

釋字第七二六號解釋一部不同、一部協同意見書

大法官 蘇永欽提出

本件解釋為法律的統一解釋，其受理應以兩個不同審判體系的終審法院就同一法律在解釋上有無法相容的歧異為必要，多數大法官肯認最高法院與最高行政法院就勞動基準法第八十四條之一（下稱系爭條文）的解釋有歧異存在，就此部分本席歉難同意，即先述本案應不受理的理由。但就實體內容而言，本件解釋以民法第七十一條的解釋必須權衡公法管制與私法自治，並肯定系爭條文有關核備的程序管制為強制規定，違反該規定的法律行為雖非無效，為落實管制的意旨該約定在效力上仍應受一定限制，本席則敬表贊同。惟最高法院所持見解雖未提出明確的理論基礎，細繹其過往實務確有一貫脈絡可循，解釋應先理清其背後的思維，才能做出公允的評價。故本件解釋真正重要者應不在權衡的結果，而在如何權衡的判準，容於第二節以下再就理由部分也略為補強。

一、從統一解釋制度觀點而言受理尚無堅強理由

本院大法官依憲法規定有統一解釋法律之權，早期實務甚至以統一解釋為主，在受理上條件十分寬鬆，有其時代背景。民國七十年代人民聲請的憲法解釋案件大幅增加，固然壓縮了統一解釋的受案量，但統一解釋的受理趨於嚴謹，更重要的原因應在於本院大法官對於各終審法院最終釋法權的尊重，使不同審判權各自積累的專業權威得以不斷強化，本院大法官則可專注於憲法領域獨佔憲法的最後解釋權，以引領整體民主憲政的發展。基於此一考量，不僅各審判體系

內見解的統一有賴於終審法院的定於一，審判體系外其他機關間，或其他機關與法院間的見解歧異，也應儘可能循訴訟途徑而由各終審法院統一見解，非必要不由本院大法官提早作統一解釋。終審法院的見解縱有不盡恰當之處，或因社會變遷而顯得不合時宜，最好也由終審法院通過試誤驗證自覺的變更，始能真正建立終審法院的權威與責任。此所以在本院提出的司法院大法官審理案件法草案中，已明確刪除由法院以外機關聲請統一解釋的途徑，僅保留終審法院間對同一法規範有見解歧異的情形，始得由終審法院本身或人民向本院大法官聲請解釋。此一改革將使本院大法官在我國司法審判體系中扮演的統合者角色，僅限於終審法院間就實體法律問題發生歧異，或就審判權管轄發生消極衝突的情形，前者有如德國跨法院設置的聯合法庭（Gemeinsamer Senat），後者有如法國跨法院設置的衝突法庭（le Tribunal des conflits）一惟二者皆由相關法院均額代表組成。本院將更像憲法法院，而終審法院也更像終審法院。即使在完成修法以前，考量各終審法院就其專業領域的權威，及統一解釋的制度合理性僅在於國家就同一法律問題只能有一個最終的法律見解，本院大法官在受理與否及統一見解的決定上，仍有特別嚴格的必要，換言之，非於確認兩終審法院的法律見解有無法相容的歧異，而非僅就其一方見解認有不穩妥之處，不宜輕易受理；受理後所做的解釋，也以調息分歧確有必要的範圍為限，不作題外的闡釋，而為各終審法院未來釋法保留充分空間，始符合司法內部分權的功能最適原則。

本此意旨來看本件解釋，在受理上確實不夠嚴謹。系爭條文中所謂「得由勞雇雙方另行約定，工作時間、例假、休

假、女性夜間工作，並報請當地主管機關核備，不受第三十條、第三十二條、第三十六條、第三十七條、第四十九條規定之限制」，其中的「限制」，文義上可能包含勞雇雙方受到的公法上的限制，即國家禁止勞工逾時工作的命令等；也可能還包含私法上的限制，即勞雇之間不得為與相關規定不同的約定。甚至在延伸的效果上，違反公法上的限制，是否受到國家的處罰，或其他公法上的不利益，違反私法上的限制，是否會有契約法或其他民法或民事特別法的效果，都留下解釋的空間。當最高法院一〇二年度台上字第一八六六號民事判決（下稱系爭判決一）就有關勞工追討加班費的事件，最後認定該案勞雇雙方所為特別約定，依系爭規定「並非無效」，「不因未報備當地主管機關核備，有違行政管理規定，而有不同」時，確已肯認了勞雇雙方應受到公法上的限制（「未報備有違行政管理規定」），是否因此導致何種公法上的效果，則已不在其論述與認定範圍。至於系爭判決一對於勞雇雙方在私法關係上是否同時受到限制，雖沒有直接的論述，但很明確的認定不會在契約法上發生無效的結果。這是最高法院所持見解（前後兩庭大體一致）。最高行政法院則是在一〇〇年度判字第二二六號判決（下稱系爭判決二）就有關工會代表勞工與雇方所簽特別工時約定可否不予核備的爭議，僅在前提性的論述中提及「勞雇雙方另行約定」及「報請當地主管機關核備」為不受第三十條等規定限制的兩項要件。從此應可推出未經核備則仍應受第三十條等規定限制的結論，但是否僅指公法上的限制，從而也可能受到公法上的制裁（勞動基準法對於系爭條文的違反雖無罰則規定，但實務向來認為未核備既使勞雇雙方受到第三十條等的限制，則應視其違反而依相關罰則處罰，可參台北高等行政

