

把餅做小的司法院釋字第七二六號解釋 — 角色被高估的勞動基準法第八十四條之 一所稱的「核備」

黃瑞明*

【目次】

壹、前言

貳、作為獨立法律領域的勞動法

- 一、源自民法、屬於私法但自成一格的勞動法
- 二、集體力量與強行法：勞動法的兩大支柱
- 三、對勞動法的認識僅止於公法層面的大法官們

參、勞基法第八十四條之基本結構

- 一、勞基法之內另外開闢的二等艙
- 二、地方主管機關難以勝任核備的角色

肆、兩個最高法院之間的爭執：釋字第七二六號解釋的作成背景

- 一、源自民法思維的最高法院一〇二年度臺上字第一八六六號判決
- 二、出自依法行政立場的最高行政法院一〇〇年度判字第二二六號判決
- 三、大法官會議受理本案聲請的正確性

伍、大法官們正確地支持行政法院的見解

陸、大法官會議讓自己矮化為第四審

* 法學博士，靜宜大學法律學系教授。

柒、大法官們忽略了集體勞動法的實然面

一、集體力量不彰的我國勞工

二、團體協約幾乎不存的我國職場

三、如果工會的力量夠強，勞工甚至不用進二等艙

捌、代結論：擴大論述的格局會是寓意深遠的開頭

參考文獻

摘 要

大法官會議在民國 103 年作出釋字第七二六號解釋，其內容在釐清最高法院與最高行政法院對於勞基法第八十四條之一所稱「核備」的見解孰是孰非。此一概念其實就是整個勞動法的縮影，唯有掌握後者的「宏觀圖像」，吾人才能正確地詮釋前者的涵義與問題。遺憾地，大法官們卻反其道而行，在不諳勞動法特性（尤其忽視集體勞動法）的情況下逕行認定地方勞工行政主管機關的核備（公權力的介入）即能令適用該條的勞工免於過勞的命運。然而，由於核備在實務上幾乎形同對雇主所主導的超時工作進行背書，本號解釋恐怕僅能對聲請人的個案發揮第四審的效果而已。

關鍵詞：司法院大法官會議、釋字第七二六號解釋、勞動法、勞動基準法第八十四條之一、集體勞動法。

壹、前言

從民國三十八年的釋字第一號解釋開始，在迄今一個多甲子的時間裏，司法院大法官會議已經作成了七百多則解釋。毫無疑問地，這是我國法制發展的成就之一。然而，令人惋惜的是，其中涉及勞動法的解釋卻為數有如鳳毛麟角¹。在這種背景之下，司法院在民國 103 年 11 月 21 日公佈的釋字第七二六號解釋自然格外值得留意。

本號解釋所處理的是勞動基準法（以下稱勞基法）第八十四條之一，解釋文內容為：「勞動基準法第八十四條之一有關勞雇雙方對於工作時間、例假、休假、女性夜間工作有另行約定時，應報請當地主管機關核備之規定，係強制規定，如未經當地主管機關核備，該約定尚不得排除同法第三十條、第三十二條、第三十六條、第三十七條及第四十九條規定之限制，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。」

就結論而言，這是一則方向正確的解釋。但是，其理由書所呈現的卻是極為薄弱的論述，無法予人「驚豔」之感。即使把為數高達八名大法官所撰寫的不同與協同意見書都考慮進去，論述薄弱的問題還是不容忽視。簡單說來，大法官們儘管夸夸其談，旁徵博引憲法、行政法與民法的法理來鋪陳其觀點，真正攸關重要的主角卻被冷落了²：勞動法。

¹ 其中主因出在勞工會因為其與雇主之間的爭議打官司的為數不多。勞動訴訟太少，能擠進大法官會議的討論議程的更少。

² 用英文來說，勞動法在本件中就是「房間裡的大象」（the elephant in the room），卻無人注意到。

貳、作為獨立法律領域的勞動法

本號解釋所涉及的勞基法第八十四條之一其實就是整個勞動法（Arbeitsrecht）的縮影。唯有掌握了後者的「宏觀圖像」（big picture），吾人才能正確地詮釋前者的涵義與問題。為了呈現此一圖像，吾人首先必須釐清勞動法的屬性。

一、源自民法、屬於私法但自成一格的勞動法

眾所周知，由於社會的迅速發展，法學之內也如同其他學術一樣產生了細密的分化，勞動法就是其中的新興領域。

窮本溯源，勞動法其實系出民法這個大家庭。它所規範的是勞工與雇主之間的勞動關係，這本是契約關係的一種。然而，由於民法建立在契約自由原則之上，其中的基本假設是當事人可以平起平坐地討價還價，從而勞動契約一經締結，自然理應兼顧雙方利益。猖獗於十九世紀的原始資本主義所引發的社會現實卻殘酷地證明這只是一廂情願的假設而已：勞雇雙方之間所存在的是弱者與強者的對立局面，雇主為了獲取最大利益，極易濫用自己的優勢地位，事實亦是如此。隨著歷史的發展，勞工開始覺醒到他們是弱勢族群，除非凝聚集體力量，否則不足以與雇主相互抗衡。就在組織工會的風潮無視於國家的壓制而如火如荼湧現之時，統治者終於逐漸意識到保護勞工的重要性，立法者也於焉陸續制定強行法規。

到了二十世紀初，德國法學者之中開始有人³著說立說，闡述民法理論不能盡行於勞動關係的道理。他們強調勞雇的不平等，主張勞動法因此必須於民法之外自行獨立發展。由於文獻的迅速累積，勞動法也開始在法學領域之中受到廣泛承認。隨著法規的持續制訂以及相關司法裁判的不斷累積，勞動法自成一家的地位也益發確立不搖。

