

國立臺灣大學法律學院法律學系



碩士論文

Department of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

民法第七十一條之理論與適用

Theories and Practices of Article 71 Taiwan Civil Code

楊慧娘

Huei-Niang Yang

指導教授：詹森林博士

Advisor: Sheng-Lin Jan, Ph.D.

中華民國 104 年 2 月

Feb 2015





國立臺灣大學碩士學位論文
口試委員會審定書
民法第七十一條之理論與適用
(Theories and Practices of Article 71 Taiwan Civil Code)

本論文係楊慧娘君(R99A21042)在國立臺灣大學法律學系完成之碩士學位論文，於民國 104 年 01 月 21 日承下列考試委員審查通過及口試及格，特此證明

指導教授：詹嘉如

口試委員：林誠二

蔡明誠

詹森村



謝辭



論文能夠完成，首先必須感謝詹森林老師的指導，雖然我並不是優秀的學生，但老師卻一直耐心包容，甚至連論文題目都陪我用刪去法選擇。也感謝蔡明誠老師、林誠二老師在百忙中撥冗口試。蔡明誠老師不僅在口試中溫和地提出諸多精闢建議，還透過電子郵件不厭其煩地為我解惑！謝謝林誠二老師妙語如珠，讓口試變得輕鬆有趣，否則我可能會緊張得說不出話。進入研究所後，比大學時更有機會接觸老師們，除了敬佩師長淵博的學識，更多時候懾服於師長的人格魅力：傳道授業孜孜不倦，親和又寬厚。每每令我感動，深覺自己十分幸運。

感謝伯母照料我閉關期間的生活起居。

謝謝致睿、簡婕、慧怡學姊、佳蓁、佩吟組成論文促進會，如果沒有你們的督促，我的論文至今恐怕仍難有進度。

謝謝彥亘、庭維特地前來參加種子論壇，幫我補足簽名，也謝謝所有曾在我的種子論壇和論文發表會簽到單上簽名的詹門弟子，感謝大家忍受我不成熟的報告，並給予寶貴意見。

謝謝蔓婷、于心，常與我互相勉勵，願妳們一切順利。

謝謝妮琪、秋憶、佳良、沅峰、小幹、宜峰、雨樵、柏傑學長，感激你們願意與我相聚，常對情緒低落的我伸出援手，希望未來日子仍有你們相伴！

感謝書涵、翊綾、Peggy、華偉，即使遠在彰化，妳們仍未在重要時刻缺席，謝謝妳們的加油打氣。

感謝事務所廖律師、蔡律師、陳律師、蘇律師、洪律師、彩秀姊、信璋的教導、包容和協助，很抱歉添了許多麻煩。

謝謝佩霞，從開始尋找實習起，就多蒙妳的提點鼓勵，猶如溫暖的燈光，總能指引方向、穩定心情！也謝謝鈺奇學姊自大學以來的關懷和提攜。

謝明辰大律師出借書籍，遠在德國的顏佑紘學長、黃松茂學長幫忙掃描文獻，志賢學長在口試前分享經驗，謹在此一併致謝。

謝謝親愛的家人，你們是我重要的心靈支柱，感謝你們一路上的扶持與鼓勵。

最後謝謝所有曾經與我相遇的人們，感激各位豐富了我的生命。論文完成只是一個起點，需要學習的事情還太多，雖然常常覺得好累，但我會努力向前邁進。



中文摘要



我國民法第 71 條規定：「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。」對於民法第 71 條之適用，最高法院向來以取締規定和效力規定之區分為中心，違反取締規定之法律行為有效，違反效力規定之法律行為無效。傳統學說上亦多同此區分，認為兩者之辨別應探求規定之目的以定之，若非以違法行為之法律行為為無效，不能達其立法目的者，為效力規定，否則為取締規定。

然而最高法院之判決往往缺乏詳細論理，導致本條文之適用顯得僵化而不明確，因此本文試圖建立較為具體且有可預測性的判斷方式，並歸納較有彈性的效力類型。

民法第 71 條之解釋與適用難以覓得單一的、放諸四海而皆準的標準，法律解釋和法益權衡是難以避免的方法。且本條文之解釋和適用須分為兩個層次，第一是針對民法第 71 條本身，第二是針對個案涉及之強制或禁止規定，而本文之重心放在第一層次，只是在討論如何適用民法第 71 條時，會兼及第二層次。

本文在民法第 71 條之解釋上，首先從條文目的為維持法律之無矛盾性出發，其次探討其與公序良俗、誠信原則、脫法行為之關係，界定強制或禁止規定乃「強行規定中規範法律行為內容，強制或禁止當事人為一定行為之規範」。在適用上仍接受傳統學說和實務對效力規定和取締規定之區分，只是引入比例原則作為判斷違法行為效力之準則，並討論介於有效和無效之間：相對無效、部分無效、得撤銷、效力未定等效力類型。

關鍵字：民法第 71 條、私法自治、強制規定、禁止規定、取締規定、效力規定、比例原則



Abstract



Article 71 Civil Code in Taiwan defines “A juridical act which violates an imperative or prohibitive provision of the act is void except voidance is not implied in the provision.” The Supreme Court has always taken the standard for distinguishing “banning norms” from “rules of effectiveness” as center focus. During the practice of Article 71: when a juridical act violates a “banning norm”, it is effective; on the contrary, when a juridical act violates a “rule of effectiveness”, it is invalid. Traditional theories also support above statement. But this standard often becomes rigid and inflexible.

The interpretation of law and balance of legal interest are necessary when applying Article 71. This Paper tries to build up a more concrete and flexible structure to applying this Article. Primary, when interpreting Article 71, it is important to acknowledge that the purpose of this Article is to maintain the uniformity of law. Secondly, the paper will continue to discuss the relationship between Article 71 with public orders and morals, principle of good faith and evasive acts. Finally, this Paper defines imperative or prohibitive provision as mandatory rules that force or prohibit people to do something. In practices, this Paper still accepts the way to distinguish “banning norms” from “rules of effectiveness”, but takes the principle of proportionality as a criterion to decide which section does it belongs within the

spectrum of validity and invalidity, whether it is: relative invalidity, partial invalidity,
revocable or uncertain validity.



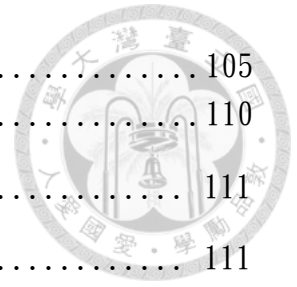
Keywords: Article 71, private autonomy, imperative provision, prohibitive provision,
banning norms, rules of effectiveness, the principle of proportionality

目錄



第一章 緒論	1
第一節 研究動機與目的	1
第二節 研究架構與方法	2
第二章 民法第七十一條之意涵	4
第一節 民法第七十一條的規範目的與功能	4
第一項、規範目的	4
第二項、立法過程	8
第三項、規範性質	10
第二節 民法第七十一條之相關概念	12
第一項、民法第七十一條與公序良俗	12
第二項、民法第七十一條與誠信原則	16
第三項、民法第七十一條與脫法行為	17
第三節 強制或禁止規定之意義	21
第一項、「規定」之範圍	21
第二項、強行規定與任意規定	35
第三項、強制或禁止規定與某些限制私法自治方法之區隔	41
第三章 民法第七十一條之適用	49
第一節、德國學說及實務	49
第一項、是否有禁止規範	49
第二項、法律行為之效力是否因違反禁止規範而受影響	50
第三項、依該禁止規範是否應使法律行為絕對無效	53
第二節、我國學說	55
第一項、特別規定優先	56
第二項、多數說：以效力規定與取締規定之區分為中心	58
第三項、有力說之批評	66
第四項、分析	67
第三節、我國實務	67
第一項、最高法院	68
第二項、司法院解釋	76
第四節、本文見解	90
第一項、民法第七十一條但書為概括條款，重新詮釋效力規定	90
第二項、法律解釋和法益權衡無法避免	93
第三項、援用比例原則作為判斷效力之方法	97

第四項、決定法律行為是否無效之輔助線索	105
第五項、效力之類型化	110
第四章 違法之效力	111
第一節、效力之類型化	111
第一項、有效	111
第二項、絕對無效	115
第三項、相對無效	119
第四項、部分無效	123
第五項、得撤銷	130
第六項、效力未定	132
第七項、小結	135
第二節、無效之射程	136
第一項、負擔行為無效	136
第二項、處分行為無效	136
第三項、負擔行為與處分行為皆無效	139
第四項、強制或禁止規定嗣後廢除或變更者	140
第三節、法律行為無效後之不當得利	140
第一項、不法原因之給付	141
第二項、當事人知悉違反法律之影響	145
第五章 結論	146
參考文獻	196



表格目錄

※表格 一	76
※表格 二	113
※表格 三	116
※表格 四	135



附錄

附錄 一、解釋與判例	151
附錄 二、強行規定之判決整理	158
附錄 三、取締規定之判決整理	179





第一章 緒論

第一節 研究動機與目的

在工商業高度發展、生活型態愈趨複雜、國家管制也更加多元化的社會中，數不清的公私法規定規制著人民的生活，大至憲法基本權之規定，小至社會秩序維護法規定不得無票搭乘公共交通工具等等。

然而在民事關係中，私法自治其實是最基礎的原則。若人民之間的契約約定牴觸法律時，契約是否具有效力且得請求履行？該如何劃定國家管制與私法自治之界線？

民法第 71 條規定：「法律行為，違反強制或禁止規定者，無效。但其規定並不以之為無效者，不在此限。」就是一則畫線的條文，一方面讓公法規範可以進入私法關係中，發揮管制目的；另一方面也作為閘口，避免國家權力過度侵犯契約自由。

民法第 71 條所謂的強制或禁止規定究何所指？「規定」之範圍是否僅限於法律？其與公序良俗、誠信原則、脫法行為之間的關係為何？為理解本條文在法體系中的功能和用途，誠有釐清之必要。

如何適用民法第 71 條本文及其但書，使條文之適用具有彈性，在個案中能取得妥適效果，又能兼具某程度的可預見性，實在是個困難的課題。若不能建立一套基準，使法院在判斷法規是否具有強制性時能提出令人信服的論證，並使裁判中法規的適用具有一定程度的可預測性，則個案之判斷恐難免法官恣意專斷之譏，將影響人民之權益、損害法律之尊嚴、降低司法機關之權威。這基準亦使人民得以預測自己與他人行為的合法性與相應的法律後果，在擬定契約時，不至於無所適從，或不慎訂下被法律認定為無效之契約，以致過度損害交易安全。

傳統上學說與實務以取締規定和效力規定之區分為方法，作為平衡國家管制和契約自由之方法，具有相當的可操作性，惟仍時有欠缺理由和過於僵化之問題。在判斷規定為取締規定或效力規定時，缺乏詳細說理將使條文之適用欠缺可預測性；以有效和無效二分，不容其他效力存在之可能，則喪失彈性。是以本文嘗試建立更



明確的判斷模式與更具彈性的違法效力類型。

第二節 研究架構與方法

本文追溯民法第 71 條立法之歷史，整理既有學說及最高法院判決，加以歸納分析，探討民法第 71 條之意涵，了解何謂強制或禁止規定，進一步釐清民法第 71 條之適用，說明違反強制或禁止規定是否及為何無效，除了無效之外，又有哪些效力類型。民法第 71 條之解釋與適用可分為兩個層次，第一是針對民法第 71 條本身，第二是針對個案涉及之強制或禁止規定，而本文之重心放在第一層次，只是在討論如何適用民法第 71 條時，會兼及第二層次。在比較法上，則主要參考條文相似之德國 BGB 第 134 條。

本文之架構簡述如下：

第一章 緒論

介紹本文之研究動機、目的、架構與方法，作為論文之發軔。

第二章 民法第七十一條之意涵

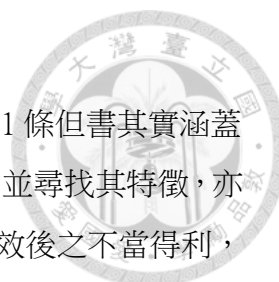
本章之內容乃釐清民法第 71 條所涉及之相關概念，以規範之目的與功能為基礎，探究規範之性質。本條文在概念上與公序良俗、誠信原則、脫法行為相關，有必要探討彼此之關係。並進一步了解哪些法規範可以納入強制或禁止「規定」之範圍，而強制或禁止規定之意義究何所指。此外，也整理學說上認為同屬限制私法自治之方法，但應與強制或禁止規定區隔者。

第三章 民法第七十一條之適用

本章先簡介德國法學界對其 BGB 第 134 條之解釋與適用，然後討論我國學說見解，並整理實務上最高法院之操作，重新詮釋取締規定與效力規定。由於司法院解釋第 726 號之主題其實即是民法第 71 條之解釋和適用，因此亦探討該號解釋之理由與各大法官之主張，最後歸納本文見解。

第四章 違法之效力

傳統上對於違反強制或禁止規定之法律行為，在效力上往往只能選擇有



效或無效。但是這樣的適用似乎太過僵化，民法第 71 條但書其實涵蓋更廣泛的可能性，因此本章試圖提出各種違法之效力並尋找其特徵，亦兼及無效對事對時之射程。本文之主題原僅至此，無效後之不當得利，洵屬不當得利法之研究課題，然而不法原因之給付與強制或禁止規定之違反密不可分，因此闢一小節討論。

第五章 結論

總結前文，點出研究核心，提出建議，並據此說明未來可能的研究方向。



第二章 民法第七十一條之意涵

第一節 民法第七十一條的規範目的與功能

第一項、規範目的

第一款、法律之無矛盾性

民法第 71 條之立法理由為：「查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。然法律中亦有特別規定，並不以之為無效者，例如宣告破產後，破產人所為之法律行為，惟對破產債權人為無效。又如以強制拍賣時不得干預之人而為拍賣人，則須利害關係人之同意，始為有效。故設本條以明示其旨。¹」從立法理由觀之，可知本條的立法目的為「貫徹強制或禁止規定之法意」，即維持法律之無矛盾性²或一致性³。若法律禁止人民從事某項行為，那就不能透過法律行為——例如契約——使人民負有從事該項法律行為的義務，否則一項行為既被法律所禁止，卻又能成為契約約定的內容，就會使法律制度自相矛盾。當然，這並非意指所有違反法律規定的法律行為都會歸於無效，而是必須達成各法規制度所調整之目的，在內容上和實質上不違反無矛盾性之要求。

最高法院 29 年上字第 626 號判例即明揭此意旨：「販賣鴉片煙土，除領有特許照證外，為現行法令所禁止，委託處理此種違禁事項而給付報酬之契約自非有效。⁴」由此目的出發，民法第 71 條有第二款所述之三大功能。

第二款、三大功能

一、作為私法自治原則之界線：

學者洪遜欣闡述：「法律行為自由之原則，係國家法承認各個人得依自己之法律行為，自由創造其相互間私法關係之原則。此原則係『私法自治原則』〔Prinzip der

¹ 參見法務部網站：

<http://mojlaw.moj.gov.tw/LawContentReason.aspx?LawID=FL001351&LawNO=71&AmdDate=20100526>
最後瀏覽日：2015 年 2 月 10 日。

² Dieter Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 9. Aufl., 2006, §43 Rn.647。

³ 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，載於程序正義、人權保障與司法改革，元照出版，2009 年 3 月 1 日，頁 293。

⁴ 另參最高法院 30 年上字第 64 號判例。



Privatautonomie〕之一種表現。⁵」每個人都是自己利益的最合理判斷者，能基於自由意思對自己的生活條件，尤其私人之社會生活關係加以規範而謀發展。私法自治原則濫觴於羅馬法，因近世學者，尤其英國洛克〔John Locke〕與亞當史密斯〔Adam Smith〕提倡自由放任的經濟思想而風靡一時。

私法自治原則廢除過去各種法律加諸於契約及其他法律行為之拘束，容許個人依自己的法律行為自由競爭，有利於經濟與文化之發展。在私法自治原則下，法律對私法上之生活關係，基本上未預設當事人應遵循之強制規範；反之，法律原則上承認當事人本於其自由意思所為之表示具有法之約束力，並對基於此種表示所形成之私法上生活關係賦予保護⁶。

但此原則本身並無絕對價值，僅是一種立法政策，此原則「原以公益與私益能調和一致為前提，欲依『承認各人得以其自由意思相互競爭或協定，而謀求私益』之方法，間接增進社會或國家之公共利益⁷」。一方面須尊重個人之性情，使其能成為自利的意思主體，另一方面亦須承認每個人皆形塑國家社會整體秩序。現代人類社會為個人、社會與國家三位一體之協同的生活型態，故一切法律關係需以此三者之協同融合，為其存立基礎。通常的契約關係在當事人間雖有利害關係之對立，但也含有使用相對人以達成自己目的之協同性，且契約關係為社會全體秩序之一部分，當事人依契約相互協力而參與國家社會全體秩序之組成。買賣及租賃等契約關係，不應只解為係權利義務之單純的對立關係，而應視為以利用物資為共同目的之協同體；僱傭或勞動契約關係，亦不可僅解為係階級之對立，乃勞資協同從事國家的、社會的生產之協同體⁸。

然而公益與私益實際上往往難以一致，自然人在社會和經濟上的機會未必平等，在資本主義的制度下，往往形成經濟與社會上強者支配弱者之制度，資本向企業集中累積，個人很多時候是跟企業進行交易，在知識、經驗及資訊上皆有落差，很難對等磋商或影響契約內容⁹，當事人在決定是否為法律行為及法律行為之內容時，可

⁵ 洪遜欣，中國民法總則，三民書局，1981年9月，頁244。

⁶ 詹森林，民事法理與判決研究，國立台灣大學法學叢書，2001年8月三刷，頁3。

⁷ 洪遜欣，中國民法總則，三民書局，1981年9月，頁246。

⁸ 洪遜欣，中國民法總則，三民書局，1981年9月，頁254。

⁹ 楊宏暉，市場經濟秩序下的契約失靈調整模式，法學新論第25期，2010年8月，頁75。



能已喪失其自由。故私法自治原則應受適當修正。

當事人將其內心欲發生私法上效果之意思，表示於外部之行為，即民法上之意思表示〔**Willenserklärung**〕；以意思表示為要素，因意思表示而發生一定私法上效果之法律事實，稱為法律行為〔**Rechtsgeschäft**〕。可見法律行為乃私法自治之手段，而意思表示為法律行為之方法¹⁰。關於法律行為，民法總則中設有三項規定作為限制私法自治的規範基礎，即民法第 71 條、第 72 條與第 74 條¹¹。強制或禁止規定之存在，正是限制私法自治原則的一種方法，具有強制實現之作用，當事人不得以其意願排除適用¹²。民法第 71 條即透過對法律行為之限制，而實現強制或禁止規定之規範目的，為私法自治原則畫下界線，進一步達成法律體系之無矛盾性。

二、作為公私法之橋梁

學者蘇永欽闡述：「本條的意義原在於補強具有社會、經濟政策，乃至刑事政策目的的法律，藉民事契約效力的排除來強化強制禁止規定的「合目的性」，以免民事效力和公法的禁止呈現法律價值的尖銳矛盾，故越重大的禁止規定，代表立法者對該公共政策的貫徹越重視，豈有反而容許相牴觸的民事契約生效而干擾政策落實之理？」¹³」並形容民法的 71 條與第 184 條第 2 項「使得在民法之後陸陸續續訂定多如牛毛的法令，像躲在木馬裡面的雄兵一樣湧進特洛伊城，管制法令搖身一變成為民事規範，私法自治的空間，包括法律行為和事實行為，實際上隨著國家管制強度的增減而上下調整。¹⁴」

民事規範的功能多半在節省交易成本或為交易提供指導藍圖，而不具強制性，只有極少數的民法條文性質上為強行規定，例如民法第 794 條、土地法第 100 條、耕地三七五減租條例第 16 條、動產擔保交易法第 38 條。生活中絕大多數的行為規範都是源於刑法或各種行政法，刑法之條項，特別是刑法分則諸條，幾乎即是禁止規定之化身，警察法規如社會秩序維護法、道路交通管理處罰條例亦如是，稅捐諸

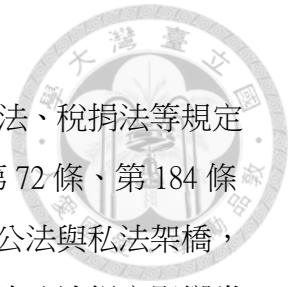
¹⁰ 詹森林，民事法理與判決研究，國立台灣大學法學叢書，2001 年 8 月三刷，頁 7。

¹¹ 王澤鑑，民法總則，2014 年 2 月，頁 272、311。

¹² 邱聰智，民法總則〔上〕，三民書局，2005 年 2 月，頁 580。

¹³ 蘇永欽，契約違反禁止規定，收錄於楊與齡主編：民法總則實例問題分析，五南圖書出版公司，2001 年 5 月，頁 144。

¹⁴ 蘇永欽，私法自治中的國家強制，收錄於民法總則論文選萃，中國法制出版社，2004 年 12 月，頁 198。



法如稅捐稽徵條例、所得稅法等，則多屬強制規定¹⁵。刑法、警察法、稅捐法等規定幾乎都不容當事人以意思排除其適用，間接經由民法第 71 條、第 72 條、第 184 條第 2 項等條文對民事法律關係產生規範效力¹⁶。民法第 71 條不僅為公法與私法架橋，對於公法進入私法領域，亦有相當防制性之閘口意義，一方面容許公法規定影響當事人私法上關係，另一方面並透過條文之解釋與適用，控制公法影響私領域之深度及廣度。若適當操作，可發揮調和公私法之功能，但若操作不當，將使公法過度介入社會生活，或因過於保守而抵銷應有的政策效果¹⁷。

三、授權予法官，確保法律規範之遵守：

盧梭在其社會契約論中闡述立法之困難：「為了發現能適用於各個民族的最好的社會規則，就需要有一種能夠洞察人類的全部感情而不受任何感情所支配的最高的智慧；它與我們人性沒有任何關係，但又能認識人性的深處；它自身的幸福雖與我們無關，然而它又很願意關懷我們的幸福；最後，在時世的推移裡，它照顧到長遠的光榮，能在這個世紀裡工作，而在下個世紀裡享受。要為人類制訂法律，簡直是需要神明。¹⁸」不確定性是語言本身所難以克服的，而立法者有時是有意識地使用涵義模糊的語言，以使法律能普遍適用於各種情況。

民法第 71 條即係對民事法官作公私法理念、價值與政策接軌的概括授權，使法官對該賦予恆河沙數的公法規範多少私法效力，得在具體個案中扮演把關者的角色，去發現、權衡及認定。而強行規定是不可更改的標準，其實施效果往往較當事人之約定更能預測，相對確定¹⁹。對於同一法律規定，若學說上或實務上之見解不一致，部分裁判採為任意規定，部分裁判則認其為強制或禁止規定，則將導致不同的適用結果，損害法律尊嚴。因此須對強制或禁止規定進行研究，使法律適用之結果趨於一致，相同案件能得到相同對待²⁰。

法律的遵守通常是通過不同強制手段以確保，若透過民法第 71 條調整法律行為

¹⁵ 邱聰智，民法總則〔上〕，三民書局，2005 年 2 月，頁 581。

¹⁶ 蘇永欽，私法自治中的國家強制，收錄於民法總則論文選萃，中國法制出版社，2004 年 12 月，頁 208。

¹⁷ 蘇永欽，民事立法與公私法的接軌，北京大學出版社，2005 年 10 月，頁 83。

¹⁸ Jean-Jacques Rousseau，何兆武譯，社會契約論，商務印書館，2009 年 3 月，頁 49-50。

¹⁹ 楊宏暉，市場經濟秩序下的契約失靈調整模式，法學新論第 25 期，2010 年 8 月，頁 55-57。

²⁰ 賀少峰，公司法強制性規範研究，廈門大學出版社，2010 年 3 月，頁 5。



之效力，這種手段具有可預見性，不符合法律的行為將不能實現。例如六親等內之旁系血親不得結婚。已完成的違反法律之行為，如契約，可能被宣布無效，並且使一切都回復到行為發生前的狀態²¹，如此能督促法律之遵守。

第二項、立法過程

民法第 71 條自民國 18 年 4 月 20 日制定後，並未經過修正²²。追溯民法第 71 條制定之歷史，回顧其所由來，有益於釐清條文之解釋方向。以下先略述民法總則編之制定，兼及民法第 71 條之立法，其次說明立法前之法律適用。

第一款、民法總則編之制定

光緒三十一年九月，伍庭芳等大臣奏請派員赴日調查法制，作為制定法律之參考，其奏曰：「……考查日本改律之始，屢遣人分赴法、英、德諸邦，採取西歐法界精理，輸入東瀛。……我國與日本相距甚近，同洲同文，取資尤易為力……」得旨：如所議行²³。

宣統三年，大清民律草案五編先後完成，總則、債權、物權等前三編，由日人松岡義正起草，親屬、繼承兩編由國人朱獻文、章宗元、高種、陳籙分別起草，大致上仿效德、瑞、日三國民法法例，同年九月五日，修律大臣奏請飭下內閣核定提交資政院審議，即大清民律草案²⁴。

草案中第 176 條即規定：「以違法律中禁止規定之事項為標的者其法律行為無效但法律有特別規定者不在此限。²⁵」

民國創建後，初期未另行制定民事法規，而暫行援用清律中未牴觸民國國體的部分²⁶。

民國七年七月，政府設修訂法律館，該館參考前清民律草案，調查各省民商事習慣，並參照各國最新立法例，於十四年至十五年完成民律總則、債、物權、親屬、

²¹ Ghestin, J. 著，陳鵬/張麗娟/石佳友/楊燕妮/謝漢琪譯，*TRAITÉ DE DROIT CIVIL INTRODUCTION GÉNÉRALE*〔法國民法總論〕，法律出版社，2004 年 5 月，頁 281、282。

²² 詳參立法院全球資訊網：
[http://lis.ly.gov.tw/lcgci/lglaw/?@71:1804289383:f:NO%3DE04507*%20OR%20NO%3DB04507\\$\\$10\\$\\$\\$NO-PD](http://lis.ly.gov.tw/lcgci/lglaw/?@71:1804289383:f:NO%3DE04507*%20OR%20NO%3DB04507$$10$$$NO-PD) 最後瀏覽日：2015 年 2 月 10 日。

²³ 潘維和，中國歷次民律草案校釋，漢林出版社，1982 年 1 月，頁 15-16。

²⁴ 潘維和，中國歷次民律草案校釋，漢林出版社，1982 年 1 月，頁 23。

²⁵ 潘維和，中國歷次民律草案校釋，漢林出版社，1982 年 1 月，頁 177。

²⁶ 潘維和，中國歷次民律草案校釋，漢林出版社，1982 年 1 月，頁 28。



繼承各編草案。該草案固未成為正式法典²⁷，惟草案內容中已出現類似現今民法第 71 條之規定，即草案第 123 條：「法律行為違反禁止規定者，無效。但法律有特別規定者，不在此限。²⁸」

立法院於民國十七年十二月成立，民國十八年設立民法起草委員會，同一年民法第一編總則公布施行²⁹，其中第 71 條規定：「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。」條文沿用至今。

第二款、民法第 71 條立法前之法律適用

民國創建後，初期未另行制定民事法規，而暫行援用清律中未牴觸民國國體的部分³⁰，民法第 71 條於民國 18 年公布施行，已如前述。

在民法典於民國十八年公布施行前，當時最高審判機關「大理院」佔有重要地位，在大理院存續期間〔1912-1928〕，並沒有成文化的民法典可供參考，於是法院必須負擔部分法律創造工作³¹。當時大理院已援用違反強行法規之概念，就是以違反法律、命令所設的禁令與強制，作為判斷契約是否無效之基礎。例如大理院民國 2 年上字第 227 號判例：「當事人因一方已實施其犯罪行為，他方遂允為一定之報酬而締結契約者，其契約在法律上當然無效。」大理院民國 5 年上字第 457 號判例：「凡以違背法律中禁止規定之事項為標的者，其法律行為為無效，如債權人乘債務人之急，故違現行法上放債利息不許過三分之一之規定，索取重利，而又巧避重利之名，將利息寫成原本，則該借約關於違禁取利之部分，自屬無效〔現行律錢債門違禁取利條例〕。」大理院民國 8 年上字第 750 號判例：「義子於義父應得之祀產，固非有承受之權。而義父或其後嗣依『契約』，將應得祀產之收益劃出一部分給予義子者，其契約之內容既不悖於強行法規，亦於社會公益無所妨礙，依『契約自由』之法則，即不應認為無效。³²」大理院民國 9 年上字第 846 號判例：「以為娼為標的買受良家

²⁷ 胡長清，中國民法總論，大新書局，1976 年 4 月，頁 16。

²⁸ 潘維和，中國歷次民律草案校釋，漢林出版社，1982 年 1 月，頁 379。

²⁹ 潘維和，中國歷次民律草案校釋，漢林出版社，1982 年 1 月，頁 35。

³⁰ 潘維和，中國歷次民律草案校釋，漢林出版社，1982 年 1 月，頁 28。

³¹ 周伯峰，民國初年「契約自由」概念的誕生——以大理院的言說實踐為中心，政治大學法言所碩士論文，1994 年 7 月，頁 5。

³² 周伯峰，民國初年「契約自由」概念的誕生——以大理院的言說實踐為中心，政治大學法言所碩士論文，民國 1994 年 7 月，頁 26。



子女者，依現行律例及禁革買賣人口條例，其買賣契約當然無效，即或原係為娼復行轉買為娼者，亦同〔現行律犯姦門買良為娼條例、禁革買賣人口條例〕。」

其中大理院民國 8 年上字第 750 號判例提出兩種契約自由原則之界限——強行法規與社會公益。大理院一方面透過對於《大清現行刑律》「民事有效部分」的重新詮釋與改造，進而創設民事規範；另一方面，透過對於管制規定的引進，藉此調整契約活動的界限³³。

從上開判例得知，強行法規作為契約自由之界限，早在民法總則編公布施行前，大理院即已援用，可見實務早已意識到維護法律體系無矛盾之重要性。民法第 71 條立法後，將「強制規定」與「禁止規定」並列，各該意涵為何，仰賴適用法律者之解釋。由於立法過程中參考德國民法第 134 條，此條文與我國民法第 71 條體例亦極相似，故後文中將論述德國學說如何解釋適用其民法第 134 條，以作為解釋適用我國民法第 71 條之參考。

第三項、規範性質

民法第 71 條被視為為公法和私法架橋之規定，但其規範功能究竟為何？如何將公法規範之效力引入私法關係？仍有探討之必要。德國民法第 134 條規範：「Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.」與我國民法第 71 條相近，民法立法過程中亦參考德國民法，故以下謹以德國學說上三種見解，作為思考我國民法第 71 條規範性質之借鑒。

第一款、引致規範〔Verweisungsnorm〕

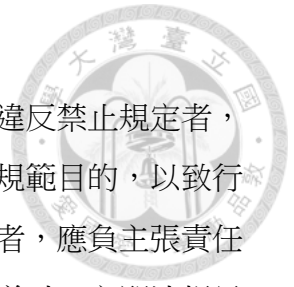
由於 BGB 第 134 條明文規定違反禁止規定之法律行為無效，但限於該禁止規定不以其他效果為目的。故有學者認為，本條規定之內容實益不大，僅為輔助性質。違反禁止規定之行為有何效力，依第 134 條，是引用各該禁止規定而決定³⁴。違反行為若屬無效，並非基於第 134 條本身之無效規定，而是透過禁止法規的目的解釋³⁵。

第二款、解釋規則〔Auslegungsregel〕

³³ 周伯峰，民國初年「契約自由」概念的誕生——以大理院的言說實踐為中心，政治大學法言所碩士論文，民國 1994 年 7 月，頁 55。

³⁴ Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 3A., Berlin, 1979, S. 341.

³⁵ Dieter Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 9. Aufl., 2006, § 43, Rn. 646.



此說認為 BGB 第 134 條為一無效推定之解釋規則，法律行為違反禁止規定者，原則上無效，但允許從反面探求無效之手段是否逾越禁止規定之規範目的，以致行為為應例外的不以無效論，主張違反禁止規定之法律行為並非無效者，應負主張責任〔Argumentationslast〕³⁶。或有認為，禁止法規之規範目的若有疑義時，亦即法規目的未明確排除無效之效果時，應使違法之行為無效³⁷。此說之依據在於條文之表達方式，顯示前段規定為原則，而但書規定屬例外，且立法者於立法理由書中，已表示違法之行為原則上無效，以藉由第 134 條解釋規則之規範功能，實現國家對經濟活動的統制與干預重於私法自治」的基本決策。

第三款、概括條款〔Generalklausel〕

此說強調法律行為效力之判斷，屬於私法體系之問題，不能將第 134 條視為單純的引致規範，否則將錯估民法在法秩序內部衝突領域中所具有之功能³⁸。畢竟立法者制定多數禁止規定時，往往只關注必須以法律規範之社會共同生活現象，而未審酌違法行為之效力。是故違法行為之效力，應由第 134 條之構成要件及法律效果來決定，本條具有獨立之規範內涵。禁止規定之保護法益為何，必須經過主客觀的法律解釋，而立法者經由禁止規定對特定行為事實賦予非價判斷，並未同時指示該行為是否已踰越私法自治所得容許之界限，因此需由司法者衡量，則第 134 條實係概括條款。

第四款、小結

我國學者在評論德國學說見解時，認為概括條款說較能涵蓋實務之發展³⁹。並進一步認為我國民法第 71 條兼具引致規範、解釋規則與概括條款三重功能，當強制或禁止規定明示違反之法律效果無效或另定其他效果時，民法第 71 條僅為引致規範；若強制或禁止規定未明示違反之法律效果，也無法從相關條文直接得出法律行為之效力時，則須權衡法規保護之法益與法律行為體現之法益，以決定法律行為是否違反法律，認定構成違法時，再調查法規目的，以判定法律行為之效果，在此評價過

³⁶ Canaris, Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft, 1983, S.14 ff.

³⁷ 葉子超，法律行為因違反強行規定而無效的問題探討，輔仁大學法律學系碩士論文，1999 年 7 月，頁 98。

³⁸ Westphal, Zivilrechtliche Vertragsnichtigkeit wegen Verstoß gegen gewerberechtliche Verbotsgesetze, 1985, S.133ff.

³⁹ 蘇永欽，民法經濟法論文集，三民書局，1988 年，頁 96。



程中，民法第 71 條具有概括條款之性質；當法益權衡相當或有疑義時，應以認定構成違反為原則，當違法行為之效果不明時，應以絕對、自始無效為原則，在此情形具有解釋規則之意義⁴⁰。

上開學者之見解深具洞見，但若認為民法第 71 條不適用於強制或禁止規定本身已明示違法效力之情形，即強制或禁止規定本身明文規定之法律效果應優先於民法第 71 條，則似不必認定民法第 71 條為引致規範⁴¹；此外，在社會生活日趨複雜，國家所為干預管制亦更頻繁多元之情形下，違反強制或禁止規定之效力是否仍以無效為原則，值得商榷，甚至另有學者認為不應對民法第 71 條之功能期待過高，若無強而有力之理由，不宜輕易判定法律行為無效⁴²。

第二節 民法第七十一條之相關概念

第一項、民法第七十一條與公序良俗

關於民法第 72 條之立法歷程與用語，我國第一次民法草案因受梅謙次郎學說之影響，僅用公共秩序之字樣〔一草第一七五條〕，第二次草案改用風化二字〔二草第 124 條〕，新民法則從法日民法併用公共秩序或善良風俗。公共秩序與善良風俗之涵義本不相同。公共秩序者〔public policy〕，國家社會之一般的利益，德國第一次民法草案所謂國家之一般的利益〔allgemeine Interesse des Staates〕。善良風俗者〔bonos mores〕，國民之一般道德觀念，並非道德之理想，亦非個人或階級的道德觀，乃指吾人日常生活實踐之道德律。嚴格言之，二者之範疇常相一致，維持國民之一般道德觀念者，不一定不適用於國家社會之一般利益，維持國家社會之一般利益者，也往往符合國民之一般道德觀念，在理論上實難為明確之區別。可區別者，唯有公共秩序偏重於國家和社會本身之秩序，而善良風俗側重於強調國民之道德觀念。故民法學者有主張廢止公序良俗之差別而以「社會的妥當」一語代用⁴³。

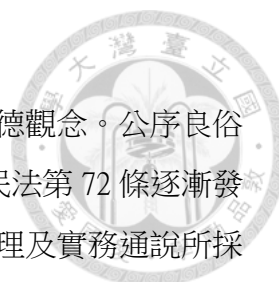
民法第 72 條具有使道德、倫理轉換為法律之功能。抽象概念之國家、社會一般利益，乃至國民一般道德觀念，得因民法本條之規定，發生法律上之規範意義，避

⁴⁰ 蘇永欽，民法經濟法論文集，三民書局，1988 年，頁 108。

⁴¹ 同見解參韓世遠，合同內容的適法性與妥當性，月旦民商法雜誌第 36 期，2012 年 6 月，頁 14。

⁴² 陳彥良，民法中強行禁止規定之效力於商法領域之討論—以公司法中公司貸與資金限制為中心，台北大學法學論叢第 81 期，2012 年 3 月，頁 31。

⁴³ 胡長清，中國民法總論，大新書局，1976 年 4 月，頁 226。



免法律行為違背法律本身之價值體系或明顯重要之倫理規範或道德觀念。公序良俗為不確定法律概念，充滿概括性、空白性及開放性，在功能上，民法第 72 條逐漸發揮統合吸納憲法關於基本人權及基本國策規定之功能，依目前學理及實務通說所採之間接效力說，憲法規定不能成為強行規定而適用民法第 71 條，基於法律秩序整體一致之要求而規定的民法第 72 條，即發揮概括吸納作用，成為憲法規定適用之依據。違背憲法上開規定之法律行為，得解釋為違背公序良俗，並據以適用民法第 72 條規定。勞動基準法施行前，關於女性就職之禁婚條款，實務援用民法第 72 條而認其無效⁴⁴；關於員工離職競業禁止條款之效力認定，實務亦以民法第 72 條作為適用依據⁴⁵。

從公序良俗之概括性角度觀之，公序良俗與一般法律規定之關係互涉，可歸納為兩點：

一、民法第 71 條與第 72 條的結構類似，文字上明確規定法律後果為無效，而構成要件則顯得相當不確定，通常需經法官在適用時補充其價值和類型化，始能具體塑成其內涵。此外，兩者都具有強制遵守之特徵，不容許當事人透過契約變更其內容。

二、從法律之價值體系來說，大多數法律條文，無論係強行規定或任意規定，往往即公共秩序或善良風俗之具體化。法律制度亦屬公共秩序之一部分，強行規定得以被公序良俗涵蓋；而公序良俗原則也是法律規定之條文，民法第 72 條可能是第 71 條所稱之強制或禁止規定。法律源自道德、倫理，並肩付貫徹國家政策之使命。前者之抽象概括概念即公序良俗，後者之制度面向表現為強制或禁止規定。強制規定、禁止規定、公共秩序或善良風俗，概念形式固多有不同，但在規範現實上，實質內容常有重疊之處。同一法律行為內容，同時違背上列四者之二者以上者，例如

⁴⁴ 參司法院 78 廳民一字第 859 號函：「查中華民國人民無分男女，在法律上一律平等，為憲法第七條所明定，又人民之工作權及其他自由、權利亦受憲法所保障〔憲法第十五條、第二十二條〕；雇主要求女性受雇人預立於任職中結婚即辭職之辭職書，不惟破壞憲法保障男女平等之原則，並且限制人民之工作權及有關結婚之基本自由及權利，該結婚及辭職之約定，可認為違背我國之公序良俗，依民法第七十二條之規定，應屬無效。」另參司法院 79 廳民一字第 88 號函。

⁴⁵ 實務上認為，競業禁止條款若就期間、地域及業務種類廣泛限制逾合理必要範圍而無相當補償者，即違背公序良俗而無效，但僅有期間一年或二年之限制者，似偏向於認為尚未違反公序良俗。參最高法院 103 年台上字第 1984 號判決、最高法院 99 年台上字第 599 號判決、最高法院 99 年台上字第 2228 號判決等。



買賣毒品，法律行為之標的同時違反禁止規定、公共秩序及善良風俗⁴⁶。

在立法例上，並非所有國家之法律均將強行規定與公序良俗分別規範，例如瑞士債務法〔*Obligationenrecht*〕第 19 條第 2 項規定不得違反強行規定〔法律未作不得變更之規定〕、不得違反公共秩序、不得違反善良風俗及人格權⁴⁷，第 20 條第 1 項規定契約內容不能、內容違法或違反善良風俗者無效⁴⁸。奧地利民法〔*Österr ABGB*〕第 879 條第 1 項：契約違反禁止規定和善良風俗者無效⁴⁹。

然而，強行規定與公序良俗並非絕不可分。我國學者在討論時，往往將民法第 71 條歸為適法性，將民法第 72 條歸為妥當性⁵⁰，並有學者⁵¹將民法第 74 條之暴利行為認定為違背公序良俗及誠信原則之特殊形態⁵²。強行規定首先是明文文化的法規，某些規定雖係公序良俗之具體化，但法律非必將一切公序良俗之事項網羅無遺，故有法律行為之標的，縱非違反強行規定，而有背於公序良俗者，例如雙方當事人約定，一方以其將來財產之全部或一部讓與他方，此種行為應屬無效⁵³。具體制度內容規定之一般法律條項，難免因抽象不足，而發生所謂之法律漏洞，民法第 72 條之存在，

⁴⁶ 邱聰智，民法總則〔上〕，三民書局，2005 年 2 月，頁 604。

⁴⁷ 「Von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Vereinbarungen sind nur zulässig, wo das Gesetz nicht eine unabänderliche Vorschrift aufstellt oder die Abweichung nicht einen Verstoss gegen die öffentliche Ordnung, gegen die guten Sitten oder gegen das Recht der Persönlichkeit in sich schliesst.」

⁴⁸ 「Ein Vertrag, der einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt hat oder gegen die guten Sitten verstösst, ist nichtig.」

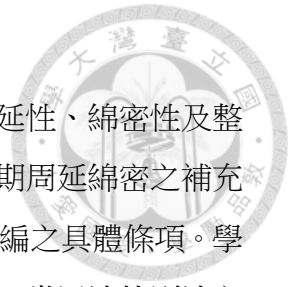
⁴⁹ ABGB§ 879.〔1〕 Ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstösst, ist nichtig.

⁵⁰ 史尚寬，民法總論，正大印書館，1980 年 1 月，頁 295、300；洪遜欣，中國民法總則，三民書局，1981 年 9 月，頁 322、336。

⁵¹ 施啓揚，民法總則，2007 年，頁 261。

⁵² 德國 BGB 與我國民法對暴利行為之規範體例與效果不甚相同，BGB 第 138 條第 1 項規定公序良俗，第 2 項規定暴利行為：「(1) Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstösst, ist nichtig.〔法律行為違反善良風俗者無效。〕(2) Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen.〔法律行為，係乘他人之急迫、無經驗、欠缺判斷力或顯著意志薄弱，使其對自己或他人為財產上利益之約定或給付者，而此財產利益與給付相較，顯失公平時，尤應無效。〕」暴利行為顯然為違反善良風俗之特殊類型，且法律效果均屬無效。我國則將公序良俗規定於民法第 72 條，暴利行為規定於第 74 條，且暴利行為之法律效果為得訴請法院撤銷，似不必然要將暴利行為解釋為公序良俗之特殊類型。惟暴利行為之構成要件相對具體，顯示立法者在此種案例中之判斷，個案中情事符合第 74 條時，仍應適用第 74 條決定法律效果。

⁵³ 胡長清，中國民法總論，大新書局，1976 年 4 月，頁 225。



可適時補充漏洞，完成法律制度之完整性，堪稱具有吸納性、周延性、綿密性及整體性之功能。相對於其他廣義民法之法律規定，民法第 72 條乃為期周延綿密之補充規定，在法律適用上僅具補充性，補充民法第 71 條及民法其他各編之具體條項。學者邱聰智即主張在法律規範之適用順位上，公序良俗為最後防線，當民法特別法之具體條項已規定法律行為之效果時，應適用之，其次適用民法其他各編之具體條項規定，再考慮是否符合民法第 74 條之暴利行為，繼之考量是否違反強行規定而應適用民法第 71 條，當以上條文皆無從援用時，始適用民法第 72 條之公序良俗⁵⁴。簡言之，有法可依時，適用民法第 71 條之規定，無法可依時，適用公序良俗衡量行為是否適當⁵⁵。

日本對於公序良俗⁵⁶和強制規定之適用存有一元論或二元論之爭議⁵⁷。二元論正如前開我國學說，將強行規定列為適法性，將公序良俗列為妥當性；一元論則將法律行為違反強行規定而無效視為由違反公序良俗之規定推導出，悉依是否違反公序良俗為斷⁵⁸。

此爭議與民法第 71 條之性質息息相關，若欲嚴格區分強行規定與公序良俗，則民法第 71 條應屬單純的引致規範，將明確的公法規定引入私法關係中；而民法第 72 條方為概括條款，授權由法官審查法律行為是否具備社會妥當性。惟如此實過於限縮民法第 71 條之適用，本文仍認為民法第 71 條有解釋為概括條款之餘地，得由法官判斷法律行為違反強制或禁止規定時，是否自始、當然、確定無效，只是民法第 71 條有法律之規定得以遵循，相較於公序良俗更為具體，是以適用順位上從學者邱聰智之見解，以公序良俗為最後防線。

⁵⁴ 邱聰智，民法總則〔上〕，三民書局，2005 年 2 月，頁 605。

⁵⁵ 耿林，強制規範與合同效力——以合同法第 52 條第 5 項為中心，中國民主法制出版社，2009 年 6 月，頁 97。

⁵⁶ 山本敬三教授將違反公序良俗之類型區分為「法令型公序良俗」和「裁判型公序良俗」。前者包括「政策型公序良俗」與「基本權保護型公序良俗」，政策型公序良俗指法律行為違反基於一定政策制定之法令時，若為政策目的所不容許，其私法效力應依違反公序良俗而無效。基本權保護型公序良俗係指國家依憲法有保護契約自由之自我決定權的義務，具體之保護，莫過於使當事人從不該為而為之契約中解脫，對於法律行為違反以保護基本權為目的之法令，透過使法律行為無效，是保護基本權最有效的手段。後者則無特別之法令存在，法院自行適用日本民法第 90 條，對私法自治、契約自由為必要之限制。詳參劉姿汝，違反公平交易法行為之私法效力，國立中正大學法學集刊，第 22 期，2007 年 5 月，頁 117、118。

⁵⁷ 山本敬三，民法講義 I 總則〔第 3 版〕，2011 年 5 月，有斐閣。

⁵⁸ 韓世遠，合同內容的適法性與妥當性，月旦民商法雜誌第 36 期，2012 年 6 月，頁 10。



第二項、民法第七十一條與誠信原則

在私法自治之社會中，民眾得依法行使權利，但為保障社會順利運作、人群共存共榮，權利之行使必須受到限制。

我國民法第 148 條規定：「權利之行使，不得違反公共利益，或以損害他人為主要目的。行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法。⁵⁹」學者認為誠信原則之適用，及於權利之行使及義務之履行，成為一般法律原則，使權利的行使具有社會化的內涵、倫理的性質和客觀的判斷標準⁶⁰。誠信原則不僅規定於民法第 148 條第 2 項，也規定於民法第 245 條之 1：「契約未成立時，當事人為準備或商議訂立契約而有左列情形之一者，對於非因過失而信契約能成立致受損害之他方當事人，負賠償責任：三、其他顯然違反誠實及信用方法者。」及消費者保護法第 12 條第 1 項：「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。」這使誠實信用原則成為君臨法域之帝王條款，對我國民法有重大意義⁶¹。

作為一種原則和判斷標準，誠信原則不能被當事人排除適用⁶²，人們原則上不能使作為正直、信賴保護和社會正義之判斷標準不發揮作用⁶³，從此意義看，應屬於強行規定。不過，誠信原則本身是一個不確定概念，需要進一步形成案例類型以填補其內容，恐怕不適合直接作為強制或禁止規定而被民法第 71 條援用。

比較民法第 71 條和誠信原則之意涵與功能，民法第 71 條之功能在於實現強制或禁止規定之目的，維持法規範之無矛盾性，誠信原則則著重當事人間之信賴關係。民法第 71 條是連結現存之法律規定，而誠信原則將價值和道德觀念引入法律體系。民法第 71 條是直接針對法律行為控制其法律效果，是一個效力控制條款；而誠信原則不是直接調整行為效力，而是從權利行使之控制著手，防止權利之濫用和不當行使。

⁵⁹ 關於誠信原則與權利濫用，有力說認為誠實信用係原則，權利濫用禁止係違反誠信原則之效果。參林誠二，再論誠實信用原則與權利濫用禁止原則之機能，台灣本土法學雜誌第 22 期，2001 年 5 月，頁 49。

⁶⁰ 王澤鑑，民法總則，2014 年 2 月，頁 615。

⁶¹ 王澤鑑，民法總則，2014 年 2 月，頁 624。

⁶² 陳自強，契約之成立與生效，元照，2012 年 9 月，頁 192。

⁶³ 耿林，強制規範與合同效力——以合同法第 52 條第 5 項為中心，中國民主法制出版社，2009 年 6 月，頁 115-132。



在適用上，當一個法律行為同時違反民法第 71 條和民法第 148 條之誠信原則時，應優先適用民法第 71 條，因為一般說來誠信原則的要求會比強制或禁止規定高，也就是說違反強制或禁止規定者往往會違反誠信原則，反之卻不盡然。

此外，民法第 71 條之適用可能受到誠信原則之修正。例如當一個法律行為因適用民法第 71 條被認為無效時，在特定案例中，對無效之援引可能是不被允許的權利行使，即在個案中無效之後果違背涉及規範之保護目的，對於一方當事人會造成不可忍受之損害。在德國的討論中，主要運用在打擊黑工之勞動契約⁶⁴，黑工管制法之目的固然要求契約無效，但若非法勞工已經付出勞務，免除雇主支付報酬之義務將違反誠信原則，也就是說雇主對無效的主張可能是權利濫用。

總而言之，民法第 71 條之適用優先於誠信原則，而當事人在具體個案中依民法第 71 條行使權利時，仍會受到誠信原則之調整，

第三項、民法第七十一條與脫法行為

第一款 脫法行為之概念

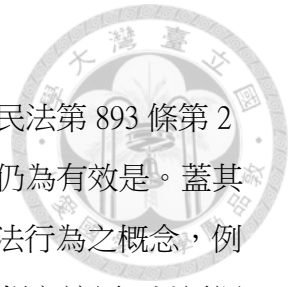
脫法行為〔*Gesetzesumgehung*〕之概念，與強行規定息息相關，指以迂迴手段規避強行規定，當事人所採迂迴手段乃利用契約自由〔內容形成自由〕，其目的則在達成法律所不許之效果。在羅馬法諺⁶⁵中有與脫法行為相關之句：「從事法律行為所禁止者，係違反法律；雖不違反法律之文字，但迂迴法律趣旨者，乃脫法行為〔*Contra legem facit, qui ad facit quod lex prohibet; in fraudem vero, qui salvis verbis leges sententiam eius circumvenit, Paul. Dig. 1,3,29*〕。」因其旨在取巧，法律本不宜保護，且其目的不法，亦應依其情事認為違反強制、禁止規定或公序良訴，而使之無效⁶⁶。

民法並未明文規定脫法行為，但學說上有承認脫法行為者，認為「若禁止規定之旨趣在於法律行為之目的，而依他種迂迴方法以達同一之目的者，其行為為無效。例如債權人以折扣或其他方法巧取利息限制以外之利益是〔民法第 206 條〕。反之，禁止規定之旨趣在於禁止以特定手段發生一定之效果，而依他種迂迴方法以發生同

⁶⁴ BGHZ 85, 39, 48.

