

特 稿

有效無效，法無定法

——從法律解釋方法看民法第71條

賴英照*

要 目

- | | |
|---------------|--------------------|
| 壹、前 言 | 一、始於文義，終於文義 |
| 貳、最高法院判例及相關判決 | 二、違法者應受處罰 |
| 一、判例的兩種模式 | 三、始於文義，終於目的 |
| 二、判決的四種模式 | 伍、修法之必要 |
| 三、有效無效，法無定法 | 一、修正民法第71條 |
| 參、大法官的見解 | 二、修正相關法律，增訂違法行為的效力 |
| 一、司法院釋字第59號 | 陸、結 論 |
| 二、司法院釋字第726號 | |
| 肆、法律解釋方法 | |

關鍵字：強制規定、禁止規定、文本主義、目的解釋、法律解釋方法

* 中原大學兼任講座教授，哈佛大學法學博士。

壹、前言

法條文義看似明確的規定，實務適用上卻充滿變數。民法第71條的實務發展可為例證。

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」。從文義看，違反強制或禁止規定的法律行為，無效是原則，有效是例外。違法買賣毒品是違反法律禁止的行為。違法買賣股票，包括場外交易，公司違法買回自己股票，或因內線交易、操縱市場所為的買賣，也是違反法律禁止的行為。這些違法買賣的效力如何？答案並不明確。

有關民法第71條的適用問題，雖然最高法院著有諸多判例，大法官並予以解釋，但並無明確一貫的判斷標準。本文以最高法院判決及司法院解釋為基礎，探討民法第71條的適用問題。本文依序討論最高法院判例、判決及司法院解釋，並分析其法律解釋方法，最後提出修法建議。

貳、最高法院判例及相關判決

一、判例的兩種模式

（一）模式甲：依法條文義認定為效力規定

民法第71條於1929年5月23日公布，同年10月10日施行。最高法院早期的判例採嚴格的文義解釋，認為禁止為一定行為的規定，即為民法第71條的禁止規定，違反規定的法律行為無效¹。

¹ 早期（1913～1943）判例及解釋均採嚴格文義解釋，相關內容，見

1. 買賣人身、蓄養奴婢、販賣煙土

判例對於買賣人身、蓄養奴婢及販賣或運送煙土等法律行為，均直接依法律文義認定為違反禁止規定而無效。

（1）買賣人身契約

最高法院認為，「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19年上字第26號民事判例）。

（2）蓄養奴婢

司法院解釋指出，「蓄婢既為法令所禁，對於所蓄婢女，自無監護或保佐之權」（司法院院字第381號解釋，1930年12月26日）。最高法院亦認為，「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32年上字第5780號民事判例）²。

（3）販賣煙土

判例認為販賣煙土及相關運送契約與委任契約均屬無效：

黃右昌，民法總則詮解，頁228-230，自版（1960）。有關民法第71條的判例及判決甚多，本文僅選擇部分案例做為分類比較的基礎。相關討論，見蘇永欽，違反強制或禁止規定的法律行為，收錄於民法經濟法論文集，頁87及107-113，自版（1988）；詹森林，效力規定與取締規定之區別標準——最高法院裁判之評析，收錄於程序正義、人權保障與司法改革：范光群教授七秩華誕祝壽論文集，頁289及292-313，元照出版有限公司（2009），及本文所引之論著。

² 判例指出，葉姓女童9歲時被其父母賣予他人為婢女，系爭契約雖使用借貸之名義，但實質上為蓄婢契約，應屬無效。相關討論，參閱林誠二，民法總則新解——體系化解說（下），頁14-21，瑞典圖書股份有限公司，3版（2012）。

甲、「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年上字第202號民事判例）；乙、「販運煙土，為現行法上禁止之行爲，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20年上字第236號民事判例）；丙、「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，依民法第一百八十八條第四款之規定，不得請求返還」（最高法院29年上字第626號民事判例）³。

此外，司法院並認為販賣煙土的合夥契約亦屬無效：「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判，法院自應於受理後予以駁回」（司法院院字第1585號解釋，1936年11月30日）。

上開案例所適用的相關法律，並未明定違反規定的法律效力。判例或解釋均以系爭行為違反法律之禁止規定即認定為無效，既未引用相關法條的內容及違法者的民、刑事責任，更未論

³ 最高法院30年上字第64號判例亦有相同的意旨。有關最高法院實務案例的整理與討論，參閱詹森林，前揭註1，頁291-301及310-313；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，頁65及95-109（2012）；楊慧娘，民法第七十一條之理論與適用，頁68-76及附錄一至三，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文（2015）；陳建璋，論契約自由原則之法律經濟分析——以民法第七十一條為中心，頁80-88及附錄一至四，中國文化大學法律學系碩士論文（2017）。

述其立法目的，僅以法律對系爭行為有禁止規定，即得出契約無效的結論。

2. 違法提高耕地租金

耕地三七五減租條例第2條第1項規定，耕地租金不得超過主要作物正產品全年收穫總量千分之三七五，原約定超過上限者，減為千分之三七五；不及此一上限者，不得增加。

上開規定於1951年公布施行後，有地主與承租人更新耕地租賃契約，將原約定以正產品收穫總額四分之一為準的地租，增加為千分之三七五。最高法院認為此項約定，「顯係違反上開條例之禁止規定，依民法第71條自屬無效」（最高法院45年台上字第465號民事判例）。

系爭條文明定條例施行後，耕地租金「不得增加」。判例認為此項限制為禁止規定，因此增加租金的契約無效。法院係以法條文義做為解釋基礎。

3. 砍伐保安林

1945年2月6日修正公布的森林法規定，農林部得依規定就特定之森林地編定為保安林（第10條、第12條）。非經林業主管機關核准，不得於保安林砍伐或傷害竹木（第16條第1項），違者處6月以上5年以下有期徒刑，併科贓額2倍以上5倍以下罰金（第50條第1項第1款）。

最高法院認為，約定採伐保安林竹木的契約無效：「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牴觸，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49年台上字第2480號民事判例）。

本件系爭契約當事人之一為森林管理機關，光復後該契約並經接管委員會認可，且森林法既未明定違法契約的法律效力，並對盜採保安林施予刑事處罰。在此情形下，最高法院仍認為系爭契約無效。判例並未引用民法第71條，亦未論述森林法的罰則規定，而係以森林法「禁止砍伐保安林竹木」的文義，認定屬禁止規定，採伐林木契約無效。

4. 公司違法為保證行為

（1）票據保證

最高法院早期判例即指出，公司為票據債務之保證者，無效：「公司法第二十三條（按現行法為第16條第1項）除外之規定，係以依其他法律或公司章程規定以保證為業務者為要件，被上訴人（按指正中書局）既無依其他法律或公司章程規定以保證為業務之情形，殊無因票據法第五十五條第二項（按現行法為第58條第2項），有不問何人均得為保證之規定，而排斥其適用之餘地。至公司法第二十四條（按現行法為第16條第2項）乃關於公司負責人違反第二十二條或第二十三條之規定時之處罰，並賠償公司因此所受損害之規定，不能因此即可謂違反同法第二十三條之保證應屬有效」（最高法院43年台上字第83號民事判例）⁴。

⁴ 司法院院字第1931號解釋（1939年10月3日公布）認為，公司負責人如違反公司法規定，以公司名義為人保證者，對於公司不發生效力（詳後討論）。判例係沿襲此一解釋意旨。其後司法院釋字第59號（1956年3月21日公布）亦表達相同的意旨。

法院認為，票據法「不問何人均得為保證」的規定，並非公司法「依其他法律以保證為業務」的例外情形，因此票據保證仍屬無效。

（2）簽訂保證契約

判例指出，「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（按指聯合報）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69年台上字第1676號民事判例）。法院依公司法禁止公司為保證人的規定，即認定保證契約無效。

（3）設定擔保物權

公司提供財產為他人設定擔保物權者，亦屬無效。最高法院指出，公司法第16條第1項的規定，「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」（最高法院74年台上字第703號民事判例）⁵。法院依公司法第16條的立法目的，認為提供財產為他人擔保，違反「穩定公司財務」的立法意旨，性質上亦屬保證行為。

⁵ 相關討論，參閱林更盛，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，頁129-133（2011）。此外，最高法院以司法院釋字第59號為依據，認為公司「以債務承擔方式代他人清償債務」的承諾書，對公司不生效力（最高法院92年度台上字第914號民事判決）。

上開有關保證的判例均未引用民法第71條；且1946年公司法第24條及1966年公司法第16條第2項均規定，公司違法為保證者，公司負責人應科罰金並賠償公司所受損害。惟判例並未因此項民、刑事責任，而認定法律行為有效，與下述證券交易法的判例意旨不同。

（二）模式乙：因違法者應受處罰，認定為取締規定

最高法院在證券商違法收受存款的案件，對於民法第71條的禁止規定，創設取締規定與效力規定的二分法，但並未說明二者的判斷標準。

案例一：顧某等5人於1974年間，在元大證券開戶，委託買賣股票，並於賣出股票後，將價金借予元大運用，由元大支付利息。後來元大未依約履行，顧某等人乃訴請返還欠款。

元大否認消費借貸關係存在；但地方法院及高等法院依相關事證，確認雙方具有消費借貸關係，判決元大應償還欠款（台灣高等法院65年度上字第1455號民事判決）。惟最高法院認為元大違法收受存款，與客戶間的消費借貸契約應屬無效，因而將案件發回高院更審。判決指出：

「查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，縱上訴人證券公司負責人有收受被上訴人之存款並支付利息情事，參照司法院釋字第59號之意旨，

仍不能認是項收受存款付息爲上訴人證券公司之行爲，自無兩造間消費借貸關係存在之可言」（最高法院65年度台上字第2979號民事判決）。

證券交易法第60條第1項第1款規定：「證券商不得收受存款」（1968年4月30日公布施行），違反者依同法第66條及第175條⁶應受行政及刑事處罰。判決認爲，這是法律的禁止規定，違反規定的消費借貸契約，證券交易法並沒有「不以之爲無效」的明文，因此依民法第71條的意旨，契約無效。

台灣高等法院更審判決認定消費借貸契約無效，顧某等人不得依消費借貸關係請求償還欠款（台灣高等法院66年度上更（一）字第24號民事判決）。但案件上訴後，最高法院變更見解，認爲契約雖違反證券交易法第60條規定，但不因而無效：

「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，如有違反，僅生主管官署得依同法第六十六條，爲警告、停業或撤銷營業特許之行政處分及行爲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爲概爲無效」（最高法院66年台上字第1726號民事判例）。

最高法院前後兩則判決比較，65年的判決以第71條的文義爲基礎，認定契約無效。66年的判決則以違法者應受行政及刑事處罰爲由，認契約有效，但並未說明其依據。

⁶ 證券交易法第66條（1968年4月30日制定公布）規定，「證券商違反本法或依本法所發布之命令者，除依本法處罰外，主管機關並得視情節之輕重，爲左列處分：一、警告。二、六個月以內之停業。三、營業特許之撤銷」。同法第175條第1項（1968年4月30日制定公布）規定，「違反……第六十條第一項……之規定者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科一萬元以下罰金」。

案例二：另一個類似的案子，同樣在1974年，也是元大證券的客戶。張、趙兩人將其委託元大賣出股票的款項及買入的股票存置元大供其運用，嗣後元大僅支付部分價金，張、趙訴請返還其餘款項及股票。一、二審均認消費借貸契約無效（台灣高等法院66年度上字第1278號民事判決）。但最高法院予以廢棄，並重申取締規定的見解：

「查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，僅主管官署得依證券交易法第六十六條為警告、停業或撤銷營業許可之行政處分，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」（最高法院68年台上字第879號民事判例）⁷。

此一判決與66年的判決相同，均以違法者應受處罰為由，認定系爭契約有效。這兩則判決後來均成為判例。禁止為一定行為的規定，從此區分為效力規定與取締規定。違反效力規定者，係違反民法第71條的禁止規定，法律行為無效；違反取締規定者，因系爭規定並非民法第71條的禁止規定，「無民法第71條之適用」⁸，法律行為不因此而無效。但如何區分取締規定與效力規定，則並未說明。依判例理由，似認為因違法者應受處罰，因而無須否定其違法行為之法律效力⁹。但最高法院並未明白宣示此項

⁷ 證券商違法將資金貸與客戶買賣股票（一般稱為丙種墊款），證券商訴請因違約交割未清償欠款的客戶還款，最高法院亦認為，證券商「雖違反證券管理法令，然其所為買賣並不因而無效」，證券商得請求客戶賠償（最高法院90年度台上字第570號民事裁定）。

⁸ 蘇大法官永欽認為取締規定性質上應屬禁止規定。見蘇永欽，前揭註1，頁111-112。

⁹ 兩則判例之外，1979年3月21日最高法院68年度第三次民事庭會議

意旨。事實上，有關販賣煙土、採伐保安林，及公司違法擔任保證人等行爲，均有刑事處罰，但判例均認爲相關法律行爲無效。最高法院並未適用相同的判斷標準，亦未說明適用不同標準的理由。

（三）取締規定與效力規定

最高法院上開判例運用兩種模式，做爲解釋民法第71條的基礎。

1. 模式甲

法條禁止爲特定之行爲者，爲民法第71條之禁止規定，不論爲自然犯或法定犯的性質，亦不論有無刑事處罰（違反耕地租金上限者，並無刑事責任），違反者，其法律行爲均屬無效。因此，買賣人身、蓄養奴婢、販賣煙土、耕地租金超過法定上限、砍伐保安林及公司擔任保證人等行爲，均因違反禁止規定而無效。

早期判例多採此一模式。有些判例或解釋並未引用民法第71條做爲依據，似認爲依第71條的意旨，法律行爲只要違反禁止爲特定行爲之規定者，當然無效。依照模式乙的標準，則稱之爲效力規定。

2. 模式乙

在證券商違法收受存款的案件，最高法院創造取締規定與效力規定的二分法。禁止爲一定行爲的規定，如法律對於違反者定

決議（一），再次表達取締規定的見解，認爲違反證券交易法第60條所爲之「存款行爲（消費寄託）或放款行爲（消費借貸），並非無效」。相關討論，參閱賴英照，證券交易法逐條釋義（第二冊），頁441-461，自版（1996）。

有行政或刑事處罰者，屬於取締規定，違法行為不因而無效。判例未說明「禁止規定」的定義。惟判例既未適用民法第71條前段，亦未適用但書，且指明「無民法第71條之適用」，因此依判例意旨，禁止為一定行為之規定，如違法者應受處罰，即非第71條的禁止規定。然而判例並未指明，凡對於違法者訂有處罰規定者均屬取締規定，其餘則屬效力規定。後續判決亦未做如此明確的劃分。

事實上，司法院院字第1931號解釋（1939年10月3日公布）及司法院釋字第59號（1956年3月21日公布），均採模式甲，依系爭規定的文義，認為公司負責人違法以公司名義為人保證，對公司不發生效力（詳後述）。證券交易法的判例（1977年及1979年）則採模式乙，因違法者應受處罰，認契約有效。另一方面，公司擔任保證人的兩則判例（1980年及1985年），仍採模式甲，並未因公司負責人應受處罰，而採用模式乙的標準。

運用不同的模式，導致不同的結果。違法砍伐保安林或公司違法擔任保證人等，均有刑事處罰，如適用模式甲，因系爭行為違反禁止為一定行為之規定，契約無效。但適用模式乙，則因違法者應受處罰，契約應仍有效。至於何種情形應適用何種模式？不論司法院解釋或最高法院判例，均未提供明確的判斷標準¹⁰。

值得注意者，上開判例並未以系爭規定的立法目的，做為判斷違法行為是否有效的基礎。在公司違法提供財產為他人設定擔保的案例，法院於認定提供財產擔保屬保證行為時，即依禁止保證的文義，認為系爭行為無效，屬模式甲的方法。依立法目的決

¹⁰ 有學者歸納法院認定違法契約是否有效的各種考量因素，頗具參考價值，見陳聰富，民法總則，頁240-243，元照出版有限公司，2版（2016）；王立達、許翠玲，前揭註3，頁91-95。

定強制或禁止規定的意義，並據以論斷違法行為的效力，是後來的發展。

二、判決的四種模式

判例之外，最高法院相關判決對於民法第71條的意涵，亦使用不同的判斷標準。有判決援用模式甲，依法條文義，逕行認定系爭法律行為無效。有判決採模式乙，認為如違法者應受處罰，即係取締規定，法律行為不因而無效。此外，有判決依系爭規定的立法目的，決定違法行為的效力（模式丙）。另有判決列舉多項考量因素，應用綜合判斷的標準（模式丁）。

（一）模式甲：依法條文義認定為效力規定

法律明文禁止為特定行為者，為禁止規定，違反規定的法律行為無效。

1. 公司違法買回股份

公司法第167條第1項前段規定：「公司除依第一百五十八條、第一百六十七條之一、第一百八十六條及第三百十七條規定外，不得自將股份收回、收買或收為質物」。同條第5項規定，「公司負責人違反前四項規定，將股份收回……時，應負賠償責任」¹¹。關於違法買回股份的行為，判決多僅引用法條規定，即認定買回行為無效，判決指出：

「按法律行為，違反法律強制或禁止規定者，其行為即屬無效，依法應負回復原狀之義務，當不得依該法律行為而行使權利，此觀民法第七十一條、第一百十三條規定自明；又股份有限公司除依公司法第一百五十八條、第一百六十七條之一、第一

¹¹ 公司法於1997年6月25日修正前，公司違法買回股份者，負責人處1年以下有期徒刑、拘役或科或併科2萬元以下罰金。

百八十六條及第三百十七條規定外，不得自將股份收回，收買或收為質物，同法第一百六十七條第一項前段定有明文。此項禁止取得自己股份之規定，為強制規定，違反此項規定之行為，應屬無效」（最高法院96年度台上字第252號民事判決）¹²。