法院九六年度簡字第四九號判決)，至於是否認為還包括勞雇雙方的私法關係也受到限制，乃至其違反應生無效的結果，恐怕不能遽下判斷，從最後認定約定非由勞雇間直接作成，即應不予核備，並引勞委會函釋的一段話：「...其主管機關之核備，併有特允別定個別勞雇間法定勞動基準之公法效果，非有個別勞工之願諾確明，毋得審認」看來，最高行政法院所說的限制，應該不會溢出其審判權的範圍，也就是公法上的限制。系爭判決二對於未經核備的約定在勞雇雙方間的私法關係是否也要受到限制，乃至如受到限制，該約定是否無效，有無意在言外的意思，以該案爭點直接間接都不及於此，從系爭判決二也找不到任何論述上的佐證，一定要作這樣的推論，難免予人為了作成統一解釋硬把相對見解塞進別人嘴裡的感覺，自不符合嚴謹認定歧異的要求。

由於審判權的涇渭分明，兩終審法院會就不同性質的事件適用同一規範而在解釋上發生歧異的情形，應該不多，比較容易引起注意的類型，是同一規範的違反於不同法域有不同效果，而在作為大前提的該規範本身出現了解釋上的歧異，比如某些單行法會就同一行為規範的違反同時發生刑事與行政責任，甚至引發民事責任的追究，普通法院與行政法院就該行為規範的某一要件有南轅北轍的解讀。這種情形往往因為不同法域在法益權衡上各有所偏，而對行為規範的要件有時會出現不盡相同的解釋，或在主觀責任條件上互有寬嚴，此時是否都屬於需要統一的「歧異」，便不能不謹慎以對。比較明確有統一需要的是不同法域間存在必要規範聯結的類型，比如在某一法域的規範所生結果，為另一法域某些規範的基礎事實，常見者如民事財產法的規定，解釋的結果

會影響稅法上稅捐債額的計算，本院所做釋字第六二〇號解釋有關夫妻剩餘財產分配請求權，在最高法院和最高行政法院間就該規定施行前尚未離婚的情形可否「溯及」適用，一度即有不同見解，此際行政法院雖不以民法規定為其處理稅務案件的直接依據，但不能不對該規定先為解釋，才能算出應課的遺產稅稅額。在這些有明確規範聯結的情形，縱使終審法院在論述上不十分明確，僅從判決的結果往往已可循邏輯推演認定確有見解歧異的存在。本案所處理的兩個系爭判決，完全不屬於這些類型，因為系爭條文根本不存在兩法院都必須解釋、而不容許該部分的解釋出現歧異的問題。仔細比較兩件系爭判決，唯一可以肯定的是有關勞雇雙方因其特別約定未經核備而受到第三十條等規定的「公法」上限制，就此確有較明顯的共識—雖然對於系爭判決一而言，仍只是一種附帶的認定（刻意提到違反行政管理規定的目的只在說明「無需」另加私法效果），而非訴訟上必要的認定，其餘部分也未顯現見解上的歧異。系爭判決二的上訴人（原告）與第三人（勞方）間有無私法爭議，不僅不在最高行政法院審理範圍，上訴人與工會的約定是否歸於無效，對於當地主管機關（被告）應否准予核備，也無任何邏輯的必然關係（logically following）。換言之，最高行政法院就地方主管機關可否不予核備的爭議，既不需要也完全沒有表示有關該約定是否因此無效的見解。因此僅因系爭判決一提到約定未經核備「並非無效」，系爭判決二提到約定未經核備即應「受到限制」，就肯認兩者間有需要本院大法官以解釋統一的見解歧異，當然是過度推論。如果回到三十年前，碰到這種雖無終審法院間的歧異，最多只在本院大法官與最高法院間可能存在歧異的情形（意指本院大法官不同意最高法院的見

解)，本席或還可以疑義本身的價值而贊同受理，強為統一。但從國家審判體系和解釋制度發展到今天來看這樣的聲請，便不能不駐足三思，而寧持較為保留的看法。

二、公法強制為何不宜輕易影響民事行為的效力

儘管程序上有所保留，對於本件解釋實體上表示的見解，包括對系爭條文和民法第七十一條的解釋，在同意其主要結論之餘，仍有必要對其論證提出補強或不同看法，惟在展開法條分析前請容先就現代社會公私法間基本的共存關係作一些觀念的釐清。在自由的經社體制下，社會的關係網絡必然是以無數的自由契約為其基礎，其規範性雖得到國家的肯認與尊重，但畢竟只是私人間為實現私益而創設並只在當事人間有其效力的個案規範，和國家機關基於憲法創設的法律，基於法律創設的命令，以公共利益的實現為目的，並對所有人有其效力相比，在重要性和規範力上，可說高下立判。因此兩者之間沒有任何規範內涵的衝突則已，若私人間創設的個別規範不容於公權力創設的普遍規範，後者的效力必須排除，不論從主權者命令的絕對性，或國家法規範秩序的一致性來看，似乎都是自明之理。自由社會固然不能強制人民協助政府達成所有管制目標，但仍然不能允許人民無視於政府的強制或禁止命令，我行我素。很難想像在一個法治社會，看到國家一方面禁止人民為某種行為，另一方面又承認人民創設以完成此種行為為目的的規範關係，公私法各行其是，比如刑事法庭懲罰販毒行為，隔壁的民事法庭又判決買受人應給付毒販約定的價款，甚至據以強制執行。這樣的私法，不是助紂為虐嗎？以左手回擊右手，國家的意志不是明顯分裂嗎？然而正是這樣的自明之理，使得讀到本件解釋

