動行為云云，不足採信。」

⑥台北地方法院 103 年度重勞訴字第 1 號

「又審酌被告於 101 年 1 月 9 日至 12 月 31 日間，僅到班 11 天(見兩造不爭執事項(二))，並未忠實履行勞務給付義務，則原告將被告 101 年度年終績效評核評定為 D 等，應係對被告工作表現之合理評價，難認有工會法第 35 條第 1 項第 1 款所定「對於勞工組織工會、加入工會、參加工會活動或擔任

工會職務，而拒絕僱用、解僱、降調、減薪或為其他不利之待遇」之情形，亦難因此認為原告於102年4月15日因被告「無正當理由繼續曠工3日或1個月內曠工達6日」而終止勞動契約有不當勞動行為之動機。」

以行政法院之見解來看，除了北高行102年度訴字第30號中法院係以美國法院之判決從比較法的觀點而直接從雇主行使訴訟權是否合理適當而判斷雇主之行為是否為不當勞動行為之外(但雇主行使訴訟權之狀況較為特殊，在本章第9節會有所討論)，北高行102年度訴字第796號和北高行103年度訴字第1630號判決皆以雇主是否有不當勞動行為意思為判斷基準，若雇主有不當勞動行為意思，則可認為雇主之行為係不當勞動行為。此外，雖在北高行102年度訴字第30號判決中法院並未在論述中評價雇主之不當勞動行為意思，但於北高行102年度訴字第796號判決中就同樣之雇主提出民事訴訟之情形，法院明確提出應評價雇主之不當勞動意思，若可證明雇主有不當勞動行為意思時應可為不當勞動行為。因此由以上討論可知，行政法院的立場應傾向認為若經判斷後雇主有不當勞動行為意思時，此時雇主可能即成立不當勞動行為。

然而就民事法院部分，在高雄地方法院101年度勞訴字第107號判決於論述中明確採取裁決委員會的見解，雖仍有判斷雇主解僱之合法性但以論述脈絡來看應為判斷雇主是否有不當勞動行為意思，而在結論上亦提出因雇主之行為係不當勞動行為而使解僱無效，應可認為與裁決委員會為同一見解。然而在其上訴審台灣高等法院高雄分院102年度重勞上字第6號判決中卻僅對雇主解僱勞工是否合法為論述，並僅以雇主之行為在個別法上的判斷合法便認為雇主之行為並非不當勞動行為，而並未對不當勞動行為之集體法上之判斷有所著墨。而雖此判決被最高法院104年度台上字第2185判決廢棄發回更審，但詳觀最高法院的論述卻僅針對台灣高等法院高雄分院對於解僱在個別法上之判斷的問題，而並非對於未論述不當勞動行為部分有任何意見。而台北地方法院103年度重勞訴字第1號判決亦持相同之論述脈絡。因此，由民事法院的判決可知，民事法院目前多數傾向以雇主在個別法上是否合法為主，若合法則直接認定雇主之行為並非不當勞動行為，而不再繼續論述集體法上之不當勞動行為之問題。換句話說若以民事法院之見解，個別法上合法之行為即可認為非不當勞動行為，而在動機競合之情形中應傾向若雇主有合法之事由則不成立不當勞動行為。

至於面對相同問題，在日本學界對此有四種學說²

1. 不當勞動行為成立否定說

此說認為只要雇主不利益之行為有合法之事由，則就不成立不當勞動行

² 西谷敏，勞動組合法，第三版，2012年12月，第192頁；荒木尚志，勞動法，第2版，2013年5月，第643~644頁。

為。

2. 決定性動機說

不當勞動行為之動機係雇主行為之決定性動機，亦即不利益待遇之正當事由與工會相關連之不當勞動行為之動機，何者對於雇主不利益之行為具有決定性(優越性)。

3. 相當因果關係說

此說認為與工會相關連之原因是不利益待遇之不當勞動行為成立不可或缺之原因時，雇主之行為係不當勞動行為。此說認為只要有與工會相關連等原因時，則較為傾向認定係不當勞動行為。

4. 因果關係說

與工會相關連之動機是為雇主為不利益待遇之行為的原因之一則認為此行為為是不當勞動行為。

而日本勞動委員會(地位等同於我國之裁決委員會)之有力見解為決定性動機說，而在法院部分多數說亦為決定性動機說，但也有部分採不當勞動行為成立否定說和相關因果關係說之判決，而在學界方面則是以相當因果關係說為多數說。關於上述各說之討論，其中不當勞動行為成立否定說被批評因只要雇主有理由即不成立不當勞動行為，就算雇主明顯表露出反工會之意圖亦同，如此將使不當勞動行為制度目的之達成變為事實上不可能；而因果關係說則位於另一個對立面，不論雇主之行為基於何種事由，只要雇主之行為帶有任何一點反工會之意圖即是不當勞動行為，如此雇主行使其契約上權利或指揮監督權限在事實上亦將變為不可能。至於決定性動機說以及相當因果關係說則是有過度依賴裁決委員會或法院主觀判斷之問題，何者為決定性動機或者反工會之動機到底是否為雇主之行為不可或缺之原因，如此主觀的判斷基準亦非完善之方法³。

我國實務上對於動機競合問題之主要爭論處應為裁決委員會與民事法院之見解歧異。若以日本學說之分類觀之，我國裁決委員會或可說是較為接近「決定性動機說」或「相當因果關係說」，但民事法院明顯的較傾向「不當勞動行為成立否定說」。民事法院從舊工會法時期便已採取此種僅從個別法上判斷雇主之行為是否合法而或許忽略了在集體法上之評價的看法⁴。而如今在新勞動三法正式施行後，民事法院似仍維持以往之見解脈絡。如此一來法院似乎忽略了若合法事由與反工會之意圖同時存在時要如何評價雇主之行為，而造成不當勞動行為制度在不利益待遇(在解僱、降調和減薪之狀況)之情形下可能無法達到保護勞工與工會之同盟自由之目的。另一方面，不當勞

³ 侯岳宏，不當勞動行為救濟的理論基礎，元照，2015年7月，第152~154頁；張義德，不當勞動行為制度之研究-以日本與我國之「不利益待遇」為中心，國立政治大學法律學系碩士論文，2008年7月，第79~81頁。

⁴ 可參照最高法院91台上787號判決；最高法院81台上1207(參閱於陳金泉，勞動法一百問，修訂二版，三民，2007年3月，第153~154頁)

動裁決委員會所審查之事項僅有工會法第 35 條以及團體協約法第 6 條之不當勞動行為，並無權限判斷個別法上雇主之行為是否合法，因該部份為法院之審查權限⁵。所以若民事法院在對於相關案件中若以個別法是否合法為重點，將會變成裁決委員會的裁決決定對勞資雙方之不當勞動行為爭議之評價仍有相當的不確定性存在，因私權部分仍需由法院判斷且僅就此判斷即可推翻裁決委員會之裁決決定，如此將大幅降低勞資雙方對於裁決委員會之信賴，而使裁決委員會之制度無法發揮原有之功能。

因此，裁決委員會之看法應是較為合理的處理方式。雖說如上所述此種見解因類似日本的「決定性動機說」或「相當因果關係說」而有在是否成立不當勞動行為之判斷上過於主觀之疑慮，但裁決委員會之論述採取了雇主是否有與以往相類似勞工或狀況之處理方式以輔助判斷雇主對該勞工之不利益待遇有無不當勞動行為意思。此種輔助方式應可一定程度的緩和在判斷上過於主觀之疑慮，但仍需注意此非唯一的判斷方式，仍需就整體勞資脈絡為整體判斷。

(三)不利益待遇

前面處理了動機競合的問題，而在此處要談的是關於不利益待遇之各種情形，而雇主之不利益待遇之手段眾多，所以在此處僅就實務上常見並有所爭議者加以討論。至於與不利益待遇相關連的問題還有關於救濟途徑之爭議，但在此總計畫下另有討論審判權與判斷餘地之子計畫，因此在本子計畫中就不再贅述。

1. 黃犬契約

所謂的黃犬契約，係指在契約準備階段以勞工不加入工會或擔任工會職務作為僱用條件，此乃雇主事先侵害勞工的同盟自由而為不利益待遇的態樣之一，而在工會法第 35 條第 1 項第 2 款對之有所規定。然而，我國實務目前尚無相關裁決決定書或法院判決。因此便不多加以著墨，僅對法條解釋論述，以便日後若有相關案例時應如何運用。

對此應加以闡明者有二，一為約定僱用條件之時點，二為雇主限制何種行為之情形為黃犬契約。約定僱用條件之時點指的是雇主在何時為此約定係屬黃犬契約之行為。我國工會法第 35 條第 1 項第 2 款中僅說僱用條件，然而此應解為雇主在不僅在成立勞動契約之際，應不論是契約之改定或更新應皆屬之⁶。換句話說只要涉及舊契約的繼續履行或新契約的成立，雇主皆不得與勞工為如此約定。也因此例如企業併購時新雇主不能以要有此種約定為前提才承受勞工之勞動契約

⁵ 此部分裁決委員會之論述可參照：勞動部不當勞動行為裁決決定書 102 年勞裁字第 10 號裁決決定書、勞動部不當勞動行為裁決決定書 103 年勞裁字第 29 號裁決決定書

⁶ 張義德，同註 3，第 90~91 頁。

或是在試用期間中訂立此種約定⁷。至於限制雇主的何種行為，工會法第 35 條第 1 項第 2 款僅規定「不加入工會或擔任工會職務」。然而由於此款的立法目的應是為了避免雇主事先妨礙勞工之同盟自由，所以雇主妨礙之手段在解釋上不應侷限於不加入工會(工會法施行細則第 31 條中規定包含退出工會)以及擔任工會職務，只要可能侵害勞工之同盟自由者應皆屬之。諸如約定不參與工會活動或爭議行為、禁止加入特定工會或是脫離工會⁸。

2. 工會活動與不利益待遇

在工會法第 35 條第 1 項第 1 款中規定不能因勞工參與工會活動而對其為不利益待遇。因此，在這要討論何謂工會活動。但是必須要注意一點，雖說雇主對於參與工會活動的勞工為不利益待遇會有因介入工會活動而成立支配介入的不當勞動行為之可能，但此處之重點應為雇主對於參與工會活動之勞工為不利益待遇。

(1) 工會活動之定義

① 102 年勞裁字第 38 號

「所謂的工會活動，並不以工會會員大會、會員代表大會、理監事會所議決的活動為限，即使是工會會員並非基於上述議決而為之自發性活動，只要是依循工會之運動方針所為之行為，亦應認為係屬工會活動，而受到法律的保護……查申請人林甲○○等 4 人為申請人工會會員，渠等提起之加班費訴訟，係經申請人工會會員大會授權理事會處理，並於理事會決議補助下起訴，足見申請人林甲○○等 4 人提起訴訟，係依循工會之運動方針所為之行為，屬工會活動之一環，自不待言。」

(此號裁決經相對人向台北高等行政法院提起救濟，而在北高行 103 年度訴字第 110 號判決中，法院係採同一見解)

② 102 年勞裁字第 41 號

「而所謂工會活動，並不以工會會員大會、會員代表大會或理監事會所議決或指示之活動為限，即使是工會會員所為之自發性活動，然只要客觀上是依循工會之運動方針所為之行為，亦應認為係屬工會活動，而受到法律的保護……因此，在工會並未下達任何指示之情形，工會理事或會員以個人名義提出雇主違反勞動基準法之勞資爭議調解或檢舉申訴，從工會法第 1 條「促進勞工團結，提升勞工地位及改善勞

⁷ 西谷敏，同註 2，第 195 頁。

⁸ 中窪裕也，野田進，労働法の世界，第 11 版，有斐閣，2015 年 4 月，第 411 頁；西谷敏，同註 2，第 194~195 頁；張義德，同註 2，第 90~91 頁。

工生活」所定之立法宗旨，以及同法第 5 條第 3 款「勞動條件、勞工安全衛生及會員福利事項之促進」、第 11 款「其他合於第 1 條宗旨及法律規定之事項」所定之工會任務觀之，確實符合工會之運動方針，應認為係屬工會活動，而受到法律之保護。」

③104 年勞裁字第 6 號

「是否為某一工會之工會活動，非以該工會理事長或少數幹部之主觀意見作為判斷基準，而應以活動舉辦之目的是否符合工會法第 1 條之立法宗旨、同法第 5 條第 3 及 11 款之工會任務、以及工會之運動方針等為判斷基準，以避免雇主只需掌控工會內部少數幹部，藉該少數幹部之對外發言即可達到全面控制工會的目的。」

④104 年勞裁字第 30 號

「查本件申請人以工會名義於 104 年 5 月 11 日要求相對人應儘速召開團體協約協商會議，並就有關教師評鑑及待遇之四項訴求進行協商，則姑不論上開協商請求究為團體協約之協商、抑或一般性協商，既係以工會名義為之，且與申請人教育產業工會為促進高等教育機構受僱勞動者之勞動條件之方針無違，堪認洵屬工會活動無疑，而應受工會法之保護，合先敘明。」

