

第三章

勞工職業自由與雇主經濟自由之衝突

壹、概說

在最低服務年限的相關案例中，常見勞工主張其工作權受到雇主的不當侵害，提出關於基本權利第三人效力的抗辯，有關基本權利第三人效力理論的操作，在實務上並不容易，往往也都沒有為承審法官所接受，但本文為顧及研究的整體性，對於此一問題似不宜省略，故於本章中略作討論。以下僅節錄兩段勞工在最低服務年限相關訴訟中，有關提出基本權利第三人效力較為完整的抗辯：

臺灣臺北地方法院八十七年度勞訴字第八十九號民事判決，復興航空運輸股份有限公司 VS 張亦天、楊靜淵、李明彬、李桃等四人請求損害賠償事件乙案中，被告等四人即主張：「按勞工為經濟上之弱者，而雇主利用其經濟上之強勢地位，要求勞工訂定提前離職違約金條款，勞工事實上無法抗拒。準此以言，一旦認可雇主於僱傭契約中訂定此等特別條款之合法性，將不當的拘束勞工自由意志，繼續維持勞動關係，進而產生雇主與勞工間之隸屬關係，此顯已違反勞基法第十五條保障勞工終止勞動契約權之規定，自始當然無效，學者亦認為為保護勞工工作選擇之權利，因而若於勞動契約中約定不得離職，該項約定，應為無效。我國勞基法第一條明揭其立法精神：『為規定勞動條件最低標準，保障勞工權益，加強勞雇關係，促進社會與經濟發展，特制定本法，本法未規定者，適用其他法律之規定。雇主與勞工所訂勞動條件，不得低於本法所定之最低標準。』勞基法對雇主要求勞工訂定提前離職違約金條款之契約效力如何，雖未明文規定，但揆諸前揭勞基法之立法目的，為保障勞工權益，加強勞雇關係，凡足以拘束勞動者自由意志，剝奪其工作權之約定者，均應認屬無效。」

又如，臺灣苗栗地方法院九十一年度苗勞小字第三號小額民事判決，力晶半導體股份有限公司 VS 黃慧珠請求返還久任獎金事件乙案中，有關法院摘錄被告黃慧珠之陳述主張如下：「被告則以其雖曾於前開時地，簽訂前揭二份久任獎金服務同意書，惟二份服務同意書中關於『本人承諾不論因本人離職、遭受解職或其他原因無法完成承諾服務期限，本人自當全數歸還力晶半導體股份有限公司，亦允許力晶半導體股份有限公司自本人薪資中抵繳歸還，絕無異議。』之內容，顯已違反勞動基準法第五條 第二十六條之規定及行政院勞工委員會七十六年九月二十四日台(76)勞資字第二二三四號函、八十二年九月十七日台(82)勞動一字第五四一號函與內政部七十五年四月一日台(75)內勞字第三九三六七五號函及八十三年八月十日台(83)勞資二字第五八九三八號函示之內容，依前揭規定及函示之內容足悉雇主不得

在員工未經選擇自由及締約自由的條件下，片面將違約金之規定訂立同意書之中，抑或以訂立勞動契約為要脅之手段，**逼迫勞工如欲獲得工作須先行簽訂定型化契約條款，以限制或剝奪勞工之工作及選擇自由。**又前開二份久任獎金服務同意書之內容亦違反民法第七十一條、第七十二條、第一百四十八條及第二百四十七條之一之規定，茲因系爭久任獎金服務同意書內容關於『本人承諾，絕無異議』等字樣，係原告將不論何種離職原因之風險均歸由被告承擔，則此部分之約定已違反民法第二百四十七條之一第一款預先免除原告責任之規定，亦符合同法第二款加重被告責任之規定，並致使被告在此約定條款下無法因原告之非法解僱而行使勞工應有之權利，又此亦已違反同法第三款之規定，又因該違約金之成就與否，全憑原告大企業之經濟強勢地位，以壓榨之主觀惡意令被告離職，以遂行奪取獎金及其利息之意圖，同時亦已符合同法第四款規定之理由，依民法第二百四十七條之一之規定，該系爭久任服務同意書內容之約定應屬無效。再系爭二份服務同意書之內容係先由雇主以定型化契約之形式存在，被告對該二份服務同意書之內容並無任何得以磋商或變更條款內容之自由，被告純係居於消極、被動的簽名地位而已，揆諸前揭見解所示以及基本權之第三人效力理論，**系爭二份服務同意書因違反勞動基準法、民法有關強制禁止之規定及憲法保障基本權之理論，而顯然無效**，故原告之主張洵無足採。」