非常關鍵而且深中肯綮的一段論述：「民法第七十一條規定：…係在平衡國家管制與私法自治之原則。在探究法規是否屬本條之強制規定及違反該強制規定之效力時，自須考量國家管制之目的與內容」，並即以此為基礎展開有關勞雇另為約定效力的認定時，難免會感到困惑：私法自治既只能在公法管制所餘的空間進行，民事法官看到違反強制禁止法規的法律行為，直接否定其效力即可，還要權衡什麼法益，又該如何權衡？本席也必須直率的指出，本案多數大法官在決定是否受理時，會直接從「受到限制」推出「當然無效」的結論，恐怕也正是基於這種簡單、直觀的規範層級思維，否則就不會如此武斷的一口咬定兩個終審法院之間存有歧見。因此儘管作實體解釋時多數大法官已經比較能跳脫這樣的思維，這裡仍有必要再把這背後的觀念作更清楚的釐清。

在民主多數決的基礎上，國家對社會進行的種種干預，不能再用契約自由來對抗，原則上固已無可置疑，憲法之下並無所謂的「民法王國」，這應該是現代民事法官都已經有的公法視野。但另一方面，從公法的角度來看國家與社會關係的變遷，恐怕也不能忽略，承載不斷擴張的公法管制的，始終還是以民法為骨架的市民社會。此所以在解讀憲法保障的契約自由（釋字第五七六號、第五八〇號解釋）時，很重要的一個面向就是契約（交易）的安定，自負盈虧的交易者必然要把交易當時以及可預見的將來可能碰到的風險和所導致的成本（防險或承受風險的成本）最大程度的計算進去，這中間當然就包括公法的干預。因此任何公法的干預，都會轉化成契約的風險和成本，可預測性越低的管制，這樣的風險和成本就越高，不需要是一個經濟學家，我們都知道

這些交易成本的總和也是一種社會成本。因此管制的立法者在權衡管制的公共利益和行政成本時，還得把這樣的社會成本一併納入考量；過度膨脹的管制會使防險成本無限擴大，而對交易產生高度的壓抑，即使憲法容許契約自由受到限制的底線在哪裡，並不容易具體劃出來，但我們從經濟史上管制和緩和管制自然形成的某種循環，應該也可以看到端倪。而下游的管制法司法者，在思考管制性法規應該在多大程度內影響私法關係時，同樣不能不廣泛的考量立法目的和對於被管制者的可預測性，而從落實管制目的和保障契約自由的觀點，做出最穩妥的解釋，本解釋所稱的「平衡國家管制與私法自治之原則」，其實也就代表這樣的觀點。

但談交易成本，其實還只是從比較消極的角度來看公法管制和私法契約的關係。粗枝大葉的規範階層論者，忽略更多的是契約在現代社會的實質功能。他們犯的最大錯誤，就是把排除規範效力視為違反公法管制的一種「懲罰」，就像公法上對被管制者違逆管制給予一定行政罰，乃至刑罰一樣。契約作為一種私人間的規範關係，可以很簡單而短促，也可以十分複雜而長期，但都是在互惠的合意下，追求雙方最大的利益。交易者不可能對交易的環境渾然不知，剛好相反，他們一定會設法掌握對契約履行的有利和不利的社會條件，包括他們無法對抗的公權力。因此正是為了他們自己最大的利益，交易者會先瞭解交易的界限，可以轉嫁和不許轉嫁的公法義務（比如租稅義務），他們會把可以預見的風險，包括無法確知的法律風險，儘可能先予分配。當然，這是在高度成熟的契約法已經一般性的分配了各種給付障礙的風險之後，才需要作的特別安排。換句話說，正因為理解契約

這種社會制度柔軟、自反（reflexive）和瞻前顧後的特質，精緻的規範階層理論一定不會把契約無效當成回應契約內容抵觸上位法規範的唯一答案。站在規範體系最下層的契約，自知必須承受所有上位階規範的命令，不但作了事前的評估和防範，通常也內建了一定的善後措施。因此，消費者會對違反食品管理法的業者請求負瑕疵擔保責任，對於違反建築管理規定的業者，依照契約或民法債務不履行的規定請求一定的違約金或價金的減少。從這個角度看，契約的自治機制在很多時候可能更有效的協助了公共政策目標的達成——比如讓納稅義務更方便履行，讓消費者受到更實際的保護；在目標未能達成時，做好更細緻的善後。只有把無效當成國家對違逆命令的懲罰的、粗枝大葉的規範階層論者，會輕易的把所有交易者、乃至連帶的相關交易者，推到無規範的絕境。國家為這種情況預設的不當得利或締約過失責任，除了浪費了締約投入的成本以外，還因為要重構一個在無合意狀態下、勢必無法充分考量雙方特別因素的法定權利義務關係，而讓民事法官左支右絀，飽受當事人的怨懟。在很多情況下，無效不一定懲罰到真正要為違逆管制該負責的人，反而掃到管制法規真正要保護的人，如果把訴訟上的周折造成的司法無效率算進去，無辜受害的人還不止於此，這恐怕是欠缺民法視野的專業公法人想都沒想到的實際情況。

