



The basic tenets of labour law in almost every country are to protect the rights and obligations of the worker and the employer and include the following: (1) the right to work; (2) the right to join the union. This has been the case since the earliest days of industrialization. Many contract terms and conditions are required by legislation or custom. For example, the employer has the duty to provide a safe and sound working environment. The employer can terminate an employee from a position for any reason, but in the case of a non-regular employee, the employer must provide a written notice of termination and a severance pay. The employer must also provide a safe and sound working environment for the employee and a safe and sound working environment for the employee.

Another issue for any business is to understand the relationship between the worker and the manager. There are two types of workers, independent contractors and employees. They are differentiated based on the level of control the employer has over them. If a worker is provided tools and resources, closely supervised, paid regularly, etc., then he or she is considered an employee of the company. Employees must act in the best interest of the employer.

The contract is subject to various legal provisions. An employer may not legally offer a contract that gives the worker less than minimum wage, benefits and illness rights, notice in the event of dismissal and job-discrimination.

指南勞動法系列

個別勞動法

Individual Labour Law

黃程貫 主編

- 黃程貫、姚妤嬋、陳建文、李柏毅
- 劉素吟、林炫秋、林志蓁、彭敬元
- 張義德、林佳和、張詠善、林良榮
- 洪瑩容、陳瑞元、邱羽凡 合著



元照

Intellectual property is the vital asset of the business, employees add value to the company by creating Intellectual Property. As per Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS), Intellectual Property is personal property. Intellectual property is used as competitive advantage by big companies to protect themselves from rivalry. Given the conditions, if the worker is in the employment relationship, he is the employee of the company, and if the employee's invention is in the scope of employment i.e. if the employee creates a new product or process to increase the productivity and create organizations' wealth by utilizing the resources of the company, then the Intellectual property solely belongs to the company. New business products or processes are protected under Patents. However, there are many special options on Intellectual investments one such argument is Software inventions. However, there are many arguments and opinions on patenting software inventions, under the case Diamond v. Diehr the United States supreme court decided that Diehr is patentable because they improved the existing technological process, not because they were implemented on a computer.



個別勞動法

黃程貫 主編

黃程貫、姚好嬭、陳建文、李柏毅
劉素吟、林炫秋、林志蓁、彭敬元
張義德、林佳和、張詠善、林良榮
洪瑩容、陳瑞元、邱羽凡

合 著

(依文章發表順序排列)

元照出版公司



元照出版

搶先試閱版

主編序

政治大學法學院是國內法律系中最早開設勞動法課程的系所之一，更首先創設勞社法中心，並在研究所、碩士班特設勞社法組，招收對勞動法、社會法富有鑽研志向的研究生，長年下來已培養眾多從事勞動法研究與實務工作的學者、律師、法官等。

此次政大法學院勞社法中心以指南勞動法論壇為名，集結歷年來畢業的優秀法律工作者，以研討會方式，分別針對勞動法重要主題撰寫並發表論文，內容豐富且深入，兼具教學研究與實務價值，確實符合論壇「指南」之名！在此次第一回出版論壇成果後，期待政大勞社法中心師生們持續努力，繼續舉辦勞動法論壇發表成果，為國內勞動法研究貢獻一份心力！

黃程貫 謹誌

2021年3月



元照出版

搶先試閱版

目 錄

主編序

第一章 勞動基本權之概念與內涵

黃程貫

第一節 勞動基本權之意義與範圍	1
壹、1966年12月19日之公民與政治權利國際公約	2
貳、1966年12月16日之經濟、社會、文化權利國際公約	2
第二節 基本權之功能	4
壹、基本權之防禦功能	4
貳、基本權作為適用於所有法領域的客觀價值秩序	10
參、基本權之保護功能	11
第三節 勞動關係中之各個基本權	13
壹、私法自治，尤其是契約自由	13
貳、一般人格權	14
參、信仰與宗教自由	16
肆、意見自由	16
伍、職業自由	17
陸、平等權	18
柒、同盟自由基本權（即勞動三權：團結權、團體協商 權、團體爭議權）	19
捌、其他基本權	20
第四節 評釋大法官釋字第373號解釋——同盟自由基本權 （勞動三權）之保障	21
壹、事 實	21
貳、原告主張	21
參、被告主張	22
肆、行政法院判決（判決日期：79年12月20日）	22
伍、大法官解釋文（解釋日期：84年02月24日）	22
陸、大法官劉鐵錚與戴東雄之不同意見書之主要觀點	24
柒、評 釋	26
第五節 結 語	45

第二章 勞動契約基礎概論

姚妤嬭

第一節 勞動契約之性質與特性.....	47
壹、勞動契約之性質.....	47
貳、勞動契約之特性.....	48
第二節 勞動契約之成立與生效.....	48
壹、成立與生效要件.....	48
貳、勞動關係中契約自由之限制.....	49
第三節 不定期契約與定期契約.....	49
壹、不定期契約.....	50
貳、定期契約.....	51
第四節 試用期間.....	52
壹、試用期間之意義暨合法性.....	52
貳、試用期間之性質.....	53
參、試用期間之解僱.....	55
肆、試用期間勞資雙方之權利義務.....	55
第五節 年 資.....	56
壹、年資認定.....	56
貳、年資併計.....	57
第六節 勞動契約中雙方之權利義務.....	58
壹、雇主之主給付義務：給付工資.....	59
貳、雇主之附隨義務.....	59
參、勞工之主給付義務：提供勞務.....	64
肆、勞工之附隨義務.....	65
第七節 判決評釋：機師試用期間案.....	67
壹、案件事實.....	67
貳、原告之主張.....	68
參、被告之主張.....	68
肆、法院判決.....	69
伍、評 析.....	71

第三章 非典型勞動契約

姚妤嬭

第一節 前 言.....	73
第二節 定期契約.....	74



第三節 勞動派遣	76
壹、定 義	76
貳、勞動派遣之種類	77
參、勞動派遣常見之爭議問題	80
第四節 部分工時勞工	89
壹、定 義	89
貳、部分工時勞工勞動條件之保障	92
第五節 結 論	96
第四章 勞工定義	陳建文
第一節 勞工定義的規範作用與理論意義	99
壹、勞工定義之規範作用	99
貳、勞工概念之理論意義	102
第二節 勞基法勞工定義思考路徑的分化與合流	104
壹、確認勞基法適用對象之兩種思考路徑	104
貳、實務思考路徑的發展趨勢	105
參、學理分析	111
第三節 以勞動從屬性認定勞工的思考路徑發展情形	115
壹、學說理論	115
貳、司法實務	120
參、行政實務見解	125
第四節 比較法發展觀察	129
壹、契約面向的指標	129
貳、管理權面向所開發出來的指標	129
參、經濟實態面向的認定指標	130
第五節 案例探討	133
壹、合夥契約與勞動契約之區分——臺灣臺北地方法院 101年度勞訴字第27號民事判決	133
貳、大學研究助理之勞工身分爭議——臺灣臺北地方法院 106年度勞訴字第294號民事判決	135
參、性別工作平等法第7條保護對象之界定	138