判決並未以禁止公司收買自己股份的立法目的，做為論述基

¹² 最高法院若干判決雖未明白引用民法第71條規定，亦認為違法買回股份的行為無效。例如：

1. 「公司除依第一百五十八條、第一百八十六條、及第三百一十七條規定，或於股東清算或受破產之宣告時，得按市價收回其股份抵償其於清算或受破產宣告前，結欠公司之債務外，不得自將股份收回，觀諸公司法第一百六十七條第一項規定甚明，此為禁止規定，不得違反，是上訴人有金公司之上開臨時股東會關於股東資格喪失之決議，其內容顯然違法，依同法第一百九十一條規定，應屬無效」（最高法院71年度台上字第1912號判決）。
2. 「查股份有限公司除依公司法第一百五十八條、第一百八十六條及第三百十七條規定外，不得自將股份收回，收買或收為質物，同法第一百六十七條第一項定有明文。此項禁止取得自己股份之規定，為強制規定，違反此項規定之行為，應屬無效」（最高法院72年度台上字第289號判決）。
3. 「股份有限公司除依公司法第158條、第186條及第317條規定外，不得自將股份收回、收買或收為質物，修正前公司法第167條第1項定有明文。此項規定係強制規定，違反者其行為無效」（最高法院90年度台上字第2163號民事判決）。
4. 「按公司法第一百六十七條第一項明定：『公司除依第一百五十八條、第一百六十七條之一、第一百八十六條及第三百十七條規定外，不得自將股份收回、收買或收為質物。』，違反此項禁止規定之行為，應屬無效」（最高法院97年度台上字第15號民事判決）。此外，最高法院106年度台上字第1270號民事判決，亦表達相同的意旨。

上開判決有將禁止規定誤為強制規定者。相關討論，見詹森林，前揭註1，頁298。

礎，亦未因違法者應負賠償責任而認為屬取締規定，而是直接引用民法及公司法相關條文，即得出效力規定的見解。此外，公司法於2001年修正時，增訂第167條之1，允許公司經董事會特別決議，得收買自己股份。最高法院並未援引此一規定，做為判斷法律效力的基礎¹³。

公司法之外，證券交易法亦設有買回股份的規定，亦即上市、上櫃公司為轉讓股份予員工，或作為股權轉換之用，或為維護公司信用及股東權益等目的，經董事會特別決議，得買回其股份（證券交易法第28條之2第1項）。以違反證券交易法規定的方法買回股份者，依同法第175條第1項科處刑罰。違法買回股份的效力如何？證券交易法未有明文。依模式甲的判例，買回行為應屬無效。如依模式乙，因行為人應受刑事處罰，買回契約並非無效。究應適用何種模式，並無清楚界線。

2. 公司違法發行新股

公司連續兩年虧損，且未申請主管機關核准而發行新股者，最高法院認為募股行為違反公司法第268條及第270條，自屬無效。判決指出：

「上訴人公司連續二年有虧損情形，為不爭之事實，原不得對外公開招股，為公司法第二百七十條所明定。其因增資而發行新股，又未由公司董事依公司法第二百六十八條之規定，呈請主管機關核轉中央主管機關核准發行，則其募股行為，依法自屬無效。從而上訴人取得被上訴人所繳之股款五萬元，不得謂有法律上之原因，被上訴人基此請求上訴人返還上開股款暨按法定利率

¹³ 有最高法院判決引用公司法第167條之1，認為公司既可依法買回股份，因此公司違約未收買股份並非給付不能。見最高法院96年度台上字第1395號民事判決。

計算之遲延利息，洵屬正當」（最高法院62年度台上字第2535號民事判決）。

公司法第268條及第270條均未明定違反規定的效果。最高法院認為「募股行為，依法自屬無效」。判決並未引用民法第71條，似認為公司法系爭規定屬於禁止規定，依民法第71條的意旨，買回行為無效¹⁴。

3. 公司違法擔任合夥人

公司法第13條第1項前段規定，公司不得為合夥事業之合夥人。冠德與永昌兩家建設公司簽約共同投資興建住宅大樓出售，最高法院認為，「系爭契約載明兩造共同出資合作興建大樓出售營利意旨，自屬合夥契約，而公司不得為合夥事業之合夥人，公司法第十三條第一項前段定有明文。兩造均為公司組織，渠等所訂系爭合夥契約，依民法第七十一條規定，自屬無效」（最高法院93年度台上字第2078號民事判決）¹⁵。

判決同樣以公司法第13條「公司不得為合夥人」的文義，認定此一禁止規定屬於效力規定，合夥契約無效。

¹⁴ 契約所訂終止耕地租約之條件，不合土地法規定者，最高法院亦認為契約無效。按土地法第103條第4款規定，基地承租人積欠租金額，除以擔保現金抵償外，須達二年以上者，出租人始得收回基地。有契約訂定，「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」。最高法院認為此項約定，違反土地法上開規定，「依民法第71條規定，應為無效」見最高法院55年度第4次民、刑庭總會會議決議（二）。

¹⁵ 最高法院86年度台上字第1587號民事判決表達相同的意旨：「公司不得為他公司無限責任股東或合夥事業之合夥人，公司法第十三條第一項定有明文。此為強制規定，違反之者，依民法第七十一條規定，該合夥契約為無效」。最高法院86年度台上字第2754號民事判決同此意旨。此處所稱強制規定，應為禁止規定之誤。

（二）模式乙：因違法者應受處罰，認定為取締規定

最高法院許多判決認為，法律禁止為一定之行爲，並對違法者施予處罰者，為取締規定，並非民法第71條的禁止規定，「無民法第71條之適用」，因此法律行為不因違法而無效。

1. 私募有價證券違法轉售

依證券交易法規定，公開發行公司經法定程序，得對特定人，包括公司董、監事、經理人及機構投資人，進行有價證券的私募。但除非有法定的例外情形，私募有價證券原則上須於「私募有價證券交付日起滿三年」才能自由轉讓（第43條之8第1項第3款）¹⁶。違法轉售私募有價證券者，依證券交易法第177條規定科處刑罰¹⁷。

2005年2月間，高某向秋雨公司買進力霸公司私募公司債四張（面額計2,000萬元，實際交易價格為1,700萬元），同年3月辦妥交付手續。2007年1月4日力霸公司聲請法院重整，顯現嚴重的財務危機。同年1月31日高某主張，秋雨公司係於2005年1月買入系爭公司債，卻於次月賣出，違反必須三年後才能轉售的規定，

¹⁶ 證券交易法第43條之6第1項、第2項規定，公開發行公司，得以股東會特別決議，對特定機構投資人、公司內部人及符合主管機關規定條件之人，進行有價證券之私募。相關討論，參閱賴英照，股市遊戲規則：最新證券交易法解析，頁64-76，自版，3版（2017）。

¹⁷ 公司法亦允許公司得私募公司債（第248條第2項），但未明定轉售的限制。學者認為是立法疏漏，應修法補足；未修法之前，應類推適用證券交易法第43條之8，以限制私募公司債的轉售。劉連煜，現代公司法，頁605-606，新學林出版股份有限公司，增訂11版（2015）；王文宇，公司法論，頁513-514，元照出版有限公司，5版（2016）。如有轉售行為，契約效力如何？依文義解釋，因法無禁止明文，契約有效；依目的解釋，可能產生分歧的結論。

應屬無效，乃依民法第179條要求秋雨公司返還不當得利。

台北地方法院認為限制私募證券轉售的規定，「僅為主管機關為管理有價證券市場公平秩序之行政規範，非轉售之法律行為價值本身應受非難」，應屬取締規定（台北地方法院96年度重訴字第565號民事判決）。台灣高等法院則認為屬效力規定，「否則無以貫徹其立法目的」（台灣高等法院97年度重上字第191號民事判決）¹⁸。最高法院並未詳細說明理由，僅指出違法者應負刑事責任，即認定屬於取締規定。判決指出：

「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」（最高法院97年度台上字第2729號民事判決）¹⁹。

¹⁸ 高院判決認為：「如採取取締規定之解釋將破壞證交法之整體立法目的，因違法轉售仍屬有效，僅轉售人負刑事處罰之規定，則當其轉售可獲得之利益大於其受處罰之損失或不利益時，該私募應募人將有進行違法轉售之動機，並將私募有價證券之相關風險輕易的經由轉讓而轉嫁予次轉得人」；「取締規定之解釋破壞證交法第四十三條之六第二項應募總人數之限制，因第一輪之應募人即可能因為多次之違法轉售而使持有私募有價證券之人超過前述法定限制之35人，其結果將使上開條文之規定形同具文。再者，取締規定之解釋將使第一輪應募人透過轉售扮演承銷商之角色」（台灣高等法院97年度重上字第191號民事判決）。

¹⁹ 最高法院雖採取取締規定的見解，但同意高院關於返還價金有違誠信原則的意旨：「原審認上訴人既已享受系爭公司債之利息，其於力霸公司聲請重整後始主張不當得利，請求返還價金，有違誠信原則，不應准許，而駁回上訴人於原審之上訴，其結論尚無不合」。本案相關討論，參閱林國彬，論私募有價證券違法轉售之法律效果

2. 公寓大廈共有部分為違法使用之約定

建築法第73條第2項規定，建築物應依核定之使用類組使用；其有變更者，應申請變更使用執照。公寓大廈管理條例第9條第3項規定，區分所有權人就共有部分另為約定使用時，不得違反建築法等相關法令的規定。有建商違法變更地下一樓部分空間為停車場並出售予大樓住戶。最高法院認為系爭買賣並非無效。判決指出：

「系爭停車位中，雖非全部由建商威固公司依建築法規劃所設置，而有建築法第七十三條第二項規定之變更使用建築物之情形，僅係主管建築機關就違規設置停車位部分，得依同法第九十一條第一項第一款規定，對於建築物所有權人、使用人為科處罰鍰、限期改善等行政處分而已，不得謂系爭社區之區分所有權人間就地下一樓防空避難室兼停車場之約定專用，係違背強制或禁止規定及背於公共秩序，而有民法第七十一條、第七十二條規定之無效情事」（最高法院105年度台上字第1443號民事判決）²⁰。

3. 非營造業從事營建工程

營造業法第52條規定，非營造業而從事營建工程者，應科處

——兼評臺北地方法院九六年重訴字第五六五號判決，台灣法學雜誌，第109期，頁25以下（2008）；郭大維，私募有價證券轉讓之限制——評最高法院九十七年臺上字第2729號民事判決，月旦裁判時報，第9期，頁69-77（2011）。

²⁰ 最高法院103年度台上字第188號民事判決亦認為：「區分所有權人成立分管契約，約定法定空地由特定人專用做為停車場之用者，尚無適用民法第七十一條前段規定而使契約無效之問題」。最高法院106年度台上字第14號，及最高法院103年度台上字第1620號等民事判決亦同此意旨。此外，在頂樓違法加蓋或增建地上物之情形，最高法院105年度台簡上字第23號，及最高法院103年度台上字第2247號等民事判決，亦採取締規定的見解（詳後討論）。

罰鍰。某工程公司不具營造業資格，卻繼受甲級營造商的工程合約，繼續未完的營建工程。最高法院認為，非營造業者「縱有經營營造業業務之情形，依營造業法第52條規定，僅係勒令停業及處罰，（其工程契約）並非即為無效。核其法律性質，應屬取締規定，而非效力規定，自無民法第71條之適用」（最高法院106年度台上字第704號民事判決）²¹。

4. 銀行違法經營信用卡或放款業務

陳某在中國信託投資公司領取信用卡。1980年11月間，積欠卡債87,784元。中國信託訴請償還。陳某主張中國信託未經主管機關核准經營信用卡業務，有違銀行法第22條規定，信用卡契約應屬無效。

最高法院認為，銀行法第22條屬取締規定，信用卡契約並不因此而無效：「銀行法第二十二條雖明定：銀行不得經營未經中央主管機關核定經營之業務……，惟如有違反時，僅生主管機關得依同法第一百二十九條第一款處以罰鍰之問題……，非謂其所

²¹ 依國民住宅條例規定，政府興建之國民住宅，其承購人須住滿二年並經主管機關同意後始可出售（第19條），否則主管機關得收回該住宅及基地（第21條）。違反第19條規定出售者，最高法院早期判決認為契約無效（最高法院78年度台上字第72號民事判決），惟其後改變立場，認為第19條規定，「非效力規定，無民法第71條之適用」，因此違法出售者，僅生主管機關得予以收回之問題，契約並非無效（最高法院79年度台上字第1205號民事判決。另同院84年度台上字第664號、85年度台上字第1469號等民事判決，及同院87年度第6次民事庭會議決議，均同此意旨）。見詹森林，前揭註1，頁309-313。

此外，法院對於公平交易法禁止聯合行為的規定，亦多採取締約規定的見解。見王立達、許翠玲，前揭註3，頁76-87；另參閱謝銘洋，法律行為違反限制競爭規範在私法上之效力，公平交易季刊，第21卷第2期，頁1-27（2013）。

經營之業務，概為無效」（最高法院70年度台上字第4706號民事判決）²²。

此外，銀行違法辦理放款的情形，法院認為放款行為仍然有效：「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（亞洲信託投資公司）違反該條規定而辦理放款，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」（最高法院85年度台上字第220號民事判決）。

上開判決均未探究系爭規定的立法目的，僅以違法者應受處罰即認定系爭規定為取締規定，無民法第71條之適用，因此法律行為並非無效。從結果觀察，法院對於契約自由的貫徹，顯然高於建築安全及金融秩序的維護。

²² 類似的案例如：張某在國泰信託投資公司領取信用卡，1980年7月間積欠卡債197,480元，國泰信託訴請返還。張某主張，兩造所訂定的信用卡契約，違反銀行法第22條，應屬無效。台灣高等法院判決指出：「經營信用卡業務，有無經主管機關核准，乃屬行政上之問題，不能以此即謂在私法上所訂契約無效」（台灣高等法院70年度上字第740號民事判決）。最高法院駁回張某上訴，認為高院判決「於法洵無違背」（最高法院70年度台上字第3743號民事判決）。

此外，瑞士銀行未經核准，派員在台吸收存款，台灣高等法院雖認其行為違反銀行法第29條第1項規定，但援引最高法院68年台上字第879號判例（按即證券商違法收受存款案），認為銀行法第29條屬取締規定，「自不得謂因此所成立消費寄託契約概為無效」（台灣高等法院91年度上更（一）字第199號民事判決）。最高法院以其他理由維持原判決，並未對銀行法第29條第1項究為效力規定或取締規定的問題表達立場（最高法院93年度台上字第2107號民事判決）。

（三）模式丙：依立法目的決定法律效力

最高法院許多判決以立法目的為基礎，論斷違法行為的法律效力。

1. 上市股票為場外交易——取締規定

依證券交易法第150條第1項規定，除法律明定的例外情形，「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」。因此投資人必須委託經紀商，透過證券交易所才能買賣上市股票。違反規定者，依同法第177條科處刑罰。最高法院認為，禁止場外交易的條文，屬取締規定，買賣契約仍然有效。判決指出：

「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，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規定，而非效力規定，違反該條規定所為之買賣，尚非無效」。（最高法院86年度台抗字第414號民事裁定；同院91年度台簡上字第28號民事裁定同此意旨）

判決並未引用民法第71條，亦未以「違法者應受處罰」做為取締規定之論據。從結論觀察，似認為系爭規定為第71條的禁止規定，但因禁止場外交易的立法目的，僅在維護證券商及證交所利益，應適用第71條但書規定，因此系爭交易尚非無效²³。

²³ 本件台北地方法院明白引用民法第71條，並採模式乙的方法：「又證券交易法第一百五十條固明定，……乃取締規定，非效力規定，

2. 操縱市場的護盤契約——效力規定

證券交易法第155條第1項禁止各種操縱股價的行為，包括維護特定股票價格的護盤行為；違反者，同條第3項訂有民事賠償責任，同法第171條另有刑事處罰。最高法院認為系爭禁止規定，屬效力規定，護盤契約無效。

嘉益工業公司董事長陳某，為使公司現金增資的新股承銷順利完成，於1988年11月26日與王某、李某簽訂協議書，約定由王、李二人出資1.5億元，依每股11.7元的承銷價，購買嘉益公司股票，且買進的股票不得於現金增資繳款日（1999年4月5日）之前賣出。陳董事長則承諾補貼王、李兩人買賣股票的損失及相關費用，並給付年息12%的利息。

王、李依約買進股票，但陳董事長未依契約履行給付義務。王、李訴請賠償。地方法院及高等法院均依立法目的，認為系爭協議書無效。高院判決認為，系爭規定之「立法目的在維護市場供需價格之自由機能，一旦供需關係受到人為干預，價格機能勢必受到扭曲，嚴重影響股票市場之公平交易」，且「違反者，依同法第171條第1項第1款之規定，處3年以上10年以下有期徒刑，……，即屬強制禁止規定」²⁴，系爭協議書依民法第71條規

如有違反時，僅生行為人應依證券交易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」（台北地方法院90年度簡上字第431號民事判決）。

²⁴ 此種護盤行為，有判決認為係違反證券交易法第155條第1項第4款：意圖抬高或壓低股價，而連續以高價買入或低價賣出的規定（例如最高法院98年度台上字第2659號刑事判決）。本判決認係違反同條項第6款其他操縱行為的規定（現行法為第7款）。最高法院100年度台上字第1313號刑事判決亦採相同見解。相關討論，見賴英照，前揭註16，頁579-581。

定即屬無效（台灣高等法院台南分院94年度重上訴字第46號民事判決；台南地方法院92年度重訴字第232號民事判決亦同此意旨）。最高法院維持高院判決，理由指出：

（1）「上訴人依約定……無需負擔購買被上訴人公司股票下跌風險，且有高於銀行利率之收益，處分後如有獲益，尚可分得半數，始為拉抬或穩定被上訴人公司股價行為，……，以利現金增資承銷募資順利」。

