

釋字第七二六號解釋協同意見書

大法官 陳春生 提出

本號解釋多數意見認為，勞動基準法第八十四條之一有關勞雇雙方對於工作時間、例假、休假、女性夜間工作有另行約定時，應報請當地主管機關核備之規定，係強制規定，如未經當地主管機關核備，該約定尚不得排除同法第三十條、第三十二條、第三十六條、第三十七條及第四十九條規定（以下簡稱第三十條等規定）限制，且可發生公法上不利於雇主之效果等之見解，本席敬表贊同。惟對於理由之陳述，特別是援引民法第七十一條為論述基礎，似無必要，謹述個人淺見如下：

壹、民法第七十一條之立法目的及其定性

本號解釋理由書中指出，民法第七十一條規定，係在平衡國家管制與私法自治原則，此一見解固有理由，惟如此敘述之意義何在？

一、民法第七十一條之立法目的

民法第七十一條之立法理由，依民律草案第一百七十六條理由謂：「以違反法律所強制或禁止之法律行為，應使無效，否則強制或禁止之法意，無由貫徹。」亦即，民法第七十一條前段：「法律行為，違反強制或禁止之規定者，無效」之規定，係對私法自治原則之限制，而其限制之目的，則在貫徹強制或禁止規定之立法意旨，以維持法秩序之無矛盾性或一致性¹。而隨著時代之演進，其功能亦可能擴充。

¹ 參考詹森林，效力規定與取締規定之區別標準—最高法院裁判之評析，范光群教授七秩華誕祝壽論文集，元照出版公司，2009年3月，頁293。

二、民法第七十一條之定性

學者有將我國民法第七十一條之功能定性為「調節國家干預措施與私法自治」²，此與解釋理由書第五段認為，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」之見解相近。固然，在經濟法、社會法或勞工法領域，此一見解或為貼切，但民法第七十一條之立法目的及其所能發揮之功能應不止於此，其範圍應更廣。

三、比較法上，德國之學說認為，若系爭之禁止規範，其本身即規定違反之效力時，則與第一百三十四條（即相當我國民法第七十一條）之適用無關³。在此情況，這些特別法規定排除第一百三十四條規定之優先適用⁴。

四、本號解釋指出，勞動基準法第八十四條之一有關勞雇雙方對於工作時間、例假、休假、女性夜間工作有另行約定時，應報請當地主管機關核備之規定，係強制規定，如未經當地主管機關核備，該約定尚不得排除同法第三十條等規定限制，且可發生公法上不利於雇主之效果等之見解。其究竟是如解釋理由般以民法第七十一條規定為立論基礎，還是可如德國法解釋般，由系爭規定所相關之勞基法規定以解釋適用。又民法第七十一條是否亦應一體地適用於所有公法領域？

貳、本號解釋應與民法第七十一條之適用無關

² 參考蘇永欽，違反強制或禁止規定的法律行為－從德國民法 134 條的理論與實務看我國民法 71 條，收錄於氏著民法經濟法論文集，自刊，1988 年 10 月，頁 113。

³ MünchKommBGB/Bearbeiter § 134, Rn. 3, 2001.

⁴ 儘管如此，民法第一百三十四條之定性，並不能因此立即導出其具從屬性質。

本號解釋理由書指出，系爭規定中「並報請當地主管機關核備」之要件，應為民法第七十一條所稱之強制規定之見解，值得商榷。理由如下：

一、國內學者很早即有主張，強行法（強制或禁止規定）得區分為效力規定與取締規定，效力規定著重違反行為之法律行為價值；取締規定著重違反行為之事實行為價值⁵。而強行規定究為效力規定，抑或為取締規定，應探求其目的以定之⁶。又主張強行法，乃不問當事人之意思如何，必須適用之規定。有「不得」、「應」或「須」字樣者，多為強行法。公法概為強行法，民法總則、物權法、親屬法及繼承法，多為強行法，反之債權法則多為任意法⁷。其中值得注意者為，其主張公法概為強行法之見解。

二、比較法上，關於德國民法第一百三十四條之解釋，其學者認為，須經許可之行為（Genehmigungsbedürftige Geschäfte）與民法第一百三十四條之關係如下：

（一）法律行為若依法律規定須經許可，則創制特別規定，此時無民法第一百三十四之適用餘地。

（二）如法律規定應經許可之法律行為卻未經許可時，其效力分兩種情況。1、其一是，當其若涉及單方法律行為時，則無效。2、二是，涉及雙方或多方

⁵ 有對於此種區分提出質疑，認只是「以問答問」，且有時不免使人誤以為行政法上的禁止規定為取締規定，其違反不生私法效果，僅民法上的禁止規定為效力規定，其違反原則上無效，參考蘇永欽，前揭文，頁 112。