第五章 工資	李柏毅
第一節 前言.....	143
第二節 工資定義之各家學說.....	144
壹、經常性給與要件說.....	145
貳、經常性給與補充說.....	146
參、體系二分說.....	149
第三節 工資認定的行政主管機關見解.....	150
第四節 工資認定之司法實務見解——以最高法院判決趨勢 為中心.....	152
壹、初期：經常性給與要件說成主流，並排除「恩惠性 給與」.....	153
貳、中期：經常性的放寬，以及「制度上」經常性概念的 流行.....	153
參、近期：轉向經常性給與補充說？.....	156
第五節 判決評釋——臺灣高等法院105年度勞上易字 第30號判決.....	157
壹、案件事實.....	157
貳、爭 點.....	158
參、判決理由.....	159
肆、評 析.....	161
第六節 結 語.....	165
第六章 工作時間	劉素吟
第一節 概 說.....	167
第二節 工作時間之判斷.....	168
壹、工作時間.....	168
貳、待命時間.....	169
第三節 延長工作時間.....	179
壹、延長工時之意義與薪資給付.....	179
貳、延長工時之合法要件.....	180
參、延長工作時間之認定.....	184



第四節 判決評釋——臺灣高等法院臺中分院104年度 勞上字第23號民事判決.....	191
壹、本案事實.....	191
貳、爭 點.....	191
參、判決要旨.....	192
肆、判決評析.....	193
第七章 例假、休假與特別休假	
第一節 例假與休假..... 劉素吟.....	201
壹、概 說.....	201
貳、例 假.....	202
參、休息日.....	217
肆、判決評釋——國定假日之挪移與特定：最高行政法院 108年度判字第2號行政判決.....	220
第二節 特別休假..... 林炫秋.....	225
壹、前 言.....	225
貳、我國特別休假制度的變遷.....	226
參、特別休假的要件與行使.....	230
肆、特別休假權利的性質.....	238
伍、特別休假的法律效果.....	242
陸、案例判決評釋——臺灣高等法院108年勞上易字 第16號民事判決.....	246
柒、結 論.....	253
第八章 工作規則	林志蓁
第一節 前 言.....	255
第二節 工作規則之訂立、內容及效力.....	256
壹、工作規則之訂立.....	256
貳、工作規則應記載事項.....	257
參、工作規則之核備.....	258
肆、工作規則之公開揭示.....	260
第三節 工作規則之法律性質.....	262
壹、契約說.....	262



貳、法規範說.....	264
參、根據二分說.....	265
肆、集體合意說.....	266
伍、修正法規說之主要內容.....	267
陸、定型化契約說.....	267
柒、獨立法源否認說之主要內容.....	268
第四節 工作規則與其他法源之關係.....	269
壹、否定說.....	270
貳、肯定說.....	270
第五節 工作規則不利益變更之法律效力.....	271
壹、學 說.....	271
貳、實務見解.....	272
參、合理性之判斷方式.....	275
第六節 判決評析——法令修正對工作規則效力之影響 （臺北高等行政法院106年度訴字第728號行政判決）.....	277
壹、本件事實概要.....	277
貳、判決理由.....	277
參、評 析.....	278
第九章 人事調動與績效考核	
第一節 人事調動..... 彭敬元.....	281
壹、基礎理論.....	281
貳、特色判決評釋.....	310
第二節 績效考核..... 張義德.....	314
壹、績效考核之意義與功能.....	314
貳、雇主績效考核權限之依據及性質.....	315
參、對於績效考核之司法控制——公正評價.....	318
肆、對於不當績效考核的救濟方式.....	324
伍、判決評釋——臺灣高等法院103年度勞上字第101號 判決.....	326
第十章 就業歧視與性別工作平等	林佳和
第一節 前言：勞動世界的自由、平等與歧視.....	331



第二節 憲法下的平等與平等對待	333
壹、平等原則基本意涵	333
貳、平等原則與私法	336
參、勞動法領域之平等原則適用	339
肆、歧視禁止與優惠性差別待遇	341
第三節 就歧與性平法之釋義學體系	343
壹、適用範圍	343
貳、歧視定義	346
參、因果關係與動機競合	352
肆、合法之差別待遇	353
伍、雇主之調整與組織義務	355
陸、歧視構成要素：不同類型歧視	357
柒、特殊：性別同工同值同酬原則	362
捌、歧視之法律效果：私法	366
玖、歧視之法律效果：行政法	370
第四節 判決評釋：臺北高等行政法院96年度訴字第915號	
判決	373
壹、本案事實與爭點	373
貳、判決理由	374
參、評 析	375
第十一章 雇主懲戒處分	張詠善
第一節 前 言	379
第二節 雇主懲戒處分之態樣	380
第三節 司法救濟之方式	380
壹、否定司法救濟者	381
貳、肯定司法救濟者	381
第四節 司法審查內容	387
壹、懲戒事由之審查	387
貳、實質正當性之審查原則	388
參、不當目的之審查	390
肆、程序保障問題	391



第五節 精選判決	395
壹、臺灣高等法院臺中分院104年度勞上字第9號民事判決	395
貳、說明與解析	398
第十二章 職業災害補償	林良榮
第一節 前言：職災發生之事後「救濟」與雇主責任	401
壹、我國職災之「救濟」體系	401
貳、我國勞基法上之職災補償範圍與內容	406
第二節 我國職災補償之救濟制度與職災認定爭議：以職災 認定之因果關係為中心	409
壹、職業災害之定義	409
貳、職業災害之認定基準：現行法規範與實務見解	411
參、職災因果關係之判斷法理與學說建構	413
第三節 日本職災補償之救濟制度與職災認定爭議：以職災 認定之因果關係為中心	417
壹、職災認定之法律結構：何謂「業務上」之事由	417
貳、「業務起因性」之認定技術：「二要件主義」的建構	421
參、「業務起因性」之解釋論爭：相當因果關係說的檢討 與認定技術的再建構	425
肆、職災補償制度之意義與目的再檢討	431
伍、職災判決評釋：以過勞職災爭議為例	436
第十三章 勞動契約之終止	
第一節 雇主終止勞動契約	洪瑩容、張詠善 443
壹、經預告終止勞動契約	444
貳、不經預告終止勞動契約——可歸責於勞工之事由—— 懲戒解僱（勞基法第12條）	495
參、特別之終止保護	528
肆、雇主違法終止之救濟	531
第二節 勞工終止勞動契約	洪瑩容 535
壹、經預告終止勞動契約	535
貳、不經預告終止勞動契約（勞基法第14條）	536



第十四章 退 休

陳瑞元、林志蓁

第一節 退休概念.....	541
壹、概 說.....	541
貳、勞動法上概念.....	542
第二節 勞動契約終止事由.....	545
壹、自請退休及強制退休.....	545
貳、預告期間.....	547
第三節 退休金請求權.....	548
壹、勞基法退休事由之爭議.....	548
貳、工作年資之爭議.....	551
參、其他次要爭議.....	554
第四節 優惠退休制度.....	558
第五節 判決評析——雇主免除退休金給與之討論（臺灣高等法院96年度勞上字第21號民事判決）.....	559
壹、本件事實概要.....	559
貳、判決理由.....	559
參、說明與解析.....	560
肆、結 語.....	565

第十五章 最低服務年限與離職後競業禁止

邱羽凡

第一節 最低服務年限之限制.....	567
壹、最低服務年限之定義.....	567
貳、最低服務年限約款之功能.....	569
參、最低服務年限條款之控制標準.....	571
肆、違反最低服務年限條款之法律效果.....	581
第二節 勞工離職後之競業禁止.....	582
壹、離職後競業禁止之意義與功能.....	583
貳、離職後競業條款之簽訂.....	585
參、離職後競業禁止條款之控制標準(一)：勞基法第9條之一增訂前.....	586
肆、離職後競業禁止條款之控制標準(二)：勞基法第9條之一之適用.....	591



