



國立臺灣大學社會科學院國家發展研究所

碩士論文

Graduate Institute of National Development

College of Social Sciences

National Taiwan University

Master Thesis

論離職後競業禁止契約之獨立性

A Study on the Independence of Post-Employment Non-Competition Clause

蔡瑞麟

Juei-Lin Tsai

指導教授：王能君 博士 陳忠五 博士

Advisor : Neng-Chun Wang , Doctor of Laws Chung-Wu Chen, Docteur en droit

中華民國 103 年 3 月

March, 2014

謝辭

離職後競業禁止的有效性這問題，從我開始執業律師至今，整整困擾了我十五年。在法服時，常有人詢問競業禁止約定是否有效，審閱契約後絕大部分都不合理，應該不生效力，但是，因為看過太多明顯不合法、法院卻認為約定有效的案例。雖然律師只是回答當事人問題，但我卻覺得，那位勞工的未來，會因我的回答而有所不同：如果說無效，當事人相信你的說法，找了一個與前雇主競業的工作。若前雇主提出訴訟，即使明顯不合理，兩方的勝訴機率都只有大約百分之五十。訴訟若雙方都有百分之五十勝算，等於表示法律無預測可能性，訴訟如同賭博。且勞工常因怕麻煩而有寒蟬效應；若回答說：最好認為競業禁止約定可能有效，形同與前雇主一起綁住勞工的自由。如果說不一定，那當事人問律師又有何益？林更盛老師2006年在台北律師公會的在職進修課程講授離職後競業禁止的審查。我在那堂課的講義上寫出了論文的起點。我寫的第一個問題是：競業禁止條款的法律性質，是勞動契約的一部分，還是單獨成立的契約。第二個問題是判斷時點的問題：判斷契約是否有效須在契約成立時判斷，則競業禁止的效力應何時判斷？端視第一個問題的答案而定。第三點，要求競業禁止時限須補償，法律依據為何？法院判決時，遇有未約定補償之競業禁止約款，若認定無效依據的法律又為何？這些問題，讓我整整思考八年以上。最近這四年間，反覆看著從司法院法學資料檢索系統中找出來的六百多件判決，確認離職後競業禁止法律性質是獨立於勞動契約外的契約。然而，應如何解釋簽約及生效時點的不同？如何證明離職後競業禁止不是勞動契約的一部分，進而證明是單獨的契約？在職期間之給付，是否能解釋為代償？如何論證競業禁止契約應為有償契約，法律依據為何？競業禁止與營業秘密間的關係為何？以獨立契約說，這些不好回答的問題都一一有了答案。然而，無論是外國或是本國學說，在這個問題上，似乎著墨甚微。在沒有權威能支持自己的論點之下，只能重覆以所有的判決驗證。上述問題漸漸有理論的雛型，也藉著理論雛型評述這些判決，進而也使競業禁止獨立性理論的骨架獲得血肉。要更快理解這篇論文，請各位先進參考以下幾個民法基礎觀念：

契約是否有效，須立於當事人角度著想。契約若無效，為自始、當然、絕對無效。所以，契約於生效時，就應該要判斷效力，如果應該是無效的，簽訂或生效時，就應該是無效的，且原則上任何人皆可主張無效。以上是契約的效力判斷時點。自契約的內容來看，雖然於民事訴訟案件中，最終判斷契約是否有效的是法院。

畢竟契約是當事人間的法律，契約內容須兩造皆能預見才可能遵守。若契約內容、契約的效力，雙方都不能確定、律師也不能依法律判斷，要靠個案的判決決定，特別從判決觀察，至今為止，大多數都未約定代償，這些未約定代償的競業禁止，進入法院竟然有一半的比例無效、一半的比例有效。這樣的事實，讓法院成賭場，而且，在進入法院這賭場之前，對勞工而言，離職後要先面對尋找下一個工作時，要不要跟前雇主競業？賭不賭都是難題。判決事實呈現的，都是選擇進入賭場的。對未來抱著信仰、相信正義，相信勞動部所說：未約定代償的競業禁止應為無效。有更多不敢進入賭場的人，拋棄自我實現，放棄過往累積，屈就不同領域的工作。競業禁止約款，是勞動契約的一部分、或是獨立的契約？大多數的人在還回答前，總是給遞給我一副不可思議的表情，彷彿說：「為何要問這麼想當然爾的問題」。有些人回答：「沒有想過。」，卻有更多的人不假思索地回答：是勞動契約的約款。如果是勞動契約約款，為何在勞動契約終止時發生效力？有人提出了附隨義務、契約後義務等說明。然，附隨義務能約定？不止約定內容、年限，還包括違約金？於是，論證競業禁止非勞動契約一部分，須先解釋附隨義務內涵。藉由這個解釋，正巧可論證離職後競業禁止與營業秘密的關係。更進一步地，發現了競業禁止有效性的判斷標準之應然，也發現實務常用的五標準說的實然，其實可以等於應然。這篇論文，是我對離職後競業禁止，這個纏繞著我十五年之久的惡夢的殊死戰。因甚少有人提及競業禁止的法律性質，曾經一度以為這篇論文可能不到五萬字，想不到總字數也破了十七萬字，為了反覆說明及論證，有許多看來重覆的文字，其實是有意地安排，那些重覆的字句，多半是相同的觀念，用不同的方式解釋。如果這篇論文對解決競業禁止這個問題，有一點點貢獻的話，必須歸功於在十七歲啟蒙我法律知識的陳忠五老師；大學時教我、口試時多所指點的邱駿彥老師，六年來指導我勞工法及我的論文王能君老師，謝謝老師經常關心我的身體健康；劉靜怡老師常常說導師的功能只有請導生吃飯，事實上，我自己正是導師的存在本身能安定學生的心的最好證明：前五年沒機會煩勞導師，最後卻受導師的幫忙，才有可能畢業。計畫書口試時，吳從周老師識破我試圖躲在競業禁止有效性標準的整理之動機，而要求我專心寫離職後競業禁止契約的法律性質。論文口試時，也很詳細也指點了許多的問題，我都銘記在心，且在論文中也按指示一一改正。也要謝謝黃茂榮老師及吳銘子師母的指導及關懷。大恩不言謝，只能日後回報。

2014年8月20日

中文摘要



實務上很少有爭議如離職後競業禁止約定般，在最高法院明確表達立場後，尚有為數甚夥的下級審，引用民法第 72 條、第 247-1 條等「創造」各種審查標準；即使經最高法院多次發回，仍積極審查其有效性。然法院較積極審查者約僅半數。若案件在訴訟上能有半數以上勝算，從雇主角度以觀，起訴本身對勞工即為干擾、且具事實上威脅性。實務上多數認為，雇主約定離職後競業禁止，無須給付代償、或以在職給付為代償，此將誘使資方無論是否需要，皆先要求員工離職後不競業。

此可謂民事法律爭議中意見最多元、且無統一見解可恃者。本文認為導因於未先釐清離職後競業禁止的法律性質。以民法第 72 條、第 247-1 條為有效性判準，判斷對象為何？法條承載之價值如「公序良俗」、「顯失公平」、「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」，若未判斷客體為何、兩造各有何權利及義務，上開法律的價值，如何能判斷？又該如何判定顯失公平？

本文以離職後競業禁止法律性質為核心，解答「離職後競業禁止與勞動契約關係為何？是勞動契約一部分或本身即契約？」前者命名為「勞動契約一部說」，後者稱「獨立契約說」。本文將證明勞動契約一部說不可採，只能採獨立契約說。兩說之糾葛，主要係因實務誤以為離職後競業禁止義務，是勞動契約之附隨義務。本文以探討契約義務是否應有附隨義務之分類為始，試圖說明民法學界未能定義的附隨義務及其內涵，證明離職後競業禁止義務，並非是勞動契約的附隨義務、離職後保守營業秘密義務才是。利用上述論證，說明離職後競業禁止義務內涵及與營業秘密的關係：雇主要求員工離職後禁止競業，是保護營業秘密的前置手段，雖為保護營業秘密而存在，競業禁止卻不等於營業秘密，義務內容也全然不相同。兩者的辯證中，可推論出競業禁止之定義、內涵，並導出有效性判斷的應然標準。

方法上以民法契約理論，推導出邏輯命題，以探知躲匿於判決或學說等文字後的法律意識。以此為基礎反面論證「離職後競業禁止不能與勞動契約視為同一」並發現離職後競業禁止，本身即為勞動契約外的另一契約，係以離職為停止條件。最終以導出之法律性質，論述離職後競業禁止契約之定義、內容、效力及其實益。本文雖不以離職後競業禁止有效性判斷標準為核心，為說明法律性質論之實益，仍以導出結論，論證五標準說的正確解讀，並將實然的五標準之內容導回至應然。

本文研究方法係以基本理則形成邏輯命題。將法律行為基本原理套入命題，得出斷言句（Assertion），並進一步整理判決及學說所用之文字，以所推論出的斷言句，可知實務及學說對離職後競業禁止法律性質尚乏認識以致於經常矛盾。經分析後可知，實務及學說經常擺盪於二者之間。接著，再以契約之基本原理，「破」除離職後競業禁止約定為勞動契約之一部的可能，然後「立」證該約定、只可能為獨立契約。換言之，先「破」勞動契約一部說，再「立」證獨立契約說。

本文主要目的係證明離職後競業禁止非勞動契約之一部，而係獨立之契約。民法第 72 條及第 247-1 條規定之判斷客體非勞動契約而係離職後競業禁止契約。並證明：離職後競業禁止義務之內容、時限、代償措施、違約金等若無對價性，無法通過上開法律檢驗，而得出離職後競業禁止必為有償且雙務之契約的結論。藉由「離職」為競業禁止的停止條件此一發現，以解決訂約與生效時間差之疑義。而擬制條件之不成就理論，可為「違法解僱」不應負競業禁止義務之法律依據。釐清離職後競業禁止性質之過程，尚可得出離職後競業禁止之有效性判斷標準。學說上於競業禁止的爭議問題，除上述的雇主違法解僱是否仍有競業禁止義務、代償如何認定為要件外，尚可解決如：競業禁止義務是不是勞動契約的附隨義務？競業禁止與營業秘密的關係為何？工作規則可否為離職後競業禁止義務的依據？

本文雖然最終以獨立契約說作為結論，然而思考問題的起點，仍為勞動契約。當事人若未約定離職後競業禁止是否仍有相同的義務？若勞動契約有此一義務，即無訂立必要，雖答案應為否定。然欲回答問題，須探討勞動契約附隨義務為何？而得知勞動契約終止後，無論有無約定，離職後仍有保守雇主營業秘密之義務。若為預防員工離職後競業而可能洩露營業秘密，將保守營業秘密義務提前保護，即須簽訂離職後競業禁止。可知競業禁止義務雖與營業秘密相關，卻並非相同。

為解雇主之不當誘因，須說服法院能從嚴審查。不依法理僅憑說理難達目的。本文不隨眾整理有效性要件，而認為只有「法律性質」論，方為解決本爭議之要！

關鍵字：離職後競業禁止約款、營業秘密、競業禁止有效性判斷標準、五標準說、定型化契約、附隨義務、獨立契約說。

A Study on the Independence of Post-Employment

Non-Competition Clause

Abstract

There have been scarcely ever legal disputes on the post-employment non-competition (PENC) issue since the Supreme Court (SC) reached the consensus that the “principle of contract freedom” should be respected. Nevertheless, to prove the invalidity of the PENC clause, there are still quite a lot of courts below the SC apply Article 72 or 247-1 of the Civil Code or other similar provisions to review the clause and to build various criteria or doctrines to challenge the abovementioned consensus, rejected by the SC over and over again. After reviewing the existing statistics, the author found that actually only half of the courts below the SC reviewed the specific cases proactively to deny the validity of the PENC clause. And the author also concluded that due to the probability of winning the lawsuit over 50%, the employers require their employees to sign the PENC agreement only because filing a lawsuit against the employees is so disturbing and threatening instead of the necessity.

The courts have not yet clarified the legal nature of the PENC clause and that’s why this issue could be considered one of the most complicated legal disputes of civil law without a common point of view between the theories and the practices. The courts below the SC apply Article 72 or 247-1 of the Civil Code but what is the object of the Articles? The universal values or concepts such as “public policy and good morals”, “avoiding obvious inequality”, “releasing or reducing the responsibility of the party who prepared the entries of the contract” and “increasing the responsibility of the other party” could not be judged without identifying the applicable object and the relationship of rights & obligations between the parties in advance.

This study focused on the legal nature of the PENC clause, the most fundamental legal concept, to clarify the following relationship between the clause and the labor contract: 1) is the clause part of the contract? 2) is the clause equal to an independent contract?

The author induced the principles from the essential theories of civil law and then deduced the “ought-to-be logics” from those principles. In other words, the author used and analyzed the logics, judgments, doctrines and wording to ascertain the legal nature of the PENC clause, hiding behind the words in the labor contract. Based on which, he proved that “the PENC clause and the labor contract are not to be and not ought to be the same thing” and found as well that “the clause is an independent contract itself subject to the suspenseful condition of post-employment.” And he discussed its legal nature to prove the validity and explained the usefulness of this study. Even though the criteria of validity are not the main focuses of this study, the author still proved the “doctrine of 5 criteria” right and applicable to this issue, explaining the abovementioned usefulness.

One of the main purposes of this study is to clarify that “the PENC clause is not part of the labor contract” and to prove the clause is the applicable object of Article 72 and 247-1 of the Civil Code. And thus the author could prove that the obligation of non-competition, the alternative compensation, and the penalty are in the consideration



relationship and the contract shall be non-gratuitous, or the abovementioned Articles could not be applied logically. The discovery that post-employment is the suspenseful condition of the contract could successfully figure out the lag between signing a contract and its taking effect. Moreover, the author found the doctrine of “the condition deemed not to have been fulfilled” could provide the legal base for those who unemployed by reasons not attributing to themselves not to take the obligation of non-competition. Identifying the legal nature exactly right, the author found out the criteria to verdict the validity of the contract by applying the suitable jurisprudence.

To reduce the abovementioned improper inducement of the employers, the author concluded that it's necessary to persuade the courts to implement enhanced legal review on the validity of the PENC clause. This purpose could not be achieved without legal bases, not to mention only processing the legal logics. Therefore, this study focused on the legal nature of the PENC clause instead of the requirements of its validity discussed in the most existing studies.

keywords:

”non-competition cause / agreement / contract”, “principle of contract freedom”, “Article 247-1 of the Civil Code”, “Article 101 of the Civil Code”, “Article 111 of the Civil Code” , “Article 72 of the Civil Code”, ”alternative compensation”, ”non-gratuitous contract”, ”bilateral contract”, ”legal nature”,

目 錄

第一章 緒論	1
第一節 研究動機與目的	1
第一項 本問題所生之勞動市場效應	1
第二項 法院現狀簡述	3
第三項 學說的困境	9
第四項 解決方法：確認法律性質	10
第二節 研究範圍與方法	13
第一項 研究範圍	13
第二項 研究方法及途徑	13
第三項 期待解決之爭議	16
第二章 勞動契約一部說或獨立契約說	17
第一節 判別基礎	18
第一項 理則	18
第二項 判別基礎推論	19
第二節 勞動契約一部說	21
第一項 主張競業禁止為附隨義務者	21
第二項 工作規則可作為依據	33
第三項 以在職期間給付作為代償	37
第三節 獨立契約說	41
第一項 勞動契約終止後不殘存義務	41
第二項 競業禁止期間人事保證無效	45
第三項 以代償為要件	48
第四項 在職期間給付不視為代償	63
第五項 解為無償契約	64
第六項 有效性判斷時點為離職時	67
第七項 簽署時點與契約自由程度之關連性	68
第八項 將競業禁止約定視為預約	73
第四節 最高法院立場	75
第一項 1986:原則尊重	75
第二項 1994 — 合理性	78
第三項 最高法院 99 年度台上字第 599 號判決解讀	79
第三章 應採「獨立契約說」之論證	93
第一節 反面論證：非勞動契約一部說	95
第一項 非附隨義務所能承載（附隨義務無法約定）	95
第二項 離職時判斷約定有效性不合法理	99
第三項 在職期間視為代償	101
第二節 正面論證：獨立契約說	103
第一項 契約要素無一欠缺	104
第二項 離職時為判斷有效性時點	105
第三項 離職為停止條件為觀察當事人真意之發現	107
第三節 學者及實務皆藏有獨立契約說的意識	115

第四章 獨立契約說之展開	117
第一節 概念	117
第一項 定義	117
第二項 離職為停止條件	119
第二節 內容	133
第一項 勞工的不作為義務	133
第二項 雇主須給付對價	137
第三節 效力：有效性簡述	141
第一項 判斷依據	141
第二項 判斷標準：實然如何歸於應然	147
第三項 解為無效：民法第 111 條的適用	160
第四項 民法第 252 條之適用	164
第五章 結論	165
附錄一：參考文獻	173
附錄二：判決索引（以法院別分類）	177
附錄三：判決索引（以章節內容分類）	181

圖 表 目 錄

（圖一）附隨義務締約時不能預見、非契約文義，於履行過程中產生	20
（圖二）明星品牌二手屋案的競業禁止時間軸	56
（圖三）簽訂時點、生效時點及有效性判斷時點三者的不同	74
（圖四）閃晶半導體案之代償對價所相對的義務與競業禁止義務的比較	87
（圖五）閃晶半導體案之補償所相對之義務	88
（圖六）勞動契約一部說以民法第 72 條及第 247-1 條為天平時的應然	92，143
（圖七）獨立契約說以民法第 72 條及第 247-1 條為天平時的應然	92，144
（圖八）將實然的離職後競業禁止約定的五標準說歸於應然	159

詳 目

第一章 緒論	1
第一節 研究動機與目的	1
第一項 本問題所生之勞動市場效應	1
第二項 法院現狀簡述	3
第一款 最高法院堅持合理性審查之效應	4
第二款 在職期間給付視為競業禁止之代償	5
第三款 訴訟程序不利益對勞工權益影響甚鉅	6
第四款 判決見解不一致產生的訴訟風險	7
第四款 實務見解錯誤造成競業禁止濫用	8
第三項 學說的困境	9
第四項 解決方法：確認法律性質	10
第二節 研究範圍與方法	13
第一項 研究範圍	13
第二項 研究方法及途徑	13
第三項 期待解決之爭議	16
第二章 勞動契約一部說或獨立契約說	17
第一節 判別基礎	18
第一項 理則	18
第二項 判別基礎推論	19
第二節 勞動契約一部說	21
第一項 主張競業禁止為附隨義務者	21
第一款 附隨義務之分類是否必要	21
第一目 傳說肯定說之疑點	21
第二目 否定說之疑點	22
第三目 試論附隨義務之存在	25
第二款 認為競業禁止為附隨義務者	29
第二項 工作規則可作為依據	33
第三項 以在職期間給付作為代償	37
第一款 概說	37
第二款 實務現狀	37
第一目 合約獎金作為代償	37
第二目 雙方皆不認為代償者法院認為是代償	37
第三目 股票及年終獎金視為代償	38
第四目 主管津貼被視為代償	38
第五目 保密津貼視為代償	39

第三節 獨立契約說	41
第一項 勞動契約終止後不殘存義務	41
第二項 競業禁止期間人事保證無效	45
第三項 以代償為要件	48
第一款 代償為必要者之理由	49
第一目 以憲法基本權衝突理論為依據	49
第二目 依據四標準說	50
第三目 依據對價性	51
一、 無代償	51
(一) 薔薇食品案	51
(二) 竹風不動產案	51
(三) 明星品牌二手屋案 (可能是競業禁止議題最難解的案例)	52
(四) 發現「離職」為競業禁止生效之條件	59
(五) 兩造以契約約定工資即包括代償而法院否認	60
二、有代償而對價不足	61
第四項 在職期間給付不視為代償	63
第五項 解為無償契約	64
第一款 學說之主張	64
第一目 林更盛教授之主張	64
第二目 黃程貫教授之主張	65
第二款 勞動契約不能同時為有償及無償契約	66
第六項 有效性判斷時點為離職時	67
第七項 簽署時點與契約自由程度之關連性	68
第一款 邱駿彥教授見解	68
第二款 林更盛教授見解	68
第三款 簽署時點影響契約自由程度悉憑法官主觀判斷	69
第一目 國聯光電案：就職時簽署自由程度較低	69
第二目 台灣富培美案：就職時簽署自由程度較高	70
第四款 勞雇雙方利益複雜非外人能判斷	71
第五款 離職後簽署必然為不同契約	72
第八項 將競業禁止約定視為預約	73

第四節 最高法院立場	75
第一項 1986:原則尊重	75
第二項 1994 — 合理性.....	78
第三項 最高法院 99 年度台上字第 599 號判決解讀	79
第一款 判決內容	79
第二款 學界反應	80
第三款 599 號判決之後	82
第一目 發回後高等法院見解	82
第二目 底薪百分之十作為代償	82
第三目 帶有惡意的「代償」(閃晶半導體)	83
一、代償措施之意義.....	83
二、判決事實概述.....	84
三、附有義務之給付並非「代償」	86
三、依本案事實也非代償	89
四、勞工覓得新職或不履行報告義務則無代償	90
五、以獨立契約說檢視本案	91
第三章 應採「獨立契約說」之論證.....	93
第一節 反面論證：非勞動契約一部說	95
第一項 非附隨義務所能承載(附隨義務無法約定)	95
第二項 離職時判斷約定有效性不合法理	99
第一款 大熏煙酒案：以終身僱用制推斷時限合理性	100
第二款 敦科科技案：以離職時年資推斷時限合理性	101
第三項 在職期間視為代償.....	101
第一款 勞動契約一部說不能避免之漏洞.....	101
第二款 重複評價與不當得利	102
第二節 正面論證：獨立契約說.....	103
第一項 契約要素無一欠缺.....	104
第二項 離職時為判斷有效性時點	105
第一款 法律行為無效係自始無效	105
第二款 應然：效力必於離職時判斷	105
第三款 實然：五四三標準判斷時點為離職時	106
第三項 離職為停止條件為觀察當事人真意之發現	107
第一款 法律概念的目的.....	107
第二款 法律概念的「發現」	107
第三款 獨立契約說是「觀察」後必然的「發現」	111
第三節 學者及實務皆藏有獨立契約說的意識	115

第四章 獨立契約說之展開	117
第一節 概念	117
第一項 定義	117
第二項 離職為停止條件	119
第一款 概說	119
第二款 離職為停止條件之成就	119
第三款 違法解僱將使停止條件確定不成就	120
第一目 實務主張非可歸責勞工者不適用者	122
一、認為有效但不合「離職」文義	122
二、凡約定未排除經濟性解僱者皆為無效	123
三、契約應「向後」失其效力	124
四、以「不潔之手」法則認為無效	125
(一) 適用外國法理仍應「依法判決」	125
(二) 應行使闡明權而不行使	127
第二目 實務主張：不可歸責勞工者仍適用者	128
一、併購而被通知留用勞工不願留用	128
二、優退是否屬自願離職	129
第三目 「違法解僱」非「離職」如何適用？	130
第二節 內容	133
第一項 勞工的不作為義務	133
第一款 基礎—勞動契約之保密義務	133
第二款 提前保護—有機會接觸之營業項目為核心	134
第三款 保護對象—基於誠信原則保護雇主之營業機密	135
第四款 限制及範圍—客觀上可認知而非法院能認知	136
第二項 雇主須給付對價	137
第一款 論證對價性存在	137
第二款 判斷具有對價性	138
第三節 效力：有效性簡述	141
第一項 判斷依據	141
第一款 民法第 247 條之 1	141
第一目 以競業禁止契約為客體	142
第二目 消保法之適用	144
一、不明確條款之解釋原則（消保法第 11 條）：	144
二、契約審閱期之規定（消保法第 11-1 條）：	145
三、顯失公平的認定（消保法第 12 條）：	145
四、定型化契約之明示原則（消保法第 13 條）	145
五、個別磋商條款優先原則（消保法第 15 條）	146
六、定型化契約條款部分無效的適用	146
第二款 民法第七十二條	146
第三款 其他	147

第二項 判斷標準：實然如何歸於應然	147
第一款 第一標準即「保護雇主之營業秘密」	151
第二款 第二標準即「勞工有機會接觸之營業項目」	152
第三款 第三與第二標準共同形成合理的競業禁止範圍	153
第四款 第四標準即「雇主須給付對價」	154
第五款 第五標準即「基於誠信原則」	155
第一目 第五標準之真正涵義	155
第二目 第一、二、五標準為同位階而有關連性	156
第三目 第五標準與第一標準實具相對性	158
第六款 小結：以實務見解驗證	158
第三項 解為無效：民法第 111 條之適用	160
第一款 前提	160
第二款 民法第 111 條之意義	160
第三款 第 111 條但書的適用	161
第四項 民法第 252 條之適用	164
第五章 結論	165
一、本文不採比較法之理由	167
二、受困於表象的離職後競業禁止的法律定性	169
三、五標準說的解讀	169
(一) 第一標準	169
(二) 第二標準	170
(三) 第五標準的誤解	170
(四) 第三及第四標準	170
四、本文之實益及目標	171
五、結語	171
附錄一：參考文獻	173
附錄二：判決索引（以法院別分類）	177
附錄三：判決索引（以章節內容分類）	181

第一章 緒論



～漫搵英雄淚，相離處士家。
謝慈悲剃度在蓮台下，
沒緣法轉眼分離乍，
赤條條來去無牽掛，
那裡討煙蓑雨笠捲單行，
一任俺芒鞋破鉢隨緣化。～

上開曲文調寄《寄生草》引自《紅樓夢》第二十二回寶釵所吟。作詞者不詳。一說出自昆曲《魯智深醉打山門》中之《北點絳脣》。描述魯智深於醉打山門後被逐時心境，恰可比於本文爭議。勞工於離職之際（漫搵英雄淚，相離處士家），能謝雇主曾收容（謝慈悲剃度在蓮台下）、雖嘆惜無緣共事（沒緣法轉眼分離乍），卻也能無牽掛地離去（赤條條來去無牽掛）如此之勞資關係，可謂之因緣圓滿。

第一節 研究動機與目的

第一項 本問題所生之勞動市場效應

然而，實際上發生離職後競業禁止爭議的案件，數量遠高於我們所能想像，通常是勞工任職於雇主的服務期間，不知於何時，曾簽訂離職後競業禁止約定，雇主常未依一般的商業習慣將契約作成一式二份，總是以公司的營業機密為由，不使留存副本。勞工簽約時通常無意離職、更非有意競業，日久亦遺忘曾有約定，等到勞工行將離職之際，雇主始持該契約書面「提醒」員工，將來禁止與之競業。

於是，將離職或甫離職的勞工，常常徘徊在是否「繼續自己所擅長的工作，搏一搏前雇主是否會不顧情面地禁止競業，並要求給付超過年薪數倍的違約金？」或「放棄過往經驗累積，與所熟悉之行業道別」為避免麻煩而屈就不熟悉的工作？

若是選擇前者，前雇主可能先以信函警告。勞工若自認光風霽月未洩機密、或認為新職並非競業；或知有競業卻未洩密；或是認為只有自己負不競業義務，雇主卻無任何補償，競業禁止約定並不公平、不能認為有效等理由，而不予理會。

接著雇主可能表示，將提訴訟用以威脅。若當真起訴，勞工須為開庭而請假、整理證據、準備說詞等事。在法庭上面對前雇主所聘的律師群，才著急驚慌自己是否亦應該聘請律師？在惶惶不安之中，心思皆放於訴訟，新工作豈能有平常心？不論其結果是否能勝訴而得繼續工作？可確定的是，必然損失大量的時間與心力。

以雇主立場來說，訴訟有「懲罰前員工」、「警告現職員工切勿輕率離職」、「其他已離職者，因此不敢競業」、「向競爭對手示警」等可謂一石四鳥之功。所須付出者，僅律師費及約百分之一裁判費。加上訴訟往往最少要花一年半載。若第一審訴訟能贏仍不能慶幸歡喜，雇主若上訴第二審，則又須再費個一年半載。

若在第一審不幸敗訴，是否應認賠而離新職、捨棄心中所相信的法律正義？或是，繼續於第二審法院奮戰數季？長此以往，勞工是否還能有平常心於本業上？

從勞方立場來看，因開庭而請假扣薪、或交通費用等之金錢損失暫且不論，心力憔悴總是難免。更別說勞工在開庭前的耽心、開庭後氣憤來自雇主的攻擊，或午夜夢迴時的耽心受怕。即使法院判決該約定無效，因訴訟而不能專心新職，新雇主是否能忍受？何況因訴訟本身在業界產生的耳語，將來是否能安於同業？

若是不幸敗訴，法院所謂的「當事人同意」，其實隱含著訓示勞工當時不應妄然簽署約定之意，例如「從證人證詞可知，雇主並未強迫簽署約款，也不因此而生不利待遇」等彷彿落井下石的理由。怎知當時真的拒簽，是否仍能保有工作？

離職之後，勞工若仍受到競業禁止義務的束縛，而不能依自己所長選擇工作，無法赤條條來去無牽掛就須問：「那裡討煙蓑雨笠捲單行，一任俺芒鞋破鉢隨緣化」？

第二項 法院現狀簡述

本於最高法院之見解對於下級審有實質拘束力，司法實務上很少有如離職後競業禁止之有效性審查的案型、最高法院多次以當事人同意，而認「似非無效」¹，仍有不少²法院引用民法第 72 條、第 247-1 條等，認為離職後競業禁止約定無效³。

下級審很少在特定案件類型上忽視最高法院主張。實務見解雖如百家爭鳴，卻非能解為有從嚴審查就業市場中一日多過一日的離職後競業禁止約定之傾向。相對於最高法院以合理性為主，下級審雖然有從嚴審查者，耽心判決被駁回的，可能多於前者。而且，有不少法院，雖然認為案件中約定之時限、範圍等不合理，而應解為無效者，卻誤以為契約為當事人之合意，應盡量維持效力，不惜當事人受訴訟上的突襲，強以法官自己的見解，在超乎兩造契約之外，恣意變更其內容⁴。

¹ 最高法院 75 年度台上字第 2446 號民事判決要旨謂「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，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」。(見第二章、第四節、第三項，第 79 頁)

² 截至 2011 年止，下級審審查離職後競業禁止效力者有 425 件，認為無效有 207 件。詳見何宗霖所撰，我國與日本勞工離職後競業禁止約款效力之比較法研究，附錄一，第 151-169 頁，台灣大學法律學院碩士論文，2011 年 1 月。

³ 台北地方法院 85 年度勞訴字第 78 號民事判決之五標準說也受主管機關引用。行政院勞工委員會 89.08.21(89)勞資二字第 0036255 號函，內容為：「勞資雙方於勞動契約中約定競業禁止條款現行法令並未禁止，惟依民法第二百四十七條之一的規定，契約條款內容之約定，其情形如顯失公平者，該部分無效；另法院就競業禁止條款是否有效之爭議所作出之判決，可歸納出下列衡量原則：1.企業或雇主須有依競業禁止特約之保護利益存在。2.勞工在原雇主之事業應有一定之職務或地位。3.對勞工就業之對象、期間、區域或職業活動範圍，應有合理之範疇。4.應有補償勞工因競業禁止損失之措施。5.離職勞工之競業行為，是否具有背信或違反誠信原則之事實。」其以民法第 247-1 條為前提，若離職後競業禁止約定，不能解釋為定型化契約，則無法適用該函釋。

⁴ 如台灣高等法院 89 年度上字第 194 號民事判決，金榜補習班的離職後競業禁止，並未約定時限，可能為永遠有效。台灣高等法院判決，參考公務員服務員第 14-1 條認為三年內有效。(接下頁)

第一款 最高法院堅持合理性審查之效應

相對於最高法院，下級審法院雖也有採四或三標準者，仍有數量可觀的判決，僅以合理性審查競業禁止。以新世紀光電公司案為例，公司以在職時所發之股票，主張係離職後競業禁止的代償。台灣高等法院雖不認為代償，是競業禁止的要件，卻仍接受其說詞，認為股票為代償，以最高法院主張之「合理性」判斷約定有效⁵。

上訴後，最高法院一反已維持多年之「在合理限度內為有效，超越合理限度範圍則無效⁶」見解，認須以「受僱人因此項限制所生之損害，曾受有合理之填補⁷」為要件⁸。同時也質疑勞方在職期間所取得的股票，是否可以認為是「合理之填補」？

詳細分析請見第二章。以下先簡單說明最高法院並未堅持須以代償作為要件⁹：

（續上頁）台北地方法院 92 年度訴字第 5016 號民事判決元本電子公司約定之離職後競業禁止也無期限，勞方於離職後一年一個月才至前雇主認為之競爭對手之處工作。台北地方法院卻認離職後競業禁止期間應以一年六個月為宜，認勞方未能遵守「法院自行擬定之競業禁止期限」。

台北地方法院 91 年度勞訴字第 11 號民事判決好邦科技公司將已從事、或可能從事之所有直接間接營業項目，皆予禁止。該判決認為該公司「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」。法院並取代兩造之意思，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」。由法官自行限縮之後，仍維持其效力。

台北地方法院 92 年度勞訴字第 139 號民事判決，花念平英語補習班所約定的競業禁止範圍為：方圓 5 公里、時限為 1 年 6 個月。判決以範圍及時限皆過廣，改於方圓 3 公里、6 個月內而有效。

⁵ 見第二章、第二節、第三項、第二款、第三目，第 38 頁，及第二章、第四節、第三項，第 79 頁。

⁶ 最高法院 83 年度台上字第 1865 號民事判決（博建公司案）。

⁷ 最高法院 99 年度台上字第 599 號民事判決（新世紀光電公司案）

⁸ 或有認為最高法院 99 年度台上字第 599 號民事判決採四標準說。然理由未引用四標準之內容、且縱觀全文難認曾以第一、二標準判斷，僅因承認代償為要件逕認採四標準說，恐非妥適推論。

⁹ 為勞工就業自由，本文與學者同盼實務以代償為要件。然若未能認知競業禁止非勞動契約一部，即使實務如學說一般承認代償為要件，因以競業禁止約定為勞動契約之一部分，導致在職期間之給付可視為代償。勞動契約在職期間之給付，皆難解為有助於勞工於競業禁止期間的生活。若因死亡或無效等競業禁止義務不會發生的情形，將使給付失法律上之原因，應解為不當得利（詳見第三章、第一節、第三項、第二款，第 102 頁）。由上可知，應先認離職後競業禁止約定，非屬勞動契約一部分，代償要件說始能發揮效果。即令代償為要件，若顯然不成比例（接下頁）

本件發回後，台灣高等法院無視於最高法院已針對本案「明示」競業禁止須「受僱人因此項限制所生之損害，曾受有合理之填補」，仍堅持以「合理性」為有效標準。股票可否認係補償，亦堅持原審立場認為補償僅是違約金酌減因素。並且改判勞工應再給付的違約金在上訴利益之下，使該案件無法上訴，而告確定。

學界¹⁰認為實務終認同代償要件說的最高法院 99 年度台上字第 599 號判決，最後卻以「代償非要件」定讞。繫屬案件終局結果如此，本案能否視為最高法院採代償要件說之適例？之後相關訴訟多因上訴利益未能至第三審。得以上訴者，最高法院皆未主張受僱人因此項限制所生之損害，曾受有合理之填補作為要件¹¹。離職後競業禁止約定，應有代償措施為要件的說法，至今從未再現於最高法院¹²。

第二款 在職期間給付視為競業禁止之代償

「代償要件說」於最高法院彷彿曇花一現。且細查台灣高等法院相關案件，多以合理性作為審查有效性標準。有無代償，雖然只是違約金高低的酌減因素。然而多少比例之補償，可換得減免多少比例的違約金？並無一定的標準。而且，大部分法院認定為補償的、實為雇主在職期間之給付，而非競業禁止期間之補償。

（續上頁）或如最高法院 101 年度台上字第 184 號民事判決之（閃晶半導體案）須盡通知義務，再憑雇主之恣意，決定代償與否。若以勞動契約之一部，作為民法第 72 條或第 247-1 條的客體，因勞動契約內有多項權利義務，難以判斷是否有對價性（代償應有對價性，請詳見第四章第二節第二項第一款，第 137 頁。代償如何始具對價性，詳見第四章第二節第二項第二款，第 138 頁。）

¹⁰ 學界對最高法院該判決之意見，及本文於該判決之分析，見第二章、第四節、第三項，第 79 頁。

¹¹ 本件之後至 2013 年止，最高法院有關於離職後競業禁止約定之裁判，僅有二件判決及一裁定。最高法院 99 年度台上字第 2228 號民事判決（台灣奕力公司案）雇主曾給付勞方離職當月底薪百分之十各一次（勞方四人經過計算後，各取得 3000 元、2244 元、2159 元、2260 元之補償），然第二審法院係以合理性作為審查標準，並未認代償為要件。最高法院駁回上訴，形同對上開見解之背書。另最高法院 101 年度台上字第 184 號民事判決之（閃晶半導體公司案）：「勞方應於新職預定就職日之二十日前，以『存證信函』通知前雇主，禁止其就業後始補償基本月薪」，此種帶有惡意之附條件代償，高等法院同樣以合理性審查，認為有效。最高法院就此也未反對。）及最高法院 100 年度台上字第 1860 號民事裁定之（鎮裕貿易公司案）：本件勞資雙方並無約定代償，台灣高等法院以合理性審查離職後競業禁止約定，經上訴後，最高法院以裁定駁回上訴。

¹² 最高法院 99 年度台上字第 599 號民事判決之後，最高法院不僅從未再次採用所謂代償要件說，且多次認同台灣高等法院主張的代償非要件說，見第二章、第四節、第三項、第三款，第 82 頁。

在職期間之給付無論名目為何，給付時並無代償之意。且勞工在職期間所領，實難認係犧牲將來就業自由之代償¹³。離職後競業禁止約定視為勞動契約之一部，則此種判決理由難謂不合理。無論是否認為代償為審查競業禁止的有效性要件，實務上認定為代（補）償措施者，幾為在職期間恩給性給與、甚或應解為工資¹⁴者。

最高法院 99 年度台上字第 599 號民事判決出爐後，離職後競業禁止之訴訟，得上訴第三審、且係於離職後競業禁止期間之給付，或為每月百分之十之底薪¹⁵；或有重重限制¹⁶：勞工於就任新職前 15 天前通知，再由前雇主決定是否可任新職。若不允許就任新職，方給予「代償」。所謂代償之基礎仍為離職前之薪資水準，而非以將任之新職計算¹⁷。為了如此不成比例的所謂「代償」，因而不能就任新職，無論勞工是否已向新雇主承諾將到職、新的工作及職位、薪資福利條件為何等，皆與原雇主及離職後競業禁止約定無關。更何況此種「代償」僅為極少數之例，大部分約定為代償、或由法院認定係屬代償者，大多是勞動契約在職期間的給付。

第三款 訴訟程序不利益對勞工權益影響甚鉅

前雇主因前員工違反競業禁止約定而提出的訴訟，原不以勝訴為主要目的。法院遇有高額違約金，常引用民法第 252 條酌減¹⁸，經酌減後或許因而不能上訴、或勞方妥協認賠，或離開前雇主所謂的競爭公司，雇主因而認無上訴必要等因素，以本論文研究範圍為主之離職後競業禁止義務的相關案件，極少上訴至最高法院。

¹³ 若勞工因死亡或契約無效等，不能符合「離職」之定義，此一義務既未發生，在職期間給付，解為離職後競業禁止義務對價，應屬無法律上原因受有利益。關於將在職期間之給付視為代償，所造成的重複評價與不當得利，詳細說明，請見第三章、第一節、第三項、第二款，第 102 頁。

¹⁴ 如主管津貼明確屬於工資，法院亦認為代償。詳見第二章、第二節、第三項、第二款，第 38 頁。

¹⁵ 例如最高法院 99 年度台上字第 2228 號民事判決（台灣奕力公司案）本案中最高法院即未表示「且受僱人因此項限制所生之損害，曾受有合理之填補」本案中，代償措施是否仍應為要件？抑或是最高法院認為百分之十的底薪，即符合「因此項限制所生之損害，曾受有合理之填補」？

¹⁶ 最高法院 101 年度台上字第 184 號民事判決（閃晶半導體案）見第二章、第四節、第 83 頁以下。

¹⁷ 此點也可證明所謂「代償」實非補償受僱人所受之損失，見第二章、第四節、第三項，第 83 頁。

¹⁸ 法院究竟有無以上訴利益作為酌減的真正依據？無法得知。然而，事實上也無法排除類此質疑。

將以裁定駁回、或非本議題（範圍見下節）之競業禁止排除後。至 2013 年止，司法院法學資料檢索系統中，與本議題有關的最高法院判決，約略只剩下 15 件。若排除最高法院，實務見解具拘束力者，實為台灣高等法院。加上上訴利益限制，較難上訴到最高法院，過往研究者習慣以最高法院之意見，作為實務見解依據，將來學者研究離職後競業禁止有效性時，似應考慮改以台灣高等法院為研究重心。

如上所述，勞工為取得或保有工作，往往不能不簽下離職後競業禁止約定。長年工作所累積之能力及智慧，離職後若想繼續發揮，往往要仰望前雇主而定。若前雇主果真提出訴訟，勞工除了花費於訴訟上的時間及心力等等不利益之外，也要期盼進入訴訟之後，能得遇主張從嚴審查離職後競業禁止約定有效性的法官。

第四款 判決見解不一致產生的訴訟風險

已繫屬於法院之案件，受命法官對該案件類型的見解如何，是有預測可能的：訴訟代理人於收到法院通知書後，依上面所載的股別可知審理法官為何人。事先於司法院法學資料檢索系統內，以法官姓名，查閱過往相關案件類型的判決。即令法官未曾表示過有關離職後競業禁止有效性標準之見解，至少也可用法官曾製作過之判決係較為先進或保守者推斷之。且司法院常強調所謂的「專業法庭」。繫屬之案件，只要是因勞資關係爭議者，無論審理法官是否以勞動法為專業領域，判決時皆冠以「勞工法庭」為名。然而，涉及勞動法的案件在第一審的地方法院，常常是由某幾位法官所審理，亦屬事實。而且此種特徵，並非只限於第一審法院，第二審台灣高等法院的實際分案情形，亦是將勞工案件，歸於某些特定法官審理。是以，欲事先預測將審理的法官、或第二審受命法官之法律見解，並非難事。若律師事先已查閱過法官之法律見解，因而得知該法官對競業禁止較為保守者，本於律師告知義務，應事先告知勞方敗訴之機率較高。勞工得知敗訴機率較高時，會不會因此妥協、或仍決定全力對抗雇主？或是期待較保守的上級審？即非無疑。

限於事實，學者只能於判決中研究離職後競業禁止。事實上，因避免麻煩、而不願訴訟，或在第一、二審判決之後而選擇辭去新職，因而確定喪失就業自由，應當是研究離職後競業禁止判決外，勞動法學者及實務工作者，皆應考慮之因素。

面對前雇主書面警告壓力、進入訴訟後須不定期往來法院可能等等考量後，實際願意賭上自己時間、金錢及心力者，僅為少數。更多的勞工，為避免麻煩、而將自己青春歲月歸零，放棄過往積累，選擇較不擅長的工作。寧願拿較少薪水，只以資方因無須付出代價，而濫用離職後競業禁止約定，希求減少市場上的競爭。這不僅只是犧牲勞工的就業自由，事實上，也是對於勞工人格及人性尊嚴的侵害。

剝奪他人之自我實現者，無啻抹殺人性尊嚴！

第四款 實務見解錯誤造成競業禁止濫用

觀察勞動市場，在現今實務見解仍較少承認離職後競業禁止期間須有代價，前雇主不但無須提供代價，而且法院往往僅將「補償」視為酌減違約金之依據。即使認為代價應作為要件，因對離職後競業禁止與勞動契約間之關係概念不清，也難以論斷在職期間之給付可否解為代價。雇主只須在簽約時或進入訴訟之後，將在職期間的給付，如紅利、股票等等、這些名目在實質上可能本來就是工資、或原為鼓勵久任之給付等等，或是所謂的恩給性給與¹⁹者，向法院宣稱此類給付，係勞工簽署離職後競業禁止約定的原因或補償。無論雇主的說法，法院是否接受，依目前的勞動市場、及司法界的實務見解現狀，至少也可搏超過一半勝訴的機率。

訴訟本身即有懲罰前員工「背叛」的效果。契約中所約定的違約金，原即為嚇阻員工離職或競業之目的。違約金再高若競業禁止約定有效，最多也只是酌減、不易被認定為無效。如此現狀，雇主「何不漫天叫價」？勞工還是得「就地還錢」。

現今社會人浮於事，在職期間若不簽離職後競業禁止約定，極可能工作不保。離職後面對高額的違約金，不少勞工選擇不與原雇主挑戰。雇主無須付出成本，即可要求員工離職後禁止競業。好處至少有三：其一、員工辭職時將多所猶豫，降低人事更動頻率。其二，降低競業風險。其三，即使勞工仍然選擇與之競業，訴訟尚有一半左右勝算。遑論僅以提出訴訟本身而言，即有上述一石四鳥的好處。

雇主擬定內容時，範圍及時限不妨寬些，法院若認不合理，仍會縮減至合理程度維持效力。如此現狀之下，有何誘因可使資方不與勞工簽署競業禁止約定？相對地，面對五成左右敗訴風險，將有多少勞工於訴訟之前即放棄與前雇主對抗？

¹⁹ 詳見本文第二章、第二節、第三項，第 37 頁以下。

正因無須付出代價，容易誘使雇主無論有無需要，皆要求簽署競業禁止約定。故學者多認離職後競業禁止，須以代償為要件、甚至認為沒有代償即為無償契約²¹。

以代償為離職後競業禁止約定有效要件，確為降低雇主濫用競業禁止之要。若雇主須額外依其時限、範圍等限制，相對給付代償，雇主方有可能認真考慮，是否有簽訂約定的必要？若真有必要簽訂競業禁止約定，時限應訂多長才划算？

然而，若要求雇主欲與員工簽訂離職後競業禁止約定，必以有代償為要件，其法律上的依據何在？法院若認代償措施應視為要件，又該如何論證，始為合法？

第三項 學說的困境

與本議題相關的學說研究，多集中在討論離職後競業禁止約定有效性判準，特別是前述之五標準說。然而，若不能先確定離職後競業禁止約定的法律性質，如何導出有效性判準？判斷離職後競業禁止約定有效時點，應在簽訂或離職時？

從法社會學的角度分析，正如前述之現狀，進入訴訟者只佔實際案件少數。在實務見解不統一的情形下，若不能以法律或法理說服法院，並統一法律見解，即令較多數的法院採取相對嚴格之有效性要件，只須有法院堅持「契約自由」，因無須付出任何代價，易誘使雇主無論有需要，皆先令員工簽署競業禁止約定。不合理的離職後競業禁止約定只要存在，就必然有數量遠高於法律人能想像者、因勞工的耽心而不會進入訴訟、也不敢離職，或離職後深受競業禁止困擾之勞工。

若以國家社會之公共利益考量，甚至全人類的進步的可能。能讓知識累積、使眾人作最在行的事才可謂為公共利益。能讓人們在同一領域工作而累積能力，才是有利於公共利益及人類全體者。傳承累積知識，不正是我們一直努力的方向？到底有什麼了不起的營業秘密，即使有刑法及營業秘密法等法律保護仍嫌不足，必以犧牲他人之自由及人性尊嚴、自我實現為手段，而不能靠自己努力來保護？

混亂之法院見解，為上述問題的根源。雖然沒有法律針對競業禁止明文規定，卻不能以沒有直接的法律規定，而認係法律漏洞，由法官依自己所信來創造標準。

因法院現今見解有誘使雇主行僥倖之可能，為解決爭議，必先全力說服法院，應持如何的判準，審查離職後競業禁止約定？而有效性判斷，須先釐清法律性質，並依法律性質所推論出有效性判斷標準，始能使法院有法律依據，而非各說自話。

²¹ 詳見本文第二章、第三節、第五項，第 64 頁以下。

第四項 解決方法：確認法律性質

離職後競業禁止之法律性質，概念上只有兩種可能：視為勞動契約的一部分（簡稱勞動契約一部說）或視為獨立契約（簡稱為獨立契約說），無第三種可能。

實務見解何以混亂矛盾，主要因以下問題未澄清：「離職後競業禁止義務，是勞動契約上，原有的義務？或是本於另外的契約行為，而由兩造之約定而生？」。

將離職後競業禁止義務的法律性質定性後，也能以之導出有效性判斷標準。法院即有可能在維持勞工就業自由及人性尊嚴的前提下，保護雇主之營業秘密。當法院判決更接近公平，方能促使雇主所擬之競業禁止約定，同樣接近公平正義。

研究本議題，必先釐清離職後競業禁止之法律性質。任何法律問題之研究，必先問所研究之法律事實其性質為何？研究法律行為也必先問法律行為之定性，如何描述特徵？定性後，必續問其要件、限制、效力。類似如此之法律思維訓練，原是法律入門者須常自問之功課，亦為所有法律人必備之基本能力。運動員強調反射動作，法律人何嘗不然？法律思維訓練也必能如反射動作般，始能謂之熟稔。

研究離職後競業禁止約定的爭議也不例外。有效性判斷前，須解決更基本者：約定離職後競業禁止之行為是否為法律行為？若為法律行為，應有之定義為何？法律性質為何？離職後競業禁止約定、競業禁止義務、與勞動契約間的關係為何？

更明快地說，對抗所謂「尊重契約自由」，無須繞遠路解釋何以有契約自由、其歷史及依據是什麼？當事人簽訂約定時，其地位自不自由？須先問契約自由之所謂「契約」係指何者？要約及承諾為何？權利義務為何？何時生效？如何生效？離職後競業禁止約定，應解為勞動契約的一部分，或是約定行為的本身即為契約？

以研究者角度而論，整理法院現有判決，判斷法院採取何種有效性判斷標準，固然重要。然而，若是研究者所整理的法院判決，建立於不穩定的法律概念之上、即令看似採五標準說的判決，經常是引用五標準，實以其他標準，判斷有效性者，如此現狀應如何整理法院見解？研究者若不先站穩自己腳步又該如何自圓其說？

若不先釐清離職後競業禁止之法律性質，試問：所謂契約自由是指那一契約？法院引用民法第 72 條、第 247-1 條等判斷有效性，所判斷的法律行為客體為何？上開的法條中，有諸多價值，如「公共秩序」、「善良風俗」、「顯失公平」、「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」。若非先判斷所審查的法律行為之客體為何？兩造當事人之間又各有何權利義務？何以論「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者」？所謂的顯失公平若非以雙方於契約中各自的權利義務衡量，豈非判決不附理由？不先論斷系爭案件所審查者為何，法條中之價值又該如何實踐？如何持之判斷？

於競業禁止難題之歧路前迷惘著的勞動者，可謂「群生愁歎，四民廢業」，雖不致「貧者棄子以偷生，富者鬻產而應役」，然其「倒懸之苦²³」確實日甚一日。為盡量點出本議題中勞工面臨的困難、及實務見解何以造成雇主不論是否必要、因無須給付代價，而於在職期間，皆先要求員工承諾離職後不與之競業的現狀，請容筆者如此這般地提出問題、為反覆論證法律基本概念，尚請寬容筆者的瑣碎。

²³ 自「群生愁歎」至「倒懸之苦」等句，出自《元史·外夷傳》。



第二節 研究範圍與方法

第一項 研究範圍

以適用勞動基準法的勞動關係之中、勞工與雇主簽訂的離職後競業禁止約定之法律性質為研究核心。不涉及在職期間的競業禁止、民法上的經理人及代辦商（民法第 562 條）、公司法之經理人（公司法第 32 條）、公司法上執行業務股東（公司法第 54 條第 2 項）、董事（公司法第 209 條第 1 項）等法定競業禁止義務，皆非本文所討論者。本文範圍為適用勞動基準法之勞工所簽訂之離職後競業禁止。

第二項 研究方法及途徑

勞動法學界相對於其他的法領域，更重視實務見解，誠屬務實、堪稱進步。然而，不能先論證離職後競業禁止之應然為何，並將實務見解之實然歸納入應然，研究者用盡心力、整理實務見解，也只能解釋實然的存在，無法以應然評論實然，當然更不能從整理實務判決或學說見解之實然，導出離職後競業禁止約定的應然。

經過 David Hume 的奠基，康德及新康德主義的提倡，實然與應然的二元論，「實然無法導出應然」之原則，已是當代社會科學界的通說。有關本議題之研究，學界似執著於實然（如五標準說）中，試圖找出應然（整理法院判決、而欲得出有效性判準）。實務見解卻以似無法律依據²⁴的五標準說為主：或於五標準說之中，擷取自己所認定的標準，任意將某些標準廢棄不用；或對於五標準說之內涵解釋不盡相同、甚至矛盾。未先導出應然、再分析實然，或為本議題難以解決之關鍵。

²⁴ 五標準說之法律依據，有可能來自於民法第 72 條或民法第 274-1 條。但未能先釐清法律性質前，難以適用上開條文。即使可以之作為依據，五標準如何從這兩個條文幻化而出？似未能說理。本文強調，上開二條文確實為離職後競業禁止約定有效性審查標準，可作為相關法律依據者。但其判斷客體皆為法律行為，若未能說明所審查之法律行為為何，這兩個條文應該如何操作？五標準說之內涵雖尚有須詮解之處，然相對於法律條文而言，已頗具體並有一定的可操作性。例如民法第 247-1 條，雖提出多項判斷顯失公平之標準，然所列各款仍屬較為抽象之法律價值，遑論更概括的民法第 72 條？五標準說並非不能使用而作為有效性標準，只須先確定法律性質，定性後，推論效力及內容，方能得出該二條文如何創造五標準說，並以之說明五標準說之內涵。

誠如前述。離職後競業禁止約定法律性質，概念上只有二種可能：視為勞動契約的一部分（勞動契約一部說）、或將約定視為一獨立之契約（獨立契約說）。

本文研究方法係以基本理則形成邏輯命題。將法律行為基本原理，套入命題，得出斷言句（Assertion），並進一步整理判決及學說所用之文字，以所推論出的斷言句，可知實務及學說對離職後競業禁止法律性質尚乏認識，以致於經常矛盾。經分析後可知，實務及學說經常擺盪於二者之間。接著，再以契約之基本原理，「破」除離職後競業禁止約定為勞動契約之一部的可能，然後「立」證該約定、只可能為獨立契約。換言之，先「破」勞動契約一部說，再「立」證獨立契約說。

所謂「立」者，係觀察當事人之真意，從中找出其特徵，並歸類為法律概念。再依恃概念，推論原則，而得證離職後競業禁止約定之法律性質，必為獨立契約。

觀察實務中的離職後競業禁止約定，雖其訂約時間或在任職時、或在任職中、即使是勞動契約終止時、或終止後訂立，其競業禁止義務皆於離職後始生其效力。離職後競業禁止約定，雖無直接之法律條文作為規範，然法律規範自有其體系，即使望似無可直接適用的法律條文，仍須窮盡法律體系中「所有」的規定之後，始得謂之無法可恃²⁵。事實上，以民法即能得應然之規範。訂約與生效時點的差距，解釋當事人真意，可發現兩造於離職後競業禁止契約中，約定以離職為停止條件。

離職後競業禁止約定的法律性質，係與勞動契約相關、本身卻具備所有法律行為應具有之要件，而得視為獨立於勞動契約以外的另一個契約。本文主要目的，係由獨立契約說之發現²⁶，適用民法第 72 條及第 247-1 條後，依契約本旨及上開法條所揭櫫之公平原則，得知離職後競業禁止約定中「時限、範圍、區域」等，應與「代償措施」及「違約金」三者形成對價。當事人約定以離職為生效時點，實為法律行為附款（停止條件）。雇主若故意使停止條件成就，例如違法解僱，依民法第 101 條第 2 項，停止條件將確定不成就，進而使競業禁止契約不生效力。（當事人既約定以停止條件為法律行為的附款，上開條文的適用即為強制規定，不得排除）。最終，則揆諸實際案例，以整體法律體系中所體現之價值驗證結論。

²⁵ 事實上，窮盡法律體系中所有規定，判斷無直接可茲適用的條文，此一動作，即為法律的適用。判斷某一法條不能適用，本身即為適用。適用法律時，實質上是適用法律體系而非只有該法律。

²⁶ 發現而非創造。本文之獨立契約說並非筆者創造，而係自當事人間之約定，觀察其真意之發現。

方法上係以法律基本原則及契約原理，包括「主給付義務」、「附隨義務」、「法律行為無效的判斷時點」、「無償契約」、「一部無效與全部無效」等等，推導出邏輯命題。以其命題整理歷年來法院實務及學說見解文字背後所主張的、係「勞動契約一部說」或「獨立契約說」。並試著解釋為何產生這些「意識」及其「意識的矛盾」背後之原因，敘述其「實然」層面（第一章第一節）作為點題。

其次，導出應然（第二章第一節），以應然論證實然（第二章第二、三節）而知實然所藏之法律性質（第三章）有時採勞動契約一部說，有時採獨立契約說。

此為本論文之「破題」。

第三章則論證離職後競業禁止約定為獨立契約。首先先以反面論證在法理上不能視為勞動契約之一部（第三章第一節）。反過來說，勞動契約一部說法理上無法成立（邏輯上，離職後競業禁止若非勞動契約之一部分，則必為獨立契約。反面論證成立，即足以得出必為獨立契約說之論證）接著正面論證，離職後競業禁止約定，符合所有契約行為的要素（第三章第二節）而離職為契約之停止條件，契約有效性之判斷時點為離職時。以上開論述為基礎，論證競業禁止約定的目的，雖似為營業秘密的保護，其實是以禁止勞工離職後競業，為保護營業秘密的手段，兩者義務內容並不相同²⁷。從上述論證即可得離職後競業禁止契約定義²⁸及內容²⁹。最終以之推論有效性判斷標準的應然³⁰，並將實然的五標準說，導進應然³¹的範疇。

