

## 第三章 不利益待遇之態樣

構成日本勞動組合法第七條第一款所規定之「不利益待遇」的要件者，除了前述的「不利益待遇之原因」及「不當勞動行為意思」外，尚需雇主對於該勞工進行「不利益待遇處分」。然而，日本勞動組合法第七條第一款除例示了「解僱」外，僅以「或為其他不利益待遇」之概括條款加以規範，但究竟雇主的那些行為可能構成不利益待遇？本文以下乃先闡述「不利益」的抽象判斷標準後，將之分類為「對於勞動契約關係之不利益待遇」、「對於勞工進行工會活動上之不利益」與「對於勞工私生活上之不利益」三大類型並逐一加以檢討。

然而不利益待遇的態樣極為多樣化且會隨著勞資關係的發展出現新的態樣，係一發展中的法律概念，故除了本文下述所舉出的主要類型外，尚有其他類型，例如：對於員工教育的差別待遇、特別休假之差別待遇、留職停薪的差別待遇等。但由於上述的類型在實務上的案例極為罕見，學說的討論也不多，本文限於篇幅，無法一一檢討，尚祈見諒。

### 第一節 「不利益」之判斷標準

如前所述，依日本勞動組合法第七條第一款規定，對於作為其保護對象之「不利益待遇」，僅例示了「解僱」作為其主要的類型，然而除了解僱以外，不利益待遇的範圍為何？其判斷標準為何？為了和不當勞動行為制度之目的互相合致，必須在解釋上加上確定。

若從勞動組合法第七條第一款所例示的「解僱」來看，很明確地包含了勞動契約或透過勞動契約而展開的勞動關係上之不利益。但若以勞動關係上的不利益為基準而判斷不利益待遇的成立範圍，即使可以包含「經濟上不利益」或「精神上之不利益」，但就是否包含「工會活動上之不利益」與「私生活上之不利益」即會產生問題。但不當勞動行為制度的保護法益並非勞工勞動關係上之利益，而是勞工團結權上的利益，故決定是否為成立不當勞動行為之「不利益待遇」必須從如此與保護法益的角度相關連的角度觀察，將之限於危害勞動關係上利益乃有所不妥<sup>1</sup>。雖然就「昇職」如此帶有經濟上或職階上利益的情形，有判決表示：「因為勞工的團結權被保障，故不應從被分割的個人，而應從作為組織體一員之觀點具體地考察

<sup>1</sup> 岸井（下），18-19頁。

不利益<sup>2</sup>。」以及有學說認為：「從保護團結權的觀點來看的話，因工會活動上的不利益比起經濟上、生活上之不利益對於團結權有更直接的影響，故更需加以保護<sup>3</sup>。」不過上述的判決、學說僅只於說明工會活動上的不利益乃被「不利益待遇」中的不利益所包含的依據，並未積極地表示此不利益的判斷標準<sup>4</sup>。

然而，本款所禁止的不利益待遇不只是會對該勞工的團結權有所侵害，但若對其加以放任，則會阻撓其他一般勞工的團結權活動並使其萎靡不振，進而阻礙勞工團結作為自主性對抗團體之機能。從而，是否為「不利益待遇」成立對象之「不利益」必須以是否為阻撓勞工的工會活動或使之萎靡不振的原因作為抽象判斷不利益之基準<sup>5</sup>。從而，此不利益與對於勞工工會活動的阻撓或使之萎靡不振有事實上之因果關係即為已足，故不只是勞工的勞動契約及以此作為基礎所展開之勞動關係上的不利益，也包含了勞工私生活及工會活動上之不利益在內<sup>6</sup>。換言之，所謂的「不利益」，除了具有法律效果之法律上的不利益外，也含了事實上之不利益<sup>7</sup>。

而上述的判斷標準也為實務所採，例如東京地方裁判所在西神テトラパック (Tetrapack) 事件<sup>8</sup>表示：「是否為勞動組合法第七條第一款的不利益待遇，得解為應從是否為具有侵害勞工團結權及團體行動權之性質的行為之觀點，亦即應從是否為欲使工會會員之工會活動萎縮而對於一般工會活動有制約效果之行為的觀點來加以判斷。從而，某處分是否為不利益待遇不應只從制度的方針及經濟的面向來判斷，應解為若按在該職場中員工的一般認識通常被理解為不利益之處分，就該當不利益處分應解為不利益待遇始為相當。」明確地表示應以是否使工會活動萎縮的角度來判斷是否成立不利益待遇，且重視一般勞工就該處分之不利益性的認識。

除了上述的抽象判斷標準外，從另一個角來觀察，所謂的「不利益」是「比較」的結果，為相對性之概念，然而「比較」的對象為何？實務及學說多認為除了其他非工會會員之勞工、從屬於其他工會之勞工及未熱心

<sup>2</sup> 關東釀造事件（浦和地裁熊谷支部判昭32〔1957〕.7.27，勞民集8卷4号428頁）。

<sup>3</sup> 門田信男，「不利益取扱の成立要件」，載於：『新講座第6卷』，87-88頁；佐伯靜治「不利益取扱の態様」，載於：『新講座第6卷』，96頁。

<sup>4</sup> 岸井（下），21頁。

<sup>5</sup> 岸井（下），21頁；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），155頁（西谷敏執筆）；伊藤博義，「不利益取扱」，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），84頁；中山等，211頁（岸井貞男執筆）；盛，224頁。

<sup>6</sup> 岸井（下），21頁；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），155頁（西谷敏執筆）；中山等，211頁（岸井貞男執筆）。

<sup>7</sup> 外尾，243頁；盛，224頁；角田、毛塚、脇田，352頁（脇田滋執筆）。

<sup>8</sup> 東京地判平11〔1999〕.4.21，勞判765号40頁。

參與工會活動之勞工外，尚包含應和該勞工未從事工會活動之前的待遇相比較<sup>9</sup>。

然而，有學說認為由於不當勞動行為制度所保護的法益乃勞工的團結權活動，對於是否得說是不利益，不應由雇主或一般民眾的立場加以判斷，而應以立於行使團結權之勞工的角度加以觀察<sup>10</sup>。故即使在客觀上並不被認為是不利益，但從雇主的態度或進行該處分的前後關係，該勞工有合理的理由判斷受有不利益而雇主卻無法對於該勞工的判斷合理地解釋時，按照該勞工的心理評價，應認定該措置的不利益性<sup>11</sup>。

但在奈良學園事件<sup>12</sup>中，大阪高等裁判所認為該勞工並不因是否擔任到高中宣傳之工作而在加薪、昇職、工資等勞動條件有所影響。且在短期大學內部，也沒有認為擔任到高中宣傳的教員比未擔任此工作的教員受到更高度評價之意識。此外依到高中宣傳的目的、實際狀況，也有厭惡到高中宣傳的教員。從而，按到高中宣傳的內容、目的、擔任者的囑託方式及沒有因未擔任此工作而受有不利益之情事，是否擔任高中宣傳工作並不該當勞組法第七條第一款之不利益待遇的對象。

此外，尚有一點需加以說明者，即為了將雇主的行為作為「不利益待遇」，若僅有發生該行為的可能性尚不充分，必須在實際上該行為業已被進行始可。從而若雇主只是威嚇即將進行不利益待遇，雖然或許可能該當勞動組合法第七條第三款的支配介入，但並不該當第一款的「不利益待遇」<sup>13</sup>。

如上所述，雇主的行為得成立不利益之範圍非常廣泛而有各種的態樣，傳統學說多按經濟上的不利益、精神上之不利益、生活上之不利益與工會活動上之不利益等四種類型加以分析<sup>14</sup>。然而本文為了能更體系化的理解，乃將不利益待遇的態樣分為對於勞動關係之不利益待遇、對於勞工

<sup>9</sup> 丸住製紙事件（松山地判昭40〔1965〕.1.30，勞民集16卷1号59頁）；三藤正，「不利益取扱」，載於：『講座第2卷』，264頁；峯村光郎，「不利益取扱」，載於：『大系第4卷』，65頁；外尾，242頁；岸井（下），22頁；香川孝三，「差別待遇」，載於：『現代講座第7卷』，229頁。

<sup>10</sup> 岸井（下），22頁；小宮文人，「不當労働行為の認定基準」，載於：『講座21世紀第8卷』，100-101頁。

<sup>11</sup> 岸井（下），22頁。

<sup>12</sup> 大阪高判平3〔1991〕.11.29，勞判603号26頁。本案的案例事實為勞方為短期大學之教員，其認為雇主因其身為工會會員之故而不按慣例囑託其前後高中進行招生宣傳而受有不利益。

<sup>13</sup> 東大，373頁；香川孝三，「差別待遇」，載於：『現代講座第7卷』，229頁；近藤，129頁。

<sup>14</sup> 例如有：佐伯靜治「不利益取扱の態様」，載於：『新講座第6卷』，95-99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），113-116頁；外尾，244-254頁；東大，373-384頁；片岡、村中，278頁。而採取此種分類方式的中文文獻則有：吳永發，『日本不當勞動行為制度之研究』，私立輔仁大學法律學研究所碩士（1995年6月），82-85頁；葉建廷，「日本不當勞動行為制度之研究」，勞工研究季刊126期（1997年1月），63-64頁。

私生活上之不利益待遇、對於勞工工會活動上之不利益等三大類型，又將對於勞動關係之不利益待遇分為勞動契約成立上之不利益、勞動契約存續上之不利益與勞動契約終止上之不利益等三小類型加以說明<sup>15</sup>，以下分述之。



---

<sup>15</sup> 本文所採之分類方式，乃參酌岸井（下），23-46 頁；伊藤博義，「不利益取扱」，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），85-89 頁。

## 第二節 對於勞動契約關係之不利益待遇

### 第一項 勞動契約成立上之不利益

依勞動組合法第七條第一款前段之規定，雇主不得因勞工進行正當的工會活動等而對之解僱或為其他不利益待遇，由於該規定之內容和美國之華格納法第八條(3)及塔虎脫·哈特雷法第八條a(3)之規定有所不同，並未明確地將採用拒絕作為不當勞動行為，雖然勞動組合法第七條第一款後段規定了黃犬契約為不當勞動行為的態樣之一，但學說上就不利益待遇的態樣是否包含採用拒絕乃有所爭論，以下乃就勞動契約成立上之不利益—黃犬契約與採用拒絕，一一加以探究。

#### 第一款 黃犬契約

##### 一、黃犬契約之意義與法理

日本勞動組合法第七條第一款本文後段乃將「以勞工不加入工會或從工會退出作為僱用條件」作為不當勞動行為的態樣，此種勞動契約附款一般被稱為「黃犬契約」(yellow-dog contract)<sup>16</sup>。

黃犬契約的特殊性乃在於其侵害團結權的態樣及其手段。因黃犬契約乃在締結或更新契約之際，以不加入或退出工會為條件作為契約的附款，從而其對於團結權的侵害乃事前抑制勞動契約成立後的工會活動<sup>17</sup>，故只要具有事前抑制團結權的機能，並不限於勞動組合法第七條第一款之文句而應廣泛地承認成立不當勞動行為<sup>18</sup>。換言之，相對於不利益待遇之作為

<sup>16</sup> 在美國所謂的黃犬係指因膽怯而卑躬屈膝的犬類，故以放棄勞動基本權作為僱用條件而追隨雇主的契約就被稱為黃犬契約。黃犬契約在英美向來乃雇主慣用的工會戰術而經常被利用，但美國乃在 1932 年以反禁令法（又被稱為諾里斯·拉瓜地亞法）將之宣告無效，其後乃被華格納法、塔虎脫·哈特雷法所承繼。而在日本黃犬契約之禁止於大正九（1920）年的內務省草案、大正十四（1925）年的內務省社會局草案均有相關之規定，但對於違反此規定的法律效果規定了罰金作為處罰。嗣後以大正十五（1926）年的草案為始到第二次世界大戰結束為止，雖然各版的草案都有黃犬契約禁止之規定，但乃就其法律效果乃刪除了罰金之規定而改為在民事上無效。不過，在昭和二十（1945）年的舊勞動組合法第十一條中加以規定，並於第三十三條規定其違反的法律效果為六個月以下之有期徒刑或五百元以下之罰金。最後，在昭和二十四（1949）年的勞動組合法修正中，雖然第七條第一款之規定承繼了舊勞動組合法第十一條之規定，但就其法律效果不採取科罰主義，而形成現行條文。關於黃犬契約之歷史發展，請參照：蔦川忠久，「黃犬契約」，載於：『現代講座第 7 卷』，248-249 頁；亦可參照本文第二章第一節第二項。

<sup>17</sup> 本多等，214 頁（桑原昌宏執筆）。

<sup>18</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），159 頁（西谷敏執筆）；西谷，196 頁。

抑制勞工成為員工之後的工會活動，黃犬契約乃欲在勞工成為員工之前即封殺其進行工會活動<sup>19</sup>。亦即，黃犬契約與不利益待遇侵害團結權的時點有所不同，黃犬契約乃在勞動契約成立之時，而不利益待遇則是在勞動契約成立後始侵害團結權<sup>20</sup>。

雇主與勞工所締結的黃犬契約多會規定違反時的法律效果，就此效果而言，雖然可以說是屬於不利益待遇，但由於有勞動組合法第七條第一款後段之規定，使得締結黃犬契約本身即為不當勞動行為的態樣之一，故黃犬契約可以說是非利益待遇的特殊型態<sup>21</sup>。

## 二、黃犬契約之態樣

雖然勞動組合法第七條第一款規定的文字為「以勞工不加入工會或從工會退出作為僱用條件」，但在學說及實務上則針對此文義有許多的補充及解釋。

首先，因為該條款的宗旨乃避免雇主「事先預防」勞工進行工會活動，故不應採取嚴格的文義解釋而限於以不加入工會或退出工會為僱用條件，以不加特定工會或不進行工會活動為僱用條件亦屬之<sup>22</sup>。此外，雖然黃犬契約多發生在勞動契約成立之時，但學說上多認為並不以此為限，在勞動契約之改定或更新之際加以附加的情形也屬之<sup>23</sup>，例如在發生爭議行為之際，雇主以勞工不加入、退出工會作為妥協條件亦成立黃犬契約，亦即以不加入、退出工會作為「繼續」僱用的條件時，亦屬之<sup>24</sup>。

其次，在實務上有認為雇主和勞工約定「今後和雇主合資經營事業」，如同將勞工在形式上偽裝為經營者，壓制勞工作為工會會員而活動，且欲阻礙工會之機能。此乃為雇主的詭計，故在實質上如此之約定乃等同於黃犬契約<sup>25</sup>。再者，對於在錄用時使勞工在記載「不加入工會」之文件上署

<sup>19</sup> 本多等，215 頁（桑原昌宏執筆）；中山等，217 頁（岸井貞男執筆）。

<sup>20</sup> 蔦川忠久，「黃犬契約」，載於：『現代講座第 7 卷』，249 頁。

<sup>21</sup> 中山等，217-218 頁（岸井貞男執筆）。

<sup>22</sup> 本多等，217 頁（桑原昌宏執筆）；石川，335 頁；外尾，227-228 頁；伊藤博義，「不利益取扱」，載於：『季刊労働法別冊第四冊—労働組合法』（綜合労働研究所，1979 年 6 月），86 頁；蔦川忠久，「黃犬契約」，載於：『現代講座第 7 卷』，249-251 頁；東大，391 頁；中山等，218 頁（岸井貞男執筆）；盛，229 頁；萬井、西谷編，211 頁（唐津博執筆）；西谷，196 頁；片岡、村中，285 頁。

<sup>23</sup> 本多等，218-219 頁（桑原昌宏執筆）；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），159 頁（西谷敏執筆）；蔦川忠久，「黃犬契約」，載於：『現代講座第 7 卷』，249 頁；東大，391 頁；中山等，218 頁（岸井貞男執筆）；角田、毛塚、脇田編，353 頁（脇田滋執筆）。

<sup>24</sup> 青木製粉事件（栃木地労委昭 30〔1955〕.4.21，命令集 12 集 65 頁）。

<sup>25</sup> 深日瓦職工労組事件（大阪地労委昭 26〔1951〕.1.8，命令集 4 集 45 頁）。

名，即使未約定該勞工加入工會時會受到不利益待遇，但仍屬違反勞動組合法第七條第一款後段之規定<sup>26</sup>。此外，雖然是在試用期間中，但若和勞工約定不得加入工會亦構成黃犬契約<sup>27</sup>，雖然說在實務上工會多基於其本身的判斷而不承認在試用期之勞工加入，但若雇主對勞工強行要求不得加入工會，乃具有壓制工會的意義，故仍屬不當勞動行為<sup>28</sup>。

### 三、黃犬契約與勞動組合法第七條第一款但書

勞動組合法第七條第一款但書規定：「但工會代表特定工場事業場之被僱用勞工過半數時，並不妨礙締結以這些勞工身為此工會之會員為僱用條件的勞動協約。」此但書之內容涉及所謂的 union shop 協定，union shop 協定又得稱為組織強制協定，係指工會與雇主締結團體協約，強制勞工加入工會而賦予雇主解僱被工會除名或退出工會之勞工的義務<sup>29</sup>。本但書由來乃沿襲自美國的華格納法第八條(3)及塔虎脫·哈特雷法第八條 a(3)，該二法均禁止雇主對於勞工給予差別待遇而鼓勵 (encourage) 或妨害 (discourage) 其成為工會之會員，因為若雇主鼓勵勞工加入某一工會，對於其他工會而言，具有壓抑的作用，故亦對之明文加以禁止。不過由於美國的團體交涉制度乃採取了所謂的「排他性交涉制度」，亦即只有獲得企業單位內過半數勞工支持之工會（以下簡稱為「過半數工會」）始獲得排他性的團體交涉權，此獲得排他性團體交涉權之工會得與雇主締結 union shop 協定<sup>30</sup>。不過，因日本勞動組合法第七條第一款本文並沒有禁止雇主鼓勵勞工加入工會之文句，亦不採取排他性的團體交涉制度，故本條本文與但書之關連耐人尋味。

此外，雖然 union shop 協定會侵害勞工個人不加入工會之自由，但因團結的本身乃在保障勞工真正的自由，從而以團結權優於不團結的自由為理由，而得解為以憲法第二十八條為根據而在法律上加以承認。但 union shop 協定的實現必須借助於雇主解僱權的行使，而也有導致雇主利用 union shop 協定弱化工會的可能性。但是本款但書規定雇主與代表過半數

<sup>26</sup> リーター機械事件（東京地判昭41〔1966〕.8.30，勞民集17卷4号1004頁）。

<sup>27</sup> 平和第一交通事件（福岡地判平3〔1991〕.1.16，勞判578号6頁）。

<sup>28</sup> 西谷，196頁。

<sup>29</sup> 山口，36頁；盛，158-159頁；大內，725頁；西谷，94頁；中窪、野田、和田，138-139頁；片岡、村中，243頁；菅野，490頁；土田，348頁。union shop 協定為勞動法上的重大爭議問題之一，因其內容極為複雜，諸如 union shop 協定的有效性、締結資格、雇主以 union shop 協定為據進行解僱之效力等，詳請參上述文獻，本文在此僅探討 union shop 協定與黃犬契約之關係。又，相關之中文文獻有黃程貫，「強制入會！？」，台灣社會研究季刊，13期（1992年11月），31-62頁；黃程貫，226-231頁；成台生，91-112頁；黃越欽，389-395頁。

<sup>30</sup> 初井，29頁；蔦川忠久，「黃犬契約」，載於：『現代講座第7卷』，254頁；中山等，218頁（岸井貞男執筆）；片岡、村中，286頁。

員工之工會締結 union shop 協定並非不當勞動行為，表面上看起來似乎 union shop 協定之締結原屬不當勞動行為，但若締結的主體為代表過半數員工之工會即不為不當勞動行為，而和憲法保障團結權之意義有所相違，故就本款但書之定位與意義乃有所疑義<sup>31</sup>。

對於上述的疑義，雖然有學說認為得將勞動組合法第七條第一款本文後段之黃犬契約解釋為包含以加入特定工會作為僱用條件的情形以減少該款但書之突兀感<sup>32</sup>。但本文以為若如此解釋的話，則和勞動組合法第七條第一款本文後段產生體系上不一致之虞，因該款本文後段所列之「不加入工會」或「從工會退出」和「強制加入工會」明顯的不同，如何得將後者解釋為被前二者所包含？即使 union shop 協定可能遭到雇主的濫用而有損害勞工團結權之可能性，但不可否定地，承認 union shop 協定本來的目的乃在於保障團結權，由於 union shop 協定具有如此的雙面性質，故無法逕將 union shop 協定視為黃犬契約之一種，而以締結工會是否為過半數工會作為判斷 union shop 協定有效與否之判斷標準。

然而，本款但書的意義為何？若將但書解為解除黃犬契約的條件，則即使是自主性的工會，但卻因未合致過半數之要件而無法締結 union shop 協定。而如前所述，union shop 協定的根據為憲法第二十八條之團結權保障，故其有效性之要件必須與團結權之保障相關，不應以過半數之工會為判斷 union shop 協定有效與否之標準<sup>33</sup>。從而，大多數的學說認為本款但書之意義乃符合其規定之過半數工會所締結的 union shop 協定得被「推定」不該當不當勞動行為，故即使是由過半數工會所締結的 union shop 協定仍有構成不當勞動行為之可能性，相反地由少數工會所締結的 union shop 協定也並不當然可以說是不當勞動行為<sup>34</sup>。例如即使滿足了該款所規定之過半數工會之要件，但卻是雇主為了弱化某一工會而與其他工會締結 union shop 協定，或為了解僱特定的工會會員而透過工會締結如此的協約，從保障團結權的意旨來看的話，當然不被允許。故雇主在此時基於 union shop 協定所為的解僱乃該當以加入或組織工會為由之不利益待遇，仍然構成不當勞動行為<sup>35</sup>。

<sup>31</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），159頁（西谷敏執筆）；蔦川忠久，「黃犬契約」，載於：『現代講座第7卷』，253頁。

<sup>32</sup> 本多等，218頁（桑原昌宏執筆）。

<sup>33</sup> 石井，80、467頁；外尾，620頁；東大，397頁；蔦川忠久，「黃犬契約」，載於：『現代講座第7卷』，254頁；久保、浜田，80頁；青木、金子，230-231頁；西谷，98頁；中窪、野田、和田，140頁；片岡、村中，244頁。

<sup>34</sup> 蔦川忠久，「黃犬契約」，載於：『現代講座第7卷』，255頁；西谷，197頁；片岡、村中，286頁。

<sup>35</sup> 西谷，197頁；片岡、村中，286頁；菅野，633頁。在實務上則有日本鋼管事件（東京地判昭



綜上所述，勞動組合法第七條第一款但書之規定充其量只是得「推定」union shop 協定不構成黃犬契約及不當勞動行為的標準，並非判斷 union shop 協定有效性之標準，得否締結 union shop 協定仍應按其是否侵害團結權而加以判斷。因為第七條第一款但書與本文之間並沒有非常明確的關連性，故有學者以為該但書是立法技術拙劣的規定<sup>36</sup>。

## 第二款 採用拒絕

所謂的採用拒絕係指雇主因勞工過去所參加的工會活動等為由而拒絕錄用該勞工，雇主此種不利益處罰是否屬於勞動組合法第七條第一款所謂的「其他不利益待遇」？關於此問題，可以分為三種情形討論，亦即：一、當事人間過去沒有僱用關係存在（新規採用拒絕）；二、當事人間過去有僱用關係存在，且雇主未變更（再採用拒絕）；三、當事人間過去有僱用關係存在，但雇主有所變更（營業讓渡）。

### 一、當事人間過去沒有僱用關係存在（新規採用拒絕）<sup>37</sup>

在當事人間過去沒有僱用關係存在，但由於勞工曾經參與過工會活動等而雇主拒絕錄用該勞工時，是否構成不當勞動行為在學說與實務上有所爭議，此問題在日本法上被稱為「純粹新規採用之拒絕」。

#### （一）學說爭議

##### 1、否定說

持否定說者之主要論據為：① 因為日本勞動組合法第七條第一款並未如同美國華格納法第八條（3）及塔虎脫·哈特雷法第八條 a（3）明文規定「僱用」上的差別待遇亦屬不當勞動行為，故從條文形式上的解釋來看，拒絕錄用不屬於不當勞動行為<sup>38</sup>。② 所謂的不利益待遇，不論從其語義或規定的形式來看，當然以勞動關係之存在為前提，不當勞動行為制度係規制雇主與勞工成立勞動契約後雇主行為<sup>39</sup>。③ 因為日本的工會多為企業工

63〔1988〕.6.30，勞判521号12頁。

<sup>36</sup> 西谷，98頁、196頁。

<sup>37</sup> 雖然「新規採用拒絕」之中文直譯應係指「新進人員之採用拒絕」，但本文為了與後述之「當事人間過去有僱用關係」相對應，而稱為「當事人間過去有僱用關係」稱之。

<sup>38</sup> 石井，120頁、465頁；香川孝三，「差別待遇」，載於：『現代講座第7卷』，232頁。

<sup>39</sup> 塚本，91頁；久保、浜田，110頁。

會，勞工多係於於經雇主錄用為員工後始加入工會，故勞工於經雇主錄用前即加入工會者，相對於美國乃較為少見<sup>40</sup>。④ 因為雇主有「僱用自由」（在日本稱為「採用自由」），其內容包含了雇主得自由選擇錄用何者的自由，故勞工通常沒有被雇主錄用的期待，從而拒絕錄用非屬不利益待遇<sup>41</sup>。⑤ 即使肯定拒絕錄用乃不當勞動行為的態樣之一，但因雇主於不錄用某一應募的勞工時，並不負有闡明其不予錄用的理由，故應募的勞工知道其不被錄用之理由在實際上近乎不可能，從而甚難證明其不被錄用乃係其參與工會活動等之故，故可以說沒有承認拒絕錄用為不利益待遇態樣之一的實益<sup>42</sup>。

## 2、肯定說

然而，通說乃採肯定說，其理由主要有：①從前述關於不利益待遇的判斷基準來看，拒絕錄用因為有使工會活動萎縮的可能性，故於錄用之際不遭受不利益待遇之利益，當然亦為應受不當勞動行為制度所保護<sup>43</sup>。②從法條的形式上來看，相對於勞動組合法第七條第二款的拒絕團體交涉在性質上限定為「僱用的勞工」，第七條第一款僅規定為「勞工」，故不應以勞動關係的存在為前提。③日本近來年隨著僱用流動化的潮流，派遣勞工、部分工時勞工或特約人員都大幅地增加，故職業別工會、產業別工會或一般工會等在企業外的工會也有相當的數量，從而當然可能發生以勞工身為企業外工會之會員或活動家為由的採用上差別待遇，否定說乃犯了將是否應在理論上加以承認與在現實上適用的蓋然性混淆的錯誤<sup>44</sup>。④ 雇主於錄用勞工之際固然有「採用自由」，但「採用自由」並非毫無限制<sup>45</sup>。⑤ 雖然未被錄用的勞工在現實上證明其未被錄用係雇主之不當勞動行為有所困難，但立證可能性之有無或立證之困難性乃事實問題，以此作為不保護錄用上差別待遇的法律根據乃為本末倒置<sup>46</sup>。

<sup>40</sup> 石井，465頁；塚本，91頁。

<sup>41</sup> 石井照久，「不當労働行為について（二）」，法曹時報3卷4号（1951年4月），14頁；峯村光郎，「不利益取扱」，載於：『大系第4卷』，68頁；香川孝三，「差別待遇」，載於：『現代講座第7卷』，232頁。

<sup>42</sup> 石井，465頁；久保、浜田，110頁。

<sup>43</sup> 岸井（下），24頁；中山等，214頁（岸井貞男執筆）。

<sup>44</sup> 萬井隆令，「採用拒否と不当労働行為—純然たる新規採用の場合について」，龍谷法学33卷3号（2000年12月），18頁；菅野，635頁。

<sup>45</sup> 水町勇一郎，「採用の自由」，載於：『争点（三版）』，130頁；水町，125頁、338頁；菅野，123頁。

<sup>46</sup> 石川，330頁；萬井隆令，「採用拒否と不当労働行為—純然たる新規採用の場合について」，龍谷法学33卷3号（2000年12月），19頁。

### 3、小結

就上述二說所持的論點，本文以為有必要就「採用自由」之概念加以說明。在現代社會中，契約自由原則為重要法律原則之一，將契約自由原則反映到勞動法之中，從雇主的角度來看即為「採用自由」，採用自由被定位以日本國憲法第二十二條之職業選擇自由、營業自由及第二十九條之財產權保障為據之企業經濟活動自由之一環，因為雇主僱用勞工之目的乃為確保勞動力之質與量，於其決定僱用與否之際，基本上不得不委由雇主從經營合理性的觀點加以判斷<sup>47</sup>。

但是雇主的採用自由並非毫無限制，從憲法第二十七條第一項（勤勞權之保障）、第二十八條（團結權等之保障）與第十四條（平等對待原則）中可以導出對於採用自由在一定限制度內加以限制的立法規定或法理<sup>48</sup>，例如：男女僱用機會均等法第五條禁止以性別作為理由之募集及採用差別待遇、障害者僱用促進法第三十七條及第四十三條以下賦予雇主必須僱用一定比例以上之身心障礙者、僱用對策法第七條規定雇主禁止因年齡而為募集及採用差別待遇的努力義務，除此之外，勞動組合法第七條第一款的不利益待遇禁止，多數學者均認為亦得對於雇主的採用自由有所限制<sup>49</sup>。

#### （二）實務見解

##### 1、三菱樹脂事件：雇主採用自由之尊重

在日本實務上出現有關「採用自由」最具有代表性的案例為三菱樹脂事件<sup>50</sup>，最高裁判所在該事件中表示：「憲法於保障思想、信條自由或法律之下的平等之同時，在另一方面於第二十二條、第二十九條等也將財產權之行使、營業或其他廣泛地經濟活動自由作為基本人權而加以保障。因

<sup>47</sup> 萬井隆令，「採用拒否と不当労働行為—純然たる新規採用の場合について」，龍谷法学 33 卷 3 号（2000 年 12 月），6 頁。

<sup>48</sup> 菅野，123 頁。

<sup>49</sup> 例如：萬井隆令，「採用拒否と不当労働行為—純然たる新規採用の場合について」，龍谷法学 33 卷 3 号（2000 年 12 月），6 頁；東京大学労働法研究会編，『注釈労働基準法上巻』（有斐閣，2003 年 3 月），207 頁（中窪裕也執筆）；藤川久昭，「雇入れ拒否と不当労働行為」，載於：『争点（三版）』，55 頁；水町勇一郎，「採用の自由」，載於：『争点（三版）』，130 頁；大内，435-436 頁；小西、渡辺、中嶋，148 頁；荒木尚志，「新労働法講義第 10 回—第 6 章労働関係の成立」，法学教室 316 号（2007 年 6 月），34-35 頁；菅野，125 頁；土田，36 頁；山川，67-68 頁。

<sup>50</sup> 最大判昭 48〔1973〕.12.12，民集 27 卷 11 号 1536 頁。本案的案例事實為雇主因勞工在履歷表上及面試時隱藏其參與學生運動之事實，故於試用期間屆滿後以勞工該當民法第九十六條之詐欺及不具有作為管理職要員之適格性而將之正式僱用，本案的爭點除了雇主的採用自由外，尚涉及憲法規定對於私法關係的效力、勞工的思想信條自由與僱用差別待遇之關係、試用期間的問題等，關於本判決的評釋，詳參：島田陽一，「採用の自由」，載於：『百選（七版）』，20-21 頁；家田愛子，「試用期間」，載於：『百選（七版）』，24-25 頁。

此，企業經營者擁有作為如此經濟活動一環之契約締結自由，於為了自己的營業而僱用勞工之際，就僱用怎麼樣的勞工、以何種條件加以僱用，除非基於法律等而有特別的限制，否則原則上得自由決定，企業經營者即使拒絕僱用有特定思想、信條之人，並不當然違法。」

