

## 第二章 日本不當勞動行為制度之基本概念 與不利益待遇之要件

日本之不當勞動行為制度係規定於勞動組合法第七條及第二十七條以下，依第七條之規定不當勞動行為可大致區分為不利益待遇、拒絕團體協商與支配介入等三種態樣，而第二十七條以下則是不當勞動行為的行政救濟程序。雖然本文係以「不利益待遇」為研究中心，但因不利益待遇屬於不當勞動行為的類型之一，在探討不利益待遇之前，應先對不當勞動行為制度整體（特別是勞動組合法第七條之實體規定及其法理）有所了解。從而在本章乃先探究日本不當勞動行為之基本概念，包括其意義與類型、沿革、目的與性質、主體與客體，待對不當勞動行為制度整體有所了解後，再探討不利益待遇的要件。

### 第一節 日本不當勞動行為制度之基本概念

#### 第一項 不當勞動行為制度之意義與類型

##### 第一款 不當勞動行為制度之意義

所謂的不當勞動行為，係指雇主所為之涉及工會組成或活動之不公正或不當的行為之謂<sup>1</sup>。而不當勞動行為制度，係指規定禁止雇主對於工會或勞工為一定的反工會行為，以及於違反此禁止規定時，由勞動委員會進行特別的救濟程序<sup>2</sup>。亦即包括勞動組合法（相當於我國之「工會法」）第七條中規定禁止的行為，以及第二十七條以下所規定之由勞動委員會進行救濟之程序<sup>3</sup>。

<sup>1</sup> 中窪、野田、和田，361頁。

<sup>2</sup> 盛，207頁；大內，806頁；荒木尚志，「新労働法講義第22回—第16章団体行動（2）、第17章不当労働行為（1）」，法学教室328号（2008年1月），60頁；土田，409頁。

<sup>3</sup> 雖大內，806頁以下與菅野，619頁以下雖將「不當勞動行為制度」稱為「不當勞動行為救濟制度」，但本文以為此種用法可能使人產生係僅指勞動組合法第二十七條以下之救濟程序而不包括勞動組合法第七條之禁止規定的誤解，故仍以「不當勞動制度」稱之。而日本學者亦多採取此種稱呼方式，而不稱為不當勞動行為「救濟」制度，例如有：外尾，191頁以下；東大，304頁以下；中山等，140頁以下（岸井貞男執筆）；青木、金子，215頁以下；下井，238頁以下；山口，73頁以下；盛，207頁以下；西谷，139頁以下；中窪、野田、和田，361頁以下；片岡、村中，265頁以下；荒木尚志，「新労働法講義第22回—第16章団体行動（2）、第17章

由於工會係以維持勞工之勞動條件或提昇勞工經濟地位為目的所加以組成，雇主與勞工利益關係乃必然對立，從而雇主會不斷地試著去妨礙工會成立、將工會瓦解、阻礙工會活動或對工會進行支配介入以限制工會的發展。雇主的手段極為多樣化，除了訴諸於國家刑罰權的發動及損害賠償請求外，尚可能有將工會會員解僱、調職、懲戒處分、工資上的差別待遇、收買工會幹部或者是介入工會幹部的選舉等。從而為了保護工會活動的自主性，只以刑事免責及民事免責加以保障是不充分的，應該更積極地禁止雇主對於工會進行種種干涉或妨害，且在實際上將此種干涉排除<sup>4</sup>。

就現代化工業國家勞資關係的發展來說，國家對於工會的態度從禁止、放任到積極的承認<sup>5</sup>。但不論在那一個階段，都可以看到雇主對於工會存在及活動的阻礙，為了確立團結權並使其具體地被實現，必須禁止雇主進行妨害行為並使其尊重勞工的團結。從而在國家積極承認工會的階段中，在論理上不得不禁止雇主的侵害團結行為<sup>6</sup>。但各國的方式卻也不盡相同<sup>7</sup>。

為了保護和雇主相比處於弱勢地位之工會，日本國憲法第二十八條乃規定：「勤勞者之團結權、團體協商權及其他團體行為權，應予保障。」本條之規定不只可以適用到對於國家的關係，在對於雇主的關係中，也為其效力範圍所及<sup>8</sup>，從而可以由本條規定之保障團結權，導出雇主的「團結承認義務」<sup>9</sup>。於雇主違反此團結承認義務時，在侵權行為法上具有違法性，若為法律行為則為無效，且得請求排除、預防該侵害<sup>10</sup>。

---

不當勞動行為(1)」，法學教室 328 号(2008 年 1 月)，60 頁以下等。

<sup>4</sup> 萬井、西谷編，193 頁(萬井隆令執筆)。

<sup>5</sup> 詳參：盛，14-20 頁；西谷，19-26 頁；片岡、村中，340-342 頁；菅野，469-470 頁。中文文獻則有：李允傑，『政府與工會』(國立空中大學，2002 年 6 月)，5-6 頁。

<sup>6</sup> 西谷，139 頁。

<sup>7</sup> 關於各國之團結權保障制度及不當勞動行為制度，請參照外尾健一編，『團結權侵害とその救済』(有斐閣，1985 年 4 月)；『現代講座第 7 卷』，47-143 頁。

<sup>8</sup> 就日本國憲法第二十八條的效力是否及於私人間的法律關係，學說上雖然有分為直接適用說(如：外尾，301 頁；青木、金子，54 頁；西谷，46-47 頁；片岡、村中，38、268 頁)與間接適用說(如：石井，74 頁；石川，15 頁；菅野，21 頁；土田，327-328 頁)，但均認為該條規定得適用於雇主與勞工的勞動關係中。

<sup>9</sup> 雇主的團結承認義務，包括了：①雇主對於工會的組成或運作負有不加以介入或妨害之不作為義務；②雇主即使因工會的活動(工會活動或爭議行為)而受有損害，在一定的範圍內負有忍受的義務；③雇主對工會必須提供一定範圍內之便宜；④團體協商義務；⑤於一企業內有複數工會併存時，雇主負有中立保持義務。關於雇主的團結承認義務，詳參：西谷，53-54 頁。雖然由日本憲法保障勞工團結權引出雇主的團結保障義務，可能會和本章第三項之「不當勞動行為制度之目的與性質」中的「團結權保障說」產生直接的連結，但本文以為其他的二說亦和雇主的團結承認義務有關連結。因「秩序維持說」認為不當勞動行為制度之目的乃實現在保障「團結權」所形成的「公正勞資關係秩序」，而「團契重視說」所注意的「團體協商」亦為「團結承認義務」之內容。故不論採取何說，不當勞動行為制度之前提均係承認雇主的「團結承認義務」。

<sup>10</sup> 西谷，140 頁。

然而，於雇主違反團結承認義務時，雖然個別勞工或工會得向一般法院請求救濟，但由於訴訟曠日費時且所費不貲，對於具有急迫性及時效性的勞動紛爭解決乃有所不妥。從而，為了避免以上的問題產生，乃於勞動組合法第二十七條以下另外創設了有別於一般訴訟程序的勞動委員會制度，以迅速、簡捷地解決不當勞動行為爭議為目的<sup>11</sup>。而如此司法救濟與行政救濟併存的雙軌制救濟制度，可以說是日本不當勞動行為制度最大的特徵<sup>12</sup>。

## 第二款 不當勞動行為之類型與相互關係

### 一、不當勞動行為之類型

#### (一) 日本勞動組合法第七條之規定

日本勞動組合法第七條規定：「雇主不得為以下諸款所揭之行為。一、因勞工身為工會之會員、欲加入工會或組成工會、進行工會之正當行為之故，解雇此勞工或為其他不利益待遇；或是以勞工退出工會或不加入工會作為僱用條件。但在工會代表特定事業場中過半數之被僱用的勞工時，則不妨礙締結以這些勞工身為此工會的會員為僱用條件的勞動協約。二、雇主無正當理由拒絕與勞工之代表進行團體協商。三、支配或介入勞工組成或運作工會，或就工會營運上經費之支付為經營管理上的援助。但並不妨害雇主允許勞工在工作時間中不損失時間或工資與雇主進行協議或交涉。又，將雇主實際上用於厚生基金或為了防止經濟上之不幸、意外、或者救濟支出之福利或其他基金之捐贈，及最小限度面積之工會事務所的提供加以除外。四、以勞工對於勞動委員會申訴雇主違反本條之規定，或向中央勞動委員會為對於以第二十七條之十二第一項、第四項規定為據所為的命令申請再審查，或在勞動委員會進行涉及到這些申訴時的調查、審問、勸諭當事人和解、或以勞動關係調整法（昭和二十一年法律第二十五號）為據進行勞動爭議的調整之際，以勞工提示證據或發言為理由，解僱此勞工或為其他不利益待遇。」<sup>13</sup>

<sup>11</sup> 青木、金子，215-217 頁；盛，207-208 頁；土田，410 頁。

<sup>12</sup> 大內，806-807 頁。

<sup>13</sup> 日本勞動組合法第七條之原文為：「使用者は、次の各号に掲げる行為をしてはならない。

一 労働者が労働組合の組合員であること、労働組合に加入し、若しくはこれを結成しようとしたこと若しくは労働組合の正当な行為をしたことの故をもって、その労働者を解雇し、その他これに対して不利益な取扱をすること又は労働者が労働組合に加入せず、若しくは労働組合から脱退することを僱用条件とすること。但し、労働組合が特定の工場事業場に僱用される労働者の過半数を代表する場合において、その労働者が

該條第一款規定了以工會活動為理由的不利益待遇及黃犬契約；第二款規定了雇主無正當理由拒絕團體協商；第三款則規定了雇主濫用其人事權或設施管理權而支配介入工會的組成或營運，將之置於自己的影響力之下，以及給予工會利益之經費援助；最後於第四款規定了以勞工向勞動委員會申訴雇主違反本條或其在勞動委員會的言行作為理由的報復性不利益待遇。

從條文的規定來看，不當勞動行為的類型有：①不利益待遇（第一款）、②黃犬契約（第一款）、③拒絕團體協商（第二款）、④支配介入（第三款）⑤經費援助（第三款）及⑥報復性不利益待遇（第四款）等類型。但黃犬契約相對於不利益待遇，及經費援助相對於支配介入，均為其附屬類型；而勞工於勞動委員會中的言行可能無法被第一款及第三款所涵攝，故若沒有禁止報復性不利益待遇，則影響了勞動委員會的判斷，不當勞動行為制度的目的也無法獲得實現<sup>14</sup>，從而報復性不利益待遇是在立法技術上所附加的特別類型<sup>15</sup>。故基本上一般認為不當勞動行為的類型有不利益待遇、拒絕團體協商及支配介入三種類型<sup>16</sup>。

その労働組合の組合員であることを雇用条件とする労働協約を締結することを妨げるものではない。

- 二 使用者が雇用する労働者の代表者と団体交渉をすることを正当な理由がなく拒むこと。
- 三 労働者が労働組合を結成し、若しくは運営することを支配し、若しくはこれに介入すること、又は労働組合の運営のための経費の支払につき経理上の援助を与えること。但し、労働者が労働時間中に時間又は賃金を失うことなく使用者と協議し、又は交渉することを使用者が許すことを妨げるものではなく、且つ、厚生資金又は経済上の不幸若しくは災厄を防止し、若しくは救済するための支出に実際に用いられる福利その他の基金に対する使用者の寄附及び最小限の広さ事務所の供与を除くものとする。
- 四 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第四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をすること。」

<sup>14</sup> 盛，235 頁。

<sup>15</sup> 雖有學說（例如：水町，335 頁；土田，410 頁）認為報復性不利益待遇乃為不利益待遇的附屬類型，但本文以為報復性不利益待遇係所有不當勞動行為類型的附加類型，因雇主並不僅僅可能因為勞工向勞動委員會為不利益待遇的申訴始對之為報復性不利益待遇，尚可能因申訴其他二款之情事而遭到報復性不利益待遇，但由於報復性不利益待遇與不利益待遇的要件具有高度類似性，故其「原因」不同，故本文亦兼而論之。

<sup>16</sup> 下井，241 頁；大內，811 頁；水町，335-336 頁；菅野，622 頁；土田，410 頁。

## (二) 學說見解

在學說上<sup>17</sup>，又有從法益保護的觀點將勞動組合法第七條之規定區分為以個別勞工為對象之不當勞動行為（不利益待遇）與以工會為直接對象之不當勞動行為（拒絕團體協商及支配介入）。不過，即使是直接以勞工為對象，其目的仍在透過對於個別勞工的個個擊破而阻礙工會活動的健全發展，故在此意義之下，此亦為對於工會的不當勞動行為，而應注意二者間相互的關聯<sup>18</sup>。此外，也有學說認為此分類僅是為了說明的方便，並沒有理論上的根據。其理由在於雖然從法條上看起來不利益待遇好像是以個人為對象，但不利益待遇也會對於工會整體的團結活動產生不利之影響，因而在此所保護者並非個人的利益，而係透過對於個人的救濟而保護工會的團結，而採取上說有將團結權理解為個人權利，而將不利益待遇解釋為救濟個人權利之制度的危險性<sup>19</sup>。再者，亦有學者指出於雇主壓迫、妨害工會活動時，會按具體的勞資關係狀況，選擇最有「效果」的不當勞動行為態樣，但無論如何，侵害的法益都是團結權，似乎無需區分為個人的團結權與團體的團結權<sup>20</sup>。綜上所述，此種分類法僅係為了說明方便，且對於第七條各款的解釋沒有什麼影響<sup>21</sup>，但卻有以上的問題點，從而現今已無學說加以採用。

除此之外，有學說跳脫了法條的窠臼，將不當勞動行為理解為「集體勞資關係的違反行為」，而以確保、回復「正常的集體勞資關係」為目的<sup>22</sup>，將此「集體勞資關係的規則」具體化，將不當勞動行為的類型分為違反以下保護規則的行為<sup>23</sup>：

- (1) 總則性規則：所謂的集體勞資關係係指透過工會適當地反應個別勞工的意圖決定勞動條件之關係。從而，基本的規則乃於保障勞工選擇、從屬於工會及進行工會活動之自由，同時也必須使雇主承認工會為決定勞動條件的相對人，具體的規則有：①保護勞工身為工會會員的規則、②工會自主運作的規則、③自由選擇工會的規則、④協商對話的規則。
- (2) 對應工會活動階段之規則：根據上述的總則性規則，按工會活動的各階段，設定了以下更具體化的規則，即：⑤保護組成、加入工會行為的規則、⑥保護日常工會活動的規則、⑦忍受工會施壓行為的

<sup>17</sup> 石井，456頁；青木、金子，219頁。

<sup>18</sup> 石井，456頁以下。

<sup>19</sup> 本多等，23頁（本多淳亮執筆）；本多，71頁。

<sup>20</sup> 萬井、西谷編，200頁（萬井隆令執筆）。

<sup>21</sup> 東大，322頁。

<sup>22</sup> 關於不當勞動行為制度的目的，詳見後述第二章第一節第三項。

<sup>23</sup> 道幸，『基本構造』，227-236頁；道幸，『成立要件』，13-15頁。

規則、⑧回應團體協商（團交應諾）的規則、⑨遵守慣行、協定的規則、⑩公正處理紛爭的規則。

雖然有學說為了說明之方便而歸納出上述的分類方式，但不論採取何種方式，均不會影響不當勞動行為乃雇主侵害團結權之事實，不論是侵害勞工之團結權或工會之團結權，從而多數學說仍然依勞動組合法第七條之規定而採取三分法來說明不當勞動行為之內容。

## 二、勞動組合法第七條各款之相互關係

勞動組合法第七條中各款的相互關係為何？是各自均為獨立的類型或是有概括條款的存在？因為日本的不當勞動行為禁止規定與美國不同，並未設置對於所有妨害勞工團結權行使之干涉、妨害、強制加以禁止的概括條款，故若將勞動組合法第七條第一款到第三款的不當勞動行為禁止規定都嚴格地加以解釋的話，則有可能產生不該當上述規定任何一款之反工會行為之虞<sup>24</sup>。為了克服此問題，在學說上有以下之見解。

### （一）概括規定說

有採取**概括規定說**者認為雖然勞動組合法第七條中並沒有美國不當勞動行為規定（華格納法第八條（1）、塔虎脫哈特雷法第八條（a）（1））之禁止雇主對於勞工的團結權、團體協商權「干涉、妨害、強制」的概括條款，但並沒有強調二者不同的實質理由<sup>25</sup>。從而，應將第七條第三款的支配介入擴張解釋，使其涵蓋無法被其他各款所禁止之行為，將之理解為概括性的規定<sup>26</sup>。又有採此說者將不當勞動行為定位為侵害工會活動自由的行為，認為所有違反勞動組合法第七條第一款、第二款、第四款的行為，均亦違反了第七條第三款的規定<sup>27</sup>。

### （二）列舉規定說

通說就勞動組合法第七條各款間的關係採取**列舉規定說**，認為雖然勞動組合法第七條第三款的表現方式與其他各款相較，明顯較為抽象、彈性

<sup>24</sup> 中山等，158頁（岸井貞男執筆）。

<sup>25</sup> 石川吉右衛門，「労働組合法第七条第一号と同三号との関係」，載於：『労働法と経済法の理論－菊池勇夫教授六十年祝賀記念論文集』（有斐閣，1960年11月），685頁。

<sup>26</sup> 荒木誠之，「支配介入」，載於：『講座第2卷』，292頁。

<sup>27</sup> 道幸，『ルール』，66頁；道幸，『成立要件』，27頁。

及概括性，但並沒有必須將之解釋為概括規定的理由，因為在美國憲法中並沒有保障團結權之條款，故有必要在不當勞動行為規定中設置了概括條款使應被保障之團結權範圍明確化。不過，既然日本國憲法第二十八條已保障團結權，只要承認憲法第二十八條與勞動組合法第七條之間具有直接關連性，就沒有列出概括條款的必要性，以憲法第二十八條作為不當勞動行為整體的概括性判斷標準即為已足<sup>28</sup>。

### （三）檢討

關於勞動組合法第七條第三款是否為概括條款之問題，雖有上述概括規定說與列舉規定說之爭，且以列舉規定說為通說，但另有學說指出因為列舉規定說也不否認某一行為可能同時該當二種不當勞動行為類型，例如以進行工會活動為理由，將該勞工調職，若該勞工不就此進行爭訟，工會仍得就此依勞動組合法第七條第三款之支配介入請求救濟，則爭論該款是否為概括規定的實益並不大<sup>29</sup>。

## 第二項 不當勞動行為制度之沿革<sup>30</sup>

日本現行的不當勞動行為制度係自 1949（昭和 24）年以美國 1935 年的華格納法為模範而導入，其間雖然經過了少許的修正，但仍沿用其基本架構至今。不過，其實在此之前，日本即已發展出保護工會之規定，並且未必是受到美國的影響，以下乃按日本不當勞動行為制度之發展，分為：①第二次世界大戰前勞動組合法草案時期、②1945（昭和 20）年舊勞動組合法、③1949（昭和 24）年勞動組合法改正與④2004（平成 16）年勞動組合法改正而加以說明。

<sup>28</sup> 本多編，24-25 頁（本多淳亮執筆）；外尾，200 頁；本多，72 頁；中山等，159 頁（岸井貞男執筆）；青木、金子，220 頁。

<sup>29</sup> 山口，83 頁；西谷，146-147 頁。

<sup>30</sup> 關於日本不當勞動行為制度詳細的發展與沿革，請參照：菊谷達彌，「不當労働行為制度の意義」，載於：『季刊労働法別冊第四冊－労働組合法』（総合労働研究所，1979 年 6 月），72-74 頁；東大，310-314 頁；外尾健一，「わが国における不当労働行為制度の歴史的沿革」，載於：外尾健一編，『不当労働行為の法理』（有斐閣，1985 年 10 月），1-39 頁；道幸，『行政救済法理』，11-27 頁。

## 第一款 第二次世界大戰前勞動組合法草案時期

日本不當勞動行為制度的萌芽期可以追溯到 1918（大正 7）年。因第一次世界大戰期間景氣的高漲，造成生產設備的膨脹、勞工階層的急速增加與物價的上漲，但隨著戰爭的結束，此影響直接衝擊勞工；另一方面加上俄國革命所引起的革命思潮，造成了社會的不安，使勞工運動急速的發展，故政府於內務省設置了救濟事業調查會，而向其諮詢如何謀求「資本與勞動之調和」。次年受到凡爾賽和約及在華盛頓召開的第一次國際勞動會議之影響，內閣於 1919（大正 8）年 2 月設置了臨時產業調查會著手起草勞動組合法草案，嗣後農商務省及內務省提出了勞動組合法草案供調查會參考<sup>31</sup>。但因農商務省掌管民間企業的勞動問題，可以直接反映雇方的意見，所以其提出的草案，完全沒有保護工會及其會員的規定，故被譏為「工會取締法草案」<sup>32</sup>。

而內務省本來是從治安維持的立場掌管勞動爭議的處理，但因救濟事業調查會的政策決定及 ILO 設立後日本被選為常任理事國，故乃以承認工會作為前提而致力於勞動組合法的制定。其於 1920（大正 9）年所提出的草案第九條規定：「雇主或其所僱用之人不得以勞工身為工會會員之故而將其解僱或以不加入工會、退出工會作為僱用條件。」第十七條規定：「違反第九條者處以五百元以下之罰鍰。」該草案雖然尚稱不上完備，但已具有禁止「不利益待遇」之雛形。此後勞動組合法的制定乃為政府及議會的立法課題<sup>33</sup>，甚至影響到我國 1930 年所制定之工會法中的「工會保護」規定<sup>34</sup>。

嗣後，內務省於 1922（大正 11）年設立了獨立的社會局作為勞動主管機構，該局於 1925（大正 14）年亦提出勞動組合法草案，草案中有關工會保護之規定雖然與前述的內務省草案表現方式有所不同，但其內容同樣禁止不利益待遇與黃犬契約，罰則亦相同。此草案提交到內閣所設立的行政調查會，引起了激烈的論爭，行政調查會作成決議表示「雇主或其代理

<sup>31</sup> 菊谷達彌，「不當勞動行為制度の意義」，載於：『季刊労働法別冊第四冊—労働組合法』（総合労働研究所，1979年6月），72頁；東大，10-11頁。

<sup>32</sup> 初井，48頁；外尾健一，「わが国における不当労働行為制度の歴史的沿革」，載於：外尾健一編，『不当労働行為の法理』（有斐閣，1985年10月），3-4頁。

<sup>33</sup> 外尾健一，「わが国における不当労働行為制度の歴史的沿革」，載於：外尾健一編，『不当労働行為の法理』（有斐閣，1985年10月），4頁；道幸，『行政救済法理』，12頁。

<sup>34</sup> 雖然本草案最後未完成立法，但卻影響一海之隔的中國，國民政府於 1929 年所制定通過的工會法第三十一條、三十二條與本草案第九條僅文字略有不同，其法律效果亦同樣採取科罰主義之處以罰鍰的方式。因我國工會法之起草者之一—史尚寬先生曾於留學日本並獲得東京帝大法學士學位後，於 1922 年始轉向歐洲留學，史氏於留學日本期間正值日本政府積極提出勞動組合法草案之際，故本文推測我國工會法的工會保護規定與 1920 年日本內務省所提之勞動組合法草案有高度的關連性。



人對於勞工因其身為工會會員之故而為之解僱意思表示乃無效」、「雇主或其代理人對於勞工以其不加入工會或退出工會為僱傭條件的契約，與前項相同」、「對於上述規定之違反，不設罰則」。從而，內務省社會局乃按此意見又提出草案，此種規制方式於討論現行勞動組合法上構成不當勞動行為之解僱的私法上效力時，供作參考<sup>35</sup>。

這些於戰前所提出的各種草案，最後均因在長期不景氣中雇方強力的反對及未於議會中審議完成而無法完成立法。不過這些草案的構想乃在戰後（1945年12月）制定的舊勞動組合法中獲得實現<sup>36</sup>。

而此階段的特徵乃當時的勞資關係並不成熟，對於勞動法的思考也不充分，就限制以身為工會會員為理由之解僱也未展開詳細的討論。例如：（1）當時並未討論到公法上規制<sup>37</sup>與民事無效的優缺點及民事無效的具體意義與評價。（2）立法化的直接契機乃外加的壓力，亦即日本被選為ILO的常任委員而必須承認工會的存在。（3）政府草案的內容因為規制工會的色彩濃厚，工會未必熱衷於立法化，工會內部的意見也不一致，關心的重點乃在於政府治安政策中爭議限制的廢除<sup>38</sup>。

## 第二款 1945（昭和20）年舊勞動組合法

於1945（昭和20）年12月制定的舊勞動組合法以「不利益待遇之禁止」為題，於第十一條規定：「雇主不得因勞工身為工會會員之故，而為解僱或其他不利益待遇。雇主不得以勞工不加入工會或退出工會為僱用條件。」違反第十一條時則依第三十三條規定得處以六個月以下的徒刑或五百元以下之罰金，但本罪需待勞動委員會之請求，此種制度被稱為科罰主義（亦有稱為「直罰主義」者）之不當勞動行為制度<sup>39</sup>。亦即採取由勞動委員會就事實進行充分的調查後，有向檢察署提起公訴之請求的裁量權，經由檢察署提起公訴，再由法院進行裁判的架構<sup>40</sup>。此種救濟架構與戰前勞動組合法草案中的「不利益待遇之禁止」直接和司法權的發動相關連不同。舊勞動組合法乃以勞動委員會作為中間單位，謀求勞資雙方的自主解

<sup>35</sup> 東大，311頁。

<sup>36</sup> 西谷，26-27頁；菅野，6頁。

<sup>37</sup> 除了上述政府草案中的行政處罰外，有許多的勞動團體要求將罰則加強，例如1925（大正14）年的日本勞動總同盟臨時全國大會要求將罰則改為「三個月以上三年以下的徒刑」，詳參：粕井，50頁。

<sup>38</sup> 道幸，『行政救濟法理』，14-15頁。

<sup>39</sup> 外尾，194頁；近藤，105頁；荒木尚志，「新労働法講義第22回—第16章団体行動（2）、第17章不当労働行為（1）」，法学教室328号（2008年1月），60頁；菅野，619頁。

<sup>40</sup> 外尾，195頁；東大，311頁；近藤，105頁。

決或以行政、社會的運作加以解決，故在此制度之下，不當勞動行為制度運作的中心可以說是勞動委員會<sup>41</sup>。

嗣後，於 1946（昭 21）年制定勞動關係調整法（相當於我國之「勞資爭議處理法」）之際，將勞動組合法第十一條修正為：「雇主不得以勞工身為工會之會員、欲組成或加入工會、進行工會的正当活動之故，解僱該勞工或為其他不利益待遇」，而和現行制度相差無幾。而勞動關係調整法第四十條則規定：「於按本法進行勞動爭議之調整時，雇主不得以勞工進行發言或勞工進行爭議行為為理由，將其解僱或為其他不利益待遇。但得勞動委員會同意者，不在此限。」但本條於 1949（昭和 24）年的修正中，刪除了「或勞工進行爭議行為」之文字及但書之規定。

然而，舊勞動組合法在此種科罰主義的架構之下，可能產生若干的問題。首先，受到罪刑法定原則的要求，只可以禁止典型的不當勞動行為，認定的範圍不得不變得較為狹隘，不當勞動行為的證明與認定都必須非常慎重與嚴格，勞動委員會勢必要消極地加以判定，而無法對應多變的勞資關係，對於勞工的救濟不夠充分。而在實際的運作中，此時期地方勞動委員會所處理的案件雖然總共有 1017 件，但因勞動委員會乃以刑事責任的追究作為後盾而謀求勞資關係的正常化，故以和解解決者不少，約占了總案件數的三分之二；而在另外的三分之一中，地方勞動委員會請求處罰的有 69 件，而這 69 件中被起訴的只有 37 件，最後有罪的只有 16 件<sup>42</sup>。其次，雖然說處罰了違反差別待遇禁止規定的雇主，但被解僱的勞工並不能當然回復原職並請求此期間中的工資。對於期待回到職場的勞工來說，除非在勞動委員會中成立和解，否則必須另外提起民事訴訟，對於沒有資力的勞工而言，是沈重的負擔<sup>43</sup>。

### 第三款 1949（昭和 24）年勞動組合法修正

舊勞動組合法除了採取了科罰主義而有以上的缺陷外，其所規定的不當勞動行為態樣亦僅限於不利益待遇，且刑法的規制無法給「被害人」直接的救濟<sup>44</sup>，故當時對於日本國政有強大影響力駐日盟軍總司令部（GHQ）