三、並非所有程序管制都是契約生效的特別要件

在進入民法第七十一條，也就是被本解釋定性為權衡公法管制和私法自治的基點之前，因為本案認定引發歧異的核備為一種程序管制，有必要先討論這種在私法契約訂立到履行的過程中，針對當事人資格、交易客體乃至其他交易相關

事項，所規定的用以進行實體管制的行政程序，對其性質及效力先加以定性，對其與民法第七十一條在功能上有無不同，先作前提性的認定。

民法對於法律行為效力的有無，也就是可否得到國家法秩序的承認，從其否定的情形來看有三個不同的層次，不成立（nicht zustande kommen），不生效力（unwirksam），和無效（nichtig），但即使民法典在概念的使用上有時也欠缺一致性。比較嚴謹的用法，成立應指法律行為的核心要素—意思表示已經具備，比如契約需要兩個對立的意思表示的合致，不具這最基本的雛形，根本還無需作任何效力上的判斷。但除此以外，國家對於人民的自治還要求跨過一些最低的門檻，才願意依其「法效意思」賦予規範力，包括行為人自己的行為能力，法定代理人的允許或同意，處分行為的處分權，代理行為的代理權等，基於建立交易秩序本身的考量，民法有時還會在形式或程序上一般的或針對特別交易作一些要求，比如書面、公開儀式、登記或物的交付等，這些都可稱為生效要件，不具備者，法律行為雖已成立，仍然不生任何規範力，一旦具備，通常又可溯及於成立時發生效力。換言之，成立是行為本體的基本要素，生效要件則是國家放手讓人民自治時，基於交易秩序考量所加的基本要求，到這裡都還屬於國家為私法自治建構的基本規則，並沒有公共政策或行為管制的考量。但除此以外，民法對於原則上可以發生效力的法律行為，為配合國家落實一定公共政策的管制，或社會自主形成的社會控制，若可確認這些法律行為已經有所違逆，還會進一步對該法律行為的效力有所保留。只有這類不是出於私法自治本身，或單純交易秩序的原因，所做的

效力保留，才稱為無效。我們也不妨在觀念上作這樣的區辨：生效要件是國家對法律行為的肯認所設的積極要件，無效規定則是國家對法律行為的否認所設的消極要件。故儘管上述這些有關法律行為的規定都具有非任意性，但在不生效力的層次，因為無涉國家或社會對行為的負面評價，嚴格而言，只有是否「符合」而可否生效的問題，沒有是否「違反」而無效的問題。前者通常可以因補正而生效，後者則不但沒有補正的可能，而且因為涉及行為的管制，反而可能擴及形式不違逆而實質違逆的「脫法行為」(Umgehungsgeschäft)情形，以徹底排除其負面的影響。從二者本質的差異推論，在法律效力上還有一個重大的不同，即不符合生效要件，法律行為當然就自始不生任何效力，無需保留任何彈性；但違反公法管制的法律行為，對其原本已可生效的私法關係，是否以完全排除其效力為最妥適的權衡，僅從前節的說明，已知未必如此。則由立法者或立法授權司法者視該法律行為面對的管制而作其他介於完全有效和完全無效之間的其他決定，也許才是最妥適的安排，這樣的彈性不僅理論上有其可能，而且實際上有其必要。由此可見民法區隔這三個層次的深意：在前兩個層次，目的都還在完善私法自治的秩序，無涉價值判斷，要件簡單易明且無任何彈性；到了第三層次，已經在調合公和私的秩序，這裡必須作價值的權衡，因此最好能保有一定彈性。

本案特別需要釐清的，則是程序管制的定性。在越來越普遍存在的程序規定中，有不少正是置於法律行為的起始階段，直接命法律行為應經主管機關的許可，或應向主管機關申報。這樣刻意的入口管制，會不會構成類似生效要件的特

別生效要件，也就是以該行政程序的完成為效力發生的要件？事實上在前述的生效要件中，原即有性質上為行政行為者，如民法第七百五十八條的不動產登記，此處僅因其為實現一定公共政策而設定，並非單純基於交易本身的考量，而稱為特別生效要件，換言之，在功能上屬於第三層次，但使用了第二層次的技術，也就是在未完成法定程序的情形，即可發生「不生效力」的結果？如果真是如此，則行政法上被統稱為「形成私法的行政處分」(das privatrechtsgestaltende Verwaltungsakt)，從法律行為的觀點而言，即有為私法自治目的者，以其為一般生效要件，及為國家管制目的者，以其為特別生效要件，前者必然規定於民法典，後者則散見於各單行法。

