

釋字第七二六號解釋部分協同、部分不同意見書
規定儘管嚴格，但只要是明智時，無人會反對您去掃除一切不合理的違規行為。……請為您的職責保留您的權力。但請您勿對我們出自謙遜的真理，平和的智慧，甚至出自天真、自以為是的不智，隨心所欲的橫加阻擾。

俄國大詩人 普希金

大法官陳新民

本號解釋多數意見認定勞雇雙方依勞動基準法（下稱勞基法）第八十四條之一（下稱系爭規定）就對工作時間等事項之另行約定，而未依該條文完成核備程序時，該約定「效力未定」，容有主管機關核備之可能性，藉以尊重雙方之契約自由，同時肯認系爭規定具有「強制規定」之性質，不採最高法院（一〇二年度台上字第一八六六號民事判決）之見解，本席敬表贊同。

惟在構成本號解釋的法理部分，多數意見援引民法第七十一條之規定「法律行為，違反強制或禁止之規定者，無效。但其規定並不以之為無效者，不在此限。」作為立論，固為正確之論據。既然勞雇雙方對工作時間等事項，有另行約定時，應依系爭規定完成核備程序，違反時理應無效，唯有援引該條文但書部分「但其規定並不以之為無效者，不在此限。」方能避免無效之後果。惟本號解釋多數意見卻捨而不論，推其因乃欲避免陷入民法第七十一條與但書長年來在理論與實務界上，早已聚訟盈庭，而產生十分複雜之學理糾葛所致。本席認為本號解釋既然起因於該條文，解決之道也繫於本院對該條文，特別是但書涵意的詮釋，理應「義不容

辭」，不可迴避之。尤其是本號解釋在統一解釋最高法院與最高行政法院的法律見解之歧異。這兩個終審法院既然產生不同法理的確信，背後各自定有堅實的理論依據，本院大法官更應如履薄冰般地客觀且慎重以對，庶幾能在兩個終審法院皆已歷經殫精竭慮思考的基礎上，再進一步獲得更具說服力與學理依據的結論。

本席特別認為，民法第七十一條已屬老舊之立法，必須因應近百年來公法迅速發展，並將公法原則作為詮釋該條文之依據，亦即必須將法治國公法原則（例如比例原則等），來論定契約自由應享有之界限及附帶之法律效力。多數意見顯然未注意此一趨勢，本席願補充說明之。

本號解釋多數意見終採最高行政法院（一〇〇年度判字第二二六號判決）的見解，對勞雇雙方未經核備的約定部分，不生效力，但也非無效，轉依勞基法其他相關規定規範之，特別是加班費的計算，藉以兼顧系爭規定之強行規定性質及保護勞工之權益。對此立論，本席歎難贊同，既然系爭規定乃「解除」勞雇雙方所受到整部勞基法有關勞工全部工作條件的強制規定，一旦系爭規定不能適用（約定未經核備），理應「回歸」勞基法原本的規範狀態，亦即「束縛未獲鬆綁，即應回復束縛狀態」，這是法理邏輯論證的當然。

惟多數意見卻贊同該已超越勞基法原本工作條件「上限」（例如加班費）部分，卻仍有效力而適用勞基法原本規定，就此而言，除了未尊重雙方之約定外，勞基法有無系爭規定，似已不妨礙勞雇雙方可以自行約定有違背勞基法的工作條件規定。特別是系爭規定並無罰責，對雇主已無嚇阻力，多數意見可能帶來的後遺症，便是今後勞雇雙方此種約

定，儘管直接省卻核備之程序，反正超越勞基法之規定，還是可適用相關的條文（例如加班費），不至於無效的後果，雙方約定內容仍有相當之拘束力。

故本席認為若要貫徹勞基法照顧勞工之意旨，對未經核備之約定，不得逕以違反核備程序而無效，在解釋其效力時，應朝最有利勞工的方向。勞基法對勞工權利採「最低保障」為原則之規定部分，若勞雇雙方之約定內容，特別是加班費的計算，若對勞工更有利時，即應優先適用該約定。否則一律僵硬且無例外依勞基法的標準，將對勞工造成更不利的後果。至於約定內容對勞工更有利與否，則有賴個案中法官的裁量。

本席在本案審理過程也發現，我國勞基法對勞工每月最高工時，僅有隱含的規定（每四周法定工時不得超過一百六十八小時，連延長工時不得超過兩百一十四小時），但又留下主管機關許可之行業，勞雇雙方可適用系爭規定延長工時的空間。則究竟是兩百一十四小時，亦或特定行業的地方主管機關認可的兩百八十八小時（高雄市政府認可一般保全人員每月正常工時之標準），是「絕不可逾越」之界限，且一旦逾越則無效力，雇主既無請求勞工履約之權，勞工亦無薪資之請求權可言，藉以阻止勞工可能陷於經濟誘因，而淪為「血汗勞工」？以上述的特殊行業最高工時而論，也已極盡消耗勞工身體負荷與生活品質之極限。更何況原因案件當事人每月服勤高達三百一十二小時。我國勞基法及勞動主管機關似乎也容忍此種現象，是否會與我國憲法要求國家公權力應大力照顧勞工福祉之立場有違？本席認為有督促立法者填補此法制上漏洞之絕對必要，爰提出部分協同、部分不同

意見於次，以略盡釋憲職責。

一、協同意見部分

本號解釋出於「兩院之爭」，但雙方見解歧異之處，並不在於未經核備之勞雇雙方約定，是否為自始無效之問題，兩院都認為此種約定，不至於牴觸強行規定而必須依據民法第七十一條本文，而為無效，從而雙方皆不受拘束也。歧異之處乃在該約定適用何種規範（勞基法規定或是該約定內容）之問題。以致於會有認為本案兩院實際上對「未援用民法第七十一條」部分之見解，並未有所歧異，從而認為不符合本院統一解釋之要件。