購書請至：https://www.angle.com.tw/book.asp?BKID=12710&bkid_1=&KindID3=&KindID4=

伍、違反離職後競業禁止條款之法律效果.....	606
陸、違反勞基法第9條之一之法律效果	609
柒、判決評釋：條款無效與不具拘束力之區別.....	612



元照出版

搶先試閱版

第一章

勞動基本權之概念與內涵

黃程貫

第一節 勞動基本權之意義與範圍

所謂的勞動基本權，應該有兩種的理解可能，一是理解為「勞工基本權」，意即基本權主體具備「勞工」之身分時所享有的基本權；一是理解為「勞動關係中之基本權」，也就是在勞資雙方關係上所可能觸及之基本權。而前者之所謂具備勞工身分之基本權主體，其主要的、核心的部分自然是「受僱者之身分」，因此，就此而言，上述兩種理解差別不大。不過，當然對於「勞工」基本權一詞，或許也可有二種不同的認知：一是指勞工與一般人民同樣作為基本權之主體，於其生活關係中（尤其是在勞動關係中）所會涉及到的基本權；另一種理解則是指憲法制定者特別只專門針對「勞工」此一身分而賦與之基本權，無勞工身分之其他人民並不享有此等基本權。後者之勞工身分專屬的基本權，一般指的是同盟自由基本權（Koalitionsfreiheit，也就是一般所稱的勞動三權，亦即團結權、團體協商權、團體爭議權）。

正是因為各論者對勞動基本權之認知有上述之差異，因此，在各論者之文獻中即常會指涉的內容有所不同。本文以下會先敘述與勞工或勞動關係相關之基本權，再就大法官釋字第373號解釋所針對的勞工專屬基本權（即同盟自由基本權）加以論述。

憲法作為國家根本大法，是國家的法律基本秩序。基於對整體法秩序與對個人的重要性，因此我國憲法將人民的基本權放在極前面的位置，也就是在第一章總綱之後，即是第二章的人民之權利義務。在該章中所臚列的各個基本權中，明顯與勞工或勞動關係相關者，雖只有第15條之工作權，但其實依照勞動法界之通說，勞工之同盟自由、職業自

2 個別勞動法

由、勞動契約自由、勞工人格權等等基本權亦均受憲法保障（雖然憲法之具體依據為何之問題，容或有爭議）。

再者，除了憲法之規定外，民國98年立法通過並實施的兩公約施行法，即公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法。該法第1條即明白指出：為實施聯合國一九六六年公民與政治權利國際公約（International Covenant on Civil and Political Rights）及經濟社會文化權利國際公約（International Covenant on Economic Social and Cultural Rights），健全我國人權保障體系，特制定本法。且該法第2條更規定兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力。使得我國之基本權保障更為豐富，乃是以制定法方式擴充我國憲法基本權之保障內容，可謂是制定法層次之基本權擴張。解釋上應將兩公約所保障之基本權，在架構上認定為是我國憲法第22條所保障之其他基本權（若是我國憲法尚未明文規定者）。成為我國內國法之該二公約所保障與勞工或勞動關係直接相關之基本權的內容，約有如下：

壹、1966年12月19日之公民與政治權利國際公約

1966年12月19日之公民與政治權利國際公約，除第8條禁止強制勞動外，其第22條乃是此一公約中唯一直接涉及勞動法者。依該公約第22條第1項之規定，為要保護本身之利益，所有的人均享有與他人共同組成工會或加入工會之權利。此乃對個人積極同盟自由的明文保障。該公約第22條第2項並規定，此一個人之團結權，唯有基於國家公共秩序、公共安全、他人自由之保障而有必要時，始得以立法方式加以限制。¹

貳、1966年12月16日之經濟、社會、文化權利國際公約

1966年12月16日之經濟、社會、文化權利國際公約（下稱經社會文

¹ 為確保此一公約之履行，該公約設有一由18個國家所組成之人權委員會，此一委員會有權每5年根據會員國之人權狀況制作人權報告。經其他會員國提出申訴者，人權委員會即有權處理被申訴之特定會員國的人權狀況，惟人權委員會在為任何處理之前，應先得當事國之同意。此亦使得公約之實際效力較難貫徹。



化權利公約)之第6~8條對勞動法尤其重要，包括如下之權利保障：

一、工作權 (Recht auf Arbeit, 第6條)

此一權利包括任何人均有自由選擇工作以獲致工資之自由。國家應提供充分之職業訓練與教育之機會，並採取相關措施，以達成充分就業之目標。

二、享有公平合理勞動條件之權利 (Recht auf gerechte Arbeitsbedingungen, 第7條)

包括同工同酬與男女同酬之權利、享有安全與健康之工作條件的權利、享有平等之職業上升遷機會之權利、享有適當之休息、休閒、合理工作時間、經常性有薪休假、有薪法定假日之權利等。

三、勞工之同盟權 (第8條：「勞動基本權」)

包括個人組成或加入其所選擇工會之權利，亦包括工會自由加入全國性或國際性聯合組織之權利及自由從事工會活動之權利；個人亦應享有在工會內自由行動之權利。此外，罷工權亦應受到保障。此等權利，唯有基於國家公共安全、公共秩序之維護，以及為保護他人之自由而有必要時，始得以立法限制之。²

基於兩公約施行法之規定，上述與勞工與勞動關係相關之基本權，均同受我國法律之保障。

² 此一公約原本之效力甚為微弱，蓋簽約國僅負有將該公約內容作為理想目標，儘量努力達成，並採取一切相應之必要措施之義務，此一公約並不當然成為簽約國之內國法，或使得簽約國因而負有儘速配合立法之義務。但在1976年時，此一公約之簽約國數目已達到一定之程度，因而已受到國際社會普遍之承認而具有一定程度之國際法上拘束力。簽約國，尤其是該國之立法與司法部門負有儘速落實此一公約之義務，不過，簽約國之人民則仍無直接主張此一公約之權利。



4 個別勞動法

第二節 基本權之功能

基本權除了對於國家權力有防禦功能，國家權力不得侵害人民的基本權外，基於國家負有保護人民基本權不受第三人侵害之保護義務，故在勞資關係中，基本權亦有其重要性，因為人民的基本權有可能受到其他人民或其結社之侵害，國家此時即應保護受侵害之人民，並提供基本權受侵害時之救濟制度。以下謹就基本權之防禦與保護功能敘述之：

壹、基本權之防禦功能

由基本權基礎理論之發展觀之，其起始可謂是自由的法治國之基本權觀點，依其論述，基本權乃是人民針對國家之自由權。依據歷史發展的經驗最容易受到國家侵害的一些法益或者應予以保護的領域，就透過憲法規定為基本權來加以保障，以免受到國家權力之侵害。人民在基本權所保障之範圍內，得以防禦公權力之侵害。也因此有某些學者說基本權就是人民將統治權交給國家的對價，人民允許國家統治人民，而國家承諾人民享有基本權，或承諾統治權絕不踏入基本權的領域。

