

國立政治大學法律學研究所碩士論文

指導教授 黃程貫博士

The logo of National Chengchi University is a circular emblem. It features a central five-petaled flower shape. Inside the flower, the Chinese characters '政大' (Chengchi University) are written vertically. The outer ring of the logo contains the text '立政治大' at the top and 'National Chengchi University' at the bottom.

定型化勞動契約之司法控制

研究生 洪瑩容 撰

中華民國九十八年六月

謝 辭

這本論文得以順利完成，最應該感謝的人即是恩師黃程貫教授。大學時期修習黃老師所開設的德文及勞動法課程，因而對勞動法產生了濃厚的興趣。研究所時期承蒙恩師不棄，收為門下弟子，從此以後即與勞動法結下不解之緣。黃老師學養深厚，治學嚴謹，有幸在師門下學習，讓我在法學的領域上獲益良多。於論文寫作的歷程中，一度因為律訓及實習使論文進度延宕，老師不但不加以責怪，還慷慨借與我許多德文書籍，並細心提醒我書籍改版及更新資料等事宜。尤其在論文初稿完成之際，臨近我遠赴德國之日，老師知悉此事後，為能讓我順利畢業，在百忙之中不辭辛勞地審閱論文內容，一一校正別字，並親自費心為我安排學位考試，對於老師之包容及提攜，學生由衷感謝。

感謝黃立教授及陳建文教授在百忙之中撥冗參加我的口試。大學時期曾修習黃立教授所開設的債總課程，老師上課不拘泥於傳統的講授方式，總喜歡與學生進行一對一案例問答，生性害羞又怕丟臉的我，上課時總是盡可能地藏匿在教室後座，對老師也多了一份畏懼之心。上了研究所後才發現老師其實是位慈眉善目的長者，幽默風趣的教授方式常讓課堂上笑聲連連，也貼近了與學生間的距離。黃立老師學識淵博，專精民法及消保法等領域，其所著作多篇關於德國新債法之文章，對我深有啟發，建立奠定了我對德國法制的理解，於閱讀艱澀難懂的德文文獻時，幸好有老師的著作，讓我的翻譯理解工作達到事半功倍之效。年輕有為的陳建文教授溫文儒雅，見地深遠，身為學長的建文教授對於學弟妹照顧有加，在口試過程中，提供了我許多寶貴意見，並建議我從全面的角度思考問題，礙於筆者之能力，此次修改恐辜負老師之期待，但老師之教誨，學生謹記在心，希冀能以之作為將來研究方向。

在學習法律期間，受惠於多位老師之指導與照顧，身為勞社法中心大家長之一的郭明政教授，懷抱遠大理想，從不吝將寶貴知識傳授給學生，對於老師的鼓勵及關心，學生無限感激。林佳和教授在我論文計劃書提交之初，即給予我許多的協助，繁忙之餘還特別抽空與我討論論文架構，暢談對章節編排的意見與想法，匡正我的研究方向，並提供我許多實用而懇切的建議，若非老師的細心指導，我恐怕還不知道要走多少冤枉路才能導回正途。

感謝勞社法中心的各位成員，記得報考研究所之際，曾求助毅冠學長與張飛學長，面對素未謀面的我，學長們還是不吝惜與我分享考試資訊及

經驗。有學長學姐們的細心指導，讓我能很快適應研究所的生活。素吟學姊對於勞動法的熱忱以及認真負責的態度，一向是我學習的榜樣；而優雅溫柔的以璇學姊總是耐心地回答我的疑問，並給予我許多建議及協助；同門又同屆羽凡及旭利，總是慷慨地與我分享學習心得，彼此互相鼓勵；此外，還有吉叔、蕙安、硯文、怡君、瀨心、瑋志、小美、詠善、柏賢、志蓁、思齊、映萱、承萱、勇安、藝蓁等勞社法中心的夥伴們，你們的存在讓勞社法中心成為一個溫暖的大家庭，感謝你們的關心與祝福，也希望大家在未來的日子裡都能平安順遂。

感謝從大學以來一直支持我的好姊妹們，善解人意的郁婷、樂觀爽朗的慈露、直率可愛的天惠，以及同為射手座心靈相通的屏芬，每當我們相聚之時，總是可以天南地北地聊個不完；在準備國考的煩悶歲月裡，我們一起互相鼓勵扶持，回想起這段一起努力的時光，苦澀之餘，因為妳們，我心底湧起一絲絲幸福感，誠心祝福妳們都有美好前程。

在此，要將篇幅留給我的親密戰友彥彬，多年以來我們一起經歷過許多大大小小挑戰。在學業方面，你是我難纏的假想敵，因為你對學術的執著與熱情，激起了我內心倔傲的那一面，你的鞭策與激勵，成為我不斷向前的動力；在生活方面，你是我無話不談的摯友，在我失意之時，你總能知道如何讓我從沮喪的心情中回復。感謝你在這本論文只有雛形之時，便投注了許多心力，如今這本論文得以順利生成，你的付出功不可沒。

最應該感謝的，是一直以來默默支持我的家人。爸爸媽媽傾盡全部心力，只為提供我一個無後顧之憂的學習環境。即使在我一無所成灰心喪志之際，你們從來不放棄我，用無私的包容及鼓勵幫助我重拾繼續前進的信心。美麗善良的姊姊們，在出嫁後還是不時捎來溫暖的關懷，縱然我即將進入而立之年，妳們仍然把我當成小妹妹一樣疼愛。何其有幸能得到大家的真情相護，隻字片語不足以表達我所有的感激，謹以這本論文獻給我深愛的家人，感謝你們。

洪瑩容 謹誌

摘要

定型化契約條款的發展自二十世紀以來，普遍地擴及一切的商品服務業，此種普及之情況在勞動生活實態中亦不例外。在勞動契約的締結過程中，雇主多以預先擬定的契約條款，單方面向勞工提出，就締約實力而言，勞工多半處於弱勢之一方，對於契約內容之形成難有影響力，通常僅能在接受與否間選擇，契約自由原則在此無法達到其保障契約內容的實質正當性功能，從而對於定型化勞動契約之內容有加以控制、審查之必要性。

然而定型化勞動契約之司法控制在我國現行實定法之狀態下，有其適用上之困境，我國制定法中有關定型化契約條款之規範，以消費者保護法之規定（第 11 條至第 17 條）最為詳盡，然而該法所適用之對象受到立法定義之侷限，非消費性契約無消保法之適用，勞動契約因而無法直接適用上開規定。我國民法債編於民國 88 年的修正中雖增訂民法第 247 條之 1，作為定型化契約條款之原則性規定，然此一規範內容僅涉及定型化契約之內容控制，其立法密度顯然小於消保法之規定。

為了釐清定型化勞動契約控制在我國法上之適用依據，本論文蒐羅大量法院判決，觀察法院適用民法第 247 條之 1 於勞動契約中之現狀，並譯介德國法制相關討論及規範，希冀對此問題有更進一步之認識，進而提出妥適之解決之道。

本論文首先從定型化契約之理論出發，分析定型化契約須受控制之理由及其控制之基本模式。其後詳述我國法制現狀，探討在法律適用困境下，如何進一步建構起定型化勞動契約之法律體系及適用依據。為能釐清定型化契約的司法控制體系，本論文以大量篇幅分析比較我國與德國法制，依序探討定型化契約條款之定義、納入契約及異常條款之判定、不明確條款解釋原則、內容控制等相關重要問題。再者，若契約不被納入成為契約內容，或者因顯失公平而被判定無效後，其法律效果為何，亦為本論文所要探討之議題。最後，以勞動契約常見之四種定型化契約條款為題，介紹我國法院之處理方式以及德國法制之討論，期能藉由比較法上之分析作為我國將來法律解釋及立法之借鏡。

關鍵字：定型化契約、定型化契約條款、附合契約、民法第 247 條之 1、個別磋商條款、異常條款、客觀解釋原則（Objektive Auslegung）、不明確條款解釋原則（Unklarheitenregel）、內容控制（Inhaltskontrolle）、透明性原則（Transparenzgebot）、契約的補充解釋（ergänzende Vertragsauslegung）、效力減縮原則（Geltungserhaltende Reduktion）、調職條款、工作規則、最低服務年限條款、費用返還條款（Rückzahlungsklauseln）、離職後競業禁止條款、違約金條款

論文簡目

第一章 緒 論	1
第一節 研究動機與目的	1
第一款 研究動機.....	1
第二款 研究目的.....	2
第二節 研究方法與範圍	3
第一款 研究範圍.....	3
第二款 研究方法.....	3
第三節 本論文之論述脈絡	4
第二章 定型化勞動契約控制概論	9
第一節 定型化契約之發展與控制必要	9
第一款 定型化契約之發展及功能.....	9
第二款 定型化契約控制之理由.....	11
第二節 定型化契約規制之基本模式	20
第一款 立法規制.....	20
第二款 行政監督.....	20
第三款 司法控制.....	22
第三節 我國定型化契約法制發展概況	27
第一款 制定法施行前—公序良俗.....	27
第二款 制定法施行後—誠信原則.....	28
第四節 定型化勞動契約司法控制之依據	33
第一款 問題的提出—規範之欠缺.....	33
第二款 德國定型化勞動契約條款法制之發展軌跡.....	34
第三款 定型化勞動契約控制依據之探求.....	38
第三章 定型化勞動契約控制之理論體系	51
第一節 定型化勞動契約條款之判定	51
第一款 定型化契約條款.....	51
第二款 個別磋商條款.....	74
第二節 定型化勞動契約條款之訂入契約	84
第一款 意思合致原則.....	84
第二款 訂入契約之積極要件.....	84
第三款 消極要件—須非「異常條款」.....	89
第四款 法律效果—不構成契約內容.....	95

第五款 舉證責任之分配.....	95
第三節 定型化勞動契約條款之解釋.....	96
第一款 契約條款解釋之原因.....	96
第二款 客觀解釋原則.....	96
第三款 不明確條款解釋原則.....	97
第四節 定型化勞動契約條款之內容控制.....	105
第一款 前 言.....	105
第二款 內容控制之對象.....	105
第三款 內容控制之依據.....	108
第四款 德國民法之觀察.....	130
第五款 小 結.....	144
第四章 約款無效或不被納入契約之法律效果.....	147
第一節 問題的提出.....	147
第二節 「一部無效，全部無效」原則於勞動契約之適用.....	148
第一款 定型化勞動契約適用民法第 111 條問題探討.....	149
第二款 比較法之觀察.....	151
第三款 本文淺見.....	153
第三節 契約漏洞之填補.....	155
第一款 契約漏洞之發生.....	155
第二款 契約漏洞之填補.....	156
第四節 效力減縮原則之探討.....	159
第一款 問題的提出.....	159
第二款 國內法院裁判之觀察.....	160
第三款 比較法上之觀察.....	165
第四款 本文淺見.....	168
第五章 個別約款之檢討.....	179
第一節 調職條款.....	179
第一款 前 言.....	179
第二款 調職命令之法律性質及實務處理概況.....	180
第三款 調職審查體系之建構.....	187
第四款 調職條款之審查.....	192
第二節 最低服務年限條款.....	200
第一款 概說.....	200
第二款 現行法規範.....	204
第三款 定型化契約條款之控制.....	206
第四款 法律效果.....	230

第五款 舉證責任.....	234
第三節 離職後競業禁止條款.....	237
第一款 概說.....	237
第二款 制定法之規範狀態.....	240
第三款 定型化契約條款控制.....	241
第四款 法律效果.....	260
第五款 舉證責任.....	265
第四節 違約金條款.....	267
第一款 概說.....	267
第二款 內容控制所需考量之因素.....	273
第三款 違約金約款受無效宣告之法律效果.....	274
第四款 幾則德國聯邦勞動法院判決之介紹.....	278
第六章 結論.....	283
第一節 研究成果.....	283
第二節 立法展望.....	294





論文詳目

第一章 緒論.....	1
第一節 研究動機與目的.....	1
第一款 研究動機.....	1
第二款 研究目的.....	2
一、釐清定型化勞動契約控制在我國法上之適用依據.....	2
二、觀察及檢討我國實務判決現況.....	2
三、介紹德國法上相關問題之討論.....	2
四、整理、分析我國常見之定型化勞動契約條款.....	3
第二節 研究方法與範圍.....	3
第一款 研究範圍.....	3
第二款 研究方法.....	3
第三節 本論文之論述脈絡.....	4
第二章 定型化勞動契約控制概論.....	9
第一節 定型化契約之發展與控制必要.....	9
第一款 定型化契約之發展及功能.....	9
一、定型化契約之發展.....	9
二、定型化契約之功能.....	9
(一) 效率化功能.....	10
(二) 合理化功能.....	10
(三) 補充性功能.....	11
第二款 定型化契約控制之理由.....	11
一、從「契約自由」到「契約正義」之法律思維.....	11
(一) 契約自由原則之內涵.....	11
(二) 定型化契約對於契約自由之衝擊.....	13
(三) 契約正義.....	14
二、協商成本之考量一個別交涉成本過高.....	16
三、其他原因導致協商均勢之欠缺.....	18
第二節 定型化契約規制之基本模式.....	20
第一款 立法規制.....	20
第二款 行政監督.....	20
一、消保法之規定.....	20
(一) 公告各種定型化契約範本.....	21

(二) 公告定型化契約之應記載事項或不得記載事項.....	21
(三) 派員查核.....	21
二、不適用於勞動契約.....	22
第三款 司法控制.....	22
一、概 論.....	22
二、與「其他控制措施」間之界線.....	22
(一) 強行規定.....	22
(二) 公序良俗.....	23
(三) 誠信原則.....	26
第三節 我國定型化契約法制發展概況.....	27
第一款 制定法施行前—公序良俗.....	27
第二款 制定法施行後—誠信原則.....	28
一、消費者保護法之規定.....	28
二、民法之規定.....	29
三、兩法間適用之關係.....	29
(一) 區分消費性 / 非消費性之定型化契約.....	29
(二) 定型化勞動契約於制定法上之適用依據.....	31
(三) 小 結.....	32
第四節 定型化勞動契約司法控制之依據.....	33
第一款 問題的提出—規範之欠缺.....	33
第二款 德國定型化勞動契約條款法制之發展軌跡.....	34
一、債法現代化前.....	34
二、債法現代化後.....	38
第三款 定型化勞動契約控制依據之探求.....	38
一、國內法院裁判之觀察.....	39
(一) 否定見解.....	40
(二) 肯定見解.....	41
二、國內學界見解之觀察.....	44
(一) 準用消保法之規範.....	44
(二) 區分規範之性質而為類推適用.....	44
(三) 法理適用說.....	45
三、本文淺見.....	46
(一) 法律漏洞之肯認.....	46
(二) 補充方法之確立.....	47
(三) 依法理適用之範圍.....	49
第三章 定型化勞動契約控制之理論體系.....	51
第一節 定型化勞動契約條款之判定.....	51

第一款	定型化契約條款.....	51
一、	定型化契約條款之定義.....	51
(一)	我國制定法之規定.....	51
(二)	德國法之觀察.....	52
1、	預先擬定.....	53
2、	多數契約.....	55
3、	單方提出.....	56
(三)	制定法之檢討.....	57
1、	法院裁判之觀察及檢討.....	58
2、	本文淺見.....	60
(1)	文義解釋.....	60
(2)	立法目的解釋.....	60
(3)	比較法之觀察.....	61
(4)	小 結.....	62
二、	爭議問題—工作規則.....	63
(一)	法院裁判實務之觀察.....	65
(二)	工作規則法律性質之探討.....	67
(三)	小 結.....	69
(四)	本文淺見.....	71
第二款	個別磋商條款.....	74
一、	個別磋商條款之認定.....	74
(一)	磋商之意義.....	74
(二)	我國實務學說對「個別磋商條款」之認定.....	75
二、	個別磋商約款之效力.....	77
(一)	個別磋商條款優先於定型化契約條款之原則.....	77
(二)	個別磋商條款與定型化契約條款控制.....	78
1、	我國學說文獻之討論.....	79
(1)	否定見解.....	79
(2)	折衷見解.....	79
2、	法院裁判之觀察.....	79
3、	比較法的觀察.....	80
4、	本文淺見.....	81
(1)	消保法之文義解釋.....	81
(2)	民法之立法理由.....	81
(3)	定型化契約控制之體系.....	82
三、	舉證責任之分配.....	83
第二節	定型化勞動契約條款之訂入契約.....	84
第一款	意思合致原則.....	84

第二款 訂入契約之積極要件.....	84
一、基本理論.....	84
二、消保法第 13 條之要件.....	84
(一) 約款使用人向相對人提示其約款.....	85
1、向相對人明示其內容.....	85
2、以顯著方式公告內容.....	85
(二) 經消費者同意受其拘束.....	86
三、我國制定法之檢討.....	86
四、比較法之觀察—定型化勞動契約適用上之疑義.....	86
第三款 消極要件—須非「異常條款」.....	89
一、構成異常條款之要件.....	90
(一) 客觀要件：「異於尋常」之條款.....	90
(二) 主觀要件：須勞工主觀上「無法預見」.....	91
二、制定法之檢討—是否以「未經記載於定型化契約中」之條款 為限？.....	93
(一) 法院裁判之觀察.....	93
(二) 學說討論.....	94
(三) 小 結.....	94
第四款 法律效果—不構成契約內容.....	95
第五款 舉證責任之分配.....	95
第三節 定型化勞動契約條款之解釋.....	96
第一款 契約條款解釋之原因.....	96
第二款 客觀解釋原則.....	96
第三款 不明確條款解釋原則.....	97
一、基本思想.....	97
二、法律依據.....	98
(一) 我國制定法規定.....	98
(二) 定型化勞動契約之採取.....	99
(三) 比較法之觀察.....	101
(四) 小 結.....	102
三、適用要件分析.....	102
(一) 於客觀解釋之後.....	102
(二) 兩個以上之疑義.....	102
(三) 法律效果及適用順序.....	103
第四節 定型化勞動契約條款之內容控制.....	105
第一款 前 言.....	105
第二款 內容控制之對象.....	105
一、基本原則.....	105

二、不受內容控制之約款.....	106
(一) 個別磋商條款.....	106
(二) 違反強行規定或公序良俗之約款.....	106
(三) 純粹闡述法規之約款.....	107
(四) 主給付之對價性.....	108
第三款 內容控制之依據.....	108
一、民法第 247 條之 1 與消保法第 12 條之關係.....	109
二、民法第 247 條之 1 之適用.....	111
(一) 定型化約款所約定之內容，須符合本條所規範之四款 中任何一款之情形.....	111
1、法院裁判見解之觀察.....	111
2、實務見解之檢討.....	114
(1) 為他方所不及知.....	114
(2) 他方無磋商變更餘地.....	115
(二) 各款規定於定型化勞動契約之適用.....	117
1、免除或減輕自己責任條款.....	117
2、加重他方責任條款.....	119
(1) 最低服務年限條款.....	119
(2) 競業禁止條款.....	120
(3) 加重勞工賠償責任條款.....	121
3、使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利.....	121
(1) 他方棄權條款.....	121
(2) 競業禁止條款.....	122
(3) 最低服務年限條款.....	123
(三) 按其情形顯失公平.....	124
1、顯失公平.....	124
2、依「契約本質所生之主要權利義務」及「法律規定」	125
3、最高法院裁判觀察.....	126
(1) 無從選擇締約對象或無拒絕締約內容餘地.....	126
(2) 實務見解之檢討.....	126
三、消保法有關內容控制之規定.....	129
第四款 德國民法之觀察.....	130
一、體系概論.....	130
(一) 條文概論.....	130
(二) 審查順序.....	134
(三) 審查基準.....	135
1、概括條款 (民法第 307 條第 1 項第 1 句).....	135

(1) 顯失公平與誠信原則.....	135
(2) 利益衡量之判斷標準.....	136
A、一般判斷標準.....	136
B、個案具體情況之考量.....	137
2、偏離法律規定之顯失公平.....	137
(1) 法律規範.....	138
(2) 契約之目的難以達成.....	139
3、透明性原則.....	139
(1) 意義與目的.....	139
(2) 勞動契約之適用.....	140
(3) 透明性原則之內容.....	141
A、可理解之要求.....	141
B、明確性及具體化之要求.....	141
C、模糊及詐欺之禁止.....	142
(4)「透明性原則」與「適當性控制」之關係..	143
第五款 小 結.....	144
第四章 約款無效或不被納入契約之法律效果	147
第一節 問題的提出.....	147
第二節 「一部無效，全部無效」原則於勞動契約之適用	148
第一款 定型化勞動契約適用民法第 111 條問題探討.....	149
一、民法第 111 條本文之適用.....	149
二、民法第 111 條但書之適用問題.....	150
(一) 適用要件.....	150
(二) 適用檢討.....	151
第二款 比較法之觀察.....	151
第三款 本文淺見.....	153
一、不宜以民法第 111 條作為適用規範.....	153
二、依法理適用消保法第 16 條之規定.....	154
第三節 契約漏洞之填補.....	155
第一款 契約漏洞之發生.....	155
第二款 契約漏洞之填補.....	156
一、任意規定之適用.....	156
二、補充的契約解釋.....	156
(一) 與闡釋性的契約解釋之差異.....	156
(二) 補充的契約解釋之操作.....	157
三、小 結.....	157
第四節 效力減縮原則之探討	159

第一款	問題的提出.....	159
第二款	國內法院裁判之觀察.....	160
	一、肯定說.....	160
	二、否定說.....	164
第三款	比較法上之觀察.....	165
	一、美國法制.....	165
	二、德國法制.....	166
第四款	本文淺見.....	168
	一、形式上之理由.....	168
	(一) 特定約款之部分無效.....	168
	(二) 無效約款之復活.....	169
	二、實質上之理由.....	170
	(一) 定型化約款控制之目的.....	170
	(二) 敦促雇主謹慎擬定公平合理之約款.....	170
	(三) 雇營業利益之維護.....	171
	(四) 效力減縮原則與契約漏洞填補之差異.....	172
	(五) 我國不具有承認效力減縮原則之合理基礎.....	173
	(六) 違約金酌減規定之浮濫適用.....	174
	三、小 結.....	176
第五章	個別約款之檢討.....	179
第一節	調職條款.....	179
第一款	前 言.....	179
第二款	調職命令之法律性質及實務處理概況.....	180
	一、現行法的規定.....	180
	二、學說見解概況.....	181
	(一) 概括合意說.....	181
	(二) 勞動契約說.....	181
	(三) 特約說.....	182
	(四) 調職命令權否認說.....	182
	三、實務判決之概況.....	183
	四、小 結.....	186
第三款	調職審查體系之建構.....	187
	一、實務見解之檢討.....	187
	二、審查體系之建構.....	189
	(一) 比較法之觀察.....	189
	(二) 我國法之體系建構.....	190
	1、第一階段.....	191

2、第二階段.....	191
3、第三階段.....	191
第四款 調職條款之審查.....	192
一、我國法院實務之觀察.....	192
(一) 不為定型化契約條款控制之審查，判斷調職合法性主要係依據權利行使之審查.....	192
(二) 論及民法第 247 條之 1 之判決.....	194
二、比較法之觀察.....	196
(一) 有關職務內容之調職條款.....	196
(二) 有關工作地點之調職條款.....	198
三、小 結.....	199
第二節 最低服務年限條款.....	200
第一款 概說.....	200
一、意義與目的.....	200
二、常見的約款.....	201
第二款 現行法規範.....	204
第三款 定型化契約條款之控制.....	206
一、最低服務年限條款之納入控制.....	206
二、定型化契約最低服務年限條款之解釋.....	207
三、最低服務年限條款之內容控制.....	208
(一) 我國法院判決之觀察.....	209
1、約款效力判斷之依據.....	209
(1) 憲法第 15 條工作權之保障.....	209
(2) 民法第 72 條公序良俗之規定.....	210
(3) 民法第 247 之 1 條.....	211
(4) 「必要性」與「合理性」之判斷標準.....	212
2、司法實務對於最低服務年限條款效力判斷之觀察.....	214
(1) 最低服務年限約款之效力之認定.....	214
(2) 廣泛運用違約金之酌減尋求個案之公平... ..	216
3、最低服務年限之要件—終止事由之探討.....	218
(二) 比較法之觀察.....	220
1、德國聯邦勞動法院判決之軌跡.....	221
(1) 債法現代化以前.....	221
(2) 債法現代化後.....	221
2、個案之利益衡量.....	222
(1) 對於勞工而言有價值之利益.....	222
(2) 拘束程度.....	223
(3) 費用返還之金額.....	225

(4) 返還義務之要件.....	225
四、本文淺見.....	227
(一) 應以民法第 247 條之 1 作為定型化契約條款內容控制 之法律依據.....	227
(二) 以「合理性」及「必要性」作為「顯失公平」與否之 判斷標準.....	228
(三) 有關終止事由之討論.....	229
(四) 以違約金之酌減作為調整約款之合理性有所不當..	230
第四款 法律效果.....	230
一、我國法院判決實務之觀察.....	230
二、比較法之觀察.....	232
三、本文淺見.....	233
第五款 舉證責任.....	234
一、比較法之觀察.....	234
二、本文淺見.....	235
第三節 離職後競業禁止條款.....	237
第一款 概說.....	237
一、意義與目的.....	237
二、常見之約款.....	238
第二款 制定法之規範狀態.....	240
第三款 定型化契約條款控制.....	241
一、定型化契約條款解釋.....	241
二、定型化契約之內容控制.....	243
(一) 我國判決之觀察.....	243
1、審查依據.....	243
(1) 憲法工作權之保障.....	243
(2) 公序良俗.....	244
(3) 民法第 247 條之 1.....	245
2、具體標準.....	247
(二) 學說見解.....	249
(三) 比較法之觀察.....	250
1、概 說.....	250
2、德國商法有關競業禁止條款之規範.....	252
(四) 小 結.....	255
1、審查的依據.....	255
2、審查之標準及順序.....	256
第四款 法律效果.....	260
一、我國實務及學說之見解.....	260

(一) 肯定說.....	260
(二) 否定說.....	262
二、比較法之觀察.....	263
三、小 結.....	264
第五款 舉證責任.....	265
第四節 違約金條款.....	267
第一款 概 說.....	267
一、意義與目的.....	267
二、國內常見之違約金條款.....	268
(一) 連結特定行為義務之違約金條款.....	268
(二) 概括規定違約之違約金條款.....	271
三、與其他制度間之差異.....	271
(一) 損害賠償總額之預定.....	271
(二) 失權條款.....	273
第二款 內容控制所需考量之因素.....	273
一、異常條款.....	273
二、內容控制.....	274
第三款 違約金條款受無效宣告之法律效果.....	274
一、國內法院裁判之觀察.....	275
二、違約金條款之內容控制與違約金酌減之關係.....	277
三、損害賠償法理之回歸.....	278
第四款 幾則德國聯邦勞動法院判決之介紹.....	278
一、透明性之要求.....	279
二、額度過高的違約金約定.....	280
三、過度擔保之禁止.....	280
第六章 結 論.....	283
第一節 研究成果.....	283
一、釐清定型化勞動契約控制之適用依據.....	283
二、定型化勞動契約控制體系.....	284
(一) 定型化契約條款定義之檢討.....	284
(二) 工作規則法律性質之闡明.....	285
(三) 最高法院見解之不當.....	286
三、說明定型化勞動契約條款無效或不納入契約之法律效果..	287
(一) 規範的選擇上應以依法理適用消保法第 16 條之規定	287
(二) 定型化勞動契約條款不宜適用「效力減縮原則」..	288
四、個別約款之檢討.....	289
(一) 調職條款.....	289

1、調職爭議審查體系之建構.....	289
2、調職條款審查標準.....	290
(二) 最低服務年限條款.....	291
(三) 離職後競業禁止條款.....	292
(四) 違約金條款.....	293
第二節 立法展望.....	294
一、制定法之檢討.....	294
(一) 定型化契約條款之定義之檢討.....	294
(二) 納入控制規範之檢討.....	295
(三) 內容控制規範之檢討.....	295
二、立法建議—規範之研擬.....	296





第一章 緒論

第一節 研究動機與目的

第一款 研究動機

所謂的定型化契約條款係指當事人之一方為了多數契約之使用，而預先擬定之契約條款，並於締約時對契約相對人提出。定型化契約條款的發展自二十世紀以來，普遍地擴及一切的商品服務業，在勞動法的領域中亦不例外，然而定型化契約締結過程中，約款使用者與相對人間多處於締約實力不平等之情況，契約自由原則在此無法達到其保障契約內容的實質正當性功能，故針對定型化契約應加以控制之思維即油然而生。在勞動契約中，基於勞動力本身之供給往往多於需求，且勞工須藉由勞動契約之締結以獲得生存之保障，雇主與勞工常處於結構上不平等之地位。¹勞工在協商地位之惡劣處境往往更甚於消費者，故在定型化勞動契約中亦應有對之為內容控制之需求。

在我國制定法中針對定型化契約條款之規範，以消費者保護法（以下簡稱消保法）之規定（第 11 條至第 17 條）最為詳盡，然而消保法所適用之對象受到立法定義之侷限，依據一般實務學理通說見解，非消費性契約無消保法之適用，從而定型化勞動契約無法直接適用消費者保護法之規定。²我國民法債編於民國 88 年的修正中雖增訂民法第 247 條之 1，作為定型化契約條款之原則性規定，惟上開規定主要為關於內容控制之規範，此將造成定型化勞動契約在納入控制（Einbeziehungskontrolle）³及不明確條款解釋原則無制定法上之依據。⁴

針對定型化契約司法控制之規範，德國於 2001 債法現代化後，將原本定型化契約條款規制法（AGBG）之規定納入債法中（民法第 305 條至第 310 條），原本被舊法所排除適用之勞動契約，因新債法並無排除之規範，原則上亦得適用民法第 305 條至第 310 條有關定型化契約控制之規定，其後相關法學文獻之討論及實務上之發展皆有顯著之成果。

¹ Vgl. Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn. 32.

² 詳請參閱第二章第三節第二款之論述。

³ 有關定型化勞動契約條款訂入契約，消保法規範於第 13 條第 1 項：「定型化契約條款未經記載於定型化契約中者，企業經營者應向消費者明示其內容；明示其內容顯有困難者，應以顯著之方式，公告其內容，並經消費者同意受其拘束者，該條款即為契約之內容。」及第 14 條：「定型化契約條款未經記載於定型化契約中而依正常情形顯非消費者所得預見者，該條款不構成契約之內容。」

⁴ 不明確條款解釋原則規範於消費者保護法第 11 條第 2 項：「定型化契約條款如有疑義時，應為有利於消費者之解釋。」

上開德國法制之經驗說明，在勞動契約之領域中並無排除定型化契約法制適用之特殊理由，而在 2007 年由兩位知名勞動法學者 Martin Hensler 與 Ulrich Preis 所研擬的勞動契約法討論草案（Diskussionsentwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes）中，亦於第 18 條中明文訂定定型化勞動契約內容控制之規範。⁵該條文之內容與民法第 305 條至第 310 條極為雷同，有關定型化契約法制在勞動契約中之適用，已被德國勞動法學界所承認。

綜合上開論述，有關定型化勞動契約條款之控制於勞動法之領域中，將有一定程度之成長及發展空間，故本文以「定型化勞動契約之司法控制」為題，針對我國實務學說上討論之現狀加以觀察，並從比較法的觀點闡述德國法上有關定型化勞動契約之討論，希冀對此問題有更進一步之認識，以作為實務判決以及立法上之參考。

第二款 研究目的

一、釐清定型化勞動契約控制在我國法上之適用依據

於上開論述中可知現行法之規定對於定型化勞動契約而言，存有規範欠缺之情況，然此是否意味著定型化勞動契約條款並無規範上之需求？若答案為否定，則在現行法下是否存有立法漏洞之問題？對於立法漏洞應如何填補？定型化勞動契約在我國法上之適用依據為何？此為本論文首先要探討的問題。

二、觀察及檢討我國實務判決現況

既然定型化勞動契約在制定法上之規範為民法第 247 條之 1 規定，為求能徹底瞭解我國定型化勞動契約之相關問題，觀察實務對於民法第 247 條之 1 在定型化勞動契約中之適用即有必要，故本論文大量蒐集相關判決，藉以分析、歸納出實務適用之標準。

三、介紹德國法上相關問題之討論

我國之定型化契約法制多師承德國法之規定，於債法現代化後，在德國勞動法實務及學界以定型化勞動契約為探討課題之文獻相當可觀，反觀我國，對於定型化勞動契約條款控制之領域尚有許多發展空間，在此情況下，德國法上定型化勞動契約之發展、曾遭遇之問題及處理模式，

⁵ 搜尋自

http://www.bertelsmann-stiftung.de/cps/rde/xbcr/SID-74026AFF-354DBA7A/bst/Disk-ussion_sentwurf%20ArbVG%20-%20DIN%20A4%20ARIAL%20Druck%20November%202007%20-%20Endfassung.pdf，下載日期 2009 年 5 月 18 日。

皆相當具有參考價值。

四、整理、分析我國常見之定型化勞動契約條款

經由實務判決之整理，規整出我國常發生爭議之條款類型，並對之加以分析、檢討，參酌國內外學說之見解，以期能釐清相關問題，建構較為完整之審查體系及具體標準。

第二節 研究方法與範圍

第一款 研究範圍

關於定型化約款之規制，依照一般文獻上之討論，無非涵蓋立法規制、行政監督及司法控制三種，就立法規制而言，主要表現在立法者以立法之方式，直接介入當事人所擬形成之契約內容；至於行政規制，最顯著的例子，係消費者保護委員會以公布定型化契約應記載及不得記載之事項，以達成定型化約款內容之控制，就此二定型化約款之規制方式，本文僅於文中做概略性之介紹，不予詳細說明。

至於本文之研究範圍，則主要集中於司法控制之部分，亦即法院究竟應該如何對當事人所締結之契約，尤其是由雇主單方所擬定之定型化約款，其效力應該如何予以評價之問題而為討論，此亦為本論文以「定型化勞動契約之司法控制」作為論文題目之主要原因。

第二款 研究方法

為達成上開研究目的，本論文在研究方法上主要採取文獻分析法、相關判決之蒐羅研究、以及比較研究法。

首先，以文獻分析法而言，由於國內在定型化契約法制以及勞動法上之各項契約條款已有為數眾多之文獻討論，本論文廣泛收集與此相關之教科書籍、專論、期刊論文乃至於碩博士論文，作為本論文重要之研究素材，藉由文獻的閱讀及彙整，以求能對於國內定型化勞動契約之發展狀態及適用情況有一定程度之瞭解。

再者，有鑑於法律制度之研究之目的，在於尋求實際問題之解決，從而本論文相當重視國內法院裁判之蒐集與分析，為此本論文主要以「(民法第 247 條之 1+民法第二百四十七條之一)&勞動」作為判決搜尋之關鍵字，在個別問題以關鍵字搜尋之方式儘可能地蒐集相關判決，針對所累積之數百個判決加以整理、篩選並分析，以突顯出實務有關定型化勞動契約法制適用之相關問題，此等蒐集分析之過程除了有助於問題

意識之凝聚外，亦能對實際紛爭尋求適當之處理及解決方式。

最後，雖然國內之學界與實務在定型化契約法制之問題上，累積了一定程度之研究成果，惟其多著眼於消費性之法律爭議。此種現象可能是源自於我國法律規範及制度之侷限，直接以定型化勞動契約為題之文獻研究較為少見。對此問題，德國於債法現代化，使勞動契約納入定型化契約法之適用範圍後，相關之研究及文獻討論踴躍，而我國在消保法中有關定型化契約法制體系亦多師法德國法制，故德文文獻中關於定型化勞動契約議題之研究對於我國而言，極具參考之價值。基此，本論文在寫作上擬大量觀察比較法制上對於類似問題之處理方式，以期能針對我國法制之問題提出妥適之解決方法。

第三節 本論文之論述脈絡

本論文之章節架構主要分為六章，第一章為緒論，先說明本論文之研究動機、研究目的及研究方法，並以此作為基礎設定本論文之架構。

第二章為「定型化勞動契約控制概論」：

在本章第一節中，主要是簡述定型化契約迄今為止之發展，當勞動契約以定型化契約之形式締結的情況日益普遍時，定型化契約之運用雖有其功能，然而就其締結型態與方式亦將產生弊端，對契約自由原則造成一定之衝擊，此即為定型化契約控制之理由。除此之外，本節亦從締約成本之考量、雙方當事人協商均勢之欠缺之觀點，說明定型化勞動契約須受有控制之理由。

在前一節中肯認定型化契約條款有加以控制之必要後，在本章之第二節中將介紹定型化契約控制之基本模式，大致可分為立法規制、行政監督及司法控制。

瞭解了一般針對定型化契約控制之基本模式後，第三節即介紹我國定型化契約法制之發展概況，先針對我國實務在制定法（消保法及民法）施行前，法院針對定型化契約條款效力之處理方式及依據而為論述；再者，即說明現行法有關定型化契約條款之規範，並闡述民法與消保法間之適用關係，從而導出定型化勞動契約無法直接適用消保法之規定，

由於定型化勞動契約在現行制定法上有其適用之困境，在此種規範欠缺的狀態下，如何進一步建構起定型化勞動契約之法律體系及適用依據，此即本章第四節所要探討之課題。

第三章為「定型化勞動契約控制之理論體系」，於上開章節確立了定

型化勞動契約之適用依據後，在本章中即依序說明定型化契約控制之措施。

在**第一節**中，主要論述如何判定定型化勞動契約條款，說明其與個別磋商條款在概念上之差異及區分實益。在本節中將闡述現行法律及實務對於定型化契約條款之定義，並參酌德國法上之討論，而對於現行法之立法定義提出檢討。其後即針對勞動法上之爭議問題：即工作規則在法律性質上是否為定型化契約之問題加以探討，並提出本文淺見。

第二節則是說明有關定型化勞動契約條款訂入契約之問題，定型化契約條款必須符合訂入契約之要件，始能成為契約之內容，故在本節中即針對約款訂入契約之積極要件及消極要件（不得為異常條款）、法律效果及舉證責任加以說明。

當定型化勞動契約條款納入契約後，應經由解釋以確定條款內容，故在本章**第三節**中，即參酌國內及德文文獻，闡述定型化契約條款之主要解釋原則（「客觀解釋原則」及「不明確條款解釋原則」），並觀察我國裁判實務對於上開原則在定型化勞動契約之適用情況。

最末於**第四節**探討定型化勞動契約條款內容控制之問題，在本節中說明內容控制之對象、我國制定法上之規範以及最高法院對於本條適用之見解，簡述實務判決適用民法第 247 條之 1 規定於定型化勞動契約之現況，並針對實務見解之不當加以檢討。此外，由於我國定型化契約內容控制之規範，在體系上及內容上皆與德國法之規範雷同，然而德國民法之規範密度顯大於我國制定法上之規定，無論是法律規定或是文獻上之討論，皆具有參考價值，因此在本節中將介紹德國民法第 307 條至第 309 條關於定型化契約內容控制之體系，期能作為我國將來法律解釋及立法上之借鏡。

第四章為「約款無效或不納入契約之法律效果」：

若定型化勞動契約條款經由前開章節之審查順序，有符合異常條款之要件致使不被納入成為契約內容，或是因無法通過定型化契約條款內容控制之審查導致無效之法律效果時，對於整個勞動契約之其餘部分將發生何種影響？此即本章所要討論之問題，**第一節**即針對本章之問題意識加以說明。

當定型化勞動契約條款有不納入契約或無效之情況，是否適用民法第 111 條本文「一部無效，全部無效」規定，抑或應依法理適用消保法第 16 條之規定，此及**第二節**所要討論之重點，在本節中將從比較法的觀

點介紹德國民法第 306 條之規定，並簡述文獻上對此問題之探討，從而在本節末針對我國法上之適用依據提出本文淺見。

再者，若契約條款之無效或不被納入契約，則原來契約條款中對於當事人間特定權利義務之規劃的安排，即無法再行訴諸原來的契約條款，此時即可能存有契約漏洞之問題，故在本章第三節即參考學說及德國民法第 306 條第 2 項之規定，闡述應如何填補契約漏洞之問題。

此外，當定型化契約條款因顯失公平而有無效之原因，理論上應賦予無效之法律效果，惟無論是在德國或是在我國法院實務見解中，不約而同地出現另一種思考方式，其認為可根據個案之情況，將約款減縮至合理範圍，在德國法上稱為「效力減縮原則」。在第四節主要即是在探討「效力減縮原則」是否應適用於定型化勞動契約中，本節從我國幾則實務判決之觀察出發，並簡述我國學說及德國文獻上之討論，最後針對此一問題提出本文淺見。

第五章為「個別約款之檢討」，經由筆者蒐羅國內法院有關定型化勞動契約之判決後，規整在勞動契約中四種較常見而具有爭議之定型化契約條款，分別在各節中探討。

第一節探討「調職條款」之問題。在本節中先簡述國內學界對於調職命令權之討論以及實務判決之概況，其後提出對於實務見解之檢討，並參酌德國法上之討論建構起調職問題之審查體系。釐清了調職問題之審查順序後，即參酌德國文獻之討論，針對定型化調職條款內容控制之問題，特別是有關「透明性原則」之適用加以探討，從而提出小結。

再者，於第二節中則以「最低服務年限條款」為課題，先簡述可能涉及到之現行法規範，並探討國內制定法中是否有無對於此類約款之強行規定，確認無法律之強制規範後，再行探討定型化契約條款控制之問題。而本節將利用較大篇幅闡述最低服務年限約款效力的判斷之問題，對此先檢討實務判決之見解及其缺失，再從比較法的觀察，論述德國實務及學界判定此類約款之法律依據及具體的利益衡量標準，希望藉此可作為我國法上之參考。此外，在本節末則討論約款之法律效果及舉證責任問題。

第三節則是討論國內實務中爭議最頻繁之「競業禁止條款」問題，在本節中先說明在現行法下針對此類條款存在規範欠缺之狀態，從而開展定型化契約條款控制之討論，本節中亦將重點置於約款效力之判斷，亦即定型化競業禁止約款內容控制之問題，在此將參酌德國商法關於競

業禁止問題之規範以及國內文獻之討論，規整出我國法上關於競業禁止條款判決之判斷審查步驟及具體標準。本節末簡述對於約款之法律效果及舉證責任問題之說明討論。

由於在定型化勞動契約中，常存有違約金條款之約定，實務上常見的約款有連結特定義務的違約金條款，如上開章節中所述的競業禁止約款及最低服務年限約款中附帶違約金條款或是概括規定違約之違約金條款，而違約金條款本身亦屬獨立之約款，亦須受到定型化契約之內容控制，故於**第四節**擬觀察我國法院裁判實務對於違約金條款之態度，並介紹德國法上之相關討論，期能作為我國法上在約款效力判斷上之參考。

第六章為「**結論**」，本章為本論文之研究成果，並針對前開各章之結論作一統整回顧。





第二章 定型化勞動契約控制概論

第一節 定型化契約之發展與控制必要

本節主要是簡述定型化契約迄今為止之發展，當勞動契約以定型化契約之形式締結的情況日益普遍時，定型化契約之運用雖有其功能，然而就其締結型態與方式亦將產生弊端，對契約自由原則造成一定之衝擊，此即為定型化契約控制之理由。除此之外，本節亦從締約成本之考量、雙方當事人協商均勢之欠缺之觀點，說明定型化勞動契約須受有控制之理由。

第一款 定型化契約之發展及功能

一、定型化契約之發展

定型化契約條款係十九世紀工業化後，為了因應商品大量生產且規格一致而伴隨的交易現象，首先是出現在保險、運輸、銀行企業，自二十世紀初期起，則迅速擴展而普及於幾乎一切的商品與服務產業。¹

而從民國六十年代起，臺灣交易市場逐漸出現廠商使用定型化契約條款之情形，並經常發生疑義與爭論，尤其以金融機構與客戶間之借款及保證等各項契約、預售屋買賣契約、房屋仲介契約等最為常見。民國八十年代起，配合新型交易型態而生的定型化契約條款，如信用卡、行動電話、電子商務等，當事人更因定型化契約所生之爭議而糾紛不斷。²雖然如此，在現今的社會型態下，小至生活用水用電等繼續性供應契約，及一般交通運輸、旅遊乃至各種因金融、服務所衍生之新型契約，或是本論文所要探討的勞動契約，無一不以定型化契約之型態出現，定型化契約之大量運用已成現代契約交易的一大特色。³

二、定型化契約之功能

時至今日，定型化契約條款已經為各行各業所廣泛採用，其之所以得以普及化，係因定型化契約（條款）具有以下之功能：

¹ 參閱詹森林，〈最高法院與定型化契約法之發展〉及〈消費者保護法之定型化契約最新實務發展〉，收錄於《民事法理與判決研究（四）－消費者保護法專論（2）》，2006年12月初版，頁145；Müko/Basedow, 5 Aufl., 2007, Vor § 305, Rn. 1.

² 參閱詹森林，〈最高法院與定型化契約法之發展〉及〈消費者保護法之定型化契約最新實務發展〉，收錄於《民事法理與判決研究（四）－消費者保護法專論（2）》，2006年12月初版，頁146-147。

³ 參閱詹森林，〈私法自治原則之理論與實務－臺灣法制發展之情形〉，收錄於《民事法理與判決研究》，1998年11月，頁18。

(一) 效率化功能

對於定型化契約（條款）之使用人而言，由於使用預先擬定之約款，故無須於銷售每一商品或是提供每一服務時，逐一與交易相對人針對契約內容進行磋商，從而可以節省契約之成本。⁴蓋在此種大量交易的契約類型，並不重視交易相對人之個人因素，故可以擬定統一之交易條件，就契約之締結與履行，使用此種定型化契約（條款）可以達到節省時間及費用之功能，⁵此種約款對於約款相對人亦屬有利。舉例言之，消費者至停車場或者購買電腦時，對於比價或者是獲取談判資訊進行協商所需花費的勞力、時間或費用等交易成本，顯然高於直接接受定型化契約（條款）所花費的成本。⁶契約相對人對於個別交易，花費時間、精力分析定型化契約內容、更改契約條款甚至是尋找較有利之定型化契約，或許可以爭取到較有利於己的條款，但若該條款使用機率不高，與交易成本相比，與所得利益顯非合算。⁷因此在現行的交易型態下，定型化契約（條款）的使用，對於約款使用人或者是相對人而言，皆有其節省締約成本、增加效率之功能。

(二) 合理化功能

就此功能而言，利用定型化契約（條款），能使得契約當事人，尤其是擬定約款之一方得以預估風險，並用此等約款預防風險之發生、限制風險的範圍，甚至是移轉風險給與他方當事人。⁸簡言之，使用定型化契約可以合理化企業的經營，就身為契約相對人之消費者而言，其可不必耗費精神就交易條件討價還價，且企業的合理化經營有助於改善商品的品質或者是降低價格，對於消費者而言，亦屬有利。⁹

⁴ 參閱詹森林，〈定型化契約條款效力之規範〉，收錄於《民事法理與判決研究（四）—消費者保護法專論（2）》，2006年12月初版，頁136。

⁵ 參閱詹森林，〈定型化約款之基本概念及其效力之規範〉，收錄於《民事法理與判決研究（三）—消費者保護法專論》，2003年8月初版，頁34。

⁶ 參閱陳聰富，〈契約自由與定型化契約的管制〉，月旦法學雜誌第91期，2002年12月，頁55。

⁷ 參閱陳自強，〈契約之成立與生效〉，2005年2月，頁196。

⁸ 在預防風險的發生上，例如動產出賣人以定型化契約條款，保留標的物之所有權至買受人付清全部價金；在限制風險範圍上，例如預售屋之出賣人在其定型化契約條款中規定：「出售房屋之精確面積以地政機關複丈結果為準，若複丈結果與本契約書所載面積不符，而其增減範圍在百分之二以內者，互不增減價金總額」；在移轉風險負擔上，例如汽車經銷商以定型化契約條款規定：「新車經預購後，因國外原廠調高售價，或國內外貨幣匯率調整等因素，致交貨時，車價以調升者，預購者應支付調升後車價」，詳閱詹森林，〈定型化約款之基本概念及其效力之規範〉，收錄於《民事法理與判決研究（三）—消費者保護法專論》，2003年8月初版，頁34-35。

⁹ 參閱王澤鑑，〈台灣的民法與市場經濟〉，收錄於《民法學說與判例研究（七）》，2003年9月，頁27；陳自強，〈契約之成立與生效〉，2005年2月，頁193。

（三）補充性功能

伴隨著經濟發展、科技進步的結果，各種新興的交易型態逐漸興起，新型交易契約日益普遍¹⁰，基於契約自由原則，此種新型交易行為，在法律上均為有效，則有拘束雙方當事人之效力。然而在現行民法關於「典型契約」之規範，不足以滿足交易生活所需，因此新型契約之當事人遂多用定型化契約（條款）規範當事人間之契約關係。而定型化契約之擬定，目的是在適用於不特定多數人，使定型化契約事實上具有一般性與抽象性的性格，故定型化契約可以說是企業經營者自己所創造出來的法律，用以作為漏洞填補之功能¹¹。

第二款 定型化契約控制之理由

在資本主義發達後，經濟交易的基本型態已由以個人與個人之交易活動，轉變為個人與企業體之經濟活動，而為了配合交易迅速、交易規格化，多採用定型化約款訂立契約，且定型化契約有效率化、合理化及補充性之功能，為現今交易下不可或缺之契約型態，已如前述。而定型化契約之締結，亦屬約款使用人與相對人間之契約行為，適用民法關於法律行為之一般規定固無疑問，然而為何於一般規定外，針對定型化契約另設特別規定，對之以行政監督或司法控制，此即涉及到定型化契約控制之理由，就此問題，依據文獻之探討亦有不同之觀點，茲分述如下：

一、從「契約自由」到「契約正義」之法律思維

（一）契約自由原則之內涵

契約自由乃私法自治（Privatautonomie）最重要的內容，為私法的基本原則。¹²契約自由原則使得市民社會的成員，不再如封建社會時代受其身分所支配，而是可以自主規範其法律關係，其基本理念乃在於自我決定與自我負責（Selbstverantwortung）的思想。¹³詳言之，契約因當事人互相表示意思一致而成立，一方當事人即受該契約之拘束，並同時拘

¹⁰ 例如融資租賃、信用狀、IC 卡、加盟連鎖店、旅遊、網路購物、分時享有度假村、合資契約、設計委託契約等均屬適例。參閱王澤鑑，〈台灣的民法與市場經濟〉，收錄於《民法學說與判例研究（七）》，2003 年 9 月，頁 21-22；詹森林，〈定型化約款之基本概念及其效力之規範〉，收錄於《民事法理與判決研究（三）—消費者保護法專論》，2003 年 8 月初版，頁 35。

¹¹ 參閱詹森林，〈定型化約款之基本概念及其效力之規範〉，收錄於《民事法理與判決研究（三）—消費者保護法專論》，2003 年 8 月初版，頁 35；陳自強，〈契約之成立與生效〉，2005 年 2 月，頁 194。

¹² 參閱王澤鑑，〈債法原理·基本理論債之發生〉，2001 年 11 月，頁 80。

¹³ Fastrich, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, S.36；Canaris, Grundgedanken und Entwicklung des Deutschen Vertragsrecht, 林美惠譯，〈民事法的發展及立法—德國契約法的基本理念與發展〉，臺大法學論叢第 28 卷第 3 期，民國 88 年 1 月，頁 339-340。

束他方當事人。此種互受拘束力乃建立在契約自由原則之上，其承認個人在私法領域內，就自己生活的權利義務，能為最合理的立法者，在不違背國家法律規定之條件下，皆得基於其意思，自由創造規範，以規律自己與他人之私法關係。¹⁴

契約自由原則雖未在我國民法中以明文規範，然依我國學說見解，綜觀我國民法總則及債編等規定，已承認此等原則之存在。¹⁵由於契約自由原則關係到個人的自我決定，經過大法官解釋第 576 號之闡述，亦成為在我國憲法體系上具有基本權利地位之重要性，其認為：「契約自由為個人自主發展與實現自我之重要機制，並為私法自治之基礎，除依契約之具體內容受憲法各相關基本權利規定保障外，亦屬憲法第 22 條所保障其他自由權利之一種。惟國家基於維護公益之必要，尚非不得以法律對之為合理之限制。」¹⁶由上可知，契約自由原則經由大法官之解釋，使其成為憲法第 22 條概括基本權之具體內涵之一。詳言之，由於契約自由涉及到個人人格發展等重要利益的自主決定，其已具備「基本權利」之品質，故應給與憲法層次之保障。

契約自由原則成為私法中最重要的原則之一，其主要內容包括「締約自由」、「相對人自由」、「內容自由」、「變更或廢棄自由」以及「方式自由」，詳言之，每個人都有機會自由決定是否訂立契約之自由；與何人訂立契約之自由；可以自由決定契約之內容；於締約之後亦可變更契約內容或者以後契約廢棄前契約；且契約之訂立不以踐行一定方式為必要。¹⁷當然，契約必需要符合法律的規範才能發生效力，如行為能力、意

¹⁴ 參閱劉宗榮，《定型化契約論文專輯》，台北：三民，1988 年 1 月初版，頁 45。

¹⁵ 參閱蘇明詩，〈契約自由與契約社會化〉，收錄於《民法債編論文選輯（上）》，1984 年 7 月，頁 164；邱聰智，〈回歸法律原則—債法方法論上之大轉向？〉，收錄於《法律哲理與制度（基礎法學）：馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集》，台北：元照，2006 年 1 月，頁 275-276；詹森林，〈私法自治原則之理論與實務—臺灣法制發展之情形—〉，收錄於《民事法理與判決研究》，1998 年 11 月，頁 3-7。

¹⁶ 另可參見司法院大法官解釋釋字第 580 號：「基於個人之人格發展自由，個人得自由決定其生活資源之使用、收益及處分，因而得自由與他人為生活資源之交換，是憲法於第十五條保障人民之財產權，於第二十二條保障人民之契約自由。惟因個人生活技能強弱有別，可能導致整體社會生活資源分配過度不均，為求資源之合理分配，國家自得於不違反憲法第二十三條比例原則之範圍內，以法律限制人民締約之自由，進而限制人民之財產權。」、釋字第 602 號：「又契約自由為個人自主發展與實現自我之重要機制，並為私法自治之基礎。契約自由，依其具體內容分別受憲法各相關基本權利規定保障，例如涉及財產處分之契約內容，應為憲法第十五條所保障，又涉及人民組織結社之契約內容，則為憲法第十四條所保障；除此之外，契約自由亦屬憲法第二十二條所保障其他自由權利之一種（本院釋字第五七六號解釋參照）。」及釋字第 643 號：「人民之財產權及契約自由，為憲法第十五條及第二十二條所保障。國家對上開自由權利之限制，應以法律定之，其限制且須符合比例原則，始符憲法第二十三條規定之意旨。……」

¹⁷ 參閱王澤鑑，《債法原理·基本理論債之發生》，2001 年 11 月，頁 80；陳自強，《契約之成立與生效》，2005 年 2 月，頁 146-149；劉宗榮，《定型化契約論文專輯》，台北：三民，1988 年 1 月初版，頁 45-47；黃立，〈契約自由的限制〉，月旦法學雜誌第 125 期，2005 年 10 月，

思表示無瑕疵、遵守一定形式、未違反法律強制或者禁止規定、公序良俗等。在此架構內，任何人得依現行法與任何契約相對人締結契約，並自由決定契約規範之內容，在法律上對於契約自由原則雖無明文，卻以之為前提。¹⁸因此，在契約自由原則之下，只要當事人具備行為能力，基於自由意思而締結契約，在締約過程中，未受他方詐欺、脅迫，或意思表示有錯誤，且契約內容並未違反法律強制規定或者違背公序良俗，國家法即承認當事人締結之契約，即為當事人間之法律，而賦予國家法之效力。¹⁹

(二) 定型化契約對於契約自由之衝擊

基於定型化契約（條款）本質上亦屬法律行為，原則上有契約自由原則之適用。理論上，一方當事人於訂約時使用其所預先擬定之定型化約款時，他方當事人得決定是否接受該定型化契約；而且，他方當事人全部或部分不接受定型化契約條款時，得另行提出自己的條款以便仍與該一方當事人締約，或選擇與其他當事人締約。²⁰

然而，在實際的情況下，一般定型化契約的使用者與相對人間，在談判地位上處於結構性的不對等，首先，定型化契約之使用者為貫徹其使用目的，多由法律專家預先擬定，契約相對人幾乎不可能有參與之機會。²¹

再者，約款使用者常利用經濟上之優勢地位訂定有利與己而不利於條款相對人之約款，對契約上的危險及負擔做不合理之分配，契約相對人對於此類約款多未加注意，不知其存在；或者可能因文義艱澀，難以理解其真意；縱然消費者能瞭解其真意，礙於經濟實力上的不平等，亦無商議變更之機會，僅能在接受或拒絕間加以選擇。²²

又，雖然契約相對人對於定型化契約之締結，似乎仍有接受或者拒

頁 7-8；蘇明詩，〈契約自由與契約社會化〉，收錄於《民法債編論文選輯（上）》，1984 年 7 月，頁 169-172；詹森林，〈私法自治原則之理論與實務—臺灣法制發展之情形—〉，收錄於《民事法理與判決研究》，1998 年 11 月，頁 12-14。

¹⁸ 參閱黃立，〈契約自由的限制〉，月旦法學雜誌第 125 期，2005 年 10 月，頁 7-8。

¹⁹ 參閱陳聰富，〈契約自由與定型化契約的管制〉，月旦法學雜誌第 91 期，2002 年 12 月，頁 51。

²⁰ 參閱詹森林，〈定型化契約條款效力之規範〉，收錄於《民事法理與判決研究（四）—消費者保護法專論（2）》，2006 年 12 月初版，頁 132。

²¹ 參閱陳自強，〈契約之成立與生效〉，2005 年 2 月，頁 194-195。

²² 參閱王澤鑑，《債法原理·基本理論債之發生》，台北：三民，2001 年 11 月，頁 94-95；劉宗榮，《定型化契約論文專輯》，1988 年 1 月初版，頁 49-51；陳聰富，〈契約自由與定型化契約的管制〉，月旦法學雜誌第 91 期，2002 年 12 月，頁 51 以下；詹森林，〈定型化契約條款效力之規範〉，收錄於《民事法理與判決研究（四）—消費者保護法專論（2）》，2006 年 12 月初版，頁 133。

絕之權利，形式上似乎仍得享有「締約自由」與「相對人自由」，然而為了滿足生活需要，契約相對人勢必經由與他人訂定契約而取得民生必需品或者其他日用品，除非拒絕現代的生活方式，否則即無法避免因購買商品或服務，而締結定型化契約，在現代交易分工之制度下，當事人的「締約自由」已被嚴重地剝奪。²³另外就締約對象之選擇而言，雖然同一商品或者是服務之供應廠商在市場上可供選擇的對象為多數，然而各廠商卻經常使用極為類似，甚至完全相同之定型化契約條款，²⁴因此縱然有眾多供應上可供選擇，但不論選擇與何家廠商訂約，契約相對人往往均面對相同之約款，²⁵因此契約當事人之「相對人自由」，在此種情況下幾乎不復存在。

綜上所述，在現在交易制度下，因定型化契約之運用使得契約自由原則受到了相當程度之衝擊，尤其是約款使用者運用其優勢，排除不利於己之法律適用，作成不利於他方之契約條款，使契約內容自由成為壓迫經濟上弱者之工具，此種消極面即成為現在契約法所要面臨之課題，在此種情況下，取而代之的則是契約正義之思想。²⁶

(三) 契約正義

現行民法是採取「主觀等值原則」，對於契約實質是否公平，原則上不再個別認定，雙方當事人若能依據自由平等談判磋商，各有表達並維護自己利益之機會，其依個別商議所為之結果，應受到尊重。²⁷惟若約款使用人僅專注追求自身之利益，完全不顧他方之正當權益，而擬定不符經濟效率、違反任意法規立法意旨、或妨礙達成契約目的之條款者，則可謂是濫用契約內容之形成自由，與契約正義相為抵觸。契約自由原則在此並無法達到保障契約內容的實質正確性之功能，換言之，形式的契約自由（formelle Vertragsfreiheit）係以實質上的契約對等作為假設的基礎。若無實質上的契約公平，則需要特殊衡平機制

²³ 在某些交易領域，「締約自由」根本不存在，例如「自來水」、「電力」等民生必需品，又無其他替代品可供代替時，此時消費者僅得與之訂定契約，詳請參閱劉宗榮，《定型化契約論文專輯》，1988年1月初版，頁47-48；另可參閱陳聰富，〈契約自由與定型化契約的管制〉，月旦法學雜誌第91期，2002年12月，頁54以下。

²⁴ 例如超級市場之「新鮮食品及個人衛生用品，售出概不退換；其餘商品，限於出售後七日內更換」、銀行之「遺失或被竊之信用卡係由持卡人之配偶、家屬、與其同住之人、受雇人、代理人、直系或四親等內旁系血親、三親等內姻親冒用者，持卡人及其連帶保證人仍應負擔辦理掛失止付手續後被冒用之損失，但持卡人證明已對其提出告訴者，不在此限」、停車場之「遺失停車證，一律自當日零時計費」等等定型化契約約款，參閱詹森林，〈定型化契約條款效力之規範〉，收錄於《民事法理與判決研究（四）》，2006年12月初版，頁139。

²⁵ 參閱詹森林，〈定型化契約條款效力之規範〉，收錄於《民事法理與判決研究（四）》，2006年12月初版，頁139-140。

²⁶ 參閱陳自強，《契約之成立與生效》，2005年2月，頁194-195。

²⁷ 參閱陳自強，《契約之成立與生效》，2005年2月，頁153-157。

(Ausgleichsmechanismen) 之介入，²⁸從而消保法、民法關於定型化契約控制之規定，使得契約客觀等值原則成為判斷契約公平之一般性標準，而契約是否有不被納入契約或者無效之情事的判斷上，即要求法官扮演更積極之角色，對於此類約款經由司法審查後，才能判定其是否可拘束他方，此即為定型化契約控制之理由。²⁹

此種觀點亦為我國法院裁判實務所引用，於臺灣高等法院臺中分院 95 年度上易字第 208 號民事判決中，雖肯認定型化契約之功能，然卻不能無視約款使用者濫用契約自由所帶來之缺失，故從契約正義之觀點，認為有對之加以控制之必要，判決內容如下：「所謂定型化契約，係指當事人一方預訂用於同種類契約之條款，而由需要訂約之他方，依照該預定條款而訂立之附合契約（民法第 247 條之 1 修正理由參照）。定型化契約雖具有效率化、合理化及補充性之功能，並成為現代契約交易之重要工具，惟另一方面，由於定型化約款係由契約之一方當事人預先擬定，常具有不公平而不利於相對人之內容，且因擬定者多屬經濟上之強者，復因其通常係以細微之文字，印於繁瑣文件中，一般人多未注意，而不知其存在；或雖知其存在，但無充分時間閱讀；或無閱讀興趣；或縱予閱讀，仍難精確了解其法律上之意義，極易造成經濟上之強者，假藉契約自由之美名，以達盤剝經濟上弱者之工具之不公平現象。是以，如何規範定型化契約之效力，使合於契約實質正義之要求，實為現代契約法之一大課題。」³⁰

又如，臺灣高等法院民事判決 96 年度上字第 972 號，亦提及：「按所謂定型化契約，係指依照當事人之一方為與不特定多數相對人訂立同類契約之用而預先擬定之交易條款所訂定之契約。基於契約自由原則，此等契約條款，原則上均屬有效，當事人雙方理應受其拘束。惟因此等條款係當事人之一方所預先擬定，其就交易之客體，非但具備專業知識，且通常均已累積豐富交易經驗，並多藉助法律專業人士為其擬定定型化契約條款，故其條款多以追求己方之最大利益為目標，或使用專門用語，而為通常欠缺相關法律常識之交易他方所難以理解，或隱藏風險轉嫁，而使交易他方承擔不利。是其雖符合契約自由之外觀，然多悖離契約正義之要求，為防止此類契約自由之濫用及維護交易之公平，民法第 247

²⁸ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn.36.

²⁹ 參閱陳自強，《契約之成立與生效》，2005 年 2 月，頁 155-156，197；詹森林，〈定型化契約條款效力之規範〉，收錄於《民事法理與判決研究（四）》，台北：元照，2006 年 12 月初版，頁 137。

³⁰ 亦可參見臺中地方法院民事判決 94 年度訴字第 2840 號、臺中地方法院民事判決 94 年度訴字第 2407 號、臺灣臺中地方法院民事判決 93 年度訴字第 2316 號

條之 1 明定：『依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，為左列各款之約定，按其情形顯失公平者，該部分約定無效：一、免除或減輕預定契約條款之當事人之責任者。二、加重他方當事人之責任者。三、使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利者。四、其他於他方當事人有重大不利益者。』，又參照消費者保護法第 12 條規定：『(第一項) 定型化契約中之條款違反誠信原則，對消費者顯失公平者，亦屬無效。(第二項) 定型化契約中之條款有下列情形之一者，推定其顯失公平：一、違反平等互惠原則者。二、條款與其所排除不予適用之任意規定之立法意旨顯相矛盾者。三、契約之主要權利或義務，因受條款之限制，致契約之目的難以達成者。』之意旨，是定型化契約條款對於契約當事人均有拘束，此等條款如係當事人之一方所預先擬定，而該等條款內容通常係由具備專業知識，且通常均已累積豐富交易經驗之法律及專業人士為其擬定，以追求己方之最大利益，或使用專門用語，而為通常欠缺相關法律常識之交易他方所難以理解，或隱藏風險轉嫁，而使交易他方承擔不利，致悖離契約正義之要求，為防止此類契約自由之濫用及維護交易之公平，賦予司法審查，就該條款是否違反誠信原則，應斟酌契約之性質、締約目的，及為他方所不及知或無磋商變更之餘地者、依契約本質所生之主要權利義務或按法律規定加以綜合判斷，有無顯失公平之情形；以及全部條款內容、交易習慣及當事人間之給付與對待給付顯不相當者、應負擔非其當事人所能控制之危險者、違約時當事人應負擔顯不相當之賠償責任者等情事判斷之。」

二、協商成本 (Verhandlungskosten) 之考量—個別交涉成本過高

對於所有契約當事人而言，為了締結一適當的契約，從擬定、閱讀、考慮到磋商之過程，皆須花費一定之成本，當然也包括經濟意義上之成本。³¹就此而言，若約款使用者為了締結多數契約，透過將契約條款標準化的方式，以該預先擬定之內容與多數相對人締結契約，不須逐一與交易相對人磋商，其所花費之成本是較低的，定型化約款在此可達成節省締約成本之目的。³²

然而，對於契約相對人而言，若不接受他方當事人所提出之定型化約款，對相對人而言是不利的，因為其為了尋求有利的契約條款，所為

³¹ Vgl. Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn. 25.

³² 參閱詹森林，〈定型化契約條款效力之規範〉，收錄於《民事法理與判決研究（四）》，台北：元照，2006 年 12 月初版，頁 137。

獲取談判資訊及進行協商等行為，因而須花費的勞力、時間或費用等交易成本，顯然是高於直接接受定型化契約條款所花費的成本。³³

此種締約成本的差距，導致約款使用者在締結契約時，比起相對人有較好的機會在約款中對其利益為安排，就這點而言，由於約款使用者具有較佳之締約能力，故應考量到他方相對人，契約相對人在締約能力上之劣勢應藉由法官審查契約之適當性而被衡平。³⁴

對於定型化約款控制之一般基礎思想即是出自於締約成本之差距，此點理由在勞動契約中亦可適用。³⁵原本在勞動法領域中之集體協商的制度是為了解決協商成本之差距，故針對重要勞動條件廣泛地運用集體的協議來取代個別契約之內容，³⁶換言之，對於勞工必要的保護首先在於透過團體協約之集體性的保護得以確保，團體協約制度的目的在於透過團體的協商，藉以平衡個別勞工在契約締結時結構上的劣勢，使得雇主與勞工就勞動條件跟工資的對等協商的情況得以實現。³⁷然而，許多契約中涉及主給付義務之約款以外的附帶約定（Nebenbedingungen），在勞動契約中還是無法一一規範於團體協約中，此類約款即須受有定型化契約控制之必要。³⁸況且，在臺灣勞工的集體力量薄弱，工會組織率不但低落，且其實力大多頗為薄弱，無法與雇主為真正之協商，團體協約之締結在實務上並不普遍，即便有團體協約之簽訂，亦多僅是照抄勞動基準法的條文，完全談不上真正的集體協商。³⁹從而在現實面上，法律對於定型化契約條款之控制在勞動契約中，即具有相當程度之重要性。

綜上所述，雇主以預先擬定之定型化約款，向勞工提出作為締結勞動契約之用時，雙方當事人之平等地位（gleiche Lage）之追求即是定型化約款控制之立論基礎。而雇主為了多數契約之締結使用定型化約款所花費之協商成本，顯然低於勞工為求一次勞動契約締結所須之締約成本，且勞動關係作為繼續性債之關係，對於契約相對人而言，定型化契

³³ 參閱詹森林，〈定型化契約條款效力之規範〉，收錄於《民事法理與判決研究（四—消費者保護法專論（2））》，台北：元照，2006年12月初版，頁137。

³⁴ Vgl. Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn. 25.

³⁵ Vgl. Reichold, Arbeitnehmerschutz und/ oder Verbraucherschutz bei der Inhaltskontrolle des Arbeitsvertrages?, in (Hrsg.) FS 50 Jahre BAG, München 2004, S. 153, 173.

³⁶ 因此依據德國民法第310條第4項第1句，有關定型化契約條款之規定，不適用於團體協約、廠場協定、勤務協定。換言之，上開集體的協議不受定型化契約控制之審查。

³⁷ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn.4

³⁸ Vgl. Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn. 26.

³⁹ 參閱黃程貫，《勞動法》，民國91年2月，頁342；黃瑞明，〈迴光返照的團體協約法—評全總與工總的集體協商〉，收錄於《勞動法裁判選輯（一）》，1999年12月初版，頁145以下。

約控制之重要性是原則上大於買賣消費關係，因此對於勞工而言，約款審查的強度應大於買賣之消費者。對於預先擬定約款的適當性控制（Angemessenheitskontrolle），即是出於協商成本的差異及因此所生不同締約能力，故應依對該約款內容加以控制，就此而言，定型化勞動契約亦有控制之必要性。⁴⁰

三、其他原因導致協商均勢（Verhandlungsgleichgewicht）之欠缺

在一般民法的思維下，協商成本之差距對於契約當事人而言，固然是解釋使用者於契約締結之際具有支配地位，而迫使相對人去接受不應容忍之契約條款的理由之一。然而，能使相對人接受不利於己之約款，亦可能基於其他經濟力量（wirtschaftliche Macht）之原因，申言之，例如該市場存在有獨佔之情況，或是當事人間之資訊不對等，而造成契約相對人只能選擇為該等契約之締結。⁴¹

若契約當事人之一方可以挾帶優勢，而向他方提出契約條件，意味著當事人間具有結構性不平等實力之情況，國家在此應以保護之方式介入，實質保障該等處於結構性劣勢的相對人，得其依私法自治為其法律行為。而定型化契約條款之控制之基礎理論，即是在保障私法自治原則下，當事人之決定及形成自由。⁴² 衡平雙方當事人間不平等之經濟實力上之差距固然是法律的保護目的，然而經濟上的優勢並非構成要件。只有在定型化契約條款之顯失公平是出自於使用者基於契約協商時所處的實力地位（Machtposition），而其相對人接受該約款之「自願性（Freiwilligkeit）」無法被確保，致使私法自治之目的不達，才是定型化契約法所要保護的。⁴³

若回到勞動契約本身之特質而論，其相較於消費買賣關係，此種經濟實力現象在勞動契約中扮演較為重要的角色。關於雇主相對於勞工而言，通常在協商地位優於勞工之原因，可進一步區分為勞動關係成立時

⁴⁰ Vgl. Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn. 26-27.

⁴¹ Vgl. Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn. 28.

⁴² Vgl. BVerfG 23. 1. 2006, NZA 2007, 85, 87; Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn. 28a.

⁴³ Vgl. Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn. 30.

及勞動關係存續中雙方當事人之協商地位。⁴⁴

從理論上觀之，勞工與雇主締結契約時之勞動條件的優劣，可能會涉及到勞動市場的情況，若是在勞動力過剩的情形下，亦即在失業率高的時期，對於勞工而言更會減少其與雇主協商的機會，使其處於不利的地位，只得出售其廉價的勞動力。反之，若是在勞動力欠缺的情形下，例如在充分就業的時期，或者是勞工可以提供特殊品質的勞務給付，就會提高勞動條件提升之吸引力。⁴⁵然而，勞工在新締結勞動契約時，基於以下之原因，其多處於劣勢之協商地位：首先，自從工業革命開始後，勞動力之供給往往多於企業之需求，而勞動力變動之情況往往不及企業本身之變動情況；再者，勞動契約之締結，對於勞工而言是一種存續保障之基礎，但是對於雇主而言，勞動契約僅是擴大其經濟生活之一種手段。上開原因使得勞工於締結新的勞動契約時，多在協商地位上處於劣勢。⁴⁶若是在勞動關係存續中，不利於勞工之協商地位之主要原因，則是出自於勞工之從屬性，勞工透過編入事業單位之組織，即產生了人格上之從屬性，此種從屬性將造成勞工在協商地位上之惡劣局面，故德國聯邦憲法法院在判決中即言明，勞工不僅是在締結勞動契約時，甚至是在現存之勞動關係中，皆處於結構上之劣勢。⁴⁷

在勞資雙方締約的實際情形中，勞工藉由在勞動市場中出售其勞動力而賴以維生，以確保其生存及生活水準，故勞工在先天結構上本就處於較為低劣之協商地位，⁴⁸此種協商均勢（Verhandlungsgleichgewicht）之干擾，在勞動契約當事人間之干擾強度更甚於買賣契約之當事人，因為勞動契約當事人之實力差距相較於買賣契約之當事人，原則上更為巨大且嚴重的，故更應對定型化勞動契約條款廣泛地加以審查及控制之必要，簡言之，在劣勢處境下的勞工，應藉由定型化契約控制之法律規定，作為勞動生活中之保護，並以之作為衡平之規範以解決協商對等力量之干擾。⁴⁹

⁴⁴ Vgl. Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn. 31.

⁴⁵ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 3.

⁴⁶ Vgl. Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn. 32.

⁴⁷ Vgl. BVerfG 23. 1. 2006, NZA 2007, 85, 87; Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn. 33.

⁴⁸ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn.36.

⁴⁹ Vgl. Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn. 34-35.

第二節 定型化契約規制之基本模式

在上節之論述中，已經論及定型化契約控制之原因，其可能出自約款使用人濫用契約自由，或者是基於雙方協商成本及地位間差距，致使契約之公平性及正確性遭受破壞，使得定型化契約條款有加以控制之必要，而以下所要論述者，則是在我國法中對於定型化契約之控制模式，大致可分為以下幾種方向：

第一款 立法規制

所謂的「立法規制」，顧名思義即是以立法的方式規制定型化契約條款，⁵⁰其立法的方式主要有二，一是於民法中增訂強制性條文，規定不得改變法律對當事人原則性的法益分配，俾保護相對人；二是另行制定定型化契約專法以對於定型化契約作全盤之控制。⁵¹

目前我國針對定型化契約所為之「立法規制」，主要係以民法及消保法作為適用之依據。申言之，有關定型化契約條款及定型化契約一般明文規定，最早是見於消保法第 11 條至第 17 條，該法於民國 83 年 1 月 17 日公布施行。其後，民法債編修正條文於民國 88 年 4 月 21 日公布，增訂民法第 247 條之 1 有關定型化契約一般原則性規範，該法於 89 年 5 月 5 日施行。⁵²

有關兩法間之適用關係，在結論上係區分「消費性定型化契約」及「非消費性定型化契約」而為適用，由於消保法之適用對象為「消費關係」，故「消費性定型化契約」應受到消保法之規範；而「非消費性定型化契約」，則應適用民法第 247 條之 1 之一般性規範。⁵³從而，針對定型化勞動契約之適用，應以民法第 247 條之 1 為基本之法律依據。（關於此點，詳請參見本章第三節之討論）

第二款 行政監督

一、消保法之規定

由於法院僅能針對具體個案而為裁判，即使認定定型化契約條款無效，亦僅能使該條款在原告與被告間不發生法律上之拘束力，尚無法禁

⁵⁰ 依照學者之見解，「立法規制」可分為廣狹兩義，前者係指議訂或修改法律的方式，以規制定型化契約條款；後者則是由立法機關議決定型化契約條款或已委任立法的方式委由行政機關頒佈法規命令。參閱劉宗榮，《定型化契約論文專輯》，1988 年 1 月，頁 89。

⁵¹ 參閱劉宗榮，《定型化契約論文專輯》，1988 年 1 月，頁 89-90。

⁵² 參閱詹森林，〈最高法院與定型化契約法之發展〉，收錄於《民事法理與判決研究（四）—消費者保護法專論（2）》，2006 年 12 月初版，頁 147-148。

⁵³ 另外，若定型化約款是屬於保險契約，尚應依據保險法第 54 條及第 54 條之 1 而為適用。

止約款使用人將來繼續使用該定型化契約條款。為了阻止不當之定型化契約條款對於約款相對人不利之影響，以行政監督的方式，採取預防性之手段，由行政機關事先審核或判定定型化契約之公平性，此亦為現在消費者保護措施中重要手段。⁵⁴從我國消保法之規定可知，所採取「行政監督」之方式如下：⁵⁵

（一）公告各種定型化契約範本

由行政機關公告各種定型化契約範本，提供企業經營者參考，並透過市場競爭法則及消費者之壓力，使得該範本遂逐漸為企業經營者樂於採用，或者是迫於各方壓力，不得不採用該範本作為契約內容。實務上，行政院消費者保護委員會曾先以行政指導之方式，陸續要求各部會就其主管業務事項頒佈「定型化契約範本」⁵⁶，此等範本雖無法律上拘束力，但因係中央主管機關所公布，故在實務上仍廣受遵守。⁵⁷

（二）公告定型化契約之應記載事項或不得記載事項

由主管機關公告各種定型化契約之應記載事項或不得記載事項。依照消保法第 17 條第 2 項之規定，如企業經營者使用之定型化契約與公告事項有所違反者，該約款無效；而行政機關所公告應記載事項，即使未記載於定型化契約，該應記載事項，依照消保法施行細則第 15 條之規定，仍構成契約之內容。⁵⁸

（三）派員查核

依照消保法第 17 條第 3 項規定，由行政機關隨時派員查核企業經營者之使用定型化契約條款，並於發現有不符誠信原則情事時，依行政監督方法，促使企業經營者改正。或洽由消費者保護官提起不作為訴訟，

⁵⁴ 參閱陳自強，《契約之成立與生效》，2005 年 2 月，頁 198。

⁵⁵ 參閱詹森林，〈定型化契約之基本問題〉，收錄於《民事法理與判決研究（三）—消費者保護法專論》，2003 年 8 月初版，頁 8-9。

⁵⁶ 主要者如：內政部之「預售屋買賣定型化契約範本」、「不動產委託銷售定型化契約範本」；交通部之「國外旅遊定型化契約範本」；財政部之「金融機構保管箱出租定型化契約」、「信用卡定型化契約範本」；衛生署之「瘦身美容定型化契約範本」；教育部之「文理補習班補習服務契約範本」等等。

⁵⁷ 參閱詹森林，〈最高法院與定型化契約法之發展〉，收錄於《民事法理與判決研究（四）—消費者保護法專論（2）》，2006 年 12 月初版，頁 148-149。

⁵⁸ 應與注意者，縱然企業經營者雖於定型化契約中記載行政機關公告應記載事項，惟此並不擔保該定型化契約即有完全拘束消費者之效力，蓋此仍為定型化契約條款，屬於私法上之約定，故法院仍得依司法審查之方式，認定該約款是否已生拘束雙方當事人之效力。參閱詹森林，〈定型化契約之基本問題〉及〈消費者保護法與預售屋買賣定型化契約〉二文，皆收錄於《民事法理與判決研究（三）—消費者保護法專論》，台北：元照，2003 年 8 月初版，頁 8-9 及頁 94-95；戴志傑，〈定型化契約之相關問題研究—以我國消費者保護法為中心〉，收錄於《消費者保護研究第八輯》，2003 年 3 月，頁 33-34。

依消保法第 53 條請求法院判決禁止該條款之繼續使用。

二、不適用於勞動契約

消保法對於定型化契約所為行政監督之規定，在勞動契約中是否有適用之可能性，在結論上，本文認為定型化勞動契約並不適宜透過消保法所規範之行政監督的方式，作為規制約款之手段，從實際的層面觀之，勞動關係在本質上為一長期、繼續性債之關係，當事人間之權利義務是在勞動關係存續中不斷地形成，故其契約之內容相較於與一時性之消費關係，顯然複雜許多，且勞務給付之型態與方式眾多，當事人對於規範的需求亦有差別，如何依消保法第 17 條規定，公告定型化契約之應記載事項或不得記載事項，恐有實際上困難；再者，在勞動法的領域中本有許多強行法規、半強行法規以保護勞工，亦有法律行政機關規範監督之機制，似無必要再行依消保法所規範之方式為之；此外，由於尚涉及到勞動契約可否援用消保法規定，以及援用的範圍，關於此點，本文擬於其後討論，基於架構之編排及行文流暢，在此茲不贅述，詳請參酌第四節第三款之論述。

第三款 司法控制

一、概 論

所謂的「司法控制」，是法院依據法律之規定，對定型化契約條款以裁判的方式，肯定或否定該約款效力。⁵⁹透過裁判來解決紛爭是法院的基本任務，「司法控制」也就成為定型化契約管制之最傳統而普遍的模式，其不直接挑戰定型化契約之公平性，而運用傳統契約法已有的機制，間接地對定型化契約進行內容之控制。

若法院運用民法既有的概括條款，直接判斷契約之公平性，學說上稱為「公開的內容控制」。在消保法第 12 條及民法第 247 條之 1 制定前，法院對於定型化契約條款即以公序良俗作為審查控制之手段，惟在上開法律制定後，有關定型化契約條款應以消保法第 12 條及民法第 247 條之 1 作為定型化契約條款內容控制之基礎。⁶⁰

二、與「其他控制措施」(Kontrollinstrument) 間之界線

(一) 強行規定 (Zwingendes Recht)

所謂強行規定，係指不論當事人意思為何，對於當事人一律適用之

⁵⁹ 參閱劉宗榮，《定型化契約論文專輯》，1988 年 1 月，頁 90。

⁶⁰ 參閱陳自強，《契約之成立與生效》，2005 年 2 月，頁 197-198。

法律規定，並不得以法律行為（特別指契約）排除強行規定之適用。⁶¹對此，我國民法第 71 條本文即規定：「法律行為違反強制禁止之規定者，無效。」

詳言之，契約之約定本是屬於當事人「自決權」(selbstbestimmtes Recht) 之體現，當法律並未禁止當事人為特定內容之約定時，即為自決權範圍所及，然若當事人之約定違反強行規定時，契約內容即不足以成為當事人間之規範依據。⁶²職此，若定型化勞動契約條款之內容只要違反強行規定，即可依照民法第 71 條規定宣告該約款無效，並不須再對該約款依照民法第 247 條之 1 規定，對之為定型化契約條款內容控制之審查，此時原則上應優先適用強行法規之規定。

應予以說明者，立法者在制定法律之際，常是將強行法與任意法的對立予以相對化，僅使法律規定的一部分具有強行性，此即學者所稱之「半強行法規」，此類法規在勞動法的領域中甚為常見，以勞動基準法第 1 條第 2 項為例，該條規定雇主與勞工所訂之勞動條件，不得低於勞基法所定之最低標準。此即宣示勞基法本身有關勞動條件之規定，在本質上係屬於強行規定，當然成為勞動契約之內容。惟若依當事人間之約定，其所定之勞動條件高於勞基法之最低標準時，其約定仍為有效，故稱此類法規具有「半強行性」。⁶³

承上所述，在勞動法的領域中，有關「半強行法規」屢見不鮮，是以，若定型化勞動契約中之約款內容與此類法規抵觸者，約款自屬無效，當事人勞動契約之內容仍應依法律訂之。舉例言之，雇主以低於勞基法之規定結清年資⁶⁴、所定之終止事由不符勞基法之規定⁶⁵、約定勞工工資之計算已包含資遣費及退休金，勞工事後不得爭執⁶⁶等約款，皆因違反勞基法之規定，而屬於無效之定型化契約條款。

（二）公序良俗

我國民法第 72 條規定：「法律行為，有背於公共秩序與善良風俗者，

⁶¹ 「強行規定」又可區分為「強制規定」與「禁止規定」，前者係指應為一定行為之規定；後者係指禁止為一定行為之規定。詳請參閱王澤鑑，《民法總則》，2001 年 9 月，頁 296 以下；陳自強，《契約之成立與生效》，2005 年 2 月，頁 178 以下。

陳自強，《契約之成立與生效》，2005 年 2 月，頁 179。

⁶² Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 29.

⁶³ 參閱王澤鑑，《民法總則》，2001 年 9 月，頁 52-53；陳自強，《契約之內容與消滅》，2004 年 9 月，頁 59-60。

⁶⁴ 參見臺灣臺南地方法院民事判決 96 年度勞訴字第 36 號。

⁶⁵ 參見臺灣高等法院臺南分院民事判決 96 年度勞上易字第 22 號。

⁶⁶ 參見臺灣高等法院高雄分院民事判決 95 年度勞上易字第 19 號。

無效」，係將公共秩序與善良風俗兩者概念並列，傳統上認為公共秩序係指「國家社會一般利益」；善良風俗，則是指「社會一般道德觀念」。⁶⁷此外，學者對於公共秩序之概念加以闡釋，認為其尚應包含「存在於法律本身之價值體系」，尤其是關於憲法基本人權之規定。⁶⁸

契約當事人可以在不違反善良風俗的界線內，自由地以自己之意思選擇其欲成立之契約規範。當契約內容對於一方而言屬於過重之負擔或者顯然為不適當之利益衡量時，法官即可對於此種結構上契約平等干擾而為內容控制。⁶⁹然而公序良俗之並非一般的法律概念，而是需要具體化的價值標準，亦即民法第 72 條之應用不能透過傳統的邏輯三段論法，將具體法律行為或者契約直接認定為違背公共秩序與善良風俗，而導出無效的法律結果，在具體的個案判斷上，公序良俗的概念必須再經過具體化的過程，萃取出個案判斷上的價值標準，再經價值判斷的過程，決定具體法律行為是否牴觸此價值標準。而近年來公共秩序與善良風俗的概念，更被用來實踐憲法基本權之判斷價值，使得民法的價值體系更為周延。⁷⁰

民法第 72 條屬於須經具體化、類型化之概括條款前已提及，⁷¹若觀察我國法院實務之裁判見解，早期實務見解對於定型化契約條款之控制係以「公序良俗」作為審查之標準。⁷²詳言之，條款使用人利用其優越地位，為求自身之利益，而減損當事人之利益，致使他方當事人被迫接受此種不適當且不公平的條款，即有違公序良俗。⁷³而定型化契約條款是否

⁶⁷ 參閱王澤鑑，《民法總則》，2001 年 9 月，頁 312；劉宗榮，《定型化契約論文專輯》，1988 年 1 月初版，頁 55。

⁶⁸ 參閱王澤鑑，《民法總則》，2001 年 9 月，頁 311-313；陳自強，《契約之成立與生效》，2005 年 2 月，頁 184。

⁶⁹ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 36.

⁷⁰ 此處將會涉及到基本權之第三人效力問題，參閱陳自強，《契約之成立與生效》，2005 年 2 月，頁 184；王澤鑑，《民法總則》，2001 年 9 月，頁 311-312；黃立，《民法總則》，1999 年 10 月二版，頁 319。

⁷¹ 學者觀察法院實務見解，整理出具體化之案例類型為：一、憲法上基本權利的保護（最高法院 87 年台上字 2000 號判決）；二、契約上危險的合理分配：定型化契約的控制（最高法院 80 年台上字第 792 號判決）；三、婚姻制度的維護：夫妻間關於離婚之約定（最高法院 50 年台上字第 2596 號判例）；四、家庭倫理：父母健在時預立財產分管契約（最高法院 46 年台上字第 1068 號判例）；五、經濟秩序（表決權契約，最高法院 71 年台上字 4500 號判決）；六、性之關係（最高法院 69 年台上字第 2505 號判決），詳請參閱王澤鑑，《民法總則》，台北：三民，2001 年 9 月，頁 314-319。

⁷² 詳請參見最高法院 73 年第 10 次民事庭會議、最高法院 73 年第 11 次民事庭會議、最高法院 80 年台上字第 792 號民事判決等，引自詹森林，〈定型化約款之基本概念及其效力之規範〉，收錄於《民事法理與判決研究（三）—消費者保護法專論》，台北：元照，2003 年 8 月初版，頁 38-44。

⁷³ 參閱黃立，《民法總則》，台北：元照，1999 年 10 月二版，頁 328-330；朱柏松，〈現代契約法解釋問題之研究〉，法學叢刊第 108 期第 27 卷第 4 期，1982 年 12 月，頁 53-54。

違反公序良俗，應依具體情形而論斷，而就條款之本身有無違反公序良俗，則應與其他條款合併觀察，參考全部條款的內容，經全盤之考量後，始得對於條款之有效與否加以判斷。⁷⁴

在消保法尚未制定前，「公序良俗」成為早期實務見解對於定型化契約條款審查之依據，然在消保法公佈施行，且民法債編亦新增有關定型化契約之規範後，有關定型化契約條款內容控制之審查，例如約款內容因違反善良風俗，致使對於相對人而言，有顯失公平的情況發生時，原則上應以消保法第 12 條或民法第 247 條之 1 作為依據，蓋從法律的性質觀之，上開法律應屬「特別法 (leges speciales)」，故原則上應為優先適用。

惟若因約款內容對於第三人有顯然不公，或者涉及到重大公益的情況時，民法第 72 條「公序良俗」之規定，仍有適用之餘地。詳言之，民法第 72 條除了保障行為相對人的利益外，尚有維護第三人及國家利益之功能，而此為消保法第 12 條或民法第 247 條之 1 所不及之處，蓋上開法條原則上僅以維護相對人之利益為其目的。⁷⁵

此外，民法第 72 條與消保法或民法有關內容控制規定在適用上，尚有以下之區別：首先，法律行為違反公序良俗者，多因行為人有可非難之主觀意思，而定型化契約條款之內容控制，僅是以該約款對於契約相對人是否為「顯失公平」為審查依據，並不問約款使用人主觀上有無可非難之意思；再者，消保法第 72 條及民法第 247 條之 1 所審查之客體為「定型化契約條款」，而民法第 72 條適用之客體尚及於定型化約款以外之法律行為。⁷⁶

綜上所述，公序良俗與民法第 247 條之 1 在規範的適用上有其內涵上及適用客體上之差異，若定型化契約條款之內容，同時涵蓋「公序良俗」之違反且對相對人「顯失公平」時，則應優先適用消保法及民法第 247 條之 1 規範，然此並不意味著排除民法第 72 條之適用，蓋本條規定在適用要件與規範目的上，與消保法第 12 條及民法第 247 條之 1 皆有所不同，故仍得依情況作為審查之依據。

⁷⁴ 參閱徐慧怡，〈定型化契約條款解釋之研究〉，中興法學第 22 期，1986 年 3 月，頁 578。

⁷⁵ 參閱詹森林，〈定型化約款之基本概念及其效力之規範〉，收錄於《民事法理與判決研究（三）—消費者保護法專論》，2003 年 8 月初版，頁 53-54；Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn. 40.

⁷⁶ 參閱詹森林，〈定型化約款之基本概念及其效力之規範〉，收錄於《民事法理與判決研究（三）—消費者保護法專論》，2003 年 8 月初版，頁 53-54。

(三) 誠信原則

民法第 148 條第 2 項規定：「行使債權、履行債務，應依誠實及信用方法。」此為我國民法對於誠信原則之明文規範，而最高法院對其加以闡釋，亦即：「所謂誠實信用之原則，係在具體的權利義務關係，依正義公平之方法，確定並實現權利之內容，避免當事人間犧牲他方利益而圖利自己，亦應以權利人及義務人雙方利益為衡量依據，並考察權利義務之社會上作用，於具體事實妥善運用之方法。」⁷⁷簡言之，以契約當事人雙方利益之衡平為誠信原則之主要內涵。

誠實信用原則既在避免當事人犧牲他方利益以圖利自己，從而維護法律效果之公平，其基本任務之一在於保護經濟上之弱者⁷⁸。而有關定型化契約條款效力的控制上，首應考慮者就是關於如何藉由規範定型化契約條款之內容，以維護當事人間利益之均衡，故應從約款使用者與相對人之利益調和加以考量，若認為該約款顯失公平者，則應可認為此屬於誠實信用原則之違反。⁷⁹

誠信原則迄今已被肯認為具有倫理價值之法律原則，⁸⁰除了民法總則第 148 條之規範外，亦具體落實在有關定型化契約條款之規範上，如消保法第 12 條即明文規定定型化契約條款違反誠信原則，對於消費者顯失公平者，即為無效；依據學者之見解，民法第 247 條之 1 規定亦應被視為是落實誠信原則之展現。⁸¹對此，高雄地方法院民事判決 95 年度訴字第 3039 號在涉及競業禁止條款的案件中，亦明白表示作為約款審查依據的民法第 247 條之 1 規定，係屬於誠信原則之具體化。⁸²職此，法院為定型化契約內容控制之審查時，應適用消保法第 12 條及民法第 247 條之 1，蓋此等規定為民法第 148 條之「特別規定」，應予優先適用。

⁷⁷ 參見最高法院民事判決 86 年台再字第 64 號。

⁷⁸ 參閱何孝元，《誠實信用原則與衡平法》，民國 66 年 3 月再版，頁 64。

⁷⁹ 參閱朱柏松，〈現代契約法解釋問題之研究〉，法學叢刊第 108 期第 27 卷第 4 期，1982 年 12 月，頁 54。

⁸⁰ 參閱王澤鑑，《民法總則》，2001 年 9 月，頁 596。

⁸¹ 參閱詹森林，〈定型化約款之基本概念及其效力之規範〉，收錄於《民事法理與判決研究（三）—消費者保護法專論》，2003 年 8 月初版，頁 45；林誠二，〈再論誠實信用原則與權利濫用禁止原則之機能--最高法院 88 年度臺上字第 2819 號判決評釋〉，臺灣本土法學雜誌第 22 期，2001 年 5 月，頁 14-15。

⁸² 參見高雄地方法院民事判決 95 年度訴字第 3039 號：「因勞雇雙方在勞務契約中約定之競業禁止條款，係屬對勞工日後選擇職業自由之限制，該定型化契約條款，均為雇主所單方擬定，勞方於締約過程，多處於劣勢狀態，對於不利與己之契約條款，通常並無個別磋商，或拒絕締約餘地，則此等契約條款，應依誠信原則具體化之民第 247 條之 1 規定，審查其規範效力，以體現國家對於基本權利之保護義務。」

第三節 我國定型化契約法制發展概況

第一款 制定法施行前—公序良俗

自民國 70 年代以來，最高法院已漸有機會開始審查定型化契約條款之效力，由於當時定型化契約相關規範之法制尚未制定，實務見解多以民法第 72 條所規定之公序良俗作為審查之標準。依據學者觀察，最高法院第一次就定型化契約條款表示見解者，係關於金融機構所定免責約款之效力，就此問題，最高法院 73 年第 10 次民事庭會議⁸³認為：「金融機構如以定型化契約約定其不負善良管理人之注意義務，免除其抽象輕過失責任，則應認此項特約違背公序良俗，而應解為無效。」另外關於旅行業者與旅客約定「就國外相關企業之故意或過失行為，不負責任」之免責約款，⁸⁴最高法院認為此類條款與公共秩序有違，依民法第 72 條規定，應認為無效。

而有關定型化勞動契約條款，早期實務曾以「公序良俗」作為勞動契約裡「單身條款」之審查標準。詳言之，若雇主要求女性受雇人，預先簽訂於任職中結婚即辭職之約定，即為所謂的「單身條款」，有關此類約款之效力素有爭議，⁸⁵直到民國 78 年 8 月司法院第一廳明確表示「單身條款」違反公序良俗，應屬無效。其研究意見如下：⁸⁶

1、按甲女受僱農會之初，如因農會之要求，必須預立於任職中結婚即辭職的辭職書，則該辭職書之訂立，可認為具有「附合契約」之性質，

⁸³ 參見民國 73 年第 10 次民事庭會議，院長提請決議之法律問題：「當事人約定甲方以印鑑留存於乙方之印章，縱令係被他人盜用或者偽造使用，如乙方認為與印鑑相符，甲方願負一切責任。此項約定是否違背公共秩序與善良風俗，而為無效？」決議：「甲種活期存款戶與金融機關之關係，為消費寄託與委任之混合契約。第三人盜蓋存款戶在金融機關留存印鑑之印章而偽造支票，向金融機關支領款項，除金融機關明知其為盜蓋印章而仍予付款之情形外，其憑留存印鑑之印文而付款，與委任意旨並無違背，金融機關應不負損害賠償責任。若第三人偽造存款戶該項印章蓋於支票持向金融機關支領款項，金融機關如已盡其善良管理人之注意義務，仍不能辨認蓋於支票上之印章係偽造時，即不能認其處理委任事務有過失，金融機關亦不負損害賠償責任。金融機關執業人員有未盡善良管理人之注意義務，應就個案認定。至金融機關如以定型化契約約定其不負善良管理人注意之義務，免除其抽象的輕過失責任，則應認此項特約違背公共秩序，而解為無效。」參閱詹森林，〈定型化約款之基本概念及其效力之規範〉，收錄於《民事法理與判決研究（三）》，2003 年 8 月初版，頁 38-44。

⁸⁴ 參見最高法院民事判決 80 年度台上字第 792 號：「旅行契約係指旅行業者提供有關旅行給付之全部於旅客，而由旅客支付報酬之契約。故旅行中食宿及交通之提供，若由旅行業者洽由他人給付者，除旅客已直接與該他人發生契約行為外，該他人即為旅行業者之履行輔助人，如有故意或過失不法侵害旅客之行為，旅行業者應負損害賠償責任。縱旅行業者印就之定型化旅行契約附有旅行業者就其代理人或使用人之故意或過失不負責任之條款，但因旅客就旅行中之食宿及交通工具之種類、內容、場所、品質等項，並無選擇之權，此項條款殊與公共秩序有違，應不認其效力。」

⁸⁵ 詳細討論請參閱王澤鑑，〈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）》，1989 年 9 月，頁 36 以下。

⁸⁶ 參見（78）廳民一字第 859 號。

非當然具有其所約定之效力，仍應就約定之內容為具體衡量，以定其效力之有無。

2、次查中華民國人民無分男女，在法律上一律平等，為憲法第 7 條所明定，又人民之工作權及其他自由、權利易受憲法所保障（憲法第 15 條、第 22 條）；雇主常要求女性受雇人預立於任職中結婚即辭職之辭職書，不惟破壞憲法保障男女平等之原則，並且限制人民之工作權及有關結婚之基本自由及權利，該結婚即辭職之約定，可認為違背我國之公序良俗，依民法第 72 條之規定，應屬無效。

此外，在定型化勞動契約中常見之「競業禁止條款」，早期法院實務亦多以民法第 72 條作為審查之依據，如最高法院 75 年台上字第 2446 號判決即言：「憲法第十五條規定，人民之生存權、工作權及財產權應予保障，乃國家對人民而言。又人民之工作權並非一種絕對之權利，此觀諸憲法第二十三條之規定而自明，上訴人惟恐其員工離職後洩漏其工商業上，製造技術之秘密，乃於其員工進入公司任職之初，要求員工書立切結書，約定於離職日起二年間不得從事與公司同類之廠商工作或提供資料，如有違反應負損害賠償責任。該項競業禁止之約定，附有二年間不得從事工作種類上之限制，既出於被上訴人之同意，與憲法保障人民工作權之精神並不違背，亦未違反其他強制規定，且與公共秩序無關，其約定似非無效。」⁸⁷

第二款 制定法施行後—誠信原則

目前我國有關定型化契約條款之制定法規範主要有二，分別訂於消保法及民法，茲分述如下：

一、消費者保護法之規定

消費者保護法係於民國 83 年 1 月 11 日公布，同年月 13 日生效，於該法的第二章第二節訂有「定型化契約」之規範，第 11 條規範定型化契約之訂定及解釋原則；第 11 條之 1 則為審閱期間之規範；第 12 條則是對於定型化契約條款為內容控制之規範，並有施行細則第 13 條、第 14

⁸⁷ 尚可參見臺灣高等法院 81 年度上更（一）字第 283 號判決：「競業禁止之約定，若超越合理長度，超越部分違反公序良俗，自屬無效，而未逾合理範圍部分，並無違反規定，應認為有效……兩造間之競業禁止約定於兩年內部分有效，其餘部分無效。」臺灣高等法院 80 年度勞上字第 48 號判決：「僅限制被上訴人於離職後兩年內不得從事與上訴人營業項目相同或類似之行業，並非永遠不得為之，且所限制者，並非所有之行業……自難謂係剝奪被上訴人之工作權及生存權，或違反國家社會之一般利益及一般道德觀念，應無違背公共秩序或善良風俗可言。」上開判決引自黃程貫，《勞動基準法勞動契約章修法問題研析—調職、最低服務年限及競業禁止約定之規範建議》，勞委會研究計畫，2004 年 7 月，附錄二以下。

條規定作為補充之規範；第 13 條是有關條款訂入契約之規定；而「異常條款」之要件及效力，則規範於第 14 條及施行細則第 12 條；第 15 條則是對於「個別磋商條款」之效力所為之規定；而第 16 條則在處理定型化契約條款一部無效時，契約其他部分之效力問題；最後有關定型化契約之行政監督則以第 17 條及施行細則為依據。

二、民法之規定

民法債編於民國 88 年 4 月 2 日通過公布增列民法第 247 條之 1 有關定型化契約（附合契約）之一般性規範。相較於消保法對於定型化契約周全之規定，於其後修正公布的民法在相關規範上，反而較為簡陋。事實上，早在民國 71 年，民法債編修正委員會已研擬將定型化契約之相關問題納入民法債編修正案中，當時基於「為社會大眾普通通知法、守法起見」，採取原則性的立法方式，特於草案中增訂民法第 247 條之 1，此舉在當時定型化契約規範付之闕如的環境中，具有劃時代之意義。惟上開民法修正案遲至二十年後始完成立法，且於消保法草案送立法院研議後，民法修正委員會雖曾於第 758 次會議中加以討論，但當時並未趁此機會適度調整民法之規定，從而在民國 88 年所公布之民法債編修正條文中，有關定型化契約僅有民法第 247 條之 1 之規定，而該條條文內容是針對定型化契約條款之內容控制所為之規範。⁸⁸

三、兩法間適用之關係

（一）區分消費性 / 非消費性之定型化契約

自從民法增訂第 247 條之 1 關於附合契約之規定後，其與消費者保護法間之適用分際即為學說與實務所關注。

就此問題，應先注意消保法本身之規定，消保法第 1 條第 1 項規定本法之立法目的：「為保護消費者權益，促進國民消費生活安全，提升國民消費生活品質，特制定本法。」；而第 2 條第 1 到 3 款分別對於消費者、企業經營者及消費關係加以定義：「消費者」係指以消費為目的而為交易、使用商品或接受服務者。「企業經營者」指以設計、生產、製造、輸入、經營商品或提供服務為營業者。「消費關係」則係指消費者與企業經營者間就商品或服務所發生之法律關係。

基於上開規範，最高法院囿於消保法本身之立法定義，對於消保法

⁸⁸ 參閱朱柏松，〈民法定型化契約規範之適用與解釋〉，月旦法學雜誌第 54 期，1999 年 11 月，頁 59-60；石娟娟，〈論民法定型化契約規範之適用〉，輔仁大學法律研究所碩士論文，民國 90 年 7 月，頁 99 及 128-129。

之適用採取限縮之見解。詳言之，消保法所規範主體應為「消費者」及「企業經營者」，而適用範圍應為「消費關係」，此可參考最高法院民事裁定 92 年度台上字第 1395 號之見解：「消費者保護法之立法目的乃在於保護消費者之權益，促進國民消費生活安全，提昇國民消費生活品質。所謂『消費者』，係指以消費為目的，而為交易、使用商品或接受服務者而言。消費者與企業經營者間就商品或服務所發生之法律關係，稱之為『消費關係』，觀之該法第一條第一項、第二條第一款、第三款規定自明。本件兩造所訂立之工程合約係屬承攬契約關係，並無消費關係存在。」⁸⁹ 依據學者之分析，最高法院之判決屢次以當事人之締約用途，限縮消保法第 2 條第 1 款之適用範圍，⁹⁰ 其見解寓有將消保法第 2 條第 1 款規定之文義範圍，限制在基於個人或家庭日常生活之非營業需要，而為交易、使用商品或接受服務者，始為消費者。⁹¹

依據上開最高法院見解，消保法應僅適用於「消費者」及「消費關係」，從而該法關於「定型化契約」一節，自應於「消費性定型化契約」始有適用。而國內學者對此問題亦多認為「非消費性定型化契約」礙於消保法之立法目的及立法定義，並無法直接適用消保法之規定。⁹² 綜上所

⁸⁹ 亦可參見最高法院 90 台上第 641 號判決：「惟按消費者保護法所稱之消費者，係指以消費為目的而為交易，使用商品或接受服務者而言，此觀同法第二條第一款規定自明。本件系爭工程合約，係被上訴人就特定之工程以招標方式決定承攬人即上訴人而與之訂約，顯非消費者之交易，又被上訴人本身並無財源，始與上訴人約定，須俟省環保處補助之經費撥下後始行支付各期之工程款，此為上訴人事前所知悉，並無違反誠信原則而顯失公平之情形。況被上訴人亦本此約定，如期層請核撥各期之工程款給付上訴人，據上訴人自承總計已達五千六百九十九萬五千零七元，益

證該項特約，並無不妥之處，上訴人主張依消費者保護法第十二條規定，系爭工程合約中第二十一條第(三)款之約定為無效一節，委無足取。」

⁹⁰ 參見最高法院民事判決 92 年度台上字第 989 號：「按消費者保護法之「消費者」係指以消費為目的而為交易、使用商品或接受服務者。本件上訴人乃依銀行法組織登記，經營銀行業務之機構，並非消費者保護法之「消費者」，本件應無消費者保護法之適用。」最高法院民事判決 91 年度台上字第 2517 號：「查上訴人係屬股份有限公司組織，據其陳稱：伊向林肇基等六人購買系爭土地以供經營工廠之用云云（見第一審卷一四四頁）；而依華聲企業發展鑑定顧問有限公司鑑定日期八十七年四月一日之不動產鑑定報告書（見外放證物）記載，目前系爭土地上既有工廠，則上訴人為企業經營而購買系爭土地，似非屬於消費者之交易。況消費者保護法於八十三年一月十一日始公布施行，系爭買賣契約書於其前之八十二年五月四日訂立時，應無該法之適用。」詳細分析請參閱曾品傑，〈論消費者之概念—最高法院相關判決評釋—〉，台灣本土法學雜誌第 49 期，2003 年 8 月，頁 153 以下。

⁹¹ 參閱曾品傑，〈論消費者之概念〉，台灣本土法學第 49 期，2003 年 8 月，頁 157 以下；曾品傑，〈論消費者保護法上定型化契約規定對於非消費關係之適用（上）〉，— 最高法院四則相關判決評析—，台灣本土法學雜誌第 53 期，2003 年 12 月，頁 217。

⁹² 參閱詹森林，〈最高法院與定型化契約法之發展〉及〈消費者保護法之定型化契約最新實務發展〉，皆收錄於《民事法理與判決研究（四）—消費者保護法專論（2）》，2006 年 12 月初版，頁 160-162、頁 250 以下；邱聰智，《新訂民法債編通則（下冊）》，2001 年 1 月 1 版，頁 529；曾品傑，〈論消費者保護法上定型化契約規定對於非消費關係之適用（下）〉，— 最高法院四則相關判決評析—，台灣本土法學雜誌第 54 期，2004 年 1 月，頁 171；戴志傑，〈定型化契約之相關問題研究—以我國消費者保護法為中心〉，收錄於《消費者保護研究第八輯》，2003 年 3

述，「消費性定型化契約」原則上可適用消保法及民法之規定，惟消保法為民法之特別法，故應有優先適用之餘地；⁹³而「非消費性定型化契約」僅能適用民法第 247 條之 1 規定。⁹⁴

(二) 定型化勞動契約於制定法上之適用依據

承續上開論述，消保法之適用前提為：擬定定型化契約條款之當事人一方為「企業經營者」，他方為「消費者」，且適用範圍在於雙方就商品或服務所發生的「消費關係」。然而，擬定定型化契約條款之「雇主」及作為約款相對人之「勞工」可否被認定為「消費者」及「企業經營者」，而其因勞動契約所生之關係是否為消保法規範之「消費關係」，從而該約款有消保法「定型化契約」一節之適用？就此問題，法院實務幾乎是一致採否定之見解，例如臺灣高等法院民事判決 92 年度重勞上更（一）字第 4 號：「按企業經營者與消費者訂立定型化契約前，應有 30 日以內之合理期間，供消費者審閱全部條款內容，消費者保護法施行細則第 11 條第 1 項定有明文。惟消費保護法立法意旨係為保護消費者權益，促進國民消費生活安全，提昇國民消費生活品質。本件上訴人與被上訴人訂立者係勞動契約，其間為僱傭關係，上訴人既非以消費為目的而與被上訴人為交易行為，或使用被上訴人製造、生產之商品或接受服務，自無消費者保護法之適用，合先敘明。」

又如，臺灣高等法院民事判決 92 年度上易字第 97 號：「被上訴人雖辯稱：系爭服務契約為定型化契約，依消保法第十一條第二項規定，系爭服務契約應採有利於居弱勢地位即被上訴人解釋云云。但按所謂消費關係係指消費者與企業經營者就商品或服務所發生之法律關係（消保法第二條第三款規定參照），又消保法中所謂「定型化契約條款」係指企業經營者提出之定型化契約條款作為契約內容之全部或一部而訂定之契約而言。經查，本件兩造間就任職期間及離職後等相關服務內容、營業秘密暨保密義務、競業條款等約定，並非屬於消費關係，自非消保法所規範『定型化契約』條款之適用對象。」

月，頁 5-11；朱柏松，〈民法定型化契約規範之適用與解釋〉，月旦法學雜誌第 54 期，1999 年 11 月，頁 60。

⁹³ 參閱戴志傑，〈定型化契約之相關問題研究－以我國消費者保護法為中心〉，收錄於《消費者保護研究第八輯》，2003 年 3 月，頁 10。

⁹⁴ 參閱詹森林，〈最高法院與定型化契約法之發展〉及〈消費者保護法之定型化契約最新實務發展〉，皆收錄於《民事法理與判決研究（四）－消費者保護法專論（2）》，2006 年 12 月初版，頁 162-163；邱聰智，〈新訂民法債編通則（下冊）〉，2001 年 1 月 1 版，頁 529；戴志傑，〈定型化契約之相關問題研究－以我國消費者保護法為中心〉，收錄於《消費者保護研究第八輯》，2003 年 3 月，頁 9-11。

再如，臺北地方法院民事判決 91 年度勞簡上字第 15 號：「被上訴人再抗辯系爭承諾書第五條約定違反消費者保護法定型化契約之規定，惟所謂消費者，依消費者保護法第二條第一款規定，係指以消費為目的而為交易、使用商品或接受服務者。系爭契約係勞動契約，被上訴人依該契約需提供勞務，上訴人則應給付對價，上訴人簽立系爭勞動契約，並非以消費為目的而為交易、使用商品或接受服務，上訴人就系爭勞動契約，非屬消費者，自無消費者保護法之適用。」⁹⁵

綜上，法院實務之判決多否定定型化勞動契約有直接適用消保法之餘地，其主要之理由即是在於系爭定型化契約條款，例如競業禁止約款或是最低服務年限約款，此種基於勞動關係而生之契約條款，並非屬於「消費關係」，而勞工不屬於消保法意義下「消費者」，故不屬消費者保護法所欲規範之對象，亦無消保法之相關規定之適用。

(三) 小 結

在現行消保法的條文規範下，勞工實無法該當所謂「以消費為目的而為交易、使用商品或接受服務」的「消費者」，其與雇主間所成立的契約關係也無法擴張解釋為「消費關係」，若勞動契約以定型化契約方式締結，其應屬於「非消費性定型化契約」，無法直接適用消保法「定型化契約」一節及其施行細則，從而僅能尋求民法之規範以供適用，有關定型化勞動契約條款之內容控制應以民法第 247 條之 1 為適用依據。

再者，依據債編施行法第 17 條規定，民法第 247 條之 1 之規定，對於民法債編修正施行前所訂定之契約，亦有適用。職此，於 89 年 5 月 5 日民法債編施行後所訂定之定型化勞動契約，可適用民法第 247 條之 1 規定，固無疑問。又因施行法之規定賦予民法第 247 條之 1 有溯及既往之效力，故於債編修正施行前之定型化勞動契約，亦可適用本條規定，對於契約條款為內容控制。

⁹⁵ 另可參見臺灣高等法院民事判決 93 年度勞上字第 75 號、臺灣高等法院民事判決 92 年度上易字第 97 號、臺灣高等法院民事判決 88 年度重勞上字第 5 號、臺灣高等法院臺中分院民事判決 94 年度上易字第 15 號、板橋地方法院民事判決 89 年度簡上字第 212 號、臺中地方法院民事判決 95 年度再易字第 26 號、臺中地方法院民事判決 95 年度簡上字第 60 號、南投地方法院民事判決 95 年度勞簡上字第 4 號。

第四節 定型化勞動契約司法控制之依據

第一款 問題的提出—規範之欠缺

定型化勞動契約在我國制定法上之依據應回歸民法規定，已如上節所述。民法對於定型化契約之規範僅有第 247 條之 1，其條文規定為：「依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，為左列各款之約定，按其情形顯失公平者，該部分約定無效：一 免除或減輕預定契約條款之當事人之責任者。二 加重他方當事人之責任者。三 使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利者。四 其他於他方當事人有重大不利益者。」從上開條文觀之，所規範者係有關定型化契約條款內容控制之部分，然而在定型化契約條款的控制上尚有其他層次，例如約款納入契約之控制，以及定型化契約條款之解釋原則等；此外，對於定型化契約條款無效時或不納入契約時，有關契約其他部分之效力問題，在民法中亦無另為規範，亦造成在法律適用上之諸多問題，在此也顯現出民法在定型化契約規範上的嚴重不足。

基於上開原因，在訴訟實務上，當涉及到定型化勞動契約之案件時，勞方律師在訴訟上為約款應援引消保法之主張屢見不鮮，例如援引消保法第 11 條規定，主張針對係爭定型化契約約款應為有利於勞工之解釋，⁹⁶或是認為縱然定型化勞動契約並無消費者保護法之適用，仍應參酌第 11 條第 2 項之規定之精神，故若定型化契約條款之內容有疑義時，應可準用或者類推適用該條規定，為有利於勞工之解釋。⁹⁷除此之外，勞方亦

⁹⁶ 參見臺灣高等法院民事判決 92 年度上易字第 97 號（見被上述人陳述第二點）：「按消費者保護法（以下簡稱消保法）第 11 條第 2 項規定：「定型化契約條款如有疑義時，應為有利於消費者之解釋。」此乃因為定型化契約條款通常係由企業經營者一方預先擬定，消費者幾無討價還價的餘地，故常有偏重企業經營者利益之情形發生，或因條款文字曖昧不明，為保障居於劣勢地位的消費者，故有此規定。查上訴人為全球最大的鍵盤製造廠商。是於本件中，被上訴人即受雇員工在與上訴人公司簽訂勞動契約時之地位，與消費者在與企業經營者簽訂定型化契約時的地位同，只有全部接受或拒絕二種選擇而已。因此，參酌消費者保護法保護弱勢消費者之立法意旨，對同居劣勢地位的受雇人，於解釋勞動契約而有疑義時，其不利益之風險，亦應由居於強勢的企業主承擔。」另可參見臺灣高等法院民事判決 92 年度勞上易字第 83 號、臺灣高等法院民事判決 91 年度勞上易字第 41 號、臺灣高等法院臺中分院民事判決 94 年度上易字第 15 號、基隆地方法院小額民事判決 90 年度基勞小字第 10 號亦主張應適用消保法第 11 條為有利於勞工之解釋。

⁹⁷ 參見新竹地方法院民事判決 93 年度簡上字第 22 號（見上訴人陳述第二、（一）點）：「員工認股協議書是勞力方提供之定型化契約，經世大公司法務室，領導階層開會決議、制定，再提出給員工簽署完成，其擬定過程嚴謹、思慮周延。所謂「甲方上市」應包括世大公司與他公司合併上市在內，世大公司若有不同意見、理由，於協議當時，應會有但書或除外條款之約定，協議書上既無但書也無除外約定，應可確定所謂甲方上市係屬概括規定，即應包括世大公司因合併而上市在內。參酌消費者保護法第十一條第二項就定型化契約條款有疑義時，應為有利於消費者解釋之基本精神，又依消費者保護法第二條第七款法令解釋定型化契約，系爭契約為定型化契約，台積電公司不應質疑，所謂定型化契約，係指企業經營者（即世大公司）為與不特定多數人訂立同類契約所用，所提出預先擬定之契約、條款即屬之。此由世大公司提出與系爭

常援引消保法第 12 條之規定，認為系爭約款違反誠信原則，對於消費者顯失公平，而為約款應屬無效之主張。⁹⁸亦有勞方主張對於定型化勞動契約條款之約定，應參酌消費者保護法之法理，給與勞工合理的契約審閱期間。⁹⁹

誠然，依據學界實務通說之見解，定型化勞動契約並無法直接適用消保法之規定，僅能回歸適用民法，然而不可否認的是：定型化契約規範在民法的架構下，僅有處理有關約款內容控制之規定，對於其他層次之問題則付之闕如。惟民法立法者對於此等重大問題漏未考量，並不意味著定型化勞動契約無此種規範需求，若存有規範漏洞，則有填補漏洞之必要，而在我國法的現狀下應為如何之填補及適用，此即為本節所要討論之問題。而在比較法的觀察上，有關定型化勞動契約之法制，德國法制之發展則與我國有相似之處，故在進入正式的討論之前，本文欲先敘述德國有關定型化勞動契約法制之發展軌跡。

第二款 德國定型化勞動契約條款法制之發展軌跡

一、債法現代化前

關於一般定型化契約之規制，德國在 2001 年民法債編修正前，主要

契約完全相同之契約與不特定之多數員工簽署，即可為證，是以，契約有疑義時，應為有利於消費者解釋之基本精神，乙○○雖非消費者，但勞工與消費者對資方與企業主而言均屬弱勢，屬性相同，應可準用，即：解釋勞工認股協議書，就協議內容有疑義時，應為有利勞工之解釋，基於此一理由，解釋員工認股協議書，就協議內容有疑義時，應可準用或類推適用消費者保護法第十一條第二項為有利於勞工之解釋。

⁹⁸ 參見臺灣高等法院臺中分院民事判決 94 年度上易字第 15 號、臺北地方法院民事判決 91 年度勞訴字第 9 號、板橋地方法院民事判決 89 年度簡上字第 212 號、臺中地方法院民事判決 95 年度再易字第 26 號、臺中地方法院民事判決 95 年度簡上字第 60 號、基隆地方法院小額民事判決 90 年度基勞小字第 10 號、彰化地方法院民事判決 90 年度勞再易字第 1 號、彰化地方法院民事判決 90 年度勞簡上字第 1 號。

⁹⁹ 參見臺北地方法院民事判決 96 年度訴字第 3863 號（見被告抗辯第（一）點）：「系爭契約之前言指明，當事人雙方同意訂立系爭保密契約係為保守秘密，故系爭契約之目的並無關競業禁止，原告應不得以競業禁止主張，且被告於原告公司任職之區域（中國大陸）與被告現職之任職區域（臺灣）並不相同。否則，本件雖不得直接適用消費者保護法相關規定，但參照消費者保護法第 2 條第 7 款、第 11 條第 2 項及第 11 條之 1 第 1、2 項規定之法理，並依最高法院 94 年度台上字第 2340 號裁判意旨，系爭契約第 5 條第 3 項之競業禁止條款亦係以定型化契約約定，片面限制原告之工作權利及自由，被告求職經原告面試後，原告所提供之報到通知單，均為原告提供之制式文件，自應給予被告合理之契約審閱期間，惟被告自原告通知至到職之期間緊迫，原告並未給予合理之審閱期間，被告並無從審閱，系爭競業禁止契約亦無就競業禁止部分有代償及津貼約定，關於薪資及業績獎金僅屬於勞務對價，為經常性給與，與競業禁止期間被告所受損害之代償或津貼無關，系爭競業禁止條款復未限制工作區及工作對象，已逾越合理限制被告就業之對象、期間、區域、職業活動，且被告任職於原告公司之工作地點及區域均為中國大陸，現任職之工作地點及區域均在臺灣，若受限制則範圍過廣，且兩造之實際僱傭期間未滿 1 年卻須負擔 2 年之競業禁止責任，實已加重被告之責任，兩造之地位並不平等，顯失公平，已違反民法第 247 條之 1 第 1 項之規定，系爭約款應為無效。」此外，勞方有相同主張者亦參見臺北地方法院民事判決 95 年度勞小上字第 6 號。

係以「定型化契約條款法」(AGBG)¹⁰⁰為其依據。惟因該法第23條第1項清楚明定:「本法於勞工法、繼承法、親屬法與公司法之契約不適用之。」¹⁰¹因此有關定型化勞動契約之控制,基本上即無法適用該法之規定。

依德國一般文獻之闡述,定型化契約條款法(AGBG)之所以不將勞動契約納為規範之對象,主要乃是立法者在當時認為,一方預先擬定之契約條款在勞動法領域尚有為數眾多的「強行規定」(zwingende Vorschriften),或是團體協約對於勞動契約內容之形成等機制可供保障,¹⁰²如要強將該法規定一體適用於勞動契約,則勞動法與民法領域間勢必產生評價上之矛盾,所以乃刻意將勞動契約排除於該法之適用範圍之外。¹⁰³然而,依據德國的經驗顯示,此等機制就勞工之保護而言仍有未足,因為工會或員工代表會對於在法律的範圍內,確保「定型化勞動條款處於適當的利益狀態」一事顯得無能為力。¹⁰⁴但面對定型化約款所可能產生之風險,勞工所須之保護需求,絕對不亞於消費者¹⁰⁵,且此種預先擬定之契約條款,在勞動法中同樣會造成契約平等之干擾。¹⁰⁶因此德國法院裁判實務上,雖常以定型化契約條款法(AGBG)第23條第1項之規定,否定該法於勞動契約之適用,不過,法院卻也時常將該法用以控制定型化契約條款之法律思想,在具體個案中予以援用、體現。¹⁰⁷

¹⁰⁰ AGBG 為「Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen」之簡稱,早期國內學者將其翻譯成「一般交易條款規制法」,參閱劉宗榮,〈定型化契約論文專輯〉,1988年1月,頁167以下,亦有翻譯成「定型化契約條款法」,參閱黃立,〈細說德國二〇〇一年新民法消費契約條款〉,政大法學評論第98期,2007年8月,頁99;另有譯為「定型化契約條款規制法」,參閱陳自強,《契約之成立與生效》,2005年2月,頁204及詹森林,〈消費者保護法之定型化契約最新實務發展〉,收錄於《民事法理與判決研究(四)－消費者保護法專論(2)》,2006年12月,頁255-256,註24;尚有將此譯為「定型化契約法」,參閱林佳和,〈社會保護、契約自由及經營權－司法對勞動契約的衡平性控制〉,《勞動法裁判選輯(五)》,2007年6月,頁46。及「定型化交易條款法」,參閱陳彥良,〈未明文法律制度之法典化－德國民法上的締約過失〉,台北大學法學論叢第56期,2005年6月,頁158。

¹⁰¹ 本條規定,原文如下:「Dieses Gesetz findet keine Anwendung bei Verträgen auf dem Gebiet des Arbeits-, Erb-, Familien- und Gesellschaftsrechts.」。

¹⁰² Vgl. Müko/Basedow, 5. Auflage, 2007, §310 BGB, Rn. 88;

Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, Einleitung, Rn. 24.