<sup>41</sup> 外尾，195 頁。

<sup>42</sup> 外尾，196 頁；東大，312 頁；道幸，『行政救濟法理』，19 頁；荒木尚志，「新勞働法講義第 22 回—第 16 章団体行動(2)、第 17 章不当労働行為(1)」，法学教室 328 号(2008 年 1 月)，60 頁。

<sup>43</sup> 外尾，195 頁；東大，313 頁；本多，70 頁；道幸，『行政救濟法理』，20 頁；荒木尚志，「新勞働法講義第 22 回—第 16 章団体行動(2)、第 17 章不当労働行為(1)」，法学教室 328 号(2008 年 1 月)，60 頁。

<sup>44</sup> 道幸，『行政救濟法理』，24 頁；道幸，『基本構造』，190 頁。

企圖以美國華格納法中的不公正勞動行為 (unfair labor practices) 為藍本修正舊勞動組合法的規定。從而在 1949 (昭 24) 年的修正中，將禁止規定 (第七條) 的標題從「不利益待遇之禁止」改為「不當勞動行為」，除了本來的不利益待遇 (第一款) 外，新增了拒絕團體協商 (第二款) 及支配介入、經費援助 (第三款)。除此之外，就違反禁止規定時救濟的架構，也廢除了科罰主義而代之以由勞動委員會對於救濟之申請進行調查與審問而發出救濟或駁回命令之準司法性行政救濟程序，而於雇主不遵從此救濟命令時，始課以罰鍰或刑罰之制裁。此種救濟方式被稱為原狀回復主義之救濟制度<sup>45</sup>。此種救濟制度可以說為了實現在司法裁判中無法實現的簡易、迅速、低廉及彈性的解決而被導入<sup>46</sup>。

嗣後，於 1952 (昭 27) 年新增了勞動組合法第七條第四款，附加了以對於勞動委員會之申請及在勞動委員會的言行為理由之不利益待遇的禁止，本款乃由原勞動關係調整法第四十條之規定而來。對於違反勞動關係調整法第四十條之規定時，第四十一條原訂有罰責，但於 1952 (昭 27) 年修正勞動組合法為了配合 1949 (昭和 24) 年勞動組合法改正時所採取的原狀回復主義，乃將原勞動關係調整法第四十條之規定移為勞動組合法第七條第四款，並刪除原勞動關係調整法第四十一條所規定之罰則。日本不當勞動行為制度的基本架構至此終告完成。

然而，有學者對於此種原狀回復主義的救濟方式有所批判。首先是此種救濟方式並沒有預防的效果，因為進行救濟的結果，即使勞動委員會發生救濟命令，也只能回復到如同未出現不當勞動行為的狀態，對於反復進行不當勞動行為而無動於衷的惡質雇主，並沒有防止的機制，從而在立法論上建議可以設置對於這種雇主可以同時處以罰金的制度<sup>47</sup>。其次是不當勞動行為事件最後解決的方式中，所謂的斡旋性和解所占的比例極高<sup>48</sup>，雖然說以和解處理對於將來的勞資關係來說未必是不好的，但如果即使明

<sup>45</sup> 外尾，196-197 頁；近藤，105 頁；西谷，141 頁。然而，有學說認為不當勞動行為行政救濟的特徵之一，雖然說是不當勞動行為的導正，但嚴格來說，未發生不當勞動行為之狀態 (原狀) 的回復是不可能的，且就導正的內容來看，僅止於原狀回復也是不適當的 (例如無法以「原狀回復」說明將來之不作爲命令)，從而迴避了「原狀回復」的用語，詳見：石川，380 頁；菅野，622 頁。

<sup>46</sup> 村中孝史，「不當勞動行為制度之課題と労組法改正の意義」，ジュリスト 1284 期 (2005 年 2 月)，64 頁。

<sup>47</sup> 本多淳亮，「日本法上の不当労働行為制度」，載於：『新講座第 6 卷』，37-38 頁；石井，455 頁；外尾，197 頁。

<sup>48</sup> 例如從 1952 (昭和 27) 年 8 月到 1955 (昭和 30) 年在地方勞動委員會中以和解而解決的事件有 812 件中，雖然取消了解僱但改以自願辭職或承認解僱者達到 402 件，詳見：外尾，197-198 頁；而到了最近，在勞動委員會中以和解解決者，大約占了將了將近所有案件的七成，詳見：松永久，「労働組合法改正の経緯と概要」，ジュリスト 1284 期 (2005 年 2 月)，58 頁；關於在不當勞動行為救濟事件中和解的實際運作狀況，詳請見：原田賢司，「和解」，載於：『現代講座第 14 卷』，228-246 頁。

確的構成不當勞動行為，但卻承認雇主得給付勞工金錢或額外的退職金而將之解僱的話，可能會減低僱主的不當勞動行為意識，使不當勞動行為制度的宗旨蕩然無存，亦即採取原狀回復主義會產生雇主以金錢與和勞工生存權有直接關係之團結權互易的現象<sup>49</sup>。

#### 第四款 2004（平成16）年勞動組合法修正

如上所述，日本不當勞動行為制度之基本架構固然已於1952年增訂了勞動組合法第七條第四款後而被加以確立，然而對於制度的運作並非毫無問題<sup>50</sup>，例如：勞動委員會審查期間的長期化、當事人對審查結果不滿、許多命令被行政訴訟撤銷<sup>51</sup>、申請救濟的案例大幅地減少以及社會對其信賴度的低落<sup>52</sup>等。而審查期間長期化的主要原因除了事件的複雜化以外，在審查程序中採取了和解中心主義、委員為兼任制以及事務局職員的輪調人事而不利其專門性等，從而厚生勞動省乃展開對於制度的檢討，並於2004（平16）年進行勞動組合法的修正<sup>53</sup>。

而本次修正的目的乃實現迅速、適當的不當勞動行為制度為目的，其要點主要有<sup>54</sup>：

<sup>49</sup> 本多淳亮，「日本法上の不当労働行為制度」，載於：『新講座第6卷』，37頁；外尾，198頁。

<sup>50</sup> 西谷，141頁；小西、渡辺、中嶋，486頁；菅野，690頁；菅野和夫、藤田耕三，「(対談)改正労働組合法の成果と課題」，ジュリスト1335号(2008年4月)，55-61頁。

<sup>51</sup> 例如據統計1999（平成11）年到2003（平成15）年平均地方勞動委員會審查的期間為791日，中央勞動委員會更是長達1457日，相對於在地方法院勞動關係訴訟中的平均繫屬期間為390日，的確過於冗長，而與勞動委員會存在目的之「迅速」解決不當勞動行為紛爭相違；而同期間對於初審命令的不服率為76.5%，對於再審查命令的不服率為60.9%；至於初審命令的取消率為49.3%，再審查命令的取消率為28.6%。關於詳細的統計資料，請見：松永久，「労働組合法改正の経緯と概要」，ジュリスト1284号(2005年2月)，58頁。

<sup>52</sup> 因為救濟命令被法院的取消率過高，從而對於其主張不被勞動委員會所承認之當事人乃有向法院提起取消訴訟的誘因，然而除了地方勞動委員會與中央勞動委員會外，再加上法院的三審制，等於事實上的五審制，此種制度的設計與迅速解決不當勞動行為爭議事件的目的顯然是矛盾的。詳見：村中孝史，「不当労働行為制度の課題と労組法改正の意義」，ジュリスト1284号(2005年2月)，64頁。

<sup>53</sup> 山川隆一，「探究労働法の現代的課題（第1回）－改正労働組合法における論点と今後の課題－労働法学の立場から」，ジュリスト1296号(2005年9月)，85-86頁；菅野，690頁。

<sup>54</sup> 關於2004年勞動組合法修正之詳細內容，可參見：松永久，「労働組合法改正の経緯と概要」，ジュリスト1284号(2005年2月)，60-62頁；村中孝史，「不当労働行為制度の課題と労組法改正の意義」，ジュリスト1284号(2005年2月)，66-69頁；山川隆一，「探究労働法の現代的課題（第1回）－改正労働組合法における論点と今後の課題－労働法学の立場から」，ジュリスト1296号(2005年9月)，86-89頁；小西、渡辺、中嶋，486-488頁；菅野和夫、藤田耕三，「(対談)改正労働組合法の成果と課題」，ジュリスト1335号(2008年4月)，61-71頁；渡辺章，「不当労働行為審査制度と労組法の改正」，ジュリスト1335号(2008年4月)，78-82頁。

- 1、審查計畫書的作成（第二十七條之六）：勞動委員會於審問開始前，必須聽取當事人雙方的意見，作為審查計畫書，其中必須明定：①爭點與證據、②審問的期間、審問的回數、證人數、③預定交付命令的日期。
- 2、迅速且適當的事實認定：勞動委員會為了調查證據，得依當事人之申請或職權發出證人的出證命令及證物提出命令（第二十七條之七）；勞動委員會於證人陳述之時，必須使之宣誓，於為其虛偽陳述時，得處以三個月以上十年以下的有期徒刑（第二十八條之二）；除此之外，對於新證據的提出設有限制，即對於勞動委員會命令提出但卻不提出的物品，嗣後在撤銷訴訟中不得提出（第二十七條之二十一）。
- 3、勞動委員會審查體制的整備：在中央勞動委員會中以五人之公益委員所組的合議體進行審查（第二十四條之二），且中央勞動委員會得要求都道府縣勞動委員會進行報告，並得對之為勸告或建議，又得對於其事務局職員進行培訓或其他援助（第二十七條之二十二）。而就都道府縣勞動委員會則按照地區的實際狀況增加其委員之人數、配置專任的公益委員、以五人或七人之公益委員所構成的合議體進行審查（第十九條之十二第二項但書、第六項、第二十四條之二第四項但書）。
- 4、和解的促進（第二十七條之十四）：雖然在勞動委員會的實務上很多的事件都以和解解決，但勞動組合法就不當勞動行為事件只有規定救濟命令，並沒有對和解有所規定，從而勞動組合法改正乃就和解的程序及法律效果有所規定。具體來說，在審查中得勸告當事人和解；而和解成立後於當事人雙方申請時，勞動委員會如果認為適當時，得終止審查，若已發出命令，則命令失效；和解如以金錢給付為內容時，經當事人之申請得作成和解記錄，並得視為債務名義而具有執行力。

自 2005 年 1 月 1 日開始至今，勞動組合法修正業已經過三年有餘，若與修正前五年（2000 年～2004 年）的情況相比較，可以發現中央勞動委員會的審查已有如下之變化<sup>55</sup>：①修正後三年內再審查事件的新申請案件數，雖然較修正前五年有相當數目的成長（從一年平均 68 件增加為 81 件），但修正案施行時繫屬中的案件數，從 281 件在三年內縮減為 254 件<sup>56</sup>；②中央勞動委員會將經再審查經過一年半後未解決的案件標示為「長期滯留事件」，此類案件乃從修正時的 205 件大幅縮減為 93 件；③以命令、決

<sup>55</sup> 數據來源：渡辺章，「不当労働行為審査制度と労組法の改正」，ジュリスト 1335 号（2008 年 4 月），82-83 頁。

<sup>56</sup> 關於地方勞動委員會與中央勞動委員會於 2003-2007 年之係屬案件數與解決案件數，得參見中央勞動委員會網頁：<http://www.mhlw.go.jp/churoi/shinsa/futou/futou03.html>（參訪日期：2008 年 6 月 22 日）。

定及和解、撤銷而解決的「終結件數」，乃從修正前五年的一年平均 66 件，大增為 122 件；命令、決定的件數從一年平均 26 件增加至 64 件，而和解、撤銷的件數則增加了 1.4 倍；④對於再審查命令的「撤銷率」乃從平均 25 %減為 18 %；⑤然而於再審查中命令、決定的「平均處理日數」雖然從 1165 日增加為 1408 日，但此乃因為處理施行前的「長期滯留事件」耗費大量精力的過渡現象，若僅就 2007 年而言，則減為 923 日，可以預見今後應得更為縮減。

### 第三項 不當勞動行為制度之目的與性質

#### 第一款 不當勞動行為制度之目的

如前所述，所謂的不當勞動行為，係指雇主所為之涉及工會組成或活動之不公平或不當的行為，亦即為雇主侵害勞工團結權之行為。然而日本國憲法第二十八條規定：「勤勞者之團結權、團體協商與其他團體行動的權利，應予保障。」業已保障勞工的團結權，但為何勞動組合法第七條還要特別規定禁止不當勞動行為？勞動組合法第七條與憲法第二十八條的關係為何？因就不當勞動行為制度的目的或立法宗旨如何加以理解，對於關於不當勞動行為各種問題的解決及制度的運作有顯著的影響。關於此點，學說眾說紛云，主要有：團結權保護說、秩序維持說與團交重視說等三說。

#### 一、團結權保護說<sup>57</sup>

學者沼田稻次郎教授認為勞動組合法第七條所示之行為不外乎是將向來世界各國資本家無所不用其極的對工會戰術加以類型化。此種威脅勞工生存權的行為即使從權利或自由的行使等市民法原理加以承認，但還是違反了社會正義或公共利益。雖然日本於戰前極為忽略此社會正義或公共的福祉，但在戰後規範意識激烈的轉換，舊有的法益觀念也跟著改變，從而

<sup>57</sup> 此說乃日本學界之多數說，採此說者有：舩井，71 頁；本多等，18 頁（本多淳亮執筆）；橫井芳弘，「團結權の保障と不当労働行為」載於：片岡昇、橫井芳弘編，『演習労働法』（青林書院，1972 年 3 月），150-151 頁；沼田稻次郎，『労働法要説（改訂版）』（法律文化社，1972 年 10 月），73-74 頁；外尾，193 頁；中山和久，『不当労働行為論』（一粒社，1981 年 10 月），67-68 頁；青木、金子，216 頁；盛，209-211 頁；近藤，110-111 頁；西谷，143 頁；片岡、村中，268-269 頁。

舊勞動組合法與憲法乃確定團結權的存在。在此一背景之下，於以團結權之保障作為基本理念的現行日本勞動法秩序之中，雇主威脅勞工自主組織與活動的行為，應被解為權利（所有權或經營權）或自由的濫用，對於如此的行為，勞工得向雇主請求賠償其因侵權行為所受的損害；但如此濫用資本所有權的行為並沒有全部被勞動組合法第七條所涵蓋，故除了民事救濟以外，對於這些不當勞動行為設計了行政救濟之方法（勞動組合法第二十七條），而將如此對於勞工自主組織有不良影響的行為在實際上加以排除，乃為不當勞動行為制度的真締<sup>58</sup>。

故採本說者將不當勞動行為制度理解為將憲法上的團結權保障具體化<sup>59</sup>，亦即不當勞動行為得評價為不待勞動組合法第七條規定即具有不當性的團結權侵害行為，不當勞動行為制度並非由勞動組合法第七條所創設，只不過是確認憲法第二十八條的規範內容<sup>60</sup>。從而，對於雇主的不當勞動行為，不待勞動組合法上的救濟規定，當然承認得向法院提出民事上的救濟請求。然而，對於無法以司法救濟程序充分保障的團結活動，而提供以作為獨立行政機關的勞動委員會進行救濟之方法<sup>61</sup>，但勞動組合法第二十七條所規定的行政救濟程序則是一種為了促進憲法保障的特別恩惠<sup>62</sup>。

## 二、秩序維持說<sup>63</sup>

本說雖然不否定不當勞動行為制度的目的乃團結權保障的具體化，但認為不只是憲法所規定之團結權的具體保障，而應以規制在職場中的勞資規範違反行為<sup>64</sup>或實現在此之上所確立之公正勞資關係秩序<sup>65</sup>為目的。此種見解乃從和團結權侵害行為不同的觀點來判斷不當勞動行為的成立與否，因為其要件較團結權侵害行為寬鬆，不以權利受到侵害如此之結果發生為要件，所以不當勞動行為制度不只是救濟制度，在實體法上也是超越

<sup>58</sup> 沼田稻次郎，「不當勞働行為と團結權との關係について」，載於：『勞働法經濟法の諸問題—末川先生還曆記念』（有斐閣，1953年11月），82-84頁。

<sup>59</sup> 沼田稻次郎，『勞働法要說（改訂版）』（法律文化社，1972年10月），73頁；青木、金子，216頁。

<sup>60</sup> 本多等，18頁（本多淳亮執筆）。

<sup>61</sup> 片岡、村中，268-269頁。

<sup>62</sup> 本多等，18頁（本多淳亮執筆）；本多淳亮，「團結權保障と不当勞働行為制度」，載於：『争点（新版）』，48頁；片岡、大沼，68頁。

<sup>63</sup> 採此說者有：荒木誠之，「不當勞働行為論」，勞働法第3号（1953年10月），148頁；角田、西谷、菊池，122頁（角田邦重執筆）；中山等，150-151頁（岸井貞男執筆）；久保、浜田，99頁；下井，240頁；山口，75頁；道幸哲也，『行政救濟法理』，58頁以下；土田，411-413頁。

<sup>64</sup> 道幸，『ルール』，18頁；道幸，『行政救濟法理』，58頁。

<sup>65</sup> 久保、浜田，99頁；下井，240頁。

憲法團結權保障的政策性制度<sup>66</sup>。故憲法上的團結權保障不只是對於勞工及團結體本身主觀之權利、自由的保障，應解為超越此主觀保障，而包含了在現實上形成與維持對等勞資關係秩序之客觀制度的保障，亦即應將不當勞動行為制度理解為受憲法制度性保障的制度<sup>67</sup>。

本說之理論根據為勞動組合法第七條所禁止的不當勞動行為類型，也包含了有侵害團結權之虞的行為（第三款之支配介入並不以發生實際的損害為必要）及與團結權的侵害沒有直接關係的行為（第四款的報復性支配介入）。從而，將勞動組合法第七條所禁止的行為都理解為團結權侵害行為是不恰當的，故不當勞動行為制度的宗旨、目的應解為超越了保護團結權，而以團結權的保護作為前提以維持、形成勞資關係秩序<sup>68</sup>。其次，從產生不當勞動行為制度的沿革來看，不當勞動行為制度不只是被侵害權利的救濟行為，因為其目的就是排除侵害行為本身，而無法理解為傳統的違法行為類型（例如侵權行為）。再者，日本的不當勞動行為制度除了行政救濟之外，也承認司法救濟，但因為不能否定勞動組合法第七條的不當勞動行為禁止規定乃特為勞動委員會的行政救濟程序所設，故從如此行政救濟的生成經過來看，相較於侵害私權的觀點，毋寧是應從侵害勞資關係秩序來掌握不當勞動行為。而因為勞動組合法第七條各款規定乃「雇主不得為…」，從而在法構造上，相對於團結權侵害行為（侵權行為），應該理解為違反不當勞動行為避免義務（債務不履行）<sup>69</sup>。

### 三、團交重視說<sup>70</sup>

本說認為憲法第二十八條的宗旨及法律意義乃「國家應負有承認勞資自治原則及使其實現的義務」，而所謂的勞資自治原則係指勞資間的事務應以團體協商加以解決，故憲法第二十八條的核心在於「團體協商」，憲法保障團結權的目的乃在於實現順利的團體協商。故勞動組合法第七條及第二十七條的規定都應解為為實現憲法第二十八條的目的而特別創設的規定<sup>71</sup>。其結果乃認為勞動組合法第七條所保護者乃限於與團體協商有關係之行為，而與促進了勞工在「與雇主的交涉中」立於對等立場之勞動組

<sup>66</sup> 岸井貞男，「不當勞動行為制度之本質」，載於：『現代講座第7卷』，25頁；中山等，149頁（岸井貞男執筆）；久保、浜田，99頁。

<sup>67</sup> 角田、西谷、菊池，122頁（角田邦重執筆）。

<sup>68</sup> 岸井貞男，「不當勞動行為制度之本質」，載於：『現代講座第7卷』，26頁；盛，210頁。

<sup>69</sup> 岸井貞男，「不當勞動行為制度之本質」，載於：『現代講座第7卷』，26頁；中山等，150-151頁（岸井貞男執筆）。

<sup>70</sup> 採此說者有：石川，276頁以下；香川孝三，「差別待遇」，載於：『現代講座第7卷』，216頁；菅野，621頁。因在日本稱團體協商為「團體交涉」，故本說乃被稱為「團交重視說」。

<sup>71</sup> 石川，11-12頁、276頁；菅野，620頁。



合法第一條所規定的勞動組合法目的<sup>72</sup>也相一致。從而，根據勞動組合法第一條的目的規定，即以勞資立於自由對等的立場進行團體協商，以確立維持公正的勞資關係乃不當勞動行為制度的目的<sup>73</sup>。因本說所謂「順利的團體協商」是秩序維持說所謂「公正勞資關係」的主要構成部分之一，從而在此範圍內得承認二說具有共通性<sup>74</sup>。

#### 四、最高裁判所之見解

日本最高裁判所就此問題於**第二鳩タクシー事件**<sup>75</sup>中表示：「蓋勞動組合法第二十七條所規定的勞動委員會救濟命令制度，乃以勞工之團結權及團體行動權的保護為目的，為了確保勞動組合法第七條將雇主侵害這些權利之一定行為規定為不當勞動行為而加以禁止的實效性而設。該法為了確保上述禁止規定的實效性，對於雇主違反上述規定的行為採用了以勞動委員會如此的行政機關為救濟命令的方法，對於雇主因侵害工會活動之行為所生的狀況以上述的命令直接進行糾正，謀求正常集體勞資關係之迅速回復、確保的同時，因為對於雇主多樣化的不當勞動行為預先具體地特定其糾正措置的內容是有困難且不適當地，得解為對於勞資關係委託給有專門知識經驗的勞動委員會，根據其裁量，因應個別的事案決定適當地糾正措置並加得以命令之權限」。

就此判決的意義，在學說上也是人言言殊。例如，有學說認為此判決似乎是就此問題反映了學說的對立而表示了妥協或綜合的立場，亦即最高裁判所將禁止不當勞動行為的勞動組合法第七條與規定勞動委員會行政救濟程序的第二十七條予以區分，就前者明示不當勞動行為乃雇主侵害團結權或團體行動權的行為，而可以推斷至少就不當勞動行為制度的意義，最高裁判所的立場與團結權保護說一致。而另一方面，就勞動組合法第二十七條所規定的行政救濟，認為最高裁判所以直接糾正「因侵害工會活動行為而生的狀態」而「謀求確保正常集體勞資關係秩序的迅速回復、確保」為目的，而承認其獨立性。從此判決的文句來看，可以看出與秩序維持說相近的立場<sup>76</sup>。但也有學說未將此判決的意義理解為就勞動組合法第七條

<sup>72</sup> 勞動組合法第一條第一項規定：「本法乃以促進勞工在與雇主的交涉中立於對等的立場，提昇勞工的地位、保護勞工就其勞動條件的交涉自己選出代表者及為了進行其他的團體行動而自由的組織及團結工會，及推動以締結規制雇主與勞工關係的勞動協約為目的之團體協商及其程序為目的。」

<sup>73</sup> 香川孝三，「差別待遇」，載於：『現代講座第7卷』，216頁。

<sup>74</sup> 中山等，149-150頁（岸井貞男執筆）。

<sup>75</sup> 最大判昭52〔1977〕.2.23，勞判269号14頁。

<sup>76</sup> 山口，51頁；大沼邦博，「労働判例の傾向—到達点とその論理第十回 不当労働行為（I）」，載於：勞判711号（1997年5月），7頁；西谷，142頁之註9。

及第二十七條的目的加以分割，而認為最高裁判所的立場為秩序維持說<sup>77</sup>。

## 第二款 不當勞動行為禁止規定之性質

關於勞動組合法第七條不當勞動行為禁止規定之性質，究竟係僅為以勞動委員會的救濟為前提的公法規範，抑或是亦具有私法上強行規範之性質？再者，在司法救濟之中認為違法、無效的雇主行為與作為行政救濟要件之不當勞動行為的範圍是否相同？此問題乃與上述不當勞動行為救濟之目的相關連。從而，上述的三說亦就此問題有所闡釋。

### 一、團結權保護說之見解

首先，團結權保護說因認為勞動組合法第七條只不過是將憲法第二十八條的內容實定法化，違反勞動組合法第七條的行為乃違反憲法第二十八條所示的「公序」，故勞動組合法第七條乃具有強行法規性之積極意義，違反本條的行為若為法律行為，則當然無效<sup>78</sup>；若為事實行為，則原則上在侵權行為法上應解為違法<sup>79</sup>。從而，勞動組合法第七條是勞動委員會的評價標準，也是法院對於私法上權利義務的評價標準<sup>80</sup>。否則可能在都是國家機關的法院與勞動委員會之間，就同樣的不當勞動行為卻作為不同的判斷或結論，發生國家意思分裂的結果<sup>81</sup>。

然而，採本說之西谷教授認為若將憲法第二十八條解為有直接效力，並由此而生作為私權的團結權、團體協商權與團體行動權，則第七條各款是否有私法上的效力則沒有具體的影響<sup>82</sup>。不過在司法救濟之中，雇主的行為類型不得根據既存權利、義務之架構，而從基本權實效保障的觀點來看，有一定的界限。例如，雇主對於工會的介入如果要構成侵權行為，則必須具備故意或過失以及損害之發生。而就算可以獲得救濟，但民事上的救濟的方式有限，諸如法律行為的無效確認、侵權行為之損害賠償等，並不是只要構成不當勞動行為就當然可以獲得有效之救濟。故勞動組合法第七條同時具有作為私法上強行規定的性質與作為行政救濟要件規定之性

<sup>77</sup> 大內，810頁；萬井、西谷編，29頁（辻秀典執筆）；菅野，621頁。

<sup>78</sup> 榎井，77頁；本多等，18頁（本多淳亮執筆）。

<sup>79</sup> 西谷，144頁。

<sup>80</sup> 盛，211頁；片岡、村中，269頁。

<sup>81</sup> 本多等，18-19頁（本多淳亮執筆）。

<sup>82</sup> 西谷，144頁。

質，而二者的範圍與標準也未必一致<sup>83</sup>。

## 二、秩序維持說之見解

秩序維持說則認為從不當勞動行為制度是為了使憲法第二十八條具有實效性的制度，勞動組合法第七條的法律性質乃涉及立法政策，但對於立法政策理解的不同，而有產生見解對立的可能性，但原則上都不否定本條具有私法上強行法規的性質<sup>84</sup>。例如，有主張日本勞動組合法於 1952（昭和 27）年改正以前，在第二十七條第十一項規定「…不妨害工會或勞工提起訴訟」，明確地就不當勞動行為承認得以勞動組合法第七條為據向法院提起訴訟，雖然因 1952（昭和 27）年改正而刪除該條文，但並非改變原來的立場，而是因得向法院提起訴訟是當然的道理，故刪除本條<sup>85</sup>。另有認為勞動組合法第七條的各種不當勞動行為類型乃對於發源於生存權之團結權的侵害行為，而具有高度的可非難性，因為本條規定乃強制雇主尊重法律所要求的團結自立而形成保障團結的秩序，為具體形成公序的重要基礎，作為關於公序的規定，本條規定本身就應該被賦予強行法規性<sup>86</sup>。

而有採本說者強調行政救濟法理之獨立性，而得出與上述西谷教授相同之結論。亦即，雖然同樣都是違反勞動組合法第七條之行為，但法院與勞動委員會之判斷標準未必同一<sup>87</sup>。但法院並未體認到此點，而在勞動委員會命令的撤銷訴訟中，經常撤銷救濟命令，從而亦有就不當勞動行為救濟目的採秩序維持說者卻強調勞動組合法第七條只是行政救濟的要件，並非司法救濟之基準<sup>88</sup>，乃根據此對於裁判實務進行批判，而欲建立行政救濟法理之獨立性<sup>89</sup>。

## 三、團交重視說之見解

團交重視說因認為勞動組合法第七條係以勞動委員會的行政救濟作為前提，故否定了勞動組合法第七條的私法性質，認為本條僅為公法規範，係第二十七條所設的勞動委員會救濟程序為前提的判斷標準，與法院的判

