

# 行政院法規委員會委託研究計畫

## 私法關係行政規制之法制體例研究

公寓大廈管理條例、消費者保護法與勞動契約法制發展經驗之觀察比較

計畫主持人 陳建文 助理教授  
協同主持人 劉素吟 律師

民國九十八年十一月

## 章節目次

第一章 緒論.....	1-1
第一節 研究動機與研究目的.....	1-1
一、研究動機.....	1-1
二、研究目的.....	1-2
第二節 研究構想與研究貢獻.....	1-5
一、研究取向與範圍的設定.....	1-5
二、分析事例素材取舍的考量	
--兼論事例素材彼此間的內的事理關聯與法理對照意義.....	1-6
三、研究成果對於法制作業實務的作用.....	1-14
第三節 章節安排說明 .....	1-21
第二章 行政機關的知識管理與知識生產.....	2-1
第一節 知識經濟時代與知識型政府.....	2-1
第二節 法制作業單位的知識管理與知識生產.....	2-4
一、法制作業環境變遷下的知識需求與滿足方式.....	2-4
二、透過法制體例進行知識管理.....	2-5
三、外部知識的轉化問題.....	2-6
第三節 一般行政機關的知識管理與知識生產	
一以勞工行政主管機關為例.....	2-9
一、解釋令的產生背景.....	2-9
二、解釋令對實務工作的作用及重要性.....	2-10
三、無薪休假問題的實務因應經驗檢討.....	2-12
第四節 結語 .....	2-17
第三章 私法關係行政規制問題的相涉觀念分析.....	3-1
第一節 私法關係行政規制議題的觀察面向.....	3-1
第二節 私法關係行政規制議題的背景認知（一）	
-- 國家角色、任務的想像與期待.....	3-3
一、國家角色的變遷	
-- 守衛者、仲裁者、管制者、給付者、市場化、去市場化.....	3-3
二、國家角色與公民地位的互動關係.....	3-7
三、今後國家角色的變化與界定思考.....	3-8
第三節 私法關係行政規制議題的背景認知（二）	
-- 行政調控任務以及治理思想典範.....	3-12

一、行政法學作為調控之學.....	3-12
二、治理思想的典範類型.....	3-14
三、對法制作業的啓發.....	3-17
第四節  私法關係行政規制議題的背景認知（三）	
-- 契約自由制度流弊的檢討反省.....	3-19
一、契約自由原則真諦的省思.....	3-19
二、個人自主概念作為契約自由的上位價值與指導原則.....	3-20
三、透過個人自主概念檢討反省契約自由制度流弊的實例	
-- 勞動法法源及規範制度建構原則的內在原理 .....	3-22
第五節  私法關係行政規制議題的背景認知（四）	
-- 公法與私法的彼此關聯與交互為用.....	3-25
一、公法、私法二分觀點的檢討必要.....	3-25
二、行政法原理面的思考.....	3-27
三、民事法原理面的思考.....	3-28
四、公法規範手段與私法規範手段有機結合.....	3-30
第四章  私法關係行政規制問題的法制體例分析.....	4-1
第一節  分析方式的思考與設定.....	4-1
第二節  契約自由的行政規制與定型化契約的監督控制.....	4-3
一、問題概說與基本觀念.....	4-3
二、契約自由的制度保障內涵與規範設計.....	4-6
三、定型化契約監督控制規範的設計問題 .....	4-9
第三節  團體、組織的規範設計運用.....	4-16
一、問題概說與基本觀念.....	4-16
二、團體、組織運用事例的考察分析.....	4-19
三、勞動法運用經驗的觀察借鏡.....	4-24
第四節  團體訴訟制度的規範設計運用.....	4-32
一、團體訴訟的基本概念.....	4-32
二、以團體訴訟之功能面向作為制度設計之指導原則.....	4-35
三、我國團體訴訟制度之立法例觀察整理.....	4-39
四、團體訴訟制度的細部設計問題.....	4-46
第五章  結論.....	5-1

## 參考文獻

## 第一章 緒論

### 第一節 研究動機與研究目的

#### 一、研究動機

人是群居的動物，在群體社會生活中，每個個體皆必然隸屬於集體之中。只要人類須過集體的社會生活，就存在政治現象。從古到今人類社會不斷摸索發展各種政治統治組織形式，小至部落、城邦，大至王國、帝國等等，近代國家也是這些政治統治組織形式的一種。自十七、十八世紀以降，國家與社會、公領域與私領域、自私與利他，以及理性與感情之二元區分，已成為西方近代國家的組織基礎。然而，隨著時空因素轉變，公領域與私領域之二元區分觀念於今日漸淡化，有無超越此區分之必要，以及如何超越此等區分來為個人與群體協調出合宜的互動規則與生活秩序，成為必需要思索並加以解決的問題。

此種局面連帶地衍生出，傳統上以管制者自居的國家應該如何重新調整定位其角色，以及在國家逐步退出社會生活，人民再次由公權力桎梏解放出來時，如何維持與重構國家角色、促進個體自律、維繫群體秩序及其存在等連串關聯課題<sup>1</sup>。這樣的思潮趨勢反映在法律規範面，自然呈現為：公法、私法絕對區分的看待觀點逐漸在調整轉型；越來越多的法律制度在設計時即面臨如何在自治、規制、管制間拿捏抉擇的難題；採取公法、私法混在併用的規範體例因應實際需求的事例與日俱增等，私法關係行政規制的理論課題。

大陸法系國家的立法、司法深受公法、私法區分對立的觀念影響。公法規範與私法規範二者理念形成與概念、制度的發展各有脈絡。然而，隨著社會發展、國家任務演進，公領域與私領域不斷出現交錯、重疊的現象，國家透過法律針對私法關係進行行政規制的情況亦越來越為常見。甚至在公法、私法之外，復衍生發展出公法、私法混雜交相為用的第三法域如經濟法、社會法、勞動法等法律領域。

隨著公法、私法的動態辯證發展趨勢，行政介入私法關係的廣度與深度亦逐漸擴張，應然面的法律體系很自然地從公私法的二元變成多元，公私法的接軌問題變得越來越複雜，處理難度亦日益升高。面對這種公私法多層而交錯的實際發展，吾人顯然已經不能再執公法、私法簡單二分的理論觀念來看待與對待問題，

---

<sup>1</sup> 參閱：陳淳文，公民、消費者、國家與市場，人文及社會科學集刊（中央研究院中山人文社會科學研究所）第 15 卷第 2 期（2003 年 6 月），頁 263。

而必須認真思考公法、私法的區分意義以及彼此關係，釐清公法、私法如何統合作用、交互影響、相輔相成、並存共用等問題。

此等問題在法制作業上所須處理及思考者，事實上已不純然是公私法接軌的技術問題，其同時還牽涉到公私法理念價值與公共政策選擇等更深一層的接軌問題。因此，有必要設法由既有法制處理經驗中尋找回應之道。唯有掌握受規範之社會事實的本質與事理結構，適當的發現及調合公私法間的價值衝突，同時思考如何認清公私法交錯問題，進而找出規範整合的共同基礎與規則，法案研擬審議作業在面對此類問題時才可以運用自如。

誠如學者蘇永欽所分析，法律規範的本質既是強制性的應然規範，內容或效果上的相互扞格甚至是矛盾現象，自然應該盡量設法避免，尤其是我國法律體制主要繼受自對規範體系要求較高的大陸法系，更應如此。規範國家與人民的公法以及規範人民之間的私法，彼此在理念形成、概念、制度發展上本來各有脈絡，然而隨著現代化帶動公領域與私領域的發展、擴張，兩者開始有越來越多的交錯。建立在公法管制、私法自治的理念區分上的公法私法區分觀念，出現辯證發展，如何轉化調和二者的觀念藩籬，使其彼此統合在憲法理念之下，發揮應有的規範機能，已成為必須面對的重要現實課題<sup>2</sup>。

基於私法關係的行政規制已成常態現象，法制作業實務上亦不斷碰觸到此類議題，不論是從規範觀念面還是從法制體例的設計選擇面來看，都有研究私法關係行政規制議題之必要性，因此本研究擬針對私法關係的行政規制問題進行相關探討，期能為法制作業實務處理是類問題時提供相關參考。

## 二、研究目的

如前所述，本研究以「私法關係的行政規制」來描述前述課題並進行相關法制體例之分析整理工作，主要係考量到，現今國家幾乎均同時扮演守衛者、仲裁者、管制者與給付者的多種角色，故國家以各種形式影響人民的生活，利用行政干預日常生活的各個階段，限制人民各方面的自由，向來就是存在的事實。惟私法領域向來服膺私法自治的指導觀念，強調契約自由不容任意剝奪，國家基本上應該盡量尊重此一交由個人自由自治的「規範系統」，不能任意入侵。國家如直接介入、指導與調控受規範之客體，以直接影響該客體之行爲，容易引起不當侵

---

<sup>2</sup> 參閱：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，月旦民商法雜誌特刊號（2003年3月），頁74-75。

害私法自治的疑慮。所以在契約失靈、私法自治出現流弊現象時，國家固非不得採取規範性的導正措施，惟此時的相關作為原則上仍須以尊重私法自治為原則與界限，亦即以制定規範提供規律性或規則性的控制，來使私法規範系統得以正常運作，而非直接主導、決定甚至是替代掉私法規範系統的自行運作。

一般在行政法學研究文獻上經常使用「管制」與「規制」來指稱國家的介入或是出手處理行為，且無區分地將它們交替使用<sup>3</sup>。從中文字面上來看，「管制」與「規制」二詞看似無重大差異。學者顏厥安提出「法規制理論」時，對於regulation一字的中文譯法，也在「管制」或「規制」之間徘徊，其後來選用「規制」的譯法，但並未進一部說明理由<sup>4</sup>。

學者陳淳文指出，管制」或「規制」兩者可以在解釋上進一步細分區辨。「管制」包含管理與控制，它的意義比較趨向於直接影響受管制之客體的行為；或是直接介入、指導與調控受管制之客體。「規制」則可解為規範控制，狹義而言，可指以制定規範作為控制手段。若借用「系統」的觀念來理解「規制」，它是一種使「系統」得以正常運作的規律性或規則性的控制調整機制。在此意義上，我們可以說，針對原本自成運作系統的鐘錶所進行的校調作為是一種「規制」行為，而不是「管制」行為。反過來說，企業經理人經營企業或是部隊長官領導統馭部隊的相關作為，則比較適宜稱為「管制」行為<sup>5</sup>。

雖然，「管制」與「規制」的區分甚為幽微，目前文獻仍少有深入與周延的探討，然兩者仍是存有語意上的區辨，這期間的觀念上的差異，可以提醒吾人在就私法關係進行相關規範工作時，應有細緻思考，故本研究刻意選擇「私法關係的行政規制」來描述、設定研究課題。

此等課題的處理，有一大部分必須仰賴法制作業第一線的工作者，爬梳規範對象錯綜複雜、剪不斷理還亂的利益交涉面向，居中抽絲剝繭、穿針引線，摸索找尋公私法手段的適當操作與搭配原則，來維持亂中有序的動態規範體系。這些法制作業實務所需的知識來源，不外來自於外部與內部兩方面：外部即一般法學特別是行政法學的研究成果；內部即法制作業機關自身從事作業所產生出來的經驗、想法。

<sup>3</sup> 國內行政法學界常使用「管制」一詞，例如中央研究院社科所於1999年曾辦理「管制革新學術研討會」，嗣後並出版論文集。此種用法源於美國1970年代以來的自由化運動，美國稱為deregulation，國人翻譯為「解除管制」。

<sup>4</sup> 參見：顏厥安，規範、制度與行動，載於林繼文/編，政治制度，中央研究院社會科學研究所，2000年，頁1。

<sup>5</sup> 參閱：陳淳文，註1前揭文，頁281-282。

由於法制作業單位平日業務繁忙、應接不暇，在相關法制作業上有越來越倚重外部知識之傾向，此舉固有助於法制單位與外界資訊、學界研究成果接軌，不至於與社會脈動脫節。然而，過度倚賴外部知識，或是一味以外部知識為重，難免相對輕忽了內部知識整理、形成、生產、累積工作的重要性。

在今日知識經濟時代，法制作業者其實就是知識工作者，應該具有知識管理與知識生產的觀念工作。因此，本文擬引進知識管理與知識生產的觀念，說明法制作業單位以及一般行政機關，如何進行知識管理與知識生產，思考如何均衡地從外部知識途徑以及內部知識途徑，共同汲取、發展出法制或行政作業實務所需的知識。

至於，進行知識管理與知識生產的思考演練素材方面，有鑑於行政介入私法關係的相關規定，於法規發展實務上有其普遍性與實用性，本研究擬以「公寓大廈管理條例」、「消費者保護法」與勞動契約法制等三個相對較為典型事例作為主要的分析研究素材，希望藉由觀察分析、歸納比較其彼此的法制體例，為私法關係行政規制之法制體例問題建立起一初步的類型化觀察架構，從中找出現行法制作業實務處理私法關係行政規制問題時的思考觀點，以及其可能採取之配套手段設計，俾供法制作業參考。

## 第二節 研究構想與研究貢獻

### 一、研究取向與範圍的設定

首先，必須指出的是，就同一議題的探索角度與進行方式，容有出於不同考量而作不同研究目的與討論深度設定的可能。本研究對私法關係行政規制這個議題的關心，主要著眼立基於法制作業實務上的需要，希望透過「公寓大廈管理條例」、「消費者保護法」與勞動契約法制等分析對象，分析、歸納、蒐集相關問題面向的規定體例素材。一方面，增進吾人對於行政規制私法關係規定體例的體系性的認識與了解。二方面，利用這樣的分析作業過程，嘗試為法制作業實務摸索、開發一套知識管理與知識生產方法的可能實踐方式，讓法制作業工作圈能在外部專業知識的支援協助之餘，能夠同時發展出自行整理、消化、吸收相關資訊，「用以致學」地生產、形成法制作業工作所需知識的可行作法。

基於此等研究目的之設定，本研究主要置重於法制體例的整理歸納以及演繹運用的實務作業問題，試圖思考如何以相關法律制度的規範體例為素材，型塑建立知識整理架構，並透過實際法律規定素材的解析說明，從其法制體例中「解壓縮」出法制作業實務的需用知識，再這些汲取提煉自法制體例的作業知識，進一步運用到實際法制作業之規定體例規定設計、取捨等問題。

至於比較屬於抽象理論層面的思考，則僅在必要的範圍內加以介紹說明，而不擬作過於深入的探究。希望藉此讓法制作業實務有套操作方法，可以有系統的收納整理相關法律的法制體例，增進相關法制體例的作業知識，便於處理法制業務時自行運用，同步進行法制作業的實務知識管理與生產，最後指出研究議題法理上及立法技術上的後續發展方向及空間，供法制作業實務參考。

最後要說明的是，法制體例分析工作，帶有某種「解釋」特定體例之為何、如何的意味。在法律學的用語上，「解釋學」（Dogmatik）與「體系學」是二個互相鄰接的概念。多數規定的存在，帶來了其彼此為何有關聯以及存在何等脈絡的問題，使得「解釋」註定得以現存規定整體所演變出來的指導原則作為目標指針。解釋學在原則上也就包含著體系性的思考與工作，必須設法看出存在於多數現象單位的關聯性，來建構理解體系<sup>6</sup>。本研究的研究以消費者保護法、公寓大廈管理條例以及勞動契約法治為基本素材，進行相關法制體例的整理分析，故體例取材並不侷限於三者，毋寧是透過三者所提供之法制體例類型，來建立認知架構，進一步以較大領域範圍的比較可能性、相互關聯以及其演進方向指引，來探

<sup>6</sup> 參見：Eberhard Schmidt-Aßmann/著，林明鏘等人/譯，行政法總論作為秩序理念-行政法體系建構的基礎與任務，元照出版有限公司，2009年10月出版第1刷，頁5。

討、思考私法關係行政規制法制體例的相關問題。

## 二、分析事例素材取舍的考量

### -- 兼論事例素材彼此間的內在事理關聯與法理對照意義

由於公法、私法混雜併存共同發揮規範社會生活作用的事例相當繁多，要探究私法關係的行政規制問題，首先必須選擇設定適當的分析對象。本研究在眾多分析對象素材上，選擇「消費者保護法」、「公寓大廈管理條例」、「勞動契約法制」的法制體例發展經驗作為分析素材，主要係考量到，這些事例素材就私法關係行政規制的研究議題而言，具有某種程度的代表性，且各別事例素材彼此間具有內在事理關聯，深具法理對照意義。茲將分析事例素材取舍的考量，以及事例素材彼此間的內在事理關聯與法理對照意義說明如下：

#### （一）分析事例素材具有某種程度的代表性

首先，消費者保護法、公寓大廈管理條例以及勞動契約法制三者所規範的社會生活領域--「居住」、「消費」與「工作」，乃形塑現代人生活的三主要中心，這三個社會生活中心相互串連、鑲嵌如同人體的脊椎般，排列架構出現代生活型態的支撐軸心，生活所牽涉的社會關係、經濟秩序，就像一根根不同的肋骨，由此延展出去，最後再由法律規範穿針引線、活血生肉。

同時，不論是「居住」、「消費」或是「工作」，都有賴於個人與他人彼此間的某種合作，雖然活動的模式、內容迥異，但其均是一種高度社會鑲嵌的過程（social embedded process），參與其中的個人，像是高度緊密交織網絡中的一條線，儘管保有一定程度的個人性，但也和其他參與其中的個人一樣，共同交會織就整個社會連帶的關係網絡，而產生一定程度的公共性，不再適合以孤立單純的個人視之<sup>7</sup>。

透過「居住」、「消費」、「工作」這三個關係構面，進行初步觀察，可以發現以「居住」、「消費」或是「工作」為中心的社會活動以及其所製造出來的社會連帶關係，在相應的法律規範面中，事實上也都存在著樣態與程度不一的私法關係行政規制現象，這樣的內在事理關聯，具體而微地展現現代社會生活樣貌

---

<sup>7</sup> 參閱：Paul Ransome/著，黃彥翔/譯，工作、消費與文化（Work, Consumption and Culture），國立編譯館與韋伯文化國際出版有限公司合作翻譯發行，2008年1月初版1刷，頁3。

與規範趨勢。

因此，消費者保護法、公寓大廈管理條例以及勞動契約法制，此三者的相關規定，可謂係探究私法關係行政規制問題，頗具全面代表性的分析素材，以其為研究對象，恰可收「一粒沙見世界」之效，事半功倍且具體而微的掌握、瞭解私法關係行政規制問題。

## （二）法制體例樣態豐富多元且各具特色，彼此又充滿可供相互對照印證之處

消費者保護法、公寓大廈管理條例以及勞動契約法制對於私法關係行政規制問題提供了豐富多元的法制體例，如能整體觀察，掌握彼此相似處、對比處，自可建立彼此參照、相互比較的思考視野，而有助於吾人思考私法關係行政規制問題，以及針對實際需要設計、取捨妥適的法制體例。

個別來看，消費者保護法中有關私法關係行政規制的法制體例蘊藏頗豐：首先，就消費市場的前行階段--企業經營生產活動進行管制。具體作法上，一方面要求政府透過相關立法管理並完善商品或服務之標示、廣告<sup>8</sup>、度量衡、合理包裝，提供充分、正確的消費資訊，引導正確合理的消費行為，促進維持合理價格、公平交易秩序，同時提供消費者教育、諮詢服務，扶植、獎助消費者保護團體，協調處理消費爭議等等之依消費生活發展所必要之消費者保護措施，來維護商品

---

<sup>8</sup> 廣告是一種傳遞信息的方式，目的在推銷商品、服務、影響輿論、博得支持、推行一項事業或是引起刊登廣告者所希望之反應。消費者保護法施行細則第 23 條將同法第 22 條及第 23 條所稱之廣告定義為：「…所稱廣告，指利用電視、廣播、影片、幻燈片、報紙、雜誌、傳單、海報、招牌、牌坊、電腦、電話傳真、電子視訊、電子語音或其他方法，可使不特定多數人知悉其宣傳內容之傳播。」。就廣告促成契約締結上的意義來說，廣告的性質多少具有廣告人為推銷其商品或服務，對不特定之多數人所為之一種「要約誘引」，其具有提供消費資訊、刺激說服消費者、建立品牌形象、促進商品競爭秩序等功能。在自由經濟的市場體制之下，商品廣告涉及人民財產權與言論自由等保障，而基於消費者立場，廣告為其取得商品、接收服務資訊的主要方法，廣告應該儘可能提供充分、完整、客觀且與事實相符的資訊，以利消費者理性判斷進行消費，故而法律政策針對廣告存有防制弊端的規範，如公平交易法第 21 條、第 31 條、第 32 條、第 41 條等規定，係由維護合理交易秩序與確保（廠商）公平競爭環境的角度來規範廣告行為；另消費者保護法則從確保廣告提供正確消費資訊，保障消費者權益的角度來設定形成廣告規範，兩者之目的功能有所不同。這些針對廣告的管制規範，自然會對消費契約的私法關係形成一定的規制效應，則廣告在契約上的效果為何？如何認定廣告不實引致消費者陷於錯誤？廣告得否又是如何成為契約內容之一部？其成為契約內容一部分後與當事人之意思表示如何連結？等契約法解釋操作面的問題，即有待釐清。

相關問題之探討，請參閱：翁煥然，消費者保護法有關廣告規定之研究，中正大學法律研究所 2006 年碩士論文。林誠二，消費資訊之規範，消費者保護研究第 3 輯，行政院消費者保護委員會，1997 年 4 月。黃立，消費者保護法有關廣告規定之適用，政大法學評論第 62 期，1999 年 12 月。黃茂榮，不實廣告之告知義務或擔保責任，植根雜誌第 29 卷第 9 期，2004 年 9 月。

與服務的品質與安全衛生，減少進而防止損害消費者生命、身體、健康、財產或其他權益的情事發生（參見同法第三條至第五條）。

另一方面，則課企業經營者的種種義務與責任，來追求落實保障消費者健康安全等權益之立法目的（參見同法第二章消費者權益第一節健康與安全保障）；其次，沿著個別消費者進行消費活動的契約接觸、締結、權利義務履行、產生紛爭、解決紛爭等歷程，順理成章的鋪陳規範脈絡（參見同法第二章消費者權益第二節定型化契約、第三節特種買賣、第四節消費資訊之規範的相關條文）。

其次，在以消費契約兩造當事人（企業與消費者）為焦點的契約思考格局之外，同時考慮到消費糾紛問題具有因同一事件影響、受害的集體性，分設訴訟上與訴訟外的紛爭處理機制，在國家與人民間另引進「中間團體」--消費者保護團體，於既有行政體系中增加消費者保護委員會、消費者保護官來執行消費保護行政任務。

至於，公寓大廈管理條例制定於民國八〇年代，正值社會鄰里相處關係轉型時期。當時，土地、建物的使用型態因為高樓建築技術的發展、土地資源相對減少而日趨立體密集，公寓大廈的所有權物理構造特殊，事實利用關係複雜，居住其中之相鄰相處關係緊密，然現實中彼此相鄰同住者的情感、認同卻益形疏遠，難以形成自主規範、進行自律處理，衍生出都市公寓大廈建物管理成效不彰、建築公共安全事件頻傳以及居住環境品質糾紛事件<sup>9</sup>。都市建物管理的公共政策走到了一個十字路口，面臨著管或不管？又該如何管？的抉擇難題。

在斟酌社會趨勢、參考德、日、美等先進國家的外國立法例後，制定出公寓大廈管理條例，將問題的處理帶離了傳統民法著重於物權相鄰關係的思考格局，打造出一套兼顧公寓大廈「所有關係」與「管理關係」兩個側面之運作與互動的規範體制。所謂「管理關係」，不再只制重於「物的管理」更延伸兼容「人的管理」面向，進行管理的機制與力量來源，亦不再單純仰賴「公權力行政管理」，而改由「社區住戶的自治管理」作為主力。

在民法規範中以財產歸屬與使用問題看待，具有獨占、排他之人際孤立特質<sup>10</sup>的所有權問題，在公寓大廈管理條例轉換規範觀點後，變成各具區分所有權

<sup>9</sup> 公寓大廈管理條例之立法時代背景的詳細分析，可參見：李靜怡，公寓大廈區分所有人會議之研究，輔仁大學法律研究所 2004 年碩士論文，頁 43 以下。

<sup>10</sup> 所有的私有財產制度，皆從給予所有權人有權去排除世界其他人開始。此權利決定了往後誰被排除在外，誰可以進來。私有財產排他觀念的確立，也為私人契約制度鋪了路。任何擁有排他

之住戶彼此相鄰擁有、聚合使用、相處互動的共同居家環境下，必須共同面對居住規範、安全、衛生等公共事務處理問題，而呈現所謂「四化」的立法特色<sup>11</sup>，亦即：（1）「高層建物規範明文化」，補充民法物權篇僅有民法第七百九十九條及第八百條有關建築物區分所有共有關係及相鄰關係規定之不足。（2）「敦親睦鄰立法化」，透過區分所有人會議、公寓大廈管理委員會的設計，凝聚住戶、區分所有人之社區共同意識，使其彼此間之權利義務形成自成一格的規範運作體系<sup>12</sup>。（3）「管理組織的民主化」，將在物權上以及生活上具有連帶關係的各別區分所有權人與個別住戶間，視為整體社群單位，引進民主憲政權力分立、分權制衡、分工合作的原理，為其建立意思決定（區分所有權人會議）、意思執行（公寓大廈管理委員會）的管理機制，由住戶以「民意」訂定規約作為彼此共同遵守的規範，民主地處理牽涉相互安全、衛生、利益的社區公共事務<sup>13</sup>。（4）「公共安全入刑化」：國家雖然往後退讓出公寓大廈區分所有權人與住戶的自治管理空間，然其並未完全撤守。舉凡，住戶違法變更建築物構造、違規營業等違反建築行政管理法規的行為事項，仍受建築法規的規範，而由公權力介入處罰糾正；至於，涉及生命、健康法益的公共安全事項，如供營業使用用戶違規使用導致他人致死或重傷者，則仍應負刑事責任<sup>14</sup>（參見同條例第 39 條）。

---

權利的人，也享有權利「去選擇或決定與其訂定契約的對象，且未經其同意，不得硬塞一個對象給他。」。「所有權」與「契約自由」的保障，使個人原則上免除證明其為何要排他的理由，獨占、排他的權利特質，自然容易出現人際孤立的狀態。參閱：理察·艾普斯坦/著，簡資修/譯，自由社會之原則一個人自由與共通善的調和，商周出版，2003 年 2 月 20 日出版，頁 324。

<sup>11</sup> 有關公寓大廈管理條例之立法特色分析，參閱：許惠峰，論區分所有建物之強制出讓制度，中國文化大學法律學研究所 1996 年碩士論文，頁 4-7。

<sup>12</sup> 在此同時其實也出現了「生活事務處理需求的商品化」，亦即公寓大廈的管理維護有日亦委託交由專業經營者處理，而不完全由住戶自行處理，促成保全業、物業管理業等新興行職業興起或轉型的趨勢。

在公寓大廈管理條例制定（1995 年）以前，有關建築物管理的法令主要是以治安為目的之警政、防災為目的之消防、鄰里社區為目的之民政、政府開發的國民住宅、以及營造建設為目的之建築等各單行法或相關法令為依歸。由於當時，並無公共管理維護及大樓管理的觀念，故公寓大廈物業管理的思維及作為，僅是處於孕育的時期；公寓大廈管理條例於 1995 年 6 月 28 日實施後，區分所有權建築物管理才邁入正式法制的規範，該法也成為台灣物業管理制度的基本法；2004 年 10 月行政院經濟建設委員會核定「服務業發展綱領及行動方案」中，更將「物業管理服務業」納入為策略性輔導的產業，從新興產業的思維來重新看待建構物業管理產業未來在台灣的、經濟及社會定位，其後續發展演變，值得進一步觀察。

有關公寓大廈管理維護業務的發展歷程以及因此帶動的行職業發展變化之相關分析探討，請參見：公寓大廈管理維護法制分析—交易成本觀點，第 3 章，頁 19 以下。石英婷，台灣物業管理師制度建立之探討，中國科技大學建築研究所 2008 年碩士論文。顏世禮，法社會學觀察—探討台灣物業管理產業化之建構，亞洲大學經營管理學系碩士班 2008 年碩士論文。

<sup>13</sup> 由於公寓大廈管理條例朝建築物自體管理的政策方向設計，以住戶的集合體進行建物與共同生活關係管理，因此，如何促進共識的形成，成為一重要課題。此等立法也牽動了社區發展之意義、內涵，特別是社區意識、社區認同、社區參與、社區領導、社區自治等議題發展，產生與傳統鄰里行政管理機制間的機能競合問題。

相關討論，可參閱：黎淑慧，論〈公寓大廈管理條例〉對社區發展的影響，中國文化大學中山學術研究所 2003 年博士論文。王啓東，台灣地區村里功能與角色之研究，中國文化大學政治學研究所碩士在職專班 2002 年碩士論文（特別是第 4 章，頁 106 以下）。

<sup>14</sup> 參見該條例第 49 條：「有下列行為之一者，由直轄市、縣（市）主管機關處新臺幣四萬元以

公寓大廈管理條例的實例提醒吾人，民法所謂所有權就是「人對『物』、或『財產』之支配」的當然前提觀念，僅聚焦於純物權財產關係面向，過於單純簡化，往往會遺漏忽略掉，物的所有與利用背後隱藏著人的相處關係，應該正視物用於聚合人群營共同生活之事實。

執此觀念重行檢視公寓大廈住戶彼此間的關係可以發現，公寓大廈建物部分的所有權，因為建物需要有基地始能存在，故而建物所有權在概念自體遂不得不包含對基地（公寓大廈建物所坐落之土地）的權利，產生不同於民法將建物、土地當作個別不動產物件的基本觀念預設，同時由於各區分所有權者在物上的權利（公寓大廈建物與基地）彼此相互緊密存立，功能作用上不容分割，此等物的使用緊密結合，同時帶來個別住戶生活互動的緊密接觸，使得「物的使用問題」與「人的相處關係」錯綜複雜，成為難以區隔的一體，而發展出在「個人法」與「團體法」間複雜交錯的管理制度與法理思考<sup>15</sup>。

蓋「所有係對物的；所有權係對物之支配權」的觀念，其實係出於特定個人就特定物的支配作用，並非指一般人與一般物間存有廣泛的支配關係。亦即，個人對其所有物的所有、支配之所以能成立，事實上係出於與該個人共同生活的眾人「同意」（或「接受」）讓該特定人以某種方式「所有」該物。所以，所有權觀念本來就不是單純的特定人對物的關係，而是一開始就兼存有「支配該物之特定人」與「不支配該物之他人」間，即人與人間的物之關係。職是之故，「所有關係」一開始即是併存「對物的關係」以及「對人的關係」，發生在人際中的權利義務關係，而非僅為「人對物的關係」。把握住一體兩面統一規範，以避免物所牽涉的「人對人間的關係」與「人對物間的關係」產生衝突<sup>16</sup>。

由於「所有」除了為人對物之支配外，同時又是社會關係的集約表現，尤其

---

上二十萬元以下罰鍰，並得令其限期改善或履行義務；屆期不改善或不履行者，得連續處罰：一、區分所有權人對專有部分之利用違反第五條規定者。二、住戶違反第八條第一項或第九條第二項關於公寓大廈變更使用限制規定，經制止而不遵從者。三、住戶違反第十五條第一項規定擅自變更專有或約定專用之使用者。四、住戶違反第十六條第二項或第三項規定者。五、住戶違反第十七條所定投保責任保險之義務者。六、區分所有權人違反第十八條第一項第二款規定未繳納公共基金者。七、管理負責人、主任委員或管理委員違反第二十條所定之公告或移交義務者。八、起造人或建築業者違反第五十七條或第五十八條規定者。」；「有供營業使用事實之住戶有前項第三款或第四款行為，因而致人於死者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以上五百萬元以下罰金；致重傷者，處六個月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣五十萬元以上二百五十萬元以下罰金。」之規定。

<sup>15</sup> 參見：丸山英氣，區分所有法，株式會社大成出版社，2007年3月6日第2版第1刷，頁3。

<sup>16</sup> 參閱：古振暉，共同所有之比較研究，台灣財產法暨經濟法研究協會出版（翰蘆圖書出版有限公司經銷），2006年7月，頁88。

是系爭「物」被用作為生產手段時，該「物」往往會決定生產關係，並進而支配、影響該等社會關係的存續運作。探討「所有權」的議題，完整而正確的規範觀點，必須意識到，該物之所有所延伸出來的社會關係基礎，一併為圍繞該物營共同生活者的人際相處問題建立合理規範<sup>17</sup>。

前述各種消費者保護法與公寓大廈管理條例的法制體例樣態，其實普遍出現在勞動契約法制，可以相互對照印證，彼此比較研究、互收攻錯之效。我國的勞動契約法制，甚早即有發展胎動，於民國二〇年代即已起草與制定了勞動契約法，惟至今迄未實施，並無規範作用，僅能供作講學參考上的立法史料。勞動契約的相關規範最後以勞動基準法（以下簡稱勞基法）的一章嫁接寄居於該法，與眾多勞動條件規範雜處而居<sup>18</sup>。雖然，勞動契約法制尚未發展成專法形態<sup>19</sup>，然有關勞動契約問題的相關司法實務與立法發展事實上並未止歇，而以知識觀念上的一體存在。

在消費者保護法與公寓大廈管理條例所出現的種種規範手法，諸如因應契約關係定型化、附合化的規範處理；契約締結過程以及程序正義與內容控制；引進中間團體（消費者保護團體、公寓大廈區分所有人會議、管理委員會）來訂定、執行共同遵守之規範（住戶規約），來解決因物所衍生之人的相處問題等等，也都可以在勞動契約法制的問題領域中，看得到蹤跡。

勞動契約附合化、定型化的失靈現象，可謂是整個勞動法的主要發展動力來源之一。在勞資當事人力量極端不對等，幾乎可謂勞方從屬於資方的情況下，契約根本不是保護個人利益的利器，契約的內容幾乎完全透過指示權、工作規則等

<sup>17</sup> 參閱：古振暉，共同所有之比較研究，台灣財產法暨經濟法研究協會出版（翰蘆圖書出版有限公司經銷），2006年7月，頁88。

<sup>18</sup> 勞動法批評民法對無產者弱勢事實不當忽略，造成勞動關係出現諸種不公不義現象，而立基於勞動從屬性的反省思考，試圖另起爐灶為勞動問題量身訂作合宜規範。勞動法作為學術研究上獨立學科的地位雖然早已獲得承認確定，然而其與先前既存的規範體系特別是民法間的分工關係，卻是錯綜複雜，猶待釐清。相較於民法對僱傭契約早有一套完整規定與詮釋法理，作為所有勞動關係問題開展基礎的勞動契約，卻長期停留於觀念上的理論設想，未在制定法層面能有關鍵性的成長。為求法制發展的完整與安定，實應適時檢討改善此等畸形的規範狀況，早日促成兼具獨立法典形式與完整規範內容的勞動契約法的出現，以改善勞動契約的規範環境，讓司法實務能在健全的勞動契約規範基礎上，針對相關問題的解決加速開創出突破性進展。

<sup>19</sup> 值得注意的是，我國勞基法主要師法對象之日本其與我國類似，長期以來均未能制定勞動契約法，使勞動契約的相關規範不得不窩身於勞基法中，與勞動條件規範雜處而居。然而，該國國會於2007年11月通過勞動契約法，並自2008年3月1日起施行。雖然該法全文只有19條規定，且係以規範勞動契約基本規則為內容，沒有罰則與行政監督規定，性質屬僅有私法效力的純粹民事法規。惟該法的誕生，無疑為該國勞動契約法制的發展跨出關鍵性的一大步。站在比較法研究的角度來看，日本勞動契約法之制定構想與過程等相關發展經驗對我國自有一定之參考價值。有關日本勞動契約法制發展經驗的介紹分析，請參見：黃程貫主持，行政院勞工委員會2009年委託研究計畫，我國實施勞動契約法制之影響評估（陳建文執筆）。

雇主單方決定方式，在填充權利義務，而完全偏離私法自治、契約自由的所預設的應然運作狀態，必須設法導正、匡正<sup>20</sup>。為了解決因此而生的種種社會問題，國家開始強行法律介入勞資關係，亦即制定勞動保護法律情形規定勞動條件之明確的最低保障範圍，進而將工人集體自助自救的工會組織發展出來的工會運動以及團體協商（簽訂團體協約）機制，納入法律規範，使其成為扮演制衡雇主力量的、強化勞方勞動契約議約能力、保護勞工利益等相關規範機制，發展出來包含有勞動契約法、勞動保護法（亦有將兩者合稱為個別勞動法者）以及集體勞動法等不同範疇的勞動法學。

綜合消費者保護法、公寓大廈管理條例以及勞動契約法制三者的規範發展經驗觀之，其刻意有別於民法，對民法規範反思與修正的趨向，可謂十分明顯。不同於民法以契約的規範框架來分析思考法律關係，前述三個法制均重新思考契約關係的社會意義，係將多數同質私法契約關係聚合成為規範設計與運用的單位，來思考特定領域的多數同質私法關係的規範秩序治理問題，交錯其間的脈絡是「個人契約（或所有權）」、「中間團體」（消費者保護團體、公寓大廈區分所有人會議及管理委員會、工會等）與「國家行政」。

這樣的結構呈現其實並非出於偶然。消費、住家、工作等私法關係，雖然以契約為規範工具，建立在個人自由意願的基礎上，然其卻又係帶有某種「集體性」的生活關係。亦即，契約關係（消費關係、相鄰使用關係、勞動關係）中的個人（消費者、鄰居者、勞動者），如果放在該等契約所牽扯的生活領域脈絡來看，可以發現他其實是多數相同處境群體者的一份子，為具有「群體化性格」的個人<sup>21</sup>。僅由契約觀點來看待的規範處理模式，無法充分吸納、涵容「群體性」，這些外溢「契約關係」之外的「群體性」規範需求，自然形成多數同質契約的公共事務領域，有待整合、處理，因而有了運用「中間團體」作為治理據點，來拓展出較諸契約兩造更加複雜的規範面向<sup>22</sup>，以殊途同歸的落實規範目的。

<sup>20</sup> 就此現象，基爾克（Otto Friedrich von Gierke, 1841-1921）認為契約自由乃是強者手中可怕的武器、弱者手中憋腳的工具，是契約一方壓迫他方、是精神上/經濟上強者毫無憐憫地剝削對方的一種手段。「吾人應該以社會化的潤滑油滋潤我們的民法」（in unser Privatrecht muß ein Tropfen sozialistischen Öles durchsickern），並應立法限制契約自由。

參閱：林更盛，論契約控制—從 Rawls 的正義理論到離職後競業禁止約款的控制，翰蘆圖書出版有限公司，2009年3月，頁19。

<sup>21</sup> 於此，涉及形成法律規範時所抱持的「人的圖像」（人性圖像）（Menschenbild）認知問題。對「人」的觀察與預設，會左右規範內容與規範思想的成型。因為法律規範的對象基本上是一種人與人之間的規範秩序，因之在制度建制上立法者心中須有一個對人的假設與看法，才能一路走來、始終如一地，推演鋪陳出整體規範秩序。雖然並非每一次的現實立法工作都預先形成或持有一明晰的「人的圖像」概念，但從法律實踐面上仍是得從相關規定彼此間的關連性觀察出一定的「人的圖像」概念，來檢視立法規範有無前後矛盾以及其具體可行性等問題。

參閱：林子傑，人之圖像與憲法解釋，翰蘆圖書出版有限公司，2007年元月初版，頁64-65。另有關各法律領域的「人的圖像」概念及其在個別法制的展現與重要類型的分析說明，可參見同書，頁75-80、94-101、121-131等頁。

<sup>22</sup> 以勞動契約法制的發展經驗來看，勞動法具有豐富多元的法源系統，有一大部分特別是團體協

從另一個角度來看，這或可稱為「國家治理」逐漸演化成爲「社會治理」的趨勢：在規範設計上，政府不再是管制者，比較像是整合者與調控者，扮演「結網者」（connect）或「促動者」（prompt）的角色，找回契約思考所忽視、失落的「社會連帶」，來爲因締結契約所建立起來的互動關係，建立並「鑲嵌」進「中間團體」的協力機制，來協助個人跨越契約壁壘，進入與其他同類契約關係者的群體生活、進行公共事務的互動<sup>23</sup>。

換言之，檢討與對處契約失靈、私法自治流弊的思考，其實是朝著兩條路線在進行的：一條直接針對契約制度、私法自治制度本身來反省，試圖指出契約制度本身的意義、功能以及如何導正防弊。具體的嘗試努力，包括透過法社會學研究的檢討，促使契約法釋義學尋求更貼近實際生活狀況的解釋方向，以及在契約立法上，引進精細化的契約締結、履程序規定，強調契約強勢方的相關義務，促使其將對方當作平等主體來互動對待，以及就契約條款等內容控制相關規範。

另一條發展途徑的思路，則意識到同類契約關係者存有關係網絡，嘗試找出其彼此互依共存共同基礎，來串連互動機制、設想協力或管理措施。亦即，突顯、強調因契約侷限兩造當事人的觀念界線不當切割的社會群體連帶的重要性，深入思考存在於契約關係背後的社會意義，並透過「中間團體」爲媒介，引入相關規範設計來反應這樣的規範思考，設法導正民法單純用契約來看待所有關係造成遮蔽、遺漏、扭曲。

這兩條思考途徑共同指出，契約的權利義務架構以及實際運作，對於「契約外的社會關係」依賴甚深。任何一種契約的各種義務以及拘束力，都是基於社會關係而發生，是故應該將「契約外的社會關係」，納入契約法的設計與詮釋操作中，讓契約條件能配合「契約外的社會關係」量身訂作，隨契約關係進展而逐漸形成或作合宜的修正<sup>24</sup>。

面對這樣的發展，如果還是用「保護經濟上弱勢者」的概念來指說理解，這

---

約、勞資會議、工作規則等社會自主法源，係運用多數同質的個別契約當事人集體聚合的「群性」，所具有的結構、層次，作爲設計延伸規範機制的平台介面，來開發出各種規範子系統，形成多元多階的法源途徑。所以，不論是規範設計或是規範運用均應留意此等集體聚合的「群性」，作適當的考量與反映。

<sup>22</sup> 參見：黃程貫，前揭書，頁 16。

<sup>23</sup> 參閱：李宗勳，網絡社會與安全治理，元照出版有限公司，2008 年 3 月初版 1 刷，自序，頁 4。

<sup>24</sup> 此即「關係性的契約理論」的主要訴求主張。可參閱：陳洗岳，日本民法學之現況，月旦法學雜誌第 38 期（1999 年），相關說明以及引用文獻。有關關係性契約觀點的相關介紹、討論，請參見：內田貴，契約の再生，弘文堂，平成 17 年 3 月 30 日初版 5 刷，頁 145-180。

另學者蘇永欽指出，有關如何讓契約更貼近真實，是民事財產法在新世紀所面臨的挑戰之一。參見：蘇永欽，民事財產法在新世紀面臨的挑戰，走入新世紀的私法自治，元照出版，2002 年 5 月初版，頁 74-78 之分析。

些林林種種、多元多樣、不同層面的法制實際體例出現與發展的現象，其實並不合宜<sup>25</sup>。有學者著眼於這些法律均具有保護社會弱者之共通點，將其歸納於所謂「社會法」的法律範疇。

惟本文認為其所謂的「社會法」，「社會」的重點其實係在提醒吾人，個人並非抽象孤立、個別的存在，而係有生活脈絡關係的相互連帶的存在，故應用「社會的觀點」，將被「契約關係」不當切割、淡化甚至掩蓋這種「群性」，重新找回來作為規範設計開發的思考基礎，來處理具有「社會群性的個人」在契約關係框架下的不合理處境待遇問題。簡言之，就是「社會性」的反思與靈活運用，如僅從弱勢現象著眼，實過於侷限不全。

正確來說，前述的規範想法與作法的轉變，其中心思想是在追求各個領域的生活關係的健全合理運作，保護契約某一造其實是手段而非目的，故不宜將焦點擺在手段，而模糊了其追求個人自主、合理合諧的互動對待關係之目的。

### 三、研究成果對於法制作業實務的作用

本研究的貢獻與作用，主要在於透過事例素材的分析研究建立法制作業的整體觀照考量視野。「消費者保護法」、「公寓大廈管理條例」、「勞動契約法制」等法制體例發展經驗，充分突顯了民法與行政法或是第三法域的發展糾葛與關連，以及在民法典外的民事特別法發展趨勢，探討、釐清其間的問題脈絡，有助於建立法制作業的整體觀照考量視野。

經由前述的法制體例發展經驗的論述，吾人亦可具體而微地看到民法與行政法或是經濟法、勞動法等第三法域的發展糾葛與關連，透過探討、釐清其間的問題脈絡，將有助於建立法制作業的整體觀照考量視野。在這其中法制作業實務應特別留意掌握的主要重點有二，即：因為民法典盡量維持價值中立、不摻入過多政策考量，所衍生出來的外部民事特別法的發展軌跡；以及這些民事特別法的共通發展特色。

---

<sup>25</sup> 此等保護弱勢者的說法，可參見：呂秀麗，民事法對於經濟上弱勢者保護之趨向，東吳大學法律學研究所 1994 年碩士論文。另日本學者長尾治助指出，消費者保護法的發展係著眼於消費者缺乏經驗、知識，且易因商品服務等消費而自身受害，居於較事業者弱勢的地位，以課事業者義務，謀求消費者正當利益的方式，來確保雙方的對等性。此等法政策思維，與勞動立法、住家租借立法（借地借家法），均具有以社會弱者之法律保護為目的之共通點，在法律分類上屬於「社會法」的範疇。

參閱：長尾治助，レクチャー消費者法，法律文化社，2008 年 2 月 15 日第 4 版第 1 刷，頁 16。

首先，在民事特別法的發展趨勢方面。規範私領域的民法，其實是以裁判者而非交易大眾為真正的規範對象，其財產法主要的內容，只是從理性經濟人的假設出發，模擬正常交易活動而做的規定，身分法基本上也是建立於普遍的人倫和習慣上，因此不必使人民「知之」，人民就可以自然地「由之」。在此等狀況下，概念的精純、體系的嚴謹，反而形成民法的優勢，讓民法典可以隨著社會的變化而在既有的規範技術上，像電腦一樣不斷升級。公法中除了組織法和訴訟法，基本上都是行為規範，以透過規定內容教育引導人民行為為其目的，從而在規範內容上必須充分考量人民的理解程度，如以高度邏輯、體系化的法典呈現，反而會製造人民認知障礙，妨礙規範目的的達成<sup>26</sup>。