而正是由基本權此一針對國家之防禦功能，也就導出基本權原則上只能由人民向國家主張，但在同樣身為基本權主體的私人相互間則無基本權規定之適用，除非憲法有不同之規定，我國憲法並無類此的例外規定，德國基本法則有兩處例外規定，一是基本法第9條第3項之同盟自由基本權，該條項規定任何人（包括私法上主體）若合意約定或採取措施侵害或企圖侵害同盟自由，則約定為無效，措施為違法；一是基本法第48條第2項則規定一定要件下的契約終止（即以擔任議員為由之解僱）為無效。此等規定已明白規定出違反基本權規定之私法上法律效果，等於是直接規定基本權在私人間有所適用。唯今日之勞動法界通說雖均一致認為基本權之規定，在勞資雙方的關係中亦應有所適用，問題是在於其適用究竟是透過何種途徑？此是具有爭議之問題，雖然在今日此一爭論似已稍歇，但對論理的澄清仍有助益。此一爭論就是基本權之第三效力或第三人效力（*Drittwirkung der Grundrechte*）的直接說或間接說之爭，也就是說基本權應具第三（人）效力是有共識的結論，有爭論的是



適用途徑是間接說或直接說。以下稍微敘述之：

◎旁論：基本權第三人效力之直接說與間接說

所謂基本權之第三人效力乃是指基本權除針對國家之外，更具有對社會上其他第三人之拘束力，換言之，基本權之防禦功能同時及於國家及其他社會上之私人（其他基本權主體），所以社會上之私人亦受到基本權保障規定之拘束，不得介入、侵害他人之基本權。此一基本權之第三人效力，在理論上可分為直接第三人效力說與間接第三人效力說兩種理論³。茲分述之如下：

（一）直接第三人效力（unmittelbare Drittwirkung）說

此說亦稱之為「絕對第三人效力」（absolute Drittwirkung）說，乃是Nipperdey氏首倡之見解⁴，而提出後亦被部分學者所採取⁵。Nipperdey氏認為，憲法中有部分基本權對於所有法律秩序均具有作為該法律秩序之基本原則的功能與作用。此等基本權因而對私法上之法律行為亦有直接之拘束力，可直接適用於私人間之私法行為。而因為Nipperdey氏當時係擔任德國聯邦勞動法院之院長，故在其影響之下，德國聯邦勞動法院的判決亦全面支持Nipperdey氏之見解，且在經德國聯邦憲法法院（見下述間接第三人效力說部分）明白駁斥其見解後，德國聯邦勞動法院直到1985年年初之前，仍是一直堅持己見⁶，甚至在判決中曾有如挑釁地表示德國聯邦憲法法院不應該也沒有能力作為勞動法院關於勞動法

³ 關於此一問題之中文文獻，主要可參閱蘇永欽，憲法權利的民法效力，刊載於當代公法理論：翁岳生教授六秩誕辰祝壽論文集，1993年5月，頁161以下；王澤鑑，勞動契約上之單身條款、基本人權與公序良俗，萬國法律，第50期，頁1以下，相同內容之文章亦刊載於民法學說與判例研究(七)，頁36以下。

⁴ Nipperdey, RdA 1950, 121 ff.; ders., in: Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., 1959, S. 91 ff.; ders., FS Molitor, 1962, S. 17 ff.

⁵ Vgl. nur Laufke, FS Heinrich Lehmann, Bd. I, 1956, S. 145, 179 ff.; Leisner, Grundrechte und Privatrecht, 1960; Ramm, Die Freiheit der Willensbildung, 1960; Gamillscheg, AcP 164 (1964), 385 ff.; ders., Arbeitsrecht I, Nr. 9; ders., Die Grundrechte im Arbeitsrecht, 1989, S. 32 f.

⁶ Vgl. nur BAG, AP Nr. 2 zu § 13 KSchG; AP Nr. 4 zu Art. 3 GG.

6 個別勞動法

問題之判決的「超級上級審」(Superrevision)⁷。

此一基本權直接第三人效力說之說理根據主要乃是認為，基本權既係所有法律秩序之基本原則，則自亦適用於私法。因而基本權之功能與作用即並非僅僅是在處理人民與國家間之關係而已，而是更應包括私人與私人間之關係，也就是說在私人間之關係中，任何私人均不得侵害他人之基本權，國家所不得為之侵害行為，私人自亦不得為之⁸；再者，雇主因擁有生產資料而在勞動關係中具有經濟上之強勢，故基本上雇主乃是一「社會實力者」(soziale Macht 或 soziale Mächtigkeit)，強勢之雇主與弱勢之勞工間之關係其實和國家與人民間之不對等、不平衡關係，並無本質上之不同(臺灣尤其是如此，因為在我國勞動契約與工作規則等等一般均係由雇主片面訂定，勞工毫無置喙的餘地，在臺灣的企業內，雇主可說是居於一幾近於絕對強勢的地位)，而基本權既係在保護「國家－人民關係」中之弱者人民，則亦應同樣適用於「雇主－勞工關係」中之弱者勞工，何況雇主身為社會實力者，縱使未有國家法律之強制，亦應在為法律行為時兼顧公共利益，因而除非法律明文容許，否則即不得違反作為社會秩序基礎之基本權規定，此乃民主原則之基本要求⁹。

(二)間接第三人效力(mittelbare Drittwirkung)說

在Nipperdey氏提出前述基本權直接第三人效力說後，學者Dürig氏即大力加以抨擊¹⁰，氏認為，Nipperdey氏之見解一來完全違背基本權作為人民針對國家之防禦權的傳統，且亦忽略了雇主縱使是所謂社會實力者，但雇主本身其實也是一基本權主體，仍是一享有基本權保障之人民，而非國家，雇主與勞工間之關係乃是人民與人民間之關係，和國家與人民間之關係具有本質上之差異，絕對不應混淆之¹¹；再者，若採Nipperdey氏之見解，則勢必將澈底破壞契約自由原則，蓋契約當事人

⁷ 參見Gamillscheg, Arbeitsrecht I, Nr. 27 und 25, 26.

⁸ Vgl. nur Gamillscheg, Die Grundrechte im Arbeitsrecht, S. 32.

⁹ Vgl. nur Gamillscheg, aaO., S. 32 f.; ders., Arbeitsrecht I, Nr. 27.

¹⁰ Vgl. Dürig, FS Nawiasky, 1956, S. 157 ff.

¹¹ Vgl. Dürig, FS Nawiasky, 1956, S. 157 ff.

基於其契約自由，本得自由約定行使或不行使一定之基本權，換言之，當事人得於契約中自行拋棄原本享有之基本權，至於此一拋棄基本權之契約約定是否為法律秩序所容許，本即應得依據民法中之各種概括條款（或稱一般條款，*Generalklauseln*，例如公序良俗、誠實信用、權利濫用等）與諸多不確定法律概念（*unbestimmte Rechtsbegriffe*，例如雇主之照顧保護義務、勞工之忠誠義務、重大事由等）加以審查，故可知作為所有法律秩序之客觀價值秩序、客觀價值判斷的基本權本即可經由民法中之概括條款及不確定法律概念，而在私法中發揮其作用，故實毋庸採取直接第三人效力說之見解。

Dürig氏之此一見解，其後亦為德國聯邦憲法法院所採取¹²，民事最高法院亦係如此¹³，大多數之民法與憲法學者亦均採之¹⁴，而勞動法學者則分裂為二個陣營，爭執不下，惟採間接第三人效力說者，似占多數¹⁵。至於德國聯邦勞動法院，雖然向來堅持直接第三人效力說，但在1985年年初的聯庭會議（*Großer Senat*）所作成的一個判決中，則顯然已改採間接第三人效力說¹⁶。

不過，在德國勞動法中，基本權之直接效力說並非完全不適用，主要除了基本法第9條第3項同盟自由基本權（*Grundrecht der Koalitionsfreiheit*，主要係指勞工的結社自由，亦即我國俗稱之勞工的勞動三權）乃是明文規定為直接第三人效力之外（原文為：「任何以侵害同盟自由或企圖侵害同盟自由的合意，均屬無效，基於前述目的所為之措施，均屬違法」），較無爭論而為德國聯邦勞動法院與大多數學者所接受者是：團體協約當事人（即工會、雇主或雇主團體）應如同國家公權力主體一般，同樣受到基本權之直接拘束（亦即採基本權之直接效力說），蓋團體協約的內容中，關於工會之勞工會員或雇主團體之雇主會員的權

¹² BVerfGE 7, 198 ff. Lüth-Urteil; 42, 141 ff.