⁶⁵ 王澤鑑，民法總則，2014 年 2 月，頁 321、322。

⁶⁶ 李模，民法總則之理論與實用，1998 年 9 月，頁 137。



一之效果者，則其行為為有效。例如流質契約雖為法律所禁止〔民法第 893 條第 2 項〕，然如債務人以債權擔保之目的，信託的移轉動產所有權，仍為有效是。蓋其禁止，僅限於以質權設定之手段為之故也。⁶⁷」，實務上也適用脫法行為之概念，例如最高法院 87 年台上字第 2834 號判決：「按當事人為迴避強行法規之適用，以迂迴方法達成該強行法規所禁止之相同效果之行為，乃學說上所稱之脫法行為，倘其所迴避之強行法規，係禁止當事人企圖實現一定事實上之效果者，而其行為實質達成該效果，違反法律規定之意旨，即非法之所許，自屬無效。查私有農地所有權之移轉，依土地法第三十條第一項規定，其承受人以能自耕者為限，旨在防止非農民承受農地，造成土地投機壟斷之情形，並積極輔助農民增加取得耕地使用之機會，從而扶助自耕農，促進土地利用，貫徹耕者有其田之基本國策，發揮農地之作用；故同條第二項明定，違反者，其所有權之移轉無效；是為禁止無自耕能力者承受並享有私有農地所有權之強行規定。又稱信託者，謂委託人將財產權移轉或為其他處分，使受託人依信託本旨，為受益人之利益或為特定之目的，管理或處分信託財產之關係。無自耕能力之人，信託有自耕能力之他人以其名義取得農地所有權，係以迂迴方法逃避土地法第三十條第一項強行規定之適用，以達其享有土地所有權之實質目的，依上說明，此脫法行為於法即屬無效。八十五年一月二十六日公布施行之信託法第五條第四款明定：『以依法不得受讓特定財產權之人為該財產權之受益人者，信託行為無效』，更揭示斯旨。」

又如最高法院 102 年台上字第 2479 號判決：「按當事人為迴避強行法規之適用，以迂迴方法達成該強行法規所禁止之相同效果之行為，乃學說上所稱之脫法行為。倘其所迴避之強行法規，係禁止當事人企圖實現一定事實上之效果者，而其行為實質上已達成該效果時，即係違反該強行法律規定之意旨，自非法之所許，應屬無效。」

由上開學說及實務說明可知，脫法行為之要件為：1.以迂迴手段規避強行規定；2.造成法律所不允許之後果⁶⁸。至於脫法行為之效力則應當是無效益，以恢復被規避

⁶⁷ 胡長清，中國民法總論，大新書局，1976 年 4 月，頁 224、225。

⁶⁸ 王文宗，勞動派遣契約中雇主脫法行為之法律問題研究，中國文化大學法律學研究所碩士論文，2010 年 6 月，頁 49。



之規定的適用⁶⁹。

對於實務廣泛運用脫法行為理論，有學者表示贊同，但認為最高法院於說理時似未明確指明脫法行為即係違反強行規定而無效，見解未盡明確，並反對最高法院於相關判例中援引其他制度規定〔例如債之更改〕作為法律適用依據，認為將引起概念上不必要之混用及理論上一貫之疑義⁷⁰。

但亦有學者否定脫法行為理論之存在必要，認為「脫法行為的無效，或基於其所違反規範的明示規定，或基於其所違反法規意旨的解釋，或基於禁止規定連結民法第七十一條規定的類推適用⁷¹」，易言之，脫法行為實際上是法律解釋的問題，獨立的脫法行為理論根本不能存在。

以下謹以三種學說上最常見的案例論述肯否雙方之見解。

第二款 案例

一、因賭博而負擔新債務：

最高法院 44 年台上字第 421 號判例：「賭博為法令禁止之行為，其因該行為所生債之關係原無請求權之可言，除有特別情形外，縱使經雙方同意以清償此項債務之方法而變更為負擔其他新債務時，亦屬脫法行為不能因之而取得請求權。」

賭博輸贏論定後，書立借據而包裝為消費借貸，其間成立之消費借貸，即是脫法行為之著例。消費借貸形式上或無違法，但其目的則在迴避實質上違反強行規定——賭博——之事實，使原來因違反強行規定而無效之賭博，借消費借貸之形式而存在。脫法行為，在法律評價上，應本於其實質上目的之所在，認定其亦為違反強行規定之規範拘束射程所及，與其本來直接違法之基礎原因行為，同樣成立標的不合法，在法律效果上亦同其命運。例如為脫法行為之消費借貸，於法律制度上，即因其基礎原因行為之賭博違反強行規定，該消費借貸契約亦被認定為違反強行規定⁷²。

肯定論者贊同最高法院之結論，因賭債而負擔新債務，係屬脫法行為，於法無

⁶⁹ Jacques Ghestin・Gilles Goubeaux 著，陳鵬・張麗娟・石佳友・楊燕妮・謝漢琪譯，*TRAITÉ DE DROIT CIVIL INTRODUCTION GÉNÉRALE*〔法國民法總論〕，法律出版社，2004 年 5 月，頁 765

⁷⁰ 邱聰智，*民法總則*〔上〕，三民書局，2005 年 2 月，頁 586。

⁷¹ 王澤鑑，*民法總則*，2014 年 2 月，頁 324。

⁷² 邱聰智，*民法總則*〔上〕，三民書局，2005 年 2 月，585。



效。但主張直接認定消費借貸係脫法行為而違反禁止規定已足，不必援引債之更改概念。

否定論者認為賭博係違反法令禁止或違反公序良俗之行為，依民法第 71 條、72 條無效，本不發生債之關係，賭債更改是更改債之內容，使舊債務消滅而成立新債務，須以舊債務有效存在為前提，賭債非債，既無債務，則無更改可言⁷³。

二、通謀虛偽意思表示：

最高法院 60 年台再字第 75 號判決：「查林孝欽與再審被告間，暨再審被告與吳阿添間所訂買賣契約，既係通謀而為之虛偽意思表示，目的在規避法律與大法官會議第七十八號解釋之限制，有如前述，顯係一種脫法行為，不容依民法第八十七條第二項，第五四一條第二項之規定請求再審被告為所有權移轉登記。」該則見解認定通謀虛偽意思表示之目的在於規避法律，故為脫法行為，而脫法行為依民法第 71 條無效。

在通謀虛偽意思表示之案例，即使肯定脫法行為存在之學者亦認為通謀虛偽意思表示與標的不合法是兩種不同制度，不宜併用或混用。當事人從事脫法行為，經濟上恆有一定目的，並因之具有法律行為成立、生效上所需之效果意思，輕易援用虛偽意思表示，難免發生濫用、誤用之情形⁷⁴。

至於採否定論之學者之論理也認為當事人從事脫法行為，乃企圖發生一定經濟上目的，具有法律行為上之效果意思，並非虛偽意思表示⁷⁵，意即脫法行為是真正為當事人所意圖的，當事人確實希望該脫法行為之法律效果發生，因此脫法行為不會是通謀虛偽意思表示。該法律行為之效力應回歸民法第 71 條，探討是否違反強制或禁止規定。

三、債權人巧取利益：

最高法院 59 年台上字第 3271 號判決：「五千元之借貸，書為借貸砂糖棧單三十包之契約，旨在利息之豪取，則屬於民法第二百零六條所規定之巧取利益範圍，依民法第七十一條之禁止規定，應屬無效。」

⁷³ 王澤鑑，民法總則，2014 年 2 月，頁 324。

⁷⁴ 邱聰智，民法總則〔上〕，三民書局，2005 年 2 月，頁 587。

⁷⁵ 王澤鑑，民法總則，2014 年 2 月，頁 323。



在這類型案例中，前述採肯定論之學者認為於法律上，此一條文即強行規定，違反者為直接違法行為，當然構成標的不合法，毋庸援用脫法行為，否則徒增概念上不必要混淆及困擾。

否定論者亦主張民法第 206 條已明定：「債權人除前條限定之利息外，不得以折扣或其他方法，巧取利益。」則直接適用民法第 206 條之規定即可，並無依脫法行為為理論處理之必要⁷⁶。

對於脫法行為是否為獨立之法學理論，本文贊同否定說之論理，理由在於一個迴避法律規定的行為是否不當而應否定其效力，繫於對該被迴避之法律規定的解釋，因此脫法行為無法構成一個獨立的法律問題⁷⁷。解釋的結果只有兩種可能性，一是該脫法行為仍被擬規避之法律所轄，而無法達其規避目的，或該脫法行為其實並不在系爭法律構成要件的外延內⁷⁸。是以法律行為是否無效毋須借助脫法行為之概念，而應由民法第 71 條或強行規定本身得出。

第三節 強制或禁止規定之意義

第一項、「規定」之範圍

民法第 1 條規定：「民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理。」學者認為此之所謂法律，應從廣義解釋，不僅指立法院通過總統公布之法律，且包括行政規章，如土地登記規則，亦包括自治法規及條約，但不包括憲法在內⁷⁹。原則上民事關係中適用之法源，應從民法第 1 條之規定。

形式上，經由民法第 1 條進入民法的各種特別民事規範，與經由民法第 71 條進入民法的管制法規有明顯不同。前者是廣義的民法，後者則多屬行政法、刑法乃至憲法的規範⁸⁰。民法第 71 條具有作為公私法橋梁之功能，比起配置較多任意規定之民事法規，尤須關注行政法、刑法、警察法、稅捐法等各種行為規範，因此充斥於

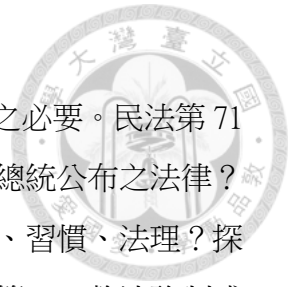
⁷⁶ 王澤鑑，民法總則，2014 年 2 月，頁 323。

⁷⁷ 同見解參陳聰富，脫法行為、消極信託及借名登記契約—最高法院九十四年度台上字第三六二號民事判決評釋，月旦法學雜誌第 123 期，2005 年 8 月，頁 12。

⁷⁸ 黃茂榮，法學方法與現代民法，台灣大學法學叢書，2006 年 4 月，頁 487。

⁷⁹ 王澤鑑，民法總則，2014 年 2 月，頁 61。

⁸⁰ 蘇永欽，私法自治中的國家強制，收錄於民法總則論文選萃，中國法制出版社，2004 年 12 月，頁 200。



生活中的種種規定，何種規定得影響法律行為之效力，仍有探討之必要。民法第 71 條所謂之強制或禁止「規定」，其範圍為何？僅限於由立法院通過、總統公布之法律？或包括地方自治法規？是否涵蓋法規命令、行政規則，甚至判例、習慣、法理？探究此問題，應分析法條所謂「規定」之特徵，並針對各種法律規範——釐清強制或禁止「規定」之範圍。

第一款：具有強制力之社會生活規範

首先，強制或禁止規定係為維護法律之無矛盾性，並作為私法自治原則之界限，法律行為若違反強制或禁止規定將導致無效之後果，係對私法關係之強烈干預，自須具有強制力。強制力是法律的一項要素，包含了最終使用武力的可能性，但是強制力並不等於武力⁸¹。當規定具有強制力，即代表行為人依系爭規定之性質負有遵守該規定之義務⁸²，要求社會中之各人一體遵守，若違反就要接受規範所定之制裁⁸³。學說上即認為：「某一規定被承認為實質意義之法律或廣義之法律有其共通的前提，亦即該規定係『得以國家權力強制實現的一種社會生活規範』⁸⁴。」「法律之所以為法律，乃因其實質上為吾人之社會生活規範；而且，具有強制力⁸⁵。」

其次，強制或禁止規定適用於人民之生活，並影響私法行為之效力，亦應具有規範性、普遍性、確定性三大特徵⁸⁶。規範性意指立法者將現實生活中的種種現象抽象出某種共同性，擬定為法律條款，對社會事實加以調整或規範，其形式表現為對權利義務的規定，為人民提供行為指導。普遍性意指在法律規範效力所及的範圍內，同樣的事實將得到同樣的對待。確定性意指法律規範的表述應當明確且具體，避免使人無所適從，不知如何理解或適用法律。

此外，強制或禁止規定雖不必然是公法規範，但一定是國家公權力所定的有效規範，不包括國家承認的由民間部門訂定的有效規範，例如團體協約，團體協約法

⁸¹ 李太正、王海南、法治斌、陳連順、黃源盛、顏厥安合著，法學入門，元照出版社，2007 年 9 月，頁 16。

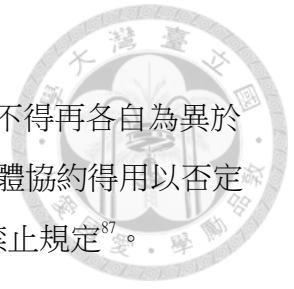
⁸² 顏佑紘，民法第一百八十四條第二項侵權責任之研究，台灣大學法研所碩士論文，民國 2009 年 8 月，頁 89。

⁸³ 韓忠謨，法學緒論〔再版〕，2002 年，頁 57。

⁸⁴ 李復甸，劉振鯤，法學概論，2003 年 8 月，元照，頁 27。

⁸⁵ 邱聰智，民法總則〔上〕，三民書局，2005 年 2 月，頁 67。

⁸⁶ 賀少峰，公司法強制性規範研究，廈門大學出版社，2010 年 3 月，頁 6。



第 16 條規定：「團體協約當事人之一方或雙方為多數時，當事人不得再各自為異於團體協約之約定。但團體協約另有約定者，從其約定。」亦即團體協約得用以否定勞動契約之效力，但團體協約並不能作為民法第 71 條的強制或禁止規定⁸⁷。

第二款、各論

一、立法院制定並經總統公布之法律

憲法第 170 條明文規定：「本憲法所稱之法律，謂經立法院通過，總統公布之法律。」中央法規標準法第 2 條規定：「法律得定名為法、律、條例或通則。」第 4 條規定：「法律應經立法院通過，總統公布。」

「法律」一詞有廣狹之分。廣義的法律泛指憲法、立法院通過之法律、行政機關制定之規章，一般「法」、「法制」、「法規」等用語，係採廣義的用法；狹義之法律，即前開憲法第 170 條、中央法規標準法第 2 條、第 4 條所規範經立法院通過，總統公布之法律⁸⁸。

學者論及強制或禁止規定之範疇時，或曰：「包括法律、行政規則，及地方政府頒布的命令；除民法外，多見於刑法，商事法及警察法規。⁸⁹」或曰：「包括立法院三讀通過並經總統公布之法律、行政程序法第 150 條所稱之法規命令、及地方政府頒布之命令。至於憲法及行政程序法第 159 條所稱之行政規則，是否亦屬之，則尚有疑義。⁹⁰」或曰：「規定、法令在法源上應該作最廣義之解釋，只是法官在適用前須作合憲、合法性之審查，以兼顧法規範體系內部的統一⁹¹。」「除立法院三讀通過總統公布之法律外，尚應包括大法官會議解釋、行政規章、最高法院與行政法院之判例、地方法規等⁹²。」

學說之論述固然廣狹不一，但對於法律及地方法規得作為強制或禁止規定，則較無疑義，尤其對於狹義法律更具有共識。此為事理之必然，蓋狹義之法律係透過嚴謹之程序所訂立，具有強制力，並具有規範性、普遍性及確定性。

⁸⁷ 蘇永欽，民事立法與公私法的接軌，北京大學出版社，2005 年 10 月，頁 91。

⁸⁸ 林紀東，法學緒論〔十二版〕，五南圖書出版公司，1990 年 7 月，頁 7。

⁸⁹ 王澤鑑，民法總則，2014 年 2 月，頁 314。

⁹⁰ 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，載於程序正義、人權保障與司法改革，元照出版，2009 年 3 月 1 日，頁 294。

⁹¹ 蘇永欽，民事立法與公私法的接軌，北京大學出版社，2005 年 10 月，頁 93。

⁹² 蘇永欽，民法經濟法論文集，三民書局，1988 年，頁 27。



二、憲法

憲法是人民透過制憲程序所制定之國家根本大法，主要規範一國之國體、政體、基本權利保障、國家基本組織及基本國策方針等⁹³。憲法為國家最高法規範，私人間行使基本權利時，是否得援引憲法上基本權利條款向他人主張，即涉及基本權之第三人效力〔*Drittwirkung*〕⁹⁴。

關於基本權之第三人效力，學說上可分為無適用說、直接效力說、間接效力說。

〔一〕無適用說：

此說認為憲法之基本權利條款不適用於民事法律關係，因為基本權利之規定，係用以限制國家權力之侵犯，不適合用以規範私人間關係⁹⁵。

〔二〕直接效力說：

此說認為雖非所有基本權，但有一系列重要的基本權，特別是人性尊嚴、人格發展權、平等原則、意見自由與婚姻家庭之保護等基本權之規定，由於係作為關於社會生活的秩序原則，因此可以將此類基本權之規定直接適用於私法關係。在侵權責任部分，將基本權視為民法第 184 條第 1 項前段所稱之權利，在法律行為方面，將基本權視為民法第 71 條所稱之強制或禁止規定⁹⁶。

〔三〕間接效力說：

此說認為基本權不直接適用於私法關係，而是透過民法中的概括條款實現於私法中。在侵權責任部分，以民法第 184 條第 1 項後段：故意以背於善良風俗之方法加損害於他人者為適用之法律依據，在法律行為方面，適用民法第 72 條，在解釋公共秩序或善良風俗時注入基本權之考慮因素。

〔四〕分析：

多數學說對於憲法上基本權條款是否得納入民法強制或禁止規定，向來不予肯定，主張民法第 71 條所指之規定首先並不包括憲法規定⁹⁷，儘管本條文乃連繫公法與民法之管道，然而憲法關於基本人權的規定對私法關係並不具有直接規範效力。

⁹³ 林合民、李震山、陳春生、洪家殷、黃啟禎合著，行政法入門，元照出版，2008 年 10 月，頁 18。

⁹⁴ 陳文貴，基本權利對民事私法之規範效力，中央警察大學法律研究所碩士論文，2000 年，頁 10。

⁹⁵ 陳文貴，基本權利對民事私法之規範效力，中央警察大學法律研究所碩士論文，2000 年，頁 84。

⁹⁶ 顏佑紘，民法第一百八十四條第二項侵權責任之研究，台灣大學法研所碩士論文，2009 年 8 月，頁 97。

⁹⁷ 王澤鑑，民法總則，2014 年 2 月，頁 316。



雖有學者認為：「憲法上基本人權之相關規定，得否成為強行規定之依據，固仍有賴未來實務之印證及學理之闡發，但在現階段採取否定論點，是否妥當，或不無討論餘地⁹⁸。」但若概括地將所有憲法列舉的權利都當成私法上得主張的某種絕對權，或直接作為控制法律行為的基礎，恐怕會因公法關係和私法關係的差異，致成扞格。畢竟基本權本來是人民的權利，用來要求國家不得侵犯，若採直接效力說，會變成人民必須強制遵守的義務清單；況且每個人都有基本權利，在私法關係中，個體的基本權利往往互相衝突，孰輕孰重，應經民法中「善良風俗」、「公共秩序」等概括條款或不確定法律概念之判斷，以期實現憲法之價值。

實務見解採取的比較接近學說上的間接效力說，並不是把人權蘊含的價值直接等同於公序良俗，而是與私法自治的價值互相權衡後才標定公序良俗的門檻。例如最高法院 87 年台上字第 43 號判決：「憲法第十五條固規定：人民之生存權、工作權及財產權，應予保障。但人民之工作權並非絕對之權利，此觀憲法第二十三條之規定自明。演藝人員之經紀人鑑於藝人須長期培訓及投資，因而於演藝人員經紀契約約定演藝人員在一定期間內不得從事與其經紀範圍相衝突之表演活動之限制，倘未逾越合理之範圍，既出於契約當事人之同意，自與憲法保障人民工作權之精神不相違背，亦難謂違反其他強制規定，且與公共秩序無關，自非無效。」即衡量藝人之工作權與經紀人投入之培訓成本而做出判斷。

是以目前仍應認為憲法只能間接適用於私法關係，不得直接作為強制或禁止規定，這並不折損憲法之權威，憲法作為最高法規範，對於民法體系仍有三種效力：1.民法之規定違反憲法者，無效〔參照司法院大法官解釋第 362、365、452 號〕。2.法院應依合憲原則解釋法律。3.前開基本權利對第三人之間接效力⁹⁹。

三、行政命令

行政命令係行政機關機於法律授權或依職權就一般性事項所訂定發布之抽象規範¹⁰⁰。行政命令之種類及區分標準繁多，以下僅討論憲法所規定之緊急命令和行政程序法上明文規定之法規命令與行政規則。

⁹⁸ 邱聰智，民法總則〔上〕，三民書局，2005 年 2 月，頁 584。

⁹⁹ 王澤鑑，民法總則，2014 年 2 月，頁 62-64。

¹⁰⁰ 葉俊榮著，翁岳生編，行政法〔上〕，2006 年 10 月，頁 391。



〔一〕緊急命令

憲法增修條文第 2 條第 3 項規定：「總統為避免國家或人民遭遇緊急危難或應付財政經濟上重大變故，得經行政院會議之決議發布緊急命令，為必要之處置，不受憲法第四十三條之限制。但須於發布命令後十日內提交立法院追認，如立法院不同意時，該緊急命令立即失效。」司法院大法官解釋第 543 號闡述：「緊急命令係總統為應付緊急危難或重大變故，直接依憲法授權所發布，具有暫時替代或變更法律效力之命令，其內容應力求周延。」緊急命令為法理上所謂之「替代法律之法規命令」〔gesetzvertretende Rechtsverordnung〕¹⁰¹，具有法規範效力¹⁰²，甚至可以暫時中止法規之效力，則應肯認緊急命令得為強制或禁止規定。

〔二〕法規命令

行政程序法第 150 條第 1 項：「本法所稱法規命令，係指行政機關基於法律授權，對多數不特定人民就一般事項所作抽象之對外發生法律效果之規定。法規命令之內容應明列其法律授權之依據，並不得逾越法律授權之範圍與立法精神。」

法規命令是立法機關鑒於立法修法程序繁瑣，難以即時因應社會變遷，且現代行政任務繁雜，高度專業化，亦非立法者所能精通，須透過法律授權委任行政機關逕行發布命令，以補充法律之不足。故法規命令又稱為授權命令或委任命令¹⁰³。

法規命令之合法要件有三：1.需有授權依據；2.內容應具合法性；3.形式上應具合法性¹⁰⁴，以下分述之：

1.需有授權依據：法規命令之制定須有法律之授權，該授權之法律須為制定法規命令時有效之法律。經法律授權之機關始能制定法規命令，惟若授權制定法規命令之法律明文許可再授權，則原被授權之機關得以法規命令再為授權。行政程序法第 150 條第 2 項明文規定：「法規命令之內容應明列其法律授權之性質。」即行政機關所制定之法規命令須揭示其法律授權依據。

2.內容應具合法性：法規命令之內容不得牴觸較高位階之法規範，中央法規標準法第 11 條即規定：「……命令不得牴觸憲法或法律，下級機關訂定之命令不得牴

¹⁰¹ 陳敏，行政法總論〔七版〕，新學林，2011 年 9 月，頁 64。

¹⁰² 林合民、李震山、陳春生、洪家殷、黃啟禎合著，行政法入門，元照出版，2008 年 10 月，頁 19。

¹⁰³ 林合民、李震山、陳春生、洪家殷、黃啟禎合著，行政法入門，元照，2008 年 10 月，頁 20。

¹⁰⁴ 陳敏，行政法總論〔七版〕，新學林，2011 年 9 月，頁 524-529。



觸上級機關之命令。」行政程序法第 158 條第 1 項第 1 款亦規定：「法規命令，有下列情形之一者，無效：一、牴觸憲法、法律或上級機關之命令者。」

3.形式上應具合法性：法規命令須由經授權之行政機關，依法定之方式及程序制定，行政程序法第 151 條規定：「行政機關訂定法規命令，除關於軍事、外交或其他重大事項而涉及國家機密或安全者外，應依本法所定程序為之。但法律另有規定者，從其規定。法規命令之修正、廢止、停止或恢復適用，準用訂定程序之規定。」法規命令須踐行授權法律規定之特別程序，行政程序法第 157 條第 1 項、第 2 項規定：「法規命令依法應經上級機關核定者，應於核定後始得發布。數機關會同訂定之法規命令，依法應經上級機關或共同上級機關核定者，應於核定後始得會銜發布。」若未經核准即發布，依行政程序法第 158 條第 1 項第 3 款，該法規命令無效。法規命令須發布：行政程序法第 157 條第 3 項規定：「法規命令之發布，應刊登政府公報或新聞紙。」法規命令除須發布外，依中央法規標準法第 7 條，並應即送立法院。

法規命令雖非由立法機關訂立，而是由行政機關公布，然而由其內容與對於人民有拘束力來看，與狹義之法律無異¹⁰⁵。

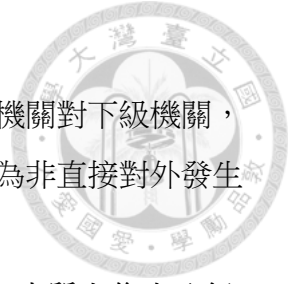
學說上¹⁰⁶認可法規命令得作為強制或禁止規定，實務上亦承認之，例如司法院 81 廳民一字第 0529 號函認為：「某甲入社時於該行政區內既無住居所，則其入社行為未依該消費合作社章程第五條之規定即係違反合作社法施行細則第三條之規定。因該施行細則係依據合作社法第七十六條之規定所制定，故為中央所頒布之委任命令，且該施行細則第三條屬強制規定，是某甲之入社認股行為應認為係違反法律強制之規定而無效。某甲自得依不當得利之法則訴請該消費合作社返還所領受之三十萬元股金。」該施行細則為行政機關依合作社法第 76 條所制定，應為法規命令，法院認為違反該法律之行為係違反法律強制之規定而無效。

此外，有若干判決區辦法規命令與行政規則，並認為法規命令方得列入強制或禁止規定。詳情待介紹行政規則後說明。

〔三〕行政規則

¹⁰⁵ 顏佑紘，民法第一百八十四條第二項侵權責任之研究，台灣大學法研所碩士論文，民國 2009 年 8 月，頁 141。

¹⁰⁶ 王澤鑑，民法總則，2014 年 2 月，頁 314；蘇永欽，民事立法與公私法的接軌，北京大學出版社，2005 年 10 月，頁 91；洪遜欣，中國民法總則，三民書局，1981 年 9 月，頁 330。



行政程序法第 159 條第 1 項：「本法所稱行政規則，係指上級機關對下級機關，或長官對屬官，依其權限或職權為規範機關內部秩序及運作，所為非直接對外發生法規範效力之一般、抽象之規定。」

行政規則得拘束行政機關及行政人員，屬於國家之內部法¹⁰⁷，本質上係由公行政所制定，用以規範行政內部之普遍抽象規定，因此有無法律之授權、是否對外發布，皆無關重要。

法規命令與行政規則之最大差異，在於是否直接對外發生法規範效力，由此角度出發，行政規則對一般人民並不具有強制力，則不得作為強制或禁止規定。

實務上有不分法規命令或行政規則而否定行政命令得作為強制或禁止規定者，如：最高法院 86 年台上字第 2131 號判決：「另信用合作社管理辦法第十一條雖規定，信用合作社對其社員，非依合作社法第十四條之規定完成入社手續一個月後，不得放款；同辦法第五條第一項，信用合作社之社員以加入一社為限，同條第二項並課信用合作社負責查明有無加入其他信用合作社之義務；惟此僅行政命令，非法律規定，且此規定，係對信用合作社之約束，使之不得有濫行放款之行為，其旨在保護合法社員，而非在保護非社員之貸款者，則信用合作社對非社員貸款，並非無效。又上訴人確向被上訴人貸款，並取得第一筆貸款金額，上訴人拒不清償，受損害者為被上訴人而非上訴人。則上訴人另主張，被上訴人經澎湖縣政府告知，上訴人已不得入社，違反上開規定，貸款五十五萬元給上訴人部分，係違反禁止規定，該貸款契約當然無效；縱認有效，亦違反保護他人之法律，及故意以背於善風俗之方法加損害於他人造成上訴人之損害，上訴人自亦得與被上訴人之貸款主張抵銷云云，亦難採信。」

但亦有清楚區分法規命令與行政規則，而認為僅法規命令得納入強制或禁止規定，例如：

最高法院 91 年台上字第 841 號判決：「民法第七十一條之法律規定可分為任意法規及強行法規，而強行法規又可分為強制規定（例如民法第二十七條第一項）及禁止規定，而禁止規定又分為取締規定（例如民法第九八〇條）及效力規定（例如

¹⁰⁷ 陳敏，行政法總論〔七版〕，新學林出版，2011 年 9 月，頁 534、537。



民法第二二二條)，不論如何細分，可構成強制無效之規定者，僅限於法律，中央各部會訂定的法規命令，及省市單行法規，是否為強行規定，則視其依據、內容而定。民法第七十三條之法定方式，謂法律行為必須依此方式始能發生效力，否則其法律行為應屬無效，本件國防部頒布之定製財物收取保證金處理規定係屬行政規則，依行政程序法第一百五十九條第一項規定尚未發生外部效力，縱被上訴人違反該國防部內部之行政規則，亦屬被上訴人之行政責任範圍，自無民法第七十一條無效規定之適用，且該行政規則亦非法定方式，自亦無民法第七十三條適用餘地。」

該案件中上訴人為欣欣電子系統股份有限公司及退輔會，被上訴人為國防部採購局，案情略為採購局向欣欣電子採購防情接收機，但驗收不合格，請求欣欣電子返還預付款，退輔會為欣欣電子之連帶保證人。退輔會主張之一為依國軍營繕工程及購置定製財物收取保證保固金（品）內部處理規定第 2 章第 23 條，國防部只能向國營事業支付預付款，而其僅持有欣欣公司股權百分之二十，則欣欣公司係純民營公司，並不符合軍方支付預付款之資格，依民法第 71 條、第 73 條規定，被上訴人給付預付款之行為無效，退輔會不須負責。法院之見解為國軍營繕工程及購置定製財物收取保證保固金（品）內部處理規定僅為行政規則，不發生外部效力，不得適用民法第 71 條。

〔四〕分析

學說上對於強制或禁止規定是否包括行政命令，尚有爭議。有學者認為應以法律之強制或禁止規定為限，故以命令而為強制或禁止之規定者，而無民法第 71 條之適用¹⁰⁸。亦有學者認為本條所稱之強制或禁止規定，係指包括制定法與習慣法在內之強制或禁止規定，不包括命令¹⁰⁹。

但學者林誠二則認為民法第 71 條未明訂限於法律，是以解釋上應包括法規命令和行政規則¹¹⁰。而學者蘇永欽主張對法規範地位之承認與法官在審理時得否附帶做合法性審查係屬二事，除了憲法已保留給大法官違憲之認定權外，即使法規命令對於法官也沒有絕對的拘束力。然而只要是依法產生的有效規範，法官即不能逕自不

¹⁰⁸ 邱聰智，民法總則〔上〕，三民書局，2005 年 2 月，頁 583。

¹⁰⁹ 黃茂榮，法學方法與現代民法，台灣大學法學叢書，2006 年 4 月，頁 71。

¹¹⁰ 林誠二，民法總則新解——體系化解說〔下冊〕，瑞興圖書，2012 年 9 月三版，頁 20。



予適用。尤其行政程序法第 159 條第 2 項第 2 款規定：「為協助下級機關或屬官統一解釋法令、認定事實、及行使裁量權，而訂頒之解釋性規定及裁量基準。」該解釋性規定和裁量基準，雖非直接對外發生法規範效力，但為便於法律之統一適用，仍間接影響人民，法官不能逕行不用。且依行政程序法第 160 條第 2 項：「行政機關訂定前條第二項第二款之行政規則，應由其首長簽署，並登載於政府公報發布之。」既已登載公報正式發布，對人民之遵守並非期待不能。只是這類行政命令非如法規命令要送立法院審查，民主正當性較低，涉及人民權利者應僅限於細節性、技術性事項，法官在適用時應做合法、合憲之審查而已¹¹¹。

前述二位學者之說法甚有說服力，然而憲法第 23 條明定：「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。」換言之，僅有法律和法律授權之法規命令得限制人民之權利，況且行政規則不對外發生法規範效力乃法律所明定，對人民及法院不具有法律拘束力¹¹²，解釋性規定及裁量基準雖拘束下級機關及行政人員解釋適用法律，而間接影響人民，但關於強制或禁止規定之認定，恐怕要回歸行政機關所解釋適用之法律，而不能直接將行政規則當成強制或禁止規定。

因此原則上強制或禁止規定之範疇包括緊急命令與法規命令，不包括行政規則。當行政命令之性質在認定上有爭議時，出於維護法規範之無矛盾性，則傾向於將該爭議命令列入強制或禁止規定，而交由後階段解釋該命令是否有影響私法關係之效力。

四、行政處分：

行政程序法第 92 條規定：「本法所稱行政處分，係指行政機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為。前項決定或措施之相對人雖非特定，而依一般性特徵可得確定其範圍者，為一般處分，適用本法有關行政處分之規定。有關公物之設定、變更、廢止或其一般使用者，亦同。」

¹¹¹ 蘇永欽，民事立法與公私法的接軌，北京大學出版社，2005 年 10 月，頁 92。

¹¹² 相同見解參洪遜欣，中國民法總則，三民書局，1981 年 9 月，頁 330：「禁止規定為命令時，是否亦得否認其違反行為之效力，此係憲法問題。各人均得自由為法律行為，且人民之自由為憲法所保障。故余意：命令須以基於法律所頒布者〔如委任命令或執行命令〕為限，始得否認其違反行為之效力。」



行政處分係由行政機關行使公權力作成之單方規制措施，針對具體事件為之，對外直接發生法律效果¹¹³，行政處分雖有對外之法效力，但是針對個案作成，並不具有普遍性，未作為法源被討論。

惟有學者認為，違反行政處分之法律行為，難道不會影響政策之執行¹¹⁴？基於公法規範的多樣性，法官可援用法律、條約、法規命令、行政規則、地方自治法規、甚至行政處分¹¹⁵。我國憲法體制既允許立法機關以外之各機關在一定程度內對社會進行干預、引導，也允許地方機關在其權限內採取措施，則強制或禁止規定應包含我國一切具有一般性，以保護公共利益〔可兼保護個人法益〕為目的之有效行為規範。

上開說法固非無見，然而行政處分乃行政機關針對具體事件所為，相對人之範圍在客觀上已確定並可個別化，終究不能適用於全體人民，似不能納入強制或禁止規定之範圍。限制私法自治之方式，並非僅有民法第 71 條，尚有民法第 72 條得作為補充，對於法律體系無矛盾性之維護，應不至於產生漏洞。

五、立法院議定之國際條約

司法院大法官解釋第 329 號闡述：「憲法所稱之條約，係指我國〔包括主管機關授權之機構或團體〕與其他國家〔包括其授權之機關或團體〕或國際組織所締結之國際書面協定，名稱用條約或公約者，或用協定等其他名稱而其內容直接涉及國防、外交、財政、經濟等國家重要事項或直接涉及人民權利義務且具有法律上效力者而言。」

條約之內國法化有兩種理論¹¹⁶：轉換理論與執行理論，前者認為條約案畢竟不是法律案，憲法第 23 條明文規定法律保留，須有法律之依據始得限制人民自由權利，條約應經立法轉化為國內法，才能對人民生效；後者則本於憲法第 141 條尊重條約之精神，認為條約經立法院審議後，即得據以限制人民之權利並課予人民義務，毋庸再經立法之轉換。前開司法院解釋採執行理論，闡述：「立法院有議決條約案之權，憲法第三十八條、第五十八條第二項、第六十三條分別定有明文。依上述規定所締

¹¹³ 陳敏，行政法總論〔七版〕，新學林，2011 年 9 月，頁 301、302。

¹¹⁴ 蘇永欽，民事立法與公私法的接軌，北京大學出版社，2005 年 10 月，頁 93。

¹¹⁵ 蘇永欽，民事立法與公私法的接軌，北京大學出版社，2005 年 10 月，頁 103。

¹¹⁶ 陳敏，行政法總論〔七版〕，新學林出版，2011 年 9 月，頁 76。



結之條約，其位階同於法律。」認為經立法院審議之條約位階等同法律。

民法學者多未質疑條約之法律效力，主張國際條約經立法院議決公布後，本可如法律一樣限制人民權利而直接或間接發生國內法效力¹¹⁷，毋須再經由特別立法程序，法院得逕行援用¹¹⁸。因此條約應得為強制或禁止規定之來源。

六、司法院解釋

憲法第 78 條規定：「司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權。」大法官會議解釋第 185 號曾闡明：「憲法第七十八條規定，司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權，旨在使司法院負闡明憲法及法令正確意義之責，其所為之解釋，自有拘束全國各機關及人民之效力，各機關處理有關事項時，應依解釋意旨為之，違背解釋之判例，當然失其效力。」司法院大法官對憲法所為之抽象解釋，所闡明者即憲法規定之意義¹¹⁹，大法官對憲法、法律、命令所為之解釋，具有拘束力。

司法院解釋雖拘束全國各機關及人民，然而大法官所為之解釋乃重申憲法之保障，依本文所採之憲法間接效力說，憲法不能直接作為強制或禁止規定，則隨之而來的司法院解釋，亦不能作為強制或禁止規定。

七、司法部門作成之判例、決議

法院組織法第 57 條規定：「最高法院之裁判，其所持法律見解，認有編為判例之必要者，應分別經由院長、庭長、法官組成之民事庭會議、刑事庭會議或民、刑事庭總會決議後，報請司法院備查。最高法院審理案件，關於法律上之見解，認有變更判例之必要時，適用前項規定。」最高法院處務規程第 32 條規定：「民刑事各庭為統一法令上之見解，得由院長召集民事庭會議，刑事庭會議或民刑事庭總會決議之。」最高法院之判例在法律上並無拘束下級法院之效力，但下級法院採取與判例不同之法律見解時，最高法院得以其違反判例而加以廢棄¹²⁰，是以實質上具有影響力。決議的法律基礎雖弱於判例，但因不需報司法院備查，比判例更有彈性而能即時因應，對下級法院而言可能發生更強的拘束力¹²¹。

¹¹⁷ 蘇永欽，民事立法與公私法的接軌，北京大學出版社，2005 年 10 月，頁 92。

¹¹⁸ 王澤鑑，民法總則，2014 年 2 月，頁 61。

¹¹⁹ 吳庚，行政法之理論與實用〔增訂十一版〕，2010 年 8 月，頁 57。

¹²⁰ 王澤鑑，民法總則，2014 年 2 月，頁 94。

¹²¹ 蘇永欽，跨越自治與管制，五南圖書出版，中華民國 88 年 1 月，頁 306。



最高法院之判例和決議雖對下級法院有影響力，也因此對人民造成拘束，但法律行為是否違反強制或禁止規定，審查基礎還是回歸法律本身，而非未創設強制或禁止規範之判例或決議¹²²。

八、地方自治團體制定之自治條例、自治規則和委辦規則

自治規章乃國家內部之公法人在法律授與之自治權限內，對其成員或受其節制者所發布之法規。基於法治國家法律保留之要求，國家之重要事項，尤其人民基本權利之限制，應由立法機關以法律定之，惟經國家法律之特別授權，地方自治團體仍得制定限制人民自由權利之規定¹²³。

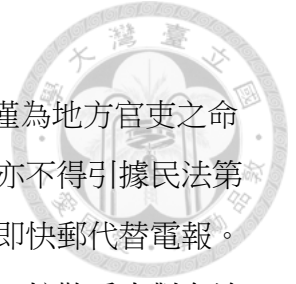
地方制度法第 25 條規定：「直轄市、縣〔市〕、鄉〔鎮、市〕得就其自治事項或依法律及上級法規之授權，制定自治法規。自治法規經地方立法機關通過，並由各該行政機關公布者，稱自治條例；自治法規由地方行政機關訂定，並發布或下達者，稱自治規則。」第 27 條第 1 項規定：「直轄市政府、縣（市）政府、鄉（鎮、市）公所就其自治事項，得依其法定職權或法律、基於法律授權之法規、自治條例之授權，訂定自治規則。前項自治規則應分別冠以各該地方自治團體之名稱，並得依其性質，定名為規程、規則、細則、辦法、綱要、標準或準則。」第 29 條第 1 項規定：「直轄市政府、縣〔市〕政府、鄉〔鎮、市〕公所為辦理上級機關委辦事項，得依其法定職權或基於法律、中央法規之授權，訂定委辦規則。」

依地方制度法第 30 條：「自治條例與憲法、法律或基於法律授權之法規或上級自治團體自治條例牴觸者，無效。自治規則與憲法、法律、基於法律授權之法規、上級自治團體自治條例或該自治團體自治條例牴觸者，無效。委辦規則與憲法、法律、中央法令牴觸者，無效。第一項及第二項發生牴觸無效者，分別由行政院、中央各該主管機關、縣政府予以函告。第三項發生牴觸無效者，由委辦機關予以函告無效。自治法規與憲法、法律、基於法律授權之法規、上級自治團體自治條例或該自治團體自治條例有無牴觸發生疑義時，得聲請司法院解釋之。」自治規章之位階較中央低，需要多一層審查，但並非當然可以排斥不用。

實務上有幾則早期判決、判例常為學說引用，以下簡單討論其意涵：

¹²² 蘇永欽，民事立法與公私法的接軌，北京大學出版社，2005 年 10 月，頁 92。

¹²³ 陳敏，行政法總論〔七版〕，新學林，2011 年 9 月，頁 72。



最高法院 40 年台上字第 390 號判決：「台灣省政府之代電，僅為地方官吏之命令，與中央政府頒行之法律有別，故簽發本票縱與該代電有違，亦不得引據民法第七十一條規定，主張違反禁止規定，本票之簽發為無效。」代電即快郵代替電報。本則判決並未明顯區分條例、規則或是地方政府對某事項的函釋，較難看出對自治條例之態度。

最高法院 20 年上字第 1748 號判例：「違法與否，應以中央政府頒行之法律為準，若地方官吏之命令與全國應當遵守之法令有背馳時，當事人間若違背法律而為不法之行為，仍不得藉口於地方官署之命令，而解為適法。」本則判例係闡述法律位階，以中央法令優先，地方官署之命令不得牴觸全國應當遵守之法令，並未直接指明地方官吏之命令無強制力。

最高法院 53 年台上字第 2429 號判例：「依臺灣省放領公有耕地扶植自耕農實施辦法第十三條之規定，承領之公地除合法繼承外，原承領人非經呈准不得移轉，如買受人請求原承領人辦理所有權移轉登記，非基於約定俟原承領人取得所有權後再為移轉〔參照同辦法第十二條〕，而係基於違反強制規定之買賣關係，自屬不應准許。」此則判例並未討論臺灣省放領公有耕地扶植自耕農實施辦法之性質，但顯然認同地方自治規章得作為強制規定而影響私法上法律行為之效力。

從地方制度法第 25 條、第 27 條、第 29 條可知自治條例係由地方立法機關通過，於中央相當於法律；自治規則、委辦規則若為依法律授權而制定者，應屬法規命令之性質。則依前文脈絡，自治條例及依法律授權而制定之委辦規則、自治規則得為強制或禁止規定之來源，當自治規章之性質在認定上有爭議時，出於維護法規範之無矛盾性，則傾向於將該爭議命令列入強制或禁止規定之範疇。

九、習慣法

依最高法院 17 年上字第 613 號判例：「習慣法之成立，須以多年慣行之事實及普通一般人之確信心為其基礎。」依民法第 2 條，習慣法不能背於公共秩序或善良風俗。最高法院 21 年上字第 2037 號判例則指出：「縱令該地方有此項與成文法相牴觸之習慣，亦不能認為有法之效力。」即習慣法不能牴觸成文法，只能協助成文法、



補充成文法，其效力低於成文法¹²⁴。

多數學者未直接提及習慣法，對此問題採取肯否之見解，似皆有理由。自肯定角度來看，習慣法得作為民事法院法官裁判之依據，與經立法院通過而總統公布之法律同樣具有強制力；從否定角度來看，習慣法僅具有補充法律之效力¹²⁵，且須經公序良俗之檢驗才能適用，就民法第 71 條與第 72 條平等並列之民法體系觀之，不應納入民法第 71 條之範疇，且習慣法比起成文法，亦較缺乏確定性。

本文見解傾向於否定，原因是民法第 71 條並非唯一為私法自治劃定界限之條款，與其讓習慣法通過公序良俗之檢驗後，適用為強制或禁止規定，不如將習慣法排除，直接以民法第 72 條補充第 71 條之適用；不過，若習慣法明確抵制某一法律行為，似亦不妨作為禁止規定加以適用¹²⁶。

第三款、小結

是否得成為強制或禁止規定，規範之形式並非重點，關鍵仍在於規範之強制力，本文原則上認為法律、法規命令、自治條例、經法律授權之自治規則和委辦規則得作為強制或禁止規定，當規定之性質認定發生爭議時，仍納入強制或禁止規定之範圍。

學說及實務上對此問題不太重視，亦非無稽，畢竟「規定」之範圍，僅是在確定其性質後，做出形式上之判斷，無法承載違反規定是否無效之篩選功能。若過度著墨於性質之確認，反而造成民法第 71 條適用上之困難，得不償失，即使將所有規定，包括行政規則、行政處分、習慣法都納入強制或禁止規定之範圍，違反強制或禁止規定是否無效，仍有待進一步判定。只是本文在法理上，仍試圖從民法第 71 條之目的出發，初步釐清規定之範圍。

第二項、強行規定與任意規定

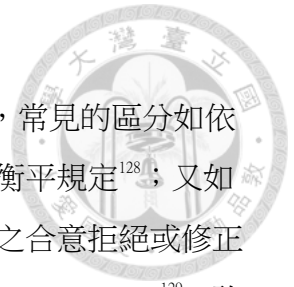
第一款、強行規定或任意規定

法規範的體系建構上，是由法條〔*Rechtssatz*〕組成法律規定〔*Regelung*〕，再

¹²⁴ 林紀東，法學緒論〔十二版〕，五南圖書出版公司，1990年7月，頁55。

¹²⁵ 參最高法院37年上字第6809號判例：「習慣僅於法律無明文規定時有補充之效力。」

¹²⁶ MünchKomm-Armbrüster, BGB, 6. Aufl., 2014, §134, Rn.32.



由法律規定組成法規範〔*Rechtsordnung*〕¹²⁷。法律規範多如牛毛，常見的區分如依對主管機關〔特別是法院〕之拘束力的強弱，區分為嚴格規定與衡平規定¹²⁸；又如與強制或禁止規定相關者，視當事人是否得依其意思或與相對人之合意拒絕或修正系爭規定之適用，分為任意規定〔*ius dispositivus*〕與強行規定〔*ius cogens*〕¹²⁹。強行規定是強行適用之規定，不問個人意思如何，必須受其適用，任意規定則聽任當事人自由決定是否適用¹³⁰。

詳細言之，先將法律分為強行規定與任意規定〔非強行規定〕，任意規定可再分為「補充規定」與「解釋規定」¹³¹，前者指當事人無特別之意思表示或規定時，用以補充其意思表示之適用的法規，例如民法第 861 條第 1 項、民法第 354 條以下關於出賣人物之瑕疵擔保責任之規定，當事人得以特約方式排除規定之適用。後者指當事人意思表示不明確時，用以解釋其意思之法律規定，例如民法第 4 條、民法第 346 條第 2 項。德國民法關於補充規定，多用「如無特別訂立時」〔*Wenn Nicht ein anderes bestimmt*〕之文句，解釋規定則多用「如有疑義時」〔*im Zweifel*〕之文句，檢閱條文字句即可知何者為補充規定，何者為解釋規定。我國民法混而不分，但亦略有標準可循，即對於補充規定多用「如法律另有規定，契約另有訂定，或另有習慣」之文句，對解釋規定則多用「推定」字樣¹³²。在規範方式上，任意規定有兩種型態，一種在條文中明示當事人之約定優先於法律規定而適用，例如民法第 486 條；另一種則是條文未明定當事人之意思優先，但從立法意旨可推知¹³³。

任意規定於法律規範意義上，僅具備位補充之意義，當事人若另有與法律規定不同之約定者，其約定即排除法律之規定、並優先於法律規定而適用。任意規定的目的是讓當事人雙方的意願得以表達，法律行為之當事人並非都有時間和必要法律能力，來考慮其意思表示一致的所有方式和後果，雙方往往僅就必要之標的物和價

¹²⁷ 黃茂榮，法學方法與現代民法，台灣大學法學叢書，2006 年 4 月，頁 198。

¹²⁸ 黃茂榮，法學方法與現代民法，台灣大學法學叢書，2006 年 4 月，頁 222。

¹²⁹ 黃茂榮，法學方法與現代民法，台灣大學法學叢書，2006 年 4 月，頁 227。

¹³⁰ 林紀東，法學緒論〔十二版〕，五南圖書出版公司，1990 年 7 月，頁 43；韓忠謨，法學緒論〔再版〕，2002 年，頁 39。

¹³¹ 李淑如，民法總則與判解實例，巨流圖書，2013 年 3 月，頁 283。

¹³² 胡長清，中國民法總論，大新書局，1976 年 4 月，頁 222、223。

¹³³ 邱聰智，民法總則〔上〕，三民書局，2005 年 2 月，頁 580。



金達成一致，因此須由法律補充其協議，例如在產生爭議時，需要知道買方或賣方誰有義務承擔標的物的運送費用。從成本效益分析角度來看，任意規定對當事人之行為提供經濟誘因¹³⁴，省去雙方須再另行約定之成本。

強行規定，於法律規範意義上，具有強制實現之作用，不適用意思自由原則，當事人不得以其意願排除適用¹³⁵。強行規定提供一套遊戲規則，如同籃球規則一樣，告訴人民何時由誰取得發球權、何時須在邊線發球等等，不能任意不遵守。屬於強行規定的，首先包括民事基礎關係的成立規定，處理有關主客體、權利與行為能力；其次是有關權利義務的基本類型和定義，如物權法定主義等上位原則，再來就是散見於民法的許多效力與責任的規定，立法者已先做出基本判斷¹³⁶。

強行規定與任意規定的區別標準，除法律設有明文規定者外，應本於各該規定之立法趣旨，並斟酌公序良俗、公共利益及各該規定之體裁等事項，觀察其是否許當事人任意排除其適用，具體的慎重決定之¹³⁷。

進一步言之，首先從條文文字出發，有「得」之字樣者，表示授權或容許，應為任意規定；有「不得」、「應」或「須」字樣者，多為強行規定。但非有限制私法自治之旨趣者，仍為任意規定。凡條文有但書規定或有類似之文字者為任意條文，例如民法第 37 條之「但其章程有特別規定或總會另有決議者」，第 68 條「但交易上有特別習慣者」、第 99 條「依當事人之特約」，惟不以此為限¹³⁸。只從字義無法準確判讀規定之性質，文字僅具參考作用，發揮輔助篩選功能。

其次，從法規目的觀之，關於社會之秩序、國家之一般利益、直接關於第三人之利害、交易安全、或為保護一定之人所特設之規定，多為強行規定，因此下列規定通常為強行規定：1.關於親權、繼承次序、夫婦制度等之身分關係之規定；2.關於物權之種類、內容之規定；3.關於權利能力、行為能力之規定；4.土地法上之規定；5.關於勞動保護之規定。

¹³⁴ 王志誠，信託法之二面性—強行法規與任意法規之界線，政大法學評論第 77 期，2004 年 2 月，頁 170。

¹³⁵ 邱聰智，民法總則〔上〕，三民書局，2005 年 2 月，頁 580。

¹³⁶ 蘇永欽，私法自治中的國家強制，收錄於民法總則論文選萃，中國法制出版社，2004 年 12 月，頁 206、207。

¹³⁷ 洪遜欣，中國民法總則，三民書局，1981 年 9 月，頁 323。

¹³⁸ 史尚寬，民法總論，正大印書館，1980 年 1 月，頁 296。



但即使是上述法規，其法規性質究竟為何，仍應具體為個別判斷。大體而言，債權多屬於任意規定，物權、親屬及繼承法則多屬於強行規定¹³⁹。

在債編中以類型自由〔*Typenfreiheit*〕為原則。大部分債法規定係任意規定，債權契約因其內容違反強制或禁止規定而無效之事例，實務上較為少見，但為保護經濟上弱者，法律行為的內容形成自由也受到少數強行規定之限制，例如在租賃契約及僱傭契約中。

而在特定私法領域中，法律對法律行為內容之要求，僅允許法律明定之行為類型〔*Geschäftstypen*〕存在，意即當事人僅能依法定行為類型為合意，而不能變更其內容，這種類型強制〔*Typenzwang*〕見諸於物權、親屬和繼承編，因而這些部分的規定多半屬於強行規定。物權法上如依民法第 757 條，當事人約定創設法律所不承認之物權者，其約定無效。民法第 761 條規定動產所有權之移轉，以交付該動產予受讓人為要件；是以若甲向乙購買車子一部，約定在交付前，甲已就該車輛取得物權之受讓權，並使出賣人乙喪失對該車之處分權者，該約定無效¹⁴⁰。親屬法如最高法院 41 年台上字第 1151 號判例：「血親關係原非當事人間所能以同意使其消滅，縱有脫離父子關係之協議，亦不生法律上之效力。」最高法院 29 年上字第 618 號判例：「婚約應由男女當事人自行訂定，民法第九百七十二條定有明文，依民法第一條之規定，雖有得由雙方父母於其年幼時為之訂定婚約之習慣，亦無法之效力。」從規範目的觀之，物權關係為社會經濟制度之基礎，親屬法上行為涉及人倫秩序及當事人間身分關係，實有不能任由個人意思加以變更之理由¹⁴¹。

第二款、強制規定或禁止規定

強行規定係學理用語，法典似未正式使用，但依學說使用情況，並斟酌民法第 71 條規定，足認強行規定即強制規定及禁止規定之合稱¹⁴²。此即於前款先討論強行規定之用意。

立法過程中，中央政治會議於民國 17 年 2 月 19 日提出的函送民法總則編立法

¹³⁹ 胡長清，中國民法總論，大新書局，1976 年 4 月，頁 222。

¹⁴⁰ 詹森林，民事法理與判決研究，國立台灣大學法學叢書，2001 年 8 月三刷，頁 10。

¹⁴¹ 王澤鑑，民法總則，2014 年 2 月，頁 65。

¹⁴² 史尚寬，民法總論，正大印書館，1980 年 1 月，頁 295-298；林紀東，法學緒論〔十二版〕，五南圖書出版公司，1990 年 7 月，頁 43；韓忠諫，法學緒論〔再版〕，2002 年，頁 41。



原則函中第二點則指出：「民法各條應分別為兩大種類〔一〕必須遵守之強制條文；〔二〕可遵守可不遵守之任意條文。凡任意條文所規定之事項，如當事人另有契約，或能證明另有習慣者，得不依條文，而依契約或習慣。但法官認為不良之習慣，不適用之。凡任意條文，於各本條明定之。¹⁴³」立法理由為：「查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。然法律中亦有特別規定，並不以之為無效者，例如宣告破產後，破產人所為之法律行為，惟對破產債權人為無效。又如以強制拍賣時不得干預之人而為拍賣人，則須利害關係人之同意，始為有效。故設本條以明示其旨。¹⁴⁴」對照立法原則與立法理由，立法理由中「強制或禁止之法」，應屬立法原則中「必須遵守之強制條文」。

學者史尚寬是民法起草委員會¹⁴⁵的委員之一，其論述民法第 71 條時，以括號表示民法第 71 條類同於德國民法第 134 條¹⁴⁶、日本民法第 91 條¹⁴⁷、瑞士債法第 19 條第 2 項、第 20 條、法國民法第 6 條¹⁴⁸。觀諸德國民法第 134 條及日本民法第 91 條，德國民法第 134 條規定以法律行為違反禁止規定〔gesetzliches Verbot〕為無效，日本民法第 91 條規定法律行為違反強制規定者為無效；我國民法第 71 條則規定不問違反強制或禁止規定者均屬違法。回顧大清民律第 176 條及民律第二次草案第 223 條，並未出現「強制規定」之文字，僅將「禁止規定」定入條文，在立法者將「強制規定」與「禁止規定」並列於條文中後，學術上為解釋此規定，即以強行規定為上位概念，涵括強制規定與禁止規定¹⁴⁹，學者胡長清並認為如此立法較為周到，利於實際之適用：「余則以為強制規定禁止規定同為強行規定之部門，我民法之所以不

¹⁴³ 胡長清，中國民法總論，大新書局，1976 年 4 月，頁 223。

¹⁴⁴ 參見法務部網站：

<http://mojlaw.moj.gov.tw/LawContentReason.aspx?LawID=FL001351&LawNO=71&AmdDate=20100526>

最後瀏覽日：2015 年 2 月 10 日。

¹⁴⁵ 史尚寬，民法總論，正大印書館，1980 年 1 月，頁 24

¹⁴⁶ BGB §134:「Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.」

¹⁴⁷ 日本民法第 91 條：「法律行為の当事者が法令中の公の秩序に関しない規定と異なる意思を表示したときは、その意思に従う。」

¹⁴⁸ 史尚寬，民法總論，正大印書館，1980 年 1 月，頁 295

¹⁴⁹ 葉子超，法律行為因違反強行規定而無效的問題探討，輔仁大學法律學系碩士論文，頁 84-90。



曰強行規定，而曰強制或禁止規定者，蓋在避免解釋上之糾紛也。^{150]}

但有學者提醒¹⁵¹，強制或禁止規定應為強行規定，然而強行規定不必然皆為強制或禁止規定。強行規定又可分為行為法性質的強制禁止規範，如民法第 184 條：「因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人者亦同。違反保護他人之法律，致生損害於他人者，負賠償責任。但能證明其行為無過失者，不在此限。」裁判原則規範，如民法第 1 條：「民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理。」解釋規則，如民法第 4 條：「關於一定之數量，同時以文字及號碼表示者，其文字與號碼有不符時，如法院不能決定何者為當事人之原意，應以文字為準。」定義規範，如民法第 12 條：「滿二十歲為成年。」賦權規範，如民法第 13 條：「未滿七歲之未成年人，無行為能力。滿七歲以上之未成年人，有限制行為能力。未成年人已結婚者，有行為能力。」權限規範，如民法第 84 條：「法定代理人允許限制行為能力人處分之財產，限制行為能力人，就該財產有處分的能力。」效力規範，如民法第 85 條：「法定代理人允許限制行為能力人獨立營業者，限制行為能力人，關於其營業，有行為能力。」效果規範，如民法第 179 條：「無法律上之原因而受利益，致他人受損害者，應返還其利益。雖有法律上之原因，而其後已不存在者，亦同。」具體論述詳見第三項，不過如民法第 4 條，前已論及屬於任意規定，似不應納入此處討論。

強制規定與禁止規定之區分，有學者就法規之文字與形式出發，認為以「應」及「須」規範者，為強制規定；法規以「不得」之文字規範時，為禁止規定¹⁵²。但亦有學者¹⁵³認為實質上須探究立法目的係為使某種行為發生〔強制〕或不發生〔禁止〕，例如保險法第 137 條：「保險業非申請主管機關核准，並依法為營業登記，繳存保證金，領得營業執照後，不得開始營業。」法條文字雖為不得，但實際上是強

¹⁵⁰ 胡長清，中國民法總論，大新書局，1976 年 4 月，頁 223；同見解參黃右昌，民法權總則編〔上〕〔下〕，民國史料叢刊 34，大象出版社，2009 年，第 352 頁。

¹⁵¹ 蘇永欽，跨越自治與管制，五南圖書出版，中華民國 88 年 1 月，頁 300、301。

¹⁵² 陳國義，民法總則——案例式，五南圖書出版公司，2005 年 3 月，頁 145、146。

¹⁵³ 蘇永欽，民法經濟法論文集，三民書局，1988 年，頁 113；不同見解參陳自強，契約之成立與生效，元照，2012 年 9 月二版，頁 192：「強制規定若係『應為某種行為的規定』，何種情形不為某種行為，法律行為原則上無效，尚費思量。本書認為強制規定，就是禁止規定以外的強行法。在契約法領域，此類強行法，越來越多，不問當事人的意思如何，強行規範契約關係，而構成契約關係的客觀要素。如土地法第 100 條……」。



制保險業須領得營業執照，因此應為強制規定。

另有學者¹⁵⁴提出禁止規定的幾種表達形式：

1.宣布其無效之方式表達，如民法第334條第1項的抵銷依第335條第2項規定，抵銷之意思表示附有條件或期限者，無效。

2.只有在一定條件下允許者，如免除過失責任之約定，依民法第220條不得將故意及重大過失責任納入。又債權之移轉，於非屬民法第294條第1項但書之情形下，才可以移轉。

3.對一定行為不予允許，如民法第339條規定，因故意侵權行為而負擔之債，其債務人不得主張抵銷。

綜合前開論述，可將強制或禁止規定定義為「強行規定中規範法律行為內容，強制或禁止當事人為一定行為之規範」。強制規定即法律要求行為人履行某種作為義務，而禁止規定乃法律要求負擔特定的不作為義務¹⁵⁵。

另須注意的是，不僅私人間之契約適用民法第71條，受強制及禁止規定之規範，依行政程序法第149條及第141條第1項¹⁵⁶之規定，行政契約準用民法規定，若準用民法第71條得出法律行為無效，則行政契約亦應歸於無效。

第三項、強制或禁止規定與某些限制私法自治方法之區隔

民法第71條及第72條規定，理論上於財產上之私法法律關係及身分上之私法法律關係，均有其適用餘地，將其規定於總則編，實屬妥適¹⁵⁷。除此之外，民法中限制私法自治之方法不僅規範於民法第71條，因此有學者認為本條在適用上會遇到若干混淆，以下分別探討之：

第一款、民法第71條之適用以法律行為的形成可能性為前提

我國學者向來認為法律行為之生效，須以法律行為之內容可能、確定、適法妥當為必要，即以內容之適法作為生效要件之一，是以關於限制法律行為形成可能性

¹⁵⁴ 黃立，民法總則，元照出版有限公司，2005年9月，頁321。

¹⁵⁵ 韓忠謨，法學緒論〔再版〕，2002年，頁41。

¹⁵⁶ 行政程序法第149條：「行政契約，本法未規定者，準用民法相關之規定。」第141條第1項：「行政契約準用民法規定之結果為無效者，無效。」

¹⁵⁷ 詹森林，民事法理與判決研究，國立台灣大學法學叢書，2001年8月三刷，頁5。



之規定，如民法第 973 條、第 757 條，亦認為屬於第 71 條之強制或禁止規定¹⁵⁸。

但近來有部分學者注意到德國學說之見解，而否定這類規定得作為強制或禁止規定。蓋強行規定固皆不能由當事人之約定予以排除或變更，但強制而非僅指導性質的行為規範〔Gebot oder Verbot〕和也具有強行性〔非任意性〕的組織、程序、權能規範或解釋規則有本質差異，民法中許多強行規定屬於賦權規範〔gewährende Rechtsnormen；或稱授權規定〕，這種法條的規範意旨在於授予當事人一個法律上的地位¹⁵⁹，是當事人形成和處分權的界限，例如物權法所規定的類型強制乃強行規定，通過規定當事人只能選擇特定的、法律所規定的法律類型和行為類型限制私法自治的適用範圍；另有一些屬於定性規範〔Bestimmungssätze〕、解釋規則等等。具體條文如民法第 106 條：「代理人非經本人之許諾，不得為本人與自己之法律行為，亦不得既為第三人之代理人，而為本人與第三人之法律行為。但其法律行為，係專履行債務者，不在此限。」第 819 條第 2 項：「共有物之處分、變更、及設定負擔，應得共有人全體之同意。民法第 757 條：「物權除依法律或習慣外，不得創設。」第 761 條：「動產物權之讓與，非將動產交付，不生效力。」在這些條文規定下，當事人本來就沒有形成超出法律允許的法律行為的權能，即使條文有「應」、「不得」等用語，看起來似乎具有強制或禁止規定之外觀，仍不屬於本條適用之範圍，因為民法第 71 條在性質上是逾越私法自治「內容」之界限，處分權之僭越則屬私法自治「權限」界限之逾越¹⁶⁰；且行為規範體現國家價值與政策，用來控制法律行為效力的當然只有行為規範¹⁶¹。

從本質上講，一個合法禁止是指法律行為根據其一般性質可以在法律制度下實施¹⁶²，但考慮到法律行為的內容、法律制度所禁止而帶來的後果、或法律行為實施的特定情況，而禁止某些特定情況下的法律行為。也就是說，當事人必須有實施某個法律行為的權能，法律行為才有被禁止的可能¹⁶³。

¹⁵⁸ 王澤鑑，民法總則，2014 年 2 月，頁 315。

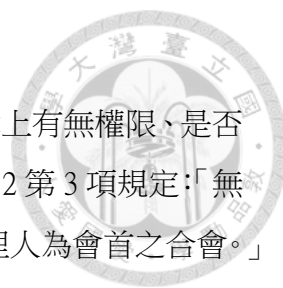
¹⁵⁹ 黃茂榮，法學方法與現代民法，國立台灣大學法學叢書，2009 年 8 月，頁 236。

¹⁶⁰ 蘇永欽，民法經濟法論文集，三民書局，1988 年，頁 24、25。

¹⁶¹ 蘇永欽，民事立法與公私法的接軌，北京大學出版社，2005 年 10 月，頁 88。

¹⁶² Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl. 2004, S. 724.

¹⁶³ MünchKomm-Armbrüster, BGB, 6. Aufl., 2014, §134, Rn.5.



以德文來表達就是 **Können** 和 **Dürfen**¹⁶⁴的差異，前者規範法律上有無權限、是否能做到，後者則規範法律上允不允許去做。前者如民法第 709 條之 2 第 3 項規定：「無行為能力人及限制行為能力人不得為會首，亦不得參加其法定代理人為會首之合會。」此法條未賦予無行為能力人為會首的權限，若有無行為能力人擔任會首，將發生契約是否生效的問題。後者如公平交易法第 14 條規定：「事業不得為聯合行為。」立法目的正在於禁止聯合行為。行為規範的「不得」是法律秩序不容許行為之發生〔**dürfen nicht**〕，賦權規範的不得只是不賦予法律效力，是法律上的「不能」或「無權」〔**können nicht**〕。無權和禁止最大的區別，在於無權者可能從有權者那裡得到權能，如民法第 106 條、第 554 條第 2 項；禁止規定則因任何相反行為皆為法律所不容，違反之法律行為即應適用民法第 71 條而無效。德國學者 **Medicus**¹⁶⁵甚至認為由於民法中許多強行規定並非德國 **BGB** 第 134 條〔與我國民法第 71 條相似〕所稱之禁止規範，而是自始就沒有留下法律行為存在的空間，因此該條文其實是針對民法領域之外僅規定行政或刑事制裁之規範。

有論者整理與強制禁止規定有別之私法自治限制規定，分為 5 類¹⁶⁶：

1.私法自治創設權限〔**privatautonome Gestaltungsbefugnis**〕之一般限制：例如民法第 106 條有關自己代理與雙方代理之限制，第 147 條有關時效期間增減之禁止與利益拋棄之限制，第 222 條有關故意或重大過失責任預先免除之限制¹⁶⁷。2.權利或行為類型〔**Rechts- und Geschäftstypen**〕選擇之限制：例如民法第 757 條之物權法定主義。3.權利讓與性〔**Übertragbarkeit**〕之排除：例如民法第 294 條第 1 項第 3 款有關禁止扣押債權不得讓與之規定。4.處分權限〔**Verfügungsbefugnis**〕之限制¹⁶⁸：例如民法第 1126 條有關繼承人處分遺產之限制，或破產法第 75 條有關破產人喪失對破產

¹⁶⁴ Olaf Deinert, *Zwingendes Recht*, Rn.17.

¹⁶⁵ Dieter Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB*, 9. Aufl., 2006, §43, Rn.645,646.

¹⁶⁶ 葉子超，法律行為因違反強行規定而無效的問題探討，輔仁大學法律學系碩士論文，1999 年 7 月，頁 91-93。

¹⁶⁷ 學者胡長青有相反見解：「所謂違反強制或禁止規定者無效，例如與人約定，縱為侵權行為，亦不負損害賠償責任，或令人拋棄其權利能力，此種約定，應屬無效是。所謂但其規定並不以之為無效，例如民法第九八一條，原為強制規定，縱違反之，亦得為撤銷〔民法第九九〇條〕是。又如民法第九八四條，原為禁止規定，縱違反之，亦得為撤銷〔民法第九九一條〕是。於此情形，在婚姻未經撤銷以前，仍為有效，不因第七一條之規定而受影響。」參胡長清，*中國民法總論*，大新書局，1976 年 4 月，頁第 224。

¹⁶⁸ Erman, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 12. Aufl., 2008, §134, Rn.3.