因對工會活動之定義法院之見解大致上與裁決委員會相同，因此就不再贅述法院之相關見解。而由裁決委員會之看法最重要的應為 102 年勞裁字第 38 號「所謂的工會活動，並不以工會會員大會、會員代表大會、理監事會所議決的活動為限，即使是工會會員並非基於上述議決而為之自發性活動，只要是依循工會之運動方針所為之行為，亦應認為係屬工會活動，而受到法律的保護」、102 年勞裁字第 41 號「因此，在工會並未下達任何指示之情形，工會理事或會員以個人名義提出雇主違反勞動基準法之勞資爭議調解或檢舉申訴，從工會法第 1 條「促進勞工團結，提升勞工地位及改善勞工生活」所定之立法宗旨，以及同法第 5 條第 3 款「勞動條件、勞工安全衛生及會員福利事項之促進」、第 11 款「其他合於第 1 條宗旨及法律規定之事項」所定之工會任務觀之，確實符合工會之運動方針，應認為係屬工會活動，而受到法律之保護」以及 104 年勞裁字第 6 號「是否為某一工會之工會活動，非以該工會理事長或少數幹部之主觀意見作為判斷基準，而應以活動舉辦之目的是否符合工會法第 1 條之立法宗旨、同法第 5 條第 3 及 11 款之工會任務、以及工會之運動方針等為判斷基準，以避免雇主只需掌控工會內部少數幹部，藉該少數幹部之對外發言即可達到全面控制工會的目的。」為重要論述。

由以上論述可知經工會會員大會、會員代表大會、理監事會議決之活動係工會活動應無疑義，然而在沒有工會之決議或指示時，工會會員之勞工之行為需從工會法第1條、同法第5條第3款、第11款所定之工會任務與工會運動方針為判斷是否為工會活動之基準。是以，透過裁決委員會之解釋而將工會活動之範疇擴大為可由勞工自主發動。若工會幹部對外發言反對勞工自主發起之活動時應如何判斷？裁決委員會在104年勞裁字第6號中認為並非以工會幹部之主觀意見為判斷基準，而是仍以前述之工會任務和運動方針為判斷基準，以免雇主只要掌握工會少數幹部並藉其發言便可掌握工會，或是工會少數派之勞工因此便無法進行工會活動。

然而，裁決委員會以及法院皆未論述如果勞工所參與之工會活動非為「正當」之工會活動亦即工會活動逾越正當性或違法時，如果雇主對參與活動之勞工為不利益待遇是否受不當勞動行為制度保護。在日本因勞動組合法第7條第1項已明文規定工會的「正當」行為始受保障，也因此只有正當的工會活動才受保護，但我國工會法第35條並無「正當」之用詞，因此有學說認為我國工會法應是立法者有意排除「正當性」作為是否成立不當勞動行為之判斷基準，而將逾越正當性或違法之工會活動之責任認為應由工會負責⁹。而若參考德國法，同盟行動保障係由基本法第9條第3項第1款所保護，然而並非所有的同盟行動皆受基本法所保護，受保護的同盟自由是「合乎同盟之行動」，也就是說係為了保護與促進勞動及經濟條件之行動，而其核心領域為「協約自主」¹⁰。此處所指的工會活動應為在同盟行動自由中除集體爭議權外的在企業組織體制內之行動權利¹¹，若不符此目的之工會活動不受基本法保護，勞工理應不受保障。而我國不當勞動行為制度立法目的已表示係保障受憲法保護之勞動三權（亦即德國的同盟自由），所以勞工參與逾越正當性或違法之工會活動因工會活動並不在憲法所保護之範圍而不受不當勞動行為制度之保護。

然而，是否只要是工會活動，雇主就絕對不得對參與之勞工有任何不利益待遇？也就是說，若雇主以勞工參與工會活動已違反企業秩序而為懲戒時，是否構成不當勞動行為？

①101年勞裁字第72號

⁹ 張鑫隆，參加工會活動而受不利益待遇之類型及其不當勞動行為之判斷，不當勞動行為裁決機制實施三週年回顧及前瞻論壇，2015年1月，第13~14頁。

¹⁰ Franz Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht Band I, 1997, S.226。Brox/Rüthers/Henssler, Arbeitsrecht, 17.Auflage, 2007, Rn.895 f。Abbo Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 15.Auflage, 2016, Rn.479。

¹¹ 黃程貫，勞動法，修訂再版，國立空中大學，2001年6月，第169~170頁。林佳和，工會行動權基礎理論，工會行動權學術研討會，2011年6月，第3~5頁。

「工會活動亦同受民事免責及刑事免責之保障，但參與工會活動之工會會員如有違反企業之管理秩序時，雇主仍得視違反情節輕重而施以懲戒處分；雇主如因工會活動受有損害時，可以對工會請求損害賠償；工會會員因工會活動觸犯刑法時，亦可能被究責。……相對人主要經營民航機場貨物裝卸、運輸、停機坪內地面勤務（含機坪服務、空橋操作與維護等）之事業；針對各機場業務執行，分設有高雄、台中、金門等分公司，其中高雄分公司主要處理高雄小港機場內之前述航空地勤事業，以此觀之，相對人之業務主要係於機場航站內為之，而依據航空相關法規，機場航站為管制區域，並非外人得以任意進出，此有相對人所提出「機場證」所載非執行工作時不得進入二崗、機坪區可供佐證……再者，相對人亦有相應之規定，例如「職工獎懲規例」編號 622 規定：「上班時間非因工作任務需要，在機場大廳候機室、貴賓廳、關棧及旅客進出口、停機坪逗留者」得科以申誡一次、記過一次、記過二次之懲戒處分……據此，相對人對於非工作時間內進入屬於管制區之機場機坪之申請人工會會員，得引用「職工獎懲規例」編號 622 規定予以懲處。……雇主依勞動契約或工作規則之規定，對勞工所為懲戒處分，可能同時存在不當勞動行為及權利行使之雙重動機競合，據此，本會為釐清相對人對於下班後違規進入二崗及停機坪進行懲處是否涉有不當勞動行為，自當審酌過往相對人對於類似行為之處理情形。……可見相對人過往對於員工在非工作時間進入二崗及機坪並未予以懲處；其次，相對人明知此次部分會員下班後進入二崗及停機坪，係屬工會活動之一環，卻仍對參與此部分行為之會員加以懲處……申請人代理人劉思龍律師主張：「由畫面顯示申請人所屬工會會員均有整齊著反光背心之相關服裝，出入的位置在機坪旁的停車格，尚有限高 2.1 公尺的標誌，旁邊港龍航空飛機正常進出停泊，故在該停車格進出的眾多人員縱有聚眾，亦無影響飛安等違規行為。」，經查亦符本會勘驗當天錄影光碟之現場情況，綜合上述等情，本會認為相對人對於（1）相對人針對非上班時段刷卡進入二崗管制區後，聚眾停留於 23 號機坪之會員所為懲處部分，有不當勞動行為之動機，構成工會法第 35 條第 1 項第 1 款不當勞動行為。」

因本號裁決經相對人提起救濟，北高行 102 年訴字 1430 號與其上訴審最高行政法院 104 年判字 670 號判決中法院直接否認其為工會活動，所以與此部分較無關聯，因此不再贅述。由此處裁決委員會之論述便可知，就算是勞工參與工會活動，雇主仍可依實際狀況為懲戒，並非只要雇主一有不利益待遇之行為即為不當勞動行為。也因此，在此號裁決中，裁決委員會之判斷重心在於前面所提及的動機競合上。簡單來說，若雇主之懲戒無不當勞動行為之動機，則不能僅以勞工參

與工會活動為由就認為雇主之不利益待遇行為係不當勞動行為。

(2) 爭議行為與工會活動之區別

工會活動之定義如前所述，然而工會活動此等概念易與爭議行為混淆。雖然如前所述裁決委員會認為其應與爭議行為一般享有民刑事免責之保障，但對此仍有將其區分之意義。因爭議行為相關規定在我國勞資爭議處理法第 53 條以下，由此可知爭議行為之發動有一定要件存在，而工會活動由前所述只要符合工會任務與運動方針則幾乎無限制，且兩者之間違法性之判斷也有差異。

①103 年勞裁字第 38 號

「值班雖屬相對人與其所僱用勞工間勞動契約之約定，但值班乃勞工於正常工作時間外提供之額外勞務（值班所提供之勞務，通常屬於勞動契約原本約定職務內容以外之職務），勞工於個案中是否值班？尚得行使同意權。據此，非謂申請人……等 10 人依照值班辦法一律皆須配合相對人指示而值班，否則即屬違反勞動契約；次再參照勞資爭議處理法第 5 條第 5 款規定：「爭議行為：指勞資爭議當事人為達成其主張，所為之罷工或其他阻礙事業正常運作及與之對抗之行為」，申請人……等 10 人既無於個案中配合相對人之值班義務，則該等拒絕配合值班行為即難解為係以停止提供勞動契約所定勞務義務之爭議行為。……由此亦可佐證申請人……等 10 人拒絕值班行為尚難認為係行使爭議權之行為，蓋爭議權主要目的在於強化或打破團體協商僵局而賦予勞工之集體權利。……因之，工會活動本不限於多數勞工方可發起、推動，何況申請人袁月嬌等 10 人雖屬少數，但均擔任工會幹部，具有強烈象徵意義；其次，雖然該項拒絕配合值班活動並未強制所有會員須配合拒絕值班，但觀該項拒絕配合值班行為，其訴求在於促使相對人改善值班工時與工資，符合工會法第 5 條所定工會之任務，而且，並未違反申請人工會於第九屆第一次會員大會決議撤銷值班同意書之宗旨、方針。因之，申請人……等 10 人所推動之拒絕配合值班活動，得解釋為係工會活動。況再參酌本會 101 年勞裁字第 9 號裁決決定書要旨：「勞工或工會依據契約或法令所行使拒絕加班之權利，如無違反誠信原則及權利濫用禁止原則，不因工會協同多數勞工集體約定一同行使而有所不同，該工會協同多數勞工行使拒絕加班之工會活動，仍屬合法。」，就值班與加班同屬勞工提供勞動契約正常工作時間以外之勞務，亦可佐證申請人……等 10 人拒絕配合值班之活動，性質上是工會活動。」

（此號裁決經相對人向台北高等行政法院提起救濟，在北高行 103 年度訴字第 389 號判決中採同一見解）

①北高行 101 年度訴字第 1303 號

「工會法第 35 條第 1 項第 1 款所稱「工會活動」範圍為何？相關法規並未加以定義。憲法同盟自由之基本權，不僅對於同盟之自由與存續加以保障，更賦予工會同盟之行動權，此一權利在勞方稱為「工會行動權」，泛指工會為提升與維護勞工勞動條件與經濟條件之目的而具有必要性之一切集體行動。廣義之工會行動權，包括爭議權及其他工會行動權（工會活動權）。參諸勞資爭議處理法第 5 條第 4 款將爭議行為定義為：「勞資爭議當事人為達成其主張，所為之罷工或其他阻礙事業正常運作及與之對抗之行為。」而工會法第 35 條第 1 項除於第 1 款針對勞工參加「工會活動」加以保護外，又於第 4 款對於勞工參與或支持爭議行為加以保護，是由立法體系以觀，係以狹義之工會行動權之客體即工會活動，來與爭議行為加以區別。是工會法第 35 條第 1 項第 1 款所稱之「工會活動」，應係指工會為維護與提升勞工之勞動條件及經濟性之目的，所為爭議行為以外之一切集體行動。」

②北高行 104 年度訴字第 389 號(上訴審最高行政法院 105 年度判字第 135 號持相同見解)

「工會法第 35 條第 1 項第 1 款所稱「工會活動」範圍為何？相關法規並未加以定義。憲法同盟自由之基本權，不僅對於同盟之自由與存續加以保障，更賦予工會同盟之行動權，此一權利在勞方稱為「工會行動權」，泛指工會為提升與維護勞工勞動條件與經濟條件之目的而具有必要性之一切集體行動，包括「爭議行為」及（為維護與提升勞工之勞動條件及經濟性之目的所為）「爭議行為以外」之一切集體行動。」

法院對於工會行動權之見解應與德國對於同盟行動保障之看法類似，所以工會活動應是爭議行為以外之以維護與提升勞工之勞動條件及經濟性為目的之行為。而在 103 年勞裁字第 38 號裁決決定書中，裁決委員會論述爭議行為與工會活動之區別。以決定書之內容可知爭議行為應係「強化或打破團體協商僵局而賦予勞工之集體權利」之「係以停止提供勞動契約所定勞務義務之爭議」行為；而工會活動就如前所述。有學者認為此種解釋方式擴張了工會活動概念之範圍而使爭議行為概念狹隘化，對於工會之發展並非有利¹²。然而，此應為如何定

¹² 張鑫隆，非典型之工會行動與不當勞動行為 —103 年勞裁第 38 號裁決決定評析，勞動視野協會(網站)，網址：

<https://labor-vision.org/2015/03/10/%E3%80%90%E5%B7%A5%E6%9C%83%E6%AC%8A%E5%88%A9%E4%BF%9D%E8%AD%B7%E4%B9%8B%E8%A3%81%E6%B1%BA%E6%A1%88%E4%BE%8B%E5%B0%>