理論上這樣的特別生效要件當然有其可能，在一定條件下也會有相當實益，但以現行法程序管制之普遍，置於法律行為起始階段者尤其常見，大概也只有粗枝大葉的規範層級論者會把所有這些程序管制都解讀為法律行為的特別生效要件。法律行為的一般生效要件所以只在極例外的情形才會特別慎重的加上此類行政程序，比如不動產處分的登記、結婚離婚登記、夫妻財產制的登記等，顯然是基於便利交易的考量，如果所有法律中和法律行為以許可、報備等行政行為連結的規定，都可解讀為法律行為的特別生效要件，則民法典中為交易安定、便捷而謹慎設計一般生效要件的用心，將完全枉費，不是立法者不太敢增設程序管制，就是人民要投入更多交易成本，甚至怯於交易。因此可以合理解讀為特別生效要件的，應該只限於那種高度管制的領域，因為交易者寡，且自始置於高度國家管制下，上述特別生效要件可能帶

來的問題也可以降低。如果同意這樣的看法，許多法規上和法律行為連結的規定，都不是特別生效要件，其未依規定完成也就不會影響法律行為的生效，對於因此不利於國家管制目標的達成，只能對違反義務者追究公法上的責任。堪稱典型的例子就是汽車的交易，道路交通管理處罰條例第九十二條明定就證照登記事項授權主管機關訂定規則，道路交通安全規則第十五條即就汽車的過戶等事項規定應為異動登記，其違反者，依上開條例第十六條第一項第一款可處汽車所有人新臺幣九百元以上一千八百元以下罰鍰。沒有人會因為這樣針對所有人異動的「登記」規定有形成私法的效力，成為民法第七百六十一條動產所有權變動一般生效要件「交付」以外的特別生效要件。但即使在高度管制的領域，對於程序管制是否構成特別生效要件，仍然需要作更為審慎的衡酌。最高法院在民國八十七年的第六次民事庭會議中，針對國民住宅條例中有關國宅交易的程序管制，對其違反即作成非一概無效的決定：「查國民住宅承購人所承購之國民住宅及其基地，非經國民住宅出售機關之同意，不得出售、出典、贈與、或交換，修正前國民住宅條例第十二條第一項固有明文。惟如有違反者，僅生國民住宅出售機關依同條例第十三條第一項第三款規定，予以收回之問題。至承受人未具備購買國民住宅之資格，亦僅生國民住宅機關不得予以同意之問題，非謂其出售、出典、贈與、或交換行為，概屬無效。」此處的權衡是否低估了社會政策追求的公共利益，如學者所批評，當然可以討論，但該決議確實顯現了最高法院的務實思維，也就是說只要公法的管制已經有相當完整有效的損害控管機制，就讓契約的問題留給契約自己去處理。用同樣務實的思維，大概也不會把公平交易法第十一條以下有關事業

結合的申報管制（早期為許可管制）解讀為特別生效要件，因為公平交易法第十三條已經規定，中央主管機關對於違反該程序管制者「得禁止其結合、限期命其分設事業、處分全部或部分股份、轉讓部分營業、免除擔任職務或為其他必要之處分」，似乎已默認了結合行為私法效力的發生，還有沒有必要解為特別生效要件，造成前後條文的不一致，且徒然增加主管機關為禁止與否決定前的交易不確定，增高善意第三人的交易風險？從大部分結合不會遭到禁止的事實來看，甚至無必要的貽誤重大商機？與此可相對比的是金融機構合併法第五條以下對金融機構合併的許可管制，可以說從合併到其執行的每一個階段，包括內部和外部關係都在高度的行政管制之下，又沒有類似公平交易法第十三條的默認合併在私法上效力的規定，因此在這裡把許可解讀為特別生效要件，縱使意義不大，應該也無大礙。

從這個角度來檢視系爭條文中的核備管制，可否解讀為特別生效要件，使勞雇雙方就工時事項另為約定的效力是否發生端視有無完成核備而定，從勞動基準法對勞動條件的高度管制，以及此處涉及工作的特殊性而言，朝特別生效要件的方向解讀，好像也非無可能。但只要考量勞工對工作的高度依賴，以及核備義務僅存於雇方而非勞工所能控制，就知道把這樣的程序管制提高到特別生效要件，實際上即可能對勞工造成愛之反足害之的結果。即使因工時的另行約定未必影響勞動契約整體的效力，但以工時作為契約的必要之點而言，一部不生效力而影響全部契約效力的危險，當然不能排除（民法第一百一十一條前段）。因此這裡同樣不宜解讀為特別生效要件，本件解釋未採此說，也就不能說有何不當。

至於把系爭條文所定的前端管制，即中央主管機關對於特殊工作的核定公告，解讀為特別生效要件，使勞雇雙方就工時所為特別約定，在中央主管機關核定公告前一律不生效力，還有較高的合理性，不妨再深入審酌。

以此方式一一過濾各法規中的程序管制，可以想像真正可解為特別生效要件的情形，絕對不多。但這些程序管制的原始意義既在於落實公法上的管制，若確定不能定性為生效要件，是否仍可回到第三層次去檢視，如何檢視，這就得先對民法第七十一條有一定的系譜學上的理解，才能正確掌握它在現行法的體系功能，並據以對系爭條文中的核備管制應對工時約定的效力有何影響，做出穩妥的判斷。