此為本論文之「立證」。

第四章為立證後的開展。說明離職後競業禁止契約應有之定義、內容及效力。並探討離職後競業禁止無效或違約金過高時，如何適用民法第 111³²條及第 252 條。

其定義應為：「勞資雙方所約定離職後競業禁止契約，係以離職為停止條件，以勞工職位及工作上可能取得之營業秘密為核心，約定在一定的時限、範圍內，禁止勞工離職後與原雇主競業，原雇主相對提供代償措施作為對價之雙務契約。」

²⁷ 第三章第二節第三項，第 107 頁。

²⁸ 第四章第一節第一項，第 117 頁。

²⁹ 第四章第二節，第 113 頁以下。

³⁰ 第四章第三節第一項，第 141 頁以下。

³¹ 第四章第三節第二項，第 147 頁以下。

³² 第四章第三節第三項，第 160 頁以下。

以探討勞動契約出發，證明離職後保守營業秘密，雖為勞動契約的附隨義務，且離職後競業禁止目的，也是對營業秘密的保護，但卻是以禁止競業為保護手段。兩者之區辨，除可得知離職後競業禁止，非勞動契約之一部分，而為獨立契約外，尚可以之推論有效性判斷標準之應然。實然雖然不能導出應然，實然之五標準說，卻完全符合應然之內涵。將五標準說歸納至應然，進而導出五標準說應有之內涵。

第三項 期待解決之爭議

本文以探討適用勞動基準法之勞工，與雇主所簽訂的離職後競業禁止約定之法律性質為核心，試圖解決下列學說、主管機關及法院長期以來爭論不休的問題：

1. 勞動契約消滅後，有無保守營業秘密之附隨義務？
2. 勞動契約消滅後，有無離職後競業禁止之「附隨義務」？
3. 離職後競業禁止義務，是否為原勞動契約之附隨義務？
4. 離職後競業禁止義務，是否須以雇主提供代償措施為對價？若答案為肯定，法律依據、及其理由何在？又應該如何判斷代償措施「應然」上須有多少之程度？
5. 就職時、任職中或將離職之際所簽訂的離職後競業禁止，其效力何時發生？若在離職後才發生效力，對於簽訂時點與生效時點的時間差，法律上應如何解釋？
6. 常被引用的五標準，為何判斷雇主有值得保護的利益及勞工有一定的地位，判斷時點為離職時，而非服務期間、或者簽訂時？是否可能主張勞動契約一部說？
7. 若認為離職後競業禁止約定係勞動契約之一部分，則勞動契約服務期間內，雇主所給付之非工資或所謂恩給性給與、股票及紅利等等，可否解釋為代償措施？
8. 勞動契約之工作規則，可否作為勞工離職後，應負擔競業禁止義務之依據？
9. 若認為離職後競業禁止約定係勞動契約之一部分，則用來保證員工之誠實的從契約---人事保證契約，保證之效力，可否及於員工離職後競業禁止時期之行為？
10. 離職後競業禁止約定，於雇主違法解僱時是否仍可適用？若答案為否定，法律上之依據何在？更進一步地問，雇主違法解僱既不生終止勞動契約之效力，勞工在法理上既然尚未離職，何以會產生是否應適用「離職後」競業禁止的疑問？
11. 離職後競業禁止約定，因時限過長、或是範圍過廣等理由，應解為無效，可否適用民法第111條但書，由法院代當事人將契約調整至合理範圍以維持效力？

第二章 勞動契約一部說或獨立契約說

離職後競業禁止約定的法律性質，若非為勞動契約之一部者，只有可能解釋為另一個契約，邏輯上並無其他可能。若為前者，本文簡稱為「勞動契約一部說」；若認為競業禁止約定應係獨立於勞動契約外之另一契約，稱之為「獨立契約說」。

確認法律性質，實為討論本議題之先決問題。若有人敲門，必先問「何人找」？若問法律行為是否有效，必先判斷「那一個法律行為」，即先判斷審查客體為何。

或因過於基本，少見實務或學說對於離職後競業禁止法律性質，表示意見³⁴。幸而歐陸法系的民法體系，頗有歷史、而且燦然大備。本文將以民法的基本觀念，以之推導邏輯命題，再以命題觀察判決及學說，推論其文字，主張何種法律性質？

第一節，先陳述邏輯及其命題基礎，再將實務及學說見解依邏輯歸納至命題。

第二節，分析何種見解為勞動契約一部說（分別為主張：「離職後競業禁止為附隨義務」者、主張：「工作規則可作為離職後競業禁止之依據」者、及主張：「在職期間之給付，可作為離職後競業禁止期間之代償措施」者。）

第三節，分析何種見解應歸納為離職後競業禁止的獨立契約說（分別為主張：「勞動契約終止後不殘存義務」者、主張「人事保證不及於離職後競業禁止期間」、主張：「代償措施為離職後競業禁止約定之有效性要件」、主張：「在職期間之給付不得視為離職後競業禁止約定之代償措施」者、主張：「離職後競業禁止未約定代償措施為無償契約」者、主張：「離職後競業禁止約定有效性判斷時點，為離職時即勞動契約終止時」者、主張：「離職後競業禁止約定為預約」者等等。）

第四節，則歸納最高法院歷年見解的變更：從過往強調尊重當事人間之約定，1994年改以合理性為標準。最後分析最高法院99年度台上字第599號判決之後，包括最高法院在內的實務見解，對離職後競業禁止約定是否改採「代償要件說」？

³⁴ 實則學者及研究本議題之眾多論文，都已回答並認知本文的問題。惜僅認知卻未能進一步推論。詳第五章，第165頁以下。



第一節 判別基礎

第一項 理則

以下為本章所運用之理則：

1. 契約上之附隨義務，必附著於該契約之主給付義務，為輔助其完整而存在，若契約上的主給付義務已清償、消滅或義務已不存在，則附隨義務無法單獨存在。

2. 假設當事人間僅有甲、乙二約定。已知甲約定為契約，乙約定是否為契約、或只是甲的一部分未知。甲約定消滅後並不殘存任何義務，若乙仍為契約的義務，因甲約定已不存有任何義務，則乙約定必定為另一個契約。（以本議題為範圍，雙方當事人之約定，可能解為契約者，除勞動契約外，僅離職後競業禁止約定。勞動契約不殘存任何義務、且仍須負競業禁止義務，則競業禁止必為獨立之契約）

3. A、B 互斥。甲若屬於 A，則確定不可能屬於 B。若乙屬於 B，則乙不可能屬於 A 也不屬於甲的一部分。可知乙必定獨立於甲而存在。（一契約不可能具備有償契約及無償契約二性質。勞動契約為有償契約，若認為離職後競業禁止約定，無代償者為無償契約，則該約定必獨立於勞動契約存在，纔有可能解為無償契約）

4. C 為甲之一部分，若乙來自 C，則乙必定也為甲之一部分。（工作規則為勞動契約的一部分。離職後競業禁止若可源自工作規則，則必屬勞動契約一部分）

5. E 之效力隨 D 之生而生、滅而滅。若 E 仍有效力，D 必尚存。（人事保證的效力，隨勞動契約的效力決定。若離職後競業禁止期間，仍有人事保證之適用，因離職後競業禁止義務仍存在，且為勞動契約的從契約、人事保證契約也仍存在，可反證勞動契約必然也存在，可知其主張離職後競業禁止，為勞動契約的一部分）

6. 訂立預約之目的，係為將來訂立本約。若在某契約生效之後而訂立預約。則該預約必非某契約之一部而為獨立契約。（若認為離職後競業禁止約定為預約，因預約本身必為單獨契約、且通常未生效，不可能為已生效之勞動契約之一部分）



第二項 判別基礎推論

以下命題將以之判斷實務及學說，於離職後競業禁止法律性質，採何種主張？

1. 凡是契約必定有主給付義務，附隨義務³⁵係輔助主給付義務之完整而存在。主張離職後競業禁止約定為附隨義務者，因約定本身為附隨義務，不能解為契約。而除勞動契約或競業禁止約定外，沒有其他可作為契約者。故而認為離職後競業禁止係附隨義務者，必認為競業禁止約定係勞動契約之一部。（勞動契約一部說）

2. 認為勞動契約終止或消滅後不殘存任何義務者。因該契約已無義務存在，同時又認為離職後競業禁止義務尚存，則競業禁止義務，必定不能源於勞動契約。因無勞動契約、及競業禁止約定之外能解為契約者。認為勞動契約終止或消滅後，不殘存任何義務、而約定之競業禁止義務仍然存在者，必認該競業禁止義務源自離職後競業禁止約定，而競業禁止約定係勞動契約外之另一契約。（獨立契約說）

3. 單一契約無法同時兼具有償、及無償兩種性質。勞動契約必然為有償契約。主張勞雇雙方簽訂離職後競業禁止約定，未設有代償措施者，應認為係無償契約。必然認為離職後競業禁止約定非勞動契約之一部，而係單獨契約。（獨立契約說）

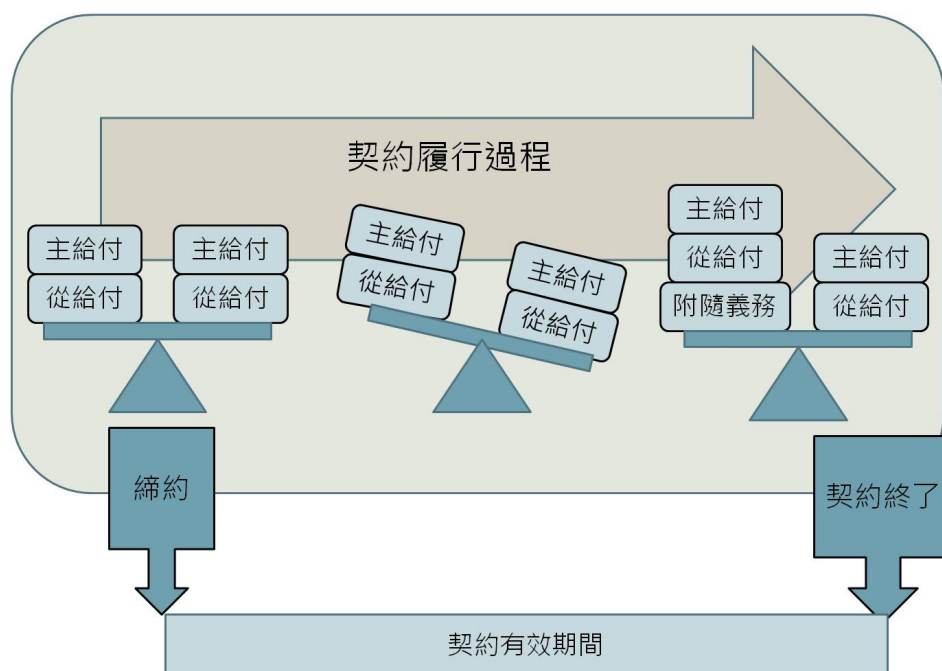
4. 工作規則為勞動契約之一部。主張工作規則，可為離職後競業禁止依據者，必主張依工作規則而生的競業禁止義務為勞動契約的一部分。（勞動契約一部說）

5. 人事保證為勞動契約之從契約。其效力若能包括離職後競業禁止之期間，因從契約效力存在，可證明主契約效力亦存在。人事保證契約於約定離職後競業禁止期間仍有效力，則勞動契約必尚存，所約定之競業禁止期間，仍為勞動契約有效期間，可知其應認為離職後競業禁止為勞動契約之一部。（勞動契約一部說）

6. 預約係為訂立本約存在，離職後競業禁止係於勞動契約生效時或後訂立。可知，若認為離職後競業禁止約定應屬預約者，必然主張離職後競業禁止約定，並非勞動契約的一部分，而為獨立於勞動契約之外的另一個契約。（獨立契約說）

³⁵ 契約之義務群有無附隨義務？若肯定，如何判斷契約中之義務應為主給付義務或從給付義務或附隨義務？若否定，則是否所謂之附隨義務皆應解為從給付義務。上述問題之結論，不論是採肯定說或否定說、皆不影響論述。如將本文提及之附隨義務，解為從給付義務，結論仍無不同。

離職後競業禁止約定，是勞動契約的一部分、或本身即為獨立的契約行為？如果是勞動契約約款，為何在勞動契約終止時發生效力？有人提出了附隨義務、契約後義務等說明。然，附隨義務能約定？不止約定內容、年限，還包括違約金？因此，欲討論離職後競業禁止約定的法律性質，必須要先從何謂附隨義務談起。因學說傳統，附隨義務的定義不明，於是不少學者主張無須有附隨義務此一分類。契約義務群為整體，以主給付義務作為區別，非主給付義務者，皆為從給付義務。然而，在締約時，主給付義務、及從給付義務，確實可以涵蓋所有的契約義務，若系爭契約為雙務契約，並將以雙方的契約義務內容，以兩造客觀認識決定是否具對價性，或以第三人角度，判斷法律行為，是否乘他人之急迫、輕率或無經驗，依「當時情形」顯失公平。「依當時情形」是很好的提示，締約時若兩造當事人皆未能預知某義務存在，而此義務係依誠信原則於履行契約義務過程中，以當時情形若無該義務不能符合契約本旨，此義務是締約時所無且無從預見有此義務，則無法解釋為主給付義務或從給付義務。所以，否定說將義務以主給付義務為界，非主給付義務者即為從給付義務，此種見解並無錯誤。而附隨義務是在契約履行過程中才依誠信原則產生的，故不能解為主或從給付義務，也非契約文義範圍。此情形在繼續性契約中，特別常見。履行過程中，若無附隨義務，雙方難以衡平。



(圖二)：附隨義務是締約時不能預見、非契約文義，於履行過程中產生



第二節 勞動契約一部說

第一項 主張競業禁止為附隨義務者

第一款 附隨義務之分類是否必要

附隨義務之分類是否存在？學說上可分為：肯定說³⁶、否定說³⁷、持懷疑論³⁸者。本文所提及之「附隨義務」，採取否定說解為從給付義務，並不影響結論。然而，附隨義務，於傳統上，最擅揚場者即為繼續性契約。離職後競業禁止約定，無論採勞動契約一部說、或獨立契約說，皆屬於繼續性契約。附隨義務是否存在，將有助於理解本文。故不揣淺薄，藉著對於否定說的評述，證明附隨義務之存在。關於附隨義務論述或欠斟酌，然論證過程，有助於理解勞動契約終止後義務內涵。

第一目 傳說肯定說之疑點

否定說³⁹對於附隨義務為何，固無說明之必要。然而肯定說卻有定義的責任。主張肯定說之學者，幾乎都引德國通說，認為應以「得否獨立以訴請求履行 (selbständig einklagbar)」作為判斷標準：其得以獨立以訴請求履行者，為從給付義務；其不得獨立以訴請求者，則為附隨義務（或稱為不獨立的附隨義務⁴⁰）。」

³⁶ 如王澤鑑，債法原理，第 37 頁以下，2012 年 3 月，王慕華出版。

³⁷ 如陳自強，主給付義務以外其他義務違反之契約解除。錄於所著，契約責任歸責事由之再構成——契約法之現代化 I，第 229 頁以下，2012 年 12 月，月旦出版。

³⁸ 如陳忠五，不誠實廣告與溫泉住宅買賣契約-----最高法院 101 年度台上字第 246 號判決評釋，台灣法學雜誌，第 219 期，2013 年 3 月 1 日。第 45-46 頁。所謂懷疑論者，是否應直接解釋為否定說？例如以下所舉的文字：「『主給付義務』、『從給付義務』與『附隨義務』此一契約義務類型區分，區別界線模糊，實際認定時，難免判斷困難、滋生疑義。在此一背景下，契約義務類型區分，是否確有其實益？其實益何在？有必要重新反省檢討」。作者強調，「附隨義務」之「區別界線模糊」、「是否確有其實益？」。然既未明言否定，上開文字不足以作為否定說之依據。本於懷疑為學問之本，不能以作者曾提出懷疑，即認為主張否定說，故將之歸類為持懷疑論者。

³⁹ 陳自強認為主給付及從給付義務仍有區別必要，表示「因能部分解決契約解除法律適用問題，故有其意義」。然而於無名契約中，又認為：「因無法定類型特徵之規定可稽，主給付義務之認定常有困難」最後則以：「個人認為嚴格區別主給付與從給付義務，未必對契約解除問題之處理絕對必要」，作為結語。從給付義務有無存在必要，似亦有所懷疑。見氏著註 37 文，第 263 頁。

⁴⁰ 王澤鑑，債法原理，第 44 頁，2012 年 3 月，王慕華出版。

肯定說所引用之德國通說，係先決定契約義務群中，何者可為主給付義務，其餘義務，以「得否獨立以訴請求履行」作為判斷標準：若可獨立以訴請求履行，為契約上的從給付義務、若不能准許獨立以訴請求履行者，則為契約之附隨義務。

然而義務可否獨立以訴請求履行？無論該請求係先有權利，而相對有義務；或者先有義務，而可相應得出權利？在判斷是否能「獨立以訴請求履行」之前，皆須先以本質判斷權利義務的存在，並敘述其定義及內容。而非僅以結果逆推之。此點為肯定說最為人批評之處：不能正面定義或描述內容，以結論作為區別標準。

第二目 否定說之疑點

法律概念首重區別標準，次為區別實益。無區別實益者，區別無必要；然而，若未能明確定義區別標準者，也不能主張該區別無實益，而認為沒有區別之必要。

區別標準及實益，為不同層次的概念，通常應該先描述區別標準、再論實益。其實仔細觀察我們的思維，可發現兩者常相伴而生。很難判斷先有標準才論實益；或為區別實益而定義標準。從邏輯上來說，應先有標準再論實益，事實上卻常因實益的必要，方論及區別標準。因標準難以定義而認為無實益、主張無必要區別，不能認為係完整論述；反之，若未能認知區別目的，往往難以正確指出區別標準。

否定說似乎認為附隨義務之區別無實益，而主張以主給付義務為區別標準、除主給付義務之外的，皆為從給付義務。此種契約義務群分類，明快且容易理解，而且似乎可無遺漏地解釋契約上所有義務。然而，否定說所主張的命題要能成立，前提為：已窮盡地列舉所有契約上義務的特徵、毫無遺漏地描述所有的契約義務。

否定說所使用的分類方法，可稱為「非此即彼」：圈出範圍，再以某一定義作為標準，劃出一部分指其為「甲」，餘則「非甲」，反之亦同。此為抽象概念之「非此一即彼」（*Entweder-Oder*）：「概念係透過窮盡地列舉其所有特徵來加以嚴格地定義，每一個具體對象都『必須』（*müssen*）要充分滿足這些特徵，才能將具體對象涵攝於該概念之下；因此，這些特徵是強制性的最低要件。換言之，這些對象不是（*entweder*）『具備』這些特徵而得以適用該概念，就是（*oder*）『不具備』這些特徵而不能夠適用該概念，毫無第三種中間形態可言⁴¹。」

⁴¹ 吳從周，論法學上之「類型」思維，收錄於法理學論叢-----紀念楊日然教授，第 308-309 頁。1997 年 1 月。

若能以概念毫無遺漏地描述一個範圍，所指出者、與所描述的範圍相同時，此種抽象行為的確為最佳的概念形成方式。然而其前提為明確完整地描述範圍。若有應解為範圍所及者，卻將之遺落，則以區別標準定義該劃出之部分為「甲」，其他的部分，固然可稱之為「非甲」，因範圍有誤，導致有應被劃入的未能劃入，而描述之範圍須完整，為此一命題的前提條件。前提無法成立，推論亦無法成立。

否定說係以「非此則彼」解釋主給付義務、及從給付義務，大致之論述如下：

契約上的義務有源自契約⁴²、有源自於法律規定。若將所有的契約上的義務都視為一個整體，主給付義務可用來為契約定性，並且是當事人間立約的主要目的（即為民法第 153 條的必要之點）。以主給付義務為「此」，「非此」者為「彼」，主給付義務將契約義務一分為二。不能解釋為主給付義務者，皆為從給付義務。依上述定義，凡非主給付義務者皆為從給付義務，附隨義務似乎即無存在的必要。

然而問題在於：主給付義務及從給付義務，是否能完整地包括所有契約義務？依債之本旨，若有非依契約（含文義解釋）亦非依法律規定之所產生的契約義務，卻不在否定說所指出的範圍之內。也就是說，其設定範圍：「所有的契約義務」，若無法真的包括所有的契約義務，則否定說試圖以主給付義務為所有義務分界、所有契約上義務，凡非主給付義務者皆為從給付義務此種主張，其推論即難成立。

否定說既已表示係以「所有契約義務」為範圍，何以有可能遺漏依債之本旨應解為義務，卻無法包括於否定說所劃之範圍？關鍵為：1.誤以為契約漏洞的填補可透過文義解釋。2.附隨義務於契約生效時尚未存在，無法解釋為主或從給付義務。

若契約因未規定而造成漏洞，可否以文義解釋填補？否定說認為：「主給付義務之外，是否發生其他義務，當事人若未暇觸及，欠缺約定，就此等問題發生爭議，經常涉及契約漏洞及其填補的問題。契約漏洞的填補，如前所述，不外乎任意規定與契約補充解釋，從給付義務當事人無約定者可能基於任意規定而發生（如第 540 條、第 541 條），法律縱無明文，也可以透過契約補充解釋。相對於此，契約關係的主給付義務，其發生必定基於當事人的意思自主、意思決定，無法透過契約漏洞的填補，取代當事人的地位，由法律或法院創設主給付義務⁴³。」

⁴² 包括契約雖未明確規定，仍可依契約文義解釋而得出者，其義務也應被歸類為是依據契約產生。

⁴³ 陳自強，民法講義 II -----契約之內容與消滅，第 90-91 頁，學林出版，2004 年 1 月。上引之「契約關係的主給付義務，其發生必定基於當事人的意思自主、意思決定」等之文字（接下頁）

依否定說之見解，契約義務若非主給付義務，則為從給付義務。從給付義務，以「主給付義務之外」為前提。「契約漏洞的填補，不外乎任意規定與契約補充解釋...從給付義務當事人無約定者，可能基於任意規定而發生，法律縱無明文，也可以透過契約補充解釋」等文字，可知否定說認為，義務有可能源自契約漏洞。

契約義務或有基於約定、或有本於法律。若未有約定亦無法律規定的義務、是否可能依債之本旨，將之視為契約的漏洞，透過解釋而產生義務？也就是說，契約解釋可否作為契約漏洞之填補方法？法律解釋必須在文義所及範圍內為之⁴⁴（In Rahmen des Wortsinns）契約為當事人間的法律，契約解釋也同樣限於文義，且同樣應以可能的文義為其範圍⁴⁵。欲以契約解釋作為填補漏洞方法，似有困難。

否定說似誤以為契約的文義解釋，可作為契約漏洞之填補方法。然以當事人訂約目的為核心，於窮盡法律規定及契約文義範圍之後，尚有應解為契約義務、卻未能從契約或法律規定得到依據，又認為該義務應存在，始能符合債之本旨。換言之，假設某契約有一義務，係契約未約定法律亦無明文，若不解為義務者，應視為契約漏洞。該漏洞之填補，無法來自於雙方約定、也無法律明文可適用，則不能以文義解釋填補漏洞，義務依據從何而生？不能依契約及法律規定導出，價值上卻認為應屬契約義務，是否應源自於誠信原則？該義務是否即附隨義務？

（續上頁）因民法第 87 條第 2 項（脫法行為之轉換）似可能為反證而須稍作解釋。若命題為真，則民法第 87 條第 2 項，同應解釋為「基於當事人的意思自主或意思決定」，而非基於法律規定。故民法第 87 條第 2 項所謂「脫法行為」亦係基於當事人意思自主而產生法律效力，此點可佐證民法第 111 條但書，不能超出於當事人真意之外而適用之。（詳見第四章第三節第四項第三款）

⁴⁴ Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S.307f 轉引自黃茂榮，法學方法與現代民法（增訂第六版），第 385 頁，作者自版，2011 年 9 月。

⁴⁵ Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S.309 轉引自黃茂榮，法學方法與現代民法（增訂第六版），第 475 頁，作者自版，2011 年 9 月。該頁註 34，作者引瑞士學者 Arthur Meier-Hayoz 於 Berner Kommentar, Einleitungsband N,137f. zu Art 1 ZGB（瑞士民法註釋書，第一條）內容為：「解釋主要是一個了解與澄清的心智活動；透過解釋使法律更接近於其基礎的思想，而臻於完足。如果為了要實現這個思想，而在認識的因素（kognitive Elemente）外尚須加進意志的因素（volitive Elemente）來發現法律，則人們之所為已屬漏洞的補充」。雖然黃茂榮教授認為「由於近代的法學方法論已證明，幾乎沒有無意志或判斷因素的法律解釋，所以這個標準，並不妥當。」然而，Meier-Hayoz 所解釋的，有關於人類在心智上之因素的認識，卻頗能啟發思維，值得深思。

此一或可解為契約漏洞的義務，即否定說之契約義務範圍內所可能遺落者。否定說推論基礎前提「所有的契約義務」，若除主給付義務及從給付義務之外，尚有其他義務，不能以契約解釋或以法律規定得出。既然當事人無法於事先預見，豈有可能在契約解釋的範圍內？若法律也未有規定，即無法解釋為主給付義務或從給付義務。也就是說，否定說指出的範圍，必須是當事人在約定時可能預見的，才能稱為主或從給付義務。本於誠信原則所生的附隨義務，卻非當事人能預見、而是在履行時才發生的。換言之，否定說以契約義務為範圍，以主給付義務為界，凡非主給付義務、即為從給付義務等說法，所謂的契約文義應於契約成立時存在，附隨義務卻是於契約成立的時點不存在、也無法依法律之規定，導出此一義務，即不可能以契約或法律為附隨義務之依據，係因履行過程需要本於誠信原則產生。

主給付義務，係指「債之關係上固有、必備，並用以決定債之關係類型⁴⁶」。而「從給付義務係為輔助主給付義務的功能，不在決定債之關係的類型，乃在於確保債權人的利益能夠獲得最大的滿足⁴⁷」以契約義務為範圍，定義主給付義務，其餘即為非主給付義務，應無疑義。然非主給付義務是否能逕解為從給付義務？則非當然。從給付義務與非主給付義務如何相等？似仍有待否定說進一步的說明。

第三目 試論附隨義務之存在

如前所述。採否定說於本文論述並無影響。以「附隨義務」稱之且用於論證，係因附隨義務為判決所用。且「附隨」二字，字義上較「從」之於主給付義務，更具有暗示性。故本文雖然不以證明契約義務群中，應有附隨義務之分類為必要，然解釋何謂附隨義務，並略述學說爭議，將有助於本議題之理解。故仍不揣淺薄，試著解釋何謂附隨義務，並推測為何德國通說以獨立以訴請求履行作為區別標準：

肯定說似非不知否定說謂其倒果為因等批評。何以不易區別仍堅持此分類？可能係本於實然中所觀察得知，認為於主給付義務、及從給付義務的傳統定義外，仍有附隨義務存在。獨立以訴請求履行，雖不能用以區別附隨義務及從給付義務，然而契約義務群中確實有某些義務，並不適合使其獨立以訴請求履行。此一實益，或許仍信為特徵。雖知附隨義務只有區別實益而無區別標準，仍因有實益而堅持。

⁴⁶ 王澤鑑，債法原理，第 44 頁，2012 年 3 月，王慕華出版。

⁴⁷ 林誠二，債法總論新解----體系化解說（下），第 102 頁，瑞興出版，2010 年 3 月。

誠如上述，否定說認為，契約之義務若不是主給付義務，則為從給付義務。然而，若依解釋及法律規定，仍有未涵蓋的契約義務，即可能係依誠信原則⁴⁸導出、為主、從給付義務外的附隨義務。該義務非源自契約或法律，然而，若無此義務，則難以達成契約目的。何以附隨義務不能向法院「獨立以訴請求履行」？換言之，義務相對為權利，義務存在權利也必然存在。有權利存在卻阻其請求之依據為何？

實體法上，有權利不能行使的原因，可能存在著如抗辯權等之權利障礙事由。然而依其情形，似乎並無此等事由。實體法上若沒有能阻其權利行使的其他事由，又強調該義務不得獨立以訴請求履行，極有可能係因訴訟法上有不能准許之理由。

訴訟法上禁止權利者以訴訟請求法院令義務者履行，係欠缺權利保護之必要（Rechtsschutzbedürfnis）或所謂「權利保護利益」（Rechtsschutzinteresse）⁴⁹。何以獨立以訴請求履行附隨義務可能欠缺權利保護必要？其理由即為該義務僅能依誠信原則所導出，而非基於約定、法定等其他可為當事人所「得知」、「能知」、「可得而知」者。附隨義務於契約成立或生效時點並不存在，係履行過程中產生。

契約之義務，可能係不同時間產生。判斷契約上主給付義務及從給付義務，通常在契約成立或生效時點。而且主給付義務、從給付義務，係依契約之文義、或法律規定所得產生。於一時性契約，因履行時間較短，可能較不易產生非契約規定或法律規定外之義務。否定說強調契約義務群的分類，僅包括主給付義務及從給付義務，若依債之本旨，義務係當事人可得而知，即可能解釋為契約內容、而以文義解釋得出義務。否定說之見解，認為附隨義務分類無存在必要即有道理。

⁴⁸ 亦有學者認為，附隨義務的法律依據基礎，得基於法定、約定或誠信原則而來。參見，姚志明，誠信原則與附隨義務之研究，第 59 頁及第 60 頁，2003 年 2 月，元照出版。第 60 頁、註 34，並強調：「事實上，德國學說並非全都認為附隨義務僅得從誠信原則而來。」

⁴⁹ 姚志明認為其理由應為：「依德國民事訴訟法第 253 條第 2 項第 2 款給付之訴之客體須為確定」。（姚志明，誠信原則與附隨義務之研究，第 55 頁註 19，元照，2003 年 2 月）此理由似難成立。若以訴獨立請求履行附隨義務，為何無法在起訴之時確定？可能之理由或為「給付義務通常係自始即確定，因而為給付之訴之請求係為可能的（參閱德國民事訴訟法第 253 條第 2 項第 2 款），然而附隨義務通常不是與債之關係成立時而同時存在。」

然而，一時性契約亦可能於契約成立或生效時，有並非當事人間所可得而知、當時也尚未出現的義務。在契約的履行過程之中，卻有可能出現基於債之本旨及誠信原則，若某一應履行事項，在契約成立時不存在、顯然也非當事人可得預見，因非可能預見而不能解釋為契約內容，該義務也無法律規定。然不解為契約義務，則不能達成契約目的。此義務締約時當事人不能預見，不能解為主或從給付義務。

主給付義務、及從給付義務為契約之構成成分，於契約成立、生效時即存在，若契約為雙務契約，尚須受公平、對價等檢驗。而履行主給付義務或從給付義務的過程，可能因締約時雙方皆不可預知的環境、情狀等等因素，而產生非主給付義務或從給付義務之外的義務，該義務即係僅能基於誠信原則、不能依契約文義或法律規定所能得出的附隨義務。換言之，若單純只看契約之約定、或法律規定，否定說即有可能言之成理。然而，在契約履行的過程之中，特別是如繼續性契約，有可能隨著契約履行之各個階段，而產生出契約文義範圍以外、亦沒有法律規定，然本於誠信原則，某負擔若不解為義務，將有害於債之本旨或主給付義務的履行。此一義務，因無法源自契約、也無法源自於法律規定，為當事人締約之時不知、且非可得而知者，既然契約成立時並無此義務，則不可能在契約文義解釋範圍、且法律未規定，若以訴訟獨立請求履行，將被認為係訴訟法「欠缺權利保護必要」。

本文曾強調，契約義務群中是否有附隨義務，並不影響論述，將附隨義務解為從給付義務，對於本文並無任何影響。實因附隨義務經常存在於繼續性契約，解釋何謂附隨義務，有助於理解離職後在原勞動契約內，所可能殘存之義務為何。

所以，學者對於德國通說所謂「附隨義務，不得獨立以訴請求履行」之原因，有認為：「給付義務通常係自始使確定，因而為給付之訴之請求係為可能的（參閱德國民事訴訟法第 253 條第 2 項第 2 款⁵⁰）然而附隨義務通常不是與債之關係成立時而同時存在。只有附隨義務違反，損害賠償責任成立時，債權人方得起訴請求之⁵¹」，即與前述頗接近。附隨義務不與債之成立同時出現，因義務係於履行過程中所生。

⁵⁰ 相當於我國民事訴訟法第 244 條第 1 項為起訴狀應備載內容規定。姚氏認為「給付義務通常係自始使確定，因而為給付之訴之請求係為可能的」、「然而附隨義務通常不是與債之關係成立時而同時存在。只有附隨義務違反，損害賠償責任成立時，債權人方得起訴請求之」，所引法條與其理由的連結似較牽強。（姚志明，誠信原則與附隨義務之研究，第 55 頁，元照，2003 年 2 月。）

⁵¹ 姚志明，誠信原則與附隨義務之研究，第 55 頁，元照，2003 年 2 月。

前引之德國通說以義務產生時序作為主、從給付、與附隨義務區別誠屬正確。然而，主張附隨義務之法源基礎，可基於法定、約定或誠信原則⁵²，可能即屬矛盾。若附隨義務可基於法定，豈有可能有某法律規定，該義務存在，卻又不使權利人以訴訟請求者？若附隨義務可基於雙方約定，豈能約定某義務，不得以訴訟請求？

且主張權利並非僅訴訟一途。強調不能獨立以訴請求，是否代表除訴訟之外，其他非訟方式皆可？非訴訟而有類似之既判力如仲裁者，是否亦屬不得獨立請求履行之程序？附隨義務既然可依約定產生，則當事人之間，若約定有某附隨義務，且該契約已經過公證後，是否也同樣不能逕依強制執行法第四條，作為執行名義？

若認為因給付通常自始確定，且通常附隨義務，不與債之關係成立同時存在。既然在債之關係成立時，附隨義務尚未存在，如何能以契約約定或法定作為依據？

契約成立、或生效時點，亦為判斷契約之效力時點。未生須履行義務之事由，是否即應解為沒有義務？論者認為，所謂附隨義務的具體類型⁵³，包括解釋義務、保護義務、保持秘密義務、競業禁止義務、檢查義務、契約履行後之義務等等，是否除「契約履行後之義務」以外，皆不能在契約成立、生效之時點同時產生？特別是不作為義務。契約生效時，保持秘密義務、競業禁止義務，是否皆不發生？以上所提出之質疑，或可作為「附隨義務不得以約定或法定為依據」之間接論證。

故而，謂「附隨義務之法源基礎得基於法定、約定或誠信原則」似非妥適。法定及約定（含文義解釋範圍）所生之義務，若非主給付義務，即為從給付義務。自契約成立時點來看，否定說見解並無錯誤，然附隨義務於契約成立時尚不存在。

何以不得以獨立以訴請求履行？是因若僅起訴請求義務人履行其附隨義務，而未同時主張其他義務或其他聲明，因附隨義務於契約成立生效時點，並不存在，且非兩造當事人所能預見，故在訴訟法上，應認為單獨起訴欠缺權利保護之必要。

申言之，契約義務依據有來自約定，亦有來自法律規定。此皆依法得導出者。因繼續性契約履行過程中，依債之本旨，為保護或使主給付義務完整有存在必要。僅依誠信原則，可導出當事人未能預見或雖得預見卻難以具體者，即為附隨義務。

本款論述的主要目的，在於證明離職後須保守營業秘密，確實為勞動契約的附隨義務，然而離職後競業禁止義務，既然是雙方所約定，則不可能是附隨義務。

⁵² 姚志明，誠信原則與附隨義務之研究，第 55 頁，元照，2003 年 2 月。

⁵³ 姚志明，誠信原則與附隨義務之研究，第 73 頁以下，元照，2003 年 2 月。

第二款 認為競業禁止為附隨義務者

認為競業禁止為附隨義務者，必採勞動契約一部說，推論依據為以下五步驟：

- 一：勞動契約主給付義務內容為：勞工為雇主提供勞務、雇主給付勞工報酬。
- 二：附隨義務必然是在某契約內、為輔佐契約之主給付義務圓滿履行而存在。
- 三：附隨義務，係為輔助契約主給付義務之圓滿而存在，無法單獨視為契約。
- 四：離職後競業禁止義務，若視之為附隨義務，必為輔助主給付義務而存在。
- 五：離職後競業禁止約定，或視為契約、或勞動契約的一部分，無其他可能。

以上五點可推論：主張離職後競業禁止義務為附隨義務者，所附隨之對象，必然為勞動契約。附隨義務不能單獨存在，離職後競業禁止義務若為附隨義務，除勞動契約之外無可附麗。故必然認為離職後競業禁止義務為勞動契約的一部分。

實務用語如「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隨義務，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，其本質側重保護前雇主⁵⁴」等文字。

⁵⁴ 台中地方法院 92 年度訴字第 2660 號民事判決（高鼎化學案）、台北地方法院 92 年度勞訴字第 60 號民事判決（賀眾企業案）也有相同文字。

高鼎化學公司於 2003 年向法院提出二件，以違反離職後競業禁止約定為由，請求違約金的案件，分別為台中地方法院 92 年度訴字第 2660 號及台中地方法院 92 年度訴字第 2661 號民事判決。不同法官審理有全然相反之結論。台中地方法院 92 年度訴字第 2660 號民事判決，上開文字外，並引用五標準說之前三個標準。然而卻來不及以之判斷，已認定前雇主對於勞工競業舉證不足，無須判斷競業禁止效力。雖然看似採三標準說，卻以判決及學說認為非有效性判斷而係結果之第五標準推論是否有效。引三標準卻未以之審查競業禁止有效性而未引之第五標準。（接下頁）

凡使用這類文字的判決，應認為離職後競業禁止約定，為勞動契約之一部分。該附隨義務係依雙方約定所形成？或不待當事人約定勞動契約本有此附隨義務？尚無法自上述文字而推知。然而，既以約款稱呼離職後競業禁止約定，似為前者。

上開文字顯有矛盾。既稱約款於勞動契約之內，何以勞工有不使用、或揭露於前勞動契約獲得之營業秘密的義務？主詞為「前」雇主，又稱「前」勞動契約，應解為勞動契約已消滅。約款若於勞動契約內也因之消滅，勞工何能負約款義務？

更常見者如下列文字：「現今通說業已承認契約後競業禁止義務，亦即契約關係消滅後，當事人尚負有某種作為或不作為義務，以維護給付效果，此乃因勞動契約係具有人格法上性質之特別結合關係，除一方服勞務，他方支付報酬之給付義務外，在當事人間尚產生所謂之附隨義務，即勞工對僱主負有忠實義務，而僱主對勞工則負有照護義務⁵⁵。」（按，稱「雇主」為「僱主」係上開判決用語）

（接下頁）台中地方法院 92 年度訴字第 2660 號民事判決有一值得研究：系爭協定第十條內容為「協定效力：本協定不因甲方與乙方之僱傭關係終止、撤銷、解除或無效而失其效力」勞工簽署前，塗銷「不」字成為「本協定因甲方與乙方之僱傭關係終止.....而失其效力」法院認為「本件系爭協定第十條約定遭塗抹之不字，僅係空白一片，並無雙方蓋章確認，再參酌上揭被告本人及證人所述，可知該塗抹應係被告個人單方面片面所為，並非基於兩造之合意為之，故系爭協定之效力不應因被告之塗改行為而改變，換言之，系爭協定之效力不因被告離職而受影響。」該書面既經勞方自行塗抹後簽名，不正表示勞工所同意者，係自行更改後之契約、而非原契約？法律並無類如須在塗抹處蓋章，才生修改文義效力之規定，契約若有修正「宜」於塗抹處蓋章，係方便舉證其修改係於簽約前或簽約後，重在避免舉證困難。依判決內容可知，雙方皆不爭執：勞方係先改過契約內容後才蓋章，則雙方皆認勞方係先塗抹再簽名。若認雇主所提書面係要約，勞方修改要約後簽名或蓋章交還，法理上僅能理解：勞方以修改後契約文義為前提，同意雇主提出之要約。要約經他方修改，視為新要約。故判決僅有二種可能：1. 雙方未合意契約不生效力。2. 要約經修改視為新要約，雇主或雇主代理人收執後，無提出異議或再為要約，視為默示承諾。雙方以勞方提出之要約為前提契約合意。無論何者，競業禁止義務皆於僱傭關係終止後不存在。台中地方法院 92 年度訴字第 2661 號民事判決，係以合理性審查約定效力，是否違反競業禁止，判決重點為離開原職後，再就職之公司營業項目是否與原雇主相同。理由略為：「被告於九十二年七月十四日起任職之京盛公司，係經營與原告相同或類似之業務，自堪認定，從而，被告於九十二年五月十二日自原告公司離職，旋於二個月後任職京盛公司擔任經理一職，有違系爭協定第八條之約定，則原告依系爭協定第九條約定，請求被告賠償懲罰性違約金，自無不合。」法院認為勞工無須必有競業或洩密行為，僅以進入與原告有從事相同或類似業務者，即為已足。

⁵⁵ 台灣高等法院台中高分院 94 年度上易字 15 號民事判決（源利電磁公司案）。

契約後義務如何能推論雇主對勞工負有照護義務？判決似乎認為勞工對雇主負有忠實義務，雇主對勞工則負有照護義務，所指者是否為勞動契約之附隨義務？然而，判決的後段文字，卻指出該義務係契約關係消滅後纔發生，實難判斷真意。

再例如「按保密義務與競業禁止義務皆屬勞工於勞動契約中，基於誠信原則而產生對雇主之不作為附隨義務⁵⁶。」

勞動契約在職期間，勞工確實有不與雇主競業之義務。然而細閱判決全文，通篇皆指離職後之競業禁止義務、而非在職時。故應認為該判決主張，離職後之保密義務與競業禁止義務皆為勞動契約義務，既基於約定，即無須引用誠信原則。離職後競業禁止義務若是能依約定而產生，所謂「基於誠信原則」實在無法理解。

「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⁵⁷。」

受僱人離職後，即使雙方未約定，依誠信原則也可導出有不洩露營業秘密之附隨義務⁵⁸。附隨義務係雙方未約定、亦無法律規定、為輔助主契約義務而存在。以不得洩露前雇主的營業秘密之義務為例，客觀上可認為係前雇主營業秘密者，除法律規定有作證義務等、非可歸責於勞方的情形之外，不限時間、不限區域，皆不得洩露前雇主之營業秘密。此一義務，除本於誠信原則可推論而得出之外，洩露秘密者須依刑法或營業秘密法等規定負刑事責任，也能證明有此義務的存在。

競業禁止之內容，常會包括時限、區域、內容、違反效果及須負之賠償義務、違約金等。明文具體約定不作為義務、甚至約定競業禁止義務不履行時，應轉換為多少違約金等，此種約定無法依誠信原則解為勞動契約的附隨義務。簡言之，或可為如此形容：基於誠信原則產生的附隨義務，難以承載雙方如此明確的約定。

⁵⁶ 台灣高等法院 91 年度勞上字第 37 號民事判決（香港商永久公司案）。上開引用內容完全相同者，尚有台灣高等法院 93 年度勞上易字第 40 號民事判決（益亞公司案）。

⁵⁷ 高雄地方法院 95 年度訴字第 3039 號民事判決（祐詮工業公司案）。

⁵⁸ 「離職」此一可能，雖然在雙方訂立勞動契約時，有可能預測到有機會出現，卻非必然會發生（例如於任職中死亡等等情形）。若預見並約定有離職後競業禁止義務，雖然不能、但退一步言縱使競業禁止義務可源自於誠信原則，然既有約定，其義務之依據，就不可能源自於誠信原則。無論基於法律適用原則、或其法律定性，當事人已有約定，即不應適用誠信原則，依約定即可。

再舉高雄地方法院 97 年度雄簡字第 1719 號民事判決（五洲國際公司案）為例：「勞動契約具有高度從屬性，即人格從屬性，雇主有指揮命令權勞工有服從義務與經濟從屬性，勞動契約並有繼續性，附隨義務多，例如就退休金給付即有認為係薪資後付之附隨義務，因此勞動關係終止後之競業禁止約定並不能完全以民法第 247-1 條之標準予以審查，否則所有勞動契約都難逃被認定為顯失公平而被宣告為無效之命運。」

退休金給付非薪資後付之附隨義務，係本於勞動契約，由法律規定要件數額，並可獨立請求，且可作為訴之聲明。若退休金依契約而等於、或高於法律規定之要件或數額者，退休金請求之內容，係直接於勞動契約所生，兩者皆非附隨義務。若退休金為薪資後付，其性質既屬薪資，更可確認應為主給付義務而非附隨義務。

所謂：「勞動關係終止後之競業禁止約定並不能完全以民法第 247-1 條之標準予以審查，否則所有勞動契約都難逃被認定為顯失公平而被宣告為無效之命運」更難以理解。為何以民法第 247-1 條審查勞動關係終止後的離職後競業禁止約定、有可能解釋為「所有勞動契約都難逃被認定為顯失公平而被宣告為無效之命運」？試解其意，或許認為：競業禁止義務係屬勞動契約之一部分，若該義務於離職後，仍須負擔，必然解為不公平。換言之，法院認為系爭案件若以民法第 247-1 條審查應解為無效。且所有離職後競業禁止，依民法第 247-1 條皆難逃解為無效之命運。為避免勞動契約無效，因而主張離職後競業禁止約定，不得適用民法第 247-1 條。

雖有諸多矛盾，然將離職後競業禁止約定與勞動契約視為同一，則甚為顯然。除以後果推論之外，並無其他可駁回以民法第 247-1 條、作為攻擊防禦方法之理由。

綜上所述，離職後競業禁止義務，並非勞動契約之附隨義務。若解釋為附隨義務的明文化，必已因明文化而質變為主給付義務，除採獨立契約說外別無可能。

本款所引述之判決，既然認為離職後競業禁止義務，係勞動契約之附隨義務，即表示上述之判決，皆將離職後競業禁止義務，錯解為是勞動契約之附隨義務，而採勞動契約一部說。受勞動契約一部說影響，約定之法律性質未能正確判斷，即不能確定所審查的離職後競業禁止約定之判斷客體為何，因而造成見解矛盾。此點亦可說明，為何本文認為解決本議題的爭議，必以釐清法律性質為先決問題。

第二項 工作規則可作為依據

工作規則，係僱用多數勞工的雇主，為提昇人事經營之效率，有必要統一設定工資、工作時間等勞動條件，同時也須明文規定勞工應遵守之服務紀律等此種勞工須共同遵循之規範⁵⁹。現今勞動法之通說認為，工作規則為勞動契約的一部分。

主張工作規則可作為競業禁止義務依據，必主張勞動契約一部說，推論如下：

一：工作規則為勞動契約之一部分。

二：離職後競業禁止義務，可來自工作規則。

可知：工作規則若能約定離職後競業禁止義務，因其為勞動契約之一部分，故而，認為離職後競業禁止義務，可來自於工作規則者，必主張勞動契約一部說。

學說有認為離職後競業禁止義務，可訂於工作規則⁶⁰。也有如邱駿彥氏認為：「就保護勞工之觀點而言，我國對於工作規則雖採用主管機關事後審查制，且主管機關對於工作規則亦有更改請求權，若允許工作規則得針對侵害勞工工作權甚深之競業禁止來規定，則未免將使勞工置於極不利地位，亦即雇主得以單方意思表示，來對於勞工離職後之特別條件加以限制，恐有過分擴張工作規則之功能。因此任由雇主得利用單方面權利拘束勞工離職後之競業禁止，本質上非屬於工作場合紀律問題，亦顯然與工作規則相關法規定不相符合，並非妥善見解⁶¹。」

上述否認說極為有力。另外，林更盛氏雖認為工作規則作為勞動契約一部分，可為離職後禁止競業依據，但強調：「透過工作規則所定之離職後競業禁止約款，首先應藉由適當的方法使勞工實際上有知悉的機會，於勞工知悉後且未為反對之意見表示，並繼續工作者，方得認為構成勞動契約的內容⁶²。」

⁵⁹ 王能君，工作規則與懲戒。收錄於勞動基準法釋義，第 399 頁，台灣勞動法學會編，2010 年 10 月二版二刷，新學林出版。

⁶⁰ 郭玲惠，勞動契約法論，第 89 頁。2011 年 9 月，三民出版。

⁶¹ 邱駿彥，離職後競業禁止特約之效力限制。月旦法學雜誌第 222 期，第 35 頁。2013 年 11 月，月旦出版。

⁶² 林更盛，論契約控制-----從 Rawls 的正義理論到離職後競業禁止約款的控制，第 154 頁。2009 年 3 月，翰蘆出版。

雇主單方面公布之工作規則，若未經勞方表示同意，如何使之成為勞動契約的一部分？最高法院 91 年度台上字第 1625 號民事判決（德合機械公司案）要旨：「工作規則為雇主……單方制定之定型化規則。雇主公開揭示時，係欲使其成為僱傭契約之附合契約，而得拘束勞雇雙方之意思表示。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內容，而使該規則發生附合契約之效力。」

最高法院認為工作規則發布後，勞工若繼續工作者，繼續工作視為默示同意，因之工作規則仍對勞工有拘束力，而可構成勞動契約的一部分。若主張工作規則可作為離職後競業禁止義務之依據者，依上開論述，可知係採勞動契約一部說。工作規則變更，勞工知悉後繼續工作可視為默示同意，則與林更盛教授說法相同。誠如邱駿彥教授所言，因之形成勞工長達一年、二年的競業禁止義務，是否合理？

然而，將離職後競業禁止約定視為勞動契約的一部分時，法理上應如何排除工作規則可作為依據？承認工作規則作為競業禁止約定之依據，則最高法院主張勞工繼續工作之事實，可認為係默示同意的意思表示此種見解，勢必會隨之進入。勞工僅因礙於勞資關係的情面、尚未離職且離職與否未定前，怠於為反對之表示，則將因之而形成勞工長達一年、甚至二年之離職後競業禁止義務，實難認為合理。若採勞動契約一部說，工作規則必然可作為競業禁止依據。反之，認為工作規則不得作為離職後競業禁止之依據者，不能採取勞動契約一部說，否則，難以解釋工作規則，既然為勞動契約的一部分，為何不得以之為離職後競業禁止義務依據？

實務判決中，常有以下見解：「原則上從保護勞工轉職自由觀點視之，應解為勞工在勞動契約終了後並不殘留任何勞動契約上之義務。要課離職員工以競業禁止義務，必須有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法律依據⁶³」。以上可認為實務承認工作規則，可作為離職後競業禁止義務之法源。

⁶³ 相同文字，見台灣高等法院 90 年度勞上易字第 34 號、台灣高等法院 92 年度勞上易字第 43 號；台北地方法院 91 年度勞訴字第 11 號、台北地方法院 92 年度勞訴字第 13 號、台北地方法院 92 年度勞訴字第 22 號、台北地方法院 91 年度重勞訴字第 12 號、台北地方法院 93 年度勞訴字第 109 號、台北地方法院 93 年度勞訴字第 153 號、台北地方法院 96 年度勞訴字第 150 號、台北地方法院 96 年度勞訴字第 188 號、台北地方法院 96 年度重勞訴字第 12 號、台北地方法院 96 年度勞訴字第 108 號、台北地方法院 98 年度重勞訴字第 11 號、台北地方法院 99 年度北勞簡字第 33 號、桃園地方法院 98 年度訴字第 97 號、苗栗地方法院 98 年度訴字第 142 號等等民事判決。

工作規則之性質，無論採取契約說、法規說、二分說、集體合意說等學說，皆不否認工作規則為勞動契約的有效續存期間內，為規範勞動關係而存在之規則。

勞動基準法第 70 條：

「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，報請主管機關核備後並公開揭示之：

- 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、勞雇雙方應遵守勞工安全衛生規定。
- 十一、勞雇雙方溝通意見加強合作之方法。
- 十二、其他。」

以上條文，那一款可解釋為可規定離職後競業禁止的依據？文義上唯一可能為第十二款「其他」。然細閱各款，無不契合服務期間之權利義務、或工作紀律之概念。概括條款、與其他款項的例示內容，法律性質，或其定性不能差距過遠。第十二款「其他」限於概念，無法作為非服務期間、離職後競業禁止規定之依據。

工作規則與勞動契約具有密切之關係，勞動契約一旦終止，難以單獨存在。若先認為「勞工在勞動契約終了後，並不殘留任何勞動契約上之義務」，又認為工作規則作為勞動契約之成分，可為課離職員工以競業禁止義務依據，即有矛盾。

雖然，法院實務見解似乎有認為工作規則，可為離職後競業禁止義務之依據，然依目前相關的判決事實來看，實際上以工作規則作為依據者，現階段似未曾見。

學者⁶⁴有謂以下之案例，係以工作規則作為約定離職後競業禁止義務之依據。然經仔細分析之後，即可發現以下所言之工作規則，實質上皆為個別的勞動契約：

桃園地方法院 98 年度勞簡上字第 112 號民事判決（南極星企業社案），事實為前雇主以被告簽署的「南極星企業社員工工作規則」，起訴請求被告違約賠償。細閱判決內容提及證人曾簽署「工作規則」：「原證二所示工作規則我也有簽署，（問：該規則第八項要限制的單位為何？）是指北極光公司」法院認為「證人到職期間與被上訴人（即勞方）不同，且非上訴人與被上訴人訂立系爭工作規則之證人，縱證人與上訴人就勞動契約競業條款另有約定，亦不足佐為兩造契約內容之解釋依據」。可知二人所簽的工作規則根本不同。本件「南極星企業社員工工作規則」，實係勞動契約，並不是以工作規則作為依據、而產生離職後競業禁止義務的適例。

另有學者⁶⁵認為，台灣高等法院高雄分院 92 年度上字第 1 號民事判決涉及之主治醫師備忘錄、板橋地方法院 94 年度重訴字第 130 號民事判決之員工自律公約等二案，為工作規則作為離職後競業禁止法源之案例。實則該主治醫師備忘錄，係醫師各別簽署，性質為勞動契約而非工作規則；而且該員工自律公約所涉及者，為在職期間的競業禁止。以上皆非以工作規則為離職後競業禁止義務依據之適例。

簡言之，若承認工作規則可在勞動關係終了之後產生離職後競業禁止義務，邏輯上，等於主張離職後競業禁止義務為勞動契約之一部分。依最高法院見解，勞工不為反對之意思表示繼續工作，視為默示之意思表示，而得拘束沈默的勞工。

反之若認離職後競業禁止約定，並非勞動契約一部分，而應為獨立的契約，作為勞動契約一部分的工作規則，自不能解釋為產生離職後競業禁止義務的依據。

更進一步地說，若認為離職後競業禁止義務為勞動契約之一部分，為何不能以同樣屬於勞動契約之一部分的工作規則，作為離職後競業禁止義務產生依據？

承認工作規則作為依據，依最高法院見解，工作規則變更後，勞工繼續工作，可解釋為默示同意。則離職後競業禁止義務，即可不經勞工積極表示仍有拘束力。

⁶⁴ 邱駿彥，離職後競業禁止特約之效力限制。月旦法學雜誌，第 222 期，第 30 頁。2013 年 11 月，月旦出版。

⁶⁵ 林更盛，論契約控制-----從 Rawls 的正義理論到離職後競業禁止約款的控制，第 154 頁註 3。2009 年 3 月，翰蘆出版。



第三項 以在職期間給付作為代償

第一款 概說

離職後競業禁止約定，若係勞動契約的一部分，雇主之主給付義務為工資。假設若無其他的義務，工資既然已給付，相對地要求勞方負擔所有契約上義務，有何不合理之處？令勞工履行勞動契約上的義務，何須給付除工資以外之代償？因之，實務見解常認為「代償措施僅為斟酌違約金高低之考量因素」，即非意外。

即使認為離職後競業禁止約定，係勞動契約中的「特別約定」，雇主應額外給付作為交換。若採勞動契約一部說，勞動契約有效期間內，任何非工作之對價、並非雇主之主給付義務者，皆可解釋為係維護契約之完整、遵守競業禁止之對價，特別是若該服務期間之給付不能認為係工作的對價，而應解為所謂恩給性給與者。

第二款 實務現狀

第一目 合約獎金作為代償

較早之案例，例如台南地方法院 88 年度勞簡上字第 6 號民事判決，燦坤實業公司主張「久任獎金」及每月二千元合約獎金，即為離職後競業禁止義務之補償。然說詞未被法院所接受。若採勞動契約一部說，何以「合約」獎金不能視為代償？

第二目 雙方皆不認為代償者法院認為是代償

台灣高等法院 91 年度勞上字第 27 號民事判決（訊連科技公司案）勞方抗辯：「被上訴人配股予上訴人時，如何得謂係屬離職後競業禁止約定之代償津貼」，資方也承認「轉讓股份確認書係當時原告公司為留住專業技術人才而配股予經理級人員之福利，使渠等可享受公司上市上櫃後之高額股價」（台北地方法院 89 年度勞訴字第 88 號民事判決）雙方皆否認為代償，法院仍認「被上訴人已給予上訴人一萬股股份，不論給與期間是何時，其係屬薪資之外之給與，被上訴人原無給與之義務，此之給與對彌補上訴人之損失，應有助益，尚難謂被上訴人未給與代償利益。」

以勞動契約一部說為前提，「屬薪資之外之給與，被上訴人原無給與之義務，此之給與對彌補上訴人之損失，應有助益」，法理上如何否認？依上述證詞可知，即使兩造皆不認為股票係屬代償，法院仍然認為該公司所發的一萬股股票為代償。

第三目 股票及年終獎金視為代償

台灣高等法院台南分院 98 年度上字第 112 號民事判決（新世紀光電公司案）
「上訴人為新進員工，月薪四萬餘元，工作未滿一年即取得一萬股（十張）相當於一百零五萬元之股票，又享有股票選擇權及認股權，亦見係因其擔任研發工作具敏感性，被上訴人基於留任及避免其轉任為他公司所用而為相當優渥之給付。系爭競業禁止之約定，自應認為合法有效。是以上訴人既違反該約定，被上訴人依系爭服務契約第二條第四款約定，訴請上訴人返還恩惠性給付之年終獎金、中秋節獎金，及依離職日股票收盤價計算之股利、等值違約金合計共二百二十四萬二千六百六十四元之本息，即屬有理。」