義兩者之關係，而應無所謂兩者之間的範圍會互相排擠之問題。而之所以會有如此解釋或許為裁決委員會之定義過於模糊之問題。因此爭議行為之定義應是以與團體協約相關聯之目的而中止契約上主給付義務的行為及其附隨行為。

(3) 確立雇主對工會活動容忍義務

在討論工會活動之定義以及與爭議行為之區別後，由雇主不得對參與或支持工會活動之勞工為不利益待遇可知，實際上雇主對於工會活動應有容忍義務，所以參與或支持工會活動之勞工雇主亦須容忍。關於容忍義務裁決委員會已在裁決決定書中確立雇主此義務。

①102 年勞裁字第 4 號

「按企業內工會活動之自由是企業工會存續的關鍵，排除雇主對工會活動的干涉和妨害是勞工行使團結權最核心的保障。雇主對於勞資關係下之勞工組織的存在和運作應負有容忍的義務，亦即雇主在發動人事權、勞務指揮權或財產管理權時，在一定的範圍內有容忍與讓步的義務。換言之，工會活動在形式上即使與上述雇主之權限發生衝突，團結權因為正當之行使而受到法律的保護時，在一定的範圍內，雇主對此應負有容忍與讓步的義務。」

(4) 雇主對批評言論之容忍義務

然關於工會批評性言論，如此具有攻擊性之言論，而雇主可否以此對參與或支持之勞工為不利益待遇？

①104 年勞裁字第 6 號

「惟」按勞資關係中，勞工個人受制於雇主，惟有憑藉工會集結多數勞工意志，才能形成力量，向雇主爭取權益，故工會活動之自由，是企業工會存續之關鍵，雇主於勞資關係中處於優勢地位，若不能排除雇主對工會活動之干涉（通常是用人事權、薪資來干涉），則工會法保障勞工權益之立法意旨無從達成。工會活動與雇主經營行為，在理想中固冀望彼此本於誠信體諒，和諧互處，但現實上，往往雇主不願提高或難以提高勞工權益，工會勢須展現力量，才能使雇主讓步，但若工會要求過度，亦會使企業成本提高，獲利降低甚至倒閉，進而損害勞工會員本身，故工會活動與雇主經營，社會現實上是力量與利益之對決，形成一種恐怖平衡，而在雇主優勢情形下，此種平衡必須仰賴公權力之作為，才能達成；基於此種現實背景，勞資和諧是一個願

景，但不是最高規範，工會若不能強勢抗議，只被允許歌功頌德或致力維護企業形象，通常沒有辦法達到保護會員勞工權益之目的，雇主既是企業的執政者，工會只能大聲抗議或示威、罷工從事監督，但就企業政策、勞工權益之拿捏，仍長久地取決於雇主，工會理事長或幹部只是一時而已，不是永遠都能當選，故而主管機關要求雇主對於勞資關係下勞工組織的運作，負有容忍義務。企業工會針對雇主所為批評性言論、揭發不法，或因而產生之對抗活動，既與雇主所僱用之全體勞工有關，難謂非屬工會活動之範疇，雇主固可澄清、回應或不予理會，但不能要求禁止該言論、活動，亦不得以人事權對於工會理事長或幹部為不利益之處遇，否則將形成寒蟬效應，使無人願意擔任工會理事長、幹部，等於消滅了集結勞工之力量，使工會法「監督雇主對勞工之不當對待、維護勞工權益，改善勞工生活」之立法目的無法達成。」為臺北高等行政法院 101 年度訴字第 746 號判決所揭示。本會勞裁（100）字第 19 號、101 年勞裁字第 4 號、102 年勞裁字第 4 號等裁決決定書亦採相同見解。故對於工會針對雇主所為之批評，雇主本即負有一定程度的容忍義務。」

在批評性言論中，裁決委員會肯認雇主有「對於雇主所為批評性言論、揭發不法，或因而產生之對抗活動，既與雇主所僱用之全體勞工有關，難謂非屬工會活動之範疇」之容忍義務，因此也確認工會之言論為工會活動。因此，雇主不能對工會幹部、工會理事長、替工會發布言論之人或表態支持及轉發之人為不利益待遇。

3. 解僱

關於解僱與不當勞動行為相關者，目前實務上多為動機競合之問題，而動機競合已在本章第 1 節討論過，在此不再贅述。而關於解僱，日本學說上有解僱之不利益待遇與解僱權濫用法理之討論，對此分為三種學說¹³。然而。由於我國對於解僱保護係採法定解僱事由之方式，雖說日本學說討論於我國並非毫無意義，但多加著墨意義不大，在此就不多加以闡述。

4. 降調

所謂降調不應僅有勞工職位階下降之情形，在解釋上應解為因調職而受有不利益之狀況皆為降調。但判斷是否為不當勞動行為應仍在雇主調職之行為作判斷，明確的說應判斷 1. 調職與不當勞動行為之動機之連結以及 2. 調職造成勞工不利益。若經判斷雇主調職之行為並非不當勞動行為則伴隨調職而來之其他不利益情形應為正常狀況，

¹³ 詳細討論可參閱侯岳宏，同註 3，第 156~157 頁。張義德，同註 3，第 136~139 頁。

則不能僅由調職所造成之不利益待遇作為調職是否係不當勞動行為之判斷。例如因調職而造成勞工工資下降，此時應判斷調職是否為不當勞動行為，而非僅判斷減薪是否為不當勞動行為再推論調職係不當勞動行為。

①103 年勞裁字第 15 號

「通觀相對人對申請人所為調職，外觀上似乎符合調職五原則，但深入觀察時，即不難發現相對人對申請人所做之調職，並未賦予具體之職務內容，實際上架空申請人之職務；再者，相對人指示已經擁有多年經理履歷之申請人親自檢查員工車輛輪胎胎紋一節，亦寓有懲罰申請人之意味。而按雇主基於經營需要，於勞動契約所合意之範圍內，固得調動員工，但觀雙方勞動契約所合意之職務係擔任具有實際權責之經理級職務，因此，相對人若無正當理由而將申請人調職至部門隸屬、職務內容未明之職位，能否謂符合勞動契約？實有疑義；其次，雇主對於違反勞動契約或工作規則之勞工，固得以調職（降調）作為懲戒處分之手段，惟作成懲戒處分符合罪刑法定主義、目的與手段相當原則等法理，以此觀之，申請人於調職後形同無所事事，甚至需檢查員工汽車輪胎胎紋，如將相對人所為調職定性為懲戒性降調，則相對人工作規則是否訂有降調之懲戒處分手段？如有，申請人究竟是否有何具體違反勞動契約情事，以致於相對人得對之施以降調之懲戒處分？亦有詳加檢視之必要，相對人對於此等情事俱未交代，徒以符合調職五原則置辯，要難採信。」

②105 年勞裁字第 13 號

「雇主縱使維持原有職稱與工資等勞動條件，但若調動之新工作將造成勞工人格權的損害，亦非屬合法之調職。而人格上的精神性利益並不能僅以金錢計算，亦即造成人格權受損之不利益待遇，應該解釋為不僅只有降調、減薪等經濟層面上給予不利益對待，也包含在精神層面上給予不利益之對待。因此，雇主對於勞工所為之調動行為，縱使在薪資等經濟層面上並未帶來不利益的結果，如在精神層面上給予不利益，亦應認為該當於不利益待遇，易言之，若雇主藉調動權之行使，將勞工調動至與原職務相比顯然評價較低之工作位置，縱使續付工資且工資給付水準未有變動，仍屬侵害勞工之一般人格權之行為，且職業本身固無貴賤之分，惟就申請人之立場而言，雖於調動後之職級及薪資等勞動條件均維持不變，然調動後職務由高度專業性之電鍍技術員轉任至鎖螺絲組裝工作，累積 35 年之專業技術幾無所用，按任何人立於此立場均會有精神上或人格權受損之感受，此屬工會法第 35 條第 1 項第 1 款所欲防止產生之不利益待遇。再者，雇主對於勞工

所為之調任行為，如使勞工參加工會產生困難，或是使勞工於工會理監事選舉中居於不利之狀況，甚至喪失工會會員資格，則造成勞工參加工會活動上的不利益，亦應認為該當於不利益待遇，今相對人於工會每三年固定舉行之會員代表選舉前調動申請人，雖申請人經相對人於調動職務後仍當選為會員代表，但勞工只要因雇主之調動而有參與包含工會選舉之工會活動的困難，即有不利益產生，應認為屬於工會法第 35 條第 1 項第 1 款所欲防止產生之不利益待遇。」

①北高行 103 年度訴字第 1554 號

「從而，判斷雇主之調職命令是否合法，除調動五原則外，亦應符合誠信原則，尤應注意雇主之調職有無其他不當之動機或目的、及勞工因調職所可能蒙受之生活上不利益程度，是否就社會一般通念檢視，該調職命令將使勞工承受難忍及不合理之不利益，而為綜合之考量；且就是否無不利益變更一節，應綜合觀察調職前後之所有勞動條件。……惟原告係以公司有重大改造計畫為由進行調職，而參加人於調職後形同無所事事，甚至需檢查員工汽車輪胎胎紋，已如前述，足徵原告欲藉由調職將參加人「冷凍」。查勞工受僱之目的，不僅在提供勞務換取工資，尚且藉由履行勞動義務，培養工作技術、經驗及潛能，並與其他職場勞工結合，完成社會生活，因之，若雇主刻意將勞工閒置，未配置具體工作內容，縱使維持原有職稱與工資等勞動條件，亦將造成勞工工作技能鈍化等傷害，其調職實為形同降調之不利待遇，原告徒以符合調職五原則置辯，要難採信。原裁決決定認定原告於 102 年 12 月 25 日將參加人調職，構成工會法第 35 條第 1 項第 1 款之不當勞動行為，於法並無不合。」

以上裁決決定書與法院判決說明了降調並不僅限於職位階下降，應綜合判斷各種情形以確定是否有不利益。然而如前所述，裁決委員會不能就私權事項為審查，所以調職是否合法並非判斷是否為不當勞動行為之關鍵，而是在於動機競合之問題。由於調職通常會伴隨勞動條件之變動或有可能造成勞工之精神不利益、參與工會活動之不利益或私生活上不利益，因此在調職之狀況，不利益之認定是較為抽象與困難的，也只能由個案情形為具體判斷。在日本實務上多見將在該職場之勞工的一般認識作為判斷是否有不利益的判斷標準之一¹⁴，但有學說批評為何係職場勞工而非工會會員，且一般認識亦是模糊的判斷標準¹⁵。是以調職後之地位、職種、工資與其他金錢給付、通勤與家

¹⁴ 道幸哲也，労働委員会の役割と不当労働行為法理-組合活動を支える仕組みと法，日本評論社，2014 年 8 月，第 206~207 頁。西谷敏，同註 2，第 187 頁。

¹⁵ 張義德，同註 3，第 126~127 頁。

庭狀況應也為判斷之基準¹⁶。日本對於調職不利益之判斷值得作為我國借鏡之用。

5. 減薪

此處所指的減薪，應包含勞工所有之工資，亦即作為勞務對價之工資給付、獎金或各種津貼(或稱作雇主之恩惠性給與)等勞工可領取之金錢均包含在內。而雇主減薪之方式應不侷限於雇主直接調降工資、不給與津貼或對於津貼或獎金給付及加薪之差別待遇，即使是藉由減少工作之方式(如在按件計酬之狀況或加班)間接降低勞工之工資亦屬之¹⁷。

①102 年勞裁字第 38 號

「本會考量申請人林甲○○等 4 人自對相對人提起民事訴訟後，薪資確有大幅下降之情形，認相對人確因申請人林甲○○等 4 人提起加班費訴訟而藉送貨調度對渠等予以減薪之不利益。」

此為雇主藉由間接之手段降低勞工工資之案例。

②103 年勞裁字第 38 號

「查申請人……等 10 人均為工會幹部一節，衡諸常理，相對人理當知悉，然相對人明知……等 10 人尚在持續推動拒絕配合值班之工會活動，竟僅以同意值班與否作為發給獎勵金 10,000 元之標準，致……等 10 人未能領取獎勵金，顯係針對……等 10 人之不利益待遇，構成工會法第 35 條第 1 項第 1 款不利益待遇確認相對人 103 年 7 月 21 日通知僅以「同意值班」之唯一標準作為 103 年 7 月 22 日核發 102 年度獎勵金 10,000 元之依據，致參與拒絕值班活動而不同意值班之勞工……等 10 人未能領取該獎勵金之行為，構成工會法第 35 條第 1 項第 1 款及第 5 款之不當勞動行為」

此乃雇主針對工會活動之手段(拒絕加班)，而並以此為獎勵金之基礎(值班與否)，而對參與工會活動之勞工為減薪之不利益待遇。

6. 其他不利益待遇

至於不當勞動行為有哪些態樣？工會法第 35 條所明列的有黃犬契約、拒絕僱用、解僱、降調、減薪與其他不利益待遇。此種不明確的法條用語是不可避免的，除了以上所明列之手段之外，雇主仍有許多