在這兩則判決中，勞工皆主張其自由意志、工作選擇權，將因與雇主約定最低服務年限，而受到不當限制；在第二則判決中，勞工更明確地指出最低服務年限之約定，可能因違反基本權利之第三人效力憲法理論而無效。從判決中可以約略地看出，勞工因最低服務年限而受到損害的基本權利，可能是自由意志、工作權和工作選擇權等；原則上，不論係勞工的何種權利受侵害，都可以發生基本權利的第三人效力。在肯認基本權利得在私法領域發生效力的前提下，此種效力如何發生？有分為「直接第三人效力」與「間接第三人效力」兩種說法，關於上述爭論，本文將做一簡單的介紹。

勞工與雇主間最低服務年限之約定，除會發生基本權利的第三人效力問題外，對於雇主而言，如果立法機關、司法機關過度禁止勞工與雇主間最低服務年限之約定，雇主的財產權（為員工所支出的訓練費用）、營業權等，亦可能因此受到不當之拘束，而產生勞工與雇主間基本權衝突的問題。但是，當勞工與雇主的基本權利發生衝突時，通常採取基本權利的位階秩序、優先適用順序與法益衡量等解決方法，此時藉由釐清該等權利的本質，將有助於衝突之解決。所以，關於勞工與雇主可能因最低服務年限約定效力認定不同，而受侵害之基本權利的內涵，本文也將於適當之處一併說明。

貳、基本權利之第三人效力

一、基本權利的私法上效力

從基本權利發展史來看，憲法基本權利之規定，無非在保障人民免於遭受國家非法侵害，從而其制約之對象為國家，其所規定者均為人民所享有得對國家公權力主張之權利。因此基本權之傳統效力，其對象僅及於國家，其標的僅及於人民與國家之公法關係⁴⁷。依據傳統觀念，憲法保障基本人權，專為對抗國家權力之侵害，若屬私法領域，則受私法自治及契約自由原則支配，而無人權規定之適用⁴⁸。在私法的領域，則涉及私人之間的權利義務關係，是以，人民僅能向國家主張基本權利，而不能持基本權利以對抗另一人民⁴⁹。

從上述的整理可以看出，依傳統見解，基本權是憲法上所列舉或例示的人民權利，一般認為係「人民」對抗「國家」的權利，屬於防禦權之性質，行使的對象是「國家」，人民的基本權於遭受國家侵犯時，可以透過向法院請求救濟，甚者聲請大法官解釋，請求國家除去其侵害。從根本上看來，基本權賦予人民所對抗者，是擁有龐大資源的政府組織，可以戲稱為「小蝦米對抗大鯨魚」的法律鬥爭。

但在十八、十九世紀，自由經濟思想、私法自治、契約自由的影響下，規模龐大的企業經濟體，成為另一種「大鯨魚」級的社會產物，經濟實力薄弱的市民階級，勢必無法與之匹敵，在不平等的基礎上，市民階級對於契約內容，並無多大的磋商空間，契約自由也僅剩下選擇是否訂立契約的自由而已。於是，基於對私法自治、契約自由原則的反省，在私法領域進行了一連串的法律改革運動。譬如，在民法租賃契約中，承租人多為社會上的弱勢者，為保護承租人之地位，立法者對於租賃關係，多制定有對承租人較有利的規定；其次，在勞工問題上，則為僱傭社會化，來彌補勞工與雇主間的經濟實力差距，晚近更有勞動基準法的制定施行，「勞動法」至今已成為新的法領域；又如，在消費者保護方面，消費者保護法的制定施行，也是基於保護經濟上弱勢者思想下的產物。

私法領域對於私法自治、契約自由原則的反思，個人認為也應該影響到了公法學者的看法，遂有基本權可以適用在私法關係論述的提出，譬如主張「基本權第三人效力」最力的德國學者 Nipperdey，以下僅轉錄其論述的一部份：「依據（德國）基本法第二條第一項：『只要不侵犯他人之權利，違反合憲之秩序以及風俗之法律時，任何人皆有發展其人格之權。』每個人都有『發展人格』之權，但是，配合著維護人類尊嚴之條款，基本法肯定每個人有『個別價