由勞動契約屬於民事契約，就其違反強制規定，是否無效的問題，法院理應就民法第七十一條之規定，特別是對排除無效後果之「但書規定」，大加闡述不可。然而兩院之所以在各自之確定終局判決中，卻未對此詳加解釋，恐怕並非兩院「不察」此問題之法律依據所在，反而是有意規避之。這也是因為民法第七十一條在民法釋義學，早就是一個極其複雜，困擾學術界與實務界超過百年以上的難題。

既然面臨此盤根錯節，本席認為理當去繁就簡，重新整理民法第七十一條與但書的時代意義，方能澄清本號解釋之疑點。

（一）民法第七十一條但書的「重新詮釋」

民法第七十一條之規定：「法律行為，違反強制或禁止之規定者，無效。但其規定並不以之為無效者，不在此限。」我國民法第七十一條取材於德國民法第一百三十四條：「法律行為如牴觸法律禁止規定者，無效。但其另有規定時，不在此限。」由條文內容與但書規定觀之，兩個條文幾乎同出

一轍，故在德國所產生的困擾亦發生在我國。

德國民法第一百三十四條制定時，立法者所設想的「法律禁止規定」，來源主要是來自於刑法與民法的禁止規定，該條文立法者設想這些實定法上的禁止規定，例如簽訂殺人、賣身之契約，即不應使其在私法上獲得合法及拘束之效力。

故該條文的語意十分明確：一旦違反法律強行規定，只有導出無效一途之結論。同時其但書「但其另有規定時，不在此限。」也作極為狹義的解釋，必須限於規範禁止規定之法律中¹，有其他的效力規定（例如排除無效的規定）及制裁規定而言。這都說明該條文在解釋上，就法律行為違反強制或禁止規定之效果，朝向「無效」為原則（Auslegungsregel zugunsten der Nichtigkeitsfolge）²。

德國民法此條文雖於一八九六年公布，但成稿於一八九〇年之後，誕生在法治國家處於萌芽的階段。現在幾乎所有民法教科書皆視該條文為調和國家管制與私法自治（契約自由）之途徑，並為公法法規進入民法領域的中介條款。實則這是時代發展後，學術界為克服大量公法法規出現，衝擊民法秩序所做的調適。

德國民法第一百三十四條誕生年代，為現代法治國家理念萌芽階段。作為約束國家行政公權力的行政法學，也同樣處於萌芽階段，構建今所周知之依法行政原則、法律保留原則、比例原則，甚至整個行政處分法制理念居功闕偉，被公

¹ 在該條文但書「但其另有規定時，不在此限。」(wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt) 的解釋上即可看出端倪。在此「其」的用語為「其法律」的簡稱「dem Gesetz」，是使用單數用語，顯然乃連結本文，指同一之法律（禁止規定之法律），若指其他法律，容有解除無效效果之可能時，則應使用複數，而非單數之用語。故由法條條文語意與法律結構，十分清晰無誤。

² Prütting/Wergen/Weinreich, BGB Kommentar, Rdnr1. §134, 5. Aufl. 2010.

認為德國現代行政法學奠基者的奧圖·麥耶(Otto Mayer)之大作「德國行政法」，第一版在德國民法二讀會通過的當年（一八九五年）才出版，德國民法則在次年完成三讀立法程序。顯見德國民法第一百三十四條在立法時，存在立法者心目中尚無現代行政法學的理念，遑論存有將許多公法管制理念透過民法第一百三十四條進入民法體系的想法。

德國民法第一百三十四條解釋上以朝向無效解釋為主之用意，不無陳義過高之嫌，尤其二十世紀後，特別是一次大戰時實施總體戰，國家掌控所有民生物資與社會經濟的大權，行政公權力大幅度介入私法秩序，已成為國家任務擴張的另一寫照。威瑪憲法所揭諸之福利國家理念，使行政任務與法律任務合而為一，且現代國家福利政策，與社會主義國家之福利政策不同，仍依靠私有財產與尊重契約自由為基礎的市場經濟體制，在發揮最大功能的私有經濟體制下，繼續承認私法自治與契約自由的精神，並將之列為基本人權之一的理念，來達成福利政策。

此時，國家僅在社會正義面臨侵犯時，例如雇主以強凌弱造成勞工權利受損、企業壟斷或弱勢族群的生存發展受阻等時，方有提供協助之義務。行政權從以往單純作為國家實踐法律與行政目的之手段，轉而成為國家達成福利政策之工具，以滿足社會正義之需求³。

國家行政權力這種積極動力的來源，即是各種各樣的法律，這些不論是程序上或實質上的法規範，開始介入私人的法律行為，而行政權力扮演著立法目的與公共利益「監督者」角色。國家防衛義務僅能透過法律來創設，既然國家任務已

³ 參見，彼得巴杜拉（Peter Badura），自由法治國與社會法治國的行政法，刊載於：陳新民，《公法學劄記》，2005年，新學林出版社，第100頁。

經大幅度擴張，保障人民各種權利的防衛義務，也呈現出多樣性。舉凡人民權利是否具有高度的重要性、亟需防衛的必要性，及採行防衛的方式，可能五花八門。其次緩急先後與手段的選擇，藉由納入立法裁量的範圍，更可以表現在國家法律規範的強度上。一般而言，對特定法益國家是否具有高度防衛義務，由立法者對違反法律規定的「效果」可分為三種：第一種強烈的效果，對違反法律規定者處以罰責，並明定法律效果為無效；第二種為中度的效果，對違反法律規定者處以罰責，或明定法律效果為無效、效力未定或其他之效力；第三種則為最輕的效果，對違反法律規定者，未明定罰責及效力規定。此時若立法採取上述第二及第三種之方式時，即不能將違法律規定之行為，解釋為最嚴重的「無效」之效果。