¹⁶ 菅野和夫，勞働法，第 11 版，弘文堂，2016 年 2 月，第 970 頁。

¹⁷ 張義德，同註 3，第 108~109 頁。

方法可對身為工會會員之勞工為不利益待遇之行為。所以若法律係採明文列舉的話，勢必雇主會使用法條明定之外的手段以侵害工會或其所屬勞工之同盟自由。然而不當勞動行為制度運作迄今也已五年有餘，裁決委員會與法院對於在其他不利益待遇之救濟上的歧異為目前實務上的重要問題之下，詳見下述。

(1)其他不利益待遇範圍

首先關於何謂其他不利益待遇，可參閱工會法施行細則第 30 條。該條款明確地將其他不利益待遇之要見明顯的說是「意圖阻礙勞工參與工會活動、減損工會實力或影響工會發展」之「直接或間接」的「不利」對待皆屬之。如前所述，此種用語是為了防止雇主能夠以列舉之外的手段以達其不當勞動行為之目的。是以，其他不利益待遇之範圍判斷的關鍵可以說在於雇主之不當勞動行為之動機，只要雇主有此意圖之所有不利之行為都可能屬於所謂的其他不利益待遇。如此方能因應雇主層出不窮的手段。而如此以「概念解釋」而非「明列」之方式作法應符合不當勞動行為制度之目的而為合適的作法，參照下述 103 年勞裁字第 31 號亦是不言自明之理。

①103 年勞裁字第 31 號

「參酌工會法施行細則第 30 條就工會法第 35 條第 1 款之釋明：所稱其他不利待遇，包括意圖阻礙勞工參與活動、減損工會實力或影響工會發展，而對勞工為「直接或間接」不利益之對待，可知非僅限於直接扣薪或記過之懲戒處分，其他間接使勞工受不利益或預期有受利益之可能遭剝奪或免除概念上亦包含之。析言之，立法規範目的本即係為防免雇主利用其形式上合法之資源或手段，實質上具不當勞動行為之動機，致工會法第 35 條第 1 項規定之勞工，遭受「直接或間接」不利益之對待者，自不得謂雇主因具權利行使之合法性或屬於雇主之裁量權限，即當然得卸免基於不當勞動行為動機而濫用權利之責任，法理至明。」

(2)其他不利益待遇之救濟問題

①101 年勞裁字第 72 號

「相對人抗辯依據工會法第 35 條第 2 項，僅限於解僱、降調、減薪方可以確認無效，但針對記過處分本身，無工會法第 35 條第 2 項之適用云云（本會詢問會議紀錄第 7 頁），本會認為相對人抗辯不足採信，蓋以工會法第 35 條第 2 項規定解僱、降調及減薪為無效，其立法本意係為搭配勞資爭議處理法所設計之救濟制度，

易言之，因工會法第 35 條第 2 項所生爭議，其救濟途徑規定於勞資爭議處理法第 39 條第 2 項以下，而因工會法第 35 條第 1 項所生爭議，則循勞資爭議處理法第 51 條第 1 項救濟，後者經本會認定成立不當勞動行為時，本會得令當事人為一定行為或不行為，此兩種救濟途徑固然相異，但尚不得援此而謂限於解僱、降調及減薪等三種不當勞動行為依法始得無效，因為工會法第 35 條第 1 項立法目的係貫徹憲法保障勞動三權之精神，杜絕雇主藉不當勞動行為侵害勞工及工會權益，因之，解釋上，將工會法第 35 條第 1 項解為係民法第 71 條所指強行規定，違反工會法第 35 條第 1 項之不當勞動行為均告無效，本屬正辦。關於此節，比較法上，日本不當勞動行為規定於工會法第 7 條（體例及內容相當於我國工會法第 35 條第 1 項），同條並未規定違反時之法律效果，但日本實務及學說多數見解認為日本工會法第 7 條係強行規定，雇主違反工會法第 7 條之不當勞動行為（解僱等各類不當勞動行為皆然），其私法上之法律效果為無效（亦即解僱無效、懲戒處分無效），申請人亦得據以請求侵權行為之損害賠償（例如因雇主不利益待遇或支配介入所造成之損害）（菅野和夫前揭書第 790 頁參照），質言之，日本多數學說及裁判例認為，日本工會法第 7 條各款不當勞動行為規定，既屬於向日本勞動委員會申請行政救濟之規定，也是向法院請求私法救濟之規定（荒木尚志前揭書第 671 頁；醫療法人新光會事件、日本最高法院第三小法庭 1968 年 4 月 9 日判決、民集 22 卷 4 號 845 頁等意旨參照），我國工會法第 35 條第 1 項之立法既是參考日本工會法第 7 條各款不當勞動行為規定而來，自應作相同解釋，方屬能落實建構不當勞動行為制度之立法目的。」

①北高行 102 年度訴字第 1717 號

「針對雇主違反工會法第 35 條第 1 項所為「解僱、減薪或降調行為」以外之不當勞動行為，勞工如有不服，立法者則認非屬涉及私權之爭議，勞工固得依勞資爭議處理法第 51 條第 1 項準用同法第 39 條等規定，向被告裁決委員會申請裁決，惟被告裁決委員會就此項爭議所為之裁決決定（包括令當事人為一定之行為或不行為），立法者亦認性質上係屬行政處分。裁決委員會如為不受理之決定，勞工固應依訴願法及行政訴訟法之規定，提起行政爭訟以為救濟，惟裁決委員會如為實體決定，勞資爭議處理法第 51 條第 4 項則明定不服裁決決定之當事人，無庸經由訴願程序，即得逕行提起撤銷該裁決決定之行政訴訟，以資救濟。……勞資爭議處理法就工會法第 35 條規範之不當勞動行為態樣規定有不同

之救濟體系，其屬工會法第 35 條第 2 項所規定之雇主或代表雇主行使管理權之人違反第 1 項禁止規定所為之解僱、降調或減薪等 3 種行為態樣，法條規定其法律效果為無效，其餘非屬解僱、降調、減薪之行為態樣者，則不在無效之列。又經裁決決定後，對於裁決結果不服者，如屬解僱、降調、減薪之行為態樣者，則應循民事法院途徑尋求救濟，如屬該 3 種行為態樣以外之其他不利待遇措施，則應循行政爭訟途徑尋求救濟。」

②北高行 102 年度訴字第 1430 號

「是縱認原告係出於不利待遇之動機將參加人戊○○等 34 人予以懲戒，違反工會法第 35 條第 1 項第 1 款之規定，而構成對參加人之不利待遇，然該懲戒之不利待遇並不得依同條第 2 項規定，認定為無效，蓋如認定為無效，此等爭議乃屬私權之民事爭議，依法應由民事法院審議處理，顯與上述勞資爭議處理法就工會法第 35 條規範之不當勞動行為，區分其行為態樣而規定不同救濟體系之立法本旨有違。是原裁決決定既認原告係出於不利之待遇動機而對參加人戊○○等 34 人為懲戒處分，而該當工會法第 35 條第 1 項第 1 款之不當勞動行為，卻又論述工會法第 35 條第 1 項係民法第 71 條所指強行規定，原告之懲戒處分既違反工會法第 35 條第 1 項，即屬無效等語，顯已涉及對該私權爭議之判斷，於法不合。」

對照裁決委員會與法院的看法便可知爭點是在於工會法第 35 條第 2 項：「雇主或代表雇主行使管理權之人，為前項規定所為之解僱、降調或減薪者，無效。」法條的文字僅有「解僱、降調或減薪者」為無效，然而這是否表示在其他不利益待遇之情形下，裁決委員會的救濟命令即不得使其無效？還是在法條解釋上應將其他不利益待遇也應有工會法第 35 條第 2 項之適用，而另尋其他途徑為解釋？

對此，裁決委員會係藉由立法面向的解釋說明工會法第 35 條第 2 項之立法應與勞資爭議處理法第 39 條第 2 項以下之救濟途徑合併解讀，而得出雖救濟途徑不同但應並未限於解僱、降調或減薪才能依工會法第 35 條第 2 項無效之結論。並由不當勞動行為制度的立法目的與憲法保障勞動三權連結而得出其他不利益待遇可由工會法第 35 條第 1 項解釋為民法第 71 條之強行規定的途徑而認定無效，再者由比較法的角度從日本的制度上認為我國也應與日本做相同解釋。

然而，我國法院則聚焦於法條文字之解讀與救濟途徑之歧異，

而認應僅限於解僱、降調或減薪才能依工會法第 35 條第 2 項而無效。所以法院明確的認為工會法第 35 條第 2 項之「解僱、降調或減薪」是列舉，而裁決委員會對此並不表示意見，而是以民法第 71 條強行規定為媒介而可認為其他不利益待遇應可為無效之救濟命令。因如前所述雇主之手段層出不窮，要使雙方勞資關係恢復正常而使雇主之行為無效應為方法之一。再者，在規定不當勞動行為救濟途徑的勞資爭議處理法中亦無對於裁決委員會之命令有任何限制，由救濟途徑歧異作為僅有工會法第 35 條第 2 項所明示之事由才能無效之立論實過於薄弱。

然而工會法第 35 條第 2 項之文字的確明示「解僱、降調或減薪」，對此應如何說明？此時或可解釋為明示之態樣僅為例示規定，所以不當勞動行為態樣應能以令其無效之方式救濟之。不過，從立法技術之觀點來看，對於法條文字如要解釋為例示或許會有困難，且從立法理由上亦不能找出著力點。因此，此途徑雖較為直接了當，但法院可能無法接受如此之看法，因此裁決委員會才與民法第 71 條連結。

雖北高行 102 年度訴字第 1430 號提出裁決委員會此種判斷涉及私權而逾越其權限之論述，然而裁決委員會之論述應僅對已構成工會法第 35 條第 1 項之雇主不當勞動行為是否能以民法第 71 條而無效，論述之主體並非雇主之行為在私權上的判斷。因此法院此種僅因涉及民法之論述便斷言裁決委員會已逾越權限似有不妥，裁決委員會的途徑應較為可採。

最後，以不當勞動行為制度之目的係保護憲法所保障的勞動三權的角度來看，其他不利益待遇之行為除非令其無效有違背憲法之虞，否則在法無明文禁止的狀況下，裁決委員會應有為勞資雙方正常之勞資關係而判斷以何種方式較適合達成目的之權限。所以其他不利益待遇之不當勞動行為，裁決委員會應可以使其無效。為了平息此種爭論，以修法之方式將工會法第 35 條第 2 項增列其他不利益待遇或將法條明確改為列舉之立法方式，此種將實際判斷交由裁決委員會之方式才是根本解決之道。

7. 績效考核

考核為目前實務上不利益待遇爭論相當大的問題，裁決委員會與法院之間對於救濟方式(救濟命令)有相當的歧異，所以此處討論以之為重心。但為求論述上之完整仍會介紹日本對於考核之探討，且日本之討論亦能成為我國未來實務判斷的參考。

①100 年勞裁字第 2 號

「查績效考核，係指雇主對於員工在過去某段時間之工作表現或完成

某一工作後，所做貢獻度之考核，並對其具有之潛在發展能力作一評估，以瞭解其將來執行業務之配合性、完成度及前瞻性，屬人力資源管理體系中開發管理之一環，員工既屬企業組織之範疇，雇主即具有依工作規則所定考核之裁量權，故民事法院（或裁決委員會）通常不欲介入審查（台灣高等法院 96 年度上更(一)字第 14 號判決參照），惟工會法第 35 條第 2 項規定，雇主或代表雇主行使管理權之人以勞工參加工會活動或擔任會職務而為降調、減薪或為其他不利之待遇者，無效，可見本法授予裁決委員會審查雇主人事權之權限，就此而言，應屬裁決救濟制度之特色，從而，雇主對勞工所為降調減薪處分，如係出自於不當勞動行為（不利之待遇）之動機，即應認定為無效。」

②100 年勞裁字第 19 號

「涉及該工會對於公共事務之批評，相對人自應有較大之容忍。而申請人蔡○○為土銀工會理事長，代表土銀工會，其係基於謀求會員權益，於工會報導、工作報告或基於理事長身分，對於相對人經理人之行為加以合理之批評，不應由相對人對之加以審查作為考核之依據，否則對勞工於行使團結權之保障即有所不足。」

③102 年勞裁字第 5 號

「關於如何判斷雇主考績之評定係基於不當勞動行為之動機所為？查構成工會法第 35 條第 1 項各款之不當勞動行為之主觀要件不以故意为限，只要行為人具有不當勞動行為之認識為已足。而是否成立不當勞動行為，其判斷基準應就該受績效考核之勞工在工會中的地位、參與活動內容、雇主平時對工會的態度等集體勞動關係的狀況、所為不利之待遇的程度、時期及理由之重大性等因素加以綜合判斷，特別應以雇主之績效考核處分與過去同種事例之處理方式，是否不同，作為重要之判斷基準。」