<sup>83</sup> 西谷，145 頁。

<sup>84</sup> 岸井貞男，「不當勞動行為制度の本質」，載於：『現代講座第 7 卷』，33 頁。

<sup>85</sup> 本多編，89 頁（岸井貞男執筆）；岸井（下），15 頁。

<sup>86</sup> 菊谷達彌，「不當勞動行為制度の意義」，載於：『季刊労働法別冊第四冊—労働組合法』（総合労働研究所，1979 年 6 月），76 頁。

<sup>87</sup> 荒木誠之，「不當労働行為制度における使用者の地位—不當労働行為論の反省」，学会誌労働法 12 号（1958 年 10 月），23 頁；土田，411-413 頁。

<sup>88</sup> 道幸，『基本構造』，70 頁。

<sup>89</sup> 詳見道幸，『行政救濟法理』，28-111 頁。

斷並沒有關係，乃與前二說大異其趣<sup>90</sup>。但有又認為解僱如果是侵害憲法第二十八條所規定之勞工團結權的反公序行為，則違反了民法第九十條<sup>91</sup>而為無效，而不依勞動組合法第七條判斷其效力<sup>92</sup>。就此點而言，和前二說的差異只是解僱無效的根據不同，其結果並無不同。再者，亦有主張本說者指出不利益待遇禁止規定在舊勞動組合法時代於司法實務上已經確立作為私法上強行規定的效力，故在如此的沿革之下，該規定也承繼了作為強行法規之性質，故兼有作為行政救濟根據規定與私法規定的性質<sup>93</sup>。

#### 四、最高裁判所之見解

日本最高裁判所於醫療法人新光會事件<sup>94</sup>中表示：「就構成不當勞動行為之解僱，在舊勞動組合法中乃於第十一條加以禁止，且以第三三條對於違反第十一條的雇主規定罰則，但現行勞動組合法中乃在第七條第一款中加以禁止之，且對於違反的行為也不直接處罰，而對於雇主在勞動委員會的原狀回復命令被法院確定判決所支持，但雇主仍不遵從該命令時，始為處罰的對象（同法第二十八條）。不當勞動行為禁止規定乃由憲法第二十八條而來，因係為保障勞工團結權、團體行動權之規定，從上述法條的宗旨來看，違反不當勞動行為禁止規定的法律行為，透過舊法、現行法都當然應解為無效；在現行法中雖然不直接以該行為為處罰對象，但從勞動委員會為救濟命令的制度來看，和舊法相異的解釋是不相當的。」

因為在舊勞動組合法之下，對於不當勞動行為得科以刑罰，故一般認為構成不當勞動行為之解僱乃違反強行法規而當然無效，但由於現行法採取了原狀回復主義，而產生了不當勞動行為在司法救濟中效力問題之爭<sup>95</sup>。而按上述醫療法人新光會事件的判決要旨，最高裁判所認為不論在舊勞動組合法或現行勞動組合法中，違反第七條的法律行為都應該解為無效，不應有所差別。

#### 第三款 本文見解

就不當勞動行為制度目的之學說爭議，另有學說認為不當勞動行為的

<sup>90</sup> 石川，277頁；東大，326頁。

<sup>91</sup> 民法第九十條規定：「以違反公共秩序或善良風俗之事項為目的之法律行為，無效。」

<sup>92</sup> 石川，415頁。

<sup>93</sup> 菅野，653頁。

<sup>94</sup> 最三小判昭43〔1968〕.4.9，判時515号29頁。

<sup>95</sup> 瀧澤仁唱，「不當勞動行為の司法救濟－医療法人新光會事件」，載於：『百選（六版）』，256頁。

各種類型乃包含了不同的目的，從而或許沒有必要認為上述的三種學說互相排斥<sup>96</sup>。但本說並未詳述究竟何種類型的不當勞動行為目的為何，從而本文認為仍有就上述三說一一探究的必要。

現行勞動組合法的規定雖然有受到美國法的影響，但卻以憲法上勞動基本權的保障為前提，與以導正勞資間交涉力的不對等而促進商業自由流通的政策性觀點為目的之美國法，基本上法理基礎有所不同。團交重視說不論是忽視不當勞動行為制度中的憲法基礎或僅過於重視勞動三權中的團體協商權，都是立於過於狹隘的觀點，又從憲法權利保障的觀點來看，也欠缺說服性<sup>97</sup>。

而就團結權保護說與秩序維持說二說，本文以為應以秩序維持說較為可採。雖然團結權保護說與秩序維持說都將不當勞動行為制度的基礎置於團結權之保障，但各自就團結權的理解則有所差異。亦即，團結權保護說將團結權的侵害廣泛地解為對於勞工的團結及其活動加以妨害或有妨害之虞的行為；秩序保障說則將團結權的意義加以限制而理解為帶有具體法律效果的傳統權利概念，而將不當勞動行為制度的意義理解為超越如此團結權的保障，以維持勞資關係秩序如此的政策目的加以說明<sup>98</sup>。

從團結權保護說的立場來看，①秩序維持說乃以美國之勞資間交涉力均衡化為理念的不當勞動行為制度思考方式為起點，但日本與美國的狀況不同，因為日本憲法將團結權的保障明文化，不能僅因工會交涉力的強化就直接設立工會的不當勞動行為，但如果說是以立於團結權保障之上的勞資間公平競爭關係秩序的確保為目的，則因工會實力的提昇，在論理上有不得不創設勞方不當勞動行為的必然性；②其次，雖然秩序維持說以團結權的保障為前提，但勞動基本權的保障只是形成勞資關係秩序的要素之一，在勞資間「秩序」的概念中，基本權的保障也有相對化的可能性<sup>99</sup>，從而不該將不當勞動行為制度的目的從憲法保障團結權的宗旨中脫離，而只委由國家的政策目的去達成<sup>100</sup>；③除此之外，亦有認為秩序保障說所謂的「公正」或「正常」的勞資關係秩序概念不明確<sup>101</sup>。

<sup>96</sup> 安枝、西村，343頁。

<sup>97</sup> 本多淳亮，「團結權保障と不当労働行為」，載於『争点（新版）』，49頁；萬井、西谷編，198頁（萬井隆令執筆）；西谷，143頁。

<sup>98</sup> 盛，210頁。

<sup>99</sup> 本多淳亮，「團結權保障と不当労働行為」，載於『争点（新版）』，49頁。

<sup>100</sup> 盛，210頁。

<sup>101</sup> 西谷，143頁。但其認為所謂「健全」、「正常」、「成熟」等用於勞資關係的形容詞，經常被理解為不發生爭議行為之勞資關係，甚至是不進行團體協商而以勞資協議加以代替的勞資關係，但根據根據日本憲法宗旨加以理解的話，所謂「健全」、「正常」、或「成熟」的勞資關係，係指以雇主與勞工、工會之對立為前提而理性地解決此對立，絕對不是指勞資間不產生對立或不進行爭議行為，詳見：西谷，41-42頁。

針對上述的第一點，本文以為秩序維持說雖然是強調所謂「公正的勞資關係秩序」，但其前提乃在於憲法所規定的勞動基本權保障，以此為基礎而建構公正的勞資關係秩序；故即使工會的實力已經有所提升，但仍不得不創設勞方的不當勞動行為禁止規定，正是因為此規定欠缺憲法基礎，故本說的理論基礎並沒有違反日本憲法或現行勞動組合法的規定。

就第二點及第三點而言，本文以為雖然所謂的「秩序」對於「權利」而言，有被相對化而使對於勞工「團結權」之保障弱化的可能性，但「權利」本來就不是絕對不容限制。例如日本國憲法第十二條規定禁止濫用憲法所保障的各種自由與權利，而日本勞動關係調整法第五章也對於勞工爭議權的行使設下了許多的限制與禁止，故並不是將不當勞動行為制度的基礎理解為以憲法第二十八條的團結權保障為據就受到絕對的保障。而雖然說「秩序」的概念並不明確，但「權利」又何嘗不是<sup>102</sup>，只要是法律概念就具有一定的抽象性，必須適用到實際的案例才會被具體化及明確化，故與其將焦點置於權利之保障，不如觀察法院及勞動委員會實務的累積，將公正勞資關係秩序具體化。

此外，又因：①不當勞動行為制度不只是勞動組合法第七條的禁止規定，也包括第二十七條以下的勞動委員會救濟程序，此救濟方法並不當然可以從憲法第二十八條的團結權保障導出，故就此救濟方法的角度來看，不當勞動行為制度的確是超越了憲法團結權保障的特別保護<sup>103</sup>；②就第七條第三款明文不以結果的發生為要件，又被該款所包括行為的多樣性來看，將所有第三款所禁止的行為謂之團結權侵害行為是有困難的；而第四款所保護的勞工不限定為工會會員，未行使團結權的勞工也被包含，因該款所保護的法益也包含不當勞動行為的救濟程序與在勞動爭議之調整中勞動委員會本身的機能、活動，故將第四款的報復性不利益待遇理解為團結權侵害行為，是比第三款的支配介入行為更為困難<sup>104</sup>；③從不當勞動行為生成的沿革來看，不當勞動行為救濟制度並非被侵害權利的救濟行為，因為是以排除侵害的行為為目的，故不能以傳統市民法上違法行為類型的侵權行為加以理解；④雖然日本的不當勞動行為制度除了行政救濟之外，也承認司法救濟，從勞動組法第七條的不當勞動行為禁止規定乃預定由勞動委員會進行行政救濟，從如此行政救濟的生成過程來看，比起私權的侵

<sup>102</sup> 團結權保護說者也認為團結權等社會基本權的內容，乃隨著社會的發展而不斷的生成與流動，不應以既成的法概念就此固定地加以理解，詳見：本多淳亮，「團結權保障と不当労働行為」，載於『争点（新版）』，49頁。

<sup>103</sup> 本田，42頁。

<sup>104</sup> 雖然若採取團結權保護說有無法解釋第七條第四款的問題，但有學者認為本來第七條第四款在不當勞動行為的類型中具有附隨性或技術性之性質，即使其本身在嚴格的意義之下，並不是以團結權的保護為目的，但不當勞動行為制度整體乃以團結權的保障為前提，而以其保護作為本來的目的是不變的，詳見：盛，235頁。

害，毋寧是應從侵犯公正勞資關係秩序的觀點加以掌握；⑤勞動組合法第七條規定「雇主不得…」，從法構造上來說，與團結權侵害行為相比，應該是違反不當勞動行為避免義務，亦即比起侵權行為，應該是與債務不履行較為接近<sup>105</sup>。從而，綜上所述，本文以為比起其他二說，秩序維持說應較為可採。

而關於不當勞動行為禁止規定的法律性質，團結權保護說認為勞動組合法第七條規定乃憲法第二十八條所示的「公序」，故具有強行法規之性質，亦即本說認為憲法第二十八條之團結權保護規定具有「直接第三人效力」，得直接規範私人間之法律關係；秩序維持說也不否定該條具有私法上強行法規之性質；而團交重視說雖然否定本條的私法上效力，但卻又認為不當勞動行為之解僱乃以違反民法第九十條的公序為由而無效，故該說乃認為憲法第二十八條得透過民法第九十條而規範私人間的法律關係，採取了「間接第三人效力」之見解。從而，由上述可知，就勞動組合法第七條的效力問題，無論採取何說，皆有私法上的效力，在違反行為的無效、損害賠償的範圍之中，在結論上均承認同樣的效果，只不過根據有所不同而已。

## 第四項 不當勞動行為之主體與客體

### 第一款 不當勞動行為之主體

#### 一、「雇主」的基本概念

雖然日本勞動基準法第十條規定：「本法所謂之雇主乃指事業主、事業之經營負責人或其他代表事業主處理此事業之勞工事務者<sup>106</sup>。」但勞動組合法對於「雇主」禁止為一定的行為（第七條），且以「雇主」作為勞動委員會所發出之救濟命令的相對人（第二十七條），不過卻只有對「勞工」加以定義<sup>107</sup>，而未對「雇主」的意義加以規定。從而，在解釋論上必須必須按照不當勞動行為制度之宗旨、目的，合目的地加以解釋以確立作為不當勞動行為主體之「雇主」的意義<sup>108</sup>。因此，作為不當勞動行為主體之

<sup>105</sup> 中山等，150-151 頁（岸井貞男執筆）。

<sup>106</sup> 本條規定幾乎與我國勞動基準法第二條第二款相同，關於我國勞基法中雇主任義之討論，詳見：臺灣勞動法學會，29-38 頁（劉志鵬執筆）。

<sup>107</sup> 勞動組合法第三條：「本法所謂的『勞工』，乃謂不問職業之種類，以工資、薪金或其他準同於此之收入而生活者。」

<sup>108</sup> 本多等，29 頁（本多淳亮執筆）；外尾，203 頁；外尾健一，『團結權保障の法理 I』（信山社，1998 年 2 月），313 頁；野田進，「労組法における「使用者」の概念」，NBL872 号（2008 年 1

雇主概念乃不當勞動行為制度中的特別概念<sup>109</sup>，而應該按勞動組合法第七條各款加以討論，但本文礙於討論的範圍，僅在此就雇主概念的基本判斷原則加以闡述<sup>110</sup>。

最早有學者認為勞動組合法乃以保護勞工的團結權、團體協商權及其他團體行動權為目的，故對勞工加以定義是必要的。雖雇主的概念與勞工的概念有所相關，但不見得有加以定義的必要，因雇主是相對於勞工的概念，從而可將勞動組合法中的雇主解為「所有具有僱用勞動組合法第三條所定勞工之地位者」<sup>111</sup>，亦即為勞動契約的當事人，在個人企業中乃為個人，在法人企業之中則為該法人<sup>112</sup>。但因①勞動組合法沒有特別規定；②將不當勞動行為的主體限定為勞動契約的當事人，未必有直接的關係；③不當勞動行為制度乃以抑制雇主侵害團結權的行為為目的，並非以追究勞動契約上的責任為目的，不當勞動行為責任的承擔者與勞動契約的承擔者是完全不同層次的問題，故沒有必要將不當勞動行為的主體限定為勞動契約的當事人<sup>113</sup>；④此種立場在實務上來說，隨著勞動關係的複雜多樣化，未必能處理在現實上所生的問題，即使將中心置於勞動契約關係，也會產生不得不彈性地加以解釋的狀況<sup>114</sup>。

為了克服上述的問題，學者提出了種種的認定基準：

- ① 勞動契約擴張說：勞動組合法第七條本文所謂的「雇主」雖然通常係指僱傭契約或勞動契約的當事人，但未必以此為限，此概念必須參酌該條的宗旨（救濟制度的宗旨、不當勞動行為態樣的解釋）而定。雖然本說將基本的觀點放在勞動契約關係的存在，但包括不久之過去或不久的將來勞動契約存在的狀況也得被理解為雇主的概念<sup>115</sup>。雖然此說極具彈性而具有實用性，但卻無法說將雇主概念的論理構造清楚地闡明<sup>116</sup>。
- ② 對向關係說：不當勞動行為制度的直接目的並非個別勞工的救濟，而

---

月)，107頁。

<sup>109</sup> 石川，280頁。

<sup>110</sup> 按勞動組合法第七條各項討論雇主概念者，請參照：古西信夫，「使用者」，載於：『現代講座第7卷』，146頁以下；中文文獻有：吳永發，18-36頁。

<sup>111</sup> 菊池、林，75頁。

<sup>112</sup> 淺井清信，『新訂勞働法論』（有斐閣，1969年4月），100-101頁；青木、金子，220頁。

<sup>113</sup> 本多等，29頁（本多淳亮執筆）；外尾，204頁；岸井（上），147頁；中窪、野田、和田，370頁。

<sup>114</sup> 大沼邦博，「勞働判例の傾向—到達点とその論理第十回 不当労働行為（Ⅱ）」，載於：勞判713号（1997年6月），6頁。

<sup>115</sup> 緒方節郎，「不当労働行為の主体」，載於：『大系第4卷』，2頁。而水町336-337頁表示原則上在此之雇主乃指勞動契約之相對人，但有二例外：其一乃就勞動條件有現實上及具體上得支配、決定地位者；其二為在不久之過去為雇主者及在不久的將來有成為雇主之可能者。

<sup>116</sup> 外尾，205頁。



係勞工團結權的保護，故禁止不當勞動行為的勞動組合法第七條所謂的「雇主」，可以定義為與勞工一時性、永續性團結（爭議團、工會）立於對向關係者。所謂的立於對向關係者，具體來說從團結的目的乃維持、改善其成員的勞動條件及提昇其經濟地位來看，不用說當然包括該團結體成員之勞工所締結之勞動契約的相對人，但若如此狹隘地限定，則無法處理勞動組合法第七條第一款所規定的黃犬契約，故勞動組合法第七條所指的雇主係指實質上擁有得實現保護勞工生活利益之權限或能力之集體勞動關係他方當事人<sup>117</sup>。

- ③ 支配力說：從排除團結權侵害行為及確保勞工團結權順利的行使之不當勞動行為制度的宗旨來看，不能將侵害權利者限定為勞動契約形式上之當事人，因為不當勞動行為制度乃排除或防止直接威脅勞動關係上各種利益之反工會行為為目標。從而，對於勞動關係上的各種利益立於有直接影響力或支配力之地位者，就必須說是不當勞動行為制度上的雇主。可以說並非以是否為勞動契約當事人之形式的市民法標準，而係以是否對於勞工職業生活實際上有支配權限之實質基準來理解「雇主」的概念，否則就會產生許多無法期待有效救濟不當勞動行為的情況<sup>118</sup>。
- ④ 類似勞動契約關係說：採本說者認為支配力說乃過渡的擴張而使雇主概念變成「開放的概念」<sup>119</sup>，故在不當勞動行為禁止規定中的「雇主」乃指以勞動契約關係或與此相鄰接或近似的關係作為基礎而成立之集體勞資關係上的一方當事人，而此所謂的「近似」係指對於勞工的勞動條件有「實際上及具體上的支配力」，包括了在不久之前的過去有勞動契約存在或將來有成立勞動契約關係的可能性，以及雖然不是勞動契約上的雇主，但在實際上具有與此近似地位的企業也得承認為「雇主」，包括了：關係企業、承攬或派遣、偽裝解散<sup>120</sup>。雖然學說認為本說與③都是具有靈活性的表現方式，但從③的角度來看，沒有和勞動契約關係有近似關係之交易對象等第三人，也得理解為雇主<sup>121</sup>。然而，

<sup>117</sup> 外尾，208頁；外尾健一，『團結權保障の法理I』（信山社，1998年2月），314頁。

<sup>118</sup> 梶井，266頁；本多等，29-30頁（本多淳亮執筆）；橫井芳弘，「不當労働行為の主体」，載於：片岡昇、橫井芳弘編，『演習労働法』（青林書院，1972年3月），159頁；岸井（上），151頁；本多，74頁；青木、金子，220-221頁；盛，213頁；片岡、村中，274頁。又有採此說者認為勞動組合法第七條所謂之「雇主」係指「對於勞動關係有適用不當労働行為法必要之實質支配力或影響力之地位者」，所謂「有適用不當労働行為法之必要」應按第七條各款而具體判斷，詳見：西谷，150頁。此外，亦有採本說者從爭議解決的角度出發，認為應從「對於勞動條件或勞資關係上之問題，適於以對話謀求解決之相對人乃何人」之觀點加以判斷，詳見：野田進，「労組法における「使用者」の概念」，NBL872号（2008年1月），108頁。

<sup>119</sup> 下井，106、242頁。

<sup>120</sup> 下井，243頁；荒木尚志，「新労働法講義第22回—第16章団体行動（2）、第17章不当労働行為（1）」，法学教室328号（2008年1月），62-63頁；菅野，625-628頁；土田，413-416頁。

<sup>121</sup> 山川隆一，「集团的労働関係における使用者—朝日放送事件」，載於：『百選（六版）』，10-11

也有認為「雇主」的範圍雖然不應該無限制的擴大，但關於「勞動條件」有「實際上及具體上的影響力」卻也有點過於嚴格<sup>122</sup>。

上述各種見解究以何者較為可採？比較上述的四說，可以發現②與③乃將「雇主」的概念完全從「勞動契約當事人」之桎梏中解放，不再依附於勞動契約，但此種說法是否會過度擴大了雇主的範圍？

因為現行勞動組合法採取了原狀回復主義作為基本方針，即使承認成立不當勞動行為，也未對於雇主課以特別的負擔，只不過要求停止妨害團結的行為，故於考量勞動組合法第七條「雇主」之範圍時，並不需要嚴格地檢討是否在法律上可以說是「雇主」的行為，從而只要有團結權侵害行為且在雇主的勢力範圍內，就應該承認成立不當勞動行為，而以雇主為名義人發出救濟命令<sup>123</sup>。而②與③的差別其實不大，雖然②認為③所謂的「勞動關係上之各種利益」與「實質的影響力或支配力」都不明確而有所不妥，而提出了「對向關係者」之概念，但其係指「實質上擁有得實現保護勞工生活利益之權限或能力之集體勞動關係他方當事人」，與③所謂之「對於勞動關係上的各種利益立於有直接影響力或支配力之地位者」，雖然敘述的方式不同，但都是相同的抽象判斷方式，必須應用到個別具體的案例中。

從而，本文以為不應該將不當勞動行為的主體限縮為勞動契約的相對人，否則如果有非勞動契約相對人利用其地位與權限進行不當勞動行為，勞工或工會則無法獲得救濟，亦有違不當勞動行為制度之保障勞工的團結權而無法實現公正的勞資關係秩序，甚至有違反憲法第二十八條之嫌。

而由「雇主」意義或範圍而生之問題，主要有二：一為雖然形式上並不是狹義的雇主，但在過去曾為雇主者或未來可能成為雇主者，及對於勞動關係直接、間接行使影響力者，是否得視為勞動組合法第七條所謂的「雇主」？其二乃為企業內部管理幹部或一般勞工的行為在如何的情形之下得視為「雇主」的行為（亦即對雇主加以歸責）<sup>124</sup>？對於上述二問題，有將前者稱為「雇主概念的向外擴張」，將後者稱為「雇主概念的向內擴張」<sup>125</sup>；或將前者稱為「作為行為主體之雇主」，將後者稱為「作為歸責主體之雇

---

頁。

<sup>122</sup> 西谷，150 頁。

<sup>123</sup> 梶井，266 頁。

<sup>124</sup> 西谷，147 頁。

<sup>125</sup> 久保、浜田，103-106 頁。有學說認為所謂「雇主概念的內部擴張」係指將不當勞動行為的實際行為人視為雇主，而使行為人負擔不當勞動行為之責任，然而此概念與將行為人的行為歸責到雇主係屬不同之概念，詳見：東大，341 頁；角田、西谷、菊池，125-127 頁。然而，本文以為將不當勞動行為的責任歸責到該行為人的意義並不大，因不當勞動行為行政救濟的目的乃在「回復原狀」，而有能力回復原狀者應係事業主，而非該行為人，故本文採取不同的說法，認為「雇主概念的內部擴張」係指如何將行為人所進行的不當勞動行為視為雇主的行為，亦即所謂「作為歸責主體之雇主」。

主」<sup>126</sup>。

## 二、雇主概念的向外擴張（作為行為主體之雇主）

在狹義雇主（勞動契約之相對人）範圍之外而「雇主性」有問題者，可以分為其利用其他事業之勞工（外來勞工利用型）、勞動關係被切斷（勞動關係切斷型）與其事實上支配其他企業（支配從屬型）等三種狀況，以下分述之。

### （一）外來勞工利用型

在今日的企業活動中，為了有效率地對應多樣化的業務，許多企業除了自己所僱用的勞工外，也經常利用外來的勞動力，但因為雇主責任的不明確與不充分，此種外來勞動力的運用容易成為強制勞動、中間搾取的溫床，故自職業安定法制定（1947，昭和 22 年）以來，乃將此概括地予以禁止，但例外地容許民法上的業務處理承攬契約。然而勞工派遣法（1985，昭和 60 年）鑑於第一次石油危機後人才派遣業的大量出現而將勞動派遣合法化，但也加諸一定的規制。又在關係企業中，「企業外調職」（日本稱為「出向」）如此的人事異動也非常盛行，故外來勞工的利用可以分為業務處理承攬、勞工派遣與企業外調職等三種型態<sup>127</sup>。

最早出現與此相關的案例是**油研工業事件**<sup>128</sup>，乃由沒有獨立企業實體的承攬公司派遣其員工到定作公司作為外來勞工的案例，最高裁判所除了確認了承攬公司僅在名義上存在之外，又考量到外來勞工納入了定作企業的職務組織而在其管理人員的指揮監督之下就業之實際狀況，以及以承攬報酬名義所支付對價乃按外來勞工工作時間或產量而計算之事實，表示只有認為定作企業與外來勞工間「成立應適用勞動組合法的僱用關係」，而定作企業應解為該法第七條的「雇主」始為相當。

而在同一天出現的**CBC 管弦樂團勞組事件**<sup>129</sup>乃廣播公司與樂團團員締

<sup>126</sup> 山口，75-78 頁；野田進，「勞組法における「使用者」の概念」，NBL872 号（2008 年 1 月），107 頁。

<sup>127</sup> 菅野，194 頁。

<sup>128</sup> 最一小判昭 51〔1976〕.5.6，勞判 252 号 20 頁。關於本判決的事實、判旨、評釋，詳見：瀨元美知男，「不當労働行為と労働組法上の使用者－油研工業事件」，載於：『百選（五版）』，132-133 頁。

<sup>129</sup> 最一小判昭 51〔1976〕.5.6，勞判 252 号 27 頁。關於本判決的事實、判旨、評釋，詳見：橋本陽子，「集團の労働関係における労働者－CBC 放送管弦樂團勞組事件」，載於：『百選（七版）』，8-9 頁。

結「自由演出契約」之事件，最高裁判所因①本件的「自由演出契約」乃以「將樂團團員事先納入公司的事業組織之中，以經常地確保廣播事業之進行所不可或缺的演奏勞動力」，而樂團團員原則上有回應吩咐進行演出的義務為前提；②「就樂團團員演奏勞動力的處分不能謂公司沒有指揮命令的權限」；③演出報酬乃「視為演奏如此勞動之提供本身的對價始為相當」，故在結論上認為樂團團員該當勞動組合法上的「勞工」。

在十一年後最高裁判所於關於經營酒館之公司與樂隊隊員以承攬名義締結作為專屬樂隊一員而從事演奏業務的**阪神觀光事件**<sup>130</sup>中，因①樂隊隊員乃事業必要的樂隊演奏者而納入其營業組織；②在公司指定的時間按其概括指示的方法而長年繼續從事演奏事務；③演奏費乃視為樂團演奏如此勞務提供本身的對價，認為樂隊隊員得到對價而將其演奏勞動力委託於公司之處分，公司對於演奏勞動力應有一般指揮命令權限，公司應該當勞動組合法上所謂的雇主。

而較為近期的事件則有**朝日放送事件**<sup>131</sup>，乃有關勞動派遣的事件，案例事實為被業務承攬公司派遣到電視公司從事攝影、燈光、音響效果等之勞工所從屬之工會就包含加薪、獎金的發放、業務承攬公司員工的正式員工化、休息室的設置等勞動條件的改善向電視公司請求團體協商，但該公司以其並非雇主而加以拒絕，最高裁判所於本案中表示：「對於檢討勞動組合法第七條所謂『雇主』的意義，雖然一般所謂的雇主係指勞動契約上的僱用主，但考量到該條文係將該當侵害團結權之一定行為作為不當勞動行為而加以排除、導正以回復正常的勞資關係為目的，即使是僱用主以外的事業主，接受僱用主派遣勞工而使之從事自己的業務，就此勞工的基本勞動條件，於和僱用主雖然說是部分但卻可以視為相同程度之現實上及具體上得支配與決定之地位時，在此限度內，上述的事業主應解為該當本條之『雇主』始為相當。」

比較上述四個代表事件，雖然可以發現最高裁判所都不拘泥於形式上勞動契約關係之存在，雖然前三者都直接從事實關係的綜合判斷而直接作出結論，迴避了明示「雇主」的定義或其判斷標準，但在朝日放送事件中最高裁判所首次明確地表示「雇主」的概念，且在初審命令、再審查命令及第一審判決中承認了「部分雇主性」（從另一個角度來說，也可稱為「重疊的雇主概念」）之概念，是本事件劃時代之意義<sup>132</sup>。而本判決可以說是採

<sup>130</sup> 最一小判昭 62〔1987〕.2.26，勞判 492 号 6 頁。

<sup>131</sup> 最三小判平 7〔1995〕.2.28，勞判 668 号 12 頁。關於本判決的事實、判旨、評釋，詳見：馬渡淳一郎，「集團的労働関係における使用者－朝日放送事件」，載於：『百選（第七版）』，10-11 頁。