德國民法第一百三十四條實施後，德國學術與實務界不旋踵間即面臨到採行狹義字面解釋，將違反強制或禁制規定之法律行為，一律從嚴解釋為無效的方法論，既不足以應付層出不窮的行政程序規範，也不能保障交易安全。該條條文即有必要加以轉換：首先認定但書的例外規定無庸與禁止規定來自同一法律。若其他法律有容納例外不必造成法律行為無效之依據，亦可援引之。

上開見解使德國民法第一百三十四條但書之規定，具有解釋的能力，及「指引」(Verweisung)其他法源依據功能。透過但書規定尋找其他例外的法源，來避免法律行為無效的後果，雖然在法實證主義上，容易獲得贊同，但對其他具有管制作用的法律規定，若無明示其效力問題時，上述指引功能即不能奏效。故該條文之但書規定不能只扮演「指引」或

解釋規範為已足，必須具有「尋獲」法源依據的功能。

進一步將該條文但書規定轉換成為能夠判斷其他相關管制法律之效力，亦即藉由但書規定，法院可判斷其他法律之規定，就其立法目的、憲法與人權基本原則或其他法理的依據（比例原則、權利濫用禁止及公序良俗等）綜合考量下，作出權利均衡的裁量，進而達到該禁止法律所要追求的公共目的⁴。

就以本案所涉及的勞動契約牴觸勞基法或是其他相關法律（如刑法、疾病防治法等）之情形而論，德國法學界與實務界透過大量的案例分析，形成案件類型化，來討論契約應溯及失效或嗣後失效、全部無效或部分無效或是否效力未定等問題，甚至勞動契約違反勞基法強制規定時，例如超過工時或雇用非法勞工等，尚綜合出僅有雙方均故意違反強制規定時，契約或約定方才無效之結論。若只是一方故意時（例如勞工隱瞞非法入境身分）則不會導致契約無效，都是仔細研究此複雜問題的所得之成果，而非簡單的援用民法第一百三十四條所得之結論⁵。

德國學界認為民法第一百三十四條但書規定既可以彈性適應眾多公法法規進入民法領域，制止契約自由可能濫用之研究成果，甚早即傳入我國學界⁶，作為彈性詮釋我國民法第七十一條但書之依據。

惟公法規定與民法效果發生碰撞，在解釋上也產生「轉

⁴ F.J.Säcker, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., 2001, Rdnr 1, §134.

⁵ F.J.Säcker, Rdnr. 77; 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，收錄於：《程序正義、人權保障與司法改革》范光群教授七秩華誕祝壽論文集，元照出版公司，2009年3月，第305頁以下。

⁶ 蘇永欽，違反強制或禁止規定的法律行為—從德國民法§134的理論與實務操作看我國民法§71，收錄於：《民法經濟法論文集（一）》，1998年10月，第95頁

向」的趨勢，以儘量保障私法自治為原則⁷，導致學理上對於所謂民法第七十一條之「禁止與強制規定」，認定上採取嚴格解釋，認為強制規定既然強制當事人積極為一定行為，方得為私法行為時，更應嚴格認定⁸，此見解極為正確。

德國對民法第一百三十四條但書所通行的見解認為，只要有制裁規定即可當然免除無效的命運，更強化我國民法學界很早就創設出行政管制說、制裁或取締說，來調和動輒適用民法第七十一條的將導致法律行為無效的問題，並形成民法第七十一條可分為效力規定與取締規定兩種之見解。

故法院在適用民法第七十一條時，應當就法規內容詳加分析，如發現立法目的極明確，將之當作為效力規定，則違反時，法律行為只有導致無效一途。若法規範的內容不明，或無明確規定會造成違反者導致法律行為無效時，如法規另有其他的授予主管機關之處置權限時，包括行使裁罰權、撤銷人民所簽訂之契約、收回權或終止租賃契約⁹等，則顯示立法者不欲讓法律行為無效。由於這種「法官造法」的判斷標準極為抽象，加上解釋基準上朝有利於「私法自治」發展，出發點上也並非沒有照顧到人民一方。就以德國聯邦法院一貫之案例顯示，對於違反強制規定之勞動契約，是否應自始無效或嗣後無效的問題，法院的主流見解都採嗣後無效論，藉以保障已經付出勞務之勞工權利，為此也創出「事實的勞動關係」(das faktische Arbeitsverhältnis)的理論，且採嗣後無效也有重新整治「未來法律關係」的積極目的¹⁰。

⁷ 即「有疑義，從自治」，見蘇永欽，私法自治中的國家強制—從功能法的角度看民事規範的類型與立法釋法方向，收錄於：《走入新世紀的私法自治》，元照出版公司，2002年5月，第49頁。

⁸ 見王澤鑑，民法總則，增訂新版，2014年2月，第314頁。

⁹ 例如最高法院101年台上字第809號民事判決，國有財產法第42條規定，國有財產承租人未於規定期限內訂定書面契約者，管理機關得終止租賃關係。可參見王澤鑑，前揭書，第316頁。

¹⁰ F.J.Säcker, Rdnr.104.