¹⁰³ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 12.

¹⁰⁴ Vgl. Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, Einleitung, Rn. 24.

¹⁰⁵ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 15; Gotthardt, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform. Neue Rechtslage für bestehende Arbeitsverträge ab 1.1.2003, 2.Aufl., München 2003.,Rn. 231.

¹⁰⁶ Vgl. Gotthardt, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform. Neue Rechtslage für bestehende Arbeitsverträge ab 1.1.2003, 2.Aufl., München 2003.,Rn. 231; MünchArbR/Richardi, 2.Aufl. München 2000, § 14, Rn 73f.

¹⁰⁷ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 16; Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§

承上所述，德國聯邦勞動法院在思考「納入契約的控制（訂入契約之控制）」（Einbeziehungskontrolle）的法律問題時，亦常參酌定型化契約條款法之規定；當一契約條款存在於契約內容中隱匿的位置，對於勞工而言，具備有「異常的特徵（überraschender Charakter）」時，參酌該法第 3 條規定之精神，此種「異常條款」不納入契約成為契約之內容；¹⁰⁸另外該法第 4 條所規定有關個別磋商條款優先於定型化契約條款之原則，在定型化勞動條件中（allgemeine Arbeitsbedingung）亦有適用。¹⁰⁹若定型化契約在解釋上有疑義時，此等不利益應歸由雇主負擔，換言之，參酌該法第 5 條之原則，應為不利於雇主之解釋。¹¹⁰

德國聯邦勞動法院雖在判決中，表明了採取上開定型化契約條款基本原則之立場，但是在有關「內容控制（Inhaltskontrolle）」的審查上，聯邦勞動法院並不採用定型化契約條款法第 9 條規定。¹¹¹此是因為勞動條件可透過適當性（Angemessenheit）及衡平性（Billigkeit）之審查，而被宣告無效，其法律基礎部分是源於民法第 242 條¹¹²有關誠信原則之規定，另一部分則是以民法第 315 條¹¹³為基礎。在後期亦有以基本權衡

305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, Einleitung, Rn. 21; Gotthardt, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform. Neue Rechtslage für bestehende Arbeitsverträge ab 1.1.2003, 2.Aufl., München 2003.,Rn. 230.

¹⁰⁸ Vgl. BAG 29. 11. 1995, AP, § 3 AGB-Gesetz Nr.1. 本判決要旨：「Überraschende Klauseln in Formulararbeitsverträgen und in allgemeinen Arbeitsbedingungen werden nicht Vertragsbestandteil. Ob sich dies aus einer analogen Anwendung von § 3 AGB-Gesetz oder aus § 242 BGB i. V. mit einem allgemeinen Rechtsgedanken ergibt, der in § 3 AGBG seinen Ausdruck gefunden hat, bleibt unentschieden.」（作者自譯：定型化勞動契約中及定型化勞動條件中之異常條款不會納入成為契約內容，其依據是否是類推適用一般交易規制法第 3 條，或是依民法第 242 條誠信原則結合從該法第 3 條規定得出一般法律思想，對此問題，尚未有定論。）

¹⁰⁹ Vgl. BAG 9. 2. 1995, NZA 1996, 249, 250.

¹¹⁰ Vgl. BAG 12. 2. 1985, AP, § 1 BetrAVG Nr.12.

¹¹¹ Vgl. BAG 24. 11. 1993, AP, § 611 BGB Mehrarbeitsvergütung Nr 11; BAG 13. 12. 2000, NZA 2001, 723.

¹¹² 德國民法第 242 條之原文為：「§ 242 Leistung nach Treu und Glauben Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.」（筆者自譯：債務人應斟酌交易習慣，依誠實信用方法而為給付。）

¹¹³ 德國民法第 315 條之原文為：「§ 315 Bestimmung der Leistung durch eine Partei (1) Soll die Leistung durch einen der Vertragschließenden bestimmt werden, so ist im Zweifel anzunehmen, dass die Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen ist. (2) Die Bestimmung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil. (3) Soll die Bestimmung nach billigem Ermessen erfolgen, so ist die getroffene Bestimmung für den anderen Teil nur verbindlich, wenn sie der Billigkeit entspricht. Entspricht sie nicht der Billigkeit, so wird die Bestimmung durch Urteil getroffen; das Gleiche gilt, wenn die Bestimmung verzögert wird.」

（條文翻譯：（1）給付應由契約當事人之一方指定者，有疑義時，指定應依「合理裁量」為之。（2）指定應以意思表示向他方為之。（3）應依「合理裁量」而為指定者，其指定必須符合『衡平性 Billigkeit』，始對他方當事人產生拘束力。指定不符合衡平性者，應以判決定之；殆於指定者亦同。有關本條文之翻譯，參閱林佳和，〈社會保護、契約自由及經營權－司法對勞動契約的衡平性控制〉，《勞動法裁判選輯（五）》，2007 年 6 月，頁 55。

量（Grundrechtsabwägung）的方式或是有關民法第 134 條¹¹⁴違反法律強制規定作為宣告約款無效之基礎。¹¹⁵

德國聯邦勞動法院亦援引德國聯邦憲法法院（BVerfG）的判決的見解作為立論基礎，依據該判決所指，民事法院於審判時，特別是在具體適用民法第 138 條¹¹⁶及第 242 條等概括條款規定時，應注意基本法第 2 條第 1 項對於私法自治之基本權保障。基此，若契約雙方當事人間之力量有強大之差距，在結構上具有不平等的協商能力時，進而干擾契約之平等時，此即產生對於契約為內容控制之義務。¹¹⁷契約自由的基礎在於雙方當事人之力量為均等時，始適合對雙方為利益衡量，而法院只有在契約之一方具有結構上之劣勢，若放任當事人自由協議，將對弱勢之一方相當不利時，始能對契約為修正。¹¹⁸

然而，德國聯邦勞動法院在判決中對於勞動契約為內容控制之作法自始即受到部分學者強烈之批評，認為此欠缺充分的法律基礎。¹¹⁹無論如何，聯邦勞動法院仍持續作成相關判決，並無明顯的傾向顯示因此而改變見解。¹²⁰整體觀之，德國勞動法學及實務界，向來對於勞動契約存有定型化契約條款之可能並無疑問，同時亦常引用定型化契約之法理加以論證，但是在制定法上明文排除勞動契約之適用，確實帶來了一些窘境，至少使得勞動契約中有關不合理條款控制之問題，相當程度仍停留在「衡平性控制」，而非「合法性控制」之層次。¹²¹

¹¹⁴ 民法第 134 條之原文為：「§ 134 Gesetzliches Verbot Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.」（筆者自譯：除了基於法律發生其他效果外，違反法律禁止規定之法律行為無效。）

¹¹⁵ Vgl. Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, Einleitung, Rn. 22.

¹¹⁶ 民法第 138 條之原文為：「§ 138 Sittenwidriges Rechtsgeschäft; Wucher (1) Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig. (2) Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen.」（筆者自譯：（1）法律行為違反善良風俗者，無效。（2）法律行為乘他人急迫、輕率或無經驗，利用給付，使其對自己或第三人為財產上利益之約定或給與者，若財產上之利益，超過給付之價值甚鉅，依當時情形，顯失公平者，其法律行為無效。）

¹¹⁷ Vgl. BVerfG 19. 10. 1993, NJW 1994, 36 ff.

¹¹⁸ Vgl. BAG 16. 3. 1994, AP, § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe Nr 18.

¹¹⁹ Vgl. Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, 6. Aufl., München 2008, § 12 IV, S. 140.

¹²⁰ Vgl. Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, Einleitung, Rn. 25.

¹²¹ 參閱林佳和，〈德國勞動法制之最新發展：2000-2007〉，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，2008年5月25日，頁11。

二、債法現代化後

德國債法經由 2001 年修正後，立法者將整合舊有定型化契約法制之規範統一納入民法典中，並訂於新民法的第 305 條至第 310 條。依據新修正的債法，並無如過去定型化契約條款法明文排除勞動法領域，取而代之者是在民法第 310 條第 4 項訂定有關適用限制之規定。

¹²²詳言之，依該條項第 2 句之規定：「適用勞動契約時，應適當考量勞動法現行之特殊性；第 2 項、第 3 項不適用之。」¹²³誠然，何為「勞動法現行之特殊性」是德國勞動法學及實務界近年來所要努力研究及解決的問題，¹²⁴但不容否認的是，隨著德國債法修正後引入定型化契約條款控制規範，使得定型化勞動契約條款有其適用依據，藉著適用民法「納入控制」(Einbeziehungskontrolle) 及「內容控制」(Inhaltskontrolle)，使得昔日被放置於「非法律層次之衡平性控制」意涵中之問題，有了更進一步踏入「合法性控制」之機會。¹²⁵

承上，債法現代化雖擴大定型化契約控制適用於勞動契約，但依德國民法第 310 條第 4 項第 1 句，有關定型化契約條款之規定，不適用於團體協約、廠場協定、勤務協定 (Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen)。¹²⁶其理由在於此等集體性的規範 (kollektive Regelungen) 不僅只是集體協議雙方當事人間所協商之契約，其亦同時為直接強行之規範，若其成為定型化契約控制審查之客體，勢必會妨礙協約自治 (Tarifautonomie)，從而排除其適用定型化契約法之規範。¹²⁷

第三款 定型化勞動契約控制依據之探求

從定型化契約法制在我國的發展歷程可知，在民法尚未修正前，勞動契約在制定法的立法定義下，並無適用定型化契約控制規範的空間，

¹²² Vgl. Aretz, Allgemeine Geschäftsbedingungen im Arbeitsvertrag, Köln 2006, S.3-4.

¹²³ 德國民法第 310 條第 4 項第 2 句之原文為：「Bei der Anwendung auf Arbeitsverträge sind die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen; § 305 Abs.2 und 3 ist nicht anzuwenden.」

¹²⁴ Vgl. Aretz, Allgemeine Geschäftsbedingungen im Arbeitsvertrag, Köln 2006, S.3-4.

¹²⁵ 參閱林佳和，〈德國勞動法制之最新發展：2000-2007〉，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，2008年5月25日，頁11-12。

¹²⁶ 德國民法第 310 條第 4 項第 1 句之原文為：「Dieser Abschnitt findet keine Anwendung bei Verträgen auf dem Gebiet des Erb-, Familien- und Gesellschaftsrechts sowie auf Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen.」本條文翻譯引自林佳和，〈德國勞動法制之最新發展：2000-2007〉，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，2008年5月25日，頁9。

¹²⁷ Vgl. Schlodder, Der Arbeitsvertrag im neuen Schuldrecht, Heidelberg 2004, S. 201; Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht: Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 310 BGB, Rn. 23.

此與德國債法現代化前的情況相似，然而德國於 2001 年修正民法，在民法第 305 條至第 310 條中納入定型化契約之規範，而我國亦在 1999 年增訂民法第 247 條之 1，納入定型化契約條款控制之規範，使得定型化勞動契約有了制定法上之適用依據。

雖然如此，但立法密度上卻大不相同，德國於債法現代化時，僅在文字及內容上對舊有的定型化契約條款法（AGBG）為些許修正，舊法所有的實體規定，例如定型化契約之定義、納入之控制、異常條款、個別磋商條款的優先效力、不明確條款解釋原則、內容控制之規範等，皆可在新民法第 305 條至第 310 條中找到規範依據，對於定型化契約法制之體系，有完整之條文規定。

反觀我國民法之修正，雖增訂了民法第 247 條之 1，惟該條規定僅能處理約款內容控制之問題，立法者顯然未能整體考量定型化契約法制之體系，對此做一全盤之修正，此種規範上的缺漏，造成定型化勞動契約條款在適用及解釋上出現不少疑義。

詳言之，在定型化契約控制體系的審查順序（Prüfungsreihenfolge）上，依據學說見解應以下列步驟判定：¹²⁸（一）該約款是否為定型化契約條款。若為肯定，則應（二）視該定型化契約條款是否納入契約成為契約之內容；該約款是否對於相對人而言為「異常條款」，致有不納入成為契約內容之情況。若確定該約款成為契約之內容，則應（三）對於納入契約之條款而為解釋，此涉及到定型化契約條款之解釋原則，如約款有疑義時，應為有利於相對人之解釋。（四）再者即是對於定型化契約條款為內容控制之審查，若約款被判定無效後，（五）即是要處理定型化契約無效後，如何定其契約之效力的問題。其中，我國民法第 247 條之 1 僅能解決第（四）點問題，有關其他審查步驟，於定型化勞動契約中應如何為法律之適用，不無疑義。以下分別觀察法院實務之見解，從而闡述學說對此問題之態度，最後即就上開討論提出小結。

一、國內法院裁判之觀察

就應適用民法之定型化契約（非消費性定型化契約）是否有援用消保法規定之問題，觀察實務見解，大多以當事人間非屬「消費關係」，直接否定有適用消保法之可能性，然而「非消費性定型化契約」可否以類

¹²⁸ 參閱詹森林，〈定型化契約條款效力〉，收錄於《民事法理與判決研究（四）—消費者保護法專論（2）》，2006 年 12 月初版，頁 111-114；王澤鑑，〈債法原理·基本理論債之發生〉，2001 年 11 月，頁 99；陳自強，〈契約之成立與生效〉，2005 年 2 月，頁 200-205；Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn. 38.

推適用、準用或者依法理適用消保法之規定，就筆者所搜尋到之判決，僅有少數判決對此表示意見，詳述如下：

(一) 否定見解

於最高限額保證定型化契約之案例中，**臺灣高等法院民事判決 92 年度上字第 110 號**曾以該等契約非屬「消費關係」，從而否認其具有無類推適用之基礎：「按消費關係指消費者與企業經營者間就商品或服務所發生之法律關係，消保法第二條第三款定有明文，又所謂消費者指以消費目的而為交易、使用商品或接受服務者而言（消保法第二條第一款規定參照）。查保證人與債權人約定就債權人與主債務人間所生一定債之關係範圍內之不特定債務，預定最高限額，由保證人予以保證之契約，學說上稱之為最高限額保證。此種保證契約如定有期間，在該期間內所生約定範圍內之債務，不逾最高限額者，均為保證契約效力所及；如未定期間，於保證契約未經保證人依民法第七百五十四條規定終止或有其他消滅原因以前，所生約定範圍內之債務，亦同。故在該保證契約有效存在期間，已發生約定範圍內之債務，縱因清償或其他事由而減少或消滅，該保證契約依然有效，嗣後所生約定範圍內之債務，於不逾最高限額者，債權人仍得請求保證人履行保證責任。除有特約外，亦無以約定範圍內某特定債務之清償完畢日作為此種保證契約終期之可言。此與一般保證係就主債務人之特定債務為保證，於該特定債務消滅時，保證契約即歸消滅者不同。再者，銀行與連帶保證人間所訂立之保證契約，乃保證人擔保借款人對銀行債務之清償責任，銀行對保證人並不負任何對價，保證人亦無從因保證契約自銀行獲取報償，其性質為單務無償契約，非屬消費之法律關係，保證人亦非消費者，當無消費者保護法之適用（最高法院九十年度台上字第一四一四號判決意旨參照）。準此可知，上訴人與被上訴人間所簽訂系爭未定期限最高限額保證契約，顯非屬於消費關係，是本件被上訴人丙○○抗辯系爭保證契約有消保法之適用云云，不足採取。另伊又抗辯系爭保證契約應得類推適用消保法規定云云，然所謂『類推解釋』則係指超越條文內容，使其適用於其他未規定之類似事項，以補充法律之不完備而言。本件系爭連帶保證契約性質為未定期限最高限額保證，業如前述，且該連帶保證契約並非以消費為目的所為之法律行為，本即非消保法所規範之客體，準此，系爭連帶保證契約自無類推適用消保法之餘地。是被上訴人丙○○抗辯：系爭連帶保證契約應類推適用消保法云云，顯屬無據。」

關於定型化勞動契約可否準用、類推適用消保法之規定，**新竹地方法院 93 年度簡上字第 22 號**判決，亦基於當事人間之法律關係非屬「消

費關係」，因而否定有類推適用之可能性：「消費者保護法之立法精神在於保護消費者之權益，促進國民消費生活安全，提昇國民消費生活品質，此從該法第一條規定即可得出，而消費者係指以消費為目的而為交易、使用商品或接受服務者，消費關係係指消費者與企業經營者間就商品或服務所發生之法律關係。查乙○○為前世大公司之員工，與世大公司簽訂有員工認股協議書，係基於其等間之勞動關係而來，並非以消費為目的而簽訂該契約，乙○○非消費者，其與台積電公司間亦非就何商品或服務發生爭議，其間之法律關係亦非消費關係，而兩造間簽訂該協議書之精神在於促進勞資合作，加強員工向心力，俾於勞資一體，所應適用者為勞動基準法等相關法律規定，與消費者保護法之精神炯然不同，無從準用或類推適用，乙○○上開抗辯，亦無理由。」

(二) 肯定見解

臺灣高等法院臺中分院民事判決91年度重上更字第1號認為不得適用消保法之定型化契約，仍可類推適用消保法之規定：「又所謂消費者，依消費者保護法第二條之立法解釋，指以消費為目的而為交易、使用商品或接受服務者而言。銀行或其他金融機構與連帶保證人間所訂立之保證契約，乃保證人擔保借款人對金融機構債務之清償責任，金融機構對保證人並未提供任何商品或服務，保證人並未因有保證契約而自銀行獲得報償，尚非屬消費者保護法所規定有關消費之法律關係，自無消費者保護法之適用（見本次發回要旨），且本件連帶保證並無違反誠信衡平原則，上訴人亦非無拒絕締約之餘地等情，均已如前述。是以上訴人抗辯被上訴人與連帶保證人間之保證契約，性質上雖非消費關係，無消費者保護法之適用，惟為維持雙方當事人間私法上利益之均衡，避免約款制定者濫用其經濟上、法律上或其他締約基礎之優勢，致侵害契約相對人之利益，自應適用民法第一百四十八條第二項規定來審查定型化契約條款是否符合誠信原則。本件連帶保證書定型化契約之保證範圍除最高限額之本金外，亦及於其他利息違約金、損害賠償、各項費用、代付款項等約定、未定期保證終止權排除條款等，均違反誠信衡平原則。故在民法尚未明文對定型化契約做原則性之限制前，仍應「類推適用」消費者保護法第十二條規定。」

又如，臺北地方法院民事判決90年度訴字第2682號曾對銀行保證之定型化契約可否類推適用消保法規定之爭議，表示肯定之見解，在該號判決中，先援引最高法院之判決，否定此類「非消費性」之定型化契約可直接適用消保法之規定，然而基於定型化契約控制之本質上理由，認為在銀行保證之定型化契約可類推適用消保法之規定，其理由為：「本

院認保證人為單務、無償契約等性質，保證人之地位較主債務人而言更須受到保護；且保證契約為消費借貸契約之從契約，保證契約所擔保之債務，係借款人以消費為目的而為之交易而生，兩者有緊密之關係，若於是否適用消保法竟有不同結論，其於法律適用上難期公允；以及定型化銀行保證契約實質上屬經濟力強者與經濟上弱者，立於不平等地位簽訂之定型化契約，自應透過法律對於契約自由原則予以規範限縮；並參以民法亦有對於附合契約加以規範，惟規定較為簡陋等理由，應認為雖保證人與銀行間並無消費關係，基於與保護經濟弱者、適當規制契約自由原則之同一理由，定型化銀行保證契約亦得類推適用消保法關於定型化契約之相關規定及法理，以符法律之公平正義原則。¹²⁹

值得注意的是，少數法院採納學者之見解，其認為在非屬消費關係之定型化契約，可藉助消保法之規定，以補充民法規範不足之漏洞，如臺灣高等法院臺中分院民事判決 96 年度金上字第 5 號對此問題表示：「民法第 247 條之 1 規定：『依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，為左列各款之約定，按其情形顯失公平者，該部分約定無效：一 免除或減輕預定契約條款之當事人之責任者；二 加重他方當事人之責任者；三 使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利者；四 其他於他方當事人有重大不利益者』，係就定型化契約之效力調整，作明文規範，惟因該條文規定尚稱簡略，就制度之全面而言，不無以偏概全、掛一漏萬之嫌，此與消費者保護法就定型化契約非但訂有專節，並於施行細則作補充規範相較，消費者保護法之制度內容顯較民法之規定周延縝密，而消費者保護法與民法之規範領域雖有不同（消費者保護法限於企業經營者與消費者間之消費關係），但制度內涵應有相通之處，是以，在非屬消費關係之定型化契約之解釋適用上，除應尋求定型化契約之法理予以補充解釋外，並可藉助消費者保護法之相關規定，以補充民法規範之不足。（在企業經營者與消費者間消費關係之定型化契約，本可直接適用消費者保護法之規定）（參照邱聰智著「新訂民法債編通則下冊」第 528 頁以下、90 年 2 月版）。」近年來，上開見解已多次出現在臺灣高等法院臺中分院及臺中地方法院所作之判決中，¹³⁰未來是否會成為有力之見解，值得觀察。

¹²⁹ 本案上訴到第二審法院，惟高等法院對此問題採取為否定見解，參見臺灣高等法院民事判決 92 年度上字第 110 號。

¹³⁰ 相同見解可參見臺灣高等法院臺中分院民事判決 96 年度金上易字第 2 號、臺灣高等法院臺中分院民事判決 95 年度上易字第 208 號、臺灣臺中地方法院民事判決 94 年度訴字第 2840 號、臺中地方法院民事判決 95 年度訴字第 469 號、臺中地方法院民事判決 95 年度訴字第 501 號、臺中地方法院民事判決 94 年度訴字第 2407 號、臺中地方法院民事判決 93 年度訴字第 2316 號、臺中地方法院民事判決 93 年度小上字第 59 號。

涉及定型化勞動契約之判決中，有法院並不直接對可否適用消保法之問題表示意見，然而法院在判斷定型化約款之效力時，將民法第 247 條之 1 及消保法第 12 條並列作為涵攝之法律規範，¹³¹似有援引消保法之規定作為補充民法前揭條文解釋適用上之依據。甚且，亦有判決不援引消保法第 11 條第 2 項之規定，而於判決中直接以「定型化條款文義不明時，應作有利於相對人之解釋。」作為抽象規範，並在個案中加以援用。¹³²

¹³¹ 參見臺灣高等法院民事判決 96 年度上字第 972 號：「按所謂定型化契約，係指依照當事人之一方為與不特定多數相對人訂立同類契約之用而預先擬定之交易條款所訂定之契約。基於契約自由原則，此等契約條款，原則上均屬有效，當事人雙方理應受其拘束。惟因此等條款係當事人之一方所預先擬定，其就交易之客體，非但具備專業知識，且通常均已累積豐富交易經驗，並多藉助法律專業人士為其擬定定型化契約條款，故其條款多以追求己方之最大利益為目標，或使用專門用語，而為通常欠缺相關法律常識之交易他方所難以理解，或隱藏風險轉嫁，而使交易他方承擔不利。是其雖符合契約自由之外觀，然多悖離契約正義之要求，為防止此類契約自由之濫用及維護交易之公平，民法第二百四十七條之一明定：「依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，為左列各款之約定，按其情形顯失公平者，該部分約定無效：一、免除或減輕預定契約條款之當事人之責任者。二、加重他方當事人之責任者。三、使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利者。四、其他於他方當事人有重大不利益者。」，又參照消費者保護法第十二條規定：「(第一項) 定型化契約中之條款違反誠信原則，對消費者顯失公平者，亦屬無效。(第二項) 定型化契約中之條款有下列情形之一者，推定其顯失公平：一、違反平等互惠原則者。二、條款與其所排除不予適用之任意規定之立法意旨顯相矛盾者。三、契約之主要權利或義務，因受條款之限制，致契約之目的難以達成者。」之意旨，是定型化契約條款對於契約當事人均有拘束，此等條款如係當事人之一方所預先擬定，而該等條款內容通常係由具備專業知識，且通常均已累積豐富交易經驗之法律及專業人士為其擬定，以追求己方之最大利益，或使用專門用語，而為通常欠缺相關法律常識之交易他方所難以理解，或隱藏風險轉嫁，而使交易他方承擔不利，致悖離契約正義之要求，為防止此類契約自由之濫用及維護交易之公平，賦予司法審查，就該條款是否違反誠信原則，應斟酌契約之性質、締約目的，及為他方所不及知或無磋商變更之餘地者、依契約本質所生之主要權利義務或按法律規定加以綜合判斷，有無顯失公平之情形；以及全部條款內容、交易習慣及當事人間之給付與對待給付顯不相當者、應負擔非其當事人所能控制之危險者、違約時當事人應負擔顯不相當之賠償責任者等情事判斷之。」

¹³² 參見士林地方法院小額民事判決 94 年度士勞小字第 10 號：「前開業務員保證書，乃被告一方預定用於同類型契約之條款而訂立之契約，核屬民法第 247 條之 1 所稱之定型化契約。而前開業務員保證書第 3 條雖約定業務員如有違反情事，需歸還公司相關金額，第 8 條雖約定，業務員有收款之責任與義務，惟該條款是否係指業務員招攬之廣告款，如果逾期未能收回，即應由招攬廣告之業務員自負清償責任？文義容有未明。**按定型化條款文義不明時，應作有利於相對人之解釋。**本院認為前開條款第 3 條雖約定「業務員應歸還公司相關金額」，然該條前段既已明文強調「刊登之廣告，為業務員核算業績獎金之來源」，解釋上應認為業務員違反情事而應歸還者，係其不當領取之業績獎金。而所謂業務員有收款之責任與義務，解釋上應認為業務員如收款後未繳回公司，應負賠償責任，而非指客戶不付款時即應由業務員負賠償責任。」；桃園地方法院民事判決 95 年度簡上字第 122 號：「經查系爭保密契約，係被上訴人公司為與不特定新聘用之人員訂約之用，而以被上訴人公司單方預先印製之契約條款與上訴人簽訂之契約，應屬定型化契約。又系爭保密契約第 5 條僅約定：「甲方（指上訴人）同意於離職後二年內，不得有直接競業之行為。」依其文義，僅禁止上訴人為直接競業之行為，而所謂直接競業通常指禁止為自己從事與他方相同或類似營業之競業行為而言，是若受僱於與他方營業相同或類似之事業是否包括於上開禁止之列，即非無疑義。而按定型化契約條款係由當事人一方預先擬定，於構思條款內容時，難免為自己有利之考量，對於自己不利部分，用詞易流於抽象、混淆而不確定，致對於同一條款有不同的解釋方法，此際應為他方當事人有利之解釋。亦即，若

綜觀實務見解之立場，對適用民法之定型化契約可否援用消保法之問題採取較保守之立場，多數判決多以「非消費關係」由逕為否定消保法之適用，惟近期已有少數法院及判決意識到此等制度性漏洞之問題，從而採取應類推適用或者依法理適用消保法之規定，此等見解將來是否會對整體立場之轉變造成影響，殊值觀察。

二、國內學界見解之觀察

學界對此問題多採取肯定之見解，多認為適用民法之定型化契約（非消費性定型化契約），仍有準用、類推適用、或者依法理適用消保法之空間，茲分述如下：

（一）準用消保法之規範

朱柏松教授認為，民法中對於定型化契約之法律規範僅設第 247 條之 1 的原則性規範，有規範不足而生嚴重缺漏之情況，對於此種僅能適用民法第 247 條之 1 之定型化契約，當依本條規定對於條款乃至於定型化契約法價值判斷遇有法律缺漏時，應可準用消保法之規定。¹³³

（二）區分規範之性質而為類推適用

對此問題，曾品傑教授參考法國文獻見解，依據條文規範本質，將消保法的規定區分成「指標性規定」及「轉進性規定」：前者所指涉者是基於消費者保護之特別目的，建立本來不存在於普通法內的前導法理，或創設民法原理之例外規定，以保障消費者之權益，關於此類規定則不得類推適用於「非消費性之定型化契約」；而後者則是將民法中保護弱者利益之規定，或是關於民法基本精神之條文，「位移」、「複製」或具體化訂於消保法內，若是屬於此類「轉進性規定」時，非消費關係之當事人得援引消保法中此類規定。¹³⁴

據此，曾教授在文中分析我國消保法之規定，其認為在消保法屬於「指標性規定」者，為第 11 條第 2 項中有關「條款有疑義時，應為有利

由當事人一方擬定定型化契約條款者，即應由其負責擬定意義明確之文字，如留有為自己不利解釋之空間，應自負其責。是則定型化契約條款文義不明時，應為有利於相對人之解釋。本件系爭保密契約第 5 條約定之文字文義既屬不明，則應為對於上訴人有利之解釋，而應解釋為僅禁止上訴人為自己從事與被上訴人公司相同或類似營業之競業行為，而不及於受僱於與被上訴人公司相同或類似營業之事業。」

¹³³ 參閱朱柏松，〈民法定型化契約規範之適用與解釋〉，月旦法學雜誌第 54 期，1999 年 11 月，頁 60-61。學者邱聰智將此稱為「限度準用說」，參閱邱聰智，〈回歸法律原則—債法方法論上之大轉向？〉，收錄於《法律哲理與制度（基礎法學）：馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集》，2006 年 1 月，頁 316。

¹³⁴ 參閱曾品傑，〈論消費者保護法上定型化契約規定對於非消費關係之適用（上）〉，一 最高法院四則相關判決評析一，台灣本土法學雜誌第 53 期，2003 年 12 月，頁 211-215。

於相對人之解釋」及第 11 條之 1「審閱期間」之規定，即無類推適用之空間。反之，消保法第 12 條關於約款違反誠信原則，對消費者顯失公平因而無效之規定，應屬「轉進性規定」，在民法尚未增訂第 247 條之 1 前，非消費關係之當事人可主張類推適用消保法第 12 條之規定；於民法債編修正生效後，非消費關係之當事人主張第 247 條之 1 之規定之同時，亦似得援引消保法第 12 條之相關內容，以充實民法之適用內涵，促進法律解釋與使用之進步。此外，消保法第 15 條有關定型化約款抵觸個別磋商條款約定無效的規定亦屬「轉進性規定」，對於非消費性定型化契約應可類推適用本條之規定。¹³⁵

（三）法理適用說

詹森林教授在其著作中提到，若在消保法及其施行細則關於定型化契約之規定中蘊含一般法律原則者，則具有民法第 1 條所稱「法理」之性質。¹³⁶依其之見解，其中可被認為定型化契約之法理者有以下之規定：消保法第 11 條第 2 項關於有疑義時應為有利於他方當事人之解釋、第 12 條及其施行細則第 13 條、第 14 條關於誠信原則之要求，消保法第 13 條及第 14 條關於條款如何構成契約內容¹³⁷及消保法第 15 條「定型化契約中之定型化契約條款抵觸個別磋商條款之約定者，其抵觸部分無效」等規定，¹³⁸均屬定型化契約應遵循之基本法理。

在非消費性的定型化契約條款中，除了民法第 247 條之 1 係關於定型化約款有無顯失公平之規定外，由於其與消保法第 12 條同屬定型化約款內容控制之規範，兩者規定在性質上相當，在此尚無規範缺漏之問題。然而有關定型化契約條款界定、定型化約款是否納入契約、定型化約款有無解釋上之疑義、以及當約款無效時應如何處理之問題，在民法中皆無明文規定，然消保法於第 11 條至第 16 條訂有詳細規定，當涉及到此

¹³⁵ 有關各條規定之詳細分析，請參閱曾品傑，〈論消費者保護法上定型化契約規定對於非消費關係之適用（上），— 最高法院四則相關判決評析—〉，台灣本土法學雜誌第 53 期，2003 年 12 月，頁 211 以下；〈論消費者保護法上定型化契約規定對於非消費關係之適用（下），— 最高法院四則相關判決評析—〉，台灣本土法學雜誌第 54 期，2004 年 1 月，頁 153 以下。

¹³⁶ 參閱詹森林，〈定型化契約之基本問題〉，收錄於《民事法理與判決研究（三）—消費者保護法專論》，2003 年 8 月初版，頁 11 及〈最高法院與定型化契約法之發展〉，收錄於《民事法理與判決研究（四）—消費者保護法專論（2）》，2006 年 12 月初版，頁 163。

¹³⁷ 參閱詹森林，〈消費者保護法之定型化契約最新實務發展〉，收錄於《民事法理與判決研究（四）—消費者保護法專論（2）》，2006 年 12 月初版，頁 242。詹教授此段論述雖是針對在消保法未公布施行前之定型化契約，其認為消保法第 13、14 條之規定應可作為定型化契約均應遵循之基本法理，可作為法官裁判時參酌之依據。故本文以為其既可作為法理，本於相同之理解，應可適用於「非消費性的定型化契約」。

¹³⁸ 參閱詹森林，〈最高法院與定型化契約法之發展〉，收錄於《民事法理與判決研究（四）—消費者保護法專論（2）》，2006 年 12 月初版，頁 163。

部分之問題時，可參考消保法相關規定解決之。¹³⁹

三、本文淺見

(一) 法律漏洞之肯認

依據文獻之討論，所謂「法律漏洞」係指法律體系上「違反計畫的不圓滿性」。¹⁴⁰若法律對依規範意旨應以規範之類型未加規範，則法律即存在一「公開漏洞」(offene Lücke)¹⁴¹。欲判斷是否有法律漏洞之存在，需以法律本身之觀點、法律的根本規整意向、藉此追求的目的以及立法者之計劃為準。對於法律之「內存目的」不應作狹隘之理解，應考慮者不僅是立法者之意向及其有意之決定，對於已經顯現在法律之中的客觀的法的目的、一般法律原則應須加以考量。而內存在任何法律中的原則為：「同類事務同等處遇」，換言之，同類事件應受相同之處理原則，這兩類事件應受相同之規整。¹⁴²

而有關我國定型化契約之規範，分別訂於民法及消保法中，且兩者之規範密度有相當大之差距，觀察兩者之立法過程（請參閱本文第三節之論述），應是立法過程之疏漏所造成之結果，並非為立法者有意義之沈默。就兩者規範法律事實及理由，在本質上並無不同。誠然，在消費關係中雖以定型化契約之締結為常態，然而其他的法律關係中，亦常使用定型化契約，勞動契約即為適例，基於勞僱雙方締約地位、協商成本及協商力量之差距，為避免約款使用者濫用契約自由等原因，從而承認應對於定型化契約予以控制，上開理由皆可適用在消費者及勞工身上，且勞工對於勞動契約具有生存保障及從屬性之特性，其保護需求更甚於消費者，實不應區分「消費關係」之存在與否給與不同之評價，否則將有違平等原則，造成法律體系上之價值判斷矛盾，在此，應肯定民法本身對於定型化契約之解釋、納入之控制、效力等事項未加規範，屬於法律漏洞。

¹³⁹ 參閱詹森林，〈最高法院與定型化契約法之發展〉及〈消費者保護法之定型化契約最新實務發展〉，收錄於《民事法理與判決研究（四）—消費者保護法專論（2）》，2006年12月初版，頁160-161，171-172，250-251。

¹⁴⁰ 有關「違反計畫的不圓滿性」之內涵，詳請參閱黃茂榮，《法學方法與現代民法》，2002年9月增訂四版，頁391以下。

¹⁴¹ 參閱王澤鑑，《法律思維與民法實例—請求權基礎體系理論》，2003年2月，頁305；有譯為「開放的漏洞」，參閱Larenz著，陳愛娥譯，《法學方法論》，2006年4月，頁285；亦有譯為「明顯的漏洞」，參閱黃茂榮，《法學方法與現代民法》，2002年9月增訂四版，頁448以下。

¹⁴² 參閱Larenz著，陳愛娥譯，《法學方法論》，2006年4月，頁283-285。

(二) 補充方法之確立

基於法律本身所追求之目的及法律體系之無矛盾性及對於平等原則之要求，對於法律漏洞之補充自有其必要性。¹⁴³觀察學說就此問題之見解，事實上皆承認民法之規範欠缺對於「非消費性定型化契約」，就此點而言，存在規範上之漏洞，惟應如何對此法律漏洞之補充，在法學方法上之運用上有所差異。詳言之，究竟是應準用、類推適用或者依法理適用消保法之規定，在文獻的討論上有不同的看法。

首先，若法律明文授權法院將某案型之法律規定適用到另一相似的類型上，其通常在法律規定之文字使用「準用」之字眼，此種用語用於擬處理之類型與擬引用之法條所規範之類型，法律事實並不同一，但卻相似之情形，從而基於平等原則之考量，對兩者為同一之處理。¹⁴⁴簡言之，「準用」係指類推適用之方法以法條明文規定。¹⁴⁵若回到本款所要探討之問題，似不宜將適用民法規定之定型化契約「準用」消保法之規定，蓋在制定法之條文內容，並無此種引用性之法條之明文規範，定型化勞動契約從而無法「準用」消保法規定。

再者，填補「公開漏洞」的方式，通常是以類推適用，或者是回歸法律所包含的原則，作為補充之方式。¹⁴⁶前者是指將法律於某案例(A)所明定之法律效果，移轉適用於法律未設規定的案例類型(B)之上。此種移轉適用之基礎在於兩者間之「類似性 (Ähnlichkeit)」，對此應作相同之評價，此是基於平等原則及對於正義之要求，同類事物應作相同之處理，在此更適當地用語應為「個別類推 (Einzelanalogie)」，因為其是指某個個別法律規定而為類推適用於未曾規整的案件事實中。¹⁴⁷相較於此，以回歸法律原則填補漏洞之方式即被稱作為「整體類推 (Gesamtanalogie)」，此是由個案中所推導之原則之方法，詳言之，此是由一系列構成要件不完全相同，但卻在一個較抽象、廣泛的角度下，

¹⁴³ 詳言之，法律為創造或維持人類生活之和平，對於其利益衝突必須取向於正義，透過權衡的方式加以解決，此種利益衝突之必然性將導致加以規範之期待，而使人們察覺或判斷出規範應存在而不存在之狀態，進而時實認法律漏洞之存在；且法律規範身為一個價值體系，其最根本的要求應該是貫徹外在的與內在的體系上無矛盾性，否則，價值之不貫徹將會導致平等原則之違反，而平等原則對於立法者及司法者有同樣之拘束力。基於上開理由法律漏洞之補充即具有必要性。Vgl. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, S.175f. Vgl. Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 1969, S. 116. 轉引自黃茂榮，〈法學方法與現代民法〉，2002年9月增訂四版，頁457-459。

¹⁴⁴ 參閱黃茂榮，〈法學方法與現代民法〉，2002年9月增訂四版，頁198-199，406-407。

¹⁴⁵ 參閱王海南等合著，〈法學入門〉，2000年10月，頁187。

¹⁴⁶ 參閱Larenz著，陳愛娥譯，〈法學方法論〉，2006年4月，頁290。

¹⁴⁷ 參閱Larenz著，陳愛娥譯，〈法學方法論〉，2006年4月，頁292；王澤鑑，〈法律思維與民法實例－請求權基礎體系理論〉，2003年2月，頁316。

將能算是具有相同意義、主題之案件，都適用相同之原則加以處理。¹⁴⁸

依文獻之闡述，「整體類推」與「個別類推」之原理完全相同，都是基於既有法律對某案件之規範透露某種法律理由，而對未被法律文義所涵蓋、卻具有相同法律理由之案件，在基於平等原則下加以類推適用，而「整體類推」只不過是有寬廣之基礎而已。換言之，此係表示我們可以更有依據、有信心地認定法律對於「這類」之事態確實抱持著一貫的立場。但事實上，即使只有一條法規為基礎，於探知理由後，對於將來凡是蘊含同一理由，而其事態未被此法律文義所涵蓋之眾案件，一樣可以「整體類推」之方式為之。¹⁴⁹

回到本問題之討論，邱聰智教授認為不宜採取「類推適用」（個別類推）消保法之規定，由於此問題的產生係源於民法立法者僅為原則性立法，故造成了制度上全面性的漏洞，可否將「類推適用」（個別類推）之範圍廣及制度之全面，在法學方法上是有疑問的；¹⁵⁰再者蓋從法律性質而言，民法屬於普通法，而消保法則為特別法，若認為可「類推適用」消保法之規定，則為產生普通法類推適用特別法之奇特現象。¹⁵¹從而，邱教授認為應以「法理適用說」為宜，法理之適用於民法第 1 條中有其法源依據，依其闡述，法理即是內在於法律體系內的法律原則，適用法律原則即是適用法理。申言之，其主張「回歸法律原則」或稱為「整體類推」之法學方法，其於著作中指出，以定型化契約法制言之，在本質上並不宜區分消費關係而異其法律規定之必要，縱然將其異化，其制度內容亦無必然分歧之理由。在我國之所以在形式上出現消保法與民法之不同規定，純粹是立法時程落差所發生之歷史偶然，依據民法債編之修正意旨，絕非是將制度範圍之規範限制在單一條文，反而應認為此一條文之突顯，使得其他相關事項有適用之依據。若以契約類型是否為消費關係而適用不同之法律原理，則將造成法律評價上之失衡。故其主張應回歸法律原則（整體類推），配合立法本意，尋求制度原理下之法律原則，突破法律規定之欠缺，應將其訴諸法理，使得不同法律間之規定可互相

¹⁴⁸ 參閱林立，《法學方法論與德沃金》，2002年6月二版，頁81-82；Larenz著，陳愛娥譯，《法學方法論》，2006年4月，頁291-300；王澤鑑，《法律思維與民法實例—請求權基礎體系理論》，2003年2月，頁316。

¹⁴⁹ 參閱林立，《法學方法論與德沃金》，2002年6月二版，頁82。

¹⁵⁰ 參閱邱聰智，〈回歸法律原則—債法方法論上之大轉向？〉，收錄於《法律哲理與制度（基礎法學）：馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集》，台北：元照，2006年1月，頁315，317。

¹⁵¹ 參閱邱聰智，〈回歸法律原則—債法方法論上之大轉向？〉，收錄於《法律哲理與制度（基礎法學）：馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集》，台北：元照，2006年1月，頁243-244，315；亦可參見詹森林等，〈民法第二四七條之一與定型化契約法之發展—民法研究會第四十三次學術研討會紀錄〉，法學叢刊第204期，95年12月，頁215-216 楊淑文教授之發言。

援用，以彌補制度上之重大漏洞。¹⁵²

綜上所述，學者以為此種制度性之法律漏洞，不宜以「個別類推」消保法個別法條之方式為之，從而對於非消費性質之定型化勞動契約應參酌消保法之規定，歸納出定型化契約本質上之法律原則加以援用。

（三）依法理適用之範圍

接下來應予討論者在於何為定型化契約法律原則，參考學說之見解，可認為屬法律原則如下：消保法第 11 條第 2 項所規範之「不明確條款解釋原則」、消保法第 13 條、第 14 條有關「約款納入契約之控制」、消保法第 15 條「個別磋商條款之效力」及消保法第 16 條「約款一部無效」之規定。基此，於定型化勞動契約中，自可參酌上開規定，依法理而為適用。

至於，消保法第 11 條之 1 關於「審閱期間」之規定是否可被當成法理加以適用，文獻的討論上對此採取否定之見解，有認為本條之規定是為了賦予消費者冷靜權衡契約條款之機會，強調法定締約程序，應屬於為消費者量身打造之規定，僅能適用於消費關係。¹⁵³另有學者以消保法第 11 條之 1 有關「公告審閱期間」及第 17 條「公告定型化契約記載事項」之條文，屬於消保法中具有到公法性質之規定，於適用民法之定型化契約時，自無法以其作為法律原則加以適用，蓋此並非屬於同質性之規範事項，¹⁵⁴故應排除上開條文成為法律原則之適用可能性。

最後，有關消保法第 12 條「約款違反誠信原則之效力」及第 16 條「一部無效」之規定，將於後續章節中進一步討論，於前者，涉及到消保法第 12 條與民法第 247 條之 1 同屬定型化契約「內容控制」之規範，兩者之關係為何，是否有互為補充之必要等相關問題，詳見第三章第五節之討論；至於消保法第 16 條之規定，則是有關定型化契約或其約款一部無效之問題，由於民法第 111 條定有「法律行為一部無效」之規範，針對上開制定法之規範，於定型化勞動契約中應如何適用實有疑問，此涉及到定型化勞動契約無效或不納入契約約款之效力問題，相關討論請參閱第四章第二節。

¹⁵² 參閱邱聰智，〈回歸法律原則—債法方法論上之大轉向？〉，收錄於《法律哲理與制度（基礎法學）：馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集》，台北：元照，2006 年 1 月，頁 298-299, 309-310, 317。

¹⁵³ 參閱曾品傑，〈論消費者保護法上定型化契約規定對於非消費關係之適用（下），— 最高法院四則相關判決評析—〉，台灣本土法學雜誌第 54 期，2004 年 1 月，頁 158。

¹⁵⁴ 參閱邱聰智，〈回歸法律原則—債法方法論上之大轉向？〉，收錄於《法律哲理與制度（基礎法學）：馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集》，台北：元照，2006 年 1 月，頁 303。



第三章 定型化勞動契約控制之理論體系

在上一章節中，本文已闡述定型化勞動契約應適用之法律依據而做說明，簡言之，定型化勞動契約雖無消保法之直接適用，但仍可參酌消保法之規定依法理而為適用，就此可以建構出定型化勞動契約之理論體系，故在本章以下之論述中即分別就定型化勞動契約條款之判定（第一節）、定型化勞動契約條款之訂入契約（第二節）、定型化勞動契約條款之解釋（第三節）及定型化勞動契約之內容控制（第四節）而為論述。

第一節 定型化勞動契約條款之判定

在本節中，將說明「定型化契約條款」以及「個別磋商條款」之概念，從我國制定法上之定義出發，參酌國內學理實務之討論，並介紹德國法上之討論，藉以加強對於兩者概念之理解以及區分之實益。

第一款 定型化契約條款

一、定型化契約條款之定義

在此先從制定法之文義出發，理解構成定型化契約條款之要件為何，並觀察德國法上對於定型化契約條款之規範方式，檢討在我國制定法不當之處。

（一）我國制定法之規定

定型化契約條款之概念，在我國實定法上直接為定義者，係以消費者保護法規定的最為詳盡。依該法第 2 條第 7 款之規定，所謂定型化契約條款，係指企業經營者為與不特定多數消費者訂立同類契約之用，所提出預先擬定之契約條款。¹

相對於此，定型化契約在民法的體系下，其規範密度不及消保法之規定，僅有第 247 條之 1 針對附合契約而為規定，上開條文的規範方式雖未如消費者保護法直接對於定型化契約條款加以定義，然觀察該條之立法理由，既稱本條係明定附合契約（定型化契約）之意義，²則依條文之規定，「定型化契約」是「依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定的契

¹ 參見消費者保護法第 2 條第 7 款：「定型化契約條款：指企業經營者為與不特定多數消費者訂立同類契約之用，所提出預先擬定之契約條款。定型化契約條款不限於書面，其以放映字幕、張貼、牌示、網際網路、或其他方法表示者，亦屬之。」；同法第 2 條第 9 款：「定型化契約：指以企業經營者提出之定型化契約條款作為契約內容之全部或一部而訂定之契約。」

² 民法第 247-1 條之立法理由：「為使社會大眾普遍知法、守法起見，宜於本法中列原則性規定，明定附合契約之意義，並為防止此類契約自由之濫用及維護交易之公平，列舉四款有關他方當事人利害之約定，如按其情形顯失公平者，明定該部分之約定為無效。」

約」，則此種「當事人一方預定用於同類契約之條款」無疑地是指「定型化契約條款」。

若從我國民法與消保法之規定出發，可得出上開法律對於「定型化契約條款」之要件至少有：(1) 預先擬定之契約條款；(2) 該契約條款用於同類契約。而依消保法之規定，尚須「企業經營者與不特定多數消費者締結契約」為前提要件，然此要件是否適當，不無爭議。就定型化契約條款於實定法的定義，我國學者觀察德國法制之規範，認為在立法論上，針對定型化契約條款尚有值得斟酌之處，³故本文擬先介紹德國文獻對於定型化勞動契約之討論，從而檢討我國法律之規定。

(二) 德國法之觀察

德國民法於第 305 條第 1 項規定有「定型化契約條款 (Allgemeine Geschäftsbedingungen)」之定義，依照條文規定，「定型化契約條款」係指為了多數契約，預先擬定之契約條款，於締約時對契約相對人提出者，不論此種條款在外觀上構成契約之特別成分或者納入契約自身，也不論其範圍，以何種書面方式做成，或者契約之形式為何。如契約條款係契約當事人以個別磋商方式逐條協商者，則不構成定型化契約。⁴從上開法律之規定及文獻之討論，構成「定型化契約條款」之要件應有：1、預先擬定 (Vorformuliert)；2、多數契約 (Vierzahl von Verträgen)；3、單方提出 (Stellen der Vertragsbedingungen)。⁵⁶

³ 參閱黃立，〈消保法的定型化契約條款（一）〉，月旦法學教室第 15 期，2004 年 1 月，頁 100 以下；黃立，〈契約自由之限制〉，月旦法學雜誌第 125 期，2005 年 10 月，頁 13 以下。

⁴ 德國民法第 305 條之原文為：「Allgemeine Geschäftsbedingungen sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt. Gleichgültig ist, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrags bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfasst sind und welche Form der Vertrag hat. Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen liegen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im einzelnen ausgehandelt sind.」

⁵ Vgl. Thüsing, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, München 2007, Rn. 50ff.; Aretz, Allgemeine Geschäftsbedingungen im Arbeitsvertrag, Köln 2006, S.5ff.; Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 48ff.; Gotthardt, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform. Neue Rechtslage für bestehende Arbeitsverträge ab 1.1.2003, 2. Aufl., München 2003., Rn. 239ff.; Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 305 BGB, Rn. 3ff.

⁶ 由於德國民法第 305 條第 1 項第 3 句規定：「如契約條款係契約當事人以個別磋商方式逐條協商者，不構成定型化契約」，故部分文獻論及「定型化契約條款」之定義時，會以「非屬於個別磋商」作為要件之一。由於此涉及到「個別磋商條款」相關問題之討論，為求行文流暢，本文將此一併於第一節第二款中一併討論。

1、預先擬定

定型化契約條款應在契約締結前已被預先擬定，而且並未經過個別磋商之契約條款。⁷「預先擬定」係指條款之完成早於契約締約之時，以便將來能夠在締約時成為正式的契約內容。

首先，就定型化契約條款的外觀而言，若預先擬定的條款可能是以書面的形式存在，而其預備作為將來正式締結契約時的內容，此時即可符合本項要件固無疑義，然此種書面形式記載並非是必要。⁸換言之，定型化契約條款是否係以書面記載（**schriftliche Aufzeichnung**），並不影響對於「預先擬定」要件之判定，若該條款的內容並非係以書面的方式存在，而是記憶在使用者或其代理人的腦中，⁹而該條款內容係為了作為將來使用的目的，在此種情況下，便如同是將該資料儲存在電腦中一樣，皆可能被認定為「預先擬定」。故契約條款在外觀上以何種形式呈現，並非為判斷此「預先擬定」要件的決定性因素。¹⁰然而，當該契約條款並未已確定的書面形式存在時，該對於契約條款之訂定係用準則（**Richtlinie**）的方式指示，或者僅是訂定於內部使用的文件中，亦可該當於「預先擬定」之要件。¹¹

再者，在所有的個案中，對於契約條款所使用的文字，是否在文義上有精確的一致性並非是重要的。詳言之，針對大量使用的契約條款，並非只有在語法上或者字義上相同的條款才能被認定有「定型化契約條款」控制的需求，只要該類條款在內容上維持相同的規範模式，且被多次使用，即可以成為「定型化契約條款控制」之對象。¹²

至於契約條款是否需要由約款使用者（雇主）所親自擬定，始能符合本要件？此問題的答案應該是否定的。亦即契約的制定者與使用者並不限於同一人，當該契約條款由其他第三人預先擬定時，¹³例如雇主委託律師

⁷ Vgl. Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 305 BGB, Rn. 30.; Aretz, Allgemeine Geschäftsbedingungen im Arbeitsvertrag, Köln 2006, S. 5.

⁸ Vgl. BGH 12. 6. 2001, NJW 2001, 2635.

⁹ Vgl. BGH 30. 9. 1987, NJW 1988, 410; MüKo/Basedow, 5. Auflage, 2007, § 305 BGB, Rn.13; Stoffels, AGB-Recht, München 2009, Rn. 119.

¹⁰ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 54.; Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 305 BGB, Rn.8.

¹¹ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 53.

¹² Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn.55; Aretz, Allgemeine Geschäftsbedingungen im Arbeitsvertrag, Köln 2006, S. 6.

¹³ Vgl. BGH 27. 9. 2001, NJW 2002, 138, 139; BGH 16. 11. 1990, NJW 1991,843.

或公證人制定，亦可能成為「預先擬定」的契約條款。¹⁴

就勞動契約的實態而言，雇主通常會備妥事先印製好的定型化契約文本，於勞工締約之時，僅將勞工的姓名或者是勞工的工作內容記入契約中，¹⁵或者在定期勞動契約中填入開始工作的日期，¹⁶在此種情況下，此時應屬於「非獨立性的補充」(unselbständige Ergänzung)，¹⁷而此時雖然對於契約內容雖有所補充，形式上似乎是喪失的「預先擬定」的樣態，然定型化契約之主要文義並未有所變動，故其仍是屬於定型化契約條款。¹⁸

不同於「不具有獨立性的補充」，若勞工對於制式的契約，可透過與使用者或其代理人之協商，共同決定以變更原來文本之內容，則可能成為「獨立性的補充」(Selbständige Ergänzungen)。此種「具有獨立性質的補充」會使該條款失去了「預先擬定」的特徵。然而，當該條款之內容不利於勞工時，就會產生爭議，此時「具有獨立性質之補充」亦可能被認定為「預先擬定」的契約條款。¹⁹其區別如下：

¹⁴ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 56; Vgl. Aretz, Allgemeine Geschäftsbedingungen im Arbeitsvertrag, Köln 2006, S. 6.; Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 305 BGB, Rn. 16

¹⁵ Vgl. BGH 30. 10. 1987 BGHZ 102, 152, 158; MüKo/Basedow, 5. Auflage, 2007, § 305 BGB, Rn.15; Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn.59.

¹⁶ Vgl. BGH 17. 3. 1993 BGHZ 122, 63; MüKo/Basedow, 5. Auflage, 2007, § 305 BGB, Rn.15; Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2.Aufl., München 2008, § 305 BGB, Rn.18a.

¹⁷ 有關此種「非獨立的補充」之情況，可參見臺灣高等法院民事判決 91 年度勞上易字第 59 號：「本件被上訴人屬群亨國際企業集團之美容公司之一，上訴人則為應徵受僱之美容顧問，相互衡之，被上訴人自屬經濟上較強者，上訴人則為經濟上之較弱者，而系爭契約係被上訴人預先打字繕妥用於該公司相同僱傭之條款而訂定，上訴人僅於系爭契約乙方當事人欄內簽章，另無修改契約文義之情形，是應認系爭契約核屬附合契約。」；另可參見台北地院新店簡易庭 95 年度勞簡字第 7 號，：「經查，就本件僱傭契約之性質為不定期之勞動契約，為兩造間所不爭執。則依上開說明勞基法對於不定期之勞動契約，僅限制雇主不得任意終止契約，但對勞工則無限制，故勞工可隨時終止不定期之勞動契約，本件系爭同意書約定『... 本人承諾到職後三年內絕不主動請求辭職，否則視同違約，願賠償本行之損失，包括用於本人之各項訓練費用及離職當 月本人所領薪資金額六倍之違約金』，乃係不定期契約中限制最少服務之年限，限制被告丁○○須任滿 3 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，亦即原告須有勞動基準法第 11 條、12 條之法定情形始得終止系爭契約，被告則僅須依勞動基準法第 16 條第 1 項規定期間預告原告即得隨時終止系爭契約。又本件原告自陳其為資本額百億以上之大型專業銀行，設有 16 個總行單位及 37 個分支機構，被告則為應徵受僱之銀行行員相互衡之，原告自屬經濟上較強者，被告則為經濟上之較弱者，而系爭同意書係原告預先打字繕妥用於該公司相同僱傭之條款而訂定，上訴人僅於系爭契約乙方當事人欄內簽章，另無修改契約文義之情形，是應認系爭契約核屬附合契約。」

¹⁸ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, 2006, Rn. 59; Thüsing, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, München 2007, Rn. 51; Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 305 BGB, Rn. 18a.

¹⁹ Vgl. Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu

- 當勞工只能在原來的契約條款，或者是經使用者變更原約款內容後的約款間加以選擇時，此時即無「獨立性補充」之情況，此種契約條款仍屬於定型化契約條款
- 若勞工可以事先藉由具有決定性的提議，不受妨礙地填寫定型化契約中空白之處時，此種「補充」即不屬於定型化契約條款，只要此種契約條款非由約款使用者（在此指雇主），依照其一方之意思而形成者，即不屬於定型化契約條款。²⁰

2、多數契約

契約條款只有在為了多數契約所預先擬定時，始能成為定型化契約條款，若一契約內容僅為了一個勞動契約而為擬定時，則不屬於定型化契約條款，在德國民法之規範下，係屬於是一次性使用契約（Einmalvertrag）。²¹當使用者對於草擬之文本，考量到未來使用或是使用於定型化契約，在勞動契約中原則上即已符合「多數契約」之要件。²²

契約條款並不須是對於「不確定（unbestimmt）」之多數契約所擬定，²³只要雇主為了僱用勞工，針對的其所選用之勞工所預先擬定，即可符合此要件。²⁴

當契約條款為了締結多數契約之用而被預先擬定，該契約條款即被視為定型化契約條款。預先擬定的契約條款須具有為了使用於多數契約的意圖，而其時間應以契約締結時為判斷基準。只要使用者存有將契約條款用於多數契約之使用意圖即為已足，其事實上有無多次使用的行為並非必要

den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 305 BGB, Rn. 18b; Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 59.

²⁰ Vgl. Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 305 BGB, Rn. 18b; Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 60.

²¹ 參見德國民法第 310 條第 3 項第 2 款之規定：「(3) 本節之規定，就企業經營者與消費者間之契約（消費者契約）依據以下之標準適用之：2、對於事先擬定之定型化契約，縱然其僅供一次使用所定，而消費者由於其事先擬定性，對於其內容並無任何影響力者，本法第 305c 及第 306 條、第 307 條至第 309 條及民法施行法第 29 條 a 之規定亦適用之。」

²² Vgl. Aretz, Allgemeine Geschäftsbedingungen im Arbeitsvertrag, Köln 2006, S. 6 ff.; Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 305 BGB, Rn. 13.

²³ Vgl. MüKo/Basedow, 5. Auflage, 2007, § 305 BGB, Rn. 18; Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 305 BGB, Rn. 14.

²⁴ Vgl. Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 305 BGB, Rn. 14.

之條件。²⁵

當預先擬定的契約條款被準備為三次以上的使用，對於單方形成該條款的使用者而言，可認為有情況證據顯示該條款係用以作為數個契約之締結。²⁶若雇主有打算將「預先擬定之內容」使用於多數契約的意圖，則即使是對於第一次使用的個案而言，亦能符合此要件，²⁷縱使其後實際上並未再行使用該預先擬定之契約條款，亦同。²⁸

當雇主利用**第三人**預先擬定的契約條款，縱使雇主僅有使用一次在特定的契約，也屬於為了多個契約使用而預先擬定之定型化契約條款。²⁹若使用者利用其他制式的契約條款，只要此該條款是為了多數契約而被擬定，亦能符合此要件，舉例言之，若雇主團體本身備有定型化的勞動契約以供其成員使用，當雇主僅於一個別情況中使用時，此在德國聯邦法院及一般文獻的討論下亦可能符合德國民法有關「定型化契約條款」之要件。

30

3、單方提出

定型化契約條款必須由一方當事人提出，「提出」一詞係指契約條款由約款之使用人、代理人等人單方交給他方當事人。³¹在定型化勞動契約中，必須由雇主「提出」該契約條款，單方交由勞工，並要求將之納入契約中。³²若約款使用者（雇主）提出多種可能性讓契約相對人（勞工）予

²⁵ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 64.

²⁶ Vgl. BAG 1. 3. 2006, AP BGB § 308 Nr.3; MüKo/Basedow, 5. Auflage, 2007, § 305 BGB, Rn.18; Stoffels, AGB-Recht, München 2009, Rn. 126 ff.; Thüsing, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, München 2007, Rn. 52; Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 305 BGB, Rn. 15; Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 65.

²⁷ Vgl. BGH 11. 12. 2003, NJW 2004, 1454; MüKo/Basedow, 5. Auflage, 2007, § 305 BGB, Rn.18; Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 65; Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 305 BGB, Rn. 15.

²⁸ Vgl. Aretz, Allgemeine Geschäftsbedingungen im Arbeitsvertrag, Köln 2006, S. 7; Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 64ff.; Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 305 BGB, Rn. 15.

²⁹ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 66;

³⁰ Vgl. BGH 16. 11. 1990, NJW 1991, 843; MüKo/Basedow, 5. Auflage, 2007, § 305 BGB, Rn.18; Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 66; Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 305 BGB, Rn. 16.

³¹ 黃立，〈細說德國二〇〇一年新民法消費契約條款〉，政大法學評論第 98 期，2007 年 8 月，頁 112。

³² Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn.68; Aretz, Allgemeine Geschäftsbedingungen im Arbeitsvertrag, Köln 2006, S.7; Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert,

以選擇時，此時也被認為符合「單方提出」的要件，³³在勞動契約的協議中，基於現行的契約實務型態及情況，一般多半能假設契約條款是由雇主單方向勞工提出。³⁴

(三) 制定法之檢討

從消保法及民法之規範，可得出在制定法之下，判定「定型化契約條款」之要件至少有：(1) 預先擬定之契約條款；(2) 該契約條款用於同類契約。而依消保法之規定，尚須「企業經營者與不特定多數消費者締結契約」為前提要件。

首先必須要符合「定型化契約條款須用於同類契約」之要件，此「同類契約」之要件，從文義上觀之，應指「同種類之契約」，然而此要件之存在是否必要，不無疑義。學者指出定型化契約條款之判定，應以條款是否為事先擬定，他方當事人無從對於契約內容有所影響為重點，故其是否預定用於「同類契約」並不重要，我國法卻將此點當成適用之要件，並非妥適。³⁵

此外，從比較法之觀點言之，德國民法第 310 條第 3 項規定：「本節之規定，就企業經營者與消費者間之契約（消費者契約），依據以下之標準適用之：...2.對於事先擬定之定型化約款，縱然其僅供一次之使用所定，而消費者由於其事先擬定，對於內容並無任何影響力者，本法第 305c 條第 2 項及第 306 條、第 307 條至第 309 條及民法施行法之規定亦適用之。」³⁶換言之，對於一次性使用之契約，亦因該條規定而適用及「不明確條款解釋原則」，且應受內容控制之審查。勞動契約亦屬本條規定下之消費者契約，故亦有本條規定之適用。³⁷對此，學者認為我國法將定型化契約條款之要件限於同類契約之用，無疑是劃地自限，故參酌德國民法第 310 條

AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 305 BGB, Rn.17.

³³ Vgl. Aretz, Allgemeine Geschäftsbedingungen im Arbeitsvertrag, Köln 2006, S.7-8.

³⁴ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn.69.；另外，依照德國民法第 310 條第 3 項第 1 款規定，契約條款視為是契約企業經營者提出，而勞動契約亦屬法律意義下的「消費者契約」，故亦有適用。

³⁵ 參閱黃立，〈契約自由的限制〉，月旦法學雜誌第 125 期，2005 年 10 月，頁 13。

³⁶ 民法第 310 條第 3 項第 2 款原文為：「(3) Bei Verträgen zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher (Verbraucherverträge) finden die Vorschriften dieses Abschnitts mit folgenden Maßgaben Anwendung: ...2.§ 305c Abs. 2 und die §§ 306 und 307 bis 309 dieses Gesetzes sowie Artikel 29a des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche finden auf vorformulierte Vertragsbedingungen auch dann Anwendung, wenn diese nur zur einmaligen Verwendung bestimmt sind und soweit der Verbraucher auf Grund der Vorformulierung auf ihren Inhalt keinen Einfluss nehmen konnte;

³⁷ Vgl. Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 310 BGB, Rn. 3.

第 3 項之規範，認為在我國法亦應作相同之解讀。³⁸

再者，定型化契約條款固然是約款使用人預先擬定契約內容，以供多數契約之用，然而消保法關於定型化契約之定義，卻在第 2 條第 7 款的文字內加上為了「不特定」多數消費者之用，此為民法第 247 條之 1 條文中所無。據此，有部分法院實務見解仍援用此要件作為定型化勞動契約條款之判定，此等解釋適用是否適當即有疑問，故以下先針對法院之裁判而為觀察，其後再提出本文淺見。

1、法院裁判之觀察及檢討

有關於定型化勞動契約條款之要件，有下級法院見解引用最高法院 86 年度重訴字第 48 號之見解：「契約條款由一方當事人單方面所訂立其目的在於以此條款與多數相對人締結契約，是若一方當事人為與特定相對人訂立契約，而使用坊間格式契約，或預先所擬定契約條款，均非屬於所謂之定型化契約條款。」從而認為定型化勞動契約之條款，應是一方當事人擬定，以作為與不特定人締約之用，例如臺灣高等法院臺南分院民事判決 89 年度上易字第 128 號：「系爭承諾書係上訴人為與公司員工約定基本服務期限所為之個別約定，並非對於不特定多數人均有其適用，故系爭承諾書非屬定型化契約書。又民法第 247 條之 1 於八十八年四月一日總統公布，係為防止附合契約，其契約自由之濫用及維護交易之公平而增訂，與系爭單純為被上訴人服務期間所為承諾書並無任何附合條款之契約性質有間，此觀其立法目的自明。」³⁹從而否定勞僱雙方間所為之「最低服務

³⁸ 參閱黃立，〈消保法的定型化契約條款（一）〉，月旦法學教室第 15 期，2004 年 1 月，頁 100。

³⁹ 參見臺灣高等法院臺南分院民事判決 89 年度上易字第 128 號：「按所謂定型化契約之主要特徵有二：契約條款由一方當事人單方面所訂立其目的在於以此條款與多數相對人締結契約，是若一方當事人為與特定相對人訂立契約，而使用坊間格式契約，或預先所擬定契約條款，均非屬於所謂之定型化契約條款，最高法院八十六年度重訴字第四八號著有判決要旨可參。故所謂定型化契約，係指企業經營者為與不特定多數人訂立契約之用，而單方預先擬定之契約條款，此為消費者保護法第二條第七款所明定。系爭承諾書係上訴人為與公司員工約定基本服務期限所為之個別約定，並非對於不特定多數人均有其適用，故系爭承諾書非屬定型化契約書（原審誤認本件承諾書係屬定型化契約書），自無消費者保護法之適用。又民法第二百四十七條之一於八十八年四月一日總統公布，係為防止附合契約，其契約自由之濫用及維護交易之公平而增訂，與系爭單純為被上訴人服務期間所為承諾書並無任何附合條款之契約性質有間，此觀其立法目的自明。被上訴人受僱於上訴人，承諾恪遵上訴人管理規章忠勤股務，並願自八十七年七月二日到職日起，二年內不得辭職、怠勤或故意為不當行為遭解聘處分。如有違反願無條件全數償還上訴人公司所花費之教育訓練費用，及被上訴人在職期間所受個人績效獎金與團體獎金之全部數額，權益受有限制，乃因受契約拘束之結果。而此項兩造間之約定乃上訴人為求公司營運目的所必要，亦未逾合理之範圍，對於被上訴人而言並未產生工作權受限制之重大不利益，此亦有大法官會議釋字第三四八號解釋意旨可參。查被上訴人畢業於台灣大學財務金融研究所，學識能力俱優，而系爭承諾書之條款內容僅四行，字數不多，被上訴人於簽約前，依一般經驗法則，當有充分時間閱覽及理解承諾書內容，其為高額薪俸簽署承諾書承諾願服務二年，自應受該承諾書之拘束，故被上訴人辯稱其他券商無要求員工簽署類似承諾書之慣例及被上訴人係因急迫、輕率及無經驗而無法選擇、不得不簽署承諾書、未提供充分時間供其閱覽、該承諾書屬定型化契約，違反消費者保護法

年限」約定屬於定型化契約條款。

而苗栗地方法院小額民事判決 91 年度苗勞小字第 3 號則是更詳盡地描述「定型化契約條款」之定義：「按當事人一方以書面預定契約之條款，而由需要訂約之他方依照該項預定條款簽訂之契約，學說上名之曰『附合契約』或『定型化契約』為防止契約自由之濫用及維護交易之公平，爰增訂民法第 247 條之 1。依民法第 247 條之 1 第 1 項規定：『依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂立之契約。』參諸民法第 247 條之 1 之立法理由及規定，足以知悉該法條係為規範定型化契約而制定。又定型化契約通常由工商企業者之一方，預定適用於同類契約之條款，由他方依其契約條款而訂定之，而其內容則適合於大量生產之商品銷售；企業經營之項目面對多數消費者時，使用同類契約之機會頻繁，自亦有必要準備相同內容的契約範本，諸如保險、銀行、運輸或其他以大眾為對象之事業，多憑定型化契約條款與相對人訂立契約。而關此契約條款，則可供與不特定多數人訂立契約之用，如果當事人之一方面與特定相對人訂立契約之目的，預先擬就相關條款，作為商議之張本，即非民法第 247 條之 1 規定適用之範圍。⁴⁰上開實務見解似仍將民法第 247 條之 1 之適用對象囿於「以大眾為對象之事業」，且認為此種契約條款應是用於「不特定」的契約相對人，始能符合「定型化契約條款」之定義，而有民法第 247 條之 1 規定之適用。職此，在此一涉及服務年限與獎金返還的約款中，法院認為該約款既是雇主針對其所僱用之員工所預先擬定的內容，自屬於為了與特定相對人締約之用所擬之約款，不符合定型化契約條款「可供與不特定多數人

云云，均與事實不符，不足採信。」

⁴⁰ 相同見解，尚可參見臺灣高等法院民事判決 93 年度勞上字第 66 號：「按所謂定型化契約，乃指當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，其條款可供與不特定之多數人訂立契約所用。若當事人之一方係針對特定相對人及特定事件，預先擬就相關條款，作為商議之張本，即非民法第 247 條之 1 規定適用之範圍。本件同意書係被上訴人為因應其將保險契約全部概括移轉予訴外人全球人壽保險股份有限公司之營運調整，欲與旗下全體保險業務員及業務主管終止契約所擬定之解決方案，此觀卷附被上訴人 90 年 12 月 31 日之通知甚明（見原審卷第 167 至 169 頁），核其性質，顯係針對特定相對人及特定事件，應非定型化契約，自無民法第 247 條之適用。」；臺灣高等法院臺中分院民事判決 93 年度上字第 338 號：「按定型化契約係由當事人一方預定用於同類契約之條款而訂立，契約之相對人係不特定之多數人，如果當事人之一方與特定相對人訂立契約之目的，預先擬就相關條款，作為商議之張本，即非民法第 247 條之 1 規定適用之範圍。本件兩造訂立之同意書，固係上訴人預先擬就，惟簽立契約之對象為上訴人公司之員工，並非不特定之多數人，証人乙○○亦証稱：90 年公司股東會決定對 89 年業務盈餘授權董事長處理員工分紅配股，伊將同意書一一拿給員工看過，無問題才簽名，我們當時有討論過，如果員工不願任滿期間，我們會考慮給他的分紅利潤減少等語（見本院卷第 93、94 頁）。足見本件預擬之同意書對象係上訴人公司之員工，非不特定之多數人。況系爭同意之本文不到三百字，無冗長之條文，表達方式及其內容亦非艱澀難懂，依証人乙○○前述之証述，係由契約雙方就契約預定之內容逐一商議而成立，雙方均無不能斟酌之情況，即與雙方當事人互相表示意思一致而成立之契約無殊，自無民法第 247 條之 1 之適用，合先敘明。」

訂立契約之用」，故否定系爭約款有民法第 247 條之 1 之適用。⁴¹

2、本文淺見

針對定型化勞動契約條款之判定，是否須以條款使用者所預先擬定之內容，與不特定多數的相對人締結契約，始能被判定為「定型化契約條款」，本文係採否定見解，其理由如下：

(1) 文義解釋

有關消保法所適用之客體，由於其本身條文之規範及司法實務之闡釋，皆傾向將該法限縮於「消費關係」中，從而針對定型化勞動契約之司法控制，一般學說及實務見解皆認為應以民法第 247 條之 1 為適用依據。而基於消保法與民法規範內容之不同，學者亦有認為適用民法的定型化契約條款並不以親自擬定為必要，亦無須與不特定多數人訂立契約之用為目的。⁴²既然定型化勞動契約之控制所適用之法律依據為民法第 247 之 1 條，則關於「定型化契約條款」之定義，自應為條文所規範之「預定用於同類契約之條款」，而無受消保法第 2 條限制之理。

況依立法理由之說明，亦表示「附合契約」為「當事人一方預定契約之條款，而由需要訂約之他方，依照該項預定條款簽訂之契約。」並未提及約款相對人應為「不特定人」，從而，若雇主一方針對勞動關係之某些事項，預先擬定契約條款，以作為與多數勞工締結契約之用，即可認定此為「定型化勞動契約條款」，不受締約對象為「不特定相對人」之限制。

(2) 立法目的解釋

若依照實務見解，將民法第 247 條之 1 之適用限制在約款相對人為「不特定人」時，則將造成以下之結果：亦即雇主於僱用勞工時，針對勞動關係間之事項，若以預先擬定之內容作為與多數勞工締約之用時，其可能因為應徵職位的性質，而其預想的對象為「不特定相對人」。在勞動關係存續中，雇主可能基於企業利益或其需求，預先擬定有關「限制勞工權利」或是「增加勞工義務」之契約條款，此時，不論雇主所擬的約款是用於少數特定職位勞工，或者是用於全數事業單位之勞工，依照上開實務見解，

⁴¹ 參見苗栗地方法院小額民事判決 91 年度苗勞小字第 3 號：「經查，原告並非以大眾為對象之事業機構，而系爭二份久任獎金服務同意書亦非企業經營為適合於大量生產之商品銷售及供與不特定之多數消費者而制定，僅係當事人一方之原告，為與其員工即特定相對人訂立契約之目的，預先擬就相關條款，作為商議之張本，而員工就該服務書內容並非全然置於無可置喙之餘地，更有決定簽署與否之自由，揆諸前開說明，系爭二份久任獎金服務同意書並非民法第二百四十七條之一所規範之定型化契約，是被告辯稱系爭二份久任獎金服務同意書係民法第二百四十七條之一所規範之定型化契約云云，顯係誤解，委非足取。」

⁴² 參閱邱聰智，《新訂民法債編通則》，2001 年 2 月，頁 531。

其皆屬於針對「特定對象」勞工所擬之約款，而不屬於民法第 247 條之 1 之適用範圍，此種雇主於勞動關係存續中所擬定的約款，若依據實務見解，即可免受內容控制之審查。

此種肯定定型化契約條款應針對「不特定相對人」之見解，可能實質上造成勞僱關係存續中之約款，因不符合上述要求而排除民法第 247 條之 1 規定之適用，而大幅縮減該條之適用空間外，也增加了當事人為免除契約條款受內容控制審查的可操作性。試想，若雇主欲使勞工於離職後負有不得與之競業之不作為義務，而預先擬定「競業禁止條款」，然依上述實務見解，尚可能因為雇主與勞工締約時點之先後，而造成其中一約款須受內容控制，而另一約款則否之不公平結果。

且從民法第 247 條之 1 的立法目的觀之，由於定型化契約條款之使用者多屬經濟上之強者，為防止濫用契約自由及維護交易公平，遂於民法中增訂有關定型化契約內容控制之規範，故此法規範所著重之者在於平衡締約當事人雙方之實力間的差距。⁴³勞動契約之當事人（即雇主與勞工間）在本質上正是處與此種經濟、締約實力上不平等，勞工不只在締結契約之時處於劣勢，於勞動關係存續中，因勞工作具有從屬性之本質，此種實力上之不對等並未因此有所減緩，勞工為求保有工作，更可能因此接受雇主不合理之要求，在此時雇主單方預先擬定約款之作成，更有受到內容控制審查之必要性。

綜上所述，基於規範之目的，只要是雇主為與多數勞工締結勞動契約而所預先擬定條款內容，即應符合民法第 247 條之 1「定型化勞動契約條款」之要件，並不須以相對人為不特定人為要件。

（3）比較法之觀察

觀察德國民法第 305 條第 1 項對於「定型化契約條款」之定義，只要

⁴³ 參見民法第 247 條之 1 的立法理由：「當事人一方預定契約之條款，而由需要訂約之他方，依照該項預定條款簽訂之契約，學說上名之曰『附合契約』。此類契約，通常由工商企業者之一方，預定適用於同類契約之條款，由他方依其契約條款而訂定之。預定契約條款之一方，大多為經濟上較強者，而依其預定條款訂約之一方，則多為經濟上之較弱者，為防止契約自由之濫用，外國立法例對於附合契約之規範方式有二：其一，在民法法典中增設若干條文以規定之，如義大利於一九四二年修正民法時增列第一千三百四十一條、一千三百四十二條及第一千三百七十條之規定；其二，以單行法方式規定之，如以色列於一九六四年頒行之標準契約法之規定是。以上兩種立法例各有其優點，衡之我國國情及工商業發展之現況，為使社會大眾普遍知法、守法起見，宜於民法法典中列原則性規定，爰增訂本條，明定附合契約之意義，為依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，此類契約他方每無磋商變更之餘地。為防止此類契約自由之濫用及維護交易之公平，列舉四款有關他方當事人利害之約定，如按其情形顯失公平者，明定該部分之約定為無效。所謂『按其情形顯失公平者』，係指依契約本質所生之主要權利義務，或按法律規定加以綜合判斷而有顯失公平之情形而言。」

該契約條款是為了締結多數契約，而被預先擬定之契約條款，由約款使用者於締約時向相對人提出者，即屬於「定型化契約條款」。德國民法於立法規範的定義中，對於「定型化契約條款」的描述係著重在該約款是約款使用者基於「多次使用之意圖」所預先擬定之內容，在定型化勞動契約中，只要雇主出於此種意圖所預先草擬之約款，即符合多次使用之要件。⁴⁴甚至，即使雇主在草擬約款之時，已可確定將來締結契約之數目，依照德國聯邦勞動法院及一般文獻之探討，只要雇主有使用系爭約款三次以上之意圖，即符合「多次使用之意圖」，⁴⁵契約條款並不須是對於「不特定 (unbestimmt)」的多數契約所擬定，⁴⁶只要雇主為了僱用勞工，針對其所選用之勞工所預先擬定者，即可符合此要件。⁴⁷

(4) 小 結

觀察近期的實務判決，或許是意識到對於定型化勞動契約條款加諸此項限制並不妥當，已有部分見解不再嚴格堅持此要件，亦有直接否定該要件之適用者，例如臺灣高等法院 96 年度上字第 972 號民事判決，該判決雖在為「定型化契約」之抽象性論述時，仍援引上開實務見解，認為：「所謂定型化契約，係指依照當事人之一方為與不特定多數相對人訂立同類契約之用而預先擬定之交易條款所訂定之契約。」⁴⁸，但是依個案認事實時，針對兩造間於勞動契約存續期間所簽訂有關「最低服務年限約款」之同意書，法院認為該契約內容為雇主所預擬，用以與其得特定之員工簽訂，其性質應屬定型化契約。⁴⁹亦有判決完全不提及此項要件，只要契約條款為雇主單方面、預先擬定之內容，即屬定型化契約條款。⁵⁰

⁴⁴ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 64.

⁴⁵ Vgl. BAG 1. 3. 2006, AP BGB § 308 Nr.3; MüKo/Basedow, 5. Auflage, 2007, § 305 BGB, Rn.18; Stoffels, AGB-Recht, München 2009, Rn. 126 ff.; Thüsing, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, München 2007, Rn. 52; Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 305 BGB, Rn. 15; Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 65; Aretz, Allgemeine Geschäftsbedingungen im Arbeitsvertrag, Köln 2006, S. 7.

⁴⁶ Vgl. MüKo/Basedow, 5. Auflage, 2007, § 305 BGB, Rn.18; Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 305 BGB, Rn. 14.

⁴⁷ Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 305 BGB, Rn. 14.

⁴⁸ 參見臺灣高等法院 96 年度上字第 972 號民事判決事實理由欄六。

⁴⁹ 參見臺灣高等法院民事判決 96 年度上字第 972 號：「兩造於八十七年九月二十八日簽訂聘僱合約書，其內容除被上訴人之職務外，均係定型化條款，其中第五條第三款並約定被上訴人之其他福利依上訴人內部規章辦理，而本件上揭同意書係於兩造間勞動契約存續期間所簽訂，且其內容亦係上訴人所預擬，且用以與其得特定之員工簽訂，當係定型化契約，是被上訴人主張系爭同意書為定型化契約，為可採信。」

⁵⁰ 參見台北地方法院 95 年度店勞簡字第 7 號、臺南地方法院民事判決 91 年度勞簡上字第 7 號。

又如，在近期**臺中地方法院民事判決 97 年度勞訴字第 27 號**表示：「原告雖主張定型化契約需以與『不特定多數人』定約之用為其要件，本件原告所擬系爭同意書僅係供與該公司員工訂約之用，並非不特定多數人，故非定型化契約云云，惟是否供與不特定多數人訂約之用並非定型化契約之要件，蓋定型化契約所以必須透過法律特別加以規制，乃在避免預定契約條款之一方以其經濟上之優勢預定契約條款，而居於相對弱勢之另一方無磋商變更契約條款內容之餘地，致契約自由遭濫用，其核心意涵在於相對人對契約約款有無磋商變更之能力，而與系爭約款是否係對不特定多數人適用無涉。本件原告以雇主之地位預先擬定系爭同意書之內容，供其與居於相對弱勢之員工訂約之用，簽約員工對契約內容並無個別磋商變更之機會，當屬定型化契約條款之態樣，而有民法第 247 條之 1 規定之適用。」⁵¹是其對此問題明白採取否定之見解。

依上開分析可知，縱然有部分實務見解認為定型化契約條款之約款相對人應為不特定之多數人，並以此認定雇主對於同類契約所預先擬定之約款非屬定型化契約條款。然此種見解不但增加了民法第 247 條之 1 條文本本身所無之限制，甚至背離該條之立法目的，大幅限縮勞動契約適用本條之機會，實屬不當。故應認為此種限制誠屬多餘。

二、爭議問題－工作規則

定型化契約條款雖不以書面記載為要件，而就勞動實務的實際狀態而言，多是雇主將預先擬定之內容印製成為書面，用此文本與多數的勞工締結契約。在實際情況中，定型化勞動契約條款除了存在於勞動契約文本⁵²外，尚有可能以同意書、⁵³承諾書、⁵⁴切結書⁵⁵等方式呈現，甚至是勞工支領退休金的收據所印製之內容，亦有可能成為「定型化契約條款」。例如在**臺灣化學公司**（以下簡稱**台化公司**），勞工請求給付退休金的案件中，**臺灣高等法院臺中分院民事判決 92 年度勞上易字第 80 號**即認為：台化公

⁵¹ 相同見解，參見**臺灣臺中地方法院民事判決 97 年度勞訴字第 62 號**。

⁵² 例如勞僱雙方所制定之合約書定有競業禁止條款，此可參見**臺北地方法院民事判決 97 年度勞訴字第 12 號**、**臺北地方法院民事判決 93 年度勞訴字第 44 號**、**臺中地方法院民事判決 90 年度勞小上字第 4 號**。

⁵³ 參見**臺灣高等法院民事判決 96 年度上字第 972 號**：「兩造於八十七年九月二十八日簽訂聘僱合約書，其內容除被上訴人之職務外，均係定型化條款，其中第五條第三款並約定被上訴人之其他福利依上訴人內部規章辦理，而本件上揭同意書係於兩造間勞動契約存續期間所簽訂，且其內容亦係上訴人所預擬，且用以與其得特定之員工簽訂，當係定型化契約，是被上訴人主張系爭同意書為定型化契約，為可採信。」、另可參見**台北地方法院 95 年度店勞簡字第 7 號**。

⁵⁴ 參見**臺灣高等法院臺南分院民事判決 93 年度上易字第 152 號**、**台北地方法院民事判決 91 年勞簡上字第 37 號**、**臺南地方法院民事判決 89 年度訴字第 423 號**。

⁵⁵ 參見**臺灣高等法院臺中分院民事判 96 年度上易字第 57 號**、**臺南地方法院民事判決 91 年度勞簡上字第 7 號**。

司所印製，而內容載有「立據人○○○茲收到台灣化學纖維股份有限公司核發之退休金或資遣費支票乙張，計新台幣○○○元整，經查收無誤，且爾後不再要求其他給付，並願放棄一切請求，特立此據為憑。」之收據，是以相同內容的收據供離職員工於領取退休金或者資遣費時簽署，該收據即是雇主預定用於離職員工領取退休金或資遣費時，給予離職員工簽署同一種類的契約書，應屬於定型化契約。⁵⁶

然而，除了上述書面形式之文本外，在勞動關係存續中，雇主常片面地將有關工資、工時等勞動條件事項於「工作規則」中加以規範，所謂的「工作規則」，最高法院之判決曾謂：「由於在現在勞務關係中，因企業之規模漸趨龐大受雇人數超過一定比例者，雇主為提高人事行政管理之效率，節省成本有效從事市場競爭，就工作場所、內容、方式等應注意事項，及受僱人之差勤、退休、撫卹及資遣等各種工作條件，通常訂有共通適用

⁵⁶ 參見臺灣高等法院臺中分院民事判決 92 年度勞上易字第 80 號：「被上訴人乙○等六人係在上訴人事先印就載有「立據人○○○茲收到台灣化學纖維股份有限公司核發之退休金或資遣費支票乙張，計新台幣○○○元整，經查收無誤，且爾後不再要求其他給付，並願放棄一切請求，特立此據為憑。」內容之收據簽名。該收據格式、內容又相同，僅簽署人不同而已，可見系爭收據係上訴人供其離職員工於領取退休金或資遣費時所使用。上訴人之離職員工須簽署相同內容之收據始能領取退休金或資遣費，上訴人應係印就相同內容之收據供其離職員工於領取退休金或資遣費時簽署，該收據即是上訴人預定用於同一種類即離職員工領取退休金或資遣費時，給予離職員工簽署的契約書。定型化契約中，非預定契約條款之交易相對人，相較於該預定契約條款之當事人，常居於經濟上弱勢之地位，因之面對定型化契約之預定契約條款，除為決定締約與否之意思表示自由外，往往無合意決定變更該預定契約條款之事實上可能，且常會迫於情勢不得不同意該預定契約條款。上訴人之離職員工與上訴人固已不存在僱傭關係，但雙方經濟之優、劣勢地位並不因員工之離職而有所改變，上訴人以「爾後不再要求其他給付，並願放棄一切請求」之契約條款，附加於退休金或資遣費請領收據之中，欲令其離職員工於請領退休金或資遣費時一併簽署表示同意，而退休金或資遣費係離職員工離職後生活之保障，渠等須簽署系爭收據始可順利取得退休金或資遣費，如不願簽署，退休金或資遣費是否能即時順利取得尚未可知，而渠等己身之生計或將陷於困境，上訴人之離職員工對系爭收據所載拋棄其餘退休金或資遣費請求權，與上訴人幾無商議更改或刪除此項記載之可能，上訴人之離職員工若有商議能力，何以被上訴人乙○等六人無一人會在其所出具之收據更改或刪除「爾後不再要求其他給付，並願放棄一切請求」之記載？是上訴人所辯就系爭收據之內容及是否簽立，其離職員工非無與其商議之可能云云，要無可採。」相同見解參見臺灣高等法院臺中分院民事判決 92 年度勞上易字第 82 號、臺灣高等法院臺中分院民事判決 92 年度勞上易字第 80 號、臺灣高等法院臺中分院民事判決 92 年度勞上易字第 71 號、臺灣高等法院臺中分院民事判決 92 年度勞上易字第 61 號、臺灣高等法院臺中分院民事判決 92 年度勞上易字第 32 號、臺灣高等法院臺中分院民事判決 92 年度勞上易字第 44 號、臺灣高等法院臺中分院民事判決 92 年度勞上易字第 38 號、臺灣高等法院臺中分院民事判決 92 年度勞上易字第 37 號、臺灣高等法院臺中分院民事判決 92 年度勞上易字第 11 號、臺灣高等法院臺中分院民事判決 92 年度勞上易字第 16 號、臺灣高等法院臺中分院民事判決 92 年度勞上易字第 19 號、臺灣高等法院臺中分院民事判決 92 年度勞上易字第 20 號、臺灣高等法院臺中分院民事判決 92 年度勞上易字第 4 號、臺灣高等法院臺中分院民事判決 92 年度勞上易字第 14 號、臺灣高等法院臺中分院民事判決 92 年度勞上易字第 13 號、臺灣高等法院臺中分院民事判決 91 年度勞上易字第 12 號、臺灣高等法院臺中分院民事判決 92 年度勞上易字第 70 號、臺灣高等法院臺中分院民事判決 92 年度勞上易字第 81 號、臺灣高等法院臺中分院民事判決 92 年度勞上易字第 57 號、臺灣高等法院臺中分院民事判決 92 年度勞上易字第 45 號。

之規範，俾受僱人一體遵循。」⁵⁷上開實務見解不但闡述了「工作規則」之定義，亦說明了其在勞動法上之重要性。

根據勞動基準法第 70 條之規定，僱用勞工人數在 30 人以上之事業單位，雇主應依其事業性質，訂定「工作規則」。且依該法施行細則第 38 條之規定，工作規則經主管機關核備後，雇主應即於事業場所內公告並印製發給各勞工。而依據勞基法第 70 條之條文，有關工作規則應予規範之事項，則為有關工資、工時等勞動條件。⁵⁸

此種雇主片面所制定之「工作規則」在外觀上與「定型化契約」有相似之處，然而從勞基法有關「工作規則」之規範，工作規則之制定與變更皆可由雇主單方為之。⁵⁹雇主何以用單方面所制定之工作規則，即可對於個別勞工發生拘束力？其理論基礎為何？此涉及到工作規則之法律性質，我國學界對此問題之討論尚未有定論。相較於學說之討論之踴躍，觀察法院裁判雖有不同意見，但於近年來漸以「定型化契約說」為多數、主流見解。故在此先闡述法院裁判實務對於「工作規則法律性質」之見解，從而簡述學說對此問題之討論。

(一) 法院裁判實務之觀察

依據學者整理法院之見解，第一件正面論及工作規則法律性質之裁判，⁶⁰應為台北地方法院民事判決 84 年度勞訴字第 38 號：「本院認為工作規則原係雇主為統一勞動條件及服務規律訂定，而依現今社會之情形觀之，勞工與雇主間之勞動條件依雇主所定之工作規則所規定之內容而定，已成為勞工與雇主間均有合意之一種事實上習慣，工作規則即因而有拘束勞工與雇主雙方之效力，而不論勞工是否知悉工作規則之存在及其內容，或是否與以同意，均當然適用工作規則。在此種情形，工作規則之於僱傭契約，即如同運送業或保險業所訂定之一般契約條款之於運送契約或保險契約，除非當事人有反對之意思表示之外，當然成為僱傭契約內容之一

⁵⁷ 參見最高法院民事判決 88 年度台上字第 1696 號。

⁵⁸ 勞動基準法第 70 條之規定：「雇主僱用勞工人數在三十人以上者，應依其事業性質，就左列事項訂立工作規則，報請主管機關核備並公開揭示之：一 工作時間、休息、休假、國定紀念日、特別休假及繼續性工作之輪班方法。二 工資之標準、計算方法及發放日期。三 延長工作時間。四 津貼及獎金。五 應遵守之紀律。六 考勤、請假、獎懲及升遷。七 受僱、解僱、資遣、離職及退休。八 災害傷病補償及撫卹。九 福利措施。十 勞僱雙方應遵守勞工安全衛生規定。十一 勞僱雙方溝通意見加強合作之方法。十二 其他。」

⁵⁹ 王能君，〈最高法院八十八年度台上字第一六九六號民事判決評釋—工作規則的「合理性變更法理」之形成〉，收錄於《戰鬥的法律人—林山田教授退休祝賀論文集》，2004 年 1 月，頁 433。

⁶⁰ 在此之前，法院裁判似未正面論及工作規則之法律性質，但採「契約說」之實務見解似佔多數，惟實務見解對於「勞動之同意」採取極為寬鬆之認定，詳請參閱黃程貫，《勞動法》，民國 91 年 2 月修訂再版，頁 454-456。

部。」由於其判決理由之論述完全採用學者劉志鵬之見解，故被認定此號判決採取「**定型化契約說**」。⁶¹

此後，觀察**最高法院民事判決 88 年度台上字第 1969 號民事判決**也謂：「勞工與雇主間之勞動條件依工作規則之內容而定，有拘束勞工與雇主雙方之效力，而不論勞工是否知悉工作規則之存在及其內容，或是否予以同意，除該工作規則違反法律強制規定或團體協商外，當然成為僱傭契約內容之一部。雇主就工作規則為不利勞工之變更時，原則上不能拘束表示反對之勞工；但其變更具有合理性時，則可拘束表示反對之勞工。」依據學者之分析，⁶²認為最高法院應是支持「**定型化契約說**」之見解。⁶³

最高法院民事判決 91 年度台上字 1625 號民事判決則在明確地指出如經勞工默示同意或推定同意者，工作規則可發生附合契約之效力，其論述為：「按工作規則為雇主統一勞動條件及工作紀律，單方制定之定型化規則。雇主公開揭示時，係欲使其成為雇主契約之附合契約，而得拘束勞僱雙方之意思表示。勞工知悉後如繼續為該雇主提供勞務，應認係默示承諾該工作規則之內容，而使該規則發生附合契約之效力。」⁶⁴從上開判決文義觀之，其應採取「**定型化契約說**」。

於最高法院作成上開見解後，下級法院判決從之者甚眾，依據學者對於法院實務判決之觀察，其認為此等最高法院所闡述之「**定型化契約說**」成為我國法院實務之多數甚至是主流之見解。⁶⁵

⁶¹ 參閱焦興鎧等著，《勞動基準法釋義—施行二十年之回顧與展望》，2005年5月一版，頁343；王能君，〈工作規則不利益變更的合理性判斷—台北地院八十七年度勞訴字第三0號民事判決、台灣高等法院八十八年度勞上字第四二號民事判決、最高法院九十三年度台上字第六七0號民事判決評釋〉，月旦法學雜誌第125期，2005年10月，頁198。

⁶² 參閱王能君，〈工作規則不利益變更的合理性判斷—台北地院八十七年度勞訴字第三0號民事判決、台灣高等法院八十八年度勞上字第四二號民事判決、最高法院九十三年度台上字第六七0號民事判決評釋〉，月旦法學雜誌第125期，2005年10月，頁198；參閱林更盛，〈對工作規則法律性質的幾點初步想法—評最高法院八十年第二二四三號判決〉，月旦法學雜誌第91期，2002年12月，頁319。

⁶³ 下級法院引用本件判決者包括臺灣高等法院臺中分院民事判決 89 年度勞上字第 18 號、臺灣高等法院民事判決 90 年度勞上字第 25 號、臺灣高等法院民事判決 91 年度勞上更字第 6 號、臺灣高等法院民事判決 91 年度勞上易字第 5 號、臺灣高等法院民事判決 93 年度勞上易字第 43 號、新竹地方法院民事判決 89 年度竹勞小字第 4 號、台北地方法院民事判決 93 年度勞訴字第 92 號等，相關判決整理請參閱陳慶鴻等著，〈初探工作規則—以 2000 年後的判決為中心—〉，發表於勞動基準法註釋研討會，2008 年 7 月 3 日，頁 290-291。

⁶⁴ 援引此最高法院判決的下級法院判決尚有：臺灣高等法院民事判決 93 年度勞上字第 67 號、臺灣高等法院臺南分院民事判決 92 年度勞上字第 9 號、彰化地方法院民事判決 93 年度勞訴字第 20 號、台北地方法院民事判決 95 年度重勞訴字第 25 號判決，相關判決整理參閱陳慶鴻等著，〈初探工作規則—以 2000 年後的判決為中心—〉，發表於勞動基準法註釋研討會，2008 年 7 月 3 日，頁 291-293。

⁶⁵ 參閱王能君，〈最高法院八十八年度台上字第一六九六號民事判決評釋—工作規則的「合理性變更法理」之形成〉，收錄於《戰鬥的法律人—林山田教授退休祝賀論文集》，2004 年 1 月，頁

(二) 工作規則法律性質之探討

就工作規則之法律性質，相較於法院實務裁判以「定型化契約說」為主流見解，我國學界針對此問題尚未有定論，在探討工作規則法律性質時，主要是引用日本勞動法學界之討論為基礎。⁶⁶詳言之，學說之討論係以「法規說」與「契約說」作為主軸展開討論，除此之外尚有學者採「根據二分說」、「集體合意說」、「修正法規範說」及「獨立法源否認說」。由於「集體合意說」⁶⁷在現行法下缺乏法律明文根據，其討論雖殊值參考，惟此應屬立法論之指標，並非本文所要討論之重點，故以下篇幅僅基於現行法之解釋論作為探討之基礎。

「法規說」主要是認為雇主所制定的工作規則在法律上為對勞工發生效力之法規範，⁶⁸黃越欽教授認為依照我國現行勞動基準法第 70 條之規定，雇主可以片面制定工作規則，不必經過勞工同意，亦不必徵詢勞工之意見，故現行制定法就工作規則之法律性質，應是採取「法規說」，惟黃越欽教授在著作中並不贊同此說，並對之加以批評。⁶⁹而楊通軒教授則採取「修正法規範說」，其肯認雇主可以單方面制定工作規則，無需徵詢勞工之意見或得其同意，但行政機關及司法機關得以既得權、合理勞動條件或誠信原則加以限制。⁷⁰

449；林更盛，〈對工作規則法律性質的幾點初步想法—評最高法院八十年第二二四三號判決〉，月旦法學雜誌第 91 期，2002 年 12 月，頁 328。

⁶⁶ 參閱黃程貫，《勞動法》，空大，民國 91 年 2 月修訂再版，頁 449；王能君，〈工作規則不利益變更的合理性判斷—台北地院八十七年度勞訴字第三 0 號民事判決、台灣高等法院八十八年度勞上字第四二號民事判決、最高法院九十三年度台上字第六七 0 號民事判決評釋〉，月旦法學雜誌第 125 期，2005 年 10 月，頁 195。依照文獻論述，日本之學說對於工作規則性質之討論主要可區分為「契約說」、「法規範說」、「集體合意說」、「根據二分說」，有關日本學說及實務見解之討論可參閱劉志鵬，〈論工作規則之法律性質及其不利益變更之效力〉，收錄於《勞動法理論與判決研究》，2002 年 8 月初版二刷，頁 262 以下。

⁶⁷ 「集體合意說」係認為勞動條件係勞動條件之內容，自應經勞資雙方當事人之合意，雇主片面所訂定的工作規則自應經勞工同意後，始得生效。惟因企業運作之實態，工作規則有存在之必要性，基於現實的考量，本說認為工作規則雖然在原則上需經個別勞工之同意，但此等勞工之同意，應可由勞工集體意思之同意（如工會之同意）而取代之。詳請參閱黃程貫，《勞動法》，民國 91 年 2 月修訂再版，頁 453 以下；劉志鵬，〈論工作規則之法律性質及其不利益變更之效力〉，收錄於《勞動法理論與判決研究》，2002 年 8 月初版二刷，頁 270 以下。

⁶⁸ 有關其法律規範效力之理論根據，尚分為三說，亦即「經營權說」、「習慣法說」、「授權法說」，詳請參閱黃程貫，《勞動法》，民國 91 年 2 月修訂再版，頁 450 以下；劉志鵬，〈論工作規則之法律性質及其不利益變更之效力〉，收錄於《勞動法理論與判決研究》，2002 年 8 月初版二刷，頁 266 以下。

⁶⁹ 其認為：「『法規說』過份提高工作規則之法律地位，不當授予私法人立法權，使資方因此立於近乎國家對國民的統治地位，吾人對雇主之法律制定權採堅決反對態度。」參閱黃越欽，《勞動法新論》，2002 年 9 月修訂二版，頁 198 以下。

⁷⁰ 參閱楊通軒，〈工作規則法律性質之探討—最高法院八十一年度臺上字第二四九二號及八十四年度臺上字第一一四三號民事判決評釋〉，收錄於《勞動法裁判選輯（三）》，2000 年 1 月初版，頁 91 以下。

劉志鵬律師則認為工作規則之性質應採「定型化契約說」，在勞動關係之領域內，為求經營效率，有必要將勞動條件及服務規律等契約內容，以統一化、定型化之方式來處理，工作規則其實就是雇主為統一勞動條款及服務規律所訂定。此如進一步對照我國勞動關係之實態，勞工與雇主間之勞動條件依工作規則所定，已成為勞資間均有共識、合意之一種事實上習慣，此即為工作規則之所以可拘束勞資雙方之根據。且從勞基法第 70 條所規範工作規則應公開揭示、主管機關可以對工作規則予以監督，及法院可以透過勞動基準法第 71 條及民法第 72 條審查工作規則之合理性觀之，皆可認為在現行的法制下，以「定型化契約」理論來理解工作規則是較為適當的。⁷¹而王能君教授亦贊同「定型化契約說」之見解，其認為其他學說皆有其缺點，⁷²而「定型化契約說」所主張之根據合於台灣的僱用實態，因此採此說。⁷³

除了上述學說外，有文獻提出認為應對於工作規則所規範之內容本質予以澄清，呂榮海律師即提出所謂的「根據二分說」，其將工作規則區分為兩部分，一為工資、工時、休假等狹義勞動條件，此部分適用「契約說」之論理；另一部分則是廣義勞動條件之部分，而此部分則是適用「法規說」之理論。⁷⁴

而林更盛教授則認為工作規則本身並非獨立於現今既已公認的勞動法之外的另一法源，故是否因工作規則所定內容而對勞工產生拘束之效力，應當透過其他既已被承認之法源來正當化其效力。詳言之，就工作規則拘束力的問題，當涉及到單純屬雇主經營自由的反應時，基本上涉及無法作為解決勞資爭議的標準，因此也不發生有無拘束力的問題。然而，當涉及到當事人合意的對象時，原則上應認為其為「定型化契約條款」，應得勞方同意，始對之生拘束力，此說即為「獨立法源否定說」。⁷⁵

近來在林佳和教授之著作中提到，我國法院對於勞動契約之衡平性控

⁷¹ 參閱劉志鵬，〈論工作規則之法律性質及其不利益變更之效力〉，收錄於《勞動法理論與判決研究》，2002年8月初版二刷，頁282以下。

⁷² 在其著作中提到其他學說之缺失：1、「根據二分說」並未提出劃分廣義、狹義勞動條件之標準；2、以解釋論而言，採「集體合意說」在現行法制下有其困難；3、「法規說」無視於私法自治的存在。參閱王能君，〈工作規則不利益變更的合理性判斷—台北地院八十七年度勞訴字第三〇號民事判決、台灣高等法院八十八年度勞上字第四二號民事判決、最高法院九十三年度台上字第六七〇號民事判決評釋〉，月旦法學雜誌第125期，2005年10月，頁201。

⁷³ 參閱王能君，〈工作規則不利益變更的合理性判斷—台北地院八十七年度勞訴字第三〇號民事判決、台灣高等法院八十八年度勞上字第四二號民事判決、最高法院九十三年度台上字第六七〇號民事判決評釋〉，月旦法學雜誌第125期，2005年10月，頁201。

⁷⁴ 參閱呂榮海，〈勞動法法源及其適用關係之研究〉，2002年，頁281至282頁及頁294以下。

⁷⁵ 參閱林更盛，〈對工作規則法律性質的幾點初步想法—評最高法院八十年第二二四三號判決〉，月旦法學雜誌第91期，2002年12月，頁327-328。

制與德國之情形極為類似，工作規則乃係勞僱雙方權利義務內容進一步細節規定，例如對於上下班時間、各類事由請假及休假規定、工作輪調規定、考核訓練、待遇及獎金制度、退休規定等等，由於其企業管理實務上難以於勞動契約中詳細載明，亦有容任雇主彈性調整之必要，因此成為勞動生活中最具關鍵地位的法規範。觀察最高法院 88 台上字第 1696 號判決，法院清楚地表明「工作規則亦屬契約內容之一部」之見解，不論是否知悉其存在的內容，而此即為類似德國民法第 315 條有關「當事人一方指定給付內容」之原則，不認為工作規則需要勞工同意，不管是何種方式之同意，而是直接從理論上認定其屬於契約之一部分。與德國法之理論不同者在於，若參酌德國民法第 315 條之法理，當雇主對工作規則為不利於勞工之變更者，性質上應是雇主為給付內容不同之指定，其仍然對於勞工有拘束力，只不過法院得為合理與否之審查控制；惟若依最高法院之見解，則工作規則之不利益變更原則上不可拘束反對之勞工，但若變更為合理時則可拘束之。兩者在操作上雖可能導致同樣之結論，然最高法院之理解，先原則上先承認工作規則之拘束力，然於不利益變更時，卻又不能拘束反對之勞工，僅在其變更具有合理性時例外產生拘束之效力，此在邏輯上難有一貫，對於「法律效果」的處理亦不甚妥當。故依林教授之見解，基於理論上之認識並考量到企業實務上的運用常態，宜將將焦點放在「衡平性控制」，而非「是否為契約」、「是否拘束勞工」的問題上，始為正確之理解。⁷⁶

(三) 小 結

首先，「法規說」過份提高工作規則之法律地位，其立論之依據亦未充分，⁷⁷且「法規說」將導致勞工一旦進入勞動關係中，有關勞基法第 70 條所包含之事項，皆可處於由雇主單方決定，此種不合理之結果難以被認同，故大多數的學者皆反對此說。⁷⁸而「根據二分說」主要之缺點即在於未能提出劃分廣義、或狹義勞動條件之標準，使其實用性及可操作性受到質疑。⁷⁹

⁷⁶ 參閱林佳和，〈社會保護、契約自由及經營權－司法對勞動契約的衡平性控制〉，《勞動法裁判選輯（五）》，2007 年 6 月，頁 77-82。

⁷⁷ 贊成法規說者，依其立論基礎，又可分為：「經營權說」、「習慣法說」、「授權法說」，有關對此說之批評，詳請參閱劉志鵬，〈論工作規則之法律性質及其不利益變更之效力〉，收錄於《勞動法理論與判決研究》，2002 年 8 月初版二刷，頁 266-270；黃程貫，《勞動法》，民國 91 年 2 月修訂再版，頁 450-452；林更盛，〈對工作規則法律性質的幾點初步想法－評最高法院八十年第二二四三號判決〉，月旦法學雜誌第 91 期，2002 年 12 月，頁 323-325。

⁷⁸ 參閱黃程貫，《勞動法》，民國 91 年 2 月修訂再版，頁 452-453；劉志鵬，〈論工作規則之法律性質及其不利益變更之效力〉，收錄於《勞動法理論與判決研究》，2002 年 8 月初版二刷，頁 282-283。

⁷⁹ 有關「二分說」之缺失，詳請參閱黃程貫，《勞動法》，民國 91 年 2 月修訂再版，頁 452-453；

承上所述，或許「**定型化契約說**」似乎是較能符合現在勞動實態之看法，然而其最受詬病之處在於，本說雖強調工作規則需經勞工同意，始得發生效力，惟契約說迫於現實，放棄嚴格認定有無「**勞工同意**」存在之立場，在諸多場合中擬制勞工有默示同意之情事，此舉反使處於弱勢地位之勞工對於工作規則之內容完全無置喙之餘地。⁸⁰

再者，雖然多數文獻認為最高法院對於工作規則性質，係以「**定型化契約說**」為多數說，然而，以廣為下級法院所引用的**88年度台上字第1969號民事判決**為例，其在判決中提及：「勞工與雇主間之勞動條件依工作規則之內容而定，有拘束勞工與雇主雙方之效力，而不論勞工是否知悉工作規則之存在及其內容，或是否予以同意，除該工作規則違反法律強制規定或團體協商外，當然成為僱傭契約內容之一部。」似與「**定型化契約**」之本質有違。依最高法院之見解，縱使勞工不知悉內容，或是雖知悉但不同意工作規則之內容，其仍有拘束勞工之效力，此似與契約法中「**意思合致原則**」有違。當然，基於與多數人締約之特質，有時無法要求約款使用者一一對於相對人明示契約內容，然參酌消保法第13條之規定，若明示其內容顯有困難者，應以顯著方式公告其內容，並經約款相對人同意受其拘束者，該條款始得成為契約之內容。換言之，也只有相對人可以清楚地看出，約款使用人只願依其條款訂約，而相對人亦無反對之意思表示時，才可認定此為約款使用人默示之同意。⁸¹由上可知，依定型化契約之法理，若勞工不同意，該條款自不成為契約內容之一部分，更遑論勞工完全不知悉約款內容，此更無法發生拘束勞工之效力，故學者批評上開最高法院之論述，不僅在學理上欠缺依據，在結論上亦與法規說無異。⁸²此等觀察並非無據，因為在法院實務判決上，上開最高法院見解亦被採用「**法規說**」之下級法院判決所引用。⁸³

依據文獻之分析，**最高法院88年度台上字第1969號民事判決**之所以會出現「勞工與雇主間之勞動條件依工作規則之內容而定，有拘束勞工與雇主雙方之效力，而不論勞工是否知悉工作規則之存在及其內容，或是否

劉志鵬，〈論工作規則之法律性質及其不利益變更之效力〉，收錄於《勞動法理論與判決研究》，2002年8月初版二刷，頁282-283。

⁸⁰ 參閱黃程貫，《勞動法》，民國91年2月修訂再版，頁450；劉志鵬，〈論工作規則之法律性質及其不利益變更之效力〉，收錄於《勞動法理論與判決研究》，2002年8月初版二刷，頁266。

⁸¹ 參閱黃立，《民法總則》，1999年10月二版，頁258-259。

⁸² 參閱林更盛，〈對工作規則法律性質的幾點初步想法—評最高法院八十年第二二四三號判決〉，月旦法學雜誌第91期，2002年12月，頁326。

⁸³ 參見台北地院民事判決91年度重勞訴字第6號判決、台北地院民事判決91年度勞訴字第105號判決及台北地院民事判決91年度勞訴字第5號判決，相關判決整理請參閱陳慶鴻等著，〈初探工作規則—以2000年後的判決為中心—〉，發表於勞動基準法註釋研討會，2008年7月3日，頁285-286。

予以同意，除該工作規則違反法律強制規定或團體協商外，當然成為僱傭契約內容之一部。」及「雇主就工作規則為不利勞工之變更時，原則上不能拘束表示反對之勞工；但其變更具有合理性時，則可拘束表示反對之勞工」等論述，僅是單純地引用在下級審已為主流之「以定型化契約說為前提之合理性變更法理」，其本身並未對於工作規則之法律性質及不利益變更之法律效力多作說明，⁸⁴此等見解係受到日本判例學說之影響，並在判決實務中已累積了一定的影響力，惟其內涵似與定型化契約理論已有背離之處，非屬於一般認知下的定型化契約。

但或許如學者所言，工作規則之法律性質之爭論，或許在理論上差異極大，但在實際個案判斷上極少否定工作規則之效力，而法院對於「工作規則不利益變更」之處理方式，亦多著重於變更內容合理與否之判斷，⁸⁵或言是所謂「工作規則之衡平性控制」。⁸⁶從而對於工作規則之性質之爭論在現實上的意義並不大，反而是對於工作規則內容適當合理與否之認定，始為法院判斷上之重點。

（四）本文淺見

雖然目前實務對於工作規則之處理業已繼受日本法之「合理性變更法理」，並廣泛地運用在個案中，然而此等繼受是否適當，可能尚有討論之空間。從勞動基準法第 70 條之規範內容觀之，工作規則之內容可包含工作時間、休假請假、工作輪調、考核升遷制度及福利措施等等，故本文贊同林佳和教授之見解，傾向認為此等關於職場紀律或勞動條件等，應是屬於對於勞僱雙方權利義務內容之進一步細節規定，此處涉及到者有關雇主指示權（Direktionsrecht）之問題。

勞動契約作為當事人契約之一種，本應在契約法的界線內去決定雙方當事人權利義務之內容，但實際之勞動生活中並非如此，故在德國學說依據現實，反思到勞動關係的法理解上，故提出所謂雇主「指示權」之概念，亦即承認雇主作為契約之一方當事人，得單方決定他方當事人之契約義務內容。基於現實的勞僱關係，法律、團體協約或定型化勞動條件等皆都是關於勞工義務的普遍性規定，適用於所有企業勞工，在個別勞工之適用

⁸⁴ 參閱王能君，〈最高法院八十八年度台上字第一六九六號民事判決評釋－工作規則的「合理性變更法理」之形成〉，收錄於《戰鬥的法律人－林山田教授退休祝賀論文集》，2004年1月，頁455。

⁸⁵ 參閱王能君，〈工作規則不利益變更的合理性判斷－台北地院八十七年度勞訴字第三0號民事判決、台灣高等法院八十八年度勞上字第四二號民事判決、最高法院九十三年度台上字第六七0號民事判決評釋〉，月旦法學雜誌第125期，2005年10月，頁201。

⁸⁶ 參閱林佳和，〈社會保護、契約自由及經營權－司法對勞動契約的衡平性控制〉，《勞動法裁判選輯（五）》，2007年6月，頁82。

上，無疑地需要經過相當程度之具體化，此須藉由雇主指示權之行使，使其做成合乎企業經營目的之個別命令或指示。雇主指示權所涉及到的法律規定為德國民法第 315 條「一方當事人指定給付內容 (Leistungsbestimmung)」之問題，該條第 1 項規定：「給付應由契約當事人之一方指定給付者，有疑義者，其指定應依合理裁量 (nach billigem Ermessen) 為之。」第 3 項則明定：「應依合理裁量而為指定者，其指定必須符合衡平性 (Billigkeit)，始對他方當事人有拘束力。指定不符合衡平性者，應以判決定之；怠於指定者亦同。」是以對於雇主之指示權，實務及學理均多認為應據本條之規定，由法院進行衡平性控制。⁸⁷

依林教授之見解，有關工作規則之爭議可參酌德國民法第 315 條之法理，工作規則之內容原則上對於勞工具具有拘束力，只不過法院得對其合理與否加以審查，對於工作規則之問題，應將重心擺在後階段之「工作規則衡平性的控制」上。⁸⁸

由於工作規則中所訂之內容原則上屬於雇主指示權之範疇，其原則上應屬於勞動契約內容之一部分，故邏輯上應不會發生「違反勞動契約」之情事，衡諸企業實務，工作規則多半是用來作為雇主單方指定給付內容之依據，而用以補充簡略的勞動契約約定，故不致發生「工作規則抵觸勞動契約」之情況。⁸⁹詳言之，雇主之指示權應有一定之界線，依據德國勞動法界，一般認為在制定法、團體協約及勞動契約之合意內容所構成的範圍內，如有不明確的事項，此時雇主得以行使其指示權，而且雇主並非針對所有不明確事項均得行使其指示權，僅有針對勞務給付方式有不明確之情形，始得行使指示權予以具體化。至於契約已有明確合意的內容或法規已有明確規定之事項，雇主即不得行使指示權予以變更。若是勞工之給付義務在契約中並無明確具體約定，而僅有廣泛、概括範圍的約定與描述，則此時雇主應得基於其指示權在制定法、團體協約及勞動契約之合意內容所構成的範圍內，片面變更勞工勞務給付之方式、種類、或限縮工作範圍，但無論如何，雇主指示權之行使絕對不得觸及勞動契約雙方當事人之主要給付義務的範圍（亦即報酬之支付與勞務之提供），亦即雇主絕對不得行使指示權而片面地任意在數量上變更勞工之工作時間，導致報酬之支付隨之而發生變動，雇主亦不得片面指示變動工資之支付標準，因為此等事項

⁸⁷ 參閱林佳和，〈社會保護、契約自由及經營權－司法對勞動契約的衡平性控制〉，《勞動法裁判選輯（五）》，2007年6月，頁54-55。

⁸⁸ 參閱林佳和，〈社會保護、契約自由及經營權－司法對勞動契約的衡平性控制〉，《勞動法裁判選輯（五）》，2007年6月，頁79-82。

⁸⁹ 參閱林佳和，〈社會保護、契約自由及經營權－司法對勞動契約的衡平性控制〉，《勞動法裁判選輯（五）》，2007年6月，頁78。

均屬勞工之主要給付義務的必要之點，其變更均須經勞資雙方同意始得為之，非雇主所得片面任意決定。⁹⁰

綜上所述，雇主之指示權並非毫無邊際，必須是不得違反法令及勞動契約之範圍內。而關於指示權之行使之控制，在我國法中或許可以民法第148條為權利行使控制之法律依據。但若雇主於工作規則中訂定逾越原本勞動契約之範圍，即超出指示權之範疇。以常見的調職條款為例，在實務上雇主於工作規則中訂定勞工須服從調職命令之規範，然而調職所涉及之問題為勞工工作地點與工作內容之變更，若在調職條款中規範雇主可對勞工為降職之指示，其則逾越了指示權之範圍，更可能因為降職進而影響到勞工之工資，此即非指示權所得處理之問題。換言之，雇主若欲對勞工為此等勞務給付內容或地點之變更，則應有當事人之合意始得為之，此規範之性質應為定型化契約條款。（有關調職條款之討論，請參見本論文第五章第一節）

依本文之淺見，在工作規則中似應依系爭規範屬於雇主之指示權或是定型化契約條款而異其處理方式，當涉及雇主指示權之行使時，應適用「權利行使」控制之規範；反之，若該規範性質為定型化契約條款時，則應循定型化契約條款之控制模式而加以處理，於約款之內容控制，應以民法第247條之1為依據。當然，在現行法院實務對於工作規則已有相應之處理，亦即廣泛運用「合理性變更法理」，並已累積一定數量之判決，⁹¹或許已能充分解決有關因工作規則而生之爭議，是否有必要區分工作規則中規範內容之性質而異其處理方式，對此，本文基於以下理由，認為應採取肯定之見解。

首先，實務對於工作規則以統一之方式處理工作規則之問題，在結果上雖有解決勞僱雙方爭議之功能，惟若雇主將性質上屬於定型化契約條款之規定訂於工作規則中，即可能違反「相同事物，應為相同處理」之法律原則。以前述論及之調職條款為例，一旦雇主所預定之規範逾越原本勞動契約之範疇，即非屬指示權之範圍，此種約款在性質上應屬於定型化契約條款，原則上應受定型化契約條款控制以審查其合法性，惟依現今之實務見解，只要是訂於工作規則中之調職條款，在判決中多半會遵從最高法院之見解，以合理與否作為該規定是否對於勞工具具有拘束力之標準。（就此可參見本論文第五章第一節第二款及第三款之論述）反之，若調職條款規

⁹⁰ 參閱黃程貫，《勞動法》，民國91年2月修訂再版，頁135-136。

⁹¹ 關於我國實務對於「合理性變更法理」之適用情況及分析，詳請參閱陳慶鴻等著，〈初探工作規則—以2000年後的判決為中心—〉，發表於勞動基準法註釋研討會，2008年7月3日，頁311-315。

範於制式文書，而由雇主對勞工提出者，此種約款原則上應受到定型化契約條款控制之審查，而若是內容同一之約款將應訂於不同的文書中而有不同的審查方式及理解，在法律之適用及解釋上似有不當之處。

再者，「權利行使之控制」與「定型化契約條款之控制」，兩者雖皆是源於誠信原則之思想，然而，前者所針對之客體為雇主行使權利時所為之控制，而後者主要是針對定型化約款之本身，藉由條款「納入契約之控制」、「不明確條款解釋原則」及「定型化契約條款之內容控制」，使約款相對人不受「顯失公平」約款之拘束，兩者在法律體系上有其不同之功能及目的，從此觀點出發，本文以為似應區分工作規則中所訂規範之性質，而為不同之處理，應屬較為妥當之作法。

第二款 個別磋商條款

所謂的「個別磋商條款」，依照消保法第 2 條第 8 款之定義，其係指契約當事人個別磋商而合意之契約條款。詳言之，「個別磋商條款」並非由約款使用者所預先擬定，而是由當事人間經由個別之磋商，由雙方對其所約定之內容達成合意之契約條款，故其與「定型化契約條款」係屬於相對之概念。至於「個別磋商條款」之效力，在我國制定法係規範於消費者保護法第 15 條，亦即定型化契約條款抵觸個別磋商之約定者，其抵觸部分無效，該條文宣示「個別磋商條款」優先於「定型化契約條款」之效力。在此，本文擬從文獻之探討及實務判決為素材，對於「個別磋商條款」之認定先為闡述；再者，契約條款一旦被認定為「個別磋商條款」時，其會產生何種效力，即是本款第二點「個別磋商條款之效力」所要探討的問題。

一、個別磋商條款之認定

(一) 磋商之意義

就「磋商 (Aushandeln)」定義而言，在我國之文獻中較少著墨，依據德國文獻之闡述，其認為其所要求的程度，一般而言大過於「協商」(verhandeln)。⁹²若約款使用人只有讓相對人在接受該定型化契約條款或者是拒絕締結全部契約間作選擇時，此時即不能構成「磋商」行為。⁹³即使是使用者簡單地向相對人解釋條款內容，而相對人經由使用人之解釋可以知悉該條款內容時，仍然不足以成為「磋商」。⁹⁴在定型化勞動契約之情

⁹² Vgl. Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert/, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 305 BGB, Rn.23.