④102 年勞裁字第 57 號

「有關工會或工會會員主張因具有工會會員身分而遭到雇主不公訂人事考核之問題，鑒於不當勞動行為之相關證據多為雇主所掌握，勞方舉證不易之情形為坊間常見，參照行政訴訟法第 176 條準用民事訴訟法第 282 條：「法院得依已明瞭之事實，推定應證事實之真偽」，本會認為：如果雇主有長期敵視，嫌惡工會或工會活動之事證（例如：對於工會會員持續地採取差別待遇或其他弱化工會政策），而依照一般通念，雇主對工會會員所為之人事考評與該等敵視工會之事證緊密關聯時，如果勞方舉出遭受較低評價之事實外，於自身所能掌握之範

圍內，舉出事實證明該勞工之工作能力、工作成績並不劣於非工會會員時，若雇主未能舉出反證時，得推定雇主對該工會會員所為低評價之人事考評，係基於不當勞動行為動機。」

①北高行 101 年度訴字第 746 號

「可知工會理事長、幹部可得於工作時間從事工會活動，合法取代其正常上班內容，如此雖然會損害雇主之權益，但乃工會法為了會員勞工權益而不得不課以雇主之容忍義務，工會幹部既未能全力上班獲取績效，其績效常常無法與通常員工相比，但勞工會員福祉總要有人花費時間精神去奔走，當然應該給予保護傘，使爭取勞工福祉之努力有所回報，並保障其在任職期間免受雇主人事權之威脅。從而基於前揭雇主優勢所生之容忍義務，雇主人事權（包含考績）解釋上應該受到限縮，雇主不能以工會幹部從事工會活動（而未正常上班）為由，而給予考績非甲等之處遇，甚至在工作績效之比較上，也應該給予工會幹部更寬大的空間，雇主必須舉證工會理事長、幹部確有工作不力（例未正常上班且未從事工會活動）、品格瑕疵，方能給予考績非甲等之處遇，此舉縱將使工會理事長、幹部取得優於一般員工之考績地位，但考績所憑之「事實認定」取決於雇主，工會理事長、幹部人數不多，也不是永遠都會當選，原告真正之損失不在於「工會理事長、幹部少數年度考績之決定權」，而是在於「工會理事長、幹部領導工會成員向雇主爭取權益之過程與結果」，但此「過程與結果」正是工會法所欲保障之內容，故權衡「原告人事權損失有限，而限制原告人事權之行使才能保障工會法之真正落實」，原告自不得僅以工作績效來評斷工會理事長或幹部之年度考績，原告主張「僅得以實際辦理工作項目來考核工會理事長考績，否則要如何核考績」云云，尚有誤會。」

②北高行 104 年度訴字第 148 號

「按原告公司績效考評辦法，考評 A 或 B 之比例可達 90%，…等 11 位工會幹部，被考評 A 或 B 之比例卻極低，被考評為 C 等之比例極高，且第二季許良全等 11 人之考評均為 C 等，足證原告確係對許良全等 11 人工會幹部有針對性，具有不當勞動行為之認識。……參以原告表示該公司績效考評非採量化數值，係以「工作實績」為主，配合「效率」「負責」為副。原告無法證明工會幹部許良全等 11 人究以何標準，與其餘數百名員工就「工作實績」、「效率」及「負責」相評比，而為多數 C 等之考評，是原告所提工會幹部考評說明表，無法推翻針對性之認定」

日本將雇主在人事考核中給予工會會員之勞工低度評價而反映制加薪或獎金之金額，較晚或無法升遷之情形稱為「查定差別」。因不

當勞動行為之成立需由申請人證明，因此申請人在主張考核之差別待遇時，需具備以下要件 1. 該勞工為工會之會員或進行工會之正當行為；2. 該勞工與其他可比較之勞工相較而言有較差的考核，並因此受工資上不利益；3. 需證明 2. 與 1. 之間有因果關係。然而，因相關資料皆在相對人處，因此要求勞工證明這些要件有所困難，所以勞動委員會試以大量觀察法¹⁸緩和申請人之證明負擔。然而此方法會因企業規模小或是工會內部派系問題，造成可比較之勞工數量少而造成傳統的大量觀察法在適用上有所困難。況且功績主義講求個人成果與能力，這也使得不論是工會會員與非會員間，連會員與會員間之亦有考核差距之存在，而造成各團體間的均一性亦有欠缺之狀況。因此法院判決對於大量觀察法之判斷有所疑惑¹⁹。因此中央勞動委員會提出「修正大量觀察方式」。亦即，為因應勞動條件的個別化，而認為迄今為止所採用的大量觀察法有修正之必要，以免使勞工證明過於困難，而使雇主能因此規避不當勞動行為之責任。因此勞工就「自己所能掌握之範圍內對於與工會外勞工之能力、勤務成績並不會較差之具體事實」為舉證即為已足²⁰。

而我國裁決委員會在判斷考核是否為不當勞動行為時，仍係以是否有不當勞動行為動機為判斷標準，亦即雇主之低度考核是否有針對當事人之不當勞動行為動機，而在 102 年勞裁字第 57 號中裁決委員會亦採取日本對於勞工舉證之修正的論述。而法院大致看對於判斷考核是否為不當勞動行為之判斷與裁決委員會相同。

不過，如同在本節一開始即提及，此處裁決委員會與法院爭論之重點為裁決委員會所採取之救濟命令內容上。

①100 年勞裁字第 19 號

「績效考核，係指雇主對於員工在過去某段時間之工作表現或完成某一工作後，所做貢獻度之考核，並對其具有之潛在發展能力作一評估，以瞭解其將來執行業務之配合性、完成度及前瞻性，屬人力資源管理體系中開發管理之一環，員工既屬企業組織之範疇，雇主即具有依工作規則所定考核之裁量權，故民事法院（或裁決委員會）通常不欲介入審查（臺灣高等法院 96 年度上更（一）字第 14 號判決參照），惟工會法第 35 條第 1 項第 1 款之對於勞工組織工會、加入工會、

¹⁸詳細討論可參照：林良榮，邱羽凡，張鑫隆，工會保護與不當勞動行為裁決制度，勞動視野工作室，2012 年 10 月，第 41~42 頁。張義德，同註 3，第 110~115 頁；張智程，日本不當勞動行為救濟制度研究-以勞動委員會救濟命令為中心，國立政治大學法律學系碩士論文，2011 年 9 月，第 109~113 頁。

¹⁹ 日本法院判決實務整理可參照：道幸哲也，同註 14，第 197~204 頁。

²⁰ 日本查定差別之詳細發展可參閱：西谷敏，同註 2，第 178~184 頁。張義德，同註 3，第 109~118 頁。張義德，不當勞動行為責任之歸屬與績效考核不利益待遇之成立-評行政院勞工委員會 102 年勞裁字第 6 號不當勞動行為裁決決定，東吳法律學報，第 27 卷第 1 期，第 198~201 頁。

參加工會活動或擔任工會職務，而拒絕僱用、解僱、降調、減薪或為其他不利待遇，為不當勞動行為，可見本法授予裁決委員會審查雇主人事權之權限，就此而言，應屬裁決救濟制度之特色，從而，雇主對勞工所為考核之不利益，如係出自於不當勞動行為（不利之待遇）之動機，本會自得加以審查。……相對人將申請人蔡○○99 年考績評為乙等，該當工會法第 35 條第 1 項第 1 款，依照同條第 2 項自屬無效，相對人應為申請人蔡○○99 年度考績甲等之意思表示，而依據勞資爭議處理法第 51 條第 2 項，本裁決委員會得命相對人為一定之行為，據此，爰命相對人於裁決決定書送達之日算 30 日內作成（即更正）申請人蔡○○99 年度考績為甲等之意思表示。」

②102 年勞裁字第 5 號

「可見，勞資爭議處理法授予本會不當勞動行為裁決委員會有參照工會法第 35 條第 1 項、第 2 項審查雇主人事權之權限，就此而言，應屬裁決救濟制度之特色。基此，本會對於雇主所為考績之評定自得加以審查，如該考績之評定係基於不當勞動行為之動機所為時，自得認定構成不當勞動行為。而雇主依據其所設定之考績評定標準為考績之評定，如無違反工會法及相關法律之規定，且非該當於逸脫考績評定之標準所為之考績評定、基於誤認前提事實所為之考績評定、基於不當之動機或目的所為之考績評定等逸脫合理的裁量範圍之情形時，則宜尊重雇主之裁量權限。……查我國建構不當勞動行為制度時，主要借鏡日本勞動組合法（工會法）不當勞動行為制度。因之，勞資爭議處理法對於裁決救濟命令之方式，並未設有明文。裁決委員會如認定雇主之行為構成不當勞動行為時，究應發布何種救濟命令，本法並未設有限制，而僅於勞資爭議處理法第 51 條第 2 項賦予裁決委員會得廣泛針對個案案情作成命相對人為一定行為或不行為之救濟命令，據此可見，若經本會認定成立不當勞動行為時，本會享有廣泛之裁量權，解釋上，當然亦得發布個別導正救濟命令，以符合本案之救濟需求。……本會認定相對人對申請人蔡○○100 年度考績所為乙等之意思表示，因構成工會法第 35 條第 1 項第 1 款之不當勞動行為，依民法第 71 條規定，其乙等考績之意思表示無效；(5)再經考量雙方間和諧勞資關係之回復等情，爰依照勞資爭議處理法第 51 條第 2 項命相對人應給予申請人蔡○○100 年度考績為甲等。」

③103 年勞裁字第 11 號

「本件相對人將申請人莊○○102 年考績評定為丙等之行為，本會審酌雙方之主張及所舉相關證物，認定已逸脫雇主合理之裁量範圍，應

認相對人具有不動勞動行為之動機及行為，爰確認該考績之評定構成工會法第 35 條第 1 項第 1 款、第 5 款之不當勞動行為，並命相對人應自收受本裁決決定書之日起 30 日內，撤銷申請人莊○○102 年度考績為丙等之考評，另為適當之考評，以回復申請人與相對人間應有之公平集體勞資關係。」

④103 年勞裁字第 31 號

「本會審酌依相對人於 100 年 10 月 5 日所公告之「薪資等級表」及「職稱職等表」對應參照可知，相對人係每年 7 月 1 日進行員工調薪，而依上開新制，申請人擔任工安衛生部經理，等級為 G8S8，對應職稱等級表，每次調薪以 1,300 元為級距，爰命相對人應於本裁決決定書送達 7 日內，給予申請人彭材一個級距以上之薪資調整，並溯及於 103 年度 7 月起生效。」。

⑤104 年勞裁字第 10 號

「如上所述，本會認為考評為 A、B、C 等第必然影響員工之季績效獎金，審酌……等 11 人遭到相對人考評為 C 等確實受有損害，又此不利益待遇恐導致工會會員減少參與工會，而結果對於工會之組織與活動將產生重大之影響，故本會爰予撤銷相對人對申請人……等 11 人所為之 103 年度第二季獎金考核評等，並命相對人應重為適當考評後，補發季績效獎金。」

①最高行政法院 102 年度判字第 413 號(北高行 101 年度訴字第 746 號之上訴審)

「工會法第 35 條第 2 項僅規定雇主或代表雇主行使管理權之人違反同法條第 1 項禁止規定，對勞工所為之「解僱」、「降調」或「減薪」無效（按勞資爭議處理法第 39 條之立法理由第 2 點，雇主等違反禁止規定所為之解僱、降調或減薪行為所生私法效力，於工會法第 35 條第 2 項明定為無效），並未規定對勞工所為之「其他不利之待遇」亦無效，則縱認上訴人係出於不利待遇之動機，違反工會法第 35 條第 1 項第 1 款禁止規定，對參加人為「99 年度考績列乙等」之不利待遇，何以該考績之不利待遇得依同法條第 2 項規定認為無效？原判決未予說明，容有判決不備理由之違法。復按前揭人員考核辦法及土銀職員年度考核注意事項相關規定，得對土銀職員進行人事考核者，是否僅限於上訴人？勞資爭議處理法第 51 條第 2 項固規定裁決委員會所為之處分（裁決決定）並得令當事人為一定之行為或不行為，惟因本案事涉人事考核權限，裁決委員會有無權限作成「相對人（即上訴人）應自收受本裁決決定書之日起 30 日內作成申請人蔡桂華（即參

加人) 99 年度考績為甲等之意思表示」？還是僅得作成「相對人(即上訴人)對申請人蔡桂華(即參加人) 99 年度考績列乙等之意思表示撤銷」，並著由上訴人對參加人 99 年度考績另為適法之意思表示？均有調查釐清之必要。」

②北高行 102 年度訴更一字第 94 號

「不當勞動行為態樣眾多，排除其侵害之方式不一而足，難以窮盡列舉，乃於勞資爭議處理法第 51 條第 2 項規定裁決處分得限期令當事人為一定行為或不行為，但法條所定令當事人為一定行為或不行為，仍有其固有之界線，如本事件情形，因本事件事涉人事考核權限，此權限乃人事單位之核心權限，法院雖得介入審查考評是否有違法情事，惟於審查確認考評決定有違法情形，不應加以維持之際，仍不得逕自作成當事人應為予受考評人甲等考績之意思表示，否則即已侵害當事人所屬人事單位之核心權限，不符勞資爭議處理法第 51 條第 2 項之立法本旨，系爭裁決決定對於勞資爭議處理法第 51 條第 2 項所為之解釋適用，顯違背法律之解釋法則，有所違誤。」