（2）「上訴人為維持被上訴人股價依協議書進場大量購入被上訴人股票，將導致被上訴人股票需求量提高，使投資大眾產生誤認，而以高價購買被上訴人股票或以高價認購被上訴人增資發行之新股，被上訴人因而獲取增資利益。……兩造之協議將使其他投資人……造成損失，亦有害於證券市場之交易公平，更應認屬該條款所規範禁止之範圍，兩造訂立之系爭協議書內容，依民法第七十一條規定，應屬無效」（最高法院96年度台上字第260號民事判決）。

判決指明護盤者不須負擔投資風險即可獲利，且扭曲市場價格，誤導投資大眾，破壞交易公平，不但危害證券市場交易秩序，更損害投資人權益，護盤契約應屬無效。最高法院係以實現第155條禁止操縱市場的立法目的為基礎，獲致效力規定的結論，且不因違法者應受刑事處罰而認定第155條為取締規定。

與上市股票場外交易的案例相比，二者均有刑事處罰，且判決亦以立法目的為論述基礎，但因二者對市場秩序的影響不同，因而得出不同的結論。此外，護盤者王、李兩人向投資人買進股票的效力如何？因本案不涉及此一爭點，判決並未說明。如依模式甲，應屬無效；依模式乙，仍然有效；依模式丙及丁，則為維

護交易安全的目的，應認為買賣有效。為保障投資人權益，應允許善意投資人主張契約無效。

3. 違法選任及解任寺廟董事長——效力規定

依「台南市財團法人設立許可及監督自治條例」規定²⁵，財團法人董事長之選聘及解聘，應有三分之二以上董事出席，董事總額過半數同意，並經主管機關核准後始得為之。學甲慈濟宮有董事23人，在出席董事僅有12人的情形下，董事會做成解任董事長的決議；另在13人出席的董事會，選聘新任董事長。

最高法院認為，自治條例系爭規定為民法第71條的強制規定，選聘及解聘的決議均因違反效力規定而無效。判決指出，系爭規定，「究為取締規定或效力規定，應綜合考量其規範目的及法規意旨而定，不得僅以自治法規就違反強行法規之行為，已另有行政處罰之條文，作為認定之唯一標準」；系爭規定之規範意旨，係「董事會為財團法人之權力中樞，為充分確認權力之合法、合理運作，及其決定之內容最符合所有董事及財團之利益，應嚴格要求董事會之召集程序及決議方法，以健全財團法人之核心組織，避免其重要之人事決策流於輕率，自應認上開規定為效力規定，使違反該項規定之法律行為歸於無

²⁵ 地方自治法規是否為民法第71條的強制規定？學者多持肯定見解。見王澤鑑，民法總則，頁297，自版（2012）；蘇永欽，前揭註1，頁113；詹森林，前揭註1，頁294。惟有學者引最高法院53年台上字第2429號民事判例意旨，認為「強行規定原則上僅限於法律」。見施啟揚，民法總則，頁202，自版，6版（2005）。最高法院91年度台上字第841號民事判決亦認為，「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」。判決認為，國防部訂定的行政規則（有關營繕及採購規定），不屬強制規定的範圍。

效，俾強化地方政府對財團法人管理之效能。本件慈濟宮……董事會以普通決議作成系爭解職決議及補選決議，違反系爭自治條例第十九條第一項第四款規定，復未經主管機關核准，……自屬無效」（最高法院105年度台上字第1840號民事判決）。

判決認為系爭規定的目的，在於健全財團法人的組織，並強化地方政府對財團法人的管理效能，雖然違反規定的行為另有行政處罰，仍應認為屬效力規定，使董事長的選任及解任無效，才能實現法規的目的。

4. 原住民保留地或眷村住宅違法轉讓——效力規定

（1）原住民保留地

依山坡地保育利用條例第37條及「原住民保留地開發管理辦法」第15條第1項規定，非原住民不得買進原住民保留地。最高法院認為此一規定屬效力規定。判決指出，系爭規定之目的，「在保障依法受配原住民之生活，使原住民保留地能歸原住民耕作，以保障原住民之權益，避免非原住民脫法取巧，使原住民流離失所……，均為效力規定，如有違反，依民法第71條規定，應均屬無效」。至於系爭「管理辦法第16條規定原住民違反第15條第1項規定者，除由鄉……公所收回原住民保留地外，訴請法院塗銷耕作權或地上權登記，或終止其契約，乃係規定主管機關對原住民違反規定者應處理之原則，不得因而認上開保障原住民之規定係屬取締規定」（最高法院106年度台上字第2538號民事判決）²⁶。

²⁶ 最高法院103年度台上字第2279號、最高法院103年度台上字第2394號、最高法院89年度台上字第1714號，及最高法院88年度台上字第

因此，儘管「管理辦法」對於違規轉讓原住民保留地的行為，已訂有收回、塗銷登記、終止契約等救濟措施，但最高法院認為，應採效力規定的見解，使轉讓行為無效，才能實現系爭規定的目的。

（2）眷村住宅

依國軍老舊眷村改建條例（眷改條例）第5條規定，「原眷戶享有承購依本條例興建之住宅及由政府給與輔助購宅款之權益。原眷戶死亡者，由配偶優先承受其權益；原眷戶與配偶均死亡者，由其子女承受其權益，餘均不得承受其權益」。判決認為違反規定出售者，依該條例立法目的，契約無效。判決指出：

「依眷改條例第1條規定，該法之立法目的……，顯係基於照顧原眷戶之國家政策與信賴保護，並兼顧土地使用之經濟效益及保存眷村文化之公益目的，乃法律直接賦予具有原眷戶資格者之公法上權益（另可參照最高法院102年10月份第2次庭長法官聯席會議決議之見解……），其性質上應屬公法上之權利，而非私法上權利……。系爭規定之公法上權利，係國家為保障原眷戶之權益並基於公益之目的而特別立法禁止原眷戶、配偶及其子女以外之第三人承受之，顯非當事人可任意處分或轉讓之私法上權利，如允許當事人可任意處分或轉讓，當非立法者之本意，法院原則上應尊重立法者上述之價值取捨，除非有明顯之例外情事，法院不得透過司法解釋使系爭規定之立法目的形同虛設。如當事人約定讓與上開權利者，已明顯有違系爭規定，就民事法律關係而言，系爭規定應屬於效力規定，而非單純之取締規定」（台灣高等法院103年度重上字第91號民事判決）。

3075號等民事判決，均採效力規定的見解。

5. 公寓大廈共有部分為違法使用之約定——效力規定

公寓大廈的法定空地，經區分所有權人同意由共有人一人專用，法院認為，在法定空地搭建違章建築，其使用方法違背建築法所定「法定空地」之目的，系爭約定無效。判決指出，「建築法第11條第2項規定，……建築基地於建築使用時應保留一定比例面積之空地，旨在使建築物便於日照、通風、採光及防火等，以增進使用人之舒適、安全與衛生。故公寓大廈之區分所有權人縱同意由共有人之一人或數人使用法定空地，仍應認其同意之內容以法定空地之方式使用為限」；「系爭增建物所占用之……法定空地，原係作為停車空間及車道使用，雖經系爭大樓區分所有權人會議決議修改規約，將該土地約定由上訴人專用，惟仍應受『法定空地』使用目的之拘束」（最高法院106年度台上字第2055號民事判決）²⁷。

建築法保留法定空地的目的，在於增進住戶的安全與舒適。違反此項目的而為使用空地的約定無效。此一見解，與前述最高

²⁷ 最高法院106年度台上字第341號民事判決亦表達效力規定的意旨：「按公寓大廈共用部分經約定供特定區分所有權人使用者，其使用應依其設置目的及通常使用方法與約定為之。……系爭地上物占用之土地均為法定空地，其中……部分為安全梯出入通路，不得設置任何障礙物；……（部分）為防火間隔，……為安全梯出入通路及防火間隔共用範圍。則能否謂被上訴人使用系爭約定專用部分合於前揭說明意旨，即滋疑問。原審遽謂被上訴人得為上開方法之使用，上訴人不得請求其拆除系爭地上物，已有可議」。

另一類似案件，判決亦採相同見解：「系爭停車位……，係分別位於……避難空間……、防火逃生門、……等處，……，顯然變易系爭社區地下一樓原來規劃設計之性質、構造，已違反建築法令，……，事涉公共安全、秩序，縱經其他共有人同意，因違反公寓大廈管理條例第9條之強制規定，依民法第71條前段、第72條規定應屬無效」（台灣高等法院100年度上字第1358號民事判決）。

法院105年度台上字第1443號民事判決，因建築法對違法行為設有處罰規定而認屬取締規定者，明顯不同。

（四）模式丁：多元因素綜合判斷

最高法院若干判決指出，認定系爭規定究為取締規定或效力規定時，應以多種因素做為判斷基礎。

1. 銀行負責人之資格與規定不符——取締規定

案例一：依主管機關規定，銀行監察人的配偶或近親，不得擔任同一銀行的董事。高雄區中小企業銀行股東會選任的監察人為財團法人（文教基金會），其指派行使職務的自然人，與高雄企銀另一法人董事的代表人具有近親關係，違反主管機關的規定。法院認為選任仍然有效。判決指出：

（1）「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，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」。

（2）「選舉結果監察人……係財團法人（基金會），其代表人A雖與董事甲、乙、丙投資之仁義公司代表人B具有二親等血親及一親等姻親關係，……然上揭基金會之人格既與A不同，自不能因A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」。

（3）「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」。

（4）「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，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，……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。故該準則應係以禁止事實行為為目的之取締規定，而非效力規定」（最高法院86年度台上字第2992號民事判決；另參閱高雄高分院84年度上更（一）字第36號民事判決）。

上開判決指明應參酌「規定之內容、社會規範、目的等因素」，做為判斷選任是否有效的基礎。實際上判決係以系爭規定的內容與目的為基礎，具體理由包括：1.依文義解釋，認為法人人格與代表人的人格不同，股東會的選任並未違反系爭準則的規定。2.依體系解釋，認為法人代表如有資格不符情事，依規定可變更調整；如不調整時，亦僅得依規定程序予以解任，並非當然失去資格。3.依目的解釋，認為「個人之事由影響全體之權益，應非上開準則規範之目的」，為避免使股東會的選任歸於無效，系爭規定應為取締規定。

案例二：上開判決之後，證券交易法於2006年1月增訂第26條之3，公司法於2012年1月修正第27條第2項，均明定同一法人的數位代表人，不得同時當選或擔任該法人的董事及監察人。證券交易法並明定違法選任的法律效果。

開發工業公司2013年4月召開股東會，選出光陽公司代表人李某及陳某為董事，光星公司代表人林某及朱某為監察人。光星公司為光陽公司100%轉投資的子公司。高雄高分院認為控制公司

（光陽）與從屬公司（光星）各為獨立法人，分別指派代表人的情形，不適用公司法第27條第2項規定；且開發公司並非公開發行公司，不適用證券交易法第26條之3，因此開發公司股東會的選任均屬有效²⁸。

惟最高法院認為選任違法，且開發公司雖非公開發行公司，仍應類推適用證券交易法第26條之3第5項規定，得票數較低的監察人當選失其效力。判決指出：

（1）公司法第27條第2項規定，「法人代表人有數人時，得分別當選，但不得同時當選或擔任董事及監察人」；「法人股東之代表人及由該法人百分之百轉投資之法人股東之代表人同時當選或擔任董事及監察人之情形，該二法人形式上雖獨立存在，但後者完全由前者掌控，其代表人實質上係由投資之法人指派，該二法人股東之代表人同時當選或擔任董事及監察人者，與同一法人之數代表人同時當選或擔任之情形無異，

²⁸ 高雄高分院判決指出，「股份有限公司並非一定對外公開發行股票。則若將規範一般股份有限公司通則性之公司法第二十七條第二項之規定，與規範公開發行股票公司之證券交易法第二十六條之三第二項規定作同一解釋，就未公開發行股票公司之董監事選任指派上，勢將面臨缺乏彈性，且對公司經營運作上產生窒礙難行之處，並導致股東會決議動輒違反上開規範意旨，致迭生當選是否有效之爭議，影響交易之安定性甚鉅，而此類公司通常未涉及廣大投資人之權益，縱容許具控制與從屬關係公司同時指派代表人擔任董事及監察人職務，對於市場經濟秩序之侵害程度，應明顯較小，故公司法第二十七條第二項規定實無與證券交易法第二十六條之三第二項規定作同一解釋之必要，經濟部就修訂之公司法第二十七條適用疑義曾召開會議，亦認不包括與其具有控制或從屬關係者指派之代表人。職是，縱光星公司為光陽公司百分之百轉投資之公司，李某等二人、林某等二人分別當選為開發公司之董事及監察人，仍均合法有效」（台灣高等法院高雄分院102年度上字第326號民事判決）。

應為公司法第二十七條第二項之文義所涵攝」。因此光陽、光星代表人分別當選為開發公司的董事及監察人，違反公司法第27條規定。

(2) 「公司法第二十七條第二項但書雖屬強制規定，但法律行為違反強制規定者，非一律無效，此觀民法第七十一條但書規定即明。公司法第二十七條第二項但書之規範目的，僅在禁止法人股東之代表人同時當選或擔任董事及監察人，除去其一，即不致違反該規定，公司法就該同時當選之情形，雖未規定如何定其效力，惟證券交易法因考量公司董事或監察人如均由同一家族擔任，董事會執行決策或監察人監督時恐失卻客觀性，於第二十六條之三第三項及第四項規定董事間、監察人間、董事及監察人間應超過一定比例或人數，彼此間不得具有一定親屬之關係；復因董事、監察人選任時若有違反第三項及第四項之情事，則實務上董事、監察人之當選席次如何決定，應有適當之規範，而於（同條）第五項第三款規定『監察人與董事間不符規定者，不符規定之監察人中所得選票代表選舉權較低者，其當選失其效力』。公司法所定不得同時當選或擔任董事及監察人之情形，其立法目的及所生當選席次如何決定之問題，與該證券交易法規定大致相同，自得類推適用該規定，認違反時，監察人之當選失其效力」。因此，所得選票較低之光星公司代表林某及朱某「當選監察人失其效力」（最高法院104年度台上字第35號民事判決）。

最高法院依目的解釋，將控制及從屬公司視為同一法人，適用公司法第27條第2項，據以認定控制、從屬公司代表人分別當選董事及監察人違法。同時並依體系解釋，認為非公開發行公司應類推適用證券交易法第26條之3第5項第3款的規定，得票數較

低之監察人當選失其效力。綜合而言，判決是為強化監察人的獨立性，以實現健全公司治理的立法目的。由於證券交易法第26條之3規定違法選任的法律效果，判決並未適用民法第71條。

上開兩件案例，均以系爭規定的文義解釋為起點，同時運用體系解釋與目的解釋。案例一認為股東會選任的法人董事及監察人仍然有效；惟法人指派的代表人資格如有不符者，得依規定予以調整或解任，未解任之前，因系爭準則為取締規定，仍為合法的董、監事。案例二亦認為股東會選任並非一律無效，惟類推適用證券交易法相關規定，認為得票數較低的監察人當選失其效力。判決運用的方法相近，但結論卻大不相同，其間差異在於執法者對系爭規定的立法目的，有不同的判斷。

2. 公司違法發行新股——取締規定

公司增資發行新股，未依公司法第267條第3項規定，通知原有股東優先認購。最高法院認為第267條第3項雖屬強制規定，但增資發行新股及其他股東認購新股的行為並非無效。判決係以立法意旨等多種因素做為綜合判斷的基礎。判決指出：

（1）「違反強制或禁止規定之法律行為，非均當然無效，須探求法律強制或禁止之目的加以認定」。

（2）「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」。

（3）「惟由十八年公布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，迄今之規定以觀，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」。

(4)「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。台機公司於發行系爭新股時，縱未依公司法第二百六十七條第三項規定通知上訴人，使其優先分認，但被上訴人間之系爭買賣行為乃基於系爭董事會合法決議，並已繳足股款，其違反上開規定，尚非無效」（最高法院103年度台上字第1681號民事判決）。

判決認為股東優先認購權為強制規定，但「無民法第71條前段之適用」。法院係以保護交易安全的目的，適用但書規定，得出新股發行有效的結論。判決雖宣示立法意旨等多項考量因素，但認為原股東事前可依法制止新股發行，事後可請求損害賠償，已足以維護股東利益，因此「保護交易安全，不能影響第三人認股效力」的考量，應優於「防止原有股東股權被稀釋」的目的。所謂綜合判斷，其實僅具宣示作用，關鍵因素還是執法者的價值選擇。

解釋方法上，前述違反公司法第268條與第170條的案例，係

依法條文義逕行認定新股發行無效（最高法院62年度台上字第2535號民事判決）。此一案例則運用歷史解釋、目的解釋及體系解釋，認為新股發行有效。其實，兩個案例均係公司一方違法，監察人及股東事前可依法制止，受害的認股人（或原股東）亦可請求賠償，且同樣有保護交易安全的問題。如依上開綜合判斷的解釋方法，並以保護交易安全為關鍵考量因素，則違反公司法第268條及第270條的案例，亦可得出取締規定的結論。

公司違反證券交易法第22條規定而發行新股者²⁹，募股行為的效力如何？如以違反者應應負刑事責任立論，可得出取締規定的結論；以保護交易安全考量者，亦同。但依文義解釋及貫徹管理發行新股的立法目的，則應認為是效力規定。不同的價值選擇，決定不同的考量因素，得出不同的結論。

3. 學校預定地出租做停車場使用——取締規定

最高法院在學校預定地出租做停車場使用的案件，同樣宣示綜合判斷的解釋原則。惟決定判決的關鍵因素，仍是執法者內心「誠信與公平」的價值觀。

高雄市政府2009年12月辦理公開招標，出租學校預定地供廠商經營停車場之用。某交通公司得標，但因附近居民抗爭，高雄市政府拒絕簽訂租賃契約。交通公司訴請市府履行租賃契約。市府則抗辯，依都市計畫法第37條、第38條及相關法令，學校預定