從上述的判決來看，最高裁判所雖然承認雇主的採用自由，但也認為並非毫無限制，不過對於此判決，學者多持批判的態度，認為應將雇主的經濟活動自由、採用自由與勞工的勞動權相互對照而觀察，本判決過度地重視前者而忽略後者，以及未對相對於雇主而言處於弱勢地位的勞工加以考量，不得被評價為違反憲法宗旨的解釋論<sup>51</sup>。此外，最高法院如此之判決乃以日本的工會多為企業別工會為前提，但因僱用形態的多樣化及僱用的流動化之發展，企業外之工會也開始逐漸發展，而憲法及勞動組合法並非只以企業別工會為保護對象，從而不應無視過度重視雇主採用自由對於企業外工會所生之影響<sup>52</sup>。

而如上所述，由於雇主對於未被僱用的勞工並不負有闡明理由之義務，故勞工可能無從知悉其可能遭受不利益待遇之事實，即使其推測可能有不當勞動行為之發生，但在實際上亦無法證明。此外，雖然日本的工會實態目前有逐漸發展企業外工會的趨勢，但目前仍以企業內工會為多數，故就已為工會會員者進行新規採用，是極其少見的。綜合上述二因素，在實務上並沒有發生相關的案例，雖然近期發生了一連串眾所矚目的 JR 採用差別事件，但該事件乃因國鐵改革法所創設的特殊案例<sup>53</sup>，嚴格說來並不屬於「純粹新規採用之拒絕」。

## 2、JR 採用差別事件<sup>54</sup>

最高裁判所在 JR 北海道・日本貨物鐵道事件<sup>55</sup>中將 JR 所進行的職員採用分為設立時之職員採用（四月採用）與追加採用（六月採用）。就四月採用而言，最高法院逕以 JR 不具雇主之地位而不負不當勞動行為責任為據，駁回上訴，未就 JR 的不採用行為是否屬不當勞動行為進行判斷。

不過，對於六月採用，最高裁判所首先引用了上述三菱樹脂事件的判

<sup>51</sup> 萬井隆令，「採用拒否と不当労働行為—純然たる新規採用の場合について」，龍谷法学 33 卷 3 号（2000 年 12 月），6 頁；島田陽一，「採用の自由」，載於：『百選（七版）』，21 頁。

<sup>52</sup> 村中孝史，「探究労働法の現代的課題（第 9 回）—採用拒否と不当労働行為—労働法学の立場から」，ジュリスト 1312 号（2006 年 6 月），86 頁；菅野，635 頁。

<sup>53</sup> 藤川久昭，「雇入れ拒否と不当労働行為」，載於：『争点（三版）』，54 頁。

<sup>54</sup> 本事件另涉及「雇主」問題，關於本事件之案例事實及「雇主」問題之爭議，請參照本文第二章第一節第四項第一款二（二）2（4）A。

<sup>55</sup> 最一小判平 15〔2003〕.12.22，民集 57 卷 11 号 2335 頁

決要旨而廣泛地承認除非有法律或其他特別的規制，否則雇主得自由決定對誰加以僱用。之後，將勞動組合法第七條第一款本文分為前段「以勞工身為工會會員、欲加入工會或組成工會、進行正當之工會活動之故，解僱該勞動者或為其他不利益待遇」與後段「以勞工不加入或退出工會作為僱用條件」。因為對於在僱用時的差別待遇並沒有明示得被前段所包含，故就不當勞動行為之成否，乃區分為僱用的階段與僱用後的階段，而在僱用的階段中，除非此乃在從前的僱用關係中有構成不利益待遇而得肯定成立不當勞動行為等的特殊情事，否則應解為不構成勞動組合法第七條第一款本文之不利益待遇，始為相當。六月採用係在 JR 北海道已經設立之後，決定採用條件、人員等而行之，故應該是 JR 北海道基於對於僱用有廣泛自由所為的新規採用，在六月採用中就採用的拒絕不能說有上述的特別情事。從而在六月採用中的採用拒絕，應該說不該當勞動組合法第七條第一款本文之不利益待遇。

然而，在此判決中，有二位裁判官附有反對意見，其認為雇主於採用勞工之際，就以如何之條件採用怎樣之勞工有採用的自由，但於營業讓渡或設立新公司而受讓原公司主要的資產承繼其勞工等得認為雇主和勞工以前的僱用關係有密切關係的情形，得限制採用之自由。而原告在移轉到清算事業團之前與國鐵的僱用關係既然有如此的密切關係，故在六月採用中就僱用採用勞工的自由應受到限制。從而，不能以六月採用為新規採用為由，判斷此採用拒絕不該當勞動組合法第七條第一款本文的不利益待遇。

本判決乃最高裁判就於新規採用之際以工會活動為由所為之採用拒絕是否構成勞動組合法第七條第一款不利益待遇之首次判斷。然而，對於此判決，學界則多持有不同的意見。

首先，從國際勞動組織的公約來看，首先有規定團結權保護的第九十八號公約第一條所謂的應保護勞工免於反工會之差別待遇得解為包含採用差別乃眾所皆知之事實。又，在第一一一號公約亦明文禁止的差別待遇乃包含採用。而從此意義來看，因承認廣泛地採用自由而容許採用差別的三菱樹脂事件，其本身也有所問題，本判決之多數意見逕以該判決為依據而違反國際標準，不得不說有所缺憾<sup>56</sup>。

<sup>56</sup> 盛誠吾，「JR 設立に伴う差別事件と不当労働行為の成否」，民商法雑誌 131 卷 1 号（2004 年 10 月），80-81 頁。最高裁判所於此判決所採用之援引三菱樹脂事件判旨並將勞動組合法第七條第一款本文分割為前後段的論理方式，亦見諸於 JR 北海道等事件（東京地判平 12〔2000〕3.29，勞判 841 号 46 頁）之東京地方裁判所第十九部判決，對於該判決的此種論理方式，學界亦有諸多批判，請參見：西谷敏，「国鉄改革と JR の使用者責任—東京地裁民事第一部・第十九部判決をめぐって」，ジュリスト 1143 号（1998 年 10 月），91-92 頁；萬井隆令，「採用拒否と不当労働行為—純然たる新規採用の場合について」，龍谷法学 33 卷 3 号（2000 年 12 月），10-11

其次，學說認為本判決沒有任何的依據卻僅拘泥於勞動組合法第七條第一款之文義而展開獨立的解釋。因勞動組合法第七條第一款本文前段的不利益待遇包含採用差別，其後段乃特別將黃犬契約舉出加以禁止係從勞動組合法的立法經過、比較法等的觀點展開了充分的論證。本判決不應將勞動組合法第七條第一款分割為前後段，而認為前段不包含採用差別<sup>57</sup>。

然而，就本件判旨中所謂的「特殊情事」為何？學說認為係指在形式上採取了新規採用的形態，但實質上卻拒絕承繼既存僱用關係的情形，故雖然本判決乃就採用拒絕判斷原則上不構成不當勞動行為，但對今後勞動委員會或法院的判斷未必有巨大的影響，因目前在形式上為拒絕採用的案例，大多數乃再僱用之拒絕或伴隨於企業解散或企業再造等之僱用關係的承繼，故今後在實際上所發生的紛爭應亦有此種「特殊情事」。不過，但從現今工會組織的情況來看的話，在未來多樣化的僱用、就勞形態之下，超越企業範圍組織勞工乃為重要的課題，但若按本件判決之判斷方式，以勞工加入跨越企業之工會為由而拒絕新規採用，因為沒有如此的「特殊情事」，故極可能否定不當勞動行為之成立<sup>58</sup>。

### 3、医療法人財団青山会事件

然而，近來在法院的不同判決中出現了持不同意見者。例如有**医療法人財団青山会事件**，該案之案例事實為於經營不善之訴外人仁和會將所有的醫院設施、辦公用品出賣予青山會之際，解僱所有的職員，且青山會與訴外人仁和會就是否採用被解僱的職員乃青山會之專權事項亦有所合意。但青山會就看護科的職員優先採用因營業讓渡而被仁和會解僱的職員，不過因為在其中有不希望被採用者或就勞動條件未達成協議而拒絕就職者以致工作人員的數量有所不足，故青山會乃說服不希望被採用者及反覆進行公開招募等而謀求確保其工作人員數。但在另一方面，就二名工會的會員，雖然青山會知道其希望被採用，但卻拒絕受領其申請求職的郵件，也不進行面試，最後也不採用該二人。該二人乃以青山會的採用拒絕為不當勞動行為而向勞動委員會請求救濟，神奈川地方勞動委員會<sup>59</sup>與中央勞動委員會<sup>60</sup>均認為青山會之行為乃不當勞動行為，而命令其應採用該

---

頁、19-22 頁。

<sup>57</sup> 盛誠吾，「JR 設立に伴う差別事件と不当労働行為の成否」，民商法雑誌 131 卷 1 号（2004 年 10 月），80-81 頁；村中孝史，「探究労働法の現代的課題（第 9 回）—採用拒否と不当労働行為—労働法学の立場から」，ジュリスト 1312 号（2006 年 6 月），87 頁。

<sup>58</sup> 盛誠吾，「JR 設立に伴う差別事件と不当労働行為の成否」，民商法雑誌 131 卷 1 号（2004 年 10 月），82 頁。

<sup>59</sup> 神奈川地勞委平 8〔1996〕.7.31，勞判 717 号 140 頁。

<sup>60</sup> 中勞委平 11〔1999〕.2.17，勞判 757 号 88 頁。

二人、支付相當於若該勞工未被拒絕錄用而得取得之工資數額<sup>61</sup>。

雖然此案例嚴格來說並不屬於「新規採用」的類型，而係屬於「營業讓渡」的類型，但在本事件的撤銷訴訟中，原告主張在法理論上此案例乃「新規採用」的類型，而東京地方裁判所<sup>62</sup>也接受此主張認為此時仍該當不利益待遇，其理由構成為：①就勞動組合法進行文義解釋，因為勞動組合法中的勞工係指以工資或準此之收入生活者（第三條），並不以僱用關係之存在為前提，就禁止不利益待遇的勞動組合法第七條第一款，也不限於採用之後，相反地黃犬契約在採用後也得成立；②在勞動組合法的立法過程中，末弘嚴太郎於勞務法制審議會中提案：「不得以身為工會會員之故而拒絕僱用」，在審議的過程中並未有所異議，因為在審議會中「不允許以身為工會會員之故而拒絕僱用乃共通的認識」，故乃以採用拒絕也得為不利益為前提，進行國會審議；③於美國在 1935 年制定的華格納法中第八條第三款中明文的禁止以工會活動為理由之採用拒絕，該款亦為二次大戰後的塔虎脫·哈特雷法所承繼，故在為日本勞動組合法模範之美國不當勞動行為制度中，很明顯地將採用拒絕包含在不利益待遇之中；④若考量到保障勞工團結權之宗旨，與比較衡量採用自由與思想、信條自由的狀況不同，雇主以勞工為工會會員等為由厭惡該勞工不能說是合理的企業活動，雇主在理解勞工為工會會員的同時，應以此為前提形成信賴關係。勞動組合法第七條第一款本文前段乃例示為僱用關係終止事由之解僱作為勞工所受之最嚴重的不利益待遇，「其他的不利益待遇」得包括解僱以外所有的不利益待遇；⑤綜上所述，將以工會活動為由之採用拒絕解為違反勞動組合法第七條第一款前段始為相當。

在學說上<sup>63</sup>也多肯定本判決之見解，認為該判決整理向來學說、判例的各個論點，以細緻、周全而堅固的論理構造導出結論，對於實務也能產生一定的影響。

<sup>61</sup> 此種給付被稱為「back pay」，而此種命令則被稱為工資溯及支付命令。關於「back pay」所涉及之問題，請參照本章第二節第三項第一款三。

<sup>62</sup> 東京地判平 13〔2001〕4.12，勞判 805 号 51 頁。

<sup>63</sup> 荒木尙志、山川隆一，「ディアローグ・労働判例この一年の争点」，日本労働研究雑誌 496 号（2001 年 11 月），22 頁；浜田富士郎，「病院施設を買い取り、新規の病院として経営を始めた医療法人による、組合活動家たる旧病院看護職員の不採用が労組法七条一・三号の不当労働行為に当たるとされた事例－医療法人財団青山会事件」，判例評論 518 号（2002 年 4 月），204 頁；萬井隆令，「採用拒否と不当労働行為－青山会事件－」，龍谷法学 35 卷 1 号（2002 年 8 月），146 頁、151 頁；萬井隆令，「不採用と不当労働行為－青山会事件」，載於：『百選（第七版）』，243 頁。

### (三) 救濟方式

對於純粹新規採用拒絕之救濟方式有二，一為向勞動委員會請求救濟，另一則為向法院請求救濟，但二者之救濟內容有所不同。

首先，在向勞動委員會請求救濟時，因為勞動委員會和法院不同，不以法律關係之形式或權利義務關係之確定為目的，而在事實上排除雇主的團結權侵害行為為目的，故勞動委員會得命令雇主僱用該勞工的同時，也得命令溯及雇主支付相當於若該勞工未被拒絕錄用而得取得工資數額<sup>64</sup>，而此種救濟命令僅僅是課予雇主公法上之義務，並未形成當事人間之直接法律關係<sup>65</sup>。

其次在向法院請求救濟時，因為法院的救濟只是通常的司法救濟，故勞工在採用階段沒有向雇主請求成立契約之法律上權利，對於勞工的請求，雇主也沒有必須加以承諾之法律上義務。因為得在司法上救濟者只有因不當勞動行為而被侵害的實體法上利益，如欲得到和勞動委員會救濟程序一樣之救濟，必須以勞動契約有效成立而形成其作為員工之地位為前提<sup>66</sup>。故未被採用的勞工在法院的司法救濟之中，無法請求締結勞動契約及支付 back pay，僅得依侵權行為之規定請求損害賠償<sup>67</sup>。

## 二、當事人間過去有僱用關係存在，且雇主未變更（再採用拒絕）

在發生採用拒絕的案例中，上述的「純粹新規採用拒絕」的案例極為少見，多為勞工與雇主間已發生僱用關係，但因某些因素而使得勞動關係終止，不過在正常情況下，嗣後雙方間之僱用關係又會再繼續，然而，此時容易發生的問題為雇主因勞工進行工會活動等緣故，而不願重啟雙方間之勞動關係的情況，主要可以分類為以下二種案例類型<sup>68</sup>。

<sup>64</sup> 外尾，231頁；岸井（下），25頁；伊藤博義，「不利益取扱」，載於：『季刊労働法別冊第四冊一労働組合法』（総合労働研究所，1979年6月），86頁；森本弥之介，「採用拒否・人事異動」，載於：『現代講座第8卷』，68頁。

<sup>65</sup> 外尾，231頁；伊藤博義，「不利益取扱」，載於：『季刊労働法別冊第四冊一労働組合法』（総合労働研究所，1979年6月），86頁；萬井隆令，『労働契約締結の法理』（有斐閣，1997年11月），137頁。

<sup>66</sup> 岸井（下），25頁。

<sup>67</sup> 外尾，231頁；伊藤博義，「不利益取扱」，載於：『季刊労働法別冊第四冊一労働組合法』（総合労働研究所，1979年6月），86頁；森本弥之介，「採用拒否・人事異動」，載於：『現代講座第8卷』，68頁。

<sup>68</sup> 雖然有學說（例如：佐伯静治，「不利益取扱の態様」，載於：『新講座第6卷』，103頁；森本弥之介，「採用拒否・人事異動」，載於：『現代講座第8卷』，72-75頁；橋詰洋三，「雇入れ拒否と不当労働行為」，載於：『争点（新版）』，58頁；藤川久昭，「雇入れ拒否と不当労働行為」，載於：『争点（三版）』，54頁）將「定期労働契約之拒絕更新」或「試用期間後拒絕採用為正式員工」納入「採用拒絕」之範圍加以探討，但本文以為在二種情形與其說是「採用拒絕」，



## （一）季節勞工

在某些作業具有季節性的企業中，其僱用的慣行乃在無法作業時期將所有勞工解僱，而在可作業時期再重新僱用所有之前被解僱的勞工。然而，在雇主因勞工進行工會活動之故而於解僱後不再重新僱用該勞工時，是否構成不利益待遇？雖然在我國勞基法第九條規定季節性工作得為定期勞動契約，但於日本勞基法中則無如此之規定，故學說實務乃就此另為處理。

就季節勞工的採用拒絕，在實務上有**万座硫磺事件**<sup>69</sup>。在該事件中，中央勞動委員會表示：「以工會活動為由而拒絕僱用和黃犬契約不只在性質上沒有什麼差異，相對於黃犬契約為若從工會退出就被加以僱用，被壓迫的工會活動乃限於將來，以工會活動為由的僱用拒絕乃以之前的工會活動為問題，其實害較黃犬契約為甚。從而，必須說法律既然禁止黃犬契約，則以之前的工會活動為由而拒絕僱用當然構成不當勞動行為。」換言之，中央勞動委員會以「舉輕以明重」之法律解釋原則，認為採用拒絕構成勞動組合法第七條第一款本文之不利益待遇。

而在本案的撤銷訴訟中，東京地方裁判所表示：「問題毋寧是解釋為勞工團結權之保障與經營者僱用自由的調和點應求之於何處始為妥當」，而關於此調和點，則認為：「以在甲公司過去的正當工會活動為由，乙公司一般來說是否得拒絕僱用，在我國勞動組合法的解釋上有議論的餘地。但在再採用曾為自己企業勞工之人時，不能與此等同而論。若將對於自己所僱用之勞工不能因正當的工會活動之故而對之解僱，也解為不承認就自己所僱用之人因正當工會活動而不再採用，不只從設立不當勞動行為規定的精神來看是妥當的，即使如此的解釋，也未對經營者造成過重的負擔。因為本來就是使不能因工會活動之故而解僱的勞工回到未被解僱前的狀態。」又一般認為在作業不能期被解僱的勞工就隔年作業開始期的再採用有期待之利益，故實際上在此期間二者仍有繼續性關連，再採用的拒絕在實質上也包含了解僱的色彩，從而再採用的拒絕乃成立不當勞動行為。

而在學說上，雖然對於前述的新規採用拒絕是否構成不利益待遇有所爭論，但對於此種季節勞工的再採用拒絕，則一致認為成立不當勞動行為<sup>70</sup>。

---

倒不如應認為屬「勞動契約終止上之不利益」，故乃於本章第二節第三項第三款及第四款再予說明。

<sup>69</sup> 中勞委昭 27〔1952〕.10.15，命令集 7 集 181 頁；東京地裁昭 28〔1953〕.12.28，勞民集 4 卷 6 号 549 頁。

<sup>70</sup> 岸井（下），25 頁；香川孝三，「差別待遇」，載於：『現代講座第 7 卷』，232 頁；森本弥之介，「採用拒否・人事異動」，載於：『現代講座第 8 卷』，69 頁；久保、浜田，110 頁；山口，89

至於其救濟方式，仍可區分為在勞動委員會之行政救濟與在法院之司法救濟。前者乃與前述新規採用拒絕相同。但在法院的救濟則有所不同，得認為有附有若作業季節到來，除非有特定的情事，否則就會被再採用之條件的權利，從而若雇主以新規僱用此勞工以外之人而故意妨害此權利之實現時，得類推適用日本民法第一三〇條規定<sup>71</sup>，視為作為相對人之勞工條件成就而被再僱用，而得主張勞動契約上之利益，故法院得確認該勞工作為員工之地位及命令雇主支付 back pay<sup>72</sup>。

## (二) 屆齡退休後的再僱用拒絕

所謂的「屆齡退休」係指以勞工達到一定的年齡為由而使勞動契約終止的制度，而在日本一般乃將屆齡退休稱為「定年」。屆齡退休制在日本極為普及，特別是在第二次世界大戰之後，於確立長期僱用架構之後急速的發展。因為長期僱用的架構之下，適用解僱權濫用法理的結果，雇主就難以以解僱作為僱用調整方法，而又由於日本工資採取「年功制」<sup>73</sup>，故高齡勞工的人事費對於雇主而言是沈重的負擔，從而在抑制雇主解僱的同時，乃導入了屆齡退休制作為實現終止高齡勞工的手段<sup>74</sup>。換言之，屆齡退休制乃為長期僱用構造之要素<sup>75</sup>。

然而屆齡退休制在實際的運作中，在小企業之中對於到達屆齡退休者仍然繼續僱用，工作規則上的退休規定變的有名無實，此種僱用方式被稱為「勤務延長」。而在大企業之中，雖然多嚴格地適用屆齡退休規定，但雇主經常有對於達到屆齡退休的員工以作為特約人員而附有期間的方式再重啟二造間的勞動關係，則被稱為「再僱用」<sup>76</sup>。而如此的屆齡退休後再僱用乃屬新勞動契約之締結，就其內容必須要有雙方之合意，故雇主得挑選再僱用者或拒絕再僱用<sup>77</sup>。

---

頁；西谷，167-168 頁；中窪、野田、和田，366 頁；菅野，634 頁。

<sup>71</sup> 日本民法第一三〇條規定：「因條件之成立而受有不利益之當事人故意妨害該條件之成就時，得視為相對人成就該條件。」

<sup>72</sup> 蓼沼謙一，「「不利益な取扱」の態様」，載於：『総合判例研究叢書労働法（12）』（有斐閣，1967 年 7 月），90 頁；岸井（下），25 頁；森本弥之介，「採用拒否・人事異動」，載於：『現代講座第 8 卷』，69-70 頁。

<sup>73</sup> 所謂的「年功制」工資係指勞工的工資乃按其年齡、年資作為主要的計算基準，換言之，非以職務的內容（技能、責任）等計算工資，也非以勞動的結果（產量）加以計算。請參照：菅野和夫，『新・僱用社會の法（補訂版）』（有斐閣，2004 年 4 月），175 頁。

<sup>74</sup> 土田，245-246 頁。

<sup>75</sup> 菅野和夫，『新・僱用社會の法（補訂版）』（有斐閣，2004 年 4 月），50 頁。

<sup>76</sup> 菅野和夫，『新・僱用社會の法（補訂版）』（有斐閣，2004 年 4 月），51-52 頁；土田，247 頁。

<sup>77</sup> 菅野，431 頁；東京海上火災保險事件（東京地判平 8〔1996〕.3.27，勞経速 1598 号 20 頁）；三井海上火災保險事件（大阪地判平 10〔1998〕.1.23，勞判 731 号 21 頁）；三室戸学園事件（東京地判平 14〔2002〕.1.21，勞判 823 号 19 頁）。

然而，於雇主進行再僱用之際，可能會對於特定勞工以其進行工會活動之故拒絕對之再採用，此時乃構成不利益待遇，勞動委員會得命令雇主將該勞工作為特約人員而加以僱用及給付 back pay<sup>78</sup>。而在法院中加以爭訟的此類型案例則有大榮交通事件<sup>79</sup>，橫濱地方裁判所認為依該企業之勞動慣行，勞工在屆齡後乃作為特約人員繼續僱用關係而有作為員工之地位，在如此的情形中，不得以於形式上未為再僱用的意思表示為由否定其地位，從而確認勞工作為員工之地位的同時，也命令雇主支付工資，而東京高等裁判所與最高裁所亦支持此判決。

### 三、當事人間過去有僱用關係存在，但雇主有所變更（營業讓渡）<sup>80</sup>

採用拒絕的第三種情形乃當事人間過去有僱用關係存在，但雇主有所變更的狀況，通常係發生於「營業讓渡」<sup>81</sup>的狀況。在進行營業讓渡之際會發生不當勞動行為的情形乃在讓渡的過程中，由讓渡人解僱所有的勞工，再由讓受人從被解僱的勞工之中挑選一定的勞工加以採用，然而讓受人卻因特定的勞工進行工會活動之故而不加以採用<sup>82</sup>，此時是否構成不當勞動行為？未被採用的勞工得否要求讓受人應對之加以採用？

<sup>78</sup> 相馬外科病院事件（京都地勞委昭 43〔1968〕.9.21，命令集 39 集 231 頁）；日本硝子事件（大阪地勞委昭 50〔1975〕.5.23，命令集 55 集 538 頁）；電業社機械製作所事件（靜岡地勞委昭 54〔1979〕.10.25，勞判 331 号 72 頁）；いそのさわ事件（福岡地勞委昭 56〔1981〕.9.10，命令集一部救濟編 16587 頁）。

<sup>79</sup> 第一審：橫濱地判昭 49〔1974〕.3.29，勞判 200 号 39 頁；第二審：東京高判昭 50〔1975〕.7.24，勞判 245 号 26 頁；第三審：最一小判昭 51〔1976〕.3.8，勞判 245 号 24 頁。

<sup>80</sup> 於企業發生變動而使勞動關係亦發生變動的情形一般有公司解散、合併、分割及營業讓渡，而本文之所以在「採用拒絕」中特別討論「營業讓渡」，而不在「解僱」之部分討論，乃因雖然在表面上看起來讓渡人因營業讓渡而解僱所有勞工，再由讓受人就這些被解僱的勞工加以採用，但企業的讓渡並勞動契約的終止事由，而係讓渡人於讓渡之後進行「解散」之故，從而問題點乃在於讓渡的過程中，讓渡人與勞工之勞動契約是否發生主體之變更，亦即讓受人是否有義務必須「採用」該勞工，故乃於此探討之。而就日本營業讓渡時勞動契約承繼之法理，有關的中文文獻有：李玉春，「日本營業讓渡之勞動契約繼受法理」，律師雜誌 322 期（2006 年 7 月），76-84 頁。

<sup>81</sup> 所謂的「營業」係指由土地、建物、機械設備等有體財產，及技術、信用、交易關係等無體財產，與經營者、管理職、勞工等人材所構成之「具有有機性一體機能之財產」，其讓渡始為「營業讓渡」；而個別進行企業運作上所不可或缺的機械、設備之讓渡只是單純的財產讓渡。詳參：富士林產工業事件（最大判昭 40〔1965〕.9.22，民集 19 卷 6 号 1600 頁）；西谷，173 頁；萬井隆令，「營業讓渡先による教員の承継拒否と不当労働行為—東京日新学園事件」，法律時報 78 卷 4 号（2005 年 4 月），120 頁。

<sup>82</sup> 不過在實務上卻也有出現由讓渡人進行不當勞動行為的特殊案例，即上述的 JR 不採用事件中的「四月採用」，該案為在國鐵的民營化過程中，設立委員委託國鐵（讓渡人）挑選採用候補者及作為候補者名簿，嗣後設立委員再根據候補者名簿進行 JR（讓受人）職員的採用，針對在此過程中國鐵因勞工從屬於某特定工會為由而不將之登載於候補者名簿的行為，應由國鐵負不當勞動行為責任，設立委員及 JR 毋庸負責。因在此案之中，未被採用之勞工請求救濟的目的乃希望 JR 對其加以採用，故未以國鐵為救濟之相對人，從而法院亦未就國鐵的不當勞動行為有所判示。

就此種情況，有許多勞動委員會的救濟命令認為於營業讓渡之際，承擔該營業而得順利地再開、繼續該營業通例是大部分的員工都被承繼，從而勞工對被讓受公司所承繼而有所期待乃理所當然，而此期待乃得受到法律之保護。可是以從屬於工會進行差別待遇乃構成不利益待遇，故命令讓受公司應將之採用為自己之員工<sup>83</sup>。

而在法院的撤銷訴訟中，重要的案例則有医療法人財団青山会事件<sup>84</sup>，東京高等裁判所認為在營業讓渡的情形，就僱用關係之承繼，原則上得以當事人之合意自由定之。但在本事件中，就看護科職員除了原告二人之外，所有希望採用者均進行面試，且希望採用而工資等勞動條件達成協議者全部都被採用，此實際狀況比起新規採用，倒不說等同於僱用關係之承繼，無須討論勞動組合法第七條第一款本文前段對於僱用是否有所適用，就本件不採用乃有該規定之適用。青山會與訴外人仁和會間之職員採用為青山會專權之合意，此合意乃「得推定以排除厭惡的工會與原告為主要目的，乃為免於適用勞動組合法規定的脫法手段」，故本件之不採用乃構成不利益待遇及支配介入之不當勞動行為，從而原判決在結論上是妥當的。

雖然本判決乃沿襲了勞動委員會命令的論理，但也細心的搜尋事實關係，抓住問題核心的事實認定以及對於意圖脫法的法律手段予以嚴厲地指摘。而在企業組織再造活躍而同種事件有持續發生可能性的狀況之下，東京高等裁判所確認向來勞動委員會的命令，對於今後的實務造成強烈的影響<sup>85</sup>。

此外，同類型的案件尚有東京日新学園事件<sup>86</sup>，該事件乃經營不善的訴外人法商學園於進行營業讓渡之際，就其教職員進行全員解僱，嗣後再由承接的東京日新學園從被解僱的教職員中加以採用。在此過程中，不被東京日新學園採用的教員（工會分會長）認為其遭到不利益待遇，於其向勞動委員會請求救濟之際，東京日新學園乃向法院提起確認僱傭關係不存在之訴，而為了對抗東京日新學園，該教員乃提起反訴請求確認僱傭關係存

<sup>83</sup> 例如有東京新聞・中日新聞事件（東京地勞委昭 46〔1971〕.2.16，中勞時別冊 819 号 51 頁）；內外タイムス事件（中勞委昭 49〔1974〕.5.15，勞判 202 号 64 頁）；日本旅行社事件（東京地勞委昭 51〔1976〕.1.20，勞旬 903 号 79 頁）；福井鑄造事件（中勞委昭 51〔1976〕.5.12，中勞時別冊 892 号 73 頁）；岡本運輸倉庫事件（大阪地勞委昭 52〔1977〕.9.13，中勞時別冊 910 号 43 頁）；秋商産業事件（秋田地勞委昭 52〔1977〕.3.7，勞旬 1074 号 45 頁）等。

<sup>84</sup> 東京高判平 14〔2002〕.2.27，勞判 824 号 17 頁；在該事件撤銷訴訟之的第一審（東京地判平 13〔2001〕.4.12，勞判 805 号 51 頁）東京地方裁判所乃以「新規採用拒絕」之法理處理，詳參前述。

<sup>85</sup> 萬井隆令，「採用拒否と不当労働行為－青山会事件－」，龍谷法学 35 卷 1 号（2002 年 8 月），156 頁；萬井隆令，「不採用と不当労働行為－青山会事件」，載於：『百選（第七版）』，243 頁。

<sup>86</sup> さいたま地判平 16〔2004〕.12.12，勞判 888 号 13 頁；東京高判平 17〔2005〕.7.13，勞判 899 号 19 頁。關於本事件之判決評釋，可參照：萬井隆令，「營業讓渡先による教員の承継拒否と不当労働行為－東京日新学園事件」，法律時報 78 卷 4 号（2005 年 4 月），119-123 頁。

在。

東京地方裁判所認為：①本件並非單純個別財產關係、法律關係之移轉，而是承繼「以經營學校為目的而被組織化，具有一體性機能」之法商學園，故類似商法上之營業讓渡；②雖然企業有作為經營自由一環之採用自由，但東京日新學園的採取並非「真正的新規採用」，而等同於與法商學園之「變更僱傭關係之內容的同時，將事業作為有機的一體而加以承繼」，但在營業讓渡的情形，「不被事業之讓受人採用應視為實質上之解僱」，「因為完全容許自由的採用拒絕會造成與容許恣意解僱同樣之結果」，故即使採用「新規採用之法形式」，但仍不允許從解僱法理逸脫；③雖然本件之採用拒絕乃以經營合理化之人員削減為目的，而具有整理解僱之實質，但不應被承認為有「客觀上合理的理由」，乃厭惡該教員之工會活動而基於不當勞動行為意思，以弱化工會為主要目的，故確認東京日新學園與該教員間僱傭關係之存在。

