

不當勞動行為特別、 就業歧視普通？

——高雄高等行政法院110年度訴字第436號判決



林佳和

政治大學法學院副教授

摘要

歧視禁止制度之目的，在於「保障特定之群體性、促進憲法之平等價值與該群體性所彰顯之憲法法益」，「平等權」作為指涉核心，不當勞動行為制度則在「積極保障勞方同盟自由基本權」，並不存在前者呈現比較關係下的群體性意涵，至少不是法律適用上的重點。以差別待遇作為侵害團結權之方法，抑或雇主本於侵害團結權之目的，發動具有較劣差別性之包括給付行為在內之對待，想像中確可能出現兩者的實體競合。否則，就業歧視與不當勞動行為，兩者規範目的歧異，並非法規競合下的特別關係，沒有特別法與普通法之適用優位，如確有競合，則應為吸收關係，在適用上，應適用較重處罰規定之就業歧視，而非不當勞動行為，但此僅指行政裁罰而言，不含性質上為單純不利處分之不當勞動行為裁決所為之救濟命令。

DOI: 10.53106/27889866030707

關鍵詞：就業歧視、不當勞動行為、平等權、平等原則、勞工團結權、勞工同盟自由權、法規競合、特別關係、吸收關係

目次

壹、事實摘要

貳、要旨

參、評析

壹、事實摘要

A企業僱用之員工B，同時為A所屬員工所組成之C企業工會理事長。A以B不能勝任工作為由，將其解僱，B則主張此舉構成就業服務法第5條第1項所稱「雇主對所僱用員工，以以往工會會員身為由」之就業歧視，應屬違法。

貳、要旨

一、陳員於資遣行為時，係「現在工會會員身分」之受僱員工並經選舉擔任工會理事長。是以，原告資遣陳員之行為，縱認純係考量陳員身分之決定，而構成就業歧視行為，亦係以所僱用員工陳員於行為時之「現在工會會員身分」為歧視緣由，而非以陳員之「以往工會會員身分」為由，依上述說明，核與就業服務法第5條第1項所稱「以往工會會員身為由」之歧視要件不合，不構成違反上開規定之就業歧視行為，被告以原處分裁處原告，即有違誤。

二、就法律名稱及整體法規內容觀之，工會法就工會事項（包括工會會員、工會職員身分及其保護等）有最詳細之規定，相對於就業服務法而言，工會法應屬工會事項之特別法。再者，經比較工會法第35條第1項第1款規定「雇主……不得……對於勞工……加入工會、參加工會活動或擔任工會職務，而拒絕僱用、解僱、降調、減薪或為其他不利之待遇」、就業服務法第5條第1項規定「雇主對求職人或所僱用員工，不得以……以往工會會員身為由，予以歧視」之規定意旨，可知兩者關於勞工權益之保障事項，均具有保護員工免於因參加工會之緣由而遭其雇主不利對待之同一規範目的。

三、工會法第35條第1項第1款規定，係針對受僱用員工取得「工會會員身分」或基於該身分參加活動或擔任工會職務之個別緣由而遭雇主不利對待所制定之個別（狹義）構成要件；就業服務法第5條第1項上開事項之

規定，則係針對員工因「工會會員身分」之一般緣由而遭雇主不利對待所制定的概括（廣義）構成要件，足認前者之構成要件已完全涵蓋後者之構成要件，兩者間具有特別（狹義）法與普通（廣義）法之法條競合關係，依中央法規標準法第16條規定及就業服務法第5條第1項後段明示「其他法律有明文規定者，從其規定」之意旨，自應優先適用為特別法之工會法第35條第1項第1款規定，為普通法之就業服務法第5條第1項則無適用之餘地。