此潮流將使得公法強制規定被認定為效力規定者甚少，取締規定居多。如此一來，許多法律強制規定由於內容不明，即可透過法官認定為「賦予行政機關管制或取締」的授權規定，法律強制規定所欲達到的「規範狀態」，將形同具文¹¹。

本號解釋原因案件中最高法院的確定判決（一〇二年度台上字第一八六六號民事判決），及同一案件前審之最高法院判決（一〇一年度台上字第二五八號民事判決），都直言：「故即令勞雇雙方於約定後，未依上開規定報請當地主管機關核備，亦僅屬行政管理上之問題，就不得指該約定為無效。」

最高法院對系爭規定的見解，認定未經核備程序僅屬行政管理事項之違反，而非效力問題，故系爭規定性質上為「取締規定」，是否亦因襲司法實務之陳例，以及過度偏向對系爭規定，所為形式上而非實質上的認定¹²？頗值得對系爭規定內涵，再予檢視。

（二）系爭規定乃「不完整之立法」

本號解釋涉及兩個終審法院見解之歧異，並非意料之外。按最高法院民事裁判體系長年浸淫在高度尊重契約自由、私法自治的理念；最高行政法院則堅持法律實證主義，依法行政與法律規範公信力尊嚴。在實施「公私法二元主義」極為徹底的我國，此兩個終審法院能夠將私法與公法的原理闡揚透徹，亦不能謂非美事一樁。

然問題卻在系爭規定具有勞動法性質。這是一門誕生歷

¹¹ 詹森林，前揭文，第 295 頁以下。

¹² 詹森林，前揭文，第 309、314 頁中所指摘：最高法院經常僅因法律違反禁止規定之行爲，定有行政處罰之明文，即遽認該禁止規定爲取締規定而非效力規定，乃是過於形式推斷，欠缺實質說理，忽視立法目的，殊難令人信服。

史不久的法律體系，在法學的界分上，甚至常作為打破「公私法二元主義」的代表作—即所謂「法律三元主義」，將淵源於羅馬法時代公私法二元劃分，增加了「社會法或勞動法」的新法律領域。此第三領域由勞動法來領軍，主要其規範內容本是純粹與典型的私法行為（私法契約），惟正因容易產生權利濫用之弊病，引發國家具體與強力介入的契機，並形成一連串法律制度，讓國家呈現出全新面貌（國家具有社會國、福利國或社會法治國的屬性），勞動法具有的時代意義即赤裸裸的呈現在此¹³。

故面對「兩院」各本所思，環繞在維護私法或公法優先性的論證之中，位於憲法高度及法理統一性的本號解釋即必須專注在勞動法的特質上，來探究系爭規定之效力，使國家保護義務，獲得最大範圍的實現。

保護勞工權利不僅是憲法的基本國策（憲法第一百五十三條），且經大法官在多號解釋中一再宣示之（釋字第六八三號、第六〇九號、第五九六號解釋參照），國家必須藉者創建勞雇關係的法制，履行國家保障勞工權益的職責，此即勞基法第一條所宣示之意旨：「為規定勞動條件最低標準，保障勞工權益，加強勞雇關係，促進社會與經濟發展，特制定本法；本法未規定者，適用其他法律之規定。雇主與勞工所訂勞動條件，不得低於本法所定之最低標準。」讓勞基法成為保護勞工權益之法律。

故在面對涉及工時或其他工作條件之勞動契約，固然應尊重契約自由與私法自治，但確保勞工的福祉之重要性，無

¹³ 國內勞動法學者也頗多認為勞動法既是以強制手段來保護勞工權益為其目的，雖然允許勞雇雙方基於契約自由形成勞動關係，亦准許與期待國家用強大公權力來保障勞工權益，也是勞動法之特色。可參見林豐賓，勞動基準法論，三民書局，2003年4版，第16頁。

疑更為重要。正如本號解釋理由書第三段所特別提及：「工作時間、例假、休假、女性夜間工作乃勞動關係之核心問題，影響勞工之健康及福祉甚鉅，故透過本法第三十條等規定予以規範，並以此標準作為法律保障之最低限度，除本法有特別規定外，自不容勞雇雙方以契約自由為由規避之。」

本席也十分贊同本號解釋多數意見這種強調保障勞工具有最優先地位的見解，也更切盼能自始至終堅持此立場。

由許多客觀事實足可顯現，勞工是最容易屈服於現實生活壓力，也最難拒絕雇主拋出「紅蘿蔔」的誘惑。故勞工儘管出於自願，或屈服於經濟誘因，而承擔過重之工時，將嚴重侵犯其生活品質、人性尊嚴、健康甚至產生過勞之威脅。國家不能坐視這種濫用契約自由之行徑，除了應積極在立法上限定最高工時之規定外，也應透過法定手段，例如系爭規定賦予地方主管機關之「核備權」，善盡保護勞工權益責任¹⁴。

整部勞基法立法目的雖在保障勞工的權利，惟細觀系爭規定，卻可發現其立法目的及條文結構，顯然與勞基法立法意旨頗有出入，質言之，系爭規定對於勞工與雇主就工時等事項，可另為約定，但立下了四道門檻來護衛勞工之權利：

第一、勞工所屬之行業必須先經過主管機關的許可，認定有特別延長工時之必要，方透過公告開放申請核備之程序。一旦主管機關認為無必要時，即可否決之，不服者可提起行政救濟。