⁹³ Vgl. Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 305 BGB, Rn.23.

⁹⁴ Vgl. Aretz, Allgemeine Geschäftsbedingungen im Arbeitsvertrag, 2006, Köln S.8; Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn.78.

況，只有在雇主認真地處理系爭條款之核心的內容，且基於契約之形成自由（Gestaltungsfreiheit），讓勞工至少有影響契約條款內容的實際可能性時（reale Möglichkeit），並藉以維護自身的利益，始得稱作為「磋商」。⁹⁵

於「磋商」之時，雇主需要先對勞工明確且認真地逐條解釋其所希望變更之個別條款之內容，原則上若該條款就預先擬定之內容有明顯地修改或變更，亦可以認為雇主有為與勞工「磋商」之準備，因此當契約當事人經由充分認真地討論原所定「草約」（Entwurf）的內容後，始為正式契約之締結，此時該契約仍有可能被評價為具有「磋商」之結果⁹⁶。

近期德國聯邦法院（BGH）在判決中認為，定型化契約條款之使用者若僅以口頭方式簡略地向契約相對人解釋條款內容，無論最後有無締結契約，此種方式仍不足以被認定為「磋商」。詳言之，契約相對人應該要有真正的機會去影響契約條款之內容，因此使用者應該要詳盡地告知契約相對人系爭條款之內容與效果，或者是用其他的方式讓契約相對人能夠確實理解契約條款之意義。換句話說，該契約內容不能僅是出自於使用者之意思而被作成，相對人在契約自治及自我負責之理念下，亦有作成該法律行為之意思表示，始能成為「磋商」。⁹⁷

（二）我國實務學說對「個別磋商條款」之認定

若一定型化契約中，其契約條款以書寫、手寫的形式呈現，即有可能被判定為「個別磋商條款」。詳言之，一般定型化契約條款通常為印刷條款，個別磋商條款則為書寫條款，有時在定型化契約文本會有特別事項約定欄位供當事人填寫，⁹⁸或者空白欄位供當事人勾選，⁹⁹為避免爭議，雙

⁹⁵ Vgl. BHG 3.11.1999, NJW 2000, 1110, 1111; BHG 10.10.1991, NJW 1992, 1107, 1108; Aretz, Allgemeine Geschäftsbedingungen im Arbeitsvertrag, Köln 2006, S. 8.; Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn.78.; Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert/, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 305 BGB, Rn.24; Gotthardt, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform. Neue Rechtslage für bestehende Arbeitsverträge ab 1.1.2003, 2.Aufl., München 2003., Rn. 24.

⁹⁶ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn.79; Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert/, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 305 BGB, Rn.24.

⁹⁷ Vgl. BGH 19.5.2005, NJW 2005, 2543f.; Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn.26.

⁹⁸ 參見臺中地方法院民事判決 94 年度簡上字第 352 號。

⁹⁹ 參見臺南地方法院民事判決 94 年度簡上字第 27 號：「系爭空運提單正面 7a、7b 付款方式欄位，上訴人均勾選收件人，另空運提單背面付款之責任處則有印刷記載：『貴公司給本公司不同的付款指示，貴公司仍須首先負責與託運貨物有關之所有費用，．．．』，依兩造簽立空運提單之內容，係以空運提單之正面為先，且被上訴人於 7a、7b 付款方式欄位，均預先羅列寄件人、收件人、第三者、信用卡、現金／支票等項目，並由託運人自行勾選，足見 7a、7b 付款方式欄位係屬兩造運送契約之磋商條款，並以勾選書寫方式表示之，而當事人立約之真意，若空運提單正面勾選之付款方式之磋商條款與空運提單背面定型化契約條款之系爭條文相抵觸者，自應以勾

方當事人通常會在書寫條款一旁簽名，¹⁰⁰如果兩者間之內容相為抵觸，書寫條款應該優先於印刷條款。但不得以此為唯一判斷標準，而應兼從各種事實，包括當事人是否有真正的締約自由，是否各得防禦其利益，是否各能影響契約內容，特別是「當事人相對之經濟談判條件」、「專業知識」、「一般商業知識」及「經驗」判斷。¹⁰¹

惟此「個別磋商條款」不限於書面條款，若當事人雙方就特定事件，於締約之際，對契約內容之全部或一部予以具體約定，如該約定內容與當事人之一方所慣常使用之定型化約定有所抵觸時，即應以該具體之約定為準，始符合當事人之真意，縱當事人因遺忘或其他因素，致未將具體約定之內容記載於契約書或相關文件上，或未依具體約定內容，將與之抵觸之定型化約款為增刪修改者，亦同。¹⁰²

此外，最高法院曾經對於雙方變更合約內容之約定之案例，維持原審判決之看法：「...上開特訂條款之修正，即係依據上開八十六年四月八日會議結論所作成之修正，並經上訴人用印，自己成為契約之一部，就該條款之形式而言，確係經由雙方協調溝通後，就此部分所為契約內容之變更，與所謂定型化契約，並不相同...」¹⁰³依照學者闡釋，上開見解蘊含雙方協調變更後修正條款，即屬個別磋商條款。¹⁰⁴

至於，涉及定型化勞動契約中之個別磋商條款之認定，在我國法院實務判決中少有論述，縱有提及個別磋商條款，其認定之標準及內涵亦相當模糊，欠缺具體之內涵，例如臺北地方法院民事判決 94 年度勞簡上字第 23 號：「惟查，兩造簽訂系爭勞動契約之前，世達公司業已提供契約草稿，

選之付款方式之磋商條款效力優先空運提單背面定型化契約條款之系爭條文之適用，惟未抵觸部分，空運提單背面定型化契約條款仍有其適用。」

¹⁰⁰ 參見臺北地方法院民事判決 95 年度簡上字第 288 號：「參酌消費者保護法第 15 條規定『定型化契約中之定型化契約條款抵觸個別磋商條款之約定者，其抵觸部分無效』，一般而言定型化契約條款為印刷條款，個別磋商條款為書寫條款，如果二者內容抵觸，書寫條款應優先於印刷條款，所以為避免發生有無書寫條款之爭議，當事人通常會在書寫條款旁另為簽署。」

¹⁰¹ 參閱劉宗榮，〈定型化契約〉，收錄於《消費者保護研究第三輯》，1997 年 4 月，頁 141-142。

¹⁰² 參閱詹森林，〈定型化約款之基本概念及其效力之規範〉，收錄於《民事法理與判決研究（三）—消費者保護法專論》，2003 年 8 月初版，頁 33。我國台中地方法院民事判決 93 年度訴字第 849 號亦採取相同見解。

¹⁰³ 參見最高法院 93 年度台上字第 1153 號民事判決。

¹⁰⁴ 參閱曾品傑，〈附合契約與定型化契約之基本問題〉，東海大學法學研究第 25 期，2006 年 12 月，頁 44。亦可參見最高法院 95 年度台上字第 820 號民事判決：「...系爭契約係上訴人為聘僱被上訴人擔任風新醫院總負責之院長而簽訂，完全針對個別特定之僱傭關係所成立之合約。又從條文內容觀之，大多數條文內容為被上訴人必須配合上訴人之要求，與定型化契約之內涵大不相同，況簽約當時上訴人亦有適當機會及充分時間去瞭解及修改合約內容，從合約內容有多次修改更正即明，上訴人主張該合約為被上訴人所聘柯律師所擬，上訴人並未聘請律師在場審閱，系爭契約第十七條也應類推適用民法第二百四十七條之一定型化契約條款無效規定云云，亦無可採。...」

給予乙○○1週左右之時間審閱，並得就契約條款個別磋商，提出新增之契約條件（即第9條第1項要求增訂『乙方提出正式離職申請後，甲方不得要求乙方提前離職或甲方以支付同等之薪資要求乙方提前離職。』），此有世達公司所提出訴外人即其前客戶工程師李文基之契約（見原審卷第88頁至第89頁）可佐，復為乙○○所不爭執，足見此與一般個別磋商、簽訂之契約，實無區別，尚非一般定型化契約可堪比擬。」此可能是基於制定法上欠缺明文規定，從而法院在個案之審酌上多將焦點放置於民法第247條之1有關約款效力之爭點上。¹⁰⁵

二、個別磋商約款之效力

（一）個別磋商條款優先於定型化契約條款之原則

依據消費者保護法第15條之規定：「定型化契約中之定型化契約條款抵觸個別磋商條款之約定者，其抵觸部分無效。」該定型化契約條款既因與個別磋商條款有所抵觸而無效，自無法發生效力，在此種情況下，契約當事人應適用「個別磋商條款」之約定。學者認為本條規定是申明個別磋商條款優先於定型化約款之原則，¹⁰⁶由於約款使用人對於系爭個別約定仍有討價還價及磋商之餘地，契約內容之形成自由仍可以維持，相較於定型化契約條款僅為「假設的」當事人合意，「個別磋商條款」反而較能反映當事人之真意，因此應該肯定「個別磋商條款」之優先效力。¹⁰⁷

消保法本身雖無明文規定個別磋商條款優先於定型化約款之文字，然此種「個別磋商條款優先原則」亦為我國實務見解所肯認。如台中地方法院民事判決93年度訴字第849號：「因定型化契約條款，係契約當事人之一方，為與不特定多數人訂立契約而預先擬定之交易條款，故當事人雙方就特定事件，於締約之際，對契約內容之全部或一部予以具體約定，如該

¹⁰⁵ 參見臺北地方法院民事判決95年度勞訴字第80號：「本件被告雖辯稱系爭競業禁止條款違反民法第247條之1第3、4款規定，惟查兩造簽訂系爭勞動契約之前，被告早於75年7月28日即於原告公司任職（見本院卷第11頁），此為被告所自承，則本件被告於87年間簽訂系爭勞動契約時，核與一般得個別磋商、簽訂之契約，實無區別，尚非一般定型化契約可堪比擬。且系爭勞動契約僅4頁，而原告所營之行業，尚非獨占性或規模最大之公司，故被告於簽訂系爭勞動契約時，亦非處於無從選擇締約對象或無拒絕締約餘地之情形，足見系爭勞動契約之條款之簽訂，確係經當事人深思熟慮後，出於自由意志下所為之可言。是綜觀全部條款內容尚難認有何不合理或顯失公平之處，參酌雙方之訂約能力、雙方前後交易之經過情形，因認系爭勞動契約之簽訂，並無顯失公平，或有何違反誠信原則之情事。」

¹⁰⁶ 參閱劉宗榮，〈定型化契約〉，收錄於《消費者保護研究第三輯》，1997年4月，頁141。

¹⁰⁷ 參閱王澤鑑，〈債法原理·基本理論債之發生〉，2001年11月，頁100；陳聰富，〈契約自由與定型化契約之管制〉，月旦法學雜誌第91期，2002年12月，頁58；楊淑文，〈消費者保護法關於定型化契約規定在實務上之適用與評析〉，收錄於《新型契約與消費者保護法》，2002年7月初版，頁198；詹森林，〈定型化約款之基本概念及其效力之規範〉，收錄於《民事法理與判決研究（三）—消費者保護法專論》，2003年8月初版，頁33。

約定內容與當事人之一方所慣常使用之定型化約定有所牴觸時，即應以該具體之約定為準，始符合當事人之真意，縱當事人因遺忘或其他因素，致未將具體約定之內容記載於契約書或相關文件上，或未依具體約定內容，將與之牴觸之定型化約款為增刪修改者，亦同，此觀諸消費者保護法第十五條規定：『定型化契約中之一般條款牴觸非一般條款之約定者，其牴觸部分無效』，其立法目的在於揭示個別磋商合意之契約條款優先於定型化契約條款之原則，甚為灼然。」

對此，在德國民法於第 305b 條規定：「個別磋商條款優先於定型化契約條款¹⁰⁸。」此係以法律明文規範個別磋商條款之優先適用。縱使該契約以原有之定型化契約條款為基礎，然而仍有可能會透過個別磋商條款，為事後之變更，使得原有的定型化契約條款被排除。此為「個別磋商條款」與「定型化契約條款」適用之位階關係（Randverhältnis zwischen Individualvereinbarung und AGB）。換言之，在個案中，相較於契約當事人間之協議，預先擬定之契約條款在適用位階上是劣於「個別磋商條款」。「個別磋商條款之優先性（Der Vorrang der Individualabrede）」同樣也適用在該條款之內容對雇主有利時，因為個別磋商條款之優先適用是屬於一般契約原則。¹⁰⁹而依據文獻之闡述，個別磋商條款與定型化契約條款之間，並不存在有利勞工原則（Günstigkeitsprinzip）¹¹⁰之適用，縱使適用個別磋商條款之結果對於勞工較為不利，個別磋商條款之優先性亦不受影響。¹¹¹

綜上所述，我國消保法雖無「個別磋商條款優先於定型化約款」之文字，然依實務及學說見解應做此解釋，亦適用於定型化勞動契約，約款一旦被認定為個別磋商條款，即應優先於定型化契約之適用。

（二）個別磋商條款與定型化契約條款控制

若一契約條款被判定為「個別磋商條款」，此時是否仍有消保法有關定型化契約規範之適用？是否受有內容控制之審查？就此問題，本文分從我國學說、法院實務判決及比較法之觀察出發加以論述，最後提出本文淺

¹⁰⁸ 德國民法第 305b 條之原文為：「Individuelle Vertragsabreden haben Vorrang vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen.」

¹⁰⁹ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn.107.

¹¹⁰ 「有利勞工原則」係勞動法中保護勞工之基本原則，於下位階法源內容較上位階者對勞工更有力時，則應優先適用下位階法源，有關勞動法法源之階層結構及有利勞工原則之詳細論述，詳請參閱黃程貫，《勞動法》，91 年 2 月修訂再版，頁 104 以下。

¹¹¹ Vgl. Richardi, Gestaltung der Arbeitsverträge durch Allgemeine Geschäftsbedingungen nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, NZA 2002, 1059; Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 305b BGB, Rn.9.

見。

1、我國學說文獻之討論

針對此一問題，國內文獻的探討大致上可區分為否定見解及折衷見解，茲分述如下：

(1) 否定見解

邱聰智教授基本上對此問題採取否定之見解，其認為當事人在締約過程中，如已經由磋商而訂定個別磋商條款，其結果已排除定型化契約條款之存在或可能存在之不公平情事者，因其契約訂定已經個別磋商同意，並未因定型化契約條款之預定而有損契約自由者，當可稱為尚無定型化契約規範之適用。¹¹²

朱柏松教授認為定型化契約同時兼有「定型化契約條款」、「非定型化契約條款」時，對於定型化契約進行疑義解釋，或者對於契約之效力予以論斷時，自應分別對於屬於條款及非屬條款之部分而異其區處。¹¹³從上開見解似可推知非屬定型化契約條款的「個別磋商條款」，應不適用消保法中有關定型化契約之規範。

王澤鑑教授在其著作中雖未直接提及「個別磋商條款」排除定型化契約規範之適用，而不受有內容控制，然其認為「非一般條款」（亦即個別磋商條款）之解釋，不適用消費者保護法第 11 條第 2 款有利於消費者解釋原則。¹¹⁴

(2) 折衷見解

陳聰富教授則認為，在定型化契約中，另行約定的個別商議，是否足以排除定型化契約本質上可能導致的不公平現象，甚有疑問。詳言之，約款使用者的相對人能否真正以談判協商，影響契約之實質內容，仍應探究消費者（即約款相對人）對於資訊的獲取能力及談判協商過程，以個案的方式決定個別商議條款是否受到定型化契約規範之適用。¹¹⁵

2、法院裁判之觀察

學者觀察實務見解，認為最高法院對此問題是採取肯定之見解，如最

¹¹² 參閱邱聰智，《新訂民法債編通則（下）》，2001年2月，頁532-533。

¹¹³ 參閱朱柏松，〈民法定型化契約規範之適用與解釋〉，月旦法學雜誌第54期，1999年11月，頁55。

¹¹⁴ 參閱王澤鑑，《債法原理·基本理論債之發生》，2001年11月，頁100。

¹¹⁵ 參閱陳聰富，〈契約自由與定型化契約的管制〉，月旦法學雜誌第91期，2002年12月，頁58。

高法院 86 年度台上字第 3433 號民事判決：「兩造已訂立前述書面契約，兩造就保全服務期間之起算期日另以合意變更該定型化契約中之條款（即被上訴人之保全業務接續原新光公司之保全業務，不中斷），就該合意變更部分是否不生效力，此觀諸消費者保護法第十一條：『企業經營者在定型化契約中所用之條款，應本平等互惠之原則。定型化契約條款如有疑義，應為有利於消費者之解釋。』及同法第十二條第一項、第二項第三款：『定型化契約中之條款違反誠信原則，對消費者顯失公平者，無效。定型化契約中之條款有下列情形之一者，推定其顯失公平……三、契約之主要權利或義務，因受條款之限制，致契約之目的難以達成者。』之立法精神，不難明瞭。蓋兩造既同意被上訴人之保全業務接續原新光公司之保全業務，使之不中斷，但若依電子保全服務契約書第五條第一款約定，以被上訴人提供之保全業務通報經上訴人簽名之日為起算日，則顯難達到接續而不中斷之目的，故如認此項合意不生效力，似不足以保護消費者即上訴人。」於上開判決中，最高法院認為該當事人所合意變更定型化約款（個別磋商條款），仍應有消保法第 11 條及第 12 條之適用，故個別磋商約款仍應受到定型化契約規範之審查。¹¹⁶

3、比較法的觀察

而德國學界針對此一問題，普遍認為若認定契約中有「個別磋商條款（Individualabrede）」的存在，其不但具有優先於定型化契約條款之效力，更由於約款經由個別地磋商，不再具有定型化契約條款控制之保護需求，故不受定型化契約條款之控制（AGB-Kontrolle）。¹¹⁷例如，「個別磋商條款」有不明確的情況，即不須再依據德國民法第 305c 條第 2 項，為「不利於約款使用者」之解釋，因為該條之適用僅是針對定型化契約條款，「個別磋商條款」之解釋僅適用於德國民法第 133 條探究當事人真意¹¹⁸及第 157 條依照誠實信用原則解釋¹¹⁹等傳統之契約解釋原則。¹²⁰此外，契約條款一旦被認定為「個別磋商條款」，即不受德國民法第 307 條至第 309 條有關「內容控制（Inhaltskontrolle）」規範之拘束。但是系爭「個別磋商條

¹¹⁶ 參閱陳聰富，〈契約自由與定型化契約的管制〉，月旦法學雜誌第 91 期，2002 年 12 月，頁 58。

¹¹⁷ Vgl. Aretz, Allgemeine Geschäftsbedingungen im Arbeitsvertrag, Könn 2006, S.5ff.

¹¹⁸ 德國民法第 133 條之原文為：「§ 133 Auslegung einer Willenserklärung Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften」（筆者自譯：解釋意思表示時，必須探究真義，不得拘泥於詞句的字面意義。）

¹¹⁹ 德國民法第 157 條之原文為：「§ 157 Auslegung von Verträgen Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.」（筆者自譯：契約必須斟酌交易習慣，依誠信原則解釋之。）

¹²⁰ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn.259.

款」之內容仍受有其他法律或者原則之審查，例如德國民法第 138 條有關公序良俗或者第 242 條誠信原則之控制。¹²¹

4、本文淺見

針對「個別磋商條款」是否仍受定型化契約法制規範，而受有內容控制之爭議，本文認為應採否定見解，其理由茲如以下所述：

(1) 消保法之文義解釋

首先，從消保法本身之規範設計而言，即有「定型化契約條款」與「個別磋商條款」之分，此觀消保法第 2 條第 7 款及第 8 款規定自明，顯見在制定法的層面上，兩者間之在法律上之意義有其差異，而觀察消保法第 11 條第 2 項所規範之「不明確條款解釋原則」或依第 13 條、第 14 條、細則第 12 條有關「條款納入契約」之規定，其條文所規範之對象皆為「定型化契約條款」。

至於，第 12 條條文用語雖為「定型化契約中之條款」，然在細則第 13 條、第 14 條涉及「內容控制」之規定，條文文字亦是使用「定型化契約條款」，從細則之條文內容觀之，是為了補充消保法第 12 條之規定，若與上開細則條文指涉之規範對象不同，將造成體系及適用上之矛盾。故基於制定法本身之規定，實無法得出「個別磋商條款」仍有消保法關於定型化契約規範之適用之結論。

(2) 民法之立法理由

再者，民法第 247 條之 1 條文中雖無「定型化契約條款」之文字，然參酌條文內容及立法理由，應可知民法有關約款內容控制之規定，其適用之對象僅及於「定型化契約條款」。詳言之，該條之立法理由提到「...為使社會大眾普遍知法、守法起見，宜在民法法典中列原則性規定，爰增訂本條，明定附合契約之意義，為依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，此類契約他方每無變更磋商之餘地。....」若從立法理由可知，該條規定所蘊含的意義，除了包含內容控制之標準外，亦對於附合契約（定型化契約）有所規範，若從立法理由之描述觀之，之所以賦予司法可對於定型化契約之效力加以審查之理由，係因該約款「每無變更磋商之餘地」，承續對於立法理由之理解，若契約當事人間可基於其自由意志，對於約款為個別之磋商，應不在民法第 247 條之 1 所保護的範圍內，故從該條條文之規定及立法意旨，應可認為「個別磋商條款」不受內容控制規範之審查。

¹²¹ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn.82.

(3) 定型化契約控制之體系

學者持折衷見解之理由在於：在定型化契約中，另行約定的個別磋商條款，是否足以排除定型化契約本質上可能導致的不公平現象，甚有疑問。從而認為仍應依個案中實際上之情況，判定是否有定型化契約規範之適用。當然，折衷說之擔憂雖不無道理，在定型化契約控制之體系中，此可藉助從嚴認定「個別磋商條款」以排除上述疑慮。詳言之，有關定型化契約控制體系的審查順序 (Prüfungsreihenfolge)，應以下列步驟判定：¹²²

(一) 當事人間有無使用定型化契約條款之情形；(二) 定型化契約條款是否已成為雙方契約之內容；(三) 定型化契約條款有無解釋上之疑義；(四) 定型化契約條款是否無效；(五) 定型化契約無效時應如何處理。而有「個別磋商條款」應屬於在第一階段「當事人有無使用定型化契約條款」所應判定之事項，只有在契約相對人具有真正的機會去影響契約條款之內容，契約雙方當事人皆在契約自治及自我決定的理念下，所作成之條款，始得認為「個別磋商條款」，反之，僅有個別協商之形式，契約相對人實際上對於約款並無影響力，無法確保系爭條款之作成確實出於相對人之真意，則仍應屬「定型化契約條款」，而有定型化契約控制規範之適用。且「個別磋商條款」雖不受定型化契約條款控制所審查，但仍可藉由其他法定之控制措施所規制，例如公序良俗、誠信原則等，故約款之公平仍可經由民法概括條款而得以確保。

再者，從消保法第 15 條規定觀之，其係規範「定型化契約條款」牴觸「個別磋商條款」，牴觸部分為無效之規定。故「個別磋商條款」及「定型化契約條款」在制定法中已有確切之區分，若依照學者闡述最高法院 86 年度台上字第 3433 號之見解，認為在「個別磋商條款」之部分，仍有消保法關於定型化契約條款控制規範之適用，將造成體系適用上之矛盾與混亂，亦使得制定法本身對於法律概念之區分毫無實益。

基於上開理由，本文認為，關於「個別磋商條款」之認定，應從嚴並實質認定，一旦被認定為「個別磋商條款」，即應不受定型化契約控制規範所審查，應回歸民法之規定，始能符合制定法之文義，亦不致造成定型化契約控制審查順序之混淆及體系本身之扞格。

¹²² 參閱詹森林，〈定型化契約條款效力〉，收錄於《民事法理與判決研究（四）－消費者保護法專論（2）》，2006 年 12 月初版，頁 111-114；王澤鑑，〈債法原理·基本理論債之發生〉，2001 年 11 月，頁 99；陳自強，〈契約之成立與生效〉，2005 年 2 月，頁 200-205；Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn. 38.

三、舉證責任之分配

一般而言，定型化契約是由約款使用人預先擬定契約條款之內容，為締結多數契約使用而事先印製，以便於協商時向相對人提出，此種契約即被推定為定型化契約，其中之約款亦應推定為「定型化契約條款」。當事人之一方若欲主張系爭約款為「個別磋商條款」時，依照我國民事訴訟法第 277 條之規定，¹²³應負舉證責任。從而，約款使用人（雇主）若欲主張特定條款為「個別磋商條款」，則應就該條款在協商時有確實進行實質磋商之事實，負舉證之責。¹²⁴

關於舉證責任，**台灣高等法院台南分院 95 年度上字第 68 號判決**即言明：「契約理論之產生，乃源於企業經營者預先片面擬定之附合契約條款，通常僅為自身之最大利益考量，而將不利益之風險轉嫁由消費者承擔，一般消費者於訂約時亦常缺乏詳細審閱之機會及能力，且或因市場遭壟斷而無選擇機會，或因經濟實力、知識水準造成之締約地位不平等，但聞道有先後，術業有專攻，雖消費者有高等學歷，但於建築、法律專業與建商相較，仍處於劣勢，以致消費者對於該內容僅能決定接受或不接受，而別無討價還價之餘地，亦即消費者只是事前知悉該約款內容而已，仍無事前決定該內容之機會。基此，為保障締約實質正義，國家便授與司法機關介入契約自由領域之權力，而得對於定型化契約條款之合理性進行司法審查，此觀諸消費者保護法第 11 條第 1 項、第 12 條、民法第 247 條之 1 等規定甚明。故除非企業經營者能夠證明系爭定型化契約條款乃屬兩造特別合意之個別磋商條款，而非屬一般性條款，否則若僅以消費者事前已有機會審閱契約條款，欲藉以排除司法審查之控制，即顯然與消費者保護法之立法本旨有違。」¹²⁵依照上開見解，約款使用人對於系爭條款屬於「個別磋商條款」之事實，負有舉證責任，且不能僅以相對人已有機會審閱契約條款即可認定有磋商之事實，申言之，仍應以相對人在實質上對於該約款有無影響力等事實作為認定依據，此見解可供參酌。

¹²³ 參見民事訴訟法第 277 條規定：「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證責任。但法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限。」

¹²⁴ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn.82; Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 305b BGB, Rn. 15; Aretz, Allgemeine Geschäftsbedingungen im Arbeitsvertrag, Könn 2006, S.9.; 中文文獻請參閱黃立，《民法債編總論》，2006 年 11 月三版，頁 93；劉宗榮，〈定型化契約〉，收錄於《消費者保護研究第三輯》，1997 年 4 月，頁 142。

¹²⁵ 亦可參見臺北地方法院民事判決 93 年度簡上字第 604 號、新竹地方法院民事小額判決 96 年度竹小字第 409 號、臺中地方法院民事判決 96 年度訴字第 2331 號。

第二節 定型化勞動契約條款之訂入契約

第一款 意思合致原則

定型化契約係企業經營者所自創，雖大量廣泛使用，但不因此具有法規範性質，仍須以當事人合意為前提，一方提出，而另一方接受，經由雙方當事人意思表示之合致，始能成為契約內容。¹²⁶定型化契約條款如未與契約分離，而構成契約自身部分的條款時，其預先擬定之契約條款即為定型化契約條款。

第二款 訂入契約之積極要件

一、基本理論

由於定型化契約條款，有時並未與契約文件結合在一起，或是懸掛於營業場所；有的則因內容複雜，使相對人不知其意義。因此如何將條款納入契約，應與傳統上個別磋商締約有所不同。為了維護契約內容形成自由之最低限度，學者於討論定型化契約條款訂入契約之問題時，認為在理論上，¹²⁷定型化契約應具備下列要件後，始能成為契約內容：¹²⁸

- (一) 約款使用人向相對人明示其約款
- (二) 約款使用人提供相對人合理機會，以瞭解該約款之內容
- (三) 相對人明示或默示同意以該約款訂立契約

二、消保法第 13 條之要件

依文獻闡述，消保法第 13 條第 1 項之規定是將上開基本理論條文化，其條文內容為：「定型化契約條款未經記載於定型化契約中，企業經營者應向消費者明示其內容；明示其內容顯有困難者，應以顯著之方式，公告其內容，並經消費者同意受其拘束者，該條款即為契約之內容。」其要件如下：

¹²⁶ 參閱王澤鑑，《債法原理·基本理論債之發生》，2001年11月，頁101。

¹²⁷ 相關文獻在論述時，係參酌舊定型化契約條款規制法（AGBG）第2條第1項之規定，其條文翻譯為：「(1)定型化契約條款成為契約之一部分，但以使用人於契約訂立時，1.向相對人明示地提示定型化契約條款，或由於訂約方法之原因，明示地提示有相當困難時，在訂約地點以明顯可見的公告提示之；並且 2.給予相對人機會，使其能以合理方法瞭解其內容，且該契約相對人同意使用該定型化契約條款為條件」

¹²⁸ 參閱王澤鑑，《債法原理·基本理論債之發生》，2001年11月，頁101；詹森林，〈定型化約款之基本概念及其效力之規範〉，收錄於《民事法理與判決研究（三）—消費者保護法專論》，2003年8月初版，頁13-14；劉宗榮，《定型化契約論文專輯》，77年1月初版，頁7以下。

(一) 約款使用人向相對人提示其約款

消保法第 13 條第 1 項所規範者，即是約款使用人應向相對人提示定型化契約條款。而其提示之時點，條文本身雖未規定，惟依學者闡述，應為契約締結時。若在契約締結之後，則定型化約款應不訂入契約。舉例言之，若消費者與企業經營者已因雙方意思表示一致而締結契約後，企業經營者使將其印製之發票、收據等交付或寄送於消費者時，則該發票等憑證之定型化約款則不構成契約內容。¹²⁹

所謂的提示，依學者之見解，其提請注意之文字應清楚明白，其有兩種意涵，分別為「使用人須將定型化契約條款訂入契約之意思告訴相對人」，以及「定型化契約條款本身必須清楚」。¹³⁰

有關提示之方式，依消保法第 13 條第 1 項之規定，係以明示條款內容之「個別提示」為原則，以「顯著方式公告內容」為例外：¹³¹

1、向相對人明示其內容

關於約款使用人向相對人明示之方法，可依其當面締約、郵件締約或電話締約等方式之不同，分別以語言告知，或在信函中正面記載提請相對人注意之文字等不同的方法為之。若其明顯之程度，已足以引起合理注意能力之人的注意，即已履行提示之義務。¹³²

2、以顯著方式公告內容

若明示內容有困難時，約款使用人應以顯著的方式公告其內容，並經消費者同意受其拘束者，該條款即為契約之內容，此為明示原則之例外，限於在依契約締結之方式，明示定型化契約條款內容，顯有困難之時。¹³³至於何為「明示其內容顯有困難」，文獻提到此種情況主要是發生在兩種交易場合，其一是與消費大眾締結之契約，蓋因此種情形缺乏個別的接觸而無法向相對人明示其內容，例如自動販賣機；其二是交易頻繁的大量契約，蓋此種契約雖有向相對人明示之可能，但依其交易方式或型態，有現實上之困難，例如戲院、博物館、運動比賽的門票等。¹³⁴

¹²⁹ 參閱詹森林，〈定型化約款之基本概念及其效力之規範〉，收錄於《民事法理與判決研究（三）—消費者保護法專論》，2003 年 8 月初版，頁 15；黃立，〈民法債編總論〉，2006 年 11 月三版，頁 98-99；劉宗榮，〈定型化契約論文專輯〉，77 年 1 月初版，頁 12-15。

¹³⁰ 參閱劉宗榮，〈定型化契約論文專輯〉，77 年 1 月初版，頁 11-12。

¹³¹ 參閱劉宗榮，〈定型化契約〉，收錄於《消費者保護研究第三輯》，1997 年 4 月，頁 142。

¹³² 參閱劉宗榮，〈定型化契約〉，收錄於《消費者保護研究第三輯》，1997 年 4 月，頁 137。

¹³³ 參閱黃立，〈民法債編總論〉，2006 年 11 月三版，頁 100-101；劉宗榮，〈定型化契約〉，收錄於《消費者保護研究第三輯》，1997 年 4 月，頁 138。

¹³⁴ 參閱馮振宇、姜志俊、謝穎青、江炳俊等合著，〈消費者保護法解讀〉，2000 年 9 月一版，

(二) 經消費者同意受其拘束

不論是向相對人明示其內容或者是以顯著方式公告，均經消費者同意受其拘束，該條款始能成為契約內容。至於「經消費者同意受其拘束」之同意，應包含明示或默示在內。¹³⁵

三、我國制定法之檢討

首先，從消保法第 13 條規定之文義觀之，雖以「定型化契約條款未經記載於定型化契約中」作為適用之前提要件，亦即約款使用人對於未經記載於定型化契約中之條款，始有明示內容之義務。然而學者之見解，依照定型化契約之理論及該條之立法目的，均應認為任何一個定型化契約條款在訂約之前，都應該給相對人瞭解內容之機會，此種限制實無必要。¹³⁶詳言之，定型化契約條款本不以書面為限，其以放映字幕、張貼、牌示、網路螢幕等方法表示者皆屬之，故基於「定型化契約條款須經相對人同意始得成為契約內容」之基本法理，其經記載於定型化契約中之條款，亦應類推適用消保法第 13 條。¹³⁷

再者，消保法並未如德國民法第 305 條第 2 項明文規定約款使用人為提示之時點應在「締約時」，故在我國法僅能經由解釋之方式為之。此外，關於提請注意之程度，原則上係以達到一般相對人注意之程度以足，而於德國民法第 305 條第 2 項第 2 款中規定應考量契約相對人有身心障礙之情況，以保護相對人之權益，其規範顯然較為周詳，可作為我國立法上之參考。

四、比較法之觀察—定型化勞動契約適用上之疑義

關於定型化契約條款訂入之契約之規定，德國民法規定在第 305 條第 2 項，其條文為：「定型化契約條款僅於約款使用者於締約時有下列行為者，始為契約之成分：1、對契約相對人明示定型化契約條款；或由於締約之方式，只有在不合比例之困難下始有可能明白指示定型化契約條款時，經由締約地清晰可見之告示指示 2、使契約相對人取得機會以可得期待之方式，並斟酌約款使用人有對契約相對人可辨識之身心障礙亦加以考

頁 103。

¹³⁵ 參閱劉宗榮，〈定型化契約〉，收錄於《消費者保護研究第三輯》，1997 年 4 月，頁 137；王澤鑑，《債法原理·基本理論債之發生》，2001 年 11 月，頁 101。

¹³⁶ 參閱劉春堂秘書長之發言，〈消費者保護法適用座談會（北區）會議記錄〉，收錄於《消費者保護法判決函釋彙編（二）》，1990 年 10 月，頁 564-565；戴志傑，〈定型化契約之相關法律研究—以我國消費者保護法為中心〉，收錄於《消費者保護研究第八輯》，民國 92 年 3 月，頁 14-15。

¹³⁷ 參閱詹森林，〈消費者保護法之定型化契約最新實務發展〉，收錄於《民事法理與判決研究（四）—消費者保護法專論（2）》，2006 年 12 月初版，頁 255。

量下，可以得知其內容，而契約相對人對於效力表示同意者。」¹³⁸依據上開規定要求定型化契約條款的納入需要有指示（Hinweise）及知悉可能性（Kenntnisnahmemöglichkeit）。此規定相較於德國民法第 145 條以下關於契約締結、要約承諾等規定更為嚴格，其對於約款使用者的保護更為充分。詳言之，根據第 305 條第 2 項第 1 款之規定，定型化契約條款只有在當使用人向契約相對人明白指示該條款之內容時，才會成為契約之一部分。另外，定型化契約條款是否納入契約，亦取決於民法第 305 條第 2 項第 2 款之規定，亦即使用人應使契約相對人在締約時有機會得以瞭解定型化契約條款的內容。最後，依據第 2 項規定所要確認者是，約款使用人所預先擬定之定型化約款只有在另一方相對人亦同意條款的效力時才會成為契約之內容。¹³⁹

然而，根據民法第 310 條第 4 項第 2 句後半之規定，有關第 305 條第 2 項及第 3 項¹⁴⁰之規定，並不適用於勞動契約。從而針對定型化契約條款訂入契約之問題，應適用一般法律行為之規範。¹⁴¹在此所產生的疑義在於，為何勞動契約不能適用有關定型化契約條款訂入契約之規定，是否基於勞動法本身之特殊性，而致無法適用定型化約款訂入契約之規範，此係由於立法者已為以下之指示，亦即由於證明法（NachwG）之規定，避免法律評價上之矛盾，從而排除勞動契約適用「納入控制（Einbeziehungskontrolle）」之規範。¹⁴²詳言之，在草案說明中，民法第

¹³⁸ 德國民法第 305 條第 2 項之原文為：

(2)Allgemeine Geschäftsbedingungen werden nur dann Bestandteil eines Vertrags, wenn der Verwender bei Vertragsschluss

1. die andere Vertragspartei ausdrücklich oder, wenn ein ausdrücklicher Hinweis wegen der Art des Vertragsschlusses nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten möglich ist, durch deutlich sichtbaren Aushang am Ort des Vertragsschlusses auf sie hinweist und

2. der anderen Vertragspartei die Möglichkeit verschafft, in zumutbarer Weise, die auch eine für den Verwender erkennbare körperliche Behinderung der anderen Vertragspartei angemessen berücksichtigt, von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen, und wenn die andere Vertragspartei mit ihrer Geltung einverstanden ist.

¹³⁹ Vgl. Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 305 BGB, Rn. 35-36.

¹⁴⁰ 德國民法第 305 條第 3 項之條文為：「Die Vertragsparteien können für eine bestimmte Art von Rechtsgeschäften die Geltung bestimmter Allgemeiner Geschäftsbedingungen unter Beachtung der in Absatz 2 bezeichneten Erfordernisse im Voraus vereinbaren.」（契約當事人可以在遵守第二項所稱的要件狀況下，預先就特定種類的法律行為達成適用特定定型化契約條款之協議。）

¹⁴¹ Vgl. Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 305 BGB, Rn. 35-36; Aretz, Allgemeine Geschäftsbedingungen im Arbeitsvertrag, Köln 2006, S.29.

¹⁴² 該條文之原文為：「Der Arbeitgeber hat spätestens einen Monat nach dem vereinbarten Beginn des Arbeitsverhältnisses die wesentlichen Vertragsbedingungen schriftlich niederzulegen, die Niederschrift zu unterzeichnen und dem Arbeitnehmer auszuhändigen.」（筆者自譯：雇主至遲應於勞動關係開始後的一個月，紀錄重要的契約條款成書面，於書面上簽名後

307 條第 2 項、第 3 項之不適用於勞動契約，是基於證明法第 2 條第 1 項第 1 句之規定，¹⁴³ 雇主負有交付重要契約條款之書面給勞工之義務。立法者顯然認為，基於證明法的規定，並不存在有第 2 項及第 3 項所謂特別納入規定之適用需求。¹⁴⁴

針對上開立法描述，德國關於勞動法之文獻對此多有批評。¹⁴⁵ 學者認為上述的見解有諸多的誤解，民法第 305 條第 2 項第 3 項納入契約的規定與證明法，不但在整體規範目的上有所不同，而且在法律效果上亦有區別。詳言之，第 305 條第 2 項納入契約規定之目的是在於保障及促進個別協約中自治、自主（*selbstbestimmung*）的機會；而證明法的立法目的則是為了使勞工在締結契約之後，仍可能在任何時候審閱勞動契約之重要的契約條款。因此關於納入控制之規範，涉及到契約相對人在締結契約之時點，是否有知悉之機會；相較於此，證明法則僅是在契約締結後的一個月內，保障勞工可向雇主請求提交關於重要契約內容的書面紀錄。¹⁴⁶

綜上所述，由於立法者誤將勞動契約排除在民法第 305 條第 2 項、第 3 項的適用範圍外，致使勞動契約僅能回歸法律行為之一般規範，惟此種作法廣受學界所批判，被認為是立法錯誤。觀察我國制定法之規定，關於「納入控制」之規範並無立法者的明文指示排除，亦無所謂立法評價衝突之問題，故在勞動契約中，仍應受「納入控制」之規範審查。

對此，臺中地方法院民事判決 96 年度勞簡上字第 26 號於涉及「最低服務年限」條款的案例中，勞僱雙方之任用契約僅記載「乙方（勞工）如抵觸『違約事項罰則實施條例』（詳見：門市業務行政管理規章，第五章門市業務違約事項罰則實施條例）中之任一條款，乙方無條件同意接受甲方依據『違約事項罰則實施條例』之相關規定予以懲處並不得有議。」法院認為雇主所主張所依據「違約事項罰則實施條例」，其並未將之作為契約書附件，以供被勞工於簽約時得為審閱知悉，而是要求勞工須自行上網至上訴人總公司內部網站查詢閱覽。法院認為雇主既然將該條例作為任用

並交付給勞工。)

¹⁴³ Vgl. Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 305 BGB, Rn. 38; Aretz, Allgemeine Geschäftsbedingungen im Arbeitsvertrag, Könn 2006, S.29.

¹⁴⁴ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn.213.

¹⁴⁵ Vgl. Annuß, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht: Wo geht die Reise hin?, BB 2002, 458, 460; Thüsing, Inhaltskontrolle von Formalarbeitsverträgen nach neuem Recht – Ein Blick auf die grundlegenden Weichenstellungen ein Jahr danach, BB 2002, 2666, 2670; Gotthardt, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform. Neue Rechtslage für bestehende Arbeitsverträge ab 1.1.2003, 2.Aufl., München 2003., Rn. 245.

¹⁴⁶ Vgl. Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 305 BGB, Rn. 39.

契約之一部分，自有義務於簽約當時充分揭露其內容，以使勞工有所認知，否則，即難謂該違約事項罰則實施條例所定相關內容已構成任用契約之一部分，而得以拘束被勞工。¹⁴⁷

從上可知，雖然定型化勞動契約並無法直接適用消保法之規定，然法院在個案中已運用「納入契約控制」，當雇主並未明示約款內容讓勞工有機會得以知悉之情況下，此等約定應不得成為契約之內容，雇主自不得以此約款拘束勞工。

第三款 消極要件一須非「異常條款」(Überraschende Klauseln)

依照消保法第 14 條規定：「定型化契約條款未經記載於定型化契約中而依正常情形顯非消費者所得預見者，該條款不構成契約之內容。」此即為學說所稱之「異常條款 (Überraschende Klauseln)」。¹⁴⁸ 而依學者之見解，本條規定原來係參考德國舊定型化契約條款規制法第 3 條之規定：「定型化契約中之約款，依其環境，特別是考慮到契約之外型，是如此地異於尋常，至與約款使用人訂約之相對人無法預見時，不構成契約之內容。」但消保法第 14 條規定並無如同上開規定臚列客觀因素作為亦常條款之判斷依據，為求周詳，消保法於制定施行細則時，即以施行細則第 12 條規定補充之，其內容為：「定型化契約條款因字體、印刷或其他情事，致難以注意其存在或辨識者，該條款不構成契約之內容，但消費者得主張該條款為契約之內容。」¹⁴⁹

綜合上開論述，構成「異常條款」可分為客觀要件及主觀要件，分述如下：

¹⁴⁷ 參見臺中地方法院民事判決 96 年度勞簡上字第 26 號：「上訴人主張被上訴人應給付違約金 54,000 元，其依據為系爭任用契約書第 7 條第 2 項關於違約罰則之約定。惟該違約罰則內容僅記載：「乙方（指被上訴人）如牴觸『違約事項罰則實施條例』（詳見：門市業務行政管理規章，第五章門市業務違約事項罰則實施條例）中之任一條款，乙方無條件同意接受甲方依據『違約事項罰則實施條例』之相關規定予以懲處並不得有議。」等語，而上訴人據以主張之「違約事項罰則實施條例」，其並未將之作為契約書附件，以供被上訴人於簽約時得為審閱知悉，而是要求被上訴人須自行上網至上訴人總公司內部網站查詢閱覽（參見本院 96 年 12 月 24 日準備程序筆錄關於勘驗任用契約書及上訴人之訴訟代理人陳述之記載）。而姑且不論被上訴人能否自其任職之台中營業所連結總公司內部網站以查閱該違約事項罰則實施條例之相關內容，上訴人既然將該條例作為任用契約之一部分，自有義務於簽約當時充分揭露其內容，以使上訴人有所認知，否則，即難謂該違約事項罰則實施條例所定相關內容已構成任用契約之一部分，而得以拘束被上訴人。」

¹⁴⁸ 參閱王澤鑑，〈債法原理·基本理論債之發生〉，台北：三民，2001 年 11 月，頁 102；詹森林，〈定型化契約之基本問題〉，收錄於《民事法理與判決研究（三）》，台北：元照，2003 年 8 月初版，頁 16。

¹⁴⁹ 參閱劉宗榮，〈定型化契約〉，收錄於《消費者保護研究第三輯》，1997 年 4 月，頁 139。

一、構成異常條款之要件

(一) 客觀要件：「異於尋常 (ungewöhnlich)」之條款

當契約條款偏離「正常情況」時，極可能構成所謂的「異於尋常」，當法律對於某些情況有所指示時，此即屬於契約之典型狀態。詳言之，應以該交易種類之「交易習慣」以及法律對於某種契約所為之「任意規定」觀之，若法律對於某一類型之契約加以規範，以任意法規對於該契約為權利義務分配之規定，此種有關權利義務之分配即屬於上開所稱之「正常情況」。有爭議之約款之內容與「交易習慣」或者「任意法之規定」相比，若其在內容上脫逸的程度越大，則該約款即越可能具備「異於尋常」之要素。¹⁵⁰

再者，異常的情況亦可能是出自契約協商的過程及內容，若依相對人對於締約過程整體之印象，其認為契約條款之內容完全是善意無害的，則如果雙方所締結之約款中，含有加重相對人責任或使其承擔廣泛義務之內容，應可認為此時具有「異於尋常」之情況。又，若依其交易習慣，不可能使相對人承擔某種義務，然上開內容卻出現在約款中，此亦屬於「異常」。例如，依照工作之性質，人們對於工作步驟之進行通常是依照詳細的手冊操作，則勞工無論如何是無法預見在與協商時，會討論到需要高度自我承擔責任之事項，此等情況對於勞工而言即屬異常。¹⁵¹

此外，於判斷約款是否異常時，約款在契約中之位置、編排及印刷方式都是重要的。若一個重要的契約條款卻搭配不正確、無意義或是令人誤解的標題，即具有異常的要素。¹⁵²聯邦勞動法院曾對於有關除斥期間之條款，因編排在「工資計算方式」的標題下，從而肯定其為異常條款。¹⁵³若契約條款本身無法呈現出其事實上的重要性時，即可能屬於異常條款，此即一般所稱的「形式上異常 (formale Überraschung)」，若在從形式本身無法窺知契約之全貌時，即使過去已有相同條款之締結，亦不改變其異常

¹⁵⁰ Vgl. Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 305c BGB, Rn. 9-10.

¹⁵¹ Vgl. Leder/Morgenroth, Der Vertragsstrafe im Formulararbeitsverträge, NZA 2002, 953; Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 305c BGB, Rn. 11.

¹⁵² Vgl. Nägele/ Chwalisz, Schuldrechtsreform- Die arbeitsvertraglichen Ausschlussfrist, MDR 2002, 1341, 1343; Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 305c BGB, Rn. 12.

¹⁵³ Vgl. BAG 29. 11. 1995, NZA 1996, 702.該判決要旨第二點為「Eine vertragliche Ausschlussfrist wird nicht Vertragsinhalt, wenn sie der Verwender ohne besonderen Hinweis und ohne drucktechnische Hervorhebung unter falscher oder mißverständlicher Überschrift einordnet.」(筆者自譯：當契約關於除斥期間之約款被編排在錯誤或令人誤解的標題下，而約款使用人並未對之為特別之指示或者是在印刷上未加以強調，該約定不構成契約之內容。)

之特徵，除非約款使用人已特別的指出該約款。依據個案約款使用人應以特別指出該契約條款予相對人，¹⁵⁴或者是在字體的印製上特別強調（例如以粗體字、¹⁵⁵紅字等呈現¹⁵⁶）皆有其必要。¹⁵⁷

（二）主觀要件：須勞工主觀上「無法預見」（nicht rechnen）

若一個契約條款在客觀上具有「異於尋常」之情況，並無法直接被判定為「異常條款」，而排除其成為定型化契約之內容。詳言之，對於「異常條款」之判斷，仍須以相對人無法預期該條款之內容為必要。¹⁵⁸¹⁵⁹當條

¹⁵⁴ 對此，可參見臺北地方法院民事判決 97 年度小上字第 20 號：「且當初簽署系爭契約時，巔峰公司人員僅告知為『分期付款買賣契約書』而非『消費性商品貸款契約書』，新光銀行於照會時亦未說明為申貸案件，上訴人根本無法預見於分期付款買賣契約書當中，會有消費借貸契約之存在，依消費者保護法第 13 條、施行細則第 12 條規定，此種異常條款應不構成契約內容。」

¹⁵⁵ 就此，可參見臺北地方法院簡易民事判決 95 年度北簡字第 3525 號：「與銀行業一般借貸契約相比較，其簽章欄均載明「連帶債務人」或「連帶保證人」，顧客於簽署文件時可完全明瞭自身所應負擔風險。相較之下，同屬消費借貸之信用卡契約，銀行業希望附卡持卡人負擔連帶清償責任，但簽章欄僅記載「附卡持卡人」，並未表明「連帶債務人即附卡持卡人」之重要特性，也未告知此一風險並請附卡持卡人在連帶清償條款簽章，或給予消費者審閱條款之適當期間（參見消費者保護法第十一條之一），參酌本件連帶清償條款雖記載於申請書，但是字體、大小均與其他約定條款無異，消費者無從注意此一異常條款。」；另可參見桃園地方法院民事簡易判決 95 年度桃簡字第 2254 號：「又按定型化契約條款未經記載於定型化契約中而依正常情形顯非消費者所得預見者，該條款不構成契約之內容；定型化契約條款因字體、印刷或其他情事，致難以注意其存在或辨識者，該條款不構成契約之內容，消費者保護法第 14 條、施行細則第 12 條載有明文。查系爭居間契約係依憑前開選擇書、買賣議價委託書，觀諸前開選擇書祇就買賣議價委託書或要約書為選擇，且前開買賣議價委託書僅有 10 條約款，其內容要非繁雜難懂，除「選擇書」、「買賣議價委託書」係以較大字體，另買賣議價委託書「合理審閱期間」外加框線外，俱以相同字體顯示，則前開買賣議價委託書第 7 條後段並無因字體、印刷或其他情事，被告當得以注意其存在及辨識，可明瞭其規範意旨，自不得遽認該條款不構成契約之內容。」

¹⁵⁶ 另外兩則判決中，由於約款使用人已以紅色字體印製重要條款，因此法院判定非屬異常條款，參見高雄地方法院民事判決 96 年度雄小字第 5103 號：「另系爭申請書左上方之『消費性貸款』，乃以顯著之紅色，且大於其下方『申請人基本資料』、『新件』等文字之字體記載，已如前述，並無因字體、印刷或其他情事，致難以注意其存在辨識之情形，被告所辯：系爭申請表上之『消費性貸款』字體特別細小，違反消費者保護法施行細則第 12 條之規定云云，應與事實不符，自不足採。」、新竹地方法院小額民事判決 96 年度竹小字第 479 號：「本院審酌前開內容並無縮小或隱匿情事，並特別以紅色字體提醒消費者注意，且記載位置在申請人簽名之上方處，被告簽名前應可知悉其係向誠泰銀行申請消費性貸款用以支付其向巔峰公司購買前開商品之價金，實難諉為不知。」

¹⁵⁷ Vgl. Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 305c BGB, Rn. 12; Gotthardt, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform. Neue Rechtslage für bestehende Arbeitsverträge ab 1.1.2003, 2. Aufl., München 2003., Rn. 256.

¹⁵⁸ Vgl. BGH 30.6.1995, BB 1995, 2186; Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 305c BGB, Rn. 13.

¹⁵⁹ 參見臺北地方法院民事判決 97 年度小上字第 20 號：「且當初簽署系爭契約時，巔峰公司人員僅告知為「分期付款買賣契約書」而非「消費性商品貸款契約書」，新光銀行於照會時亦未說明為申貸案件，上訴人根本無法預見於分期付款買賣契約書當中，會有消費借貸契約之存在，依消費者保護法第 13 條、施行細則第 12 條規定，此種異常條款應不構成契約內容。」；臺中地方法院民事判決 89 年度重訴字第 358 號：「況且，保證人於短期單筆之借款契約訂立之同時簽署保證契約，依正常情形，顯無法預期其應就將來短則數日長則數年後發生而已改由其他在借據

款有令人意外及欺騙之效果 (Überrumpelungs-oder Übertölpelingeffect) 且條款內容與勞工之期望有明顯矛盾時，即有「異常條款」存在。¹⁶⁰ 是否能預見條款內容，需要以「預期使用此類契約之典型契約相對人的理解可能性 (Verständnismöglichkeiten)」為判斷；¹⁶¹ 若將此對應到在勞動契約，即涉及到「典型勞工之評估可能性 (Einschätzungsmöglichkeiten des typischen Arbeitnehmers)」，¹⁶² 誠然，此須區分不同群體類別而為不同之判斷。舉例言之，即使契約條款對於領導階層人員而言，係屬於明確而容易理解的，但對於從事輔助工作的工人而言，卻不必然是如此。¹⁶³ 勞工在契約締結時的預期和實際上內容之不一致，即為「異常條款」規範所要處理的核心問題。

若接收者(在此指勞工)對於條款之「異常」具有正面的認知 (positives Kenntnis)，此時即不涉及到「可能預見」的問題，然而在此所謂的「認知」，並非只是勞工閱讀到系爭約款即為已足，勞工必須要瞭解到約款之文義才能滿足「認知」之意涵。¹⁶⁴ 原則上一個明確又容易理解的條款始能滿足要件，而被納入契約內容。

在此需要注意者是，在此係以「一般的契約相對人」沒有正確的認知作為前提，所以在此並不涉及系爭條款對於法律研究者而言，是否容易理解。在許多案例中，因為約款使用人明確地對於相對人指出爭議約款，並詳細地對於相對人說明，此時該約款即可能被納入成為契約之一部分，在此範圍並不屬於個別磋商條款。¹⁶⁵ 一個無法立即被相對人所預見之約款，若使用人就約款之內容對於相對人明確而周詳的指示時，則約款「異常」之要素即可能不復存在，至於使用人對之指示強度之多寡，則應個案有所差別。詳言之，若約款內容是出自典型之契約型態，或是常見的法律狀態有所差別，其出現僅是讓相對人感到失望；或者是基於契約締結之個別情況觀之，此等定型化約款將導致與當事人的合理期待互為矛盾，對於

上簽名之人成為新保證人，原先保證人並未在新借據之保證人欄中簽名之債務負連帶保證責任，則前開約款亦應視為異常條款而認為不構成契約內容。」

¹⁶⁰ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn.230.

¹⁶¹ Vgl. BGH 30.6.1995, BB 1995, 2186.

¹⁶² Vgl. ArbG Berlin 1. 9. 1980, NJW 1981, 479, 480.

¹⁶³ Vgl. Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 305c BGB, Rn.13.

¹⁶⁴ Vgl. Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§305bis310BGB, 2.Aufl., München2008, §305c BGB, Rn.15.

¹⁶⁵ Vgl. Müko/Basedow, 5. Auflage, 2007, §305c BGB, Rn.8; Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§305bis310BGB, 2.Aufl., München2008, §305c BGB, Rn.15.

約款使用人而言，其所指示之程度即應分別視上開情況而有所差異。¹⁶⁶

二、制定法之檢討—是否以「未經記載於定型化契約中」之條款為限？

(一) 法院裁判之觀察

針對消保法第 14 條之適用，是否限縮於「未經記載於定型化契約中之條款」之問題，在實際個案中，法院實務見解不一，分述如下：

法院有採肯定見解，其認為：「消費者保護法第 14 條規定『定型化契約條款未經記載於定型化契約中，而依正常情形顯非消費者所得預見者，該條款不構成契約之內容。』，係指定型化契約條款並未記載於契約中之情形，倘該條款已於契約中約明，即無該法條之適用。」¹⁶⁷上開實務見解嚴格解釋消保法第 14 條之文義，對於以文字記載於定型化契約中之條款，排除消費者保護法第 14 條之適用。

對此，亦有法院並不囿於嚴格的法條文義，對於記載於定型化契約中之條款，亦以消保法第 14 條之規定為依據，認定其不構成契約之內容，例如臺北地方法院小額民事判決 96 年度北小字第 1146 號：「雖系爭申請表右下側欄位有「本人對申請表及背面消費性商品貸款約定書之所有條款，已於簽署前經合理天數詳細審閱，且充分理解其內容，並同意遵守之」等字樣云云。但系爭申請表上定型化契約條款之條文數量不少，詳細內容複雜，且有字體細小、位置隱蔽等情形，客觀上不可能為被告一般消費者於簽約當場之短暫時間內，予以全部審閱，故此項「定型化審閱期間條款」，顯屬突襲，依消費者保護法第 14 條規定，該條款不構成系爭契約內容。」¹⁶⁸

¹⁶⁶ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn.233.

¹⁶⁷ 參見臺南地方法院臺南簡易庭民事判決 96 年度南小字第 2138 號：「消費者保護法第 14 條規定『定型化契約條款未經記載於定型化契約中，而依正常情形顯非消費者所得預見者，該條款不構成契約之內容。』，係指定型化契約條款並未記載於契約中之情形，倘該條款已於契約中約明，即無該法條之適用。被告主張系爭申請表部分內容依消費者保護法第 14 條規定，不得構成系爭貸款契約內容云云，惟其所指上開各項，均明文記載於系爭申請表之約定事項第 1、6、7 點，已非消費者保護法第 14 條所欲規範之對象，故被告抗辯上開各項依消費者保護法第 14 條之規定，不得構成系爭貸款契約之內容，亦有未洽。」又，桃園地方法院民事判決 96 年度小上字第 72 號：「惟查，消費者保護法第 14 條固規定定型化契約條款未經記載於定型化契約中而依正常情形顯非消費者所得預見者，該條款不構成契約之內容。然，原審判決所認定之系爭契約內容，均係以文字明載之條款，並無上訴人所稱未經記載於定型化契約之情形，自未違反同上規定。」採相同見解者尚有：桃園地方法院小額民事判決 97 年度壠小字第 133 號、苗栗地方法院民事判決 96 年度小上字第 12 號、臺中地方法院民事判決 94 年度簡上字第 125 號、桃園地方法院民事判決 96 年度小上字第 79 號、桃園地方法院民事判決 96 年度小上字第 92 號、桃園地方法院民事判決 96 年度小上字第 87 號等。

¹⁶⁸ 相同見解請參見臺北地方法院小額民事判決 96 年度北小字第 1146 號、臺北地方法院小額民事判決 96 年度北小字第 1272 號、板橋地方法院三重簡易庭民事判決 97 年度重小字第 1809 號、

(二) 學說討論

從消保法第 14 條之規定觀之，似將「未經記載於定型化契約中」作為本條之適用要件，但若以此條文之文義直接為反面解釋，將會導致「記載於定型化契約中」之條款，雖依正常情形為消費者（即約款相對人）所難以預見，仍得納入契約成為契約內容之結果。

¹⁶⁹惟實務上將「異常條款」記載於定型化契約中之情形頗為常見，卻因消保法第 14 條本身之文義而無從適用，顯然對於約款相對人保護不週，此種立法技術多受到學者之批評。¹⁷⁰

從比較法的觀察上，德國民法第 305c 條第 1 項關於「異常條款」之規定為：「定型化契約條款之規定，依其情況，特別是依據契約之外觀，並非尋常，非相對人所可期待者，不構成契約內容。」¹⁷¹故異常條款不構成契約內容者，並不以該條款未經記載於定型化契約中為限，學者認為此種立法方式較為妥適，可供我國參酌。¹⁷²

(三) 小 結

本文以為，立法者之所以排除「異常條款」成為契約內容之目的，在於維護契約正義，貫徹交易誠信，條款應以契約相對人依正常情形所得預見者為限，始能成為契約內容，而具有拘束契約相對人之效力。¹⁷³對於不被訂入定型化契約之約款，固然應加以保護，然而在實際上更常發生的是因定型化約款字體細小、不易閱讀，或事涉專業，難以理解，故一般消費者雖知有系爭契約條款存在，甚至同意以之為契約內容，惟在同意前可能並未細讀該條款，或者即使細讀條款仍無法理解其中意義，¹⁷⁴此等約款對

板橋地方法院三重簡易庭民事判決 96 年度重小字第 5040 號、桃園地方法院民事裁定 96 年度小上字第 78 號、台北地方法院簡易庭民事判決 95 年度北簡字第 10062 號等。

¹⁶⁹ 參閱王澤鑑，《債法原理·基本理論債之發生》，2001 年 11 月，頁 102。

¹⁷⁰ 參閱黃立，〈消保法的定型化契約條款（二）〉，月旦法學教室第 16 期，2004 年 2 月；黃立，〈契約自由之限制〉，月旦法學雜誌第 125 期，2005 年 10 月，頁 21；王澤鑑，《債法原理·基本理論債之發生》，2001 年 11 月，頁 102；詹森林，〈定型化契約之基本問題〉，收錄於《民事法理與判決研究（三）—消費者保護法專論》，2003 年 8 月初版，頁 16-17。

¹⁷¹ 德國民法第 305c 條第 1 項之原文為：「(1) Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrags, so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht, werden nicht Vertragsbestandteil.」

¹⁷² 參閱黃立，〈消保法的定型化契約條款（二）〉，月旦法學教室第 16 期，2004 年 2 月，頁 77；黃立，〈契約自由之限制〉，月旦法學雜誌第 125 期，2005 年 10 月，頁 21；詹森林，〈定型化契約之基本問題〉，收錄於《民事法理與判決研究（三）—消費者保護法專論》，2003 年 8 月初版，頁 16-17。

¹⁷³ 參閱詹森林，〈定型化契約之基本問題〉，收錄於《民事法理與判決研究（三）—消費者保護法專論》，2003 年 8 月初版，頁 17。

¹⁷⁴ 參閱詹森林，〈定型化契約之基本問題〉，收錄於《民事法理與判決研究（三）—消費者保護

於相對人而言，亦屬於「異常」之情況，不應將其排除在「異常條款」的保護範圍外。

對於消保法第 14 條明文以「未經記載於定型化契約中之約款」作為適用對象，學說多認為此限制並無必要，在立法論上實有檢討之空間，然而在未修法前，針對記載於定型化契約中之條款之適用依據，有學者提出可以類推適用之方式為之，殊值參考。¹⁷⁵

第四款 法律效果—不構成契約內容

基於定型化約款須相對人同意之基本法理，若定型化契約條款違反消保法第 13 條及第 14 條之情況，原則上系爭約款不被納入契約成為契約之內容，亦不受內容控制之審查。然依消保法施行細則第 12 條之規定：「定型化契約條款因字體、印刷或其他情事，致難以注意其存在或辨識者，該條款不構成契約之內容。但消費者得主張該條款仍構成契約內容。」故若條款記載不夠明確清晰，該條款是否能成為契約之內容，就要視相對人之意願決定。

第五款 舉證責任之分配

若當事人間對於使用者有無將定型化約款之內容以明示或公告之方式使相對人知悉之事實存有爭議時，約款使用人應負舉證責任。¹⁷⁶此外，對於異常條款的判斷，原則上是基於契約相對人（亦即勞工）對於此類條款之內容沒有預見或者是不應預見，若雇主欲主張定型化約款應訂入契約成為契約之內容，則其應負舉證責任。詳言之，雇主應證明其已將系爭「異於尋常之條款」明確地對勞工而為指示，或者是勞工已藉由其他方式，知悉該條款之內容。¹⁷⁷

法專論》，2003 年 8 月初版，頁 17。

¹⁷⁵ 參閱詹森林，〈消費者保護法之定型化契約最新實務發展〉，收錄於《民事法理與判決研究（四）—消費者保護法專論（2）》，2006 年 12 月初版，頁 255。

¹⁷⁶ 參閱詹森林，〈定型化契約之基本問題〉，收錄於《民事法理與判決研究（三）—消費者保護法專論》，2003 年 8 月初版，頁 16。

¹⁷⁷ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn.236; Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 305c BGB, Rn.17.

第三節 定型化勞動契約條款之解釋

第一款 契約條款解釋之原因

在為契約條款內容控制之審查前，首先需要確定具體條款之內容，對於契約條款的解釋優先於內容控制。其理由在於，若未經前階段為契約內容之解釋，則無法清楚知悉那些條款或者其中之內容需要審查，從而在進入內容控制前尋求解釋方法是相當重要的。¹⁷⁸

臺灣高等法院臺中分院民事判決 95 年度上易字第 208 號參酌學說見解，於判決中明示定型化契約之解釋方法：「本諸民事法上之誠實信用原則（或公平原則），避免契約條款預擬者濫用意思自由原則，就定型化契約條款之解釋，所發展出之『客觀解釋原則』（定型化契約條款適用於多數契約，為維持其合理化之功能，應採客觀解釋，個案之特殊情況原則上應不予考慮，而以通常一般人之了解可能性為其解釋標準）、『限制解釋原則』（定型化契約條款旨在排除任意規定，尤其是免責條款者，應作限制解釋，以維護相對人之利益）及『不明確條款解釋原則』（定型化契約條款經由解釋後，尚有多種解釋可能性存在時，應適用較有利於相對人之解釋，由使用人承擔條款不明確之危險性）等原理原則（參王澤鑑著「債編總論第一卷」第 80 頁、77 年 01 月出版、三民書局經銷），於解釋定型化契約之契約效力時，自亦應予適用。」該判決在非屬消費關係之定型化契約之解釋適用上，除尋求定型化契約之法理予以補充解釋外，並可藉助消費法之相關規定，以補充民法規範之不足。¹⁷⁹從而，定型化勞動契約亦應適用上開解釋原則，以下即針對「客觀解釋原則」及「不明確條款解釋原則」分別敘述。

第二款 客觀解釋原則（Objektive Auslegung）

「不明確條款解釋原則」係當透過其他解釋方法而無法達成目的，例

¹⁷⁸ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 247 ; Aretz, Allgemeine Geschäftsbedingungen im Arbeitsvertrag, Köln 2006, S.71.

¹⁷⁹ 參見臺灣高等法院臺中分院民事判決 95 年度上易字第 208 號：「又 88 年 04 月 21 日民法債篇修正時（89 年 5 月 5 日公布），固增訂第 247-1 條，規定「依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，為左列各款之約定，按其情形顯失公平者，該部分約定無效： 免除或減輕預定契約條款之當事人之責任者； 加重他方當事人之責任者； 使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利者； 其他於他方當事人有重大不利益者」，就定型化契約之效力調整，作明文規範，惟因該條文規定尚稱簡略，就制度之全面而言，不無以偏蓋全、掛一漏萬之嫌，此與消費者保護法就定型化契約非但訂有專節，並於施行細則作補充規範相較，消費者保護法之制度內容顯較民法之規定周延縝密，而消費者保護法與民法之規範領域雖有不同（消費者保護法限於企業經營者與消費者間之消費關係），但制度內涵應有相通之處，是以，在非屬消費關係之定型化契約之解釋適用上，除尋求定型化契約之法理予以補充解釋外，並可藉助消費者保護法之相關規定，以補充民法規範之不足」

如因無法探求當事人之真意而存有疑義，且其存有不同之解釋結果之可能時，始有該原則之適用，故「不明確條款解釋原則」不具有優先性。¹⁸⁰職此，於討論「不明確條款解釋原則」前，有必要先簡述客觀解釋原則。

定型化契約條款係適用於多數契約，為維持其合理化功能，應採客觀解釋，個案的特殊情況原則上不予以考慮，而以通常一般人的理解可能性為其解釋基準¹⁸¹。根據「客觀解釋原則」，定型化契約應以典型參與交易之人（**typischerweise beteiligte Verkehrskreise**）作為考量，根據條款之客觀內容及典型意義，以「應該」且「能夠」為參與系爭交易之一般當事人所得瞭解之方式而為解釋。¹⁸²換言之，應在衡量正常交易範圍參與者之利益下，以理性、正直的契約當事人之思維理解，¹⁸³亦即應以一般、平均契約相對人的理解可能性作為基礎。¹⁸⁴在個案中，應該盡力去尋求典型勞工及雇主正直的行為，對於雙方的利益衡量後，以此觀點理解系爭約款。故客觀解釋之形式並不採取契約締結當事人之具體實際之觀點。在此種情況中，法官即有相當大的判斷空間，因為盡力尋求典型、正直的雇主或勞工的觀點無法以經驗而確定；詳言之，此最後將依賴法官設想當事人間之行為模式。當然應與注意者為，其假設並不以參與者有法律知識為準。¹⁸⁵

第三款 不明確條款解釋原則（**Unklarheitenregel ; contra proferentemrule**）

一、基本思想

「契約條款有疑義時，應為不利於條文擬定者之解釋」此乃源自於 *contra proferentem* 之拉丁法諺，而該原則可能成為定型化契約法中支配的原則，因為很少有一個解釋是完全明確而毫無疑問的。¹⁸⁶

依據文獻之探討，在客觀上具有意義不明的條款的情況時，「不明確

¹⁸⁰ Vgl. Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert/, *AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB*, 2. Aufl., München 2008, § 305c BGB, Rn.28 ; Lakies, *AGB im Arbeitsrecht*, Heidelberg 2006, Rn.257.

¹⁸¹ 參閱王澤鑑，《債法原理·基本理論債之發生》，2001年11月，頁103。

¹⁸² Vgl. Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, *AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB*, 2. Aufl., München 2008, § 305c BGB, Rn. 29; Lakies, *AGB im Arbeitsrecht*, Heidelberg 2006, Rn. 251-252.

¹⁸³ Vgl. BGH 17. 12. 1987, NJW 1988, 1261, 1262.

¹⁸⁴ 對此，德文文獻提到德國聯邦法院（BGH）及聯邦勞動法院（BAG）中皆有同樣之見解，Vgl. BGH 23. 6. 2004, NJW 2004, 2586; BAG 31. 8. 2005, NZA 2006, 324; BAG 15. 2. 2007, NZA 2007, 614, 615f.; Lakies, *AGB im Arbeitsrecht*, Heidelberg 2006, Rn. 252.

¹⁸⁵ Vgl. Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, *AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB*, 2. Aufl., München 2008, § 305c BGB, Rn. 29.

¹⁸⁶ Vgl. Thüsing, *AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht*, München 2007, Rn. 90.

條款解釋原則」有補充解釋原則（**Auslegungsregel**）的功能。詳言之，若依照一般契約之意思表示，應由雙方當事人共同磋商後之合意，故如解釋上有疑義時，依照民法第 98 條¹⁸⁷之規定，應以雙方所共同應有之意思解釋之。亦即該合意在解釋上有歧異之風險，應由雙方共同承擔之。¹⁸⁸然定型化契約條款係由約款使用者單方預先擬定，相對人於簽約之際並無對於約款之內容表示意見或共同草擬之機會，此時，相較於相對人（勞工）的利益，約款使用者（雇主）的利益則須有所退讓。「不明確條款解釋原則」係以「使用者利用其對於契約狀態之選擇自由而預先擬定契約條款，其應該清楚且明確地表達、說明該條款之內容」的觀點作為基礎。¹⁸⁹換言之，因為使用者主導整個契約文本內容，當定型化契約條款有多種解釋可能性存在時，應適用較有利於相對人之解釋，從而因契約條款本身之不明確所產生之風險應由使用者負擔。¹⁹⁰

二、法律依據

（一）我國制定法規定

依據消保法第 11 條第 2 項之規定：「定型化契約條款如有疑義時，應為有利於消費者之解釋。」是為「不明確條款解釋原則」之明文。此原則亦即展現在保險法，依據保險法第 54 條第 2 項之規定，保險契約之解釋，應探求契約當事人之真意，不得拘泥於所用之文字；如有疑義時，以作有利於被保險人之解釋為原則。而於立法理由中明白指出，本項之規定係參考民法第 98 條之意旨及保險契約為附合契約之特質，因而為此規定。¹⁹¹

事實上，定型化契約條款有疑義時，應作有利於相對人解釋，應屬定

¹⁸⁷ 參見我國民法第 98 條：「解釋意思表示，應探求當事人之真意，不得拘泥於所用之詞句。」

¹⁸⁸ 參閱詹森林，〈定型化契約之基本問題〉，收錄於《民事法理與判決研究（三）》，台北：元照，2003 年 8 月初版，頁 22-23。

¹⁸⁹ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 256; Gotthardt, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform. Neue Rechtslage für bestehende Arbeitsverträge ab 1.1.2003, 2.Aufl., München 2003., Rn. 260.

¹⁹⁰ Vgl. Stoffels, AGB-Recht, München 2009, Rn. 365; Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 256; Aretz, Allgemeine Geschäftsbedingungen im Arbeitsvertrag, Köln 2006, S.73. 關於我國法院之判決，亦可參見桃園地方法院小額民事判決 96 年度桃勞小字第 22 號：「解釋意思表示之基本原則，除應依前開判例意旨外，因意思表示尚可分有、無相對人者，及有相對人者，又可分定型化契約及非定型化契約，本院認例如遺囑係無相對人之單獨行為，不生相對人保護之問題，應採偏重於探求遺囑人內心真意之解釋方式；而有相對人之非定型化契約，其意思表示則應以客觀表示價值為準，以保護交易安全；有相對人之定型化契約，其約定條款有疑義或疏漏時，則應作有利於相對人之解釋，即條款不明或疏漏之危險，應由條款制定人負擔。本件系爭合約係原告用於同種類契約所事先製作之定型化契約，有該契約一紙在卷已明，是本院認系爭合約中有關被告何時可任導師之疏漏，及被告若已辦理交接，是否仍須原告書面同意離職之不明，均應採有利於被告之解釋，應予敘明。」

¹⁹¹ 參見保險法第 54 條之立法理由：「訂第二項，參考民法第九十八條之意旨及保險契約為附合契約之特質，明定保險契約有疑義時，應作有利於被保險人之解釋。」

型化契約法制之基本原則，依據學者之觀察，我國司法實務見解於消費者保護法公布施行前，亦已採取此見解，如最高法院 76 年台上字第 2341 號判決¹⁹²即為：「本件市場攤（舖）位租賃契約，為上訴人應就附合契約，依其記載內容，無從解為上訴人有片面調整租金及加收遲延費之權利，為原審確定之事實，此項不利益自應歸由製作附合契約之上訴人負擔。」¹⁹³

（二）定型化勞動契約之採取

消保法之規定雖排除「非消費關係」的勞動契約適用，亦有判決明確表示勞動契約不適用消保法之見解。¹⁹⁴亦有判決直接援引消保法第 11 條第 2 項，認為依其規範意旨，當定型化勞動契約之約款有文義不明時，應為有利於勞工之解釋，如臺中地方法院民事判決 93 年度中簡字第 3588 號：「依消費者保護法第 11 條第 2 項規定：『定型化契約條款如有疑義時，應為有利於相對人之解釋。』之意旨，由於定型化契約條款係由當事人一方預先所擬定，於構思條款內容時難免為自己有利之考量，對於自己不利部分，用詞易流於抽象、混淆不確定，致對同一條款有不同解釋方法，此際自應為他方當事人有利之解釋。按系爭聘僱契約書為原告單方所製訂，用以與不特定人簽訂勞動契約條款之契約書，其屬民法第二百四十七條之一所規定：依照當事人一方預定內於同類契約之條款而訂立之契約（即定型化契約），應可認定，是就條款解釋上，如有前述文義不明時，依上述解釋原則，自應為被告有利之解釋，合先敘明。」

此外，「不明確解釋條款」解釋原則被部分判決作為法律原則而加以援用，臺灣高等法院民事判決 92 年度勞上易字第 123 號甚至明白指出此為勞動法之基本原則。¹⁹⁵而下級法院在個案中亦有直接援引該原則作為判

¹⁹² 最高法院民刑事裁判選輯，第 8 卷第 4 期，頁 148。

¹⁹³ 參閱詹森林，〈消費者保護法與預售屋買賣定型化契約〉，收錄於《民事法理與判決研究（三）消費者保護法專論》，2003 年 8 月初版，頁 91。

¹⁹⁴ 參見新竹地方法院民事判決 93 年度簡上字第 22 號：「乙○○另抗辯系爭契約為定型化契約，乃世大公司為與不特定多數之員工訂立同類契約所用，是於契約有疑義時，乙○○雖非消費者，但勞工與消費者對資方與企業主而言均屬弱勢，屬性相同，應可準用或類推適用消費者保護法第十一條第二項為有利於勞工之解釋云云。惟，消費者保護法之立法精神在於保護消費者之權益，促進國民消費生活安全，提昇國民消費生活品質，此從該法第一條規定即可得出，而消費者係指以消費為目的而為交易、使用商品或接受服務者，消費關係係指消費者與企業經營者間就商品或服務所發生之法律關係。查乙○○為前世大公司之員工，與世大公司簽訂有員工認股協議書，係基於其等間之勞動關係而來，並非以消費為目的而簽訂該契約，乙○○非消費者，其與台積電公司間亦非就何商品或服務發生爭議，其間之法律關係亦非消費關係，而兩造間簽訂該協議書之精神在於促進勞資合作，加強員工向心力，俾於勞資一體，所應適用者為勞動基準法等相關法律規定，與消費者保護法之精神炯然不同，無從準用或類推適用，乙○○上開抗辯，亦無理由。」

¹⁹⁵ 參見臺灣高等法院民事判決 92 年度勞上易字第 123 號：「按勞動契約之法律關係於當事人之真意有不明之處時，應作有利於勞工之解釋，此為勞動法之基本原則。本件最佳女主角公司若已先簽准甲○○、乙○○之離職申請書，本無於七月十一日再行解僱甲○○、乙○○之必要，最佳女主角公司既於九十一年七月二十九日通知解僱甲○○、乙○○，應認甲○○、乙○○於九十一年六月二十日

決依據。於涉及競業禁止約款之個案，桃園地方法院民事判決 95 年度簡上字第 122 號即言：「經查系爭保密契約，係被上訴人公司為與不特定新聘用之人員訂約之用，而以被上訴人公司單方預先印製之契約條款與上訴人簽訂之契約，應屬定型化契約。又系爭保密契約第 5 條僅約定：『甲方（指上訴人）同意於離職後二年內，不得有直接競業之行為。』依其文義，僅禁止上訴人為直接競業之行為，而所謂直接競業通常指禁止為自己從事與他方相同或類似營業之競業行為而言，是若受僱於與他方營業相同或類似之事業是否包括於上開禁止之列，即非無疑義。而按定型化契約條款係由當事人一方預先擬定，於構思條款內容時，難免為自己有利之考量，對於自己不利部分，用詞易流於抽象、混淆而不確定，致對於同一條款有不同的解釋方法，此際應為他方當事人有利之解釋。亦即，若由當事人一方擬定定型化契約條款者，即應由其負責擬定意義明確之文字，如留有為自己不利解釋之空間，應自負其責。是則定型化契約條款文義不明時，應為有利於相對人之解釋。本件系爭保密契約第 5 條約定之文字文義既屬不明，則應為對於上訴人有利之解釋，而應解釋為僅禁止上訴人為自己從事與被上訴人公司相同或類似營業之競業行為，而不及於受僱於與被上訴人公司相同或類似營業之事業。」

又如，士林地方法院小額民事判決 94 年度士勞小字第 10 號：「兩造所定臺灣己○科技股份有限公司業務員保證書(下稱業務員保證書)第 3 條約定『本公司所刊載之廣告，為業務員核算業績獎金之來源，業務員有招攬委刊廣告之責任與任何違反情事，該業務員需歸還公司相關金額，並自願接受開除處分，及接受法律制裁，絕無異議』，第 8 條係約定『業務員有收取貨款之責任與義務，故在職期間，本公司依民法債權篇第 739 條規定，業務員需覓得身家清白，有固定資產之保證人一人作為連帶保證責任』，有業務員保證書 1 紙在卷可稽。前開業務員保證書，乃被告一方預定用於同類型契約之條款而訂立之契約，核屬民法第 247 條之 1 所稱之定型化契約。而前開業務員保證書第 3 條雖約定業務員如有違反情事，需歸還公司相關金額，第 8 條雖約定，業務員有收款之責任與義務，惟該條款是否係指業務員招攬之廣告款，如果逾期未能收回，即應由招攬廣告之業務員自負清償責任？文義容有未明。按定型化條款文義不明時，應作有利於相對人之解釋。本院認為前開條款第 3 條雖約定『業務員應歸還公司相關金額』，然該條前段既已明文強調『刊登之廣告，為業務員核算業績獎金之來源』，解釋上應認為業務員違反情事而應歸還者，係其不當領取之

之離職申請，已經兩造意思表示合致為無效。參諸證人最佳女主角公司行政部經理黃憶文於原審證稱：該免職公告，是因交接時發現甲○○、乙○○之疏失，一時氣憤所作的公告等語。甲○○、乙○○主張並非自行離職，應屬可取。」

業績獎金。而所謂業務員有收款之責任與義務，解釋上應認為業務員如收款後未繳回公司，應負賠償責任，但非指客戶不付款時即應由業務員負賠償責任。」

從整體觀之，部分法院對於「不明確條款解釋原則」於勞動契約之適用，反而能跳脫制定法（消保法）規範之侷限，在約款有文義不明之情況下，實質上運用「不明確條款解釋原則」作有利於勞工之解釋。

（三）比較法之觀察

德國民法第 305c 條第 2 項規定：「解釋定型化契約有疑義時，應為不利於約款使用者之解釋。」¹⁹⁶根據上開規定，在定型化契約條款有疑義時，解釋上將此不利益歸給約款使用者（雇主）。此條規定亦可適用於勞動契約中，在法律上並沒有對於勞動契約之約款加以限縮適用。在官方文件上，對於民法第 305c 條規定的用語是「多種意義之條款（**Mehrdeutige Klauseln**）」。此原來是規範於 **AGBG** 法第 5 條之「不明確原則條款解釋原則（**Unklarheitenregel**）」。¹⁹⁷該法雖然排除勞動契約之適用，然而「不明確條款解釋原則」卻在勞動法的領域中被當成一般法律原則而為適用。¹⁹⁸「不明確條款解釋原則」屬於一般法律原則，在德國民法修正生效前，此原則亦於勞動法的領域中有所適用。¹⁹⁹而於債法現代化後，依據文獻所述，此並非屬於「勞動法之特殊性」，故在勞動契約中不須依民法第 310 條第 4 項第 2 句加以調整，勞動契約仍有本原則之適用。²⁰⁰

此原則亦可以在「透明性原則（**Transparenzgebot**）」之理論脈絡下加以理解，約款使用人對於約款內契約當事人之利益及各項法律交易行為之事務，於擬定契約內容時，必須以清楚且讓他人有可預見性的方式訂定。此種「契約上的交易義務（**vertragsrechtliche Verkehrspflicht**）」可在藉由規範本身之制定得以具體化。詳言之，若雇主使用異常條款，而使他方當事人無法預見，則該約款不納入契約成為契約內容；再者，若約款存有不同解釋之可能性時，則應採取有利於相對人之解釋；又若約款對於契約相對人而言是難以理解或是有所矛盾時，則依民法第 307 條第 1 項第 2 句，

¹⁹⁶ 德國民法第 305c 條第 2 項之原文為：「Zweifel bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen gehen zu Lasten des Verwenders.」

¹⁹⁷ Vgl. Lakies, *AGB im Arbeitsrecht*, Heidelberg 2006, Rn.255；Gotthardt, *Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform. Neue Rechtslage für bestehende Arbeitsverträge ab 1.1.2003*, 2. Aufl., München 2003., Rn.260.

¹⁹⁸ Vgl. Lakies, *AGB im Arbeitsrecht*, Heidelberg 2006, Rn.256.

¹⁹⁹ Vgl. BAG 18.8.1998, NJW 1999, 659, 661；Lakies, *AGB im Arbeitsrecht*, Heidelberg 2006, Rn. 256；

²⁰⁰ Vgl. Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, *AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB*, 2. Aufl., München 2008, § 305c BGB, Rn. 27.

否認該約款之合法性。²⁰¹

(四) 小 結

長久以來，「不明確條款解釋原則」即為契約法中所承認之基本思想，應適用於所有的定型化契約，若觀察我國法院之判決，實務見解雖多否定定型化勞動契約有適用消保法之餘地，然而在個案中較能擺脫制定法之限制，將其作為法律原則加以適用於勞動契約中。而此在德國定型化契約法制發展的過程中，亦有相似之情況，雖然在舊法時代勞動契約無法適用定型化契約條款規制法，惟德國聯邦勞動法院亦將「不明確條款解釋原則」作為一般法律原則廣泛地運用在勞動契約中，當定型化勞動契約條款因文義不明而有疑義時，應為有利於勞工之解釋。

三、適用要件分析

(一) 於客觀解釋之後

依據文獻之討論，由於「不明確條款解釋原則」具有補充契約客觀解釋之功能，故對於有爭議之條款應先適用民法第 98 條或第 242 條之規定，基於當事人之真意或是誠信原則而為解釋，經由上開解釋方法後，對於條款之內容仍存有疑義，且至少有兩個以上之合理解釋時，始得依據該原則，為不利於雇主之解釋。²⁰²

(二) 兩個以上之疑義

依據文獻之討論，對於個別的定型化契約條款為解釋時，該條款之內容在解釋下應至少存在兩個合理的結果，在條款內容中具有「明顯的疑義 (erhebliche Zweifel)」存在，²⁰³若僅具有極小的可能性始能達成不同的解釋結果時，此時就無法符合本要件之要求。²⁰⁴

²⁰¹ Vgl. Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 305c BGB, Rn. 24.

²⁰² Vgl. BAG 09. 11. 2005, NZA 2006, 202. 本件判決要旨第二點為：「2. Die Unklarheitenregel des § 305c II BGB greift bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen ein, wenn nach Ausschöpfung der anerkannten Auslegungsmethoden nicht behebbare Zweifel bleiben und keine der Auslegungen den klaren Vorzug verdient. Die Zweifel gehen zu Lasten des Verwenders」(筆者自譯：在解釋定型化契約時，於利用一般被承認的解釋方法後，仍存在不可排除之疑義且沒有一種解釋具有清楚的優點時，即應適用民法第 305c 條之「不明確條款解釋原則」，亦即約款有疑義之不利應由使用者負擔。)；Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 257; Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 305c BGB, Rn. 28,32.

²⁰³ Vgl. BGH 4. 7. 1990, NJW 1990, 3016, 3017.

²⁰⁴ Vgl. Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu

若兩個約款之內容有所矛盾時，則應適用有利於勞工之約款。當無法確定哪一個約款對勞工較為有利時，則此解釋原則即無法發揮其功能，此兩個約款皆應歸於無效。就此，於台北地方法院 91 年勞訴字第 110 號曾在判決中表示，被告公司（雇主）對於同一事項，分別在人事規章及工作規則中為不同之規範，應為有利於勞工之解釋，而適用有利於勞工之規定。²⁰⁵此外，當條款內容處於完全無法理解的情況時，在德國文獻上認為其並無「不明確條款解釋原則」之適用，其應屬於違反「透明性原則」，²⁰⁶依據德國民法第 307 條第 1 項第 2 句規定而為無效。²⁰⁷

依據德國聯邦勞動法院判決，若對於雇主於制式的勞動契約書中約定：「每年 11 月 30 日給付第 13 個月的薪資」，而勞工於該日前離職，則應按比例給付第 13 個月的薪資，亦即給工作 1 個月即得請領十二分之一，始為合理。²⁰⁸當約款之解釋之可能性有矛盾之時，應選擇有利於勞工之解釋。

（三）法律效果及適用順序

若定型化契約條款有疑義時，應為對相對人有利之解釋，依據德國文獻之討論，若一契約條款依據「不明確解釋原則」，將約款意義不明的風

den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 305c BGB, Rn. 32.

²⁰⁵ 參見台北地方法院民事判決 91 年勞訴字第 110 號：「又被告工作規則規定『員工若於十二個月之內有參次違反公司規定而接三封警告信函，公司即可予解僱處分。此三次違規行為不必具有連帶關係。』，被告公司人事規章則規定『員工若於十八個月之內連續接獲三封警告信函，則將有被解僱之虞。』兩者就以員工收到三封警告信為由而予解僱之情形，其收到三封警告信之期間，為不同之規定，則被告於以員工收到三封警告信而予解僱時，應以何者規定之期間為準？按為保護於社會上、經濟上處於相對弱勢之勞工，關於勞動契約或工作規則等之解釋有所疑義時，應為有利於勞工之解釋，此為處理勞動關係之原則，本件比較被告之工作規則及人事規章，就關於被告公司得以員工接到三封警告信而予解僱之規定，以被告工作規則所規定之十二月個期間，對勞工較為有利，被告既不於工作規則及人事規章就此為一致之規定，則就此被告只得引對勞工較為有利之工作規則，以原告於十二個月內收到三封警告信為由而予解僱，尚不得引對勞工較為不利之人事規章，以原告於十八個月內收到三封警告信為由解僱。況被告於解僱函亦稱因原告接獲三封警告信函，而依據「工作規則」將原告解僱，所辯得以原告於十八個月內收到三封警告信，依人事規章予以解僱，尚無可採。本件原告自八十九年五月十九日收到第一封警告信起，迄九十年十一月二十日收到第三封警告信止，期間已逾十二個月，是原告並非於十二個月內收到三封警告信，應為疑義，則被告引用工作規則以原告三封警告信而予解僱部分，與工作規則之規定尚有未合，應屬無效。」

²⁰⁶ 有關「透明性原則」之論述，請參閱本章第四節第三款之論述。

²⁰⁷ Vgl. Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 305c BGB, Rn. 33.

²⁰⁸ Vgl. LAG Düsseldorf 24. 1. 1990, DB 1990, 2175; 轉引自 Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 305c BGB, Rn. 34; 林佳和，〈社會保護、契約自由及經營權—司法對勞動契約的衡平性控制〉，《勞動法裁判選輯（五）》，2007 年 6 月，頁 50。

Vgl. Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 305c BGB, Rn. 33.

險由使用者負擔，而做有利於消費者之解釋時，此種契約條款亦受到內容控制之審查。在內容控制的範圍內，即使依據「不明確條款解釋原則」，而為有利於相對人之解釋，其亦可能無法通過內容控制之審查，而被認定為無效。²⁰⁹

在勞動法中，對於定型化契約條款之審查，依據文獻之探討，則須依以下之步驟：

第一個步驟是先根據契約之解釋方法，判斷此一具有爭議之契約條款是否有多種可能性；再者即應依上述判斷再行區分：

- 若該條款之解釋有一種可能性，則須審查該契約條款之內容是否因違反內容控制之規定²¹⁰而無效。
- 若存在多種可能性，則需要辨明該條款中最不利於勞工之解釋（*arbeitnehmerfeindlichste Auslegung*），依據制定法之規範為內容控制之審查後是否仍為有效。
- 若該條款之最不利於勞工解釋在內容控制的審查下仍為有效，則就要以有利勞工之解釋（*arbeitnehmerfreundliche Auslegung*）之方式解釋契約內容。²¹¹

²⁰⁹ Vgl. Stoffels, AGB-Recht, München 2009, Rn.371 ff. ; Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn.260.

²¹⁰ 此規定於德國民法第 307 條至第 309 條詳細內容請參見本章第四節之論述。

²¹¹ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 261; Stoffels, AGB-Recht, München 2009, Rn. 374 ff.

第四節 定型化勞動契約條款之內容控制

第一款 前言

當一定型化契約條款經由「納入之控制」而成為契約之內容，或者是經由「不明確條款解釋原則」而為有利於相對人之解釋，定型化約款並不因此對於相對人發生拘束力，仍須經由「內容控制」之審查。在本節中，首先闡述釐清何種約款應受內容控制審查，何種約款可排除於內容控制審查之外，此即第二款所要論述之重點。

第三款則是有關內容控制法律依據之討論。首先，由於定型化勞動契約之內容控制，係以民法第 247 條之 1 作為制定法上之依據，故在此先從一般文獻及法院實務見解闡述本條之解釋適用；再者，以規範之內容而言，民法第 247 條之與消保法第 12 條同為內容控制之規定，且觀其性質皆屬抽象、概括之規定，兩者間之關係為何？消保法第 12 條規定所闡釋之內涵在定型化勞動契約上扮演何種角色等，皆為第三款所要討論之問題。

此外，由於我國制定法上有關內容控制之規定，僅有以抽象、概括之條文規範，相較於此，德國民法針對內容控制有較為詳盡之立法，除了概括條款的規定外，亦有具體明文列舉之規定，故在第四款中簡述勞動契約適用德國民法第 307 條至第 309 條之情況，希望藉由比較法之觀察得以作為我國在理論之討論及實務操作，甚至是立法上之參考。

第二款 內容控制之對象

一、基本原則

有關內容控制所規範之對象，依據文獻闡述，應可參考德國民法第 307 條第 3 項第 1 句規定：「本條第 1 項及第 2 項以及第 308 條與第 309 條之規定，僅適用於定型化契約中之條款背離法律規範或其補充規定者。」亦即當定型化契約條款屬於「排除法律規定或補充法律規定」之情形時，始得適用民法第 247 條之 1 判斷其效力。²¹²

所謂「排除法律規定」之定型化契約條款，最常見之情形為，法條明定該條款於當事人另有訂定（約定）時，不適用之，當事人之一方遂使用與該條文內容相反之定型化約款。舉例言之，民法第 224 條但書規定，當事人另有訂定者，債務人之代理人或使用人關於債之履行有故意或過失

²¹² 參閱詹森林，〈最高法院與定型化契約法之發展〉，收錄於《民事法理與判決研究（四）—消費者保護法專論（2）》，2006 年 12 月初版，頁 165。

時，債務人無須與自己之故意或過失負同一責任，因此債務人遂以定型化契約約定：「債權人因債務人之履行輔助人故意或過失而受損害者，不得請求債務人賠償」。若法條雖未明定當事人得另為不同之約定，但因該法條性質上屬於任意規定，當事人之一方遂使用定型化約款，約定與該法條內容不同權利義務者，亦屬於「排除法律規定之定型化契約條款」。²¹³

判斷「排除法律規定之定型化契約條款」有無民法第 247 條之 1 所稱之「按其情形顯失公平」時，主要是審視該條款內容，並與其所不欲適用之法律規定詳細加以比較，以掌握兩者間之差異，並進一步本於該法律規定之立法意旨，探求約款使用人排除該規定有無必要性與正當性。²¹⁴

至於「排除補充法律規定之定型化契約條款」，則是常見於非典型契約或新型契約上，蓋民法對於上開契約並無明文，故通常係由當事人一方使用定型化約款規範雙方之權利義務，以補充法律規定之不備與不足。在判斷有無民法第 247 條之 1 條有無「顯失公平」時，應探討在該條款下，契約雙方當事人互相間之權利義務狀態，尤其應注意該條款所約定之內容有免除、限制擬定條款當事人之義務，或剝奪、限制他方當事人權利之情形，並導致他方當事人失去締約之目的者，則可判斷該條款為顯失公平而無效。²¹⁵

二、不受內容控制之約款

(一) 個別磋商條款

個別磋商條款係指契約當事人個別磋商而合意之契約條款，相對人可藉由與約款使用人個別磋商之行為，對於約款之內容發揮實際上之影響力，當事人可基於其自由意志與相對人締結契約，此類契約條款在本質上即異於定型化契約條款，故應排除其受到定型化契約之控制，而不受內容控制規範之審查。(詳見本章第一節第二款)

(二) 違反強行規定或公序良俗之約款

若定型化契約條款違反法律強制禁止規定，或違背公序良俗者，則依據民法第 71 條及第 72 條之規定，為當然無效。此時即無適用民法第 247

²¹³ 參閱詹森林，〈最高法院與定型化契約法之發展〉，收錄於《民事法理與判決研究（四）—消費者保護法專論（2）》，2006 年 12 月初版，頁 165-166。

²¹⁴ 參閱詹森林，〈最高法院與定型化契約法之發展〉，收錄於《民事法理與判決研究（四）—消費者保護法專論（2）》，2006 年 12 月初版，頁 167。

²¹⁵ 參閱詹森林，〈最高法院與定型化契約法之發展〉，收錄於《民事法理與判決研究（四）—消費者保護法專論（2）》，2006 年 12 月初版，頁 167-169。

條之 1 之餘地。²¹⁶

(三) 純粹闡述法規之約款 (Deklaratorische Klauseln)

定型化契約條款若無偏離「法律」或「補充法律之規定」時，即不為內容控制審查之客體，此為德國民法於第 307 條第 3 項所明定，其條文內容為：「民法第 307 條第 1 項、第 2 項與民法第 308 條及第 309 條，僅適用於定型化契約中之條款背離法律規範或其補充規定者。」²¹⁷因此若僅是重複一般法律規範或者是純粹闡述法規內容之條款 (gesetzeswiederholende oder deklaratorische Klauseln)，則不須要進行內容控制。^{218,219}

並非所有在內容上與法律規定相一致之條款即可以構成「純粹闡述法規之條款」，而不受有內容控制之審查。例如將民法買賣法上有關物之瑕疵擔保之規定訂於承攬或者租賃定型化契約中，此種不同契約類型間之規範適用是否適宜，即存有疑問。若是契約本身存有特殊的樣態，而無任意法之規範可供適用，此時即無所謂「純粹闡述法規」之特徵。²²⁰若在定型化勞動契約中，針對工資給付之部分，在內容上約定與承攬契約有關之規範相一致，亦即勞工需要完成一定工作始得取得報酬，此種約定給付工資之方式即與勞動契約之所預定之「典型模式 (Normalmodell)」有所不合，²²¹此種約款即不屬「純粹闡述法規之約款」。

此類「純粹闡述法規之約款」不受到內容控制，因為其在內容上僅不過是重複一般規範之規定。此對於勞動法而言有重大之意義，實務的判決擴大解釋此概念，故此不僅適用在實體之法律，亦包含不成文的法律原則

²¹⁶ 參閱詹森林，〈最高法院與定型化契約法之發展〉，收錄於《民事法理與判決研究（四）—消費者保護法專論（2）》，2006 年 12 月初版，頁 164。

²¹⁷ 德國民法第 307 條第 3 項第 1 句之原文為：「Die Absätze 1 und 2 sowie die §§ 308 und 309 gelten nur für Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbar werden.」

²¹⁸ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, 2006, Rn. 262; MüKo/Basedow, 5. Auflage, 2007, § 307 BGB, Rn. 1, 6ff.

²¹⁹ 在德國文獻的討論中，對於「Deklaratorische Klauseln」舉例如下：若一契約條款約定：「當勞工有無法工作之情形，且該情況超過三個工作天，勞工負有義務通知雇主，且其須提出醫生之證明書以證明其有失去工作能力之情形，並說明預計得復工之期間。若勞工不能提供勞務之期日長於證明書所載之日期，雇主有權利要求勞工另外再行提交診斷證明書，勞工亦負有提出上開文件之義務。」此契約條款則不受定型化契約條款之控制，因為此在字面上與工資續付法第 5 條所規範的生病期間之通知及證明義務相符，此即涉及到所謂的「純粹闡述法規之條款 (Deklaratorische Klauseln)」。Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn.263.

²²⁰ Vgl. Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn.258.

²²¹ Vgl. Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn.259.

及法官法。²²²

(四) 主給付之對價性

由於民法的基本原則係採取主觀等值原則，給付與對待給付間雖維持其對價之平等性，惟此係指當雙方當事人主觀上願以其給付換取他方之對待給付而言，至於具體之給付與對待給付之客觀價值是否相當，則非所問。²²³只要在立法者所允許的範圍內，不違反強行法規之規定，亦無民法概括條款（例如公序良俗、誠信原則）之違反，皆屬契約自由之範疇，故主給付本身屬於不受審查之客體，²²⁴而其所負義務之種類、範圍、性質亦不依定型化契約法定原則所判斷。²²⁵換言之，其可脫離了內容控制之範圍。主給付義務或價格之約定可免受內容控制之理由，係基於私法自治之思維，契約雙方當事人基於自我負責及自我決定之理念，依其意思形成法律關係，並達成適當之利益，當事人既然同意互換，則給付與對待給付間，至少在當事人間具有等值性，法律應該予以尊重。²²⁶

承上，本於勞動契約而經由勞工同意之給付範圍，例如工作時間、對於勞務給付之記載等，原則上並不受到定型化契約控制之審查。²²⁷而雇主之給付報酬之約定同樣地不受內容控制之審查，而應視其有無違反勞基法之強行規定或是藉由民法公序良俗、暴利行為以衡量約款之合法性。²²⁸

除了上開直接涉及主給付義務之約款外，尚有間接受到價格或給付影響之附帶約定（Nebenabreden），其可能受到主給付義務而有限縮、變更或調整，此類的附帶約定則屬於應受內容控制之範圍。²²⁹

第三款 內容控制之依據

有關定型化契約條款之內容控制規定，在我國制定法之規範僅有民法第 247 條之 1 及消保法第 12 條（及其施行細則第 13 條、第 14 條）之規定。雖然如此，囿於消保法之立法定義，故實務及學說皆認為定型化勞動

²²² Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn.264 ; Erfk/Preis, 9. Aufl., §§305-310 BGB, Rn.35.

²²³ 參閱詹森林，〈定型化約款之基本概念及其效力之規範〉，收錄於《民事法理與判決研究（三）消費者保護法專論》，2003 年 8 月初版，頁 59。

²²⁴ Vgl. BGH 6.2.1985, NJW 1985,3013.

²²⁵ Vgl. BGH 12.3.1987, NJW 1987,1931 ; Erfk-Preis, 9. Aufl., §§ 305-310 BGB, Rn.36ff.

²²⁶ Vgl. Aretz, Allgemeine Geschäftsbedingungen im Arbeitsvertrag, Köln 2006, S.42-43.

²²⁷ Vgl. Hromadka, Schuldrechtsmodernisierung und Vertragskontrolle im Arbeitsrecht, NJW 2002, 2523, 2526.

²²⁸ Vgl. Erfk/Preis, 9. Aufl., §§305-310 BGB, Rn.36ff. ; Stoffels, AGB-Recht, München 2009, Rn. 457.

²²⁹ Vgl. Aretz, Allgemeine Geschäftsbedingungen im Arbeitsvertrag, Köln 2006, S.45.