由於民法展現高度的精粹、技術性的語言，故能抽離於各種社會生活條件和世界觀，具有放之四海皆準的超越體制特質。民法從一開始就設法保持出維持社會體制動線流暢的機制。首先，透過民法第一條宣示放棄了將所有民事規範盡收於一法的「法典」想法，讓兼容政策性的規範以「外接模式」而非「內設模式」與民法接軌。國家恆可以藉由這條通路另外針對政策目的而訂定特別民法或是特別民事規定。其次，民法第七十一條概括地否定了所有「違反強制或禁止規定」的法律行為，有主張規範效力的餘地。第一百八十四條第二項針對人民未侵害他人權利，或未構成「故意以背於善良風俗之方法」，但有「違反保護他人之法律」而致人損害的情形，也概括課予損害賠償責任。反映經社體制發展的管制法令搖身一變成爲民事規範，使得私法自治的空間隨著國家管制強度的增減而調整<sup>27</sup>。

民法的另一個特點，是在分配各別交易當事人的權利義務關係時，完全抽離交易者的身分或社會角色，在理論上「假設」這些因素不會影響對等公平的判斷，而無庸予以適當的規範考量<sup>28</sup>。民法的設計幾乎全神貫注在追求體系概念的精確與一貫上，試圖從個案的公平中抽理出一般的公平，使自治法像一套精密的遊戲規則。由於民法講求概念的精細、抽象，來提昇民法規範體系處理自治事務的「複雜度」，其因而具有高度的時空超越性<sup>29</sup>，可以像是闢建一個桃花源般，自成一格、自給自足、不論魏晉、依然故我、少有更張。不過，也因為高度抽象，而容易有無法妥適照顧相關問題事物本質的缺陷。這些異於民法規範需求遂分流外溢於民法典外部，不斷出現夾雜行政管制規定或是零星散見於行政法規中的民事特

<sup>26</sup> 參閱：蘇永欽，*民法典的時代意義，尋找新民法*，元照出版公司 2008 年 9 月初版第 1 刷，頁 15-17。

<sup>27</sup> 參見：蘇永欽，*私法自治中的國家強制，走入新世紀的私法自治*，元照出版，2002 年 5 月初版，頁 8-9。

<sup>28</sup> 參見：蘇永欽，*私法自治與公平法的管制，走入新世紀的私法自治*，元照出版，2002 年 5 月初版，頁 170。

<sup>29</sup> 關於此一特性的詳細分析，可參見：蘇永欽，*社會主義下的私法自治，走入新世紀的私法自治*，元照出版，2002 年 5 月初版，頁 101。

別法。

面對這種在民法典外的民事特別法發展趨勢，法制作業上必須認識到，這些徘徊在傳統法域之外的法規範，具有「繼受社會科學概念與方法」、「批判私法自治、契約自由之私法體系，又不完全放棄市場經濟個體自主性要求」的半強制法特性、「打破民事、行政、刑法實體及程序的固有規範構造」等若干特色，探討、釐清其間的問題脈絡，來建立法制作業的整體觀照考量視野。

首先，法學研究通常無法獨立完成規範對象的社會生活觀察、解析工作，此在新興問題現象的規範處理上尤為明顯，所以會出現「繼受社會科學概念與方法」的現象<sup>30</sup>。例如，消費者保護法最核心的概念「消費者」、「消費」，便是從經濟學的理論直接繼受而來<sup>31</sup>。勞動法學的源生概念—「從屬性」，亦係法律學引借社會學研究成果發展理論思想之代表事例<sup>32</sup>。對傳統法學方法來說，這種其他

---

<sup>30</sup> 關於法律學與其他社會科學的分工關係，可以套用「量身訂作」的比喻來說明：法律規範形同是「衣服」，照理說其產生應該併同著用者的「身材」部分整體觀照，然而學術分工分殊的結果，法學研究其實主要偏重在「衣服」的部分（後端工作），著用該套「衣服」者的「身材」部分（前端工作），則主要偏勞哲學、社會學、經濟學等其他社會科學進行研究，因此如何適時、合宜地汲取這些分工關聯學科領域的研究成果，消化轉變成爲法律規範研究的理論養分，刺激、帶動學界對系爭議題進一步的重新反省與討論，是法學者的任務之一。

德國知名的行政法學者 Eberhard Schmidt-Aßmann 亦指出，行政法如要能夠有效執行其在社會、國家與經濟上之調控任務，行政法學的研究必須尚有其他學科的認知，亦即行政法學研究必須留意到與相鄰學科的關係。例如，資訊行政法的研究，必須在瞭解科技的原動力及其運作機制後，始能有效的對於科技的自我原動力提出合適的規範對策。是故，緊緊守住「應然面」與「實然面」之抽象的區分架構，並不能自我滿足法律學方法論範疇的正當性。法律的開放性也包含對於經濟學與社會學等社會科學知識成果的部分。法學方法所禁止者，僅係未加過濾或未加反省，即逕行輸入其他學科的理論。

參見：Eberhard Schmidt-Aßmann/著，林明鏘等人/譯，行政法總論作爲秩序理念—行政法體系建構的基礎與任務，元照出版有限公司，2009年10月出版第1刷，頁34-35。相類的觀點，可參閱：林更盛，論契約控制—從 Rawls 的正義論到離職後淨業禁止約款的控制，翰蘆圖書出版有限公司，2009年3月，頁57。

<sup>31</sup> 何謂消費者保護法之「消費者」，在法學上如何運用此等概念自然有待研究。

參閱：蘇永欽，消費者保護法，載於蘇永欽/著，國立政治大學法律學系法學叢書（26）民法經濟法論文集（1），1988年10月出版，頁346。

有關「消費者」概念以及消費關係內涵的研究討論，可參閱：范建德/著，消費者保護法—基礎理論，漢興書局有限公司，1999年，頁26-34。曾品傑，論消費者之概念—最高法院相關判決評釋，台灣本土法學雜誌第49期（2003年8月），153-172頁。陳忠五，醫療事故與消費者保護法服務責任之適用問題（上）（下）—最高法院九〇年度臺上字第七〇九號（馬偕紀念醫院肩難產案）判決評釋，分載於台灣本土法學雜誌第36期（2002年7月1日）頁47-74；第37期（2002年8月1日）頁31-62。李媛，論消費者的法律界定，天津市政法管理幹部學院學報（大陸）第22卷第3期，頁46-49（2006年9月10日）。

<sup>32</sup> 有關勞動從屬性的概念說明以及其在認定勞工身分時之運用，可參見：黃程貫，前揭書，頁63-74。王松柏，英國法律上受僱人之判斷與勞動法之適用範圍，台灣勞動法學會學報第2期，頁129-176。林更盛，勞動契約之特徵「從屬性」|評最高法院八十一年度台上字第三四七號判決，勞動法案例研究（一），頁1-32。林更盛，德國法上近來對勞工概念之討論與立法，勞動法裁判選輯（三），頁1-20。林更盛，勞動法上勞動契約之特徵，台灣勞動法學會學報第2期，頁

社會科學概念及其研究成果的移用，充滿著挑戰。不論是在設計規範或者是執行規範時，法制作業人員需要具備較為廣泛的相關基礎知識，不能再僅僅守住法律規範本位的五畝地<sup>33</sup>。

事實上，不僅新興問題現象的規範處理，甚至是所有規範設計，都有如何專化、移用社會概念使其成為法律規範之一部分的問題。就此，刑法學者鄭逸哲曾做過一個對法學研究及教學非常有意思的觀察與省思工作<sup>34</sup>。他發現大部分初學刑法者的學習障礙，來自於未意識到法律系在某種意義上也是種「外文系」--或者更精確講，法律系是同時使用「日常中文」和「法律中文」兩套「語言」的科系。因為法律的思考仰賴明確的定義性概念，而且法律用語時時和以同樣符號表達的「日常語言」，在涵義上有著「本國語言」和「外文」之間般的巨大差距。所以幾乎所有的法律教科書，都不厭其煩給許多概念下「定義」。

在台灣即使法律學系的課程或法律實務的運作絕大部分都使用中文，但很少人意識到這種中文是由「日常中文」和「法律中文」所「共組」的。雖然，「日常中文」和「法律中文」使用同樣的象形文字，並具有同樣的文法結構，也有不少相同用字的用語，不過，在許多相同用字的用語上，卻存在著意義上的差距。

---

177-202。林更盛，論保險業務員的從屬性—評臺灣高等法院九四年勞上易字第三五號判決，全國律師第 10 卷第 3 期，頁 19-30。邱駿彥，勞動基準法上勞工之定義—台灣台中地方法院七十五年度訴字第五〇二六號判決評釋，勞動法裁判選輯（二），頁 93-106。楊通軒，勞動者的概念與勞工法，中原財經法學第 6 期，頁 227-305。楊通軒，藝文工作者之身份及其法律上保障之研究，中原財經法學第 11 期，頁 151-191。楊通軒，論勞動法上之勞動者概念—最高法院八十九年度台上字第一三〇一號民事判決評釋，台灣勞動法學會學報第 2 期，頁 217-248。劉志鵬，論勞動基準法上之「勞工」（以經理人為檢討重點）--評釋台北地方法院八十三年度勞訴字第四號判決，勞動法理論與判決研究，元照出版公司，頁 134。魏千峰，勞動基準法上之勞工—評釋台灣高等法院八十三年勞上字第三十七號判決，勞動法裁判選輯（一），頁 333-364。

<sup>33</sup> 事實上，不確定法律概念的價值補充工作，也須要法律知識與非法律之社會科學知識交流與融會貫通。例如，智慧財產權法等與經濟脈動、社會發展相互牽連、息息相關的法律領域，充滿著不確定法律概念林立的狀況。

對於智慧財產權領域的不確定法律概念實務運作，論者盧文祥指出：「此種立法方式（即「不確定法律概念」）與其說是無法預測未來，還不如說是刻意預留彈性之模糊（Fuzzy），立法者故意要留給日後執法者，依個案發生當時之時空以智慧之判斷，將實際案例中之不確定處化為確定，使法所欲維繫之公平正義得以實現。」，其顯然未意識到不確定法律概念的操作重點，其實有一大部分是在法律知識與非法律之社會科學知識交融運用。盧文祥同時指出，不確定法律概念在智慧財產權法的司法實務上常如同「黑洞」般，具有強大的吸引力又深不可測的困擾著執法與司法人員，在實際適用上不是避之唯恐不及，就是點綴數語、敷衍了事。可見，面對這些鑲嵌有不確定法律概念的規定條款，沒有法律知識與非法律之社會科學知識融會互用的方法訓練，其實很難圓滿達成立法者所交付的價值補充任務，該等法律領域的發展自然亦會受到影響。

盧文祥之相關觀察與分析，參閱：盧文祥，智慧財產權不確定法律概念的剖析研究—以專利進步性、商標混淆誤認及著作權合理使用為主之論述，瑞興圖書股份有限公司，2006 年 2 月初版，自序，頁 1-2。

<sup>34</sup> 鄭逸哲的相關觀察及論述，參見：鄭逸哲，罪刑法定主義下的實例刑法，三民書局股份有限公司，2003 年 9 月初版 1 刷，頁 3-4。鄭逸哲，法律人的雙語世界--談「日常語言」和「法律語言」的併用，日新雜誌（內政部警政署發行）第 7 期（2006 年 11 月），頁 97-98。

（即使有所交集，在意義範圍上也不一定全等）。相對於日常中文是來自於生活約定成俗的自然語言，法律中文是經由人工且強制而不自然地產生。

這番觀察的啓發意義在於，其提醒我們注意，法律領域對於社會生活概念的借用、移植及轉化是一種常態。一個法律領域對於社會生活概念的借用、整理與反芻、吸納，是一個複雜的過程。社會生活概念入境後，在實際運用中不斷積累爭議、逐漸形成共識，直到因緣俱足才會深化出相關法理架構。

因此，設計規範或是解釋適用法律時，要深入思考使用這個概念是要來掌握什麼經驗、解決什麼問題，從法律引進社會用語後，人們如何理解和使用這個概念等，有助於概念認識程度與詮釋方向的實踐性關聯脈絡，觀察其發展是否有所轉折而深化變質？思索可否因勢利導地整理出人們使用此概念的法確信，加以普遍化成一般原則，向著更進一步的法理層面發展。

其次，這些徘徊在傳統法域之外的法規範，具有「批判私法自治、契約自由之私法體系，又不完全放棄市場經濟個體自主性要求」特性，其全盤考量解決實際問題的思維取向濃厚，在規範手段的設計、採擷上，深具打破民事、行政、刑法實體及程序的固有規範構造的特色。

以消費者保護法為例，其為了解決社會所產生的消費問題需要，不斷納入各式各樣的法理與制度，進而動搖傳統法法理論或法體系，具有迫其有所修正的動態性質，同時不斷地改變其自身輪廓。實際解決問題取向、牽涉複合領域的性質，由各式各樣的法律群、法理論複雜交織而成，其法源多數且無統一的實定法體系存在<sup>35</sup>。因而，可以見到在同一部法律中具有民事法、行政法以及刑事法性質的規定混雜存在的現象<sup>36</sup>。

消費者保護法的規範對象雖然是私行為，受侵害的也往往是消費者個人，但因它著眼於強調消費者主權、自由的市場正義，既不是傳統民法的對等正義，

---

<sup>35</sup> 參閱：日本弁護士連合會/編，消費者法講義，日本評論社，2007年10月10日第2版第2刷，頁1-2。

<sup>36</sup> 日本保護消費者的相關法律，亦同樣可以見到此等現象。日本保護消費者的法律並非統一的法源。而係以為數頗多的所謂「業法」（即各業的行政管理法規）、消費者契約法、製造物責任法、利息限制法等民事特別法的集合，以及修正、擴張適用民商法相關規定，為其法源。在實定法層面法源，係具有基本法性質的憲法、消費者基本法；在民事法領域的法源，則是消費者契約法或是其他民法的特別法如如利息限制法、製造物責任法、各種「業法」的民事規定等。尤其是各種「業法」時常可以看到一個法律當中混在著具有民事法、行政法、刑事法性質的規定。參閱：註35前揭書，頁27。日本消費者問題的立法發展歷史經過之圖表整理，請參見：同書，頁29-31。

也不同于傳統公法的分配正義，與刑法所懸的種種目的更是大部分格格不入。因此，一般消費者保護法在規範構成上十分複雜，往往視時空環境的不同需要，而不依傳統法學固有的規範手段分類，來設計合宜的制裁方式或執法機制，以達到保護市場消費者之目的<sup>37</sup>。

公寓大廈管理條例所處理的問題，在民法物權編為共有與共有人間的相鄰關係。然因我國民法有關共有的規定，多是以分別共有為主要規範對象，強調其不穩定性，賦予共有人得隨時請求分割共有物之權利（參見民法第八百二十三條），其所重視者乃個人對其財產的運用自由及完全控制，故不鼓勵或不希望共有型態長久存在<sup>38</sup>。這樣的規範觀念，明顯無法搭配共同集居一棟公寓大廈者之群居者希望安居樂業、長住久安的想法。

因此，以民事特別法姿態出現的公寓大廈管理法制，在規範觀念作出一番調整：一是，強調各區分所有權者在物上的權利（公寓大廈建物與基地）彼此相互緊密存立，功能作用上不容分割。公寓大廈建物部份的所有權，因為建物需要有基地始能存在，故而建物所有權在概念自體必須包含對基地（公寓大廈建物所坐落之土地）的權利，否則隨時可能因為不同所有權人間的意見不一致，拆解、破壞了建物與基地的結合關係，而無穩定性可言。這在某種程度上，其實調整了民法將建物、土地當作個別不動產物件的基本觀念預設。二是公寓大廈基地與建物的使用緊密結合，帶來了個別住戶生活互動的緊密接觸，使得「物的使用問題」與「人的相處關係」錯綜複雜，成為難以區隔的一體，而發展出一套不同於民法、複雜交錯著「個人法」與「團體法」思維的管理制度與法理思考。

凡此說明著，前述這些法律領域充斥著以民法為中心的現代法無法充分說明、處理的情形，所以處理這類規範問題時，必須以問題特性為前提構思能夠公正且妥適解決問題的法理與制度，融會貫通的運用各種不同的規範手法，視規範情況之特性，妥適的結合運用民事法、行政法以及刑事法規定，其結果自然是民事法、行政法以及刑事法規定交錯出現在一部法律的現象<sup>39</sup>。站在法制作業的角度，即必須留意，民事法、刑事法、行政法這些觀念上相區分的不同規範手法，如何統一在同一規範目標下交錯融冶成各種法制體例，來設計、組立整體規範的問題。

<sup>37</sup> 參閱：蘇永欽，註 31 前揭書，1988 年 10 月出版，頁 349。

<sup>38</sup> 參閱：理察·艾普斯坦/著，簡資修/譯，自由社會之原則——個人自由與共通善的調和，商周出版，2003 年 2 月 20 日出版，〈譯者序〉一個以私法自治為中心的法理論，頁 2。

<sup>39</sup> 參閱：註 35 前揭書，頁 10。另有關民事法的規範手法、行政法的規範法以及刑事法的規範手法，彼此間的功能、作用與局限分析，可參見：長尾治助/編，註 25 前揭書，頁 230-233。

由於民法既有規定維持單純作為私法自治遊戲規則的定位，而盡量不作政策思考與價值判斷，所以歷經不同時代移異、社會變遷，仍可以依然故我、少有變動，發揮穩定規範典範的功能。然而，此等特質也使的民法注定無法完全以及完美的解決新興的社會問題，而必須以外接特別法的方式，在「老幹」之外另行嫁接「新枝」，來兼容規範內容的增長，併蓄規範思維的轉變。

這種在民法典之外嫁接民事特別法的現象，可以讓我們看出，同一規範對象其實可有多種規範處理思維，不同規範思維會造就出不同制度風貌。在這規範觀念與設計轉移、變換之間，法制作業除應理解學理上的區分外，也需要知曉如何視性質、按情況妥適設想，交錯併用不同的規範手段。

### 第三節 章節安排說明

本研究第一章說明研究動機與目的，研究構想、研究取向與範圍的設定以及析事例素材取捨考量。第二章則從知識管理與知識生產角度，分就法制作業單位以及一般行政機關的知識管理與知識生產工作提出相關分析論述，希望有助於行政機關或是法制作業單位發展出一套得以自行生產所需實務知識的作法。

由於私法關係行政規制問題，涉及諸多知識脈絡，如沒適當梳理，僅從末端現象的法規體例面分析，恐見樹不見林，知其然卻不知所以然，故第三章就私法關係行政規制問題的相涉觀念分析，以為理解認知相關問題建立必要的背景知識。

第四章則進入私法關係行政規制問題的法制體例分析，擇定「契約自由的行政規制與定型化契約的監督控制」、「團體、組織的規範設計運用」以及「團體訴訟制度的規範設計運用」等三個主要議題，分別探求其法制作業實務可能遇到的問題以及尋求解決的思考之道。最後提出研究結論。

相關章節的詳細安排如下：

#### 第一章 緒論

##### 第一節 研究動機與研究目的

- 一、研究動機
- 二、研究目的

##### 第二節 研究構想與研究貢獻

- 一、研究取向與範圍的設定
- 二、分析事例素材取捨的考量
  - 兼論事例素材彼此間的內的事理關聯與法理對照意義
- 三、研究成果對於法制作業實務的作用

#### 第三節 章節安排說明

#### 第二章 行政機關的知識管理與知識生產

##### 第一節 知識經濟時代與知識型政府

##### 第二節 法制作業單位的知識管理與知識生產

- 一、法制作業環境變遷下的知識需求與滿足方式
- 二、透過法制體例進行知識管理

- 三、外部知識的轉化問題
- 第三節 一般行政機關的知識管理與知識生產
  - 一、以勞工行政主管機關為例
    - 一、解釋令的產生背景及其對實務工作的作用與重要性
    - 二、解釋令對實務工作的作用及重要性
    - 三、無薪休假問題的實務因應經驗檢討
- 第四節 結語
  
- 第三章 私法關係行政規制問題的相涉觀念分析
  - 第一節 私法關係行政規制議題的觀察面向
  - 第二節 私法關係行政規制議題的背景認知（一）
    - 國家角色、任務的想像與期待
      - 一、國家角色的變遷
        - 守衛者、仲裁者、管制者、給付者、市場化、去市場化
      - 二、國家角色與公民地位的互動關係
      - 三、今後國家角色的變化與界定思考
  - 第三節 私法關係行政規制議題的背景認知（二）
    - 行政調控任務以及治理思想典範
      - 一、行政法學作為調控之學
      - 二、治理思想的典範類型
      - 三、對法制作業的啟發
  - 第四節 私法關係行政規制議題的背景認知（三）
    - 契約自由制度流弊的檢討反省
      - 一、契約自由原則真諦的省思
      - 二、個人自主概念作為契約自由的上位價值與指導原則
      - 三、透過個人自主概念檢討反省契約自由制度流弊的實例
        - 勞動法法源及規範制度建構原則的內在原理
  - 第五節 私法關係行政規制議題的背景認知（四）
    - 公法與私法的彼此關聯與交互為用
      - 一、公法、私法二分觀點的檢討必要
      - 二、行政法原理面的思考
      - 三、民事法原理面的思考
      - 四、公法規範手段與私法規範手段有機結合
  
- 第四章 私法關係行政規制問題的法制體例分析
  - 第一節 分析方式的思考與設定
  - 第二節 契約自由的行政規制與定型化契約的監督控制
    - 一、問題概說與基本觀念

- 二、契約自由的制度保障內涵與規範設計
- 三、定型化契約監督控制規範的設計問題
- 第三節 團體、組織的規範設計運用
  - 一、問題概說與基本觀念
  - 二、團體、組織運用事例的考察分析
  - 三、勞動法運用經驗的觀察借鏡
- 第四節 團體訴訟制度的規範設計運用
  - 一、團體訴訟的基本概念
  - 二、以團體訴訟之功能面向作為制度設計之指導原則
  - 三、我國團體訴訟制度之立法例觀察整理
  - 四、團體訴訟制度的細部設計問題

## 第五章 結論

## 第二章 行政機關的知識管理與知識生產

### 第一節 知識經濟時代與知識型政府

行政院經濟建設委員會所頒「知識經濟發展方案」指出，近代經濟的發展，來自於生產力的長期累積增加；生產力長期持續增加的原因，即來自於知識不斷的累積與有效運用。一九九六年「經濟合作開發組織」(OECD)發表了「知識經濟報告」，認為以知識為本位的經濟趨勢即將改變全球經濟發展型態。所謂「知識經濟」就是直接建立在知識與資訊的激發、擴散和應用之上的經濟活動模式，其以不斷創新的知識為基礎。在知識經濟時代，創造知識和運用知識的能力和效率，凌駕於土地、資金等傳統生產因素之上，同時知識的創造和運用能力也左右著競爭力的強弱，因此不論是私部門或是公部門，均應充分體認知識經濟時代的環境趨勢，培養強化自身工作的知識管理與知識生產能力，來提高競爭力。

其次，由於全球化、網路化（數位化）<sup>1</sup>的時代趨勢，不斷激化加速資訊與問題的互動匯流，身處此等環境中的組織為了自我存續運作，必須要能靈活迅速的面對與處理從四面八方、即時湧至的大量問題考驗。這些不斷推陳出新的問題考驗，讓組織及其成員容易出現以下的困擾：不是，知識匱乏，不能滿足處理現下問題的需求；就是，知識過剩，不知如何取舍出對眼前工作的有用知識；要不然，就是花費大量時間，卻只取得一些不相關的知識；或者是，學得大量知識，卻不知如何運用到實際工作或者是日常生活中。這些問題在在彰顯了一種新的管理形式—知識管理的重要性<sup>2</sup>。

詳言之，隨著知識經濟的不斷發展，所有的組織不分私領域或是公領域，均需要有相應的組織管理模式、理論和實踐方法，來將知識視為組織成長發展的重

---

<sup>1</sup> 電腦是處理數位化的資料工具，所謂「數位化」是以Bits二原來代表宇宙呈現中的一切，一個電路中之「開」(switch on)與「關」(switch off)，「開」則代表1，「關」則代表0。電腦資料構成的基本形式就是運用數字位元0、1的原理，電腦硬體中的電子元件均是以電壓的形式運作，有電代表1，沒電代表0，讓0、1之bits轉為電腦上執行之運算。

由於，用0、1的2 bits可以代表文字、數目、語言、圖形，所以前述這些資訊均可轉換成數位形式，讓電腦儲存、處理和傳輸。亦即，人類用來表達資訊的四種形式（文字、數目、語言、圖形）均可以數位化、電腦化，於是標準化的電腦硬體以及軟體平台，配合網路連線技術的發明，人類開始進入嶄新的數位化生活與工作模式的時代。

在數位環境因素理，人類社會的政治、經濟、文化、心理、安全及發展，將呈現：「資訊資產化」、「資源共享化」、「互動網路化」、「組織虛擬化」、「權力分散化」、「權威虛弱化」、「智慧聚合化」、「領導網路化」、「創意無限化」、「互動即時化」、「疆界無效化」、「智愚兩極化」等特性。政府部門的運作以及提供服務方式，也必須因應此等科技及環境變動而調整、形成數位化政府的思維與作為。

有關數位化時代特性之相關介紹，參見：賴世培等/合著，數位化政府，國立空中大學，2003年8月修訂再版，頁3-7。

<sup>2</sup> 參閱：葉乃嘉，知識管理—知識概論與知識平台導入實務，新文京開發出版股份有限公司，2008年4月15日第2版，頁12-13。

要策略性資源，透過掌握和利用知識來提高組織的競爭力。進行知識管理工作的主要重點在於，思考如何搜集和整理知識，包括從組織外部專家學者以及組織內部運作等不同途徑來獲取知識；如何使員工儘量貢獻自己的知識，亦即將各別組織成員的個體知識團體化，將隱性知識顯性化，將外部知識內部化等，透過前述這些方面的努力，藉以在組織內部有效地識別、開發、儲存和傳遞知識，讓組織成員可以共同創造、分享、吸收、利用組織自我管理生產的作業知識，從而提高個人與組織的創新能力、反應能力、生產能力和技術能力，形成有利「知識創新」(Knowledge Innovation)的組織文化與運作氛圍，帶動組織不斷正向成長<sup>3</sup>。

此外，值得吾人注意的是，隨著行政院研考會對於政府部門績效管理制度之推動，於 2001 年 5 月頒布「行政院所屬各機關施政績效評估要點」，行政院人事行政局亦於同年 9 月訂定「行政院暨所屬各級行政機關績效獎金實施計畫」(嗣後於 2007 年起停止辦理)，期能將公務機關轉變成爲績效導向之組織文化，並強化績效管理制度之實行。同時，行政院研考會另於 2004 年 4 月頒訂「加強行政院所屬各機關研發創新實施要點」，作爲我國政府機關推行知識管理工作的主要依據，以落實型塑知識型政府的目標。知識管理與知識生產已然成爲我國行政機關在績效競爭面向上不容漠視的課題<sup>4</sup>。

論者指出，目前即使許多組織皆已引進知識管理作法，許多人仍舊認爲知識管理只是一個概念，或只是資訊管理的化身。然而，必須指出的是，知識管理對於組織運作發展不但實用而且必要，其和資訊管理更是不同，重點在於如何以寬廣的視野來理解，以正確的方式來實踐<sup>5</sup>。是以，知識管理不一定要數位化，亦不一定需要大量的、先進的資訊科技，最重要的勿寧是，要正確認識到知識對組織的重要作用，形成生產知識、管理知識、分享知識的組織文化，使其落實在日常作業活動中，讓成員可以從作中學，產生「用以致學」、「學以致用」的良性循環發展。

行政法學者陳愛娥亦指出，行政法學的研究必須取向實務，提供能發揮功能、適宜解決問題之法秩序之型塑建議。這項工作的主要挑戰其實是知識的問題。爲了完成任務或是型塑規範性的行爲指示，行政與立法部門不僅需要相應的人員與財力手段，也需要足夠的資訊，只有當其掌握、支配足夠的知識時，才能蘊積出創造行動的能量。尤其是國家角色日益由自由的法治國轉向干預的、福利的與預防的法治國，國家行政任務的質與量均有劇烈變遷，爲了達成相關任務所需的資訊與知識要求均大大提高。凡此，均使得立法與行政部門時常必須面對因其支配知識有限，難以就現前問題即時作出適宜回應作爲的窘境，甚至是錯失導

<sup>3</sup> 參閱：葉乃嘉，註 2 前揭書，頁 13。

<sup>4</sup> 參閱：胡龍騰、張鑑文、楊仁鈴/合著，你，願意分享嗎？公部門組織成員知識分享行爲之底蘊，東吳政治學報第 26 卷第 3 期（2008 年），頁 60。

<sup>5</sup> 參閱：楊正學，知識管理學理與實證，2006 年 1 月初版 1 刷，頁 12。

正問題發展的契機，演變至全盤皆亂、難以收拾的困境。所以，如何給與法制作業單位以及參與其中擔任實際工作之法制人員，彈性、取向於具體情境並適宜學習的行為指示，實有其必要性與重要性<sup>6</sup>。

爲了更加具體說明，行政機關可以如何進行知識管理工作，來達成提升成員工作能力之目標，以下即嘗試以法制作業單位以及勞工行政機關的知識管理問題進行相關探討分析。

---

<sup>6</sup> 參閱：陳愛娥，德國行政法學的新發展，載於台灣行政法學會/編，台灣行政法學會研討會論文集【2009】，行政契約之法理.各國行政法學發展方向，元照出版公司，2009年7月初版1刷，頁176-175。

## 第二節 法制作業單位的知識管理與知識生產

### 一、法制作業環境變遷下的知識需求與滿足方式

依民主制度的理論，立法程序應由立法機關主導，然而由於諸多政治與制度上之限制，立法機關實際上往往無法處理十分複雜且專業之行政事務，政策、法案的起草、研擬工作，多交由行政機關負責執行，由部會負責立法作業幕僚工作，以行政院名義送出草案，再由立法院透過三讀程序完成立法程序<sup>7</sup>。故行政機關的業務單位以及法制作業單位形同是實質的推動法案、政策的參與者，特別是，在其中擔任法案品質把關工作的行政機關法制單位，對於確保法案品質，使政府得以依法行政、追求效能、回應社會需求，具有重要影響力。

觀察我國行政機關的法制作業實務可以發現，近年來法制作業的外部環境快速變遷，經濟與社會的問題型態推陳出新，行政法律增加快速，行政法學蓬勃發展，法制作業進入思維轉型時期，出現了種種興革與嘗試，包括：借助外部資源，依具體法制問題邀請相關專業領域之學者專家參加諮詢會議提供意見，期使理論與學理兼備<sup>8</sup>；引進法案衝擊影響評估<sup>9</sup>等作法；舉辦全國法制研討會，溝通檢討法制作業實務問題，逐步調整不合時宜的觀念及法制體例，使法制作業觀念朝向標準化等等。這些作為嘗試的共點思考點，其實均集中在如何才能讓法制作業機關及其成員，可以針對瞬息萬變的業務問題，快又有效找到解決問題的所需知識。

身處法制作業思維轉型時期，很多既有作法需要有不同的看待，才能掌握契機從危機中找到轉機。諸如，充分運用外部資源、廣泛聽取專家意見的興革與嘗試，背後隱約透露的是，實務機關認為自身無能力或無暇從事知識生產，所以求助外部資源。這種作法雖有助於紓解緩不濟急的窘境，然不同位置本即會有不同腦袋，未曾接觸法制工作的外部知識工作者，其提供的知識觀點，常常未必直接合用。更重要的是，長期求助外部，會弱化組織成員的知識生產能力，使得組織更加依賴外部的知識生產奧援。

<sup>7</sup> 參閱：黃殿偉，我國立法過程中行政機關扮演之角色研究，立法院院聞第 2 期第 72 卷，頁 52。

<sup>8</sup> 參見：行政院法規委員會編印，行政院法規委員會諮詢會議記錄彙編（第一輯），例言，民國 92 年 12 月。

<sup>9</sup> 為避免制（訂）定出不必要或不合理的法規，影響民間、企業的競爭活力，OECD 國家盛行以管制影響分析（Regulatory Impact Analysis）或管制影響評估（Regulatory Impact Assessment）之作法，系統性的評估法規變動會對民間社會所造成的證負面衝擊，期能兼就法律條文的「規定面」及「政策面」進行完整檢視，增進制（訂）定或修正法規的正面效益，降低負面影響。我國經建會為配合 OECD 推動管制革新（regulatory reform）工作主軸—管制影響評估（RIA），於民國 92 年委託國立台北大學完成「建立管制性法規影響分析機制可行性研究」。行政院法規會亦配合此一國際發展趨勢，於「行政院所屬各機關主管法案報院審查應注意事項」第 3 點規定，「應具備完整之法案衝擊影響評估」列為報請行政院審查法案須備資料。

參見：行政院經濟建設委員會/行政院法規會委託研究計劃，丘泰昌主持，建立行政機關法規影響分析機制暨實證研究（編號：（93）096.904 GPN：1009305318），頁 9-10。

前述現象的背後，其實有著值得深思的問題。法制機關與法律知識的關係是否純粹只是消費者，而與知識的生產絕緣？法制作業機關對於法律知識的生產、運用應該抱持何種態度？又面對學術界不斷製造出來的法律知識，法制作業機關如何消化為用？凡此均涉及法制作業機關在法律知識工作圈中的自我定位認知以及如何進行知識管理、知識生產的問題。

如利用同工作圈中其他關係者作為定位座標，來比較、對照。相對於專責於知識生產的學術界，法制機關雖然比較像是知識使用者；但相對於法制機關的服務對象--業務機關，透過法律專業意見的提供與協助，扮演使其他機關知其然亦知其所以然的溝通橋樑，則有些像法律知識教育者甚至是生產者的角色。法制作業機關在整個法律知識工作圈中的定位，其實介於知識生產與運用之間，故其與法律知識的關係，不僅有運用問題，也有知識生產以及知識管理問題。

換言之，在一般人的觀念裏，法律知識的工作領域因偏重於法律知識的生產或是運用，而有著學術界與實務界的區隔。實務界的工作的確是較傾向於解決問題導向，必須不斷面對事前無法完全預知的問題，難以「學以致用」，大多只能「用以致學」、「邊作邊學」(learning-by-doing)。不過，知識生產工作本來就不是學術界的專利，而是所有知識工作者（包括實務界工作者）都應該具備的技能，特別是在知識經濟時代，知識需求迫切，不分實務界、學術界，都必須要做好知識生產與管理工作，讓知識快速創造，易於取用、分享，進而豐富、活化。

## 二、透過法制體例進行知識管理

法制機關對於法律知識生產與運用活動與法制體例息息相關，法制體例不僅表達法制作業的知識狀態，同時也是產生、建構新知識的材料。從這種角度來看，法制體例其實就是法制作業知識的明文化（codification），讓知識的流量（flow）及外部性（externalities）都大幅成長，溝通效率因而獲得顯著提升。法制作業實務透過法制體例進行知識記憶的累積、轉移，其實也是一種知識管理。

知識管理之目的在活化體例所內含的法律知識，所以不能不是只是僵固地捍衛法制體例，而是必須認知到透過體例將法制作業知識的明文化會有的副作用，其可能變成「鎖定」效應的根源，讓我們陷入過時的觀念體系，以及圍繞這些體系的技術與作法<sup>10</sup>。亦即法制體例具有易於搜尋與重複使用之特性，人們往往透過法制體例的使用，快速地完成知識記憶的累積、轉移，日用而不知的結果，最後變成只知其然不知所以然，而在遇到法制體例分歧，或法制體例需要配合社會

---

<sup>10</sup> 參閱：周宜芳譯 / 多明尼克.佛芮(Dominique Foray)，知識經濟學，天下遠見出版股份有限公司，2007年12月27日第1版第1刷，頁105。

新興事物相應調整問題時，不知如何處理，甚至讓法制作業虛耗在「體例抗辯」的攻防，付出龐大的溝通成本。

法制體例係利用法制作業在具體問題脈絡中的經驗及構思，進一步整理而成的知識成果，其並非真空存在的觀念想像，而是為服務具體規範對象所存在之目的產物。職是之故，要徹底了解法制體例，就必須跳出法制體例本身的範疇，從其產生的背景中去了解，亦即不僅要從整體法制的妥適性角度來看待、思考個別法制體例，還必須去認識塑造這個體例的生態背景（ecological background），即鑲嵌回規範對象的社會存在脈絡，用生態學的探討途徑（ecological approach）考察系爭法律體例所倚賴的社會條件，以及其所能起的功能作用<sup>11</sup>。一旦法律體例所倚賴之社會條件及其功能作用有所轉變時，即須與時俱進地檢討法律體例的合理性、必要性。

因此，從知識管理的思考觀點來說，更重要的事，勿寧是將法制體例當成知識的表達狀態，以及建構新知識的工具，保持高度的知識警覺性（knowledge-vigilant）<sup>12</sup>，時時勤拂拭，勿使惹塵埃，法制作業實際運用過程發生爭議時，即時檢視思考，以免錯失以整體法制的妥適性角度來看待、思考法制體例，與時俱進作好知識更新管理的契機。

### 三、外部知識的轉化問題

至於，法制作業機關對於學術界所生產的法律知識應持何種看待態度問題，本研究認為法律學跟醫學有相類之處，即這兩個學科其實都是經驗之學，需要有的實際處理經驗積累跟萃取，才能一步步深化出理論基礎。因此，法律學術界在生產法律知識時本即有與實務進行對話的傾向。只不過實務的部門眾多，以政府部門的結構來區分，法律知識的運用者至少包括司法、行政及立法等不同實務部門之區分。

由於司法身處法治把關者、守護者的突出地位，法律知識生產的實務對話對象設定，主要係司法機關，而非行政機關或立法機關。在法律教育上也有向司法看齊的現象。大學法律系的法學教育課程，事實上主要係以司法圈的相關職業，包括法官、檢察官、律師的執業需要所安排的高度抽象化、理論化、以理論及邏輯為架構的觀念性的智識訓練。

---

<sup>11</sup> 社會生態、生態背景的概念意義，衍生借用自生態學。生態學（ecology）是一門研究各種有機體（organism）與其生活環境，以及各有機體彼此相互關係的科際整合學科。所謂生態學的探討途徑，提醒我們從人類與其社會各種制度的互動關係來思考制度問題。

參閱：金耀基，行政生態學，臺灣商務印書館，民國 81 年 9 月 2 版 1 刷，頁 2。陳秀容，近代人權觀念的轉變：一個社會生態觀點的分析，人文及社會科學集刊第 9 卷第 2 期，頁 102。

<sup>12</sup> 參閱：楊政學，知識管理學理與實證，揚智文化事業股份有限公司，2006 年 1 月初版 1 刷，頁 22。

在法律知識的生產與教育均以司法需求為中心，而未面面俱到地適當兼顧其他不同權力部門特性的情形下，法律知識的生產與運用即難免存在著某種程度的疏離現象。例如，公共行政的研究指出，在當今三權分立的憲政體制下，法律遇有爭議時的最後裁判者是法院。當政府運用法律作為工具來執行管制措施而與人民產生爭議時，法院便有講最後一句話的權力與義務，來判斷管制決策是否具有充分的資訊和知識、是否私心自用、是否遠大宏觀。

由於司法人員的傳統訓練以及爭議各造與社會大眾對其所抱持之期待，都是在個案中判定正義與不正義，而非處理和適應複雜的政治、經濟、社會或文化變遷的議題。因此，法院傾向於保障個人權益的個案思維取向，而較少有尊重行政部門專業，或是認知到個人權益與行政效率彼此間保持微妙平衡的必要性<sup>13</sup>。所以，在實務界特別是司法部門的法律知識工作者，必須認知到自己在整個法律知識工作圈中定位，以適合於自身部門環境的運用觀點，來化裁學術界所生產的法律知識。

值得注意的是，日本行政法學界亦早有學者認知到，一般法律學研究均只著重於既存法律制度的目的旨趣之探求，偏重於解釋學的思考，進而提倡以設計新法律制度為研究重點的「政策法學」研究取向<sup>14</sup>。德國學者Eberhard Schmidt-Aßmann觀察行政法學的發展軌跡，同樣反省道：「長久以來，法官的法律適用決定了行政法學方法論之理解。但是，行政之法律作業並非僅囿限於個案之決定。毋寧要說，行政尚包含有計畫與形成之任務，締結契約及發布行政命令等法律工作。行政具體化法律規範，有許多不同面相及階段。從而，行政法學之法學方法論必須同時兼具『適用（法令）導向的解釋』及「法令制定導向的決定」之學術。」<sup>15</sup>。

法制作業實務的知識需求與司法機關的作業知識需求不完全等同，套用前述德國學者Eberhard Schmidt-Aßmann的用語，是兼有「『適用（法令）導向的解釋』及「法令制定導向的決定」兩種面向的。在法制作業外部環境變化快速、現實問題型態多端的今日，不能只是期待學術界為其量身訂作生產法律知識，法制作業機關自身也應該有知識生產及管理的觀念，培養重視生產知識、管理知識及分享知識的組織文化，統合法制作業圈的知識工作社群，了解、研究法制體例所內含

<sup>13</sup> 參見：廖義銘，反思性公共行政與管制，翰蘆圖書出版有限公司，2005年7月初版，頁42。

<sup>14</sup> 請參見：阿部泰隆，政策法務からの提言，日本評論社，1993年。阿部泰隆，政策法學の基本指針，弘文堂，1996年。福井秀夫，法解釋學から政策法學へ，自治実務セミナー-第37卷第4號（1998年），頁8以下。阿部泰隆，政策法學講座，第一法規株式会社，平成15年8月5日初版。阿部泰隆，政策法學と自治条例，信山社，1999年。天野巡一ほか，政策法務と自治体，日本評論社，1989年。山口道昭，地方分権と政策法務，ぎょうせい，2000年。曠崎初仁，分権時代の政策法務，北海道町村会，1999年（該書附有政策法學相關文獻目錄整理）。

<sup>15</sup> 參見：Eberhard Schmidt-Aßmann/著，林明鏘等人/譯，行政法總論作為秩序理念-行政法體系建構的基礎與任務，元照出版有限公司，2009年10月出版第1刷，頁33。

的法律知識，並與時俱進地作好知識更新工作。

其次，任何法律均非憑空設想，而係針對社會生活事實量身訂作。法律規範是一套後設規則，具有依附社會生活事實來設計發想的特質，法律規範與規範對象（社會生活事實）彼此間存在著交互影響、相互作用的雙向關係。沒有一項法律制度可以與其所處之社會和國家發展相脫離。法制建構工作必須思考的是，如何在既有的社會結構條件下，組織、運用資源，來為規範事務作最佳處理，以達成政策目標。

換言之，法律學跟醫學一樣都是經驗之學，需要有的實際處理經驗積累跟萃取。醫學的學習需有人體供解剖了解人體結構及疾病成因，故醫學研究者敬稱提供遺體解剖研究者為「大體老師」。以此類比，實際法制問題的探討，則是學習法制作業必上的「解剖課程」。透過法制體例的研究分析與妥適運用，來消化、吸收實際法制作業所累積的經驗，醞釀出法制作業實務知識，則是法制作業單位知識管理與知識生產的核心工作。

### 第三節 一般行政機關的知識管理與知識生產—以勞工行政主管機關為例

如前所述，由於實務案件眾多、公務繁忙，實務機關在處理部分問題時，常會認為自身無能力或無暇從事知識生產，而直接求助外部資源。這種作法雖有助於紓解不濟急的窘境，然不同位置本即會有不同腦袋，未曾接觸實務工作的外部知識工作者，其提供的知識觀點，常常未必直接合用。更重要的是，如果只是求助外部，不設法發展知識生產與管理，組織成員的知識生產能力將會不斷弱化，而使得組織更加依賴外部的知識生產奧援。同時，未珍惜自身業務處理經驗，忽略了這些處理經驗中所蘊藏的知識，未作好知識管理與知識生產工作，往往在相類事例發生時，受制於作業時間壓力與知識資料缺乏的窘迫，只得捨近求遠，重起爐灶。如此一來一返，機關的知識能量未能隨著實際作業處理經驗而累積增進，競爭力自然也就難以獲得提昇。

不同於法制作業單位，勞工行政機關的作業知識並非以法制體例作為作為交流、累積、成長的平台，其作業知識的生產與運用活動的主要途徑，是解釋令函的作成、整理與檢討。解釋令不僅表達勞工行政實務圈的知識狀態，同時也是產生、建構新知識的材料。從這種角度來看，解釋令其實就是勞工行政主管機關實務作業的知識明文化（codification），勞工行政實務圈靠著解釋令提昇知識流量（flow）及外部性（externalities），彼此的溝通效率因而獲得顯著提升。也唯有透過這種知識生產與管理工作的不斷磨練，勞工行政的業務能力才能不斷成長、增進。

換言之，如果只是單靠學術研究文獻或學術界專家學者意見來處理勞工行政業務，而一直不摸索發展從作中學的知識生產與管理方法，雖可「一時止飢」，且終將走上「窮忙」（知識窮/業務忙）的惡性循環。為了讓勞工行政機關能夠持續導向不斷成長的正向循環，就必須重視知識生產與管理方法。因此，以下首先就解釋令對實務工作的作用及重要性進行說明，接著以新近發生的無薪休假問題的實際處理事例，來分析說明知識管理、知識生產工作對行政機關運作的影響。

#### 一、解釋令的產生背景

在依法行政的要求下，勞工行政工作人員要對業務得心應手，就必須作到全盤掌握相關業務法令（如勞基法）的制（訂）定、修正情況，並練就透過司法判決與行政解釋來嗅出實務發展動向的能力。隨著資訊化時代的來臨，不論是司法判決或是行政解釋，甚至連勞動法研究文獻，目前均已有電子化的查詢系統，在收集查詢上頗為方便<sup>16</sup>。

<sup>16</sup> 茲將有關勞動法資訊的重要網路資源羅列供參：行政院勞工委員會：<http://www.cla.gov.tw/>；行政院勞工委員會勞工保險局：<http://www.bli.gov.tw/>；行政院勞工委員會職業訓練局：

有關解釋令的產生背景及其對實務工作的作用及重要性問題，筆者曾為文指出<sup>17</sup>，勞資關係向來即具有隨社會經濟實情、勞動者生活變化等因素而變化的性質，在立法者根本無法於事前即以法律完整而精細地全面處理勞資事務之情況下，為滿足各方的期待，由勞工行政主管機關運用各種行政解釋來處理勞基法相關事務的應變方式就很自然地因應而生<sup>18</sup>。

加上〈周易〉的「訟則終凶」與孔子的「必也使無訟乎？」的想法深植民間社會<sup>19</sup>，勞資雙方在面對自身權益問題，特別是勞基法相關規定適用問題時，往往習慣先行請教勞工行政主管機關，冀望勞工行政主管機關的專業意見可以直接說服對方，避免進入司法程序，或是在無法消弭兩造對於系爭問題的歧見，演變成爲司法案件時，可以執勞工行政主管機關這個中立第三者的意見來說服法官作出有利己方的判決結果。影響所及，就連法院在處理勞動案件時，援引解釋令作爲說理基礎或是諮詢勞工行政主管機關意見作爲判斷參考的情況，亦頗爲常見。