③北高行 102 年度訴字第 1717 號

「按被告若認原告將參加人 100 年度之考績考評為乙等，構成工會法第 35 條第 1 項第 1 款其他不利待遇之不當勞動行為，依勞資爭議處理法第 51 條第 2 項之立法說明，要求原告不得將參加人參加工會活動擔任工會職務等事由，置入考評考績之考量範圍，即於裁決決定中將應加以排除不得列入考績考評之事項加以明列，即為排除該侵害最直接有效且足以排除侵害之方法。原裁決決定竟以第三人身分，就原告人事考核權限核心事項，逕自認定事實並加以裁量，而於裁決決定主文第 2 項作成命「相對人應自本裁決決定書送達翌日起 30 日內作成申請人蔡桂華 100 年度考績為甲等之意思表示」，創設原告與參加人間之私法關係(即參加人 100 年度考績為甲等之意思表示)，依上開說明，亦有裁量逾越之虞，自有違誤。」

④北高行 104 年度訴字第 1484 號

「本件裁決決定書確認原告考評……等 11 人之 103 年度第二季績效獎金行為，構成工會法第 35 條第 1 項第 1 款及第 5 款之不當勞動行為，本院爰予尊重，已如前述。系爭裁決決定書「認為考評為 A、B、C 等第必然影響員工之季績效獎金，審酌……等 11 人遭到相對人考評為 C 等確實受有損害，又此不利益待遇恐導致工會會員減少參與工會，而結果對於工會之組織與活動將產生重大之影響」，故撤銷原告對……等 11 人所為之 103 年度第二季績效獎金考核評等，並命原告

應重為適當考評後，補發季績效獎金。核已因應不同個案之具體情事及必要性所為，未逾越授權規定、違反憲法或表彰憲法精神之一般法律原則（如比例原則、平等原則、行政自我拘束原則、信賴保護原則或不當聯結禁止原則等），無裁量違法情事，本院亦予以尊重。」

觀察法院的判決與裁決委員會的裁決決定書後，可以發現雙方爭論之重點在救濟命令之內容，而在日本的勞動委員會對於查定差別之救濟命令可分為直接導正命令與間接導正命令。所謂的直接導正命令（或稱為個別導正命令），係指勞動委員會要求雇主需對於個別工會會員之勞工之加薪或獎金等金額一律提升到全體勞工之平均金額，或是應為補上考核成績而導正獎金的核定並命雇主補上差額。而間接導正命令包含命雇主與勞工協商獎金金額之「協議命令」，或命雇主重新考核之「再查定命令」²¹。

而起初在100年勞裁字第2號裁決決定書中裁決委員會命雇主應給予勞工甲等考績應為直接導正命令，但法院認為人事考核權限乃人事單位之核心權限，因此就算不論考核之不利益待遇可否令其無效，採取雇主應為何種考績之直接導正命令應已侵犯雇主人事的核心部分。而或許受法院影響在103年勞裁字第11號中裁決委員會採取間接導正命令中的「再查定命令」，但是在103年勞裁字第31號中令雇主重新考核但需有一個級距以上之修正，有學者將之稱為「折衷式救濟命令」²²。不過，在最近對於考核之不當勞動行為之救濟命令則又採取間接導正命令。至於法院部分對於103年勞裁字第11號雖相對人已向法院提出救濟，但在北高行104年度訴字第348號判決中法院認為考核並未構成不當勞動行為，因此對於所謂的折衷式救濟命令法院之看法為何仍不可知。但在104年勞裁字第10號的判斷中，北高行104年度訴字第1484號判決中法院肯認了間接導正命令。因此，或可說目前法院承認裁決委員會可以間接導正命令為救濟而否認裁決委員會有作出直接導正命令之權限。

8. 昇格、昇任與不利益待遇

所謂昇格和昇任為日本用字，昇格為職等的提升，而昇任為職位的提升。對此雖台灣目前尚未有實際案例，但台灣日後遭遇相同問題之可能性不小，於是相關討論有其意義，此處兩者與不利益待遇之關聯應分別討論。

昇格通常伴隨著薪資的提升，因此與查定差別應為相同處理。而昇任之情形就較為複雜，通常較高職位的工作人數是有限定的，所以雇

²¹ 張義德，同註20，第202~204頁。

²² 張義德，同註20，第179頁。

主昇任勞工可能會考量勞工之領導能力等難以客觀評價之能力，所以在工會會員之勞工沒有昇任或較晚昇任之狀況，要證明雇主之不當勞動行為意思是困難的。若昇任係以年功序列制(有了一定年資即可昇任)的話，則可以大量觀察法之方式認定。在其他情形，昇任差異存在時，若能證明雇主有反工會之意圖與該勞工之能力、業績和適性優於或與其他勞工同程度時，雇主就必須證明差異的正當性依據，否則即認為成立不當勞動行為。

若雇主以某些職位與工會會員身分互斥而排除所有工會會員之勞工擔任此職位時，應如何處理？。雖有日本法院判決承認雇主該行為的合法性²³，但有學說認為可由勞工的能力、業績與適性作個別判斷，而直接認定是不當勞動行為。若昇格、昇任是以考試通過為前提，在考試制度本身或運作上有差異，不合格者沒有昇格、昇任係為不當勞動行為。此外，在考試制度在客觀上可預測有差異性的運作之情形，若勞工拒絕考試有合理之根據，以沒有接受考試為理由不為昇格、昇任，則亦成立不當勞動行為²⁴。

9. 雇主對勞工提起訴訟與不利益待遇

①101年勞裁字第39號

「相對人固辯稱起訴 100 人係基於訴訟經濟，其選擇標準係針對與相對人不同且「立場鮮明」之業務人員……惟相對人前開選擇標準實屬抽象、模糊，又觀察相對人 101 年 6 月 15 日對申請人……提起確認勞動契約關係不存在之民事起訴狀內容，相對人主張提起該訴訟之確認利益係針對申請人……之工會幹部身分，……惟相對人行使其起訴之合法權利，除應依誠實及信用方法而不得濫用之外，更不應出於削弱工會實力之意思，予工會幹部差別待遇，否則仍有構成不當勞動行為之嫌。查相對人既選擇少數業務人員提起系爭確認訴訟，於起訴標準上自不應予工會幹部差別待遇，查相對人將 100 名業務人員區分為 6 案，其中針對申請人……單獨起訴，相較於其他共同被訴之業務人員，申請人……因單獨應訴顯然須付出更多訴訟上之勞費，進而對其構成不利待遇。又此種不利待遇依相對人起訴狀所載顯係基於申請人……之常務理事身分而來，足見相對人訴訟上權利之行使，對具有工會常務理事身分之申請人……予以不利之差別待遇，構成不當勞動行為。」

(101年勞裁字第55號和101年勞裁字第56號同旨)

²³ 道幸哲也，同註 14，第 203 頁。

²⁴ 西谷敏，同註 2，第 185~186 頁。張義德，同註 3，第 119~120 頁。

②101 年勞裁字第 41 號

「查本件相對人縱基於業務人員參與工會發起選擇勞退新制等活動而起訴，惟另一方面，相對人因不服行政機關、行政法院對其與業務人員間勞動契約之認定，而主張與業務人員間私法契約關係應由民事法院判斷，該訴訟之提起或對被訴之業務人員造成訴訟上之勞費及心理上之壓力，仍難謂相對人係「意圖」阻礙勞工參與工會活動、減損工會實力或影響工會發展，而對勞工為直接或間接不利之對待。……系爭確認訴訟對身為工會會員之業務人員帶來心理壓力及訴訟上之勞費，亦對工會造成壓力，惟其是否該當工會法第 35 條第 1 項第 1 款、第 4 款、第 5 款，而應受不當勞動行為規範之限制？仍應權衡雇主合法權利行使之必要性與對工會團結權保障之侵害，包括考量相對人訴訟權之行使是否出於打壓工會之目的？其行使是否造成打壓工會發展之結果？相對人除訴訟外是否有其他方式可解決爭議？等因素。蓋本件業務人員與相對人間契約關係之認定，相對人除提起民事確認訴訟外，確無其他方式可解決該爭議，是本會斟酌目前卷內資料，尚無法為相對人構成工會法第 35 條第 1 項第 1 款、第 4 款「不利待遇」或同條項第 5 款對工會支配介入之不當勞動行為之認定。」

①最高行政法院 103 年度判字第 457 號

「可知，工會法第 35 條第 1 項第 1 款、第 3 款、第 4 款所謂「其他不利之待遇」，必須是基於妨礙工會活動等不當勞動行為之意思所發動，且兩者間必須具有相當因果關係始能成立，即應以基於為防止雇主對於工會或工會活動所為之報復行為而對勞工本身產生參與工會相關活動之限制或威脅效果，來判斷是否屬各該款所稱之其他不利之待遇。而工會法施行細則第 30 條第 2 項既明示雇主如提起「顯不相當之民事損害賠償訴訟」者，屬不利待遇之不當勞動行為類型，則雇主如有行使訴訟權之必要性提起「民事確認訴訟」，自難認屬不利待遇之不當勞動行為類型。……原判決援引美國不當勞動行為法制及其聯邦最高法院判決略以：「僱主依其憲法第一修正案對其員工（勞工）所提民事訴訟，如具有事實或法律爭議基礎者，即不應被當作不當勞動行為而遭到禁止之」之法律理念，論明：除非被上訴人對參加人所提系爭民事確認訴訟，欠缺事實或法律爭議之基礎，而失去憲法保障人民訴訟基本權之意旨，始該當於工會法第 35 條第 1 項第 1 款之不利待遇之不當勞動行為，不能未探討被上訴人對參加人所提系爭民事確認訴訟事實或法律爭議之基礎為何，僅因被上訴人對參加人單獨起訴、具工會幹部身分之外觀，即逕認其起訴行為該當於工會法第 35 條第 1 項第 1 款不利待遇之不當勞動行為。」

②最高行政法院 103 年度判字第 458 號

「原判決援引有利被上訴人之上訴人不當勞動行為裁決委員會 101 年勞裁字第 41 號裁決決定書及行政院 102 年 1 月 24 日院臺訴字第 1020122330 號訴願決定書，說明被上訴人行使系爭民事訴訟訴訟權之必要性，認雇主對於加入工會或參加工會活動之勞工提起訴訟，是否構成工會法第 35 條第 1 項第 1 款、第 3 款或第 4 款之不利益對待之不當勞動行為？應權衡雇主行使訴訟權之必要性與其對工會團結權保障之侵害，包括考量其訴訟權之行使是否出於打壓工會之目的？雇主除提起訴訟外有無其他方式可以解決爭議？如雇主非出於妨礙工會活動等不當勞動行為之意思而提起訴訟，或提起訴訟確有其必要性，即難認該行為構成工會法第 35 條第 1 項第 1 款、第 3 款或第 4 款所稱之不利益對待之不當勞動行為」

由裁決委員會的論述可知，裁決委員會並不否認雇主有訴訟之正當權限，但雇主行使起訴之合法權利，除應依誠實及信用方法而不得濫用之外，更不應出於削弱工會實力之意思，對工會幹部差別待遇，否則仍有構成不當勞動行為之嫌。因此只要能證明雇主有不當勞動行為之意圖，雇主仍構成不當勞動行為。所以 101 年勞裁字第 41 號即因無法判斷雇主有此意圖而認為非不當勞動行為，但 101 年勞裁字第 39 號、101 年勞裁字第 55 號都是因為針對工會幹部之一人或參與工會活動之勞工起訴，所以被認為有此意圖。然而法院對此的看法便有所歧異，在最高行政法院 103 年度判字第 457 號判決中以工會法施行細則第 30 條第 2 項中其他不利益待遇所提到的為「民事賠償訴訟」，而質疑雇主提起民事確認訴訟並非為工會法第 35 條第 1 項所規定的其他不利益待遇之範圍。再者，亦在最高行政法院 103 年度判字第 457 號判決中引用美國法的見解，認為只要具有事實或法律爭議基礎者，即不應被當作不當勞動行為而遭到禁止。也就是說只要有合理爭議基礎，就算雇主提起民事訴訟是有不當勞動行為意圖，也並非不當勞動行為。

而就外國法比較來看，日本似乎並未對雇主提起訴訟與不利益待遇之間的關聯性有所討論，而僅在是否構成支配介入上進行探討。雖然如此，但由於提起訴訟為市民的重要權利，所以成立支配介入乃限於雇主的主張欠缺事實上或法律上的依據等「訴之提起依裁判制度的宗旨目的顯然欠缺相當性」的情形²⁵。而在美國法對於相關議