而東京高等裁判所也認為：①本件之事業承繼行為「與營業讓渡類似」，但是否承繼僱傭關係乃以讓渡契約當事人之合意自由訂之，並沒有將員工作為營業之構成部分（作為有機一體的財產）而應移轉於讓受人之實定法依據；②既然法商學園與東京日新學園間沒有實質同一性，則沒有理由認為法商學園將全體員工解僱而再由東京日新學園為新規採用之合意為無效；③不承繼之合意在以破壞工會為目的之情形乃違反公序而為無效，但本件無法看出有如此之目的，且採用試驗之面試程序及選考基準是合理的，按評分結果該教員之不採用並沒有「特別不恰當」；④引用最高裁判所在 JR 北海道・日本貨物鐵道事件<sup>87</sup>之判決要旨，將勞動組合法第七條第一款分為僱用時與僱用後二階段，認為僱用的拒絕除非是以前僱用關係中的不利益待遇而得肯定成立不當勞動行為的情形外，並不該當此處所謂之不利益待遇；⑤因為面試的結果，該教員的成績是最後一名，假如即使將該教員與法商學園之關係對於與東京日新學園的關係而言是以前的僱用關係，因為不採用並非是在該教員與法商學園關係中的不利益待遇，故不成立不當勞動行為。

在上述的二個事件中，東京高等裁判所均表示於營業讓渡之際，讓受公司是否承繼讓渡公司與其員工之僱用關係乃委由「契約自由原則」，但在醫療法人財團青山會事件中認為仁和會與青山會之間的合意乃為脫法手段，故該當不當勞動行為；而在東京日新學園事件卻達成不同之結論。由此可看出對於在營業讓渡之際，舊雇主與勞工間之勞動契約是否被新舊主所承繼，在學說、實務上則有所爭議。

<sup>87</sup> 最一小判平 15 [2003] .12.22, 民集 57 卷 11 号 2335 頁。

就此問題可以大致將學說、實務區分為三種見解<sup>88</sup>，即：①採當然承繼說者認為伴隨於事業讓渡，勞動契約當然被繼承；②採合意承繼說者認為於讓渡之際，勞工得被承繼乃限於讓渡企業與讓受企業間有明示、默示合意的情形；③原則承繼說則認為不承繼勞工之合意只有在客觀上有合理理由的情形始為有效。從東京地方裁判所在東京日新學園事件的推論過程，可以發現其在結論上與原則承繼說相近，而東京高等裁判所在醫療法人財團青山會事件與東京日新學園事件中均採用了合意承繼說，不過在醫療法人財團青山會事件中對於合意繼承設有不得為脫法行為之限制，在東京日新學園事件中則採取單純的合意承繼說。

然而，上述三說究以何說為當？就當然繼承說而言，得達成在讓渡的過程中防止勞工之排除的結果是妥當的，雖然在立法論上是最理想的，但就將不承繼勞工之讓渡契約全部視為無效，在解釋論上則有所困難<sup>89</sup>。但若採合意承繼說，則在讓渡的過程中，新舊雇主得任意排除勞工，此乃對於解僱權濫用法理及不當勞動行為法理的脫法行為，故在結論上明顯有所不妥<sup>90</sup>。

從而，應以原則承繼說較為可採。詳言之，即在就勞工之承繼欠缺合意的情形，從事業讓渡的性質來看，應認為有默示的概括承繼合意；而即使在新舊雇主有明示之不承繼勞工的合意時，也必須以解僱權濫用法理加以制約，若以不當勞動行為之目的而進行讓渡乃「在客觀上欠缺合理的理由，而在社會通念上不被認為相當」，不允許讓受企業拒絕勞工之採用，而應解為在該勞工與讓受人之間，產生與締結依勞動力承繼之實態得認為內容合理之僱用契約同樣的法律關係<sup>91</sup>。

## 第二項 勞動契約存續中之不利益

如前所述，不利益待遇的種類極多，但大多數的類型乃發生於勞資雙方具有勞動關係之情形之下。本文為便於論述乃將之區分為①工資、各種津貼；②工資核定、人事考核；③企業內調職（配轉）、企業外調職（出向）；④懲戒及⑤精神上之不利益。而在以上的區分中，也可能會發生出現二種以上的不利益待遇類型，諸如雇主對勞工不配合構成不當勞動行為

<sup>88</sup> 關於對於各說的詳細介紹，請參照：萬井隆令，「企業組織之變動と労働契約關係」，載於：西谷敏、中島正雄、奧田香子編，『轉換期労働法の課題』（旬報社，2003年7月），215-225頁。

<sup>89</sup> 西谷，175頁。

<sup>90</sup> 萬井隆令，「企業組織之變動と労働契約關係」，載於：西谷敏、中島正雄、奧田香子編，『轉換期労働法の課題』（旬報社，2003年7月），223頁；西谷，175頁。

<sup>91</sup> 西谷，175頁。

之企業內調職而加以懲戒的情形，雇主的調職行為與懲戒行為均構成不當勞動行為。

## 第一款 工資與其他金錢給付

工資為最重要的勞動條件之一，雇主若欲壓制工會之活動，最直接的方式乃在工資或各種津貼之給付上對工會會員為不利益待遇。但以不給付或削減工資、其他津貼之方式進行不利益待遇因過於明目張膽，故在實務上幾乎未曾出現，較常見者乃就加薪或獎金之發放進行不利益待遇。例如：對於其他相同的勞工加薪，但卻不對特定的勞工加薪；即使加薪但加薪的幅度較其他相同條件的勞工為低；在年終獎金或津貼給付之時期為差別待遇等<sup>92</sup>。

在工資與其他金錢給付之不利益待遇中，較有問題者主要有以下三點：其一乃以勞工進行爭議行為為由之工資扣減；其二為加班之差別待遇；其三乃雇主在人事考核中，對於特定的勞工為較低之評價，以致影響其所能獲得之工資或其他所得，此種差別待遇在日本被為「查定差別」，以下乃一一探究。

### 一、以勞工進行爭議行為為由之工資扣減

在此所謂的「工資扣減」係指勞工進行爭議行為而不履行勞動契約上的勞務提供義務時，因為不發生與此給付義務具有對應關係的工資債權，故此部分的工資不需被支付，從而雇主不負有支付義務之工資，故在實際上並非如同字面上所說的「扣減」。因此，工資扣減在此範圍內並不抵觸日本勞動基準法第二四條的「工資全額支付原則」<sup>93</sup>。

然而，雇主進行工資的扣減是有所限制的，必須對應勞工不就勞的時間進行適當的扣減，否則乃構成不利益待遇<sup>94</sup>。亦即，如果在私法上明確適法的工資扣減，乃不被承認有不當勞動行為意思，但相對於此，若明確地在私法上是違法的扣減，則得推定不當勞動行為意思<sup>95</sup>。換言之，於計算獎金之際，將因罷工所造成的不就勞與病假、遲到、早退為相同之處理，

<sup>92</sup> 外尾，245 頁；岸井（下），27 頁。

<sup>93</sup> 盛，406 頁。

<sup>94</sup> 外尾，246 頁；岸井（下），27 頁；香川孝三，「差別待遇」，載於：『現代講座第 7 卷』，235 頁；盛，408 頁；西谷，178 頁。

<sup>95</sup> 菅野，647 頁。

在原則上並不該當不當勞動行為。但若有不扣減本薪以外之工資的慣行時，違反慣行扣減臨時給付或住宅津貼等乃構成不當勞動行為<sup>96</sup>。不過通常缺勤、遲到、早退等日數的多寡會影響到勤務成績的考核，進而會對嗣後的加薪、升職有所影響，故對於罷工為如此的處理亦可能構成不當勞動行為且妨害爭議權的行使，乃違法、無效<sup>97</sup>。

此外，雖然不對進行爭議行為之勞工扣減工資，但卻對不參與爭議行為的勞工支付就勞津貼時，除非是對於在爭議期間中不參與爭議行為的勞工因人手不足而致過重勞動之合理對價，否則就應認為係對於不參加爭議行為之事實加以報償，對於參與爭議行為的勞工來說構成了不利益待遇，且對於進行爭議行為的工會來說亦為支配介入<sup>98</sup>。

## 二、加班之差別待遇

所謂加班之差別待遇乃有違反工會的意願而使其會員加班或不使其加班二種型態，但在實際上，幾乎都是不使之加班的案例，而在這種情形之下，雇主不使之加班的措置是否有相當之理由乃為主要之爭點<sup>99</sup>。然而，不可否認地，也有雇主命令加班而構成不利益待遇的情形，因為雇主的加班命令，勞工的自由時間受到拘束，遭受到工會活動上、私生活上或精神上之不利益<sup>100</sup>。

就加班之差別待遇，多數學說認為在加班已經慣行化，而加班費占了工資相當之部分，對勞工來說也意識到不使之加班乃不利益的情形，應解為加班之差別待遇構成勞動組合法第七條第一款之不利益待遇<sup>101</sup>。

加班之差別待遇一般常見的形態乃工會反對加班的案例，代表性的案例有日產自動車事件<sup>102</sup>。該事件之案例事實為雇主以工會反對雇主的加班計畫為由，未經與工會之協議單方拒絕將該工會之會員作為得加班之勞

<sup>96</sup> 西谷，178頁；菅野，647頁。

<sup>97</sup> 岸井（下），27頁；盛，408頁。

<sup>98</sup> 外尾，246頁；岸井（下），28頁；伊藤博義，「不利益取扱」，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），87頁；香川孝三，「差別待遇」，載於：『現代講座第7卷』，235頁；東大，378頁；西谷，178頁。

<sup>99</sup> 道幸，『成立要件』，94頁。

<sup>100</sup> 香川孝三，「差別待遇」，載於：『現代講座第7卷』，236頁；東大，379頁；西谷，189頁。

<sup>101</sup> 外尾，246頁；伊藤博義，「不利益取扱」，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），87頁；香川孝三，「差別待遇」，載於：『現代講座第7卷』，236頁；塚本，113-114頁；盛，224頁；菅野，634頁。

<sup>102</sup> 最三小判昭60〔1985〕.4.23，勞判450号23頁。雖然在本事件中，工會係主張雇主之行為構成勞動組合法第七條第三款的支配介入，但在被拒絕加班之勞工與雇主的關係中，雇主的行為亦可能構成不利益待遇，請參照：清水一行，「組合併存下における残業組入れ拒否と不当労働行為—日産自動車事件」，ジュリスト666号（1978年6月），211頁。



工。最高裁判所認為若差別待遇為工會自主選擇之結果，雖然不能說是不當勞動行為，但在對於特定工會否認其團結權為決定性之動機，而團體協商僅是為了維持既成事實而被形式化加以進行等之特別情形乃成立不當勞動行為，為了進行此判斷，必須綜合考察所有情事而確認不當勞動行為意思之有無。

在本案例中，因就加班計畫之實施未與該工會進行任何之協議，及在未實施加班計畫的其他部門中，對於該工會之會員亦不命令任何之加班，最高裁判所表示：「雇主以和工會間未達成加班之協定為由，而不命令該工會所屬之會員繼續加班的主要動機、原因不得被推斷為係基於以將該工會之會員置於長期經濟不利益的狀態而動搖或弱化組織」，故承認成立不當勞動行為。

### 三、人事考核、工資核定之差別待遇（查定差別）

#### （一）查定差別之發生

在人事考核之中，雇主意圖對工會會員或特定工會之會員為低度的評價，並使此低度評價反映到加薪或獎金之金額，或據此而不使之昇格、昇任或較晚使之昇格、昇任的情形，在日本法上乃被稱為「查定差別」<sup>103</sup>。

1970年代以後，以職務執行能力決定待遇的職能資格制度開始普及，而在決定加薪、昇格或獎金等待遇之際，除了本來的年資基準以外，也導入了以人事考核作為決定要素之一<sup>104</sup>。但在進行人事考核的過程中，因為是雇主單方面的評價勞工之能力或成績，評價標準也包含了雇主的主觀要素，常有評價標準不明確的情形，故在實際的考核過程中，容易有恣意的、差別的評價<sup>105</sup>。

因為一般對於不當勞動行為的成立要件必須由申請人證明，故在勞工及工會認為雇主以考核之結果作為依據而在工資上進行不利益待遇而請求救濟的情形，申請人必須一一證明：①該勞工乃工會之會員或進行工會之正當行為；②該勞工與其他得比較之勞工相比，受到了低度的考核，並因此受到工資上的不利益；③前述的②乃因①之緣故。

但是要求申請人一一證明上述事實有其困難。第一，雇主經常以人事上的機密為由而拒絕提出考核資料，申請人證明②之事實，特別是計算出正確的差距乃極為困難。第二，就③而言，雇主主張所生的差距非係基於

<sup>103</sup> 盛，259頁；西谷，178-179頁；菅野，644-645頁。

<sup>104</sup> 盛，259-260頁；角田、毛塚、脇田編，351頁（脇田滋執筆）。

<sup>105</sup> 盛，260頁；西谷，179頁。

不當勞動行為意思，係因該勞工的業績、能力和其他勞工相比較為遜色時，沒有具體資料的申請人一一證明個別勞工之能力、業績和其他得比較之勞工一樣或更為優越以推翻雇主的主張乃有極大的困難，且需要不少時間。從而，在如此的查定差別問題中，勞動委員會為了減輕申請人的證明責任，乃採取「大量觀察方式」以解決問題<sup>106</sup>。

## （二）大量觀察方式之意義與應用

所謂的大量觀察方式乃將公司員工分為申請工會所屬的勞工團體與其他勞工團體，由這些團體間之考核結果之分布或工資差距、職位變化的差距等作為整體，而認定有以不當勞動行為意思形成差距之方式<sup>107</sup>。其證明的程序為申請人團體必須證明：①其加薪、昇格等整體和其他團體相比，係不利益之待遇；②雇主厭惡申請人團體的工會活動。若其證明成功，則可以大致上推定其所主張的工資差距乃因雇主之不當勞動行為意思而造成。而雇主為了推翻此推定，必須積極地證明③低度核定的結果並非因厭惡工會，而係因勞工勤務成績不良等公正核定的結果。若雇主無法成功地證明「核定的合理性」，則勞動委員會可能會認定成立不當勞動行為<sup>108</sup>。大量觀察方式不只是適用到工會間的差別及工會會員與非工會會員間之差別外，對工會內派系的差別待遇也有適用的可能性<sup>109</sup>。

在勞動委員會運作實務上，對於集體工資差別事件的證明過程，通常乃由「總論證明」開始，其後再進入「個別證明」。前者乃首先要求申請人證明①「團體間差距的存在（全體低位性）」與②「公司厭惡申請人團體的工會活動」。而在結束「總論證明」後，由被申請人對於作為救濟對象之個別勞工的核定合理性進行證明，因為是對於個人的證明，故被稱為「個別證明」<sup>110</sup>。然而，在實際的爭訟之中，成功的證明「總論證明」的情形其實極為罕見，不過勞動委員會在判斷個別證明之核定的合理性過程中，依情況得補充對於不當勞動行為意思不充分之心證<sup>111</sup>。

<sup>106</sup> 盛，261 頁；緒方桂子，「人事考課・賃金差別と不当労働行為」，載於：『争点（三版）』，56 頁；角田、毛塚、脇田編，351 頁（脇田滋執筆）；西谷，179-180 頁；菅野，645 頁。

<sup>107</sup> 直井春夫、成川恵美子，「査定差別」，載於：『講座 21 世紀第 8 卷』，105 頁；緒方桂子，「人事考課・賃金差別と不当労働行為」，載於：『争点（三版）』，56 頁。

<sup>108</sup> 直井春夫、成川恵美子，「査定差別」，載於：『講座 21 世紀第 8 卷』，105-106 頁；緒方桂子，「人事考課・賃金差別と不当労働行為」，載於：『争点（三版）』，56 頁；西谷，180 頁；山川隆一，「査定差別事件における不当労働行為の認定と大量観察方式」，載於：慶應法学 7 号（2007 年 3 月），547 頁；菅野，640 頁。

<sup>109</sup> 西谷，180 頁。實務則有中勞委（朝日火災海上）事件（東京高判平 15〔2003〕.9.30，勞判 862 号 41 頁）。

<sup>110</sup> 直井春夫、成川恵美子，「査定差別」，載於：『講座 21 世紀第 8 卷』，108-109 頁。

<sup>111</sup> 直井春夫、成川恵美子，「査定差別」，載於：『講座 21 世紀第 8 卷』，110 頁。

大量觀察方式不只是在學說上受到支持，1986年最高裁判所在紅屋商事事件<sup>112</sup>中也承認其適法性。該事件之案例事實為在X公司中有Z工會與A工會二個工會，但因下列之情事，Z工會認為就二工會開始併存時之昭和50年度夏季、冬季獎金的人事考核率，其會員與A工會會員間有相當之差距，而構成不當勞動行為。

亦即：①在二工會組成之前的昭和49年夏季、冬季獎金的人事考核率中，二工會會員間之平均幾乎沒有差異。②然而在昭和50年的夏季獎金人事考核率，相對於Z工會會員平均是58，A工會會員之平均乃101；相對於Z工會最高值之80，A工會之最低者也有90。③在該年度的冬季獎金考核率，相對於Z工會會員平均的79，A工會會員之平均為101。④原本是Z工會會員之21名勞工在該年夏季獎金的考核率平均為59，但退出Z工會而加入A工會後，該年的冬季獎金考核率平均達成96。⑤在此期間Z工會並沒有要求其會員在勤務時間中故意降低工會效率或以惡劣的態度服務。⑥在昭和50年夏季獎金的考核期間，Z工會會員的平均出席率為93.4%，高於A工會會員之89.1%。⑦在昭和50年1月Z工會通知X公司其成立而公開化之後，透過公司代表的發言等，反覆地進行厭惡工會而對會員與A工會之會員為差別待遇的行動。

該判決表示：「在本件核定各獎金的人事考核率時，Z工會之會員與其他勞工的勤務成績等應該沒有差異。另一方面，若比較Z工會會員與其他勞工間之本件各獎金中的人事考核率，很明確地其間整體有顯著的差異。又，兼而考量這些事實是在Z工會組成公開化後，在X公司中厭惡該工會而對其會員反覆地進行和A工會會員有所差別的行動，以及昭和50年夏季獎金的核定期間過後退出工會之非工會會員或成為A工會會員者在該年度的冬季獎金中平均人事考核率突然上昇，且為和A工會會員或非工會會員之平均人事考核率近似的數值等，在Z工會會員與其他勞工間所生的上述差異，不外乎是在X公司中Z工會會員的人事考核率乃以其從屬於此工會為由而產生了低度的核定，得承認成立勞動組合法第七條第一款及第三款之不當勞動行為。」雖然本判決未積極地展開一般性之法理，僅為按個案加以處理之事例判斷，但最高裁判所肯定勞動委員會的大量觀察方式之

<sup>112</sup> 最二小判昭61〔1986〕.1.24，勞判467号6頁。在此事件出現前最早提及此問題者乃北辰電機製作所事件（東京地判昭56〔1981〕.10.22，勞民集32卷5号674頁），在該事件中東京地方裁判所認為採用大量觀察方式應以被比較的兩團體間的勤務成績等具有同一性為前提，而在申請人團體之人數極少的情形或屬於申請人團體之範圍不明確而清楚地無法確保二團體之勤務實績或成績的均一性時，欠缺大量觀察的前提，最後必須就主張差別的各該工會會員個別證明。而在該事件中因申請人團體之範圍不明確，故必須個別證明勤務成績的均一性，不過因為沒有證明而撤銷了勞動委員會命令。此外，東京地方裁判所在本事件中又認為大量觀察方式僅得於支配介入事件加以採用，而無法用於不利益待遇事件。

點，具有重大的意義<sup>113</sup>。

不過，由於上述的案例的事實①而可以認定申請工會之會員與其他工會之會員的勤務成績整體上並沒有差異，因為是可以非常容易認定「團體均質性」的案例，故不能說廣泛的承認大量觀察方式。從而，對於本判決的焦點與其認為「是否」得利用大量觀察方式，毋寧是應該檢討在怎樣的案例中或滿足怎樣的條件才可以採用大量觀察方式才是更重要的<sup>114</sup>。

亦即，由於大量觀察方式乃於承認①和非工會會員相比較，對於申請工會會員之團體核定的結果乃整體性的低水平（集團的低位性），及②就得比較之團體整體來看，實際上的勤務成績或結果沒有差別（集團的均質性）後，推定雇主以不當勞動行為的意思而對於個別申請工會的會員之核定等進行不利益待遇。亦即該比較之二團體的個別成員在能力、工作成果等方面沒有差別，但雇主對卻之為不同之查定結果。

從而，在以大量觀察方式進行推定以前，乃以員工團體間比較核定之結果，申請工會會員之團體和非工會會員或其他工會會員之團體相比整體性地低水平之事實為必要。但在團體間比較的單位為何，乃有問題。除了比較團體全體（申請工會之全體會員與其他工會之全體會員等）之外，在各團體內按學歷、年資、工作內容等加以區分而加以比較的情形也很多。對於此點，申請工會之會員乃針對於不同的事項而和不同的對象比較主張差別待遇<sup>115</sup>。

此外，尚需承認在比較的各員工團體間有勤務成績之均質性始有大量觀察方式之適用。雖然在過去的勞動委員會命令中，不問此集團均質性，僅以集團的低位性就認為有外在的差別，但在撤銷訴訟中<sup>116</sup>，法院認為集團的均質性對於採取大量觀察方式認為不當勞動行為而言是必要的。但在證明的層次上，例如前述的北辰電機製作所事件以及紅屋商事事務不要求申請人提出具有集團均質性之證據，而承認得以其他事實加以推定。不過，對於此推定雇主得以反證加以推翻，例如在全稅關大阪事件<sup>117</sup>中雇主反證在工會活動發生問題之前，在兩團體間的勤務成績本來就有差別，因此法院明示不得以大量觀察方式來認定查定差別。

<sup>113</sup> 盛，262 頁；諏訪康雄，「查定差別の認定と救済—紅屋商事事務」，載於：『百選（七版）』，239 頁；西谷，180 頁。

<sup>114</sup> 山川隆一，「查定差別事件における不当労働行為の認定と大量観察方式」，載於：慶應法学 7 号（2007 年 3 月），548 頁。

<sup>115</sup> 山川隆一，「查定差別事件における不当労働行為の認定と大量観察方式」，載於：慶應法学 7 号（2007 年 3 月），551 頁。

<sup>116</sup> 除前述的北辰電機製作所事件外，較近期者有放送映画製作所事件（東京地判 6〔1994〕.10.27，勞判 622 号 14 頁）。

<sup>117</sup> 最一小判 13〔2001〕.10.25，判時 1770 号 145 頁。

然而，在採取「年功序列制」的案例中，如果是同期同學歷的員工團體的話，就可以推定其均質性，沒有必要再重新認定。對於在向來不特別進行「集團的均質性」之認定的勞動委員會命令，在採取「年功序列制」的案例中，即使在撤銷訴訟中法院比較同期同學歷入學之員工，在結果上仍會與勞動委員會逕行認定集體均質性的情形為同樣之判斷<sup>118</sup>。

### （三）勞動條件之個別化與大量觀察方式之修正

因為企業規模的狹小及以工會內派系的差別等之情事，如果得作為比較對象的勞動者只有少數的情況，則傳統的大量觀察方式就難以被採用。而且近年來，企業的人事乃多朝所謂的成果主義或個別管理的方向修正，在如此年功序列制的衰退或勞動條件的個別化傾向當中，不論在工會會員之間或非工會會員之間都產生了一定之差距的情形，不能適用比較同職種、同期、同學歷勞工之大量觀察方式的狀況也增加了<sup>119</sup>。因為在此種情形，在何種情形始得認定有前述之「集團的均質性」就變得有所問題。

在此種情況之下，法院常以大量觀察方式難以適用為由，而否定該方式。或是雇主於核定、考核制度的設計、運用只要大概是妥當的時候，法院就對於勞方要求證明能力、成果的同等性<sup>120</sup>。然而，法院所採取的作法可能會產生以下之問題：①在如此的判斷架構之下，隨著人事考核制度的修正，結果則使得大量觀察方式所欲克服之證據的不均及審理長期化的問題再度出現；②若將焦點放在人事考核制度的設計或運用的審查，則在雇主進行人事考核之前就對於勞工進行不利益待遇而產生了勞工之人事考核被低度評價之結果時，因為評價的本身是適當的而沒有人事考核的差別待遇，最後就可能產生「容許在考核之前所為之不利益待遇」的結果<sup>121</sup>。

對於上述的①，學說認為應緩和同職種、同期、同學歷之比較要件，若勞方以較大範圍之勞工間的比較而證明差距的確存在，則應要求雇主證明證明差距的發生是因為能力、成績等，因在核定的資料被雇主所掌握的

<sup>118</sup> 山川隆一，「査定差別事件における不当労働行為の認定と大量観察方式」，載於：慶應法学7号（2007年3月），554頁。

<sup>119</sup> 中央労働委員會，「労働委員會における「大量観察方式」の実務上の運用について」，載於：中央労働時報1055号（2006年4月），17頁。西谷，182頁；山川隆一，「査定差別事件における不当労働行為の認定と大量観察方式」，載於：慶應法学7号（2007年3月），557-558頁。

<sup>120</sup> 大阪地労委（新日鐵堺製鐵所）事件（大阪高判平12〔2000〕.9.29，勞判798号20頁）以及東京都労委（国民生活金融公庫）事件（東京高判平16〔2004〕.11.17，勞判902号127頁）乃對於勞方要求證明能力、勤務成績的相同而否定成立不當勞動行為的案例。關於最近判例之介紹與檢討，請參見：三柴丈典，「査定格差の不当労働行為性に関する裁判例の検討」，載於：近畿大学法学51卷3・4号（2004年3月），89-172頁。

<sup>121</sup> 緒方桂子，「人事考課・賃金差別と不当労働行為」，載於：『争点（三版）』，57頁。

情形之下，有必要減輕勞方的證明責任<sup>122</sup>。

而最近東京高等裁判所在中勞委（オリエンタルモーター）(oriental motor) 事件<sup>123</sup>中，表示在人事考核係基於能力主義所進行的情形，勞方除了證明雇主厭惡工會及差距的存在外，只要「在其所得掌握的限度內，舉出具體的事實證明其能力、勤務成績不劣於工會會員以外之人」，則可以推定能力、勤務成績相同，雇主應具體地舉出反證證明低水準的評定係按業績、能力、勤務態度等。

中央勞動委員會乃對應上述之判例，提出了「修正大量觀察方式」而加以補充。該方式的重大特色乃對於個別的申請工會會員主張其勤務成績並不遜於作為比較對象之團體成員時，則要求該個別勞工在可能的範圍內加以證明<sup>124</sup>。亦即：雖然該判例所提之主張差別待遇的勞工必須「在可能的範圍內」主張並證明其「能力、勤務實績」不遜於其他勞工，但「能力」乃有解為潛在能力的意義，故應以「勤務成績」之表現方式較妥當。雖然經歷、職務內容相同的話或許可以推定潛在能力（被期待遇的作用、功能）在某程度上相同，但因「勤務成績」是實際上所發揮的能力，必須從日常的勤惰情況等加以觀察，此時主張差別待遇的申請人得提出載有六個月內之勤惰實際狀況（遲到、早退、缺勤的次數）、服從規律的勤務態度（是否受到上司的注意或懲戒處分）能力的情況（工作上的失誤、達成度）之文書作為證明。又該判例採取「可能的範圍」之表現方式，但卻沒有特別的定義或說明，在實際上勞工就上述的事項在自己所瞭解的範圍證明即可<sup>125</sup>。

而對於上述的②，東京高等裁判所在上述的中勞委（オリエンタルモーター）(oriental motor) 事件乃根據對於工會會員之工作上差別待遇被進行所造成的影響，表示「在不正當地評價該工會會員之能力且不給予得累積勤務實績的結果，造成勤務實績惡化的情形，必須將此影響除外」，而得認為若沒有工作上的差別待遇，則和其他勞工比較之結果，乃有相同之能力與勤務實績，從而得導正了上述的問題。

#### （四）大量觀察方式與證物提出命令

在 2004 年的勞動組合法修正中，採取了證物提出命令制度作為新的證

<sup>122</sup> 西谷，183 頁。

<sup>123</sup> 東京高判平 15〔2003〕.12.17，勞判 868 号 20 頁。

<sup>124</sup> 山川隆一，「査定差別事件における不当労働行為の認定と大量観察方式」，載於：慶應法学 7 号（2007 年 3 月），559 頁。

<sup>125</sup> 中央労働委員會，「労働委員會における「大量観察方式」の実務上の運用について」，載於：中央労働時報 1055 号（2006 年 4 月），18-20 頁。

據調查方法。此制度與大量觀察方法間的關係為何？

如上所述，既然大量觀察方式是以推定認定事實的方法，則即使導入了新的證據調查方式，對於其利用可能性也沒有什麼直接的影響。但相反地，依勞動組合法第二十七條之七證物提出命令乃以「若不根據該證物則對於事實之認定有致生困難之虞」為要件，則在易於實現大量觀察方式的案例中，乃欠缺該物證提出命令的必要性。不過，即使在得利用大量觀察方式的案例中，也可能有不提出必要證據的情形，在如此的情形若滿足發出證物提出命令之要件，則得利用證物提出命令。從而，綜上所述，二制度乃為相互補充、相輔相成的關係<sup>126</sup>。

### （五）個別證明與個別審查

如前所述，在申請人證明了「總論證明」後，被申請人得以「個別證明」推翻申請人之「總論證明」，在此時就無法迴避就雙方的主張進行個別審查。此外，在無法利用大量觀察方式證明不當勞動行為要件的情形，勞動者乃需以「個別證明」之方式，證明其業績、能力優於或與其他有比較可能之勞工相等，在此種情形亦需要個別審查。

而在主張有查定差別的勞動者為多數時，進行個別審查可能會耗費大量的時間而脫離不當勞動行為制度之迅速救濟的宗旨。在如此的情況之下，應該積極的活用「從應被比較的二個團體中選出職種、學歷、年資等相同的勞工數人進行比較」之 champion 方式，以謀求簡單、迅速的解決紛爭<sup>127</sup>。此外，亦得以職權將申請人團體在得確保其「均質性」的範圍內分為幾個群體，而依序就每個群體進行審理。此時可以從該群體中選出得作為代表樣本的勞工並對之進行證據調查，以促進審理，此種方式被稱為 grouping 方式<sup>128</sup>。

### （六）救濟命令之內容

一般認為在確定查定差別後，勞動委員會所進行之救濟有二種方式：其一乃為「直接糾正命令」，亦即對於雇主要求就個別工會會員之加薪、

<sup>126</sup> 山川隆一，「查定差別事件における不当労働行為の認定と大量観察方式」，載於：慶應法学7号（2007年3月），561-562頁。

<sup>127</sup> 西谷，182頁；中央労働委員會，「労働委員會における「大量観察方式」の実務上の運用について」，載於：中央労働時報1055号（2006年4月），20-21頁。

<sup>128</sup> 中央労働委員會，「労働委員會における「大量観察方式」の実務上の運用について」，載於：中央労働時報1055号（2006年4月），21頁。

獎金等金額一律提昇到全體員工之平均金額<sup>129</sup>，或對於各工會會員的考課率加上了和其他工會會員之考課率的差距，而糾正獎金的核定並命令雇主支付差額<sup>130</sup>。其二為「間接糾正命令」，乃命令雇主與工會以協議決定獎金額<sup>131</sup>，或對雇主命令重新進行核定的再查定命令<sup>132</sup>。