⁶ 史尚寬，民法總論，正大印書館，民國六十九年一月，頁 296。氏進一步指出，如可認為若不以違法之法律行為為無效，不能達其立法目的者，為效力規定；如可認為僅在防止法律行為之事實上行為者，為取締規定。例如民法限定物權種類，第七百五十七條之規定係禁止當事人任意設定法所未認許之物權，非以如此物權之設定為無效，則不能達該條之目的，故為效力規定。

⁷ 史尚寬，前揭書，頁 295。

法律行為時，其效力未定。³、而即使屬於牽涉雙方之法律行為，若能確定，應受許可而未獲許可，且行政機關之拒絕許可之合法性乃無庸置疑時，則為無效。

(三) 前述各種情況之法律行為無效，並非來自之德國民法第一百三十四條規定，而是來自於規定應經許可規範之本來性質。

三、本號解釋之理由同時認為，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」。則與私法相對之公法領域，該如何適用民法七十一條規定。

按依 Radbruch 之見解，公法與私法之概念，並非各個實定法秩序不可或缺之概念，其無寧說論理上先於法的經驗，亦即先驗之法概念。早期日耳曼法並不知有公法與私法之區別，直到繼受羅馬法後，才有此區分。而實際上，公法與私法之區別，乃基於其概念本身而推導出來。公法與私法不只在法概念(Rechtsbegriff)上，在法理念(Rechtsidee)上兩者存在著區別。私法的法律行為，一般從亞里斯多德的正義思考，是平均正義(ausgleichende Gerechtigkeit)，主要是規範雙方對等的法律關係；如果是公法，就是規範上下支配關係，是分配正義(austeilende Gerechtigkeit)，不是對等的關係⁸。是以公法與私法其性質本不相同。若對照我國，民法第七十一條規定之「法律行為」到底何所指？其主要應是對等地透過意思表示，依照很重要的契約自由、私法自治原則，其以「對等」為出發點。而勞動基準法第八十四條之一牽涉行政機關透過當事人之提出申請，再

⁸ Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie, § 16 Privates und öffentliches Recht, 1973, S.220.

予核備，此法律行為發生於國家與單方或多方當事人間之不對等關係。

四、民法七十一條應為從屬性(subsidiärer Charakter)規定或防漏(Auffang)規定

本號解釋就勞動基準法第八十四條之一有關勞雇雙方對於工作時間、例假、休假、女性夜間工作有另行約定時，應報請當地主管機關「核備」之規定，經由上開勞基法之特別規定，此時已無民法第七十一條之適用餘地。因為，一方面，我國向來實務上，對於系爭規定，「為何」係屬於或非屬於強制或禁止規定，經常未說明理由，其原因或許多端，但判定之標準不明確，恐為重要理由。另一方面，公法尤其行政法領域，如前述其性質與私法（民法）性質不同，且行政法律現象多樣且複雜，若一概以民法第七十一條作為有關法律效力之唯一判斷樞紐，似不妥當。是以在我國民法第七十一條應定性為從屬性及防漏之性質。

五、綜上所述，本案當事人之另行約定，如未經當地主管機關核備，該約定不得排除勞動基準法第三十條等規定之限制，並非來自於民法第七十一條，而是來自於勞動基準法之系爭規定本身。同樣地，本號解釋所宣示之如發生民事爭議，法院應於具體個案，依勞基法等規定予以調整之見解，可採取如同前述德國法上須經許可之行為(Genehmigungsbedürftige Geschäfte)與德國民法第一百三十四條之關係般之見解，亦即，如法律規定應經許可（核備）之法律行為卻未經許可（核備）時，當其涉及雙方或多方法律行為時，其效力未定，

而應委諸法院於具體個案，依相關法律規定決之。

參、結語

民法七十一條至少適用於公法領域，應定性為從屬規定或防漏規定性質。一方面，是否為禁止規定，以及究為效力規定或取締規定之判斷標準不易確定，另一方面，公法領域之法律現象因社會發展與科技進步而多樣化復雜化，其效力問題當由立法者衡量立法決定。

規範法律行為之系爭規範，是否為強制或禁止規定之最終判定權，應屬專業法院之職掌，本院原則上不應介入審查。而本案因屬統一解釋法令，故未違背此一原則。