## 二、解釋令對實務工作的作用及重要性

勞資雙方及法院習慣或喜愛將勞基法相關爭議問題就教於勞工行政主管機關，使得勞工行政主管機關成爲勞基法實務爭議問題的資訊匯集中心，如能積極善用這個地位上的實際優勢，一來可以「春江水暖鴨先知」地，研判、掌握勞基法爭議問題實務發展的氣象，預先構思前瞻性的施政因應，二來可以勞資雙方及法院所關注的爭議問題爲素材所形成的解釋意見，向勞資雙方及法院傳達訊息、進行觀念溝通，並解釋、補充、創造、具體化勞基法<sup>20</sup>。

然而，這張靠著勞工行政主管機關努力消化各方關係人如同螞蟻雄兵搬運而來的各式各樣問題，透過解釋令所織出來的「規範網」，既係順著客觀形勢，因風結網，自然難以脫免遷就現實及勞工行政主管機關立場拿捏的各種考量牽連，其最在意的往往不是已否深入而完整的回答問題，而是就機關立場或系爭個案背景而言，應該回答到哪種程度才適切。

---

<http://www2.evta.gov.tw/evta/index.asp>；司法院：<http://www.judicial.gov.tw/>；法源法律網：<http://www.lawbank.com.tw/index.php>；全國法規入口網站：<http://law.moj.gov.tw/>；國際勞工組織(ILO)：<http://www.ilo.org/global/lang--en/index.htm>；陳金泉律師網站：<http://www.kcchen.com.tw/>。

<sup>17</sup> 參見：陳建文，認識勞動基準法的幾種可能途徑，發表於台北市政府 97 年度勞動基準法令宣導會（97.3.13）。

<sup>18</sup> 不僅我國如此，於日本，行政解釋在勞動基準法實務上亦扮演相當重要的角色。有關行政解釋對勞動法令實際運作產生強大影響力的成因及其所衍生之相關問題分析，可參閱：黃程貫，勞動法，國立空中大學，民國 89 年 2 月修訂再版 2 刷，頁 127-130。安西愈，労働基準法の施行と通達行政の役割--なぜ「通達行政」，通達行政の今後の展望，季刊労働法 130 號，頁 103 以下。

<sup>19</sup> 參閱：林端，儒家倫理與法律文化--社會學觀點的探索，民國 83 年 1 月 1 版 1 刷，頁 214。

<sup>20</sup> 有關解釋令對勞基法之運作所具有的功能，請參閱：呂榮海，勞動法法源及其適用關係之研究，臺灣大學法律研究所民國 80 年博士論文，頁 112 以下。

具體以言，行政機關終究並非司法機關，勞資的詢問事實上讓其處於「無司法權限卻又不得不適度關心」、「要干涉卻又怕捲入糾紛」的兩難狀態，故其對相關法律問題之意見常具有試圖從個案爭執脫身的思考傾向。由於，勞工行政主管機關在作成解釋令時，其最在意的往往不是已否深入而完整的回答問題，而係以機關立場應該回答到哪種程度才適切。爲了不逾越司法權限並避免不當介入私人間紛爭而招來困擾，難免會運用一些假設性或不著邊際的回答，來閃躲問題的重點，或者以建議雙方協商、依尋法院途徑或法律規定等方式來解決問題。故而，在關鍵處欲言又止，未充分爬梳繽紛萬象之處所在多是，有必要時時檢視回顧，詳細精密的疏解，離疏去妄，方能織就完美的理網。

最後應作說明的是，儘管勞工行政機關針對相關勞動法規所作行政解釋，其法源性在學理上不無爭議，然這些解釋具有強大的事實上影響力，卻是無人能否認之事實。即使是對行政解釋法源性持質疑態度者<sup>21</sup>，仍不得不承認行政解釋對人民行動或法院判決具有強烈的誘導力量，而認爲行政解釋不是法源不能直接拘束法院及人民，但行政機關的解釋例規係法令之有權解釋，在現實中發揮著類似於法源的機能。此類行政解釋的見解若在處理實際問題時反覆地被採用成爲習慣法，經當事人合意成爲勞動契約之一部或經司法裁判採用而作成判決，仍不無具有法源效力之可能。因此，不論是站在學術研究或是實務工作的角度，都無法忽視由一個個行政解釋所逐步交織、補強、綿密起來的「規範網」。

最後，應說明者，同樣看解釋令，如何才能看出門道，不會霧裡看花，甚至淪於看熱鬧。看待解釋令，除知悉其對特定問題所持見解外，更重要的是要能掌握解釋令的思維方式及推理方法。如能深入了解每一個解釋令在作成時所使用的思維方式、推理方法，如此觸類旁通，處理相類問題，自然可以作到「雖不中亦不遠矣」的境界！

所謂思維，即指人類認識與反映客觀世界的方法與途徑，是連結主體與客體的橋樑與工具。而所謂思維方式，是指人類思維的一般歷程，是一個不斷從具體到抽象，由抽象到具體的循環往復過程中，接收、反應、思考外界信息中所形成

---

<sup>21</sup> 質疑行政解釋法源性者，可參見：黃程貫，前揭書，頁 130。呂榮海，前揭博士論文，頁 115。本多淳亮，*勞動法 法源*，載於氏著*勞動法總論*，青林書院，1986 年 12 月 25 日初版 1 刷，頁 113。外尾健一，*勞動法入門*，有斐閣，1991 年 6 月 30 日初版 1 刷，頁 27。有泉亨，*勞動法 法源*，載於日本勞動法學會編集，*新勞動法講座 1 勞動法 基礎理論*，有斐閣，昭和 49 年 2 月 20 日再版 4 刷，頁 77。西村健一郎、高木紘一、安枝英伸等著，*勞動法講義 3 勞動者保護法*，有斐閣，1992 年 4 月 30 日初版 2 刷，頁 9。西村健一郎、安枝英伸著，*勞動法*，有斐閣，1993 年 4 月 30 日 3 版 4 刷、第 7 頁、11 頁。片岡昇，*勞動法(1)總論、勞動團體法*，有斐閣，1993 年 4 月 20 日 3 版 1 刷，頁 75。青木宗也、金子征史共著，*改訂勞動關係法*，日本評論社，1994 年 6 月 20 日改訂版 1 刷，頁 50。片岡昇、前田達男編，*勞動法*，青林書院，1995 年 4 月 28 日初版 1 刷，頁 25。

的思維慣性定勢，即人們在運用語言文字或符號作思考時所表現出來的型態與方式。人們在面對不同的問題環境與處理目的時，會很自然地形成各具特色的不同思維方式典型，思維方式一旦沉澱成型，便具有穩定見解的功能，人們會自覺或不自覺地運用這些思考模式看待問題、對待<sup>22</sup>。

經過多年的實務運作，我國勞工行政圈業已發展出一套執解釋令進行溝通討論的公務文化，解釋令背後所沉澱出來的思維方式，往往是支配勞工行政實務工作見解取向的深層關鍵因素。勞工行政人員如能歸納分析同一問題的相關解釋令，反覆揣想解釋令的思維方式、推理方法，多作思考練習，自然可以跟上甚至超越解釋令看待問題的「認知層次」、「思維水準」，增強業務溝通能力。

### 三、無薪休假問題的實務因應經驗檢討

2008 年下半年因全球金融危機事件，導致經濟情勢急遽惡化，我國企業界普遍採取名為「無薪休假」的措施，來因應景氣急速變動、業務訂單銳減的經營危機，致勞工上班時數及薪資收入減少，實施「無薪休假」的相關權利義務問題引發輿論關注，各方議論的焦點隨著個案不斷出現而蔓延、轉移，包括：無薪休假措施合不合法？雇主實施無薪休假措施需不需要勞工同意？因無薪休假致勞工實際薪資減少，可否低於基本工資<sup>23</sup>？無薪休假遇女性勞工產假期間，雇主應如何續付工資，可否依無薪休假縮減後之薪資來給付產假續付工資<sup>24</sup>？以及勞委會應不應該限縮外勞配額、發動勞動檢查追查開罰，建立無薪休假通報機制，並以津貼補貼勞工薪資損失等等。

<sup>22</sup> 參閱：林文欽，周易時義研究，國立編譯館主編/出版，民國 91 年 10 月初版，頁 149。

<sup>23</sup> 有關無薪休假導致勞工薪資低於最低工資問題，勞委會原本解釋只要企業與勞工取得協議應不違法，惟因立法院藍綠立委均提出抨擊，該會改變立場表示，無薪休假不得低於基本工資，即使休無薪假導致勞工薪資低於最低投保薪資，其實際勞保投保金額仍不得低於最低投保薪資等級。惟無薪休假可不受基本工資規定限制之見解，究係出自何人，因涉政治責任歸屬問題，引發各方論戰，執政當局向外說明係在民進黨執政時期陳菊主任內所作，為該黨執政八年來的政策，陳菊則反駁其見解，指出民國無薪休假可不受基本工資規定限制之見解出於 83 年勞委會台（83）勞動 2 字第 35290 號函釋，該函釋為國民黨執政時期趙守博主任內所作。

經查 83 年 5 月 11 日以台（83）勞動 2 字第 35290 號，係就可歸責於雇主原因之停工期間工資給付所為之釋示，其認為停工如係可歸責於雇主之事由，仍應依原勞動契約之約定給付工資，該工資本不應低於基本工資。惟工資及工作時間本屬勞動契約之一部，其訂定或變更得任勞資雙方在不違反法令規定之前提下自由約定。勞資雙方如協議減少正常工作時間至低於法定正常工作時間（現為 2 週 84 小時），縱月內所領工資不足月基本工資，但如每日之工資未低於日基本工資，每小時之工資未低於時基本工資，仍屬適法。

相關發展報導，可參見：「勞工無薪休假 最低投保薪資不降」【2008/12/15 聯合晚報／記者黃朗倩/台北報導】；「勞委會：無薪假致低於基本工資民進黨政策」【中央社 2008.12.15／台北電】；「無薪假可低於基本工資 陳菊駁：不是我定的」【2008.12.16 聯合報／記者楊濡嘉／高雄市報導】等媒體報導。

<sup>24</sup> 因放無薪假導致產假薪資連帶縮水問題，勞委會在對申訴民眾說明時，以「無薪假視為勞動契約變更」為由，認為雇主可依無薪假後縮水的薪資給付產假，引起各界議論後，勞委會政策轉折，由勞委會主委王如玄表示，孕婦放產假「沒有提供勞務的義務」，沒有縮減工資、工時的問題，所以雇主仍必須照無薪假前的薪資給付。

在勞工團體抗議要求下，勞工行政主管機關不斷針對無薪休假的相關細節問題作出解釋回答，並視情形停止適用或不再援用舊有函釋。行政院勞工委員會於此時期針對無薪休假所作主要相關函釋，主要有：民國 98 年 4 月 24 日勞動 2 字第 0980070071 號、民國 98 年 4 月 8 日勞動 2 字第 0980130255 號、民國 98 年 3 月 23 日勞動 2 字第 0980130137 號、民國 98 年 3 月 17 日勞動 3 字第 0980130196 號、民國 98 年 3 月 5 日勞動 2 字第 0980130120 號、民國 98 年 2 月 13 日勞動 2 字第 0980130085 號、民國 97 年 12 月 22 日勞動 2 字第 0970130987 號、民國 96 年 7 月 24 日勞動二字第 0960071719 號等，最後慢慢沉澱定調出其對於無薪休假問題的看法<sup>25</sup>，即：

#### 1.在無薪休假的實施程序方面：

無薪休假事涉縮減工時、工資等個別勞工勞動條件之變更，其實施必須得到勞工個人之同意。故除勞工委託工會代為協商並決定者外，尚不得以產業工會理事、監事會議已同意，即謂業經勞資雙方之合意（行政院勞工委員會民國 98 年 2 月 13 日勞動 2 字第 0980130085 號）；勞雇雙方可透過勞資會議就應否採行所謂「無薪休假」進行討論，惟此協議，因涉個別勞工勞動條件之變更，仍應徵得勞工個人之同意，以求勞資關係和諧，保障勞工權益（行政院勞工委員會民國 98 年 4 月 24 日勞動 2 字第 0980070071 號）。雇主未經勞工同意逕自排定「無薪休假」，屬無效之變更，勞工縱未於「無薪休假」當日出勤，勞工無補服勞務之義務，雇主應依原約定給付報酬（行政院勞工委員會民國 98 年 2 月 13 日勞動 2 字第 0980130085 號；民國 98 年 3 月 5 日勞動 2 字第 0980130120 號）。

#### 2.在無薪休假方案的實體權利義務內容方面：

雇主受景氣因素影響致停工或減產經勞資雙方協議，暫時縮減工作時間及減少工資，其每月給付工資仍不得低於基本工資（行政院勞工委員會民國 97 年 12 月 22 日勞動 2 字第 0970130987 號），並應依勞資雙方原已排定之方式出勤給薪。雇主如有需要使勞工於原約定已排定免出勤之日出勤，仍應徵得勞工同意，並依法給付當日工資，不得有強迫勞工於無薪休假期間上班而不給薪，或給予「補休」替代薪資給付等變相減薪行為（行政院勞工委員會民國 98 年 4 月 8 日勞動 2 字第 0980130255 號）。於勞雇雙方因景氣因素協商暫時縮減工時及減少工資期間，如員工適逢產假，雇主依法本應停止其工作，該期間自無得實施所謂「無薪休假」，並應依無薪休假前之原勞動契約所約定工資數額給付（行政院勞工委員會民國 98 年 3 月 17 日勞動 3 字第 0980130196 號）。

<sup>25</sup> 以下有關無薪休假問題的函釋見解分析，參閱：陳建文，工資問題的思維方式與推理方法—兼論無薪休假及其處理規範問題，萬國法律雜誌第 167 號（2009 年 10 月號），頁 14-15。

### 3. 未依規定辦理無薪休假者的後續處置：

依勞基法施行細則第 7 條規定，勞工工作開始及中止之時間、休息時間及輪班制之換班等有關事項應於勞動契約中約定，雇主如認有變更之必要，應重新協商合致，不得逕自變更。雇主未經勞工同意，逕自排定所謂「無薪休假」，自屬無效之變更，勞工縱未於所謂「無薪休假」當日出勤，因係雇主逕自免除勞工出勤義務，勞工無補服勞務之義務，雇主仍應依原約定給付報酬。所生未全額給付勞工工資情事，主管機關可限期雇主給付工資（勞基法第 27 條），並依相關規定裁罰（行政院勞工委員會民國 98 年 2 月 13 日臺勞動 2 字第 0980130085 號函釋）。至於勞工可視情形援引勞基法第 14 條第 1 項所定「雇主不依勞動契約給付工作報酬，或對於按件計酬之勞工不供給充分之工作者」（第 5 款）；「雇主違反勞動契約或勞工法令，致有損害勞工權益之虞者。」（第 6 款）等事由，不經預告終止契約並請求給付資遣費。

事後來檢討此段處理經驗可以發現，企業因為經濟不景氣，而發生減薪停工事件，乃社會常態，無薪休假的勞資爭議事件並非首例，勞工行政機關對於此類事件亦非完全沒有處理經驗<sup>26</sup>。然而，勞工行政主管機關並未能從容不迫、井然有序的尋找和整理知識來源，就其現有知識創新出解決現前實務問題的所需知識，整個跟著輿論報導走，沒注意到機關自身先前已經形成的見解，未能始終如一、前後一貫，導致衍生更多輿論話題和爭議，不能不說仍有值得檢討改進的地方。這其中的一大部分因素與未作好知識管理工作有關。

公務機關在處理不斷而來的業務時，不能只是且戰且走，必須積極的因勢利導，利用業務處理的現實壓力，推動建立起知識管理與創新的系統架構，才有可能形成出可長可久的作業運作模式。

知識管理的本質為知識資訊化、知識價值化，而知識管理的基礎則在於組織內「知識市場」的建立。知識管理工作概分為三種策略即「市場化策略」、「系統化策略」及「社會化策略」，每一種策略涵蓋兩個重點：知識管理的「市場化策略」，其重點為「知識來源」的「尋找」與「整理」，其工具為「知識地圖」(Knowledge Map)；知識管理的「系統化策略」，其重點在知識內容的「儲存」與「流通」，以「知識庫」(Knowledge Base) 為主要工具；知識管理的「社會化策略」，其重點在透過「知識社群」(Knowledge Community) 進行知識價值的「創新」和「利

<sup>26</sup> 有關行政院勞工委員會對此問題的函釋整理分析與評論，可參閱：劉士豪，停工之法律問題，發表於行政院勞工委員會主辦，國立政治大學法學院、台灣勞動法學會合辦，「勞動基準法實務爭議問題」學術研討會會議手冊（2008 年 9 月 26 日，台灣大學社會科學院暨法律學院國際會議廳）。

用」<sup>27</sup>。

如果平日未能持續進行知識管理的教育灌輸，組織成員就難以凝聚形成明確的「知識社群」(Knowledge Community) 意識，也不會有「知識地圖」(Knowledge Map) 可以按圖索驥地快速找到他們所需要的知識來源。如此一來，即便已經存有豐富資料的「知識庫」(Knowledge Base)，整體知識生產的效能，亦無法高度發揮。

從勞工行政主管機關針對無薪休假問題所新作的相關函釋來看，其知識內容大致上並未超脫原有相關函釋，而有更多的知識產出。如果能落實知識管理觀念與作法，其應可更快速地定調出現有勞動法令下的應有作法，減少處理節的奏忙亂紛雜。

其次，由於欠缺知識管理與知識生產觀念，勞工行政主管機關對於無薪休假問題的處理，似乎也只是頭痛醫頭、腳痛醫腳，因應輿論要求在行政函釋面作出回應，至於法規面是否有檢討改善必要，似乎未一併留意。

有論者指出<sup>28</sup>，綜觀相關函釋的見解，大致是站在「依法行政」立場上，消極地「墨守成規」，亦即守在法律底線上來申論官方立場、進行法令宣導。由於勞基法相關工資規範的設想，主要立基於被動防禦保護勞工工資權益免受雇主侵害的觀點，無薪休假也就被定調，不得侵害勞工工資權益問題看待，而未能針對無薪休假的經營危機事件本質，引導出讓勞資彼此主動參與、協商對話、交換未來以共同解決經營危機的社會氛圍，讓整起事件發展成一場有意義的社會對話或是勞動保護規範思辯活動，認真且深刻的想想，現有勞動保護規範對於此等衍生自經營危機時期的勞動關係問題，既是否顯得有所不足，而在觀念面或是規定內容面需有所調整、補充。

值得注意的是，無薪休假問題其實充分暴露了勞基法工資規範以及大量解僱勞工保護法間存在著「制度間隙」，亟待修法補強。亦即，勞基法的工資規範，主要以經營承平時期的工資問題作設想，雖然有部分規定可以適用於「無薪休假」，卻無法完全合用；有必要開啓類似於大量解僱勞工保護法的協商程序，來協助勞資雙方就「無薪休假」的相關實施細節問題順利達成合意，同時讓勞工行政主管機關掌握資訊，及早作好相關就業安全機制的待命銜接，卻因「無薪休假」不是「大量解僱」，或是事件中的解僱人數未達同法大量解僱定義門檻，而幾乎無用武之地。

---

<sup>27</sup> 參閱：尤克強，知識管理與創新，天下遠見出版股份有限公司，2001年11月20日1版2刷，頁62。

<sup>28</sup> 以下參見：陳建文，工資問題的思維方式與推理方法—兼論無薪休假及其處理規範問題，萬國法律雜誌第167號（2009年10月號），頁15-17之相關說明。

這個工資保護防線上的漏洞，點出現行法制對於經營危機下的勞動問題症候群，並未適度的作整體看待，目前為止只有針對勞動契約終止的「大量解僱」設有專法，其他於經營危機下所引發的大量勞動契約共同問題，則仍未有相應的程序規範。以致於「無薪休假」雖然往往是大量解僱的前哨戰，但其只要符合相關行政函釋所提的相關要求，即被肯定是合法的經營危機因應措施。如此一來，只要以「無薪休假」的名義拉長戰線，反而可以增取時間與空間，在「無薪休假」期間小量、分批、斷續的裁減員工，完全阻斷大量解僱勞工保護法所定之強制協商程序的開啓，確保雇主在經營危機事件上的單方主導優勢。換言之，「無薪休假」的普遍流行，極有可能讓雇主需主動提出計畫書，說明、協商，踐行繁瑣程序義務的大量解僱勞工保護法慢慢失去規範作用。

「無薪休假」的規範問題，既然落在勞基法工資規範與大量解僱保護法間的制度間隙地帶，這個漏洞的填補其實也該順理成章的分由勞基法工資規範與大量解僱保護法的角度，來檢視「無薪休假」問題所帶來的法理省思，為無薪休假的處理規範問題找到基本方向。

首先，由勞基法工資規範來看，該法所謂的「勞動條件最低基準保障」，不應僅僅侷限在實體面，而應該同時兼及程序面，亦即進化出「勞動條件決定程序面的最低基準保障」、「勞動條件決定結果面的最低基準保障」的觀念區別，以求周全。蓋「無薪休假」的規範問題處理經驗，突顯出勞動條件的決定過程與決定結果同等重要且無從切割，勞基法除了從實體面對勞動條件決定結果作最低基準的把關保障外，由於勞動條件具有變動性，基於透過正當程序保證妥適結果產生的觀點，所謂保障勞動條件最低基準的問題，自然也有必要從程序面檢視相關配套機制是否足夠。

其次，從大量解僱保護法的角度來看，大量解僱的監控指標、時點其實有必要與「無薪休假」做適度連結；又「無薪休假」協商的正當程序保障問題，不該簡化成「個別勞工同意」來看待，反而應該參照大量解僱的處理模式，如由雇主提出計畫書、開啓強制協商程序、結合社會安全機制等等，來形成「無薪休假」協商的正當程序保障內涵。

「無薪休假」的普遍流行，說明了現行法不論是在規範觀念或是內容上，對經營危機的勞資互動規範議題的關注，事實上均極度不足。雖然「無薪休假」在實務上的熱度已逐漸不如往昔，惟本著「視履考祥，其旋元吉」（易經天澤履卦上九爻辭）的精神，來回顧前瞻這段經驗，「無薪休假」所帶來的「工資轉投資」的問題類型，已經在提醒勞工行政主管機關未來應更加積極設想此類由勞資共同對處經營危機的相關規範問題。

#### 第四節 結語

如果國家是一部機器，將民眾無結構或未定型的要求，當成材料進行加工、轉化，產出具體的可行辦法，便是這部機器所最不可或缺的重要機能<sup>29</sup>。從國家機器的運作結構來看，行政機關是行政權的一部分，整個行政權又是國家憲政體制的一部分。行政機關作為整個國家機器行政權中的一個子系統，面對人民必須依法行政，也有義務整合、傳輸民意或政策訊息給立法或司法等憲政機關，促成制度或法律的產生。

由西方的角度來看，我國公部門中的「文官」或「公務員」是用來翻譯英文中的”Civil Servant”，意指政府公務員應作為「人民的僕人」，並且為民眾提供有效的服務。然而，長期以來，許多人受到「官僚組織」(Bureaucracy) 概念之影響，認為行政機關的特性與運作方式如同一封閉世界，政府只扮演單向的管制者的角色，而忽略了政府自身係處在整個施政生態中扮演服務提供者的事實<sup>30</sup>。

我國從過去的威權體制轉換為民主政體，政府需要在觀念上和實質上有所調整。詳言之，過去威權時代，社會相對較為封閉、無活力，公務系統較少承受外部社會議題或政治效應所帶來的施政衝擊，故發展出著重內部人員的專業行政能力，強調依法行政，建構出單一價值或標準答案，向社會單向傳達的施政風格。然而，隨著民主逐漸深化、社會日益多元，政府施政已經無法一直照章行事、依樣畫葫蘆，而必須感知公務系統外部的社會環境趨勢變化，看重外部政策論述與溝通工作<sup>31</sup>，設法針對特定議題中彼此互異的利益情況，異中求同、整全融合，重新形塑人們對問題及政策議題的認知，移風易俗地帶動整體社會的進步發展。

在現今的施政環境之下，政府機關除了依法思維之外，還要有政策思維。只有依法思維、過於固守「法律」，未看重外部政策論述與溝通的結果，往往無法化解爭議，反而會讓爭議激化、纏身。所以，勞工行政主管機關必須掌握住知識經濟與服務型政府的趨勢潮流，以及多元民主討論溝通的社會風氣等大環境面的因素，來定位自己，負責立法前置階段的不同社會意見的整合思考工作。

蓋民主會社必須靠「討論」來統治 (government by discussion)<sup>32</sup>。然而，價值、觀念的多元分歧乃民主社會的重要特徵，在多元開放的民主社會中，公民對

<sup>29</sup> 參閱：李錫錕，公意之概念化與運作化之研究，中央研究院三民主義研究所專題選刊(43)，1981年4月，頁30。

<sup>30</sup> 參閱：行政院人事行政局公務人力發展中心委託國立台灣大學執行(召集人：包銘宗)「公務人員知識經濟與服務理念訓練學員參考讀本」，知識經濟與服務型政府，公務人力中心，2001年出版，頁49。

<sup>31</sup> 如交通部中央氣象局近年來因為風災、雨量預報遭受外界批評，其氣象預報多為樣板式專業術語，無法與閱聽民眾作有效防災提醒溝通即為適例。

<sup>32</sup> 參閱：Deborah Stone/著，朱道凱/譯，政策吊詭：政治決策的藝術，頁392，群學出版有限公司，2007年1月。

於同一議題會抱持不同主張，因而在公共政策上產生許多難解的深層衝突。政府應該遵循公共理性的理念，來處理爭議、形成共識、證成決策。亦即，政府的施政思考應該訴諸眾人皆能接受的「相互性判準」，在異中求同、尋求共識，將公民的思維視野由私領域移向公領域，從公共的角度來思考公共議題，在彼此之間形成交疊共識（overlapping consensus），促進多元社會的整合<sup>33</sup>。

例如，勞資雙方在颱風來臨時，究應依循何種規則行事，不僅是個別勞資當事人間的權利義務問題，也是整個社會制度的建構問題。所以，勞工行政主管機關在面對社會團體所提出的颱風假訴求時，應該進行知識管理，設法理清問題、設定議題，利用「颱風」這個國人在熟悉不過的公共議題，讓勞資進行社會對話，民間與政府之間有雙向、多元、多層次的互動與彼此理解，才能進一步產生社會理性的判斷與反省，讓「颱風假」的訴求逐漸落實成高瞻遠矚的社會願景。

至於，如何尋找出眾人皆能接受的「相互性判準」？涉及行政機關對於社會問題或人民訴求的因應策略問題，應該分從「先了解各方想法再提辦法」、「管理知識進而生產知識」及「進行施政整合」等三方面來思考。以下分別加以說明。

#### （一）先了解各方想法再提辦法

現代國家的政府任務之一，便是建構資訊公開透明的公共領域，達到溝通、聯繫、傳遞理念，進而形成社會共識，以促進國家機關的正當性<sup>34</sup>。行政機關為求自身施政的民主正當性，必須作到「民之所欲常在我心」。問題是人民彼此間對於特定議題的所欲常常有所不同，在施政之前必須先行整合這些不同的想法，來匯集共識。

任何社會問題必定存有不同利益訴求的各方關係人，也必然會產生各種不同的看法。所以，行政機關應該將自身定位為意見整合以及公共討論引導者，以開放態度來傾聽、收集、調查、了解各方關係人的看法與想法，同時也必須在現今的社會時空脈絡下來重行檢視自己從過去一直到現在對於系爭問題所抱持的想法，是否仍然合宜，有無調整改變的必要。

---

<sup>33</sup> 參閱：王冠生，論羅爾斯的公共理性理念，發表於台灣哲學學會、政治大學哲學系主辦，台灣哲學學會 2008 年度學術研討會議「科學、規範與實踐理性」，民國 97 年 10 月 25 日（政治大學季陶樓），頁 7.35 等頁。

<sup>34</sup> 參閱：行政院人事行政局公務人力發展中心委託國立台灣大學執行（召集人：包銘宗）「公務人員知識經濟與服務理念訓練學員參考讀本」，知識經濟與服務型政府，公務人力中心，2001 年出版，頁 62。

簡言之，就是藉由了解各方當事人對於系爭議問題的想法，來分析現況、歸納重點、設定思考主題，再據以進行「知識管理」與「知識生產」，找出解決問題所需的「知識」。

## （二）管理知識進而生產知識

解決問題或是形成政策都需要「知識」作為後盾。所謂知識乃具有多義的抽象、模糊概念，可從不同角度來加以定義、理解，如果從知識的形成過程及其指導決策行為的用途來看，知識主要係指一些有助於提昇人類對資料、資訊的邏輯推理能力的事實、信念、觀念、法則<sup>35</sup>。

二十一世紀是知識經濟的時代，知識已從學術圈的上層、抽象的概念，逐漸融入人們的各個生活層面。在這樣的環境氛圍下，知識的生產者與消費者已經不再有（也不該有）截然的界分，凡是使用知識者，都應該意識到，任何的知識使用行為，其實都是整體知識之創造與運用的一環。

換言之，「知識」有兩種意義，分別是「已知」(known)和「求知」(knowing)，前者代表著吾人已經知道的知識 (what we known)，後者指涉追求知識的一種狀態 (a state of knowing it)，二者同時並存發生<sup>36</sup>。「知識」的使用行為，不能光停留在只是依賴事先預定與重複的知識運用，而必須設法提升到掌握知識運用源頭，即知識管理與知識生產的層次來尋求努力、採取作為。如此才能使知識之運用本身又可衍生更新更多的知識。

知識管理觀念的出現，除了直接誘發許多實際管理作為變革之外，也使得組織從原先被視為執行各式生產工作的場域，轉換成為從事知識創造、蓄積、加值工作的「資訊處理中心」<sup>37</sup>，來有效的歸納、萃取繁多而複雜的知識，並使知識作適當的流通與移轉，在相互激盪的過程中，發揮正向回饋的效果，創造出新的知識。

因此，行政機關必須體認到，自己其實也是從事知識創造、蓄積工作的「資訊處理中心」，每一個施政動作都涉及知識管理與知識生產的問題。遇到問題時，應該先就問題所需的背景知識進行分類，再從自己的「知識倉庫」盤點、調用思

---

<sup>35</sup> 有關知識的各種定義，參閱：林東清，知識管理，頁 7，智勝文化事業有限公司，2007 年 9 月再版 2 刷。

<sup>36</sup> 參閱：吳思華，知識經濟、知識資本與知識管理，載於吳思華主編，【台灣產業研究】mook 4 知識資本在台灣，遠流出版事業股份有限公司，2001 年 6 月 1 日，初版 1 刷，頁 23。

<sup>37</sup> 參閱：張文強，台灣報社知識管理現狀初探—知識儲存與知識分享圖像的描繪，載於吳思華主編，【台灣產業研究】mook 4 知識資本在台灣，遠流出版事業股份有限公司，2001 年 6 月 1 日，初版 1 刷，頁 230。

想資源，讓既有的儲備知識可以隨著不同的施政需求而被創造轉化，仍有不足始借助外部的知識。

長久以來，行政機關依法行政，並且為因應機關內部業務處理，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，或是回應來自勞資大眾、司法部門的諮詢，不斷作出行政函釋，已發展出一個可以有效運作的知識管理系統。這個知識管理系統的「知識倉庫」主要是由累積前人智慧知識結晶、含有豐富知識內涵的法令規定與行政函釋所組成，尤其是數量頗為可觀的行政函釋，不但讓實務處理問題的智慧結晶流傳下來，形成了一套行政機關專有知識的管理系統，也讓與社會問題有所關聯的各方社會行動者，漸漸習慣甚至是倚賴行政函釋，來為渠等問題的思考處理尋得知識基礎，而自然建構出繞著行政函釋互動的社會溝通對話機制。

綜合上述，行政工作其實充滿著知識生產與知識管理的意涵，行政機關擁有專屬且獨特的知識，並且早已達到一定規模的知識存量，具有進行知識管理與知識生產的環境條件。面對相關訴求與問題，首先應就處理問題所需的背景知識進行分析歸類，其次再從相關法令、行政函釋或是法制體例等「知識倉庫」盤點、調用思想資源，缺乏或不足部分再求援外部的知識，來構思解決問題的方案。

### （三）進行施政整合

由於社會問題的各方關係人的利害與立場原本就有所不同。相較於，渠等彼此權利義務錙銖必較、利害對立，政府應該站在公益的立場<sup>38</sup>，提昇視野看待爭議、放大格局對待問題，抱持較勞資雙方更為開放的態度，掃除不當的人為觀念或制度的區隔、切割，以完整而全面的視野格局，重新設定議題，認真地整體看待事件可能為社會整體帶來的深遠影響，思考如何可以順理成章、畫龍點睛，採取正面而進步的施政作為。

從另一個方面來說，政府用來解決政策問題的方法通常叫做政策工具（policy instrument）或政策答案（policy solution）。這些用語使人產生誤解，以為公共政策像修理機器一樣，一勞永逸的解決問題。其實，政策像一局沒有完了的大富翁遊戲，選擇和實施政策工具的程序是政治的、持續不斷的，主管機關置身於高手如雲的賽局，對於政策行動應該有一套延續不斷的策略（ongoing strategies），

<sup>38</sup> 有關公益概念及相關問題的深入探討，請參見：李建良，從公法學之觀點論公益之概念與原則，國立中興大學法律學研究所碩士論文（1985年）。

用來建構各方關係及協調行爲<sup>39</sup>。

所以，如何回應社會問題或是訴求，不僅只有法理面的問題，更牽涉到微妙的政策判斷問題。政策規劃應有整體關聯、前後一貫的思維，應該結合現有政策作為一體規劃，亦即檢視既有施政措施與眼前問題彼此間是否潛伏著相同的思想潮流而可以相互配合，進而整合出一個可以與相關政策思潮趨勢同步並行的思考方向。

由於社會團體透過抗爭形式所提出議題訴求，帶有政治動能，常常被當成「洪水猛獸」，令執政當局驚懼不已，而想要壓抑、消滅或是設法逃避。然而，從另一個方面來說，這些社會訴求不能帶來國家機器的運轉動能，其同時也為終端政策產出提供可能的原始素材，帶有改善現狀的潛能。所以，在面對態度及處理方式上，實應設法讓「水患」變「水利」、讓「猛獸」變「坐騎」，來興利除弊，提昇施政效能。

借用「民意如潮水」的比喻來說，行政機關對於社會問題與訴求其實不該扮演試圖力挽狂瀾將所有訴求的解決任務一肩攔下的「中流砥柱」，其反倒比較應該扮演類似「水道溝渠」的角色，從善如流，在水進水出之間，進行知識管理、知識生產，提供社會進行對話、形成共識所需的知識後援。

易言之，行政機關應該看重其自身作為「溝通互動系統」與「知識管理系統」的事實，藉由人民提出訴求與其溝通對話的機會，將其轉化成為整個社會的民主討論，同時帶動機關自身的施政規劃以及知識管理。勞工行政機關如扮演類似「水道溝渠」的角色，從善如流，在各種意見來來往往、交會匯流之間，進行知識管理、知識生產，提供社會進行對話、形成共識所需的知識後援，不但可以減緩面對訴求的壓力，同時還可以在處理訴求的過程中累積相關知識而受益。其中轉壓力成助力的關鍵就在於，從社會團體的訴求接收進行知識管理的動力與素材，來從事政策思考，展開知識管理與知識生產活動。

至於知識管理工作的步驟：首先，應該針對訴求議題的知識構成進行分析歸納並進行知識分類，以辨明出處理議題所牽涉的背景知識。其次，回頭檢視知識管理系統中的知識倉儲，包括相關法規與函釋，進行知識盤點。接著，從相關法規函釋中找出指導性的價值觀點，或是總結出某種理論性的意涵，為問題添加理性思索的空間，也為落實訴求的可能性，打開更多「思想空間」。最後，再把各種經由知識管理所找出來的規範元素，建構成有助於人們展開知識之旅的知識倉

---

<sup>39</sup> 參閱：Deborah Stone/著，朱道凱/譯，政策吊詭：政治決策的藝術，頁 338，群學出版有限公司，2007 年 1 月。

庫 (stock of knowledge)<sup>40</sup>，讓朝知識邊境推進的探索工作，有充足的知識後援，不會無以為繼。

總而言之，只要按著「引導討論」/「分類知識」/「盤點知識」/「生產知識」/「提供政策決定的知識後援」的步驟執行，行政機關在處理社會訴求的同時，自然就可以凡處理過必留下痕跡地，靠著相關知識彼此間的整體關聯、融合增生，為自身施政需要蘊釀深化出務實有效的知識。

---

<sup>40</sup> 有關知識倉庫的構想，參閱：潘光哲，華盛頓在中國—製作國父，頁 13-14，三民書局，2006 年 5 月。潘光哲，追索晚清閱讀史的一些想法：「知識倉庫」、「思想資源」與「概念變遷」，新史學第 16 卷第 3 期（2005 年 9 月）。

### 第三章 私法關係行政規制問題的相涉觀念分析

#### 第一節 私法關係行政規制議題的觀察面向

宋朝詩人蘇東坡遊覽廬山，緣身在深山雲霧裡，親睹草木山石形狀隨眺望角度不同而各異其趣的景勝後，在西林寺牆壁上吟寫出如下的詩句：「橫看成峰側成嶺，遠近高低各不同。不識廬山真面目，祇緣身在此山中。」此詩的行文脈絡透著詩情、蘊含畫意，也喻點出現代攝影技術的精髓：拍攝的距離、方位、角度等因素，相互制約又相輔相成，不同的拍攝因素組合，會具有不同的表現力。懂得選擇不同的拍攝點，「橫看」與「側看」兼採，變換不同的「遠近」或「高低」來觀察，自然就可以像前述詩句中所概括的那樣，對觀看對象有「成嶺」或「成峰」的多重認知或感受，而豐富自己對客觀世界的體驗、認識和評價。

「不識廬山真面目」之嘆，對於吾人看待思考問題的啟發處在於：研究問題應該要依自身的研究或運用需要，站在特定的角度，轉換看待視野，而非畫地自限、全盤接受其他研究者或是一般流行見解所建議的觀看方式。亦即，應該開發不同的認識途徑，站在不同角度和處境看取不同面貌與景觀，設定不同的觀察認識途徑（Approach）面面觀照、交叉比對，互作參照，然後殊途同歸地匯集、深化出我們對於認識對象的體認與理解。

德國知名法學家耶林曾一針見血地指出，法律的本質就在於有活力地對相同事物的重新接受，也就是在分析與比較個別事物的路徑上去獲得法律的自然學說（*Naturlehre des Rechts*）<sup>1</sup>。此外，德國學者 Heck 亦認為，學術上的概念形成與體系建立，並不是單純地把法律上應然的概念重複，並且用自己的應然觀念加以補充而已，它會用一種描述的方式來對這些應然觀念作一個轉型。這種轉型主要是為了概觀，也為了讓我們比較容易理解。

法制作業實務因為工作內容直接接觸法規、法典等素材，業務處理上復有組織管考時效的壓力，因而容易僅著眼於規定文字、各別規定、相關法律等的現象面進行思考。惟一個問題的形成與出現，很多時候是許多現象、趨勢交相作用影響而來的。如果一直守在末端現象，不適度探究、了解前端的原因，知其然不知所以然的結果，在面臨現象面的變異時，就很容易陷於不知所措的局面。

一般法制作業工作在求「知其然」時，往往求助、仰賴行政法學特別是行政法總論的知識。然德國行政法學者 Eberhard Schmidt-Aßmann 指出，「行政法總論」

---

<sup>1</sup> 參見：吳從周，*民事法學與法學方法第二冊—概念法學、利益法學與價值法學*，一品文化出版社，2007年6月初版，頁23註9。

不僅僅是熟知法令規定與法律制度之法典，其事實上是一個秩序理念（Ordnungsidee），指引著在個別行政法制度中，所涉及越來越複雜的相關事件或連續性的演變方向，所以其亦係一個持續反省及體系建構的探索場所<sup>2</sup>。所以，解惑或尋答的重點，其實就在於尋找「秩序理念」、建構認知體系。

以本研究之探討主題—私法關係行政規制問題為例，自現象面觀察其係公法、私法規定交雜併用的法制體例現象，但如果是從此等現象的整體成因回溯，則可以發現此一議題其實牽涉多面向的問題，非常富有理論縱深，有必要適度了解，來建立思考私法關係行政規制問題的「座標系統」。

簡言之，行政法的規範對象是國家與國民的關係。因此，無論是基於社會環境事實條件的變遷，或者是因為憲法中的國家觀念轉變，只要國家與國民之間的關係有所轉變，行政法體系就不能不隨之演進。國家與社會部門之關係的變動，以及因此導致之行政任務改變，是反省行政法的動力，反省成果則展現在各個具體層面<sup>3</sup>。

依循前述事理構造，私法關係行政規制問題的牽涉層面，基本上可以解析為以下不同的相涉觀察面向，即：國家角色、任務的想像與期待；行政調控任務以及治理思想典範；契約自由制度流弊的檢討反省與改善；以及公法、私法的交流併用現象。透過這些相涉面向的觀察，會讓吾人較能對私法關係行政規制問題作來龍去脈的整體掌握，減少「瞎子摸象」的窘境，故以下各節即分就前述之個別背景認知，作適度的介紹說明。

---

<sup>2</sup> 參見：Eberhard Schmidt-Aßmann/著，林明鏘等人/譯，行政法總論作為秩序理念-行政法體系建構的基礎與任務，元照出版有限公司，2009年10月出版第1刷，頁3。

<sup>3</sup> 參閱：陳愛娥，德國行政法學的新發展，載於台灣行政法學會/編，台灣行政法學會研討會論文集【2009】，行政契約之法理.各國行政法學發展方向，元照出版公司，2009年7月初版1刷，頁172。

## 第二節 私法關係行政規制議題的背景認知（一）

### -- 國家角色、任務的想像與期待

有關國家角色、任務的想像與期待，並非抽象設想而來，其源於個別時代的國家人民關係以及當時所面臨的問題狀況，具有與時變遷的特性。國家角色定位問題或者稱之國家模型問題，其在行政法學上的意涵在於，從國家類型與規範類型學之觀點而言，國家的類型對應著特定類型與功能的法規範思想，針對不同國家類型的想像會有不同規範類型思想的產生與發展。國家角色、國家理解的轉變，即會產生法規範功能的相應調整與變遷需求<sup>4</sup>。學者陳淳文曾就國家角色變遷問題此有過深入完整的分析論述，以下即以該文為基礎，進行說明分析。

#### 一、國家角色的變遷：守衛者、仲裁者、管制者、給付者、市場化、去市場化

行政法學中的國家圖象源於西方文明中的近代國家，其係以歐洲歷史為背景所產生的特別統治組織。這種概念下的國家基本上包含了幾項基本要素：第一，他建立在固有範圍的領土疆域之上；這有別於封建時期諸侯領地得以時時變更範圍的情形。第二，它具有一個對內最高、對外平等獨立的主權權威；這亦有別於封建時期的國王、領主、主教、教士等相互競爭管轄權，人民無法辨識誰是真正的統治者的情形。第三，法律乃是主權者的意思表示，以人之意志而制定、修改與廢止。第四，統治者與國家分離，國家或是統治權威成為一個統一且層級化的行政官僚體系，以遂行具體的統治行為。第六，政治權威的世俗化與政治活動的專業化，因而有政教分離、政治與道德分離，以及國家與社會分離等發展趨勢<sup>5</sup>。

雖然，近代國家出現了國家與社會分離等發展趨勢<sup>6</sup>，惟基於國家的整合運作需要，政治統治權力想要介入社會生活成為必然的現象。不過，國家要能介入社會生活，以形成一種可以介入各領域的全面性權力為前提，這就必須仰賴一個統一而有力的行政官僚體系。在這樣的狀況下，不同環境條件以及施政情況的需要，影響國家介入程度的深淺與可能性，國家的角色亦會隨國家介入社會生活的程度而有所變遷<sup>7</sup>。

<sup>4</sup> 參閱：許登科，「公私協力在德國憲法與行政法上之挑戰與發展」與談稿，國立政治大學法學院、國立政治大學公法研究中心/主辦，「公私協力(PPP)法制」國際學術研討會論文集(2009.5.14(四)~5.15(五)，國立政治大學綜合院館5樓國際會議廳)，頁12。

<sup>5</sup> 參閱：陳淳文，公民、消費者、國家與市場，人文及社會科學集刊(中央研究院中山人文社會科學研究所)第15卷第2期(2003年6月)，頁272。

<sup>6</sup> 有關國家社會分離所謂國家社會二元論及其憲法意義的相關介紹討論，可參閱：葛克昌，國家學與國家法—社會國、租稅國與法治國理念，月旦出版社股份有限公司，1997年9月1版2刷，頁7-42。

<sup>7</sup> 由於現代國家與健全的行政官僚體系具有密不可分的關係，行政的發展歷史演變趨勢也就與國家角色的轉變歷程有了某種同步現象。有關行政的歷史發展介紹，可參見：參閱：哈特穆特·毛雷爾/著，高家偉/譯，行政法學總論，法律出版社，2000年11月1版，頁14-18。

國家最傳統的角色是守衛者與仲裁者，其職能主要現於秩序安定的維護。前者，包括對外的國防與對內的治安，後者則是司法審判任務。這兩種角色原本並不直接積極地介入社會生活，即便有介入的情形，國家亦是站在比較中立的地位來維持基本運作秩序。但守衛者的角色很容易地可以轉變成管制者的角色，產生爲了守衛而進行管制的情形。

例如以國家安全爲理由控管對外的貿易活動；或是基於公共安全衛生的考量，限制特定材料或是生產製程的使用。這種自然的轉變趨勢使得國家很自然地得以進一步的介入社會生活，對社會的運作發生深遠影響。比如說，基於國家安全需要管制出口貿易，自然會對國內市場以及產業結構造成衝擊變化；同理，爲了國家安全或秩序而限制特定原料或是製程使用的結果，相關上下游產業也很難避免受到影響。所以，即便國家是擔任守衛者與仲裁者，社會生活都很難不籠罩在國家的控制之下而深受影響<sup>8</sup>。

其次，國家還可以由管制者進一步變成以給付者的角色出現，提供物品或勞務給社會成員。國家的給付角色扮演可以視實際情況需要分別以不定時、非常設的方式，如針對特定災害的損失進行賑災、急難救助；或是以常設的制度化方式爲之。

國家在不同角色定位之間遞換轉變，主要都是時空環境條件所造成的。農業化社會與工業化、都市化社會之國家角色的差異，必須搭配國家所處環境條件及其施政要求來理解。諸如，自來水的供應、污水淨化以及垃圾處理等問題，在農業社會時代幾乎並不構成國家的任務，但是在工業化、都市化社會卻是國家的重要任務。一般而言，當國家只是單純的守衛者與仲裁者時，政治統治權力與人民的日常生活並部會有太多的交集。然而，一但國家成爲積極的管理者或甚至是給付者時，國家的政治權威便會有滲透融合到社會生活的趨勢，個人的自由空間也就因而相對的縮小。同時，隨著新的行政事務領域不斷湧現，國家行政職能亦會產生變化<sup>9</sup>。