「基於留任及避免其轉任他公司而發放」，可知股票發放目的包括勞工留任。欲達留任之目的，「在職」、「未離職」即可，與離職後競業禁止並非必然有關，即令「避免其轉任他公司」或與競業禁止有關，至少也能知該股票於法律價值上絕非全部可評價為代償。如何切割以避免重複評價的可能？判決似未有此意識，因而被法院評價為離職後競業禁止義務之代償。更遑論所謂代償包括年終獎金、中秋獎金等，雇主絕無可能於發放時，有意作為「離職後競業禁止義務之代償」。

第四目 主管津貼被視為代償

在職期間之給付、特別是被認為非工資的給付，資方臨訟時主張為代償措施，實務上頗為常見。甚至明顯是工資者如主管津貼等，也被資方及法院認定為代償。

如台灣高等法院台中分院 98 年度上易字第 12 號民事判決（小磨坊公司案）：
「上訴人已提供被上訴人相當優渥之主管加給，為被上訴人所不爭，雖名曰主管加給，然是否為代償措施應以實質上是否具有補償效果認定，不應以名稱為斷。而此主管加給對於被上訴人有一定的補償效果，足以補償被上訴人因競業禁止所受之損害，故上訴人主張以此作為日後競業禁止期間之補償，亦符合具有代償措施之要件。」

「主管加給對於被上訴人有一定的補償效果，足以補償被上訴人因競業禁止所受之損害」，此種說法實難成理。任何金錢給付對於勞工而言必有「一定的補償效果」，何況判決理由中，亦有「上訴人主張以此作為日後競業禁止期間之補償」等文字，可知確為臨訟所編，法院卻認為，「符合具有代償措施之要件等語，應可採信。」試問於在職期間所發之主管加給，如何有可能「作為日後競業禁止期間之補償」？

「日後」二字即已點出該主管加給，絕不可能是公司作為離職後競業禁止的補償。

第五目 保密津貼視為代償

主管津貼能解為代償措施，則按月支領之保密津貼視為代償，即不令人意外。

例如台灣高等法院台中分院 97 年度上字第 315 號民事判決（三晃公司案）：

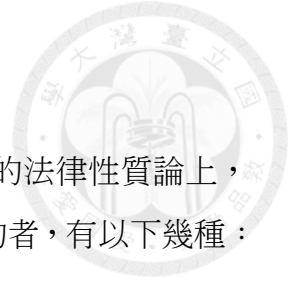
「系爭競業禁止條款有填補被上訴人因競業禁止所受損害之代償措施，即按月支付保密津貼 1800 元，如無特別情事，此種競業禁止約定，亦難認與公序良俗有違。」

上開判決，係以合理性為審查標準，並不以代償為要件。有無代償並不影響離職後競業禁止約定的有效。法院認定保密津貼為代償之目的，係為酌減違約金依據：「上訴人於被上訴人簽訂競業禁止條款時，雖有補償彼等因競業禁止損失之措施，然被上訴人於上訴人公司任職期間，上訴人係按月支付保密津貼各一千八百元予被上訴人，而丙○○所領取之保密津貼僅為十五萬三千元，甲○○則領取九萬七千二百元，相較於該保密同意書約定之懲罰性違約金二百萬元而言，該違約金約定之數額顯然過高，應予酌減。茲審酌本件上訴人係依競業禁止之特約條款請求給付違約金，違約金是否過高，應以填補勞工之代償措施為主要認定依據。」

在職期間給付若不能解為工資，即為所謂「恩給性給與」。離職後競業禁止約定法律性質，採勞動契約一部說，以之解為競業禁止之補償，法理上如何否認？

更進一步地說，既然離職後競業禁止義務約定，被認為是勞動契約的一部分，勞工履行勞動契約之對價為工資，何以工資不能解釋為，是雇主要求勞工須完整履行勞動契約的對價？雙方約定之離職後競業禁止義務，既為勞動契約一部分，為何工資、主管津貼、保密津貼、合約獎金等等也屬於勞動契約的一部分之名目，不能解為同樣是雙方勞動契約一部分之競業禁止義務的補償措施、或代償措施？

上述之保密同意書，所約定的為在職期間保密義務、及離職後競業禁止義務。一筆給付可拘束在職期間保密義務、及離職後不競業，且津貼必是工資的一部分，拘束在職期間的義務固然合理，但同時也能拘束離職後的競業禁止，則顯然有誤。該筆保密津貼係按月給付，若簽約不久就離職，或是像本案勞工在五年及七年內，累計分別領取九萬餘元、及十五萬餘元，相對於二百萬的違約金，似乎的確過高。然若年資為 20 年，領取 30、40 萬的話，約定違約金二百萬，似非顯然不公平。更何況加上工資，其所得必然更高。既將離職後競業禁止視為勞動契約的一部分，則以離職後的狀況判斷，法理上，應如何解釋在勞動契約中的一部分約定之效力須於終止後衡量？既為勞動契約，何以工資、保密津貼不能視為競業禁止的對價？



第三節 獨立契約說

實務及學說所使用的文字，可認為在離職後競業禁止約定的法律性質論上，應解釋為主張非勞動契約的一部分，而認為該約定為獨立之契約者，有以下幾種：

1. 主張雙方勞動契約一旦終止之後，不殘存任何契約上之義務者。
2. 主張離職後競業禁止期間，不在人事保證的保證範圍或無效者。
3. 主張以代償措施，作為離職後競業禁止約定有效性審查要件者。
4. 主張在職期間之給付，不能視為離職後競業禁止之代償措施者。
5. 主張離職後競業禁止義務無約定代償措施，應認係無償契約者。

第一項 勞動契約終止後不殘存義務

上節論及認為離職後競業禁止義務係附隨義務者，當可推知主張離職後競業禁止約定為勞動契約之一部分，即主張勞動契約一部說。然而，另有一派見解，否認勞動契約消滅後，仍然殘留其他義務。既認為勞動契約終止後，不殘留義務，則勞工離職後負擔之競業禁止義務，必然是於勞動契約之外雙方另行約定而創設。

以下試行證明，為何認為勞動契約終止後不殘存義務者，必主張獨立契約說：

一：可解為法律行為者，除勞動契約外，僅勞資雙方之離職後競業禁止約定。

二：勞動契約已經終止、消滅或不繼續發生效力，而且不殘存任何契約義務。

三：若勞資雙方約定勞工離職後，仍有須負擔之義務者，因勞動契約已消滅，且不殘存任何義務，則該義務不可能來自已消滅、而不殘存任何義務的勞動契約。

除勞動契約外，契約義務只可能來自離職後競業禁止約定。勞動契約已消滅，故可知離職後競業禁止約定，為勞動契約外之契約。持此主張者應採獨立契約說。主張勞動契約終止後不殘留任何義務者，勞動契約已消滅，認為雙方約定勞工在離職後尚須負擔競業禁止義務者，必然認產生競業禁止義務之約定，本身即契約。

如「原則上從保護勞工轉職自由觀點視之，應解為勞工在勞動契約終了後並不殘留任何勞動契約上之義務。要課離職員工以競業禁止義務，必須有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法律依據⁶⁶」等等之判決理由。

若勞工在勞動契約終了後並不殘留任何勞動契約上之義務，離職後競業禁止義務必為勞動契約外的契約所創設。以上述文字為前提，同時主張競業禁止義務依據可來自勞動契約及工作規則等，顯然不合邏輯。即使將勞動契約解為「書面」，認為判決理由中，所謂之勞動契約係指書面的勞動契約，書面契約可能包括法律概念上之複數契約，而工作規則，無論採何學說，都必然為勞動契約之一部分。「課離職員工以競業禁止義務」一句，係以離職員工作為主詞，「課」作為動詞（其實正確的文字應是「被課」）受詞則為競業禁止義務，該文句明顯存有矛盾。

新竹地方法院 99 年度竹勞簡字第 16 號民事判決（大新竹停車場設備案），該公司認為：「被上訴人離職時預言將有員工離職潮，之後連續有資深員工要求加薪未遂而離職等情，上訴人始知被上訴人係有計畫的盜取上訴人客戶資料，搶走上訴人 10 餘年之老客戶，並慫恿資深員工離職，主要是為打擊上訴人，以為競爭之手段。被上訴人之行為顯違反誠信原則及勞動契約忠實之附隨義務，應負債務不履行損害賠償責任」，主張兩造間，雖然未曾簽署離職後競業禁止之約定，基於勞動契約內原有之附隨義務，即可要求被告本於誠信原則而保守營業秘密，違者應負債務不履行之損害賠償責任，故依勞動契約起訴請求被告給付損害賠償。

⁶⁶ 相同文字內容，例如：台灣高等法院 90 年度勞上易字第 34 號民事判決、台灣高等法院 92 年度勞上易字第 43 號民事判決、台北地方法院 91 年度勞訴字第 11 號民事判決、台北地方法院 92 年度勞訴第 13 號民事判決、台北地方法院 92 年度勞訴字第 22 號民事判決、台北地方法院 91 年度重勞訴字第 12 號民事判決、台北地方法院 93 年度勞訴字第 109 號民事判決、台北地方法院 93 年度勞訴字 153 號民事判決、台北地方法院 96 年度勞訴字第 150 號民事判決、台北地方法院 96 年度勞訴字第 188 號民事判決、台北地方法院 96 年度重勞訴字第 12 號民事判決、台北地方法院 96 年勞訴字第 108 號民事判決、台北地方法院 98 年度重勞訴字第 11 號民事判決、台北地方法院 99 年北勞簡字第 33 號民事判決、桃園地方法院 98 年度訴字第 97 號民事判決、苗栗地方法院 98 年度訴字第 142 號民事判決。

法院認為「本件兩造間並無於被上訴人任職前或任職間事先約定離職之競業禁止之約款，依上開最高法院見解⁶⁷之反面意旨，即無課以被上訴人離職後之競業禁止義務之理由」，意即否認勞動契約之中，包括有離職後競業禁止之附隨義務，勞資雙方既未簽訂離職後競業禁止約定，不能認為被告負有離職後競業禁止義務。

然原告主張的是被告洩漏營業秘密。保守營業秘密係勞動契約之附隨義務，就此法院並未有任何判斷，實為判決不備理由。且當事人之訴訟標的，並非主張違反離職後競業禁止約定所生的損害賠償或違約金，而係主張「基於勞動契約上的債務不履行（不完全給付）而請求之損害賠償」，法院並非以當事人所提出之訴訟標的範圍內判斷，卻以訴訟標的以外的理由駁回。判決理由雖然似乎不合法，仍可判斷法院認為，雙方未約定離職競業禁止約定者，離職後勞工無不競業義務。

澎湖地方法院 95 年訴字第 46 號民事判決（台大補習班案）認保守秘密義務隨契約終止消滅「基於契約所生之權利義務必需係在契約有效存續期間內所產生者始得主張之，今兩造契約已於 93 年 12 月 30 日終止，則原告主張被告等離職後仍負有基於該聘僱契約而生誠實信用義務之獨立性附隨義務云云，顯不可採⁶⁸。」

本件被告二人係夫妻，原任澎湖的台大補習班班主任及總導師。離職後二人自行於同區域開設補習班，以免費上課一個月，招徠原補習班學生。法院認原告不能證明曾與被告二人簽有離職後競業禁止的約定，而且「契約所生之權利義務必需⁶⁹係在契約有效存續期間內所產生者始得主張之，今兩造契約已於 93 年 12 月 30 日終止，則原告主張被告等離職後仍負有基於該聘僱契約而生誠實信用義務之獨立性附隨義務云云，顯不可採」，而認為被告等無須競業禁止義務及損害賠償。

⁶⁷ 最高法院 94 年度台上字第 1688 號民事判決（漢翔航空工業公司）要旨：「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。」

⁶⁸ 本判決認勞方未簽署離職後競業禁止約定，原勞動契約終止後即不負任何義務。本件上訴審即台灣高等法院高雄分院 96 年度上字第 141 號民事判決（台大補習班案）也採完全相同之見解。

⁶⁹ 判決用字錯用「須」為「需」，為忠實還原該判決，不予修改。其餘判決引用亦同，不再贅述。

該判決認定被告夫婦二人與前雇主確實有競業的事實，也認定被告二人確實以免費上課為由，招徠原在前雇主補習班上課之學生。即令有明顯競業之事實，法院仍然認為被告無須負競業禁止義務。可知該判決完全否認勞動契約終止後，尚有離職後競業禁止之義務，同時，也否認勞動契約上有附隨義務或後契約義務。

台北地方法院 97 年度勞訴字第 21 號民事判決（奈訊科技公司案）要旨謂：「勞工離職後競業禁止問題，在現行制定法上尚無明文規範，本於契約自由原則，固得由勞資雙方自行約定。惟勞工終止勞動契約後，對雇主即無忠誠義務，原得利用其因工作所累積之經驗及技能，繼續發展其經濟、職業活動，此項勞工生存權、工作權、自由權係受憲法第 15 條、第 22 條所保障；雇主為保護自身工作權或財產權，與勞工約定離職後禁止競業，係對勞工上開權利之限制，自應具備相當性，始能承認其效力；如該約定不當阻礙離職勞工職業或經濟生活之發展，即屬違背公序良俗，依民法第 72 條規定，應認為無效，勞工自不受拘束。」

本判決認「勞工離職後競業禁止問題，在現行制定法上尚無明文規範，本於契約自由原則，固得由勞資雙方自行約定」；又認為「惟勞工終止勞動契約後，對雇主即無忠誠義務」；最後論及「與勞工約定離職後禁止競業，係對勞工上開權利之限制，自應具備相當性，始能承認其效力」。

此判決強調限制勞工離職後競業，須具有相當性，似係少數正確理解離職後競業禁止約定者。然而自判決中其他文字，可知並未正確認知競業禁止之相當性：「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。雖原告主張被告所獲年薪及受原告教育訓練，即屬系爭競業禁止之對價，惟不但為被告所否認，且原告並未能證明兩造有為此項合意」，若前雇主能證明上述內容，勞工所領之年薪、及雇主施予教育訓練可能作為代償？

如判決所認「被告離職時已屬中年，…，以現時經濟景氣之低迷，實難期待被告之轉業能有樂觀之發展。尤以被告如於競業禁止之 2 年期間不能從事已經熟悉之 RFID 業務，不但對其所累積之知識經驗之繼續發展，亦有阻礙，且現今工業技術日新月異，於 2 年期間經過後，更難認被告尚能銜接原有之知識經驗參與經濟社群之競爭。準此可見，系爭競業禁止之約定，對被告職業活動之負面影響，顯已逾合理之範圍，對其受憲法保障之工作權、生存權，即難謂為無侵害。」

判決似認為雇主若能提出證明，則年薪或實施教育訓練，即可作為代價對價，則可能因而使離職後競業禁止約定有效。然而，無論是在就職期間所領的年薪、或是雇主曾對勞工所實施的教育訓練，豈能有助於勞工離職後之工作權、生存權？

綜上可知，不少法院判決認為勞動契約終止、或消滅後，不殘存任何義務者，也不認為勞動契約有離職後競業禁止的附隨義務。勞動契約終止，而不殘留義務，然而雙方約定勞工離職後仍負競業禁止義務，該義務即不可能自勞動契約所生，不啻該約定非勞動契約的一部分，而係另一個契約始得拘束者（獨立契約說）？然而判決理由中又主張工作規則，可作為離職後競業禁止義務之依據，即有矛盾。

第二項 競業禁止期間人事保證無效

所謂的人事保證，謂當事人約定，一方於他方之受僱人將來因職務上之行為而應對他方為損害賠償時，由其代負賠償責任之契約，民法第 756-1 條定有明文。同法第 756-7 條，規定人事保證契約之效力，因受僱人僱傭關係消滅而隨之消滅。

實務上以人事保證契約，強化離職後競業禁止的效力之案例類型，頗為常見。

以下先令「離職後競業禁止約定為勞動契約之一部分」（勞動契約一部說）。

一：離職後，競業禁止之約定仍有效，邏輯上，僱傭（勞動）契約尚未消滅。

二：主契約即勞動（僱傭）契約未消滅，從契約之人事保證即可能存有效力。

三：僱傭（勞動）契約既然尚未終止或未消滅，即無法適用民法第 756-7 條。

四：人事保證契約為勞動契約之從契約，而從契約之效力，隨主契約存在。若認人事保證契約於離職後競業禁止期間，仍能發生效力者。因從契約效力存在，亦可證明主契約之效力仍然有效存在。

綜合上述，故可推論：主張人事保證契約，在離職後競業禁止期間仍有效者，在離職後競業禁止約定之法律性質，應認為競業禁止義務，為勞動契約的一部分。

離職後，仍有依勞動契約所生之義務尚未履行，是否仍應在人事保證契約之保證範圍之內？依法理而論，答案應為肯定。

正確適用法律者如台灣高等法院台中分院 97 年度勞上易字第 37 號民事判決（海紳有限公司案）要旨：「然按勞動關係以勞工之勞務提供及雇主之報酬給付為其主要內容，但因勞動關係具有從屬性，含有高度之人格特質，且具有繼續性，故在勞務提供與報酬給付過程中，根據勞動契約及民法第 148 條之誠實信用原則，可衍生一系列之附隨義務。其中關於勞工之附隨義務部分，有保密義務、競業禁止義務、兼差限制義務、不傷害企業之言論義務、禁止不當影響同事義務、報告義務、遵守勞動保護規範義務、工作障礙及危害通知義務⁷⁰等。而勞工於離職後辦理移交手續，即屬勞工附隨義務中之報告結算義務。質言之，勞工於離職時，其與雇主間之勞動契約雖然已經終止，惟仍負有確實交接業務之義務，以期避免雇主因職務交接不清而增加成本或受有損失。勞工如違反該附隨義務而造成雇主受有損害時，雇主自得依民法第 227 條不完全給付之規定向勞工請求賠償。」

「經查上訴人甲 OO 擔任上訴人乙 OO 之人事保證人，此為兩造所不爭執。又上訴人乙 OO 任職期間之平均月薪資為 33,500 元，其於賠償事故發生時之當可得報酬總額為 402,000 元。準此，上訴人乙 OO 賠償被上訴人之 79,217 元部分，於強制執行無效果時，應由上訴人甲 OO 為補充性給付⁷¹。」

反之，若採獨立契約說，人事保證契約於勞工離職之時，因勞動契約已消滅，適用民法第 765-7 條的結果，人事保證契約也當然消滅。

⁷⁰ 以上述之定義可知，判決理由所稱之附隨義務，包括學說上所稱之獨立性及非獨立性附隨義務。

⁷¹ 本判決尚有疑問者，係因拒絕交接造成損害，是否屬於人事保證所保證「在職期間」範圍內？交接若為契約「後」之附隨義務，何以人事保證契約未能適用民法第 756-7 條消滅？損害賠償之因果關係及範圍也仍須存疑，該判決以案件轉包出去的費用作為損害賠償數額，然於因果關係未及論證。附帶一提，類如此種判決，保證人極可能因認為有民法第 756-7 條適用，而疏於訴訟上攻擊防禦，法官應履行闡明義務（可僅要求保證人就損害賠償範圍提出意見，不一定要公開自己認為適用或不適用民法第 756-7 條的心證），使保證人知有辯論必要，方能認有程序權保障。

被認為以尊重當事人之同意，承認離職後競業禁止約定原則有效之濫觴者：最高法院 75 年度台上字第 2446 號民事判決。前開案件起訴時，被告除勞工以外，尚包括人事保證人，前雇主上訴到最高法院時，人事保證人也同列為被上訴人。原審法院認為離職後競業禁止約定無效，因而人事保證人也無須負責。最高法院卻認約定有效，而發回更審。若人事保證已因勞動關係終止而消滅，自無須連同離職後競業禁止併同發回高等法院。本案雖然係民法增訂人事保證一節前發生，然而從契約隨主契約而消滅，此原則在修法之前、或修法之後，皆屬法理上必然。

判斷法律行為是否應屬有效，恆須優先於法律行為之適用。若人事保證契約因僱傭契約消滅而失其效力，理論上應優先適用之，而認人事保證契約已消滅。人事保證既不存在，即無須論斷所保證的範圍，是否包括離職後競業禁止期間，亦無須先論斷被保證人是否違反離職後競業禁止約定，再論斷保證人是否應負責。

台中地方法院 95 年度訴字第 640 號民事判決、95 年度訴字第 1254 號民事判決，原告皆為海德威電子工業股份有限公司，且皆以被保證人違反離職後競業禁止，請求法院判決令保證人連帶賠償。法院同樣以無法證明被保證人曾違反競業禁止約定為由駁回，認「本件有無民法第 756 條之 7、第 756 條之 2 之適用，及原告之請求權是否罹於時效等爭點，因與本件判決結果不生影響，爰無庸一一加以審究」。

台南地方法院 99 年度勞訴字第 27 號民事判決、台灣高等法院台南分院 100 年度勞上字第 2 號民事判決、最高法院 100 年度台上字第 1860 號民事裁定等案件，皆同為鎮裕貿易股份有限公司，以勞工違反離職後競業禁止約定，請求法院判令勞工及其人事保證人負賠償責任。本件第一、二審皆以離職後競業禁止約定有效，而判令勞工賠償，卻適用民法第 756-7 條，認僱傭契約已消滅而不令保證人負責。最高法院則以本件上訴不合法為理由，以裁定駁回上訴，維持第一、二審之見解。

誠如上述，若認離職後競業禁止約定為勞動契約之一部，勞動契約尚未消滅，身為從契約之人事保證應仍然有效，不應適用民法第 756-7 條認為人事保證消滅。反之，若是採獨立契約說，在勞動契約效力消滅後，人事保證因無所附麗而失效。民法第 756-7 條並非法院無須論述或可不適用者，必須先適用民法第 756-7 條後，認為人事保證契約因之不生效力，再論離職後競業禁止約定之有效性，始為合法。

第三項 以代償為要件

代償或補償措施是否為離職後競業禁止約定的有效要件，學說多採肯定說。實務見解不一，有認須以代償為要件；有認代償非要件、僅為酌減違約金標準。無論採為有效性要件、或僅為酌減違約金的標準，資方常以在職時恩給性給與、或非可解為勞動契約之對價者，主張係離職後競業期間代償措施、或以完全履行合約（包括勞動契約及離職後競業禁止）為給付條件，而辯稱為競業禁止的補償。

若採勞動契約一部說，勞動之對價為工資，雇主既已履行契約主給付義務、甚至是契約全部義務，何以雇主令員工負離職後競業禁止義務有給付代償必要？強制命令雇主給付代償措施依據何在？所謂「代償金或補償金未約定，僅係涉及雙方所立違約金是否適當問題，並不影響競業禁止之效力⁷²」，此種結論豈非必然？

若採勞動契約一部說，雇主於勞動契約所為的給付，即是勞動契約的對價。認為離職後競業禁止約定，須以有代償為有效要件，即已意識到離職後競業禁止，係獨立於勞動契約外之另一個契約。換言之，以代償措施為要件必採獨立契約說。

代償措施是否必要？自實務來看，肯否二說皆有支持，無法分出何者佔多數。但若以判決事實觀察，可以知道絕大部分的離職後競業禁止約定，無論有效與否，法院所認定是競業禁止之代償者，大多並未於離職後的競業禁止期間內提供代償。

如前所述，「約款」常與勞動契約糾纏，雇主常辯稱在職期間給付為「代償」。有時法院認同、有時難以接受。研究本議題，若以法院認定作為判決是否以代償為必要的判斷，往往使研究失真。所認定之「法院是否接受代償為要件」判斷，是否仍有研究意義，令人存疑。法院認定之代償，有可能、或說大部分應係工資。依此而言，整理或研究有多少的比例之法院實務判決，認為應以代償措施為要件，有何意義？在職期間給付作為代償，將形成使法院接受「代償要件說」的反效果。

⁷² 高雄地方法院 89 年度訴字第 2333 號民事判決。(華宇企管案)

第一款 代償為必要者之理由

第一目 以憲法基本權衝突理論為依據

雖然憲法所謂的第三人效力，並未經最高法院承認，然而法院在本議題之上，透過憲法論述，卻甚為常見。如前述最高法院 75 年度台上字第 2446 號民事判決，即以憲法為基礎。然而，事實上無須以憲法作為依據，即能得出保護勞工的結論。相反地，常有以引用憲法之規定，來證明離職後競業禁止約定之合法、或合憲性。

亦有以憲法的基本權衝突理論，推論代償措施為競業禁止有效要件的必要。舉例來說，如台中地方法院 91 年度訴字第 2919 號民事判決（哈伯精密公司案）「就競業禁止而言，公司若不為此種禁止，公司之營業核心（即營利）即可能造成影響，二者（指被禁止之員工及公司）皆涉及到基本權之核心。……如果競業禁止條款內無禁止期限之限制，則對於被禁止人之人格發展自由權與生存權受到威脅。是此種競業禁止條款必須有期間之限制，且在此期間內，受有競業禁止之人生存仍須獲得照顧，故須附有補償條款，始合乎『基本權最大發展原則』。是以競業禁止條款固然會對轉業人的職業選擇權造成限制，但如有一定期限，且有一定範圍，並附加補償，則此時衡量下，即可認公司之營業權是比較接近核心的，其結果是私法自治（即契約自由）原則可以維持。如果公司排除補償條款，即會侵害被限制人之生存權，此時可認為被禁止人之工作權較公司之營業權更接近工作權之核心⁷³。」

最高法院所主張的「當事人同意」、「不影響工作權」等，亦為憲法第 22 條、及第 15 條可推論而得之基本權利，認為既然簽署契約應受拘束，也難謂並非合憲。更進一步地說，若被禁止競業之人可從事其他工作而不影響生存權，則最高法院強調當事人之就職自由範圍雖然受限制，卻未影響其生存權，在論理上並無瑕疵。

⁷³ 本件判決經上訴第二審，台灣高等法院台中分院認為：「蓋依契約自由原則，補償金之提供與否並非競業禁止義務之對價，亦非私法契約之法定構成要件，於法更屬無據，故是否約定補償金，係雙方協議之結果，倘未有其他違反公序良俗及強制規定之情形，自難遽認其為無效。」（台灣高等法院台中分院 92 年度上字第 39 號民事判決）

所謂「在此期間內，受有競業禁止之人生存仍須獲得照顧，故須附有補償條款，始合乎『基本權最大發展理論』」實難理解。先不說生存權於憲法位階上必高於財產權，自由權原則上也高於財產權，在兩者的權利位階不同之前提下，要如何推論「基本權最大發展理論」？退萬步言，依法應該如何運作上開理論？判決理由中每每稱憲法、或是基本權，卻未引用憲法或法律，豈能謂為依法判決？

本文以為，無論憲法是否有「第三人效力」，皆無從禁止民事法院引用憲法、或以憲法為論述基礎。然下位階法律必優於上位階法律適用，未窮盡下位階法律，或下位階法律有適用可能時，適用上位階法律、特別是以基本規範而存在之憲法，難謂係合法論述。學說以憲法基本權理論，作為離職後競業禁止約定之討論基礎，若純以憲法、而非依全體法秩序為考量，可否作成正確之論述依據，則大有推敲。

第二目 依據四標準說

主張代償為離職後競業禁止之要件，如台北地方法院 89 年度勞訴字第 76 號民事判決（飛利浦建元公司案）「原告依該競業禁止條款禁止被告任職之區域遍及中華民國境內，期間兩年，被告不得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，並無補償措施。相當於兩年內被告無法利用其原有之專業技術，且無補償，其限制已有逾越合理範圍之虞，且依該聘僱契約第十條約定，該競業禁止條款之適用繫於原告單方『於任何時間以書面通知』之條件下，顯與『平等原則』有違。綜上，兩造前開競業禁止條款無一符合（一）企業或雇主需有依競業禁止特約保護之利益存在。（二）勞工之職務及地位知悉上開正當利益。（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）代償措施之有無等標準，其約定屬不當限制被告之職業選擇自由，應屬無效。」

上引之判決理由，曾引用所謂的「四標準說」。若是依照四標準說的內容，離職後競業禁止期間約定代償措施的存在，即為離職後競業禁止約定有效之要件。



第三目 依據對價性

一、無代償

(一) 薔薇食品案

台中地方法院 90 年度訴字第 212 號民事判決（薔薇食品公司案）其要旨謂：「被告二人固確於葳士派內從事製作糕餅之行為，惟系爭競業禁止條款中，原告單方面不當限制被告之工作權，本身卻未負擔任何相對之義務，顯然兩造間之權利、義務關係並不對等。」

承前所述，若認為離職後競業禁止約定，為勞動契約的一部分者，雇主給付工資即為勞動契約之對價，也是雇主相對於勞工提供勞務的報酬，為何能說雇主「本身卻未負擔任何相對之義務」而認「顯然兩造間之權利、義務關係並不對等」？若採勞動契約一部說，勞動契約中雇主給付工資、勞工提供勞務，而離職後競業禁止既然是勞動契約中的約款，也是勞動契約中的義務，如此豈能謂雇主本身卻未負擔任何相對之義務？如何能認為「顯然兩造間之權利、義務關係並不對等？」能作如此認定者，於離職後競業禁止約定的法律性質論，僅可能採取獨立契約說。故而，判決理由認為必須有代償措施，離職後競業禁止約定始為合法，自無疑義。

(二) 竹風不動產案

新竹地方法院 92 年度訴字第 225 號民事判決（竹風不動產公司案）：「系爭勞動契約書第六條，約定被告於離職後負有競業禁止義務之期間為自離職之日起一年，其期間衡諸被告於原告公司任職之職位⁷⁴，顯屬過長。而反觀其所課與被告之競業禁止義務內容，不僅限制被告不得投資、經營、受聘或受僱於原告業務相同或相類似之事業，足使被告於該期間內無法從事任何與房屋仲介業有關之工作，其範圍過於廣泛而已超過保護原告所必要。另該條款對於限制被告就業之區域範圍毫無規定，對於被告離職後生計維持堪予造成重大障礙。故本院審酌上情，認首開條款顯不具備合理性。此外，系爭勞動契約亦無任何填補被告因競業禁止之損害之代償措施。從而，被告抗辯：系爭競業禁止條款已超出合理、必要範圍，並已不當限制被告工作權等語，亦為可採。」

⁷⁴ 判決認為所約定之一年時限過長，係「衡諸被告於原告公司任職之職位」，而非任職期間長短。

其重點為「系爭勞動契約亦無任何填補被告因競業禁止之損害之代償措施」既稱離職後競業禁止義務係因勞動契約而生，則雇主基於何項勞動契約之義務，須有填補被告因競業禁止之損害之代償措施？實則該判決以獨立契約說為基礎。本件未引用四標準，純就雙方義務的對價性考量。方向上固屬正確，然而「約款」作為勞動契約的一部分，或視為勞動契約的附隨義務時，應如何評價其對價性？代償應與何者相對？當判決提及「顯然兩造間之權利、義務關係並不對等」等時，而論「相當性」、「對價」、「公平」等文字，必然認為「約款」為獨立的契約。

（三）明星品牌二手屋案（可能是競業禁止議題最難解的案例）

本件判決所涉之事實，應如何判斷法律性質？似可作為判斷離職後競業禁止約定的法律性質學說中，勞動契約一部說、或獨立契約說，何者較正確的試金石。

離職後競業禁止常約定於勞動契約，卻不表示必為、或應為勞動契約之一部。本文認為，除離職時即勞動契約終止或消滅後、雙方才訂立的離職後競業禁止，僅能解為獨立契約、而非勞動契約之一部分外。其他情形的離職後競業禁止約定，不論為到職時、任職中甚至離職將屆之時簽訂；也不論條款係約定於勞動契約內、或另紙約定。依當事人之真意皆以離職時，始生競業禁止約束之效力。換言之，以離職作為停止條件。停止條件為法律行為附款，條件成就後法律行為始生效力。簽訂時勞動契約已生效，該停止條件不能附著於已生效的勞動契約，可知離職後競業禁止約定，即使與勞動契約訂立於相同的書面契約之中、並未另起其他契約，法律性質上，也不能受到形式的拘束，而解釋為勞動契約，應視為另一獨立契約。

本件不同於一般的競業禁止，是以「離職」作為競業禁止起點，而是以簽訂勞動契約時起算，三年內禁止競業。事實略為：勞方受僱於明星二手品牌商品店，到職時兩造簽有僱傭契約，其中有競業禁止之約定，約定勞方自簽約日起三年內，不得自營名牌二手服飾或提供第三者經營。違約者，應賠償雇主新台幣一百萬元。

兩造並非約定離職後，三年內不得競業，而是約定僱傭契約簽訂之後三年內、也就是任職起三年內，不得競業。勞方工作約兩個月左右，雙方即合意終止契約。離職後，因勞方也同樣經營二手品牌商品販賣，而遭原雇主起訴請求給付違約金。

台北地方法院 92 年勞訴字第 13 號民事判決（明星商品二手屋案），先認定「二造間僱傭關係業已合意終止」卻又忽略已認定的事實，認「系爭契約第四條競業禁止，僅約定『被告自簽約後三年內不得自營有關名牌二手服飾或提供第三者經營，否則需賠償原告新台幣一百萬元整。』徵之被告原任職位、工作，及其每月薪資僅只三萬元，無庸具備特別技能、技術，對於競業禁止的區域亦全無限制，又約定禁止期間長達三年，復未見有填補被告因競業禁止之損害之代償措施，是該競業禁止條款與前述之合法要件（按，五標準說全部採用）尚屬有間。且綜觀前揭約定條款，內容僅限制當事人之一方（即被告）之行使權利，加重其責任、使之拋棄權利，對原告則無任何不利益之情事，該約定自難認為有效。故被告辯稱該條款侵害被告工作權、生存權，有違反公序良俗情事，非無可採。因認系爭契約第四條之約定有違反公序良俗情事，應為無效。）

「自簽約後三年內，不得自營有關名牌二手服飾」可知兩造約定之三年時限，並非「必然為」離職後競業禁止的時限，有「可能是」、也有「可能不是」離職後競業禁止的時限。然而可確定的是：本件「離職後競業禁止」時限，絕非三年。

首先，兩造於僱傭契約中，約定自簽約時起算三年內禁止競業，該約定期間顯然包括勞動契約在職期間（實際任職為 2002 年 3 月 3 日至 2002 年 4 月 29 日，約兩個月年資。關於兩造系爭契約業已合意終止一事，有證人稱：「九十一年四月二十九日當天下午我有陪被告甲○○一起到原告工作場所，表明要結束工作離職的意思，當時在場的人有原告的姊姊的女兒等人在場，原告當時也同意彼此結束工作關係，當場氣氛平和，我們就離開了」，可知 4 月 29 日雙方即合意終止契約。）

其次，勞動契約以不定期為原則，係所謂的「終身僱用制」。若勞方於約定的競業禁止三年內皆在職，即無離職後競業禁止之適用，純粹係在職之競業禁止。

判斷勞動契約的效力、或是法律行為有瑕疵，是否有依法應認為無效等事由，應於勞動契約生效時而非離職後。不應以簽約後離職的事實回溯認定契約之效力。

勞工何時會離職或終止契約？雙方於訂約之時，皆未能得知、亦無法設想。簽約時，勞動契約之在職期間，與競業禁止期間（非全為競業禁止期間，容後述）同時起算。勞動契約之簽約、生效、判斷契約效力的判斷時點，三者幾乎同時。若系爭契約包括競業禁止約定在內，全部皆視為勞動契約，也應於勞動契約生效的時點判斷效力，若以簽訂契約的時點來判斷契約的效力，系爭契約似未有明顯不公平或應解為無效。以離職後競業禁止約定、為勞動契約一部分作為前提來看，將在職期間工資，作為勞動契約的對價。若於勞動契約中，約定禁止與雇主競業，無論是解為勞動契約的從給付義務、或為附隨義務，似乎皆難認為約定顯失公平。

仍是以勞動契約一部說為前提來看，月薪只 3 萬，違約金 100 萬似嫌過高⁷⁵，如認為依民法第 72 條，應解為違反公序良俗而無效，若不適用民法第 111 條但書，將使整個勞動契約無效。本案若自勞動契約生效時觀之，除違約金顯然過高之外，並無限制他人權利、增加一方責任、使他人拋棄權利等情事。在勞動契約一部說前提下要求勞工負不競業義務，雇主在職期間須給付工資，亦非「無任何不利益」。

判決既已認定雙方係合意終止，而合意終止係以雙方之合意，取代原有契約，勞動契約已失其效力，為勞動契約一部分的競業禁止約定，何以須用五標準審查？若認為系爭契約、及契約內的競業禁止約定皆屬勞動契約一部分，本件競業禁止三年期限含在職期間 2 個月及離職後 2 年 10 月，如何將三年約定時限切割適用？

採勞動契約一部說，除違約金過高外，似難解為無效，五標準說亦難以適用。理由為：判斷契約之有效性須以成立生效時判斷。簽約時員工在職，三年內是否離職尚未能知，雇主給付薪資並要求員工禁止競業，何以須依五標準或四標準說給予代償？所謂「約定禁止期間長達三年，復未見有填補被告因競業禁止之損害之代償措施」，依判決事實，無論以簽約時點、或事後以離職時觀之，三年時限必涵蓋在職期間。除非法院認為在職期間勞工負不競業義務的同時，雇主也須有填補因競業禁止損害之代償措施？若去除在職期間，離職至競業禁止時限結束，僅 2 年 10 月。即使暫且不論以離職作為判斷有效性的時點，很明顯是後果審查，至少也可證明，欲採勞動契約一部說、而又適用五、四標準審查有效性並不可能。

⁷⁵ 約定之違約金過高，同樣可依民法第 72 條規定，認為該契約無效。非必適用民法第 252 條酌減。（詳見第四章、第三節、第四項，第 164 頁）

若約定有填補競業禁止之損害的代償措施，給付應為3年或為2年又10月？若為3年，在職期間也須補償的理由何在？若為2年10月，何能預知離職時點？何時應予補償？何以在職期間給付之薪資不能作為填補損害的代償？再次重申，以勞動契約一部說為前提，從勞動契約生效時點判斷，並無任何顯為不公平之處。

三年期限可能含在職時競業禁止與離職後競業禁止義務。何時為離職後競業禁止起點？如何判斷合法？與其他離職後競業禁止約定，同樣困難的地方在於：因簽約與離職時點不同，且「離職」此條件，如有死亡等事由，不必然會發生。勞動契約終止之後，離職後競業禁止義務何以存在？採勞動契約一部說實難解讀。

本件比諸其他案例，更為困難的是「三年可能橫跨勞工在職期間及離職後，且在簽訂時，並不知會不會發生離職之事實」。而且「約定競業禁止時限的起點與勞動契約生效時點相同」，採勞動契約一部說，必與最高法院75年度台上字第2446號民事判決要旨所說的合理性標準、及代償非要件說之主張者持相同立場。若為同一契約，雙方既然未約定離職後競業禁止時點，簽訂契約時，勞工仍在職，相對於只有競業禁止何時發生不確定的案件外，尚有「若三年皆未離職」的可能。

依本件案例事實，雙方約定的「三年」競業禁止時限，在法律上應如何定性？

採勞動契約一部說，判斷時點僅可能於勞動契約生效時點。若採代償要件說，困難以判斷何時開始給付代償，且若三年皆在職，根本無須離職後競業禁止代償。而且，除非以離職時作為判斷時點，否則也無法判斷代償措施，是否應解為要件；當然。五標準說的判斷時點皆為離職時、欲以代償措施作為競業禁止有效性要件，也將難以適用；不管以合理性、或其他標準判斷，本件皆難以認係「顯不公平」。

勞動契約一部說難以圓滿解釋本案，若將本件視為特例、主張本件非離職後競業禁止之案例類型，是否可能？雙方既有約定競業禁止的時限，且依其時限，自契約本旨觀之，亦不能不解為離職後競業禁止約定。本件事實之2年10月時限（雖為後果考察，然而不可諱言地，確為事實）與其他案件類型，並無不同或有任何應解為不同之利益狀態。將之切離而視為特例，不能認為是正確的解釋方法。

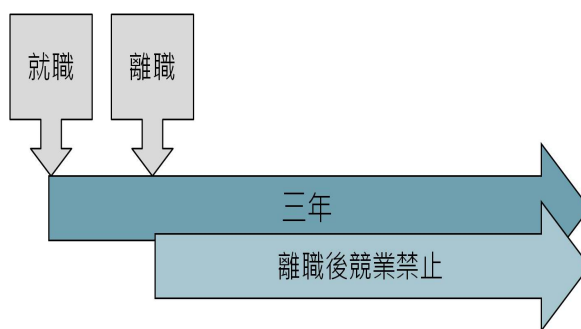
另一種可能，即如本件判決般，將三年時期皆解釋為是離職後競業禁止期間。此種說法除上述缺點外，亦非契約文義範圍。最重要的是忽略近二個月在職事實。

獨立契約說應如何解讀？雖然比勞動契約一部說簡單，亦非立即能判斷者。以下將通過辯證法，先以正面說明、再反面假設各種質難，並以其回應作為論證：

獨立契約說係以「離職」為停止條件，視離職後競業禁止約定為勞動契約外的另一契約。雖於簽訂契約時不能判斷離職時點（條件的特徵即成就與否不確定）然而，離職後競業禁止約定的生效時點、及其有效性的判斷時點，依獨立契約說，本來就落於勞工離職時。與勞動契約之效力無關，何時簽訂契約也不會產生困擾。

以下假設各種可能分析之：

1. 三年內勞工皆未離職，條件可確定不成就，無離職後競業禁止時限之問題。
2. 三年間勞工離職，條件成就時即知何時離職、剩餘競業禁止時限尚有多長？
3. 在職期間禁止競業，基於勞動契約之本旨，可推知有此義務。於勞動契約的有效期間內，雇主無須另行給付所謂的代償，競業禁止義務的對價即含於工資內。
4. 若三年內勞工離職而使停止條件成就，以民法第 72 條或第 247-1 條⁷⁶判斷，是否須有代償？因禁止時限確定，以之與在職期間切離，單獨判斷時限是否過長、離職時雇主的營業秘密為何？判斷競爭對手為何？勞工有無取得營業秘密可能？欲適用實然的五標準說也毫無困難。以下以圖示說明本件案例事實的時間軸順序：



(圖二) 明星品牌二手屋案的競業禁止時間軸

圖說：中橫軸為約定三年時間（起算：就業）、下為離職後競業禁止期間。

⁷⁶ 本件並非定型化契約，不能適用民法第 247-1 條之規定。討論本件案例時，仍列出該條文號碼，係因本文上述內容之分析，雖然是針對本件案例所作之解讀，實則卻包含有適用於通案的可能。

或有論者認為三年為當事人約定時限，無論是在職期間或離職後競業禁止，豈能分別適用解為不同契約？何況是同一契約條款、同一條文、相同的三年時限。

契約之解釋適用，雖然會受限於契約之文義範圍，卻不會受限於契約的形式。同一書面，解釋為複數契約在實務上頗為常見。然同一契約條文，只有一個數字、只有一個期限如本件之「三年」時限，是否能解釋為不同契約、不同的法律定性？

契約之解釋，在不違反強制或禁止規定的前提下，本來就側重當事人之真意。例如製造物供給契約⁷⁷，即使契約中，所涉及的標的，法律概念上只能解釋為一物，仍可割裂，而分別適用債編買賣、承攬之規定⁷⁸，本件三年時限豈會不得分割適用？當事人的重點顯然在於離職後的競業禁止規範，雖訂立之三年時限可能適用在職及離職時，但規範在職期間的競業禁止，並非其債之本旨。契約規定之三年時限，若依當事人之真意，重點在於限制勞工於離職後與之競業，因此產生不競業義務。

本文甫於前一頁才指出本件之難處，在於三年時限，橫跨在職期間與離職時，且競業禁止時限起點與勞動契約生效時點相同。又認為本判決將三年全解為離職後競業禁止期間，非契約文意解釋範圍，且認為此種解釋與事實不合，完全忽略勞工有近二個月的年資。此時何以改口，認為三年時限皆為離職後競業禁止期間？

三年時限，係指離職後競業禁止、卻非全為離職後競業禁止⁷⁹、也不一定會有離職後競業禁止⁸⁰義務。但是若系爭契約條文有適用可能，必然指離職後競業禁止。

⁷⁷ 例如，最高法院 99 年度台上字第 170 號民事判決，其判決要旨略為：「按稱『製造物供給契約』（作成物供給契約或工作物供給契約或買賣承攬）者，乃當事人之一方專以或主要以自己之材料，製成物品供給他方，而由他方給付報酬之謂。此項契約之性質，究係買賣，抑屬承攬？自以依當事人之意思而為解釋，以資定之。如當事人之意思，重在工作之完成（勞務之給付），適用承攬之規定；側重於財產權之移轉者，適用買賣之規定（參看本院五十九年台上字第一五九〇號判例意旨）；兩者無所偏重或輕重不分時，則認為承攬與買賣之混合契約，關於工作之完成，適用承攬之規定，關於財產權之移轉，即適用買賣之規定。」

⁷⁸ 混合契約仍只有一個契約行為，而非二契約。雖分別適用買賣承攬，卻不能解釋為是契約複數。

⁷⁹ 實際上，不可能全為離職後競業禁止，理由為：若勞工從未到職，則勞動契約的效力即生問題。且既未服勞服，應難接觸營業秘密，如此競業禁止是否有必要且須通過有效性審查，亦有疑問。

⁸⁰ 有可能純為在職期間的競業禁止，例如，契約所規定的禁止競業三年時限內，勞工皆未曾離職。

前已述及，在職期間之競業禁止，依契約本旨及誠信原則，無論有無約定，即是勞工的義務。解為含在職期間競業禁止，即非當事人之真意，也失訂約意義。上開契約「被告自簽約後三年內不得自營有關名牌二手服飾或提供第三者經營，否則需賠償原告新台幣一百萬元整。」應該如此解讀：「被告自簽約後三年內，『若離職』，不得自營有關名牌二手服飾，或提供第三者經營，否則需賠償原告新台幣一百萬元整」。除以離職為停止條件外，該競業禁止契約尚定有三年期限：三年內若未離職即不適用。三年內若離職，於契約約定的時限內，禁止勞工競業。

本件採勞動契約一部說難以判斷，在獨立契約說下，當事人之真意方能顯出。雖僅透過契約解釋，加上「若離職」三字，若非採獨立契約說以離職為停止條件，即使勞動契約一部說之競業禁止，亦是指離職後，仍難解其真意。雖看似「抽象」、且推論過程，超出非專業法律人所能理解。然若非如此解釋，即非當事人之真意。

以離職為停止條件，方為當事人真意。若以三年期間皆為在職期間競業禁止，先不論依勞動契約的債之本旨，即可得出相同結論，無須再行約定。若有此意，似應約定最低服務年限，與之相對。而且，勞動基準法以不定期勞動契約為原則，離職僅須有一定預告期間即可。當然，前提為最低服務年限之約定須合法之外，即使有最低服務年限也能提前離職。是以，兩造當事人於訂約之時，雖然不確定、然皆預見約定之三年包括在職及離職時限。觀察當事人真意，即能發現此一事實⁸¹。

揆諸判決事實。法院未查明，而錯誤解讀三年期限皆為離職後競業禁止期間。且判決理由已認定勞資雙方曾合意終止勞動契約，若包括離職後競業禁止在內，則系爭僱傭契約，全部皆為勞動契約，勞動契約已因雙方合意終止而歸於消滅，無須再以離職後競業禁止之有效性判準審理，然判決仍以五標準判斷是否有效。究竟判決理由對離職後競業禁止約定之法律性質，主張為勞動契約或另一契約？勞動契約已解為合意終止而消滅，若認為該競業禁止約定，係勞動契約之一部分，則勞動契約既然已經歸於消滅、而應失其效力，何以須論斷競業禁止約定有效性？

⁸¹ 時間，於法律概念上本非必為一體，常切割適用。如附時限買回、租賃之法定期限等皆為適例。

「約定禁止期間長達三年復未見有填補被告因競業禁止之損害之代償措施，是該競業禁止條款與前述之合法要件尚屬有間」。若三年期間皆在職，法院是否仍然堅持須有填補被告因競業禁止之損害之代償措施？更可證明本文對勞動契約一部說所提出之疑問：既然認為競業禁止是勞動契約一部分，雇主基於何項勞動契約上義務，須有「填補被告因競業禁止之損害之代償措施」？既為勞動契約，以下論述即誤解「內容僅限制當事人之一方（即被告）之行使權利，加重其責任、使之拋棄權利，對原告則無任何不利益之情事」。競業禁止與勞動契約解為同一，雇主在三年內禁止員工於在職期間與之競業，豈有僅限制當事人之一方（即被告）之行使其權利、加重其責任、使之拋棄權利，而對原告則無任何的不利益之情事？

（四）發現「離職」為競業禁止生效之條件

本文主要目的係論證獨立契約說。並以之得出離職後競業禁止契約之定義、內容、效力，並使五標準說之「實然」得以歸於「應然」。「離職為停止條件」此說非本文創設，係觀察當事人真意後之發現。此發現在法律界亦非獨有，實則，早有法律先進有同樣的認知。例如下述的案例，可能是實務上第一宗發現離職為競業禁止生效的條件之案例。並以之推論在職期間之給付不能作為「代償措施」。

高雄地方法院 93 年度訴字第 1592 號民事判決（國巨公司案），認為「考究代償措施之目的，無非係在彌補勞工於離職後因競業禁止所遭致之經濟上不利利益，理當於『離職』該給付條件成就後，始有給付之可能，惟上開股票係在被告尚任職於飛元公司期間即已受領，倘該等股票係屬代償措施，則無異飛元公司於代償給付之條件尚未成就時，即先為付款，實有違企業經營之常理。」

停止條件為法律行為的附款，若法院主張勞動契約一部說，不能作此解釋，採獨立契約說始能如此主張，可知上開判決係採獨立契約說，然其見解未被維持。

本案之上訴審，即台灣高等法院高雄分院 94 年度上易字第 128 號民事判決，認為「被上訴人雖辯稱該股票係屬系爭聘僱契約第 4 條及飛元公司團體協約第 29 條所定之福利措施或績效獎金云云，惟為上訴人所否認，被上訴人並未能舉證以實其說，自非可採。則上開股票之發放，既非經常性給與，即具有恩惠之性質，應可解釋為競業禁止條款之代償措施。至被上訴人另辯稱上開現金給付係屬資遣費等語，縱然屬實，惟無礙飛元公司之前 90、91 年間有提供代償措施之事實。」

股票究竟是屬於離職後競業禁止約定的代償措施、員工福利、或績效獎金，法院將舉證責任歸給勞方並不合法。依公司法及契約之規定，股票解釋為紅利，應為常態事實。「離職」與否未定前，將股票的發放視為代償措施纔是變態事實，應由主張變態事實者負舉證責任。本件法院卻認勞方主張「未能舉證以實其說」。

其次，法院並進一步認為「被上訴人另辯稱上開現金給付係屬資遣費等語，縱然屬實，惟無礙飛元公司之前 90、91 年間有提供代償措施之事實現金給付。」以資遣費解為代償，豈非重複評價？一筆給付，同時能結算年資，又可作為代償。

除上述缺失外，本件起訴者為國巨公司。縱然認為飛元公司發放的股票可作為代償措施，也須先交代為何飛元公司發放的股票可作為國巨公司自己的主張？第三人可否承受前手訂立的離職後競業禁止約定，似乎應於判決理由中有所交代。

（五）兩造以契約約定工資即包括代償而法院否認

若採勞動契約一部說，無可避免地，會使資方得以將在職期間給付解為代償，即使該給付確實為工作的對價，亦可能被解釋為代償。以下案例係雙方於契約中，已約定給付之薪資，可作為離職後競業禁止的對價，法院否定應解為獨立契約說。

新竹地方法院 97 年度訴字第 697 號民事判決（頤邦科技公司案）員工契約書第 5 條第 2 項：「雙方均認知薪資中已包含競業禁止之對價」。即使雙方有明文約定，仍認「除此概括性條款外，原告亦未舉證已以兩造所約定之薪資（包含例如：主管加給、職務加給、特別加給、生活津貼、全勤獎金、其他加給、績效獎金、加班費、伙食津貼或其他津貼等）已有具體額外給付作為系爭競業禁止約定對被告之補償（代償）措施」

勞資雙方既已如此約定，判決強加於前雇主，須有「具體額外給付」之義務，以作為「系爭競業禁止約定對被告之補償（代償）措施」，其法律依據從何而來？以勞動契約一部說為前提，此約定法院若認為不合法，是否應宣告勞動契約無效？

與台灣高等法院高分院 94 年度上易字第 128 號民事判決（國巨公司案）相同，法院亦錯置舉證責任。判決要求原告「除概括性條款，原告亦未舉證除薪資外，已有具體額外給付作為系爭競業禁止約定對被告之補償（代償）措施」，原告既已提出兩造合意之契約，法院若非以判決理由，說明該契約之約定為何不得採用，原告提出契約的書面，其實已完成自己的舉證責任，本案判決理由實難謂為成理。

欲主張代償要件說，除非如下節所述，承認在職期間之給付可視為代償以外，採勞動契約一部說欲得出代償作為要件，難以避免在職期間給付解為代償之結果。

二、有代償而對價不足

無論是民法第 72 條、或第 247-1 條等等、用以判斷離職後競業禁止有效性者，判斷對象皆為法律行為、而非法律行為複數，亦非僅以法律行為的一部分⁸²判斷。

即令是繼續性契約，上開法條適用，仍須以單一法律行為「全部」作為對象。採勞動契約一部說，難以得出「無代償措施者契約為無效」的結論，當然更難以決定如何之代償，始足以作為對價。「有無」之階段，即難以判斷，遑論「程度」？

以下所舉之例，皆係法院認為該案件確實有「代償」，但同時也認為約定之離職後競業禁止的「代償措施」不能認為有充分對價。然而如何判斷其「對價性」？為何須有代償之離職後競業禁止約定，始為有效？判決理由中，似乎皆付之闕如。

例如台北地方法院 92 年度訴字第 130 號民事判決（新系統物流案）：「縱認前開款項確為承諾金，依其金額僅六萬餘元、八萬餘元之情事觀之，亦顯難維持被告於二年期間內之生活，原告亦不得僅給付此二筆款項，即限制被告於二年之期間內均須遵守職工承諾書第十九條之約定，否則被告顯將無以維持生活。」

⁸² 有認為民法第 247-1 條審查者，為定型化契約條款、非定型化契約。本文同樣認為該條所控制的，確實是定型化契約條款；也的確可以說，上開條文所審查的也是條款。而且，如果構成該條文所定的要件，效果也是該部分無效。要說民法第 247-1 條所審查、或所控制的，的確是條款而非契約，也並非不正確的理解。然本文認為該條所審查的對象，必然包括定型化契約，理由如下：

（1）該條文字為「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」。所評價者，若只有「條款」，如何認定「顯失公平」、如何認定係「加重他方當事人之責任」、又如何認為有「其他於他方當事人有重大不利益者」？所謂的「按其情形」，正是呼應前面所指的「依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之『契約』」。換言之，雖然該條文效果是該部分約定無效，然受判斷的客體應為整個定型化契約，而非只是約款。否則無法評判那一約款可解為「顯失公平」、「加重責任」或是「重大不利益」。

（2）定型化契約各個條款，通常亦是定型化契約條款，除非在適用本條之前，已先為價值判斷認為何者已屬顯失公平。否則，該定型化契約內的所有條款，都必須通過民法第 247-1 條的審查。結論等於審查契約而非僅為條款。所控制、或使之無效者，確為條款，但須以契約為判斷客體。本文所強調的是：民法第 247-1 條如同天平，係以公平為原則，各契約的條款如同天平之砝碼，判斷那一方顯失公平後，把造成顯失公平的條款、如同造成天平傾斜的砝碼般，將之去除而使雙方之權利義務得以衡平，如此必然須將契約中所有條款，如同要衡量的砝碼都放置於天平般、必須將整個定型化契約，都以民法第 247-1 條審查，才能得知是那一個條款造成顯失公平的結果。

上開判決認競業禁止期間須有代償，且代償須能維持生活。必採獨立契約說。

本件之上訴審，即台灣高等法院 92 年度上易字第 917 號民事判決，卻是認為：「上訴人備有甲乙兩式之職工承諾書供員工選擇，甲式承諾書要求員工應遵守上開競業禁止條款，違反者應無條件賠償員工服務最後一年薪資總額之一半，同時於服務滿二年後給付補償金相當於兩個月之薪資，乙式者則無上開之約定，可見上訴人於被上訴人任職滿二年後加發予被上訴人二個月之薪資，雖以加班費之項目發放，實者，該獎金即係以不競業作為對價而發給之補償，灼然可知，被上訴人辯稱其未領取離職承諾金，並否認上開競業條款之效力，自非可採信。」

台灣高等法院上開判決似乎認為，若雇主曾提供選擇、且勞工有選擇可能時，勞方為獲得以「加班費」為其名目、相當於兩個月月薪的給付，而簽下承諾書。即使該「補償金」係在服務期間所發，且究其性質為年資或久任獎金亦難分辨，仍可視為雇主在離職後競業禁止期間的補償，且可認為其契約自由程度並無欠缺。

若視為補償，以區區兩個月的薪資換取勞方二年的自由，台北地方法院認為「金額僅六萬餘元、八萬餘元之情事觀之，亦顯難維持被告於二年期間內之生活」顯然在理。即使認為該給付非屬勞動契約之薪資，而以二年比之於六或八萬餘元，誠如前述，須先承認離職後競業禁止約定之獨立性。反之，台灣高等法院認為該給付可作為代償，係將職工承諾書視為勞動契約之一部，且以全勞動契約評價之。

同樣的事實基礎，不同的法院認知到，可說是完全相反的競業禁止法律性質。雖然法律行為的定性，為探討民事法律問題之基礎、雖然說認知法律行為的性質，理應內化為法律人必備之反射動作。由本件可知，雖為簡單的問題，可真不簡單。