<sup>132</sup> 馬渡淳一郎，「僱用主との間の請負契約により労働者の派遣を受けている事業主が労働組合法七条にいう「使用者」に当たるとされた」，民商法雑誌第 114 卷 2 号（1996 年 5 月），286

取了上述類似勞動契約關係說對於支配力說的批判，而將支配力的程度嚴格的限制為「與僱用主可以視為相同程度」，可以稱為修正支配力說。

然而有學說認為最高裁判所並未從與勞動契約關係不同的觀點來思考「雇主」的概念<sup>133</sup>。亦即，雖然**油研工業事件**在形式上定作企業與外來勞工間沒有勞動契約關係，但判決著眼於從就業的實態展開事實上的使用從屬關係而承認定作企業的從屬性，而使用從屬關係正是勞動契約關係的內容。而在**CBC放送管弦樂團勞組事件**與**阪神觀光事件**中，最高裁判所均提出了作為事業必要的勞動力而納入企業組織、有概括的指揮命令關係及承認報酬為提供勞務的對價等三個指標，然而這三個指標也是判斷勞動契約關係指標。

而**朝日放送事件**與前三者的類型有所不同，即在前三者的案例事實中，形式上勞動契約的當事人徒具形式，而實質上的勞動契約關係僅存在於被視為「雇主」的定作企業等之間。但在**朝日放送事件**中，承攬企業具有作為獨立企業的實體，且有得以團體協商決定工資等之雇主機能，最高裁判所也承認承攬企業作為勞動契約的當事人而為僱用主。不過接受承攬企業所派遣而來的勞工而使之就業的企業在一定的範圍內也該當「雇主」，問題是得承認其為「雇主」的要件為何？最高裁判所表示就「基本的勞動條件等」與僱用主有「可以視為相同程度之在現實上及具體上得支配、決定之地位」，如上述文句所示，雖然說是部分的，但似乎可以說是求之於與勞動契約當事人之僱用主有實質上相同的地位，故雖然上述的四個代表案例都脫離了勞動契約形式上雇主的概念，但卻也未完全的脫離勞動契約，而係以「實質上」勞動契約的存在與否來判斷雇主。

雖然本判決為了避免過分地擴張「雇主」的概念，而將支配力的程度嚴格的限制為「與僱用主可以視為相同程度」，而實際運作的結果也無法和勞動契約劃清界限，故無法適用到其他「雇主性」有問題的情形，特別是在關係企業中母公司對於子公司的勞工決定其勞動條件、進行勞務管理，無法承認母公司為子公司勞工的「雇主」，從而應從是否符合不當勞動行為制度的宗旨、目的之觀點，對此種說法加以檢證<sup>134</sup>。

然而，本文以為在於此種「僱用」與「使用」分離的事件中，要派企業（定作企業）對於勞工支配了某些勞動條件，雖然形式上二者間沒有勞動契約關係的存在，但該判決所提出之限縮性標準的結果與適用「支配力

---

頁；馬渡淳一郎，「集團的労働関係における使用者—朝日放送事件」，載於：『百選（七版）』，11頁。

<sup>133</sup> 大沼邦博，「労働判例の傾向—到達点とその論理第十回 不当労働行為（Ⅱ）」，載於：勞判713号（1997年6月），8-9頁。

<sup>134</sup> 大沼邦博，「労働判例の傾向—到達点とその論理第十回 不当労働行為（Ⅱ）」，載於：勞判713号（1997年6月），9頁。

說」的結果一致，對於就特定勞動條件有支配力者賦予進行團體協商的義務，使雇主概念被重新分配且得以重疊，且將支配力說的內容在此類型的案例中更為具體化，應值得肯定。

而針對此種標準無法適用到他種類型的批判，有學說認為這種標準本來就不應適用到其他的類型，其他的類型仍應以支配力說所提出的抽象標準加以判斷<sup>135</sup>。

## （二）勞動關係切斷型

在勞動關係形式上被切斷的情形，不只是現在的雇主，過去或將來的雇主也得為勞動組合法第七條所謂的「雇主」<sup>136</sup>。而屬於本類型者，又有以下之情形：

### 1、解僱、採用拒絕

於被解僱者認為解僱構成不當勞動行為而進行爭訟時，即使雇主與勞工間形式上的勞動契約不存在，也得承認該雇主具有不當勞動行為的「雇主性」<sup>137</sup>，例如因礦場積雪無法作業之故，例年均將採礦部門全體員工於十二月中旬解僱並於翌年三月下旬重新採用，但卻因勞工組成工會而擔任委員長、副委員長、執行委員等，並要求就工會會員待遇的改善、作業不能期間的身分安定等進行團體協商之故，而拒絕將之再採用的万座硫黃事件<sup>138</sup>中，雖然在重新締結勞動契約以前，企業並不具有勞動契約上雇主的身分，但卻仍該當勞動組合法第七條所謂之「雇主」。

<sup>135</sup> 西谷，152-153 頁。另有學說較「含蓄」地指出該判決的判斷方式被廣泛地套用到非屬外來勞工利用型的案例（例如後述的 JR 採用差別事件與中勞委（大阪証券）事件），雖然有過於濫用之嫌，但也表示該判決具有相當重要的影響力，詳參：野田進，「勞組法における「使用者」の概念」，NBL872 号（2008 年 1 月），109 頁。

<sup>136</sup> 西谷，154 頁；荒木尚志，「新労働法講義第 22 回—第 16 章団体行動（2）、第 17 章不当労働行為（1）」，法学教室 328 号（2008 年 1 月），62 頁；菅野，625 頁。

<sup>137</sup> 角田、毛塚、脇田編，339 頁（脇田滋執筆）；荒木尚志，「新労働法講義第 22 回—第 16 章団体行動（2）、第 17 章不当労働行為（1）」，法学教室 328 号（2008 年 1 月），63 頁。

<sup>138</sup> 中勞委昭 27〔1952〕.10.15，命令集 7 集 181 頁。關於本事件的事實及撤銷訴訟中地方法院的見解與評釋，詳見：菊谷達彌，「再採用の拒否—万座硫黃事件」，載於：『百選（五版）』，148-149 頁；然而因本事件主要的爭點乃在於「再採用的拒絕是否為不利益待遇」，故本文乃於第四章第二款「拒絕錄用」再予詳述。

## 2、企業組織變動

因企業組織變動而形式上切斷勞動關係的情況在現在屢見不鮮，例如解散、合併、營業讓渡、公司分割等，若於此時出現不當勞動行為時<sup>139</sup>，係以何者為不當勞動行為之主體而使之負擔不當勞動行為責任？

### (1) 偽裝解散

所謂的「偽裝解散」係指企業因厭惡工會的活動而將企業解散，但同時卻又設立在實質上相同的另一企業，此時，應以如何的理論為據，承認進行不當勞動行為之雇主與在法形式上為不同企業主體之另一企業的不當勞動行為責任？在學說上幾乎都採取「實質同一性理論」，認為此二企業在實質上同一，而承認新企業承繼了舊企業之雇主地位，使之承擔不當勞動行為責任<sup>140</sup>。而所謂「實質上之同一」在實務上乃以所在地、工廠建物、機械設備、資本、幹部、員工、交易對象、事業內容、實權的歸屬等為具體的判斷標準<sup>141</sup>。

### (2) 合併

在公司合併時，不論是吸收合併或新設合併，存續公司（新設公司）因為在合併時概括承繼了消滅公司所有的資產、負債、權利、義務，故勞動關係當然也被承繼。從而，即使在合併前的階段，預定存續或新設的企業乃為在與合併前企業的勞工所組織、加入之工會的關係中之「雇主」<sup>142</sup>；在合併的過程中，存續公司對於消滅公司之員工所從屬的工會進行支配介入時，也應將存續公司視為雇主<sup>143</sup>。

### (3) 讓渡

所謂的事業讓渡乃指「讓渡以一定的營業目的而被組織化具有有機性一體機能之財產的全部或一部」，此時就承繼或承繼後的勞動條件，應解

<sup>139</sup> 以企業組織變動而進行出現不當勞動行為時，是否承認勞動契約繼續存在是重要的問題，本文擬於第三章第二節第三項第一款二「企業組織變動與解僱」之部分再予詳述，於此僅探究不當勞動行為之「主體」。

<sup>140</sup> 中山等，169-170頁（岸井貞男執筆）；高木紘一，「企業解散と不当労働行為」，載於：『争点（新版）』，65頁；西谷，154頁；菅野，628頁。

<sup>141</sup> 高木紘一，「企業解散と不当労働行為」，載於：『争点（新版）』，65頁。

<sup>142</sup> 西谷，154頁。

<sup>143</sup> 菅野，625頁。

為讓受人也得為不當勞動行為法上的雇主<sup>144</sup>。

在青山會事件第二審的判決<sup>145</sup>，東京高等裁判所認為在營業讓渡的情形中，就僱用關係的繼承原則上得以當事人之合意而定之，但在本事件中將職員的採用作為受讓人青山會專權的合意可以推定為「以排除厭惡的工會及原告為主要目的而為避免適用勞動組合法的脫法手段」，本件的不採用該當不利益待遇及支配介入之不當勞動行為而承認受讓人青山會的雇主性。

#### (4) 分割

##### A、JR 採用差別事件

關於分割過程中，在日本發生最引人注目的案例為 JR 採用差別事件，該事件發生的源由為日本國有鐵道（以下簡稱「國鐵」）於設立 114 年後在 1987 年 4 月 1 日，日本政府以累積巨額的赤字為由，根據國鐵改革法將之分割為六個旅客鐵道股份有限公司與一個貨物鐵道公司並使其民營化（以下將民營化後的鐵道公司簡稱為「JR」），依國鐵改革法第二十三條所規定的 JR 職員採用程序為：①JR 的設立委員透過國鐵對其職員提出 JR 職員的勞動條件及採用基準；②國鐵確認其職員之意思，並按前述採用基準選定得成為 JR 職員者，作成名簿（採用候補者名簿）而向設立委員提出；③被載於採用候補名簿中的國鐵職員，受設立委員通知被採用者，乃於 1987 年 4 月 1 日 JR 設立之時，作為其職員而被採用。此外，承繼法人之設立委員所為之行為與對該承繼法人之設立委員所為之行為，各自視為該承繼法人所為之行為與對於該承繼法人所為之行為。

然而，按此程序雖然國鐵職員中希望在 JR 繼續工作者大部分都被採用了，但從屬於國鐵勞動組合（以下簡稱「國勞」）的工會會員被採用的比率卻明顯偏低，對其而言屬於拒絕錄用之不利益待遇，從而紛紛向各地的地方勞動委員會請求救濟。而在一連串之 JR 採用差別事件中，主要的爭點有三，其一乃拒絕錄用是否屬勞動組合法第七條第一款之不利益待遇的保障範圍<sup>146</sup>？其二，若屬不利益待遇，則國鐵與 JR 的關係為何？救濟命令

<sup>144</sup> 西谷，154-155 頁。

<sup>145</sup> 東京高判平 14〔2002〕.2.27，勞判 824 号 17 頁。在本件第一審的撤銷訴訟中，受讓人主張本事件乃全新的採用，因為其有採用自由，拒絕採用乃為合法，第一審法院的判斷方式乃與第二審不同，但在結論上均認為受讓人的不採用構成不利益待遇及支配介入，受讓人具有雇主性。關於本事件的判例研究，詳見：萬井隆令，「採用拒絕と不当労働行為－青山會事件」，龍谷法學 35 卷 1 号（2002 年 8 月），140 頁以下；萬井隆令，「不採用と不当労働行為－青山會事件」，載於：『百選（七版）』，242-243 頁。

<sup>146</sup> 關於此問題，詳見第四章第二節第一項第二款。



應以國鐵或 JR 為相對人而使之負擔不當勞動行為之責任？其三乃「必須加以採用」之救濟命令是否超越勞動委員會的裁量範圍？本文在此主要就第二點加以闡述。

在各地方勞動委員會（現改為「都道府縣勞動委員會」）所作成的救濟命令<sup>147</sup>中，大多認為國鐵具有代行設立委員的採用行為、準委任或履行輔助人之地位<sup>148</sup>，且以國鐵與設立委員、JR 具有實質的同一性作為補強 JR 雇主責任的論據<sup>149</sup>。

在中央勞動委員會的命令<sup>150</sup>中，則認為國鐵具有設立委員輔助機關之地位，在國鐵被判斷為於採用候補者的選定及採用候補者名簿作成的過程中有該當不當勞動行為之行為時，其責任乃歸屬於設立委員。

JR 對於中央勞動委員會之救濟命令不服而提起了撤銷訴訟，東京地方裁判所第十一部判決<sup>151</sup>表示：「就承繼法人的職員採用程序，設立委員對於國鐵於募集職員之際，只不過有提示其勞動條件及採用基準之權限及從國鐵所提出之名簿中決定採用者之權限，採用候補者的具體選定行為及作成名簿之行為本身乃國鐵基於其責任與權限而為，此乃由國鐵改革法第二十三條所規定，若一併考量到並沒有設立委員得規制國鐵行使上述權限的規定，而得認為設立委員對於採用候補者之選定與名簿之作成在實際上、具體上並沒有得支配之地位。從而，即使在國鐵的名簿作成過程中有該當不當勞動行為之行為，應該只有進行此行為之國鐵該當勞動組合法第七條第一款之『雇主』而負擔不當勞動行為責任，必須說設立委員、原告等並不需負此責任。」而在該事件的第二審判決<sup>152</sup>，東京高等裁判所亦為相同之判斷。

<sup>147</sup> 在國鐵民營化的二年之內，在日本各地以 JR 各公司為被申請人而向地方勞動委員會請求救濟的案件有 185 件，當時日本全國的地方勞動委員會的案件數一年平均約 550 件，故 JR 採用差別事件在當時引起相當之注意，就於各地方勞動委員會之 JR 採用差別事件的整理與分析，請參見：岸井貞男，「JR 關係各地勞委命令的分析」，ジュリスト 936 号（1989 年 6 月），51-59 頁；下井隆史，「JR 不採用事件について勞委命令・裁判例の見解に関する整理と検討」，載於：山口浩一郎編，『救濟命令の司法審査』（日本労働研究機構，1998 年 11 月），94 頁。

<sup>148</sup> 例如有大阪地勞委昭 63〔1988〕.11.28，別冊中勞時報 1065 号 41 頁；福岡地勞委平 1〔1989〕.3.9，別冊中勞時報 1071 号 91 頁；東京地勞委平 1〔1989〕.8.1，別冊中勞時報 1091 号 21 頁；千葉地勞委平 2〔1990〕.2.27，別冊中勞時報 1096 号 285 頁等。詳參：下井隆史，「JR 不採用事件について勞委命令・裁判例の見解に関する整理と検討」，載於：山口浩一郎編，『救濟命令の司法審査』（日本労働研究機構，1998 年 11 月），94 頁。

<sup>149</sup> 例如有北海道地勞委平 1〔1989〕.1.12，別冊中勞時報 1141 号 152 頁；福島地勞委平 1〔1989〕.10.24，別冊中勞時報 1093 号 41 頁等；詳參：下井隆史，「JR 不採用事件について勞委命令・裁判例の見解に関する整理と検討」，載於：山口浩一郎編，『救濟命令の司法審査』（日本労働研究機構，1998 年 11 月），94 頁。

<sup>150</sup> JR 北海道・日本貨物鉄道事件（東京地判平 5〔1993〕.12.15，命令集 98 集 403 頁）。

<sup>151</sup> JR 北海道・日本貨物鉄道事件（東京地判平 10〔1998〕.5.28，勞判 739 号 15 頁）。

<sup>152</sup> JR 北海道・日本貨物鉄道事件（東京高判平 12〔2000〕.12.14，勞判 801 号 37 頁）。

而最高裁判所<sup>153</sup>就此問題認為：「國鐵改革法於採用程序的各階段就國鐵與設立委員的權限明確地分離而加以規定，若就此合併考量國鐵改革法與相關法規的規定內容，就設立委員本身進行不當勞動行為的情況另當別論，在只有國鐵於選定採用候補者與作為名簿之際進行工會差別待遇的情形，必須將國鐵改革法解為在勞動組合法第七條的適用上只有國鐵以及清算事業團負擔此責任，在如此國鐵改革法的法律關係之下，將設立委員及承繼法人解為不該當該條所謂之『雇主』而不負擔不當勞動行為之責任始為相當。」

不過在此判決之中，另有二名法官附有反對意見，其認為「國鐵改革法第二十三條在採用程序各階段的作業沒有各自獨立作業的意義，而是所有按設立委員所提示之採用基準以承繼法人之職員採用為目標的一系列整體，以該條所規定的國鐵及設立委員權限為理由，將其效果解為得予以分割，不得不說是過度地形式論。」又：「在改革法的國會審議中，主管本法案的運輸大臣就國鐵與設立委員的關係，屢屢答詢國鐵為設立委員採用事務的輔助人，而和民法上的準委任相近，又因國鐵為設立委員的輔助人，故沒有和國鐵之工會進行團體協商的立場。大臣在國會法案審議中的答詢於作為立法者的意思進行法解釋之際，必須被慎重地加以評價。」故：「將這些大臣的答詢理解為只不過為了說明法案而便於採用之見解，因為輕視國會的審議及有損國民對於國會審議的信賴，畢竟是不能加以承認的。」

對於最高裁判所的判決結果，在學說上多有批評，例如有從行政救濟法理的角度出發，因為國鐵改革法第二十三條就因國鐵的不當勞動行為而未被記載於名簿之職員的處理方式並沒有明確的規定，故以司法救濟確認作為 JR 職員之地位或許有所困難，但國鐵改革法也沒有明文規定設立委員就國鐵之不當勞動行為不負責任，而由勞動委員會所進行的行政救濟始終將不當勞動行為認定為事實行為，在效果上謀求導正發生不當勞動行為之狀態乃為其顯著的特質，故國鐵所為之挑選行為就按設立委員所定之基準或挑選的目的可以評價係為了 JR 所為，故最高裁判所之判決結果不可採<sup>154</sup>。

又，因為此問題乃以國家法為據所進行之與營業讓渡相近的企業變動，雖然說是特殊的事例，但既然不當勞動行為制度係以憲法第二十八條之勞動基本權保障為據之制度，故法律必須和憲法第二十八條及勞動組合法第七條整合地加以解釋，就國鐵所進行的不當勞動行為應肯定實質上承

<sup>153</sup> JR 北海道・日本貨物鐵道事件（最一小判平 15〔2003〕.12.22，民集 57 卷 11 号 2335 頁）。

<sup>154</sup> 道幸哲也，「JR 採用差別事件」，法学セミナー 592 号（2004 年 4 月），121 頁；道幸哲也，「JR の採用差別の不当労働行為性」，ジュリスト 1269 号（2004 年 6 月），222-223 頁。

繼國鐵事業之 JR 的責任。此外，容許國鐵分割民營化過程中進行工會間差別待遇之最高裁判所判決從團結權保障的觀點來說也留下了污點<sup>155</sup>。

更有學者直接指出在此事件中，從東京地方裁判所到最高裁判所的判斷就國鐵是否實際上有為不當勞動行為均未加以認定與評價，法院的目的乃避免判斷國鐵是否進行不當勞動行為。法院之所以採用如此態度的理由乃為本事件帶有濃厚的政治性質，將國鐵有無進行不當勞動行為作為問題乃意味著介入國鐵改革如此之國家政策，故法院不進入事件本質上的爭點就導出結論始終是為了要維持司法的政治獨立吧！但即使如此，法院所採取的方法不能否定地反而對於司法的權威與信賴性引發嚴重的不信任<sup>156</sup>。

## B、2000 年商法改正與勞動契約承繼法之制定

日本於 2000 年的商法改正中，創設了將一個公司以事業為單位以簡便的程序分割為二個以上之公司的制度，同時也制定了勞動契約承繼法以保護公司分割過程中勞工的權利。從該法的宗旨來看，於公司分割之際，按問題的性質，應解為舊公司與設立（承繼）公司都為不當勞動行為法上的「雇主」，例如分割公司之勞工所組織、加入之工會向設立公司請求進行團體協商時，設立公司負有團體協商義務<sup>157</sup>。

## 3、破產

若決定開始破產程序，就必須選任破產管理人進行破產財團的管理；因為破產管理人繼承了勞動契約上雇主的地位，而對於勞動關係有事實上的支配力，就勞動關係之存否或勞動條件，負有作為雇主而回應團體協商的義務<sup>158</sup>。

### （三）支配從屬型

在現代企業經營實態中，某企業（支配企業）基於各種經營戰略而以股份所有、幹部派遣或專屬承攬關係而支配其他企業（從屬企業）的狀況極其常見，此時就從屬企業的關閉或勞動條件的維持、改善，使支配企業

<sup>155</sup> 西谷，177 頁。

<sup>156</sup> 盛誠吾，「JR 設立に伴う差別事件と不当労働行為の成否」，民商法雜誌 131 卷 1 号（2004 年 10 月），83-84 頁。

<sup>157</sup> 西谷，155 頁。

<sup>158</sup> 西谷，155 頁。

進行團體協商或負其他的責任是客觀的要求，若僅以法人格的不同為由而使支配企業迴避本來就應該負擔的責任，是無法令人接受的形式論觀點<sup>159</sup>。

但是近年來，法院及一部分勞動委員會命令卻有不輕易承認支配企業雇主性的傾向，其中最有問題的是機械性地適用最高裁判所在前述朝日放送事件所謂「就勞動條件等和僱用主雖然說是部分，但卻可以視為相同程度之現實上及具體上得支配與決定之地位」，而否認了具有實質影響力之支配企業的雇主性<sup>160</sup>。此乃將對於外來勞工利用型判斷架構所示的隻字片語適用到性質完全不同的支配從屬性案例，絕對無法有效地解決問題。從而，即使就勞動條件沒有「現實上及具體上」加以決定之事實，但只要透過股份所有、幹部派遣等而支配從屬企業之經營整體並對於勞工的勞動條件有實質地影響，因為不透過與支配企業的團體協商就無法期待解決問題，故仍應承認支配企業的雇主性<sup>161</sup>。

而在從屬企業被關閉、解散而解僱勞工時，支配企業與從屬企業的具體關係，必須考量支配企業對於關閉、解散之參與等具體的情事而判斷支配企業責任之有無及責任之內容，此時就個別勞動關係上的問題（支配企業的僱用責任、工資支付義務等），一般認為得適用法人格否認法理<sup>162</sup>來追究支配企業的責任而加以解決<sup>163</sup>。雖有認為法人格否認法理也得為決定不當勞動行為上雇主概念之基準者<sup>164</sup>，然而本文以為該法理是用以解決支配企業利用其地位而解散從屬公司時，有關勞動契約問題的處理，諸如從屬企業的勞工得否向支配企業請求解散前從屬企業所積欠的工資、得否申請作為支配企業勞工之地位保全假處分等勞動契約上的請求，而本處所討論之「雇主」的範圍乃不當勞動行為的行政救濟事件中，勞動委員會得發出救濟命令而加以救濟者之相對人，乃公法上之責任，與法人格否認法理所欲解決的私法上責任，在救濟的方式、內容、效果均有所不同，故得否以法人格否認法理來認定勞動委員會救濟命令相對人的範圍是有所疑問的。故有學者主張在不當勞動行為的行政救濟中，未必得適用此法理，而應以支配企業與從屬企業間有無實質的同一性加以認定<sup>165</sup>。

---

<sup>159</sup> 西谷，156頁。

<sup>160</sup> 中勞委（大阪証券）事件（東京地判平16〔2004〕.5.17，勞判876号5頁）。

<sup>161</sup> 西谷，157頁。

<sup>162</sup> 所謂「法人格否認法理」乃自1969年山世志商會事件（最一小判昭44〔1969〕.2.27，民集23卷2号511頁）後而被確立，該判決認為得適用法人格否認法理乃限於「法人格完全的形式化」或「法人格乃為了迴避法律的適用而被濫用」的情形，而嚴格地限縮其適用的範圍。

<sup>163</sup> 久保、浜田，104頁；萬井、西谷編，181頁（唐津博執筆）；中窪、野田、和田，371頁。

<sup>164</sup> 東大，338頁。

<sup>165</sup> 西谷，158頁。

### 三、雇主概念的向內擴張（作為歸責主體之雇主）<sup>166</sup>

在勞資關係的實態中，實際上進行不當勞動行為者除了個人企業之事業主、法人之代表、理事、董事等為直接行為者外，不利益待遇或支配介入係由管理人員、下級幹部甚至是同僚進行者，亦屢見不鮮；這些人的行為可能構成侵權行為而負擔民事上的責任，但得否亦算是雇主的行為而使雇主負擔不當勞動行為責任或在如何的情況下得歸責於雇主，也是不當勞動行為法上的一個重要問題。

然而，在實際的判斷上，可以區分為以下的情形加以討論。

#### （一）法人的代表者

股份有限公司的董事長或法人的董事之行為，在其職責上當然得視為雇主之行為<sup>167</sup>，和代表權之有無沒有關係，監察人或監事的行為，一般也認為得加以類推<sup>168</sup>。

#### （二）管理職等雇主利益代表者

參與公司之人事、勞務管理而對此有一定影響力者，利用其地位而進行不當勞動行為時，因為其有將雇主的方針具體化的權限，故除非是特別的情況，否則即應視為雇主之行為<sup>169</sup>。

#### （三）下級幹部

非代表雇主利益的下級幹部（股長、主任、領班、作業長等）所為的

<sup>166</sup> 而一般認為此種「雇主概念的內部擴張」成為問題者，多係「支配介入」的案例，但是不可否認地在「不利益待遇」的案例中，亦有討論的必要，例如由具有管理權限的下級幹部（例如主任等）所為之「加班的差別待遇」，得否歸責於雇主？

<sup>167</sup> 東大，341 頁；山口，78 頁；安枝、西村，346 頁；西谷，148 頁；小西、渡辺、中嶋，472 頁；道幸，『成立要件』，52 頁；道幸哲也，「下級職制による脱退勧奨行為の不当労働行為性—JR 東海事件」，法律時報 79 卷 11 号（2007 年 10 月），111 頁；荒木尚志，「新労働法講義第 22 回—第 16 章団体行動（2）、第 17 章不当労働行為（1）」，法学教室 328 号（2008 年 1 月），64 頁；野田進，「労組法における「使用者」の概念」，NBL872 号（2008 年 1 月），109 頁。

<sup>168</sup> 將監察人的行為視為雇主的行為者，有富士鋼業事件（大阪地労委昭 27〔1952〕.2.13，命令集 6 集 22 頁）。

<sup>169</sup> 中山等，173 頁（岸井貞男執筆）；安枝、西村，346 頁；西谷，149 頁；小西、渡辺、中嶋，472 頁；道幸，『成立要件』，52 頁；道幸哲也，「下級職制による脱退勧奨行為の不当労働行為性—JR 東海事件」，法律時報 79 卷 11 号（2007 年 10 月），111 頁；荒木尚志，「新労働法講義第 22 回—第 16 章団体行動（2）、第 17 章不当労働行為（1）」，法学教室 328 号（2008 年 1 月），64 頁。

不當勞動行為得否算是雇主的行為是較具爭議的問題，因為其具有工會會員身分，故由其所為的批判工會或勸誘加入其他工會的行為，在另一方面得視為其身為工會會員的行為<sup>170</sup>。

就下級幹部的不當勞動行為，一般認為並不直接使雇主承擔不當勞動行為責任，因為其行為並不當然被視為係為了雇主而為，只有證明其與雇主間有意思的聯絡始承認為雇主之行為，亦即只有承認有雇主的指示、要求或與雇主間有意思的溝通或體察雇主之意向等情事始將下級幹部的行為視為雇主的行為<sup>171</sup>。換言之，必須下級幹部與雇主有某程度的「意思聯絡」，始得將不當勞動行為責任歸於雇主<sup>172</sup>。

然而，亦有學者認為下級幹部與雇主之間並不需有某程度的「意思聯絡」，因不當勞動行為制度本來就是以排除在雇主支配圈內的團結權侵害行為為目的，且雇主在自己的支配圈內負有抑制反工會行為的義務，故不必重視此行為與雇主間是否有意思聯絡。若過於重視此意思要素，則因證明意思聯絡的存在一般來說是並不簡單，有不當地限縮雇主責任範圍的危險。且可能產生即使有不當勞動行為之事實，但僅因無法證明與雇主的的意思聯絡而否定成立不當勞動行為之不當結果。但意思的要素在作為成立不當勞動行為之要件至少是必要的，故客觀上在雇主支配圈內為了雇主而為之反工會行為，就可以推定其雇主間的意思聯絡，而原則上為雇主的「不當勞動行為」<sup>173</sup>。此外，亦有認為因為雇主對於下級幹部委託了勞務管理上一部分的權限，故雇主應負有監督下級幹部不利用其權限進行不當勞動行為之義務，從而只要下級幹部的行為被認為是利用職務權限的行為，雇主仍然無法免除責任<sup>174</sup>。