但是此二種救濟方式應以何者為妥？並非沒有疑問。

首先，就「直接糾正命令」而言，雖然在比較的團體間須具有「均質性」，但在申請人團體之內並不需具有均質性，從而以統一的方式加以處理反而會造成不公平的結果。因為無視勞工之能力與成績，對於該團體內的某些勞工可能會有救濟不足的問題，但對於另外的某些勞工反而可能會救濟過剩<sup>133</sup>。此外，「直接糾正命令」可能會侵害企業的考核權限，其結果乃不當地限制雇主應得以獨立判斷進行考核的權限而超越了勞動委員會的裁量權<sup>134</sup>。

然而，就「間接糾正命令」而言，其亦有所爭議。因勞資可能會無法達成協議，或是工會可能也對於再核定的公正性抱持懷疑的態度，因雇主可能會恣意地進行再核定，反而產生了新的不當勞動行為而無法順利地解決紛爭<sup>135</sup>。

從而，綜上所述，二種救濟方式均各自有其缺陷。而從目前實務的運作方式來看，勞動委員會可以說固定地採取「直接糾正命令」之救濟方式，而這種救濟方式在前述的紅屋商事事件中獲得了最高裁判所的承認。

<sup>129</sup> 吉田鐵工所事件（大阪地勞委昭 46〔1971〕.11.2，命令集 45 集 259 頁）；明治屋事件（愛知地勞委昭 60〔1985〕.2.28，命令集 77 集 168 頁）。

<sup>130</sup> 紅屋商事（夏季賞与）事件（青森地勞委昭 51〔1976〕.7.24，命令集 59 集 105 頁）；紅屋商事（冬季賞与）事件（青森地勞委昭 51〔1976〕.12.18，命令集 60 集 297 頁）；紅屋商事（夏季・冬季賞与）事件（中勞委昭 52〔1977〕.12.21，命令集 62 集 732 頁）。

<sup>131</sup> 福井新聞社事件（福井地勞委昭 45〔1970〕.6.27，命令集 42 集 412 頁）；ラジオ関東事件（東京地勞委昭 49〔1974〕.5.21，命令集 53 集 353 頁）。

<sup>132</sup> 三菱重工業事件（山口地勞委昭 42〔1966〕.9.13，命令集 37 集 187 頁）；花園病院事件（山梨地勞委昭 46〔1971〕.11.22，命令集 45 集 329 頁）。

<sup>133</sup> 香川孝三，「賃金・昇格差別と不当労働行為」，載於：日本労働法学会誌 54 号（1979 年 10 月），64-65 頁；直井春夫、成川恵美子，「査定差別」，載於：『講座 21 世紀第 8 卷』，122 頁；諏訪康雄，「査定差別の認定と救済—紅屋商事事件」，載於：『百選（七版）』，239 頁。

<sup>134</sup> 香川孝三，「賃金・昇格差別と不当労働行為」，載於：日本労働法学会誌 54 号（1979 年 10 月），65 頁；直井春夫、成川恵美子，「査定差別」，載於：『講座 21 世紀第 8 卷』，122 頁。

<sup>135</sup> 香川孝三，「賃金・昇格差別と不当労働行為」，載於：日本労働法学会誌 54 号（1979 年 10 月），63-64 頁；直井春夫、成川恵美子，「査定差別」，載於：『講座 21 世紀第 8 卷』，122-123 頁；道幸哲也，「査定差別の認定と救済—紅屋商事事件」，載於：『百選（六版）』，225 頁；緒方桂子，「人事考課・賃金差別と不当労働行為」，載於：『争点（三版）』，57 頁。



## (七) 查定差別與繼續行為

在發生查定差別的事件中，由於查定差別之事實對於勞工來說並不容易發覺與證明，又因差別待遇之結果乃經年累月地累積，故向勞動委員會申請救濟可能在核定之行為發生後超過一年以上之時間。而此時和勞動組合法第二十七條第二項之限制申請救濟期間規定之關係為何？勞工之救濟申請是否適法？乃有所疑問。

勞動組合法第二十七條第二項規定：「勞動委員會於前項之申請屬自行為之日（若為繼續行為則自其終止之日）起超過一年之事件時，不得接受該申請。」該規定乃 1952 年修正時所新增<sup>136</sup>，之所以設立一年之短期申請期間的理由為自行為發生之時間起若經過了相當之時間，證據的收集與事實之認定就會變得有所困難，即使發出救濟命令，不只欠缺效果，反而有阻礙勞資關係安定之可能性<sup>137</sup>。

然而該項所謂的「繼續行為」為何？因為在立法當時幾乎沒有預見到查定差別與繼續行為之關係，故就其意義與內容也沒有深入的探討。以下乃針對「繼續行為」及其與「查定差別」之關係加以敘述。

### 1、繼續行為之意義

關於此問題，大阪地方勞動委員會在三菱製紙事件<sup>138</sup>中表示繼續行為的一般性判斷標準有三：①不當勞動行為意思之同一性、②形態、種類的同一性與③某程度的時間上連續性。

有學說認為不將雇主的不當勞動行為限於一次性之行為，毋寧是應正視雇主為了壓制工會或對工會會員差別待遇之單一目的而連續性地採取多樣化手段之事實，對於勞動組合法第二十七條第二項所規定之「一年期間」的起算點規定為「行為之日（若為繼續行為則自其終止之日）」應解為係為緩和申請期間限制所設之規定。故不只是一個行為具有繼續性之性質的情形，即使是複數的行為但係為了實現使工會弱化或攻擊特定的工會會員之單一目的而在客觀上得被評價為一體的情形，也應解為包含在內<sup>139</sup>。

<sup>136</sup> 關於其立法經過，得參見：菊谷達彌，「不當労働行為救済申立期間と「継続する行為」の法理」，季刊労働法 103 号（1977 年 3 月），99-101 頁。

<sup>137</sup> 菊谷達彌，「不當労働行為救済申立期間と「継続する行為」の法理」，季刊労働法 103 号（1977 年 3 月），102-103 頁；東大，974 頁；奥山明良，「継続する行為—紅屋商事事件」，載於：『百選（七版）』，262 頁；西谷，213 頁。

<sup>138</sup> 大阪地勞委昭 40〔1965〕.8.31，命令集 58 集 320 頁。

<sup>139</sup> 西谷，213-214 頁。

## 2、查定差別是否為繼續行為？

然而，對於加薪之「查定差別」是否屬於「繼續行為」，在勞動委員會實務及學說上則眾說紛紜。

首先，有認為加薪的查定與其決定行為乃為一次性的行為，工資支付行為只不過是其殘存的結果，二者乃不同之行為而應明確地加以區分，而否定查定行為之繼續行為性<sup>140</sup>。

其次，有認為儘管原則上否定查定差別之繼續性，但在工會即使已經就該差距進行抗議，雇主仍持續支付有差距的工資時，雇主的不當勞動行為意思乃因每個月的工資支付而具體化、表面化，故因有差別的查定行為所產生之不利益得以繼續<sup>141</sup>。

此外，尚有將查定行為與根據該查定而為的工資支付行為作為一體而積極肯定其構成繼續行為的見解，但對於其理由構成則有所差異。有認為查定行為與工資支付行為乃為初步計畫的作成行為與使該計畫具體化的實行行為之不可分離的關係，故肯定其作為一個不當勞動行為而具有繼續性<sup>142</sup>。其次，有認為只要持續不給付原本應支付之因查定差別所生差額的不作為，不當勞動行為就繼續發生，每個月的工資支付行為乃不作為（不導正差別），故肯定救濟之申請<sup>143</sup>。而相對於此，則有認為儘管查定差別與工資之支付乃不同之行為，但若係基於同一（單一）之不當勞動行為意思以時間上的連續性被反覆進行而該當具有一體性的繼續行為<sup>144</sup>。

相對於上述勞動委員會實務及學說的紛亂，最高裁判所在紅屋商事事件<sup>145</sup>中表示：「在以上的考課查定之中，雇主對於工會之會員以其身為工會會員為由而和其他員工相比進行低評價之查定時，此工資上差別待遇的意圖以乃工資之支付而具體地被實現，應將上述的查定與以此為據的每月工資支付作為一體而視為一個不當勞動行為。若如此，則在根據上述查定而支付工資的範圍內不當勞動行為乃被加以持續，請求導正基於上述查定之

<sup>140</sup> 具代表性的命令，如：內田洋行事件（大阪地勞委昭 45〔1970〕.1.23，命令集 42 集 55 頁）；中勞委昭 46〔1971〕.12.15，命令集 45 集 789 頁）、山陽放送事件（岡山地勞委昭 49〔1974〕.3.14，命令集 53 集 459 頁）；日本シェーリング事件（中勞委昭 61〔1986〕.11.23 勞經速 1279 号 6 頁）。學說上持相近立場者有香川孝三，「賃金・昇格差別と不当労働行為」，載於：日本労働法学会誌 54 号（1979 年 10 月），72-73 頁。

<sup>141</sup> ラジオ関東事件（東京地勞委昭 49〔1974〕.5.21，命令集 53 集 353 頁）。

<sup>142</sup> 代表的案例有日本アイ・ビー・エム事件（神奈川地勞委昭 51〔1976〕.3.19，命令集 58 集 334 頁）。學說則有秋田成就，「賃金決定における人事考課の法的問題」，季刊労働法 105 号（1977 年 9 月），18-19 頁。

<sup>143</sup> ラジオ関西事件（兵庫地勞委昭 51〔1976〕.10.26，命令集 60 集 60 頁）。學說則有盛，261 頁。

<sup>144</sup> 日本計算機事件（京都地勞委昭 47〔1972〕.11.17，命令集 48 集 153 頁）；中川タクシー事件（奈良地勞委昭 56〔1981〕.10.1，命令集 70 集 312 頁）。

<sup>145</sup> 最三小判平 3〔1991〕.6.4，民集 45 卷 5 号 984 頁。

工資上差別待遇的救濟係在最後基於該查定而支付工資之日起一年內時，該救濟之申請應在勞動組合法第二十七條第二項所定的期間內而為適法。」乃將查定與工資支付視為一個不當勞動行為，並具有繼續性。本判決乃最高裁判所對於根據查定而進行之加薪差別待遇就勞動組合法第二十七條第二項「繼續行為」的意義所為之最初的判決，而具有重要的意義<sup>146</sup>。而在此判決出現後，勞動委員會的命令有依該判決的判斷進行救濟的傾向<sup>147</sup>。

不過，由於該判決的案例事實乃對於單一年度的查定差別進行申訴，對於查定差別乃超過一年而被累積重覆進行時，該長達數年的查定差別可否算是一個繼續行為之延伸問題，並未進行判斷。而學說認為在此種情形，不必將勞動組合法第二十七條第二項的繼續行為限定為嚴格意義的一個自然行為，依上述的抽象判斷標準，即使是複數的行為，但若得肯定不當勞動行為意思的同一性、行為的同種性與時間的連續性，則得承認為繼續行為<sup>148</sup>。

## 第二款 昇格、昇任

### 一、昇格、昇任之不利益性的認定

所謂的「昇格」係指將勞工之「職等」提升，而「昇任」將係將其「職位」提升<sup>149</sup>。昇格、昇任通常乃根據前述的查定或人事考核等進行，其特徵乃為雇主得根據其人事裁量而加以決定。

在昇格的差別待遇事件中，勞工所關注的焦點乃在於其經濟上的待遇，因為昇格雖然不一定當然會伴隨著昇任，但通常薪水應該會有所增加。在此種情況之下，昇格命令可以和上述的查定差別為相同之處理<sup>150</sup>。因為昇格差別待遇係在形成決定昇格基礎資料之查定的階段或在具體決定昇格的階段進行差別待遇，故將之與查定差別為相同之處理應為合理。

<sup>146</sup> 奧山明良，「繼續する行為—紅屋商事事件」，載於：『百選（七版）』，262 頁。

<sup>147</sup> 例如千代田化工建設事件（中勞委平 7〔1995〕.12.20，別冊中央労働時報 1175 号 87 頁）乃採取將加薪決定行為與工資支付行為視為一體的立場。

<sup>148</sup> 奧山明良，「繼續する行為—紅屋商事事件」，載於：『百選（七版）』，263 頁。持相同結論者有盛，261 頁。

<sup>149</sup> 以我國公務員為例（雖然公務員依工會法第四條之規定不得組成工會，但為了便於說明，仍以之為例），「昇格」乃如將之由薦任六職等升等為薦任七職等，而「昇任」乃如將之由科員升職為科長。

<sup>150</sup> 石川，327 頁；直井春夫、成川惠美子，「查定差別」，載於：『講座 21 世紀第 8 卷』，124 頁；西谷，186 頁。

然而，在昇任的情形，有學說認為因為通常特定職位的數量是限定的，又必須考量到勞工之領導能力等難以客觀測量的能力，對於不使工會會員昇任或使之較慢昇任之不當勞動行為意思的認定乃更為困難。但在如此的情況之下，若昇任乃係運用「年功序列制」的結果，則得以前述之大量觀察方式加以認定；即使無法運用大量觀察方式，若證明昇任之差別待遇的存在、雇主厭惡工會的態度以及該勞工之業績、能力優於其他勞工或至少與之相同時，除非雇主有使此差距正當化的根據，否則即構成不當勞動行為<sup>151</sup>。

而在雇主以某些特定的幹部乃與工會會員的資格無法併存為由，將所有的工會會員從該職位中排除的情形，雖然判決強調雇主的裁量自由而否定成立不當勞動行為<sup>152</sup>。而學說認為仍得對於勞工之業績、能力、性向等進行個別的判斷，而直接認定該當不當勞動行為<sup>153</sup>。

此外，在昇格、昇任乃以考試合格為前提的情形，若考試制度其本身或運作具有差別性，則不使不合格者昇格、昇任乃該當不當勞動行為<sup>154</sup>。

## 二、昇格、昇任之不利待遇的救濟

在昇格之不利待遇的救濟之中，通常勞動委員會乃發出「應使該不被昇格或較慢昇格之勞工在與作為比較對象之其他團體的平均昇格時期使之昇格」的救濟命令，或命令使之昇格到特定的職位並支付由此昇格而產生之工資或津貼等，而此種救濟方式在撤銷訴訟中也被法院所承認<sup>155</sup>。

然而，在對於昇任之救濟中，由於是否使勞工昇任到某職位乃涉及雇主的人事權，是否應承認此種救濟方式，在實務及學說上乃有所爭議。

就此問題實務上多數的處理方式乃為尊重雇主的人事權而否定如此的處理方式。例如：札幌高等裁判所在第一小型ハイヤ一事件<sup>156</sup>中表示：「將判斷適格性的基準置之度外，而以工會會員數占員工數之比較為唯一的基

<sup>151</sup> 西谷，186頁。菅野，634頁認為因勞工身為工會會員之故而不使之昇進到勞動組合法第二條所謂的雇主利益代表者的情形，當然也構成不利益待遇之不當勞動行為，但就其救濟方式，則認為原則上不應為直接的昇進命令，亦即將昇進之不當勞動行為性的「認定」與「救濟」分開處理。

<sup>152</sup> 日本航空事件（東京地判昭60〔1985〕.11.7，勞判463號42頁）；男鹿市農協事件（秋田地判2〔1990〕.12.17，勞民集41卷6號985頁；仙台高秋田支判平3〔1991〕.11.20，勞民集42卷6號887頁）；放送映画製作所事件（東京地判平6〔1994〕.10.27，勞判662號14頁）。

<sup>153</sup> 西谷，186-187頁。

<sup>154</sup> 大阪地勞委（新日鐵堺製鐵所）事件（大阪地判平10〔1998〕.12.14，勞判757號34頁）。

<sup>155</sup> 第一學習事件（広島地判昭60〔1985〕.10.8，勞判467號80頁）；中勞委（芝信用金庫從組）事件（東京地判平10〔1998〕.10.7，勞判748號37頁）。

<sup>156</sup> 札幌高判昭52〔1977〕.10.27，勞民集28卷5、6號476頁。

準，命令必須使被上訴人補助參加人所屬之工會會員優先昇格，考量到昇格人事之本質，必須說乃明顯地限制上訴人公司的人事權且對之加以干涉。」而撤銷了認為「在產生職缺時，在工會會員所占之員工比例的限度內，必須使工會會員優先就任」之北海道地方勞動委員會的救濟命令<sup>157</sup>及第一審判決<sup>158</sup>。

此外，仙台高等裁判所在前揭**男鹿市農協事件**中認為就公司上級幹部究竟應以何者擔任乃屬於對於組織體運作負責之機關的專權，除非有在一定的條件下，該昇格得例外被進行的特別情形，否則不應該允許此種命令直接昇任的救濟方式。而在學說上亦有採取此立場者，認為勞動委員會不得發出使受到不利益待遇昇任為管理職，頂多只能發出於錄用管理職之際，不得使之受到遜於其他勞工之不利益待遇的不作為命令<sup>159</sup>。

但學說上之多數說乃採取肯定說<sup>160</sup>，其主要論據為昇任之差別待遇係雇主的措置被認為乃不當勞動行為，而錯誤很明確地存在於雇方時，即使救濟命令在某程度限制了雇主的人事權，但乃制度上的本質上所不得不然之結果<sup>161</sup>。此外，亦有認為如果不為如此之救濟，則不當勞動行為之結果會繼續存在，而無法根本地解決問題。故不論是使受到差別待遇的工會會員優先昇任，或指定具體職位的救濟命令均屬勞動委員會的裁量範圍，而不應被排除<sup>162</sup>。

### 第三款 調職<sup>163</sup>

因日本的工會組織多為企業工會，工會活動也以企業內的職場單位為基礎，故雇主將工會幹部調職將會使得其無法或難以進行工會活動。從而，若雇主有弱化工會活動的意圖，將工會幹部調職是極為有效的方法。又，基於雇主的人事權或勞務指揮權，一般就調職具有廣泛承認雇主自由

<sup>157</sup> 北海道地勞委昭 48〔1973〕.5.25，命令集 50 集 298 頁。

<sup>158</sup> 札幌地判昭 51〔1976〕.10.21，勞民集 28 卷 5、6 号 480 頁。

<sup>159</sup> 香川孝三，「賃金・昇格差別と不当労働行為」，載於：日本労働法学会誌 54 号（1979 年 10 月），65 頁。

<sup>160</sup> 東大，1027 頁；道幸，『基本構造』，52 頁；盛，263 頁；西谷，187 頁。

<sup>161</sup> 西谷，187 頁。

<sup>162</sup> 盛，263 頁。

<sup>163</sup> 在日本乃將在一定事業所內變更勞工之職務內容或所屬職場的人事變動稱為「配轉」，而將勞工服勤務之事業所也變更者則被稱為「轉勤」。至於所謂的「出向」雖然和「轉勤」一樣都變更勞工服勤務之事業所，但變更後的事業所乃為其他公司且必須受其他公司之規律提供勞務乃與「轉勤」有所不同。雖然「配轉」、「出向」與「轉勤」各有所不同，但就雇主為該變更是否係以勞工的團結權活動為由而侵害勞工的團結權，該三者之差異並未造成影響，詳見：岸井（下），33-34 頁。故本文於此乃將「配轉」、「出向」與「轉勤」統稱為「調職」。

裁量範圍的傾向。而雇主為了隱藏反工會的意圖，會儘可能地創造調職之「業務上必要性」，特別是除非降低工資或職務等級，否則很難被評價為不利益待遇。而勞工若拒絕雇主的調職命令，則為「違反指揮命令且擾亂職場秩序」，依工作規則之規定，可能受到懲戒解僱等處分。從而，對雇主來說，作為抑制工會活動的手段，但在表面上又不構成不當勞動行為，將工會幹部調職是極具吸引力的方法，故在實務上可能構成不當勞動行為之調職乃層出不窮<sup>164</sup>。

然而，和解僱或懲戒有所不同，雇主所為的調職經常同時併存利益與不利益，此時僅以比較向來之地位或工資等勞動條件為基準判斷不利益待遇乃為有所不能，從而判斷不利益待遇之有無及程度乃有相當之困難。例如：在地位或實際收入上即使或多或少有所不利，但從長遠的角度來看，對於該勞工之晉升或加薪是有利的；另外，從地位的角度來看，雖然是晉升為負責人員，但因沒有加班而喪失額外的收入<sup>165</sup>。

故對於雇主的調職是否該當不利益待遇，除了必須判斷①該調職係基於業務上之必要性，或是基於厭惡工會活動之不當動機而為之外，尚須考量②該調職之不利益性<sup>166</sup>。以下分述之。

## 一、調職與業務上之必要性、不當之動機

於私法上判斷雇主調職處分效力之架構<sup>167</sup>，得以著名的東亞ペイント (paint) 事件<sup>168</sup>為界，分為二種型態。

早期實務<sup>169</sup>認為雇主的人事調職處分是否構成權利濫用，必須從①是否有必須命令調職之「業務上必要性」；②比較衡量「業務上必要性」之程度與對於「勞工生活上利益」之影響程度；③調職的程序是否違反誠信原則等三點加以判斷<sup>170</sup>。

<sup>164</sup> 中山和久，「配転と不当労働行為」，労働法律旬報 324 号（1950 年 8 月），11-12 頁；本多淳亮，「配置轉換・転勤をめぐる法律問題」，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），489-490 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），109-110 頁。

<sup>165</sup> 岸井（下），35 頁；森本弥之介，「採用拒否・調職」，載於：『現代講座第 8 卷』，77 頁。

<sup>166</sup> 森本弥之介，「採用拒否・調職」，載於：『現代講座第 8 卷』，77 頁。

<sup>167</sup> 對於「出向」命令權之濫用，一般學說基本上仍採取和判斷「配転」命令權濫用時之比較「業務上之必要性」與「對於勞工之不利益」的判斷架構，故於此不再另予說明，詳參：大内，649-650 頁；菅野，418 頁；土田，177-178 頁。

<sup>168</sup> 最二小判昭 61〔1986〕.7.14，勞判 477 号 6 頁。

<sup>169</sup> 代表性的案例，例如有：北海道放送事件（札幌地判昭 39〔1964〕.2.25，勞民集 15 卷 1 号 90 頁）。

<sup>170</sup> 高木紘一，「配転・出向」，載於：『現代講座第 10 卷』，127 頁。

然而，最高裁判所在東亞ペイント（paint）事件中表示：「除非有對於該轉勤命令沒有業務上之必要性，或即使有業務上的必要性，但該轉勤命令係以其他不當的動機、目的而為或使勞工負擔明顯超越通常應忍受程度之不利益等之特別情事，否則該轉勤命令應非屬權利之濫用。對於上述業務上之必要性，限定為該異動難以輕易地以其他人代替之高度的必要性是不相當的，只要認為得有助於勞動力的適當配置、業務效率之增進、勞工之能力開發、工作意願的提升、業務運作的順利化等企業的合理運作，就應肯定業務上必要性之存在。」最高裁判所在本事件中乃將以往比較衡量「業務上之必要性」與「對於勞工之不利益」而判斷是否濫用人事權的方式，變更為若有業務上之必要性，則只有在有相當之特別情事時，始解為權利之濫用的判斷方式，而此種判斷架構為嗣後的下級法院實務所採。

然而，對於最高裁判所上述的判斷方式，學說則認為該判決將業務上之必要性理解為「業務效率之增進」、「工作意願之提升」等相當抽象的層次，致幾乎沒有得否定業務上必要性的情形<sup>171</sup>，故多數學說仍採比較衡量「業務上之必要性」與「對於勞工之不利益」的判斷方法<sup>172</sup>。

雖然上述的判斷方式是一般法院判斷雇主調職效力的基準，但此種民事上調職之法理對於不當勞動行為之判斷也造成決定性的影響<sup>173</sup>。

在東亞ペイント（paint）事件出現之前，實務上判斷雇主的調職命令是否構成不當勞動行為的判斷焦點乃置於「業務上之必要性」之有無。因為一般雇主會主張其命令乃基於業務上必要性作為不該當不當勞動行為的根據，但因該調職究竟是否有業務上必要性的資料乃在雇主手中，雇主極容易對之證明。相反地，勞工舉出反證而加以推翻乃極為困難，故在結果上出現非常容易就認定「業務上之必要性」的情況<sup>174</sup>。

在判例當中，有特別重視「業務上之必要性」，且於承認有「業務上之必要性」時，即使雇主某程度厭惡工會且該人事措置對於工會活動產生限制之效果，仍不成立不當勞動行為。例如東京地方裁判所在三井生命事件<sup>175</sup>中表示：「轉勤之結果對於原告之工會活動產生限制，只要該轉勤係基於業務上之必要性，就應該不得不如此。」此外，在就對於工會當權派加以

<sup>171</sup> 大野一尚，「配転命令権濫用の判断視角—最近の判例動向とその問題点」，労働法律旬報 1377 号（1996年2月），42頁；道幸，『基本構造』，45頁。

<sup>172</sup> 山川，95頁；土田，161-163頁；大内，634-635頁。但亦有學說認為東亞ペイント（paint）事件仍採取比較衡量「業務上之必要性」與「對於勞工之不利益」的判斷方法，例如有：荒木尚志，「新労働法講義第17回—第11章人事」，法学教室 323 号（2007年8月），98頁；下井隆史，『労働基準法（第四版）』（有斐閣，2007年11月），124頁；菅野，413頁。

<sup>173</sup> 道幸，『成立要件』，81頁。

<sup>174</sup> 森本弥之介，「採用拒否・調職」，載於：『現代講座第8卷』，78-79頁。

<sup>175</sup> 東京地判昭 32〔1957〕.11.28，労民集 8 卷 6 号 1003 頁。

批判之工會幹部從名古屋調到大阪的三菱重工名古屋航空製作所事件<sup>176</sup>中，雖然認為得推定雇主厭惡該勞工之正當工會活動，但因本件配轉命令係基於公司業務上之必要性且亦慎重地考量所有適合配轉者之個人狀況而選出合理的人選，應認為公司業務上之必要性乃具決定性之原因。對於本件轉勤與勞工之工會活動之關連，雖然不難推定對於勞工有所影響，但既然本件配轉係基於業務上之必要性，此種影響只是程度上的差異，而係工會會員轉任之際當然產生的性質，必須說是不得已的。在上述二事件中，法院認為只要調職是必要的，即使對於工會活動有所影響，但仍不成立不當勞動行為。

然而，學說對於實務之此種判斷方式採取批判的態度，認為業務上必要性之存否不應和不當勞動行為之成否直接連結，並不是「若不承認業務上之必要性就成立不當勞動行為，承認業務上之必要性就不成立不當勞動行為」如此的單純。應以該調職或多或少有業務上之必要性為前提，綜合調職所伴隨之不利益性的程度、業務上必要性之程度、人選的適當與否、調職的時期、發佈調職命令時的勞資關係等情事，判斷該調職的本質是否基於反工會之意圖而構成不當勞動行為。在如此的判斷方式之中，業務上之必要性及其程度只是判斷的要素之一<sup>177</sup>。或是與一般的工會會員相比，雇主對於工會幹部之調職必須更明確地證明特別的必要性或合理性（例如無法以他人代替、有緊急或不得已之情事），單純地主張一般之「業務上必要性」是不足夠的<sup>178</sup>。

在東亞ペイント（paint）事件出現之後，如前所述，由於相對容易地承認「業務上的必要性」，故實務上判斷調職是否構成不當勞動行為的焦點乃移至是否基於「不當的動機、目的」<sup>179</sup>。在「業務上之必要性」與「不當之動機、目的」產生競合時，處理的方式不外乎是將二者加以比較衡量而判斷是否構成不當勞動行為，例如因該調職反而產生人手不足而對於業務的遂行產生障礙的情況，則「不當之動機、目的」乃較「業務上之必要

<sup>176</sup> 名古屋高判昭 53〔1978〕.4.25，勞判 304 号 48 頁。

<sup>177</sup> 森本弥之介，「採用拒否・調職」，載於：『現代講座第 8 卷』，78-79 頁。

<sup>178</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），112 頁。

<sup>179</sup> 諸如：オリエンタルモーター事件（千葉地松戸支決昭 61〔1986〕.11.27，勞旬 1176 号 67 頁）、朝日火災海上保險（木更津営業所）事件（東京地決平 4〔1992〕.6.23，勞判 613 号 31 頁）、愛媛県森林組合連合会事件（松山地決平 6〔1994〕.3.31，勞判 660 号 64 頁）、東海旅客鉄道（新幹線運行本部）事件（大阪地決平 6〔1994〕.12.26，勞判 672 号 30 頁）、少年写真新聞社（第一・第二）事件（東京地決平 7〔1995〕.1.26，勞判 676 号 84 頁）、マリンクロットメディカル事件（東京地決平 7〔1995〕.3.31，勞経速 1562 号 19 頁）。關於實務判決的整理，請參照：大野一尚，「配転命令権濫用の判断視角—最近の判例動向とその問題点」，労働法律旬報 1377 号（1996 年 2 月）。



性」具有決定性，故構成不當勞動行為<sup>180</sup>。

而採取此種判斷方式的代表性案例有東京燒結金屬事件<sup>181</sup>，東京高等裁判所表示：「對於本件之配轉，承認被上訴人有實施此處分之業務上必要性與厭惡 A 等工會舊當權派之反對活動的意思呈競合狀態而存在始為相當。在此時，若要將本件之配轉解為係因 A 之工會活動之故而為之不利益待遇的不當勞動行為，必須雇主上述之反工會意思較業務上之必要性優越而為本件配轉之決定性動機。進而除了上述所認定之本件配轉之經過、其業務上之必要性、被上述人與舊工會當權派之對立情形、本件配轉對於舊工會當權派活動所造成之影響外，尚須檢討本件配轉在被上訴人之業務運作中是否應被視為異例。」明確地表示應衡量該調職之「業務上必要性」與「不當之動機、目的」以判斷不當勞動行為之成否。

從而，綜上所述，東亞ペイント (paint) 事件對於雇主調職的影響乃從直接比較「業務上之必要性」與「對於勞工之不利益」之判斷方式<sup>182</sup>，變更為先判斷有無「業務上之必要性」，若有業務上之必要性再來比較衡量「業務上之必要性」與「其他不當之動機、目的」，最終仍無法避免以「比較衡量」來判斷不利益待遇之成否。

## 二、調職的不利益性

在調職中，另一個難以判斷的問題乃為其「不利益性」。因如前所述，調職本身並不像解僱或懲戒一樣明確的、固有的不利益處分，必須個別具體地檢討因調職所造成之不利益而判斷是否構成不當勞動行為<sup>183</sup>。故對於調職所可能造成之勞工之精神、工會活動之進行與私生活上之不利益，乃於本文第四章第二節第二項第五款（精神上之不利益）、第四章第三節（對於勞工進行工會活動上之不利益）、第四章第四節（對於勞工私生活上之不利益）加以探究，在此僅說明如何判斷雇主的調職處分是否構成不利益待遇。

在雇主的調職處分同時具有不利益與利益之雙面性質時，只以單純的和向來之地位、工資或其他勞動條件相比較而判斷不利益性乃有所不能。學說認為不利益待遇之判斷標準乃如前所述之應從雇主之措施是否使勞工之團結權活動萎縮之角度加以觀察。故在具體上應綜合且實質比較工

<sup>180</sup> 大野一尙，「配転命令権濫用の判断視角—最近の判例動向とその問題点」，労働法律旬報 1377 号（1996 年 2 月），43 頁。

<sup>181</sup> 東京高判平 4〔1992〕.12.22，勞判 622 号 6 頁。

<sup>182</sup> 雖然一般實務著重「業務上之必要性」之比重，致通常有「業務上之必要性」，在結果上通常就不構成不當勞動行為。

<sup>183</sup> 岸井（下），34 頁。

資、勞動時間等其他勞動條件、職務內容、身分上或編制上之地位、通勤情況、家庭情況、對於工會活動所造成之影響、對於本人將來之影響等，按具體之案例加以判斷<sup>184</sup>。