本件第二審、即台灣高等法院 92 年度上易字第 917 號民事判決，可證諸前述，若未先論法律性質，再論有無代償，而逕作分析、或整理法院判決恐失真的見解，實屬非虛。在職期間雇主的某筆給付，若經某法院判斷認為是代償或補償措施，同一案件事實，另一個法院卻認為該筆給付並非代償；或認為即使為代償措施，也不具有足夠的對價性。研究者於分析時，是否要將該案件歸類於代償要件說？若兩個法院都認為該給付是代償，有一認定有效，另一則認定無效，則認為有效的法院應被歸類為主張代償作要件者？在職期間給付若視為代償時，是否能符合代償要件說的定義？系爭案件的競業禁止約定，結論認為約定有效時，極難判斷。例如，上開台灣高等法院的案件，應歸類為代償要件說？或只是違約金審酌因素？

第四項 在職期間給付不視為代償

採勞動契約一部說，因離職後競業禁止為勞動契約一部分，在職期間的給付，法理上不能否認雇主將之解釋為競業禁止之代償，或履行契約全部義務的代償。如上舉之案例，雙方於合約已表明「雙方均認知薪資中已包含競業禁止之對價」，法院仍然不認為在職期間給付為代償，其競業禁止法律性質，僅能為獨立契約說。

前已提及的高雄地方法院 93 年度訴字第 1592 號民事判決（國巨公司案），認為「考究代償措施之目的，無非係在彌補勞工於離職後因競業禁止所遭致之經濟上不利益，理當於『離職』該給付條件成就後，始有給付之可能，惟上開股票係在被告尚任職於飛元公司期間即已受領，倘該等股票係屬代償措施，則無異飛元公司於代償給付之條件尚未成就時，即先為付款，實有違企業經營之常理」。該判決認為代償給付須「條件成就」始能給付，即不視在職期間之給付係屬代償。

再舉一例，台北地方法院 92 年度訴字第 130 號民事判決（新系統物流公司）：「無從認為原告有給付被告不競業承諾金之事實。況且，縱認前開款項確為承諾金，依其金額僅六萬餘元、八萬餘元之情事觀之，亦顯難維持被告於二年期間內之生活，原告亦不得僅給付此二筆款項，即限制被告於二年之期間內均須遵守職工承諾書第十九條之約定，否則被告顯將無以維持生活。」

本件判決認為，雇主因勞工簽署職工承諾書，而給付之二個月薪資並非代償。後段理由中判斷也認為「縱認前開款項確為承諾金」，也不能視為有足夠之代償。

新竹地方法院 97 年度訴字第 697 號民事判決（頤邦科技公司案）兩造簽署之員工契約書第 5 條第 2 項定有：「雙方均認知薪資中已包含競業禁止之對價」，法院仍然認定「除此概括性條款外，原告亦未舉證已以兩造所約定之薪資（包含例如：主管加給、職務加給、特別加給、生活津貼、全勤獎金、其他加給、績效獎金、加班費、伙食津貼或其他津貼等）已有具體額外給付作為系爭競業禁止約定對被告之補償（代償）措施」。也就是說，無論雇主提出何種在職期間給付，從上述判決理由來看，都不可能視為是離職後競業禁止的代償措施、或補償措施。

第五項 解為無償契約

契約依是否有對價，可分為有償及無償契約。一個契約無法同時為有償契約、又為無償契約。若認為未設有代償措施的離職後競業禁止約定，應解為無償契約，因勞動契約必為有償契約，故可知持此種主張者，必然不能主張勞動契約一部說，而認為競業禁止約定，為獨立於勞動契約外的另一契約，非僅為勞動契約一部分。

第一款 學說之主張

第一目 林更盛教授之主張

林更盛教授認為若無代償措施，離職後競業禁止約定應評價為無償契約：
「離職後禁止競業係為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。吾人若承認僱方不必給予任何補償、不必因而負擔任何義務，而勞工卻有不作為（不從事競業行為）之義務，這將在勞資雙方當事人間形成為單務、無償的關係；這特別是在勞工關係終止時才簽定的離職後競業禁止約款，最為明顯。勞工之職業選擇之自由既然遭受限制、影響其經濟上與人格上之利益，卻無任何補償，雙方權益顯失均衡，何況法律上對於無償契約的效力、債務人的責任，都作和有償契約不同的處理。例如法律上針對無償契約的債務人責任、不僅有減輕其責任（第 220 條第 2 項）；保證契約的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）；人事保證的保證人有終止權（第 756 條之 4、第 756 條之 5）等保護規定；此外，特別是針對典型的無償契約—贈與契約—法律更是賦予贈與人免於贈與契約拘束的許多可能性（民法第 408、412、416、417 條的撤銷權，第 418 條的抗辯權，第 415 條的贈與失其效力）以及責任的減輕（第 409 條第 2 項、410、411 條）。相對於立法者於此所呈現的價值判斷，在離職後競業禁止約款，要求締約弱勢的勞工、無償地為其原先之處於締約優勢的雇主「犧牲奉獻」，而後者卻不必因此付出相對的補償，與前述立法者的價值判斷明顯地有所抵觸。而且這種頗具劫貧濟富的做法，與現今民事法以及勞動法上保障締約弱勢者／勞工的思想，也是大相逕庭。準此，司法實務與學說雖多以雇主有無補償僅僅是約款有效的參考標準，甚或根本不是其效力要件、而只是違約金酌減的參考標準，此類見解原則上即不可採。」

「縱然雇方有值得保護之利益，又限制之工作種類、地區、時間等亦與之保持適當關聯，於此前提下，課予勞工禁止競業之義務、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，否則應認為對勞工造成過度的經濟上不利益、或認為對勞工欠缺期待可能性而無效。特別是當系爭約定為定型化約款時，此類約款構成民法第 247-1 條的第 3 款『限制他方當事人行使權利』及第 4 款『其他於他方當事人有重大不利益者』，為顯失公平而無效」⁸³。

上述文字，幾乎引盡所有典型無償契約之中、有關於保護債務人的法律規定，卻未說明，沒有約定代償措施的離職後競業禁止，應該如何適用無償契約之法理？若無可憑恃之法條搭作橋樑，也難到達彼岸。林教授引用大量的無償契約之規定，可知其確實認為，離職後競業禁止約定，若無代償措施者，應該解釋為無償契約，且應「適用」無償契約中關於保護債務人的規定，以保護無償而須負義務之勞工。

第二目 黃程貫教授之主張

黃程貫教授主張：「在競業禁止約定下，勞工為企業利益而造成生活不便或謀生困難，雇主應給予必要的經濟協助。蓋離職後禁止競業係為雇主單方之利益而設，離職後雙方之勞動關係既已終止，勞工原本並無競業禁止之義務。若承認雇主不必給予任何補償、不必因而負擔任何義務，而與現今民事契約法以及勞動契約法上保障弱勢者（勞工）之基本思想大相逕庭。勞資雙方約定競業禁止約定，勞工之職業選擇自由既然遭受限制，進而使其經濟上與人格上之利益受到影響，若未要求雇主給予適當之補償，則勞資雙方之權利義務顯然有所失衡⁸⁴。」

以上引之見解來看，兩位學者似皆認為，離職後競業禁止約定無代償措施者，應解為無償契約。既然勞動契約不可能為無償契約，若認為未約定代償措施者，應解為無償契約，則必然認為離職後競業禁止約定，為勞動契約之外的另一契約。

⁸³ 林更盛，論契約控制-----從 Rawls 的正義理論到離職後競業禁止約款的控制，第 233 頁到第 235 頁。2009 年 3 月，翰蘆出版。

⁸⁴ 黃程貫，最低服務年限與競業禁止條款，收錄於勞動基準法釋義，第 267 頁，台灣勞動法學會編，2010 年 10 月二版二刷，新學林出版。

第二款 勞動契約不能同時為有償及無償契約

依勞動基準法第二條立法定義，勞工係指受雇主僱用從事工作獲致工資者。雇主為僱用勞工之事業主、事業經營之負責人、或代表事業主處理勞工事務之人。所謂工資，即勞工因工作而獲得之報酬。而勞動契約，則為約定勞雇關係之契約。勞動契約，係以工資作為勞工服務之所得，故於法律行為的分類必然為有償契約。若競業禁止約定為勞動契約一部分，無法同時具有償、及無償契約二種法律性質。

即使依僱傭契約之規定，亦同。民法第 482 條：「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」亦為有償契約。即使未約定報酬，依第 483 條規定：「如依情形，非受報酬即不服勞務者，視為允與報酬。未定報酬額者，按照價目表所定給付之；無價目表者，按照習慣給付。」

若認為離職後競業禁止約定，是勞動契約的一部分，該約定即非獨立之契約，而僅係勞動契約之條款。勞動契約必為有償契約，若離職後競業禁止條款非契約，則不可能以契約的部分條款，而認為是無償契約。所以，學者認為未約定代償者，應為無償契約，只能將離職後競業禁止約定視為單一契約，而必主張獨立契約說。

從離職後競業禁止約定，認為是獨立於勞動契約之外的另一契約角度來看，未約定代償的離職後競業禁止，確實應為無償契約。如何適用無償契約的法理，尚待學者論述。然本文認為在民法第 72 條及第 247-1 條規定之下，未約定代償的離職後競業禁止契約，不能通過上開條文的檢驗，而應解為無效，無須借用無償契約法理，即可認定必為有償契約。然無償契約一說，益證獨立契約說早已存在。

未約定代償措施的離職後競業禁止契約，是否有效，若以獨立契約說之觀點，未約定代償除為無償契約外，尚應解為係單務契約。只有勞方負有競業禁止義務，資方並無須負任何義務⁸⁵。雖然勞方因其所服之勞務，而獲有工作的報酬或福利，卻不能說是勞工離職後因競業禁止，而失去就業自由的對價。無代償的競業禁止，無法通過民法第 72 條、或第 247-1 條審查，而應解為該離職後競業禁止約定無效。

⁸⁵ 林更盛教授也認為：「此由德國法上將雇主所為之補償，與離職後競業禁止，視為是一對價關係（so ausdrücklich, Ebenroth/Boujong/Joost/Boecken, 2001, § 74 HGB RdNr 5, 41）反面推論，可以得知。」（林更盛，論契約控制—從 Rawls 的正義理論到離職後競業禁止約款的控制，第 233 頁。2009 年 3 月，翰蘆出版）

第六項 有效性判斷時點為離職時

法律行為是否有效的判斷，最遲須在該契約消滅之前。若採勞動契約一部說，無論勞動契約終止後，是否殘存附隨義務，有效性判斷時點必於勞動契約終止前。法律行為一旦終止，即使尚有所謂後契約義務，也會失去判斷其有效與否的意義。

目前的實務判決，對於離職後競業禁止有效性判斷標準，不論係採「合理性」、「五、四、三標準說」、「三步驟說⁸⁶」等等，判斷約定的有效性時點皆為離職時。而離職，不正是競業禁止約定、與勞動契約效力終點交錯時？採勞動契約一部說，契約終止後，勞動契約已失其效力（即使主張有後契約義務，顧名思義，也在於契約終止後），豈能以契約終止時點或契約已失效力的時點，判斷契約有效與否？

舉例來說，第二標準內容為「勞工在原雇主之事業應有一定之職務或地位」，提及「原雇主」，已經明示係「勞動契約消滅後」。而「三步驟說」的第一步驟：「雇方有值得保護的正當利益」、第二步驟：「該約款所限制之競業者、範圍與雇方所企圖保護之正當利益是否保持合理的關聯」，該標準判斷時點亦為離職時。第三步驟的相當性判斷，如不先將競業禁止與勞動契約切離，不能判斷何謂相當。

誠如上述，法律行為無效，係自始無效。若離職後競業禁止約定與勞動契約視為同一，判斷有效性時點，只可能於勞動契約期間。而前開五、四、三標準，係以離職時之雙方情勢，判斷其有效性。離職後競業禁止約定的有效性判斷時點、生效時點、認定無效後的效果，皆不在勞動契約服務期間內。若認為離職後競業禁止約定為勞動契約之一部分，以上問題皆無法解釋，也無法適用五四三標準說。換言之，採五、四、三標準者，實以約定作為契約而判斷其效力，三步驟說亦然。且實務所主張的「合理性」標準，其審查內容、判決理由亦皆以離職為判斷時點。

判斷離職後競業禁止約定的有效性，其判斷時點若落於離職時而非簽訂約定或離職之前，邏輯上只能視競業禁止約定非屬勞動契約之一部分，而係另一契約。

⁸⁶ 例如台南地方法院 88 年度勞簡上字第 6 號民事判決。另詳見林更盛，論契約控制---從 Rawls 的正義理論到離職後競業禁止約款的控制，第 229-230 頁。2009 年 3 月，翰蘆出版。

第七項 簽署時點與契約自由程度之關連性

離職後競業禁止約定的訂約時點，概念上可分為就職時、任職中、離職時。有學者認為，可用離職後競業禁止約定之簽訂時間的不同，判斷契約自由的程度。

第一款 邱駿彥教授見解

邱駿彥教授認為「勞雇雙方簽訂競業禁止特約，大概在三個時間點。一是勞工離職前，二是勞工在職期間中，三是勞工受僱初始之試用期間或新進人員訓練期間。如果第一種情形，勞工於遞出離職申請書之離職前階段，願意與雇主簽訂競業禁止條款，則可肯定出於勞工之自由意願，完全無疑義。問題是第二種情與第三種情形時，於勞動現實狀況下，有無必要對勞工簽訂競業禁止特約之『真實自由意志』，多一分考量⁸⁷。」

第二款 林更盛教授見解

林更盛教授認為：「勞工為了獲得或繼續保有其經濟生活主要來源的工作，某程度上不得不同意雇主所提出的條件，加上雇主實際上多是透過其單方預先擬好的約定，藉由勞工同意的形式以構成契約的內容。因此依該約定的實際情形，若偏離個別磋商的情形愈遠，法院愈有加以控制的必要。在此，若欠缺其他法律依據時，應依公認的法的續造的方法為之。而當涉及定型化約款—例如涉及所謂的實質的勞動條件的工作規則—的情形，法院應依據民法第 247-1 條加以審查。而這也意味著，若該約款是勞工與雇主個別磋商的結果，亦或是於離職後才簽定的，法院基本上不應以保護勞工的契約自由為理由，對該約款加以審查。」、「應以雙方原先契約關係所生之權利義務是否已履行完畢作為區分，尚未履行之前所簽定者，法院仍應以保護勞工之契約自由為理由，加以審查，反之則否。」並認為南投地方法院 95 年度訴字第 360 號民事判決（北誼興業案）雖係資遣之際簽定者，仍應加以審查⁸⁸。板橋地方法院 92 年度重訴字第 565 號民事判決（東貝光電案）係離職後始簽定者，法院基本上不應再以保護勞工之契約自由為理由，加以審查⁸⁹。

⁸⁷ 邱駿彥，離職後競業禁止特約之效力限制。月旦法學雜誌，第 222 期，第 32 頁。2013 年 11 月，月旦。

⁸⁸ 與前述邱駿彥教授主張似為相反。

⁸⁹ 林更盛，論契約控制-----從 Rawls 的正義理論到離職後競業禁止約款的控制，第 107 頁。2009 年 3 月，翰蘆出版。

第三款 簽署時點影響契約自由程度悉憑法官主觀判斷

上引見解，希望實務能以簽訂時點判斷契約自由程度，並以之決定審查強弱。雖然用心良苦，推理亦基於人性。然本文認為以現今法院實務來看，似難達預期。

無論何時簽訂，競業禁止的有效性判斷最遲應於訂立、或契約生效時判斷。可確定的是，離職時或離職後所簽之競業禁止約定，似難解為勞動契約一部分。以簽署時點推論契約自由強度，若無法律條文支撐，事實上仍是憑著法官的恣意。

第一目 國聯光電案：就職時簽署自由程度較低

舉例而言，新竹地方法院 89 年度訴字第 114 號民事判決（國聯光電公司案）：「本件兩造是於已存在之一般僱傭契約外，合意另訂立系爭合約書乙情，已據上開證人證述在卷，則本件顯然與一般企業主於與員工成立僱傭契約之初即為競業禁止之約定，將該約定作為僱傭契約成立之條款之一不相同，於該情形下，員工為謀工作，通常不得不接受該約款，因訂約當事人間顯然立於不平等之地位，故有探討該競業禁止約定有否符合有效要件，是否無效？以兼顧員工之權益。反觀本件，兩造係在僱傭契約本已有效存在之情形下另訂立系爭合約書，被告在明知該合約中有競業禁止之約定之情形下，仍選擇再與原告合意訂立系爭合約書，兩造當然應受系爭合約書之拘束，被告亦負有履行契約之義務，此乃私法自治與契約自由原則之具體表現。」

「本件顯然與一般企業主於與員工成立僱傭契約之初即為競業禁止之約定，將該約定作為僱傭契約成立之條款之一者不相同，於該情形下，員工為謀工作，通常不得不接受該約款，因訂約當事人間顯然立於不平等之地位，故有探討該競業禁止約定有否符合有效要件，是否無效？」細繹上開判決見解，應係認為勞工在任職中簽署約定，與成立僱傭契約之初即為競業禁止之約定，兩者應作出不同的判斷。前者因兩造當事人之地位較為平等，故尊重契約自由，不審查競業禁止有效要件，後者因勞工為謀工作，通常不得不接受該約款，故契約自由程度較低。

第二目 台灣富培美案：就職時簽署自由程度較高

恰好與上開案例之認定相反，如台中地方法院 93 年度訴字第 765 號民事判決（台灣富培美公司案）。判決理由認為：「查被告等於系爭服務合約簽訂之日即九十一年十一月前，即進入原告公司服務，此有被告之薪資轉帳紀錄附卷可稽。是以，被告等於進入原告公司而洽談勞動條件之初，並未言及需有離職後猶仍不得從事相關業務之附加要求，從而被告等無從將此納為是否進入原告公司之考量基礎，隨即受僱於原告。詎原告公司卻於被告等進入公司工作、並熟悉工作環境後後，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」

「被告等進入公司工作、並熟悉工作環境後後，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」，與上開判決完全相反，認為就職前即已揭露須簽離職後競業禁止約定，求職者有選擇不簽勞動契約及競業禁止，而另尋他處的可能。但若係於任職中，「熟悉工作環境之後，竟挾其為企業經營者之優勢要求被告簽署」自由程度較低。

相同或類似的情境，皆於勞動契約期間簽署，法院認定卻大相逕庭，就職時、任職中簽署的離職後競業禁止約定，何者契約自由程度較高？離職後再簽署者，自由程度肯定必然較高？學者以簽約時點，判斷當事人地位是否平等，進而論述契約自由之程度，試圖要求法院依此作為考量，其用心卻保護勞工，可謂為仁者。然而，此種說法是否真能影響法院見解？由上述兩例可知，實難以樂觀看待結果。

本文強調，離職後競業禁止約定，不能為勞動契約之一部分，為獨立之契約。主要目的，在於強調離職後競業禁止義務內容、代償、違約金三者間有對價性，此對價性，方為決定其約定有效與否之民法第 72 條、第 247-1 條規定所評價者，並以此決定是否公平或顯失公平。簽署時點與契約自由程度，實在並無明顯關連。

第四款 勞雇雙方利益複雜非外人能判斷

簽約的自由程度，固然可作為民法第 72 條、第 247-1 條等條文的參考依據。然而涉及意思表示不自由，主要係民法第 74 條、第 86 條、第 87 條、第 88 條、第 92 條等條文。勞動契約為長期性、繼續性的契約關係，可否以約定簽訂時間，判斷地位平等、或契約自由程度？實則勞雇雙方關係複雜的程度，非外界所能知。

前面提到的板橋地方法院 92 年度重訴字 565 號民事判決（東貝光電公司案），資方於勞方離職之後，給予勞方新台幣十萬元，作為簽訂禁止競業約定的代價。區區十萬元的對價，是為期三年的競業禁止義務，若有違反須付二千萬元違約金。若以民法第 72 條及民法第 247-1 條之規定審查，該約定之法律行為實難解為有效。勞方何以簽下如此不公平之契約，若以簽署競業禁止之時，勞雇關係是否仍存在，而認定該約定的契約自由程度，本案雙方簽訂競業禁止約定的時，勞方已然離職，理論上，不應如在職期間有不平等待遇情形，雙方地位平等，似應尊重契約自由。

若地位平等，即應以契約自由原則認定契約有效，除勞動關係有從屬性外，其他的契約，同樣也常看似地位平等，例如消費者與廠商間，若非屬於獨佔事業、或公共事業、或是屬民生必需品以外，消費者是否願意與之締約，仍取決於自身。從雙方地位而非經濟實力觀之，非必然不平等。以上開見解則比民法第 247-1 條，保護更週到的消費者保護法，關於定型化契約條款之規定，是否也必然不能適用？民法第 247-1 條規定，為定型化契約必須適用的條文、非當事人可以特約排除者。無論雙方的地位平等與否，以民法第 247-1 條作為契約價值衡平的法律判斷基礎，是必須適用、而非可選擇適用。此以用來衡量公平之法規，豈有不適用之餘地？若以對價性作為衡量，本案失衡極為顯然，難通過民法第 72 條、第 247-1 條檢驗。

上開自由程度之推論，初看似為合理，然未考量繼續性契約履約時間較長，雙方利益過於複雜外人難解等因素。細閱後可知不能成理。自其所舉如板橋地方法院 92 年度重訴字 565 號民事判決（東貝光電公司案）也可知該推論並不合理。

先不論勞動契約為繼續性契約，雙方利益及關係、感情等，外人難以理解、而不應純以雙方締約時之地位推論契約自由程度外。上開理論，實係忽略對價性所作之推論。依此可知，離職後競業禁止須重視對價性，始可能徹底解決本議題。為強調對價性並以之提出有效性判斷標準，必先承認離職後競業禁止為獨立契約。

第五款 離職後簽署必然為不同契約

承前所舉的板橋地方法院 92 年度重訴字 565 號民事判決（東貝光電公司案），勞方離職十日後，由資方給予勞方十萬元，禁止勞方 3 年內於不限區域內競業，違者罰違約金二千萬元。雖然契約的訂定時間，顯然與其他在勞動契約有效期間內所簽訂的離職後競業禁止不同，法院仍然以四標準審查，與其他在勞動契約之有效期間簽訂者並無不同⁹⁰。由於勞動契約已消滅，無論如何皆不可能將本案競業禁止約定解為勞動契約一部分，該約定必為獨立契約，論者並未將之與其他案件，作不同區隔，法院也與其他於勞動契約有效時間所訂立之離職後競業禁止約定，同樣也使用所謂的四標準說，作為審查離職後競業禁止約定之有效性判斷標準。除非將勞動契約期間內，簽訂與離職後簽訂之競業禁止約定，同樣視為獨立契約。否則，前者為勞動契約，後者為勞動契約外的另一契約，為何可用相同標準審查？

高雄地方法院 89 年度小上字第 65 號民事判決（新百王證券），其事實為：勞方與雇主簽有最低服務年限條款，勞方於最低服務年限未滿之前欲終止契約。雙方合意勞方於二年內若欲從事證券業，應優先回到原公司。若至其他同業者，應賠償離職前一個月薪資總額三倍金額之違約金。法院認為該競業禁止的約定，係和解契約。並認為兩造間之和解契約有效，然後再以民法第 252 條酌減違約金。

且先不論簽訂時間影響契約自由之程度，上開二案的主給付義務，是否皆為離職後競業禁止義務、同時也必然為勞動契約之的另一契約？答案顯然為肯定。第一件為離職後數日約定，第二件其義務來自和解契約，不可能解釋為勞動契約的一部分。上述二件案例，勞工所負之義務與其他案例又有何不同？若這二案例，必然解釋為，應係勞動契約之外之另一契約，何以其他於就職時或任職中簽署者，可以認定該離職後競業禁止約定，屬於勞動契約的一部分，並皆以相同標準審查？

⁹⁰ 林更盛認為：「對於該約款，除非另有其他事實足以作為相反的認定，否則法院基本上不應再以保護勞工之契約自由為理由，加以審查。」見氏著，論契約控制—從 Rawls 的正義理論到離職後競業禁止約款的控制，第 107 頁。2009 年 3 月，翰蘆出版。本件板橋地方法院逕自認定三年約定無效，並自行縮短為一年，再以民法第 252 條將二千萬違約金縮減成二百萬。本文以為，若果真將離職後競業禁止視為單獨的契約，再以民法第 72 條審查，不可能可得出如此之結論。

第八項 將競業禁止約定視為預約

學者論及本議題常用「約款」或「條款」。亦有使用「離職競業禁止契約⁹¹」。邱駿彥教授使用離職後競業禁止特約，主張離職後競業禁止義務「並非勞動契約本質上之主義務、從義務、或附隨義務，因此雇主如要課勞工離職後之競業禁止，必須勞雇雙方有特別約定才行⁹²」。離職後競業禁止若非主給付義務，也非從給付或附隨義務，則其義務只有可能從另一契約產生。邱教授特別點出「特約」二字，即已指出，勞雇雙方的離職後競業禁止約定，係獨立於勞動契約外之另一「特約」。

除「特約」字眼欲醒讀者之目外，邱駿彥教授進一步表示：「不論在職中、或受僱初始，勞工可能根本未曾考慮將來離職與否，就要勞工拋棄未來不確定發生之轉業自由權利，於勞動契約效力之法理上可能亦有瑕疵⁹³。」

邱教授認知到「勞動契約效力之法理上可能亦有瑕疵」，應指在職期間簽訂的離職後競業禁止約定，並不能即時發生、且不一定會發生效力。而於效力尚未發生也不一定發生、其「自由」亦尚未存在時，卻已簽訂契約放棄此一不合理之處而言。故而邱駿彥教授主張：「如果勞雇雙方在勞工受僱初始階段，或尚所在職期間中所簽訂之離職後競業禁止特約，充其量只是一個預約性質，雙方預定於將來終止契約事由發生後，再決定是否簽訂本約之法理構成⁹⁴。」

⁹¹ 魏千峰，離職後競業禁止契約之研究—評釋臺灣高等法院八十年度上字第一四九九號民事判決，收錄於勞動法裁判選輯（一），第 355 頁以下，勞動法學會編，1998 年 5 月，元照出版。

陳金泉，論離職後競業禁止契約，網站 <http://明理.com/download.php?file=20121204-113518.pdf>。
最後瀏覽日期：2014/02/28。

⁹² 邱駿彥，離職後競業禁止特約之效力限制。月旦法學雜誌，第 222 期，第 30 頁。2013 年 11 月，元照出版。針對「簽約時勞工可能根本未曾考慮將來離職與否，就要勞工拋棄未來不確定發生之轉業自由」一節，若主張勞動契約一部說，如邱教授所言，該約定將有事先拋棄，未來不一定會發生的轉業自由之瑕疵外。離職事實不一定會發生，也點出勞動契約一部說的矛盾。同時也證明了本文認為兩造約定未來不一定會發生的「離職」此一不確定成就的事實，正是停止條件。

⁹³ 邱駿彥，離職後競業禁止特約之效力限制。月旦法學雜誌，第 222 期，第 34 頁。2013 年 11 月，元照出版。

⁹⁴ 邱駿彥，同前註。

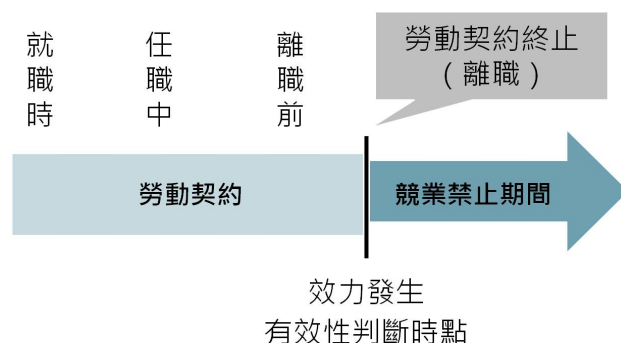
本文猜測學者係以「預約」之觀念，解釋何以任職期間所簽訂之離職後競業禁止契約，並不能即時生效，或勞方在任職期間可能根本未料到自己是否會離職。將之解釋為預約，於離職時，雙方再協商得出本約，較能符合離職時之雙方狀態，亦能解釋為何離職後競業禁止約定，其生效時點與簽訂時點不同且效力遲延發生。

邱教授為勞工著想之仁者心情，可謂用心良苦。然此種解釋方法或許目的是為保護勞工，卻過度擬制契約當事人之意。而且，訂立本約此事，實難以實踐。離職時，有多少勞工可能與雇主簽訂競業禁止的本約？或許正為保護勞工利益，邱教授提出預約的同時，可能也知道將離職之際，勞方不太可能同意簽署本約。因而在無形中使離職後競業禁止之預約，因本約未訂立、而該預約又係在轉業之自由權尚未形成之前，提前拋棄，故應解為無效。若勞方同意簽署競業禁止本約，則該離職後競業禁止契約，可確定非處於較不自由、或地位不平等的狀態下簽訂。

然而，若當事人未能履行預約之義務而約定本約。預約本身其實亦屬契約，並無任何不使其發生效力的法律規定。以「預約」請求法院命勞工給付違約金，法院憑什麼理由可以拒絕？若以預約為依據，似無法達成邱教授保護勞工的目的。

無論預約之效力如何？是否可依預約命令勞工須訂立本約，或逕以預約請求給付違約金。由於預約本身即為獨立的契約，其後依預約所訂立之本約也一樣。認為離職後競業禁止約定，法律性質上應解為預約則不能認為離職後競業禁止為勞動契約的一部分，必將離職後競業禁止約定，視為勞動契約以外的另一個契約。

以下以圖表說明，勞動契約期間，所簽訂之離職後競業禁止約定的簽訂時點，與生效時點、及實然或應然上的離職後競業禁止約定，其有效性判斷時點之不同：



(圖三) 簽訂時點、生效時點及有效性判斷時點三者的不同

第四節 最高法院立場

第一項 1986:原則尊重

最高法院自 1986 年以來，往往以尊重當事人同意為由，原則上使雙方所約定的離職後競業禁止有效，雖非直接以契約自由為理由，卻隱含尊重契約自由之意⁹⁵。

最高法院 75 年度台上字第 2446 號民事判決，要旨為「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，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。」

細閱其要旨，第一段「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。」此段應係指最高法院不承認憲法有第三人效力。既然不承認第三人效力，何以在民事訴訟審判中，會以憲法作為主要的論理依據？

⁹⁵ 最高法院 99 年度台上字第 599 號判決似可佐證，其內容為：「接受僱人於僱傭關係存續中因參與對僱用人之顧客、商品來源、製造或銷售過程等機密，而此類機密之運用，對僱用人可能造成危險或損失，乃經由雙方當事人協議，於僱傭關係終止後，受僱人於一定期間內不得從事與原雇主相同或同類公司或廠商之工作。其限制範圍倘屬明確、合理、必要，且受僱人因此項限制所生之損害，曾受有合理之填補，基於契約自由原則，固應認競業禁止之約定為合法有效。惟....」於轉折字詞「惟」字之前，係重申原最高法院意旨。何宗霖之學位論文：我國與日本勞工離職後競業禁止約款效力之比較法研究，第 66 頁也指出，最高法院 75 年度台上字第 2446 號民事判決為「最高法院見解大逆轉，立於契約自由之想法.....」學者也認最高法院上述立場係本於契約自由，並以之思索破解之道。如林更盛所著「論契約控制-----從 Rawls 的正義理論到離職後競業禁止約款的控制」，第 33 頁：「最高法院以上見解，並無法律明文規定，而且訴諸「合理性」、「正當性」、「必要性」的標準，表面上看來相當合理—誰又能說「合理性」不合理、「正當性」不正當、「必要性」不必要呢？然而卻潛藏著標準不明、恣意判斷的危險。對於以上這種限縮契約自由適用範圍，德國學說上稱此為『契約控制』，全書並以契約自由作為論述主題。

在不承認憲法有第三人效力的前提下，最高法院卻說：「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」，此點似難認為有理，既然憲法所欲規範者，為國家對人民間，則人民之工作權，是否為絕對的權利，與所審判之民事訴訟案件即無關連。而且憲法第 23 條規定「以上各條列舉之自由權利，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者外，不得以法律限制之」所謂「以上各條列舉之自由權利」，實已包括所有基本人權。第 23 條重點在於「除為.....必要者外」不得以法律限制之，純以其條文內容，並不能得出「此觀諸憲法第二十三條之規定而自明」的結論。不止工作權，除了憲法保留以外，所有的基本人權，都受到憲法第 23 條的限制，最高法院認為工作權為相對權利「觀諸憲法第二十三條之規定而自明」。實則，限制勞工之工作權的，是契約而非法律。何以不承認憲法有第三人效力的法院，會以憲法第 23 條主張工作權可受私法上的契約限制？此種論述，實難言之成理。且離職後競業禁止約定不僅涉及工作權，亦涉及以「人性尊嚴」為核心的生存權：任何人，都有權利以自己想要的生活方式生存，任何人都有追求自我實現的權利。

「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。」也難理解。當事人同意與工作權如何類比？其實，判決的真正理由是：離職後競業禁止約定具有所有契約之有效要件，而且「未違反其他強制規定，且與公共秩序⁹⁶無關」。

為何未違反強制規定、且與公共秩序無關？從判決要旨來看似乎未附理由。然則，該判決也並非「判決不附理由」，原因是該約定具備契約所有有效要件而足以構成請求權基礎，除非競業禁止約定依民法第 71 條或第 72 條，應解為無效。

而民法第 71 條，須依全法律體系判斷無適用的可能、第 72 條則為價值判斷。若認為某一契約無負面要件因此有效，該契約有效的理由，即為「契約」本身。依此而論，上述判決要旨並未論及「契約自由」。認為該判決是依據契約自由、或尊重契約自由，實係推論而非最高法院所主張。契約自由為所有契約的基礎，實難以「契約自由」此一所有契約之基礎，認為最高法院主張「約定似非無效」，係指契約自由、或以契約自由為其依據。最高法院認為離職後競業禁止約定有效的真正理由為：競業禁止約定符合契約成立生效要件，且無負面使之不生效力者。

⁹⁶ 其依據有可能是民法第 71 條、或民法第 72 條。

何宗霖認為：「第一二審法院認為該競業禁止約款未對勞工提供相應之保護，且對勞工將來之謀職造成限制，與公序良俗有違，因此判決勞工勝訴。惟最高法院見解大逆轉，立於契約自由之想法，認為該約款出於勞工同意，且附有兩年期限，因此寬認該競業禁止約款有效⁹⁷。」

最高法院為何會大逆轉？該案發回台灣高等法院之後，承審為曾隆興推事。曾隆興於民法研究會第三次研討會⁹⁸表示：「最高法院七十五年上字十八號判決⁹⁹，方才各位教授已提到這個問題，郭教授認為不好，理由是基於企業經營的考量，固然有權做勞工競業禁止之規定，以避免企業遭受損失，該勞工經過多年的職業訓練或個中經驗，自難以在短期內找尋其他不相類似的工作，如雇主經營上確實有必要做此限制，應給予相當之補償金……郭教授的見解非常寶貴，但最高法院七十年上字第十八號判決¹⁰⁰，在第二審是我辦的。案情¹⁰¹是：中日合資的公司招募工人工作，另外一家台灣的公司派其工人去做產業間諜，學好了技術就辭職回到原來的工廠工作，這一家中日合作的公司才提起訴訟。我是判准了。像這樣情形也要給補償金的話，和 Know/How 的保護應如何去調整？」

由發回後承審推事發言可知，最高法院 75 年度台上字第 2446 號民事判決，案件背後，可能涉及商業間諜。最高法院及台灣高等法院更審可能認為勞工惡性重大而判令賠償。若是如此，為維持個案「正義」，忽略最高法院判決實有指導下級審之功能，且本判決要旨也收錄於最高法院民刑事裁判選輯（第二期）之中，當然，會更進一步發揮拘束其他法院見解的效果。本件或有承審推事所言之事實，然商業間諜的處置自有他法可依，無須以「原則尊重」離職後競業禁止約定祭旗。

⁹⁷ 何宗霖，我國與日本勞工離職後競業禁止約款效力之比較法研究，第 66 頁，台灣大學法律學院碩士論文，2011 年 1 月。

⁹⁸ 曾隆興法官的發言紀錄，見民法研究會實錄-----民法研究（一），第 257 頁。民法研究會編，1999 年 9 月，學林出版。

⁹⁹ 應為曾隆興法官口誤，實為最高法院 75 年度台上字第 2446 號民事判決。判斷之依據是：細觀該次研討會，提及競業禁止之最高法院判決僅有此件。民法研討會的發言實錄，向來依照發言人所說的內容如實記錄。若發言人所引案號有誤，發言記錄仍會忠誠呈現其錯誤，並不會更正。

¹⁰⁰ 同樣的應係曾隆興法官之口誤，實為最高法院 75 年度台上字第 2446 號民事判決。理由亦同上。

¹⁰¹ 依所述之內容，可知即為最高法院 75 年度台上字第 2446 號民事判決其背後之「台灣保來得案」。

本件尚有人事保證，雖無從得知更審後之台灣高等法院的判決理由。然而，最高法院係將案件全部發回更審。即使勞工的確是被其他公司派去的商業間諜，人事保證人是否也知情？為實踐該案之所謂「個案正義」，並不是沒有其他方法，然而最高法院怠於以更適用於商業間諜之規定，忽視作為終審、或法律審的角色，為「個案正義」而如上開判決，以所謂原則尊重當事人同意，此類寬鬆至極標準審查競業禁止契約，時序已過 30 年，其影響仍在，帶給勞工的痛苦，實難以言喻。

至於發回後承審推事「像這樣情形也要給補償金的話，和 Know/How 的保護應如何去調整」，暫且不論本件前提的所謂商業間諜案和競業禁止，本質上不能適用同一法律（或是說，當法院認定本案為商業間諜案時，即已非屬勞動法領域。）而認為「像這樣情形也要給補償金的話，和 Know/How 的保護應如何去調整？」等語，法院著眼的，並非法律行為成立的時點判斷有效性，而是以訴訟時點判斷。

第二項 1994 — 合理性

雖然，上開判決為最高法院所作、而且收錄於最高法院民刑事裁判選輯之中。甚少與最高法院，持不同意見之下級審，卻常引用五、四、三標準審查競業禁止。面對下級審的異見，最高法院似乎皆不為所動，從未曾引用過五、四、三標準。前一審級認定競業禁止約定無效者，上訴到最高法院，幾乎毫無例外地發回更審。

至 1994 年，最高法院似乎一反前述尊重當事人同意之原則，改用「合理性」為審查標準。（「合理性」是否能作為最高法院審查競業禁止的判準，甚有疑問。合理或不合理，皆憑最高法院主觀上判斷，幾無標準可言。誠如林更盛教授所言：「誰又能說合理性不合理、正當性不正當、必要性不必要¹⁰²？」）

最高法院 83 年度台上字第 1865 號民事判決：「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部分為有效，超過部分無效。乃將...(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，並無判決理矛盾之情形。」

¹⁰²林更盛，論契約控制——從 Rawls 的正義理論到離職後競業禁止約款的控制，第 33 頁。2009 年 3 月，翰蘆出版。

誠如上述。該判決見解雖似從原則尊重當事人同意，而改採「合理性」審查，然合理與否悉憑法院主觀。該判決除將競業禁止「似乎」改為合理性審查標準外，應注意「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」等句，隱涵著台灣高等法院也已認知到「競業禁止義務」實與「營業秘密之保護」不同。

第三項 最高法院99年度台上字第599號判決解讀

第一款 判決內容

上開判決 16 年後，最高法院 99 年度台上字第 599 號民事判決「似乎」認為應以「受僱人因此項限制所生之損害，曾受有合理之填補」為競業禁止有效要件：「受僱人於僱傭關係存續中因參與對僱用人之顧客、商品來源、製造或銷售過程等機密，而此類機密之運用，對僱用人可能造成危險或損失，乃經由雙方當事人協議，於僱傭關係終止後，受僱人於一定期間內不得從事與原雇主相同或同類公司或廠商之工作。其限制範圍倘屬明確、合理、必要，且受僱人因此項限制所生之損害，曾受有合理之填補，基於契約自由原則，固應認競業禁止之約定為合法有效。惟於受僱人違反競業禁止約款而應支付違約金時，該違約金本應推定為損害賠償額之預定。此項約定是否相當，法院即應依一般客觀事實、社會經濟狀況及當事人所受損害、利益等情，依職權為衡酌，無待債務人（受僱人）之訴請核減，此觀民法第 252 條規定自明。本件上訴人工作未滿一年所取得之一萬股相當於 105 萬元之股票，及享有股票選擇權或認股權，是否即得視為因競業禁止約定而屬於被上訴人給付之補償措施？……況上訴人之薪資每月四萬餘元，……。則系爭競業禁止之約定苟屬有效，上訴人於違反此約定時，除應返還被上訴人給付之獎金、紅利外，尚應賠償相當於紅利 105 萬元，即等同於上訴人 24 個月月薪（上訴人等於白作二年工）之違約金，是否相當而無顯失公平之處？」

誠如上述，如果認為雇主與員工之間約定，於離職後仍須負擔競業禁止義務，須以「受僱人因此項限制所生之損害，曾受有合理之填補」作為要件，要求雇主相對於員工所負之離職後競業禁止義務，須相對負擔合理的填補損害作為對價，於法律性質論之上，唯一可能的解釋，係將離職後競業禁止約定視為獨立的契約。

若採勞動契約一部說，則最高法院懷疑「本件上訴人工作未滿一年所取得之一萬股相當於一百零五萬元之股票，及享有股票選擇權或認股權，是否即得視為因競業禁止約定而屬於被上訴人給付之補償措施？」即非有理。原審以勞動契約一部說為前提，將在職期間非工資的給付，視為代償或補償，並無不合法理之處。這也證明，原審採用的是勞動契約一部說，而最高法院所主張者卻為獨立契約說。

若將競業禁止約定，視為勞動契約之一部，凡恩給性給與或非為工作對價者，皆可能解為離職後競業禁止的補償，概念上並無不妥。反之，採勞動契約一部說，要求雇主在勞動契約終止後，須給付競業禁止的代償或補償，其依據從何而來？否認在職期間之給付可作為代償，必然採取獨立契約說。本判決實係認同第一審認為工作期間之給付並非代償，而對於所負擔競業禁止義務應有「合理之填補」，如須相對於「因此項限制所生之損害」而形成對價，也僅有採獨立契約說的可能。

除「受僱人因此項限制所生之損害，曾受有合理之填補」外，該判決還認為：「受僱人違反競業禁止約款而應支付違約金時，該違約金本應推定為損害賠償額之預定。此項約定是否相當，法院即應依一般客觀事實、社會經濟狀況及當事人所受損害、利益等情，依職權為衡酌」。若將離職後競業禁止約定，視為勞動契約的一部分，勞動契約本身既為繼續性契約，當事人間之利益關係，原已頗為複雜，又將不同時點生效的兩種不同之概念，當成同一個契約，如此必難判斷當事人間、其損害或利益，究竟有那些？由以下第三款之敘述，本案發回台灣高等法院之前、與發回之後的判決理由及判決結果，可知一旦所主張的離職後競業禁止約定法律性質概念不同，將會產生完全不同的結論，主要的原因在於：主張須有代償措施為要件的最高法院，所採用的是獨立契約說；主張股票是代償、且代償措施並非離職後競業禁止約定之有效性要件的台灣高等法院，主張的卻是勞動契約一部說。

第二款 學界反應

最高法院於競業禁止「似乎」改採代償要件說的見解，學者多表歡迎，認為「本件判決最重大的意義是最高法院首次明白肯定，合法有效的競業禁止約定，除了符合其他要件外，『且』必須以『受僱人因此項限制所生之損害，曾受有合理之填補』為要件¹⁰³。」

¹⁰³林炫秋，競業禁止約款效力審查基準的新指標，收錄於勞動法精選判決評釋，第24頁。台北大學法律學院勞動法研究中心主編，2013年9月，元照出版。

要認定最高法院早已行之有年的見解已變更，除該疑似見解變更的判決外，必須後續同類型的案件，最高法院皆採用相同見解、相同標準或主張同一要件。最起碼，不能有相反之見解，或作出完全不同的認定。換言之，要認定最高法院自 99 年度台上字第 599 號民事判決後，離職後競業禁止約定必須有代償或補償、亦即採代償要件說，後續至少要有一件以上的最高法院判決，是採用同樣的見解。至少，對於同樣涉及離職後競業禁止的案件其有效性標準，不能作出相反的認定。最高法院是否變更以往合理性審查標準，改而認為，有效的離職後競業禁止約定，應有「受僱人因此項限制所生之損害，曾受有合理之填補」作為要件？必須觀察最高法院 99 年度台上字第 599 號民事判決之後其他類似之案件，是否作相同處理。

在說明後續情形前，首先應說明：最高法院 99 年度台上字第 599 號民事判決，或可解釋為「代償要件說」，卻不能認為採四標準說。五標準說中，採四標準者，必以代償措施為要件。但卻不能反推：凡主張須以代償為要件者，必採四標準說。

學術論證強度，毋弱於刑事之有罪判決心證。自民法學者與最高法院「鬥法」歷史來看，若非是最高法院判決內容，難以學者之推論，認為是最高法院的主張。要認定判決是否採用五、四、三標準說，首先，判決理由須引用其內容。其次，該判決確實依所引用的標準、一項一項地檢驗，若僅引用五四三標準作為「帽子」，卻未實際用來判斷，則學者逕自認定判決係採用四標準說，不能說是正確的推論¹⁰⁴。

最高法院 99 年度台上字第 599 號民事判決，未引出四標準說內容也未碰觸到第一、第二標準，連第三標準也未審酌：第一標準須判斷雇主有值得保護的利益、第二標準須判斷勞工於雇主處、有一定地位。即使離職後競業禁止約定設有代償、且雙方約定合於第四標準，是否必然可以通過第一、第二標準的檢驗？並非當然。

上開判決或可謂其結論與四標準說相同，然直接認為上開判決係採四標準說似非妥適。該判決非採四標準，其審查有效性標準為離職後競業禁止「限制範圍倘屬明確、合理、必要，且受僱人因此項限制所生之損害，曾受有合理之填補。」

¹⁰⁴例如台灣高等法院 100 年度上易字第 175 號民事判決，雖引用五標準，卻完全未採用五標準說，而係以傳統之合理性審查競業禁止是否有效，也未以代償作為要件。判決只論及雇主有無應受保護的營業秘密，此點無論是傳統合理性審查標準，或是五、四、三標準說皆為須檢驗之要件。不能以曾判斷營業秘密的有無，而認係五標準說的第一標準的檢查。且五標準說代償應為要件，本件法院也非以代償為要件僅係違約金酌減之因素。上述判決評釋，見本節第 83 頁到第 91 頁。

第三款 599 號判決之後

第一目 發回後高等法院見解

本件發回後，台灣高等法院台南分院以 99 年度上更(一)字第 9 號民事判決，仍然認定股票為離職後競業禁止的代償、仍然以合理性審查競業禁止是否有效，也仍然不認為，離職後競業禁止約定須以代償作為要件。系爭案件的離職後競業禁止約定，仍然被認為有效，僅將違約金再次減半成為 112 萬餘元。因而使上訴利益未達 150 萬，而不得再次上訴第三審。若最高法院見解，確實有形式拘束力，代償要件亦被認可而有實質拘束力，台灣高等法院台南分院，豈能作出相反判決？

除上開案件外，之後能進入最高法院的相同類型案件，皆未採用代償要件說。

第二目 底薪百分之十作為代償

該案件之後，最高法院 99 年度台上字第 2228 號民事判決(台灣奕力公司案)，維持第二審即台灣高等法院台中分院的判決，認為該離職後競業禁止約定有效。雖然雇主曾給付勞方離職前當月的底薪百分之十，作為「補償」，然也僅付一次(事實上，勞方四人各取得 3000 元、2244 元、2159 元、2260 元)。第二審法院係以合理性為審查標準且不以代償為要件：「約定書第二條競業禁止之內容所示，其期間僅為一年，並非很長，其限制當為合理。該條雖未明定限制之地域，但於合理之相當地域內限制競業，與憲法保障人民工作權之精神並不違背，未違反其他強制規定，亦與公共秩序無關，約定應屬有效」，雖顯不相當卻不能說無補償。

然而，正如上引的判決內容，法院並不以代償或補償作為要件，更遑論每月底薪之百分之十明顯不相當。最高法院駁回上訴的判決，等於認同二審法院見解。若最高法院，果真將原本審查離職後競業禁止有效性的標準，從「合理性」變更為「代償要件說」，自應以原審判決違法，發回更審。若認為須有「受僱人因此項限制所生之損害，曾受有合理之填補」，為離職後競業禁止約定的有效性要件，則連同雇主並未給予勞工補償，也未於訴訟中主張自己曾給付過補償的最高法院 100 年台上字第 1860 號民事裁定(鎮裕貿易公司案)皆應發回更審。最高法院卻將上訴以裁定駁回，等於認同以合理性審查、且主張代償非要件之高等法院判決。事實如此，我們真的能說最高法院 2010 年後，對離職後競業禁止改採代償要件說？

即使百分之十的底薪，勉強可解為具有對價性的代償，或先不論有無對價性，最高法院若欲變更原來所主張之「合理性」審查的見解，而改採「代償要件說」，自應將所有未採用代償要件說的判決發回更審。無論是以判決、或裁定駁回上訴，等於認同台灣高等法院主張的代償非要件。雖然僅僅百分之十底薪，無論如何都不能認係代償，若不講程度只論有無。不以代償為要件而認代償僅為審酌違約金之判決，受最高法院所維持，是否真能認為最高法院已變更見解改採代償要件說？

本文與通說之立場，其實是一致的。都認為欲使勞工負離職後競業禁止義務，應有代償措施。然而，要以最高法院 99 年度台上字第 599 號判決，認為最高法院改採代償要件說，似乎是過於樂觀而背於事實。且從以下案例來看只會有反效果：

第三目 帶有惡意的「代償」（閃晶半導體）

一、代償措施之意義

觀察至 2013 年底為止，在最高法院 99 年度台上字第 599 號民事判決之後，「代償要件說」從未再次出現於最高法院的判決理由。上訴到最高法院的判決，原審皆將代償有無視為違約金酌減因素而非有效要件，對於競業禁止只以合理性作為審查標準。最高法院駁回上訴，形同認同原審的代償非要件說及合理性審查。

不僅代償要件說尚不為實務所能普遍接受，已如前述。即使有些判決理由，看似認同補償、或代償措施應為離職後競業禁止之有效要件者，往往因法律性質的認識不清，徘徊在勞動契約一部說、或獨立契約說之中。或是根本未作分辨，認為競業禁止是附隨義務，同時又認為此一「附隨義務」可依當事人之契約約定。

認為勞動契約終止後不殘存任何義務，卻又認為屬於勞動契約一部分的工作規則可作競業禁止之依據。審查離職後競業禁止是否有效，判斷時點在離職時、也就是勞動契約終止時的五標準說等，卻誤以為在職期間給付，可視為代償措施。

將勞動契約期間給付解為代償，邏輯上似應認競業禁止為勞動契約一部分；然而以五標準說審查競業禁止有效性時，判斷標準皆在離職即勞動契約終止時，卻只能解釋為獨立契約說；第四標準即代償，認為可以在職期間給付視為代償，其他四標準，卻以離職時判斷。無論是否認為離職後競業禁止須代償措施為要件，對於代償或補償的認知，應無疑義地，認為係離職後競業禁止不作為義務的對價。

以內容來看，離職後競業禁止約定，係因勞工於在職期間曾接觸營業秘密，雇主為避免營業秘密遭洩露，要求勞工離職後，不得至與其營業項目類似的公司，以勞工在離職後，仍須負擔競業禁止義務，作為提前保護雇主的營業利益之手段。勞工所負之競業禁止義務，通常並非針對特定的某一家公司，而係同類型的公司。實務在判斷離職後競業禁止約定的內容，是否有效、及勞工是否有顯著背信性時，常以起訴之時、勞工已從事新職的「那家特定公司」為事實基礎而判決並不正確。

以時點來看，競業禁止義務係離職時即已開始負擔。相對來說，代償也應是離職後即應開始給付。「前」員工須報告新職，「前」雇主針對其欲就職之處所，判斷對其營業利益是否有威脅。若有威脅，可給付「代償」然後禁止前員工就業，其所謂的「代償」並非勞工負競業禁止義務對價，係禁止至特定公司任職的對價。

二、判決事實概述

以下所述之案件中，所謂「代償措施」，並非離職後競業禁止義務的代償，而是具有隱私侵犯性質的就業報告義務、及剝奪將任新職的工作權自由等二義務的對價。此種帶有惡意、且明顯侵犯勞工隱私的代償，比沒有代償更不利於勞工。

如前所述，勞工於離職後，仍須負擔競業禁止義務，係因原勞動契約終止後，基於誠信原則，離職後仍有保守原雇主營業秘密的義務。雇主為避免營業秘密的洩露難以控制，為保護營業利益，而與員工約定離職後一定期間內禁止與之競業，勞工因其約定，而進一步負擔原勞動契約中，原本不存在的離職後競業禁止義務。

離職後競業禁止係不作為義務，勞工一旦離職時即開始負擔。競業禁止對象，係所有可能與雇主競業者、而非特定的廠商或同業。所謂的「代償」或「補償」，應以不作為義務相對。且勞工於離職時，即已負擔不作為義務，雇主之補償義務亦應於離職時起負擔。若等到勞工將欲任新職時，因雇主認為有害於自身利益，禁止勞工任新職，已非限制勞工競業禁止，而係剝奪已成具體工作權的就業自由。

本件勞雇雙方係約定「僱傭關係終止後一年內，乙方如因前述規定致生計受有重大影響，而有受僱於與甲方所營業務有直接或間接競爭關係之事業之必要者，應於新職預定就職日之20日前，檢附書面錄取證明影本，以存證信函通知甲方。甲方收到前項通知後，如認為乙方之就任新職將影響甲方之競爭力，得於14日內以書面禁止乙方就任新職，但應自預定新職就任日起，至競業禁止期間期滿、解除或乙方覓得其他不違反本條規定之新職時為止，按月給付乙方相當於離職時基本月薪之補償金。乙方違反規定時，甲方除得請求強制執行外，並得請求乙方違反期間於新職所得薪資之兩倍及因新職所得之所有期約利益（包括但不限於新公司股票、選擇權及離職補償等）作為損害賠償。如乙方另有侵權行為而上開損害賠償不足甲方實際損害或以法定方式計算之損害，甲方另得就其差額求償。」

依上述約定，勞工若尋得新工作，應於預定就任前20日內以存證信函通知。前雇主於收到後14天內決定是否禁止勞工就職。一旦決定禁止後，纔給予補償。

站在錄取勞工的新公司之角度，可能須等34天，纔能得知應徵者是否可報到？勞方與第三人的勞動契約是否能締結，竟取決於原雇主之恣意。此種約定，明顯違反債之相對性，而使兩造當事人約定之債權契約，產生類似物權契約之對世效。

台灣高等法院100年度上易字第175號民事判決，其理由中雖曾引用五標準之全部內容，但卻只審酌原雇主有無營業秘密的保護必要，對於離職後競業禁止之有效性判斷標準，係以傳統之合理性審查「該競業禁止條款，業經廖益成同意，且競業禁止期間為1年，期間甚短，限制之工作對象，為與閃晶公司所營業務有直接或間接競爭關係之事業，核無違反工作權保障或自由權，且無違反其他強制規定，亦與公共秩序無關，且廖益成於簽署系爭保密合約後，始再另行簽訂僱傭合約，且契約內容所生之主要權利義務，並無加重廖益成責任或致其處於重大不利益狀態，自無顯失公平之情事，則系爭競業禁止約款之約定，難認有逾越合理之程度，即不違反民法第247條之1規定，故該競業禁止條款應屬有效，且系爭保密合約及競業禁止條款並不因僱傭契約終止而同時失效」。雖曾引用五標準說，卻不認為競業禁止須以「補償」為有效要件。換言之即使未提供補償，仍然有效。

最高法院雖以 101 年度台上字第 184 號民事判決將本件發回，然其判決要旨，並非指摘原審不採代償要件說、或是認為以合理性標準審查競業禁止有所不妥，而是認同離職後競業禁止約定有效，且該契約中，既然曾約定，勞方違約時雇主「得請求乙方違反期間於新職所得薪資之兩倍及因新職所得之所有期約利益（包括但不限於新公司股票、選擇權及離職補償等）作為損害賠償」不應將期約利益剔除「原審認被上訴人確有違反該競業禁止約定，則上訴人主張依前揭約定做為損害賠償額，並非無據。查被上訴人新任職於宜揚公司，除領取薪資外，並獲得員工認股權四萬五千股，該員工認股權依宜揚公司函文須至九十九年八月後始能執行，惟員工認股權係基於員工身分而取得具有財產價值之利益，雖附有始期，仍為前揭約定所謂之『期約利益』，原審核計損害賠償數額時逕予剔除，自有未洽。」

最高法院對於原審以傳統合理性認為離職後競業禁止有效，並未表示意見。換言之，應解為肯定該約定為代（補）償，且非有效要件。發回後台灣高等法院以 101 年度上更(一)字第 20 號民事判決，令勞方除已確定之 40 萬外再給付予閃晶公司 112 萬 7 千 200 元，合計共須給付資方 1,527,200 元（本件違約金未酌減）。因命給付 40 萬部分已確定，更審之上訴利益，因未達 150 萬而不能上訴第三審。