契約並無消保法之直接適用。(詳細論述請參閱第二章第三節第二款)然而以兩者之規範密度觀之,消保法第 12 條顯然高於民法第 247 條之 1 規定,故以下首先要針對兩者間之關係而為論述,從而再行分析民法第 247 條之 1 之法律規範,並對法院實務判決將本規定適用於定型化勞動契約之現況略加說明。

一、民法第 247 條之 1 與消保法第 12 條之關係

學者指出,就民法第 247 條之 1 之規定本身,或許是立法者將其定位為「原則性」規範之原因,故其中所使用之文字多流於抽象、廣泛,而甚難確切掌握其意義。²³⁰事實上,從本條各款所述「免除或減輕預定契約條款之當事人責任」、「加重他方當事人之責任」、「使他方當事人拋棄或限制其行使權利」、「其他於他方當事人有重大不利益」,本屬定型化契約條款所常具備之特徵,蓋定型化契約條款之使用之所以常有爭議,即在於約款使用人常藉草擬約款內容之機會而訂定有利於己而不利於相對人之條款,故民法第 247 條之 1 各款所描述者,即是定型化契約條款之特點,或者是對於內容控制之客體所為之指涉,並非是針對效力審查之本身提出具有決定性之標準。以定型化勞動契約中常見的競業禁止條款或最低服務年限為例,其可能同時具有第 2 至 4 款「加重他方當事人責任」、「使他方當事人拋棄或限制其行使權利」或「其他於他方當事人有重大不利益」之情事,最後在約款效力之判斷上,則僅能倚賴「顯失公平」之標準,故其屬於極為抽象而概括之規定。

相較於此,消費者保護法第 12 條之規定顯然較為詳盡,該條第 1 項規定:「定型化契約中之條款違反誠信原則,對消費者顯失公平者,無效。」第 2 項則是立法者設想三種顯失公平之情況,亦即當定型化契約條款有「違反平等互惠原則」、「條款與其所排除不予適用之任意規定之立法意旨顯相矛盾」、「契約之主要權利或義務,因受條款之限制,致契約之目的難以達成」時,以制定法之方式推定此類約款為顯失公平。此外,消保法施行細則第 13 條、第 14 條補充本條之規定。²³¹

由以上論述可知,民法與消保法對於定型化約款之內容控制,皆以「顯失公平」為約款效力之決定性標準,然從消保法本身之規定及其施行細則

²³⁰ 參閱朱柏松,〈民法定型化契約規範之適用與解釋〉,月旦法學第 54 期,1999 年 11 月,頁 52。

²³¹ 參見消保法施行細則第 13 條:「定型化契約條款是否違反誠信原則,對消費者顯失公平,應斟酌契約之性質、締約目的、全部條款內容、交易習慣及其他情事判斷之。」;第 14 條:「定型化契約條款,有下列情事之一,為違反平等互惠原則:一 當事人間之給付與對待給付顯不相當者。二 消費者應負擔非其所能控制之危險者。三 消費者違約時,應負擔顯不相當之賠償責任者。四 其他顯有不利於消費者之情形者。」

中可以得到較為具體的判斷標準。有學者觀察上開規定之法律文義及條文體例，認為其規範密度有寬嚴之分，對照法律條文之文字，立法者似在民法第 247 條之 1 的規範上，給予法院較為寬廣之判斷餘地；相較於此，消保法之立法密度較高，第 12 條第 2 項所示之三款審查標準尚稱具體明確，其法律技術性較強。²³²

至於兩者間之關係，學者在闡述民法第 247 條之 1 規定時，常引用消保法第 12 條之概念作為解釋本條之依據；²³³亦有文獻指出：就上開法律而言，對照消保法與民法之規定，兩者在基本制度內涵及思考模式，堪稱幾乎雷同，不過就具體規範內容而言，消保法之相關規定，顯然較為周延，故消保法相關規定應可援為民法本條之解釋適用上依據。²³⁴

本文認為，雖然兩者在條文之體例及用語上有所差異，然而在實際操作上不應該由於不同法條之適用而產生迥異之結果，蓋定型化契約條款控制之理論基礎，本於誠信原則而生，藉此維護契約當事人利益之均衡，並皆以約款之「顯失公平」與否作為審查標準，在同一上位概念的射程內，若因此出現不同的判斷結果，似將導致法體系上之矛盾與割裂，且在實質上亦無理由對之為不同之對待。

其次，從兩者規範之內容言之，雖有文字用語不同，然仔細分析其內涵，實多有共通之處，依民法第 247 條之 1 的立法理由所示：「所謂『按其情形顯失公平者』，係指依契約本質所生之主要權利義務，或按法律規定加以綜合判斷而有顯失公平之情形而言。」此亦多為最高法院所援用。²³⁵上開見解似是參照消保法第 12 條第 2 項第 2 款及第 3 款，對此可援用「條款與其所排除不予適用之規定之立法意旨顯相矛盾」及「契約之主要權利或義務，因受條款之限制，致契約之目的難以達成者」加以理解。

又如，民法第 247 條之 1 第 2 款「加重他方當事人之責任」，其內涵可以消保法施行細則第 14 條第 2、3 款「消費者應負擔其所能控制之危險」及「消費者違約時，應負擔顯不相當之賠償責任者」加以理解，其應屬消保法中「違反平等互惠原則」之約款。²³⁶

²³² 參閱曾品傑，〈附合契約與定型化契約之基本問題〉，東海大學法學研究第 25 期，2006 年 12 月，頁 66-70。

²³³ 參閱詹森林，〈最高法院與定型化契約法之發展〉，收錄於《民事法理與判決研究（四）—消費者保護法專論（2）》，2006 年 12 月初版，頁 167,169,188,193-194

²³⁴ 參閱邱聰智，〈新訂民法債編通則（下）〉，2001 年 2 月，頁 536。

²³⁵ 參見最高法院民事判決 91 年度台上字第 2336 號、最高法院民事判決 94 年度台上字第 2340 號。

²³⁶ 黃立教授亦認為消保法施行細則第 14 條之規定內涵與民法第 247 條之 1 相較，文字雖不同，然實質內容相差有限，各款彼此間又互重重疊。參閱黃立，〈民法債編總論〉，2006 年 11 月三版，

最後，涉及適用民法第 247 條之 1 之案例中，最高法院對於「顯失公平」之判斷，亦有參照消保法施行細則第 13 條而為認定，例如**最高法院民事判決 92 年度台上字第 963 號**：「按契約當事人間所訂定之契約，是否顯失公平而為無效，除應視契約之內容外，並應參酌雙方之訂約能力、雙方前後交易之經過及獲益之情形等其他因素，全盤考慮，資為判斷之依據。」

綜上所述，本文認為定型化勞動契約雖無法直接適用消保法之規定，然而於適用民法第 247 條之 1 時，對於定型化勞動契約約款進行內容控制時，應可參酌消保法第 12 條及其施行細則第 13、14 條之規定，作為解釋補充之依據。

二、民法第 247 條之 1 之適用

民法第 247 條之 1 之條文內容為：「依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，為左列各款之約定，按其情形顯失公平者，該部分約定無效：一、免除或減輕預定契約條款之當事人之責任者。二、加重他方當事人之責任者。三、使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利者。四、其他於他方當事人有重大不利益者。」從上開規範可得出本條要件如應為：（一）定型化約款所約定之內容，須符合本條所規範之四款中任何一款之情形；（二）按其情形顯失公平。²³⁷有關本條之要件適用，分析如下：

（一）定型化約款所約定之內容，須符合本條所規範之四款中任何一款之情形

1、法院裁判見解之觀察

從民法第 247 條之 1 之規定觀之，其適用的對象為「當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約」。當定型化契約有免除或減輕預定契約條款之當事人責任（第 1 款）、加重他方當事人責任（第 2 款）、使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利者（第 3 款）或者有其他於他方當事人有重大不利益者（第 4 款）之情形時，該部分約定即成為無效的約定。

最高法院對於本條之適用作了以下之詮釋，以**最高法院民事判決 96 年度台上字第 684 號**為例，其於判決中指出：「查八十八年四月二十一日民法債編增訂第二百四十七條之一，係鑑於我國國情及工商發展之現況，經濟上強者所預定之契約條款，他方每無磋商變更之餘地，為使社會大眾

頁 112。

²³⁷ 參閱邱聰智，〈新訂民法債編通則（下）〉，2001 年 2 月，頁 534-535。

普遍知法、守法起見，乃於本法中列原則性規定，明定附合契約之意義，並為防止此類契約自由之濫用及維護交易之公平，列舉四款有關他方當事人利害之約定，如按其情形顯失公平者，明定該部分之約定為無效。是該法條第二款所謂：『加重他方當事人之責任者』，及第三款所謂：『使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利者』，應係指一方預定之該契約條款，**為他方所不及知或無磋商變更之餘地**，始足當之。」故對於本條第 2 款「加重他方當事人之責任」²³⁸及第 3 款「使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利者」²³⁹，皆須以「他方所不及知」或「無磋商變更之餘地」作為適用之要件，甚至近來有判決認為本條第 1 款亦須依從上述見解。²⁴⁰職此，依最高法院之見解，適用民法第 247 條之 1 第 1、2、3 款時，皆有適用上述見解之餘地。

當涉及定型化勞動契約條款效力之判斷時，下級法院亦有引述上開最高法院之見解，以「他方所不及知」或「無磋商變更之餘地」作為本條第 2 款「加重他方當事人之責任」之適用內涵，如士林地方法院民事判決 96 年度勞小上字第 4 號：「是該條第 2 款所謂『加重他方當事人之責任』，應係指一方預定之契約條款，為他方所不及知或無磋商變更之餘地而言，而所稱『按其情形顯失公平者』，則係指依契約本質所生之主要權利義務，或按法律規定加以綜合判斷有顯失公平之情形而言（最高法院 91 年度台上字第 2336 號判決、94 年度台上字第 2340 號判決要旨參照）。本件上訴人抗辯系爭勞動契約內違約金之約定，為片面加重上訴人之責任，對其顯失公平，該部分約定依民法第 247 條之 1 之規定應屬無效云云，經查：系爭勞動契約第 5 條約定：『乙方（即上訴人）同意離職時應完成離職手續。除有左列各款情形之一者外，服務年資未屆滿一年而離職者，應支付甲方（即被上訴人）違約金伍萬元整：1.因可歸責於甲方之事由，甲方依工作規則及有關規章終止勞動契約者。2.乙方因傷病未能痊癒，經全民健康保險特約醫院或診所出具診斷書，證明乙方喪失原有工作能力者。3.女性員工因結婚為顧及家庭因素無法續任工作，經甲方核准者。4.乙方申請留職停薪，經甲方核准者』等語，有該勞動契約影本 1 份可佐；而被上訴

²³⁸ 相同見解請參見最高法院民事判決 92 年度台上字第 2744 號、最高法院民事判決 96 年度台上字第 168 號

²³⁹ 相同見解請參見最高法院民事判決 91 年度台上字第 2336 號、最高法院民事裁定 92 年度台上字第 1395 號、最高法院民事判決 94 年度台上字第 2340 號。

²⁴⁰ 參見最高法院民事判決 96 年度台上字第 168 號：「查八十八年四月二十一日民法債編增訂第二百四十七條之一，係鑑於我國國情及工商發展之現況，經濟上強者所預定之契約條款，他方每無磋商變更之餘地，為使社會大眾普遍知法、守法起見，乃於本法中列原則性規定，明定附合契約之意義，並為防止此類契約自由之濫用及維護交易之公平，列舉四款有關他方當事人利害之約定，如按其情形顯失公平者，明定該部分之約定為無效。是該法條第一款所謂：『免除或減輕預定契約條款之當事人之責任者』，及第三款所謂：『使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利者』，應係指一方預定之該契約條款，為他方所不及知或無磋商變更之餘地，始足當之。」

人與每位員工就相關勞動條件達成共識後，將分別與員工簽訂勞動契約，被上訴人與上訴人簽訂之系爭勞動契約除薪資、假別條件不同外，其餘條件均與被上訴人僱用之其他經驗資訊人員相同一事，業據被上訴人所自承（見原審卷第 39 頁反面），是系爭勞動契約之內容係上訴人預定用於與多數員工成立勞動契約關係而訂定，符合民法第 247 條之 1 之適用前提，應屬無疑。惟查：系爭勞動契約於被上訴人於 95 年 7 月 13 日發予上訴人錄取通知時，即一併寄予上訴人，而前揭勞動契約第 5 條關於違約金之約定，係以粗體字型顯示，嗣上訴人於 95 年 7 月 23 日親自簽署系爭勞動契約，並於隔日攜往被上訴人處報到之事實，有陽信商業銀行行政總管理處 95 年 7 月 13 日 95 陽信行政人字第 07089 號函及該勞動契約可稽，是系爭勞動契約第 5 條關於違約金之約定，應為上訴人於簽署前所得知悉及注意，並得經相當時間審酌被上訴人公司之形象、規模、願意提供之薪資、工作內容、發展機會，及上訴人個人生涯規劃等一切情狀後始為同意，並無上訴人所不及知或無磋商變更餘地之情形存在。²⁴¹

亦有對「他方所不及知」或「無磋商變更之餘地」為從寬認定者，以台中地方法院民事判決 93 年度訴字第 765 號為例，其認為雇主於勞工進入公司工作、熟悉工作環境後，始挾其企業經營者之優勢，要求勞工簽立離職後競業禁止條款，使勞工陷入重大不利益，此顯有使勞工不及知或無磋商變更餘地之情事。²⁴²

另有法院雖於判決中援用上開最高法院見解，惟在具體個案中判斷約款的效力時，並不審酌他方當事人有無「他方所不及知」、「無磋商變更之餘地」之情事，如臺灣高等法院臺中分院民事判決 96 年度上易字第 57 號：

²⁴¹ 另可參見臺中地方法院民事判決 97 年度勞訴字第 59 號：「是該條款所舉之約定，應係指一方預定之契約條款，為他方所不及知或無磋商變更之餘地而言，而所稱「按其情形顯失公平者」，則係指依契約本質所生之主要權利義務，或按法律規定加以綜合判斷有顯失公平之情形而言，最高法院亦著有 91 年度台上字第 2336 號裁判意旨足資參照。查本件被告是否欲受核配原告 94 年度及 95 年度之員工紅利轉增資股份而簽立系爭同意書，有其磋商選擇之餘地。是兩造於系爭同意書之約定，被告既有磋商選擇之餘地，依上說明，已無民法 247 條之 1 第 3、4 款所規定無效之情形。」

²⁴² 參見台中地方法院民事判決 93 年度訴字第 765 號判決：「詎原告公司卻於被告等進入公司工作、並熟悉工作環境後，竟挾其為企業經營者之優勢，要求被告等簽立系爭服務合約書，並於第三條約定：「乙方（即被告）於離職或解除勞僱關係時，兩年內不得從事相同及相關業務內容之工人作；如違反約定時甲方得向乙方求償相關業務營業損失二十至一百萬元」等語，其所為約款將限制被告等行使權利，並致使被告等陷於重大不利益，顯為被告等所不及知或無磋商變更之餘地，此情佐以證人楊正民於九十三年十月二十二日庭訊就本院問及系爭服務合約簽訂之時點及對象，即證稱：「我是任職三、四個月左右簽的」、「（問：請問證人在被告任職間公司有多少員工？當時有多少人簽訂合約書？）答：十三名。大概有十多名左右有簽。沒有簽的原因是因為剛剛進來公司」，顯見原告公司於僱用其所屬員工之際，皆未於渠等勞動契約中提及此關於離職後之限制，待該等員工業已工作一段時間，始提出此合約要求員工立時簽立，致員工無協商及置喙之餘地。」

「是該條第二款所謂『加重他方當事人之責任』，應係指一方預定之契約條款，為他方所不及知或無磋商變更之餘地而言，而所稱『按其情形顯失公平者』，則係指依契約本質所生之主要權利義務，或按法律規定加以綜合判斷有顯失公平之情形而言(最高法院 91 年台上字第 2336 號裁判要旨參照)。本件被上訴人擔任美容師之職務，銷售大眾化之化妝品，且於洽談工作之初，並未提及須簽立切結書，待被上訴人工作後近 2 年後，始行簽立，此為兩造所不爭，且被上訴人離職後所從業行為，亦難認為具有顯著之背信性，上訴人御登公司亦無給予上訴人甲○○適當補償，實質上顯未見合理，自有苛責性，按其情形對上訴人甲○○顯失公平。」²⁴³

2、實務見解之檢討

(1) 為他方所不及知

最高法院認為民法第 247 條之 1 之各款事由，係指一方預定之該契約條款，「為他方所不及知或無磋商變更之餘地」，始足當之。惟從條文文義上觀之，本條所規定之各款事由是約款當事人以預先擬定之約款，約定減輕或免除自己責任(第 1 款)之約款，或預定對於他方當事人有重大不利益之內容(第 2、3、4 款)，此似與條款內容「為他方所不及知或無磋商變更之餘地」無直接關連，其意義反而與「定型化約款訂入契約」或「個別磋商條款之認定」有關。

首先，就「他方不及知條款內容」之要件而言，本即是立法者針對定型化契約條款另設解決規範的原因之一，因為定型化契約條款通常以細微文字印於繁瑣文件中，約款相對人若未加注意，不知其存在；或者雖知道有約款存在，但因複雜的文字而無閱讀之興趣；或者縱使加以閱讀，但仍無法精確地瞭解其法律上的意義。²⁴⁴然而，「他方當事人是否知悉條款存

²⁴³ 另可參見台中地方法院台中簡易庭小額民事判決 94 年度中勞小字第 51 號：「按依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，為加重他方當事人責任之約定，按其情形顯失公平者，該部分約定無效，民法二百四十七條之一第二款定有明文。稽其增訂之立法理由，乃鑑於我國國情及工商發展之現況，經濟上強者所預定之契約條款，他方每無磋商變更之餘地，為使社會大眾普遍知法、守法，防止契約自由之濫用及維護交易之公平，而列舉四款有關他方當事人利害之約定，而為原則上之規定，明定『附合契約』之意義，及各款約定按其情形顯失公平時，其約定為無效。是該條第二款所謂『加重他方當事人之責任』，應係指一方預定之契約條款，為他方所不及知或無磋商變更之餘地而言，而所稱『按其情形顯失公平者』，則係指依契約本質所生之主要權利義務，或按法律規定加以綜合判斷有顯失公平之情形而言。本件原告任職當初，已簽署將來離職後，半年內不得於原地任職之同意書，則將來原告若有違反，致被告公司受有損害，被告自得依據該同意書請求原告賠償其損害；再者，若原告有違約，被告損害額究係多少？仍屬未確定，則被告於原告離職時，即要求簽署本票 50,000 元指定用途(半年內不得於原地任職)之同意書，雖係根據原告當初簽署被告公司應徵須知及規定第 6 條規定，惟該規定應係加重原告責任之約定，且其情形顯失公平，故依前開規定及說明，應屬無效。」

²⁴⁴ 參閱詹森林，〈最高法院與定型化契約法之發展〉，收錄於《民事法理與判決研究(四)－消費者保護法專論(2)》，2006 年 12 月初版，頁 170-171；王澤鑑，《債法原理·基本理論債

在及其內容」應屬於條款有無構成契約內容之問題，亦即學說上所稱「條款訂入契約」(Einbeziehung in den Verträgen)，故此與條款是否有效並非同一層次的問題。(詳請參閱本章第三節)

針對「定型化約款納入契約」之問題，在民法上雖未就定型化契約條款如何構成契約內容加以規定，惟依學者之見，仍可參酌消保法第 13、14 條及其施行細則第 12 條之規定，以之作為法理加以援用。申言之，惟有當條款構成契約之內容者，始有以民法第 247 條之 1 審查其效力可言，縱然約款相對人知悉該條款之內容，且形式上亦因曾以簽章等方式表示同意，而使該條款成為契約之內容，但並不因此使得該條款免於民法第 247 條之 1 規定的審查，因此學者基於以上理由認為最高法院對於本條的詮釋，係有誤會。²⁴⁵

(2) 他方無磋商變更餘地

最高法院之所以認為民法第 247 之 1 各款所稱情事，係指定型化契約條款為「他方無磋商變更餘地」，應是出自本條增訂時之立法理由「...為使社會大眾普遍知法、守法起見，宜於民法法典中列原則性規定，爰增訂本條，明定附合契約之意義，為依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，此類契約每無磋商變更之餘地。為防止此類契約自由之濫用及維護交易公平，列舉四款有關他方當事人利害之約定，如按其情形顯失公平者，明定該部分之約定為無效。...」

基此，固然是定型化契約控制之理由，惟此是否可作為解釋本條各款之基礎不無疑義，觀察立法理由關於「每無磋商變更之餘地」之文字，反而是與定型化契約（附合契約）之定義相關之描述，一般而言，若當事人間於締結契約時，有契約內容實質上有變更磋商之機會時，依其情況可推論雙方立於平等地位而為協商，此種約款即不屬於定型化契約條款，在此即涉及到「個別磋商條款」之認定問題。(詳請參閱本章第二節第二款)從而，「他方無磋商變更之餘地」似與本條各款所訂「加重他方當事人之責任」或是「使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利」等情事無直接關連。

又，學者觀察最高法院之見解，認為其就所謂「他方當事人於締約前對系爭條款有磋商變更之餘地」，並未提出一致之標準。詳言之，有判決

之發生》，2001 年 11 月，頁 95 及詹森林，〈定型化契約之基本概念及其效力規範〉，收錄於《民事法理與判決研究（三）—消費者保護法專論》，2003 年 8 月初版，頁 36。

²⁴⁵ 參閱詹森林，〈最高法院與定型化契約法之發展〉，收錄於《民事法理與判決研究（四）—消費者保護法專論（2）》，2006 年 12 月初版，頁 170-173。

採取「形式認定標準」，只要他方當事人於簽約前曾經審閱定型化契約條款，即當然認為他方就系爭條款有變更磋商之餘地，從而該條款即無民法第 247 條之 1 所稱「加重他方責任」之情形；²⁴⁶惟最高法院有時除了斟酌他方當事人是否於締約前，曾經審閱該約款外，並探討該條款對預定條款一方之利益所在，及他方如不接受該約款之可能結果，從而認定他方就該條款並無磋商變更餘地，故不得依民法第 247 條之 1 條主張條款無效。²⁴⁷由此可見，最高法院雖屢提及「他方當事人無磋商變更餘地」，惟在具體個案之適用上，卻難有統一之標準，以致爭議四起徒生困擾。²⁴⁸

此種標準不一之情況，亦發生在下級審法院之判決中，於判斷定型化勞動契約之個案時，法院亦常以此點作為論述依據，²⁴⁹惟在具體案件的判斷上，有判決則依所涉及的案件類型不同，而有寬嚴不同之認定，例如前所提及士林地方法院民事判決 96 年度勞小上字第 4 號，以勞工親自簽署勞動契約、已經相當時間審酌契約條款等情事，形式認定無勞工不及知或無磋商變更之情形存在。相較於此，在一連串台灣化學纖維公司勞工爭執給付退休金差額的案件中，法院認定勞工因領取退休金所簽名之收據為定型化契約，雇主雖提出勞工支領退休金時，並沒有「無變更磋商餘地」之情形，然而法院認為：「定型化契約中，非預定契約條款之交易相對人，相較於該預定契約條款之當事人，常居於經濟上弱勢之地位，因之面對定型化契約之預定契約條款，除為決定締約與否之意思表示自由外，往往無

²⁴⁶ 關於最高限額保證，請參見最高法院民事裁定 93 年度台上字第 1856 號：「本件『最高限額保證契約』，雖為定型化契約，但契約條款既經上訴人審閱後簽章其上，自無為上訴人所不及知或無磋商變更餘地之可言。」；另關於連帶保證之定型化契約條款，請參見最高法院民事判決 93 年度台上字第 696 號：「該連帶保證書上由被上訴人事先印刷之內容部分，上訴人於簽立時，原非不易詳閱其內容，若有意見，本得要求刪改，非無選擇或拒絕之餘地。其於事後始任指保證書為定型化契約，內容違反誠信原則，顯失公平而無效，亦非有理。」

²⁴⁷ 參見最高法院民事判決 92 年度台上字第 2744 號：「上訴人以營造為業，既知悉前揭慣例，且於祐捷公司以系爭建物之建築基地向被上訴人辦理建築融資時，復書立系爭拋棄書，表示願就系爭建物拋棄民法第五百十三條規定之承攬人法定抵押權，以利祐捷公司取得被上訴人之建築融資貸款，已難謂為不知系爭拋棄書之用意及效果...」

²⁴⁸ 參閱詹森林，〈最高法院與定型化契約法之發展〉，收錄於《民事法理與判決研究（四）》，2006 年 12 月初版，頁 175-178。

²⁴⁹ 例如台中地方法院民事判決 93 年度訴字第 765 號：「揆諸八十八年四月二十一日民法債編增訂該條規定之立法理由，乃鑑於我國國情及工商發展之現況，經濟上強者所預定之契約條款，他方每無磋商變更之餘地，為使社會大眾普遍知法、守法，防止契約自由之濫用及維護交易之公平，而列舉四款有關他方當事人利害之約定，為原則上之規定，明定「附合契約」之意義，及各款約定按其情形顯失公平時，其約定為無效。是該條第二、三、四款所謂「加重他方當事人之責任」、「使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利」、「其他於他方當事人有重大不利益」，應係指一方預定之契約條款，為他方所不及知或無磋商變更之餘地而言，而所稱「按其情形顯失公平者」，則係指依契約本質所生之主要權利義務，或按法律規定加以綜合判斷有顯失公平之情形而言。」，另可參見臺灣高等法院民事判決 91 年度勞上易字第 59 號、臺灣高等法院臺中分院民事判決 96 年度上易字第 57 號、臺灣高等法院臺中分院民事判決 95 年度上易字第 437 號、新竹地方法院民事判決 91 年訴字第 886 號、臺中地方法院民事判決 94 年度重勞訴字第 18 號、高雄地方法院民事判決 94 年度勞訴字第 59 號、高雄地方法院民事判決 93 年度訴字第 2370 號。

合意決定變更該預定契約條款之事實上可能，且常會迫於情勢不得不同意該預定契約條款。上訴人之離職員工與上訴人固已不存在僱傭關係，但雙方經濟之優、劣勢地位並不因員工之離職而有所改變，上訴人以『爾後不再要求其他給付，並願放棄一切請求』之契約條款，附加於退休金或資遣費請領收據之中，欲令其離職員工於請領退休金或資遣費時一併簽署表示同意，而退休金或資遣費係離職員工離職後生活之保障，渠等須簽署系爭收據始可順利取得退休金或資遣費，如不願簽署，退休金或資遣費是否能即時順利取得尚未可知，而渠等己身之生計或將陷於困境，上訴人之離職員工對系爭收據所載拋棄其餘退休金或資遣費請求權，與上訴人幾無商議更改或刪除此項記載之可能，上訴人之離職員工若有商議能力，何以被上訴人乙○等六人無一人會在其所出具之收據更改或刪除『爾後不再要求其他給付，並願放棄一切請求』之記載？是上訴人所辯就系爭收據之內容及是否簽立，其離職員工非無與其商議之可能云云，要無可採。²⁵⁰法院認為勞工不論是在經濟上或者是在法律資訊上相較於雇主而言皆屬弱勢，²⁵¹從而認為要求勞工簽立拋棄權利之收據，該當第 247 條之 1 關於「免除或減輕預定契約條款之當事人之責任」規定，故其約款應屬無效。²⁵²

從上開兩則判決中，勞工皆已簽署系爭契約條款，在法院的判斷下確有截然不同之結果，顯見於民法第 247 條之 1 各款之適用上以「無磋商變更」作為標準，將增加個案審酌之困擾，對於當事人而言，亦增加訴訟勝敗上的不可預測性。

(二) 各款規定於定型化勞動契約之適用

1、免除或減輕自己責任條款

約款使用人常利用定型化約款以免除或減輕自己責任，此種「免責約

²⁵⁰ 參見臺灣高等法院臺中分院民事判決 92 年度勞上易字第 80 號、相同見解請參見臺灣高等法院臺中分院民事判決 92 年度勞上易字第 38 號、臺灣高等法院臺中分院民事判決 92 年度勞上易字第 32 號、臺灣高等法院臺中分院民事判決 92 年度勞上易字第 37 號、臺灣高等法院臺中分院民事判決 92 年度勞上易字第 57 號、臺灣高等法院臺中分院民事判決 92 年度勞上易字第 70 號、臺灣高等法院臺中分院民事判決 92 年度勞上易字第 71 號、臺灣高等法院臺中分院民事判決 92 年度勞上易字第 81 號、臺灣高等法院臺中分院民事判決 92 年度勞上易字第 82 號。

²⁵¹ 請參見臺灣高等法院臺中分院民事判決 92 年度勞上易字第 45 號：「且一般而言，勞工欠缺相當法律知識，對於退休金如何計算，有無短少，並非清楚，其向雇主請求退休金時，也處於經濟上弱勢。則上訴人在發給被上訴人等退休金時，在被上訴人等對於退休金如何計算，有無短少，均不清楚之情況，要求處於經濟上弱勢之被上訴人等簽立前述收據，拋棄短發退休金之請求權，而免除上訴人責任，自屬顯失公平。因此，該免除上訴人責任之約款部分，依法應屬無效。」

²⁵² 亦可參見臺灣高等法院高雄分院民事判決 95 年度勞上易字第 19 號：「且本件被上訴人為受僱於上訴人之員工，雙方經濟優劣地位差距明顯，被上訴人實無磋商變更之餘地，是依民法第 247 條之 1 第 1 項第 1 款之規定，此等約定對處經濟上弱勢之受僱勞工，應屬無效。上訴人主張依兩造所簽訂系爭勞動契約，被上訴人不得再行請求資遣費、預告期間工資云云，應不足採。」

款」在日常交易中甚為常見。若免責約款係屬於免除約款使用人或其履行輔助人之故意或重大過失責任之情形，則因違反民法第 222 條「故意或重大過失，不得預先免除」之禁止規定，依民法第 71 條前段規定即為無效，此時無再適用民法第 247 條之 1 之餘地。若定型化契約條款免除或減輕自己因抽象輕過失所生之責任者，並非不違反民法第 222 條之規定即當然有效，²⁵³仍應受有民法第 247 條之 1 規定審查。依據文獻之闡述，在實務上，無效之輕過失之免責條款以兩種情形最為重要，其一為約款使用人侵害相對人之生命、身體或健康法益；其二是約款使用人違反契約之主要義務。²⁵⁴

至於有關定型化勞動契約之約款，**臺灣高等法院民事判決 96 年度勞上字第 6 號**曾認為，雇主若於勞動契約中，預先擬定「本契約不得視為甲方（即被上訴人）對乙方（即上訴人）有正式僱傭關係，乙方不得向甲方要求為正式員工之相關福利或適用勞基法之規定。」之條款，此即屬「免除或減輕雇主責任」之條款，依照民法第 247 條之 1 之規定，應屬無效。²⁵⁵

又，若雇主以定型化契約與勞工約定「工資：以軋鋼、包裝之個別單價計算成品噸數（每噸單價內含預付 1 元之資遣費）」，並對勞工主張其所支付的工資中已包含資遣費之給付，藉該約定免除雇主給付資遣費之責任，**臺灣高等法院高雄分院民事判決 95 年度勞上易字第 19 號**認為此為雇主欲藉此規避勞基法所定雇主應給付資遣費之責任，故上開約定已符合民法第 247 條之 1 第 1 款的情況，應屬無效之約款。²⁵⁶

²⁵³ 此可參見最高法院 73 年第 10 次及第 11 次民事庭會議決議，在此兩則決議中，最高法院均強調銀行以定型化契約條款免除其抽象輕過失責任者，該條款因違背公序良俗而無效，故由此可知，輕過失之免責條款，雖不違反民法第 222 條之禁止規定，但有違背公共秩序之情事時，仍為無效，同理，輕過失之免責條款，如有民法第 247 條之 1 第 1 款所定之「按其情形顯失公平」情事時，亦為無效。

²⁵⁴ 詳細分析請參閱詹森林，〈最高法院與定型化契約法之發展〉，收錄於《民事法理與判決研究（四）—消費者保護法專論（2）》，2006 年 12 月初版，頁 189-192。

²⁵⁵ 參見**臺灣高等法院民事判決 96 年度勞上字第 6 號**：「本件由上訴人預先擬就契約條款，被上訴人前往求職，被上訴人處於經濟上之弱勢，實際上並無對等地位可得變更契約內容，則上訴人預先擬就之契約第 4 條第 4 項約定：「本契約不得視為甲方（即被上訴人）對乙方（即上訴人）有正式僱傭關係，乙方不得向甲方要求為正式員工之相關福利或適用勞基法之規定……」等字，旨在免除或減輕上訴人之責任，使被上訴人拋棄或限制其行使勞基法之相關權利，顯失公平，依民法第 247 條之 1 第 1、3 款規定，該條款約定為無效，是上訴人以此約定抗辯：本件無勞基法之適用云云，自無可採。」

²⁵⁶ 參見**臺灣高等法院高雄分院民事判決 95 年度勞上易字第 19 號**：「查本件系爭勞動契約固於第 3 條約定：『工資：以軋鋼、包裝之個別單價計算成品噸數（每噸單價內含預付 1 元之資遣費）』，並非由上訴人所支出預付，而係由被上訴人生產每噸單價中扣除 1 元，再將該 1 元移至被上訴人工資表中薪資退休資遣欄內。是以，預付之退休、資遣費實際上為被上訴人之生產勞力所得，而非上訴人所支付。況且勞工請領資遣費或退休金均須符合勞基法一定要件，自無預先支

上開判決雖認為定型化約款因符合本款之情況，而屬顯失公平，從而判定約款無效，然此類排除勞工適用勞基法之約款，或是免除雇主給付資遣費之約款，所涉及者係有關勞基法之違反，該約款本因與強行規定相互抵觸而屬無效，故是否宜以民法第 247 條之 1 規定宣告約款無效，似有討論之空間。

2、加重他方責任條款

有關「加重他方當事人責任」之條款，依據文獻探討，以其表現方式而言，約可分為四類：²⁵⁷（1）排除法律規定，而提高他方當事人注意義務；（2）課他方當事人無過失責任；（3）轉移風險於他方當事人；（4）擴張他方當事人的賠償範圍。²⁵⁸

有關定型化勞動契約條款，筆者搜尋有關各級法院之判決，曾被法院依本款規定被宣告無效的約款如下：

（1）最低服務年限條款

在臺中地方法院臺中簡易庭小額民事判決 96 年度中勞小字第 65 號的案例事實中，兩造於民國 95 年 8 月 14 日簽立門市業務人員任用契約，試用聘約自 95 年 8 月 1 日起至同年 10 月 31 日止，正式聘用期間自 95 年 11 月 1 日起至 97 年 7 月 31 日止。被告如於上開聘用期限屆至前離職，依契約附件「門市業務違約罰則實施條例」之規定，應給付按薪資總額三倍計算之違約金。

對此，法院之見解認為：²⁵⁹「本件原告為知名裝潢公司，被告則為應

付之情事，因之，上訴人將此扣除每噸單價工資 1 元作為契約約款，附加於勞動契約上，顯係將原為被上訴人工資之每噸生產單價扣除 1 元，挪為退休金、資遣費預付額，意圖規避勞基法規定雇主應給付資遣費、退休金之義務，而屬為免除預定契約條款之當事人（即上訴人）之責任之約定，應已顯失公平。且本件被上訴人為受僱於上訴人之員工，雙方經濟優劣地位差距明顯，被上訴人實無磋商變更之餘地，是依民法第 247 條之 1 第 1 項第 1 款之規定，此等約定對處經濟上弱勢之受僱勞工，應屬無效。上訴人主張依兩造所簽訂系爭勞動契約，被上訴人不得再行請求資遣費、預告期間工資云云，應不足採。」對此約款，原審判決係以民法第 247 條之 1 第 2 款為依據，而認定該約款無效，參見高雄地方法院民事判決 94 年度勞訴字第 59 號：「被告公司將此扣除每噸單價工資 1 元為契約約款，附加於勞動契約上，係將原為原告工資之每噸生產單價扣除 1 元，挪為退休、資遣預付額，意圖規避勞動基準法規定雇主應給付資遣費、退休金之義務，對並無商議更改或刪除契約處經濟上弱勢之受雇勞工，顯失公平，且違反勞動基準法保護勞工之立法目的，依民法第 247 條之 1 第 2 款規定，應認為無效。被告抗辯依兩造簽立之勞動契約，原告不得再行請求資遣費、預告期間工資，自無理由。」

²⁵⁷ Vgl. Wolf/ Horn/ Lindacher, AGB-Gesetz, 4. Aufl., 1999, § 9 H 1.轉引自詹森林，〈最高法院與定型化契約法之發展〉，收錄於《民事法理與判決研究（四）－消費者保護法專論（2）》，2006 年 12 月初版，頁 192。

²⁵⁸ 詳細分析請參閱詹森林，〈最高法院與定型化契約法之發展〉，收錄於《民事法理與判決研究（四）－消費者保護法專論（2）》，2006 年 12 月初版，頁 192-197。

²⁵⁹ 參見臺中地方法院臺中簡易庭小額民事判決 96 年度中勞小字第 65 號，該案件經由雇主上訴，

徵受僱之人員，相互衡之，原告自屬經濟上較強者，被告則為經濟上之較弱者，而系爭契約係原告預先打字繕妥用於該公司相同僱傭之條款而訂定，被告僅於系爭契約乙方當事人欄內簽名蓋章，另無修改契約文義之情形，是應認系爭契約核屬附合契約。又系爭契約第 1 條限制被告須任滿 2 年以上始得離職之約定，違反勞動基準法第 15 條第 2 項有關勞工得隨時終止不定期契約之規定（系爭契約僅是約定有 2 年最低服務年限，尚非將任職期間訂為 2 年之定期勞動契約，應屬就有繼續性工作性質之不定期勞動契約），核屬加重被告之責任而顯失公平，依民法第 247 條之 1 第 2 款規定應屬無效。」²⁶⁰

（2）競業禁止條款

觀察我國法院對於競業禁止條款之判斷，在法律的基礎上有援引基本權衝突理論、民法第 72 條「公序良俗」或者是民法第 247 條之 1 作為法律基礎，至於個別的判斷標準上並未有統一之見解，或有採取五標準說、四標準說、三標準說者。（關於此部分實務見解整理，請參閱第五章個別約款）

就此問題，**臺南地方法院新市簡易庭民事簡易判決 95 年度新簡字第 174 號**認為：「不論司法實務係採用五標準、四標準或三標準作為判斷依據，因勞雇雙方簽訂之離職後競業禁止條款，率皆屬於定型化契約條款（本件亦屬之），其約定內容是否有效，自仍應置於民法第 247 條之 1 之規範下併為觀察，合先敘明。」並認為若雇主為給予勞工適當之補償時，此時

第二審裁判仍持相同見解，參見**臺中地方法院民事判決 96 年度勞簡上字第 26 號**：「原判決將該任用契約書定性為附合契約，並依民法第 247 條之 1 第 2 款之審查標準，認定系爭最低服務年限約款，係屬加重被上訴人之責任而顯失公平，因而認為應屬無效，其認事用法，核無不當。」²⁶⁰ 有關最低服務年限約款，尚可參見**高雄地方法院民事判決 95 年度岡勞小字第 1 號**：「經查，被告所提切結書，係以預先擬定之條款為內容，交由不特定多數人受聘為護理人員時填寫，屬定型化契約條款無訛，原告於 94 年 6 月 1 日任職被告醫院即與其簽署新進人員切結書，關於第 3 條約定：『試用期滿如不履行服務或服務未屆滿 2 年中途離職或遭受院方解僱處分時自願給付 1 個月本俸之懲罰性違約金』等語，惟該條中並未明定『受院方解僱』之情形為何，是被告將不論何種離職原因之風險（例如：因可歸責於被告或違反勞基法之非法解僱之情形）均歸由原告承擔，則此部分之約定已違反民法第 247 條之 1 第 1 款預先免除被告責任之規定，亦符合該條第 2 款加重原告責任之規定，且原告在此約定條款下非但無法因被告之解僱而行使勞工應有之權利，並需『自願』給付 1 個月本俸之懲罰性違約金，此亦已違反該條第 3 款之規定。該切結書第 3 條內容既係由雇主先以定型化契約之形式存在，原告對該其內容並無任何得以磋商或變更條款內容之自由，2 年離職限制僅單方拘束原告，約定顯然不利於己，其僅純居於消極、被動的簽名地位而已，揆諸前揭規定，該約定顯屬無效。」；**台北地院民事判決 95 年度店勞簡字第 7 號**：「系爭同意書第 2 款限制被告須任滿 3 年以上始得離職之約定，違反勞動基準法第 15 條第 2 項有關勞工得隨時終止不定期契約之規定，已如前述。此外，原告雖陳述對被告曾加以相當之訓練但對被告前後職務間工作性質差異，及因此衍生對被告丁○○之相關訓練，未舉證證明，則系爭同意書第 2 款逕以任職未滿 3 年為要件，約定原告須賠償離職當月薪獎之 6 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 247 條之 1 第 2 款規定應屬無效。」

即屬於片面加重勞工之責任，系爭離職後競業禁止約款因顯失公平而為無效。²⁶¹

(3) 加重勞工賠償責任條款

例如臺中地方法院民事判決 94 年度訴字第 1248 號：「查本件被告丁○○係受僱於原告任業務員，其雙方契約類型特徵屬於僱傭（民法第 482 條參照）（此由系爭勞動契約之名稱及契約第 1 條內容即知）（此即契約之定性）。……觀諸，系爭勞動契約內容已顯具上開人格從屬性之特徵，而由上開有關被告丁○○薪資狀況，亦知系爭勞動契約並具經濟上從屬性之特徵。故而，系爭勞動契約第 5 條第 3 款：『乙方（即被告丁○○）就其經濟之客戶違反甲方（指原告）所訂契約或因……致甲方受有損害時，乙方應負連帶賠償責任。』，係單方加諸被告僱傭契約受僱人所負擔給付義務以外不可知之責任，被告丁○○並未因該約定之存在而獲得利益。是以，上開約定條款顯係加重他方當事人（即被告丁○○）之責任，要堪認定，已符上開民法第 247 條之 1 第 2 款之規定甚明。是上開系爭勞動契約第 5 條第 3 款之約定，顯為無效。」

3、使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利

(1) 他方棄權條款

在實務上，本款常適用於雇主以預先擬定之同意書、切結書等要求勞工拋棄勞基法上之權利，例如在臺灣高等法院民事判決 93 年度重勞上字第 1 號之案例中，雇主要求勞工簽具切結書以拋棄請領資遣費之退休金之權利。²⁶² 高等法院之法官認為此種約款違反勞基法之強制規定，且符合本

²⁶¹ 參見臺南地方法院新市簡易庭民事簡易判決 95 年度新簡字第 174 號：「惟原告課以被告離職後一年內不得受僱於他人在台南市或台南縣從事化妝品專櫃業務，勢：「」必使原告相對喪失就業機會或增加其就業成本（如至較遠之外縣市工作增加之交通費或租屋費），縱暫不論原告有無依競業禁止特約保護之利益存在，原告如顧及自身利益而要求被告遵守競業禁止條款，理應給予被告至外縣市工作而多出之花費為適當補償，否則該競業禁止條款，即屬片面加重被告責任，應認為顯失公平而無效。」另外，相同見解者臺灣高等法院臺中分院民事判決 96 年度上易字第 57 號：「系爭競業禁止條款，約定上訴人甲○○自上訴人御登公司離職起一年內，不得於同一縣市或相鄰縣市受僱於他人從事與上訴人性質相同或相似之化妝品、美容專櫃業務，其限制被上訴人就業之對象、期間及區域，就形式上觀察，尚難認為逾越合理之範圍。惟上訴人課以被上訴人離職後一年內不得受僱於他人在台中市或台中縣從事化妝品專櫃業務，勢必使上訴人甲○○相對喪失就業機會或增加其就業成本。上訴人御登公司如顧及自身利益而要求上訴人甲○○遵守競業禁止條款，自應給予上訴人甲○○適當補償，否則該競業禁止條款，即屬片面加重上訴人甲○○責任，應認為顯失公平而無效（民法第 247 條之 1 第 2 款參照）。茲查，上訴人於被上訴人簽訂競業禁止條款時，並無補償被上訴人因競業禁止損失之措施，則該競業禁止條款之約定，自難認為有效。」此外，法院依本款規定，認為競業禁止約款為片面加重他方當事人責任，顯失公平而無效者尚可參見臺北地方法院民事判決 96 年度勞訴字第 205 號、臺南地方法院民事判決 96 年度訴字第 1644 號、桃園地方法院民事判決 96 年度訴字第 1129 號等。

²⁶² 該切結書之內容為：「（8）今自願辭職，除請求貴公司代辦本人應領老年給付外，依法不能

款規定之情況而有顯失公平之情況，故依民法第 71 條及第 247 條之 1 規定宣告約款無效。²⁶³此外，尚有雇主以定型化約款與勞工為同意加班費不列入退休金之平均工資計算範圍之約定，亦被法院認定該約定屬於事先使他方當事人拋棄權利之情形，且依其情形顯失公平，應屬無效。²⁶⁴

上開約款固有使契約相對人拋棄權利之情況，惟所拋棄之權利若是基於勞基法規定所生，則該約款應屬違反強制規定，蓋勞基法第 1 條第 2 項即已明定雇主與勞工所訂之勞動條件不得低於勞基法所定之最低標準，故在約款個案之審查上，此類約款應屬直接違反強制規定而無效之型態，並無須再依民法第 247 條之 1 規定加以判斷。

(2) 競業禁止條款

以競業禁止約款為例，有法院判決認為競業禁止條款因對於勞工之工作權及職業自由加以限制，已有「為使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利」之情事，至於是否為顯失公平，則需對於雙方當事人之利益及公共利益而為利益衡量，並採四標準說作為判斷競業禁止原則是否有顯失公平

向貴公司請求發給退休金或資遣費，同時終止勞動契約。嗣後對於有關勞動基準法或其他相關法令規定勞資雙方權利、義務均同放棄，不再以任何名目向貴公司提出任何要求，並放棄先訴抗辯權。恐口無憑，特立本切結書人為證。上開事項經貴公司人員宣讀，本人確實瞭解無誤。」

²⁶³ 參見臺灣高等法院民事判決 93 年度重勞上字第 1 號：「經按，勞基法關於退休金之規定，係為保障勞工權益而設，要屬強制規定，自不容勞雇雙方以契約排除其適用。又依民法第 71 條規定，勞工亦不得事先拋棄退休金請求權，如事先拋棄，則因違反勞基法第 1 條第 2 項之強制規定，應屬無效。……(9) 末按，依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，為左列各款之約定，按其情形顯失公平者，該部分約定無效：一、免除或減輕預定契約條款之當事人之責任者。二、加重他方當事人之責任者。三、使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利者。四、其他於他方當事人有重大不利益者。民法第 247 條之 1 定有明文。又修正之民法第 247 條之 1 規定，於民法債編修正施行前訂定之契約，亦適用之。民法債編施行法第 17 條亦有明定。查辛○○等 16 人簽立之切結書內容完全相同，僅簽署人不同而已，顯係利豐公司一方事先印就，預定用於同種類（即辛○○等 16 人請領老年給付時），給與簽署之契約。但辛○○等 16 人於老年給付時，簽立附有預先拋棄退休金之請求權，加重己身之生計或將陷於困境，限制行使權利，違反禁止規定，自屬顯失公平，揆諸民法第 247 條之 1 之規定，亦應屬無效。綜是以論，足徵辛○○等 17 人所簽立之切結書、同意書形式雖屬真正，但應屬違反強制規定依民法第 71 條為無效；或依民法第 247 條之 1 規定，因顯失公平而無效，實堪認定。(10) 綜是以論，足徵辛○○等 17 人所簽立之切結書、同意書形式雖屬真正，但應屬違反強制規定依民法第 71 條為無效；或依民法第 247 條之 1 規定，因顯失公平而無效，實堪認定。」涉及到拋棄資遣費之案例尚可參見臺灣高等法院臺南分院民事判決 96 年度勞上易字第 22 號。

²⁶⁴ 參見臺灣高等法院民事判決 93 年度勞上易字第 84 號：「惟按，依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利時，且按其情形顯失公平者，該部分約定無效，此觀民法第二百四十七條之一第三款規定自明。經查，系爭同意書乃是被上訴人（即雇主）片面所制訂，且係令乙○○於八十九年五月十五日（即於九十一年一月二十五日退休前），即需同意拋棄將加班費不列入退休金之平均工資計算範圍，可見該約定乃是事先令乙○○拋棄權利，且依其情形對於勞工顯失公平，依上開規定，該同意書約定應屬無效，故加班費仍應列入退休金之平均工資計算範圍甚明。是被上訴人抗辯：乙○○業已同意不將加班費列入退休時平均工資計算範圍，是加班費自不應列入退休金之平均工資計算云云，要無可取。」

之基礎。²⁶⁵

(3) 最低服務年限條款

對於雇主以定型化約款中訂定，勞工需任職滿一定期間，否則將賠償違約金或返還訓練費用等之契約條款，在實務上亦有法院認為此類約款屬於限制勞工終止權之行使，若依個案情況有顯失公平時，即應依民法第 247 條之 1 第 3 款規定，認定該約款無效。²⁶⁶

²⁶⁵ 參見高雄地方法院民事判決 95 年度訴字第 3039 號：「由於不得洩漏雇主之營業秘密，乃員工之附隨義務，而簽訂保密契約約定離職後之競業禁止，具有使受僱人不得侵害前雇主營業秘密之附隨義務明確化，且避免形成惡性營業競爭之功能。惟因此等契約條款係於締約實力不對等之勞雇之間簽訂，且通常均對員工之職業自由，造成一定之限制，符合民法第 247 條之 1 第 3 款所稱「依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，為使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利」之情形，若其顯失公平，則該部分約定應屬無效。至於系爭保密契約中關於競業禁止之約定，是否顯失公平，自應權衡雇主之利益，包括雇主免於遭員工之拉攏而流失客戶、營業秘密遭揭露，以及對員工施以訓練之投資，徒然白費；員工之利益，包括選擇工作之自由、維持其本身及家庭生活之利益、利用其熟悉之技術與智能，改善其社會地位之利益；公共利益，主要指公眾選擇提供勞務之利益，蓋公眾獲得技術成熟之勞工具有一般利益，且離職後競業禁止契約限制員工之謀生途徑，以致增加一般大眾維持該員工基本生活之社會成本，而對公共形成損害。本院權衡上述雇主、員工、公共間之利害關係，及權利保護之必要性，認競業禁止之約定，應滿足下列要件，始符公平正義之法律基本精神，而未違背民法第 247 條之 1 之規定：客觀上雇主具有值得保護之營業秘密或重大之經營資訊存在。因雇主無前揭利益存在，即無透過競業禁止之約定，限制員工職業自由之必要，否則客觀上無需保護之正當利益存在，卻片面限制員工之基本人權，自屬權利之濫用，應認顯失公平。客觀上員工具有侵害雇主前揭值得保護之營業秘密或重大經營資訊之可能性。員工之職位，涉及員工是否有接觸雇主重要營業資訊，而可能洩漏該資訊，以致侵害雇主營業利益，另員工之工作內容，涉及員工是否有與客戶長期密切接觸之機會，而可能拉走原屬雇主之客戶，造成雇主客戶之流失，倘若員工之職位甚低，無緣接觸雇主之業務機密，且其工作內容，並無與客戶長期密切接觸之機會，則此種員工縱使離職，客觀上亦無侵害雇主需保護之營業秘密或重大營業資訊之危險，以競業禁止條款限制此等員工之職業自由，並無助於雇主營業利益之維護，僅生侵害員工工作權之結果，故在客觀上員工並不具有侵害雇主前揭值得保護之營業秘密或重大經營資訊之可能性時，仍為競業禁止之約定，應認顯失公平。經由競業禁止之約定而限制員工就業之種類與內容、期間與地域，均應有一定合理之範圍。若對競業禁止之行為種類、期間、地域，並無合理之限制範圍，將形成對員工工作權之完全剝奪，應認顯失公平。至於在何種範圍之限制，始屬合理，自應視員工受僱當時之職位與工作內容，以及雇主對員工訓練所投入之資源而定，職位越高或工作內容涉及業務機密，並可能與客戶密切長期接觸，或雇主對員工投入之教育、訓練資源越多，員工受限制之範圍，即可能越大，以保障雇主之營業利益。雇主於約定競業禁止期間，應給予員工一定之補償，且需足以維持員工及其家庭之基本生活。蓋競業禁止既為保護雇主單方之利益，而限制員工之工作權，若未給予員工補償，將造成僅員工負有一定不作為義務之給付不對等地位，且將使雇主無動機對限制員工就業之期間，詳為考量斟酌。又員工之職業自由遭限制，若未能自雇主獲得補償，將難以維持其家庭生活，致需社會救助，而造成公共之負擔。從而，雇主與勞工簽訂競業禁止條款，若未同時約定雇主之補償義務，則應認顯失公平而無效。」此外，法院於審酌個案後，認為競業禁止約款因有本款情事而屬顯失公平者尚有臺南地方法院民事判決 96 年度訴字第 1644 號、臺南地方法院民事判決 96 年度簡上字第 57 號、桃園地方法院民事判決 96 年度訴字第 1129 號等判決。

²⁶⁶ 此可參見臺北地方法院新店簡易庭小額民事判決 96 年度店勞小字第 19 號、臺北地方法院民事判決 94 年度訴字第 6572 號、板橋地方法院民事判決 95 年度勞簡上字第 30 號等判決。

(三) 按其情形顯失公平

定型化契約條款一旦符合上開四款情形之一者，尚判斷是否有「按其情形顯失公平」，始能斷定約款之效力，對此臺灣高等法院民事判決 92 年度勞上易字第 126 號：「惟按民法第 247 條之 1 規定之立法理由，是為使社會大眾普遍知法、守法起見，而於本條中列舉原則性規定，明定附合契約之意義，並為防止此類契約自由之濫用及維護交易之公平，列舉四款有關他方當事人利害之約定，如按其情形顯失公平者，明定該部分之約定為無效。但並非所謂附合契約均為無效，仍要考量是否契約內容符合上述法條四款要件，衡量是否顯失公平為斷。」故以下分別就顯失公平之概念及最高法院之見解分別說明：

1、顯失公平

定型化契約條款是否對於相對人顯失公平，應綜合衡量雙方當事人之利益而為判斷。²⁶⁷因此，約款使用人以該約款恣意追求一己之利益，而自始未兼顧相對人之正當利益，或未於同一契約中，以其他約款對相對人為補償規定者，即為顯失公平。²⁶⁸反之，定型化約款雖妨礙相對人之利益，但卻因此維護了使用人較高或相等之利益，該約款即非顯失公平，得約束相對人。²⁶⁹

於綜合約款使用人與相對人之利益時，應考慮所有可能影響雙方利益之因素，例如契約之種類、性質、目的、全部內容，²⁷⁰約款使用人經營效率之必要性、相對人的合理信賴、因不可抗力或第三人之行為所造成風險的合理分配，交易成本與交易習慣等等。²⁷¹

再者，於判斷約款是否「顯失公平」時，由於此種定型化約款的對象是為了多數契約之用，故應以一般、典型的交易相對人作為審酌之基礎，換言之，應對於某類交易型態中，一般契約相對人典型而通常的利益而為衡量，此為一般的審查標準（genereller Prüfungsmaßstab）。²⁷²原則上並

²⁶⁷ Vgl. BGH 8. 10. 1987, NJW 1988, 258; 轉引自詹森林，〈定型化契約之基本概念及其效力規範〉，收錄於《民事法理與判決研究（三）—消費者保護法專論》，2003年8月初版，頁79。

²⁶⁸ Vgl. BGH 29. 2. 1984, NJW 1985, 53, 55; 轉引自詹森林，〈定型化契約之基本概念及其效力規範〉，收錄於《民事法理與判決研究（三）—消費者保護法專論》，2003年8月初版，頁79。

²⁶⁹ Vgl. BGH 12. 03. 1987, NJW 1987, 2431; 轉引自詹森林，〈定型化契約之基本概念及其效力規範〉，收錄於《民事法理與判決研究（三）—消費者保護法專論》，2003年8月初版，頁79-80。

²⁷⁰ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn.284.

²⁷¹ 參閱詹森林，〈定型化契約之基本概念及其效力規範〉，收錄於《民事法理與判決研究（三）—消費者保護法專論》，2003年8月初版，頁79-80。

²⁷² Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn.283-284; Gotthardt, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform. Neue Rechtslage für bestehende Arbeitsverträge ab 1.1.2003, 2.Aufl., München 2003., Rn.296; Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im

不斟酌個案當事人之特殊情況，例如勞工的社會保護需求、其有特殊之疾病或與公司間之關係。此種抽象的審查標準，可普遍適用於所有利用該約款的個案。²⁷³

然而，上開抽象的審查標準仍會依據定型化契約條款適用於不同種類的交易，不同種類的契約，甚至是使用在不同交易範圍的對象上，將會出現不同之結果，因為利益狀態、雙方關係及保護需求皆有不同，此時即應針對當時的契約或是交易型態而進行不同的利益衡量。²⁷⁴

2、依「契約本質所生之主要權利義務」及「法律規定」

此外，依立法理由之闡釋，所謂「按其情形顯失公平」，是指依契約本質所生之主要權利義務，或按法律規定加以綜合判斷而有顯失公平之情形而言，而此等見解綜合判斷亦被最高法院所援用。²⁷⁵

在此所謂「按法律規定」或「依契約本質所生之主要權利義務」加以綜合判斷有無顯失公平之情事，在論述上過於抽象，本文認為似可參考消保法第 12 條第 2 款「條款與其所排除不予適用之任意規定立法意旨顯相矛盾」及第 3 款「契約之主要權利義務，因受條款之限制，致契約之目的難以達成」而加以判斷，其內涵及基本思想應為一致。

詳言之，此處之「法律規定」應指任意規定，蓋若約款違反強行規定，本依民法第 71 條規定而為無效，在法規之適用上並無疑義。反之，契約當事人本可依契約約定排除任意規定之適用，惟任意規定是立法者衡量當事人之利益後，而為適當之調解所為之價值判斷，故縱為任意法規，亦不容當事人之一方以單方預先擬定之定型化契約條款任意排除，從而任意規定可作為判斷約款是否有顯失公平之標準。²⁷⁶

再者，「依契約本質所生之權利義務」判斷約款之效力時，應視契約之主要權利義務是否因約款而受有限制並導致契約之目的難以達成。此處之權利應指契約相對人之權利，而義務則為約款使用人之義務。至於約款

Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn. 73; Thüsing, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, München 2007, Rn. 94.

²⁷³ Vgl. Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn. 74-75.

²⁷⁴ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 285; Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn. 76.

²⁷⁵ 參見最高法院民事判決 91 年度台上字第 2336 號、最高法院民事判決 94 年度台上字第 2340 號。

²⁷⁶ 參閱詹森林，〈定型化契約之基本概念及其效力規範〉，收錄於《民事法理與判決研究（三）—消費者保護法專論》，2003 年 8 月初版，頁 62-63。

使用人基於契約所負之「主要義務」除了主給付義務外，尚包含附隨義務，至於其範圍為何，則應依當事人所定契約內容及其目的，並特別考量該契約類型在交易上之特徵，以探求約款使用人之主要契約義務及相對人之主要契約權利。而契約之目的是否因主要權利或義務之限制，致無法達成，應就個別案例、斟酌各項因素決定之。²⁷⁷

3、最高法院裁判觀察

(1) 無從選擇締約對象或無拒絕締約內容餘地

觀察最高法院判決，其經常表示：「所謂定型化契約之條款因違反誠信原則顯失公平而無效者，係以契約當事人之一方於訂約當時處於無從選擇締約對象或無拒絕締約內容餘地之情況，而簽訂顯然不利於己之約定為其要件。」²⁷⁸

對此，於判斷定型化勞動契約條款有效與否時，上開法院見解常被下級審法院加以援用，²⁷⁹例如在勞僱雙方約定未達一定服務年限，勞方須返還在約定範圍內返還其所認購股票之案件中，**新竹地方法院 91 年訴字第 886 號判決**於表示：「所謂定型化契約之條款因違反誠信原則，顯失公平，而無效者，係以契約當事人之一方於訂約當時處於無從選擇締約對象、無拒絕締約餘地或就契約內容無磋商可能之情況，而簽訂顯然不利於己之約定為其要件。」由上可知，判決兼採上述最高法院之見解，以作為判斷依據。

(2) 實務見解之檢討

上述最高法院所創設之標準固然是審查定型化契約條款效力的目的，然而是否適於作為所有個案之審查標準，限制定型化約款需達到「無拒絕締約餘地或無其他締約對象可供選擇」才屬於「顯失公平」而宣告約

²⁷⁷ 參閱詹森林，〈定型化契約之基本概念及其效力規範〉，收錄於《民事法理與判決研究（三）—消費者保護法專論》，2003年8月初版，頁70-72。

²⁷⁸ 參見最高法院民事判決 94 年度台上字第 941 號判決，相同見解最高法院民事判決 90 年度台上字 2011 號及最高法院民事判決 92 年度台上字第 39 號；詹森林，〈最高法院與定型化契約法之發展〉，收錄於《民事法理與判決研究（四）—消費者保護法專論（2）》，2006年12月初版，頁178-181。

²⁷⁹ 相同見解請參見臺灣高等法院民事判決 96 年度勞上字第 66 號、臺灣高等法院民事判決 91 年度勞上易字第 59 號、臺灣高等法院臺中分院民事判決 96 年度上易字第 57 號、臺灣高等法院臺中分院民事判決 95 年度上易字第 437 號、新竹地方法院民事判決 91 年訴字第 886 號、臺中地方法院民事判決 94 年度重勞訴字第 18 號、高雄地方法院民事判決 94 年度勞訴字第 59 號、高雄地方法院民事判決 93 年度訴字第 2370 號、臺灣臺北地方法院民事判決 97 年度勞訴字第 12 號

款之無效，則不無疑義，學界對於最高法院之見解亦多持批判之立場，²⁸⁰從而有加以探討之必要，茲分述如下：

首先，就「**締約對象的選擇**」而言，消費者儘管有多家廠商可供選擇，然而各廠商卻經常使用即為類似甚至完全相同的定型化契約條款，縱然在形式上可供消費者選擇不同之締約對象，然消費者所要面臨者為相同之約款，難道可因為形式上的選擇自由，而一概認定所有廠商之定型化契約條款皆無違反誠實信用或顯失公平？由此顯見最高法院的見解極為不妥。

再者，學者指出最高法院所謂「**無拒絕締約餘地**」之要件，似乎難以想見，以就運用定型化契約最為廣泛之消費者契約而言，除了民生必須之商品或服務外，一般情況下似乎少有無從締約之情況，若嚴格依此要件判斷，則幾乎無法認定此類交易的定型化契約條款有違反誠信原則或顯失公平之情事。²⁸¹

若將「**無從拒絕締約或無其他締約對象可供選擇**」之要件對應到勞僱關係的實態上，似乎也會發生上述的缺失及意義，亦即在現實上幾乎無從想像，除非該公司係屬於獨佔性之公司，則始有可能符合此要件。實務上有採此見解者，於**臺北地方法院民事判決 95 年度勞訴字第 80 號**在判斷定型化契約中競業禁止約款的案件中，認為雇主所經營之行業，並非獨佔性或者規模最大公司，故勞工並沒有無從選擇締約對象或者無拒絕締約餘地之情性，因而綜合各項判斷，該競業禁止約款並無顯失公平或者違反誠信原則之情形。²⁸²

²⁸⁰ 參閱詹森林，〈定型化契約條款效力之規範〉，收錄於《民事法理與判決研究（四）—消費者保護法專論（2）》，2006年12月初版，頁138-139及〈最高法院與定型化契約法之發展〉，收錄於《民事法理與判決研究（四）—消費者保護法專論（2）》，2006年12月初版，頁178-180；黃立，〈契約自由的限制〉，月旦法學雜誌第125期，2005年10月，頁13-15。

²⁸¹ 參閱詹森林，〈定型化契約條款效力之規範〉，收錄於《民事法理與判決研究（四）—消費者保護法專論（2）》，2006年12月初版，頁138-139。

²⁸² 參見**臺北地方法院民事判決 95 年度勞訴字第 80 號**：「本件被告雖辯稱系爭競業禁止條款違反民第 247 條之 1 第 3、4 款規定，惟查兩造簽訂系爭勞動契約之前，被告早於 75 年 7 月 28 日即於原告公司任職（見本院卷第 11 頁），此為被告所自承，則本件被告於 87 年間簽訂系爭勞動契約時，核與一般得個別磋商、簽訂之契約，實無區別，尚非一般定型化契約可堪比擬。且系爭勞動契約僅 4 頁，而原告所營之行業，尚非獨佔性或規模最大之公司，故被告於簽訂系爭勞動契約時，亦非處於無從選擇締約對象或無拒絕締約餘地之情形，足見系爭勞動契約之條款之簽訂，確係經當事人深思熟慮後，出於自由意志下所為之可言。是綜觀全部條款內容尚難認有何不合理或顯失公平之處，參酌雙方之訂約能力、雙方前後交易之經過情形，因認系爭勞動契約之簽訂，並無顯失公平，或有何違反誠信原則之情事。」；**臺北地方法院民事判決 94 年度勞簡上字第 23 號**：「且系爭勞動契約僅只 13 條約款，含當事人簽名處不過寥寥 2 頁，並非長篇數十頁，然乙○○於審閱 1 週後，對於系爭勞動契約之內容，並未提出任何異議，或有何修正之要求，復未舉證證明有曾為要求修正，但遭拒絕之情事，此為上訴人即被上訴人乙○○所不爭執，參之系爭勞動契約之條款內容及勞動條件，基本上係延續兩造間前於 89 年 7 月 25 日所訂之勞動契約之內容，該契約第 4 條亦訂有離職後競業禁止條款（見原審卷第 50 頁、第 51 頁、第 82 頁、

對此，亦有實務見解雖引用最高法院之論述，卻不為嚴格之認定，以臺北地方法院民事判決 97 年度勞訴字第 12 號為例，法院於衡量約款之效力時，考量到勞資雙方在締結勞動契約時協商地位不平等的現實狀態，從寬認定「無從拒絕締約或無其他締約對象可供選擇」之要件：「經查，兩造間之聘僱契約書係屬原告預定用於聘僱員工之契約條款而訂定之契約，並於聘僱被告時提供被告使用，原則上確屬定型化契約，而被告辯稱在簽約之時係當場看了即行簽約，並未將契約書帶回家看，此為原告所不爭執（見本院卷第 18 頁背面），足見原告並未提供被告一充分合理之審閱期間供被告細究審酌系爭契約之條款內容，堪認被告所辯其簽約時不知系爭契約書內含有競業禁止條約等語，應屬非虛。縱認被告在簽約時已悉契約書內含有競業禁止條款，然查，本件被告係於求職時在任職前簽訂系爭聘僱契約書，雖被告就該等契約得選擇是否與原告訂立，惟人浮於事乃目前社會上之一般現象，基於謀職不易之考量，一般受僱人出於為能取得、或保全工作之壓力，往往係在自由意思遭受某程度之抑制下方始簽訂內含競業禁止條款之聘僱契約，徵之被告僅係受僱擔任美語老師，核與經雇主高薪挖角招募而來之受僱人較能享有與雇主個別磋商之權不同，自堪認被告簽約時，係處於無從選擇締約對象或無拒絕締約餘地之情形。」

又如，高雄地方法院民事判決 91 年度勞簡上字第 22 號認為，雇主於「資遣費收據」載明拋棄權利之約款，具有定型化契約之性質，由於勞工若不於領款收據上簽名，即有不能立即獲得資遣費之危險，據以認定勞工在此時已無選擇或拒絕之餘地，並基於勞資雙方間經濟地位有明顯優劣之區別，從而認定此類要求勞工拋棄權利之約款為無效。²⁸³

針對最高法院之見解，學者從定型化約款控制本質上的目的，認為實無須以「無從選擇締約對象」或「無拒絕締約內容餘地」作為審查約款效力之標準。詳言之，之所以需要特別控制約款對他方當事人之拘束力，原

第 83 頁)，亦有兩造間之勞動契約及續約可佐，徵之世達公司所營之行業，尚非獨占性或規模最大之公司，故乙○○於簽訂系爭勞動契約時，亦非處於無從選擇締約對象或無拒絕締約餘地之情形，足見系爭勞動契約之條款之簽訂，確係經當事人深思熟慮後，出於自由意志下所為，亦顯無任何出於急迫、輕率或利用乙○○無經驗之情形可言。」

²⁸³ 參見高雄地方法院民事判決 91 年度勞簡上字第 22 號：「查上訴人離職時所簽立之『資遣費收據』係打字之制式文書，僅於空白處手寫姓名、金額等資料，顯係被上訴人公司預定用於員工離職所使用，有定型化契約之性質。該收據上固載明「茲已收到裕榮食品股份有限公司給付之資遣費、預告工資、特休未休工資、假日工資及加班費等，合計新台幣五十萬元整。．．．本人日後絕不以任何藉口、理由向裕榮食品股份有限公司作任何要求，並同意放棄所有法律請求權。」惟上開約定既係以定型化契約條款使上訴人拋棄權利，依上述民法第二百四十七條之一之規定，其約定自屬無效。且該約定係附於上訴人之領款收據上所記載，顯與雙方已確定資遣費債權後，協商退讓而另行成立和解者有別，上訴人如不於該領款收據簽名，顯有不能立即獲得資遣費之危險，已令上訴人無選擇或拒絕之餘地，再以被上訴人公司較諸上訴人經濟地位之明顯優勢，其不公平之情甚為顯然，不論其性質為和解或拋棄權利之約定，均違反誠實信用原則，亦應為無效。」

因即在於他方當事人就有爭議之約款，僅有形式上之契約自由，而無實質上之契約自由，以致於在該條款下，當事人之關係有「顯失公平」之情形。²⁸⁴ 當然，若在相關交易欠缺市場競爭時，有其保護之必要，但保護之對象絕非僅限於壟斷、獨佔等欠缺市場競爭之交易，在一般以定型化契約為之的交易，約款亦可能出現「顯失公平」之情形，從而應著重在約款內容之實質審查。²⁸⁵

就此一標準而言，有學者認為在解釋上，由於勞工多依賴其勞務所得以獲取或維持經濟生活水準，因此不論定型化勞動約款係於勞動契約締結時同時，或嗣後另行訂定，原則上可認為勞工係處於「無從選擇締約對象或無拒絕締約餘地的情況」，因此仍應有民法第 247 條之 1 適用。²⁸⁶

本文以為，他方當事人於締約之時「無從選擇締約對象」或「無拒絕締約內容餘地」固然是定型化契約控制所保護之對象之一，然若直接依其文義藉以作為判斷約款效力之標準時，恐難使民法第 247 條之 1 發揮實際作用，因為在實際的情況上，甚難有約款相對人完全無法選擇締約對象或者完全無法拒絕締約之內容；然若對此採取寬鬆之解釋，又將使標準不一，例如臺北地方法院民事判決 97 年度勞訴字第 12 號、高雄地方法院民事判決 91 年度勞簡上字第 22 號，雖同樣引用最高法院之論述，然在解釋上似有相當大的空間，若任由法院依據個案情況而為解釋，恐將流於恣意，所謂標準之確立，亦不再具有實質上之意義。由此觀之，最高法院之見解並無助於民法第 247 條之 1 對於「顯失公平」之判斷，此等見解並不恰當。

三、消保法有關內容控制之規定

消保法第 12 條第 1 項規定：「定型化契約中之條款違反誠信原則，對消費者顯失公平者，無效。」同條第 2 項則規定：「定型化契約中之條款有下列情形之一者，推定其顯失公平：一 違反平等互惠原則者。二 條款與其所排除不予適用之任意規定之立法意旨顯相矛盾者。三 契約之主要權利義務，因受條款之限制，致契約之目的難以達成者。」

依據文獻之闡述，消保法關於定型化契約之規定主要是參考德國定型化契約條款規制法 (AGBG)，故本條規定基本上與德國定型化契約條款規

²⁸⁴ 參閱詹森林，〈最高法院與定型化契約法之發展〉，收錄於《民事法理與判決研究（四）—消費者保護法專論（2）》，2006 年 12 月初版，頁 180。

²⁸⁵ 參閱詹森林，〈最高法院與定型化契約法之發展〉，收錄於《民事法理與判決研究（四）—消費者保護法專論（2）》，2006 年 12 月初版，頁 180-181。

²⁸⁶ 參閱林更盛，離職後競業禁止約款的審查：民法第二四七條之一—評台北地方法院九一年勞訴字第一二九號判決—萬國法律第 131 期，2003 年 10 月，頁 30。

制法第 9 條之規定相似，²⁸⁷本條第 1 項為審查定型化契約條款最基本、抽象之規定，而同條第 2 項則有具體化第 1 項規定之功能，與德國法所不同之處在於增列「違反平等互惠原則」（第 2 項第 1 款）為顯失公平情況之推定。²⁸⁸所謂「違反平等互惠原則」，依施行細則第 14 條之規定，要求約款內容給付與對待給付間之平等互惠、危險分配之平等互惠，若約款內容使相對人負擔顯不相當之賠償責任，或有其他顯不利於相對人之情形時，該約款皆屬違反平等互惠原則。定型化契約條款凡有第 2 款之情形者，即被「推定」該條款對消費者顯失公平，但相對人仍可舉反證推翻，只要其能證明該定型化約款並無違反誠信原則及顯失公平之情事，則約款仍為有效。²⁸⁹

第四款 德國民法之觀察

由上可知，我國在定型化契約內容控制之制定法規範，有相當大程度是參考德國法之規定，尤其是消費者保護法第 12 條之規定，無論是條文體例或用語，與定型化契約條款規制法（AGBG）第 9 條（現為德國民法第 307 條）極為雷同，雖然如此，消保法卻未繼受該法第 10 條及第 11 條所列禁止記載之條款，此種立法模式固然使法院或主管機關保有極大的判斷空間，卻也增加其論證或說明之負擔，²⁹⁰亦因過於抽象、概括而不利於法安定性。

而德國債法現代化後，將定型化契約條款規制法之規定規整至債法中，在條文內容上大幅度承襲該法之規定，故以下針對德國法關於定型化契約內容控制之體系作一簡略之介紹。

一、體系概論

（一）條文概論

德國民法第 307 條至第 309 條係屬於對於定型化約款內容控制之規定，其內容分別為：²⁹¹

²⁸⁷ 參閱詹森林，〈定型化契約之基本概念及其效力規範〉，收錄於《民事法理與判決研究（三）—消費者保護專論》，2003 年 8 月初版，頁 57；劉春堂，〈定型化契約〉，收錄於《消費者保護研究第三輯》，1997 年 4 月，頁 135。

²⁸⁸ 參閱詹森林，〈定型化契約之基本概念及其效力規範〉，收錄於《民事法理與判決研究（三）—消費者保護專論》，2003 年 8 月初版，頁 55，57。

²⁸⁹ 參閱詹森林，〈定型化契約之基本概念及其效力規範〉，收錄於《民事法理與判決研究（三）—消費者保護專論》，2003 年 8 月初版，頁 57；劉春堂，〈定型化契約〉，收錄於《消費者保護研究第三輯》，1997 年 4 月，頁 136。

²⁹⁰ 參閱陳自強，〈契約之成立與生效〉，2005 年 2 月，頁 204-205。

²⁹¹ 有關德國民法第 307 條至第 309 條之中文翻譯，參閱黃立〈民法債編總論〉，2006 年 11 月修正三版，頁 107，112-115；黃立〈細說德國二 0 0 一年新民法消費契約契約條款〉，政大法學

民法第 307 條第 1 項第 1 句基本上為概括條款之規定，以約款是否違反誠信原則，對相對人而言有無顯失公平以判斷約款之效力，於本條第 2 項明定兩種情況以作為判斷「顯失公平」之基準；至於第 1 項第 2 句則是「透明性原則」之明文規定，本條之內容為：

(1) 定型化契約中之條款違反誠信原則，對相對人顯失公平者，無效。

條款不明確或無法理解者，亦得被認為顯失公平。

(2) 有疑義時，條款應認為顯失公平：

1、背離法律條款之規範，與法律規範之基礎理論顯相矛盾者。

2、契約之主要權利或義務，因受條款之限制，致契約之目的難以達成者。

(3) 第 1 項及第 2 項以及第 308 條與第 309 條之規定，僅適用於定型化契約中之條款背離法律規範或其補充規定者。其他之條款可能依據第 1 項第 2 句及第 1 項第 1 句而無效。

有關第 308 條之規定，²⁹²則是屬於「有評價機會的條款禁止

評論第 98 期，2007 年 8 月，頁 114 以下；黃立〈消保法的定型化契約條款（二）〉，月旦法學教室第 16 期，2004 年 2 月，頁 79 以下。

²⁹² 民法第 308 條之中文翻譯為：

定型化契約約款尤應無效：

(1)【承諾及給付期限】

給與約款使用人不當過長或不夠確定之承諾、拒絕要約或提出期限之規定；但依第 355 條第 1 項及第 2 項及第 356 條保留在撤回或解約期限經過後，始為給付者不在此限。

(2)【延展期限】

給與約款使用人就其應提出之給付，違反法律規定，給與過長或不夠確定之延展期限規定。

(3)【解約保留】

協議給與約款使用人以權利，並無客觀上合理並在契約中記載之理由，解除其給付義務；此規定不適用於長期債之關係；或者使相對人雖締約但無法確知期能否獲得給付。

(4)【變更之保留】

協議給予約款使用人以權利，變更原承諾之給付或為不同之給付，而該協議在斟酌約款使用人的利益下，對於相對人非可預期。

(5)【擬制之意思表示】

依條款之規定，約款使用人之契約相對人的意思表示，於作為或不作為時，視為已為意思表示或不為意思表示，但

a) 就意思表示之明確表示，給與契約相對人以相當期限，

b) 約款使用人負有義務，在期限開始時，促請契約相對人注意其行為有擬制意義者，不在此限。

(6)【送達之擬制】

條款規定，約款使用人有特別意義之意思表示，視同已送達相對人。

(7)【契約之清理】

依條款之規定，約款使用人就當事人一方解約或終止契約之情形，對物或權利所提出給付之收益或使用，得要求不當高額補償或就費用得要求不當高額賠償者。

(8)【無法提供給付】

依據第三款容許約款使用人在給付無法提供時解除給付責任，若約款使用人並無義務

(**Klauselverbot mit Wertungsmöglichkeit**)」之規範，當定型化約款有民法第 308 條所列之情形時，並非立即無效，而是須取決於評價，故本條規定中以不確定的法律概念訂之，例如第 1 及第 2 款的「過長」、第 4 款的「非可預期」或是第 5 款的「相當期限」皆屬之。因此，欲以本條規定而達到具體化民法第 307 條概括條款的功能，其成果是較為有限的。雖然如此，本條各款所規範之情況是具有「啟發性質 (heuristischer Art)」。換言之，民法第 308 條係在強調若個案中具有本條各款之情況時，即較有可能趨於無效。²⁹³與定型化勞動契約條款有關者，為本條第 4 款變更之保留、第 5 款有關擬制之意思表示規定；而關於費用返還條款則可能涉及第 7 款之規定。²⁹⁴此外，由於勞動關係屬於繼續性債之關係，故原則上應無第 3 款及第 8 款之適用。²⁹⁵

至於第 309 條則屬於「無評價機會之條款禁止 (**Klauselverbot ohne Wertungsmöglichkeit**)」之規定。²⁹⁶法律明訂某些「顯失公平」之定型

a) 立即告知相對人其無法提供給付並

b) 立即將對待給付退還相對人

²⁹³ Vgl. Däubler/Dorndorf/Bonie/ Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 308 BGB, Rn. 1.

²⁹⁴ Vgl. Aretz, Allgemeine Geschäftsbedingungen im Arbeitsvertrag, Köln 2006, S. 78-79; Hümmerich, Gestaltung von Arbeitsverträgen nach der Schuldrechtsreform, NZA 2003, 753ff.; Schnitker/Grau, Klauselkontrolle im Arbeitsvertrag. Zur Vereinbarkeit von Änderungs-, Anpassungs- und Widerrufsvorbehalten mit dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingen, BB 2002, 2120ff; Däubler/Dorndorf/Bonie/ Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 308 BGB Nr.8, Rn. 3.

²⁹⁵ Vgl. Thüsing, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, München 2007, Rn.91; Däubler/Dorndorf/Bonie/ Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 308 Nr.3 BGB, Rn. 1, §308 Nr.8, Rn.1.

²⁹⁶ 民法第 309 條條文之中文翻譯為：

縱然背離法律規範原被容許，在定型化契約條款中仍然無效：

(1)【短期之價格提高】

條款就締約後四個月內應交付或提出貨物或給付對價之提高，所為之規定；但在長期債之關係架構內被交付或提出貨物或給付，不適用之。

(2)【同時履行抗辯權】(拒絕給付權)

經由條款

a) 使約款使用人之契約相對人，依德國民法第 320 條原應有之同時履行抗辯權被排除或受限制者，或

b) 原應屬於約款使用人之契約相對人的留置權，只要其係同一契約關係為基礎，因此被排除或限制者，尤其是以約款使用人對瑕疵之承認為前提之情形。

(3)【抵銷禁令】

經由條款使約款使用人之契約相對人，被剝奪已並無爭議或已經判決確認之債權為抵銷之權限。

(4)【催告、期限之訂定】

經由條款使約款使用人免除，對相對人催告或訂定催告給付或補為給付期限之法定職責。

(5)【損害賠償請求權之總額】

約款使用人就損害賠償或因瑕疵減少之補償，為總額請求權之約定，如

a) 總額超過，在訂定範圍內依事務之通常過程可期待之損害，或通常發生之價值減少時，或

b) 剝奪相對人證明損害或價值減少根本未發生，或大幅低於總額之機會。

(6)【違約處罰】

經由條款，於不收受或遲延收受給付，支付遲延或於相對人解約之情形，承諾給與約款使用人以違約處罰者。

(7)【生命、身體、健康受損害及重大過失責任之排除】

a) (生命、身體、健康受損害)：排除或限制因約款使用人有過失的義務違反，或約款使用人之法定代理人、或履行輔助人故意或過失之違反，所生生命、身體、健康之侵害的責任；

b) (重大過失)：排除或限制由於約款使用人之重大過失，或約款使用人之法定代理人或履行輔助人之故意或重大過失之契約違反行為，所生其他損害之責任；第 a 目及第 b 目之規定，於責任之限制係依據旅客運送法之標準許可之電車、公車及固定路線班車營運條件及費率規定者，不適用之。但其不利以不背離乘客依據 1970 年 2 月 27 日電車、公車及固定路線班車一般運送條款辦法規定者為限。b 目規定不適用於國家許可之樂透或彩券契約。

(8)【其他義務違反之責任排除】

a) (排除解約權) 約定約款使用人可以排除或者限制，於其有可歸責事由之買賣承攬物瑕疵所生義務違反時，契約相對人之解約權；本規定不適用第七款所定要件下之運送條件與費率規定；

b) (瑕疵) 經由交付新製之物及經由承攬給付約定：

aa) (排除及對第三人之指示) 排除對約款使用人因瑕疵之請求權全部或一部，而以轉讓對第三人之請求權為限，或自始以先對第三人以訴訟請求為前提；

bb) (限於補為履行) 除非相對人未明示保留在補為履行失敗時減價，或於瑕疵擔保之標的物並非建築給付者，得選擇解除契約外，將對約款使用人之請求權全部或一部，限於補為履行請求權；

cc) (補為履行之費用) 約款使用人就補為履行目的所必要之費用，特別是支付運輸、過路、加工及材料費用之義務，被排除或限制；

dd) (補為履行之排除) 約款使用人就補為履行以相對人事先給付全部對價，或與瑕疵相較不成比例之高額對價為前提者；

ee) (瑕疵通知之除斥期間) 約款使用人給與相對人就隱藏之瑕疵之通知，訂定之期間較 ff 目容許之期間為短者；

ff) (消滅時效期間之縮短) 於第 438 條第 1 項第 2 款及第 634 條 a 第 1 項第 2 款之情形，約定對約款使用人因瑕疵所生請求權，縮短其消滅時效期間，或於其他情形，約定自法定消滅時效起算時起，不滿一年之期間時效即已完成者。

(9)【長期債之關係的存續期間】

就契約關係之以約款使用人為經常之貨品交付或經常之服務或承攬給付為內容，

a) 係對相對人有兩年以上拘束效期之契約，

b) 對相對人就契約關係有拘束力的自動延長，每次逾一年，或

c) 使相對人負擔，在原定或自動延長之契約效期經過前，以三個月以上之期限為終止之通知者。但對於一併出售之物的交付契約、保險契約及在著作權人與實施著作權與相關保護權利法之實施公司間權利與請求權之契約，不在此限。

(10)【契約相對人之更換】

在買賣、借貸、僱傭或承攬契約之情形，經由條款使第三人得替代約款使用人在契約中所生權利及義務者，但

a) 第三人被顯名引據者，或

b) 給與相對人以解約權者，不在此限。

(11)【締約代理人之責任】

經由條款，約款使用人與相對人之代理人締約時，

a) 未就此特為明確而分離之表示，課代理人以獨立或保證之責任，或

b) 在無權代理的情形，課以逾越德國民法第 179 條以外之責任。

(12)【舉證責任】

經由條款，約款使用人將舉證責任為不利於相對人之變更，尤其是以

a) 就約款使用人應負責領域之情況，課相對人以舉證責任，

b) 使相對人證實特定之事實。

(13)【通知及表示之形式】

化約款，在本條規定中含有較少不確定的法律概念，此即是藉由制定法之規定對於某些類型的條款作了利益衡量，當契約條款符合本條規定時，即不須再透過審查，而可認定其為無效，在此原則上不再具備評價的可能性。²⁹⁷

由於勞動契約於債法現代化前並不適用定型化契約法之規定，故部分條文內容並非為了勞動契約而設，在適用上有不相符合之處，從而第 309 條之適用須依照民法第 310 條第 4 項第 2 句之規定，考量到勞動法之特殊性。本條各款規定與勞動契約有關者，特別是第 309 條第 2 款及第 3 款（留置權及抵銷），第 5 款及第 6 款（損害賠償總額及違約金），以及第 10 款（契約相對人之更換在關係企業中的調職條款）及第 12 款（舉證責任）及第 13 款（通知及表示形式）之規定。²⁹⁸至於，第 309 條第 1、8（b）、9 款及第 11 款在勞動法實務上不具重要性，鮮少有此類約定。²⁹⁹

（二）審查順序

德國民法第 307 條至第 309 條即屬於「內容控制」之規範，其規範之架構係以民法第 308 條及第 309 條為「特別的條款禁止（**Besondere Klauselverbote**）」，立法者在條文中明文訂出無效之條款，以法律規定將「顯失公平」之概念具體化；³⁰⁰而第 307 條則為一般性之規範，其適用之順序如下：³⁰¹

- 首先要審查的是：該契約條款是否有違反民法第 309 條「無評價機會之條款禁止（**klauselverbot ohne Wertungsmöglichkeit**）」
- 再者，要審查該契約條款有無違反民法第 308 條所規範「有評價機會之條款禁止（**klauselverbot mit Wertungsmöglichkeit**）」
- 若該條款皆無適用民法第 308 條及第 309 條之特別規定時，則應該要審

經由條款，就應對約款使用人或第三人所為之通知或表示，課以較書面形式更嚴格之形式，或與特別送達要件相併聯者。

²⁹⁷ Vgl. Aretz, Allgemeine Geschäftsbedingungen im Arbeitsvertrag, Köln 2006, S. 78-79; Stoffels, AGB-Recht, München 2009, Rn. 577.

²⁹⁸ Vgl. Aretz, Allgemeine Geschäftsbedingungen im Arbeitsvertrag, Köln 2006, S. 78-79; Hümmerich, Gestaltung von Arbeitsverträgen nach der Schuldrechtsreform, NZA 2003, 753ff.; Schnitker/Grau, Klauselkontrolle im Arbeitsvertrag. Zur Vereinbarkeit von Änderungs-, Anpassungs- und Widerrufsvorbehalten mit dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, BB 2002, 2120ff.

²⁹⁹ Vgl. Thüsing, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, München 2007, Rn.91.

³⁰⁰ Vgl. Aretz, Allgemeine Geschäftsbedingungen im Arbeitsvertrag, Köln 2006, S.75.

³⁰¹ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn.244; Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn. 38.

查該契約條款是否因適用民法第 307 條概括條款 (**Generalklausel**) 之規定，而有無效之情事。就第 307 條而言，第 2 項之規定優先於第 1 項而為適用。

對此，民法第 308 條及第 309 條關於條款禁止之規定，是優先於民法第 307 條一般內容控制規範之適用，惟勞動契約在適用民法第 308 條及第 309 條時，可能因其「特殊性」而受有限制。若定型化約款無「特別的條款禁止」之情形，仍然可能依據民法第 307 條之規定而賦予無效之法律效果。民法第 307 條係屬於概括條款之規定，對於勞動契約而言具有相當之重要性，在勞動契約中之約款，事實上幾乎都是屬於定型化契約條款。³⁰² 從民法第 307 條之規定觀之，當定型化契約條款違反誠信原則之要求，而對於約款使用者之相對人（在此為勞工）有「顯失公平」之情事時，根據該條第 1 項第 1 句之規定，該契約條款即為無效。此外，是否具有「顯失公平」之情事也可能是基於違反民法第 307 條第 1 項第 2 句之規定。換言之，亦即該約款之規範有不清楚且不易讓相對人瞭解之情況時，此為學說上所稱之「透明性原則」(**Transparenzgebot**)，一旦有上開情形之違反，亦可能屬於「顯失公平」。³⁰³

(三) 審查基準

1、概括條款 (民法第 307 條第 1 項第 1 句)

(1) 顯失公平與誠信原則

根據民法第 307 條第 1 項第 1 句，當定型化契約條款對於他方之契約當事人，因違反誠信原則而有不適當之不利 (**unangemessene Benachteiligung**) 時，該條款為無效。而該條文中所謂「**unangemessene Benachteiligung**」被我國學者譯為「顯失公平」。³⁰⁴

對於「不利 (**Benachteiligung**)」，應比較雙方當事人在未締結該約款前的法律地位，及因該約款所創設的法律地位，綜合考量所有法律上值得保護之利益。所謂的法律上值得保護之利益，在範圍上相當廣泛，舉凡勞工為維持經濟生活或是維護個人決定自由，而透過訓練或者透過對於其職位的經驗及熟悉以維持其工作能力之利益；甚至是因工作地點遠近而可以節省運輸成本之利益皆屬之。而判斷是否對於勞工「不利」之決定標準在於，若相較於約款存在前勞工之法律地位，因該約款之締結致使勞工的利

³⁰² Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn.245.

³⁰³ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn.246.

³⁰⁴ 參閱黃立〈民法債編總論〉，2006 年 11 月修正三版，頁 107。

益狀態及法律地位有所惡化時，即屬於對於勞工「不利」之情況。³⁰⁵

至於是否「顯失公平」，基本上須對於雙方當事人進行利益衡量，任何對於勞工合法利益的妨礙，並非基於雇主合理正當的利益，甚至是具有同等價值之利益，經過衡量後皆可能被評價為「顯失公平」。對於「顯失公平」之審查，係考量契約雙方當事人之合法之利益，並對兩者間之利益加以評價。³⁰⁶

由於民法第 307 條第 1 項第 1 句的條文提及「因違反誠信原則而顯失公平」，德國學界及實務對於本條文之解釋未有統一之見解，有認為對於約款為內容控制時，僅須視該條款有無「顯失公平」之情事即可；³⁰⁷另有認為應回歸「誠信原則」作為決定性標準，「顯失公平」僅為「誠信原則」之具體化。³⁰⁸然而此爭論在實際上並不具備重要性，兩者間可互為補充，「誠信原則」對於約款是否具有不適當性上，具有輔助判斷之功能。³⁰⁹

(2) 利益衡量之判斷標準

A、一般判斷標準

於判斷約款是否「顯失公平」時，由於定型化約款的對象是為了多數契約之用，故應以一般、典型的交易相對人作為審酌之基礎，原則上並不考量個案當事人之特殊情況。換言之，應對於某類交易型態中，一般契約相對人典型而通常的利益而為衡量，此為一般的審查標準（*genereller Prüfungsmaßstab*）。³¹⁰上開抽象的審查標準仍會依據定型化契約條款適用於不同種類的交易，不同種類的契約，甚至是使用在不同交易範圍的對象上，而產生不同之結果，因為利益狀態、雙方關係及保護需求皆有不同，此時即應針對當時的契約或是交易型態而進行不同的利益衡量。³¹¹原則上

³⁰⁵ Vgl. Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn. 56.

³⁰⁶ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn.281-282.

³⁰⁷ Vgl. Staudinger/ Coester, §307, Rn. 97.

³⁰⁸ Vgl. Wolf/ Horn/ Lindacher, AGB-Gesetz, 4. Aufl., 1999, § 9 Rn.112.

³⁰⁹ Vgl. Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn. 65.

³¹⁰ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn.283-284; Gotthardt, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform.Neue Rechtslage für bestehende Arbeitsverträge ab 1.1.2003, 2.Aufl., München 2003.,Rn.296; Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl.,München 2008, § 307 BGB, Rn. 73; Thüsing, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, München 2007, Rn.94.

³¹¹ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn.285; Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl.,München 2008, § 307 BGB, Rn. 76.

於適用民法第 307 條第 1 項第 1 句之概括條款時，應為一般審查標準之判斷。

B、個案具體情況之考量（Berücksichtigung konkreter Begleitumstände）

承上所述，於利益衡量時原則上應採抽象一般之審查標準，在此應予注意的是，依據文獻的闡述，勞工亦屬民法第 310 條第 3 項意義下的消費者，故依照同條項第 3 款之規定，根據民法第 307 條第 1 項及第 2 項判斷約款是否為顯失公平時，應考量到契約締結時之具體情況。³¹²若依據個案的情況來考量，可能將導致不同之結果。換言之，定型化約款本身可能因個案之情況，使其更難以通過內容控制之審查；或是因具體情事，可能會例外地將原被評價為「顯失公平」之約款，使之在個案中維持該約款之效力。在本款之規定下，有關相對人之「個人資格（persönliche Eigenschaften）」、契約締結時之具體情況、相對人非典型的特殊利益等皆屬於應加以考量之項目。³¹³

在民法第 310 條第 3 項第 3 款的考量下，約款會基於以下的情況而被判斷無效：例如該約款之存在，出乎相對人的意料，而屬意外之情況；或者是相對人缺乏此類交易上的經驗。反之，原為無效之約款可能因為當事人在締約中的角色本身並不具備地位上之劣勢，在此類個案中，即可能傾向維持約款之效力。³¹⁴

2、偏離法律規定之顯失公平（Abweichung vom Gesetzesrecht als „unangemessene Benachteiligung”）

依據民法第 307 條第 1 項，定型化約款若有違反誠信原則而顯失公平之情況，該條款即為無效，就此在該條第 2 項中特別明定兩種情況，亦即約款具有第 1 款「背離法律條文之規範，而與法律規範之基礎理論顯相矛盾者」、或者是第 2 款「契約之主要權利或義務，因受條款之限制，致契約之目的難以達成者」之情況，而有疑義時，應認為該條款為顯失公平。第 1 款所規範者是指當事人雙方所涉及之利益分配，已有法律規定或是重要基礎理論之存在；而第 2 款所涉及者是契約的本質及契約之目的。³¹⁵

³¹² Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn.286.

³¹³ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn.287.

³¹⁴ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn.288-289.

³¹⁵ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn.291; Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn. 213-214.

(1) 法律規範 (Gesetzliche Regelung)

民法第 307 條第 2 項第 1 款規定之意涵，在於對於任意法的模範功能 (Leitbildfunktion des dispositiven Gesetzesrechts) 之闡述，由於立法者於制定法律前，通常均已綜合比較衡量契約雙方當事人所涉利益，並為適當之調整，始以該條文表現其價值判斷，故若定型化契約條款若與所涉任意法規之基本原則互相衝突，應難認為有效。³¹⁶

除了制定法的任意規定外，依據德國聯邦法院之見解，存在於法律規範概念下之不成文的法律原則及思想，亦屬於本款的「法律規範」，³¹⁷因此所有的法律上的規範，包含對於制定法的解釋、類推適用或者是法律續造皆可理解為本款意義下的「法律規範」。³¹⁸甚至是法官法 (Richterrecht) 亦被歸入本款「法律規範」的概念下，對於法官法具有的模範功能 (Leitbildfunktion) 的理解，也被德國聯邦勞動法院援用在勞動法的領域上。³¹⁹

此種「任意法的模範功能」對於排除民法第 615、616 條規定之約款極具有重要性，因為依據民法第 619 條之規定反面推論，原則上可以契約約定排除民法第 615、616 條之規定。³²⁰

首先，根據民法第 615 條第 1 句，在雇主處於受領遲延或者是根據民法第 615 條第 3 句規定，雇主須負擔停工的風險時 (亦即所謂的經營風險)，勞工仍有勞動報酬之請求權。³²¹若雇主透過預先擬定之契約條款以免除其給付報酬之義務，則根據民法第 307 條第 2 項第 1 款規定，民法第 615 條則因具備「任意法的模範功能」而得作為評價衡量之標準。申言之，雇主應該負擔企業及經營上之風險，是勞動契約重要的結構特徵 (Strukturmerkmal)，所以雇主不能透過預先擬定之契約條款，將原本應

³¹⁶ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn.293.

³¹⁷ Vgl. BGH 15. 7. 1997, 2752, 2753.

³¹⁸ Vgl. BGH 8. 7. 1993, NJW 1993, 2738, 2739; BGH 28. 4. 1983, NJW 1983, 1671.

³¹⁹ Vgl. BAG 7. 12. 2005, NZA 2006, 423, 426; Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn.301; Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn. 219; Thüsing, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, München 2007, Rn. 97.

³²⁰ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn.294.

³²¹ 德國民法第 615 條之原文為：「§ 615 (Vergütung bei Annahmeverzug und bei Betriebsrisiko) Kommt der Dienstberechtigte mit der Annahme der Dienste in Verzug, so kann der Verpflichtete für die infolge des Verzugs nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Vergütung verlangen, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein. Er muss sich jedoch den Wert desjenigen anrechnen lassen, was er infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Dienste erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt. Die Sätze 1 und 2 gelten entsprechend in den Fällen, in denen der Arbeitgeber das Risiko des Arbeitsausfalls trägt.」

由雇主所應負擔之風險轉嫁給勞工。³²²

再者，根據民法第 616 條規定，在相對不重要的期間(nicht erhebliche Zeit)，基於不可歸責勞工之個人事由而無法給付勞務，勞工仍有報酬請求權。³²³原依第 619 條規定反面推論，似可認為契約當事人得利用個別契約約定排除民法第 616 條之規定。惟雇主若以預先擬定之契約條款，將工資續付的請求權完全地排除時，此無論如何與民法第 616 條闡述之重要的重要的基礎理論(wesentliche Grundgedanke)不一致。關於民法第 616 條意義下可容許勞工不為給付之期間，係取決於勞工無法給付勞務之時間、種類，以及不能給付原因情節之輕重。若雇主自始以定型化約款排除本條規定，或者對於勞工基於民法第 616 條之工資續付請求權，為最多僅得請求三日工資之總數約定，上開約款根據民法第 307 條第 2 項第 1 款，皆無法符合法律規範之基本理論，從而將導致約款無效之結果。³²⁴

(2) 契約之目的難以達成 (Gefährdung des Vertragszwecks)

根據民法第 307 條第 2 項第 2 款規定：當契約之主要權利或義務，因受條款之限制，致契約之目的難以達成者之疑義時，條款應認為顯失公平。根據本款所闡述之原則，當使用者以契約條款排除或限制其因不履行主給付義務而生之責任時，根據上開原則，該定型化約款應屬無效。然而，民法第 307 條第 2 項第 2 句並不僅僅以主給付義務(Hauptleistungspflicht)作為保護的法律客體。當重要的從給付義務(Nebenpflicht)在契約履行的過程中具有特別重要的意義時，亦可能成為該條的客體，基於有利契約相對人的立場下，特別將照顧保護義務納入考量。³²⁵

3、透明性原則 (Transparenzgebot)

(1) 意義與目的

「透明性原則」是源自於德國民法第 307 條第 1 項第 2 句規定，亦即定型化契約條款若有「不明確或難以理解 (nicht klar und verständlich)」

³²² Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn.295; Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn. 240ff.

³²³ 德國民法第 616 條第 1 句之原文為：「§ 616 (Vorübergehende Verhinderung) Der zur Dienst- leistung Verpflichtete wird des Anspruchs auf die Vergütung nicht dadurch verlustig, dass er für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert wird.」

³²⁴ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn.297-287; Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn. 238-239.

³²⁵ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn.302-303;

之情況，此時該約款亦可能被認定對於相對人為「顯失公平」。條文中「不明確或難以理解」之規定雖是沿用歐盟指令之規定（Artikel 5 Satz 1 der Richtlinie 93/13 EWG），惟於立法者明定本條文前，德國聯邦法院即透過判決持續地發展且擴大「透明性原則」之適用。根據判決之闡述，定型化契約條款之使用者於擬定約款時，負有盡可能以易於理解的、正確的、明白的方式，將相對人的權利義務及契約效果在定型化契約中呈現的義務。
326

條款之「透明（Transparenz）」是對於預先擬定之條款結構所作之核心假設。³²⁷ 條款的本身應該是能易於理解，且在文義上應具有明確性，其內容應被正確地訂入契約中。有關契約之權利與義務，契約相對人本可從條款中得到易於理解及正確之資訊。為了避免契約相對人因契約內容不明確而遭受不利益，從而對於基於契約所生的權利義務、雙方當事人基於約定而生之給付與對待給付義務有錯誤之安排，故對於約款有透明性之要求，此即為「透明性原則」所要保護的目的。³²⁸

此種基於「透明性原則」之思想，亦反映在德國民法第 305c 條第 1 項「異常條款」，及第 305c 條第 2 項「不明確條款解釋原則」之規定上。有關「異常條款」之規範，是指當其約款異於尋常，且依其情況不能為相對人所預見時，此時應將個別的定型化約款從契約中排除，此規定是涉及到約款納入契約之控制。³²⁹ 至於民法第 305c 條第 2 項的「不明確條款解釋原則」不涉及到約款之效果，解釋本身並不會導致條款從契約中除去之結果，此與因為違反民法第 307 條第 1 項第 2 句「透明性原則」將可能導致約款之無效的情況有所不同。

（2）勞動契約之適用

依據文獻之闡述，於德國債法現代化後，「透明性原則」在勞動法中的領域中亦有所適用，在此並不具備民法第 310 條第 4 項第 2 句勞動法之特殊性，故勞動契約仍應受有「透明性原則」之審查。申言之，在定型化勞動契約中應該考量到契約條款是否為「明確」且「易於理解」，而能夠

³²⁶ Vgl. BGH 17. 1. 1989, BGHZ 106, 259, 264; BGH 19. 9. 1991, BGHZ 106, 259, 264; BGH 19. 10. 1999, NJW 2000, 651; Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn. 139; Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 319.

³²⁷ Vgl. Müko/Basedow, 5. Auflage, 2007, §307 BGB, Rn.51.

³²⁸ Vgl. Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn. 146; Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 318, 320.

³²⁹ Vgl. Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn. 142.

表明其法效性（Rechtswirkung）。³³⁰

至於團體協約、廠場協定及勤務協定並不適用第 307 條第 1 項第 2 句有關「透明性原則」之規定，因為根據民法第 310 條第 4 項第 2 句規定，團體協約、廠場協定及勤務協定並不適用民法第 305 條以下有關定型化契約條款之規定。³³¹

（3）透明性原則之內容

歸結「透明性原則」之內涵，茲分述如下：

A、可理解之要求（Verständlichkeitsgebot）

「透明性原則」的第一個要求，即是契約條款以應清晰可令人理解之方式而被訂定，契約相對人可以藉此瞭解該定型化約款之意義及影響範圍。³³²

由於在內容控制之審查上，原則上需以一般、典型的交易相對人作為判斷基礎，故定型化約款原則上須讓一般之交易相對人能有所理解。除了相對人的理解可能性外，此判斷之重點及要求之程度將涉及到一般交易相對人對於契約內容之期待。換言之，若條款之內容與一般交易相對人的期待差距越大，則約款使用人應明確、清楚地制定約款內容。³³³此外，為「透明性原則之控制」時，仍應注意民法第 310 條第 3 項第 3 款之規定，除了上開抽象、一般的審查標準外，尚應依個案考量到個別勞工的理解能力。³³⁴

B、明確性及具體化之要求（Bestimmtheits- und Konkretisierungsgebot）

定型化條款在內容上必須具有明確性，尤其是有關相對人契約上的權利義務，在內容上應具體明確，因此使用者對於「應盡可能地將條款內容予以明確化及具體化」一事負有義務。明確性之要求具有特別的意義，一方面要求使用者必須詳盡的記載契約條款之構成要件及法律效果，不能出

³³⁰ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 329.

³³¹ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 326.

³³² Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 321; Aretz, Allgemeine Geschäftsbedingungen im Arbeitsvertrag, Köln 2006, S.96.

³³³ Vgl. Staudinger/ Coester, §307, Rn. 184; Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn. 158.

³³⁴ Vgl. Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn. 160.

現不合理的判斷空間。³³⁵另一方面，契約條款之訂定應盡可能的明確簡明，讓契約相對人在不須透過他人之幫助下，亦可因為明確之規定而不會妨礙到締約之進行。只有在契約相對人之權利義務在合乎法律上及事實上期待的情況下，約款應儘可能明顯與精確地規定時，始能符合明確性要求。³³⁶

在德國勞動法文獻之討論上，透明性原則適用於勞動契約時，特別是有關雇主的單方確定權（*einseitige Bestimmungsklauseln*）如自願性保留、撤回保留、調職條款、擴大雇主之指示權等約款，於判定上開約款之效力時，應以此種明確性的要求作為上位概念。³³⁷

C、模糊及詐欺之禁止（*Verschleierungs- und Täuschungsverbot*）

定型化契約條款之內容不僅要清楚，其所構成之法律狀態內容亦要具備正確性。換言之，對於相對人而言，並非只有約款內容不清晰會導致顯失公平之情況，若條款在結構上將使人誤解，亦可能使相對人在利益之維護上受有妨礙；³³⁸或者使相對人因此須受契約拘束，而負擔不合理之義務。³³⁹故在客觀上不容許該約款有誤導他人之情況，使用者亦不得有詐欺之意圖（*Täuschungsabsicht*）。³⁴⁰

此外，使用者並不須負擔「一般法律指示義務」（*allgemeine Rechtsbelehrungspflicht*），此等義務並非可從「透明性原則」所導出。詳言之，只有因為契約條款有不清晰或令人誤解之情況，致使相對人誤解或無法理解法律上或者基於契約所生之權利時，此時才能讓使用者負擔約款

³³⁵ Vgl. BAG 31. 8. 2005, NZA 2006, 324, 328, 本件判決要旨第七點之原文為：「Das Transparenzgebot (§ 307 I 2 BGB) schließt das Bestimmtheitsgebot ein. Danach müssen die tatbestandlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen im Rahmen des Möglichen so genau beschrieben werden, dass für den Verwender keine ungerechtfertigten Beurteilungsspielräume entstehen.」

³³⁶ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 322; Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn. 156a; Aretz, Allgemeine Geschäftsbedingungen im Arbeitsvertrag, Köln 2006, S.97.

³³⁷ Vgl. Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn. 164b,169; Aretz, Allgemeine Geschäftsbedingungen im Arbeitsvertrag, Köln 2006, S.97.

³³⁸ Vgl. BGH 23. 3. 1988, NJW 1998, 1726, 1728.

³³⁹ Vgl. Staudinger/ Coester, §307, Rn. 192; Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn. 156; Aretz, Allgemeine Geschäftsbedingungen im Arbeitsvertrag, Köln 2006, S.98-99.

³⁴⁰ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 321.

歸於無效之風險。³⁴¹

(4)「透明性原則」與「適當性控制 (Angemessenheitskontrolle)」之關係

德國民法第 307 條第 1 項第 1 句所謂的「顯失公平」與同條項第 2 句「透明性原則」間之關係為何，在德國學界之討論上有不同之見解。部分學者認為「透明性原則」之違反必須有「顯失公平」之情事時，才會導致約款歸於無效，故「透明性原則」仍為「適當性控制」概念下之內容。³⁴²換言之，兩者間具有從屬關係，而非互為獨立之標準。亦有文獻認為不須考慮是否有「顯失公平」，約款違反透明性原則之本身可以作為獨立的判準，從而導致約款之無效。³⁴³

關於此問題首先應釐清者為，約款本身之不透明不見得必然導致「顯失公平」之結果，尤其是當約款之不明確的程度相當輕微時；且從民法第 307 條第 1 項第 2 句本身以「可能」作為條文上之用語，亦可證實上開結論。從而，單純的不明確而無內容上的顯失公平時，並無理由使約款之效力歸於無效。³⁴⁴

再者，應予以區分者，在於該無效的要件，是由於內容上不具適當性的約款形式上具有不透明之特徵，或者是該不透明本身即對於相對人有顯失公平之情況。聯邦法院在其判決中強調，若使用者廣泛地單方指定之權利，對於相對人造成了一定程度的不明確性，則此種不明確可單獨構成「顯失公平」。³⁴⁵舉例言之，若雇主在定型化約款中，保留將來對於勞工之工作上之職務或地點具有任意調動之權利，則勞工因此負有將來可能要受此約款拘束之風險，此種法律狀態之不明確亦屬於「顯失公平」，與雇主將來是否確有行使該權利無關，³⁴⁶此時該約款將會根據民法第 307 條第 1 項規定歸於無效。

³⁴¹ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 324.

³⁴² Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 328 ; Müko/Basedow, 5. Auflage 2007, §307 BGB, Rn. 51; Benedict, Beschränkte Privatautonomie bei Barterverträgen- oder zur Intransparenz richterlicher Inhaltskontrolle, NJW 2000, 190, 191.

³⁴³ Vgl. Ulmer/Brandner/Hensen-Brandner, §9, Rn.89 in der Voraufgabe.

³⁴⁴ Vgl. Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn. 153.

³⁴⁵ Vgl. BGH 8. 10. 1997, BGHZ 136, 394, 402;

³⁴⁶ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 338ff.; Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn. 153.

第五款 小 結

有關定型化契約條款之內容控制，觀察我國制定法之規定，有相當大程度是參考德國法之規定，尤其是消保法第 12 條之規定，無論是條文體例或用語，與定型化契約條款規制法（AGBG）第 9 條（現為德國民法第 307 條）極為雷同，雖然如此，消保法卻未繼受該法第 10 條及第 11 條所列禁止記載之條款（現規定於德國民法第 308 條及第 309 條）。³⁴⁷對此，我國學者認為德國法在民法第 308 條及第 309 條對關於「有評價機會之條款禁止」及「無評價機會之條款禁止」均有精確的規範，較我國的消保法具體，故其可以作為我國解釋法律及契約條文之參考。³⁴⁸

由於勞動關係屬於繼續性債之關係，與一時性的消費性契約在本質上仍有差異，故並非所有民法第 308 條及第 309 條之規定皆有適用，對此，可參酌德國 2007 年的勞動契約法討論草案（Diskussionsentwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes）第 18 條第 8 項之規定，其條文內容為：「縱然背離法法律規範原被容許（Auch soweit eine Abweichung von den gesetzlichen Vorschriften zulässig ist），在定型化契約條款中仍然無效：

1. 經由條款，雇主將舉證責任為不利於勞工之變更，尤其是以
 - a) 就約款使用人應負責領域之情況，課勞工以舉證責任，
 - b) 使勞工證實特定之事實。
2. 經由條款，就應對雇主或第三人所為之通知或表示，課以較書面形式更嚴格之形式，或與特別送達要件相併聯者。
3. 依條款之規定，勞工的意思表示，於作為或不作為時，視為已為意思表示或不為意思表示，但就意思表示之明確表示，給與勞工以相當期限，以及雇主負有義務，在期限開始時，促請勞工注意其行為有擬制意義者，不在此限。
4. 條款規定，約款使用人有特別意義之意思表示，視同已送達相對人。」上開條文是基於勞動契約之特性，在規範上對於民法第 308、309 條而為部分修正，此可作為解釋契約或法律適用上之參考。

此外，德國在定型化契約規制法中雖無「透明性原則」之明文，然而實務跟學說皆對此採取肯定之見解，更在新民法第 307 條第 1 項第 2 句要

³⁴⁷ 參閱陳自強，《契約之成立與生效》，2005 年 2 月，頁 204-205。

³⁴⁸ 參閱黃立〈細說德國二〇〇一年新民法消費契約契約條款〉，政大法學評論第 98 期，2007 年 8 月，頁 135。

求定型化約款應以明確及易於理解之方式制定，否則對於相對人而言，亦屬「顯失公平」，而有被判定無效之可能。就此，依據學者之見解，在我國制定法下可從消保法第 11 條第 2 項之規定，推導出立法者對於定型化契約條款之透明性要求。³⁴⁹對於定型化約款的「透明性要求」的基礎思想在於，要求約款本身具有一定程度的明確性，其內容應清楚而正確地被訂入定型化約款中，讓相對人能易於瞭解，並藉以獲得正確之資訊。有時過於模糊的定型化契約條款，導致勞工無從瞭解到自身將負擔何種風險，妨礙其對於本身利益之維護，以我國常見的調職條款為例，常常僅有概括地規定雇主對於勞工工作地點或職務之變動，具有調動之權限。勞工無法從該約款得知其可能被調動之職務與地點，但卻要因約款規定之模糊而負擔不確定之風險，此種約款本身之存在，對於勞工而言即屬「顯失公平」，若容認此種約款之效力，對於勞工而言即有重大之不利益（關於調職條款，請參閱本論文第五章第一節之論述）。承上，本文以為應可參酌德國法制及學說見解，於審查定型化勞動契約條款之效力時，應斟酌約款是否具備「透明性」，以作為「顯失公平」的判斷標準之一，以充實定型化勞動約款內容控制之具體內涵。

³⁴⁹ 參閱詹森林，〈信用卡定型化契約與卡債風暴〉，月旦法學雜誌第 135 期，2006 年 8 月，頁 37。文章中指出消保法第 4 條：「企業經營者對於其提供之商品或服務，應重視消費者之健康與安全，並向消費者說明商品或服務之使用方法，維護交易之公平，提供消費者充分與正確之資訊，及實施必要之消費者保護措施。」及第 5 條：「政府、企業經營者及消費者均應致力充實消費資訊，提供消費者運用，俾能採取正確合理之消費行為，以維護其安全與權益。」亦可作為透明性要求之推論依據。



第四章 約款無效或不被納入契約之法律效果

第一節 問題的提出

在釐清了何等定型化勞動契約條款可能被宣告為無效或不被納入契約的情況後，接下來有必要進一步深究者，則是該約款之無效或不被納入契約，究竟對於整個勞動契約會發生何等之影響？尤其在民法第 111 條本文所宣示「法律行為一部分無效者，全部皆為無效」的原則下，勞動契約是否因此產生全部無效的法律效果？抑或仍該當於同條但書「除去該部分亦可成立」之情況？對此問題，本文擬於本章第二節中先予討論。

此外，縱認勞動契約不因部分約款之無效或不被納入契約而發生全部無效的結果，但有疑義的是，法院在宣告約款無效或不被納入契約的同時，因為該約款已不再有拘束契約當事人之效力，則該原被約款所安排之當事人權義事項如涉爭議，當事人間是否無絲毫權利可資主張？就以實務最常見的「競業禁止約款」為例，如果約款在訴訟上被法院認為顯失公平而無效，則此是否意味勞工在離職後的任何競業行為，均不受限制？此時所涉及的，乃是「契約漏洞」(Vertragslücke) 有無之判斷，以及契約漏洞究應如何填補之問題(Lückenausfüllung)，此為本章第三節所要探討者。

最後，關於定型化勞動契約條款有無效或不被納入契約之法律效果的討論，更具爭議性的，則是法院在宣告約款無效或不被納入契約的同時，是否得依職權將該無效或不被納入契約之約款，在公平合理的範圍內保留約款之效力？這就是國外文獻上爭論已久之「效力減縮原則」(geltungserhaltende Reduktion) 應否適用之問題。然由於國內無論是法院裁判實務，或是學說文獻，對此問題的介紹著墨甚少，因此本文亦擬於本章第四節中特別就此問題進行深入的探討。

第二節 「一部無效，全部無效」原則於勞動契約之適用

若定型化勞動契約條款被宣告無效，或不被納入契約，成為契約之內容，對於整個定型化勞動契約的效力為何，從民法第 247 條之 1 的條文觀之，其僅有「該部分約定無效」，並無針對契約其他部分之效力為論斷，整個契約是否因該無效之約款而受有影響，即生疑義。¹

若認為民法第 247 條之 1 本身，僅有宣告定型化契約條款本身無效之意義，那麼針對契約其他效力的規範，或許應該尋求其他規範以資解決。在制定法之體系中，消費者保護法第 16 條對於定型化契約之效力訂有直接規範，其條文內容為：「定型化契約中之定型化契約條款，全部或一部無效或不構成契約內容之一部者，除去該部分，契約亦可成立者，該契約之其他部分，仍為有效。但對於當事人之一方顯失公平者，契約全部無效。」所以該法對於定型化契約一部無效之情況，係以其他部分有效為原則，契約全部無效為例外，以之作為民法第 111 條之特別規定。

就定型化契約締結的型態觀之，通常是經濟上較強勢之一方，預先擬定之契約條款，於訂立契約時，以上述條款為契約內容與相對人締結契約，對於相對人而言，因有締約之需求始與約款使用人締結契約，若因約款之一部無效導致整體契約無效，對於契約相對人而言，反而成為一種制裁。再者，在現今的社會型態而言，在一般交易上利用定型化契約之情況甚多，若適用民法第 111 條本文之規定，將導致契約大量淪於無效，社會交易嚴重失序。²基此，始有消費者保護法第 16 條之立法，以作為民法第 111 條之特別規定。

然而礙於消保法本身條文文義之限制，我國一般實務及學者通說即認為消保法僅適用於「消費關係」，以致於定型化勞動契約無適用之餘地（有關此點，詳見本論文第二章之討論）。從而，在此須先將直接適用消保法第 16 條之可能性予以排除。

既然此一問題無法直接適用消保法第 16 條，則可回歸民法本身之規範予以解決，換言之，定型化勞動契約在處理此問題時，民法第 111 條之適用是否為適當之規範？此即為本節第二款所要探討之問題。

¹ 學者指出在起草階段並非完全忽略此問題，但是整個討論之重心似乎是集中在於因應同條第四款之規定，經被論斷無效後，是否應有補充規定之問題。詳請參見朱柏松，〈民法定型化契約規範之適用與解釋〉，月旦法學雜誌第 54 期，1999 年 11 月，頁 58。

² 劉春堂主編，《消費者保護法專案研究實錄》，頁 127。

第一款 定型化勞動契約適用民法第 111 條問題探討

一、民法第 111 條本文之適用

依照民法第 111 條本文之規定，法律行為之一部無效者，全部皆為無效。對應到勞動契約中，即可能因為其中一無效之約款，導致整個契約之無效。

然而，從勞動契約的本質觀之，其所成立的法律關係是一種繼續性的債之關係，在此等關係中，當事人的權利義務是隨時持續不斷地形成，與傳統民法典對於債法體系，以一時性契約關係作為規範模式的方式不同，因此民法典本身對於具有「繼續性債之關係」特性的勞動契約並未能提供公平合理之解決。³若依民法第 111 條規定，部分約款無效導致整個定型化勞動契約無效，則由於無效之法律效果，是當然、自始、確定地不發生效力，⁴此對於買賣、贈與等一時性契約固然合理，但是對於勞動契約等繼續性債之關係而言，涉及到若依不當得利規定處理給付返還時，因勞務給付本身返還之困難，在適用上將產生複雜的法律狀態。⁵

若勞動契約之效力按民法所規範無效的法律效果論斷時，除了工資與勞務之計算、作價及返還均有重大困難外，由於勞動契約與勞動關係通常構成勞工經濟上的生存基礎，而且勞動關係之存續亦提供勞工眾多之社會性保障，例如勞工保險、職業災害之補償、退休金及職工福利金等，此類有關各種優惠、福利、補助等非勞務性對價之社會性給付的返還亦頗為棘手。甚且，勞工若因契約被認定為自始無效時，亦等於溯及地喪失勞工身份，故其在過去任職期間本於勞工身份與國家間所發生的勞工保險給付關係，或者本於勞工身份所進行的勞工集體行動所發生的法律效果等，將發生問題。⁶

從上可知，民法無效規定溯及無效的法律效果適用於勞動契約時，將會產生許多難以處理之問題。⁷

³ 參閱黃程貫，〈民法解除、撤銷與無效規定在勞動契約上之適用可能性〉，收錄於《戰鬥的法律人》，民國 93 年 1 月初版，頁 410。

⁴ 此可參見最高法院 85 年台上字第 2901 號判決：「無效之法律行為係自始當然的不生效力，並不能因此後情事變更而使之有」。

⁵ 參閱王澤鑑，《民法總則》，2001 年 9 月增訂版，頁 514-518。

⁶ 參閱黃程貫，〈民法解除、撤銷與無效規定在勞動契約上之適用可能性〉，收錄於《戰鬥的法律人》，台北：元照，民國 93 年 1 月初版，頁 410-416。

⁷ 職此，德國勞動法提出「事實勞動關係理論」以修正無效之法律效果，始得無效之效果只向將來發生效力，此處還涉及到後續之處理是否可類推適用終止保護之規定，「事實勞動關係」理論，依該理論，原則上對於已經開始的勞動契約，尤其是當勞方當事人業已開始提供勞務之情形，民法所有會產生溯及自始無效之法律規定中回溯的部分應無適用之餘地。換言之，例如違反方式規

二、民法第 111 條但書之適用問題

若探求民法針對法律行為效力之規範，依照民法第 111 條之規定，雖以「法律行為一部無效、全部無效」為原則，惟該條之但書則對此設有例外，其內容為「但除去該部分亦可成立者，則其他部分仍為有效」。此規範之目的在於維護私法自治，亦即不使當事人受無效部分法律行為之拘束，此通常亦能符合當事人之意思。⁸

(一) 適用要件

於討論民法第 111 條但書之適用要件，依照文獻之討論，其要件如下：⁹

第一，須係「單一法律行為」，此應依當事人之意思認定。¹⁰一般而言，凡是在同一書面契約書中約定之事項，縱然法律性質不相同，也構成法律行為的單一，此即所為成立單一性。¹¹

第二，是「法律行為具有可分性」，亦即除去該部分，法律行為尚可獨立存在。若是在雙務契約的情況下，以勞動契約為例，當事人之主給付義務分別為勞工給付勞務以及雇主給付工資¹²，當事人約定此二給付之交換，自然成為契約之必要之點，此等雙務契約處於交換關係之兩種給付，在契約上即構成不可分。而契約中之約定事項，若非契約構成上不可欠缺之要素，即不屬於民法第 153 條第 2 項所謂的「契約必要之點」，當事人縱然未以契約規定，原則上不影響契約發生法律上之拘束力。因此，學者觀察在實務上有關法律行為一部無效的問題，幾乎都發生在此種契約之「非必要之點」或者是與契約有關連性之內容，雖然記載於同一書面契約中，卻不生效力的情形。¹³

第三，須為「單一法律行為的部分無效」，至於無效的原因為何則在

定等情形之自始無效，至契約溯及無效之規定，對於勞動契約不能無限制的適用，而使當事人轉成不當得利關係，詳可參閱黃程貫，〈民法解除、撤銷與無效規定在勞動契約上之適用可能性〉，收錄於《戰鬥的法律人》，民國九十三年，頁 409 以下；王澤鑑，〈債法原理·基本理論債之發生〉，2001 年 11 月，頁 229-234、王澤鑑，〈事實上之契約關係〉，民法學說與判例研究（一），頁 93。

⁸ 參閱王澤鑑，〈民法總則〉，2001 年 9 月，頁 523。

⁹ 參閱陳自強，〈契約之成立與生效〉，2005 年 2 月，頁 343-347；王澤鑑，〈民法總則〉，2001 年 9 月，頁 523-525。

¹⁰ 參閱王澤鑑，〈民法總則〉，2001 年 9 月，頁 523。

¹¹ 參閱陳自強，〈契約之成立與生效〉，2005 年 2 月，頁 344。

¹² 參見民法第 482 條規定：「稱僱傭者，謂當事人約定，一方於一定或不定之期限內為他方服勞務，他方給付報酬之契約。」而勞動基準法第 2 條第 1 款規定：「勞工：謂受雇主僱用從事工作獲得工資者。」有關勞動契約之主給付義務詳請參閱焦興鎧等著，〈勞動基準法釋義—施行二十年之回顧與展望〉，2005 年 5 月一版，頁 93 以下。

¹³ 參閱陳自強，〈契約之成立與生效〉，2005 年 2 月，頁 344。

所不問。¹⁴

(二) 適用檢討

從民法第 111 條的但書中，似可得到：在一定型化勞動契約中，當一約款有無效或不被納入契約之情況下，只要其約款與其他內容具有可分性，該勞動契約之其他內容仍為有效之結論。然以民法第 111 條作為適用依據是否妥當，仍有疑問。

依照民法第 111 條之規範方式，係以「全部無效」為原則，「其他部分有效」為例外，本條但書之規範目的是基於當事人的意思自主，法律縱然一部無效，其他可獨立存在的部分是否有效，仍然須取決於當事人之意思。當事人當然可以契約約定排除本條之適用，然若當事人未予約定時，法院即應為「當事人假設意思之探求」，由法官衡量當事人之利益狀態、締約目的，斟酌交易習慣判斷之。¹⁵此亦可參酌最高法院參見最高法院 75 年台上字第 1261 號判例之意旨：「民法第一百十一條但書之規定，非謂凡遇給付可分之場合，均有其適用。尚須綜合法律行為全部之旨趣，當事人訂約時之真意、交易之習慣、其他具體情事，並本於誠信原則予以斟酌後，認為使其他部分發生效力，並不違反雙方當事人之目的者，始足當之。」

然而，若肯認以民法第 111 條但書作為定型化契約條款一部無效，他部有效之依據，在定型化勞動契約之情況，在當事人意思不明之情況下，勞工欲主張勞動契約的效力，即應對於有利於己之事實（交易習慣、締約目的等等）負舉證責任，此無疑是增加勞工訴訟上之負擔，若勞工無法證明，則將導致勞動契約之全部無效，從此觀點而言，似不宜以此作為解決此爭議之依據。

第二款 比較法之觀察

於債法現代化將定型化契約法納入民法成為一般規範後，定型化勞動契約自然適用德國民法第 306 條第 1 項之規定，亦即定型化契約條款全部或一部不構成契約內容或無效時，以「契約之其他部分仍為有效」作為原則。¹⁶並於同條第 2 項明文規範契約漏洞填補之原則（相關討論，詳見第三節）。若依第 2 項規定對於契約漏洞予以補充後，仍然對於當事人之一

¹⁴ 參閱王澤鑑，《民法總則》，2001 年 9 月，頁 523。

¹⁵ 參閱陳自強，《契約之成立與生效》，2005 年 2 月，頁 346。

¹⁶ 德國民法第 306 條第 1 項之原文為：「Sind Allgemeine Geschäftsbedingungen ganz oder teilweise nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam, so bleibt der Vertrag im Übrigen wirksam.」（翻譯：定型化契約條款全部或一部不構成契約內容或無效時，契約之其他部分仍為有效。）

方構成不可期待之困難時，依照第 3 項之規定，該契約全部無效。¹⁷

然而，就勞動契約之本身而言，依據德國一般文獻之探討，若勞動契約中個別契約條款因違反法律規定而有部分無效之情形，並無德國民法第 139 條¹⁸之適用。詳言之，約款之一部無效，並不會導致契約之整體無效的結果。¹⁹若系爭約款所違反者為有關勞動保護的規定而為無效時，即應直接適用制定法之規範。²⁰

於債法現代化後，勞動契約亦有民法第 305 條以下有關定型化契約法之適用，德國文獻論及到民法第 306 條之規範時，多認為勞動契約可適用第 3 項之情況是難以想像的。²¹換言之，在勞動契約中甚難想像適用第 3 項規定，導致契約全部無效的案例存在。原則上，針對勞動契約雙方當事人為利益衡量時，從結果上看來，勞工因契約其他部分存續的利益是大於雇主因主張契約全部無效之利益。勞工對於維持契約存續之利益，在勞動關係中是極具意義及重要性的。此種觀點從德國終止保護法制定之目的即可得到印證。總而言之，藉由補充的契約解釋的方式可以充分地考量到雇主之利益。²²

再者，從另外一個角度思考，若肯認雇主可主張定型化勞動契約全部無效，不啻是為雇主於僱用勞工時創設一可能性，讓雇主可透過契約型態本身，以達到嗣後不需有終止事由即可解僱勞工之結果，或者是威脅勞工其將依法律規定主張契約全部無效，藉以阻礙勞工行使其依定型化契約法可主張之權利。²³應予注意者為，若當事人間有可藉由終止來解消契約關

¹⁷ 德國民法第 306 條第 3 項之原文為：「Der Vertrag ist unwirksam, wenn das Festhalten an ihm auch unter Berücksichtigung der nach Absatz 2 vorgesehenen Änderung eine unzumutbare Härte für eine Vertragspartei darstellen würde.」（翻譯：如信守依據第 2 項規定補充後之契約，對於當事人之一方構成不可期待之困難者，該契約無效。）

¹⁸ 德國民法第 139 條之原文為：「Ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde.」（翻譯：法律行為一部無效，除去無效部分仍無法成立者，全部法律行為無效。）

¹⁹ Vgl. Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 306 BGB, Rn. 3; Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 13. Aufl., München 2009, § 35, Rn.12; Schlodder, Der Arbeitsvertrag im neuen Schuldrecht, Heidelberg 2004, S. 237.