³ 諸如辛茲海默（Hugo Sinzheimer）、洛特瑪（Philipp Lotmar）等。

這當然不是說兩者從此分道揚鑣乃至老死不相往來。事實上，勞動法在歸類上仍然屬於私法國度，從而仍然沿用不少民法法理。但是，它終究是一個與民法不同的獨立法律領域，諸多相關問題的解決必須另闢蹊徑。吾人或許可以這樣表達：民法是勞動法的母親，勞動法則是民法的逆子。只有深入研究，吾人方能了瞭解到兩者的差異所在。

二、集體力量與強行法：勞動法的兩大支柱

總結說來，勞動法的叛逆性表現在兩點之上，一是集體力量（特別是經由組織工會）的承認，讓勞工可以向上提升（自我壯大），二是強行法規（其中包含強制與禁止規定）的制定，令雇主必須向下沉淪（自我收斂）。透過這樣的雙管齊下，勞工才有可能與雇主平起平坐。其中的道理就有如翹翹板遊戲一樣；只要一方太重，板子就無法保持平衡。解決之道可以是在瘦小的一方加上重物，或是讓太重者離開支點遠一點。

前述兩點可以說就是德國勞動法的兩大支柱，缺一不可。一旦其中一根發育不良，跛足的後果就會接踵而來⁴。詳細說來，強行法規的制定意味著公權力的介入，雇主違反者即以行政罰伺候，勞雇之間的相關約定則面臨無效的命運。現代民法的發展誠然也少不了強行法規的相伴，但是其規模終究弗如遠甚。一旦立法者無法制定足夠的強行法規，則勞工雖有集體力量，仍必須持續不斷地為各種勞動條件而奮鬥，其結果難料。至於在集體力量不彰的情況，則強行法規雖然制訂了，勞工只能任氣吞聲，雇主當然也會對其置諸不理。

這樣的架構體系同樣也適用於吾人對於我國勞動法的理解⁵。現行強行法之中最關重要者為勞基法，它的施行對於勞工保護的推進無疑地扮

⁴ 以上為筆者綜合其多年研究所整理出來的心得總結。德國文獻上並無「兩大支柱」之說，但是細加觀察其勞動法發展走勢者應當會同意此一見解。

⁵ 筆者向來主張不可盲目繼受外國法與學說（見拙著，比較法 2.0 版：論比較國情的重要性，載：東吳大學法學院建院一百週年慶法學教育學術研討會論文集，2016 年，頁 293 以下），此處之見解來自其研究勞動法之心得。

演著一定的角色。然而，如後所述，當勞工的集體力量不彰時，即使罰則的規定（該法第七十五條以下）俱在，雇主可能還是肆意違法而行。遺憾的是，對於我國勞動法實務稍有了解之人皆知，這正是我國的真實情況：雇主很清楚勞檢人員嚴重不足與執法馬虎的現實；一旦受到處罰，金額也遠低於違法所省下者。

三、對勞動法的認識僅止於公法層面的大法官們

從解釋理由書以及不同與協同意見書看來，大法官們意識到勞基法第八十四條之一涉及憲法第十五條與第一五三條關於保護勞工的要求。這固然是正確的看法，然而，他們所做的僅是抽象地複誦憲法條文而已，無法透視聲請案的真正問題所在。同樣地，儘管大法官們更加詳細地暢談行政法理論在本案的關聯性，但是勞動法在其理解之中也僅是此一領域的分則而已⁶。

遺憾地，即使明言「系爭規定具有勞動法性質」⁷的陳新民大法官也不例外。他相當著力於鋪陳勞工的弱勢處境，字裡行間甚至顯現若干悲天憫人的胸懷，其所理解的勞動法還是止於行政法中的層面而已。特別是由於跳過集體勞動法的論述以及忽略集體力量的實然面，他所表達的終究只是片段的認知而非完整版的勞動法。

參、勞基法第八十四條之一的基本結構

就如同其名稱所顯示的，勞動基準法是勞動法之中對勞動關係介入最深入與廣泛的法律，直接涉及本號解釋的該法第八十四條之一是立法者放在最後一章「附則」的條文。

⁶ 在傳統的六法分類思維下，坊間的六法全書也將勞基法等勞動法規列在行政法項目之下。

⁷ 見陳新民，部份協同、部分不同意見書（司法院網站），頁 10 至 11。

一、勞基法之內另外開闢的二等艙

本條文的內容如下：「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。」

在深入理解之前，吾人必須先看同法第三條的規定：勞工能不能得到勞基法的庇護，取決於其所從事的行業是否依據該條被納入適用範圍之內。在該條文只有前兩項的時期，得到保障的基本上是藍領勞工，人數相當有限。等到後兩項⁸在民國八十五年年底增列之後，特別是隨著勞委會與勞動部的擴大指定，絕大部分的白領勞工也跟著同霑雨露⁹。從保障勞工的角度來看，毫無疑問地，這是值得讚許的正面發展。

然而，就在修改第三條之時，立法者也一併增訂了第八十四條之一。這一條文的出現所代表的意義就是：勞基法因為第三條後兩項的實施而成了普渡眾生之船，但是裡面卻有艙等之分。多數人搭一等艙，享受的是全套的照顧，其他旅客則被分配到二等艙，得到的只有半套。不在服務之內的項目清單明白列在第八十四條之一第一項本文：「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。」

這樣的立法顯然是政治妥協之下的結果：勞基法的擴大適用必然會加重受到波及的雇主的人事成本，於是他們群起反彈。在贊成擴大適用與受到企業界施壓的兩派立法委員們之間從而發生了一場角力戰。最後