四、從民法第七十一條的功能變遷理解雙階檢驗

不論從文義或歷史淵源來看，逐字譯自德國民法第一百三十四條的民法第七十一條毫無疑問都屬於控制法律行為的第三個層次，也因此這裡所謂的「強制規定」也必須是具有價值內涵、目的在強制（*gebieten*）或禁止（*verbieten*）人民為一定行為的規定，其性質和同法第七十二條一樣，只是後者不在轉介國家法，而在轉介既存的社會規範（公共秩序善良風俗）而已。和前述同樣見於民法典，在法律行為起始端設定的要件明確、價值中立的強制規定相較，同為強制規定（惟這僅限於從不得聽由當事人任意決定是否採用這一層來理解，兩者皆為強制規定，一般生效要件實際上並未強制「為或不為一定行為」，只有民法第七十一條所稱的強制行為才有這第二層語義的強制），效果上也都是法律行為效力的排除（只是一稱不生效力，一稱無效），但有一個明顯的差異，即不生效力依其性質除可因補正而溯及生效外（故

又稱效力未定)，並無其他彈性，民法第七十一條的操作，卻受到日本、德國的理論和實務影響，先在強制規定的要件上可先剝離出僅僅在公法上強制的「行政管理規定」（或仿日本學說稱「取締規定」，德國則稱 Ordnungsvorschrift），而多了一個行為仍然有效的選擇，再加上但書的保留，可供進一步在有效和無效之間，參考民法中的許多中間效力——本席曾經整理出一部無效、向後失效、相對無效、一方無效、效力未定、得撤銷、得終止和轉換等八種類型，實際上應不以此為限——，創設更多樣的選擇。民法第七十一條的兩階檢驗充分回應了此一層次控制法律行為的特質，即在於調合私法自治和公法管制間的矛盾，應該儘可能求其最大的綜效，而非只能作零和的選擇。

德國民法第一百三十四條會發展出今天這樣的概括條款性格，絕非拜規範的邏輯推演之賜，而完全反映了實施一百多年來的社會變遷。此處無法贅述細節，只需要簡單的說，契約違反某些國家的法律可能無效的想法，早在古羅馬法已經萌芽，但德國在民法總則有關法律行為的專章設此規定的時候，主要想到的還是傳統規制人民行為的刑法，藉以防堵犯罪缺口，維護法律道德的圓滿性，還沒有一個清楚的「管制國家」圖像。這當然不是說到了十九世紀末期的德國仍然是一個農業社會或夜警國家，事實上德國在當時已經發展成為歐洲工業化與城市化程度最高的國家，各種經濟社會的管制也正快速的伸展，只是當時的行政法制還在萌芽階段，真正的燦然大備已經是進入二十世紀以後，因此以該條作為調合公私秩序的轉轍器功能，也是到了後來才真正彰顯出來。因此在民法典制定時，大家理解的這個條文還只在少

數情形有其適用，但書的意義當然也只在「引致」實定法中極少數明確規定法律行為違反強制規定、卻未導致無效結果的情形。一直到行政法制快速發展，強制性的公法已經無所不在以後，才發現管制的目的、強度、領域、對象、重心、工具、方式和效果竟是如此多樣，如果像過去一樣，一律可以導致契約無效的結果，對整體交易秩序會是一種災難。而且在絕大多數的情形，立法者根本無暇思考該管制對私法關係的影響應到何種程度才算恰如其分，而未在管制法中附帶的做出細心的安排。承受大量而多樣的管制，契約既不可能全部無效，也不可能一律有效。換言之，民法典中的行為控制條款，已不能不重新建立操作的模式，對於契約內容與國家管制不相容之處，何時需要排除契約的效力以落實管制的目的，何時可以由其各行其是，乃至在肯定公法的管制需要私法的配合後，何種情形應該逕以契約為無效，何種情形應該只讓契約效力作一定程度的調整，都需要建立客觀可供權衡的判準，以維持價值判斷大體的一致，並使交易者對於國家管制的觸角仍保有一定的可預測性。

我國最高法院顯然也已經意識到此一條款的新功能，而在大量的相關爭議中做出了不盡一致的取捨。整體而言，權衡的重心都放在第一階「強制規定」的認定上，而且在價值權衡上顯然偏向交易安定的維護，在大多數的案件中都認定管制規定僅為取締規定。對於為實體管制配套的程序規定，尤其偏向取締規定的定性。第二階的效力調整，則幾乎看不到什麼例子，明顯偏向引致條款的定位，對於立法者未做指示的情形，司法者也不作特別的調整。連帶所及，也使得前述有關程序管制本來可以區隔的兩個層次——作為特別生效