當國家不再是守衛者與仲裁者，開始大量介入人民日常生活，提供郵政、電

---

<sup>8</sup> 參閱：陳淳文，註3前揭文，頁274。

<sup>9</sup> 於此，國家所將面臨的難題是，在一個複雜、變動、紛雜的社會和政治體系中，如何以更有效而民主的方式來治理？爲求解決此等「國家-社會」間的互動關係問題，公共行政學界的探討提出各種治理理念，包括「學習性治理」（governing by learning）、「溝通性治理」（communicative governance）、「合作性治理」（collaborative governance）等，來嘗試提供解答。「學習性治理」著重於政府與人民不斷地學習、相互地學習在治理中之重要性；「溝通性治理」則側重在溝通所能帶來的治理效果；「合作性治理」則強調以合作的理念來爲人們的溝通提供其可能性之基礎。事實上，學習、溝通與合作三項治理理念，可以說是同一種治理理念即「反思性治理」的三個不同面向展現，其共通處在於尋求可行方法，來促進人們的反思力，以達成國家對社會的治理目標。參見：廖義銘，反思性公共行政與管制，翰蘆圖書出版有限公司，2005年7月初版，頁77-90。

報、電話、海陸運輸等種種具有經濟性且與人民日常生活關係密切的業務，國家行政職能再度跟著產生變化。此階段的國家其以給付者的角色介入市場的經濟行為，通常並非以獲利為主要出發點，而是出於提供人民基本生活需求或是平抑特定商品或服務的市場價格等公共利益或市場秩序管理的考量。其次，在傳統國家與人民之隸屬關係下，國家提供服務予人民二者間並不存在著經濟意義下的交換關係。國家履行任務從事公共建設或是提供服務的財源，原則上亦以稅收為主。在觀念邏輯上，人民係以納稅人的身分貢獻國家運作所需之資金，則其履行納稅義務後的相對應權利自然就是可以享用國家所提供之建設與服務<sup>10</sup>。

不過，隨著國家越來越積極地扮演給付者角色，大規模的介入社會生活，其所提供之服務日漸包含經濟性質之服務，也越來越具有各別計價的可能性，就進入所謂「國家的市場化階段」。原本「因為納稅，所以是公民；因為是公民，所以可以無償享用國家所提供之設施與服務」的觀念邏輯，遂又逐漸轉變成「因為付費，所以是消費者；因為是消費者，所以可以享有等值於所有費用的物品或服務。」<sup>11</sup>。

在前一階段中，國家提供公共設施或是服務與人民使用，並非建立在「使用者付費」的觀念上，而是以無償使用為原則。所以，警察維護治安、追捕強盜，被視為是國家應盡的義務，所以不會在報案之初或是破案之後向受害人收取費用。同理，人民使用公園、人行道或是馬路等公共設施，基本上亦無須繳納使用費或是清潔維修費用。如對於使用諸如橋樑、隧道等特定設施收取過路費（我國公路法第二十四條稱其為「工程受益費」），實質上就具有特別稅課的性質，故一旦徵收費用總額已達實際工程費用，即必需停止收費。是以，並非所有道路工程建設皆對使用者收費<sup>12</sup>，而例外收費時也以該設施之建設費用總額為限<sup>13</sup>。

國家進入市場化階段後國家與人民的關係則為「使用者付費」觀念所左右。所謂「使用者付費」觀念，其最明顯的特徵即是以對價為法律關係的基礎，使用相關措施或是接受相關服務的人民，需要支付一般而言等於其所得利益之相應成本的費用。不過，計費與收費必須建立在成本估算、個別計算等市場化的前提之上，而並非所有的行政措施或服務，其成本均可詳細估算以及個別計價，故「使用者付費」概念無法完全普遍運用於所有行政服務措施。凡是比較無法以「偏好」或「成本」等經濟性交換行因素來衡量者，具有公共性與行政性的服務措施，就無法或不適宜於市場化處理。

<sup>10</sup> 參閱：陳淳文，註 3 前揭文，頁 276。

<sup>11</sup> 參閱：陳淳文，註 3 前揭文，頁 277。

<sup>12</sup> 大法官會議釋字第 212 號認為依「工程受益費徵收條例」第 2 條第 2 項規定，工程受益費應強制徵收；但各級政府實際並未一律徵收。吳庚大法官在該號解釋所提之不同意見書，特別指出強制徵收違反我國憲法之精神。

<sup>13</sup> 參閱：陳淳文，註 3 前揭文，頁 276。

例如，警察偵辦刑案、追捕盜匪，原則上不以偏好來選擇案件與緝捕對象（雖然實際上會因案件性質與被害人身分，而出現所未選擇性辦案的情形）。結案之後，也難有有效指標來計算處理案件的實際成本。即便成本可以估算，也因為在辦案過程與結果會產生十分可觀的外部成本，故而難將所有成本集中轉嫁在受害人一人身上。所以，是類行政服務措施，自然宜維持由人民以納稅者的身分，而非以消費者的身分來享有<sup>14</sup>。

反之，越具有適合市場化條件的行政領域，自然也就容易接受以「使用者付費」觀念作為指導原則。例如，國家提供的醫療服務。醫療服務傳統上屬於私人領域，在歐洲過去是教會濟助私人的主要手段，國家基本上只對影響全民的流行病之防治有所關切。然而隨著個別人民健康成為社會權的一部分，同時也被認為是國家整體的富強指標，國家遂積極介入醫療服務領域，開始設置衛生所、公立醫院，甚至進而開辦全民健康保險。而然，個人疾病的診治，除傳染病外，其受益效應明確集中在病患個人，並沒有太大的外部效果，實際所耗用之器材、藥品的費用成本皆可清楚計算，所以此類行政服務措施的制度設計與定位，時常會隨社會環境、時代觀念，而有飄移徘徊出入於「社會權」（人民以公民身分接受服務）以及「市場化」（人民以消費者身分購買服務）兩者間的現象。因而，在政策或是制度設計上，要判斷考量人民是以納稅者的身分或是以消費者的身份來享有這些服務之供給的區辨問題。

隨著「使用者付費」觀念逐漸進入國家行為中，國家在某些行政領域亦開始變得和一般商人沒有兩樣，國家與人民之間的關係樣貌又開始掀起另一翻的變化。國家應公民之邀請介入社會生活進而市場化的過程中，公民的法律地位一方面因為公民概念的擴充而提高，但在另一方面卻也相當程度地產生稀釋公民實質權益的效果。公民自由的空間，因為國家介入私人經濟活動，衝擊公民既有的生產、勞動即從業自由；同時，國家福利的興辦需要費用，在經常性稅收的繳納不足以支應的情況下，各種特殊名目或是變性的臨時性稅捐出現，成為人民以金錢給付為內容的公負擔<sup>15</sup>。

某種程度來說，「使用者付費」觀念讓國家像商人一樣常常作利益分析與利潤追逐，人民在以個別繳費的方式接受國家提供商品或服務時，也從納稅的公民異化成為繳費的消費者。理論上，消費者與生產者之間是一種個別、具體的關係，

<sup>14</sup> 參閱：陳淳文，註3前揭文，頁277。

<sup>15</sup> 國家基於法律授權以財政收入為目的對人民所徵收之金錢給付義務，統稱為「公課」（Abgaben）。公課的主要種類包括：租稅、規費（又分為行政規費、使用規費、特許規費等）、受益費、公共團體之負擔、特別公課等。在傳統觀念中，公課係以財政收入為目的，惟如今所謂財政收入目的，已無須為公課之主要目的，就連最典型的公課—租稅，亦得以財政收入為附隨目的。參閱：陳敏，行政法總論，1998年5月初版，頁225-229。

二者彼此是建立在平等基礎上的選擇關係，生產者可應消費者之實際需求，提供特定的商品服務，亦可自由選擇欲製造之商品或欲提供之服務與顧客，而通常利益（提高市場佔有率）或是利潤，即是其選擇基礎。

然而，國家與人民之權利義務關係，既不具個別性，也不具選擇性。國家原則上是基於抽象的全民需求或利益而積極作為，且其所提供之服務應平等適用於所有需要的人民，此點實與消費關係大不相同。所以，當公民面對國家的消費者亦是日漸增強時，其原有的公民意識反而日趨薄弱，最後甚至會被消費者意識所完全取代，種種弔詭的異化現象讓人們開始願意以純經濟的角度來思考國家的經濟行為，進而醞釀出要求國家退出市場的思潮<sup>16</sup>。

國家退出市場最直接了當的方式就是「私有化」，亦即將原本經營的事業所有權拋售給私人。國家與人民不在因此項業務而發生直接關係，具體的例子如台汽結束經營。另一種間接退出市場的方式是「公辦民營」（或稱委託民營），與前一種方式的差異在於所有權並未移轉，但經營權則讓渡給私人，如醫院、學校的委託民間經營管理。由於國家退出市場後出面承接國家業務的民間業者，不是為了直接獲利，就是著眼於提高市場佔有率的營利化目的，使得公民消費者化，常與社會正義與社會救濟等給付行政之原始理想衝突。受到「市場化」、「商品化」想法的影響，原本不以經濟角度考量之公共事務，如家庭垃圾的收集、處理；違規車輛的拖吊、保管等，連帶地也逐一的引進市場機制，成為收費的商品<sup>17</sup>。

## 二、國家角色與公民地位的互動關係

國家角色定位與人民自由、公民地位彼此存在著牽扯互動的微妙關係。所以，在觀察國家角色定位問題時，應該同時留意到國家角色與公民地位的互動關係。觀察西方國家角色變遷的歷程，其國民爭取公民地位、自由權利的歷史過程，可分為幾個階段<sup>18</sup>：

古典公民概念之自由是只將個人完全從屬於全體權威的集體自由中。公民透過政治參與，在公共事務上享有主權者之地位；但公共權威卻滲透到個人日常生活的每一個細節。換言之，公共領域與私人領域彼此間並無明顯的分界點，公民與國家是緊密結合的。反之，近代人之自由卻是建立在個人自由的基礎上，而在個人自由的基礎之上，逐漸發展出公民社會與國家的區隔。自此，公民概念與國家概念相結合，公民概念的核心部分是指，公民享有一種面對國家的資格、地位或權利。更精確的說，公民權利的反面詮釋即指國家對其成員所應盡的義務。

<sup>16</sup> 參閱：陳淳文，註3前揭文，頁278-279。

<sup>17</sup> 參閱：陳淳文，註3前揭文，頁279。

<sup>18</sup> 以下主要參閱：陳淳文，註3前揭文，頁269-271。

古代人與近代人對於個人自由的理解之所以會有所差異，主要是因為人達成欲求的方式有所不同所造成。人類戰爭行為發生在商業行為之前；而不論是戰爭或是商業行為，其實都是起因於人類行為的根本動機：滿足欲求。古代人透過戰爭與征服來取得財富與所有權，所以透過集體的方式來實現欲求與自由。但當發現商業行為同樣可以達同樣目的時，人們便認為戰爭是不合時宜的。在商業活動中，人們需要的是個人的行動自主與交易自由。隨同商業活動興起的近代國家，因而因應此等趨勢轉向承認個人自由，因為承認個人自由，使得人類行為的基本動機之一的自私（selfishness），或是未求自我保全的自立行為，得以高度發揮。這樣的制度安排，同時使得政治與商業分離。

從這樣的演變脈絡中，我們可以看到，近代的公民概念乃是以個人自由為其發展基礎。而這種自由又是以個人在經濟活動上的自主為主軸，強調「政治（國家）領域」與「經濟（社會）領域」的相互區隔；且在經濟（社會）領域中，美各個人都具有平等地位，自由自主地成為資本市場中的交易單位。這樣的公民觀也就自然地同時蘊含一種拒絕國家侵犯、干預經濟（社會）領域的精神，它與十八世紀的人權觀一樣，視國家為一種干預、侵犯來源，而消極的抵抗。

其後，隨著資本主義與工業化之發展，刺激、促進了統治階級的內部競爭；為了競奪政權、因應戰爭移民等情勢，國家逐漸擴大提高公民對政治的參與。演變至今，現代西方的公民概念包含自由權、政治參與權以及社會權等三個層次。而這三種權利層次均與國家緊密相連。第一種消極要求國家不要干預<sup>19</sup>，第二種要求參與國家決策，第三種則是要求國家積極提供給付<sup>20</sup>。不論是哪一種層次的公民權利其存在與行使都與國家密切聯結在一起，要求國家消極地不作為或是積極地採取作為。

### 三、今後國家角色的變化與界定思考

面對國家角色不斷演變，國家逐步退出市場，退出社會生活；甚至也由原本

---

<sup>19</sup> 第一種消極要求國家不要干預的權利層次，是希望排除任來來自於國家的干預介入，即爭取自由權利為目標。當時的時空背景為，新興的工商資產階級以傳統的土地貴族階級為對抗對象，要求從國家的管制之中解放出來。典型的代表思想，可舉自由主義先驅者亞當斯密為例，其在「國富論」中主張國家職能應僅限於國防、司法與便利工商業發展的公共設施建設等三項。至於在經濟社會層面，應該讓每一個仁在交換中自由地追求最大的利益，因為市場像「一隻看不見的手」會自然引導合諧與秩序，進而產生最大的社會福祉。

參閱：陳淳文，註3前揭文，頁275。

<sup>20</sup> 此種權利觀念的產生，主要起因於資本主義社會發展出現亂象以及階級貧富差距等社會問題，人民轉而希望國家需相對地對其公民負起生存照顧之責，因而促成了社會基本權觀念的萌生發展。

有關社會基本權問題，可參閱：許慶雄，社會權論，眾文圖書公司，1991年6月1日1版1刷。陳新民，論「社會基本權利」，載於陳新民/著，憲法基本權利之基本理論（上冊），頁99以下。

的公共領域撤離。在私領域不斷擴大，進而吞蝕公領域的趨勢下，國家還剩下什麼？國家究竟還能做些什麼？不免令人質疑。

陳淳文指出，國家退位並不意味著國家將走進歷史而成爲陳跡。就外在客觀環境而言，今日國家的主權權威與管制能力已大不如前，故其必須就新面對的情境作適當的角色調整。國家、法律以及公權力的存在，是創造市場環境，維護市場運作的根本要素。國家的存在不僅是市場經濟的前提要件，它更是公共利益與社會正義的實現者。市場交換機制的運作，並非完全自生、自動、自我調校；它需要有一定的環境條件，以及成文或不成文的運作規範。事實上，市場交換過程是一種複雜的人際關係，其中蘊含著權力關係。市場的存在與維持，固屬一種公共利益，同時也實現某些社會正義；但它有其極限性。公權力因而必須介入矯正，以使自由交換的市場假設，較能夠趨近於市場現實<sup>21</sup>。

此亦爲當今國際上的共識。例如，歐盟法及其前身之歐洲共同體法，是以經濟活動爲其主要規範對象。而在建立經濟共同體（共同市場）的目標下，它特別強調自由主義精神以及市場競爭秩序，反對國家干預經濟活動。即便如此，在公共利益的概念下，它仍允許甚至要求國家的適度作爲，確保其公民享有具公共利益的性質的基本服務。歐盟法院亦認爲，爲了公共利益，國家可以介入作爲，限制或調整市場的競爭機制<sup>22</sup>。同樣是以自由主義與市場經濟爲指導精神，世界銀行在其一九九七年的報告中，亦將焦點集中在國家身上，其將國家角色定位成「市場的夥伴、媒介者與促進者」。認爲國家在經濟領域的作爲，必須是以建立市場環境爲目的，亦不反對國家適當擴張職能<sup>23</sup>。

總結歐盟法及世界銀行對今後國家角色的界定，可以得出三個要點：第一，國家須以其公權力建立市場並規範競爭秩序。第二，國家有責任確保其公民享有現代生活所不可或缺的基本服務；即使爲此目的，可能干預或影響市場機制的正常運作。第三，在公共利益的引導之下，國家可以進一步在諸如社會保險、社會救濟、教育、文化或環保等事項積極作爲。不同於過去由上而下的管制國家，國家應該區隔「管制者」與「規制者」的角色，盡量使自己不成爲運作者，以免因「球員兼裁判」之因素，而影響規制行爲的效果<sup>24</sup>。

學者葛克昌亦指出，國家與社會的關係其具體內容與理解方式宜隨時代而有所變遷。申言之，國家與社會的關係不能單純的視爲「兩種不同事務領域的區分」，而應看成一種「在人際間兩種不同模式中，所必須的辯證性歸類」，或更

---

<sup>21</sup> 參閱：陳淳文，註3前揭文，頁288-289。

<sup>22</sup> 參閱：陳淳文，註3前揭文，頁290。

<sup>23</sup> 參閱：陳淳文，註3前揭文，頁290-291。

<sup>24</sup> 參閱：陳淳文，註3前揭文，頁292-293。

進一步視為組織與制度性的分類<sup>25</sup>。亦即，國家與社會係相互交集而非截然二分，國家與社會的關係，二者彼此間有分離，亦有相互滲透、結合之處，吾人不能單從人或地的因素來加以考察，應該從功能的角度來予以辨明其間之質的差異。

依葛克昌之見，吾人可由兩種結構類型出發，第一種類型為國家與個人及社會，基於統治權所生之法律關係，諸如法規命令、行政處分或其他法律型態。第二種類型為私人間水平之民事法律關係，國家在此扮演著規範制定者或是裁判者的角色。尤應注意的是，這兩種類型不能完全以公法與私法區分來等同，亦不能以行政與立法之區分來替代。

因為行政法上國家與人民之間的上下關係中，國家角色不僅是行政者，同時也是行政的立法者；另一方面在人民與人民之關係中，國家不僅是民事立法者，而且扮演著日益增加之對於社會監督之行政：例如對企業聯合行為、結合行為之管制，銀行、保險、藥物、食品、營建等行業的監督管理均屬顯著例證。

因此，在現代法律體系公法私法交錯發展的趨勢之下，即便是在人民與人民之間的法律關係中，亦存有直接的公法關係，此一現象在建築法、環境法與能源法中最為明顯。同時，由於現代給付國家往往以租稅作為經濟政策與社會政策之工具，並藉由社會福利給付達成重分配之目的，凡此出於經濟政策或社會政策考量的施政措施，都在在使得以經濟關係為主的傳統社會領域，不可能自外於國家之外，而完全避開國家的介入與干預<sup>26</sup>。

事實上，見諸於二十世紀所新興的法律領域，經濟法、勞動法、社會法等第三法域，其制定法規的共通特色為，以公法、私法交錯融合、彼此並用為常態。私法關係行政規制是一個不得不面對的問題。其次，國家和社會的關係如何演變發展，則攸關未來民法的角色功能。我們可以看到，隨著國家對於市場的干預之廣與深，自治或契約自由，在很多領域事實上僅具有補充地位，民事請求權有時也會出現在行政單行法中，被當成行政管制的輔助工具。

由於，國家的角色定位跟著時代環境脈動、社會民意趨向動態調整，政府的角色也必須重新調整。面對全球化趨勢，未來國家將再作如何的轉變，這個問題具有預測性質，答案難免見仁見智<sup>27</sup>。不過，可以肯定的是，不論強調市場機能

<sup>25</sup> 參閱：葛克昌，國家學與國家法—社會國、租稅國與法治國理念，月旦出版社股份有限公司，1997年9月1版2刷，頁11。

<sup>26</sup> 參閱：葛克昌，註25前揭書，頁36。

<sup>27</sup> 有論者指出，國家全球化時代最關鍵的變化主要有二：一是，國家本身成為競爭要素，成為整體競爭秩序的一部分。國家機器的運作與其他的經濟行動主體相類似，同樣以經濟效率與效益等經濟理性標準來評估。與此同步出現的現象係，基於減少國家財政負擔及赤字，而進行政府瘦身、縮編官僚體系、削減社會安全等相關預算，或是採取公私協力的行政模式來推行行政任務。第二變化是，國家政策優先順序的重組，國際競爭政策或是所謂生產據點政策，成為國家最優先的政

還是強調大有為的政府，幾乎沒有人質疑政府須對社會有一定責任與作為，因此討論的重點並非在「管」與「不管」，而是如何「管」得更好、更妙，管得更有智慧。

誠如學者蘇永欽所言，政府的角色更像夥伴，而不是統治者，像社區的組織者，而不是資源分配者。行政部門應該尋找以四 K，即合作（Kooperation）、協調（Koordination）、溝通（Kommunikation）與共識（Konsens），來替代過去由上而下的管制；立法部門則應多訂開放性規範（offene Normen），留給行政更大的彈性，未來的法治國將不再那麼強調「依法」，而更重視因事制宜<sup>28</sup>。同時，面對全球化所帶來的市場過程變化，國家自不能單純強調市場萬能，而必須試圖融合「公」與「私」的權力，以確保其所擔任的公共角色，以公共性的觀點來看待所有跨國、國內或私領域事件（而非僅以市場或是效率的觀點），並且承認「政府之間」以及「非政府行動者」的參與合作常重要<sup>29</sup>。

---

策選擇，凡是對國家競爭政策不利之負面因素，如勞動保護、社會安全、環境保護等，都要給予相當幅度之修正。

參閱：林佳和，公私協力在勞動法上的理論與實踐，國立政治大學法學院、國立政治大學公法研究中心/主辦，「公私協力（PPP）法制」國際學術研討會論文集（2009.5.14（四）~5.15（五），國立政治大學綜合院館 5 樓國際會議廳），頁 111-112。

<sup>28</sup> 參見：蘇永欽，民事財產法在新世紀面臨的挑戰，走入新世紀的私法自治，元照出版，2002 年 5 月初版，頁 67。

<sup>29</sup> 參閱：廖元豪，政府業務外包後的公共責任問題研究—美國與我國的個案研究，國立政治大學法學院、國立政治大學公法研究中心/主辦，「公私協力（PPP）法制」國際學術研討會論文集（2009.5.14（四）~5.15（五），國立政治大學綜合院館 5 樓國際會議廳），頁 137。

### 第三節 私法關係行政規制議題的背景認知（二）

#### -- 行政調控任務以及治理思想典範

##### 一、行政法學作為調控之學

德國行政法學者 Hartmut Maurer 指出，係行政的本質與典型特徵，以公共利益為出發點，採取具體措施或是執行特定計畫，針對將來的社會塑造活動。行政的對象客體是社會的共同生活；行政致力於服務共同體事務，服務於共同體中的人。因此，行政係以公共利益為出發點。

公共利益並非恆定，而是隨著時代發展而演變，尤其是在現今國家事務日趨多元複雜的時代，關於什麼是公共利益，以及發生利益衝突時如何選擇重點，總是疑問叢生。憲法與國家法律雖然會對公共利益進行界定與描述，然而行政在「依法行政」時，對於何謂公共利益以及相關事件中的利益糾葛衝突情狀，一大部分仍需要根據自己的創造性作出反應，來轉換落實立法者的指示與要求<sup>30</sup>。

由於現代國家事務複雜、多樣，擔當國家事務具體執行任務的行政也跟著複雜多樣起來，變隨著各式各樣的新興問題出現、權利意識產生，各種行政目的之規制是否有必要採用也就必須被納入考量。面對此等行政目的與對象的複雜多樣化現象，行政如何在其中安身立命、進退取捨，有論者提出將現代行政類型區分為「積極行政」以及「消極行政」，以作為行政決定行動準據的座標。

詳言之，對應於憲法尊重人權原則，由法律授權與制約的行政活動，須依其具體行政措施所涉及之國民利益、權利性質，來採取合宜的應對處理，有些情況行政必須積極活動，有形情況則相反，即行政被要求需消極活動。所謂行政的積極活動，係指因該當行政領域的性質（該等問題領域所涉及之權利利益性質），行政須積極介入處理者，如環境行政、警察行政等攸關人民生命、身體、健康安全，行政被要求採取積極措施的場合。所謂行政的消極活動，係指就該行政領域之性質而言，行政比較適宜採取不行動，或者是儘可能抑制自身的積極判斷或行動，只作周邊配套措施來促成社會活動的圓滿進行，例如跟私法自治有關的行政關聯問題，即屬之<sup>31</sup>。

從另一個角度來看，國家的行政事務既涉及社會之共同生活，則國家的行政

<sup>30</sup> 立法者所制定之法律，為普遍抽象之規定，必須由行政將其轉化成為具體行動，始能發生作用。惟行政具有積極性與前瞻性，其並不侷限於執行法律指定之任務。法律亦常對行政為概括之事務委託。在此一範圍之內，行政除受法律之限制以及政府施政方針之拘束外，得依自己的決定即依自己的構想而從事創設性之活動。

參閱：註 7 前揭書，頁 6-7。註 15 前揭書，頁 7。

<sup>31</sup> 參閱：室井力/編，新現代行政法入門(1)—基本原理.行政作用.行政救濟，法律文化社，2003 年 10 月 15 日初版 4 刷，頁 8（室井力執筆）。

行動自難免於涉入種種社會生活行動或是居中穿針引線，而對社會生活產生各種形成作用（Sozialgestaltung）<sup>32</sup>。因此，行政機關在面對處理社會事務時的關鍵思考課題之一，便是如何定性眼前待解決的系爭問題，理出自身在事件發展過程中的定位，並定調出處理準則與參考原則，來拿捏進退作為的尺度分寸。提供行政法律依據的法制作業，自然亦應全盤考量行政在該等規範事件中，應發揮何等形成作用，來引導、矯正、控制、管理社會發展，進行「定性/定位/定調」，來形成設計規範的「定見」，才能為行政實務量身打造出稱手的執法機制。

蓋所有法律皆以實效性為其目標。法學因此不能僅止於釋義學式地形塑出法律規則與法律制度，其同時更須要處理促進法律實效性之條件的問題。個別的規範機制其實是整套規範系統的一部份，必須設想其被安排在一個更大的脈絡裏，所會與其他規範機制產生的彼此相互協調問題，以便法律能夠實際執行其安排秩序的任務。簡言之，行政法學必須將自己理解為透過法律進行調控之科學（Steuerungswissenschaft），把法律視為用來調控社會體系之有用且不能放棄的手段，並且努力研究分析法律實效性的缺失並謀求改善<sup>33</sup>。

至於如何分析法律規範的調控作用，在此必須藉助社會學上有關調控的討論，界定出一個框架，然後在這個框架裡分析其內的各種作用力量（包括法律規範），以及這些力量的運作方式以及其週遭條件。亦即，探究分析讓法規範能有實效性的複雜作用脈絡，將會發生作用的各種力量，包括內在動力、社會過程的環境條件乃至法規範的運用方式都納入分析，藉此認識不同調控主體、客體、模型與手段之間的作用脈絡與功能結構，進而瞭解、比較不同規範設計的調控構想彼此之優缺<sup>34</sup>。

前述調控觀點的基本思惟，其實與所謂生態學的探討途徑有某種程度的相類性，兩者均在提醒我們從人類與其社會各種制度的互動關係來思考制度問題。如執這樣的理解態度來看待法制體例，法制體例係利用法制作業在具體問題脈絡中的經驗及構思，進一步整理而成的知識成果，其並非真空存在的觀念想像，而是為服務具體規範對象所存在之目的產物。故要跳出法制體例本身的範疇，從其產生的背景中去徹底了解法制體例，不僅要從整體法制的妥適性角度來看待、思考個別法制體例，還必須去認識塑造這個體例的生態背景（ecological background），即鑲嵌回規範對象的社會存在脈絡，用生態學的探討途徑（ecological

<sup>32</sup> 參閱：陳敏，註 15 前揭書，頁 6。

<sup>33</sup> 參閱：註 2 前揭書，頁 23-24。陳愛娥，德國行政法學的新發展，載於台灣行政法學會/編，台灣行政法學會研討會論文集【2009】，行政契約之法理.各國行政法學發展方向，元照出版公司，2009 年 7 月初版 1 刷，頁 177。

<sup>34</sup> 參閱：陳愛娥，德國行政法學的新發展，載於台灣行政法學會/編，台灣行政法學會研討會論文集【2009】，行政契約之法理.各國行政法學發展方向，元照出版公司，2009 年 7 月初版 1 刷，頁 177、179。

approach) 考察系爭法制體例所倚賴的社會條件，以及其所能起的功能作用<sup>35</sup>。一旦法制體例所倚賴之社會條件及其功能作用有所轉變時，即須與時俱進地檢討法制體例的合理性、必要性。

從另一個角度來觀察，對法律規範採取調控觀點，也就會取向於以立法、法適用之實際效果的觀察方式，要求在立法或適用法律時應考量所採取之措施的後果，重視技術後果評估、法律後果評估、執行成效與評量等「預期性的法影響研究」。不過，經驗科學在這些方面的方法尚未成熟，對於相關法規範之影響只能模糊表述，因此還必須藉由經驗與比較的學習來補充後果預測的不足<sup>36</sup>。

總之，調控觀點開啓法學與不同社會科學學科間的對話交流，來增益規範設計與規範執行的事實認知，然而法學並無法完全仰賴其他學門的事實描述，相反地法學必須有警覺地正式與思考如何過濾其他學門意見的可用性問題，特別是在事實性的脈絡裏其他學門亦充滿著各種相互競爭的意見時，即使接納跨科際的認識，仍然有認識上的界限。如何接納理論、歷史、經濟與現代社會學等不同學科的觀點，又不致於放棄其規範性的立場，還有待克服。

## 二、治理思想的典範類型

調控觀點其實比較接近於法制作業實務的思考需要，不過一般傳統的行政法學的教科書與學術專論，因為將其關心集中在如何貫徹要求依法行政，以保障人民權益，落實法治國精神，而甚少論及此等對法制作業實務具有重要性的課題。值得注意的是，公共行政學的研究用「治理」(governance) 概念來表達說明，行政機關對於其所處社會的功能與任務，與調控觀點有異曲同工之處，可以相互參照。

行政實務人員必須面對更為廣泛的憲政民主機構間的互動關係以及社會問題的回應，所以公共行政認為渠等所負責的施政工作，不只是管理而已，它向來是「治理」(governance)，與政治脫離不了關係。1989年世界銀行在概括性描述當時非洲當地情形時，使用了「治理危機」(crisis in governance) 一詞，自此之後國際各界便開始將「治理」(governance) 用來描述或建構當今全球化時代各種生活領域中所需要的管理機制。在此思潮中，強調發揮治理者與被治者之反思力來健全管理機能的「反思性治理」，是極為重要的一項概念。

「反思性治理」是近年來歐美、紐澳等地之法學、政治學和社會學者，依據

<sup>35</sup> 參閱：金耀基，行政生態學，臺灣商務印書館，民國81年9月2版1刷，頁2。

<sup>36</sup> 參閱：陳愛娥，德國行政法學的新發展，載於台灣行政法學會/編，台灣行政法學會研討會論文集【2009】，行政契約之法理、各國行政法學發展方向，元照出版公司，2009年7月初版1刷，頁180。

產業自律管制 (industry self-regulation) 之相關實務經驗，輔以當代哲學、社會學與法律社會學之主要發展，例如德國哈伯瑪斯之溝通理論、審議式民主

(deliberative democracy) 理論，盧曼的社會系統論，以及涂布尼的反思法 (Reflexive Law) 理論等等，所提出來之新的治理理論。當前歐美學術界在探討環境保護、職工安全、基因工程、網路隱私，甚至是都市設計以及景觀設計等領域之管制措施興革時，對反思性治理之相關理念，多抱持著一致的贊同<sup>37</sup>。

反思性治理的理念乃假設行為人或組織具有反思性學習能力，故而公共行政的關注重點在於，如何透過適當的制度性方法，來引導或強化個人或是組織的反思性學習能力，以有效地維持個人、組織所處問題領域之秩序與效率？整個公共行政與法律規範設計的核心價值，也就從特定人群的公共事務的管理，轉變到人性的治理問題<sup>38</sup>。

因此，不論是規範設計或是施政構想，並不直接界定所欲達成之結果，而是給予私人更多的自由，讓特定問題的關係者本於自身的反思能力彼此溝通、協商互動，來為他們自身生活領域問題設定規則、目標。為了達到上開目的，關係人對其自身生活領域的規則與秩序的「參與」具有重要意義，因為「參與」而後「反思」始有可能，而且「參與」可以為整體規則與秩序提供民主代表性與可課責性的基礎。透過「參與」落實「治理」(governance by participation) 的想法，投射至法律規範設計面，即表現為「程序正義」的受到重視，包括相關係者之參與權、授權授能、程序追蹤以及程序性爭議解決，均為應加考量的重點問題<sup>39</sup>。

「治理」(governance) 概念通常被引用到各類制度脈絡中，以探討權力運用的情形。治理的核心問題在於「權力行使」、「利益分配」及「責任歸屬」上。例如，企業治理即是討論如何建立現代企業、企業應負之社會責任等議題，希望創造出更完善、理想的公司法人規範機制，來形成一種促使企業及其運作相關者彼此間的「權力行使」、「利益分配」及「責任歸屬」能更加合理、妥適。進一步來說，治理的概念要比管理來得寬廣，凡是組織界定、決策過程的建構、權力分配機制的建立、設定執行任務程序的過程等，用以設定因特定目的聚合之人群、組織長期方向並維持其統整、有效運作的決定或是行動，均包含於治理的概念範疇之內<sup>40</sup>。

近年來，治理一詞的使用遠遠超過企業和政府活動，其在管理學、政治學、社會學及經濟學等領域的文獻中出現頻率越來越高。歸納治理概念的使用脈絡，

---

<sup>37</sup> 參見：註 9 前揭書，頁 1-2。

<sup>38</sup> 參見：註 9 前揭書，頁 5。

<sup>39</sup> 參見：註 9 前揭書，頁 4。

<sup>40</sup> 參閱：，基金會治理功能之研究：以台灣地方企業捐資型社會福利與慈善基金會為案例，公共行政學報第 7 期（2002 年 12 月，政治大學公共行政學系），頁 68。

可以發現其大致游走在「控制」、「干預」、「監管」等關聯語意之間。依據全球治理委員會發表一份名為題為「我們的夥伴關係」的研究報告，其將治理定義為：各種公共的或私人和機構管理其共同事物的諸多方法總和，是使相互衝突或不同的利益得以調和並且採取聯合行動之持續性過程。因而治理指涉了透過國家和公民社會的合作、政府和非政府的合作、公共機構與私人機構的合作、強制與自願的合作等種種手段的統合，來追求同一規範目標的實現<sup>41</sup>。

治理的概念涉及公共性（publicness），也就是對於某一特定問題或是行動結果所可能產生的影響，其所涉及的那一群人，都可以叫作公眾（public）。關注於此等牽涉同質問題的多數人間的公共性，試圖協調處理公眾的問題，就是公共行政、公共管理與公共服務的主要功能所在。在這樣的治理的概念下，即便是極重自由的經濟事物領域，也不可能有完全不受治理的經濟活動或交易存在。因為相互依存的經濟行為人（供給者、需求者、經銷者、勞工以及國家機構），其彼此的互動必須透過某些方式的組合，來自願地協調和（或）科層制地控制其自身行為和相互關係。這些行為方式至少包括：協商契約條款並締約、表達利益、配置資源、設立標準、組織資訊和監督服從、創造激勵與動用處罰、解決衝突紛爭、分配成本與利潤以及在不確定和變化之條件下做出選擇。為了經濟事物的運作順暢，這些行為方式需要透過種種制度性的設計來明確、穩固，因而會安排規劃出包括市場和企業、國家、非正式網絡、協會等等的治理機制，來共同形成一特定的治理結構<sup>42</sup>。

公共行政學者吳瓊恩指出<sup>43</sup>，從行政學成爲一門有系統的發展學科以來，迄今爲止公共行政學的發展共歷經「節制/權威」、「市場/價格」、「社群組織/信任」三種治理模式（governance model）。每一種治理模式各有其認識論與政治論的基礎，亦各有其理想運用情境以及利弊。回顧其發展演變歷史，每一種治理模式的興起流行，都各有其經社環境的背景因素，同時也都隨著其興起背景環境因素的轉變而逐漸暴露其限制性與侷限性，從辯證的角度來看，不同的治理模式的興替其實存有正反合的演變歷程，因而其彼此間存在著有互補關係，並非互斥的關係。

第一種治理模式是傳統公共行政所強調的層級節制機制，在此等治理模式下，政府係以權威作爲秩序維持與協調的主要工具，其核心價值爲穩定、理性、技術、效率、控制等；第二種治理模式係新公共管理思想所強調的市場機制，即以市場機能主要是價格機制來維持與協調秩序，其核心價值爲競爭、理性、交易、

---

<sup>41</sup> 參閱：余暉等人/合著，行業協會及其在中國的發展：理論與案例，經濟管理出版社，2002年6月北京第1次印刷，頁4-5。

<sup>42</sup> 參閱：註41前揭書，頁6-8。

<sup>43</sup> 以下論述，參閱：吳瓊恩，公共行政學發展趨勢的探究：三種治理模式的互補關係及其政治理論的基礎，公共行政學報第7期（2002年12月，政治大學公共行政學系），頁174-175。

效率、回應力等；第三種治理模式則係近年來為 Robert Denhardt 等人鼓吹的新公共服務思想，所主張的強調社群（community）概念的治理模式，其以民主理論、策略理性（strategic rationality）、公民精神、合作模式、對話理論（discourse theory）等作為理念。

以上三種治理模式各具特色，由於公共組織所面臨的大環境是複雜的、多元的，所以施政基調與重點不可能一層不變，亦即當大環境趨向於某些核心價值所突顯的特徵時，施政者就必須選擇某種相應的治理模式來配合因應，方能有效能與有效率地達成預期行政目標。

因此，吾人實無必要以其中某一模式的特長來對照或突顯其他模式的弱點，然後無限膨脹自己所偏愛的特定治理模式，甚至將其無限上綱成為所謂「全球治理模式」或是「典型轉移」的幻想。換言之，真正重要的是，針對擬處理之施政事物本質以及當代環境思潮，選擇合宜的治理模式，所謂合宜的治理模式，往往不是只有單一種治理模式，而是多種治理模式的組合結構。

這三種治理模式類型，其實也就是法律學中「管制」、「規制」以及「團體自治」等規範模式的思想呈現。借用公共行政研究成果來看，設計規範的作業其實既是在建構一種治理格局，必須認識「管制」、「規制」以及「團體自治」這些規範模式的功能與侷限，視規範對象的特性與需要，作不同的搭配組合，來與「個人自治」相互為用。

### 三、對法制作業的啟發

近年來，我國政黨輪替、經濟社會情勢快速變遷，法制作業所需處理的問題趨於急迫化、非典型化，往往無完全相同的前例可循，又必須快速作出妥適的法律意見或規範設計處置。面對這樣的作業環境變遷挑戰，僅僅抱持行政法總論的知識，已無法滿足法制作業的需要。為求穩健的為施政問題持續提供適合於當下社會環境的規範性解決方式，以符合行政任務要求，自然必須另行尋找拓展視野的途徑。

就此，行政法學的一些新的思考嘗試以及公共行政學的相關理論觀點，例如本節所介紹之「調控」、「治理」觀念，其實頗有助益。平日如能廣泛接觸、多加琢磨，在遭遇新興問題或是複雜問題，必須在時限內提出處理方式時，往往可以從中得出一些對處的靈感、線索，就問題立即形成看待與對待的觀念架構，找到法制作業處理的合宜著力點。

例如，私法關係行政規制的事例，其問題脈絡其實也不脫「調控」與「治理」

這兩種思維。私法關係原本以個人自治為原則，進行行政規制時，首須反思規制的必要性及理由，更重要的是，要問所擬採行的行政規制是否有「對症下藥」，可否確實矯治私法自治制度的實效性缺乏問題。這得回到所涉問題的整個制度相關脈絡去了解個人自治出現失靈或是流弊的問題成因，找出進行合理「調控」的方向與據點，然後選擇合宜的「治理模式」，決定各種「治理模式」的搭配組合結構。簡言之，就是「調控」與「治理」交相為用，勾勒出修補規範制度的工作藍圖，謀定而後動，而不是頭痛醫頭、腳痛醫腳，沒步驟、沒方法的將法律規範體系亂動一通。

#### 第四節 私法關係行政規制議題的背景認知（三）

##### -- 契約自由制度流弊的檢討反省

私法關係原本以個人自治為原則，進行行政規制時，首須反思規制的必要性及理由。此在針對契約自由作出規制時，尤容易遭到質疑。探究行政規制契約制度，其正當理由大多與對契約自由制度流弊的檢討反省有關。大致來說，此類型正規致措施的基本出發，都是在透過限制形式的契約自由，來保障實質的契約自由。契約自由制度的真正保障意旨，也就成為私法關係行政規制議題的重要背景認知，有必要加以釐清。

##### 一、契約自由原則真諦的省思

私法自治與契約自由是在私法秩序的重要基石，個人藉此得依其自身需求，不受國家干預地、自我負責地安排其法律關係，以實現其個人的自由意志與自主決定，此一自主決定權的維護，不僅為憲法所保障（參閱司法院釋字第 576 號及 580 號解釋），亦為人性尊嚴之重要價值<sup>44</sup>。

私法自治使個人成為自身法律關係之主要形成者，得以在各種可能範圍內自主負責地決定自身的存在和關係、為自己訂定目標並對自己的行為加以規劃，享有依其自由意志為生活形成之積極自由。同時，在法律關係由自主決定而非他主決定的前提下，個人是其自身利益的最佳維護者，經由其自利心的驅動與自主決定權的行使，可以促使有限生活資源的最適分配<sup>45</sup>。

換言之，契約自由只是實現私法自治理念的制度與工具，其不得背離私法自治的根本理念，即保護個人「自主決定」。實現私法自治與契約自由之主要目的在保護個人的自主決定，為求個人自主決定之實現，當個人自主決定狀態受到妨害或不完整時，即應考略調整、限制契約自由，來落實保護個人「自主決定」之私法自治根本目的<sup>46</sup>。

契約自由其實是需要靠制度規劃來維持與落實的。契約制度本質上含有「建立公平之秩序」的內在意涵，基於契約自由的內在限制，國家應在維護私法自治之自主形成法律關係之前提下，提供相關制度性保障，直接或是間接地給與個人維護自身利益的機會，重新使契約發揮建立公平秩序的功能<sup>47</sup>。

<sup>44</sup> 參閱：楊宏暉，締約前資訊義務之研究，政治大學法律學研究所 2009 年博士論文，頁 7-8。

<sup>45</sup> 參閱：楊宏暉，前揭博士論文，頁 42。

<sup>46</sup> 參閱：楊宏暉，前揭博士論文，頁 43-44。

<sup>47</sup> 參閱：林佳和，社會保護、契約自由與經營權，臺灣勞動法學會學報第 6 期勞動法裁判選輯（5）（2007 年 6 月），頁 66。另有關私法自治為制度性保障之論述分析，可參閱：楊宏暉，前揭博士論文，頁 52-54。

## 二、個人自主概念作為契約自由的上位價值與指導原則

在探討契約自由、私法自治問題，首先應建立的觀念是，「契約自由」本身並非目的，其僅是落實個人自主之應然要求的手段。私法自治制度之終極目的，在維持法律觀念上平等、自由的法律主體能彼此維持其「自主性」，這也是契約自由觀念的真諦所在。是故，在契約自由、私法自治遭到濫用、運作出現偏差時，就必須上升到支撐私法自治與契約自由的上位價值——個人自主，來對下位的契約自由原則或私法自治制度作出調整與制約，這往往也常是造成私法關係行政規制現象的出現原因之一。因之，探索私法關係行政規制問題，有必要對「自主」概念作根本而徹底的哲學思考，來為私法自治、契約自由問題的思考，形成更深沉、完整的基本認知。

有關個人自主概念的理解以及其內涵問題，哲學學者陳瑤華曾以概念探原的方式，從獲得有關自主概念使用之脈絡，來解釋「自主」對於構作現代化民主社會的必要性。因其見解頗為精闢，頗值得參考，以下即借用其探討成果，延伸說明「自主」概念的哲學基礎，並指出勞動法應以「自主」概念作為其法源以及規範制度之建構性原則<sup>48</sup>。

人格自主的概念是法治國家理念的基本理論預設。自主概念的歷史緣起，關聯於民主的意涵。詳言之，「自主」始於弱勢者爭取強權下之獨立性，並且認同自身自由人的身分和價值，不容他人以次等公民的方式對待，避免權益被強權所壟斷。由於特定關係中的弱勢者與強權者，其衝突點在於自我認同的紛歧與價值的不可通約共量，衝突不一定會有和解的可能性。所以，法律規範的關注重點其實不該擺置在雙方衝突無法協調和一致，反而應看重如何防止強權者不當介入、支配了雙方溝通的程序，阻礙弱勢者自我認同與雙方彼此價值融貫認知的形成。具體可行的對策之一，即是透過合理的適當程序，維護弱勢者的自主以及促成雙方價值彼此融貫的認知，以達到整體（弱勢者、強權者以及兩者構成之整體）共善之目標<sup>49</sup>。

「自主」之所以成為訴求和目的，與強權的興起、存在及壟斷所有事務決定

---

<sup>48</sup> 關於法律學的討論是否適宜引入哲學討論的問題，筆者認為如果套用「量身訂作」的比喻來說明，法律規範形同是「衣服」，照理說其產生應該併同著用者的「身材」部分整體觀照，然而學術分工分殊的結果，法學研究其實主要偏重在「衣服」的部份（後端工作），著用該套「衣服」者的「身材」部分（前端工作），則主要偏勞哲學、社會學、經濟學等其他社會科學進行研究，因此如何適時、合宜地汲這些分工關聯學科領域的研究成果，消化轉變成為法律規範研究的理論養分，刺激、帶動學界對系爭議題進一步的重新反省與討論，是法學者的任務之一。

相類的觀點，可參閱：林更盛，前揭論契約控制一書，頁 57。

<sup>49</sup> 參閱：陳瑤華，自主與民主，人文及社會科學集刊（中央研究院中山人文社會科學研究所）第 15 卷第 2 期（2003 年 6 月），頁 339。

勢力，有密切關係。「自主」的需求，基本上出於個人認識到自身權益的獨特性和價值，而就自身獨立性的宣示與認同。人際相互衝突無法達成和解，且對方以強權威嚇的情況，促使個人意識到自己的弱勢以及自身創造之生活方式和價值有可能被取消，同時原來並不一定清楚之自我認同因此更臻具體，進而萌生出拒絕作為強權者附庸之分離、獨立意識，這種直觀式的正義感受，就是「自主」的概念雛形<sup>50</sup>。

在此一源生脈絡之下，為了避免強弱不均、強權利益之壟斷，「自主」遂成為重要訴求和目的，一方面宣示各人不分強弱勢均應保有案造自己所訂定的法則生存之權利，另一方面則顯示如放任強權者任意拓展勢力、侵蝕弱勢者應有的「自主」空間以及權益，就不可能雙方關係的和平與均勢<sup>51</sup>。

字源上「自主」由「自我」（autós）與法則（nómos）所組成，中文可譯為「自主」、「自治」或是「自律」。所以，字面上「自主」可以被理解為一種「自己訂定法則的權利」或是「按照自己所訂定的法則而生活之權利」，故「自主」涉及個人或集體性的自我，如不同的個人、族群、性別、階層和國家，如何以自己想要之方式合理地建立自己想要的生活<sup>52</sup>。