²⁰ Vgl. Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 8. Aufl., München 2009, Rn.176.

²¹ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 361; Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 306 BGB, Rn.30; Aretz, Allgemeine Geschäftsbedingungen im Arbeitsvertrag, Köln 2006, S. 139.

²² Vgl. Däubler/Dorndorf/ Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 306 BGB, Rn.30.

²³ Vgl. Däubler/Dorndorf/ Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 306 BGB, Rn.30.

係的機會時，於適用第 3 項應予以目的性限縮，²⁴詳言之，在個案的審查時，應先視有無變更終止（Änderungskündigung）之可能性，例外再依規定終止勞動契約。²⁵

第三款 本文淺見

一、不宜以民法第 111 條作為適用規範

本文認為對於定型化勞動契約一部無效，並不宜適用民法第 111 條本文之規定，蓋依該條之規定，只要個別約款一有無效之情況，影響所及將導致勞動契約整體之無效。有學者即從立法過程的觀察，以及民法第 247 條之 1 條文本本身規定「該部分約定無效」之文字，推論本條規定已排除了民法第 111 條排除了「以全部無效」為原則。²⁶

從勞動契約之特性觀之，本不宜使其效力歸於全部無效，由於勞動關係中係屬於繼續性債之關係，雙方當事人之權利義務在此關係中不斷地產生形成，一旦被認定為全部無效，即產生各種給付難以返還之問題。甚至在勞動關係中，勞工對於雇主具有人格上之從屬性及依賴性，此種從屬性及依賴性之強度亦會隨著勞動關係存續期間拉長而增加，故若貿然認定其契約關係無效，對於勞工本身將會遭受極大之不利益。

再者，在勞動法的領域中，立法者有鑑於勞資雙方經濟上之強弱差別，為了保護勞工，在立法措施的採取上，勞動法中強行規定的數量與比重顯然勝過其他法域，藉此確保其保護勞工的目的得以達成²⁷。詳言之，在勞動法領域的個別單行法規中所規定的最低勞動條件原則上具有強行性，不容許當事人在個別的勞動契約中做更為不利之約定²⁸。若當事人所約定之勞動條件低於勞基法之最低標準，依據民法第 71 條之規定，該法律行為無效，該無效之部分由勞基法或其他勞動法規所定之「最低標準」加以補充。²⁹此時若因約款無效而導致契約之整體不生效力，將使雇主規避勞動保護法之強行規定，反而對於無益於保護保護勞工之意旨。

²⁴ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 362.

²⁵ Vgl. Däubler/Dorndorf/ Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 306 BGB, Rn.30a.

²⁶ 朱柏松，〈民法定型化契約規範之適用與解釋〉，月旦法學雜誌第 54 期，1999 年 11 月，頁 58-59。

²⁷ 關於勞動法之法規及其分類，請參閱黃程貫，《勞動法》，2001 年修訂再版，頁 123 以下。

²⁸ 參見勞動基準法第 1 條第 2 項：「雇主與勞工所訂之勞動條件，不得低於本法所定之最低標準。」勞動法法源適用上有所謂「有利勞工原則」，故當事人可訂定優於制定法所規定之內容，因此制定法上之保護勞工的強行法規因而是一種「最低勞動條件」或者「最低勞動基準」。詳請參閱黃程貫，《勞動法》，2001 年修訂再版，頁 123 以下。

²⁹ 參閱呂榮海，《勞動法實用 1》，1990 年 10 月 10 版，頁 46 以下。

而民法第 111 條但書之適用雖可能在定型化勞動契約一部無效時，維持契約其他部分之效力，惟作為例外的適用原則，在實際個案中將造成勞工舉證上之負擔。綜上所述，民法第 111 條之規範方式難以與勞動契約之本質相符，似不宜以此作為解決定型化勞動契約一部無效時的規範依據。

二、依法理適用消保法第 16 條之規定

再從定型化契約法制的規範體系觀之，之所以對於約款之內容為內容控制之審查，本即在於平衡契約雙方當事人間之締約實力不平等，約款使用者既可預先擬定契約條款，在約款內容有顯失公平之情事時，其自應負擔約款無效的風險，除去不公平之約款後，其所剩餘者，客觀上應是相對人所期待的內容。³⁰若因無效之約款導致契約之整體無效，反而使得具有締約需求之相對人承受不利益。之所以在定型化契約之法制上，對於約款之內容為內容控制之審查，本即在於平衡契約雙方當事人間之締約實力不平等，約款使用者既可預先擬定契約條款，在約款內容有顯失公平之情事時，其自應負擔約款無效的風險，除去不公平之約款後，其所剩餘者，客觀上應是相對人所期待的內容。³¹

以上之描述套用在定型化勞動契約中並無不同，甚至在勞動法的價值判斷上，於勞動關係中，勞工對於勞動契約之存續的利益更甚於一時性的消費契約，且定型化契約條款本身之無效並不影響契約其他部分之效力，應為定型化契約法制之基本原則，在無法直接適用消保法第 16 條之現況下，本文延續第二章以來之脈絡，認為此等法律漏洞，在定型化勞動契約條款之適用上，應可參酌消保法第 16 條之規定，以之作為法理而為適用，故當定型化勞動契約條款有無效或不被納入契約之情況時，並不會影響勞動契約其他部分之效力，更無礙於原本勞動關係之存續。

³⁰ 黃越欽，〈論附合契約〉，政大法學評論第 16 期，民國 66 年 10 月，頁 65；朱柏松，〈民法定型化契約規範之適用與解釋〉，月旦法學雜誌第 54 期，1999 年 11 月，頁 58-59。

³¹ 黃越欽，〈論附合契約〉，政大法學評論第 16 期，民國 66 年 10 月，頁 65；朱柏松，〈民法定型化契約規範之適用與解釋〉，月旦法學雜誌第 54 期，1999 年 11 月，頁 58-59。

第三節 契約漏洞之填補

在個案中，如果定型化勞動契約不因部分約款之無效或不被納入契約，則可想而知的，原約款對於當事人間特定權利義務關係之規劃，即無法再訴諸於既存之契約條款。此時，法院究應如何對於特定當事人間之權利義務關係予以確定，此乃涉及契約發生漏洞時，究該如何予以填補之問題。

為此，本節第一款中先就何謂契約漏洞，以及定型化勞動契約可能形成契約漏洞之態樣略為說明。其後方就契約漏洞之填補方式，例如任意規定之補充，或是契約補充解釋等概念，在第二款中進行探討。

第一款 契約漏洞之發生

所謂「契約漏洞」(Vertragslücke)，一般係指依契約目的與計畫，本應有所約定而未約定之情形。³²而契約漏洞發生之原因不一而足，其可能源於當事人締約時未能預見未來情事發生；或者是當事人相信雖未約定，亦可透過磋商處理；亦可能是因為當事人欠缺必要的資訊，為避免支付高額之交易成本，而未能訂定完全之契約，對該契約有關可能發生爭議的危險分配，而為周詳之規定。³³即使在由當事人一方預先精心籌畫的定型化條款，亦可能有顧此失彼，掛一漏萬的情況發生。

以上所述有關契約漏洞發生之原因，是契約中欠缺有待規範事項。然在契約一部無效之情形，亦可能發生所謂的「契約漏洞」。³⁴延續上一節所討論因約款無效，契約之其他部分仍為有效之情況，因該部無效之約款，屬於當事人雖就有待規範之事項，預見其規範必要，也確實有所規定，只是該約定之內容因抵觸法律強制或禁止規定（例如，民法第 71 條），或定型化約款控制之相關規定（例如，民法第 247 條之 1、保險法第 54 條之 1、消保法第 11 條之 1 第 2 項、第 12 條第 1 項、第 14 條、消保法施行細則第 12 條）以致不具法律規範效力之情形。³⁵在此種情況之下，對於「契約漏洞」自有加以填補之必要。

³² 參閱陳自強，《契約之內容與消滅》，2004 年 9 月一版，頁 78-79。另可參閱王澤鑑，《民法總則》，2001 年 9 月，頁 442-443；黃立，《民法債編總論》，2006 年 11 月三版，頁 77。

³³ 參閱王澤鑑，《民法總則》，2001 年 9 月，頁 442-443；王澤鑑，《債法原理·基本理論債之發生》，2000 年 9 月，頁 244。

³⁴ 參閱陳自強，《契約之內容與消滅》，2004 年 9 月一版，頁 84。

³⁵ 參閱陳自強，《契約之內容與消滅》，2004 年 9 月一版，頁 84；王澤鑑，《債法原理·基本理論債之發生》，2000 年 9 月，頁 244。

第二款 契約漏洞之填補

一、任意規定（Dispositives Recht）之適用

契約漏洞應如何填補，在我國法律未以明文予以規範，依學者之見解，原則上應先探求有無任意規定可供填補。³⁶在成文法的國家中，立法者已針對若干典型的交易類型，制定任意規定，雙方當事人對於有待規範之事項，縱然無法意思表示一致，法院亦能透過任意規定之適用以填補契約漏洞，決定契約關係之內容，法院只要確定契約屬於某一有名契約類型，即可適用適當的任意規定填補契約漏洞，此亦可提高當事人的預見可能性及法律之安定性。

然而，當發生漏洞的契約非屬有名契約類型（廣義非典型契約）時，則無任意規定可供適用，此時則有賴補充的契約解釋。

二、補充的契約解釋（ergänzende Vertragsauslegung）

所謂補充的契約解釋³⁷，是指是為填補契約漏洞之需要，其所探求的當事人真意，不是事實上經驗的意思，而是「假設之當事人意思」（Hypothetische Parteiwille），即當事人在通常交易上合理所意欲或接受的意思。³⁸

（一）與闡釋性的契約解釋之差異

在說明補充的契約解釋之前，首先要先將其與「闡釋性的契約解釋（erläuternde Vertragsauslegung）」³⁹予以區分。所謂的闡釋性的契約解釋一般係指透過探求當事人真意的方式，據以確定、澄清契約中之文字或詞句之意涵的解釋方法⁴⁰。詳言之，在契約中所定的語句或概念有語意不清、模稜兩可的情況時，為確定契約文義的法律規範意義，所為之解釋方法。

不同於闡釋性的契約解釋係在處理契約本身內容上的疑義，補充的契約解釋是在處理契約漏洞的問題。申言之，法院在為闡釋的契約解釋，應設想客觀中立有理性之人，若處於與契約相對人相同的地位時，將會如何

³⁶ 參閱王澤鑑，《民法總則》，2001年9月增訂版，頁443。

³⁷ 針對「ergänzende Vertragsauslegung」一詞，國內學者黃立教授將之譯為：「補充性契約解釋」，參閱黃立，《民法債編總論》，2006年11月三版，頁77以下；陳自強教授在其著作中則譯為「契約補充解釋」，參閱陳自強，《契約之內容與消滅》，2004年9月一版，頁85以下。

³⁸ 參閱王澤鑑，《債法原理·基本理論債之發生》，2001年11月，頁245-246。

³⁹ 黃立教授將其譯為「闡明性契約解釋」，參閱黃立，《民法債編總論》，2006年11月三版，頁76以下。

⁴⁰ 參閱王澤鑑，《民法總則》，2001年9月增訂版，頁444；黃立，《民法債編總論》，2006年11月三版，頁76。

理解契約條款。而所謂契約的補充解釋，則要進一步假設此等誠實思考之人，若在契約成立時，即以意識到契約漏洞之存在，將會如何以契約規範其契約關係，此種解釋的進行即是學說稱為探求當事人假設的意思。⁴¹

(二) 補充的契約解釋之操作

補充的契約解釋是為解決契約漏洞之問題，從而應先確認有無契約漏洞之存在。若確有契約漏洞之情況時，首先應尋求任意規定以資填補契約漏洞，蓋此較能滿足法律安定性之要求。若無任意規定可以適用時，即應以補充的契約解釋具體衡量當事人間之利益狀態，探求契約目的，以此填補契約漏洞。

於操作補充的契約解釋時，應探求假設的當事人意思，此種當事人之真意並非事實上經驗的意思。⁴²詳言之，「假設的當事人意思」可說是賦予契約獨自的生命，⁴³其應假設一誠實、正直之當事人，若其處與契約當事人之地位時，對於有待規範之事項（原規範於被宣告無效之約款之事項），在具體個案中將會如何公平合理之約定。⁴⁴

綜上，假設當事人的意思是一種規範性的判斷標準，以當事人契約上所作的價值判斷及利益衡量為出發點，依誠實信用原則並斟酌交易慣例加以認定，期能實現契約上的平均正義。⁴⁵

三、小 結

針對因定型化契約條款無效或未納入契約所產生之契約漏洞應如何補充之問題，我國在制定法上並無明文規定，相較於此，德國民法第306條第2項則定有明文規定，其內容為：「若約款之規定不構成契約內容或無效者，契約之內容應該先依據法律規定（gesetzliche Vorschriften）補充。」⁴⁶該條所稱之「法律規定」，除了任意法的規定外，根據文獻之闡述，尚包含概括條款（Generalklauseln）以及填充契約漏洞解釋方法之規定，特別是「契約的補充解釋」。⁴⁷甚至是法院藉由判決所進行法律續造

⁴¹ 陳自強，《契約之內容與消滅》，2004年9月一版，頁86。

⁴² 參閱王澤鑑，《債法原理·基本理論債之發生》，2001年11月，頁245-246。

⁴³ 參閱陳自強，《契約之內容與消滅》，2004年9月一版，頁86。

⁴⁴ Vgl. Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 306 BGB, Rn. 25.

⁴⁵ 參閱王澤鑑，《債法原理·基本理論債之發生》，2001年11月，頁246。

⁴⁶ 德國民法第306條第2項之原文為：「Soweit die Bestimmung nicht Vertragsbestandteil geworden sind oder unwirksam sind, richtet sich der Inhalt des Vertrags nach den gesetzlichen Vorschriften.」

⁴⁷ Vgl. BHG 1. 2. 1984, BGHZ 90, 69.該判決之要旨為：「Die Lücke in einem Vertrag, der durch die Unwirksamkeit einer Klausel in AGB entsteht, kann im Wege der ergänzenden

(Rechtsfortbildung) 亦屬之。⁴⁸

綜上可知，德國民法第 306 條第 2 項宣示了對於定型化契約漏洞補充之原則，我國制定法就此並未設規範因應，學者認為我國雖無相同規定，也應作相同之適用。⁴⁹



Vertragsauslegung geschlossen werden, wenn konkrete gesetzliche Regelungen zur Ausfüllung der Lücke nicht zur Verfügung stehen und die ersatzlose Streichung der unwirksamen Klausel nicht zu einer angemessenen, den typischen Interessen des Klägers-Verwalters und des Kunden Rechnung tragenden Lösung führt.」(筆者自譯：因為定型化契約條款無效而產生契約漏洞，當具體的制定法規範無法處理漏洞之填補，而因無效約款而被刪除的部分，因無規範可資替代適用，雙方當事人的利益因此未能公平合理時，即可為契約的補充解釋。)；Staudinger/ Schlosser, § 306, Rn,27.

⁴⁸ Vgl. Staudinger/ Schlosser, § 306, Rn,27; Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 306 BGB, Rn. 21; Aretz, Allgemeine Geschäftsbedingungen im Arbeitsvertrag, Köln 2006, S. 151-152.

⁴⁹ 參閱黃立，《民法債編總論》，2006年11月三版，頁120。

第四節 效力減縮原則之探討

第一款 問題的提出

若一定型化勞動契約條款因違反民法第 247 條之 1 規定而被宣告無效，原約款對於當事人間特定權利義務關係之規劃，即無法再訴諸於既存之契約條款。此時，法院究應如何對於特定當事人間之權利義務關係予以確定，此乃涉及契約發生漏洞時，究該如何予以填補之問題。有關契約漏洞之填補，依照學說之見解，原則上先應探求有無任意法規可供填補，若無任意規定可供適用，此時則有賴「補充的契約解釋（ergänzende Vertragsauslegung）」，⁵⁰有關此部分請參閱第三節之討論。

就此而言，定型化約款若有顯失公平等無效之原因，固然應賦予無效之法律效果，然而在德國文獻之討論上卻也出現另一種思考方式，亦即「若可根據其個案的情況將約款的效力減縮至合理範圍，即可能不存在契約漏洞。」換言之，定型化約款雖有無效之原因，但法院並不宣告其無效，而係依職權參酌法律規定及具體情形，將其效力減縮至合理的範圍，在此範圍內，相對人仍應受其拘束，此即為「效力減縮原則」(geltungserhaltende Reduktion)，⁵¹關於此原則之承認與否，在德國之實務及學理之探討上，向來多有爭論。

無獨有偶，我國法院就定型化勞動契約進行內容控制時，卻也時常陷入法院究竟可否依職權將已被宣告無效或不納入契約之約款的效力，於一定公平合理的範圍內再予以維持的爭議。就以實務上經常可見的競業禁止條款為例，如果雇主所提出之約款，就勞工離職後競業之自由所為之限制，已達成顯失公平之程度，法院此時究竟應將系爭約款全部宣告無效？抑或得逕將約款之效力限縮於一定公平合理之範圍內？國內法院裁判向來即有不同見解，有認為約款規定之限制期間如有過長或是限制範圍過大，並已逾越合理之範圍，法院此時即得依職權縮減當事人所約定之內容，⁵²反之亦有認為法院應將約款全部宣告為無效。⁵³

又以「違約金條款」為例，在當事人所約定之給付數額有過高之情況，

⁵⁰ 參閱王澤鑑，《民法總則》，2001年9月增訂版，頁442以下；陳自強，《契約之內容與消滅》，2004年9月一版，頁82-88；王澤鑑，《債法原理·基本理論債之發生》，2000年9月，頁244以下。

⁵¹ Vgl. Müko/ Basedow, 5. Auflage, 2007, §306 BGB, Rn.12; 詹森林，〈消費者保護法與預售屋買賣定型化契約〉，收錄於《民事法理與判決研究（三）—消費者保護法專論》，2003年8月初版，頁106。

⁵² 參見最高法院83年台上字第1685號、台北地方法院91年度勞訴字第11號、台北地方法院91年度勞訴字第11號等判決。

⁵³ 參見台灣高等法院80年上字第203號判決、台北地方法院96年度勞訴字第128號等判決。

我國法院向來固然一概以違約金酌減之方式，尋得個案中之公平。然酌減權的行使，由於係對契約當事人雙方原所約定之給付數額為裁減，因此在某種程度上，也會形成「類似」法院依職權將約款效力予以限縮之效果。是應進一步研究的是，違約金酌減之規定，是否係承認前開「效力減縮原則」之立論基礎？此亦有待深論。

於本節中擬以效力減縮原則是否適用於定型化勞動契約為題，並從我國法院裁判實務的現況為出發，第二款中蒐羅法院裁判對此議題之看法，並略為分析法院持此見解之緣由，繼而於第三款輔以比較法上對此問題所曾提出之正反意見進行介紹，最後本文則擬從形式與實質上的幾個理由提出本文對此問題之淺見。

第二款 國內法院裁判之觀察

一、肯定說

對此爭議，國內法院實務向來多承認法院得依職權在公平合理的範圍內推持約款之效力：

以競業禁止約款為例，實務見解有認為當事人間所約定之競業期間過長，而予以縮減之。最高法院 83 年台上字第 1685 號判決即謂：「原判決所稱切結書第三項，並非單純之營業秘密之洩漏，亦含有競業之禁止，而競業之禁止，在合理限度內為有效，超越合理限度範圍則無效，認切結書第三項約定於上訴人離職時起二年內為有效，超過部分為無效。乃將被上訴人請求上訴人在判決確定起二年內不得生產彈波機器及生產彈波（即擴張之訴）部分予以駁回，係就切結書第三項關於競業禁止之請求有無逾越合理範圍予以論斷。原判決就切結書第二、三項約定之範圍及內容之不同，分別為被上訴人對上訴人請求准、駁與否之依據，並無判決理由矛盾之情形。上訴論旨，徒執上開情詞，並就原審取捨證據、認定事實之職權行使，及依職權解釋契約，指摘原判決關於敗訴部分為不當，求予廢棄，非有理由」。⁵⁴

又如，台北地方法院民事判決 91 年度勞訴字第 11 號即認為該競業禁止約款中所限制的職業活動過大，將造成勞工事後謀職之困難，而將約定職業範圍加以縮減，將當事人原未予約定之地域範圍指定於固定區域：「只

⁵⁴ 亦可參見士林地方法院民事判決 92 年度訴字第 124 號：「被告於原告公司任職時乃基層行銷業務人員，非主管經理職，任職期間復僅有短暫之四個月，均已如前述；是所接觸原告公司營業內容及機密，衡情尚難以廣泛及深入；再參以目前生化科技發展及市場變化快速之程度，則前開競業禁止條款限制被告從事原告已有或已有而未上市產品之行銷業務之期間長達三年，在時間上顯然逾越合理之範圍，已違反公共秩序及善良風俗；本院認為對被告限制競業之期間應以八個月為適當，超過前開期間之部分，依民法第七十二條之規定，應屬無效。」

原告公司一家登記之所營事業即多達十二種，而系爭協議書限制員工離職後轉職之範圍除與原告公司所營事業有直接競爭關係之行業外，尚包與原告之關係企業所營之事業有直接競爭關係，且併及於與原告公司及其關係企業所營事業具有間接競爭關係之事業，其範圍之大，幾已涵蓋與被告所學專業有關之所有產業，勢必造成被告離職後覓職之重大困難。然其系爭競業禁止條款，卻將競業禁止之範圍極度擴大，擴及直接間接與原告及其關係企業有競業關係之事業，且無地區之限制，使被告於全球幾均無法以其專業技術從事工作，發展，而危害其經濟生存能力，至為不當。被告於任職原告公司期間既未擔任 TAB 研發、製造以外之職務，自無從接觸原告公司或其關係企業其他方面之營業機密，而原告公司自日籍顧問取得之 TAB 生產技術，亦僅屬台灣地區之專屬授權，應認該競業禁止條款除於限制被告不得於台灣地區，從事、受僱或參與半導體捲帶式晶粒承載器之研發製造外，其餘之限制，均屬逾越合理必要之程度，而難認為有效。」

又以「**最低服務年限**」之約款為例，台北地方法院 88 年度勞簡上字第 6 號指出：「次按司法權之行使，應遵守**過度禁止原則 (Übermaß-Verbot)**，此於法院解釋契約、對契約條款之控制在有其他方法得以除去該不合理之部分時，原則上不宜逕行宣告當事人依自由意思締結之契約條款無效，換言之，法院在以公序良俗、誠信原則控制契約約款時，宣告無效應是在透過其他法律規定、契約之補充解釋仍無法除去約款之不合理時，所作最後不得已之手段，而雇主之所以要求勞工有最低服務年限者，往往在於雇主曾經為勞工支出特殊之職業訓練費用、出國受訓費用、技能養成費用等，乃要求勞工有最低之服務年限，供作回饋，是從**必要性原則 (Erforderlichkeit)**而言，亦即斟酌勞工之職業自由及雇主對勞工技能養成之支出費用，如最低服務年限非顯然過長（如終身服務、或服務年限與支出之費用不成比例等），則最低服務年限之約定，應受允許。又「法律行為之一部分無效者，全部皆為無效。但除去該部分亦可成立者，則其他部分，仍為有效」、「約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額」、「債務已為一部履行者，法院得比照債權人因一部履行所受之利益，減少違約金」，民法第一百十一條、第二百五十二條及第二百五十一條分別定有明文。如上所述，本件被上訴人乙○○自八十五年四月七日起，開始接受上訴人公司之派任，數次前往日本受訓，最後一次於同年五月二十三日始回國，依系爭保證書之約定，被上訴人乙○○應於回國後三年內不得離職，否則應支付相當於四個月薪資之違約金，並所有國外派遣費用，以及接受訓天數，每日以三千元計算之技術費罰金，而被上訴人乙○○於八十六年十月三日離職乙事，縱認前揭期間（三年）不符上開必要性原則，而有顯然過長之虞，然仍屬三年最少服務期限之約定是否無效，而應縮短至法院認為

合理之相當期間之問題，並非完全不得附加最少服務期間及違約金條款。」

55

又值得注意的是，在國內裁判實務上，法院對於約定過高之違約金條款，甚少從約款本身是否顯失公平一事進行審查，反而多由個案事實以違約金酌減之方式為條款之規制。而此種現況，如單由裁判結果觀之，亦存在類似於法院依職權維持部分約款效力之效果。

例如，**台灣高等法院民事 93 年上字第 299 號判決**，法院對於約定勞工在違反競業禁止義務時即須賠償相當於五倍年薪之違約金條款，即不直接就此客觀上顯失公平之約款進行效力審查，而是單純以違約金酌減之方式，對於個案進行公平之裁判。此觀判決理由所云：「按約定之違約金額過高者，法院得減至至相當之數額，民法第二百五十二條定有明文。查本件約定被上訴人違約之懲罰性違約金，為被上訴人年薪五倍，雖本件上訴人已自行減縮請求為年薪二倍及月薪十四倍（丁○○部分）計算，但本院審酌被上訴人甲○○於八十九年四月十七日起至九十年十月三十一日止；丙○○自八十九年六月十九日起至九十年十一月十二日；乙○○自八十九年八月七日起至九十一年三月十五日；丁○○自九十年八月十三日起至九十一年六月二十日，在上訴人公司任職期間，分別約一年六月至十月，均為期甚短，所知上訴人營業機密應屬有限，並審酌其可能危害上訴人之程度、其在上訴人公司任職之待遇、擔任之職務及其任職於訴外人立錡公司所得待遇（甲○○為每月八萬零二百元、乙○○四萬五千二百元、丙○○三萬八千二百元、丁○○五萬三千二百元），除甲○○增加約六千元外，餘與原任職公司相當，認上訴人所主張之以年薪二倍及月薪十四倍計算之違約金數額誠屬過高，爰依被上訴人所請，甲○○、丙○○、乙○○均酌減為年薪一倍計算，而丁○○酌減為月薪七倍計算為適當。而查被上訴人甲○○年薪為一百零七萬五千元、丙○○為四十七萬五千元、乙○○為六十二萬五千元，丁○○月薪為五萬三千五百七十一點四元，為兩造所不爭執，依上計算結果甲○○、丙○○、乙○○應各給付上開年薪之違約金；丁○○則為三十七萬五千元（小數點以下四捨五入），上訴人在此範圍內之請求為有理由，應予准許，至逾此部分

⁵⁵ 相似的論述亦可參見**臺北地方法院民事判決 89 年度勞小上字第 14 號**：「是系爭錄用通知書第二條約定被上訴人提前離職，不論原因為何，均應給付違約金及賠償上訴人之損害，片面加重被上訴人就民法第四百八十九條所負提前終止僱傭契約後之責任，與上訴人所負責任顯然失衡，而造成不公平。本院自有依民法第二百四十七條之一第二款規定，控制該約款效力之必要。然按司法權之行使，應遵守過度禁止原則，即法院在以公平原則控制契約條款之效力時，宣告約款無效，應係在透過其他法律規定、契約補充解釋仍無法除去該約款之不合理狀態時，始施以之最後且不得已之手段。民法第一百一十一條亦規定：法律行為之一部分無效者，全部皆為無效，但除去該部分亦可成立者，則其他部分仍為有效。經查，本院於除去系爭違約金約款之不合理部分，即解釋該約款於民法第四百八十九條規定之責任範圍內為有效，超過部分之責任約定為無效之方式，即可排除該不公平狀態，自不得宣告該約款全部無效。」

之請求及假執行之聲明即失所附麗，應予駁回。」

又如，**台灣高等法院 96 年勞上字第 79 號判決**，法院亦曾清楚指出：「被上訴人若違反競業禁止條款之約定，依同條第 2 項第 2 款：「若乙方於本契約期間屆滿或終止之翌日起貳年內，違反前項規定者，乙方同意除賠償甲方因此所受之損害外，並同意以原契約期間乙方所領之全部酬勞總額的壹拾倍計算懲罰性違約金賠償甲方」，即被上訴人同意除賠償上訴人因此所受之損害外，另願給付契約期間內所領全部酬勞總額之 10 倍作為懲罰性違約金，足見：此違約金乃懲罰性質，並非損害賠償預定性質，是被上訴人執詞辯稱：上訴人並未舉證證明其受有之損害云云，自非可採。然按當事人約定之違約金過高者，法院得依民法第 252 條以職權減至相當之數額，惟是否相當仍須依一般客觀事實、社會經濟狀況及當事人所受損害情形，以為酌定標準，最高法院 49 年台上字第 807 號判例可供參照。本院斟酌：被上訴人在上訴人處僅服務 4.5 月，主持 10 檔 Live 電視購物節目，雖有參與及知悉上訴人有關電視購物之各項資訊，惟涉入程度及幅度均相當有限，上訴人受到之影響甚輕，因認契約約定被上訴人應所領酬勞總額 10 倍 168 萬元 作為懲罰性違約金，顯屬過高，爰予酌減為被上訴人應給付所領酬勞 2 倍，即 336,000 元 (168,000x2=336,000) 作為懲罰性違約金之數額，以示懲儆。」

另有判決則明白指出，審酌最低服務年限約款之效力，應審查該約款之必要性及合理性，若約款具備必要性但合理性有所欠缺時，則該項約定應縮減至合理範圍，並以違約金之酌減來達成此目的，如**台中地方法院 96 年度勞簡上字第 26 號**：「認定最低服務年限約款是否有效，首要之務在於審查該項約定是否具有**必要性**，如該項約定不具必要性，則該最低服務年限約款應為無效，違約金之約定當然亦屬無效。而為審查最低服務年限條款是否具有必要性，得以下列兩點作為判斷標準：(一) 雇主是否因提昇員工技能、引進新技術、降低人事流動率或其他經營上之原因而提供其勞工培訓之機會，該勞工也因之獲得新技能、新知識或經驗之累積；(二) 在勞工完成培訓後，若未繼續為其雇主提供勞務達一定之期間，該雇主會因之受到相當之損失，或是難以回收其培訓成本。又最低服務年限約款若具有必要性，即須再檢視該項約定是否具有合理性。假若該項約定具有合理性，該勞工即應受到該項約定之拘束，若有違約，原則上即應給付違約金。反之，若最低服務年限約款欠缺合理性，則該項約定應縮減至合理範圍，違約金部分亦應予以酌減。而為審查最低服務年限條款是否具有合理性，得以下列三點作為判斷標準：(一) 培訓期間之長度以及勞工技能之獲得；(二) 雇主付出之訓練成本；(二) 補償措施之有無等。」

二、否定說

相對於前揭肯認法院得依職權減縮約款之部分效力的看法，國內裁判實務亦有採取否定見解者：

例如，**台灣高等法院 80 年上字第 203 號判決**亦謂：「僱用人與受僱人間約定，受僱人於解僱後，於一定期間，不為與僱用人所經營同種之事業，固非當然無效，但如對營業之時期、地域及種類三者，一併加以限制，則因限制營業自由過甚而無效，此為通說，德國聯邦法院亦為同一見解。本件兩造所立之切結書第二、三項係就被上訴人離職後之競業禁止之約定，依切結書記載，被上訴人不得將其任職於上訴人公司所得之製造技術洩漏於第三人，亦不得將該技術應用於彈波製造上，其約定並無期間之限制，應認係被上訴人終生不得為之，且亦無限制競業之地載記載，應解為我國全部地域或甚至包括國外，對營業種類則僅言不得應用該技術於彈波製造上，而彈波種類包括何種產品，亦未有範圍之約定，自亦應解為全部有關彈波產品，綜上所述，系爭切結書之『競業禁止』之約定，顯屬過甚，與公共秩序、善良風俗有違，依民法第七十二條規定，應認為無效。次按法律行為無效，係當然的自始無效，上訴人雖於第一審減縮聲明，僅請求被上訴人不得於切結書成立後二年內不得使用上訴人之技術生產彈波機器，惟系爭切結書既為自始無效，上訴人據以起訴請求，顯屬無據，不因其提起訴訟後減縮聲明而使原本無效之契約變成有效。⁵⁶」

又如，在**台北地方法院 96 年度勞訴字第 128 號判決**此一由雇主引據競業禁止約款訴請勞工不得競業之訴訟中，法院即明確指出：「……觀諸系爭競業禁止約定條款：「乙方（即被告）於本合約終止或解除後二年內，不得為自己或他人從事經營與甲方（即原告）直接競爭之產品」，就競業禁止之職業活動與地域，並無限制，亦無提供受競業禁止一方任何補償，作為競業禁止之對價。據此條款，受競業禁止之勞工，於離職後二年內，無論在國內或國外，均不得經營與原告產銷之任何產品具競爭關係之事業。顯見其競業禁止之範圍，除時間限制外，庶幾漫無限制，況受競業禁止勞工於離職後，對於原告公司之產品為何，亦非必能知悉，如此情形，對該離職勞工之職業、經濟生活，顯已造成不公平之障礙。尤以其未提供受競業禁止勞工任何補償，倘該勞工力僅能從事與原告產品具競爭關係之事務，無異斷絕該勞工離職後二年內之生計。是以此項競業禁止約定，顯已不當阻礙離職勞工職業及經濟生活之發展，應認有違公序良俗，依上揭說明，應認為無效，勞工自不受拘束。……惟系爭競業禁止約定因競業禁

⁵⁶ 本判決嗣後為經最高法院廢棄發回更審，並經台灣高等法院 81 年度上更(一)字第 283 號判決，最終為前揭最高法院 83 年台上字第 1685 號判決所維持。

止範圍過大，且無合理補償，應認為無效，已如前述。且其無效係自始當然無效，自不因原告於本件訴訟之自我克制，限縮請求，而變為有效。雖英美法例及國內部分實務見解認為，當競業禁止約定有不合理情事，法院仍有權於認為合理之限度內，賦予其效力，逾該限度，始認為無效。惟考量此種不確定性，將造成簽署該不當競業禁止約款勞工之法律地位不穩定，有礙其生活之安排，應不採之。是原告上開所陳，仍不影響系爭競業禁止約定無效之判斷。」⁵⁷

第三款 比較法上之觀察

一、美國法制

針對此一問題，在我國學說之討論上較少有深入著墨，陳金泉律師在其著作中，介紹美國法院對此問題之作法，基本上亦有三種處理方式。⁵⁸

第一，係所謂的「全有全無原則」(all or nothing approach)。亦即只有約款之全部皆被法院認定為合理時，法院方承認該約款之效力。故只要約款有一部分被認為不合理，則該約款即應被認為全部無效。

第二，是「藍鉛筆原則」(blue pencil rule)。過苛之約款，如可由法院將合理與不合理之部分予以區隔時，法院即得維持該約款合理部分之效力。但前提是該條款間是可分的，若該約款是不可分割時，法院只能判定全部無效。

第三，則是「合理化原則」(rule of reasonableness)。亦即於約款有過苛情事時，法院即有權在合理之範圍內賦予該約款部分有效之執行效力。

對此，國內有論者認為若採取「全有全無原則」，則雇主為了考量約款不被法院宣告無效以致不能執行，勢必在訂約時盡可能地在客觀合理的範圍內為限制，以確保約款能經得起法院之檢驗，如此一來反而能杜絕不

⁵⁷ 相似的論述亦可參見臺北地方法院民事判決 96 年度勞訴字第 205 號：「至於原告固陳稱本件請求，已限縮至僅請求違約金而未請求 被告返還所受領之同額獎金、分紅及股票云云。惟系爭競業禁止約定因競業禁止範圍過大，且無合理補償，應認為無效，已如前述。且其無效係自始當然無效，自不因原告於本件訴訟之自我克制，限縮請求，而變為有效。雖英美法例及國內部分實務見解認為，當競業禁止約定有不合理情事，法院仍有權於認為合理之限度內，賦予其效力，逾該限度，始認為無效。惟考量此種不確定性，將造成簽署該不當競業禁止約款勞工之法律地位不穩定，有礙其生活之安排，應不採之。是原告上開所陳，仍不影響系爭競業禁止約定無效之判斷。」

⁵⁸ 參閱陳金泉，〈離職後競業禁止約定爭議案例解析〉，律師雜誌第 269 期，2002 年 2 月，頁 104-105。附帶說明者，本文所須附帶一提的是，陳金泉律師對以上美國法院實務操作之介紹，主要係針對「競業禁止約款」而來，然而陳律師於復興航空涉及「最低服務年限」約款的案子中，擔任勞工之辯護律師時，亦曾提及此三原則，詳見台北地方法院 87 年度勞訴字第 89 號民事判決。

合理的過苛條款，受僱人亦不致於受到不合理之對待，反之，若採「合理化原則」則易使雇主存有僥倖之心，無論約款多麼不合理，雇主均不虞喪失條款在合理範圍內必有效執行之利益，且雇主會喪失過苛部分之利益尚須待受僱人提起不合理之抗辯才有可能，但並非所有受僱人皆會提起訴訟。而「一部效力說」亦同，顯然提供雇主過大之保障，因此因採取全部無效且係自始無效說。⁵⁹

而亦有論者採取不同之見解，其以宣告約款「全部無效」不必然對於勞工而言是最有利之結果，勞工所在意者在於違約金之酌減，且法院本於調和者之角色，應盡力探求公平正義之判斷，故其認為法院應採取「合理化原則」以製造當事人更多「雙贏」之機會。⁶⁰

二、德國法制

關於「效力減縮原則」(geltungserhaltende Reduktion)在定型化勞動契約的領域中應否予以承認一事，德國的法院實務及學界對此討論相當熱烈，相關文獻可謂汗牛充棟。⁶¹

就此問題，德國聯邦法院⁶²向來即立於約款相對人利益之保護，以及避免約款使用人藉此有恃無恐等理由，明確指出法院在宣告定型化約款無效或不被納入契約的同時，即不得再依「效力減縮原則」維持約款之部分效力。⁶³

⁵⁹ 參閱林振芳，〈論勞動契約中競業禁止約款在司法實務上之效力問題〉，東吳大學法律研究所碩士論文，2004年7月，頁194。

⁶⁰ 參閱王琛博，〈淺談幾則關於離職後競業禁止之問題〉，全國律師第12卷第4期，2008年4月，頁62-63。

⁶¹ Vgl. Müko/ Busche, 5. Auflage, 2006, §157 BGB, Rn.36; Müko/ Basedow, 5. Auflage, 2007, §306 BGB, Rn.12-20; Rolfs/ Giesen/ Kreikebohm/ Udsching (Jacobs), Beck'scher Online-Kommentar, § 306, Edition: 10, 2008, Rn.9-13; Staudinger/ Peter Schlosser, § 306 BGB, 2004, Rn.22-28; Thüsing, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, München 2007, Rn. 115; Däubler/Dorndorf/ Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn. 14ff.; Gotthardt, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform. Neue Rechtslage für bestehende Arbeitsverträge ab 1.1.2003, 2. Aufl., München 2003., Rn. 329ff.; Aretz, Allgemeine Geschäftsbedingungen im Arbeitsvertrag, Köln 2006, S. 140ff.; Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 363ff.; Singer, Arbeitsvertragsgestaltung nach der Reform des BGB, RdA 2003, 194, 203ff.; Schlodder, Der Arbeitsvertrag im neuen Schuldrecht, Heidelberg 2004, S. 237ff.

⁶² Vgl. BGH 3. 11. 1999, NJW 2000, 1110, 111, 其判決要旨為「Ein Vertrag, dessen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen festgelegte Laufzeit den Gegner des Verwenders unangemessen benachteiligt, kann nicht mit einer kürzeren, noch angemessenen Laufzeit aufrechterhalten werden.」(筆者自譯：契約中之定型化契約條款所規範之期間，若對於使用者之相對人有顯失公平之情事，藉由縮短至合理的期間已維持其效力。); BGH 4. 11. 1992, NJW 1993, 326, 330; BGH 24. 9. 1985, NJW 1986, 1610, 1612.

⁶³ Vgl. Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, 33 Auflage, §4, Rn.57; Thüsing, AGB-Kontrolle

於債法現代化前，勞動契約並無適用一般交易條款規制法（AGBG），而德國聯邦勞動法院在債法修正前，於涉及「費用償還約款（Rückzahlungsklauseln）」的個案中，即以民法第 242 條及第 315 條等規定為據，創設「效力減縮原則」以維持被宣告無效約款之部分效力⁶⁴，如雇主所要求的金額過高，或是約款限制期間逾越合理的範圍，判決通常僅會縮減該筆返還費用的數額⁶⁵或是縮短限制之期間；⁶⁶在返還獎金的約款中，聯邦勞動法院雖認為限制期間過長，但僅將其縮減至合理範圍；⁶⁷對於違約金過高之約定，亦以縮減的方式為之。⁶⁸

而此看法，亦為若干學者所支持，且於債法 2001 年修正後，持此見解者則進一步認為「效力減縮原則」於定型化勞動契約中之適用，其理論之依據，可以訴諸於新法第 310 條第 4 項所稱「勞動法之特殊性（Besonderheit des Arbeitsrechts）」⁶⁹。相較於此，較多數之勞動法文獻則認為，否定「效力減縮原則」之見解，並非屬於「勞動法之特殊性」。⁷⁰

依據德國學者之觀察，聯邦勞動法院現今在判斷定型化勞動契約條款時，已經不再肯認「效力減縮原則」之適用。⁷¹對此，德國聯邦勞動法院在 2004 年 3 月 4 日對於一個定型化勞動契約中之「違約金約款」（Vertragsstrafenabreden）的審查個案中，即明確追隨聯邦法院之看法，從契約當事人間風險分擔的角度，將個案中顯失公平的違約金約款按民法第 307 條第 1 項之規定宣告無效，而不以效力減縮之方式將該約款之效力

im Arbeitsrecht, München 2007, Rn. 117; Däubler/Dorndorf/ Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn. 136.

⁶⁴ Vgl. Däubler/Dorndorf/ Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn.133; Aretz, Allgemeine Geschäftsbedingungen im Arbeitsvertrag, Köln 2006, S. 145.

⁶⁵ Vgl. BAG 16. 3. 1994, NZA 1994, 937, 943.

⁶⁶ Vgl. BAG 11. 4. 1984, NZA 1984, 288, 289.

⁶⁷ Vgl. BAG 3. 10. 1963, AP, BGB § 611 Urlaub und Gratifikation Nr. 1

⁶⁸ Vgl. BAG 26. 9. 1963, AP, HGB § 74a Nr. 1

⁶⁹ Vgl. Lingemann, Allgemeine Geschäftsbedingungen und Arbeitsvertrag, NZA 2002, 181, 187.

⁷⁰ Vgl. Birnbaum, Was sind die „ im Arbeitsrecht geltenden Besonderheit “, NZA 2003, 944, 948; Däubler/Dorndorf/ Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn.133; Schrader/ Schubert, Grundsätze der Inhaltskontrolle arbeitsvertraglicher Vereinbarungen - Teil 1: Tätigkeit, Arbeitszeit und Vergütung, NZA-RR 2005, 169, 173; Stoffels, AGB-Recht, München 2009, Rn. 607; Gotthardt, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform. Neue Rechtslage für bestehende Arbeitsverträge ab 1.1.2003, 2. Aufl., München 2003., Rn. 329ff.; Singer, Arbeitsvertragsgestaltung nach der Reform des BGB, RdA 2003, 194, 203ff.; Aretz, Allgemeine Geschäftsbedingungen im Arbeitsvertrag, Köln 2006, S. 148ff.

⁷¹ Vgl. Däubler/Dorndorf/ Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 306 BGB, Rn.18.

作部分之維持。⁷²另外，2006 年 4 月 11 日在涉及「費用償還約款」（Rückzahlungsklauseln）的判決中，⁷³聯邦勞動法院亦清楚否定效力減縮原則之適用。⁷⁴

然此一看法上的轉變，也遭受若干學者之批評。例如，學者 Reuter 即著文反對聯邦勞動法院對於定型化勞動契約條款不再適用效力減縮原則。⁷⁵又如學者 Eckert/Mörke 則甚至指出德國聯邦勞動法院之此一轉變，對於債法修正前已締結之定型化勞動契約，甚至還有違憲之疑慮，蓋於債法修正前，雇主對於其所預擬之約款，原則上應有信賴其於一定合理之範圍內有其效力，而聯邦勞動法院一律否定約款效力之結果，則嚴重侵害雇主利用該約款所欲追求之利益，相反地，勞工在勞動契約內容之形成上，其實還受到共同參與決定機制之保護，故將其與一般定型化契約等同視之而否定此一原則之適用，實無說服力。⁷⁶

第四款 本文淺見

為審慎處理此一爭議，本文認為應可從形式與實質兩個面向來作處理，茲分述如下：

一、形式上之理由

（一）特定約款之部分無效

於討論此問題時，應先從制定法的文義出發，尋找是否有承認「效力減縮原則」之可能性，此即為形式上之理由。

應予以說明者，對於定型化勞動契約條款有無效及不納入契約之情況因而產生的效力問題，本文認為應參酌消保法第 16 條之規定而為適用（詳見本章第二節之討論），故有關制定法規範之討論，本文將聚焦於消保法

⁷² Vgl. BAG 4. 3. 2004, NZA 2004, 727, 734. 本判決要旨為：「Ist eine Vertragsstrafe in einem Formulararbeitsvertrag zu hoch, kommt eine geltungserhaltende Reduktion grundsätzlich nicht in Betracht. Auch der Rechtsgedanke des § 343 BGB führt nicht zu einer Herabsetzung der Vertragsstrafe auf das angemessene Maß.」（筆者自譯：在定型化約款所約定之違約金有過高情事時，原則上無效力減縮原則適用之餘地。且民法第 343 條有關違約金酌減之規定，亦不會導致違約金數額縮減到適當的數額）。

⁷³ Vgl. BAG 11. 4. 2006, NZA 2006, 1042ff.

⁷⁴ 附帶一提的是，德國聯邦勞動法院雖然普遍否定效力減縮原則之適用，但在「競業禁止約款」（Wettbewerbsverbot Klauseln）的規制上，則因為德國商法第 74 條 a 已對於競業禁止約款之效力作了法律要件之限制，尤其是禁止競業之期間不得超過二年之規定，所以在競業禁止約款發生顯失公平之情事，約款仍得在法律規定的範圍內承認其效力，Vgl. Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 306 BGB, Rn.18.

⁷⁵ 此一見解之介紹，可參閱 Thüsing, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, München 2007, Rn. 116.

⁷⁶ 此一見解之介紹，可參閱 Thüsing, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, München 2007, Rn. 116.

第 16 條之規定，合先敘明。

從消保法第 16 條規定觀之，若欲維持契約其他部分的效力，其適用前提應為：「定型化契約中之定型化契約條款全部或『一部』無效或不構成契約內容之一部者，若除去該部分，契約亦可成立者。」當定型化契約條款本身有全部無效之情況，此無效不影響契約之成立時，契約之其他部分認為有效，固無疑問。然而，何謂「定型化契約條款『一部』無效」，是否可能成為承認「效力減縮原則」之依據？以常見的競業禁止約款為例，若一條款約定勞工於離職後五年間負有不得競業之義務，而法院認為限制時間應以兩年為宜，關於逾越（三年）的部分是否屬於條款之「一部」，即有疑問。

對此問題，本文認為應採否定之見解，依照消保法第 16 條所認定之所謂約款「一部」無效，其他部分仍為有效，應以該約款為「可分的約款（teilbare Klauseln）」為前提。詳言之，在此涉及到特定約款的「無效部分」應可以與約款之「其他部分」分離，兩者間必須具有獨立語法上之意義，始有分離之可能。⁷⁷換言之，若約款中「無效部分」與「其他部分」在語法、文句上通常無法獨立存在，將其分離會造成不自然的情況，即屬於不可分之約款，此外，當約款中「無效部分」與「其他部分」之規範目的與審查標準為相同時，亦屬於不可分之情況。⁷⁸

承上，消保法第 16 條有關約款一部無效規定之適用，絕對不會是「效力減縮原則」之承認，因為在適用本條之情況，並不是法院將依定型化契約條款「不合法之部分」自動縮減為「合法」，以維持約款效力，此與約款本身具有可分性的情況有所不同。⁷⁹從而，在制定法的規範中尚難推導出承認「效力減縮原則」之依據。

（二）無效約款之復活

若法院對一定型化契約條款進行公序良俗或者內容控制之審查後，認為其已逾越合理範圍，則約款依法應屬無效。既然法律賦予該約款無效之

⁷⁷ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 373; Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 306 BGB, Rn.12.

⁷⁸ Vgl. Däubler/Dorndorf/ Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 306 BGB, Rn.12.; Thüsing, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, München 2007, Rn. 120.

⁷⁹ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 374; Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 306 BGB, Rn.12a.

法律效果，本應為當然、自始之無效，不因任何原因而為有效。⁸⁰若法院自行將約款中不合法部分縮減至合法，以維持約款之效力，則無異讓原本應歸於無效之約款，藉由法院之行為得以復活。換言之，已被法院宣告無效或不被納入契約之條款，既然自始對於約款相對人（在此指勞工）即不具拘束力，法院如何能依職權「公平」地判定該約款應對勞工產生何種拘束力，此亦不無疑問。

準此以言，「效力減縮原則」非但無法從制定法中找到存在之依據，其適用於個案中所造成之結果亦將會造成法律體系上之紊亂，顛覆法律規範之保護目的，是單從此形式上之理由觀之，對於「效力減縮原則」應否適用於定型化勞動契約之爭議，似應採取否定之見解。

二、實質上之理由

除上開形式上之理由，基於以下實質上理由，更可知採取「效力減縮原則」之不當。

（一）定型化約款控制之目的

首先，定型化契約法本身之目的即在保護契約相對人不因無效之約款而受有損害，並敦促使用者在擬定契約條款時，應仔細考量雙方當事人之利益。⁸¹由於契約條款本身係由約款使用人（雇主）所預先擬定，相對人（勞工）通常僅能為接受與否的選擇，當約款本身有顯失公平之情事時，雇主本應負擔系爭約款歸於無效之風險。然而，若法院採取「效力縮減原則」，則將使勞工受到本無效約款之拘束，而無法達成定型化契約法制本身欲保護相對人，使其免受顯失公平約款拘束之目的。

（二）敦促雇主謹慎擬定公平合理之約款

再者，「效力減縮原則」之適用，固然將約款的合理性寄於法院之職權裁量，然此一原則的適用，勢必使得雇主在約款擬定的過程，更加肆無忌憚、有恃無恐。詳言之，若法院採取一旦認定約款無效即全面否定約款效力的作法，則雇主為維護其欲藉由約款所達成之利益（例如，維護雇主之營業秘密，或勞工得依約為勞務之提供等），勢必於擬定約款時，更加費心注意於約款之公平性，以避免事後法院宣告約款無效或不被納入契約時所生之不利益。⁸²相反地，在承認效力減縮原則的前提下，雇主擬定之

⁸⁰ 參閱黃程貫，〈離職後競業禁止問題淺論〉，收錄於《勞資關係論文集（一）》，行政院勞工委員會編印，2003年12月，頁215。

⁸¹ Vgl. Aretz, Allgemeine Geschäftsbedingungen im Arbeitsvertrag, Köln 2006, S. 140.

⁸² Vgl. Däubler/Dorndorf/ Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 306 BGB, Rn.14.

約款就算再不合理，由於法院最多也只能就約款中超出合理範圍的部分為效力之否認，這不僅增加雇主擬定更加不合理約款之動機，更加深勞雇關係中勞工受雇主宰制之可能。

對此，台北地方法院 96 年度勞訴字第 128 號判決即正確指出不合理之競業禁止約款，即便當事人已於訴訟上限縮請求，在慮及勞工法律地位之確定性，法院不應逕行維持約款之部分效力，此觀判決理由謂：「競業禁止約定因競業禁止範圍過大，且無合理補償，應認為無效，已如前述。且其無效係自始當然無效，自不因原告於本件訴訟之自我克制，限縮請求，而變為有效。雖英美法例及國內部分實務見解認為，當競業禁止約定有不合理情事，法院仍有權於認為合理之限度內，賦予其效力，逾該限度，始認為無效。惟考量此種不確定性，將造成簽署該不當競業禁止約款勞工之法律地位不穩定，有礙其生活之安排，應不採之」，亦可知之。

(三) 雇營業利益之維護

或有謂全然否定效力減縮原則之適用，對於雇主原欲藉定型化約款以維持之營業利益似有太過之嫌。對此，應予深究者乃係於否定效力減縮原則適用的同時，是否必然意味雇主原欲藉由約款取得之營業利益，即無任何得再受到保護之可能？本文認為，此推論似有過於速斷之嫌。蓋於約款有無效或不被納入契約等情形，系爭約款雖然對於當事人不具任何拘束力，但此時應進一步審酌者，乃是勞動契約之本身是否存有漏洞，以及有漏洞時究該如何予以填補之問題。質言之，縱然雇主擬定之約款被法院宣告無效或不納入契約，惟其原欲藉由定型化約款所取得之營業利益，仍得藉由契約漏洞之填補，獲得一定程度之維護。

舉例而言，當雇主與勞工間之定型化競業禁止約款被法院依民法第 247 條之 1 判定過苛而無效時，如法院依契約目的、誠信原則並審酌交易習慣，進而認定勞雇雙方間之契約應有競業禁止約款為宜時，法院即得透過契約補充解釋之方式，決定勞工離職後所負不為競業行為之時間與範圍。換言之，約款之無效或不被納入契約，是否發生契約之漏洞，乃至於漏洞應如何填補等問題，這基本上仍應由法院審酌契約目的、誠信原則，以及交易習慣決之，就此而言，雇主之營業利益亦非因為否定「效力減縮原則」之適用而完全遭到侵害。

又如勞動契約實務中常見的定型化違約金條款，即便否定「效力減縮原則」之適用，然而違約金條款之全部無效，原則上仍不會剝奪雇主原來對於勞工所得主張之損害賠償請求權，而僅增加其在證明損害數額上之負擔，所以否定「效力減縮原則」之適用，固然對於雇主原欲藉定型化約款

所取得之營業利益有所危害，然此本係雇主身為掌握契約自由之約款擬定人所應承之風險，而且在諸多任意規定及契約補充解釋的適用與操作下，雇主之營業利益仍在相當程度下受有保障。

(四) 效力減縮原則與契約漏洞填補之差異

或有論者質疑，無效是藉由契約漏洞之填補，抑或是肯定效力減縮原則之適用，就結果而言，似乎均是交由法院依職權裁量判斷，如此一來，似無否定「效力減縮原則」之必要？惟依本文之所見，契約漏洞之填補以及效力減縮原則二者間，無論在操作的過程，還是適用的結果，基本上仍存在以下幾項差異：

首先，從法院行使職權之形式觀之。所謂契約漏洞之填補，係法院於宣告一約款無效或不被訂入契約後，再行由法院依職權判定當事人間就系爭權義關係是否存在契約上之漏洞，進而由法院援引任意規定或為契約補充解釋以填補之過程。反之，效力減縮原則的承認，則是在認定約款無效或不被納入契約的情況下，再由法院依職權維持約款之部分效力。換言之，前者係先否定了約款對於當事人之拘束力，再透過任意規定的援引或契約解釋「重新形塑」當事人間之權利義務關係，但後者則是在否定特定約款之公平性後，再承認該約款之部分效力。

其次，觀察二者操作之結果，在「效力減縮原則」之運用下，任何再不公平、不合理之約款，法院均應將其效力縮減至公平合理之範圍，所以除非約款之效力應縮減至全部無效的地步，否則該約款必定或多或少地拘束契約相對人；然若循契約漏洞填補之方式，由於法院在宣告約款無效或不被納入契約的時候，當須依契約目的、誠信原則，甚至交易習慣判斷契約是否存在漏洞，唯有契約確實存有漏洞的前提下，法院始得援引任意規定，或依職權以契約補充解釋的方式「重新形塑」當事人間之權利義務。換言之，如果法院自始認為個案中契約並不因為特定約款被宣告無效或不被納入契約而存有漏洞，法院根本就無庸依職權為契約內容之形塑，定型化約款之相對人更不受到任何契約義務之拘束。

再者，若從一個純抽象思考的角度來觀察此二者間之差異，由於效力減縮原則之適用，係法院「漸次」減縮顯失公平之約款效力的結果，故該被維持之約款，雖係法院心中認定之公平約款，但其實質上仍已臨界於「幾乎達到」顯失公平的程度。反之，契約漏洞之填補，不僅在判定契約是否存在漏洞的層次即作了前提式的篩漏，且無論係之後任意規定的援引，還是契約之補充解釋，其「重新形塑」當事人權利義務之空間皆遠大於前開效力減縮原則操作之結果，單由此點觀之，契約漏洞之填補於約款合理性

之控制，對於約款相對人而言，較為有利。

（五）我國不具有承認效力減縮原則之合理基礎

從比較法的觀點來作觀察，姑且不論德國聯邦法院普遍否定效力減縮原則適用之結論，縱使依據德國勞動法學界少數採取肯定見解之文獻，其所持之理由亦不足以作為我國勞動契約應承認「效力減縮原則」之基礎。

詳言之，部分學者肯認該原則適用之理由之一，即是認為於勞工締結勞動契約時，因為已有企業內共同參與機制可供保護，因此勞動契約之保護需求及預防目的實低於一般定型化契約，⁸³故在定型化勞動契約的控制上，不應全面否定效力減縮原則之適用，以適當維護雇主原欲藉約款所取得之營業利益。甚至，於德國債法現代化後，「勞動法之特殊性」（Besonderheiten des Arbeitsrechts）亦常被學者用以肯定「效力減縮原則」適用之理由。然而，倘將德國聯邦勞動法院近年來已多否定「效力減縮原則」適用於定型化勞動契約之趨勢，且多數之勞動法學者反對適用「效力減縮原則」屬於「勞動法之特殊性」之意見暫且擱置不論，單從前開德國學界肯定「效力減縮原則」適用之理由，亦可得知我國實無採取「效力減縮原則」之基礎。

首先，相較於德國向來組織龐大的工會，亦有勞工參與決定制度，針對重要之勞動條件足以與雇主進行實質之協商，亦有參與決定之機會。反觀我國現今工會實力孱弱不堪的實況，勞工的集體力量薄弱，工會組織率不但低落，且其實力大多頗為薄弱，無法與雇主為真正之協商，更無實質的勞工參與決定機制，致使勞工無從對於勞動條件有所影響，在法制背景及勞動生活現況迥異之情況下，並無法以此作為肯定效力減縮原則適用之理由。

再者，雖然 2001 年德國債法修正時，明確使定型化勞動契約之控制與一般定型化契約同等適用第 305 條以下之規定，惟鑑於定型化勞動契約與一般定型化契約間，仍存在若干本質上之差異，於同法第 310 條第 4 項指明「適用勞動契約時，應適當考量勞動法現行之特殊性」，避免均一處理所衍生出的不合理（這其實也是當初德國一般交易條款規制法（AGBG）排除勞動契約適用的主要原因）。反觀，在我國就所有非消費關係所涉之定型化契約均由民法第 247 條之 1 所規制的法制現況下，我國似乎不像德國還有以「勞動法之特殊性」作為應該肯定效力減縮原則適用之空間。

最後，縱然是少數曾被德國法院實務容許適用「效力減縮原則」之約

⁸³ Vgl. Thüsing, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, München 2007, Rn. 116.

款，像是競業禁止約款，然應辨明的是，德國法院之所以在競業禁止約款肯認「效力減縮原則」之適用，主要乃因為德國商法典第 74 條 a⁸⁴有相應之規定可以作為承認此原則之基礎，反觀我國既無類似之法律基礎，所以否定此一原則之適用，應該較為妥適。

(六) 違約金酌減規定之浮濫適用

於我國法院裁判實務上最常涉及「效力減縮原則」者，則莫過於違約金約款，是就違約金約款與效力減縮原則間之關係，亦有予以深論之必要。然不同於一般條款於顯失公平時應否適用「效力減縮原則」之爭議，在違約金約款的規制領域中，我國法院卻甚少直接就違約金約款之合理性進行審查，反多由違約金酌減之方式，尋求個案中之公平。但這樣的結果，卻也間接形成「效力減縮原則」於這類個案中之適用。

最常見的例子，像是勞雇間以定型化條款約定勞工於離職後，在一定期間、地域範圍內不得競業，並同時約定勞工違反此項義務時，應給付雇主一定數額之違約金之情形。這類案件一旦進入訴訟程序，最常成為兩造攻防焦點者，除了該約定勞工負有禁止競業義務之約款的合理性，以及勞工是否確有競業行為之認定外，定型化違約金條款是否係一有效約款，以及法院應否約定之違約金進行酌減等問題，亦為裁判中常見的爭執點。其中，只要該競業禁止約款之有效性被法院所維持，且勞工亦確有離職後競業之事實，接續該處理者，則涉及違約金約款是否有效之問題。

不過有趣的是，我國法院裁判實務似乎對於違約金約款之有效性問題興趣缺缺，反而多於審酌個案中義務違反之程度，再以違約金酌減之方式，決定違反義務之勞工所應給付之違約金數額。此等裁判在我國實務上可說是占了絕大多數。例如，台灣高等法院 93 年上字第 299 號判決一案，法院對於規定勞工於不得於離職後任意競業，否則即須支付雇主相當於五倍年薪違約金之條款，即未曾對該顯然約定過高之違約金條款是否顯失公平一事置以言語，而是單純援引違約金酌減之規定，裁減勞工應給付之違約金數額。

由此判決內容觀之，法院竟對於約定數額高達五倍年薪之定型化違約金約款本身是否已顯失公平一事視若無睹，縱然法院已透過違約金酌減之方式緩和了約款之不合理，然而，試想如果今天雇主所預擬之違約金約款之數額不是年薪的五倍，而是年薪的一萬倍，難道法院還要繼續承認如此約款之效力，然後再默默地為違約金之酌減？姑且不論如此作法可能助長

⁸⁴ 此一見解之介紹，可參閱 Thüsing, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, München 2007, Rn. 115.

雇主利用單方擬定約款之優勢地位擬定更加不合理之約款，循此脈絡，是否意味勞動契約中之定型化違約金約款係一定型化約款司法控制體系之化外之地？甚至如此作法，是否更表示違約金酌減之規定乃承認「效力減縮原則」之適例與依據？

對於以上疑問，本文認為我國法院裁判實務對於違約金酌減規定之適用實有過於浮濫之嫌，而且該規定既無法使定型化違約金約款置於一般定型化契約司法控制之體系之外，而且更非係承認為「效力減縮原則」之適例與依據，國內向來對於類似案件所為之裁判，實有值得商榷之處。而本文所持之理由，則有以下幾點：

首先，民法第 252 條有關違約金酌減規定之適用，一般而言，須以違約金約款本身係一有效約款為前提，⁸⁵是以法院欲適用違約金酌減之規定前，自先優先判斷約款本身之有效性。而違約金約款之有效與否，除了一般性之契約成立與生效要件，如約款係以定型化約款方式呈現於契約，則該約款之有效性更須接受定型化契約之控制體系的審視，是舉凡約款是否屬於異常條款（例如，約款置於契約中之位置有隱晦不明之情事），或是約款是否有顯失公平之情事（例如，違約金約款約定違約金債務的發生不以可歸責於債務人為要件，或是違約金約定過高），此均係法院為違約金酌減前所應確定，且此判定約款有效性之權限，依法官知法原則，法院本應依職權予以審查而無待當事人之抗辯。是如果法院未對約定過高之定型化違約金條款進行約款有效性之審查而逕為違約金之酌減，此即有判決不適用法律之疑慮。據此，違約金酌減之規定不僅不是法院可以免去約款有效性審查之依據，同時也絕非使定型化違約金約款成為定型化契約控制制體系之例外。

如又從比較法的經驗而為觀察，同樣於民法典中具有違約金酌減規定的德國，⁸⁶其法院實務早期在處理定型化違約金約款數額過高的問題時，也曾將問題全部以違約金酌減之方式處理之，⁸⁷不過後來德國法院實務則

⁸⁵ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 856.

⁸⁶ 德國民法第 343 條：「(1) Ist eine verwirkte Strafe unverhältnismäßig hoch, so kann sie auf Antrag des Schuldners durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden. Bei der Beurteilung der Angemessenheit ist jedes berechnete Interesse des Gläubigers, nicht bloß das Vermögensinteresse, in Betracht zu ziehen. Nach der Entrichtung der Strafe ist die Herabsetzung ausgeschlossen. (2) Das Gleiche gilt auch außer den Fällen der §§ 339, 342, wenn jemand eine Strafe für den Fall verspricht, dass er eine Handlung vornimmt oder unterlässt.」(1) 違約金金額過高者，得經由債務人聲請，以判決酌減至適當金額。於判斷其適當性時，應考量所有債權人之正當利益，不得僅以財產上之利益為標準。於違約金支付後，酌減請求權消滅。(2) 除了第 339 條及第 342 條之情形外，任何人就一定行為之作為或不作為約定違約金者，亦適用之。

⁸⁷ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 854.

亦清楚意識到「定型化違約金約款是否因數額約定過高而無效」與「違約金債務是否過高而應酌減」二者間之差異，亦即前者乃係針對抽象約款之內容的公平性進行審查，其目的乃維持約款之合理，避免約款之擬定人濫用契約自由；至於後者則是著眼於個案事實並賦予法院得為公平裁量之權限。⁸⁸於是德國法院實務乃幡然推翻早期見解，並進一步指出民法第 343 條關於違約金酌減之規定不得適用於違約金條款因數額約定過高而被宣告無效的情形，⁸⁹甚至文獻上更認為違約金酌減之規定僅得適用於以個別磋商方式所締結之違約金條款。⁹⁰

由此比較法上之經驗觀之，我國法院對於違約金約定過高之案例，一律以酌減規定處理之，而未實質斟酌該約款究竟是否係以定型化約款之方式所擬定，以及是否有牴觸定型化約款控制法制之相關規定，實有檢討之必要。

三、小 結

從法院幾則對於約款之效力為減縮之判決觀之，其理論依據多以流於「逾越合理限度無效」等抽象字眼，並未針對法院為何可依職權逕自縮減約款之效力一事詳予論證。再者，台北地方法院 88 年度勞簡上字第 6 號雖以「...按司法權之行使，應遵守過度禁止原則（Übermaß-Verbot），此於法院解釋契約、對契約條款之控制在有其他方法得以除去該不合理之部分時，原則上不宜逕行宣告當事人依自由意思締結之契約條款無效，換言之，法院在以公序良俗、誠信原則控制契約約款時，宣告無效應是在透過其他法律規定、契約之補充解釋仍無法除去約款之不合理時，所作最後不得已之手段...」作為論述基礎，惟其似對於法律之解釋適用有所誤解，蓋無論任意法規之規定或是契約之補充解釋，依通說之見解，皆是為了補充因約款無效而產生之漏洞，故並非如其所言，以宣告約款之無效為最後之手段。據此，上開理由似無法成為承認「效力減縮原則」之基礎。

對此爭議，本文並不贊同將「效力減縮原則」適用於定型化勞動契約，從制定法的層面觀之，消保法第 16 條並無法成為肯定效力減縮原則之法律依據，蓋所謂約款一部無效，應以約款具有可分性為前提，此絕非意味著法院可不顧契約內容之文義，而自行加以減縮。且「無效」本應為自始、當然無效，法院有何職權可讓無效約款得以復活，實難理解。

⁸⁸ Vgl. BGH 7. 5. 1997, NJW 1997, 3233; BAG 4. 3. 2004, NZA 2004, 727; Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 855.

⁸⁹ Vgl. BAG 4. 3. 2004, NZA 2004, 727; Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 855.

⁹⁰ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 856.

另實質之理由言之，由於契約條款本身係由雇主所預先擬定，雇主應負擔系爭約款歸於無效之風險。為了保護定型化約款之相對人，使其免受顯失公平約款拘束，亦為促雇主謹慎擬定公平合理之約款即不應承認「效力減縮原則」於勞動契約之適用。綜此，國內若干傾向採取肯定「效力減縮原則」之法院裁判，似有再予以商榷之必要。





第五章 個別約款之檢討

經由筆者蒐羅國內法院有關定型化勞動契約之判決後，歸納整理出在勞動契約中四種較常見而具有爭議之定型化契約條款，其分別為「調職條款」、「最低服務年限條款」、「離職後競業禁止條款」及「違約金條款」，茲於以下各節中依序探討。

第一節 調職條款

第一款 前言

調職是雇主對於員工人事配置上之變動，係企業人事管理運作頗為常見之現象，通常同時帶有職務內容與工作場所之變動，且此一人員配置之變動，亦須係具有一定之相當時期的持續性始可，若是基於臨時性與特定性之特定需求，而派令勞工前去支援或者出差，勞工將會回到原職，此時即不屬調職之問題。¹

雇主對於勞工為調職之命令，可能之基於企業經營上之需求，或是為了調職升遷來拔擢勞工，然而，其亦可能成為雇主用以作為懲戒、報復或打擊勞工之手段。無論其原因為何，當雇主將勞工調離其原有之工作崗位或是工作地點，將一定程度對於勞工帶來不利之影響。²對此而言，雇主所為之勞工的調動，是否要得到勞工之同意，此涉及到雇主調職命令之性質探討。對此問題，國內的文獻大多引用日本法之討論，³試圖解決調職之爭議，此等見解亦對於國內法院實務判決造成一定程度之影響，故在本節第二款中，首先在從國內學說及實務判決出發，闡述其對調職命令法律性質之看法，並簡述實務對於調職爭議之處理模式。

法院實務雖對調職問題已有較為穩定之審查機制，在雇主有無調職命令權之認定上，通常採取較為寬鬆之態度，其原因在於實務有寬認勞雇雙

¹ 參閱黃程貫，《勞動法》，2002年2月再版，頁461-465；邱駿彥，台灣勞動法學會編，《勞動基準法釋義－施行二十年之回顧與展望》，2005年5月，頁139；劉志鵬，〈論企業內調職〉，收錄於《勞動法理論與判決研究》，2002年8月，頁157。

² 參閱邱駿彥，台灣勞動法學會編，《勞動基準法釋義－施行二十年之回顧與展望》，2005年5月，頁139-140；劉志鵬，〈論企業內調職〉，收錄於《勞動法理論與判決研究》，2002年8月，頁157。

³ 有關日本法之介紹，請參閱邱駿彥，〈調職之法理運用〉，輔仁法學第15期，1995年6月，頁251以下；邱駿彥，〈調職法理之探討〉，收錄於《勞動法裁判選輯（一）》，1999年12月初版，頁27以下；邱駿彥，台灣勞動法學會編，《勞動基準法釋義－施行二十年之回顧與展望》，2005年5月，頁139以下；黃馨慧，〈日本調職法理的形成與發展〉，收錄於《勞動法裁判選輯（三）》，2001年1月初版，頁103以下；劉志鵬，〈論企業內調職〉，收錄於《勞動法理論與判決研究》，2002年8月，頁155以下；陳逢源，《勞動法上人事異動之研究－以調職為中心之借調與轉雇》，國立中興大學法律研究所碩士論文，1997年6月；陳慧儀，《我國與日本調職法理之比較研究》，台灣大學法律學研究所碩士論文，2008年8月。

方對於調職之合意之傾向，當涉及到定型化勞動契約條款時，亦多不審查約款之效力，此等處理方式適當與否即有疑義，為求問題之釐清，本文認為有必要重新檢討調職問題之審查體系，此為本節第三款第一點所要探討之問題。其後則觀察德國法對調職問題之討論，並參酌我國學說及制定法之規定，希望能重新釐清調職問題之審查體系。

當確立了審查步驟後，即回到本論文之重點，亦即有關定型化勞動契約條款之控制，由於在勞動實務之現況上，雇主常以工作規則訂定：「本公司因業務需要，在未違反勞動契約原則，得隨時遷調員工之工作或職務與服務地點」⁴，或在具有定型化契約性質之文件中訂有：「甲方（雇主）為業務需要，得調動乙方（勞工）職務或調派乙方至不同地點工作，乙方不得拒絕，乙方如拒絕或未按規定日期報到就任新職時，甲方得終止勞動契約。」⁵、「本人同意公司基於業務需要，得依公司規章與工作規則之規定，長期、短期或臨時調動本人職務、工作場所及排定、調整、延長本人工作時間，若未違反勞動基準法之規定，本人絕不藉故推諉。」⁶、「工作地點或職務如有變更，立書人同意接受公司之調動安排。」⁷等調職約款。對於此種約款僅概括地規範勞工應遵守雇主之指示而為工作職務或地點之調動，並未對於職務或地點之範圍為明確地限定，而勞工於求職時或在職中為求順利得到工作機會，在協商實力不平等的情況下，幾乎是毫無選擇地簽下此類約款，故其受有定型化契約控制之必要，此為本節第四款所要探討者。

第二款 調職命令之法律性質及實務處理概況

一、現行法的規定

在我國制定法中並未針對調職為直接而明確之規定，民國 25 年 12 月 25 日公布，迄今未施行之勞動契約法曾在第 9 條、第 10 條訂定有關調職之規定，其內容分別為「勞動之給付地，依契約之所定，勞動者無移地勞動之義務，但於一地方同時有數營業所，並於勞動者無特別困難時，雇主得指定或轉移之。」、「勞動者應依雇方或其代理人指示，為勞動之給付，但指示有違法、不道德或過於有害健康者，不在此限。」該法雖對於工作地點及雇主之業務命令有具體之規定，可惜並未付諸施行。⁸

⁴ 參見臺灣高等法院民事判決 96 年度勞上易字第 83 號。

⁵ 參見高雄地方法院民事判決 96 年度雄勞簡字第 33 號、高雄地方法院民事判決 97 年度勞簡上字第 9 號。

⁶ 參見台北地方法院民事判決 96 年度北勞簡字第 85 號。

⁷ 參見台北地方法院民事判決 91 年度勞簡上字第 34 號。

⁸ 參閱劉志鵬，〈論企業內調職〉，收錄於《勞動法理論與判決研究》，2002 年 8 月，頁 180-181。

而在現行的勞動基準法對於調職之規定則付之闕如，除了勞基法第 51 條有「女工在妊娠期間，如有較輕易之工作，得申請『改調』，雇主不得拒絕...」，同法第 57 條有「...。但受同一雇主『調動』之工作年資...」等規定，提及類似調職之用語，僅有施行細則第 7 條規定「工作場所及應從事之工作有關事項」係勞動契約應約定之事項。整體觀之，我國制定法對於調職之規定仍極為有限，並未有完整規範勞資雙方在調職問題上之權利義務規定。⁹

二、學說見解概況

有關雇主有無調職之權利，其權利之依據為何等問題，國內文獻之討論多參考日本法之討論經驗，依據文獻之論述，大致可分為四說，茲分述如下：

(一) 概括合意說

本說首先強調調職命令並非屬於事實行為，一般而言於勞動契約訂定時，並未就各個工作場所與內容為具體約定，而僅是由勞工將勞動力之使用權概括地委由雇主處分，雇主依此權利之作用，可決定工作場所與工作內容，此種權限一般稱為勞動指揮權。雇主單方地行使勞動指揮權，而將工作場所與工作內容具體化，故其性質為形成行為。調職命令既為形成行為，其效力即有為法律上判斷之餘地，從而雇主行使調職命令之形成權時，首應本於企業經營上之合理性及必要性；其次，要適當地考量到勞工之生活利益；再者，調職命令在行使之過程中，也應遵守誠信手續，若有違反上開要件之一，即可認定為權利濫用。¹⁰

(二) 勞動契約說

本說認為雇主之調職命令僅在勞動契約已經合意之職種、職務內容、工作地點範圍內時，始生效力。超過此合意範圍之調職，乃勞動契約之變更，應得勞工之同意；而縱使是契約約定範圍內之調職，若係權利濫用時，勞工也沒有服從之義務。而在實際的個案中，如何認定調職命令是在勞動契約之範圍內，則是屬於契約解釋之問題。¹¹

⁹ 參閱劉志鵬，〈論企業內調職〉，收錄於《勞動法理論與判決研究》，2002 年 8 月，頁 180-181；邱駿彥，台灣勞動法學會編，《勞動基準法釋義－施行二十年之回顧與展望》，2005 年 5 月，頁 141。

¹⁰ 參閱劉志鵬，〈論企業內調職〉，收錄於《勞動法理論與判決研究》，2002 年 8 月，頁 164；邱駿彥，台灣勞動法學會編，《勞動基準法釋義－施行二十年之回顧與展望》，2005 年 5 月，頁 142-143。

¹¹ 參閱劉志鵬，〈論企業內調職〉，收錄於《勞動法理論與判決研究》，2002 年 8 月，頁 165。

(三) 特約說

本說認為工作場所與工作內容，在性質上為勞動契約之要素，必須由勞資雙方合意始能特定，不能由雇主單方面予以變更，因此雇主發調職命令時，即為契約內容之要素變更，必須每次取得勞工之同意；或僅在勞動契約中有勞工將工作場所與工作內容之變更或決定權限委由雇主行使之明確特約時，雇主始對勞工有行使調職命令之權限。但就一般勞資關係實態而言，於勞動契約訂定時，不能否認勞資雙方就調職已有默示合意存在之可能性，故若該默示合意存在之事實可被證明時，雇主於合理範圍內仍有行使調職命令權之餘地。¹²

(四) 調職命令權否認說

主張此說者則強烈地認為，雇主並無單方面得命勞工調職之權利，雇主對勞工工作場所與工作內容發變更命令之行為，皆屬變更勞動契約內容之要約，從而必須得到勞工個別的明示或默示合意時，雇主之調動命令使具法律效力。至於勞動契約訂定時，雖就工作場所與工作內容無特別約定，但亦不能就此認定勞資雙方就調職有默示的合意存在，必須至工作場所與內容決定之階段，該勞務提供之債務始特定。¹³

對此，邱駿彥教授認為，若考量到我國勞動關係之實態，應採「特約說」較為合適。因為工作之內容與工作地點皆屬勞動契約之重要要素，且調職對於勞工而言可能發生種種不利之情事，故應讓勞工藉由特約，以自主的合意實質介入與其勞動生涯息息相關之調職命令，應是較為理想的理論構成。¹⁴

劉志鵬律師在其著作中則提到，勞動契約為繼續性契約，勞資雙方之關係實處於流動狀態，基於企業經營需要，故調職係屬自然而難以避免之現象，而調職並非完全不利於勞工，故若以防弊的角度從嚴解釋勞工調職之合意，則脫離企業經營之現實。依其之見，勞資雙方間有無明示、默示調職合意係一法律問題，至於如何防範雇主不法、濫用調職命令權，則係另一法律問題，前者可以從寬解釋，以符合企業之用人現實，後者則可視

¹² 參閱邱駿彥，台灣勞動法學會編，《勞動基準法釋義－施行二十年之回顧與展望》，2005年5月，頁145。

¹³ 參閱劉志鵬，〈論企業內調職〉，收錄於《勞動法理論與判決研究》，2002年8月，頁165-166；邱駿彥，台灣勞動法學會編，《勞動基準法釋義－施行二十年之回顧與展望》，2005年5月，頁145。

¹⁴ 詳細論述請參閱邱駿彥，台灣勞動法學會編，《勞動基準法釋義－施行二十年之回顧與展望》，2005年5月，頁147-149。

個案情形從嚴解釋，以達到保護勞工之目的。¹⁵

陳逢源律師則區分一般勞動契約與特殊勞動契約而適用不同之理論，申言之，於一般勞動契約中，由於職務種類變動之調職涉及勞動契約要素之變更，而工作地點之調動則涉及勞動契約偶素之變更，故雇主欲變更原已特定之職務種類或工作地點時，應再徵得勞工同意，故採特定合意說（特約說）為妥。至於在為了養成幹部而締結的特殊勞動契約中，一方面會使勞工經多種職務之歷練，但另一方面其勞動契約要素並非為特定，而只是有復數可能性，故雇主之調職權限仍應限定在勞動契約之範圍內，因而接近於限定合意說（勞動契約說）之見解。¹⁶

黃程貫教授則認為勞動給付之內容及地點係勞動契約之要素，故應於勞動契約內訂定，此亦為勞基法施行細則第7條第1款所明定。雇主若因業務需要而有變更勞工之工作場所及工作內容等有關事項之需求者，除勞動契約已有約定從其約定外，應徵得勞工之同意，始得將勞工予以調動，不得由雇主恣意調動。在判斷雇主調動之合法性，應分為三階段：¹⁷

第一階段：應判斷勞動契約是否禁止雇主調動勞工，亦即雇主有無調動權。若雇主有調動權，則應判斷是否有權利濫用的問題，即無禁止雇主調動勞工情形時，則進入第二階段。

第二階段：在判斷是否經勞工同意。此時應以得勞工事後且明示同意為原則，在例外的特殊情況下才承認事前、默示之同意的效力。若在不具備勞工同意的情況下，才進入第三階段。

第三階段：在「企業經營之必要性」與「勞工期待可能性」兩點上，本於各種具體因素與標準，對勞資雙方做利益衡量。在此階段，我國行政主管機關所提出的調動五原則，即可成為衡量之參考標準，但此並非列舉窮盡，最主要仍應回到上述的標準，針對具體個案而為衡量。

三、實務判決之概況

有關調職之問題，在我國制定法上雖未有直接且明確之規範以資處理，然而勞工行政主管機關則透過行政函釋，以內政部74年9月5日(74)台內勞字第328433號函釋提出調職五原則，其內容為：「勞動基準法施行細則第7條第1款規定，工作場所及應從事之工作有關事項應於勞動契約

¹⁵ 詳細論述請參閱劉志鵬，〈論企業內調職〉，收錄於《勞動法理論與判決研究》，2002年8月，頁186-189。

¹⁶ 詳細論述請參閱陳逢源，〈勞動法上人事異動之研究—以調職為中心兼論借調與轉雇〉，中興大學法律學研究所碩士論文，1998年6月，頁40-50。

¹⁷ 詳細論述請參閱黃程貫，〈勞動法〉，2002年2月再版，頁461-465。

中由勞資雙方自行約定，故其變更應由雙方自行商議決定。如雇主確有調動勞工工作之必要，應依下列原則辦理：(一)基於企業經營上所必需；(二)不得違反勞動契約；(三)對勞工薪資及其他勞動條件，未作不利之變更；(四)調動後工作與原有工作性質為其體能及技術所可勝任；(五)調動工作地點過遠，雇主應予以必要之協助。」上開函釋所提出之標準廣為我國法院裁判實務所引用，暫且不論調職五原則本身是否妥適，¹⁸至少其在法制空白的狀態下對於實務發揮了指導性之作用。¹⁹

另外，於陳薏儀氏所撰「我國與日本調職法理之比較研究」之碩士論文中，詳細整理各級法院之見解，於涉及調職之案例中，其認為時常被引用的最高法院 77 年台上字第 1868 號判決似帶有「特約說」之色彩，²⁰該判決提及：「雇主若因業務需要而有變動勞工之工作場所及應從事之工作等有關事項之需求者，除勞動契約已另有約定，應從其約定外，應徵得勞工之同意，始得將勞工予以調動，不得由雇主恣意調動。」依其分析，為數不少之判決於引用上開內政部函釋或最高法院之見解後，即就係爭勞動關係之勞動契約、工作規則等來推導雇主調職命令權之來源，並不特別指明其所採取之理論依據。然亦有法院判決明確表明其所採取之學說理論者，有採勞動契約說者，²¹有採概括合意說²²或特約說²³，亦有法院不採用特定理論，而直接進入勞動契約之實質要素加以判斷。²⁴依其觀察，法院

¹⁸ 有關調職五原則之批評，詳請參閱黃程貫，《勞動法》，2002 年 2 月再版，頁 462-465。

¹⁹ 參閱黃程貫，《勞動基準法勞動契約章修法問題研析—調職、最低服務年限約定及競業禁止約定之規範建議》，行政院勞工委員會委託研究計畫，2004 年 7 月，頁 14。

²⁰ 參閱陳薏儀，《我國與日本調職法理之比較研究》，台灣大學法律學研究所碩士論文，2008 年 8 月，頁 103。

²¹ 參見台北地方法院民事判決 91 年度重勞訴字第 4 號判決：「調職乃是雇主對員工人事配置上之變動，固係企業人事管理、運作上之常見現象，且通常同時帶有職務內容或工作場所之變動，惟調職命令之性質，依目前我國實務上之見解，係採所謂之勞動契約說（或稱限定的合意說），即調職如果是在勞動契約之預定範圍內時，則調職只是契約之履行過程，調職命令僅是勞務指揮之一種事實行為，勞工當然必須服從，反之，若調職超越勞動契約之預定範圍外時，則調職即為變更契約內容之要約，未得勞工之同意時，調職對勞工不生拘束力。」

²² 參見桃園地方法院民事判決 91 年度勞訴字第 29 號：「再按勞動契約係繼續性契約，勞僱雙方之關係處於流動狀態，基於企業經營需要，衡諸常情，調職乃經常發生、難以避免之現象，且一般而言，勞工於締結勞動契約時，多已將勞動力之使用概括地委諸於雇主，而不會就各個具體勞動行為為直接、具體約定，是除勞僱雙方已就勞動行為之種類、態樣或工作地點特為約定，否則應從寬認為具體勞動行為內容可由雇主單方決定，換言之，雇主原則上具有行使勞工調職命令之權限。」

²³ 參見臺南地方法院民事判決 89 年度勞訴字第 41 號：「再工作場所及工作內容為勞動契約之重要要素，不得容許雇主擅以己意變更，具有拘束力之調職命令必須得到勞工之同意，因此於調職糾紛中首先必須判斷雇主是否擁有既經勞工同意之調職命令權。依據特約說之見解，若勞資雙方訂定勞動契約階段對調職已有默示之合意時，於合理範圍內，雇主仍得有行使調職命令之權限；但判斷勞資雙方就調職是否已有默示之合意，必須採取極為審慎之態度，除非從勞動契約之具體內容得以客觀地認定勞工有此合意，否則儘管工作規則或團體協約有類似之規定，尚不適宜輕易地解為勞資雙方就調職有默示之合意。」

²⁴ 參見臺北地方法院民事判決 94 年度勞簡上字第 9 號：「又，關於調職命令之性質為何，學說

雖在判決的抽象論述中引用不同之學說理論內容，概括合意說承認雇主因勞動契約之締結而概括取得勞動力之處分權，而勞動契約說與特約說皆肯認默示合意得作為調職合意之型態後，各說在實際操作後，彼此間差異已逐漸縮小且模糊；再者由於雇主常於工作規則中訂有調職之規範，從而不論採取何種理論，結論上大致會肯認雇主擁有調職命令權。²⁵

承上所述，對於雇主調職命令權之依據，實務判決在理論的採取上或有不同，惟事實上在個案中之判斷上，多集中在如何界定勞動契約之範圍、確認勞工對於調動有無「合意」，其「合意」之依據為何，依據文獻之整理，其可能基於工作規則或是制式文書，例如雇用通知書、服務自願書等，甚至是基於企業之事業性質或是企業習慣。²⁶首先，當調職規定訂於工作規則中時，又不免論及工作規則之法律性質，部分判決即援用最高法院 88 年度台上字第 1696 號判決之見解，²⁷並以之作為肯認工作規則中調職規範有拘束勞工之效力，而成為判斷雇主有無調職命令權之根據。²⁸在此類判決的個案審酌上，則會以此等調職規範是否具有「合理性」而為判斷，具體之標準則可能為調職五原則、參酌雇主行業、有無為反相關法令精神等等。²⁹再者，雇主可能以僱用通知書、服務自願書、切結書、誓約書、員工保證書或人事資料表記載調職條款之內容，此等由雇主預先擬定之制式文書即可能視為勞工已有調職之合意之依據。³⁰至於勞僱雙方間是

上有包括的合意說、特約說及勞動契約說之分。包括的合意說認為一般而言，雇主因勞動契約的締結而取得對該勞工勞動力之概括的處分權，基於概括的處分權雇主得以決定勞工之工作場所及工作內容，調職命令不過為雇主的此種決定，其法的性質為形成行為。但勞資雙方對工作場所與工作內容，如有明示或默示的合意，或依企業內之習慣因而特定，而成為勞動契約具體的內容時，則調職命令需得到勞工之同意，否則調職命令對該勞工無拘束力。特約說認為雇主所以能將勞工調職，僅限於雙方有將勞動內容和工作地點的決定及變更之權限委與雇主行使之特別約定之情形。惟主張特約說者多認為就一般勞資關係的實態觀之，於訂定勞動契約時，勞資雙方一般存有在合理的範圍內承諾雇主的調職命令權之默示合意。勞動契約說則認為調職如果是在勞動契約預定範圍內時，則調職只是契約之履行過程，其性質不過為勞務指揮之一種樣態的事實行為，勞工當然必須服從。反之，若調職超過勞動契約之預定範圍時，則調職即為變更契約內容之要約，需得勞工之同意，否則對其不生效力。因此，調職命令對勞工有無拘束力，應視對該勞動契約所為之解釋而為判斷。**然無論就調職命令之性質係採取何說，調職命令均應受到權利濫用禁止原則之規範，此為學者間一致的見解。**

²⁵ 參閱陳慧儀，《我國與日本調職法理之比較研究》，台灣大學法律學研究所碩士論文，2008 年 8 月，頁 102-108。

²⁶ 參閱黃程貫，《勞動基準法勞動契約章修法問題研析－調職、最低服務年限約定及競業禁止約定之規範建議》，行政院勞工委員會委託研究計畫，2004 年 7 月，頁 16-21；陳慧儀，《我國與日本調職法理之比較研究》，台灣大學法律學研究所碩士論文，2008 年 8 月，頁 108-119。

²⁷ 例如臺灣高等法院民事判決 94 年度勞上易字第 55 號、臺灣高等法院民事判決 91 年度勞上易字第 5 號、臺灣高等法院臺中分院民事判決 94 年度勞上字第 2 號、臺灣高等法院高雄分院民事判決 90 年度重勞上字第 2 號、士林地方法院民事判決 94 年度勞簡上字第 6 號等判決。

²⁸ 有關工作規則之法律性質及本判決之內容分析，請參見本論文第三章第一節。

²⁹ 以上之判決整理及實務見解分析，詳請參閱陳慧儀，《我國與日本調職法理之比較研究》，台灣大學法律學研究所碩士論文，2008 年 8 月，頁 102-113。

³⁰ 參閱陳慧儀，《我國與日本調職法理之比較研究》，台灣大學法律學研究所碩士論文，2008 年

否經由該等制式契約而達到合意，則可能依據個案之不同，在認定的寬嚴上亦有差異。³¹

四、小 結

從上開論述可知，學者參考日本法之討論，對於雇主調職命令權之依據及性質雖提出各家學說，其亦為我國實務判決所援用，然其適用之情況誠如學者之觀察，除了調職命令否認說以外，在我國處理調職紛爭的訴訟上，特別是判斷調職命令權存在與否時，無論採用那一種學說，其結果皆有可能趨於一致。換言之，無論是概括合意說、勞動契約說或者特約說，雖皆以勞工同意為必要，然在承認默示之同意的前提下，在實際的操作上，三說之差別及實益並不大。³²

再者，以現今勞動現狀之實況，雇主甚少在勞動契約中對於工作地點及職務內容做明確而具體之規定，反而在勞動契約或同意書、切結書等制式文書中預定勞工應同意雇主調動職務及工作內容之條款，並要求勞工簽署；³³或者是利用工作規則之訂定，要求勞工應遵守雇主調職之指示。³⁴此等書面將成為法院判斷調職條款是否經由勞工同意之依據。然而。勞工與雇主締結勞動契約時，為求獲取工作機會，在締約實力不平等之情況下，只能在接受與否之間做選擇；而雇主若在工作規則中訂定勞工應服從雇主調動指示之條款，更將因實務對於工作規則法律性質之闡述，造成拘束勞工之效力，詳言之，依照多數實務見解，只要工作規則之內容具備合理性，不論勞工是否知悉或者是否同意，均受工作規則內容之拘束。惟在實務上此類約款或規範通常皆僅有概括性之規定，或是移植調職五原則之內容，從形式上觀之似難認其有不合理之處，基於以上之原因在結果上都會導致實務從寬認定雇主得以對勞工為調職指示之權限。³⁵故綜觀實務判決，於

8月，頁113-117。

³¹ 詳細分析參閱黃程貴，《勞動基準法勞動契約章修法問題研析－調職、最低服務年限約定及競業禁止約定之規範建議》，行政院勞工委員會委託研究計畫，2004年7月，頁16-21。

³² 參閱邱駿彥，台灣勞動法學會編，《勞動基準法釋義－施行二十年之回顧與展望》，2005年5月，頁146-147；劉志鵬，〈論企業內調職〉，收錄於《勞動法理論與判決研究》，2002年8月，頁188。

³³ 參見臺中地方法院民事判決93年度勞訴字第5號、高等法院臺中分院民事判決94年度勞上字第2號、臺北地方法院民事判決95年度勞簡上字第15號等判決。

³⁴ 參見臺灣高等法院民事判決96年度勞上易字第83號、臺灣高等法院高雄分院民事判決93年度勞上字第14號、臺灣高雄地方法院民事判決92年度勞訴字第6號等判決。

³⁵ 關於此可參見臺北地方法院民事判決89年度勞訴字第116號：「無論採用何種調職命令法律性質之見解，判斷雇主是否具有調職命令權時，皆須探討勞動契約內容之真意。但在我國目前的勞動實務上，勞資雙方在訂定勞動契約時，於契約內容上就工作場所、工作內容為限定之合意者，尚屬少數；反而是在訂定勞動契約同時，大多數勞工皆必須提出遵守雇主人事異動命令之同意書等，再者，絕大多數的工作規則亦有勞工必須服從雇主調職命令之條款；工作規則原係雇主為統一勞動條件及服務規律所訂定，依現今社會之情形觀之，勞工與雇主間之勞動條件依雇主所訂之

判斷調職爭議之合法與否，多將焦點放置於調職五原則之審查及權利濫用之控制。³⁶

第三款 調職審查體系之建構

一、實務見解之檢討

針對雇主調職命令或指示之合法性判斷，雖然現行實務已有固定的處理模式，然而將合法性之審查重點置於權利濫用或調職五原則，在體系上似有值得斟酌之處，茲分述如下：

首先，觀察實務上雇主所擬定之調職條款，其內容多屬概括性之規定，例如「工作地點或職務如有變更，立書人同意接受公司之調動安排。」上開約款並未規範雇主得以調職之原因，亦未說明可能調動職務的範圍或是可能變更的工作地點，對勞工而言並不具有明確性。然而觀察法院之判決，似乎對於此點未置以言語，甚至認為上開調職條款在形式及文義上並無不妥。³⁷惟過於簡略或概括之調職條款無疑是授予雇主相當大之權限，若解釋條款之文義，勞工似乎同意雇主可對其為任何職務，包含升職或降職之調動，或者對之工作地點之調動，雇主藉此條款取得了相當大調整契約之權利，可單方片面對於勞工為調職之命令，反觀勞工，對此概括之約款幾乎無法預見將來可能發生職務調動之情形，就此而言，此等約款對於勞工而言具有重大之不利益，難謂無顯失公平之情事。

雖然，判決對於調職問題之審查重點一向是置於有無違反調職五原則、權利濫用之審查，針對某些明顯的個案皆會推導出調職不合法之結果，惟本文以為，此是屬於不同層次控制之問題，詳言之，有關定型化契約條款之內容控制，其審查之對象在於定型化契約條款本身，故當其依民法第 247 條之 1 或消保法第 12 條之規定對於相對人而言屬於顯失公

工作規則所規定之內容而定，已成為勞工與雇主間均有合意之一種事實上習慣，只要工作規則所規定之內容具有合理性，工作規則即因而有拘束勞工與雇主雙方之效力，而不論勞工是否知悉工作規則之存在及其內容，或是否予以同意，均當然適用工作規則。準此，無論採前述何種法律性質之立場，由於勞動契約解釋的結果，雇主將極有可能對勞工擁有調職命令權。」

³⁶ 關於法院實務判決對於調職五原則及權利濫用之審查模式及分析，詳請參閱陳意儀，《我國與日本調職法理之比較研究》，台灣大學法律學研究所碩士論文，2008 年 8 月，頁 128 以下。

³⁷ 參見臺北地方法院民事判決 91 年度勞簡上字第 34 號：「雖被上訴人抗辯上開員工服務切結書關於上訴人可任意調動之規定係屬定型化契約，不足以保障勞工權益，而顯失公平；且上開服務切結書係屬工作規則之性質，但上訴人未送主管機關核備及公開揭示之程序，被上訴人自不受該員工服務切結書之拘束云云。然民法第二百四十七條之一規定，須契約之約定顯失公平，始發生失效之效果。惟查被上訴人所立具之上開切結書僅約定：『工作地點或職務如有變更，立書人同意接受公司之調動安排』，在文義上並無何剝奪被上訴人工作權或勞務對價之重大失權約定。而按勞動契約，勞資雙方間本具使用從屬關係，而調職復為雇主在企業內人事運用及勞務管理上，極為重要之指揮命令權限之一，是兩造於訂定勞動契約之同時，另約定上訴人可調動被上訴人之工作地點及職務，並無何顯失公平之處。」

平時，其無效者是約款之本身；而實務對於調職問題引以為據之調職五原則，不論連結權利濫用原則，或是作為勞工雙方利益衡量之要素，在法規範上之依據是主要是民法第 148 條，基本上是屬於一種權利行使之控制，故兩者間不論在法律依據或審查對象皆有不同之處。且定型化契約控制之基本理論之一，即在於約款使用人得單方預先擬定有利於己之約款，當其所訂之約款有不明確、難以瞭解之情事時，其應負擔約款無效之風險，此與權利濫用原則之規範目的或保護層次亦不盡相同，故目前實務直接略過約款本身適當與否之審查，除了在法律體系之適用上有所缺漏外，對於勞工之保護亦有不週，故本文認為此等處理方式似有不妥之處。

再者，若依目前法院多數見解，調職之約款可能因為訂於工作規則或是勞動生活常用之制式契約中，而有不同的判斷模式，雖然依據文獻之闡述，實務多數見解對於工作規則採取定型化契約說，惟其亦參酌日本判例法上「合理性變更法理」，故不論勞工是否知悉工作規則之內容，亦不論勞工知悉或同意與否，只要其具備合理性，即有拘束勞工之效力。就此點而言，似與一般對於定型化契約之認知有所不同，蓋定型化契約本質上仍為契約，應遵守「意思合致」之契約原則，故實務對於工作規則之性質雖名為「定型化契約」，在實質上與定型化契約之本質似有不符之處。（此可參閱本論文第三章第一節之內容）在此即產生了體系及邏輯上之疑義，申言之，若同樣有關調職條款之規定，當其訂於工作規則時，在判斷上即受有「合理性」之規制，然若制式契約中而成為定型化契約條款時，其則應有定型化契約審查體系之控制。承上，實質內容相同之約款，卻因分別訂於工作規則及定型化契約而受不同之審查體系之控制，而對於同一調職條款而有似雙軌的審查體系。惟若肯認工作地點及職務內容為勞動契約之重要要素之前提下，雇主若欲契約之約定獲取對於勞工為調動之權限，則無論是訂於工作規則或者定型化契約中，皆不應為不同之對待。又，假設調職條款訂於工作規則中在審查結果上對於雇主較為有利，是否導致雇主在規範文件之選擇上有所偏好，欲藉此增加約款被認定為有效之機會，不無疑義，若真如上所言，則此種可藉由約款使用者對於契約形式之選擇，致使勞工處於更為不利之狀態，在法律價值之判斷上即屬失衡。

綜上所述，雖然實務對於調職問題之處理已有既定之處理模式，然而本文認為就控制模式或審查體系上尚有適用上之疑義，為求問題之釐清，以下從我國法之規定，參酌學說及比較法之觀察，試圖建構一較為明確之審查體系。

二、審查體系之建構

(一) 比較法之觀察

依據文獻之討論，在勞動契約中是廣泛地承認雇主之指示權，而根據德國營業法（Gewerbordnung 簡稱 GewO）第 106 條第 1 句規定，雇主依據其合理之裁量，可以進一步指定勞務給付之內容、時間、地點，只要此類勞動條件並未透過勞動契約、廠場協定之規定、可適用之團體協約或者法律規定而被訂定。根據第 106 條第 2 句，指示權亦適用在關於廠場內勞工之行為與紀律有關之事項。³⁸

雇主可以藉由一般指示權（Direktionsrecht）將勞動契約中有關個別職務內容具體化，隨時變更對於職務之指示，且指派勞工為性質相等之工作。當契約本身對於勞務給付已有約定時，雇主指示權之行使將受到契約之限制，只有在給付之內容、地點、時間沒有被規範時，雇主之單方指定權才有存在之空間。³⁹此外，依據民法第 315 條及營業法第 106 條雇主指定權亦須受有衡平性控制（Billigkeitskontrolle）之審查。⁴⁰根據一般之指示權，雇主並無權限去指派勞工為價值低於契約約定之工作，縱使勞工所獲得之報酬並無降低，仍不得為之。⁴¹一般之指示權仍受契約其他規定之限制。基於上開限制，雇主即經常在勞動契約中約定所謂的調職條款以擴大指示權之範圍。⁴²根據德國聯邦勞動法院之判決，此種約款基本上是合法的。有疑問在於指示權擴張之範圍應有多大。⁴³

以往德國聯邦勞動法院以不同觀點對於雇主之指定權，以不同契約控制之觀點加以審查，並無一致之標準。於債法現代化後，勞動契約亦受有定型化契約控制後，有關此類條款即根據德國民法第 305 條以下之規定而

³⁸ 營業法第 106 條之原文為：「§ 106 Weisungsrecht des Arbeitgebers Der Arbeitgeber kann Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch den Arbeitsvertrag, Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrages oder gesetzliche Vorschriften festgelegt sind. Dies gilt auch hinsichtlich der Ordnung und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb. Bei der Ausübung des Ermessens hat der Arbeitgeber auch auf Behinderungen des Arbeitnehmers Rücksicht zu nehmen.」

³⁹ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 796-797.

⁴⁰ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 800.

⁴¹ Vgl. BAG 11. 6. 1958, AP BGB §611 Direktionsrecht Nr.2 ; BAG 14. 7. 1965, AP BGB § 611 Direktionsrecht Nr.19; Preis, Der Arbeitsvertrag. Handbuch der Vertragspraxis und -gestaltung, 2. Aufl., Köln 2005, II D30 Rn. 58 und Rn. 159.

⁴² Vgl. Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn. 183.

⁴³ Vgl. Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn. 183.

為適用。⁴⁴德國聯邦勞動法院在個案中嚴格區分德國民法第 307 條以下之適當性控制 (Angemessenheit) 及德國民法第 315 條權利行使之控制 (Ausübungskontrolle)。⁴⁵在此並非著重在約款使用者有無或如何行使契約所約定之權利，而是對於條款之本身加以控制，故對於雇主指定權之審查重點從「權利行使控制」之層次轉移到「適當性控制」。詳言之，關於此種擴大雇主指示權之約款，應依據德國民法第 307 條以下規定而為內容控制，特別是受有「透明性原則」之審查，約款使用人須以具體明確之方式制定定型化契約條款，而此在勞動法中亦有適用。⁴⁶

綜上所述，雇主可在不違反法令、團體協約、勞動契約之情況下，可對勞工就具體的工作地點及職務內容而為指示，在指示權之範疇內，只要當其對勞工影響之情狀屬於輕微時，亦可對於勞工為職務或工作地點之調動。對雇主之指示權之行使，係依據民法第 315 條為權利行使之控制。如雇主欲擴張指示權之範圍，則有賴契約之約定，而此種調職條款應受定型化契約條款控制之審查，在債法現代化後，即屬民法第 305 條以下規定之範圍。

(二) 我國法之體系建構

在實務上所慣用之勞動契約，多屬雇主為了多次使用而預先擬定契約內容，用以與勞工締結之定型化契約，故在內容上詳盡規範勞務給付之地點及職務內容似有困難，此時即有賴雇主之指示權以決定勞工工作義務之具體內容，有關指示權之權利基礎，一般認為之基於勞動關係之功能及本質所必然產生的一種雇主任限，勞工既係為雇主提供從屬性勞務，且被雇主納入其生產組織與過程，故而雇主對勞工之勞動力本即有指導、支配之權利。⁴⁷且立法者對於勞動契約之假設是以長期性債之關係為前提，在此等繼續性、長期性之勞動關係中，勞務給付之內容無法一開始即為完全之確定，為了企業經營之彈性化措施，應容許雇主在未逾越指示權之界線對於勞工為職務或工作地點之調動。雖然我國未有如德國營業法明文規範，然而雇主之指示權既然屬於基於勞動關係之功能與本質所必然產生之雇主任限，在我國法上應有承認之空間。⁴⁸

⁴⁴ Vgl. BAG 9. 5. 2006, NZA 2007, 145, 146.

⁴⁵ Vgl. BAG 11. 10. 2006, NZA 2007, 87, 90.

⁴⁶ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 339; Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht: Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn. 170-171.

⁴⁷ 參閱黃程貫，《勞動法》，2002年2月再版，頁134。

⁴⁸ 黃程貫教授在其所著之《勞動法》教科書中，即將雇主之指示權列為勞動法的法源之一。參閱程貫，《勞動法》，2002年2月再版，頁134-137。

承上，若雇主對於地點或職務之指示在指示權之範疇內，所涉及者應為權利行使之控制；當然，雇主為擴大指示權之行使，可與勞工締結調職條款，以此約款賦予雇主將來調動勞工職務或地點之權利，然並非所有調職條款之締結即可成為雇主調動勞工之依據，蓋此等約款若為定型化契約條款，自應受有定型化契約控制之審查。在上開認知下，對於調職問題之性質及審查，本文贊同黃程貫教授之見解，以其合法性判斷之架構為主，參酌德國法之討論及我國法之規定，詳細論述如下：

1、第一階段

應判斷雇主是否有調動之權利，除非勞動契約有明文排除雇主調動之權限，否則即涉及到雇主之指示權範圍，若肯認雇主有權對於勞工為調職之指示，此時即應判斷是否有違反權利濫用或誠信原則之問題，其法律之依據即為民法第 148 條之規定。

2、第二階段

若雇主並無調動之權利或調動之命令已逾越指示權之範圍，則需判斷是否有勞工之同意，在此所涉及到者即屬調職條款之締結，除非能判定雇主與勞工對於此等約款已為個別之磋商，否則只要是由雇主單方提出，為多數使用之契約條款即屬定型化契約條款，針對條款之本身當然受有定型化契約控制之審查，針對定型化勞動契約之控制，原則上得參酌消保法之法理，並以民法第 247 條之 1 為依據。若該約款因違反誠信原則而有顯失公平之情事而被認定為無效，有關約款無效後之問題則可參酌本論文第四章之論述；若約款為有效，雇主因此而得擴大對於勞工調職指示之權利，在實際權利行使時，若有違反誠信原則或是權利濫用之情況時，仍受有民法第 148 條規定之限制。

3、第三階段

若雇主既無調動之權限，雙方間亦未對於調職之事項有所約定時，則應在「企業經營之必要性」與「勞工期待可能性」兩點上，本於各種具體因素與標準，對勞資雙方做利益衡量，於利益衡量時，則可參考調職五原則之標準但此並非列舉窮盡，最主要仍應回到上述的標準，針對具體個案而為衡量。

在此階段中，本文以為雇主基於企業經營或其他因素，而有必要對勞工為調動措施時，其所涉及之制定法規定即可能為民法第 227 條之 2「情事變更原則」，根據本條第 1 項規定，契約成立後，情事變更，非當時所得預料，而依其原有效果顯失公平者，當事人得聲請法院增、減其給付或

變更其他原有之效果。依據通說之見解，情事變更原則乃源自誠信原則，⁴⁹其目的在於排除不公平之結果，以達公平正義之理想，故其法律效果無法作一般性之規定，而須視各種法律關係之樣態，在誠信衡平原則下作不同之處理。⁵⁰而適用情事變更原則的法律效果之一，即是得請求為契約之調整。從而，若雇主依據原本之契約無法具有調職之權利，卻因企業經營之所需，而有對勞工為調職之必要時，即可依本條之規定，請求法院為契約之調整。

第四款 調職條款之審查

於確立了調職問題之審查體系後，在本款中將針對調職條款之本身之控制而為論述，然從筆者所搜尋到之涉及調職條款的判決中，甚少對於調職條款本身適當與否而為審查，縱有提及，但並未對之為實質之審查，故本款以下先闡述對於實務判決之觀察，其後從比較法之觀點，對於德國法上調職條款之內容控制為一概略之介紹，以作為我國法判斷調職條款效力之參考。

一、我國法院實務之觀察

從法院的判決中，可觀察出雇主常以同意書、切結書、誓約書或人事資料表等制式文書為調職條款之約定，此類由雇主預先擬定之契約條款，用以與勞工約定擴張雇主關於工作地點或職務之指示權，除非雇主可證明其已與勞工為個別之磋商，否則即應屬於定型化契約條款，而應受到定型化契約控制之審查，然而判決對此著墨甚少，引用民法第 247 條之 1 作為約款效力判斷之判決更是寥寥可數，詳述如下：

(一) 不為定型化契約條款控制之審查，判斷調職合法性主要係依據權利行使之審查

在此類判決中，法院多會承認勞僱雙方間有為調職條款之效力，從而承認雇主調職命令之權利。判決皆將判斷重點置於調職權行使之控制，故其對於調職合法性之判斷即直接引用調職五原則，並無對調職條款本身為定型化契約之審查。

例如，**臺中地方法院民事判決 93 年度勞訴字第 5 號**：「雇主為達成營業之目的，具有指揮監督勞工之權限，即雇主對於勞工擁有人事權（含職

⁴⁹ 參閱姚志明，《誠信原則與附隨義務之研究》，2003 年 2 月初版，頁 39-41；林誠二，〈情事變更原則之再探討〉，搜尋自月旦法學知識庫，頁 5；孫森焱，《新版民法債編總論下冊》，2002 年 8 月修訂版，頁 479。

⁵⁰ 參閱粘毅群，《從定型化契約的觀點論工作規則》，中原大學財經法律學系碩士論文，1999 年 6 月，頁 154。

務調動權)，為勞動契約之核心內容，且勞動契約係繼續性契約，勞僱雙方之關係處於流動狀態，基於企業經營需要，衡諸常情，調職乃經常發生、難以避免之現象，除勞僱雙方已就勞動行為之種類、態樣或工作地點特別為約定，否則應從寬認為具體勞動行為內容可由雇主單方決定，即雇主原則上具有行使勞工調職命令之權限，且本件依原告之服務自願書記載「(一)遵守公司規章制度，嚴守職務機密，服從公司任何調遣與指示；(二)如未能配合作業要求時，願無條件接受公司之遷調或解僱」(本院卷第一一四頁以下)，故原告主張被告所為之調職行為違反勞動契約，無將原告調職之權限云云，亦不可採，惟被告行使其職務調動權，必須遵守前開調職五原則，方為適法乃屬當然。」而其上級審臺灣高等法院臺中分院民事判決 94 年度勞上字第 2 號，仍然維持此見解，以勞工曾經簽訂上開服務志願書，從而認定雇主應有調職之權限。⁵¹

又如在臺北地方法院民事判決 91 年度重勞訴字第 4 號中，雇主要求勞工填具人事資料表中，並在備註欄中預先記載：「本人在公司工作期間，願接受工作內容、工作地點、工作時間之安排或指派。」，對此約款，本判決認為此為勞工於於任職之初已就工作內容、工作地點、工作時間等，概括同意雇主所為安排或指派，是雇主即被告因勞動契約之締結已取得對勞工即原告勞動之概括的處分、指揮及命令權。」該理由後段即針對雇主調職權之行使為權利濫用與調職五原則之審查。

對此，其上級審法院臺灣高等法院民事判決 92 年度重勞上字第 10 號更進一步說明：「惟縱使雇主因勞工在進入事業單位時，所簽下一紙同意書或誓願書，表示同意資方之任何調動命令，而得以調動勞工，然此項同意之前提是肯認雇主企業經營所必須之權限，故若非企業經營所必須，例如雇主因挾怨報復勞工而恣意調動，則非雇主就企業之人事配置權範圍內，應不被允許，亦即雇主行使調動權時，仍應受不得為權利濫用之限制，蓋對於勞工在勞動契約訂立時之明示或默示同意雇主任意調動，其實對於勞工極為不利，宜採取較為嚴格之認定，以免資方濫權，而造成對勞工不公平或不可期待之結果。此亦有內政部於七十四年九月五日發布之七四台內勞字第三二八四三三號函釋認為，雇主有調動勞工工作之必要時，得依『調動五原則』處理之，已如前述，因此，本件雖甲○○因概括同意幸福公

⁵¹ 參見臺灣高等法院臺中分院民事判決 94 年度勞上字第 2 號：「按上訴人公司上開『員工職務調動管理辦法』2.1 定義即載明：『內部職務調動包括短期、長期、專業、工作輪調或其他因公司業務考量等目的所做的職務調動。』是認此即勞僱雙方對於勞動契約已有調職合意。另被上訴人任職上訴人公司之初，曾簽署服務自願書記載「遵守公司規章制度，嚴守職務機密，服從公司任何調遣與指示；如未能配合作業要求時，願無條件接受公司之遷調或解僱」(見原審卷一第 114 至 119 頁)。故被上訴人主張上訴人並無將被上訴人調職之權限云云，自不可採。」

司得調動其工作內容，幸福公司之行使調動權仍不得權利濫用，本於此，檢視本件幸福公司對甲○○之調動是否合法。」判決雖然提及對於勞動契約訂立時之明示或默示同意雇主調動，應採取較嚴格之認定，然卻未考量對於約款本身應為定型化契約控制之審查。

綜上，涉及到調職爭議，而雙方訂有調職條款時，大多數法院並不直接質疑調款之效力，而是將重心放於雇主有無權利濫用或調職五原則之審查，此為多數之法院的處理方式。⁵²

(二) 論及民法第 247 條之 1 之判決

在前開幸福水泥案中（臺北地方法院民事判決 91 年度重勞訴字第 4 號，及其上級審臺灣高等法院民事判決 92 年度重勞上字第 10 號），經由勞工上訴，最高法院發回更審後，於臺灣高等法院民事判決 95 年度重勞上更（一）字第 2 號中，勞方律師則主張人事資料表上之記載屬於定型化契約條款，應依民法第 247 條之 1 規定認為此等約款無效。⁵³

對此主張，高等法院民事第九庭之回應為：「上訴人（勞工）雖又稱上開概括同意調職條款係被上訴人片面所擬具之定型化契約條款，對勞工顯失公平，依民法第 247 條之 1 規定，應認為無效云云，然該條明定須以按其情形顯失公平者，始認該部分約定無效，雇主於僱用員工時視其所需設定條件，在不違反公序良俗及強制規定之前提下應認有效，上訴人如不同意，自應立刻表明，由雇主斟酌之。」

上開見解似未能正確適用民法第 247 條之 1 規定，蓋約款若違反強制規定或公序良俗者本即為無效，並非民法第 247 條之 1 所審查之客體，且本條對於「顯失公平」之認定，是基於誠信原則所生，其內涵絕非以違反強制規定或公序良俗作為合法與否之界線，故高等法院之理解並不適當。

⁵² 如臺北地方法院台北簡易庭小額民事判決 92 年度北勞小字第 48 號：「雇主調動勞工工作，應遵守（一）基於企業經營上所必需；（二）不得違反勞動契約；（三）對勞工薪資及其他勞動條件，未作不利之變更；（四）調動後工作與原有工作性質為其體能及技術所可勝任；（五）調動工作地點過遠，雇主應予以必要之協助等五原則（內政部七十四年九月五日臺內勞字第三二八四三三號函可資參照）。（一）、查，原告進入被告時，於九十一年四月二十三日簽之予被告之具服務志願書第一條明定：『遵守公司規章、職業道德及維護公司利益，『服從公司調遣與指示』。』，依該約定，可知原告願意『服從』公司『調遣與指示』，是，被告實有對原告行使調職命令之權限，乃是基於勞動契約之合意。何勞動契約、法令違反之有？」亦可參見臺灣高等法院民事判決 90 年度勞上易字第 33 號、桃園地方法院民事判決 90 年度勞訴字第 31 號、臺北地方法院民事判決 93 年度勞訴字第 159 號、南投地方法院南投簡易庭民事簡易判決 95 年度投勞簡字第 6 號等判決。

⁵³ 參見本判決上訴人陳述之第二點：「退言之，倘上開人事資料表之記載足以構成兩造勞動契約之內容，則上開人事資料表為被上訴人片面所擬具之定型化契約條款，且其內容對勞工顯失公平，勞工因雇主立於經濟力懸殊之不平等地位，為獲取工作而不得不簽署，為維護契約之實質正義，確保勞資地位對等以保障勞工，此等概括同意調職條款，依民法第 247 條之 1 規定，應認為無效。」

而臺北地方法院民事判決 91 年度勞簡上字第 34 號則認為：「雖被上訴人抗辯上開員工服務切結書關於上訴人可任意調動之規定係屬定型化契約，不足以保障勞工權益，而顯失公平；……然民法第二百四十七條之一規定，須契約之約定顯失公平，始發生失效之效果。惟查被上訴人所立具之上開切結書僅約定：『工作地點或職務如有變更，立書人同意接受公司之調動安排』，在文義上並無何剝奪被上訴人工作權或勞務對價之重大失權約定。而按勞動契約，勞資雙方間本具使用從屬關係，而調職復為雇主在企業內人事運用及勞務管理上，極為重要之指揮命令權限之一，是兩造於訂定勞動契約之同時，另約定上訴人可調動被上訴人之工作地點及職務，並無何顯失公平之處。」⁵⁴

上開判決以調職約款在文義上並無何剝奪被上訴人工作權或勞務對價之重大失權約定，即無顯失公平之情事，本文認為此等觀點過於狹隘，蓋從系爭約款僅言明勞工同意雇主對於職務之安排，並未為調職之原因及範圍為較為具體明確之約定，此使雇主對於勞工工作職務及地點取得極為廣泛之調動權限，此可能造成勞工權利之剝奪與限制，或對之有重大不利益之情況，故難謂其無顯失公平，故上開判決之見解時有待斟酌。

依據本文所搜尋之判決中，僅有高雄地方法院民事判決 96 年度雄勞簡字第 33 號以調職條款違反民法第 247 條之 1 第 3 款規定而為無效，其以：「另兩造間曾簽訂之『定期勞動契約書』第 3 條『約定事項』固有：『甲方（按即被告，下同）為業務需要，得調動乙方（按即原告，下同）職務或調派乙方至不同地點工作，乙方不得拒絕，乙方如拒絕或未按規定日期報到就任新職時，甲方得終止勞動契約。』之約定，惟此之『定期勞動契

⁵⁴ 另可參見台北地方法院民事判決 96 年度北勞簡字第 85 號：「經查，原告於 90 年 10 月 28 日簽署同意書，其中第 4 點及第 10 點規定：『本人同意公司基於業務需要，得依公司規章與工作規則之規定，長期、短期或臨時調動本人職務、工作場所及排定、調整、延長本人工作時間，若未違反勞動基準法之規定，本人絕不藉故推諉』、『本人同意公司基於業務需要，得隨時調動本人至關係企業任職』等情，有被告提出之同意書在卷可稽（見第 81 頁），故被告已經原告之事前同意，得基於業務需要及實際需要，調動職務或至關係企業任職，而被告在 96 年 3 月 29 日將歐艾斯太平洋保全股份有限公司之系統保全業務與相關設備，全部移轉由賓士保全股份有限公司承受，原告係任職於被告之台中分公司「系統保全部專員」，因被告已將系統保全業務及設備全部移轉給第三人賓士保全股份有限公司，以致於被告之台中分公司有業務緊縮之情形，且被告之台中分公司亦已在 96 年 5 月 23 日辦理分公司撤銷登記等情，有原告提出之歐艾斯太平洋保全股份有限公司與賓士保全股份有限公司聯名寄給客戶之 96 年 4 月 2 日信函影本 1 張、被告公司基本資料查詢 2 張在卷可稽（見第 24 頁至第 26 頁），並為兩造所不爭執，顯見被告確有實際需要而將原告調職。原告雖主張前揭同意書條款有違反民法第 247 條之 1 規定，此約定亦於原告有重大不利益，且顯失公平，依法自屬無效云云，惟查，原告於 90 年 10 月 21 日所簽之同意書，雖未約定調動職務後薪資之調整，惟依該同意書第 1 條規定原告有遵守被告公司工作規則之義務，意即原告調動至關係企業任職，其薪資的核敘均依照被告公司之工作規則。況依照工作規則之規定，原告亦可能因職務調動造成薪資增加的情況發生，是尚難謂前揭同意書之約定對原告有重大不利益，故原告主張系爭同意書約款無效云云，並不可採。」

約書』乃被告一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，而斟酌前開第 3 條『約定事項』之約定內容，係屬於使勞工即原告就其調動職務或工作場所之同意權為拋棄或限制行使之情形，經核對於勞工之一方顯失公平，依民法第 247 條之 1 第 3 款規定，該部分約定應屬無效。準此，兩造間之系爭勞動契約對於調動職務或工作場所之約定既為無效，被告執以此部分辯解，亦無足採。」而及其上級審高雄地方法院民事判決 97 年度勞簡上字第 9 號亦維持此等見解，⁵⁵上開判決雖勇於宣告調職條款為無效，惜未見更詳盡之論述。

二、比較法之觀察

在勞動契約中經常會約定有關勞務給付內容及時間可能變動之約款，此種約款即是所謂的「調職條款 (Versetzungsklausel)」，而在此將會涉及到雇主之指定權 (Bestimmungsrecht)。⁵⁶

對於給付指定權所為預先擬定條款，最重要者是要滿足以下三個要件：首先，必須基於債之關係之發展具有不確定之因素，以致於以指定權作為調整之手段是有必要時；再者，約款中必須說明雇主得以行使指示權之時機及理由；第三，行使之方式及範圍必須盡可能具體地被規範。⁵⁷

(一) 有關職務內容之調職條款

因勞務給付而生之內容在勞動契約中通常僅有一般性的規定，此時雇主對於勞工所應給付之勞務內容具有指示權，有關職務內容之指示權必須是限於在雙方當事人所約定之工作型態範圍，基於契約之約定而為進一步之指示。賦予雇主可對勞工指派不同內容工作之調職條款，雇主所得指派之工作必須是與原職務是等價之工作 (gleichwertige Tätigkeit) 時，調職條款始為合法。⁵⁸

在實務上比較具有重要性者是，定型化約款中賦予雇主得指派勞工為

⁵⁵ 參見高雄地方法院民事判決 97 年度勞簡上字第 9 號：「另兩造間曾簽訂之『定期勞動契約書』第 3 條『約定事項』固有：『甲方（按即上訴人，下同）為業務需要，得調動乙方（按即被上訴人，下同）職務或調派乙方至不同地點工作，乙方不得拒絕，乙方如拒絕或未按規定日期報到就任新職時，甲方得終止勞動契約。』之約定，惟此之『定期勞動契約書』乃上訴人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，而斟酌前開第 3 條『約定事項』之約定內容，係屬於使勞工即被上訴人就其調動職務或工作場所之同意權為拋棄或限制行使之情形，經核對於勞工之一方顯失公平，依民法第 247 條之 1 第 3 款規定，該部分約定應屬無效。準此，兩造間之系爭勞動契約對於調動職務或工作場所之約定既為無效，上訴人執以此部分辯解，亦無足採。」

⁵⁶ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 795.