第二、經許可延長工時之行業，欲適用系爭規定時，必須透過團體協約的方式，意即透過工會方式來談判後，擬定

¹⁴ 我國實務上也不乏其例，例如內政部 74 年台內勞字第 283853 號函，認為某航空公司要求員工簽下放棄退休金之聲明，便認為已違反民法第 71 條之規定，損及勞工利益而為無效。參見黃越欽，勞動法新論，翰蘆圖書公司，2006 年 3 版，第 43 頁。

約定之內容。無工會之組織者，則透過勞雇會議之方式（勞基法第三十條以下）。期待藉由勞動團體之力量，能比單打獨鬥的勞工，從雇主處爭取更多的權利保障。

第三、約定的內容，必須以書面方式為之。

第四，約定的內容仍不能夠違反勞基法的精神，可由主管機關審查整個約定，視為對約定合法性的實質審查。

故系爭規定將超過法定工時等事項之另行約定，交由地方主管機關核備，防範勞工權利不至於遭到雇主恣意侵犯，其防衛功能堪稱嚴格，運作得宜時，當可符合勞基法立法意旨。

然而勞雇雙方之約定若未經上述的核備過程，其法律效果如何？以及約定若經申請核備，卻未通過而仍執意履行該約定時，其法律效果為何？系爭規定並未提及之。依勞委會（現勞動部）相關函釋（行政院勞委會一〇一年六月十八日勞動二字第一〇一〇〇一六四二二號函），上述約定必待核備後，「始生效力」。解釋上，即可導出「效力未定」或「不生效力」。在實務上，如本號解釋原因案件之一，若核備遭到拒絕（例如退件），仍履行時，即以違反勞基法之相關規定而處罰，但勞雇雙方皆受該協議之拘束，不受影響（此即最高法院之見解），也寓有保障勞工權益之目的。

就系爭規定的效力問題，立法者究竟持何態度？由立法過程可知：

1、立法者並無將系爭規定列為強制規定，以及違反時讓勞雇雙方約定無效之強烈意圖。立法者主要希望藉由彈性調整工時等事項，來突破勞基法原本對勞工工作條件所為之

限制，是有意的放寬，並認為是順應世界潮流之舉¹⁵。

2、系爭規定既無罰責規定，不似違反勞基法三十條等條文，有罰責規定。系爭規定在性質上似乎連取締規定都不如也¹⁶。

3、日本勞動法第十三條之規定（違反法定工時之約定需經主管機關之許可，違反時，則適用勞動法相關規定），將例外約定不合法時，可「回歸適用正常法」的法律效果已明確規定。系爭規定不採日本立法例，是否即承認此為當然解釋乎？否則無以解釋何以不設制裁與罰責規定，遺憾的是，立法過程中卻未曾就此問題有任何討論。

由上述可知，系爭規定恐係一個「不完善之法律」(lex imperfecta)，存在著內容的不明確。然本號解釋並非法律違憲解釋，而是統一解釋，雖然兩者在表決的要件上要求不同，惟在論理上，均仍需援引憲法精神，截然劃分已有難度¹⁷。援引憲法的精神來詮釋相關法律已成為法律解釋基本原則之一，即必須利用各種方式，以求此法律明確內容。至於立法者的意圖，特別是未形諸於條文之意圖，固應可作為法律解釋之考量之一。但法律完成立法程序後，猶如胎兒脫離母體，應當隨時代發展，不再受立法者考量嚴格拘束。本院大法官在解釋法律時，更應提供其眼界與標準，及於整體法

¹⁵ 系爭規定在制定時並非由主管機關所提出，而是出於國民兩黨之立法委員之提案，目的都在彈性放鬆工時之規定，其中最值得重視的是，工會代表出身的葛雨琴立法委員，在發言中特別強調，系爭規定之修法在將勞基法中原有的強制與硬性規定「彈性化」，且將本來應由勞工與雇主私下協議協商的私法關係，改為透過工會代表來談判與調整，屬於進步的立法例。由立法過程幾乎所有立法委員都贊同此次修法，顯然鬆綁勞基法規定之立法目的，已極為明確。同時系爭規定肯認勞工以犧牲休假來牟取金錢利益，也有助於提升競爭力。

¹⁶ 本號解釋公布後，勞雇雙方未經核備之約定，若牴觸勞基法之相關規定（例如第30條），雇主要否擔負罰責？以本號解釋意旨而論，會回復適用勞基法之原則。然是否容有勞雇雙方有解約之權？本號解釋未明言，似採否定之見解，則雇主極可能受罰。

¹⁷ 本席在釋字668號解釋所提之不同意見書，已經提出憲法解釋與統一解釋可能相互重疊的問題。

律體系所追求之價值與憲法理念。其他各級法院亦復如此。民法第七十一條但書之規定，便賦予法院有義務對系爭規定的模糊不明確之處，作出最有利勞工權益之詮釋¹⁸。

（三）公法原則應作為解釋之依據

由於民法第七十一條及其但書，已經轉換成法官可援引其他法律，包括來自法治國家與人權理念所樹立的基本價值，來正確詮釋違反法律強制規定是否應當導致無效之效果，或是有其他更和緩的手段，來詮釋其效力問題。在此意義之上，公法上經常被援用來評判公權力行為，甚至立法行為的比例原則，便隨著公法大幅度侵入傳統私法領域內，而在檢驗私法行為合法性上，取得發言地位。

德國民法與我國民法都在法治國家發展初期誕生，並在國家法治水準不足情形下，一步步重視公法的基本原則。從只強調形式意義「依法行政」與「依法裁判」的法治國階段，邁入到現今講究法律品質，以及要求各級法院審理案件時，必須依照憲法所蘊含的基本價值與立法精神，來詮釋作為判決依據之法規範，成為實質意義的法治國家時代。就此而言，以往封閉、可自主成為「理念與規範王國」的私法領域，受到公法原則衝擊之大，遠遠大過公法領域之受到私法原則之影響，進而形成公法之原則者¹⁹。