²⁹ 證券交易法第22條第1項規定，有價證券之募集及發行，除政府債券或經主管機關核定之其他有價證券外，非向主管機關申報生效後，不得為之。違反者，在2012年1月4日修正前，依同法第175條處2年以下有期徒刑、拘役或科或併科180萬元以下罰金；修法之後，依第174條第2項第3款，處5年以下有期徒刑，得併科1,500萬元以下罰金。

地僅能做為「非營業性之臨時使用」，如做為營利停車場，則違反都市計畫法的禁止規定而無效。最高法院認系爭規定屬取締規定，市府應履行租賃契約。判決指出：

（1）「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，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」³⁰。

（2）「本件系爭土地為學校用地，上訴人（按指高雄市政府）將系爭土地作為臨時路外停車場使用出租，辦理公開招標，……，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

³⁰ 這種多元因素綜合判斷的解釋方法，最高法院在有關公寓大廈管理條例第9條的判決亦同樣適用，不但均採取締約規定的見解，且判決使用的文字，亦與本段文字相同。見最高法院103年度台上字第1620號民事判決（後續判決見台灣高等法院103年度上更（一）字第93號、最高法院105年度台上字第1443號等民事判決）。

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），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爲，顯然並非具有強烈之規範倫理色彩」³¹。

（3）「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爲，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」（最高法院103年度台上字第976號民事判決）。

判決雖列舉諸多考量因素，但並未就各項因素逐一討論。事實上，考量因素不同，結論亦不相同。例如依「立法精神及規範目的」，學校預定地做為營業停車場，顯然違背維護住居品質的立法目的，居民的強烈抗爭可為明證，如選擇「維護住居品質」的價值，應獲得效力規定的結論。但法院認為都市計畫法雖禁止學校預定地做為營利停車場使用，但依停車場法相關規定，得例外允許設置臨時停車場，因此系爭規定雖屬禁止規定，但不具有「強烈之規範倫理色彩」；且市府依法定程序辦理招標，得標廠商「必存有充分之信賴及相當之期待」，系爭規定應解釋為取締規定，「庶符誠信與公平」。執法者為維護契約自由及實現心中「誠信與公平」的考量，左右判決的結論。本件如出租人不是有權核准的市政府，而是不具公權力的私人機構，結果是否不同？

³¹ 依規範倫理做為判斷標準的討論，參閱邱聰智，民法總則（上冊），頁578-592，三民書局股份有限公司（2011）。

系爭法規的性質，是否因契約當事人的不同而隨之轉移？如以「誠信原則」為考量基礎，當事人的身分，確有可能影響結果的判斷。

三、有效無效，法無定法

從發展脈絡觀察，最高法院歷年判決賦予民法第71條不同的意涵。早期的判決採模式甲，以民法第71條的文義為基礎，認為法律禁止為一定之行為者，屬禁止規定，違反規定之法律行為無效。後來許多判決採模式乙，認為禁止為一定行為的規定，如行為人應受處罰者，為取締規定，並非第71條的禁止規定，不適用第71條，違法行為仍屬有效。

晚近諸多判決採模式丙與丁，認為禁止為一定行為之規定雖屬禁止規定，但應依系爭規定的立法目的，或綜合考量相關因素，區分為取締規定與效力規定。如屬前者，適用第71條但書，法律行為有效；如屬後者，不適用但書，法律行為無效。取締規定仍屬第71條的禁止規定，此點與模式乙不同³²。

民法第71條並未修正，歷年判決對於強制或禁止規定的意涵，卻迭有變化。早期多採模式甲，任何違反禁止（或強制）為一定行為的法律行為，不論為自然犯或法定犯的性質，均屬無效。後來有判決採模式乙，如法律對於違法行為科處行政或刑事

³² 最高法院對於「禁止規定」的意涵並無一致的見解。最高法院91年度台上字第841號民事判決認為，「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）」。
準此，取締規定仍屬禁止規定。惟判決認系爭國防部之行政規則不屬第71條的強制或禁止規定，不適用該條規定。

處罰者，違法的法律行為仍然有效。晚近許多判決採模式丙及模式丁，依法院對於立法目的確認及相關因素的考量，而產生有效或無效的結果。四種模式開始出現的時間雖有先後之分，但法院目前仍在不同的判決分別運用各種模式。惟何種情形應適用何種模式，並無明確一貫的規則可循。

例如同樣對違法者科處刑罰，公司違法保證行為採模式甲，保證對公司無效；但證券商違法收受存款，或銀行違法經營信用卡業務，則採模式乙，行為有效。

此外，同一問題，法院見解並不一致。例如公寓大廈共有部分為違法使用之約定，有適用模式乙，認為約定有效（最高法院105年度台上字第1443號民事判決）。有適用模式丙，認為約定無效（最高法院106年度台上字第2055號民事判決）。公司違法發行新股亦有類似的情形，已見前述。

有效或無效，繫於法官對違法行為的價值判斷。文義看似明確的法條，實務執行卻是法無定法。

參、大法官的見解

有關民法第71條的適用，司法院釋字第59號及第726號，先後使用文義解釋及目的解釋的方法；後者並宣告系爭約定一部有效一部無效。

一、司法院釋字第59號

1946年修正公布的公司法第23條規定，「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」。違反者依同法第24條規定，公司負責人「得各科二千元以下罰金，

並賠償公司因此所受之損害，其情節重大者，並得撤銷其登記」。惟保證契約的效力如何，公司法並未明定。司法院釋字第59號認為，保證契約對公司不發生效力。解釋文指出：「依公司法第二十三條之規定，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。公司負責人如違反該條規定，以公司名義為人保證，既不能認為公司之行為，對於公司自不發生效力」（1956年3月21日公布）。

本號解釋是由行政院提出聲請。1955年台北市銀行公會向財政部反映，許多銀行貸款都由公司擔任保證人，但法院依當時公司法第23條（現行法第16條）規定，判決公司無須負賠償責任。銀行因而不接受公司為保證人，造成許多公司貸款的困擾。銀行公會認為，公司法第23條雖有禁止公司為人保證的規定，但同法第24條設有違法者的民、刑事責任，因此公司違法所為的保證當非無效。財政部據此呈請行政院咨請司法院解釋。行政院將此案交由司法行政部（法務部前身）研議。司法行政部認為保證對公司不生效力，理由包括：

（一）公司法第23條「在法律上稱之為禁止之規定，若公司違反禁止之規定而為保證人者，依民法第七十一條前段所定之原則，其保證行為應屬無效」。

（二）「民法第七十一條但書所謂其規定並不以之為無效者，係指法律規定禁止為某種法律行為而同時復明示或暗示該項法律行為尚非絕對無效之情形而言。例如民法第九百八十五條規定有配偶者不得重婚，而同法第九百九十二條僅規定重婚為得撤銷之行為而不以之為無效，故結婚違反民法第九百八十五條之規定者即無同法第七十一條前段之適用。至於公司法第二

十三條所為禁止之規定，在該法如無其他條文明示或暗示違反該條規定之行為仍屬有效，則違反該條規定而為保證者，因適用民法第七十一條前段之結果，其保證行為即難認為有效」。

（三）「公司法第二十四條僅規定，公司負責人違反第二十二條或第二十三條之規定時應負刑事責任並對公司負賠償其因此所受損害之責任，並未明示或默示公司負責人違反第二十三條之規定以公司名義為人作保時，對於公司仍屬有效，則公司負責人有此違法行為時當不能有前述民法第七十一條但書之適用」。

（四）「司法院院字第一九三一號解釋略開，代表股份有限公司之董事或代表其他公司之股東，僅關於公司營業上之事務有辦理之權，為人保證除屬於該公司之營業範圍或依特殊情事所認為營業上之行為外，自無代為之權，如竟擅自為之對於該公司不生效力等語。依此解釋，公司負責人違反公司法第二十三條規定而以公司名義為他人之保證人時，既不能認為辦理公司營業上之事務，對於該公司自可不生效力。惟上開解釋尚係民國二十八年所著成，目前在政策上如認為有加以變更之必要，似可依司法院大法官會議議決釋字第十八號³³，由鈞院轉請司法院解釋」。

依司法行政部的見解，法律禁止為一定行為者，為禁止規定，違反規定的法律行為，除非法律設有例外規定，否則應屬無

³³ 司法院釋字第18號指出：「查大法官會議第九次會議臨時動議第一案決議：『中央或地方機關，對於行憲前司法院所為之解釋發生疑義聲請解釋時，得認為合於司法院大法官會議規則第四條之規定』，本案最高法院對本院院字第七五零號解釋發生疑義，依照上項決議，自應予以解答」。

效，不因違法者應受處罰而有不同。行政院咨請司法院解釋，並將司法行政部意見一併附上。

司法院釋字第59號延續院字第1931號解釋（1939年10月3日公布）的意旨，認為公司違法所為之保證無效。解釋並未以公司逾越權限行為（*ultra vires*）的理論，做為保證對公司無效的基礎，似認同司法行政部的意見，即公司法相關條文如無明示或暗示違法保證仍屬有效的規定，保證行為即屬無效，且不因負責人應負民事及刑事責任而有不同。這是文義解釋的方法。最高法院同一時期的判決亦採取相同的解釋方法。事實上，最高法院有關證券商違法收受存款的第一個判決，便直接引用釋字第59號做為判決依據（最高法院65年度台上第2979號民事判決）。

二、司法院釋字第726號

本號解釋並未沿襲釋字第59號的方法，亦未採用最高法院取締規定與效力規定的二分法，而係以勞動基準法的立法目的為基礎，認定系爭規定為強制規定，並得出一部有效、一部無效的結論，表現目的解釋的特質³⁴。

勞動基準法對於勞工的正常工作時間（每日不得超過8小時，每周不得超過40小時）、例假、休假及女性夜間工作等事項，均設有限制（第30條、第32條、第36條、第37條及第49條）。依同法第1條第2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」。惟同法第84條之1則設有例外，亦即經中央主管機關核定公告的特定工作者，得由勞雇雙方另行

³⁴ 有關本號解釋的討論，參閱蔡瑞麟，但書不能單獨離於本文解釋適用——評大法官釋字第726號解釋，台灣法學雜誌，第264期，頁7-22（2015）；楊慧娘，前揭註3，頁76-90。

約定工作時間等事項，報請當地主管機關核備後，不受同法相關規定的限制。

有保全業者與其保全人員約定，每日工作12小時，每月26天，計312小時。保全人員雖屬中央主管機關公告的特定工作者，得對工作時間另為特別約定，但保全公司未將系爭約定依第84條之1報請主管機關核備。此一約定的效力如何？最高法院認為約定並非無效，仍可排除勞動基準法相關規定的限制（最高法院102年度台上字第1866號民事判決）。最高行政法院則認為，約定事項未經核備，不能排除勞動基準法的限制（最高行政法院100年度判字第226號判決及98年度裁字第400號裁定）。相關當事人認為終審法院之間見解歧異，聲請大法官統一解釋³⁵。

司法院釋字第726號認為，勞動基準法第84條之1有關「報請當地主管機關核備」的要件，為民法第71條的強制規定，未經核備的約定事項，不得排除勞動基準法相關規定之限制。但約定事項並非全部無效，而應依勞動基準法相關規定予以調整。換言之，約定事項不利於勞方部分，例如超逾勞動基準法規定的工作時間限制，不能排除勞動基準法的適用；但有利於勞方的約定，例如超逾法定工時應發給加班費的部分，則仍然有效。解釋理由書指出：

（一）依憲法第15條保障工作權及第153條改良勞工生活之意旨，勞動基準法「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。……其

³⁵ 本案事實經過情形，見黃大法官茂榮，司法院釋字第726號協同意見書。

規範具有強制之性質，以實現保護勞工之目的……。而工作時間、例假、休假、女性夜間工作……乃勞動關係之核心問題，影響勞工之健康及福祉甚鉅，故透過本法第三十條等規定予以規範，並以此標準作為法律保障之最低限度，除本法有特別規定外，自不容勞雇雙方以契約自由為由規避之」。

（二）「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」。

（三）「民法第七十一條規定：『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。』係在平衡國家管制與私法自治之原則³⁶。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」。

（四）「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，……。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

³⁶ 這是採取學說的見解，參閱蘇永欽，從動態法規範體系的角度看公私法的調和，收錄於尋找新民法，頁250及262-272，元照出版有限公司（2008）。此外，陳大法官新民於司法院釋字第726號的部分協同部分不同意見書指出，「現在幾乎所有民法教科書皆視該條文（按指德國民法第134條）為調和國家管制與私法自治（契約自由）之途徑」。

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，系爭規定之前掲目的將無法落實；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」³⁷。

（五）「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（按指勞基法）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」³⁸。

³⁷ 參閱鄭津津，勞動基準法第八四條之一另行約定而未經核備之效力——釋字第七二六號解釋評析，月旦裁判時報，第35期，頁57-64（2015）；侯岳宏，依勞基法第八四條之一另行約定而未經核備之效力——釋字第七二六號解釋評析，月旦裁判時報，第36期，頁5-13（2015）。

³⁸ 參閱林更盛，勞動基準法第84條之1所規定的核備、對勞雇雙方合意的效力有何影響？，月旦法學教室，第153期，頁33-35（2015）；蔡瑞麟，勞動基準法第84條之1核備的法律性質——再論釋字第726號解釋，台灣法學雜誌，第279期，頁170-178（2015）；林佳和，行政法與私法：私法形成之行政處分、合法化效力與構成要件效力，月旦法學教室，第151期，頁9-11

司法院釋字第726號有幾點值得注意之處。

第一，本號解釋與最高法院歷年判例及判決，有明顯不同。就強制或禁止規定的意義而言，禁止為一定行為（或強制為一定行為）的規定，依最高法院模式甲的判例，屬於民法第71條的禁止規定（或強制規定）。依模式乙，則區分為取締規定與效力規定，如為取締規定，不屬民法第71條的禁止規定。依模式丙及丁，則仍屬禁止規定（或強制規定）。本號解釋並非依系爭規定的文義，或違法者應否受處罰，做為認定標準，而是依勞動基準法保障勞工的立法目的，確認民法第84條之1「報請主管機關核備」為強制規定。因此法律強制（或禁止）為一定行為的規定，未必就是強制規定（或禁止規定），而應依立法目的決定。

第二，就違反規定的效力而言，依模式甲，法律行為違反禁止為一定行為之規定者，無效。依模式乙，因勞動基準法第77條及第79條，對於違反同法第32條及第49條有關工作時間、加班及女性夜間工作時限之規定者，科處刑罰及行政罰鍰，系爭規定應為取締規定，契約仍屬有效。依模式丙及丁，強制或禁止規定如屬取締規定，適用民法第71條但書，法律行為有效；如屬效力規定，則法律行為無效。本號解釋並未使用取締規定及效力規定的用語，對於未經主管機關核備的約定，亦不採全部無效與全部有效的二分法³⁹。法院必須就約定事項的內容，依「落實保護勞工權益之立法目的」，判斷約定事項的效力。就勞動基準法而言，有利於勞方者，仍然有效，不利於勞方者，則為無效⁴⁰，實質上

（2015）。

³⁹ 相關討論，參閱蘇永欽，釋字第七二六號解釋點出了什麼問題？，中華法學，第16期，頁1-20（2015）。

⁴⁰ 參閱黃大法官茂榮，司法院釋字第726號協同意見書；陳清秀，釋

使違法業者不能主張契約權利，因而產生部分有效與部分無效的結果。

第三，大法官運用兩階段的審查方法，先審查系爭規定是否為強制或禁止規定，其次再審查違反規定的法律行為是否有效。此點與最高法院一階段的審查模式不同。這種審查方法，一方面重新定義強制規定的意涵，並非所有強制為一定行為的規定均屬強制規定，因而限縮民法第71條的適用範圍；另一方面打破違法行為全部有效與全部無效的二分法，擴張民法第71條但書的彈性空間，以實現個案的公平正義。本號解釋不是依循民法第71條的原意，而是重新造法。這是面對行政管制法規大量出現的務實回應，表現目的導向的解釋方法。

第四，解釋特別指出，民法第71條「係在平衡國家管制與契約自治之原則」，而其平衡的主要基準，則是「考量國家管制之目的與內容」。本於勞動基準法保障勞工的目的，大法官認定向主管機關報備為強制規定，而系爭約定則是部分有效、部分無效。這項結論使未經報備的約定，不能排除勞動基準法保障勞工的規定，不但維護法律尊嚴，且保障勞工權益。同時，未將約定報請核備的業者，亦不能從約定事項獲得利益，且須負擔不利的結果，因而實現嚇阻違法及保障勞工權益的立法目的。

第五，本號解釋雖明示依立法目的，判斷系爭規定的性質及其違反的效果，並宣告系爭約定部分有效、部分無效的結論，但大法官對於如何解讀民法第71條，意見分歧。從本案不適用民法第71條，到如何適用問題，15位大法官之中，有8位提出協同意

字第726號解釋之評析——勞動基準法第84條之1之探討，植根雜誌，第32卷第6期，頁213-228（2016）。

見書或不同意見書⁴¹。系爭約定無效部分，究竟是適用勞動基準法的結果，還是因民法第71條但書的規定？大法官並無共識⁴²。法院在具體個案，如何適用民法第71條，如何判斷系爭規定的立法目的及其效果，仍有相當彈性的解釋空間。本號解釋公布之後，法院判決對於違反勞動基準法第84條之1的相關爭議，固然見解趨於一致⁴³，但勞動基準法以外的案例，最高法院仍繼續援用傳統的模式，民法第71條的解釋與適用，並未趨於一致⁴⁴。