⁸ 當時增列的第三項文字為：「本法至遲於民國八十七年底以前，適用於一切勞雇關係。但其適用確有窒礙難行者，不在此限。」

⁹ 關於迄今仍不適用勞基法的行業與各行業工作者見 <http://www.bli.gov.tw/sub.aspx?a=m%2FmRcr6RwJo%3D>。

雙方各退一步，達成既擴大適用也設置「二等艙」的折衷方案。

持平以論，第八十四條之一的制定有其道理：勞基法的結構基本上是延續工廠法而來，所以其內容確實比較適合藍領勞工。擴大適用之後，自然就會在某些行業裡出現扞格不入的現象。這種問題在勞委會於民國八十七年將保險業納入勞基法適用範圍時就出現了¹⁰：此一行業的獲利法則顯然不是單單依據業務員朝九晚五的上班，從而嚴格適用勞基法第三十條等條文關於工時的規定的結果即會對企業的營運產生負面影響。雇主難以獲利，勞工就業即無異緣木求魚。

讓相關勞工與雇主進行約定於是就成了立法者解決爭議的方式：先讓大多數勞工上船，再請其中的一部分人進入二等艙。至於裡面關於「工作時間、例假、休假、女性夜間工作」的照顧究竟如何，則取決於勞雇雙方約定。

自第八十四條之一實施以來至今，進入這個艙等享受半套照顧的勞工形形色色，從底層勞工到高級勞工為數至夥。前者如保全員（本號解釋的聲請人），後者如屬於責任制的專業人員，其中包括高科技業工程師與律師。

二、地方主管機關難以勝任核備的角色

立法者當然也很清楚讓無法平起平坐的雙方約定會有甚麼樣的後果，所以在條文裡面加上「報請當地主管機關核備」，目的在透過主管機關的核備（公權力的介入）迫使雇主不至於濫用優勢地位以便在工時間題上為所欲為。這樣的設計建立在一個假設之上：主管機關會認真扮演照顧弱者的角色，讓勞雇約定「不得損及勞工之健康及福祉」。

遺憾的是，這樣的期待高估了公權力的能耐。所謂主管機關也者，其實就是公務員加上政治人物（後者為勞工局長乃至直轄市或縣（市）

¹⁰ 當時的媒體上盡是保險業雇主反彈抗議的報導。

首長等)的組合。他們都是人,對自身利害的盤算本來就會大於對勞工利益的關心。特別是由於照顧勞工往往就意味著令雇主(尤其大企業)不利,這更會在政治上產生投鼠忌器的疑慮(諸如企業家可能就是金主等)。

就實務運作而論,各地方主管機關本身也確實忽視這一法定核備權限。勞工局的相關人員配置極為有限¹¹,此其一。再者,第八十四條之一既然已經明言「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」,工時上限法無明文,各地方主管機關所訂定的審查基準所設下的每月最高工時自然相當高。以資訊服務業僱用之系統研發工程師與維護工程師為例,臺北市的基準是每月正常工作時間連同延長工時不得超過二四〇小時¹²。在這種情況下,雇主提出的約定書自然少有逾越此一上限者,從而核備在實務上恐怕(幾乎)都流於存查。因此,該條文中所謂「不得損及勞工之健康及福祉」也者,不過道德勸說而已。

既然地方主管機關無法勝任核備的角色,第八十四條之一就會淪為立法者開給雇主的一張空頭支票。此時的二等艙之內就會險象環生或甚至水深火熱。遺憾的是,這應該正是普遍的事實。以本解釋的「原因案件」而言,高雄市政府認可的保全人員每月正常工時為兩百八十八小時¹³。扣除一日休息之後,等於平均每日工時可達十二小時!如同大法官陳新民所言,這是「已極盡消耗勞工身體負荷與生活品質之極限」¹⁴的超高工時。至於高科技業的責任制人員(本條第一項第一款),超高工時的現象同樣極為普遍,有如前述。正因為如此,所以過勞死的新聞也偶爾可見。明乎此,吾人就可以理解何以工運界一直主張廢除第八十四條

¹¹ 據筆者查詢所知,臺中市勞工局勞動基準科內只有一人負責第八十四條之一的業務而已。

¹² 臺北市政府核備勞動基準法第八十四條之一約定書審查基準與該府審查適用勞基法第八十四條之一工作者工作時間一覽表;內容均見該府網頁。

¹³ 見陳新民,部份協同、部分不同意見書,頁3。

¹⁴ 同前註。

之一的原因所在¹⁵。

肆、兩個最高法院之間的爭執：釋字第七二六號解釋的作成背景

有此認知之後，吾人對於釋字第七二六號解釋的問題也可以更加清楚了。大法官會議之所以會作成，背景是因為七名前現金運送保全員控告雇主臺灣士瑞克保全股份有限公司，敗訴後指摘駁回其上訴的最高法院一〇二年度臺上字第一八六六號判決與最高行政法院對於勞基法第八十四條之一所稱之「核備」存在大相徑庭的見解齟齬。

一、源自民法思維的最高法院一〇二年度臺上字第一八六六號民事判決

臺灣高等法院高雄分院先前已經判決前開保全員敗訴，理由為：「保全業之保全人員經行政院勞工委員會於民國八十七年七月二十七日核定公告得適用勞基法第八十四條之一規定，被上訴人自得與上訴人另訂定勞動條件。又勞基法上開規定之立法目的，無非係就特殊工作者，因其自由裁量自身工作時間之性質，允許勞雇雙方得調整工作時間，不受勞基法相關規定之限制，縱未報請當地主管機關核備，僅屬行政管理上問題，故兩造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』，並非無效。」¹⁶最高法院一〇二年度台上字第一八六六號民事判決隨後對此完全贊同，僅以一句話表達其見解：「原審認定兩造間有關每日正常工作時間、每月基本服勤時數、加班時數及加班費費率計算方式之約定，依勞基法第八十四條之一規定，並非無效，不因未報請當