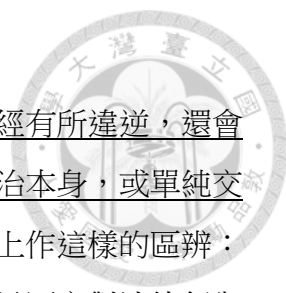
財團財產處分權之規定。5.以國家機關之許可作為行為生效要件之規定：此種情形屬於個人意思表示權能之限制，國家機關許可之目的，在於審查交易行為是否符合公共利益，於國家機關做成決定之前，行為效力未定。例如監督寺廟條例第8條規定：「寺廟之不動產及法物，非經所屬教會之決議，並呈請該管官署許可，不得處分或變更。」不過第5項之情形與前4項不同，前4項之規定範圍內自始沒有法律行為形成之空間，條文本身就得出不生效力之後果；而第5項之違反者似僅是效力未定，仍有於取得許可後溯及發生效力之可能¹⁶⁹。

另外，蘇永欽大法官於726號釋字之部分不同、部分協同意見書¹⁷⁰中則詳細闡明，區分欠缺成立要件而不成立、欠缺生效要件而不生效和違法而無效之情形：「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

¹⁶⁹ 同樣論及官署之許可參史尚寬，民法總論，正大印書館，1980年1月，頁543：「公益法人、財團法人之設立行為，未經主管官署之許可，不生效力，然得因許可而生效力。許可未定中之設立行為，為不確定無效。」

¹⁷⁰ 參司法院解釋第726號蘇永欽大法官一部不同、一部協同意見書頁10、11：

<http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/uploadfile/C100/726%E4%B8%80%E9%83%A8%E4%B8%8D%E5%90%8C%E4%B8%80%E9%83%A8%E5%8D%94%E5%90%8C-%E8%98%87%E6%B0%B8%E6%AC%BD%E5%A4%A7%E6%B3%95%E5%AE%98.pdf> 最後瀏覽日：2015年2月10日。



策的管制，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)，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…未必如此。」力圖區分法律行為欠缺生效要件而不生效力與法律行為因違反強制或禁止規定而無效。

第二款、民法第 71 條僅針對法律行為之「標的」

在民法體系中，標的合法是法律行為生效要件之一。法律行為生效要件即為當事人有行為能力、標的妥適、意思表示健全，其中標的妥適又分為標的可能〔參民法第 246 條：「以不能之給付為契約標的者，其契約為無效。但其不能情形可以除去，而當事人訂約時並預期於不能之情形除去後為給付者，其契約仍為有效。附停止條件或始期之契約，於條件成就或期限屆至前，不能之情形已除去者，其契約為有效。」〕、標的確定〔參民法第 200 條：「給付物僅以種類指示者，依法律行為之性質或當事人之意思不能定其品質時，債務人應給以中等品質之物。前項情形，債務人交付其物之必要行為完結後，或經債權人之同意指定其應交付之物時，其物即為特定給付物。」〕、標的合法〔參民法第 71 條：「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。」〕、標的妥當〔參民法第 72 條：「法律行為，有背於公共秩序或善良風俗者，無效。」〕。

民法第 71 條本文規定為法律行為標的須合法之依據，因此學者邱聰智強調法律行為成立或生效過程有違反強制或禁止之規定者，並非皆有本條之適用，與法律行



為標的無關之規定，如民法各編有關要物行為、要式行為等成立要件、或行為能力、結婚能力或意思表示健全、乃至標的可能、標的確定等其他與法律行為標的適性無關之規定，無民法本條之適用¹⁷¹。

標的合法僅指法律行為之內容，於法律行為成立時，並不違反強制規定。民法第 71 條之適用範圍，以法律行為內容〔標的〕有關事項為限，解讀本條文，更精確的意涵應是：「法律行為之標的違反強制或禁止之規定者，無效。¹⁷²」理由在於將強制性或禁止性規定盡認為民法第七一條之強制規定，恐混淆法律行為成立或生效諸多要件之概念上及規定上區隔，亦使其他法律行為成立生效要件之規定，均為本條規定所吸收而失其規範意義，民法本條則因無限膨脹而負擔過重，是以強制規定宜本於標的適法性質之角度採限縮解釋。

從此角度出發，學者舉例屬於本條適用範圍者如民法第 52 條第 3 項：「社員對於總會決議事項，因自身利害關係而有損害社團利益之虞時，該社員不得加入表決，亦不得代理他人行使表決權。」即屬禁止規定，若有某社團之社員相互約定，社員縱有自身利害關係而有損於社團利益，仍得參與表決者，該約定之內容違反禁止規定，其法律行為之標的為不合法。

而不屬於本條適用範圍者如民法第 761 條：「動產物權之讓與，非將動產交付，不生效力。」第 980 條：「男未滿十八歲，女未滿十六歲者，不得結婚。」然而，學者在此之舉例似缺乏實益，蓋民法第 761 條已規定違反者不生效力，民法第 980 條之法律效果則規定於民法第 989 條，無論是否認為屬於民法第 71 條之適用範圍，皆無適用本條文之必要。

上開論述固甚詳明，然而學說上並非沒有相反見解，學者黃茂榮就認為法律上對於法律行為之成立、過程與內容，常訂立強制規定，列舉如下：法律行為之成立〔如參與人之行為能力、無意思表示之瑕疵或一定之資格〕；意思表示之過程〔如意思之表示、到達、於特定情形遵守一定形式〕；法律行為之內容均符合一定最低要求時，始承認其效力，若要件有所欠缺，此行為依民法第 71 條之規定，原則上無

¹⁷¹ 邱聰智，民法總則〔上〕，三民書局，2005 年 2 月，頁 582。

¹⁷² 邱聰智，民法總則〔上〕，三民書局，2005 年 2 月，頁 579。



效¹⁷³，即未排除法律行為之成立與過程得適用民法第 71 條¹⁷⁴。

第三款、小結

第二款與前文第一款皆從要件的概念上區隔出民法第七十一條強制或禁止規定之範疇，只是描述之角度不盡相同，第一款強調的是法律行為有形成可能性，才有後階段被禁止之必要；第二款則是從法律體系出發，排除非針對法律行為標的之強行規定。

就第一款而言，舉土地法第 30 條規定為例：「私有農地所有權之移轉，其承受人以能自耕者為限，並不得移轉為共有。」可解釋為非自耕農者，並無承受私有農地之權限。然而學說與實務探討此一法條時，往往從民法第 71 條得出其效力為無效，亦即傳統上只要法規具有「應」或「不得」為某行為之外觀，且屬當事人不能約定變更之強行規定，就會被納入民法第 71 條之適用範圍。區分法律行為有無權限或是在法律體系中被允許，自有重要法理意義，能夠避免法律適用之重複，使法律規範層次更清晰、更有邏輯¹⁷⁵，但無法律行為形成空間與法律行為因被禁止而無效均不發生效力，其區別實益似乎有限，反倒容易滋生適用上之困難。我國討論民法第 71 條時，向來將其放在生效要件中討論¹⁷⁶，標的之可能、確定、適法、妥當乃法律行為生效之要件，而民法第 71 條即規範標的之適法，是否有與其他生效要件嚴與區分之必要，實令人懷疑；從法律行為之效果來看，都是法律行為不能發生當事人所預期的效力，且若違反強制或禁止規定之效果亦可能為效力未定時，其與未經許可而效力未定之效果差異也變得模糊。

第二款與第一款之優缺點相同，優點在於法律邏輯之明晰，缺點在於增加民法第 71 條適用之困難性，且區分之實益不大，因此本文不擬於討論法律行為違反強制

¹⁷³ 黃立，民法總則，元照出版有限公司，2005 年 9 月，頁 320。

¹⁷⁴ 黃氏另提醒若僅法律行為之動機違反法律，其法律行為仍為有效，參黃茂榮，法學方法與現代民法，國立台灣大學法學叢書，2006 年 4 月，頁 489；另參最高法院第 17 年上字第 254 號判決：「法律行為因違反公共秩序或強行法規，以致無效者，必其法律行為之內容，果與公共秩序或強行法規有所違反。若僅法律行為之內容並無違反，祇其法律行為之動機違反者，其法律行為仍為有效。」

¹⁷⁵ 耿林，強制規範與合同效力——以合同法第 52 條第 5 項為中心，中國民主法制出版社，2009 年 6 月，頁 84。

¹⁷⁶ 王澤鑑，民法總則，2014 年 2 月，頁 538。

或禁止規定之效力時多所著墨，當學者或實務以民法第 71 條處理問題，而系爭規定可能屬於其他生效要件或法規適用範疇時，除非誤用明顯如自己代理或雙方代理，否則不特別予以排除。





第三章 民法第七十一條之適用

依民法第71條本文規定，違反強制或禁止規定之法律行為無效，似無轉圜空間，然而但書「規定並不以之為無效者」，為本條之適用增添許多空間，由於但書之存在，當法律行為即使違反強制或禁止規定，但法院並不以之為無效時，法院並非在創造或無視法律，而是在適用法律；但書之操作廣狹，決定了民法第71條之彈性與功能，以下先介紹法條與我國相近之德國學說，次之介紹我國學說見解，最後討論實務之實踐，並提出小結。

第一節、德國學說及實務

德國民法第134條規定：「法律行為違反禁止規範者，若不能從法規得出其他效果，無效。」

BGB第134條乃對法律行為內容的控制，連結了法律行為之效果的排除。除了禁止規定自行規定私法效果之外，當該禁止規定在意涵和目的上有比無效更合適的其他效果，第134條提供了一個解釋規定，使法律之適用能成為法之續造¹⁷⁷。Westphal甚至認為但書的保留條款顯得多餘，因為通過對原則規定的解釋，就能以目的性限縮之方式得出與但書相同之結論¹⁷⁸。

德國法學上適用第134條，通常分成三個層次：一、是否有禁止規範？二、法律行為之效力是否因違反禁止規範而受影響？三、依該禁止規範是否應使法律行為絕對無效¹⁷⁹？

第一項、是否有禁止規範

首先，從用語出發，立法者通常以「Kann nicht〔不得〕」、「ist zulässig〔不允許〕」、「ist nicht übertragbar〔不得轉讓〕」表彰禁止規定，而「soll nicht〔不應〕」、「soll nur〔只能〕則相反地作為非禁止規範之跡象，指向純粹的秩序規定〔Ordnungsvorschrift〕¹⁸⁰。當然，以用語區分會有疑問，例如Larenz就把「Kann nicht

¹⁷⁷ MünchKomm-Armbrüster, BGB, 6. Aufl., 2014, §134, Rn.1-2; Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl. 2004, S. 725.

¹⁷⁸ Westphal, Thomas, Zivilrechtliche Vertragsnichtigkeit, S.130 bis 132.

¹⁷⁹ 蘇永欽，民法經濟法論文集，三民書局，1988年，頁96。

¹⁸⁰ MünchKomm-Armbrüster, BGB, 6. Aufl., 2014, §134, Rn.43.



〔不得〕」當作有無處分可能之界線。「Darf nicht〔不准〕」也不明確，Coing 將之作為禁止規範的跡象。由這些爭議可看出，一個禁止規定是否存在，不能單從用語的選擇來決定，用語只是許多解釋線索中的一種。

德國學者往往強調強行規定〔Zwingendes Recht〕與禁止規範〔Verbotsgesetz〕不同，BGB 第 134 條的適用前提乃法律行為是可能的，當事人具備形成〔Gestaltungsmacht〕和處分〔Verfüugungsmacht〕之權能，只是受到禁止¹⁸¹。某些強行規定透過強制當事人只能選擇特定的、法律所規定之類型而限制私法自治，例如在物權法、繼承法和親屬法的部分領域中規範了類型強制¹⁸²，在法律所劃設之類型內，當事人才有形成和處分之權限。如果法律在特定情況下剝奪或拒絕給予當事人對於自己或特定財產之處分權，例如破產程序中的破產人或特定情形之繼承人，這不涉及禁止規範。法院指定之財產管理人，如破產管理人、遺產管理人，只能在管理範圍內處分財產，權利雖然受到限制，但都不屬於禁止規範適用之範圍¹⁸³。而一個需要准許之行為，也沒有第 134 條介入之空間，當某個法律行為須得到准許卻未得准許時，雙方或多方法律行為效力是懸而未決的效力未定〔schwebend unwirksam〕，單方行為是無效〔nichtig〕¹⁸⁴。

法條的用語上雖然不像我國以「強制」或「禁止」規定區分應為或不得為特定法律行為，而只提到禁止規範，但理解上應該包含強制和禁止規定¹⁸⁵。另外需要注意的是，若禁止規範本身已規定了違法行為在私法上的效果，則該規範之效果應優先於第 134 條適用¹⁸⁶。換言之，第 134 條之適用乃在於補充禁止規範未提及之違法效力，若規範本身已訂立效果，則無第 134 條介入調整之必要。

第二項、法律行為之效力是否因違反禁止規範而受影響

這問題在學說上可以分成四種理論¹⁸⁷：

¹⁸¹ Olaf Deinert, Zwingendes Recht, 2002, Rn.1.6.10.11.

¹⁸² Dieter Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 9. Aufl., 2006, §43, Rn. 645.

¹⁸³ Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl. 2004, S. 724.725.

¹⁸⁴ MünchKomm-Armbrüster, BGB, 6. Aufl., 2014, §134, Rn. 7.

¹⁸⁵ 耿林，強制規範與合同效力——以合同法第 52 條第 5 項為中心，中國民主法制出版社，2009 年 6 月，頁 49。

¹⁸⁶ 迪特爾·施瓦布著，鄭沖譯，民法導論，法律出版社，2006 年 8 月，頁 468。

¹⁸⁷ Westphal, Zivilrechtliche Vertragsnichtigkeit wegen Verstoß gegen gewerberechtliche Verbotsgesetze, 1985, S. 45-65.



第一款、規範性質說〔Normcharakter theorie〕

此說主張若禁止規範僅為純粹的秩序規定〔Ordnungsvorschrift〕或營業管制法規〔gewerberechtliche Vorschrift〕，其違反雖應受到制裁，但因其私法行為於本質上不具違法性，因此效力不受影響。帝國法院認為，所有受國家法律禁止之行為，其禁止之依據無論係因行為本身背於善良風俗、構成刑事不法或基於維護公義之政策考量，皆屬不適法之行為；然而違法行為之私法效力可劃分成兩種型態，原則上，法律行為若非構成刑事不法，而是基於營業管制或其他類似事由為國家法律所禁止者，此行為相關當事人間之私法關係並不隨同構成違反，任何一方當事人不得依據這種基於公益所制定而與違反效果無涉之禁止規範，主張不負契約責任¹⁸⁸。

惟單純秩序規定如何區辨，欠缺明確標準。「純粹的秩序規定」一詞在討論中仍被使用¹⁸⁹，但與其說是決定法律行為之效力是否受影響之標準，不如說是用來描述不影響私法效力之規範，是判斷的結果而非理由。

第二款、規範對象說〔Normrichtungstheorie〕

此說主張法律行為原則上僅在禁止規範係針對所有當事人之意思表示〔包含要約或承諾〕時，當事人間成立之法律行為始有因該禁止規範而無效之問題。例如禁止窩藏贓物〔StGB 第 259 條〕、禁止賄賂〔StGB 第 331 條以下〕¹⁹⁰。採此說者常引用帝國法院聯合民事庭於 1905 年 3 月 17 日所做成的一項決議，與普魯士刑法第 270 條有關¹⁹¹。諸如未經許可營業所訂之結果契約、違反衛生法規販賣腐敗食物、違反標價法之標價條款、違反建築法規訂立之租賃契約¹⁹²，皆因違法僅存在於一方之意思表示，而非全部意思表示構成之法律行為整體，故效力不受影響。

再如黑工管制法〔Das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit〕，該法禁止提供、接受及廣告黑工。所謂黑工，依黑工防制法第 1 條第 1 項規定，凡提供勞務或完成一定工作以換取經濟利益，而有下列情形之一者，即屬於黑工。一、接受社會福利金之補助，但未向勞工局就業主管單位申報者。二、未經登記即自行開業之個

¹⁸⁸ 葉子超，法律行為因違反強行規定而無效的問題探討，輔仁大學法律學系碩士論文，1999 年 7 月，頁 45。

¹⁸⁹ MünchKomm-Armbrüster, BGB, 6. Aufl., 2014, §134, Rn. 42.

¹⁹⁰ Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl. 2004, S.727.

¹⁹¹ RGZ 60, 273-279.

¹⁹² 蘇永欽，民法經濟法論文集，三民書局，1988 年，頁 98。



人商號。三、未取得營業許可證之訪問販售業。四、未經註冊登錄即自行開業之工匠¹⁹³。若承攬人未先於公會登錄為會員，即與他人訂立承攬契約，而他方明知並予接受者，雙方均應受罰款之處罰。德國聯邦法院認為若定作人知情，則其與承攬人皆違法，承攬契約應為無效；若僅承攬人違法，善意之定作人仍得依契約主張履行請求權和瑕疵擔保請求權¹⁹⁴。

然而此說無法解釋單方行為；且立法僅針對當事人之一方處罰，有時是基於政策之考量，不表示不罰之一方行為被法律所容許，例如車輛之駕駛人依 1970 年道路交通管理法第 21 條規定應繫上安全帶，違反行為並無處罰規定，而懷胎婦女墮胎未遂之行為，刑法明文規定不予處罰，但未繫安全帶之駕駛行為與墮胎行為皆非法律所允許¹⁹⁵。

德國聯邦法院基本上仍會探求禁止規範之目的才作出決定¹⁹⁶，學說上也認為規範單方當事人之規定可能是禁止規範，規範所有當事人之規定也可能是純粹秩序規定。規範所及之當事人範圍並非總是劃定界線的重要準則，雖然這在調查法規意義時是重要的¹⁹⁷。

第三款、規範重心說〔Normbezugstheorie〕

此說認為法律行為原則上僅禁止私法行為「本身」，而非其外圍相關之人事時地物。實務上有以禁止規範僅針對法律行為成立之特殊環境〔besondere Umstände〕、實際履行〔tatsächliche Ausführung〕或行為方式〔Art und Weise〕而不認為無效之案例¹⁹⁸。例如商店違反商店關門法〔LadenschlußG〕，在法定休息時間出售商品，或在規定不得營業之時間出售商品，違法的只是買賣契約訂立之時間，並非買賣契

¹⁹³ 葉子超，法律行為因違反強行規定而無效的問題探討，輔仁大學法律學系碩士論文，1999 年 7 月，頁 25。

¹⁹⁴ 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，載於程序正義、人權保障與司法改革，元照出版，2009 年 3 月 1 日，頁 307。

¹⁹⁵ 葉子超，法律行為因違反強行規定而無效的問題探討，輔仁大學法律學系碩士論文，1999 年 7 月，頁 55。

¹⁹⁶ 例如 BGHZ 46, 24ff.，有關職業介紹與失業保險法 Gesetzes über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung〔AVAVG〕第 210 條之違反，雖然該條僅針對職業介紹人，而不針對被介紹的雇主和員工，德國聯邦法院仍探究該條文之目的才作出決定。

¹⁹⁷ MünchKomm-Armbrüster, BGB, 6. Aufl., 2014, §134, Rn. 48.

¹⁹⁸ 蘇永欽，民法經濟法論文集，三民書局，1988 年，頁 99。



約之內容，買賣契約仍有效¹⁹⁹。

但學者論述這類違反營業時間契約非無效之理由，乃因為這些買賣大多涉及價值不大的貨品，而且契約多半是立刻履行完畢的，當事人也很少考慮契約後來的效果，所以在這種情形下使法律行為無效，過於小題大作；且該條文本係用於限制店員工作時間，若使契約無效，買賣雙方互負返還義務，反而將使店員工作更長時間。顯然是以相關事實抵觸法律之嚴重程度、規範目的、是否有使法律行為無效之必要為考量，並非僅以規範重心為考量，何況，何謂規範重心，若脫離契約目的，恐怕也難以覓得。就理論構成與現實情況而言，禁止規範所規定之事項恆與法律行為的某部分現實領域有關，無論是針對法律行為當事人、交易時間、地點、標的，法律行為本身不可能獨立於外界環境，而僅有當事人就法律效果之合意受到規範，就這一觀點來看，規範重心說有其窒礙難行之處²⁰⁰。

第四款、規範目的說〔Normzwecktheorie〕

此說認為法律行為是否有效應視禁止規範之目的而定，若使法律行為有效將與禁止規範之目的矛盾時，應否定其效力。規範目的說為目前通說，主張字面、當事人範圍都只是參考之線索，在若干領域中純粹秩序規定占優勢，在其他領域中禁止規範占優勢，例如刑法，刑法本應是第 134 條的主要適用領域，雖然現今重點移轉到經濟和勞動法令，但刑法總是在依 134 條法律行為的無效中扮演重要角色，而分析法律之意旨和目的〔Sinn und Zweck〕終究是不可或缺的方法²⁰¹。

第三項、依該禁止規範是否應使法律行為絕對無效

第一款、絕對無效²⁰²

德國學說一般仍認為應以無效為原則，一個不包括特定私法效果的禁止規範，若依據其意旨和目的能得出其他效果，違反之法律行為始非自始、絕對無效，且出於禁止規範之意旨和目的，不能主張一個完全不同於無效之效果，而是無效效力某程度上受限制。而包含主觀要件之禁止規範，尤其是刑法規範，從預防觀點看應以

¹⁹⁹ Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl. 2004, S.727.

²⁰⁰ 葉子超，法律行為因違反強行規定而無效的問題探討，輔仁大學法律學系碩士論文，1999 年 7 月，頁 61、62。

²⁰¹ MünchKomm-Armbrüster, BGB, 6. Aufl., 2014, §134, Rn. 49.

²⁰² MünchKomm-Armbrüster, BGB, 6. Aufl., 2014, §134, Rn. 103-112.



絕對無效為主要效果。

第二款、其他

至於非絕對無效之類型，例如：

一、嗣後無效〔*ex nunc Nichtigkeit*〕

尤其勞動法規定屬之，只要不是雙方違反刑法，當勞工已經給付勞務，即使是有缺陷的勞動關係，也不應使之自始無效。一個決定性的想法是，對於受法規保護的勞工，自始無效比嗣後無效更糟。德國聯邦法院在處理有缺陷而不能繼續的公司時也如此，雖然會產生清算問題，但解散只從解散時起生效²⁰³。

二、部分無效〔*Teilnichtigkeit*〕

常用在與價格有關之管制，特別在租金過高的租賃契約中很重要，根據 BGH²⁰⁴ 的觀點，一個違反 WiStG〔*Wirtschaftsstrafgesetz*〕第 5 條的協議並非無效，該條文規定租金不能超過當地相當條件下之租金 20%，否則出租人將被處以 50000 歐元以下罰鍰。若契約無效，對承租人反而不利；但若契約之私法效果完全不受影響，則要求過高租金的出租人相比忠於法律的出租人將享有特權，是以法律效果應為部分無效，超出法律規範之租金約定無效。

Canaris²⁰⁵另提出單方部分無效〔*halbseitige Teilnichtigkeit*〕之假設，當違法僅存在於法律行為之一方時，如出租人違反租金限制規定，使出租人之租金請求權無效，其他契約上權利〔如終止權〕不受影響，出租人僅能依不當得利法則請求承租人給付通常或適當租金，而承租人則仍得依契約請求交付租賃物並使用。他認為這樣的處理方式比完全無效更符合承租人之利益，也比實務上採取的單純部分無效合理，因為依實務之處理方式，出租人仍得保留法定租金上限至通常租金間之差額，對出租人來說正合所願。

三、得撤銷〔*anfechtbar*〕

當法規具有濃厚保護契約相對人之目的時，理論上由禁止規範欲保護之當事人來決定是否使契約歸於無效，應較一律無效更符合法規目的，因此少數德國學者主

²⁰³ BGHZ 97, 243, 250.

²⁰⁴ BGHZ 89, 316, 319ff.

²⁰⁵ Canaris, *Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft*, 1983, S.28ff.



張在這種情形應始受保護之當事人取得撤銷權²⁰⁶。

四、相對無效〔relativ wirkende Nichtigkeit〕

關於第 134 條無效種類之歧見在孳生增長，當然也有單純的術語分歧，相對無效是限制無效對禁止命令欲保護之人產生影響的可能性，根據主流意見無效還是以絕對無效為主，若依規範目的應該取決於某位當事人是否希望法律行為無效，則藉由聲明承認，可以排除無效後果²⁰⁷。

五、效力未定〔schwebende Unwirksamkeit〕

特別是在競爭限制防止法〔Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen〕中得以得出此種效果，違反 GWB 第 1 條²⁰⁸的效力，先從第 134 條得出不生效力，只是懸而未決的效力未定，若被禁止的協議之後得到批准，仍可發生效力。

德國學說上討論法律行為之效力是否因違反禁止規範而受影響及依該禁止規範是否應使法律行為絕對無效時，其實並沒有明確的分野，而是放在一起處理，即「依各禁止規範之目的來決定法律行為是否因違反禁止規範而無效」²⁰⁹。德國注釋書上常採取分別敘述一部一部法律之方式，分析每一部法律所涉及的禁止規範，例如 Münchener Kommentar²¹⁰、Staudinger Kommentar²¹¹、Erman²¹²的民法皆是如此，整理每部法律中的案例類型，介紹理論和法院之判決，討論法律行為是否因違反禁止規範而無效。

第二節、我國學說

關於強制或禁止規定之範圍，本文已在上一章介紹過，由於我國學者多半未著墨於強制或禁止規定與其他限制私法自治方法之區別，因此本章介紹我國學說時，重點將放在法律行為違反強制或禁止規定是否無效。

²⁰⁶ 蘇永欽，民法經濟法論文集，三民書局，1988 年，頁 105。

²⁰⁷ Münchkomm-Armbrüster, BGB, 6. Aufl., 2014, §134, Rn.111.

²⁰⁸ 「Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen aufeinander

abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, sind verboten.」禁止企業間以阻止、限制或歪曲競爭為目的之協議。

²⁰⁹ 蘇永欽，民法經濟法論文集，三民書局，1988 年，頁 104。

²¹⁰ Münchkomm-Armbrüster, BGB, 6. Aufl., 2014, §134, Rn. 50-102.

²¹¹ Staudinger-Rolf Sack/Maximilian Seibl, Kommentar zum BGB, 2011, §134 Rn. 194-314.

²¹² Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, 12. Aufl., 2008, §134, Rn. 21-95.



第一項、特別規定優先

一個法條往往必須在組成包含構成要件及法律效力之規定單元後，才能發揮不相矛盾之規範功能²¹³。若法條僅規定構成要件，而未規範效果，可能使該法條成為具文，而無法貫徹其規範之目的。有學者將已兼備構成要件與法律效力這二個要素，並將該法律效力連結於該構成要件的單一法條稱為完全法條〔vollständiger Rechtssatz〕²¹⁴，學者在論述完全法條之概念時，進一步以得否對於受命令者在訴訟上或訴訟外為一定行為之請求做為區分，若得提起不作為之訴，如依民法第 767 條請求除去對於所有權之妨害，則民法第 767 條已構成完全法條；反之，在不得請求防止之情形，只能在違反行為發生時，依制裁規定請求之，例如民法第 983 條禁止近親婚，必須連結民法第 988 條第 2 款之制裁規定始能趨於完全。不完全法條主要指不具備法律效力之規範要素的規定，這種法條必須與其他法條聯合，才能發揮規範功能，對一般人民之生活加以嚇阻或引導。在立法技術上，不完全法條之存在顯為必要，蓋若所有法條皆規定成完全法條，則各法條可能將一再重覆共同部分，或必須將很多事項規定在一個條文中，結果是法條在結構上更加複雜，法體系顯得臃腫不堪。

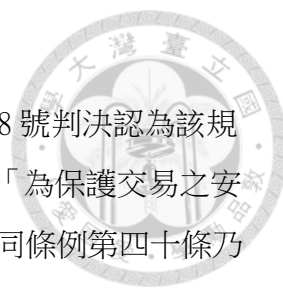
由學者對完全法條與不完全法條之主張可知，法條須包含構成要件及法律效力，民法第 71 條其實就是對強制或禁止規定之法律效力的補充，若法規本身不僅規範構成要件，並已規範違反之效力，如消費者保護法第 17 條第 1 項規定：「中央主管機關得選擇特定行業，公告規定其定型化契約應記載或不得記載之事項。」無論認定主管機關公告之應記載或不得記載之事項為一般行政處分或法規命令，同條第 2 項規定：「違反前項公告之定型化契約，其定型化契約條款無效。該定型化契約之效力，依前條規定定之。」法規本身已明確規定定型化契約一般條款違反者無效。在此類情形，立法者於干預私法關係時，已對相關法益做過權衡，沒有回到民法第 71 條處理的必要²¹⁵。

又如香港澳門關係條例第 39 條：「未經許可之香港、澳門法人、團體或其他機

²¹³ 黃茂榮，法學方法與現代民法，國立台灣大學法學叢書，2009 年 8 月，頁 236。

²¹⁴ 黃茂榮，法學方法與現代民法，國立台灣大學法學叢書，2009 年 8 月，頁 200、237。

²¹⁵ 蘇永欽，民事立法與公私法的接軌，北京大學出版社，2005 年 10 月，頁 84。



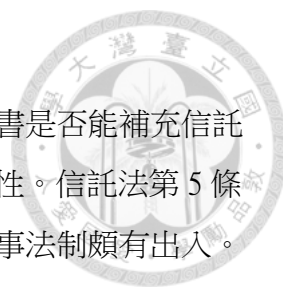
構，不得在臺灣地區為法律行為。」最高法院 96 年台上字第 1238 號判決認為該規定為禁止規定，違反之法律行為應依民法第 71 條前段無效，惟：「為保護交易之安全，並保障與各該法人、團體或機構為法律行為相對人之權益，同條例第四十條乃明定，未經許可之香港或澳門法人、團體或其他機構，以其名義在臺灣地區與他人為法律行為時，其行為人就該法律行為，應與該香港或澳門法人、團體或其他機構，負連帶責任，特別將此種情形所為之法律行為，與有效之法律行為同視，使行為人就該法律行為，與上開法人、團體或機構負連帶責任，俾與民法總則施行法第十五條規定之旨趣相吻，而不失該條規定連帶責任之真義。」其實，香港澳門關係條例第 40 條已規定：「未經許可之香港或澳門法人、團體或其他機構以其名義在臺灣地區與他人為法律行為者，其行為人就該法律行為，應與該香港或澳門法人、團體或其他機構，負連帶責任。」觀諸系爭二條文，顯然法規並未打算使法律行為無效，而是使行為人負連帶責任，此時似乎不必再引用民法第 71 條。

本項所強調者，在於適用之必要性與順序上，以法條本身規定之效果優先²¹⁶，毋庸適用民法第 71 條，立法者在創設強制或禁止規定時，若已對私法效果有所考量，則根本不必動用民法第 71 條。民法第 71 條係立法者對法官之概括授權，讓法官就公法管制之政策與私法自治之保障，從管制涉及的法益、政策目的之強度、與私法行為之關聯性、輔助或抵銷效果之大小、可預見性與防免、資訊等交易成本，及補強執法成本之分析，作綜合、客觀的權衡，而決定是否應完全或部分排除法律行為之效力²¹⁷。若強制或禁止規定本身已規定違反行為之效力，則其已能獨立得出後果，又再適用民法第 71 條，邏輯上實屬重複且無必要。

此外，若特別法本身已有如民法第 71 條之規定，是否仍受本條之規範，亦值探討。例如信託法第 5 條規定：「信託行為，有左列各款情形之一者，無效：一、其目的違反強制或禁止規定者。二、其目的違反公共秩序或善良風俗者。三、以進行訴願或訴訟為主要目的者。四、以依法不得受讓特定財產權之人為該財產權之受益人者。」民法乃針對一般民事事項之法典，信託法則針對信託而設，前者為普通法，後者為特別法。對同一事件，特別法和普通法皆有規定時，應先適用特別法，以普

²¹⁶ MünchKomm-Armbrüster, BGB, 6. Aufl., 2014, §134, Rn.3.

²¹⁷ 蘇永欽，民事立法與公私法的接軌，北京大學出版社，2005 年 10 月，頁 94。



通法為補充，原則上特別法應優於普通法適用²¹⁸。民法第 71 條但書是否能補充信託法第 5 條之適用，應視立法者是否有意排除無效以外之效力可能性。信託法第 5 條之立法理由為：「一、鑑於信託制度乃英美法之特有產物，與我國民事法制頗有出入。為期規定內容完整，並避免引進之後，被用於違法或不正當之目的，爰為本條之規定。二、稱『以進行訴願或訴訟為主要目的』者，如債權人以律師為受託人，使出面興訟是；稱『以依法不得受讓特定財產權之人為該財產權之受益人』者，如以不得取得土地法第十九條所定土地之外國人為受益人是，上揭行為或與信託制度之立意相違背，或為遂脫法之目的，故均禁止之。三、參考日本信託法第十條、第十一條、韓國信託法第五條至第七條及美國信託法第五十九條、第六十條、第六十二條、第六十五條及第六十六條等立法例。」觀諸立法目的，無法得知立法者是否欲排除民法第 71 條但書之適用，學者闡述信託法第 5 條，認為係重申我國民法第 71 條及第 72 條所建立之基本原則，並增加訴訟或訴願信託及脫法信託之禁止規定²¹⁹，但並未明確指出違反強制或禁止規定之信託行為是否皆歸於無效。既然此處之強制或禁止規定並不限於信託法中之規定，且立法者並無明確排除民法第 71 條但書之意思，似應認為民法第 71 條但書仍得適用；再者，信託法第 5 條於文字上特別點出「目的」，旨在避免脫法行為，則非排除民法第 71 條另為規定，相反地，係補充民法第 71 條未特別指出之目的違法亦屬違法。故信託法第 5 條應不排除民法第 71 條但書之適用。

其他類似條文如團體協約法第 3 條：「團體協約違反法律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。」即完全仿照民法第 71 條之體例，堪稱周延。

第二項、多數說：以效力規定與取締規定之區分為中心

民法第 71 條規定：「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。」文字極為簡潔，所謂並不以之為無效之意涵為何？是否限於法條本身明文規定？

²¹⁸ 韓忠謨，法學緒論〔再版〕，2002 年，頁 43；林紀東，法學緒論〔十二版〕，五南圖書出版公司，1990 年 7 月，頁 42。

²¹⁹ 王志誠，信託法之二面性—強行法規與任意法規之界線，政大法學評論第 77 期，2004 年 2 月，頁 169。



依學者史尚寬之論述，規定並不以之為無效之意義有二：一是法律本身有明文規定其他效力者，二是自法律規定之目的言之²²⁰。言下之意，並不以法律本身有明文為限。

此見解值得贊同，蓋法律本身有明文規定其他效力時，其實並不需要再援引民法第 71 條以決定法律行為之效力，已說明如第一項，若「非無效」之效力以強制或禁止規定明訂於條文為限，將使本條淪為具文，而無法發揮為公法和私法架橋，維護法體系之無矛盾性的功能。

但若不以法律明文為限，如何決定法律行為違反強制或禁止規定時，法律行為之效力？學者史尚寬進一步提出理論，認為在強行規定中，對於違反者加以制裁，以防止其行為，而非以之為無效者，稱為取締規定，與以否認法律上效力為目的之規定相對稱，後者即效力規定。效力規定著重違法行為之法律行為價值，以否認違法行為之法律效力為目的；取締規定著重違法行為之事實行為價值，以禁止其行為為目的。強行規定為效力規定或取締規定，應探求其目的以定之，若認為非以違法行為之法律行為為無效，不能達其立法目的者，為效力規定；可認為僅在防止法律行為事實上之行為者，為取締規定。

雖有學者似未區分取締規定或效力規定，只在討論違反之效力時，區分法律是否以違反之強行規定為無效，如學者鄭玉波指出「典權約定期限不得逾三十年」是強行規定，但法條已設定但書：「逾三十年者，縮短為三十年。」因此違反之效力並非無效，而是縮短為三十年²²¹。但自史先生提出取締規定與效力規定之二分法後，學者踵之，如胡長清：「取締規定者，即對於違反者課以制裁，以禁遏其行為為目的之法律規定也。效力規定者，即以否認違法行為之法律上效果為目的之法律規定也。前者如民法第九八〇條之規定是，後者如民法第九八三條之規定是。²²²」另外，學

²²⁰ 史尚寬，民法總論，正大印書館，1980年1月，頁296。

²²¹ 鄭玉波，民法總則〔修訂第十一版〕，三民書局，2008年9月，頁254。

²²² 胡長清，中國民法總論，大新書局，1976年4月，頁222；另參王澤鑑，民法總則，2014年2月，頁317、318；劉得寬，民法總則〔再版〕，五南圖書出版公司，1982年10月，頁219；黃茂榮，民法總則，植根法學叢書，1982年4月，頁483；邱聰智，民法總則〔上〕，三民書局，2005年2月，頁588。但亦有學者未提及效力規定與取締規定之區分，如：黃右昌，民法總則鈐解，民國史料叢刊34，大象出版社，2009年8月，頁352；王伯琦，民法總則，正中書局，1967年5月，頁133；胡元義，民法總則，民國叢書第二編30，上海書店，1990年，頁204。



者林誠二除取締規定和效力規定外，還提出訓示規定〔如民法第 1084 條之 1〕、證據規定〔如耕地三七五減租條例規定耕地租賃須以書面為之〕、轉換規定〔如民法第 422 條〕，依其主張，訓示規定、證據規定、取締規定之違反不影響法律行為之效力，而效力規定和轉換規定之違反則反之，但關鍵似乎還是在取締規定和效力規定之區分²²³。

依多數學者見解，民法第 71 條適用的中心問題，就落在效力規定與取締規定如何區分，若能確定某規定為取締規定，則法律行為之效力不受影響，反之，若能確定某規定為效力規定，則法律行為無效。

關於取締規定與效力規定之區分，介紹理論如下：

第一款、學者史尚寬

史先生提出「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」，乍看之下似乎以違法標的為事實行為或法律行為為判斷標準，但進一步觀之，他認為「警察上之取締規定，在以事實行為之禁止為目的之限度，非效力規定，故其違反行為，雖受所規定的違反之制裁，民法上不以為違反強行法而使其無效。但非以為無效則不能達其規定之目的時，亦應認為無效²²⁴」，因此實際上仍以法律規定之目的為依歸。

史先生並列出四種標準：

1.警察上之取締規定，在以事實行為之禁止為目的之限度，非效力規定，故其違反行為，雖受所規定的違反之制裁，民法上不以為違反強行法而使其無效。

2.法律以有一定之資格者始得為一定企業或交易時，僅可認為以禁止事實行為目的者，非效力規定，然如非以其違反行為為無效，則不能達成該規定之目的，則為效力規定。例如非交易經紀人借用經紀人之名義，在交易所為買賣之頂名契約，應為無效。

3.法律行為違反強行法而為無效，該項規定須包括法律本身，即全部構成要件之禁止，惟當事人一方主觀的違反禁止法規或為可罰的行為為未足。例如他人之物之占有人，擅將其物讓與善意之相對人，讓與人雖構成侵占罪，但受讓人不構成犯

²²³ 林誠二，民法總則新解——體系化解說〔下冊〕〔三版〕，瑞興圖書，2012年9月，頁18。

²²⁴ 史尚寬，民法總論，正大印書館，1980年1月，頁297。



罪，此時兩者間之法律行為雖得以讓與人無處分權而為無效，卻不因違反強行法規而無效；反之，他人之物之占有人以該物讓與惡意之相對人時，則相對人成為侵占罪之共犯，讓與人和受讓人之行為皆構成侵占罪，兩者間法律行為之全部構成要件皆違反強行法規，應為無效。

4.其法律行為現在雖違反強行法，當事人預想其法規廢止，以其情形之下為法律行為時，則係以附始期或附停止條件而為之，應為有效。

分析上開標準，首先法律規定有一定之資格者始得為一定企業或交易時，若以違法行為為無效並非達成規定目的所不可或缺之效果，惟有不同程度上的助益，則應比較使法律行為無效對達成禁止目的之幫助程度與對交易安全造成之危險程度，若認為交易安全較重大時，則該規定並非效力規定。

簡言之，必須先判斷使違法之法律行為無效是否為達成法律目的所必須，若是，則為效力規定，否則為取締規定，若有某種程度之幫助，則以幫助之程度與行為無效造成之損害為利益權衡。

此外，「法律行為違反強行法而無效，該項規定須包括法律行為本身，即全部構成要件之禁止，惟當事人一方主觀的違反禁止法規或為可罰的行為為未足²²⁵」，何謂全部構成要件之禁止，意義似乎不明，但觀察學者提出之例證，當惡意無權占有人擅自將物品讓與善意相對人時，雖構成侵占罪，但善意相對人不構成犯罪，此時兩者間之法律行為得因讓與人無處分權而無效，卻不因違反強行法規而無效，似乎是以雙方當事人是否皆違反強行法規為斷。

第二款、學者洪遜欣

學者洪遜欣²²⁶首先從法律行為自由原則之修正出發，將法律制度分為：

〔一〕應適宜強制或禁止法律行為——尤其契約之締結：

- 1.強制為一定法律行為者；
- 2.禁止為一定法律行為者。

〔二〕應監督或限制法律行為之內容：

²²⁵ 史尚寬，民法總論，正大印書館，1980年1月，頁298。

²²⁶ 洪遜欣，中國民法總則，三民書局，1981年9月，頁247-256。



- 1.依國家總動員法及經濟法令之限制；
- 2.關於動員時期軍人之特例；
- 3.關於勞動關係內容之限制；
- 4.對都市房屋、供房屋用基地、耕地等租約關係內容之限制。

〔三〕應適宜限制法律行為——尤其契約之終止：

- 1.限制繼續的契約關係之終止者；
- 2.規整繼續的契約關係終止後之權利義務者；

其次提出幾種強行規定之區分方法²²⁷：

- 1.強制規定與禁止規定：

強行規定分為強制規定與禁止規定。前者係當事人為法律行為時，強制其形成一定法律關係，即宣示國家法對當事人依其法律行為欲取得與其所定不同內容之私法上效果，不予以協助之法規，如民法第 27 條第 1 項。後者係為維持其所定之法律秩序或法律關係，禁止當事人以法律行為破壞該秩序或關係之法規，如民法第 16 條。

- 2.政策的強行法規與技術的強行法規：

政策的強行法規，係本於法律的社會政策，於民法或其特別法中，為維持公序良俗，或保護法律行為當事人之一方，或達成經濟統制之目的，所特設之法規。技術的強行法規，係本於技術上之要求，對一定事項，承認其具有強行性質之法規。

- 3.單純取締規定與效力限制規定：

洪先生指出在禁止規定中，有單純取締規定與效力限制規定之別，前者僅係取締違反行為，對違反者加以制裁，以防止其行為而已，並不否認其行為之私法上效力。取締規定不限於民法，亦包含行政法令或刑事法規。「警察・刑事法規或其他各種行政上之禁止命令等，禁止依一定方法為行為之法規〔如物資配給統制法令、詐欺罪或恐嚇罪之規定〕，通常為單純取締規定；反之，特別嚴定有一定資格之人，使許其為一定之企業或交易之法規，通常為效力限制規定。²²⁸」不過以上的分類標準只是概論，某一法規之性質為何，仍需斟酌該法規之種類、體裁、旨趣，更應考

²²⁷ 洪遜欣，中國民法總則，三民書局，1981年9月，頁324-325。

²²⁸ 洪遜欣，中國民法總則，三民書局，1981年9月，頁325。



慮違法行為之有效或無效，將對公序良俗、公共利益、交易安全等造成什麼影響。

第三款、學者黃茂榮

學者黃茂榮雖於其書中將禁止規定分為效力規定和取締規定²²⁹，說明效力規定即以否認違法行為之法律效果為制裁方法之規定，取締規定則對違反者雖予以制裁，防止其行為，但並不以之為無效；惟書中嗣後並未進一步提出區分之標準。而是在論述違反強行規定之法律效果時，以無效為原則，列舉多種行為分述其效力：

1.無效：買空賣空、以銷毀制錢為意圖之買賣、買賣人口、與無自耕能力人締結之耕地買賣〔結論為法律上不能〕、違反實施耕者有其田條例第 28 條限制移轉之買賣〔結論為法律上不能〕、耕地地租增加至最高限額、欠租半年時，出租人得逕行止約之特約、違反耕地三七五減租條例轉租耕地、違反訂婚年齡之限制、父母代理訂定婚約、未成年人未得法定代理人之同意而離婚、不備離婚要件而由偽法院判決離婚、未婚之未成年人收養子女、非以保證為業之公司所為之保證、未經股東會特別決議而將公司全部股份轉讓、未領得執照之保險業與他人所訂之保險契約、保安林採伐契約、律師受讓訟爭標的物、證券商收受存款辦理放款之行為、違反強行規定之訴訟上和解、賭博、以私人懲罰為內容之契約、以犯罪行為為內容之契約、故買漢奸財產、販賣煙土。

2.非無效：變賣公產違反公告招標之規定、巧取利益〔超過部分無請求權〕、配偶之一方違反共同收養之規定〔得撤銷〕、出席股東不足法定人數所為之決議〔是否有做成決議之能力〕、違反破產法第 92 條未得監察人同意之出售行為〔效力未定〕。

3.不生約定之給付義務：以不法行為為標的之契約無效，不生權義關係。

4.一部無效：僅該不法行為部分無效、押租之約定無效不必然導致租賃契約無效。

黃先生以行為為標的作類型化，並歸納出幾種無效之外的效力，其觀點值得尊敬，但不生約定之給付義務，乃違法契約無效之當然結果，似不應為獨立之效力類型。

²²⁹ 黃茂榮，民法總則，植根法學叢書，1982 年 4 月，頁 483。



第四款、學者邱聰智

學者邱聰智認為藉取締規定之概念，限縮強行規定之概念範圍，並壓縮其適用之機會，可促進法律行為自由及交易安全。強行規定之認定須做適度限縮，避免遏制法律行為自由原則，並得以維護交易安全。因此積極援用取締規定之機制，節制行政治理懲處動輒介入法律行為之生效，誠有必要²³⁰，並將取締規定定性為強行規定中立法意旨在於實現行政上管制、治理或懲處之目的，而不否定法律行為之效力者。

邱先生主張綜合權衡衝突法益之輕重及法律之規範意旨固不可避免，但應朝向認定方向二元化：「民、刑事法上之強行規定，本質上具有濃郁之倫理規範性質，其存否與法律行為之效力，息息相關，意義上應為民法本條之強行規定……但民事特別法或刑事特別法上之強行規定，本質上如以配合行政之管制、治理或懲處為目的者，則宜解釋其為取締規定。」「行政諸法上之強行規定，其立法意旨側重私法上權利保護或在顯示強力介入法律行為之生成或其倫理性質濃烈，具有效力規範意義者，固宜解釋其為民法本條之強行規定；但立法意旨未明、倫理規範性質亦不強烈者，宜解釋其為單純之取締規定，尚無民法本條之適用。程序法之規定，其解釋原則亦然。換言之，於此等法律領域，宜採強行規定適用謙抑原則，適度限制強行規範之適用空間。」亦即民刑事法上之規定偏向往強行規定方向解釋，而行政法規定傾向解釋為取締規定。

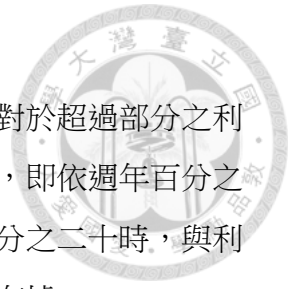
邱先生認為取締規定不在民法第 71 條之射程內，而違反強行規定者，法律行為原則無效，例外之有效略可區分為：

1. 期限縮短：如民法 449 條第 1 項、民法第 912 條。

2. 屬性變更：如逾一年之不動產租賃，未訂立字據者，視為不定期租賃〔民法第 422 條〕。不動產物權移轉契約，未經公證，但如經登記亦為有效〔民法第 166 條之 1〕。

3. 效力內容減弱：如民法第 205 條：「約定利率，超過週年百分之二十者，債權人對於超過部分之利息，無請求權。」最高法院亦著有 27 年上字第 3267 號判例：「約

²³⁰ 邱聰智，民法總則〔上〕，三民書局，2005 年 2 月，頁 591。



定利率超過週年百分之二十者，民法第二百零五條僅規定債權人對於超過部分之利息無請求權，並未規定期約定為無效，則債權人對於未超過部分，即依週年百分之二十計算之利息，仍非無請求權。上訴人謂約定利率超過週年百分之二十時，與利率未經約定無異，應依週年百分之五之法定利率計算利息，殊非有據。」

第五款、學者詹森林

學者詹森林認為效力規定與取締規定之區分，應探求法規之立法目的為判斷基礎²³¹，並進一步說明如何探求法規之目的與意旨：

1. 法律行為之標的〔內容〕為法律所不容：

法律行為之標的客觀上即屬違反法規禁止之事項者，該行為通常即屬違反強制或禁止規定，而為無效。例如甲、乙約定，甲支付乙一定代價，乙應殺害丙，則甲乙間之殺人契約，因違反刑法第 271 條殺人罪而為無效。

2. 法律行為所追求之目的為法律所不容：

法律行為之標的客觀上並無不法之情事，但其目的違反強制或禁止規定時，該行為亦屬無效。例如：甲乙締結寄託契約，明知寄託物為贓物，其標的雖無不法，但目的違反刑法第 349 條第 2 項，則該寄託契約無效。學者王伯琦亦提醒目的之重要性：「人之行為之目的，實為其整個社會價值之所繫，如其目的不法，自不應使其發生法律上之效力。²³²」

3. 行政或刑事法規禁止並處罰雙方當事人之行為：

行政或刑事法規禁止某種法律行為，並對違反法規而從事該行為之雙方當事人均科以刑事罰或行政罰，則該法規通常屬於禁止規定，當事人之行為亦屬無效；若僅處罰當事人之一方時，應探求該法規之目的以決定之，不能僅因已有制裁而認該法規為取締規定，亦有學者贊成此論點：「強制或禁止規定是否單純取締規定，顯然不能只從有無行政或刑事責任而認定，否則民法第七十一條的功能便僅是「訓示性」行政規定的補強規定了。²³³」

²³¹ 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，載於程序正義、人權保障與司法改革，元照，2009年3月1日，頁303。

²³² 王伯琦，民法總則，正中書局，1967年5月，頁133。

²³³ 蘇永欽，契約違反禁止規定，收錄於楊與齡主編：民法總則實例問題分析，五南圖書出版公司，2001年5月，頁144。



第三項、有力說之批評

以學者蘇永欽為代表，認為不應以效力規定和取締規定之區分決定違法行為之效力，否則只是以問答問，缺乏可操作之標準²³⁴。

蘇先生指出應將問題分為兩個層次，一是調查法律行為有無違反強制或禁止規定，二是若違反強制或禁止規定，行為之效力為何。

第一款、法律行為有無違反該強制或禁止規定

一、調查法規意旨：當強制或禁止規定已明示法律行為違法的私法效果時，固無第 71 條適用餘地，若雖未明示，但依該法目的或其他規定可直接推知法律行為構成違法而應原則上歸於無效時，法院亦無再為法益權衡之餘地，例如耕地承租人將耕地全部或一部轉租於他人時，依耕地三七五減租條例第 16 條第 2 項：「原訂租約無效，得由出租人收回自行耕種或另行出租。」雖僅規定原租約無效，而未規定轉租契約，但該規定實已明確包含使轉租契約同歸無效之意旨。

二、權衡相衝突之法益：當禁止規定未明確顯示立法者就私法行為效力是否受影響已有決定時，法院應依法益權衡之方法代替立法者為價值補充，以決定是否作「違反」的認定，考慮該規定所保護之法益與法律行為本身涉及之法益是否屬於同一層次，對於法益侵害的程度及藉私法制裁預期發揮的嚇阻效果亦應加以斟酌。

三、法益相當或有疑義時，應屬違法：法益權衡之結果若不易取捨或有疑義，應認定法律行為違法。若將來法院能適當解釋民法第 71 條但書，則更能兼顧各法益。

第二款、違法之法律行為效力

一、違法之法律行為原則上絕對無效：法院認定法律行為違反強制或禁止規定時，該行為原則上歸於無效，但絕對有效或無效這種全有或全無的解決方式往往過於僵硬，故自法條可導出不以之為絕對無效者，即例外不生絕對無效之結果。

二、「但其規定並不以之為無效者」仍須權衡法益：民法第 71 條但書已為法院預闢再造空間，對於兼有保護行為相對人目的之情形，可由最高法院考慮使其發生效力未定，甚至一方部分無效之效果，依案型創造判例，引導社會發展。

²³⁴ 蘇永欽，民法經濟法論文集，三民書局，1988 年，頁 112。



第四項、分析

綜觀學者諸理論，多數學者在民法第 71 條的適用上將效力規定與取締規定之區分作為中心，從法規之意旨與目的出發，綜合權衡相關法益，輔以是否僅一方當事人受規範，在確定系爭規定之性質後，違反取締規定之法律行為有效，而違反效力規定之法律行為無效。就論理之方法，學者邱聰智直接將取締規定排除於強制及禁止規定外，其他學者則以但書之「規定並不以之為無效者」吸納取締規定之存在，其中洪遜欣、黃茂榮、詹森林三位學者係將禁止規定區分為效力規定和取締規定，而學者史尚寬則將強制及禁止規定分為效力規定和取締規定，雖於文義上有所差異，然而強制規定與禁止規定相同，都會面臨法律行為違反規定是否會導致無效之問題，沒有理由認為效力規定和取締規定之區分僅能用於禁止規定中，且洪、黃、詹三位學者亦未明確排除，是以應認為強制規定和禁止規定皆有效力規定和取締規定之區分問題。

學者蘇永欽固批判取締規定與效力規定之區分乃以問答問，唯此批評似不甚公允，因蘇先生所提出之理論於調查法律行為有無違反強制或禁止規定之層次，與取締規定和效力規定之區分標準其實十分相似，仍須調查法規意旨和衡量法益而具有不確定性，若系爭法規所保護之法益高於交易安全、契約自由，則認定法律行為違反強制或禁止規定，似乎與取締規定之辨別相同，乃處理是否應當讓系爭規定影響私法行為效力之問題。只不過取締規定和效力規定之區分是效力有無之分野，是種全有全無的考量，缺乏進一步更細緻的效力分析。

此外，黃茂榮、蘇永欽、邱聰智三位學者特別著重法律行為在違反強制或禁止規定後之效力，除有效和無效之選擇外，尚有發生其他效力之可能。

第三節、我國實務

本節將觀察最高法院之相關判決與司法院解釋，以理解實務對民法第 71 條之適用。最高法院之判決對下級法院具有實際上拘束力，地方法院與高等法院雖在較前線面對新案，法律見解有時更為與時俱進²³⁵，但案件之份量超出本文之負荷，是以

²³⁵ 例如高雄地方法院 90 年訴字第 1599 號判決論述相當完整：「所謂『並不以之為無效』者，係指因法律本身有明文規定其他效力，或自法律規定之目的言之，僅對於違反者加以制裁以防制其行為，



仍以最高法院之判決為主。

第一項、最高法院

就我國實務應用民法第 71 條之方式，透過本條文引進管制規範時，為平衡私法自治與管制理念，最高法院很早即採納效力規定與取締規定之區分²³⁶，不過並非在每個判決中都會明確提及效力規定與取締規定，亦有以強制規定或強行規定為由，判定法律行為無效者。

第一款、行政處分或刑事責任之影響²³⁷

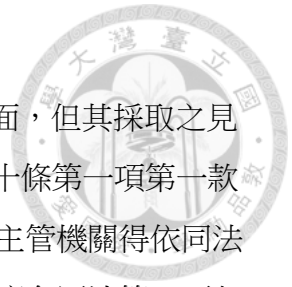
早期之判決往往有兩大共同點，一是說理過於簡略，對同一條文之性質，法院有不同認定時，說服力較為不足；二是以行政處分或刑事責任之存在，取代對法規意旨與目的之探究，若法律行為違反法規，而被課予行政或刑事制裁時，法院即認定法律行為非無效。

例如最高法院 68 年台上字第 879 號判例，針對證券交易法第 60 條第 1 項第 1 款認為是取締規定：「證券交易法第六十條第一項第一款乃取締規定，非效力規定，無民法第七十一條之適用。證券商違反該項規定而收受存款或辦理放款，僅主管機關得依證券交易法第六十六條為警告，停業或撤銷營業特許之行政處分，及行為人應負同法第一百七十五條所定刑事責任，非謂其存款或放款行為概為無效。」

非以之為無效者而言。而究竟為效力規定或取締規定，應自該法律之目的觀之，前者重在違反行為之法律行為為價值，非以違法行為為無效，不能達其立法目的；後者則重在違反行為之事實行為為價值，目的僅在防止該法律上之事實行為發生。公平交易法第十四條前段固規定，事業不得為聯合行為。然依同法第三十五條之規定，違反同法第十四條規定之效果，經中央主管機關依第四十一條規定限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，而逾期未停止、改正其行為或未採取必要更正措施，或停止後再為相同或類似違反行為者，處行為人三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣一億元以下罰金。由上開規定架構，可見公平交易法第十四條雖為強行規定，然該規定之目的著重在避免聯合行為之出現而破壞市場經濟之自由運作，此由違反效果係對違反者以行政罰及刑罰加以制裁，即可見其目的係為防制聯合行為，該聯合行為是否無效，並不能達到維持公平交易之目的。是公平交易法第十四條之規定係取締規定，係屬民法第七十一條後段所述情形，違反該法規定之行為並不因此而無效。」

²³⁶ 蘇永欽，私法自治中的國家強制，收錄於民法總則論文選萃，中國法制出版社，2004 年 12 月，頁 199。

²³⁷ 相關實證研究參王立達、許翠玲，違法聯合行為協議之私法上效力：競爭法與民法第 71 條之雙向實證與釋義分析，中研院法學期刊第 11 期，2012 年 9 月，頁 99-101，同樣認為最高法院傾向將有行政制裁之法律認定為取締規定。



最高法院 66 年台上字第 1726 號判例雖未表明取締規定於字面，但其採取之見解與最高法院 68 年台上字第 879 號判例相同：「證券交易法第六十條第一項第一款雖明定：證券商不得收受存款或辦理放款，惟如有違反時，僅生主管機關得依同法第六十六條為警告、停業或撤銷營業特許之行政處分，及行為人應負同法第一百七十五條所定刑事責任之問題，非為其存款及放款行為概為無效。」

此前最高法院曾有判決，認為證券交易法第 60 條第 1 項第 1 款為禁止規定，例如最高法院 65 年台上字第 2979 號判決：「證券商不得有收受存款之行為，為證券交易法第六十條第一項第一款所明定，此係法律之禁止規定。若證券商違反此項禁止之規定，而收受客戶存款，依民法第七十一條前段所定之原則，該證券商與客戶間之消費借貸契約，應屬無效。遍查證券交易法既無如民法第七十一條但書所定，其規定並不以之為無效之任何規定，縱上訴人證券商負責人有收受被上訴人之存款並支付利息情事，參照司法院解釋第 59 號之意旨，仍不能認是項收受存款付息為上訴人證券商之行為，自無兩造間消費借貸關係存在之可言。」此一判決並未探究法規之目的，而係簡單認定證券交易法並無明文規定無效以外之法律效果，因此不能適用民法第 71 條但書，若證券商違反該條文，應依民法第 71 條前段之原則無效。

以行政或刑事制裁之存在作為判斷違法行為是否無效之標準，自然是有問題的，學者對此批判實務見解過於形式推斷，欠缺實質說理，若從反面思考，違法行為受行政或刑事制裁，可能是立法者為達預警功能而處罰人民，為貫徹禁止人民為該行為之立法意旨，更應使該法律行為無效²³⁸。是以管制規定是否附加行政或刑事責任，其實是用以觀察該規定本身控管損害之能力是否已足，是否須影響法律行為之效力始能達其規範目的之線索之一，但不應簡化成唯一的標準。

第二款、觀察法規之立法目的，輔以法益之權衡

實務上，法院若有實質上論述法規是否為強制或禁止規定，以及違反之法律行為效力，通常是從法規之立法目的立論，即「綜合法規之意旨，權衡相衝突之法益」，以下謹整理與民法第 71 條相關之司法解釋、決議與判例²³⁹，為顧及版面之清晰簡潔，

²³⁸ 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，載於程序正義、人權保障與司法改革，元照出版，2009 年 3 月 1 日，頁 309。

²³⁹ 參法源之解釋與判例：<http://db.lawbank.com.tw/FLAW/FLAWDOC02.aspx> 最後瀏覽日：2014



以便於閱讀，爰將表格編為附錄一，置於文末：

從附錄一之解釋與判例可觀察出四點：

1.法院常未說明理由，解釋系爭法規為何屬於強制或禁止規定，而直接判定違法行為之效力。

2.法院常以違法行為是否受行政或刑事制裁決定違法行為之效力。前二點已論述如第一款，此處不再贅述。

3.當法院說明理由時，往往以法規目的為依歸，例如最高法院 91 年度第 14 次民事庭會議，此種認定方法其實符合學說之見解，應值肯定。

4.法院適用民法第 71 條時，有時並未表明法律行為違反之法規為何，如最高法院 33 年上字第 5780 號解釋：「畜養奴婢為現行法律所禁止。」畜養奴婢為法秩序所不容，至為顯然。然而民法第 71 條之適用應從強制或禁止規定之條文出發，是以法院適用民法第 71 條時，似仍以指明法律行為違反之條文為宜，若無特定法規可引用，或許該案不應適用民法第 71 條，而應以民法第 72 條為斷。