要件還是作為強制規定，在效果上即無甚差異，或者擇一處理，或者混為一談。民法第七十一條在最高法院領導下的實務會有這樣的發展，原因可能甚多：理論支撐的不足，應該是主要的原因。在許多領域近於浮濫而且不夠穩定的管制規定，要轉介到私法秩序排除整個契約的效力，似乎比簡單認定為取締規定有更大的論證壓力。面對利益衝突的當事人，更難期待民事法官大膽運用但書的實質授權，去作也許更能調合管制和自治價值與利益的決定。因此整體而言，民法第七十一條雖然在功能上已經改變為以公法管制而非傳統刑事規定為主要對象，但幾乎自動的從刑事規定的當然無效原則（invalid per se），改變為最寬鬆的論理原則（rule of reason）。從這個角度來看本件引起分歧的案件，最高法院會把下級審以系爭條文核備管制為強制規定而認定勞雇雙方約定無效的見解，扭轉到另一方向，就不難理解了。本件解釋最後權衡的結果不同於最高法院的系爭判決一，也與其下級審的操作方式不盡相同，當然有其不凡的意義。但在尊重民事法理的掌舵者最高法院的前提下，更重要的應該不在權衡的結果，而在於有沒有真正理解最高法院字裡行間、意在言外的價值判斷，有沒有建立更具說服力及可預見性的判準，就此而言，解釋理由的論證當然還是過於簡約了，在某些關鍵處，甚至可說語焉不詳。

五、本案在公私法的調和上應回歸勞基法的本質

首先，如前所述，針對系爭條文中的核備規定，若能區隔特別生效要件和強制規定，逐一審查，在自治和管制的辯證思考上當然可以更見層次，可惜本件解釋的理由直接就跳到第三層的民法第七十一條的審查。本案各審級法院在這個

問題上其實有明顯的分歧，一、二審法院也是直接以民法第七十一條審查勞雇雙方的工時約定，但都定性為強制規定而認定約定無效。第一次受理上訴的最高法院則是從特別生效要件的觀點，認定此處「並非須經主管機關許可始生效力」，確定終局判決就此卻語焉不詳，從其認定「並非無效」及僅「有違行政管理規定」看來，似乎是直接作民法第七十一條的審查。本席認為僅從此處論證的混雜，即可顯示釐清不同層次的必要。而在中央主管機關主動核定公告的程序之後，才由雇方將勞雇雙方的工時約定送當地主管機關核備，若將其定性為特別生效程序，對於未能參與的勞工保護不足，卻又沒有彈性調整其效力的可能，因此並不妥當，已如前述。

本件解釋直接以民法第七十一條審查，而認定系爭條文的核備部分為強制規定，但避開了我國學說上最常提出的判準，即所謂「目的說」、「標的說」、「主體說」或「綜合說」（「應綜合法規的意旨，權衡相衝突的利益（法益的種類、交易安全、其所禁止者究係針對雙方當事人或僅一方當事人等）加以認定」）等。雖然從歷年少數認定屬效力規定的案例來看，綜合判斷應該還是我國終審法院主要的審查方法。比如針對直接違反耕地租金上限的約定（最高法院四五年台上字第四六五號判例），直接違反公司法有關股份有限公司股份設立登記前的轉讓行為（最高法院七五年度台上字第四三一號判決）；雖非管制的直接標的（毒品買賣）而屬營業組織的實施契約（毒商間的合夥契約），但如果管制強度特別高（司法院二五年院字第一五八五號解釋），或影響社會特別大，如以互助會方式未經核准登記而訂立的保險契約（最高法院五七年度台上字第二二〇號判決），或涉及重大

法益保護，如違反三氯乙烷配額管制規定以虛假名義進口的契約，對人體健康及環境（臭氧層）可能造成損害（最高法院八五年度台上字第二四八七號判決）等，可以說明。效力規定還是取締規定的判斷，也常常取決於管制規定本身控管損害的能力是否已足而定，只是最高法院常以該法已有罰則為不需再加上私法效果的過於簡單的論證，備受學者質疑，確實說服力不足。本件解釋在論證上，特別提到「工時之延長影響勞工之健康及福祉甚鉅」，以及「勞方在談判中通常居於弱勢之地位，可能受到不當影響之情形，亦可藉此防杜」等，都是法益重要性的觀點（就此二審臺灣高等法院高雄分院的判決（九十九年勞上字第十號）也表達了類似觀點：「勞基法第八十四條之一係容許雇主與勞工約定不受勞基法第三十條、三十六條、三十七條等最低勞動條件限制之勞動契約，就此例外性之放寬，自應由主管機關就個別雇主與勞工間之約定施以高度實質審查，始足確保勞工之權益」，併此說明），但如要回到最高法院實務中隱藏的判準，以彼之道還治其身，可能還需要再強調系爭條文是直接對勞雇關係的重要內容加以管制（工時和工資），而非僅就契約的一方，或契約較次要事項有所規制。又針對程序強制的違反畢竟還不等於實體管制本身的違反，其非價的判斷應可減輕的思路，以及管制本身的機制對損害的控管是否已經達到一定程度，這一點從最高法院就相關問題所提內部意見書，特別強調系爭條文實際上設有由中央主管機關主動把關、避免特殊工作認定浮濫的第一道管制，相當於日本勞基法第四十一條第一項第三款の行政官廳許可制，對於因為認定浮濫而使延時工作傷害勞工健康的危險已可大幅降低，也透露了最高法院的思維。解釋理由書雖已認知這樣的想法，

才特別強調核備作為第二道把關的特殊意義：「因相同性質之工作，在不同地區，仍可能存在實質重大之差異，而有由當地主管機關審慎逐案核實之必要」，但沒有清楚揭示最高法院這樣的思考層次，從而系爭條文有關核備的程序到底應否該當強制（效力）規定，平心而論，最後權衡的結果應該在兩可之間，這樣不夠完整的論述，實無法呈現終審法院操作此一條款的全貌，沒有盡到本院大法官勉力為統一解釋時應該還給最終法律審的公道。