然而，在調職處分所造成之利益與不利益為異質時，如此的比較方式似乎亦不可為，從而另有學者主張此時應立於行使團結權之勞工的立場，具體檢討勞工理解該調職係在何種條件之下被加以進行，且應探求此處分對於勞工之團結權活動所造成的客觀意義<sup>185</sup>。亦即，在該職場勞工之一般認識中，如何理解該處分所具有之性質乃為重要的判斷標準<sup>186</sup>。

在實務上亦採取此種判斷方式，例如東京地方裁判所在住友生命事件<sup>187</sup>中表示：「是否為不利益待遇並非僅單與以和職務內容、勞動條件等向來之地位相比較而決定，應參酌新的地位是否為公司職員所當然應經歷之職務等其他所有情事而綜合地加以決定。又，即使在員工特別對於該轉勤感到痛苦之個人情事時，此痛苦並非沒有根據的個人情感，應限於任何人立於此立場均會如此感受而具有合理性者。」明確地採取重視該職場勞工之一般認識的判斷方式。

此種判斷方式亦為嗣後之判決所承襲，例如：東京地方裁判所在 JR 東日本新宿車掌区事件<sup>188</sup> 中認為：「於判斷此處分是否為『不利益待遇』之際，並不限於工資之減少等經濟上之不利益性或制度上不利益性之有無，也應在該職場中勞工等之一般認識內容等，在作為該工會組織基礎之勞工的一般認識上及對於受該處分之勞工，大致上均理解該處分為不利益時，只要該認識有客觀的根據，就應該承認『不利益性』。」東京高等裁判所在 西神テトラパック (Tetrapack) 事件<sup>189</sup> 中亦表示：「本件配轉是否可說是不利益，乃如前引原判決所示，並非只從在該職場中的職員制度架構上或經濟的面向上加以判斷，應從依在該職場勞工的一般認識，是否理解此處分為通常之不利益並由此而使工會會員之工會活動萎縮，而對於工會活動有制約效果之觀點來判斷。」法院於此二事件中均表示於判斷雇主的人事處分是否具有不利益性時，除了經濟的面向外，尚應考量在該職場中的勞工對於該處分的一般性評價，始得對於多樣化的不利益待遇處分予以正確地判斷。不過對於法院如此之判斷基準，有學說提出批判，認為為何不是以該工會之會員，而係以該職場勞動的認識來加以判斷？又，所謂的「一

<sup>184</sup> 森本弥之介，「採用拒否・調職」，載於：『現代講座第8卷』，77頁；大內，825頁；菅野，634頁。

<sup>185</sup> 岸井（下），35頁。

<sup>186</sup> 西谷，188頁。

<sup>187</sup> 東京地判昭28〔1953〕.11.27，勞民集4卷5号418頁。

<sup>188</sup> 東京地判平4〔1992〕.7.27，勞判614号56頁。

<sup>189</sup> 東京高判平11〔1999〕.12.22，勞判779号47頁。

般認識」究竟應如何加以判斷，是曖昧的判斷標準<sup>190</sup>。

### 三、救濟之內容

在調職被判斷為不當勞動行為時，勞動委員會之命令或法院之判決的救濟內容為何？

在勞動委員會的救濟命令中，應回復到與未發生該處分之前相同的狀態，例如：使該勞工回復到配轉前之原職、back pay 或 post-notice。而在法院的司法救濟中，得確認調職命令之無效、確認得繼續在調職前之職務服勤務、調職命令之效力停止、命令支付工資等<sup>191</sup>。

### 第四款 懲戒<sup>192</sup>

企業作為統一的事業主體，而組織多數的勞工及利用設備進行生產活動，故有必要對於勞工在作為企業組織的成員而活動上的規範加以規定。因此一般雇主乃在工作規則<sup>193</sup>中規定了服務紀律，並據此對於違反企業秩序的勞工進行懲戒而對於該勞工造成勞動關係上的不利益<sup>194</sup>。而懲戒的態樣極多，諸如懲戒解僱、勸告解僱、出勤停止、減薪、警告、申誡等，依據企業的不同而型態各異，但因造成某些勞動關係上之不利益，故只要以勞工的團結權活動為理由，當然成立不利益待遇<sup>195</sup>。

可能構成不利益待遇的懲戒處分，主要有以勤務態度等為理由與以工

<sup>190</sup> 野田進，「ストライキの後になされたの配転と不当労働行為の成否—中労委（西神テトラパック事件）事件」，ジュリスト 1178 号（2001 年 6 月），103 頁。

<sup>191</sup> 森本弥之介，「採用拒否・調職」，載於：『現代講座第 8 卷』，78 頁。

<sup>192</sup> 於勞工於法院中爭訟懲戒處分之效力時，學說及實務均認為除了必須勞工構成工作規則上所規定之懲戒事由外，雇主對勞工進行懲戒時，尚須符合相當性原則及適當的程序，詳參：菅野，400-402 頁；土田，199 頁；山川，251-252 頁。而鑑於懲戒的重要性，於 2007 年制定的勞動契約法乃對於懲戒有所規範，於第十五條規定：「在雇主得懲戒勞工時，該懲戒按與之相關的勞工行為性質及態樣或其他情事，欠缺客觀而合理的理由且在社會通念上不被認為相當的情形，為此權利之濫用，該懲戒乃無效。」但就於勞動委員會中判斷懲戒處分是否構成勞動組合法第七條第一款之不利益待遇時，乃須考量該懲戒處分是否因勞工進行正當的工會活動而致，不需判斷懲戒處分之私法上效力。

<sup>193</sup> 日本勞動基準法第八十九條第九款規定常時僱用十人以上勞工的雇主，在規範表彰及制裁時，必須就其種類及程度作成工作規則並向主管機關申報。

<sup>194</sup> 菅野，387 頁；土田，187 頁；山川，239-241 頁。

<sup>195</sup> 外尾，247 頁；岸井（下），32 頁。多數學說均認為以正當工會活動為由的懲戒得構成不利益待遇，但並未詳述理由，例如有：道幸，『ルール』，87 頁；下井，246 頁；山口，88 頁；盛，224 頁；大內，824 頁；萬井、西谷編，207 頁（唐津博執筆）；西谷，189-190 頁；菅野，634 頁等。

會活動、爭議行為為理由等二種情況<sup>196</sup>。對於前者若雇主同時係基於不當勞動行為之意思而為該處分時，則涉及本文第二章第二節第二項第三款所述之處分理由之競合的問題，在此不予贅述。而對於後者，即使工會活動超越了正當性的範圍，但與行為之不當性相比較，若處分內容被評價為過重的情形，則構成不利益待遇<sup>197</sup>。

## 一、正當之工會活動與懲戒

以工會活動為由進行懲戒的代表案例有倉田学園事件<sup>198</sup>。該事件的案例事實為工會委員長違反工作規則規定，未經許可在上班前五到十分鐘於職員室各教員的桌上放置工會會報，該校校長對於工會委員長的行為為警告處分。最高裁判所在本事件的撤銷訴訟中，對於懲戒處分認為雖然形式上該當工作規則所定之禁止事項，但就該宣傳品的內容及發送的態樣來看，該發送行為既無擾亂學校內的職場規律，亦未有欠缺對於學生教育考量之虞，在實質上並不能說違反了工作規則。從而，本件懲戒處分乃為欠缺工作規則上所規定懲戒事由之根據的違法處分，且從雇主否定了任何在校內之工會活動的厭惡工會態度及本件處分的經過來看，本件處分係基於雇主的不當勞動行為意思，構成了勞動組合法第七條第一款及第三款。

本事件雖然在結論上是正確的，但學者對於其理由構成則有不同意見<sup>199</sup>，因為最高裁判所將判斷的重點置於懲戒處分的違法性如此民事上效力的問題，但本件乃為不當勞動行為之救濟命令，最高裁判所並未如同本件第一審及第二審論及工會活動的正當性，而直接從懲戒處分之違法性推論出雇主的反工會意思，認定該懲戒處分構成不當勞動行為，該判決的焦點被置於適用一般法院判斷懲戒處分有效與否之方法，顯示出最高裁判所就勞動委員會救濟命令的司法審查方法有所問題且在論理上不夠精緻<sup>200</sup>。

<sup>196</sup> 西谷，189-190 頁。

<sup>197</sup> 西谷，165-166 頁、190 頁。

<sup>198</sup> 最三小判平 6〔1994〕.12.20，勞判 669 号 13 頁。

<sup>199</sup> 香川孝三，「ピラ配布に対する懲戒処分等の不当労働行為—倉田学園事件—」，ジュリスト 1081 号（1995 年 12 月），128 頁；青野覚，「無許可ピラ配布に対する懲戒処分の不当労働行為性」，季刊労働法 177 号（1995 年 12 月），142 頁。

<sup>200</sup> 關於勞動委員會救濟命令之司法審查（撤銷訴訟），法院多優先適用「傳統的私法基準」審查救濟命令有無違法，忽視了勞動委員會作為獨立專門救濟機關之特性，而致救濟命令的撤銷率過高，但若勞動委員會迎合司法審查的角度作成救濟命令，則無法發揮勞動委員會的機能，進而可能危及不當勞動行為制度的存在意義，從而學說多認為法院應考量到勞動關係的特殊性再作出判斷。關於救濟命令的司法審查，請參見：山川隆一，『不当労働行為の行政救済法理』（信山社，1990 年 7 月），146-149 頁；道幸哲也，『不当労働行為争訟法の研究—救済利益と命令の司法審査』（信山社，1998 年 10 月），58-89 頁；中山等，535-536 頁（岸井貞男執筆）；大内，844 頁；中嶋土元也，「不当労働行為の救済」，載於：『争点（三版）』，64-65 頁；中窪、野田、和田，391 頁。

## 二、爭議行為與懲戒

雇主以勞工之爭議行為違反工作規則為由而對之加以懲戒時，是否可能構成不當勞動行為？此時必須分為二種情形加以討論，一為該爭議行為具有「正當性」（換言之，為「工會之正當行為」）<sup>201</sup>時，雇主以該爭議行為為理由之懲戒處分乃構成不利益待遇。其二乃工會進行爭議行為時，就超越了和平說服範圍之糾察行為或違反法律、協約、工會章程等之不正當的爭議行為，雇主將之視為不正當的工會行為，而解僱、懲戒工會會員或工會幹部時，是否可能構成不當勞動行為？

在爭議行為被認為不具有得在民刑事上免責之正當性，甚至是不具備本款所謂的「正當性」時，即使雇主得依工作規則之規定對勞工進行懲戒處分，但得否僅對於工會幹部懲戒？這種情況在實務上是屢見不鮮的，因為進行如此的懲戒處分具有儆戒與威嚇的效果，在報復的同時，也有使將來工會活動衰退的效果，又不會因所有的會員均為懲戒對象而引起更激烈的鬥爭。但為何工會幹部必須比一般會員負擔更重的責任？不無爭論。

此問題被稱為所謂的「工會幹部責任論」，雖然實務判決多肯定工會幹部責任，其根據主要有二，其一乃著眼於幹部企畫、指導違法爭議行為應該受到特別的法律評價，因為在指揮者與被指揮者之間，自然責任有所不同，應使工會幹部負擔較重之責任<sup>202</sup>。其二乃認為對於脫離工會幹部企畫、指導的違法爭議行為，工會幹部有防止、阻止此種違法爭議行為之責任<sup>203</sup>。

就此問題，學說則有所爭議。否定工會幹部責任者認為只要個別會員的行為被視為是實現工會爭議行為的一部分，即使其為違法，但責任的主體始終是工會本身，對於該會員不生懲戒或其他民事上之責任。故工會幹部所「企畫、指導或實行」的爭議行為即使違法，但只要係基於工會的正規決議而在工會所委任的範圍內，此責任仍在工會本身<sup>204</sup>。因為工會幹部企畫爭議行為並詢問會員之意思，於經會員決定後發出「指令」乃為工會幹部受會員委託的任務，即使所實施的爭議行為被認定違法，但只要幹部的行為是忠實地實施會員所委託的任務，雇主對於幹部加以制裁乃違反了團結承認義務，此時懲戒處分乃為無效，且得被評價為不當勞動行為<sup>205</sup>。

<sup>201</sup> 此處所謂之「正當性」非指一般法院判斷爭議行為得否免責之正當性，而係前述（第三章第一節第二款）勞動委員會判斷雇主的措置是否構成不當勞動行為時之工會活動正當性。

<sup>202</sup> 東京新聞事件・東京地判昭44〔1969〕.10.18，勞民集20卷5号1346頁；ミツミ電機事件・東京高判昭昭63〔1988〕.3.31，勞判516号5頁。

<sup>203</sup> 三越事件（東京地決昭29〔1954〕.2.24，勞民集5卷1号82頁）。

<sup>204</sup> 片岡昇，『使用者の爭議對抗行為』（総合労働研究所，1969年4月），256-259頁。

<sup>205</sup> 梶井，324-334頁；井上修一，「幹部責任の追及」，載於：『現代講座第五卷』，313頁；本多，207頁；西谷，455頁；片岡、村中，185-186頁。外尾，522-526頁；青木、金子，173頁；盛，

但有承認工會幹部責任說者認為工會幹部責任應分為二種情形<sup>206</sup>，其一為工會幹部對於違法爭議行為之參與和其他會員沒有什麼不同的情形，此時若以其參與作為理由而僅對該幹部為懲戒處分，原則上不能說是追究參與行為之責任，應該認為係以工會幹部的地位為理由的不利益待遇。但在工會幹部企畫、指導違法爭議行為而雇主就此進行懲戒處分時，不應該視為不當勞動行為。因如果否定工會幹部企畫、指令、指導的現實行為責任反而會喪失爭議行為之組織性、集體性的特質<sup>207</sup>，又完全地否定知道但卻不制止該違法爭議行為的工會幹部責任是有所困難<sup>208</sup>。本說結論雖與多數實務見解相同，但對於上述實務所持的第二個理由（工會幹部對於違法爭議行為的阻止義務）有認為其根據不明而有待商榷<sup>209</sup>，但也有認為若工會幹部允許該違法行為，則應視為與助長該違法爭議行為相同，而負有違反制止義務之責任<sup>210</sup>。

但即使是持本說者亦認為雖然得對於工會幹部進行懲戒，不過懲戒的程度是否妥當，仍應個別具體地加以判斷，若超越了妥當的限度而進行差別性的懲戒處分、懲戒解僱或是利用此機會對於工會幹部課以重大的處分，則構成不當勞動行為<sup>211</sup>。

### 三、未直接造成經濟利益損害之懲戒

此外，對於某些非工作規則上所規定之正規懲戒方式，如口頭訓誡或單純的叱責等，雖然並沒有直接造成經濟上的不利益，但是否可能構成勞動組合法第七條第一款的不利益待遇？

就此問題，勞動委員會以「於現在或將來均未造成任何不利益」為由，而否定了勞工直屬長官所為訓誡處分的不利益性<sup>212</sup>。

但學者多持相反之態度。有認為因即使如勞動委員會所言受到訓誡處分對於該勞工將來之昇進、獎金的查定、整理解僱的選定等未造成任何的

---

416 頁；近藤，270 頁同旨。

<sup>206</sup> 小鳥典明，「幹部責任と不当労働行為」，載於：『労働法学の理論と課題一片岡昇先生還暦記念』（有斐閣，1988 年 4 月），235 頁。

<sup>207</sup> 久保、浜田，238 頁；菅野，608 頁。

<sup>208</sup> 安枝、西村，319 頁。

<sup>209</sup> 小鳥典明，「幹部責任と不当労働行為」，載於：『労働法学の理論と課題一片岡昇先生還暦記念』（有斐閣，1988 年 4 月），234 頁。

<sup>210</sup> 菅野，609 頁。

<sup>211</sup> 山口，266 頁；安枝、西村，319 頁；中窪、野田、和田，356 頁。

<sup>212</sup> ロート製菓事件（大阪地勞委昭 36〔1961〕.6.7，命令集 24、25 集 131 頁）。但在松下電器事件（大阪地勞委昭 37〔1962〕.12.19，命令集 26、27 集 303 頁）中，則認為雖然訓誡並非「勞動協約及工作規則上的懲戒處分」，但「不能就斷定不帶有任何不利益」。

影響（雖然通常是會有所影響），但從受到該處分之勞工的立場來看，因進行正當的工會活動而受到直屬長官的訓誡可能會造成若將來再反覆為同樣行為的話，雇主就不會僅僅以訓誡加以解決的不安。而此不安當然是造成該勞工或其他一般勞工將來之團結權萎縮或受到阻撓的原因，故仍屬不利益待遇<sup>213</sup>。或有認為即使只是訓誡或單純的叱責，但若由有懲戒權或其他勞務管理上權限之雇主進行，則使該勞工暴露於或許將來何時會受到報復性處分的恐懼之中，得認為被後述的精神上不利益所包含<sup>214</sup>。不過因為該種情形不能說是侵害勞動關係上利益，故向法院請求救濟是不可能的，頂多只能以侵權行為為由，請求支付慰撫金。故就訓誡向法院請求救濟乃限於若不撤銷該訓誡則會對於昇進、加薪、獎金的查定等有不利益的情況<sup>215</sup>。

## 第五款 精神上之不利益

### 一、精神上之不利益的意義

所謂之精神上之不利益，係指雇主命令工會會員為明顯不同於日常勤務或固定的職場慣行之行為工作，而進行此工作會感到痛苦或屈辱的情形。此種情況和一般員工相比，受到差別待遇本身有產生精神上之「不利益」的可能性<sup>216</sup>。

然而，日本勞動組合法第七條第一款是否包括精神上之不利益待遇，在學說上有所爭議。持否定說者認為若將廣泛地精神待遇解為亦屬不利益待遇，則因其若干認定基準有曖昧之嫌，故有所不妥<sup>217</sup>。

但多數學說乃持肯定說<sup>218</sup>，其理由為勞工依勞動契約而遵從雇主的指

<sup>213</sup> 岸井（下），33 頁。

<sup>214</sup> 佐伯靜治「不利益取扱の態様」，載於：『新講座第 6 卷』，109 頁；外尾，247 頁；伊藤博義，「不利益取扱」，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），87 頁；西谷，189 頁。

<sup>215</sup> 岸井（下），33 頁。

<sup>216</sup> 東大，383 頁；原田賢司，「不当労働行為法における精神的不利益取扱と立証及び救済上の問題」，載於：中山政夫編，『労働法学をめぐると諸問題—稲垣名譽教授古稀記念論文集』（日本大学法学部，1986 年 5 月），168 頁。

<sup>217</sup> 石井，464-465 頁。而山口，90 頁認為社交上的不利益不屬之，例如拒絕勞工參加尾牙或員工旅遊並不屬於不利益待遇，但就此種社交上之不利益造成該勞工精神上之不利益時是否屬不利益待遇，則未表示意見。

<sup>218</sup> 例如有：門田信男，「不利益取扱の成立要件」，載於：『新講座第 6 卷』，85 頁；佐伯靜治，「不利益取扱の態様」，載於：『新講座第 6 卷』，106-107 頁；外尾，249 頁；伊藤博義，「不利益取扱」，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），88 頁；東大，382-383 頁；香川孝三，「差別待遇」，載於：『現代講座第 7 卷』，233 頁；本多，

揮命令提供勞務，在勞務之提供所不可避免的精神上痛苦之限度內當然是必須允許的，但超越此程度之不當的精神上痛苦乃不被允許。故不受到超越勞務之提供所不可避免的精神上痛苦之利益亦屬勞工在勞動關係上之利益，若如此的精神上不利益乃以勞工的團結活動為由的不當處分，則當然成立不利益待遇<sup>219</sup>。此外，在紀伊木工事件<sup>220</sup>中，對於將勞工調往從事不習慣的工作且其亦厭惡的職場，法院表示勞工感到痛苦在客觀上是有道理的，而非從以勞工個人任意的情感為基準，故精神上不利益的判斷標準未必是曖昧不明。又即使在事實上判斷有所困難，但此並非可以在法理上將之除外的理由<sup>221</sup>。

而最高裁判所在大浜炭鉱事件<sup>222</sup>中表示：「所謂的不利益待遇，不只是例如關於減薪、停止加薪等經濟上待遇給予不利的差別待遇，應解為廣泛地精神待遇上的不利益差別待遇也包含其中。從而在雇主對於勞工為停止出勤之處分時，即使對於由此而生之給付或其他經濟性待遇未造成不利益之結果，仍不妨解為該當上述法條所謂之不利益待遇。」故最高裁判所亦承認精神上之不利益待遇為不利益待遇之態樣。

實務上所承認造成勞工精神上不利益的案例類型除了上述的停止出勤處分外，代表性的案例尚有：將客房的女服務生調職到以掃廁所為職務的大廳部門<sup>223</sup>；將勞工調職到僅有冗員、勤務不良者所構成的職場<sup>224</sup>；僅在房間的角落給一個小小的桌子，使勞工面壁而坐，且長達約一個月的期間不給任何的工作<sup>225</sup>；雖然支付工資，但命令勞工於自家待命<sup>226</sup>等。

## 二、精神上之不利益的證明

相對於其他具有具體外型的不利益待遇態樣，精神上的不利益待遇乃需證明雇主之措置在勞工精神內部所造成的影響。然而應如何證明該勞工

---

79 頁；青木、金子，227-228 頁；盛，224 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』，100 頁；西谷，190 頁；菅野，634 頁。

<sup>219</sup> 岸井（下），31 頁。

<sup>220</sup> 和歌山地判昭 37〔1962〕.3.17，勞民集 13 卷 2 号 229 頁。而東京地方裁判所在住友生命事件（東京地判昭 24〔1949〕.4.23，勞民集 4 卷 5 号 4181 頁）中表示精神上之不利益必須「並非主觀上的感情，而是若任何人立於此立場均會有如此的感受是合理的」，但東京地方裁判所在該事件中就工會幹部之調職否定了不利益待遇之成立。

<sup>221</sup> 伊藤博義，「不利益取扱」，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），88 頁。

<sup>222</sup> 最二小判昭 24〔1949〕.4.23，刑集 3 卷 5 号 592 頁。

<sup>223</sup> 雅叙園事件（東京地決昭 27〔1952〕.6.27，勞民集 3 卷 2 号 133 頁）。

<sup>224</sup> 十和觀光電鉄事件（中勞委昭 27〔1952〕.10.15，命令集一部救済編 1122 頁）。

<sup>225</sup> 大友運輸事件（東京都勞委昭 38〔1963〕.4.17，命令集救済編 1302 頁）。

<sup>226</sup> ヤシカ事件（中勞委昭 40〔1965〕.2.17，命令集 32、33 集 551 頁）。



內心的不利益性？必須證明要如何之程度？都是非常困難的問題。此外，證明勞工內心意思的不利益性與雇主對於勞工進行精神上不利益待遇之內心意思間的因果關係也是同樣困難<sup>227</sup>。

有學說認為在不利益待遇中差別意思的認定基準乃以各種狀況的證據具體地加以認定，故在發生精神上之不利益待遇的情形，其認定基準首先為雇主對於該不利益待遇是否明示其理由且該理由是否具有合理性？其次，該理由和其他員工相比，是否公平？又，對於該勞工的工會活動，雇主是否平常就非常厭惡？再者，必須綜合雇主進行該不利益措置的時期與工會活動的活躍度等而進行判斷<sup>228</sup>。

而對於得推定雇主差別待遇意思的事實，若得證明下列之事實，則雇主的行為構成不當勞動行為的機率較高。亦即：①作為一般基準事實乃雇主有敵視工會的日常反工會言行、雇主對於團體交涉的態度、雇主對於工會支配介入之事實、作為對於工會活動報復之對於工會會員的不當評價及對於工會活動之責任追究等。②個別的認定基準事實則有勞工若以證人或證據證明受有精神上不利益之內心意思，若雇主未對於勞工的主張為任何相反之主張或證明則得認定不當勞動行為。其次，於認為雇主對於工會會員處分之基準不明、不公正時，該處分為不利益的機率較高。再者，在雇主對於勞工主張之不利益待遇沒有正當理由的情形，雇主對於勞工之主張若未證明具有合理性之依據，則該處分為不自然的行為，亦易構成不當勞動行為<sup>229</sup>。

### 三、精神上之不利益的救濟

如前所述，現行不當勞動行為制度乃採「原狀回復主義」之救濟方式，然而不論在勞動組合法或勞動委員會規則中均未就勞動委員會得發佈之救濟命令的內容有所規定。從而，勞動委員會對於勞工遭受精神上之不利益時所得加以救濟的內容為何？

勞動委員會對於精神上之不利益待遇所為的救濟命令內容通常為命令

<sup>227</sup> 原田賢司，「不当労働行為法における精神的不利益取扱と立証及び救済上の問題」，載於：中山政夫編，『労働法学をめぐる諸問題—稲垣名譽教授古稀記念論文集』（日本大学法学部，1986年5月），180-181頁。

<sup>228</sup> 原田賢司，「不当労働行為法における精神的不利益取扱と立証及び救済上の問題」，載於：中山政夫編，『労働法学をめぐる諸問題—稲垣名譽教授古稀記念論文集』（日本大学法学部，1986年5月），180-182頁。

<sup>229</sup> 原田賢司，「不当労働行為法における精神的不利益取扱と立証及び救済上の問題」，載於：中山政夫編，『労働法学をめぐる諸問題—稲垣名譽教授古稀記念論文集』（日本大学法学部，1986年5月），182-183頁。

雇主為道歉啟事 (post-notice)。而所謂的 post-notice 乃指命令雇主在一定的時間內以一定之方法揭示一定內容之文書，而使得關係人知曉雇主的行為為不當勞動行為以抑制同種行為的再次發生<sup>230</sup>。但在此種情形下 post-notice 是否能達成「回復原狀」之效果，則是有所疑問。從而，除了 post-notice 外，勞動委員會得否為命令雇主向精神上受有不利益的勞工給付精神上之損害賠償（慰撫金）？

就此問題，有學說認為在救濟命令中不允許以金錢進行損害賠償。其理由在於雖然民法就債務不履行或侵權行為之救濟以損害賠償為原則，但在救濟命令中，不允許以一定金額之支付取代排除過去不當勞動行為之結果。不只是拒絕團體協商、支配介入之事件，對於不利益待遇之事件亦同<sup>231</sup>。

而勞動委員會實務亦採否定說，歸納其理由主要有四：①損害賠償乃和不當勞動行為制度或勞動委員會的救濟不協調；②使因不當勞動行為而被侵害的團結回復到未被侵害之狀態乃救濟之本質，對於團結之侵害無法也不應以金錢賠償加以解決；③損害賠償為法院（私法上）之問題，而乃在以原狀回復為任務之勞動委員會的裁量之外；④命令賠償會演變為對於雇主的懲罰，故不應允許<sup>232</sup>。

然而，上述的理由均有所缺陷<sup>233</sup>。

首先，就①而言，「不協調」之用語乃曖昧的表現方式，重點乃在於為何不協調之理由，而非僅說不協調但卻未表示理由。

針對②之論據，雖然的確以損害賠償取代回復原狀之救濟命令乃本末倒置，且將使得特別設置不當勞動行為制度的理由消失殆盡，但在對於事實行為之救濟有顯著困難或雖然發佈救濟命令不難，不過卻幾乎沒有實效的情形，將對於團結侵害的損害賠償作為次善的作法或許可以合理的解決此問題。例如雇主對於 post-notice 命令視若無睹而反覆進行不當勞動行為的情形，比起反覆的發出 post-notice 命令，加重損害賠償應該會更有效果。

對於③之論據，的確損害賠償之計算對於勞動委員會來說並不簡單，

<sup>230</sup> 中山等，511 頁（岸井貞男執筆）；塚本，424 頁；西谷，223 頁。

<sup>231</sup> 塚本重賴，「労働委員會の自由裁量とその制約—救済命令の主文の構成（上）」，中央労働時報 534 号（1972 年 11 月），34 頁。

<sup>232</sup> 因勞動委員會否定損害賠償的案例不勝枚舉，秋田成就教授乃整理其論據為上述四點，詳參：秋田成就，「労使関係と損害賠償」，季刊労働法 112 号（1979 年 6 月），10 頁。而關於具體的案例，請參照：平川亮一，「不当労働行為救済の法理と損害補償」，載於：前田達男、萬井隆令、西谷敏編，『労働法学の理論と課題』（1988 年 4 月），333-335 頁。

<sup>233</sup> 秋田成就，「労使関係と損害賠償」，季刊労働法 112 号（1979 年 6 月），10-13 頁。

從勞動委員會的實務來看，於審查不當勞動行為之際，有不少案件乃以和解加以解決，而許多和解的案件乃為雇主支付一定之「和解金」，勞動委員會在實際上乃進行以和解金為名的損害賠償計算作業。比起以和解金解決之不透明的制度，由公益委員作出賠償命令應更具有公正性。從而，此技術性的問題是可以克服的。

最後就④之理由而言，其強調勞動委員會之救濟命令不具有「懲罰」之意義乃受到勞動組合法於昭和 24 年修正後改「直罰主義」為「原狀回復主義」的影響，但僅以此就直接認為勞動委員會的救濟命令不具有懲罰的意義在理論上有稍嫌跳躍之感，因對於違反法律的雇主為與其意願相違之救濟命令，是無法否定具有某些的懲罰要素。

此外，尚有從其他救濟方式相比較之層面加以觀察者，其認為 back-pay 或附加伴隨於 back-pay 之利息的命令乃補償若沒有不當勞動行為就不會發生損失，而回復到沒有此損失的狀態。故對於雖然和經濟上損失有所不同的精神上不利益待遇並非以損害賠償之意義，而是以回復原狀的觀點在金錢上加以救濟的方式是必須加以檢討的<sup>234</sup>。另，有學者認為通常說到損害賠償就會直接和民法上的債務不履行或侵權行為相連結，但若將損害「賠償」的用語換為損害「補償」就似乎沒有受私法上「損害賠償」論拘束的必要性<sup>235</sup>。

又，最高裁判所在第二鳩タクシー (Taxi) 事件<sup>236</sup>中表示：「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，得解為就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。」按該判決之意旨，乃委由勞動委員會之裁量進行發出如何內容之救濟命令最得保障團結權之判斷，即使在救濟命令的撤銷訴訟中，法院也必須尊重勞動委員會的裁量權。雖然勞動委員會的裁量權有所界限<sup>237</sup>，但若對於精神上之不利益進行損害賠償最有助於達成不當勞動行為制度之目的，則勞動委員會何妨不發佈以損害賠償為內容之救濟命令？從而，綜上所述，本文以為勞動委員會得命令雇主向精神上受有不利益的勞工給付精神上之損害

<sup>234</sup>小室直人，「不当労働行為法の原状回復」，載於：『現代の民事法：川崎秀司先生・重倉珉祐先生古稀記念論文集』（法律文化社，1977年11月），305頁；東大，1024頁；原田賢司，「不当労働行為法における精神的不利益取扱と立証及び救済上の問題」，載於：中山政夫編，『労働法学をめぐる諸問題—稲垣名譽教授古稀記念論文集』（日本大学法学部，1986年5月），189頁。

<sup>235</sup>秋田成就，「労使関係と損害賠償」，季刊労働法 112 号（1979年6月），13頁。

<sup>236</sup>最大判昭 52〔1977〕.2.23，勞判 269 号 14 頁。

<sup>237</sup>救濟命令之界限或適法性的判斷標準乃以該命令是否為使團體的勞資關係秩序向將來回復或正常化所必要且相當的命令為一般的判斷基準，詳參：中山等，503 頁（岸井貞男執筆）；宮里邦雄，「労働委員會の法理」，載於：『講座 21 世紀第 8 卷』，286 頁；菅野，704 頁。

賠償。

而就救濟金額之確定，應綜合考量雇主所為不當勞動行為的程度、工會或工會會員所受損害的情況、勞資關係之實際狀況，以勞動委員會之裁量命令雇主為相對應的金錢給付<sup>238</sup>。