換言之，以「個人自主」作最高指導原則的勞動法法源體系，不能只向「好的法則」看齊，甚至錯誤地為求解決勞資爭議的混亂局勢，帶來勞動關係的安定與繁榮，而容許強權者（雇主）一方獨裁專斷，而是應該同時兼顧整合「好的法則」、「正當法則」及「平等法則」，來設計互動規則，使勞資雙方能透過正當程序平等參與彼此關係之公共法則的訂定，來達成和平與安定之目的。

由此看來，「自主」概念的形成與提出，至少有下面兩重意義。一是，「自主」作為確保弱勢者自身獨立性（Eigenständigkeit），不受到強權者的併吞或侵害。另外，則是弱勢者可以透過協商，來抑制、緩解強權勢力對個人自主空間的侵壓狀態，以保證個人的自主性。綜合言之，「自主」的作用其實在表達「身處於強權勢力範圍內的個人獨立性」。

通常提出「自主」要求的一方（弱勢者），強調自身獨立性的合法意義，並以此為前提要求這樣的合法性必須受到保障與容忍。簡言之，「自主」至少有兩種不同面向的作用：一是，宣示自身不容忽視的獨立性，而且肯定此一獨立性具有無可替代之價值。其次，是限制其他強權的干預、侵犯，並宣示強權干預、侵犯行徑的不正當性，進一步作出應有的糾正、矯枉之具體處置<sup>53</sup>。

---

<sup>50</sup> 參閱：陳瑤華，前揭文，頁 344。

<sup>51</sup> 參閱：陳瑤華，前揭文，頁 343。

<sup>52</sup> 參閱：陳瑤華，前揭文，頁 342。

<sup>53</sup> 參閱：陳瑤華，前揭文，頁 344。

因此，以「自主」概念為核心的「正當概念」應與強權之法則有所區隔。強權所認定的法則和秩序，並不能因為那是強權者之認定，而取得正當性與合理性。因為那是強權者以其優勢實力（或武力）為後盾強行推銷的正義主張，弱勢成員其實感受到自身合理權益不受尊重，自然無法認同這種只以強權實力為後盾的壓迫，反而突顯出自身的獨立性，認為自身所堅持的正義，必須與強權區隔開來。

同時，由於強權者在關係中當然地享有「自主」空間，無須考慮自身所認同之價值，是否與他人有所出入或區隔，其自然得一方主導推銷的任何主張，不必訴諸任何法則之支持，亦無須衡量該主張就他方利益、整體關係的影響是否合理問題。這時候強權者的任意性其實就等於「規範」，此等「有規範」狀態的產生其實是遷就強權現實，混亂和無秩序，不該肯定其正當性的<sup>54</sup>。

由於人際間普遍存有主、奴、上、下、優、劣關係，自主和平等有機會融入舊有的家庭、社會、種族和經濟生活關係中，成為人生存最基本的價值。以較現代的角度來看，不同的家庭、社會和政治關係，如資方與勞方、長官與部屬、父母與子女、老師與學生、醫生與病人、男與女、官與民等等，處於弱勢的一方，只能任由人擺佈。弱勢者即使並不淪為奴隸，但其在生活關係中一再被消音，導致失去為自己發言、維護應有權益的能力，幾乎與奴隸無異。故應該應用「自主」概念印行反省檢討，為於生活關係中的結構弱勢者，創造能夠為自己發言為制度條件，協助其平等參與生活關係的公共事務<sup>55</sup>。

總之，「自主」作為現代社會的一種價值原則，從專業組織之自律，弱勢者之權益，到少數、邊緣族群之維護，都必須以自主原則作為先決條件，議題本身才有正反討論之必要性。同時，「自主」的價值之維護，受制於基本的生存條件，根本無法擺脫社會政治、經濟權勢之操弄，獲得操作的權勢和知識，與他人平等地競爭，來維護自身權益。故如果沒有正視「自主」概念的意義與運用問題，自由的法律主體在平等基礎上作公開討論和協商之私法基本觀念預設，將毫無落實可能而形同空談<sup>56</sup>。

### 三、透過個人自主概念檢討反省契約自由制度流弊的實例

#### -- 勞動法法源及規範制度建構原則的內在原理

勞動法學其實也就是在此等堅持保障個人自主性的信念下，批判民法就契約

<sup>54</sup> 參閱：陳瑤華，前揭文，頁 345。

<sup>55</sup> 參閱：陳瑤華，前揭文，頁 349、頁 347 之註 4。

<sup>56</sup> 參閱：陳瑤華，前揭文，頁 340。

自由觀念作過於抽象、簡化解讀的傾向，另由「從屬性」觀念反省出發，試圖持續維護「個人自主」的規範哲學基調。這樣的思考取向整體反應在勞動法法源體系的建構原理以及運作規則上。簡言之，基於勞工於勞動關係處於從屬狀態的認知，勞動法法源構造的規劃安排與運作原理上，兼存併有「自治」與「他治」（包括透過勞工(或勞資)團體協助自治的「他治」以及國家法律介入規範的「他治」），試圖改善勞工於勞動契約中的自主決定，常受到經營組織財產財的牽連、牽制，雇主指示權的驅動、填充，難以自主決定契約內容形成的問題，以維護勞工在勞動關係中的自主決定空間，貫徹私法自治精神。

詳言之，維護勞資同等享有個人自主性的概念，是勞動法法源及規範制度的建構原則，勞動法法源構造（圖示如下<sup>57</sup>）雖相應有上半部（國家他主法源；下圖 2~5 之法源途徑）、下半部（社會自主法源；下圖 7~12 之法源途徑）<sup>58</sup>之區分，惟二者其實均為「維護個人平等、自主之民主價值體系」貫徹其中。對應於上半部的「國家他主法源」以「政治民主」為指導理念，下半部社會自主法源應該以「經濟民主」為指導理念，來將各種生活關係中的強權者「馴化」、「收服」進規範體系，「抑制」、「緩解」弱勢者自主空間被干預、侵犯、壓縮的狀態。

57

法源性質的分類	勞動法法源體系
國際法源/法規性（他主）法源	1.國際公約
內國法源/法規性（他主）法源	2.憲法（基本權.基本國策章）
法規性（他主）法源	3.法律
法規性（他主）法源的延伸/依「法」立法	4.行政命令
法規性（他主）法源的延伸/依「法」審判	5.法院判決
法規性（他主）法源的延伸/依「法」行政	6.行政機關解釋令
**政治生活與經濟生活有所區別且緊密關聯；民主是貫穿政治與經濟的全面普遍價值；分權、參與以及正當程序是彼此交互用的民主落實手段。	
**政治生活與經濟生活的共通理念：人人平等、自由--受統治規範者與被統治規範者合一。	
契約性（自主）法源/雙方法源	7.團體協約
契約性（自主）法源/雙方法源	8.勞資會議所為之決議
契約性（自主）法源/單方法源	9.工作規則（雇主指示權的文字化）
契約性（自主）法源/雙方法源（附合化）	10.勞動契約
事實累積（自主）法源/不明確.不穩定	11.企業習慣
契約性（自主）法源/雙方法源（單方化）	12.雇主指示權

<sup>58</sup> 有關勞動關係之社會自主法源的相關問題探討，可參閱：淺井清信，自主的規範と労働法，收於氏著労働契約の基本問題，株式会社法律文化社，1967年6月10日改訂增補版，頁2-58。

學者黃程貫亦指出<sup>59</sup>，民主原則雖然主要適用於國家政治領域，但此一原則無論如何應具有政治上之放射作用，且得以用來作為企業、廠場內勞資共同參與決定之正當化依據。生產資料所有人之處分權限將因之而受限制、被中和。民主原則不但用已要求資方任何涉及勞方之措施均應符合民主公開程序、經充分討論，且本於勞動與資本乃是企業之兩大對立又對等的要素之觀點，企業之（一切）決策、決定，尤其是直接涉及勞工之措施，均應共同決定之。

「政治民主」、「經濟民主」其實同係服膺於維護個人平等自主的民主理念，二者在勞動法法源體系構造上俱為一體，其「理一分殊」又「殊途同歸」，彼此間之規範策略、發展狀況，自不宜異同或是存有太大的落差，反而應該相互參照引證、互為借鏡，掌握法源體系化遷往來、分合異同的根本道理，來追求維護個人自主的共同目標。

由於「政治民主」觀念在歷史上較早普遍受到肯定，其所對應的相關法源途徑（2~5之法源途徑）運作原則，亦較為成熟嚴謹，儼然是勞動法法源體系中的「『已開發』區域」；發展相較為遲的「經濟民主」觀念所對應的相關法源途徑，則如同勞動法法源體系之「『開發中』區域」，仍有長足的改善、發展空間，尤其是工作規則的定位仍有不明，形同渾沌『未開發』區域，仍有待積極從事學理研究耕耘經營、建構完善的論述，以臻完備<sup>60</sup>。

其次，解釋適用勞動法令、處理勞動問題時，亦應以「個人平等自主」、民主（政治民主/經濟民主）、私法自治、契約自由等關聯性的觀念，作為指導觀念，按照勞動法法源所內蘊之位階順序、功能區劃、範疇劃設，來深化法理觀念，提示、糾導勞資當事人遵守整體勞動法法源所內蘊之價值體系，提升人民規範運用能力。

---

<sup>59</sup> 參見：黃程貫，前揭書，頁 16。

<sup>60</sup> 有關工作規則相關問題的深入探討，請參閱：王能君，就業規則判例法理の研究，信山社，2003年3月。

## 第五節 私法關係行政規制議題的背景認知（四）

### -- 公法與私法的彼此關聯與交互為用

#### 一、公法、私法二分觀點的檢討必要

行政法是公法的一部分，而公法與私法相對稱。公法與私法有著不同的出發點和功能。私法以個人意思自治為出發點，其任務是規範法律行為的實施，來調整私人之間潛在的或是已經現實化的利益衝突；而公法特別是國家法與行政法，以作為主權者的國家為調整對象，其主要功能作用在確定國家權力的基礎和界線，確保國家權力行使行為受到法律制約與管束。不過，公法與私法的界限以及如何劃分向來就充滿著疑問和爭議。公私法的劃分並不排斥國家以私法形式活動。當然，這只是在例外情況下才是適法的，而且限於借用私法的形式，國家不能進行「私人自治」。由於行政機關可以根據私法進行活動，所以公法與私法的區分，無法簡單地僅以活動主體作為劃分標準，認為私法調整私人之間的關係，而公法調整私人與國家之間的關係（這是主體說的見解主張），因而為了解決公法、私法的區分判斷問題，出現一系列的學說理論<sup>61</sup>。這些學說包括「利益說」、「從屬說」、「舊主體說」、「新主體說」等等<sup>62</sup>。

公法與私法之觀念區分雖然可以遠溯古羅馬時代，但兩者之區別並非不可動搖之定律<sup>63</sup>。惟從現實觀點而言，大陸法系國家的法制基礎架構，因長期建立發展在公法與私法二元化的觀念上，此項區分的維持有其現實的必要<sup>64</sup>。在公法、私法區分觀念無從泯滅的現實之下，對於法制作業實務自然衍生一項挑戰課題，即公法、私法彼此間有機關聯，共同構成整體法體系，如何在公法與私法的相互接面上促成其妥適的整合，維持整體法體系的建構運作於不墜。

誠如，行政法學者劉宗德所言，雖有所謂「公法與私法之區別，非先驗的、絕對的、本質的區分，而為制度上、技術上之區別方法」之說明，但此所謂「制度上、技術上之區分方法」，有何意義？其實仍待深思。亦即，於行政法學解釋論上，公法與私法之區分作法，是否確有實益？於決定行政上法律關係之法規範適用時，是否須藉由公私法區別以為判斷？進而於劃分裁判管轄權上，藉由公私法區分標準以為判斷，是否確有其必要且符合訴訟制度之目的？再者，於立法政策上，立法者是否真以公法與私法區別為前提，預先定性法律規範之性質並賦予其不同之法效果？凡此問題，若細繹之，以往斷然藉由公法與私法區分論之技術

<sup>61</sup> 參閱：哈特穆特·毛雷爾/著，高家偉/譯，行政法學總論，法律出版社，2000年11月1版，頁40。

<sup>62</sup> 相關學說之內容介紹，請參見：吳庚，行政法之理論與實用，2003年10月，增訂8版，頁29。

<sup>63</sup> 相同看法，可參閱：哈特穆特·毛雷爾/著，高家偉/譯，註59前揭書，頁39。

<sup>64</sup> 參見：吳庚，註60前揭書，頁28。

操作以爲解決之方式，是否確能發揮其實踐機能，或有重新檢討之必要<sup>65</sup>。

就法制作業實務而言，當遭遇到公法與私法同時盯住同一社會事實進行規範，所形成之私法關係行政規制問題時，其任務需求就是要思索如何充分掌握受規範之社會事實的本質與事理結構，適當的發現與調合公私法間的價值衝突。質言之，從眼前的公私法交錯的問題現象，釐清其彼此關聯與交互爲用之原理，進而找到規範整合的共同基礎與規則，來使法案研擬審議作業可以運用自如。

本研究認爲，具體的合宜作法，應該是不執著地陷在區分公法、私法的學理觀念，而轉以務實、合宜角度，即清楚認識「行政法的規範手法」、「民事法的規範手法」（與「刑事法規範手法」）的異同、關聯以及各自功能、限制。就現下的處理問題，思考該透過哪些適切的手法來實現法律制度所設定之目的，然後據以選擇使用行政法規範手法或是民事法規範手法甚至是刑事法規範手法。

因爲，私法關係行政規制問題的興起發展，本身就是公私法嚴格二分的法律思想以及國家目的、任務轉變下的產物。原本區分私法、公法兩種領域，在私法領域範圍內適用私法自治、契約自由原理，其主要目的乃在創造「自由於國家之外的空間」，以間接限制國家權力任意擴張至私人領域。故在觀念上認爲，人民在私法領域內得自由表現其意思，處理其私人事物，若發生爭執時，則依個人自決及自行負責之原則處理，如私法上所保障之個人權利，特別是各種私法請求權之爭執，無法由個人間自行圓滿解決者，則可透過司法途徑即向普通法院提出爭訟，此爲私權爭執之一般解決模式，行政權本無置喙餘地，亦不宜介入。然而，證諸實際歷史狀況，嚴格劃分公私法的結果往往強化了私人在私權領域內自由權利之絕對性，造成經濟社會關係中出現擁有「社會權力」（soziale Mächte）之強勢者凌虐宰制弱者，整個私法關係之運作不合理、不健全的現象<sup>66</sup>。

在這種態勢下，國家自然不能再以契約自由、私法自治爲由，拒絕或放棄實現實質社會正義與人權保障之憲政任務，而必須應公共利益之邀請，設「法」緩和、打破所有權與相關私權絕對原則，轉向社會化而不強調絕對的契約自由與毫無限制之私法自治。所以，公法、私法規範手段的混雜運用之當否，需要有更深刻的原理思考，不適宜僅用「行政過度介入民事事件」、「違反國家中立」、「妨害私法自治」之類的簡單、形式的批判來定紛止爭。

<sup>65</sup> 參見：劉宗德，公法與私法之區別，載於台灣行政法學會主編，行政法爭議問題研究（上），五南圖書出版公司，2000年12月初版1刷，頁171。

<sup>66</sup> 消費者與勞動者等一般所謂的社會弱勢者，之所以躍昇爲法律規範的關注族群，產生相關保護立法，跨出民法發展成爲另一專門的法律領域，主要就是因爲這種公私法絕對二分造成強者（經營者、僱主）自由權利的絕對性強化，加深了彼等私法關係當事人間之不對等，使得消費者、勞工陷於從屬、受決定的狀態，相反地，經營者或僱主卻在私法自治、契約自由的保護傘下，擁有強大的「社會權力」，所以必須設「法」（透過法律手段），重塑規範來分權制衡，促其分工合作，共同扮演好私法關係當事人角色。

簡言之，私法關係領域中並非絕對不允許行政機關介入私權紛爭，相反地，立法者為避免人民權利保障之疏漏，允許行政機關介入私權紛爭，在所常見。在我國立法者介入私權爭執的實例，並非罕見<sup>67</sup>。歸納而言，這類立法大多從私權爭執雙方經社地位較不平等，而具有「社會權」性質的領域（如勞動、社會、經濟法等）切入，側重保護這些領域中的弱者。隨著立法者越來越多的行政介入立法體例出現，吾人看待問題的思考重點，應該有所轉移。

亦即，僅從所謂國家中立、公權力不能妨害私法自治等泛泛而論的質疑觀點，並未真正回答到重點，實應更進一步深入追問：針對哪些規範情境才宜動用行政介入的行政法手段？其合理的界線又在哪裡？如何視權利、利益之本質與特性，將行政法手段與民事法手段爭對應起來，提高規範手段運用之精緻化程度，建立合宜的勞動保護機制？這就涉及法理基礎之探討問題，應該分就「民事法原理面」以及「行政法原理面」加以闡述，在執兩端揉合出公法與私法的彼此關聯與交互為用的體認。

## 二、行政法原理面的思考<sup>68</sup>

自行政法原理面而言，立法者以代表民意，甚至以「立法裁量」或「立法形成範圍」之名，強制自治或授權行政介入處理私權爭議之法律依據，將私權爭執行政法化，目的在實現實質的社會正義與人權保障。在國家以立法手段使公權力得介入私權爭執前，首應考量「基本權利第三人效力」理論，先由普通法院負起保障基本權利之責任，不宜逕以立法方式將原本純私法範疇之侵犯行為列入公法範圍，加以刑法化、公法化或其他形式之公法化，以免過度侵犯「私法自治」、「契約自由」之精神。

但基本權利所生之「防禦功能」之效力乃存在於「攻擊」與「防禦」之雙方，若讓其功能只能在個人與國家間發揮作用，而不及於私法領域，基本權保障會有漏洞，基於基本權利在全體法律秩序中具有最高價值之認知，乃考慮讓基本權主體得引據憲法基本權規定，對抗國家以外之第三人。但為避免公權力大量介入私人生活，或私經濟領域所生之弊端，折衷之計，通說乃主張私權爭執進入普通法院訴訟程序時，法官得藉由對民法概括條款或不確定法律概念之解釋，達到在私權爭執中保障基本權利之目的。非必要，不得以立法方式讓行政權直接介入私權爭執。

<sup>67</sup> 有關行政權介入私人糾紛之規定整理以及相關問題分析，請參見：黃茂榮、行政機關介入私權爭議之研究，行政院研考會，2000年8月初版。

<sup>68</sup> 以下分析主要參閱：蔡震榮，行政權得依法介入私權爭執之法理基礎，台灣本土法學雜誌第43期，頁123以下。

更進一步的想法是，基本權利保障應該無漏洞，不分公私領域。放棄「基本權利第三人效力」折衷說之理論，希望有效並無漏洞的保障人權，且不必間接運用民事法之概括條款，而改借助基本權利之放射效果（Ausstrahlungswirkung），直接以立法引進公權力介入私權爭執。藉由此種方式，國家將私權爭執之處理公法化，從而，遇有爭執，原則上應循行政爭訟程序解決，此時，行政法院之法官無須亦無由再引用民法之概括條款，如此，也可將民事程序中之弱勢者，從民事程序之功能限制中適度解放出來，因為基於紛爭解決成本（訴訟費用）的考量，再聯結不告不理原則，常會阻礙受侵害一方爭取權益的意願。

前述理論性觀念的驗證分析事例，可舉大量解僱勞工保護法強制組成協商委員會並由勞工行政主管機關指派代表出任主席的設計<sup>69</sup>。一般在看待此等程序性規定時，可能產生的典型質疑意見係，以施加行政處罰之方式強制雇主共同組成協商委員會、開啓協商程序，又由勞工行政主管機關指派代表充任委員會主席，是否違反公法、私法相區分之法理，有過度侵害私法自治固有領域之嫌。

然而，仔細對照前述大量解僱勞工保護法的規範設計，實與上述法理分析存有若干符節之處。蓋雇主的契約終止權具有單方生效的本質，其對勞工工作權利所造成的侵害往往難以回復，加上事後的司法救濟途徑耗時而無效果，如僅倚靠司法救濟，將形成工作權保障的漏洞，有損應周全保障基本權的憲法要求。尤其是，大量解僱是同一經營組織上多數勞動契約間的共同議題，其在勞工間集體且同時形成多數的同質性紛爭之特質，提供了將其公益化集合處理之合理性。

同時，立法者雖以保障基本權（工作權）的名義，直接以立法引進公權力強制開啓協商委員會之程序，協助私權爭執的解決，貫徹基本權利「防禦功能」以及其在全體法律秩序中具有最高價值之認知，但為避免過度介入私權領域，公權力的運用還是被侷限在促成協商委員會之成立與運作，而不涉入最後協商決定的作成，藉以調和公權力介入私權爭執之緊張關係，避免對「私法自治」、「契約自由」之本質帶來過多的干擾。

### 三、民事法原理面的思考

---

<sup>69</sup> 大量解僱勞工保護法係「為保障勞工工作權及調和雇主經營權，避免因事業單位大量解僱勞工，致勞工權益受損害或有受損害之虞，並維護社會安定」所制定之法律（參見同法第1條）。依該法規定，事業單位大量解僱勞工時，除因天災、事變或突發事件外，應於起六十日前，將解僱計畫書通知主管機關及相關單位或人員，並公告揭示（參見第4條規定）。事業單位依規定提出解僱計畫書之日起十日內，勞雇雙方應即本於勞資自治精神進行協商。勞雇雙方拒絕協商或無法達成協議時，主管機關應於十日內召集勞雇雙方組成協商委員會，就解僱計畫書內容進行協商，並適時提出替代方案（參見同法第5條規定）。協商委員會協商達成之協議，其效力及於個別勞工。協商委員會協議成立時，應作成協議書，並由協商委員簽名或蓋章。主管機關得於協議成立之日起7日內，將協議書送請管轄法院審核。經法院核定之協議書，以給付金錢或其他代替物或有價證券之一定數量為標的者，其協議書得為執行名義（參見第7條規定）。

那麼，自「民事法趨勢、原理」面加以觀察，強制自治或是將立法者將屬勞資爭議之「私權爭議事件」，以立法方式交由行政權介入，其正當性又何在？關於此一問題，學者蘇永欽的分析，頗有值得參考之處。

蘇永欽之分析指出，國家在私法關係的形成到消滅過程中，從來就不是一個旁觀者。民事規範中的國家強制處處可見，只是強制的性格、目的與效果不盡相同而已。私法自治和國家強制的關係，實際上已經因國家角色從單純的經濟秩序維護者、仲裁者，演變為結果取向的干預者，與積極的市場參與者，近年來又逐漸退出市場，轉而為結構取向的管理者，而發生了微妙的變化<sup>70</sup>。

私法自治與國家管制這兩種理念看似對立，但在現實的立法中，以各種私權及基於自由意思形成的法律行為建構私人間的法律關係，卻與國家管制理念不但不對立，反而有某種微妙的牽連<sup>71</sup>。當事人意思自由只是在國家設定的高低不同的柵欄中流動，私法自治領域事實上自始充滿了各種國家強制<sup>72</sup>。表面上和任意規範對立的強制規範，實際上只是在強制性上顯著不同而已，就其功能而言，則在大多數情形下，只是從另一個角度去支撐私法自治而已<sup>73</sup>。

然而，如果私法自治理念下之民事規範和行政規範一樣不能免於國家強制，那兩者間究有甚麼本質的不同？即得值玩味。要言之，強制規範並不「管制」人民的私法行為，而毋寧是提供一套自治的遊戲規則，像籃球規則一樣，告訴你何時由誰取得發球權，何時必須在邊線發球，規則之目的在於讓所有球員都能把投、跑、跳、傳的體能技巧發揮到極致，而唯一不變的精神就是公平<sup>74</sup>。

蘇永欽並歸納國內外法規，指出私法領域之規範設計有漸走向自治與管制兩者外的第三條路，即「強制自治」之趨勢<sup>75</sup>。「強制自治」最早的典型事例，便是，從 19 世紀就開始的勞雇團體協商。此種法律趨勢的思想，認為不當的私法契約往往會產生外部效果，過度的行政管制又會扼殺社會自我調節的功能，故不應輕易干涉社會過程，而只須為其結果負責任，故將規範重心整個轉移到對自律機制的設計、推動、矯正或重建，以協助社會當事人自治<sup>76</sup>。

<sup>70</sup> 參閱：蘇永欽，私法自治中的國家強制，載於氏著走入新世紀的私法自治，元照出版有限公司，2002 年 5 月初版 1 刷，頁 5 頁-6。

<sup>71</sup> 參閱：蘇永欽，註 68 前揭書，14 頁。

<sup>72</sup> 參閱：蘇永欽，註 68 前揭書，18 頁。

<sup>73</sup> 參閱：蘇永欽，註 68 前揭書，20 頁。

<sup>74</sup> 參閱：蘇永欽，註 68 前揭書，20 頁。

<sup>75</sup> 參閱：蘇永欽，民事財產法在新世紀面臨的挑戰，法令月刊第 52 卷第 3 期，52-162 頁至 52-163 頁。蘇永欽，私法自治中的國家強制，蘇永欽、黃立等合著，民法七十年之回顧與展望紀念論文集（一）總則、債篇，元照出版公司，2000 年 10 月元照出版第 1 刷，17 頁至 18 頁。

<sup>76</sup> 相關法律典範之介紹，參閱：蘇永欽，相鄰關係在民法上的幾個主要問題一並印證於 Teubner

綜上，即便就私法關係的運作事項輔以行政罰為手段而具有強制色彩，如其並未干涉或調整相關當事人實體權利義務關係，僅就程序面向加以強制，其目的在建立自治的基礎架構，本質上屬對私法自治的修正，並未牴觸私法自治的基本精神。

#### 四、公法規範手段與私法規範手段有機結合

法制作業實務的任務是為規範事務打造合宜的權利義務規則。此一任務不能因為公私法區分的學理爭議尚未完全獲得徹底解決而止步甚至是放棄，特別是隨著行政法管制規定在質與量上的增加與轉變，不論是法制作業實務界或是法學界（私法學或是行政法學）均無法忽視這些行政法管制規定，因之，公法是公法，私法是私法，將兩者截然區別的思考自宜適度打破，轉而強調其間的相互依存關係，促使公法規範手段與私法規範手段有機結合，以提昇整體規範設計與運作上的精緻度<sup>77</sup>。

行政法作為概括規制行政的法，建構了一個以行政作為擁有特殊權限之搞權主體的特殊職務法（Amtsrecht）作為其核心領域，然在行政行為的秩序框架上亦同時存在著一個公私法共同建構而成之廣大、重要的範圍，使得所有公私法體制所交織之各種不同現實力均緊密結合、羅列於行政法體系的關注領域<sup>78</sup>。

而整個私法秩序雖然建構在私法自治與自我調控（Eigendynamik）的自由經濟秩序之下，但其並不是一個與國家秩序隔絕的「獨立秩序」。私法具有規制之框架性格的特質，其就私法自治互動的外部程序提供可信的規制，形成私法秩序，然後接合、整合於國家的整體法秩序。私法秩序既為國家法秩序的一個子系統，且其形成力的展現：市場的衡平機制、須具有操作可能性、並以法型塑之。私法秩序領域的兩大基石--「契約」與「所有權」不只要被承認，還要被當作設定外部界限、賦予地位與評價保護及保全利益的法律制度來使用。由於框架與內容的牽連本質，設置框架的私法，在設定框架時或多或少也會伴隨著內容的規制，同時創設了規範之衝突調節程式，並藉此達成公目的。這種設置相當於公法強度之特殊保護機制的私法領域，特別顯現在消費者、鄰人、承租人或競爭者等的私法關係<sup>79</sup>。

---

的法律發展理論，載於蘇永欽，跨越自治與管制，五南圖書出版公司，1999年1月初版1刷，頁209-212頁。

<sup>77</sup> 參閱：山本敬三，公序良俗論の再構成，有斐閣，2001年11月20日，初版第4刷，頁240。

<sup>78</sup> 參閱：Eberhard Schmidt-Aßmann/著，林明鏘等人/譯，行政法總論作為秩序理念-行政法體系建構的基礎與任務，元照出版有限公司，2009年10月出版第1刷，頁310-311。

<sup>79</sup> 參閱：註76前揭書，頁311-312。

因此，在這樣的本質結構下，不論對公法或是對私法而言，公法與私法的彼此關聯與交互為用的問題，極自然地成為擺脫不掉的宿命課題。面對著個必須與之永恆共處的課題，除了用「區別」、「有別」的「分別思維」看待，從「自由」與「權限」的區隔出發，歸納私人與公行政之一般行為的基本原則之外，同時也必須用「配合、結合、混合、媒合、融合」的「整合思維」，探索公法與私法的彼此關聯與交互為用的原理、原則。公法與私法的發展關係，其實是合久必分、分久必合，所以在認識上要兼容並蓄「分別思維」面、「整合思維」面作全面思考，不能有所偏廢。

如從「整合思維」的路徑出發，要讓公法、私法得以兼容並蓄地走向有機的結合，便不能忽視「利益」這個早已成為法律核心思考議題的非規範性概念。法律為保障利益，對利益加以確認並透過程序規定來平衡利益。生活領域中存在著哪些實際利益，其利益結構、擁有歸屬以及典型的運作規則與其變遷現象，是進行法學思考與法制作業的前提討論。沿著這層事理脈絡所產生之「利益說」，雖然無法對明確畫分公法、私法產生作用，不過「公益」、「私益」等利益取向的思路，倒是為檢討、思索行政法規範手段與民事法規範手段如何結合運用的法理問題，開啓另一種思考可能。

詳言之，法律秩序是以個人利益存在為前提。不過，個人利益的掌握並非理所當然，也不是單一面向的。個人利益與其人格、社會環境先決條件有關。利益不是在一瞬間被決定下來，而是在經濟、環境或是社會行動的總體情境中，經由一次次的說明與決定所形成。從私益到公益之間存在著多重的過渡階段。公益與私益亦常在許多面向上有所區別，但也經常是十分近似的，相互支援的或是彼此交錯的<sup>80</sup>。因此，與其硬生生地將公共利益理解為個人利益的「累加」、「加總」或「昇華」，堅持二分法，還不如立基於利益作為所有法律核心概念之事實，承認在「私益」、「公益」之間，還有一個混雜未明，不宜非彼即此分類的利益領域，針對這個利益領域的特性，其所相應的法律規範，在設計上自然得結合運用行政法規範手段與民事法規範手段。

如同換算成共同單位才能相互運算的算數原理，行政法規範手段與民事法規範手段的結合運用，也須先轉換成共通運作單元始得進行思考。若以公法與私法所共用的概念--法律關係作為思考的出發，所謂法律關係是指二以上之法律主體彼此間之權利義務關係。不論民事法律關係或是行政法律關係，均須「依法」形成，不存有「法」之處即無法律關係，故兩者之差別僅是內容上的自由程度問題。換言之，行政法之核心任務與民事法之任務同，均在於調整各種私益衝突並決定有關紛爭之解決方式。

---

<sup>80</sup> 參閱：註 76 前揭書，頁 164-167。

民事法與行政法不同之處在於，其對問題之處理方式各有不同的思考取捨，因而彼此之典型規範手段各有其不同之結構。其中，民事法中典型常見之規範手段，係課予法院職務拘束規範（即民法）之方式，由各個私人本於其自己責任，自行調整、解決利益衝突，民事法律關係所涉之利益結構為私人間水平的衝突關係；反之，行政法則係在此類私人利益衝突中，選擇適合由行政機關事前或事後處理之部分，由行政以所謂公益之名義，作為代表衝突一造之私人利益整體或是中立之中介者，而將前述私人與私人間之利益衝突，轉化為行政與私人利益衝突之模式（垂直衝突/垂直關係），以使紛爭型態單純化或利益調整方式簡潔化<sup>81</sup>。

就規範手段樣態來看，民事法通常集中心力在私人間的利害調整，其利害牽涉範圍基本上侷限於契約關係，屬契約兩造一人對一人的處理格局，一旦關係人涉及多數時，「合意拘束」的私法原理調整就難以妥適的發揮機能。相較之下，為國民委託權限的行政，本質上就係為了蒐集資訊、調整多元利害關係而存在的系統，而且行政擁有權力可以徵收分配國家資源，故其規範手法遠較民事法來的豐富。行政法規範手法，例如：監督手法、事業手法、補助手法、啟發手法、資訊提供、契約手法、自主手法<sup>82</sup>。

換言之，行政法規範手段與民事法規範手段，兩者所擬處理之法律關係所涉及之利害關係結構雖有所不同，但這並不意味兩者間即無交集或是相互轉換之可能性。蓋個別的私人利益亦有可能因大量集體累積而可將其視為公益問題看待，如前述所舉之大量解僱勞工保護法所處理之經營組織變動造成短期內密集出現的大量解僱現象，即為適例。

此際，立法者即面臨究應以民事法規範手段處理或是行政法規範手段對應之選擇問題。對於此等情況，立法者之第一次任務，應係在於調整市民與市民相互間之利益衝突，且原則上先依民事法規範進行調整，如仍有不足，則採行政法規範方式為之，亦即自「私益」相互間之「水平關係」，導出行政干預之「垂直構造」。

至於，何種水平衝突，有使之轉化為垂直衝突，而以行政法調整機制解決之必要，係立法者之立法裁量，應自憲法所保障基本權之觀點，判斷系爭行政法機制是否有減損當事人原來在民事法機制上所應享有之地位，或是另外造成原非預設由民事法機制所調整之重大利益衝突情況而定<sup>83</sup>。又立法者藉由行政法之制

<sup>81</sup> 參閱：賴恆盈，行政法律關係論之研究—行政法學方法論評析，元照出版有限公司，2003年1月，初版1刷，頁187。

<sup>82</sup> 參閱：阿部泰隆，政策法學講座，第一法規株式會社，平成15年8月5日初版，頁155-156。有關各種行政法規範手法的介紹說明，詳參：阿部泰隆，行政の法システム（上、下），第一編，有斐閣，1998年。

<sup>83</sup> 參見：註79前揭書，頁189-191。

定法規所為之利益調整作用，因與個別私益相互間有密切關係，其係以私益間之利害關係相互調整為其基本任務，故解釋運用該等規範時，自應考量各種不同私益間之利害狀況或相互關係，經由解釋以補充、完備立法之疏失或闕漏<sup>84</sup>。

總之，公法、私法都是法，都涉及利益保護問題，在利害關係複雜化、法律思想社會化的今日，不僅公益中往往有私益，私益亦常涉及公益問題<sup>85</sup>，因此，今日的行政法學已注意到公益事件中的私益保護問題，私法學也當開始追問當私益聚集成公益時，如何妥適因應系爭法律關係所涉及之利害關係結構，結合運用政法規範手段與民事法規範手段，精緻地回應現實問題的規範需求。

對於具有集體本質的私法關係如勞動問題，若能嫻熟運用上述將私益聚集轉換成公益處理之規範技巧，當有助於提升法規設計上的精緻度，為相關問題找到更符合事物本質的處理方式。對學界而言，自然也必須留意此等立法趨勢，進行更深入研究，以協助立法者能更嫻熟、精準地使用此等規範技巧。

總結而論，或可借用德國行政法學者 Eberhard Schmidt-Aßmann 的歸納：因應人民相對於其他私人或國家組織之不同基本狀態所確立之不同的規制模式，公法與私法有必要被區分。雖然，兩個法制度被視為典型形成與保護機制的記憶體，惟兩者間實非完全沒有關係，甚至會常常混合在一起，偶爾也可以試著將兩者整理成一個共同法（Gmeinrecht）。但有待解決的，不只是在實證法的許多重要規定，均以二分的方式來規制。相對的，不同的法律形式也較統一模式更能切合多樣的生活型態。兩者的結合將打破不同規制理論的意識。重要的是，行政在面對公法、私法區分以及整合的議題時，應該留意國家與社會的責任分工的轉變現象，靈活運作在區別公法、私法差異以及將其混合、結合之間，但無論作何規範設計選擇，均不容藉此濫用其來逸脫或逃遁應負的行政任務<sup>86</sup>。

---

<sup>84</sup> 參閱：註 79 前揭書，頁 132。

<sup>85</sup> 有關公益、私益之區分探討，可參閱：陳新民、公共利益的概念，載於氏著憲法基本權利之基本理論，1990 年 1 月出版，頁 129 以下。李建良，從公法學之觀點論公益之概念與原則，中興大學法律研究所 1985 年碩士論文。

<sup>86</sup> 參閱：註 76 前揭書，頁 314-315。

## 第四章 私法關係行政規制問題的法制體例分析

### 第一節 分析方式的思考與設定

本研究第二章第二節業已指出，私法關係行政規制問題的對象素材甚多，刻意選擇「消費者保護法」、「公寓大廈管理條例」以及「勞動契約法制」的法制體例發展經驗作為研究對象，主要係考量到，這些事例素材就私法關係行政規制的研究議題而言，具有某種程度的代表性，且各別事例素材彼此間具有內在事理關聯，深具法理對照意義。

首先，三者分別代表「居住」、「消費」與「工作」等形塑現代人生活的三主要中心的生活規範。其次，不論是「居住」、「消費」或是「工作」，其活動的模式、內容固然迥異，但有都有賴個人與他人彼此合作、互動，參與其中的個人，儘管保有一定程度的個人性，但也和其他參與其中的個人共同交會織就整個社會連帶的關係網絡，而產生一定程度的公共性，不再適合以孤立單純的個人視之。所以，三個法制均反思、修正民法規範，不以民法契約的規範框架來分析思考法律關係，轉而著眼於契約關係的社會意義，係將多數同質私法契約關係聚合成為規範設計與運用的單位，來思考特定領域的多數同質私法關係的規範秩序治理問題。

最後，這三個法制均從特定私法關係的問題特性與實際需要考量，刻意設計、增訂種種行政規制措施，來營造能讓私法關係運作臻於健全的制度環境，具有民事特別法的性質。此等法制演變，基本上反映了民法的規範思維及規範內容與社會實際生活需要，出現了某種程度落差後，立法者試圖在維持私法自治、契約自由的基調下，透過制定新的民事特別法來進行治理調控，讓私法自治、契約自由能發揮其應有的制度，圓滿解決社會生活問題。

其所採行之規制手段，主要來自兩種途徑。一是，直接針對契約制度、私法自治制度本身來反省，試圖指出契約制度本身的意義、功能以及如何導正防弊。二是，將思考轉移到同類契約關係者所存有的關係網絡（社會連帶），嘗試找出其彼此互依共存共同基礎，另行開拓治理據點、規範場域，來串連互動機制、設想協力或管理措施。整體呈顯出來的特徵則是，透過相關規定在「個人契約（或所有權）」、「中間團體」（消費者保護團體、公寓大廈區分所有人會議及管理委員會、工會等）以及「國家行政」這些基礎介面之間，穿針引線、交錯為用的規範局面。

私法關係行政規制課題所隱含的思考重點，與其說是「自由」與「規制」（或者說是「限制」）的對比，勿寧說是「個人」與「社會」的對應。蓋法律是群體

生活的產物，設計規範不得不先行預設框定整套規範所擬立基的人群關係範疇廣狹。民法以契約為主要規範工具，其契約規範立基的人群關係範疇，自然也僅僅鎖定契約兩造間的人際關係。行政法以公共事務為規範對象，人群範疇自然遠離契約，而較著眼於眾人生活脈絡關係的相互連帶，來鋪設管理眾人之事的治理格局。這兩種設定沒有絕對的優劣，但須因人、事、時而制宜，依情況、需求來調移。不過，在社會高度發展、人群密切互動的今日，設想規範的人際範疇界定，在許多時候其實就不能只以契約兩造為限，而必須遠廣於契約兩造。

針對私法關係進行行政規制的現象，其實就是反思此種人類「群性」並將其靈活運用（或可稱為進行「社會性思考」），來為生活的相互牽連、彼此影響的人際問題情境，提供理想的規範設計。私法關係行政規制措施的重點在於，透過「個人」與「群體」之「群性」層次的提昇，來拉出規範介面，讓個別契約兩造的事，同時也會變成一大群人共同的事。亦即，將被「契約關係」不當切割、淡化甚至掩蓋這種「群性」，重新找回來作為規範設計開發的思考基礎，處理具有「社會群性的個人」在契約關係框架下的不合理處境待遇問題。

私法關係行政規制所追求者，乃各個領域的生活關係的健全合理運作，其所採行之各種規制措施設計，應該在追求個人自主、合理合諧的互動對待關係之目的下被看待才正確。私法關係行政規制問題的法制體例，自然也得以在這些事例素材彼此間的內在事理關聯與法理對照意義下來整理分析，才能完整正確的解讀。因此，本章擬基於前述認知，來就私法關係行政規制問題的法制體例進行整理分析，藉以形成有用的知識整理架構，以利法制作業實務後續進行知識管理與知識生產之參考。

由於私法關係行政規制問題的法制體例繁多，礙於研究時間與篇幅限制，實無法一一深入探討。基於實際限制與研究實用考量，本章主要以「契約自由的行政規制與定型化契約的監督控制」、「中間團體的規範設計運用」以及「團體訴訟制度的設計檢討」三個實務上較具重要性的法制體例問題為分析對象。同時，為了讓分析成果更具有參考性，體例內容素材並不侷限於消費者保護法、公寓大廈管理條例以及勞動契約法制完全三者，分析的觀點亦不全侷限於微觀的個別規定類型歸納，而兼有鉅視的調控結構與途徑的規範布局思考。

## 第二節 契約自由的行政規制與定型化契約的監督控制

### 一、問題概觀與基本觀念

私法規範大部分涉及私法上自主決定之基礎條件的創設，契約自由與財產為交易的前提要件，財產權所保障的是個人基於自利動機，自我負責且自主決定如何利用其財產的私有財產制，其與營業自由並列為資本主義經濟的兩大支柱。立法者負有透過立法保障財產權以及契約自由基本架構的制度保障義務<sup>1</sup>。

由身分到契約的法制趨勢演變，樹立了由個人自己的自由意思來形成法律關係的觀念，因為契約內容係當事人的自我決定，當事人理所當然須受自我決定的拘束，而建立了「約定必須遵守」的原則。然而，工業革命、資本主義等經社變革，帶來了社會關係的變化<sup>2</sup>，種種現實因素交相作用，讓原係想使契約制度作為個人透過合意的方式來進行人際互動與社會活動的法律制度，不斷出現失靈現象，經濟社會的強勢者對弱勢者濫用契約自由以及締約、履約紛爭情形的普遍發生與存在，使得契約制度不斷「衰退」、「崩壞」甚至是頻臨「死亡」的危機，說明了民法以及其所仰賴之契約自由思想，並非維持、促進人際關係正常發展的萬能丹。對民法契約自由、私法自治的檢討反省，不但給了經濟法、勞動法等新興法律領域生成、發展的動力，也刺激了契約法學追尋「契約正義」的新研究思維<sup>3</sup>。

在私法內部吹起自省風潮、新興法律領域發展的同時，行政規制找到著力點，以私法自治、契約自由制度的輔助配套機制的定位，不斷透過具體的實踐，投身私法制度流弊的改革行列。整個私法關係行政規制現象的發展，可以說與契約自由的問題演變息息相關，其就契約自由失靈、私法自治流弊所為的規制，主要集中在兩方面，即契約自由的行政規制以及定型化契約的監督控制。

契約自由的字面意義，容易讓人有無拘無束、無法可管之誤解，然而契約再怎麼自由都必須在連串的制度脈絡下運作，不可能無拘無束，更不能無法無天。於是，要對約自由進行行政規制就常要面臨這是對契約自由的「制度保障」？還是對契約自由的「制度侵害」？為難考驗。

<sup>1</sup> 這種立法者的制度保障義務，如司法院釋字第 488 號、第 489 號解釋，就金融機構財務業務狀況顯著惡化的接管問題，提出了私法自治優先於政府介入原則，以及應該建立有關財產權程序保障即是。

<sup>2</sup> 有關工業革命所帶來的經濟社會變革甚多，包括都市化、專業化與分工、勞資衝突與貧富差距的惡化、市場經濟景氣興衰浮動、失業問題、生產消費型態轉變以及人口迅速增加等等。詳細說明與討論，可參見：王世宗，現代世界的形成—文明終極意義的探求，三民書局，2008 年 6 月修訂 2 版 1 刷，頁 173-180。

<sup>3</sup> 有關契約法學的各種相關反省與思考嘗試，可參見：內田貴，契約の再生，弘文堂，平成 17 年 3 月 30 日初版 5 刷。

其次，定型化契約是私法自治、契約自治的極致表現，同時也是契約自治原則濫用的典型表現。對於契約自由原則之規制（內容規制），初始雖然不是針對定型化契約而來，但在操作上多是針對定型化契約，卻也是不爭的事實。對於定型化契約之規制問題，幾經努力演進，從透過民法一般規定（同法第 71 條強行規定、第 72 條公序良俗、第 184 條第 2 項違反保護他人之法律的侵權行為類型）尋求個案操作的正義結果；到 1994 年制定之消費者保護法第 11 條至第 17 條，消化萃取各國定型化契約之學術研究與法制實踐成果，建構出一相對完整的定型化契約規制規範；至 1999 年民法債篇修正增第 247 條之處理定型化契約約款效力問題，我國定型化契約規範問題的法律對策，雖然尚有若干問題有待摸索討論，然已可謂逐步浮現輪廓<sup>4</sup>。

契約自由的濫用與定型化契約的存在，是消費者保護法領域頗為常見且有其重要性的問題現象，同時也是勞動法領域所亟待解決的問題，現實中的勞動契約的附合化、定型化，幾乎完全失去契約應有的擔保個人自主決定的應然機能，我國勞動基準法復承認雇主可以單方訂定涵蓋勞動者所有權利義務事項的工作規則，使得工作規則像另類的定型化契約般<sup>5</sup>，在現實勞動生活中扮演吃重角色。如何防範契約自由的濫用以及合理規制定型化契約，儼然是現代契約法最待克服解決的規範課題。因此，法制作業實務有必要探討契約自由的行政規制與定型化契約的監督控制問題。

理論上，私法具有框架法的性格。由於民事法律行為不得違反國家強行法的觀念預設，理論上要透過行政規制填充、創造「私法自治」制度的外圍「框架」，並非沒完全沒有著力空間。不過，私法關係的國家介入，即使是在為當事人提供保護，其往往同時也會對另一方當事人的自治權限、契約自由造成某種程度的限

<sup>4</sup> 我國對於定型化契約約款作內容控制之立法，除消費者保護法與民法外，尚散見於保險法（第 54 條之 1 第 1 項）、民事訴訟法（第 28 條第 2 項及第 436 條之 9）。