⁵⁷ Vgl. BAG 11. 4. 2006, NZA 2006, 1149, 1152; Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 340; Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht: Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn. 171.

⁵⁸ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 801-802.

價值較低工作（geringerwertige Tätigkeit）之權限，工作職務種類之變更涉及到勞工之主給付義務，因此當其約定影響到工作時間之分配，或者涉及報酬之界線，不能毫無限制地認為該約定合法。工作時間之減少或者指示勞工從事價值較低之工作，此皆會影響到勞工因勞務給付所獲致之工資。⁵⁹若雇主藉由調職條款可以對於勞工指派價值較低之工作而給予較少之報酬，基於其對於工資給付義務之核心範圍之侵害，應屬於顯失公平而為無效。⁶⁰

若契約條款的內容允許雇主可調動勞工從事價值較低的工作，但限制其不得減低工資，此種條款在過去原則上是被允許的。⁶¹在此種不變動工資而擴張雇主指示權之約定，其合法性之界線即屬於定型化契約條款內容控制所審查之範疇。⁶²對於允許雇主得指派勞工從事低於契約約定職務工作之約款，近期有德國聯邦勞動法院採取無效之見解，⁶³此種約款根據民法第 307 條第 1 項第 1 句及第 2 項第 1 款在內容上是不適當的。雇主保留介入影響勞動契約內容之權利，而罔顧終止保護法第 1 條及第 2 條之要件，此將因存在偏離勞動法內容保護之法律思想而為顯失公平。縱使該條款中規定雇主之指示權只有在有必要而對於雙方利益加以協調之情況下，始得為之，仍然無法因此而被評價為適當，因為在此不足以保障勞工，勞工可能因雇主單方恣意變更約定職務內容，使其權益受到侵害。⁶⁴

若是賦予雇主指示權，使其可將勞工調至價值較高之工作權限，此種

⁵⁹ Vgl. Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn. 184, 186.

⁶⁰ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 804.

⁶¹ Vgl. BAG 11. 6. 1958, AP BGB §611 Direktionsrecht Nr.2 該判決要旨第一點：「Das allgemeine Weisungsrecht des Arbeitgebers umfaßt nicht die Befugnis zur Versetzung des Arbeitnehmers auf einen Arbeitsplatz mit geringerer Entlohnung. Dieses Recht kann ihm aber durch besondere Vereinbarung in einem Tarifvertrag, einer Betriebsvereinbarung oder im Einzelvertrag eingeräumt werden.」（筆者自譯：雇主之一般指示權並不包含將勞工調至報酬較低之工作職位之權限，然雇主可以透過團體協約、廠場協定之特別約定、或個別契約而取得此種權利。）；Preis, Der Arbeitsvertrag. Handbuch der Vertragspraxis und -gestaltung, 2. Aufl., Köln 2005, II D30 Rn. 159ff.; Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 804.

⁶² Vgl. Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn. 184.

⁶³ Vgl. BAG 9. 5. 2006, NZA 2007, 145ff. 其判決要旨為：「Eine vorformulierte Klausel, nach welcher ein Arbeitgeber eine andere als die vertraglich vereinbarte Tätigkeit einem Arbeitnehmer „falls erforderlich“ und nach „Abstimmung der beiderseitigen Interessen“ einseitig zuweisen kann, ist jedenfalls dann als unangemessene Benachteiligung i.S. von § 307 BGB anzusehen, wenn nicht gewährleistet ist, dass die Zuweisung eine mindestens gleichwertige Tätigkeit zum Gegenstand haben muss.」（筆者自譯：雇主基於單方擬定之條款，得在『必要』而基於『雙方利益之協調』之情況下，單方指派勞工為不同於契約約定之工作，若無法保障雇主之指示必須至少以等值之工作為客體時，此種約款應為無效。）

⁶⁴ Vgl. Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn. 187b.

約款的問題較少，因為此種升職通常為勞工所樂意。⁶⁵當然，若於約款中約定對於升職之指示，在報酬上並無相應之調整時，此即有給付與對待給付關係之侵害，當此侵害並非不重要時，其即侵害到勞動契約之核心。⁶⁶但縱使勞工之報酬有隨職務之提升而調整，上開預定之職務須根據勞工之能力與認知，若調動之職務為勞工完全無法勝任時，則雇主單方對於提升職務所為之指示，可能因為違反勞工之意願而存有顯失公平之情事。⁶⁷

(二) 有關工作地點之調職條款

若在契約中已明確對於具體工作地點而為約定，則該約定具有決定性，雇主不得任意指派勞工至其他地方工作。然在實際上甚少有對於工作地點為明確約定之情況，所以雇主在指示權之範圍內可以為工作地點之指示。若在契約中欠缺進一步之約定，只要勞工持續地被雇用，原則上勞動給付之履行地點是位於事業單位之所在地。⁶⁸詳言之，雇主只要根據營業法第 106 條規定，本可在一般指示權的範圍內為地點之調職，並不需要調職條款之約定，只要在契約中尚無對於工作地點為具體之約定，且調動地點屬於其他容易到達之地點時，即屬於雇主指示權行使之範圍。⁶⁹

若對於勞工為工作地點之調動已逾越雇主指示權，則須另有一個契約之約定以擴張雇主指示權之範圍，此種擴大指示權之約款須符合民法第 307 條第 1 項第 2 句明確性及具體性之要求。當然，對於調職地點之具體化明示有困難，將影響到雇主對於人事安排之彈性化，惟此不意味著對於調職地點之約款沒有透明性原則要求，而是不能對之為過度要求。定型化約款如果規定「出於企業經營之理由」或者「出於勞動力之欠缺」或者是「其他工作地點有急切、必要之需求」即為以足，因為對勞工而言，此至少讓其認知到雇主可能有行使調動權之傾向。當然，在此類條款中應對於具體可能工作地點加以考量，其說明之精確性應足以表示出可能調動之區域及距離。⁷⁰

⁶⁵ Vgl. Thüsing, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, München 2007, Rn. 241.

⁶⁶ Vgl. BAG 12. 12. 1984, AP KSchG 1969 § 2 Nr.6; Preis, Der Arbeitsvertrag. Handbuch der Vertragspraxis und -gestaltung, 2. Aufl., Köln 2005, II D30 Rn. 203.

⁶⁷ Vgl. Lindemann, Flexible Gestaltung von Arbeitsbedingungen nach der Schuldrechtsreform, Köln 2003, S. 349; Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn. 191.

⁶⁸ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 806.

⁶⁹ Vgl. Preis, Der Arbeitsvertrag. Handbuch der Vertragspraxis und -gestaltung, 2. Aufl., Köln 2005, II D30 Rn. 242-243; Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 807.

⁷⁰ Vgl. Hunold, AGB-Kontrolle einer Versetzungsklausel, NZA 2007, 19, 21ff; Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn. 193.

三、小 結

有關調職條款之內容控制，參酌德國法之討論，原則上雇主應不得在調職條款中預先擬定有關調降勞工職務及約定調職地點過遠之內容，而依據德國民法第 307 條第 1 項第 2 句之規定，條款不明確或無法理解者，亦得被認為顯失公平，此即「透明性原則」之明文規定，而內容過於模糊、約定過於概括之調職條款，將因違反明確性、具體性之要求，而無法通過「透明性原則」之審查，此種約款將依上開民法之規定因顯失公平而為無效。

在我國，法院似未意識到當調職條款之文義不夠具體明確，若欲以此等約款拘束勞工，對於勞工而言將有重大之不利益，尤以在我國勞動實態上所慣用之調職條款，通常僅規定勞工同意雇主具有調動之其職務或工作地點之權限，在此等約款中，勞工幾乎無法預見何時雇主具有調動之權限，亦無從得知調動之範圍及地點為何，對其而言，幾乎是簽下了「空白授權的定型化契約條款」，然勞工在與雇主締結勞動契約之際，為求順利謀得工作，表現其具有高配合度及工作熱忱之特質，通常僅能選擇簽訂此等調職條款。

之所以要求定型化契約條款具備「透明性」，其基本的思想在於雇主於訂定定型化約款時，應儘可能正確而明確地將約款的內容呈現出來，只有當約款有一定程度之明確性時，才能讓相對人獲得正確的資訊，並由此得知其可能負擔的風險。模糊的約款將妨礙勞工對於本身利益之維護，故此種模糊、不明確之約定本身，對於勞工而言即屬「顯失公平」，不應繼續維持約款之效力。

承上所述，對於我國實務見解幾乎是廣泛地寬認調職約款效力，而不對約款進行內容控制之審查的作法，本文認為有值得檢討之處，雖然實務判決多以權利行使之控制，如權利濫用或調職五原則以謀求個案之公平，惟本文以為此屬不同層次之問題，基於保護勞工不受不適當約款拘束之觀點，有必要針對調職條款為實質之審查。

第二節 最低服務年限條款

第一款 概說

一、意義與目的

關於「最低服務年限約定」，一般的理解係指不定期勞動契約締結時或履行中，雇主與勞工約定應於一定期間內繼續提供勞務之契約條款。⁷¹此等條款通常伴隨的「違約金約定條款」及「費用返還條款」，以作為勞工履行最低服務年限之確保。⁷²

在法院判決中，⁷³則有參考內政部 75 年 4 月 1 日台（75）內勞字第 393675 號函示，對於「約定勞工派赴國外受訓後之服務期限效力」所作出的行政函釋，⁷⁴以此說明「最低服務年限」約定之意義，其主要之要件可以歸納為：（1）雇主於勞工約定；（2）於勞動契約中；（3）繼續為該事業單位服務若干年限。另外，依內政部該號函釋之意旨，此項最低服務年限之約定，雇主必須在選派受訓以前，徵得勞工同意，且雙方所約定之年限應符合公平合理之標準。⁷⁵另外，論者觀察板橋地方法院民事判決 89 年度簡上字第 212 號，發現其於論述最低服務年限之用語，亦於前開函釋相似，為其亦論及雇主使用此等條款的「動機」問題，乃是基於「契約經營需要」。⁷⁶

⁷¹ 參閱邱駿彥，〈約定服務年限與違約金之法律問題探討〉，輔仁法學第 20 期，2000 年 12 月，頁 145。

⁷² 參閱黃程貫，台灣勞動法學會編，《勞動基準法釋義－施行二十年之回顧與展望》，2005 年 5 月，頁 211；黃泰平，《勞動契約上最低服務年限約定之研究》，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2004 年 7 月，頁 16。

⁷³ 參見高雄地方法院民事判決 87 年度勞訴字第 2784 號，該判決引自黃泰平，《勞動契約上最低服務年限約定之研究》，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2004 年 7 月，頁 21。

⁷⁴ 參見內政部（75）台內勞字第 393675 號：「要旨：勞動契約可約定勞工派赴國外受訓後之服務期限。全文內容：查勞動契約為私法上之契約，係以當事人間意思表示之合意而成立。事業單位若基於企業經營之需要，於勞動契約中約定，派赴國外受訓之勞工返回後，須繼續為該事業單位服務若干期限，自無不可；惟於指派時，宜先徵得該勞工之同意，其約定服務之期限，應基於公平合理由勞資雙方之自由意願，於勞動契約中約定之。惟如係技術生契約，仍應受勞動基準法有關技術生規定之限制。」

⁷⁵ 參閱黃程貫，台灣勞動法學會編，《勞動基準法釋義－施行二十年之回顧與展望》，2005 年 5 月，頁 211。

⁷⁶ 參見板橋地方法院民事判決 89 年度簡上字第 212 號：「按上訴人公司屬銀行業，為經中央主管機關指定適用勞動基準法之事業單位。復按勞動契約為私法上之契約，以當事人間意思表示之合意而成立，僱用之事業單位，若基於企業經營之需要，於勞動契約中約定，勞方須繼續為該事業單位服務若干期限，應無不可。是被上訴人所立之同意書關於被上訴人承諾「同意自就職日起，未滿一年自動離職，願無條件賠償華信銀行（即上訴人）制服購置費用（以當年度購置成本為準）暨實際服務期間實領薪資總額之三分之一」等語，經查該約定之內容並無何違反法令之強制或禁止之規定，基於契約自由原則，該約定應屬有效。」；黃泰平，《勞動契約上最低服務年限約定之研究》，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2004 年 7 月，頁 21。

至於約定「最低服務年限條款」之目的，依據文獻整理判決之論述，大致可歸納出（1）降低人事之流動；（2）確保成本支出之回收與獲利；⁷⁷（3）提升生產技術。所謂的「降低人事之流動」是指企業對於人才之培養，常需耗費許多成本之心力，例如對勞工施以職前訓練或在職進修之課程，而雇主為了避免其所培養出的優秀人才遭受其他競爭對手之惡意挖角，對企業造成難以彌補之損害，故與勞工約定最低服務年限約款，以高額的違約金嚇阻勞工任意跳槽。其次，有關「確保成本支出之回收與獲利」及「提升生產技術」，是雇主藉由職業訓練之實施，使勞工之技術得以提升，無論是讓勞工取得新的生產技術之知識，以配合事業單位技術之改變；或是雇主所投資之訓練成本，必須使勞工在一定期間內在企業中服勞務，始能逐年見到其效益，最低服務年限約款對於雇主企業經營之利益有正面之功能。⁷⁸

綜上，最低服務年限約款之目的主要在於滿足雇主企業經營之需求，在實務上為了強化約款之限制效果，通常附加鉅額的違約金條款，使勞工因懼怕鉅額之違約金賠償而不敢離職，因而限制了勞工之職業自由，此即最低服務年限約款主要之爭議所在。⁷⁹

二、常見的約款

在本論文所蒐羅的判決中，因最低服務年限之約定所生之爭議者，較常發生於航空業、電子業、金融業及美容業，茲列舉數則約款如下：

以航空業為例，由於機師之養成須經專門訓練，其培訓之成本甚高，故一般在航空公司與培訓機師之最低服務年限約款中約定服務年限可長達十五年，此種約款中除了約定機師在服務年限屆滿前離職者須返還訓練費用外，亦多含有鉅額的違約金約定：

1、臺灣高等法院民事判決 96 年度勞上字第 18 號

中華航空與其機師於聘僱契約第 3 條約定：「乙方（勞工）承諾：自聘僱任用之日起 15 年內絕不自請離職；不論任何原因於自甲方離職後 2

⁷⁷ 參見臺北地方法院民事判決 88 年度勞簡上字第 6 號：「...雇主之所以要求勞工有最低服務年限者，往往在於雇主曾經為勞工支出特殊之職業訓練費用、出國受訓費用、技能養成費用等，乃要求勞工有最低之服務年限，供作回饋，是從必要性原則（*Erfordlichkeit*）而言，亦即斟酌勞工之職業自由及雇主對勞工技能養成之支出費用，如最低服務年限非顯然過長（如終身服務、或服務年限與支出之費用不成比例等），則最低服務年限之約定，應受允許。」

⁷⁸ 詳細論述請參閱黃程貫，台灣勞動法學會編，《勞動基準法釋義－施行二十年之回顧與展望》，2005 年 5 月，頁 211-213；黃泰平，《勞動契約上最低服務年限約定之研究》，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2004 年 7 月，頁 22-56。

⁷⁹ 詳細論述請參閱黃程貫，台灣勞動法學會編，《勞動基準法釋義－施行二十年之回顧與展望》，2005 年 5 月，頁 213。

年內，絕不轉任其他航空公司擔任飛航機師職務。若違反承諾，乙方除依其他規定賠償訓練等費用外，並自願賠償相當於離職前正常工作 6 個月平均工資之違約金與甲方，作為甲方之損害賠償。」

2、臺灣高等法院民事判決 95 年度勞上字第 41 號

復興航空在服務契約第 5 條擬定：「 乙方於約定十五年服務期間，如有違反甲方（復興航空公司）之工作規則、規定、政府法令或本契約之情事，甲方得予以調職或解雇，乙方被調職或解雇後，仍須依第五條之規定賠償甲方．．．本契約所稱之費用賠償金額雙方同意：．．．二、服務期間滿五年以上十年（含）以下，乙方賠償甲方新台幣參佰萬元整．．．」之內容，另訓練契約第 5 條、第 13 條依序約定：「 乙方於訓練期間仍應遵守甲方公司之規定及雙方於八十六年三月二十日所簽訂服務契約之內容」、「 乙方取得 A320 型飛機機師資格後，於與甲方（復興航空公司）約定之服務期限內發生可歸責於乙方之事由，致甲方解僱或乙方辭職者，則依左列情形支付違約金甲方： 乙方之服務期間未達前服務契約所約定之服務期限，除依該契約支付違約金外，並須再支付違約金壹佰陸拾陸萬元予甲方．．．」。

在美容業中，雇主亦常與勞工訂有最低服務年限之約定，若勞工在服務年限屆至前離職，則須返還雇主所支出之訓練費用或兼有違約金之約定，如：

1、臺北地方法院民事判決 92 年度勞簡上字第 76 號

聘僱合約第二條及第六條分別約定：「 甲方（雇主）同意提供為期三個月、全額日幣伍拾萬圓之學費予乙方（謝沛晴），使其得赴日本國際美容學校 International Beauty Academy 免費學習正統美容相關課程，包括皮膚、生理營養、臉部、及人體之理論、與實際技術等」、「 乙方同意於學習結束後，至施舒雅美容世界股份有限公司服務，擔任至少二年美容師之職務，．．．。若乙方於二年服務未期滿之前離職，則應賠償甲方所擔付之國際美容學校研習費用日幣五十萬元整予甲方」

2、台北地方法院民事判決 92 年度北勞簡字第 89 號

聘僱合約第六條：「 乙方同意於學習結束後，至施舒雅美容世界股份有限公司服務。擔任至少二年美容師之職務，其間由甲方提供為期三個月之保障薪資每月新台幣三萬元起。滿三個月後之薪資按公司規定之業務抽成制度行之。若乙方於二年服務未期滿之前離職，則應賠償甲方所擔付之

國際美容學校研習費用日幣伍拾萬元整予甲方。」⁸⁰

至於金融業中，雇主為了求企業之穩定與業務之發展，亦常以勞工訂定最低服務年限約款：

1、臺北地方法院小額民事判決 91 年度北勞小字第 78 號

例如中華商業銀行在行員服務同意書中預先擬定：「由於行員長期任職有利業務發展，本人承諾到職後壹年內絕不主動請求辭職，否則視同違約，願賠償本行之損失，包括用於本人之各項訓練費用及離職當月本人所領薪資金額二倍之違約金」之聲明，要求勞工簽署；

2、台北地方法院民事判決 91 年勞簡上字第 37 號

泛亞銀行與其雇用之行員以承諾書第 5 條為：「本人承諾自到職日起服務滿二年，若服務未滿二年離職，同意繳還相當三個月薪資之訓練費用」之約定。

由於電子業常涉及專業技術之研發，為求技術之精進，即有指派勞工出國進修之需求，並為此支出培訓費用之成本，從而要求勞工於訓練結束後，必須在原雇主處服務滿一定年限。除了返還訓練費用外或為違約金之約定外，在電子業中，雇主為亦會以限制勞工必須領取紅利配股之方式，作為限制勞工離職之手段（例 2）：

1、桃園地方法院民事判決 89 年度簡上字第 198 號

例如中華映管股份有限公司所擬訂之出國同意書，其內容略以：「立同意書人丙○○（即勞工）若有……中途辭職或免職者，願負責償還出國期間所領之一切旅費及薪津等，……」

2、臺灣高等法院民事判決 96 年度上字第 972 號

勞工簽立之同意書內容為：「一、有關本人（即勞工）任職於大立光電（股）公司之期限，除大立光電（股）公司依勞動基準法規定或工作規則或僱用契約，將本人解雇外，本人承諾至少任職至九十三年十月三十一日止。二、本人同意就大立光電（股）公司九十年度員工紅利轉增資所配發之員工紅利股票，爰依下列時點，分次領回：九十二年十一月一日，領取六千股。九十二年十一月一日，領取五千股。九十二年十一月一日，領取五千股。三、本人如違反本同意書第一條承諾，於任職期限屆滿

⁸⁰ 其他相關約款請參見臺中地方法院民事判決 93 年度中簡字第 3588 號、臺灣臺北地方法院小額民事判決 90 年度店勞小字第 13 號。

前因故離職，或因違反勞動基準法或工作規則或僱用契約，致遭公司解雇者，本人願按下列方式，給付大立光電（股）公司懲罰性違約金；以本人離職當日尚未領取之股數，乘以離職當日之收盤價（如遇星期假日，則以翌交易日之收盤價為準），折算為現金後，以為懲罰性違約金。」

第二款 現行法規範

在此，首先要予以確認者在於，此種約款是否有違反制定法之規定，蓋若最低服務年限條款違反強制禁止規定，則應依民法第 71 條之規定而為無效，殊無再對該等約款為定型化契約控制審查之必要。

由於最低服務年限條款主要是約定勞工必須要在原雇主之事業單位，於約定的期間內提供勞務，否則將須返還鉅額的訓練費用或者違約金等，此處所涉及者是勞工職業選擇之自由，且可能造成勞工行使終止權之限制。⁸¹而在制定法上與此有關者則是勞基法第 15 條第 2 項之規定，據此，勞工於終止不定期契約時，僅須遵守第 16 條預告期間之規定即可，由於勞基法並未規定勞工於終止勞動契約時需具備終止事由，故勞工於終止時，並無須具備任何理由，亦無告知事由之義務。⁸²

在此，實務見解即有以最低服務年限之約定，因違反勞基法關於勞僱雙方終止不定期契約之強制規定，而認為系爭約款應屬無效，臺灣高等法院民事判決 91 年度勞上易字第 59 號的判決理由中，即先言明：「...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僱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 11 條、12 條之法定情形始得終止系爭契約，上訴人則僅須依勞動基準法第 16 條第 1 項規定期間預告被上訴人即得隨時終止系爭契約。...」其後並以系爭約款違反民法第 247 條之第 1 款而為無效。

本判決認為最低服務年限約款違反強制規定及民法第 247 條之 1 而為無效，雖然與強制規定相為牴觸之約款應直接依民法第 71 條判定為無效，若再依民法第 247 條之 1 判斷其效力似嫌多餘，然由此脈絡可知，法院似認為勞基法第 15 條第 2 項，在性質上屬於強制規定。

⁸¹ 詳細論述請參閱黃泰平，《勞動契約上最低服務年限約定之研究》，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2004 年 7 月，頁 46-50。

⁸² 參閱黃程貫，《勞動法》，2002 年 2 月再版，頁 495。

然而較多數的實務見解並不認為最低服務年限之約款違反勞基法之強制規定，例如臺灣高等法院民事判決 89 年度勞上字第 17 號：「勞動基準法第 15 條第 2 項雖規定：『不定期契約，勞工終止契約時，應準用第 16 條第 1 項規定期間預告雇主。』，惟該項規定乃任意規定，並不排除當事人以合意限制勞工終止權之行使，只要該合意不排除勞工關於民法第 489 條之重大事由終止權之行使，即不得認為無效。」又如臺北地方法院民事判決 92 年度勞簡上字第 76 號：「按不定期勞動契約，勞工雖原則上得自請離職（勞基法第 15 條第 2 項規定參照），惟勞雇雙方如已就最低工作年限為約定，且此約定復未違反法律強制或禁止規定，亦無悖於公共秩序及善良風俗，基於契約自由原則，應認該契約係屬合約有效。」

至於勞基法第 15 條第 2 項是否屬於強制規定，有文獻之討論認為應採否定說，蓋從本條條文內容「不定期契約，勞工終止契約時，應準用第 16 條第 1 項規定期間預告雇主。」並參照勞基法第 16 條第 3 項之規定，在勞工未依預告期間終止契約之情況，應認為勞動契約在預告期間屆滿後，仍生終止之效力，並非解釋該終止契約之意思表示無效，故第 15 條第 2 項並非屬於強制規定。⁸³

有文獻則認為基於目的解釋應採肯定之見解。詳言之，勞基法第 15 條第 2 項條文中的「應」字是課予勞工預告期間之義務，從本規定之文義中雖不能推論出「終止權不能以特約排除」之結果，但若認為本條為任意規定，則無異認為「排除（或限制）此終止權之特約係完全有效」，對勞工甚為不公平，亦與勞基法之意旨相為違背，故應依「目的解釋」將本條解釋為強制規定，惟其特別指出，最低服務年限之約定並非與勞基法第 15 條第 2 項規定相為抵觸而一律無效，可依個案視其是否符合民法第 71 條但書規定而為有效。⁸⁴

對此問題，本文認為從條文規範的形式及文義上觀之，勞基法第 15 條第 2 項應非屬於強制規定，上開肯定見解雖然認為將本條定性為強制規定始能達到保護勞工之目的，故應依情況適用民法第 71 條本文及但書之規定以判定約款之效力，惟本文認為上開見解有待斟酌，分述如下：

首先，排除勞基法第 15 條第 2 項為強制規定，並不會導致「最低服務年限約款完全有效」之結果。詳言之，若契約當事人所約定之內容與法律強制規定相為抵觸，約款本身當然因違反強制規定而無效。換言之，強

⁸³ 詳細論述請參閱黃泰平，《勞動契約上最低服務年限約定之研究》，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2004 年 7 月，頁 106。

⁸⁴ 參閱黃建彰，〈勞動契約上最低服務年限約定之管制〉，國立中正大學法學集刊第 21 期，2006 年 10 月，頁 249-251。

制規定如同立法者所設下之界線，只有在此界線內，當事人始得依其意思而自行決定契約之內容，故當約款所約定之事項涉及到任意法規之規定時，契約當事人原則上可依特約排除任意法規之適用，惟此等約定並非完全不受到拘束，其尚須通過「公序良俗」或「誠信原則」等概括條款之審查，當其屬於定型化契約條款時，亦受到定型化契約條款之內容控制，以此衡量及調和約款使用者及相對人之利益。故以此點作為採取肯定說之基礎，似有未足。

再者，上開肯定見解雖將勞基法第 15 條第 2 項定性為強制規定，然卻又認為最低服務年限約定一律無效，將導致雇主不願培訓勞工，對於整體社會經濟不利，故最低服務年限約定雖然牴觸勞基法第 15 條第 2 項，有時依民法第 71 條本文規定而為無效，有時不妨依民法第 71 條但書之規定而認定其為有效。⁸⁵對此，本文以為依民法第 71 條本文或但書之規定作為認定最低服務年限條款效力之基礎似有不當，在此是否可該當民法第 71 條但書「但其規定並不以之為無效者，不在此限」即有疑義；又，在此種約款中應是涉及到雇主經營權之確保及勞工職業自由及終止權之限制，而民法體系中對於雙方當事人間之利益衡量已設有民法第 148 條誠信原則或第 247 條之 1 等規定處理，甚至當雙方當事人之約定，已嚴重違背國家社會利益或道德觀念，例如約定終身不得離職，亦可能因違反民法第 72 條公序良俗規定而為無效，故以民法第 71 條本文或但書之適用判斷約款之合法性並不恰當。

綜上，從勞基法第 15 條第 2 項之內容觀之，其並非為「勞工終止權不得限制」之強制規定，從而當雇主與勞工約定應於一定期間內繼續提供勞務之最低服務年限條款，應非屬違反強制規定之約款，惟其仍應受有定型化契約條款之控制，此即第三款所要探討者。

第三款 定型化契約條款之控制

一、最低服務年限條款之納入控制

由於定型化契約條款，有時並未與契約文件結合在一起，或是懸掛於營業場所；有的則因內容複雜，使相對人不知其意義，故參酌消保法第 13 條之規定及定型化契約理論，定型化契約條款原則上應具備（一）約款使用人向相對人明示其約款；（二）約款使用人提供相對人合理機會，以瞭解該約款之內容；（三）相對人明示或默示同意以該約款訂立契約之要件

⁸⁵ 參閱黃建彰，〈勞動契約上最低服務年限約定之管制〉，國立中正大學法學集刊第 21 期，2006 年 10 月，頁 250。

始能成為契約內容。⁸⁶

對此，臺中地方法院民事判決 96 年度勞簡上字第 26 號於涉及「最低服務年限」條款的案例中，勞僱雙方之任用契約僅記載「乙方（勞工）如抵觸『違約事項罰則實施條例』（詳見：門市業務行政管理規章，第五章門市業務違約事項罰則實施條例）中之任一條款，乙方無條件同意接受甲方依據『違約事項罰則實施條例』之相關規定予以懲處並不得有議。」法院認為雇主所主張所依據「違約事項罰則實施條例」，其並未將之作為契約書附件，以供被勞工於簽約時得為審閱知悉，而是要求勞工須自行上網至上訴人總公司內部網站查詢閱覽。法院認為雇主既然將該條例作為任用契約之一部分，自有義務於簽約當時充分揭露其內容，使勞工有所認識，否則，即難謂該違約事項罰則實施條例所定相關內容已構成任用契約之一部分，而得以拘束勞工。⁸⁷

從上可知，雖然定型化勞動契約並無法直接適用消保法之規定，然法院在個案中已運用「納入契約控制」，當雇主並未明示約款內容讓勞工有機會得以知悉之情況下，此等約定應不得成為契約之內容，雇主自不得以此約款拘束勞工。

二、定型化契約最低服務年限條款之解釋

定型化契約條款係由約款使用人單方預先擬定，相對人於簽約之際並無對於約款之內容表示意見或共同草擬之機會，此時，相較於相對人（勞工）的利益，約款使用者（雇主）的利益則須有所退讓。換言之，因為使用者主導整個契約文本內容，當定型化契約條款有多種解釋可能性存在時，應適用較有利於相對人之解釋，故因契約條款之不明確的風險應由使用者負擔。⁸⁸有關「不明確條款解釋原則」在我國制定法上之規定應為消

⁸⁶ 參閱王澤鑑，《債法原理·基本理論債之發生》，2001年11月，頁101；詹森林，〈定型化約款之基本概念及其效力之規範〉，收錄於《民事法理與判決研究（三）—消費者保護法專論》，2003年8月初版，頁13-14；劉宗榮，《定型化契約論文專輯》，77年1月初版，頁7以下。

⁸⁷ 參見臺中地方法院民事判決 96 年度勞簡上字第 26 號：「上訴人主張被上訴人應給付違約金 54,000 元，其依據為系爭任用契約書第 7 條第 2 項關於違約罰則之約定。惟該違約罰則內容僅記載：「乙方（指被上訴人）如抵觸『違約事項罰則實施條例』（詳見：門市業務行政管理規章，第五章門市業務違約事項罰則實施條例）中之任一條款，乙方無條件同意接受甲方依據『違約事項罰則實施條例』之相關規定予以懲處並不得有議。」等語，而上訴人據以主張之「違約事項罰則實施條例」，其並未將之作為契約書附件，以供被上訴人於簽約時得為審閱知悉，而是要求被上訴人須自行上網至上訴人總公司內部網站查詢閱覽（參見本院 96 年 12 月 24 日準備程序筆錄關於勘驗任用契約書及上訴人之訴訟代理人陳述之記載）。而姑且不論被上訴人能否自其任職之台中營業所連結總公司內部網站以查閱該違約事項罰則實施條例之相關內容，上訴人既然將該條例作為任用契約之一部分，自有義務於簽約當時充分揭露其內容，以使上訴人有所認知，否則，即難謂該違約事項罰則實施條例所定相關內容已構成任用契約之一部分，而得以拘束被上訴人。」

⁸⁸ Vgl. Stoffels, AGB-Recht, München 2009, Rn. 365; Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 256; Aretz, Allgemeine Geschäftsbedingungen im Arbeitsvertrag, Köln 2006, S. 73.

費者保護法第 11 條第 2 項，雖然定型化勞動契約並無消保法之直接適用，然而針對此原則應可適用於定型化勞動契約。(詳請參閱第三章第三節)

涉及最低服務年限條款之個案中，**臺中地方法院民事判決 93 年度中簡字第 3588 號**曾在判決中運用「不明確條款解釋方法」，在本案中，勞僱雙方之僱契約書第九條約定：「甲方（雇主）提供乙方（勞工）業美容訓練，其費用為每年六萬七千五百元整，乙方如於契約書期間自動請求離職，經核准後，賠償金額如下：1、專業訓練費用六萬七千五百元，除三六五天乘未履行契約時日等於應賠償費用。2、違約金六萬七千五百元。」

在本案例中，法院首先提及依照消保法第 11 條第 2 項之意旨，肯認當定型化契約條款有疑義時，應為有利於相對人解釋。⁸⁹再者，依據契約規定之體系，對照雙方聘僱契約書之前後內容為有利於勞工之解釋，使勞工不受該約款之拘束。⁹⁰

三、最低服務年限條款之內容控制

當雇主與勞工以契約條款約定勞工必須在一定期間內，在雇主之事業單位內提供勞務，此等最低服務年限約款除了可被證明為個別磋商條款外，原則上皆須受到定型化契約條款之內容控制，在定型化勞動契約中即

⁸⁹ 參見本判決事實與理由三.(一).1:「依消費者保護法第十一條第二項規定:「定型化契約條款如有疑義時,應為有利於相對人之解釋。」之意旨,由於定型化契約條款係由當事人一方預先所擬定,於構思條款內容時難免為自己有利之考量,對於自己不利部分,用詞易流於抽、混淆不確定,致對同一條款有不同解釋方法,此際自應為他方當事人有利之解釋。按系爭聘僱契約書為原告單方所製訂,用以與不特定人簽訂勞動契約條款之契約書,其屬民法第二百四十七條之一所規定:依照當事人一方預定內於同類契約之條款而訂立之契約(即定型化契約),應可認定,是就條款解釋上,如有前述文義不明時,依上述解釋原則,自應為被告有利之解釋,合先敘明。」

⁹⁰ 參見本判決事實與理由三.(一).2:「本件系爭聘僱契約書第三條固載稱:「聘僱契約期間為九十三年五月三十一日至九十四年五月三十日」等語;惟其第五條、第六條亦分別明載:「自報到日起三個月為試用期間,甲方(原告)得審查乙方(被告)之身份、健康狀態、技能及勤務成績之結果,甲方考核結論認為其不適合本工作時,無論試用期間是否已屆,甲方得隨時提前終止本契約;」;「乙方於適用(應為試用之誤繕)期滿,經甲方正式任用後,應按約定工作,非經甲方同意不得中途終止本契約要求離職,但若因服務成績不佳或操守不佳,甲方得隨時終止契約」等語。是依上開條文相互比對,上開第三條之規定,係將試用期間算入一年受僱之期間,即兩造於上開期間,有雇主及受僱人之勞動契約關係存在,兩造自應遵勞雇關係之權利義務;而第五條試用期間之約定,本質上係將被告如有不能勝任工作,原告得依法資遣之法律效果,於契約中重複申明而已,惟第六條所載「乙方於適用(應為試用之誤繕)期滿,經甲方正式任用後,應按約定工作,非經甲方同意不得中途終止本契約要求離職. . .」等語。依其文義解釋,被告一經試用期滿,並經原告正式任用,被告即應受系爭聘僱契約條款之內容所拘束,不得任意無故離職,反之,如試用期未滿,原告未正式錄用被告時,解釋上,自應容許被告有自行決定繼續接受試用之權利。按被告試用期間,原告就被告之身份、健康狀態、技能及勤務成果,得加以考核,並決定期滿是否正式錄用,無非授權原告得以考核結果,決定繼續僱用被告與否之權利,如試用期間被告發現不適任在原告處工作,解釋上應賦予被告自行決定繼續接受試用訓練之權,方屬合理,否則兩造試用期間,得否繼續勞動契約之決定,均取決於原告之手中,兩造即非處於對等之地位,是被告主張試用期未滿,其得主張去留,系爭契約第九條損害賠償及違約金條款,於原告尚未正式任用被告之試用期間,尚無適用之餘地,應屬可採。」

應以民法第 247 條之 1 條作為適用之依據。惟觀察我國法院之判決，其對於適用民法第 247 條之 1 條規定作為審查依據的態度並不積極，⁹¹縱有提及本條規定，多半僅引用法條及最高法院見解為抽象之論述，對於本條之具體內涵以及最低服務年限個案衡量標準並未予以深論。

基此，在以下的論述中，本文擬先觀察我國法院判決對於最低服務年限約款之處理方式，其後從比較法的觀察上介紹德國法制對於費用返還條款之審查方式，並對此提出針對我國法院實務見解之檢討及本文淺見。

（一）我國法院判決之觀察

1、約款效力判斷之依據

雖然在本論文之理解下，有關最低服務年限條款之約定，只要是由雇主為用於多數契約之目的，而向勞工提出其已預先擬定之條款內容，此即屬定型化契約條款，其內容控制之依據原則上應為民法第 247 條之 1 規定。或許是因為民法第 247 條之 1 之規範遲至於民國 88 年始增訂，有關本條之適用及解釋在定型化勞動契約之領域並未形成較為統一及固定之見解，故法院適用本條規定之情況並不積極。以下即針對法院實務於判斷最低服務年限約款時，所引用之依據而為論述。

（1）憲法第 15 條工作權之保障

由於最低服務年限條款限制勞工在約定期限內不得任意離職，此可能使勞工在選擇職業及工作場所之權利受有限制，而涉及到憲法第 15 條對於人民工作權之保障，故勞方律師亦常主張工作權受到不當侵害，提出關於基本權利第三人效力的抗辯。⁹²

對此，新竹地方法院民事簡易判決 95 年度竹簡字第 26 號認為最低服務年限約款之約定，並無剝奪勞工工作權：「按人民之生存權、工作權及財產權應予保障，憲法第 15 條定有明文，此乃國家對人民而言，又人民工作權非一種絕對之權利，觀諸憲法第 23 條之規定自明，是人民工作權利尚非不能限制。查原告為從事探針卡設計、製造之專業廠商，為一專業技術領域，員工須受一定訓練後，並累積相當之工作經驗，始能勝任該工作，被告於本院審理中亦自承其技術有一部分是在原告公司所學得的等語（見本院 95 年 3 月 16 日言詞辯論筆錄），參以原告公司 2 度選派被告赴

⁹¹ 參閱黃程貫，台灣勞動法學會編，《勞動基準法釋義—施行二十年之回顧與展望》，2005 年 5 月，頁 216。

⁹² 例如臺北地方法院民事判決 87 年度勞訴字第 89 號、臺灣高等法院民事判決 89 年度勞上字第 17 號、苗栗地方法院小額民事判決 91 年度苗勞小字第 3 號等；黃泰平，《勞動契約上最低服務年限約定之研究》，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2004 年 7 月，頁 43。

美接受訓練等情，足見被告擔任之工作有其專業技術性。原告為被告學習上述之專業技術，而支出相當之人力、物力及財力，進而在被告同意下簽立承諾書，約定受訓期滿至少服務 2 年之時間，此乃就被告工作期間所為之限制，並非剝奪被告之工作權，是應認尚屬合理，而為有效」⁹³

而在**臺北地方法院民事判決 89 年度勞小上字第 14 號**則明確指出：「(一) 憲法第 15 條規定：人民之工作權應予保障；第 22 條規定：凡人民之其他自由，不妨害社會秩序，公共利益者，均受憲法之保障，其規範目的在要求國家積極提供人民工作機會及保障人民之基本自由、權利，尚難謂直接規範私人間之權利義務關係。又按契約之訂立，在私法自治社會所恪遵之契約自由原則及當事人意思自主原則下，原則上應任當事人自由合意定之。況為調和當事人間之利益，避免契約對一方顯然有失公平，法律已對契約自由原則有若干限制，民法第 72 條、第 247 條之 1 等規定即屬其中一、二，自無援引憲法規定，評斷契約效力之必要。」「(二) 民法第七十二條規定：法律行為有背於公共秩序或善良風俗者，無效。查縱認憲法保障人民之工作權及自由權，非僅有遭國家侵害之可能，且對契約自由加以限制之法律，事實上係依循憲法保障人民權利及自由之精神，故於認定法律行為是否有民法第七十二條規定之無效情形時，不能捨棄憲法保障人民生存權、工作權之精神。」本判決認為最低服務年限約款事涉私人間之權利義務關係，不宜直接引用憲法之規定作為約款效力判斷之基礎，從而應援引民法概括條款，透過公序良俗之規定，在具體個案中實現基本權之價值判斷。

(2) 民法第 72 條公序良俗之規定

關於最低服務年限條款之效力判斷，法院亦常援引民法第 72 條作為審查約款之依據，例如在**臺灣高等法院民事判決 95 年度勞上字第 41 號**，復興航空與機師因最低服務年限約款⁹⁴而請求給付損害賠償的案件中，法

⁹³ 尚可參見**台北地方法院民事判決 91 年勞簡上字第 37 號**：「按上訴人為銀行業者，與客戶有頻繁之互動關係，且業務涉及金融專業，而金融業行員之養成並非一蹴可及，上訴人確需投入相當時間、金錢及人力，對新進行員實施訓練，且如行員流動過於頻繁，上訴人勢必不斷招攬及訓練新行員，因而增加額外之費用及時間成本，故其約定新進人員若於服務未滿二年即離職者應賠付相當訓練費用之違約金，其二年離職期間之限制約定亦尚稱合理，而上訴人亦確曾於錄用被上訴人後，施以約四週之定期受訓一次，及二天之簡易受訓二次，此業為被上訴人所自認（見原審卷第十九頁），堪認該項約定並無顯失公平之處，且係於被上訴人審閱後同意所立具者，故與憲法保障人民工作權之精神亦不違背，亦無違反其他強制規定，或公共秩序之情形，自屬有效。從而被上訴人所辯該項約定無效云云，自不足取。」

⁹⁴ 本案第一審判決為**臺北地方法院 94 年度勞訴字第 170 號第一審判決**，兩造之服務契約第 5 條約定：「乙方（乙○○）於約定十五年服務期間，如有違反甲方（復興航空公司）之工作規則、規定、政府法令或本契約之情事，甲方得予以調職或解雇，乙方被調職或解雇後，仍須依第五條款之規定賠償甲方。．．．本契約所稱之費用賠償金額雙方同意：．．．二、服務期間滿五年以上十年（含）以下，乙方賠償甲方新台幣參佰萬元整。．．．」

院認為該約款並無違反公序良俗，應為有效：「兩造間服務契約第 5 條最低服務期限 15 年之限制，違反者應負同條之賠償費用責任（即給付違約金）等約定，並未超逾必要限度。乙○○於依其自由意志簽訂服務契約、並免費接受昂貴之專業訓練後，自應受該契約約定之拘束。況該服務契約並未變更原不定期契約之性質，亦未剝奪乙○○依勞基法或民法相關規定所得享有之終止勞動契約權利，僅於其提前終止契約時，基於免費培訓、企業經營管理、大眾飛航及安全需要，應負給付約定違約金之責任而已，故無違勞基法第 9 條或第 15 條規定之可言，亦無違反其他強制或禁止規定，更無悖於公共秩序或善良風俗，自屬合法有效。」⁹⁵

（3）民法第 247 之 1 條

依據民法第 247 條之 1 之規定，當定型化契約條款有：一 免除或減輕預定契約條款之當事人之責任者；二 加重他方當事人之責任者；三 使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利者；四 其他於他方當事人有重大不利益者等四種情況，按其情形顯失公平者，則定型化契約條款即屬無效。

有關最低服務年限條款，其主要之目的在於限制勞工於一定之期限內不得離開原雇主之事業單位，而至其他地方服勞務，故其在一定程度上即屬限制勞工終止權之行使，而可能該當本條第 3 款之情況，例如**臺北地方法院新店簡易庭小額民事判決 96 年度店勞小字第 19 號**：「依系爭勞動契約之性質，顯非屬受限於季節或特定工作之臨時性、短期性、季節性或特定性之工作，而係屬有繼續性之工作，依勞動基準法第 9 條第 1 項之規定，應為不定期契約，依勞動基準法第 15 條、第 18 條之反面解釋，被告本得隨時終止，然原告卻以其預先擬定之定型化契約條款，約定中途離職處以違約金，顯然有使被告拋棄其終止權或限制其終止權之行使，原告復未舉證證明其對受僱之勞工有花費時間、成本施以教育訓練或支出其他特殊之培訓、技能養成等費用，即逕與被告訂定系爭勞動契約，約定被告不得於期間屆滿前終止，如於期間屆滿前終止即屬違約，依其情形顯失公平，依民法第 247 條之 1 第 3 款規定，該部分約定自屬無效。被告仍得依勞動基準法第 15 條、第 18 條之反面解釋，隨時終止系爭勞動契約，不得認被告

另訓練契約第 5 條、第 13 條依序約定：「乙方（乙○○）於訓練期間仍應遵守甲方公司之規定及雙方於八十六年三月二十日所簽訂服務契約之內容」、「乙方取得 A320 型飛機機師資格後，於與甲方（復興航空公司）約定之服務期限內發生可歸責於乙方之事由，致甲方解僱或乙方辭職者，則依左列情形支付違約金甲方：乙方之服務期間未達前服務契約所約定之服務期限，除依該契約支付違約金外，並須再支付違約金壹佰陸拾陸萬元予甲方……」。

⁹⁵ 同為復興航空與其機師所簽訂之最低服務年限約款爭議，可參見臺北地方法院民事判決 95 年度勞訴字第 48 號（其上級審為臺灣高等法院民事判決 95 年度勞上字第 76 號），亦認為系爭約款並無違反公序良俗，而為有效。

期前終止勞動契約為違約。」⁹⁶此外，亦有法院見解認為最低服務年限之約款為加重勞工之責任而顯失公平，故該約款應屬無效。⁹⁷

雖然最低服務年限條款可能該當民法第 247 條之 1 第 2 款及第 3 款所訂之事由，惟並非只要符合各款規定之情況，定型化約款即應被判定無效，仍須視該約款有無顯失公平之情況，依據本文之觀察，較多數之法院判決認為最低服務年限約款並無顯失公平之情事，⁹⁸直接據以否定約款效力之判決仍屬少數。⁹⁹

(4)「必要性」與「合理性」之判斷標準

有關最低服務年限之效力，依據學者之看法，應從約款之「必要性」及「合理性」作為判斷之標準。所謂「約定之必要性」，抽象而言，是指雇主對於特定勞工有額外之資助，而有以最低服務年限約定，確保其值得保護利益之必要，雇主之所以與勞工約定最低服務年限條款，乃是為了降低企業內的人事流動、控制企業訓練成本的支出、引進新的技術，尤其在雇主出資選派勞工受訓習得新技術的個案中，勞工於學成歸來後，如不繼續為雇主服務，雇主更可能遭受巨大的營業損失，故最低服務年限約定係為維護雇主利益、避免雇主損害而存在，為避免雇主濫用此類約款不當限

⁹⁶ 依照本款規定認定最低服務年限約款無效的判決尚有臺北地方法院民事判決 94 年度訴字第 6572 號、臺灣板橋地方法院民事判決 95 年度勞簡上字第 30 號等判決。

⁹⁷ 該案件經由雇主上訴，第二審裁判仍持相同見解，參見臺中地方法院民事判決 96 年度勞簡上字第 26 號：「原判決將該任用契約書定性為附合契約，並依民法第 247 條之 1 第 2 款之審查標準，認定系爭最低服務年限約款，係屬加重被上訴人之責任而顯失公平，因而認為應屬無效，其認事用法，核無不當。」

⁹⁸ 例如台北地方法院民事判決 92 年度北勞簡字第 127 號：「查本件被告雖以系爭勞動契約第十一條及第十六條之規定，均在加重受雇人之責任、使受雇人拋棄權利或限制其行使權利、對於受雇人造成重大不利益，依民法二百四十七條之一之規定，應屬無效云云置辨，惟被告未就上開契約條款有何顯失公平之處提出任何說明，且審酌系爭勞動契約第十一條及第十六條之規定，雖課予被告至少需於原告公司就職滿三年，且被告若違反系爭勞動契約及原告自訂之工作管理規則時，需賠償原告違約當時薪資二十倍計算之懲罰性違約金等義務，然經本院審酌兩造之訂約能力、兩造訂約之經過及被告所得獲益之情形等一切因素後，審認兩造所約定之系爭勞動契約期間為三年尚非過長，且被告尚得依民法及勞動基準法相關規定提前終止系爭勞動契約，足認系爭勞動契約第十一條之規定尚無加重被告之責任、使被告拋棄權利或對被告造成重大之不利益；另系爭勞動契約第十六條之規定在於規範被告之違約責任，並未就系爭勞動契約本質所生之主要權利義務產生任何影響，被告亦不因此而產生重大之不利益，且系爭勞動契約既經被告同意，依契約自由原則，應該該條款之約定為有效。從而，揆諸首揭法條及判決，應認系爭勞動契約第十一條及第十六條所規範之內容，按其訂約時之情形尚非對於被告顯失公平，被告所辯前詞，尚無可採之處，應予敘明。」

⁹⁹ 根據筆者所蒐羅之判決，否定約款效力的判決有台北地方法院民事判決 91 年度北勞訴字第 3 號（其上級審臺灣高等法院民事判決 91 年度勞上易字第 59 號維持同見解）、臺中地方法院臺中簡易庭小額民事判決 96 年度中勞小字第 65 號（及其上級審臺中地方法院民事判決 96 年度勞簡上字第 26 號維持相同見解）、台北地院 95 年度店勞簡字第 7 號（惟其上級審臺北地方法院民事判決 95 年度勞簡上字第 75 號認為該約款並無顯失公平，而認為約款有效。）、臺北地方法院新店簡易庭小額民事判決 96 年度店勞小字第 19 號、臺北地方法院民事簡易判決 92 年度簡字第 29 號、板橋地方法院民事判決 95 年度勞簡上字第 30 號。

制勞工自由，應嚴加審查雇主是否確有與勞工約定最低服務年限條款之必要性。¹⁰⁰

在確定雇主與勞工約定最低服務年限條款之「必要性」後，有關最低服務年限的期間長短是否適當？有無不當地限制到勞工的職業轉換自由等問題，則須訴諸「合理性」之判斷，這個階段是主要是衡量雇主與勞工之間約定的服務年限是否合理適當，至於其標準可參考德國聯邦勞動法院對於費用還條款之適法性判斷，¹⁰¹建立對於「合理性」的判斷標準如下：（一）訓練期間；（二）訓練成本；（三）補償措施；（四）勞動力替代的可能性；（五）其他足以影響服務期間合理性之情形，如結果仍有顯失合理之情形，則最低服務年限之約定應屬無效。¹⁰²

近來最高法院在判決中，亦肯認以「必要性」及「合理性」作為判斷最低服務年限約款效力之標準，在最高法院民事判決 96 年度台上字第 1369 號即認為：「按現行勞動基準法就雇主與勞工間之勞動契約，雖未設有勞工最低服務期間之限制，或不得於契約訂定勞工最低服務期限暨其違約金之禁止約款，但為保障勞工離職之自由權，兼顧各行業特性之差異，並平衡雇主與勞工雙方之權益，對於是項約款之效力，自應依具體個案情形之不同而分別斷之，初不能全然否定其正當性。又最低服務年限約款適法性之判斷，應從該約款存在之『必要性』與『合理性』觀之。所謂『必要性』，係指雇主有以該約款保障其預期利益之必要性，如企業支出龐大費用培訓未來員工，或企業出資訓練勞工使其成為企業生產活動不可替代之關鍵人物等是。所謂『合理性』，係指約定之服務年限長短是否適當？諸如以勞工所受進修訓練以金錢計算之價值、雇主所負擔之訓練成本、進修訓練期間之長短及事先約定之服務期間長短等項為其審查適當與否基準之類。」

對於「必要性」及「合理性」，臺中地方法院民事判決 96 年度勞簡上字第 26 號有更進一步闡述：「而認定最低服務年限約款是否有效，首要之務在於審查該項約定是否具有必要性，如該項約定不具必要性，則該最低服務年限約款應為無效，違約金之約定當然亦屬無效。而為審查最低服務年限條款是否具有必要性，得以下列兩點作為判斷標準：（一）雇主是否

¹⁰⁰ 參閱黃程貫，台灣勞動法學會編，《勞動基準法釋義－施行二十年之回顧與展望》，2005 年 5 月，頁 218。

¹⁰¹ Vgl. BAG 16. 3. 1994, AP BGB § 611 Ausbildungsbeihilfe Nr. 18，本判決所建立之標準為：一、勞工所受進修訓練以金錢計算的利益價值；二、雇主所負擔的訓練成本；三、進修訓練期間的長短；四、事先約定服務期間長短。轉引自黃程貫，台灣勞動法學會編，《勞動基準法釋義－施行二十年之回顧與展望》，2005 年 5 月，頁 220。

¹⁰² 參閱黃程貫，台灣勞動法學會編，《勞動基準法釋義－施行二十年之回顧與展望》，2005 年 5 月，頁 220-224。

因提昇員工技能、引進新技術、降低人事流動率或其他經營上之原因而提供其勞工培訓之機會，該勞工也因之獲得新技能、新知識或經驗之累積；
（二）在勞工完成培訓後，若未繼續為其雇主提供勞務達一定之期間，該雇主會因之受到相當之損失，或是難以回收其培訓成本。又最低服務年限約款若具有必要性，即須再檢視該項約定是否具有合理性。假若該項約定具有合理性，該勞工即應受到該項約定之拘束，若有違約，原則上即應給付違約金。反之，若最低服務年限約款欠缺合理性，則該項約定應縮減至合理範圍，違約金部分亦應予以酌減。而為審查最低服務年限條款是否具有合理性，得以下列三點作為判斷標準：（一）培訓期間之長度以及勞工技能之獲得；（二）雇主付出之訓練成本；（三）補償措施之有無等。」

在上開判決中雖然參考學說上對於最低服務年限條款的判斷標準，惟法院認為當約款具有「必要性」時，勞工原則上即須受到該約款之拘束，若該約款經判斷不具備「合理性」時，所生者僅是違約金酌減之問題。在此即與學說之論述有所不同，蓋若依學說之見解，約款不具備「合理性」時，縱其具備「必要性」，該約款仍屬無效之約款，而勞工既不受該約款之拘束，當然更無給付違約金之問題。觀察實務對於最低服務年限條款一直以來之處理方式，會有上開判決所述之見解並不意外，因為判決一向習以違約金酌減之方式作為尋求個案公平之解決方式，以下即針對司法實務對於最低服務年限約款處理方式而為闡述。

2、司法實務對於最低服務年限條款效力判斷之觀察

（1）最低服務年限約款之效力之認定

由於司法院第一廳曾在民國 78 年，司法院第 14 期司法業務研究會針對「雇主派員工出國受訓，約定「勞工受訓後，勞工同意至少應服務若干年，若有違反，願賠償雇主若干元之損失」，若勞工違反該約定而辭職他就，雇主訴請勞工賠償損失，勞工主張該服務若干年之約定，違反勞工得隨時終止契約之原則（勞基法第十五條參照），或該服務年限太長，不合理，違反誠信原則，應屬無效，此項主張是否有理？服務年限以多久為合理？法院對此應作如何之判決？」之法律問題進行研討，而其研究意見為：「題示情形，約定之內容，於法既無禁止之規定，於公序良俗亦屬無違背，基於契約自由之原則，應屬有效。至其約定之賠償金額，應屬懲罰性違約金性質，如約定金額過高時，法院得核減之。研討結論採乙說，尚無不合。」¹⁰³

¹⁰³ 法律問題：雇主派員工出國受訓，約定「勞工受訓後，勞工同意至少應服務若干年，若有違反，願賠償雇主若干元之損失」，若勞工違反該約定而辭職他就，雇主訴請勞工賠償損失，勞

上開研究意見亦廣泛地影響到各級法院之判決見解，例如在近期臺灣高等法院民事判決 96 年度勞上字第 18 號即言：「按不定期勞動契約，依勞動基準法第 15 條第 2 項規定，勞工雖得隨時預告終止，惟該項規定乃任意規定，並不排除當事人以合意限制勞工終止權之行使，若該合意限制內容未違反法律強制或禁止規定，亦未悖於違背公序良俗或有顯失公平之

工主張該服務若干年之約定，違反勞工得隨時終止契約之原則（勞基法第十五條參照），或該服務年限太長，不合理，違反誠信原則，應屬無效，此項主張是否有理？服務年限以多久為合理？法院對此應作如何之判決？

討論意見：

甲說：

一 勞工主張服務若干年之約定，違反勞工得隨時終止契約之原則，應屬有理，法院應駁回原告之訴。

理由：勞基法對不定期之勞動契約，僅限制雇主不得任意終止契約，但對勞工則無限制，故勞工可隨時終止不定期之勞動契約，本件勞雇雙方約定「勞方受訓後，至少應服務若干年」，仍係不定期契約中限制最少服務之年限，尚非定期契約，故勞工應得隨時終止，本件勞工之主張，並非無理由，法院對雇主請求損害賠償，不能准許。

二 勞工主張服務若干年之年限太長不合理，是否違反誠信原則而無效，應視情形而定：

（一）例如若約定受訓六個月，須服務六年，此種服務年限顯然與受訓期間不成比例，其約定違反誠信原則，應屬無效，雇主依無效之約定，請求損害賠償，即無所據，應予駁回。

（二）但若約定受訓六個月，服務一年，此種服務年限與受訓期間之比例，尚屬合理，勞工違反約定，雇主得請求損害賠償，又賠償金額性質屬違約金之約定，若違約金過高，法院得依法酌減，至於此項服務年限究竟以多久為合理，固應視個案情形而定。

乙說：

一 勞工主張服務若干年之約定，違反勞工得隨時終止契約之原則，並無理由，但法院得就雇主請求損害賠償之數額酌減。

理由：

（一）此項約定，應認係「定期契約」，勞工依勞基法第十五條第一項之規定，僅能於三年後終止契約，若未滿三年而終止契約，自應依約賠償雇主損失。

（二）此項約定，並未違反勞基法關於勞動契約之規定，或其他法律之規定，則勞雇雙方依契約自由原則所訂至少服務若干年限之約定，應屬有效，勞工之主張無理由，但若雇主請求賠償金額過高，因其性質屬違約金之約定，法院得予酌減。

二 勞工主張服務年限太長，不合理，是否違反誠信原則而無效，固應如甲說二、所言，視情形而定，惟在（一）情形時，就服務年限太長，不合理，縱係違反誠信原則，惟該約定並非無效，法院只得就雇主請求損害賠償之金額為酌減（違約金之酌減），尚不能以該約定無效，而駁回原告之損害賠償請求。

丙說：

一 勞工主張服務若干年之約定，違反勞工得隨時終止契約之原則，並無理由，法院應准原告請求損害賠償之金額。

理由：前段與乙說同。但雇主請求賠償金額，並非違約金之性質，而是「附停止條件之法律行為」，當勞工違反約定，應認條件成就，勞工應依約負賠償金額。

二 勞工主張服務年限太長，不合理，違反誠信原則，並無理由，法院應准原告請求賠償之金額。

理由：除非勞雇雙方約定勞工終生為雇主工作，此係違反誠信原則，及自由不得拋棄之規定，應屬無效外，依契約自由原則，勞雇雙方願訂立服務至少若干年限之約定，並非無效，故勞工應依契約履行，其以約定年限太長，不合理為抗辯，應屬無理由，法院應准如原告所請求之賠償金額。

研討結論：採乙說。

司法院第一廳研究意見：

題示情形，約定之內容，於法既無禁止之規定，於公序良俗亦屬無違背，基於契約自由之原則，應屬有效。至其約定之賠償金額，應屬懲罰性違約金性質，如約定金額過高時，法院得核減之。

研討結論採乙說，尚無不合。

處，基於契約自由原則，應認該項約定為有效。況雇主之所以要求勞工有最低服務年限者，往往係因雇主為培訓勞工，耗費相當時日，並支出特殊之職業訓練、出國受訓、技能養成等費用，乃要求勞工承諾最低之服務年限，以資衡平，實難認服務年限之約定係資方片面加重勞工責任，不當限制勞工選擇工作之自由。是審酌勞工所以獲得特殊技能，係因雇主對勞工技能之養成花費相當之時間及費用，且該技能為雇主經營事業所倚重，不可或缺，基於必要性及衡平之原則，只要該最低服務年限未逾相當合理之期間，實無不予准許之理，司法院第 14 期司法業務研究會研討結論亦同此見解，可資參酌。次查航空公司之機師係具有專門職業技術人員，並非僅是普通從業人員，且培訓機師通過民航局檢定取得執照，續經在職訓練至可獨當一面執行飛航任務，培訓費用甚鉅，需時甚久，且各型飛機操作技術差異大，無法於短期內另行聘任擔任特定機種駕駛之飛航機師，為維持飛航安全及避免影響機隊調度，航空公司要求機師承諾最低服務年限，應屬企業營運所必要。而機師本於自由意志簽訂最低服務年限條款，為契約自由之範疇，若其約定內容未違反法律強制規定或禁止規定，且未悖於公共秩序或善良風俗，應認合法有效。」

依據現今法院實務通說，對於最低服務年限約款的效力判斷，只要是未違反公序良俗及法律強制禁止規定，且符合誠實信用原則，法院大多認為此類約款有效，勞工必須受其拘束，僅有少數的判決宣告此約款無效。¹⁰⁴在近期的判決中，雖有論及以民法第 247 條之 1 條作為審查依據，惟多數法院之見解仍認為此類約款並無顯失公平之情事，而應屬有效。¹⁰⁵

(2) 廣泛運用違約金之酌減尋求個案之公平

雇主為了確保勞工能確實遵守最低服務年限之約款，在大多數的約款中皆伴隨鉅額違約金之約定。對此，司法院第 14 期司法業務研究會，針對「雇主派員工出國受訓後之服務年限以多久為合理，如研究太長是否違反誠信原則？」之問題進行研討，司法院第一廳曾認為：「勞工主張服務年限太長，不合理，是否違反誠信原則而無效，固應如甲說二、所言，視情形而定，惟在（一）情形時，就服務年限太長，不合理，縱係違反誠信原則，惟該約定並非無效，法院只得就雇主請求損害賠償之金額為酌減（違約金之酌減），尚不能以該約定無效，而駁回原告之損害賠償請求。」

¹⁰⁴ 參閱黃程貫，台灣勞動法學會編，《勞動基準法釋義－施行二十年之回顧與展望》，2005 年 5 月，頁 214。

¹⁰⁵ 參見雲林地方法院民事判決 94 年度訴字第 603 號、臺北地方法院 93 年度勞訴字第 52 號第一審判決及其上級審臺灣高等法院民事判決 94 年度勞上易字第 16 號、新竹地方法院民事簡易判決 95 年度竹簡字第 26 號等判決。

依照實務之見解，普遍認為有關最低服務年限約款屬於契約自由之範疇，直接否定約款之效力之判決甚少，例如前文中所提及臺中地方法院民事判決 96 年度勞簡上字第 26 號，從其論述脈絡似可推知法院認為最低服務年限之效力僅須視其有無必要性，若約款所約定之限制期間過長，或是勞工並未從雇主之訓練措施取得技能，導致約款有不合理之情況時，在本判決中明白指出僅是違約金酌減的問題，不影響約款之效力。

從以下幾則判決中亦可看出法院慣用違約金酌減作為個案調整之傾向，例如在臺灣高等法院臺南分院 89 年度上易字第 128 號民事判決中，雇主自勞工任職後，並未另外花費培訓，僅提供學習處所予被上訴人學習機會，在此種情況下法院認為勞工仍有違約之情事，只是情節尚屬輕微，故對之予以違約金之酌減。¹⁰⁶又如，板橋地方法院民事判決 89 年度簡上字第 212 號，勞工擔任信用卡中心辦事員，雇主在勞工在職期間並未對之進行特殊的專業訓練，對此法院亦僅對於雇主所請求之違約金依職權為酌減。¹⁰⁷再如，臺灣高等法院 94 年度勞上易字第 16 號判決中之案例事實，雇主雖對於勞工之職位由「資深記者」職銜調整「府院小組副召集人」，然而其薪資僅調高三千元，雇主亦未能證明給予勞工訓練之成本支出，在

¹⁰⁶ 參見臺灣高等法院臺南分院民事判決 89 年度上易字第 128 號：「本件被上訴人違反系爭承諾書之約定，提前離職，依約定被上訴人固應負賠償上訴人損害之責，惟關於損害賠償之數額，依前開法律規定及參酌判例意旨，法院得依職權審酌一般客觀事實、社會經濟狀況及當事人所受損害情形酌定之。查上訴人於原審陳稱：『被上訴人到職沒有特別的訓練，是一邊工作一邊學習，如另僱新人也是如此；公司獎金高是為了留住員工（見原審卷第六十一頁、第八十八頁）』等情，是以：被上訴人到職後，上訴人並未花費培訓，僅提供學習處所予被上訴人學習機會，縱被上訴人離職而應另僱他人，致上訴人就另僱之人應承擔對業務不純熟所致之交易風險，尚屬輕微。再查被上訴人離職前六月每月本薪薪資為參萬參仟元，為兩造所不爭執，復有前開薪資表可證（見原審卷第四十九頁至第五十一頁），可認為真實。另被上訴人於八十七年七月二日任職至八十八年十二月十六日離職，亦為上訴人所自認，並有上訴人提出之前開八十九年一月六日以台北郵局第六六號存證信函可考（見原審卷第十頁）。足見被上訴人任職上訴人公司約有一年六月，距承諾書約定任職二年，僅差六個月，顯已依契約之約定履行絕大部分之債務。則就前述事實審酌上訴人所受損失輕微及被上訴人僅屬上班族，資力不豐及其已服務一年六個月，與其承諾之服務期間僅差六個月，及被上訴人到職後，上訴人並未因施以特別之訓練，而有所花費，依一般社會觀念，被上訴人提前離職非屬重大違約情事以觀，上訴人依承諾書之約定請求被上訴人以全部獎金壹佰零伍萬捌仟捌佰零玖元作為給付之違約金顯然過高，應酌情減至以被上訴人離職月之六個月本薪即壹拾玖萬捌仟元（參萬參仟元乘以六）為適當。」

¹⁰⁷ 參見板橋地方法院民事判決 89 年度簡上字第 212 號：「查被上訴人自八十七年七月六日任職上訴人公司擔任信用卡中心辦事員，負責逾期帳款催收及行銷工作，至八十八年五月三十日離職日止，實際服務年資為十月又二十五日，僅差一月又六日即滿一年，為兩造所不爭執，是被上訴人實已為一部之履行，上訴人亦因而獲有利益，且被上訴人之年薪僅為四十五萬餘元，且於上訴人公司任職期間亦非受有任何特殊之專業訓練課程，亦為兩造所不爭執，則上訴人仍請求被上訴人賠償制服購置費用（以當年度購置成本為準）暨實際服務期間實領薪資總額之三分之一共一十五萬一千七百二十三元（即四點六八個月之薪資）應屬過高，本院斟酌上述客觀事實，及被上訴人已服務之年資，認以賠償上訴人二個月之月薪即六萬四千八百元（ $32400 \times 2 = 64800$ ）為適當。」

此情況中，法院並不質疑約款本身之效力，而僅對之為違約金酌減。¹⁰⁸

3、最低服務年限之要件—終止事由之探討

最低服務年限約款之約定主要是限制勞工在一定期限內不得任意離職，惟勞工離職的原因可能係是基於可歸責於雇主，例如雇主有勞基法第14條各款所列之事由，勞工可依據本條規定而終止勞動契約，此時雖有提前離職之事實，勞工是否仍受最低服務年限條款之拘束，須於離職後返還雇主已為支出之訓練成本，或是給付條款所約定之違約金。

對此問題，除了少數判決嚴格遵照約款規定之文義，認為只要勞工有該約款所列「於契約書期間自動請求離職」之情事，不論其離職之事由為何，並不影響約款之效力外，¹⁰⁹實務基本上是認為若離職之事由不可歸責於勞工，則勞工不須受到最低服務年限約款之拘束，例如因雇主對於勞工之調職不合法、¹¹⁰雇主片面違法減薪、¹¹¹違反勞基法有關工時之規定、¹¹²違反法令從事按摩業¹¹³或是勞工之離職是基於身體健康狀況不佳¹¹⁴等情況，勞工即無須受到最低服務年限約款之拘束，雇主並不得據此向勞工請求訓練費用之返還及違約金之給付。

事實上，在勞僱雙方間一般所慣用之最低服務年限條款，尤其在勞工是否構成約款義務之違反的要件上，其內容通常以簡略之文字呈現，並未對於勞工離職之原因加以限定，例如：「受訓期滿後，至少應在公司任職二年以上，如有違反，願賠償……」、¹¹⁵「契約自乙方第一個月受訓結束

¹⁰⁸ 參見臺灣高等法院民事判決 94 年度勞上易字第 16 號：「查本件被上訴人除調整上訴人之薪資由 70,000 元至 73,000 元外，及由「資深記者」職銜調整「府院小組副召集人」，被上訴人並未給予過多之優惠，亦未證明因給與上訴人深造訓練之成本支出，而上訴人自 92 年 3 月 11 日簽約，於 93 年 1 月 31 日離職，距 94 年 6 月 30 日期滿，尚有 17 個月尚須履行，即尚有 10 之 6 期間未履行，而其薪資增加約 5%，非調整為高額薪資，是衡量被上訴人受損程度及兩造之利益，應認系爭違約金宜按上訴人已履行期間及僅受調高約 5% 薪資比例，應酌減為年薪 30% 即 317,409 元（1,058,033×30%=317,409）為適當。」

¹⁰⁹ 參見板橋地方法院民事判決 94 年度勞小上字第 7 號：「系爭聘僱契約第 9 條係約定『乙方（被上訴人）如於契約書期間自動請求離職，經核准後，賠償金額如下...』，此有兩造不爭執真正之系爭聘僱契約影本可證。上訴人就上開第 9 條約定自行另為解釋為『需在被上訴人未違反勞動契約』，上訴人無理由即自動離職之情況下，被上訴人始得向上訴人請求本件損害賠償云云，非僅與該約定之文義不符，而另加上該約定文字文義以外之條件，而不足為取。至於被上訴人是否有違反勞動基準法第 14 條第 1 項第 5、6 款規定，上訴人是否得有權對之請求資遣費，則屬另一問題，上訴人應另為訴訟請求之。」

¹¹⁰ 參見臺北地方法院民事判決 88 年度勞簡上字第 6 號。

¹¹¹ 參見臺灣高等法院民事判決 89 年度勞上字第 17 號。

¹¹² 參見臺北地方法院民事判決 91 年度勞簡上字第 54 號。

¹¹³ 參見臺北地方法院民事簡易判決 92 年度簡字第 29 號。

¹¹⁴ 參見臺北地方法院小額民事判決 90 年度店勞小字第 13 號。

¹¹⁵ 參見新竹地方法院民事簡易判決 95 年度竹簡字第 26 號。

後為期兩年，乙方不得任意離職，若有違約，須賠償……」¹¹⁶、「在合約期限未滿六個月離職者，其未提出正當理由或未獲公司核准者須付雇主…違約金及專業培訓所有相關費用…」¹¹⁷等，若由上開約款內容文義觀之，勞工只要於約定服務年限前離職，即須給付雇主一定數額之訓練費用或違約金。

觀察實務之判決，針對此種約款，多半不直接質疑約款之效力，而是在個案中採取契約解釋之方式，限縮最低服務年限約款之適用範圍，例如臺灣高等法院民事判決 89 年度勞上字第 17 號認為最低服務年限條款只要未排除民法第 489 條之重大事由之終止權行使，約款應為有效：「勞動基準法第 15 條第 2 項雖規定：『不定期契約，勞工終止契約時，應準用第 16 條第 1 項規定期間預告雇主。』，惟該項規定乃任意規定，並不排除當事人以合意限制勞工終止權之行使，只要該合意不排除勞工關於民法第 489 條之重大事由終止權之行使，即不得認為無效。本件丙○○與上訴人簽訂之服務合約書，並未定有僱傭期限，雖有約定最低服務期限及違約金條款，致丙○○不得任意行使前開勞動基準法第 15 條第 2 項之隨時終止權，然其並未排除丙○○關於民法第 489 條之重大事由終止權之行使，自難謂該違約金之約定為無效。」並以：「勞動基準法第十四條所規定者，係勞工基於重大事由之即時終止權，與同法第十五條第二項規定之預告終止，為二不同型態之終止類型，丙○○與上訴人簽訂之服務契約書第七條規定，雙方因故終止聘雇應按任職期限不同，遵守契約所定之預告期間，係針對普通終止權（即預告終止）行使所作之特約，並不因此排除丙○○依勞動基準法第十四條規定行使非常終止權（即時終止）。」故當雇主片面降低勞工薪資時，即有違反勞基法第 14 條第 1 項第 5、6 款之規定，勞工自可依上開規定終止勞動契約，不再受雙方所約定最低年限約款之拘束。

又如，臺北地方法院民事判決 91 年度勞簡上字第 54 號，雇主與勞工所約定之最低服務年限的條款內容為：「本契約自乙方第一個月受訓結束後為期兩年，乙方不得任意離職，若有違約，須賠償甲方（指上訴人）新台幣三十萬元。」對此，法院認為應限縮解釋約款中「任意離職」的要件，應不包括可歸責於雇主或勞工依勞基法規定得不經預告終止勞動契約之情況，否則將發生雇方利用不合理之工作條件或以侮辱勞方之方式，逼迫勞方離職，除得規避勞動基準法保護勞方之相關規定，同時並獲取高額違約金之不當利益。法院以本案中雇主違反勞基法第 30 條第 1 項規定，屬於有可歸責於雇主之事由，認定勞工本得依勞動基準法第 14 條第 1 項第 6

¹¹⁶ 參見臺北地方法院民事判決 91 年度勞簡上字第 54 號。

¹¹⁷ 參見臺北地方法院民事簡易判決 92 年度簡字第 29 號。

款規定請求離職，並無違約之情事，從而判決雇主敗訴。

上開判決對於約款之文義以解釋之方式限縮適用範圍，從而認定勞工之離職並無違反最低服務年限約款之要件，自無須負有費用返還或給付違約金之義務。值得注意的是，對於此種規範內容簡略之約款，近期有判決直接依據民法第 247 條之 1 規定，質疑約款本身之效力，在高雄地方法院民事判決 95 年度岡勞小字第 1 號提及：「關於第 3 條約定：『試用期滿如不履行服務或服務未屆滿 2 年中途離職或遭受院方解僱處分時自願給付 1 個月本俸之懲罰性違約金』等語，惟該條中並未明定『受院方解僱』之情形為何，是被告將不論何種離職原因之風險（例如：因可歸責於被告或違反勞基法之非法解僱之情形）均歸由原告承擔，則此部分之約定已違反民法第 247 條之 1 第 1 款預先免除被告責任之規定，亦符合該條第 2 款加重原告責任之規定，且原告在此約定條款下非但無法因被告之解僱而行使勞工應有之權利，並需「自願」給付 1 個月本俸之懲罰性違約金，此亦已違反該條第 3 款之規定。該切結書第 3 條內容既係由雇主先以定型化契約之形式存在，原告對該其內容並無任何得以磋商或變更條款內容之自由，2 年離職限制僅單方拘束原告，約定顯然不利於己，其僅純居於消極、被動的簽名地位而已，揆諸前揭規定，該約定顯屬無效。」在本判決特別提到系爭約款並未限定勞工受雇主解僱之原因，將使勞工承擔過大之風險，此種情況即符合民法第 247 條之 1 第 2 款「加重他方當事人之責任」，而有顯失公平，從而直接否認系爭約款之效力。

（二）比較法之觀察

就勞動實態而言，在職進修及訓練在現存的勞動關係中扮演相當重要的角色。由於科技或其他技術革新之特性，為了因應企業持續的調整需求，事業單位之在職進修及訓練是有必要的。雇主對勞工因職業訓練所取得之知識及能力，因將更有利於運用之一事存有期待，若因勞工終止勞動關係而無法滿足雇主之期待，而涉及到雇主之利益時，雇主可能以定型化契約條款約定勞工須在一定時間內為雇主提供勞務，以確保其「人力資本投資」之收益，在德國法上即涉及到所謂「費用返還條款（Rückzahlungsklauseln）」之討論。¹¹⁸在文獻中所舉出「費用返還條款」的範本為：

「勞工接受在職訓練之部分：……其費用總計…歐元。其費用由雇主負擔，勞工應在接受在職訓練後，繼續留任為雇主提供勞務。若勞工在職訓練結束後之…個月期間內，基於本身之事由而終止勞動關係，其應償還雇主該

¹¹⁸ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 721-722.

等在職訓練之費用。」¹¹⁹

在德國文獻的討論上，基本上肯定雇主針對勞工教育訓練費用之支出具有值得保護之利益，然而上開費用返還條款可能涉及到勞工職業自由之限制，¹²⁰兩者間利益應如何衡量：是判斷此類約款合法於否之重點所在，故以下先簡述德國聯邦勞動法院對於費用返還條款判斷之依據，其後則引據德國文獻上之論述，就具體利益衡量時應注意之標準而為介紹。

1、德國聯邦勞動法院判決之軌跡

(1) 債法現代化以前

德國聯邦勞動法院原則是允許訓練費用返還之約定，¹²¹關於此類判斷之內容控制係以德國民法第 242 條誠信原則作為依據。¹²²當費用返還之義務與勞工之終止有關時，根據德國聯邦勞動法院可能因違反誠信原則，且妨礙勞工根據基本法第 12 條自由選擇工作位置之基本權，此時涉及到基本權之第三人效力的間接適用，應透過民法概括條款之約定，如第 138 條、第 242 條及第 315 條之規定，對於勞動法中之費用返還條款發生影響。在此勞工之費用返還義務應該考量到雇主正當合理之利益，並根據誠信原則對勞工為返還之要求時，此種由契約條款所創設之費用返還義務始為有效。再者應根據比例原則（Verhältnismäßigkeitsgrundsatz），在個案中依據雙方當事人之情況為利益衡量。¹²³而有關合法之費用返還義務的界線，特別與限制之期間、訓練措施之範圍及返還費用之額度有關。¹²⁴

(2) 債法現代化後

於債法現代化後，德國聯邦勞動法院在現今的判決中將利益衡量的標準，移轉到民法第 307 條第 1 項第 1 句的判斷上。¹²⁵

¹¹⁹ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 749.

¹²⁰ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 723.

¹²¹ Vgl. BAG 24. 7. 1991, NZA 1992, 211; BAG 16. 3. 1994, NZA 1994, 937.

¹²² Vgl. BAG 16. 3. 1994, NZA 1994, 937.

¹²³ Vgl. Thüsing, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, München 2007, Rn. 339; Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn. 105.

¹²⁴ Vgl. BAG 24. 7. 1991, NZA 1992, 211; BAG 16. 3. 1994, NZA 1994, 937, 938; Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn. 105.

¹²⁵ Vgl. BAG 11. 4. 2006, NZA 2006, 1042, 本判決之要旨為：「1. Die Vereinbarung in einem Formulararbeitsvertrag, nach der ein Arbeitnehmer vom Arbeitgeber getragene Ausbildungskosten in jedem Fall (anteilig) zurückzahlen muss, wenn das Arbeitsverhältnis vor Ablauf einer bestimmten Frist endet, ist zu weit gefasst. Sie ist unwirksam, weil die Rückzahlungspflicht ohne Rücksicht auf den Beendigungsgrund gelten soll. 2. Eine solche

依據民法第 307 條第 1 項第 1 句，首先要有對勞工不利益（Benachteiligung）之情況，在此類約款中勞工須負擔費用返還之義務；再者，應透過利益衡量以判定有無顯失公平之情況，在此應符合聯邦勞動法院一直以來所要求的利益衡量，就雇主而言，其因在勞工之在職訓練與進修上所為的投資，並欲藉此獲得利益，此即具有值得保護並可衡量之利益存在；與此相對的即是勞工值得保護之利益，不僅是涉及到個案中勞動關係結束時勞工因終止而有金錢上之負擔，更因為此等經濟上之負擔間接導致限制勞工在勞動市場流動之效果，故妨礙勞工之最根本之利益。最後則應審查有無違反誠信原則，誠信原則一向是德國聯邦勞動法院判斷費用返還條款合法與否的基礎，從民法第 307 條第 1 項第 1 句之要件，可以發現其與聯邦勞動法院一直以來之判決有相通之處。¹²⁶

2、個案之利益衡量

依據文獻上之討論，針對費用返還約款雙方當事人進行利益衡量時，應考量之標準主要有以下幾點，茲分述如下：

（1）對於勞工而言有價值之利益

依據德國聯邦勞動法院歷來的判決，法院對於費用返還條款的內容控制，特別是必須遵循利益衡量的方式，其包含了勞工因職業訓練或進修訓練而獲得的利益價值。¹²⁷ 根據定型化契約條款法之法釋義學，此涉及到補償之觀點，勞工因為此等費用返還條款而負擔不利益，於評價約款之適當性時則取決於勞工透過訓練是否得到適當之補償。對此應考量的要件是，勞工所受不利益與其所獲得利益間之相互關係，以及以勞工所受之利益補償其不利益是否適當，對此應在個案中加以審查。¹²⁸

Rückzahlungsklausel hält einer Inhaltskontrolle nach § 307 BGB nicht stand. Sie benachteiligt den Arbeitnehmer unangemessen, weil sie die Rückzahlungsverpflichtung auch dann auslösen würde, wenn der Grund für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses allein in die Verantwortungs- oder Risikosphäre des Arbeitgebers fällt.」（筆者自譯：1、在定型化契約中之約定，據此勞工某一確定期間屆滿前提前結束勞動關係，無論何種情況皆應返還雇主已負擔之訓練費用，此種約定因過於廣泛而為無效，因為不管任何終止之理由，皆使勞工負擔費用返還之義務。2、此種費用返還條款無法通過民法第 307 條內容控制之審查，其對於勞工而言為顯失公平，因為即使是出於雇主之責任或是其應付之風險範圍而導致勞動關係之結束，勞工亦負擔費用返還之義務。）；Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 733; Thüsing, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, München 2007, Rn. 339; Schmidt, Die Beteiligung der Arbeitnehmer an den Kosten der beruflichen Bildung - Umfang und Grenzen der Vertragsgestaltung, NZA 2004, 1002, 1008.

¹²⁶ Vgl. Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn. 107-109.

¹²⁷ Vgl. BAG 16. 3. 1994, NZA 1994, 937, 940.

¹²⁸ Vgl. Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn. 94, 112.

首先，應從勞工是否從職業進修訓練中，獲得多大程度的金錢價值之利益（geldwerten Vorteil），此等判斷具有決定性之意義。¹²⁹當職業訓練的成果與勞工所從事的職務相結合，勞工能獲得的利益越大，才越能要求勞工分擔職業訓練的費用。也只有當訓練的結果對於勞工而言，可以被證實對其具有潛在之利益時，在職訓練始得認定對於勞工帶來利益。¹³⁰

再者，則應視該在職訓練是否提高勞工職業上之機會，¹³¹此應區分在職訓練是屬於針對事業單位專用之訓練，或是一般性訓練。若是專門針對事業單位內之訓練，則僅有該事業單位之雇主可利用勞工受訓所獲得之能力；反之，若為一般性的訓練，勞工經此所獲致之知識與能力則可以受到其他雇主所運用。在此兩種極端的案例之間可能存在有許多不同的情況，判斷之原則在於，當該訓練越是專屬於特定事業單位所需具備之能力者，原則上對於勞工而言，此種訓練所得到的利益是越少的。¹³²

勞工在職業上所獲得的利益應該是使勞工能在雇主之事業單位中有助於其工作能力之提升，根據德國聯邦勞動法院之判決，當訓練或進修僅供事業單位內使用時，¹³³或者訓練內容僅僅只是複習現有之知識，又或者雇主為了因應事業單位之現況，而對勞工既有知識之調整所為之訓練，皆應排除使勞工分擔該訓練費用。¹³⁴因此於涉及到費用返還意義時，首先應考量勞工所獲得之能力或知識，除了對之加以訓練之原事業單位雇主以外，是否亦可為其他雇主所運用，以之作為提供勞務之基礎，特別是當勞工經由訓練所取得者是職業上被認可之資格時，則可能被認為對勞工而言為有價值之利益。¹³⁵

（2）拘束程度

根據德國聯邦勞動法院之見解，有關拘束程度之判定，一方面涉及到

¹²⁹ Vgl. BAG 11. 4. 2006, NZA 2006, 1042, 1044.

¹³⁰ Vgl. Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn. 94, 113.

¹³¹ Vgl. Lakies, AGB-Kontrolle von Rückzahlungsvereinbarungen über Weiterbildungskosten, BB 2004, 1903, 1907.

¹³² Vgl. BAG 16. 3. 1994, NZA 1994, 937, 942; Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn. 94, 114.

¹³³ Vgl. BAG 16. 3. 1994, NZA 1994, 937, 940.

¹³⁴ Vgl. BAG 18. 8. 1976, NJW 1977, 973; BAG 16. 3. 1994, NZA 1994, 937, 940; Thüsing, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, München 2007, Rn. 342; Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 740.

¹³⁵ Vgl. BAG 16. 3. 1994, NZA 1994, 937; Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn. 94, 115.

在職訓練之期間，他方面則與勞工受到拘束之期間（Bindungsdauer）有關。在職訓練之期間對於雇主支出費用之金額有其重要性，因為雇主在訓練期間繼續支付勞工之薪資或是生活費補助。訓練期間之長短一方面可作為勞工能力獲得之間接證據；¹³⁶另一方面，勞工所受拘束之期間，亦會依據訓練期間之長短而予以確定。

有關訓練期間與勞工受拘束之期間，依據德國聯邦勞動法院之判決，於判斷個案時，雖然沒有一定以「限制期間最高應是在職訓練措施期間六倍長」的原則，但其可以在這方面供相關案例而為參考。¹³⁷依民法第 307 條對於條款的内容控制，係基於一般、典型的思考方法，並非涉及到個案之考量。依據文獻之探討，整理出德國聯邦勞動法院迄今為止針對個案衡量之標準，從判決之結果可歸納出聯邦勞動法院個案判斷之傾向。¹³⁸

在職訓練進修之期間	拘束期間
達 1 個月	到 6 個月 ¹³⁹

¹³⁶ Vgl. BAG 15. 12. 1993, NZA 1994, 835, 836; Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 741; Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn. 116.

¹³⁷ Vgl. BAG 18. 08. 1976, AP BGB § 611 Ausbildungsbeihilfe Nr.23; Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 743; Schmidt, Die Beteiligung der Arbeitnehmer an den Kosten der beruflichen Bildung - Umfang und Grenzen der Vertragsgestaltung, NZA 2004, 1002, 1005; Lakies, AGB-Kontrolle von Rückzahlungsvereinbarungen über Weiterbildungskosten, BB 2004, 1903, 1907f.

¹³⁸ 以下表格 Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 744; Schmidt, Die Beteiligung der Arbeitnehmer an den Kosten der beruflichen Bildung - Umfang und Grenzen der Vertragsgestaltung, NZA 2004, 1002, 1005.

¹³⁹ Vgl. BAG 5. 12. 2002, AP § 611 Ausbildungsbeihilfe Nr.32,該判決要旨第 1 點為：「 Die Dauer einer Fortbildung ist ein Indiz für die Qualität der erworbenen Qualifikation. Dauert sie nicht länger als einen Monat und zahlt der Arbeitgeber während dieser Zeit das Entgelt des Arbeitnehmers fort, ist in der Regel nur eine Bindung des Arbeitnehmers bis zu sechs Monaten zulässig」(筆者自譯：訓練期間可作為勞工所獲得能力之間接證據，若訓練期間不超過一個月，而雇主在此期間仍繼續支付工資，則對於勞工而言，六個月之拘束期間原則是合法的。)

達 2 個月	到 12 個月 ¹⁴⁰
達 4 個月	到 24 個月 ¹⁴¹
6 到 12 個月	到 36 個月 ¹⁴²
多於 24 個月	到 60 個月 ¹⁴³

(3) 費用返還之金額

對於費用返還之金額，德國聯邦勞動法院認為應遵守兩個界線：第一，雇主所得請求返還之額度最高不得超過其實際花費之金額。¹⁴⁴若逾越實際之金額，在此即不涉及費用返還義務，而是涉及到違約金之約定。¹⁴⁵第二，返還費用之金額應依照條款約定之金額，即使雇主所花費之金額高於條款之規範，亦同。¹⁴⁶

(4) 返還義務之要件

當費用返還條款中之內容，約定勞工不論任何原因之提前離職，皆需

¹⁴⁰ Vgl. BAG 15. 12. 1993, AP BGB § 611 Ausbildungsbeihilfe Nr.17,本判決要旨第 1 點為：「Eine Lehrgangsdauer bis zu zwei Monaten rechtfertigt in der Regel nur dann eine längere Bindung als ein Jahr nach Abschluß der Ausbildung, wenn durch die Teilnahme am Lehrgang eine besonders hohe Qualifikation verbunden mit überdurchschnittlichen Vorteilen für den Arbeitnehmer entsteht oder wenn die Fortbildung besonders kostenintensiv ist (Weiterführung von BAG AP Nr. 8 zu § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe).」(筆者自譯：訓練課程達兩個月，只有當其對於勞工而言，可藉由課程之參與而產生特別而高級的能力，而獲得平均以上之利益，或者當訓練成本較高時，於訓練結束後長於一年的拘束期間始為合理。)

¹⁴¹ Vgl. BAG 6. 9. 1995, AP BGB § 611 Ausbildungsbeihilfe Nr.23,本判決要旨第 2 點：「Bei einer Lehrgangsdauer von drei bis vier Monaten (hier: Verwaltungslehrgang I der Bayerischen Verwaltungsschule) ist eine Bindungsdauer von zwei Jahren jedenfalls nicht zu lang bemessen. Der Senat neigt dazu, daß eine längere Bindungsdauer in derartigen Fällen regelmäßig unzulässig ist.」(筆者自譯：在三到四個月的課程期間，兩年之拘束期間並不會過長，在此類案中若約定較長之拘束期間，法院傾向認為不合法。)

¹⁴² Vgl. BAG 23. 2. 1983, AP BGB § 611 Ausbildungsbeihilfe Nr.6.

¹⁴³ Vgl. BAG 15. 12. 1993, AP BGB § 611 Ausbildungsbeihilfe Nr.8,該判決要旨為：「Eine Lehrgangsdauer bis zu zwölf Monaten rechtfertigt in der Regel nur dann eine längere Bindung als drei Jahre nach Abschluß der Ausbildung, wenn durch die Teilnahme am Lehrgang eine besonders hohe Qualifikation verbunden mit überdurchschnittlichen Vorteilen für den Arbeitnehmer entsteht.」(筆者自譯：訓練期間達 12 個月，原則上僅有在勞工透過課程之參與而產生特別高階之能力而獲得平均以上之利益時，於訓練結束後長於 3 年的拘束期間始為合理。)

¹⁴⁴ Vgl. BAG 21. 7. 2005, NZA 2006, 542, 544.

¹⁴⁵ Vgl. Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn. 118; Thüsing, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, München 2007, Rn. 345.

¹⁴⁶ Vgl. BAG 16. 3. 1994, AP BGB § 611 Ausbildungsbeihilfe Nr. 18; Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn. 118; Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 751; Thüsing, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, München 2007, Rn. 345.

受約款之拘束，而負有費用返還之義務時，該約款即無法通過內容控制之審查而為不合法。¹⁴⁷ 換言之，應依據勞工提前離職之理由而為區分。¹⁴⁸

對於約款之審查是採取一般之思考方法（generalisierende Betrachtungsweise），並不特別針對每個個案之情況，決定的重點在於條款本身是否足以區分不同之情況而為適用，且該費用返還義務可通過適當性控制之情況下，始為合法，若條款規定之範圍過於廣泛或者完全毫無限制，則其應為無效。¹⁴⁹

由勞工為單方面之終止，只有在該終止是出於勞工之事由時，才會發生費用返還義務。¹⁵⁰ 因此根據民法第 307 條第 1 項第 1 句，當該條款規定勞工終止也包含應可歸責於雇主致使勞工為終止時，亦屬於不適當而為顯失公平。¹⁵¹

若費用返還義務之發生係與雇主之終止有關者，則應根據終止事由予以區分。若條款中所訂勞工費用返還義務之發生，亦包含經營事由之終止（betriebsbedingte Kündigung）時，則應為顯失公平，因為在此種終止之情況，雇主雖有費用之支出，但是雇主並非處於獲得勞工因職業訓練獲得工作能力之情況，故此種約款是不合法的。¹⁵²

在與個人事由有關之終止，則並未如此明確，當雇主無法再繼續使用勞工經由在職訓練所獲得之能力時，基於個人事由所為之終止則無法直接判定，僅能以具體之情況而為判斷。例如勞工有生病或不能勝任工作之情況，而雇主對於勞工因職業訓練所獲致之能力不再有興趣時，因為此種出於勞工個人事由之終止並非勞工可控制之情況，對於此種訓練後勞動力

¹⁴⁷ Vgl. BAG 23. 1. 2007, NZA 2007, 748, 749.

¹⁴⁸ Vgl. Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn. 119.

¹⁴⁹ Vgl. BAG 11. 4. 2006, NZA 2006, 1042; Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn. 119; Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 748.

¹⁵⁰ Vgl. Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn. 120; Thüsing, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, München 2007, Rn. 348.

¹⁵¹ Vgl. Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn. 120; Thüsing, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, München 2007, Rn. 348; Meier/Schulz, Die Rückzahlung von Ausbildungskosten bei vorzeitiger oder erfolgloser Beendigung der Ausbildung, NZA 1996, 742, 748; Zeranski, Rückzahlung von Ausbildungskosten bei Kündigung des Arbeitsverhältnisses, NJW 2000, 336, 337.

¹⁵² Vgl. BAG 6. 5. 1998, NJW 1999, 443; Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn. 121; Thüsing, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, München 2007, Rn. 348.

(Zusatzqualifikation) 不可適用之風險應由雇主負擔，所以條款有偏離此風險分配之約定者，應屬無效。¹⁵³

四、本文淺見

(一) 應以民法第 247 條之 1 作為定型化契約條款內容控制之法律依據

關於最低服務年限約款效力控制之法律依據，在消保法第 12 條或民法第 247 條之 1 條生效以前，依民法第 72 條作為定型化契約條款控制之依據固無不當，實務上亦多採此見解，惟現今既有定型化契約條款內容控制之法律依據，本文認為，若最低服務年限約款若非經由個別磋商而屬定型化契約條款，在法律之適用上應優先民法第 247 條之 1 規定定其效力，似乎是較為妥當。蓋因公序良俗的概念通常涉及所謂「國家社會一般利益」或是「社會一般道德觀念」，¹⁵⁴ 最低服務年限除非是在極端的案例中，例如約定最低服務年限為五十年，始有可能因違反公序良俗而為無效。

再者，由於在最低服務年限的約款中，常是雇主提供勞工與其職業相關之訓練或進修機會，從而要求勞工在一定期間內為其事業單位提供勞務，在此種情況中，勞工雖因此等約款使其終止權之行使受到一定程度的限制，但是其亦因雇主所提供之訓練機會而獲得一定之利益或補償，在此類情形中，判斷約款是否合理適當應是對於契約雙方當事人之利益而進行衡量，法院於衡量後認為該約款為顯失公平者，即涉及到誠信原則之問題，而此正是民法第 247 條之 1 所要處理的問題，故依本文之見，在現行法之體系下，似應依民法第 247 條之 1 作為最低服務年限條款內容控制之審查依據，較為妥適。

承續上開論述，由於最低服務年限約款係以民法第 247 條之 1 條作為效力判斷之依據，其涉及到勞工離職之自由及終止權之行使，故從客觀的情狀上至少符合第 3 款規定「使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利」，而法院實務見解對最低服務年限約定亦有論以符合第 2 款「加重他方當事人之責任」之判決，然而不論以何款規定，皆無礙於本條規定之適用。

¹⁵³ Vgl. Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn. 122; Thüsing, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, München 2007, Rn. 348.

¹⁵⁴ 就此，可參見臺北地方法院小額民事判決 93 年度店勞小字第 8 號：「按民法第 72 條所謂法律行為，有背於公共秩序或善良風俗者無效，乃指法律行為本身違反國家社會一般利益及道德觀念而言，最高法院著有 69 年台上字第 2603 號判例足參。本件兩造間雖未就試用期間與正式任用分階段簽訂獨立契約，但究與國家社會一般利益無關，亦與一般道德觀念無涉，尚不生是否違背公序良俗問題，被告辯稱該違約金約款違背民法第 72 條所指公序良俗云云，亦不足採。」

(二) 以「合理性」及「必要性」作為「顯失公平」與否之判斷標準

於確定最低服務年限約款符合民法第 247 條之 1 各款所訂之情況後，再者須予以判斷者在於，個案中是否符合「按其情形顯失公平」致使約款成為無效，本文以為在此所涉及者應屬對於雙方當事人為利益之衡量，故應依學說所言，對約款進行「必要性」及「合理性」之衡量，綜合學說¹⁵⁵及上開德國文獻之闡述，首應判斷約款是否具備「必要性」，即指雇主對於特定勞工有額外的資助，而有以最低服務年限條款保護之必要，參酌德國法之討論，雇主所為之措施，應對於勞工而言是為有價值之利益，就此可參酌德國法上之討論。若約款具備「必要性」，則應審酌其是否具有「合理性」，其可參酌之標準有（1）訓練時間與最低服務年限間之比例關係；（2）雇主所花費之成本，當雇主花費越多費用，其與勞工約定較長服務年限之合理性也就越長；（3）補償措施；（4）勞動力替代之可能以及（5）其他足以影響服務期間合理性的情形。若約款可通過「必要性」及「合理性」標準之審查，則該最低服務年限約款應為有效，而發生拘束勞工之效力。

當然，最低服務年限之效力，須依個案情況而為不同之認定，當雇主以約款對於勞工之權利加以限制時，必須對於勞工作具有額外之補償，例如為其支出訓練費用或以其他方式而為補償外，始能符合約定之「必要性」，故應依個案對於當事人進行利益衡量後，才能判斷約款是否為合理適當。惟從實務判決本身觀之，部分判決似認為基於雇主經營之所需，為避免員工流動頻繁，故與其約定最低服務年限約款，以達到企業之穩定與業務之發展之目的，此時即具備合理性之基礎，此種約款並不構成顯失公平。¹⁵⁶在前開所提及之判決中，雇主自勞工任職後，並未另外花費培訓給於勞工專業訓練，部分法院亦認為此並不影響約款之效力，而僅為違約金酌減之問題。¹⁵⁷

¹⁵⁵ 主要參考黃程貫，台灣勞動法學會編，《勞動基準法釋義—施行二十年之回顧與展望》，2005年5月，頁218-224。

¹⁵⁶ 參見臺北地方法院小額民事判決 91 年度北勞小字第 78 號：「...然則員工為雇主工作，雇主為其業務需要，提供技術之訓練，為保障其訓練勿失效率，約定員工必須服務一定之期限，將雇主之技術訓練貢獻於工作，在此期限內雇主並提供工作之報酬，員工若違約未服務期滿，應賠償相當之金額，實為雇主為維護企業經營及服務品質之必要方法，只要該約定具有合理性基礎，即應為有效。原告主張「服務同意書」係為利於企業之穩定與業務之發展，希望藉此僱用條件錄用穩定性高之銀行員而制定，非以收取違約金為目的。綜此，如原告僱用之員工，若流動過於頻繁，原告亦勢必隨時需要招攬、訓練，並因而增加額外之費用及時間成本，故其在聘用人員契約書中約定限制新進員工在未滿聘用期間前欲中途離職者，應賠償損失乙節，即有其合理性。故系爭服務同意書，縱屬民法第二百四十七條之一所稱之定型化約款，此部分約定亦不能稱有何本條規定各款所指顯失公平之處。」

¹⁵⁷ 參見臺北地方法院小額民事判決 91 年度北勞小字第 78 號：「...然則員工為雇主工作，雇主為其業務需要，提供技術之訓練，為保障其訓練勿失效率，約定員工必須服務一定之期限，將雇

本文以為此種論述甚為不當，就雇主而言，最低服務年限之約定雖可達到穩定企業人事及業務經營之目的，然此本即屬於雇主企業經營時所應負擔之風險，雇主應藉由工作環境之提升或增加員工福利等作法達到留住人才之目的。反觀勞工，其若依勞基法之規定本有隨時離職之自由，之所以承認得以約款限制勞工終止權之行使，是基於一種定型化契約法理論中補償的觀點，亦即勞工雇主必須對於勞工施以一定之措施，無論是職業訓練、或是津貼等對於勞工而言具有價值之利益時，始得平衡勞工因約款而被限制之權利，當勞工並未實質獲得雇主所給予之有價值之利益時，此等最低服務年限條款之存在必要性即應受到質疑，對於勞工而言應可構成顯失公平而屬無效之約款，從而上開法院判決之見解實有值得檢討之處。

(三) 有關終止事由之討論

在前開法院實務之觀察曾提及部分最低服務年限約款在有關勞工離職之原因的規定上，常以概括、簡略之方式呈現，並未對於勞工之離職事由予以限定，若從約款字面內容觀之，似可解釋為無論任何原因之離職事由，勞工只要於最低服務年限屆滿前離職，即應受有約款之拘束，而須負有返還訓練費用或給付違約金之義務。

對此，依據目前我國法院實務判決，多肯認在不可歸責於勞工之情況下，勞工即不受最低服務年限約款之拘束，至於在論證之過程則常以契約解釋或者依職權減縮約款之內容之方式，使系爭約款在適用上受有限制，僅有極少數之判決直接質疑約款之效力。

對於此類約款，在定型化契約控制體系觀點下，可能提供兩種思考方式。首先，是約款解釋之問題，我國法院實務中即常以解釋方式，限縮約款之適用範圍。再者，若經由契約解釋之結果，仍維持約款廣泛之文義，亦即認為即使是在可歸責於雇主之情況下，勞工之離職仍須負擔費用返還義務。若涉及約款之範圍過於廣泛或者完全毫無限制之約款，依據德國法上之討論，此時對於勞工而言應屬顯失公平，而為無效，¹⁵⁸此等見解可供

主之技術訓練貢獻於工作，在此期限內雇主並提供工作之報酬，員工若違約未服務期滿，應賠償相當之金額，實為雇主為維護企業經營及服務品質之必要方法，只要該約定具有合理性基礎，即應為有效。原告主張「服務同意書」係為利於企業之穩定與業務之發展，希望藉此僱用條件錄用穩定性高之銀行員而制定，非以收取違約金為目的。綜此，如原告僱用之員工，若流動過於頻繁，原告亦勢必隨時需要招攬、訓練，並因而增加額外之費用及時間成本，故其在聘用人員契約書中約定限制新進員工在未滿聘用期間前欲中途離職者，應賠償損失乙節，即有其合理性。故系爭服務同意書，縱屬民法第二百四十七條之一所稱之定型化約款，此部分約定亦不能稱有何本條規定各款所指顯失公平之處。」

¹⁵⁸ Vgl. BAG 11. 4. 2006, NZA 2006, 1042; Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn. 119; Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 748.

參考。

(四) 以違約金之酌減作為調整約款之合理性有所不當

從上述有關實務見解觀察之論述中可知，實務普遍從寬認定最低服務年限約款之效力，部分判決（例如臺中地方法院民事判決 96 年度勞簡上字第 26 號）認為縱使有約定逾越合理範圍，亦僅為違約金酌減之問題，本文認為此種見解似有值得斟酌之處。

首先，依據學說之見解，最低服務年限約款應透過「必要性」及「合理性」之審查後，始得承認約款之效力，當一最低服務年限約款之約定逾越合理之範圍，對於勞工有顯失公平之時，即應認為該約款為無效，勞工既不受拘束，何來違約金酌減之問題。

再者，縱然認定最低服務年限約款有效，且勞工確因提前離職而有債務不履行之情事，此亦非代表勞工即須受到違約金約定之拘束，蓋因「最低服務年限之約定」與「違約金之約定」本質上應分屬不同之契約條款，前者是屬於約定勞工必須遵守特定之行為義務，後者則是係指契約當事人約定一方於未依約履行債務時，應給付一定金額予他方之約定（參見民法第 250 條第 1 項之規定），故針對定型化違約金之約定本身，其效力亦應受到定型化契約條款之內容控制，當一違約金條款中所約定的違約金數額明顯過高時，其亦可能被判定為顯失公平，而單獨被宣告無效的可能，只有在違約金條款未被宣告無效的情況下，始有違約金酌減之問題。（有關違約金條款之相關探討，詳請參閱本章第四節之內容）。

承上，我國法院實務之見解卻以違約金酌減作為控制約款合理性之手段，似已混淆「定型化約款公平與否之控制」以及「所約定之違約金數額於個案中是否過高」係屬不同層次之問題。此非但忽略了對於違約金條款本身亦有內容控制之需求，在結果上亦可能導致間接承認效力減縮原則之適用（有關效力減縮原則之討論，詳請參閱本論文第四章第四節之論述），基此，若干法院裁判之見解實有檢討之空間。

第四款 法律效果

一、我國法院判決實務之觀察

承接上款之論述，當費用返還條款有違反民法第 247 條之 1 規定，依照條文之規定，約款應為無效。此等無效在一般的理解下應為「自始」、「當然」、「確定」不發生效力，然而針對最低服務年限約款，我國法院實務判決習慣以依職權縮減約款效力之方式，使約款達到合理之狀態，而排除個

案中之不公平狀態。

例如台北地方法院 88 年度勞簡上字第 6 號即在判決中表明其減縮約款效力之依據：「次按司法權之行使，應遵守過度禁止原則（Übermaß-Verbot），此於法院解釋契約、對契約條款之控制在有其他方法得以除去該不合理之部分時，原則上不宜逕行宣告當事人依自由意思締結之契約條款無效，換言之，法院在以公序良俗、誠信原則控制契約約款時，宣告無效應是在透過其他法律規定、契約之補充解釋仍無法除去約款之不合理時，所作最後不得已之手段，而雇主之所以要求勞工有最低服務年限者，往往在於雇主曾經為勞工支出特殊之職業訓練費用、出國受訓費用、技能養成費用等，乃要求勞工有最低之服務年限，供作回饋，是從必要性原則（Erforderlichkeit）而言，亦即斟酌勞工之職業自由及雇主對勞工技能養成之支出費用，如最低服務年限非顯然過長（如終身服務、或服務年限與支出之費用不成比例等），則最低服務年限之約定，應受允許。又「法律行為之一部分無效者，全部皆為無效。但除去該部分亦可成立者，則其他部分，仍為有效」、「約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額」、「債務已為一部履行者，法院得比照債權人因一部履行所受之利益，減少違約金」，民法第一百十一條、第二百五十二條及第二百五十一條分別定有明文。如上所述，本件被上訴人乙○○自八十五年四月七日起，開始接受上訴人公司之派任，數次前往日本受訓，最後一次於同年五月二十三日始回國，依系爭保證書之約定，被上訴人乙○○應於回國後三年內不得離職，否則應支付相當於四個月薪資之違約金，並所有國外派遣費用，以及接受訓天數，每日以三千元計算之技術費罰金，而被上訴人乙○○於八十六年十月三日離職乙事，縱認前揭期間（三年）不符上開必要性原則，而有顯然過長之虞，然仍屬三年最少服務期限之約定是否無效，而應縮短至法院認為合理之相當期間之問題，並非完全不得附加最少服務期間及違約金條款。」

從上開判決之脈絡，其認為縱使約款所訂最低服務年限期間雖有過長而不符必要性原則，然此並不會直接到導致約款之無效，法院應依職權對於不合理之約款縮減至合理範圍。在本案中，由於法院認為雇主有違法調職之情事，勞工之離職是基於不可歸責於勞工之事由，其情況並不該當約款之要件，因而判決雇主敗訴，故在判決中法官並未依職權減縮約款之效力。就此，另一中華航空公司與其所聘僱之機師就最低服務年限約款所生之爭議中，士林地方法院民事判決 94 年度勞訴字第 10 號即認為兩造聘僱契約第 3 條所約定 15 年之最低服務年限之限制，顯屬過長，法院綜合個案具體之情況，認為本件聘僱契約第 3 條所約定超過 10 年之最低服務年

限部分，已不當限制被告之職業選擇自由，應屬無效，是以將約款之最低服務年限減縮為十年。在本案中，法院認為勞工服勞務之期間已逾十年，並未違反上開聘僱契約第 3 條之約定，因而判決雇主敗訴。¹⁵⁹

當法院對於約款之效力而為縮減至合理範圍後，若勞工所提供勞務之時間為達縮減後之合理年限而當事人間又有違約金之約定，法院即常以違約金之酌減之手段間接達到縮減約款效力至合法範圍之目的。例如臺中地方法院民事判決 96 年度勞簡上字第 26 號即提到，判斷最低服務年限約款之效力，必須是約款是否有「必要性」及「合理性」，若約款具備必要性，假若該項約定具有合理性，該勞工即應受到該項約定之拘束，若有違約，原則上即應給付違約金。反之，若最低服務年限約款欠缺合理性，則該項約定應縮減至合理範圍，違約金部分亦應予以酌減。¹⁶⁰

二、比較法的觀察

根據文獻之闡述，在擴大適用定型化契約控制至勞動契約之前，當涉及費用返還條款之爭議，德國聯邦勞動法院在結論上是採取「效力減縮原則」之適用。若勞動契約當事人所約定最低服務年間之期間過長，或是返還金額過高，將不會導致約款之全部無效，而是縮減該勞工受拘束之期間或者返還義務之額度至合法的範圍。¹⁶¹

然而，於債法修正將勞動契約納入定型化契約法之適用後，此種處理即與定型化契約法制有所衝突，因此德國聯邦勞動法院在近來的判決中明確表示，當費用返還條款被判定無效後，並無效力減縮原則之適用。¹⁶²特別是在當費用返還條款中過於廣泛地規定，如約款中未明文規定勞動關係

¹⁵⁹ 本案經由雇主中華航空公司上訴第二審法院，臺灣高等法院民事判決 96 年度勞上字第 18 號認為兩造間之約款應為有效，勞工應給付雇主訓練費用及違約金。

¹⁶⁰ 參見臺中地方法院民事判決 96 年度勞簡上字第 26 號：「而認定最低服務年限約款是否有效，首要之務在於審查該項約定是否具有必要性，如該項約定不具必要性，則該最低服務年限約款應為無效，違約金之約定當然亦屬無效。而為審查最低服務年限條款是否具有必要性，得以下列兩點作為判斷標準：雇主是否因提昇員工技能、引進新技術、降低人事流動率或其他經營上之原因而提供其勞工培訓之機會，該勞工也因之獲得新技能、新知識或經驗之累積；在勞工完成培訓後，若未繼續為其雇主提供勞務達一定之期間，該雇主會因之受到相當之損失，或是難以回收其培訓成本。又最低服務年限約款若具有必要性，即須再檢視該項約定是否具有合理性。假若該項約定具有合理性，該勞工即應受到該項約定之拘束，若有違約，原則上即應給付違約金。反之，若最低服務年限約款欠缺合理性，則該項約定應縮減至合理範圍，違約金部分亦應予以酌減。而為審查最低服務年限條款是否具有合理性，得以下列三點作為判斷標準：培訓期間之長度以及勞工技能之獲得；雇主付出之訓練成本；補償措施之有無等。」

¹⁶¹ Vgl. BAG 11. 4. 1984, AP BGB § 611 Ausbildungsbeihilfe Nr. 8; Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 753; Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn. 132.

¹⁶² Vgl. BAG 11. 4. 2006, NZA 2006, 1042, 1045; BAG 23. 1. 2007, NZA 2007, 748, 750.