既然實質意義的法治國概念，顯現國家在經濟秩序上要追求社會正義。憑藉者舉起社會正義的大纛，必須創設公平

¹⁸ 德國學者佩恩（Franz-Joseph Peine）指出法院在審查此類法規範時，必須將其所追求目的、體系及意義詳加探討，以求得立法者所欲阻止發生之行為。至於法條結構是否有明白提到「行為無效」等，並不重要，之所以要強調此嚴格的探究過程，是因為此原則不僅適用於私法契約，同樣適用於受到法規拘束力影響更強的行政契約之上。參見 F.J.Peine, Allgemeines Verwaltungsrecht, 9.Aufl., 2008, Rdnr. 849.

¹⁹ 最明顯的例子是誠信原則與情事變遷原則，堂而皇之進入到行政程序法的範疇之中，此亦為蘇永欽大法官所稱「我國釋憲實務並非朝向以私法人權去審查公法，而是以公法人權去審查私法。」參見蘇永欽，尋找新民法，元照出版社，2008年9月，第292頁。

的勞雇關係，故國家公權力勢必將大幅度介入契約自由與私法自治，避免有遭受到不平等的一方，國家具有積極的「防衛義務」，行政機關與法院都有依法律介入契約自由的法定義務與權限，正是最好的表現。特別是民事法院的法官在審理勞動契約時，便有義務來檢驗經常處於弱勢立場的勞工，是否受私法自治與契約自由影響，而必須承擔不合比例與過重之負擔²⁰。

倘若運用比例原則來詮釋系爭規定的效力問題，即可迎刃而解下列困擾：第一，未經核備之約定不會當然導致無效的後果。比例原則強調達到立法目的，如涉及限制人權時，應採行最小侵害的手段。未經核備之約定，並非內容上絕對有違反法治國原則與侵犯勞工身體健康及其他人權者，此時尚容有效力未定之可能性，等待主管機關核備後，方才生效的可行性²¹。這也是本號解釋多數意見所主張「效力未定」顯示不必採「無效」的最後手段，屬輕微之限制手段，但未明言其乃基於比例原則之故也。同樣的情形，若勞雇雙方之約定違反應以書面訂定的形式要件時，是否亦容有主管機關訂定補正期限，讓雙方補行書面程序而後溯及生效的可能性，讓約定無效成為最後手段（ultima ratio）？第二，比例原則護衛的法益以基本人權為主，並要作出「均衡判斷」。契約自由仍屬我國憲法所保障的人權（釋字第五七六、第五八〇號解釋），對未經核備之約定，秉持尊重契約自由之精

²⁰ 德國著名學者巴杜拉教授特別強調，民事法院法官在審查勞動契約內容時，必須要以德國基本法第2條第1項所保障的人民之一般行為自由（一般人格權）來檢驗之，避免勢力強大的一方濫用其行為自由權，來剝奪對方的發展人格自由之機會。參見，Peter Badura, *Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung*, 3. Aufl., 2008, Rdnr. 61.

²¹ 德國學界的見解也認為這是所謂的「必須許可之法律行為」（*genehmigungsbedürftige Rechtsgeschäft*），未獲得許可之單方行為，則為無效。然而若是雙方行為時，例如與本案極為類似的契約行為，則在未獲得許可前，是屬於效力未定。可參見 Prütting/Wergen/Weinreich, Rdnr. 25.

神，儘量維持其效力外，同時要對公共利益的負擔，作出衡量取捨，甚至對勞工權利應給予特別保障，都可由比例原則獲得判斷之依據。第三、比例原則在運用上，經常可不受法條內容是否明確所左右。縱使運用不確定法律概念，當可使比例原則充分發揮其彈性與有效防止人民基本權利受到過度侵害之功能。

故立法者儘管在法條內容或效果規定不明確，面臨法條已隨時間流逝而老化時，都容有藉由法律詮釋者一如法官妥善運用「活化」之，配合社會現實狀況與發展。如此一來，法律強制規定是否應解釋為無效，唯有在最嚴格與不得已的情況，方得為之。

故法律條文被認為是強制規定，也不排除是效力規定時，若有違反之情事，並非一定會導致「自始無效」之一途。正足以為本號解釋多數意見承認系爭規定既為強制法（*jus cogens*），但違反時既不會變成取締或行政管理之規定，也不會直接導致無效，容有法院在個案審酌中，有保障契約自由與確保勞工權利的寬廣詮釋空間²²。

二、不同意見部分

（一）應朝有利於勞工權益作出解釋

若援引比例原則作為解釋本案爭議的判斷標準，自然應儘可能保存雙方的約定效力，以示極度尊重契約自由，亦為基本人權最小侵害。就此而言，最高法院之見解，已表現無遺。但比例原則同樣護衛勞工的健康福祉，且其重要性更高於契約自由之上。故經「法益均衡」後，認定系爭規定效力，

²² 王澤鑑教授認為對民法第 71 條之強制規定，作最嚴謹之認定，亦為比例原則之體現。對此，黃越欽教授也認為，勞動契約違反法定規定，如有利於勞工時，應認定為有效，反之，則應趨向無效來加以論定，參見黃越欽，前揭書，第 278 頁。