參閱：黃文志，定型化契約條款之解釋—以實務見解之演繹為中心，高雄大學法律學研究所 2006 年碩士論文，頁 5、93 等頁。

<sup>5</sup> 事實上，有日本學者鑑於工作規則不論是從其訂定實態或是單方不合理地決定契約內容的機能作用來看，都與定型化契約極為類似，而主張工作規則的性質應為一種定型化契約（定型化契約說），而這樣的見解也以與該國判例認為有合理性的工作規則即可成為勞動契約內容的看法相互呼應。不過，值得注意的是，日本於平成 19 年 3 月 1 日之施行勞動契約法，因應工作規則之實際機能，將工作規則合理性變更的判例法理引入勞動契約法，明確規定了工作規則的法律效力，同時基於法制整合的想法，將原本存於勞基法中的工作規則最低基準效力規定（日本勞基法第 93 條），移置到勞動契約法中規定。由於勞動契約法係由合意原則出發來規定工作規則的法律效力，合理的工作規則在勞工與雇主無個別特約時，得規律勞動契約內容，故其該法對於工作規則法律性質的理解態度，極可能是以契約說為基礎。

參閱：菅野和夫，勞動法，弘文堂，平成 17 年 6 月 30 日第 7 版第 2 刷，頁 103-104。菅野和夫，勞動法，弘文堂，平成 20 年 4 月 30 日第 8 版第 2 刷，頁 109。荒木尚志，勞動法，有斐閣，2009 年 7 月 31 日初版第 1 刷，頁 303-304。另由定型化契約觀點來討論工作規則相關問題的文獻，可參見：粘毅群，由定型化契約的觀點論工作規則，中原大學財經法律學系 2000 年碩士論文。

制或擠壓。立法者既然有義務保障作為私法自治基礎的個人自主決定不受到公權力或第三人的不當侵害，其提供保護、設定限制，自不得不謹慎為之。

對於這個敏感地帶的分寸拿捏，如何避免產生得寸進尺的疑慮。首先，應該認識到「契約自由」本身並非目的，其僅是落實個人自主之應然要求的手段。私法自治制度之終極目的，在維持法律觀念上平等、自由的法律主體能彼此維持其「自主性」，這也是契約自由觀念的真諦所在。所以，在契約自由、私法自治遭到濫用、運作出現偏差時，就必須爬升到支撐私法自治與契約自由的上位價值，亦即個人自主的觀念層次，來檢討有無進行私法關係行政規制之必要性與正當性。如有，在就下位的契約自由原則或私法自治制度作出合理的調整與制約（詳參本研究第三章第四節「私法關係行政規制議題的背景認知（三）-- 契約自由制度流弊的檢討反省」之相關說明）。

至於，定型化契約規制問題，法制作業上應注意的面向主要有二：

一是，定型化契約是所有私法契約的共通問題，故理應有一總則性的法律基礎，以為因應。然我國有關定型化契約規制的法律基礎，卻因為發展過程的各種背景因素，迄今未能建構出完整的總則性法律基礎，處於離散狀態。

相關法律散見於消費者保護法、民法等法律，其中又以消費者保護法之規範內容較為充足完整，作為一般私法基礎規範的民法，對此問題卻極簡不全地僅有民法第 247 條之 1 規定。而一些對於定型化契約有高度規範需求的問題領域，典型如勞動法領域，卻偏偏遲遲未能有定型化契約規定規範，以致於實務、學說為了「勞動者」不是「消費者」，勞動者的定型化契約問題，該不該或是能不能適用實質上比較像是總則性法律基礎的消費者保護法相關規定（主要為同法第二章第二節（第 11 條至第 17 條））處理，還是應回到民法適用殘簡不全的法律規定，爭執不休<sup>6</sup>。

長遠來說，如認為民法係一般私法的基礎規範，自然應該考慮回歸民法在該法建立起完整規範定型化契約規制的法律基礎<sup>7</sup>，或是另行制定有關定型化契約

<sup>6</sup> 有關國內實務學說在這方面的爭論、討論情形，可參見：洪瑩容，定型化勞動契約之司法控制，政治大學法律學研究所 2009 年碩士論文，頁 39-49。事實上，德、日也都有類似的法制現象與爭議問題。相關介紹與討論，可參閱：丸山繪美子，勞動者は消費者か？--消費者契約規制と労働契約との関係に関する一考察，清柳幸一/編，融合する法律學（筑波大學法科大學院創設紀念・企業法學專攻創設 15 週年紀念）上卷，信山社，2006（平成 18）年 11 月 10 日，初版 1 刷，頁 245-280。大內伸哉，労働法と消費者契約，ジュリスト第 1220 號，業 90 以下。洪瑩容，定型化勞動契約之司法控制，政治大學法律學研究所 2009 年碩士論文，頁 35。

<sup>7</sup> 德國債法 2002 年修正後，已將該國舊有的定型化契約法制統一納入民法典，訂為新民法第 305 條至第 310 條。這些新增的民法規定，並無過去定型化契約條款法明文排除勞動法領域適用的規定。取而代之的是，民法第 310 條第 4 項第 2 句規定：「適用勞動契約時，應適當考量勞動法模型之特殊性；第 2 項、第 3 項不適用之。」，使得定型化勞動契約條款從向來的「非法律性層之

的專法。在定型化契約規制法律基礎未見健全整合的現下，處理相關定型契約規制問題，自宜視需要考量增訂明文規範，來杜絕上述爭議。

在定型化契約規制的規範設計方面，法制作業要以整個憲政體制的設計作為思考架構，適度的留意到規制規範的設計、建構，所牽涉到的國家權力分工佈局。由「立法」負責起頭緒，思考如何整體全局的調控治理，再分就「行政」、「司法」在其間的定位來賦權，兼顧到各司其職、分工合作、協調整合，如此不論是設計規範或解釋適用規範，才不會讓各擔當部分治理機能的不同國家權力部門，單兵作戰、單打獨鬥，而致整體規制的實際運作機能分崩離析、土崩瓦解。

## 二、契約自由的制度保障內涵與規範設計

有關契約自由的制度保障內涵與規範設計，依學者林更盛的研究<sup>8</sup>，限制契約自由的正當性約可歸類為以下四種情形，惟因法律規範功能的理解分類不同，四者間的界限可能是流動的：

(1) 為保障不可讓渡之基本自由，對契約自由之外圍界限作劃分。

具體適例如：公序良俗規定（民法第 71 條）、強行規定（民法第 72 條）、保護勞工人身自由（勞基法第 5 條禁止強制勞動規定）、人身安全（民法第 483 條之 1、勞基法第 59 條以下、職業災害勞工保護法、勞工安全衛生法等職業災害相關制度）以及禁止差別待遇規定（就業服務法第 5 條、大量解僱勞工保護法第 13 條）等。

(2) 形塑締約者之契約自由，並使契約自由能免於不相干因素干擾的一般性規範。

所謂「不相干因素干擾」，必須依據社會經驗或政策考量，設想契約當事人「處於特定心智或情境狀況，方能或不能合理的自主決定」的典型情形，來就當事人受到不相干因素干擾所為的決定，為法律效果的矯正，亦即認定當事人受到不相干因素干擾所為的決定，並非出於自由之決定，其不應受到此不自由決定的拘束。民法有關行為能力的規定（民法第 13 條以下）、意思表示得因錯誤（民法第 88 條）、詐欺、脅迫（民法第 92 條）而撤銷的規定，即屬此類規定。

(3) 以保護擁有較少契約自由者之契約自由作為限制契約自由的正當化事由。

---

衡平性控制」，變成可以適用民法規定，進行「納入控制」、「內容控制」等「合法性控制」。參閱：洪瑩容，定型化勞動契約之司法控制，政治大學法律學研究所 2009 年碩士論文，頁 38。

<sup>8</sup> 以下參閱整理自：林更盛，論契約控制—從Rawls的正義理論到離職後競業禁止約款的控制，翰蘆圖書出版有限公司經銷，2009 年 3 月，頁 87-93。

由於契約自由具有維護個人意思自主狀態、使其在資訊認知正確、充足的情形下，與契約他方當事人雙向磋商達成合意，形成契約內容，拘束雙方當事人的保障內涵。所以，契約內容應由雙方合意，不應被單方宰制，就構成了契約自由原則的內在限制（immanente Schranke），得作為限制契約自由的正當化事由。

此類規範設計，如針對處於急迫、輕率、無經驗者，賦予撤銷權，藉以回復其意思自主狀態的規定（民法第 74 條）；要求提供企業重要事項的充分資訊（如消費者保護法第 18 條關於郵購與訪問買賣之相對人、付款條件資訊提供；消費者保護法第 21 條關於分期付款買賣之付款條件資訊提供；消費者保護法第 25 條保證書；消費者保護法第 13 條定型化約款之明示、公告；消費者保護法第 22 條企業經營者確保廣告資訊真實義務等）；針對導致當事人過於匆促決定的締約情境，賦予重新審酌之權利（消費者保護法第 19 條的 7 日猶豫期間）。

如運用此等規範模式，來設想因從屬性處於締約劣勢的勞工的契約自由實現問題，在規範政策上自宜考量課予雇主廣泛的告知義務，來平衡勞方在資訊及認知上的不對稱。同時，對於雇主基於指示權單方獨斷形成、變動勞動關係內容以及變相單方決定勞動條件的實然現象，亦應納入規範控制或是減縮其單方權限的行使空間，來維護並充分實現勞工的契約自由。

（4）為維護自由平等社會的基本價值，就契約自由運作結果建立「社會底限」（social minimum）。

例如，涉及勞工基本經濟生活保障之基本工資（勞基法第 21 條）、資遣費（勞基法第 17 條）、退休準備金（勞基法第 56 條第 1 項）、勞工退休金條例第 29 條退休金請求權等規定，均可列入「社會底限」範疇。此等貫徹「社會底限」的保障，主要目的不在保障契約當事人意思自由/自主，而是在於維護自由平等社會的基本價值，各種具體「社會底限」的範圍與設計，屬立法自由形成範疇。

上述的類型分析架構，將契約自由之制度保障內涵與實際體例設計結合分析，闡明了各種類型的原理與代表體例，對於法制作業實務具有一定的指引功能，值得參考運用。

事實上，相關法制體例的整理方式存有多種可能，每一種方式都有其優缺，應視實際情況作合目的性之運用。除了以上所介紹之林更盛的整理掌握方式外，論者楊宏暉<sup>9</sup>，以契約的「締結」、「方式」到「內容」的順序，發展整理相關法

---

<sup>9</sup> 詳細分析整理，請參閱：楊宏暉，締約前資訊義務之研究，政治大學法律學研究所 2009 年博士論文，頁 60-79。

制體例的架構。按「強制締約」（直接強制締約/間接強制締約；維持生活必需品之供應/維護市場機能之運作/避免物之利用關係複雜化等其他目的）、「方式規定」（書面/公證；書面/警告/區別/資訊）、「內容限制」（強行規定/公序良俗/定型化契約條款控制）等項目範疇，分門別類地整理限制或規制契約自由的規定體例。

另有文獻指出，在契約面對消費者保護的規範形式，可包括：（1）透過法律上的書面要求規定，以形式要件來對強勢的契約夥伴提出警告；（2）在法律上規定資訊提供義務，以協助當事人知曉作成適正契約決定所需的相關資訊，去除契約當事人間的資訊落差；（3）利用撤回權作為確保契約自由的工具。（4）對契約內容進行內容控制的規制等作法<sup>10</sup>，亦有一定的參考實用性。總之，法制體例的理解，宜多方觀摩、嘗試、練習，以增加熟悉度，自然有助於實際運用的靈活自如。

其次，有關規制契約自由之密度的妥適性問題。規制私法關係的規定設計，要避免不當侵害契約自由，在立法技術上至少有以下幾種可能的方向可供嘗試：

- （1）低密度、小範圍的進行規制。規制密度與範圍的大小、高低，與契約自由運作空間，兩者間存有正向的緊張關係。
- （2）採取程序取向的規範，來引導契約關係的接觸、締結、成立、履行、變更與結束<sup>11</sup>。

<sup>10</sup> 參閱：松本博之、西谷敏、守矢健一/編，現代社会と自我決定権—日独シンポジウム，信山社，1997（平成9）年初版1刷，頁350-351。

<sup>11</sup> 程序是時間延伸面向。重視程序的思維代表要對契約關係的時間因素作更充分的斟酌與考量。古典民法的契約想像，對於時間因素的斟酌與考量其實並不充分，故其置重於契約過程的規範思考亦極為稀薄，對於契約特別是一時性契約的成立履行經過，想像成瞬時地成立、機械地履行，除了像要約跟承諾等類的關鍵性程序動作被特別標示出來之外，絕大部分履行過程之種種交涉、互動的權義關係，就是靠誠信原則來涵蓋、推導。現代契約內容複雜、契約存立的環境亦多變動而較不安定，所以在契約實現過程明顯會有較高的彈性需求，來因應事後狀況作合理調整。因而整個契約法的發展有契約程序化的現象。這種程序化的觀點可以將契約的生老病死過程作更細緻觀察，有利於契約行政規制設計作業的進行。

例如，定型化契約控制體系的審查順序，基本上亦係依循程序思維來建立相關步驟。依德國學說見解的整理，循契約程序的思維，定型化契約控制體系的審查順序如下：（1）該約款是否成為定型化契約。若肯定則進入第（2）步驟的審查。（2）審視該定型化契約約款是否納入契約成為契約之內容？該約款對於相對人而言是否屬於「異常條款」，而有不應納入契約內容之情形。若確定該約款成為契約之內容，再進行第（3）步驟的審查。（3）依針對定型化契約條款特性所建立之解釋原則，對納入契約之條款進行解釋操作；如約款有疑義，應為有利於相對人（非約款作成者）之解釋。（4）對定型化契約條款為內容控制之審查。若約款經判定無效，進入第（5）步驟。（5）處理定型化契約無效後，如何決定其契約效力之問題。我國民法第247條之1事實上只解決了第（4）步驟的問題，其他審查步驟的基本原則尚未揭明，有待配合契約程序就審查控制體系進行更整體的考量。

有關契約程序化、契約過程規範方法、契約過程的分析架構等問題，可參閱：大村敦志，消費者法，有斐閣，1998年10月20日初版1刷，頁50-58。

定型化契約控制體系的審查順序問題，參閱：詹森林，定型化契約條款效力，載於民事法理與判

相對於實體取向的容易引起限制契約自由、不當干預私法自治的疑慮，程序性的規定其實比較容易在契約自由這個敏感領域游走，找到比較多的作為空間。程序性規定對於契約制度健全運所具有的功能，不容忽視。

蓋契約並不是靜態的權利義務，而是隨時間進行不斷有機發展的權利義務關係狀態。對契約權利義務關係起關鍵作用的「合意」，其實是雙方當事人連串互動、取得共同理解與認識後的終局結果，「合意」的實踐過程其實存在著不少可以進程序規制的節點。

如果採取程序取向的規範，為契約生成、存續、消滅過程鋪設良好運作環境的制度條件，一方面可以透過當程序導引適當結果，減少實際紛爭的產生，另一方面程序踐行的要求也有助提升人民規範運用觀念與能力，同時減少司法事後審查的工作負擔。

- (3) 將規制事項的範疇，集中在有關要求要式、保全證據、明確雙方關係等性質的事項，這些用以預防事後紛爭或協助事後紛爭處理，基本上亦較少有干預、侵害契約自由的爭議。
- (4) 還有一種可能途徑，就是在個人自治之外，附加團體自治輔助的規制手法，因為此等規制等於是間接的方式透過當事人團體自治進行，國家並非直接將手伸入私法關係。

要在這些方向下建構出具體的法制體例，自難免不了要分析比較相併存領域中所既有的法制體例，提供了哪些解決方案，從既有體例以及這些體例的比較中獲取一般性的參考原則。

### 三、定型化契約監督控制規範的設計問題

現代法治國家服膺權力分力原理，國家機關因而分化成由立法、行政、司法等權力部門所組成之整體系統。不同國家權力部門彼此間在運作上存有分權制衡、分工合作的機能關聯。國家權力的發動，常常不是單兵作戰，而是交相支援。在設計法律制度自然亦要考慮到國家權力這種既分立又結合而共同作用的整體協調關係<sup>12</sup>。

---

決研究（四）--消費者保護法專論（2），2006年12月初版，頁111-114。王澤鑑，債法原里。基本理論債之發生，2001年11月，頁99。陳自強。契約之成立與生效。2005年2月，頁200-205。

<sup>12</sup> 這種法律規定背後的國家權力分立結構的考量，其實普遍存在。有時需要結合多數相關條文才容易看出，有時在一個條文中就可以看到這種結構呈現。

例如，勞基法第84條之1規定：「（第1項）經中央主管機關核定公告下列工作者，得由勞雇

就字面意義來看，私法關係行政規制問題所牽涉的國家權力面向，似乎集中在「行政」對上「人民」（私法關係）一節，實則依照憲政運作原理「行政」必須「依法行政」，同時受「依法審判」的「司法」之審查監督，「行政規制」隱有「牽一『法』而動全身」的事物本質。因此，定型化契約監督控制規範的設計，應該從「立法控制途徑」，來全盤統整「行政控制途徑」以及「司法控制途徑」，在一個完整的考量視野下來斟酌、著墨具體的規範機制設計。

所謂「立法控制途徑」，顧名思義即是直接以法律規定制定定型化契約條款，可能的具體作法主要有兩種：一是制（修）訂用來「規制」定型化契約條款之法律；二是，由立法機關議決定型化契約條款或是以委任立法之方式委由行政機關頒布法規命令，來形成規制定型化契約的規範基礎<sup>13</sup>。

除了斟酌實際需要，設計形成具體規範內容來調整、改變當事人原則性的利益分配，增訂強制性規定之外，站在立法的角度，最為重要的其實是要統觀全局，為「行政」、「司法」在整體監督控制規範結構中進行「定位」。亦即，微觀的個別規定類型歸納有其必要，與權力分立憲政體制有關之巨視的控制結構與途徑的佈局，更有其重要，不論是在規範設計或是法律制度的操作原則上，都應該設法讓行政與司法能夠群策群力、分工合作，避免司法對行政的合理「制衡」質變成不當的「制肘」，來共同完成定型化契約監督控制任務。

所謂「行政控制途徑」則是由立法授權行政主管機關基於自身權責，本於公正立場對定型化契約條款採取各種規制措施，來協助維護契約正義以及確保實質的契約自由原則。此類行政規制措施主要有以下幾種：

---

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 30 條、第 32 條、第 36 條、第 37 條、第 49 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。（第 2 項）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。」。本條工時基準除外適用規定的特殊性在於，立法機關授權行政機關（中央主管機關）認定（核定公告）應適用工時基準除外適用規定之工作者；對於此等特殊工時工作者之具體工時基準規範的形成，又僅作原則的提示授權，交給勞資自主形成書面規範，另責由行政機關監督（當地主管機關核備）。遇解釋適用爭端，則接軌至司法機關，按爭議問題屬性分由民事法院、行政法院審理。此等特殊的規定結構形成一個窗口，讓吾人得以觀察檢視國家權力在勞動法源體系中如何分工合作，對勞資自主規範進審查控制，以及「國家他主法源」與「社會自主法源」如何交織運作，完成合理規範勞動生活的任務。勞基法第 84 條之 1 工時基準除外適用規定的解釋操作，應該本於前述的基本背景認知為之，方能妥善落實其立法意旨。

相關勞基法第 84 條之 1 規定如何斟酌國家權力分立結構作合宜解釋操作問題，請參見：陳建文，勞動基準法第 84 條之 1 的「核備」要件與勞資自主規範的審查控制問題—台北高等行政法院 98 訴 154 號裁判簡評，台灣法學雜誌第 133 期（2009.8.1），頁 232-237。

<sup>13</sup> 參閱：黃文志，註 4 前揭碩士論文，頁 93。洪瑩容，前揭碩士論文，頁 20。蔡江泉，定型化契約條款之行政規制—以汽車買賣為中心，中正大學法律研究所 2002 年碩士論文，頁 21-22。

(1) 定型化契約條款應經准許。

亦即，由行政機關依特別法之規定，要求定型化契約條款使用前，應先經行政機關核准，否則不得依條款而出售商品或是提供服務。代表事例如保險契約之定型化契約條款。此等規制措施必須同時考慮，當事人未報請行政核准程序之契約效力問題，以免實務運作產生疑義。

與此有關，可供參考借鏡的規定設計實踐經驗，是勞基法第 70 條規定工作規則應報請主管機關核備後並公開揭示，違反者依同法第 79 條第 1 項第 1 款規定，處二千元以上二萬元以下罰鍰<sup>14</sup>。此規定的主要考量係，工作規則屬由企業單方訂定的企業內規範，其本質上不能與「法律規範」相提並論，然工作規則在實務上卻常常扮演著形成勞動條件之重要機能，迫使立法者不得不承認工作規則在一定條件下可以具有法源性質，以將工作規則擺進法源體系，使其受到適當的監督控制。為避免與勞動關係之契約合意原則及法律之民主基礎要求有所牴觸，理論上必須特別設計了一套監督、轉化程序，使工作規則之訂定及規定內容受到審查控制，作為賦予其類似法律規範之拘束勞工效力的前提要件。完整的監督、轉化程序，應分從當事人參與監督、行政監督及司法監督等三個層面，設計相關機制相互搭配。

惟我國在模仿日本立法例時，故意略去工作規則訂立變更應聽取勞工過半數代表意見之機制，勞工力量不強又難透過團體協約等集體機制監督或參與工作規則的形成，「當事人參與監督」層面的把關機制幾乎是門戶洞開。行政監督機制實際上也搖搖欲墜。行政機關在勞動基準法施行初期，曾力圖振作，以函釋規定勞基法第 70 條報請主管機關核備為工作規則生效要件，未報請主管機關核備之工作規則自不發生該法所定工作規則之效力（參見，內政部 75 年 6 月 25 日台內勞字第 415571 號函、行政院勞工委員會民國 86 年 8 月 2 日(86)台勞動一字第 031794 號、行政院勞工委員會民國 85 年 4 月 13 日(85)台勞動三字第 108464 號等函釋），並就工作規則規定內容之妥適性進行實質審查糾正。

然而，司法機關多數見解並不認同將報請主管機關核備為當成工作規則生效要件之見解，勞工行政主管機關嗣於民國 91 年時見解變更為：「事

<sup>14</sup> 該條規定內容如下「雇主僱用勞工人數在三十人以上者，應依其事業性質，就左列事項訂立工作規則，報請主管機關核備後並公開揭示之：一、工作時間、休息、休假、國定紀念日、特別休假及繼續性工作之輪班方法。二、工資之標準、計算方法及發放日期。三、延長工作時間。四、津貼及獎金。五、應遵守之紀律。六、考勤、請假、獎懲及升遷。七、受僱、解僱、資遣、離職及退休。八、災害傷病補償及撫卹。九、福利措施。十、勞雇雙方應遵守勞工安全衛生規定。十一、勞雇雙方溝通意見加強合作之方法。十二、其他。」

業單位工作規則應公開揭示，其內容違反法令之強制或禁止規定或其他有關該事業適用之團體協約規定者，無效。原內政部 75 年 6 月 25 日台內勞字第 415571 號函停止適用。」（行政院勞工委員會民國 91 年 11 月 28 日勞動一字第 0910062243 號）。

總體來說，我國現行的工作規則法制對於工作規則的監督機制，在先天上本即存有設計不良的問題，未從當事人參與監督、行政監督及司法監督等三個層面，以三足鼎立的態勢站穩腳步，後天又因司法機關未充分意識到嚴格審查工作規則法源適格問題的重要性，不認同將報請主管機關核備為當成工作規則生效要件之見解，致使主管機關在工作規則審查作業上的地位整個弱化、瓦解，難以積極介入監督審查，衍生出勞工行政主管機關不知該如何在工作規則審核作業中定位自身角色以及秉持何等原則進行工作規則審核作業等實務困擾。影響所及，勞動爭訟案件中勞工權益蒙受工作規則不合理拘束的情形，頗為常見，工作規則幾成雇主控制率勞動關係主導權的重要武器。

## (2) 函頒各種定型化契約範本。

基於行政指導，由行政機關函頒各種定型化契約之範本，因係行政機關立於公正第三者的立場，參酌交易實態草擬，其衡平雙方利益考量等定型化契約的相關檢討資訊，透過市場競爭法則或是結合消費者自覺的努力與壓力，來影響企業經營者改善不合理的定型化契約約款。不同於前一種行政規制作法，僅是被動審查定型化約款，此種方式採取主動引導定型化契約的發展趨勢，試圖使其趨於合理，對於促進交易便捷、降低爭議及訟累，對保護消費者權益亦有一定功能<sup>15</sup>。

## (3) 由主管機關公告定型化契約之應記載或是不得記載事項。

消費者保護法第 17 條第 1 項及第 2 項規定，企業經營者使用之定型化契約條款與公告事項違反者，該條款無效。又行政機關公告應記載之事項，雖未經企業經營者載入於其與相對人之定型化契約中，該公告事項仍構成契約之內容（同法施行細則第 15 條第 2 項），即採取此等設計的規制措施。

值得注意的是，因定型化契約在性質上屬於私法契約，私法契約是否有效的終局裁判者係法院而非行政機關，故行政機關公告之應記載之事

<sup>15</sup> 參閱：劉春堂，銀行保管箱定型化契約之行政規制，月旦法學雜誌第 23 期（1997 年 4 月），頁 18。

項，仍應經法院司法審查認為其有效，始會有終局拘束契約當事人的效力<sup>16</sup>。法院在審理這類爭議問題時，自宜留意權力分立份際與相互尊重，妥適的判斷拿捏。

#### (4) 派員查核。

消費者保護法第 53 條第 1 項規定，消費者保護官得直接以企業經營者使用之定型化契約條款重大違反消費者保護法，對損害消費者或是有損害消費者之虞的企業經營者，訴請法院禁止或命其停止該行為。

最後，「司法控制途徑」的面向亦要加以考量。定型化契約內容以及行政機關就定型化契約條款所種種行政規制，法院均可就其公平性、妥適性、合理性、有效性等，進行司法審查，亦即定型化契約的行政規制，不能剝奪人民的司法救濟權利。

所以，衍生二個方面的問題需要設想：一是法院如何就定型化契約控制進行有體系周全審查，為了確保此項審查任務之圓滿遂行，立法者有無必要提供出一些原則性的準據或是對私法者作出適切的要求與提醒。二是，在私法關係爭執最終回歸法院作終局審判的前提下，行政規制措施與司法法規制手段的交錯實無可避免，如何在行政與司法間來區隔微分此項任務的國家權力配置狀態，以堆疊積分出理想的功能作用。

關於前者，如前所述，定型化契約控制體系的審查順序，基本上應循程序思維來建立相關步驟（詳參註 11 之說明）。理論上來看，定型化契約控制體系的審查順序可細分為以下 5 個步驟來進行，亦即：（1）該約款是否成為定型化契約。若肯定則進入第（2）步驟的審查。（2）審視該定型化契約約款是否納入契約成為契約之內容？該約款對於相對人而言是否屬於「異常條款」，而有不應納入契約內容之情形。若確定該約款成為契約之內容，再進行第（3）步驟的審查。（3）依針對定型化契約條款特性所建立之解釋原則，對納入契約之條款進行解釋操作；如約款有疑義，應為有利於相對人（非約款作成者）之解釋。（4）對定型化契約條款為內容控制之審查。若約款經判定無效，進入第（5）步驟。（5）處理定型化契約無效後，如何定決其契約效力之問題。

我國現行民法事實上僅有第 247 條之 1 規定，可以用來處理第（4）步驟的問題，其他審查步驟的基本原則尚未揭明，至於司法實務的個案操作情形亦不盡相同，就此，實有待配合契約程序就審查控制體系進行更整體考量，加以明文規

<sup>16</sup> 參閱：參閱：詹森林，民法實例與判決研究（三），頁 6。陳信至，網路交易定型化契約—消費者保護相關議題探討（下），萬國法律雜誌第 137 期（2004 年 10 月），頁 78。

範之必要。

至於第二個問題，本質上應該深入思考司法規制的特徵、功能界限以及其與行政規制彼此間的合理作用關係，來求取得以相互補充、彼此強化的規制作用。

首先，司法途徑具有不告不理、侷限於個案權利義務，只能被動達成個案正義的特徵。消費交易的爭議大部分價金不高，而訴訟花費相當時間與金錢，訴訟成本的現實考量，許多消費爭議自始未進入司法系統，許多爭議尚未涉及法律上之權利義務，而無可司法性，這都使得司法規制所能發揮的實際機能，其實會遠比預期減少很多。所以，消費者保護不該完全將司法規制途徑作為主力，反而應該兼顧、重視到行政規制途徑的靈活，確立以充分運用行政規制為主，司法規制為輔的規範設計基調。

其次，消費型態隨著科技（數位化、電子化）、商業運作以及經濟社會發展而日新月異，消費交易之技術性及複雜性，帶有這些特性的消費紛爭事件處理負擔<sup>17</sup>，自然會為在憲政分工位置上「居於不告不理被動地位」的司法者，帶來不少與不小的知識考驗與挑戰。司法系統是否可以「單獨」地圓滿回應此等任務要求，有待評估。站在法制設計的觀點，誠值得適度回到憲政結構設計原理的根本考量，像在調兵遣將一樣，從功能效果來衡酌，「行政」與「司法」在這件事上的分工合作關係，到底應該如何安排比較合宜。

行政作為執行權的職責特質，凡事包括即使是新興事務或問題，都必須「主動積極」擠到第一線去思考對策、作出回應處理，這使得行政對於消費爭議一般而言有可能相對較早擁有較多的知識與專業。在「行政接受司法審查」的制度命題下，如果沒有重新作過功能安排的設想，來微調行政與司法的分工關係，就會出現相對「外行者」在審查相對「內行者」的認定與決定的情形。所以，如著眼於功能最適的權力分立、安排，司法權對於消費爭議（至少在涉及專業性的事實關係認定部分）的審查範圍及密度，並非完全沒有檢討調整之餘地<sup>18</sup>。

最後，由於私法關係行政規制規定背後牽涉國家權力分立問題，併用多種途徑、多元管道，亟求殊途同歸、異曲同工的結果，具體規定的彼此脈關係勢必犬牙交錯、難分難解。如何維持設計裡路的層次、條理，檢視應考量的重點有無遺漏，誠非易事。就此，或可借助法源體系，以其體系結構的整體圖像，來協助檢

<sup>17</sup> 因應電子化時代消費紛爭相關問題的探討，請參見：杜怡靜，IT社會關於消費者保護之課題，元照出版公司，2006年9月初版1刷。

<sup>18</sup> 對於合乎行政規制之定型化約款可否免於司法規制問題的討論，可參閱：廖健男，定型化契約約款之行政規制，輔仁大學法律研究所碩士論文，頁89以下。黃文志，定型化契約條款之解釋—以實務見解之演繹為中心，高雄大學法律學研究所2006年碩士論文，頁93。洪瑩容，前揭碩士論文，頁99-100。

視。設想相關規定群進入現有法源體系後的各自定位以及其所帶來的相映變化，從中釐理規定的彼此關聯、搭配關係、規範效力連結、位階順序等，作較為周全縝密的診斷。

### 第三節 團體、組織的規範設計運用

#### 一、問題概說與基本觀念

古典行政法學據為認知基礎的「國家/社會」分離的觀念預設，衍生出補充性原則<sup>19</sup>，認為社會經濟的各種問題，應該優先透過各團體或是團體間的對話，在現實社會領域尋求解決對策，僅在就超出各團體處理能力之事項，或是各團體相互作用無法妥適妥協時，國家的規制力才能介入。然而，國家的角色定位、國家與社會的關係，與時俱變。(有關國家角色的變遷及相關背景的關聯脈絡分析，請參參本研究第三章第二節「私法關係行政規制議題的背景認知(一)國家角色、任務的想像與期待」。現代社會具有高度的複雜性與可變性，國家、社會不再對立而係相互協同，國家與社會遂有了某種程度的複雜揉合<sup>20</sup>。運用團體或是組織來達成規範目的之作法，也漸為普遍。

事實上，由於國家對於社會事務的管制需求一直都在，然法律的管制卻有其事實上之界限，國家勢必對此一落差與以反應。國家管制行為模式因此會因管制事務之特性、本質特性而有所調整改變。體認到這種事實，面對不斷增加的國家任務，一個有關適當管制模式的理論性建議乃是所謂「分散地脈絡管制」(分散的任務實現結構)。亦即，現代社會為功能分殊化的社會，整體社會結構係多中心、分散的，並從而不具有上下階層或中央化的結構。名為國家的政治系統，只是社會次級系統之一，非居於階層結構的頂點，亦未位居中央化的結構中心。

在這樣的多中心結構之下，政治系統往往無法充分有效穿透其他社會次及系統的運作封閉性，以上對下之階級式互動關係進行行政管制，不見得是最好的方式，相反地，如妥善運用各社會次級系統所固有之運作邏輯，照著次級系統間之同位階式溝通結構，順理成章地管制社會次級系統之周邊條件領域，建立起系統間之「結構性的聯結」與「啟發性的互動」，國家管制任務反而可以水到渠成、殊途同歸，靠各關連次級系統的分散協助而順利實現<sup>21</sup>。

惟以民法為代表的傳統法律一向注重個人法，未適度留意到團體法的需求與可有的規範功能<sup>22</sup>。近代民法誕生於個人主義、自由主義思潮興盛時代，在當時

<sup>19</sup> 有關補充性原則之介紹討論，可參閱：詹鎮榮，補充性原則，月旦法學教室第 12 期（2003 年 10 月），頁 34-37。陳愛娥，警察法上的補充性原則，月旦法學雜誌第 83 期（2002 年 4 月），頁 22-23。

<sup>20</sup> 參閱：ト-マス.ヴュルテンベルガー/著，西谷敏/譯，多元主義國家の理論と實際，載於松本博之、西谷敏、守矢健一/編，団体.組織と法—日独シンポジウム，信山社，2006 年（平成 18 年）9 月 25 日初版第 1 刷，頁 6。

<sup>21</sup> 參閱：張桐銳，合作國家，載於翁岳生教授祝壽論文編輯委員會，當代公法新論（中）--翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，元照出版有限公司，2002 年 7 月初版第 1 刷，頁 568.573。

<sup>22</sup> 參閱：古振暉，共同所有之比較研究，台灣財產法暨經濟法研究協會出版（翰蘆圖書出版有限

強力要求個人從團體的、封建的身分解放的反團體思潮下，所有的社會關係都被以個人與個人間的關係來分析，個人法的思考取向將團體視為獨立於個人之外的人格，認為只要賦予具備特定條件之團體如同個人般的法律上主體地位（法人格），即可充分規整社會生活關係，忽視、看輕了團體生活本質，而以法人規定為唯一團體法制<sup>23</sup>。

在民法的這種規範觀念下，團體的社會現象被分解成個人與個人間的契約關係來看待，即便是個人之能力、資力無法獨立完成，仰賴他人的助力與協力從事經濟活動，如受雇勞動等各式各樣的社會生活關係，均將其定性為相對立、平等、自由主體間的契約關係，以雙方當事人人格彼此獨立，無共同關係，而有意無意地遺漏、忽視該等契約關係的整體社會性意義。

誠如，基爾克（Otto Friedrich von Gierke, 1841-1921）所言，人類的歷史是團體結合的歷史。自古以來人類就生活在家庭、種族、村落等各種自然發生或是人為創造的各種團體中，即使經濟社會發展演變複雜如今日，人類其實還是在社會的、經濟的、文化的、政治的各方面的團體中經營共同生活。對於這些社會生活單位的活動，自然有必要發展規範團體的法律技術<sup>24</sup>。又行政既是管理眾人之事，眾人彼此之間的互動，其實不可能完全僅以（或存有）契約關係可以連結，因此有必要視情況運用團體、組織的連帶關係來動員多數關係個人，串起整個規範動線。

本章第一節業已指出，針對私法關係進行行政規制的現象，就某種意義而言，可以說是反思人類「群性」並將其靈活運用（或可稱為進行「社會性思考」），來為生活相互牽連、彼此影響的人際問題情境，提供理想的規範設計。私法關係行政規制措施的設計手法，係透過「個人」與「群體」之「群性」層次的提昇，來拉出規範介面，讓個別契約兩造的事，同時也變成一大群人共同的事，則就法制作業實務來說，團體、組織的規範設計運用問題，自有探究必要。

消費者保護法、公寓大廈管理條例以及勞動契約法制，三者雖然均以一群人（同公寓大廈之區分所有權人與住戶）或一個社會群體（消費者、勞動者）的存在、互動或是共同需求的解決，為其規範設想基礎，而具有「群體性」。惟三者各自對於團體、組織的規範運用手法不盡相同，團體、組織所扮演發揮的功能作用亦不同，其運用經驗可謂各具特色。

---

公司經銷），2006年7月，頁616。

<sup>23</sup> 有關近代民法的團體規範觀念，可參閱：土生滋穗，組合の法理，法律文化社，昭和47年4月1日，頁10以下。

<sup>24</sup> 參閱：森泉章，法人法入門，有斐閣，1986年9月30日初版1刷，頁1-2。

公寓大廈管理條例對團體、組織的規範運用<sup>25</sup>，起因於區分所有建物構造物理機能無從分割，對其使用管理之經濟機能結合一體，使得區分所有權人相互間，無法單純僅以傳統民法之共有關係、相鄰關係規範，因而在財產所有、運用、管理關係面向外，發展出以提昇住戶居住相處互動品質，求公寓大廈社會機能發揮的「團體關係」面向<sup>26</sup>。惟相關法制原理尚有未臻明朗、穩定之處，仍受到財產權本位思維強烈牽絆，仍看重「物權」而非「人權」，以公寓大廈區分所有權人始能為團體成員，享有得參與區分所有權人會議對公共事務參與之權限，對於公寓大廈規約的效力性質<sup>27</sup>，規約未向行政機關申請報備對其效力有何影響<sup>28</sup>等問題，仍存有學說分歧現象。

公寓大廈管理制度其架構設計之基本原則，雖以自治管理為中心，然就其實質立法目的，乃因公權力基於公共安全、建物景觀、社區生活關係管理等考量，希望介入公寓大廈群居生活這塊原屬放任之私法事物領域。其規範手法上的主要特色在於強制住戶進行組織、形成團體、建立管理組織，亦即透過強制性法條架構出居住團體的自治運作機制，使同一公寓大廈中的群居個人參與並納入自己所

<sup>25</sup> 各國有關公寓大廈的法制設計存有差異。相關介紹比較，可參見：葉添材，公寓大廈公共管理之研究—以共用部分為例，開南大學公共事務管理學系 2006 年碩士論文，頁 94 以下。

<sup>26</sup> 參閱：溫豐文，區分所有建築物法律關係之構造，法令月刊第 43 卷第 9 期，頁 5。李靜怡，公寓大廈區分所有權人會議之研究，輔仁大學法律研究所 2004 年碩士論文，頁 45。值得注意的是，公寓大廈的管理維護，除由住戶組成的管理組織—區分所有權人會議、管理委員會為公寓大廈管理維護之運作主體之外，管理服務人員（總幹事）、管理維護公司、建築業者、非營利組織等亦扮演相當重要的角色。

<sup>27</sup> 有關規約性質，日本發展出「契約說」、「團體協約說」、「自治規則說」。我國則有「共同行為說」、「自治規則說」與「併合說」等不同見解存在。

相關學說的整理介紹，請參見：林宗竭，公寓大廈管理規約之研究，台北大學法學系 1999 年碩士論文，頁 14-19。

司法判決有將公寓大廈規約與勞動法之團體協約類比者，如臺灣桃園地方法院桃園簡易庭民事判決八十九年度桃簡字第二五號認為：「經查，按所謂之『規約』，乃係公寓大廈所有之住戶，為其所居住的環境及使用上的相互關係，所達成共同利益的複雜意思表示，其間各住戶或許會有意見上的不一致，但經溝通、協調後，終能獲致平行的同意，且對於不同意規約內容之少數區分所有權人仍有其拘束效力，此即民主原則中的少數服從多數的重要原則，因此其性質上，應係屬於所謂的『合同行為』，且無須經全體區分所有權人合意始能制定。所以規約應解釋為一種經一定成數區分所有權人之合同行為，而形成的自治規則或自治法規，其法律性質類似於勞動法中的團體協約，而且更是一種經由多數合意而形成的自治規章性質，所以後加入的住戶，自須受此協約或自治規章的拘束，此乃團體法制的原理所必然，我國公寓大廈管理條例第二十四條規定亦是基此原理而制定，其目的乃在於維持法律秩序之安定性。是以，本件系爭規約既係經由建商與各區分所有權人（包括被告之前手）所簽訂，且經各住戶承認並遵守之，依上說明，應已形成一自治規章性質，依團體法制原理，凡進入團體組織之構成員就應受其拘束，遵守規約，殊不因該規約制定於公寓大廈管理條例之前而有異。從而，被告辯稱系爭規約對其並無拘束力云云，尚不足採。」。

有關公寓大廈規約效力問題，可參見：李靜怡，公寓大廈區分所有權人會議之研究，輔仁大學法律研究所 2004 年碩士論文，頁 94-96。

<sup>28</sup> 相關爭議及討論，請參見：林宗竭，公寓大廈管理規約之研究，台北大學法學系 1999 年碩士論文，頁 131-133。

屬的社區自治團體規範，團體自治在某種程度上扮演著行政管理的延伸，享有一定的，訂定與執行社區生活管理規範（公寓大廈規約）的權限，其拘束力、強制力不足部分，再由公權力與以補強<sup>29</sup>。

消費者保護團體的原初構想源於對勞工團體的效法。消費者保護問題的成因之一，乃因消費者處於個體、游離、散在的狀態，相對於企業經營者在財力、人力以及資訊上的優勢，其權利維護自然鮮有能力，遂有籌組消費者團體匯集需求、集合力量、反映意見、爭取要求，並由法律賦予一定權限使其成爲一個可與企業相互制衡、對抗機制<sup>30</sup>。

相較於前兩者，勞動契約法制的團體、組織規範運用，不論是理念的成熟度或是規定體例的普遍性，均堪稱「先進領域」。不僅在憲法層面確立了勞動基本權、法源體系中涵容了團體運作的規範產出（團體協約、勞資會議決議等）、有針對勞工團體組織之專法--工會法外，其他法規亦可見到諸多團體、組織的規範運用蹤影，在學理研究範疇上更相應存在著「集體勞動法」。

因此，以下擬先就消費者保護法、公寓大廈管理條例以及勞動契約法制三者以外之二個團體、組織運用事例進行考察分析，以提昇討論的廣度，次就勞動法的運用經驗觀察借鏡，來汲取團體、組織規範設計運用的法制作業知識。

## 二、團體、組織規範運用事例的考察分析

團體、組織的產生可能是源於歷史傳統，出於共同利益，也可能出於某些共識規則，而在自發與人爲的交互作用下，因爲適應各自環境或是因著某種想法的引導，得到進一步的發展，如行業組織即爲適例。團體、組織的存續運作，自然會摸索發展出一套其與成員群體間的互動方式，進而對特定問題的生活領域形成一具有某種匯流資訊、協調眾人、產出具共識的規則，甚至是定紛止爭等功能之組織性關係網絡<sup>31</sup>。

此等經濟、社會方面的功能合理性及有用性，對於法律制度的設計工作來說，有時是一種非常有用的構思線索。因爲，團體組織既然具有經濟、社會方面的存在理由與實際功能，則將既有團體、組織採納爲規範機制，或是參照仿造團

<sup>29</sup> 參閱：雷自強，公寓大廈管理制度之架構設計與運作，東吳大學法律學研究所 1996 年碩士論文，頁 36。

<sup>30</sup> 參閱：朱柏松，消費者保護法論，翰蘆圖書出版有限公司，1998 年 12 月，頁 28。另消保官某種程度上亦屬出於相同邏輯思考下的設計。有關消保官之相關問題討論，可參閱：邱惠美，我國消費者保護官制度之研究，政治大學法律學系 2008 年博士論文。

<sup>31</sup> 參閱：余暉等人/合著，行業協會及其在中國的發展：理論與案例，經濟管理出版社，2002 年 6 月北京第 1 次印刷，頁 14-15。

體、組織運作原理，以法律創造團體、組織，給予其法律地位，希望透過其發揮一定的政策期待功能，似乎顯得就非常順理成章。

不過，這樣的構想要得以奏效，勢必得瞭解團體、組織的發生、運作以及功能產出，並且詳細評估其在整個規範佈局中的定位角色，這項工作除了法律學外，也需要用到一些其他社會科學的研究成果，例如團體、組織的制度史考察、經濟學、社會學的研究分析成果，來協助釐清相關問題<sup>32</sup>。

以下簡要說明專門職業技術人員管理法制以及著作權法二個法制領域的團體、組織規範運用事例，進行若干考察分析。

### （一）專門職業及技術人員之公會團體、組織<sup>33</sup>

我國法制目前普遍規定專技人員非加入公會不得執業<sup>34</sup>，採取所謂「業必歸會」的構想，強制專技人員加入專門職業公會（以下簡稱「公會」），以法律規定引導專業組織的成立、運作，並賦予其包括公會自治、懲戒制度、專業倫理等特定管理權限或工具。公會的運作原則與組織特色包括：強制入會、單一壟斷組織、層級組織原則及強制政策配合等。每一位國家考試及格的專技人員須檢具考選部門考照及格證書與中央主管機關核給的專業證書，和公會會員資格文件，向執業所在地業務主管機關申請執業執照，並將執業執照納入受僱單位登錄管理<sup>35</sup>。

專技人員的職業團體（公會）組織的規範設計主要考量到，專門職業之服務提供者與使用者間容易存有知識不對稱甚至是壟斷的現象，為避免市場的商業利益侵蝕專技人員所應有的服務品質，維持專技服務市場秩序、確保專技服務對象權益，除了透過證照制度將專門職業放置到現代化及專業化的框架下進行管理之外，許多國家同時設法將專技人員職業結社的邏輯結構（structure of associational

<sup>32</sup> 其他社會學科的研究考察，可參閱：全漢昇，中國行會制度史，食貨出版社有限公司發行，1986年5月臺灣3版。余暉等人/合著，行業協會及其在中國的發展：理論與案例，經濟管理出版社，2002年6月北京第1次印刷。

<sup>33</sup> 有關我國專門職業及技術人員管理法制之全面性探討，請參見：陳建文，「我國專門職業及技術人員管理法制之探討—法制作業生產及知識管理觀點」，載於行政院法規委員會編印，我國專門職業及技術人員管理法制之檢討（行政院97年度法制研討會（2008年8月29日，政大公企中心））論文集，頁167-304。以下的分析論述，主要參考該文頁217-218、244-246等業改寫而成。

<sup>34</sup> 參見：律師法第11條第1項、會計師法第27條、建築師法第28條第1項、技師法第24條、醫師法第9條第1項、獸醫師法第9條、藥師法第9條、心理師法第12條第1項、護理人員法第10條第1項、助產士法第9條、營養師法第10條、物理治療師法第11條第1項、職能治療師法第11條第1項、醫事放射師法第11條第1項、醫事檢驗師法第11條第1項、社會工作師法第28條第1項、公證法第32條第2項、地政士法第33條第1項、不動產估價師法第22條第1項、藥劑生資格及管理辦法第6條、鑲牙生管理規則第4條。