由於前揭判例與解釋係較為早期之法院實務，且並非所有法院皆於強制或禁止規定中進一步指明取締規定或效力規定，是以本文分別以強行規定與取締規定為關鍵字尋找判決，整理為附錄二、附錄三。

由附錄二判決整理可知，當法院實質論述法規之性質時，係以法規目的為中心，若非保護公益或弱勢一方當事人為目的之法規，容易被法院認定為非強行規定，從而使違反規定之法律行為有效，例如最高法院 100 年台上字第 1672 號判決。

此外，法院在使用「強行規定」此一法律術語時，包含並非民法第 71 條處理之問題，例如最高法院 85 年台上字第 106 號判決認為：「禁止雙方代理之規定，既非為保護公益所設，自非強行規定。」依學說見解，民法第 106 條，違反自己代理之規定而為之代理行為，並非當然無效，係屬無權代理行為，如經本人承認，即為有效，雙方代理亦同²⁴⁰，則本條文其實是規定代理人是否有權為自己代理或雙方代理，其權能之欠缺得以事後補正，並非民法第 71 條所處理之範疇，法院之處理係屬正確，但並非本文所欲探討之範疇。

年 12 月 26 日。

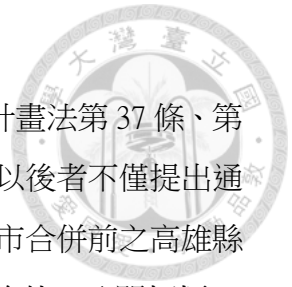
²⁴⁰ 王澤鑑，民法總則，2014 年 2 月，頁 521、523。



看完以強行規定為關鍵字整理後的判決，緊接著觀察附錄三以取締規定為關鍵字整理之判決，由附錄三可看出，若最高法院不僅點明強行規定，更進一步區辨效力規定或取締規定時，說理往往較為詳盡，尤其最高法院 103 年台上字第 1620 號判決及最高法院 103 年台上字第 976 號判決提出：「屬於民法第七十一條前段所稱之『禁止規定』者，經權衡該規定之立法精神、規範目的及法規之實效性，並斟酌其規範倫理性質之強弱、法益衝突之情形、締約相對人之期待、信賴保護之利益與交易之安全，暨當事人間之誠信及公平，足認該規定僅在於禁遏當事人為一定行為，而非否認該行為之私法效力時，性質上應僅屬取締規定而非效力規定，當事人間本於自由意思所成立之法律行為，縱違反該項禁止規定，亦仍應賦予私法上之法律效果，以合理兼顧行政管制之目的及契約自由之保護。」此處法規之實效性應指是否有必要讓法律行為之私法效力受影響，始足達成法規目的，最高法院以法規之立法精神與規範目的為中心，輔以公益及當事人法益之權衡，提出多項輔助判斷之因素：規範倫理性質之強弱、締約相對人之期待、信賴保護之利益與交易之安全，暨當事人間之誠信及公平等，用心值得敬佩。不過，在許多個案中，最高法院並未將輔助判斷之因素具體對應於案件事實以做出判斷，殊為可惜。且最高法院之論述雖然詳盡，卻有點夾纏不清，將許多因素並列，而未做出整理，所謂「權衡該規定之立法精神、規範目的及法規之實效性」應為探究法規之意旨與目的之描述，規範倫理性質之強弱，則係討論規範保護法益重大與否，而「法益衝突之情形」應與「規範目的」並列，因審酌法益衝突之情形，才需考量規範倫理性質、締約相對人之期待、信賴保護之利益與交易之安全等因素，「締約相對人之期待、信賴保護之利益與交易之安全」與契約自由同為維持契約效力之考量因素，「當事人間之誠信與公平」則是能否以誠信原則調整個案效力。為求清晰，或許可以改寫成「探究該規定之立法精神與規範目的，權衡法益衝突之情形，斟酌法規所保護之法益與締約相對人之期待、信賴保護之利益與交易之安全相較是否更為重大，暨個案中當事人間之誠信及公平，足認不必否定法律行為之效力，即足達成該規定之目的時，應認該規定為取締規定」。

第三款、系爭規定之倫理上可非難性

前開最高法院 103 年台上字第 1620 號判決及最高法院 103 年台上字第 976 號判決提出以規範倫理性質之強弱作為取締規定和效力規定區分標準之一，前者涉及之



法規乃公寓大廈管理條例第 9 條第 2 項、第 3 項，後者涉及都市計畫法第 37 條、第 38 條、都市計畫公共設施用地多目標使用辦法第 3 條第 4 款，又以後者不僅提出通案性標準，並且將該標準適用於個案中。該案中被上訴人主張縣市合併前之高雄縣政府以年租金新台幣 232 萬 7 千元、租期四年為系爭土地之出租條件，公開招標，由被上訴人得標，已繳交履約保證金 100 萬元，因整地而展延起租日，嗣後由於居民抗爭，縣市合併後之高雄市政府不願於租賃契約上用印，是以起訴請求命上訴人與其訂立租約；上訴人則主張系爭土地為學校預定用地，依都市計畫法第三十七條、第三十八條、都市計畫公共設施用地多目標使用辦法第三條第五款規定，僅能作為非營業性之臨時使用。惟被上訴人承租系爭土地係作為營利停車場之用，應屬違反上述都市計畫法之強制規定而無效。

該案中涉及之都市計畫法第 37 規定：「其他行政、文教、風景等使用區內土地及建築物，以供其規定目的之使用為主。」都市計畫法第 38 條規定：「特定專用區內土地及建築物，不得違反其特定用途之使用。」都市計畫公共設施用地多目標使用辦法第 3 條第 5 款規定：「公共設施用地多目標使用之用地類別、使用項目及准許條件，依附表之規定。但作下列各款使用者，不受附表之限制：五、閒置或低度利用之公共設施，經直轄市、縣（市）政府都市計畫委員會審議通過者，得作臨時使用。」若依上開法律及法規命令規定，系爭土地既為學校用地，自不應違反其特定用途而為使用，即使經直轄市政府都市計畫委員會審議通過，亦僅得作臨時使用。惟最高法院認為：「都市計畫法之立法目的係在促進市、鎮、鄉街有計畫之均衡發展並對土地使用作合理之規劃（該法第一條、第三條參照），足見上開規定，並未強力介入或干預政府機關對於都市計畫內之空地，依其行政裁量權作為設置臨時路外停車場使用而出租之行為，顯然並非具有強烈之規範倫理色彩。再衡以系爭土地係經上訴人依法定程序辦理公開招標，而由被上訴人按系爭投標須知得標，被上訴人對於兩造因招投標意思表示合致所成立之法律行為，必存有充分之信賴及相當之期待，依上說明，自應將上述規定解釋為取締規定，就系爭招投標契約賦予私法上之效力，庶符誠信與公平。」以該系爭規範不具有強烈之倫理色彩及被上訴人對法律行為存有充分之信賴及相當之期待為由，將系爭規



範解釋為取締規定，駁回上訴。

學者邱聰智於其書中曾提及以規範是否具有強烈倫理色彩作為標準，認為民、刑法規定通常較具有倫理色彩，一般較傾向認定為效力規定，而行政法規定則相反。日本學者四宮和夫亦有言：「取締規定之禁止與限制本來只是基於國家的政策，以阻止實施一定的行為為直接目的，只是在某些情況，於達成目的上，否認違反行為之私法上之效力，具有一定之作用，因此，只將該違反規定之行為，論之為無效而已。有鑒於此，關於上述的問題，不應該從某個取締規定是否為效力規定這一觀點來考慮，而應以違反行為為中心進行綜合判斷，從而靈活考慮其效力。更具體地說，關於這些規定和這些行為，一方面應該對取締規定禁止、限制的趣旨與成為問題的行為之間的關係、對於違反行為的社會倫理非難程度；另一方面，亦應考慮使該法律行為論為無效是否有害於交易安全、或是否違反當事人間的公平、信義去加以檢討，然後再根據無效因素與有效因素的相互關係來判斷違反該規定之行為的效力²⁴¹。」

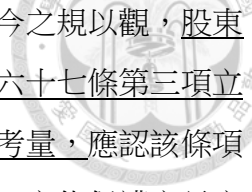
不過，何謂社會倫理非難程度？是否與公序良俗或誠信原則有關？概念甚不明確，似乎讓問題更加複雜。法律對特定行為之禁止或要求，常在維護基本社會倫理²⁴²，細究其背後意涵，應指法益重要程度與侵害之嚴重程度，違反之法益較為重大，如公眾生命、身體、健康，其價值廣泛受到認可，則社會倫理非難程度較大，若僅涉及之法益為施政之規劃或行政管理之便利，則較不具有倫理性。如此說來，所謂強烈倫理色彩應非獨立之考量因素，而是保護法益重大的一種描述。

第四款、系爭規定是否針對雙方當事人

在最高法院台上字第 103 年第 1681 號判決中，法院提出案件中涉及之法規僅針對一方當事人作為考量。本案爭點之一乃上訴人主張被上訴人辦理增資認股時，未保留應由員工認購股份，亦未通知原有股東上訴人認購，違反公司法第 267 條第 3 項，侵害上訴人之權益，應屬無效。最高法院認為系爭公司法規定之立法意旨在防止原股東之股權因發行新股而被稀釋，進而影響原股東基於股份所享有之權利，「惟由十八年公佈公司法第一百九十條規定：公司添募新股時，應先儘舊股東分認，如

²⁴¹ 四宮和夫，唐暉/錢孟珊譯，朱柏松校訂，日本民法總則，五南圖書出版公司，1995 年 8 月，頁 205。

²⁴² 高金桂，利益衡量與刑法之犯罪判斷，元照出版，2003 年 2 月，頁 84。



有餘額，始得另募。迄五十五年修正為同法第二百六十七條，迨今之規以觀，股東新股認購權之保護已由絕對轉變為相對。綜核上開公司法第二百六十七條第三項立法意旨、法益種類、交易安全及所禁止者係針對一方當事人等為考量，應認該條項雖為強制規定，惟非使原股東以外第三人認購新股法律行為無效，方能保護交易安全。股東可在發行新股完畢前，對董事會行使公司法第一百九十四條之股東制止請求權；若已發行完畢，股東亦得就其股份遭稀釋之損害請求違法董事會連帶負損害賠償責任。是該條項應係對違反者課以制裁之取締規定，而非效力規定，無民法第七十一條前段之適用」。觀諸法院之判決理由，係由法規之沿革觀察出股東新股認購權之保護並非絕對，且所禁止者僅係一方當事人，加上股東在發行新股完畢前有股東制止請求權，發行完畢後得請求損害賠償，對其保護已足夠，為顧及交易安全，不應使原股東以外第三人認購新股之法律行為無效。進一步分析，股東新股認購權非絕對與所禁止者僅一方當事人，似乎都是判斷是否有使法律行為無效之必要的輔助方法，而股東在發行新股完畢前後已有其他權利可資行使，應係指法律保護股東新股認購權之目的已達，沒有必要再介入當事人間私法關係。

系爭規定是否僅針對一方當事人，作為輔助判斷之標準，應無不妥。而若系爭規定乃規範雙方當事人，且雙方當事人均已知悉，其交易之保護正當性大為降低，使其法律行為無效，亦無不當。

第五款、效力之判斷通常限於有效或無效

經由學者²⁴³和本文整理之判決，可知最高法院認定為取締規定或效力規定者可例示如下表：

²⁴³ 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，載於程序正義、人權保障與司法改革，元照出版，2009年3月1日，頁296、297。



法規性質	法律	條號
效力規定	民法	第 972 條、第 973 條、第 1049 條、第 206 條
	公司法	第 13 條第 1 項、第 16 條第 1 項、第 167 條第 1 項、第 90 條
	土地法	第 100 條第 3 款、第 103 條第 4 款、第 30 條、第 10 條
	香港澳門關係條例	第 39 條
	原住民保留地開發管理辦法	第 15 條第 1 項
	國有財產法施行細則	第 53 條第 2 款
	保險法	第 65 條
	懲治漢奸條例	第 12 條
	律師章程	第 17 條
三七五減租條例	第 2 條第 1 項	
取締規定	民法	第 106 條、第 205 條
	公司法	第 223 條、第 267 條、第 15 條
	土地法	第 182 條、第 82 條
	平均地權條例	第 37 條
	土地稅法	第 5 條
	證券交易法	77 年修正前第 60 條第 1 項第 1 款、第 150 條、第 43 條之 8
	銀行法	第 22 條、第 75 條第 2 項、第 29 條第 1 項
	稅捐稽徵法	第 44 條
	公寓大廈管理條例	第 9 條
	營業稅法	第 32 條第 1 項前段
	勞動基準法	第 45 條第 1 項前段
	公平交易法	第 21 條第 2 項、第 10 條第 2、4 款
	商標法	78 年修正公布之第 26 條第 1 項
	合作社法	91 年修正前之第 3 條第 4 款
	都市計畫法	第 37 條、第 38 條
	區域計畫法	第 15 條、第 21 條
	監督寺廟條例	第 8 條
	保全業法	第 12 條第 1 項
建築法	第 13 條、第 39 條、第 85 條	
營造業法	第 54 條第 1 項第 1、2 款	



國民住宅條例	71 年修正前第 12 條〔現行法第 19 條〕
殯葬管理條例	第 44 條
道路交通管理處罰條例	第 82 條
營造業管理規則	第 16 條
建築技術規則	第 59、59-1、60、61、62 條
短期補習班設立及管理規則	第 47 條
醫療法施行細則	95 年修正前第 16 條
旅行業管理規則	第 2 條、第 27 條、第 49 條第 1 款
台灣省河川管理規則	第 35 條第 1 項第 4 款
銀行負責人應具備資格條件準則	第 7 條
機關委託技術服務廠商評選及計費辦法	第 3 條
機關營繕工程及購置定置變賣財務稽察條例	第 19 條
台北市使用分區管制規則	第 9 條

※表格 一

基本上判決中法律行為違法之效力還是全有全無之間的認定，若為取締規定，則違反之法律行為有效；若為效力規定，則違反之法律行為無效。

第二項、司法院解釋

於本論文寫作其間，適逢司法院大法官 103 年 11 月作成第 726 號解釋，該號解釋係關於勞動基準法第 84 條之 1 是否為強制規定，若雇主未依第 84 條之 1 規定報請當地主管機關核備，是否仍得依勞雇雙方之約定排除同法第 30 條、第 32 條、第 36 條、第 37 條及第 49 條規定之限制？由於與論文主題密切相關，是以有深入理解之必要。

第一款、解釋理由

釋字第 726 號解釋文如下：「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之限制，除可發生公法上不利於雇主之效果外，如發生民事爭議，法院自應於具體個案，就工作時間等事項另行約



定而未經核備者，本於落實保護勞工權益之立法目的，依上開第三十條等規定予以調整，並依同法第二十四條、第三十九條規定計付工資。」

為理解釋字之意旨，先說明本號解釋涉及之勞基法規定，勞基法第 30 條乃工時 8 小時之限制，第 32 條為正常時間延長〔加班〕之限制，第 36 條為強制應有例假之規定，第 37 條為強制休假之規定，第 49 條為女工工作時間之限制。至於第 84 條之 1，則規定某些經中央主管機關核定公告之特殊行業，得由勞雇雙方約定排除第 30 條、第 32 條、第 36 條、第 37 條、第 49 條之規定，該約定必須報請當地主管機關核備²⁴⁴。

²⁴⁴ 勞動基準法第 84 條之 1：「經中央主管機關核定公告之下列工作者，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。一、監督、管理人員或責任制專業人員。二、監視性或間歇性之工作。三、其他性質特殊之工作。前項約定應以書面為之，並應參考本法所定之基準且不得損及勞工之健康及福祉。」

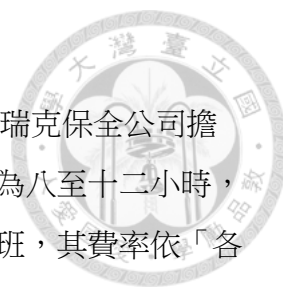
勞動基準法第 30 條：「勞工每日正常工作時間不得超過八小時，每二週工作總時數不得超過八十四小時。前項正常工作時間，雇主經工會同意，如事業單位無工會者，經勞資會議同意後，得將其二週內二日之正常工作時數，分配於其他工作日。其分配於其他工作日之時數，每日不得超過二小時。但每週工作總時數不得超過四十八小時。第一項正常工作時間，雇主經工會同意，如事業單位無工會者，經勞資會議同意後，得將八週內之正常工作時數加以分配。但每日正常工作時間不得超過八小時，每週工作總時數不得超過四十八小時。第二項及第三項僅適用於經中央主管機關指定之行業。雇主應置備勞工簽到簿或出勤卡，逐日記載勞工出勤情形。此項簿卡應保存一年。」

勞動基準法第 32 條：「雇主有使勞工在正常工作時間以外工作之必要者，雇主經工會同意，如事業單位無工會者，經勞資會議同意後，得將工作時間延長之。前項雇主延長勞工之工作時間連同正常工作時間，一日不得超過十二小時。延長之工作時間，一個月不得超過四十六小時。因天災、事變或突發事件，雇主有使勞工在正常工作時間以外工作之必要者，得將工作時間延長之。但應於延長開始後二十四小時內通知工會；無工會組織者，應報當地主管機關備查。延長之工作時間，雇主應於事後補給勞工以適當之休息。在坑內工作之勞工，其工作時間不得延長。但以監視為主之工作，或有前項所定之情形者，不在此限。」

勞動基準法第 36 條：「勞工每七日中至少應有一日之休息，作為例假。」

勞動基準法第 37 條：「紀念日、勞動節日及其他由中央主管機關規定應放假之日，均應休假。」

勞動基準法第 49 條：「雇主不得使女工於午後十時至翌晨六時之時間內工作。但雇主經工會同意，如事業單位無工會者，經勞資會議同意後，且符合下列各款規定者，不在此限：一、提供必要之安全衛生設施。二、無大眾運輸工具可資運用時，提供交通工具或安排女工宿舍。前項第一款所稱必要之安全衛生設施，其標準由中央主管機關定之。但雇主與勞工約定之安全衛生設施優於本法者，從其約定。女工因健康或其他正當理由，不能於午後十時至翌晨六時之時間內工作者，雇主不得強制其工作。第一項規定，於因天災、事變或突發事件，雇主必須使女工於午後十時至翌晨六時之時



本號解釋之案情事實²⁴⁵為聲請人龐俊財等 7 人受僱於台灣士瑞克保全公司擔任現金運送保全員，雙方簽訂僱用合約書，約定每日正常工作時間為八至十二小時，每月基本服勤時數為二百零八至三百十二小時，超過之時數為加班，其費率依「各職務薪資結構表」。惟該公司未將合約書報請當地主管機關核備。聲請人等認勞動契約，仍應受勞基法第 30 條等規定限制，並依同法第 24 條關於延長工時加計工資方法計付加班費。然該公司給付之加班費遠低於聲請人平均時薪，違反僱用合約，亦顯低於延長工時計付加班費之數額，於是訴請給付加班費，嗣經最高法院 102 年台上字第 1866 號判決敗訴確定，該判決表示約定未經核備並非無效，聲請人主張此與最高行政法院裁判見解²⁴⁶歧異，亦與釋字第 494 號解釋²⁴⁷意旨有異，聲請統一解釋。

司法院大法官之解釋理由書中，首先由勞基法之規範目的與意旨著手：「本法乃以保障勞工權益，加強勞雇關係，促進社會與經濟發展為目的，規定關於工資、工作時間、休息、休假、退休、職業災害補償等勞工勞動條件之最低標準。雇主固得依事業性質及勞動態樣與勞工另行約定勞動條件，但仍不得低於本法所定之最低標準（本院釋字第四九四號、第五七八號解釋參照）。衡酌本法之立法目的並考量其規範體例，除就勞動關係所涉及之相關事項規定外，尚課予雇主一定作為及不作為義務，於違反特定義務時亦有相關罰則，賦予一定之公法效果，其規範具有強制之性質，以實現保護勞工之目的（本法第一條規定參照）。而工作時間、例假、休假、

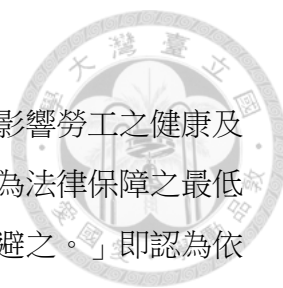
間內工作時，不適用之。第一項但書及前項規定，於妊娠或哺乳期間之女工，不適用之。」

²⁴⁵ 參司法院網站：

<http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/uploadfile/C100/726%E6%A1%88%E6%83%85%E6%91%98%E8%A6%81.pdf> 最後瀏覽日：2015 年 2 月 10 日。

²⁴⁶ 最高行政法院 98 年度裁字第 400 號裁定：「…足見勞雇雙方依勞基法第 84 條之 1 所為約定對勞工個別權益影至巨，使其工作條件甚至低於同法 30 條、第 32 條及第 49 條所定「雇主任工會同意，如事業單位無工會者，經勞資會議同意」後可以放寬的標準，除抽象規定「不得損及勞工之健康及福祉」外，幾乎沒有限制。因此法律明定須在「勞雇雙方另行約定」並「報請當地主管機關核備」2 項要件具備下，使不受同法第 30 條等規定之限制。」

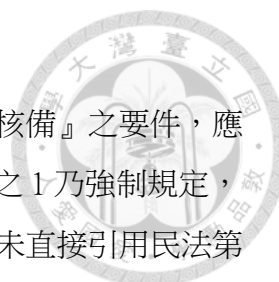
²⁴⁷ 釋字第 494 號解釋文：「國家為保障勞工權益，加強勞雇關係，促進社會與經濟發展，而制定勞動基準法，規定勞工勞動條件之最低標準，並依同法第三條規定適用於同條第一項各款所列之行業。事業單位依其事業性質以及勞動態樣，固得與勞工另訂定勞動條件，但不得低於勞動基準法所定之最低標準。關於延長工作時間之加給，自勞動基準法施行後，凡屬於該法適用之各業自有該法第二十四條規定之適用，俾貫徹法律保護勞工權益之意旨。至監視性、間歇性或其他性質特殊工作，不受上開法律有關工作時間、例假、休假等規定之限制，係中華民國八十五年十二月二十七日該法第八十四條之一所增訂，對其生效日期前之事項，並無適用餘地。」



女性夜間工作（下稱工作時間等事項）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。」即認為依勞基法之立法目的，其所規定之工作時間等事項，除有特別規定外，不容勞雇雙方以契約自由為由規避。

其次大法官論述勞基法第 84 條之 1 之規範意旨：「惟社會不斷變遷，經濟活動愈趨複雜多樣，各種工作之性質、內容與提供方式差異甚大，此所以立法者特就相關最低條件為相應之不同規範。為因應特殊工作類別之需要，系爭規定乃就經中央主管機關核定公告之特殊工作者，容許勞雇雙方就其工作時間等事項另行約定，經當地主管機關核備，排除本法第三十條等規定之限制。中央主管機關之公告與地方主管機關之核備等要件，係為落實勞工權益之保障，避免特殊工作之範圍及勞雇雙方之約定恣意浮濫。故對於業經核定公告之特殊工作，如勞雇雙方之約定未依法完成核備程序即開始履行，除可發生公法上不利於雇主之效果外，其約定之民事效力是否亦受影響，自應基於前述憲法保護勞工之意旨、系爭規定避免恣意浮濫及落實保護勞工權益之目的而為判斷。」即認為中央主管機關之公告與地方主管機關之核備為第 84 條之 1 不可或缺之要件，若勞雇雙方之約定未依法完成核備，該約定之效力應基於憲法保護勞工之意旨、系爭規定避免恣意浮濫及落實保護勞工權益之目的而為判斷。

接著大法官論述民法第 71 條，認為民法第 71 條「係在平衡國家管制與私法自治之原則。在探究法規範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」，而「勞雇雙方就其另行約定依系爭規定報請核備，雖屬行政上之程序，然因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。又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。系爭規定要求就勞雇雙方之另行約定報請核備，其管制既係直接規制勞動關係內涵，且其管制之內容又非僅單純要求提供勞雇雙方約定之內容備查，自應認其規定有直接干預勞動關係之民事效力，否則，如認為其核備僅發生公法上不利於雇主之效果，系爭規定之前揭目的將無法落實；且將與民法第七十一條平衡國家管



制與私法自治之原則不符。故系爭規定中『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」，也就是認定勞基法第 84 條之 1 乃強制規定，違反勞基法第 84 條之 1 將影響約定之民事效力，最後，大法官雖未直接引用民法第 71 條但書，但進一步認為違反之效力並非當然無效，而係「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。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。故如發生民事爭議，法院自應於具體個案，就工作時間等事項另行約定而未經核備者，本於落實保護勞工權益之立法目的，依本法第三十條等規定予以調整，並依本法第二十四條、第三十九條規定計付工資。」

從解釋理由書中，大法官採取兩階段認定之方式，首先認為勞基法第 84 條之 1 報請當地主管機關核備之要件為民法第 71 條所稱之強制規定，該規定有直接干預勞動關係之民事效力，若不如此解釋，該規定之立法目的將無法落實；其次闡述違反核備要件之約定並非全部無效，而係應於具體個案中就未經核備之約定事項認定其效果，依勞基法第 30 條等規定調整約定之效力。

第二款、大法官不同意見

一、黃茂榮大法官：

就本號解釋，黃茂榮大法官²⁴⁸說明：「鑑於勞工之相對弱勢的地位，該項所定核備要件之意義，從勞工利益之保護言之，接近於民法第七十七條的規定。」「是故，正如限制行為能力人為意思表示，在得法定代理人之允許或承認前，不能發生效力；未經報請當地主管機關核備，關於工作時間、例假、休假、女性夜間工作之約定，即不能發生效力，從而仍應受勞基法第三十條、第三十二條、第三十六條、第三十七條、第四十九條之限制。」「未經核備之勞動契約中所約定之工作時間，超出勞基

²⁴⁸ 參黃茂榮大法官協同意見書：

<http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/uploadfile/C100/726%E5%8D%94%E5%90%8C%E6%84%8F%E8%A6%8B%E6%9B%B8%E9%BB%83%E8%8C%82%E6%A6%AE%E5%A4%A7%E6%B3%95%E5%AE%98.pdf> 最後瀏覽日：2015 年 2 月 10 日。



法第三十條及第三十條之一所定正常工作時間部分，屬勞基法第三十二條所稱之延長工作時間。與延長工作時間相關聯之加班費部分，即應依勞基法第二十四條及第三十九條所定標準計算並給付之，以符合勞基法第一條保障勞工權益，加強勞雇關係，促進社會與經濟發展之立法意旨。」也就是類推適用民法第 77 條法定代理人對限制行為能力人意思表示之允許，處理未經當地主管機關核備之問題。在本件聲請案中，勞雇雙方延長工時為八至十二小時之約定，應受勞基法第 30 條規整，縮短為 8 小時，並依同法第 24 條及第 39 條計算加班費。

二、陳敏、林錫堯大法官：

陳敏、林錫堯兩位大法官²⁴⁹則持與解釋文不同見解：「勞雇雙方是否就工作時間等依系爭規定另行約定，以排除勞基法第三十條等之限制，乃其本於私法自治之契約自由，法律並不強制為之。勞雇雙方就工作時間等為另行約定，其約定內容未必有損勞工之健康及福祉，而依法不得核備。其約定內容且可能無異或優於其他已核備之另行約定。系爭規定須經主管機關核備之要求，在經由此一程序管制，以確保另行約定無損勞工之健康及福祉。如未經核備即履行另行約定，尚難謂其約定內容因違反法律之強制規定而違法。故以民法第七十一條規定為據，論斷另行約定未經核備為違反強制規定，尚有商榷餘地。」認為勞基法第 84 條之 1 並非強制規定，勞雇雙方仍得本於私法自治之契約自由排除勞基法第 30 條等之限制。同時，又認為「主管機關就勞雇雙方之另行約定所要求之核備，係有關約定之生效要件。主管機關所為核備，亦即主管機關所為之私法形成之行政處分。」但兩位大法官最後結論與解釋文相同，即欠缺核備要件之契約約定並非當然無效，而「應依民法第七十一條及勞基法第一條規定之整體意旨，依勞基法第三十條等規定，調整延長工時、例、休假工作時數，並依同法第二十四條、第三十九條規定計付工資。」

三、陳春生大法官：

陳春生大法官²⁵⁰則認為本案與民法第 71 條之適用無關，應經許可之法律行為未

²⁴⁹ 參陳敏、林錫堯大法官協同意見書：

<http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/uploadfile/C100/726%E5%8D%94%E5%90%8C-%E9%99%B3%E6%95%8F%E3%80%81%E6%9E%97%E9%8C%AB%E5%A0%AF.pdf> 最後瀏覽日：2015 年 2 月 10 日。

²⁵⁰ 參陳春生大法官協同意見書：

<http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/uploadfile/C100/726%E5%8D%94%E5%90%8C%E6%84%8>



經許可，該法律行為之無效係來自應經許可規範之本來性質。同時，陳大法官認為公法與私法之性質不同，不能一概以民法第 71 條為判斷效力之樞紐，「民法第七十一條應定性為從屬性及防漏之性質」，「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」。至於約定之效力，則「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」，而若涉及單方行為，則屬無效。

四、陳碧玉大法官：

陳碧玉大法官²⁵¹贊同解釋之結論，提出說明：「所謂『但其規定並不以之為無效者』之意義有二，或係指法律本身有明文規定其他效力者，或其他自法律規定之目的以言之。是自法律目的觀之，係生他種之效果，並不以之為無效者，亦包含在民法第七十一條但書規定範圍內。」而「於該約定未經送請核備或其約定浮濫，不予以核備時，為已履行勞務給付勞工之權益，其原有之工時約定，依民法第七十一條但書規定，並非當然無效，而是該約定不生排除三十條等工作時間規定適用之效果，勞工得依勞雇關係為應得工資之給付。」且「事後之核備並無溯及於契約成立日發生核備之效力」。

五、陳新民大法官：

陳新民大法官²⁵²肯認系爭規定具有強制規定之性質，主張必須援引民法第 71 條但書才能避免無效之效果，並提出「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」，運

[F%E8%A6%8B%E6%9B%B8-%E9%99%B3%E6%98%A5%E7%94%9F%E5%A4%A7%E6%B3%95%E5%AE%98.pdf](#) 最後瀏覽日：2015 年 2 月 10 日。

²⁵¹ 參陳碧玉大法官協同意見書：

<http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/uploadfile/C100/726%E5%8D%94%E5%90%8C-%E9%99%B3%E7%A2%A7%E7%8E%89%E5%A4%A7%E6%B3%95%E5%AE%98.pdf> 最後瀏覽日：2015 年 2 月 10 日。

²⁵² 參陳新民大法官部分協同部分不同意見書：

<http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/uploadfile/C100/726%E9%83%A8%E5%88%86%E5%8D%94%E5%90%8C%E3%80%81%E9%83%A8%E5%88%86%E4%B8%8D%E5%90%8C-%E9%99%B3%E6%96%B0%E6%B0%91%E5%A4%A7%E6%B3%95%E5%AE%98.pdf> 最後瀏覽日：2015 年 2 月 10 日。



用比例原則來詮釋系爭規定的效力問題。就未經核備之約定效力，則認為「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，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」。

六、黃璽君大法官：

黃璽君大法官²⁵³則就程序部分認為最高法院和最高行政法院分別就私法和公法之爭議為裁判，並未就同一爭議為論斷，無見解歧異可言，聲請不合統一解釋之要件，應不受理。就實體部分，認為「系爭規定有關核備部分非屬強制規定，而係排除同法第三十條等規定之限制之規定，亦即在符合系爭規定所定要件—『經中央主管機關核定公告之工作者』、『勞雇雙方就工作時間等以書面另行約定』、『報請當地主管機關核備』，始不受勞基法第三十條等規定之限制。報請核備係要件之一，未經核備者，即不具系爭規定要件而未排除勞基法第三十條等規定之限制，仍應受該等規定之限制。」即約定若未報請核備，則不能排除勞基法第 30 條等之限制，「勞基法第三十條等規定係最低標準之強行規定，勞雇雙方對工作時間等之另行約定如未經核備，即應依勞基法第三十條等規定調整」。

七、蘇永欽大法官：

蘇永欽大法官²⁵⁴對此議題向來著墨甚深，首先認為並非所有程序管制都應認定為法律行為的特別生效要件：「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。」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

²⁵³ 參黃璽君大法官部分協同部分不同意見書：

<http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/uploadfile/C100/726%E5%8D%94%E5%90%8C%E9%83%A8%E5%88%86%E4%B8%8D%E5%90%8C-%E9%BB%83%E7%92%BD%E5%90%9B.pdf> 最後瀏覽日：2015 年 2 月 10 日。

²⁵⁴ 參蘇永欽大法官一部不同一部協同意見書：

<http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/uploadfile/C100/726%E4%B8%80%E9%83%A8%E4%B8%8D%E5%90%8C%E4%B8%80%E9%83%A8%E5%8D%94%E5%90%8C-%E8%98%87%E6%B0%B8%E6%AC%BD%E5%A4%A7%E6%B3%95%E5%AE%98.pdf> 最後瀏覽日：2015 年 2 月 10 日。

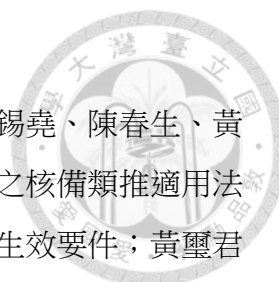


述特別生效要件可能帶來的問題也可以降低。如果同意這樣的看法，許多法規上和法律行為連結的規定，都不是特別生效要件，其未依規定完成也就不會影響法律行為的生效，對於因此不利於國家管制目標的達成，只能對違反義務者追究公法上的責任。」「只要考量勞工對工作的高度依賴，以及核備義務僅存於雇方而非勞工所能控制，就知道把這樣的程序管制提高到特別生效要件，實際上即可能對勞工造成愛之反足害之的結果。即使因工時的另行約定未必影響勞動契約整體的效力，但以工時作為契約的必要之點而言，一部不生效力而影響全部契約效力的危險，當然不能排除（民法第一百一十一條前段）。因此這裡同樣不宜解讀為特別生效要件，本件解釋未採此說，也就不能說有何不當。」亦即蘇大法官從勞基法第 84 條之 1 的保護目的立論，不將報請主管機關核備當成特別生效要件，則違反核備義務之約定不會因欠缺生效要件而自始不生效力。其次蘇大法官表示「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」，然後認為民法第 71 條但書的操作同樣可以選擇懸而未決的效力未定：「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。」蘇大法官在意見中亦整理民法第 71 條之適用，稱之為雙階檢驗理論：「民法第七十一條的操作，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。」

第三款、分析

就司法院本號解釋，可將問題區分為三個層次：一、本案是否適用民法第 71 條？二、報請核備之規定是否有影響民事關係之效力？三、若有影響，則民事約定之效力為何？

一、本案是否適用民法第 71 條：



就此問題，解釋文本身並未表示意見，而黃茂榮、陳敏、林錫堯、陳春生、黃璽君、蘇永欽六位大法官則有所論述，黃茂榮大法官將主管機關之核備類推適用法定代理人之允許；陳敏、林錫堯大法官將之當作約定生效之特別生效要件；黃璽君大法官認為係排除同法第三十條等規定之限制之規定；蘇永欽大法官則認為程序管制不必然是特別生效要件，考量到勞工對工作的高度依賴及雇主是否履行核備義務並非勞工所得控制，不應認為主管機關之核備為生效要件。陳春生大法官另闢蹊徑，認為本案之約定須經核備乃德國法上所稱須經許可之行為，並無 BGB 第 134 條之適用餘地，觀其論述，似與特別生效要件相似。

就條文之文字觀之，主管機關之核備具有特別生效要件之外觀，然而在法律邏輯上，違反本條文之效果，至多是勞雇雙方之約定不得排除勞基法第 30 條等規定之適用，無論如何，約定還是成立生效了，只是必須再通過勞基法第 30 條等規定之檢驗，似乎不適合將報請核備當作生效要件。是以本文較贊同蘇永欽大法官之見解，行政機關之程序管制在高度管制之領域可能是生效要件，例如金融機構合併法第 5 條²⁵⁵，但在本案中不屬之，而以民法第 71 條處理規範之性質和違反規範之約定效力。

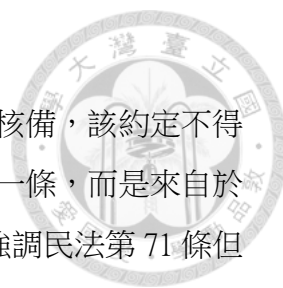
二、報請核備之規定是否有影響民事關係之效力：

對於此問題，解釋理由係從勞基法第 84 條之 1 之規範意旨著手，要求雇主報請地方主管機關核備，係為落實勞工權益之保障，避免特殊工作之範圍及勞雇雙方之約定恣意浮濫，若勞雇雙方之約定未經核備仍完全具有效力，則該法條保護勞工之目的將無法達成，是以解釋理由主張「如認為其核備僅發生公法上不利於雇主之效果，系爭規定之前揭目的將無法落實」即相當合理。

三、民事約定之效力為何：

在本件解釋當中，無論解釋理由或各大法官之意見書，皆不認為民事約定當然、絕對、全部無效，只是各家說理不同。其中陳春生大法官因認為本件無民法第 71

²⁵⁵ 金融機構合併法第 5 條：「非農、漁會信用部之金融機構合併，應由擬合併之機構共同向主管機關申請許可。但法令規定不得兼營者，不得合併。銀行業之銀行與銀行業之其他金融機構合併，其存續機構或新設機構應為銀行。證券及期貨業之證券商與證券及期貨業之其他金融機構合併，其存續機構或新設機構應為證券商。保險業之產物保險公司與保險合作社合併，其存續機構或新設機構應為產物保險公司。」



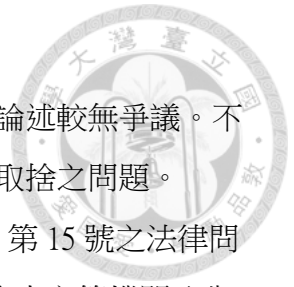
條之適用，故主張本案當事人之另行約定，若未經當地主管機關核備，該約定不得排除勞動基準法第三十條等規定之限制，並非來自於民法第七十一條，而是來自於勞動基準法之系爭規定本身。陳新民、陳碧玉、蘇永欽大法官則強調民法第 71 條但書之運作，開闢無效以外之可能性。按勞基法第 1 條第 2 項固規定：「雇主與勞工所訂勞動條件，不得低於本法所定之最低標準。」惟並未直接明定違反第 1 條第 2 項之意旨，訂定低於勞基法最低標準之勞動契約時，該契約之效力，與日本勞動基準法第 13 條²⁵⁶：「訂定未達基準之勞動條件，其勞動契約無效；屬於無效之部分，應依本法所定之基準。」規定不同，與尚未施行之勞動契約法第 4 條²⁵⁷相較，亦明顯未規定效果，是以似仍有民法第 71 條但書適用之必要，透過但書引入勞基法第 1 條第 2 項之精神，而不使契約當然無效。至於契約未經核備之效力，蘇永欽大法官為兼顧勞基法保護勞工之意旨與勞基法第 84 條之 1 本有容許空間之契約自由，認為應以效力未定為是，此說甚具有說服力，然而於實務上，若勞工已提起訴訟請求認定勞雇雙方之延長工時約定無效，雇主應給付加班費，於訴訟進行中，雇主始報請地方主管機關核備，依效力未定說，該約定將溯及排除勞基法第 30 條等適用，勞工須受敗訴之不利益，所花費之訴訟費用亦無從求償，似非公允，故本文認同陳新民及陳碧玉大法官之見解，認為核備無溯及效力，而未核備之約定，應視其約定是否對勞工有利，若勞雇雙方之約定內容，特別是加班費的計算，對勞工更有利時，應優先適用該約定，否則即應回歸勞基法之最低標準。

必須說明的是違反勞基法第 84 條之 1 規定之效力，依條文來看，本就屬於民法第 71 條但規定並不以之為無效者，也就是說違反時約定本身並非當然無效，而是約定不生排除勞基法第 30 條等條文之效力；接著，因約定不能排除勞基法第 30 條等規定，當約定中有低於勞基法所定之勞動規定時，即屬違反勞基法第 30 條等強制或禁止規定，而必須再依民法第 71 條決定約定之效力。

²⁵⁶ 參蘇永欽大法官一部不同意見書，頁 21：

<http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/uploadfile/C100/726%E4%B8%80%E9%83%A8%E4%B8%8D%E5%90%8C%E4%B8%80%E9%83%A8%E5%8D%94%E5%90%8C-%E8%98%87%E6%B0%B8%E6%AC%BD%E5%A4%A7%E6%B3%95%E5%AE%98.pdf> 最後瀏覽日：2015 年 2 月 10 日。

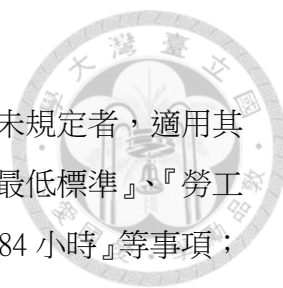
²⁵⁷ 勞動契約法第 4 條：「勞動契約之條件，依當事人雙方之合意定之。但違反法令團體協約或服務規則，於勞方有不利者，其不利之部分無效。」



本案所涉及之勞動條件明顯不利於勞工，因此司法院解釋之論述較無爭議。不過，若涉及約定並非對勞工完全不利之案件，似乎就會發生難以取捨之問題。

例如臺灣高等法院暨所屬法院 99 年法律座談會民事類提案 第 15 號之法律問題為：「雇主所營事業之工作非屬依勞動基準法第 84 條之 1 經中央主管機關公告之工作，雇主與勞工訂立勞動契約時約定，勞工每日工作時間為 12 小時，每週週休 1 日等條件，在約定時間內工作均不再加給加班費，而上開勞動契約所約定之工資並未低於基本工資（超過 8 小時及假日部分亦以延長工時方式計之）加計假日工資之總額【按目前經主管機關公告基本工資為新臺幣（下同）17,280 元、每小時 72 元、每日 8 小時 576 元。例：勞工某月工作 27 日，每月約定薪資 34,000 元 > $\{(72 \times 2 \text{ 小時} \times 4/3) \times 27 \text{ 日} + (72 \times 2 \text{ 小時} \times 5/3) \times 27 \text{ 日} + 17,280 + \text{假日工資}\}$ 】，勞工可否以上開約定有違勞動基準法第 24 條、第 39 條等規定為理由，請求例休假日及延長工時之工資？」該問題在於勞雇雙方之約定於工時和例休假日不利於勞工，惟整體薪資超出以基本工資加計加班費之額度，似對勞工有利，則勞工是否能再回歸到勞基法之規定計算加班工時，並請求例休假日及延長工時之工資？

討論意見有甲乙兩說，甲說認為：「按工資由勞雇雙方議定之，但不得低於基本工資，勞動基準法第 21 條第 1 項定有明文。勞雇雙方於勞動契約成立之時，係基於平等之地位，勞工得依雇主所提出之勞動條件決定是否成立契約，則為顧及勞雇雙方整體利益及契約自由原則，如勞工自始對於勞動條件表示同意而受僱，勞雇雙方於勞動契約成立時即約定例假、國定假日及延長工時之工資給付方式，且所約定工資又未低於基本工資加計假日、延長工時工資之總額時，即不應認為違反勞動基準法之規定，勞雇雙方自應受其拘束，勞方事後不得任意翻異，更行請求例、休假日之加班工資。故關於勞工應獲得之工資總額，原則上得依工作性質之不同，任由勞、雇雙方予以議定，僅所議定之工資數額不得低於行政院勞工委員會所核定之基本工資，此種工資協議方式並不違背勞動基準法保障勞工權益之意旨，且符合公平合理待遇結構，則雙方一旦約定即應依所議定之工資給付收受，不得於事後反於契約成立時之合意主張更高之勞動條件，如題旨勞動條件既未違反基本工資之規定，勞工自不得再行請求」。乙說認為：「按勞動基準法之立法目的在於保障勞工權益，並於勞動基準法第 1 條、第 30 條第 1 項分別規定『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』、『勞工每日正常工作時間不得超過 8 小時，每 2 週工作總時數不得超過 84 小時』等事項；又勞工延長工作時間、休假及例假日照常工作者，雇主應依勞動基準法第 24 條規定標準發給延長工作時間之工資及依第 39 條第 1 項規定加倍發給工資。上開勞動條件之規定，俱為最低標準且屬強制規定。故除非有法律明文規定，例如勞動基準法第 84 條之 1 規定之情形，並經中央主管機關核定公告之工作，得排除適用外，勞雇雙方均應遵守。蓋勞工相較於雇主，為經濟上之弱勢者，非可由雇主單方或勞雇雙方以契約方式排除上開法律規定之適用，否則即有違勞動基準法之立法意旨。是勞動基準法前揭規定均屬強制規定，且為最低勞動條件之標準，在對勞工之勞動條件優於該標準以上者，始有雇主與勞工自由約定之餘地，換言之，雇主與勞工間所訂勞動條件，如低於勞動基準法之標準者，該部分約定依民法第 71 條前段規定，應屬自始、當然無效，雇主仍有依勞動基準法之規定履行之義務。如題旨所示勞雇雙方所定之勞動條件使勞工每日工時長達 12 小時，顯已違反勞動基準法限定勞工每日、每週工作時間之規定，該部分勞動條件之約定自係無效，勞工當可再行請求例休假日及延長工時之工資。」

甲說以未違反勞動基準法第 21 條第 1 項肯定勞雇雙方間另行約定之契約自由，乙說則以勞動基準法第 24 條、30 條、39 條為強制規定而否定勞動條件約定之效力。初步研討結果原採乙說，惟審查意見及討論結果改採甲說。最高法院判決見解同甲說者如最高法院 100 年台上字第 1256 判決，同乙說者如最高法院 96 年台上字第 1135 號判決、97 年台上字第 1667 號判決、97 年台上字第 2505 號判決。

依釋字第 726 號解釋意旨，勞動基準法第 84 條之 1 乃強制規定，無論係強制規定或特別生效要件，未經核定公告之工作，不得約定排除勞基法第 30 條、32 條、36 條、37 條、49 條之規定，確切言之，其約定不生排除前開勞基法規定適用之效力。關於延長工時，勞基法定有嚴格的要件及程序²⁵⁸，如勞基法第 32 條第 1 項、第 3 項：「雇主有使勞工在正常工作時間以外工作之必要者，雇主經工會同意，如事業

²⁵⁸ 侯岳宏，未依法定計算方法給付加班費之效力，臺北大學法學論叢第 88 期，2013 年 12 月，頁 12。

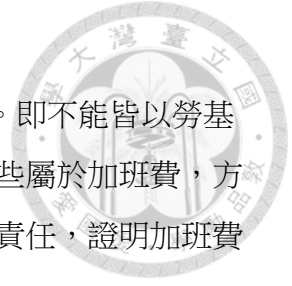


單位無工會者，經勞資會議同意後，得將工作時間延長之。」「因天災、事變或突發事件，雇主有使勞工在正常工作時間以外工作之必要者，得將工作時間延長之。但應於延長開始後二十四小時內通知工會；無工會組織者，應報當地主管機關備查。延長之工作時間，雇主應於事後補給勞工以適當之休息。」若未遵守程序要件，另行約定之每日工作時數逾八小時者，雇主除依勞基法第 79 條第 1 項裁處罰鍰外，其逾 8 小時部分仍屬勞基法第 32 條之延長工作時數，應依同法第 24 條規定計付加班工資。雇主亦不得以勞工未依約定在逾 8 小時部分工作而予以懲處。

對於勞雇雙方之約定，應探明其意旨，所謂不得請求加班費之真意為何？若約定之薪資確實僅為薪資，不包含延長工作時間之加班費，不得請求加班費之約定違反勞基法第 24 條，對勞工不利，該部分應屬無效，除薪資外，勞工仍得請求加班費；惟若雙方真意乃約定之薪資已包含加班費，且整體薪資超出以基本工資加計加班費之額度，並未違反勞動基準法第 21 條之規定，則該薪資約定應為有效。此即最高法院 100 年台上字第 1256 號判決之意旨：「為免計算假日工作及平日延長工作時間加班費之煩雜，並顧及上揭公車業司機所憑以計算加班費之『平日工資』，難以計算其確定數額，倘公車業者與其所屬駕駛員另行議定假日工作及平日延長工作時間工資加給之計算方式而未低於基本工資者，似與勞基法第二十一條第一項規定工資由勞雇雙方議定之立法意旨無違。」在此必須更細緻地討論，薪資約定固有效，比回歸勞基法規定更對勞工有利，然而雇主在工時部分之約定，仍屬對勞工不利，必須依勞基法第 79 條受罰，至於工時約定之民事效力，由於與薪資之計算密不可分，無法僅認定此部分無效。

此處理方式實為不得已，勞雇雙方簽約時，勞方固考量過願以較長工時換取較基本工資更高之薪資，然而勞工受迫於生計，雙方談判地位難謂平等，且過高工時將戕害勞工健康，然而若使工時和薪資約定均歸於無效，反而對勞工不利，是以選擇維持其約定之民事效力，透過罰鍰促使雇主為合法之約定。

關於約定薪資包含底薪與加班費之合意是否有效，日本學說上認為必須明確區分相當於加班費之部分，且依照法律規定之方法所計算之額度高於約定薪資，亦支



付其差額時²⁵⁹，方能承認其約定效力，可作為我國解釋上之參考。即不能皆以勞基法之最低工資為基準，而必須判斷約定薪資中哪些屬於底薪，哪些屬於加班費，方能得知雇主是否已合法支付加班費，在訴訟中，應由雇主負舉證責任，證明加班費已合法支付。

第四節、本文見解

第一項、民法第七十一條但書為概括條款，重新詮釋效力規定

民法第 71 條之但書適用廣狹，決定了本條適用之彈性。正如蘇永欽大法官於釋字第 726 號解釋提出之一部不同一部協同意見書²⁶⁰所言，契約違反國家法律可能導致無效之概念，自古羅馬法即萌芽，而德國一開始制定 BGB 第 134 條時，主要想到的是刑法，因此只適用於少數情形，引致實定法中極少數明確規範法律行為卻未說明無效法律效果之強行規定。然而進入二十世紀後，行政法制快速發展，管制之目的、強度、領域、對象、重心、工具、方式和效果複雜多元，若違反之法律行為一律以無效處理，對交易將是災難。因此民法中的行為控制條款，必須建立新的操作模式，對效力做出細心安排，提供客觀可供權衡的判定基準，以維持價值判斷大體一致，並使人民對於國家管制之管制仍保有一定的可預測性。

大法官於釋字第 726 號解釋中採取雙階檢驗理論，第一階段先決定法律行為之效力是否受系爭規定之影響，第二階段再決定受影響之法律行為效力為何。

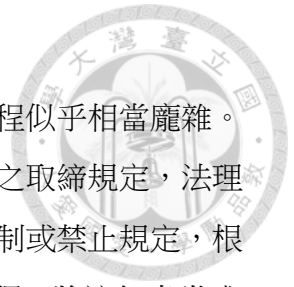
學說和實務上常用的取締規定與效力規定之區分，可說是第一階段之判斷，或者說是將二階段合而為一，簡化後階段效力之判斷，使違反強制或禁止規定之法律行為效力概分為有效或無效。

雙階檢驗理論再加上最初的強行規定與任意規定之區分，其適用過程是：當法律行為違反法律規定時，先將該法規區分為強行規定或任意規定，然後辨識出強行規定中強制或禁止人民為特定行為之行為規範，接著考慮該規定是否為取締規定，

²⁵⁹ 侯岳宏，未依法定計算方法給付加班費之效力，臺北大學法學論叢第 88 期，2013 年 12 月，頁 21。

²⁶⁰ 參蘇永欽大法官一部不同一部協同意見書：

<http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/uploadfile/C100/726%E4%B8%80%E9%83%A8%E4%B8%8D%E5%90%8C%E4%B8%80%E9%83%A8%E5%8D%94%E5%90%8C-%E8%98%87%E6%B0%B8%E6%AC%BD%E5%A4%A7%E6%B3%95%E5%AE%98.pdf> 最後瀏覽日：2015 年 2 月 10 日。



若是則不影響法律行為之效力，若否則進一步衡量其法律效果。流程似乎相當龐雜。

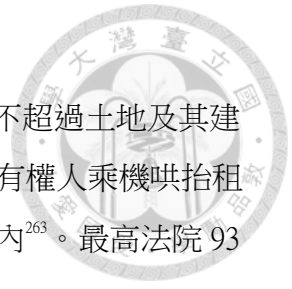
但雙階檢驗有其功能，在第一階段剔除不影響法律行為效力之取締規定，法理上可以學習學者邱聰智之方法，認定取締規定並非條文所謂的強制或禁止規定，根本不在民法第 71 條的射程範圍內；亦可將第 71 條但書作廣義解釋，將該但書當成立法者授權司法人員依個案解釋補充的概括條款，所謂取締規定可納入但書「規定非以之為無效者」之範疇，不是排除民法第 71 條的適用，而是適用該條之但書，產生無效以外的法律效果²⁶¹，即以第 71 條但書吸納取締規定之存在。保留這一階段的益處在於可以先過濾掉根本上不影響法律行為效力之取締規定〔德國法上純粹秩序規定〕。法規是否屬於取締規定，應該統一解釋，不應因個案而有所不同，若法院對於特定法規之性質能有一貫之認定，則民法第 71 條之適用將有基本的可預見性，也能保留學說和實務上向來為區分效力規定和取締規定所付出之苦心，只是違反效力規定之法律效果並非必然無效，而有介於有效和無效之間的效力可能，進入第二階段之判斷。

第二階段則應重新詮釋效力規定，效力規定是對法律行為效力產生影響之規定，但依該規定之立法意旨與目的、綜合衡量互相衝突之法益，仍可能產生不同的法律效果，非必然為當然、自始、確定無效，第四章將整理不同的效力可能性。

至於違反同一規定之不同個案，是否能發生不同效力，原則上應認為不能，除非透過誠信原則和目的性限縮之調整，尤其是目的性限縮，透過對個案中涉及之強制或禁止規定之解釋，產生符合法規目的之規範效果。依通說之見解，顯然的〔真正〕法律漏洞係指對於某個事實，依法律內在體系及規範計畫，應積極予以規定，但因法規字義範圍過窄而未能規定，應透過類推適用加以填補；隱藏的〔不真正〕法律漏洞係指對於某個事實，依法律內在體系及規範計畫，應消極設有限制，卻因法規字義範圍過寬而未限制，應以目的性限縮加以填補²⁶²。

²⁶¹ 蘇永欽，契約違反禁止規定，收錄於楊與齡主編：民法總則實例問題分析，五南圖書出版公司，2001 年 5 月，頁 145。

²⁶² 吳從周，民法上之法律漏洞、類推適用與目的性限縮，東吳法律學報第 18 卷第 2 期，2006 年 12 月，頁 14。本文不擬著重限縮解釋與目的性限縮之差異，大體上若系爭案例事實得涵攝於法規範之構成要件，卻因其他理由而將之排除適用，屬目的性限縮，若案例事實是否得被法規範之語義所涵蓋仍具有不確定性，則屬限縮解釋。參吳文頁 32，另參陳聰富，目的性限縮與契約自由之濫用，月旦法學教室第 3 期，2003 年 1 月，頁 2。



例如土地法第 97 條第 1 項規定：「城市地方房屋之租金，以不超過土地及其建築物申報總價年息百分之十為限。」立法本旨側重於防止房屋所有權人乘機哄抬租金，造成城市居住問題，是以非供居住之營業用房屋應不涵攝在內²⁶³。最高法院 93 年台上字第 1718 號判決同此意旨²⁶⁴。

再如公司法第 16 條規定：「公司除依其他法律或公司章程規定得為保證者外，不得為任何保證人。公司負責人違反前項規定時，應自負保證責任，如公司受有損害時，亦應負賠償責任。」由於第 2 項規定公司負責人應自負保證責任，因此一般認為公司負責人違反規定時，應自負保證責任，違法保證行為對公司不生效力。但亦有學說認為應區分物保和人保，在物保之情形，對公司財務之影響僅限於該擔保物，且設定物保有一定程序，足以防止公司負責人徇私舞弊，是以物保並非無效²⁶⁵。由此爭議可知，公司法第 16 條為影響保證效力之效力規定，應屬無疑，但在個案中是否使保證行為無效，則可能因對公司法第 16 條之解釋而有所區別。

又如公司法第 15 條：「公司之資金，除有左列各款情形外，不得貸與股東或任何他人：一、公司間或與行號間有業務往來者。二、公司間或與行號間有短期融通資金之必要者。融資金額不得超過貸與企業淨值的百分之四十。公司負責人違反前項規定時，應與借用人連帶負返還責任；如公司受有損害者，亦應由其負損害賠償責任。」規定之目的是為了維持公司資本充實、避免公司資金流失，進而保障股東及債權人之權益²⁶⁶，則應認定為非取締規定，而得影響私法貸與行為之效力。惟依經濟部〔68〕年商字第 3951 號函，員工向公司預借薪水，嗣後再由薪資中扣除，依社會通念為公司和員工間之依存行為，故該行為合法。其實公司讓員工預支薪水，仍然可以解讀為貸與行為而違反公司法第 15 條，只是公司貸與員工之薪資多半占公

²⁶³ 蔡明誠，新用益物權法之適用、解釋及補充，法學叢刊第 55 卷第 3 期，2010 年 7 月，頁 8。

²⁶⁴ 「按土地法第九十七條第一項限制房屋租金之規定，應僅限於城市地方供住宅用之房屋，始有其適用，至非供居住之營業用房屋並不涵攝在內，此觀該條項立法本旨側重『防止房屋所有權人乘機哄抬租金，造成城市居住問題』及同法第三編第三章『房屋及基地租用』第九十四條至第九十六條均就『城市住宅用房屋』設其規範暨該條項蘊含摒除『城市營業用房屋』在外之『隱藏性法律漏洞』有以『目的性限縮解釋』補充必要自明。且該條項所稱之『城市地方』，亦祇指依法發布都市計畫內之全部土地而言，參酌平均地權條例第三條及土地稅法第八條之規定益為灼然。」

²⁶⁵ 劉連煜，現代公司法〔增訂七版〕，新學林，2011 年，頁 92。

²⁶⁶ 陳彥良，民法中強行禁止規定之效力於商法領域之討論—以公司法中公司貸與資金限制為中心，台北大學法學論叢第 81 期，2012 年 3 月，頁 7。



司資本極小額，並無認定該行為違反公司法第 15 條之必要，可以透過目的性限縮排除在法條的適用範圍外。

雙階檢驗理論雖然將思考脈絡分為兩階段，但這兩階段並非截然二分的，而是流動的思考過程，正如同德國法上討論重點放在「違反禁止規範之法律行為是否無效」，並未僵化固守雙階檢驗而分別發展出不同檢驗標準。毋寧說，在一般無效之案例中，其實沒有必要將思考流程區分出兩階段，對於個案中效力的省思是隱而未顯的，只在無效效果顯得不適當或太過強烈時，第二階段的討論才有意義。大法官於釋字第 726 號解釋中採取雙階檢驗，也是因為這類違反勞動法之案件中，最適合的效力往往不是使契約完全無效，而是部分無效，以勞基法規定作為契約的最低條件，才能達到保護勞工之目的。

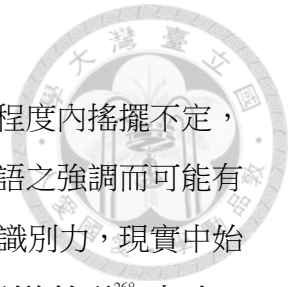
第二項、法律解釋和法益權衡無法避免

民法第 71 條之適用，其實是深入解釋法律、反覆為法益權衡之過程。一是對於民法第 71 條本身之解釋，二是對於個案所涉及之強制或禁止規定之解釋。可以說個案中所涉及的強制或禁止規定才是被侵害的法律，而民法第 71 條則扮演仲裁者的角色，決定違反之行為效力²⁶⁷。從最初認定法規之性質為強行規定或任意規定時，就必須先了解法規之目的與保護之法益，關於社會之秩序、國家之一般利益、直接關於第三人之利害、交易安全、或為保護一定之人所特設之規定，多為強行規定。強行規定中規範法律行為內容，強制或禁止當事人為一定行為之規範為強制或禁止規定。其次，依我國學說見解，將強制或禁止規定區分為效力規定或取締規定，法律行為違反效力規定者無效，違反取締規定者有效，而效力規定或取締規定之區分標準，仍應綜合法規之意旨、權衡相衝突之利益作為判斷。

這個過程使民法第 71 條之適用充滿不確定性。這是因為法條中的「強制或禁止之規定」本身就是定義不明確、需要補充之概念。但考量到民法第 71 條之性質，係為公法和私法架橋，使國家政策得以影響民事法律關係，並授予法官裁量之權限，則其不確定性實乃不可避免。

畢竟法律用語本即有其侷限，法律之文字與數理邏輯及科學性語言不同，並非

²⁶⁷ 耿林，強制規範與合同效力——以合同法第 52 條第 5 項為中心，中國民主法制出版社，2009 年 6 月，頁 200。



外延明確的概念，而是多少具有彈性之表達方式，其意義在某種程度內搖擺不定，端視該當之情況、指涉之事物、言說之脈絡、語句中之位置及用語之強調而可能有不同涵義。正如 Karl Larenz 所言，無論詞彙多麼詳盡完善、具有識別力，現實中始終會有一些嚴格和明確的語言分類所無能為力的細微差異與不規則的情形²⁶⁸。有時，立法者為了使法律具有廣泛的適用性，能運用於各種情況，也會有意識地使用模糊的語言。法律的穩定往往以犧牲法律的準確性為代價，因為只有原則性的規定才較能適應不斷變化的社會現實²⁶⁹。而原則性規定則有賴於法官補充其內涵。

況且法律在制定後，社會之變遷腳步不會因之停歇，是以薩維尼認為法律自制定公布之日起，即逐漸與時代脫節。即使將法律制定得符合「達到最低必要」和「文字絕對明確」兩個要件，當其成為明文規定的制定法時，就會隨著實踐凸顯侷限性。法律的穩定性與社會生活的變動性之間的矛盾，使法院在適用民法第 71 條決定法律行為之效力時，必須融入法官對個案所涉及之強行規定的解釋，在每個具體案件中根據具體事實，依一定的方法、技巧，融入個人的學識、經歷、價值判斷等，使對法律規範的判斷符合立法之原則和精神，並將立法者的意思與社會需要結合，最終實現強制或禁止規定之規範目的²⁷⁰。

換言之，法益衡量之困難性，適足以表現出其於解釋適用上之彈性。當然，這衡量不能僅憑法官之法感情，蓋「僅訴諸法感是不夠的，因為這是他個人的法感，別人可能有相同的感受，也可能沒有。沒有人可以主張，他的感覺比別人的確實可靠。僅以法感為基礎的判斷，只有對感覺者而言是可靠的，對與之並無同感之人，則否。因此，法感並非法的認識根源，它至多只是使認識程序開始的因素，它促使我們去探究，起初憑感覺發現的結論，其所以看起來正當的原因何在。²⁷¹」

故民法第 71 條之適用，無從規避法律解釋和法益權衡，特別是對於系爭規定目的之探求，為使本條文之適用不流於恣意，關鍵在於尋繹一套固定的流程方法，使法律之適用更為具體明確並具有正當性。

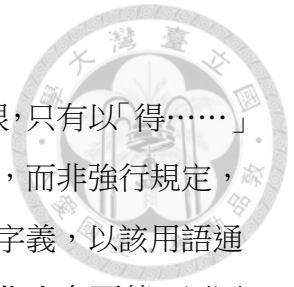
首先，法律之解釋以文義為基本，指依照法條的文理或字義所為解釋。在法規

²⁶⁸ 賀少峰，公司法強制性規範研究，廈門大學出版社，2010 年 3 月，頁 148。

²⁶⁹ 賀少峰，公司法強制性規範研究，廈門大學出版社，2010 年 3 月，頁 157。

²⁷⁰ 賀少峰，公司法強制性規範研究，廈門大學出版社，2010 年 3 月，頁 182。

²⁷¹ Karl Larenz，法學方法論，陳愛娥譯，商務印書館，2003 年，頁 5。



的文義上，由於強制或禁止規定字面上常出現不得、不應、應等字眼，只有以「得……」之詞彙作為規範之法條可以很明確的認定當事人得選擇是否適用，而非強行規定，其他規定很難透過字義確定其是否有強制意涵。關於法規用語之字義，以該用語通常之意義為準，例如刑法第 173 條所謂「建築物」，依通常字義，指上有覆蓋、周圍有門壁，可供避風雨及起居出入之土地上定著物，道路、溝渠、橋梁、牌坊不在其內²⁷²。

其次為論理解釋，不能忽略體系解釋和法規目的，體系解釋指依據某條文在整體法規體系之地位，考慮與其他法規之關聯性，解釋該法條應有之意涵²⁷³。例如民法第 634 條規定：「運送人對於運送物之喪失、毀損或遲到，應負責任。但運送人能證明其喪失、毀損或遲到，係因不可抗力或因運送物之性質或因託運人或受貨人之過失而致者，不在此限。」第 639 條規定：「金錢、有價證券、珠寶或其他貴重物品，除託運人於託運時報明其性質及價值者外，運送人對於其喪失或毀損，不負責任。價值經報明者，運送人以所報價額為限，負其責任。」解釋民法第 639 條運送人不負責任之意涵時，須參酌第 634 條之規定，即託運人未於託運時報明貴重物品之性質或價值者，運送人免除事變責任，但若運送人就物品之毀損或滅失有故意或過失，仍不能排除民法第 220 條之適用，是以應負責任。

規範條文之上下聯繫有助於查明該條文本身之意義，而規範目的仍發揮決定性的作用，可從法律本身的前言或立法任務和目的條款中尋找，如消費者保護法第 1 條開宗明義表示：「為保護消費者權益，促進國民消費生活安全，提昇國民消費生活品質，特制定本法。」再加上系爭條文本身之立法理由，若規範環境產生變化，必須再從解釋當下客觀理解該條文之意涵。

至於法益權衡之方法，須先從立法目的中探明強制或禁止規定所保護之法益，再進一步分析優先次序。即考慮該規定所保護之法益與法律行為無效將侵害之契約自由是否屬於同一層次，若一法益構成另一法益存續之基礎或前提，則前者應賦予較大的比重，例如和平、環境等超國家法益〔*überstaatliche Werte*〕乃國家社會存立基礎，國家生存、憲法秩序、國民經濟整體秩序、司法體系等國家法益〔*innerstaatliche*

²⁷² 韓忠謨，法學緒論〔再版〕，2002 年，頁 86。

²⁷³ 詹森林，台灣民法解釋之學說與實務，月旦民商法雜誌第 30 期，2010 年 12 月，頁 6。



Werte〕建立並保障契約自由能扮演其角色的空間，生命、身心健康、身體行動與意思形成之自由、教育學習、對個人生存有重要性之財產法益等個人法益〔Individualinteresse〕，是參與市場的前提，其地位應在契約自由之前²⁷⁴，尤其人之生命與人性尊嚴，相較於其他法益應較優位²⁷⁵；除了抽象的法益位階，法益受侵害之程度亦應納入考量，例如未經許可而缺乏控制之食品，比起危險藥品或毒品之侵害可能較弱²⁷⁶，法益所牽涉或保護之人群越廣，可能越具重要性。例如違反刑法第 257 條販售海洛因之契約，相較於違反食品安全衛生管理法第 15 條之契約，更可能被認為無效。

除契約自由應納入是否使法律行為無效之考量外，尚有幾種因素應予考慮，一是預防功能之評估，無效是否能嚇阻未來之違法²⁷⁷；二是交易安全與法安定性，若法律行為可能過度影響法安定性，尤其在交易當事人之違法情事並不明顯，且不易為他方所知時，應避免無效之後果²⁷⁸；三是交易當事人意思之尊重與信賴利益之保護，在強制或禁止規定乃保護特定一方當事人時，顧及該事人不願使交易無效之心態²⁷⁹。

最後，需要論及的是當事人之不知是否為考量效力之因素，此須分為兩個層次來看，第一個層次是當事人對於法律行為之存在及相關事實狀態是否有所認識且有意使其發生，第二個層次是當事人對於法律行為之違法是否有所認識。第一個層次在法律行為違反刑法時特別具有意義，但不是適用民法第 71 條之意義，乃是否該當刑法主觀上構成要件之問題，若法規範本身對當事人之主觀故意或過失有所要求，則無故意或過失即不構成違法，而不需進入民法第 71 條之檢驗。第二個層次原則上不影響民法第 71 條之適用，原因在於本條之目的係維持法律之無矛盾性，並非在懲

²⁷⁴ Westphal, Zivilrechtliche Vertragsnichtigkeit wegen Verstoß gegen gewerberechtliche Verbotsgesetze, 1985, S.97,98.