⁴⁷ 法治斌、董保城，中華民國憲法，二〇一一年二月，修訂三版，第一九頁。

⁴⁸ 許志雄，人權規定之第三人效力，月旦法學雜誌試刊號，一九九五年三月，第五九頁。

⁴⁹ 李建良，競業禁止與職業自由，本土法學第十五期，二〇一〇年十月，第一一二頁。

值』(Eigenwert der Person)之存在。面對著強有力的『團體』,『協會』以及『公眾』(Publicity),也就是面對『社會實力者』以及『經濟上之強者』之時,談個人的『個別價值』的保障,應受到憲法的承認。因為這些『團體』,並非比『個別價值』是『更高的價值』,個人不應該淪為他們的『工具』⁵⁰。

由這段敘述看來,Nipperdey的看法是,個人的價值不應被所謂的「社會實力者」以及「經濟上之強者」剝奪或抹滅。若從基本權是賦予市民階級對抗國家此等政治上「巨靈」的觀點出發,自由經濟體制下所產生的大型企業,等同於另一頭經濟上的「大鯨魚」,市民階級與大企業間的階級衝突,無疑是另一種「小蝦米對抗大鯨魚」的法律鬥爭。所以,晚進學者率多主張,基本權利的規範效力,不應僅侷限於對抗來自國家權利的侵害,尚應發揮防止來自社會強勢者侵害的功能,如此方能使基本權利的行使,獲得完善的保障,此為憲法基本權利規定所蘊含的客觀價值決定⁵¹。此外,依司法院大法官釋字第四號解釋:「憲法第十五條關於人民財產權應予保障之規定,旨在確保個人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能,並免於遭受公權力或第三人之侵害,俾能實現個人自由、發展人格及維護尊嚴。」可見憲法上之基本權利得對抗第三人的看法,亦為我國實務界所接受。因此,基本權可以發生私法上的效力的看法,逐漸成為今日之通說⁵²。

的確,當個人因為生計而受到社會、經濟上強者的壓迫時,人性的價值勢必將無法彰顯,私法自治、契約自由的理想終將落空;此時,由國家公權力介入私人間法律關係,就有其必要性,在私法領域中,國家是藉由「法律的社會化」來取得階級間利益的調和;在公法領域裡,則是在實際的個案爭議中,透過基本權利第三人效力理論的運用,來彌補階級間社會、經濟實力的落差。這兩種不同的操作方法,個人認為其背後有著異曲同工之妙,都是對於極端個人主義、契約自由和私法自治原則所作的修正。

二、勞工何種基本權利受侵害

⁵⁰ 陳新民,憲法基本權利及「對第三者效力」之理論,收錄於氏著《憲法基本權利之基本理論(下)》,一九九一年一月,再版,第七一頁。

⁵¹ 李建良,競業禁止與職業自由,本土法學第十五期,二〇〇一年十月,第一一二頁。

⁵² 在這裡,本文嘗試思考一個有關基本權利私法上效力的衍生問題,一般均以基本權不僅可以對抗國家權力的侵害,也可以對抗來自社會實力者的侵害,作為基本權利得發生私法上效力的立論基礎;在此脈絡下,具有社會或經濟實力者,得否反過來對於相對弱勢者主張基本權的第三人效力?本文認為就基本權利第三人效力理論的發展淵源來看,似乎宜採社會經濟上的強者,不得對相對弱勢者主張基本權利的第三人效力。國內文獻對此並未有所討論,僅以基本權衝突一語帶過。

在承認基本權可以在私法關係發生效力的前提下，進一步的討論是，在「最低服務年限」的相關案例中，勞工究竟得主張其何種「基本權利」受侵害？以下將逐步分析之。

(一)工作權

勞工在「最低服務年限」的爭議裡，常常主張自己的工作選擇權，將因為雇主限制勞工於一定時間必須於企業內服務而受到不當限制；譬如，臺灣臺北地方法院八十七年度勞訴字第八十九號民事判決，復興航空運輸股份有限公司 VS 張亦天、楊靜淵、李明彬、李桃等四人請求損害賠償事件乙案中，被告等四人即主張：「按勞工為經濟上之弱者，而雇主利用其經濟上之強勢地位，要求勞工訂定提前離職違約金條款，勞工事實上無法抗拒。學者亦認為為保護勞工工作選擇之權利，因而若於勞動契約中約定不得離職，該項約定，應為無效。」又例如，臺灣苗栗地方法院九十一年度苗勞小字第三號小額民事判決，力晶半導體股份有限公司 VS 黃慧珠請求返還久任獎金事件乙案中，被告主張：「雇主(指原告)不得在員工(指被告)未經選擇自由及締約自由的條件下，片面將違約金之規定訂立同意書之中，或是以訂立勞動契約為要脅之手段，逼迫勞工如欲獲得工作須先行簽訂定型化契約條款，以限制或剝奪勞工之工作及選擇自由。」