以能獲得保障勞工權益的最大效果為目標²³。

故本席主張，未經核備之約定，固應回歸勞基法的原始規定，若雙方約定存有比勞基法規定更有利於勞工時（所謂重賞之下必有勇夫）的可能性時，何不允許勞工享受此「有利之約定」（如勞基法四十九條第二項之規定：「但雇主與勞工約定之安全衛生設備優於本法者，從其約定」），卻接受較低標準之法定規定？這亦可以彌補最高法院見解之不足，因為勞雇雙方之約定仍有可能低於勞基法之法定標準，故本席之建議誠可「只見其利而不見其弊」，惜乎「孤掌難鳴」，未獲多數意見採納！

（二）系爭規定之授權是否有違授權明確性？

本號解釋多數意見在理由書第五段中雖已提及：「工時之延長影響勞工之健康及福祉甚鉅，且因相同性質之工作，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」。明白認可系爭規定給予地方主管機關核備延長工時之授權，各地方政府對各類性質特殊之行業之最高工時（正常工作時間及延長工時），可有不同之標準，形成同工卻不同工時的現象。按立法之授權必須就授權目的、限度與範圍，予以明確規定，否則將有牴觸授權明確性之問題。系爭規定顯然欠缺授權之要件等細部規定，是

²³ 就延長工時規定之性質，為典型國家義務的表現，故德國工時法(Arbeitszeitgesetz，2013年4月20日修正)第21條第7項；及奧地利工時法(2013年3月1日修正)第24條。都有規定雇主必須將工人權益事項，包括工時與延長工時規定，張貼於勞工可以清楚知悉之處，包括餐廳、休息室等，且需長達二年。違反者將受到行政處罰。這和站在尊重契約自由與私法自治角度，不要求實力較強一方提供資訊，反而要由人民自行去尋找資訊，來確保自己權益不同，顯示出此其具有濃厚的保護勞工權益的功能，德國法社會學家曼(Niklas Luhmann)分析自治型法規與管制型法規時，特別指出：自治型法規不需要想方設法讓人民知悉規範之內容。至於管制型法規則涉及到強制性的公共利益，人民是否行使攸關公益的實現，具有強烈目的取向。故對於勞工工作條件事項之規範，固然具有部分自治型法規性質，但更偏向管制型法規性質。參見Luhmann, Rechtssoziologie, Bd. I, 1972, S. 88.；蘇永欽，私法自治中的國家強制—從功能法的角度看民事規範的類型與立法釋法方向，第12頁。

否亦有違憲之虞？

（三）立法修補義務—訂定紅線條款及其他效力規定

本號解釋認為勞雇雙方未經核備之約定的效力，不論是否完成核備與否，仍有履行之義務問題。省卻了地方主管機關「把關」，系爭規定在此形成「相對強制」，不似本法許多條款都是不得違反之禁令，例如童工、孕婦工作之限制等。若勞雇雙方約定已經極度侵害勞工健康福祉，勞基法是否應當制定一條不可假借任何名目逾越之「最高工時」紅線，正如同國家立法機車騎士應戴安全帽般，以保障其安全。立法上可採行類似民法第二百零五條之防止「暴利」之手段，明定超過法定最高利率者，債權人對超過部分之約定，無請求權，將逾越紅線的延長工時約定視為絕對無效，減少勞工「為錢拼命」的誘因。

然而，在本號解釋的審理過程，呈現在大法官同仁面前的一個客觀事實卻是：儘管勞基法每兩週工作時數不得超過八十四小時（第三十條第一項），換算成每月（四周）不得超過一百六十八小時。而延長工時之規定，每月不得超過四十六小時（第三十二條第二項），總計每月連延長工時不得超過二百一十四小時。雖然系爭規定進一步開放可對性質特殊行業延長工時之門，所獲授權的各地方政府主管機關，則制定規則，最長可達兩百八十八小時。但勞委會也曾警告，勞工每月加班超過七十二小時，即有高度猝發腦血管及心臟疾病心臟病等危害之風險²⁴。

24 行政院勞委會早在 99 年 12 月 17 日，因媒體揭露保全業之保全員因工時過長，猝發腦血管及心臟疾病死亡之案例時，引發各界質疑適用系爭規定之工作者工時過長的議題，遂於當日公布修正之「職業猝發腦血管及心臟疾病之認定參考指引」，依該指引認定，若每月加班超過 72 小時，則與疾病之促發具有強烈之相關性。然此 72 小時，並非勞基法第 32 條之延長工時，而為每月平均工時外之正常工時而言，以高雄市政府「審核適用勞基法第八十四條之一保全人員及監護工約定書審查原則」為例，即認為駐衛保全員及系統保全原之每月正常工時為 252 小時，即以全年平

儘管如此，於原因案件確定判決中所載之原審判決所認定之事實，明白承認：勞基法第二十四條所謂「平日每小時工資」，應以各月薪資總額除以該月正常工作時數（每日十二小時，每月二十六天，即三百十二小時），而「延長工時」，應指每日逾十二小時之部分，顯然已經與勞基法規定的每日最高工時有違。試問：若當事人竟然可約定每日工作十二小時，甚至更多，同時就超過十二小時部分之工時，方得視為加班，從而支領勞基法較高之加班費規定（勞基法第二十四條規定），豈非「血汗勞工」乎？這種濫用契約自由的事例，實務界已見怪不怪而麻木乎？按理勞基法所定之正常工時，乃「最低標準」，不容再延長之，以使勞工更多的休閒，如法令許可延長時，即應採嚴格與限縮解釋不可。否則「先嚴後寬」，系爭規定之立法彷彿在堤防上鑿穿一洞，本席擔心，護衛勞工權益的堤防，面臨崩潰的危機恐怕不免發生。