¹³ Vgl. nur BGH, NJW 1962, 198.

¹⁴ Vgl. nur Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, § 11 II m.w.N.

¹⁵ Vgl. nur MK-Arbeitsrecht/Richardi, 1992, Rn. 10 ff.

¹⁶ BAG, GS, AP Nr. 14 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht = EzA Nr. 9 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht.

8 個別勞動法

利義務部分，乃是所謂「法規範效力部分」，與僅規定團體協約當事人雙方間權利義務之「債之效力部分」在本質上根本不同，對於團體協約當事人團體所屬會員而言，團體協約當事人所訂定之團體協約內容，即形同國家立法者所制定之法律一樣，就此點而言，工會或雇主團體對其成員之關係與國家立法機關對人民之關係無異，因而團體協約當事人在締結團體協約時，與國家立法機關在立法時相同，均應受到會員之基本權的直接拘束，並無需再透過民法中之概括條款與不確定法律概念來引入憲法基本權之價值判斷，故團體協約之內容不得有侵害任何團體協約當事人團體所屬會員之基本權的約定¹⁷。此點在德國勞動法界中幾乎無任何爭論而為絕大多數學者所採。

總之，關於基本權利之第三人效力問題，德國之學界與實務界通說乃是採基本權之間接第三人效力說，即使是原先最早採直接說之德國聯邦勞動法院，也已於1985年2月27日之聯庭判決中明白改採間接說（該判決係基於憲法之一般人格權及民法之誠信原則導出勞工之就勞請求權，且對於就勞請求權採全面肯定、例外否定說）；我國學者亦多採基本權之間接第三人效力說。至於各級法院所為之判決，除少數例外之外¹⁸，絕大多數亦是採間接第三人效力說。

惟在此應說明者是：德國論者當初之所以產生直接第三人效力理論，其中有極大的原因是因為採直接效力者認為，憲法中有若干基本權甚難透過民法之概括條款引入私人勞動契約，例如婚姻自由與家庭保護之保障（基本法第6條），在勞動契約中帶有單身條款（德國有論者稱之為修女條款，即禁婚或禁孕條款）時即會受到侵害，而因為德國民法第138條第1項（如我國民法第72條），並非同時規定公序良俗條款（公共秩序、善良風俗）之違反，而只規定善良風俗，故此時若驟然援用良

¹⁷ Vgl. nur BAG, AP Nr. 136 zu Art. 3 GG = EzA Nr. 18 zu Art. 3 GG; AP Nr. 3 zu § 52 BAT = EzA Nr. 21 zu Art. 3 GG; Wiedemann/Stumpf, TVG, 5. Aufl., 1977, Einl., Rn. 57; Walteramnn, RdA 1990, 138 ff.; Gamillscheg, Die Grundrechte im Arbeitsrecht, S. 103 ff.; Anton Wiedemann, Die Bindung der Tarifnormen an Grundrechte, insb. an Art. 12 GG, 1994, S. 22 ff. m.w.N.

¹⁸ 例如臺北地方法院79年勞訴字第26號關於「就勞請求權」之民事判決。

俗條款，以引入前述基本權，認為在此等情形下，雇主乃是構成善良風俗之違反（*Sittenwidrigkeit*），則因為良俗之違反，在德國而言，乃是一極為嚴重的倫理道德淪喪之非難，故在實際的社會生活中，時常不但令雇主，甚至一般社會公眾亦無法接受此種否定性評價，惟若捨棄良俗條款不用，則又無法適當引入前述基本權之保障，因此，遂採基本權之直接效力說，此一法律疑難在我國民法並不存在，因我國民法第72條有公序與良俗之規定，故極自然可將基本權規定所構成之價值解為公共秩序，因此自是難以理解德國法律人為何會捨民法公序良俗條款不用，而採基本權直接第三人效力說。再者，其實將基本權利視為直接有效之法律，拘束立法、行政及司法的結論應是各界均有共識的結論，我國憲法雖無明文規定，但由司法院大法官審理案件法規定行政機關或立法委員行使職權發生是否合憲之疑義、人民基本權受侵害而司法之終局裁判有違憲之疑義者等等，亦可知憲法基本權規定當有拘束立法、行政及司法的效力，應可得出此一結論，而兩公約施行法第2條規定：「兩公約所揭示保障人權之規定，具有內國法律之效力。」，顯然亦同此結論。

憲法作為一國之根本大法，其人民基本權利之規定本應直接貫穿所有法域，包括民法、刑法、行政法等等，如此方為所有各個法律秩序之統一，所有的法律秩序均統一在憲法基本權利規定之下！

不過，因為關於憲法基本權利規定對私法、勞動法亦應有所適用一點，其實是毫無爭論的，有爭論的只是如何使基本權之規定適用到民法、勞動法之中，是以直接之方式，還是以間接之方式來適用基本權？因此，實際上平心而論，基本權規定之直接第三人效力說與間接第三人效力說之爭論根本只是一種表面的、假象的爭執，因為二說之最終結論除少數論點之外，基本上並無不同，故可說是純粹是法律人在理論上推演，無論採何說，在結果上均無太大的影響，因此，基本權之第三人效力問題並非基本權問題真正的重心所在，基本權問題真正的重心所在應是：弱勢勞工之基本權與強勢雇主之向外呈現為契約自由的自由權、財產權間的衝突對立，究竟應如何解決？相衝突對立的基本權又如何界定權利之範圍、界限？因此，其實問題可以說根本是相當性原則（*Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*，亦稱為廣義的比例原則）之問題，



10 個別勞動法

也就是說在保障契約自由與生產資料私有原則的前提下，如何以相當性原則限制雇主之強勢及保護勞工之問題¹⁹。

貳、基本權作為適用於所有法領域的客觀價值秩序

縱使基本權並不能作為防禦權或侵害之禁止而直接適用於私法關係中，但亦非無其重要性²⁰。正如德國學者Dürig所述，憲法基本權制度與私法制度並非相互獨立而毫無關係的存在（*beziehungsloses Eigendasein*）。依照廣為論者接受的看法，基本權構成客觀的價值判斷或選擇，而作為（開放性）價值系統或客觀的價值秩序適用於所有各個法律領域。此一說法的優點在於此說使得憲法基本權得以依照個案狀況而加以適用，且作為價值判斷原則而適用到私法關係中，特別是在下列三種情形時得以發生作用：一是在藉由制定法規定之解釋作出個案中利益衝突時之判斷（合憲性解釋）；二是概括條款之具體化；三是透過類推適用或法律續造以填補法律漏洞。

與此一立場的說法相類似者尚有所謂制度性基本權說（*institutionelles Grundrechtsverständnis*），依照其說法，基本權乃是客觀的秩序原則（*objektive Ordnungsprinzipien*），對受基本權保護之特定的生活領域，如契約秩序、財產秩序或家庭秩序等，均應基本權自由地形成。此說更認為由基本權之目的可以導出私法領域中的特定制度保障（*Institutsgarantien*）及公法領域中之制度性保障（*institutionelle Garantien*）²¹。對勞動法而言，由同盟自由基本權即可推導出諸多的保障。唯有論者認為此一見解，在今日似已非為獨立的一說²²。

¹⁹ 詳見Gamillscheg, *Arbeitsrecht I*, Nr. 27; *MK-Arbeitsrecht/Richardi*, aaO., Rn. 13 ff. m.w.N.