參、評 析

本則為高雄高等行政法院2023年3月22日之110年度訴字第436號判決，雇主針對因成立「以以往工會會員身分為由之歧視」、至遭裁罰之行政處分，提起撤銷訴訟。法院判決原告勝訴，撤銷原裁罰處分，主要理由，是前述要旨的第一點：既然員工被解僱時，現任工會理事長，自然不是「以往工會會員」，自不構成就業服務法第5條之就業歧視。

有點不知道該如何回應這個理由。雇主本於侵害勞工或其同盟（工會）之同盟自由的動機，為諸如系爭案件的解僱，衡諸常情，多以「針對現任工會理事長」為大宗，舉世皆然。立法者之所以選擇不免突兀之「以往工會會員身分者」，乃是預防掛一漏萬，如雇主耐心等待工會理事長的卸任，再來秋後算帳，此時，當事勞工已未擔任工會職務，即便雇主不當動機明確，但是否受限於「當下非工會會員」，致無法成立就業歧視？為免難以適用，防止主管機關或法院在「工會會員身分」解釋上，侷限於「現任」，是特別在文字上強調「以往」（雖然毫無必要），亦即著眼於時間點：認定是否成立歧視、時序必然在後、因此意指「行為為時之那個以往」，自認規範周延，卻還是無法防堵如本案般，出現忽視立法目的、堅持嚴格形式主義之法院，令人遺憾。簡單的舉輕明重：較輕者，勞工已卸任工會理事長職務，針對性之不利益待遇，仍然會構成不當勞動行為，但針對現任，所謂較重者，在當下直接影響工會運行、直接支配介入工會者，就不會構成，因為法律刻意排除？！不認為此舉違法？著實令人無言。

比較該嚴肅面對的，是要旨第二、三點：法院以為，雇主針對工會會員，本於工會關聯性之不利益待遇，同時成立就業服務法的就業歧視，以及工會法之不當勞動行為，兩者均本於同一規範目的，形成普通法與特別法的關係。就業服務法之就業歧視，指涉者為一般性的、對於工會會員不

利的對待，涵蓋廣，是廣義的法，而工會法第35條第1項第1款之針對擔任工會職務（系爭案件），則屬個別狹義的構成要件，兩者形成法規競合，自應適用作為特別法、狹義構成要件之工會法，無就業服務法就業歧視之適用。乍看似乎言之成理，實則大大值得商榷。

以以往工會會員身分所為之歧視，向為1992年5月公布施行之就業服務法所設就業歧視的重要類型，意圖對臺灣工會運動發展的阻力，所謂雇主的侵害勞工團結權，產生遏阻。一個從施行起即不斷湧現的問題是：侵害勞工與工會的團結權、同盟自由（日本法與德國法用語），是否必然該當「歧視」？想像上，有無可能存在確實侵害團結權，當然違法，但非同時成立就業歧視？還是說，侵害必然就是歧視、不當勞動行為必然為歧視？相對的，針對工會會員的歧視，理論上似乎必然等同於侵害團結權，但反之亦然嗎？不能有單純只是侵害團結權之行為，無須以就業歧視相繩之行為類型嗎？以法規競合視之，最大的關鍵不在規範目的同一（此並非法規競合之必要充分要件），而是構成要件同一，但兩者確實同一嗎？

2011年5月1日施行新勞動三法，從實體與程序雙重面向全新建立新的不當勞動行為制度，使前述問題更加重要與迫切。在新法中，除設計實體之不當勞動行為規範（工會法第35條、團體協約法第6條），建立三種明確的不當勞動行為類型：不利益待遇、支配介入工會、拒絕誠信協商，亦同時設置新的裁決機制（勞資爭議處理法第四章第39條以下），從程序面上建構處理方式。不當勞動行為處理，乃至於不當勞動行為制度，目的都在於保障勞工與工會之同盟自由，排除來自於雇主之侵害，使之得以藉由團結與行動，達成促進與維護會員勞動與經濟條件。就此，不當勞動行為與就業歧視制度，確實呈現「均保障團結權」之相同軸線——法院沒有說錯，但問題必須回到原初：兩者即便「規範目的」同一，但「構成要件」如不同，則不會有什麼特別普通法之關係，法院顯然沒有清楚看到這點，更何況兩者規範目的確實相同嗎？