由上述「工作選擇」、「工作及選擇自由」，就文義觀之，似乎含有限制勞工某種「自由」的意味存在，應該屬於憲法第二十二條「人民之其他自由及權利」受到侵害；惟，一般認為工作權乃指人民有自由選擇職業及工作場所之權利，工作權更是達成生存權之必要手段。工作權又應包含二個意義，一為要求國家提供適當工作機會，二為選擇工作之權。選擇工作之權，係指個人應有就其性情、體力、能力的適應性，選擇適當工作，即所謂「職業自由」(Berufsfreiheit)⁵³。

另外，依司法院大法官釋字第五一四號解釋理由書：「基於憲法上工作權之保障，人民得自由選擇從事一定之營業為其職業，而有開業、停業與否及從事營業之時間、地點、對象及方式之自由」工作權之保障，包含選擇職業之自由的意見，也為我國實務界所採納。

⁵³ 法治斌、董保城，中華民國憲法，二〇一一年二月，修訂三版，第一八二、一八三頁。該書中進一步的闡釋是，德國基本法第十二條保障人民有職業自由。其內含包括：1、選擇職業之自由權；2、選擇工作場所之自由；3、選擇教育場所之自由；4、執行職業之自由；5、禁止強迫從事某特定工作；6、消極職業自由，亦即不從事職業之自由。

依上述見解，工作權之內涵，包括了選擇職業的自由，勞工的「工作權」，的確會因為勞工與雇主間最低服務年限之約定，而受到侵害。事實上，勞工之所以會違反最低服務年限的約定而提前離職，並不一定是另有他就，也有可能僅是單純不願工作（想休息）；在前者的情形，勞工選擇職業的自由，就有受保障的必要。在後者的情形，單純地不想工作，屬於勞工消極職業自由，仍在工作權保障的範圍之內；在從另一方面的角度思考，當勞工選擇消極不從事工作的情況下，如果雇主以欠缺合理性的違約金約定，來拘束勞工必須繼續為雇主工作，則可能違反「禁止強迫從事某特定工作」的職業自由，此種情形當然也在工作權保障的範圍之內。

在一些最低服務年限的個案中，除了高額的違約金約定條款之外，也存有另外一種費用返還條款（Rückzahlungsklauseln）的類型；所謂費用返還約定條款是指，若勞工於約定最低服務年限屆至前離職，必須返還在職或職前的訓練費用，因為返還數額通常相當驚人，於超過勞工經濟能力所能負擔之情形下，就會妨害到勞工行使職業選擇之自由。德國學說即認為：「在許多各式各樣的案例中，法院的判決已經使用了基本法第十二條來作為個別契約約定的檢驗標準。所以，藉由民法第二百四十二條的介入，建立了基本的法律規範；一些的規範範圍是如果勞工在約定的服務時間屆至前終止勞動關係，必須負擔在職或職前訓練成本的返還義務。在這個可能成立返還義務的範圍並非是一致的，而是依個案的情況來認定⁵⁴。」德國學者此段的論述是指，德國基本法第十二條乃在保障人民有職業自由，藉由德國民法第二百四十二條誠實信用原則的個案操作，足以控制個別契約約定條款的效力。可以避免過高的費用返還約定，不當限制了勞工的工作權（職業自由）。其實，這樣的見解，個人認為藉由我國憲法第十五條，與民法第七十一條、第一百四十八條，亦可作相同的解釋。

除了德國學界之外，德國實務界亦認為，勞工與雇主間的費用返還約定，可能不當限制了勞工的工作權（職業自由）；德國聯邦勞工法院曾著有判決：「因勞工所發出的終止契約意思表示而成立的返還義務，依基本法第十二條可能妨害了工作場所的選擇自由。因此這取決於是否相對於勞工可能不利之處，存有適當的補償措施。這必須考量到所有的情況，返還義務必須根據在一個理性觀察者的立場，以及符合雇主的公平利益；勞

⁵⁴ Preis, Praxis-Lehrbuch zum Individualarbeitsrecht, 1999, S.133.