¹⁵ 見 <http://www.tueeit.org.tw/announce/2015-04-25>。

¹⁶ 為精簡起見，此處引用後述最高法院判決。該一〇一年度勞上更（一）字第二號判決原文內容與最高法院判決均見司法院法學資料檢索系統。

地主管機關核備，有違行政管理規定，而有不同。」

對身為法學教育者的筆者來說，這樣的思維一點都不令人訝異。我國民事庭法官向來習慣於民法教義的推演，迷信當事人平等的假設。他們欠缺勞動法的概念，從而也有意無意地忽略勞雇不平等的事實。職是之故，勞基法第八十四條之一自然就被灌水成為訓示規定，報備與否，無關緊要。

前開判決顯示的就是最高法院的一貫見解。同院八十一年臺上字第二四九二號判決即已就勞基法第七十條表示如下觀點：「惟雇主違反勞基法第七十條，工作規則應報請主管機關核備後公開揭示之規定，僅係雇主應受同法第七十九條第一款規定處罰之問題。苟該工作規則未違反強制或禁止規定，仍屬有效。」¹⁷思維模式如出一轍，都是想當然耳，所以乾脆連理由都懶得附上。

二、出自依法行政立場的最高行政法院一〇〇年度判字第二二六號判決

反觀最高行政法院在最高法院一〇二年度台上字第一八六六號民事判決做成之前則已經表達不同的立場。該院一〇〇年度判字第二二六號判決之中出現如下文字：「次按勞基法就勞工各項工作條件所為規定，乃勞動條件之最低標準，雇主與勞工所訂勞動條件，不得低於該法所定之最低標準，為勞基法第 1 條所明定。而經勞委會核定公告之工作者，依勞基法第 84 條之 1 規定，勞雇雙方得就工作時間、例假、休假、女性夜間工作等事項另行約定，不受同法第 30 條、第 32 條、第 36 條、第 37 條、第 49 條關於上開工作條件所定最低標準之限制，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響至巨，使其工作條件甚至低於同法第 30 條、第 32 條及第 49 條所定『雇主經工會同意，如事業單

¹⁷ 見 <http://mywoojdb.appspot.com/j9m/j9m?id=6981>。

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，始不受同法第30條等規定之限制。」¹⁸

其故安在？道理很簡單：該院法官習於公法思維，把勞基法當成行政法看待。依據依法行政的精神，行政法規就如同鐵板一塊，人民非遵守不可，第八十四條之一所規定的核備於焉成了不容打折的合法性要件。因此，結論自然就是：勞雇雙方約定如未經報請當地主管機關核備，則勞動關係仍應受勞基法第三十條等規定之限制。

在此之前，同院九十八年度裁字第四〇〇號裁定¹⁹已經採取如此看法：「至監視性、間歇性或其他性質特殊工作，雇主延長每日工作時間超過12小時，則依同法第84條之1規定，須在『勞雇雙方另行約定』並『報請當地主管機關核備』二項要件具備下，始不受上開條文有關工作時間規定之限制，此為貫徹法律保護勞工權益意旨之強制規定，自不得以本條未規定之『工會同意』，如：雇主與工會簽訂團體協約，取代上開要件。團體協約之約款事項不包括勞動基準法第84條之1之特別約定事項，此工時事項必須勞雇雙方另為特別協議且踐行獨立之核備程序。此乃基於法律體系上之當然解釋，故上訴意旨以上述勞動基準法第84條之1規定『核備』之意義及效力，及經中央主管機關備查之團體協約，其效力高於報請地方主管機關核備之事項，而可取代須經地方主管機關許可之程序，該法律見解有其原則重要性，並據以指摘原判決違法云云，自無所涉及之法律問題意義重大，有由本院加以闡釋必要之涉及法律見解原則性情事。」

三、大法官會議受理本案聲請的正確性

¹⁸ 見司法院法學資料檢索系統。

¹⁹ 同前註。

在多數大法官看來，勞雇雙方依照勞基法第八十四條之一所為的約定如果未經當地主管機關核備，效力是否受影響及其影響程度為何，二個不同審判系統的終審法院之間顯然已經出現見解歧異。因此，大法官會議就依據司法院大法官審理案件法第七條第一項第二款及第八條第二項受理統一解釋法律命令的聲請。

不過，對此不以為然並因而認為不應受理本件聲請案的大法官依舊有之，蘇永欽與黃璽君即為此寫下不同意見書。在筆者看來，既然涉及同一法條，各法律體系即不該出現結論分歧現象。法律人如欲夸夸其談，堅稱公私法有別，結論亦可互異，則其將陷入無法自圓其說之地步。蓋：既然未經核備的約定在公法上不被主管機關所承認，按理說來，它當然就一如同最高行政法院之見解—無法產生讓雇主豁免於受到第八十四條之一所稱條文之拘束的效果。然而，此種約定在私法上因為一依照最高法院的見解—有效，所以相關勞工又據此不受第八十四條之一所稱條文之保護。只要是稍有邏輯概念之人，必然不會忽視這種互相矛盾的見解歧異問題。對於我國司法實務稍有瞭解之人皆知兩院基於本位主義，不可能自行調整或協調他方達成一致見解。基於事關勞雇雙方利益，大法官會議的介入自然極為必要。

伍、大法官們正確地支持行政法院的見解

大法官會議受理了本件聲請，顯然是為了顧及最高法院的顏面而未明言其見解之謬誤，但是從解釋文與理由書看來，釋字第七二六號解釋很清楚地站到了最高行政法院這一邊。

在大法官們看來，立法者之所以制定勞基法第八十四條之一（系爭規定），乃是由於「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」，從而無法一體對待所有受到勞基法保護的勞工。然而，為了「避免恣意浮濫及落實保護勞工權益之目的」，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，基於憲法保護勞工之意旨，其約定之民事效力亦會受到影響。大法官會議之所以如此認為，乃係因為考量「國家管制之目的與內容」，認定「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。」大法官會議據此得出如下結論：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。²⁰「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。」²¹