<sup>35</sup> 參閱：陳武宗、張玲如，社會工作師訓練、職業管理制度與國際接軌之研究，載於考選部編印96年度考選制度研討會系列二 社會工作師之教考訓用制度與國際接軌研討會會議實錄，民國96年11月，頁132-133。

logic) 轉化運用到公共行政上，借助專業組織的治理功能，甚至是進一步將專業組織安排入管理法制，令其扮演行政管理窗口、溝通網絡等機能，以強化國家對於相關社會經濟組織的管理<sup>36</sup>。

此等由國家對社經部門由上而下的強制統合，建立起國家與公會雙層交錯的管制格局，可謂是我國現行專技人員管理體制的一大特色。不過，必須指出的是，專業組織發揮治理功能及其型態選擇，涉及國家機關與社會關係的制度性安排，其可能形式甚多，不同的安排均各有優缺並須有相關社會條件配合，我國法制的現行作法並非理論上唯一途徑，制度模式的選擇問題，應該回歸到如何作最能發揮實效之目的取向考量。

國家對於專技人員設限又賦予「特權」的種種控制管理作為，並非純粹只是為了保障專技服務對象的消費利益或財產、健康、生命等權利，其至少有幾個層面的考量因素相互交雜：引導專技產業發展及職業分化演變、維持專技服務市場秩序、確保專技服務對象權益及專技人力的公益運用。國家運用國家考試建立證照制度來合理化專門職業對其專技服務市場的壟斷，也透過相關社會經濟組織的管理強化，企圖馴化駕馭專技人員，使其為國家所用<sup>37</sup>。同時，被認定為專技人員可以享有國家保證的合法性與社會資源，自然也誘使發職業團體基於自身利益進行遊說、動員、爭取，因而「專門職業」的出現、「專技人員」的認定，不一定是合於產業條件、市場需求的理性評估的認定結果，有時反而是各方勢力角逐爭戰及社會條件配合產生的。

所以，國家雖然得以制度創造專門職業團體，但這並不意味著國家得以一手掌控專門職業的興衰。特定職業之所以達到「國家」認可的專業地位，並非完全是技術上「水到渠成」，環境上「時勢所趨」，或是國家刻意的政策導引、刺激。有時候專業團體為會主動藉由自我創造問題，自我衍生出解決問題的專業知識，來爭取自身職業的專業地位，或是藉由一些社會權力機制來提昇自身專地位，同時關聯專門職業群體間也可能為了爭取業務地盤彼此傾軋、較勁，甚至排擠、弱化其他職業群體，避免其發展成與具有競爭關係的專業<sup>38</sup>。

綜上，在政策上所應深思是，國家對待專業組織的態度，究竟是該「馴服」

<sup>36</sup> 參閱：金耀基，前揭書，頁 14。

<sup>37</sup> 參閱：陳宇嘉、霍志豪，社會工作師教育、考試制度與國際接軌之研究，載於考選部編印，社會工作師之教考訓用制度與國際接軌研討會會議實錄，民國 96 年 11 月，頁 11。

<sup>38</sup> 例如，十九世紀末，英國產科醫生即曾成功利用教育的門檻以及證照制度，使傳統接生婆成為「黑牌」，產科醫生成為唯一合法接生者。臺灣的西醫從一開始的乏人問津，經由政策的引導與刺激，逐漸成為台灣人熟悉的好頭路；中醫則因日本殖民者將其視為現代化絆腳石，有計畫的予以消滅，並因西醫逐漸取得優勢地位而被邊緣化。參閱：吳嘉苓，助產士的興衰：專業社會學的觀點，載於成令方主編，醫療與社會共舞，群學出版有限公司，2008 年 2 月 1 版 1 印，頁 52-54、60 等頁。

「專業組織」作為國家行政管理工作的幫手，還是相互保持距離，維持其獨立性，讓專業組織治理對國家政策形成監督制衡的力量？本研究認為，現代國家的出現，其實意味著一種新的統治型態、一種合理化的「管理」；其管理作為的具體對象之一，就是「人口」。國家透過將「人口動態」、「社會關係」與「地理行政空間」相互結合的監控模式，逐步建立總體人口的「戶籍制度」以及種種針對次類型人口的管理制度（如「專技人員管理制度」），試圖透過這些機制來「掌握」總體的人口狀態，以及「安排」、「區隔」各種人口次類型的經濟或社會活動空間，達成全面有效管理人口之目的<sup>39</sup>。

由於這些國家逐漸發展出來的各種人口管理機制，本質上是一種結合「人口動態」、「社會關係」與「地理行政空間」所形成的監控模式，其大都具有要求人員歸屬特定單位（「人必歸戶」、「業必歸會」）、嚴厲管制「流動人口」（異動狀態登記、登錄）等制度特徵。然而，隨著人口流動化、社會高度分工、經濟活動日趨頻繁複雜，這種建立在「地理行政空間」的人口統治型態及思想，是否能夠適「現代」世界的變遷？基於國家統治及行政運作需要，嚴格要求「人必歸戶」、「業必歸會」、「人地合一」的初衷，在現代社會中，是否仍合乎時宜？頗值得吾人省思。

## （二）著作權仲介團體

著作權仲介團體是由著作財產權人<sup>40</sup>所組成的公益性社團法人。著作權仲介團體之成立，以為著作財產權人行使權利、收受及分配使用報酬為主要目的，對於利用人與著作財產權人雙方洽談著作利用事宜，有著正面的功能。著作權仲介團體的成立，要經過主管機關許可，八十六年十一月五日公布施行的著作權仲介團體條例<sup>41</sup>，是其組織及職權之依據，也是主管機關許可著作權仲介團體設立，及對其監督、輔導之依據。

對於著作權制度而言，缺乏使利用人合法利用著作的制度設計，將使著作權制度的正當性受到質疑，若慮及著作權法的安定性，而擴大著作的合理使用範圍，使個人利用著作的合理範圍加大，又將嚴重侵害著作權管理機制，而影響著作權制度的整體發展<sup>42</sup>。

<sup>39</sup> 有關國家人口管控機制的深入分析，請參閱：林勝偉，政治算術：戰後台灣的國家統治與人口管理，國立政治大學93學年度社會學研究所博士。

<sup>40</sup> 另專屬授權的被授權人依著作權法第37條第4項規定，在被授權範圍內，得以著作財產權人之地位行使權利，所以亦得加入著作權仲介團體，成為會員，但不得成為著作權仲介團體之發起人。

<sup>41</sup> 有關著作權仲介團體條例之立法沿革說明，可參見：蕭雄淋，著作權法論，五南圖書出版公司，2008年5月5版2刷，頁372。

<sup>42</sup> 參閱：賴文智、王文君/著，數位著作權法，益思科技法律事務所，2007年9月再版，頁235。

其次，隨著科技進步，著作利用方式、頻率產生很大改變，著作的利用人透過網路電腦等數位設備為數眾多且分散各地，個別的著作權人沒有時間精力，去協商授權、收取報酬或監視著作利用情形，使用人亦因交易成本過大而放棄利用著作，或是偷偷利用著作而不肯去取得授權。為了避免這種雙方交易成本高甚南成局的情事，制度上遂因應而生集合多數著作權人，將其本來自行管理之著作財產權，交由特定組織協助著作權人行使權利，便利著作利用人取得授權，此即著作權集體管理的概念<sup>43</sup>。

著作權集體管理乃由著作權人以外的機構—著作權集體管理團體（我國稱為「著作權仲介團體」），協助著作人就其著作進行授權的管理。著作權仲介團體的制度特徵，就是以願意授權的著作財產權人為其會員，並以位會員管理著作權或是行使著作權相關權利為其團體之存續目的，其具體運作特色，就是預先設想某些經常發生的著作利用型態，於事前一般性地決定著作隻使用報酬率。而不依據個案著作利用的特殊需求來決定利用著作所需支付的權利金。所以，降低著作管理、授權就是成立此等團體組織的最主要目的<sup>44</sup>。

基於此等制度目的，有論者主張集體管理團體主要功能再於降低社會著作利用之授權交易成本，以目前社會上著作授權利用多樣化、小額化的趨勢，若集體管理團體不具備此種授權交易的能力，即無法提高著作被利用的可能性。為避免成立團體的根本功能未能落實，應再法律上課集體管理團體較高的數位化義務，即促其透過網路直接授權的交易平台以及內部利潤分配的管理機制。同時，負數著作權集體管理團體或讓著作權集體管理團體的發展區於單一，亦應就前述制度目的功能著眼，就國內著作權市場的現實狀態來作政策考量<sup>45</sup>。

### （三）小結

團體、組織規範運用事例甚多，類型掌握有其必要。類型化的重要基準之一，係團體、組織的功能作用。這類規定有些是出於管理功能考量，即希望藉團體收統一窗口、強化行政管理，零散個人集結、匯集共同需求。採用團體、組織規範運用，自然就牽動，「個人與個人」、「個人與群體、社會」關係的檢討，甚至有可能深刻反省人的「群體性」與「個人主義」的衝突。

至於法制作業實務在設計此類規範時，一個可行的簡便方式係，運用「目的功能-制度定位-上軌道」的思考架構來規劃、檢查相關規範設計。亦即，以團體組織的目的功能，來定位制度，再就因團體存在後所產生出來的所有關係面向，

---

<sup>43</sup> 參閱：註 42 前揭書，頁 215-216。

<sup>44</sup> 參閱：註 42 前揭書，頁 217-218。

<sup>45</sup> 參閱：註 42 前揭書，頁 253-259。

——檢視各相關者是否均在其應有的軌道上運行，面面俱到才不致於留有糾纏或遺漏。

詳言之，團體與個人以及國家之間，彼此周旋所形成的關係，有如星系運作般，有公轉、自轉、離心力、向心力四重關係<sup>46</sup>：團體的制度功能或是保護力量使個人自然有朝團體趨近之「向心力」，個人於是與團體間產生配合運作之「公轉」關係，但力量強大的團體使個人沉沒在群體的規格中，也可能壓迫、限制個人意志與自由，嚴重干擾個人的「自轉」頻率，致個人主體性不願臣服而與大局對峙，而產生由穩定堅固的團體基礎游離出來之「離心力」。亦即，個人與團體間存有矛盾與互補的兩極化特色，必須妥善安排，整個團結權的運轉才能恰到好處而無掛礙，不致背離為個別勞工服務並保護其權益之原始宗旨<sup>47</sup>。

### 三、勞動法運用經驗的觀察借鏡

勞動法針對「勞動關係群體性」所發展出來的集體行動理念邏輯，其背後的原理思考在於：人是社會性的存在，必須依附生產工具才能生存，所以必須藉由各種「社會連結」的形式，讓個人產生生存所需的經濟上聯繫<sup>48</sup>。隨著「由身分到契約」的法律思潮演進<sup>49</sup>，個人基於自由意願所簽訂之契約，成為個人建立社會連結的主要方式，其他非出於契約而使多數個人產生社會連結的做法，必須提出正當理由，說明為何有必要促成自由獨立的多數個人彼此間的社會連結，強制達成特定領域的統整性，讓多數關係個人成為一個有特定利害關係的「團體」<sup>50</sup>。

<sup>46</sup> 此等比喻借用自：Fritz Riemann/著，楊夢茹/譯，恐懼的原型，台灣商務印書館，2003年10月初版1刷，序言。

<sup>47</sup> 參閱：陳建文，團結權思想之發展與演變，憲政時代季刊第30卷第3期（2005年1月），頁322-323。

<sup>48</sup> 借用經濟學「新制度主義」(New-Institutionalism)學派的說法，個體或部分鑲嵌(embedded)在制度(或整體、總體)之中的。因此，人或個體是制度性或整體性的存在，人或個體的行動法行為，必須從其在制度中或總體中的角色或位置才能被理解。

同樣的，勞動關係亦係藉由「鑲嵌」在使其所以可能的根本或基礎一經營組織，來建立生勞工生存所需之經濟聯繫，故在思考勞動關係的相關規範問題時，自然必需將這層鑲嵌關係適當的考量在內，才能形成切合勞動關係本質的權利義務規則。

參閱：李英明，新制度主義與社會資本，揚智文化事業股份有限公司，2005年4月初版1刷，頁3。有關新制度經濟學之介紹，另可參閱：Eric G. Furubotn, Rudolf Richer 原著，顏愛靜主譯，制度與經濟理論—新制度經濟學之貢獻(Institutions and Economic Theory -- The Contribution of the New Institution Economics)，五南圖書出版公司，2001年9月初版1刷。

<sup>49</sup> 有關「由身分到契約」的法律思潮演變與省思，可參見：郭明政，身分—契約—制度—功能：台灣社會安全法制發展之檢討，政大勞動學報第12期（民國91年7月），頁457以下。日文文獻可參見：秋田成就，労働法における身分から契約へ，石井照久先生追悼論集，頁155以下。

<sup>50</sup> 有關日德等國勞動法、社會法領域的團體、組織規範運用情形，可參見：ウルズラケブル/著，トイツ労働.社会法秩序における団体の機能，載於松本博之、西谷敏、守矢健一/編，団体.組織と法—日独シンポジウム，信山社，2006年（平成18年）9月25日初版第1刷。木下秀雄，社会保障制度における「団体」の位置づけについて—醫療保障における「醫師団体」の役割を例に，日独比較の視点から，載於松本博之、西谷敏、守矢健一/編，団体.組織と法—日独シンポジウム，信山社，2006年（平成18年）9月25日初版第1刷，頁241以下。

勞動法的規範任務旨在解決勞工族群所面臨的相類似或相同的結構性社會問題。勞動關係的形成基礎為勞動契約，故其基本上亦以個人為法律關係建置單位，但因現代企業均採協同分工之生產型態，多數勞工依附同一經營組織而受雇的結果，勞工問題遂屢有「群體形式」，勞動法亦發展出以勞工群體為法律關係建置單位的規範模式。這些以彼此存有特定關聯之多數勞工群體作為法律關係建置單位的規範模式，各有不同的群體行動理念邏輯，其促進社會連結（social bond）的模式亦不盡相同，主要有三大類型：

（一）群體行動理念邏輯類型 1：

基於維持勞資契約實力對等，改變個人原則運作模式，透過多數勞工的團結提升協商的經濟力量

契約自治的前提條件必須是契約當事人的實力對等，唯有如此契約方有可能真正成為滿足雙方當事人的正義工具。勞動契約的當事人一造擁有生產工具，另一造則沒有生產工具，經濟實力明顯存有懸殊，為克服此等客觀結構缺陷，遂由工運經驗摸索出另類實力衡平作法，即允許個別勞工團結組織工會，以爭議行為作後盾，採團體協商方式與雇主磋商個別勞動契約的基本內容，藉以實質落實契約自由。

換言之，此等群體行動類型的存在目的，其實是在「扶植」一種壟斷組織即工會，使其透過團體協商、勞資爭議，為其會員在盡可能的範圍內向勞力市場購買者爭取剩餘的分配，所採行的抗爭模式正是一種對生產要素市場的壟斷行為，勞動法中勞動力買賣的法律處理，因而多出了由工會集體議價的過程。由於工會是為使在勞動力商品買賣上賣方（勞工）享有合法壟斷、獨佔特權所存在的群體機制，其背負使勞動力獲致合理價格、維持勞資財產交換公平的憲法任務，故不受維持自由競爭秩序之經濟法規如公平交易法的取締<sup>51</sup>。

這種促進多數勞工社會連結（social bond）的模式，伴隨著罷工等爭議行為出現，促成了「人權的集體化」趨勢<sup>52</sup>，使得各國憲法承認勞工團體存續權及團

<sup>51</sup> 學者黃程貫亦認為，為彌補個別勞動者之弱勢，應本於對等力量原則或勞方對抗力量原則，承認勞動者得自由團結組織成勞工團體，藉以集中勞動市場之供應者，以提高勞動者之協商與抗爭力量，而使『勞動從屬性』及『勞動者生存依賴性』得以當事人自治之方式在一定程度內加以克服，故用來對抗市場獨占、壟斷以維持市場自由競爭之經濟法規，如公平交易法等，應不適用於勞動市場上勞動供應的聯合、獨佔、壟斷行為。

參閱：黃程貫主持，國科會委託研究計畫專案，憲法秩序下勞動生活基本規範體系之研究--以勞動者基本權為中心（計畫編號：NSC81-0301-H-004-514），頁 10。有關工會締結團體協約是否適用公平交易法討論，可參見：廖元豪，論團體協約是否受公平交易法之規範—兼論公平交易法第二條與第四十六條第一項之意義，公平交易季刊第 3 卷第 2 期，頁 85 頁。

<sup>52</sup> 有關人權的「集體化」趨勢發展之介紹，請參閱：劉文彬，西洋人權史--從英國大憲章到聯合國科索沃決議案，五南圖書出版股份有限公司，2005 年 2 月初版 1 刷，頁 176 以下。

體行動權等集體性基本權利。惟該等權利雖係以維護個別勞工權益為出發，但勞工的個人自由與工會團體運作間事實上存有許多緊張關係，如工會可否以一定方式強制外部勞工加入工會？工會內部運作如何確保個別勞工權益？等問題<sup>53</sup>。

其次，工會雖然被賦予了位多數勞工集體形成合理勞動條件的任務，而在統一處理多數勞動關係之同質問題需求上取的形式的合法性，惟工會出面並不等於其所協商、約定的規範品質，即獲得正當性保證，而仍應從工會在法律秩序中的功能關聯，審視其有無踐行正當程序，在具民主正當性的情況下完成約定。

詳言之，集體勞動條件的決定過程，包含了「工會內部彙集各種主張要求形成一致意見」、「工會與雇主進行協商」以及「工會與雇主締結約定」這三個過程。工會行使規範勞動條件權能，締結約定，形同一種立法活動。此時，工會的功能，與其說是行使個別勞工的私人自治權限，還不如說是，同屬一工會之多數勞工，透過代表委員會的方式制定法律。在等立法過程中，因勞工個人「原始的自治」，在法律上已降為一種「衍生的自治」，故須有「民主程序」，確保約定結果得以實質實現勞工個人之契約自由。

在理論上應對應集體勞動條件決定過程的三個主要階段，分思相應的程序法理，即：在「工會內部集約整合不同意見」階段之「工會民主法理」；「與雇主進行協商」階段之「誠信協商義務法理」及「締結集體約定」階段之「集體約定規範效力法理」，讓勞動生活規範生產過程的每個環節，均可貫徹「民主」原理，以結合成一條傳輸「約定規範效力正當性」的輸送帶。

## （二）群體行動理念邏輯類型 2：

凝聚分散社會風險之團結基礎，降低勞工對工作的生存依賴性

勞動力完全商品化的結果使得勞動者之生存基礎產生工資依賴性而完全取決於受領勞務之雇主所支付的對價，因而生活中任何一個會使工資中斷的意外事件都會使其陷入生活絕境。在現行經濟體制未有根本改變前，要改善此種情況最直接的方法之一就是『去商品化』（decommodification）。去商品化並非意味要完全根除將勞動力視為商品的形式，它是一種設法降低勞動力商品化程度，使勞動者的生存基礎逐漸與工作表現脫離的過程。

所以勞動法超越市民法的處理模式，而斟酌勞動者的生存依賴性使勞動關係具有一定程度之社會安全色彩，表現在社會政策上，就是透過社會安全制度（外

---

<sup>53</sup> 有關工會與個別勞工間的關係所觸及的理論問題分析介紹，可參見：陳建文，團結權思想之發展與演變—以日本法的經驗為觀察素材，憲政時代季刊第 30 卷第 3 期（民國 94 年 1 月），頁 319-330。

化措施 - Loensungen zu externalisieren ) 或採取雇主責任 (內化措施 - Loesungen zu internalisieren ) 的形式，對個人起因社會風險的工資中斷提供所得保障，以降低個人依賴勞動市場的程度<sup>54</sup>。

所謂「外化手段」就是在原有勞動關係以外，由國家、地方自治團體或社會保險機構提供公共給付，解決社會風險所引發之生活缺短現象<sup>55</sup>，此等社會安全機制同步促成了存有相同社會風險處境的個人凝聚成爲「社會風險團體」，此種群體行動理念邏輯類型所促成的典型機制，可舉強制性社會保險制度加以說明。

現代化、工業化及資本主義的發展下，社會上的大部分成員都會面臨相同或類似的結構性問題，也就是「社會風險」(social risk)。因爲大部分的風險都是平均分配而且是無法預測的，所以必須強制集合面臨相同風險的人，凝聚分散風險之團結 (solidarity) 基礎，就特定社會風險可能帶來之損害作集體性的分攤<sup>56</sup>。

社會保險制度的基本結構具有兩項要件，一是，由具有相同且可以衡量之風險承擔者 ( mit gleichen u. schätzbaren Risikoausgleich innerhalb der Gefahrengemeinschaft ) 所組成的特定團體或危險團體 (Gefahrengemeinschaften)；二是，危險團體內的風險分攤 (Risikoausgleich innerhalb der Gefahrengemeinschaft)，二者交互作用社會保險制度因而具有喚起團體組成分子間同舟共濟意識與共同歸屬感 (Zusammengehörigkeitsgefühl) 的制度特質<sup>57</sup>。

社會保險制度同時揉合個人與群體相互對立之自由<sup>58</sup>，其將個別個體連結成爲生命共同體，制度化地解決個人面臨的同類社會風險問題，同時也讓個人保有獨立與自主，即每個人在發生事故時可以獲得集體的協助 (保險給付)，但是在未發生事故之前，仍然可以保有個人的自由 (除了強制保費之外)。不同層次的

<sup>54</sup> 有關『內化』、『外化』的概念介紹及運用，請參考：郭明政，從勞動基準法之制定探討我國當前勞工福利政策，載於勞工政策與社會發展研討會論文集，勞委會綜合規劃處，民國77年6月。張志銘，勞工法制之剖析，勞工行政第11期，頁20。張志銘，建立我國勞動保險完整體系之探討，刊載於勞委會編印，邁向勞工保險新境界研討會會議實錄，民國80年11月，頁99。張志銘，我國老年所得保障制度的發展方向初探(二)，載於勞工之友雜誌第543號(85年3月)，頁26以下。

<sup>55</sup> 參閱：郭明政，社會安全制度與社會法，翰蘆圖書出版有限公司，1997年11月出版，頁127。

<sup>56</sup> 參閱：吳明儒，社會「不」安全制度--風險原則的再省思，國立政治大學社會學報第36期(民國93年6月)，頁41。

<sup>57</sup> 參閱：黃世鑫、余漢儀、吳炎成、鄭文輝、蔡爵雲 著，我國全民社會醫療保險制度之研究，業強出版社，1992年12月初版，頁13。

<sup>58</sup> 有關社會保險強制性格與個人自由之關係討論，可參見：陳英鈞，「自由法治國與社會法治國的制度選擇--評釋字第472與473號大法官會議解釋」，台灣本土法學雜誌第4期(1999年10月)，頁87以下。鍾秉正，社會保險中強制保險之合憲性基礎--兼論釋字第472、473號解釋，載於黃宗樂教授祝壽論文集編輯委員會編，黃宗樂教授六秩祝賀--公法學篇(一)，學林文化事業有限公司，2002年5月，1版，頁255以下。簡玉聰，日本社會保障法理論之在探討--以生存權理論爲中心，載於黃宗樂教授祝壽論文集編輯委員會編，黃宗樂教授六秩祝賀--公法學篇(一)，學林文化事業有限公司，2002年5月，1版，頁333以下。

不安全（個人/群體/社會）分別代表不同屬性的責任（個人/連帶/社會），而風險程度越高，社會的集體責任也就越大。採取連帶責任的社會政策，來降低群不安全的因素<sup>59</sup>。如何針對不同的風險程度及可能影響的人群多寡，來界定應該歸屬於何種制度上的責任，是社會保險制度上的一大課題。

### （三）群體行動理念邏輯類型 3：

#### 勞動關係公共事務領域主導權限的重行分配

第三種以勞動關係群體性為基礎創造群體行動機制，出現在勞動關係公共事務領域，目的在藉勞工群體行動機制的創造，進行公共事務處理或主導權限的重行分配，矯治、均衡勞資間權力分布不均的結構問題。

政治為管理眾人之事，多數人群聚即生公共事務。公共事務既為眾人之事，自應眾人共同參與決定，此即政治上民主理念。「民主」是一種應照射、普及至各生活領域層面的理性思維，政治領域只是民主觀念的「先進領域」，絕非民主原則唯一的適用領域，只要是在本質上具有多數人聚合協力之公共事務存在，民主原則即有討論與落實之必要。

勞動關係依附經營組織存在，具有多數聚集本質，勞動關係自然亦有公共事務領域，此一事務領域的處理理論上亦應依民主原則運作<sup>60</sup>。惟勞動契約是勞動關係的成立基礎，受到民法影響，一般習以個別契約為法律關係的處理單位，因而形成個別勞工獨自面對問題、自掃門前雪的視野格局，勞動關係的「群體性」以及針對此等特性發展處理機制的問題意識，遂常隱而不彰。影響所及，在多數同種契約（勞動契約）併存，各該契約之他造均為同一人，且握有系爭契約關係所賴以存續的財產基礎的特殊結構下，雇主自然擁有指揮監督機能多數勞動契約他造當事人，原本該讓勞工有權參與的勞動關係公共事務領域，也連帶地被劃歸資方所有。

換言之，因應企業經營之勞務需求，而締結勞動契約多數叢聚的勞工，自然會形成同質的利害群體，產生各式各樣的共同問題需求。勞資關係中事實上存在著以多數勞工共同需求為基礎的「公共事務領域」，勞資關係中潛藏著一種隱性的公共事務領域，但如無妥善的制度安排，個別勞工往往難以自行動員組織、集思廣益，而讓勞資關係中的強勢者—雇主趁勢先占而單方決斷。

因此，勞動法的存在意義之一，即在於針對勞資關係組織性、群體性的特質，

---

<sup>59</sup> 參閱：吳明儒，註 57 前揭文。

<sup>60</sup> 有關民主原則在勞動生活領域之適用，參閱：黃程貫，勞動法，國立空中大學，民國 91 年 2 月修訂再版 4 刷，頁 16。

設計各種制度，來協助勞工爭取勞資關係公共事務領域的主導權或參與權，以妥適的統一處理多數勞動關係之同質的問題需求。觀諸勞動法的進化史，事實上就是不斷在勞資關係公共事務領域特有的結構中，尋找、開發規範潛能，「徵收」雇主獨享的「當然」權限，擺納到勞資關係公共事務領域開放參與，並設計制度協助多數勞工整合意見，以為勞資關係之公共事務問題領域帶來合理的秩序的過程<sup>61</sup>。

從另一角度來看，此等群體行動的理念邏輯特色在於，發現擬處理之問題從個別勞動契約的角度切入處理，無法合理解釋或予以妥適回應勞動關係群體性的問題需求，而轉換看待問題的角度，提出另一種處理思維，亦即其將規範焦點由「個別勞動契約」轉移至「依附同一經營組織存在之多數勞動契約群體」，讓系爭問題從「個別勞工自己的事」，變成「同一組織之多數勞工間共同的事」，既是「眾人之事」，就可以用民主參與、協商的思維來另行設計處理機制，提供勞工適切的保護。這類存在於勞資個別當事人外之中間機構，除了可以用以對抗雇主權力擴張，減少企業權力集中的獨裁現象之外，多元化的中間機構，也會讓勞資間潛藏的直接利益衝突多出了緩衝空間，因而減緩衝突的發生可能與發生強度。

此類制度事例，有另創運作組織機制者如：勞資會議（勞資會議實施辦法第 5 條、第 6 條）、事業單位勞工退休準備金監督委員會（勞動基準法第 56 條第 4 項、事業單位勞工退休準備金監督委員會組織準則第 3 條）、職工退休基金管理委員會（營利事業設置職工退休基金保管運用及分配辦法第 3 條）、大量解雇事件協商委員會（大量解雇勞工保護法第 6 條）等組織；亦有借用現行工會或以勞工代表為之者，如勞動基準法上讓工會或勞資會議分享勞動時間安排主導權限的規定（勞動基準法第 30 條、第 30-1 條、第 32 條、第 33 條、第 39 條及第 49 條）、勞動檢查法規定事業單位選擇以勞動檢查機構所發檢查結果通知書之全部公告勞動檢查結果者，須公告在與工會或勞工代表協商決定的場所（勞動檢查法第 25 條及同法施行細則第 23 條）等均屬之。此外，如工作規則的訂定<sup>62</sup>、企業懲戒、安全衛生管理<sup>63</sup>等職場秩序或工作安全規範，亦其本質上亦適合運用此種群

<sup>61</sup> 參閱：陳建文，團結權思想之發展與演變—以日本法的經驗為觀察素材，憲政時代季刊第 30 卷第 3 期（民國 94 年 1 月號），頁 339-340。

<sup>62</sup> 依現行勞動基準法第 70 條規定，雇主僱用勞工人數在三十人以上者，應依其事業性質，訂立工作規則，惟雇主在訂定工作規則時並無需會同勞工為之，亦無須聽取勞工意見，僅於訂定後須報請主管機關核備後並公開揭示，其民主性顯有欠缺，亟待改善。

不過值得注意的是，不同於前述一般性工作規則，現行法令對於有關安全衛生性質的工作規則，卻要求雇主應會同勞工代表訂定，如：依勞工安全衛生法第 25 條及同法施行細則第 29 條規定，雇主應依該法及有關規定會同勞工代表訂定適合其需要之安全衛生工作守則，報經檢查機構備查後，公告實施。另廠礦安全法施行細則第 21 條亦規定，礦場負責人應於礦場開工後三個月內會同勞工代表，依該法第二十一條訂定礦場安全守則，報主管機關核備。變更時亦同。

<sup>63</sup> 近年來，有參考國際趨勢，倡導工作環境權，以促使勞工安全衛生保護應進入一個新的境界者。依其倡議，工作環境權之內容應包含：1.參與企業安全衛生改善決策之權利。2.充分獲得資訊之權利。3.安全衛生代表在特殊危險狀況發生時有處置權限。4.個別勞工拒絕危險工作之權利。5.

體行動理念邏輯來促成其民主形成。

#### (四) 觀察心得

綜上，這三種群體行動的理念邏輯類型背後其實各自對應存在著不同的勞工問題型態。由此可知，所謂勞工問題並非止於勞資間不對等地位所產生的「剝削問題」；更有甚者乃是起於薪資依賴與家庭結構變遷所導致的「社會風險保障問題」<sup>64</sup>，以及因勞動關係依附經營組織多數聚集存在型態，所產生之公共事務領域主導權限的「勞資權力（主導權限）爭奪」問題。所以，勞動關係是政治（權力）、經濟（利益）與社會（保護）的需求脈絡交織結合而成的關係，不適合全以「個別勞動契約」為規範機制，如果只從個別契約角度看待勞工問題，眼界所及只到契約兩造當事人之間，容易遺漏勞動關係「群體性」因素的考量。

勞動關係在「由身分到契約」的近代法律發展過程中，沒能發展成趨向平等契約關係的應然狀態，勞動契約建立之勞動關係反而出現「權力色彩」、「身分性格」，出現等「由契約到身分」逆轉的實然現象<sup>65</sup>，某種意義來說，說明了勞動契約法理對勞動關係群體性的考量不足或無法合宜處理，有必要參照群體行動理念邏輯類型另創機制補救。

法律制度所處理者乃人類群居生活的規則設計與運用問題。所以法律制度的建構，必須研究考察個人如何與他人共同生活並創造、維持社會秩序的原理，摸索人際共通利益、找到彼此連結的社會紐帶，來形成制度脈絡，在使不同的脈絡有機交織，共營規範機能。國家與個人間的團體或組織（或可稱為「中間集團」）的產生、存續，其實是一種因彼此互有特定社會紐帶連結的多數個人群聚，由個人轉向「社會」的組織化現象<sup>66</sup>。

「由身分到契約」的法制發展趨勢，在讓個人自傳統諸關係解放的同時，也讓契約、市場成為人際關係規範模式的新主流型態，連國家與個人間之關係都被詮釋理解為一種社會契約。然而，契約觀點不儘然可以所完全關照人群生活關係所具有的多元面向，傳統社會的各種團體解體，讓個人處於多樣的風險與不確定

---

接受諮詢與練之權利。6.安全衛生代表之保障。等面向，這些面向充分說明安全衛生事項具有群體性質，亦屬適合運用群體行動理念邏輯設計處理機制的事項。

有關工作環境權之介紹，參閱：黃越欽，*勞動法新論*，翰蘆圖書出版有限公司，2000年7月初版，頁625-634。有關勞工參與安全衛生事務之制度設計問題的討論，可參閱：徐嘉珮，*勞動者參與安全衛生事務制度之研究*，政治大學勞工研究所85學年度碩士論文。

<sup>64</sup> 參閱：郭明政，*社會安全制度與社會法*，翰蘆圖書出版有限公司，1997年11月出版，頁78。

<sup>65</sup> 參閱：秋田成就，*勞動契約論*，沼田稻次郎先生還曆紀念論文集發起人會編，沼田稻次郎先生還曆紀念下卷勞動法の基本問題，綜合勞動研究所，昭和49年5月25日，頁515。

<sup>66</sup> 參閱：水汀勇一郎/編，*個人か集団かわる労働と法*，勁草書房，2006年10月10日第1版第1刷，頁39-40。

中，爲了避免整體社會秩序因個人利益對立，走向分裂、無秩序，或是解決各種社會問題，促使人們重新思考個人相互依存關係的理念思維，摸索新的人際社會紐帶原理。

回顧既往歷史可以發現，讓個人與個人之間形成紐帶，產生社會凝聚力量的關鍵，其實就是存在於國家與個人間的多樣中間集團，因此一種可行的規範策略便是，將規範焦點擺放到人際的群性特質，政策性的吸納既有團體、組織或是創造團體、組織來作爲規範機制，讓自由的個人再度組織化，藉以突顯其相互依存關係，從參與處理公共事務的角度，就共同的利益、問題進行自我治理<sup>67</sup>。

仔細檢視勞動法領域的發展運用經驗可以發現，「群性」的思維不僅存在於集體勞動法甚至也貫穿於勞動保護法，掌握「勞動關係的群性特質」，視情況開發合宜的規範手段，用以滿足契約機制本質上所關照不到或不周的功能需求，幾可謂爲勞動法慣用的思考手法。在不同問題領域改由「勞動關係的群性特質」，引進團體、組織機制，改變勞動關係權利義務結構的同時，在法源體系的建構與運作上自然呈顯出的樣貌是，法源途徑多元豐富且彼此間的運作關係複雜精細。

其次，將傳統上屬雇主自行衡量判斷、安排決定的事項，接收過來交由特定群體行動機制進行公共審議，不僅能夠在更多資訊及有論理根據的相互同意的情形下，使得不同的利益與價值關切，能夠得到較爲充分的考量，以提高雇用管理決策的正當性與妥適性。同時，此等群體行動機制的產生與運作，也讓勞工群體與資本經營權限的相對位置產生「位移」效果，勞工群體不再是待在「資本經營權限圈」外圍與其保持距離的獨立利益主體，而比較像是進入「資本經營權限圈」成爲同一利益主體的不同代表。

因爲有了這種由「局外人」到「局內人」的「位移」，群體行動機制的運作也須超越「利益敵對性」走向「共識取向」的討論。因此，一向標榜須與資本維持距離、保持獨立的工會，不再適合擔任群體行動主體，而須改以工會推派代表組成或另設全新機制的方式，來形成群體行動機制。就此而言，群體行動理念邏輯類型3的發展，也讓我們更深層的觀察工會與其他勞工利益代表制度間的演變關係。

---

<sup>67</sup> 參閱：註 66 前揭書，頁 42-43。

#### 第四節 團體訴訟制度的規範設計運用

有關團體訴訟我國在各相關領域已有許多研究文獻可供參考<sup>68</sup>，故本節不擬就學理作過多論述。本節針對團體訴訟制度的設計問題，先從學說的討論、觀點歸納整理，再就團體訴訟已有之相關立法規定進行比較分析，最後試圖整理出一個設計團體訴訟制度的檢討架構，來協助法制作業實務比較完整、周全的設想團體訴訟制度的設計細節問題。

##### 一、團體訴訟的基本概念

民事訴訟制度之基本原理係以「有明確內容及歸屬主體之權利」為保護客體，故只有該具有明確內容之權利其歸屬主體始為得實施訴訟之當事人。非權利歸屬主體者，只能由權利人透過法定或意定方式，授與訴訟實施權限，而由他人代為擔當訴訟。在此等制度架構下，為了有效解決多數人的同質紛爭（集團性紛爭），另發展出「選定當事人制度」，以團體救濟之方式一次解決多數人之紛爭。由於，選定當事人制度不論如何擴大、改革，仍是以個人之權利救濟為出發，其僅係為保障當事人程序利益，儘可能使程序之進行經濟、效率，而讓多數之同質的個別權利合併於同依程序中予以主張，訴訟實施權限仍須由權利人授與。

簡言之，團體性紛爭在訴訟事件上的呈現樣態與解決機制類型可整理如下

---

<sup>68</sup> 團體訴訟制度的相關文獻，民訴領域的研究如：沈冠伶，多數紛爭當事人之權利救濟程序—從選定當事人制度到團體訴訟，台灣本土法學雜誌第 51 期，頁 169 以下。許士宦，集團利益保護程序之新開展—以團體不作為訴訟之一般化為契機，司法院發行，民刑事訴訟新制論文集，民國 92 年 12 月初版。姜世明，選定當事人制度之變革—兼論團體訴訟，月旦法學雜誌第 96 期，頁 8 以下。黃國昌，訴訟參加及代表訴訟，月旦法學雜誌第 97 期，頁 8 以下。邱惠美，我國民事訴訟法中有關團體訴訟制度之研究法學叢刊第 193 期，頁 89 以下。陳榮宗，美國群眾訴訟與西德團體訴訟（上）（下），法學叢刊 118 期、128 期。郭杞堂，「美國集團訴訟制度之研究」，中國文化大學法研所 1989 年碩士論文。張文郁，集體訴訟制度之研究，輔仁大學法律研究所碩士論文。

投資人保護問題領域的研究如：劉連煜，投資人保護與團體訴訟，稅務實用月刊第 333 期，頁 93 以下。賴源河主持，投資人保護法研討會(2)--團體、公益訴訟於證券暨期貨市場之適用，月旦法學雜誌第 49 期，頁 68 以下。雷萬來，證券投資人之保護與集團訴訟導入之可能性，法商學報第 29 期，頁 65 以下。劉彥廷，「證券投資人及期貨交易人保護法之團體訴訟」，國立台北大學法律學研究所 2003 年碩士論文。

消費者保護問題領域的研究如：許政賢，消費者保護團體損害賠償訴訟制度之再定位，月旦法學雜誌 110 期，頁 74 以下。黃立，板橋地院八十九年度重訴字第六五號博士的家判決評析，月旦法學第 95 期，頁 226。姜志俊，由消費者保護法的實施談國內首宗消費團體訴訟與判決，律師雜誌第 273 期，頁 55 以下。楊光華，消費者權利救濟制度之研究—以民事訴訟程序為中心—，淡江大學日本研究所 2001 年碩士論文。蔡怡亭，我國消費者保護法中團體訴訟制度之研究，國防管理學院法律學研究所 1996 年碩士論文。陳文燦，消費訴訟制度之研究，東吳大學法律研究所 1996 年碩士論文。高金枝，消費者訴訟之比較研究，國立台灣大學法律研究所 1985 年碩士論文。

另有關公民訴訟環保法領域的研究，可參見：王薇鑫，我國環境法中公民訴訟適用之可能性--以海洋污染防治法中訴訟條款為中心，國立海洋大學海洋法律研究所 2003 年碩士論文。

表：

訴訟事件呈現樣態	特性	次類型
共同訴訟	被害紛爭集團之所有成員均成爲原告提起訴訟	
僅由被害紛爭集團之部分成員爲原告	多數原告通常是先組成集團而共同委託一個或數個訴訟代理人進行訴訟 法政策考量點：訴訟經濟、多數同質紛爭之一次解決	1. 代表訴訟： 成爲原告之部分團體成員，係其他團體成員之法律上代表；通常於事證清楚、集團成員意見統一之案件被採用。EX. 民訴§44 選定當事人制度
		2. 試驗訴訟 (TEST ACTION) 示範訴訟 (MODEL ACTION)： 由律師事先組織原告集團，在從原告集團中挑出最典型或最有勝算之成員作原告提出探試性的訴訟，俟其勝訴後再由其他成員分批起訴。此等訴訟型態最常用於舉證困難、勝敗難料、成員意見不一之案件，希望藉以節省訴訟費用。EX. 日本公害訴訟常見
團體訴訟	由被害紛爭者所組成之集團本身作原告提起訴訟 法政策考量點：訴訟經濟、紓解訟源、爲零散多數害人扶植保護組織	訴訟擔當型：團體僅係代表其成員行使權利提出訴訟，並非真正權利人。
		貫徹團體權利型：團體基於自身權利起訴，非以保護個別成員權利爲重點

然而，隨著所謂「現代型的紛爭」日益增多，各國均發現上述之固有訴訟型態不合宜；針對該類利益侵害事例，就應該循何等標準肯認「新型態的權利」？對何者賦予「提訴資格」？乃成爲實體法學、程序法學之共通課題。

此等思潮的檢討發展延伸出二種制度改革趨勢：

一是，改革傳統民事訴訟法中之選定當事人制度，擴大該制度之適用面。亦即，依循傳統訴訟法的思考，改革選定當事人制度，試圖以團體救濟之方式一次解決多數人之紛爭，以有效解決多數人的同質紛爭（集團性紛爭），來達成紛爭的一次解決與訴訟經濟之目標。值得注意的是，選定當事人制度不論如何擴大，仍是以個人之權利救濟爲出發，其僅係爲保障當事人程序利益，儘可能使程序之進行經濟、效率，而讓多數之同質的個別權利合併於同依程序中予以主張。

二是，體認到有針對現代型紛爭事件設計合乎其本質的訴訟型態（團體訴訟型態）之必要性，讓符合特定條件之公益團體介入訴訟進行，發揮「救濟個人權利」、「實現集團抽象利益」及「促成公益團體執行公共政策」等功能。

所謂現代型訴訟其主要特色在於，該類紛爭事件中之危害具有繼續性、隱藏性、擴散性，被害人常不知或無力訴請排除此等危險，即使起訴請求也可能因該等事件具有被害人數眾多、因資訊不足、個人損害微量或因果關係難以證明而有舉證上之障礙，若無人適時出面制止或要求改善此等情狀，社會大眾權益將持續擴大受損，故有必要針對此等事件設計兼具有效性與簡易化之訴訟型態—團體訴訟，以發揮「個人權利救濟」、「實現集團抽象利益」、「執行公共政策」等功能。

團體訴訟制度的產生與普遍運用其實與所謂現代型紛爭的訴訟問題有密切的關係。現代型紛爭的特質在於，多數個人之同類權利受同一行為所侵害或有侵害之虞，且受影響之個人可能普遍存在於全國各地或某一區域、階層，具有擴散性而無法一一特定，例如消費者受害事件、公害污染損害事件、個人資料大量外洩事件<sup>69</sup>等皆為適例。為有效保護多數個人之同類權利，傳統民事訴訟法上僅著眼於個人權利保護之程序制度，已不足以因應，遂有承認集團利益或集團權利之概念，並設計相應之程序制度<sup>70</sup>。

在現代型紛爭事件中，其紛爭係肇因於被列為被告者（如製造產品之企業、公害發生源之廠商）其活動影響廣及於社會大眾，造成同樣之利益侵害，由於此種擴散性利益之內容及其歸屬主體之外延，往往不甚明確，倘仍採傳統方法以「權利」（權利內容及其歸屬對象主體均明確）為判斷標準，則往往難以認定其具有訴之利益或當事人適格，為保障社會大眾均有平等接近法院之機會，針對該類利益侵害事例，就應該循何等標準肯認「新型態的權利」？對何者賦予「提訴資格」？乃成為實體法學、程序法學之共通課題<sup>71</sup>。

綜上，團體訴訟制的產生，可謂係在處理現代型紛爭事件時，發現固有訴訟型態之不合宜，所針對現代型紛爭事件另行設計之合乎事物本質的訴訟型態。再運用團體訴訟時，應注意的是，承認團體訴訟之主要目的不在於個人權利之救濟勿寧著眼於多數人之共同利益，如環境保護、公平競爭秩序之維護等公益，或集

<sup>69</sup> 個人資料外洩之危害具有繼續性、隱藏性、擴散性，後害人常不知或無力訴請排除此等危險，即使起訴請求也可能因該等事件具有被害人數眾多、因資訊不足、個人損害微量或因果關係難以證明而有舉證上之障礙，若無人適時出面制止或要求改善此等情狀，社會大眾權益將持續擴大受損，是故此等事件適合於設計兼具有效性與簡易化之訴訟型態—團體訴訟，以發揮「個人權利救濟」、「實現集團抽象利益」、「執行公共政策」等功能。

<sup>70</sup> 參閱：沈冠伶，多數紛爭當事人之權利救濟程序—從選定當事人制度到團體訴訟，台灣本土法學雜誌第 51 期，頁 180。

<sup>71</sup> 參閱：許士宦，集團利益保護程序之新開展—以團體不作為訴訟之一般化為契機，司法院發行，民刑事訴訟新制論文集，民國 92 年 12 月初版，頁 8。

團性利益如消費者利益之保護，此或因受影響或被害之個人所受損害常屬輕微，在經濟時間上無法吸引個人提起訴訟；或因個人能力不足，在訴訟上無法與對造當事人（損害行為者）相抗衡，惟就維護社會整體利益之觀點而言，亦不適合放任侵害行為人繼續破壞社會生活之法秩序，並使損害繼續擴散，遂有承認由具有法定要件之特定團體得提起訴訟，以維護公益及集團性利益<sup>72</sup>。

## 二、以團體訴訟之功能面向作為制度設計之指導原則

團體訴訟有誘導特定團體形成運作之功能，因此團體訴訟之設計取向，也可以從我們到底要公益團體在系爭問題領域發揮何等作用？的觀點加以思考。選擇團體訴訟作為政策工具時，必須先決定我們要公益團體在問題領域中發揮何等功能？才能進一步形成較為具體的設計方向。換言之，吾人所擬置重之團體訴訟功能面向對於整體制度設計有指導作用。茲將團體訴訟可具有之功能面向說明如下：

### （一）訴訟經濟、紓解訟源、節約司法資源的功能

團體訴訟將多數個人的同類紛爭合而為一處理，最直接立即的影響，當然是訴訟案件數量的降低，故其有訴訟經濟、紓解訟源、節約司法資源的功能。如著重此一制度功能，具體制度走向會朝向，擴大當事人適格認定及判決效力之主觀範圍。在立法政策上隨之而來要衡酌的問題是，訴訟經濟與個人聽訟權利保障間之平衡問題。