事實上，就制度本旨與功能而言：

- 歧視禁止制度在於「保障特定之群體性、促進憲法之平等價值與該群體性所彰顯之憲法法益」，
- 不當勞動行為制度則為「積極保障勞方同盟自由基本權」。

如就「行使團結權而組成之群體性」而言，兩者應有重疊之處，當然，既言「群體性」，則無疑有「納入與排除之附帶效果」，可區分出非

我族類，但至少就體現的憲法價值與目的而言，歧視禁止之意涵在於「平等原則／平等權」之貫徹與實踐，不當勞動行為制度則基本上與平等無涉，而是直指「特定憲法權利免受侵害之保障」，兩者有其區別。

在普遍的個別面向上，重點並不在於「雇主對所有工會成員（集體性）為單一的團結權侵害」，方能滿足就業歧視之集體性，理論上雖屬可能，但實務上極不可能出現，只有在諸如「雇主對全體工會會員為明確的差別待遇」，方足當之，不過實在難以想像，因為不但牽連甚廣、茲事體大，且雇主如此作法，無異集體宣戰，衡諸臺灣過去實務，亦未見有此類型者。這裡的普遍個別向度，毋寧比較傾向一種補充的、附帶的觀察，基於歧視禁止制度之目的，它側重的是一普遍性的、防止對於特定群體性的侵害，這在性別、年齡、身心障礙等歧視指標上特別明顯。換言之，偏向「普遍影響」的面向，不當勞動行為雖然同時具備指涉「加入工會」的群體性，但在具體行為的判斷上，對於個別勞工同盟自由的普遍影響，並非重點，例如僅針對個別工會幹部為不利益待遇，但基本上沒有對整體團結的勞方地位形成一定的威脅或挑戰，本此，雖會成立不當勞動行為，但難以成立就業歧視。

本文可得出下列適用上的提醒：

- 歧視禁止制度在於「保障特定之群體性、促進憲法之平等價值與該群體性所彰顯之憲法法益」，「平等權」作為指涉核心，相對的，不當勞動行為裁決制度則為「積極保障勞方同盟自由基本權」；
- 觀察「積極消極、直接間接、普遍個別」的不同向度，理論上，就業歧視較隱含「雇主給付之消極考量、與直接不利益有別之間接影響、意圖在於對特定群體性地位之普遍影響」要素，而與不當勞動行為「積極、直接、個別侵害勞方同盟自由權」有著明確差異；
- 如雇主以差別待遇作為侵害團結權之方法，或雇主本於侵害團結權之意圖，為包括給付在內之差別性對待，則可能出現就業歧視與不當勞動行為之實體競合，此時可考慮再加入補充附帶之「普遍個別」角度，更細膩地區別篩選；
- 在具體適用上，對於工會會員的不利益待遇，如隱含「就其他勞工行使團結權之普遍影響」，特別是在雇主主觀意圖的判斷上，則不妨同時成立就業歧視；
- 如不利益待遇明顯針對個別工會會員，沒有普遍影響，從雇主主觀

意圖之判斷上無從看出，則論以不當勞動行為即已足，無須再同時成立就業歧視。

走到處理的程序與法律效果，兩者之可能競合，確實再帶來一些困擾。首先，不當勞動行為裁決決定救濟命令，性質上為單純不利處分，既非狹義行政罰、也不是裁罰性不利處分，是救濟命令完全無一事不二罰問題，裁決決定相對人不為所命之一定行為或不行為之裁罰，性質上則為執行罰，非行為罰，亦無一事二罰疑義。再者，同一原因事實如無實體競合，則就業歧視評議認定與不當勞動行為裁決，當可各行其是，而在構成實體競合的場合，特別本於裁決救濟命令之特殊性與功能（保障同盟自由、恢復公平勞資秩序、促進健全勞資協商），應無須必然導向單一程序途徑處理，但此部份應與行政罰分開思索。