工必須連同訓練措施，也得到了對於負擔返還義務的適當對待給付。⁵⁵、⁵⁶」

綜上所述，勞工於「最低服務年限」的個案爭議中，若以「工作權」受侵害，而主張基本權利的第三人效力，應有成立之可能。

(二)權利行使之自由

在臺灣臺北地方法院八十七年度勞訴字第八十九號民事判決，復興航空運輸股份有限公司 VS 張亦天、楊靜淵、李明彬、李桃損害賠償事件等四人乙案中，被告等四人即主張：「按勞工為經濟上之弱者，而雇主利用其經濟上之強勢地位，要求勞工訂定提前離職違約金條款，勞工事實上無法抗拒。準此以言，一旦認可雇主於僱傭契約中訂定此等特別條款之合法性，將不當的拘束勞工自由意志，繼續維持勞動關係，進而產生雇主與勞工間之隸屬關係，此顯已違反勞基法第十五條保障勞工終止勞動契約權之規定，自始當然無效」。本案中，被告主張其「自由意志」，將因與雇主所約定的最低服務年限，而受到不當限制。雇主與勞工間約定最低服務之年限，並一併以違約金或費用返還相關約定來確保勞工履行服務期間之約定，其實可能限制了勞工的終止權行使；依我國勞動基準法第十五條第二項的規定，於不定期勞動契約，勞工只需於同法第十六條第一項的遵守預告期間終止契約即可，並無須具備任何終止事由；當然，於同法第十四條第一項所列情形，更無須遵守預告期間之規定。所以，於不定期勞動契約中，勞工終止權之行使，端視勞工行使與否之自由。因此，本案中，被告所稱不當的拘束勞工「自由意志」，本文認為係指勞工對於勞動契約「終止權行使之自由」，也就是說「權利行使之自由」。

臺灣高等法院九十一年度勞上易字第五九號民事判決，鄭雅芳 VS 最佳女主角國際美容股份有限公司請求給付違約金事件乙案中，臺灣高等法院認為：「由此觀之，兩造訂立系爭契約尚非將任職期間訂為一年之定期勞動契約，乃係就有繼續性工作性質之不定期勞動契約，約定雇主即被上訴人得任意終止契約，而限制勞工即上訴人之最少服務年限，固與勞動基準法第九條規定無關。惟上開約定限制上訴人須任滿一年始得終止契約，核與前開勞動基準法關於勞雇雙方終止不定期契約之強制規定有違，是應認系爭契約關於兩造終止權之約定無效，亦即被上訴人須有勞動基準法第十一條、第十二條之法定情形始得終止系爭契約，上訴

⁵⁵ BAG 24.7.1991 AP Nr.16 zu §611 BGB Ausbildungsbeihilfe ; Preis , Praxis-Lehrbuch zum Individualarbeitsrecht , 1999 , S.133.

⁵⁶ 有關費用返還條款 (Rückzahlungsklauseln) , 請見第五章、參、二以下之說明。

人則僅須依勞動基準法第十六條第一項規定期間預告被上訴人即得隨時終止系爭契約。此外，被上訴人復未舉證證明有何須限制上訴人任滿一年之實質正當理由，則系爭契約第二條後段逕以任職未滿一年為要件，約定上訴人須賠償離職當月薪獎之二倍金額作為懲罰性違約金，核屬加重上訴人之責任而顯失公平，依民法第二百四十七條之一第二款規定應屬無效。」本號判決雖未以基本權利第三人效力的理論來闡釋相關問題，但已經確認本文認為不當的最低服務年限約定可能會過度限制勞工終止權行使的見解⁵⁷。

我國憲法自第八、十至十四條，具體規定了人身、居住遷徙、言論、講學、著作及出版、秘密通訊、宗教、集會結社等自由權；顯然關於「權利行使之自由」，並非上述所具體列出的自由權，而應是屬於憲法第二十二條所規定「人民之其他自由及權利」，故只要在不妨害社會秩序公共利益的情況下，均受憲法保障。

(三)小結

本文認為，在最低服務年限個案的相關爭議中，勞工得以憲法第十五條的「工作權」以及第二十二條「人民之其他自由及權利」受侵害⁵⁸，基於基本權利第三人效力的理論，而主張勞雇間有關最低服務年限的相關約定無效。然，基本權利第三人效力的理論，如何適用於實際的民事訴訟中，法院操作的基準或原則為何？請見下述的介紹。

三、基本權利第三人效力在私法關係上的適用

現時通說，原則上肯定基本權利得對「人民」與「國家」之外的私法關係（人民與人民間的私法關係），發生第三人效力。至於，該第三人效力如何適用於實際個案中，學說上分為「直接適用說」與「間接適用說」，謹分述如下：

(一)直接適用說

⁵⁷ 有關勞工的終止權得否以契約限制（vertragliche Kündigungsbeschränkung），請見本文第五章、壹以下之說明。

⁵⁸ 勞工在本案中得主張憲法第十五條的「工作權」以及第二十二條「人民之其他自由及權利」受侵害，基本權利人同時主張兩種基本權利之保障，稱為「基本權利之競合」。學者進一步區分為「實質競合」與「想像競合」兩種類型，而異其法律效果；請參見李震山，基本權利之衝突，月旦法學雜誌第一期，一九九五年五月，第六頁。