僅有出於勞工本身之事由而終止時，勞工才負有返還費用之義務，此種約款應為全部無效。¹⁶³

綜上，當費用返還條款依德國民法第 305c 條第 1 項規定被判定為「異常條款」致使其不被納入契約成為契約內容，或依民法第 307 條規定而為無效時，依據德國實務及學界之多數見解，並無效力減縮原則之適用，應宣告該約款為全部無效，勞工亦不負返還之義務。¹⁶⁴

三、本文淺見

台北地方法院 88 年度勞簡上字第 6 號雖以「...按司法權之行使，應遵守過度禁止原則 (Übermaß-Verbot)，此於法院解釋契約、對契約條款之控制在有其他方法得以除去該不合理之部分時，原則上不宜逕行宣告當事人依自由意思締結之契約條款無效，換言之，法院在以公序良俗、誠信原則控制契約約款時，宣告無效應是在透過其他法律規定、契約之補充解釋仍無法除去約款之不合理時，所作最後不得已之手段...」作為論述基礎，惟其似對於法律之解釋適用有所誤解，蓋無論任意法規之規定或是契約之補充解釋，依通說之見解，皆是為了補充因約款無效而產生之漏洞，故並非如其所言，以宣告約款之無效為最後之手段。據此，上開理由似無法成為承認「效力減縮原則」之基礎。

對此爭議，本文並不贊同在定型化勞動契約條款中有「效力減縮原則」之適用，至於理由主要可分從形式與實質觀之，理由本文已於第四章「效力減縮原則之適用？」一節中加以探討，詳可參見上開章節之論述。簡單來說，在制定法的層面上，消保法第 16 條並無法成為肯定效力減縮原則之法律依據，蓋所謂約款一部無效，應以約款具有可分性為前提，此絕非意味著法院可不顧契約內容之文義，而自行加以減縮。且「無效」本應為自始、當然無效，法院有何職權可讓無效約款得以復活，實難理解。又從實質之理由言之，由於契約條款本身係由雇主所預先擬定，雇主應負擔系爭約款歸於無效之風險。為了保護定型化約款之相對人，使其免受顯失公平約款拘束，亦為促雇主謹慎擬定公平合理之約款，即不應承認「效力減縮原則」於勞動契約之適用。

基於上開理由及比較法之觀察，本文認為法院不得對不合理最低服務年限約款為效力減縮，應直接宣告約款無效，故國內若干傾向採取肯定「效力減縮原則」之法院裁判，似有再予以商榷之必要。

¹⁶³ Vgl. BAG 11. 4. 2006, NZA 2006, 1042; Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 754.

¹⁶⁴ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 752, 754.

第五款 舉證責任

依照我國民事訴訟法第 277 條之規定，當事人主張有利於己之事實，就其事實有舉證之責任，此為舉證責任分配之原則。若依上開原則，勞工欲主張最低服務年限約款違反民法第 247 條之 1 規定而無效，應舉證證明該約款是否有上開規定中四款及「按其情形顯失公平」之情況。在此原則下，勞工若無法證明約款有無效之事實，則將負擔敗訴之風險。

然而依據目前的法院實務見解，仍多採取傳統之舉證責任分配原則，由勞工證明約款有顯失公平而無效之事由。¹⁶⁵對此，有關費用返還條款舉證責任之分配，在德國法上是藉由德國聯邦勞動法院在其判決中創造例外的處理方式，可作為我國法之參考，以下即簡述德國法制之處理原則。

一、比較法之觀察

依據德國文獻之討論，關於舉證責任之分配雖然原則是主張權利之人，應就權利發生之法律要件存在之事實負舉證責任，故若勞工欲主張定型化契約條款有違反民法第 307 條第 1 項第 1 句規定而為無效，原則上應對於約款之不適當或顯失公平之情況負舉證責任。¹⁶⁶惟在判決中亦承認舉證責任之分配有例外的情況，於新民法修正生效前，有關定型化勞動契約之內容控制係以民法第 242 條誠信原則之規定作為審查依據，而有關費用返還條款之合法性，德國聯邦勞動法院曾有判決認為雇主應對「勞工可藉由訓練措施獲得職業上利益」之事實負舉證責任。¹⁶⁷涉及到費用返還條款之案型中，德國聯邦勞動法院以判例法之方式樹立了舉證責任之原則，因為舉證之所在往往是敗訴之所在，換言之，負擔舉證責任之一方，當其無法證明事實，即需負擔敗訴之風險，而在費用返還條款中所涉及到是勞工職業自由之侵害，比起雇主企業經營上之利益，勞工之利益更值得被保護。¹⁶⁸

¹⁶⁵ 例如台北地方法院民事判決 92 年度北勞簡字第 127 號：「查本件被告雖以系爭勞動契約第十一條及第十六條之規定，均在加重受雇人之責任、使受雇人拋棄權利或限制其行使權利、對於受雇人造成重大不利益，依民法二百四十七條之一之規定，應屬無效云云置辨，惟被告未就上開契約條款有何顯失公平之處提出任何說明，且審酌系爭勞動契約第十一條及第十六條之規定，雖課予被告至少需於原告公司就職滿三年，且被告若違反系爭勞動契約及原告自訂之工作管理規則時，需賠償原告違約當時薪資二十倍計算之懲罰性違約金等義務，然經本院參酌兩造之訂約能力、兩造訂約之經過及被告所得獲益之情形等一切因素後，審認兩造所約定之系爭勞動契約期間為三年尚非過長，且被告尚得依民法及勞動基準法相關規定提前終止系爭勞動契約，足認系爭勞動契約第十一條之規定尚無加重被告之責任、使被告拋棄權利或對被告造成重大之不利益」

¹⁶⁶ Vgl. Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn. 72, 130-131.

¹⁶⁷ Vgl. BAG 16. 3. 1994, NZA 1994, 937, 941.

¹⁶⁸ Vgl. Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn. 128.

雖然雇主須舉證證明勞工應其訓練措施而獲得職業上之利益，然而德國聯邦勞動法院在一定程度上減輕了雇主之負擔，由於職業上之利益對於勞工而言是一種假設的預估，雇主在締結費用返還協議之時點，對於將來勞動市場之情況，僅能有粗略的評估與計畫，並無法精確地預測將來之狀況，故雇主僅須證明在締結費用返還條款之時點，勞工有極大的可能性獲得職業上之利益即可。¹⁶⁹

上開聯邦勞動法院之見解雖然在舊法下以民法第 242 條作為判定約款合法與否之基礎，上開判決對於舉證責任所宣示之原則在債法現代化後是否仍有適用，不無疑問。對此問題，依據文獻之闡述，相較於雇主，對於勞工職業自由之特別保護應具有優先性，故德國聯邦勞動法院所發展舉證責任原則，對於現今適用新民法第 307 條之案例亦應有所適用。¹⁷⁰職此，涉及到費用返還條款之爭議時，對於雇主之訓練措施對於勞工是否具有職業上之利益，雇主應負舉證責任。

二、本文淺見

由上可知，德國聯邦勞動法院藉由判決宣示了費用返還條款舉證責任分配之原則。對此問題，我國學說之討論亦有相同之結論，依據文獻之闡述，基於以下之理由，應由雇主負擔舉證責任是較為適當的：首先，雇主通常可以決定何時、何地、何種契約內容與勞工訂立勞動契約，故此可敦促雇主採取更為公平、合理的方式來與勞工訂定勞動契約，以避免將來被法院認定勞動契約訂立之過程，違反契約自由原則、公序良俗或誠信原則而無效。再者，從現實面而言，雇主相較於勞工而言，掌握較大的證據優勢，有較高的證明可能性，所以由雇主來負擔舉證責任，最能實現契約公平與正義。更重要的是，若雇主負舉證責任，其將致力於改善契約約款品質，而減少不良契約約款的出現，有助於減少司法訟源。因此，未來修法有必要考量舉證責任分配問題，藉由舉證責任分配的適度轉換，實現保障勞工權利之目的。¹⁷¹

有關舉證責任之分配，在我國民事訴訟法第 277 條設有明文規範，在民國 89 年修法前僅有原則性之規定，亦即：「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證責任。」此規定雖使當事人於舉證及訴訟結果有預測可能性，然若拘泥該原則，有時將違反公平正義，故於 89 年修法時增加

¹⁶⁹ Vgl. Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn. 129.

¹⁷⁰ Vgl. Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 307 BGB, Rn. 130-131.

¹⁷¹ 參閱黃程貫，台灣勞動法學會編，《勞動基準法釋義－施行二十年之回顧與展望》，2005 年 5 月，頁 217-218。

但書之規定：「但法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限。」¹⁷²此將使法官得於個案情形，考量倘按通常舉證責任分配原則，將對舉證之當事人造成顯然不公時，使其可依衡量減輕該當事人之舉證責任，以達到裁判公正之目的。¹⁷³在此的「顯失公平」為一不確定的法律概念，其意義應依關於舉證責任之一般原則背離之探尋方向進行理解。詳言之，若法院就某類事件進行評價，其舉證責任分配一般原則所得結果，再確認與斟酌其所具有危險領域理論、武器平等原則、誠信原則或蓋然性理論等所考慮之因素，而得認為該依舉證責任分配一般原則所確立舉證責任歸屬，於某該當事人乃屬於不可期待者，法院即有就此一依舉證責任分配一般原則所得結果加以調整之必要。¹⁷⁴

而關於最低服務年限條款之舉證責任分配，尤其在雇主之所為對於勞工而言具有職業上利益之事實，若從當事人間不平等之地位、勞工職業自由之保障應具有優先性、雇主對於證據之接近有較大之可能性、敦促雇主得以訂定公平合理約款等觀點視之，此應能符合民事訴訟法第 277 條但書之例外規定，法院應適當地對於舉證責任加以調整，由雇主來負擔舉證責任始能達到舉證原則與裁判公平利益間之均衡。對此，在臺灣高等法院民事判決 91 年度勞上易字第 59 號中，曾以：「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。是被上訴人以上訴人任職未滿一年為由，依系爭契約第二條約定，主張上訴人應給付離職當月薪資二倍以為違約金，為無理由。」從上開論述中判決認為雇主應對最低年限條款約定必要性之事實加以證明，判決雖未言明為本條但書之適用，然其實際上讓雇主負擔舉證責任及說明義務之作法值得肯定。

¹⁷² 本條規定修正理由為：「在當事人主張事實真偽不明時，應如何定舉證責任之分配，對訴訟之勝敗，攸關甚鉅。夷考德、日等國之民法及民事訴訟法均未就舉證責任直接設有概括性或通則性之一般規定，通常委由學說、判例而為補充。我國現行法就舉證責任之分配，於本條設有原則性之概括規定，在適用上故有標準可循。惟關於舉證責任之分配情形複雜，僅設原則性規定，未能解決一切舉證責任分配問題，於具體事件之適用上，自難免發生困難，故最高法院於判例中，即曾依誠信原則定舉證責任之分配。尤以關於公害事件、交通事故、商品製作人責任、醫療糾紛等事件之處理，如嚴守本條所定之原則，難免產生不公平之結果，使被害人無從獲得應有之救濟，有違正義原則，爰於原條文之下增訂但書，規定『但法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限。』以資因應。」

¹⁷³ 參閱陳計男，〈民事訴訟法論（上）〉，修訂四版，2006 年 9 月，頁 473-474。

¹⁷⁴ 參閱姜世明，〈民事訴訟法總論：第七講〉，月旦法學教室第 30 期，2005 年 4 月，頁 82-83。

第三節 離職後競業禁止條款

第一款 概說

一、意義與目的

在勞動關係存續中，勞工對於雇主負有忠誠義務，其意旨為勞工應盡其注意義務，並忠實地維護雇主之合法利益，其中包含不為競業之義務。一般而言，勞工關係存續期間之競業禁止根據民法的誠實信用原則，即可導出此義務，無待契約及法律明文規定，惟此等義務基本上於勞動契約消滅後即告終了，勞工原則上不再負有此等義務，從而勞動關係終止後之競業禁止通常須以契約約定。¹⁷⁵

所謂勞動法中之離職後競業禁止，多係在勞動契約中已明文約定，或是於在職中或在離職前另行簽訂協議書、同意書，其中規定：員工於一定或不定期間內，在一定或不特定之區域內，禁止從事競爭性之同類工作或類似工作。¹⁷⁶

此種約定之目的，主要是包括避免其他競爭事業單位惡意挖角或勞工惡意跳槽、避免優勢之營業技術或是秘密外洩，此又可避免勞工利用其在職期間所獲得之知識或技術自行營業，以削弱雇主之競爭力。¹⁷⁷

¹⁷⁵ 參閱劉士豪，台灣勞動法學會編，《勞動基準法釋義—施行二十年之回顧與展望》，2005年5月，頁112-113；陳金泉，〈離職後競業禁止約定爭議案例解析〉，律師雜誌第269期，2002年2月，頁98。亦可參見台北地方法院民事判決85年度勞訴字第78號判決：「有關離職員工競業禁止之諸問題，例如雇主以離職勞工之競業行為構成勞動契約之債務不履行或侵權行為，而請求該勞工應負損害賠償之事例，此於外國實務暨學界之看法亦頗分歧，有認為勞動契約終了之後，除有特別之約定外，勞工對原雇主並不負競業禁止之義務；亦有認為勞動契約終了之後，勞工在一定範圍內仍殘存競業禁止之義務，惟從保護勞工轉職自由之觀點言之，應解為勞工在勞動契約終了之後並不殘留任何勞動契約上之義務。依從來通說之見解，要課離職員工以競業禁止義務，必需有法的依據，例如締結勞動契約時之合意、工作規則上之規定或另行書面約定等均是……」

¹⁷⁶ 參閱黃程貫，台灣勞動法學會編，《勞動基準法釋義—施行二十年之回顧與展望》，2005年5月，頁226。

¹⁷⁷ 參閱勞委會編，《簽訂"競業禁止"參考手冊》，2003年7月，頁4；蔡正廷，〈離職勞工競業禁止之案例類型〉，萬國法律第107期，1999年10月，頁43；臺北地方法院民事判決97年度勞訴字第12號：「一般企業雇主在經濟活動上為使所營事業穩定發展，常以契約限制受僱人在離職後一定期限，不得在特定之地域範圍從事相同或相類之業務活動，此即一般所謂之離職後競業禁止條款，課予受僱人在離職後於特定時、地仍負之不作為義務。原則上勞工在勞動契約終了後並不殘留任何勞動契約之義務，欲加以此等限制，自須有法源依據，例如締結勞動契約時之合意或另行書面約定。鑑於私法自治乃民事法律最高之指導原則，而契約自由原則則係自治經濟活動規範之具體實現，是依此原則，雇主可藉由與受雇員工訂立勞動契約中約定離職後競業禁止之條款，以達企業雇主保障其營業上正當利益、防止其營業秘密外洩之目的，避免同業間惡性挖角或受雇勞工惡意跳槽，並利用過去服務期間所知悉之技術或業務資訊為同業服務或打擊原企業雇主造成傷害，而與員工為離職後禁止競業之約定，使原企業雇主免於離職受僱人之競業行為及惡性競爭之目的，只要其未違反公共秩序、善良風俗，或法律上強行禁止之規定，亦無違反民法第247條之1之規定或顯失公平之情事，原則上該約定尚難謂為無效。」

在實務上，此種競業禁止之約定早年是出現在信託業、金融保險業、電腦資訊等行業，且係多針對具有專門才能或技術之勞工，或是針對擔任較高級職位之勞工所為之約定，蓋雇主針對此等勞工始有保護本身之營業秘密與經營運作之順暢的需求，同時可以防止員工跳槽與同業挖角。然而近年來的發展趨勢，競業禁止約款則逐漸擴及到各個行業，非僅限於高科技行業始有此一問題，一般多不問勞工目前之職位高低，均被雇主要求簽訂離職後競業禁止條款，¹⁷⁸因此在實務上爭議甚多。

二、常見之約款

在實務中所用的競業禁止約款，在文字規範上從簡略到繁複者皆有之。一般而言，約款中多是針對勞工競業禁止行為之種類以及禁止之期間而為約定（例一、例二、例三、例四），較少約款針對禁止之地域範圍而為約定（例五、例六）。

在部分個案中，雇主為確保其競業禁止約款之效力，在約款中除了約定禁止競業之時間、職務或地域外，尚於約款中制定業已對於勞工為補償之措施（例四之「高額薪資」、例五「獎金及分紅股票」），雇主為盡可能地節省其成本，甚至在約款中訂明，雇主有權利選擇免除支付競業禁止補償費之一部或全部，而以書面免除條款中勞工競業禁止義務之一部或全部（例五）。

實務上幾乎所有之約款皆伴隨著違約金之約定，而違約金之約定種類繁多，從具體之數額例如新台幣兩百萬（例一）、退休金同等金額（例二）、因競業行為而獲得之利益（例三）到在職期間之獎金、分紅股票（例五、例六）皆有之，茲列舉數例約款如下：

1、臺北地方法院民事判決 96 年度勞訴字第 210 號

員工保證書第 3 條第 2 項訂明：「乙方（勞工）於離職後 2 年內，不得基於不當競爭，從事與本公司業務相同或類似之工作」，「如有違背情事，被告應給付原告最近年薪總額三倍之懲罰性違約金（上開違約金總額低於新台幣 200 萬元時，以新台幣 200 萬元計）」

2、臺灣高等法院民事判決 97 年度上字第 88 號

勞工於離職前 95 年 4 月 28 日與雇主簽訂系爭承諾書，約定：「離職 3 年內，除經雇主書面同意，絕不利用雇主之營業秘密為自己或他人從事

¹⁷⁸ 參閱黃程貫，台灣勞動法學會編，《勞動基準法釋義－施行二十年之回顧與展望》，2005 年 5 月，頁 226。

或經營有損雇主之虞之業務。亦不從事與雇主營業項目相同或近似之競業工作，如有違約，願賠償從雇主所領取之退休金同等金額作為懲罰性違約金」。

3、臺灣高等法院臺中分院民事判決 97 年度勞上易字第 1 號

依兩造系爭「員工聘僱保密暨競業禁止合約」第 5 條第 3 項約定「乙方（即勞工）承諾於離職日或聘用關係消滅日起貳年內，不得受僱於與甲方（即雇主）或甲方關係人公司相同或類似產品業務之公司或事業，亦不得為自己或他人投資或從事或經營與甲方或甲方關係人直接爭之商品、事業或服務」；「員工聘僱保密暨競業禁止合約」第 5 條第 5 項約定「乙方違反本條各款規定時，除按甲方人事規章處置外，甲方得請求乙方因違約行為所得之利益，作為甲方之損害賠償；如經甲方通知停止前述行為而未立即改正時，乙方應賠償新台幣二百萬元或按違反之年度或離職日或聘僱關係消滅日前一年的年所得（包括薪資所得及股票分紅所得）合計之金額之貳倍，取其較高者，予甲方做為違約金，乙方並應另賠償甲方所受之損失。」

4、臺灣臺北地方法院民事判決 94 年度勞訴字第 158 號

兩造簽訂之系爭承諾書第 3 條第 2 項記載：「甲方（即勞工）保證在職期間，不得為自己或第三人從事與乙方（即雇主）相同或類之業務；離職後 2 年內亦不得與在職期間內所接觸之乙方或乙方關係企業客戶進行相同或類似乙方業務之行為。」第 6 條第 3 項復記載：「甲方知悉並承認，因就職於乙方而知悉乙方之營業秘密（包括上下游廠商資料、商品進出價格、乙方與上下游廠商交易方式及習慣，但不限於此），且接受乙方之各種專業訓練，並甲方離職後因遵守本承諾書第 3 條競業禁止可能遭受之損失，而乙方業已以高額薪資津貼補償，故特別鄭重承諾，若甲方離職後，由乙方上游廠商取得代理權或逕由上游商進貨而從事與乙方競業之行為者，應給付乙方懲罰性違約金 1,000 萬元。」

5、臺北地方法院民事判決 96 年度勞訴字第 205 號

「廉潔及智慧財產權承諾書」

4.2 本人（即勞工）同意自離職日起壹年內不直接或間接在威剛（即雇主）所在國家及地區從事任何與威剛業務（含計劃中的業務）或其業務有關之事務相競爭之行為，包括但不限於提升、協助、改善威剛競爭者競爭力，為威剛競爭者服務或提供勞務，接觸、拜訪威剛客戶（含交易洽商之客戶）、向威剛客戶銷售與威剛產品相同或相似之產品。

4.3 本條所述競業禁止之區域，包括台灣、大陸、香港、日本、美國及其他威剛營業所在地區或國家。

4.4 為合理補償本人履行競業禁止之義務，威剛將支付競業禁止補償費。但本人同意威剛得選擇免除支付競業禁止補償費之一部或全部而以書面豁免第 4.2 條所述義務之一部或全部。" 競業禁止補償費" 係指本人於威剛服務期間所受領之所有年終獎金、績效獎金及員工分紅股票（股票價值以離職日或發放日之市價較高者計算）之半數。

4.5 如本人違反本條規定，本人應負賠償責任，並於威剛指定期限內將 4.4 條之違約所得返還予威剛，並願以上述金額總額計算支付違約罰金」

6、臺灣高等法院民事判決 95 年度勞上字第 82 號

兩造簽署之員工服務契約書於第 4.2 條約定：「甲方（即勞工）於離職後若從事或投資與乙方（即雇主）營業具有主要競爭關係之相近似工作或業務，未免對乙方構成不公平之競爭，故甲方自離職日起貳年內不得直接或間接與乙方客戶接觸、拜訪、要約、銷售或是提供服務，並不得從事或投資與乙方具有 主要競爭關係事業體之相近似工作或業務」；第 4.3 條約定：「甲方同意，其於服務期間所受領之各種獎金、現金股利或股票紅利係以甲方完全履行本契約所述義務為條件，若甲方違反任何本約所述義務者，甲方除應負有關民刑事法律責任外，並應在乙方通知期限內現金返還其於最近 2 年服務期間所受領之各種獎金、現金股利或股票紅利予乙方，而返還標的係股票者，則以離職日或最接近離職日台灣證券交易所乙方公司股票收盤價為基準折算為現金，並願賠償乙方與前開金額同等值之違約金」第 4.4 條約定：「本條所述競業禁止之區域，包括中華民國、大陸地區、香港地區、日本、美國、歐洲及其他主要競爭事業體（包括但不限於其分公司、子公司、辦事處、工廠、關係企業（或）其他營業組織）營業所在之地區或國家。

第二款 制定法之規範狀態

於進入定型化契約條款控制論述前，首先要予以確認者在於，此種約款是否有違反制定法之規定，蓋若競業禁止條款違反強制禁止規定，則應依民法第 71 條之規定而為無效，此即排除定型化契約條款內容控制規範之適用，故應先針對現行法律之規範狀態加以說明。

針對勞工離職後競業禁止之問題，民國 25 年之勞動契約法設有規範，依該法第 14 條第 1 項：「勞動契約，得約定勞動者於勞動關係終止後，不得與雇方競爭營業。但以勞動者因勞動關係得知雇方技術上秘密而對於雇

方有損害時為限。」同條第 2 項則明文規定競業禁止之約定應以書面之，且應對於營業種類地域及時期加以限制。另外，當雇主違法解雇勞工時，該法第 15 條則規定「雇方對勞動者，如無正當理由而解約時，其禁止競爭營業之約定失其效力。」然而由於勞動契約法並未公布施行，故在現行法下僅能作為法理參考。

在我國制定法中明文提及競業禁止者，除了民法第 562 條外，多集中在公司法中，¹⁷⁹惟無論民法或公司法之規範皆適用於在職期間內，而非適用於離職之後，且主要並非針對一般受僱勞工，而是針對高級主管人員，故對於離職後競業禁止之問題，現行法下並未設規範。從而有關定型化競業禁止約款之效力，自應受到內容控制之審查，此將於第三款中而為說明。

第三款 定型化契約條款控制

一、定型化契約條款解釋

有鑑於定型化契約條款之功能，以及其可能對於相對人帶來之不利利益，解釋定型化契約條款主要係藉由「客觀解釋原則」以及「不明確條款解釋原則」之方式，前者係指定型化契約條款係用於多數契約，為維持其合理化功能，通常以一般人的瞭解可能性作為標準。而後者係指當定型化契約條款有多種解釋之可能性存在時，應適用較有利於相對人之解釋。¹⁸⁰此是由於定型化契約條款係由約款使用人單方預先擬定，相對人於簽約之際並無對於約款之內容表示意見或共同草擬之機會。此時，相較於相對人（勞工）的利益，約款使用者（雇主）的利益則須有所退讓，契約條款之不明確的風險應由使用者負擔。¹⁸¹有關「不明確條款解釋原則」在我國制定法上之規定應為消費者保護法第 11 條第 2 項之規定，雖然定型化勞動契約並無消保法之直接適用，然而針對此原則應可適用於定型化勞動契約。（詳請參閱第三章第三節）

在臺灣高等法院高雄分院民事判決 89 年度上字第 227 號中，兩造當事人所簽訂之競業禁止約款內容為：「乙方．．．合約期間中途離職，於離職後二年內，亦不得經營、從事與本公司業務類似之相關行業或業務，

¹⁷⁹ 例如公司法第 32 條：「經理人不得兼任其他營利事業之經理人，並不得自營或為他人經營同類之業務。但經依第二十九條第一項規定之方式同意者，不在此限。」；同法第 54 條第 2 項：「執行業務之股東，不得為自己或他人為與公司同類營業之行為。」及第 209 條第 1 項：「董事為自己或他人為屬於公司營業範圍內之行為，應對股東會說明其行為之重要內容，並取得其許可。」等規定。

¹⁸⁰ 參閱王澤鑑，《債法原理·基本理論債之發生》，2001 年 11 月，頁 103。

¹⁸¹ Vgl. Stoffels, AGB-Recht, München 2009, Rn. 365; Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 256; Aretz, Allgemeine Geschäftsbedingungen im Arbeitsvertrag, Köln 2006, S.73.

否則應負與年薪等額之賠償責任。」法院則以解釋之方式限縮本約款的範圍，其認為約款內所訂之「中途離職」應指可歸責於受僱人之原因而離開職務，並不包括勞工遭雇主違法解聘之情形，故當雇主無故解雇勞工時，勞工即不受該約款拘束而負有離職後不為競業之義務。¹⁸²

在上開判決中，法院以解釋之方法限縮約款之適用範圍，該條約定依照正常、理性之契約當事人所理解，約款中之「中途離職」似不應包含雇主違法解僱之情況，在此所涉及者可能為「客觀解釋」之問題。此外，另一個思考的角度在於，從約款之文字內容所訂之「中途離職」，似指勞工不論任何原因之離職，在勞動關係消滅後，皆負有不得與雇主競業之義務，此種約款所包含之範圍過於廣泛，當然有被認定為「顯失公平」而為無效之可能性。

另在桃園地方法院民事判決 95 年度簡上字第 122 號中，雇主於勞工以保密契約中約定：「甲方（指上訴人）同意於離職後二年內，不得有直接競業之行為。」判決則基於定型化契約條款之「不明確解釋原則」，認為應將條款中所謂的「不得為直接競業之行為」為有利於勞工之解釋：「經查系爭保密契約，係被上訴人公司為與不特定新聘用之人員訂約之用，而以被上訴人公司單方預先印製之契約條款與上訴人簽訂之契約，應屬定型化契約。又系爭保密契約第 5 條僅約定：『甲方（指上訴人）同意於離職後二年內，不得有直接競業之行為。』依其文義，僅禁止上訴人為直接競業之行為，而所謂直接競業通常指禁止為自己從事與他方相同或類似營業之競業行為而言，是若受僱於與他方營業相同或類似之事業是否包括於上開禁止之列，即非無疑義。而按定型化契約條款係由當事人一方預先擬定，於構思條款內容時，難免為自己有利之考量，對於自己不利部分，用詞易流於抽象、混淆而不確定，致對於同一條款有不同的解釋方法，此際應為他方當事人有利之解釋。亦即，若由當事人一方擬定定型化契約條款

¹⁸² 參見臺灣高等法院高雄分院民事判決 89 年度上字第 227 號：「從而本件應探討者，係被上訴人因上訴人違法解雇而離開上訴人公司，是否合於該條「中途離職」之規定？按依勞動基準法第十二條第一項第四款規定，勞工有左列情形之一者，雇主得不經預告終止勞動契約：「違反勞動契約或工作規則，情節重大者」，第十四條第一項第六款規定，有左列情形之一者，勞工得不經預告終止契約：「雇主違反勞動契約或勞工法令，致有損害勞工權益之虞者」，均在賦予雇主或勞工因一方可歸責之事由，致損害他方權益時，他方之終止契約權，是若於他方無可歸責之事由時，自不准許任何一方擅自終止契約，以損害他方之權益。本件雙方契約之訂立，並未具體解釋「中途離職」之意義，惟基於契約公平之原則及二造簽訂契約時地位之差距，契約之制式規格，自不容許可歸責之一方無故解約，並以此限制對方再尋覓自己有專業知識、經驗之同質性工作之機會，是在此之所謂「中途離職」應係指可歸責於受僱人之原因而離開職務，並不包括被上訴人遭違法解聘之情形。蓋本件倘非上訴人之無故解約，被上訴人仍可繼續在上訴人公司從事工作，不會有至另一同質性公司工作之情。從而被上訴人雖於離職後二年內即轉任至萬岱保險代理人公司，從事與在上訴人公司相同之保險招攬工作，惟尚難即以此即認被上訴人違反雙方前揭聘任契約書第五條之競業禁止約定。」

者，即應由其負責擬定意義明確之文字，如留有為自己不利解釋之空間，應自負其責。是則定型化契約條款文義不明時，應為有利於相對人之解釋。本件系爭保密契約第 5 條約定之文字文義既屬不明，則應為對於上訴人有利之解釋，而應解釋為僅禁止上訴人為自己從事與被上訴人公司相同或類似營業之競業行為，而不及於受僱於與被上訴人公司相同或類似營業之事業。」

二、定型化契約之內容控制

有關競業禁止條款，只要是由雇主為用於多數契約之目的，而向勞工提出其已預先擬定之條款內容，此即屬定型化契約條款，其內容控制之依據原則上應為民法第 247 條之 1 規定。惟我國在民國 88 年時始在民法債編修正時增訂第 247 條之 1 有關定型化契約之規範，在此之前，針對競業禁止約款效力之判斷，最高法院有以憲法基本權之觀點或公序良俗作為約款合法性之效力審查依據，此等見解於民法債編修正後仍然對於下級法院有一定之影響力，以下即針對實務見解之觀察加以說明。

(一) 我國判決之觀察

1、審查依據

(1) 憲法工作權之保障

在早期的判決中，有認為勞工工作權為絕對權，不得以法律任意加以限制，契約約定則自然更不得限制之，此種見解可參見台灣高等法院民事判決 75 年度上字第 785 號：「按人民之工作權應予保障，且除為防止妨礙他人自由，避免緊急危難，維持社會秩序，或增進公共利益所必要外，不得以法律限制之，憲法第 23 條定有明文。吾人為保障其生存權之必要，而擁有絕對工作權，且選擇其學有專長之工作環境，乃近代國家憲法所明文保障之權利，此權利不得以法律限制之，實為維護社會公共生活秩序所必要之強制規定。本件上訴人連銘斌、阮良明至其公司任職時，由彼等立具附從性之切結書，其中第八條明文規定被上訴人離職後之日起，兩年內不得從事與上訴人公司同類之廠商工作。而未提供相對之保障條件，如此情形，被上訴人於離職之日起，必須拋棄其所學專長而謀生，試問在今日生存空間競爭如此劇烈之環境下，如何能謀得工作。故歷年僅有任職期間之競業禁止，而無離職後競業禁止之法律規定。上訴人主張被上訴人在公司任職，學得技術，如離職後為同類業務之他人工作，勢必造成上訴人之損失等而為離職後競業禁止之訂定，其理由顯無可取。蓋員工在職期間有對公司忠誠之義務，離職之後，以非公司人員，不能要求其放棄所學而生

活，如果上訴人所立之上開約定任其有效成立，則上訴人員工離職之後之兩年之內，一經放棄所學，必然陷於失業。此剝奪對造工作權之條款，本院認為違反強制規定，且為社會公共秩序所不許，兩造所立切結書第8條之約定應屬無效。」然此看法似乎誤解基本權並非絕對受保障而不得限制，在此應是涉及到雙方當事人基本權衝突的方式，應以利益衡量之方式為之。¹⁸³

(2) 公序良俗

而最高法院75年度台上字2446號判決則從基本權保護的觀點切入，當雇主與勞工簽訂競業禁止條款時，須視其有無違反強制規定及經由公序良俗規定之審查，以定其效力：「憲法第十五條規定，人民之生存權、工作權及財產權應予保障，乃國家對人民而言。又人民之工作權並非一種絕對之權利，此觀諸憲法第二十三條之規定而自明，上訴人惟恐其員工離職後洩漏其工商業上，製造技術之秘密，乃於其員工進入公司任職之初，要求員工書立切結書，約定於離職日起二年間不得從事與公司同類之廠商工作或提供資料，如有違反應負損害賠償責任。該項競業禁止之約定，附有二年間不得從事工作種類上之限制，既出於被上訴人之同意，與憲法保障人民工作權之精神並不違背，亦未違反其他強制規定，且與公共秩序無關，其約定似非無效。」而在最高法院81年度台上字第989號判決及89年度台上字第1906號判決亦有相同之論述。

在近期的最高法院94年度台上字第1688號判決中，再度對於競業禁止約款效力之審查，重申相同意旨：「受僱人有忠於其職責之義務，於僱用期間非得僱用人之允許，固不得為自己或第三人辦理同類之營業事務，惟為免受僱人因知悉前僱用人之『營業資料』而作不公平之競爭，雙方得事先約定於受僱人離職後，在特定期間內不得從事與僱用人相同或類似之行業，以免有不公平之競爭，若此競業禁止之約定期間、內容為合理時，與憲法工作權之保障無違。查本件上訴人恐其員工即被上訴人離職後洩漏其商業秘密、或與上訴人為不公平競爭，乃要求員工書立切結書，約定於離職一年內，不得從事未獲上訴人公司同意授權之娛樂視訊系統等相關工作或使用上述相關資訊，如有違反，應給付懲罰性違約金。此項競業禁止之約定，附有一年期間不得從事特定工作之限制，雖未明定限制之地域，但既出於被上訴人之同意，於合理限度內，即在相當期間或地域內限制其競業，與憲法保障人民工作權之精神並不違背，亦未違反其他強制規定，且與公共秩序無關，其約定應屬有效。」此等見解並廣為下級法院所引用。

¹⁸³ 參閱黃程貫，〈離職後競業禁止問題淺論〉，收錄於《勞資關係論文集（一）》，勞委會編印，2003年12月，頁194。

上開最高法院 94 年度台上字第 1688 號判決廢棄原審判決（臺灣高等法院臺中分院民事判決 91 年度重上字第 119 號），在法律之引據上以憲法第 15 條及民法第 71、72 條作為約款效力審查之基礎，並延續最高法院 83 年度台上字第 1865 號判決之見解，¹⁸⁵以「合理性」作為審查標準。在本件中原審法院認定系爭契約條款應為定型化契約條款，故在有關約款效力之審查，應以民法第 247 條之 1 作為判斷依據，然最高法院並未注意到法律狀態已有所改變，且依民法債編施行法第 17 條之規定：民法第 247 條之 1 規定，對於民法債編修正施行前之契約亦有適用。最高法院仍維持以往之見解，並未正確引用民法第 247 條之 1 作為定型化契約條款效力之審查依據，此種作法亦被學者所批評。¹⁸⁶

（3）民法第 247 條之 1

雖然上開最高法院於審酌定型化競業禁止約款時，並未引用民法第 247 條之 1 條作為法律依據，然而在近期之判決中，下級法院已多能認知到當競業禁止約款之定性上屬於定型化契約條款時，應以本條作為適用之依據。例如臺灣高等法院臺中分院民事判決 97 年度勞上易字第 1 號：「按離職後競業禁止條款，係前雇主在勞動契約下與受僱人約定，勞工有不使用或揭露其在前勞動契約中獲得之營業秘密或隱密性資訊之附屬義務，目的在使前雇主免於受僱人之競爭行為，此因雇主為維護其隱密資訊，防止員工於離職後，在一定期間內跳槽至競爭公司，並利用過去於原公司服務期間所知悉之技術或業務資訊為競爭之同業服務，或打擊原公司造成損害，或為防止同業惡性挖角，而與員工為離職禁止競爭約定。其本質雖側重保障前雇主，然此項約款如未逾合理程度，且不違反公序良俗，應為法律所許。又轉業之自由，牽涉憲法第 15 條所保障人民工作權、生存權之

¹⁸⁴ 參見臺灣高等法院民事判決 93 年度勞上字第 55 號、臺灣高等法院臺中分院民事判決 95 年度重上字第 44 號、板橋地方法院民事判決 95 年度勞訴字第 51 號、臺中地方法院民事判決 92 年度重訴字第 926 號、臺南地方法院臺南簡易庭民事判決 95 年度南勞簡字第 27 號、臺南地方法院臺南簡易庭民事判決 95 年度南勞簡字第 28 號、臺南地方法院民事判決 95 年度訴字第 1327 號、高雄地方法院民事判決 93 年度勞訴字第 63 號、高雄地方法院民事判決 96 年度簡上字第 162 號等判決。

¹⁸⁵ 參見最高法院 83 年度台上字第 1865 號判決：「至切結書第三項係禁止上訴人將任職被上訴人公司習得之技能用於彈波之生產等，此非單純之營業秘密之禁止洩漏，亦含有競業之禁止。我國法律固未禁止為競業禁止之約定，惟須於合理限度內，亦即在相當期間或地域內限制其競業，始認為有效。切結書第三項並無時間及地域限制，雖逾合理限度，惟被上訴人在第一審係請求禁止上訴人於八十一年五月十一日以前為同業競業，亦即離職後二年內禁止競業，於原審改為請求自判決確定時起二年內禁止，限制期間仍為二年，應認兩造間之禁止競業約定為離職時起二年內，始為合理範圍，而為有效。」

¹⁸⁶ 參閱林更盛，〈定型化離職後競業禁止約款的審查－評最高法院九四年台上字第一六八八號判決－〉，台灣本土法學第 87 期，2006 年 10 月，頁 249-252。

基本人權，故競業禁止契約，自應有合理限制。而在該競業禁止之約定係以附合契約即定型化契約之方式訂定時，仍應審酌該競業禁止之約定，是否有民法第 247 條之 1 各款，而顯失公平情形。¹⁸⁷

至於，在法律之適用上，有判決認為雇主與勞工為競業禁止之約定，卻未提供實質補償時，將阻礙勞工職業及經濟生活之發展，此時即有本條第 2 款「加重他方當事人之責任」而顯失公平之情況，約款應被認定為無效。¹⁸⁸ 另在臺灣高等法院民事判決 97 年度上字第 88 號之案例中，雇主在勞工提出退休申請之時，始要求勞工與其簽訂競業禁止條款，在本案中法院先指出該約款並無具備五標準中之前三標準，且雇主利用勞工亟須退休之際，對之為不合理之要求，使得勞工無法自由選擇，因而符合第 2 款之事由而具有顯失公平之情況，進而認定該約款無效。¹⁸⁹

¹⁸⁷ 判決中有類似論述者可參見臺北地方法院民事判決 95 年度勞訴字第 87 號、臺北地方法院民事判決 95 年度勞訴字第 185 號、臺北地方法院民事判決 96 年度勞訴字第 210 號、臺北地方法院民事判決 96 年度勞訴字第 205 號、板橋地方法院三重簡易庭民事判決 96 年度重勞簡字第 18 號、臺灣高等法院臺南分院民事判決 93 年度上易字第 152 號、桃園地方法院民事簡易判決 96 年度桃勞簡字第 32 號、新竹地方法院民事判決 96 年度勞訴字第 6 號、新竹地方法院民事判決 97 年度勞訴字第 7 號、臺南地方法院民事判決 96 年度訴字第 450 號等判決。

另外，在判決中有提到民法第 247 條之 1 者，尚有臺北地方法院民事判決 97 年度勞訴字第 12 號、新竹地方法院民事判決 94 年度重勞訴字第 1 號、臺灣高等法院民事判決 94 年度勞上字第 40 號、臺灣高等法院民事判決 93 年度上字第 299 號、臺灣高等法院民事判決 92 年度勞上易字第 126 號、臺灣高等法院民事判決 91 年度勞上字第 27 號、臺灣高等法院臺中分院民事判決 95 年度重上字第 44 號等、臺南地方法院民事判決 96 年度簡上字第 57 號、臺灣高等法院高雄分院民事判決 89 年度上字第 227 號等判決。

¹⁸⁸ 例如臺灣高等法院臺中分院民事判決 96 年度上易字第 57 號：「上訴人御登公司如顧及自身利益而要求上訴人甲○○遵守競業禁止條款，自應給予上訴人甲○○適當補償，否則該競業禁止條款，即屬片面加重上訴人甲○○責任，應認為顯失公平而無效（民法第 247 條之 1 第 2 款參照）。茲查，上訴人於被上訴人簽訂競業禁止條款時，並無補償被上訴人因競業禁止損失之措施，則該競業禁止條款之約定，自難認為有效。」；臺北地方法院民事判決 96 年度勞訴字第 205 號：「系爭競業禁止條款廣泛限制勞工離職後之職業活動，又不提供實質補償，倘該勞力僅能從事與原告產品具競爭關係之事務，無異斷絕該勞工於競業禁止期間內之生計，此條款顯係片面不當加重離職勞工之責任，阻礙離職勞工職業及經濟生活之發展，自屬有違公序良俗且顯失公平，原告以預擬之定型化契約條款，與被告為此項約定，依民法第 72 條及 247 條之 1 規定，應認此條款為無效。」；臺南地方法院新市簡易庭民事簡易判決 95 年度新簡字第 174 號：「惟原告課以被告離職後一年內不得受僱於他人在台南市或台南縣從事化妝品專櫃業務，勢必使原告相對喪失就業機會或增加其就業成本（如至較遠之外縣市工作增加之交通費或租屋費），縱暫不論原告有無依競業禁止特約保護之利益存在，原告如顧及自身利益而要求被告遵守競業禁止條款，理應給予被告至外縣市工作而多出之花費為適當補償，否則該競業禁止條款，即屬片面加重被告責任，應認為顯失公平而無效。」；新竹地方法院民事判決 97 年度勞訴字第 7 號：「系爭僱傭契約競業條款，因並無代償措施，而有顯失公平情事，而係爭僱傭契約係原告制定用以和員工簽署之制式契約，其性質應屬附合契約，且有民法第 247 條之 1 第 2 款、第 3 款規定加重他方當事人即被告之責任及使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利，而顯失公平之情形，應認為無效。」

¹⁸⁹ 參見臺灣高等法院民事判決 97 年度上字第 88 號：「企業與員工所約定之競業禁止條款，通常情形係於錄取通知，甚或初到公司任職時所要求訂立，其目的在於程序上公開透明（實體內容依其態樣各一），使員工有選擇或表示意見之自由，對於工作權之擇定始獲得相當保障，而系爭承諾書有關競業禁止之約定，係以被上訴人提出退休申請後，上訴人始要求簽訂，與一般常情不合，顯係利用被上訴人亟須退休之際，為不合理之要求，被上訴人無法自由選擇，並有違前述 3

再者，由於離職後競業禁止條款限制被上訴人離職後自由選擇工作之權利，其在外觀上亦符合本條第 3 款「使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利者」若有顯失公平之情況，例如雇主根本欠缺值得保護之正當利益，則應依本條規定認定約款無效。例如臺南地方法院民事判決 96 年度簡上字第 57 號：「從而，兩造間離職後競業禁止之約定，係上訴人公司一方預定用於同類契約之條款而交由被上訴人簽立之文書，上訴人既欠缺值得保護之正當利益存在，則該離職後競業禁止條款限制被上訴人離職後自由選擇工作之權利，破壞契約交易之平等互惠，按其情形顯失公平，且與誠信原則、公序良俗難謂無違，依民法第 72 條、第 247 條之 1 第 3 款之規定，應為無效。」¹⁹⁰

此外，亦有判決提及競業禁止約款亦符合本條第 4 款「其他於他方當事人有重大不利益者」之情狀，然此等事由在判決中通常是與第 2 款或第 3 款一併提出，作為加強說明約款有無效事由之依據。¹⁹¹

2、具體標準

有關競業禁止條款效力之判斷，台北地方法院民事判決 85 年度勞訴字第 78 號之判決理由中提出五個標準，亦即：(一) 企業或雇主需有依競業禁止特約保護之利益存在，亦即雇主的固有知識和營業秘密有保護之必要。(二) 勞工或員工在原雇主或公司之職務及地位。關於沒有特別技能、技術且職位較低，並非公司之主要營業幹部，處於弱勢之勞工，縱使離職後再至相同或類似業務之公司任職，亦無妨害原雇主營業之可能，此時之競業禁止約定應認拘束勞工轉業自由，乃違反公序良俗而無效。(三) 限制勞工就業之對象、期間、區域、職業活動之範圍，需不超逾合理之範疇。(四) 需有填補勞工因競業禁止之損害之代償措施，代償措施之有無，有時亦為重要之判斷基準，於勞工競業禁止是有代償或津貼之情形，如無特別之情事，此種競業特約很難認為係違反公序良俗。(五) 離職後員工之

項合理要件，加重被上訴人之責任，抑且期間長達 3 年，限制被上訴人離職後之發展，造成重大不利，顯失公平，為防止此類契約自由原則之濫用及維護交易之公平，有關係爭承諾書競業禁止之約定，應認屬無效，上訴人不應受競業禁止特約保護。」

¹⁹⁰ 亦可參見高雄地方法院民事判決 95 年度訴字第 3039 號：「由於不得洩漏雇主之營業秘密，乃員工之附隨義務，而簽訂保密契約約定離職後之競業禁止，具有使受僱人不得侵害前雇主營業秘密之附隨義務明確化，且避免形成惡性營業競爭之功能。惟因此等契約條款係於締約實力不對等之勞雇之間簽訂，且通常均對員工之職業自由，造成一定之限制，符合民法第 247 條之 1 第 3 款所稱「依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，為使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利」之情形，若其顯失公平，則該部分約定應屬無效。」法院認為符合本款規定，約款因顯失公平而無效的判決尚有臺北地方法院民事判決 89 年度勞訴字第 72 號、臺灣臺北地方法院民事判決 93 年度勞訴字第 44 號、臺北地方法院民事判決 91 年度勞訴字第 129 號等判決。

¹⁹¹ 參見臺灣高等法院民事判決 97 年度上字第 88 號、臺灣高等法院高雄分院民事判決 89 年度上字第 227 號等判決、臺北地方法院民事判決 89 年度勞訴字第 72 號、臺北地方法院民事判決 91 年度勞訴字第 129 號等判決。

競業行為是否具有顯著背信性或顯著的違反誠信原則，亦即當離職之員工對原雇主之客戶、情報大量篡奪等情事或其競業之內容及態樣較具惡質性，或競業行為出現有顯著之背信性或顯著地違反誠信原則時，此時該離職違反競業禁止之員工自屬不值保護。上開實務對於競業禁止約款效力之認定原則，被稱作為「**五標準說**」。

上開五標準確立後，法院實務見解大體上均採取上開標準，以前三標準作為判定約款效力之原則，大致上並無疑義，惟第四標準及第五標準是否得為競業禁止約款效力判斷之依據，則有所爭論。簡言之，採取前三項原則者即被歸類為「**三標準說**」；若在三標準之外，認為只有在雇主有補償之措施，競業禁止約款始有效力者，即是所謂地「**四標準說**」。

雖然實務上針對制定法上之判斷依據略有不同之論述，然而無論是採取民法第 72 條或第 247 條之 1 規定，在針對當事人間為利益衡量時，基本上並不脫離上開「**三標準說**」¹⁹²、「**四標準說**」¹⁹³或「**五標準說**」¹⁹⁴。雖然如此，近期有判決參考美國法上之討論，認為除了前開五標準外，尚應審酌「勞工之離職原因為何」作為審查約款效力之重要因素，此可參見臺北地方法院民事判決 97 年度勞訴字第 12 號：「審查競業禁止約款之效力問題，除了前述之合理性審查標準外，另關於受僱人之離職原因為何，同係實質上之重要審酌因素。例如在美國法中雇主如要根據衡平法則（EQUITY）而來請求法院准予頒發禁制令救濟（injunctive relief）時，首先必須考量本身是否無任何違誤之處，畢竟要入衡平法院前必先帶著潔淨的雙手（CLEAN HANDS），故關於受僱人離職之相關情況自應列入考量。經查，本件並非定期契約約滿後，競業禁止約款之效力是否存續問題，而

¹⁹² 參見臺灣高等法院民事判決 93 年度勞上易字第 40 號、臺灣高等法院臺中分院民事判決 95 年度重上字第 44 號、臺南地方法院民事判決 96 年度訴字第 450 號、新竹地方法院民事判決 94 年度重勞訴字第 1 號、臺灣高等法院民事判決 94 年度勞上字第 40 號、臺灣高等法院民事判決 93 年度上字第 299 號、臺北地方法院民事判決 95 年度勞訴字第 87 號、臺北地方法院民事判決 94 年度勞訴字第 158 號、板橋地方法院民事判決 95 年度勞訴字第 51 號、臺中地方法院民事判決 95 年度簡上字第 125 號、高雄地方法院民事判決 93 年度勞訴字第 63 號、臺中地方法院民事判決 92 年度重訴字第 926 號

¹⁹³ 參見高雄地方法院民事判決 95 年度訴字第 3039 號、臺北地方法院民事判決 96 年度勞訴字第 205 號、桃園地方法院民事簡易判決 96 年度桃勞簡字第 32 號、桃園地方法院民事判決 95 年度重訴字第 65 號、臺北地方法院民事判決 96 年度勞訴字第 210 號、臺北地方法院民事判決 96 年度勞訴字第 135 號

¹⁹⁴ 參見臺灣高等法院民事判決 97 年度上字第 88 號、臺灣高等法院民事判決 91 年度勞上字第 27 號、臺灣高等法院臺中分院民事判決 96 年度上易字第 57 號、臺灣臺中地方法院民事判決 96 年度勞訴字第 40 號、臺灣高等法院臺南分院民事判決 93 年度上易字第 152 號、新竹地方法院民事判決 97 年度勞訴字第 7 號、臺南地方法院民事判決 96 年度簡上字第 57 號、板橋地方法院三重簡易庭民事判決 96 年度重勞簡字第 18 號、臺北地方法院民事判決 96 年度訴字第 3863 號、新竹地方法院民事判決 93 年度簡上字第 81 號、高雄地方法院民事判決 95 年度岡簡字第 599 號、桃園地方法院民事判決 96 年度訴字第 1129 號、臺南地方法院臺南簡易庭民事判決 95 年度南勞簡字第 28 號、臺南地方法院臺南簡易庭民事判決 95 年度南勞簡字第 27 號

係原告於期滿前主動終止與被告間之契約，原告既未提出其於期前終止契約有何正當事由或法定事由，自難認有可歸責於被告之處，是本件被告於契約期滿前之非自願離職，應認係屬可歸責於原雇主之事由而終止勞動契約，則受僱人不應受該公司競業禁止條款之約束，因僱傭關係雖尊重雇用人聘用受僱人的意願，但雇用人無正當理由任意終止僱傭關係時，雇用人已經破壞雙方必須遵守競業禁止的義務，遑論原告所訂之競業禁止約款並不符合必要性及合理性之要求，復如前述，此際應認競業禁止約款當然因原告主動終止契約而失其拘束力。」

(二) 學說見解

對於實務所提出之五標準，學說基本上肯認法院在欠缺法律明文時，嘗試對於契約自由原則在勞動契約上之適用範圍加以合理之界定，惟對於具體標準之探討略在不同之程度上予以修正，分述如下：¹⁹⁵

實際上僅提及五項審查標準中之前三項者。其認為競業禁止約款之合理性，在企業主方面應有保護合法利益與營業秘密之必要。在受僱人方面，必須以勞工離職後競業會造成企業合法利益受損害者為範圍。有關競業禁止之年限可以營業秘密與合法利益本身在競爭場上的時效性，作為決定競業禁止年限之合理限度之標準。另就競業禁止之範圍而言，應以競爭利益是否受到影響來具體判斷具體的競業禁止區域。¹⁹⁶

有實際上以五項標準中之前四項為準者，如李建良教授認為競業禁止約款的合憲性問題，基本上涉及「私法自治」與國家對職業自由所負保護義務之關係，在具體之判斷上應以第二「勞工或員工在原雇主或公司之職務及地位」及第三「限制勞工就業之對象、期間、區域、職業活動之範圍，需不愈合理範疇」作為判斷系爭競業禁止條款是否有效之基準，至於第一與第四標準則可供輔助判斷之參考，至於第五項原則僅是個案事實認定的準則，非屬判斷契約條款合憲性之基準；¹⁹⁷蔡正廷律師則援引日本實務及學說之討論，認為應採取五標準說之前四項標準；¹⁹⁸林洲富法官亦認為應採取前四項標準，作為判斷約款是否有效之基礎；¹⁹⁹魏千峰律師則在其著

¹⁹⁵ 參閱林更盛，〈離職後競業禁止約款的審查：三步驟－評台南地方法院八十八年度簡勞上字第六號判決〉，月旦法學雜誌第 111 期，2004 年 8 月，頁 193。

¹⁹⁶ 參閱張凱娜，〈競業禁止與營業秘密之保護〉，月旦法學雜誌第 20 期，1996 年 12 月，頁 70 以下。

¹⁹⁷ 參閱李建良，〈競業禁止與職業自由〉，台灣本土法學雜誌第 15 期，2000 年 10 月，頁 117 以下。

¹⁹⁸ 參閱蔡正廷，〈離職勞工競業禁止之案例類型〉，萬國法律第 15 期，1999 年 10 月，頁 117 以下。

¹⁹⁹ 參閱林洲富，〈營業秘密及離職競業禁止約款－兼評最高法院八十九年度台上字第一九〇六號判決〉，律師雜誌第 307 期，2005 年 4 月，頁 75 以下。

作中參考英美法之觀點，強調公共利益之考量，在結果上與採取四標準者相類似者。²⁰⁰

另外，李惠宗教授在其文獻中提到，競業禁止約款除了應符合五原則外，尚需勞僱雙方另以書面經個別商議而特別約定，若成立僱傭契約當時即以定型化契約約定競業禁止，則屬於雇主之權利濫用，應不發生效力。²⁰¹

上開文獻分別引介英美、日本等各國法制對於競業禁止問題之處理，且從不同之觀點討論判斷競業禁止約款效力之依據，從而提出具體之判斷標準。對此，林更盛教授認為上開學說及實務之見解，係在欠缺法律明文的規範下，對於契約自由原則在離職後競業禁止約款上的限制的一種努力，而值得肯定，然而其認為法益權衡既然應考量到個案之情況，而依其情形可能各有不同，若強求其必須或僅能依照幾個固定之標準加以決定，恐有失之偏頗，故其參酌德國法之討論提出三個審查步驟審查方式。²⁰²在此為求行文之順暢，先從比較法之觀察簡述德國法制對於競業禁止條款效力判斷之規定，其後再於小結部分介紹學者參考德國法之規範所提出關於競業禁止約款效力審查之步驟。

(三) 比較法之觀察

1、概 說

德國法在競業禁止約款之處理上，主要是依以商法第 74 條以下規定為適用依據，上開德國商法之規定乃是針對商業受僱人員所為之規定，原則上並不適用於一般勞工，然而因為商法對於競業禁止問題之規範甚為詳盡，故在德國法院在判決中將上開法律規範適用擴及適用於所有勞工。²⁰³

在擴張商法適用的過程中，德國聯邦勞動法院最初是採取較為迂迴的方式以達到擴張適用之效果，亦即透過民法中之公序良俗條款來限制當事人之契約自由，並建立法院對競業禁止約款進行司法審查之可能性，藉由此種方式將德國商法規定漸漸擴張及於所有各種類之勞工。²⁰⁴德國聯邦法

²⁰⁰ 參閱魏千峰，〈離職後競業禁止之研究〉，收錄於《勞動法裁判選輯（一）》，1998年9月，頁365以下。

²⁰¹ 參閱李惠宗，〈禁止跳槽的程式設計師〉，台灣本土法學雜誌第33期，2002年4月，頁131-134下。

²⁰² 參閱林更盛，〈離職後競業禁止約款的審查：三步驟—評台南地方法院八十八年度簡勞上字第6號判決〉，月旦法學雜誌第111期，2004年8月，頁198以下。

²⁰³ 參閱黃程貫，〈離職後競業禁止問題淺論〉，收錄於《勞資關係論文集（一）》，勞委會編印，2003年12月，頁166-169。

²⁰⁴ Vgl. BAG 2. 12. 1966, AP GewO §133f Nr. 18; BAG 18. 12. 1967, AP GewO §133f Nr. 19; 轉引自黃程貫，〈離職後競業禁止問題淺論〉，收錄於《勞資關係論文集（一）》，勞委會編印，

院最終決定性之判決為 1969 年 9 月 13 日所為之判決 (AP § 611 BGB Konkurrenzklausele Nr. 24)，在該判決中德國聯邦勞動法院明白表示放棄過去之作法，而改採類推適用德國商法第 74 條以下之規定，將對象擴及所有勞工，此終局地解決德國此一長期以來的爭議問題。²⁰⁵在 2002 年增修德國營業法 (GewO) 第 110 條作為競業禁止之規範：「雇主與勞工可以約定之方式，限制勞工於勞動關係終結後的職業行為。」該條第 2 句明文規定，準用商法第 74 至 75 條之規定。²⁰⁶從而現今判決及學界通說皆肯認商法之規定得適用於所有勞動關係，故有關勞僱間所約定之競業禁止約款應遵守商法第 74 條以下之規定始為合法。²⁰⁷

依據德國學說及實務之見解，由於競業禁止約款已有上開商法之規範對其為法定內容控制，故原則上有關競業禁止約款，即無民法第 307 條定型化約款內容控制規範之適用。²⁰⁸

雖然如此，仍應依據契約之狀態注意競業禁止約款是否為民法第 305c 條第 1 項意義下的異常條款。早在債法現代化前，德國聯邦勞動法院即援引舊定型化契約規制法第 3 條之規定，針對定型化約款被制定隱蔽於錯誤標題下的情況，基於其有「異常之要素」，而將其認定為無效。²⁰⁹於債法修正後即應直接適用民法第 305c 條第 1 項之規定。²¹⁰由於競業禁止在經濟及勞動生活上仍屬普遍，尤其是常存在於企業中擔任領導階層人員之勞動契約中，使得勞工對此約定應有所預見，故約款之存在本身並不會構成「異常條款」，只有當競業禁止規定事實上隱藏在冗長的契約中，對於快速審閱的讀者而言，其約定並不明顯時，始有本條規定之適用，而不被納

2003 年 12 月，頁 170。

²⁰⁵ 參閱黃程貫，〈離職後競業禁止問題淺論〉，收錄於《勞資關係論文集（一）》，勞委會編印，2003 年 12 月，頁 170。

²⁰⁶ 該條文原文為：「Arbeitgeber und Arbeitnehmer können die berufliche Tätigkeit des Arbeitnehmers für die Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Vereinbarung beschränken (Wettbewerbsverbot). Die §§ 74 bis 75f des Handelsgesetzbuches sind entsprechend anzuwenden.」

²⁰⁷ Vgl. BAG 9. 1. 1990, AP HGB §74a Nr. 59; Thüsing, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, München 2007, Rn. 449; Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 887; MünchArbR/Wank, 3. Auflage 2009, § 107, Rn. 4, 6.

²⁰⁸ Vgl. LAG Hamm 14. 04. 2003, NZA-RR 2003, 513, 515; Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 887; Preis, Der Arbeitsvertrag. Handbuch der Vertragspraxis und -gestaltung, 2. Aufl., Köln 2005, II W10 Rn. 32; Diller, Nachvertragliche Wettbewerbsverbot und AGB-Recht, NZA 2005, 250, 251; Thüsing, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, München 2007, Rn. 458.

²⁰⁹ Vgl. BAG 29. 11. 1995, AP AGBG §3 Nr.1 ; Diller, Nachvertragliche Wettbewerbsverbot und AGB-Recht, NZA 2005, 250, 251.

²¹⁰ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 888; Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, Anhang zu § 307 BGB, Rn. 74.

入成為契約之內容。²¹¹此外，根據民法第 305c 條第 2 項之規定，當競業禁止約款在營業範圍、地域範圍或時間範圍之解釋上有不明確的情況，原則上應為有利於勞工之解釋。²¹²

2、德國商法有關競業禁止條款之規範

承接上開論述，德國商法第 74 條以下之規定在離職後競業禁止約款問題之處理上，扮演重要角色，以下即簡述有關競業禁止約款效力判斷之相關規定。

首先，依據德國商法第 74 條第 1 項之規定，競業禁止條款須以書面形式作成，由雙方簽名，而該文件應被交付給勞工。²¹³若雇主未遵守書面形式之要求，依據德國民法第 125 條之規定，該法律行為無效。²¹⁴若不符合法律所定須將文件交付給勞工之要件時，雇主則不得主張禁止勞工為競業之行為。相較與此，勞工在此種情況下則具有選擇權，勞工可以選擇遵守該競業禁止之約定，而向雇主要求代償措施（Karenzenschädigung）之給付；勞工亦可選擇不受該競業禁止約定之拘束。²¹⁵

至於競業禁止約款內容上之限制，主要規定於德國商法第 74a 條第 1 項，其條文為：「競業禁止須以保護雇主之合法正當的營業利益為限，否則競業禁止不具拘束力。在考量到地點、時間或標的提供代償措施之下，不得對受僱人職業上發展的不公平障礙，否則競業禁止不具拘束力。自僱傭關係終止時起，競業禁止應以兩年為限。」²¹⁶

²¹¹ Vgl. Bauer/ Diller, Wettbewerbsverbote: Rechtliche und taktische Hinweise für Arbeitgeber, Arbeitnehmer und vertretungsberechtigte Organmitglieder, 5. Aufl., München 2009, §12 AGB-Recht, Rn.353e ;Diller, Nachvertragliche Wettbewerbsverbot und AGB-Recht, NZA 2005, 250, 251.

²¹² Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 888; Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, Anhang zu § 307 BGB, Rn. 74. Bauer/ Diller, Wettbewerbsverbote: Rechtliche und taktische Hinweise für Arbeitgeber, Arbeitnehmer und vertretungsberechtigte Organmitglieder, 5. Aufl., München 2009, §12 AGB-Recht, Rn.353g.

²¹³ 德國商法第 74 條第 1 項之原文為：「Eine Vereinbarung zwischen dem Prinzipal und dem Handlungsgehilfen, die den Gehilfen für die Zeit nach Beendigung des Dienstverhältnisses in seiner gewerblichen Tätigkeit beschränkt (Wettbewerbsverbot), bedarf der Schriftform und der Aushändigung einer vom Prinzipal unterzeichneten, die vereinbarten Bestimmungen enthaltenden Urkunde an den Gehilfen.」

²¹⁴ 民法第 125 條之原文為：「Ein Rechtsgeschäft, welches der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, ist nichtig. Der Mangel der durch Rechtsgeschäft bestimmten Form hat im Zweifel gleichfalls Nichtigkeit zur Folge.」

²¹⁵ Vgl. MünchArbR/ Wank, 3. Auflage 2009, § 107, Rn. 10-11.

²¹⁶ 德國商法第 74a 條第 1 項之原文為：「Das Wettbewerbsverbot ist insoweit unverbindlich, als es nicht zum Schutze eines berechtigten geschäftlichen Interesses des Prinzipals dient. Es ist ferner unverbindlich, soweit es unter Berücksichtigung der gewährten Entschädigung nach Ort,

上開規定中可知競業禁止約款效力之判斷主要在於：一、禁止約定的目的須係為了保護雇主正當的營業上利益；二、禁止約定不得構成離職勞工之職業上發展的不公平障礙；三、競業禁止約定之最長期間不得超過二年。²¹⁷

於判斷「**雇主之正當利益**」時，必須從競業禁止約定之營業範圍、地域範圍及時間範圍等三個面向觀察。換言之，雇主之正當利益必須足以說明其禁止約定之上述三點，否則約款即不具拘束力。首先，就「**營業範圍**」言之，受僱人原先所從事之工作與離職後被禁止之行為間，原則上應有目的關連性，若雇主之利益並非出於營業秘密之保護，或為防止客戶與交易對象被奪取者，則不應被承認，從而僅僅只是單純地避免造成競爭、避免勞工搶走其將來之客戶，或僅僅為使勞工較不易離職，並不構成雇主有值得保護之正當利益。²¹⁸ 依據德國學說及實務之見解，原則上雇主應具備更高、更值得保護之利益，²¹⁹ 此等更高、更值得保護之雇主利益只有營業秘密及客戶或交易對象之保護，若雇主無法舉證此種更高更值得保護之利益的存在，則其與員工間之競業禁止約定根本無效。²²⁰ 而有關競業禁止約定「**地域範圍**」，應限於對原雇主有競爭危險性之區域；至於「**時間範圍**」之限制，則因法條有明文規定競業禁止約款最長不得逾二年，故在大多數的個案中，雇主之證明其在此二年期間中均有正當利益存在，多無問題。²²¹

又有關「**不得構成離職勞工之職業上發展的不公平障礙**」之判斷，除了須觀察競業禁止約定對於時間、地域、禁止行為之種類與範圍之限制外，尚應針對「**雇主給予之代償措施**」一點加以斟酌。斟酌上開因素後，若認為該競業禁止約定對離職勞工將構成未來職業上發展的不公平障礙後，則對於離職員工無拘束力。而在作成法律判斷時，應是先就「**雇主正當的營業秘密**」及「**勞工之職業發展上障礙**」進行一實質的利益衡量，然

Zeit oder Gegenstand eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Gehilfen enthält. Das Verbot kann nicht auf einen Zeitraum von mehr als zwei Jahren von der Beendigung des Dienstverhältnisses an erstreckt werden.」

²¹⁷ 參閱黃程貫，〈離職後競業禁止問題淺論〉，收錄於《勞資關係論文集（一）》，勞委會編印，2003年12月，頁177。

²¹⁸ Vgl. BAG 16. 12. 1968, AP GewO §133f Nr. 21; BAG 1. 8. 1995, AP HGB §74a Nr.5; Thüsing, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, München 2007, Rn. 449; Schaub, Arbeitsrecht-Handbuch, 13. Aufl., München 2009, §58, Rn.61

²¹⁹ Vgl. BAG 1. 8. 1995, AP HGB §74a Nr.5; Thüsing, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, München 2007, Rn. 449.

²²⁰ 參閱黃程貫，〈離職後競業禁止問題淺論〉，收錄於《勞資關係論文集（一）》，勞委會編印，2003年12月，頁179-180。

²²¹ 參閱黃程貫，〈離職後競業禁止問題淺論〉，收錄於《勞資關係論文集（一）》，勞委會編印，2003年12月，頁180。

後再斟酌雇主之代償措施額度的同時，衡量此二因素，以判斷究竟有無構成離職勞工之未來職業發展上的不公平障礙。²²²對於離職後競業禁止約款所限制之勞工，應就其受僱於原雇主的工作情形加以觀察，足認其離職後的職業活動有影響雇主之正當利益之虞者，才可認為雇主有與之訂定離職後競業禁止約款的必要。²²³在此應以勞工藉由先前之工作職位而獲得之知識能力，於離職後為了自己或第三人使用之目的，將有關客戶或交易對象之資訊帶至其後工作之單位，有造成前雇主競業上之損害為前提。²²⁴在個案中應對於勞工所有的情況加以考量，因此應考慮到員工的年齡、代償措施之金額以及其在公司之職位和所屬職業團體的流動性。舉例言之，僅有勞工在公司中位居極高之職位時，此時才能例外地將擴及全國範圍之競業禁止約定納入考量。²²⁵由於競業禁止約定中之地域、時間及行為範圍之限制，三者間有時有交互作用、互相影響，故似乎無法建立一普遍適用的基本原則。換言之，若三者的限制範圍都很廣泛，則可能即會構成不公平障礙，但是如果其中的一項或二項範圍小，則另外二項或一項或許可能得作較大的限制，亦不至於被認定為不公平障礙。依德國通說見解，若限制的時間甚短，而地域或行為範圍之限制較為廣泛，則應亦可被接受為合法有效。²²⁶至於是否構成不公平障礙的判斷時點，並非取決於競業禁止約款締結時，而應以勞工進行競業行為時為準。²²⁷

上開有關德國法之論述，主要是針對「雇主正當的營業秘密」及「勞工之職業發展上障礙」進行一實質的利益衡量，此等討論有助於我國法對於競業禁止條款效力之判斷。此外，就代償措施（*Karenzentschädigung*）之給付，德國商法於第 74 條第 2 項中即明定雇主應給付勞工競業禁止期間之代償金，競業禁止約定始有拘束力，並於第 74b、74c 條中制定代償措施之給付及計算等規定，其規範甚為詳盡。²²⁸觀察德國商法對於競業禁止約款問題之處理，可知針對雇主是否有給予補償之措施，是約款有效與

²²² 參閱黃程貫，台灣勞動法學會編，《勞動基準法釋義－施行二十年之回顧與展望》，2005 年 5 月，頁 229；黃程貫，〈離職後競業禁止問題淺論〉，收錄於《勞資關係論文集（一）》，勞委會編印，2003 年 12 月，頁 182-183。

²²³ 參閱林更盛，〈離職後競業禁止約款的審查：三步驟－評台南地方法院八十八年度簡勞上字第六號判決〉，月旦法學雜誌第 111 期，2004 年 8 月，頁 202。

²²⁴ Vgl. Thüsing, *AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht*, München 2007, Rn. 451.

²²⁵ Vgl. Müko/ v. Hoyningen-Huene, §74a HGB, 2. Auflage, 2005, Rn.11.

²²⁶ 參閱黃程貫，〈離職後競業禁止問題淺論〉，收錄於《勞資關係論文集（一）》，勞委會編印，2003 年 12 月，頁 183-184。

²²⁷ Vgl. Müko/ v. Hoyningen-Huene, §74a HGB, 2. Auflage, 2005, Rn.13; Bauer/ Diller, *Wettbewerbsverbote: Rechtliche und taktische Hinweise für Arbeitgeber, Arbeitnehmer und vertretungsberechtigte Organmitglieder*, 5. Aufl., München 2009, §12, Rn.231.

²²⁸ 相關之條文及說明請參閱李素華，〈競業禁止與營業秘密保護－從德國立法例看我國科技保護法（草案）之立法爭議〉，萬國法律第 131 期，2003 年 10 月，頁 57；許慧貞，〈勞工離職後競業禁止之研究〉，中原大學財經法律學系碩士論文，2008 年 1 月，頁 77 以下。

否之重要條件。在我國法中，對於競業禁止問題雖欠缺直接明文之規範，惟至少在雙方當事人利益衡量的價值判斷上，應肯定雇主是否給予勞工補償一事，在競業禁止條款之效力判斷中，扮演一重要之角色。

(四) 小 結

從上開比較法的觀察可知，德國在競業禁止約款問題之處理上，已有商法第 74 條到第 75h 條完整之規範以資因應。相較我國之法制，雖曾有勞動契約法之規定，然而因該法並未公布施行，僅得作為法理適用，從而在制定法上並無對於競業禁止問題有直接之規範。

當競業禁止條款由雇主為了多數之使用而預先擬定，並以之單方面向勞工提出時，在定義上即屬於定型化契約條款。對此，本文在以下的論述中針對定型化競業禁止條款在我國法下所應適用之法律依據為何先予探討；再者，即參酌我國實務及學說以及上開德國法制，說明在我國法制下對於定型化競業禁止約款效力判斷之標準及審查順序。

1、審查的依據

從前開實務見解之觀察，有關定型化競業禁止約款效力審查之法律適用，實務仍有依民法第 72 條作為適用依據。對此問題，判決中亦有明文提及當涉及到定型化契約時，應優先適用民法第 247 之 1 規定，如臺北地方法院民事判決 89 年度勞訴字第 72 號：「又被告乙○○及戊○○所簽立之上開競業禁止約款為附合契約，自應優先依民法第二百四十七條之一規定審查是否有顯失公平之處，而因上開競業禁止約款為顯失公平而無效，自毋庸再討論是否有民法第七十二條違反公序良俗規定之問題。」

而學者亦認為應優先適用民法第 247 條之 1 規定。²²⁹ 本文一向認為在民法債編增訂第 247 條之 1 後，應優先依據本條規定對於約款加以審查，當然不可否認在某些特殊的約定中，可能同時抵觸公序良俗之規定，然而公序良俗之概念畢竟涉及到公共利益或道德觀念之認定，而定型化競業禁止約款所著重者在於雙方當事人利益之衡量，就其性質而言，自應適用民法第 247 條之 1 較為妥當，只有當系爭競業禁止約款為個別磋商條款時，始排除民法第 247 條之 1 的適用，而以公序良俗規定審查約款之效力。

由於競業禁止約款限制勞工在離職後在一定期間不得於一定或特定之區域，從事同類工作或類似工作，勞工之工作自由因而受有限制，在此情況下，應符合民法第 247 條之 1 第 3 款「限制他方當事人行使權利」之

²²⁹ 詳請參閱林更盛，〈離職後競業禁止約款的審查：民法第二四七條之一—評台北地方法院九一年度勞訴字第一二九號判決〉，萬國法律第 131 期，2003 年 10 月，頁 35。

事由，有關本款之適用並無爭議。

然而，從前述實務見解之觀察中可知，尚有判決認為競業禁止約定該當第 2 款「加重他方當事人之責任」及第 4 款「其他於他方當事人有重大不利益者」，對此，文獻中對於上開法律適用之方式有所批評。以第 2 款「加重他方當事人之責任」而言，學者認為勞工於離職後本無競業禁止之義務，而離職後競業禁止條款係課予勞工另一新的義務，而非既有義務上之擴大、增加其程度或範圍，因此認為並不構成本款之事由，或許更為恰當，否則將導致第 2 款及第 3 款事由之區分更區模糊。²³⁰至於第 4 款「其他於他方當事人有重大不利益者」，有論者認為本款規定應屬抽象之概括規定，用以補充同條前三款之不足，故若競業禁止約款已符合前三款之規定，即無須援引第 4 款之規定。²³¹

綜上所言，於涉及定型化競業禁止條款時，應以民法第 247 條之 1 條作為定型化約款內容控制之法律依據，雖然在各款之適用上有部分爭議。然依其情狀至少符合本條第 3 款之事由規定，並無礙於本條之適用。

2、審查之標準及順序

承接上開論述，競業禁止條款就其外觀情狀雖符合民法第 247 條之 1 條之情事，然仍須視該約款是否為「按其情形顯失公平」，若被判定為顯失公平，約款才能被宣告為無效，在此涉及雙方當事人之利益衡量時之具體標準，而此在我國司法實務已有固定之五項審查規則（亦即五標準），在個案之審酌上頗為倚重此等標準，此與民法第 247 條之 1 之關係為何，審查順序之先後，則於以下分別說明。

在我國實務判決中，有判決認為不論司法實務係採用五標準、四標準或三標準作為判斷依據，因勞雇雙方簽訂之離職後競業禁止條款，皆屬於定型化契約條款，其約定內容是否有效，自仍應置於民法第 247 條之 1 之

²³⁰ 參閱林更盛，〈離職後競業禁止約款的審查：民法第二四七條之一—評台北地方法院九一年度勞訴字第一二九號判決〉，萬國法律第 131 期，2003 年 10 月，頁 33-34。不同意見者認為員工於勞務契約終止後本不負有不得競業之附隨義務，但雇主為維護其受法律保護之競爭利益，於與員工成立勞務關係初始或勞務關係存續期間，事前藉由離職後競業禁止定型化契約條款之約定，將員工離職後如至競爭對手處從事相同領域工作所「必然揭露」該員工於勞務關係存續中接觸、知悉公司內部經營運作等重要資訊之風險轉移由員工承擔，此一勞務契約所生員工離職後競業必然揭露前雇主其受法律保護之競爭利益有關資訊風險之移轉約定，亦屬民法第 247 條之 1 第 2 款所定之情況，參閱陳信至，〈離職後競業禁止定型化契約條款之審查方法及判斷標準—由臺灣高等法院 92 年度勞上易字第 126 號判決談起（下）〉，萬國法律第 144 期，2005 年 12 月，頁 66。

²³¹ 參閱陳信至，〈離職後競業禁止定型化契約條款之審查方法及判斷標準—由臺灣高等法院 92 年度勞上易字第 126 號判決談起（下）〉，萬國法律第 144 期，2005 年 12 月，頁 66。

規範下併為觀察。²³²

依據文獻之闡述，實務對於競業禁止約款一向慣用的五標準，乃是在欠缺法律明文時，嘗試對於契約自由原則在勞動契約法上之適用範圍加以合理的界定，使得典型處於弱勢之勞工，獲得一定之保障，免於雇主單方恣意之決定，是進一步的法官造法，在方法上基本上與民法第 247 條之 1 相同，亦也是藉助法益權衡原則。至於該等標準與民法第 247 條之 1 的關係，依據學者之見，若競業禁止約款屬於定型化契約條款，此時即有民法第 247 條之 1 之適用，既已有了法律依據，即無造法之必要，然而上開民法之規定包含了不確定之法律概念，對於法益權衡所應考慮的觀點並未完全被提及，因此向來法院所採取的五項具體標準，仍有補充之功能，以作為審酌之參考。²³³

再者，從上開之學說或判決中，其對於競業禁止約款之具體審查標準雖有部分見解上之歧異，然而其大致上皆承認第一「企業或雇主需有依競業禁止特約保護之利益存在」、第二「勞工或員工在原雇主或公司中之職務及地位」以及第三「限制勞工就業之對象、期間、區域、職業活動之範圍，需不超逾合理之範疇」得以作為約款效力審查之判準。至於「代償措施之有無」、「勞工之競業行為是否需具有顯著之背信性」或是「競業禁止約定是否應以書面為之，並詳細記載約定內容。」等標準是否得以作為效力判斷之基準，則有爭議。又，上開標準間之關係為何，是否為並列之標準，或是在判斷上應有先後之順序，亦有討論之空間。

對於此問題，學者參考德國學界及實務對於競業禁止問題之處理，認為在約款效力之判斷上，應分階段而為審查，有關學說之討論詳如下述。

黃程貫教授認為有關「離職後競業禁止」之問題，當涉及約款效力與否之判斷時，應依民法第 72 條為法律依據，審查之順序如下：²³⁴

首先，應判斷「究竟有無約定離職後競業禁止之必要性」，有關此項標準之判斷主要應先視雇主方面是否客觀上有無值得保護之正當利益。對此應由兩方面判斷，亦即應先是雇主方面是否客觀上有值得保護之營業秘密或重大經營資訊存在，在此可參酌營業秘密法第二條之規定²³⁵以認定雇

²³² 參見臺南地方法院新市簡易庭民事簡易判決 95 年度新簡字第 174 號。

²³³ 參閱林更盛，〈離職後競業禁止約款的審查：民法第二四七條之一—評台北地方法院九一年度勞訴字第一二九號判決〉，萬國法律第 131 期，2003 年 10 月，頁 33；林更盛，〈定型化離職後競業禁止約款的審查—評最高法院九四年台上字第一六八八號判決—〉，台灣本土法學第 87 期，2006 年 10 月，頁 252。

²³⁴ 參閱黃程貫，台灣勞動法學會編，《勞動基準法釋義—施行二十年之回顧與展望》，2005 年 5 月，頁 232-235。

²³⁵ 營業秘密法第 2 條之規定為：

主是否有值得保護之秘密；²³⁶另一方面尚須視勞工方面是否客觀上有侵害雇主前述值得保護之營業秘密或重大經營資訊的可能性。若兩方面之判斷均屬肯定，始得認為勞資雙方間之離職後競業禁止約定為保護雇主之營業秘密或經營運作順利而有必要。

再者，應視「所約定之離職後競業禁止範圍是否合理」，此時應審查系針對約定之競業禁止範圍之合理性。一般而言，競業禁止範圍及內容大致上可以分為四種，分別為「競業禁止行為之種類（禁止勞工從事何種行為）」、「就業對象（禁止勞工受僱於特定或某種類之雇主）」、「禁止之期間」及「禁止之地域範圍」。於審查競業禁止的範圍是否過大、期間是否過長、所限制之行為是否合理、有無過當等問題時，自須根據一利益衡量作成判斷，此時所須衡量者乃是此等為保護雇主正常利益所訂定之禁止約定是否會對勞工的正當利益構成過度、不合理的之侵害。進行此利益衡量時亦應充分斟酌個案的特性，例如地域性的限制即應考量到雇主所屬行業與該事業單位之特別、個別情況，而為不同之判斷。此外，若雇主曾給予離職員工一定財產之給與作為競業禁止之對價，亦即有提供補償或代償措施，則尚應衡量約定之禁止期間與所為財產給與兩者間是否相當，也就是說在此時的利益衡量亦應將之一併考慮在內，即應斟酌雇主之憲法第 15 條的財產權與勞工之工作權兩者間有無失衡之情事。判斷結果若認為離職後競業禁止約定之範圍已逾越合理範圍，則縱使具有上述訂定必要性，亦應認定該約定為無效，對勞工不生拘束力。

本法所稱營業秘密，係指方法、技術、製程、配方、程式、設計或其他可用於生產、銷售或經營之資訊，而符合左列要件者：

- 一、非一般涉及該類資訊之人所知者。
- 二、因其秘密性而具有實際或潛在之經濟價值者。
- 三、所有人已採取合理之保密措施者。

²³⁶ 判決中採取相同見解者有臺北地方法院民事判決 94 年度勞訴字第 158 號、臺灣板橋地方法院民事判決 95 年度勞訴字第 51 號、新竹地方法院民事判決 93 年度簡上字第 81 號；採不同之見解者，參見臺中地方法院民事判決 96 年度勞訴字第 40 號：「然就企業或雇主而言，競業禁止之約定是為防止員工於任職中或離職後，將公司經營業務上應保密事項或重要之營業方針、開發策略、市場經營等情報透露於外界，而造成公司營運上之損失或市場競爭力之下降。因此，所謂保護利益，並非僅指營業秘密法第 2 條所稱「方法、技術、製程、配方、程式、設計或其他可用於生產、銷售或經營之資訊之營業秘密」。舉凡公司內部經營運作或職務上應保密之重要事項，經洩漏於外會對公司競爭力或營運上產生窒礙或阻擾之事項，均屬企業或雇主所擁有之保護利益。」；臺北地方法院民事判決 97 年度勞訴字第 12 號：「查競業禁止約款所保護者，非僅係原企業雇主之營業秘密，舉凡與原雇主之商業利益有關者，均專屬競業禁止條款所欲保護之範疇，營業秘密固屬商業利益範圍，但不以此為限，原雇主之技術與業務資訊、商業機密、或在市場競爭上之公平地位（防止同業挖角）等等，均不失為可受保護之正當利益。畢竟營業秘密本得依營業秘密法而受法律保護，不待當事人以契約約款以為保障，是企業雇主僅需具備值得受保護之正當利益或商業機密，縱無符合營業秘密法第 2 條規定之營業秘密，亦得以契約約款為之保護，此乃法律保護與契約保護不同之所在，並係營業秘密與競業禁止條款迥異之處，二者觀念本不相同，自亦不得遽以原企業雇主有無對該「秘密」採取合理之保密措施，而決定競業禁止約款之效力。」

林更盛教授則認為在審查的先後順序上應依以下三個步驟：首先應審查（1）「**雇主有無值得保護之正當利益**」，若無，該約定無效。若有則應視（2）「**所為之限制是否與僱方之正當利益維持合理的關連**」，若答案是否定的，則該約定無效，若有，則最後應審查該約款（3）「**是否給予勞工合理的補償**」，若無，則該約定原則上無效；反之，該約定方為有效。²³⁷

觀察上開學說對於競業禁止約款之審查順序之建議，基本上並無太大之歧異，此亦符合前開實務所宣示之第一、第二及第三標準之內涵。惟林教授在其文章中特別強調「給予勞工合理的補償」一點，應作為競業禁止約款之生效要件，若離職後競業禁止約款並未給予勞方合理之補償，原則上應認為無效。依其文章中之說明，因為離職後之競業禁止條款係為了雇主單方之利益而設，離職後雙方勞動關係既已終止，勞工已無競業禁止之義務，若承認雇主不必給予任何補償，而勞工有不作為之義務，則勞資雙方即將成為單務、無償之關係，此種要求締約、弱勢之勞工無償地為其原先之處於締約優勢之雇主「犧牲奉獻」，而雇主卻不用因此而付出相對的補償，此與立法者之判斷價值有違，²³⁸亦與現今民事法及勞動法上保障弱勢者及勞工之思想大相逕庭。故縱然認定雇主有值得保護之利益，又限制之工作種類、地區、時間等亦與之保持適當關連，與此前提下之競業禁止義務卻未相對地給予任何補償，除有其他情事足以作為例外之認定，否則應認為對於勞工欠缺期待可能性，及有顯失公平之情事而無效。²³⁹除非在個案情形，勞工就其專業以及經濟上地位與獨立營業人相當，則參酌民法上一般認為醫師或其他營業場所之出賣人，於出賣診所或營業場所後，重回原場所附近開業，是違反診所買賣契約後契約義務之情形，其認為在此種例外情況中無庸對之加以補償。²⁴⁰

若從定型化契約法體系之觀點，本文贊同在一般情形下，當雇主與勞

²³⁷ 參閱林更盛，〈離職後競業禁止約款的審查：三步驟－評台南地方法院八十八年度簡勞上字第六號判決〉，月旦法學雜誌第 111 期，2004 年 8 月，頁 199。

²³⁸ 有關法律上普遍承認之價值判斷，林教授在文章中以下述民法相關規定為例：如法律上針對無償契約債務人責任有減輕責任（第 220 條第 2 項）、保證契約之保證人有除去保證責任請求權（第 750 條）、終止權（第 754 條）、不負保證之責（第 755 條）、人事保證之保證人有終止權（第 756 條之 4、第 756 條之 5）等保護規定外，特別是針對典型的無償契約-贈與契約-，法律賦予贈與人免於贈與契約拘束之許多可能性（民法第 408、412、416、417 的撤銷權，第 418 條之抗辯權，第 415 條的贈與失其效力）以及責任之減輕（第 409 條第 2 項、第 410 條及第 411 條）。參閱林更盛，〈離職後競業禁止約款的控制－是否給予勞方適當之補償〉，全國律師第 13 卷第 2 號，2009 年 2 月，頁 45-46。

²³⁹ 參閱林更盛，〈離職後競業禁止約款的控制－是否給予勞方適當之補償〉，全國律師第 13 卷第 2 號，2009 年 2 月，頁 46,51；林更盛，〈離職後競業禁止約款的審查：三步驟－評台南地方法院八十八年度簡勞上字第六號判決〉，月旦法學雜誌第 111 期，2004 年 8 月，頁 204-205。

²⁴⁰ 參見台灣高等法院高雄分院民事判決 92 年度上字第 1 號；林更盛，〈離職後競業禁止約款的控制－是否給予勞方適當之補償〉，全國律師第 13 卷第 2 號，2009 年 2 月，頁 51。

工締結競業禁止約款時，應給予適當之補償作為約款的生效要件，依據多數文獻之闡述，勞工於離職後原則上並無不為競業之義務，且此等約款涉及到勞工工作權之限制，勞工本依賴其勞務所得以獲取或維持生活水準，當雇主欲對勞工為限制時，必須要對勞工予以補償，始能平衡勞工因競業禁止約款所生之重大不利益，從此觀點出發似應認為在約款效力之判斷上，應以雇主是否給予補償作為要件，較為妥當。

此外，依據實務判決對於競業禁止問題所創設之第五原則「勞工之競業行為是否需具有顯著之背信性」，例如離職員工有對於原雇主之客戶、情報大量篡奪等情事，或其競業之內容樣態較具惡質性或競業行為出現顯著的違反誠信原則者，依據大多數學說之見解，並不宜作為約款有效與否之判斷標準，²⁴¹本文亦贊同，蓋此時應屬依據個案情況不同而為事實認定之問題，不宜作為約款本身之效力判斷之依據。

第四款 法律效果

承接上開論述，當雇主並無值得保護之正當利益致使約款欠缺必要性，或是雖有上開所述之必要性，然其對於競業禁止之時間、區域或內容等有逾越合理之限度，此時定型化競業禁止約款應被判定為無效，惟國內之實務及文獻有認為應維持部分約款之效力，僅須將約款過當之部分減縮到合理範圍即可，然而此作法是否妥當，不無疑義，故以下即簡述實務學說見解及比較法之觀察，從而在小結中提出淺見。

一、我國實務及學說之見解

(一) 肯定說

對此爭議，國內法院實務向來多承認法院得依職權在公平合理的範圍內推持約款之效力：

以「**競業禁止約款**」為例，實務見解有認為當事人間所約定之**競業期間**過長，而予以縮減之。例如**最高法院 83 年台上字第 1685 號判決**、²⁴²士

²⁴¹ 參閱李建良，〈競業禁止與職業自由〉，台灣本土法學雜誌第 15 期，2000 年 10 月，頁 11；林洲富，〈營業秘密及離職競業禁止約款—兼評最高法院八十九年度台上字第一九〇六號判決〉，律師雜誌第 307 期，2005 年 4 月，頁 80；郭玲惠，〈勞工保密義務於競業禁止約款之法律意義〉，萬國法律第 131 期，2003 年 10 月，頁 41。

²⁴² 參見**最高法院 83 年台上字第 1685 號判決**即謂：「原判決所稱切結書第三項，並非單純之營業秘密之洩漏，亦含有競業之禁止，而競業之禁止，在合理限度內為有效，超越合理限度範圍則無效，認切結書第三項約定於上訴人離職時起二年內為有效，超過部分為無效。乃將被上訴人請求上訴人在判決確定起二年內不得生產彈波機器及生產彈波（即擴張之訴）部分予以駁回，係就切結書第三項關於競業禁止之請求有無逾越合理範圍予以論斷。原判決就切結書第二、三項約定之範圍及內容之不同，分別為被上訴人對上訴人請求准、駁與否之依據，並無判決理由矛盾之情形。上訴論旨，徒執上開情詞，並就原審取捨證據、認定事實之職權行使，及依職權解釋契約，

林地方法院民事判決 92 年度訴字第 124 號。²⁴³

而臺灣高等法院臺南分院民事判決 93 年度上易字第 152 號則對於約款中競業禁止行為之種類予以限縮：「本件兩造所簽訂之系爭主管聘任合約書第二條及合夥契約書第十條約定：上訴人於『離職後三年內不得從事與眼鏡相同、相關行業，包括受雇員、零售商、業務員、配鏡、驗光、批發等性質及眼鏡指導員，如違反契約當時即無條件賠償本店（即被上訴人）新台幣一百萬元整』等內容：就所約定『不得從事擔任受雇員、業務員、配鏡、驗光等性質及眼鏡指導員』等與眼鏡相同、相關行業部分之約定，與上訴人因任職被上訴人公司而得知悉之資訊無關，此部分限制固難肯認其效力；至於競業禁止之限制與上訴人原在被上訴人公司所擔任『店長』或『監督』職務相當部分，即在從事經營零售商及批發等與眼鏡相同或相關行業部分之限制，仍不受影響。」

此外，針對競業禁止之地域範圍部分，台北地方法院民事判決 91 年度勞訴字第 11 號即認為該競業禁止約款中所限制的職業活動過大，將造成勞工事後謀職之困難，而將約定職業範圍加以縮減，將當事人原未予約定之地域範圍指定於固定區域。²⁴⁴

在文獻上亦有之支持肯定見解者，其認為競業禁止之約定在現實上有存在之必要，承認合理部分之存在對於勞工權益不致生何等不利影響，應無需認為全部無效，且引民法第 111 條之規定作為法律論述依據。²⁴⁵此外，有論者以以宣告約款「全部無效」不必然對於勞工而言是最有利之結果，勞工所在意者在於違約金之酌減或讓雇主給付代償金，且法院本於調和者

指摘原判決關於敗訴部分為不當，求予廢棄，非有理由」。

²⁴³ 參見士林地方法院民事判決 92 年度訴字第 124 號：「被告於原告公司任職時乃基層行銷業務人員，非主管經理職，任職期間復僅有短暫之四個月，均已如前述；是所接觸原告公司營業內容及機密，衡情尚難以廣泛及深入；再參以目前生化科技發展及市場變化快速之程度，則前開競業禁止條款限制被告從事原告已有或已有而未上市產品之行銷業務之期間長達三年，在時間上顯然逾越合理之範圍，已違反公共秩序及善良風俗；本院認為對被告限制競業之期間應以八個月為適當，超過前開期間之部分，依民法第七十二條之規定，應屬無效。」

²⁴⁴ 參見台北地方法院民事判決 91 年度勞訴字第 11 號：「只原告公司一家登記之所營事業即多達十二種，而系爭協議書限制員工離職後轉職之範圍除與原告公司所營事業有直接競爭關係之行業外，尚包與原告之關係企業所營之事業有直接競爭關係，且併及於與原告公司及其關係企業所營事業具有間接競爭關係之事業，其範圍之大，幾已涵蓋與被告所學專業有關之所有產業，勢必造成被告離職後覓職之重大困難。然其系爭競業禁止條款，卻將競業禁止之範圍極度擴大，擴及直接間接與原告及其關係企業有競業關係之事業，且無地區之限制，使被告於全球幾均無法以其專業技術從事工作，發展，而危害其經濟生存能力，至為不當。被告於任職原告公司期間既未擔任 TAB 研發、製造以外之職務，自無從接觸原告公司或其關係企業其他方面之營業機密，而原告公司自日籍顧問取得之 TAB 生產技術，亦僅屬台灣地區之專屬授權，應認該競業禁止條款除於限制被告不得於台灣地區，從事、受僱或參與半導體捲帶式晶粒承載器之研發製造外，其餘之限制，均屬逾越合理必要之程度，而難認為有效。」

²⁴⁵ 參閱林發立，〈跳槽、競業禁止與保密條款〉，萬國法律第 100 期，1998 年 8 月，頁 39。

之角色，應盡力探求公平正義之判斷，故其認為法院應採取「合理化原則」以製造當事人更多「雙贏」之機會。²⁴⁶

(二) 否定說

相對於前揭肯認法院得依職權減縮約款之部分效力的看法，近年來有越多國內裁判實務採取否定見解者：

較早期採取否定見解者，如**台灣高等法院 80 年度上字第 203 號判決**即認為：「次按法律行為無效，係當然的自始無效，上訴人雖於第一審減縮聲明，僅請求被上訴人不得於切結書成立後二年內不得使用上訴人之技術生產彈波機器，惟系爭切結書既為自始無效，上訴人據以起訴請求，顯屬無據，不因其提起訴訟後減縮聲明而使原本無效之契約變成有效。」²⁴⁷

而在**台北地方法院民事判決 93 年度勞訴字第 109 號**，雇主於勞工離職後縮小競業之時間、範圍，並表示願意提供代償金，在本案中法院仍然認為約款因逾越合理範圍而無效，該無效應為自始確定無效，不因雇主事後之作為而影響其效力。²⁴⁸

在**台北地方法院 96 年度勞訴字第 128 號判決**此一由雇主引據競業禁止約款訴請勞工不得競業之訴訟中，法院即明確指出：「……觀諸系爭競業禁止約定條款：「乙方（即被告）於本合約終止或解除後二年內，不得為自己或他人從事經營與甲方（即原告）直接競爭之產品」，就競業禁止之職業活動與地域，並無限制，亦無提供受競業禁止一方任何補償，作為競業禁止之對價。據此條款，受競業禁止之勞工，於離職後二年內，無論在國內或國外，均不得經營與原告產銷之任何產品具競爭關係之事業。顯見其競業禁止之範圍，除時間限制外，庶幾漫無限制，況受競業禁止勞工於離職後，對於原告公司之產品為何，亦非必能知悉，如此情形，對該離職勞工之職業、經濟生活，顯已造成不公平之障礙。尤以其未提供受競業禁止勞工任何補償，倘該勞工力僅能從事與原告產品具競爭關係之事務，無異斷絕該勞工離職後二年內之生計。是以此項競業禁止約定，顯已不當

²⁴⁶ 參閱王琛博，〈淺談幾則關於離職後競業禁止之問題〉，全國律師第 12 卷第 4 期，2008 年 4 月，頁 62-63。

²⁴⁷ 本判決嗣後為經高法院廢棄發回更審，並經台灣高等法院 81 年度上更（一）字第 283 號判決，最終為前揭最高法院 83 年台上字第 1685 號判決所維持。

²⁴⁸ 參見**臺北地方法院民事判決 93 年度勞訴字第 109 號**：「至原告主張自被告離職後，原告考慮實際狀況將競業禁止期間縮減為半年，並將限制範圍限制於桃園縣之最小範圍，並給付被告原領薪資即十萬二千二百七十五元之六成作為代償措施等語，然承前所述，本件保密契約書競業禁止條款部分原本即未約定代償條款，並因其限制逾越合理程度範圍，因認有失公平，而為無效，即屬自始確定無效，則原告現再主張願意提供代償金，並將競業禁止範圍限制於桃園縣之最小範圍，亦不足以影響原已無效之競業禁止約款。」

阻礙離職勞工職業及經濟生活之發展，應認有違公序良俗，依上揭說明，應認為無效，勞工自不受拘束。……惟系爭競業禁止約定因競業禁止範圍過大，且無合理補償，應認為無效，已如前述。且其無效係自始當然無效，自不因原告於本件訴訟之自我克制，限縮請求，而變為有效。雖英美法例及國內部分實務見解認為，當競業禁止約定有不合理情事，法院仍有權於認為合理之限度內，賦予其效力，逾該限度，始認為無效。惟考量此種不確定性，將造成簽署該不當競業禁止約款勞工之法律地位不穩定，有礙其生活之安排，應不採之。是原告上開所陳，仍不影響系爭競業禁止約定無效之判斷。」²⁴⁹

對此問題，學說亦有採取否定之見解，當法院對一定型化契約條款進行公序良俗或者定型化契約條款內容控制之審查後，認為其已逾越合理範圍，則約款依法應屬無效。既然法律賦予該約款無效之法律效果，本應為當然、自始之無效，不因任何原因而為有效。²⁵⁰而有文獻則參考美國法制，認為應採取「全有全無原則」，在結論上與否定之見解相同，其認為若採取「全有全無原則」，則雇主為了考量約款不被法院宣告無效以致不能執行，勢必在訂約時盡可能地在客觀合理的範圍內為限制，以確保約款能經得起法院之檢驗，如此一來反而能杜絕不合理的過苛條款，受僱人亦不致於受到不合理之對待；反之，若採「合理化原則」則易使雇主存有僥倖之心，無論約款多麼不合理，雇主均不用擔心喪失條款在「合理」範圍內必有效執行之利益，且雇主會喪失「過苛」部分之利益尚須待受僱人提起不合理之抗辯才有可能，但並非所有受僱人皆會提起訴訟。而「一部效力說」亦同，顯然提供雇主過大之保障，因此應採取全部無效且係自始無效說。²⁵¹

二、比較法之觀察

依據文獻之討論，其將商法第 74a 條第 1 項有關約款效力減縮之部分

²⁴⁹ 相似的論述亦可參見臺北地方法院民事判決 96 年度勞訴字第 205 號：「至於原告固陳稱本件請求，已限縮至僅請求違約金而未請求 被告返還所受領之同額獎金、分紅及股票云云。惟系爭競業禁止約定因競業禁止範圍過大，且無合理補償，應認為無效，已如前述。且其無效係自始當然無效，自不因原告於本件訴訟之自我克制，限縮請求，而變為有效。雖英美法例及國內部分實務見解認為，當競業禁止約定有不合理情事，法院仍有權於認為合理之限度內，賦予其效力，逾該限度，始認為無效。惟考量此種不確定性，將造成簽署該不當競業禁止約款勞工之法律地位不穩定，有礙其生活之安排，應不採之。是原告上開所陳，仍不影響系爭競業禁止約定無效之判斷。」

²⁵⁰ 參閱黃程貫，〈離職後競業禁止問題淺論〉，收錄於《勞資關係論文集（一）》，行政院勞工委員會編印，2003 年 12 月，頁 215。

²⁵¹ 參閱陳金泉，〈離職後競業禁止約定爭議問題案例解析〉，律師雜誌第 269 期，2002 年 2 月，頁 107；林振芳，〈論勞動契約中競業禁止約款在司法實務上之效力問題〉，東吳大學法律研究所碩士論文，2004 年 7 月，頁 194。

定位為民法第 306 條之特別規定，²⁵²此是由法律本身容許維持無效約款效力之規定。²⁵³在商法第 74a 條第 1 項並不區分競業禁止約款是否屬於定型化契約條款，惟此類約定經常涉及到由雇主單方所預先擬定之定型化契約條款，立法者則以法律規範為此類約款創設法定的界線，在此則有不同於民法第 306 條規定之法律效果，此等規範並非將條款之效力縮減到適當，而是將其回復到法律上認為合法的範圍，因此在競業禁止約款之領域是排除民法第 306 條之適用。雇主若企圖制定一不適當之條款，將會使條款回復到法律正好可以接受的範圍，對雇主而言並無好處，在此與德國聯邦法院禁止效力減縮之思考所要達成之目的無涉。²⁵⁴

三、小 結

承上所述，雖然依據德國法之討論以及文獻之闡述，當約款之規範逾越法定範圍時，法院在適用商法第 74a 條之情況下，似可達到「效力減縮」之結果，惟本文以為此並不足以正當化效力減縮原則在我國法上之適用，首先，若法院過長之將競業禁止約款縮減之兩年，此僅是適用商法第 74a 條規定所導致結果，在概念及理解上似與法院依職權對於約款效力為減縮有所不同。更重要的是，我國法中對於競業禁止約款並無如同德國在法律中明文規範，從而根本無依法律減縮約款效力之基礎，當競業禁止條款非經個別磋商而被認定為定型化契約條款時，自應回歸定型化契約法制之適用，有關約款無效之效力，自應依據民法第 247 條之 1 並參考消保法第 16 條作為法理而為適用。

至於當定型化競業禁止條款之約定逾越合理的範圍，法院得否逕自減縮約款之效力至合理的範圍，本文認為應採否定之見解，相關之論述第四章「效力減縮原則之適用？」一節中說明，國內雖有論者認為可以民法第 111 條作為法院為約款效力減縮之依據，惟本文於第四章中已說明該條規定並不宜適用於定型化勞動契約，姑且不論法條之正確適用與否，民法第 111 條及消保法第 16 條對於一部無效，其他部分有效之要求應以約款是否具有「可分性」為前提，若約款中已明訂競業禁止之期間為兩年，則法院自無法依職權將其縮減為一年，在此逾越合理範圍的「無效部分」與縮減後之「其他部分」在文句上不具有可分性，故從制定法上並無法成為縮減約款之效力依據。另從保護定型化約款之相對人，使其免受顯失公平約款

²⁵² Vgl. Thüsing, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, München 2007, Rn. 458; Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 887.

²⁵³ Vgl. Däubler/Dorndorf/Bonnie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 306 BGB, Rn. 18; ErfK-Preis, 9. Aufl., §§ 305-310 BGB, Rn. 104.

²⁵⁴ Vgl. Thüsing, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, München 2007, Rn. 458.

拘束，且為敦促雇主謹慎擬定公平合理之約款等目的出發，亦不應承認法院得以對逾越合理限度之約款為效力之減縮。

第五款 舉證責任

有關舉證責任之分配，在我國民事訴訟法第 277 條設有明文規範，在民國 89 年修法前僅有原則性之規定，亦即：「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證責任。」一般而言，當勞工與雇主間有競業禁止之約定，雇主僅須舉證勞工有競業之事實，相對地勞工若欲依據民法第 247 條之 1 主張約款無效，依民事訴訟法第 277 條本文規定所立之原則，應針對有利之事實負舉證責任。²⁵⁵

此規定雖使當事人於舉證及訴訟結果有預測可能性，然若拘泥該原則，有時將違反公平正義，故於 89 年修法時增加但書之規定：「但法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限。」此將使法官得於個案情形，考量倘按通常舉證責任分配原則，將對舉證之當事人造成顯然不公時，可依衡量減輕該當事人之舉證責任，以達到裁判公正之目的。²⁵⁶本文認為在競業禁止約款之情況中，應對舉證責任之分配有適度之轉換，由於競業禁止約款將使勞工離職後職業自由受到限制，而勞工通常藉由勞務提供以獲得生活所需，相較於雇主之營業利益，勞工更有受到保護之需求。且從當事人之地位言之，雇主身為約款使用者，其得預先決定約款之內容，勞工通常僅有接受與否之選擇，從而雇主本身較能決定約款內容之合理與否；又雇主相較於勞工而言，其對於證據之接近可能性更高，尤其是針對其是否具備有值得保護之利益而言，雇主掌握較大之證據優勢，故應由雇主負舉證責任較為適當。

綜合上開理由，本文認為在競業禁止約款中，法院應依個案情況，依民事訴訟法第 277 條但書之規定，對於舉證責任分配之一般原則加以調整。對此，在我國實務裁判中，部分判決即在個案中，實際對於舉證責任之分配做了一定程度之調整，有判決要求雇主應對競業禁止約款之必要性及合理性負舉證責任，如**臺北地方法院民事判決 97 年度勞訴字第 12 號**：「而關於競業禁止約款部分，因原告與被告訂立該約款，未能證明其具有應受保護之正當利益存在，亦未證明被告有受該約款限制之必要性及合理性，且欠缺填補勞工因受競業禁止之代償措施，不符合本院採行五標準說之審查條件，應認該競業禁止條款約款為無效。」而**臺北地方法院民事判**

²⁵⁵ 此可參見**臺中地方法院民事判決 95 年度簡上字第 60 號**：「...此外，被上訴人（勞工）亦未舉證證明系爭約定違反民法第 247 條之 1 之規定，則其抗辯系爭約定違反民法前開規定而無效，亦不可取。」

²⁵⁶ 參閱陳計男，《民事訴訟法論（上）》，修訂四版，2006 年 9 月，頁 473-474。

決 96 年度訴字第 3863 號則要求雇主應對於勞工依其職位在任職期間所接觸之重要資訊，以及該資訊為何足以反應公司營業活動重要內涵之相當程度之事實具體說明。²⁵⁷ 臺南地方法院民事判決 96 年度簡上字第 57 號亦要求雇主應舉證證明其有值得保護之正當利益存在。²⁵⁸

從上開論述中可知，判決認為雇主應對競業禁止條款約定必要性或合理性之事實加以證明，判決雖未言明此為民事訴訟法第 277 條但書之適用，然其實際上讓雇主負擔舉證責任及說明義務之作法值得肯定。



²⁵⁷ 參見臺北地方法院民事判決 96 年度訴字第 3863 號：「本件原告雖主張因被告所任職行銷處副處長職務，足以接觸原告公司客戶所交付之臨床試驗新藥資料，及獲悉原告公司報價資訊等重大商業機密資訊，惟就被告任職期間實際上有接觸何資訊係重要且達足以反應公司營業活動重要內涵之相當程度，並未見原告具體說明之，已難僅憑被告所擔任職位有接觸各該相當資訊之可能一節，即足認定確有為保護原告之商業機密利益而須對被告離職後之轉業自由為限制之合理必要性存在。」

²⁵⁸ 參見臺南地方法院民事判決 96 年度簡上字第 57 號：「綜上所述，上訴人並未舉證證明其公司在客觀上有值得保護之營業秘密或重大經營資訊存在，而其所舉證據亦不足證明其對被上訴人已支出相當之培訓費用施以訓練投資，又依被上訴人之職務層級及工作內容，被上訴人在客觀上亦難認有侵害上訴人公司值得保護之營業秘密或重大經營資訊之可能性，是以上訴人主張其有值得保護之正當利益存在云云，要難憑信。」

第四節 違約金條款

第一款 概 說

一、意義與目的

所謂「違約金約定」(Vertragsstrafenvereinbarung)，係指契約當事人約定一方於未依約履行債務時，應給付一定金額予他方之約定(參見民法第 250 條第 1 項之規定)²⁵⁹。至於當事人一方因未依約履行債務所應給付之一定金額，即一般所認識之「違約金」(Vertragsstrafe)。依一般文獻上之看法，違約金債權本質上屬於一種附條件之債權，亦即債權人於債務人未依約履行債務之條件成就時，即對債務人取得違約金債權²⁶⁰。而該「未依約履行」之條件，一般認為除了債務人單純「不履行債務」(Nichterfüllung)的情形，亦包括債務人「不適當履行債務」(nicht gehörige Erfüllung)的情況²⁶¹，我國民法第 250 條第 1 項在民國 88 年修正前雖仍使用「不履行債務」等文字，然立法者亦意識到此等文字尚無法涵蓋各種債務人未能依約履行債務之情況，所以乃將原條文修正為「債務不履行」，以避免誤會²⁶²。

違約金條款一般來說具有兩項功能，一者係所謂「損害填補」(Ausgleichsfunktion)之功能。其二，則是「督促履約」(Druckfunktion)之功能²⁶³。就前者而言，主要係指債權人可藉由約定債務人於違約時應給付一定金額違約金之方式，免除自身請求賠償時須證明損害數額之責任，進而使所受之損害受到確實之填補。而後者，則指債權人可透過違約金給付約定對債務人所形成心理上之壓力，促令債務人依約履行債務。正鑑於違約金約款所具有的這兩種功能，所以一般契約中之債權人(通常是契約較強勢的一方)，乃多透過訂入違約金約款之方式，以確保債務人債務之履行，常見的例子，像是銀行與民眾間的小額借貸或信用卡交易，甚至所

²⁵⁹ Vgl. Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, 33. Auflage., 2009, §11 Rn.1-2; Müko/Gottwald, 5. Auflage 2007, §339 BGB, Rn.2.

²⁶⁰ 參照史尚寬，《債法總論》，1990年8月，頁497；黃立，《民法債法總論》，2006年11月，頁533-534。

²⁶¹ Vgl. Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, 33. Auflage., 2009, §11 Rn.12-15.

²⁶² 此可參見修正理由：「第一項『不履行債務』，係指債務違反之情形，包括給付不能、給付遲延及不完全給付。而上述情形，法規上用語應為『債務不履行』(第三百五十三條參照)，為統一用語，爰將『不履行債務』修正為『於債務不履行』。」

²⁶³ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn.770. 國內文獻上之討論，可參照呂彥彬，《工程契約履約擔保制度之研究》，國立政治大學碩士論文，2007年10月，頁12-13。另可參照楊淑文，〈消費者借款債務(雙卡債務)之清償不能〉，台灣法學會2006年年度法學會會議，2006年12月，頁19。

涉金額較大的預售屋交易²⁶⁴及大型營建工程合約²⁶⁵，均得窺見違約金約款之蹤跡。

類似情況，也存在於勞動契約實務中，申言之，雇主為維護其營業利益，一般也會於勞動契約中訂明勞工於有違約情事時即應給付違約金之條款。稍有不同者，則僅在其所設定的給付條件（或謂所設定的「違約情事」），一般來說，其除可能包括勞工單純地「不提供勞務」（Nichtantritt der Arbeit）的情況，另外像是「預告期間的不遵守」（Nichteinhaltung der Kündigungsfrist）、「不合理的立即終止」（unberechtigte fristloser Kündigung）、「競業禁止義務之違反」（Verstößen gegen ein Wettbewerbsverbot），也是常見的幾種態樣²⁶⁶。

二、國內常見之違約金條款

如再仔細觀察我國勞動契約實務中之違約金約定，按其內容之不同，一般可將其歸納為以下兩類：

第一類，係約定債務人於違反特定行為義務（例如，競業禁止之義務、最低服務年限之義務、保守營業祕密之義務等）時即應給付違約金之約款。

第二類，則是概括規定債務人在違反契約義務即應給付違約金之約款。

本文以下乃將實務上常見之約款羅列如下：

（一）連結特定行為義務之違約金條款

1、台灣高等法院 90 年度勞上易字第 34 號判決（競業禁止義務）

依兩造簽訂之「聘僱合約」第九條後段約定，除經被上訴人書面之同意外，上訴人於契約終止後二年內，不得在中華民國境內從事相同或類似公司工作，亦不得對任何個人、廠家、公司及為上訴人所知或可得而知之被上訴人客戶，兜攬生意、提供服務等行為。

²⁶⁴ 例如，最高法院 97 年度台上字第 675 號判決所涉及之違約金條款即訂明：「本約訂立之同時，乙方（被上訴人）應立即將甲方（買受之前開房屋及停車位起造人名義等變更為甲方名義，並應於領取建照後一個月內變更完成，否則即屬違約，又乙方興建房屋，辦妥產權並點交房屋及停車位予甲方之期限定為約後二年六個月，最遲不得超過三年，逾期，亦屬違約行為，乙方如有違約行為，甲方得依法解約請求損害賠償，乙方並應給付違約金一千二百萬元予甲方」。

²⁶⁵ 例如，行政院公共工程委員會公共工程施工綱要規範「一般條款」V2.2 版第 H.11 條（逾期違約金）即規定到：「若承包商未能按 H.6「竣工日期」規定，於契約所訂之日期或未能在接 H.7「展延工期」及 H.9「提前完成」所決定之延長或縮短期限內，達成本工程或任何分段工程之竣工，或未能完成本工程任何規定部分至規定之程度（如有規定時），則承包商應按本契約所訂之標準，按日計算，給付主辦機關逾期違約金。」

²⁶⁶ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn.823.

聘僱契約第十一條 (b) 約定：「乙方 (即上訴人) 倘違反……第九條任一規定時，應給付甲方 (即被上訴人) 相當於乙方違約當時或最近十二個月之薪資及獎金計算之懲罰性違約金。如甲方另有損害，乙方並應賠償。」

2、台灣高等法院高雄分院 89 年度上字第 227 號 (競業禁止義務)

聘任契約書第五條後段規定：「乙方……合約期間中途離職，於離職後二年內，亦不得經營、從事與本公司業務類似之相關行業或業務，否則應負與年薪等額之賠償責任。」

3、台灣台中地方法院 93 年度訴字第 765 號 (競業禁止義務)

系爭服務合約書第三條約定：「乙方 (即被告) 於離職或解除勞僱關係時，兩年內不得從事相同及相關業務內容之工人作；如違反約定時甲方得向乙方求償相關業務營業損失二十至一百萬元。」

4、台北地方法院 89 年度勞訴字第 76 號 (競業禁止義務)

契約第十條後段約定：「乙方 (即被告) 得於三十日前預告甲方 (即原告公司) 並辦妥離職手續後，終止本契約，倘經甲方於任何時間以書面要求時，乙方不得於終止後兩年內在中華民國從事相同或類似工作，亦不得對任何人，廠家、公司及為乙方所知或可得而知之甲方客戶者，兜覽生意，提供服務或予與配合或幫助。」

同契約第十二條第二項約定：「乙方倘違反第八條、第九條或第十條任一規定時，應給付甲方相當於乙方違約當時十二個月之薪資計算之懲罰性違約金。如甲方另有損害，乙方並應賠償。」

5、新竹地方法院 93 年竹簡字第 131 號判決 (競業禁止義務)

勞動契約書第九條離職後競業禁止之約定：「乙方 (即被告) 離職後六個月內不得自營、受雇或從事與甲方 (即原告) 營業項目相同或類似之行業，若有違反應賠償甲方相當於離職當月全月份工資十倍之懲罰性違約金。但乙方依第四條所負之保密義務於二年後仍應遵守。」

6、台北地方法院 94 年勞訴字第 158 號判決 (競業禁止義務、保密義務)

承諾書第 3 條第 2 項記載：「甲方保證在職期間，不得為自己或第三人從事與乙方相同或類之業務；離職後 2 年內亦不得與在職期間內所接觸之乙方或乙方關係企業客戶進行相同或類似乙方業務之行為。」第 6 條第 3 項復記載：「甲方知悉並承認，因就職於乙方而知悉乙方之營業秘密 (包

括上下游廠商資料、商品進出價格、乙方與上下游廠商交易方式及習慣，但不限於此），且接受乙方之各種專業訓練，並甲方離職後因遵守本承諾書第 3 條競業禁止可能遭受之損失，而乙方業已以高額薪資津貼補償，故特別鄭重承諾，若甲方離職後，由乙方上游廠商取得代理權或逕由上游商進貨而從事與乙方競業之行為者，應給付乙方懲罰性違約金 1,000 萬元。」

7、台灣高等法院 96 年勞上字第 79 號判決（競業禁止義務）

「主持人暨演藝經紀契約」第 6 條第 1 項：「於契約有效期間 或契約期間屆滿或契約終止之翌日起 2 年內，非經甲方書面同意，乙方不得主持或參與電視購物節目相同或類似性質之節目或廣告演出，由乙方自營或協助該節目或廣告者，亦同」，同條第 2 項第 2 款：「若乙方於本契約期間屆滿或終止之翌日起貳年內，違反前項規定者，乙方同意除賠償甲方因此所受之損害外，並同意以原契約期間乙方所領之全部酬勞總額的壹拾倍計算懲罰性違約金賠償甲方。」

8、台灣台北地方法院 97 年勞訴字第 12 號判決

聘僱契約書第 12 條第 1 項後段約定「乙方（即被告）於離職後 1 年內，不得在甲方（即原告）營業地點周圍半徑 1 公里內，經營或受僱與甲方（即原告）相同或類似業務之第三人擔任教學或業務人員」

聘僱契約書第 16 條「（一）乙方若有違反本契約各項情事，除應支付新台幣壹拾萬元懲罰性賠償金給甲方外，並應賠償甲方因此所遭受之損害（包括但不限於律師費用）。（二）乙方若有違反本契約各款，甲方得逕行解聘，且除本契約已明訂之罰責外，甲方並得另請求乙方支付以其每月全薪三倍計算之懲罰性賠償金給甲方。乙方違反本契約第十二、十三條之規定者，除本契約書已明定之罰責外，另應支付甲方相當每月全薪十二倍計算之懲罰性違約金。」

9、台灣高等法院 96 年勞上字第 18 號判決（最低服務年限／競業禁止義務）

聘僱契約第 3 條約定：「乙方（被上訴人）承諾：（一）自聘僱任用之日起 15 年內絕不自請離職；（二）不論任何原因於自甲方離職後 2 年內，絕不轉任其他航空公司擔任飛航機師職務。若違反承諾，乙方除依其他規定賠償訓練等費用外，並自願賠償相當於離職前正常工作 6 個月平均工資之違約金與甲方，作為甲方之損害賠償。」

10、高雄地方法院 89 年訴字第 2333 號判決（保密義務）

系爭保密切結書約定「乙方若未遵守保密規定，經查屬實無論在職或離職後均需賠償甲方新台幣伍拾萬元。」

(二) 概括規定違約之違約金條款

1、最高法院 96 年度台上字第 1396 號判決（台灣高等法院 95 年度勞上字第 41 號判決、台北地院 94 年度勞訴字第 170 號判決）

契約書第 5 條（三）之約定，被告應服務期間為 15 年，於服務期間內如被告因違反原告公司之工作規則、契約之情事，原告得予調職或解僱；被告如因而被調職或解僱時，應依同條（四）之約定賠償原告。

而該契約第 5 條（四）係約定：「本契約所稱之費用賠償金額雙方同意：一、服務期間五年以下，乙方賠償甲方新臺幣四百萬元整。二、服務期間五年以上十年以下，乙方賠償甲方新臺幣一百五十萬元整」。

2、台灣高等法院 95 年勞上字第 76 號判決²⁶⁷

服務契約第十條約定：「乙方（即上訴人）完成訓練並取得民航局核准備查函翌日起，除須履行前服務契約之服務期限及其他義務外，其服務期限並延長五年。」

第十三條約定：「乙方取得 A320 型飛機機師資格後，於與甲方（即被上訴人）約定之服務年限內發生可歸責於乙方之事由，致甲方解僱乙方或乙方辭職者，則依左列情形支付違約金予甲方：（一）乙方之服務期限未達前服務契約所約訂之服務期限，除依該契約支付違約金外，並須再支付違約金壹佰陸拾陸萬元予甲方……」

三、與其他制度間之差異

(一) 損害賠償總額之預定

不同於違約金之約定，債權人與債務人如就特定損害賠償請求預為總額之預定，這則是學說上「損害賠償總額預定」（Schadenspauschalierungen）的概念。

這類約定主要功能亦在於免除債權人證明損害之舉證負擔，以利損害賠償請求之行使²⁶⁸。單從此點觀之，其與違約金約款實具有一定的相似性，唯一的不同，則在於損害賠償總額預定此概念，並無督促履約的功能

²⁶⁷ 類似約款，可參照台灣高等法院 95 年勞上字第 41 號及台灣高等法院 94 年勞上字第 40 號等判決個案中之約款。

²⁶⁸ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn.770.