如前述，當不利益待遇明顯針對個別工會會員，沒有普遍影響，則論以不當勞動行為即為已足，無須再成立就業歧視，常見之例，無非「違法拒絕給予會務假」：不是工會會員，原本就不會有會務假，所以不可能有「本於會員身分」之差別待遇可言，工會會員在此並非歧視性指標，因為無從「比較」，這是適用歧視上的關鍵。而如同為工會會員，卻有人享有、有人遭違法拒絕給予會務假，則此差別待遇，必然與「身為工會會員」無關，因為比較對象全為工會會員。這個就是典型的、沒有針對「工會會員作為群體」之整體影響可言，只可能構成不當勞動行為，不會有就業歧視。相反的，如果不給全體權利適格者會務假，一律謝絕，就有在當然成立不當勞動行為之際，同時構成以工會會員身分為由之歧視，自不待言。

觀察系爭案件，法院一開始就有明顯認識錯誤：事實上，就侵害團結權、同盟自由之行為，不當勞動行為必然是普通法，因其涵蓋所有可能想像的侵害類型，就算細分下位之次類型，例如本案之工會法第35條第1項第1款（解僱），亦不會改變其作為所謂普通法的性質（反串要註明：作者要先故意強調這點，先引人與法院判決截然相反的遐想「就業歧視豈非特別法？」）；目前，即便針對該條項各款的行為類型，並沒有存在什麼特別法，沒有針對哪一類行為再有其他更進一步的規範存在，「構成要件相同」的存在。就業歧視，在本於平等原則／平等權意旨下，扮演截然不同的規範性功能，與不當勞動行為制度本身，再強調一次：制度本身，沒有競合關係，並無所謂普通法、特別法關係，不論何者在前在後。在法規競合的概念下，特別法優於普通法（*lex specialis derogat legi generali*），

當指「法規對其他法規所規定之同一事項而為特別之規定者，應優先適用之」（中央法規標準法第16條）¹，法院也引用至此，然而，雖都與勞工之團結權有關，但就一法秩序評價之不法行為而言，就業歧視，不當勞動行為，真的不是同一事項。

如確有以歧視性之不利對待（具有群體意涵），作為不當勞動行為之方法，不無可能成立同屬法規競合概念下之吸收關係（Konsumtion），此時，如某一處罰規定，按其性質或精神，吸收另一「原非用以補充該規定之處罰規定」，進而不再適用該被吸收之規定²。觀察系爭案件，如確實存在，雇主以解僱工會理事長之方法，遂其侵害團結權之不當勞動行為的意圖，有著手段一目的關係，則確實可能在並無補充關係之就業歧視、不當勞動行為之間，存在著吸收關係，但前提仍然是：就業歧視的認定上，必須真的存在「普遍整體性影響」，真的如此，那就可能理解為「不當勞動行為吸收就業歧視」。然而，由於就業歧視之裁罰額度遠高於不當勞動行為，是以，比較合適的選擇，應由處罰較重行為之規定，吸收處罰較輕行為之規定，方屬正辦，但性質上作為單純不利處分的救濟命令，則與此行政罰考量無關，程序與決定，均可進行與作成。法院之系爭判決，或許，從認識論言之，可能參透到兩者之手段一目的關係，然而，一方面誤將吸收關係理解為特別關係（Spezialität），錯植特別法與普通法關係，二來，自然也難以想到吸收關係下應適用處罰較重之就業服務法，令人遺憾。♣



相關文獻 ◀ 月旦知識庫 www.lawdata.com.tw，更多裁判分析 ▶ 月旦法律分析庫 lawwise.com.tw

¹ 陳敏，行政法總論，十版，2019年11月，102、727-728頁。

² 陳敏，行政法總論，十版，2019年11月，729頁。