### 第三項 勞動契約終止上之不利益

#### 第一款 解僱

解僱與其他的不利益待遇類型相較，是雇主不當勞動行為之典型態樣，對於勞工來說是最嚴重的處分，解僱不只使該勞工喪失勞工地位而遭到經濟上及心理上之不利益外，又由於日本的工會多為企業內工會，若將勞工解僱，則對於其工會活動之進行，則亦生顯著的影響，故日本勞動組合法第七條第一款特別例示出「解僱」為不利益待遇的態樣<sup>239</sup>。

#### 一、解僱權濫用法理與不當勞動行為

所謂解僱係指雇主以單方之意思表示而使勞動契約終止。依日本民法第六二十七條第一項之規定，僱傭契約若未定期間，則各當事人得隨時預告解約，此時僱傭契約乃於預告經過二週後終止。由此規定可以推論出雇主原則上有「解僱自由」<sup>240</sup>。然而，由於解僱對於勞工的經濟、精神與生活等有重大的不利益，所以有必要對於雇主的解僱自由加以規制，不過日本除了在勞動基準法第十九條對於產前產後的女工及遭遇職業災害勞工之解僱設有限制外，並未如同我國般規定雇主打解僱勞工之事由。

由於如此的個別規制並無法充分的保障勞工，在判例上乃發展出「解僱權濫用法理」<sup>241</sup>，但因其具體基準必須委由案例的累積。但對於中小企業、外資企業的經營者及一般勞工而言，對於其存在及內容有認識上的困

<sup>238</sup> 佐藤香，「救濟命令の内容の限界」，載於：外尾健一編，『不當労働行為の法理』（有斐閣，1985年10月），455頁。

<sup>239</sup> 岸井（下），36-37頁；野田進，「不利益取扱としての解僱」，載於：外尾健一編，『不當労働行為の法理』（有斐閣，1985年10月），119頁。

<sup>240</sup> 中窪、野田、和田，311頁；下井隆史，『労働基準法（第四版）』（有斐閣，2007年11月），162-163頁；菅野，444頁；土田，248頁；山川，259頁。

<sup>241</sup> 解僱權濫用法理乃由許多下級審判決的累積形成，而最高裁判所亦在日本食塩製造事件（最二小判昭50〔1975〕.4.25，民集29卷4号456頁）及高知放送事件（最二小判昭52〔1977〕.1.31，勞判268号17頁）中加以承認而形成判例法理。

難<sup>242</sup>，故該法理在 2003 年修正勞動基準法之際，於第十八條之二規定：「解僱若在客觀上欠缺合理理由，在社會通念上無法認為相當時，則為濫用該權利而無效。」將「解僱權濫用法理」明文化<sup>243</sup>。嗣後，在 2007 年 12 月 5 日完成立法並於 2008 年 3 月 1 日施行的勞動契約法乃將勞動基準法第十八條之二的規定原封不動地移到該法第十六條<sup>244</sup>。

然而，在雇主基於不當勞動行為意思而將勞工解僱時，是否有解僱權濫用法理之適用？此時分就該勞工係向一般法院請求司法救濟或向勞動委員會請求行政救濟予以說明。

### （一）於司法救濟中之適用

在勞工認為雇主的解僱處分乃不當勞動行為而直接向一般法院請求救濟時，依解僱權濫用法理認為解僱係不當時，是否仍需依不當勞動行為救濟法理的獨自性，而再次判斷不當勞動行為之成否？關於此問題主要有三種見解。

第一說認為作為不當勞動行為之解僱也只不過是解僱權濫用法理的適用對象之一，被該法理所包括，係權利濫用而無效。有學說表示確定雇主以欲侵害勞工團結權之勞動基本權之方式行使解僱權乃權利濫用而違法，此乃勞動組合法第七條第一款及第四款宗旨之所在<sup>245</sup>。此見解亦為實務所接受，例如東京地方裁判所在東京科學事件<sup>246</sup>中表示：「在作為不當勞動行為而解僱無效的案例中，乃因對於解僱沒有合理之相當理由而無效，解為係因不當勞動行為而解僱無效是不相當的。在結果上，不當勞動行為意思之存在只是決定解僱權濫用之有無的材料之一，應該沒有作為獨立解僱無效原因之一的性質。」乃從個別勞動法上的解僱權濫用法理加以解決。

第二說則認為勞組法上的不當勞動行為禁止規定與解僱權濫用法理解

<sup>242</sup> 菅野 449。

<sup>243</sup> 對於日本解僱法制之形成、發展與內容，中文文獻有：王能君，「日本「解僱權濫用法理」與「整理解僱法理」」，載於：臺灣勞動法學會學報 3 期（2004 年 6 月），44-54 頁。

<sup>244</sup> 關於日本勞動契約法的意義、內容與課題，可參見：野川忍，『わかりやすい労働契約法』（商事法務，2007 年 12 月）；山川隆一，『労働契約法入門』（2008 年 2 月，日本經濟新聞社）；厚生労働省労働基準局監督課，「労働契約法の概要」，ジュリスト 1351 号（2008 年 3 月），34-41 頁；村中孝史，「労働契約法制定の意義と課題」，ジュリスト 1351 号（2008 年 3 月），42-48 頁；土田道夫，「労働契約法の解説」，法学教室 332 号（2008 年 3 月），26-35 頁；「特集/労働契約法の逐条解説」，労旬 1669 号（2008 年 4 月），7-62 頁。相關的中文文獻有：張鑫隆，「日本勞動法制之最新發展趨勢—二〇〇〇～二〇〇七年」，發表於：行政院勞工委員會、臺灣勞動法學會主辦，各國勞動法制之最新發展趨勢—二〇〇〇～二〇〇七學術研討會（中國文化大學，2008 年 5 月 25 日），22-25 頁。

<sup>245</sup> 岩垂肇，「解僱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）53 頁。

<sup>246</sup> 東京地判昭 44〔1969〕.7.15，判時 581 号 75 頁。

為層次不同且毫無關係。持該說者認為不當勞動行為制度乃以勞動委員會進行救濟，直接以法院進行初審之「不當勞動行為事件」的解僱，實際上不應冠以如此之名稱。亦即該說反對勞動委員會與法院一起適用勞組法第七條，法院對於解僱應以是否違反日本民法第九十條<sup>247</sup>所規定之公序加以判斷，而其基準乃憲法第二十八條<sup>248</sup>。

第三說認為將解僱作為不當勞動行為之禁止法理與權利濫用並非毫無關係，而是具有相對的獨立性，二者並立於相互補充的地位。因為向來關於解僱自由的判例理論在對於解僱有侵害團結權等一定的障礙事由時，該解僱乃被判斷為違法無效。即使並非上述的情形，但解僱並沒有相當理由的情形，解僱也會被判斷為違法無效。從而，持該說者乃與上述的東京科學事件立於相反之立場，認為不當勞動行為意思不只是判斷解僱權濫用之有無的材料之一，也有作為獨立之解僱無效原因之一的性質<sup>249</sup>。

以上三說究以何說為妥？

就第一說而言，雖然可以避免產生處分理由競合（前述第二章第二節第二項第三款）的問題，但因為限制以工會活動為理由之解僱與限制一般解僱有所不同，具有特別之公益目的，故應得賦予特別的保護。此外，解僱權濫用法理的判斷基準在工作規則中有所明定時，乃須判斷解僱之客觀的、外部的情況；但在構成不當勞動行為之解僱，即使有外部的表徵作為判斷的材料，不過其最終的判斷對象仍然是雇主的主觀反工會意圖，二者具有相對的地位。

而第二說的焦點乃在於不承認勞組法第七條為法院裁判的基準，然而就實務而言，由於承認司法救濟與行政救濟併存，在實務上對於違反勞組法第七條第一款的解僱認為在私法上乃為無效，故對於第二說亦無法贊同。

因前述二說均有其各自的缺陷，若採取第三說，則判斷不當勞動行為之解僱就變成二段式的處理方式：第一階段乃判斷雇主是否有反工會意圖，若雇主具有反工會意圖，則得以不當勞動行為法理來處理；若雇主不具有反工會意圖時，則進入第二階段，以解僱權濫用禁止法理來判斷解僱是否具有相當性。如此的處理方式，可使不當勞動行為法理與解僱權濫用法理有機地加以結合，以達充分保障勞工的目的。從而，應以第三說較為可採，解僱權濫用法理與不當勞動行為法理並非相互排除而是相互輔助的

<sup>247</sup> 日本民法第九十條：「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>248</sup> 石川，415頁。

<sup>249</sup> 小西國友，「解僱の自由と不当労働行為」，勞經速712号（1970年4月），19頁。

關係<sup>250</sup>。

若採取第三說之見解，關於不當勞動行為解僱之法院判決則可依雇主反工會意圖之有無及勞工是否有該當工作規則所規定之解僱基準等客觀事實，區分為四種類型：①不具有反工會意圖，而該當解僱基準；②不具有反工會意圖，但不該當解僱基準；③有反工會之意圖，且該當解僱基準；④有反工會意圖，但不該當解僱基準。

在①的情形，乃否定了不當勞動行為之成立，又因該當解僱基準而解僱有效，在④的情形則成立不當勞動行為並且解僱無效，此二種情況因不當勞動行為法理與解僱權濫用法理未產生衝突，故較無爭議。③所產生的問題，乃為前述的處分理由競合問題，請參照前述。而就②的類型，由於無法推定雇主有反工會之意圖，但另一方面也無法承認有相當之解僱事由，故法院不以不當勞動行為之法理而以解僱權濫用法理為解僱無效之處理<sup>251</sup>。

## （二）於行政救濟中之適用

而在勞動委員會所進行的行政救濟中，當然不會適用以解僱權效力作為前提的解僱權濫用法理。勞動委員會在此類的事件中，首先的判斷對象是雇主的反工會意圖，在前述②的類型中，既然無法認定反工會的意圖，姑且不論解僱處分之得當與否及解僱的私法上效力，該解僱應該無法被判斷為不當勞動行為。

例如大阪地方勞動委員會在**大阪製鋼事件**<sup>252</sup>中認為：「然而勞動委員會判斷雇主為該解僱之真意是否以被解僱者之正當工會行為為由，並不直接判斷解僱理由之當與不當。雖然解僱理由之得當與否乃認定雇主真意之重要要素，即使解僱理由在形式上大致是正當，但若雇主的真意係以被解僱者之工會活動為理由，則可能被斷定為不當勞動行為。相反地，即使解僱理由在形式上不當，但若雇主的真意並非以被解僱者之工會活動為理由，則無法認定為不當勞動行為。」雖然表示解僱理由之得當與否乃認定雇主真意之重要要素，但原則上並不影響是否構成不當勞動行為之判斷。

若依如此之見解，則對於前述②之類型的解僱，勞動委員會無法進行救濟，只有在法院的一般訴訟程序中始得加以救濟，因為法院得依解僱權

<sup>250</sup> 野田進，「不利益取扱としての解僱」，載於：外尾健一編，『不当労働行為の法理』（有斐閣，1985年10月），129-130頁。

<sup>251</sup> 野田進，「不利益取扱としての解僱」，載於：外尾健一編，『不当労働行為の法理』（有斐閣，1985年10月），131頁。

<sup>252</sup> 大阪地勞委昭29〔1954〕.7.14，命令集11集159頁。

濫用法理來判斷解僱之有效與否。但勞動委員會在如此的情形中，重視「雇主雖欠缺解僱理由但卻進行解僱」之事實，並由此推論出雇主的反工會意圖，在某程度上也是有可能的。如前述的大阪地勞委命令所指出的「解僱之得當與否乃認定雇主真意的重要要素」。從而，對於在司法救濟中僅得以解僱權濫用法理進行救濟的一部分解僱，應解為在勞動委員會的救濟中，亦有得作為不當勞動行為加以救濟者<sup>253</sup>。

而在勞動委員會的救濟命令及法院的撤銷訴訟判斷上，對於解僱之不當勞動行為性，除了前述之解僱的合理理由外，尚包括由被解僱者之工會活動的內容、公司對於工會活動的厭惡、公司關於解僱之慣行、解僱的時點等加以判斷，但主要的判斷標準乃在解僱事由之相當性，若解僱不具有相當性，依上述的處理方式，容易被推論為不當勞動行為<sup>254</sup>。例如在**西泰野保育園事件**<sup>255</sup>中，橫濱地方裁判所認為雇主的解僱處分不具有相當性，而認定成立不當勞動行為。而如此之判斷方式不只適用於普通解僱，亦適用於整理解僱的情形<sup>256</sup>，例如在東京地方裁判所在**倉田学園事件**<sup>257</sup>中認為以學生數減少為由的休職及解僱處分不具有合理性而係不當勞動行為。

## 二、企業組織變動<sup>258</sup>與解僱

公司的解散、合併、營業讓渡、分割等的企業組織變動係因雇主厭惡工會及其活動，而以毀滅工會為目的而加以進行時，此等企業組織變動及由此而生之解僱的效果為何？

因為日本憲法係以市場經濟為前提，公司的設立、解散、事業之讓渡等受到憲法第二二條營業自由之保障，但由於企業組織的變動可能對於社會有重大的影響，所以當然必須受到某些限制。然而，在企業組織變動侵

<sup>253</sup> 野田進，「不利益取扱としての解僱」，載於：外尾健一編，『不当労働行為の法理』（有斐閣，1985年10月），132頁。

<sup>254</sup> 道幸，『成立要件』，97-99頁。所謂整理解僱法理乃指於雇主因經營不善等經營上之理由而進行人員削減時，判斷雇主的解僱處分是否為濫用解僱權的判斷標準，其內容有四：①人員削減的必要性；②解僱迴避努力；③選定被解僱者的妥當性；④程序的妥當性。請參照：中窪、野田、和田，316-318頁；水町，166-170頁；山川，267-270頁；菅野，457-461頁；土田，262-266頁；中文文獻則有：王能君，「日本「解僱權濫用法理」與「整理解僱法理」」，載於：臺灣勞動法學會學報3期（2004年6月），57-64頁。而在此四「要素」之中，與不當勞動行為較為相關者乃雇主實際上係以弱化工會為目的而以該當整理基準為由優先將工會幹部解僱，則當然為違法無效，詳見：山川，270頁。

<sup>255</sup> 橫濱地判昭62〔1987〕.10.29，勞判510号63頁。

<sup>256</sup> 道幸，『成立要件』，98頁。

<sup>257</sup> 東京地判平9〔1997〕.1.29，勞判713号69頁。

<sup>258</sup> 在企業組織發生變動時，除了會產生下述是否該當不當勞動行為的問題外，尚會發生若承認不當勞動行為之成立，則究竟應以何者為承擔不當勞動行為責任之「不當勞動行為主體」問題，相關之討論請參照本文第二章第一節第四項第一款二（二）2。



害到勞工之團結權時，應如何地調和營業自由與團結權保障<sup>259</sup>？以下乃按解散、合併、分割及營業讓渡一一說明之。

## （一）解散

在雇主因厭惡工會活動之故而解散、廢除事業時，是否得成立不當勞動行為？一般學說及實務乃將之區分為「偽裝解散」與「真實解散」二種情形。前者係指雇主在實際上並沒有解散公司的意圖，但卻在形式上作出解散決議、將全部勞工解僱後，又設立新公司而繼續與原公司一樣營業；後者係指雇主雖然有不當勞動行為的意圖，不過於解散公司後並沒有再成立新公司。此外，在支配公司厭惡從屬公司之工會活動而使從屬公司解散的情形，應如何處理也是重要的問題，以下乃就此三問題一一討論。

### 1、偽裝解散

對於「偽裝解散」，一般學說<sup>260</sup>及實務認為構成不當勞動行為而承認在與原公司有實質同一性之新公司及被解僱之勞工間勞動契約關係繼續存在。例如福岡地方裁判所在福岡國際觀光ホテル(hotel)事件<sup>261</sup>中認為相對於特定的經營者，勞動關係毋寧是與企業相結合，故即使為解散決議，仍應解為「企業並未被廢棄，而在有同一性之範圍內，勞動關係被新的經營者所承繼」。至於所謂「實質同一性」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、實權的歸屬等為人、物之關係作為整體判斷的具體標準<sup>262</sup>。

然而對於解散決議與解僱處分之效力為何？在實務上有不同之見解。除了上述之福岡國際觀光ホテル(hotel)事件認為解散決議本身並沒有成為不當勞動行為之餘地，僅解僱處分有成立不當勞動行為之可能性；亦有認為至少在與勞工之關係中，該解散決議本身乃為無效<sup>263</sup>。不過此爭議的實益性不大，因為新原公司若具有實質同一性，不論解散決議是否有效，只要認為雇主的解僱處分構成不當勞動行為而無效，承認在新舊主與勞工間亦成立勞動契約關係即可解決問題。

<sup>259</sup> 大和田敢太，「企業解散と不当労働行為」，載於：『争点（三版）』，62頁；西谷，169頁。

<sup>260</sup> 石井，466頁；外尾，261頁；香川孝三，「差別待遇」，載於：『現代講座第7卷』，231-232頁；久保、浜田，109頁；下井，260頁；盛，266頁；大內，835頁；西谷，169頁；片岡，279頁；菅野，612-613頁。

<sup>261</sup> 福岡地判昭27〔1952〕.5.2，勞民集3卷2号125頁。

<sup>262</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>263</sup> 盛岡市農協事件（盛岡地判昭60〔1985〕.7.26，勞判461号50頁）。

## 2、真實解散

在雇主意圖毀滅工會而完全解散、廢除企業時，解散公司的決議是否具有效力？對於此問題實務及學說均有激烈爭論，迄今尚未形成定見。

### (1) 解散決議有效說

採本說者認為即使雇主的解散決議有不當勞動行為之意圖，但仍然應該承認該決議的效力，最早觸及此問題者乃上述的福岡國際觀光ホテル (hotel) 事件，雖然福岡地方裁判所認為該事件乃偽裝解散，但其表示：「是否解散股份有限公司而廢除該事業乃委由股東自由決定，並沒有必須為了工會而使企業存續之法律上義務。故在股東係基於真正欲使公司解散的意思而為如此之決議，則因此決議產生解散公司的效力，即使此係為阻止工會之組成而為，也沒有因此而認為解散無效之理由。若不如此解釋，則儘管股東大會為真正解散之決議，仍會產生公司必須為了工會而使企業存續之拘束，與公司法的理念有所矛盾。」從而，在此種情形沒有產生不當勞動行為之餘地。

嗣後，東京地方裁判所在三協紙器事件<sup>264</sup>中將上述的論理更為細緻化，其表示：「企業主廢除其事業本身乃職業選擇自由（憲法第二三條）之一環而此自由應被加以承認，即使該自由之動機乃解僱勞工而使工會毀滅，也沒有應對其加以限制的根據。若相反地加以解釋時，則儘管雇主喪失經營意欲也被強制要維持企業，反而產生拘束個人自由的結果。」又認為：「畢竟不當勞動行為乃以企業的存在為前提始為問題之事項，以企業的廢除或企業法人格的消滅為目的之行為，應認為係發生於不當勞動行為之前的問題。由不當勞動行為之禁止乃為確保企業內勞工之工會活動而維持勞資對等原則來看乃為理所當然。故企業的廢除或以達到此目的為前提之公司解散，即使在其動機中帶有不當勞動行為意思，必須說對於企業的廢除或公司的解散本身沒有產生不當勞動行為問題之餘地。但此時必須注意的是以公司的解散為理由之解僱是否為不當勞動行為，和解散的效力並沒有關係。」東京地方裁判所在此事件中雖然將「解散決議」與「解僱」是否構成不當勞動行為區分為二，但在結論上除了認為無法就「解散決議」爭訟其不當勞動行為性外，亦認為「解僱」不該當不當勞動行為。

而此種分割式的判斷方式為之後的判決所承繼，例如神戶地方裁判所於平和台病院事件<sup>265</sup>中表示：「在如同本件之伴隨企業廢除而解僱員工的情

<sup>264</sup> 東京地決昭 36〔1961〕.11.27，勞民集 12 卷 6 号 998 頁。

<sup>265</sup> 神戶地判昭 49〔1974〕.4.25，勞判 201 号 68 頁。

形中，企業廢除與解僱為不同的事項，對於解僱應解為不當勞動行為理論有發揮作用的餘地。不過對於如此之解釋，可以預想到會有侵害企業主的企業廢除自由或不當地強制企業主勞動之批判。但即使對於企業的廢除否定解僱的效力，只不過產生企業主因企業之廢除而不能受領勞務之提供之勞動契約上的責任（支付工資、損害賠償等），而強制間接地受領勞工勞務之提供，並未直接地侵害個人自由、強制勞動，故並不該當上述的批判。」此外，該判決又認為只要工會之正當活動與解僱間有因果關係即足以成立不當勞動行為，在本事件中只要申請人若未為工會活動就不會有本件解僱即為已足，並沒有以之為唯一原因或理由的必要，從而本件解僱與申請人之工會活動有因果關係，乃不當勞動行為而無效。

## （2）解散決議無效說

相對於上述見解，持解散決議無效說者則認為解散決議無效，代表性的判決有**太田鉄工所事件**<sup>266</sup>，大阪地方裁判所在此事件認為：「保護勞工自覺所組成之工會的健全發展必須說是現在社會經濟秩序之要求，從而雖然企業主體所擁有的企業廢除自由，但在今日並非絕對不受限制，當然必須服從如此社會秩序所要求之制約，而不得濫用廢除企業之自由。特別是在企業別工會之形態中，公司的解散乃伴隨著員工的解僱及工會之解體消滅，有企業能力的公司以壓制工會之合法組織活動、解僱全體會員而使工會毀滅為決定性的原因而廢除事業，業已濫用廢除企業之自由而不得被允許。從而，如此的決議乃違反了憲法第二十八條、勞動組合法第七條第一款、第三款，濫用企業廢除自由的同時也違反了公序良俗而無效。」本事件乃實務上唯一承認公司解散決議構成不當勞動行為而無效的判決，開啟了學說對於解散決議有效與否之爭議，而具有一定的重要性。

在學說上就此問題亦可分為如同上述實務之兩種立場<sup>267</sup>，除了上述判旨中的理由外，持解散決議無效說者又表示：

<sup>266</sup> 大阪地判昭31〔1956〕.12.1，勞民集7卷6号986頁。

<sup>267</sup> 採解散決議有效說者，有：岩垂肇，「企業廢止と不当労働行為」，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），170-173頁；西原寛一，「企業の解散と不当労働行為」，載於：『大系第4巻』，89-94頁；石井，465頁；石川，331-332頁；久保、浜田，108頁；道幸，『ルール』，87-88頁；山口，89-90頁；大内，835頁；菅野，647頁。唯持肯定說者之論點及理由並未超出前述之實務見解，本文不再一一詳述。而採解散決議無效說者則有：橫井芳弘，「企業解散の自由と不当労働行為」，季刊労働法23号（1957年3月）91頁以下；正田彬，「会社解散と不当労働行為」，季刊労働法46号（1962年12月），44-48頁；橋詰洋三，「会社解散と不当労働行為」，載於：『新講座第6巻』，165-167頁；西谷敏，「会社解散・解僱と法人格否認の法理」，載於：大阪市立大学法学雑誌32卷1号（1985年7月），161-163頁；高木紘一，「企業解散と不当労働行為」，載於：『争点（新版）』，64-65頁；唐津博，「会社解散—東京書院事件」，載於：『百選（七版）』，240-241頁；大和田敢太，「企業解散と不当労働行為」，載於：『争点（三版）』，62-63頁。

- ① 解散決議有效說認為廢除企業之自由優於團結權，乃立於一元的法價值觀理解憲法所保障之自由、權利的順序關係，而解散決議無效說乃按現行法秩序理解廢除企業之自由與團結權保障，表示了多元的法價值觀。若切合對應多樣化的社會關係而複合地併存多樣化法規則之現行法秩序加以思考，毋寧是應以法價值的多元性為前提，而互相整合地理解權利<sup>268</sup>。
- ② 雇主對於使企業存續本身負有社會責任，在產業政策面向上，強制使業績不振的企業「國有化」或在公共的機構下加以管理，可以說是以謀求其「再生」而使企業活動繼續，乃超越私法自治而將企業置於公共秩序之下。又從廢除企業而產生之全員解僱結果，從保障勞工僱用的立場來看，得要求雇主盡最大努力避免此結果。因此，在有難以繼續企業之經營上緊急且不可避免之事由時，或因特殊的情形，企業活動或企業存在本身成為社會非難的對象，廢止企業具有社會妥當性的情形乃為例外，雇主為了廢除企業就其必要性及合理性負有高度的說明責任與證明責任，而當然為司法審查的對象。在此意義之下，雇主負有「企業廢除迴避義務」，在雇主未合致如此廢除企業之要件或迴避義務時，企業廢除程序乃為無效。從而，「廢除企業之自由」乃以有內在的限制為前提，從憲法尊重勞工團結權保障的立場來看，在廢除企業該當團結權侵害行為時，應被評價為不當勞動行為<sup>269</sup>。
- ③ 即使將解散決議解為無效，其法律效果只不過是使清算程序停止或追究基於拒絕受領勞務而生之勞動契約上責任等間接強制，並非在法律上強制企業主體繼續營業，又因該企業主體沒有進行營業活動之必要，故不牴觸強制勞動之禁止（憲法第十八條）<sup>270</sup>。

此外，尚有持解散決議有效說者採取了前述平和台病院事件之判斷架構，認為雖然解散決議有效，但對於因解散所造成的解僱則應被判斷為該當不當勞動行為而無效，因為將以解散決議為始的一連串行為理解為雇主的團結權侵害行為與解散決議本身無效未必有必須在論理上加以連結的必要性。特別是憲法第二二條保障公司設立、消滅之自由，在不得強制企業存續的現行法制之下，即使有毀滅工會之意圖，亦無法認為解散決議違反憲法第二十八條、勞組法第七條或公序良俗而無效<sup>271</sup>。

<sup>268</sup> 唐津博，「会社解散－東京書院事件」，載於：『百選（七版）』，241頁。

<sup>269</sup> 大和田敢太，「企業解散と不当労働行為」，載於：『争点（三版）』，63頁。

<sup>270</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>271</sup> 外尾，263-264頁。

### (3) 小結

上述二種立場究以何者為當？本文認為應以解散決議有效說較為可採。對於上述解散決議無效說者所持之論據，本文以為均仍有待商榷，亦即：

就①所持之「多元法價值觀」的論點而言，為何認為雇主的營業自由優先於勞工之團結權乃一元的法價值觀，而認為勞工之團結權優先於雇主的營業自由才是多元的法價值觀？在憲法第二二條所保障之雇主營業自由與憲法第二十八條所保障之勞工團結權產生衝突之際，應謀求兩互相衝突基本權的調和，而非謂何者必定優先於另一方。

就②所持的「企業社會責任」論點而言，固然在今日社會關係較以往緊密，企業的變動對於社會有強烈的影響，固然企業廢除的自由應受到「公共福祉」的限制<sup>272</sup>。然而即使在企業主已喪失經營意願之際，仍對之賦予「企業廢除迴避義務」，甚至在政策面主張「國有化」，此種見解是否忽視了勞動法之所以存在的基礎乃在於「自由市場經濟」？就是因為自由市場經濟有種種的缺失而被不斷的修正而有勞動法的出現<sup>273</sup>，然而主張「國有化」是否完全否定了勞動法的存在基礎而有矯枉過正之虞？

而對於③所認為之將解散決議解為無效並不對雇主造成強制勞動的結果，然而若解散決議無效，企業則繼續存在，從而勞動契約關係亦繼續存在，雇主仍然必須支付工資。就企業經營實態而言，企業係以獲取利益為經營目的，解散決議既然無效，雇主為了支付勞工之工資及獲取利益，在實際上也不得不繼續經營企業，應該不會有企業存在的目的僅係為了支付勞工工資。從而，將解散決議解為有效乃如前述平和台病院事件所言，有不當地強制企業主勞動之虞。

本文以為對於解僱決議是否有效不論採取有效說或無效說均對於勞資之一方有重大的影響，從而應斟酌各種因素及當事人雙方的利益而定。

若認為決議有效，則企業解散，工會不得不消滅，勞工也不得不被解僱，立即對於勞工之團結權、生存權有重大的影響。但若認為決議無效，雖然雇主必須繼續經營事業，工會也得以繼續生存。不過雇主之所以會決議解散並真實地進行解散，除了主觀上欠缺經營的意願外，在客觀上可能除了公司內部的工會活動外，在內、外部尚可能有其他影響經營的因素，諸如：景氣、公司營運情形等。即使違反雇主的意願而強制其繼續經營企業，雖然勞工暫時可免除失業狀態，工會活動也得以持續進行，但長期來

<sup>272</sup> 西谷敏「会社解散・解僱と法人格否認の法理」，載於：大阪市立大学法学雑誌 32 卷 1 号(1985 年 7 月)，161-163 頁。

<sup>273</sup> 盛，12-14 頁；萬井，西谷編，2-3 頁（西谷敏執筆）；菅野，1-3 頁。

看，企業似乎不太可能永續經營，也無法確保工會活動能繼續進行、勞工能繼續被僱用直至退休，從而將解散決議解為無效而命令雇主繼續或恢復其事業的實效性並不大<sup>274</sup>。

其次，日本的工會實態多為企業工會，工會存在的目的是代表會員向雇主爭取更好的勞動條件而與雇主立於對立的地位，但若雇主已決議解散公司，則公司於清算結束後即消滅，工會已無爭取之對象，亦喪失存在的基礎，似乎沒有為了保障勞工之團結權及工會之存續，而強制企業繼續經營的理由。因如前所述，企業乃以獲利為目的，並非以提供勞工更高的勞動條件及維持工會之存續為目的。

此外，雖然任何權利的行使並非不受任何限制，故雇主的營業自由必須受到「公共福祉」之限制，然而勞工之勞動條件及工會之存續是否得解釋為屬「公共」福祉則是有所問題。所謂的公共係指不特定之第三人，似乎無法將之限縮為於雇主立於對立立場的勞工與工會。

從而，綜上所述，本文以為原則上仍應尊重雇主的營業自由，無法將以毀滅工會為目的之真實解散決議解為構成不當勞動行為而無效。但認為解散決議有效，並不表示解僱處分亦為有效，在企業尚未清算完畢而消滅之前，勞動契約關係仍然繼續存在，雇主應不得僅以作為解散決議就立即解僱勞工。

雖有學說認為上述的見解在救濟勞工的面向上雖然和解散決議無效說造成幾乎相同的結果，但是僅在清算程序中使解僱的效力停止，因為企業恢復運作的可能性不大，在清算過後，勞工仍會被解僱，故仍以直接追究解散決議本身的不當勞動行為性為妥<sup>275</sup>。然而，此救濟面上的問題的確是採取「解散決議有效、解僱無效說」所無法克服之難題，但工會仍得有所作為，一為迅速地向法院請求禁止不利益待遇的假處分或向勞動委員會請求救濟，以保障在清算結束前之僱用；二為和雇主進行團體協商，期待達成企業存續或恢復運作之決議<sup>276</sup>。

### 3、從屬企業之解散與法人格否認法理

於某企業（支配企業）透過股份所有、幹部派遣或專屬承攬關係而支配其他企業（從屬企業）時，在支配企業因厭惡從屬企業之工會活動而將從屬企業解散的情形，應如何處理？

<sup>274</sup> 盛，266 頁。

<sup>275</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>276</sup> 外尾，263-264 頁。

此問題可分為二個面向，第一為在不當勞動行為之行政救濟中，支配企業得否為不當勞動行為之主體，本文業已於第二章第一節第四項第一款二（三）中加以討論，認為應以支配企業與從屬企業間有無實質同一性來加以判斷，在此不再贅述。第二則為在司法訴訟中，應如何處理個別勞動關係上的責任？就此問題的私法處理，一般乃以法人格否認法理加以解決。