三、附有義務之給付並非「代償」

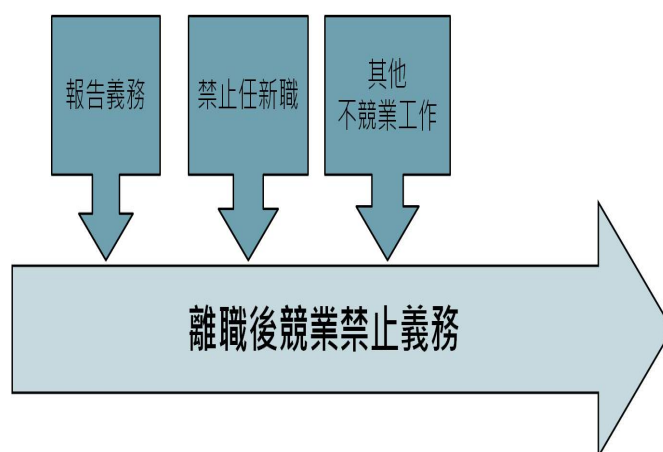
雖然最高法院、及台灣高等法院的前後判決，皆不以代償措施作為有效要件，卻皆認由勞方通知前雇主即將任新職，前雇主判斷之後禁止就職，才給付相當於原來月薪之約定，為離職後競業禁止義務的代償或補償措施。然而系爭約定是否可解為代償？自外觀上，看來似乎是競業禁止義務的對價，仔細分析後可知雇主於勞工離職後，給付相當於離職前的月薪，並非競業禁止義務的代償，而係雇主所設之任職通知義務、及剝奪勞工任特定新職的自由等二者之對價，以下分析之：

所謂離職後競業禁止義務，係不作為義務。無論競業禁止義務係離職時生效（獨立契約說）或視為勞動契約之附隨義務，於離職時產生（勞動契約一部說），皆於勞動契約終止或消滅¹⁰⁵後，立即開始負擔此不作為義務。無論視代償為要件、或認為代償為違約金審酌因素，若該競業禁止約定有代償措施，因勞工離職時起，即已開始負擔不作為義務。相對地，若約定有代償，雇主亦應開始負擔代償義務。

¹⁰⁵若採勞動契約一部說，離職後尚有競業禁止義務，是否可認為勞動契約已終止或消滅？非無疑義。

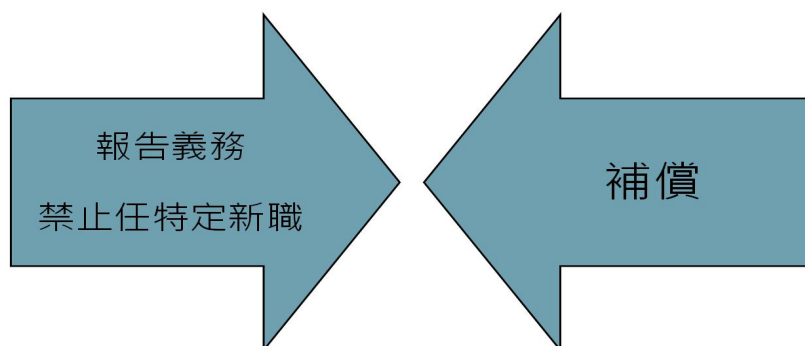
換言之，競業禁止期間之代償係為補償勞工不作為義務，競業之不作為本身即為勞工的給付。不論勞工主觀上是否因該約定而受有損害，也不論勞工主觀上、或客觀上，是否因此感覺到不自由、或實際上受有限制、是否計劃從事新職等等。若競業禁止有效，離職時已負擔義務，離職那一刻起，每分每秒都以不作為給付。

勞方於覓得新工作之後，就職前二十日內，須附上錄取同意書以存證信函向前雇主報告，再由前雇主決定是否同意勞方任職。若不同意始開始給付「代償」。上開給付之外觀，雖可能誤認係不競業義務之「補償」，實際上是以「報告義務」及「禁止就特定新職之不作為義務」（剝奪特定工作自由權）等作為「相對給付」。



（圖四）閃晶半導體案之代償對價所相對的義務與競業禁止義務的比較

（圖說：橫軸表示離職後競業禁止義務之期間，橫軸上的三個方框分別三個時間點，可知該三項義務與離職後競業禁止義務，實為不同且無法涵蓋之義務。）



（圖五）閃晶半導體案之補償所相對之義務

（圖說：其補償之對價為報告義務及禁止任特定新職的義務，而非競業禁止。）

勞工在離職時即以開始負擔的競業禁止之不作為義務外，更增加「報告義務」及「禁止就特定新職之不作為義務」兩項義務。該競業禁止約定中所謂的「代償」，並非相對於「競業禁止不作為義務」，而係上述兩項在競業禁止外所增加的義務。

「禁止就特定新職之不作為義務」，雖然邏輯上可能包括在競業禁止義務中。然而禁止就特定新職，已非為原負擔之義務，而是禁止就特定新職的不作為義務。原來的離職後競業禁止的不作為義務，或許只是喪失某領域的就業自由「利益」。然而，勞工應徵某項特定工作、且已錄取，若通知原雇主後因其禁止而不能就職，所侵害的不止是某一領域的就業自由利益，而係已取得新工作之工作權及其債權。

如上所述，勞工離職後競業禁止之不作為義務已開始負擔。本件的當事人，欲取得所謂「補償」，須先履行書面的報告義務，雇主主觀判斷有可能競業後，命令「禁止就新職」，勞工負擔此新的義務，雇主才給付相當於離職前的月薪。至少，在離職到前雇主下令禁止就業之時為止的期間內，勞工並未得到「補償」。可知「禁止就特定新職」不等於「競業禁止不作為義務」，何況尚有「報告義務」。

若勞工一離職即至競爭對手處就職，該「代償」是否即有可能解為「對價」？答案亦為否定。離職後競業禁止約定有效為前提下，即使勞工一離職即開始競業。因其給付之條件為：勞工於就職前 20 日提出書面報告欲任新職，並說明其內容，由原雇主決定該勞工是否能就任新職？若禁止就職勞工將負不得就新職之義務，此時，雇主之給付義務始為發生。若勞工未報告且甫離職即競業，則或因雇主之給付義務未至清償期或給付義務未發生，而使雇主無須給付，仍無解於上開約定係以報告後禁止就職為給付對價。無論如何，該給付絕非原競業禁止業務之對價。

若簡單以一句話作為上開論述總結，即：「禁止就特定新職之不作為義務」與「競業禁止之不作為義務」係不同義務。先不論書面報告義務，給付即使只是「禁止就特定新職之不作為義務」之對價，也不能解為是離職後競業禁止之代償。

三、依本案事實也非代償

依本案事實，雇主於勞資雙方之僱傭關係終止後，所謂「補償」給付之約定為「僱傭關係終止後一年內，乙方如因前述規定致生計受有重大影響，而有受僱於與甲方所營業務有直接或間接競爭關係之事業之必要者，應於新職預定就職日之 20 日前，檢附書面錄取證明影本，以存證信函通知甲方。甲方收到前項通知後，如認為乙方之就任新職將影響甲方之競爭力，得於 14 日內以書面禁止乙方就任新職，但應自預定新職就任日起，至競業禁止期間期滿、解除或乙方覓得其他不違反本條規定之新職時為止，按月給付乙方相當於離職時基本月薪之補償金」。

分析其內容，可知雇主之給付前提為：

1. 勞工因為負擔離職後競業禁止之義務，因而「致生計受有重大影響」，而有「受僱於與甲方所營業務有直接或間接競爭關係之事業之必要」。
2. 勞工須已取得與甲方所營業務，有直接或間接競爭關係之事業之要約。
3. 勞工須將「該即將就業之單位」的「要約」書面（書面錄取證明影本）以存證信函，於勞工回覆是否同意該要約的 20 日前¹⁰⁶，通知原雇主。
4. 若認為要約將「影響其競爭力」（非必有競業可能，僅須影響競爭力）原雇主可於十四天內禁止。勞工須拒絕要約（要約可確定失其拘束力）之後，因原雇主禁止之命令而開始負擔禁止就該新職的競業禁止義務。
5. 經以上 1-4 的程序之後，原雇主始按月給付離職時基本月薪之補償金。
6. 禁止期間屆滿、解除、或勞工任無競業之工作時，原雇主給付義務消滅。
7. 將來欲就其他工作時，應再次負上述報告義務，並重複上述 1-6 情形。

¹⁰⁶這並不表示該要約之拘束力必然超過二十日，若依該要約之內容或當事人之真意，須即時承諾或拘束力低於二十日者，則依契約之文義，並不在上開規定內。換言之，欲構成本規定之要件，須以作出要約之人，同意受到二十日以上之拘束，始足當之。否則，也不會構成上開給付要件。

上述分析，可知原雇主之給付非以競業禁止義務為代價，而係上開報告義務（可能產生多次）及禁止任特定公司職務之不作為義務。依約定亦可知，勞工欲從事任何新職皆有報告義務。而且，一旦勞工從事與原雇主非屬競業之工作時，雇主給付義務即消滅，可知勞工因負擔離職後競業禁止義務所喪失的就業自由，不在兩造之離職後競業禁止約定，所謂「代償」或「補償」措施所涵蓋的範圍內。

四、勞工覓得新職或不履行報告義務則無代償

除以上推論之外，亦可從只要勞工若「覓得其他不違反本條規定之新職時」，原雇主即無給付義務此點，可知該給付並非勞工競業禁止不作為義務的「代償」。無論勞工有無取得新工作或有無就職，所負擔的競業禁止不作為義務，皆為存在、且由勞工實際負擔者。義務消滅除時限屆至之外，僅當事人解除其義務方有可能。

法律行為是否有效之判斷，不得以後果考察反推，而須於契約生效前判斷。雖審理訴訟時，通常所謂競業之事實已發生，法院仍須回溯且假設事實未發生，立於法律行為生效時點判斷。採「勞動契約一部說」難以符合上開法律基本原則。退萬步言，容其判斷時點為離職時，若「代償」給付附有競業禁止義務外之義務，勞工如不願履行、無法履行、或犧牲競業可能之自由，而迴避原雇主可能的糾纏，因而不履行相對義務者，原雇主「代償」給付義務根本不會發生。以此觀點論之，附有先行相對義務之給付，如何能解為代（補）償？如何能認為有「代償措施」？

最高法院 99 年度台上字第 599 號民事判決，認為約定之違約金為二年年薪：「等同於上訴人二十四個月月薪（上訴人等於白作二年工）之違約金，是否相當而無顯失公平之處？」最高法院對如何判斷公平，甚少表示意見。上開所引判決，可知若勞工違約，須賠償 24 個月薪，勞工「等於白作二年工」應解為顯失公平。則本件勞工所須給付之違約金高達新職年薪二倍，以同樣標準，亦不能認為公平。

若最高法院在 99 年度台上字第 599 號民事判決後改變見解改採代償要件說，則上述對約定之違約金是否顯失公平的原則，也應該要能適用於本件判決之中，此點可間接證明，最高法院未改變見解，而採所謂五、四、三標準或代償要件說。

五、以獨立契約說檢視本案

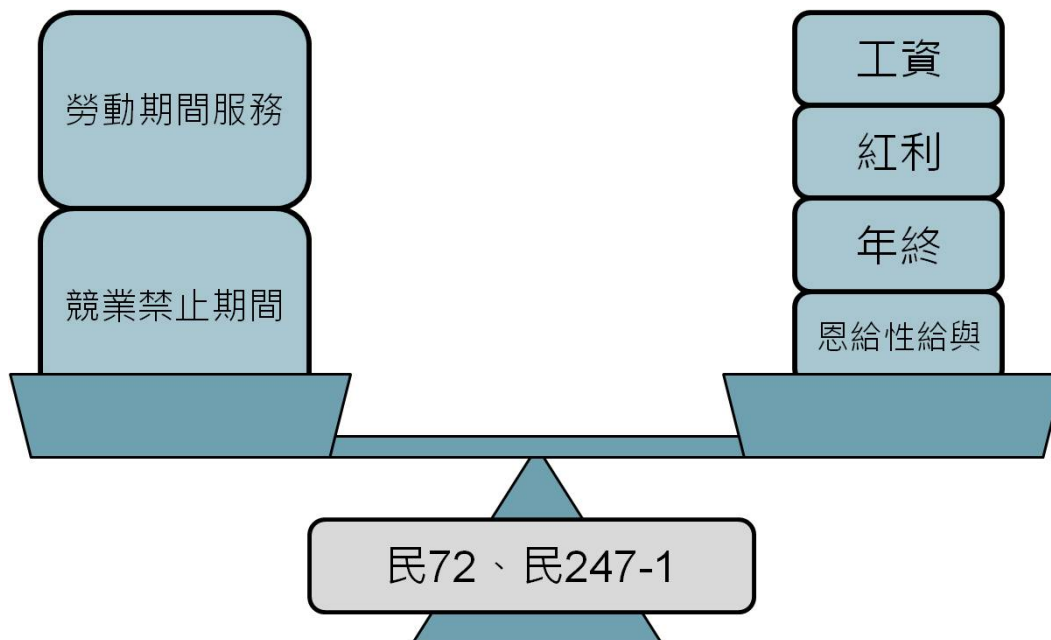
若以獨立契約說檢視，可知雇主約定之給付，不能認為係競業禁止之對價，比之於勞工負擔之義務，亦不能認為有相對性。將離職後競業禁止約定視為契約，以之推論雙方之權利義務，很容易發現所謂的代償給付相對者係「報告義務」及「禁止就特定新職之不作為義務」，而非僅只是「離職後競業禁止義務」。反之，若採勞動契約一部說，不止「無法以代償作為要件」以外，與勞動契約綜合判斷，也不容易得知那一個給付可以視為代償？其「代償」措施也不容易判斷是否公平。

本案所謂「代償」，明顯有利於資方。勞工若未報告、或有任何工作收入，原雇主即無須給付任何代償。而且，可利用勞工須提出報告之義務，實質上侵犯勞工隱私，雇主因勞工負擔離職後競業禁止義務所得到之利益等於無須給付代償。

法院於本件係採勞動契約一部說或獨立契約說？台灣高等法院 100 年度上易字第 175 號民事判決，關於約定是否顯失公平表示「廖益成於 95 年 12 月 28 日簽署系爭保密合約後，兩造始於 96 年 2 月 1 日正式簽訂僱傭合約，依系爭僱傭合約之約定內容，廖益成任職於閃晶公司期間，……獲得相當於至少 150 萬元之年薪，此外，閃晶公司另特別給付 1 筆金額高達 100 萬元之簽約金，及每年度有股票選擇權等紅利，…依契約內容所生之主要權利義務為綜合判斷，並無加重廖益成責任或致廖益成處於重大不利益狀態，自無『顯失公平』之情事」。可知高等法院係將離職後競業禁止，視為勞動契約的一部分。也再度證明採勞動契約一部說，將競業禁止與勞動契約合併判斷時，勞動契約之給付、年資之約定、恩給性給與，或原為誘使勞工任職的所有給付名目，皆可解為簽訂離職後競業禁止約定的代償。

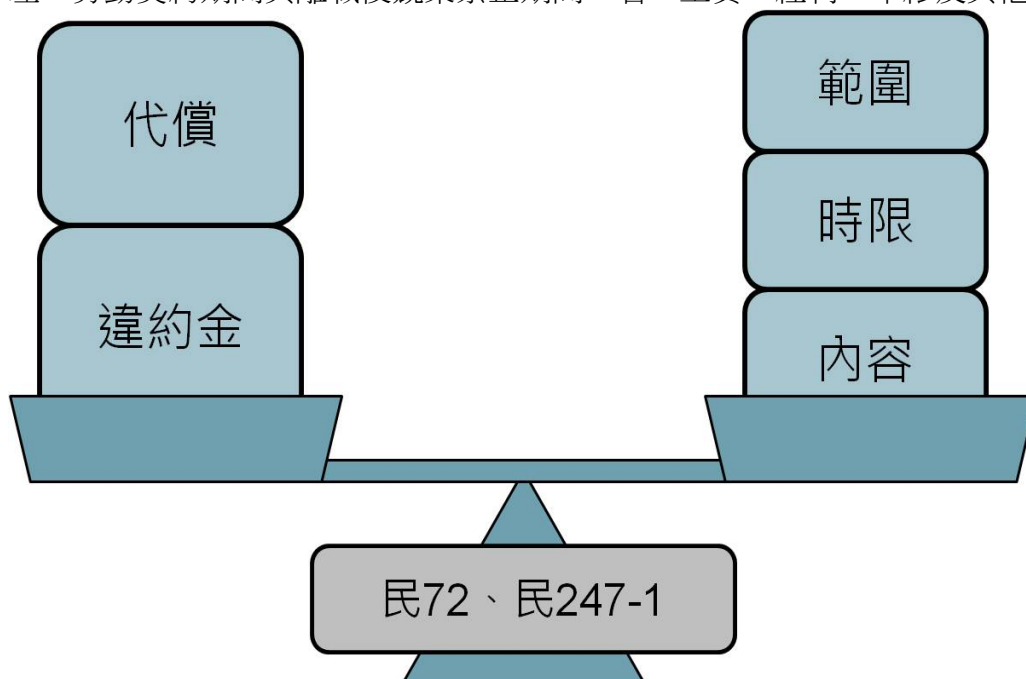
何以應採獨立契約說？除法理上，勞動契約一部說不能成立、而獨立契約說方為當事人真意、及法理所必然外，若依判決所述事實，以民法第 247-1 條檢驗之，既然離職後競業禁止約定，為勞動契約的一部分，以勞工的年薪，作為是否顯失公平的判斷因素，有何不合理之處？工資為雇主在勞動契約之中的主給付義務，用之衡量離職後競業禁止的公平性，自係合於法理，甚至可說是法理上不得不然。

下一章，將論證為何離職後競業禁止約定於法律性質上，應採獨立契約說。在這之前，先以下列兩張圖，說明將離職後競業禁止視為勞動契約的一部分時，與將之視為獨立契約，同樣在民法第 72 條及第 247-1 條檢視下，會有如何的視野？



(圖六) 勞動契約一部說以民法第 72 條及第 247-1 條為天平時的應然

(圖說：採勞動契約一部說以民法第 72 條及第 247-1 條為天平，左右兩側為：左：勞動契約期間與離職後競業禁止期間，右：工資、紅利、年終及其他給付。)



(圖七) 獨立契約說以民法第 72 條及第 247-1 條為天平時的應然

(圖說：在獨立契約說的視野下，在民法第 72 條及第 247-1 條作天平的兩端，左：代償措施及違約金。右：離職後競業禁止義務的內容、範圍及競業禁止時限。)

第三章 應採「獨立契約說」之論證

如前述，離職後競業禁止約定，可能為勞動契約一部分（勞動契約一部說），亦可能視為另一契約（獨立契約說），除此之外，並無其他可能。第二章第二節所引之學說與實務見解，以其文字來看，離職後競業禁止只是勞動契約的約款，似乎採取勞動契約一部說。但同一判決或學者的同一篇文章的其他文字，依法理，卻只可能採獨立契約說。在法律性質意識不明的情形下，經常會游走於二說之間；反之，第三節之中所引實務及學說，依其文字判斷，應係將離職後競業禁止約定，解為非勞動契約的一部分、而似主張獨立契約說。相同的，也常在同一篇文字中，出現將競業禁止視為是勞動契約一部說的字眼，其矛盾也是因法律性質認識不清。

勞動契約一部說無法解釋，為何競業禁止，於勞動契約消滅後纔發生作用。反之，獨立契約說將離職後競業禁止約定，認為是勞動契約以外的另一個契約，解釋當事人真意，是把「離職」的事實發生作為競業禁止契約生效的停止條件，以法律行為的附款，解釋離職後競業禁止約定，常於勞動契約的服務期間內簽訂、生效時點卻在勞動契約消滅之後。自二說比較可知，獨立契約說不僅合於法理，也可說明為何要勞工負擔競業禁止義務，除勞動契約之工資外，尚應有代償措施；獨立契約說，將勞動契約，與離職後競業禁止切離，將可清楚說明何以工作規則不能作為競業禁止義務的依據？為何雇主違法解僱，在法理上勞動契約仍然有效存在於勞雇之間，卻仍有離職後競業禁止的適用爭議？勞動契約仍然有效存在，依法勞工未離職，為何學說還是認為遭違法解僱時，勞工無須負競業禁止義務？這些於勞動契約一部說無解的疑義，若能將約定離職後競業禁止視為契約行為、為獨立於勞動契約外的另一契約後，才發現我們心中本來即有獨立契約說的認識。

看似必然之法律性質，為何如此地難以認知？原因可能來自對名詞的成見。「附隨義務」、「離職後競業禁止約款」這兩個名詞皆暗示離職後競業禁止約定，不能作為獨立契約而存在。正如封建時代，妻子必附屬於丈夫，似乎有契約存在，方能稱之為「約款」；有主給付義務之存在，纔會有所謂的契約之「附隨義務」。

加上離職後競業禁止約定，總是在勞動契約生效時、或有效期間內所簽訂，受形式、及簽訂時間的拘束，「附隨義務」「契約後義務」等名詞即相伴而生。簽訂時點、離職時點、判斷有效性等時點，形成看似矛盾的外觀，因而增加定性的辨識困難度，可能也是離職後競業禁止約定，難以明快與勞動契約切割的原因。

欲證命題為真，宜先破除反面可能，再以正面描述命題。先「破」然後「立」。本章第一節將說明：為何勞動契約一部說法理上無法成立，先簡述內容如下：

- 離職後保守雇主營業秘密，為勞動契約的附隨義務。但離職後競業禁止，不能解釋為勞動契約的附隨義務。即使將競業禁止義務視為附隨義務，附隨義務不能依約定¹⁰⁷而只能依誠信原則而生，約定時限、範圍、違約金，其義務會質變為主給付義務，而且性質上不能為勞動契約之主給付義務。
- 法理上難以說明，為何離職後競業禁止義務於勞動契約終止後始生效力。
- 競業禁止視為勞動契約一部分，無法避免雇主以在職期間給付解為代償。
- 雇主在勞動契約中之主給付義務為工資，主張勞動契約一部說卻又認為約定競業禁止須有代償，則雇主基於何項契約或法律規定，須給付代償？
- 並非勞動契約皆會有「離職」發生，以在職期間給付為代償，若有不能解為因離職使勞動契約消滅、如死亡，代償將失依據而可能為不當得利。
- 在職期間給付若視為代償，無論是工資或其他所謂恩給性給與、簽約金、退休金、資遣費等，皆係直接或間接因勞務取得。與離職後才給付競業禁止代償比較，在職期間給付「代償」，對雇主而言除能為員工福利外，又可約束員工離職後不得競業。同筆給付有兩種以上的法律評價效果。這會誘使雇主，以在職期間給付作為代償，難有助於勞工離職後的生活。

第二節將正面論證獨立契約說，除了離職後競業禁止約定作為獨立之契約、其約定包括所有契約之要素，無一欠缺以外。獨立契約說係觀察當事人之行為，判斷其真意，因而發現「離職」為當事人所約定之停止條件，以之解釋為何簽訂與生效時點不同，以獨立契約說切離與勞動契約間的糾纏，能解決本議題之爭議。

其次，法律行為無效，為自始無效。若將離職後競業禁止約定視為獨立契約，以離職時作為判斷效力時點，實為必然。也能解釋為何常被實務引用的五標準說，效力判斷時點總是在離職時之實然，其實勞動契約一部說方為違反當事人之真意。

以上論述證明離職後競業禁止約定，實為契約，應稱為離職後競業禁止契約，且是獨立於勞動契約外的另一契約。並以之作為論述定義、內容及效力等之基礎。

¹⁰⁷若依誠信原則導出的附隨義務，由當事人約定於契約，該義務會因約定而變成主或從給付義務，而不會再是附隨義務。附隨義務是在契約成立時雙方不能預見、在履行過程之中依誠信原則、認為若無該義務有違債之本旨，故而僅能以誠信原則為依據。見第二章第二節，第 21 至 28 頁。

第一節 反面論證：非勞動契約一部說

第一項 非附隨義務所能承載（附隨義務無法約定）

有學者認離職後競業禁止「非勞動契約本質上之主義務、從義務或附隨義務，因此雇主如要課勞工離職後之競業禁止，必須勞雇雙方有特別約定才行¹⁰⁸」。除此之外，亦有學者認為，雙方約定的離職後競業禁止義務，係勞動契約的附隨義務¹⁰⁹。

林更盛教授認為：「契約終止後，本於契約仍能繼續發生契約上之效力者，謂之『後契約義務』。不得洩漏雇主營業秘密本係員工之附隨義務，不待明文約定，亦應遵守；此於員工離職後，基本上亦無不同—若從時間的觀點加以區分，於此可稱為後契約義務。且為防止員工洩漏營業秘密，雇主並不必要對員工於離職後之就業情況加以限制..員工縱不從事相同或類似行業，仍有洩漏營業秘密之可能，反之，員工於離職後從事相同或類似行業，並不表示必然會洩漏營業秘密¹¹⁰」。

最高法院 100 年度台上字第 2 號民事判決要旨謂：「契約成立生效後，債務人除負有給付義務（包括主給付義務與從給付義務）外尚有附隨義務。所謂附隨義務，乃為履行給付義務或保護債權人人身或財產上利益，於契約發展過程基於誠信原則而生之義務，包括協力及告知義務以輔助實現債權人之給付利益。倘債務人未盡此項義務，應負民法第 227 條第 1 項不完全給付債務不履行之責任」，或是以下文字：「學說上所稱之後契約義務，係在契約關係消滅後，為維護相對人人身及財產上之利益，當事人間衍生以保護義務為內容，所負某種作為或不作為之義務，諸如離職後之受僱人得請求雇主開具服務證明書、受僱人離職後不得洩漏任職期間獲知之營業秘密之類，其乃脫離契約而獨立，不以契約存在為前提，違反此項義務，即構成契約終了後之過失責任，應依債務不履行之規定負損害賠償責任，與當事人間就契約本身應負之原給付義務未盡相同¹¹²。」

¹⁰⁸邱駿彥，離職後競業禁止特約之效力限制。月旦法學雜誌，第 222 期，第 30 頁。2013 年 11 月。

¹⁰⁹劉士豪，勞動契約雙方當事人的權利義務，收於勞動基準法釋義，第 117 頁，台灣勞動法學會編，2010 年 10 月二版二刷，新學林。

¹¹⁰林更盛，論契約控制——從 Rawls 的正義理論到離職後競業禁止約款的控制，第 130 頁。2009 年 3 月。翰蘆出版。

¹¹²最高法院 95 年度台上字第 1076 號民事判決。

由上可知，無論實務或學說，皆認為後契約義務、或附隨義務源自誠信原則。誠信原則為所謂的帝王條款，效力雖大，卻常居輔助地位。誠如林更盛教授所言：「不得洩漏雇主營業秘密，本係員工之附隨義務，不待明文約定，亦應遵守」，即使契約未規定，保守雇主之營業秘密，依誠信原則也可推知於勞動契約終止後，仍有此附隨義務。此亦可從營業秘密法第 10 條第 1 項第 4 款，證明其義務的存在。受有侵害或侵害之虞可依第 11 條排除或防止，有損害則依第 13 條計算賠償數額。

勞工因法律行為（即勞動契約）而知悉前雇主之營業秘密，不論離職多久，只須有仍然可解釋為係前雇主的營業秘密者，即不得對第三人或競爭同業洩露。

依上所述，可知離職後保守雇主之營業秘密，為勞動契約之附隨義務。然而，如林更盛教授所言：「為防止員工洩漏營業秘密，雇主並不必要對員工於離職後之就業情況加以限制；蓋員工縱不從事相同或類似行業，仍有洩漏營業秘密之可能，反之，員工於離職後從事相同或類似行業，並不表示必然會洩漏營業秘密」。由上文可知，誠信原則雖然可以推導出勞動契約終止後，仍有保守營業秘密義務，卻無法依誠信原則，認為原有勞動契約終止之後，尚存有不與前雇主競業之義務。

雖然離職後競業禁止，並非勞動契約的附隨義務。但是競業禁止的目的卻是為了保護雇主的營業秘密。雖然員工與雇主競業，並非必然洩露雇主的營業秘密，然而對雇主來說，知悉其營業秘密的員工一旦至競爭對手處工作，將使雇主產生不安全感。為了減低此種耽心洩密的不安全感，才與員工簽訂離職後競業禁止，其目的係將營業秘密受到侵害的可能，以員工負離職後競業禁止義務，降低風險。

離職後競業禁止，係與員工事先約定離職後不與其競爭、或至競爭公司就職。以學界所說之五、四、三標準來看，以約定有效為前提，只須有值得保護之利益，且員工依其離職前之工作內容、或其職位，有可能取得或知悉雇主的營業秘密者，雇主於一定時限內，可禁止前員工競業，若約定有違約金，原則上無須證明損害。

簡言之，離職後員工仍須保守前雇主的營業秘密，確為勞動契約之附隨義務，但離職後競業禁止義務，不能從誠信原則導出，須雙方當事人另行約定始得產生。競業禁止目的，係將員工原有保守雇主營業秘密之附隨義務提前以禁止競業保護。

如本文於前一章第二節所作說明，若主張離職後競業禁止義務為附隨義務，則於離職後競業禁止約定的法律性質，必主張勞動契約一部說，如：「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隨義務，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，其本質側重保護前雇主¹¹³」。上引判決中：「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隨義務」。勞工離職後，仍有保守營業秘密的義務，前已說明，即使雙方未約定，依誠信原則確有此義務。然「目的在使前雇主免於受僱人之競爭行為」，即乏依據。保守營業秘密之義務，不能推衍出勞工負有離職後競業禁止義務，何況不競業義務，是由雙方所約定的。換言之，競業禁止是雙方約定之不作為義務，而非依誠信原則所導出的附隨義務。

再例如「按保密義務與競業禁止義務皆屬勞工於勞動契約中，基於誠信原則而產生對雇主之不作為附隨義務¹¹⁴」，既然競業禁止是勞動契約中基於誠信原則產生的不作為「附隨義務」，則何須雙方再以書面約定。且若雙方有約定該義務，其依據即為約定，而非依民法中有帝王條款稱號、卻常居於輔助地位的誠信原則。

「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，避免形成惡性營業競爭之功能¹¹⁵」。前已提及，附隨義務僅能依誠信原則，若以約定將附隨義務明確化，雙方已明確約定「附隨義務」之內容、時限、範圍，甚至違反後賠償或違約金等，即已從附隨義務變為主給付義務，而不能再附隨於勞動契約的主給付義務之內。換言之，附隨義務的依據只能為誠信原則，不能來自法定、更不可能來自約定。只要離職後競業禁止義務，是經雙方所約定的，就不可能被定性為契約附隨義務。

¹¹³台中地方法院 92 年度訴字第 2660 號民事判決（高鼎化學公司案）、
台北地方法院 92 年度勞訴字第 60 號（賀眾公司案）。

¹¹⁴台灣高等法院 91 年度勞上字第 37 號民事判決（香港商永久公司案）、
台灣高等法院 93 年度勞上易字第 40 號（益亞公司案）。

¹¹⁵高雄地方法院 95 年度訴字第 3039 號民事判決（祐詮工業公司案）。

「現今通說業已承認契約後競業禁止義務，亦即契約關係消滅後，當事人尚負有某種作為或不作為義務，以維護給付效果，此乃因勞動契約係具有人格法上性質之特別結合關係，除一方服勞務，他方支付報酬之給付義務外，在當事人間尚產生所謂之附隨義務，即勞工對雇主負有忠實義務，而雇主對勞工則負有照護義務¹¹⁶。」同樣也將勞工離職後保守營業秘密的附隨義務，與競業禁止義務混淆。

如第二章第二節第一款所述，主給付義務、及從給付義務為契約之構成成分，於契約成立、生效時即應存在。若契約為雙務契約，尚須受公平、對價的檢驗。在履行主給付義務、或從給付義務的過程中，發生有締約時雙方不可預知的環境、情狀等等因素，須額外產生非主給付義務、或從給付義務外的其他義務，該義務即係僅能基於誠信原則、而不能依約定、契約文義、或法律規定得出的附隨義務。

在契約履行的過程中，特別是像「繼續性契約」，有可能隨著契約履行階段，生出為契約文義範圍以外也非法律有規定，然基於誠信原則，若不解釋為義務，將有害於債之本旨或主給付義務的履行。而此一義務，因無法源自契約之約定、也無法源自法律，為當事人締約時不知且非可得而知者。該義務方稱為附隨義務。

離職後競業禁止義務非屬勞動契約的附隨義務，其目的雖為保護營業秘密，卻不能與保守營業秘密此一義務劃上等號。無論競業禁止是否等同於營業秘密，離職後競業禁止「約定」、「約款」、「特約」、「契約」，即表示雙方曾合意，而非依誠信原則得出的附隨義務，可以確定的是，競業禁止經約定有特定的範圍、時限、內容、違約金等等，即不可能解為附隨義務，亦非能解為勞動契約之一部。雙方設有明確的義務內容，只能視為主給付義務，該主給付義務即成為另一契約，而非勞動契約。所謂「離職後」當指勞動契約之效力已消滅，在勞動契約消滅後，仍有主給付義務存在時，該主給付義務，無法解為係本於已消滅之勞動契約所生，只能解為另一契約之主給付義務，除勞動契約外，僅競業禁止約定可能為契約。是以，離職後競業禁止，並非勞動契約的附隨義務，也不是勞動契約的一部分，約定本身即為契約，而離職後競業禁止的不作為義務，即為該契約之主給付義務。

¹¹⁶台灣高等法院台中高分院 94 年度上易 15 號民事判決（源利電磁公司案）。

第二項 離職時判斷約定有效性不合法理

如果將離職後競業禁止約定，認為是勞動契約一部分、而解為勞動契約義務，則離職後競業禁止約定與勞動契約，概念上係同一法律行為，勞動契約是否有效，應於就職時即須判斷。即使因繼續性契約的特性，也至少於簽訂競業禁止約定時，即須判斷是否有效。一個法律行為有效與否，不可能在該法律行為因終止而消滅、或失其效力之後，才判斷其有效性。若競業禁止約定無效，依民法第 111 條本文，全部皆為無效。亦即離職後競業禁止約定若無效，將使勞動契約全部皆應為無效、欲維持勞動契約之效力，唯有適用第 111 條但書，使離職後競業禁止部分無效¹¹⁷。

以下所引的實務判決，可以證明，若將競業禁止視為勞動契約的一部分時，因約定離職後競業禁止義務之際，勞工大多尚未離職，有效性判斷時點若依法理，應於雙方簽約時，最遲也須於勞動契約有效期間、而非以離職時，作為判斷時點。雙方簽訂競業禁止約定之時點，勞工並未離職，理論上也無法預知會於何時離職。故競業禁止時限的合理性，不應以離職之後才確定的勞動契約有效期間作為衡量。

第一則案例認為勞動契約為終身聘用，即使約定時限比勞動契約期間更長，也不因之解為顯失公平。以法律行為有效性判斷時點之法理來看，並非不合理。第二則案例，則認為勞動契約有效期間僅五個月，要負擔二年的競業禁止時限，顯不合理。可知法院是以離職時之事實為判斷基礎，而離職時勞動契約已失效，若將競業禁止約定解為勞動契約一部分，則法院不在勞動契約期間判斷有效性，即有違法理。然而，在審理時法院的確已經知道被告何時離職，年資究竟多久？勞工在職僅五個月，卻要負擔二年的競業禁止義務，法律感情上確實不能接受。若以離職、即勞動契約終止時，判斷競業禁止有效性，事實上已認同獨立契約說。

¹¹⁷此點似乎即為高雄地方法院簡易庭 97 年度雄簡字 1719 號民事判決（五洲國際公司案）之理由：「勞動契約具有高度從屬性，即人格從屬性，雇主有指揮命令權勞工有服從義務與經濟從屬性，勞動契約並有繼續性，附隨義務多，例如就退休金給付即有認為係薪資後付之附隨義務，因此勞動關係終止後之競業禁止約定並不能完全以民法第 247-1 條之標準予以審查，否則所有勞動契約都難逃被認定為顯失公平而被宣告為無效之命運。」

第一款 大熏煙酒案：以終身僱用制推斷時限合理性

南投地方法院 93 年度訴 225 號民事判決（大熏煙酒公司案），判斷時限是否合理時，認為「被告任職原告處，聘僱契約中並未約定期間，非屬短期、定期之勞動契約，本於勞動基準法第 57 條終身僱用之精神，原則上被告得長期在原告處任職，是系爭約定僅限制不得競業之時間為一年，尚不致危害被告之經濟生存能力，應屬合理。」

本件被告於原雇主受僱期間，共一年六個月，約定競業禁止期間卻長達一年。在原告提出訴訟的時點，勞工已經離職，受僱期間共有多長，早已是確定之事實，何不以實際受僱期間判斷，而以「終身僱用之精神」，認為一年之期限應屬合理？

若認離職後競業禁止約定為勞動契約的一部分，其推論並無不當之處。反之，既認為該約定為勞動契約之一部分，不以包括競業禁止義務在內的全勞動契約，作為離職後競業禁止所約定之時限，是否合理或顯失公平的基準，方為不合法理。

民法第 72 條或第 247-1 條等，皆明文規定應以「法律行為」作為判斷依據。若離職後競業禁止約定為勞動契約的一部分，且簽訂競業禁止約定為就職之時，本於競業禁止約定為勞動契約一部分，當以簽約（就職）時判斷法律行為有效性。以勞動法上所謂的「終身僱用制」，比之於一年競業禁止期限，如何能說不合理？

當然，提出訴訟時勞工已離職，何時任職？何時離職？法院審理時皆已知。以法律感情判斷，當知僅服務一年六個月，卻要勞工負擔一年的競業禁止義務，並不合理。然而，若採勞動契約一部說，離職後競業禁止約定的時限是否合理，應以簽約時、而非離職時判斷。若認為此判斷不合理，心中實已認同獨立契約說。

若是認為離職後競業禁止約定，並非勞動契約的一部分，而主張獨立契約說。該契約因停止條件之作用，雖然是在勞動契約有效期間內簽訂，卻並非即時生效。競業禁止約定，於離職才開始發生效力。在判斷時限的合理性時，實際受僱期間，才能作為競業禁止時限的比較對象。可知勞方的主張，實係以獨立契約說為基準，是否合理，非以年資與離職後競業禁止時限衡量，而應以離職時與契約內容判斷。

除前引之見解，明顯係以全體勞動契約，作為判斷對象以外，尚有以下理由：「系爭約定乃合理適當且不危及被告經濟生存能力，無妨害被告工作權之虞，亦與公序良俗無違，更未有被告陳稱之加重被告責任、對被告有重大不利益，按其情形顯失公平之情事，故其約定自為有效」。該判決理由以勞動契約為審查對象，才有可能說是未加重被告責任、對被告未有重大不利益，按其情形亦非顯失公平。

第二款 敦科科技案：以離職時年資推斷時限合理性

與南投地方法院 93 年度訴字 225 號民事判決（大熏煙酒公司案）以終身聘用衡量恰好相反，板橋地方法院 93 年度訴字第 4917 號民事判決（敦科科技公司案），卻是認為：「被告任職原告公司期間不過五月，卻須負擔二年內不得從事相同或類似業務之責任，兩相對比自應認為本件系爭服務及保證合約所列上開約定亦顯失公平」。由此可知，法院認為任職只五個月，二年競業禁止時限，顯然不公平。若主張勞動契約一部說，在訂立約定的當下勞工尚未離職，通常也不知何時離職，本於勞動契約應為終身僱用制，法院為何不以「終身僱用之精神」為比較的基準，卻認為被告任職原告公司期間不過五月？可知法院判斷有效性的時點為離職時、即勞動契約消滅後，方能以在職期間的長短，來判斷負擔義務的時限是否公平。要作如此的判斷，不能認為競業禁止約定為勞動契約一部分，只能採獨立契約說。

第三項 在職期間視為代償

第一款 勞動契約一部說不能避免之漏洞

若雇主能以任職期間的給付，作為勞工承諾，日後離職將不與之競業的對價，雇主只須將原本計劃提高的薪資比例，以要求簽訂離職後競業禁止約定為前提，即可形成離職後競業禁止義務的「代償」。或是把按照勞動基準法或公司法等、本來就應該發放給勞工的分紅或盈餘，以員工簽訂離職後競業禁止約定為條件。這些名目只是技術問題，對價在商業市場上競爭的雇主來說，並無任何為難之處。

若採勞動契約一部說，卻認為須以代償作為要件，將面臨五個法理上的難關：

第一：雇主因那一項勞動契約的義務，須填補勞工因競業禁止而產生的損失？

第二：在職期間之給付，難以避免雇主主張是履行勞動契約所有義務的對價。

第三：在職期間之給付，有使勞工認為是薪資、或雇主解為員工福利的效果。相對於離職後給付，雇主通常會選擇前者，如此將無助勞工競業禁止期間的生計。然而，既然皆是金錢，為何於在職期間的給付，會無助於勞工在競業時間之生存？其理由為：在職期間給付將被勞工視為薪資，難以因不知何時發生的離職而預留。

第四：勞動契約不一定必會產生「離職」事實，例如因死亡使勞動契約消滅，則若將在職期間的給付解為競業禁止代償措施，該筆給付將有可能解為不當得利。

第五：解釋為離職後競業禁止對價的該筆給付，法律上必然會造成重複評價。

第二款 重複評價與不當得利

勞工在職期間亦須負保密義務。所領「保密津貼」實為工資。若解為代償，該筆保密津貼，除可作為工資外，亦可作為競業禁止的代償，等於第二次評價。最後再被法院作為審酌違約金酌減的依據，等於同筆給付，在法律上被評價三次。

在職期間給付，無論名目為股票、紅利、或津貼等，對於勞工而言並無不同，皆被勞工視為薪資。早期台灣電子業界，因促產條例優惠及當時使用的會計準則，雖然股份有限公司股票面額僅十元，卻能於資本市場換取數倍、或數十倍的金錢。以經營者的眼界來看，該給付無須認列為成本，但本質仍屬薪資。變換給付名目，是利用政府給予的租稅優惠、或會計準則的漏洞，在雙方皆認為是薪資的前提下，以會計名目，使投資市場產生錯誤評價。電子業的從業人員，相對於薪資較高的、寧願選擇薪水低股價高的公司。因對勞工而言在職所得無論何種名目，皆是薪資。

同樣地，公司於招攬員工時，在職期間任何給付，雇主都會解釋為員工福利。簽訂時尚不知何時離職，勞動契約期間皆未離職，給付解為代償豈非不當得利¹¹⁸？

若在職期間給付、與在離職後競業禁止時限給付者，皆可被視為代償措施。以代償為簽訂競業禁止前提，雇主當然會選擇在職期間給付。既能視為員工福利，又能拘束離職後的員工，使之不得競業。雇主的「三個願望」將可「一次滿足」。在職期間給付於勞工眼裡皆為薪資，雇主無須增加成本，只須挖東牆補西牆即可。

誠如上述，若將競業禁止視為勞動契約之一部分，法理上有何依據要求雇主簽訂競業禁止須給付代償？雇主主張工資或恩給性給與為代償有何不合理之處？

若主張在職期間之給付，可作為令勞工於離職後，仍遵守競業禁止的代償，則因勞工死亡等緣故，使勞動契約消滅，自始至終皆無離職後競業禁止可適用時。勞工於在職期間取得、被認為係代償的給付，豈非無法律上之原因而受有利益，應該被評價為「不當得利」？以上同樣適用於離職後競業禁止約定係屬無效者，若約定無效，則該筆代償，也將被評價為不當得利¹¹⁹。如此解釋，似乎太不合理，然而，只要主張離職後競業禁止約定為勞動契約的一部分，必然會得出上述結論。

¹¹⁸台灣高等法院 102 年度勞上字第 53 號民事判決，本案鴻海公司，即以不當得利作為請求權基礎。

¹¹⁹不當得利請求權，若經返還範圍的檢查後，該筆給付是否有義務返還，則是另一個層次的問題。

第二節 正面論證：獨立契約說

本文第二章以實務及學說所用的文字，分析文字背後所藏的法律性質為何？並說明勞動契約一部說之問題。本章第一節則說明，為何勞動契約一部說不可採。

首先，競業禁止義務非附隨義務。不論從約定的義務，即不可能是附隨義務；或是從附隨義務不可能承載約定如此明確的時限、範圍、內容、效果及違約金等；抑或從勞動契約之附隨義務，為保守營業秘密的義務，而非離職後競業禁止義務，而競業禁止，是將保守營業秘密義務，以要求員工離職後不競業為提前保護手段，認為競業禁止是附隨義務，是將保守營業秘密義務、與離職後競業禁止義務混淆。以上在於闡釋，離職後競業禁止義務，既依約定即非附隨義務、而為主給付義務。

其次，競業禁止有效性判斷時點，若採勞動契約一部說應於契約成立時判斷。在「終身僱用制」的前提下，若以契約成立時點，判斷在職期間與競業禁止時限，則離職後競業禁止的時限是否合理，不能以離職或勞動契約終止時的年資為衡量。

第三點，採勞動契約一部說，因離職後競業禁止約定，為勞動契約的一部分，故於服務期間給付所謂競業禁止代償，並無不合法之處，但顯然不合代償之意義。既然競業禁止為勞動契約一部分，則雇主所給付之工資、恩給性給與甚至退休金、資遣費等，解為履行勞動契約全部（含競業禁止義務）的對價，豈有不合理之處？離職後競業禁止約定既為勞動契約一部分，雇主給付勞動契約主義務即工資後，有什麼法律上的依據，可以要求雇主必須再給付「離職後競業禁止義務」的代償？

最後，採勞動契約一部說，不能避免競業禁止義務的代償於在職期間給付，在職期間的給付實為薪資或是福利，除可交換勞工於工作上的忠誠、及服務之外，還能以之取得勞工承諾離職後不競業的承諾及。若勞工違約，所謂的代償，還能作為違約金高低的依據。同筆給付可在法律上形成三種評價，違反重複評價禁止。

採勞動契約一部說，無法避免雇主以在職期間之給付，作為競業禁止的代償。若最終「離職」此一事實因故確定不會發生、或是勞動契約是因死亡而終止等，則在職期間被解為代償的給付，因已無法律上之原因，是否構成勞工的不當得利？

以上幾點，已可確定離職後競業禁止約定，不能解釋為勞動契約的一部分。誠如前述，不能為勞動契約一部說，就只能解為獨立契約。要證明獨立契約說，事實上只須證明，離職後競業禁止約定並非勞動契約一部分，即已完成論證程序。

第一項 契約要素無一欠缺

本章第一節，先從反面論證離職後競業禁止約定，並非勞動契約的一部分，本節則以正面說明，為何勞工與雇主於在職期間所簽署的離職後競業禁止約定，不能解釋為僅只是勞動契約中的約款，而是勞動契約之外的另一個獨立的契約？

從正面來看，約定離職後競業禁止時限、範圍、區域、甚至約定違約金數額，已不能再視為只是其他契約的從給付義務、或是附隨義務，而應解為主給付義務。自契約成立的有效要件來看，並未欠缺任何不能將競業禁止約定視為契約的要素。

所約定之違反競業禁止不作為義務的違約金，即原給付義務不履行的轉換。可從約定違約金的存在，證明離職後競業禁止義務，絕非勞動契約的附隨義務：違約金為給付義務違反造成的結果，如果是附隨義務豈有可能有違約金之約定？可知離職後競業禁止義務，其實為原有勞動契約外之另一契約中的主給付義務。無論主張勞動契約終止後，是否殘存有附隨義務，雙方約定之離職後競業禁止，皆無法只解釋為勞動契約的一部分。換言之，應認為係勞動契約以外的另一契約。

若有某法律事實，符合法律行為之所有要件，且無負面因素，使之不生效力。該事實也有主給付義務可為契約的定性，則該法律事實，於概念上即應視為契約。

上述內容實已完成獨立契約說、或「離職後競業禁止契約之獨立性」的論證。以下將進一步地，以法律行為無效係自始無效此一原則，推論為何應該以離職時作為有效性的判斷時點？並論證實然中的五標準說，實以離職時作為判斷時點，以本章所論證的應然內涵，再將實然的五標準說歸納於離職後競業禁止之應然。並證明實務及學說見解於其使用的文字中已表現、卻未察覺獨立契約說早已存在。

除競業禁止約定具備所有契約有效要件、並有主給付義務可作為定性以外。由法律行為自始無效此點來看，亦可知將離職後競業禁止視為勞動契約一部分，法理上實無可能。離職後競業禁止約定之法律性質，必然只能主張獨立契約說。仔細觀察當事人真意，當能發現絕大多數的離職後競業禁止約定，無論從其形式、或簽約時點來看，皆屬獨立於勞動契約外的另一契約。本文主張離職後競業禁止約定係為獨立之契約，並非自創，而係觀察當事人行為，將之分析歸納後的發現。

第二項 離職時為判斷有效性時點

第一款 法律行為無效係自始無效

法律行為之無效指法律行為當然、自始、確定不發生的效力¹²⁰，而自始無效者，指於法律行為成立者，即自始不發生當事人所意欲發生的效力¹²¹。「無效之行為，在法律行為當時已確定不生效力，即不得依據此項行為，主張取得任何權利¹²²。」

即使是繼續性契約亦是如此。「繼續性契約本身，與基於該契約衍生之繼續性個別給付，尚可儼然區隔。前者，有如預擬外套契約；後者，有時尚須另行個別而為意思表示之合致¹²³」。繼續性契約於法律行為成立時、或個別給付約定時、至少也應於法律行為消滅前判斷有效性，若無效即使是繼續性契約也應自始無效。

第二款 應然：效力必於離職時判斷

既稱離職後競業禁止，應自離職時才會發生效力。競業禁止約定是否有效，判斷時點不能於在職時或勞動契約有效期間。若將約定離職後競業禁止的行為，解為另一契約，契約生效時、即為離職時。有效性之判斷，係以約定生效時判斷，自無疑問。從法律行為效力論來看，競業禁止約定無法與勞動契約視為同一契約。

承上所述，離職後競業禁止約定，如果認為是與勞動契約屬於同一法律行為，則該法律行為應於就職時、或簽訂時、最遲也應於勞動契約有效時即須判斷效力。若認定為無效，依民法第 111 條本文，將導致勞動契約皆無效，欲維持勞動契約，只能適用但書，使競業禁止無效，而勞動契約其他部分有效。以離職時判斷競業禁止約定有效性，必然認為離職後競業禁止約定為另一契約。契約生效為離職時，有效性判斷係以競業禁止契約生效時為判斷基礎及判斷時點，如此方能合於法理。

¹²⁰王澤鑑，民法總則，第 540 頁，2014 年 2 月，王慕華出版。

¹²¹王澤鑑，民法總則，同上註。

¹²²最高法院 33 年上字第 506 號民事判例

¹²³邱聰智，新訂民法債編通則（上），第 41 頁，2003 年 1 月新訂一版修正二刷，作者自版。

第三款 實然：五四三標準判斷時點為離職時

從台北地方法院 85 年度勞訴字第 78 號民事判決「創設」「五標準」以來，常有事實審、特別是第一審法院引用或延襲之。雖然有時僅採其中四或三種標準、文字可能也有些許不同，然而，大致上總不脫上開判決所「創設」的五標準範圍。

五標準說也被主管機關引用。勞委會 89.08.21(89)勞資二字第 0036255 號函認：「勞資雙方於勞動契約中約定競業禁止條款，現行法令並未禁止，惟依民法第 247-1 條的規定，契約條款內容之約定，其情形如顯失公平者，該部分無效；另法院就競業禁止條款是否有效之爭議所作出之判決，可歸納出下列衡量原則：

1. 企業或雇主須有依競業禁止特約之保護利益存在。
2. 勞工在原雇主之事業應有一定之職務或地位。
3. 對勞工就業之對象、期間、區域或職業活動範圍，應有合理之範疇。
4. 應有補償勞工因競業禁止損失之措施。
5. 離職勞工之競業行為，是否具有背信或違反誠信原則之事實。」

由上述文字，可知五標準說中，第一標準、第二標準之判斷時點皆於離職時。

誠如上述，法律行為無效、係自始無效。若將競業禁止與勞動契約視為同一，判斷時點只可能落於勞動契約有效期間。而前開五標準，係以離職時之雙方情勢判斷有效性。競業禁止有效性的判斷、生效及無效等時點，皆非於勞動契約期間，若認為離職後競業禁止約定，係屬勞動契約之一部分，以上皆無法有合理的解釋，也難以適用五標準說。換言之，採五、四、三標準說者，實為主張獨立契約說者。

包括仍未採用五標準說之最高法院在內，無論以合理性或其他之審查標準，判決內容只要論及是否顯失公平，是否有違公序良俗、其企業之營業秘密如何？如何判斷競爭對象等，大多數是以離職時作為判斷雙方利益及勞工地位之時點，更遑論採用五、四、三標準的實務判決或學說，似乎對於判斷時點疑義多未察覺。

判斷競業禁止有效性之時點，落於離職而非簽訂時或勞動契約期間，法理上僅能主張離職後競業禁止非勞動契約一部分，而係另一獨立於勞動契約外的契約。

第三項 離職為停止條件為觀察當事人真意之發現

第一款 法律概念的目的

法律概念係為目的而生¹²⁴，其作用在於特定價值之承認、共識、儲藏。從而使之構成特定文化的一部分，減輕後來者為實現該特定價值所必須之思維以及說服的工作負擔¹²⁵。法律概念、及適用法律概念後的推論，雖不易為非法律專業者理解，惟只須適用法律後的結論，符合一般人民之法感情即可。推論過程雖然不易理解，然適用法律者所重視者實為結果。或可如此說明：多數人只論結果是否公平正義，推論過程並非適用法律者所關心的重點。法律概念不僅僅只為節省思考的負擔，也是法律人的共同語言。司法實務工作者、或是學者論述，應依法律概念為依據，方能有利於研究法律者的共同討論，並以法律概念，檢驗其論證過程是否有瑕疵。

基於上述之目的、特別是法律概念具有可儲藏價值的目的、減輕思維之負擔，概念化雖較「抽象」而難理解，卻非缺點。學習歐陸法體系者的起點必然為法條。以案例事實歸納於法律概念並適用法律，得出適用結果，其結果再以整體法秩序，檢驗是否合於整體法價值。上述過程雖然似為純粹邏輯活動，然而「案例類型—抽象—法律概念—法律適用—具體案例」此一過程，實隱涵著對法律價值的認識。

第二款 法律概念的「發現」

法律概念並非學者的創造，係學者觀察人類與規範相關之行為而「基於思辨行為（Spekulative Akte）的發現。這類發現使我們能夠認識到迄至目前尚未被人知悉的特定規則上關連¹²⁶」。法學上的發現，與自然科學的發現相同，係透過觀察進而歸類為法律概念。法律概念雖較不易依表面文字直接得以理解，然而，仍是本於觀察人類行為，再予抽象化後的結果。法律概念應稱為「發現」而非「創設」，法律史最有名之法學上之發現，可能是德儒薩維尼之「物權行為獨立性及無因性」。

¹²⁴黃茂榮，法學方法與現代民法（增訂六版），第77頁以下，作者自版，2011年9月。

¹²⁵黃茂榮，同前註，第84-85頁。

¹²⁶Hans Dölle, Juristische Entdeckungen。中文翻譯，請詳見：王澤鑑，法學上的發現，收錄於民法學說與判例研究第四冊，第3頁，譯者自版，1980年4月。

為說明離職後競業禁止約定的法律性質，應解為勞動契約之外的另一契約，此係觀察當事人之約定行為而得到的發現、並非本文所創設而為法學上的發現。雖然不容易被非法律人所理解，然而既為觀察適用法律者的行為所整理出來的，應有比外觀更深的內涵。以下以物權行為獨立性及無因性之發現及其法律概念，雖曾遭學者誤會有違日常生活常情、實則更符合當事人間的正義及其利益狀態。以物權行為獨立及無因性的再詮釋，說明離職後競業禁止約定應採獨立契約說，雖看似有違常於勞動契約、或任職中簽訂的外觀，實則如此才符合當事人之真意。

因有物權行為獨立性及無因性存在，物權行為與債權行為之效力分離適用，適用後的結果，即使一生皆浸淫民法的學者，也常懷疑物權行為存在是否合理？是否應將物權行為無因性相對化？或是把物權行為獨立性也埋進歷史的灰燼中？

本文試以物權行為如何被「發現」，及學說批評物權行為適用具體案例時，結果似有「望之不合理」之處，就上開批評為物權行為無因性符合法價值辯護。用以間接說明，何以本文主張之獨立契約說，為法學上之「發現」而非「創設」。以下證明物權行為獨立性及無因性，是以民法理論為基，觀察人類行為後之發現。此一發現，本即是觀察當事人之行為所得的結果，適用之結論，更符合法律價值。

按王澤鑑教授之研究，「無因性原則是由德國法儒薩維尼（Savigny）提出，可謂是一項重要法學理論的創設。薩維尼於十九世紀初期在其大學講義中即曾指出，為履行買賣契約或其他以移轉所有權為目的之契約而踐行之交付，並不是一種單純的事實行為，而是含有一項移轉所有權為目的之物權契約。在其 1840 年發表之名著『現代羅馬法之體系』薩維尼謂：『私法上契約，以各種不同制度或形態出現，甚為繁雜。首先是基於債之關係而成立之債權契約，其次是物權契約，並有廣泛之適用。交付（Tradition）具有一切契約之特徵，是一個真正之契約，一方面包括占有之現實交付，他方面亦包括移轉所有權之意思表示。此項物權契約常被忽略，例如在買賣契約，一般人只想到債權契約，但卻忘記 Tradition 之中亦含有一項與買賣契約完全分離，以移轉所有權為目的之物權契約』而無因性是因薩維尼主張：「Tradition 雖有錯誤，但仍完全有效，喪失所有權之人，僅能依不當得利之規定請求返還¹²⁷。」

¹²⁷王澤鑑，物權行為無因性理論之檢討，收錄於民法學說與判例研究(一)第 283 頁，1988 年 9 月。

物權行為獨立性與無因性，與本文所主張將訂立於勞動契約在職期間的競業禁止約定，解為獨立於勞動契約外的另一契約，同樣被認為有「違背生活常情¹²⁸」、「無因性理論將當事人的地位由物權請求權人（所有物返還請求權），貶為債權請求權人（不當得利請求權），殊為不利，加以善意取得制度已足保護交易安全，故學者乃主張，應突破物權行為無因性，使之與債權行為同其命運¹²⁹。」