²⁷⁵ 蔡志方，從法益衡量原則，論大法官會議延期失效或預告失效解釋解釋之妥當性，月旦法學雜誌第 7 期，1995 年 11 月，頁 42。

²⁷⁶ 耿林，強制規範與合同效力——以合同法第 52 條第 5 項為中心，中國民主法制出版社，2009 年 6 月，頁 220。

²⁷⁷ Westphal, Zivilrechtliche Vertragsnichtigkeit wegen Verstoß gegen gewerberechtliche Verbotsgesetze, 1985, S. 101.

²⁷⁸ Westphal, Zivilrechtliche Vertragsnichtigkeit wegen Verstoß gegen gewerberechtliche Verbotsgesetze, 1985, S. 114.

²⁷⁹ Westphal, Zivilrechtliche Vertragsnichtigkeit wegen Verstoß gegen gewerberechtliche Verbotsgesetze, 1985, S. 129.



罰當事人之不法，後者僅是一個附帶的效果，因此即使當事人不知違法，為了維持整體法秩序的一致，當無效之效果有必要時，仍應使法律行為無效，不能僅因當事人不知違法，即維持法律行為之效力。

不過，當事人不知違法雖然通常不影響無效之認定，但其惡意或可非難性仍可能在個案中影響保護必要性或預防因素之考量，例如學者史尚寬所舉之例，他人之物之占有人以其物讓與惡意之相對人時，相對人成為侵占罪之共犯，讓與人和受讓人之行為皆構成侵占罪，兩者間法律行為之全部構成要件皆違反強行法規，應為無效，在此類情形，當事人間之契約自由與交易安全實無保護之必要。當事人之惡意也影響後續不當得利之效果。

第三項、援用比例原則作為判斷效力之方法

第一款、比例原則之意涵

比例原則〔Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit〕係指國會在制訂法律干預人民的基本權時，其干預之方式與範圍不得逾越必要之程度²⁸⁰。

比例原則要求「方法」與「目的」之均衡，需符合適法性、必要性與合比例性，分述如下²⁸¹：

1. 適合性原則〔Das Prinzip der Geeignetheit〕：又稱為適當性原則或合目的性原則，係指當國家採取措施限制人民之基本權時，該措施必須能適合於達到其所欲追求之公益目的。換言之，國家採取之措施必須是達到目的的有效手段。若國家採取的措施根本是與目的達成無關之辦法，便不具有適合性，例如緣木求魚即屬不適當、無用之手段。但因國家所採取之措施通常不至於與其目的相悖，因此多能滿足此原則之要求，故適合性原則在實際運用上並未扮演重要角色。

2. 必要性原則〔Das Prinzip der Erforderlichkeit〕：也稱為最小侵害原則，意謂管制行為不能超越實現目的之必要程度。若國家為達成某公益目的，而有兩個以上符合適合性原則之措施可供選擇時，必須選擇對人民利益侵害最小之手段。

3. 合比例性原則〔Das Prinzip der Proportionalität〕：又稱為狹義比例原則，此原則係指國家採取之措施與其所欲追求之公益目的必須加以衡量，任何干預措施所造

²⁸⁰ 李昕，論比例原則於民法上之運用，台灣大學法研所碩士論文，2012年6月，頁5。

²⁸¹ 李昕，論比例原則於民法上之運用，台灣大學法研所碩士論文，2012年6月，頁7、8。



成之損害應輕於達成目的所獲致之利益，始具有合法性，也就是說國家不能為了追求一個很小的公益，而犧牲一個很大的人民利益，亦即不能用大砲來打麻雀。此即禁止過度之概念，殺雞取卵亦屬手段與目的顯失均衡而不相當。

第二款、比例原則套用於民法第 71 條之模式

比例原則係公法上發展出用以限制國家權力之判斷準則，在憲法層次乃權衡個人基本權利與公共利益，運用於私法層次是用以權衡私人間之權利保護²⁸²。

比例原則是否得直接適用於民事關係，素有爭議。學者蘇永欽認為人權作為民事關係的界線，處理的並非公益和人權之權衡，而係人權理念與私法自治間的權衡，落實到具體個案，往往會變成兩造所受人權保障之權衡，需要調和的是兩種人權的一些客觀內涵，如制度性保障、保護義務、體系正義或價值秩序，亦可說人權之介入只是為民法經常要做的法益權衡工作再增加一些材料而已。憲法上適用的一些人權保障原則，對於私法關係，最接近的應該是蘊含法益權衡的比例原則，扣掉也許只在統治關係上較能合理化的必要性與合目的性檢驗，所謂的「狹義比例原則」類推適用於私法關係並無不妥²⁸³。

亦有論者討論比例原則是否得作為私法自治之界限，而認為於雙方當事人得自由安排其間法律關係，無地位不對等之情事，亦無不具行為能力、強暴脅迫之意思不自由、輕率急迫無經驗、或一方有獨占性地位等瑕疵時，當事人合意所做出之決定，縱有任何對其權利之限制甚至侵害，亦為當事人基於自主決定所放棄，此即所以由私法自治原則衍生出契約信守原則，則不應容許當事人事後任意主張該約定之利益分配不符合比例原則，請求第三人介入變更原約定²⁸⁴。

不過，本文提及比例原則，並非直接適用於民事關係，亦非單獨作為私法自治之界限，而係用於探討強制或禁止規定之適用。強制或禁止規定其實是國家權力所制定，為保護公益或弱勢當事人而限制私法自治，乃規範人民必須或禁止為特定行為之行為規範，故亦應屬一種國家權力之宣示與行使，比例原則似有作為判準之基礎。強制或禁止規定能否透過影響法律行為之效力而達其規定目的？是否有影響法

²⁸² 楊舒嵐，憲法價值於私法關係之體現—以隱私權與表現自由之衝突與調和為例，台灣大學法研所碩士論文，2010年，頁282。

²⁸³ 蘇永欽，民事立法與公私法的接軌，北京大學出版社，2005年10月，頁159-160。

²⁸⁴ 李昕，論比例原則於民法上之運用，台灣大學法研所碩士論文，2012年6月，頁41。



律行為效力之必要性？在個案中如何權衡法規所欲保護之法益與當事人受影響之法益？凡此皆與比例原則之運用有關。

陳新民大法官²⁸⁵亦同意將比例原則用作民法第 71 條之解釋依據，其論證為由於民法第 71 條及其但書已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，以正確詮釋違反法律強制或禁止規定是否應當導致無效之效果，或是有其他更和緩的手段。在此意義上，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。

退步言之，縱使認為強行規定與比例原則之適用於性質上有所扞格，由於比例原則是一套成熟的審查方式，其思考脈絡仍值得於民法第 71 條適用時作為借鏡。

然而實際上應如何以比例原則解釋民法第 71 條，仍待進一步細緻化與具體化。本文淺見以為於雙階檢驗之第一階段，應提出的問題乃為：「強制或禁止規定影響法律行為之效力是否適合系爭規定所欲追求之目的？」「強制或禁止規定影響法律行為之效力是否具有必要性？」「強制或禁止規定影響法律行為之效力所保護之法益是否大於契約自由？」前一問題答案通常是肯定的，使違反之法律行為效力受影響往往比不受影響更能發揮嚇阻或督促當事人之效果，重要的是若強制或禁止規定本身規定之行政或刑事不利益其實已足以達成規定之目的，則不需要再調整當事人法律行為之效果，這也是實務經常以存在行政或刑事制裁而將系爭規定判定為取締規定所隱藏的意涵。至於合比例性原則，若某強制或禁止規定本身並無制裁效果，然而該規定所欲保護之法益是很小的，甚至只是為了行政的簡便，則原則上不應介入當事人之契約自由，否則將造成手段與目的顯失均衡之情形。

於第二階段，應提出之問題為：「無效是否適合於達成系爭規定之目的？」「是否有必要使違法之法律行為無效？」「哪種效力所創造的狀態在法益上最合於比例？」首先應探詢使違法行為無效是否適於達成系爭規定之目的，其次研究個案中除無效外，是否有其他較為緩和之效力可適用，並權衡該效力所能達成之目的與將造成之

²⁸⁵ 參陳新民大法官部分協同部分不同意見書，頁 15：
<http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/uploadfile/C100/726%E9%83%A8%E5%88%86%E5%8D%94%E5%90%8C%E3%80%81%E9%83%A8%E5%88%86%E4%B8%8D%E5%90%8C-%E9%99%B3%E6%96%B0%E6%B0%91%E5%A4%A7%E6%B3%95%E5%AE%98.pdf> 最後瀏覽日：2015 年 2 月 10 日。



損害，判斷是否具有合比例性。

當然，在實際的操作上，不必然要如此繁瑣，正如前文所述，重點在於違反強制或禁止規定之法律行為是否無效，而不必然要將思考流程截然二分，尤其在經過前面幾段文字的分析，更會發現這兩階段的思考常有重複而難以截然畫分之處。因此可以將雙階檢驗合併簡化為：「違反系爭規定是否使法律行為無效？」簡化後即民法第 71 條之操作須回答三道問題：「無效是否適合實現系爭規定之目的？」「是否有必要使違法之法律行為無效？」「該效力所創造的狀態和保護之法益與契約自由相較是否合於比例？」這與其說是一新理論，不如說是既有學說和實務之整理。例如學者史尚寬提出之「非以為無效則不能達其規定之目的時，亦應認為無效」，其實就表彰了「無效是否適合系爭規定之目的」？「是否有必要使違法之法律行為無效」？故比例原則可以在思考時協助釐清脈絡，但回答每一問題之方法，仍須尋繹學說和實務已提出之種種標準，加以歸納整理，進行上一款所提之法律解釋和法益權衡。

第三款、例證

以下嘗試舉例適用於比例原則之操作。

一、適合性：

例如食品安全衛生管理法第 15 條第 1 項〔102 年修正前第 11 條〕²⁸⁶：「食品或食品添加物有下列情形之一者，不得製造、加工、調配、包裝、運送、貯存、販賣、輸入、輸出、作為贈品或公開陳列：一、變質或腐敗。二、未成熟而有害人體健康。三、有毒或含有有害人體健康之物質或異物。四、染有病原性生物，或經流行病學調查認定屬造成食品中毒之病因。五、殘留農藥或動物用藥含量超過安全容許量。六、受原子塵或放射能污染，其含量超過安全容許量。七、攙偽或假冒。八、逾有效日期。九、從未於國內供作飲食且未經證明為無害人體健康。十、添加未經中央主管機關許可之添加物。」本條文禁止對人體健康有危害之食品或食品添加物販賣，則業者違法與零售商或消費者成立之買賣契約是否有效？在這類型案例中，使契約無

²⁸⁶ 類似之買賣標的物管制如對食品及添加物之管制〔食品安全衛生管理法、消費者保護法、標準法〕、對醫藥品及化妝品之管制〔化妝品衛生管理條例〕、對電器用品類之管制〔商品標示法、消費者保護法、標準法〕、對汽車類之管制〔商品標示法、標準法〕、對家庭用品類之管制〔商品標示法、消費者保護法、標準法〕、對工業用設備及生產機器具之管制〔勞工安全衛生法〕，詳參林誠二，民法債編各論〔上〕，中國人民大學出版社，2007 年 3 月，頁 59。



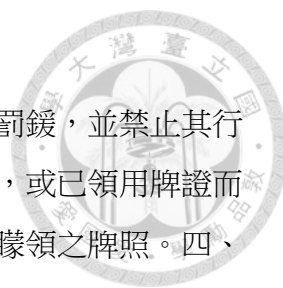
效，似非處理危害之妥當方式，反而使契約有效，讓消費者仍得依契約主張瑕疵擔保責任等損害賠償，或許更能保護消費者之權益，因此在業者違反該條規定時，契約並不因此無效。實務上如台中地方法院 101 年訴字第 508 號判決即認為違反修正前食品衛生管理法第 11 條之規定屬物之瑕疵：「食品業者製造、加工或販賣攙偽或假冒之食品者，即該當食品衛生管理法第 11 條第 7 款之要件。藥品之製造，應向中央衛生主管機關申請查驗登記，並經核領藥品許可證後，始得為之，且藥品乃兼括其成分、規格、性能等內涵，而非僅止於藥品成分為限，則足以影響人類身體結構及生理機能之藥品，倘合於藥事法第 20 條規定之四種情形之一，即屬偽藥。是以，產品既以食品登記銷售，並未經中央衛生主管機關為製造藥品之核准卻含有西藥成分，自足以影響買受人買受產品之價值及效用，亦不具出賣人所保證之品質，當屬構成物之瑕疵。」

再如建築法第 13 條第 1 項：「本法所稱建築物設計人及監造人為建築師，以依法登記開業之建築師為限。但有關建築物結構及設備等專業工程部分，除五層以下非供公眾使用之建築物外，應由承辦建築師交由依法登記開業之專業工業技師負責辦理，建築師並負連帶責任。」若建築物設計人非依法登記開業之建築師，其與委任人或定作人間之契約似不宜歸於無效，尤其在房屋已建造完成之情形，若使契約無效，依不當得利處理個案，並不妥當。不如讓委任人或定作人得依契約請求損害賠償。值得注意的是，建築法第 13 條被法院認定為民法第 184 條第 2 項之「保護他人法律」，縱然契約有效，仍不能脫免非法建築師之侵權責任，且損害賠償責任不以人身之損害為限，亦包括建築物應有價值之財產損害在內。最高法院 95 年台上字第 395 號判決²⁸⁷、92 年台上字第 2406 號判決可資參照。

二、必要性：

例如道路交通管理處罰條例第 12 條〔現行有效條文〕規定：「汽車有下列情形

²⁸⁷ 「關於建築改良物之興建，建築法就起造人、承造人、設計人、監造人所為規範（建築法第十三條、第三十九條、第六十條、第七十條參照），自均為保護他人為目的之法律，彼等應負誠實履行義務，不得違反，如有違反而造成建築改良物之損害，對建築改良物所有人，難謂毋庸負損害賠償責任。且此之所謂損害，不以人身之損害為限，亦包括建築改良物應有價值之財產損害在內。」



之一者，處汽車所有人新臺幣三千六百元以上一萬零八百元以下罰鍰，並禁止其行駛：一、未領用牌照行駛。二、拼裝車輛未經核准領用牌證行駛，或已領用牌證而變更原登檢規格、不依原規定用途行駛。三、使用偽造、變造或贗領之牌照。四、使用吊銷、註銷之牌照行駛。五、牌照借供他車使用或使用他車牌照行駛。六、牌照吊扣期間行駛。七、已領有號牌而未懸掛或不依指定位置懸掛。八、牌照業經繳銷、報停、吊銷、註銷，無牌照仍行駛。九、報廢登記之汽車仍行駛。十、號牌遺失不報請公路主管機關補發，經舉發後仍不辦理而行駛。前項第一款中屬未依公路法規定取得安全審驗合格證明，及第二款、第九款之車輛並沒入之；第三款、第四款之牌照扣繳之；第五款至第七款之牌照吊銷之。第一項第四款、第六款及第八款之汽車當場移置保管，並通知汽車所有人限期領回之。」違反本條文之買賣契約或當事人之任何法律行為，並無必要以之為無效。一方面係因本法乃為加強道路交通管理，維護交通秩序，確保交通安全而制定，第 12 條之規定並非直接與保護法益相關，換言之，違反第 12 條不必然會危及交通安全；另一方面第 12 條已規範行政罰鍰，足以嚇阻違法行為，必要時並得禁止行駛，更能維護交通秩序及交通安全，實無必要再影響當事人法律行為之民事效果。

再如道路交通安全規則第 15 條：「汽車新領牌照應申請登記。汽車有左列情事之一者，應申請異動登記。一、過戶。二、變更。三、停駛。四、復駛。五、報廢。六、繳銷牌照。七、註銷牌照。」縱使當事人買賣汽車而未申請異動登記，亦不影響其買賣契約之效力。因本條規定屬於行政管理事項，並未直接涉及交通安全之保護，沒有必要使違反之法律行為無效。

三、合比例性：

例如政府採購法第 22 條限制性招標²⁸⁸之規定，政府採購法第 1 條宣示：「為建

²⁸⁸ 政府採購法第 22 條：「機關辦理公告金額以上之採購，符合下列情形之一者，得採限制性招標：一、以公開招標、選擇性招標或依第九款至第十一款公告程序辦理結果，無廠商投標或無合格標，且以原定招標內容及條件未經重大改變者。

二、屬專屬權利、獨家製造或供應、藝術品、秘密諮詢，無其他合適之替代標的者。

三、遇有不可預見之緊急事故，致無法以公開或選擇性招標程序適時辦理，且確有必要者。

四、原有採購之後續維修、零配件供應、更換或擴充，因相容或互通性之需要，必須向原供應廠商



立政府採購制度，依公平、公開之採購程序，提升採購效率與功能，確保採購品質，爰制定本法。」則政府採購法所保護之法益為採購程序之公平與效率。最高法院 100 年台上字第 481 號判決認為：「按政府採購法係為建立政府採購制度，依公平、公開之採購程序，提升採購效率與功能，確保採購品質而制定，乃政府機關、公立學校、公營事業或受政府機關等補助一定金額之法人或團體辦理採購時，使政府採購程序回歸市場競爭機制所應遵守之規範，該法復未就政府機關立於私法主體地位從事私經濟行政（國庫行政）之行政輔助行為而訂定之『私法行為』，其效力是否因此受影響設其明文，此觀同法第一條、第三條、第四條及其他條文規定自明。權衡該法所規範目的保護之法益與該私法行為本身涉及交易安全、信賴保護之法益，應認政府採購法之性質係行政機關之內部監督規範，為行政機關辦理採購時之取締規定，而

採購者。

五、屬原型或首次製造、供應之標的，以研究發展、實驗或開發性質辦理者。

六、在原招標目的範圍內，因未能預見之情形，必須追加契約以外之工程，如另行招標，確有產生重大不便及技術或經濟上困難之虞，非洽原訂約廠商辦理，不能達契約之目的，且未逾原主契約金額百分之五十者。

七、原有採購之後續擴充，且已於原招標公告及招標文件敘明擴充之期間、金額或數量者。

八、在集中交易或公開競價市場採購財物。

九、委託專業服務、技術服務或資訊服務，經公開客觀評選為優勝者。

十、辦理設計競賽，經公開客觀評選為優勝者。

十一、因業務需要，指定地區採購房地產，經依所需條件公開徵求勘選認定適合需要者。

十二、購買身心障礙者、原住民或受刑人個人、身心障礙福利機構、政府立案之原住民團體、監獄工場、慈善機構所提供之非營利產品或勞務。

十三、委託在專業領域具領先地位之自然人或經公告審查優勝之學術或非營利機構進行科技、技術引進、行政或學術研究發展。

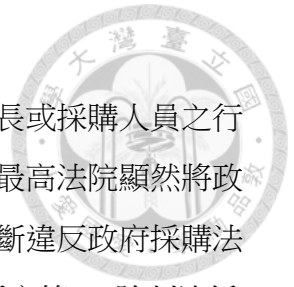
十四、邀請或委託具專業素養、特質或經公告審查優勝之文化、藝術專業人士、機構或團體表演或參與文藝活動。

十五、公營事業為商業性轉售或用於製造產品、提供服務以供轉售目的所為之採購，基於轉售對象、製程或供應源之特性或實際需要，不適宜以公開招標或選擇性招標方式辦理者。

十六、其他經主管機關認定者。

前項第九款及第十款之廠商評選辦法與服務費用計算方式與第十一款、第十三款及第十四款之作業辦法，由主管機關定之。

第一項第十三款及第十四款，不適用工程採購。」



非效力規定，縱採購機關未依該法規定辦理採購，僅生該機關首長或採購人員之行政責任，尚不影響政府機關依民事法規締結採購契約之效力。」最高法院顯然將政府採購法保護法益置於交易安全與信賴保護等法益之下，從而判斷違反政府採購法之民事契約不因之無效。本案之一審法院花蓮地方法院 97 年重訴字第 29 號判決採取不同見解：「政府採購法之立法目的即在建立政府採購制度依公平、公開之採購程序為之，若聽任政府機關不依政府採購法所規範之程序任意進行採購行為，政府採購法即喪失其立法目的，故政府機關、公立學校、公營事業辦理採購，就工程之定作、財物之買受、定製、承租及勞務之委任或僱傭等採購事宜時，自應依政府採購法之規定，而其中就機關辦理政府規劃或核准之交通、能源、環保、旅遊等建設，經目的事業主管機關核准開放廠商投資興建、營運者，其甄選投資廠商之程序，除特別法令有特別規定，而應適用該特別法規之規定外，仍應適用本法之規定，踐行本法所規定之採購程序及限制，且應適用本法之規定者，除符合本法第 22 條第 1 項及第 23 條得採取限制性招標，不經預先公告之程序者外，均需以公開或選擇性招標方式採購之，此屬強制規定，依民法第 71 條規定，違反上開規定所為之採購，自屬無效。」

本文贊同最高法院之見解，尤其在契約已履行之情形，若使契約無效，將對交易安全造成極大侵害，實不符合比例性原則。且若採購機關之人員或廠商違法，可能構成刑法之圖利罪或受政府採購法第 87 條至第 92 條之處罰，其嚇阻作用應已足夠，而無必要再使契約無效。

又如國有財產法第 49 條第 1 項：「非公用財產類之不動產，其已有租賃關係者，得讓售與直接使用者。」最高法院 88 年台上字第 1460 號判決認為：「非公用財產類不動產之出售，其已有租賃關係，難於招標比價者，得參照公定價格，讓售與直接使用者。所謂直接使用者，依該法施行細則第五十三條第二款規定，係指租用建築用地，並已建有房屋或其他建築物之所有人而言。前述規定為公有土地讓售之要件，為杜流弊並維護全民利益，自有嚴加遵守之必要。……則上訴人主張兩造間就系爭土地之買賣因違反前揭國有財產法之強制規定而無效，訴請被上訴人塗銷系爭土地所有權移轉登記，即非全然無據。」本案之二審法院高雄高分院 87 年上字第 9 號判決認系爭條文為注意規定而非效力規定，最高法院則相反地認為為杜流弊並維護全



民利益，有必要使土地買賣契約無效。從最高法院之論理可知，最高法院將國有財產間接地視為全民財產，為避免國有土地遭任意變賣，而使不符土地讓售要件之買賣契約無效，將全民利益放在個案中的契約自由之前，應值贊同。

第四項、決定法律行為是否無效之輔助線索

強制或禁止規定是否影響法律行為之效力，總的來看，應視法規目的及法益衡量而定，法規目的及法益衡量之不可避免已如前述，其不確定性與彈性在所難免，與其徒勞地尋找一個放諸四海皆準的硬性標準，不如綜合學說與實務之判斷，觀察是否有某些輔助線索可供參酌，整理如下：

第一款、規定僅針對法律行為之周圍情事：

法規僅針對法律行為之外部情狀，而非直接針對法律行為之內容，例如法令禁止在某時間、地點營業者，僅涉及締結法律行為之外部情況，非在禁止特定行為的內容，由於這類情形往往並不涉及契約主要內容，所以當法律有強制要求時，通常不會影響契約之效力。以電子遊戲場業管理條例第 9 條第 1 項來說：「電子遊戲場業之營業場所，應距離國民中、小學、高中、職校、醫院五十公尺以上。」僅涉及法律行為發生的外部地點，電子遊戲場業違法之營業不會因之無效²⁸⁹。另外如某些非針對法律行為本身的行政管制規定，像是醫師代理執業看診的報備規定、違反土地使用分區之管制規定，規範對象都是法律行為核心本體以外之作成方式、週邊行為與附帶義務，毋庸在私法上否定法律行為之效力²⁹⁰。

第二款、規定已規範行政制裁：

依行政罰法第 1 條，違反行政法上義務可能受罰鍰、沒入或其他種類行政罰，同法第 2 條將其他種類行政罰分為限制或禁止行為之處分、剝奪或消滅資格、權利之處分、影響名譽之處分、警告性處分。前揭學者邱聰智主張行政諸法上之強行規定中，立法意旨未明、倫理規範性質亦不強烈者，宜解釋為單純取締規定，無民法第 71 條之適用，在此等法律領域，宜採強行規定適用謙抑原則，適度限制強行規範之適用空間。最高法院也常因法條本身已規範行政罰鍰或吊銷執照之裁罰性不利處

²⁸⁹ 王立達、許翠玲，違法聯合行為協議之私法上效力：競爭法與民法第 71 條之雙向實證與釋義分析，中研院法學期刊第 11 期，2012 年 9 月，頁 93。

²⁹⁰ 王立達、許翠玲，違法聯合行為協議之私法上效力：競爭法與民法第 71 條之雙向實證與釋義分析，中研院法學期刊第 11 期，2012 年 9 月，頁 93、頁 104。



分而將該法條認定為取締規定。例如最高法院 102 年台上字第 23 號判決：「殯葬管理條例第四十四條固規定『與消費者簽訂生前殯葬服務契約之殯葬服務業，須具一定之規模；其有預先收取費用者，應將該費用百分之七十五依信託本旨交付信託業管理。前項之一定規模，由中央主管機關定之。中央主管機關對於第一項書面契約，應訂定定型化契約範本及其應記載及不得記載事項』，惟該規定之立法目的，在於貫徹主管機關對於殯葬服務業之管理，此觀同條例第六十五條規定主管機關對於違反該規定者，係先限期命改善，再處予罰鍰或廢止其許可，可知係屬取締規定，而非效力規定。」

當然，僅以行政裁罰性不利處分之存在為單一標準，排除該法規影響私法行為效力之可能，並不合理。然而，若法規本身規範之公法上裁罰處分已足以達成規範之目的，則不必再影響法律行為之效力，只有在需要私法上制裁協助實現規範目的時，才需要配合民法第 71 條調整法律行為之私法效力。

第三款、規定係針對所有法律行為當事人：

若強制或禁止規定針對雙方當事人均設有行政或刑事制裁，則該條文通常為影響法律行為效力之效力規定；反之，若僅對一方當事人開罰，則須進一步探究該規定之立法目的。如學者史尚寬舉例，他人之物之占有人以該物讓與惡意之相對人時，則相對人成為侵占罪之共犯，讓與人和受讓人之行為皆構成侵占罪，兩者間法律行為之全部構成要件皆違反強行法規，應為無效²⁹¹。而學者詹森林舉例，刑法第 121 條就公務員職務上收受賄賂之行為，雖僅處罰收受賄賂之公務員，但公務員與行人間之贈與契約仍違反刑法要求公務員公平、公正執法之規範目的，故贈與契約應屬無效²⁹²。細繹其背後意涵，若雙方當事人均違法而須受罰，則其對法規所欲保護之法益，侵害程度恐怕較為重大，且當事人雙方之契約自由保護必要性降低，較不具有正當性，因此強制或禁止規定介入調整私法效力通常符合適合性、必要性與合比例性。

第四款、違法之法律行為已履行：

²⁹¹ 史尚寬，民法總論，正大印書館，1980 年 1 月，頁 296。

²⁹² 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，載於程序正義、人權保障與司法改革，元照，2009 年 3 月 1 日，頁 307-308。



在某些案例中，如建築法、營業法規等，法律行為雖違反規定，但契約已履行，無效並非適當之後果時，該規定傾向於被認定為不影響私法效力之取締規定〔詳參第三章第四節第三項第三款例證一、適合性之論述〕。

若違法行為已履行完畢，表示該強制或禁止規定並不能有效禁止違法行為，則此時需要考量無效是否能從其他方面協助立法目的之完成，像是預防性作用²⁹³。當交易當事人之違法情事並非明顯，且大部分場合他方當事人不易知悉，如食品販售業者是否取得營業許可執照，或有無履行各項行政法上之義務，消費者多難以查證²⁹⁴。考量到無必要介入已完成之民事關係狀態，而無效之制裁也無法達成目的，反而當事人對於契約之安定性及當事人間之信賴利益更需要保護²⁹⁵，雖然違反之規範並不一定是影響私法效力之取締規定，然而仍有可能在個案中讓法律行為免除無效之命運。

第五款、不同法領域之規範密度與想像各異：

學者邱聰智認為強制或禁止規定之認定方向應朝向二元化，民刑事法規宜解釋為強制或禁止規定，行政法上規定則反之，關鍵在於規定之倫理性質是否濃厚，前文曾論述所謂倫理性質太不明確，應為輔助判斷法益重要性之考量因素；不過，這樣的思考脈絡也反映出每個法領域對於私法關係的規範密度和該法律制度所欲營造之理想圖像不同。

在營業管制法規部分，實務上傾向違反行為有效，效力不受影響²⁹⁶；若違反食品衛生管理法〔103年修正後為食品安全衛生管理法〕，販售變質或對健康有害之食品，原則上業者與消費者間之買賣契約不受影響，畢竟讓消費者得依契約求償，可能比只能依侵權規定請求損害賠償有利，也就是說相關規定原則並不排斥當事人交易之私法效果。

²⁹³ 陳彥良，民法中強行禁止規定之效力於商法領域之討論—以公司法中公司貸與資金限制為中心，台北大學法學論叢第 81 期，2012 年 3 月，頁 31。

²⁹⁴ 葉子超，法律行為因違反強行規定而無效的問題探討，輔仁大學法律學系碩士論文，1999 年 7 月，頁 79。

²⁹⁵ 耿林，強制規範與合同效力——以合同法第 52 條第 5 項為中心，中國民主法制出版社，2009 年 6 月，頁 327。

²⁹⁶ 葉子超，法律行為因違反強行規定而無效的問題探討，輔仁大學法律學系碩士論文，民國 1999 年 7 月，頁 40。

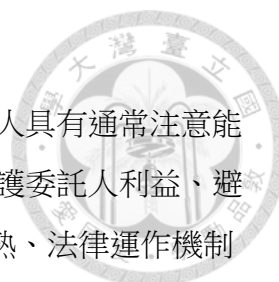


再如違反刑法之法律行為，通常會被認定無效，因為刑罰有最後手段原則，即刑罰的介入，必須在別無其他制裁手段可用時，只有在反倫理程度較高、社會危險性較嚴重之行為類型，才能加以犯罪化²⁹⁷。則刑法所保護者，通常是較重要之法益，且法益受侵害之程度較為嚴重，立法時已考量過手段之必要性，相應的在民事效果上，無效也比較容易成為合適的後果。比較特別的是詐欺罪之規定，由於民法已規定詐欺行為得撤銷〔民法第 92 條參照〕，因此若符合民法第 92 條之構成要件，應依該條所規定之效力處理，而不需再透過民法第 71 條推導出得撤銷之結果。

另如違反公司法之法律行為，須視該社會是否為成熟的商業社會而決定規範之強制力。公司法中的強行規定主要有幾類：一、規範公司型態的法律規範：目的方面是為了加強對公司的行政管理，另一方面是保障公司型態的確定性，避免股東、公司的責任形式處於不確定狀態，交易相對方為此付出較大的訊息蒐集成本。此類規範主要是為了行政管理，因此法律行為違反其規定並不必然導致行為自始、絕對無效。二、某些程序性規定：這些規定不直接決定公司內部的權力歸屬或現金流量流向何處，僅是在程序上促使已經決定好的分配結果獲得實現²⁹⁸。程序性規定大致可分為兩種類型，1.保證公司經營活動正常開展，如：法院依強制執行程序轉讓有限公司股東之出資時，應通知公司及其他全體股東；2.保證特定群體的權利，如股份公司股東會議召開的通知時間限制。三、對公司權力進行配置的法律規範：對股份有限公司，尤其是上市公司之各機構如股東會、董事會、監察人、經理人之間的權力分配必須相互配合、相互制衡、相互監督，原則上由強行規定進行規範。由公司法透過強行規定將公司架構固定，可降低公司章程的不確定性和利害關係人的訊息蒐集成本。非上市公司的治理架構原則上較自由，因為通常股東人數較少，甚至大部分股東兼任公司董事會、經營管理層之組成人員，熟知公司之經營決策事項，股東間通過協商和討價還價可安排公司權力的分配。但若個別股東利用這種分配結果壓迫其他股東，即應適用規定受任人義務之強行規定。四、規定公司負責人信託義務之法律規範：受任人義務〔fiduciary duty〕理論源自英國衡平法。一般分為注意

²⁹⁷ 林東茂，刑事法學之理想與探索第四卷—刑事政策與自由主義，學林文化，2002 年 3 月，頁 9。

²⁹⁸ Jeffrey N. Gordon, *The Mandatory Structure of Corporate Law*, *Cloum. L. Rev.*, Vol. 89, No. 7, 1989. p. 1591. 轉引自賀少峰，公司法強制性規範研究，廈門大學出版社，2010 年 3 月，頁 75。



義務〔duty of care〕和忠實義務〔duty of loyalty〕，前者要求負責人具有通常注意能力之人在相同地位和情況下應達到的注意程度，後者包括積極保護委託人利益、避免從事對委託人有害的行為及必要的資訊揭露義務²⁹⁹。市場越成熟、法律運作機制越完善，公司法中的強行規定就越少，任意規定則增加，因為可以將對一些應禁止行為的監督和制約交由市場或相應機構完成，或交由司法單位進行事後監督或糾正，法律僅引導人民的行為，導向性功能大於震懾性功能³⁰⁰。當誠實、信用、勤勉等成為公司參與人自願遵守的行為準則時，法律再強制規定內部人的受任人義務就變得不合時宜；反之，當欺騙、蒙蔽、虛假等行為充斥市場時，強行規定在某程度上可以發揮震懾作用³⁰¹。違反強行規定之法律行為雖不必然為絕對、自始、當然、確定無效，但違反任意規定之法律行為，其民事效力顯然不受影響。

又如信託法中存在之任意法規，係以零散式立法模式，於相關法條設有「信託行為另有訂定」、「信託行為訂定」、「信託行為所訂」或「推定」等文字，以明確指出各該條款為任意規定，包括信託法第 17 條第 1 項、第 24 條第 2 項、第 25 條、第 28 條第 2 項、第 37 條、第 38 條第 1 項、第 40 條第 1 項、第 40 條第 2 項、第 36 條第 1 項、第 65 條、第 79 條等等，十分廣泛。具體而言，信託法本質上是提供一套標準規範，供當事人選擇採用信託法所提供之標準規範，或自行量身訂作信託條款，故原則上屬於任意規定。美國統一信託法典即於第 105 條列舉屬於強行規定之規範，包括信託之成立要件、第三人之保護規定、法院之權限及受益人之基本權益，並以「信託條款另有訂定者，優先適用於本法典之規定」揭示信託法為任意規定之本質³⁰²。

每部法規由於規範對象與目的之差異，對於強行規定和任意規定之配置不同，也影響法規中個別規定傾向於解釋為取締規定或強制規定。這有賴於不同領域之學者深入研究。

²⁹⁹ 賀少峰，公司法強制性規範研究，廈門大學出版社，2010 年 3 月，頁 73-83。

³⁰⁰ 賀少峰，公司法強制性規範研究，廈門大學出版社，2010 年 3 月，頁 100。

³⁰¹ 賀少峰，公司法強制性規範研究，廈門大學出版社，2010 年 3 月，頁 103。

³⁰² 王志誠，信託法之二面性—強行法規與任意法規之界線，政大法學評論第 77 期，2004 年 2 月，頁 179、181、182。



第五項、效力之類型化

經由民法第 71 條但書之操作，法律行為違反強制或禁止規定，可能有多種效力得選擇，難以找出一般性的標準，而類型化有助於減少判斷的複雜性和不確定性，因此是無法獲得一般標準的前提下，最大限度地去尋找規律的一種方法³⁰³。據學者黃茂榮³⁰⁴之見解，類型化具有下列功能：

1. 利用類型掌握法律資料：法律資料往往十分繁瑣，以類型管理資料，分門別類，使之構成體系，方能充分掌握。例如民法將所欲規範之對象分類為五編。

2. 利用類型幫助法律解釋：具有共同存在特徵者，應為相同之處理，以共同特徵建立之類型，可以觸類旁通，幫助理解法律。

3. 利用類型發現法律漏洞：將類型當成檢查清單，清查法律規定是否有疏漏或矛盾。

不過，類型化僅是一種輔助法律解釋之方法，不能完全取代法律解釋。在下一章中，本文將整理學者提出之效力可能性，並尋繹每種效力類型蘊含的特質，以掌握法律資料、幫助法律解釋，作為具體認定違法法律行為效力之參考。

³⁰³ 耿林，強制規範與合同效力——以合同法第 52 條第 5 項為中心，中國民主法制出版社，2009 年 6 月，頁 169。

³⁰⁴ 黃茂榮，法學方法與現代民法，國立台灣大學法學叢書，2006 年 4 月，頁 930、931、937。



第四章 違法之效力

第一節、效力之類型化

民法第 71 條但書規定可以視為對於司法造法之積極授權，讓法院以此為依據創造不同的法律效果³⁰⁵。本節之目的在於尋找各種效力類型的特徵，作為具體認定違法法律行為效力之參考。然而各部法律中共計有哪些強制或禁止規定，如何一一認定，實非本文所能掌握，而須回歸各種法律——例如公司法、勞動法——等研究領域去探討。是以下文中所提到之特徵，是一種大概的描述，無法鉅細靡遺地涵括所有情況，僅冀望能做個粗淺的嘗試。另須說明的是，法規中已明文規範違法之法律行為效力者，固毋須適用民法第 71 條，惟要建立效力之類型、探討其共同特徵，卻不能不借助已有明文之規範，因為法律的實施要求公平正義與可預見性，同類案件應依同種標準裁判之，所以往往須從已明定效力之規範出發，整理該規範選擇特定效力之目的與考量因素，以作為類型化之基礎。

第一項、有效

第一款、有效之意義

法律行為之有效，即指法律行為發生當事人所欲之法律效果。在民法第 71 條之適用中，違反強制或禁止規定而仍然有效者，係對應於學說和實務上之取締規定。

第二款、有效之案例特徵

學者整理最高法院認定之取締規定³⁰⁶，為便於討論，本文將之調整如下表：

³⁰⁵ 王立達、許翠玲，違法聯合行為協議之私法上效力：競爭法與民法第 71 條之雙向實證與釋義分析，中研院法學期刊第 11 期，2012 年 9 月，頁 108。

³⁰⁶ 王立達、許翠玲，違法聯合行為協議之私法上效力：競爭法與民法第 71 條之雙向實證與釋義分析，中研院法學期刊第 11 期，2012 年 9 月，頁 103-104。



規範標的	效果類型	取締規定
非針對法律行為本身	無責任規定	營造業管理規則第 16 條〔94 年廢止〕：各級營造業之承攬限額
	行政責任	營業稅法第 2 條第 1 項前段、稅捐稽徵法第 44 條
		保全業法第 12 條第 1 項
		醫療法第 19 條、醫療法施行細則第 16 條〔95 年修正前〕
		銀行負責人應具備資格條件第 7 條：禁止銀行監察人之親屬擔任同銀行之董事、經理人
		政府採購法勞務採購之限制性招標規定
行政責任 與 刑事責任	區域計畫法第 15 條第 1 項	
針對當事人一方	行政責任 與 民事責任	公平交易法第 21 條第 1 項、第 2 項：不得不實廣告
	刑事責任	勞動基準法第 45 條第 1 項前段：禁止雇用未滿 15 歲童工
針對特定法律行為	行政責任	短期補習班設立及管理規則〔88 年廢止〕第 47 條：不得讓售、贈與、出租、典質補習班立案證書
		發展觀光條例第 55 條第 2 項第 3 款、旅行業管理規則第 49 條、第 56 條：禁止旅行業明知旅客證件不實而受託代辦手續
	行政責任 與 刑事責任	證券交易法第 150 條本文：禁止公開市場外私下買賣



		證券交易法第 43-8 條第 1 項：禁止私募應募或購買後轉賣
涵蓋某一類型或業務別的法律行為整體	無責任規定	合作社法第 3 條第 4 款〔91 年修正前〕：收受非社員存款
	行政責任與民事責任	銀行法第 22 條：不得經營未經核定之業務
	行政責任與刑事責任	證券交易法第 60 條第 1 項第 1 款〔77 年修正前〕：券商收受存款或放款
		建築法第 13 條：未依法登記開業之建築師為設計人或監造人

※表格 二

從表格³⁰⁷中可以再次看出實務上容易將附有行政和刑事制裁之規定當成取締規定，這是由於在已有制裁之情形下，通常較無必要再影響當事人間私法效力。

首先，取締規定仍應為強行規定，不容當事人任意以協議變更之，因此所規範者從法規目的觀之，仍應為關於社會之秩序、國家之一般利益、直接關於第三人之利害、交易安全、或為保護一定之人所特設之規定。就此觀之，營業稅法第 2 條之規定，僅係在契約未約定時，特定納稅義務人，似無必要認定為強行規定，而後再以為取締規定排除其影響私法關係之效力。

其次，比較明顯可以看出的特徵是並非針對法律行為本身之行政規定，如保全業應否訂立書面契約、醫師代理執業看診之報備、違反土地使用分區之管制規定，規範的僅是法律行為作成方式、週邊行為與附帶義務³⁰⁸，較無介入私法關係影響法律行為效力之必要。而以當事人一方為管制對象之公法規定，通常不是針對法律行為本身，例如政府採購法對採購行為所設的種種程序要求與申訴規定，乃是針對政府作為當事人一方的內部控管規定，其違反與否並不影響採購契約本身之合法性。

³⁰⁷ 對於是否能將規定依針對「法律行為」或針對「意思表示」再行區分，本文於第三章第一節已介紹過德國法上規範對象說。針對當事人一方之規定，應可歸類為係規範特定當事人之意思表示，而針對特定法律行為之規定，似係規範整個法律行為。惟即使做此區分，亦無法直接得出規範意思表示之規定即不影響法律行為之私法效力，仍須探究規定之立法目的。

³⁰⁸ 王立達、許翠玲，違法聯合行為協議之私法上效力：競爭法與民法第 71 條之雙向實證與釋義分析，中研院法學期刊第 11 期，2012 年 9 月，頁 104。



即使對於當事人一方之資格管制有助於節省交易之資訊蒐集成本，但若當事人有可能自為篩選³⁰⁹，則無必要介入調整其契約關係。

至於其他針對法律行為之規定，尚須個別認定。保護一方當事人之公平交易法第 21 條第 1 項、第 2 項³¹⁰、勞動基準法第 45 條第 1 項前段分別保護公眾和勞工，都是保護契約一方當事人，前者是否參酌消費者保護法第 22 條，使企業經營者對消費者所負之義務不得低於廣告之內容，後者是否選擇相對無效或部分無效之法律後果，更能達成保護之目的，並非無疑。不宜在第一階段就排除這些條文對法律行為私法效力之影響，而認定為取締規定。

短期補習班設立及管理規則第 47 條禁止讓售、贈與、出租、典質補習班立案證書，由於契約若有效，將直接使法規目的無法達成，且該規定是透過對補習班之管理保護學生之安全、健康與受適當教育之權利，使違反之法律行為無效符合適當性、必要性與合比例性。發展觀光條例第 55 條第 2 項第 3 款、旅行業管理規則第 49 條、第 56 條禁止旅行業明知旅客證件不實而受託代辦手續，係透過證件之真實保護社會秩序，且在旅行業及旅客均知證件不實之情形下，契約自由之保護必要性也降低，似不宜認定為取締規定。

而證券交易法第 150 條本文、證券交易法第 43-8 條第 1 項則因使契約無效對交易安全危害過大，不具合比例性，因此得認為取締規定。合作社法第 3 條第 4 款、銀行法第 22 條、證券交易法第 60 條第 1 項第 1 款亦屬因顧及交易安全而使違反之法律行為有效之規定。使違反建築法第 13 條之契約無效不具有適合性，已論述如第三章第四節第三項第三款。

綜上所述，取締規定所關係之法益不見得不重要，但取締規定的保護方式與限制法益之侵害較無直接相關，在這種情況下，法律並不適合強制介入私法關係，且若介入亦不符合手段的最小侵害性；或保護方式雖與保護法益直接相關，但使契約無效過於侵害交易安全，則法規介入影響私法效力不具合比例性。最明顯而主要的

³⁰⁹ 王立達、許翠玲，違法聯合行為協議之私法上效力：競爭法與民法第 71 條之雙向實證與釋義分析，中研院法學期刊第 11 期，2012 年 9 月，頁 105。

³¹⁰ 公平交易法與消費者保護法對於廣告之規定有不同規範功能，詳參陳忠五，不誠實廣告與夾層屋買賣契約--實務上相關判決之綜合評釋〔上〕，台灣本土法學雜誌第 2 期，1999 年 6 月；陳忠五，不誠實廣告與夾層屋買賣契約--實務上相關判決之綜合評釋〔下〕，台灣本土法學雜誌第 3 期，1999 年 8 月。



類型其實是非針對法律行為內容本身之規定。

第二項、絕對無效

第一款、絕對無效之意義

法律規定出現無效之字眼時，依一般學說見解，指的是絕對無效，即法律行為當然、自始、確定不發生效力。當然無效，指法律行為毋須任何人主張，當然不發生效力，任何人皆得主張，亦得對任何人主張。自始無效意謂法律行為成立時，即自始不發生當事人所欲發生之效力。確定無效，指無效之法律行為於成立時，即不發生效力，日後亦無再發生效力之可能，也不因情事變更而效力回復，即使經當事人承認，亦不能發生效力³¹¹。

第二款、絕對無效是否為民法第 71 條主要效力

對於違反法律禁止規定者，在一定情況下必須以國家的強制力施加制裁，因此制裁的意義可說是：國家公權力機關透過強制力加諸違反法律義務者的一種惡害或不利益³¹²。

民法上的制裁主要有以下幾種：1.損害賠償。2.宣告解散，是特別針對法人的制裁措施，如民法第 36 條規定。3.權利剝奪，例如民法第 1090 條，在構成法條要件的情況下，國家可以剝奪父母對子女的權利。4.管收處分：強制執行法第 22 條以下規定及管收條例。

對於無效是否能視為一種制裁，法理學者認為無效或撤銷並不能算是一種制裁，只是法律行為不能滿足一定條件時的法律效果。法律行為固然因違反強制規定而無效，然而嚴格說來，針對此種行為的制裁並非來自民法，而係來自行政法或刑法。民法中將這類法律行為定性為無效，只是說明法院不會或當事人無法請求法院介入協助完成此件私人關係，單純無效本身並不構成制裁³¹³。

但無論如何，法律行為違反強制或禁止之規定者，不被法制度所容許，不應讓當事人得訴請強制履行，以維護法律制度的無矛盾性，本即是民法第 71 條之目的。

³¹¹ 王澤鑑，民法總則，2014 年 2 月，頁 540；史尚寬，民法總論，正大印書館，1980 年 1 月。

³¹² 李太正、王海南、法治斌、陳連順、黃源盛、顏厥安合著，法學入門，元照，2007 年 9 月，頁 31。

³¹³ 李太正、王海南、法治斌、陳連順、黃源盛、顏厥安合著，法學入門，元照，2007 年 9 月，頁 35-36。



學者王澤鑑在分析欠缺生效要件之法律行為效力時，認為民法所採原則為：欠缺之要件若屬有關公益，則使之無效。若僅有關私益，則使之得撤銷，若屬程序之欠缺，如未得他人同意，則使之效力未定，並列表如下：

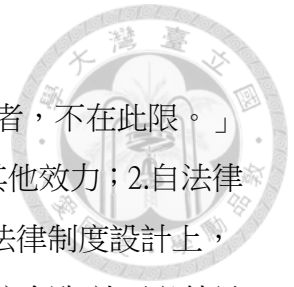
法律行為	欠缺生效要件			
	行為能力欠缺	標的不適當	意思表示不健全	效力
無效	1.無行為能力人之行為〔民§75〕 2.限制行為能力人未得允許之單獨行為〔民§78〕	1.違反強行法規之行為〔民§71〕 2.違背公序良俗之行為〔民§72〕	1.真意保留之例外〔民§86但〕 2.虛偽表示〔民§87〕	1.當然、自始、確定無效〔絕對無效〕 2.例外：相對無效〔民§87但〕
得撤銷		1.暴利行為〔民§74〕	1.錯誤及誤傳〔民§88、§89〕 2.被詐欺、脅迫〔民§92〕	1.在撤銷前已發生效力 2.經撤銷視為自始無效〔民§114〕
效力未定	1.限制行為能力人未得允許之契約〔民§79〕 2.無權處分之行為〔民§118〕 3.無代理權人之代理行為〔民§170〕			1.效力懸而未定 2.經承認有效

※表格 三³¹⁴

傳統上學者將標的適法當作法律行為生效要件，是以並不嚴格區分生效與被禁止二事，已如第二章第三節第三項所述，本文不擬再重複法理爭議，僅想指出就學者之論述，法律效果之安排，係對應於法規保護之法益屬於公益或私益³¹⁵，保護法益屬於公益者，違反之法律行為較可能無效；而違反民法第 71 條之效力，傳統學說上以狹義的當然、自始、確定無效為主。

³¹⁴ 王澤鑑，民法總則，2014 年 2 月，頁 538。

³¹⁵ 陳忠五，法律行為絕對無效與相對無效之區別，台大法學論叢第 27 卷第 4 期，頁 183：「我國法上關於法律行為效力瑕疵之分類，基本上是以法律行為瑕疵輕重之程度與違反法律所保護利益性質之不同作為立法上價值判斷與利益衡量之標準。」



不過民法第 71 條但書定有明文：「但其規定並不以之為無效者，不在此限。」所謂並不以之為無效，學者認為意義有二：1.法律條文明文規定其他效力；2.自法律規定之目的判斷³¹⁶。故縱認標的合法為法律行為生效要件，但在法律制度設計上，法律行為之標的不合法，仍存在效力猶豫之空間。違反強行規定之行為並不必然是自始、絕對無效，主要視強制或禁止規定之規範目的而定。分析民法第 71 條之法條結構，無效為本文，其他效力為但書，很容易得出一個結論，即本條文可以作為一個解釋規則，當違法之法律行為效力有疑義時，應以之為無效。然而 20 世紀後行政管制之數量與複雜度遠高於過往，若以無效作為基本效力，其他效力僅為補充之例外，恐怕會對民事私法關係造成過度干預，尤其以比例原則中之必要性原則觀之，應當選擇對契約自由侵害最小之手段，若有無效以外之效力得選擇，實不必選用最強烈的無效效果。因此本文對於以無效為原則抱持懷疑態度。

另須補充說明的是，依本文之定義，無效以下數款效力類型，均對應於效力規定。

第三款、絕對無效之案例特徵

從早期實務見解來看，認為無效之案例，例如：

司法院 25 年院字第 1585 號解釋：「法律行為違反強制或禁止之規定者無效，在民法第七十一條著有明文。販賣煙土，既為現行法令所禁止，則當事人以此等禁止事項為標的之合夥契約，依法當然無效，其因此契約所發生之債權債務關係訴請裁判，法院應於受理後予以駁回。」

最高法院 29 上字第 626 號判例：「販賣鴉片煙土，除領有特許證照外，為現行法令之所禁止，委託處理此種違禁事項而給付報酬之契約自非有效，如已給付報酬，則係因不法原因而為給付，依民法第一百八十條第四款之規定，不得請求返還。」

最高法院 19 年上字第 26 號判例：「買賣人身契約當然無效，其權義關係無從發生，買者既無請求交人之權，其因找人支出之費用，亦不能認為因侵權行為所生之損害，而責令相對人賠償。」

司法院 19 年院字第 5780 號判例：「畜養奴婢為現行法律所禁止，如訂立契約以

³¹⁶ 史尚寬，民法總論，正大印書館，1980 年 1 月，頁 296。



此種法律上禁止之事項為其標的，依民法第七十一條之規定自非有效。」

以上四則早期解釋和判例均未指明法律行為所違反之法條，但探究其意旨，應分別違反刑法之妨害自由罪與鴉片罪，正如德國法上 BGB 第 134 條最初針對的也是刑法，所以先介紹刑法學者³¹⁷對於法益之說法：每個不法構成要件都有其要保護之法益，法益為解釋與適用不法構成要件所不可或缺之指標。而對於法益之分類，最早為二分法，將法益區分為私法益與公法益，晚近另有區分為個人法益與群體法益者，亦有區分為個人法益與社會的公共法益，個人法益包括生命、身體、自由、名譽、信用、秘密、財產等，公法益包括國家與政府之保護、司法、行政、公共秩序、公共安全、公共衛生、環境保護等；三分法將法益區分為個人法益、社會法益、國家法益，國家係就政治權力結構而言，社會則係平民組成之群體；四分法則是將個人法益再區分為人身法益與財物法益，將群體法益再區分為社會法益與國家法益。我國刑法分則區分為 35 個罪章，依國家法益、社會法益、個人法益之順序排列。