²⁵ 西谷敏，同註 2，第 203 頁。

題的討論²⁶中也不因單純雇主提起訴訟即判斷為不當勞動行為。在 *Bill Johnson's Restaurants, Inc. v. NLRB*²⁷ 中聯邦最高法院明確區分兩個衡量訴訟的標準，一是進行中的訴訟、另一則是已終結的訴訟。對於進行中的訴訟，聯邦最高法院認為假如事實上缺乏合理基礎或法律依據，而且是基於報復動機，委員會得暫停訴訟進行。對於已終結的訴訟，聯邦最高法院認為，假如訴訟結果不利於原告或假如訴訟被撤回或在其他方面被顯示沒有法律依據，並假如該訴訟是基於報復動機，委員會能認定違反不當勞動行為保障。因此，即使一個終結的訴訟有合理的基礎，假如該訴訟是失敗的且帶有報復意圖的，委員會能認定構成不當勞動行為。但在 *BE&K Constr. Co. v. NLRB*²⁸ 中聯邦最高法院拒絕採取 *Bill Johnson's Restaurants, Inc. v. NLRB* 中對於判決敗訴但有合理基礎的訴訟的標準。聯邦最高法院指出，委員會不能依賴該訴訟最終敗訴的事實，但是仍必須判斷該訴訟是否有合理基礎，而不論它依據法律後的結果為何。所以由以上判決可知，美國法判斷雇主提起訴訟是否為不當勞動行為係以雇主提起訴訟時是否有事實上合理基礎或法律依據。

從比較法的觀點來看，可知我國法院應與外國法係採同一見解，憲法所保障之人民的訴訟權與亦為憲法所保障之勞動三權之間的衝突應如何取得平衡的確為難題，也因此外國法部分皆認為若有事實上合理或法律基礎時，應著重人民之訴訟權。而我國在工會法施行細則第 30 條第 2 項中雖提到「威脅提起或提起顯不相當之民事損害賠償訴訟之不利待遇。」屬於其他不利益待遇態樣之一，此應是為了特別在雇主有事實上合理或法律基礎時仍構成不利益待遇的特別規定。

然而，此處應將訴之利益及訴之標的和訴訟策略分開來看，亦即雇主提起訴訟本身若有事實上合理或法律基礎時，的確雇主提起訴訟之行為並非不當勞動行為，但在訴訟策略上若雇主有不當勞動行為動機而使工會會員之勞工在應訴時與非工會會員之勞工或與雇主以往訴訟策略相比在金錢上、精神上或時間上受有不利益，此時雇主採取此種訴訟策略之行為應為不當勞動行為。換句話說雇主固然有其訴訟權，在有事實上合理或法律基礎時不成立不當勞動行為，但此訴訟權所保障之範圍不應包含在提起訴訟後雇主採取所訴訟策略之行為，所以雇主之訴訟策略係帶有不當勞動行為動機，此時仍應成立不當勞動行為。

²⁶ 主要參閱：John E. Higgins， *The Developing Labor Law: The Board, the Courts, and the National Labor Relations Act, Sixth Edition*，Bloomberg BNA，2012 年 8 月，第 441~445 頁

²⁷ 461 U.S. 731, 747-49

²⁸ 536 U.S. 516 (2002)

10. 精神上不利益

此為雇主命令工會會員之勞工作明顯不同於日常工作或固定之職場慣習之行為工作，而進行此工作會造成勞工之痛苦或屈辱，此情況與一般員工相較，此等差別待遇應有產生精神上不利益之可能性²⁹。

①105 年勞裁字第 1 號

「從而，申請人工作地點既未限定於工會會址，工作內容亦未包括工會事務，更自始即隸屬管理部總務課，則相對人將其工作地點移回至總務課辦公室，當無任何不妥之處。況且，自事務處理之便利性以觀，未來其處理發放員工子女獎勵補助、年節慰問金等事務，可直接於公司內處理；請假時更無須再由原工作地點回到相對人公司處請假；其他員工有需求亦可直接至公司總務課向申請人袁○○洽詢，對申請人袁○○而言並無不利或不方便之處。再者，本次調動僅為單純工作地點之變更，且申請人袁○○原工作地點與新工作地點僅隔一條馬路，相距約 150 公尺，步行僅約需 2 分鐘，無論係工作內容、職稱、職級、薪資待遇等，均未有任何變動。此外，總務課員工總計共有 5 位，其中 2 位為工會會員，3 位非工會會員，若再加上申請人袁○○，總務課員工已達半數為工會成員。縱使同一辦公室尚有另二名文書課員工，惟文書課與總務課分掌不同業務，申請人袁○○乃受總務課課長指揮監督，而與文書課之業務無涉，況且相對人公司員工更有高達近七成之比率加入申請人工會，是以綜合上述整體觀察，尚難認相對人命申請人袁○○至總務課辦公，將對申請人袁○○造成精神上之不利益。又，雖職福會有大量資料置於申請人工會會址，然相對人亦已表示未來將於新工作地點提供改善，並願提供足夠之檔案櫃，櫥櫃鑰匙更將交由申請人袁○○保管、運用。綜此，自客觀上而言，相對人通知申請人袁○○移回總務課辦公室辦公之行為，無論於實質上或精神上均未對申請人袁○○構成不利待遇。」

②105 年勞裁字第 13 號

「相對人依工作規則之規範固取得調動權限，惟雇主行使調動權時不得對勞工有不利待遇，相對人雖表示系爭調動非屬降調亦無減薪，甚且申請人可以從事較原職務簡易之鎖螺絲工作與搬運重物，對於申請人無任何不利存在，惟勞工受僱之目的，不僅在提供勞務換取工資，尚且藉由履行勞動義務，培養工作技術、經驗及潛能，並與其他職場勞工結合，完成社會生活，因之，雇主縱使維持原有職稱與工資等勞動條件，但若調動之新工作將造成勞工工作技能鈍化等傷害，難謂為是合法的調動，此業經本會 103 年勞裁字第 15 號裁決決定在案。

²⁹ 張義德，同註 3，第 131~132 頁

復以人格權之保障為我國現行法制所明文保障(民法第 18 條參照)，而勞工人格權甚至需要特別之保護，實因勞工之人格權益處於隨時受雇主影響之狀態，因此與其他涉及勞務之契約相比，自有更加強化其人格權保護之必要(林更盛，〈就勞請求權〉，收錄於氏著《勞動法案例研究(一)》，頁 87)。而人格權之保障包含財產性利益與精神性利益的保障，人格上的精神性利益並不能僅以金錢計算，易言之，造成人格權受損之不利益待遇，應該解釋為不僅只有降調、減薪等經濟層面上給予不利益對待，也包含在精神層面上給予不利益之對待。因此，雇主對於勞工所為之調動行為，縱使在薪資等經濟層面上並未帶來不利益的結果，如在精神層面上給予不利益，亦應認為該當於不利益待遇(參見塚本重賴，不當勞動行為の認定基準，1989 年 3 月 31 日，第 121-125 頁，總合勞動研究所；西谷敏，勞動組合法第 3 版，2012 年 12 月 20 日，第 189 頁，有斐閣；盛誠吾，勞動法總論・勞使關係法，2000 年 5 月 10 日，第 224-225 頁，新世社；大浜炭鋳事件，日本最高法院第二小法庭 1949 年 4 月 23 日判決，刑集 3 卷 5 號 592 頁)。以上日本學者見解及日本法院之判決，自可供我國參考。」

由裁決決定書可知我國裁決委員會承認有精神上不利益之不當勞動行為態樣，然而較為可惜的是決定書中並未對如何判斷有精神上不利益為詳細論述。對此，若分析裁決委員會之論述或可略知一二。綜觀決定書內容，首先應判斷勞工之對於其精神造成不利益之主張為何，而此主張依一般通念是否會造成精神上不利益，若勞工之主張與客觀事實不符或認為依一般通念並未造成精神上不利益則可能非不當勞動行為。再者，若能判斷勞工之人格權受到侵害，因人格權之保障包含財產性利益與精神性利益的保障，所以人格權受到侵害時精神上應受到不利益。然而裁決委員會之論述或許忽略每個人對於精神上忍受程度有所差異，對此或等日後裁決委員會是否會對個案當事人之差異而有所論述。

11. 私生活上的不利益

雖對此我國仍未有相關案例，但仍有可能日後雇主會採取此種手段，所以於此簡單介紹。在職業生活的私生活上不利益亦該當不當勞動行為。例如雇主以丈夫參與工會活動而解僱其妻，或是因父親參與工會活動之理由而對其子拒絕再僱用或不為僱用。此時上述的丈夫和父親因間接受有不利益而成立不當勞動行為³⁰。

³⁰ 西谷敏，同註 2，第 189 頁。張義德，同註 3，第 164~165 頁。

12. 報復的不利益待遇

所謂的報復的不利益待遇，在日本法中明定於勞動組合法第 7 條第 4 款³¹，而在美國法中係在 National Labor Relations Act 第 8 條 a 項 4 款³²(以下簡稱 NLRAS8(a)(4))，亦即在日本的勞動委員會或美國的國家勞工關係局(NLRB)調查、審問或和解等處理所受理不當勞動行為之案件時，相對人以其勞工提示證據或發言為由，解僱該勞工或為其他不利益待遇³³。我國工會法並未有相關規定，然而勞資爭議處理法第 44 條第 4 項要求相關人員有說明及提供資料之義務，是以在立法上卻未明文對其有所保護似有不妥。雖然可以透過解釋的方式對之加以保護，亦即可將工會或勞工申請不當勞動行為裁決之行為認定為工會活動，而可認為係雇主因勞工參與工會活動而為不利益待遇時乃構成不當勞動行為。然而此種論述途徑或許過於牽強，根本解決之道應是參考國外立法例，將相關規定明定於不當勞動行為制度之保護中。我國雖當初立法時有相關提案，但可惜的是最後並未完成立法³⁴。

而參照美國法之討論，對於哪種情形下勞工應受保護應做廣義之解釋，在 NLRB v. Scrivener³⁵ 判決中雇主因為受僱者在 NLRB 對公司進行不當勞動行為之審查時提出宣示的書面聲明而將受僱者解僱，係違反 NLRAS8(a)(4)，即使該被解僱之受僱者並未提出訴訟，也未在聽證會上證明。而在美國法上之討論，亦認為對於以下五種情形也應受到 NLRAS8(a)(4) 保護。以下簡列之。

(1) 真實或虛假的證明都受保障³⁶(Truth of Falsity of Testimony)

該條保障勞工在委員會程序中作出錯誤的證明(false testimony)，只要這類證明不是自願或知悉該證明錯誤，以及意圖欺騙。雇主有義務證明該證明是錯誤的、意圖欺騙，且與實質爭議相關。反之，勞工故意做出錯誤的證明則不受該條保障。另一方面，若勞工非自願地做出錯誤的證明，而且委員會發現其真實的動機是出於勞工的工會活動時，雇主因勞工做出錯誤證明而

³¹労働者が労働委員会に対し使用者がこの条の規定に違反した旨の申立てをしたこと若しくは中央労働委員会に対し第二十七条の十二第一項の規定による命令に対する再審査の申立てをしたこと又は労働委員会がこれらの申立てに係る調査若しくは審問をし、若しくは当事者に和解を勧め、若しくは労働関係調整法（昭和二十一年法律第二十五号）による労働争議の調整をする場合に労働者が証拠を提示し、若しくは発言をしたことを理由として、その労働者を解雇し、その他これに対して不利益な取扱いをすること。

³² (4) to discharge or otherwise discriminate against an employee because he has filed charges or given testimony under this Act [subchapter];

³³ 道幸哲也，同註 14，第 225~226 頁。菅野和夫，同註 16，第 972 頁。張義德，同註 3，第 11~12 頁。

³⁴ 侯岳宏，同註 3，第 217 頁

³⁵ 405 U.S. 117 (1972)

³⁶ John E. Higgins，同註 26，第 430~431 頁。

解僱係違法行為。在 Alamo Rent-a-Car³⁷，雇主懷疑勞工是否知悉 NLRB 的訴訟；而勞工主張他什麼都不知道，並對該事實簽署聲明。後來，勞工向法律總顧問(General Counsel)在不當勞動行為的聽證會上做出詳細的證明。勞工因為向雇主說謊而被解僱，NLRB 認為該勞工是因為他在聽證會上的證明被解僱，而非因為對雇主說謊，因此雇主違反 NLR§8(a)(4)。

(2) 不需要真的提出控訴³⁸(Actual Filing of Charge Not Required)

解僱一位聲稱要提出不當勞動行為控訴的行為之勞工係違法。同樣的，雇主報復一位拒絕指認其他提出控訴勞工之受僱者與解僱雇主相信會為其證明之勞工亦為違法。

然而，第一巡迴法院區別不同的情況，勞工在不當勞動行為控訴被駁回後打電話給委員會「消除怒氣」，法院認為雇主合法解僱受僱者，因為受僱者並未提供未來或進行之控訴的資料。

意圖使得受僱者沈默的行為，和報復行為一樣，可能違反 NLR§8(a)(4)。委員會認為，在 Metro Network, Inc³⁹中，雇主提出給予被解僱之工會活動者資遣費，條件是他必須簽署一項協議「除了法律要求，不得協助或參與任何調查或其他程序」，並且不能提供任何他的僱用資料，否則沒資格領取，此行為係違法。因當雇主提出不同的協議時還沒有 NLRB 程序在進行，但是被解僱之勞工已公然從事一項組織活動。

(3) 免除於日常工作規畫(Release From Normal Work Schedule)⁴⁰

雇主不需免除勞工的日常工作以便他們得出席 NLRB 聽證而作為觀眾，這項見解經 NLRB 裁決確認⁴¹。然而，在 BMC America⁴²，NLRB 認為，在雇主將公司營運賣給其他公司這天，8 名受僱者提前離開崗位前往地方 NLRB 辦公室表達他們對於這次買賣的觀點，而遭雇主解僱，雇主之行為違反 NLR§8(a)(4)。