此外系爭規定仍然設有核備形式要件—必須書面約定，地方主管機關應實質審查內容。就此又衍生出究竟核備後的效果是嗣後生效或溯及生效？以契約效力未定而論，應採溯及說；但以私法行為需獲主管機關核准者，顯然又應採嗣後說，本號解釋雖未對此有所著墨，本席則認為應是溯及說，以保護私法自治及契約自由²⁵。另外系爭規定不設罰則規定，也引發系爭規定淪為訓示規定、而非強制規定及生效要件之爭議，不禁產生立法者並無貫徹實施此規定決心之疑慮，是否應當制定更嚴厲的處罰規定，以杜僥倖之風？這些

均月工時 182 小時；另參照勞委會上開指引，採認全月加班達 70 小時即有過勞風險，兩者相加所得而來。又在每月正常工時外，勞基法第 32 條允許延長工時以 46 小時為上限，故全月總工時不得超過 298 小時

²⁵ 同見許宗力，論規制私法的行政處分—以公行政對私法行為的核准為中心，刊載於：《憲法與法治國行政》，元照出版社，2007 年 1 月 2 版，第 366 頁。

種種都呈現出勞基法與系爭規定都仍有不周全之處，立法者似乎應再加把勁，從速修正之²⁶。

四、結論：契約自由、契約自由，莫讓任何罪惡假汝之名而行！

勞雇雙方簽訂之契約，包括延長工時之約定，並非「本質之惡」，系爭規定設有幾道妥善的門檻，將權利濫用可能性風險已然降低甚多，法律無庸再給予最大程度的監控²⁷，而是許可勞雇雙方本於自由意志，享有契約自由與私法自治的空間，以保障契約自由，這也是我國憲法第二十二條所承認的概括行為自由之基本人權也。

契約自由制度立基於每個人都是精明，能為自己權益作最好的打算。憲法學上也將人民契約自由與財產權保障，連結在一起，作為保障人民擁有創造人生、發展人格權之物資基礎。在這個範圍內，應當給予人民有最寬廣的行為自由權。故勞雇雙方本於此自由意志，所作出的決定，即使出於粗率或不夠精明的天真，也恆受此契約自由與其規範力之拘束。這讓我想起俄國大詩人普希金鼓吹人民思想與創作自由的一句著名詩文：

「規定儘管嚴格，但只要是明智時，無人會反對您去掃除一切不合理的違規行為。……請為您的職責保留您的權力。但請您勿對我們出自謙遜的真理，平和的智慧，甚至出

²⁶ 以德國工時法而論，以 25 個條文來規範工時之相關問題，且條文內容極為複雜，至於奧地利的工時法篇幅更為廣大，則有 33 條之多，整體篇幅更多過德國工時法兩倍半有餘。我國勞基法對工時之規定顯然過於粗略，有必要透過制定專法之方式詳加規範。

²⁷ 前提要件為主管機關應從嚴把關，而非淪為橡皮圖章式地虛應故事。本號解釋原因案件之前審判決之一（高等法院高雄分院 99 年度勞上字第 10 號民事判決），就曾指出主管機關必須「高度實質審查，始足確保勞工權益」來行使核備權，卻遭最高法院（101 年台上字第 258 號民事判決）以核備「亦僅屬行政管理上之問題」為由否定之。上開高等法院高雄分院判決之見解站在最大程度保障勞工權益之立場，洵屬正確。

自天真、自以為是的不智，隨心所欲的橫加阻擾²⁸。」

本號解釋多數意見本於盡量保全勞雇雙方約定效力之心態，使其不因未經核備而無效，可稱極盡維繫契約自由與私法自治原則之能事。同時不採系爭規定中之核備程序僅為行政管理之事項，而非效力要件之見解，認定系爭規定仍具有強制規定性質，更符合法治國家法規範的詮釋原則。本號解釋能在系爭規定立意不清、法條結構破洞連連之情形下，作出統一解釋，難免會「順了姑意，逆了嫂意」，然兩院之爭，是否會隨者本號解釋作出而落幕²⁹？現實生活中，未經核備之勞雇雙方約定中，若具有更有利於勞工權益之內容時，則勞工是否甘心依勞基法的較低標準支領加班費或其他津貼？本席不敢樂觀期盼。為正本清源與釜底抽薪，光憑本院大法官解釋的力道與周延性，仍有其侷限性，唯有儘速修法解決，方為上策。

法國大革命時羅蘭夫人就刑前，曾說出一句膾炙人口的名言：「自由、自由，多少罪惡假汝之名而行乎？」，此句名言，並非在詛咒自由，反而在斥責濫用自由之弊害。本此信念，羅蘭夫人之名言適用到本案，當可更改為：「契約自由、契約自由，莫讓任何罪惡假汝之名而行！」

挺身而出保護弱勢勞工免淪為「血汗勞工」之責，國家捨我其誰？

²⁸ 普希金，再度寄語書報檢察官，收錄於：《普希金詩選》，北京文學出版社，2000年，第256頁。

²⁹ 就以最高法院之見解而論，不論在詮釋方法或論理的周延上，也不無高度的說服力。先以主張系爭規定之核備程序為行政管理事項之見解而論，傳統學說認為一旦法條有制裁規定，縱使法律行為違反該法條，也不會導致無效後果。系爭規定連制裁手段之規定都付之闕如，更可印證其非為效力規定。退一步言，縱不論系爭規定有無制裁手段之規定，若從立法者的本意觀察，亦可由系爭規定制定過程中得知，立法者無強制貫徹實核備程序之意圖，來強化立論基礎。