此等觀點基本上可資贊同。尤其值得一提的是「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」一語：大法官們認知到勞雇之間存在的平等事實，相較之下，那些不食人間煙火、迷信當事人平等的各級民事庭法官自是弗如遠甚。遺憾的是，由於欠缺完整的勞動法論述，以致本號解釋的論述格局過於狹窄，從而其「射程」極為有限。就大法官成員的背景而言，無人具備勞動法專長，反觀公法學者出身者不乏其人，這顯然即是格局出問題的主因所在。

²⁰ 以上均見理由書。

²¹ 見解釋文。

陸、大法官會議讓自己矮化為第四審

如前所述，核備在實務上幾乎都只是形式而已，只要雇主徵得個別勞工同意，主管機關恐怕鮮少有不准核備約定者。然而，個別勞工會不同意嗎？

對於其他不知報備的雇主來說，本號解釋有著暮鼓晨鐘的提醒功效：趕快去報請核備吧，否則下場就是約定無效！因為一如前所述—當地主管機關很可能不會認真審核，所以這意味著大部分的雇主的報請核備都會如願以償。職是之故，本號解釋一出，消息靈通的雇主們自然知所進退：核備聲請這道程序絕對不能省！對於大企業來說，消息可以透過法務部門、律師顧問或是同業得知，一點都不難。因此，如今必然是絕大多數企業都會聲請核備。然而，事情看似完滿解決了，其實不然：相關勞工陷入「合法」超時工作以致過勞死的風險，這是不解的難題。

很明顯地，能因本號解釋而真正享受雨露滋潤的只是極少數的勞工，解釋聲請人便是其一。他們因為大法官會議推翻了最高法院的見解而得以翻盤，從而提起再審（釋字第一七七號、一八五號解釋）請求雇主補發為數不低的加班費。至於在雇主依舊沒有聲請核備的少數情形，其勞工則可以逕行提出請求，一旦雇主不從，訴訟勝負也可以逆料。然而，這只是理論而已。吾人只要看解釋聲請人是在勞動契約終止之後才對雇主提出請求²²一事就能清楚地看出：勞工只會在無庸擔心雇主會秋後算賬的情況（通常就是已經被迫或自願離職）下才會勇於主張自己的權利。畢竟：相較於保有工作，發給加班費只是小事一樁，理智之人不會因小失大。

因為受益的勞工少到可能僅是解釋聲請人，本號解釋在實際上無異最高法院一〇二年度台上字第一八六六號民事判決的上訴審，大法官會

²² 見該號最高法院判決。

議因此淪為第四審。眾所周知，該會議的審查對象為抽象的命令與法律。本件涉及的相關判決之所以會被受理，其原因在於多數大法官認為兩個最高法院對於系爭法律規定的看法有異，其所關心的是法律見解如何統一。如前所述，這誠然是正確的見解。然而，儘管大法官會議小心翼翼地避免論及聲請人的具體個案，其論述結果卻導致只是糾正了個案的判決而已。

柒、大法官們忽略了集體勞動法的實然面

如果大法官們具備勞動法的意識，那麼他們就會知道系爭規定之所以難以單憑個別勞工同意與地方主管機關核備就保障勞工之健康及福祉，其癥結出自集體勞動法在我國運作不彰的實然面。這方面的論述不會增加受益人數，卻可以讓本號解釋的格局擴大許多。

一、集體力量不彰的我國勞工

自國民政府時期，我國成文法制中就有集體勞動法的存在：工會法、團體協約法與勞資爭議處理法，這也是工運界通稱的「勞動三法」²³。然而，即使經過立法院的大幅翻修並自民國一百年五月一日起同時實施，就實然面而言，它們至今還是處在發育不良的階段。

一言以蔽之，撇開以辦理勞健保為業的職業工會不提，像樣的工會在臺灣非常少。就數目而言，主要都以廠場為組織單位的企業工會不過一千²⁴，這意味著絕大多數勞工都無緣加入工會。不過，即使所屬企業之中有工會，它們的角色也往往侷限在辦理聯誼活動。這種「闖雞工會」無法勝任凝聚勞工之力以對抗雇主之責，從而在雇主違反強行法規時也不敢稍有反抗。

²³ 嚴格來說，「集體勞動三法」之稱呼才名符其實。

²⁴ 見 <https://www.mol.gov.tw/statistics/2452/>。

二、團體協約幾乎不存的我國職場

我國工會的無力其實可以由團體協約的數目極為有限一點看出。根據勞動部的統計，我國在民國 107 年第二季所有的團體協約共計 705 個²⁵。看似不少，相較於前一季增加 201 個的事實尤其驚人。然而，吾人如果細加檢視所有的團體協約，可能就會發現大部分的內容僅是抄錄勞基法等法規而來的假冒品。

工會為甚麼不能勝任締結真正的團體協約的任務（工會法第五條第一款）呢？道理很簡單：會員太少，財力不足，所以很難進行罷工。雇主很清楚這一點，當然也懶得搭理。依據新工會法成立而在這兩年來氣勢虎虎生威的桃園市空服員職業工會與桃園市機師職業工會遺憾地僅是罕見特例而已。

三、如果工會的力量夠強，勞工甚至不用進二等艙

相反地，如果工會的力量足夠強大，那麼勞工就能—例如德國的作法便是如此—透過與雇主締結團體協約的方式爭取有利的工時或其他勞動條件。這樣一來，各行業的特殊性也得到了兼顧。即使同屬保全業，某些勞工的工作（例如逐戶巡邏與運送現鈔）較諸其他（例如社區大樓管理員）繁重許多，一旦有了團體協約的談判與簽訂，不同群體的最高工時就可以得到細緻的區分而非目前這種由勞工行政主管機關所強加的齊頭式平等。如果各行各業的工會真能走到這一步，那麼過勞死的機率就可以降低，勞基法第八十四條之一或許也沒有存在的意義了。