薩維尼所強調的物權行為獨立性及無因性，為「法學上的發現」而非「創設」。他觀察人們所制訂的買賣契約，發現人們日常買賣時，除「買賣」之債權行為外，尚有交付物品之行為，基於當時已建立的「意思表示」及「法律行為」等法概念，可知除債權行為以外，尚有另一獨立於債權行為外的法律行為，謂之為物權行為：「交付（Tradition）具有一切契約之特徵，是一個真正之契約，一方面包括占有之現實交付，他方面亦包括移轉所有權之意思表示」，物權行為獨立性因而被發現。物權行為既然是獨立於債權行為之外的另一法律行為，基於原來早已形成概念的法律行為理論，除法律有特別規定之外，每一法律行為都應作一次的有效性判斷，每一個法律行為所應適用之效力規定、即使二個以上的法律行為，適用同一法條，也應分開分次適用。所以，物權行為有獨立性必定有無因性，此為概念化之結論。

論者認為「此項制度違背生活常情」。事實上物權行為正是薩維尼觀察人們的日常生活所發現，物權行為於人類群體生活中，真實存在著，方為「生活常情」。薩維尼僅將法學上之發現，整理成法律概念，如此而已，物權行為並非由他創設。

所謂之「無因性理論將當事人的地位由物權請求權人（所有物返還請求權），貶為債權請求權人（不當得利請求權），殊為不利」等，實則，法律行為效力規定，判斷客體皆為單一、而非數個法律行為。若物權行為之原因行為依法應解為無效，基於法律行為之效力規定，係以單一法律行為為客體，適用者亦為單一法律行為，如債權行為瑕疵於物權行為亦存在，則同一法律之適用，亦為法律的第二次適用，法律行為的效力規定，若只適用一次，不能使兩個以上的法律行為同時歸於無效。故而，可知物權行為無因性，是物權行為獨立性的概念存在後，必然產生的解釋。

¹²⁸王澤鑑，物權行為無因性理論之檢討，收錄於民法學說與判例研究(一)第 286 頁，1988 年 9 月，作者自版。

¹²⁹王澤鑑，民法物權，第 84-85 頁，2011 年 8 月，王慕華發行。

如前述，物權行為並非薩維尼之創設，而係在發現前，即已存在的法律事實，本於意思表示、法律行為等既有理論，發現人們於生活中涉及物權讓與的事實時，除債權行為外，當事人間，尚有「交付」此一法律事實。交付將使物權產生變動，當事人間移轉物權時，讓與人有意讓與物權的意思表示，受讓人有受讓之意思表示，兩者皆為意思表示、且可合致為契約，顯然是獨立於債權行為外的另一法律行為。

希望物權變動之對向意志，本即合於意思表示定義、也能形成物權得喪變更，不能不將其合意視為契約，也不能說那不是法律行為。在民法體系的法律概念中，既將意思表示定義為如此，經觀察後發現、並承認物權行為存在，也是必然結果。以歐陸法系的民法體系來看，承認物權行為存在，就等於承認物權行為的獨立性。既然承認物權行為有獨立性，即使兩個不同法律行為，概念上有依存或相生關係，是否有效力上的瑕疵，本於法律行為效力的判斷對象，以單一法律行為作為客體；即使兩者的瑕疵係同一原因，應適用同一法條解釋效力，該法條也經過兩次適用，而非僅適用一次。易言之，有依存關係之法律行為，例如，債權行為及物權行為，效力也必然經過二次的判斷。若瑕疵只存在於債權行為、而不存在於物權行為中，除非依法律規定同其命運，否則也不能將物權行為、解釋為與債權行為同一效力。此即為物權行為無因性。換言之，物權行為無因性，係承認物權行為之後的必然，而物權行為，於現有意思表示的定義下，觀察人們的行為，也不能不承認其存在。

既然當事人以所作之意思表示，發生所有權或其他物權得、喪、變更的效果。若該物權行為，不能以法律行為之效力規定使其無效。本於自己所作之意思表示，而使物權發生得、喪、變更時，雖然債權行為解為無效，為所作之意思表示負責，而本於物權行為存在必然產生的無因性，從有對世效的物權請求權人轉變為債權請求權人，豈非更符合法律的基本價值？如何能謂為「此項制度違背生活常情」？若為自己有效的意思表示而負責，使表意人「殊為不利」，豈非更顯出公平正義？！

雖物權行為有效使其與原因行為命運迥不相同，對信其行為有效者尚有善意取得制度保護。善意取得制度係基於信賴保護由立法者創設，與物權行為無因性或「相對化」等概念，並非必然相伴而生。真正與無因性相伴而生者為不當得利。若不適用物權行為無因性，如何解釋一個有效的意思表示，法律上卻毫無評價？適用物權行為無因性後的結論，反更突顯出物權行為、此基於觀察而發現之概念，本即為當事人真意。適用物權行為無因性後，與當事人真意相同、甚至更具價值。

第三款 獨立契約說是「觀察」後必然的「發現」

由上述對於物權行為無因性理論之說明，可知若能仔細觀察人們日常生活中有關於規範之行為，善用法律概念予以解釋歸納、即「由具體到抽象」之適用。經抽象後，若發現人們所為相同、或類似之法律事實，可抽離出共同的概念特徵，即能將該特徵歸納為法律概念。若歸納所得之概念，於現有法體系中並無相同者、且與其他概念不相違背，並有概念化之實益、及價值等，即可能係法學上之發現。

如同觀察人們行為後，可發現「交付」此法律事實中，含有兩造之意思表示。而物權行為，於現有意思表示的定義下，觀察人們的行為，也不能不承認其存在。同樣的，觀察離職後競業禁止約定在實務上的操作，可發現義務非來自勞動契約、而且，也非勞動契約可以解釋。簽署與適用之間的時間差，源自停止條件的作用。

發現離職後競業禁止約定，為勞動契約外的另一契約，以下問題即迎刃而解：何以學者多認為應有代償措施，卻有一半左右的判決，認為雇主無給付代償義務。何以雇主違法解僱、法律上勞動契約並未終止，在根本未能解為「離職」情況下，何以會認為「不能適用」離職後競業禁止約定？何以工作規則，不應視為離職後競業禁止義務依據？何以人事保證之保證範圍，不應包括離職後競業禁止義務：若競業禁止約定，屬勞動契約的一部分，則人事保證契約既為勞動契約的從契約，何以多數學說及判決，會認為人事保證的範圍，不包括離職後競業禁止義務履行？

獨立契約說，係觀察人們所為法律事實後、予以概念化後所必然產生的推論。其結果符合人們對公平正義之期待。若離職後未給付代償，則競業禁止顯失公平、不能解為有效，形同離職後競業禁止約定必為有償契約。雇主若欲使員工不競業，必須付出代價，將較能慎重地考慮，所擁有的營業秘密，是否值得給付代償交換員工承諾離職後不競業，約定競業禁止時限及違約金等也能以代償的多寡為衡量。

本文雖然最終以獨立契約說作為結論，然而思考問題的起點，仍為勞動契約。本於勞動契約之本旨，當事人若未約定離職後競業禁止，是否仍有相同的義務？雖其答案應為否定。然而，欲回答上開問題，須探討勞動契約之附隨義務為何？而得知勞動契約終止後，無論有無約定，離職後仍有保守雇主營業秘密之義務。若為預防員工離職後競業，而可能洩露營業秘密，將保守營業秘密義務提前保護，即須簽訂離職後競業禁止約定。故可知競業禁止雖與營業秘密相關，卻並非相同。

離職後仍須保守營業秘密，為勞動契約的附隨義務，雙方約定離職後不競業，係原附隨義務的提前保護。此兩種義務相關、卻全然不同。保守營業秘密的義務，係不洩露原雇主的營業秘密，義務內容為：禁止洩露工作中，所得知的營業秘密；而競業禁止義務，卻是負擔離職後、與前雇主競業的不作為義務，兩者迥然不同。前者為勞動契約之附隨義務，本於誠信原則，無須約定；後者於勞動契約終止時，始生效力，不能解為勞動契約的附隨義務或、後契約義務，該約定本身即為契約。觀察當事人行為，無論於就職時、任職中、或離職之際約定，皆於離職發生效力。勞動契約終止後，僅有營業秘密保守義務，並無競業禁止之義務。且離職時勞動契約已消滅，可知競業禁止約定，不能解釋為係勞動契約一部分，而為獨立契約。

何以生效與簽約時點不同？觀察當事人之真意可發現係以離職為停止條件，足以解釋為何簽訂時點、與生效時點不同。有效性判斷也不受限於簽訂契約時點，而可從離職時雙方之狀態來判斷。雇主若違法解僱勞工，依民法第 101 條第 2 項，係故意以不正行為促使停止條件成就，雖然法律上勞動契約仍然續存、而未終止，但因條件確定不成就，可確定受違法解僱的勞工，無須負擔約定之競業禁止義務。

發現離職後競業禁止契約獨立性後，可知未有代償措施，除解為無償契約外，亦為單務契約。該契約將無法通過民法第 247-1 條、及民法第 72 條的審查。從而，雖未有法律明文規定應有代償措施，仍然可解釋為離職後競業禁止必為有償契約。

現代社會分工精細，員工通常僅於公司的某一部門任職，所知也限於其職位。故無須以雇主之所有的營業秘密，作為對象；凡有競業可能者，勞工皆不得就業。因為限制就業的對象為勞工，故所應保護之雇主營業秘密，限於勞工可能得知者。「可能得知」，係以勞工所任職位、及工作機會決定。雇主所欲保護之營業秘密，即為雇主令勞工禁止競業，所能得到的利益。其與勞工所負擔的義務，必須相等。限制勞工競業禁止的範圍，亦須以勞工所可能得知雇主的營業秘密，為限制範圍。

競業禁止時限應有多長？與雇主所處之產業為何、及其營業秘密價值有關。司法以第三人角度，實難以判斷。然而若競業禁止須有償、且所負義務有對價性，因有對價，雇主將以其營業秘密之價值與可能洩密的風險，考量競業禁止的時限。因時限愈長代價愈高，司法作為第三人而判斷困難、當事人的法律風險也會降低。

依上所述，可得競業禁止契約之定義、內容、及契約是否有效等之判斷標準，此即為離職後競業禁止契約之應然，五標準為學說及判決經常使用、可謂為實然。

實然如何歸於應然？或可如下述方式操作：

應然：競業禁止目的係雇主提前保護勞動契約終止後、仍須保守的營業秘密。故須以勞工之職位、及工作上可能得知的營業秘密為範圍。並以競業禁止之時限、範圍、區域、內容及違約金，與雇主對勞工失去就業自由所給付之補償形成對價。

五標準歸於應然，應以第二標準「勞工在原雇主之事業有一定之職務或地位」及第三標準「限制勞工就業之對象、期間、區域或職業活動範圍」二者共同使用、以第二、第三標準為範圍，即為：「以勞工在原雇主事業之職務或地位為依據，決定禁止勞工就業之對象、期限、區域或職業活動範圍」。競業禁止義務的相對，即為雇主的利益。而第二、三標準即是勞工之不作為義務應有內容，故第一標準「企業或雇主須有依競業禁止特約之保護利益存在」、第五標準：「離職勞工之競業行為，是否具有背信或違反誠信原則之事實」。以第一標準，加上第五標準，共同形成具有相對性的勞工不作為義務、及雇主之利益。依上所述，可整理如下：「以勞工於原雇主之職務或其地位可得而知之營業秘密為核心，本於誠信原則而保守營業秘密，並以所知之營業秘密作為競業禁止範圍，而雇主之利益即為上開義務的相對利益」。最後，第四標準之代償措施，除與義務、時限等形成對價外，還可以輔助第三標準，使離職後競業禁止契約的範圍、時限等等的條件不致過寬。

學說認為離職後競業禁止約定的有效性判斷，應更嚴格、並以代償作為要件，若從台北地方法院的五標準說發展至今，至少經 25 年方於最高法院 99 年度台上字第 599 號民事判決，得到些微迴響。何況本文已論證，最高法院並未改變見解，之後也未再採代償要件說，甚至以在職期間給付為代償，作為酌減違約金之依據。解決離職後競業禁止爭議問題的第一要務，即為將其法律性質定性。民法第 72 條、民法第 247-1 條等之客體、亦即法律適用之對象，必為法律行為。確認法律性質，以所認知的法律性質，依法理套用概念，即可得出合法、且符合學界期待之結論。

本文雖有十七萬字，實則於百字內即可說盡：「反面來說，經約定一定時限及範圍、並設有違約金的離職後競業禁止義務，無法以勞動契約涵蓋；正面來說，雖然當事人是在勞動契約期間內訂立，卻是以『離職』作為停止條件的另一契約」。

本文雖然不認為五標準說，為填補法律漏洞的法官造法，卻認同此一法續造。只是強調須先論證競業禁止的法律性質，才能適用法律、於法條文義內解釋法律，進而提出有效性標準。於此前提下可將實然歸於應然，並以應然證明實然之合法。

第三節 學者及實務皆藏有獨立契約說的意識

本文認為離職後競業禁止約定，無論形式上是在勞動契約或僱傭契約之內，或是以保密切結書、同意書等等形式；也無論在就職時、任職中、或離職時簽訂；離職後競業禁止義務，不能視為原勞動契約之附隨義務，而是契約的主給付義務。該契約是與勞動契約相關、卻非屬勞動契約的一部分，本身即為獨立之契約行為。雙方約定以勞動契約終止、即離職時，作為停止條件成就的離職後競業禁止契約。以獨立於勞動契約外之契約，作為離職後競業禁止法律性質，簡稱為獨立契約說。事實上實務已有不少判決理由，分析後僅能採獨立契約說，學說亦有類似的說法。

如邱駿彥教授認為離職後競業禁止特約：「並非勞動契約本質上之主義務、從義務、或附隨義務，因此雇主如要課勞工離職後之競業禁止，必須勞雇雙方有特別約定才行¹³⁰」。既然離職後競業禁止義務，不是主義務也非從義務或附隨義務，義務僅能依另一契約產生。「特約」二字已指出，競業禁止為勞動契約外之契約。

林更盛、黃程貫教授，認為無代償約定者，應解為無償契約。基於同一契約，不可能同時具有有償契約、及無償契約兩種性質，亦可認定皆係主張獨立契約說。

誠然，勞工之所以取得雇主之營業秘密，係基於兩造之間所簽訂的勞動契約。然離職後競業禁止效力、與勞動契約並無重疊、此義務又廣於保守營業秘密義務，以競業禁止義務作為契約主給付義務，將之定性與勞動契約有關、卻非同一契約，方合於契約基本原理。須將離職事實，解為停止條件，如此解釋方合當事人真意。

無論依法理或當事人之真意，離職後競業禁止約定，僅能解釋為與勞動契約相關的另一契約。民法第 72 條、第 247-1 條評價對象，須為離職後競業禁止契約，法條所承載之價值才能正確而清楚地評價。若視離職後競業禁止義務，為勞工之附隨義務，將勞動契約也作為評價對象，必然衍生不以代償為要件、工作規則可視為依據、服務年資不能與競業禁止時限比較、人事保證於競業禁止期間仍有效、判斷競業禁止的有效性時點，無法落於離職時、在職期間給付可解為代償等問題，以離職後競業禁止契約為評價對象，始得以義務與代償相對、進而探知其對價性。

¹³⁰邱駿彥，離職後競業禁止特約之效力限制。月旦法學雜誌，第 222 期，第 30 頁。2013 年 11 月，元照出版。

雇主為取得勞工離職後、不競業的利益，而補償勞工因負擔競業禁止之損失，以代償措施，作為勞工負擔競業禁止之主給付義務的對價，方可謂之非顯失公平，纔有可能得以通過民法第 72 條、或第 247-1 條等關於競業禁止有效性條文之檢驗。

認識離職後競業禁止契約的獨立性，亦了解與之相關、卻非同一之勞動契約，兩者契約期間全然不同、評價上也不再被原有之勞動契約束縛，雇主再無理由以勞動契約有效期間之給付，作為代償措施的藉口，也將更容易顯出其不合理之處。民法第 72 條、民法第 247-1 條等以公平為衡量基準的法律，無須徘徊於勞動契約與離職後競業禁止契約間，得以競業禁止時限、內容、代償及違約金為衡平基準。

離職後競業禁止約定，因為不屬於勞動契約的一部分。故而，最高法院認為，得以勞工之繼續工作視為默示同意的工作規則，不能作為離職後競業禁止之依據。

作為勞動契約之從契約，無論當事人是否曾約定，保證人之人事保證之範圍，須包括競業禁止期間，皆不能適用於離職後競業禁止，也不能保證競業禁止期間。

簽訂離職後競業禁止契約的時點，可能為就職時、任職中、離職時等等情形，解釋當事人真意，效力皆於勞動契約終止時始發生，此即為競業禁止契約之附款：以「離職」作為競業禁止契約的停止條件之效用。此時，若雇主將勞工違法解僱，依民法第 101 條第 2 項，視為條件不成就。無論雙方約定的離職後競業禁止契約是否限定或不限定離職事由，競業禁止契約皆因停止條件不成就，確定不生效力。

約定競業禁止時限最長能為多久？實務判決認定時限是否合法的理由不一，甚至引用完全無法適用於民事爭議的公務員服務法，作為離職後競業禁止契約的時限依據等等亂象，因雇主欲要求勞工承諾離職後不與之競業，須給付代償措施。而代償措施，須與離職後競業禁止義務具有對價性。雇主於成本、代價等壓力下，會依其所須付出之代價，衡量營業秘密利益，考慮有無與員工約定競業禁止必要，須有如此的離職後競業禁止約定之契約制度，才有可能更為接近契約自由的真諦。

第四章 獨立契約說之展開

獨立契約說，係指離職後競業禁止約定之法律性質，並非勞動契約的一部分，而係獨立於勞動契約外的另一個契約行為，故應予以正名為離職後競業禁止契約。

前一章先以反面，論述為何勞動契約一部說不可採，再正面說明獨立契約說。本章則係完成離職後競業禁止約定、應屬契約行為的論述後，以前三章作為基礎，定義離職後競業禁止契約，並闡述離職作為停止條件、及條件擬制不成就等規定，說明雙方之權利義務等契約內容，及離職後競業禁止契約的效力及有效性判準等。

第一節 概念

第一項 定義

觀察雙方約定離職後競業禁止，其書面或簽訂於就職時、任職中、離職時，然皆以離職為生效時點。營業秘密與禁止對象，依當事人真意亦以離職時判斷。離職後競業禁止契約之生效，與勞動契約終止，僅僅「擦身而過」，而無交錯。不能視離職後競業禁止約定，為勞動契約之一部分。簽訂時點與生效時點之落差，係因雙方約定之競業禁止契約，附有以「離職作為停止條件」此一法律行為附款。

離職後競業禁止約定，雖為獨立之契約行為，然仍與勞動契約的關連性甚高。通常僅有如「離職後若干年內不得競業」等文字，其內容仍須透過解釋方得完整。契約文義的解釋基礎即為契約之本旨，判斷契約本旨，應先判斷為何有訂約必要？簽訂契約的當事人所期待達成的目的為何？此二點，應屬契約之本旨的判斷依據。

兩造當事人於簽訂離職後競業禁止契約前，尚有勞動契約同時、或先時締結。勞動契約與競業禁止契約有極密切之關係，前者可解為後者之原因、或者是動機。是以，若欲明瞭離職後競業禁止契約之契約本旨、及其訂定之契約目的，應先問：若未有離職後競業禁止約定，本於勞動契約、是否無法使勞工負擔不競業之義務？

從營業秘密法及刑法等規定可知，即使雙方未曾約定，自誠信原則亦可導出勞工離職後，對於前雇主的營業秘密仍有保守義務，與是否曾簽訂相關約定無關。

競業禁止所約定之義務，及其所相對的利益，若僅以雇主是否持有營業秘密、勞工是否因競業而洩密等結果為內容，因與未約定之效力相同，顯然無締約意義。離職後競業禁止契約目的，雖為保護雇主營業秘密而設，卻非僅為保護營業秘密。

以勞工工作內容，並非雇主全營業項目觀點來看，衡諸契約目的及兩造情勢，簽訂競業禁止契約，係以離職後不競業，作為保護勞工可能得知營業秘密的手段。

勞工離職後若與雇主競業，雇主的營業秘密、遭前員工洩密風險即可能增高，且何時洩密、那些秘密可能遭洩、是否因此增加競爭風險？皆因勞工於競爭對手處工作而難以得知。為避免風險增高，遂與勞工約定於某年限內禁止離職後競業。雇主通常會約定違約金，以避免損害賠償的舉證責任，同時使契約產生嚇阻效果。以上之動機及其內容，方為雇主與勞工事先約定離職後競業禁止契約之締約目的。

換言之，離職後競業禁止契約的目的，雖為保護雇主之營業秘密，然究本質，因員工離職後，若與之競業，雖非必然，但確實較有可能洩露前雇主之營業秘密。故雇主將其對營業秘密的保護、同時也是勞動契約之附隨義務，提前至禁止競業。是以，義務核心應以勞工於原雇主之職位及工作可得而知¹³¹之營業秘密作為範圍。

義務的相對即為權利或利益。故而，雇主雖有眾多營業項目之機密應予保護，範圍亦僅限於：客觀上居於勞工職位可得而知者，雇主限制競業範圍亦僅止於此。若雇主無營業秘密，即失契約之意義；若勞工無法得知者，亦無禁止其競業必要。

離職後保守營業秘密，因為原勞動契約之附隨義務，然而競業禁止非經約定，不能使勞工負擔。勞工負擔之義務、即雇主取得之利益，其利益非營業秘密本身，而係禁止員工離職後，與原雇主競業，以提前保護其工作上可得而知的營業秘密。為使勞工負義務，雇主須相對給付對價，方得通過民法第 247-1 條及第 72 條檢驗。獨立契約說，可將代價與勞動契約之給付切離，且能判斷多少代價始可稱為對價。

可知，離職後競業禁止契約應定義為：「雇主為保護勞工於其工作上有可能取得之營業秘密¹³²，而與勞工約定離職後一定時限內，不得自營或受僱與其競業，雇主給付競業禁止代價為對價之有償契約，無論何時簽訂皆以離職為停止條件。」

¹³¹民法上之「可得而知」雖常指「有過失」。然而，當事人是否有過失，望似為主觀之價值判斷，事實上仍是依據當事人主觀為素材而以客觀的角度判斷。本處之可得而知，係因雇主無從得知勞工究竟持有那些營業秘密。故而應以勞工原職位、或所曾從事過之工作為素材，客觀判斷勞工可能有機會知悉，雇主持有那些營業秘密，即為已足，非必然為勞工實際知悉的營業秘密。

¹³²前已述及，契約為雙方當事人應遵守者，並非只有一方當然更非第三人適用，故契約應客觀化至兩造皆能認知的內容。只論雇主有無營業利益無意義（不作為義務拘束者為勞方而非雇主），然而只談勞工主觀取得的營業秘密，也沒有意義（雇主不一定知道勞工實際取得多少營業秘密）。

第二項 離職為停止條件

第一款 概說

使勞動契約停止其效力，若為定期契約，通常為時限屆至。若屬不定期契約，往往是一方行使終止權、或雙方合意終止。契約終止係繼續性之契約當事人一方，因他方之契約不履行（依法律規定者）而行使終止權，使繼續之契約關係向將來消滅之意思表示¹³³。若是雙方合意終止契約，權利及義務皆因雙方之合意而消滅。勞動契約既然已經消滅、或是說不能再繼續發生效力，則離職後競業禁止之約定，如何與勞動契約視為同一契約、使附有競業禁止約定之勞動契約，得以繼續有效？

解釋當事人之真意，競業禁止契約係於離職與否尚未定、也不知何時離職的狀況下所簽訂，係以離職或勞動契約之終止，作為競業禁止契約生效的停止條件。雖然，是否以停止條件作為法律行為之附款，為當事人之任意規定而非強制規定，雙方在離職與否、或何時離職皆未定前，約定離職後不競業，離職即為停止條件。契約雖未載明，然生效與否，繫於不確定發生之事實，性質上僅能解為停止條件。

第二款 離職為停止條件之成就

條件，指法律行為效力的發生或消滅，繫於將來成否、客觀上不確定的事實¹³⁴。停止條件，乃限制法律行為效力發生的條件，即以約定條件成就時法律行為生效¹³⁵。

離職後競業禁止約定及勞動契約，皆為繼續性契約，兩者契約期間並不重疊。離職時、即勞動契約終止時，離職後競業禁止契約因勞動契約終止，而發生效力。以停止條件，作為法律行為附款，法理上殊難想像以法律行為終止時為條件成就。可知若以離職為停止條件，必不能認為離職後競業禁止約定為勞動契約之一部分。

即使為定期性勞動契約，若簽有離職後競業禁止契約，則因時限屆至而離職，仍然應解為停止條件成就非期限屆至。理由為定有期限之勞動契約，仍可能續約，續約是否為同一契約，須依個案判斷之。然大多為同一法律行為，年資亦是併計¹³⁶。

¹³³邱聰智，新訂民法債編通則（下），第 584 頁。2003 年 3 月，作者自版。

¹³⁴王澤鑑，民法總則，第 467 頁，2014 年 2 月，王慕華出版。

¹³⁵王澤鑑，同上註，第 469 頁。

¹³⁶依勞動基準法第 10 條規定：定期契約屆滿後或不定期契約因故停止履行後，未滿三個月而訂定新約或繼續履行原約時，勞工前後工作年資，應合併計算。

第三款 違法解僱將使停止條件確定不成就

在 1936 年，曾公布但未施行之勞動契約法第 15 條規定：「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。」

離職若不可歸責於勞工，或雇主未有依法可終止勞動契約之權，卻違法解僱，雙方雖曾簽有競業禁止契約，是否仍須負不競業義務？若認無須負不競業義務，依據為何？競業禁止契約是否因此無效？何以解釋違法解僱時勞動契約仍存在？若認為義務仍存在，形同雇主對競業禁止之生效時點可恣意決定，又應如何解釋？

簽訂離職後競業禁止契約時，離職與否尚未定、也不知何時會離職的狀況下，解釋其真意，係以離職或勞動契約終止，為法律行為附款，即以離職為停止條件。

離職後競業禁止契約，係為保護雇主之利益而設。若離職此停止條件成就，係因雇主無正當理由，而非法解僱勞工所致，依照民法第 101 條第 2 項之規定，「因條件成就而受利益之當事人，如以不正當行為，促其條件之成就者，視為條件不成就」。可知，停止條件確定不成就，競業禁止契約也可確定不發生效力。

可解釋為係以不正當行為，促其停止條件之成就者，主要係雇主之違法解僱。上開法條，實係雇主違法解僱時，仍適用離職後競業禁止，吾人難以接受之理由。

所謂「勞工乃因不可歸責於己之事由而離職，其本無離職之意願及準備」，因而不使勞工負擔競業禁止義務，並不合債之本旨。離職後競業禁止契約之本質，係以維護雇主的營業秘密為核心，而以約定離職後員工不競業，為提前保護手段。如何會與勞工有無離職意願、或有無準備有關？揣測其理由，可能認為勞工若以與雇主競業為前提、而準備離職，帶走雇主的營業秘密的可能性及可責程度較高。

無論勞工離職時，是否有意願或有所準備，雇主之營業秘密內容皆無不同，應受保護之利益，也不因此而生影響。且離職後競業禁止之內容係禁止勞工競業，離職原因對於目的的達成豈會因之有所不同？揣測若自行離職時，可責性較高，或是較有可能保有雇主之營業秘密。然而，此種想像，並非以契約之本旨為依據。

上開可責性較高的說法，有可能是五標準說中第一、第五標準考量之因素。勞工因不可歸責於己之事由離職，若是認為此種離職（勞動契約法理上仍存在）不應負擔競業禁止義務。真正理由在於離職係雇主導致，特別指違法解僱的情形。

若不適用民法第 101 條第 2 項，則雇主違法解僱，依法不能發生終止效力。既然雙方之勞動契約，於法理上仍存在，何以有適用離職後競業禁止契約的必要？

被解僱的員工，實際上已不在雇主處任職，雖然在法律上勞動契約依然存在，仍有是否適用離職後競業禁止約定的爭議。此一事實，無論法律性質如何認定，兩說的結論並無任何不同。雖然法理上勞動契約未終止，實際上仍有討論之必要。

勞動契約既仍有效存在，何以會認為違法解僱時，不適用離職後競業禁止？既然於法理上勞工未離職，豈有適用離職後競業禁止的可能？問題本身即為矛盾。

法理上，雖尚未離職而仍有討論必要，例如勞工提起確認僱傭關係存在之訴，訴訟期間，勞工因生活所需，而須從事可能競業的工作時，即有可能發生爭議，故學者提出此法理上存有矛盾的問題，並非無的放矢。以勞動契約有效為前提，重點應在於，如何讓法理上仍存之勞動契約，使競業禁止約定確定地不生效力？若採勞動契約一部說，無法得出合理解釋。而獨立契約說認為離職為停止條件，因有民法第 101 條第 2 項之適用，可使離職此一停止條件，依法確定不能成就，而停止條件確定不成就，競業禁止約定確定不生效力。而且，勞動契約仍然存在。

若勞工提起確認僱傭關係存在之訴，而勞工因生活之所需，仍有工作之必要。勞動契約存在、而且離職後競業禁止契約確定不發生效力。在法理上，此為最佳、甚至是唯一的解答。否則，學說再有力的論述、或法官不惜引用外國法的努力，當事人僅須於契約上特別約定，強調無論任何原因離職皆適用，即可輕易破解。適用停止條件則民法第 101 條第 2 項相對地即係強制規定，不因約定而排除適用。

依上述見解，若有勞工離職原因係可歸責於雇主而非勞工時，法院以何理由，認為勞工應負擔、或不應負擔離職後競業禁止的不作為義務，將較容易看出法院的判決理由，何者較為有理？判決之主張或其判決之理由，是否有法律上之依據？

第一目 實務主張非可歸責勞工者不適用者

主張離職係因非可歸責於勞工之事由、無須負擔競業禁止義務的實務見解，要如何使之「不適用」，方法上各有不同。有認為離職後競業禁止之約定有效，但不合離職之文義；有認為離職後競業禁止約定，若未排除經濟性解僱者無效；有認為因非可歸責勞工離職，競業禁止約定無效，勞動契約應「向後失其效力」；更有以美國法上「不潔之手」的法則，認為雇主違法解僱不能主張競業禁止等等。

二、認為有效但不合「離職」文義

例如高雄地方法院 88 年度訴字第 672 號民事判決（宏泰人壽公司案），勞工遭宏泰人壽違法解僱，法院認勞工無須負競業禁止義務：「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，並不包括被告遭違法解聘之情形。」

本案上訴審，即台灣高等法院高分院 89 年度上字第 227 號民事判決也認為，「中途離職」應係可歸責於受僱人之原因離開職務，不包括被上訴人遭違法解聘。

要特別注意的是，上述二個判決，皆是認為兩造離職後競業禁止契約有效，本件案例係因勞方非自願離職，不符合「中途離職」文義而不適用競業禁止約定。

以上二個判決，皆以契約文義的解釋，使勞工因非可歸責於己之事由離職時，無須負擔競業禁止義務。誠如上述，雇主若違法解僱勞工，其終止權之行使無效，雇主與勞工之勞動契約，在法理上仍然存在。依本案事實，勞工至他公司就職前，似乎未依勞動基準法第 14 條第 1 項第 6 款終止契約。而且，第一審法院也認為：「勞動基準法第 12 條第 1 項第 4 款規定，……第 12 條第 1 項第 6 款規定，……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」。既然雇主之終止契約無效、勞工提起反訴請求雇主給付違約金，可以判斷勞工未行使終止權。則判決中有關於「中途離職」之解釋，又為何有其必要？若以契約解釋達成目的，則若契約規定「不論任何理由離職」皆有效者，似即不能以契約解釋達成其目的。

二、凡約定未排除經濟性解僱者皆為無效

板橋地方法院 91 年度勞訴字第 29 號民事判決（儀寶電子公司案）要旨為：「雇主依勞動基準法第 11 條、第 13 條但書及第 20 條規定解僱勞工時（即學說上所謂雇主經濟性解僱權之行使），勞工因不可歸責於己之事由而離職，其本亦無離職之意願及準備，揭禁憲法第 15 條所規定保障人民工作權之價值理念，及參酌現今社會趨於分工專業化之潮流，自不能令勞工就該不可歸責之事由負責，而限制勞工於離職後從事相類似之工作，甚而影響勞工之生存，是以於此情形，自應認雇主與勞工雙方間之競業禁止條款，已逾合理之程度，而違反公共秩序，該競業禁止條款於逾合理程度之部分，依民法第 72 條之規定，即屬無效。」

本判決認為，若因經濟性解僱而非可歸責勞工事由離職，無須負不競業義務。且離職後競業禁止約定，若未排除上開離職事由，已逾合理程度而違反公共秩序，該離職後競業禁止條款，於逾合理程度之部分，依民法第 72 條之規定，即屬無效。

法院認定離職後競業禁止義務使之生效的離職原因，必須先排除雇主經濟性解僱、或離職原因係不可歸責於勞工之事由者，才有可能通過民法第 72 條的檢驗。

本文多次強調，研究本議題時，須注意離職後競業禁止契約效力之判斷時點。若將離職後競業禁止之義務，認係本於勞動契約所生、或為勞動契約之一部分者，判斷該約定是否有效的判斷時點，應於勞動契約有效期間，而非以離職時的狀態。反之，認為離職後競業禁止約定為另一契約，始有可能以離職時狀態判斷有效性。上開法院見解認為離職後競業禁止「約款」，若未排除「雇主經濟性解僱、勞工不可歸責於己之事由而離職」者「雇主與勞工雙方間之競業禁止條款，已逾合理之程度，而違反公共秩序，該競業禁止條款於逾合理程度之部分，依民法第 72 條之規定，即屬無效」。依上可知，法院並非只有認定該系爭案件之競業禁止約定應解為無效，而且依其判決理由，若離職後競業禁止約定，未排除經濟性的解僱、或是未排除非可歸責於勞工之事由而離職者，只要遇有類似情形，皆應解為無效。故而，依上開判決之理由，無法確定其判斷無效的時點，係於訂約時抑或離職時。無論離職後競業禁止約定，是因訂立契約時、契約未區別離職之事由而應解無效；或因離職原因係不可歸責於勞工，適用上開原則認為契約無效，兩者結果皆相同。

三、契約應「向後」失其效力

高雄地方法院 93 年度訴字第 1592 號民事判決（國巨公司案）認為勞工若因不可歸責事由而離職時，競業禁止約定無效應向後失效「若雇主係因經濟性因素例如轉讓業務性質變更等，而解僱勞工時，勞工乃因不可歸責於己之事由而離職，其本無離職之意願及準備，依憲法第 15 條所規定保障人民工作之價值理念，及參酌競業禁止所得正當防止者係違背誠信或惡質競爭之行為，自不能令勞工就該不可歸責之事由負責，而限制勞工於離職後從事相類似之工作，甚或影響其生計。」

該判決主張競業禁止「違反公共秩序」（未引據條文）而無效：「於此情形，應認競業禁止約款已失其規範上之正當性，而違反公共秩序，應向後失其效力。」

本件高雄地方法院的判決理由，與上述板橋地方法院 91 年儀寶電子公司案，判決文字完全相同，同樣地亦如前所述，難以依判決理由推知所採法律性質為何。

前述板橋地方法院判決，至少曾引出民法第 72 條。而本件除憲法第 15 條外，並未明確說明應如何適用法律。理由中有「違反公共秩序」，似應指民法第 72 條。而民法第 72 條依規定，應認為「法律行為無效」。法律行為無效，係指自始無效。如何能解為「向後失其效力」？揣其真意，似應為勞動契約向後失其效力。然而，雇主若因經濟性因素而合法解僱或資遣勞工時，雇主係合法行使對於勞動契約的終止權，勞動契約係因終止權的行使而消滅，又該如何適用民法第 72 條之規定？

上述判決主張「向後失其效力」，不僅違反法律行為無效為自始無效之法理，無論採勞動契約一部說、或獨立契約說，皆難以說明何以契約會「向後失其效力」？若認離職後競業禁止約定為單獨的契約，該契約因違反第 72 條，應認為法律行為自始即為無效，根本從未發生過效力，何來的「向後失其效力」？唯一可能合理的解釋，只可能因法院採勞動契約一部說。而若採勞動契約一部說，勞動契約已因終止而消滅，又何來「向後失其效力」？可知離職後競業禁止約定在法律性質的認定上，若解為屬勞動契約的一部分，不僅法理上行不通，且將誘使法院雖然無意識、實質上卻採勞動契約一部說，產生諸多完全不合法理且見解矛盾的判決。

四、以「不潔之手」法則認為無效

台北地方法院 97 年度勞訴字第 12 號民事判決（伊頓語文補習班案），本件勞方係語文補習班的美語老師，勞資雙方曾簽訂附有一年契約期間的聘任契約。聘任契約中，附有離職後禁止競業的約定。雇主於聘任契約所約定之期間未滿前，終止雙方之勞雇關係，勞方因而至他處任職。雇主認為勞方違反競業禁止而起訴。

法官認為本件雇主係違法解僱，勞方因此不應負擔競業禁止義務，判決理由甚至罕見地引用美國法上所謂「潔淨的雙手（CLEANHANDS）」的理論，認為：「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（injunctiverelief）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（CLEANHANDS），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，因僱傭關係雖尊重僱用人聘用受僱人的意願，但僱用人無正當理由任意終止僱傭關係時，僱用人已經破壞雙方必須遵守競業禁止的義務。」

該判決有「未窮盡法律而適用外國法」及「應闡明而未闡明」二點不當之處：

（一）適用外國法理仍應「依法判決」

涉及民事之訴訟事件，法官若窮盡所有法律規範，確實並無其他法條可適用，此時適用民法第一條，引用外國法或學說作為「法理」而判決，並無不當之處。本件判決不當在於未依憲法第 80 條「依法」審判：似未能窮盡法律而逕引外國法。且未說明何以「僱用人無正當理由任意終止僱傭關係」則「僱用人已經破壞雙方必須遵守競業禁止的義務」。何以無正當理由終止，會因此破壞雙方必須遵守之競業禁止義務？競業禁止若是「雙方」皆須遵守之義務，則依約定雇主義務何在？義務若依法而生則法律何在？因雇主有雙不潔之手使勞工無須負競業禁止義務，則法官應交代美國法上的「不潔之手」，「如何能」伸進我國民事法律審判體系？

既稱判斷基礎係「關於受僱人離職之相關情況」，則可推知其係以離職時為判斷時點，再證諸該判決採五標準說，且判決也認為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。以上文字皆可推斷該判決僅可能採獨立契約說。

然而，其判決理由中，尚有以下文字：「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，雇主可藉由與受僱員工訂立勞動契約中約定離職後競業禁止之條款....」又應係認「約款」為勞動契約一部分。且判決認為「被告辯稱聘僱契約上第 14 條第 2 項、第 15 條、第 16 條等均為『單方利益條款』，……，聘僱契約書係原告片面制定之不公平單方利益條款，違反衡平原則，且被告並無拒絕權利等語，信屬非虛。」判決說明該契約如何違反民法第 247-1 條規定，係以勞動契約內雙方之權利義務，認為契約不合衡平原則而應解為無效，則應係認「約款」為勞動契約之一部分。除競業禁止法律性質認知矛盾外。引用民法第 247-1 條，宣告競業禁止約款無效，卻未同時引用民法第 111 條但書。既然約款無效，該勞動契約自然也應歸於無效。

且「僱用人無正當理由任意終止僱傭關係時」則「僱用人已經破壞雙方必須遵守競業禁止的義務」。若採獨立契約說，為何勞動契約若無正當理由任意終止、會導致破壞「雙方」必須遵守的競業禁止義務？競業禁止義務不是勞工之義務，何來雙方必須遵守？若採勞動契約一部說，無終止權之終止，勞動契約仍存在，如何能導致「雙方」皆無須遵守競業禁止義務，勞動契約是否也應因之失其效力？

該判決理由，係以系爭聘任契約為定期性契約作為基礎，認雇主無正當理由，而於期間屆至前任意終止契約，實則本件之聘任契約，是否為定期契約即有疑問：

1.雖名為定期契約，然依其工作性質不能認係勞動基準法所規定的定期契約，應解為不定期契約。當事人或未爭執此點，然判決既以「定期契約遭提前終止」為前提，而論以美國法上所謂「不潔之手」理論，則系爭契約若並非定期契約，上述不潔之手是否能存？縱使結果相同，決定契約性質為判決之基本，若法院對本件依法不能簽訂定期勞動契約之案件，認為定期契約期限未屆至，前雇主解約，不再適用離職後競業禁止條款，則法院是否認為，本件兩造可簽訂定期勞動契約？

2.依兩造陳述，並無任何一方主張應為定期契約，特別是被告並未如此主張。法官卻以定期契約為基礎而論斷。本件之勞動契約雖定有期限，實係不定期契約。

（二）應行使闡明權而不行使

除定期勞動契約認定有誤，尚有應行使闡明權而未行使之缺失：「原告雖於 97 年 3 月 17 日本院言詞辯論期日到場稱係因被告有違反聘僱契約書第 12 條、第 13 條，故請求被告給付懲罰性違約金等語。然該第 12 條約定部份即為競業禁止條款，原告據此請求並無理由，已詳如前述。第 13 條約定部份，則屬『營業秘密』保密義務之規範，然綜觀原告歷次書狀及全辯論意旨均僅論及被告涉及違反競業禁止之行為，而未言及被告有何違反保密義務之行為存在，更未提出任何證據以供本院斟酌，是原告據此主張被告給付懲罰性違約金，亦屬無據。附此敘明。」

先不論法院未理解競業禁止與營業秘密的關連，原告指被告洩露營業秘密，係指勞動契約期間洩露營業秘密、或離職後才洩密也未予澄清。依上開判決內容，原告既已於言詞辯論期日到場陳稱，係因被告有違反聘僱契約書第 13 條，故請求被告給付懲罰性違約金等語。法院既「綜觀原告歷次書狀及全辯論意旨，均僅論及被告涉及違反競業禁止之行為，而未言及被告有何違反保密義務之行為存在，更未提出任何證據以供本院斟酌」。系爭契約第 13 條實係有無違約金之重要依據，法官應行使闡明權，令原告提出證據或辯論。原告既已於言詞辯論期日，提出該攻擊防禦方法，且其為請求權基礎之根本依據，何能不予闡明？即使已辯論終結，法院發現有應闡明，而未闡明者，自應再開辯論。法官應行使闡明權，而不行使，僅以判決最後一點的篇幅來「附此敘明」，實應認該判決，係屬「判決不備理由」。

法院既已依民法第 247-1 條，認為勞動契約係屬無效，則上開論述，豈不矛盾？直接以無效論之即可，何須認為原告未舉證？又何須美國法所謂的「不潔之手」？

僅簡單以上述二點，評述本件台北地方法院 97 年度勞訴字第 12 號民事判決，除再次證明實務判決，常因法律性質認知不明，而生有諸多矛盾以外。重點在於，判決理由中美國法所謂「不潔之手」的引用毫無必要。法院於理由中引用外國法、論證若其離職之原因，係非可歸責於勞作者，則不應適用離職後競業禁止約定，然而卻連基本之法律行為性質、該契約是否為定期契約等均未論述也未能釐清。既已依民法第 247-1 條認為契約無效後，仍然毫不吝於推論非必要且無法律依據之美國法「不潔之手」理論。依法應行使闡明權者，法官卻吝於闡明，僅於判決中「附此敘明」。究竟，撰寫判決係為解決爭議、或只是用來闡述法官自己之見解？

第二目 實務主張：不可歸責勞工者仍適用者

一、併購而被通知留用勞工不願留用

事實概述：勞方原為國聯光電公司員工，因國聯光電被晶元光電公司合併，晶元光電為續存公司，國聯光電為消滅公司。二公司合併時因勞工與新公司對於留用職位及條件無法接受，遂依勞動基準法第 20 條：「事業單位改組或轉讓時，除新舊雇主商定留用之勞工外，其餘勞工應依第十六條規定期間預告終止契約，並應依第十七條規定發給勞工資遣費」，而主張非自願離職不適用競業禁止約定。

第一審認為勞工係屬自願離職，仍應負擔離職後競業禁止義務。第二審台灣高等法院台南分院 97 年度上易字第 125 號民事判決，認為：「按併購後存續公司、新設公司或受讓公司應於併購基準日 30 日前，以書面載明勞動條件通知新舊雇主商定留用之勞工。該受通知之勞工，應於受通知日起 10 日內，以書面通知新雇主是否同意留用，屆期未為通知者，視為同意留用。前項同意留用之勞工，因個人因素不願留任時，不得請求雇主給予資遣費。公司進行併購，未留用或不同意留用之勞工，應由併購前之雇主終止勞動契約，並依勞動基準法第 16 條規定期間預告終止或支付預告期間工資，並依同法規定發給勞工退休金或資遣費。企業併購法第 16 條第 1、2 項、第 17 條亦有明文。勞工拒絕新舊雇主之留用而自行決定離職，亦非不得解釋為自願性離職，況該函關於離職原因記載為勞基法第 20 條時，係屬非自願離職之見解，其依據為就業保險法第 11 條第 3 項之規定，理論上僅能於適用就業保險法時始能為此解釋，本件競業禁止民事爭訟事件，仍應視具體情形而為判斷，尚難僅依勞委會上開函釋為上訴人免責之依據。退而言之，微論上訴人離職之原因為何，縱認係屬非自願離職，亦因兩造間之系爭競業禁止約定，並未規定離職理由以何種情況為限，故不論上訴人係自願或基於其他原因之非志願離職，均無從排除該競業禁止之適用。」

上述判決解釋、適用法律時，忽略法律整體性，使同一事實、同一法律用語、同一概念，適用就業保險法及勞動基準法，竟然有完全相反的結果，而且認為：「縱認係屬非自願離職，亦因兩造間之系爭競業禁止約定，並未規定離職理由以何種情況為限，故不論上訴人係自願或基於其他原因之非志願離職，均無從排除該競業禁止之適用」。可知即使無適用法律的錯誤，法院也認為競業禁止義務存在。

二、優退是否屬自願離職

台北地方法院 98 年度勞訴字第 145 號民事判決（敦南科技案）「被告雖辯稱：被告係遭原告強迫退休，故並不適用競業禁止條款之約定云云，惟被告係自行申請退休等情，有原告提出之原告公司從業人員申請退休表影本乙紙在卷可稽，證人即原告公司副總經理韓學傑到庭證稱：「（法官問：你有無通知被告因金融海嘯之故，必須強制退休？）在 97 年 11 月底我接獲公司有壹個優惠退休方案，公司要我針對符合條件的人來加以溝通，當時是因為有金融海嘯的情況，有壹個未來訂單壓力，當時情況是公司提供優惠方案希望符合條件的人可以加以考慮，因為優惠方案包含的內容以我們個人的見解是非常優惠的，包含有海外加給也可以當作退休金的基礎，所以有跟被告加以溝通，希望他慎重考慮這個退休方案，如果對條件不清楚可以向臺灣的人事作查詢。當時我有跟當事人說，如果對此案子有意見，可以再往上要求或是陳述，……，堪認被告應係基於自由意志而決定依原告提出之優惠退休方案辦理退休。況縱認被告係非自願離職，因兩造間之系爭競業禁止約定，並未規定離職理由以何種情況為限，故不論被告係自願或基於其他原因之非志願離職，均無從排除該競業禁止之適用。被告所領取之退休金高達 823 餘萬元，有原告提出之支票簽收單影本乙份在卷可參，參諸本件競業禁止條款約定期間僅有兩年，且被告尚可至其他與原告不具競爭關係之相關產業公司上班，是被告所辯：被告因競業禁止條款經濟生存能力受限制云云，亦不足採。」

法院認為優退並非強迫退休，而係自願離職。無論優退是否屬於自願離職，本判決與上開判決相同，認為雙方約定如何離職皆適用「縱認被告係非自願離職，因兩造間之系爭競業禁止約定，並未規定離職理由以何種情況為限，故不論被告係自願或基於其他原因之非志願離職，均無從排除該競業禁止之適用。」

依上所引之判決可知，無論「離職」是否基於勞方之意願，肯定及否定說，重點皆在於「離職」二字如何解釋？而無論法院如何解釋「離職」二字之內涵，若當事人之間，有關於離職後競業禁止即已明定：「不論任何理由離職皆適用」或「離職原因不限於自願離職、非自願離職或遭解僱者亦適用之」。若有此約定，是否必得依雙方契約之約定，使非自願離職之勞工仍須負離職後競業禁止義務？

第三目 「違法解僱」非「離職」如何適用？

誠如上述，在勞工將來是否會離職，尚未能知、也不知何時會離職的狀況下，所簽訂離職後競業禁止契約，係以離職、或勞動契約終止，作為法律行為的附款。

離職後競業禁止契約，係為保護雇主之利益而訂立。若離職此一停止條件，係因雇主不正行為（通常為違法解僱）所致，依照民法第 101 條第 2 項的規定：因條件成就而受利益之當事人，如以不正當行為，促其條件之成就者，視為條件不成就。視為條件不成就者，即係離職此一停止條件確定不能成就，對於離職後競業禁止契約而言，則因停止條件確定地不能成就，因而契約也確定不發生效力。

雇主之作為，可解為以不正當行為促使停止條件成就者，主要係違法解僱。上開法條恰好適當地解釋，為何因雇主的違法解僱，若勞工仍須負不競業義務、或離職後競業禁止契約並不因之無效時，吾人的法律感情之所以難以接受之主因。

所謂「勞工乃因不可歸責於己之事由而離職，其本無離職之意願及準備」，因而不使勞工負擔競業禁止義務，實與契約之本旨無關。離職後競業禁止的本質，係為降低勞工若與雇主競業，可能提高勞工在原雇主之處、因工作或職位而得知的營業秘密遭洩的風險為其核心，而以約定勞工離職後禁止競業，作為提前保護營業秘密的手段，為何會與勞工是否有離職之意願、或有準備有關連？此種猜測，可能是認為，若勞工是有準備而離職，帶走雇主之營業秘密可能性，會因此提高。

然而，無論勞工離職是否有意願或有所準備，雇主營業秘密內容皆無不同，應受保護之利益也不因此而生影響。且離職後競業禁止目的，係禁止勞工競業，離職原因之於契約本旨豈會因之而有不同？揣測理由是認為自行離職可責性高、或較有可能保有營業秘密者，並非以契約本旨作為依據。最多只是五標準說中，第一標準及第五標準應考量之因素。若認為勞工因不可歸責於己之事由而離職，而不適用離職後競業禁止契約。真正的理由在於，離職條件成就係因雇主所導致。

不適用民法第 101 條，無法解釋為何雇主違法解僱，依法不能發生終止效力，既然勞動契約於法理上仍然存在，勞工尚未離職，何以有適用競業禁止契約必要？

被解僱的員工，事實上，的確已經不在原工作地點任職，雖然在法律上勞動契約仍有效存在，卻仍然有可能會產生，是否應適用離職後競業禁止約定的爭議。此點無論法律性質如何認定結論都一樣。雖然法理如此，實質上仍有討論之必要。

勞動契約仍存在，何以學說有認為「違法解僱應不適用離職後競業禁止」？既然法律概念上，勞工尚未離職，豈有適用離職後競業禁止可能？問題即有矛盾。

既然勞動契約仍然有效，為何有討論是否適用離職後競業禁止約定之必要？舉例言之，勞工若因而提起確認僱傭關係存在之訴，訴訟期間因為生活之所需，仍須工作謀生，而為尋找工作、或維持原有生活水準，若禁止從事類似的工作，即難謀生。而且，即使勞工不主張確認僱傭關係存在，依勞動基準法第 14 條規定行使終止權，勞動契約也會因而終止。勞工事實上既然已不在原雇主之處工作，即使在法理上勞動契約仍有效存在，然而無論從雇主的角度，或是勞工因不確定的法律上風險而選擇競業或不競業等等，可知雖在法律觀念上，勞動契約仍存在，離職後競業禁止有效與否的問題、勞工若事實上已離職，仍是急需解決之爭議¹³⁷。此看似法理上矛盾之問題，並非無的放矢，同樣急需於法理上找到不適用的依據。

以勞動契約法理上仍有效力為前提，重點在於如何讓勞動契約仍有效存在、又能夠使離職後競業禁止契約，確定地不生效力？民法第 101 條第 2 項之適用，使條件確定不成就，雖然勞動契約仍然存在，但離職後競業禁止契約確定不生效。

若勞工提起確認僱傭關係存在之訴，因生活上所需仍須工作而有競業可能，可同時認為勞動契約仍然存在，而且離職後競業禁止契約也不生效力。法理上，此為最佳、甚至是唯一的解答。否則學說論述、或法官引用外國法所為之努力，當事人僅須於契約上，特別約定強調無論如何原因離職皆有適用，即可輕易破解。而民法第 101 條第 2 項係強制規定，只要雙方約定有停止條件，即不得排除適用。

¹³⁷論者有認為：「在雇主違法解僱的情形，僱傭契約之效力存續，根本不會生離職後競業禁止是否有效的問題。」（王曼瑜，台灣與英國離職後競業禁止條款之比較法研究，第 138 頁，台灣大學法律學院碩士論文，2014 年 1 月）上開論點實係純依法理推論，未能細究實際上仍會發生爭議。

第二節 內容

第一項 勞工的不作為義務

第一款 基礎—勞動契約之保密義務

第二章之所以須反覆論證，離職後競業禁止義務，並非勞動契約之附隨義務。主要理由是：受僱人離職後基於誠信原則，即使事前未約定，自勞動契約本身即可導出不洩露、或不使用雇主營業秘密之附隨義務。即使目的皆為保護營業秘密，若在附隨義務的基礎上，附加時限、範圍、及違反約定之違約金等特別約定之後，必然產生質變。上述之競業禁止約定，係附隨義務依其性質，先天上無法承受者。除此之外，原屬附隨義務之保守營業秘密義務，已提前以勞工競業禁止義務保護，而成為完全不同的義務。雙方約定者，並非僅為「受僱人離職後，基於誠信原則所導出不洩露或使用營業秘密之附隨義務」。雇主係以要求勞工離職後不得競業，而更進一步提前保護營業秘密。其義務內容為：「勞工負有不與雇主競業之義務」。離職後競業禁止義務，與原勞動契約保守營業秘密之附隨義務，內容已完全不同。

附隨義務有其先天限制，如前所述，僅得依誠信原則、而不能由約定產生。易言之，兩造所約定之離職後競業禁止，常明文約定有禁止時限、區域、內容、違反後約定之賠償義務。此種明文而具體的約定，非「依誠信原則導出基於勞動契約所生之附隨義務」，而係主契約義務。以離職後競業禁止契約有效為前提，若員工依離職時工作及地位，可能取得或知悉營業秘密，雇主在一定時限範圍內，即可禁止前員工與其競業。若是雙方約定有違約金者，原則上無須證明損害數額。

故可知，探求離職後競業禁止義務的意義，雖自勞動契約之附隨義務出發，目的也與保守營業秘密之附隨義務接近，但卻不能解釋為勞動契約的附隨義務，而係主給付義務。然欲知競業禁止義務之內容，仍應以保守營業秘密為其基礎。約定競業禁止，正是因為雇主耽心員工離職後若與之競業，將提高洩密的風險，一旦員工至競爭對手處工作，也難以舉證證明有無洩密、洩何機密、何時洩密。故在員工未離職前，即與之約定離職後禁止競業，離職即雙方約定之停止條件。內容為競業禁止之不作為義務，目的雖為保護營業秘密，但其義務為禁止競業、而非只禁止洩密，因為競業不一定必然洩露營業秘密，不競業也不表示不會洩密。

第二款 提前保護—有機會接觸之營業項目為核心

雇主與員工約定離職後競業禁止，係提前保護原保守營業秘密之附隨義務。不止有禁止洩露雇主營業秘密的義務，更進一步地，以要求員工離職後不得競業，來保護雇主的利益。同時有提醒勞工尋找工作時，須保守營業秘密義務等等目的。故離職後競業禁止約定之範圍，必以雇主之營業秘密為限、且為勞工工作上可能得知者為核心，而非雇主所有營業或登記項目。換言之，勞工所負之不競業義務，並非是雇主所有營業項目，皆禁止競業，而是限於勞工離職前的職位及工作內容、有機會到接觸的秘密，為其核心。禁止競業者，也只需針對此一（些）營業項目。

五標準中第一標準為雇主有值得保護的利益，第二標準為勞工有一定地位，第五標準則是行為具有顯著背信性。以上順序，實際操作時經常容易形成誤解，常先探究雇主是否有值得保護的利益，而忽略負不競業義務的是勞工而非雇主。此點對於擁有眾多營業項目、或關係企業的大型公司或大型財團，特別有其意義。

舉例而言，假設有某個生產多種電子產品之公司¹³⁸，勞工只於行動電話部門、甚至只是行動電話的連接線部門工作，則勞工於離職後，所應受限之就業範圍，應只受限於與前雇主在行動電話的連接線市場之中，屬於競爭對手的相關企業，而非所有該公司所生產之產品或其營業項目，凡與雇主相關的行業皆在禁止之列。

又設有於某財團相關企業間任職歷練之員工所簽訂的離職後競業禁止約定。因該財團的相關企業雖眾、為避免掛一漏萬，約定包括集團內的所有相關企業，勞工離職後受禁止競業的範圍，亦僅限於以上開之標準，可以涵蓋的行業判斷之。

以上結論，內容似與前述的五標準說之第一、第二標準接近。或可如此認為，採用五、四、三標準判斷離職後競業禁止有效性，須有以下理解：何謂前雇主有值得保護的利益、又何謂勞工有一定地位，應問勞工於何種地位或工作內容中，可接觸到上述雇主值得保護的利益？再以之推論那些營業項目應受到競業禁止？該營業項目於業界中，何人可謂為之競爭對手？有此種認知，勞工方能明確知悉，離職後，為避免違反競業禁止義務，有那些公司、或那些職位不能就職或應徵。畢竟受競業禁止者為勞工，若禁止競業之不作為義務的內容，非勞工能理解者，即失其意義。本於誠信原則，而遵守離職後競業禁止義務，亦為第五標準之真意。