採此說看法者，主要是認為基本權利的規範效力既不侷限在對抗國家權力，則憲法基本權利的規定自可直接適用於私法的領域，亦即，私人可以直接援引憲法基本權利條款，以對抗其他之私人⁵⁹。

(二)間接適用說

採此說看法者則認為，基本權利的規範作用固然可「擴展」到其他法領域，惟基本權利作為一種公法上的「防禦權」，仍應以對抗國家權力為其權利的內涵，是以，人民如欲主張基本權利，必須透過民法的規定，使基本權利「間接」適用於私法關係之中⁶⁰。

(三)小結

關於「直接適用說」與「間接適用說」的爭議，我國學界與實務的通說，為間接適用說。我國通說採取間接適用說的主要根據是認為，憲法既為最高之法律規範，以保障基本人權為其主要任務，私法關係自應受其規範，但為維護私法之獨立性及法律秩序之統一性，宜經由私法之規定，尤其概括條款，於具體個案中，實現基本人權之價值判斷⁶¹。一般的操作方式，乃是透過民法第七十二條，認定違反基本權保障的私法行為，違反公共秩序及善良風俗無效。

但本文認為，無論是採直接適用說或是間接適用說，法院都必須對於法律適用的過程，於判決理由中予以說明。在直接適用說，法院必須於解釋基本權利人在個案中，何種基本權利受到侵害，該當憲法中何種基本權保障之規定，予以判斷應該產生何種法律效果；在間接適用說，法院一樣必須判斷基本權利人的何種基本權利受到侵害，只是透過民法中的「概括條款」來予以解釋，並權衡應該發生何種法律效果。兩者相較，只是間接適用說相對於直接適用說，多了一道適用民法「概括條款」的觸媒轉換的程序，除此之外，法院對於法律適用的理由說明的必要性，並無實際區別。

⁵⁹ 李建良，競業禁止與職業自由，本土法學第十五期，二〇〇九年十月，第一一二頁。

⁶⁰ 李建良，競業禁止與職業自由，本土法學第十五期，二〇〇九年十月，第一一二頁。

⁶¹ 王澤鑑，勞動契約上之單身條款、基本人權與公序良俗，收錄於民法學說與判例研究（七），一九九二年九月，第四八頁。同此見解者，許志雄，人權規定之第三人效力，月旦法學雜誌試刊號，一九九五年三月，第六頁；法治斌、董保城，中華民國憲法，二〇〇一年二月，修訂三版，第一一一、一一二頁；李惠宗，禁譜辦公室戀曲「基本權第三人效力」或「基本權衝突」，月旦法學雜誌第七九期，二〇〇一年十二月，第九頁。

於實際個案發生時，個案中當事人間基本權利保障的取捨，將影響判決勝負的結果，此為當事人最重視之部分；而判決之所以可使當事人信服，乃是在於判決理由中的說明，就此點而論，無論採用直接適用說或是間接適用說，並無不同。故本文認為，法院如何操作基本權之第三人效力的理論，提出足以說服當事人的理由，無疑才是本問題的核心所在。⁶²

參、基本權利之衝突

當勞工於最低服務年限的爭議中，主張其工作權或其他自由權受侵害，而主張基本權保障時，可能也會同時侵犯了雇主的基本權利。學者對於個人行使基本權利時，同時侵害到他人之基本權利的情形，稱為基本權利之衝突關係⁶³。另有學者進一步的論述是，基本權第三人效力之論證基本上係屬片面地假設勞工的基本權優於雇主，只是如何適用法律而已，但如果深刻的思考，此一問題，做為雇主的公司何嘗沒有基本權，此種問題應從基本權衝突的角度切入⁶⁴。是故，本文以下將就雇主在最低服務年限爭議中有何基本權需受保障，以基本權衝突的解決方法，逐一介紹。

一、雇主得主張之基本權保障

(一)財產權

在前一章，本文曾經提及雇主與勞工約定最低服務年限的目的之一，是為了確保企業成本的支出，避免雇主為員工所支出的訓練成本付諸流水。雇主在選派勞工接受訓練時，無非期望勞工學成歸來時，可以繼續為自己的企業效力，對於所付出的訓練費用，其實存在著一種期待利益。但是，依部分憲法學者的看法，僅具有獲得財產的期待可能性（Erewrbe-chance），尚不屬於財產權，因財產權之保障是保障已擁有的財產權繼續存續，而非預期可能取得的財產期待利益⁶⁵。依此看法，則