而在實務上，東京地方裁判所在**大分銀行事件**<sup>175</sup>第一審判決中接受了上述的學說見解提出了所謂的「支配圈理論」，認為：「作為勞動組合法第七條禁止對象之雇主行為，雖然作為勞動契約當事人之雇主本身的反工會行為及作為其機關者的行為固不用論，但不只是和雇主得視為同一之監督性被僱用者，在管理階層末端的監督性被僱用者的反工會行為，以其作為管理階層之一員的地位或以利用此地位的行為為限，在雇主的支配圈內，應被雇主的行為所包含。不問進行該行為的監督性被僱用者與雇主間是否有意思的聯絡溝通，均應解為雇主負有不當勞動行為之責任。」然而

<sup>170</sup> 西谷，149頁。

<sup>171</sup> 中山等，174頁（岸井貞男執筆）；山口，78頁；荒木尚志，「新労働法講義第22回—第16章団体行動（2）、第17章不当労働行為（1）」，法学教室328号（2008年1月），64頁。

<sup>172</sup> 野田進，「労組法における「使用者」の概念」，NBL872号（2008年1月），109頁。

<sup>173</sup> 本多等，37-38頁（本多淳亮執筆）。

<sup>174</sup> 西谷，149頁。

<sup>175</sup> 東京地判昭45〔1970〕.12.21，労民集21卷6号1603頁。

有學說考量到這些下級幹部多具有工會會員資格且實際上亦為工會會員，而認為支配圈理論有歸責過於廣大的問題<sup>176</sup>。此外，在發生此種由下級幹部進行不當勞動行為的情形中，有許多是產生於工會分裂或是組成第二工會的情形，由於第二工會並不當然就是御用工會，故下級幹部的行為雖然是侵害第一工會團結權的態樣，但另一方面，卻也有作為第二工會之會員而行使其團結權的意義，故仍然必須以主觀的要素加以區分，而認定是否應歸責於雇主<sup>177</sup>。

在最近，最高裁判所於 JR 東海事件<sup>178</sup>中表示：「有接近勞動組合法第二條第一款所規定之雇主利益代表者之組織制度上地位者體察雇主之意向而對於工會進行支配介入的情形，即使和雇主間沒有具體的意思聯絡，但仍可將該支配介入評價為雇主的不當勞動行為。」而認為本件之行為人具有接近利益代表者之組織制度上的地位、該支配介入之行為乃在工會甫分裂之後、發言的內容乃順著雇主的意向而以作為上司的立場而為，故該行為人之支配介入行為除非明顯地是和相對人基於個人關係之發言等的特殊情事，否則就應該認為是體察雇主的意思而行為。

本判決為最高裁判所首度就此問題表示意見，學說認為雖然本判決重視行為之時期及行為人發言之立場而承認對於雇主之歸責是妥當的<sup>179</sup>，且就判斷的基準、方法，具體地表示一定的方向性，故具有一定之意義<sup>180</sup>，但此判決所謂的「體察雇主的意向」雖然基本上為是否得歸責於雇主的基準，而下級幹部的行為是否順應雇主的意向乃和不當勞動行為意思論互相關連<sup>181</sup>，而在不當勞動行為的行政救濟中，應以違反規制行為之外形來判斷不當勞動行為之成否，與行為人之主觀意思相較，毋寧是作為相對人之工會會員之感受較為重要，故即使「體察意向」如此的表現在對於雇主的歸責上沒有什麼問題，但要求將此意思實體化或在雇主與行為人之間之具體的意思聯絡則是有所不妥<sup>182</sup>。

而「體察雇主之意向」的具體判斷要素為何？在本事件的第一審

<sup>176</sup> 山口，78 頁。

<sup>177</sup> 大和哲夫，「使用者の行爲」，載於：『現代講座第 7 卷』，196 頁；石井保雄，「下級職制による脱退勧奨行爲と使用者への不当労働行爲帰責性—中労委(JR 東海[新幹線・科長脱退勧奨])事件」，労働判例 935 号(2007 年 7 月)，8 頁。

<sup>178</sup> 最二小判平 18〔2006〕.12.8，労働判 929 号 5 頁。

<sup>179</sup> 道幸哲也，「中間管理職の反組合的行爲の使用者への帰責」，法学セミナー 628 号(2007 年 4 月)，120 頁。

<sup>180</sup> 石井保雄，「下級職制による脱退勧奨行爲と使用者への不当労働行爲帰責性—中労委(JR 東海[新幹線・科長脱退勧奨])事件」，労働判 935 号(2007 年 7 月)，12 頁。

<sup>181</sup> 關於不當勞動行為意思之問題，詳見本文第二章第二節第二項。

<sup>182</sup> 道幸哲也，「下級職制による脱退勧奨行爲の不当労働行爲性—JR 東海事件」，法律時報 79 卷 11 号(2007 年 10 月)，112 頁。

判決<sup>183</sup>乃舉出了之前對於工會的態度、行為人的權限、行為人言行之內容等。而中勞委在 JR 西日本（兵庫）事件<sup>184</sup>中則表示：「綜合考量行為人之地位或權限、行為之內容及其影響力、其時期及場所、行為人與相對人之關係、雇主對該行為所採取的態度、該行為是否專門或主要以個人立場或其他工會會員之立場而為、其他同種行為之有無或時期、該勞資關係的狀況等各種情事後，判斷行為人是否透過利用其職務上之地位而體察雇主的意向進行該行為。」提出的判斷標準更為細緻化。

#### （四）一般勞工

就一般勞工的行為，必須要基於雇主的指示、要求等和雇主之間有具體意思之連絡而進行不當勞動行為，始應該被視為「雇主」之行為<sup>185</sup>。

## 第二款 不當勞動行為之客體

觀察日本勞動組合法第七條可以發現不當勞動行為的客體（也可以說是不當勞動行為的「受害人」）係以與「工會」與「勞工」為限，該條所謂的「工會」與「勞工」所指為何？需具備如何之要件？在實務上容易產生的爭議為何？以上亦為不當勞動行為制度的重要問題點，以下乃分就「工會」與「勞工」加以討論。

### 一、工會

#### （一）工會之定義與要件

日本的工會乃採取「自由設立主義」，勞動組合法並未對其組織形態、單位、人數等進行任何的規制，也不要求向主管機關申報或得到其許可，但在勞動組合法第二條及第五條中仍規定「工會」之定義與要件。

<sup>183</sup> 東京地判平 15〔2003〕.1.20，判夕 1113 号 163 頁。

<sup>184</sup> 中勞委平 16〔2004〕.7.7，中勞時別冊 1319 号 370 頁。

<sup>185</sup> 中山等，175 頁（岸井貞男執筆）；西谷，149 頁；道幸，『成立要件』，53 頁；道幸哲也，「下級職制による脱退勧奨行為の不当労働行為性」，法律時報 79 卷 11 号（2007 年 10 月），111 頁；荒木尚志，「新労働法講義第 22 回—第 16 章団体行動（2）、第 17 章不当労働行為（1）」，法学教室 328 号（2008 年 1 月），64 頁。



學說認為依勞動組合法第二條<sup>186</sup>及第五條第一項<sup>187</sup>規定可將工會分為兩種，一為「勞動組合法上之工會」（又稱法適合工會、法內工會），另一為「憲法上之工會」（又稱法不適合工會、法外工會）。二者區別的標準乃在於若滿足勞動組合法第二條及第五條之要件者乃為「勞動組合法上之工會」，若僅符合勞動組合法第二條本文而未滿足第二條但書或第五條第二項<sup>188</sup>者，則為「憲法上之工會」。區別二者的實益乃在於「勞動組合法上之工會」得享有憲法上及勞組法上所有的保護，而「憲法上之工會」則僅被賦予憲法上之保護<sup>189</sup>。亦即，前者除了民刑事免責及不利益待遇之司法救濟外，尚包括不當勞動行為之行政救濟及參加勞組法上所規定之程序；而後者僅享有民刑事免責、不利益待遇的司法救濟，而未能享有勞動組合法上所規定之各種程序與保護<sup>190</sup>。

<sup>186</sup> 勞動組合法第二條：「本法所謂之『工會』乃指以勞工為主體，自主地以謀求勞動條件的維持改善或其他經濟地位之提昇為主要目的而組織之團體或其聯合體。但該當左列各款之一者，不在此限。

一、允許公司高級幹部或就僱用、解僱、昇進、異動有直接權限之監督性地位的勞工，或有接觸雇主關於勞動關係之計畫與方針之機密事項，因而其職務上之義務與責任乃與作為該工會會員之誠意與責任直接抵觸之監督性地位的勞工，或其他代表雇主利益者參加。

二、就團體運作經費之支出受雇主經營上的援助者。但不妨礙雇主允許勞工在工作時間中不損失工作時間或工資與雇主協議或交涉，且將雇主對於實際上用於厚生基金或防止經濟上不幸、災厄或救濟之支出的福利或其他基金之捐贈及最小範圍事務所之提供除外。

三、只以共濟事業或其他福利事業為目的者。

四、主要以政治運動為社會運動為目的者。」

<sup>187</sup> 勞動組合法第五條第一項：「工會若不向勞動委員會提出證據證明符合第二條及第五條第二項之規定，則不具有參與本法所規定程序之資格，且不賦予本法所規定的救濟。但不得解釋為否定根據第七條第一款規定之對於個別勞工之保護。」

<sup>188</sup> 勞動組合法第五條第二項乃規定工會章程所必須包含之內容，包括：名稱（第一款）、主要事務所所在地（第二款）、會員之均等待遇（第三款）、禁止因人種、宗教、性別、門地、身分而剝奪其資格（第四款）、幹部的直接無記名投票選舉（第五款）、至少一年召開一次總會（第六款）、一年一次以上的會計報告（第七款）、罷工開始前的直接無記名投票及以過半數決定（第八款）、修正工會章程的直接無記名投票（第九款）。

<sup>189</sup> 但有少數說認為日本憲法第二十八條雖對於勤勞者保障團結權，但其保障的範圍應從對於憲法的解釋導出，從固有法目的來決定「工會」之範圍，而不應被勞動組合法的定義概念所左右。從而，受憲法上團結權保障之團體與勞動組合法上之「工會」並不需一致。但所謂勞動組合法之固有法目的在勞動組合法第一條第一項的目的規定中並沒有明確地表示，而是將憲法所為之勞動基本權保障具體化。此時，所謂的具體化雖然有確認由憲法上之勞動基本權保障而生之當然結果的情況（例如民刑事免責、團體協商權限等）與為了實質地實現憲法宗旨所新設之制度（例如由勞動委員會進行不當勞動行為之救濟），該二種情況均為勞動組合法將勞動基本權保障現實化之使命。勞動組合法的各規定必須立於如此的觀點加以解釋。從而於判斷是否該當勞動組合法上「工會」之際，與受憲法上團結權保障之團體相比，應避免沒有合理的根據而將其範圍狹隘地加以理解。詳見：西谷，75頁；片岡，村中，72-73頁。

<sup>190</sup> 關於「勞動組合法上之工會」與「憲法上之工會」的區別，可參見：外尾，59-61頁；下井，23-24頁；山口，25-27頁；盛，147頁；鈴木芳明，「労働組合の資格要件」，載於：『争点（三版）』，26頁；大內，713-717頁；西谷，75頁；荒木尚志，「新労働法講義第19回—第13章労働組合」，法学教室325号（2007年10月），98頁；菅野，477頁。但有少數學說認為若不符合勞動組合法第二條之規定，因為欠缺自主性而為御用工會，所以不只是並非勞動組合法上之工會，也沒有在憲法上承認如此工會的必要，詳見：山口，26頁。對於上述少數說，有學者認為少數說乃從勞動組合法的規定來解釋憲法，而有所問題，詳見：西谷，80頁之註18。

依上開勞動組合法之規定，「勞動組合法上之工會」之要件有：①主體（勞組上的勞工）；②自主性；③目的；④團體性；⑤章程之具備（民主性）。而在探討不當勞動行為制度時探究工會要件的實益最主要乃在於1980年代末期後，日本進入了所謂的「平成不景氣期」（日本稱為「平成不況」），許多公司紛紛進行企業再造以因應經濟不景氣，不可避免地也對於中高年齡管理階層進行裁員或降低其勞動條件，這些管理階層也逐漸意識到組織或加入工會以保障其權利或利益。而在雇主因這些管理階層進行正當的工會活動而對之為不當勞動行為時，其得否依勞動組合法所規定的程序向勞動委員會請求救濟？此外，若勞工於特定時期為了特定目的而組織之一時性團體，諸如爭議團、親睦會、聯誼會等，是否屬勞動組合法第二條所謂的工會而得利用勞動組合法第二十七條以下所規定的救濟程序呢？以下乃就這二個問題分述之。

## （二）管理職工會

在此先附帶說明一點，目前日本的企業實態雖然有引進「成果主義制」的傾向，但不可諱言地，「年功序列制」仍然繼續存在，隨著勞工的年資，其階級也逐漸地提昇，從而在企業中有著大量的「管理階層」，但並非所謂的「管理階層」都是勞動組合法第二條第一款所謂的「雇主利益代表者」<sup>191</sup>，於判斷某管理階層是否屬「雇主利益代表者」時，有主張不應按其職稱或頭銜，而係應按其職責的實態來加以判斷者<sup>192</sup>，亦有認為應從是否因該等管理階層之加入而有損害工會應站在與雇主對等立場之自主性之虞的觀點，而個別具體地加以判斷<sup>193</sup>。

於討論「管理職工會」得否向勞動委員會請求救濟之際，必須先將其分為（1）僅由利益代表者以外之勞工所組成之工會、（2）利益代表者混雜了其他勞工而組成的工會（可稱為「利益代表者混合工會」）與（3）僅由利益代表者所組成的工會（可稱為「純粹利益代表者工會」）。

首先，就（1）僅由利益代表者以外之勞工所組成之工會而言，不論是僅由非利益代表者之下級管理階層組成或由下級管理階層與一般勞工混合，因為並非勞動組合法第二條第一款之利益代表者所參加的團體，故毫

<sup>191</sup> 關於勞動組合法第二條第一款所謂之「代表雇主利益者」的類型，詳見：東大，148-150頁；片岡、大沼，112-113頁；辻秀典，「管理職と労働法」，載於：『講座 21世紀第1卷』，186-188頁。

<sup>192</sup> 盛，150-152頁；本久洋一，「管理職組合」，載於：『争点（三版）』，28頁。

<sup>193</sup> 東京地勞委（日本アイ・ピー・エム）事件（東京地判平15〔2003〕.10.1，勞判864号13頁）；角田、西谷、菊池，53頁（角田邦重執筆）；大內，722頁；西谷，81-82頁；小西、渡辺、中嶋，394頁。

無疑問地屬於「勞動組合法上之工會」<sup>194</sup>。

其次，就(2)利益代表者混雜了其他勞工而組成的工會而言，因為該工會允許利益代表者加入，符合勞動組合法第二條第一款之規定，但就其法律效果在學說上則有所爭議，主要有下列三種見解：

- ① 若該工會不符合勞動組合法第二條之規定，則因為欠缺自主性而為御用工會，不只並非勞動組合法上之工會，也非憲法上之工會，故不受任何的保障<sup>195</sup>。
- ② 勞動組合法第二條本文乃工會的積極要件，而第二條第一款乃為消極要件，必須符合第二條本文同時沒有第二條第一款所規定的情形，始為勞動組合法上之工會。然而雖然有第二條第一款所定之情形但卻也符合第二條本文之基本要件，則該工會仍為得享受憲法第二十八條所規定之團結權、團體協商權與團體行動權之主體，亦即該工會得享受民、刑事免責與不利益待遇的司法救濟<sup>196</sup>。而本說被稱為「獨立要件說」或「形式說」。
- ③ 勞動組合法第二條第一款乃為勞動組合法第二條本文的例示規定，該工會是否有自主性仍必須在實質上加以判斷<sup>197</sup>，並非該工會只要允許利益代表者加入而合致勞動組合法第二條第一款即為「憲法上之工會」，若該工會仍未喪失「自主性」則仍為「勞動組合法上之工會」，該工會除了民、刑事免責與不利益待遇之司法救濟外，得享受勞動組合法上所規定之程序（包括勞動組合法第二十七條以下之不當勞動行為的行政救濟程序）。本說則被稱為「例示說」或「實質說」。

因①說有其理論上的缺陷，且僅以該當勞動組合法第二條第一款就否定憲法上的權利亦過於言過其實<sup>198</sup>，故在日本乃極為少數的見解。對於②說則就工會會員的範圍而言，本來就應該是工會自主決定之事項，在工會基於自主的判斷而允許利益代表者加入時，工會未必會被管理職主導而喪失其自主性，毋寧是工會有將利益代表者納入而發展的可能性。將勞動組合法第二條第一款解為獨立消極要件，而將只要有該款規定的利益代表者

<sup>194</sup> 辻秀典，「管理職と労働法」，載於：『講座 21 世紀第 1 卷』，189 頁；本久洋一，「管理職組合」，載於：『争点（三版）』，28 頁；大內伸哉，『労働者代表法制に関する研究』（有斐閣，2007 年 2 月），218 頁；荒木尚志，「新労働法講義第 19 回—第 13 章労働組合」，法学教室 325 号（2007 年 10 月），101 頁。

<sup>195</sup> 山口，26 頁。

<sup>196</sup> 石井，277 頁；石川，30 頁；菅野，477 頁。

<sup>197</sup> 菊池、林，53 頁；外尾，40 頁；東大，141-142 頁；片岡、大沼，106-107 頁；久保、浜田，56-57 頁；盛，150 頁；辻秀典，「管理職と労働法」，載於：『講座 21 世紀第 1 卷』，185 頁；鈴木芳明，「労働組合の資格要件」，載於：『争点（三版）』，27 頁；西谷，80-81 頁；土田，339 頁。

<sup>198</sup> 大內伸哉，『労働者代表法制に関する研究』（有斐閣，2007 年 2 月），219 頁。

加入就否定其為「勞動組合法上之工會」的見解，反而可能以工會自主性之名造成了喪失其自主性的結果<sup>199</sup>。而對於③說之批判主要是認為進行實質判斷有一定的困難性，就此，持本說者則表示只要工會多多少少具有自主運作的面向，就可以認為是勞動組合法上的工會，因在範圍內就有受勞動組合法保護的實質必要性，故在此意義之下，既非勞動組合法上工會也非憲法工會的「御用工會」乃沒有任何自主性的團體，其判斷就決不困難<sup>200</sup>。

而本文以為勞動組合法上的工會所得享受之保護或得參加之程序除了勞動組合法第二十七條以下的不當勞動行為行政救濟程序外，尚有勞動組合法第十八條第一項的團體協約地域性一般拘束力申請規定、第十九條之三與第十九條之十二之推薦勞動委員會的勞工委員、第十一條第一項之法人格的取得等。若單就不當勞動行為的行政救濟而言，可以分為：(a) 若利益代表者乃為向雇主爭取其勞動條件的維持或改善而加入工會，而雇主卻對之為不利益待遇，雖然依勞動組合法第五條第一項但書之規定該利益代表者仍得向勞動委員請求救濟，但若雇主以該工會不具自主性要件而拒絕與其進行團體協商或對之進行支配介入時，卻不許該工會向勞動委員會請求救濟，是否有違勞動組合法第一條所規定之「擁護團結」的立法目的？(b) 若利益代表者乃以支配介入之目的加入工會且有支配介入之事實時，若亦不准工會向勞動委員會請求救濟，更是直接使勞動組合法第七條第三款「禁止支配介入」的規定落空。故綜上所述，就上述三說，本文認為以③之「例示說」或「實質說」較為可採。

再者，就(3)僅由利益代表者所組成的工會而言，因為從勞動組合法第二條第一款的文義來看，將「允許」該當第一款之利益代表者「加入」者從「工會」的範圍中剔除，應解為在此所設定的是該當勞動組合法第二條第一款者與不該當該款者混合的情形，亦即勞動組合法第二條第一款乃以避免在其職務上就勞動條件直接代表雇方的利益且行使監督權限者對於被監督的勞工行使其權限而使得該工會御用化為目的，只有具有如此監督權限之勞工的團結，畢竟還是應解為在該款所定消極要件之適用範圍外，而亦為「勞動組合法上之工會」<sup>201</sup>。

<sup>199</sup> 西谷，80頁。

<sup>200</sup> 東大，146頁；辻秀典，「管理職と労働法」，載於：『講座 21世紀第1卷』，186頁；西谷，81頁。

<sup>201</sup> 最早提出此種說法者為大內伸哉，「管理職組合をめぐる法的問題」，労働法学会誌 88号(1996年11月)，113頁；亦可參照大內伸哉，『労働者代表法制に関する研究』(有斐閣，2007年2月)，220-221頁。之後為許多學說所採，諸如：辻秀典，「管理職と労働法」，載於：『講座 21世紀第1卷』，190頁；本久洋一，「管理職組合」，載於：『争点(三版)』，28頁；西谷，83頁；荒木尚志，「新労働法講義第19回—第13章労働組合」，法学教室 325号(2007年10月)，101頁。而另有學說認為利益代表者在與非管理職之一般員工的關係中所規定的相對性概念，

綜上所述，就「管理職工會」的定位，本文以為就（1）僅由利益代表者以外之勞工所組成之工會與（3）僅由利益代表者所組成的工會而言，應承認其為「勞動組合法上之工會」而得利用勞動組合法第二十七條以下之規定向勞動委員會請求救濟。就（2）利益代表者混雜了其他勞工而組成的工會而言，必須加以區分，若該工會因利益代表者的加入而喪失「自主性」時，則其非「勞動組合法上之工會」或「憲法上之工會」，而為「御用工會」，不得享受憲法及勞動組合法之保護。若該工會雖然允許利益代表者加入但並未喪失「自主性」時，則仍為「勞動組合法上之工會」，得享受憲法及勞動組合法之保護。

### （三）一時性團體（爭議團等）

所謂的爭議團係指：①和工會不同，而非恆久性的團體；②在特定時期以特定的問題為契機而組成的勞工團體；③其目的乃為和雇主進行團體協商，從而於交涉不順利時，有進行爭議行為的可能性；④交涉終止的話，此團體就解散<sup>202</sup>。

因為該團體通常乃達到一定的目的後即解散或消滅，故其是否具有勞動組合法第二條所謂的「團體」而具有「團體性」，在學說上有所爭議。於該團體欲與雇主進行團體協商而雇主加以拒絕時，此時該團體或其成員得否利用勞動組合法所規定的程序請求救濟？

就此問題，有學說認為無論從勞動組合法第二條之文義或從不當勞動行為制度欲保護及協助勞工組成工會而進行團結活動，特別是據此而進行團體協商來看，此一時性團體均不是所謂的「工會」，但是對於未被組織之個別勞工的團結活動，得以勞動組合法第五條第一項但書及第七條第一款所規定之「欲加入或欲組成工會」使之受不利益待遇之保護<sup>203</sup>。即使雖然該團體不能說是「工會」，但仍應解為受憲法第二十八條的保障<sup>204</sup>，從而在勞動組合法的規定中被認為只是憲法第二十八條的確認規定者（諸如第一條第二項的刑事免責、第六條的團體協商權限、第八條的民事免責等）仍對其有所適用<sup>205</sup>。不過另有學說認為勞動組合法第七條第一款所謂的工會係指作為團結權享有主體之勞工團結體，包括了爭議團等之勞工一時性團體<sup>206</sup>。

---

在沒有一般員工的工會中，乃否定其利益代表性，詳見：盛，151頁。

<sup>202</sup> 石川，135頁；東大，158頁。

<sup>203</sup> 石川，301頁；大內，819頁；中窪、野田、和田，364頁；菅野，628-629頁；土田，417頁。

<sup>204</sup> 外尾，234頁；東大，351頁；片岡、大沼，55頁；盛，140、149頁。

<sup>205</sup> 西谷，84頁。

<sup>206</sup> 外尾，234-235頁；岸井（下），58頁；東大，351頁。

對於上述二說本文較贊同後說，因雖然二說的差異對於個別勞工的救濟未造成影響，但若採前說，爭議團等一時性團體則無法向勞動委員會請求救濟，僅得向法院請求司法救濟，有違勞動組合法第七條不當勞動行為制度設立之本旨，除非另外同意該一時性團體得依勞動組合法第七條第三款的「支配介入」規定向勞動委員會請求救濟始得對之加以保護，但若如此加以解釋，則會造成使勞動組合法第七條切割適用的結果。而得向勞動委員會請求救濟「不利益待遇」的主體並不限於勞工個人，亦包括工會，雖然勞動委員會在進行救濟之前會先進行資格審查，但爭議團等一時性團體與工會之繼續性團體的認定其實有模糊的空間，因為雖然一時性團體於達成其目的後就應該解散，但實際上最後是否解散卻不一定，或許該爭議團只是工會的前身，於達成目的後繼續存在，除非該一時性團體於達成其目的後就真的解散了，從而無主張勞動組合法第七條第一款的實益，否則本文以為勞動組合法第七條第一款所謂的「工會」乃包括爭議團等一時性團體在內。

又就團體協商而言，只要該團體具有集合勞工進行交涉所必要之統制力，即為團體協商的主體，則不只應受憲法第二十八條之保障，亦得受勞動組合法第七條第二項之保護<sup>207</sup>，其理由之一乃勞動組合法第七條第二項的主體是「勞工之代表者」而非「工會」<sup>208</sup>。但也有學說認為該團體雖然受憲法第二十八條團體協商權之保障，但不受勞動組合法第七條第二款之保護，其理論依據除依勞動組合法第一條第一項之規定透過「工會」樹立團體協商關係與實現勞動協約外，也應考量到依勞動組合法之規定組成工會及取得交涉資格並不困難<sup>209</sup>。

## 二、勞工

和前述「雇主」的情況有所不同，日本勞動組合法第三條規定：「本法所謂之『勞工』，乃指不問職業之種類，以工資、薪水或準此之收入生活者。」而就「勞工」之概念有所定義，不過由於最近僱用型態的多樣化，勞工或勞動契約的概念也有流動化的現象，確定何者屬於「勞工」乃為勞動法上的難題之一<sup>210</sup>。

雖然日本勞基法第九條規定：「在本法中所謂之『勞工』乃指不問職業之種類，被事業或事業所所僱用而被支付工資者。」因該二法的宗旨不同，

<sup>207</sup> 石井，337頁；石川，136頁；外尾，367頁；西谷，293頁。

<sup>208</sup> 西谷，293頁之註22。

<sup>209</sup> 東大，400頁；菅野，530頁。

<sup>210</sup> 道幸，『成立要件』，30頁。

故此二法中所謂的勞工也未必是一致的。相對於勞基法上的勞工乃規定應受該法勞動條件保護之適用者，勞動組合法上之勞工乃切合勞動組合法保護團結活動或促進助成團體協商之目的而規定勞工的範圍<sup>211</sup>，此種現象被稱為「勞工概念之相對性」<sup>212</sup>。故勞動組合法上的勞工因為不以實際上被僱用為必要，故失業者也包含在內，從而在勞工因雇主之不當勞動行為解僱而被終止僱傭關係時，仍得依勞動組合法之規定向勞動委員會請求救濟。



---

<sup>211</sup> 大內，152頁；中窪、野田、和田，19頁；水町，72頁；土田，337頁。

<sup>212</sup> 大內，152頁；菅野，480頁。

## 第二節 日本不利益待遇之要件

依日本勞動組合法第七條第一款所規定之「因勞工身為工會之會員、欲加入工會或組成工會、進行工會之正當行為之故，解僱此勞工或為其他不利益待遇」。雇主的不當措置若要成立不當勞動行為，必須具備以下三個要件，亦即：①勞工身為工會之會員、加入工會、欲組成工會或進行正當的工會行為；②因上述的原因之故；③將該勞工解僱或為其他不利益待遇。而上述的①乃為不利益待遇的原因，②乃所謂的不當勞動行為意思，③則為不利益處分，涉及不利益待遇類型之問題。在本節中乃欲針對上述的①與②加以探討，雖然③也屬於不利益待遇之要件，但因其內容較為複雜且涉及各種不利益待遇的類型，故另於第三章加以探究。