²⁰ 採基本權之間接第三人效力說的論者應也多採取此一說法，故此說法可謂是間接說之補充。而所謂客觀價值秩序，就民法言之，即是我國民法第72條所定之公共秩序。

²¹ 關於理論之介紹，可參閱林佳和，*工會行動權基礎理論*，*勞動與法論文集 I*，2014年10月，頁292-295。

²² Jarass, in: *Jarass/Pieroth, GG*, 12. Aufl., 2012, Vorb. vor Art. 1, Rn. 4.

參、基本權之保護功能

依據今日基本權理論之通說，基本權除了具備針對國家之防禦功能外，尚具有保護功能，亦即國家（包括立法、行政、司法）負有義務，對基本權所內涵之價值與法益加以保護免受侵害。在此要保護者不僅僅是來自公權力主體之侵害，因為此等侵害其實已有基本權之防禦功能可以保護，此處之重點乃是來自非公權力主體之侵害的保護，且保護範圍乃是及於所有的基本權，非僅保護生命、身體、自由等重大法益之不受侵害而已。

就勞動法而言，勞動市場作為勞動關係之整體總合，其特徵在於勞雇雙方間的力量分配不對等。但是創建一公平合理的社會秩序（*gerechte Sozialordnung*）乃是國家的義務。德國聯邦憲法法院曾經在一重要判決中²³確立了國家對於勞資關係負有一基本保護義務（*eine grundlegende Schutzpflicht des Staates*），在國家作為時，必須要斟酌勞工在勞雇關係中的本質上弱勢：「作為契約法基本原則之私法自治，唯有在當事人間確實存在自由的自決（*freie Selbstbestimmung*）的前提下，始能提供充分的保護。若當事人間欠缺相近的對等力量，則單純透過契約法為手段，是不可能保障利益間的合理平衡的。勞動契約的締結就是此等典型案例。在此種情況下，憲法在基本權章與社會國原則中的客觀基本判斷（*die objektiven Grundentscheidungen der Verfassung*）即應透過制定法規定來落實，以平衡、調整社會的與經濟的力量不對等。」有利勞工之國家保護義務的目的，就是如德國聯邦憲法法院所言：被破壞的契約對等之衡平（*Ausgleich gestörter Vertragsparität*）²⁴。

我國憲法應也是蘊涵與此同一之理念，如基本國策第153條：「國家為改良勞工及農民之生活，增進其生產技能，應制定保護勞工及農民之法律，實施保護勞工及農民之政策。婦女兒童從事勞動者，應按其年齡及身體狀態，予以特別之保護。」即是如此，可解為憲法對立法者課

²³ BVerfG 28. 1. 1992, NJW 1992, 964, 966.

²⁴ 相同概念之闡述，可參見林佳和，同註21，頁294，其指出在勞動法領域，立法者藉由限制企業者的契約自由，達成社會現實中真實地位之對等，乃是為實現真正的契約自由，符合制度性的基本權理解。

12 個別勞動法

予之保護義務。

當然，此一基本權之保護義務當然並非意味基本權具備直接第三人效力。因為基本權之保護義務主要是針對立法者，令其負有制定法律以落實、保護基本權之責任。依據此一義務，立法者即應負有義務落實基本權之保護。立法者在此享有廣泛的裁量空間。德國聯邦憲法法院更進一步認為：若立法者不作為或未充分作為時，則民事法院（當然也包括勞動法院）法官即應藉由概括條款規定來落實對基本權侵害之保護（例如在德國勞動法中，該國基本法第12條之職業自由有特別的重要性，德國聯邦憲法法院認為若是雙方當事人間欠缺對等或趨近於對等的力量關係，則針對契約約定所可能產生之侵害，應採取預防或保護的調整作為²⁵），且也不只是立法、司法者負有保護義務，依前述之德國聯邦憲法法院的看法，是包括行政在內之一切國家作為均應遵守保護義務。²⁶

另外尚有一類似的說法認為基本權具有基本權實現（落實）之客觀的保障功能（*eine objektive Gewährleistungsfunktion der Grundrechtsverwirklichung*）。依據其說法，基本權乃是對立法者的憲法委託（*Verfassungsauftrag*），也就是說立法者必須採取作為使得基本權之實現機會的保障有其可能性，當然立法者就基本權之實現應有廣泛的裁量權限。²⁷

總而言之，不問採何說法，均應注意實際調和（或謂實踐相容）之基本原則（*Grundsätze der praktischen Konkordanz*），也就是說在私法的交易生活中，一基本權之保障與行使，不應使與之衝突的基本權完全落空，相互衝突的基本權之行使，應該使在雙方的基本權均得以儘可能有效地行使。此亦是民事法院所應充分斟酌者²⁸。

²⁵ BVerfGE 81, 242; 89, 214; 103, 89; 114, 1; 114, 73; NZA 2007, 85; ErfK/Schmidt, Art. 12 GG, Rn. 4.

²⁶ 對此種說法，自然會引發論者關於契約自由之疑慮，至今仍是有待再具體澄清，參見Zöllner/Loritz/Hergenröder, Arbeitsrecht, 7. Aufl., 2015, S. 104.

²⁷ Murswiek in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.) Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, 3. Aufl., 2011, § 192 Rn. 91 ff.

²⁸ ErfK/Schmidt, Art. 12 GG Rn. 21 f.



第三節 勞動關係中之各個基本權

打造一個公平合理、符合尊嚴的勞動與社會秩序，也是我國憲法目標。因此，人格權、平等權、工作權等等作為個人基本權，對勞工極為重要！此等基本權在勞資之雙方關係中亦應尊重²⁹。唯如前所述，此等基本權並非直接適用到私法主體間之關係。依據保護義務之理念，國家應盡力防止私法主體之一方侵害他方之基本權。此一結論對團體協約當事人亦有適用，換句話說，團體協約不得恣意限制或剝奪協約關係人之基本權。此外，個別的勞動法令之解釋與適用時，亦同樣不得造成相關人等之基本權受侵害的結果。而因為勞工與雇主雙方皆同為基本權主體，因此必須在具體個案中在雙方關係上衡量彼此的基本權，以達到最為有效的調和。

綜合言之，在勞資關係中應尊重、遵守憲法之基本權，在此僅舉其要者如下：

壹、私法自治，尤其是契約自由

一般言之，此係由人格權或人格發展自由（我國憲法第22條）所導出，就勞動法或勞資關係之契約自由言之，更可共同由工作權或職業自由所導出。此一基本權之保障應同時斟酌勞資雙方結構上力量不對等之前提，在此一前提下究應如何確保私法自治、契約自由之最大功能！

我國憲法作為自由民主國家之基本秩序，其目的在於保障每一個個人在經濟上與社會上的最大自由，同時應建立並維護公平的社會秩序。其制度的基礎選擇是自由的市場經濟與私人所有權的保障。而市場上自由交換的手段或工具就是契約，但是如果吾人只是盲目地著重在契約的形式（只要是當事人有合意，即予以尊重而認定其為公平合理），則契約將會在實際上不斷製造或強化市場強勢者對弱勢者的宰制，因此立法者即應在立法時充分斟酌社會較弱勢者的基本權保障，而設立契約自由或私法自治的界限，這也是憲法對立法者的要求。

契約自由之行使只有在自決、自治的前提條件存在時，始得稱之為

²⁹ Gamillscheg, Die Grundrechte im Arbeitsrecht, 1989; Zachert, BB 1998, 1310.