¹³⁸如鴻海。見新北地方法院 101 年度勞訴字第 134 號、台灣高等法院 102 年度勞上字第 53 號判決。

第三款 保護對象—基於誠信原則保護雇主之營業機密

承前所述，勞工於離職後即使未簽訂契約，仍有保守雇主營業秘密之義務。此一義務源於誠信原則，而為勞動契約之附隨義務。雖然離職後競業禁止契約，是以禁止競業作為保護手段，其內容仍係本於雙方之誠信以保護雇主之營業機密。

故本文再三強調，適用契約者之視野，所可能得見、可能得知之不競業範圍，係本於誠信原則，而以勞工之主觀因素為素材，勞資雙方居於客觀地位所能得者。若非如此，勞工應如何遵守契約義務，即成難題。若非雙方能預期之契約範圍者，契約即失其意義，而訂立離職後競業禁止若無法遵守，豈非為以違約處罰為目的？

有關於離職後競業禁止的判決，多係勞工已離職，且雇主認為已有競業事實，故而向法院提起訴訟，法院在判斷原告之請求是否有理由時，常常犯有以下錯誤：在判斷離職後競業禁止約定的有效性時，因為對於法律性質的認知不足或誤解，而常徘徊在勞動契約一部說及獨立契約說之間。然無論認離職後競業禁止約定，為勞動契約的一部分、或本身即為契約，法院常忽略法律行為的有效性判斷時點：採勞動契約一部說，應在簽訂時，判斷競業禁止是否顯失公平或有違公序良俗；採獨立契約說，始得以離職時雙方情狀判斷，並以之認競業禁止約定是否有效？實務卻常一律以離職時情狀分析有效性，最顯明者即為五、四、三標準判斷時點。

除因法律性質認知有誤，導致判斷時點錯誤之外，縱使先不論法律性質為何，離職後競業禁止有效性判斷時點，至少也應於離職時判斷之。法院卻常以起訴時作為判斷時點。忽略法律行為無效應為自始無效。自始無效係指法律行為無效者，於作成法律行為時點即不生效力。自始無效也提醒法院，法律行為的有效性判斷，應以法律行為成立或生效時、而非起訴時的狀態。實務審理涉及競業禁止案件時，卻往往以起訴時勞工疑似競業的行為、並以該競業行為及勞工之後任職的公司，回溯判斷離職後競業禁止的有效性。法官並非案件當事人，難以得知勞工是否曾取得或取得多少營業秘密。光憑公司的營業項目或營業秘密，決定是否值得保護，常常忽略應從負擔競業禁止義務的勞工之眼界，觀察義務的內容，始符債之本旨。競業禁止的範圍，也必須以勞工從事過的工作內容，決定那些項目纔有可能洩密。

易言之，法院應居於負擔義務者、即勞工的地位，判斷其競業禁止義務為何？畢竟負擔離職競業禁止義務者為勞工、而非公司。判斷離職後競業禁止的有效性，亦應以勞工可能得知的內容為素材，此亦是本文何以從法律性質作為起點之目的。

第四款 限制及範圍—客觀上可認知而非法院能認知

再進一步說明，此解釋原則適用主體並非法院，或是說並非由法院先適用，而係為勞工及雇主所能知悉者。勞資雙方於整體法律秩序及其價值下訂立契約，基於契約本旨，契約內容為兩造皆能認知者，始為勞工離職後應負之不競業義務。理由為：契約生效後，在尚未違約、或有違約疑義之前，已於業界之勞工及雇主，就競業禁止所指者為何，係可認知或可能認知的，契約須雙方皆能預期才能遵守。

然審理案件的法院，卻難以詳細認知雙方狀態，以致形成當事人的法律風險。系爭案件，之所以會向法院提起訴訟，通常係前雇主認為競業之事實，已然發生。法院所審查者，係勞工所就任的新職，該特定企業、是否為契約內容所指涉者。即「以勞工可能得知之營業秘密為競業禁止的範圍，可作為前雇主的競爭對象，且前雇主就該競業禁止之範圍有值得保護的利益」。於違反競業禁止義務之訴訟，法院判斷的，是競業禁止契約有效性？或認定契約有效後的違約情形？極難區別。

正因不容易區別，因此，纔有眾多判決或學說見解，誤將五標準之第五標準，認為非屬有效性判斷要件。然而，提出五標準說者，將其列於有效性判斷之項目，自應以該標準係有效性要件為前提解釋之，而非僅直接以字面上的粗淺意義為斷。

申言之，法院於原告起訴後，所審理的通常是勞工任職特定企業是否違約？然審查契約內容及其契約有效與否，概念上須回溯至生效時點的可能競爭企業，以衡量受限的競業對象為何？而採勞動契約一部說，更應以簽約時的狀態為斷，因勞動契約已然生效，不可能附上停止條件，而離職時通常即勞動契約消滅時，若不以簽約時判斷，則被禁止競業者，豈有可能預知離職時禁止就業之對象為何？

綜合上述，法院審理競業禁止案件，應先判斷競業禁止約定法律性質為何，再決定應以簽約時或離職時作為判斷有效性的時點。而判斷有效性依據之素材，應以負擔競業禁止義務者、即依勞工之職位、主觀上可能得知的營業秘密為依據。確認競業禁止約定有效後，再以離職之際，勞工主觀上可得而知的競業禁止對象，是否包括起訴時勞工就業的公司。關於前雇主營業秘密，是否有值得保護的利益，也應以勞工工作時，可能得知的營業秘密為內容，客觀判斷是否有應保護之利益。誠然法院為判斷競業禁止契約是否有效者，然適用契約者卻為勞工，此點應切記。

第二項 雇主須給付對價

第一款 論證對價性存在

前已述及，最高法院 99 年度台上字第 599 號民事判決，曾經認為離職後競業禁止須以「受僱人因此項限制所生之損害，曾受有合理之填補」作為有效要件。然台灣高等法院，卻以在職期間所發股票視為代償，更審前後皆不以代償為要件，只作為違約金酌減的考量因素。上開繫屬案件，最終並以代償措施非屬要件定讞。最高法院於上述判決之後，從未再次主張應以「受僱人因此項限制所生之損害，曾受有合理之填補」為有效性要件。然而，雇主為取得勞工離職後的不競業義務，是否應以「受僱人因此項限制所生之損害曾受有合理之填補」作為不競業的對價？即使認為雇主應填補受僱人因競業禁止所產生之損害¹³⁹，損害是否應由勞工證明？如何認定競業禁止義務與所謂「受僱人因此項限制所生之損害」間的因果關係？在職期間之給付，即使採勞動契約一部說，也難以認為係屬填補競業禁止的損害。凡此皆為未正確認識：離職後競業禁止契約、為獨立於勞動契約之外的另一契約，因而難以判斷勞工負擔不競業義務的對價為何？雇主又應如何補償始得為對價？

釐清離職後競業禁止契約係以離職為停止條件，認知競業禁止契約獨立性、並與勞動契約切開之後，雇主欲以勞動契約中所謂的恩給性給與、甚或以工資，而充當為離職後競業禁止義務之代償措施、或所謂之補償者，法理上即不能成立。

其次，為取得勞工負擔離職後競業禁止義務，雇主須付出具有相當性的代償作為代償措施。誠如學者所言，無代償約定的離職後競業禁止約定為無償契約，應適用無償契約之法理。本文進一步認為，離職後競業禁止契約必為有償契約。雖然並無法律之明文規定，若無代償措施、或代償不足以在客觀上形成對價性時，無法通過例如民法第 72 條之公共秩序、第 247-1 條之公平性審查等等規定的檢驗。

¹³⁹最高法院所謂：「受僱人因此項限制所生之損害，曾受有合理之填補」，在概念上尚有難解疑義。首先，勞工是否須證明自己因離職後受有競業禁止之拘束而受有損害？其次，若勞工未因此而受有損害，雇主是否因此而得免除填補義務？所謂「合理之填補」應如何給付始能謂為合理？填補是否相當於法律上所謂之補償，而非賠償？一般認為，「損害」之填補相對者為「賠償」，而「損失」始使用「補償」一詞。而雇主於勞動契約期間的給付，是否能解為所謂「填補」？在未釐清離職後競業禁止約定的法律性質前，凡此，最高法院的「代償要件說」皆難以回答。

第二款 判斷具有對價性

代償的程度應有多少，始得認為足以作為離職後競業禁止義務的適當對價？此即為最高法院曾主張之「受僱人因此項限制所生之損害，曾受有合理之填補」。

學者有引德國立法例，主張至少為原薪資之六成。本文也認為代償非絕對值，應參考就業保險法中的失業補助標準，為其基準。所得之結論與德國立法例近似，至少為原來全薪（與勞保投保金額無關）之六成。理由為：在認知到離職後競業禁止約定，為獨立於勞動契約外另一契約後，可知代償措施的目的並非僅使勞工得以「生存」，或只保障負擔義務者生存權，應係勞工所負競業禁止義務之對價¹⁴⁰。

何以說，至少應以勞工原有薪資的六成，作為代償措施，始能謂具有對價性？為何不能以絕對值、如基本工資審議委員會所訂之基本工資為基準？以下簡述，生存權為何不能以絕對值客觀化，而應以勞工原有薪資為基礎，且至少應有六成：

各人之能力及專長，在社會上，能換取多少的薪資，與其能負擔之生活水平，每人皆不相同。所謂「生存」、或最高法院強調競業禁止不剝奪勞工之「生存權」，其標準亦非客觀。若以可存活、或以社會之最低標準為斷，係誤解生存權的意涵：生存權應以人性尊嚴為本，並非只求活著。人性尊嚴必為主觀¹⁴¹概念（指受限制者，即契約適用的勞工之自身因素）。絕不能只是客觀¹⁴²概念（指社會一般人之標準，例如主計處所統計之生活水準，或基本工資審議委員會所審議之基本工資等等）。

以現今社會常談論的 22K、及基本工資論斷，月薪三萬，從客觀角度來看，是否應該解釋為不會影響勞工的生存權？若該名勞工過往之平均月薪為十萬元，若因其債務、或所養育者口數眾多等等原因，月薪三萬之於一般無家累的年輕人，即使都市中也可能不影響其生存，對於原有月薪高出基本工資許多的勞工來說，則有可能影響其生存的權利。以上可大略得知，為何生存權不能以絕對值客觀化。

¹⁴⁰故最高法院常以「生存權」為探討離職後競業禁止契約是否有效的核心標準，非屬正確。

¹⁴¹此之謂「主觀」，係指受限制者，即契約適用之勞工之自身因素。

¹⁴²此之謂「客觀」，係指社會一般人之標準。例如主計處所統計之生活水準等。

各人對生活所需程度及金額，或有不同而難客觀，然而一般通稱的上班族、或說是以薪資為主要收入來源者，大多可說是「量入為出」。各人之生活水平、消費習慣或舉債能力，多以薪資為判斷基準。收入多的人，往往消費金額也高。銀行的借貸、放款，亦常以薪資的高低作為判斷依據。由此來看，何謂生存權？每月應有多少收入才能說不影響生存權或人性尊嚴¹⁴³？雖然難以客觀、或數據化，然而，競業禁止的對價性判斷，若以原來之薪資為準，似較能貼近生存權之真意。

依主計處統計，大部分受薪階級的薪資所得與其消費比約為百分之八十六¹⁴⁴。也就是說，一般受薪階段的花費，大約為薪資八到九成。且失業補助給付標準，通常為薪資的百分之六十，若有家庭或年幼子女等，尚可補助最高到百分之八十。欲使勞工離職之後，負擔不與前雇主競業之義務，前雇主應該給付多少的代價，始能稱之為對價，以勞工在原雇主之薪資為判斷基礎，作為雇主交換勞工負離職後競業禁止義務之代價措施的對價性基準，應頗為適當。且以勞工因此而失去的就業自由權利、或是因受競業禁止拘束而不能在熟悉的領域累積經驗，以此觀之，若未達就業保險法中非自願離職之失業補助標準，恐無法通過民法第 72 條的檢驗。

何況，若非有足夠對價，難以形成適當的誘因。雇主因須付出足夠之對價，相對於無須付出對價而造成競業禁止的氾濫，因須付出足夠對價，雇主會思考：是否確有必要簽署離職後競業禁止契約？限制之範圍該如何訂？期限應有多長？

¹⁴³今週刊網站上有一專欄為理財規劃個案討論。其中曾討論一對夫婦：妻子 45 歲為百貨公司行政人員，月薪 35,000 元；先生 59 歲為貿易公司業務經理，月薪 82,000 元。育有二子。經精算後：

1. 全家整年收入：1,752,000
2. 年度支出：2,556,897
3. 收支節餘：-804,897（透支）
4. 年度損益：-708,897（扣除每年儲蓄 96,000）。

全家整年收入為 175 萬、支出卻高達 255 萬。此例可說明，收入愈高、平日生活的支出愈高。見 <http://www.businesstoday.com.tw/article-content-80499-105836?page=2>（最後參訪日 2014/3/5）

¹⁴⁴以 2012 年為例，台灣受僱人員報酬為 27406 元（每戶本業薪資平均為 480,163 元，除以 12 月，再除以平均每戶就業人數 1.46 人），平均每人支出：消費支出 18465 元，非消費支出為 5128 元（算式：每戶非消費支出 198796 除以平均每戶就業人數 1.46 人）。支出比例為 23593/27406 為 0.86。見主計處台灣地區家庭收支調查 <http://win.dgbas.gov.tw/fies/>。（最後參訪日 2014/3/10）

第三節 效力：有效性簡述

第一項 判斷依據

第一款 民法第 247 條之 1

與離職後競業禁止有關的訴訟之中，民法第 247-1 條，是最常被援用的條文。本條也確為競業禁止爭議中，最常被使用、且最具操作性的有效性審查法律依據。

民法第 247-1 條增訂前，消費者保護法第 2 章第 2 節設有定型化契約之專節，總則第 2 條設有定型化契約的定義。2003 年修正前，定型化契約依第 2 條第 7 款為「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」，第 2 章第 2 節「定型化契約」此節中，又區分為「一般條款」及「非一般條款」，第 13 條則規定，一般條款之內容，應經明示；第 14 條規定，一般條款未經記載，而依正常情形顯非消費者所得預見者，不構成契約內容；第 15 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，其牴觸之部分無效。第 11 條第 1 項，則規定「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。」同條第 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。」

以上修法前條文，學者朱柏松謂「第 2 條第 7 款，曾對定型化契約加以界說，惟條文最後卻將之界定為『契約條款』。而且，自第 11 條以下『定型化契約』、『定型化契約條款』以及『定型化契約中之條款』不斷交互使用（例如第 11 條、第 12 條），此是否意味定型化契約即等於『定型化契約條款』，單就文字而言，並非可明確知悉。另外自第 13 條以下尚使用『一般條款』及『非一般條款』兩個概念，其所指之一般條款，究否即為『定型化契約』或是『定型化契約條款』，自條文本身予以認識亦多有待斟酌¹⁴⁵」。直到 2003 年修法之後，才以第 2 條第 7 款、定義定型化契約條款、第 9 款定義定型化契約；非一般條款改稱「個別磋商條款」（第 8 款）以上條文及修法前後比較可知，消保法將定型化契約與契約條款混用，直至修法後始作調整。然而修法之前及之後，消保法第 2 章第 2 節所規範之客體，究竟為定型化契約、或只是定型化契約條款？民法第 247-1 條是否應作相同解釋？

¹⁴⁵朱柏松，消費者保護法論，第 19 頁，作者自版，1999 年 9 月增訂版。

第一目 以競業禁止契約為客體

民法第 247-1 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。」

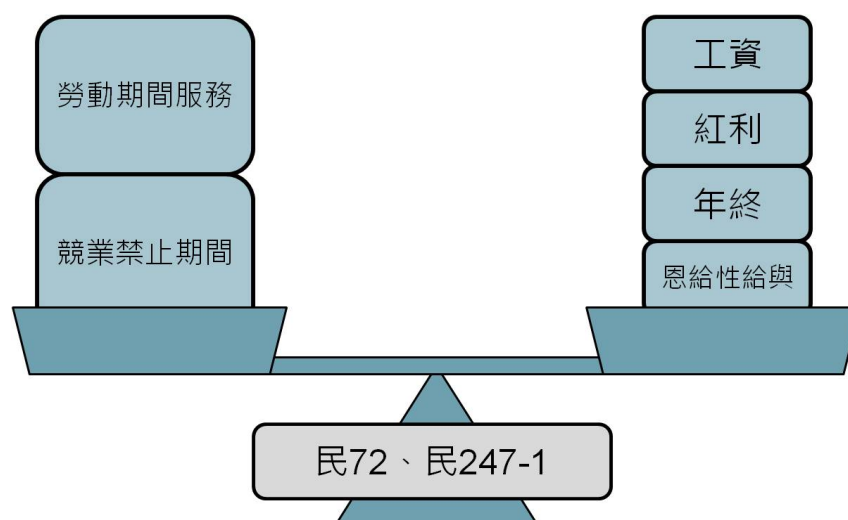
從民法第 247-1 條本文規定「依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，為左列各款之約定，按其情形顯失公平者，該部分約定無效」。再參酌本條增訂於 1999 年，當可認定，立法者已知消費者保護法，因混用定型化契約與定型化契約條款的不當，故與當時消保法有關於「定型化契約」立法定義不同，將定型化契約，定為「依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約」，而避免與消保法發生相同問題。此點亦可從後修正之消保法，有關於定型化契約：「企業經營者提出之定型化契約條款作為契約內容之全部或一部而訂定之契約」可證明民法第 247-1 條審查客體，為「定型化契約」而非僅為「定型化契約條款」。

相對於民法，消費者保護法作為定型化契約規範先行者，對於契約是否無效，依第 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。」

上述契約是否為顯失公平的認定原則，與民法第 247-1 條之立法理由相同：「『按其情形顯失公平』，則凡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均屬之」，若第 247-1 條只審查定型化契約條款，則條款之內容未規定主要權利義務，應如何審查？要如何纔能得知，何者始能謂：「依契約本質所生之主要權利義務」？縱認本條與消保法有關定型化契約審查，皆為「定型化契約條款」而非「定型化契約」，在認定契約是否「顯失公平」時，必然將定型化契約（含非一般條款）之契約全體，皆用之作為衡量依據綜合判斷。離職後競業禁止契約亦是如此，自須視契約之主要權利義務，決定是否顯失公平。以上關於民法第 247-1 條的審查客體之論述，亦間接證明勞動契約一部說不可採。

採勞動契約一部說，上開條文之「契約」當指勞動契約。若民法第 247-1 條，以勞動契約，作為審查客體，則所謂「為左列各款之約定，按其情形顯失公平者，『該部分約定無效』之『部分約定』」，應係有關於「離職後競業禁止」之約定。

先不論有效性判斷時點，及雙方「離職後」法律關係，無法與勞動契約交錯、不能視為勞動契約的一部分。即令可作為勞動契約之一部分，依民法第 247-1 條，也必將「依契約本質所生之主要權利義務」為判斷對象。若離職後競業禁止約定非能解為「契約」、僅係「約款」，將之與勞動契約共同放諸「公平」之天平，右邊將是勞動契約中雇主的所有義務、左邊則是勞工在勞動契約中所有的義務；左方勞務是主要的客體，而勞務值多少報酬，實難以衡量，於未違反最低工資、或勞動基準法規定外，應以雙方約定為準非客觀判斷。且勞動契約存續時間愈長，雇主之給付也會相對增加。則非能評價為工資的部分，愈可能被法院認定是代償。

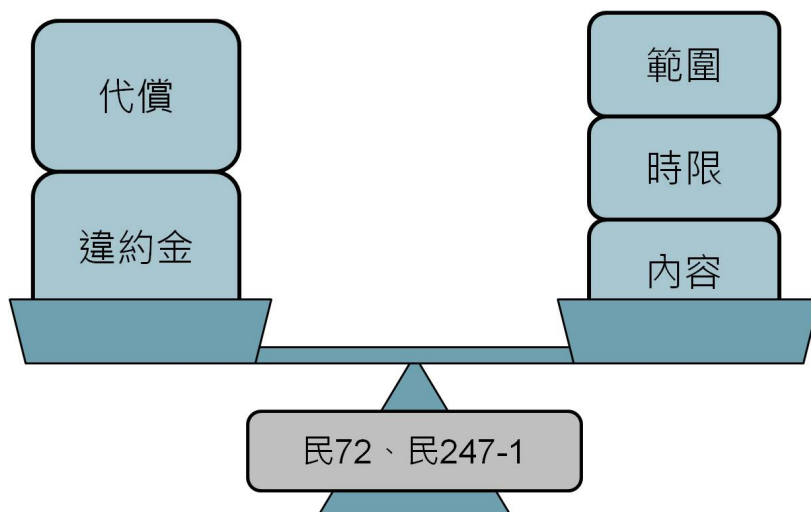


(圖六) 勞動契約一部說，勞動契約之主要權利義務以民法第 247-1 條衡量。

雖然勞工於原雇主的服務期間的愈長、所能得知之營業秘密也會相對增加，然而時間愈長，對業界熟悉度愈高、也將更難轉職至其他行業，以維持原有收入。一旦離職，與雇主競業可能性也必然提高，對營業秘密遭洩的憂慮，也因之昇高。

勞資關係雖非身分法上婚姻關係，然工作愈久，與婚姻之近似性會愈來愈高。離職若非雙方都願意時，勞工一旦轉業至競業對手處工作，原雇主產生之怨念、進而提出訴訟可能性亦隨之增高。競業禁止不僅導致勞工難以轉職，影響生存權。積怨之下，雇主的營業秘密，遭洩露的可能，也跟著昇高。若採勞動契約一部說，勞工之年資愈久，所累積之歷年工資的收入，若以民法第 247-1 條的契約主要義務來衡量，即使競業禁止非必有代償，依其範圍時限，亦可能解為並非「顯失公平」。

反之，若採獨立契約說。民法第 247-1 條判斷客體即為離職後競業禁止契約：右邊為勞工離職後所須負擔之競業禁止義務，若左邊雇主不能給付相當的對價，該競業禁止約定必然顯失公平。上開四款條文之例示，也能得到較為正確的理解。



(圖七) 獨立契約說的主要權利義務，以民法第 247-1 條衡量。

第二目 消保法之適用

消費者保護法有關於定型化契約，比於 1999 年始增訂之民法第 247-1 條更早、更成熟。雖然勞動契約關係並非消費關係。然「勞工」之於「雇主」的經濟地位，似乎並不比「消費者」之於「企業」的地位更平等。法律價值上，似可解為類似。消費者保護法上之相關規定，基於回歸法律原則之解釋方法，應可依民法第一條，援為民法本條之解釋適用上依據¹⁴⁶。消保法對定型化契約的控制，主要是以下幾種：

一、不明確條款之解釋原則（消保法第 11 條）：

契約之解釋原則，依民法第 98 條應探求兩造當事人真意，然依消費者保護法第 11 條第 2 項規定：「定型化契約條款如有疑義時，應為有利於消費者之解釋」離職後競業禁止契約係因雇主以禁止員工競業、提前保護自己的營業秘密而設，所要求勞工簽署者，多為雇主訂立之定型化契約。若依民法第 98 條之解釋原則，應探求雙方之真意。所謂雙方，自然也包括雇主。若以之為法理，而適用消費者保護法第 11 條第 2 項的解釋原則，契約條款如有疑義時，應為有利於勞工之解釋。

¹⁴⁶邱聰智，新訂民法債編通則（下），第 140 頁，2003 年 3 月（新訂一版）作者自版。

二、契約審閱期之規定（消保法第 11-1 條）：

消費者保護法第 11 條之 1 規定企業經營者、在與消費者訂立定型化契約前，應有合理之期間，供消費者審閱全部條款內容。違反者，條款不構成契約之內容。若審閱期之規定，能適用於離職後競業禁止契約，是否會較符合契約自由的精神？

為保護法律上的弱勢者而設的法律制度，須觀察適用後，是否能達預期效果。審閱期規定，望之似可保護勞工，實則不然。勞動契約期間所簽之競業禁止契約，若可適用契約審閱期規定，勞動契約既為繼續性契約，欲規避此規定，並不困難。

勞工於雇主處所工作，給與 3 到 10 天的審閱期，並不會因此改變雙方的地位、而能使該契約更符合契約自由。若將審閱期規定，以法理適用於離職後競業禁止，可能與以下將討論的磋商條款相同，反而更容易使法院，誤認為勞工自願受拘束。而使原本以契約審閱期之規定，保護勞工或更使之接近契約自由，卻會適得其反。適用契約審閱期，在雙方實質地位未能改變情形下，將製造錯誤的契約自由外觀，使法院誤以為，該離職後競業禁止之定型化契約，是在契約自由的前提下所簽署。是以本文認為，避免勞工負擔法律上不可知的風險，審閱期規定似以不適用為宜。

三、顯失公平的認定（消保法第 12 條）：

民法第 247 條之 1 晚於消保法制定，顯失公平的認定，較消保法似更明確。立法理由已表示「『按其情形顯失公平』，則凡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均屬之」，顯已涵蓋消保法之規定。

四、定型化契約之明示原則（消保法第 13 條）

消保法第 13 條：「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。前項情形，企業經營者經消費者請求，應給與定型化契約條款之影本或將該影本附為該契約之附件。」

約定離職後競業禁止義務內容、範圍、時限及違約金等，通常以書面為之，甚少有「未經記載於定型化契約中者」。無論形式為保密切結書、或勞動契約等，若雇主不使勞方持有副本，應作為判斷是否顯失公平、或地位平等等因素的參考。

五、個別磋商條款優先原則（消保法第 15 條）

修正前原稱「非一般條款」之個別磋商條款，應優先於定型化契約條款適用，本即為民法第 98 條，解釋當事人之真意後之必然。實務判決中若有個別磋商情形，往往會被解讀為非顯失公平。例如最高法院 99 年度台上字第 1742 號民事判決：「系爭契約約第 22 條尚有手寫加註，再由上訴人法定代理人蓋章確認，顯見契約條款內容已就上訴人對個別條款之意見手寫加註，是上訴人於簽訂系爭契約時，對於條款內容，非無磋商、變更之餘地，顯非民法第 247 條之 1 規定適用對象，亦無顯失公平情事，而無特別保護之必要」。離職後競業禁止契約若經勞方修改，法院或因定型化契約已修改，可知雙方曾磋商，而不認為競業禁止契約顯失公平¹⁴⁷。

六、定型化契約條款部分無效的適用

依消保法第 16 條規定：「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」依民法第 247-1 條，若定型化契約條款，按其情形顯失公平者，該部分約定無效。並未如消保法一般、傾向盡量維持契約效力，而應回歸民法第 111 條之本文，原則上應解為契約無效。

附帶一提，民事訴訟法第 28 條規定，訴訟當事人若訂有合意管轄之約定時：「如當事人之一造為法人或商人，依其預定用於同類契約之條款而成立者，按其情形顯失公平者，他造於為本案之言詞辯論前，得聲請移送於其他管轄法院。但兩造均為法人或商人者，不在此限」。因雇主多為法人或商人，而可直接適用之。

第二款 民法第七十二條

離職後競業禁止有效性常用的審查依據，除第 247-1 條外，尚有民法第 72 條：法律行為，違反公共秩序及善良風俗者，無效。其審查客體亦為單一法律行為，若採取勞動契約一部說，將遭遇相同的問題。當服務期間愈長，取得之報酬愈高，愈難認為，雙方若約定有離職後競業禁止的勞動契約，將有違反公序良俗之疑慮。

¹⁴⁷如台中地方法院 92 年度訴字第 2660 號民事判決（高鼎化學公司案）

若衡量競業禁止有效性時，須加上服務期間長短、工資及給付金額等等因素，則判斷離職後競業禁止約定，是否有效的時點，將在勞動契約期間結束或離職時，如此顯然違反法律行為無效之基本法理，應採獨立契約說，始能適用民法第 72 條。

勞動契約法上，被認為違反公序良俗最有名的，應屬結婚即辭職之單身條款。女性勞動者於受僱之初或任職中，預立結婚即辭職之約定，解釋上係屬僱傭契約（勞動契約）附解除條件¹⁴⁸。此解釋與本文將離職、視為競業禁止的停止條件近似。不同的是，前者使法律行為失效，對象為勞動契約；停止條件是使法律行為生效，對象即不可能是已生效的勞動契約。何況競業禁止約定，也滿足所有契約的要素。

若競業禁止約定為定型化契約，民法第 247-1 條應優先於民法第 72 條適用。前者較為具體而較容易操作，且只適用於契約；後者之價值判斷並無如前者具體，適用包括契約在內的所有法律行為。是以民法第 247-1 條應為第 72 條之特別規定。

然而亦有學者認為，若是「條款因違背公序良俗而無效，致無須再適用民法第 247-1 條之情形，例如：勞動契約上之單身條款（員工結婚者視為辭職）、禁孕條款（員工懷孕者視為辭職）或期間過長、區域過廣、不具職務關聯性之競業禁止條款等¹⁴⁹」。或許是認為第 72 條為契約無效，而第 247-1 條為該部分無效之故。

第三款 其他

民法第 247-1 條及第 72 條，係實務或學說中，最常適用於本議題之法律規定。然並不排除有民法第 71 條、第 74 條、第 86 條、第 87 條、第 92 條等條文之適用。

第二項 判斷標準：實然如何歸於應然

「實然不能導出應然」，已成社會科學中之定律。正確的法律解釋、適用，須先判斷被適用之客體為何、其法律性質為何？再以法理、法律或契約之目的，推論出定義。以定義推導效果、內容、及效力判斷基準等。正面描述可得出法律規定之「應然」，用之導出實然上的法律適用原則、標準，並持之得出適用結果。

¹⁴⁸王澤鑑，勞動契約上之單身條款、基本人權與公序良俗，收錄於氏著，民法學說與判例研究（七），第 54 頁，作者自版，1992 年 9 月。

¹⁴⁹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），第 164 頁，2006 年 12 月，元照出版。

本文認為討論離職後競業禁止爭議，須先判斷離職後競業禁止的法律性質，先確認離職後競業禁止之約定，是否為勞動契約之一部。確認不能為勞動契約、也非屬勞動契約一部份；該約定既創造出義務，基於約定進而發生義務（權利），必然源於法律行為，離職後競業禁止約定，若解為法律行為，只可能是契約行為，除去勞動契約外，勞工因約定而負有不作為義務、雇主因而有使其不競業之權利，很明顯地，其權利義務，不是來自勞動契約，而是直接來自離職後競業禁止約定，該約定具備所有契約之要素，應視為（非勞動契約）契約，並以離職為停止條件。

離職後競業禁止契約，與原勞動契約密切關連。雖不能解為勞動契約之一部，然欲論契約本旨、訂約目的，皆應先問勞動契約原有之義務，是否能將涵括在內？若能涵括，何須訂立另一契約？若不能包括，是否即為勞動契約原有義務的強化？

離職後競業禁止契約，係於勞工離職、即勞動契約消滅時，才開始發生效力。為解答上開問題，須探求勞動契約終止或消滅後，是否仍有所謂後契約義務存在，勞工離職後負競業禁止義務，是否可解釋為勞動契約的後契約義務、或附隨義務？

本於誠信原則，無論有無約定禁止洩密，在職或離職後皆不得洩露營業秘密。可知禁止洩露雇主營業秘密，確實為勞動契約中，勞工之後契約義務或附隨義務。在此前提之下，雇主希望勞工簽署離職後競業禁止，其目的亦在於保護營業秘密。然勞工原即負有禁止洩露原雇主營業秘密之義務，何須為保護營業秘密再蛇足？

且勞工所負離職後競業禁止義務，明顯不能與保守雇主營業秘密劃上等號，即使競業禁止目的係避免營業秘密遭洩露，然而競業並不必然會洩密，反之亦然。

離職後保守雇主營業秘密雖是勞動契約的附隨義務，但競業禁止義務則否。所以，解釋離職後競業禁止的本旨及目的，應認競業禁止目的為保護營業秘密，因勞工離職後，若至競爭者處工作，客觀上的確可能提高洩密風險，且難以舉證。故將勞動契約所附隨之禁止洩露秘密義務，提前以禁止離職後競業作為保護手段。

認知到離職後競業禁止，是勞動契約原有的離職仍應保守秘密的附隨義務、改以禁止競業作為手段而提前保護，將義務提昇至競業禁止層次，可知以下幾點：

- 一、雖以保護雇主的營業秘密為其核心。競業禁止義務卻不等於營業秘密¹⁵⁰。
- 二、離職後競業禁止義務，所欲規範者為離職員工，故雇主之營業秘密為何，應以勞工之工作及職位所可能接觸者為範圍，而不能先論以雇主之利益。
- 三、雖然應以勞工工作，所能得知的營業秘密，作為限制離職後競業的範圍，此亦為雇主簽訂離職後競業禁止約定、所欲達成的保護營業秘密目的。然而勞工因工作或職位所知悉的營業秘密，其內容為何？數量有多少？不但雇主不容易證明、也難以得知此一純基於勞工自身的主觀之事實。故而，競業禁止的範圍，係以勞工工作及職位、客觀上可能得之者為斷。
- 四、因競業禁止約定，主要受到規範者為勞工，勞工可能取得的營業秘密，即為雇主透過契約欲規避之風險，其契約上之利益，亦應相對以之為斷。
- 五、因離職後保守營業秘密，依誠信原則，原本即為勞動契約內的附隨義務，競業禁止為附隨義務加上勞工承諾不競業為手段，所約定之另一義務。故而，勞工離職後的競業禁止義務及保守營業秘密，亦應本於誠信原則。

以上，是以契約本旨所導出的應然。欲使勞工於原有保守營業秘密之義務上，進而產生離職後競業禁止不作為義務，即為加重勞工之責任、限制勞工就業自由，對勞工產生重大之不利益。若不能給付相對之對價，將無法通過民法第 247-1 條及民法第 72 條之檢驗。若該契約尚有違約金之約定，更為顯然，故必然為有償契約。

¹⁵⁰台灣高等法院 102 年度勞上字第 53 號民事判決，將鴻海公司所請求「被告黃大偉及被告曹世峰應立即自綠點高新科技股份有限公司以及美商捷普公司（Jabil Circuit Inc.）之其他關係企業或為其所控制之企業、法人或機構離職，並於 103 年 3 月 3 日前，不得在台灣、香港或中國大陸，直接或間接從事或經營或唆使他人從事或經營與電連接器或線纜產品等競爭之相同或類似之行業，或以各種名義擔任電連接器或線纜產品等之生產或研發或其他相類工作，包括但不限於為蘋果電腦公司（Apple Inc.）及其關係企業之產品或其他主要 3C 電子廠商之產品直接或間接擔任電連接器或線纜產品等之生產或研發或其他相類工作」改判為「被上訴人黃大偉、曹世峰於民國 103 年 3 月 3 日前，不得運用任職於上訴人處所知悉美商蘋果公司（Apple Inc.）iPhone5 之「Lightning Cable」研發、生產之營業秘密，在臺灣、香港或中國大陸，直接從事、或經營、或唆使他人從事或經營與美商蘋果公司（Apple Inc.）iPhone5 之「Lightning Cable」相同或類似產品之生產或研發工作」。將原告請求的「離職後競業禁止」誤為「營業秘密」，實為訴外裁判。

實務上常用的審查標準，來自台北地方法院 85 年度勞訴字第 78 號民事判決，其判決理由，即學說所稱之五標準。這 25 年來，屢有法院及學者採用，主管機關亦曾引為函釋內容。若能將該五標準說的實然歸於應然，將更有助於共識之形成。

首先使用五標準者，即上述之台北地方法院 85 年度勞訴字第 78 號民事判決：「競業禁止特約之合理性，應就當事人間之利害關係及社會的利害關係作總合的利益衡量而為判斷，其重要標準計有 1. 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。 2. 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。 3. 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。 4. 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。 5. 離職後員工之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的違反誠信原則時，此時該離職違反競業之員工自屬不值保護」

若認為此五標準之順序有其層次，則第一標準理應優先審查。然誠如上述，競業禁止義務所欲規範者為勞工，若第一標準的主詞為雇主之利益，恐非正確。前已述及，雇主何以要求其承諾離職後不競業？主要是不知勞工知悉多少秘密，而競業後將提高洩密的風險，故並非雇主所有營業項目、及秘密皆為禁止的範圍，應以勞工可能得知的營業秘密為範圍。所以，第一標準原應以第二標準為前提。第一標準之「利益」之主詞雖為雇主，其受詞「需有依競業禁止特約保護之利益」其中的「依競業禁止特約保護之利益」，可解為須參照第二標準作為範圍之意思。

第二標準，應在第一標準之前判斷。較不易造成法院所審理或勞工所負義務、係雇主全營業項目及秘密的誤會。第一標準中雇主之利益，應以勞工可能取得之營業秘密為核心。至於知識固不固有，法院無能力判斷，也非競業禁止契約本旨。

第一款 第一標準即—保護雇主之營業秘密

誠如前述，離職後競業禁止的目的，是以勞工承諾不競業而降低洩密的風險。其核心的確是雇主的營業秘密，但卻不是雇主所有營業秘密及項目皆禁止競業。因離職後負擔競業禁止義務者、為勞工而非雇主，而雇主的利益即為勞工的義務，故應從負擔競業禁止義務的勞工角度思考，而非以雇主利益值不值得保護來考慮。

若依此而論，所謂雇主有值得保護的秘密，原應以勞工工作上所得知者為限。然而，契約原係給當事人共同適用的，雇主也無法確知勞工究竟持有多少秘密？若以勞工主觀得知者為限，雇主難以確定競業禁止範圍且無法評估風險的高低；若以雇主營業秘密或利益為競業禁止範圍，勞工也將難以判斷應如何遵守契約。因此，競業禁止範圍及營業秘密之利益，皆應以客觀上勞工可能得知的秘密為限。

且營業秘密若登記為專利或有著作權，可能是雇主與勞工共同開發、創作；或者雖由勞工發想，卻係本於其工作的職掌所得的成果。若兩造於勞動契約內，已然約定權利歸屬雇主、或將專利、著作權人等名義，登記為雇主或雇主所有，因勞工係於職場研發或著作，場地、工具、協同技術、甚至時間皆由雇主供給，且勞工已領取工資，作為工作的報酬。是否為勞工或雇主的固有知識，應非所問。

所謂固有知識或非固有知識，原本即不易區別。人的大腦內的想法或概念，有誰敢說那個想法，是自己能獨立想到的？有誰敢說某一觀念從未受旁人影響？何況我國由職業法官審理判決，法官既非業界人士，通常也不具有該產業的知識，如何能斷言知識固有或非固有？強加原本即難以區辨的知識性質要求法官判斷，等於強加難預見的法律風險於訴訟兩造當事人，將使法律及判決的可預測性降低。

且依契約本旨，離職後競業禁止契約所保護的，為勞工可能得知的營業秘密。既然能解釋為雇主的營業秘密，何須區分是固有、或非固有知識？若非固有知識，既不能認為係營業秘密，則無討論必要。若應為營業秘密，為何知識來源的區別，能使營業秘密變成非營業秘密？「雇主的固有知識」和「營業秘密有保護之必要」，所指係同一件事。認定不同必然產生矛盾。只須問該秘密是否為雇主的營業秘密，不能、也不應區別固有或非固有。只問是否為營業秘密，無須區別知識固不固有。

第二款 第二標準即「勞工有機會接觸之營業項目」

如前所述，勞工才是離職後競業禁止契約所欲規範的主要對象，而非雇主。五標準說中，先討論第一標準再檢查第二標準，顯然忽略負不競業義務者為勞工。關於第二標準內容應為：營業秘密應以勞工之工作及職位上，可能接觸者為範圍。勞工持有營業秘密的內容及數量等，因不易證明也難以得知此一純主觀之事實。契約為雙方當事人之契約，義務內容以某一方主觀上所認知者為對象，並不正確。解釋意思表示應探求當事人之真意，然在契約適用上，意思表示所合致的對象為雙方當事人皆能認知、而非僅限於任一方主觀上所得知者。雖然其義務內容應為勞工所知之營業秘密，卻不應只以勞工所得知者為限，而應以勞工在所任職位、及工作機會上可能得知者為範圍。以工作機會上，可能得知的營業秘密為基礎，才能論及雇主值得保護的利益。以負擔離職後競業禁止義務為勞工作為思考點，第一標準及第二標準不能切割，應同時判斷，始符合離職後競業禁止之契約本旨。

上開判決之第二標準，重點似為後段，以負面排除無妨害原雇主營業之可能，故而：「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。」

由上所引可知，先論第一標準雇主有值得保護的利益，易導出錯誤的判斷。忽略負擔義務的人為勞工，而先判斷雇主是否有值得保護的利益，再負面排除，實則，即使雇主有值得保護的利益，若其利益並非負擔義務的勞工可得而知者，則雇主即使有值得保護的利益，與被適用競業禁止義務的勞工自始至終皆無關。若勞工沒有妨害原雇主營業的可能，可能連第一標準都無法通過，遑論第三標準。

既然勞工才是競業禁止的規範對象、雇主害怕被侵害的、或是要保護的利益，是勞工工作職位上，可能取得的營業秘密。故必以勞工可能得知的營業秘密為限。且因勞工究竟知道多少營業秘密，非雇主所能全知，故提前以競業禁止作為保護。既然勞工所知之營業秘密為何、或有多少數量難以得知，只要求勞工不得洩密，不能使雇主安心，所以才需要約定離職後競業禁止契約。而應以客觀上勞工職位、或工作可能得知者為範圍。故第二標準，「勞工在原雇主或公司之職務及地位」，應作為雇主是否有值得保護的利益的基礎，與第三標準共同形成競業禁止之範圍（勞工於勞動契約之服務期間的長短、職位高低，將影響禁止競業的時限及區域）。

第三款 第三與第二標準共同形成合理的競業禁止範圍

承上所述，第二標準實為第一標準的基礎，沒有第二標準，第一標準的討論將失去意義。且第二標準也與第三標準有所關連，第三標準顯然難以單獨操作。所謂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。暫先不論雇主有無必要使勞工負競業禁止義務、須有可評價為值得保護的利益。即使是雇主的權利行使，也須依民法第 148 條誠信原則為之，不得違反公共利益。所謂「合理」的判斷係不確定法律概念，難以操作適用。然與第二標準互為參照，所謂「限制……」之「合理」須以勞工原有之工作及職位客觀判斷。所謂客觀，特指雇主及勞工雙方皆能預見者。第二標準、第三標準，亦與第四標準有其關連。

換言之，五標準之中前三標準，實以第二標準為基礎，即勞工有一定的職位，基於勞工工作內容及職位，可能得知雇主可被法律評價為值得保護的營業秘密。第二標準也牽動第三標準，即競業限制之對象、期間、區域等需不逾合理範疇、皆應以第二標準、即勞工於原雇主的工作內容及其職位，為合理與否的考慮因素。

勞工簽訂離職後競業禁止約定時點，通常並非離職時而係就職時或在職中。在承諾離職後將不競業之後，通常也會繼續工作（大部分勞工所以簽署競業禁止，正是為保住工作、或能繼續升職）服務期間愈長，離職時與簽訂契約時點愈遠。採勞動契約一部說之合理性將愈低；勞工可能得知的營業秘密內容及數量愈多，洩密的風險及雇主的耽心也將隨之增高，競業禁止的限制就業對象也可能增加。故第三標準對於如何判斷限制的對象、期間、區域、職業活動之範圍的合理性，必然與第二標準：勞工任職於原雇主時之職位、工作內容及其性質有絕對的關聯。

實務見解及學說雖常採用五標準，卻常常非全然引用。然無論採取五標準說、或是四標準、三標準說，前三標準內容幾乎相同，即使以所謂的「合理性」判斷，內容也與三標準無異。第三標準特別是競業禁止的時限，似有試圖客觀化的傾向。例如以二年為合理，或是主張一年為合理。學說及研究者也試圖透過判決的整理，找出某個（些）客觀化標準。但是，從以上的分析可知，離職後競業禁止的範圍、時限、對象、區域等，應隨著第二標準即勞工的職位、工作內容及服務時限決定。

第四款 第四標準即「雇主須給付對價」

前三標準為勞工負離職後不競業義務的內容，審理競業禁止約定有效性時，應以負擔義務者的角度判斷。然而，何以離職後競業禁止只有勞工須負擔義務？誠如前述，採取五、四、三標準說者，判斷競業禁止的有效性之時點，為離職時；法理上不能將離職後競業禁止約定，視為勞動契約之一部。若視為另一獨立契約，則主張三標準說、或是不以有代償措施，作為離職後競業禁止約定的有效要件時，離職後競業禁止契約，很顯然的，只有勞工須負擔義務，而雇主卻只享受利益。這樣的契約，實為學說上所稱的「無償契約」，明顯會被評價為「顯失公平」。故代償措施，應解為離職後競業禁止契約的有效性要件。而第四標準的原文為：「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」。上述所引文字前後，很明顯地存有矛盾，若只有「代償措施之有無，為重要之判斷基準」，可明確知道代償措施為要件。然而在重要之判斷基準前，又加上「有時亦為」，言下之意，代償措施並非要素，只是「常素」。因此，實務上諸多判決採取五標準說的內容，卻只以三標準審查。若認為競業禁止為勞動契約的一部分，既然已給付勞動契約的對價（經常性給付）何以須給付競業禁止期間的代償措施？勞動契約一部說於法理上實難圓滿解釋。前段以「需有」為段落文字的起始，後段文字卻說「有時亦為重要之判斷基準」，關於離職後競業禁止契約的給付，又以「代償或津貼」稱之。而「津貼」二字，見於勞動基準法施行細則第十條，該條係解釋經常性給與。經常性給與即工資，為勞動契約中勞動之對價。而「代償」文義上當指「代替競業禁止期間之償付」。兩者性質殊不相同，同列於上，實難理解（也許判決只是避免「把話說死」）。「特約」是否為契約、或只是條款？亦難判斷，然而公序良俗明指係民法第 72 條。

若採獨立契約說，必使義務與利益相對於「代償」形成對價。違約金之約定，亦應列入考量。第三、及第四標準勞工就業之對象、期間、區域或職業活動範圍，應有合理之範疇、並有補償勞工因競業禁止的損失之措施，其實是互相有關連的。

在民法第 72 條、第 247-1 條的檢驗之下，前三標準、與第四標準應互為對價。實務常只適用前三標準而不適用第四標準顯不合理，對五標準說的解讀也非正確。

第五款 第五標準即「基於誠信原則」

第一目 第五標準之真正涵義

實務常引用五標準、或雖不以五標準說論述、卻仍引出五標準之所有內容。然引用五標準說的判決，往往並非採用五標準判斷離職後競業禁止契約有效性，常常只以四標準、或三標準判斷，第五標準經常以非有效性判斷標準而排除適用。若引用五標準說之內容，卻於逐項檢驗系爭案件事實前，即已判斷雙方所簽署之離職後競業禁止約定、應屬有效或無效，此種判決實難確定採五或四或三標準。故闡釋第五標準的涵義前，應先解釋該如何判斷實務見解是否採五、四、三標準。

如前所述，台北地方法院 85 年度勞訴字第 78 號民事判決創設五標準以來，常有判決引用。其中絕大多數的判決，只引用四或三標準，而把第五標準排除。第四標準、即代償措施，法院有時會認定代償措施應為競業禁止約定之有效要件，若引用相同或類似文字，又認為代償為要件，則可肯定係採用四標準無疑。然而有些法院明確引用四標準，卻認為代償與否只是違約金酌減的依據者，此時不能認為採四標準。四標準說必然有代償，代償措施若非屬要件，應歸類為三標準說¹⁵¹。

不論是採四標準說、或三標準說，排除第五標準之判決，其理由大約皆類如台北地方法院 89 年度勞訴字第 76 號民事判決（台灣飛利浦建元電子案）所述：「第五項離職後員工之競業行為是否具有顯著背信性或顯著的違反誠信原則為……，應係在個案中先行肯認競業禁止之約定為有效後，根據個案勞工之競業行為是否具有顯著背信性而為斟酌，並非審認競業禁止約定是否無效之前提。」

¹⁵¹有研究者於整理實務見解時，特別整理出「五標準說下的四要件一審酌因素說」一項，並以之作為判決內容之分類。（王曼瑜，台灣與英國離職後競業禁止條款之比較法研究，第 74 頁以下，特別是第 75 頁的表格。台灣大學法律學院碩士論文，2014 年 1 月。）本文認為此舉並無必要。首先，既已認定法院並未採為要件，仍列為審查標準、或列於有效性標準項下，邏輯非屬正確。其次，以實務判決理由觀之，法院認定之「代償」係真代償？抑或以工資作為代償？若未先於定義上先釐清，所謂「代償作為審酌因素」本身即有疑問。第三，論者將法院認為「代償作為審酌因素」以之作為違約金酌減事由，仔細分析後，仍難以找出該「審酌因素」如何發揮效果。其實不同法官，心裡的那把尺原本就不會相同，研究法院認定代償措施，如何影響違約金高低，只怕白費心機。若以近來學界流行的「心理耗盡理論」考量，將更難判斷。更何況如前所述，該判決理由認為的「代（補）償」，是否真為代償？或是已被評價為工資者，再次評價為代償？

先判斷離職後競業禁止約定的效力，再論斷該個案的勞工所涉的競業行為，是否具有顯著背信性？其基本邏輯固屬正確，學說也多表支持，並認同第五標準，並非有效性判斷，而是於有效性判斷後，用以檢驗勞工競業行為違反義務的程度。

首先應贊揚上述理由，於借用他人見解時，能先判斷所引用的見解是否正確？有無層次上或是認知上的盲點？實務見解能知論理應有層次，並重視法律邏輯，的確是適用法律理論應有的態度。然而本文以為，類似上述之「第五標準並不是有效性的判斷，而是判斷契約確定有效性之後，判斷勞工有無違約、或違約程度」，係錯誤解讀台北地方法院 85 年度勞訴字第 78 號民事判決的五標準中之第五標準。

第二目 第一、二、五標準為同位階而有關連性

要談第五標準應如何解讀之前，須先回頭討論第一標準的內容。其理由為：第一、二、五標準為同一個位階、而具有關連性。要使用第一標準檢驗有效性時，第五標準不能排除不論；前面也說過，適用第一標準時，須以第二標準為核心。第五標準與第一標準相同，也應以第二標準作為核心價值，並以其為前提討論之。

換言之，若要判斷雇主是否有值得保護的利益（第一標準），必須以勞工在離職前的工作內容及地位（第二標準）為核心。也需要判斷勞工應如何保護雇主在第一標準中的利益（第五標準）、以不洩露雇主營業秘密為中心遵守競業禁止。

第一及第五標準此二標準係相輔相成者，無法切割適用。不得只引第一標準而不適用第五標準。若不適用第五標準，則第一標準將過於空泛。且於論理上，僅有第一標準難以論證、何須強調雇主有值得保護的利益，且如何得出第一標準？本文曾強調，契約內容須以兩造皆能理解或可預見者為限。競業禁止義務的內容，從勞工的角度來看，是以工作上所知悉的營業秘密，作為離職後競業禁止的範圍；從雇主的角度來看，並不能確實掌握員工於工作職位上，究竟知道多少營業秘密。

由此可知，雙方所能共同認知的離職後競業禁止義務，係依勞工工作內容、「可能得知」的營業秘密作為競業禁止義務的依據，而「可能得知」對勞工來說，仍不同於「已得知」之營業秘密。故以勞工之工作職位上可能得知的營業秘密，為離職後競業禁止義務內容時，須以第五標準是否有顯著背信性或違反誠信原則為限制，以免勞工確實不知某營業秘密，卻因為該秘密係勞工可能得知者而成為客觀上離職後競業禁止契約的義務內容，只因勞工可能得知其實不知而誤犯約定。

何以判決學說會誤解第五標準，又該如何避過「顯著背信性或違反誠信原則」這些看來似乎果真如前述見解所言，係離職後競業禁止約定的有效性判斷之後，在確實有違反約定之競業行為之後、用以檢驗勞工背信程度的說法。為試著解釋第五標準的文字陷阱，仍應先解釋上開五標準說中，第一標準之內容的應然為何。

離職後競業禁止義務，係員工於勞動契約消滅後、仍應保守雇主的營業秘密、此一附隨義務所演化而生。因為工作知悉的營業秘密不得洩露，此義務無須約定，本於原勞動契約，離職員工即有此一附隨義務。雇主為避免將來若員工離職之後，較無法掌握勞工是否向競爭對手洩露營業秘密，而直接禁止離職員工與其競業，用以降低因員工競業，而使營業秘密被洩露的可能性。是以，第一標準中所謂：「雇主有值得保護的利益」，須以上述內容作為前提。上述認知及其應有的限制，可作為第一標準、為何需要檢驗「雇主是否有值得保護的利益」此標準的理由。雇主是否有值得保護的利益，也應以上述內容檢驗。勞工離職時雇主的營業秘密，判斷時點係離職時，雇主持有的營業秘密、及其保護狀態。主詞係雇主而非勞工；是雇主持有的、但是否為勞工所知，並非所問。即便如此，該利益範圍仍須緊緊以勞工之職位、及工作內容為核心。其次，應注意離職後競業禁止約定，係雇主直接禁止離職員工與之競業，以保護營業秘密。勞工應保守前雇主的營業秘密，本即為勞動契約之附隨義務無須約定亦應遵守。競業禁止給予雇主超過勞動契約之權利、同時提醒勞工尋找工作時，不洩漏前雇主營業秘密...等目的為中心意旨。

以上開論述為前提，細閱原台北地方法院 85 年度勞訴字第 78 號民事判決，第五標準「離職後員工之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的違反誠信原則時，此時該離職違反競業之員工自屬不值保護」。其表面文義似如台北地方法院 89 年度勞訴字第 76 號民事判決所說「並非審認競業禁止約定是否無效之前提」。然其本意應為：競業禁止除「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」（即第一標準）之外，相對於前述的雇主持有之利益，勞工所負擔之義務，並非只要離職後有競業行為即屬違約，應以誠信原則為中心。易言之，勞工的離職後競業禁止義務，係禁止顯著地背信或顯著地違反誠信原則。

第三目 第五標準與第一標準實具相對性

以上論述，即為五標準說中第五標準應有的解讀。本文於前一章節也曾說過，須兩造客觀上可理解者，始能作為契約內容。勞工須遵守的離職後競業禁止義務，是以禁止洩露勞工於「離職前依其職位及工作內容，所得知的前雇主營業秘密」，並以勞工在前雇主所得知之營業秘密為核心，避免自己違反離職後競業禁止約定。

換言之，該五標準皆係論斷有效性之標準。第一標準係檢視雇主確須有競業禁止特約保護之利益存在，第五標準主在說明勞工相對應負有之義務，僅因用語、及文字所放之位置，於五標準說中最後一段，因與第一標準遠遠分離而造成誤解。

第六款 小結：以實務見解驗證

為強化上述對於五標準說的論證，以下舉例說明：台中地方法院 92 年度訴字第 2660 號民事判決（高鼎化學公司案），法院判斷勞工是否違反競業禁止規定，重點為勞工離開原雇主後，再就職之公司，其營業項目是否與原雇主有相同之處？

「被告於九十二年七月十四日起任職之京盛公司，係經營與原告相同或類似之業務，自堪認定，從而，被告於九十二年五月十二日自原告公司離職，旋於二個月後任職京盛公司擔任經理一職，有違系爭協定第八條之約定，則原告依系爭協定第九條約定，請求被告賠償懲罰性違約金，自無不合。」

判決認為勞工無需確實有洩密行為，只須進入競爭公司即為違反不競業義務。

雇主簽訂離職後競業禁止契約之目的之一，本來就含有禁止原屬自己旗下的勞工至競爭對手處工作之意，重點即為防止挖角。雖然勞工在離職之後即使競業，也並不必然洩露雇主的營業秘密。然而，原來在自己旗下工作的員工既然在競爭對手處任職，站在前雇主立場思考，營業秘密何時會被於、那些秘密會被洩露？舉例來說，就像不在家卻沒有穿著衣服一樣，即使該場所無人，一樣沒有安全感。

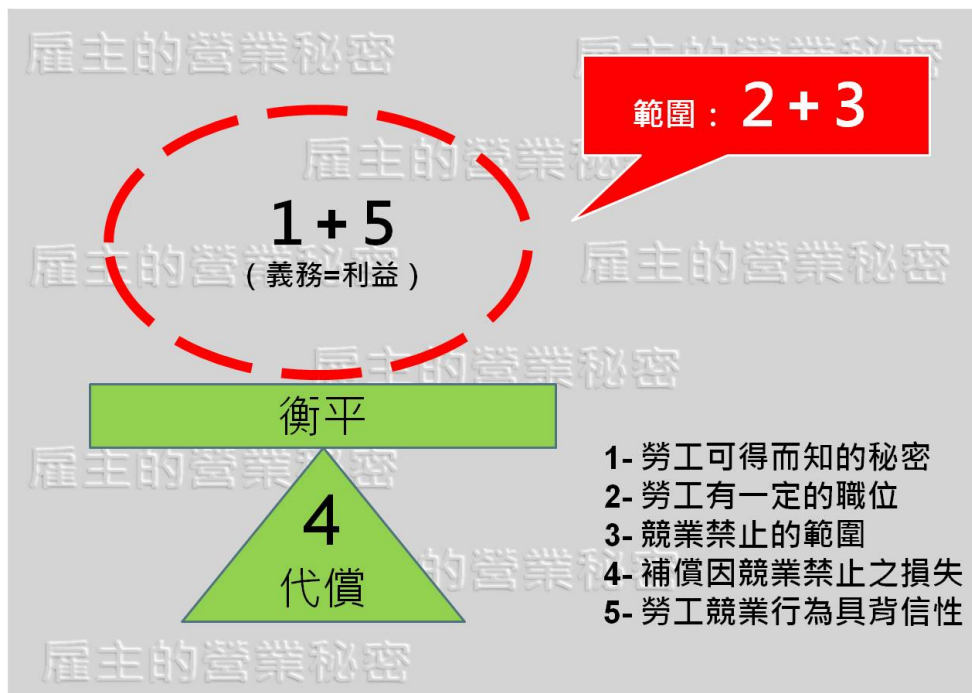
所以，雇主要求員工簽署離職後競業禁止契約，契約本旨並非只是要求離職員工保守工作上所知的營業秘密，而是進一步要求不得與之競業以保護營業秘密。