妨害自由罪之保護法益被刑法學者歸類為個人法益，鴉片罪則屬社會法益³¹⁸。前者雖屬私益，但使人為奴或買賣質押人口，乃否定受害者之人格、剝奪受害者之自由，對其個人法益造成相當嚴重之侵害。由此可知，實務認為無效之案例，主要是涉及侵害公益與嚴重侵害私益者。

非涉及刑法者，如最高法院 55 年度第 4 次民、刑庭總會會議決議（二）：「基地租賃契約之兩造約定，如承租人欠租達半年以上時，出租人得不催告逕行終止租約。此項約定違背土地法第一百零三條第四款之強制規定，依民法第七十一條規定，應為無效。」土地法第 103 條乃保護被認為較弱勢之承租人，而租用建築房屋之基地對於承租人賴以生存之財產權有重大影響，是以有認定約定無效之正當理由。

再如學者觀察現行法規定結婚無效〔不依法定方式、近親結婚、重婚等〕或收養無效〔近親收養、收養者之年齡非長於被收養者 20 歲以上、一人同時為二人之養子女等〕事由，發現立法者之目的在貫徹身分關係上之公共政策或維護人倫關係之基本秩序，直接與公益之維護有關³¹⁹。

³¹⁷ 林山田，刑法各罪論〔五版〕，2006 年，頁 40-43。

³¹⁸ 林山田，刑法各罪論〔五版〕，2006 年，頁 43。

³¹⁹ 陳忠五，法律行為絕對無效與相對無效之區別，台大法學論叢第 27 卷第 4 期，頁 187。



故無效之效力，應可歸納為適用於侵害公益和重要私益，且侵害程度最為嚴重者，方能通過比例原則適當性、必要性、合比例性之檢驗。

第四款、無效法律行為之轉換

民法第 112 條規定：「無效之法律行為，若具備他法律行為之要件，並因其情形，可認當事人若知其無效，即欲為他法律行為者，其他法律行為，仍為有效。」使法律行為縱然無效，仍有轉換成其他效果之可能。

嚴格言之，無效法律行為之轉換並非本章效力類型之一，只是法律行為被認定無效後的一種出路。

無效之法律行為若欲轉換成其他行為，首先是前行為必須能涵蓋轉換後之行為，例如一個無效的地上權設定行為，不可能轉換為有效的所有權讓與；其次，法律行為之轉換須符合當事人之意思；最後，轉換後之法律行為不能有無效原因，即不能又因違反強制或禁止規定而無效，否則轉換將是無意義且被禁止的³²⁰。具體例子如地上權設定契約無效時，得認為租賃契約；以非婚生子女為自己嫡出子女之戶籍登記，可認為認領³²¹。

第三項、相對無效

第一款、相對無效之意義

傳統學說認為無效以效果之範圍為標準，可分為絕對無效及相對無效。絕對無效是任何人皆得主張，並得對任何人主張；而相對無效則不得以無效對抗善意第三人。無效之法律行為以絕對無效為原則，相對無效為例外，並限於法律明定之情形，如民法 87 條第 1 項但書，通謀而為虛偽意思表示、民法第 92 條第 2 項撤銷被詐欺而為之意思表示不得對抗善意第三人³²²。

若以傳統學說來看，民法第 71 條並無相對無效存在之空間。因為相對無效限於法律明定之情形，然而法律已明定效果時，民法第 71 條不需要介入，否則徒然造成法律適用之重覆。

不過，實務在適用相對無效之效果時，並未限於法規明文之情形，例如對於公

³²⁰ 耿林，強制規範與合同效力——以合同法第 52 條第 5 項為中心，中國民主法制出版社，2009 年 6 月，頁 347。

³²¹ 史尚寬，民法總論，正大印書館，1980 年 1 月，頁 522。

³²² 王澤鑑，民法總則，2014 年 2 月，頁 544。



司法第 185 條³²³之適用，最高法院 97 年台上字第 2216 號判決認為：「按公司為讓與全部或主要部分營業或財產之行為，因涉及公司重要營業政策之變更，基於保護公司股東之立場，須先經董事會以特別決議（三分之二以上董事出席，出席董事過半數之決議）向股東會提出議案（公司法第一百八十五條第五項）。並於股東會召集通知及公告中載明其事由（公司法第一百八十五條第四項），不得以臨時動議提出（公司法第一百七十二條第五項）並經股東會以特別決議（應有代表已發行股份總數三分之二以上股東出席，出席股東表決權過半數之同意）通過後始得實行。是以公司未經股東會上開特別決議通過即為主要財產之處分，係屬無效之行為，惟受讓之相對人難以從外觀得知其所受讓者是否為公司營業之主要部分或全部，如相對人於受讓時係屬善意，公司尚不得以其無效對抗該善意之相對人，用策交易安全。」即在法無明文的情形下選擇不得對抗善意第三人之效果。

學者陳忠五³²⁴對於以絕對無效為原則、相對無效為例外之見解提出質疑，認為在過去單純的社會生活結構下，法律行為之無效多因嚴重影響公共生活秩序或違背倫理道德原則，認定為絕對無效較無問題，但是隨著社會生活結構之演變，交易之種類與形態日趨複雜，國家為維護社會生活秩序，對私人間訂立法律行為之干預也愈頻繁，特別在經濟與社會生活領域中，為建立公平合理之經濟交易秩序制定的各種法規〔公司法、票據法、海商法、保險法、勞動基準法、消費者保護法、公平交易法、商標法……〕也勢必不斷增加，這些法規介入私人間之交易關係，往往是為了保護契約當事人中處於較弱勢之一方。例如雖然皆屬違反法律強行規定而無效，雇主與勞工間訂立以製造毒品為目的之勞動契約，乃基於社會秩序及安全之理由所生之無效，為傳統類型之無效，具有干預及管制之性質；而違反勞動條件最低標準所訂立之勞動契約則是基於保障勞工權益致生無效，乃新興類型之無效，具有濃厚

³²³ 公司法第 185 條：「公司為左列行為，應有代表已發行股份總數三分之二以上股東出席之股東會，以出席股東表決權過半數之同意行之：一、締結、變更或終止關於出租全部營業，委託經營或與他人經常共同經營之契約。二、讓與全部或主要部分之營業或財產。三、受讓他人全部營業或財產，對公司營運有重大影響者。公開發行股票之公司，出席股東之股份總數不足前項定額者，得以有代表已發行股份總數過半數股東之出席，出席股東表決權三分之二以上之同意行之。」

³²⁴ 陳忠五，法律行為絕對無效與相對無效之區別，台大法學論叢第 27 卷第 4 期，頁 165。



的保護色彩。兩者性質不同，應予區別。

陳忠五教授並主張「法律行為在當事人雙方之間無效」與「法律行為當事人之任何一方是否均得對他方主張或訴請法院確認該法律行為無效」乃不同層次之問題，前者涉及當事人雙方是否得以無效作為抗辯而拒絕履行自己之義務，後者涉及是否賦予當事人雙方主動質疑該法律行為之效力。諸如消費者保護法第 19 條第 3 項、保險法第 54 條之 1、勞動基準法第 1 條第 2 項、專利法第 9 條，解釋上應認為僅有受保護之消費者、要保人、受益人或被保險人、勞工、受雇人始得質疑、否定該勞動契約之效力³²⁵。其進一步指出，無效是否得對抗第三人，在於無效之法律事實是否得對抗第三人，非在於無效之效力是否因關係人不同而有所差異。是以「相對無效之法律行為」應與「欠缺對抗要件之法律行為」有所區別³²⁶，後者乃法律行為完全有效，惟該法律行為將侵害或影響特定第三人之利益，為保護此特定第三人而使第三人得視該法律行為不存在而否認其法律效果，其規範目的在於限制有效法律行為之效力範圍，與相對無效之法律行為係基於法律行為訂立時欠缺一定之成立或生效要件者有所不同³²⁷。

在陳教授觀點下所謂的「絕對無效」，乃指對於法律行為雙方當事人及其他第三人而言，法律行為自始、當然、確定不生效力；相對無效則是法律行為對於他方當事人及被保護之特定第三人自始、當然、確定不生效力，但對於另一方當事人及其他第三人而言，不一定自始、當然、確定不生效力³²⁸。

第二款、相對無效之適用

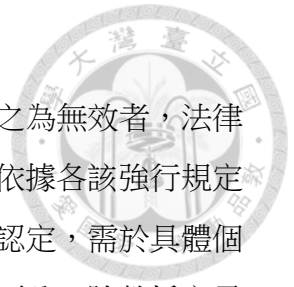
若依傳統見解，民法第 71 條在相對無效之情形並無適用餘地，而若依陳忠五教授之見解，法律行為之訂立直接違反公共利益、法律行為無效之原因同時存在於當事人雙方，且無效之主張或宣告同時涉及當事人雙方之利益者、法律行為無效之原因乃立法者為保護法律行為當事人雙方之共同利益或不特定多數人之利益時，法律行為之訂立違反此共同利益或一般利益者，應解釋為絕對無效；反之，法律行為之

³²⁵ 陳忠五，法律行為絕對無效與相對無效之區別，台大法學論叢第 27 卷第 4 期，頁 172。

³²⁶ 類似見解參史尚寬，民法總論，正大印書館，1980 年 1 月，頁 517：「相對的無效之行為，與欠缺對抗力之行為，應為區別，前者其無效不得對於特定人主張，或惟得由特定人主張，後者原為有效，非具備一定要件〔例如登記〕，特定人得否認其效力。」

³²⁷ 陳忠五，法律行為絕對無效與相對無效之區別，台大法學論叢第 27 卷第 4 期，頁 176。

³²⁸ 陳忠五，法律行為絕對無效與相對無效之區別，台大法學論叢第 27 卷第 4 期，頁 193。



訂立乃違反特定當事人之個別的、特殊的私人利益而法律規定以之為無效者，法律行為應解釋為相對無效。違反強行規定而無效之法律行為，必須依據各該強行規定之規範目的以決定無效之性質。法律行為絕對無效或相對無效之認定，需於具體個案中尋繹立法精神、探求規範目的以決定之。對於公益與私益之區分，陳教授亦承認確有困難，保護特定人之利益固為保護私益，但當保護不特定多數人之私人利益時，可能即是在維護公共利益，兩者常常密不可分，公共利益與私人利益間不易有明確界限，不過他指出此困難亦反映出解釋適用上的彈性，提供司法者依個別法規範所欲貫徹之價值，在享有較大裁量空間之權限下，做出最妥適的決定³²⁹。且公益與私益之區分仍是可能的，例如消費者保護法或勞動基準法之目的在於保障消費者或勞工之權益，最直接主要的目的顯然是保護私人利益，而透過此私人利益之保護，間接達到維護國民消費生活關係或勞動關係上之公共利益。

依陳教授見解，相對無效其實不是與得撤銷、效力未定等並列的一種效力類型，而是與自始、當然、確定無效之絕對無效相對，得與絕對無效以外之任何效力類型併用之無效，區別實益在於誰得主張或訴請確認法律行為無效。例如後文部分無效將闡述的最高法院 87 年台上字第 451 號判決，違反勞基法第 45 條的契約效力是嗣後無效，可能由於該條文之目的在於保護未成年人，而僅得由受保護之員工主張無效。惟在該案中，若併用嗣後無效及相對無效，則雇主不能主動改變違法狀態，必須維持契約存續，實不符合該規定之意旨，因此該案應適用嗣後無效之效力即可³³⁰。

此意義之絕對無效與相對無效並不受字義之限制，即使涉及之法規本身已明文規定為無效，仍有解釋為相對無效之空間。此外，某些法規同時保護私益和公益，因公益之維護具有優先性，在契約性質之認定上，應解釋為契約之訂立違背公共利益或一般利益而將之認定為絕對無效。例如公平交易法第 18 條第 1 項：「事業對於其交易相對人，就供給之商品轉售與第三人或第三人再轉售時，應容許其自由決定價格；有相反之約定者，其約定無效。」條文之目的在於防止事業對於商品轉售價格之限制，確保交易相對人自由決定商品轉售或再轉售價格之權利，但也是在維護

³²⁹ 陳忠五，法律行為絕對無效與相對無效之區別，台大法學論叢第 27 卷第 4 期，頁 200。

³³⁰ 認為應讓童工選擇是否繼續履行契約者：王立達、許翠玲，違法聯合行為協議之私法上效力：競爭法與民法第 71 條之雙向實證與釋義分析，中研院法學期刊第 11 期，2012 年 9 月，頁 106。



商品市場上價格自由競爭之機制，基於公益維護之優先性，學者認為本條項之無效應解釋為絕對無效³³¹。

第四項、部分無效

第一款、部分無效之意義

部分無效之意義，在於法律行為之內容並非全部無效。當事人為特定法律行為時，自是希望有特定法律效力發生，但在法律行為有瑕疵時，若法律行為並非完全不發生效力，亦非完全依照當事人意思發生效力，而是效力介於其間，僅部分有效、部分無效，即為本文所欲探討之部分無效。

第二款、與民法第 111 條之適用關係

民法第 111 條規定：「法律行為之一部分無效者，全部皆為無效。但除去該部分亦可成立者，則其他部分，仍為有效。」是以法律行為之部分無效，在民法上本已有所依據。

依學者整理，民法第 111 條之適用範圍亦包括法律行為經撤銷視為自始無效及效力未定之法律行為確定不生效力之情形，適用要件為：1.須有單一之法律行為，依當事人意思認定之。2.法律行為在內容或當事人具有可分性，即除去無效之部分，法律行為仍可獨立存在。3.單一法律行為之部分無效，無效原因如何，在所不問³³²。

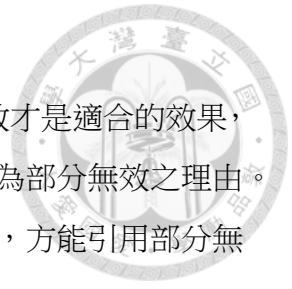
最高法院 75 年台上字第 1261 號判例認為民法第 111 條但書之適用尚須本於誠信原則予以斟酌：「民法第一百十一條但書之規定，非謂凡遇給付可分之場合，均有其適用。尚須綜合法律行為全部之旨趣，當事人訂約之真意、交易之習慣、其他具體情事，並本於誠信原則予以斟酌後，認為使其他部分發生效力，並不違反雙方當事人之目的者，始足當之。」

由於民法第 111 條是規範部分無效之法律效果，當法律行為因民法第 71 條但書而部分無效時，如何適用條文，滋生疑義。

民法第 111 條乃立法者總結部分無效之特徵所定，創設部分無效的法律上依據，其發生原因有多種可能，不必然係由於違反強制或禁止規定。但是在法律行為違反強制或禁止規定時，是否得適用部分無效之效果，並非民法第 111 條所能解決，而

³³¹ 陳忠五，法律行為絕對無效與相對無效之區別，台大法學論叢第 27 卷第 4 期，頁 203。

³³² 王澤鑑，民法總則，2014 年 2 月，頁 548。



須依法律行為所涉強制或禁止規定之目的與意旨判斷，若部分無效才是適合的效果，則該法律行為應為部分無效，是以民法第 71 條但書是得出法律行為部分無效之理由。換言之，必須從系爭法規之意旨能得出部分無效較為適當之結論，方能引用部分無效作為法律行為之效力。

至於法律中之特別規定，如民法第 247 條之 1：「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。」消費者保護法第 12 條第 1 項：「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。」由於規範之對象乃定型化契約條款，相較於民法第 71 條係針對所有法律行為，屬於特別規定，而應優先適用，毋須再回到民法第 71 條尋找部分無效之依據。

第三款、部分無效之特徵

部分無效之無效範圍內仍為當然無效，是以部分無效所保護之法益，仍應為公益或重要私益，且侵害程度較為重大者，但因自始確定全部無效會對契約自由造成過大侵害，且部分無效已足達成保護目的，是以選擇部分無效。

當法規直接揭示部分無效之保護方法時，可謂為最簡便清晰之判斷方式，如勞動基準法第 1 條：「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。」保險法第 54 條第 1 項：「本法之強制規定，不得以契約變更之。但有利於被保險人者，不在此限。」上開兩個條文並未明文指出違反者部分無效，因此仍有適用民法第 71 條之必要，但立法者將保護之方式表明，則違反之效果可說是以部分無效為優先，即違法之部分無效，而其他部分若得獨立存在且不違反保護勞工或被保險人之意旨，則應為有效。

最高法院對於保險法第 54 條第 1 項曾作出解釋，即最高法院 83 年度第 1 次民事庭會議，討論關於保險法第 65 條之性質，最後討論意見採甲說，認為保險法第 65 條為強制規定，惟依保險法第 54 條第 1 項規定：「本法之強制規定，不得以契約變更之，但有利於被保險人者，不在此限。」之意旨，該件人壽保險公司以特約延長保險金之請求權時效為三年，係有利於被保險人，且不違背公序良俗，應認有效。研究意見指出民法第 147 條時效期間不得以法律加長或減短之規定乃禁止規定，違



反者依民法第 71 條無效，但加長或減短時效並非本質上不得以法律行為為之，而係立法政策之選擇，保險法第 54 條第 1 項但書為民法第 147 條之例外規定，有利於被保險人之合意自應有效。研究意見中討論保險法第 54 條第 1 項所帶來之效果時，雖未直接引用民法第 71 條但書，得出合意有利於被保險人者有效，不利者無效，惟仍顯示即使在最高法院，亦有發展出有效或無效之外效力的可能性。

勞動法學者對此也有所論述，認為勞務給付無法與人身分離，勞力一經付出即無以原給付態樣回復的可能；勞動契約又非單純的財產上價值的交換，而為人的結合關係；現實勞動市場上勞工更面臨求職不易之困境，故而若以勞動契約違反法律之強制禁止規定或違背公序良俗為理由使整個契約無效，將使弱勢的勞工處於更不利的地位，也造成原本以保護勞工為目的之法律反而變成主張契約關係不存在的理由。因此在解釋上若勞動契約涉及無效的法律行為，宜儘量朝「除去該部分亦可成立者，則其他部分，應為有效」的方向為認定，以保障勞工的「工作權」。所以，對於違反勞基法所訂勞動條件的勞動契約，應只限於違法的部分無效，違反的部分則應以勞基法的規定或團體協約的相關約定補充之。法律的位階雖較團體協約高，但如勞動基準法第 1 條第 2 項所言，勞基法規定通常只是設定勞動條件的最低標準，若團體協約所約定的勞動條件優於法律，亦應以團體協約之內容補充勞動契約違反法律強制禁止規定的部分³³³。甚至在勞雇雙方定有團體協約之情形，依團體協約法第 16 條：「團體協約所約定勞動條件，當然為該團體協約所屬雇主及勞工間勞動契約之內容。勞動契約異於該團體協約所約定之勞動條件者，其相異部分無效；無效之部分以團體協約之約定代之。但異於團體協約之約定，為該團體協約所容許或為勞工之利益變更勞動條件，而該團體協約並未禁止者，仍為有效」已明定勞動契約違法之效力，而毋庸再適用民法第 71 條。

實務上亦不乏認定違法之約定條款無效者，如台灣高等法院 89 年勞上易字第 43 號判決：「勞動基準法第一條第二項規定：雇主與勞工所訂勞動條件，不得低於本法所定之最低標準，此項規定為強制規定，而法律行為違反強制規定者，無效，民法第七十一條定有明文，故縱使上訴人確與被上訴人協議，由上訴人每年提撥紅

³³³ 王松柏等，勞動基準法釋義——施行二十年之回顧與展望〔二版〕，新學林，2009 年 9 月，頁 70、71。



利以代退休金之給與，該約定亦因違反勞動基準法第五十五條第一項所定之最低退休金給與標準而無效，是上訴人此部分之主張，並無理由。」雖然本案中雇主是額外與勞工訂立違法協議，但即使是在勞動契約中加入違法之條款，亦應認定違法之條款無效，而勞動契約有效。

第四款、部分無效之案例類型

部分無效有兩種可能性，一種是在內容上做效力的限縮³³⁴，一種是無效的時點從自始無效改為嗣後無效，以下分述之：

一、內容上的效力限縮：學者整理民法中限縮效力內容之條文，認為可分為三種³³⁵：

1.期限縮短：例如民法 449 條第 1 項：「租賃契約之期限，不得逾二十年。逾二十年者，縮短為二十年。」民法第 912 條：「典權約定期限不得逾三十年。逾三十年者縮短為三十年。」民法第 380 條：「民法第 380 條：「買回之期限，不得超過五年，如約定之期限較長者，縮短為五年。」耕地三七五減租條例第 2 條第 1 項：「耕地地租租額，不得超過主要作物正產品全年收穫總量千分之三百七十五；原約定地租超過千分之三百七十五者，減為千分之三百七十五；不及千分之三百七十五者，不得增加。」

2.屬性變更：民法第 422 條：「不動產之租賃契約，其期限逾一年者，應以字據訂立之，未以字據訂立者，視為不定期限之租賃。逾一年之不動產租賃，未訂立字據者，視為不定期租賃。」民法第 166 條之 1：「契約以負擔不動產物權之移轉、設定或變更之義務為標的者，應由公證人作成公證書。未依前項規定公證之契約，如當事人已合意為不動產物權之移轉、設定或變更而完成登記者，仍為有效。」

3.效力內容減弱：例如民法第 205 條：「約定利率，超過週年百分之二十者，債權人對於超過部分之利息，無請求權。」實務上此條文運用甚廣，如最高法院 27 年上字第 3267 號判例：「約定利率超過週年百分之二十者，民法第二百零五條僅規定債權人對於超過部分之利息無請求權，並未規定其約定為無效，則債權人對於未超過部分，即依週年百分之二十計算之利息，仍非無請求權。上訴人謂約定利率超

³³⁴ Staudinger-Rolf Sack/Maximilian Seibl, Kommentar zum BGB, 2011, §134, Rn. 89.

³³⁵ 邱聰智，民法總則〔上〕，三民書局，2005 年 2 月，頁 594。



過週年百分之二十時，與利率未經約定無異，應依週年百分之五之法定利率計算利息，殊非有據。」最高法院 71 年台上字第 2532 號判例：「超過法定最高限額利率之利息，依民法第二百零五條及利率管理條例第五條規定，僅債權人對之無請求權而已，並非約定無效，而謂其債權不存在。債務人於利息到期後，同意將利息〔包括超過限額部分〕滾入原本，立約約定期限清償，為債之更改，就超過限額部份之利息而言，不啻已為任意給付，更難謂債權人就更改後之債權中原來超過限額之利息部分，不能請求。至於本院十八年上字第五五六號判例，係就國民政府令年利不得超過百分之二十而為解釋，該令屬於禁止規定，違反者，其行為當然無效，與現行法之僅規定債權人對於超過部分之利息無請求權者不同，不得再予採用。」又如土地法第 97 條：「城市地方房屋之租金，以不超過土地及其建築物申報總價年息百分之十為限。約定房屋租金，超過前項規定者，該管直轄市或縣〔市〕政府得依前項所定標準強制減定之。」不動產經紀業管理條例第 19 條：「經紀業或經紀人員不得收取差價或其他報酬，其經營仲介業務者，並應依實際成交價金或租金按中央主管機關規定之報酬標準計收。違反前項規定者，其已收取之差價或其他報酬，應於加計利息後加倍返還支付人。」

由學者所整理出之三種類型，可以看出若該法律之強制或禁止規定，僅在限制其給付內容，譬如限定價格、數量或建築高度者，較易傾向解釋為效力之限縮，即違反法律規定之部分無效或無請求權，法律行為本身仍有效。

二、嗣後無效

無效之效力本應為自始無效，但在勞動契約或合夥等具繼續性關係之契約，若自始無效，法律適用將極為複雜，可能需依不當得利處理無效後返還問題。因此學說上有倡議事實上契約關係者〔*faktische Vertragsverhältnis*〕，後來轉向有瑕疵的勞動關係理論，認為勞動或合夥關係已於事實上展開時，主張無效者僅得向將來〔*ex nunc*〕失效。另外，有學者認為關於公司型態的強行規定目的主要是行政管理，不應影響法律行為之效力，但在必要時可宣布為嗣後無效，即已發生之行為依契約之約定處理，然而契約嗣後之效力為無效³³⁶。嗣後無效與絕對無效之差異在於法律行

³³⁶ 賀少峰，公司法強制性規範研究，廈門大學出版社，2010 年 3 月，頁 74。

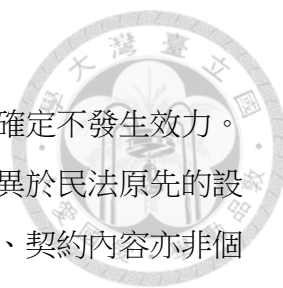


為不發生效力之時點，就內容而言，仍屬全部無效。

以最高法院 87 年台上字第 451 號判決為例，本案事實為原告於民國 84 年 1 月受雇於被告擔任拆卸鷹架之工人，因該大樓外側緊臨之高壓電纜線未以護網隔離，致高處落下之鷹架卡在電纜線上，上訴人被指示以徒手搬運被卡在高壓電纜線上之鷹架，遭高壓電擊臉頰部、頸部、兩側手臂、兩側大腿及背部，受有第二至三度電傷，約佔體表面積百分之二十，兩手前臂潰爛，左膝蓋骨關節外露等傷害，經送醫救治，接受截肢、多次清創手術及復健等治療。原告因此向被告請求職業災害補償。被告則抗辯原告受雇時年僅十四歲又九個月，違反勞動基準法第四十五條³³⁷之規定。第一、二審法院認為抗辯有理由，但最高法院認為：「按勞動基準法第四十五條雖規定：雇主不得僱用未滿十五歲之人從事工作。此條立法理由，係因我國義務教育，業經延長為九年，兒童六歲入學，十五歲完成教育，為求與教育政策一致並參照有關國際公約，特設此規定，是此條立法目的係在保護未滿十五歲之人。上訴人於原審主張：勞動基準法第四十五條之規定，係課雇主注意義務之訓示規定，而非效力規定，……其立法意旨在保護限制行為能力。如引該條規定，認定伊之勞動契約無效，不得為本件請求，顯然會發生雇主有不法行為，令限制行為能力人負擔不利益之結果，有違該條立法意旨等語，乃原審對此未詳為斟酌，遽認縱上訴人受僱於頓源公司，因違反上開勞動基準法第四十五條之規定，其僱傭契約非合法有效，不得請求職業災害補償，亦嫌速斷。」似認為勞動基準法第 45 條乃訓示規定，非效力規定。由於該條文之立法意旨在於保護限制行為能力人，因此若引該條文使勞動契約無效，反而造成限制行為能力人之不利益。

本文管見就勞基法第 45 條之性質，應不宜認定為訓示規定或取締規定，因為本條所欲保護者乃限制行為能力人之身心發展與完成教育之權利，其法益應優先於契

³³⁷ 勞動基準法第 45 條：「雇主不得僱用未滿十五歲之人從事工作。但國民中學畢業或經主管機關認定其工作性質及環境無礙其身心健康而許可者，不在此限。前項受僱之人，準用童工保護之規定。第一項工作性質及環境無礙其身心健康之認定基準、審查程序及其他應遵行事項之辦法，由中央主管機關依勞工年齡、工作性質及受國民義務教育之時間等因素定之。未滿十五歲之人透過他人取得工作為第三人提供勞務，或直接為他人提供勞務取得報酬未具勞僱關係者，準用前項及童工保護之規定。」



約自由，但在本案中，適合之效力顯然並非使契約當然、自始、確定不發生效力。

德國 Haupt³³⁸ 提出事實上契約關係理論，主張契約的產生往往異於民法原先的設計，在新型態社會事實中，由於契約相對人多非當事人自由選擇、契約內容亦非個別商議訂立，因此實際上契約之發生並非基於意思表示合致，而是基於事實上給付之交換，其中關於有瑕疵之合夥或勞動關係，Haupt 希望藉此避免不當得利所生之不妥後果〔例如勞務價值如何決定？工資以外給付是否仍應返還？年資如何計算？〕。但現今德國法上討論多半放棄事實上契約關係理論，認為僅是為了貫徹更重要的保護原則，對法律行為之無效加以限制，產生向將來無效之結果，仍以有締約行為為前提³³⁹，採取有瑕疵的契約關係理論，回歸法律行為之理論體系，尤其在受雇人已給付勞務後，應限制無效之溯及效力，使契約僅能向後失效，已履行之勞動關係應當作如其有效時加以處理，由於僅是限縮無效之效力，而非將勞動關係強加於當事人，因此勞雇雙方至少須有成立契約之合意。對此有瑕疵之勞動關係，當事人得隨時主張結束。不過，當勞動契約牴觸刑法，且為雙方所明知時，則應認為勞動關係自始無效³⁴⁰，蓋於此類型之案例中，勞工並無受保護之必要。

套用於最高法院 87 年台上字第 451 號一案，應肯定勞工已給付勞務之期間，勞動契約並非無效，勞工得請求職業災害補償，雇主若有應給付而未給付之工資，應照常給付，但雇主並非不得主張無效，而是不能主張溯及無效，這並不妨礙雇主主張勞動契約向將來失效，否則反而牴觸勞基法第 45 條之規定。

至於合夥關係或有瑕疵之公司，由於是一種以長期存在為目的之共同體，若事業已經開始經營，當事人已出資、購買設備、共同承擔風險，其後卻被認為自始無效，則將產生相當複雜的不當得利和清算法律關係，為保護股東之權利，其無效效力應向後發生³⁴¹，以尊重已成既定事實之交易秩序。

由以上之討論可知，嗣後無效之效力，一般適用於繼續性關係，若使該契約自始無效，將無法達到系爭強制或禁止規定之法規目的，或衍生過於複雜之法律關係。

³³⁸ 林更盛，從「事實上勞動關係」到「有瑕疵的勞動關係」—評最高法院八七年度臺上字第四五一號判決，台灣本土法學雜誌第 53 期，2003 年 12 月，頁 28。

³³⁹ Dieter Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 9. Aufl., 2006, S. 253 ff.

³⁴⁰ 林更盛，從「事實上勞動關係」到「有瑕疵的勞動關係」—評最高法院八七年度臺上字第四五一號判決，台灣本土法學雜誌第 53 期，2003 年 12 月，頁 38。

³⁴¹ Dieter Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 9. Aufl., 2006, S. 254.



而在勞動基準法這類明顯保護某方當事人之法律，又屬繼續性關係者，違反法律之效力，有可能是前已論及之效力限縮，當事人間之合意僅違法部分無效，或者這裡的嗣後無效，端視個案中何種效力較為妥適。

第五項、得撤銷

第一款、得撤銷之意義

有瑕疵法律行為之撤銷，即有瑕疵權人行使撤銷權，使法律行為溯及地歸於消滅³⁴²。

得撤銷或效力未定之法律行為，其發生原因大多有特別之明文規定，較不受管制性的經濟社會法規不斷增加之影響。依學者陳忠五之見解，得撤銷其實是一種相對無效，法律行為當事人是否得主張或訴請確認法律行為無效，應斟酌法規之規範目的，依具體情況之不同而作適當合理之限制³⁴³，目的在於保護特定當事人之一方或特定第三人，另一方面亦否認其他利害關係人得主動撤銷該法律行為之權利。

第二款、得撤銷之案例特徵

立法上規定為得撤銷者，其直接的、主要的目的在保護私人利益³⁴⁴。得撤銷之法律行為因其違反私益，瑕疵程度較輕微，故使之得撤銷，並設一定之撤銷權行使期間，使當事人間之法律關係早日確定³⁴⁵。

分析民法中有瑕疵身分行為得撤銷之條文，如結婚得撤銷之事由：男未滿十八歲或女未滿十六歲而結婚、未成年人未得法定代理人同意而結婚、監護人與受監護人結婚、當事人一方於結婚時不能人道、當事人一方於結婚時係在無意識或精神錯亂中、被詐欺或被脅迫而結婚等；收養得撤銷之事由：有配偶者收養子女時未與其配偶共同為之、有配偶者被收養時未得其配偶之同意、滿七歲以上未成年人被收養時未得法定代理人之同意等，可歸納出立法目的主要在於保護身分行為當事人一方或特定第三人之私人利益，若因此促進身分關係上公共利益之維護，亦僅是間接的反射結果³⁴⁶。

³⁴² 王澤鑑，民法總則，2014年2月，頁553。

³⁴³ 陳忠五，法律行為絕對無效與相對無效之區別，台大法學論叢第27卷第4期，頁169。

³⁴⁴ 陳忠五，法律行為絕對無效與相對無效之區別，台大法學論叢第27卷第4期，頁186。

³⁴⁵ 陳忠五，法律行為絕對無效與相對無效之區別，台大法學論叢第27卷第4期，頁183。

³⁴⁶ 陳忠五，法律行為絕對無效與相對無效之區別，台大法學論叢第27卷第4期，頁187。



另外，查公司法之撤銷規定，公司法關於法律行為違反強行規定之法律效果主要有以下幾個類型：1.只明確規定行為本身無效的法律效果。2.規定行為是可撤銷的法律效果。3.只規定了行為對公司、股東等內部的法律效果，而沒有規定對第三人等外部的法律效果。4.只規定公司或相關人員的行政責任或刑事責任，沒有規定其行為的民事法律效果。5.沒有規定任何法律效果³⁴⁷。以公司法第 189 條與第 191 條為例，公司法第 189 條規定：「股東會之召集程序或其決議方法，違反法令或章程時，股東得自決議之日起三十日內，訴請法院撤銷其決議。」第 191 條規定：「股東會決議之內容，違反法令或章程者無效。」公司法第 189 規定其實不是一般的撤銷權，而是撤銷訴權，即必須向法院提起訴訟才能行使。公司法學者³⁴⁸認為所謂召集程序違反法令，例如：違反公司法第 172 條第 5 項以臨時動議提出應在召集事由中列舉之事項、召集通知或公告未遵守法定期間；決議方法違反法令如：股東會主席由非法定之主席擔任、既非股東亦非其代理人之人參與表決、准許未提出委託書之代理人參與表決、有特別利害關係之股東參與表決或代理他股東行使表決權。至於公司法第 191 條決議之內容違反法令或章程，例如股東會為違反股東平等原則、股東有限責任原則、股份轉讓自由原則之決議或為侵害股東固有權、為違反公序良俗或強行法規之決議等均屬之。就此而論，違反強行法規之決議應屬無效，然而公司法第 172 條亦屬不得任意更改或不予適用之強行規定，其違反效果卻屬得訴請法院撤銷。可見決定得訴請撤銷或無效之區分，實際上是所違反法規之規範內容，若屬於程序、方法等較外圍而非屬決議內容核心之規定，違反之效果為得訴請撤銷；而若屬於違反在公司法上具有本質上重要性之股東平等原則、股東有限原則等，則屬無效。也就是說，對股東權益侵害可能較小、瑕疵程度較輕微之違法行為，效果被定為得訴請撤銷。

由此可以觀察出得撤銷具有較強的規律性，通常適用於對私人利益保護之場合，由個人衡量其利益，決定是否撤銷該有瑕疵之法律行為³⁴⁹。正如學者陳忠五所言，得撤銷情形保護的主要是在訂立契約時處於不利地位一方當事人之利益，以消除其

³⁴⁷ 賀少峰，公司法強制性規範研究，廈門大學出版社，2010 年 3 月，頁 191。

³⁴⁸ 劉連煜，現代公司法〔增訂七版〕，新學林，2011 年，頁 366-372。

³⁴⁹ 耿林，強制規範與合同效力——以合同法第 52 條第 5 項為中心，中國民主法制出版社，2009 年 6 月，頁 338。



訂立契約時客觀上可能的意思不自由，或修正契約雙方權利義務上的明顯失衡，因此其權利來源在於依誠實信用原則對契約不自由和不公平的矯正，保護之對象則為特定一方當事人。且撤銷權是不能預先協議放棄的，蓋若預先放棄撤銷權，由於事先約定通常是在對損害一方當事人之情況尚未出現或仍不能自由控制自己意思時訂立的，因此不能與事後不行使撤銷權相提並論，為使法律明確規定的保護利益能確實執行，應否定該預先約定之效力³⁵⁰。

不過，得撤銷要運用在違反強制或禁止規定之效果上，在現實上有個難題，即撤銷權之行使期間。撤銷是使原本已成立生效之法律行為歸於無效，為避免更動已有效且隨著時間經過益趨穩定之法律關係，應該要有合理的行使期間。在法無明文之情況下，只能透過法規目的得出，或以誠信原則限制。但不確定性畢竟太高，似乎還是以法有明文之情況下行使較為妥當。除非在法律規定上有明顯得為類推適用之情形，例如違反民法第 980 條規定：「男未滿十八歲，女未滿十六歲者，不得結婚。」違反之法律效果訂於民法第 989 條：「結婚違反第九百八十條之規定者，當事人或其法定代理人得向法院請求撤銷之。但當事人已達該條所定年齡或已懷胎者，不得請求撤銷。」然而民法第 973 條規定：「男未滿十七歲，女未滿十五歲者，不得訂定婚約。」卻未規定違反之效果。為避免輕重失衡，不宜依民法第 71 條本文使之無效，而應類推適用民法第 989 條之規定，使之得撤銷³⁵¹。

第六項、效力未定

第一款、效力未定之意義

效力未定指法律行為之效力因欠缺有同意權人之同意而處於懸浮狀態，可能因有同意權人之允許或承認而有效，亦可能因遭拒絕而歸於無效³⁵²。

第二款、效力未定之案例特徵

在民法上，效力未定之法律行為，如限制行為能力人未得法定代理人之允許所訂立之契約、無權代理行為或無權處分行為，僅是程序上欠缺他人之同意，實質上未必侵害他人權益，瑕疵程度輕微，亦屬違反私益，故使其暫時不發生效力，由該

³⁵⁰ 耿林，強制規範與合同效力——以合同法第 52 條第 5 項為中心，中國民主法制出版社，2009 年 6 月，頁 234。

³⁵¹ 林誠二，民法總則新解——體系化解說〔下冊〕，瑞興圖書，2012 年 9 月三版，頁 20、21。

³⁵² 王澤鑑，民法總則，2014 年 2 月，頁 561。



他人依其意思決定是否使效力未定之法律行為確定發生效力³⁵³，比較特別的是身分關係之有效成立，基於身分行為之特質與身分關係安定性之考量，民法未將有瑕疵之身分行為評價為效力未定，以避免身分行為效力上處於懸而不決狀態³⁵⁴。

在適用民法第 71 條時，能想到可能適合效力未定之效果者，應屬蘇永欽大法官於釋字第 726 號提出之一部不同一部協同意見書中主張之行政程序管制，即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，在釋字第 726 號解釋中為勞動基準法第 84 條之 1 的「報請當地主管機關核備」，此類程序管制越來越普遍，蘇大法官因而認為僅在高度管制領域內，國家之程序管制始得認定為特別生效要件，否則應定性為強制或禁止規定，並使違反之法律行為效力未定，當事人嗣後向行政機關補正程序後，法律行為得溯及生效。

又如公平交易法中對聯合行為之管制採事前許可制，凡是符合公平法第 7 條³⁵⁵之聯合行為，依同法第 14 條規定³⁵⁶均須事先申請中央主管機關行政院公平交易委員會

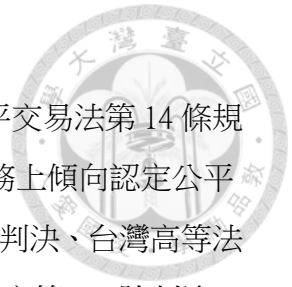
³⁵³ 陳忠五，法律行為絕對無效與相對無效之區別，台大法學論叢第 27 卷第 4 期，頁 182-184。

³⁵⁴ 陳忠五，法律行為絕對無效與相對無效之區別，台大法學論叢第 27 卷第 4 期，頁 186。

³⁵⁵ 公平交易法第 7 條：「本法所稱聯合行為，謂事業以契約、協議或其他方式之合意，與有競爭關係之他事業共同決定商品或服務之價格，或限制數量、技術、產品、設備、交易對象、交易地區等，相互約束事業活動之行為而言。前項所稱聯合行為，以事業在同一產銷階段之水平聯合，足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能者為限。第一項所稱其他方式之合意，指契約、協議以外之意思聯絡，不問有無法律拘束力，事實上可導致共同行為者。同業公會藉章程或會員大會、理、監事會議決議或其他方法所為約束事業活動之行為，亦為第二項之水平聯合。」

³⁵⁶ 公平交易法第 14 條：「事業不得為聯合行為。但有左列情形之一，而有益於整體經濟與公共利益，經申請中央主管機關許可者，不在此限：

- 一、為降低成本、改良品質或增進效率，而統一商品規格或型式者。
- 二、為提高技術、改良品質、降低成本或增進效率，而共同研究開發商品或市場者。
- 三、為促進事業合理經營，而分別作專業發展者。
- 四、為確保或促進輸出，而專就國外市場之競爭予以約定者。
- 五、為加強貿易效能，而就國外商品之輸入採取共同行為者。
- 六、經濟不景氣期間，商品市場價格低於平均生產成本，致該行業之事業，難以繼續維持或生產過剩，為有計畫適應需求而限制產銷數量、設備或價格之共同行為者。
- 七、為增進中小企業之經營效率，或加強其競爭能力所為之共同行為者。



許可，方可為之。未經事先申請許可之聯合行為形式上雖違反公平交易法第 14 條規定，但實質上未必都是競爭法上有意加以禁止之聯合行為³⁵⁷。實務上傾向認定公平交易法第 14 條為取締規定，如台灣高雄地方法院 90 年訴字第 1599 號判決、台灣高等法院高雄分院 91 年上易字第 50 號判決、台灣士林地方法院 96 年重訴字第 268 號判決，但國內學者如蘇永欽、黃茂榮、賴源河、劉華美、汪渡村、楊宏暉均認為違法聯合協議應無效³⁵⁸，而廖義男教授採取不生效力說，若考量到欠缺許可之聯合行為未必實質上違法，是否有使之效力未定之可能³⁵⁹，值得思考。

除行政程序管制外，學者劉連煜主張董事會或董事長違反公司法第 185 條第 1 項³⁶⁰之規定違法處分，原則上應屬無效，例外得在股東會追認下，解為溯及於訂約時發生效力³⁶¹。細繹行政程序管制與公司法第 185 條第 1 項之規定，均屬類似於無權代理之情形，即法律行為需經第三人之認可才能發生效力。

大法官蘇永欽另評論，若法律行為因違反強行規定而無效，由於無效之原因並非當事人所能控制之範疇，且係整體法秩序之非難評價，是以無從補正；而已成立卻因欠缺特別生效要件致未生效之行為，若該要件可由當事人、第三人或國家以一定行為嗣後補足時，則有補正之問題。在具體個案中，究竟是違反強行規定而無從補正，或欠缺特別生效要件而得補正，有時會被刻意模糊，例如土地法第 30 條或民法第 709 條之 3 之情形，嚴格說來，不具備這些條件的契約自始不能成立³⁶²。

中央主管機關收受前項之申請，應於三個月內為核駁之決定；必要時得延長一次。」

³⁵⁷ 王立達、許翠玲，違法聯合行為協議之私法上效力：競爭法與民法第 71 條之雙向實證與釋義分析，中研院法學期刊第 11 期，2012 年 9 月，頁 69。

³⁵⁸ 王立達、許翠玲，違法聯合行為協議之私法上效力：競爭法與民法第 71 條之雙向實證與釋義分析，中研院法學期刊第 11 期，2012 年 9 月，頁 87。

³⁵⁹ 類似見解參史尚寬，民法總論，正大印書館，1980 年 1 月，頁 543：「公益法人、財團法人之設立行為，未經主管官署之許可，不生效力，然得因許可而生效力。許可未定中之設定行為，為不確定無效。」

³⁶⁰ 公司法第 185 條第 1 項：「公司為左列行為，應有代表已發行股份總數三分之二以上股東出席之股東會，以出席股東表決權過半數之同意行之：

- 一、締結、變更或終止關於出租全部營業，委託經營或與他人經常共同經營之契約。
- 二、讓與全部或主要部分之營業或財產。
- 三、受讓他人全部營業或財產，對公司營運有重大影響者。」

³⁶¹ 劉連煜，現代公司法〔增訂七版〕，新學林，2011 年，頁 361。

³⁶² 蘇永欽，私法自治中的國家強制，收錄於民法總則論文選萃，中國法制出版社，2004 年 12 月，頁 213。



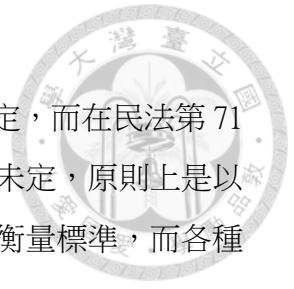
不過，若將效力未定納入違反強制或禁止規定之效力類型，則上開違反強制規定或欠缺特別生效要件之行為，最終可能有相同結果，其效力之界線變得模糊，而區分之實益也減少，似乎有助於解決爭議。

第七項、小結

綜合上開各項所述，排除並非獨立類型之相對無效與無效之轉換，可將效力類型整理如下表：

效力之類型化					
規範性質	保護法益	侵害程度	效力主類型	效力次類型	特徵及常見情形
取締規定	通常非直接關於重要之公私益	最輕微	有效		非針對法律行為本身之規定；使契約無效將嚴重危害交易安全之規定。
效力規定	公益或重要私益	最嚴重	絕對無效		刑法規定為傳統上適用之原點。
	公益或重要私益	嚴重	部分無效	期限縮短	限制給付之內容、價格、數量或條件；部分無效已足達成保護目的。
				效力內容減弱	
				屬性變更	
	嗣後無效	繼續性法律關係；自始無效不能達成保護目的或將導致過於複雜之關係。			
當事人一方之私益	較輕微	得撤銷		限於法律明文規定或得類推適用者。	
公益或重要私益	較輕微	效力未定		國家之程序管制；類似無權代理之情形。	

※表格 四



有瑕疵之法律行為在效力上區分為：無效、得撤銷、效力未定，而在民法第 71 條之適用上，細分為有效、絕對無效、部分無效、得撤銷、效力未定，原則上是以法律行為瑕疵輕重之程度與違反法律所保護利益性質之不同作為衡量標準，而各種不同效力有其適用特徵及常見情形。

「強制」或「禁止」屬不確定之法律概念，適用範圍非常廣泛，所保護之利益的種類與性質不能一概而論，需依適用之案例類型個別確認。規定以維護一般的、抽象的公共利益為目的，違反之法律行為應解釋為絕對無效，例如民法第 147 條、農業發展條例第 30 條³⁶³；有些以保護個別的、特殊的利益或當事人之私益為目的，違反者應解為其他效果，如勞動基準法第 45 條。

第二節、無效之射程

強制或禁止規定可能是針對負擔行為，亦可能是針對處分行為，因此法律行為之無效，似應區分情形分別探討。

第一項、負擔行為無效

我國向來採物權行為無因性理論，處分行為不因負擔行為之無效而無效。處分行為可獨立於負擔行為而生效，若作為基礎關係之負擔行為無效，僅生嗣後是否產生不當得利法律關係之問題，處分行為之效力不受影響³⁶⁴。

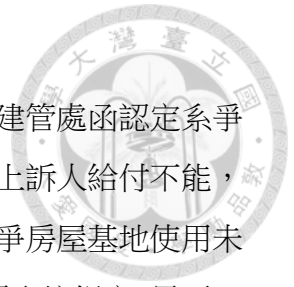
第二項、處分行為無效

民法第 246 條規定：「以不能之給付為契約標的者，其契約為無效。但其不能情形可以除去，而當事人訂約時並預期於不能之情形除去後為給付者，其契約仍為有效。」條文所稱之不能，解釋上有學者將法律不能與法律違反同視，然則一定事項之實現雖為可能而違法，得與實現本身因法律之規定為不能為區別。故違法之外，尚有法律的不能存在之餘地³⁶⁵。實務上最高法院 88 年台上字第 155 號判決表示：「按民法第二百六十六條規定雙務契約危險負擔之成立，必以因不可歸責於雙方當事人之事由，致一方之給付全部或一部不能始足稱之。且該條所稱之『給付不能』，除屬『永久不能』外，尚須契約成立後之『嗣後不能』及基於自然法則之『事實上不能』

³⁶³ 陳忠五，法律行為絕對無效與相對無效之區別，台大法學論叢第 27 卷第 4 期，頁 197。

³⁶⁴ 邱聰智，民法總則〔上〕，三民書局，2005 年 2 月，頁 595。

³⁶⁵ 史尚寬，民法總論，正大印書館，1980 年 1 月，頁 295。



或給付違反強行規定之『法律上不能』。查原審固依上開台北市府建管處函認定系爭租賃之房屋基地因坐落第四種住宅區，依法不得經營旅館業，致上訴人給付不能，惟該建管處函僅稱依台北市使用分區管制規則第九條之規定，系爭房屋基地使用未包含一般旅館業云云(見原審卷一二二頁)，其不得經營旅館業似屬取締規定。果爾，則能否逕認系爭房屋為違反強行規定之『給付不能』，已滋疑問。」指出給付違反強行規定亦屬給付不能。

以買賣私有農地為例，於土地法於民國 89 年刪除第 30 條前，農地之受讓人無自耕能力者，該買賣契約即因物權讓與違反土地法第 30 條之規定，而係以自始客觀不能之給付為契約之標的，應屬無效³⁶⁶。實務見解對此闡述甚明，如最高法院 66 年台上字第 2655 號判例：「查私有農地所有權之移轉，其承受人以能自耕者為限，違反前項規定者，其所有權之移轉無效，土地法第三十條第一、二項定有明文。故約定出賣私有農地與無自耕能力人之買賣契約，除有民法第二百四十六條第一項但書及第二項之情形外，依同條第一項前段規定，其契約應屬無效。如此項契約當事人訂約時並無預期買賣之農地變為非農地後再為移轉之情形，縱令契約成立後該農地已變為非農地，亦不能使無效之契約成為有效。³⁶⁷」

又如最高法院 65 年度第 9 次民庭庭推總會決議(二)³⁶⁸：「土地法第三十條係就私有農地所有權移轉之物權行為所作之強制規定，關於約定負擔移轉該項土地所有權之債務之債權行為〔如買賣、互易、贈與等契約〕，並不在限制之列，故約定出售私有農地於無自耕能力之人者，其所定之農地買賣契約〔債權契約〕，尚不能認係違反強制規定，依民法第七十一條前段應屬無效。惟此項買賣契約所約定之給付，既為移轉私有農地之所有權於無自耕能力之人，屬於違反強制規定之行為，即屬法律上之給付不能，亦即客觀的給付不能〔自始不能〕，依民法第二百四十六條第一項規定以不能給付為契約標的者，其契約為無效。因之此項約定出售私有農地於無自耕能力之人之買賣契約，除有民法第二百四十六條第一項但書及第二

³⁶⁶ 詹森林，民事法理與判決研究，國立台灣大學法學叢書，2001 年 8 月三刷，頁 9。

³⁶⁷ 按：本則判例於民國 90 年 3 月 20 日經最高法院 90 年度第 3 次民事庭會議決議不再援用，因土地法第 30 條已於民國 89 年 1 月 26 日公布刪除。

³⁶⁸ 按：本則決議於民國 92 年 5 月 13 日經最高法院 92 年度 8 次民事庭會議決議不再供參考，理由係土地法第 30 條已於民國 89 年 1 月 26 日公布刪除。



項之情形外，其契約應屬無效。」

由上開兩則實務見解可清楚看出，實務將買賣私有農地分為債權行為及物權行為而異其處理。土地法第 30 條本身禁止的是所有權之移轉，即物權行為，因此農地所有權之移轉經由適用民法第 71 條而無效；至於買賣契約，即債權行為是因契約之標的為法律上不能之給付，適用民法第 246 條而無效³⁶⁹。

簡言之，土地法修正前第 30 條限制的則是農地對非農民「移轉所有權」，買賣契約顯然不在限制範圍，只是間接因為標的不能而不生效力³⁷⁰。

類似推論過程尚可見最高法院 96 年台上字第 69 號判決：「修正前土地法第三十條第一項前段規定：私有農地所有權之移轉，其承受人以能自耕者為限（按該條文於八十九年一月二十六日總統令刪除）。又信託行為以依法不得受讓特定財產權之人為該財產權之受益人者，無效，為信託法第五條第四款所明定。於信託法公布施行前成立之信託行為，如有該條款所定情形，依上開規定之法理，亦難認有效。原審既認定系爭三筆土地係被上訴人信託登記予上訴人，則系爭信託契約自係以被上訴人為委託人即受益人，而系爭三筆土地地目均為「田」（見原審卷第八一頁至第八三頁土地登記簿謄本），則於五十一年九月十九日兩造及許瑞發、許肇基等兄弟四人就系爭三筆土地簽立鬮分書，依當時有效之土地法第三十條第一項前段規定，須具有自耕能力人，始得承受該三筆土地所有權，倘斯時被上訴人非有自耕能力人，依法不得承受其所有權，系爭信託契約即難認為有效，被上訴人亦無終止系爭信託契約之可言。」

最高法院 99 年台上字第 951 號判決：「按八十九年一月二十六日土地法第三十條修正刪除前，關於耕地之買賣，承買人雖係無自耕能力之人，惟如約定由承買人指定登記與任何有自耕能力之第三人，或具體約定登記與有自耕能力之特定第三人，即非民法第二百四十六條第一項以不能之給付為契約之標的，難認其契約為無效。又在立約當時承買人雖無自耕能力，而約定待承買人自己有自耕能力時方為移轉登記，或約定該項耕地之所有權移轉與無自耕能力之特定第三人，待該第三人有自耕

³⁶⁹ 贊成之學說見解參林更盛，法律行為的限制——「強制或禁止之規定」_最高法院七十四年台上字第七〇三號民事判例，月旦裁判時報第 8 期，2011 年 4 月，頁 132。

³⁷⁰ 蘇永欽，民事立法與公私法的接軌，北京大學出版社，2005 年 10 月，頁 80。



能力時再為移轉登記者，依同條項但書規定，其契約仍為有效。³⁷¹」

觀諸最高法院之判決，乃援用民法第二百四十六條第一項但書及第二項，說明若符合「當事人訂約時並預期於不能之情形除去後為給付者」或「附停止條件或始期之契約，於條件成就或期限屆至前，不能之情形已除去者」這兩種情形，則契約成立時，物權移轉行為雖違反土地法第 30 條，契約仍為有效。

第三項、負擔行為與處分行為皆無效

強制或禁止規定若係同時針對負擔行為與處分行為，兩者皆歸於無效，但此情形較為少見，實務上亦乏其例，學者舉例為戰爭期間，社會經濟發生重大變故，為合理分配物資，法令若規定某類商品糧食交易需經核准〔如發給糧票〕，違反該規定而為之買賣契約及物權行為應同歸無效，所有人得依民法第 767 條之規定請求返還其物³⁷²。須注意的是處分行為通常被認為係屬中性，不具倫理色彩，只是因強行規定之貫穿而與負擔行為併同無效，即負擔行為與處分行為共同具有影響其效力之瑕疵原因，影響負擔行為效力之瑕疵，亦成為影響處分行為效力之瑕疵，稱為瑕疵共同〔Fehleridentität〕³⁷³。法規中有直接限制買賣契約者，如野生動物保育法第 16 條第 2 項：「保育類野生動物產製品，除本法或其他法令另有規定外，不得買賣、陳列、展示、持有、輸入、輸出或加工。」本條禁止保育類野生動物之買賣，則若認定本條文非取締規定，負擔行為可能因適用民法第 71 條而無效。學者認為違反此條文者，不僅負擔行為無效，處分行為亦屬無效，始足實現保育野生動物、維護物種多樣性與生態平衡之立法目的³⁷⁴，此種案例應屬瑕疵共同³⁷⁵。

德國法上亦有一案例可資參考：德國民法第 402 條規定讓與人對受讓人負有告知主張該債權所必要情形之義務，讓與人占有債權之證明文件者，並應交付之；而醫生若洩漏病人病情，將構成刑法第 203 條第 1 項第 1 款之侵害個人隱私罪。則醫生未經病人同意，將其對於病人之醫藥費請求權讓與他人，若該讓與契約有效，醫生應告知受讓人關於病人之資訊，甚至交付病例，構成犯罪。因此醫生與受讓人間

³⁷¹ 相同見解之判決參最高法院 90 年台上字第 811 號判決。

³⁷² 王澤鑑，民法總則，2014 年 2 月，頁 319。

³⁷³ 鄭冠宇，物權行為無因性之突破，法學叢刊第 43 卷第 4 期，1998 年 10 月，頁 60、61。

³⁷⁴ 王澤鑑，民法總則，2014 年 2 月，頁 319。

³⁷⁵ 已廢除之麻醉藥品管理條例第 13 條：「麻醉藥品，限供醫藥及科學上之需用。不得非法輸入、製造、運輸、販賣、持有、施打或吸用。」亦應屬瑕疵共同。參前揭註 373，頁 61。



有關讓與醫藥費請求權之負擔行為與處分行為皆因違反禁止規定而無效³⁷⁶。

第四項、強制或禁止規定嗣後廢除或變更者

前三項是關於強制或禁止規定所針對之標的，而本項是關於違反強制或禁止規定之時點。若法律行為因違反強制或禁止規定而無效，嗣後法律規定廢除或變更，法律行為不再違反該規定，但由於無效是自始無效，則法律行為原則上仍繼續無效，不能再回復其效力，縱然當事人承認，也只能於承認時成為新行為而無溯及效力³⁷⁷，這樣的處理方式有利於法律關係的明確和安定。

例外的情況是當強制或禁止規定廢除，而原先違反該規定之法律行為附有條件或者期限，該條件或期限尚未成就時，則可於條件或期限成就時發生效力，不受強制或禁止規定之影響。此外，若當事人透過重新實施法律行為加以確認³⁷⁸該行為，則該法律行為亦為有效，這種重新實施可以默示為之，但必須能夠明確推導出當事人一致的確認真意，履行行為也能作為默示確認的證明³⁷⁹。

在相反情況下，即法律行為成立生效後，強制或禁止規定始制定，而法律行為違反該強制或禁止規定，通常有法律不溯及既往原則之適用，不影響法律行為之效力，除非該規定明確地允許溯及之效果。

第三節、法律行為無效後之不當得利

法律行為無效時，不發生當事人依該法律行為所欲實現之法律效果，但不妨礙其他效果之發生，例如：

1.依民法第 184 條發生侵權行為損害賠償請求權；2.依民法第 247 條、第 245 條之 1 條發生締約上過失請求權；3.依民法第 179 條發生不當得利請求權；4.依民法第 767 條行使所有物返還請求權³⁸⁰。

因此「法律行為無效本身」與「法律行為無效所生之法律後果」有所區別，法

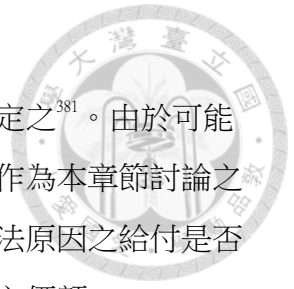
³⁷⁶ 詹森林，效力規定與取締規定之區別標準——最高法院裁判之評析，載於程序正義、人權保障與司法改革，元照，2009 年 3 月，頁 305。

³⁷⁷ 史尚寬，民法總論，正大印書館，1980 年 1 月，頁 520。

³⁷⁸ MünchKomm-Armbrüster, BGB, 6. Aufl., 2014, §134, Rn.22.