269。蓋損害賠償總額之預定，係就某一將來可能發生之損害賠償請求的數額作總額之約定，而非如違約金債權的發生乃繫於債務人契約義務之違反，所以不是用以督促履約的壓力工具。而正因損害賠償總額之預定，係對於特定損害賠償請求之數額為總額之預定，所以在契約書中，一般均可窺見其對於特定損害賠償請求之描述²⁷⁰，例如，約定勞工因執行職務致雇主受有一定損害時，勞工應負一定數額之損害賠償責任。反之，在違約金約款中，則多與一定義務違反之情事相連結，例如，勞工在離職後的一定期間內不得競業之不行為義務（競業禁止），或是勞工最少須任職一定期間之義務（最低服務年限）等，這樣一個連結不僅係違約金約款的一大特徵，更是其擔保履約功能之本質使然。

雖然二者具有以上本質上的差異，但無論損害賠償之預定，抑或給付違約金之約定，如係以定型化約款之形態而擬定，則均應受到定型化契約之相關規定或法理之審查。對此，德國民法在第 309 條有關定型化約款之列舉審查的規定中，即清楚對損害賠償總額預定及違約金約款作了不同的審查規定。

首先，在該條第 5 款的規定中，只要約款使用人所擬定之損害賠償總額預定約款，金額超過通常情形依事物常理所能設想之損害或價值之減損，或是禁止相對人證明損害或價值減損根本不發生或遠較預設賠償額為低，該約款即為無效²⁷¹。

至於，第 6 款則明定，如果約款使用人所擬定之違約金條款，係以相對人不受領給付或受領遲延或遲延付款或解除契約時應向條款利用者支付違約金之情形，該約款即屬無效。由此可知，明辦損害賠償總額預定約款，以及違約金約款間之差異，對於該國定型化約款內容控制的層次上，

²⁶⁹ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn.770. 國內文獻上之討論，可參照呂彥彬，《工程契約履約擔保制度之研究》，國立政治大學碩士論文，2007 年 10 月，頁 12-13。另可參照楊淑文，〈消費者借款債務（雙卡債務）之清償不能〉，台灣法學會 2006 年年度法學會會議，2006 年 12 月，頁 19。

²⁷⁰ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn.773.

²⁷¹ 本款規定，原文如下：「5. (Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen) die Vereinbarung eines pauschalierten Anspruchs des Verwenders auf Schadensersatz oder Ersatz einer Wertminderung, wenn a) die Pauschale den in den geregelten Fällen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden oder die gewöhnlich eintretende Wertminderung übersteigt oder b) dem anderen Vertragsteil nicht ausdrücklich der Nachweis gestattet wird, ein Schaden oder eine Wertminderung sei überhaupt nicht entstanden oder wesentlich niedriger als die Pauschale」。本款規定內容之闡述，可參見 Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 309 Nr.5 BGB, Rn.1-11.

實深具意義。²⁷²

(二) 失權條款

所謂的「失權條款」，係指約定當事人之一方不於適法之時期履行其債務時，應失其權利之約款，例如買賣，依所附之失權條款，買受人不於適法之時期支付價金時，出賣人得解除買賣契約，出買人買賣之解除買賣契約後，買受人一旦取得之所有權復歸於出買人，故依失權條款債權人僅回復原有之權利，而在違約金則使債權人取得負有條件之新債權。反之從債務人的角度觀之，失權條款將使相對人僅免其負擔之債務，而違約金之約定將使債務人負擔新債務。²⁷³

第二款 內容控制所需考量之因素

一、異常條款

有關勞動契約中之違約金條款之規制，除了首應確定該約款是否屬於一般所稱的定型化契約外，該違約金約款是否確已納入契約，亦是定型化約款規制的一大重點。一般而言，勞動契約中之定型化違約金條款，如依其情況，尤其是從契約之外觀，顯非約款相對人（即勞工）所得預見，則該約款即屬所謂的「異常條款」（überraschende Klauseln），而不構成契約之內容²⁷⁴。

在我國勞動契約實務上，迄今尚無法院判決以違約金約款顯非勞工所預見而宣告約款不應納入契約之例，這除了是因為我國有關異常條款之討論目前多還是停留在學理層次而未深入法院裁判之故。此外，實務上過於依賴違約酌減規定以兼顧個案中之合理，亦是造成此現象的主要原因（參照「本節、第三款」之討論）。

相對於此，德國法院裁判實務上所提出若干判定違約金條款是否構成異常條款之準則，或許可供我國法院之參考。一般說來，如果違約金約款在契約中所在之標題有隱晦不明的情況²⁷⁵，或是違約金之約定係以難以理

²⁷² 本款規定，原文如下：「6. (Vertragsstrafe) eine Bestimmung, durch die dem Verwender für den Fall der Nichtabnahme oder verspäteten Abnahme der Leistung, des Zahlungsverzugs oder für den Fall, dass der andere Vertragsteil sich vom Vertrag löst, Zahlung einer Vertragsstrafe versprochen wird」。本款規定內容之闡述，可參見 Däubler/Dorndorf/Bonie/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht: Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB, 2. Aufl., München 2008, § 309 Nr.5 BGB, Rn.1-16.; Müko/Gottwald, 5. Auflage, 2007, §339 BGB, Rn.5.

²⁷³ 參閱史尚寬，《債法總論》，1990年8月，頁497。

²⁷⁴ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn.824.

²⁷⁵ Vgl. LAG Berlin 22. 05. 1997, NZA-RR 1998, 53; Erfk/Müller-Glöge, 9. Auflage., 2009, §§339-345 BGB, Rn.10; Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn.824.

解的文字被置於一大串冗長的契約條款中，或是存在於一個無法窺得全貌且難以立即閱讀的契約中時，該違約金約款均應被認為係異常條款而不被納入契約之內容²⁷⁶。

至於，得作為我國法院將勞動契約中之違約金約款認定為異常條款之依據，誠如本文於前之討論，由於我國法制對於非消費關係並未有類似於消保法第 14 條及同法施行細則第 12 條之規定，所以應可透過依法理適用上開規定之方式填補此規範之漏洞。

二、內容控制

就內容控制的部分，在比較法上，德國除了一般性的控制規定外（即民法第 307 條之規定），甚至在第 309 條第 6 款更對違約金條款的控制為列舉之規定（參照「本節、第一款、三、（一）」之討論）。除此之外，對於雇主所預先擬定之違約金約款的合理性，文獻上亦提出幾個應予考量的因素：例如，雇主是否具有擬定此一約款之合理利益？²⁷⁷又雇主就此約款之擬定是否符合「透明性原則」（Transparenzgebot）之要求？²⁷⁸或是雇主所擬定之違約金條款是否以勞工違約具有可歸責性為前提？²⁷⁹雇主所擬定違約金給付之數額是否有過高之情事？²⁸⁰這均係對定型化違約金約款進行內容控制時所應思考的幾個要素。

其中，就可歸責性的部分，如果雇主預先擬定之違約金約款所設定給付條件，完全不以勞工具具有可歸責性為前提，則此類約定由於顯然與違約金給付之本質理念有所衝突，所以一般均會被認為無法通過內容控制之審查而無效。

再者，約款所約定違約金數額是否有過高之情況，亦是違約金約款是否能通過內容控制審查的一大關鍵，舉凡單純數額是否約定過高？違約金數額之計算基礎是否合理？甚至約款是否係在要求勞工填補損害後再行要求違約金之給付等？均屬法院對於違約金約款進行內容控制時所須考慮之重要因素。

第三款 違約金條款受無效宣告之法律效果

勞動契約中之定型化違約金約款如被法院宣告為無效或不納入契約，按理，該約款自始就不具有拘束約款相對人（通常是勞工）之效力，

²⁷⁶ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn.234、824.

²⁷⁷ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn.832-840.

²⁷⁸ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn.841-844.

²⁷⁹ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn.847-849.

²⁸⁰ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn.850-853.

不過，如仔細觀察我國法院裁判實務上之相關見解，則不難發現法院甚少獨立針對約款之效力進行評價，而多循違約金酌減之規定尋求個案中之公平。

然應予以思考的是，這樣一個現況的存在，到底是我國勞動契約實務上所存在的違約金約款均屬公平合理？否則何以在多如牛毛的裁判資料庫中，竟找不到任何一則違約金約款因違反定型化約款控制之規定或法理而被宣告無效之裁判？如果這樣一個現象是源於我國民法中違約金酌減之規定，則該進一步思考者，違約金酌減之規定何以具有排除違約金約款受到定型化約款規制之相關規定或法理的適用？凡此均有釐清之必要。

據此，本文以下首先即先就國內法院裁判上浮濫適用違約金酌減規定之現況分析談起，並檢討國內法院裁判向來混淆「定型化約款公平與否之規制」以及「所約定之違約金數額於個案中是否過高」這不同層次問題之缺失，進而辨正違約金酌減規定之適用時機。

除此之外，有關效力減縮原則是否適用於違約金約款之效力審查，以及於違約金約款被宣告無效或不被納入契約時究應如何處理等事，本文亦擬於本款一併詳論之。

一、國內法院裁判之觀察

有關國內法院實務上過於浮濫適用違約金酌減規定的現象，本文試藉以下兩則法院判決以為觀察。

首先，**台灣高等法院 93 年上字第 299 號判決**，即不直接就此客觀上顯失公平之約款進行效力審查，而是單純以違約金酌減之方式，對於個案進行公平之裁判。此觀判決理由所云：「按約定之違約金額過高者，法院得減至至相當之數額，民法第二百五十二條定有明文。查本件約定被上訴人違約之懲罰性違約金，為被上訴人年薪五倍，雖本件上訴人已自行減縮請求為年薪二倍及月薪十四倍（丁○○部分）計算，但本院審酌被上訴人甲○○於八十九年四月十七日起至九十年十月三十一日止；丙○○自八十九年六月十九日起至九十年十一月十二日；乙○○自八十九年八月七日起至九十一年三月十五日；丁○○自九十年八月十三日起至九十一年六月二十日，在上訴人公司任職期間，分別約一年六月至十月，均為期甚短，所知上訴人營業機密應屬有限，並審酌其可能危害上訴人之程度、其在上訴人公司任職之待遇、擔任之職務及其任職於訴外人立錡公司所得待遇（甲○○為每月八萬零二百元、乙○○四萬五千二百元、丙○○三萬八千二百元、丁○○五萬三千二百元），除甲○○增加約六千元外，餘與原任職公司相當，認上訴人所

主張之以年薪二倍及月薪十四倍計算之違約金數額誠屬過高，爰依被上訴人所請，甲○○、丙○○、乙○○均酌減為年薪一倍計算，而丁○○酌減為月薪七倍計算為適當。而查被上訴人甲○○年薪為一百零七萬五千元、丙○○為四十七萬五千元、乙○○為六十二萬五千元，丁○○月薪為五萬三千五百七十一點四元，為兩造所不爭執，依上計算結果甲○○、丙○○、乙○○應各給付上開年薪之違約金；丁○○則為三十七萬五千元（小數點以下四捨五入），上訴人在此範圍內之請求為有理由，應予准許，至逾此部分之請求及假執行之聲明即失所附麗，應予駁回。」

又如，在**台灣高等法院 96 年勞上字第 79 號判決**一案中，法院曾清楚指出：「被上訴人若違反競業禁止條款之約定，依同條第 2 項第 2 款：「若乙方於本契約期間屆滿或終止之翌日起貳年內，違反前項規定者，乙方同意除賠償甲方因此所受之損害外，並同意以原契約期間乙方所領之全部酬勞總額的壹拾倍計算懲罰性違約金賠償甲方」，即被上訴人同意除賠償上訴人因此所受之損害外，另願給付契約期間內所領全部酬勞總額之 10 倍作為懲罰性違約金，足見：此違約金乃懲罰性質，並非損害賠償預定性質，是被上訴人執詞辯稱：上訴人並未舉證證明其受有之損害云云，自非可採。然按當事人約定之違約金過高者，法院得依民法第 252 條以職權減至相當之數額，惟是否相當仍須依一般客觀事實、社會經濟狀況及當事人所受損害情形，以為酌定標準，最高法院 49 年台上字第 807 號判例可供參照。本院斟酌：被上訴人在上訴人處僅服務 4.5 月，主持 10 檔 Live 電視購物節目，雖有參與及知悉上訴人有關電視購物之各項資訊，惟涉入程度及幅度均相當有限，上訴人受到之影響甚輕，因認契約約定被上訴人應所領酬勞總額 10 倍 168 萬元 作為懲罰性違約金，顯屬過高，爰予酌減為被上訴人應給付所領酬勞 2 倍，即 336,000 元（ $168,000 \times 2 = 336,000$ ）作為懲罰性違約金之數額，以示懲儆。」

細觀這兩件判決所涉之違約金約款，一為按受雇人年薪之五倍計罰違約金，另一則是在受雇人須賠償雇主所受之損害後，再另支付工作期間所獲報酬十倍數額之違約金。單由一般社會通念觀之，前者要求一般受薪階級給付高達「年薪五倍」之違約金（**台灣高等法院 93 年上字第 299 號判決**），已非常人所能負擔，更遑論後一案例中之約款竟然於要求受雇人賠償雇主實際損害後，還應給付「全部工作期間所獲報酬十倍」的違約金（**台灣高等法院 96 年勞上字第 79 號判決**），如此「懲罰性違約金」之約定本就與我國民法填補損害之基本思想多所扞格，按全部工作期間所獲之報酬更難令人想像。

在這兩個相對極端的約款中，我國法院都還未於判決中對於約款公平

性的審查層次上置以言語，故本文認為，依目前法院裁判實務現況，法院似仍未善盡其維持約款合理性之任務。

二、違約金條款之內容控制與違約金酌減之關係

就前開國內法院裁判多以酌減違約金之方式取代對於約款進行內容控制之現況，其實比較法上亦不乏其例。例如，德國法院早期亦認為，當事人所約定之違約金約款縱有明顯過高之情況，這仍不致於導致約款之無效，而僅涉法院應依德國民法第 343 條酌減違約金債務的問題。不過，後來德國聯邦法院則明確否定這樣的處理方式，而其所持之理由，則不外乎有以下幾點：²⁸¹

首先，如果一律以違約金酌減的方式代替約款公平性之審查，這無異「間接」承認效力減縮原則之適用。蓋於違約金酌減方式的運作下，縱然所約定之數額再不合理，只要法院未將違約金債務酌減到零，擬定約款之雇主即仍可獲得最低容忍限度之數額的違約金。而當每一個雇主所預擬之約款有顯失公平之情事，還可以在效力減縮原則的適用下，至少在未達顯失公平之界限內仍為有效，並得為約款使用人所引據時，定型化約款控制所欲追求之目的（維持約款的公平合理），勢必難以達成，約款相對人則必須被迫面對此一超出公平合理範圍之約款，這使其自始遭受須於訴訟中爭議權利義務範圍之風險，在此意義下，毋寧應認為，具有利用契約自由原則而預擬約款之使用人，應該承擔約款無效之全部風險，所以自應否定效力減縮原則之適用。²⁸²而為免效力減縮原則之復辟，自然不應採取以違約金酌減方式取代約款合理性審查之作法。

更重要的是，「定型化違約金約款是否因數額約定過高而無效」與「違約金債務是否過高而應酌減」二者，實乃兩個不同層次的問題。前者著重者，乃所額定之違約金數額是否已經高到令「約款本身」失去合理性的問題，而其目的乃係避免約款之使用者濫用契約自由；而後者所側重的，則是在承認約款係公平合理而有效的前提下，就應給付之違約金數額是否對於個案中之當事人顯有負擔過重一事賦與法院進行「個案」裁量之權限。而唯有約款已通過定型化契約之相關法制的審查後，始有法院是否入個案進行違約金酌減的問題，反之，一個本質上已因被法院宣告無效之違約金條款，無論如何都不可能再有違約金酌減的問題。

正因為以上理由，目前德國法院裁判實務乃推翻早期見解，並指出民法第 343 條關於違約金酌減之規定不得適用於違約金條款因數額約定過高

²⁸¹ Vgl. BGH 7. 5. 1997, NJW 1997, 3233.

²⁸² Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 855.

而被宣告無效的情形，²⁸³文獻上甚至更認為違約金酌減之規定僅得適用於以個別磋商方式所締結之違約金條款。²⁸⁴

反觀我國法院裁判實務，幾乎沒有判決曾對違約金約款是否因為數額約定過高而有顯失公平之情事進行實質的討論，而完全將所有的問題讓法院透過違約金酌減的方式去作個案公平的裁量，推究其原因，或是未意識到「約款之公平性」與「個案之公平」乃兩個不同層次的問題，也可能是完全沒意識到如此廣開違約金酌減規定之大門，將導致「間接」承認在比較法上已被詬病甚久之「效力減縮原則」之結果，使身為約款使用人之雇主藉契約自由不當拘束勞工之企圖更為有恃無恐。

為此，本文認為我國法院當務之急乃應一改向來一律以違約金酌減之方式處理所有問題的心態，讓約款公平性審查的問題回歸定型化契約之相關控制法制，減少過度浮濫適用違約金酌減規定之現況，始為妥適。

三、損害賠償法理之回歸

於定型化違約金約款有無效或不被納入契約的情事時，誠如本文所述，這時既無效力減縮原則之適用，且更非違約金酌減規定所得置喙。此時，應進一步檢討者，乃係勞動契約是否因為契約一部無效而生契約漏洞之問題。

然依本文之所見，於違約金約款有無效或不被納入契約的情況，一般仍難認為勞動契約就特定義務之違反未為違約金約定之狀態即足以構成所謂的契約漏洞，所以當然也沒有所謂漏洞填補的問題。至於，雇主就勞工違約特定行為義務所得主張之損害賠償請求權，則不受任何影響，而損害賠償之範圍，則須回歸民法上之相關規定。由此可知，違約金約款之無效對於雇主最大的影響，乃是訴訟上須證明自身損害之負擔，而這也是違約金約款簡化損害證明俾利權利行使之功能所在。

第四款 幾則德國聯邦勞動法院判決之介紹

由於我國法院裁判實務就違約金條款應受定型化契約相關法制之控制的認識尚淺，而多仍處於以違約金酌減規定對於個案事實進行公平之裁判，故本文在此擬介紹幾則德國聯邦法院所為之裁判，並從其如何宣告違約金約款為無效的理由，以供我國法院實務之參考。

²⁸³ Vgl. BAG 4. 3. 2004, NZA 2004, 727; Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 855.

²⁸⁴ Vgl. Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 856.

一、透明性之要求

首先，就有關德國民法第 307 條所宣示之透明性原則而論，德國聯邦勞動法院在一則判決中即清楚提到，如果一個違約金約款就勞工應給付違約金之違約金情事，「未明確且以令人容易理解」（nicht klar und verständlich）的方式約定於條款之中，則該約款即因違反德國民法第 307 條透明性原則之要求而無效。²⁸⁵

申言之，德國聯邦勞動法院認為，違約金約款中所設定勞工違約之情事，不得以概括之方式定之，而應為具體之設定。舉例而言，如果違約金約款僅規定只要「可歸責於勞工之違約情事」（schuldhaft vertragswidriges Verhalten）²⁸⁶，或是「勞工有嚴重違反契約之情形」（im Falle eines gravierenden Vertragsverstoßes）²⁸⁷，勞工即須給付一定金額之違約金，這類約款即應被宣告無效。蓋此類約款所設定的違約情事，既不夠明確（nicht klar）而有違透明性原則之要求，且亦不夠具體（ohne nähere Konkretisierung）而與法治國原則有所違背，所以應屬無效之約款。反之，如果違約金約款已清楚載明勞工須於特定違約情事發生時（例如，違反競業禁止之義務、違反離職前預告終止之義務、違反最低服務年限之規定），始須為違約金之給付，則此類約款始無違透明性原則之要求。

依此，本文前邊所蒐羅之違約金條款，例如，最高法院 96 年度台上字第 1396 號判決所涉之違約金條款：「被告應服務期間為 15 年，於服務期間內如被告因違反原告公司之工作規則、契約之情事，原告得予調職或解僱；被告如因而被調職或解僱時，應依同條（四）之約定賠償原告」，雖然約款中有提及最低服務年限 15 年等語，但就其所設定勞工應給付違約金之情事，由於僅單純敘明「違反原告公司之工作規則、契約之情事」，而未清楚訂明違反工作規則或契約中之何等義務，故本文認為此一約款即有未臻明確而抵觸前透明性原則之疑慮。

類似的情況，亦存在於台灣高等法院 95 年勞上字第 76 號判決所涉之約款，該違約金約款約定：「乙方取得 A320 型飛機機師資格後，於與甲方約定之服務年限內發生可歸責於乙方之事由，致甲方解僱乙方或乙方辭職者，則依左列情形支付違約金予甲方：（一）乙方之服務期限未達前服務契約所約訂之服務期限，除依該契約支付違約金外，並須再支付違約金壹佰陸拾陸萬元予甲方……」。在此約款中亦僅載明勞工於「約定之服務

²⁸⁵ Vgl. BAG 21. 4. 2005, NZA 2005, 1053. 此判決之介紹可參見 Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 861-864.

²⁸⁶ Vgl. BAG 21. 4. 2005, NZA 2005 1053.

²⁸⁷ Vgl. BAG 18. 8. 2005, NZA 2006, 34.

年限內發生可歸責於乙方之事由」，即應給付一定之違約金，此一約款基本上亦有過於概括而違反透明性原則之不當。

二、額度過高的違約金約定

除違約金約款中所設定之違約金給付要件須符合透明性原則之要求，德國聯邦勞動法院對於數額過高之違約金約定亦多為無效之宣告。舉例而言，就試用期間勞工違反離職前應於一定期間內為預告之義務，而勞動契約有為勞工應給付一定違約金之約定時，德國聯邦勞動法院即明確指明，如果所約定之預告期間僅有兩個星期，而所約定之違約金如果達到相當於一個月的工資，則此約定之違約金數額即屬過高，違約金約款即應為無效之宣告。²⁸⁸

而且，德國聯邦勞動法院甚至更進一步指出，就該約定應給付相當於一個月工資違約金之約款，即便雇主於嗣後僅請求相當於兩個星期工資之違約金，法院對於約款無效之認定亦不因此有所不同²⁸⁹。換言之，無論雇主嗣後請求的數額是否合理，只要約款所約定之數額有過高之情事，法院即應一律宣告其為無效，此亦為德國勞動法院否定「效力減縮原則」之重申。

相對於此，德國聯邦勞動法院對於已過試用期之正式勞工違反預告義務而應給付一定違約金之約款，即尚未有如前之明確表示，而傾向從個案中之違約金條款進行違約金數額是否過高之審查²⁹⁰。惟德國法院裁判實務仍對於勞動契約中之定型化違約金約款是否在數額上有約定過高之情事，多進行積極之審查。

反觀我國法院裁判實務，不僅未清楚辨正違約金約款是否因顯失公平而無效，以及個案中是否應為違約金酌減乃兩個不同層次之問題，而仍停留在以違約金酌減規定處理所有問題之階段（參照本節、第三款之討論），甚至迄今為止之判決幾乎未有對於約定過高違約金進行約款控制之適例，此一現象實應予以辨正，而前開本文所介紹之外國判決，正可作為今後我國法院裁判實務之參考。

三、過度擔保之禁止

在德國法院裁判實務上，雇主是否藉由違約金約款而獲得「過度之擔保」（Übersicherung），這也是法院在對約款進行內容控制時所應考量之

²⁸⁸ Vgl. BAG 4. 3. 2004, NZA 2004, 727.

²⁸⁹ Vgl. BAG 4. 3. 2004, NZA 2004, 727.

²⁹⁰ Vgl. BAG 21. 4. 2005, NZA 2005 1053.

重要因素。

例如，德國聯邦勞動法院在一個競業禁止的案例中，雇主所預擬之定型化違約金條款即記載，當勞工違反本契約所定之競業禁止義務時，勞工應給付相當於一個月到三個月間工資數額之違約金，惟該數額須由勞工義務違反之嚴重性來予以確定。²⁹¹此一約款即被聯邦勞動法院認為有致使雇主獲得「過度擔保」之嫌疑，違反德國民法第 307 條第 1 項第 1 句約款有顯失公平之情事，而應屬無效之約款。²⁹²

再者，德國聯邦法院對於連結違約金與損害賠償之約款 (Kombination von Vertragsstrafe und Schadensersatz)，亦曾為約款顯失公平而無效之宣告。²⁹³

例如，在一個由雇主所預擬之定型化違約金條款中記載勞工在違反特定義務時 (例如：競業禁止義務)，勞工除了應給付一定數額外，雇主尚得保留就其他額外之損害請求賠償之權利。²⁹⁴這樣一個約款，亦被德國聯邦法院認為構成所謂的「過度擔保」，所以約款應全部無效。

²⁹¹ Vgl. BAG 18. 8. 2005, NZA 2006, 34. 類似之約定，例如：「Der Mitarbeiter hat im Falle eines gravierenden Vertragsverstoßes (etwa gegen das Wettbewerbsverbot, die Geheimhaltungspflicht oder bei einem Überschreiten der Befugnisse aus seinen Vollmachten) für jeden Einzelfall eine Vertragsstrafe in Höhe des ein bis dreifachen Betrages des jeweiligen Monatsgehaltes oder nach seinem Ausscheiden des letzten Monatsgehaltes an die R zu bezahlen. Die genaue Höhe wird vom Arbeitgeber festgesetzt und richtet sich nach der Schwere des Verstoßes.」，此例引自 Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 880.

²⁹² Vgl. BAG 18. 8. 2005, NZA 2006, 34; Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 879.

²⁹³ Vgl. BGH 12. 11. 1991, NJW 1992, 1097; Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 881.

²⁹⁴ Vgl. BGH 12. 11. 1991, NJW 1992, 1097. 類似之約定，例如：「Der Mitarbeiter hat bei einem Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot eine Vertragsstrafe in Höhe eines Bruttomonatsgehalts zu zahlen. Der Arbeitgeber behält sich die Geltendmachung eines darüber hinausgehenden Schadens vor.」，此例引自 Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 882.



第六章 結 論

第一節 研究成果

關於本論文之研究成果，茲分述如下：

一、釐清定型化勞動契約控制之適用依據

在本論文之第二章中，首先論述定型化契約的發展及其功能及弊端，從契約自由、契約正義思維出發，簡述定型化契約條款控制之傳統學說。此外，亦從協商成本的觀點以及導致勞僱雙方協商均勢欠缺之原因，論證定型化勞動契約應受控制之必要性。

有關定型化勞動契約條款之控制，於尋求制定法上之規範時，卻因消保法本身在立法定義上之限制，定型化勞動契約既非屬消保法第 2 條定義中之「消費關係」，勞工與雇主更非屬條文意義下之「消費者」與「企業經營者」，基於此一原因，在法院裁判實務中，當涉及定型化勞動契約之爭議時，絕大多數法院見解皆否定消保法規定之直接適用，因而定型化契約在制定法之依據，即為民法第 247 條之 1 之規定。惟民法第 247 條之 1 之條文，主要在處理定型化約款效力之問題，性質上為內容控制之規範，至於有關定型化契約條款「納入之控制」及「不明確條款解釋原則」等問題在民法上並無規範上之依據，在此即有規範適用上之疑義。此等規範之欠缺是否代表定型化勞動契約條款並無其他定型化約款控制之需求？或有異於一般定型化契約之原因，致使勞動契約被排除於一般定型化契約條款控制之審查體系？上開疑問皆有待釐清。

對此問題，本文從比較法上的角度觀察德國法制在定型化勞動契約法制上之發展，其從明文否定勞動契約得適用定型化契約法到不排除定型化契約法之適用，立法者已表明了勞動契約亦得成為定型化契約條款控制之對象。舊法（AGBG）時代的立法者所認為應予排除勞動契約適用之理由在於：可藉由勞動法眾多之「強行規定」或藉由團體協約等集體協商機制平衡勞資雙方間締約地位之差距、確保勞工之利益。惟從德國法上之經驗顯示，上開機制在實際的情況下，往往未能充分發揮其作用，而達到保護勞工之目的。從而此等理由對於新法之立法者而言，並不構成排除使勞動契約於定型化契約法適用範圍外之理由。

回到我國法之討論，鑑於我國在集體協商制度並不發達，在勞動法領域的規範密度往往也不如德國法制，上開論述自不足以成為我國法上否定勞動契約受有定型化契約條款控制之理由。再者，在現行法下已有民法第 247 條之 1 之規範適用，更能證明在我國法之體系下勞動契約應有適用定

型化契約法制之基礎。然而在其他控制措施未有可直接適用之法律規範之情況下，法院為個案之裁判時，是否可因法無明文而直接拒絕適用不無疑義。對此問題，德國法院裁判實務在舊法時代，雖受制於定型化契約規制法明文，而排除勞動契約之適用，然法院裁判仍時常援用定型化契約條款控制之法律原則，在具體個案作為裁判之依據，此種作法可供我國法院裁判實務參考。

為了更進一步釐清定型化勞動契約在我國法下應為如何適用，本文在第二章第四節中，簡述國內學者之討論，從民法第 247 條之 1 之立法過程中，推知此一規範上的欠缺應為立法漏洞。對於此種漏洞填補之方式，本文採取學說之見解，認為應以「法理適用說」較為妥適。換言之，有關定型化勞動契約控制之法律依據，除了在內容控制之審查應適用民法第 247 條之 1 之規範外，當涉及到定型化契約條款之認定、個別磋商條款之優先性、定型化勞動契約條款的納入控制，不明確條款之解釋原則時，應參酌消保法第 11 條第 2 項、第 13 條、第 14 條及第 15 條之規定，以之作為法理而為適用。

二、定型化勞動契約控制體系

(一) 定型化契約條款定義之檢討

定型化契約條款固然是約款使用人預先擬定契約內容，以供多數契約之用，然而消保法關於定型化契約之定義，卻在第 2 條第 7 款加上為了「不特定」多數消費者之用，此為民法第 247 條之 1 條文文字所無。然部分法院實務見解仍援用此要件以作為定型化勞動契約條款之判定，此等解釋適用是否適當即有疑問。對此本文採取否定之見解，理由略為：

首先，若從定型化勞動契約之制定法依據言之，民法第 247 條之 1 條文文義並未對於定型化契約條款之定義加上此等要件。

再者，若依照實務見解，將民法第 247 條之 1 之適用限制在約款相對人為「不特定人」時，則將造成以下之結果：雇主於僱用勞工時，針對勞動關係間之事項，若以預先擬定之內容作為與多數勞工締約之用時，其可能因為應徵職位的性質，而其預想的對象為「不特定相對人」。然而，在勞動關係存續中，雇主可能基於企業利益或其需求，預先擬定有關「限制勞工權利」或是「增加勞工義務」之契約條款，此時，不論雇主所擬的約款是用於少數特定職位勞工，或者是用於全數事業單位之勞工，依照上開實務見解，其皆屬於針對「特定對象」勞工所擬之約款，而不屬於民法第 247 條之 1 之適用範圍。在結果上將導致此種雇主於勞動關係存續中所擬

定的約款，即可免受內容控制之審查。此種肯定定型化契約條款應針對「不特定相對人」之見解，可能實質上造成勞僱關係存續中之約款，因不符合上述要求而排除民法第 247 條之 1 規定之適用，而大幅縮減該條之適用空間外，也增加了當事人為免除契約條款受內容控制審查的可操作性。試想，若雇主欲使勞工於離職後負有不得與之競業之不作為義務，而預先擬定「競業禁止條款」，然依上述實務見解，尚可能因為雇主與勞工締約時點之先後，而造成其中一約款須受內容控制，而另一約款不受內容控制之不公平結果。

又，從民法第 247 條之 1 的立法目的言之，其所著重者在於平衡締約當事人雙方之實力間之差距。勞動契約之當事人（即雇主與勞工間）在本質上正是處與此種經濟、締約實力上不平等，勞工不只在締結契約之時處於劣勢，於勞動關係存續中，此種實力上之不對等並未因此而有所減緩，勞工甚至為求保有工作，更有可能因此接受雇主不合理之要求，故此時雇主單方預先擬定之約款更有受到內容控制審查之必要性。

綜上所述，只要是雇主為與多數勞工締結勞動契約而所預先擬定條款內容，即應符合民法第 247 條之 1「定型化勞動契約條款」之要件，並不須以相對人為不特定人為要件。部分實務見解認為定型化契約條款之約款相對人應為不特定之多數人，並以此認定雇主對於同類契約所預先擬定之約款非屬定型化契約條款。此種見解不但增加了民法第 247 條之 1 條文本本身所無之限制，甚至背離該條之立法目的，大幅限縮勞動契約適用本條之機會，實屬不當。

（二）工作規則法律性質之闡明

有關工作規則之法律性質，在學說上素有爭論，而依據學者對於最高法院 88 年度台上字第 1969 號判決之觀察，其認為最高法院對於工作規則之法律性質應是採取「定型化契約說」。惟本文以為最高法院在判決中所提及：「勞工與雇主間之勞動條件依工作規則之內容而定，有拘束勞工與雇主雙方之效力，而不論勞工是否知悉工作規則之存在及其內容，或是否予以同意，除該工作規則違反法律強制規定或團體協商外，當然成為僱傭契約內容之一部。」似與「定型化契約」之本質有違。依最高法院之見解，縱使勞工不知悉內容，或是雖知悉但不同意工作規則之內容，仍有拘束勞工之效力，此似與契約法中「意思合致原則」有違。當然，基於與多數人締約之特質，有時無法要求約款使用者一一對於相對人明示契約內容，然參酌消保法第 13 條之規定，若明示其內容顯有困難者，應以顯著方式公告其內容。並經約款相對人同意受其拘束者，該條款始得成為契約之內

容，換言之，也只有相對人可以清楚地看出，約款使用人只願依其條款訂約，而相對人亦無反對之意思表示時，才可認定此有約款使用人默示之同意，從而最高法院之見解，在內涵似與定型化契約理論已有背離之處，並非一般認知下的定型化契約。

本文參酌學說見解，認為針對工作規則爭議問題之處理，似應依系爭規範屬於雇主之指示權或是定型化契約條款而異其處理方式，當涉及雇主指示權之行使時，應適用「權利行使」控制之規範；反之，若該規範性質為定型化契約條款時，則應循定型化契約條款之控制模式而加以處理，於約款之內容控制，應以民法第 247 條之 1 為依據。

首先，實務以統一之方式處理工作規則之問題，在結果上雖有解決勞僱雙方爭議之功能，惟若雇主將性質上屬於定型化契約條款之規定訂於工作規則中，可能違反「相同事物，應為相同處理」之法律原則。以調職條款為例，一旦雇主所預定之規範逾越原本勞動契約之範疇，即非屬指示權之範圍，此種約款在性質上應屬於定型化契約條款，原則上應受定型化契約條款控制以審查其合法性，惟依現今之實務見解，只要是訂於工作規則中之調職條款，在判決中多半會遵從最高法院之見解，以合理與否作為該規定是否對於勞工具有拘束力之標準。反之，若調職條款規範於制式文書，而由雇主對勞工提出者，此種約款原則上應受到定型化契約條款控制之審查，而若是內容同一之約款，僅因為訂於不同的文書中而有不同的審查方式及理解，在法律之適用及解釋上似有不當之處。

再者，「權利行使之控制」與「定型化契約條款之控制」，兩者雖皆是源於誠信原則之思想，然而，前者所針對之客體為雇主行使權利時所為之控制，而後者主要是針對定型化約款之本身，藉由條款「納入契約之控制」、「不明確條款解釋原則」及「定型化契約條款之內容控制」，使約款相對人不受「顯失公平」約款之拘束，兩者在法律體系上有其不同之功能及目的，從此觀點出發，本文以為似應區分工作規則中所訂規範之性質，而為不同之處理，應屬較為妥當之作法。

（三）最高法院見解之不當

依據最高法院之見解，其認為民法第 247 條之 1 之各款事由，係指一方預定之該契約條款為他方所不及知或無磋商變更之餘地，始足當之。此外，其認為定型化契約條款因違反誠信原則顯失公平而無效者，係以當事人之一方於訂約當時處於無從選擇締約對象或無拒絕締約內容餘地之情況，而簽訂顯然不利於己之約定為其要件。

對於最高法院之見解，學說多持質疑之態度。首先，由條文文義上觀之，本條所規定之各款事由是約款當事人以預先擬定之約款，約定減輕或免除自己責任（第 1 款）之約款，或預定對於他方當事人有重大不利益之內容（第 2、3、4 款），此似與條款內容「為他方所不及知或無磋商變更之餘地」無直接關連，其意義反而與「定型化約款訂入契約」或「個別磋商條款之認定」有關。

再者，在約款是否顯失公平之判斷上，最高法院對之加諸了「無從選擇締約對象」、「無拒絕締約內容餘地」之見解，亦有不妥，蓋「締約對象的選擇」而言，消費者儘管有多家廠商可供選擇，然而各廠商卻經常使用即為類似甚至完全相同的定型化契約條款，縱然在形式上可供消費者選擇不同之締約對象，然消費者所要面臨者為相同之約款，難道可因為形式上的選擇自由，而一概認定所有廠商之定型化契約條款皆無違反誠實信用或顯失公平？由此顯見最高法院的見解極為不妥。而最高法院所謂「無拒絕締約餘地」之要件，似乎難以想見，以就運用定型化契約最為廣泛之消費者契約而言，除了民生必須之商品或服務外，一般情況下似乎少有無從締約之情況，若嚴格依此要件判斷，則幾乎無法認定此類交易的定型化契約條款有違反誠信原則或顯失公平之情事。

此等說明對應到定型化勞動契約中亦會發生上開學說所述之情況，在勞僱關係之實態上，甚難想見會有所謂「無拒絕締約之餘地」或是「無從選擇締約對象」之情況，若直接依其文義藉以作為判斷約款效力之標準時，恐難使民法第 247 條之 1 發揮作用，因為在實際的情況上，甚難有約款相對人完全無法選擇締約對象或者完全無法拒絕締約之內容；然若對此採取寬鬆之解釋，又將使標準不一，例如部分下級審法院判決雖同樣引用最高法院之論述，然在解釋上似有相當大的空間，若任由法院依據個案情況而為解釋，恐將流於恣意，所謂標準之確立，亦不再具有實質上之意義。由此觀之，最高法院之見解並無助於民法第 247 條之 1 對於「顯失公平」之判斷，此等見解並不恰當。

三、說明定型化勞動契約條款無效或不納入契約之法律效果

（一）規範的選擇上應以依法理適用消保法第 16 條之規定

由於定型化勞動契約並無消保法之直接適用，當定型化勞動契約條款有無效或不納入契約之情事，契約之其他部分是否應回歸民法第 111 條之適用？本文認為不宜以民法第 111 條作為適用之依據，就勞動契約之本質為繼續性債之關係而言，若依本文「一部無效、全部無效」之原則規定，將產生各種給付難以返還之問題。再者，勞工對於雇主具有人格上之從屬

性及依賴性，此種從屬性及依賴性之強度亦會隨著勞動關係存續期間拉長而增加，故若貿然認定其契約關係無效，對於勞工本身將會遭受極大之不利益。又，勞動法本身有許多之強行規定，若因約款無效導致契約之全部無效，將使無法適用上述之強制規定，使保護勞工之目的不達。而民法第 111 條但書之適用雖可能在定型化勞動契約一部無效時，維持契約其他部分之效力，惟作為例外的適用原則，在實際個案中將造成勞工舉證上之負擔。從而，定型化勞動契約之一部無效，並不宜適用民法第 111 條之規定。

再從定型化契約法制的規範體系觀之，之所以對於約款之內容為內容控制之審查，本即在於平衡契約雙方當事人間之締約實力不平等，約款使用者既可預先擬定契約條款，在約款內容有顯失公平之情事時，其自應負擔約款無效的風險，除去不公平之約款後，其所剩餘者，客觀上應是相對人所期待的內容。若因無效之約款導致契約之整體無效，反而使得具有締約需求之相對人承受不利益。而勞工對於勞動契約之存續的利益更甚於一時性的消費契約，且定型化契約條款本身之無效並不影響契約其他部分之效力，應為定型化契約理論之基本原則，基於以上之理由，本文認為有關定型化勞動契約條款有不被納入契約或無效之情事，應參酌消保法第 16 條規定，以之作為法理加以適用。

（二）定型化勞動契約條款不宜適用「效力減縮原則」

有關定型化勞動約款之效力，在我國法院實務裁判上有依職權將約款效力減縮至合理範圍之作法，然而此種作法是否適當，仍有爭議。對此問題，本文參考國內學說及德國實務學理之文獻，認為基於以下之理由，應採取否定之見解：

從法條規範的形式觀之，消保法第 16 條並無法成為肯定效力減縮原則之法律依據，蓋所謂約款一部無效，應以約款具有可分性為前提，此絕非意味著法院可不顧契約內容之文義，而自行加以減縮。且「無效」本應為自始、當然無效，法院有何職權可讓無效約款得以復活，實難理解。

另實質之理由言之，由於契約條款本身係由雇主所預先擬定，雇主應負擔系爭約款歸於無效之風險。為了保護定型化約款之相對人，使其免受顯失公平約款拘束，亦為督促雇主謹慎擬定公平合理之約款，不應承認「效力減縮原則」於勞動契約之適用。

再者，雇營業利益之維護並不足以作為承認定型化勞動契約適用「效力減縮原則」之理由，當約款被宣告無效後，若因此而存在契約漏洞，

法院仍得斟酌契約目的、誠信原則或交易習慣等填補，雇主之營業利益仍得藉由任意規定或補充性契約解釋獲得一定程度之保障。而效力減縮原則與契約漏洞的補充方式在操作上仍有區別，後者在適用過程及結果上對於相對人較為有利，就此而言，並不宜承認效力減縮原則之適用。故國內若干傾向採取肯定「效力減縮原則」之法院裁判，似有再予以商榷之必要。

四、個別約款之檢討

在個別約款之檢討，本論文利用大量觀察法院實務裁判之方式，歸納出法院對於個別條款判斷之見解，藉由學說見解之討論及比較法之觀察，提出實務見解應加以檢討之處，最後規整出個別約款之判斷依據及具體衡量標準，茲分述如下：

（一）調職條款

1、調職爭議審查體系之建構

觀察國內法院裁判實務之見解，不論是調職條款訂於定型化勞動契約或是工作規則中，多數判決寬認雇主具有調職命令權，並依個案將審查之重點置於調職五原則之審查及權利濫用之控制，而非約款效力本身之審查，對此，本文以為權利行使之控制與定型化契約條款之控制應屬不同層次之問題。

且有關職務或工作地點之調動，涉及到雇主指示權之範圍，若雇主對於地點或職務之指示在指示權之範疇內，所涉及者應為權利行使之控制；當然，雇主為擴大指示權之行使，可與勞工締結調職條款，以此約款賦予雇主將來調動勞工職務或地點之權利，然並非所有調職條款之締結即可成為雇主調動勞工之依據，蓋此等約款若為定型化契約條款，自應受有定型化契約控制之審查。

承上所述，對於調職問題之性質及審查，本文參酌國內學說、德國文獻之討論，認為調職問題應分三階段判斷：

第一階段

應判斷雇主是否有調動之權利，除非勞動契約有明文排除雇主調動之權限，否則即涉及到雇主之指示權範圍，若肯認雇主有權對於勞工為調職之指示，此時即應判斷是否有違反權利濫用或誠信原則之問題，其法律之依據為民法第 148 條之規定。

第二階段

若雇主並無調動之權利或調動之命令，已逾越指示權之範圍，則須判斷是否有勞工之同意，在此所涉及者即屬調職條款之締結，除非能判定雇主與勞工對於此等約款已為個別之磋商，否則只要是由雇主單方提出，為多數使用之契約條款，則應屬定型化契約條款，針對條款之本身當然受有定型化契約控制之審查，針對定型化勞動契約之控制，原則上得參酌消保法之法理，應並以民法第 247 條之 1 為依據。若該約款因違反誠信原則而有顯失公平之情事而被認定為無效，有關約款無效後之問題則可參酌本論文第四章之論述；若約款為有效，雇主因此而得擴大對於勞工調職指示之權利，在實際權利行使時，若有違反誠信原則或是權利濫用之情況時，仍受有民法第 148 條規定之限制。

第三階段

若雇主既無調動之權限，雙方間亦未對於調職之事項有所約定時，則應在「企業經營之必要性」與「勞工期待可能性」兩點上，本於各種具體因素與標準，對勞資雙方做利益衡量，於利益衡量時，則可參考調職五原則之標準。但此並非列舉窮盡，最主要仍應回到上述的標準，針對具體個案而為衡量。

在此階段中，本文以為當雇主基於企業經營或其他因素，而有必要對勞工為調動措施時，其所涉及之制定法規定即可能為民法第 227 條之 2「情事變更原則」，根據本條第 1 項規定，契約成立後，情事變更，非當時所得預料，而依其原有效果顯失公平者，當事人得聲請法院增、減其給付或變更其他原有之效果。依據通說之見解，情事變更原則乃源自誠信原則，其目的在於排除不公平之結果，以達公平正義之理想，故其法律效果無法作一般性之規定，而須視各種法律關係之樣態，在誠信衡平原則下作不同之處理。適用情事變更原則的法律效果之一，即是得請求為契約之調整，從而，若雇主依據原本之契約無法具有調職之權利，卻因企業經營之所需，而有對勞工為調職之必要時，即可依本條之規定，請求法院為契約之調整。

2、調職條款審查標準

觀察我國勞僱雙方間所慣用之調職條款，其多僅有簡短地而概括地規定勞工應接受雇主為工作職務或地點之調動，對於可能調動之職務內容或工作地點通常未予訂明。我國法院對於調職條款之態度，大多不對此等條款為定型化契約控制之審查，判決中論及民法第 247 條之 1 者甚少，更遑論因此規定而被宣告無效之約款，在本文所蒐羅的判決中，僅有高雄地方法院 96 年度雄勞簡字第 33 號一判決，以違反本條第 3 款而認定調職條款

為無效。

若參酌德國法之討論，原則上雇主應不得在調職條款中預先擬定有關調降勞工職務及約定調職地點過遠之內容，而依據德國民法第 307 條第 1 項第 2 句之規定，條款不明確或無法理解者，亦得被認為顯失公平，此即「透明性原則」之明文規定，而內容過於模糊、約定過於概括之調職條款，將因違反明確性、具體性之要求，而無法通過「透明性原則」之審查，此種約款將因上開民法之規定因顯失公平而為無效。

然而我國法院似未意識到當調職條款之文義不夠具體明確，若欲以此等約款拘束勞工，對於勞工而言將有重大之不利益，在實際的作法上，幾乎是廣泛地寬認調職約款效力，而不對約款進行內容控制之審查。對此，本文認為有值得檢討之處，雖然實務判決多以權利行使之控制，如權利濫用或調職五原則以謀求個案之公平，惟本文以為此屬不同層次之問題，基於保護勞工不受不適當約款之拘束之觀點，有必要針對調職條款為實質之審查。

（二）最低服務年限條款

觀察法院實務對於最低服務年限約款之態度，有關此等約款之效力，依現今實務的多數見解認為，只要約款未違反公序良俗及法律強制禁止規定，且符合誠實信用原則，法院大多認為此類約款有效，勞工必須受其拘束，僅有少數的判決宣告此約款無效。在近期的判決中，雖有論及以民法第 247 條之 1 條作為審查依據，惟多數法院之見解仍認為此類約款並無顯失公平之情事，而應屬有效。

除了寬認約款之效力外，部分判決時常利用違約金酌減之方式尋求個案之公平，縱使在個案中法院認定雇主並無給予勞工任何之訓練之情況下，仍然不直接宣告約款無效，反而認為僅是違約金酌減之問題。本文以為上開見解實有可議之處，蓋「定型化約款公平與否」與「所約定之違約金數額於個案中是否過高」應為不同層次之問題，只有當約款通過內容控制之審查後，才有違約金酌減之問題，而上述約款在本質上即欠缺約定之必要性，既然雇主未對勞工施以任何有金錢價值之訓練措施，卻欲以定型化契約條款限制勞工終止權之行使，在勞僱雙方利益的衡量上即應被認定為顯失公平，不應再維持約款之效力。部分法院實務見解實應再予商榷。

有關定型化最低服務年限條款之效力判斷，本文認為在應以民法第 247 條之 1 作為適用依據，並應依序對約款進行「必要性」及「合理性」之衡量。首應判斷約款是否具備「必要性」，即指雇主對於特定勞工有額

外的資助，而有以最低服務年限條款保護之必要，參酌德國法之討論，雇主所為之措施，應對於勞工而言構成有價值之利益，就此可參酌德國法上之討論。若約款具備「必要性」，則應審酌其是否具有「合理性」，其可參酌之標準有（1）訓練時間與最低服務年限間之比例關係；（2）雇主所花費之成本，當雇主花費越多費用，其與勞工約定較長服務年限之合理性也就越長；（3）補償措施；（4）勞動力替代之可能以及（5）其他足以影響服務期間合理性的情形。若約款可通過「必要性」及「合理性」標準之審查，則該最低服務年限約款應為有效，而發生拘束勞工之效力。

此外，在約款的法律效果上，部分實務判決認為當約款所約定之最低服務年限約款之限制期間逾越合理限度，法院得依職權將約款之效力縮減至合理範圍，此涉及到「效力減縮原則」之適用；亦有判決是認為合理於否僅為違約金酌減之問題，在結果上似間接導致效力減縮原則運用，對此問題，本文對此採取否定見解，理由已於前述，不予重複。

最後，本文參酌國內學說及德國法上之討論，認為當涉及最低服務年限條款之爭議時，法院應以個案之情況，運用民事訴訟法第 277 條但書之規定，應適當地對於舉證責任之分配加以調整。

（三）離職後競業禁止條款

有關離職後競業禁止約款效力之審查，觀察最高法院迄今以來之見解，認為離職後競業禁止約定只要經由勞工之同意並在合理限度內，則與憲法保障人民工作權之精神不相違背，亦未違反其他強制規定，且與公共秩序無關。若依照最高法院之見解，則競業禁止約款甚難被認定為無效。反觀下級審法院對於競業禁止約款效力之判定，自台北地方法院於 85 年度勞訴字第 78 號判決中提出判五項具體標準（五標準說）後，實務上即廣泛運用上開標準作為競業禁止約款合法性之判斷標準，僅有在個案中法院所採取之標準略有差異（三標準說、四標準說）。在上開具體標準之運用下，法院對於競業禁止條款效力之審查，增加了明確性及可預見性。

當涉及離職後定型化競業禁止約款效力之審查時，上開實務頗為倚重之標準是否有審查順序之先後，其與民法第 247 條之 1 的關係為何，不無疑義。首先，在定型化競業禁止約款中，應以民法第 247 條之 1 作為約款效力判斷之法律依據，而實務所發展出五原則（五標準）在法益權衡之觀點上，則具有補充之功能。再者，本文參酌國內學說及德國商法第 74 條以下之規定，認為競業禁止約款應依以下之順序加以審查：首先應判斷「有無約定競業禁止約款之必要性」，在此應判斷雇主有無值得保護之正當利益，並視勞工是否客觀上有侵害雇主前述值得保護之營業秘密或重大經營

資訊之可能性。再者，應判斷「所約定之競業禁止範圍是否合理」，在此應衡量競業禁止行為之種類、禁止之期間及禁止之地域範圍是否合理適當。最後，本文認為從定型化契約法之觀點，在一般情況下原則上即須以「是否給予勞工合理補償」作為定型化競業禁止約款之生效要件。蓋勞工於離職後原則上無不為競業之義務，且勞工本依賴其勞務所得以維持生活水準，當雇主欲對其為限制時，必須要對勞工予以補償，始能平衡勞工因競業禁止約款所生之重大不利益，從此觀點出發即似應認為在約款效力之判斷上，應以雇主是否給予補償作為要件，較為妥當。

至於定型化競業禁止約款之效力，國內固有部分法院判決在個案中將競業禁止行為之種類、競業禁止之地域範圍、競業禁止期間縮減之合理之程度，對於此種與「效力減縮原則」雷同之作法，本文並不表贊同，由於我國法中並無如同德國法商法第 74a 條之規範，得以之作為可能承認效力減縮原則之基礎，自應回歸定型化契約法之原則，以否定「效力減縮原則」為宜。最後，本文認為當涉及定型化競業禁止條款之爭議時，法院應以個案之情況，運用民事訴訟法第 277 條但書之規定，應適當地對於舉證責任之分配加以調整。

（四）違約金條款

依據本文對於實務見解之觀察，法院甚少獨立對於違約金約款效力進行評價，多循違約金酌減之規定尋求個案中之公平，從筆者所蒐羅之判決中，竟無法找到一則違約金約款因違反定型化契約控制之規定或法理而被宣告無效之裁判，即使是在違約金約定之金額高達年薪五倍、甚至是全部工作期間所獲報酬十倍之約定，我國法院都並未於判決中對於約款公平性的審查層次上置以言語，因此本文認為從法院裁判實務的現狀觀之，法院仍未善盡其維持約款合理性之任務。

對此，參酌德國實務學理之討論，認為「定型化違約金約款是否因數額約定過高而無效」與「違約金債務是否過高而應酌減」，兩者間應屬不同層次之問題，前者著重者，為所約定之違約金數額是否已經高到令「約款本身」失去合理性的問題，而其目的乃係避免約款之使用者濫用契約自由；而後者所側重的，則是在承認約款係公平合理而有效的前提下，就應給付之違約金數額是否對於個案中之當事人顯有負擔過重一事賦與法院進行「個案」裁量之權限。而惟有約款已通過定型化契約之相關法制的審查後，始有是否依個案進行違約金酌減的問題，反之，一個本質上已因被法院宣告無效之違約金條款，無論如何都不可能再有違約金酌減的問題。本文認為我國法院當務之急應一改向來一律以違約金酌減之方式處理所

有問題的心態，讓約款公平性審查的問題回歸定型化契約之相關控制法制，減少過度浮濫適用違約金酌減規定之現況，始為妥適。

此外，依本文之所見，於違約金約款有無效或不被納入契約的情況，一般仍難認為勞動契約就特定義務之違反未為違約金約定之狀態，即足以構成所謂的契約漏洞，所以當然也沒有所謂漏洞填補的問題。至於，雇主就勞工違約特定行為義務所得主張之損害賠償請求權，則不受任何影響，而損害賠償之範圍，則須回歸民法上之相關規定。由此可知，違約金約款之無效對於雇主最大的影響，乃是訴訟上須證明自身損害之負擔，而這也是違約金約款簡化損害證明俾利權利行使之功能所在。

第二節 立法展望

針對定型化契約控制之制定法上規範，主要係訂於民法第 247 條之 1 及消保法第 11 條至第 16 條中。而依現行之法律狀態，定型化勞動契約除了以民法之規定作為定型化契約條款判定及內容控制之依據外，對於消保法相關之規定，定型化勞動契約僅能透過依法理適用之方式為之。當然，為使定型化勞動契約之控制在將來能有更明確之法律適用依據，似有必要以修法之方式明訂完整之規範體系。對此，本節將參酌國內學說及德國法之立法例，擬先針對現行法規加以檢討，並觀察德國民法第 305 條至第 310 條之規定以及勞動契約法討論草案（Diskussionsentwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes），提出在我國將來修法之方向。

一、制定法之檢討

（一）定型化契約條款之定義之檢討

若從民法第 247 條之 1 於消保法第 2 條第 7 款觀之，可得出在制定法之下，判定「定型化契約條款」之要件至少有：（1）預先擬定之契約條款；（2）該契約條款用於同類契約。若依消保法之規定，尚須「企業經營者與不特定多數消費者締結契約」為前提要件。

對於上開制定法之要件，有若干值得檢討之處，以「該契約條款用於同類契約」而言，學說對此有所批評，蓋定型化契約條款之判定重點應在是否為事先擬定，他方當事人無從對於契約內容有所影響，故其是否預定用於「同類契約」並不重要，我國法卻將此點當成適用之要件，並非妥適。

再者，從比較法之觀點言之，德國民法第 310 條第 3 項第 2 款規定：「本節之規定，就企業經營者與消費者間之契約（消費者契約），依據以下之標準適用之：...2.對於事先擬定之定型化約款，縱然其僅供一次之使

用所定，而消費者由於其事先擬定，對於內容並無任何影響力者，本法第 305c 條第 2 項及第 306 條、第 307 條至第 309 條及民法施行法之規定亦適用之。」換言之，對於一次性使用之契約，亦因該條規定而適用及於「不明確條款解釋原則」，且應受內容控制之審查。而勞動契約亦屬本條規定下之消費者契約，故仍有本條規定之適用，此可供我國作為修法上之參酌。

（二）納入控制規範之檢討

從消保法第 13 條及第 14 條規定之文義觀之，其皆以「定型化契約條款未經記載於定型化契約中」作為適用之前提要件，若嚴格依文義解釋，則僅有在約款使用人對於未經記載於定型化契約中之條款，始有明示內容之義務；定型化契約條款亦僅有在未經記載於定型化契約中，始能成為消保法第 14 條意義下之異常條款。

學說上大多對此種立法方式有所批評，無論是從定型化契約理論或是條文之立法目的之理解，均應認為任何一個定型化契約條款在訂約之前，都應該給相對人瞭解內容之機會；再者，之所以排除「異常條款」成為契約內容，目的在於維護契約正義，貫徹交易誠信，條款應以契約相對人依正常情形所得預見者為限，始能成為契約內容，而具有拘束契約相對人之效力。對於不被訂入定型化契約之約款，固然應加以保護，然而在實際上更常發生的是因定型化約款字體細小、不易閱讀，或事涉專業，難以理解，故一般消費者雖知有系爭契約條款存在，甚至同意以之為契約內容，惟在同意前可能並未細讀該條款，或者即使細讀條款仍無法理解其中意義，此等約款對於相對人而言，亦屬於「異常」之情況，不應將其排除在「異常條款」的保護範圍外。

（三）內容控制規範之檢討

有關定型化契約條款之內容控制，觀察我國制定法之規定，有相當大程度是參考德國法之規定，尤其是消費者保護法第 12 條之規定，無論是條文體例或用語，與定型化契約條款規制法（AGBG）第 9 條（現為德國民法第 307 條）極為雷同，雖然如此，消保法卻未繼受該法第 10 條及第 11 條所列禁止記載之條款（現規定於德國民法第 308 條及第 309 條）。對此，我國學者認為德國法在民法第 308 條及第 309 條對關於「有評價機會之條款禁止」及「無評價機會之條款禁止」均有精確的規範，較我國的消保法具體，在現行法的體系下，其可以作為我國解釋法律及契約條文之參考。

此外，德國在定型化契約規制法中雖無「透明性原則」之明文，然而實務跟學說皆對此採取肯定之見解，更在新民法第 307 條第 1 項第 2 句要求定型化約款應以明確及易於理解之方式制定，否則對於相對人而言，亦屬「顯失公平」而有被判定無效之可能。就此，依據學者之見解，在我國制定法下可從消保法第 11 條第 2 項之規定，推導出立法者對於定型化契約條款之透明性要求。對於定型化約款的「透明性要求」的基礎思想在於，要求約款本身具有一定程度的明確性，其內容應清楚而正確地被訂入定型化約款中，讓相對人能易於瞭解並藉以獲得正確之資訊，過於模糊或文義不明之約款將導致相對人無從藉以瞭解其將負擔何種風險，在個案中若因此造成雙方當事人之利益失衡、顯失公平之情況，應宣告此種約款為無效，故將來在立法上可供作為修法上之參考。

二、立法建議－規範之研擬

無可否認地，就定型化勞動契約控制之體系，在我國現行法律狀態下，存有法律漏洞之問題。為了改善司法審查制度之環境，使其有明確之規範以資遵循，實有立法之必要。

有關定型化勞動契約內容控制之規定，在德國法學界及實務的討論上，於 2007 年時由兩位知名勞動法學者 Martin Henssler 與 Ulrich Preis 所研擬的勞動契約法討論草案中，亦於第 18 條中明文訂定定型化勞動契約內容控制之規範，上開規定幾乎是原封不動地移植民法第 305 條至第 310 條之條文內容，僅有在文字上為部分地修正。

本文參酌我國現行法之規範，以及上開討論草案之規範，對於定型化勞動契約條款之控制，嘗試列舉出立法建議條文如下：

建議條文	說明
<p>(定型化契約條款之定義)</p> <p>① 定型化契約條款是指由雇主預先擬定契約內容，而向勞工單方提出之契約條款。無論其為一次性或為了多數契約而為使用，在所不問。</p> <p>② 條款若經由契約當事人個別磋商而合意者，不構成定型化契約條款。</p>	<p>一、依消費者保護法第 2 條第 7 款：「指企業經營者為與不特定多數消費者訂立同類契約之用，所提出預先擬定之契約條款。」民法第 247 條之 1 條：「依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，為左列各款之約定，按其情形顯失公平者，該部</p>

	<p>分約定無效……」本條第一項前段參酌上開規定，其立法目的在於，為避免法律名詞含意不清，並為使社會大眾普遍知法、守法起見，宜於本法中列原則性規定，明定定型化契約條款之定義，以杜絕爭議。</p> <p>二、 依現行司法實務，對於勞動契約是否為定型化契約之認定，仍有部分判決採取嚴格之見解，拘泥於現行法「預定用於<u>同類契約</u>」或「與<u>不特定相對人</u>訂定契約之用」等要件。在此等見解下，常使民法第 247 條之 1 之保護機能無法充分發揮，此等要件誠屬多餘。參酌德國民法第 305 條第 1 項對於定型化契約之定義，以及我國學說之討論，應刪除此等要件。</p> <p>三、 參酌德國民法第 310 條學說之見解，定型化契約條款之認定，應以條款是否由雇主預先擬定，以致於勞工無從對於契約內容有所影響為判定之重點。從而於第一項後段條文訂定，無論契約條款是為了一次性或為了多數契約而為使用，只要由雇主預先擬定，單方向勞工提出之契約條款，即屬定型化契約條款。</p> <p>四、 依消費者保護法第 2 條第 8 款之規定，個別磋商條款指</p>
--	--

	<p>契約當事人個別磋商而合意之契約條款。參酌學說以及德國民法第305條第1項第3句之規定，特於第二項明示特別磋商條款不屬於定型化契約條款，從而個別磋商條款不適用以下定型化契約控制之相關規範。</p>
<p>(個別磋商條款之優先性)</p> <p>個別磋商條款優先於定型化契約條款，定型化契約中之定型化契約條款抵觸個別磋商條款之約定者，其抵觸部分無效。</p>	<p>一、 本條參酌消費者保護法15條規定：「定型化契約中之定型化契約條款抵觸個別磋商條款之約定者，其抵觸部分無效。」明定個別磋商條款的效力。</p> <p>二、 原條文並無「個別磋商條款優先於定型化契約條款」之文字，但依實務與學說之見解，皆肯認個別磋商條款之優先性。德國民法第305b條亦有相似文字之規範，故本條前段明文訂之，以避免爭議。</p>
<p>(定型化契約條款之訂入契約)</p> <p>雇主於契約締結前應向勞工明示定型化契約條款之內容；明示其內容顯有困難者，應以顯著之方式公告其內容，或是給予勞工以可期待之方式知悉條款內容之機會時，該條款即為契約之內容。</p>	<p>一、 本條參酌消費者保護法第13條之規定：「定型化契約條款未經記載於定型化契約中者，企業經營者應向消費者明示其內容；明示其內容顯有困難者，應以顯著之方式，公告其內容，並經消費者同意受其拘束者，該條款即為契約之內容。」</p> <p>二、 原條文內容以「定型化契約條款未經記載於定型化契約中者」為前提要件。參酌學</p>

	<p>說之討論及德國民法之立法例，此種限制實無必要。本條之立法目的在於，讓勞工在簽定定型化契約條款之際，皆有充分了解契約內容之機會，以維護契約正義，貫徹交易誠信，契約條款應以勞工得以預見者為限。不論該條款是否記載於定型化契約中，約款使用人皆應善盡明示條款內容之義務。從而刪除原條文「定型化契約條款未經記載於定型化契約中者」之文句。</p> <p>三、原條文未規定約款使用人明示之時點，參酌德國民法第305條第2項之規定，增訂雇主應於「締約前」對勞工明示條款之內容。</p>
<p>(異常條款)</p> <p>定型化契約條款若因字底、印刷或其他構成契約外觀異於尋常之情事，致難以注意其存在或辨識，依正常情形顯非勞工所可預見者，該條款不構成契約內容。</p>	<p>一、本條參酌消費者保護法第14條之規定：「定型化契約條款未經記載於定型化契約中而依正常情形顯非消費者所得預見者，該條款不構成契約之內容。」及消費者保護法施行細則第12條之規定：「定型化契約條款因字體、印刷或其他情事，致難以注意其存在或辨識者，該條款不構成契約之內容。但消費者得主張該條款仍構成契約之內容。」</p> <p>二、原條文亦以「定型化契約條款未經記載於定型化契約中者」為前提要件，與消費者</p>

	<p>保護法第 13 條相同。此等限制誠屬多餘，從而刪除之。其理由已如前條所述，不予贅述。</p>
<p>(不明確條款解釋原則) 定型化契約條款如有疑義時，應為有利於勞工之解釋。</p>	<p>本條文參酌消費者保護法第 11 條第 2 項之規定：「定型化契約條款如有疑義時，應為有利於消費者之解釋。」</p>
<p>(定型化契約條款之內容控制)</p> <p>① 定型化契約條款違反誠信原則，而對勞工顯失公平者，無效。條款若有不明確或是難以理解之情事時，亦屬對勞工顯示公平。</p> <p>② 定型化契約條款有下列情形之一者，推定其顯失公平：</p> <p>一 條款與其所排除不予適用之任意規定之立法意旨顯相矛盾者。</p> <p>二 契約之主要權利義務，因受條款之限制致契約之目的難以達成者。</p> <p>③ 顯失公平之判斷亦應斟酌締結契約締結時之具體情況。</p>	<p>一、 本條為定型化契約條款內容控制之概括性的原則規定。</p> <p>二、 參酌消費者保護法第 12 條之規定：「定型化契約中之條款違反誠信原則，對消費者顯失公平者，無效。定型化契約中之條款有下列情形之一者，推定其顯失公平：一、違反平等互惠原則者。二、條款與其所排除不予適用之任意規定之立法意旨顯相矛盾者。三、契約之主要權利或義務，因受條款之限制，致契約之目的難以達成者。」</p> <p>三、 參酌我國學說及德國民法第 307 條第 1 項第 2 句之規定，第二項增加「透明性原則」之明文規定。為避免過於模糊或文義不明之條款損及勞工之利益，並敦促雇主制定易於理解且明確的契約條款，有將「透明性原則」明文化之必要。</p> <p>四、 本條第三項參酌德國民法第 310 條規定，於判斷契約條款</p>

	<p>有無前兩項顯失公平之情事時，除了原則上採取抽象的審查標準外，尚應考量到契約締結時之具體情況。從而增加本項規定。</p>
<p>(定型化契約條款之內容控制-列舉之規定)</p> <p>定型化契約條款中有以下之情事，應為無效：</p> <p>一 僱主經由條款之約定，將舉證責任之分配為不利於勞工之變更：</p> <p> (一) 就約款使用人應負責領域之情況，課勞工以舉證責任，</p> <p> (二) 使勞工證實特定之事實。</p> <p>二 經由條款，就應對僱主或第三人所為之通知或表示，課以較書面形式更嚴格之形式，或與特別送達要件相併聯者。</p> <p>三 依條款之規定，勞工的意思表示，於作為或不作為時，視為已為意思表示或不為意思表示。但就意思表示之明確表示，給與勞工以相當期限，以及僱主負有義務，在期限開始時，促請勞工注意其行為有擬制意義者，不在此限。</p> <p>四 經由條款規定，約款使用人有特別意義之意思表示，視同已送達相對人。</p>	<p>我國定型化契約內容控制之依據為消費者保護法第 12 條或民法第 247 條之 1，上開規定對於定型化契約條款僅設一般概括性之規定。為了避免法條過於抽象，參酌德國民法之立法例，特增訂本條規定，列舉四款特殊之情況。若定型化契約條款內容符合法律規定之四款情形，條款原則上不須再經由審查，而可直接認定條款無效。</p>
<p>(約款無效或不被納入契約之法律效果)</p> <p>① 定型化契約條款全部或一部無效或不構成契約內容之一部者，契</p>	<p>一、 本條第一項參酌消費者保護法第 16 條之規定：「定型化契約中之定型化契約條款，全部或一部無效或不構成契約內容之一部者，除去該部</p>

<p>約之其他部分仍為有效。</p> <p>②若條款之規定不構成契約內容或無效者，契約之內容應該先依據法律規定加以補充。</p>	<p>分，契約亦可成立者，該契約之其他部分，仍為有效。但對當事人之一方顯失公平者，該契約全部無效」。</p> <p>二、 本條第二項參酌德國民法第306條第2項，規範契約漏洞填補之原則。原條文雖未將該原則明文於法律中規定，然此等原則以為學說所承認。若條款之內容不構成不構成契約內容或者無效時，契約內容原則上應依法律規定加以補充。除了任意法之法規外，尚包含民法概括條款以及填充契約契約漏洞解式方法之規定，如「契約之補充解釋」。為避免當事人在約款無效或不構成契約內容的情況下，其權利義務關係無從確定，爰增訂此項規定，以杜絕爭議。</p>
--	--

參考文獻

一、中文部分（依作者姓氏筆畫排列）

（一）中文書籍

- 王海南等，《法學入門》，元照，2000年10月。
- 王澤鑑，《債法原理·基本理論債之發生》，三民，2001年11月。
- 王澤鑑，《法律思維與民法實例—請求權基礎體系理論》，三民，2003年7月。
- 王澤鑑，《民法總則》，三民，2001年9月。
- 史尚寬，《債法總論》，自刊，1990年8月。
- 何孝元，《誠實信用原則與衡平法》，三民，民國66年3月再版。
- 呂榮海，《勞動法法源及其適用關係之研究》，蔚理，2002年2月。
- 呂榮海，《勞動法實用1》，蔚理，1990年10月十版。
- 邱聰智，《新訂民法債編通則（下冊）》，自刊，2001年1月十版。
- 林立，《法學方法論與德沃金》，學林，2002年6月二版。
- 林更盛，《勞動法案例研究（一）》，翰蘆，2002年5月。
- 姚志明，《誠信原則與附隨義務之研究》，元照，2003年2月。
- 孫森焱，《新版民法債編總論上冊》，三民，2002年11月修訂版。
- 孫森焱，《新版民法債編總論下冊》，三民，2002年8月修訂版。
- 陳自強，《契約之成立與生效》，學林，2005年2月。
- 陳自強，《契約之內容與消滅》，學林，2004年9月。
- 陳計男，《民事訴訟法論（上）》，三民，2006年9月修訂四版。
- 陳計男，《民事訴訟法論（下）》，三民，2006年9月修訂四版。
- 馮振宇等，《消費者保護法解讀》，元照，2000年9月。
- 焦興鎰等，《勞動基準法釋義—施行二十年之回顧與展望》，新學林，2005年5月。
- 黃立，《民法總則》，元照，1999年10月二版。
- 黃立，《民法債編總論》，元照，2006年11月三版。
- 黃茂榮，《法學方法與現代民法》，自刊，2002年9月增訂四版。
- 黃越欽，《勞動法新論》，翰蘆，2002年9月修訂二版。
- 黃程貫，《勞動法》，空大，民國91年2月修訂再版。

- 勞委會編，《簽訂"競業禁止"參考手冊》，勞委會，2003年7月。
- 詹森林，《民事法理與判決研究（三）—消費者保護法專論》，元照，2003年8月。
- 詹森林，《民事法理與判決研究（四）—消費者保護法專論（2）》，元照，2006年12月初版。
- 劉志鵬，《勞動法理論與判決研究》，元照，2002年8月。
- 劉宗榮，《定型化契約論文專輯》，三民，1988年1月。
- 劉春堂主編，《消費者保護法專案研究實錄》，行政院消費者保護委員會，1997年6月。
- 劉春堂主編，《消費者保護法判決函釋彙編（二）》，行政院消費者保護委員會，1990年10月。
- Larenz 著，陳愛娥譯，《法學方法論》，五南，2006年4月。

（二）論文專書

- 王能君，〈最高法院八十八年度台上字第一六九六號民事判決評釋—工作規則的「合理性變更法理」之形成〉，收錄於《戰鬥的法律人—林山田教授退休祝賀論文集》，元照，2004年1月。
- 王澤鑑，〈台灣的民法與市場經濟〉，收錄於《民法學說與判例研究（七）》，三民，2003年9月。
- 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）》，三民，2003年9月。
- 王澤鑑，〈定型化旅行契約的司法控制〉，收錄於《民法學說與判例研究（七）》，三民，2003年9月。
- 王澤鑑，〈事實上之契約關係〉，收錄於《民法學說與判例研究（一）》，三民，2002年11月。
- 邱聰智，〈回歸法律原則—債法方法論上之大轉向？〉，收錄於《法律哲理與制度（基礎法學）：馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集》，元照，2006年1月。
- 林佳和，〈社會保護、契約自由及經營權—司法對勞動契約的衡平性控制〉，《勞動法裁判選輯（五）》，台灣勞動法學會，2007年6月。
- 黃程貫，〈民法解除、撤銷與無效規定在勞動契約上之適用可能性〉，收錄於《戰鬥的法律人》，元照，2004年1月。
- 黃程貫，〈離職後競業禁止問題淺論〉，收錄於《勞資關係論文集（一）》，行政院勞工委員會編印，2003年12月。
- 黃瑞明，〈迴光返照的團體協約法—評全總與工總的集體協商〉，收錄於《勞動法裁判選輯（一）》，1999年12月初版。
- 黃馨慧，〈日本調職法理的形成與發展〉，收錄於《勞動法裁判選輯（三）》，2001

年1月初版。

詹森林，〈私法自治原則之理論與實務—臺灣法制發展之情形〉，收錄於《民事法理與判決研究》，1998年11月。

楊淑文，〈消費者保護法關於定型化契約規定在實務上之適用與評析〉，收錄於《新型契約與消費者保護法》，2002年7月初版。

楊通軒，〈工作規則法律性質之探討—最高法院八十一年度臺上字第二四九二號及八十四年度臺上字第一一四三號民事判決評釋〉，收錄於《勞動法裁判選輯（三）》，2000年1月初版。

劉宗榮，〈定型化契約〉，收錄於《消費者保護研究第三輯》，1997年4月。

戴志傑，〈定型化契約之相關問題研究—以我國消費者保護法為中心〉，收錄於《消費者保護研究第八輯》，2003年3月。

魏千峰，〈離職後競業禁止之研究〉，收錄於《勞動法裁判選輯（一）》，1998年9月。

蘇明詩，〈契約自由與契約社會化〉，收錄於《民法債編論文選輯（上）》，1984年7月。

（三）期刊文章

王琛博，〈淺談幾則關於離職後競業禁止之問題〉，全國律師第12卷第4期，2008年4月。

王能君，〈工作規則不利益變更的合理性判斷—台北地院八十七年度勞訴字第三〇號民事判決、台灣高等法院八十八年度勞上字第四二號民事判決、最高法院九十三年度台上字第六七〇號民事判決評釋〉，月旦法學雜誌第125期，2005年10月。

朱柏松，〈現代契約法解釋問題之研究〉，法學叢刊第108期第27卷第4期，1982年12月。

朱柏松，〈民法定型化契約規範之適用與解釋〉，月旦法學雜誌第54期，1999年11月。

李建良，〈競業禁止與職業自由〉，台灣本土法學雜誌第15期，2000年10月。

李素華，〈競業禁止與營業秘密保護—從德國立法例看我國科技保護法（草案）之立法爭議〉，萬國法律第131期，2003年10月。

李惠宗，〈禁止跳槽的程式設計師〉，台灣本土法學雜誌第33期，2002年4月。

邱駿彥，〈調職之法理運用〉，輔仁法學第15期，1995年6月。

邱駿彥，〈調職法理之探討〉，收錄於《勞動法裁判選輯（一）》，元照，1999年12月初版。

邱駿彥，〈約定服務年限與違約金之法律問題探討〉，輔仁法學第20期，2000年12月。

- 林更盛，〈對工作規則法律性質的幾點初步想法—評最高法院八十年第二二四三號判決〉，月旦法學雜誌第 91 期，2002 年 12 月。
- 林更盛，〈離職後競業禁止約款的審查：民法第二四七條之一—評台北地方法院九一年度勞訴字第一二九號判決〉，萬國法律第 131 期，2003 年 10 月。
- 林更盛，〈離職後競業禁止約款的審查：三步驟—評台南地方法院八十八年度簡勞上字第第六號判決〉，月旦法學雜誌第 111 期，2004 年 8 月。
- 林更盛，〈定型化離職後競業禁止約款的審查—評最高法院九四年台上字第一六八八號判決—〉，台灣本土法學第 87 期，2006 年 10 月。
- 林更盛，〈離職後競業禁止約款的控制—是否給予勞方適當之補償〉，全國律師第 13 卷第 2 號，2009 年 2 月。
- 林誠二，〈情事變更原則之再探討〉，台灣本土法學 12 期，1990 年 7 月。
- 林誠二，〈再論誠實信用原則與權利濫用禁止原則之機能—最高法院 88 年度臺上字第 2819 號判決評釋〉，臺灣本土法學雜誌第 22 期，2001 年 5 月。
- 林洲富，〈營業秘密及離職競業禁止約款—兼評最高法院八十九年度台上字第一九〇六號判決〉，律師雜誌第 307 期，2005 年 4 月。
- 林發立，〈跳槽、競業禁止與保密條款〉，萬國法律第 100 期，1998 年 8 月。
- 徐慧怡，〈定型化契約條款解釋之研究〉，中興法學第 22 期，1986 年 3 月。
- 姜世明，〈民事訴訟法總論：第七講〉，月旦法學教室第 30 期，2005 年 4 月。
- 郭玲惠，〈勞工保密義務於競業禁止約款之法律意義〉，萬國法律第 131 期，2003 年 10 月。
- 陳金泉，〈離職後競業禁止約定爭議案例解析〉，律師雜誌第 269 期，2002 年 2 月。
- 陳信至，〈離職後競業禁止定型化契約條款之審查方法及判斷標準—由臺灣高等法院 92 年度勞上易字第 126 號判決談起（上）〉，萬國法律第 141 期，2005 年 12 月。
- 陳信至，〈離職後競業禁止定型化契約條款之審查方法及判斷標準—由臺灣高等法院 92 年度勞上易字第 126 號判決談起（中）〉，萬國法律第 142 期，2005 年 8 月。
- 陳信至，〈離職後競業禁止定型化契約條款之審查方法及判斷標準—由臺灣高等法院 92 年度勞上易字第 126 號判決談起（下）〉，萬國法律第 144 期，2005 年 12 月。
- 陳聰富，〈契約自由與定型化契約的管制〉，月旦法學雜誌第 91 期，2002 年 12 月。
- 曾品傑，〈論消費者之概念〉，臺灣本土法學第 49 期，2003 年 8 月。
- 曾品傑，〈論消費者之概念—最高法院相關判決評釋—〉，台灣本土法學雜誌第 49 期，2003 年 8 月。

- 曾品傑，〈論消費者保護法上定型化契約規定對於非消費關係之適用（上），— 最高法院四則相關判決評析—〉，台灣本土法學雜誌第 53 期，2003 年 12 月。
- 曾品傑，〈論消費者保護法上定型化契約規定對於非消費關係之適用（下），— 最高法院四則相關判決評析—〉，台灣本土法學雜誌第 54 期，2004 年 1 月。
- 曾品傑，〈附合契約與定型化契約之基本問題〉，東海大學法學研究第 25 期，2006 年 12 月。
- 黃立，〈契約自由的限制〉，月旦法學雜誌第 125 期，2005 年 10 月。
- 黃立，〈細說德國二〇〇一年新民法消費契約條款〉，政大法學評論第 98 期，2007 年 8 月。
- 黃立，〈消保法的定型化契約條款（一）〉，月旦法學教室第 15 期，2004 年 1 月。
- 黃立，〈消保法的定型化契約條款（二）〉，月旦法學教室第 16 期，2004 年 2 月。
- 黃越欽，〈論附合契約〉，政大法學評論第 16 期，民國 66 年 10 月。
- 黃建彰，〈勞動契約上最低服務年限約定之管制〉，國立中正大學法學集刊第 21 期，2006 年 10 月。
- 張凱娜，〈競業禁止與營業秘密之保護〉，月旦法學雜誌第 20 期，1996 年 12 月。
- 詹森林等，〈民法第二四七條之一與定型化契約法之發展—民法研究會第四十三次學術研討會紀錄〉，法學叢刊第 204 期，95 年 12 月。
- 蔡正廷，〈離職勞工競業禁止之案例類型〉，萬國法律第 15 期，1999 年 10 月。
- Canaris, Grundgedanken und Entwicklung des Deutschen Vertragsrecht, 林美惠譯，〈民事法的發展及立法—德國契約法的基本理念與發展〉，臺大法學論叢第 28 卷第 3 期，1999 年 1 月。

（四）研討會論文及研究報告

- 林佳和，〈德國勞動法制之最新發展：2000-2007〉，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，2008 年 5 月 25 日。
- 陳慶鴻等，〈初探工作規則—以 2000 年後的判決為中心—〉，發表於勞動基準法註釋研討會，2008 年 7 月 3 日。
- 黃程貫，〈勞動基準法勞動契約章修法問題研析—調職、最低服務年限約定及競業禁止約定之規範建議〉，行政院勞工委員會委託研究計畫，2004 年 7 月。
- 楊淑文，〈消費者借款債務（雙卡債務）之清償不能〉，台灣法學會 2006 年年度法學會議，2006 年 12 月。

（五）學位論文

- 石娟娟，〈論民法定型化契約規範之適用〉，輔仁大學法律研究所碩士論文，民國

90年7月。

呂彥彬，《工程契約履約擔保制度之研究》，國立政治大學碩士論文，2007年10月。

林振芳，《論勞動契約中競業禁止約款在司法實務上之效力問題》，東吳大學法律研究所碩士論文，2004年7月。

許慧貞，《勞工離職後競業禁止之研究》，中原大學財經法律學系碩士論文，2008年1月。

陳逢源，《勞動法上人事異動之研究—以調職為中心之借調與轉雇》，國立中興大學法律研究所碩士論文，1997年6月。

陳蕙儀，《我國與日本調職法理之比較研究》，台灣大學法律學研究所碩士論文，2008年8月。

粘毅群，《從定型化契約的觀點論工作規則》，中原大學財經法律學系碩士論文，1999年6月，頁154。

黃泰平，《勞動契約上最低服務年限約定之研究》，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2004年7月，頁16。

二、德文部分（依作者字母順序排列）

Annuß, Georg

AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht: Wo geht die Reise hin?
BB 2002, S. 458-463

Aretz, Stephanie

Allgemeine Geschäftsbedingungen im Arbeitsvertrag
Köln 2006

Bauer, Jobst-Hubertus/ Diller, Martin

Wettbewerbsverbote: Rechtliche und taktische Hinweise für Arbeitgeber,
Arbeitnehmer und vertretungsberechtigte Organmitglieder
5. Auflage, München 2009

Benedict, Jörg

Beschränkte Privatautonomie bei Barterverträgen- oder zur Intransparenz
richterlicher Inhaltskontrolle
NJW 2000, S. 190-191

Birnbaum, Christian

Was sind die „ im Arbeitsrecht geltenden Besonderheit “
NZA 2003, S. 944-950

Brox/Walker

Allgemeines Schuldrecht
33 Auflage, München 2009

- Däubler, Wolfgang/ Dorndorf, Eberhard/ Bonie, Birger/ Deinert, Olaf
AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht : Kommentierung zu den §§ 305 bis 310
BGB
2. Auflage, München 2008
- Diller, Martin
Nachvertragliche Wettbewerbsverbot und AGB-Recht
NZA 2005, S. 250-254
- Dütz, Wilhelm
Arbeitsrecht
14. Auflage, München 2009
- Eckert, Michael/ Wallstein, Caroline
Das neue Arbeitsvertragsrecht- Vertragsgestaltung nach der
Schuldrechtsreform und dem AGB-Recht
München 2002
- ErfK/Bearbeiter , Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.)
Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht
9. Auflage, 2009
- Fastrich, Lorenz
Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht
München 1992
- Gotthardt, Michael
Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform. Neue Rechtslage für
bestehende Arbeitsverträge ab 1.1.2003
2.Auflage, München 2003
- Hromadka,Wolfgang
Schuldrechtsmodernisierung und Vertragskontrolle im Arbeitsrecht
NJW 2002, S. 2523-2530
- Hümmerich,Klaus
Gestaltung von Arbeitsverträgen nach der Schuldrechtsreform
NZA 2003, S. 753-764
- Hunold, Wolf
AGB-Kontrolle einer Versetzungsklausel
NZA 2007, 19-22
- Junker, Abbo
Grundkurs Arbeitsrecht
8. Auflage, München 2009
- Lakies, Thomas
AGB im Arbeitsrecht

Heidelberg 2006

ders.

AGB-Kontrolle von Rückzahlungsvereinbarungen über
Weiterbildungskosten
BB 2004, S. 1903-1909

Leder, Tobias/ Morgenroth, Sascha

Der Vertragsstrafe im Formulararbeitsverträge
NZA 2002, S. 952-957

Lingemann, Stefan

Allgemeine Geschäftsbedingungen und Arbeitsvertrag
NZA 2002, S. 181-192

Meier Hans-Georg/ Schulz, Rolf

Die Rückzahlung von Ausbildungskosten bei vorzeitiger oder erfolgloser
Beendigung der Ausbildung
NZA 1996, S. 742-749

Müko/Bearbeiter

Münchener Kommentar zum BGB
Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil §§ 241-432
5. Auflage, München 2007

MünchArbR/Bearbeiter

Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht
Band 2
3. Auflage, München 2009

Nägele, Stefan/ Chwalisz, Patrizia

Schuldrechtsreform- Die arbeitsvertraglichen Ausschlussfrist
MDR 2002, S. 1341-1348

Preis, Ulrich

Der Arbeitsvertrag. Handbuch der Vertragspraxis und –gestaltung
2. Auflage, Köln 2005

ders.

Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht
Neuwied u. a. 1993.

Preis, Ulrich /Roloff, Sebastian

Die neueste Entwicklung der Vertragsinhaltskontrolle im Arbeitsrecht-
Zwischenbilanz und Ausblick-
ZfA 2007, S. 43-86

Reichold, Hermann

Arbeitnehmerschutz und/ oder Verbraucherschutz bei der Inhaltskontrolle

des Arbeitsvertrages?
in (Hrsg.) FS 50 Jahre BAG
München 2004

Richardi, Reinhard
Gestaltung der Arbeitsverträge durch Allgemeine Geschäftsbedingungen
nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz
NZA 2002, S. 1057-1064

Rolfs/ Giesen/ Kreikebohm/ Udsching (Jacobs)
Beck'scher Online-Kommentar
Edition: 10, 2008

Schmidt, Ingrid
Die Beteiligung der Arbeitnehmer an den Kosten der beruflichen Bildung -
Umfang und Grenzen der Vertragsgestaltung
NZA 2004, S. 1002-1011

Schaub, Günter/ Koch, Ulrich/ Rüdiger, Linck
Arbeitsrechts-Handbuch
13. Auflage, München 2009

Schlodder, Antje
Der Arbeitsvertrag im neuen Schuldrecht
Heidelberg 2004

Schnitker, Elmar/ Grau, Timon
Klauselkontrolle im Arbeitsvertrag. Zur Vereinbarkeit von Änderungs-,
Anpassungs- und Widerrufsvorbehalten mit dem Recht der Allgemeinen
Geschäftsbedingen
BB 2002, S. 2120-2126

Schrader, Peter / Schubert, Jens
Grundsätze der Inhaltskontrolle arbeitsvertraglicher Vereinbarungen - Teil
1: Tätigkeit, Arbeitszeit und Vergütung
NZA-RR 2005, S. 169-178

Singer, Reinhard
Arbeitsvertragsgestaltung nach der Reform des BGB
RdA 2003, S. 194-204

Stoffels, Markus
AGB-Recht
2. Auflage, München 2009

Thüsing, Gregor
AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht
München 2007

ders.

Inhaltskontrolle von Formalarbeitsverträgen nach neuem Recht – Ein Blick auf die grundlegenden Weichenstellungen ein Jahr danach
BB 2002, S. 2666-2674

Wolf, Manfred/ Horn, Norbert/ Lindacher, Walter
AGB-Gesetz
4. Auflage, 1999

Zöllner, Wolfgang/ Loritz, Karl-Georg
Arbeitsrecht
5. Auflage, München 2008

Zeranski, Dirk
Rückzahlung von Ausbildungskosten bei Kündigung des Arbeitsverhältnisses
NJW 2000, S. 336-337



附錄一 判決清單索引

章節	爭點	判決字號	備註	頁數
第二章 第一節	定型化契約司法控制之原因	臺灣高等法院臺中分院民事判決 95 年度上易字第 208 號		15
		臺灣高等法院民事判決 96 年度上字第 972 號		15
		臺中地方法院民事判決 94 年度訴字第 2840 號		15
		臺中地方法院民事判決 94 年度訴字第 2407 號		15
		臺灣臺中地方法院民事判決 93 年度訴字第 2316 號		15
第二章 第三節	民法與消保法關於定型化契約規範之適用關係	最高法院民事裁定 92 年度台上字第 1395 號		30
		最高法院民事判決 90 台上第 641 號判決		30
		最高法院民事判決 92 年度台上字第 989 號		30
		最高法院民事判決 91 年度台上字第 2517 號		30
		臺灣高等法院民事判決 92 年度重勞上更(一)字第 4 號		31
		臺灣高等法院民事判決 92 年度上易字第 97 號	定型化勞動契約無消保法之適用	31
		臺灣高等法院民事判決 93 年度勞上字第 75 號	定型化勞動契約無消保法之適用	32
		臺灣高等法院民事判決 92 年度上易字第 97 號	定型化勞動契約無消保法之適用	32
		臺灣高等法院民事判決 88 年度重勞上字第 5 號	定型化勞動契約無消保法之適用	32
		臺灣高等法院臺中分院民事判決 94 年度上易字第 15 號	定型化勞動契約無消保法之適用	32

		板橋地方法院民事判決 89 年度簡上字第 212 號	定型化勞動契約無消保法之適用	32
		臺中地方法院民事判決 95 年度再易字第 26 號	定型化勞動契約無消保法之適用	32
		臺中地方法院民事判決 95 年度簡上字第 60 號	定型化勞動契約無消保法之適用	32
		南投地方法院民事判決 95 年度勞簡上字第 4 號	定型化勞動契約無消保法之適用	32
第二章 第四節	非消費性契約可否類推適用、準用或依法理適用消保法之規定？	臺灣高等法院民事判決 92 年度上字第 110 號	採取否定見解	40
		新竹地方法院民事判決 93 年度簡上字第 22 號	採取否定見解	40
		臺灣高等法院臺中分院民事判決 91 年度重上更字第 1 號	類推適用消保法之規定	41
		臺北地方法院民事判決 90 年度訴字第 2682 號	類推適用消保法之相關規定及法理	41
		臺灣高等法院臺中分院民事判決 96 年度金上字第 5 號	採取肯定見解	42
		臺灣高等法院臺中分院民事判決 96 年度金上易字第 2 號	採取肯定見解	42
		臺灣高等法院臺中分院民事判決 95 年度上易字第 208 號	採取肯定見解	42
		臺灣臺中地方法院民事判決 94 年度訴字第 2840 號	採取肯定見解	42
		臺中地方法院民事判決 95 年度訴字第 469 號	採取肯定見解	42
		臺中地方法院民事判決 95 年度訴字第 501 號	採取肯定見解	42
		臺中地方法院民事判決 94 年度訴字第 2407 號	採取肯定見解	42
		臺中地方法院民事判決 93 年度訴字第 2316 號	採取肯定見解	42

		臺中地方法院民事判決 93 年度小上字第 59 號	採取肯定見解	42
		臺灣高等法院民事判決 96 年度上字第 972 號		43
		士林地方法院小額民事判決 94 年度士勞小字第 10 號		43
		桃園地方法院民事判決 95 年度簡上字第 122 號		43
第三章 第一節	定型化勞動契約條款之認定— 涉及「非獨立性的補充」判決	臺灣高等法院民事判決 91 年度勞上易字第 59 號		54
		台北地院新店簡易庭 95 年度店勞簡字第 7 號		54
	是否限於「與不特定多數相對人締結契約」作為要件？	最高法院 86 年度重訴字第 48 號	採取肯定之見解	58
		臺灣高等法院臺南分院民事判決 89 年度上易字第 128 號	採取肯定之見解	58
		臺灣高等法院民事判決 93 年度勞上字第 66 號	採取肯定之見解	59
		臺灣高等法院臺中分院民事判決 93 年度上字第 338 號	採取肯定之見解	59
		苗栗地方法院小額民事判決 91 年度苗勞小字第 3 號	採取肯定之見解	59
		臺灣高等法院 96 年度上字第 972 號民事判決	雖援引肯定說之判決，惟個案認定時並不以此為判斷之	62
		台北地方法院 95 年度店勞簡字第 7 號	不提及此要件	62
		臺南地方法院民事判決 91 年度勞簡上字第 7 號。	不提及此要件	62
臺中地方法院民事判決 97 年度勞訴字第 27 號	明白採取否定見解	63		

		臺灣臺中地方法院民事判決 97 年度勞訴字第 62 號	明白採取否定見解	63
	工作規則之法律性質	最高法院民事判決 88 年度台上字第 1696 號	依據學者之闡述，最高法院在本判決中採取「定型化契約說」	66
		最高法院民事判決 91 年度台上字 1625 號民事判決	於判決中明確表示勞工之默示同意可使工作規則發生「附合契約」之效力	66
		台北地方法院民事判決 84 年度勞訴字第 38 號	依據學者之闡述，本判決採取「定型化契約說」	65
		臺灣高等法院臺中分院民事判決 89 年度勞上字第 18 號	援引最高法院民事判決 88 年度台上字第 1696 號	66
		臺灣高等法院民事判決 90 年度勞上字第 25 號	援引最高法院民事判決 88 年度台上字第 1696 號	66
		臺灣高等法院民事判決 91 年度勞上更字第 6 號	援引最高法院民事判決 88 年度台上字第 1696 號	66
		臺灣高等法院民事判決 91 年度勞上易字第 5 號	援引最高法院民事判決 88 年度台上字第 1696 號	66
		臺灣高等法院民事判決 93 年度勞上易字第 43 號	援引最高法院民事判決 88 年度台上字第 1696 號	66
		新竹地方法院民事判決 89 年度竹勞小字第 4 號	援引最高法院民事判決 88 年度台上字第 1696 號	66
		台北地方法院民事判決 93 年度勞訴字第 92 號	援引最高法院民事判決 88 年度	66

			台上字第 1696 號	
		臺灣高等法院民事判決 93 年度勞上字第 67 號	援引最高法院民事判決 91 年度台上字 1625 號民事判決	66
		臺灣高等法院臺南分院民事判決 92 年度勞上字第 9 號	援引最高法院民事判決 91 年度台上字 1625 號民事判決	66
		彰化地方法院民事判決 93 年度勞訴字第 20 號	援引最高法院民事判決 91 年度台上字 1625 號民事判決	66
		台北地方法院民事判決 95 年度重勞訴字第 25 號判決	援引最高法院民事判決 91 年度台上字 1625 號民事判決	66
	個別磋商條款優先原則	臺灣台中地方法院民事判決 93 年度訴字第 849 號		77
	個別磋商條款是否受有內容控制？	最高法院 86 年度台上字第 3433 號判決	依據學者之闡述，最高法院採取肯定之見解。	80
	個別磋商條款舉證責任之分配	台灣高等法院台南分院民事判決 95 年度上字第 68 號		83
		臺北地方法院民事判決 93 年度簡上字第 604 號		83
		臺中地方法院民事判決 96 年度訴字第 2331 號		83
		臺灣新竹地方法院民事小額判決 96 年度竹小字第 409 號		83
第三章 第二節	定型化勞動契約條款之訂入契約	臺中地方法院民事判決 96 年度勞簡上字第 26 號		89
	異常條款之判定	臺北地方法院民事判決 97 年度小上字第 20 號	(按：判決所涉及之個案，並非	91

		臺北地方法院簡易民事判決 95 年度北簡字第 3525 號	特別針對定型化勞動契約條款)	91
		桃園地方法院民事簡易判決 95 年度桃簡字第 2254 號		91
		高雄地方法院民事判決 96 年度雄小字第 5103 號		91
		新竹地方法院小額民事判決 96 年度竹小字第 479 號		91
		臺中地方法院民事判決 89 年度重訴字第 358 號		91
	消保法第 14 條之適用—是否限於「未經記載於定型化契約中之條款」？	臺南地方法院臺南簡易庭民事判決 96 年度南小字第 2138 號	採取肯定見解	93
		桃園地方法院民事判決 96 年度小上字第 72 號	採取肯定見解	93
		桃園地方法院小額民事判決 97 年度壩小字第 133 號	採取肯定見解	94
		苗栗地方法院民事判決 96 年度小上字第 12 號	採取肯定見解	93
		臺中地方法院民事判決 94 年度簡上字第 125 號	採取肯定見解	93
		桃園地方法院民事判決 96 年度小上字第 79 號	採取肯定見解	93
		桃園地方法院民事判決 96 年度小上字第 92 號	採取肯定見解	93
		桃園地方法院民事判決 96 年度小上字第 87 號	採取肯定見解	93
		臺北地方法院小額民事判決 96 年度北小字第 1146 號	採取否定見解	93
臺北地方法院小額民事判決 96 年度北小字第 1146 號	採取否定見解	94		

		臺北地方法院小額民事判決 96 年度北小字第 1272 號	採取否定見解	93
		板橋地方法院三重簡易庭民事判決 97 年度重小字第 1809 號	採取否定見解	93
		板橋地方法院三重簡易庭民事判決 96 年度重小字第 5040 號	採取否定見解	94
		桃園地方法院民事裁定 96 年度小上字第 78 號	採取否定見解	94
		台北地方法院簡易庭民事判決 95 年度北簡字第 10062 號	採取否定見解	94
第三章 第三節	定型化勞動契約條款之解釋方法	臺灣高等法院臺中分院民事判決 95 年度上易字第 208 號		96
	不明確條款解釋原則之適用	桃園地方法院小額民事判決 96 年度桃勞小字第 22 號		98
		最高法院 76 年台上字第 2341 號判決	制定法未公布施行前	99
		臺中地方法院民事判決 93 年度中簡字第 3588 號	依消保法第 11 條意旨	99
		臺灣高等法院民事判決 92 年度勞上易字第 123 號	指出此原則為勞動法之基本原則	99
		新竹地方法院民事判決 93 年度簡上字第 22 號		99
		桃園地方法院民事判決 95 年度簡上字第 122 號		100
		士林地方法院小額民事判決 94 年度士勞小字第 10 號		100
		台北地方法院民事判決 91 年勞訴字第 110 號		103

第三章 第四節	最高法院對於民法第247條之1各款適用上之詮釋—「為他方不及之」或「無磋商變更之餘地」	最高法院民事判決96年度台上字第684號		111	
		最高法院民事判決92年度台上字第2744號		112	
		最高法院民事判決96年度台上字第168號		112	
		最高法院民事判決91年度台上字第2336號		112	
		最高法院民事裁定92年度台上字第1395號		112	
		最高法院民事判決94年度台上字第2340號		112	
		最高法院民事判決96年度台上字第168號		112	
		* 涉及定型化勞動契約之下級審判決	士林地方法院民事判決96年度勞小上字第4號		112
		台中地方法院民事判決93年度訴字第765號		113	
		臺灣高等法院臺中分院民事判決96年度上易字第57號		113	
		台中地方法院台中簡易庭小額民事判決94年度中勞小字第51號		114	
		臺灣高等法院民事判決91年度勞上易字第59號		116	
		臺灣高等法院臺中分院民事判決95年度上易字第437號		116	
		新竹地方法院民事判決91年訴字第886號		116	
		臺中地方法院民事判決94年度重勞訴字第18號		116	
	高雄地方法院民事判決94年度勞訴字第59號		116		
	高雄地方法院民事判決93年度訴字第2370號		116		
	各款規定於定型化勞動契約之適用	臺灣高等法院民事判決96年度勞上字第6號	第一款	118	
		臺灣高等法院高雄分院民事判決95年度勞上易	第一款	117	

	字第 19 號		
	臺中地方法院臺中簡易庭小額民事判決 96 年度中勞小字第 65 號	第二款	119
	臺中地方法院民事判決 96 年度勞簡上字第 26 號	第二款	120
	高雄地方法院民事判決 95 年度岡勞小字第 1 號	第二款	120
	台北地院民事判決 95 年度店勞簡字第 7 號	第二款	120
	臺南地方法院新市簡易庭民事簡易判決 95 年度新簡字第 174 號	第二款	121
	臺北地方法院民事判決 96 年度勞訴字第 205 號	第二款	121
	臺南地方法院民事判決 96 年度訴字第 1644 號	第二款 第三款	121 123
	桃園地方法院民事判決 96 年度訴字第 1129 號	第二款 第三款	121 123
	臺中地方法院民事判決 94 年度訴字第 1248 號	第二款	121
	臺灣高等法院民事判決 93 年度重勞上字第 1 號	第三款	121
	臺灣高等法院民事判決 93 年度勞上易字第 84 號	第三款	122
	高雄地方法院民事判決 95 年度訴字第 3039 號	第三款	123
	臺南地方法院民事判決 96 年度簡上字第 57 號	第三款	123
	臺北地方法院新店簡易庭小額民事判決 96 年度店勞小字第 19 號	第三款	123
	臺北地方法院民事判決 94 年度訴字第 6572 號	第三款	123
	板橋地方法院民事判決 95 年度勞簡上字第 30 號	第三款	123

最高法院對於「顯失公平」之詮釋—無從選擇締約對象、無拒絕締約內容餘地 * 涉及定型化勞動契約之下級審判決	最高法院民事判決 94 年度台上字第 941 號判決,		126
	最高法院民事判決 90 年度台上字 2011 號		126
	最高法院民事判決 92 年度台上字第 39 號		126
	臺灣高等法院民事判決 96 年度勞上字第 66 號		126
	臺灣高等法院民事判決 91 年度勞上易字第 59 號		126
	臺灣高等法院臺中分院民事判決 96 年度上易字第 57 號		126
	臺灣高等法院臺中分院民事判決 95 年度上易字第 437 號		126
	新竹地方法院民事判決 91 年訴字第 886 號		126
	臺中地方法院民事判決 94 年度重勞訴字第 18 號		126
	高雄地方法院民事判決 94 年度勞訴字第 59 號		126
	高雄地方法院民事判決 93 年度訴字第 2370 號		126
	臺灣臺北地方法院民事判決 97 年度勞訴字第 12 號		126
	臺北地方法院民事判決 95 年度勞訴字第 80 號		127
	臺北地方法院民事判決 94 年度勞簡上字第 23 號		127
	臺北地方法院民事判決 97 年度勞訴字第 12 號		128
高雄地方法院民事判決 91 年度勞簡上字第 22 號		128	
第四章 效力減縮原則於定型化勞動契約之適用?	最高法院 83 年台上字第 1685 號判決	採取肯定見解	160
	台北地方法院民事判決 91 年度勞訴字第 11 號	採取肯定見解	160
	士林地方法院民事判決 92 年度訴字第 124 號	採取肯定見解	160

		台北地方法院民事判決 88 年度勞簡上字第 6 號	採取肯定見解	161
		台灣高等法院民事判決 93 年上字第 299 號	以違約金酌減之方式達成類似效力減縮原則之效果	162
		台灣高等法院民事判決 96 年勞上字第 79 號	以違約金酌減之方式達成類似效力減縮原則之效果	163
		台中地方法院民事判決 96 年度勞簡上字第 26 號	最低服務年限約款之合理性有所欠缺，應以違約金酌減達成縮減至合理範圍之目的	163
		台灣高等法院民事判決 80 年上字第 203 號	採取否定見解	164
		台北地方法院民事判決 96 年度勞訴字第 128 號	採取否定見解	164
		臺北地方法院民事判決 96 年度勞訴字第 205 號	採取否定見解	165
第五章 第一節 調職條款	調職命令之法律性質之爭議	最高法院 77 年台上字第 1868 號判決	較接特約說	184
		台北地方法院民事判決 91 年度重勞訴字第 4 號判決	採取勞動契約說	184
		桃園地方法院民事判決 91 年度勞訴字第 29 號	採取概括合意說	184
		臺南地方法院民事判決 89 年度勞訴字第 41 號	採取特約說	184
		臺北地方法院民事判決 94 年度勞簡上字第 9 號	不採用特定理論	184
		臺北地方法院民事判決 89 年度勞訴字第 116 號	指出不論採取何種學說，由於勞動契約解釋之結果，雇主極有可能對勞工擁有調職命令權。	186
	調職條款之審查	臺中地方法院民事判決 93 年度勞訴字第 5 號	調職五原則	192
		臺灣高等法院臺中分院民事判決 94 年度勞上字	調職五原則	193

		第 2 號		
		臺北地方法院民事判決 91 年度重勞訴字第 4 號	調職五原則	193
		臺灣高等法院民事判決 92 年度重勞上字第 10 號	調職五原則	193
		臺北地方法院台北簡易庭小額民事判決 92 年度北勞小字第 48 號	調職五原則	194
		臺灣高等法院民事判決 90 年度勞上易字第 33 號	調職五原則	194
		桃園地方法院民事判決 90 年度勞訴字第 31 號	調職五原則	194
		臺北地方法院民事判決 93 年度勞訴字第 159 號	調職五原則	194
		南投地方法院南投簡易庭民事簡易判決 95 年度投勞簡字第 6 號等判決	調職五原則	194
		臺灣高等法院民事判決 95 年度重勞上更(一)字第 2 號		194
		臺北地方法院民事判決 91 年度勞簡上字第 34 號		195
		台北地方法院民事判決 96 年度北勞簡字第 85 號		195
		高雄地方法院民事判決 96 年度雄勞簡字第 33 號	調職條款因違反民法第 247 條之 1 第 3 款規定無效。	195
		高雄地方法院民事判決 97 年度勞簡上字第 9 號	調職條款因違反民法第 247 條之 1 第 3 款規定無效。	196
第五章 第二節	勞基法第 15 條第 2 項之性質？	臺灣高等法院民事判決 91 年度勞上易字第 59 號	強制規定	204
最低服務		臺灣高等法院民事判決 89 年度勞上字第 17 號	非屬強制規定	205
		臺北地方法院民事判決 92 年度勞簡上字第 76 號	非屬強制規定	205

年限條款	定型化最低服務年限條款之納入控制	臺中地方法院民事判決 96 年度勞簡上字第 26 號		207
	定型化最低服務年限條款之解釋	臺中地方法院民事判決 93 年度中簡字第 3588 號		208
	定型化最低服務年限約款之內容控制之依據	新竹地方法院民事簡易判決 95 年度竹簡字第 26 號	援引憲法第 15 條之規定	209
		台北地方法院民事判決 91 年勞簡上字第 37 號		210
		臺北地方法院民事判決 89 年度勞小上字第 14 號		210
		臺灣高等法院民事判決 95 年度勞上字第 41 號	援引民法第 72 條公序良俗作為判斷依據	210
		臺北地方法院民事判決 95 年度勞訴字第 48 號	援引民法第 72 條公序良俗作為判斷依據	211
		臺灣高等法院民事判決 95 年度勞上字第 76 號	援引民法第 72 條公序良俗作為判斷依據	211
		臺北地方法院新店簡易庭小額民事判決 96 年度店勞小字第 19 號	依民法第 247 條之 1 認定約款無效	211
		臺北地方法院民事判決 94 年度訴字第 6572 號	依民法第 247 條之 1 認定約款無效	212
		臺灣板橋地方法院民事判決 95 年度勞簡上字第 30 號等判決	依民法第 247 條之 1 認定約款無效	212
台北地方法院民事判決 92 年度北勞簡字第 127 號		212		

	台北地方法院民事判決 91 年度北勞訴字第 3 號 (其上級審臺灣高等法院民事判決 91 年度勞上 易字第 59 號維持同見解)	依民法第 247 條之 1 認定約款無 效	212
	臺中地方法院臺中簡易庭小額民事判決 96 年度 中勞小字第 65 號 (及其上級審臺中地方法院民 事判決 96 年度勞簡上字第 26 號維持相同見解)	依民法第 247 條之 1 認定約款無 效	212
	台北地院 95 年度店勞簡字第 7 號 (惟其上級審 臺北地方法院民事判決 95 年度勞簡上字第 75 號 認為該約款並無顯失公平, 而認為約款有效。)	依民法第 247 條之 1 認定約款無 效	212
	臺北地方法院新店簡易庭小額民事判決 96 年度 店勞小字第 19 號	依民法第 247 條之 1 認定約款無 效	212
	臺北地方法院民事簡易判決 92 年度簡字第 29 號	依民法第 247 條之 1 認定約款無 效	212
	板橋地方法院民事判決 95 年度勞簡上字第 30 號	依民法第 247 條之 1 認定約款無 效	212
	最高法院民事判決 96 年度台上字第 1369 號	闡述約款「必要性」與「合理性」 之判斷	213
	臺中地方法院民事判決 96 年度勞簡上字第 26 號	依民法第 247 條之 1 認定約款無 效 「必要性」、「合理性」之闡述 運用違約金酌減之方式尋求個案 公平	212 213 217

		臺灣高等法院民事判決 96 年度勞上字第 18 號		215
		雲林地方法院民事判決 94 年度訴字第 603 號		216
		臺北地方法院 93 年度勞訴字第 52 號第一審判決 及其上級審臺灣高等法院民事判決 94 年度勞上 易字第 16 號		216
		新竹地方法院民事簡易判決 95 年度竹簡字第 26 號等判決		216
		臺灣高等法院臺南分院 89 年度上易字第 128 號 民事判決	運用違約金酌減之方式尋求個案 公平	217
		板橋地方法院民事判決 89 年度簡上字第 212 號	運用違約金酌減之方式尋求個案 公平	217
		臺灣高等法院民事判決 94 年度勞上易字第 16 號	運用違約金酌減之方式尋求個案 公平	217
	終止事由之探討	板橋地方法院民事判決 94 年度勞小上字第 7 號		218
		臺北地方法院民事判決 88 年度勞簡上字第 6 號		218
		臺灣高等法院民事判決 89 年度勞上字第 17 號	以契約解釋之方式限縮約款之適 用範圍	218 219
		臺北地方法院民事判決 91 年度勞簡上字第 54 號	以契約解釋之方式限縮約款之適 用範圍	218 219
		臺北地方法院民事簡易判決 92 年度簡字第 29 號		218
		臺北地方法院小額民事判決 90 年度店勞小字第 13 號		218

		高雄地方法院民事判決 95 年度岡勞小字第 1 號	因約款本身未明確規範終止之要件，依民法第 247 條之 1 第 2 款宣告無效	220
	法律效果	台北地方法院民事判決 88 年度勞簡上字第 6 號	效力減縮原則之承認	230
		士林地方法院民事判決 94 年度勞訴字第 10 號	效力減縮原則之承認	231
		臺中地方法院民事判決 96 年度勞簡上字第 26 號	以違約金酌減方式達成間接承認效力減縮原則之效果	232
	舉證責任	臺灣高等法院民事判決 91 年度勞上易字第 59 號		236
第五章 第三節	定型化競業禁止條款之解釋	臺灣高等法院高雄分院民事判決 89 年度上字第 227 號		241
		桃園地方法院民事判決 95 年度簡上字第 122 號		242
競業禁止 條款	定型化競業禁止條款之內容控制	台灣高等法院民事判決 75 年度上字第 785 號		243
		最高法院 75 年度台上字 2446 號判決		244
		最高法院 81 年度台上字第 989 號判決		244
		最高法院 89 年度台上字第 1906 號判決		244
		最高法院 94 年度台上字第 1688 號判決		244
		最高法院 83 年度台上字第 1865 號判決		245
		臺灣高等法院高雄分院民事判決 89 年度上字第 227 號		246
		臺灣高等法院民事判決 91 年度勞上字第 27 號	採五標準說	246 248
		臺灣高等法院民事判決 92 年度勞上易字第 126		246

	號		
	臺灣高等法院民事判決 93 年度勞上易字第 40 號	採三標準說	248
	臺灣高等法院民事判決 93 年度勞上字第 55 號		245
	臺灣高等法院民事判決 93 年度上字第 299 號	採三標準說	246 248
	臺灣高等法院臺南分院民事判決 93 年度上易字第 152 號	定型化約款應以民法第 247 條之 1 審查約款效力 採五標準說	246 248
	臺灣高等法院民事判決 94 年度勞上字第 40 號	採三標準說	246 248
	臺灣高等法院臺中分院民事判決 95 年度重上字第 44 號	採三標準說	245 248
	臺灣高等法院臺中分院民事判決 96 年度上易字第 57 號	採五標準說	248
	臺灣高等法院臺中分院民事判決 97 年度勞上易字第 1 號	定型化約款應以民法第 247 條之 1 審查約款效力	245
	臺灣高等法院民事判決 97 年度上字第 88 號	採五標準說	248
	臺北地方法院民事判決 94 年度勞訴字第 158 號	採三標準說	248
	臺北地方法院民事判決 95 年度勞訴字第 87 號	* 定型化約款應以民法第 247 條之 1 審查約款效力 * 採三標準說	246 248
	臺北地方法院民事判決 95 年度勞訴字第 185 號	定型化約款應以民法第 247 條之	246

			1 審查約款效力	
		臺北地方法院民事判決 96 年度勞訴字第 135 號	採四標準說	248
		臺北地方法院民事判決 96 年度勞訴字第 210 號	* 定型化約款應以民法第 247 條 之 1 審查約款效力 * 四標準說	246 248
		臺北地方法院民事判決 96 年度勞訴字第 205 號	* 定型化約款應以民法第 247 條 之 1 審查約款效力 * 四標準說	246 248
		臺北地方法院民事判決 96 年度訴字第 3863 號	採五標準說	248
		臺北地方法院民事判決 97 年度勞訴字第 12 號	定型化約款應以民法第 247 條之 1 審查約款效力	246
		板橋地方法院民事判決 95 年度勞訴字第 51 號	採三標準說	245 248
		板橋地方法院三重簡易庭民事判決 96 年度重勞 簡字第 18 號	* 定型化約款應以民法第 247 條 之 1 審查約款效力 * 五標準說	246
		桃園地方法院民事判決 95 年度重訴字第 65 號	採四標準說	248
		桃園地方法院民事簡易判決 96 年度桃勞簡字第 32 號	* 定型化約款應以民法第 247 條 之 1 審查約款效力 * 採四標準說	246 248
		桃園地方法院民事判決 96 年度訴字第 1129 號	採五標準說	248
		新竹地方法院民事判決 93 年度簡上字第 81 號	採五標準說	248

	新竹地方法院民事判決 94 年度重勞訴字第 1 號		246
		採三標準說	248
	新竹地方法院民事判決 96 年度勞訴字第 6 號	定型化約款應以民法第 247 條之 1 審查約款效力	246
	新竹地方法院民事判決 97 年度勞訴字第 7 號	* 定型化約款應以民法第 247 條之 1 審查約款效力	246
		* 採五標準說	248
	臺中地方法院民事判決 92 年度重訴字第 926 號	採三標準說	248
	臺中地方法院民事判決 92 年度重訴字第 926 號		245
	臺中地方法院民事判決 95 年度簡上字第 125 號	採三標準說	248
	臺中地方法院民事判決 96 年度勞訴字第 40 號	採五標準說	248
	臺南地方法院臺南簡易庭民事判決 95 年度南勞簡字第 27 號		245
		採五標準說	248
	臺南地方法院臺南簡易庭民事判決 95 年度南勞簡字第 28 號		245
		採五標準說	248
	臺南地方法院民事判決 95 年度訴字第 1327 號		245
	臺南地方法院民事判決 96 年度訴字第 450 號		246
		採三標準說	248
	臺南地方法院民事判決 96 年度簡上字第 57 號	採五標準說	246
	高雄地方法院民事判決 93 年度勞訴字第 63 號		245
		採三標準說	248
	高雄地方法院民事判決 95 年度訴字第 3039 號	採四標準說	248

		高雄地方法院民事判決 95 年度岡簡字第 599 號	採五標準說	248
		高雄地方法院民事判決 96 年度簡上字第 162 號		245
	法律效果	最高法院 83 年台上字第 1685 號判決	效力減縮原則之承認	260
		臺灣高等法院臺南分院民事判決 93 年度上易字第 152 號	效力減縮原則之承認	261
		士林地方法院民事判決 92 年度訴字第 124 號	效力減縮原則之承認	261
		台北地方法院民事判決 91 年度勞訴字第 11 號	效力減縮原則之承認	261
		台灣高等法院民事判決 80 年上字第 203 號判決	否認效力減縮原則	262
		臺北地方法院民事判決 93 年度勞訴字第 109 號	否認效力減縮原則	262
		臺北地方法院民事判決 96 年度勞訴字第 128 號	否認效力減縮原則	262
		臺北地方法院民事判決 96 年度勞訴字第 205 號	否認效力減縮原則	263
	舉證責任	臺中地方法院民事判決 95 年度簡上字第 60 號		265
		臺北地方法院民事判決 97 年度勞訴字第 12 號		265
		臺北地方法院民事判決 96 年度訴字第 3863 號		266
		臺南地方法院民事判決 96 年度簡上字第 57 號		266
第五章		台灣高等法院民事判決 93 年上字第 299 號判決		275
第四節		台灣高等法院民事判決 96 年勞上字第 79 號判決		276
違約金		最高法院 96 年度台上字第 1396 號判決		279
條款		台灣高等法院 95 年勞上字第 76 號		279