解釋不夠清楚的地方還有兩處，一是第七十一條但書的適用，二是核備有無溯及回復工時約定的效力。但只要就解釋理由的論述去作邏輯的推演，應該不難得到清楚的結論。首先就第一點來看，在認定系爭條文的核備程序為強制規定，一旦違反，不是無效，就是依但書認定發生有效無效以外的其他效力。這裡就涉及但書的功能爭議，究竟只是實定法另有特別規定的引致—引致條款說，還是在實定法沒有特別規定的情形下（如有規定可以逕自以其為基礎，無需回到民法總則），以但書為基礎去尋求該案件事實下管制和自治的最適調和，也就是把但書當成一個概括條款來運作—概括條款說。本案爭議比較好的調和，應該不是全部工時約定都無效，而是以勞基法的相關規定為最低條件，其超過部分仍然有效，不足部分即依勞基法的規定，這樣的中間效力如果直接見於勞基法的規定，一如日本勞動基準法第十三條：「訂定未達基準之勞動條件，其勞動契約無效；屬於無效之部分，應依本法所定之基準」，此時引用但書便是把它當成引致條款，不引民法第七十一條而直接引用勞基法的相關規定，則還可以保留但書作為概括條款的空間。偏偏我國勞動

基準法第一條只在第一項的立法精神指出本法是要規定勞動條件的最低標準，另在第二項規定：「雇主與勞工所訂勞動條件，不得低於本法所定之最低標準」，有意或無意的省略了日本勞基法第十三條的後段，以致如果此處要把第一條當成特別效力的規定來引致，還缺了「應依本法所定之基準」這一塊，單純引致顯然有所不足。反而若上綱到民法第七十一條但書，可以第一條的「精神」為調和的基礎，發揮概括條款的兜底補缺功能。解釋理由書最後雖沒有直接引據第七十一條但書，不過從其論述：「而由於勞雇雙方有關工作時間等事項之另行約定可能甚為複雜，並兼含有利及不利於勞方之內涵，依民法第七十一條及本法第一條規定之整體意旨，實無從僅以勞雇雙方之另行約定未經核備為由，逕認該另行約定為無效。」與其說是直接引致，毋寧更偏向只是以第一條的「整體意旨」為基礎所創設的非全部無效決定，其意應為有利部分不受影響，不利部分則依勞基法規定，不明指但書，實際上已經適用但書，而且但書的操作已經往概括條款說開拔。

其次是效力的具體認定，會不會因核備而又使約定溯及適用？如前所述，在把程序管制當成特別生效要件的時候，會和一般生效要件一樣，等到完成程序補正，又溯及於契約之始回復適用。民法第七十一條但書的操作，同樣可以選擇效力未定的中間決定。以本件有關延長工時的爭議而言，系爭條文中由中央主管機關主動核定公告工作種類部分，是第一道的防濫管制，在中央主管機關已經核定公告之後，第二道的核備管制本來就只有補充的防弊功能，從一般正常人的經濟理性來思考，勞雇雙方作成不當約定而無法被當地主管

機關核備的情況，應該不常發生（在引起歧見的該案，雇方已送核備的兩件約定就都被新北市勞工局接受核備，只是正確的審查機關應該是高雄市勞工局），因此在認定違反強制規定而不適用該約定，改依勞基法相關規定調整工時及計付工資時，一旦該約定完成核備，仍應回到約定之始重新適用雙方的約定，既不違反勞基法實質的工時及工資管制，也完全符合契約雙方的合意，這才是管制和自治的最適調和，不溯及反而造成二者的扭曲。但解釋理由對這一點也考量尊重民事法院未來的決定空間，沒有說清楚講明白：「系爭規定既稱『……得由勞雇雙方另行約定……，並報請當地主管機關核備，不受……規定之限制』，亦即如另行約定未經當地主管機關核備，尚不得排除本法第三十條等規定之限制。」但果經核備，邏輯上即可排除勞基法相關規定的限制，才真正符合勞基法的精神，避免無謂的爭議，應該是顯而易見的。若從交易成本最小化的觀點來看，本席甚至認為這裡其實還有朝立即生效的效力未定模式（類似附「解除條件」而非「停止條件」）去解決問題的可能，也就是考量此時既仍以實際上核備與否為決定工時事項如何適用的最終依據，則因不予核備的機率甚低，為避免工資計算的反覆，不如以暫依約定計算，惟一旦嗣後未予核備，即應溯及的改依勞基法相關規定重新計算工時與工資，只是這時候法院應定申請核備的期限。

綜上所述，本件統一解釋在受理上雖甚為勉強，不足為訓，但實體解釋部分，對於不斷擴張的經濟、社會管制，是否及如何通過民法第七十一條的操作來適度影響私法關係這樣的重要問題，確有相當大的突破。未來對於該條內含的

雙階檢驗應如何建立明確而可預測的判準，仍有賴最高法院秉其務實的智慧以逐漸形成案例類型的方式，引導各級法院追隨，甚至引領理論的發展。果真如此，則本院在本案的介入程序上雖不盡理想，終還可以期待結出美好的果實。