這可以律師業為例：律師是法律人中的菁英，他們熟知法律，也清楚自己的權益，所以受雇律師會是勞工之中的強勢族群。遺憾地，這只

²⁵ 同前註。

是理論而已。這些年來，律師業者因為考試院的放寬政策而人數逐年大增，在市場上早已出現供過於求的現象。這導致剛出道者很難獨立開業，想受雇於聯合事務所者眾，能進入者自然不敢造次，對於雇主的要求只有百般配合，包括工時方面。加上臺灣地小，為了避免被其他同行列入雇用黑名單，在事務所工作者更是小心翼翼。畢竟，媳婦熬成婆之後，自己將來不是合夥律師（雇主），也是獨立自由律師，現在就急於主張權利，吃虧必然在眼前。

勞動部在民國一〇三年四月一日將受雇律師納入勞基法的適用範圍。這本是好事一樁，預定同時實施的「責任制」卻讓許多受雇律師憤恨難平²⁶。究其實，早在勞委會時期，律師公會即已提出適用勞基法第八十四條之一的建議。所謂公會也者，資深律師與合夥人（雇主）當然在其中擁有強大的影響力。他們有其利益考慮，此一建議的提出自然也是合理之舉。遺憾的是，保障受雇律師利益的「律師工會」卻至今依舊不見蹤影，難怪勞動部的決策會一面倒地偏向雇主，導致受雇律師也難逃適用第八十四條之一之後的苦果。

平心而論，受雇律師凝聚不起集體力量，即使是在這兩年來看似生龍活虎的桃園市空服員職業工會也無能與長榮航空公司自行針對空服員規範工時上限。根據媒體報導，此一工會在今年十一月初到民航局前進行一次抗議活動，指控長榮空服員過勞成常態，工會一再希望透過團體協約解決過勞問題，但資方卻反倒質疑勞基法給予航空業彈性不足，據此要求主管機關民航局另訂專法。該局則是否認有此計畫²⁷。所謂無風不起浪，工會的大陣仗抗議恐怕絕非無的放矢。事實發展的確如此：三週之後，媒體又傳出空服員工會不滿其與長榮針對工時等議題歷經二十次（！）談判仍然無結果而決定不再繼續協商²⁸。這種要求民航局公權力介入的活動所反映的就是自己的「不夠力」，無能透過團體協約的談判

²⁶ 見 <https://www.storm.mg/article/29091>。

²⁷ 見 <https://tw.appledaily.com/new/realtime/20181106/1461082>。

²⁸ 見 <https://udn.com/news/story/7241/3509370>。

與締結創造出一個可以針對空服員的職業特殊性的規範。連鬥志高昂的空服員工會都如此無奈，我國的工運顯然還有一段漫長的坎坷之路要走。在可見的將來，第八十四條之一當然也會繼續扮演著引導特定勞工進入命運難料的「二等艙」的角色。

捌、代結論：擴大論述的格局會是寓意深遠的開頭

冰凍三尺，一則解釋當然不可能改變我國勞工長久以來深陷的處境。然而，如果大法官會議真能在理由書中補強其論述，特別是增列公權力的核備徒具形式與勞工集體力量不彰這兩個議題，那麼這會是一個寓意深遠的開頭。

格局狹窄的問題不是始自釋字第七二六號解釋。早在作成釋字第四九四號解釋之時，大法官會議即已有機會質疑勞基法第八十四條之一的「核備」。儘管當時勞動法學者黃越欽亦參與其中，卻未能在理由書或協同（不同）意見書中發揮其專業見解²⁹。這導致該號解釋流於簡單邏輯演繹的工匠之論。

大法官如能一反此種思維，則所作成的釋字第七二六號解釋將可以讓我國勞動法殘缺不全的窘境被攤開出來，其結果就是戳破勞基法第八十四條之一的「核備」假象：公權力的介入只是立法者虛晃一招而已，對勞工來說，進入「二等艙」之後的險境不會因而得到緩解。經過大法官會議的耳提面命之後，主管修訂草案的勞動部理應思考如何使核備程序不會徒具形式而已。這誠然並非易事，但是勞動部至少可以諸如研究統一各縣市的最高工時而非如同目前情況坐令各自為政。

再者，點出集體力量不彰的真相之後，習法之人或許也能開始意識到強行法規不是萬應良方。在勞動法領域之內，沒有勞工集體力量的配合，所謂國家（公權力）介入可能不過空言而已，甚至成為縱容雇主為

²⁹ 筆者推測黃即是該號解釋的執筆者。

所欲為的藉口。

很遺憾地，單從理由書之中「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。」這一句話看來，大法官們對於核備顯然滿懷著無限憧憬，吾人如何還能期待他們把餅做大呢？

參考文獻

黃瑞明，比較法 2.0 版：論比較國情的重要性，載：東吳大學法學院建院一百週年慶法學教育學術研討會論文集，2016 年，頁 293 以下

<http://www.bli.gov.tw/sub.aspx?a=m%2FmRcr6RwJo%3D>

<http://www.tueeit.org.tw/announce/2015-04-25>

<http://mywoojdb.appspot.com/j9m/j9m?id=6981>。

<https://www.mol.gov.tw/statistics/2452/>

<https://www.storm.mg/article/29091>

<https://tw.appledaily.com/new/realtime/20181106/1461082>

<https://udn.com/news/story/7241/3509370>

A Great Chance Missed: On the Judicial Yuan Interpretation No. 726

Juei-min Huang

Abstract

The Grand Justice Council released in 2014 the Judicial Yuan Interpretation No. 726 regarding a disagreement on „approval and record“ according to Art. 84-1 of the Labor Standards Act between the Supreme Court and the Supreme Administrative Court. The term concerned is indeed a microcosm of the Taiwanese labor law as a whole. However, since the Council did not realize the importance of the collective labor law, its interpretation merely sided with the Supreme Administrative Court without having tried to put the article mentioned under scrutiny. As a result thereof No. 726 could probably only help the applicants reopen a remedy process, while the other workers and employees continue to suffer overwork “legally“ according to the LSA.