此時調和在 Ohmite 中之見解，NLRB 認為受僱者已經表達「一項真實的需要」而在該日前往 NLRB 討論認為他們的行動對於該買賣可能仍有影響力，而且他們已向管理者表示這項需求。NLRB 認為雇主並未對總顧問的初步證明表示反駁，即對於拒絕免除受僱者工作一事未提出實質重要之商業理由。

但是在 El Paso Electric Co.⁴³，雇主拒絕受僱者之請假要求，與委員會代理人討論不當勞動行為訴訟，因為該請求是在忙碌

³⁷ 336 NLRB 1155, 169 LRRM 1026

³⁸ John E. Higgins, 同註 26, 第 432~433 頁。

³⁹ 336 NLRB 63, 169 LRRM 1191 (2001)

⁴⁰ John E. Higgins, 同註 26, 第 433~434 頁。

⁴¹ Ohmite Manufacturing Co., 290 NLRB, 130 LRRM 1190 (1988)

⁴² 304 NLRB 362, 138 LRRM 1113 (1991)

⁴³ 355 NLRB No. 71, 189 LRRM 1260 (2010)

的假期週之短期內通知，而且沒有顯示有差別待遇，因此雇主未違法。

雇主要求受到工會委任代表參與聽證之受僱者利用休假時間參加，而且雇主在過去曾有允許無薪假的實例，因此雇主的行為是基於敵視工會，所以違法。

(4) 隨著 NLR§8(a)(3)⁴⁴ 部分之訴訟之對於 NLR§8(a)(4) 部分的證明方案 (Proof Scheme for Section 8(a)(4) Charges Follows Section 8(a)(3) Charges)

NLR§8(a)(4) 有如 NLR§8(a)(3)，要求 NLRB 區分雇主之藉口、報復行為，以及因合法商業目的所做出之行為。為此目的，委員會和法院運用委員會的 Wright Line⁴⁵ 分析。在判斷雇主是否違反 NLR§8(a)(4)，如根據 NLR§8(a)(3) 的調查，委員會考量所有被指控的歧視行為。兩者調查中，委員會依賴大量的推論之動機證據。在判斷法律總顧問 (general counsel) 是否根據 Wright Line 成立了初步案件，委員會檢視雇主的行為時點，以及雇主是否選擇性地執行現存或新建立的方針。此外，供述、威脅和勞工差別待遇也是相關的。一位管理者因違法動機所採取的行為導致解僱或歧視，勞工可能歸咎於雇主，即使真正做出不利勞動條件的決策者並未受該管理者的反工會意圖影響。當然，在違法意圖與不利益待遇之間必須存在一個因果關係，因為該管理者知悉勞工受保障的活動受影響或這樣的決定在勞工受保障的活動中佔有重要地位。

⁴⁴ (3) by discrimination in regard to hire or tenure of employment or any term or condition of employment to encourage or discourage membership in any labor organization: Provided, That nothing in this Act [subchapter], or in any other statute of the United States, shall preclude an employer from making an agreement with a labor organization (not established, maintained, or assisted by any action defined in section 8(a) of this Act [in this subsection] as an unfair labor practice) to require as a condition of employment membership therein on or after the thirtieth day following the beginning of such employment or the effective date of such agreement, whichever is the later, (i) if such labor organization is the representative of the employees as provided in section 9(a) [section 159(a) of this title], in the appropriate collective-bargaining unit covered by such agreement when made, and (ii) unless following an election held as provided in section 9(e) [section 159(e) of this title] within one year preceding the effective date of such agreement, the Board shall have certified that at least a majority of the employees eligible to vote in such election have voted to rescind the authority of such labor organization to make such an agreement: Provided further, That no employer shall justify any discrimination against an employee for non-membership in a labor organization (A) if he has reasonable grounds for believing that such membership was not available to the employee on the same terms and conditions generally applicable to other members, or (B) if he has reasonable grounds for believing that membership was denied or terminated for reasons other than the failure of the employee to tender the periodic dues and the initiation fees uniformly required as a condition of acquiring or retaining membership;

⁴⁵ Wright Line, Wright Line Div., 251 NLRB 1083, 105 LRRM 1169 (1980), enforced, 662 F.2d 899, 108 LRRM 2513 (1st Cir, 1981), cert. denied, 455 U.S. 989, 109 LRRM 2779 (1982)

因此，在 Host International⁴⁶ 在紐約航空站的兩家餐廳之勞工因違反公司工作規則被 Host 解僱。勞工向委員會提起控訴，但是該訴訟透過協議和解了，而該協議沒有提供他們復職。之後，勞工在紐約不同航站的其他餐飲服務公司取得類似的職位。兩年後，新雇主被 Host 收購，也收購勞工工作的端點經營權。Host 拒絕僱用兩名個別勞工，之後主張他是因為早先解僱的理由因此不僱用。委員會拒絕該主張作為藉口。基於行為與聲明不一致之證言，以及管理者對該二名受僱者具有敵意的直接證據，委員會認為基於先前向委員會提出的控訴，拒絕僱用違法。

在 Belle of Sioux City, L.P.⁴⁷ 雇主以委員會認為是藉口之理由解僱一名已經在不當勞動行為控訴中被認為是受歧視的工會行動者。雇主也以同樣為藉口之理由解僱第二個勞工。委員會認為第二個勞工的解僱有創造公平性的外觀以為為了能支撐解僱工會行動者。第二個受僱者的解僱因此是「對於該工會行動者的不當勞動行為整體的一部分」，因此違反 NLRA§8(a)(4)條。

在 Dole Fresh Vegetable⁴⁸ 中委員會適用 Great Dane Trailers⁴⁹ 分析而非 Wright Line，在雇主降低最近曾在代表聽證會上作證的勞工的薪資標準的情況。行政法官(Administrative law judge) 遵循 Wright Line，並認為總法律顧問藉由勞工的證明已證實減薪是違法動機。委員會確認該違反 NLRA§8(a)(4)之調查結果，但是認為根據 Great Dane Trailers 並不要求不法動機的證據，因為雇主的行為已經對勞工參加委員會程序的權利產生不利影響，而且雇主提出減薪的理由並未證明有重大商業正當利益。

反工會歷史和一般偏見，單獨來看，沒有在勞工的行動和解僱之間提供「因果連結」，以支持認定雇主違反 NLRA§8(a)(4)的部分。因此，委員會一般考量許多因素，當它擁有對於雇主之行動是被 NLRA§8(a)(4)部分所保護的之「真正的理由」，而非如雇主所聲稱的違反僱用方針之行動。這類因素之中一般是雇主依據新的宣布的方針，或是已經存在但之前沒有執行的方針以懲戒或解僱勞工。其他因素已支持違法的調查結果的是雇主未調查或未對於該爭議行為考慮勞工的解釋，在雇主「不一致的抗辯」以及對於該爭議的行為的解僱處罰過於嚴重。反之，當勞工之前知悉該僱用方針、勞工同樣的被對待、雇主知道受僱者違反後立即行為、雇主不知道勞工參與委員會程序、缺乏惡意以及解僱或懲戒是基於公平的原因時，雇主不違反 NLRA§8(a)(4)條。

⁴⁶ 290 NLRB 442, 129 LRRM 1124 (1988)

⁴⁷ 333 NLRB 98 (2001)

⁴⁸ 339 NLRB 785, 173 LRRM 1004 (2003)

⁴⁹ NLRB v. Great Dane Trailers, Inc., 388 U.S. 26, 65 LRRM 2465 (1967)

(5)管理階層的保護(Supervisory Protections)

雖然立法者將「管理者」排除於「勞工」定義之外，但是委員會認為，管理者宣稱因為工會活動而受到歧視而提起控訴，為了進行該訴訟的目的，此「勞工」受到NLRA§8(a)(4)條保障。

13. 總結

我國不當勞動行為制度至今施行已逾五年，無論是裁決委員會或法院皆對相關爭點累積了相當的論述。兩者有見解相同處，但亦有歧異處。而為求不當勞動行為制度能持續發展，裁決委員會與法院之見解不能一直處於衝突之狀況，因此對於歧異處雙方要如何尋求一平衡點或釐清雙方見解之立場再為判斷，即為本計畫之主要目的。

所謂他山之石可以攻錯，在面對目前我國實務上尚未遇到之問題或爭執不休之難題時，應藉由同有不當勞動行為制度且發展歷史比我國悠久之日本與美國法上相關討論而未雨綢繆或思索解決之道。所以，本計畫大略整理不利益待遇之不當勞動行為在實務上之爭點，並藉由簡單之探討，以謀求不當勞動行為之持續發展。

科技部補助計畫衍生研發成果推廣資料表

日期:2016/10/31

科技部補助計畫	計畫名稱: 不當勞動行為裁決決定與判決之整合型研究計畫: 不利益待遇 (子計畫一)
	計畫主持人: 黃程貫
	計畫編號: 104-2410-H-004-062- 學門領域: 勞動及社會法
無研發成果推廣資料	

104年度專題研究計畫成果彙整表

計畫主持人：黃程貫			計畫編號：104-2410-H-004-062-			
計畫名稱：不當勞動行為裁決決定與判決之整合型研究計畫：不利益待遇（子計畫一）						
成果項目			量化	單位	質化 (說明：各成果項目請附佐證資料或細項說明，如期刊名稱、年份、卷期、起訖頁數、證號...等)	
國內	學術性論文	期刊論文		0	篇	
		研討會論文		0		
		專書		0	本	
		專書論文		0	章	
		技術報告		0	篇	
		其他		0	篇	
	智慧財產權及成果	專利權	發明專利	申請中	0	件
				已獲得	0	
			新型/設計專利		0	
		商標權		0		
		營業秘密		0		
		積體電路電路布局權		0		
		著作權		0		
		品種權		0		
		其他		0		
	技術移轉	件數		0	件	
		收入		0	千元	
	國外	學術性論文	期刊論文		0	篇
			研討會論文		0	
			專書		0	本
			專書論文		0	章
技術報告			0	篇		
其他			0	篇		
智慧財產權及成果		專利權	發明專利	申請中	0	件
				已獲得	0	
			新型/設計專利		0	
		商標權		0		
		營業秘密		0		
		積體電路電路布局權		0		
		著作權		0		
		品種權		0		
		其他		0		

	技術移轉	件數	0	件	
		收入	0	千元	
參與計畫人力	本國籍	大專生	0	人次	
		碩士生	2		
		博士生	0		
		博士後研究員	0		
		專任助理	0		
	非本國籍	大專生	0		
		碩士生	0		
		博士生	0		
		博士後研究員	0		
		專任助理	0		
其他成果 (無法以量化表達之成果如辦理學術活動、獲得獎項、重要國際合作、研究成果國際影響力及其他協助產業技術發展之具體效益事項等，請以文字敘述填列。)					

科技部補助專題研究計畫成果自評表

請就研究內容與原計畫相符程度、達成預期目標情況、研究成果之學術或應用價值（簡要敘述成果所代表之意義、價值、影響或進一步發展之可能性）、是否適合在學術期刊發表或申請專利、主要發現（簡要敘述成果是否具有政策應用參考價值及具影響公共利益之重大發現）或其他有關價值等，作一綜合評估。

1. 請就研究內容與原計畫相符程度、達成預期目標情況作一綜合評估

達成目標

未達成目標（請說明，以100字為限）

實驗失敗

因故實驗中斷

其他原因

說明：

2. 研究成果在學術期刊發表或申請專利等情形（請於其他欄註明專利及技轉之證號、合約、申請及洽談等詳細資訊）

論文： 已發表 未發表之文稿 撰寫中 無

專利： 已獲得 申請中 無

技轉： 已技轉 洽談中 無

其他：（以200字為限）

3. 請依學術成就、技術創新、社會影響等方面，評估研究成果之學術或應用價值（簡要敘述成果所代表之意義、價值、影響或進一步發展之可能性，以500字為限）

我國不當勞動行為制度至今施行已逾五年，無論是裁決委員會或法院皆對相關爭點累積了相當的論述。兩者有見解相同處，但亦有歧異處。而為求不當勞動行為制度能持續發展，裁決委員會與法院之見解不能一直處於衝突之狀況，因此對於歧異處雙方要如何尋求一平衡點或釐清雙方見解之立場再為判斷，即為本計畫之主要目的。所謂他山之石可以攻錯，在面對目前我國實務上尚未遇到之問題或爭執不休之難題時，應藉由同有不當勞動行為制度且發展歷史比我國悠久之日本與美國法上相關討論而未雨綢繆或思索解決之道。所以，本計畫大略整理不利益待遇之不當勞動行為在實務上之爭點，並藉由簡單之探討，以謀求不當勞動行為之持續發展。

4. 主要發現

本研究具有政策應用參考價值： 否 是，建議提供機關

（勾選「是」者，請列舉建議可提供施政參考之業務主管機關）

本研究具影響公共利益之重大發現： 否 是

說明：（以150字為限）