14 個別勞動法

「私法自治」。因此，國家在遇有契約雙方當事人間力量不對等之情形，而一方當事人對他方具有優勢力量，以至於弱勢之一方（通常即勞工）的「自治」成為「他治」時，即應本於勞工之基本權的保護，進而介入、調整之，此乃國家之保護義務，因為公平的社會秩序強調的就是社會的平等。此一概念除了包括社會給付之分配或重分配、機會均等之建立（如教育體制）外，積極消除已經形成之不平等亦是重要的任務。人民與人民間關係之公平正義與人性化（*Gerechtigkeit und Menschlichkeit*）所著重的就是力量不均等之消除，以及因力量不均等所造成的對人的他決（*Fremdbestimmung über Menschen*）的狀況。而如前所述，勞動市場作為勞動關係之整體總合，其特徵正在於勞雇雙方間的力量分配不對等，國家在作為時，必須要斟酌勞工在勞雇關係中的本質上弱勢，透過法令之訂定，以平衡、調整社會的與經濟的力量不對等。

而當立法者在制定勞動法令時，若未能達到保護勞工之結果，則此時保護義務之落實即應當是法官的任務，尤其是透過法律（特別是民法）之概括條款（如誠信原則等）所賦予之空間，以具體落實勞工之保護。由此導出國家介入契約自由原則之合法性與必要性。勞動法（還有例如消費者保護法）即是基於此一原則而形成，目的在於調整或重建契約當事人間之對等力量。

貳、一般人格權

此一基本權在勞動關係中應予保障，令勞工亦享有一般人格權之保障，基於此一基本權保護，雇主負有符合人性之工作安排的義務（*Verpflichtung des Arbeitgebers zu menschengerechter Arbeitsgestaltung*）³⁰，亦即必須符合尊嚴勞動之基本原則。另外，除非雇主具有無可迴避之必要性，否則對於勞工工作過程之不間斷的影像監視設備的設置，即侵害勞工之人性尊嚴、一般人格權³¹。再者，雇主於事業單位內秘密監聽員

³⁰ Zöllner, RdA 1973, 212, 214 f.

³¹ Wiese, ZfA 1971, 273, 284 ff.; ZfA 2006, 631; BAG AP Nr. 15 zu § 611 BGB Persönlichkeitsrecht; AP 36, 41 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung; BAG NZA 2012, 1025; NZA 2013, 268.



工電話通話之行為，亦違法人性尊嚴，侵害員工之一般人格權³²。我國憲法第12條亦規定人民有秘密通訊之自由，或許亦可作為其依據。

此外，原則上雇主亦不得要求勞工進行心理鑑定，除非員工已有明顯情事顯示其心理狀況已經可能導致工作能力之欠缺，例如一公車司機因其交通上之違規行為導致其工作能力產生疑義時，雇主應可要求該名司機進行心理評估。此時，員工是否同意進行鑑定、評估，並不重要³³。

就勞請求權在德國聯邦勞動法院的判決中，亦是以勞工人格權作為推論之基礎。由人格權所保障之個人生命與身體的不可侵犯性，也可導出勞動契約不得約定對勞工之生命或健康有危害之工作內容。

此一基本權之保障，亦應使勞工免受職場霸凌等。同時人格權之保障應包括個人對本身相關資訊之自決權，此一資訊保障亦是勞動關係中之重要議題。

總之，作為自由國家的憲法，其任務目標乃是保障所有人自由發展其人格之可能性：確保每個人民儘可能廣泛地發展自己的人格乃是保障人的尊嚴。就政治、社會領域言之，此不只意味著政府應努力照顧人民的最大福祉，國家更應該開展各種途徑讓人民得以自負責任地參與整體的決定³⁴。就此而言，也有論者謂同盟自由基本權乃是憲法保障作為社會較為弱勢者的勞工得以為求團結的自力救濟而相互結合（此可謂是個人人格權之集體的落實）³⁵。工會作為勞工集體自助的團結，其作用與目的就在於保護勞工在事業單位內及社會上的尊嚴與自由。也因而對國家得請求保護其自由行動權，並對社會與經濟上之強勢者的基本權加以限制，詳見下述。

³² BVerfG AP Nr. 24, 34 zu § 611 BGB Persönlichkeitsrecht; BAG AP Nr. 27 zu § 611 BGB Persönlichkeitsrecht；亦可參拙著，雇主監看員工電子郵件之合法界限——臺北地院91勞訴139號判決評釋，臺灣勞動法學會學報，第6期，2007年6月，頁1-32。

³³ BAG AP Nr. 1 zu Art. 1 GG; AP Nr. 24 zu § 123 BGB.

³⁴ BVerfGE 5, 85, 204 f.

³⁵ 此可參閱拙著，勞動法，修訂再版，1997年5月，頁178以下。

16 個別勞動法

參、信仰與宗教自由

我國憲法第13條規定：「人民有信仰宗教之自由。」此一基本權保障，禁止雇主影響員工皈依或放棄一特定信仰或宗教。德國聯邦行政法院在一案例中³⁶，即曾禁止教師對學生為此一行為。本於同一法理，雇主不得以員工改變其信仰或宗教，作為員工升遷或保有工作之條件。若勞工被交付一特定工作，而該工作有悖勞工之信仰或宗教，則縱使該工作亦符合僱用時勞動契約中關於工作內容之抽象描述，惟若並非勞工於原本締約時所能預見，則勞工應得主張該特定工作委託違背其信仰或宗教，而得拒絕該工作委託³⁷。或者是休息時間之安排，亦應得符合員工宗教所要求之朝拜或必要儀式之進行的需求。

此一基本權對臺灣諸多的回教勞工，應也具有重要意義。

肆、意見自由

我國憲法第11條規定：「人民有言論、講學、著作及出版之自由。」此一自由表達意見之自由，對勞動關係實具有多方面的重要性：一是勞動契約之約定限制勞工意見表達自由的界限為何？一是在未有任何約定的情況下，是否得認為基於勞動契約之內在義務（如忠誠義務、基於誠信原則之相對人最大利益維護義務），勞工之意見自由本即應受到限制？其限制範圍又為何？

基於勞動契約之內在的忠誠義務、基於誠信原則之相對人最大利益維護義務，應可認為勞工在其表達事業單位內部意見及外部意見時，確實應充分考量雇主之利益³⁸。惟雇主利益之考量應該只限於合理且有必要之範圍，始得限制勞工之意見自由。且此一限制絕對不得導致大部分的勞工完全喪失表達政治上意見之可能性³⁹。

³⁶ 即AP Nr. 1 zu Art. 4 GG.