⁶² 對於直接適用說或是間接適用說的檢討，請參見黃程貫，勞動法，二〇一一年六月，修正再版三刷，第一二二頁；李建良，競業禁止與職業自由，本土法學第十五期，二〇一〇年十月，第一一三頁。

⁶³ 參照法治斌、董保城，中華民國憲法，二〇一一年二月，修訂三版，第一二二頁；李惠宗，比汽油還貴的水，月旦法學雜誌第六五期，二〇一〇年十月，第八頁；李震山，基本權利之衝突，月旦法學雜誌第一期，一九九五年五月，第六頁。

⁶⁴ 李惠宗，禁譜辦公室戀曲「基本權第三人效力」或「基本權衝突」，月旦法學雜誌第七九期，二〇一一年十二月，第十頁。

⁶⁵ 法治斌、董保城，中華民國憲法，二〇一一年二月，修訂三版，第一八七頁。

雇主期待勞工履行最低服務年限約定的**期待利益**，並不能主張憲法第十五條有關財產權之保障。

不過，有關期待利益的保障，依民法第二百一十六條第二項：「依通常情形，或依已定之計劃、設備或其他特別情事，可得預期之利益，視為所失利益。」對於有相當情事可得確定的所失利益，得計入損害賠償的範圍，換言之，期待利益是受民法保障的。其次，財產權、自由權、平等權，係三大古典人權，關於財產權的保障，應該跳脫僅限於「所有權」保障的框架，而賦予新的意涵，將可得確定的期待利益，亦列入憲法第十五條財產權保障的範圍內。

另外，在部分個案裡，雇主因受選派員工違反最低服務年限約定提前離職，因該受選派員工於訓練時，可能接觸到技術合作企業的營業秘密，其離職可能導致該等秘密洩漏，雇主可能因此必須對技術合作的夥伴企業，負損害賠償責任，譬如臺灣桃園地方法院八十九年度訴字第一七一九號民事判決，合信汽車工業股份有限公司 VS 蔡敦憲、李志峰請求損害賠償等事件乙案中（請參見第二章、貳、二、(三)）。在這種情形，雇主因為可能面對損害賠償的民事責任，對於財產權存有抽象的危險，所以雇主應可主張憲法第十五條有關財產權之保障。

(二)營業權

當雇主與勞工約定最低服務年限，勞工違反該約定提前離職，可能使雇主的業務進行受到影響，雇主的營業權（營業自由）必然受到損害。但是對於營業權的性質為何？我國憲法沒有明文的規定。因此，存有不同的看法。

學者認為有關已設立或經營商業活動亦屬財產權保障範圍⁶⁶。另外，則是依司法院大法官釋字第五一四號解釋理由書：「**人民營業之自由為憲法第十五條工作權及財產權應予保障之一項內涵**。基於憲法上工作權之保障，人民得自由選擇從事一定之營業為其職業，而有開業、停業與否及從事營業之時間、地點、對象及方式之自由；基於憲法上財產權之保障，人民並有營業活動之自由，例如對其商品之生產、交易或處分均得自由為之。」依此看法，營業活動不僅屬於財產權保障的範疇；也屬於工作權保障的範圍。

⁶⁶ 法治斌、董保城，中華民國憲法，二〇一一年二月，修訂三版，第一八七頁；許志雄等，現代憲法論，二〇一一年三月，初版二刷，第一七〇、一七四、一七五頁。

在大部分的中小企業裡，雇主只是因為稍具資本，可以僱用幾個員工，而成為一個小小的雇主，工作時間中甚至和員工一起打拼，並且以此為生；此時雇主之營業，其實也是工作的一部份。當然，因為勞工違反最低服務年限的約定時，雇主有關營業事務的執行難免會受到影響，進而導致盈餘短收，則就影響到了雇主關於財產權的保障。因此，本文認為雇主之營業權具有工作權與財產權兩種面向，所以單獨以「營業權」為題，加以說明。

二、基本權衝突之解決

在最低服務年限的個案爭議中，勞工可以主張憲法第十五條工作權與憲法第二十二條人民其他之自由與權利的基本權保障；反之，雇主同樣可以主張憲法第十五條財產權及營業權的保障。此時，爭議的雙方當事人均可主張基本權來對抗對方的侵害行為，也就產生了基本權衝突的情形。