而勞動組合法第七條第四款規定：①勞工為不當勞動行為之申訴、再審查之申訴，在勞動委員會調查、審問、勸告和解、爭議調整之際提出證據或發言；②以前述之原因為理由；③將該勞工解僱或為其他不利益待遇。比較勞動組合法第七條第一款與第四款之規定，可以發現二者具有高度的重疊性，僅第四款之「原因」有所不同，故在本章之中亦兼而論之。

### 第一項 不利益待遇之原因

在探究各種不利益待遇的原因之前，有一點必須先加以說明。亦即，勞動組合法第七條第一款乃將憲法第二十八條所保障之勞工的團結權、團體協商權及團體行動權予以具體化，以對於團結權等之行使為理由的所有不利益待遇都應該被禁止，勞動組合法第七條第一款只是將主要的類型加以例示，故於判斷是否有不利益待遇之原因時，不應受該條文文句之拘束，應按不當勞動行為制度之宗旨、目的彈性地加以解釋<sup>213</sup>。

#### 第一款 身為工會之會員

所謂的「不利益待遇」是一種相對性的概念，必須有二個以上的對象相互比較，始能發現有不利益之存在。故以身為工會會員而為不利益待遇的典型，乃工會會員與非工會會員相比較的情形<sup>214</sup>。而在此所謂的「工會」，

<sup>213</sup> 岸井（下），57頁；角田、西谷、菊池，139頁（角田邦重執筆）；西谷，161頁。

<sup>214</sup> 西谷，162頁。



不論是產業別工會、職業別工會、企業別工會或地區性的混合工會均屬之<sup>215</sup>。所謂的「會員」則不以該勞工為工會幹部或積極的工運活動家為必要<sup>216</sup>。而在此較有問題的是在一企業中併存著複數工會時，雇主得否因勞工從屬於某一工會而對之為不利益待遇？或者是雖然企業中只有一個工會，但卻因理念的不同而形成派系時，雇主得否對從屬於某派系的勞工為不利益待遇？以下分述之。

首先，在企業內有複數工會時，特定工會的會員與其他工會的工會相較而受有不利益的情形，當然也被此包括。雖然日本的工會法制採取所謂的「複數工會主義」<sup>217</sup>，但日本的工會組織大部分為企業別的工會，而在同一企業中併存著複數工會的比率其實不高。而在一企業中有複數工會的情況，通常將自主性強具有戰鬥性的工會稱為「第一工會」，而傾向勞資和諧而自主性較弱的工會則被稱為「第二工會」。在此種一企業中有複數工會的情況，通常該企業的勞資關係具有不安定的傾向，而產生了複雜的法律問題<sup>218</sup>。

在複數工會併存狀態下，最普遍的不利益待遇態樣乃基於考績評定的加薪或升等的差別待遇<sup>219</sup>，因此種態樣乃緩慢且繼續性的不利益，具有對於本人威嚇或周遭勞工儆戒的效果，且因為沒有解僱或調職到遠方等的巨大衝擊，對雇主來說是引起抵抗之危險性較低的手段<sup>220</sup>。而在發生此種態樣之不利益待遇時，自屬該勞工從屬於第一工會所致，第一工會之會員當然得以之向勞動委員會請求救濟<sup>221</sup>。

其次，即使在企業中僅有一個工會，但會員因就運動方針基本見解的不同而形成複數的團體，雇主以勞工從屬於該複數團體之一（通常為反對

<sup>215</sup> 本多，76 頁；青木、金子，222 頁。

<sup>216</sup> 中山等，176 頁（岸井貞男執筆）。

<sup>217</sup> 在日本一企業之中併存著複數工會主要有三種情形，其一乃因為職種有顯著的差異致其間利益調整困難，而併存著按職種而形成的工會；其二乃並非對於雇主的關係，係就政治問題的運動方針不同為契機而分裂的情形；其三乃因勞資關係觀的對立而形成之對雇主運動方針的對立致工會分裂的情形。但前二種情形，因為對於勞資問題的見解方向一致，複數工會也可能會採取共同的行動，故雇主所為的不當勞動行為通常不會產生工會間的差別待遇。詳見：萬井隆令，「不利益取扱の態樣－複數組合併存下の不利益取扱」，載於：外尾健一編，『不当労働行為の法理』（有斐閣，1985 年 10 月），160-161 頁。

<sup>218</sup> 向來在複數工會併存之下的不當勞動行為事件，主要有三種類型：其一乃關於工資、待遇等勞動條件在複數工會的會員間有所差別的紛爭；其二乃關於雇主的便宜供與所生的工會間差別紛爭；其三為在團體協商過程中關於工會間差別所生的紛爭，詳見：國武輝久，「組合併存状態と不当労働行為」，載於：『講座 21 世紀第 8 卷』，227 頁。

<sup>219</sup> 此乃所謂的「査定差別」問題，因就其立證有相當的困難性，故日本實務乃發展出所謂的「大量觀察方式」加以解決，詳見本文第三章第二節第二項第一款三。

<sup>220</sup> 萬井隆令，「不利益取扱の態樣－複數組合併存下の不利益取扱」，載於：外尾健一編，『不当労働行為の法理』（有斐閣，1985 年 10 月），163 頁。

<sup>221</sup> 香川孝三，「差別待遇」，載於：『現代講座第 7 卷』，219 頁；中山等，176 頁（岸井貞男執筆）；西谷，162 頁。

派)作為理由而進行不利益待遇，當然也屬於以勞工身為工會之會員為由而對之為不利益待遇，而應被加以救濟<sup>222</sup>。

而勞動委員會實務及判例法理則認為雇主不得參與工會間或工會內的紛爭或對立，應該平等的對待複數工會或工會內的各派系，發展出所謂的「中立保持義務」。例如最高裁判所在**日產自動車事件**<sup>223</sup>中表示：「於複數工會併存之際，因為承認各工會有各自獨立的存在意義，而保障固有的團體協商權及勞動協約締結權，當然的結論為必須說雇主無論在和那一個工會的關係中都被賦予了誠實地進行團體協商之義務。又必須說不限於在團體協商的情形，在所有的情況中雇主對於各工會都應保持中立的態度且平等地承認、尊重其團結權，不允許因各工會的性質、傾向或向來的運動路線而為差別待遇。」而明確地承認雇主有中立保持義務。

## 第二款 欲加入或組成工會

勞工欲加入既存之工會或欲組成工會因為係其團結權的實現，當然也應受到免於雇主干涉的保護。所謂的「欲加入」工會乃指表示欲加入既存工會的希望或為了加入而進行諮詢等，亦即是在成為工會會員前之不利益待遇<sup>224</sup>；而「欲組成」工會乃指表示欲組成工會的願望或進行組成工會的準備活動<sup>225</sup>，在此之中也包括了組成工會的準備行為，且未必以組成工會為必要，從而組成的準備行為已經結束但卻未組成工會的情形亦屬之<sup>226</sup>。

是否為組成工會的準備行為必須按具體的事實加以判斷，但一般係指開始實現以組成工會為目標之行為，故即使在有組成工會的意圖但無法承認有準備活動之事實時，或在一部分的勞工間組成工會乃為其話題但進行組成計畫的事實卻不明確的情形，雖然不能說已進行了準備行為，但勞工

<sup>222</sup> 中山等，176頁（岸井貞男執筆）；下井，246頁；菅野，629頁。在日本實務上的代表性案例有北辰電機製作所事件（東京地判昭56〔1981〕.10.22，判時1030号99頁），雖然該事件為爭訟雇主以勞工從屬於工會反對派為由而對為不利益待遇，但法院的判旨卻是針對雇主以反對派的「活動」為由而進行之不利益待遇進行判斷，認為：「在企業中唯一的工會內存在著進行有特定傾向之工會活動的團體，作為雇主的企業以會員從屬於上述團體而進行上述特定傾向的工會活動為由，而對於上述會員個人的工資、昇格進行差別性待遇當然該當勞動組合法第七條第一款的不當勞動行為。」

<sup>223</sup> 最三小判昭60〔1985〕.4.23，勞判450号23頁。

<sup>224</sup> 荒木尚志，「新労働法講義第23回—第17章不当労働行為(2)」，法学教室329号（2008年2月），77頁。

<sup>225</sup> 荒木尚志，「新労働法講義第23回—第17章不当労働行為(2)」，法学教室329号（2008年2月），77頁；菅野，629頁。

<sup>226</sup> 外尾，235頁；香川孝三，「差別待遇」，載於：『現代講座第7卷』，220頁；道幸哲也，『労働組合活用のルール（第二版）』（旬報社，2006年5月），68頁。

長達數個月的時間每有機會就向同事強調組成工會的必要性或勞工意圖組成工會而拜訪上級工會或外部組織就組成工會進行協議乃該當準備行為<sup>227</sup>。此外，組成工會的支持活動也應解為被包含在其中<sup>228</sup>。

### 第三款 工會之正當行為

所謂「工會之正當行為」較前述的各種原因更為抽象，因而也產生較多及複雜的爭議，學說多將此原因分為①何謂「工會之行為」與②在如何的範圍內始為「工會的正當行為」（又被稱為「正當性」）兩個主要的問題點進行探究，若不究明這兩個問題的話，則以不當勞動行為制度所保障之工會活動自由的內容就無法確定<sup>229</sup>。

#### 一、工會之行為

所謂「工會之行為」一般又被稱為「工會活動」。若就「工會之行為」在形式上加以理解的話，乃指工會本身的行為，亦即必須解釋為工會正式機關的行為或是會員基於工會所決議之指令而為之行為，但判例學說就工會活動之範圍則採取較為寬鬆的認定<sup>230</sup>。

如前所述，勞動組合法第七條所規定之「不當勞動行為之原因」僅是例示規定，應彈性地加以解釋，不應以單純的文義解釋對之加以限制，從而有學者認為在法解釋學上應將前述之「身為工會之會員」、「欲加入或組成工會」以外的團結權行使活動，皆解釋為被「工會的行為」所包括<sup>231</sup>。而「工會的行為」可以再分為①「工會本身的團結權行使活動」與②「勞工個人的團結權行使活動」，以下分述之。

#### （一）工會本身的團結權行使活動

在工會所進行的活動之中，除了團體協商或爭議行為外，平常也會進行許多的職場組織活動，包括教育或宣傳活動、文化活動、社會活動、政治活動等。而在這些形形色色的活動中，有那些得作為「工會之行為」而

<sup>227</sup> 外尾，235頁；香川孝三，「差別待遇」，載於：『現代講座第7卷』，220頁。

<sup>228</sup> 外尾，235頁；西谷，162頁。

<sup>229</sup> 本多淳亮，『業務命令、施設管理權と組合活動（第八版）』（労働法学，1974年11月），24頁。

<sup>230</sup> 外尾，237頁。

<sup>231</sup> 外尾，237頁；中山等，177頁（岸井貞男執筆）。

避免雇主以勞工參加此活動為由而對之為不利益待遇？而其中最為有問題的是工會本身所進行的「政治活動」，此問題涉及到工會活動的「目的」，就此在學說上有所對立，以下分述之。

① 首先，有就不當勞動行為制度之目的採「團交重視說」者以憲法第二十八條的宗旨目的乃在於「實現順利的團體協商」為據，認為本款所謂的「工會之行為」乃限於「與雇主的團體協商有所關係之行為」，故工會的組織擴大活動、爭議行為等作為團體協商主體所為的行為乃屬之，不過因為政治活動和團體協商沒有任何的關連，故乃從「工會之行為」中排除。但持本說者也認為雖然政治活動不能算是「工會之行為」，故雇主之不利益處分不構成不利益待遇，不過卻有構成勞動組合法第七條第三款「支配介入」的可能性<sup>232</sup>。

② 再者，有較上說較為寬鬆者，雖然認為工會之行為包含了「謀求會員福利厚生」的各種行為，但對於政治活動則以「在對雇主的關係中和勞動條件的維持改善或其他經濟地位的提昇如此之工會本來目的之達成沒有直接關係」為理由，而將之除外<sup>233</sup>。

③ 此外，有從美國於1935年所制定之全國勞動關係法（又稱華格納法）第七條將勞工的團體行動權表現為「以團體協商或其他勞工的相互扶助或保護為目的」「從事團體行動」的權利獲得啟發，而認為得以「團體協商或其他勞工的相互扶助或保護」作為劃定「工會之行為」範圍之基準，只要政治活動、社會活動、文化活動等得視為勞工「相互扶助或保護」的活動，就可以納入工會活動的範圍，而比前述的見解更為鬆綁<sup>234</sup>。

④ 除上所述，尚有認為「工會之行為」包含了工會自主決定而進行的所有活動，政治活動只要是基於工會之決定則當然被「工會之行為」所包含<sup>235</sup>，因為既然工會是以保障勞工的利益為目的之組織，就必須在與勞

<sup>232</sup> 石川吉右衛門，「労働組合法第七条第一号と同三号との関係」，載於：『労働法と経済法の理論—菊池勇夫教授六十年祝賀記念論文集』（有斐閣，1960年11月），682頁；石川，303頁。另外採取類似此說者，雖未表示不當勞動行為之目的乃在於「團體協商」，但認為工會之行為必須是依工會本來之目的而進行者，故政治活動並非工會之行為，對於雇主以此為由之不利益待遇除非是和其他構成不當勞動行為之理由相結合，或政治活動係在勞動爭議中作為對抗手段之一而為，否則不構成不當勞動行為，詳見：吾妻光俊，『新訂労働法概論（新訂版）』（青林書院，1975年1月），162-163頁。

<sup>233</sup> 三藤正，「不利益取扱」，載於：『講座第2卷』，275頁；厚生労働省労働担当参事官室編，『労働組合法・労働関係調整法（五訂新版）』（労働行政，2006年3月），390頁。

<sup>234</sup> 荒木尚志，「新労働法講義第22回—第16章団体行動（2）、第17章不当労働行為（1）」，法学教室328号（2008年1月），57頁；菅野，596頁、630頁。

<sup>235</sup> 本多淳亮，「労働組合の政治活動をめぐる法律問題」，季刊労働法50号（1963年12月），70頁；初井，142頁；本多淳亮，『業務命令、施設管理権と組合活動（第八版）』（労働法学，1974年11月），51頁；岸井（下），69頁；道幸哲也，『労働組合活用のルール（第二版）』（旬報社，2006年5月），69頁；西谷，163頁。另有持本說者認為工會除了為了謀求勞動生活利

工政黨有密切的聯繫之下推行運動，此運動不得不說帶有政治的性質。因為國家經濟上的機能增強，特別是強化了高度發展的獨立資本與國家權利的結合，就此與勞工的利害關係也變得複雜，勞工的經濟要求已經無法單純在經濟問題的範圍內被加以解決，故只要是工會機關為了保護會員的生活利益而認為必要的政治活動，在對於雇主的關係中，一般仍應被評價為工會活動<sup>236</sup>。但有持本說者就選舉活動認為即使會員大會決定加以支持也不應解為工會活動，因為雖然以工會之名所支持的選舉活動有如同工會活動的外觀，但工會就此問題本來就不是應以統一的意思而行動的團體，故將選舉活動排除在工會活動的範圍之外<sup>237</sup>。

而在實務上所出現的判決，較早期者有**沢の町モータープール（motor pool）事件**<sup>238</sup>，案例事實乃工會副委員長參加大阪府議會的選舉而向雇主請求休假，但雇主卻加以拒絕，雖然在事業所中一般禁止政治性文書的發送，但工會副委員長仍利用休息時間發送記載抗議雇主該措置之工會會報，而雇主乃對之為懲戒處分，就雇主該處分是否構成不利益待遇，最高裁判所表示：「發送如同本件內容之工會會報，就像是欲透過公職選舉而謀求勞工地位的提昇，主要係以政治活動為目的，不能解為工會活動範圍內的行為始為相當。」本判決似乎是採取上述第②說之見解而認為雇主之懲戒處分不構成不利益待遇。

然而最高裁判所的立場嗣後有所轉變，其於**三井美唄勞組事件**<sup>239</sup>中表示：「在實際上的政治、經濟、社會構造之下，於勞工謀求提昇其經濟地位之際，僅求之於與雇主的交涉並無法充分的達到此目的，作為工會為了更充分達到上述目的之手段，並不妨害其進行達成此目的之必要的政治活動或社會活動。」最高裁判所於此判決中採取了上述第④說之見解，承認政治活動屬於工會活動，而本判決的出現可以說是為政治活動是否屬工會活動之爭議劃上休止符<sup>240</sup>，嗣後的判決多依循此種思考模式，但最高裁判所在**國勞広島地本事件**<sup>241</sup>中於承認上述的判旨後，表示對於「以促進或反

---

益的提昇而進行團體協商、爭議行為等本質上的目的活動外，尚得進行所謂文化活動或政治活動等的「附隨的」目的活動，只要政治活動不變成該工會本質上的目的活動，則仍屬工會活動，詳參：本田，61頁；青木、金子，223頁；盛，223頁。

<sup>236</sup> 本多淳亮，『業務命令、施設管理權と組合活動（第八版）』（労働法学，1974年11月），48-51頁。

<sup>237</sup> 沼田稻次郎，「労働組合の正当な行為」，載於：『新講座第6卷』，123-124頁。

<sup>238</sup> 最一小判昭37〔1962〕.5.24，訟務月報8卷5号926頁。

<sup>239</sup> 最大判昭43〔1968〕.12.4，刑集22卷13号1425頁。

<sup>240</sup> 東大，365頁。

<sup>241</sup> 最大判昭50〔1975〕.11.28，民集29卷10号1698頁。本判決的爭點並非雇主對於工會會員的不利益待遇，而係工會向其會員請求支付「臨時會費」，其中包含了「政治意識昂揚資金」，該資金係於眾議員選舉之際，為了支持特定的候選人而捐贈的資金，而會員不願支付該資金，最高裁判所於引用了三井美唄勞組事件之判旨後，表示工會雖有政治活動的自由，但不允許工會強制其會員協助該政治活動。關於本判決的事實、判旨、評釋，詳見：遠藤昇三，「臨時組合

對與會員的權利利益有直接關係的立法或行政措施為目的之活動」，會員有協力義務，並不因工會所決定的活動係政治活動之故而直接否定憲法或勞動組合法的保護，此判決雖然承認了三井美唄勞組事件之判旨，但卻又附加表示將政治活動限於和會員的權利利益有「直接關係」者，似乎認為僅「不純粹」政治活動始受保護，但在工會具有政治目的的活動中，因為和提昇勞工的經濟地位有密切的關係，在「不純粹」政治活動與「純粹」政治活動中有各式各樣的形態存在<sup>242</sup>，要判斷工會政治活動與會員的權利利益有「直接關係」乃有相當的難度，其標準亦不明確。

對於上述三說究竟以何者較為可採？就第①說而言，其乃由將不當勞動行為制度之目的理解為實現順利的團體協商之「團交重視說」衍生而來，然而如前章所述，本說以過於狹隘的角度理解憲法保障不當勞動行為制度的意義而過於重視團體協商。此外，本說並未說明「順利的團體協商」是憲法的規範內容，為了使如此的憲法解釋正當化，就必須論證日本國憲法係基於限定保障如此特定之工會活動的意思而被制定。又，此說並未充分地說明其所謂「順利的團體協商」之內容，亦即無法從如此的目的導出只有排除政治活動始得以實現之結論，妨礙工會自主、民主的運作，對於形成「順利的團體協商」來說甚至是有不利的影響<sup>243</sup>。

對於上述第②說，有學者認為雖然本說並未很明確的表示為何將政治活動排除在不當勞動行為制度的保障之外，但若以上述沢の町モータープール（motor pool）事件的論旨為據，此判決以勞動組合法第二條本文的工會目的規定及該條第四款為理由而否定政治活動的工會活動性，但因為這些條項乃規定「是否將某團體視為工會的基準」，並非規定「工會所進行為個別活動之基準」，該判決乃從工會的目的規定直接認為係工會活動的性質規定，不得不說在論理上有所缺陷，而從勞動組合法第二條本文所謂的「主要」目的來看，毋寧是強調工會目的及為了達成目的之活動的多樣性<sup>244</sup>。

雖然第③說認為沢の町モータープール（motor pool）事件的論旨不

---

費の納入義務—国労広島地本事件」，載於：『百選（七版）』，188-189頁。

<sup>242</sup> 田端博邦，「労働組合の……行爲」とその評価の視角」，載於：『現代労働法講座第3卷』（1981年3月），53頁。但有對於本判決持肯定看法者，例如：荒木尙志，「新労働法講義第22回—第16章団体行動（2）、第17章不当労働行爲（1）」，法学教室328号（2008年1月），57頁；荒木尙志，「新労働法講義第23回—第17章不当労働行爲（2）」，法学教室329号（2008年2月），77頁；菅野，596頁；土田，390頁。

<sup>243</sup> 田端博邦，「労働組合の……行爲」とその評価の視角」，載於：『現代労働法講座第3卷』（1981年3月），41頁。

<sup>244</sup> 田端博邦，「労働組合の……行爲」とその評価の視角」，載於：『現代講座第三卷』，53頁；中山等，180-181頁（岸井貞男執筆）。

當<sup>245</sup>，而採取了比第②說更寬鬆的見解，認為得以「團體協商或其他勞工的相互扶助或保護」作為劃定「工會之行為」範圍之基準，導出只要政治活動得視為勞工「相互扶助或保護」的活動就可以納入工會活動的範圍，而和**国労広島地本事件**產生相同的結果，只要和勞工的權利利益「有直接關係」就得作為工會活動<sup>246</sup>，但如前所述所謂「有直接關係」（亦可說「非純粹政治活動」）的判斷標準不明，於實際案例的判斷上可能產生問題。

由於上述的三說均有其各自的問題點，從而本文以為多數學者及**三井美唄労組事件**所採取的第④說較為可採，但就其理論基礎則仍是有所爭議，就此點必須與前章所述之「不當勞動行為制度之目的與性質」相連結而併予觀察。若以「團結權保護說」的角度來觀察的話，對於選舉活動等的「純粹」政治活動，雖然認為保障勞工團結權的憲法第二十八條不得解為保障由一般市民或國民大眾的立場所進行的政治性集體行動，對於「純粹」的政治活動應適用憲法第二十一條的保障市民表現自由規定<sup>247</sup>。但其他持本說者則認為此種將以憲法第二十八條為對象的行動受不當勞動行為制度之保護，但以憲法第二十一條為對象的行動卻不受該制度保護的二分法觀點有所不妥，因憲法第二十八條與第二十一條所保護的對象在實際上難以涇渭分明地區別，且將二者予以分別也不符合實際上工會會員的意識，雖然以參與純粹政治活動為由的不當解僱可能構成解僱權的濫用，但承認解僱權濫用的範圍在實際上遠較成立不當勞動行為的範圍為小，故對於「純粹」的政治活動仍然應以不當勞動行為制度加以保護<sup>248</sup>。

對於從「團結權保護說」所衍生出的上述二種見解，可以從後者對於前者的批判中看出前者的缺陷，但就後者而言，除非將「純粹」政治活動解為被憲法第二十八條所保障的範圍，否則使「純粹」政治活動成為不當勞動行為制度保護對象之「工會的行為」在理論上乃有所不能。但因憲法第二十八條乃保障涉及勞工固有利害關係之權利，將以一般市民或國民的立場所進行的「純粹」政治活動認為也被此所包含，在法釋義學上有明顯的困難，故由後說的立場將「純粹」政治活動理解為被「工會的行為」所包含在論理上有所矛盾，而正本清源之道應由前章所述之「秩序維持說」的立場出發，因為從工會實現維持、強化團結或其社會存在意義的觀點認為必要而以自主決定所進行的所有活動都被「工會之行為」所包含，「純

<sup>245</sup> 菅野，630頁之註22。

<sup>246</sup> 菅野，596頁。

<sup>247</sup> 沼田稻次郎，『運動のなかの労働法（第三版）』（旬報社，1972年4月），418頁。

<sup>248</sup> 本多淳亮，「労働組合の政治活動をめぐる法律問題」，季刊労働法50号（1963年12月），72頁；**粉井**，134-139頁；本多淳亮，『業務命令、施設管理権と組合活動（第八版）』（労働法学，1974年11月），51頁。

粹」政治活動也和其他社會活動一樣，被此所包含<sup>249</sup>。

故綜上所述，本文以為就政治活動是否被「工會之行為」所包含應以第④說較為可採，而其理由則由關於「不當勞動行為制度之目的與性質」之「秩序維持說」所衍生而出。

## （二）勞工個人的團結權行使活動

勞工加入工會後出席會員大會或其他工會所召集的會議、行使選舉權與被選舉權等，不用說當然是屬於「工會之行為」，但在此範圍之外勞工自發進行的活動是否算是「工會之行為」？如果屬之則其範圍為何？關於此點，日本學說主要有以下諸說：

① 採取嚴格的立場解釋本條所謂的「工會之行為」，認為脫離工會之意思而以個人之立場所進行之行為或違反工會決定、方針的行為，不能說是「工會之行為」，而非為勞動組合法第七條第一款的保護對象<sup>250</sup>。但有持本說者認為雖然違反工會決定或方針的行為不屬「工會之行為」，但若雇主以勞工加入工會內的反對派為由而對其為不利益待遇時，則係因其「身為工會會員」而得成立不利益待遇之不當勞動行為<sup>251</sup>。

② 採取較為寬鬆的立場者認為本款所謂「工會之行為」乃指與作為統一組織體之工會相關連而被展開的個別勞工的行為，從而雖然和工會沒有關係的會員個人恣意行為不被包含，但包含了被認定為在工會統制或運作之下所展開的各活動（按情況批判工會的言行也可能被包含）<sup>252</sup>。亦有持本說者認為即使是會員不基於工會的機關決定或指令而自發所為的活動，在得認定為遂行工會運動方針的行為時，通常得視為有工會默示的授權或承認，也得作為「工會活動」而被加以保護，但仍不得違反工會之統制，例如在舉行幹部選舉時之獨自的活動或在工會方針決定過程中的意思表明活動等得被「工會之行為」所包含，但若違反工會工會組織上或運動上的決定、方針時，原則上不得作為該勞工的獨自行動，而不受勞動組合法的保護<sup>253</sup>。亦即雖然在工會意思形成的過程中（例如在選舉活動、大

<sup>249</sup> 中山等，181頁（岸井貞男執筆）。

<sup>250</sup> 下井，246頁；厚生労働省労働担当参事官室編，『労働組合法・労働関係調整法（五訂新版）』（労働行政，2006年3月），391頁。

<sup>251</sup> 下井，246頁。

<sup>252</sup> 石井，459-460頁；山口，86-87頁；土田，389-390頁。

<sup>253</sup> 大内，804-805頁、819頁；荒木尚志，「新労働法講義第22回—第16章団体行動（2）、第17章不当労働行為（1）」，法学教室328号（2008年1月）57頁；荒木尚志，「新労働法講義第23回—第17章不当労働行為（2）」，法学教室329号（2008年2月），77頁；菅野，595頁、630頁。



會中的發言) 仍然得視為「工會之行為」, 但在意思決定後會員獨自的分派活動並非保護的對象<sup>254</sup>。

③ 多數學說則認為不只是未根據工會的機關決定、指令、明示或默示的承認, 即使是違反工會指令之行為, 也被包含在「工會之行為」中, 廣泛地承認會員個人的工會活動<sup>255</sup>, 但是並非所有勞工個人的行為均為「工會之行為」, 就其範圍則仍有一定之限制, 至少要與工會有所相關, 至於其標準為何? 有採取主觀說者強調此行為係「為工會或會員之利益」<sup>256</sup>、「基於作為勞工的自覺而未違反團結目的或道德的行為」<sup>257</sup>而重視行為人之主觀要素; 亦有採取客觀說者, 認為此行為需「得承認在工會目的範圍之內」<sup>258</sup>、「係作為會員者通常所期待者」<sup>259</sup>、「客觀來看, 為了實現工會之目的而身為工會會員進行該行為乃理所當然者」<sup>260</sup>、「客觀來看, 得承認係以實現工會團結為目的之必要行為者」<sup>261</sup>、「只要是未脫離社會常識的手段、態樣, 就不喪失不當勞動行為制度的保護需要性」<sup>262</sup>等。而廣泛承認會員自發行為為「工會之行為」的原因主要有二: 其一為雖然工會本來就是在內部有各式各樣見解的不同、對立的組織, 但將包含如此對立、抗爭之工會的存在作為整體而保護其避免受到雇主的介入乃不當勞動行為制度的基本宗旨; 其二為即使勞工加入工會, 但勞工個人的團結權並不因此而完全被工會所吸收, 故仍應承認並保護工會會員的自發活動<sup>263</sup>。