⁴¹ 程序方面，多數意見認為符合受理要件，惟黃大法官璽君認為，本件「不合統一解釋要件，應不受理」；蘇大法官永欽亦認為，「從統一解釋制度觀點而言，受理尚無堅強理由」。相關討論，參閱徐璧湖，司法院大法官審理案件法第七條第一項第二款規定適用法令所表示見解有異之研析，月旦法學雜誌，第255期，頁5-12（2016）；吳信華，「見解有異」作為「統一法令解釋」之要件——釋字第七二六號解釋評析，月旦裁判時報，第35期，頁49及51-55（2015）。

⁴² 陳大法官春生認為，本件爭議因勞動基準法已有規定，「無民法第71條之適用餘地」，因此約定無效係以勞動基準法為依據。陳敏、林錫堯兩位大法官亦認為：「如未經核備即另行約定，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71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」。另一方面，陳大法官新民則認為，「唯有援引該條文（按指民法第71條但書部分）……，方能避免無效之後果，惟本號多數意見卻捨而不論」。蘇大法官永欽認為，本號解釋「不明指但書，實際上已經適用但書」，因此是以第71條為依據。

⁴³ 有關勞動基準法第84條之1的爭議，最高法院明白引用司法院釋字第726號的判決，包括最高法院104年度台上字第25號及最高法院104年度台上字第1194號等民事判決。此外，最高法院103年度台上字第246號、最高法院105年度台上字第376號及最高法院106年度台上字第824號等民事判決，雖未明白引用，亦實質適用。

⁴⁴ 例如最高法院仍以違法業者應受處罰為由，認系爭規定為取締規定，見最高法院106年度台上字第704號民事判決（非營造業從事營建工程），及最高法院105年度台上字第1443號民事判決（建商違

肆、法律解釋方法

從法律解釋方法觀察，模式甲屬於文義解釋，模式丙和丁屬於目的導向的解釋。比較特殊的是模式乙，既非文義解釋，也未依循立法目的，可能是為避免過度嚇阻所採行的辦法，茲分別說明如下。

一、始於文義，終於文義

司法院釋字第586號指出，「法條使用之法律概念，有多種解釋之可能時，主管機關為執行法律，雖得基於職權，作出解釋性之行政規則，然其解釋內容仍不得逾越母法文義可能之範圍」。所謂「文義可能之範圍」，標準如何認定，可能見仁見智，但基本上這是表達文義解釋的方法。解釋法律應根據法律的文本（text），始於文義，終於文義，不能逾越法條的文義範圍。大法官許多有關法律保留及租稅法律主義的解釋，均表達文義解釋的意旨。

就民法第71條而言，所謂「文義可能之範圍」，可以從它的立法理由看出端倪：「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。然法律規定中亦有特別規定，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，則須利害關係人之同意，始為有效。故設本條以明示其旨」⁴⁵。因此，為貫徹「強制或禁止之法意」，凡違反強制或禁

法變更法定空間做為停車位售予住戶）等。

⁴⁵ 民律草案（1911年）第176條的條文及立法理由，見司法行政部民

止規定的法律行為，除非法律另行規定不同的效果，否則應屬無效。所謂強制或禁止之規定，依其文義是指法律強制為一定行為或禁止為一定行為的規定。至於但書「其規定並不以之為無效者」，當指法律所為例外有效的規定而言。按民法第71條係仿自德國民法第134條：「法律行為違反法律禁止規定者，無效，但其法律另有規定者，不在此限」⁴⁶。本條但書所謂「其法律」是指為禁止規定的法律而言。除非為禁止規定的法律另有排除無效的明文，否則違法行為應屬無效⁴⁷。

司法院釋字第59號，及司法行政部有關禁止公司擔任保證人的意見，均以文義解釋為基礎。最高法院早期判例及判決，亦採文義解釋的方法。例如買賣人身、蓄養奴婢、販賣煙土、耕地租金逾越法定上限、違法砍伐保安林、公司違法擔任保證人或合夥人、公司違法買回股份，或違反公司法第268條及第270條發行新股等，最高法院均認為違反禁止規定而無效。

此外，在證券商違法收受存款案，最高法院的第一個判決（最高法院65年度台上字第2979號民事判決）認為，證券交易法第60條明文禁止證券商收受存款，性質上即為禁止規定，且「遍查證券交易法既無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，……自無兩造間消費借貸關係存在之可言」。

法研究修正委員會編，中華民國民法制定史料彙編，頁311，司法行政部總務司（1976）。

⁴⁶ 德國民法於1896年制定公布，1900年1月1日施行。第134條僅規範禁止規定，而未涵蓋強制規定，與我民法不同。德國法相關討論，參閱蘇永欽，前揭註1，頁90-107；MARKESINIS ET AL., THE GERMAN LAW OF CONTRACT: A COMPARATIVE TREATISE 240-247 (2006)。

⁴⁷ 參閱陳大法官新民在司法院釋字第726號的部分協同部分不同意見書。

準此，民法第71條但書所指之「其規定」，僅限於證券交易法；因證券交易法沒有排除無效的規定，即無從適用但書，因此證券商收受存款的行為無效。這也是依民法第71條及證券交易法第60條的文義所為的解釋。

有學者認同這種解釋方法，認為「禁止規定為禁止為一定之行為之法律規定，例如民法第九八三條及第七五七條之規定是。法律行為違反強制及禁止之規定者無效（七十一條）。例如繼承人之順序為強行法規，變更繼承人順序之契約，自屬無效。但對於此原則，亦有例外。法律行為之內容雖違反強行法之規定，但其規定並不以之為無效者，則並非無效。例如民法規定典權約定期限不得逾三十年，自屬強行規定，但約定年限逾三十年者並非無效，不過應縮短為三十年而已（九一二條），即其適例」⁴⁸。這項見解也是以民法第71條的文義為基礎。

美國聯邦最高法院也有許多判決，強調解釋法律應尊重法條文本，如果法律的適用產生不公平的結果，或造成政策失衡，除非法律明顯違憲或產生荒謬的結果，否則應由國會修法解決，法院不能脫離文義的範圍，強做符合公共政策的解釋⁴⁹。倡議文本主義（textualism）的史卡利亞大法官（Antonin Scalia）強調，文本是解釋的起點，也是解釋的終點⁵⁰。國會制定的法律有聰明，

⁴⁸ 見李宜琛，民法總則，頁225，國立編譯館，台一版（1952）。早期著作頗多類似見解，見黃右昌，前揭註1，頁225-228；王伯琦，民法總則，頁132-135，正中書局股份有限公司（1967）；劉得寬，民法總則，頁175-179，自版（1976）。

⁴⁹ *Watson v. United States*, 522 U.S. 74, 83 (2007). 但聯邦最高法院許多判決則採目的導向的解釋方法（purpose-based approach），亦有稱為法律實用主義（legal pragmatism）。參閱FRANK B. CROSS, *THE THEORY AND PRACTICE OF STATUTORY INTERPRETATION* 102-133 (2009).

⁵⁰ ANTONIN SCALIA & BRYAN A. GARNER, *READING LAW: THE*

有愚蠢，法院的任務不是決定法律的好壞，並以判決改寫愚蠢的法律。法官偏離文義解釋法律，實質上從事立法工作，違反民主程序與權力分立⁵¹。

文本主義者強調，文本主義的方法並未忽視立法目的及判決結果的考量，但堅持從法條文本所表達的文義，確認立法目的，並在文本範圍內考量判決可能產生的結果。立法者的意志如未在法條文字表達，不具有拘束的效力。法官不能脫離法律文本另尋所謂的立法目的，據以擴張或限縮文本應有的意涵，以達到自己偏好的結果⁵²。

依文義解釋的方法適用民法第71條，在行政管制法規大量出現之後，對契約自由造成重大衝擊。但文本主義者認為，法條文本表達立法意旨。如果依文義解釋產生立法者不樂見的結果，應修法解決，不應強以司法解釋變更法條原意。

實務上，立法院並未修正民法第71條。惟法院則不再嚴格遵循文義解釋，而是尋求其他解釋方法，以減少法律行為無效的結果。

二、違法者應受處罰

法院因應方法之一，是以違法者應受處罰為由，認為違法的法律行為仍然有效。關於證券商違法收受存款的判例，及後續的

INTERPRETATION OF LEGAL TEXTS 27 (2012).

⁵¹ Antonin Scalia, *Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws*, in: AMY GUTMANN ED., *A MATTER OF INTERPRETATION: FEDERAL COURTS AND THE LAW* 20, 29-36 (1997); 相關討論，參閱CROSS, *supra* note 49, at 69-84.

⁵² SCALIA & GARNER, *supra* note 50, at 20.

判決，包括私募證券違法轉售、公寓大廈共有部分約定由特定住戶專用（威固公司案）、非營造業從事營建工程、銀行違法經營信用卡及放款業務等，最高法院均以違法者應受處罰的理由，認定「無民法第71條之適用」。

這不是文義解釋。依民法第71條的文義，除非有同條但書的情形，違反禁止規定的法律行為無效。上開判決的系爭行為均為法律所明文禁止，相關法律並無「不以之為無效」的規定，且判決亦未適用民法第71條但書。概念上，判決認為系爭規定不是民法第71條的禁止規定，但並未說明禁止規定的意涵。

可能有人認為這是目的解釋。以證券商違法收受存款為例，採取締規定使契約有效，正足以保障存款人權益，並防止證券商獲取不法利益。此外，因違法者應受處罰，已足以達成立法目的，為避免產生過度嚇阻的情形，不宜宣告法律行為無效。此說固然言之成理，但最高法院並未說明這些論點；且此種看法仍有商榷餘地。

第一，禁止證券商收受存款，目的在於維持金融秩序。依銀行法第29條規定，收受存款為銀行的專屬業務。為保障存款人的權益並促進金融機構的健全經營，政府對於銀行的組織、人事及資本等相關條件，均訂有嚴格的標準，對於財務、業務並設有嚴密的管理。2006年1月證券交易法第60條修正之前，法律完全禁止證券商收受存款的行為，主管機關並無權力核准證券商經營該項業務。如果證券商大量收受存款，將形同銀行，但既未具備銀行的條件，亦未施予必要的管理，存款如遭濫用，不但侵害存款人的權益，並影響金融秩序。禁止證券商收受存款的規定，具有強烈的政策目的，認定違法收受存款的行為有效，不符禁止收受

存款的立法意旨。

第二，就存款人的權利而言，承認契約有效，確實是保障存款的方法，卻不是唯一的方法。即使契約無效，存款人並非不可依民法第179條不當得利的規定，請求證券商返還利益。如果不當得利的訴權仍不足以保障存款人的權益，其實是凸顯「全部有效」或「全部無效」二分法的不足⁵³。如果善意存款人得主張契約權利，但違法券商不得主張，問題將迎刃而解。

況且這種保障存款人的考量，在銀行違法經營信用卡或放款業務，及非法從事營建工程等案件，並不存在，因違法者應受處罰而採取締規定的解釋，更缺乏堅強的理由。

第三，有關「避免過度嚇阻」的問題，判例並未就相關案件違法情節的輕重加以討論。就規範秩序而言，應科處行政罰或刑事罰的行為，違法情形相較於無須另為處罰者更為嚴重。如果應以刑事處罰的違法行為一律有效，而無須處罰的違法行為卻反而無效，不但政策輕重失衡，而且國家一面對違法者施加處罰，同時卻以公權力協助其追討債務，更凸顯規範秩序的矛盾。

事實上，僅以違法者應受處罰即認定契約有效，亦往往不符系爭規定的立法目的。例如法律禁止非營建業從事營造工程，是基於公共安全的目的，不論在營建過程之中，或建築完工之後，均有公共危險的問題。公寓大廈共有部分違法使用，則牽涉住戶居住品質的問題。銀行未經許可經營放款或信用卡業務，直接關係金融秩序的維護。私募證券違法轉售，則涉及證券投資人的保

⁵³ 有關法律行為效力的討論，參閱陳忠五，法律行為絕對無效與相對無效之區別，臺大法學論叢，第27卷第4期，頁157及168-181（1998）。

護問題。認為這些違法行為有效，與相關立法的管制目的不符，且政府以公權力協助違法業者追討債務，業者有利可圖，嚇阻效用必然受損，相關法律的立法目的亦難以貫徹。

當然，未合法取得執照所為的法律行為未必一律無效。以雇主僱用無工作執照的外勞為例，學者認為因外勞居於弱勢地位，其違法行為並無重大惡性，且如因契約違法無效使雇主無須給付工資，不但雇主不當獲利，且無異鼓勵其僱用非法外勞。因此，除違法者應受處罰外，綜合考量雙方權益及公共政策，外勞應可主張其契約權利，或至少在雇主受益範圍內（*quantum meruit*），請求給付報酬⁵⁴。執照問題之外，法院亦不認為所有的違法行為均屬無效。在業者逾越規定時間營業的情形，有認為因禁止對象是營業時間，而非交易內容，契約仍然有效⁵⁵。執行運送契約時

⁵⁴ 見BRIAN A. BLUM & AMY C. BUSHAW, CONTRACTS, CASES, DISCUSSIONS & PROBLEMS 522-523 (2017); IAN AYRES & GREGORY KLASS, STUDIES IN CONTRACT LAW 556-557 (2012). 英國法院有分歧的判決。在無照買賣亞麻仁油的案件，依法買賣雙方均須持有許可證照。被告誣稱擁有執照向原告購買亞麻仁油，但原告送貨時被告卻以無照買賣為由拒絕收貨付款。法院雖認原告不知違法，仍判決契約無效。另一方面，在無證券商執照而買賣證券的情形，法院則認為處罰證券商已足已達成立法目的，買賣契約仍然有效。見JILL POOLE, TEXTBOOK ON CONTRACT LAW 600-601 (2006); RICHARD STONE, THE MODERN LAW OF CONTRACT 385 (2013); MICHAEL H. WHINCUP, CONTRACT LAW AND PRACTICE: THE ENGLISH SYSTEM AND CONTINENTAL COMPARISONS 290-291 (2001).

⁵⁵ 相關討論，見MARKESINIS ET AL., *supra* note 46, at 242, 246. 王大法官澤鑑認為逾時營業是締約的「外部情況」，不影響契約效力。見王澤鑑，前揭註25，頁302。有關德國學說的討論，參閱蘇永欽，前揭註1，頁99-100。有關逾時營業問題，美國判決較為分歧。有州法禁止業者在周日從事商業交易或表演活動。法院認為週日簽訂的買賣契約不具執行力（unenforceable）。承諾在週日表演的馬戲

貨車超速，或載貨超重，或司機逾越工時限制，依其違法情節，如認為處罰違法者已足以達成立法目的，為避免過度懲罰，無須宣告運送契約無效⁵⁶。另方面，並非所有應受行政或刑事處罰的法律行為均屬有效。解釋方法上，與其以違法者應受處罰而認為契約有效，不如以違法情節的輕重、相關當事人權益的衡量，及立法目的的貫徹等因素，做為立論基礎，更具有說服力⁵⁷。

三、始於文義，終於目的

法院另一種因應方法，是以系爭規定的立法目的為基礎，重新界定強制規定與禁止規定的意涵。禁止（或強制）為一定行為的規定，未必是民法第71條的禁止（或強制）規定。為實現立法目的的需要，可限縮民法第71條的適用範圍，並據以決定系爭法律行為的效力，以達成公平正義的結果。這是目的導向的解釋方法（purpose-based approach）。

司法院釋字第726號認為，系爭規定是否屬強制規定的性

質未依約表演亦不負賠償責任。但有法院認為處罰違規業者已足以達成立法目的，契約仍然有效。見 E. ALLAN FARNSWORTH, *CONTRACTS* 335-337 (2004).

⁵⁶ 英國法院有判決認為，對貨船超載的行為科處罰金已足以懲罰違法，運送契約仍然有效。相關討論，見 J. BEATSON, *ANSON'S LAW OF CONTRACT* 351-352 (2002); POOLE, *supra* note 54, at 601-602; STONE, *supra* note 54, at 385-387.

貨車超速的情形，美國學者認為不影響運送契約的效力，是因為違規超速與運送契約的效力之間，關係遙遠（remoteness）。見 JOSEPH M. PERILLO, *CALAMARI AND PERILLO ON CONTRACTS* 739 (2009).