有關基本權衝突的解決方法，學者間之看法如下，有認為基本權衝突，如果涉及不同基本權時，應考慮依「基本權價值位序權衡原則」判斷何方之基本權較為「重要」⁶⁷。亦有認為應於具體事件中透過利益權衡的方式，而在相互衝突的基本權利中決定何種基本權利優先受保障。在作「權益均衡」時應考慮的觀點是「在不受絲毫損傷的平衡下」（亦有稱最受保護之平衡原則下，或者在最好的調和原則下），調和基本權利在衝突中的彼此矛盾，而非排除或犧牲某一個基本權利⁶⁸。另外的看法是基本權的衝突，僅能就個案，以法益衡量方式解決之，就行政上之先行認定權言，其解決之方式應非「零和式」或「排斥式」，而是「雙贏式」及「調和式」。若演化為司法爭訟事件，自然要依個案深究「事物之本質」後，再考查其限制可能性及其範圍，確定後，方作兩者間法益衡量，審慎決定⁶⁹。

整理學者間的見解後，儘管學者間之用語不同，但不難發現其共通之精神在於「利益權衡」一點；就我國憲法而言，並沒有規定何種基本權應優先於其他基本權受保障。所以，在基本權衝突的實際個案中，究竟是何種基本權可以優先於其他基本權受保障？宜視個案決定，而決定的依據，就是權衡各基本權保障所代表的利益，予以判斷。

⁶⁷ 李惠宗，禁譜辦公室戀曲「基本權第三人效力」或「基本權衝突」，月旦法學雜誌第七九期，二〇一一年十二月，第九頁；李惠宗，比汽油還貴的水，月旦法學雜誌第六五期，二〇一一年十月，第九頁。

⁶⁸ 法治斌、董保城，中華民國憲法，二〇一一年二月，修訂三版，第一二二頁。

⁶⁹ 李震山，基本權利之衝突，月旦法學雜誌第一期，一九九五年五月，第六一頁。

肆、本章整理

有關基本權利的第三人效力理論與基本權衝突的研究，是憲法學上的重要問題之一，對於一個民法的研究生而言，在處理此類問題上，仍必須以謹慎的態度來處理。在本論文中處理這個公法學的課題，主要是為了顧及研究的整體性，因為在部分的法院判決中，勞工都提出了基本權利第三人效力相關的主張或抗辯。另外，本文則是希望藉由基本權衝突時，通說所採「利益權衡」的解決方法，來引出「最低服務年限」約定條款效力問題的解決方向。

在第二章中，本文論述了雇主與勞工約定最低服務年限條款的目的，歸根究柢，無非是雇主為了維護自己的利益；反之，如果罔顧該最低服務年限約定條款的合理性，而一味地要求勞工必須遵守約定，不得提前離職，對於勞工利益的維護，也將有不足之處。勞工與雇主間最低服務年限約定就是一個典型利益衝突的例子，個人曾經主張必須衡量勞工與雇主間之利益，綜合考量其契約訂立之真正目的，來判斷最低服務年限相關約定條款之效力⁷⁰。今日回想，若將勞工與雇主利益之維護，提升至基本權保障的層面時，同樣也是以「利益權衡」的方法來解決基本權衝突之爭議，與個人之前的看法，其實也有著些許的吻合。

前已提及德國實務上，常見雇主與勞工間就訓練期間內雇主所支出的訓練成本費用，約定訓練費用的返還條款，如果勞工在所約定的最少服務期間屆至前終止勞動契約，即須負擔訓練成本的返還義務。有關費用返還約定條款的適法性，德國聯邦勞工法院主要是依據利益衝突的權衡理論（Abwägung der widerstreitenden Interessen）來進行審查⁷¹；足見「利益權衡」應是解決此爭議的有效途徑⁷²。

在下一章中，本文將回到最低服務年限約定條款效力判斷的主題，除了最低服務年限約定條款效力的討論外，也將一併探討勞動契約之解釋方法與定型化勞動契約的問題。本文並將延續個人在《勞動契約上服務年限和違約金之約定》一文中，所提出的合理性判斷依據，進一步分為「必要性」與「合理性」兩個層面，來分析勞工與雇主間關於最低服務年限約定條款的效力問題。

⁷⁰ 拙著，勞動契約上服務年限和違約金之約定，收錄於李模務實法學基金會九十一年第七屆法學論文徵選得獎作品集，二〇〇三年十二月，第一版，第二三九、二四〇頁。

⁷¹ Preis, Praxis-Lehrbuch zum Individualarbeitsrecht, 1999, S.380。

⁷² 至於權衡考量的標準，詳見下述第四章、肆、二以下。