Keywords: Judicial Yuan Interpretation No. 726, Grand Justice Council, Taiwanese labor law, collective labor law, Labor Standards Act.

參考文獻

一、中文文獻

- 王澤鑑，回復原狀與金錢賠償—損害賠償方法的基本架構，月旦法學雜誌，第 127 期，2005 年 12 月，頁 196-207。
- 王澤鑑，信賴利益之損害賠償，收錄於「民法學說與判例研究第五冊」，1998 年 5 月，頁 229-252。
- 王澤鑑，商品製造人責任與純粹經濟上損失，收錄於「民法學說與判例研究第八冊」，2006 年 2 月，頁 233-273。
- 王澤鑑，損害概念與損害分類，月旦法學雜誌，第 124 期，2005 年 9 月，頁 201-212。
- 王澤鑑，損害賠償，2017 年。
- 王澤鑑，舉重明輕、衡平原則與類推適用，收錄於「民法學說與判例研究第八冊」，2006 年 2 月，頁 1-98。
- 吳從周，論民法第一條之「法理」—最高法院相關民事判決判例綜合分析，東吳大學法律學報，第 15 卷第 2 期，2004 年 2 月，頁 1-104。
- 林誠二，民法總則新解（下），三版，2012 年。
- 姚志明，債務不履行之研究（一），給付不能、給付遲延與拒絕給付，2003 年。
- 孫森焱，民法債編總論，上冊，2013 年。
- 郭冠甫，美國契約法中違約損害賠償責任之探討：以信賴利益為中心，靜宜法學，第七期，2018 年 12 月，頁 267-294。
- 陳自強，契約法講義 I，契約之成立與生效，二版，2012 年。
- 陳自強，契約法講義 II，契約之內容與消滅，四版，2018 年。
- 陳自強，契約錯誤法則之基本理論—契約法之現代化 IV，2015 年。
- 陳聰富，民法總則，二版，2016 年。

- 陳聰富，物之損害賠償，月旦法學雜誌，第 257 期，2016 年 10 月，頁 61-82。
- 黃立，德國新債法之研究，2009 年。
- 楊佳元，侵權行為損害賠償責任研究—以過失責任為中心，2009 年。
- 楊芳賢，民法債編總論（上）（下），初版，2017 年。
- 葉新民，德國民法上違反締約時說明義務之損害賠償責任—兼論以契約之回復原狀做為損害賠償方法在我國法上適用的可能性，臺北大學法學論叢，第 86 期，2013 年 6 月，頁 51-124。
- 劉昭辰，履行利益、信賴利益，月旦法學雜誌，第 116 期，2005 年 1 月，頁 95-109。

二、外文文獻

- Ackermann, Thomas: Der Schutz des negativen Interesses, 2007.
- Bähr, Otto: Ueber Irrungen im Kontrahiren, in: Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts, Bd. 14 1875, 393ff.
- Bamberger, Heinz Georg/ Roth, Herbert/Hau, Wolfgang/Poseck, Roman (Hrsg.): Beck'scher Online-Kommentar BGB, 48. Edition, Stand: 01.08.2018.
- Canaris, Claus Wilhelm: Schadensersatz wegen Pflichtverletzung, anfängliche Unmöglichkeit und Aufwendungsersatz im Entwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, DB 2001, 1815ff.
- Canaris, Claus Wilhelm: Äquivalenzvermutung und Äquivalenzwahrung im Leistungsstörungenrecht des BGB, in: FS Wiedemann, 2002, S. 3ff.
- Canaris, Claus-Wilhelm: Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 2001, 499ff.
- Canaris, Claus-Wilhelm: Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971.
- Dauner-Lieb, Barbara/Konzen, Horst/Schmidt, Karsten (Hrsg.): Das neue Schuldrecht in der Praxis, 2002.
- Dauner-Lieb, Barbara/Lange, Werner, Nomos Kommentar BGB Schuldrecht,

Band 2/1, 3. Aufl. 2016.

Dedek, Helge: Negative Haftung aus Vertrag, 2007.

Derleder, Peter: Sachmängel- und Arglisthaftung nach neuem Schuldrecht. NJW 2004, 969ff.

Esser, Josef/Schmidt, Eike: Schuldrecht, Band I: Allgemeiner Teil, Teilband II, 8. Aufl. 2000.

Fleck, Wolfgang: Begriff und Funktion der "Billigkeit" bei § 284 BGB, JZ 2009, 1045ff.

Flessner, Axel/Kadner Graziano, Thomas Michael: Neue Widersprüche zum Gebrauchsentgang - BGHZ 99, 182 und 101, 325, JZ 1989, 879ff.

Grigoleit, Hans Christoph/Riehm, Thomas: Schuldrecht IV Deliktsrecht und Schadenersatzrecht, 2011.

Grundmann, Stefan: Der Schadenersatzanspruch aus Vertrag, AcP 204(2004), 569ff.

Gsell, Beate: Aufwendungsersatz nach § 284 BGB, NJW 2006, 1225ff.

Hanau, Peter/Wackerbarth, Ulrich: Positives und negatives Interesse, in FS Hyung-Bae Kim, 1995, S. 205ff.

Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band II, Schuldrecht: Allgemeiner Teil, 1. Teilband, 2007.

Huber, Peter/Faust, Florian: Schuldrechtsmodernisierung - Einführung in das neue Recht, 2002.

Huber, Ulrich: Schadenersatz statt der Leistung, AcP 210(2010), 319ff.

Huber, Ulrich: Zur Haftung des Verkäufers wegen positiver Vertragsverletzung, AcP 177(1977), 281ff.

Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch 17. Aufl. 2018.

Jhering, Rudolf von: Culpā in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen, in: Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts, Bd. 4 1861 1ff.

- Keuk, Brigitte: Vermögensschaden und Interesse, 1972.
- Küppers, Karsten: Verdorbene Genüsse und vereitelte Aufwendungen im Schadensersatzrecht, 1976.
- Lange, Hermann/Schiemann, Gottfried: Schadensersatz, 3. Aufl. 2003.
- Larenz, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, Band I: Allgemeiner Teil, 14 Aufl. 1987.
- Larenz, Karl: Nutzlos gewordene Aufwendungen als ersatzpflichtige Schäden, in Festschrift für Oftinger, 1969, S. 151ff.
- Leonhard, Marc: Der Ersatz des Vertrauensschadens im Rahmen der vertraglichen Haftung, AcP 199(1999), 660ff.
- Lorenz, Stephan: Grundwissen – Zivilrecht: Aufwendungsersatz (§ 284 BGB), JuS 2008, 673ff.
- Medicus, Dieter/ Lorenz, Stephan: Schuldrecht I – Allgemeiner Teil, 19. Aufl. 2010.
- Medicus, Dieter/Petersen, Jens: Bürgerliches Recht, 25. Aufl. 2015.
- Mommsen, Friedrich: Zur Lehre vom dem Interesse (Beiträge zum Obligationenrecht), 1855.
- Müller, Georg: Der Ersatz entwerteter Aufwendungen bei Vertragsstörungen, 1991.
- Müller-Laube, Hans-Martin: Vertragsaufwendungen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung, JZ 1995, 538ff.
- Münchener Kommentar zum BGB, 7 Aufl. 2016.
- Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 66. Aufl. 2007.
- Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 70. Aufl. 2011.
- Prütting, Hanns/Wegen, Gerhard/Weinreich, Gerd (Hrsg.), BGB Kommentar 13. Aufl. 2018.
- Reim, Uwe: Der Ersatz vergeblicher Aufwendungen nach § 284 BGB, NJW 2003, 3662ff.

- Savigny, Friedrich Carl von: Das System des heutigen Römischen Rechts, 3. Band, 1840.
- Schackel, Torsten: Der Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses bei Nichterfüllung von Verträgen, ZEuP, 2001, 248ff.
- Schmidt, Eike: Die verpatzte Jubiläumsfeier, in: Festschrift für Gernhuber, 1993, S. 423ff.
- Schulze/Dörner/Ebert/Hoeren/Kemper/Saenger/Scheuch/Schreiber/Schulte-Nölke/Staudinger/Wiese (Hrsg.): Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 10. Aufl. 2019.
- Soergel, Hans-Theodor (Begr.): BGB-Kommentar, Band 2: Schuldrecht I, §§ 241-432, 12. Aufl. 1990.
- Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1993ff.
- Stoll, Hans: Anmerkung zu BGH Urteil v. 10.12.1986, VII ZR 349/85, JZ 1987, 517ff.
- Stoll, Hans: Die bei Nichterfüllung nutzlosen Aufwendungen des Gläubigers als Maßstab der Interessenbewertung. Eine rechtsvergleichende Studie zum Vertragsrecht, in: FS Konrad Duden, 1977 S. 641ff.
- Tuhr, Andreas von: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts.: Erster Band: Allgemeine Lehren und Personenrecht, 1907. (Duncker & Humblot reprints, 30. Juli 2013)
- Tuhr, Andreas von: Der Schaden nach dem BGB, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV), Dritte Folge, Vol. 11 (47), No. 1/2 (1907), S. 63-96.
- Unholtz, Jörg Sebastian: Der Ersatz "frustrierter Aufwendungen" unter besonderer Berücksichtigung des § 284 BGB, 2004.
- Weitemeyer, Birgit: Rentabilitätsvermutung und Ersatz frustrierter Aufwendungen unter der Geltung von § 284 BGB, AcP 205(2005), 275ff.
- Wiedemann, Herbert/Müller, Georg: Anmerkung zu BGH Urteil v. 19.04.1991,

V ZR 22/90m JZ 1992, 467ff.

Wiedemann, Herbert: Schadensersatz und Freizeichung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Individualverträgen, in: FS Ulmer, 2003, S. 1273ff.

Wiedemann, Herbert: Thesen zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung, in: FS Hübner, 1984, S. 719.

Windscheid, Bernhard: Lehrbuch des Pandektenrechts, 6. Aufl.1887.

Würthwein, Susanne: Schadensersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit einer Sache oder für entgangene Gebrauchsvorteile, 2001.

Compensation for Frustrated Expenses instead of Damages for Breach of Contract – Focused on German Law

Hsin-min Yeh

Abstract

The so-called frustrated expense is a matter of reliance. The creditor is willing to pay such expenses because he trusts that the debtor will perform his obligations of the contract. This payment of expenses will become meaningless (frustrated) when the debtor breaches the contract. In this case the creditor can claim for compensation of damage of positive interest according to the civil code of Taiwan. However, the nature of this damage caused by frustrated expenses refers to the restitution of the negative interest. Due to a lack of causality the relating regulation of civil code cannot be applied here. The jurisprudence and the legal praxis in Taiwan are rarely aware of this problem so far. The reason is that the traditional theories of damage cannot provide the solution to this problem.

In contrast, since more than one hundred years this issue has been steady discussed in Germany, but a consensus could not be reached. In 2002 the German obligation law was amended to solve this problem. Since then debates around this new regulation of § 284 BGB are still ongoing. This essay is focused on the legal problems of frustrated expenses before and after the amendment of BGB in Germany. Based on this research the possibility to receive the German law in Taiwan will be under study.

Keywords: frustrated expenses, compensation for damage, performance interest, reliance interest, positive interest, negative interest, theory of frustration, § 284 BGB.