⁵⁷ 學者認為，對於公平交易法禁止聯合行為的規定，因違法者應受處罰而採取締規定之見解，不合公平交易法的立法目的。見王立達、許翠玲，前揭註3，頁121-123。相關批評意見，見詹森林，前揭註1，頁308-309。

質，必須「考量國家管制之目的與內容」，違反強制規定的約定是否無效，則應以「落實保護勞工權益之立法目的」為依歸。這是目的解釋的方法。依民法第71條的文義，法律行為只要違反「強制為一定行為」或「禁止為一定行為」的規定者，除非法律另有規定，否則應屬無效。因此勞資約定事項應向主管機關報備是強制規定，違反規定的約定無效。這種文義解釋雖然符合法律制定時的理解，但不符保障勞工的立法目的；如做為通案原則而適用，對交易安全及市場秩序更有重大影響，特別是在經貿、財政、金融、環保、競爭秩序等領域，影響更為廣泛⁵⁸。為使法律的適用產生最好的結果，大法官固然以相關法條的文義為解釋的起點，但卻以立法目的的實現做為終點。

最高法院許多判決亦採用目的解釋。公司發行新股違法未通知原有股東優先認購，法院認為股東另有救濟管道，且避免影響其他認股人的交易安全，因此新股發行仍然有效。上市股票的場外交易，判決認為系爭禁止規定僅係為維護經紀商及證交所的利益，股票交易行為並非無效。另一方面，在護盤契約的情形，法院則以違法行為破壞市場秩序，損害投資人權益的考量，宣告護盤契約無效。違法轉讓原住民保留地的情形，判決認為，「為避免原住民流離失所」，必須宣告買賣契約無效。這都是基於結果的考量。類此案例，已見前述。

依立法目的解釋民法第71條，是我國許多學者的主張。史尚寬大法官指出，強行規定可分為強制規定與禁止規定。前者指「法律命令為一定行為之規定」，後者指「法律命令不為一定行

⁵⁸ 蘇大法官永欽於司法院釋字第726號的一部不同一部協同意見書認為，如果違反規定的法律行為「一律可以導致契約無效的結果，對整體交易秩序會是一種災難」。

爲之規定」。然而，「何者爲強行規定，何者爲非強行規定，在我民法尚不能全依條文方式以決定，應依條文之體裁及法律規定本身之目的以定」⁵⁹。因此，系爭規定是否爲強制或禁止規定的性質，應以立法目的爲判斷標準。

史大法官認爲，第71條但書：「但其規定並不以之爲無效者」，包括兩種情形：第一，「因法律本身有明文規定其他效力者」；第二，「自法律規定之目的言之，惟對於違反者加以制裁，以防止其行爲，非以之爲無效者」。這兩種情形，法律行爲雖然違法，但仍有效，「此種規定，稱爲取締規定，與以否認法律上效力爲目的之規定相對稱」⁶⁰。準此，違法的法律行爲是否有效，除法律明文規定外，應依法律規定的目的決定。此外，詹森林大法官亦認爲，「民法第71條之立法理由在於貫徹強行規定之立法意旨，故探討法規究竟係屬效力規定，或爲取締規定時，應以該法規之立法目的爲依歸」⁶¹。

洪遜欣大法官提出綜合判斷的方法，並考量解釋產生的結果：「某法規究係單純取締規定，抑係效力限制規定，應具體的斟酌各該法規之種類、體裁、趣旨，更應考慮：倘使其違反行爲有效或無效，究竟對公序良俗、公共利益、交易安全等，與以如何影響，而慎重決定之」⁶²。因此判決應考

⁵⁹ 史尚寬，民法總論，頁295，自版（1970）。

⁶⁰ 前揭註，頁296。

⁶¹ 詹森林，前揭註1，頁314及303-304。

⁶² 洪遜欣，中國民法總則，頁325，自版（1958）。陳彥良教授亦認爲，判斷違法法律行爲之效果，「仍須回歸禁止規定本身之立法意旨」。見陳彥良，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爲中心，臺北大學法學論叢，第81期，頁1、11、31（2012）。

量法律適用可能產生的結果。王澤鑑大法官也指出綜合判斷的因素：「至於何者為取締規定，何者為效力規定，難免爭議，應綜合法規的意旨，權衡相衝突的利益（法益的種類、交易安全，其所禁止者究係針對雙方當事人或僅一方當事人等）加以認定」⁶³。綜合考量各項因素的方法，也是為實現系爭規定的立法目的。

目的解釋的方法，不論在台灣或在美國，均可謂源遠流長。司法院釋字第3號（1952年5月21日）指出，雖然憲法沒有規定監察院可以向立法院提出法律案，且對照憲法第87條明定考試院具有法律案提案權，憲法的文義十分清楚，監察院沒有提案權。但大法官從制憲史料的記載，以及五權相互平等的憲政體制等理由，明白拒絕文義解釋的結論，認為「考試院對於所掌事項，既得向立法院提出法律案，憲法對於司法、監察兩院，就其所掌事項之提案，亦初無有意省略或故予排除之理由」，因而宣告監察院有提案權⁶⁴。此外，憲法同樣沒有規定司法院具有提案權。司

⁶³ 王澤鑑，前揭註25，頁302。蘇大法官永欽提出「調查法規意旨、權衡相衝突的法益」等因素，做為民法第71條的適用基礎，性質上亦屬目的解釋。見蘇永欽，前揭註1，頁108-116。

⁶⁴ 薩孟武教授認為，監察院不應具有法律案的提案權，同時對於歷史解釋法提出質疑。薩教授指出，大法官「依憲法第七一條及第八七條之制定經過，說明監察院得向立法院提出法律案。這種解釋便是沿革解釋（Interpretio historica）。但沿革解釋只能供給參考資料，用以推測當初立法者之意思，卻不能由當初立法者的意思，斷定法文之真正意義。如果不然，那便是法文之外，另以其他資料為基礎，制定一個新法文。何況法律公布之後，便離開立法者，而有其獨立的存在。……更進一步觀之，過去的草案、理由書、說明書、議事錄，縱令確實可以證明監察院有提案權，倘現行憲法付之闕如，此亦只證明其為『有意省略』而已」。薩教授這段話明白反對以制憲史料確認憲法的真正意義，並拒絕在法條文本（text）之

法院釋字第175號明確宣告，司法院有法律案的提案權。除引用司法院釋字第3號的部分理由外，特別指明其目的在於使「法律之制定臻於至當……，司法院依其實際經驗與需要為之，對立法權與司法權之行使，當均有所裨益」。兩號解釋都不是根據憲法的文義解釋。這種目的導向，不受文義框限的解釋，其實是大法官經常使用的解釋方法。

在美國，1892年的*Holy Trinity*案⁶⁵是常被討論的案例。當時美國法律明文禁止引進外國人到美國從事「任何勞動或服務」⁶⁶。有教堂聘請英國牧師到紐約傳教，被依法科處罰金。聯邦最高法院認為紐約教堂沒有違法。判決承認法條文義明確，傳教行為包含在「任何勞動或服務」的範圍之內，但認為依整體法律精神和立法意志（legislative intent），系爭行為不受法律禁止。判決指出，美國是基督教國家，國會不可能禁止外國牧師來美國傳教。不論文義如何廣泛，法院應遵循立法意志，將傳教行為排除在法律禁止範圍之外⁶⁷。

支持這個判決的史蒂文斯大法官（John P. Stevens）認為，禁止外國牧師到美國傳教，違反常識，悖離國會意志，判決應該避免⁶⁸。聯邦第二巡迴上訴法院院長卡茲曼（Robert A.

外，以其他資料作為解釋的論據。這項主張和文本主義（textualism）不謀而合。見薩孟武，憲法的解釋，收錄於孟武隨筆，頁96及101-104，三民書局股份有限公司（1969）。

⁶⁵ Church of Holy Trinity v. United States, 143 U.S. 457 (1892).

⁶⁶ Alien Contract Labor Law of 1885 § 1, 23 Stat. 332: “It shall be unlawful for any person ...in any way assist or encourage the importation or migration of any alien ...into the United States, ...**to perform labor or service of any kind** in the United States”

⁶⁷ Church of Holy Trinity v. United States, 143 U.S. at 458-459, 465-471.

⁶⁸ John P. Stevens, *The Shakespeare Canon of Statutory Construction*,

Katzmann) 亦認為，法官解釋法律，應以實現立法目的為職志；*Holy Trinity*案的判決為目的導向的解釋方法樹立典範⁶⁹。聯邦最高法院1989年的*Public Citizen v. Department of Justice*案，明白引用*Holy Trinity*案的解釋方法，做為判決依據⁷⁰。

主張目的解釋者認為，由於社會變動快速，立法機關修法往往緩不濟急，且法律很難鉅細靡遺，為因應現實情況的需要，法官必須發揮造法的功能，使法律的執行達成最好的結果，以彌補立法的不足⁷¹。社會法學派的龐德院長（Roscoe Pound）指出，法律的作用是導引法官獲致公平正義的判決。為達成這項目的，在個案適用上，法官應該有解釋法律的寬廣空間。法律是彈性的指引（guides），不是僵硬的鑄模（inflexible molds）⁷²。

布萊爾大法官（Stephen Breyer）認為，目的解釋的核心方法是一個假設的「理性國會議員」（the “reasonable member of Congress”）。當法官面對法律疑難問題時，即使是國會立法時從

140 U. PA. L. REV. 1373, 1383 (1992).

⁶⁹ “The dominant mode of statutory interpretation over the past century has been one premised on the view that legislation is a purposive act, and judges should construe statutes to execute that legislative purpose.” “The classic exemplar of this approach is found in the 1892 Supreme Court case of *Church of the Holy Trinity v. United States*.” ROBERT A. KATZMANN, JUDGING STATUTES 31-32 (2014). 另一方面，史卡利亞大法官則嚴詞批評此一判決。見Scalia, *supra* note 51, at 18-23.

⁷⁰ *Public Citizen v. Department of Justice*, 491 U.S. 440, 453-454 (1989).

⁷¹ CROSS, *supra* note 49, at 102-108. 作者以法院適用反托拉斯法（Sherman Antitrust Act of 1890）為例，說明法官如何以判決充實法制內容，彌補法律的不足。

⁷² Roscoe Pound, *The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence*, 25 HARV. L. REV. 489, 515-516 (1912).

未預見的問題，仍應設想這個理性的國會議員，在瞭解條文的文本、體系及目的後，依個案情形，會要求法院如何解釋系爭的法律條文⁷³？法院與國會是夥伴關係（partners），司法判決不單純是依法律條文做三段邏輯的推演，而是與國會共同創造最好的規範。判決固然要以法條文本、法規體系及立法史料做為基礎，但更應考量客觀環境的需要，重視判決的結果，及其對社會的影響。法條文本不能也不應是解釋法律的唯一依據。法律解釋始於文義，但未必終於文義⁷⁴。

運用目的解釋的方法，是為實現立法目的，獲致最好的結果，但也引發諸多爭議。為追求最好的結果，法官往往必須將所謂「不合時宜」的法律加以修正，甚至另造新法。非民選的法官做立法工作，如何具有民主正當性？此外，國會議員背景不同，代表不同的選民利益，對法案未必有一致的看法。所謂「理性國會議員」如何定位？定位不同，對於立法目的的認知就會分歧。法官是否以個人的價值觀，取代所謂的立法目的？再者，如何界定「最好」的結果？不同的法官有不同的確信，何種判決是對社會「最好」的結果？

用這些質疑檢驗我國法院判決，也不乏事實依據。以最高法

⁷³ STEPHEN BREYER, ACTIVE LIBERTY 87-88, 92-98, 102 (2005); STEPHEN BREYER, MAKING OUR DEMOCRACY WORK 92-102 (2010). 「理性國會議員」的概念，與瑞士民法第1條第2項有共通之處：「法律所未規定者，依習慣法，無習慣法時，法官應推論立法者可能制定之規範，予以裁判」。我國民法第1條亦脫胎於本項規定。

⁷⁴ BREYER, MAKING OUR DEMOCRACY WORK, *supra* note 73, at 92-98, 102. 卜斯納法官倡議法律實用主義（legal pragmatism），本質上也是目的導向的解釋方法。見 RICHARD A. POSNER, LAW, PRAGMATISM, AND DEMOCRACY 57-85 (2003).

院所運用的綜合判斷為例，考量因素繁複多元，依循不同的因素，產生不同的結果，而何種情形應以何種因素為基準，並無確定的標準。例如為維護金融秩序，證券商違法收受存款，或銀行違法經營信用卡及放款業務，相關法律行為應屬無效。但考量交易安全，則仍屬有效。另方面，以立法目的做為判斷基準，看似標準單一，結果明確，但判決顯示，執法者對系爭規定的立法目的，往往有不同解讀，並產生不同的結論。關於公寓大廈的法定空地，約定由特定人專用的問題，有判決認為，依公寓大廈管理條例第9條及建築法第11條、第73條維護住居品質的立法目的，違反規定的約定無效（最高法院106年度台上字第2055號、106年度台上字第341號等民事判決）。但有判決認為只是違反規定者應受主管機關處罰而已，約定不因此而無效（最高法院105年度台上字第1443號、103年度台上字第1620號，及103年度台上字第2247號等民事判決）。其他見解分歧的案例頗多，已見前述⁷⁵。

然而，價值判斷的分歧，並非目的解釋特有的問題，而是法律適用普遍的現象。且不論運用何種方法解釋法律，以判決闡明

⁷⁵ 在頂樓違法增建的案件，也有類似的分歧。有判決認為，頂樓加蓋建物「縱全體區分所有權人同意上訴人使用系爭屋頂，系爭增建物……係供住家使用，已違反使用執照所核准之使用方法，且變易系爭屋頂原來之性質、構造，影響全棟建築物之景觀及全體住戶之安全，違反建築法令，屬違章建築，業已違反公寓大廈條例第九條強制規定，依民法第七十一條前段規定（系爭約定）亦應屬無效」（台灣台北地院104年度簡上字第473號民事判決）。但有判決認為，「系爭會議紀錄第十點記載：『十樓若要賣房子時，須將十一樓違建部分（即系爭增建物）拆除還原』等語，固非同意上訴人得使用系爭屋頂，惟似已允諾上訴人於出售系爭十樓房屋前得暫緩拆除系爭增建物」（最高法院105年度台簡上字第23號民事判決）。依此意旨，系爭約定雖然違背相關法令，但並非無效。兩種判決結果，對於如何實現相關法令的立法目的，有不同的認知。

法律的意涵，本身就有價值判斷的因素，也常有創造規範的性質。就民法第71條而言，模式甲固然具有較高的可預測性，卻對交易秩序造成嚴重衝擊，可行性較低。模式乙欠缺說服力，且往往不符立法意旨。以相關領域的專業知識為判斷基礎，妥善衡量當事人的權益，並重視公益目的的實現，是目的解釋應有的方法，也是較佳的選擇。民法第71條應以目的解釋為基礎，明定判斷標準，使實務適用有更為明確合理的依據。

伍、修法之必要

民法第71條的文義可謂簡略而明確，亦即違反法律所強制或禁止的法律行為，除非法律另有特別規定，否則應屬無效。早期最高法院判例及司法院解釋均採模式甲，可為明證。然而，時移勢易，傳統的自然犯之外，行政管制法規大量出現，嚴格依文義解釋，必然遭遇困難。例如董事長知道內線消息後大量買進股票，違反證券交易法第157條之1的禁止規定，依民法第71條的文義，買賣應屬無效。但賣出股票的投資人並不知道董事長違法，如買賣行為一概無效，不但對投資人不公平，並且對證券市場秩序造成嚴重影響⁷⁶。因操縱市場（證券交易法第155條）或證券詐

⁷⁶ 有法院判決認為內線交易行為並非無效：「證券交易法第一百五十七條之一第一項固規定公司之董事不得對該公司之上市或在證券商營業處所買賣股票，買入或賣出，然違反是項規定之效果，僅應負損害賠償責任，此觀同條第二項、第三項規定甚明，難謂違反此項規定，所為之證券交易行為即屬無效」，這是模式乙的方法。（台灣高等法院90年度重上字第500號民事判決）。最高法院駁回上訴，本案確定（最高法院93年度台上字第76號民事判決）。因本案係爭執融資融券契約的效力問題，並非爭議內線交易行為是否有效，最高法院並未就高院上開「旁論」（dictum）表示意見。

欺（證券交易法第20條）所為的證券買賣，也有相同的問題。為因應現實需要，法院逐漸發展其他模式，一面限縮強制或禁止規定的意涵，減少第71條前段的適用範圍，同時擴張但書的功能，使違法行為免於無效。許多判決將第71條視為一個框架，實質內容由法官創設，甚至逾越第71條的文義。不論是模式乙、丙、丁，其實都是新情勢之下，法官造法的產物。

由於造法欠缺整體連貫的標準，實務執行充滿變數，行為人為法律行為時，往往難以預見行為的結果，法律適用的明確性漸被侵蝕。民法第71條的實務適用，成為一個不確定的世界。強制或禁止為一定行為的規定，是否為民法第71條的強制或禁止規定？違反規定的法律行為究竟有效或無效？以往的判決提供不同的模式，產生不同的結果，何種情形應適用何種模式，並無確定的規則。

明確問題之外，判決對於相關法益的權衡，往往不符立法目的。例如公司違法買回股份，賣出人數眾多且往往不知公司違法，判決認買回行為無效。但在違法轉售私募證券的情形，人數較少，且契約雙方均知違法，判決卻認為買賣有效。此外，在銀行無照經營放款及信用卡業務，或董事違法為自利交易，或無照建商為營建工程等案件，法院均認為契約有效，不但立法目的難以實現，且政府必須為違法者追討債務，亦顯現法秩序的矛盾。

此外，違法行為的效果，最高法院採取全部有效與全部無效兩種，雖然符合民法第71條的文義，但往往無法嚇阻違法並保障合法。

從過去近90年的實施經驗觀察，如果民法及相關法律不予修正，法院沿襲以往的判決模式，不但違法行為的法律效力難以預

見，且立法目的亦往往難以達成。要解決問題，必須修正民法及相關法律。

一、修正民法第71條

（一）確認立法目的及判斷基準

1. 立法目的

民法第71條雖仿自德國民法，惟英美契約法亦有類似的法制。英美司法判決及學者通說認為，法院以契約違法而變更或否定契約效力，主要目的有二。第一，嚇阻違法。如違法者得因契約的執行而獲利，無異鼓勵違法。第二，維護司法制度的尊嚴。如果法院必須以公權力為違法者追討債務，不但傷害司法尊嚴，並減損人民對司法的信任⁷⁷。

司法院釋字第726號認民法第71條「係在平衡國家管制與私法自治之原則」，並宣告系爭約定一部有效、一部無效，使雇主無從自約定事項獲利，並須負擔不利於己的義務，實具有嚇阻違法並維護司法尊嚴的作用。最高法院許多宣告法律行為無效的判決，亦明顯具有嚇阻違法的功能。學者並認為，民法第71條尚有維持法秩序無矛盾性的功能⁷⁸。法院宣告契約無效，可避免一面

⁷⁷ 英國法部分，參閱STONE, *supra* note 54, at 381-382. 美國法部分，參閱AYRES & KLASS, *supra* note 54, at 556-557, 561-562; FARNSWORTH, *supra* note 55, at 314-315; PERILLO, *supra* note 56, at 730-731, 739; Juliet P. Kostritsky, *Illegal Contracts and Efficient Deterrence: A Study in Modern Contract Theory*, 74 IOWA L. REV. 115, 123-126 (1988); Notes, *A Law and Economics Look at Contracts against Public Policy*, 119 HARV. L. REV. 1445, 1445-1466 (2006); Adam B. Badawi, *Harm, Ambiguity, and the Regulation of Illegal Contracts*, 17 GEO. MASON L. REV. 483, 489-493 (2010).