³⁷⁹ 耿林，強制規範與合同效力——以合同法第 52 條第 5 項為中心，中國民主法制出版社，2009 年 6 月，頁 354。

³⁸⁰ 王澤鑑，民法總則，2014 年 2 月，頁 541。



律行為無效所可能產生之法定後果，應解釋適用相關之規定以決定之³⁸¹。由於可能性不少，本文難以掌握全貌，故僅挑選最常見之不當得利後果，作為本章節討論之主題。不當得利之構成要件等並非本文之重點，所欲研究的是不法原因之給付是否得請求返還，以及當事人對違反法律有所知悉時，是否影響償還之價額。

第一項、不法原因之給付

在法律行為因違反強制或禁止規定而被認定無效後，雙方當事人本來應該依民法第 179 條各負不當得利之返還責任，但民法第 180 條規定：「給付，有左列情形之一者，不得請求返還：一、給付係履行道德上之義務者。二、債務人於未到期之債務因清償而為給付者。三、因清償債務而為給付，於給付時明知無給付之義務者。四、因不法之原因而為給付者。但不法之原因僅於受領人一方存在時，不在此限。」其中第 4 款因不法之原因而為給付與本文息息相關，

強制或禁止規定所針對者，可能是債權行為，也可能是物權行為；但不當得利是否因不法原因給付而不得請求返還，則因通說認為物權行為乃履行債務，僅具技術性，倫理上為中立，而多半發生在債權行為無效，物權行為有效之情形。

在羅馬法上，給付人之給付具有污辱性〔*turpitudō*〕時，雖無法律上原因，法院仍否定其訴權〔*condictio ob turpem causam*〕。所謂的 *turpitudō* 係指違反傳統倫理觀念，思考基礎在於任何人置社會倫理秩序於不顧時，不得請求返還其依應受非難行為而為之給付³⁸²。

德國判例學說原採懲罰說〔*Strafgedanke*〕，認為不法原因之給付不得請求返還，乃懲罰不法行為之當事人。然而懲罰並非私法所應負載之功能，且若給付人與受領人均有不法原因，受領人卻得保有給付，實不符懲罰原則。後來多數學者採拒絕保護說〔*Theorie der Rechtsschutzverweigerung*〕，認為當事人因違反法律禁止規定及背於公序良俗之行為，自外於法律規範之外，並無保護必要。但法院本應公平衡量當事人之利益，予以適當保護，不能因請求救濟者本身不夠清白，就一概拒絕保護。德國學者 *Canaris* 另提出一般預防理論〔*Generalprävention*〕，主要論點為違反

³⁸¹ 陳忠五，法律行為絕對無效與相對無效之區別，台大法學論叢第 27 卷第 4 期，頁 208。

³⁸² 王澤鑑，不當得利，2015 年 1 月，頁 129。



善良風俗之行為多不具刑罰處罰性，若無德國民法 817 條第 2 項³⁸³之規定，將不受制裁。而違反法律禁止規範之行為不多，違反行政秩序固須支付罰鍰，但可納入成本，所獲利益仍然較高，是以德國民法第 817 條第 2 項具有輔助預防法律行為違反善良風俗或禁止規範之功能³⁸⁴。

無論如何，若將民法本款過於擴張適用，將造成諸如嫖客夜宿後得拒不付款之事，反而不符合公平正義。因此因不法原因給付而不得請求返還，應屬例外，須對其構成要件作合理的解釋適用。

首先，在「給付」部分，應解釋為具終局性之財貨移轉，不包括交付支票等財產變動，因為不法原因給付之受領人受領支票後，若得拒絕返還而訴請支付，將導致不法行為之實施，違反法律之意旨³⁸⁵。不法侵占他人土地，加工開墾，欠缺給付之意思；為賭債設定擔保，屬從屬性質，均不構成給付³⁸⁶。

至於「不法原因」，學說多認為包括公序良俗之違背及強行法規之違反，但並非所有違反強制或禁止規定之當事人均不得請求返還不當得利，如最高法院 81 年台上字第 742 號判決即認為：「非謂凡違反強制或禁止規定之行為均屬之。蓋法律禁止或強制規定，或因國家政策考量之結果，若概指為不法原因之給付而謂已給付者不得請求返還，將有失衡平。」言下之意，即使違反強制或禁止規定而給付，是否不得請求返還，仍須視個案中是否衡平。

關於強行法規之違反，實務上亦著有幾則判例，如最高法院 20 年上字第 2129 號民事判例：「上訴人之夫，陸續以充當土匪所劫得之贓物交由被上訴人寄藏，自屬因不法之原因而為給付，依民法第一百八十四條第四款之規定，上訴人不得請求返還。」最高法院 29 年上字第 464 號民事判例：「販賣鴉片煙土為現行法令之所禁止，故因

³⁸³ BGB §817：「War der Zweck einer Leistung in der Art bestimmt, dass der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen hat, so ist der Empfänger zur Herausgabe verpflichtet. Die Rückforderung ist ausgeschlossen, wenn dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last fällt, es sei denn, dass die Leistung in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestand; das zur Erfüllung einer solchen Verbindlichkeit Geleistete kann nicht zurückgefordert werden.」給付之目的，因受領人之受領而違反法律之禁止或善良風俗者，受領人負返還之義務。給付人對此違反，亦應負責者，不得請求返還。

³⁸⁴ 王澤鑑，不當得利，2015 年 1 月，頁 132。

³⁸⁵ 王澤鑑，不當得利，2015 年 1 月，頁 133。

³⁸⁶ 王澤鑑，不當得利，2015 年 1 月，頁 152。



合夥經營此項禁止事業而為出資，即係民法第一百八十四條第四款所謂因不法之原因而為給付，自不得請求返還。」最高法院 29 年附字第 600 號民事判例：「上訴人以法幣三百五十元向被上訴人等價買某女，在其所開堂班內為娼藉以謀生，業由本院維持一、二兩審有罪之判決確定在案，是其交付被上訴人之身價，實基於不法原因所為之給付，依民法第一百八十四條第四款之規定，上訴人自不得請求返還。」最高法院 29 年上字第 626 號民事判例：「販賣鴉片煙土，除領有特許照證外，為現行法令之所禁止，委託處理此種違禁事項而給付報酬之契約自非有效，如已給付報酬，則係因不法原因而為給付，依民法第一百八十四條第四款之規定，不得請求返還。」最高法院 66 年台上字第 1092 號民事判例：「實施詐欺行為之詐術，非以欺罔為限，即利用人之錯誤使其為財物之交付亦屬之。被上訴人因上訴人冒名登記為所有人之錯誤，致通知上訴人繳納其差額地價，而上訴人必須憑該地價收據，始能取得增配土地之所有權，顯在意圖取得非法利益而為給付，其給付之原因不法，依法自不得請求返還不當得利。」判例作成之日期較早，文字甚為簡潔，但可看出幾則判例皆屬於刑法之違反，而且不得請求返還之結果，應不致違反衡平。

學者就此整理最高法院案例³⁸⁷，將違反強行規定而被認為不得請求返還不當得利之案例分為：

1.違反刑事法律者：刑法具有道德上可非難性，違反者原則上構成不法原因之給付。例如：押女為娼〔52 年台上字第 3304 號判決〕、合夥販賣煙土〔最高法院 20 年上字第 464 號判例〕、以充當土匪劫得之贓物交人寄藏〔最高法院 20 年上字第 2129 號判例〕、因清償賭債所交付之金錢〔最高法院 54 年台上字第 404 號判決〕。

2.違反保護投資大眾等之財經法規者：例如違反證券交易法第 43 條之 8 第 1 項〔最高法院 97 台上 2729 號判決〕、公司法第 163 條第 2 項〔最高法院 83 年台上字第 3022 號判決〕。

3.違反土地管制法規：若依具體情形，當事人有相當程度之道德上可責性，則構成不得請求返還之事由，反之則否，前者如違法買賣山地保留地〔最高法院 87

³⁸⁷ 林更盛，基於不法原因給付之不當得利，月旦法學教室第 115 號，2012 年 5 月，頁 16。



年台上字第 2677 號判決），後者如違反當時土地法第 30 條第 1 項〔最高法院 81 年台上字第 742 號判決〕。

4.不當影響公權力之運作者：如利用登記錯誤企圖取得增配土地之所有權而繳納地價〔最高法院 66 年台上字第 1092 號判例〕。

若依此整理，是否違反衡平，似乎視當事人是否有相當程度之道德上可非難性。最高法院 96 年台上字第 2362 號判決同此意旨：「不當得利制度乃基於『衡平原則』而創設之具調節財產變動的特殊規範，故法律應公平衡量當事人之利益，予以適當必要之保護，不能因請求救濟者本身不清白，即一概拒絕保護，使權益之衡量失其公平，故如已具備不當得利之構成要件，應從嚴認定不能請求返還之要件，避免生不公平之結果。」該案件中被上訴人受上訴人詐騙，付款行賄香港廉政公署，由於被上訴人是受騙付款，法院認為引起不法原因的是詐騙集團，應認該不法之原因僅存在於詐騙集團，上訴人不能拒絕返還不當得利。法院採取的是迂迴的方式，限縮第 180 條第 4 款本文之適用，也就是在衡量雙方之可非難性後，認為詐騙集團之不法性較高，且為接近並引起不法原因者，得適用但書規定³⁸⁸。但本案中雙方其實均具有不法性，嚴格言之不符合但書之文義，對於但書之適用，似為類推適用。

此外，民法第 180 條雖未規定當事人之主觀要件，但學說上認為須以給付人對給付原因不法性之認識有故意或過失為要件³⁸⁹。即給付人明知或因過失而不知其給付原因違反強制或禁止規定，在主觀上具有可非難性。

民法第 71 條與民法第 180 條第 4 款在規範目的上有所不同，前者乃為維護法律體系之無矛盾性，是以並不強調當事人在主觀上的可非難性；後者則某程度上屬於一種民事制裁，故即使當事人間之契約因違反強制或禁止規定導致無效，而不法原因非僅存在於受領人之一方，則給付人是否得請求返還不當得利，仍須視其是否在主觀上知悉或因過失而不知違法，並縱觀個案中哪一方當事人可非難程度較高而無保護必要，以求得衡平結果。若能在前階段認定違法契約是否無效時，即以具有適合性、必要性及合比例性者始為無效，則契約被認定無效而須互負不當得利返還責

³⁸⁸ 學說上同見解參陳子平，不法原因給付與侵占罪、詐欺罪〔下〕，月旦法學教室第 138 期，2014 年 4 月，頁 52。

³⁸⁹ 王澤鑑，2015 年 1 月，頁 141。



任之機率即降低，亦有助於解決不法原因給付之問題。

第二項、當事人知悉違反法律之影響

民法第 181 條規定：「不當得利之受領人，除返還其所受之利益外，如本於該利益更有所取得者，並應返還。但依其利益之性質或其他情形不能返還者，應償還其價額。」第 182 條規定：「不當得利之受領人，不知無法律上之原因，而其所受之利益已不存在者，免負返還或償還價額之責任。受領人於受領時，知無法律上之原因或其後知之者，應將受領時所得之利益，或知無法律上之原因時所現存之利益，附加利息，一併償還；如有損害，並應賠償。」第 183 條規定：「不當得利之受領人，以其所受者，無償讓與第三人，而受領人因此免返還義務者，第三人於其所免返還義務之限度內，負返還責任。」第 181 條所規定者為不當得利之返還客體，而後兩條所規定者為返還範圍。就返還客體部分，若依利益之性質或其他情形不能返還者，應償還其價額，以價額償還義務成立時為計算時點，依客觀交易價值定之³⁹⁰。

債權契約因違反強制或禁止規定而無效者，當事人間之物權行為有效，本應依不當得利互負返還所受利益之責，但若受領人受領時不知該契約之不法，且其後所受利益不存在，則應依民法第 182 條第 1 項不負返還責任。反之，若受領人受領時即知契約之不法，則依第 182 條第 2 項規定須將受領時所得利益附加利息一併償還。

民法第 182 條第 1 項和第 2 項之所以有此不同，是對善意受領人的一種優待，讓善意受領人的財產狀態不致因發生不當得利而受不利影響³⁹¹。

另外，不法原因給付之受領人以其所受者，無償讓與他人時，原給付人不得依民法第 183 條向第三人請求返還，因為不法原因給付之受領人本來就可以拒絕返還，並非因無償讓與第三人而免返還義務，與第 183 條之構成要件不符³⁹²。

³⁹⁰ 王澤鑑，不當得利，2015 年 1 月，頁 275、279-283。

³⁹¹ 王澤鑑，不當得利，2015 年 1 月，頁 289。

³⁹² 王澤鑑，不當得利，2015 年 1 月，頁 147、148。



第五章 結論

本文之內容，可總結如以下八點。

一、民法第 71 條具有概括條款之性質：

民法第 71 條之規範目的乃維持法規體系之無矛盾性，並具有三大功能：作為私法自治原則之界線、作為公私法之橋梁、授權予民事法官裁量。在民法立法前，其實大理院已援用違反強行法規之概念，作為判斷契約是否無效之基礎。而民法第 71 條之規範性質，乃概括條款，並非單純的引致規範，若強制或禁止規定未明示違反之法律效果，也無法從相關條文直接得出法律行為之效力時，須調查法規目的，權衡法規保護之法益與法律行為體現之法益，以決定法律行為違反法規之效果。

二、民法第 71 條之適用應優先於第 72 條：

公序良俗與強行規定之適用，固然有一元論、二元論之爭，且在概念上有所重疊，但並非絕不可分，在法律規範之適用順位上，公序良俗乃最後防線，當民法特別法之具體條項已規定法律行為之效果時，即應適用之，其次適用民法其他各編之具體條項規定，再考慮是否符合民法第 74 條之暴利行為，繼之考量是否違反強行規定而應適用民法第 71 條，當以上條文皆無從援用時，始適用民法第 72 條之公序良俗。

三、強制或禁止「規定」包含法律、法規命令、自治條例、經法律授權之自治規則和委辦規則：

強制或禁止「規定」應為具有強制力之規範，且依憲法第 23 條規定，唯有法律與法律授權之命令得限制人民之權利，故強制或禁止規定一定是國家公權力所定的有效規範，規範之形式並非重點，關鍵仍在於規範之強制力，本文原則上認為法律、法規命令、自治條例、經法律授權之自治規則和委辦規則得作為強制或禁止規定，當規定之性質認定發生爭議時，仍納入強制或禁止規定之範圍。學說及實務上對此問題不太重視，亦非無稽，畢竟「規定」之範圍，僅是在確定其性質後，做出形式上之判斷，無法承載違反規定是否無效之篩選功能。若過度著墨於性質之確認，反而造成民法第 71 條適用上之困難，得不償失，即使將所有規定，包括行政規則、行政處分、習慣法都納入強制或禁止規定之範圍，違反強制或禁止規定是否無效，仍



有待進一步判定，無礙於民法第 71 條之運作。

四、區分法律行為之「不能」或「被禁止」實益不大：

強制或禁止規定必為不能依當事人意思拒絕或修正適用之強行規定，乃強行規定中規範法律行為內容、強制或禁止當事人為一定行為之規範。有學者再三申論應區分法律行為之不能〔*können nicht*〕與被禁止〔*dürfen nicht*〕，優點在於法律邏輯之明晰，缺點在於增加民法第 71 條適用之困難性，且法律行為無形成空間與法律行為因被禁止而無效均不發生當事人所欲之效力，區分實益不大，因此本文不於討論法律行為違反強制或禁止規定之效力時強調。

五、維持效力規定和取締規定之區分，重新詮釋效力規定：

德國法學上適用 **BGB** 第 134 條，通常分成三個層次：一、是否有禁止規範？二、法律行為之效力是否因違反禁止規範而受影響？三、依該禁止規範是否應使法律行為絕對無效？而我國學說將重點放在取締規定與效力規定之區分，本文分別介紹史尚寬、洪遜欣、黃茂榮、邱聰智、詹森林五位學者之判斷方法，多數學者從法規之意旨與目的出發，綜合權衡相關法益，輔以是否僅一方當事人受規範，在確定系爭規定之性質後，違反取締規定之法律行為有效，而違反效力規定之法律行為無效。學者蘇永欽則批評以效力規定和取締規定之區分決定違法行為之效力，只是以問答問，缺乏可操作之標準，應將問題分為兩個層次，一是調查法律行為有無違反強制或禁止規定，二是若違反強制或禁止規定，行為之效力為何。不過蘇教授所提出之理論於調查法律行為有無違反強制或禁止規定之層次，與取締規定和效力規定之區分標準其實十分相似，仍須調查法規意旨和衡量法益而具有不確定性。

實務上，為平衡私法自治與管制理念，最高法院很早即採納效力規定與取締規定之區分，通常也以觀察法規之立法目的，輔以法益之權衡作為判斷方法，只是判決理由往往過於簡略，在部分判決中，最高法院提出系爭規定之倫理上可非難性、系爭規定是否針對雙方當事人作為判斷基準。關於違法之效力，判決中還是採全有全無之認定，若為取締規定，則違反之法律行為有效；若為效力規定，則違反之法律行為無效。司法院解釋第 726 號解釋則以雙階檢驗方式，先認定勞動基準法第 84 條之 1 為影響私法效力之強制規定，進一步認定約定中違反勞基法最低勞動標準之部分無效，可觀察出契約違反強制或禁止規定有部分無效之可能。



從而效力規定應重新詮釋，民法第 71 條但書「但規定並不以之為無效者」蘊含絕對無效以外之多種可能，包括取締規定亦從但書取得存在空間。取締規定為不影響私法效力之強行規定，而效力規定是對法律行為私法效力產生影響之規定，除當然、自始、確定無效外，仍可能發生其他的法律效果。法規是否屬於取締規定，應該統一解釋，不應因個案而有所不同，但可以透過誠信原則與目的性限縮調整個案效力。

六、引用比例原則區分取締規定和效力規定：

操作民法第 71 條時，法律行為違法，其私法效力為何係關鍵問題，取締規定是對「不影響法律行為私法效力之強制或禁止規定」的描述。區分取締規定和強制規定之方法無法避免法律解釋與法益權衡，須先從立法目的中探明強制或禁止規定所保護之法益，再進一步分析優先次序，除了抽象的法益位階，法益受侵害之程度亦應納入考量。

強制或禁止規定其實是國家權力所制定，為保護公益或弱勢當事人而限制私法自治，為要求人民必須或禁止為特定行為之行為規範，故亦應屬一種國家權力之宣示與行使，得運用比例原則檢驗違反強制或禁止規定之法律行為是否無效。簡言之，強制或禁止規定使法律行為無效需符合適合性、必要性與合比例性，而「規定僅針對法律行為之周圍情事」、「規定已規範行政制裁」、「規定係針對所有當事人」此三種因素得作為輔助判斷之線索，違反前二者之法律行為通常有效，違反第三種規定之法律行為通常無效，但最終仍以法規目的為依歸。

七、違反強制或禁止規定應有介於無效和有效之間的效力可能性：

在本文第四章中嘗試歸納各種效力的案例類型。違反取締規定之法律行為有效，雖然取締規定所關係之法益不見得不重要，但取締規定之保護方式往往與限制法益之侵害較無直接相關，法律並不適合強制介入私法關係，且若介入亦不符合手段的最小侵害性；或者保護方式雖與保護法益直接相關，但使契約無效過於侵害交易安全，則法規介入影響私法效力不具合比例性。最明顯而主要的類型其實是非針對法律行為內容本身之規定，例如營造業管理規則第 16 條、保全業法第 12 條第 1 項。

違反效力規定之法律行為則有絕對無效、相對無效、部分無效、得撤銷、效力未定等可能。



首先是絕對無效，即法律行為當然、自始、確定不發生效力，適用原點為刑法規定，應可歸納為適用於侵害公益和重要私益，且侵害程度最為嚴重者，能夠通過比例原則適當性、必要性、合比例性之檢驗。

傳統上相對無效是不得以無效對抗善意第三人，並限於法律明文規定之情形，沒有民法第 71 條但書發揮之空間。但學者陳忠五認為相對無效是法律行為對於他方當事人及被保護之特定第三人自始、當然、確定不生效力，對於另一方當事人及其他第三人而言，卻不一定自始、當然、確定不生效力，則在違反特定當事人之個別的、特殊的私人利益之情形，仍有適用可能。

法律行為有瑕疵時，若法律行為並非完全不發生效力，亦非完全依照當事人意思發生效力，而是效力介於其間，僅部分有效、部分無效，即為本文所欲探討之部分無效，包含內容上效力之限縮與無效時點改為嗣後無效，前者用於法規限制給付內容，譬如限定價格、數量或建築高度者，後者一般適用於繼續性關係或保護一方當事人之規定。

得撤銷之法律行為因其違反私益，瑕疵程度較輕微，故使之得撤銷，並設一定之撤銷權行使期間，得撤銷要運用在違反強制或禁止規定之效果上，有個現實的難題，即撤銷權之行使期間，因此似乎還是以法有明文之情況下行使較為妥當，除非有顯然得類推適用之情事。

在適用民法第 71 條時，能想到可能適合效力未定之效果者，應屬行政程序管制，即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，例如公平交易法第 14 條之「申請中央主管機關許可」。

總之，違法之法律行為效力原則上是以法律行為瑕疵輕重之程度與違反法律所保護利益性質之不同作為衡量標準，而各種不同效力有其適用特徵及常見情形。

八、當事人之惡意對不當得利之效果有所影響：

民法第 71 條與民法第 180 條第 4 款在規範目的上有所不同，前者乃為維護法律體系之無矛盾性，是以並不強調當事人在主觀上的可非難性；後者則某程度上屬於一種民事制裁，故即使當事人間之契約因違反強制或禁止規定導致無效，而不法原因非僅存在於受領人之一方，則給付人是否得請求返還不當得利，仍須視其是否在



主觀上知悉或因過失而不知違法，並綜觀個案中哪一方當事人可非難程度較高而無保護必要，以求得衡平結果。

本文屬於概論，對於許多規定之研究深度尚顯不足，僅提出三點作為未來研究之方向：

一、民法第 71 條與民法第 72 條之適用關係有待釐清：

日本法上對於公序良俗和強行規定之適用，有一元論、二元論之爭議，惟囿於語言限制，本文無法詳讀及整理文獻，僅能提出問題，並採取我國學者之見解，以民法第 71 條之適用為優先。

二、法律行為與意思表示是否可分尚不明朗：

德國的規範對象理論嘗試區分禁止規範係針對一方當事人之意思表示或整個法律行為而異其處理，但此說無法解釋單方行為，且無確切根據。禁止規範乃針對意思表示或法律行為，確實有區分上之困難，但亦有其法理上之意義，非無研求之餘地。

三、違反強制或禁止規定之效力須於不同法領域中深入探討：

在寫作過程中，發現勞動法、公司法、公平交易法等領域之學者不乏深入研究各該法規中強制或禁止規定對法律行為私法效力之影響者。此應為未來之研究方向，蓋每一法領域對於私法關係之規範密度和所欲營造之理想圖像不同，強行規定和任意規定之配置各別，亦影響法領域中個別規定傾向於解釋為取締規定或強制規定，有賴於學說及實務更細緻之討論。



附錄

附錄 一、解釋與判例

解釋或判例	違反之法規	違法效力	法院見解
最高法院 48 年度第 1 次民、刑庭總會會議決議（三）	各機關營繕工程及購置定製變賣財物稽察程序條例第 3 條	違者並非無效。	日產管理機關對於日產本屬有權處分，其對讓售標售之方式依修正臺灣日產基地出售辦法第五項規定，又可擇一行使，況各機關營繕工程及購置定製變賣財物稽察程序條例所謂變賣財物，在銀元一萬元以上者，應公告招標， <u>違之者，亦非無效，僅機關內部負責人員應負失職責任而已。</u>
最高法院 55 年度第 4 次民、刑庭總會會議決議（二）	土地法第 103 條第 4 款	強制規定，違者無效。	基地租賃契約之兩造約定，如承租人欠租達半年以上時，出租人得不催告逕行終止租約。此項約定違背土地法第一百零三條第四款之強制規定，依民法第七十一條規定，應為無效。
最高法院 65 年度第 9 次民庭庭推總會會議決議（二）	土地法第 30 條	強制規定，違者無效。	土地法第三十條係就私有農地所有權移轉之物權行為所作之強制規定，關於約定負擔移轉該項土地所有權之債務之債權行為〔如買賣、互易、贈與等契約〕，並不在限制之列，故約定出售私有農地於無自耕能力之人者，其所定之農地買賣契約〔債權契約〕，尚不能認係違反強制規定，依民法第七十一條前段應屬無效。惟此項買賣契約所約定之給付，既為移轉私有農地之所有權於無自耕能力之人，屬於違反強制規定之行為，即屬法律上之給付不能，亦即客觀的給付不能〔自始不能〕，依民法第二百四十六條第一項規定以不能給付為契約標的者，其契約為無效。因之此項約定出售私有農地於無自耕能力之人之買賣

			契約，除有民法第二百四十六條第一項但書及第二項之情形外，其契約應屬無效。
最高法院 68 年度第 3 次民事庭推總會決議（一）	證券交易法第 60 條第 1 項第 1 款	取締規定，違者非無效。	證券交易法第六十條第一項第一款之規定乃取締規定，非效力規定，無民法第七十一條之適用，證券商違反本款規定而收受存款或辦理放款， <u>僅主管官署得依證券交易法第六十六條為警告、停業或撤銷營業特許之行政處分</u> ，及行為人應負同法第一百七十五條所定刑事責任，其存款行為〔消費寄託〕或放款行為〔消費借貸〕，並非無效。
最高法院 83 年度第 1 次民事庭會議	保險法第 65 條	強制規定，違反而有利於被保險人者有效。	採甲說，並修正理由文字，並以研究報告作為附件，修正文字如下： 理由：關於時效期間，依民法第一百四十七條規定觀之，固屬強制規定，不得以法律行為加長之，惟依保險法第五十四條第一項規定：「本法之強制規定，不得以契約變更之，但有利於被保險人者，不在此限。」之意旨，本件人壽保險公司以特約延長保險金之請求權時效為三年， <u>係有利於被保險人</u> ，且不違背公序良俗，應認有效。
最高法院 91 年度第 14 次民事庭會議	民法第 205 條	超過者無請求權。	民法第二百零五條既已立法限制最高利率，明定債權人對於超過週年百分之二十部分之利息無請求權。則當事人將包含超過週年百分之二十部分之延欠利息滾入原本，約定期限清償，其滾入之利息數額，仍應受法定最高利率之限制。故債權人對於滾入原本之超過限額利息部分，應認仍無請求權， <u>以貫徹「防止重利盤剝，保護經濟弱者」之立法目的</u> 。

司法院院字第 1543 號解釋	民法第 1049 條	無不以為無效之規定，違者無效。	未成年之夫妻自行離婚。民法第一〇四九條既定明應得法定代理人之同意。同法對於違反該條。並無不以為無效之規定。自應依同法第七十一條所定。認為無效。
司法院院字第 1585 號解釋	禁煙實施辦法	禁止事項，違者無效	法律行為違反強制或禁止之規定者無效。在民法第七十一條著有明文。販賣煙土。既為現行法令所禁止。則當事人以此等禁止事項為標的之合夥契約。依法當然無效。其因此契約所發生之債權債務關係訴請裁到。法院自應於受理後予以駁回。
司法院院解字第 3100 號解釋	懲治漢奸條例第 12 條	禁止規定，違者無效。	處理漢奸案件條例第四條。所稱漢奸所得之財物。係指犯漢奸罪所得之財物。並不包括其他之原有財產。惟三十四年十二月六日公布之新懲治漢奸條例第八條。所稱漢奸財產之全部或一部。凡漢奸所得財物及其他原有財產。均包括在內。其明知為漢奸將受沒收或查封之財產。而收買之者。依新條例第十二條之規定。既應處罰。則所買受者。縱係漢奸之原有財產。其買賣契約為違反禁止規定。依民法第七十一條。應屬無效。
司法院院解字第 3234 號解釋	土地法第 10 條	違反者不生效力。	臺人前在廈門購置不動產之行為自其回復中華民國國籍後始為有效。
最高法院 19 年上字第 26 號民事判例	未表明	無效。	買賣人身契約當然無效，其權義關係無從發生，買者既無請求交人之權，其因找人支出之費用，亦不能認為因侵權行為所生之損害，而責令相對人賠償。
最高法院 20 年上字第 202 號民事判例	刑法規定	禁止規定，違者無效。	販賣煙土，為現行刑法所禁止，則其債權債務之關係自無從發生。
最高法院 20 年	刑法規定	禁止規定，違者	販運煙土，為現行法上禁止之

上字第 236 號 民事判例		無效。	行為，託運人本於運送煙土之契約，對於運送人請求損害賠償，自為法所不許。
最高法院 29 年 上字第 626 號 民事判例	未指明	禁止規定，違者 無效。	販賣鴉片煙土，除領有特許照證外，為現行法令之所禁止，委託處理此種違禁事項而給付報酬之契約自非有效，如已給付報酬，則係因不法原因而為給付，依民法第一百八十條第四款之規定，不得請求返還。
最高法院 30 年 上字第 1360 號 民事判例	新衡制度	非禁止規定，違 者非無效。	贛省雖早已施行新衡制度，然上訴人與被上訴人約定交貨須用市秤折合老秤計算，尚難指其契約為違反禁止規定而謂為無效。
最高法院 30 年 上字第 64 號 民事判例	未指明	禁止規定，違者 無效。	上訴人在原審稱，被上訴人買產僅付價金一千六百元，餘價迄未給付，而被上訴人則謂所有業價二千七百元悉已付清，內以煙坭四碗折價若干云云，是被上訴人已自認應付之價金二千七百元內，有一部係以煙坭折抵，所謂煙坭如為法律禁止授受之鴉片煙土，上訴人雖曾受以折抵價金，依民法第七十一條之規定，此項代物清償之契約亦屬無效，其原有債之關係仍難認為已經消滅。原審於此未注意審酌，僅據中人某甲等所稱上訴人早將業價收清之證言，即認被上訴人已將價金二千七百元悉數交清，於法殊有未合。
最高法院 32 年 上字第 1098 號 民事判例	民法第 973 條	違者無效。	依民法第九百七十三條之規定，男未滿十七歲女未滿十五歲者不得訂定婚約，訂定婚約違反此規定者自屬無效
最高法院 33 年 上字第 5780 號 民事判例	未指明	違者無效。	蓄養奴婢為現行法律所禁止，如訂立契約以此種法律上禁止之事項為其標的，依民法第七十一條之規定自非有效。
最高法院 40 年	律師章程第 17	禁止規定，違者	律師不得受讓當事人間系爭

<p>台上字第 618 號 民事判例</p>	<p>條</p>	<p>當然無效。</p>	<p>之權利，為當時有效之律師章程第十七條所明定〔現行律師法第三十三條規定亦同〕。如律師受任代理訴訟，於立約時預以系爭標的物之一部分議定價格立契贈與，作為補送律師公費，即與受讓無殊，至訴訟雖已終結，仍不能與當事人買受系爭物，惟依其情形如可認為與受任代理訴訟無關者，不在此限。……其前為贈與既與受讓無殊，其後為買賣系爭標的物亦不能謂與受任代理訴訟無關，顯係違背律師章程禁止之規定，依民法第七十一條當然無效。</p>
<p>最高法院 45 年台上字第 465 號 民事判例</p>	<p>三七五減租條例第 2 條第 1 項</p>	<p>禁止規定，違者無效。</p>	<p>兩造更新之耕地租賃契約，其訂立時期為民國四十二年十二月間，既在耕地三七五減租條例公布施行之後，自應受同條例第二條第一項所定，原約定地租不及千分之三百七十五者不得增加之限制，則上訴人就原約定以正產物收穫總額四分之一為準之地租，增加為千分之三百七十五，顯係違反上開條例之禁止規定，依民法第七十一條自屬無效。</p>
<p>最高法院 47 年台上字第 1808 號 民事判例</p>	<p>民法第 206 條</p>	<p>似認為禁止規定，違者無效。</p>	<p>被上訴人合會儲蓄股份有限公司所組織之合會，係以投標方式由各參加會員投標，以標面最低金額為得標，其投標金額與給付金額之差額，則平均分配於未受給付之會員，此為參加合會會員間契約所約定，並報經臺灣省財政廳予以核准，自與民法第二百零六條所謂巧取利益之情節不同，該契約仍應認為有效成立。</p>
<p>最高法院 49 年台上字第 1522 號 民事判例</p>	<p>公司法第 23 條</p>	<p>似認為禁止規定，經合夥人同意或追認則有</p>	<p>合夥商號為人保證，在民法上並無如公司法第二十三條設有禁止之規定，故合夥商號業</p>

		效。	務執行人以合夥商號名義為人作保之行為，倘經合夥人全體事先同意或事後追認者，即應認其保證為合法生效。
最高法院 49 年台上字第 1889 號 民事判例	糧食管理治罪條例第 6 條第 1 項	違者無效。	違反糧食管理治罪條例第六條第一項第五款所定貸放金錢或其他物品而收回糧食者，其所訂立之契約無效，係以該項行為，經糧食主管機關公告禁止而違反之者為要件，如糧食主管機關未公告禁止貸放金錢而收回糧食之行為，則當事人所訂之借貸契約，即非無效。
最高法院 49 年台上字第 2480 號 民事判例	森林法第 11 條	禁止規定，違者無效。	臺灣在日據時期，其森林管理機關，就非私有林經編入為保安林之林木，與私人間訂立之採伐契約，不惟與當時適用之臺灣森林令第二條，及臺灣森林令施行手續第二條、第三條之各強制規定有所抵觸，且係違反臺灣光復後即經施行之森林法，關於保安林在未經農林部核准解除以前，不能砍伐其林木之禁止規定〔參照森林法第十一條以下〕，應在無效之列。縱使是項契約光復後曾經該地接管委員會予以認可，究難因此而謂即可發生私法上權利義務之效力。
最高法院 66 年台上字第 1726 號 民事判例	證券交易法第 60 條第 1 項第 1 款	違者非無效。	證券交易法第六十條第一項第一款雖明定：證券商不得收受存款或辦理放款，惟如有違反時，僅生主管機關得依同法第六十六條為警告、停業或撤銷營業特許之行政處分，及行為人應負同法第一百七十五條所定刑事責任之問題，非謂其存款及放款行為概為無效。
最高法院 68 年台上字第 879 號 民事判例	證券交易法第 60 條第 1 項第 1 款	取締規定，非效力規定，違者非無效。	證券交易法第六十條第一項第一款乃取締規定，非效力規定，無民法第七十一條之適用。證券商違反該項規定而收



			受存款或辦理放款， <u>僅主管機關得依證券交易法第六十六條為警告，停業或撤銷營業特許之行政處分，及行為人應負同法第一百七十五條所定刑事責任，非謂其存款或放款行為概為無效。</u>
最高法院 69 年台上字第 1676 號判例	公司法第 16 條第 1 項	禁止規定，違者無效。	公司除依其他法律或公司章程規定，以保證為業務者外，不得為任何保證人，為公司法第十六條第一項所明定。本件被上訴人公司係以某報之出版發行等為業務，而非以保證為業務，自有上開禁止規定之適用。且所謂不得為任何保證人，非僅指公司本身與他人訂立保證契約為保證人，即承受他人之保證契約，而為保證人之情形，亦包括在內。
最高法院 74 年台上字第 703 號民事判例	公司法第 16 條第 1 項	規定禁止而無效。	公司法第十六條第一項規定公司除依其他法律或公司章程規定以保證為業務者外，不得為任何保證人，旨在穩定公司財務，用杜公司負責人以公司名義為他人作保而生流弊，倘公司提供財產為他人設定擔保物權，就公司財務之影響而言，與為他人保證人之情形無殊，仍應在上開規定禁止之列。



附錄 二、強行規定之判決整理

最高法院判決字號〔年度, 字, 號〕	違反之法規	行為之效力	法院見解
103, 台上, 1620	公寓大廈管理條例第 9 條	似不認為強行規定。	惟上開將避難空間、化糞池、清水池、防火逃生門、車道、迴車道、清水池通道、機械房通道等處為與不符竣工圖核定之停車位使用，究係違反何建築法令？該違反之建築法令係屬取締規定？或效力規定？是否不符設置目的及通常使用方法之約定專用均屬無效？此與判斷公寓大廈管理條例第九條第二項「共用部分之使用應依設置目的及通常使用方法為之」、第三項「約定使用事項不得違反本條例、區域計畫法、都市計畫法及建築法令」之規定，是否屬強行規定，而有民法第七十一條規定之適用，所關頗切。原審未詳為推求所指違反建築法令及公寓大廈管理條例第九條規定之性質，逕認上述停車位縱為約定專用，仍因違反強制規定而無效，進而就此部分為葉軍棟等七人不利之論斷，依上說明，已有未合。
103, 台上, 769	公司法第 90 條	似認為強行規定，違反者可能無效。	系爭協議是否違反「公司資本維持原則」？是否全部當然無效？
103, 台上, 615	公司法第 177 條第 1 項、第 3 項	非強行規定，違反者非無效。	公司法第一百七十七條第一項固規定「股東得於每次股東會出具公司印發之委託書載明授權範圍，委託代理人出席股東會」，然該規定乃為便利股東委託他人出席而設，非強制規定，公司雖未印發，股東仍可自行書寫此項委託書，委託他人代理出席，是公司未印發委託書，難謂股東會之召集程序違反法令。另同條第三項規定委託書應於股東會開會五日前送達公司，亦僅係便利公司之作業，與代理出席會議之人已否受委託無關，亦與同法第一百七十二條所定之日數有所不同；參以修正後之公司法

			第一百七十七條第三項已將舊有之「非於股東會開會前五日送交公司不得出席」之規定刪除，益見此五日之限制，非強行規定。
103, 台再, 6	農業發展條例第18條第4項中段	似認為強行規定。	再審意旨所指，雖提及系爭協議書為無效之問題，然原第二審確定判決係依系爭協議書簽訂之事實，及兩造父執輩就所繼承祖父吳進興遺留土地之所有權分配及歸屬等情，因而認定再審原告或其被繼承人吳麒鴻已同意或默示同意再審被告占有使用A部分土地，並非單純依憑登記名義人而為論斷，核屬事實審法院本於認事、採證之職權行使範疇，要與審認系爭協議書是否有效，及得否據以分割移轉登記之情形無涉。
102, 台上, 2479	公寓大廈管理條例第29條	原審認為強行規定，違反者無效，最高法院未指摘。	參諸張雪霞為朱運國之配偶，彼此關係密切，其等以移轉部分區分所有權之方法，規避此項強行規定，藉以達到仍由朱運國繼續掌控管理委員會之目的，應認張雪霞當選上訴人之主任委員為無效。
102, 台上, 1125	民法第765條、公寓大廈管理條例第9條第1項、公寓大廈管理條例第33條第2款	強行規定，違反者無效。	依民法第七百六十五條、公寓大廈管理條例（下稱管理條例）第九條第一項規定，商場區分所有權人有使用收益權，世紀宮廷大廈全體區分所有權人並無使用收益權。系爭區分所有權人大會決議（下稱系爭決議）提案三通過制定廣告物管理辦法（下稱管理辦法），第三條規定得於B區兩部電梯內之牆面設置及張貼廣告物；第五條規定「B區廣告物」之材質、收取租金，違背上開使用收益權之規定而無效。有關C區地上一層至三層帷幕外牆設置廣告物決議部分，管理辦法第三、六條未經該樓層區分所有權人同意，違反管理條例第三十三條第二款強行規定而無效。
101, 台上, 1092	公司法第223條	非強行規定，違反者非當然無效。	再者，按董事為自己或他人與公司為買賣、借貸或其他法律行為，應由監察人為公司之代表，公司法第二百二十三條固有明文。該條規定旨在禁止雙方代表，以保護公司之利益， 非為

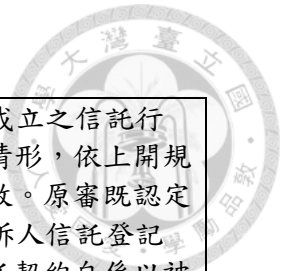
			<u>維護公益而設</u> ，自非強行規定，故董事與公司為法律行為違反該規定，並非當然無效，倘公司事前許諾或事後承認，對公司亦生效力。
100, 台上, 1672	公司法第 223 條	非強行規定，違反者非當然無效。	惟按董事為自己或他人與公司為買賣、借貸或其他法律行為，應由監察人為公司之代表，公司法第二百二十三條定有明文。該條規定旨在禁止雙方代表，以保護公司之利益，非為維護公益而設，自非強行規定，故董事與公司為法律行為違反該規定，並非當然無效，倘公司事前許諾或事後承認，對公司亦生效力。
100, 台上, 1443	民法第 316 條	任意規定，非強行規定，僅有補充適用之效力。	惟按定有清償期者，債權人不得於期前請求清償，如無反對之意思表示時，債務人得於期前為清償。民法第三百十六條固有明文。惟該條規定，乃任意規定，並非強行規定，僅有補充適用之效力，於當事人未有約定時，始有其適用。
100, 台上, 1239	律師法第 48 第 1 項	未明確判斷。	準此，兩造約定契約內容並無何違反公序良俗之處，亦無違反法律強行規定之處，自非無效。至被上訴人並不具律師資格，而未委任律師，自行撰狀，縱有違反律師法第四十八條第一項之規定，亦係兩造訂立委任契約後所生之問題，尚不得以此逕認兩造之委任契約無效。上訴人主張兩造間之委任關係因違反公序良俗而無效，並不足採。
100, 台上, 1001	遺產及贈與稅法第 8 條第 1 項前段	強行規定，違反者無效。	惟該同意書之作成，違反遺產及贈與稅法第八條第一項前段之強行規定而無效。
99, 台上, 951	土地法第 30 條	強行規定，違反之物權行為無效。	乙○○既具有自耕農身分，因一時無法符合法令規定而未取得自耕能力證明，非不得於日後依規定取得證明，且其嗣後確於七十六年間取得自耕能力證明，按之經驗法則，足認系爭借名登記契約當事人間，確有僅暫時將系爭土地登記上訴人名下，俟乙○○取得自耕能力證明，即得為移轉登記予乙○○之真意。鍾爵章既於與上訴人成立借名登記契約時，約定俟

			乙○○取得自耕能力證明時，將土地移轉登記予乙○○，其本意即預期日後乙○○可以辦理登記時，由其取得所有權，揆諸上開說明，應認該借名登記之目的並無違強行規定或悖於公序良俗，契約仍屬有效。按八十九年一月二十六日土地法第三十條修正刪除前，關於耕地之買賣，承買人雖係無自耕能力之人，惟如約定由承買人指定登記與任何有自耕能力之第三人，或具體約定登記與有自耕能力之特定第三人，即非民法第二百四十六條第一項以不能之給付為契約之標的，難認其契約為無效。
98, 台上, 2075	公民營事業生產軍品輔導作業規定第 12 條	非強行規定，可約定不適用。	系爭契約屬輔導作業規定第二條第一款所指之「軍品實驗訂貨」，而非「建立衛星工廠」性質。依被上訴人補管中心籌補科八十六年七月二十三日內部簽呈及其附件三暨被上訴人軍品採購決標單、接收暨會驗報告單分別記載本案以廠商自費試製方式辦理，不編列預算，不合格者則無償解約，貨款總價零元等內容，與系爭契約之約定互相參照以觀，再參酌系爭輔導作業規定第十二條規定之旨，足見軍品實驗訂貨所指「以付費方式試製」之情形，非為強行規定，當然可由上訴人以「自費方式研製」。
98, 台上, 2050	公司法第 223 條	非強行規定，違反者非當然無效。	再按公司法第二百二十三條規定，董事為自己或他人與公司為買賣、借貸或其他法律行為時，由監察人為公司之代表，旨在禁止雙方代表，以保護公司（本人）之利益， <u>非為維護公益而設，自非強行規定</u> ，故董事與公司為借貸等法律行為違反該規定，並非當然無效，倘公司（本人）事前許諾或事後承認，對於公司（本人）亦發生效力，此觀民法第一百零六條及第一百七十條第一項之規定自明。
98, 台上, 1650	民法第 106 條	非強行規定。	次查民法第一百零六條禁止雙方代理之規定， <u>旨在保護本人之利益，並非強行規定</u> ，代理人如事先經本人許

			諾，即得為雙方代理之法律行為，此觀該條前段規定自明。
98, 台上, 676	民法第 434 條	非強行規定，違反者難謂無效。	按當事人約定承租人就輕過失之失火仍應負責，以加重承租人之注意義務者，其特約亦難謂無效。則系爭租約第十一條前段雖約定：乙方（即承租人）應以善良管理人之注意使用房屋，除因天災地變等不可抗拒之情形外，因乙方之過失致房屋毀損，應負損害賠償之責。而加重承租人之責任，並未違反強行規定，自為有效。
97, 台上, 1949	土地法第 30 條	強行規定，但本件不在限制之列。	本件協議書第三條約款，係兩造及訴外人廖德泉針對兩造父親廖朝旺所贈與之財產如何分配所作之約定，屬於債權性質，並不在修正前土地法第三十條限制之列。系爭協議之契約法律關係，既非無效，被上訴人於系爭土地由其父廖朝旺贈與上訴人之後，尚得與上訴人約定借名移轉登記予具有自耕能力之第三人，或於系爭土地暫時無法辦理移轉登記之限制因素不存在時，始請求移轉所有權，此無違背公共秩序或強行規定。前案乃係以系爭土地為農業用地，被上訴人且無自耕能力，依修正前土地法第三十條規定，不能受讓系爭土地應有部分為其論斷之基礎，而駁回被上訴人關於移轉系爭土地所有權之請求，惟修正前土地法第三十條之規定已於八十九年一月二十八日經修法刪除，關於土地所有權移轉限制之法令已變動，自無從遽認上訴人得依民法第二百五條第一項規定，免其給付義務。
97, 台上, 1246	民法第 759 條	未論斷。	民法第七百五十九條規定因繼承、強制執行、公用徵收或法院之判決，於登記前已取得不動產物權者，非經登記，不得處分其物權，其規範意旨在於貫徹不動產物權變動之公示原則。而公示原則所維護者係交易安全，國家因公用徵收於登記前，縱認係原始取得不動產物權，嗣其尚未登記即處分不動產之結果，如未發生登

			記物權與真實物權狀態不一致之情形，於交易安全既不影響，仍應受法律之保護。
97, 台上, 747	稅捐稽徵法第 6 條第 2、3 項	強行規定。	依首揭說明，應認其上訴為不合法。未按土地增值稅之徵收，係認土地增值非因土地所有權人施以勞力資本之結果，應由社會共享，乃基本國策之一，是扣繳土地增值稅，乃基於都市土地漲價歸公之公權力關係所為強行規定。
96, 台抗, 476	公司法第 178	強行規定，違反者該部分決議無效。	惟董事會之決議，依公司法第二百零六條第二項規定，仍有準用同法第一百七十八條規定，董事對於會議之事項，有自身利害關係致有害於公司利益之虞時，不得加入表決，並不得代理其他董事行使其表決權之適用。此為強行規定，若董事會違背開規定而為決議，自應解為該部分之決議無效，並無排除股東主張無效之規定。
96, 台上, 1455	民法第 106 條、公司法第 223 條	非強行規定，違反者非當然無效。	按民法第一百零六條前段規定：「代理人，非經本人之許諾，不得為本人與自己之法律行為，亦不得既為第三人之代理人，而為本人與第三人之法律行為」，及公司法第二百二十三條規定：「董事為自己或他人與公司為買賣、借貸或其他法律行為時，由監察人為公司之代表」，係為保護公司（本人）之利益，而非為保護公益而設，自非強行規定，如有違反，其法律行為並非當然無效，倘公司（本人）事前許諾或事後承認，即對公司（本人）發生效力，此觀民法第一百七十條第一項之規定自明。
96, 台上, 1395	公司法第 167 條	似認為強行規定，但有除外規定。	按民法上所謂給付不能，係指依社會觀念其給付已屬不能者而言。又公司法第一百六十七條第一項既設有同法第一百六十七條之一之除外規定，得經董事會以董事三分之二以上之出席及出席董事過半數同意之決議，於不超過該公司已發行股份總數百分之五之範圍內，收買其股份。則本件被上訴人僅以違反公司法第一百六十七條規定並免損害公司其他

			股東及債權人利益為由，拒絕買回上訴人認購之股票，其無意經由該公司董事會決議買回股份之行為，依一般社會觀念其給付是否已達客觀不能，究係「不為」，抑或「不能」？
96, 台上, 475	土地法第 30 條	強行規定，迴避之脫法行為無效。	原判決係基於上訴人所稱伊公司籌備之初，為購買農地供砂石場用地，於民國八十二年二月十三日由訴外人嚴金銑出面與訴外人羅鴻源就系爭農地代為簽訂不動產買賣契約，並於同年三月二十二日將系爭土地借名登記（或消極信託登記）與有自耕能力之嚴金銑之配偶即被上訴人名下。之所以如此迂迴，係因依當時土地法第三十條規定，伊公司不得繼受私有農地之故等情，而以：上訴人主張之事實縱屬真實，亦因其係為迴避上開土地法之強行規定，以迂迴方法達成該強行法規所禁止相同效果之行為，即實質上取得系爭農地，以供砂石場使用，乃脫法行為，應認該買賣契約及兩造間之借名登記（或消極信託）契約均屬無效。
96, 台上, 396	人民團體法第 21 條	高等法院認為強行規定，違反者無效，最高法院未指摘。	乙○○支領薪資之行為除違反人民團體法第二十一條強行規定外，亦與康寧互助會之章程不符，其於擔任理事長期間要求支領理事長薪資，顯然於法無據。
96, 台上, 134	公司法第 179 條、第 185 條第 1 項、第 277 條第 2 項、第 316 條第 1 項	強制規定，違反者無效。	高等法院：系爭股東協議及系爭股份買賣契約並未違反公司法第一百七十九條、第一百八十五條第一項、第二百七十七條第二項及第三百十六條第一項之強制規定，非屬民法第七十一條、第二百四十六條、第七十二條之無效，自屬合法有效。最高法院認有違法之嫌。
96, 台上, 69	土地法第 30 條	信託契約違反土地法第 30 條者，依信託法第 5 條第 4 款無效。	修正前土地法第三十條第一項前段規定：私有農地所有權之移轉，其承受人以能自耕者為限（按該條文於八十九年一月二十六日總統令刪除）。又信託行為以依法不得受讓特定財產權之人為該財產權之受益人者，無效，為信託法第五條第四款所明定。



			<p>於信託法公布施行前成立之信託行為，如有該條款所定情形，依上開規定之法理，亦難認有效。原審既認定系爭三筆土地係被上訴人信託登記予上訴人，則系爭信託契約自係以被上訴人為委託人即受益人，而系爭三筆土地地目均為「田」（見原審卷第八一頁至第八三頁土地登記簿謄本），則於五十一年九月十九日兩造及許瑞發、許肇基等兄弟四人就系爭三筆土地簽立鬮分書，依當時有效之土地法第三十條第一項前段規定，須具有自耕能力人，始得承受該三筆土地所有權，倘斯時被上訴人非有自耕能力人，依法不得承受其所有權，系爭信託契約即難認為有效，被上訴人亦無終止系爭信託契約之可言。</p>
95, 台上, 2960	民法第 495 條第 1 項、第 505 條	非強行規定，當事人可約定排除適用。	<p>亦即預付款之給付與工程施作並無對待給付關係可言，況民法第四百九十條第一項、第五百零五條等報酬給付規定，並非強行規定，基於契約自由原則，當事人自可約定排除適用。被上訴人既已依約提供預付款還款之擔保，上訴人抗辯其無給付預付款義務，不足採信。</p>
95, 台抗, 788	強制執行法第 91 條第 2 項	強行規定，但違反者並非當然無效。	<p>強制執行法第九十一條第二項關於執行法院再行拍賣，應酌減拍賣最低價額，酌減數額不得逾百分之二十之規定，固屬強行規定，執行法院所定底價違反該規定者，於拍賣程序終結前，當事人或利害關係人得聲明異議，法院亦得依職權更正或撤銷其執行程序；惟違反該規定所為之拍賣，並非絕對無效，拍賣程序如已終結，利害關係人即不得以之為無效而聲明異議，請求撤銷拍定，執行法院亦不得依職權撤銷之。</p>
95, 台上, 1848	公司法第 178 條	強行規定，股東會違反者依公司法第 179 條得訴請法院撤銷，董事會違反者無效。	<p>又按股東對於會議之事項，有自身利害關係致有害於公司利益之虞時，不得加入表決，並不得代理他股東行使其表決權，公司法第一百七十八條定有明文。此項規定於股份有限公司董事會之決議準用之，同法第二百零六</p>

			<p>條第二項亦有明定。上揭規定係屬強行規定，故若股份有限公司之股東會之決議，違背上揭規定而為決議，其決議方法即屬同法第一百八十九條所稱之決議方法違反法令，而得依該條規定訴請法院撤銷其決議。至董事會違背上揭規定而為決議，公司法並未如第一百八十九條規定得予撤銷，自應解為該部分之決議無效，且不必以訴訟方式主張之。</p>
95, 台上, 820	民法第 222 條	似認為禁止規定，違反者無效。	<p>上訴人主張：按故意或重大過失之責任，不得預先免除，民法第二百二十二條定有明文。如謂兩造所簽訂合約書第十七條之真意，應係上訴人無論基於何原因解僱被上訴人，被上訴人均無返還系爭支票之必要，縱使被上訴人於受僱期間內有重大違法事由亦然。則顯然兩造合約已預先將被上訴人故意或重大過失責任免除，與民法第二百二十二條之規定相違背，依民法第七十一條規定，該合約第十七條之規定，違反法律禁止之規定，應屬無效等語（見原審卷第一五二頁），為其重要之攻擊防禦方法，原審恣置未論，亦有未洽。</p>
94, 台上, 2384	公寓大廈管理條例第 31 條第 1 項第 1 款	原審認為強行規定，違者無效，最高法院未指摘。	<p>原審維持第一審所為上訴人敗訴之判決，駁回其上訴，係以：公寓大廈管理條例第三十一條第一項第一款規定：規約之訂定或變更，應經區分所有權人會議決議，此為強行規定。君毅管委會八十八年六月四日召開第一次住戶大會所訂定之系爭規約第十條第一款規定：住戶代表大會之決議，關於規約之訂定或變更，應有住戶代表三分之二出席，以出席人數四分之三之同意行之，違反上開強行規定，自非有效。</p>
94, 台上, 1558	兩岸條例第 65 條第 1 款	似認為強行規定，違反者無效。	<p>復按兩岸條例第六十五條第一款規定，台灣地區人民已有子女或養子女，其收養大陸地區人民為養子女者，法院亦應不予認可。參酌該條例立法目的乃在：國家統一前，為確保台灣地區安全與民眾福祉，規範台灣</p>

			<u>地區與大陸地區人民之往來，並處理衍生之法律事件。</u> 依上說明，該第六十五條第一款是否屬強行規定，如有違反，其所為收養是否應為無效（民法第七十一條），即有再進一步研求之必要。
94, 台上, 1211	地籍測量實施規則第 241 條、第 242 條	非分割或移轉之限制規定，違反者非無效。	上訴人丙○○等所指八十三年七月十七日修正之地籍測量實施規則第二百四十一條、二百四十二條（現行規則第二百二十四條、二百二十五條）之規定，係屬土地為合併及地界調整之相關規定，並非分割或移轉之限制，其謂該三九號土地地目為「水」，與其他建地協議合併分割，有違上開規定，應屬無效云云，自無足取。
94, 台抗, 485	民法第 106 條、公司法第 223 條	非強行規定，違反者非無效。	按民法第一百零六條禁止雙方代理之規定，僅為保護本人之利益而設，並非強行規定，依同條前段規定，代理人如事先經本人許諾，即得為雙方代理之法律行為；如有違反本條規定，其法律行為並非無效，經本人事後承認，仍生效力。又公司法第二百二十三條規定：「董事為自己或他人與公司為買賣、借貸或其他法律行為時，由監察人為公司之代表。」，其目的係在保護公司之利益，非為保護公益而設，自非強行規定，如有違反，其法律行為並非無效，倘公司事前許諾或事後承認，即對公司發生效力。
94, 台上, 492	廣播電視法第 4 條	強行規定，違反者無效。	次按廣播電視法第四條規定：廣播、電視事業使用之電波頻率，為國家所有，由交通部會同新聞局規劃支配。前項電波頻率不得租賃、借貸、或轉讓。稽其立法意旨，係以電波頻率為全民共有，應由全民所共享，不得為私人交易之體，故私人間以之為交易客體之法律行為，應屬無效。查兩造於八十九年九月二十五日簽訂之合約，係以「淡水河廣播電台」之租用達成電波頻率租用之目的，依前開說明，該合約違反廣播電視法第四條之

			強行規定，依民法第七十一條規定，應屬無效。
93, 台上, 2598	民法第 1114 條	似認為強行規定，違反者不得請求。	<p>接受扶養人不能維持生活，乃法定受扶養權利發生要件之一，而扶養義務如何履行，又以扶養權利義務存在為前提，是民法第一千一百十四條所定應受扶養人若能維持生活，即令有扶養方法之協議，亦不能據以向此協議之他方為請求。查被上訴人係依民法第一千一百十四條及第一千一百二十條規定請求上訴人給付扶養費，則上訴人自七</p> <p>十一年起至八十九年八月止，按月給付被上訴人二萬五千元或三萬元，係扶養方法之協議，依上說明，上訴人所辯被上訴人能維持生活一節，是否可採，即攸關判斷被上訴人得否為本件之請求，應屬重要之防禦方法。乃原審竟以兩造間有扶養方法之協議，被上訴人即不受不能維持生活要件之限制，自屬可議。</p>
93, 台上, 941	公司法第 178 條	原審認為強行規定，違反之決議無效，最高法院未指摘強行規定之認定。	<p>但前開特聘辦法似非針對該二人給與利益而設。而係以整個公司制度為考量，且由該二人加入表決，究如何「致有害於公司利益之虞」，而必須迴避，原判決亦未有所敘明，即認該二人依法不得加入表決，進而謂通過前開特聘辦法之決議違反強行規定，應屬無效，亦有未合。</p>
93, 台上, 752	土地法第 30 條	強行規定，規避之脫法行為無效。	<p>私有農地之買受人無自耕能力，得否與出賣人約定將農地移轉與其所指定有自耕能力之第三人，並與該第三人訂立信託契約，以自己為受益人，自應以該第三人就受託登記之農地，是否得為耕作、管理或處分，作為判斷標準。<u>倘農地買受人確將農地賦予第三人耕作、管理或處分權，以達成一定之經濟上或社會上目的，則與農地農用之國家政策尚無違背，應認為買賣及信託契約，均屬有效</u>，反之，倘買受人僅將農地在名義上移轉登記與該第三人，而有關農地之管理、使用或處分，仍由買受人自行為</p>

			<p>之，應認係脫法行為，買賣及信託契約均應認為無效。</p>
92, 台上, 1463	勞動基準法第2條第3款、勞動基準法施行細則第10條	強行規定，違反者無效。	<p>按「<u>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。</u>」，勞基法第一條規定甚明，其立法意旨係採取對勞工有利原則，<u>凡雇主與勞工所訂勞動條件，不得低於勞基法所訂之最低標準，惟雇主與勞工所訂勞動條件高於勞基法之最低標準，自非法所不許。</u>本件被上訴人所領得之駐港津貼固較國內存記職等人員之平均工資為高，惟其既屬上訴人同意核給之駐外津貼，且無違反勞基法之規定，揆諸前開說明，自非法所不許，上訴人辯稱該勞動條件已高於勞基法所訂之最低標準，應限縮性排除在勞基法第二條第三款之適用云云，洵屬無據。上訴人雖又提出工作規則第七十三條第三款規定，及被上訴人簽署之承諾書，主張依該工作規則及承諾書，被上訴人同意駐外津貼不得併入工資計算退休金云云。惟查該工作規則雖係勞工與雇主簽訂勞動條件契約，然其既已違反勞基法關於工資認定之強行規定，依民法第七十一條規定，應屬無效。</p>
92, 台上, 1126	政府採購法第58條	非強行規定，機關有裁量權。	<p>另政府採購法第五十八條固規定「機關辦理採購採最低標決標時，如認為最低標廠商之總標價或部分標價偏低，顯不合理，有降低品質、不能誠信履約之虞或其他特殊情形，得限期通知該廠商提出說明或擔保。廠商未於機關通知期限內提出合理之說明或擔保者，得不決標予該廠商，並以次低標廠商為最低標廠商。」，則機關如認為最低標廠商之標價偏低，顯不合理，有降低品質、不能誠信履約之虞或其他特殊情形，得限期通知該廠商提出說明或擔保者。廠商</p>