就會員的自主行為得否算是「工會之行為」在實務上亦未形成統一的見解, 早期有駐留軍追浜兵器工場救濟命令取消請求事件<sup>264</sup>認為: 「一般乃將使工會會員以謀求強化團結為目的之行為作為工會活動, 雖然必須要有工會的授權或承認, 但如此的授權或承認通常不限以工會明示的意思決定

<sup>254</sup> 小西、渡辺、中嶋, 474-475 頁。

<sup>255</sup> 舩井, 124-125 頁; 沼田稻次郎, 「労働組合の正当な行為」, 載於: 『新講座第 6 卷』, 121 頁; 本多淳亮, 『業務命令、施設管理権と組合活動 (第八版)』(労働法学, 1974 年 11 月), 32 頁; 外尾, 238-239 頁; 岸井 (下), 68 頁; 舩井常喜, 「團結権保障と組合活動—労組法第七条一号にいわゆる「労働組合の……行為」をめぐって」, 載於: 『團結活動の法理—野村平爾教授還暦記念論文集 (三版)』(1980 年 9 月三版), 55-56 頁; 久保、浜田, 107 頁; 青木、金子, 223 頁; 道幸, 『ルール』, 129 頁; 盛, 222-223 頁; 萬井、西谷編, 207 頁 (唐津博執筆); 西谷, 164 頁; 中窪、野田、和田, 364-365 頁; 片岡、村中, 277 頁。

<sup>256</sup> 沼田稻次郎, 「労働組合の正当な行為」, 載於: 『新講座第 6 卷』, 121 頁。

<sup>257</sup> 舩井, 125 頁; 舩井常喜, 「團結権保障と組合活動—労組法第七条一号にいわゆる「労働組合の……行為」をめぐって」, 載於: 『團結活動の法理—野村平爾教授還暦記念論文集 (三版)』(1980 年 9 月三版), 55-56 頁。

<sup>258</sup> 外尾, 239 頁。

<sup>259</sup> 久保、浜田, 107 頁。

<sup>260</sup> 片岡、村中, 277 頁。

<sup>261</sup> 青木、金子, 223 頁。

<sup>262</sup> 萬井、西谷編, 207 頁 (唐津博執筆)。

<sup>263</sup> 本多淳亮, 『業務命令、施設管理権と組合活動 (第八版)』(労働法学, 1974 年 11 月), 32-33 頁; 西谷, 164 頁。

<sup>264</sup> 東京地判昭 31 [1956] .10.10, 労民集 7 卷 5 号 58 頁。

為必要，依工會的性質而很清楚地擁護工會的團結且平時就這麼為之者，乃應解為工會授與默示的授權或承認始為相當。」而將未有工會明示授權或承認之對於公司新進員工的加入勸誘行為承認係工會活動。嗣後，**關西電力事件**<sup>265</sup>表示僅在有工會明示、默示的承認或視為有承認係在勞動常識上得加以肯定的行為時，才視為工會之行為。較晚期則有**千代田化工建設事件**<sup>266</sup>認為：「為了可以說是勞動組合法第七條第一款之『工會的正當行為』，雖然是從屬於某工會之勞工所進行之活動，但以為了保護勞工的生活利益之勞動條件的維持改善或其他經濟地位的提昇為目標所為者，且此行為必須得被評價為以其所屬工會的自主性、民主性運作為意向的意思表明行為，且應以此為已足。」

就此問題，以上諸說究以何者較為可採？就第①說而言，其過度地限制了個別勞工進行工會活動自由，忽略了團結權所保障的主體除了工會外，亦包括個別勞工，即使認為若該勞工屬於反對派，而得以「身為工會之會員」而對之加以救濟，但如此僅保障「身分」而不保障「行為」的理解方式有所不妥，因進行自發行為者不一定屬於反對派，如此的見解仍有使「工會之活動」的範圍窄化之嫌。

而第②說雖然較第①說為寬鬆，但仍以不得違反工會之統制為其底限，雖然對於違反工會之統制者，工會得進行統制處分，諸如除名、停權、警告等，但此屬於工會「團體自治」之範圍，乃工會內部關係的問題。然而會員的自發活動是否屬「工會之活動」而得對抗雇主的不利益待遇乃屬工會對外關係的問題，將此二者面向不同的問題相連結乃侵犯了「團結自治」<sup>267</sup>，不只是可能發生雇主對於違反統制者均進行不利益待遇而介入工會的運作，也可能剝奪了工會組織內多樣化動態活動的自由<sup>268</sup>。

除了第①說與第②說有上述的問題外，由於不當勞動行為制度的目的乃在於保障勞工與工會之團結權及於此之上所形成的公正勞資關係秩序，故只要雇主的行為有妨礙勞工或工會行使團結權或公正勞資關係秩序就應該對之加以禁止，所謂「工會之行為」僅係為了確保勞工之行為係行使團結權而與工會有所關係之行為，不應過度限縮其範圍，故本文以為第③說較為可採。

然而如前所述，即使採取第③說，仍須有所限制，並非勞工所有的行為當然都可以被「工會之行為」所涵蓋，但究竟應採主觀說或客觀說為判

<sup>265</sup> 大阪高判昭 53〔1978〕.6.29，勞民集 29 卷 3 号 371 頁。

<sup>266</sup> 東京高判平 7〔1995〕.6.22，勞判 688 号 15 頁。

<sup>267</sup> 初井，122 頁；沼田稻次郎，「労働組合の正当な行為」，載於：『新講座第 6 卷』，115-116 頁；本多淳亮，『業務命令、施設管理權と組合活動（第八版）』（労働法学，1974 年 11 月），34 頁。

<sup>268</sup> 田端博邦，「労働組合の……行為」とその評価の視角」，載於：『現代労働法講座第 3 卷』（1981 年 3 月），50 頁。

斷基準？在學說上另有主張主觀、客觀二說不應該是對立的，而係相互補充，基本上先將判斷的重點置於行為的客觀評價，於以客觀標準無法判斷時，再將判斷的重點移到主觀的要素<sup>269</sup>，本文以為因為主觀的要素在判斷上較難證明，故基本上得先以客觀的標準加以判斷，於客觀的標準無法判斷之際再以主觀標準判斷，於此二種標準都無法判斷之際，始將該勞工之個人行為排除在「工會之活動」的範圍外。

## 二、正當性

### (一) 正當性的判斷標準

依勞動組合法第七條第一款之規定，並非所有「工會之行為」均受不當勞動行為制度之保護，必須是「正當」的工會行為始有適用本款之餘地。然而就「正當」的工會行為為何則有所爭議，因在勞動組合法中出現「正當」如此之字眼者，除了本款以外，尚有第一條第二款<sup>270</sup>與第八條<sup>271</sup>分別規定正當工會行為的刑事免責與民事損害賠償免責，但勞組法第七條第一款的正當性與第一條第二款、第八條的正當性是否意義相同？因為勞動組合法第一條第二項、第七條第一款、第八條各自的立法宗旨均不相同，故目前絕大多數的學說均認為「正當性」的判斷基準也不得不有所不同<sup>272</sup>。但使工會活動正當性的判斷標準明確化是極為困難的問題，因工會活動有各式各樣的形態，故設定統一的判斷基準有所不能<sup>273</sup>，應就個別具體的情況討論「正當性」，例如：應考量行為的目的（是否為了維持、改善勞工的地位？）或態樣（與為了達成上述的目的是否相當？）、關於該行為的具體情形（在爭議時或平常時？是否在就業時間中？對於業務的影響程度）、雇主的對應（是否由雇主所挑起或有無支配介入的行為？）、勞資慣

<sup>269</sup> 中山等，184頁（岸井貞男執筆）。

<sup>270</sup> 勞動組合法第一條第二項：「刑法（明治四十年法律第四十五號）第三十五條之規定就工會的團體協商或其他的行為係為達成前項所揭之目的而為正當者有所適用。但在任何的情形中，暴力的行使均不得解釋為工會的正當行為。」

<sup>271</sup> 勞動組合法第八條：「雇主不得以因同盟罷工或其他爭議行為等正當的行為而受有損害之故，向工會或其會員請求損害賠償。」

<sup>272</sup> 外尾，317頁；本田，62-63頁；香川孝三，「差別待遇」，載於：『現代講座第7卷』，224頁；本多，77頁、107頁；中山等，187頁（岸井貞男執筆）；久保、浜田，107頁；青木、金子，224頁；下井，246頁；盛，223頁；大內，820頁；萬井、西谷編，207頁（唐津博執筆）；西谷，165頁；中窪、野田、和田，365頁；片岡、村中，278頁；菅野，631頁；土田，390頁。關於勞動組合法中的「正當性」概念，可參見：安枝英紳，「労働組合法における正当性の四つの概念」，載於：『労働法学の理論と課題—片岡昇先生還暦記念』（有斐閣，1988年4月），170-202頁。

<sup>273</sup> 本多淳亮，『業務命令、施設管理権と組合活動（第八版）』（労働法学，1974年11月），25頁。

行（在該勞資關係中向來的處理方式）等<sup>274</sup>。

然而，亦有學說及實務見解從不同的角度來理解所謂的「正當性」，亦即若工會活動為違法時，原則上不成立不當勞動行為，但與其違法性相比，雇主採取了過重的對抗措施，則會使工會的行為變為正當，而雇主的對抗措施則該當不利益待遇或支配介入<sup>275</sup>。

## （二）企業內之工會活動與雇主之忍受義務、企業秩序<sup>276</sup>

在探討工會活動正當性之際，必須注意到日本工會的實態。因為日本的工會係以企業工會為主，大多數的工會乃在企業中設置事務所而以一個企業中的員工所構成的組織，故工會活動多在就業時間中為之，而與雇主的業務指揮權有所衝突。此外，工會活動的場所也以在該企業中為主，亦與雇主的設施管理權產生對立。而雇主上述的「業務指揮權」與「設施管理權」乃由「經營權」所衍生而來，但「經營權」並非如同所有權等一樣在實定法上的獨立權利概念，只不過係資本所有權在企業經營面的作用之一，為了在對於勞工的關係中發揮具體的機能，必須以勞動契約作為媒介。但由於勞雇當事人地位的不平等，勞工必須加以團結始得與雇主立於實質上對等的地位，而基於對於勞工團結權的承認，對於如此勞工的自主團結活動也必須制度性地加以保障<sup>277</sup>。故於工會在企業中進行工會活動而與雇主的業務指揮權、設施命令權有所衝突時，雇主得否向工會請求損害賠償或向個別的勞工為懲戒處分？若以之為由進行懲戒處分是否可能構成不利益待遇？

關於此問題，日本早期的實務與學說認為團結活動係勞工行使其團結權，但由於日本的工會主要是企業工會，在企業中進行工會活動是必要且不可或缺的。因為有如此的日常工會活動，勞工的團結始具有生命，且因團結權是憲法上所保障的權利，故必然包含保障與企業秩序對立的工會活動自由，從而除非因此對於企業的運作或業務產生具體的障礙，否則雇主應該在一定的範圍內負有忍受工會活動侵害其權限的義務，此種義務被稱

<sup>274</sup> 盛，223-224 頁。而就實務判決所採取之標準的整理，請參照：塚本，79-85 頁。

<sup>275</sup> 賀來才二郎，『改正勞働組合法の詳解』（中央勞働學園，1949 年 5 月），129 頁；角田、毛塚、脇田編，347 頁（脇田滋執筆）；駐留軍追浜兵器工場救濟命令取消請求事件・東京地判昭 31〔1956〕.10.10，勞民集 7 卷 5 号 58 頁。

<sup>276</sup> 關於企業內之工會活動的學說、實務論爭，可參照：浜田富士郎，「企業內組合活動」，載於：『文献研究労働法学』（総合労働研究所，1978 年 7 月），175-182 頁；大内伸哉，「企業內組合活動」，季刊労働法 161 号（1991 年 9 月），151 頁以下。中文文獻則有：林良榮，『論企業內工會活動之權利保障—以日本戰後學說及判例發展為中心』（國立中正大學勞工研究所碩士論文，1997 年 7 月），74-93 頁。

<sup>277</sup> 外尾，318-319 頁。

為「忍受義務」<sup>278</sup>。

而採取此立場的代表性判決最早有三井化学三池染料事件<sup>279</sup>，該判決認為因為日本的工會採取企業別的組織，工會活動的場所必然是以企業設施為中心而進行，故「公司的設施的管理權並非毫無限制，因為在與工會的團結權為據之工會活動的關係中，被協調地加以限制，公司也應考慮到工會活動的便利而為某程度的讓步，當然工會也應儘可能地尊重公司的管理權。」嗣後，有電電公社東海電氣通信事件<sup>280</sup>，該判決指出在日本工會活動有利用企業設施加以進行的必要性後，表示：「因這些工會活動而侵害雇主對於這些設施的所有權或管理權時，不應以平常雇主這些權利優先的立場理解此衝突，勞工的工會活動也必須和雇主的這些權利在法律上被平等地尊重」，認為雇主的此種權利「在權利的本質上受到制約」。

但進入 1970 年代末期後，出現一連串的判決否定雇主上述的「忍受義務」，例如東京高等裁判所在日本エヌ・シー・アール（NCR）事件<sup>281</sup>中宣告了：「勞工的工會活動原則上應該在工作時間及事業場外為之，勞工在事業場內進行工會活動除非有雇主的承認，否則當然不被允許。」而承認以在企業中未經許可的發送傳單為由之懲戒處分。

最高裁判所則於国労札幌地本事件<sup>282</sup>中強調雇主為了企業的維持、運作而有綜合企業中人的要素與物的設施並加以配備組織以訂立企業秩序的權限後，表示因為企業設施的利用本來應該基於與雇主之團體協商等合意而為，即使企業中工會於其活動之際利用企業設施的必要性很大，仍沒有理由使工會或其會員為了進行工會活動而取得利用企業物的設施之權限，及使雇主忍受工會或其會員為了進行工會活動而利用企業物的設施之義務。」在此判決中，最高裁判所乃以比物的設施管理權更上位的雇主企業秩序訂立權為前提，明白地否定雇主的忍受義務，故原則上沒有勞資合意或雇主的承諾，工會不得利用企業設施。不過該判決也表示雇主該企業秩序訂立權的行使，必須不得違反權利濫用，否則在此種例外的情況下得承認工會的企業內活動權。

對於此種判決的理論構成，學說多持批判的態度，因為所謂的「企業秩序」是過於含糊的概念，雖然在企業中一定的職場規律是必要的，但最高裁判所所認為的「企業秩序」遠超過如此的職場規律，不只是包含了對於設施的物的管理權，尚及於和勞務無關之企業外行為，承認如此廣泛地

<sup>278</sup> 舩井，125 頁以下；外尾，319 頁。

<sup>279</sup> 福岡高判昭 34〔1959〕.11.12，勞民集 10 卷 6 号 1114 頁。

<sup>280</sup> 名古屋地判昭 38〔1963〕.9.28，判時 359 号 67 頁。

<sup>281</sup> 東京高判昭 52〔1977〕.7.14，勞民集 28 卷 5、6 号 411 頁。

<sup>282</sup> 最三小判昭 54〔1979〕.10.30，勞判 329 号 12 頁。

企業秩序訂立權，則有使已被學說、判例否定的「經營權」概念在事實上復活的意義<sup>283</sup>。此外，雖然在企業內的工會活動最好是有得到雇主的同意，但是工會活動權發生問題的情況就是在雇主不同意的情形，如果認為沒有雇主的同意就不得利用企業設施的話，就等同於否定企業內工會活動的權利，因為若工會與雇主立於友好關係，雇主就給予各種方便，但只要立於對立狀態，雇主就以設施管理權或企業秩序訂立權為據而對於工會活動施加限制的話，明顯地將使得憲法第二十八條保障團結權、團體行動權的宗旨落空，使工會活動的自由屈服在「企業秩序」之下<sup>284</sup>。

就上述學說與實務的論爭，可以發現二者對於「原則」與「例外」認知的不同，持「忍受義務論」者認為原則上工會在企業內有活動的權利，但若因此對於企業的運作或業務產生具體的障礙，則該工會活動則可能為「不正當」，而不受到勞動組合法的保護。但持「企業秩序論」者則認為原則上雇主得以其企業秩序訂立權限制企業內的工會活動，但雇主不得濫用此權利，在雇主濫用此權利的情形下，則工會之活動為正當。從而，二說均是「權利調整」的法理，只不過所著重者不同，由此面向來看，本款所謂的「正當性」乃在工會活動與雇主的法益產生衝突時，必須比較、衡量雇主的經營權與勞工的團結權而就個案加以判斷<sup>285</sup>。但本文以為以「忍受義務論」較為可採，因「企業秩序論」者不只忽略了日本工會的實態，亦未注意到憲法保障團體行動權之宗旨，而過度地強調雇主的財產權及業務指揮權，致有扼殺工會活動而影響工會生存之虞，故若勞工或工會的企業內工會活動未對企業的運作產生具體的障礙，雇主即不得以之為由對於勞工為懲戒、解僱等不利益處分，否則雇主的行為可能構成不利益待遇或者是支配介入。

<sup>283</sup> 角田邦重，「企業秩序と組合活動」，載於：『争点（新版）』，35頁；西谷，237頁。

<sup>284</sup> 大沼邦博，「勞務指揮權と組合活動の權利」，載於：『現代講座第3卷』，120頁；西谷，237-238頁。

<sup>285</sup> 中山等，188頁（岸井貞男執筆）；青木、金子，226頁；角田、毛塚、脇田編，346-347頁（脇田滋執筆）。又，關於「正當性」之判斷，一般日本學者均就種種活動的類型加以判斷，諸如與雇主的「設施管理權」相抵觸者，有：張貼海報、散發文宣或工會刊物、職場集會等；而與雇主之「業務指揮權」相抵觸者（亦即於就業時間中所進行的工會活動），則以工會的鍛帶、臂章戰術最為常見，因此問題亦屬勞動法上的重要爭點之一，本文為避免失焦，故僅討論其基本原則，無法一一就各種類型予以探究，相關的日文文獻請參照：外尾，321-365頁；盛，437-448頁；辻村昌昭，「企業内・外の組合活動」，載於：『講座 21世紀第8卷』，130-149頁；大內，785-803頁；西谷，240-263頁；菅野，596-604頁。中文文獻則有：林良榮，「論企業內工會活動之權利保障—以日本戰後學說及判例發展為中心」，國立中正大學勞工研究所碩士論文（1997年7月），103-163頁；余岳勳，「日本不當勞動行為類型及其審查基準之研究」，私立中國文化大學勞動學研究所碩士論文（2006年6月），62-71頁。

## 第四款 參與勞動委員會的程序

勞動組合法第七條第四款規定禁止以勞工向都道府縣勞動委員會或中央勞動委員會請求不當勞動行為的救濟或再審查，或以在勞動委員會中進行調查、審問、和解勸告、爭議調整之際提出證據或發言為由，進行解僱或其他不利益待遇。本款本來是勞動關係調整法中禁止以爭議調整中的發言為由進行不利益待遇的規定，並以罰則加以禁止，而嗣後於 1952 年的修正中，加以補充而納入勞動組合法中。本款的宗旨乃為避免勞動委員會以錯誤的事實進行調查、審問或爭議調整而確保不當勞動行為制度被適當地運用<sup>286</sup>，但在實際上涉及本款之救濟申請案件並不多見<sup>287</sup>。

而本款所謂的「勞工」乃包含了參與不當勞動行為的審查程序或爭議之調整程序的所有勞工，因為不論是非工會會員、對立工會之會員，甚至是雇主利益代表者均得受本款之保護<sup>288</sup>。

## 第二項 不當勞動行為意思

勞動組合法第七條第一款及第四款規定雇主不得因勞工進行正當的工會行動等之故或以之為由而為解僱或其他不利益待遇。在此所謂之「因…之故」或「以…為由」係指在「不利益待遇之理由」與「不利益處分」之間，必須有因果關係的存在，但為了證明如此「因果關係」之存在，一般認為必須雇主具有「不當勞動行為意思」始足當之。然而此「不當勞動行為意思」的意義為何？在雇主「誤信」時，是否具有「不當勞動行為意思」？又，在雇主雖有「不當勞動行為意思」，但同時也有使其不利益處分合理化之事由之「處分理由競合」的情形時，應如何處理？此外，在雇主因第三人的壓力而為不利益處分時，是否仍具有不當勞動行為意思？以下一一分述之。

<sup>286</sup> 外尾，241 頁；岸井（下），7 頁；香川孝三，「差別待遇」，載於：『現代講座第 7 卷』，228 頁；盛，235 頁；西谷，166 頁。

<sup>287</sup> 萬井、西谷編，208 頁（唐津博執筆）。

<sup>288</sup> 外尾，241 頁；西谷，166 頁。

## 第一款 不當勞動行為意思之意義<sup>289</sup>

關於不當勞動行為意思之意義，在學說上就此未形成統一之見解，有「主觀要件說」與「客觀要件說」之爭，以下分述之。

### 一、主觀要件說

主觀要件說為多數學說所採<sup>290</sup>。採本說者乃將不當勞動行為意思解為雇主反工會的意思或動機，具體來說，乃包括雇主「認識」勞工進行正當工會行為等之事實及因此事實之故而欲對該勞工進行不利益待遇之「意欲」<sup>291</sup>。本說的理論基準為其認為不當勞動行為制度的本質並非「發生雇主侵害團結權之結果」，而是因「如此的侵害行為與作為行為人之雇主間有一定的心理關係」，因而「得確定對於雇主之不當勞動行為責任之非難可能性」，從而「不當勞動行為意思係指侵害勞工的團結權等且阻礙勞工的自主工會活動或有阻礙之虞的反工會意思」<sup>292</sup>。此外，勞動委員會發出以回復原狀為目的之救濟命令時，不只是治癒已經發生之團結權侵害結果，也具有阻止將來發生不當勞動行為之意義。在如此的意義之下，乃不得不以對於雇主的不利益待遇加諸規範性的非難為前提，故無法完全忽視雇主的主觀意圖<sup>293</sup>。然而，如此雇主反工會的意圖或動機因係屬雇主內心的問題，無法直接證明，而須從各種間接的事實加以推定<sup>294</sup>，在實際上勞動委員會乃從雇主平常的發言或態度、向來勞資關係的情況等各種情事間接地加以推定<sup>295</sup>。

持本說者之主要理由為過失責任主義為近代法律的重要原則之一，原則上非基於自己故意、過失之行為並不生任何之責任，除非在特殊的情形

<sup>289</sup> 有學說對於勞動組合法第七條作整體性之觀察，可分為三種見解：①認為勞動組合法第七條各款均以不當勞動行為意思為必要者；②認為成立勞動組合法第七條各款的不當勞動行為均不需不當勞動行為意思；③認為欲成立勞動組合法第七條第一款之不利益待遇及第四款之報復性不利益待遇雇主乃需具備不當勞動行為意思，但其他二款則不需要。請參照：東大，345-348頁；杉山錚吾，「不當労働行為の意思」，載於：『爭點（新版）』，54-55頁；山口，105頁；角田、毛塚、脇田編，348-350頁（脇田滋執筆）。但由於本文係以「不利益待遇」為中心，故不採此種方式說明。

<sup>290</sup> 千種達夫，「不當労働行為意思の認定」，載於：『大系第4卷』，32-33頁；峯村光郎，「不利益取扱」，載於：『大系第4卷』，73頁；熊倉武，「不當労働行為意思の認定」，載於：『新講座第6卷』，140頁；外尾，222頁；下井，248頁；山口，105頁；大內，821頁；西谷，192頁；中窪、野田、和田，372頁；菅野，631-632頁；土田，417頁。

<sup>291</sup> 菅野，631-632頁；土田，417頁。

<sup>292</sup> 熊倉武，「不當労働行為意思の認定」，載於：『新講座第6卷』，140頁。

<sup>293</sup> 野村平爾、沼田稻次郎、青木宗也、橫井芳宏編，『基本法コンメンタール—労働組合法（新版）』（日本評論社，1978年5月），154頁（西谷敏執筆）。

<sup>294</sup> 石井，462頁；外尾，223頁；西谷，192頁；菅野，631頁。

<sup>295</sup> 大內，821頁；土田，417頁。



下才有無過失責任。因為在不當勞動行為制度中並沒有採取無過失責任主義的特殊理論或立法措置，故以雇主有進行不當勞動行為之意圖始成立不當勞動行為<sup>296</sup>。此外，在勞動組合法第七條第一款及第四款中乃不利益待遇如此雇主之「行為」，並非僅為狀態或結果，而「行為」必須以某些意思為根據，故在法律上評價「行為」之際，自然不能將「意思」置之度外<sup>297</sup>。

## 二、客觀要件說

持客觀要件說者則認為勞動組合法第七條第一款所謂之「因…之故」與第四款所謂之「以…為由」係指在工會之正當行為等與雇主的不利益處分間在客觀上有所關連（即因果關係）即為已足。換言之，即只要雇主對於以正當的工會行為等為由而進行不當勞動行為有所「認識」即可，並不需要反工會之意圖或動機等主觀要素<sup>298</sup>。其理論依據為不當勞動行為制度並非禁止所有雇主對於勞工的不利益處分，故「因…之故」如此之文句因為並沒有超越區分作為不當勞動行為而被禁止的不利益待遇與一般不利益措置的意義，應被理解為只是表示客觀因果關係之要件<sup>299</sup>。

對於不當勞動行為制度之目的採取團交重視說者就其理由認為不當勞動行為制度並非勞動委員會對於就勞資關係有不良影響的雇主行為採取適當的措置以指出雇主的惡行及追究其責任，而是在於回復原狀。從而本處所謂之「因…之故」及「以…為由」並非雇主內心意思的問題，只要認為有客觀上的因果關係即為已足<sup>300</sup>。故本說的特徵乃強調不當勞動行為制度之行政救濟的面向。

## 三、小結

在實務上，多數的見解亦採取主觀要件說，例如在**大浜炭坑事件事件**<sup>301</sup>

<sup>296</sup> 三藤正，『組合活動と整理解雇』（日本評論新社，1956年7月），149頁。

<sup>297</sup> 西谷，192頁。

<sup>298</sup> 有泉亨，「團結權の侵害とその救済」，載於：『労働法経済法の諸問題—末川還暦記念』（1953年11月），120頁；石川，294頁、297頁；岸井（下），152頁；中山等，208頁（岸井貞男執筆）；舛山錚吾，「不当労働行為の意思」，載於：『争点（新版）』，54-55頁；青木、金子，228頁；道幸，『ルール』，98-99頁；道幸，『基本構造』，42頁；小宮文人，「不当労働行為の認定基準」，載於：『講座21世紀第8巻』，90-91頁；清正寛，「不当労働行為の意思」，載於：『争点（新版）』，50-51頁；片岡、村中，282-284頁；水町，339頁。

<sup>299</sup> 岸井（下），75頁；本多等，150頁（岸井貞男執筆）。

<sup>300</sup> 石川，297頁。

<sup>301</sup> 最二小判昭24〔1949〕.4.23，刑集3卷5号592頁。本案所適用的法條乃為1945年的舊勞動組合法，故為採取科罰主義的刑事案件。

中，最高裁判所認為：「雇主在壓迫工會會員、破壞工會的團結及使工會弱化的意圖之下，對於勞工追究進行勞動爭議之責任而進行不利益待遇的情形，即使在上述的意圖之外也兼有追究工會會員之不當怠工行為責任的意圖，但仍和只追究不當怠工行為責任的不利益待遇不同，因為在勞工身為工會會員或進行工會之正當行為或進行勞動爭議等與對於勞工的不利益待遇間很明確地有因果關係，故上述雇主對於勞工的不利益待遇行為應認為違反了勞動組合法第十一條或勞動關係調整法第四十條。」雖然並未明示採取意思必要說，但仍強調不當勞動行為「意圖」之必要性。

此外，有學說表示因為主觀要件說認為得從雇主行為的性質、情況、團結權侵害之結果等外在的、客觀的各種情事推定雇主的意圖，其與認為不問雇主的意圖，僅得外在的客觀情事本身即得判斷不當勞動行為之成否的客觀要件說在實質上並沒有多大的差異<sup>302</sup>。