所謂的法人格否認法理乃指對於實體乃如同支配公司部門之一的從屬公司否認其獨立的法人格而追究其背後之支配公司責任的理論<sup>277</sup>。此法理乃為由最高裁判所於1969年的山世志商會事件<sup>278</sup>所確立判例法理。依該判決，法人格否認法理乃適用於在①法人格只不過是形式的情形與②法人格乃為了迴避法律的適用而被濫用的情形。而判斷①法人格是否形式化的要素有在股份等的資本面或資產面的支配、幹部等經營陣容的共通性、由支配公司管理從屬公司的勞工、在事業活動中的一體性等<sup>279</sup>，但在實務上被判斷為①法人格形式化是少數例外的情形，適用法人格否認法理者多為而在法人格並未完全的形式化時，認為乃②法人格的濫用而否定從屬公司的法人格的情形<sup>280</sup>。

一般認為得承認為法人格之濫用必須具備①法人格是否被其背後的個人或法人在實際上加以支配之「支配要件」與②支配企業是否基於違法或不當之目的而利用從屬企業之「目的要件」<sup>281</sup>。

對於①之支配要件，係指從屬企業的法人格乃隨支配企業的意志而作為道具被支配的狀態<sup>282</sup>，須綜合資本關係、幹部關係、日常業務的實際支配、對於勞務之實際支配、財政管理關係等要素而判斷<sup>283</sup>。然而，若支配企業所為的支配具有相當之強度，而得將之與從屬企業視為同一，因為從屬企業可以說已經形式化，但既然已經承認了與法人格形式化不同之法人格濫用的可能性，故其所要求的支配要件，當然要比承認法人格形式化的

<sup>277</sup> 土田，30頁。

<sup>278</sup> 最一小判昭44〔1969〕.2.27，民集23卷2号511頁。

<sup>279</sup> 川岸工業事件（仙台地判昭45〔1970〕.3.26，勞民集21卷2号330頁）。

<sup>280</sup> 船井電機・德島船井電機事件（德島地判昭50〔1975〕.7.23，勞判232号24頁）；中本商事事件（神戸地判昭54〔1979〕.9.21，勞判328号47頁）；布施自動車教習所・長尾商事事件（大阪高判昭59〔1984〕.3.30，勞判438号53頁）；第一交通事件（大阪高決平17〔2005〕.3.30，勞判896号64頁）。

<sup>281</sup> 中島正雄，「労働法における法人格否認の法理の展開」，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），309頁；荒木尚志，「企業組織の変動と使用者の契約責任」，載於：『争点（三版）』，183頁；角田、毛塚、脇田，155頁（本久洋一執筆）；大内，176-177頁；西谷，171-172頁；下井隆史，『労働基準法（第四版）』（有斐閣，2007年11月），36頁。

<sup>282</sup> 下井隆史，『労働基準法（第四版）』（有斐閣，2007年11月），36頁。

<sup>283</sup> 西谷，171頁。

情況較為寬鬆<sup>284</sup>。

而對於②之目的要件，則不僅限於設立從屬企業乃為了濫用其法人格，在從屬企業設立後，支配企業以濫用的目的而使之解散的情形，也包括在內<sup>285</sup>。

在不當勞動行為事件中適用法人格否認法理的法律效果則為支配企業以使工會毀滅之企圖等違反、不當的目的解散從屬企業時，因為從屬企業的法人格在與勞工的關係中應以如同繼續存在的情形加以處理，故不待討論從屬企業之解散、解僱的有效、無效，應認為從屬企業與勞工的勞動契約關係乃在與支配企業間繼續存在<sup>286</sup>。

而在學說判例中有對於濫用法人格的案例區分為①不繼續與從屬企業實質同一事業的真實解散案例及②仍繼續與從屬企業實質同一事業的偽裝解散案例。在①的情形否定了支配企業的僱用責任，而在②的情形始使繼續實質上同一之事業承繼從屬企業的僱用責任<sup>287</sup>。然而，有學說認為在①的情形，因為在實質上近乎部門的關閉，故既然承認法人格濫用法理，就應該不問實質上同一之企業，都應該承認支配企業的勞動契約責任<sup>288</sup>。

此外，在得適用法人格否認法理的情形，除了契約責任外，尚有成立支配企業之侵權行為責任的可能性<sup>289</sup>。

## （二）合併

依日本會社法第七五〇條第一項及第七五四條第一項之規定，因合併而設立的公司概括承繼因合併而消滅之公司的權利義務，而此權利義務當然解為包括勞動契約上的權利義務，故於合併之際，當然發生勞工及勞動契約的承繼<sup>290</sup>。然而，在發生公司合併的情形，雇主通常會對於冗員進行處理，對於合併過程中的人員整編得以適用整理解僱法理來解決此問題<sup>291</sup>。

<sup>284</sup> 荒木尚志，「企業組織の変動と使用者の契約責任」，載於：『争点（三版）』，183頁；西谷，171頁。

<sup>285</sup> 西谷，172頁。

<sup>286</sup> 西谷，172頁；山川，11頁。

<sup>287</sup> 在實務上有布施自動車教習所・長尾商事事件（大阪高判昭59〔1984〕.3.30，勞判438号53頁）；第一交通事件（大阪高決平17〔2005〕.3.30，勞判896号64頁）。學說則有下井，260-261頁；大內，177頁；下井隆史，『労働基準法（第四版）』（有斐閣，2007年11月），35-36頁。

<sup>288</sup> 西谷，172-173頁。

<sup>289</sup> 西谷，173頁。

<sup>290</sup> 中窪、野田、和田，305頁；山川，258頁；菅野，435頁；土田，234頁。

<sup>291</sup> 荒木尚志，「企業組織の変動と使用者の契約責任」，載於：『争点（三版）』，181頁；橋詰，279頁；菅野，435頁；張鑫隆，「日本勞動法制之最新發展趨勢—二〇〇〇～二〇〇七年」，發表於：行政院勞工委員會、臺灣勞動法學會主辦，各國勞動法制之最新發展趨勢—二〇〇〇



### (三) 分割

公司分割乃為了順利地進行企業組織再造於 2000 年以商法修正所創設的制度，同時制定了勞動契約承繼法規定公司分割之際，規定勞動契約的承繼方式<sup>292</sup>。雖然於 2005 年會社法制定後，於該法第七五七條以下規定公司分割的程序，但關於勞動契約之承繼，仍應依勞動契約承繼法之規定。

在公司分割之際，勞工的承繼原則上乃按分割計畫書的規定，故雇主於作為分割計畫書之際，基於不當勞動行為意思而排除特定之以承繼事業為主要業務之勞工，其本身乃該當不當勞動行為。此時，設立公司也得作為雇主而負不當勞動行為責任，而勞工或工會得請求設立公司應加以僱用之救濟<sup>293</sup>。

### (四) 營業讓渡

所謂的營業讓渡係指將營業的全部或重要的一部分有償地讓渡予其他人<sup>294</sup>。而在營業讓渡的過程中，雇主也可能基於不當勞動行為意思而將勞工排除於企業之外，典型的方法乃為由讓渡人於讓渡之際將所有勞工解僱，再由讓受人選擇一定的勞工再予以錄用。因為讓渡並非得解僱勞工之理由，而是於讓渡完成後，讓渡人進行「解散」之故。然而，問題的焦點不在於此解散的效力，而是在讓渡的過程中，讓受人得否以不當勞動行為之意思而不採用工會幹部時的處理，故本文乃於本章第二節第一項第二款三對此問題加以探究，於此不再贅述。

## 三、back pay 與中間收入之扣除

在解僱被認為是不當勞動行為時，通常除了使勞工復歸原職外，得命令雇主給付該勞工至回復原職前所應得到之相當於工資的金額。雇主的此種給付被稱為 back pay<sup>295</sup>。從回復原狀的宗旨來看，在勞動委員會的救濟

---

～二〇〇七學術研討會（中國文化大學，2008 年 5 月 25 日），2 頁。而西谷，169 頁則表示於此種情形得以「一般法理」加以處理，然而此「一般法理」所指為何，意義不明。

<sup>292</sup> 關於日本勞動契約承繼法的概觀，中文文獻有：臺灣勞動法學會，193-196 頁（黃馨慧執筆）；張鑫隆，「日本勞動法制之最新發展趨勢—二〇〇〇～二〇〇七年」，發表於：行政院勞工委員會、臺灣勞動法學會主辦，各國勞動法制之最新發展趨勢—二〇〇〇～二〇〇七學術研討會（中國文化大學，2008 年 5 月 25 日），3 頁。

<sup>293</sup> 西谷，176 頁。

<sup>294</sup> 萬井隆令，「企業組織之變動と労働契約關係」，載於：西谷敏、中島正雄、奧田香子編，『轉換期労働法の課題—変容する企業社会と労働法』（旬報社，2003 年 7 月），210 頁。

<sup>295</sup> back pay 之範圍不只是基本工資，尚包括通常每個月雇主都會支付的各種津貼、獎金，又在解僱後至回復原職期間內進行加薪的話，所增加的數額也包含在此之中，詳見：東大，1011 頁；

命令中，命令雇主給付該勞工若未被解僱則可獲得之工資乃為理所當然<sup>296</sup>。然而，在計算 back pay 的數額時，是否應該扣除該勞工於被解僱期間內於其他雇主之下就勞所獲得之工資（中間收入）？此為一難解的難題，在勞動委員會的救濟命令及法院的撤銷訴訟中有極大的歧異。而中間收入之扣除與否的問題，不只是產生於勞動委員會所進行的行政救濟之中，在一般的司法救濟中也會出現，以下分述之。

## （一）行政救濟

### 1、1962 年之在日米軍東京調達庁支部事件<sup>297</sup>

在行政救濟中的 back pay 是否需要扣除中間收入？就此問題，在 1962 年之前的學說、判例與勞動委員會的命令均認為不需要扣除<sup>298</sup>。然而，如此的立場於 1962 年的在日米軍東京調達庁支部事件判決出現後產生變化。最高裁判所認為勞動委員會在進行 back pay 命令時，除了有特別之情事，不然就應該為中間收入之扣除，理由有二：其一為不當勞動行為之目的乃原狀回復，並非懲罰或損害賠償；其二為 back pay 應以勞工實際上所受之損失為限，不扣除中間收入乃對於雇主造成懲罰。在此判決出現後不久，中央勞動委員會在 1962 年 12 月 19 日的公益委員會議中就此問題檢討今後的處理方針後，達成仍應按本來的方針來處理，而各地方勞動委員會也接受此方針發出不扣除中間收入的 back pay 命令<sup>299</sup>。

### 2、1977 年之第二鳩タクシー（Taxi）事件<sup>300</sup>

由於勞動委員會堅持了扣除不要論的立場，最高裁判所在 1977 年的第二鳩タクシー（Taxi）事件中雖然承認勞動委員會對於救濟命令的內容有相當程度的裁量權，但同時在實際的適用上卻對之有相當之限制。亦即，關於解僱救濟命令的內容，應從：①對於被解僱者個人經濟上損害之救濟的觀點，以及②考量解僱一般對於勞工進行工會活動所造成的侵害或限制效果的面向，除去、導正如此的侵害狀態而回復、確保法律所期待的正常集體勞資關係秩序之觀點進行檢討，而是否扣除中間收入以及扣除的範圍

---

中山等，505 頁（岸井貞男執筆）。

<sup>296</sup> 西谷，219 頁。

<sup>297</sup> 最三小判昭 37〔1962〕.9.18，民集 16 卷 9 号 1985 頁。

<sup>298</sup> 中山等，505 頁（岸井貞男執筆）；西谷，220 頁。

<sup>299</sup> 平川亮一，「バックペイと中間収入－第二鳩タクシー事件」，載於：『百選（六版）』，247 頁。

<sup>300</sup> 最大判昭 52〔1977〕.2.23，民集 31 卷 1 号 93 頁。關於本判決的事實、判旨、評釋，詳見：村中孝史，「バックペイと中間収入－第二鳩タクシー事件」，載於：『百選（七版）』，258-259 頁。

也應從此二個面向進行檢討，不應欠缺任何一面向的考量。

就①對於被解僱者所生的個人經濟上侵害而言，「在他處就職而獲得收入的情形在被認為是使用從之前的就勞中所解放勞動力之對價的範圍內，因解僱所造成的經濟上不利益在此限度內得認為已被償還。從而命令支付已經償還的部分應被解為對於雇主要求超越實害的回復而脫離了救濟的範圍。雖然如此，但因很清楚地勞務之性質及內容對於勞工來說也具有重要之意義，例如雖然是對被解僱者帶來中間收入的勞務，但和以前的勞務相比，伴隨著更重的精神上、肉體上的負擔時，無視於此而機械地扣除中間收入的數額，作為被害的救濟乃欠缺合理性。」簡言之，原則上中間收入已經償還了該勞工因解僱所受之經濟上不利益，除非有特別情形，否則仍應為中間收入之扣除。

就②對於被解僱者進行工會活動之一般侵害的面向來看，「對於工會活動的一般限制效果乃和該勞工因解僱在實際上所受打擊之輕重有密切的關係，因再就職的難易、在就職處所從事之勞務的性質或內容及工資的多少等自然而然有所不同，故從除去對工會活動之一般侵害的觀點決定是否扣除中間收入及其金額時，必須考量上述諸點對應對於工會活動而一般生之侵害的程度而決定必要且適當地救濟措置。」簡言之，解僱除了對被解僱者造成經濟上的不利益，也會對其進行工會活動造成侵害，故在決定是否扣除中間收入及扣除額時，亦應考量到此面向。

而就判決的結果而言，最高裁判所不承認東京都勞動委員會所為之不扣除中間收入的 back pay 命令，並認為以此命令作為被害之救濟乃欠缺合理性，從而駁回東京都勞動委員會之上訴。儘管此判決不全面否定可能有不扣除中間收入的情形，而較前述的在日米軍東京調達庁支部事件判決採取相對寬鬆的基準，但仍強烈地向扣除必要論傾斜，特別是認為完全不考慮中間收入之存在的命令超越了勞動委員會裁量的範圍<sup>301</sup>。

### 3、學說對於第二鳩タクシー (Taxi) 事件之批判

對於此判決的理由構成，多數學說仍持批判的態度。首先就對於勞工個人之救濟的面向來看，勞工在被解僱期間中於他處就勞而獲得的中間收入，比起因就勞不能而當然所生之利益，毋寧是應該說是該勞工因迫於生活之必要，在其不習慣的職場中操勞所獲得的成果。而在解僱期間中，該勞工也可能以工會財政、募款或存款等維持生計，勞工在被解僱期間中究

<sup>301</sup> 西谷，221 頁。而盛，251 頁甚至直接表示該判決仍採取了扣除必要說的立場。

以何種方式維持生活，和雇主不應有所牽涉<sup>302</sup>。又，除了解僱本身對於被解僱的勞工造成了極大的精神苦痛外，該勞工就解僱進行爭訟的同時，又要在新的職場中工作，對其乃構成第二重、第三重的精神負擔，故即使不扣除中間收入而命令雇主支付 back pay，即使最後該勞工得到超過其所應得之相當於工資的數額，也並未超越救濟制度之「原狀回復」的宗旨，因原狀回復應該以實質的、整體的、綜合的角度來加以理解<sup>303</sup>。此外，對於雇主也不具有懲罰的效果<sup>304</sup>，因若扣除了中間收入反而可以說有利於雇主，因雇主因其所進行之具有反憲法性、反社會性的不當勞動行為，反而因勞工辛苦地從事勞動而獲取「不勞而獲」的利益，產生了反道德、反法治國家的結果<sup>305</sup>。

不過也有學說贊同對於該判決在通常事件中尊重勞動委員會之裁量的處理方式，因為勞動委員會是勞資關係的專門機構，故由其本於專業知識適當地判斷是否扣除中間收入以及扣除之金額是妥當<sup>306</sup>。

#### 4、あけぼのタクシー（Akebono-Taxi）事件

然而，在第二鳩タクシー（Taxi）事件出現後，勞動委員會仍然維持原來不扣除中間收入的處理方式，例如：東京都勞動委員會在あけぼのタクシー（Akebono-Taxi）事件<sup>307</sup>中認為雖然勞工於被解僱後立即和從前一樣作為計程車司機而在他處就職，但其就職乃因業界中的黑名單的存在而在相當嚴苛的狀況下的臨時僱用或試用；在待遇的層面上也負擔了沒有固定薪資或獎金，或者被分配到經常故障的車輛等額外的精神上、肉體上的痛苦；又因將該勞工解僱而產生對於工會日常活動的限制並使工會會員的數量減少等，完全不考慮中間收入而命令全額的 back pay 作為本件的救濟是相當的。其後，在其他地方勞動委員會的命令中，通例乃以同樣的理

<sup>302</sup> 西谷，221-222 頁。

<sup>303</sup> 宮里邦雄，「労働委員会命令の法理」，載於：『講座 21 世紀第 8 卷』，290 頁。近藤，137 頁認為本判決忽視了「原狀回復主義」只不過是一個想像出來的名詞並對之加以濫用，因「原狀回復主義」乃為了否定「直罰主義」而在政治上所創造的口號，因為一旦雇主進行不當勞動行為，就發生了對於工會活動（勞動基本權）之侵害，回復到未發生不當勞動行為的情況是絕對不可能的，忽略此事實而以「原狀回復主義」為由，不只是明顯地濫用此概念，在某程度上來說也可以說是對於勞資關係的不瞭解。

<sup>304</sup> 佐藤香，「救済命令の内容の限界」，載於：外尾健一編，『不当労働行為の法理』（有斐閣，1985 年 10 月），456 頁；西谷，222 頁。

<sup>305</sup> 近藤，138 頁。

<sup>306</sup> 外尾，312 頁；平川亮一，「バックペイと中間収入—第二鳩タクシー事件」，載於：『百選（六版）』，247 頁；村中孝史，「バックペイと中間収入—第二鳩タクシー事件」，載於：『百選（七版）』，259 頁；近藤，138 頁。

<sup>307</sup> 昭 55〔1980〕.7.15，命令集 68 集 106 頁。

由命令全額的 back pay 給付，如此的態度也獲得了下級審法院的支持<sup>308</sup>。

雇主對此結果不滿，上訴到第二審，而第二審法院<sup>309</sup>認為本件命令全額 back pay 的救濟命令並未超越勞動委員會裁量權的合理行使而不為違法。亦即，認為雖然被解僱者因本件解僱所受的個人打擊不大，但本件解僱對於工會副委員長停止出勤二個月及二名執行委員停止出勤三個月的同時，在對於工會造成打擊的目的之下而為。現在工會乃因本事件造成工會的大量退出，受到毀滅性的打擊，對於工會會員的工會活動意思的限制性效果乃難說輕微。

然而最高裁判所<sup>310</sup>對於雇主的再上訴則引用了第二鳩タクシー (Taxi) 事件的判決要旨後，撤銷原審及第一審肯定命令全額 back pay 的部分，也撤銷了勞動委員會的救濟命令。亦即其認為：「於從除去解僱對於工會活動所造成之一般侵害的觀點決定是否扣除中間收入及其金額之際，上述的侵害應從因該勞工之解僱而在該雇主的事業所中使勞工的工會活動意思萎縮，並因此而生對於工會活動之一般限制效果加以觀察。此乃以該勞工因被解僱之事實所受打擊之輕重有密切的關係，應考量與此相關的諸情事決定是否扣除中間收入及扣除之金額。」而就事實關係而言，則表示：「如原判決所示，被解僱者因本件解僱所受之打擊較為輕微，從而將本件解僱所造成之對於勞工工會活動意思的限制效果認為和通常的情形有相當之差異，除非有特別的情形，否則必須說本件之全額 back pay 欠缺合理性。」此外，尚認為：「將解僱乃和對於其他工會幹部的出勤停止懲戒處分同時係於對於工會加以打擊的目的之下而為之情事，作為解僱之對於工會活動一般侵害的面向而納入考量乃有所不當。」要言之，最高裁判所在本判決中認為若被解僱者因解僱所受的經濟打擊較輕的話，則對於工會活動一般所造成的限制效果也應認為輕微，該解僱對於工會活動一般所造成的限制效果在決定是否扣除中間收入及其金額之際，不應納入考量。

## 5、學說對於あけぼのタクシー (Akebono-Taxi) 事件之最高裁判所判決的批判

而學說認為最高裁判所在あけぼのタクシー (Akebono-Taxi) 事件中

<sup>308</sup> あけぼのタクシー (Akebono-Taxi) 事件 (福岡地判昭 56 [1981] .3.31, 労民集 32 卷 2 号 180 頁)。

<sup>309</sup> あけぼのタクシー (Akebono-Taxi) 事件 (福岡高判昭 59 [1984] .3.8, 労民集 35 卷 2 号 79 頁)。

<sup>310</sup> あけぼのタクシー (Akebono-Taxi) 事件 (最一小判昭 62 [1987] .4.2, 労判 500 号 14 頁)。在第二鳩タクシー事件後，最高裁判所針對中間收入之扣除表示意見者除本件外，尚有京都淡路交通事件 (最二小判昭 52 [1977] .5.2, 労判 277 号 35 頁)，在該事件中最高裁判所亦認為勞動委員會不扣除中間收入的 back pay 命令為違法。

對第二鳩タクシー (Taxi) 事件所表示之②「對於被解僱者進行工會活動之一般侵害的面向」之判斷基準加以解釋的結果有很大的疑問。因為若解僱對於被解僱者之經濟打擊較輕微，就斷定解僱是否對於其進行工會活動一般所造成之實際上的限制效果無關，而對於其進行工會活動一般所造成的限制效果也視為輕微的話，就沒有必要將解僱對於其進行工會活動一般所造成的限制效果作為問題<sup>311</sup>。若將對於進行工會活動的侵害主要得以對於勞工個人的經濟上打擊所左右的話，結果就會導出和在日米軍東京調達庁支部事件差異不大的結論<sup>312</sup>。此外，亦有學說對於該判決所表示之不應將解僱與其他同時對於工會幹部的懲戒處分一起考量，認為會使得②「對於工會之一般侵害的面向」之判斷基準在具體上應考量那些情事變得不明確<sup>313</sup>。

## 6、本文見解

綜上所述，勞動委員會實務與法院對於在行政救濟中勞動委員會是應該扣除中間收入之意見相左，到目前仍尚未達成共識，可以說是目前不當勞動行為法中的仍未解決最大問題<sup>314</sup>。

究竟扣除必要說、扣除不要說與自由裁量說應以何者較為可採？本文以為應以扣除不要說較為可採。理由除了上述扣除不要說對於扣除必要說的批判外，尚有以下之理由：

①就不當勞動行為「救濟」制度的實際運作而言，姑且不論前述之 JR 採用差別事件自事件發生時起至最高裁判所作出判決共耗費了十六年半的特殊情形，以上述的あけぼのタクシー (Akebono-Taxi) 事件為例，該事件自地方勞動委員會作出救濟命令至最高裁判所作出判決為止，不包括地方勞動委員會作為命令的期間以及該事件未經中央勞動委員會作出第二次的救濟命令而逕行向地方法院請求撤銷命令，也耗費了將近七年的時間。在這段不短的期間中，如果勞工抱持著「作愈多拿愈少」的心理狀態而拒絕再就職，而工會也發動募捐或以工作財務維持該勞工之生計時，若受到不當解僱的勞工人數不多且最後獲得勝訴的情形固然不會產生什麼問題。但若如同 JR 採用差別事件般涉及眾多勞工又耗時甚久但最後卻敗訴的案例，對於勞工及工會均造成極大的壓力，並影響其團結權，這樣的結果恐怕不符合不當勞動行為制度之保障團結權進行維持公正勞資關係

<sup>311</sup> 中山等，508-509 頁（岸井貞男執筆）。

<sup>312</sup> 村中孝史，「バックペイと中間収入－第二鳩タクシー事件」，載於：『百選（七版）』，259 頁。

<sup>313</sup> 盛，253 頁；坂本宏志，「バックペイと中間収入の控除」，載於：『争点（三版）』，58 頁。

<sup>314</sup> 平川亮一，「バックペイと中間収入－第二鳩タクシー事件」，載於：『百選（六版）』，247 頁；村中孝史，「バックペイと中間収入－第二鳩タクシー事件」，載於：『百選（七版）』，259 頁。

秩序的創設目的。

②而持扣除肯定說者認為最後得由勞動委員會據其裁量決定是否扣除及扣除之金額而可達成適當的結論。然而就上述諸判決之結果而言，在勞動委員會衡量各種情事而認為以不扣除為妥的情形，法院卻又認為此裁量超越了裁量的界限而為違法，此種處理方式根本是不尊重勞動委員會的裁量權，是自相矛盾的說理。

③即使承認勞動委員會有廣泛的裁量權，但勞動委員會為了作出裁量，當然必須再耗費時間調查勞工之中間收入，不符合創造不當勞動行為制度之「迅速」救濟的立法目的<sup>315</sup>。

## (二) 司法救濟<sup>316</sup>

在一般的民事救濟中，以解僱為權利濫用等理由而被評價為無效的情形，因解僱而造成的就勞不能乃為可歸責於債權人（雇主）之履行不能，依日本民法第五三六條第二項之規定<sup>317</sup>，債務人（勞工）並未喪失請求相對給付（工資）的權利。

但最高裁判所在米軍山田部隊事件<sup>318</sup>中認為除非是有該收入乃係副業而即使不被解僱仍當然可以取得等特別情事，否則由於勞工於被解僱後所獲得的中間給付該當民法第五三六條第二項後段所規定的應返還予債權人的利益，所以在計算 back pay 之際，必須扣除中間收入。不過同時也表示考量到日本勞動基準法第二六條<sup>319</sup>在「因應歸責於雇主之事由而停業的情形」賦予雇主必須支付平均工資六成以上之津貼（停業津貼）的義務，而確定了所得扣除的範圍不得超過平均工資四成的原則。嗣後，最高裁判所在あけぼのタクシー（Akebono-Taxi）（民事）事件<sup>320</sup>加以補充，認為得從工資中扣除的中間收入必須此利益之發生時期與作為支付工資對象之時期必須相互對應，不應解為得從以某時期作為對象所支付的工資中扣除與此在時間上為不同期間內所獲得之利益。

<sup>315</sup> 坂本宏志，「バックペイと中間収入の控除」，載於：『争点（三版）』，59頁。

<sup>316</sup> 關於在司法救濟中之 back pay 與中間收入扣除的相關中文文獻，有：黃程貫，「解僱無效時雇主受領遲延問題—台北地方法院七十九年勞訴字第二十五號」，載於：臺灣勞動法學會編，『勞動法裁判選輯（二）』（元照，1999年12月），152-153頁。

<sup>317</sup> 日本民法第五三六條第二項：「因應歸責於債權人之事由而不能履行債務時，債務人不喪失接受相對給付之權利。在此種情形中，於債務人因免除自己之債務而獲得利益時，必須向債權人返還此利益。」

<sup>318</sup> 最二小判昭37〔1962〕.7.20，民集16卷8号1656頁。

<sup>319</sup> 日本勞動基準法第二六條：「因應歸責於雇主之事由而停業時，雇主對於停業期間中的勞工必須支付超過其平均工資百分之六十以上的津貼。」

<sup>320</sup> 最一小判昭〔1987〕.4.2，勞判506号20頁。

對於如此的原則雖有學說加以肯定，認為此判決對於此複雜的問題提出了具有實際上衡平性的簡單處理基準，乃巧妙的創造性解釋<sup>321</sup>。但也有學者提出質疑，因如前所述解僱及因此而從就勞中解放在論理上沒有必然的關係，故應不適用民法第五三六條第二項後段之規定<sup>322</sup>。亦有學說認為中間收入與免除勞動之間應解為沒有相當因果關係，故勞工本來就沒有償還之義務，而不生扣除的問題<sup>323</sup>。此外，有認為因解僱而拒絕勞工就勞的期間，係以雇主之意思免除勞工事實上的債務，事實上該當沒有就勞義務的自由時間，從而此時勞工如何行為及獲得收益，乃與雇主無關，而應將所有的中間收入視為與從事副業所獲得之收入一樣<sup>324</sup>。

如前所述，本文以為中間收入並不算是該勞工因免除就勞就當然可以獲得的利益，而是為了生活的所需投入另一個陌生的職場辛勤勞動的結果。若對日本民法第五三六條第二項後段作嚴格的文義解釋，則會變相地產生鼓勵勞工在被解僱期間不要工作的結果，因為作愈多最後所能得到的 back pay 就愈少。此外，若勞工對於訴訟結果有十足把握且因資力暫足以支撐其生活至訴訟結束，故在訴訟期間中不工作，但最後卻敗訴而無法獲得 back pay 致生活困難的情形，對於勞工的權益產生重大的影響，對於此種不當之結果應如何處理？故本文認為在司法救濟中亦不應進行中間收入之扣除。

## 第二款 合意終止與強迫辭職

上一款所謂的「解僱」乃係雇主以單方的意思表示而使勞動契約終止。相對於此，在勞動契約的終止乃由勞雇雙方達成合意，亦即所謂的「合意終止」的情形，雖然一般認為此時並不構成不利益待遇<sup>325</sup>，但雖然在形式上成立合意，不過實質上卻是雇主基於不當勞動行為意思而強迫勞工合意終止時，是否得成立不當勞動行為？而勞動契約之合意終止與勞工因雇主之要求而不得已提出辭呈的「強迫辭職」在概念上有所不同，因前者係因勞資雙方意思表示之合致而為，後者乃勞工以單方的意思表示而行之<sup>326</sup>，

<sup>321</sup> 西村健一郎，「使用者がその責に帰すべき事由による解僱期間中の賃金を労働者に支払うべき場合の労基法 12 条 4 項所定の賃金と労働者が解僱期間中他の職に就いて得た利益の控除—あけぼのタクシ-事件(最判昭和 62.4.2)」，判例時報 1260 号（1988 年 3 月），203 頁；菅野，455 頁。

<sup>322</sup> 近藤，137 頁；西谷，220 頁。

<sup>323</sup> 片岡、村中，309 頁。

<sup>324</sup> 盛誠吾，「違法解僱と中間収入」，一橋論叢 106 卷 1 号（1991 年 7 月），39 頁。

<sup>325</sup> 佐伯静治「不利益取扱の態様」，載於：『新講座第 6 卷』，101 頁；東大，375 頁。

<sup>326</sup> 此外，若為合意終止，則在雇主為承諾的意思表示之前，勞工得撤回其意思表示；不過若為辭職，勞工的意思表示於到達雇主的時間，即產生解約告知的效力而無法撤回，但仍得主張意



但因二者均與解僱之雇主以單方意思表示終止勞動契約情形不同，涉及到勞工的意思表示，而在實際上的區分亦極為模糊，故本文乃將其歸為一類而加以討論。

在實務上就此問題有所爭議。有持肯定說者<sup>327</sup>認為：「以勞工進行正當的工會活動為由，而受到雇主的調職、出勤妨害、強迫辭職等而事實上被排除於企業之外，致不得不缺勤後而非自願提出辭呈時，即使雇主基於勞工所提出之辭呈而以辭職加以處理，仍應將此解為該當勞組法第七條第一款之以工會正當行為為由的不利益待遇，構成不當勞動行為而無效。蓋上述狀況之辭職的提出係起因於雇主對於工會活動的厭惡，在結果上與雇主以工會活動為理由之懲戒解僱幾乎有同樣之效果。」但有持否定說者認為在一般承認以合意解除僱用契約的情形並不構成不當勞動行為<sup>328</sup>。

而在一般的民事事件中，代表性的案例則有**雅叙園事件**<sup>329</sup>，該事件之案例事實為於工會罷工失敗後，雇主要求工會幹部提出請示其去留的非正式辭呈作為使參加罷工者復職的條件，雇主表示要求提出非正式及正式的辭呈是為了使之承擔罷工的責任，未必會使所有提出者辭職，工會幹部因考量到此而回應了雇主的要求。但工會幹部於提出該非正式及正式辭呈後，主張該合意終止乃不當勞動行為，違反憲法第二十八條及民法第九十條而無效，乃向法院請求停止該合意終止效力的假處分。