			未於機關通知期限內提出合理之說明或擔保者，得不決標予該廠商，均非強行規定，機關是否不決標予該廠商，自有裁量之權。
92, 台上, 835	民法第 323 條	非強行規定，當事人得以契約變更之。	惟民法第三百二十三條之規定並非強行規定，故所定費用、利息及原本之抵充順序，非不得以當事人之契約變更之。
91, 台上, 2496	公司法第 198 條、第 216 條	違反之決議得依公司法第 189 條訴請法院撤銷。	欣桃公司上開股東常會選舉董事、監察人之方式，既係由會議主席決定以推舉方式為之，並由總經理依事先擬定之名單宣讀，嗣經會議主席要求大家鼓掌以示通過，且除該份名單外，並無其他候選人參與，則該份名單應屬主席介紹董事、監察人候選人參考名單之性質而已，自無從依該名單內各董事、監察人候選人以個別累積投票制之精神，計算該名單上各候選人所獲得之投票數各為多少，核與上開公司法第一百九十八條、第二百六條規定之意旨有違。況如依上訴人欣桃公司股東常會決議新當選之董事、監察人，因無所得選票代表權最多之董事，當無由產生該屆第一次召集董事會之董事至明（上開公司法第二百零三條第一項參照）。從而，上訴人甲○○於會議當場表示異議後，並於上述八十八年五月三日欣桃公司股東常會後一個月內，依上開公司法第一百八十九條之規定提起請求撤銷前開股東會選任董事、監察人決議之訴，即無不合，應予准許。
91, 台上, 1868	強制執行法第 51 條	強行規定，違反者不生效力。	當事人為訴訟標的之認諾，以該認諾不違背法律之強行規定，且該訴訟標的為當事人所得處分，及該訴訟具備訴訟成立要件者為限。又實施查封後，債務人對查封物所為移轉、設定負擔或其他有礙執行效果之行為，對於債權人不生效力。強制執行法第五十一條定有明文。本件系爭土地及原有房屋為被上訴人甲○○所有，甲○○本有自由處分之權限，惟該土地及原有房屋，連同增建房屋，既經被上

			<p>訴人世華銀行及鳳山信合社聲請法院執行查封在案，依上開規定，該土地及房屋自非債務人即被上訴人甲○○所得處分。況增建房屋附屬於原有房屋，使用上既與原有房屋成為一體，其所有權應歸於消滅，原有房屋之所有權範圍因而擴張，惟仍僅有單一所有權，依物權法上「一物一權」主義，自不得就此單一所有權之其中增建部分，另主張有獨立之所有權而得處分。是以被上訴人甲○○就上訴人之請求為訴訟上認諾，因違背法律之強行規定，不生認諾之效力。</p>
91, 台上, 1560	公司法第 178 條	強行規定，違反之決議無效。	<p>況按股東對於會議之事項，有自身利害關係致有害於公司利益之虞時，不得加入表決，並不得代理其他股東行使其表決權，為修正前公司法第一百七十八條所明定。此項規定於股份有限公司董事會之決議準用之，同法第二百零六條第二項亦有明文。若股份有限公司之董事會違背上開強行規定而為決議，自屬無效。</p>
91, 台上, 1056	民法第 513 條	強行規定，不得以特約排除適用。	<p>按修正前民法第五百十三條規定承攬人就承攬關係所生之債權，對於其工作所附之定作人之不動產有抵押權，乃基於法律規定而生之抵押權，於因承攬關係所生之債權發生時即當然成立生效，不以當事人合意或登記為要件。此項規定雖在保護承攬人利益，惟基於物權有對世效力，恆涉及第三人利益，其內容係屬法定之特性，自不許當事人以特約阻止此項法定抵押權之產生，此與當事人得以特約就法定抵押權產生後，承攬人行使、處分其抵押權等事項為約定，尚有不同。</p>
91, 台上, 841	國軍營繕工程及購置定製財物收取保證保固金（品）內部處理規定第 2 章第 23 條	行政規則，不發生外部效力，違反者無民法第 71 條之適用。	<p>民法第七十一條之法律規定可分為任意法規及強行法規，而強行法規又可分為強制規定（例如民法第二十七條第一項）及禁止規定，而禁止規定又分為取締規定（例如民法第九八〇條）及效力規定（例如民法第二二二條），不論如何細分，可構成強制無</p>

			<p>效之規定者，僅限於法律，中央各部會訂定的法規命令，及省市單行法規，<u>是否為強行規定，則視其依據、內容而定</u>。民法第七十三條之法定方式，謂法律行為必須依此方式始能發生效力，否則其法律行為應屬無效，本件國防部頒布之定製財物收取保證金處理規定係屬行政規則，依行政程序法第一百五十九條第一項規定尚未發生外部效力，縱被上訴人違反該國防部內部之行政規則，亦屬被上訴人之行政責任範圍，自無民法第七十一條無效規定之適用，且該行政規則亦非法定方式，自亦無民法第七十三條適用餘地。</p>
91, 台上, 699	海商法第 174 條	保護保險人利益，似不認為強制規定。	<p>按保險法第五十四條規定：「本法之強制規定，不得以契約變更之，但有利於被保險人者，不在此限。」，本件原判決先則謂為上訴人依系爭預定保單第六條第二項約定選擇使該保單有效，並無不利被保險人即台化公司。則依保險法第五十四條但書規定，系爭預定保單第六條第二項之約定自屬有效。繼則又謂系爭預定保單第六條第二項約定基本上為對保險人即上訴人有利之條款，依保險法第五十四條規定，應屬無效，判決理由已嫌前後矛盾。且按修正前海商法第一百七十四條規定之立法意旨，貨物預定保險契約訂定後，要保人或被保險人於知其貨物已裝載於船舶時，應即向保險人為裝船之通知，旨在保護保險人之利益，俾其就該貨物之危險得估計並明悉危險之範圍。而於預定貨物保險契約，保險契約之內容，諸如保險標的物、保險金額、裝貨船舶及其他與危險有關之事項，並不確定，僅概括的預定其範圍，於危險開始時，保險人當然負擔危險，並同時取得保險費請求權之保險。故除非要保人或被保險人具有惡意，要保人或被保險人違反裝船通知義務，保險人是否不得拋棄此項利益，而認預定貨</p>

			物保險契約為有效，即滋疑義？
90, 台上, 811	土地法第 30 條	強行規定，買賣契約若約定登記予有自耕能力之人，即非不能之給付。	土地法第三十條（本條文已於八十九年一月二十六日公布刪除），關於耕地之買賣，承買人雖係無自耕能力之人，惟如約定由承買人指定登記與任何有自耕能力之第三人，或具體約定登記與有自耕能力之特定第三人，即非民法第二百四十六條第一項以不能之給付為契約之標的，難認其契約為無效
89, 台上, 2869	民法第 94、95 條	非強行規定，當事人若有特約，應從其約定。	對話人為意思表示者，以相對人了解時發生效力，非對話者，以通知達到相對人時發生效力，民法第九十四條及第九十五條定有明文。惟此非強行規定，倘契約當事人對意思表示之方式及其效力有特別之約定，應從其約定。
89, 台上, 1273	土地法第 232 條	似認為強行規定。	堪認卯○○與王義成所訂立之買賣契約，其買賣標的為王義成因區段徵收所得向台北市政府換領系爭抵價地之權利，而非徵收前之系爭土地。而系爭土地於八十一年十月十五日公告區段徵收後依法即不得處分，卯○○與王義成間之買賣契約第一條亦明載「買賣不動產標示：乙方以其原有坐落臺北市○○區○○段四小段六六七、六六七一一、六六七一二等三筆已遭徵收之土地，向臺北市政府換領之抵價地」，足徵卯○○與王義成訂約時均知不得處分被徵收之系爭土地，自不可能再以系爭土地為買賣契約之標的。
88, 台上, 2863	公司法第 178 條	強行規定，違反之決議依第 189 條得訴請法院撤銷。	按「股東對於會議之事項，有自身利害關係致有害於公司利益之虞時，不得加入表決，並不得代理其他股東行使其表決權。」公司法第一百七十八條定有明文。此項規定於股份有限公司董事會之決議準用之，同法第二百零六條第二項亦有明文。上開規定係屬強行規定，故若股份有限公司之股東會之決議，違背上開規定而為決議，其決議方法即屬同法第一百八十九條所稱之決議方法違反法令，而得

			依該條規定訴請法院撤銷其決議。
88, 台上, 624	勞工保險條例第10條、第11條	強行規定，法定義務不得主張免除。	按勞工保險為強制保險，勞工保險條例第十條規定：各投保單位應為其所屬勞工辦理投保手續及其他有關保險事務。又同條例第十一條規定：符合第六條規定之勞工，各投保單位應於其所屬勞工到職、入會、到訓、離職、退會、結訓之當日通知保險人；其保險效力之開始或終止，均自應為通知之當日起算。上述規定均為強行規定，故投保單位如有合於勞工保險條例第六條之勞工，發生該條例第十一條事由時，投保單位即有依法通知保險人之義務，以保障勞工在該條例之權益。投保單位之此項義務，既為法律所明定之強行義務，投保單位即不得主張其未盡此二條義務係無故意或過失而得以免除。
87, 台上, 2834	土地法第30條	強行規定，違反之所有權移轉無效，迴避之脫法行為無效。	按當事人為迴避強行法規之適用，以迂迴方法達成該強行法規所禁止之相同效果之行為，乃學說上所稱之脫法行為，倘其所迴避之強行法規，係禁止當事人企圖實現一定事實上之效果者，而其行為實質達成該效果，違反法律規定之意旨，即非法之所許，自屬無效。查私有農地所有權之移轉，依土地法第三十條第一項規定，其承受人以能自耕者為限，旨在防止非農民承受農地，造成土地投機壟斷之情形，並積極輔助農民增加取得耕地使用之機會，從而扶助自耕農，促進土地利用，貫徹耕者有其田之基本國策，發揮農地之作用；故同條第二項明定，違反者，其所有權之移轉無效；是為禁止無自耕能力者承受並享有私有農地所有權之強行規定。又稱信託者，謂委託人將財產權移轉或為其他處分，使受託人依信託本旨，為受益人之利益或為特定之目的，管理或處分信託財產之關係。無自耕能力之人，信託有自耕能力之他人以其名義取得農地所有權，係以迂迴方法逃避土地法第三十條第一項

			<p>強行規定之適用，以達其享有土地所有權之實質目的，依上說明，此脫法行為於法即屬無效。八十五年一月二十六日公布施行之信託法第五條第四款明定：『以依法不得受讓特定財產權之人為該財產權之受益人者，信託行為無效』，更揭示斯旨。</p>
87, 台上, 2559	工會法第 37 條	強行規定，違反者無效。	<p>工會法第三十七條規定：「在勞資爭議期間，僱主或其代理人，不得以工人參加勞資爭議為理由解僱之。」之立法目的，在於保護勞工，避免僱主動輒以工人參加勞資爭議行為為由，解僱勞工，造成社會問題。該項規定，係屬強行規定，違反者，其解僱行為當屬無效。</p>
87, 台上, 1524	公司法第 223 條	非強行規定，違反者效力未定。	<p>查公司法第二百二十三條係規定「董事為自己或他人與公司有交涉時，由監察人為公司之代表」，故董事倘無為自己或他人與公司有交涉情事，即毋庸由監察人為公司之代表。又首揭條文之規定，旨在禁止雙方代表，以保護公司（本人）之利益，非為保護公益而設，自非強行規定，如有違反，其法律行為並非無效，倘公司（本人）事前許諾或事後承認，即對於公司（本人）發生效力。此觀民法第一百零六條及第一百七十條第一項之規定自明。</p>
87, 台上, 1171	民法第 420 條第 2 項	原審認為強行規定，不得特約排除，最高法院未指摘此認定。	<p>按民法第四百二十條第二項規定：租賃物為房屋者，遲付租金之總額，非達兩期之租額，不得依同條第一項之規定，終止契約。且此項為強行規定，不得以特約排除。</p>
86, 台再, 54	土地法第 30 條	強行規定，違反之移轉登記無效，買賣契約因民法第 246 條無效。	<p>系爭農地已經國產公司依兩造所立買賣契約第八條之約定指定，由再審被告移轉登記予再審原告甲○○。因甲○○於買賣及移轉登記時均無自耕能力，依民法第二百四十六條第一項及土地法第三十條第一項第二項規定，系爭農地之買賣契約自始為無效。國產公司自不得依無效之法律行為，再指定登記名義人而回復其效力，則兩造間就民法第二百六十九條</p>

			第二項規定是否為強行規定之爭執，亦無必要。
86, 台上, 827	農業發展條例第30條、土地法第30條	似認為強行規定，違反者無效。	系爭土地迄今仍屬農地，上訴人於買賣之時並未約定上訴人得指定登記與任何有自耕能力之第三人，亦未具體約定登記與有自耕能力之特定第三人，亦為原審確定之事實。上訴人尚無從訴請被上訴人將其買受之B部分土地移轉與有自耕能力之第三人。既不能訴請辦理移轉登記，即無由訴請被上訴人聲請辦理A部分之地目變更及分割事宜。
85, 台上, 2384	公司法第185條	強行規定。	惟查公司法第一百八十五條第一項所規定公司股東會議之召開， 係為保障公司及股東權益而設立之強行規定 ，然被上訴人之董事余壹成證稱：「公司自成立即未開過股東會有事情即由董事長與我們聯絡」，「董事長賣土地時有問過我，我有同意，我不清楚董事長與其他董事聯絡內容如何，他告訴我其他董事無意見」（見第一審重訴更卷第一一〇頁）；「賣了土地之後，商晃榮有根據我們的股份，簽發我們應得款項交給我父親，一共三百多萬元，也經過我們提領。」（見原審重上卷第六一頁）。又查被上訴人公司係於六十五年二月七日設立登記（見第一審重訴更卷第七七頁公司執照本），股東有七人，其中股東商晃榮、商王照係夫妻（持有股份合計%）、股東余清波、余壹成係父子（持有股份合計 %）、股東甲○○○、林文雄係母子（持有股份合計 %）、股東商晃隆（持有股份 %）係股東商晃榮及甲○○○之胞弟，股東甲○○○為股東商晃榮之胞姊，有股東名簿、身分證、戶籍謄本附卷可稽。足見被上訴人公司為典型之家族公司，上訴人於原審陳稱：其股東會之召開，自較不拘形式等語（見原審更一卷一六九頁反面）。則究竟被上訴人公司前此，有否召集股東會？依何程序召集？如何議決議

			案？此與被上訴人公司出售系爭房地是否有效？所關至切，業經本院於八十四年台上字二二七六號判決發回時指示明確。苟被上訴人公司前此之股東會會議均如證人余壹成所證之召集方式；而各股東有同意出售系爭不動產且依各擁有股份分配得款，是否不得據以認定本次股東會為有效，非無審酌之餘地。
85, 台上, 954	高爾夫球場管理規則第 9 條	台灣高等法院認為強行規定，但最高法院似僅認為行政管理事項。	<p>高等法院：而球場雖經教育部核准設立，但行政院農業委員會認為球場開發面積與原核准設立範圍不符，教育部因而不同意該球場開放使用，要求上訴人改正中，有教育部函可稽。被上訴人主張：球場迄未獲准開放使用，並非無據。上訴人雖辯稱：臺灣地區並無真正獲准開放使用之高爾夫球場云云，惟高爾夫球場之開放使用許可，屬教育部之權責，上訴人縱獲臺灣省政府住宅及都市發展局核准使用土地，並經該管縣政府發給營利事業登記證，就營業情形報繳稅款，亦無解於未經教育部核准開放使用之事實。高爾夫球場管理規則第九條有關高爾夫球場於籌建完成後，應經教育部及中央各目的事業主管機關審查同意，始許可開放使用之規定，係為貫徹公共政策與維護公共利益旨之強行規定。雖然臺灣地區普遍存有未獲核准開放使用之高爾夫球場違法營業情形，但任何人不得為行使權利而主張自己之不法情事，上訴人未取得教育部開放之許可，擅自以球場營業，本屬違法，援引前開事實為抗辯，洵無可取。</p> <p>最高法院：球場雖然未經教育部核准開放經營，但此乃行政管理事項，被上訴人加入球場為會員，要屬私法契約，並無不法。</p>
85, 台上, 501	公司法第 185 條第 1 項第 1 款	似認為強行規定。	按公司法第一百八十五條第一項第一款所稱之「與他人經常共同經營之契約」，乃指數公司間就其經營範圍所為損益全部共同之契約。兩造所訂



			「合作協議書」僅係就特定之工程，即台北市政府自來水事業處直潭淨水廠第二座淨水設備第四標快濾池及第五標沈澱池設備」約定共同經營而已，與「與他人經常共同經營之契約」有別。
85, 台上, 106	民法第 106 條	非強行規定，違反者效力未定。	禁止雙方代理旨在保護本人之利益，依民法第一百零六條前段規定，代理人經本人許諾，得為雙方代理之法律行為。禁止雙方代理之規定，既非為保護公益所設，自非強行規定，如有違反，其法律行為並非無效，經本人事後承認，仍生效力。
61, 台上, 2107	商務仲裁條例第 1 條第 1 項	非強行規定。	商務仲裁條例第一條第一項既曰：『當事人得依本條例訂立仲裁契約，約定仲裁人一人或單數之數人仲裁之』，即難謂其為強行規定，此就同條例第四條對照觀之自明。



附錄 三、取締規定之判決整理

最高法院 判決字號 〔年度， 字，號〕	違反之法規	違反之效力	法院見解
103, 台上, 1681	公司法第 267 條	強制規定，但非效力規定，而係取締規定，不適用民法第 71 條前段。	按公司法第二百六十七條第三項規定：公司發行新股時，除依前二項保留者外，應公告及通知原有股東，按照原有股份比例儘先分認，並聲明逾期不認購者，喪失其權利；原有股東持有股份按比例不足分認一新股者，得合併共同認購或歸併一人認購；原有股東未認購者，得公開發行或洽由特定人認購。其立法意旨，在防止原股東之股權因發行新股而被稀釋，進而影響原股東基於股份所享有之權利。惟由十八年公佈公司法第一百九十條規定：公司添募新股時，應先儘舊股東分認，如有餘額，始得另募。迄五十五年修正為同法第二百六十七條，迨今之規以觀， <u>股東新股認購權之保護已由絕對轉變為相對</u> 。綜核上開公司法第二百六十七條第三項立法意旨、法益種類、交易安全及所禁止者係針對一方當事人等為考量，應認該條項雖為強制規定，惟非使原股東以外第三人認購新股法律行為無效，方能保護交易安全。股東可在發行新股完畢前，對董事會行使公司法第一百九十四條之股東制止請求權；若已發行完畢，股東亦得就其股份遭稀釋之損害請求違法董事會連帶負損害賠償責任。是該條項應係對違反者課以制裁之取締規定，而非效力規定，無民法第七十一條前段之適用。
103, 台上, 1620	公寓大廈管理條例第 9 條	似不認為效力規定。	按國家為維持社會秩序、增進公共利益、確保人民福祉及貫徹政府政策，在不違反憲法第二十三條之比例原則下所制定之行政法規，其規範內容倘在禁止當事人（包括政府機關及人民）為一定行為，而 <u>屬於民法第七十一條前段所稱之「禁止規定」</u> 者，經

			<p><u>權衡該規定之立法精神、規範目的及法規之實效性，並斟酌其規範倫理性質之強弱、法益衝突之情形、締約相對人之期待、信賴保護之利益與交易之安全，暨當事人間之誠信及公平，足認該規定僅在於禁遏當事人為一定行為，而非否認該行為之私法效力時，性質上應僅屬取締規定而非效力規定，當事人間本於自由意思所成立之法律行為，縱違反該項禁止規定，亦仍應賦予私法上之法律效果，以合理兼顧行政管制之目的及契約自由之保護。</u>查系爭停車位中如附表一、三、四、五、六之一、七之一、八所示車位，係分別位於系爭社區竣工圖所示之避難空間、化糞池、清水池、防火逃生門、車道、迴車道、清水池通道、機械房通道等處，非屬建商威固公司依建築法規劃設之停車位，雖為原審確定之事實。惟上開將避難空間、化糞池、清水池、防火逃生門、車道、迴車道、清水池通道、機械房通道等處為與不符竣工圖核定之停車位使用，究係違反何建築法令？該違反之建築法令係屬取締規定？或效力規定？是否不符設置目的及通常使用方法之約定專用均屬無效？此與判斷公寓大廈管理條例第九條第二項「共用部分之使用應依設置目的及通常使用方法為之」、第三項「約定使用事項不得違反本條例、區域計畫法、都市計畫法及建築法令」之規定，是否屬強行規定，而有民法第七十一條規定之適用，所關頗切。</p>
103, 台上, 976	都市計畫法第 37 條、第 38 條	取締規定，違反者非無效。	<p>查國家為維持社會秩序、增進公共利益、確保人民福祉及貫徹政府政策，在不違反憲法第二十三條之比例原則下所制定之行政法規，其規範內容若在禁止當事人（包括政府機關及人民）為一定行為，而屬於民法第七十一條前段所稱之「禁止規定」者。<u>倘權衡該規定之立法精神、規範目的及法規之實效性，並斟酌其規範倫理性</u></p>



		<p><u>質之強弱、法益衝突之情形、締約相對人之期待、信賴保護之利益與交易之安全，暨當事人間之誠信及公平，足認該規定僅在於禁遏當事人為一定行為，而非否認該行為之私法效力者，性質上應僅屬取締規定而非效力規定，當事人間本於自由意思所成立之法律行為，縱違反該項禁止規定，亦仍應賦予私法上之法律效果，以合理兼顧行政管制之目的及契約自由之保護。</u>又契約成立後，基於契約之拘束力，除當事人同意或有解除、終止原因外，不容一造任意反悔毀約。本件系爭土地為學校用地，上訴人將系爭土地作為臨時路外停車場使用出租，辦理公開招標，由被上訴人得標，兩造成立招投標契約，上訴人依系爭投標須知第十六條之約定，負有簽訂租賃契約之義務，乃原審所合法確定之事實。而兩造上述招投標之行為，雖違反都市計畫法第三十七條、第三十八條之規定，惟觀諸停車場法第十一條第一項規定：都市計畫範圍內之公、私有空地，得由土地管理機關或承租人等依一定之程序，申請當地主管機關會商都市計畫主管機關及有關機關核准後，設置臨時路外停車場。且都市計畫法之立法目的係在促進市、鎮、鄉街有計畫之均衡發展並對土地使用作合理之規劃（該法第一條、第三條參照），<u>足見上開規定，並未強力介入或干預政府機關對於都市計畫內之空地，依其行政裁量權作為設置臨時路外停車場使用而出租之行為，顯然並非具有強烈之規範倫理色彩。</u>再衡以系爭土地係經上訴人依法定程序辦理公開招標，而由被上訴人按系爭投標須知得標，被上訴人對於兩造因招投標意思表示合致所成立之法律行為，<u>必存有充分之信賴及相當之期待</u>，依上說明，自應將上述規定解釋為取締規定，就系爭招投標契約賦予私法上之效力，庶符誠</p>
--	--	--

			信與公平。原審本此見解而為上訴人不利之論斷，經核於法洵無違誤。
102, 台上, 23	殯葬管理條例第 44 條	取締規定，非效例規定。	殯葬管理條例第四十四條固規定「與消費者簽訂生前殯葬服務契約之殯葬服務業，須具一定之規模；其有預先收取費用者，應將該費用百分之七十五依信託本旨交付信託業管理。前項之一定規模，由中央主管機關定之。中央主管機關對於第一項書面契約，應訂定定型化契約範本及其應記載及不得記載事項」，惟該規定之立法目的，在於貫徹主管機關對於殯葬服務業之管理，此觀同條例第六十五條規定主管機關對於違反該規定者，係先限期命改善，再處予罰鍰或廢止其許可，可知係屬取締規定，而非效力規定。
101, 台上, 1997	公平交易法第 10 條第 2、4 款	原審認為取締規定，屬民法第 71 條後段之情形，違反者有效，最高法院未指摘此部分。	查公平法第十條第二、四款規定應為取締規定，屬民法第七十一條後段所述情形，違反該款規定之行為，並不因此而無效，亦無違反民法第七十二條規定可言。則系爭授權金條款雖經最高行政法院判決認為違反上揭公平法規定，仍應認為有效，則被上訴人依約受領上訴人給付授權金，即非不當得利，上訴人依不當得利所為請求，並不可採。
101, 台上, 923	修正前銀行法第 74 條但書〔修正後銀行法第 75 條第 2 項〕	取締規定，非效例規定，違反者有效〔原審見解，最高法院未指摘〕。	八十九年十一月一日修正前銀行法第七十四條但書及修正後銀行法第七十五條第二項，應屬行政管理之取締規定，非效力規定，縱不符該規定，合建契約仍屬有效。
101, 台上, 883	公平交易法第 10 條第 2 款	取締規定，違反者不因而無效〔原審見解，最高法院未指摘〕。	最高行政法院九十六年度判字第五五三號確定判決、行政院公平交易委員會九十八年十月二十九日公處字第○九八一五六號處分書固認定飛利浦公司與訴外人日本新力股份有限公司（下稱新力公司）、太陽誘電股份有限公司（下稱太陽誘電公司）共同制訂橘皮書，設定 CD-R 標準規格，以共同授權方式，取得 CD-R 光碟片技術市場之獨占地位，不當維持

			授權金價格，違反公平交易法第十條第二款規定，然該規定為取締規定，違反該條款規定之行為，並不因而無效。
100, 台上, 481	政府採購法	取締規定，僅生行政責任，不影響契約效力。	按政府採購法係為建立政府採購制度，依公平、公開之採購程序，提升採購效率與功能，確保採購品質而制定，乃政府機關、公立學校、公營事業或受政府機關等補助一定金額之法人或團體辦理採購時，使政府採購程序回歸市場競爭機制所應遵守之規範，該法復未就政府機關立於私法主體地位從事私經濟行政（國庫行政）之行政輔助行為而訂定之「私法行為」，其效力是否因此受影響設其明文，此觀同法第一條、第三條、第四條及其他條文規定自明。 <u>權衡該法所規範目的保護之法益與該私法行為本身涉及交易安全、信賴保護之法益，應認政府採購法之性質係行政機關之內部監督規範，為行政機關辦理採購時之取締規定，而非效力規定，</u> 縱採購機關未依該法規定辦理採購，僅生該機關首長或採購人員之行政責任，尚不影響政府機關依民事法規締結採購契約之效力。
99, 台上, 1173	監督寺廟條例第 8 條	效力規定，違反者無效，最高法院認為確定不生效力與無效無異。	按法律行為違反「效力規定」者，不同於違反「取締規定」，依民法第七十一條規定，應屬無效。本件原審既認定兩造間簽訂之系爭合建契約，未依斯時監督寺廟條例第八條規定，呈請主管官署許可，已違反該「效力規定」而不生效力。卻於未查明兩造間就系爭合建契約不生效力時之權義關係，究作何約定之前，（例如參加人所稱：應依系爭合建契約第十四條之約定處理）遽認上訴人不得本於不生效力之系爭合建契約相關約定，請求被上訴人賠償損害，而為上訴人不利之判決，未免速斷。又契約之無效，乃法律上當然、且確定的不生效力（參見本院四十九年台上字第一五九七號判例）。依民法第一百十三條

			<p>所定，無效法律行為之當事人，於行為當時，知其無效或可得而知者，應負回復原狀或損害賠償之責任。其目的原在求取當事人間之公平合理，並避免他方當事人因此受有不利益。是以契約之訂定，倘因違反相關法律規定而「確定不生效力」，其情形即與法律行為之無效無異。</p>
99, 台上, 818	機關委託技術服務廠商評選及計費辦法第3條	非強制或禁止規定，為取締規定。	<p>技術服務辦法係依據採購法第二十二條規定所頒布，依該條第一項第九款委託專業服務、技術服務或資訊服務，為公開客觀評選，僅為得採限制性招標之一要件，並非強制所有限制性採購案，均應依此方式辦理。又主管機關依該條第二項所頒訂之技術服務辦法第三條規定，亦未強制所有限制性採購契約，均應委託該條所之自然人或法人為規劃、設計、監造或管理等服務。是技術服務辦法第三條規定，顯非民法第七十一條所稱之強制或禁止規定。參照工程技術顧問公司管理條例第三十二條規定，違反該條例者，僅主管機關得限期改善、罰鍰、警告，可見為行政管理之取締規定，非強制規定，難認違反該條規定所簽訂之契約為無效。</p>
98, 台上, 1493	土地法第82條、區域計畫法第15條、第21條	取締規定，非效力規定，不得依民法第71條之規定逕認為無效。	<p>按土地法第八十二條所定：「凡編為某種使用地之土地，不得供其他用途之使用」；及區域計畫法第十五條、第二十一條關於區域計畫公告實施後，有關直轄市或縣（市）政府，應就不屬同法第十一條之非都市土地，編定各種使用地，報經上級主管機關核備後，實施管制暨其違反者，得處罰鍰、限令變更使用、停止使用或拆除地上物恢復原狀等規定，核其本質均僅係取締規定，而非效力規定。當事人間所簽訂之租賃契約違反各該規定者，尚不得依民法第七十一條之規定逕認為無效。</p>
97, 台上, 2729	證券交易法第43條之8	原審認為效力規定，但最	<p>按證券交易法第四十三條之八第一項對於私募有價證券轉售之限制，乃</p>

		高法院認為取締規定，違反者僅生刑事責任，非謂買賣無效。	取締規定，非效力規定，無民法第七十一條之適用。私募有價證券之應募人及購買人如違反該項規定再行賣出者，僅行為人應負同法第一百七十七條第一款所定之刑事責任，非謂其買賣行為概為無效。
97, 台上, 667	營造業法第 54 條第 1 項第 1、2 款	原審認為取締規定，違反者非無效，最高法院未指摘。	營造業法第五十四條第一項第一、二款僅係對於違規借牌承攬工程之人科處行政罰鍰，核其規範性質係屬取締規定，不得以此即謂參加人甲○○與聖堡公司間之借牌契約無效。
96, 台上, 2903	營業稅法第 32 條第 1 項前段、稅捐稽徵法第 44 條	取締規定，違反者僅生罰鍰效果，非無效。	按營業稅法第三十二條第一項前段、稅捐稽徵法第四十四條固規定營業人銷售貨物或勞務，應依本法營業人開立銷售憑證時限表規定之時限，開立統一發票交付買受人。又營利事業依法規定應給與他人憑證而未給與，應就其未給與憑證經查明認定之總額，處百分之五罰鍰，究其性質， <u>似為取締規定而非效力規定。申言之，此項規定，係在對於違反者課以制裁，以禁止其行為為目的，而非以否認該行為之法律上效果為目的。</u>
94, 台上, 2234	事務管理規則、事務管理手冊	似認為取締規定。	上開八十八年四月二十九日制定之伊「職務宿舍借用要點」，因牴觸行政院所頒「事務管理手冊」之規定，業經公務人員住宅及福利委員會於九十一年間函示牴觸部分無效，伊旋即於同年三月三日公告牴觸部分無效，並已以訴狀繕本之送達向被上訴人為終止契約之意思表示云云（分見一審卷一一三頁及原審卷四三、六一、一〇一頁）。依上訴人主張，上開事務管理規則及事務管理手冊若非「效力規定」，是否為「取締規定」？兩造借用契約是否表示被上訴人雖因權宜而得借用系爭房屋，但如經上訴人所屬之行政院或相關單位認違反「事務管理手冊」宿舍管理篇貳一四一〔一〕之規定應予取締時，即得終止之意？
94, 台	短期補習班設	取締規定，違	兩造約定內容為「被上訴人將美堅補

上, 1373	立及管理規則第 47 條	反者主管機關得依同規則第 51 條第 6 款規定撤銷許可。	習班所有權及經營權永久讓與上訴人」，並非將「補習班立案證書」讓售與上訴人，此約定尚難認違反「短期補習班設立及管理規則」第四十七條規定，且該條規定禁止讓售補習班立案證書之效力，乃取締規定，並非效力規定，違反者，主管機關得依同規則第五十一條第六款規定予以撤銷其立案許可，縱認上開所約定有違反該管理規則第四十七條規定，並不因而歸於無效。
93, 台上, 2107	銀行法第 29 條第 1 項	原審認為取締規定，但最高法院認本件中無審究之必要。	惟「證券交易法第六十條第一項第一款乃取締規定，非效力規定，無民法第七十一條之適用。證券商違反該項規定而收受存款或辦理放款，僅主管機關得依證券交易法第六十六條為警告、停業或撤銷營業特許之行政處分，及行為人應負同法第一百七十五條所定刑事責任，非謂其存款或放款行為概為無效。」，有最高法院六十八年台上字第八七九號判例可供參佐。本件瑞士聯合銀行派乙○○來台吸收存款，雖違反銀行法第二十九條第一項規定，但與前揭判例同一旨趣，亦可認銀行法二十九條第一項非屬效力規定，而係取締規定，自不得謂因此所成立消費寄託契約概為無效。
93, 台上, 1185	機關營繕工程及購置定置變賣財務稽察條例第 19 條	法定解除契約事由，違反之合約有效。	按機關營繕工程及購置定製變賣財物稽察條例第十九條規定意旨，所謂「決標後亦同」，係指決標成立買賣契約後，招標單位本於該條例，亦可令該買賣契約消滅，以除去投標人藉不法投標之買賣契約，該條為屬法定解除契約之事由，非僅行政規章或取締規定。本件兩造所簽訂系爭工程合約書所附之台灣省各機關營繕工程投標須知及附件第十六條規定意旨亦為「決標前宣布廢標，決標後亦同」，是該工程合約雖遭圍標，因被上訴人無宣布廢標行為，工程合約仍屬有效。
92, 台	公平交易法第	取締規定，違	公平法第二十一條第二項規定「事業

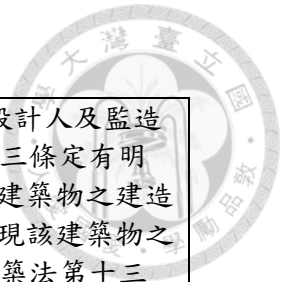
上, 2606	21 條第 2 項	反者非當然無效。	對於載有前項虛偽不實或引人錯誤表示之商品，不得販賣、運送、輸出或輸入」，係取締規定，非效力規定。被上訴人受上訴人委託銷售房屋、停車位，縱有廣告不實情事，其代理上訴人與訂購戶訂立之買賣契約，亦非當然無效。而該不實廣告，係依上訴人指示而為，且公平會就廣告違反公平法乙事，係處分上訴人更正廣告內容，以同一發行數量，依原先分送管道，再次發送，並不得再刊登相同或類似虛偽不實或引人錯誤之廣告，並未禁止上訴人繼續銷售房屋等情，復為原審合法認定之事實，則原審認被上訴人仍得本於廣告合約，請求上訴人給付報酬，自不違反公平法第二十一條第二項規定。
92, 台簡上, 34	公司法第 15 條	原審認為取締規定，最高法院認為與本案無涉。	原審贅引修正前公司法第十五條之規定，認兩造間之借貸關係並非無效云云，無論當否，對於裁判結果並無影響。
92, 台上, 1301	建築技術規則第 59、59-1、60、61、62 條、建築法第 39 條	原審認為取締規定，最高法院未指摘此認定。	則上訴人所受之損害，應僅限於因系爭停車位不合於行政上之取締規定，在補正變更使用執照受有被拆除之虞之危險及其所造成交易價值上之貶損，而非未提供停車位使用之損害。
92, 台上, 1044	公司法第 15 條第 1 項	原審認為取締規定，違反者仍有效，最高法院未指摘此部分。	公司法第十五條第一項規定「公司不得經營登記範圍以外之業務」，係屬取締規定，是上訴人縱有經營登記範圍以外之業務而與被上訴人訂立合作契約，該合作契約既無違反強制或禁止規定，亦未背於公序良俗，自仍有效。
91, 台上, 2648	公司法第 15 條第 2 項	原審認為取締規定，違反者並非無效，最高法院未指摘此部分。	查公司有貸與款項之能力為原則，公司法第十五條第二項規定，僅係對於公司之貸款加以條件之限制而已，即不得貸與股東或任何他人，此項規定應為取締規定，而非效力規定，就維護交易安全，違反之並非無效，僅公司負責人應依同法第三項對公司賠償損害及負刑責而已。
91, 台簡	證券交易法第	取締規定，違	惟查原審認定證券交易法第一百五

上, 28	150 條	反者僅生同 法第 177 條之 刑事責任，非 謂買賣行為 概為無效。	十條所定，上市有價證券之買賣，應於證券交易所開設之有價證券集中交易市場為之。乃屬取締規定，非效力規定。如有違反時，僅生行為人應依同法第一百七十七條規定負刑事責任之問題，非謂其關於有價證券之買賣行為概為無效，並無民法第七十一條規定之適用。
91, 台上, 841	國軍營繕工程及購置定製財物收取保證保固金(品)內部處理規定第 2 章第 23 條	行政規則，不構成強制規定。	惟民法第七十一條之法律規定可分為任意法規及強行法規，而強行法規又可分為強制規定(例如民法第二十七條第一項)及禁止規定，而禁止規定又分為取締規定(例如民法第九八〇條)及效力規定(例如民法第二二二條)，不論如何細分，可構成強制無效之規定者，僅限於法律，中央各部會訂定的法規命令，及省市單行法規，是否為強行規定，則視其依據、內容而定。民法第七十三條之法定方式，謂法律行為必須依此方式始能發生效力，否則其法律行為應屬無效，本件國防部頒布之定製財物收取保證金處理規定係屬行政規則，依行政程序法第一百五十九條第一項規定尚未發生外部效力，縱被上訴人違反該國防部內部之行政規則，亦屬被上訴人之行政責任範圍，自無民法第七十一條無效規定之適用，且該行政規則亦非法定方式，自亦無民法第七十三條適用餘地，退輔會主張被上訴人不得行使請求權，殊難採取。
90, 台上, 2272	道路交通管理處罰條例第 82 條	取締規定，非效力規定，違反之契約非無效。	依道路交通管理處罰條例規定，屬道路之一部分，不得設置攤位，為上訴人所不爭。則縱該不得設置攤位之規定，僅屬取締規定，非效力規定，上訴人將土地出租他人使用，其租賃契約不因而無效。惟尚不能以有類此眾多違背取締規定之事例，即謂其違規為正當，亦不能以地主違背該取締規定所獲取之利益(租金)，為其所失利益或損失，否則將使法令規章，形同虛設，毫無意義。
90, 台	公平交易法第	取締規定，違	公平法第二十一條第二項所稱「該商

上, 768	21 條第 2 項	反者仍得繼續銷售。	品不得販賣」，非效力規定，而係命令（取締）規定，上訴人所為不實廣告雖經公平會處分，但該處分內容係命被上訴人更正廣告內容，並以原分送管道，再次發送，並未禁止被上訴人繼續銷售系爭房屋等情，有公平會復函可據，被上訴人所建之房屋既仍得繼續銷售，則上為，自不因違反公平法而無效，上訴人自得本於委任關係，請求被上訴人給付報酬。
90, 台上, 570	證券交易法第 60 條第 1 項第 1 款	取締規定，違反之買賣不因而無效。	按證券交易法第六十條第一項第一款雖明定證券商不得收受存款、辦理放款、借貸有價證券及為借貸款項或有價證券之代理或居間，但如有違反時， <u>僅生主管機關得依同法第六十六條為警告、停業或撤銷營業特許之行政處分，及行為人應負同法第一百七十五條所定刑事責任之問題，此乃取締規定，非效力規定</u> ，無民法第七十一條之適用。原審據以認定被上訴人與朱翠鈺間買賣股票縱以丙種墊款及三日沖盤方式為之，違反證券管理法令，然其所為之買賣，並不因而無效，自無違背法令可言。
89, 台上, 1885	合作社法第 3 條第 4 款	原審認為取締規定，非效力規定，無民法第 71 條之適用，最高法院未指摘此部分。	按合作社為謀金融之流通貸放生產上或製造上必要之資金於社員，並收受社員之存款，合作社法第三條第四款固定有明文。惟該條乃取締規定，非效力規定，無民法第七十一條之適用。上訴人主張，被上訴人乙○非淡水第一信用合作社之社員，而借用訴外人梁玉雪之名義向淡水第一信用合作社借款，以系爭房地設定抵押權，依民法第七十一條應屬無效，訴求系爭抵押債權，應不列入分配，洵非正當，應予駁回。
89, 台上, 1706	旅行業管理規則第 2 條、第 27 條、第 49 條第 1 款	取締規定，違反之契約仍為有效。	並就原審對被上訴人違反交通部所制定之旅行業管理規則第二條、第二十七條、第四十九條第一款規定，僅係違反取締規定，兩造間之承接旅遊契約，仍屬有效；且兩造約定未達成人次比率百分之七十，少一人取消費新台幣二百元，應由上訴人負擔。另



			上訴人不能證明兩造簽訂旅遊契約，係為被上訴人取得航空公司機位等情，已論斷者，泛言未論斷，而非具體表明合於不適用法規、適用法規不當、或民事訴訟法第四百六十九條所列各款之情形，難認對該判決之如何違背法令已有具體之指摘。依首揭說明，應認其上訴為不合法。
89, 台上, 2085	醫療法施行細則第 16 條	取締規定，違反乃行政管理問題，非私法契約無效。	本件若有何違反醫療法施行細則第十六條之情事，而應依違反醫療法第十九條規定論處，亦即應適用醫療法第七十六條之規定處罰，亦僅衛生行政主管機關， <u>對該違反規定之醫療機構課予罰鍰、限期改善、停業等行政處分，並不及於行為人。該條在性質上亦僅屬取締規定，而非效力規定</u> ，縱被上訴人由上訴人代理超過上開規定之期間，亦未向主管機關報備負責醫師代理事宜，乃屬行政管理上之問題，不能以此即謂在私法上所訂契約無效（最高法院六十八年台上字第八七九號判例、七十年度台上字第三七四三號判決參照）。即上訴人亦自陳醫療法施行細則第十六條規定，僅屬取締規定，而非效力規定等語，則上訴人抗辯，兩造簽訂之協議書違反法律強制規定，自屬無效云云，顯非足採。是以，衛生行政主管機關得依上開規定對醫療機構予以行政處罰之規定，與本件兩造協議書之訂立存續及其效力毫不相涉。
88, 台上, 577	建築法第 13 條、第 85 條	取締規定，無民法第 71 條前段之適用。	按強行規定，是否為效力規定抑為取締規定， <u>應探求其目的以定之。可認為非以違法行為為無效，不能違其目的者，為效力規定；可認為僅在防止法律行為事實上之行為者，為取締規定</u> 。又行政法院八十一年判字第五〇六號判決，亦認為建築師受聘負責工程之監造設計工作，其情形與允諾他人假借名義執行建築師業務有別，並不違反建築師法之規定。另內政部八十六年十一月五日台（八六）內營字第八六八九〇〇四號覆函中亦表



			<p>示：「查有關建築物之設計人及監造人之資格，建築法第十三條定有明文；主管機關審查許可建築物之建造或使用，發給執照後發現該建築物之監造人或設計人不符建築法第十三條之規定者，主管機關除依建築法第八十五條之規定處罰擅自承攬建築物之設計或監造業務之行為人外，如其原許可建造、使用、發給之行政處分因前開違法行為而有瑕疵者，除法規另有規定外，應本於職權撤銷原核發之執照。其經撤銷執照之建築物即屬未經許可而建造或使用，自應依建築法第八十六條之規定處理」等語。雖未明白表示建築法第十三條及第八十五條之規定為取締規定，惟亦認為，違反前開規定者，主管機關僅得撤銷原核發之執照而已，並未認為其無效。則建築法第十三條及第八十五條之法律性質，自屬取締規定，而非效力規定。因此民法第七十一條前段之規定在本件並無適用。</p>
88, 台上, 155	台北市使用分區管制規則第9條	取締規定，違反之契約非給付不能。	<p>惟該建管處函僅稱依台北市使用分區管制規則第九條之規定，系爭房屋基地使用未包含一般旅館業云云（見原審卷一二二頁），其不得經營旅館業似屬取締規定。果爾，則能否逕認系爭房屋為違反強行規定之「給付不能」，已滋疑問。且依兩造所訂租賃契約書第十五條所載，兩造均已知悉系爭房屋基地之使用分區，契約全文似未約明「上訴人應提供得合法經營旅館業之房屋」之任何字句。</p>
87, 台上, 2367	土地法第82條	取締規定，違反者並非無效。	<p>土地法第八十二條規定：「凡編為某種使用之土地，不得供其他用途之使用」，僅為取締規定，而非效力規定，且該條規定並無如同法第三十條第二項「違反前項規定者，其所有權之移轉無效」之規定，故如有違反上開第八十二條規定，而供作其他用途使用時，僅應由該管主管機關予以取締而已，當事人間所訂租賃契約並非無效。</p>

87, 台上, 1752	土地法第 82 條	取締規定，違反之契約非無效。	按土地法第八十二條僅為取締規定，自不生就該條所指之土地訂立之租約無效之問題。兩造所訂立之系爭租賃契約既非無效，而系爭租賃契約又尚未經合法終止，為原審所確定之事實，從而原審認上訴人尚不得請求返還押租金及租金，而為上訴人敗訴判決，並不違背法令。
87, 台上, 1093	舊商標法第 26 條第 1 項	取締規定，違反者僅得依同法第 31 條撤銷。	七十八年五月二十六日修正公布之商標法（以下稱舊商標法）第二十六條第一項雖規定：「商標專用權人，除移轉其商標外，不得授權他人使用其商標」。惟同法第三十一條第一項第四款規定：違反第二十六條規定而授權他人使用者，商標主管機關應依職權或據利害關係人之申請，撤銷其商標專用權。商標專用權人授權他人使用其商標雖為舊商標法所禁止， <u>然若有違反而為授權行為，其法律上之效力既於同法中規定商標主管機關應依職權或據聲請撤銷其商標專用權，則在撤銷前，仍然有效存在，故舊商標法第二十六條第一項商標專用權人不得授權他人使用其商標之規定似為取締規定，而非效力規定。</u> 果爾，即不得引用民法第七十一條前段規定，認其授權行為係屬無效。
86, 台上, 2992	銀行負責人應具備資格條件準則第 7 條	取締規定，違反者僅得依同準則第 10 條第 2 項予以解任。	惟查銀行負責人應具備資格條件準則第七條對於違反銀行監察人（監事）之配偶、二親等以內之血親或一親等姻親，不得擔任同一銀行之董（理）事、經理人之規定者， <u>並未有明定其違反之效果，自須參酌其規定之內容、社會規範、目的等因素，而認定其效果，係取締規定或效力規定。</u> 查被上人於八十年十一月三十日召集之股東臨時會改選第五屆董監事，其選舉結果監察人王振生翁文教慈善基金會係財團法人，其代表人王仁宏雖與董事王仁政、王仁孚、仁義投資股份有限公司（下稱仁義公司）代表人劉快治具有二親等血親及一親等姻親關係，然監察人王振生翁文

			<p>教慈善基金會係法人核與王仁宏係自然人不同，王振生翁文教慈善基金會之法人人格不能為王仁宏所取代，雖銀行負責人應具備資格條件準則第七條規定，於監察人為法人，對於法人之代表人，基於避免循私及家族操縱，亦得適用之，有財政部台財融字第八〇〇四四四五三五號函釋示可稽；然上揭基金會之人格既與王仁宏不同，自不能因王仁宏個人之事由而使該基金會之監察人地位受到影響，進而波及其他董事所為相關之法律行為，揆諸整體之利益，以個人之事由影響全體之權益，應非上開準則規範之目的。況查法人被推為董事或監察人時，其指定之代表人得依其職務關係隨時改派補足原任期，公司法第二十七條有所明文足認法人之代表人得因職務關係變動，如有資格不符者，自得予以變更調整；又銀行負責人應具備資格條件準則係對銀行負責人資格限制之基本規定，<u>綜觀全準則規定之內容，銀行負責人如未具備該準則規定之資格者，依第十條第二項規定亦僅得予以解任</u>，該解任亦非當然解任，而係應由銀行依公司法及公司章程等有關規定辦理，亦有財政部（八十一年八月六日）台財融字第八一〇三〇六九七一號函影本可佐，是銀行負責人未符該準則之規定者，亦僅得予解任，而非其資格為無效。<u>故該準則應係以禁止事實行為目的之取締規定，而非效力規定。</u></p>
86, 台抗, 414	證券交易法第155條	取締規定，依同法第177條第1款處罰，違反之買賣尚非無效。	按證券交易法第一百五十條本文所規定：「上市有價證券之買賣，應於證券交易所開設之有價證券集中交易市場為之。」違反者，依同法第一百七十七條第一款之規定，處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科十萬元以下罰金， <u>其立法目的，係在禁止上市有價證券之場外交易，以維證券經紀商及證券交易所之利益，從而證券交易法第一百五十條本文僅屬取締</u>

			<u>規定</u> ，而非效力規定，違反該條規定所為之買賣，尚非無效。
86, 台上, 1164	監督寺廟條例第 8 條	效力規定，非取締規定，違反者無效。	按監督寺廟條例第八條所稱之「所屬教會」，依司法院院字第八一七號解釋第十七項係指依法組織並經呈准立案者而言，即依被上訴人所提之內政部八十四年十月十二日台內民字第八四〇六六二七號書函及台灣省政府民政廳同月十三日（八十四）民五字第三四〇九四號函所示（一審一卷一五〇、一五一頁），亦指該寺廟所屬（加入）之教會無訛。查寺廟不動產之處分，若未依上開條例第八條之規定，經所屬教會決議，並呈主管官署許可，自不生效力，有本院二十八年上字第一六一三號判例及司法院院解字第四〇三八號解釋第二項足參。該條係屬效力規定，並在民法第七十一條有關強制規定之列，殊無疑義。上訴人辯稱該所屬教會指信徒大會，該條為取締規定等語，要非可採。
85, 台上, 2702	公平交易法第 21 條第 2 項	取締規定，非效力規定，違反之廣告及銷售代理行為有效。	按公平法第二十一條第二項所定「該商品不得販賣」，並非效力規定，而係命令（取締）規定，亦為原審所是認。則三固公司已為之廣告及銷售代理行為，自亦不因違法而無效，亦即三固公司已為處理事務之廣告及銷售代理行為，仍屬有效存在。如仍屬有效存在，則能否謂三固公司不得依約請求委任之報酬？亦有進一步斟酌之餘地。
85, 臺上, 2335	台灣省河川管理規則第 35 條第 1 項第 4 款	似認為取締規定，未否定轉讓行為之效力。	臺灣省河川管理規則第三十五條第一項第四款所定：「河川地使用人有全部或一部轉讓他人使用之情形者，撤銷其許可」云云（見：原審卷一一七頁）， <u>似僅賦與主管機關對違反義務之河川地使用人（被上訴人），得「撤銷其許可」而已，未就該河川地使用人（被上訴人）與他人（上訴人）間之轉讓行為（法律行為）為具體之規定或根本否定該轉讓行為之效力。則其性質，是否祇屬「取</u>

			<u>締規定</u> 」，非為民法第七十一條所定「無效」之禁止規定。
85, 台上, 220	銀行法第 22 條	取締規定，違反之放款行為有效。	按銀行法第二十二條乃取締規定，非效力規定，無民法第七十一條之適用，縱認被上訴人違反該法條規定而辦理放款，僅主管機關得依修正前銀行法第一百二十九條、第一百三十三條規定裁處負責人罰鍰之行政處分，非謂其放款行為無效。
71, 台上, 4423	土地法第 82 條	取締規定，違反者非無效。	土地法第八十二條所謂：「凡編為某種使用之土地不得供其他用途之使用」，係取締規定，而非效力規定。以此，上訴人於原審主張：系爭土地為農地，范 0 湘出租與背上訴人經營木器加工廠，係違反該規定行為，依民法第七十條之規定，應屬無效云云。原判決予以駁斥，無適用法規不當或不適用法規之違法可言。



參考文獻

〔依作者姓氏筆畫排列，出版年次以公元年度為準〕

一、專書：

1. 王伯琦，民法總則，正中書局，1967年5月。
2. 王松柏等，勞動基準法釋義——施行二十年之回顧與展望〔二版〕，新學林，2009年9月。
3. 王澤鑑，不當得利，2015年1月。
4. 王澤鑑，民法總則，2014年2月。
5. 史尚寬，民法總論，正大印書館，1980年1月。
6. 吳庚，行政法之理論與實用〔增訂十一版〕，2010年8月。
7. 李太正、王海南、法治斌、陳連順、黃源盛、顏厥安合著，法學入門，元照，2007年9月。
8. 李淑如，民法總則與判解實例，巨流，2013年3月。
9. 李復甸，劉振鯤，法學概論，元照，2003年8月。
10. 李模，民法總則之理論與實用，1998年9月。
11. 林山田，刑法各罪論〔五版〕，2006年。
12. 林合民、李震山、陳春生、洪家殷、黃啟禎合著，行政法入門，元照，2008年10月。
13. 林紀東，法學緒論〔十二版〕，五南圖書出版公司，1990年7月。
14. 林誠二，民法債編各論〔上〕，中國人民大學出版社，2007年3月。
15. 林誠二，民法總則新解——體系化解說〔下冊〕〔三版〕，瑞興圖書，2012年9月。
16. 邱聰智，民法總則〔上〕，三民書局，2005年2月。
17. 施啟揚，民法總則，2007年。
18. 洪遜欣，中國民法總則，三民書局，民國70年9月。
19. 胡元義，民法總則，民國叢書第二編30，上海書店，1990年。
20. 胡長清，中國民法總論，大新書局，1976年4月。



21. 翁岳生編，行政法〔上〕，元照，2006年10月。
22. 耿林，強制規範與合同效力——以合同法第52條第5項為中心，中國民主法制出版社，2009年6月。
23. 高金桂，利益衡量與刑法之犯罪判斷，元照，2003年2月。
24. 陳自強，契約之成立與生效，元照，2012年9月。
25. 陳國義，民法總則——案例式，五南圖書出版公司，2005年3月。
26. 陳敏，行政法總論〔七版〕，新學林，2011年9月。
27. 賀少峰，公司法強制性規範研究，廈門大學出版社，2010年3月。
28. 黃右昌，民法總則銓解，民國史料叢刊34，大象出版社，2009年8月。
29. 黃立，民法總則，元照出版有限公司，2005年9月。
30. 黃茂榮，民法總則，植根法學叢書，1982年4月。
31. 黃茂榮，法學方法與現代民法，國立台灣大學法學叢書，2009年8月。
32. 詹森林，民事法理與判決研究，國立台灣大學法學叢書，2001年8月三刷。
33. 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，載於程序正義、人權保障與司法改革，元照，2009年3月。
34. 劉得寬，民法總則〔再版〕，五南圖書出版公司，1982年10月。
35. 劉連煜，現代公司法〔增訂七版〕，新學林，2011年。
36. 潘維和，中國歷次民律草案校釋，漢林出版社，1982年1月。
37. 鄭玉波，民法總則〔修訂第十一版〕，三民書局，2008年9月。
38. 韓忠謨，法學緒論〔再版〕，2002年。
39. 蘇永欽，民事立法與公私法的接軌，北京大學出版社，2005年10月。
40. 蘇永欽，民法經濟法論文集，三民書局，1988年。
41. 蘇永欽，私法自治中的國家強制，收錄於民法總則論文選萃，中國法制出版社，2004年12月。
42. 蘇永欽，契約違反禁止規定，收錄於楊與齡主編：民法總則實例問題分析，五南圖書出版公司，2001年5月。
43. 蘇永欽，跨越自治與管制，五南圖書出版，中華民國88年1月。



二、論文

1. 王文宗，勞動派遣契約中雇主脫法行為之法律問題研究，中國文化大學法律學研究所碩士論文，2010年6月。
2. 李昕，論比例原則於民法上之運用，台灣大學法研所碩士論文，2012年6月。
3. 周伯峰，民國初年「契約自由」概念的誕生——以大理院的言說實踐為中心，政治大學法研所碩士論文，1994年7月。
4. 陳文貴，基本權利對民事私法之規範效力，中央警察大學法律研究所碩士論文，2000年。
5. 楊舒嵐，憲法價值於私法關係之體現——以隱私權與表現自由之衝突與調和為例，台灣大學法研所碩士論文，2010年。
6. 葉子超，法律行為因違反強行規定而無效的問題探討，輔仁大學法律學系碩士論文，民國1999年7月。
7. 顏佑紘，民法第一百八十四條第二項侵權責任之研究，台灣大學法研所碩士論文，民國2009年8月。

三、期刊

1. 王立達、許翠玲，違法聯合行為協議之私法上效力：競爭法與民法第71條之雙向實證與釋義分析，中研院法學期刊第11期，2012年9月。
2. 王志誠，信託法之二面性——強行法規與任意法規之界線，政大法學評論第77期，2004年2月。
3. 吳從周，民法上之法律漏洞、類推適用與目的性限縮，東吳法律學報第18卷第2期，2006年12月。
4. 林更盛，法律行為的限制——「強制或禁止之規定」_最高法院七十四年台上字第七〇三號民事判例，月旦裁判時報第8期，2011年4月。
5. 林更盛，基於不法原因給付之不當得利，月旦法學教室第115號，2012年5月。
6. 林更盛，從「事實上勞動關係」到「有瑕疵的勞動關係」——評最高法院八七年度臺上字第四五一號判決，台灣本土法學雜誌第53期，2003年12月。



7. 林東茂，刑事法學之理想與探索第四卷—刑事政策與自由主義，學林文化，2002年3月。
8. 林誠二，再論誠實信用原則與權利濫用禁止原則之機能，台灣本土法學雜誌第22期，2001年5月。
9. 侯岳宏，未依法定計算方法給付加班費之效力，臺北大學法學論叢第88期，2013年12月。
10. 陳子平，不法原因給付與侵占罪、詐欺罪〔上〕，月旦法學教室第137期，2014年3月。
11. 陳子平，不法原因給付與侵占罪、詐欺罪〔下〕，月旦法學教室第138期，2014年4月。
12. 陳忠五，不誠實廣告與夾層屋買賣契約--實務上相關判決之綜合評釋〔上〕，台灣本土法學雜誌第2期，1999年6月。
13. 陳忠五，不誠實廣告與夾層屋買賣契約--實務上相關判決之綜合評釋〔下〕，台灣本土法學雜誌第3期，1999年8月。
14. 陳忠五，法律行為絕對無效與相對無效之區別，台大法學論叢第27卷第4期。
15. 陳彥良，民法中強行禁止規定之效力於商法領域之討論_以公司法中公司貸與資金限制為中心，臺北大學法學論叢，2012年3月。
16. 陳聰富，目的性限縮與契約自由之濫用，月旦法學教室第3期，2003年1月。
17. 陳聰富，脫法行為、消極信託及借名登記契約—最高法院九十四年度台上字第三六二號民事判決評釋，月旦法學雜誌第123期，2005年8月。
18. 楊宏暉，市場經濟秩序下的契約失靈調整模式，法學新論第25期，2010年8月。
19. 詹森林，台灣民法解釋之學說與實務，月旦民商法雜誌第30期，2010年12月。
20. 劉姿汝，違反公平交易法行為之私法效力，國立中正大學法學集刊，第22期，2007年5月。
21. 蔡志方，從法益衡量原則，論大法官會議延期失效或預告失效解釋解釋之妥當性，月旦法學雜誌第7期，1995年11月。
22. 蔡明誠，新用益物權法之適用、解釋及補充，法學叢刊第55卷第3期，2010



年7月。

23. 鄭冠宇，物權行為無因性之突破，法學叢刊第43卷第4期，1998年10月。
24. 韓世遠，合同內容的適法性與妥當性，月旦民商法雜誌第36期，2012年6月。
25. 蘇永欽，從動態法規範體系的角度看公私法的調和—以民法的轉介條款和憲法的整合機制為中心，月旦民商法雜誌第0期，2003年3月。

四、外文書籍：

〔一〕德文

1. Canaris, Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft, 1983.
2. Deinert, Olaf, Zwingendes Recht, 2002.
3. Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, 12. Aufl., 2008.
4. Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 3A., Berlin, 1979.
5. Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., 2004.
6. Medicus, Dieter, Allgemeiner Teil des BGB, 9. Aufl., 2006.
7. Münchener kommentar zum BGB, 6Aufl., 2014.
8. Staudinger, J. von, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Allgemeiner Teil, §§134-138, 2011.
9. Westphal, Zivilrechtliche Vertragsnichtigkeit wegen Verstoß gegen gewerberechtliche Verbotsgesetze, 1985.

〔二〕日文

1. 山本敬三，民法講義I總則〔第3版〕，有斐閣，2011年5月。

五、翻譯書籍：

1. Ghestin, J. 著，陳鵬/張麗娟/石佳友/楊燕妮/謝漢琪譯，DROIT CIVIL INTRODUCTION GÉNÉRALE〔法國民法總論〕，法律出版社，2004年5月。
2. Jean-Jacques Rousseau，何兆武譯，社會契約論，商務印書館，2009年3月。
3. Karl Larenz，陳愛娥譯，法學方法論，商務印書館，2003年。
4. 四宮和夫，唐暉/錢孟珊譯，朱柏松校訂，日本民法總則，五南圖書出版公司，

1955年8月。

5. 迪特爾·施瓦布著，鄭沖譯，民法導論，法律出版社，2006年8月。