然而，上述二說究以何者為當？

雖然採主觀要件說者有認為不當勞動行為制度除了使團結權被侵害之結果回復原狀外，尚有「預防」將來發生不當勞動行為之功能，所以也具有非難的意義而必須以雇主主觀的意圖或動機為必要。但不當勞動行為制度的目的乃為確認公正勞資關係之存在，不管是對於過去或未來，只要有團結權被侵害之事實或被侵害之虞，就應該使其回復原狀或預防此結果之發生，而不具有非難之意義，故不需雇主主觀的意圖或動機。

又，不當勞動行為制度中的行政救濟方式並非對於雇主過去行為的非難或規制雇主的反工會意思，而是保障工會活動的自由及除去雇主侵害團結權的違法狀態以迅速地的回復將來正常的勞資關係。雖然對於雇主不履行救濟命令時，得課以有期徒刑或罰金，但此並非對於不當勞動行為本身而為，故和刑事的責任追究或民事的權利救濟有所不同，並不需要雇主的不當勞動行為意思<sup>303</sup>。而不當勞動行為制度是為擴大及有實效地實現憲法第二十八條的團結權保障內容，但主觀要件說卻將不當勞動行為制度所保障的範圍加以限縮，乃對於不當勞動行為制度所保障法益之團結權的憲法上理解有解釋上的誤解<sup>304</sup>。

再者，雖然主觀要件說主張可以從客觀的事實推定雇主有進行不當勞

<sup>302</sup> 東大，347-348 頁；久保、浜田，111 頁；萬井、西谷編，205 頁（唐津博執筆）；荒木尚志，「新勞働法講義第 23 回—第 17 章不當労働行為（2）」，法學教室 329 号（2008 年 2 月），78 頁。

<sup>303</sup> 大沼邦博，「労働判例の傾向—到達点とその論理第十回 不当労働行為（I）」，載於：判例第 712 号（1997 年 6 月），17 頁；小宮文人，「不当労働行為の認定基準」，載於：『講座 21 世紀第 8 卷』，91 頁。即使是採主觀要件說者亦承認勞動委員會的命令乃在於除去雇主對於團結權的侵害，而非追究雇主的主觀責任，只不過在無法以單純的客觀的行為本身確定不當勞動行為的成否時，仍得考量導致雇主進行此行為的動機，請參照：外尾，221-222 頁。

<sup>304</sup> 岸井（下），75 頁。

動行為的「欲」，但客觀要件說認為只要從客觀的事實認定雇主對於進行不當勞動行為有「知」即可，減輕了此不當勞動行為意思之要件，使勞方的舉證較為容易<sup>305</sup>。

此外，在勞動委員會的審問之中，使勞方證明雇主的主觀不當勞動行為可能產生使事件的處理遲延的結果，以致違反不當勞動行為制度之迅速回復正常勞資關係的立法目的<sup>306</sup>。

然而，本文以為應將不當勞動行為的司法救濟與行政救濟分開討論。在不利益待遇的司法救濟中，勞方得請求確認雇主的不當勞動行為無效或根據民法侵權行為之規定向雇主請求損害賠償，此時不論是否以勞動組合法第七條第一款為據，都應以雇主的不當勞動行為意思為要件。而在不當勞動行為的行政救濟之中，是採取「回復原狀主義」，亦即使勞資關係秩序回復到未發生不當勞動行為前之狀態，並不具有對於雇主處罰之性質，故只要有不利益待遇之事實狀態及雇主知道有發生不利益待遇之事實即可，並不需雇主主觀的不當勞動行為動機或意圖。從而，在不當勞動行為的司法救濟中，必須以「不當勞動行為意思」為要件，但在行政救濟中則僅須有不當勞動行為之事實即可，雇主不需有「不當勞動行為意思」。

## 第二款 誤信

所謂的「誤信」係指當事人主觀的意思與客觀情事不一致的情形，在不當勞動行為之中可以分為二種情形，其一為雇主主觀所認識的事實與客觀的事實不一致之「事實之誤信」，其二為對於勞工行為之評價和社會一般人的評價不一致之「評價之誤信」<sup>307</sup>。在發生「誤信」之情事時，雇主是否具有不當勞動行為意思？雇主的行為得否成立不當勞動行為？以下乃依上述分類加以討論。

### 一、事實之誤信

在發生事實之誤信的情形，乃為雇主誤信勞工所進行的工會活動為非工會活動而對之進行不利益處分，只要雇主的不利益待遇處分非以工會活

<sup>305</sup> 岸井（下），73-74 頁；中山等，208 頁（岸井貞男執筆）。

<sup>306</sup> 道幸，『ルール』，100 頁；小宮文人，「不当労働行為の認定基準」，載於：『講座 21 世紀第 8 卷』，92 頁。

<sup>307</sup> 岸井貞男，「不当労働行為意思について」，関西大学法学論集 11 卷 6 号（1962 年 3 月），92 頁。

動為由就不被認為有反工會的意思，因為在雇主的主觀意思中工會活動與不利益待遇之間並沒有因果關係。但若此錯誤係基於雇主的不注意或過失時，從不當勞動行為的本質來看，應被認為有反工會的意思，而無法免除不當勞動行為責任<sup>308</sup>。對於事實之誤認不論採取主觀要件說或客觀要件說，因為雇主連對於正當工會行為等之「認識」都沒有，所以其所為的不利益處分與工會之正當行為間不得不說沒有因果關係之存在，而否定不當勞動行為成立。

而在實務上關於事實之誤信之案例有**理研電具事件**<sup>309</sup>，案例事實為有工會幹部在半夜偷偷爬上公司內的電線桿調查進行斷電罷工的可能性，該行為被雇主發現而質問其理由時，該工會幹部為了避免斷電罷工計畫被雇主發現，故不據實以告，雇主不知其乃進行罷工準備行為，而以其行跡可疑為由，將其解僱。在本案中，京都地方勞動委員會以在不利益待遇與工會活動間欠缺對於因果關係之認識為由，而否定不利益待遇之成立。

此外，較近期的相關案例則有**倉田学園事件**<sup>310</sup>，但本案乃與上述的情形不同，該案例乃雇主對於勞工處以出勤停止處分的動機乃為誤認勞工參與了違法的宣傳活動，但實際上該勞工卻未參與宣傳活動。在本案中東京地方裁判所認為雇主進行該處分的動機為誤認該勞工為違法宣傳行為的行為人，即使因此而有懲戒處分的效力問題，但不能斷定該處分係以不當勞動行為意思為據，故否認成立不當勞動行為。雖然本案例雇主主觀的認識與客觀之情事不一致，但本文以為嚴格來說並不能算是本處所謂之「誤認」，因本處所指之「誤認」乃為勞工有進行工會正當行為之事實，但雇主卻誤認該勞工並未進行工會正當行為而以其他的事由對其為不利益之措置，而本案卻是相反的情形，勞工根本沒有進行工會正當行為之事實，但雇主卻誤認勞工進行正當的工會行為而對之為不利益之措置，因本案作為不利益待遇「理由」之「事實」根本就不存在，所以逕依懲戒之法理解決即可，而和不當勞動行為法理無涉。

## 二、評價之誤信

在評價之誤信的情形，上述的主觀要件說與客觀要件說會產生不同之結果。如立於主觀要件說，因為此時雇主認為勞工的行為係不正當而完全沒有反工會的意圖或動機，故不成立不利益待遇；但若採取客觀要件說，

<sup>308</sup> 熊倉武，「不当労働行為意思の認定」，載於：『新講座第6卷』，146頁；本多等，63頁（片岡昇執筆）；外尾，223頁。

<sup>309</sup> 京都地勞委昭35〔1960〕.26，命令集22、23集48頁。

<sup>310</sup> 東京地判平9〔1997〕.1.29，勞判713號69頁。

則因其認為雇主只要對於事實有「認識」即為已足而和雇主主觀的評價無關，此時得承認成立不利益待遇<sup>311</sup>。

不過卻也有持主觀意思說者認為不當勞動行為的成立不以對於違法性的認識為必要，故只要該工會活動係正當且在團結權保障的範圍之中，當然得推定雇主之反工會動機<sup>312</sup>。但上述見解認為雇主必須對於「以…之故」有所認識而進行不利益待遇的意思為必要，但卻不需要對於工會活動的正當性有所認識，不得不說有所矛盾<sup>313</sup>。

詳言之，亦即一方面認為雇主必須要有反工會之動機，故雇主必須在主觀上認為工會活動為合法而對進行工會活動的勞動為不利益措置始構成不利益待遇，如此才能稱為有反工會之動機；不過，另一方面卻又認為不需要對於工會活動的違法性有所認識（亦即即使雇主認為工會的行為為違法而對之為不利益措置時，只要該工會活動屬團結權保障之範圍，則仍構成不利益待遇），此種見解似乎會造成與客觀要件說相同之結論，而在論理上有所衝突。

### 三、小結

綜上所述，在誤信的情形，主觀要件說與客觀要件說在結果上最大的差別乃在「評價之誤信」的情形，主觀要件說認為雇主不具有反工會之動機，故不成立不利益待遇，但客觀要件說則認為原則上仍成立不利益待遇。

但有採主觀要件說者另從「風險負擔」的觀點出發，認為不論在「事實的誤信」或「評價之誤信」之情況都應成立不利益待遇。亦即，雇主如果沒有誤信就不會為不利益的措置，雖然說是誤信，但雇主仍有使不利益措置發生的意欲，此時若使雇主「誤信」的風險由勞工來負擔，乃違反衡平的概念<sup>314</sup>。

然而，本文以為在發生「事實之誤信」的情況，因為雇主係以其他理由對勞工為不利益措置，而只是於該時湊巧勞工有進行工會活動之事實，從而於表面上看來起似乎有不利益待遇之外觀，但雇主在此種情形對於不當勞動行為沒有「認識」而以懲戒權的正當行使等為由進行不利益措置。若從「風險負擔」的觀點課以雇主不當勞動行為之責任而解除其所為的不利益措置，但此時勞工的行為的確具有可非難時，有可能造成不當的結

<sup>311</sup> 片岡昇，「不当労働行為意思について」，法學論叢 82 卷 2、3、4 号（1968 年 1 月），59 頁；中山等，208 頁（岸井貞男執筆）；片岡、村中，284 頁。

<sup>312</sup> 外尾，223 頁。

<sup>313</sup> 小宮文人，「不当労働行為の認定基準」，載於：『講座 21 世紀第 8 卷』，93 頁。

<sup>314</sup> 山口，109 頁。

果，故在發生「事實之誤信」時，仍應解為雇主之處分與勞工之正當工會行為間不具有因果關係為妥。但在發生「評價之誤信」時，因為是否進行不利益措置乃操之於雇主之手，在雇主誤信勞工所進行的正當工會行為為不當而對之為不利益措置時，卻將風險轉嫁給勞工，不得不說有所失衡，故此時應解為雇主有因果關係存在，而得成立不當勞動行為。

### 第三款 處分理由之競合

#### 一、學說爭議

在雇主進行不利益待遇而明確的表示其理由乃為該勞工進行正當的工會行為者，在實際上幾乎是看不到的，通常會表示係以勞工違反工作規則、考績不良等和工會活動完全無關之事由，但若雇主的理由並不只是藉口，和正當的工會行為都是其進行處分的理由之一時，此時判斷是否成立不當勞動行為乃極為困難，此問題被稱為「處分理由之競合」。而此應與就處分之事由僅是勞資主張對立，在結果上被認定為只有其中之一為處分事由之「主張之對立」相區別<sup>315</sup>。關於「主張的對立」大多數的情形均得以事實之認定或評價加以解決，但關於「處分理由之競合」在學說上有所爭議而有四種對立的見解，分述如下。

首先有持**不當勞動行為成立否定說**認為既然有處分的正當事由，即使雇主另有反工會意圖，仍不成立不當勞動行為。其理論基礎為不當勞動行為制度乃在雇主基於經營上的立場濫用其解約自由時，承認得以行政命令加以干涉的制度，就被認為是合理進行的解僱，即使偶爾被濫用於妨害勞工運動，但仍無對其加以干涉的理由<sup>316</sup>。更具體來說，在企業整備、懲戒解僱與弱化工會之目的、動機產生競合時，在以前者為主要動機時固不用說，即使在兩者之目的、動機摻半的情形，雇主並非權利濫用而不成立不當勞動行為<sup>317</sup>。

其次，有採**決定性動機說**（亦可稱為「正當事由說」）者，其乃以比較正當的工會行為與其他之事實後，以何者為決定性的動機、理由來判斷不當勞動行為之成否<sup>318</sup>。而採取本說之結果乃極易和上述的主觀要件說結

<sup>315</sup> 岸井（下），77-78 頁；中山等，209 頁（岸井貞男執筆）；盛，226 頁。

<sup>316</sup> 吾妻光俊，『解雇』（勁草書房，1956 年 5 月），203 頁。

<sup>317</sup> 岩垂肇，「解雇原因の競合と不当労働行為の成否」，季刊労働法 24 号（1957 年 6 月），頁 70。

<sup>318</sup> 採本說者有：千種達夫，「不当労働行為意思の認定」，載於：『大系第 4 卷』，頁 48；沼田稻次郎，『労働法要説（改訂版）』（法律文化社，1972 年 10 月），86 頁；菊池、林，124 頁；山口，110 頁。另有學者表示與其以何者為決定性之動機來判斷不當勞動行為之成立與否，倒不

合，以在雇主內心中究以不當勞動行為之動機或正當事由之動機所占的地位較具決定性以決定不當勞動行為之成否。本說為大多數之勞動委員會的判斷所採，而推定決定性動機的要素主要有處分理由的相當性或一貫性、勞資慣行、對於工會之敵意或認識、處分之經過與時期、其他不當勞動行為之存在、對於工會活動的影響等。

再者，尚有採**相當因果關係說**者認為正當的工會活動為雇主進行不利益待遇所不可或缺的原因時，亦即如果勞工不進行該正當的工會活動，雇主就不會為不利益待遇之處分時，則承認成立不當勞動行為<sup>319</sup>。

此外，有認為若正當工會活動之事實為解僱或其他不利益待遇的原因之一，亦即只要二者之間有因果關係存在就承認成立不當勞動行為，此種說法被稱為**因果關係說**<sup>320</sup>，其結果乃與採取不當勞動行為成立否定說之結果完全相反，在因果關係競合的情形均成立不當勞動行為。然而最近有採本說者認為廣泛地將不當勞動行為原因競合的情形均承認成立不當勞動行為，而以勞動委員會所為之適當地、彈性地救濟命令謀求紛爭的妥當處理，如此的處理的方式可以避免「全有全無」的問題（亦即如認為成立不當勞動行為，則給予勞工種種的救濟；若認為不成立不當勞動行為，則勞工無法獲得任何的救濟），亦符合不當勞動行為制度之宗旨<sup>321</sup>。

對於上述諸說，究以何者可採？首先，就**不當勞動行為成立否定說**而言，按該說之思維，為了成立不當勞動行為必須沒有任何使雇主該處分正當化的事由始可，但本說卻未說明為何要有如此嚴格的條件。又如前所述，因為雇主經常會提出使其處分正當化的理由，故若採取此種判斷方式，認定不當勞動行為之成立就變得極為困難<sup>322</sup>。此外，因為只要有正當的事由，即使雇主有強烈的反工會意圖，仍然得免除不當勞動行為責任，將使得團結權的保障落空而無法達成不當勞動行為制度之目的<sup>323</sup>。而本說

---

如以比較作為解僱理由之勞工行為態樣與雇主的反工會意圖來判斷是否成立不當勞動行為，詳見：吾妻光俊，『新訂勞働法概論（新訂版）』（青林書院，1975年1月），166頁。但本文以為此種判斷方式仍屬採決定性動機說，而未脫離其範疇。

<sup>319</sup> 採本說者有：外尾，258頁；伊藤博義，「不利益取扱」，載於：『季刊勞働法別冊第四冊—勞働組合法』（総合勞働研究所，1979年6月），91頁；中山等，210頁（岸井貞男執筆）；道幸，『ルール』，99頁；大沼邦博，「勞働判例の傾向—到達点とその論理第十回 不当労働行為（I）」，勞働判例第712号（1997年6月），17-18頁；小宮文人，「不当労働行為の認定基準」，載於：『講座21世紀第8卷』，97頁；西谷，194頁；片岡、村中，284頁；荒木尚志，「新勞働法講義第23回—第17章不当労働行為（2）」，法学教室329号（2008年2月），79-80頁。

<sup>320</sup> 採本說者有：門田信男，「不利益取扱の要件」，載於：『新講座第6卷』，92頁；石井，462-463頁；盛，228頁。

<sup>321</sup> 盛，228頁。

<sup>322</sup> 野村平爾、沼田稻次郎、青木宗也、横井芳宏編，『基本法コンメンタール—勞働組合法（新版）』（日本評論社，1978年5月），154頁（西谷敏執筆）。

<sup>323</sup> 外尾，257頁；東大，349頁。

的主要倡者嗣後亦變更為近似決定性原因說之立場<sup>324</sup>，近來已無人採此說。

其次，就**決定性動機說**而言，雖然可以簡易地處理「處分理由之競合」的問題，對於勞動委員會來說非常的方便，且非常容易就導出結論，但卻欠缺說服力，故在法院的撤銷訴訟中，勞動委員會的命令非常容易就被撤銷<sup>325</sup>。而雖然本說將問題的焦點置於雇主的動機之中何者為相對有力，但此對於雇主本身來說常常也是不清楚的，即使以間接事實來證明也極為困難<sup>326</sup>，且過於重視雇主主觀的動機<sup>327</sup>。此外，判斷行為的原因力中何者為「優越性」或「決定性」亦可能流於勞動委員會委員或法官的主觀判斷<sup>328</sup>。

此外，就**因果關係說**而言，雖然以此種方式加以處理乃符合「憲法第二十八條的規範性要求」且「與將團結權的保障作為憲法公序之現行法制相符合」，但若不當勞動行為制度為「憲法第二十八條的規範性要求」，則為何可以無視其他的處分理由？即使可以忽視之，但仍缺乏「與將團結權的保障作為憲法公序之現行法制相符合」之論證<sup>329</sup>。此外，在勞工有重大非行的情形，只要工會活動事實與解僱的意思決定有所關連，就斷定該解僱為不當勞動行為是有疑問的，即使不當勞動行為制度是「憲法第二十八條的規範性要求」，但憲法第二十八條並非絕對不可侵犯的權利<sup>330</sup>。

由於上述各說均有所缺陷，故大部分的學說乃採取**相當因果關係說**，因該說既符合不當勞動行為制度之宗旨，亦可某程度地排除判斷者的恣意而得擔保客觀的妥當性。

## 二、實務見解

綜觀日本法院就「處分理由之競合」的見解，可以發現雖然大部分採取了決定性原因說<sup>331</sup>，然而亦有少部分採取相當因果關係說<sup>332</sup>或不當勞動行為成立否定說<sup>333</sup>。不過近來，有許多判決雖然未明確地說出但卻可以推

<sup>324</sup> 吾妻光俊，『新訂勞働法概論（新訂版）』（青林書院，1975年1月），166頁。

<sup>325</sup> 道幸，『ルール』，93頁。

<sup>326</sup> 土田，418頁。

<sup>327</sup> 東大，349頁；西谷，195頁。

<sup>328</sup> 外尾，258頁。

<sup>329</sup> 中山等，210頁（岸井貞男執筆）。

<sup>330</sup> 外尾，258頁。

<sup>331</sup> 例如：池貝鐵工事件（東京地決昭25〔1950〕.6.15，勞民集1卷5号740頁）；富士産業事件（東京地決昭25〔1950〕.6.30，勞民集1卷4号563頁）；品川白煉瓦事件（最二小判昭25〔1960〕.6.24，勞旬395号325頁）。

<sup>332</sup> 例如：スタータクシー事件（福岡地決昭39〔1964〕.4.10，勞民集15卷2号258頁）。

<sup>333</sup> 例如：神戸製鋼（民事）事件（大阪高判昭32〔1957〕.8.29，勞民集8卷4号413頁）。



定為採取不當勞動行為成立否定說，或雖然表面上看起來是採取決定性動機說，但實際上卻得出與採取不當勞動行為否定說之結果，例如典型的案例有東京地方裁判所就 JR 東京綜合病院事件<sup>334</sup>所為的判決，在該事件中東京地方裁判所就雇主將具有視力訓練士資格的工會分會執行委員長轉調為處理病歷管理業務的情形，僅僅檢討該轉調有無業務上的必要性與人選的合理性而撤銷了承認成立不當勞動行為的中央勞動委員會命令。

此外，東京高等裁判所就東京燒結金屬事件<sup>335</sup>所為的判決亦屬之，該案例乃雇主將支持特定工會書記長候選人之勞工轉調到難以進行工會活動的營業所，該判決乃採取決定性動機說，將該轉調是否為公司業務營運中的異例作為判斷的中心要素，以「該轉調並非未考量向來人事方針的異例」為實質根據而認為決定性的動機並非反工會意思。

### 三、小結

在不當勞動行為的救濟程序中，若採取決定性原因說來處理「處分理由之競合」的問題，則因為判斷那一個原因是相對優勢對勞工而言在舉證方面有所困難，從而採取決定性原因說在實質上有產生和不當勞動行為否定說相同結果之虞。然而如此的問題不太會出現在關於解僱或懲戒的案例，因為通常即使雇主主張有解僱或懲戒之事由時，則在不該當工作規則所規定之解僱或懲戒事由、考量諸般情事解僱或懲戒並不具相當性的情形，解僱或懲戒乃權利濫用而無效，至少課以雇主就解僱或懲戒事由該當性負舉證責任，若雇主無法證明，則不生處分理由競合的問題<sup>336</sup>。換言之，若勞工有違反工作規則之事實，則雇主得依工作規則規定對之加解僱或懲戒，因為有較客觀的標準，所以較不易產生處分理由競合的問題。

然而，在就轉調等雇主具有高度裁量權的案例中，就經常會發生處分理由競合的問題。在轉調的案例中，最高裁判所在東亞ペイント (paint) 事件<sup>337</sup>中表示雇主的配轉命令除了沒有業務上的必要性、該命令具有其他不當的動機或目的、使勞工負擔超過通常應忍受之明顯不利益外，並不構成權利濫用。但業務必要性並不限定為該異動係其他勞工難以容易取代之程度，只要有助於企業之合理運作即為已足，故在轉調的案例中，承認不當勞動行為意思的情況多數也有業務必要性<sup>338</sup>。

<sup>334</sup> 東京地判平 10〔1998〕.5.21，勞判 744 号 35 頁。

<sup>335</sup> 東京高判平 4〔1992〕.12.22，勞判 622 号 6 頁。

<sup>336</sup> 小宮文人，「不当労働行為の認定基準」，載於：『講座 21 世紀第 8 卷』，96 頁；西谷，194 頁。

<sup>337</sup> 最二小判昭 61〔1986〕.7.14，勞判 477 号 6 頁。

<sup>338</sup> 小宮文人，「不当労働行為の認定基準」，載於：『講座 21 世紀第 8 卷』，97 頁。

而處分理由競合的情形乃為就不利益待遇措置雖然雇主有使其正當化的理由，但相對地卻也有不當勞動行為之動機而可能構成不當勞動行為，此時究竟應保護雇主的解僱權、懲戒權或人事權，還是保障勞工的團結權？

本文認為此乃「利益衡量」的問題，必須衡量雇主進行該不利益處置的必要性與該不利益措置對於勞工團結權的影響而決定是否成立不當勞動行為。日本憲法之所以保障勞工之團結權及在勞動組合法中創設了不當勞動行為制度乃因勞工相對於雇主之弱勢地位，若雇主利用其優勢地位壓迫勞工之團結活動，即有保護勞工之必要，例如因該勞工因進行工會活動之故，和其他的未加入工會或從屬於其他工會的勞工相比，明顯地受到不利益的待遇時，即得限縮雇主解僱權、懲戒權、人事權之行使，因此時雇主並沒有對該勞工為不利益措置之必要性，勞工行使團結權的利益明顯高於雇主上述權限的行使，而有以不當勞動行為制度加以保護之必要。

換言之，本文以「利益衡量」的觀點為基礎，認為若該勞工與未加入工會或加入其他工會的勞工相比，明顯受有不利益之情事時，雇主的不利益措置即侵害該勞工的團結權，而屬於不當勞動行為制度之保護範圍；若該勞工雖然受有不利益，但和其他未加工會或加入其他工會之勞工相比，並沒有差別待遇的情形，則雇主的該措置並沒有侵害該勞工的團結權，故僅需以個別勞動法的法理，諸如解僱權濫用法理、懲戒法理或調職之法理等審查該處分的合理性即可。

故以「利益衡量」的觀點觀察的結果，和相當因果關係說產生相同之結果，即若該處分係因該勞工進行工會活動之故而為者，若該勞工不進行工會活動就不會遭受此不利益時，即構成不當勞動行為，雇主的人事權限等之行使應受到限制。而在進行利益衡量之際考量的要素乃包括雇主平常對於工會的態度、該不利益的程度、該處分之時機、勞工行為之重大性及過去雇主對於同種事例的處理方式等<sup>339</sup>。

#### 第四款 第三人之強行要求

若雇主因與其有交易關係或融資關係之第三人要求而進行不利益待遇，雇主若不回應此要求即可能遭受交易契約被解除或停止融資等經濟上的壓迫，此時是否成立不當勞動行為？是否屬「雇主」「因…」之故而對

<sup>339</sup> 小宮文人，「不當勞動行為の認定基準」，載於：『講座 21 世紀第 8 卷』，97 頁；西谷，194 頁；道幸，『成立要件』，132-133 頁。

該勞工為不利益待遇？

就不當勞動行為成立要件之不當勞動行為意思採取客觀要件說的話，對於第三人的強制並沒有特別處理的必要，因為雇主的不利益措置與勞工的行為間具有客觀上的因果關係。但若採主觀要件說，則因雇主欠缺不當勞動行為之意圖，而可能產生阻卻其不當勞動行為責任之結果。

不過，也有採主觀要件說者援引最高裁判所於山惠木材事件<sup>340</sup>中所表示之見解，認為第三人之團結權侵害意圖以強制雇主的形式和雇主的意圖直接結合，而雇主是否接受第三人之要求解僱該勞工，乃屬其裁量範圍，故即使立於主觀要件說，將此種情形解為欠缺不當勞動行為意思也是有所不妥，仍應成立不當勞動行為<sup>341</sup>。



<sup>340</sup> 最三小判昭 46〔1971〕.6.15，民集 25 卷 4 号 516 頁。

<sup>341</sup> 外尾，267 頁；西谷，195 頁；菅野，633 頁。

### 第三節 小結

綜上所述，首先就對不當勞動行為制度的基本概念而言，「不當勞動行為制度的目的與性質」乃縱貫整個不當勞動行為制度之基礎，對於判斷許多具體發生的紛爭是否屬不當勞動行為以及應如何賦予救濟，具有決定性的影響，故必須先對其有正確的認識。此外，在現今企業組織多樣化及勞動力流動化的勞資關係實態中，判斷何者係不當勞動行為之主體對於救濟命令的效果也會有所影響，為了使勞工團結權受侵害的狀態能迅速、有效地回復，應儘量採取寬鬆的認定，以使不當勞動行為制度發揮應有的功能。而又就不當勞動行為制度之客體（受害者）而言，亦應採取寬鬆的解釋，以保障勞工之團結權並形成公正的勞資關係秩序。

而就其適用的要件而言，可以發現不當勞動行為制度雖然有其特殊性，但其仍屬於集體勞動法的一環，故於適用不當勞動行為之際，對於「工會之行為」、「正當性」並無法將之獨立切割，而必須作整體性的觀察。其次，對於所謂的不當勞動行為意思，本文以為雖在司法救濟中仍需以之為要件，但在行政救濟中，則不以不當勞動行為之意思為必要。而在「處分理由競合」的情形，則應採取「相當因果關係說」來認定不當勞動行為之成否。

在不利益待遇的構成要件中，除了「不利益待遇之原因」與「不當勞動行為意思」外，尚需雇主所採取的措置具有不利益性。然而，依日本勞動組合法第七條之規定，僅明示「解僱」作為不利益待遇的態樣，但除此之外，不利益待遇的態樣尚有那些？因不利益待遇之態樣是極為複雜的問題，故本文乃將之自「不利益待遇之要件」的討論範圍中脫離，於次章加以探究。