東京地方裁判所於該事件中承認了工會幹部之請求並認為：「勞動組合法第七條第一款乃禁止侵害憲法第二十八條所保障之勞工的團結權，不只解為係限定雇主單方所得為之行為，即使發生作為雇主與勞工合意之效果的解僱或與不利益待遇相同之結果，而此結果之發生乃涉及作為相對人之勞工的意思表示，在侵害前述團結權之範圍內，得認為係勞組法第七條第一款所禁止。」此外，亦表示：「雇主以不當勞動行為意思解除勞動契約或使勞工成立關於不利益待遇之合意時（雇主以不當勞動行為意思而獎勵勞工使其為合意之一方的意思表示，雇主又對之加以承認而成立合意的情況亦同之），表示如此之動機或合意的目的，而勞工也以明示或默示承認雇主的不當勞動行為意思，以該不當勞動行為意思之實現為主要目的而成

---

思表示瑕疵而無效。詳見：森戶英幸，「辭職と合意解約」，載於：『講座 21 世紀の労働法第 4 卷』（有斐閣，2000 年 10 月），217 頁、218-220 頁；菅野 426-427 頁。

<sup>327</sup> 飯島産業事件（東京高判昭 51〔1976〕.5.27，勞民集 27 卷 3、4 号 237 頁）。在該事件的地方勞動委員會命令（千葉地勞委昭 41〔1966〕.1.11，命令集 34、35 集 65 頁）與撤銷訴訟第一審判決（千葉地判昭 48〔1973〕.4.16，勞民集 27 卷 3、4 号 243 頁）亦均為相同之判斷。採取肯定說者尚有北海小型タクシー事件（札幌地判昭 35〔1960〕.1.27，勞民集 11 卷 1 号 95 頁）、岐管相互銀行事件（岐阜地判昭 42〔1967〕.6.19，勞民集 21 卷 5 号 1418 頁）等。

<sup>328</sup> 例如有：池上通信機事件（東京地決昭 33〔1958〕.5.23，勞民集 9 卷 3 号 285 頁）、日鉄二瀬事件（福岡地飯塚支判昭 34〔1959〕.7.31，勞民集 10 卷 6 号 1206 頁）、大和交通事件（東京地判昭 36〔1961〕.6.13，勞民集 12 卷 3 号 499 頁）等。

<sup>329</sup> 東京地決昭 27〔1952〕.6.27，勞民集 3 卷 2 号 133 頁。

立合意的情形，必須說是違反了勞動組合法第七條第一款而構成不當勞動行為。蓋因如此的合意乃以雇主的不當勞動行為為主要目的，利用合意之形式實現不當勞動行為意思的一種情形，必須說明確地違反了勞動組合法第七條第一款。」東京地方裁判所明確表示不只雇主單方的意思表示得構成不當勞動行為，即使是和勞方以合意的方式進行不利益之處分，亦可能構成不當勞動行為。

而學說對於此種合意終止或強迫辭職的情形多認為得構成不利益待遇，有表示勞工之退職與雇主之不當壓力有相當因果關係，即得以準同於解僱而加以處理，因該合意終止乃因雇主的強制而勞工無可奈何時，在實質上應等同於解僱<sup>330</sup>。此種見解應係受到美國「準解僱」概念之影響<sup>331</sup>。此外，亦有直接認為合意終止或強迫辭職乃不利益待遇的態度之一者<sup>332</sup>。

### 第三款 定期勞動契約之拒絕更新

對於已經更新數次的定期勞動契約，雇主拒絕更新時，應如何處理？最高法院在東芝柳町工場事件<sup>333</sup>中表示因為契約被重覆更新，乃和未定期間之契約在實質上是沒有不同的狀態，故停止僱用的意思表示乃相當於解僱之意思表示，且就停止僱用的效力應類推解僱之法理。除非有冗員等的情形，否則以期間屆滿為由而停止僱用乃在誠實信用原則上所不被允許。

而對於雇主得否以該勞工進行工會活動等為由拒絕更新勞動契約，在

<sup>330</sup> 外尾，249頁；本田，68-69頁；岸井（下），40-41頁；東大，375頁；香川孝三，「差別待遇」，載於：『現代講座第7卷』，231頁；西谷，168頁；中山等，212-213頁（岸井貞男執筆）。

<sup>331</sup> 在美國於雇主對於其勞工施以令人難以忍受的勞動條件或舉止，一般人認為要是有此被僱用者之地位，就會覺得必須要辭職時，只要雇主得認識此難以忍受之勞動條件的存在，勞工的辭職乃為「準解僱（constructive discharge）」，在僱用差別禁止法制及普通法違法解僱法理上，確立了得賦予與解僱相同救濟之判例法理，請參照：道幸哲也、小宮文人、島田陽一編，『リストラ時代 僱用をめぐる法律問題』（旬報社，1998年2月），48-49頁（小宮文人執筆）。因為「解僱」概念被理解為雇主的單方法律行為，在因雇主的的不當行為而致勞工主動辭職或與雇主合意終止的情形，其所得之救濟亦不夠充分，因除了只能請求少量的慰撫金外，勞工若欲主張辭職的意思表示無效而請求確認其地位時，法院通常認為乃動機錯誤，而不得撤銷其意思表示，而日本學者意識到此問題的存在，而欲處理此問題，諸如：小西國友教授提出了「擬制解僱說」、小宮文人教授提出了「準解僱說」、森戶英幸教授提出了「強迫概念擴張說」，詳參：小西國友，「労働契約の合意解除」，載於：有泉亭先生古稀記念—労働法の解釈理論（有斐閣，1976年11月），157頁；道幸哲也、小宮文人、島田陽一編，『リストラ時代 僱用をめぐる法律問題』（旬報社，1998年2月），50-57頁（小宮文人執筆）；森戶英幸，「辭職と合意解約」，載於：『講座 21世紀の労働法第4卷』，225-228頁。

<sup>332</sup> 佐伯静治「不利益取扱の態様」，載於：『新講座第6卷』，101頁；吾妻光俊，『新訂労働法概論（新訂版）』（青林書院，1975年1月），164頁；道幸，『ルール』，88頁；下井，246頁；盛，224頁；安枝、西村，347頁；中窪、野田、和田，365頁；菅野，633頁；土田，418頁。

<sup>333</sup> 最一小判昭49〔1974〕.7.22，民集28卷5号927頁。

實務上有亮正会中央病院事件<sup>334</sup>就對於契約期間為一年之護士助理拒絕更新，違反必須和工會協議之協定而未經團體交涉直接逕行拒絕僱用認為乃成立不當勞動行為。此外，協栄テックス (texture) 事件<sup>335</sup>則就已更新數次後之契約拒絕更新，直接認為乃不當勞動行為，雇主的拒絕行為乃為無效。

而就其救濟方式，學說則認為在勞動委員會中，無論其是否將拒絕更新契約的性質解為得類推解僱，均得命令雇主回復到未拒絕更新的狀態，亦即得以和之前相同之條件回復原職以及給付 back pay。

至於在向法院請求救濟的情形，得分為二種情形，亦即：其一為對於更新有諸如「於期間屆滿之時一個月前，未為不進行更新之意思表示時，自動更新一年」之特約時，即使在期滿前一個月為拒絕更新之意思表示，但只要此意思表示係因勞工進行工會活動之故而為，在法律上就為無效，該勞動契約乃按特約自動更新，法院得確認勞工之地位及命令雇主支付工資。其二為沒有如此特約但以數次的更新而繼續了相當長時間的僱用時，應成立實質上未定期間之勞動契約，因更新拒絕的意思表示和解僱有同樣之效果，應該和解僱為相同之處理<sup>336</sup>。

#### 第四款 試用期間後拒絕採用為正式員工

日本大多數企業所採取的僱用形態為被稱為「終身僱用」的長期僱用架構<sup>337</sup>，在此種僱用形態之下，企業於僱用勞工之際，多會設置一定的期間作為「試用」或「見習」期間，以評價該勞工之能力、性格等是否足以作為正式員工<sup>338</sup>。然而，若雇主於此期間過後，因該勞工於該期間中曾進

<sup>334</sup> 東京高判平 4〔1992〕.2.25，勞判 625 号 67 頁。

<sup>335</sup> 盛岡地判平 10〔1998〕.4.24，勞判 741 号 36 頁。

<sup>336</sup> 岸井（下），45-46 頁；森本弥之介，「採用拒否・人事異動」，載於：『現代講座第 8 卷』，73 頁。

<sup>337</sup> 雖然日本的僱用社會乃為長期僱用構造為其特徵，但近年來由於經濟的低迷、全球化時代的來臨、資訊通信技術的革新、少子高齡化現象的出現、企業組織再造等的發展，造成「終身僱用制度」的規模及其適用範圍正在逐漸地縮小。詳參：土田道夫，「日本型僱用制度の変化と法」，載於：『講座 21 世紀第 1 卷』，27 頁；菅野和夫，『新・僱用社會の法（補訂版）』（有斐閣，2004 年 4 月），12-22 頁；西谷敏，『規制が支える自己決定』（2004 年 11 月），18-22 頁。

<sup>338</sup> 關於試用勞動的法律性質為何，在學說上有所爭議，諸如有：預備契約說、特別契約說、停止條件說、解除條件說、解僱權保留說及多元說，通說乃採解僱權保留說，詳參：山口浩一郎，「試用期間と採用内定」，載於：『文献研究労働法学』（総合労働研究所，1978 年 7 月），2-8 頁；毛塚勝利，「採用内定・試用期間」，載於：『現代講座第十卷』，99-105 頁；菅野，166 頁。中文文獻有：劉志鵬，「論試用期間」，載於：氏著，『勞動法理論與判決研究』（元照，2000 年 5 月），46-53 頁；臺灣勞動法學會，85-88 頁（劉志鵬執筆）；邱駿彥，「勞動契約訂定階段之相關法律問題」，華岡法粹 30 期（2003 年 12 月），231-235 頁。

行工會活動之故而拒絕對其為正式採用時，是否構成不利益待遇？

對於此問題，學說<sup>339</sup>及實務見解<sup>340</sup>均認為以於此試用或見習期間勞工的團結權活動為由而拒絕正式採用毫無疑問地構成不利益待遇。又在雖然拒絕正式採用，但並不直接將之排除於企業之外而以試用之身分繼續勞動關係，或延長試用期間而使其正式採用較其他員工為遲的情形，因為試用勞工的工資一般乃較正式員工微薄，且在勞動關係上之地位、身分不安定，故上述的二種情形亦該當不利益待遇<sup>341</sup>。

而在向勞動委員會請求拒絕正式採用之救濟時，不論該試用或見習期間中勞工之法律地位為何，勞動委員會均得為應正式採用及支付 back pay 之救濟命令。

不過，在司法救濟中，會因對於其法律地位之認定而產生救濟內容之差異，但通常的契約內容為在試用或見習期間之勞工在此期間中雇主若未以其不適合作為其員工為由而不為正式採用之特別意思表示，當然就被正式採用。從而，在如此的情形，因除非以不適合作為其員工為由拒絕正式採用，否則就取得作為正式員工之法律地位，故只要以試用或見習期間中之團結權活動為由拒絕正式採用，就沒有為如此不適合作為其員工的意思表示，故於所定的試用或見習期間經過後就必須發生該勞工作為正式員工之地位<sup>342</sup>。故在向法院請求拒絕正式採用之救濟時，也可以得到和在勞動委員會救濟中相同的救濟<sup>343</sup>。

<sup>339</sup> 外尾，244 頁；岸井（下），43 頁；伊藤博義，「不利益取扱」，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），88 頁；森本弥之介，「採用拒否・人事異動」，載於：『現代講座第 8 卷』，74 頁；片岡、村中，279 頁；菅野，633 頁。

<sup>340</sup> 家の光協会事件（東京地決昭 27〔1952〕.1.21，労民集 3 卷 1 号 1 頁）；新潟港トラック事件（新潟地勞委昭 38〔1963〕.9.26 命令集 59 集 197 頁）；東洋敷物事件（大阪地決昭 40〔1965〕.10.14，労民集 16 卷 5 号 697 頁）。

<sup>341</sup> 森本弥之介，「採用拒否・人事異動」，載於：『現代講座第 8 卷』，74 頁。實務上之案例則有：因伯通運事件（鳥取地勞委昭 40〔1965〕.10.15，命令集 32、33 集 377 頁）；大川自動車事件（大阪地勞委昭 54〔1979〕.12.27，命令集一部救濟編 14797 頁）。

<sup>342</sup> 東洋敷物事件（大阪地決昭 40〔1965〕.10.14，労民集 16 卷 5 号 697 頁）。

<sup>343</sup> 岸井（下），44 頁；森本弥之介，「採用拒否・人事異動」，載於：『現代講座第 8 卷』，75 頁。

### 第三節 對於勞工進行工會活動上之不利益

#### 第一項 對於勞工進行工會活動上之不利益是否構成

#### 勞動組合法第七條第一款？

從日本勞動組合法第七條第一款就不利益待遇之態樣僅例示「解僱」此一態樣來看，可以輕易地推論出在該款所謂的不利益待遇中包含了勞工之勞動契約或透過勞動契約所展開之**勞動關係上之不利益**，諸如就加薪或獎金等之工資、地位或身分、職務或工作之分配、福利設施的利用、懲戒等之不利益，但就和勞動關係無關之勞工工會活動進行不利益待遇是否被本款包含乃為問題<sup>344</sup>。

就此問題雖然有採否定說者認為將本款之「不利益」解為包括對於作為工會會員進行活動造成不利益的情形乃過於廣泛，因本款之不利益應為在勞動契約關係的範圍中進行差別待遇，故就此種情形應理解為可能構成勞動組合法第七條第三款之支配介入<sup>345</sup>。

但通說乃採肯定說<sup>346</sup>。對於其理由則有認為因從不當勞動行為制度本旨乃保障團結權來看，和經濟上、生活上之不利益相比，工會活動上之不利益有更深的影響，故必須加以保護<sup>347</sup>。此外，亦有認為勞動組合法第七條第一款也非以對於勞工個人勞動契約上之權利侵害的救濟為直接目的，其保護的法益乃勞工及其團結權之團結權保障，故在雇主以行使勞動

<sup>344</sup> 岸井貞男，「榮転と不当労働行為」，載於：片岡昇編，『セミナー法学全集 13-労働法』（日本評論社，1975年4月），194頁；岸井（下），18頁。

<sup>345</sup> 沼田稻次郎，『労働法要説（改訂版）』（法律文化社，1972年10月），85頁；道幸，『ルール』，90-91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），50-51頁。而近藤，130頁認為勞動組合法第七條第一款乃禁止透過個別的差別待遇妨害工會活動，第三款則是禁止對於工會活動的直接妨害，兩者在本質上有所不同，故對於工會活動的不利益待遇應透過第三款加以救濟較為妥當。對於近藤教授之見解，本文以為工會活動的不利益待遇同時具有二種面向，一為直接對於工會之不利益待遇，但從另一方面來說，對於個別的勞工進行工會活動亦有所影響，雖然雇主妨害個別勞工的工會活動也會間接影響到工會，但將焦點僅置於對於工會之影響則有所不妥。

<sup>346</sup> 門田信男，「不利益取扱の成立要件」，載於：『新講座第6卷』，87-88頁；佐伯靜治，「不利益取扱の態様」，載於：『新講座第6卷』，96-97頁；外尾，252頁；本田，69-70頁；岸井（下），55頁；伊藤博義，「不利益取扱」，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），89頁；本多，79頁；青木、金子，228頁；下井，247頁；山口，89頁；盛，225頁；大内，825頁；西谷，190頁；片岡、村中，280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），78頁；菅野，634頁。

<sup>347</sup> 本多淳亮，「配置転換・転勤をめぐる法律問題」，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），494-495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），115-116頁。

契約上之權限而使勞工團結活動萎縮的情形，不論產生不利益性的領域為何，都應廣泛地解為成立違反勞動組合法第七條第一款的不利益待遇<sup>348</sup>。

而本文以為上述二說以肯定說較為可採，理由主要有三：①雖然勞動組合法第七條第一款例示了「解僱」為不利益待遇的態樣，然而勞動組合法並未表示不利益必須限於「勞動關係」中的不利益，將不利益限於「勞動關係」中不利益的解釋方式乃過於限縮而不符合不當勞動行為制度之目的。②雖然採否定說者認為工會活動上之不利益不構成勞動組合法第七條第一款的不利益待遇，但仍得以第七條第三款的支配介入加以解決，不過畢竟不利益待遇與支配介入之要件、態樣均有所不同，若受有進行工會活動上不利益之勞工認為雇主的行為同時構成不利益待遇與支配介入，則應無拒絕以不利益待遇之法理加以救濟的理由。③就救濟的層面來看，雖然究以發出內容為何之救濟命令最能保障團結權乃委由勞動委員會的裁量<sup>349</sup>，但在實際上乃透過救濟命令之累積而按不當勞動行為的類型有某程度的定型化，例如就作為不利益待遇之解僱以復職命令及 back pay 為救濟內容、就懲戒處分乃為處分之撤回或取消與經濟損失之回復為救濟內容，就支配介入行為則多命令雇主公開揭示道歉書（又被稱為「post notice」），但也得依情形命令雇主將來不得為同種行為<sup>350</sup>。從而，對於雇主造成勞工進行工會活動上不利益之行為，應得按實務上所累積之救濟方式而選擇向勞動委員會為何種不當勞動行為之救濟申請。

故綜上所述，本文以為乃以肯定說較為可採。

## 第二項 對於工會幹部加以晉升（榮轉）

在日本的實務上所出現之對於勞工進行工會活動上之不利益的案例類型主要為對於工會幹部加以晉升（在日本法上稱為「榮轉」），亦即將工會幹部晉升到沒有工會組織的廠場或將之晉升為管理職而使之喪失工會會員資格之情形。

<sup>348</sup> 伊藤博義，「不利益取扱」，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），89頁。

<sup>349</sup> 最高裁判所於第二鳩タクシー事件（最高裁昭52〔1977〕.3.23，民集31卷1号93頁）中表示：「因為對於雇主多樣化的不當勞動行為事先具體地特定其導正措置是有所困難且不適當，乃對於就勞資關係有專門知識的勞動委員會委託由其裁量按個別的事案決定適當的導正措置並加以命令的權限」。

<sup>350</sup> 山口浩一郎，「行政救済と司法救済」，載於：『講座21世紀第8卷』，267頁；盛，248-249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），89頁。

在此種情形難以判斷不當勞動行為之成否乃因雇主的措施同時產生了對於勞工或工會進行工會活動上之不利益與對於勞工個人之經濟上的利益。此問題基本上屬不當勞動行為意思之問題，於判斷雇主的措置是否有不當勞動行為意思時除了背景之各種情事外，尚應考量該人事措置在職場中一般的評價<sup>351</sup>。

而就榮轉的問題於實務上所發生的代表性案例有**關東釀造事件**<sup>352</sup>，東京高等裁判所表示：「該勞工如到總公司工作，則因總公司與工會事務所間距離的關係致對於其身為工會書記長處理工會業務有顯著的困難，很明顯地將該勞工調往總公司乃對於擔任工會幹部的該勞工造成不利益，雖然雇主將該勞工調往總公司的同時也預計將其晉升，但勞動組合法第七條第一款所謂的不利益待遇應解為也包含對於作為工會會員之活動造成不利益的情形，故既然按照雇主之調職命令乃對於該勞工造成上述之不利益是非常明確的，縱使調職的同時預定使該勞工晉升到被認為在待遇上有利之正式員工，仍無礙將上述之調職命令解為前述法條所規定之不利益待遇。」在此事件中，東京高等裁判所明確地表示將雇主的「榮轉」命令解為構成勞動組合法第七條第一款的不利益待遇。

此外，若該勞工就雇主之榮轉命令欣然接受時，對於不當勞動行為之成立是否有所影響？就此問題，多數學說<sup>353</sup>認為乃取決於該勞工本人之意思，只要該勞工同意，就否定了不利益待遇之成立，頂多得成立支配介入。但此本人之意思並非主觀的情感，必須以客觀上合理且適當的情事加以證明，在客觀上為工會活動上之不利益且本人反對此榮轉的情形，必須承認為差別待遇之不當勞動行為。但在本人同意榮轉的情形，即使雇主很明確地有反工會之意圖，工會也不能認為乃勞動組合法第七條第一款的不利益待遇而提起確認調職命令無效之訴或申請原職復歸命令<sup>354</sup>。

但對於此問題另有學說認為上述通說有二個錯誤，亦即：①通說乃不在行為成立的時點判斷是否成立不利益待遇，而以行為後之情事加以判斷，在雇主行為後勞工加以同意即使解為勞工個人之被救濟利益的放棄，也無法因此而阻卻不利益待遇之成立。②將不利益待遇之成否與勞工的同意相關連產生了將不利益待遇之保護法益限定於勞工個人之團結權之結

<sup>351</sup> 西谷，191頁。

<sup>352</sup> 東京高裁昭34〔1959〕.4.28，勞民集10卷2号257頁。

<sup>353</sup> 本多淳亮，「配置轉換・転勤をめぐる法律問題」，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），496頁；門田信男，「不利益取扱の成立要件」，載於：『新講座第6卷』，88頁；香川孝三，「差別待遇」，載於：『現代講座第7卷』，233頁；森本弥之介，「採用拒否・人事異動」，載於：『現代講座第8卷』，78頁；西谷，191頁。

<sup>354</sup> 本多淳亮，「配置轉換・転勤をめぐる法律問題」，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），496頁。

果有所不妥，因即使是不利益待遇，其所保護的團結權不只是受不利益待遇之該勞工個人之團結權，對於透過對此勞工進行不當勞動行為而受有直接、間接影響的團結權主體之所有團結權均被包含，此點和其他類型的不當勞動行為沒有不同，不同的僅是不當勞動行為的態樣而已。從而，若不利益待遇禁止規定之保護法益如上所述，則利益、不利益之判斷當然不得僅依該勞工個人之意思而定，只要雇主的榮轉處分未基於經營上之合理必要性而剝奪此勞工進行工會活動之利益，不論該勞工是否同意，應該此榮轉行為之客觀性質來判斷不利益待遇之成立<sup>355</sup>。

不過亦有學說指出即使工會除了支配介入外，雖然亦得主張不利益待遇，但從禁止強制勞動之法理來看，勞動委員會不得發出使該勞工復歸原職之救濟命令<sup>356</sup>。

然而，本文以為禁止強制勞動之法律規範乃勞動基準法第五條之規定<sup>357</sup>，該條規定的主體乃「雇主」，但在榮轉的情形，發出救濟命令之主體乃勞動委員會。此外，即使勞動委員會發出回復原職之救濟命令，只是使雇主與該勞工之關係回復到榮轉命令之前的狀態，該勞工依原來與雇主間之勞動契約提供勞務及取得相當之報酬，並非以不當拘束之手段強制該勞工勞動。又，勞動委員會對於救濟命令之內容具有裁量權，只要勞動委員會認為救濟命令之內容得「回復原狀」而導正不當勞動行為，仍得向雇主發出使該勞工回復原職之救濟命令，該命令並不違反勞動基準法第五條之規定。故本文以為勞動委員會得發出使該勞工復歸原職之救濟命令。

## 第四節 對於勞工私生活上之不利益

除了前述之對於勞工進行工會活動上之不利益外，日本勞動組合法第七條第一款是否亦包括與職業生活、勞動契約無關之勞工的家庭生活、社會生活等私生活上之不利益？在學說亦有所爭議。

有學說認為不利益待遇必須是對進行正當工會活動的「該勞工」為之，否則不該當不當勞動行為。例如對於在同一企業中工作的夫妻，因為夫熱衷於進行工會活動之故而解僱妻以作為對於夫的報復，此解僱不該當不利

<sup>355</sup> 岸井（下），56 頁。

<sup>356</sup> 外尾，199 頁；伊藤博義，「不利益取扱」，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），89 頁。

<sup>357</sup> 日本勞動基準法第五條：「雇主不得以暴行、脅迫、監禁或其他不當拘束精神或身體自由之手段違反勞工之意思而強制其勞動。」



益待遇<sup>358</sup>。

然而，相對地，有學說認為若按照前述的基準判斷不利益性的存否，則具有不利益性之範圍是否為勞動契約關係並不是問題，問題的所在乃在於使勞工的團結活動萎縮到何種程度<sup>359</sup>。

若就實務所發生之案例加以觀察，雇主對於勞工私生活上造成不利益的措置多為由「調職」所引起之對於家庭生活之不利益，例如：因為對於夫調職而有使妻之病情加重之虞<sup>360</sup>、因新婚後僅八個月的調職而使得夫必須與妻別居或妻必須辭職<sup>361</sup>、對於以農業作為副業以維持家庭生計的勞工調職而使其縮小農業之規模及將一部分家畜轉手他人的情形<sup>362</sup>。

而在實務上較有問題者為上述於夫妻於同一企業中工作，雇主卻因夫熱衷於進行工會活動之故而解僱妻以作為對於夫的報復的情形。此時雖然構成不利益待遇，但得向勞動委員會及法院請求救濟者，究竟為何者？

對於向勞動委員會請求救濟的情形而言，雖然被解僱的是妻，但因雇主的解僱和夫私生活上經濟、精神之不利益有間接關連而壓迫夫之工會活動，而雇主也預知且期待如此之因果關係之發生而解僱妻，故當然對夫成立不當勞動行為。從而，夫為了除去自己所受之私生活上的經濟、精神不利益，得受必要的行政救濟<sup>363</sup>。

然而，在妻向勞動委員會請求救濟的情形則有所疑問，因妻並非工會會員，從以團結權之保護為目的之不當勞動行為制度來看，在雇主與妻之關係中承認成立不當勞動行為乃有所困難，但並非代表妻不得為申請人。因作為不利益對象之行為不限於作為團結主體之勞工的團結權活動，不論是作為團結權主體的非團結權活動或非作為團結權主體之勞工的非團結權活動，只要對其加以保護有助於維持形成團結權保障秩序，就得對其加以救濟。故只要是受團結權保護的勞工，不論其是否行使團結權，均得為申請人。從而，若對於直接受不利益之妻加以救濟明顯地有助於消除雇主

<sup>358</sup> 三藤正，「不利益取扱」，載於：『講座第2卷』，267頁；中窪、野田、和田，367頁。

<sup>359</sup> 伊藤博義，「不利益取扱」，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），89頁。伊藤教授似認為勞動組合法第七條第一款不利益待遇不限於勞動契約關係之中，對於私生活上之不利益待遇乃視其對於工會活動妨礙的「程度」而亦可能構成該款之不利益待遇。此外，尚有不少學說直接就表示私生活上之不利益屬於本款之不利益待遇，但卻未表示理由者，例如：外尾，250頁；東大，381頁；塚本，125頁；小宮文人，「不當労働行為の認定基準」，載於：『講座21世紀第8卷』，100頁；近藤，129頁；角田、毛塚、脇田編，353頁（脇田滋執筆）；西谷，190頁。

<sup>360</sup> 宮城産業事件（大分地勞委昭28〔1953〕.10.22，命令集一部救済編557頁）。

<sup>361</sup> 塚本総業事件（千葉地判昭35〔1960〕.12.16，労民集11卷6号1397頁）。

<sup>362</sup> 九州産業交通事件（熊本地勞委昭39〔1964〕.3.7，命令集一部救済編2072頁）。

<sup>363</sup> 岸井（下），53頁。

對於夫之團結權活動的壓迫，當然就應該承認妻之救濟申請權<sup>364</sup>。

而在以民事訴訟進行司法救濟的情形，雖然夫就因妻之解僱而自己所遭受之經濟上、精神上之損害得請求賠償，但究竟得提起確認妻之解僱無效之訴為夫？或妻？或夫妻二人均得提出？因對於夫而言，就妻之勞動契約上地位之確認其是否得為被救濟之主體乃有所問題。而對於妻而言，姑且不論在雇主與妻的關係中沒有得解僱之事由，或以權利濫用為由請求確認解僱無效，針對雇主對於夫之不當勞動行為，是否承認妻有作為利害關係人而為被救濟主體之地位亦有所問題。

就此問題代表性的案例有駐留軍橫濱技術庁相模本庁事件<sup>365</sup>。東京地方裁判所乃以「不只是對於夫，在與妻的關係中也違反了勞動關係之公序」為由，認為雇主無論對於何者均不得主張解僱有效，而肯定夫、妻均得請求確認解僱無效。

然而，對於此判決有學說雖贊同其結論，但就其理由則表示夫請求確認妻之解僱無效，並非第三人之勞動契約上利益，而係就對於自己所為之不當勞動行為上不利利益請求救濟，當然應該承認夫有如此勞動契約上的地位。而就妻之確認請求而言，雖因在雇主與妻之關係中不成立不當勞動行為，故是否得以不當勞動行為為由主張解僱無效乃有所問題，但雇主對於妻之解僱很明確地是對於夫之不當勞動行為的主要部分，應認為妻並非主張就對於夫之不當勞動行為救濟有反射利益，而應承認妻乃得以受不利利益者為其本人為由，其為利害關係人而有作為被救濟主體之法律上地位<sup>366</sup>。從而，夫或妻均得以自己為利害關係人而請求確認解僱無效。

<sup>364</sup> 岸井（下），5 頁、53 頁。而外尾，250-251 頁所舉的案例為雇主因厭惡妻之工會活動而在無業務上必要性的情形將夫調職到遠方的廠場，外尾教授亦認為此時除了妻得因而自己之工會活動而致必須與夫分居而受有不利利益待遇為由向勞動委員會請求撤銷雇主對於夫之調職外，夫亦得以雇主的行為係基於反工會之動機致其受有生活上之不利利益，而得向勞動委員會請求救濟。

<sup>365</sup> 東京地裁昭 39〔1964〕.12.26，勞民集 15 卷 6 号 1327 頁。

<sup>366</sup> 岸井（下），54 頁。而外尾，251 頁則就上述的所舉的調職案例表示因為夫的調職對於妻之工會活動或生活上的利益有密切的關係，夫的調職乃以對於妻之工會活動的報復或抑制其工會活動為目的而無效為前提，夫得請求確認調職前之地位而提起本案訴訟。

## 第五節 小結

綜上所述可以發現，不利益待遇的態樣除了「對於勞動契約關係上的不利益待遇」外，也包含了「對於勞工進行工會活動上之不利益待遇」及「對於勞工私生活上的不利益待遇」，但是仍以「對於勞動契約關係上的不利益待遇」為主要的態樣。雖然得以「是否為阻撓勞工的工會活動或使之萎靡不振的原因」作為判斷雇主之措置是否具不利益之抽象基準，然而由於各種不利益待遇的態樣均有其特殊的要件與救濟內容，無法一概而論，仍需按各種類型分析。

而有某些態樣類型乃因日本特殊的勞動關係實態而生，諸如屆齡退休後的再僱用拒絕、查定差別等，必須考量勞資關係的實態並斟酌勞資雙方的利益而決定是否構成不利益待遇及救濟之內容，以保障勞工之團結權，達成建構不當勞動行為制度之目的。

再者，尚需注意個別勞動法中的諸多概念（諸如：採用自由、調職法理、解僱權濫用法理、整理解僱法理等）與不當勞動行為救濟制度的關係，這些法院於民事救濟中的判斷標準是否得適用於勞動委員會的救濟程序以判斷不利益待遇之成否？因為不當勞動行為之行政救濟的目的乃「回復原狀」與一般民事救濟之「確定法律關係」有所不同，於援用之際應注意到此不同並作出適當的調整。

此外，不利益待遇的態樣乃隨勞資關係的實際發展而進行補充的法律概念，應隨世易時移發展出適當的認定標準與救濟內容（諸如：前述認定「查定差別」之「大量觀察方式」與「修正大量觀察方式」、「繼續行為」的認定等），以確保不當勞動行為制度運作的實效性。