以上所引判決，認為勞工並不需要確實有競業事實、或洩露營業秘密的行為，只須進入競爭公司，即已違反競業禁止義務，此說法非無道理。然本文再三強調，「離職後競業禁止契約，係勞動契約原有的附隨義務之前提下，更進一步地約定員工離職後不得競業」。故仍應以勞動契約中不洩露營業秘密之附隨義務為中心。

不僅須審酌雇主之利益是否值得保護（第一標準），勞工所負之不競業義務，須以誠信原則為準，並強調其目的係保守營業秘密，並禁止顯著的違反誠信原則。上開判決完全未就此判斷，即非合理。然只採用第一標準、卻不採取第五標準時，會作出上開推論，實屬正常。而且，若只採用第一標準，必然會得出上述結論。幾乎所有只採用四、或三標準說之判決，僅須探究前雇主是否有值得保護的利益，再認定勞工之新雇主營業項目，與原雇主相同，即可論斷勞工是否違反競業禁止。

第五標準並非實務、或學者所理解的，只是競業禁止違反的背信性程度判斷，而應依上述內容解讀。若單看文字的表面，似乎確實不該是有效性的判斷標準，然事實上第五標準，是用來說明勞工應負擔的義務內容。且第五標準必須與第一、第二標準共同觀察並一起援用，沒有將之拆開，有些適用、有些不適用的道理。

僅以下圖說明，於獨立契約說的觀點下，離職後競業禁止有效性判準之應然，如何將幾乎已成通說、可說已是實然的五標準納入應然，而能使實然歸之於應然：



(圖八) 將實然的離職後競業禁止約定的五標準說歸於應然

圖中的數字與五標準說相對應。號碼所代表的，即五標準的第一到第五標準。上圖外圍方框內，為雇主全營業項目中、所有的營業秘密。第二標準及第三標準，共同形成勞工負擔的離職後競業禁止範圍。圓圈的範圍之內，仍屬雇主營業秘密，然僅止於雇主所有營業秘密之部分，而非全部。勞工負擔的離職後競業禁止義務，即為第一標準加上第五標準之內容，並以第四標準即代償措施衡量是否有對價性。

第三項 解為無效：民法第111條的適用

第一款 前提

離職後競業禁止契約，必須經過民法第 72 條及民法第 247-1 條等條文的審查，才能確定是否有效。不管是依前述的五、四、三標準說，或以所謂的合理性標準、作為離職後競業禁止的有效性判準，只要是依法論斷事實，是否援用，皆無不可。

必須再三強調的：須以離職後競業禁止契約、而非以勞動契約作為審查客體。以勞動契約作為客體，難以判斷對價性。認知到離職後競業禁止契約的獨立性後，可知雇主須付出相當對價、或可認係有對價性的代償，必為競業禁止的有效要件。

若能知離職後競業禁止約定，為勞動契約外的另一契約，無論契約那一部分（如競業禁止時限、範圍、區域、代償或對價有無、違約金過高等）應解為無效，依民法第 111 條本文規定，全部皆為無效，與勞動契約的效力無關。學說所謂：「系爭離職後競業禁止約款全部無效，惟勞動契約其餘部分仍為有效¹⁵²」實為誤解。

第二款 民法第 111 條之意義

民法第 111 條，法律體系的性質上為解釋規定，其前提要件，有以下三項：1.須有「單一的法律行為」.....2.法律行為須在其內容或當事人具有可分性，即除去該部分，法律行為尚可獨立存在。3.須單一法律行為的部分無效¹⁵³。

「...本條規定一個單一而可分的法律行為，若其中之一部分無效時，其部分的無效對該法律行為之全部是否、以及在如何之範圍內，對其效力會有所影響，依本法之規定，若除去該無效的部分，其他部分尚可成立者，則其他部分，仍為有效。否則，該單一之法律行為的全部，便因其部分之無效，而全部皆為無效。由此規定明白顯示該非為無效原因所直接涉及的部分，是否尚得繼續有效，全視於該部分得被當成一個獨立的法律行為與否。換言之，本條之適用以系爭之單一的法律行為是否在單一中仍保有其可分性為前提¹⁵⁴。」

¹⁵²林更盛，論契約控制-----從 Rawls 的正義理論到離職後競業禁止約款的控制，第 274 頁。2009 年 3 月，翰蘆出版。

¹⁵³王澤鑑，民法總則，2014 年 2 月增訂版，第 548 頁。王慕華出版，

¹⁵⁴黃茂榮，民法判解之理論體系—民法總則，第 463 頁，作者自版，1979 年 3 月初版。

第三款 第 111 條但書的適用

若能認知到，離職後競業禁止契約為獨立之契約、而不是勞動契約的一部分。競業禁止契約無效並不會使勞動契約無效。無須引用民法第 111 條但書保持效力。

雇主所規定之離職後競業禁止範圍、時限、內容等過廣，可否以法院之判斷、引用前條但書去除不合理部分使離職後競業禁止有效？德國民法學者 Karl Larenz 對於德國民法第 139 條（相當我國民法之第 111 條）的解釋，有極高的參考價值：

「在一個雙務合同（按「合同」係中國民法體系用語，本文係由中國翻譯者所譯）中，雙方當事人具有相互履行的義務，但由于合同的方式，使這兩個履行義務的行為各自獨立，因此，當一方的行為無效時，另一方的履行義務並不因此也無效，而是相對於另一方而作為單方義務保留下來。這時，這個合同就失去了作為交換合同的特點，它也不能以合同的組成部分來進行分割，相反，這個合同關係的本質類型和它的總的特點都要進行改變。一個雙務合同可以以下列方式，在不改變它的總的特點的情況下，將其分割成各個獨立存在的部分：這個行為分割以後，雙方當事人意願的給付與對待給付則維持原狀的情況也不屬於上述討論的內容。如果違反善良風俗是由于雙方的給付與對待給付不成比例而發生的，這種不合理也是第 139 條禁止的，那麼只有通過降低受損害一方可以分割的給付來對合同進行“改正”（這裡不是所謂的“保持合同有效的降低”）。比如，一個買賣合同，根據第 138 條第 2 款（按，相當於我國民法第 74 條）的規定，由于高利貸而無效，那麼這個合同不能因為接受高利貸的一方的給付是法律所允許的，並因此把它和對方無效的部分分開，從而保持該合同的部分有效。相反，高利貸行為都是被作為整個無效的。聯邦最高法院對此類案件所提出的特別理由是，第 138 條必須具有一種威懾力。因為我們假設，如果因高利貸而無效的法律行為可以通過降低高的利息來使其保持有效，那麼，發放高利貸的一方就不會有失去一切的風險；他就會在任何情況下至少仍然可以得到“不違反善良風俗下可以得到的一切”。如果人們一方面不允許高利貸存在，另一方面卻又同意某種高利貸的利息，那麼，人們就可以隨心所欲地確定高切貸利息的高低。」

「最后，下列法律行為也是可以分割的：比如，合同一方的給付，或者在雙務合同中合同雙方相等的給付，在長期的債權債務關係中依時間順序規定的給付，可以按數量分割成不同的部分。德國聯邦最高法院曾對一個規定了 20 年期限以上義務的啤酒合同，根據《德國民法典》第 138 條的規定，判決其無效，因為這個合同所規定的義務超過了 20 年，如果這個合同所規定的義務期限被縮短，那麼根據合同的內容，這個合同仍然可以有效。相反，在一個長期債權債務關係中，僅僅將合同時間縮短是不夠的，它還必須同時伴隨合同內容的改變，因為在債權債務合同中，每一筆債務返還的多少是和合同持續時間相連繫的，所以，第 139 條不適用於一個時間上有限制的部分無效的法律行為¹⁵⁵。」

林更盛教授則認為：「最高法院就其所持見解，基本上並無法訴諸當事人意思而獲得支持；因為當事人是否果真有此意願，只得依意思表示解釋的方式，就具體個案加以決定，否則將過度擬制與曲解當事人意思。當事人實際上不可能作一個抽象、模糊、不確定的『合理的給付數量』、『合理的期間』的意思表示；縱然有之，此一意思表示也會因為內容無法確定、亦非可得確定，而不會（有效地）成為意思表示的內容。又最高法院所持結論，亦無法訴諸比例原則之適用。因為民法第 111 條規定寓有尊重當事人意思自主、適當分配約款效力不明的風險，在立法政策上，或許不是最佳的選擇，然而也未必不妥，亦未違背憲法上的任何其他原則或侵害人民之基本權利。最高法院的看法，在結果上將導致：約款效力不明的不利益，轉嫁由法規範所企圖保護的對象承擔；提出此類約款之締約強者大可有恃無恐地提出不當的約款，因為並無遭受不利益的風險；職司仲裁者的法院必須義務擔任締約強者的辯護人，為之界定合法/合理的範圍，維持約款的效力。以上結果，甚不妥當。何況就法律安定性、權力分立、民主正當性等觀點，吾人並無理由和最高法院一樣，採取其所主張之抵觸現行法的法的續造。綜上論述，本文認為：對於『給付數量或期間抵觸強行規範時，法院得否自動縮減其範圍以維持其效力』的問題，應採取否定說之結論：亦即仍應回歸民法第 111 條，認為系爭離職後競業禁止約款為無效¹⁵⁶。」

¹⁵⁵Karl Larenz，德國民法通論（下），王曉擘等譯，第 633-639 頁，2003 年 1 月，法律出版社。

¹⁵⁶林更盛，論契約控制——從 Rawls 的正義理論到離職後競業禁止約款的控制，第 274 頁。2009 年 3 月，翰蘆出版。

本文論證離職後競業禁止契約獨立性，主要實益及其目的是將競業禁止契約的法律適用客體，從與勞動契約的糾葛中解放，透過本文論證，吾人較容易判斷「離職後競業禁止義務」、「代償」、「違約金」有關聯性。除離職後競業禁止契約必以代償措施為有效性要件之外，與義務內容、時限、違約金也須有相對性。

誠如學者所言，若離職後競業禁止契約的時限、或內容、範圍等限制過廣，若不適用民法第 111 條本文，而適用但書，再由法院來調整雙方所約定的內容，以維持其效力，除林更盛教授所言「約款效力不明的不利益，轉嫁由法規範所企圖保護的對象承擔；提出此類約款之締約強者大可有恃無恐地提出不當的約款，因為並無遭受不利益的風險；職司仲裁者的法院必須義務擔任締約強者的辯護人，為之界定合法/合理的範圍，維持約款的效力」之外，法院或許誤認簽訂契約之當事人必然希望契約有效。基於契約自由原則，司法者似乎傾向於應儘量維持契約效力。

在勞動關係存續期間，勞工有時係以民法第 86 條單獨虛偽意思表示之心態，為滿足雇主的需要，於審視契約內容後，認定該契約不合於公平原則應為無效，也相信不公平的契約不會生效。雖然民法第 86 條本文係意思表示不以之為無效，然而同時也確實存有當事人信其契約無效之利益。若以此角度觀之，雖然「不以之為無效」幾乎等同於「有效」，然而，實質上，在法律價值上仍有些許的不同。

若本於民法第 86 條的單獨虛偽意思表示之心態，簽署離職後競業禁止契約，至少有一方並不希望契約有效。故法院所擬制：本於契約自由、兩造之所以簽約，係雙方皆冀望契約有效為前提，而適用民法第 111 條但書，實非真正的契約自由。雖心中保留，依民法第 86 條並不以之為無效，至少有一方意思表示為心中保留時，可以發現，法院之擬制極為不當。更進一步地說，若雇主或其代理人以或哄或騙的方式，告訴勞方類似於「這只是個形式」、「不會真的發生效果」等等話語，可能須進一步認為，雙方為民法第 87 條第 1 項之通謀虛偽意思表示，應解為無效。

兩造皆有民法第 87 條第 1 項之意思表示，若欲適用第 2 項有關脫法行為規定，也必須表意人有此種法效意識。當事人之間如無「隱藏他項法律行為」之真意者，即不能轉換該無效之法律行為，而使之適用他項法律行為。從民法第 87 條之規定，推衍法條背後之法律價值，隱涵著對當事人真意之尊重。同樣的道理，若有內容不合理的離職後競業禁止契約，法院應先探究兩造皆有除去該部分、仍欲使契約有效的真意。若非雙方當事人皆有此意，法院不能恣意地適用民法第 111 條但書。

另外，立法者制定民法第 111 條但書，並未授權司法者有如民法第 252 條、第 74 條那樣的權限。只許司法者「除去該部分」，且必須「亦可成立」始得適用。一旦改變雙方原來約定的時限、範圍、內容等等，將會影響所約定契約的對價性。

誠如德國民法學者 Karl Larenz 所說，雙務契約於法律性質上若缺少對價性，則無法構成契約。至少在該法律行為係屬雙務契約的情形下，一旦影響對價性，即非「除去該部分亦可成立者」。立法者授與如民法第 252 條或第 74 條之裁量權，亦本於契約對價性之確保，而非為效力維持，特別是第 74 條依其情形顯失公平者。是以，該案件為雙務契約時，若有妨害對價性之虞，不得適用民法第 111 條但書。

第四項 民法第252條之適用

上述之論證，也可以間接證明，本文所主張的離職後競業禁止契約之獨立性。基於契約公平及法律價值，避免離職後競業禁止契約顯失公平、或有違公共秩序，離職後競業禁止契約，法律性質上，應解為有償契約及雙務契約，自然有其必要。

相對於民法第 111 條但書實務見解明顯逾越立法者的授權而錯誤適用但書。司法者對於民法第 252 條，卻過度地受其拘束。誤以為有民法第 252 條的存在，即使違約金的約定明顯地過高，也不得以民法第 72 條或第 247-1 條認定為無效。實務對於民法第 111 條本文及但書的解釋，與第 252 條同樣是錯誤解讀法律規定。

第五章 結論

法律人的共同語言即為法律，思考的方向應從法律啟始，推論也應止於法律，所能依據的，只有法律別無其他。筆者為法實證主義信徒。特別是 Hans Kelsen 的純粹法學¹⁵⁷。雖然法實證主義傳統上被歸入法哲學領域，也常拿來與自然法比較。然而 Kelsen 的純粹法學，講究價值中立，誠如其命名，重點在於強調法的純粹性。法律皆源自基本規範也必可回溯至基本規範。前者係法源，即法律的正當化基礎。法律皆能回溯至基本規範，則為該法律之規定合適於法律體系之內的合法性論證。

適用法律，係適用整體法律體系、整個法規範。司法者自有適用法律的義務，當司法者選擇了某一個法律、某些法條，而適用於系爭案件時，其實也等於宣告系爭案件並不適用其他法律。每次的適用法律，並不是只適用被選擇出來的法律，而是適用整個法律體系。不適用，其實也是另一種形式的適用。所謂法律漏洞，須窮盡、並解釋所有（不包括基本規範，基本規範是用來作為填補漏洞的依據）法律規範後，並無適當規範可直接適用者，才適用基本規範如憲法填補法律漏洞。法律本身並不會自己產生漏洞，漏洞的產生，是司法者適用整體法律秩序之後，發現並無可適用的法律（請注意這裡已經適用法律後，發現沒有法律可以適用），考量含基本規範在內的法價值認定為漏洞，引用基本規範填補。例如，類推適用必須引用憲法第 7 條。若只是在解釋範圍內補充法律，為法的續造而非法官造法。

離職後競業禁止約定是勞動法的熱門議題，絕大多數學者或實務判決見解，都說競業禁止約定「法無明文」。於是開始研究、引進外國法例、判決、學說。自從台北地方法院 85 年度勞訴字第 78 號民事判決，「創設」「五標準」之後，五標準成為顯學，被認為是彌補法律漏洞的「法官造法」。然而離職後競業禁止，真的是法律漏洞？真的該引用民法第一條的「法理」，進而引進「外國法例」嗎？台北地方法院 85 年度勞訴字第 78 號民事判決之五標準說，真的是法官造法嗎？就算認為是法律漏洞，而引用民法第一條的法理，也應該先確定沒有法律可適用，在引用之前，也必須先確定，適用第一條的「法理」的系爭案件事實其法律性質。

「眾裡尋他千百度」，其實，「那人正在燈火闌珊處」。

¹⁵⁷參見拙作，大法官是什麼？不是什麼？----從純粹法學出發探討大法官之基本規範。植根雜誌，第 23 卷第 10 期，第 22 頁以下，2007 年 10 月。

本文認為離職後競業禁止約定，為勞動契約之外的另一契約。以契約法理並適用民法第 72 條、及第 247-1 條判斷，所有有關於本議題的爭論，皆可迎刃而解。所謂的五標準說，也當在這樣的法律性質理解下，直接引用上開法律，作為開展。

無論實務或學說，對於離職後競業禁止約定之法律性質，似乎未明確的交代。實則邱駿彥、林更盛、黃程貫教授等都已意識到問題，故主張預約、無償契約之法理，解決離職後競業禁止與勞動契約的時間差、或代償措施應否為要件等問題。

研究此議題之學位論文皆有意識於獨立契約說。如：「附屬義務似乎易使人誤會勞工不為競業行為是其在勞動契約下義務的一部份，事實上勞工不為競業行為應該是在競業禁止條款之下，一項獨立的義務¹⁵⁸。」、「離職後員工與雇主關係一勞動契約終了而完結，雇主若欲限制離職員工之職業選擇自由，須有更有力的依據—一個新的獨立契約¹⁵⁹。」、「本文認為競業禁止約款，係勞雇雙方約定，勞工在勞動契約終止後一定的期間、區域內，不得從事與原雇主有競爭性之同類或類似的工作，性質上係屬於不作為義務的一種。此種約款既係勞雇雙方另行約定勞工離職後履行之義務，應屬於另一個契約行為，而非原契約之後契約義務¹⁶⁰」、

「競業禁止條款係由雇主與受僱人約定而成立，本質上為一契約¹⁶¹」、「有認為離職競業禁止係屬一後契約義務...對此，本文採不同意見¹⁶²」、「競業禁止約款均係由企業雇主與受僱人締約成立，其本質乃一契約行為¹⁶³」、「就主給付義務角度觀之，離職後競業禁止契約應定性為非典型契約¹⁶⁴」

以上論文，談到離職後競業禁止法律性質時，皆已認識到本文之獨立契約說。可惜未能進一步推論，卻在不穩定的法律性質的概念之中，繼續整理有效性判斷。

¹⁵⁸王曼瑜，台灣與英國離職後競業禁止條款之比較法研究，第 60 頁，台灣大學法律學院碩士論文，2014 年 1 月。

¹⁵⁹王琛博，離職後競業禁止約款之研究，第 86 頁，天主教輔仁大學法律學系碩士論文，2007 年 11 月。

¹⁶⁰黃錦昭，競業禁止合約類型化之比較研究—以電子製造業為例，第 23 頁，東吳大學法律學系碩士論文，2010 年 6 月。

¹⁶¹洪崇仁，論離職員工競業禁止條款之效力，第 14 頁，東吳大學法律系碩士論文 1998 年 7 月。同頁註 18 也可知有獨立契約說之意識：「競業禁止條款在形式上，有時係與僱傭契約同時簽訂，而記載於該契約中，有時則獨立以一書面為之，然而兩者之關係如何？則不無疑問？若認為競業禁止條款實質上為一獨立之契約，則應認為其與僱傭契約與為具一定依存關係之聯立契約。」

¹⁶²高蘇弘，勞工離職後競業禁止約款有效性之研究，第 21 頁，中正大學法律學研究所碩士論文，2007 年 7 月。第 21-22 頁有詳細論述，茲不贅引。

¹⁶³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，第 29 頁，東吳大學法律學系碩士論文，2005 年 7 月。

¹⁶⁴葉韋辰，以法學方法論探討離職後競業禁止約款之效力，第 15 頁，台北大學法律學系碩士論文，2010 年 7 月。

一、本文不採比較法之理由

誠然，若確實為「法無明文」的情形下，比較法研究是學者常採用的路徑。然而，引進外國立法例時，須注意受引介的國家背後法律體系，是否與我國相容？

為論述代償措施必要性，德國、瑞士等有代償規定的立法例，常被學者引用。然而代償既為雇主之義務，法律行為定性上，必會解釋為非勞動契約之獨立契約。我國民法原本就承襲自歐陸法系、特別是瑞士及德國民法理論。無須引用德國、瑞士有關於競業禁止的立法例。以我國的法律體系，自然也可以推導出相同結論¹⁶⁵。

英國之「花園休假」係在僱傭契約期間，雇主藉由給與勞工如同在自家花園惹花弄草似的假期，係避免營業秘密外洩而給予之有薪休假，與離職後競業禁止完全是不同觀念。何況法系不同時溶入我國法，有根本上困難；美國法也是一樣。當然，英美法系的實質內容、解決問題的方法，比較法上自然是很好的參考對象。但是，論及法律性質及定性，例如本文談到的離職後競業禁止契約的法律性質，英美法系於我國法基本概念全然不同而無法借鏡，甚至連引用介紹都會造成誤解。

台北地方法院 85 年度勞訴字第 78 號民事判決所引的五標準，依何宗霖研究，可能借鏡於日本奈良地方法院有關 FOSECO JAPAN LTD. 一案之假處分裁定¹⁶⁶；然日本與我國同屬歐陸法系之國家，卻也陷入相同的泥沼之中。在義務的定界上，仍陷著在勞動契約之附隨義務的殘存說或消滅說之中¹⁶⁷；內容上也爭論著到底工作規則或團體協約可否作為依據¹⁶⁸；是否以代償作為對價的問題，也與我國現有狀態一樣，似乎皆未先分析法律概念，再考慮有效性；甚至，離職後雇主是否仍得對離職後勞工行使懲戒處分？似乎採肯定見解¹⁶⁹（懲戒處分必然在勞動契約之期間。上開問題採肯定說者，也必然認為離職後競業禁止義務，係在勞動契約中所產生）。

¹⁶⁵林更盛：「此由德國法上將雇主所為之補償，與離職後競業禁止，視為是一對價關係」（見氏著，論契約控制-----從 Rawls 的正義理論到離職後競業禁止約款的控制，第 233 頁。2009 年 3 月，翰蘆出版。）

¹⁶⁶何宗霖，我國與日本勞工離職後競業禁止約款效力之比較法研究，第 28 頁以下，台灣大學法律學院碩士論文，2011 年 1 月。

¹⁶⁷邱駿彥，競業禁止特約有效性認定基準之法理探討，第 30 頁以下。華岡法粹，第 48 期，2010 年 11 月。

¹⁶⁸見邱駿彥，同前註，第 35 頁以下。

¹⁶⁹見邱駿彥，同前註，第 38 頁。

依日本經濟產業省 2013 年公布「人材を通じた技術流出に関する調査研究」，可知日本的勞動市場，眾多離職後競業禁止義務依據，來自企業內的就業規則¹⁷⁰；而日本的就業規則與我國工作規則相同，無論台灣或日本，皆為勞動契約一部分。在上開調查報告中，將離職後競業禁止的約定，分類成「競業避止義務契約」及「競業避止義務特約」。前者包括透過工作規則得到概括的合意，及透過誓約書得到個別的合意等，不問契約型式，指企業用以對勞工課予競業禁止義務的契約；後者，指另行與勞工簽訂書面，達成個別合意，而課予勞工離職後競業禁止義務。此種分類除形式上的不同以外，似無法律上的實益。且明顯認為離職後競業禁止，為勞動契約的一部分。然而，在離職後競業禁止契約的有效性判斷標準，卻使用以下六標準：1、契約的目的在保護公司利益，依其目的，競業禁止義務契約內容應在合理範圍；2、從業員的地位；3、特定有區域的限定；4、競業禁止義務時限；5、離職後競業禁止義務所限制之範圍的必要性 6、已採取或將採取的代償措施¹⁷¹。

由以上的六標準可知，其判斷時點是在離職之時，則顯然只能採獨立契約說。在有無代償措施的標準中，又常見以退職金為標的。類型上有企業以「不當得利」為請求權基礎，要求違反競業禁止的前員工，命返還退職金、或減額發給退職金、或根本不發退職金¹⁷²；退職金的減額給付之案件，日本法院常常以前員工違反競業禁止行為是否有一定的背信性為考量¹⁷³，明顯也是以離職後之事實作為判斷依據。將勞動契約之退職金作為離職後競業禁止的代償，卻是採勞動契約一部說的證據。

最重要的是，無論借鏡、採用何國學說、實務見解等，未先以本國法律體系論證之前，即引入比較法，似有治絲益棼之感，亦非符合法律適用原則的作法。

¹⁷⁰日本經濟產業省，人材を通じた技術流出に関する調査研究，第 6 頁，2013 年 3 月。
<http://www.meti.go.jp/policy/economy/chizai/chiteki/pdf/honpen.pdf>。最後參訪日： 2014/07/22。
曾針對日本企業的營業秘密管理現況進行調查。依該報告，日本的公司除在工作規則約定外，另外與員工簽下保密協議者占 55.5%，特別簽訂競業禁止約定的企業占 14.3%。未簽訂保密協議的公司中，有 53.7% 的認為已在工作規則中規範，而有 26.9% 認為不需特別簽訂，另外有 10.5% 的表示合約中的效果並不明確。

¹⁷¹同前註，第 11 頁。

¹⁷²同前註，第 30-36 頁。

¹⁷³同前註，第 34 頁。

二、受困於表象的離職後競業禁止的法律定性

何以離職後競業禁止契約的獨立性，難以一眼看穿？關鍵在於表象之干擾。離職後競業禁止的簽訂常於勞動契約期間、有時與勞動契約為同一書面、有時以所謂切結書或約款方式出現，在簽訂時間及形式上不容易明快地與勞動契約切開。

然解釋意思表示應探求當事人之真意不得拘泥於所用之文字。此為立法者對司法者之提醒。雖未言亦不得拘泥所用形式，然此實為學習概念化之歐陸法系者應有之基本觀念。學習法律、解釋法律、進而適用法律，皆應「從抽象到具體」，然後「從具體到抽象」而常「徘徊在抽象與具體之間」。或有認為於勞動契約內、或勞動契約期間簽訂者，硬生生將之切開，對絕大多數不以法律為專業的人來說，是否不容易理解？將離職後競業禁止約定解為勞動契約一部分，是否較為單純？

歐陸法系之法概念，確實較難被非法律專業的人理解。特別是自人類有群居生活開始就存在的民法，更為所有法律之最。但適用者重點為結論符合公平正義。更何況，當事人之間，確實以離職作為競業禁止約定的生效時點，在離職的同時，勞動契約早已生效，甚至已經消滅的前提下，離職競業禁止約定作為獨立契約，並以離職作為競業禁止契約的停止條件，原本就是符合當事人的真意之正確解讀。

三、五標準說的解讀

雖然本文重點在獨立契約說的論證。然而，於離職後競業禁止契約定性之後，也能以之推論有效性的判斷標準，並將五標準之實然歸於應然。以下說明其內涵：

（一）第一標準

離職後競業禁止約定並非勞動契約一部分。造成此一誤解的主要的原因是：保守雇主的營業秘密之義務，離職後仍以勞動契約附隨義務此型態，拘束著員工。也因為往昔學者對於附隨義務內涵、定義不明，甚至因附隨義務難以區別判斷，而有否認附隨義務存在的傾向。實則，無論從附隨義務不能依契約的約定而產生，或是附隨義務的承載能力來看，勞工所負擔的離職後競業禁止義務，早已超出原勞動契約上之「保守雇主的營業秘密之附隨義務」，該義務只能作為主給付義務。本文第二章、第一節，有關於契約的義務群，是否應有附隨義務此一類型的辯證，恰好用來說明，離職後競業禁止義務，係雇主防止營業秘密遭洩的提前保護手段，而能理解第一標準從何而來？「企業或雇主須有依競業禁止特約之保護利益存在」為何？改以勞工為主體後，再以第二標準為範圍，解讀第一標準，始符債之本旨。

（二） 第二標準

第二標準為「勞工在原雇主事業應有一定之職務或地位」，此為範圍依據。既然競業禁止是為雇主義業秘密而存在。何不以「勞工須持有原雇主義業秘密¹⁷⁴」作為標準？此係因離職後競業禁止義務，為勞動契約附隨義務的提前保護手段，故非以勞工持有或得知前雇主之營業秘密，為離職後競業禁止義務的限制範圍，而應以勞工在原雇主事業應有一定之職務或地位，以其職位可得而知的營業秘密。

（三） 第五標準的誤解

第五標準：「離職勞工之競業行為，是否具有背信或違反誠信原則之事實」，係因學說及實務錯誤解讀，才會認與有效性判斷無關、為判斷之後的適用結果。實則本標準係強化第一標準，強調並非雇主有值得保護的利益即可。本於利益與義務有相對性，應注意勞工負有的義務，其不作為義務係保守前雇主之營業秘密，且禁止顯著背信、或顯著地違反誠信原則。以上似為違反之結果而非有效性判準。實因以勞工工作上可得而知而非已知之秘密為範圍，故須以顯著有違誠信限制之。

（四） 第三及第四標準

而第三標準及第四標準，「對勞工就業之對象、期間、區域或職業活動範圍，應有合理之範疇」、「應有補償勞工因競業禁止損失之措施」，兩者間互有關連。以競業禁止作為獨立之契約為前提，在民法第 72 條、及第 247-1 條規定的要求下，第三標準跟第四標準須互為對價而為有償契約，始有合法可能。只適用第三標準，而不適用第四標準、不以代償措施作為有效性要件，對五標準說的理解非屬正確。

¹⁷⁴有些判決或學說，會在五、四、三標準下，既適用第一標準「企業或雇主須有依競業禁止特約之保護利益存在」及第二標準「勞工在原雇主之事業應有一定之職務或地位」，又論述勞工在勞動契約期間，所取得之知識，係「一般知識」或「特殊知識」、「主觀知識」或「客觀知識」。本文認為那必然是矛盾的。討論勞工的知識種類，並不是前開第一標準的內容，因為第一標準要求是「有競業禁止特約之保護利益存在」。第二標準「勞工在原雇主之事業應有一定之職務或地位」意即不一定要真有取得營業秘密，只須可能取得即可。或以此討論正是釐清雇主有無保護利益，論者通常也將之置於第一標準之項下，以為是在討論所謂的「雇主的保護利益」。分析後能知，所討論者卻係以勞工知識或技能為主詞。如「所謂一般知識，是指受僱人於任何受僱關係中均可習得之知識或技能。或是再利用自己的知識技能而發展出來的知識技巧，乃係受僱人運用自己之知識、經驗與技能之累積，故係受僱人主觀之財產」（王曼瑜，台灣與英國離職後競業禁止條款之比較法研究，第 110 頁，台灣大學法律學院碩士論文，2014 年 1 月。）。

四、本文之實益及目標

若能知悉民法第 72 條及第 247-1 條，所適用之客體為「離職後競業禁止契約」，會發現若無對價將成無償契約，不能通過「公序良俗」「顯失公平」等價值檢驗。是以，離職後競業禁止義務必須有代償措施作為其對價，必然為競業禁止約定的有效性要件。對價性則會自然形成內容、範圍、時限、違約金等等限制的緊箍咒。

認知「離職係停止條件」，同樣可以反證離職後競業禁止與勞動契約不會是同一個契約。雇主違法解僱時，依民法第 101 條第 2 項，視為停止條件不成就，可確定離職後競業禁止契約不生效，解決違法解僱是否有競業禁止適用的難題，且該條是依法應適用不能任意排除者。因錯誤採用勞動契約一部說而生之爭議，如工作規則可否作為依據、在職期間之給付可否為代償等爭議，也能依法理解決。

五、結語

筆者執業律師以來，皆以勞動法為專業領域。勞工局每月固定的法律服務，十五年來從未間斷。將離職或離職後、再就業前，因離職前所簽之競業禁止契約，而猶豫該如何就業或尋找工作。這樣類型的法律諮詢，容筆者以不精確不科學、卻絕對出於肺腑地說：大約十凡有一。此為舊稱台北縣的新北市單一縣市的大略，不知其他縣市或未利用法律服務者有多少？而真正進入訴訟可能不到二分之一。身為律師受詢問時，最怕的不是案件勝訴機率低，而是如離職後競業禁止一般，因法院見解不一而不能給予當事人建議，何況勞工面臨違約或是工作權的選擇？忝為以勞動法為專業領域的律師，除對於勞動者不捨之外，更多的是慚愧與自責。

法律人共同語言是法律。從法律啟始也止於法律。所能依據者，也只有法律，別無其他。要說服法院，若不能憑著法律、依著法律人都曾學習過的法律概念；單憑著學理，要使契約生出許多契約所無之要件，事實證明，花 25 年都難以達成。

不憑著法律概念說服，即令主管機關，以行政指導的方式制訂競業禁止手冊，法院只消主張依法解釋裁判，主管機關之解釋不能拘束法院，就能輕易排除適用。主管機關之行政指導，雖立意良善，希望雇主能本於指導，而擬定競業禁止契約。然若信其行政指導，認為無代償者，應不生效力。在此前提下，而簽署之勞動者，面對法院認為競業禁止有效命其給付違約金時，主管機關豈能推卸「誤導」之責？

以離職後競業禁止契約之獨立性為本，將可解讀判決，並整理其有效性判準。望本文能使實務學說重新檢視法律性質，並以之得出離職後競業禁止契約之應然。

附錄一：參考文獻

一、外文文獻

日本經濟產業省（2013），人材を通じた技術流出に関する調査研究，2013年3月。

ヴィンフリード・ベッケン（2013），松井良和譯，労働法における約款規制，労働法律旬報，1796期，2013年7月25日。

河野尚子（2013），在職中の競業禁止義務をめぐる法的課題，季刊労働法，243期，2013年冬季。

二、中文文獻

（一）書籍、專論

王能君（2010），工作規則與懲戒，收錄於「勞動基準法釋義」，新學林出版，2010年10月增訂版。

王澤鑑（1980），法學上的發現，收錄於「民法學說與判例研究」，第4冊，譯者自版，1980年4月。

王澤鑑（1988），物權行為無因性理論之檢討，民法學說與判例研究（一）作者自版，1988年9月。

王澤鑑（1992），勞動契約上之單身條款、基本人權與公序良俗，收錄於氏著「民法學說與判例研究（七）」，作者自版，1992年9月。

王澤鑑（2011），民法物權，王慕華出版，2011年8月。

王澤鑑（2012），債法原理，王慕華出版，2012年3月。

王澤鑑（2014），民法總則，王慕華出版，2014年2月。

Karl Larenz（2003），王曉擘等譯，德國民法通論（下），法律出版社，2003年1月。

朱柏松（1999），消費者保護法論，作者自版，1999年9月增訂。

吳從周（1997），論法學之上「類型」思維，收錄於「法理學論叢——紀念楊日然教授」，1997年1月。

林更盛（2009），論契約控制—從 Rawls 的正義理論到離職後競業禁止約款的控制，翰蘆出版，2009 年 3 月。

林炫秋（2013），競業禁止約款效力審查基準的新標準，收錄於「勞動法精選判決評釋」，元照出版，2013 年 9 月。

林誠二（2010），債法總論新解-體系化解說（下），瑞興出版，2010 年 3 月。

姚志明（2003），誠信原則與附隨義務之研究，元照出版，2003 年 2 月。

郭玲惠（2011），勞動契約法論，三民出版，2011 年 9 月。

邱聰智（2003），新訂民法債編通則（上），作者自版，2003 年 1 月增訂版。

邱聰智（2003），新訂民法債編通則（下），作者自版，2003 年 3 月增訂版。

陳自強（2012），契約責任歸責事由之再構成—契約法之現代化，月旦出版，2012 年 12 月。

陳自強（2004），民法講義 II—契約之內容與消滅，學林出版，2004 年 1 月。

黃茂榮（1979），民法判解之理論體系—民法總則，作者自版，1979 年 3 月。

黃茂榮（2011），法學方法與現代民法，作者自版，2011 年 9 月增訂版。

黃程貫（2010），最低服務年限與競業禁止條款，收錄於「勞動基準法釋義」，新學林出版，2010 年 10 月增訂版。

詹森林（2006），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）」，元照出版，2006 年 12 月。

劉士豪（2010），勞動契約雙方當事人的權利義務，收錄於「勞動基準法釋義」，新學林出版，2010 年 10 月增訂版。

魏千峰（1998），離職後競業禁止契約之研究—評釋臺灣高等法院八十年度上字第一四九九號民事判決，收錄於「勞動法裁判選輯（一）」，元照出版，1998 年 5 月。

（二）期刊論文

邱駿彥（2010），競業禁止特約有效性認定基準之法理探討，華岡法粹，48期，2010年11月。

邱駿彥（2013），離職後競業禁止特約之效力限制，月旦法學雜誌，222期，2013年11月。

陳忠五（2013），不誠實廣告與溫泉住宅買賣契約—最高法院 101 年度台上字第 246 號判決評釋，台灣法學雜誌，219期，2013年3月。

蔡瑞麟（2007），大法官是什麼？不是什麼？—從純粹法學出發探討大法官之基本規範，植根雜誌，23卷10期，2007年10月。

（三）學位論文

王曼瑜（2014），台灣與英國離職後競業禁止條款之比較法研究，臺灣大學法律學院碩士論文，2014年1月。

王琛博（2007），離職後競業禁止約款之研究，天主教輔仁大學法律學系碩士論文，2007年11月。

何宗霖（2011），我國與日本勞工離職後競業禁止約款效力之比較法研究，臺灣大學法律學院碩士論文，2011年1月。

林振芳（2005），論勞動契約中競業禁止約款在司法實務上之效力問題，東吳大學法律學系碩士論文，2005年7月。

洪崇仁（1998），論離職員工競業禁止條款之效力，東吳大學法律系碩士論文，1998年7月。

高蘇弘（2007），勞工離職後競業禁止條款有效性之研究，中正大學法律系碩士論文，2007年7月。

黃錦昭（2010），競業禁止合約類型化之比較研究—以電子製造業為例，私立翁東吳大學法律學系碩士論文，2010年6月。

葉韋辰（2010），以法學方法論探討離職後競業禁止約款之效力，臺北大學法律學系碩士論文，2010年7月。

(四) 其他

CFP 宅急便-TAYLOR，退休前，如何救回失控的財務規劃？（上），今週刊 <http://www.businesstoday.com.tw/article-content-80499-105836?page=2>，最後參訪日 2014 年 2 月 18 日。

行政院主計處台灣地區家庭收支調查，<http://win.dgbas.gov.tw/fies/>，最後參訪日 2014 年 3 月。

郭玲惠，勞動契約之合意終止與附解除條件勞動契約之限制，民法研究會第三次學術研討會會議記錄，收錄於「民法研究（一）」，學林出版，1999 年 9 月。

陳金泉，論離職後競業禁止契約，<http://明理.com/download.php?file=20121204-113518.pdf>，最後參訪日 2013 年 12 月 4 日。

附錄二：判決索引（以法院別分類）

最高法院 33 年上字第 506 號民事判例	105
最高法院 75 年度台上字第 2446 號民事判決	3, 47, 49, 55, 75
最高法院 83 年度台上字第 1865 號民事判決	4, 78
最高法院 91 年度台上字第 1625 號民事判決	34
最高法院 94 年度台上字第 1688 號民事判決	43
最高法院 95 年度台上字第 1076 號民事判決	95
最高法院 99 年度台上字第 170 號民事判決	57
最高法院 99 年度台上字第 599 號民事判決	4, 5, 6, 17, 75, 79, 81, 82, 83, 90, 113, 137
最高法院 99 年度台上字第 1742 號民事判決	146
最高法院 99 年度台上字第 2228 號民事判決	5, 6, 82
最高法院 100 年度台上字第 2 號民事判決	95
最高法院 100 年度台上字第 1860 號民事裁定	5, 47
最高法院 101 年度台上字第 184 號民事判決	5
台灣高等法院 89 年度上字第 194 號民事判決	3
台灣高等法院 90 年度勞上易字第 34 號民事判決	34, 42
台灣高等法院 91 年度勞上字第 27 號民事判決	37
台灣高等法院 91 年度勞上字第 37 號民事判決	31, 97
台灣高等法院 92 年度勞上易字第 43 號民事判決	34, 42
台灣高等法院 92 年度上易字第 917 號民事判決	62
台灣高等法院 93 年度勞上易字第 40 號民事判決	31, 97
台灣高等法院 100 年度上易字第 175 號民事判決	81, 85, 91
台灣高等法院 101 年度上更（一）字第 20 號民事判決	86
台灣高等法院 102 年度勞上字第 53 號民事判決	102, 134, 149
台灣高等法院台中分院 92 年度上字第 39 號民事判決	30, 49

台灣高等法院台中高分院 94 年度上易 15 號民事判決	30, 98
台灣高等法院台中分院 97 年度勞上易字第 37 號民事判決	46
台灣高等法院台中高分院 97 年度上字第 315 號民事判決	38, 39
台灣高等法院台中高分院 98 年度上易 12 號民事判決	38
台灣高等法院台南分院 97 年度上易字第 125 號民事判決	128
台灣高等法院台南分院 98 年度上字第 112 號民事判決	38
台灣高等法院台南分院 99 年度勞訴字第 27 號民事判決	47
台灣高等法院台南分院 99 年度上更（一）字第 9 號民事判決	82
台灣高等法院台南分院 100 年度勞上字第 2 號民事判決	47
台灣高等法院高雄分院 89 年度上字第 227 號民事判決	122
台灣高等法院高雄分院 92 年度上字第 1 號民事判決	36
台灣高等法院高雄分院 94 年度上易字第 128 號民事判決	59, 60
台北地方法院 85 年度勞訴字第 78 號民事判決 3, 106, 150, 155, 156, 157, 165, 167	
台北地方法院 89 年度勞訴字第 76 號民事判決	50, 155, 157
台北地方法院 89 年度勞訴字第 88 號民事判決	37, 54
台北地方法院 91 年度勞訴字第 11 號民事判決	4, 34, 42
台北地方法院 91 年度重勞訴字第 12 號民事判決	29
台北地方法院 92 年度勞訴字第 13 號民事判決	29, 42, 53
台北地方法院 92 年度勞訴字第 22 號民事判決	29, 42
台北地方法院 92 年度勞訴字第 60 號民事判決	29, 97
台北地方法院 92 年度勞訴字第 139 號民事判決	4
台北地方法院 92 年度訴字第 130 號民事判決	61, 63
台北地方法院 92 年度訴字第 5016 號民事判決	4
台北地方法院 93 年度勞訴字第 109 號民事判決	34, 42
台北地方法院 93 年度勞訴字第 153 號民事判決	34, 42

台北地方法院 96 年度勞訴字第 108 號民事判決	34, 42
台北地方法院 96 年度勞訴字第 150 號民事判決	34, 42
台北地方法院 96 年度勞訴字第 188 號民事判決	34, 42
台北地方法院 96 年度重勞訴字第 12 號民事判決	34, 42
台北地方法院 97 年度勞訴字第 12 號民事判決	127
台北地方法院 97 年度勞訴字第 21 號民事判決	44
台北地方法院 98 年度重勞訴字第 11 號民事判決	34, 42
台北地方法院 98 年度勞訴字第 145 號民事判決	129
台北地方法院 99 年度北勞簡字第 33 號民事判決	34, 42
板橋地方法院 91 年度勞訴字第 29 號民事判決	123
板橋地方法院 92 年度重訴字第 565 號民事判決	68, 71, 72
板橋地方法院 93 年度訴字第 4917 號民事判決	101
板橋地方法院 94 年度重訴字第 130 號民事判決	36
新北地方法院 101 年度勞訴字第 134 號民事判決	134
桃園地方法院 98 年度訴字第 97 號民事判決	34, 42
桃園地方法院 98 年度勞簡上字第 112 號民事判決	36
新竹地方法院 89 年度訴字第 114 號民事判決	69
新竹地方法院 92 年度訴字第 225 號民事判決	51
新竹地方法院 97 年度訴字第 697 號民事判決	60, 63
新竹地方法院 99 年度竹勞簡字第 16 號民事判決	42
苗栗地方法院 98 年度訴字第 142 號民事判決	34, 42
台中地方法院 90 年度訴字第 212 號民事判決	51
台中地方法院 91 年度訴字第 2919 號民事判決	49
台中地方法院 92 年度訴字第 2660 號民事判決	29, 30, 97, 146, 158
台中地方法院 92 年度訴字第 2661 號民事判決	29, 30

台中地方法院 93 年度訴字第 765 號民事判決	70
台中地方法院 95 年度訴字第 640 號民事判決	47
台中地方法院 95 年度訴字第 1254 號民事判決	47
南投地方法院 93 年度訴字第 225 號民事判決	100
南投地方法院 95 年度訴字第 360 號民事判決	68
台南地方法院 88 年度勞簡上字第 6 號民事判決	37, 67
台南地方法院 99 年度勞訴字第 27 號民事判決	47
高雄地方法院 88 年度訴字第 672 號民事判決	122
高雄地方法院 89 年度小上字第 65 號民事判決	72
高雄地方法院 89 年度訴字第 2333 號民事判決	48
高雄地方法院 93 年度訴字第 1592 號民事判決	59, 63, 124
高雄地方法院 95 年度訴字第 3039 號民事判決	31, 97
高雄地方法院 97 年度雄簡字 1719 號民事判決	31, 99
澎湖地方法院 95 年訴字第 46 號民事判決	43

附錄三：判決索引（以章節內容分類）

第一章 緒論

1

- 最高法院 75 年度台上字第 2446 號民事判決（台灣保來得公司案）
台北地方法院 85 年度勞訴字第 78 號民事判決（太平洋房屋公司案）
台灣高等法院 89 年度上字第 194 號民事判決（金榜補習班案）
台北地方法院 92 年度訴字第 5016 號民事判決（元本電子公司案）
台北地方法院 91 年度勞訴字第 11 號民事判決（好邦科技公司案）
台北地方法院 92 年度勞訴字第 139 號民事判決（花念平英語補習班）
最高法院 83 年度台上字第 1865 號民事判決（博建公司案）
最高法院 99 年度台上字第 599 號民事判決（新世紀光電公司案）
最高法院 101 年度台上字第 184 號民事判決（閃晶半導體案）
最高法院 99 年度台上字第 2228 號判決（台灣奕力公司案）
最高法院 100 年度台上字第 1860 號民事裁定（鎮裕貿易公司案）

第二章 勞動契約一部說或獨立契約說

17

主張競業禁止為附隨義務者

21

- 台中地方法院 92 年度訴字第 2660 號民事判決（高鼎化學案）
台中地方法院 92 年度訴字第 2661 號民事判決（高鼎化學案）
台北地方法院 92 年度勞訴字第 60 號民事判決（賀眾企業案）
台灣高等法院台中高分院 94 年度上易 15 號民事判決（源利電磁公司案）
台灣高等法院 91 年度勞上字第 37 號民事判決（香港商永久公司案）
台灣高等法院 93 年度勞上易字第 40 號民事判決（益亞公司案）
高雄地方法院 95 年度訴字第 3039 號民事判決（祐詮工業公司案）
高雄地方法院 97 年度雄簡字 1719 號民事判決（五洲國際公司案）

工作規則可作為依據

33

最高法院 91 年度台上字第 1625 號民事判決（德合機械公司案）
 台灣高等法院 90 年度勞上易字第 34 號民事判決
 台灣高等法院 92 年度勞上易字第 43 號民事判決
 台北地方法院 91 年度勞訴字第 11 號民事判決（好邦科技公司案）
 台北地方法院 92 年度勞訴字第 13 號民事判決
 台北地方法院 92 年度勞訴字第 22 號民事判決（勝華科技公司案）
 台北地方法院 91 年度重勞訴字第 12 號民事判決（實密科技公司案）
 台北地方法院 93 年度勞訴字第 109 號民事判決
 台北地方法院 93 年度勞訴字第 153 號民事判決（寶貿資產管理有限公司案）
 台北地方法院 96 年度勞訴字第 150 號民事判決（鑫傑企業案）
 台北地方法院 96 年度勞訴字第 188 號民事判決（學樹舍文理補習班案）
 台北地方法院 96 年度重勞訴字第 12 號民事判決（高效電子公司案）
 台北地方法院 96 年度勞訴字第 108 號民事判決（精碟科技公司案）
 台北地方法院 98 年度重勞訴字第 11 號民事判決（正合吉公司案）
 台北地方法院 99 年度北勞簡字第 33 號民事判決（國興保全公司案）
 桃園地方法院 98 年度訴字第 97 號民事判決（科建管理顧問公司案）
 苗栗地方法院 98 年度訴字第 142 號民事判決（正合吉公司案）
 桃園地方法院 98 年度勞簡上字第 112 號民事判決（南極星企業社案）
 台灣高等法院高雄分院 92 年度上字第 1 號民事判決
 板橋地方法院 94 年度重訴字第 130 號民事判決（亮泰企業案）

以在職期間給付作為代償者

37

台南地方法院 88 年度勞簡上字第 6 號民事判決（燦坤實業公司）
 台灣高等法院 91 年度勞上字第 27 號民事判決（訊連科技公司案）
 台北地方法院 89 年度勞訴字第 88 號民事判決（訊連科技公司案）
 台灣高等法院台南分院 98 年度上字第 112 號民事判決（新世紀光電公司案）
 台灣高等法院台中分院 98 年度上易字第 12 號民事判決（小磨坊公司案）
 台灣高等法院台中分院 97 年度上字第 315 號民事判決（三晃公司案）

第三節 獨立契約說 41

勞動契約終止後不殘存義務者 41

- 新竹地方法院 99 年度竹勞簡字第 16 號民事判決（大新竹停車場設備案）
- 台灣高等法院 90 年度勞上易字第 34 號民事判決
- 台灣高等法院 92 年度勞上易字第 43 號民事判決
- 台北地方法院 91 年度勞訴字第 11 號民事判決（好邦科技公司案）
- 台北地方法院 92 年度勞訴第 13 號民事判決
- 台北地方法院 92 年度勞訴字第 22 號民事判決（勝華科技公司案）
- 台北地方法院 91 年度重勞訴字第 12 號民事判決（實密科技公司案）
- 台北地方法院 93 年度勞訴字第 109 號民事判決
- 台北地方法院 93 年度勞訴字第 153 號民事判決（寶貿資產管理有限公司案）
- 台北地方法院 96 年度勞訴字第 150 號民事判決（鑫傑企業案）
- 台北地方法院 96 年度勞訴字第 188 號民事判決（學樹舍文理補習班案）
- 台北地方法院 96 年度重勞訴字第 12 號民事判決（高效電子公司案）
- 台北地方法院 96 年度勞訴字第 108 號民事判決（精碟科技公司案）
- 台北地方法院 98 年度重勞訴字第 11 號民事判決（正合吉公司案）
- 台北地方法院 99 年度北勞簡字第 33 號民事判決（國興保全公司案）
- 桃園地方法院 98 年度訴字第 97 號民事判決（科建管理顧問公司案）
- 苗栗地方法院 98 年度訴字第 142 號民事判決（正合吉公司案）
- 新竹地方法院 99 年度竹勞簡字第 16 號民事判決（大新竹停車場設備案）
- 澎湖地方法院 95 年訴字第 46 號民事判決（台大補習班案）
- 台灣高等法院高雄分院 96 年度上字第 141 號民事判決（台大補習班案）
- 最高法院 94 年度台上字第 1688 號民事判決（漢翔航空工業公司案）
- 台北地方法院 97 年度勞訴字第 21 號民事判決（奈訊科技公司案）

競業禁止期間人事保證無效者

45

台灣高等法院台中分院 97 年度勞上易字第 37 號民事判決（海紳有限公司案）
最高法院 75 年度台上字第 2446 號民事判決
台中地方法院 95 年度訴字第 640 號民事判決（海德威電子公司案）
台中地方法院 95 年度訴字第 1254 號民事判決（海德威電子公司案）
台南地方法院 99 年度勞訴字第 27 號民事判決（鎮裕貿易公司案）
台灣高等法院台南分院 100 年度勞上字第 2 號民事判決（鎮裕貿易公司案）
最高法院 100 年度台上字第 1860 號民事裁定（鎮裕貿易公司案）

以代償為要件者

48

高雄地方法院 89 年度訴字第 2333 號民事判決（華宇企管案）
最高法院 75 年度台上字第 2446 號民事判決
台中地方法院 91 年度訴字第 2919 號民事判決（哈伯精密公司案）
台灣高等法院台中分院 92 年度上字第 39 號民事判決（哈伯精密公司案）
台北地方法院 89 年度勞訴字第 76 號民事判決（飛利浦建元公司案）
台中地方法院 90 年度訴字第 212 號民事判決（薔薇食品公司案）
新竹地方法院 92 年度訴字第 225 號民事判決（竹風不動產公司案）
台北地方法院 92 年勞訴字第 13 號民事判決（明星商品二手屋案）
最高法院 75 年度台上字第 2446 號民事判決
最高法院 99 年度台上字第 170 號民事判決
高雄地方法院 93 年度訴字第 1592 號民事判決（國巨公司案）
（本案上訴審：台灣高等法院高雄分院 94 年度上易字第 128 號民事判決）
新竹地方法院 97 年度訴字第 697 號民事判決（頤邦科技公司案）
台北地方法院 92 年度訴字第 130 號民事判決（新系統物流案）
（本案上訴審：台灣高等法院 92 年度上易字第 917 號民事判決）
高雄地方法院 93 年度訴字第 1592 號民事判決（國巨公司案）
台北地方法院 92 年度訴字第 130 號民事判決（新系統物流公司）
新竹地方法院 97 年度訴字第 697 號民事判決（頤邦科技公司案）

簽署時點與契約自由程度之關連性 68

- 南投地方法院 95 年度訴字第 360 號民事判決（北誼興業案）
 板橋地方法院 92 年度重訴字第 565 號民事判決（東貝光電案）
 新竹地方法院 89 年度訴字第 114 號民事判決（國聯光電公司案）
 台中地方法院 93 年度訴字第 765 號民事判決（台灣富培美公司案）
 板橋地方法院 92 年度重訴字第 565 號民事判決（東貝光電公司案）
 高雄地方法院 89 年度小上字第 65 號民事判決（新百王證券）

第四節 最高法院立場 75

- 最高法院 75 年度台上字第 2446 號民事判決（台灣保來得公司案）
 最高法院 83 年度台上字第 1865 號民事判決（博建公司案）
 最高法院 99 年度台上字第 599 號民事判決（新世紀光電公司案）
 台灣高等法院台南分院 99 年度上更（一）字第 9 號民事判決（新世紀光電案）
 最高法院 99 年度台上字第 2228 號民事判決（台灣奕力公司案）
 台灣高等法院 100 年度上易字第 175 號民事判決（閃晶半導體案）
 最高法院 101 年度台上字第 184 號民事判決（閃晶半導體案）
 台灣高等法院 101 年度上更（一）字第 20 號民事判決（閃晶半導體案）

第三章 應採「獨立契約說」之論證 93

反面論證：非勞動契約一部說 95

- 最高法院 100 年度台上字第 2 號民事判決（恆鉅開發公司案）
 最高法院 95 年度台上字第 1076 號民事判決

非附隨義務所能承載（附隨義務無法約定） 95

- 台中地方法院 92 年度訴字第 2660 號民事判決（高鼎化學公司案）
台北地方法院 92 年度勞訴字第 60 號民事判決（賀眾公司案）
台灣高等法院 91 年度勞上字第 37 號民事判決（香港商永久公司案）
台灣高等法院 93 年度勞上易字第 40 號民事判決（益亞公司案）
高雄地方法院 95 年度訴字第 3039 號民事判決（祐詮工業公司案）
台灣高等法院台中高分院 94 年度上易 15 號民事判決（源利電磁公司案）

於離職時判斷約定的有效性不合法理 99

- 高雄地方法院簡易庭 97 年度雄簡字 1719 號民事判決（五洲國際公司案）
南投地方法院 93 年度訴字 225 號民事判決（大熏煙酒公司案）
板橋地方法院 93 年度訴字第 4917 號民事判決（敦科科技公司案）

在職期間視為代償 101

- 台灣高等法院 102 年度勞上字第 53 號民事判決（鴻海公司案）

第二節 正面論證：獨立契約說 103

- 最高法院 33 年度上字第 506 號民事判例
台北地方法院 85 年度勞訴字第 78 號民事判決（太平洋房屋公司案）

第四章 獨立契約說之展開

117

- 高雄地方法院 88 年度訴字第 672 號民事判決（宏泰人壽公司案）
台灣高等法院高分院 89 年度上字第 227 號民事判決（宏泰人壽公司案）
板橋地方法院 91 年度勞訴字第 29 號民事判決（儀寶電子公司案）
高雄地方法院 93 年度訴字第 1592 號民事判決（國巨公司案）
台北地方法院 97 年度勞訴字第 12 號民事判決（伊頓語文補習班案）
台灣高等法院台南分院 97 年度上易字第 125 號民事判決（晶元光電公司）
台北地方法院 98 年度勞訴字第 145 號民事判決（敦南科技案）
新北地方法院 101 年度勞訴字第 134 號民事判決（鴻海公司案）
台灣高等法院 102 年度勞上字第 53 號民事判決（鴻海公司案）
最高法院 99 年度台上字第 1742 號民事判決（市帆興業公司案）
台中地方法院 92 年度訴字第 2660 號民事判決（高鼎化學公司案）
台灣高等法院 102 年度勞上字第 53 號民事判決（鴻海公司案）
台北地方法院 89 年度勞訴字第 76 號民事判決（台灣飛利浦建元電子案）