³⁷ BAG AP Nr. 27 zu § 611 BGB Direktionsrecht; BAG AP Nr. 1 zu § 611 BGB Gewissensfreiheit mit Anmerkung von Kraft; BAG NZA 2011, 1087; LAG Düsseldorf NZA 1993, 411; Hunold DB 2011, 1580.

³⁸ Wiese, NZA 2012, 1; Herbert/Oberrath, NZA 2005, 193.

³⁹ BVerfGE 42, 133; BAG AP Nr. 1 zu Art. 5 I GG Meinungsfreiheit; BAG AP Nr. 2 zu § 134 BGB; BAG AP Nr. 8 zu Art. 5 I GG Meinungsfreiheit; BAG NZA 2010, 1133.



至於勞動契約的約定得否限制勞工之意見自由的問題，應該認為只有於雇主能舉出其限制之正當事由時，始得承認限制之約定為有效。

另外，意見自由基本權亦會與勞工的資訊保護議題相關，同時也會對勞動契約當事人間之資訊取得、沉默的權利與義務有所影響。

伍、職業自由

我國憲法第15條保障人民的工作權，惟一般均將之理解為職業自由，亦即人民有選擇並從事其所選舉職業之自由⁴⁰，惟並不能由憲法該條規定得出對國家請求給予工作之權利⁴¹，亦不得導出對特定雇主請求給予具體工作職位之請求權⁴²，或其他權利內容。其解釋應參酌經社文化權利公約第6、7條。

此外，此一基本權在勞動關係中曾引發的討論頗多，有些議題較有爭議，例如：一、雇主行使詢問權時，如果所詢問問題逾越合法範圍，勞工得否根據職業自由導出其合法說謊（不實回答）之權利？⁴³；二、由職業自由基本權導出勞工因雇主終止或定期約定屆滿所致的工作崗位喪失？⁴⁴；有些議題則較無爭議，例如：一、由職業自由基本權可以導出勞動契約當事人之契約終止權；二、由職業自由與勞工人格權可以導出勞工的就勞請求權；三、基於職業自由基本權之保障，對勞動契約之內容，應得加以審查並調整，例如雇主之勞工禁止兼職的要求、離職後競業禁止約定、最低服務年限約定及違反其約定時之各種違約金、訓練費用返還約定等契約約定應加以限制⁴⁵，我國過去曾有法院判決採基本權

⁴⁰ 例如關於法律限制惟有視障者始得從事按摩工作，是否構成明眼人工作權之違憲限制之相關討論。

⁴¹ BVerfGE 84, 133, 146; ErfK/Schmidt, Art. 12 GG, Rn. 5; Zöllner, Gutachten für den 52. DJT, 1978, S. D 91 ff.

⁴² Raab, RdA 1995, 36; Papier, RdA 2000, 1.

⁴³ 肯定者Raab, NZA 1995, 36 ff.; 否定者Hergenröder, in Zöllner/Loritz/Hergenröder, Arbeitsrecht, S. 109.

⁴⁴ 肯定者Gamillscheg, Grundrecht im Arbeitsrecht, 1989, S. 58; Oetker, AuR 1997, 41; BAG AP Nr. 24 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung; BVerfGE 84, 133, 146 ff.; 否定者Hergenröder, aaO.; Löwisch, BB 1997, 782.

⁴⁵ Hergenröder, aaO., S. 110; Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 15. Aufl., 2013, S. 23.



18 個別勞動法

直接第三人效力之說法，直接援引憲法第15條關於工作權之保障規定而認定雇主諸如離職後競業禁止約定等約定無效。

陸、平等權

我國憲法第7條：「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。」，平等原則對勞動法具有重要意義，由一般平等原則即可建立一基本的正義理念（*Gerechtigkeitsgedanke*）：本質相同者應相同處理，本質不同者應不同處理⁴⁶。惟依據一般通說見解，此一平等的命令要求（*Gebot*），主要還是針對立法者，亦即立法者不得在立法過程中對人民作區別處理，除非有實質正當理由。至於私法上主體行使私法自治、契約自由之行為，則無直接適用之餘地。因此，在勞動關係中，一般所承認之同等待遇原則，並無法由憲法關於平等權之規定導出⁴⁷。惟亦有採不同看法認為勞動法中之同等待遇原則可由憲法平等權導出者⁴⁸，且德國聯邦勞動法院亦有個別判決認為⁴⁹：「勞動法之同等待遇基本原則乃是德國基本法第3條第1項平等權在私法上之展現」。惟德國通說則是採否定看法，也正因為如此，所以德國基本法第3條第3項始會另行規定：「任何人不得因其性別、出身、種族、語言、籍貫、信仰、宗教上或政治上的理念而被不利對待或優遇對待」，此一規定雖亦係針對立法者，但透過民法誠信原則，即可在勞動關係中產生間接第三人效力，而得出同等待遇原則或差別待遇禁止原則。在我國則應參酌經社文化權利公約第7條，導出無歧視之同工同酬、同等升遷機會等等之權利保障。

⁴⁶ BVerfG NJW 2008, 2409; Schaub, aaO., S. 13.

⁴⁷ Kittner/Zwanziger/Deinert-Deinert, *Arbeitsrecht*, § 7 Rn. 17, 26; Zöllner/Loritz/Hergenröder, *Arbeitsrecht*, 7. Aufl., 2015, S. 105 f. und S. 249 f.

⁴⁸ 例如Grünberger, *Personale Gleichheit*, 2013, S. 325 ff.

⁴⁹ BAG AP Nr. 7 zu § 1 BetrAVG Auslegung; BAG AP Nr. 56 zu § 1 BetrAVG Gleichbehandlung.



國家圖書館出版品預行編目資料

個別勞動法／黃程貫，姚好嬋，陳建文，李柏毅，
劉素吟，林炫秋，林志蓁，彭敬元，張義德，
林佳和，張詠善，林良榮，洪瑩容，陳瑞元，
邱羽凡合著．-- 初版．-- 臺北市：元照，2021.03
面； 公分

ISBN 978-957-511-491-6（平裝）

1.勞動法規 2.勞動基準法

556.84

110001571

個別勞動法

5C279PA

2021年3月初版第1刷

主編	黃程貫
作者	黃程貫、姚好嬋、陳建文、李柏毅 劉素吟、林炫秋、林志蓁、彭敬元 張義德、林佳和、張詠善、林良榮 洪瑩容、陳瑞元、邱羽凡 (依文章發表順序排列)
編印總經銷	元照出版有限公司 100 臺北市館前路 28 號 7 樓
網址	www.angle.com.tw
定價	新臺幣 750 元
專線	(02)2375-6688
傳真	(02)2331-8496
郵政劃撥	19246890 元照出版有限公司

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-957-511-491-6



元照出版

搶先試閱版



個別勞動法

Individual Labour Law

集合政治大學法學院勞社法中心教師與畢業學生，共同撰寫指南勞動法系列一：個別勞動法，從理論與實務，提供個別勞動法完整體系的論述與觀察。內容包括：勞動基本權，勞動契約與非典型勞動契約概論，勞工定義，工資，工時與休例假，工作規則，人事調動，績效考核，雇主懲戒，就業歧視與性別平等，職災補償，勞動契約終止，退休，最低服務年限與離職後競業禁止。



元照網路書店



元照圖書館

 元照出版公司

地址：臺北市館前路28號7樓

電話：(02)2375-6688

網址：www.angle.com.tw