⁷⁸ 王澤鑑，前揭註25，頁313；詹森林，前揭註1，頁293。

以刑罰或行政罰制裁違法者，一面卻以公權力為其追討債務的矛盾情形。

2. 判斷基準

違法的法律行為態樣複雜，牽涉各種專業領域，要訂定一體適用的嚴格規則，誠非易事。但原則性的判斷基準，在保持適用彈性之時，提供法院辦案的指引，則有助於提升司法效率及裁判的一致。

英國法律委員會（English Law Commission）⁷⁹就違法契約問題於1999年提出初步檢討報告，認為法律如明定違法契約的效力者，依其規定；如未明定者，法院行使裁量權之時，應考量下列因素：1.違法情節的輕重；2.主張契約權利之人是否明知契約違法；3.依案件情節輕重變更契約效力是否有助於嚇阻違法行為及達成立法目的，是否合乎比例⁸⁰。

法律委員會嗣於2009年提出修正版本⁸¹，並於2010年定稿向國會提出⁸²。依委員會建議，法院應以下列政策理論（policy rationale），做為處理違法契約效力問題的判斷基礎：1.變更契約

⁷⁹ 法律委員會是由英國國會依1965年的「法律委員會法」（Law Commission Act of 1965）所設立的獨立機構，目的是檢討法律的適用情形，並提出改革意見。

⁸⁰ ENGLISH LAW COMMISSION, CONSULTATION PAPER NO. 154, ILLEGAL TRANSACTIONS: THE EFFECT OF ILLEGALITY ON CONTRACTS AND TRUSTS, at 86-90, 102-106 (1999); 相關討論，見ELIZABETH MACDONALD & RUTH ATKINS, KOFFMAN & MACDONALD'S LAW OF CONTRACT 399-401 (2014); STONE, *supra* note 54, at 398.

⁸¹ ENGLISH LAW COMMISSION, CONSULTATION PAPER NO. 189, THE ILLEGALITY DEFENCE (2009).

⁸² ENGLISH LAW COMMISSION, THE ILLEGALITY DEFENCE, NO. 320, HC 412 (2010).

效力有助於立法目的的實現；例如拒絕違法的槍枝出賣人行使契約權利，有助於達成禁止買賣槍枝的立法目的。2.維持法秩序的一貫（internal consistency）。拒絕賣槍人行使契約權利，同時亦應拒絕其依不當得利求償，以免相互矛盾。3.違法者不應從違法行為獲利。4.發揮嚇阻違法的功用。拒絕違法者行使契約權利，有時比科處行政或刑事處罰更具有嚇阻效用。5.法院不能成為違法者爭奪戰利品的戰場，以維護人民對司法正直尊嚴的信心。同時，法院應依上開政策理論衡量相關當事人的權益，如變更契約效力者，應合乎比例，並於判決說明理由。委員會認為無須修法，法院依循上開判斷準則，可以就違法契約效力問題，逐步建立更為合理可行的法制⁸³。

另一方面，同為普通法系（common law）的紐西蘭，則訂定專法。1970年的違法契約法（Illegal Contracts Act of 1970）⁸⁴，就違法契約的定義、法院應考量的因素、及對相關當事人產生的效力等事項加以明定。依第7條規定，法院應考量的因素包括：契約當事人違法情節的輕重、是否明知違法、系爭規定的立法目的、對違法行為處罰的輕重、及公共利益的維護等⁸⁵。

⁸³ ENGLISH LAW COMMISSION, CONSULTATION PAPER NO. 189, at paras. 2.5-2.29, 3.142; ENGLISH LAW COMMISSION, THE ILLEGALITY DEFENCE, NO. 320, at Summary paras. 1.8, 1.10. 相關討論，參閱STONE, *supra* note 54, at 398; MACDONALD & ATKINS, *supra* note 80, at 399-401.

⁸⁴ 此一法律的立法背景，見NEW ZEALAND CONTRACTS AND COMMERCIAL LAW REFORM COMMITTEE, THE LAW GOVERNING ILLEGAL CONTRACTS (1969). 此法於2002年修正，見Illegal Contracts Amendment Act 2002.

⁸⁵ 相關討論，見ENGLISH LAW COMMISSION, *supra* note 81, at 3.78-3.81; SINGAPORE ACADEMY OF LAW, RELIEF FROM UNENFORCEABILITY OF ILLEGAL CONTRACTS AND TRUSTS (2002), at 12-13 and Appendix I & II.

最高法院採模式丙及模式丁的判決，強調立法目的，並列出倫理性質、法益衝突、締約相對人的期待、及交易安全等考量因素。司法院釋字第726號以保障勞工權益的立法目的為判斷基準，並據以認定不利於勞方的約定無效。這些考量因素符合現實需要，但並未明載於法條，且與民法第71條的文本尚有距離。此外，許多判決仍沿用模式甲及模式乙，並未以立法目的做為判決基礎。因此民法第71條應酌予修正，明定判斷基準，以實現立法目的為基礎，考量相關當事人違法情節輕重、主張權利者是否明知違法，並衡量當事人的權益及維護公共利益等因素，據以決定是否變更或否定系爭法律行為的效力。

（二）訂定多元法律效果

民法第71條的立法目的之一，在於嚇阻違法。因此，變更或否定契約效力的懲罰對象應為違法者。但全部有效或全部無效的二分法，卻對違法者與未違法者相同對待，讓違法者得利，並懲罰未違法之人。同時，法院以公權力為違法者追討債務，亦有損司法制度的尊嚴，凸顯法秩序的矛盾。

英美法律對違法契約設定多元的法律效力，一面限制或否定違法者行使契約權利，同時保障未違法者的權益。以美國1934年證券交易法為例，該法第29條第2項（§ 29(b)）規定，契約或其內容之履行，違反證券交易法或依該法發布之命令者，對於違法之人，及明知契約為違法而依契約取得權利之人，契約無效⁸⁶。實務上，法院認為契約並非絕對無效（void），而是違法者不能

⁸⁶ Securities Exchange Act of 1934 § 29(b), 48 Stat. 881; 15 U.S.C. § 78cc. 類似的條文也出現在其他聯邦證券法律，包括：Holding Company Act § 26(b); Investment Company Act § 47(b); Investment Advisers Act § 215(b).

主張契約權利，但未違法的契約當事人，則得選擇依契約主張權利，或撤銷契約（*rescission*），拒絕履行；如已履行者，並得請求返還已給付的價金或回復原狀（*restitution*）。判決指出，如使契約一律無效，不但未違法者的權利可能受損，亦無助於實現立法目的⁸⁷。

在州法的領域，法院對於違法者也限制其契約權利。以無照營業為例，法院判決雖未盡一致，但學者歸納判決的一般原則指出，核發執照如果為徵收稅費的目的，相關法律行為固非無效，但如果是為確保執業者具有特定的專業技能或人品操守者，無照營業者不能請求其契約報酬⁸⁸。美國法律整編契約法（第二版）第181條亦謂，如核發執照具有管制的目的（*a regulatory purpose*），且維護公共利益顯然高於執行契約的利益者，違法業者不得依契約行使權利（*unenforceable*）。所謂「管制目的」之意義，應依整體立法意旨決定。一般考量指標包括設定取得執照的最低標準，及對於違反規定者撤銷許可等⁸⁹。

⁸⁷ See *Mills v. Electric Auto-Lite Co.* 396 U.S. 375, 387-388 (1970); *Transamerica Mortgage Advisors Inc. v. Lewis*, 444 U.S. 11, 18-19 (1979). 相關討論，見9 LOUIS LOSS & JOEL SELIGMAN, *SECURITIES REGULATION* 4300-4311 (2004); Samuel H. Gruenbaum & Marc L. Steinberg, *Section 29(b) of the Securities Exchange Act of 1934: A Viable Remedy Awakened*, 48 GEO. WASH. L. REV. 1, 6-9 (1979).

⁸⁸ BLUM & BUSHAW, *supra* note 54, at 520-528; FARNSWORTH ET AL., *CASES AND MATERIALS ON CONTRACTS* 587-588 (2013); FARNSWORTH, *supra* note 55, at 340-343; PERILLO, *supra* note 56, at 737-739. 英國法院亦將執照的性質概略區分為稅收目的與維護公共安全兩種；違反前者，契約仍有效，違反後者，則可能無效。見STONE, *supra* note 54, at 386.

⁸⁹ Restatement (Second) of Contracts of 1981 § 181. 有關無照營業的案例，參閱6A ARTHUR L. CORBIN, *CORBIN ON CONTRACTS* §§ 1510-

加州營業與專門職業法（California Business and Professions Code）第7031(a)條規定，未獲許可執照而營業者，不得請求契約報酬。第7031(b)條並規定，接受服務者，得向未獲執照的業者請求返還已給付的價款⁹⁰。

*Alatriste v. Cesar's Exterior Designs, Inc.*案⁹¹，原告Alatriste（簡稱A君）於2006年12月，委請Cesar's Exterior Designs, Inc.（簡稱CED公司）從事造園工程，約定總價91,900美元。A君陸續支付57,500美元。2007年5月26日，工程開始後約5個半月，A君不再付款，CED公司因而停止工程。A君訴請返還57,500美元，理由是CED公司未取得造園工程的執照⁹²。

CED公司主張，1.A君事先已知道該公司未獲造園執照；2.工程開始後，2007年4月5日CED公司已合法取得執照；取得執照後的工程款，CED公司應可保留；3.造園材料皆為CED公司提供，且為A君所用，A君應就其獲利部分支付價款⁹³。

法院判決原告A君可取回57,500美元外加利息。CED公司三點抗辯皆不可採。法院指出，加州上開法律明定業者必須在工程進行的全部過程中，均具有合法執照，否則不能請求契約報

1513, Ch. 89, at 706-724 (1962); HOFSTRA SCHOOL OF LAW, POCKET PART 1992, at 160-169 (1992). 美國州法的相關討論，參閱 Kostritsky, *supra* note 77, at 115-163; Notes, *supra* note 77, at 1445-1466 (2006).

⁹⁰ 相關案例，見MW Erectors, Inc. v. Niederhauser Ornamental and Metal Works Company, Inc., 30 Cal. Rptr. 3d 755 (2005); White v. Criddlebaugh, 175 Cal. App. 4th 1535 (2009).

⁹¹ *Alatriste v. Cesar's Exterior Designs, Inc.*, 183 Cal. App. 4th 656 (2010).

⁹² *Id.* at 660.

⁹³ *Id.* at 661-662.

酬，而接受服務者並得請求返還已支付的全部款項⁹⁴。因此，原告A君即使事先知悉被告CED公司未獲得執照，被告在工程進行中取得執照，且自費提供工程材料施工，原告仍可取回全部已付的款項⁹⁵。

民事責任之外，同法第7028條並對於無許可執照而從事營造工程者，科處6月以下有期徒刑，或科或併科5千美元以下罰金。被處罰而履犯者，刑責可加重至1年以下有期徒刑，併科1萬美元以下或契約酬勞20%以下的罰金，以金額高者為準。法院並未因違法者應負刑事責任，而允許無照營業者行使契約權利。

在未有類似立法的州，法院有彈性的裁量權，通常亦不許違法者請求契約報酬，目的在於實現公平的結果。北卡羅來納州 *Ron Medlin Construction v. Harris* 案，營建商Ron Medlin在未依規定獲得營業執照之前，即與客戶簽約建造房屋。建成的房屋價值130萬美元，客戶支付72.5萬美元後，以營建商未獲許可執照為由，拒絕給付餘款。法院判決客戶不須依契約支付餘款，並且不許建商以契約以外的訴訟標的請求，不論是隱含的契約（implied contract）或依客戶所受利益的範圍內求償（*quantum meruit*）⁹⁶。

判決指出，不許建商行使契約權利，是為實現保障公眾權利的立法目的⁹⁷。如允許違法的建商得以其他權利求償，反足以妨害此項公共政策的達成。此種結果，對建商固然嚴苛，但法院認

⁹⁴ *Id.* at 666-673.

⁹⁵ *Id.* at 660.

⁹⁶ *Ron Medlin Construction v. Harris*, 681 S. E. 2d 807, at 810-811 (N. C. Ct. App. 2009). 本案相關討論，見David Adam Friedman, *Bring Order to Contracts Against Public Policy*, 39 FLA. ST. U. L. REV. 563, 587-589 (2012).

⁹⁷ *See Ron Medlin Construction v. Harris*, 681 S. E. 2d at 810.

爲，違法者應自負其違法行爲的後果⁹⁸。

馬里蘭州的 *Baltimore Street Builders v. Stewart* 案⁹⁹，法院也採取類似的見解。判決指出，未獲許可執照的建商不得向客戶請求餘款，不是爲客戶利益，而是法院不願協助違法的建商求償。如果建商得依客戶所受利益求償，無異否決「建商應獲許可證照始可營業」的法律¹⁰⁰，並減損嚇阻違法及保護公眾安全的立法目的¹⁰¹。簡言之，維護公共政策及公權力的尊嚴，應優先於契約自由及違法業者的利益。

紐約州的 *Halpern v. Greene* 案，法院則允許業者請求客戶實際所獲的利益。19歲的拳擊手 Greene（G君）與 Halpern 及 Stanfon（H及S君）簽約，由H及S君擔任經理人，爲G君安排拳擊訓練、比賽及公關宣傳等事務。G君同意支付經理人其所得的三分之一，及訓練、旅費等相關費用。H及S君依合約爲G君花費逾225,000美元。G君後來拒絕付款，理由是H及S君未合法取得拳擊經理人的證照。法院認爲契約無效，G君不負違約的賠償責任，但允許H及S君依不當得利請求G君給付其實際所獲的利益（*quantum meruit*）¹⁰²。

⁹⁸ *Id.* at 811.

⁹⁹ *Baltimore Street Builders v. Stewart*, 975 A. 2d at 271 (186 Md. App. 684, 2009). 本案總價款363,780.07美元，客戶支付183,418.60美元，尚欠180,361.47美元。相關討論，參閱Friedman, *supra* note 96, at 589-590.

¹⁰⁰ *See Baltimore Street Builders v. Stewart*, 975 A. 2d at 278.

¹⁰¹ 其他類似意旨的判決，見Friedman, *supra* note 96, at 589 n.131, n.132.

¹⁰² *Halpern v. Greene*, 2009 WL 2972386 (N. Y. Supp., 2009), at *7. 本案相關討論，見Friedman, *id.* at 585-587.

英國法院對於違法契約的效力，亦區分違法者與未違法者而為差別待遇。英國1986年金融服務法（Financial Services Act of 1986）第132條規定，未取得保險業執照而違法出售保單者，保險公司不能行使契約權利，但投保人可取回保險費或行使契約權利¹⁰³。此種區別對待，目的在於維護法律尊嚴，嚇阻違法，並促進結果的公平¹⁰⁴。

我最高法院判決對於強制或禁止規定的意涵，雖有歧異的認定，但關於違法行為的效力，則是一貫只有「全部有效」與「全部無效」兩種。這種二分法使違法者與未違法者居於相同的法律地位，產生不公平的結果。最高法院早已認知此點，但始終未有突破。

以僱用童工的契約為例，勞動基準法第45條禁止僱用未滿15歲的人從事工作。違反規定的契約效力如何？高院認為契約無效（台灣高等法院86年度重勞上字第1號民事判決）。但最高法院予以廢棄。判決指出，第45條的立法理由「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」。本案受僱的童工在工作中遭受重傷，最高法院認為，如採效力規定使契約無效，童工依法不能請求災害補償，將導致雇主有不法行為，卻令兒童負擔不利益之結

¹⁰³ 見SIR GUENTER TREITEL, *THE LAW OF CONTRACT* 397, 449 (1999); WHINCUP, *supra* note 54, at 291.

¹⁰⁴ 相關討論，見BEATSON, *supra* note 56, at 349-350, 395-418; MACDONALD & ATKINS, *supra* note 80, at 389-399; POOLE, *supra* note 54, at 605-612; TREITEL, *id.* at 442-451; STONE, *supra* note 54, at 391-398; 蘇永欽，前揭註1，頁104-107（德國法的討論）；楊慧娘，前揭註3，頁111-136。

果，有違第45條的立法意旨（最高法院87年度台上字第451號民事判決，本件最後以和解解決爭議）。

禁止童工的規定具有強烈的管制目的，將其認為取締規定，顯然不符立法目的。但為使童工得請求職業災害補償，卻不能宣告契約無效。這是全部有效與全部無效二分法的困境。

司法院釋字第726號創設一部有效與一部無效的先例，突破全部有效與全部無效的框架，以保障勞工權益，並防止雇主因違法行為而得利。這是目的導向的解釋，也是司法造法的結果。為利於法院的適用，民法第71條應增訂違法行為的各種法律效力，在實現立法目的的前提下，不使違法者得利，並賦予未違法者適當的救濟，除全部有效或全部無效外，並包括部分有效、部分無效，絕對無效、相對無效、得撤銷及其他必要方法¹⁰⁵。

由於違法情形繁複多元，判斷基準必須保有彈性，且綜合衡量各項因素的結果，執法者對公平的理念未必一致，個案判決分歧實難避免。但與現況相比，確認立法目的，訂定判斷標準，並提供多元法律效力的選擇，應可提高法律的透明度，縮小法律規定與實務適用的差距，並有助於實現個案的公平。

二、修正相關法律，增訂違法行為的效力

最高法院諸多判決及司法院釋字第726號，均有意限縮民法第71條的適用範圍，並使爭議解決更為合理。但限於人力物力，判斷違法行為的效力，不應由法院獨自承擔重任。除修正民法外，行政主管機關及立法機關應積極參與，加入專業經驗及民意

¹⁰⁵ 學者對於如何適用民法第71條，提出具體建議，均可供修正民法的參考。見蘇永欽，前揭註1，頁104-107（法律效力的選擇）及114-117（判斷基準）；楊慧娘，前揭註3，頁90-110。

基礎，在相關法律明定違法行為的效力，使個案爭議的解決方法更為明確周延。現行法已有諸多成例，包括：

（一）定型化契約

消費者保護法第17條第1項規定：「中央主管機關為預防消費糾紛，保護消費者權益，促進定型化契約之公平化，得選擇特定行業，擬訂其定型化契約應記載或不得記載事項，報請行政院核定後公告之」。同條第4項並規定，「違反第一項公告之定型化契約，其定型化契約條款無效」。

以法律明定契約違反規定的效力，對於解決實務見解的分歧，頗有助益，信用卡的債務問題，就是一例。銀行以往使用的信用卡契約均規定，附卡持有人必須為正卡持卡人的債務負連帶責任。有法院認為此項規定無效。判決指出：「約定附卡持卡人亦須就正卡持卡人之消費負連帶保證清償責任，顯然已逾一般消費者對於申報附卡使用所得預見之風險，並加重附卡持卡人之責任，有違消費者申請附卡使用之目的，亦有背誠信原則而顯失公平」（台灣高等法院95年度上易字第372號民事判決）。

這裡所說的「顯失公平」，有兩條法律依據。其一是民法第247條之1：定型化契約「按其情形顯失公平者，該部分約定無效」。其二是消費者保護法第12條：「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」。法院認為，要求附卡持卡人連帶清償正卡持卡人的卡債，有違誠信公平，應屬無效。

但有判決認為約定有效。判決指出：「正附卡人應各就使用正附卡所生各別帳款負連帶清償責任之約款，並無民法第247條之1、消費者保護法第12條所定違反誠信原則，對消費者顯失公平而無效等情狀，故仍屬有效」（台灣高等法院95年度上易字第

728號民事判決）。

面對這種分歧，金管會於2010年7月27日，依消費者保護法第17條的授權，在「信用卡定型化契約不得記載事項」中明定，信用卡契約「不得記載附卡持卡人就正卡持卡人使用信用卡所生債務負連帶清償責任」。由於立法機關在消費者保護法的規定，使金融主管機關得以介入，不但化解司法見解的分歧，並保護消費者的權益。

（二）未經認許法人的法律行為

民法總則施行法第15條規定：「未經認許其成立之外國法人，以其名義與他人為法律行為者，其行為人就該法律行為應與該外國法人負連帶責任」。此外，香港澳門關係條例亦有類似的意旨；依條例第39條，「未經許可之香港或澳門法人、團體或其他機構，不得在臺灣地區為法律行為」；同條例第40條並明定違反規定的效力：「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」。

由於法律明定違法行為的效力，相關判決的見解亦相當明確。判決指出，香港澳門關係條例第39條「乃法律禁止之規定，違反該規定未經許可在台灣地區為法律行為者，其法律行為依民法第七十一條前段規定，固屬無效。惟……同條例第四十條乃明定，……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合，而不失該條規定連帶責任之真義」（最高法院96年度台

上字第1238號民事判決)。

由於法律規定明確，因而避免民法第71條適用的紛擾。

(三) 董事與監察人的選任

為促進董事會的健全及監察人的獨立性，證券交易法第26條之3規定，除經主管機關核准者外，政府或法人為公開發行公司股東時，不得由其代表人同時當選或擔任公司之董事及監察人（第2項）。此外，董事間應有超過半數之席次，不得具有配偶或二親等以內之親屬關係（第3項）；監察人間或監察人與董事間，應至少一席以上，不得具有前項所訂的配偶或近親關係（第4項）。股東會選任之董事間或監察人間，不符規定者，不符規定之董事或監察人中所得選票代表選舉權較低者，當選失其效力；監察人與董事間不符規定者，不符規定之監察人中所得選票代表選舉權較低者，當選失其效力（第5項）¹⁰⁶。

實務上，公開發行公司有關董、監事的選任，如發生違反上開規定之情事者，其當選是否有效，證券交易法的規定十分明確。在非公開發行公司的情形，由於公司法並未有類似的規定，判決因而產生分歧。最高法院最後以類推適用證交法相關規定，解決爭議（最高法院104年度台上字第35號民事判決），已見前述。

這種以法律明定的模式，其實在民法早有先例。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

¹⁰⁶ 相對而言，粗略的規定則增加實務適用的困難。例如證券交易法第19條規定，「凡依本法所訂立之契約，均應以書面為之」。惟依證券交易法所定之契約，種類繁多，實務上並非均以書面為之。未以書面訂立者，效力如何？適用上疑義甚多，類此規定，均應檢討修正。

部分之利息，無請求權」；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」；民法第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756條之3第1項：「人事保證約定之期間，不得逾三年。逾三年者，縮短為三年」；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」。類此規定不乏其例，均可避免法律適用的分歧，有助於當事人預見其行為的結果。

在特定法律就特定違法行為明定其法律效力，可以由行政主管機關及立法機關針對各項專業立法的目的，依不同的違法行為，規定不同的法律效力。例如在無照經營業務的情形，可採相對無效的方法，讓違法的業者無利可圖，承擔損失，並賦予未違法之人適當的救濟途徑¹⁰⁷。在原住民保留地買賣的案件，則採絕對無效，防止非原住民取得保留地的權利。至於應採用何種方法，除民法明定基本判斷標準外，由立法及行政主管機關協力合作，在專業法律為適當的規範，不但可紓減法院人力、物力及專業上的壓力，並為妥適解決爭議增添助力。

陸、結 論

民法第71條施行近90年來，社會發展及法制環境大異往昔。傳統的自然犯之外，行政管制法規大量出現，使民法第71條的實務適用增添許多紛擾。法院為求個案結果的合理，往往必須造法。但不同的判決依不同的方法造法，其間缺乏整體一貫的準

¹⁰⁷ 有關絕對無效及相對無效的討論，見陳忠五，前揭註53，頁181-205。

則，法條文本和實務適用之間，有明顯的差距，當事人難以預知行爲的結果。且法院判決採取全部有效與全部無效的二分法，而大法官解釋則打破二分法，採行一部有效、一部無效的作法，兩者亦有不同。民法第71條的適用，可謂法無定法¹⁰⁸。

爲增加法律適用的明確及結果的公平，民法第71條必須修正，明定違法行爲是否有效的判斷標準，並對違法行爲提供更爲多元的法律效果，使爭議的解決更爲公平合理。同時，民法之外的各項專業法律必須檢討修正，由行政主管機關和立法機關，本其專業判斷及實現立法意旨的目的，就違反重要規定的法律行爲，明定其法律效果。

中原財經法學

¹⁰⁸ 本文標題「法無定法」，出自金剛經「無得無說分」，第七。佛法的法，當然不同於法律的法，此處加以轉借，表示法院對民法第71條的解釋，缺乏明確一貫的方法。

參考文獻

書 籍

- 王文字，公司法論，元照出版有限公司，5版（2016）。
- 王伯琦，民法總則，正中書局股份有限公司（1967）。
- 王澤鑑，民法總則，自版（2012）。
- 司法行政部民法研究修正委員會編，中華民國民法制定史料彙編，司法行政部總務司（1976）。
- 史尚寬，民法總論，自版（1970）。
- 李宜琛，民法總則，國立編譯館，台一版（1952）。
- 林誠二，民法總則新解——體系化解說（下），瑞興圖書股份有限公司，3版（2012）。
- 邱聰智，民法總則（上冊），三民書局股份有限公司（2011）。
- 施啓揚，民法總則，自版，6版（2005）。
- 洪遜欣，中國民法總則，自版（1958）。
- 陳建璋，論契約自由原則之法律經濟分析——以民法第七十一條為中心，中國文化大學法律學系碩士論文（2017）。
- 陳聰富，民法總則，元照出版有限公司，2版（2016）。
- 黃右昌，民法總則詮解，自版（1960）。
- 楊慧娘，民法第七十一條之理論與適用，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文（2015）。
- 劉得寬，民法總則，自版（1976）。
- 劉連煜，現代公司法，新學林出版股份有限公司，增訂11版（2015）。
- 賴英照，證券交易法逐條釋義（第二冊），自版（1996）。
- 賴英照，股市遊戲規則：最新證券交易法解析，自版，3版（2017）。

- AYRES, IAN & GREGORY KLASS, STUDIES IN CONTRACT LAW (Foundation Press, New York, 2012).
- BEATSON, J., ANSON'S LAW OF CONTRACT (Oxford University Press, New York, 2002).
- BLUM, BRIAN A. & AMY C. BUSHAW, CONTRACTS, CASES, DISCUSSIONS & PROBLEMS (Wolter Kluwer, New York, 2017).
- BREYER, STEPHEN, ACTIVE LIBERTY (Alfred A. Knopf, New York, 2005).
- BREYER, STEPHEN, MAKING OUR DEMOCRACY WORK (Alfred A. Knopf, New York, 2010).
- CORBIN, ARTHUR L., CORBIN ON CONTRACTS, VOL. 6A (West Publishing Co., St. Paul, 1962).
- CROSS, FRANK B., THE THEORY AND PRACTICE OF STATUTORY INTERPRETATION (Stanford University Press, Stanford, Calif., 2009).
- FARNSWORTH, E. ALLAN, CAROL SANGER, NEIL B. COHEN, RICHARD R. W. BROOKS & LARRY T. GARVIN, CASES AND MATERIALS ON CONTRACTS (Foundation Press, New York, 2013).
- FARNSWORTH, E. ALLAN, CONTRACTS (Aspen Law & Business, New York, 2004).
- HOFSTRA SCHOOL OF LAW, POCKET PART 1992 (Shari B. Lash ed., Hofstra School of Law, Hempstead, New York, 1992).
- KATZMANN, ROBERT A., JUDGING STATUTES (Oxford University Press, New York, 2014).
- LOSS, LOUIS & JOEL SELIGMAN, SECURITIES REGULATION, VOL. IX (Aspen Publishers, New York, 2004).
- MACDONALD, ELIZABETH & RUTH ATKINS, KOFFMAN & MACDONALD'S LAW OF CONTRACT (Oxford University Press, Oxford, 2014).
- MARKESINIS, SIR BASIL, HANNES UNBERATH & ANGUS JOHNSTON, THE GERMAN LAW OF CONTRACT: A COMPARATIVE TREATISE (Hart

Publishing, London, 2006).

- PERILLO, JOSEPH M., CALAMARI AND PERILLO ON CONTRACTS (West Group, St. Paul, Minn, 2009).
- POOLE, JILL, TEXTBOOK ON CONTRACT LAW (Oxford University Press, New York, 2006).
- POSNER, RICHARD A., LAW, PRAGMATISM, AND DEMOCRACY (Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2003).
- SCALIA, ANTONIN & BRYAN A. GARNER, READING LAW: THE INTERPRETATION OF LEGAL TEXTS (Thomas/West, St. Paul, MN, 2012).
- STONE, RICHARD, THE MODERN LAW OF CONTRACT (Routledge, New York, 2013).
- TREITEL, SIR GUENTER, THE LAW OF CONTRACT (London Sweet & Maxwell, London, 1999).
- WHINCUP, MICHAEL H., CONTRACT LAW AND PRACTICE: THE ENGLISH SYSTEM AND CONTINENTAL COMPARISONS (Kluwer Law and Taxation Publishers, Hague, 2001).

期刊論文

- 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，頁65-127（2012）。
- 吳信華，「見解有異」作為「統一法令解釋」之要件——釋字第七二六號解釋評析，月旦裁判時報，第35期，頁49-56（2015）。
- 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，頁129-133（2011）。
- 林更盛，勞動基準法第84條之1所規定的核備、對勞雇雙方合意的效力有何影響？，月旦法學教室，第153期，頁33-35（2015）。
- 林佳和，行政法與私法：私法形成之行政處分、合法化效力與構成要

- 件效力，月旦法學教室，第151期，頁9-11（2015）。
- 林國彬，論私募有價證券違法轉售之法律效果——兼評臺北地方法院九六年重訴字第五六五號判決，台灣法學雜誌，第109期，頁25-35（2008）。
 - 侯岳宏，依勞基法第八四條之一另行約定而未經核備之效力——釋字第七二六號解釋評析，月旦裁判時報，第36期，頁5-13（2015）。
 - 徐璧湖，司法院大法官審理案件法第七條第一項第二款規定適用法令所表示見解有異之研析，月旦法學雜誌，第255期，頁5-12（2016）。
 - 郭大維，私募有價證券轉讓之限制——評最高法院九十七年臺上字第二七二九號民事判決，月旦裁判時報，第9期，頁69-77（2011）。
 - 陳忠五，法律行為絕對無效與相對無效之區別，臺大法學論叢，第27卷第4期，頁157-258（1998）。
 - 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，第81期，頁1-43（2012）。
 - 陳清秀，釋字第726號解釋之評析——勞動基準法第84條之1之探討，植根雜誌，第32卷第6期，頁213-228（2016）。
 - 蔡瑞麟，但書不能單獨離於本文解釋適用——評大法官釋字第726號解釋，台灣法學雜誌，第264期，頁7-22（2015）。
 - 蔡瑞麟，勞動基準法第84條之1核備的法律性質——再論釋字第726號解釋，台灣法學雜誌，第279期，頁170-178（2015）。
 - 鄭津津，勞動基準法第八四條之一另行約定而未經核備之效力——釋字第七二六號解釋評析，月旦裁判時報，第35期，頁57-64（2015）。
 - 謝銘洋，法律行為違反限制競爭規範在私法上之效力，公平交易季刊，第21卷第2期，頁1-28（2013）。
 - 蘇永欽，釋字第七二六號解釋點出了什麼問題？，中華法學，第16

期，頁1-20（2015）。

- Badawi, Adam B., *Harm, Ambiguity, and the Regulation of Illegal Contracts*, 17 GEO. MASON L. REV. 483-532 (2010).
- Friedman, David Adam, *Bring Order to Contracts Against Public Policy*, 39 FLA. ST. U. L. REV. 563-806 (2012).
- Gruenbaum, Samuel H. & Marc L. Steinberg, *Section 29 (b) of the Securities Exchange Act of 1934: A Viable Remedy Awakened*, 48 GEO. WASH. L. REV. 1-54 (1979).
- Kostritsky, Juliet P., *Illegal Contracts and Efficient Deterrence: A Study in Modern Contract Theory*, 74 IOWA L. REV. 115-163 (1988).
- Notes, *A Law and Economics Look at Contracts against Public Policy*, 119 HARV. L. REV. 1445-1466 (2006).
- Pound, Roscoe, *The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence*, 25 HARV. L. REV. 489-516 (1912).
- Stevens, John P., *The Shakespeare Canon of Statutory Construction*, 140 U. PA. L. REV. 1373-1387 (1992).

專書論文

- 詹森林，效力規定與取締規定之區別標準——最高法院裁判之評析，收錄於程序正義、人權保障與司法改革：范光群教授七秩華誕祝壽論文集，頁289-314，元照出版有限公司（2009）。
- 薩孟武，憲法的解釋，收錄於孟武隨筆，頁96-104，三民書局股份有限公司（1969）。
- 蘇永欽，違反強制或禁止規定的法律行為，收錄於民法經濟法論文集，頁87-121，自版（1988）。
- 蘇永欽，從動態法規範體系的角度看公私法的調和，收錄於尋找新民法，頁250-306，元照出版有限公司（2008）。
- Scalia, Antonin, *Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws*,

in: AMY GUTMANN ED., A MATTER OF INTERPRETATION: FEDERAL COURTS AND THE LAW (Princeton University Press, Princeton, N.J., 1997).

研究報告

- ENGLISH LAW COMMISSION, CONSULTATION PAPER NO. 154, ILLEGAL TRANSACTIONS: THE EFFECT OF ILLEGALITY ON CONTRACTS AND TRUSTS (The Law Commission, London, 1999).
- ENGLISH LAW COMMISSION, CONSULTATION PAPER NO. 189, THE ILLEGALITY DEFENCE (The Law Commission, London, 2009).
- ENGLISH LAW COMMISSION, THE ILLEGALITY DEFENCE, NO. 320, HC 412 (The Law Commission, London, 2010).
- NEW ZEALAND CONTRACTS AND COMMERCIAL LAW REFORM COMMITTEE, THE LAW GOVERNING ILLEGAL CONTRACTS (New Zealand Contracts and Commercial Law Reform Committee, Wellington, 1969).
- SINGAPORE ACADEMY OF LAW, RELIEF FROM UNENFORCEABILITY OF ILLEGAL CONTRACTS AND TRUSTS (Law Reform Committee, Singapore, 2002).

摘 要

民法第71條對於法律行為違反強制或禁止規定者，明定其效力。本條規定施行近九十年來，司法判決從嚴格遵守法條文義，逐漸走向目的解釋。法院各自解讀第71條的文義和目的，適用四種不同的模式，得出不同的結果，判決分歧的情形十分明顯。許多判決和法律文本之間，呈現明顯的差距。民法第71條及相關法律必須修正，明定強制或禁止規定的意義及其判斷標準，並對違法行為的效力，提供更為明確且多元的選擇。

中原財經法學

The Problem of Indeterminacy: Revisiting Article 71 of the Civil Code

In-Jaw Lai

Abstract

Enacted in 1929, Article 71 of the Civil Code provides that a juristic act which violates an imperative or prohibitive provision of the law is void, unless the law leads to a different conclusion. Although the Article has been implemented for nearly ninety years, the exact meaning of the Article is still enveloped in the mist of indeterminacy.

The courts have employed various methods of statutory interpretation in applying the Article, ranging from strict construction of the text to a more purposive approach. The courts have thus developed four modes of application. With ample discretionary power, the courts have applied different modes to similar or even identical cases, resulting in different decisions. This thesis calls for an application more consistent and predictable.

Keywords: imperative provision, prohibitive provision, textualism, purposivism, statutory interpretation