以美國集團訴訟（CLASS ACTION）為例，由於在該訴訟制度下，得由受害群體中之一人或數人為全體成員訴訟，深具訴訟經濟功能。美國集團訴訟的適用條件包括：多數原告彼此間為利害關係相同之群體；因成員人數眾多，無法全體同時一次起訴或應訴；且基於法律上或事實上理由，無法由各成員個別起訴或應訴；而由群體中一人或數人為全體起訴或應訴。如代表提訴者能公平妥適代表全體成員之利益，系爭訴訟所得之判決結果，無論有利與否，其效力均及於全體成員。

歸納而言，美國集團訴訟須具備 6 要件：1.同質紛爭（共同利益）多數當事人所組成之群體 2.無法由全體成員共同起訴或應訴 3.代表出面提訴者之主張或抗辯為其他成員之典型 4.由代表者提訴能公正妥適保障未出庭成員之利益。這些要件或可為追求訴訟經濟功能的團體訴訟制度提供配套設計的參考原則。

### （二）為多數零散弱勢者找尋保護權益力量的功能

<sup>72</sup> 參閱：沈冠伶，註 70 前揭文，頁 180。

歸納立法規定，又可分為二種類型：(1) 期待團體扮演制止損害行為發生之公益角色：如德國團體訴訟，限於團體方得為受害之大眾提起制止（不作為）之訴，未允許團體為大眾提起損害賠償請求之訴。(2) 期待團體為訴訟上弱勢者提供求償時的司法協助，如我國消費者保護法第 50 條、投資人保護法之團體訴訟規定屬之。

### (三) 吸引熱心公益者形成團體（行政機關系統外之自主性公益力量）的功能

亦即，針對政府疏忽不得的事項，求周全保護關係人權益，扶植公益團體作為特定利益群體之保護團體，使團體與特定事項主管機關間，產生協力或競爭、監督、代位等互動關係。

如看重此一政策目的，首先必須適當安排的是，公益團體與特定事項主管機關間到底應該有何種互動關係？例如，我國諸環境法律中所採「主管機關疏於執行時，受害人民或公益團體得敘明疏於執行之具體內容，以書面告知主管機關。主管機關於書面告知送達之日起六十日內仍未依法執行者，受害人民或公益團體得以主管機關為被告提出訴訟」之定式體例，即係出於此等考量。

其次，擬賦予公益團體之訴訟權能，應該擴及於排除危害之不作為訴訟，不該僅侷限於損害賠償訴訟。再者，應該著重該類訴訟對於公益團體本身之經濟效益及誘因結構，考量讓此類團體得以完全享有或分配到勝訴金額，金錢利益一方面增強其提訴動機，一方面厚實團體存續運作所需之財務能力。如我國環保法律中「行政法院為前項判決時，得依職權判令被告機關支付適當律師費用、偵測鑑定費用或其他訴訟費用予對維護空氣品質有具體貢獻之原告。」之規定體例，即屬適例。

在外國立法例方面，團體訴訟之型態，在各國並不完全相同，這或多或少與其立法政策上所欲藉由此等制度發揮的機能考量有關。學者沈冠伶觀察歸納外國團體訴訟制度指出<sup>73</sup>：

德國法所稱之團體訴訟，係由某一法人團體或受認可之機構，為維護公共利益，依法律規定在特定事件以自己名義提起不作為訴訟。德國之團體訴訟制度重點係，置於有效制裁權利侵害行為，對侵害特定權利行為具有控制與預防作用。

法國、西班牙及希臘之團體訴訟除了得提出不作為訴訟外，亦得請求損害賠償。其中就法國而言，損害賠償請求向來即為團體訴訟之主要目的，不作為請求

<sup>73</sup> 以下外國立法例之歸納分析，參閱：沈冠伶，註 70 前揭文，頁 175 以下。

反居於較次要之地位。不過，在「損害」之認定上，則非以各個消費者所受之實際損害去計算出實質損失多少，而是以一個整體公益之抽象損害為對象，法國法院對該制度之操作態度，有由象徵性賠償金額轉變為判定高額賠償恫嚇、懲罰之趨勢。

希臘之團體訴訟之損害賠償請求，亦不涉及個別消費者實質上所受之損害，而是以消費者集團利益之抽象損害為對象，由法官在具體個案中考量違法行為對於破壞法秩序之嚴重性、被告企業大小（尤其是其年度收入）等因素，來酌定損害賠償金額。此外，更具特色的是，希臘團體訴訟被予以「非訟化」，而屬非訟事件，此乃著眼於團體訴訟之公益性（不是兩造利益對立爭執的問題，而是社會整體公益維護議題），於適用職權探知主義下，法院得依職權探知事實調查證據。

法國與希臘之團體訴訟不計算個別受害者之實際損失且通常於勝訴後不分配，主要考量到：團體訴訟之權利人所受損害具有擴散性與小額損害等特性，權利人因考量到因訴訟而能獲得之實際利益與因進行訴訟而須負擔之風險或成本，而放棄權利之主張，甚至欠缺加入集團以進行訴訟之動機。而在勝訴之場合，如何分配小額金額給各個權利人，亦常遭遇到分配過程須支出過高而不合比例之費用等障礙，所以轉以公益或集團性利益為保護對象，允許不作個別分配。

綜合以上觀察，如以團體訴訟制度所強調及置重目的來區分，可整理出二種制度的理念型：（1）非真正的團體訴訟（2）真正的團體訴訟。

所謂「非真正的團體訴訟」，其實只是擴大選定當事人制度的改革趨勢，其整體制度所置重之目的，主要在便利權利人主張權利，側重權利人個人權利保護，本質上屬於個別權利人進行民事訴訟的協助機制，所以團體須以他人債權或受讓債權而起訴。如我國消費者保護法第 50 條以及民事訴訟法第 44 條之 1，均屬此種「非真正的團體訴訟」。

我國民事訴訟法雖承認可由公益社團法人為其社員提出包括不作為請求、損害賠償請求及其他類型訴訟，但其仍係基於社員之選定行為，授予訴訟遂行權限，故其僅係朝擴大選定當事人制度方向的一種改革。其次，依消費者保護法第 50 條由消保團體提出之損害賠償訴訟，亦係基於受害消費者之請求權讓與。這二個規定將起訴之主要目的置於為個別權利人請求損害賠償，而較少維護公益或集團利益之色彩。此與在真正的團體訴訟，起訴之團體係為維護公益或集團利益，基於自己之法定訴訟權限，且在損害賠償訴訟，係請求被告就集團總體抽象利益之損害給付一個賠償總額，賠償金得給付給公益團體作為從事相關公益保護活動之用，甚至不作個別受害者之賠償金額分配，尚屬有間。

所謂「真正的團體訴訟」，其重要特徵在於，具有強烈誘引公益團體參與控制預防侵害行為發生，間接保護權利人免於遭受擴散性、小額損害的功能期待。未達此等功能，部分國家如法國、希臘立法例，規定團體所得請求之損害賠償總額，除了分配給個別受害者外，亦得分配給公益團體作為從事保護相關公益工作之用。沈冠伶認為<sup>74</sup>，我國法上可認為在性質上相當於真正之團體訴訟者，係民事訴訟法第 44 條之 3 及消費者保護法第 53 條，且僅有不作為請求有明文規定，較類似於德國立法例<sup>75</sup>。

就整體立法政策而言，團體訴訟制度因係訴訟制度的一種，故宜在民事訴訟法上就團體訴訟為一般性規定，或是制定團體訴訟法，而非將團體訴訟之適用對象僅著眼於消費者保護事件。不過，由於總則性規定的形成需要深厚的理論基礎，屬具有高度學理爭議之課題，論者可能會有見仁見智的不同意見<sup>76</sup>，短期內或許可以在個別法律中視需要增訂團體訴訟制度，俟學理意見成熟穩定後，在進行民事訴訟法增修或是制定團體訴訟專法。其次，團體訴訟除了損害賠償請求外，要不要擴及於不作為請求訴訟，也是立法政策上必須考量的選項。如欲著重團體訴訟防止損害跨大或再度發生的公益功能，其訴訟類型自宜擴及於不作為請求訴訟。

最後，團體訴訟有正面功能，也可能會有反面功能，即利用團體訴訟濫訴興訟的問題，立法政策上亦應有防止濫訴興訟的配套機制。就此問題，在規定上係

<sup>74</sup> 參閱：沈冠伶，註 70 前揭文，頁 177 以下。

<sup>75</sup> 值得注意的是，我國訴訟法學界對於民事訴訟法第 44 之 3 及消費者保護法第 53 條，存有許多理論爭執。歸納其具體爭點主要有二：（1）不作為訴訟所相應之實體權利屬誰所有？（團體係用當事人之地位或是訴訟承擔之方式取得訴訟實施權限？）（2）提訴權歸屬系爭訴訟所保護之權益歸屬主體為誰？一團體提起不作為請求訴訟後他團體之另訴如何處理？團體勝訴、敗訴之效力處理？

相關學說立場可歸納為兩說：

甲說：團體係以自己名義固有獨立權利（該權利係法律基於公益特別賦予），包括實體上請求權及訴訟上之提訴權利。且不同團體係個別有其權利，故某一團體雖然提起不作為請求訴訟，但其他團體之另訴並不違背民訴§253 之重複起訴禁止規定。在判決效力處理方面，對於團體勝訴之處理得參考德國法之處理方式，允許其他消費者引該勝訴判決為依據，當事人應受拘束，而團體敗訴時，其他消費者非訴訟當事人而未受程序保障，自不受判決效力所拘束。此外，在產品瑕疵或公害事件之不作為之訴，由於涉及執行之問題，即使在團體之前訴訟為勝訴之情形，宜承認其它團體或被害人得另行提起不作為之訴。

乙說：以消保團體不作為訴訟為例說明，消保團體係基於法定訴訟擔當之地位，為保護消費者集團之利益而起訴，此集團利益係包括實體利益及程序利益在內，其歸屬主體乃包括一切消保團體及消費者在內之消費者集團。如某一消保團體就同一違法行為已起訴（前訴），於前訴係屬中，另依消保團體就同一違法行為又在提起後訴訟，則後訴訟應受民訴§253 之重複起訴禁止規定之拘束，如前訴已判決定，除前訴原告受敗訴判決，且後訴之團體在前訴中未受到應有之程序保障外，應受既判力之拘束（民訴§401）

相關學說爭論即主張整理參考：姜世明，選定當事人制度之變革—兼論團體訴訟，月旦法學雜誌第 96 期，頁 24-25。沈冠伶，註 70 前揭文，頁 179 註 39。

<sup>76</sup> 例如，姜世明質疑將團體不作為訴訟規定在民事訴訟法上之妥當性—其認為會造成理論解釋之困難）。參見：姜世明，註 75 前揭文，頁 24。

以當事人適格要件之型態呈現。其設計方式有二種可能樣態：

一為「行政管制型」，即重視行政機關監督權限，由主管機關負責認可公益團體有無團體訴訟之提訴資格。具體設計，如就團體訴訟提訴權，另設有「經其目的事業主管機關許可」及「於其章程所定目的範圍內」等項限制，來過濾、防止濫訴情事的發生。惟如作此設計，必須附帶考量的問題是，遭拒絕認可之公益團體可否提行政救濟？許其救濟會不複雜化團體訴訟的運作，而損及團體訴訟之功能？更應加以考量者，乃在行政機關本身有可能即為團體訴訟所擬排除之危害行為製造者，而是公益團體監督對象時，行政管制型之設計，有可能會產生角色衝突的問題。

二為「司法審查型」，由受訴法院一併審查有無濫訴問題，蓋當事人適格要件之存否，屬職權調查事項，法院並得依職權蒐集事證。縱採「行政管制型」之防止濫訴設計，團體訴訟當事人依行政程序取得提訴資格，最後仍是要由法院審判。如因此項當事人適格要件而另起行政訴訟程序，不僅徒增公益團體之勞費，且致使訴訟不經濟，即與便利使用團體不作為訴訟之立法旨趣有所違背。

### 三、我國團體訴訟制度之立法例觀察整理

對於團體訴訟我國已有若干實際立法規定，就這些規定事例整理分析，有助於吾人瞭解團體訴訟制度在我國法上的發展趨勢，並掌握各別制度設計的共通處與殊異處。應特別加說明者，在我國目前的法制下，存在著「團體訴訟」與「公民訴訟」這兩種看起來似乎都同樣是以多數的相同受害者為設想的特殊訴訟制度，惟兩者理念不盡相同，「公民訴訟」性質上比較屬於用來擴張當事人適格的概念。我國的公民訴訟條款主要仿自美國潔淨水法（Clean Water Act）之公民訴訟條款規定，但又作了相當的修正，有其特殊之處，在觀念上不宜與「團體訴訟」相混淆。惟為利方便法制作業對照瞭解團體訴訟以及公民訴訟規定體例結構同異，以及其在法制設計上所應思考的問題，以下利用圖表方式就我國團體訴訟以及公民訴訟之相關立法例進行觀察整理，供作法制作業實務參考。

法律領域	規定內容
民事程序法	<p>§44 之 1.1 多數有共同利益之人為同一公益社團法人之社員者，於章程所定目的範圍內，得選定該法人為選定人起訴。（選定當事人制度）</p> <p>§44 之 1.2 法人依前項規定為社員提起金錢賠償損害之訴時，如選定人全體以書狀表明願由法院判定被告應給付選定人全體之總額，並就給付總額之分配方法達成協議者，法院得不分別認定被告應給付各選定人之數額，而僅就被告應給付選定人全體之總額為裁判。</p> <p>§44 之 1.3 第一項情形準用第四十二條及第四十四條之規定。</p> <p>§44 之 2.1 因公害、交通事故、商品瑕疵或其他本於同一原因事實而有共同利益之多數人，依第四十一條之規定選定一人或數人為同種類之法律關係起訴者，法院得徵求原被選定人之同意，或由被選定人聲請經法院認為適當時，公告曉示其他共同利益人，得於一定期間內以書狀表明其原因事實、證據及應受判決事項之聲明，併案請求。其請求之人，視為已依第四十一條為選定。（1.訴訟經濟—多數同質紛爭一次解決。2.選定當事人制度—訴訟經濟與保障個人聽審權利之平衡：判決效力對於對特定人之拘束強度，應與其所受程序保障程度相對應）</p> <p>§44 之 2.2 其他有共同利益之人，亦得聲請法院依前項規定為公告曉示。</p> <p>§44 之 2.3 併案請求之書狀，應以繕本或影本送達於兩造。 第一項之期間至少應有二十日，公告應黏貼於法院公告處，並登載公報、新聞紙或其他相類之傳播工具，其費用由國庫墊付。</p> <p>§44 之 2.4 第一項原被選定人不同意者，法院得依職權公告曉示其他共同利益人起訴，由法院併案審理。</p> <p>§44 之 3.1 以公益為目的之社團法人或財團法人，經其目的事業主管機關許可，於章程所定目的範圍內，得對侵害多數人利益之行為人，提起不作為之訴。（真正團體訴訟）</p> <p>§44 之 3.2 前項許可及監督辦法，由司法院會同行政院定之。</p> <p>§44 之 4.1 前三條訴訟，法院得依聲請為原告選任律師為訴訟代理人。</p> <p>§44 之 4.2 前項訴訟代理人之選任，以伸張或防衛權利所必要者為限。</p> <p><b>【整體制度評價】</b> 除§44 之 3 具有團體訴訟性質外，其於條文多係選定當事人制度之改革。</p>
實體法	<p>§48.2. 法院為企業經營者敗訴之判決時，得依職權宣告為減免擔保之假執行。</p> <p>§50.1. 消費者保護團體對於同一之原因事件，致使眾多消費者受害時，得受讓二十人以上消費者損害賠償請求權後，以自己名義，提起訴訟。消費者得於言詞辯論終結</p>

<p>保 護 法 § 5 0</p>	<p>前，終止讓與損害賠償請求權，並通知法院。<b>（損害賠償請求權讓與 + 訴訟信託—選定當事人制度之擴大）</b></p> <p>§50.2.前項訴訟，因部分消費者終止讓與損害賠償請求權，致人數不足二十人者，不影響其實施訴訟之權能。</p> <p>§50.3.第一項讓與之損害賠償請求權，包括民法第一百九十四條、第一百九十五條第一項非財產上之損害。</p> <p>§50.4.前項關於消費者損害賠償請求權之時效利益，應依讓與之消費者單獨個別計算。</p> <p>§50.5.消費者保護團體受讓第三項所定請求權後，應將訴訟結果所得之賠償，扣除訴訟及依前條第二項規定支付予律師之必要費用後，交付該讓與請求權之消費者。</p> <p>§50.6.消費者保護團體就第一項訴訟，不得向消費者請求報酬。</p> <p>§52.消費者保護團體以自己之名義提起第五十條訴訟，其標的價額超過新臺幣六十萬元者，超過部分免繳裁判費。</p> <p>§49.1.消費者保護團體許可設立三年以上，申請消費者保護委員會評定優良，置有消費者保護專門人員，且合於下列要件之一，並經消費者保護官同意者，得以自己之名義，提起第五十條消費者損害賠償訴訟或第五十三條不作為訴訟：一、社員人數五百人以上之社團法人。二、登記財產總額新臺幣一千萬元以上之財團法人。<b>（用當事人適格要件防止濫訴）</b></p> <p>§49.2.消費者保護團體依前項規定提起訴訟者，應委任律師代理訴訟。受委任之律師，就該訴訟，除得請求預付或償還必要之費用外，不得請求報酬。<b>消費者保護團體關於其提起之第一項訴訟，有不法行為者，許可設立之主管機關應廢止其許可。</b></p> <p>§49.3.消費者保護團體評定辦法，由消費者保護委員會另定之。</p> <p>§53.1.消費者保護官或消費者保護團體，就企業經營者重大違反本法有關保護消費者規定之行為，得向法院訴請停止或禁止之。<b>（真正團體訴訟）</b></p> <p>§53.2.前項訴訟免繳裁判費。</p> <p>§54.1.因同一消費關係而被害之多數人，依民事訴訟法第四十一條之規定，選定一人或數人起訴請求損害賠償者，法院得徵求原被選定人之同意後公告曉示，其他之被害人得於一定之期間內以書狀表明被害之事實、證據及應受判決事項之聲明、併案請求賠償。其請求之人，視為已依民事訴訟法第四十一條為選定。</p> <p>§54.2.前項併案請求之書狀，應以繕本送達於兩造。</p> <p>§54.3.第一項之期間，至少應有十日，公告應黏貼於法院牌示處，並登載新聞紙，其費用由國庫墊付。</p> <p><b>【整體制度評價】</b></p> <p>1.除§53 具有團體訴訟性質外，其餘條文多係選定當事人制度之改革。</p>
--	---

	<p>2. 有論者批評§50 條文結構怪異，造成理論解釋上的困難。其指出條文前段處理損害賠償請求權讓與問題，但所讓與者係債權或僅係請求權有待釐清，蓋讓與標的究係「損害賠償債權」或「損害賠償請求權」，在訴訟法上將造成不同之效果，且法律上之權利人與經濟上之權利人將不同一。至於，條文後段如何解釋？立法者是否重在以訴訟信託之方式解決此類多數紛爭事件？亦猶待深究。（參見：姜世明，選定當事人制度之變革—兼論團體訴訟，月旦法學雜誌第 96 期，頁 18）</p> <p>3. §50 後段如採訴訟信託說，§50 之理解可以較無窒礙。蓋一般而言，訴訟信託因有包攬訴訟之危險，因而不易受到承認。但消保法§50 係以符合一定主體要件之公益性團體為訴訟信託之受託者，一來較無前述危險。二來，依消保法§50 第 5 項規定消費者保護團體受讓同法第 3 項請求權後，應將訴訟結果所得之賠償金額，扣除訴訟及依同法§49 第 2 項規定支付予律師之必要費用後，交付該讓與請求權之消費者。此一返還規定即可解為係讓與債權之消費者與消費者團體內部返還關係之立法宣示。如此一來，§50 其實僅係消費受害事件允許為訴訟信託之明文規定而已，根本不是真正的團體訴訟。</p>
<p>證 券 投 資 人 及 期 貨 交 易 人 保 護 法 § 2 8 ~ § 3 1 6</p>	<p>§28.1 保護機構為維護公益，於其章程所定目的範圍內，對於造成多數證券投資人或期貨交易人受損害之同一證券、期貨事件，得由二十人以上證券投資人或期貨交易人授與訴訟或仲裁實施權後，以自己之名義，起訴或提付仲裁。證券投資人或期貨交易人得於言詞辯論終結前或詢問終結前，撤回訴訟或仲裁實施權之授與，並通知法院或仲裁庭。</p> <p>§28.2 保護機構依前項規定起訴或提付仲裁後，得由其他因同一證券或期貨事件受損害之證券投資人或期貨交易人授與訴訟或仲裁實施權，於第一審言詞辯論終結前或詢問終結前，擴張應受判決或仲裁事項之聲明。</p> <p>§28.3 前二項訴訟或仲裁實施權之授與，應以文書為之。</p> <p>§28.4 仲裁法第四條之規定，於保護機構依第一項或第二項規定起訴或擴張應受判決事項之聲明時，不適用之。</p> <p>§29.1 證券投資人或期貨交易人依前條第一項撤回訴訟或仲裁實施權之授與者，該部分訴訟或仲裁程序當然停止，該證券投資人或期貨交易人應即聲明承受訴訟或仲裁，法院或仲裁庭亦得依職權命該證券投資人或期貨交易人承受訴訟或仲裁。</p> <p>§29.2 保護機構依前條規定起訴或提付仲裁後，因部分證券投資人或期貨交易人撤回訴訟或仲裁實施權之授與，致其餘部分不足二十人者，仍得就其餘部分繼續進行訴訟或仲裁。</p> <p>§30 各證券投資人或期貨交易人於第二十八條第一項及第二項之損害賠償請求權，其時效應個別計算。</p> <p>§31.1 保護機構就證券投資人或期貨交易人授與訴訟或仲裁實施權之事件，有為一切訴訟或仲裁行為之權。但證券投資人或期貨交易人得限制其為捨棄、認諾、撤回或和解。</p> <p>§31.2 前項證券投資人或期貨交易人中一人所為之限制，其效力不及於其他證券投資人或期貨交易人。</p>

	<p>§31.3 第一項之限制，應於第二十八條第三項之文書內表明，或以書狀提出於法院或仲裁庭。</p> <p>§32.1 證券投資人或期貨交易人對於第二十八條訴訟之判決不服者，得於保護機構上訴期間屆滿前，撤回訴訟實施權之授與，依法提起上訴。</p> <p>§32.2 保護機構於收受判決或判斷書正本後，應即將其結果通知證券投資人或期貨交易人，並應於七日內將是否提起上訴之意旨以書面通知證券投資人或期貨交易人。</p> <p>§33 保護機構應將第二十八條訴訟或仲裁結果所得之賠償，扣除訴訟或仲裁必要費用後，分別交付授與訴訟或仲裁實施權之證券投資人或期貨交易人，並不得請求報酬。</p> <p>§34.1 保護機構依第二十八條規定提起訴訟，聲請假扣押、假處分時，應釋明請求及假扣押、假處分的原因。</p> <p>§34.2 法院『得』就保護機構前項聲請，為『免供擔保』之裁定。</p> <p>§35 保護機構依第二十八條規定提起訴訟或上訴，其訴訟標的金額或價額逾新臺幣一億元部分，免繳裁判費。他造當事人提起上訴勝訴確定者，預繳之裁判費扣除由其負擔之費用後，發還之，就其訴訟標的金額或價額逾新臺幣一億元部分之裁判費，對保護機構免予追繳。</p> <p>§36 保護機構依第二十八條規定提起訴訟或上訴，釋明在判決確定前不為執行，恐受難以抵償或難以計算之損害者，法院應依其聲請宣告准予免供擔保之假執行。</p> <p><b>【整體制度評價】</b></p> <p>求訴訟經濟及保護弱者；非團體行使自身權利；按事件特性給予特別處理—避免投資人保護訴訟因訴訟標的金額龐大產生假扣押假執行供擔保障礙</p>
法 環 境 基 本 法	<p>§34.1. 各級政府疏於執行時，人民或公益團體得依法律規定以主管機關為被告，向行政法院提起訴訟。</p> <p>§34.2. 行政法院為判決時，得依職權判令被告機關支付適當律師費用、監測鑑定費用或其他訴訟費用予對維護環境品質有具體貢獻之原告。</p> <p><b>【整體制度評價】</b></p> <p>§ 1. 仿自美國公民訴訟；希望公益團體作為政府之競爭對手，督促政府善進職責。</p> <p>3 2. 1980 年代，我國的環境法制建設邁入突飛猛進的階段。繼民眾於事前能積極參與環境決策立法的過程外，學者致力於環境法相關法規中加入公民訴訟條款。我國的公民訴訟條款仿自美國潔淨水法（Clean Water Act）之公民訴訟條款規定，但因著我國建制及訴訟制度與美國之不同，我國的公民訴訟條款作了相當的修正。</p> <p>4 3. 我國環境法上公民訴訟之實施要件：</p> <p>(1) 須公私場所違反「空氣污染防治法」或「廢棄物清理法」或「土壤及地下水污染整治法」或「海洋污染防治法」之規定或違反前揭法律所授權訂定之相關法令 (2) 主管機關疏於執行 (3) 由受害人民或公益團體提起 (4) 需先以書面敘明主管機關疏於執行之具體內容，告知主管機關 (5) 主管機關於書面送達之日起六十日內未依法執行 (6) 由受害人民或公益團體以主管機關為被告，直接向高等行政法院提</p>

	<p>起訴訟，請求判令其執行。</p> <p>4.在設計此類規定時，公民訴訟與其他行政法體系即行政訴訟法、行政程序法、訴願法、行政執行法及國家賠償法之關係，及與其他制度即鄉鎮市調解制度、公害糾紛調解制度及環境裁罰制度的關係，應該加以釐清。</p>
空氣污染防治法 § 81	<p>§81.1.公私場所違反本法或依本法授權訂定之相關命令而主管機關疏於執行時，受害人民或公益團體得敘明疏於執行之具體內容，以書面告知主管機關。<b>主管機關於書面告知送達之日起六十日內仍未依法執行者</b>，受害人民或公益團體得以該主管機關為被告，對其怠於執行職務之行為，直接向行政法院提起訴訟，請求判令其執行。</p> <p>§81.2.行政法院為前項判決時，得依職權判令被告機關支付適當律師費用、偵測鑑定費用或其他訴訟費用予<b>對維護空氣品質有具體貢獻之原告</b>。</p> <p>§81.3.第一項之書面告知格式，由中央主管機關會商有關機關公告之。</p>
土壤及地下水污染整治法 § 49	<p>§49.1.公私場所違反本法或依本法授權訂定之相關命令而主管機關疏於執行時，受害人民或公益團體得敘明疏於執行之具體內容，以書面告知主管機關。主管機關於書面告知送達之日起六十日內仍未依法執行者，人民或公益團體得以該主管機關為被告，對其怠於執行職務之行為，直接向行政法院提起訴訟，請求判令其執行。</p> <p>§49.2.行政法院為前項判決時，得依職權判令被告機關支付適當律師費用、偵測鑑定費用或其他訴訟費用予<b>對土壤及地下水污染整治有具體貢獻之原告</b>。</p> <p>§49.3.第一項之書面告知格式，由中央主管機關定之。</p>
廢棄物清理法 § 72	<p>§72.1.公私場所違反本法或依本法授權訂定之相關命令，而主管機關疏於執行時，受害人民或公益團體得敘明疏於執行之具體內容，以書面告知主管機關。主管機關於書面告知送達之日起六十日內仍未依法執行者，受害人民或公益團體得以該主管機關為被告，對其怠於執行職務之行為，直接向高等行政法院提起訴訟，請求判令其執行。</p> <p>§72.2.高等行政法院為前項判決時，得依職權判令被告機關支付適當律師費用、偵測鑑定費用或其他訴訟費用予<b>對有效清除、處理廢棄物有具體貢獻之原告</b>。</p> <p>§72.3.第一項之書面告知格式，由中央主管機關會商有關機關定之。</p>

7 2	
海 洋 污 染 防 治 法 § 5 9	<p>§59.1.公私場所違反本法或依本法授權訂定之相關命令而主管機關疏於執行時，<b>受害人民或公益團體得敘明疏於執行之具體內容，以書面告知主管機關。主管機關於書面告知送達之日起六十日內仍未依法執行者，受害人民或公益團體得以該主管機關為被告，對其怠於執行職務之行爲，直接向行政法院提起訴訟，請求判令其執行。</b></p> <p>§59.2.行政法院為前項判決時，得依職權判令被告機關支付適當律師費用、偵測鑑定費用或其他訴訟費用予對海洋污染防治有具體貢獻之原告。</p> <p>§59.3 第一項之書面告知格式，由中央主管機關定之。</p>
空 氣 污 染 防 治 法 § 7 2	<p>§72.1.事業、污水下水道系統違反本法或依本法授權訂定之相關命令而主管機關疏於執行時，受害人民或公益團體得敘明疏於執行之具體內容，以書面告知主管機關。主管機關於書面告知送達之日起六十日內仍未依法執行者，受害人民或公益團體得以該主管機關為被告，對其怠忽執行職務之行爲，<b>直接向高等行政法院提起訴訟，請求判令其執行。</b></p> <p>§72.2.高等行政法院為前項判決時，得依職權判令被告機關支付適當律師費用、監測鑑定費用或其他訴訟費用予對<b>維護水體品質有具體貢獻之原告。</b></p> <p>§72.3.第一項之書面告知格式，由中央主管機關會商有關機關定之。</p>
行 政 訴 訟 法 § 3 5	<p>§35.1 以公益為目的之社團法人，於其章程所定目的範圍內，由多數有共同利益之社員，就一定之法律關係，<b>授與訴訟實施權者，得為公共利益提起訴訟。</b></p> <p>§35.2 前項規定於以公益為目的之非法人之團體準用之。</p> <p>§35.3 前二項訴訟實施權之授與，應以文書證之。</p> <p>§35.4 第三十三條之規定，於第一項之社團法人或第二項之非法人之團體，準用之。</p> <p><b>【整體制度評價】：「授與訴訟實施權者，得為公共利益提起訴訟。」，似不承認公益團體自身擁有固有之提訴權限，但其又規定「為公共利益提起訴訟」，真意為何？令人費解。</b></p>

#### 四、團體訴訟制度的細部設計問題

總結前述分析，處理團體訴訟制度細部設計問題時，應特別留意檢討的問題至少有以下數端<sup>77</sup>：

(一) 針對系爭權利侵害行為之救濟方式，究係以不作為請求訴訟或是損害賠償請求訴訟為宜？還是二者兼採，較能達成政策目的？二者保護機能有別，不作為請求訴訟係著眼於事前預防、制止，損害賠償請求訴訟則為事後救濟，二者兼採較能保護人民。

(二) 權利侵害行為之救濟方式所相對應之實體權利，歸屬於誰？

排除危害之實體權利，其行使具有外部效果，往往一人行使即可同時排除多數個別權利人之共同危害源，適合設計成公益性救濟措施，故政策上似可承認公益團體擁有排除危害之實體權利。

損害賠償請求之實體權利部分，因損害賠償請求訴訟之勝訴利益，可歸屬個人之個別性較為強烈，原則上較適宜以個人為權利主體，但立法例上有基於損害賠償金額難以個別具體確定且不易分配，而承認公益團體針對抽象集團利益受侵害擁有請求損害賠償之實體權利者，故除了個人損害賠償之實體權利外，要不要特別承認公益團體針對抽象集團利益受侵害擁有請求損害賠償之實體權利？應加以斟酌。

(三) 提訴權（訴訟實施權限）之歸屬與行使方式

如不承認公益團體擁有實體上權利，又擬由公益團體擔任訴訟救濟之實施主體，則必須檢討公益團體如何取得訴訟實施權源？如僅承認個人始具有損害賠償請求之實體權利，公益團體係行使由個人傳來的權利，個人的權利如何傳給公益團體？其可能之傳來方式包括：讓與請求權、讓與損害賠償債權、委任、訴訟信託、單純授予訴訟實施權限等，究以何者為妥？應加考量。

(四) 訴訟（勝訴）權益之歸屬主體

不作為請求訴訟之勝訴利益因具有外部效果，不須處理勝訴利益歸屬問題。損害賠償訴訟之勝訴利益如何歸屬？係全部配給個人或是全部歸屬於團體？還

<sup>77</sup> 有關消費訴訟相關理論、實務問題的詳細探討，請參閱：姜世明，消費訴訟之理論與實務，政治大學法學院（法學院特色發展計畫）主辦，東亞地區消費者保護法制之比較研究國際研討會（2008.9.25~9.26，政治大學行政大樓7樓第一會議室）。

是部份分配給個人、部分分配給公益團體充作公益之用？應酌量是否鼓勵見義勇為以及相關公益團體發展政策來取捨。

最後，為方便法制作業實際處理需要，茲將有關團體訴訟制度細部結構設計問題的檢討注意事項，分就「不作為請求訴訟部分」以及「損害賠償請求訴訟部分」，整理成如下圖表：

團體訴訟制度細部結構設計問題--不作為請求訴訟部分

訴訟救濟方式之種類	實體權利之歸屬	團體取得提訴權之方式				訴訟利益.不利益之歸屬	其他訴訟上之特別安排	
不作為請求	是否承認公益團體擁有排除危害之實體權利?	防止濫訴機制		承認公益團體擁有實體權利	以公益團體符合一定資格要件，或經特定機關同意，取得提訴權		不作為請求訴訟與損害賠償訴訟二者之共通事項： 禁止重複起訴原則如何適用、公告曉示併案請求制度、既判力範圍等問題，有無在本法併增相關規定之必要？	裁判及訴訟費用減免  律師收取報酬方式
		提訴前置程序設計						
		提訴對造為公部門	提訴對造為私部門	不承認團體擁有實體權利	由個別受害者傳來權限之方式選擇	讓與損害賠償請求權		
		1.書面敘明疏失告知行政機關請求改善 2.行政機關於一定期間屆滿後，仍未改善				讓與損害賠償債權		
						委任		
訴訟信託								
				單純授予訴訟實施權限				

團體訴訟制度細部結構設計問題--損害賠償請求訴訟部分

訴訟救濟方式之種類	實體權利之歸屬	團體取得提訴權之方式				訴訟利益.不利益之歸屬	其他訴訟上之特別安排		
損害賠償請求	是否承認公益團體針對抽象集團利益受侵害擁有損害賠償之實體權利?	防止濫訴機制		承認團體擁有損害賠償實體權利	以公益團體符合一定資格要件，或經特定機關同意，取得提訴權		損害賠償金額歸公益團體所有，供其用於協助處理相類事件。	裁判及訴訟費用減免  律師收取報酬方式  法院依職權宣告減免擔保之假執行（仿消保法48條2項）	
		公益團體資格要件限制	提訴前置程序設計						不承認團體擁有損害賠償實體權利
			提訴對造為公部門	提訴對造為私部門	讓與損害賠償請求權				
			仿國賠協議先行？	循行政訴訟程序或民事訴訟進行？		讓與損害賠償債權			
委任	訴訟信託	單純授予訴訟實施權限							

## 第五章 結論

隨著公私混雜融合現象的普及，除從民法內的國家強制機制來接合民法與公法規定外，亦促使人們轉而找出更高的制高點，亦即憲法統合公法與私法建立一無矛盾的規範體系的角度，來思索看待公私法問題，至此，相互區分排他的公法、私法觀念，其實已實質轉變成為作為相互補充秩序的公法與私法。民法不能沒有行政法等公法思維，行政法不能沒有民事法思維。法制作業必須兼有兩種角度的思維，作全盤的宏觀調控，透過各種類型的公法手段與私法手段，形塑出合宜的治理格局。

學者蘇永欽指出，我國法制整套移植歐陸法系，公私法的發展本來應該沒有先後，但民主政治條件不足，使得公法學有很長一段期間處在公權力陰影下未受到重視，整個法律研究偏重集中耕耘民刑法領域，一直到民國七〇年代因解嚴等民主政治轉型加速，公權力關係的法律化問題才逐漸落實，整個發展過程猶如歐陸國家發展經驗的翻版。直到現今，公法與私法的接壤問題，仍不能說是已受到足夠的注意。在這種情形下，功能法的研究角度，也就是去區分國家強制在公私法領域的不同性質，對國家強制和人民自治如何配合、互動加以類型化，應該會有助於法律體系整體的順暢運作，使公私法走向有機的結合<sup>1</sup>。

蘇永欽並提出「動態法規體系」的觀念，讓各階各層的法規範生產者和操作者，從整體、動態的體系觀點去執行職務，特別要能善用公私法間的轉介條款，使法規範的生產和操作不至於外溢為法體系越來越難以承受的成本。如用城堡與公寓的意象來描述民法典和何許多單行、部門民法的關係，只要自由進出沒有障礙，民法典其實並不是非改建為公寓不可。亦即，民法背後的高度形式理性，可以不作根本改變，就像語言變得複雜以後，文法反而越來越重要。因此，當我們在談新思路或新方法時，不過是回到形式理性背後的一些假設，比如人的自利心，資源效率的最大化，規範的體系化等等，而把建立於同一假設上的社會科學知識引進來，讓民法及早擺脫傳統方法論不時陷入的以問答問困境<sup>2</sup>。

這除了靠學術研究之外，有一部分也要藉助實務發展經驗。不斷因應實務需要一一冒出來的法制體例以及從中累積下來的法制作業經驗，其實蘊含著豐富的知識資本，為探索私法關係行政規制問題提供了絕佳的素材，有待給予應有的重視與運用。

由於法制作業知識生產活動其投入與產出間的因果關係十分複雜與模糊，因

---

<sup>1</sup> 參見：蘇永欽，私法自治中的國家強制，走入新世紀的私法自治，元照出版，2002年5月初版，頁57-58。

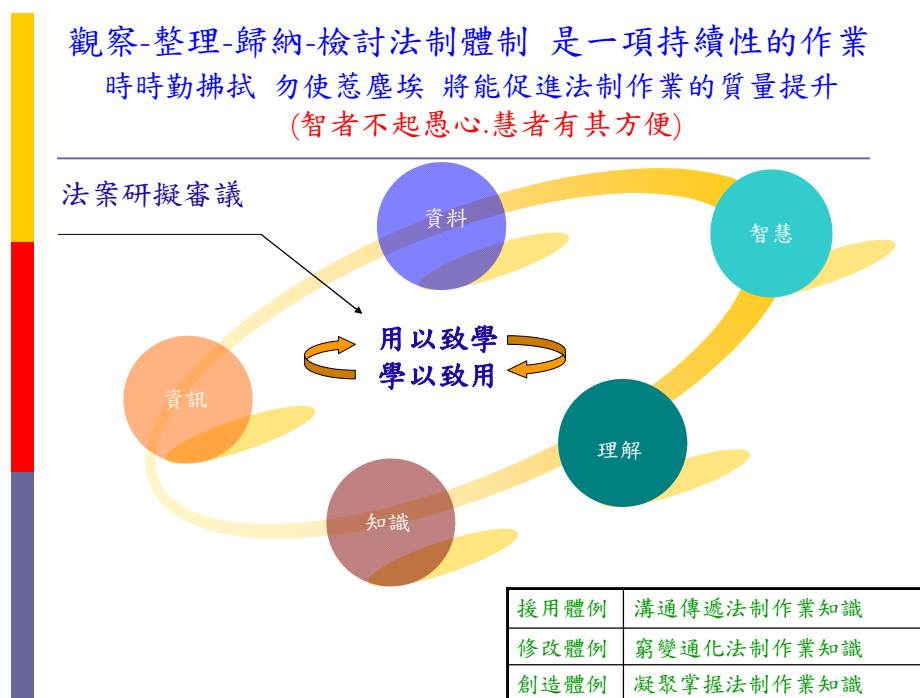
<sup>2</sup> 參閱：蘇永欽，尋找新民法，元照出版有限公司，2008年9月初版1刷，自序，頁3-4。

而形成一個不易為人所了解的系統知識，儘管法制作業實務規定已有朝統一化、標準化的方向發展，但在實際從事規範設計與法律草案審查工作時，如何連結整個規範系統的每一道關卡與程序，判斷整體設計能否妥適運作，仍是一項需要時間與實際經驗方能習有心得的大學問。

法制作業的知識管理與知識生產工作，在法制作業人員必須經由長時實際自行體驗方能獲得，到可以透過言傳加速習知，這兩個光譜端點之間，其實仍有不少可以增益、改善的空間。如能發展出一套良好的知識整合操作機制，將原本繁複而複雜的知識作有效的歸納、萃取與模組化，讓由實作得到的知識能夠去蕪存菁地「用以致學」，當能隨著每次處理業務的進行，增進組織與個人的知識創造力的效率與效能，從中學習與激發新的觀點與創意，有效提升知識的質與量<sup>3</sup>。

本研究在前述的想法下，以「消費者保護法」、「公寓大廈管理條例」與勞動契約法制等分析對象，試著從法制作業知識管理與知識生產的觀點，分析、歸納、蒐集相關問題面向的規定體例素材，嘗試發展法制作業實務的知識系統。所採取之研究思考取向，亦刻意不同於一般行政法學研究，著重在與法制體例對話以及思考如何設計相關法制規範的問題。

研究後認為，法制作業單位應該積極重視知識生產與知識管理工作，發展以法制體例整理分析為基礎的知識管理策略與作法，來因應業務上的需要。至於具體作法圖示如下：



<sup>3</sup> 有關知識資本的內涵與知識整合機制的相關說明，請參閱：吳思華，知識經濟、知識資本與知識管理，載於吳思華/主編，台灣產業研究mook4 知識資本在台灣，遠流出版事業股份有限公司，2001年6月1日初版1刷，頁26-27、33-35等頁。

其次，有關私法關係行政規制的規範設計問題，應留意到進行規制的目的何在？考量規制的方式、強度，透過限制契約自由、定型化契約監督控制等方式，來矯正私法自治、契約自由的缺陷與流弊。

此外，值得注意的是，需要進行行政規制之私法關係，大多具有同類多數的群體特質，所以可以考量適度運用團體、組織的規範設計，將多數同質契約的共同問題，納入一套處理集體事務的制度，並為彼等之互動權義建立正當程序。

總結來說，「消費者保護法」、「公寓大廈管理條例」以及「勞動契約法制」的法制體例發展經驗，其實分別代表「居住」、「消費」與「工作」等形塑現代人生活的三主要中心的生活規範。其次，不論是「居住」、「消費」或是「工作」，其活動的模式、內容固然迥異，但都有賴個人與他人彼此合作、互動，參與其中的個人，儘管保有一定程度的個人性，但也和其他參與其中的個人共同交會織就整個社會連帶的關係網絡，而產生一定程度的公共性。所以，三個法制均反思、修正民法規範，將多數同質私法契約關係聚合成為規範設計與運用的單位，來思考特定領域的多數同質私法關係的規範秩序治理問題。

這三個法制均從特定私法關係的問題特性與實際需要考量，刻意設計、增訂種種行政規制措施，來營造能讓私法關係運作臻於健全的制度環境，具有民事特別法的性質。此等法制演變，基本上反映了民法的規範思維及規範內容與社會實際生活需要，出現了某種程度落差後，立法者試圖在維持私法自治、契約自由的基調下，透過制定新的民事特別法來進行治理調控，讓私法自治、契約自由能發揮其應有的制度，圓滿解決社會生活問題。

其所採行之規制手段，主要來自兩種途徑。一是，直接針對契約制度、私法自治制度本身來反省，試圖指出契約制度本身的意義、功能以及如何導正防弊。二是，將思考轉移到同類契約關係者所存有的關係網絡（社會連帶），嘗試找出其彼此互依共存共同基礎，另行開拓治理據點、規範場域，來串連互動機制、設想協力或管理措施。整體呈顯出來的特徵則是，透過相關規定在「個人契約（或所有權）」、「中間團體」（消費者保護團體、公寓大廈區分所有人會議及管理委員會、工會等）以及「國家行政」這些基礎介面之間，穿針引線、交錯為用的規範局面。

## 參考文獻

### 一、中文部分

#### 【書籍】

王世宗，現代世界的形成—文明終極意義的探求，三民書局，2008年6月修訂2版1刷。

王澤鑑，債法原里.基本理論債之發生，2001年11月。

尤克強，知識管理與創新，天下遠見出版股份有限公司，2001年11月20日1版2刷。

台灣行政法學會主編，行政法爭議問題研究（上），五南圖書出版公司，2000年12月初版1刷。

古振暉，共同所有之比較研究，台灣財產法暨經濟法研究協會出版（翰蘆圖書出版有限公司經銷），2006年7月。

行政院法規委員會編印，行政院法規委員會諮詢會議記錄彙編（第一輯），2003年12月。

行政院人事行政局公務人力發展中心委託國立台灣大學執行（召集人：包銘宗）「公務人員知識經濟與服務理念訓練學員參考讀本」，知識經濟與服務型政府，公務人力中心，2001年出版。

朱柏松，消費者保護法論，翰蘆圖書出版有限公司，1998年12月。

朱道凱/譯，Deborah Stone/著，政策吊詭：政治決策的藝術，頁392，群學出版有限公司。

成令方主編，醫療與社會共舞，群學出版有限公司，2008年2月1版1印。

李宗勳，網絡社會與安全治理，元照出版有限公司，2008年3月初版1刷。

李英明，新制度主義與社會資本，揚智文化事業股份有限公司，2005年4月初版1刷。

吳庚，行政法之理論與實用，2003年10月，增訂8版。

吳思華主編，【台灣產業研究】mook 4 知識資本在台灣，遠流出版事業股份有限公司，2001年6月1日，初版1刷。

吳從周，民事法學與法學方法第二冊—概念法學、利益法學與價值法學，一品文化出版社，2007年6月初版。

余暉等人/合著，行業協會及其在中國的發展：理論與案例，經濟管理出版社，2002年6月北京第1次印刷。

林子傑，人之圖像與憲法解釋，翰蘆圖書出版有限公司，2007年元月初版。

林文欽，周易時義研究，國立編譯館主編/出版，民國91年10月初版。

林明鏘等人/譯，Eberhard Schmidt-Albmann/著，行政法總論作為秩序理念-行政法體系建構的基礎與任務，元照出版有限公司，2009年10月出版第1刷。

林東清，知識管理，智勝文化事業有限公司，2007年9月再版2刷。

林更盛，論契約控制—從 Rawls 的正義理論到離職後競業禁止約款的控制，翰蘆圖書出版有限公司，2009年3月。

林端，儒家倫理與法律文化--社會學觀點的探索，民國83年1月1版1刷。

林繼文/編，政治制度，中央研究院社會科學研究所，2000年。

金耀基，行政生態學，臺灣商務印書館，民國81年9月2版1刷。

周宜芳譯 / 多明尼克.佛芮(Dominique Foray)，知識經濟學，天下遠見出版股份有限公司，2007年12月27日第1版第1刷。

郭明政，社會安全制度與社會法，翰蘆圖書出版有限公司，1997年11月出版。

高家偉/譯，哈特穆特.毛雷爾/著，行政法學總論，法律出版社，2000年11月1版，頁14-18。

翁岳生教授祝壽論文編輯委員會，當代公法新論（中）--翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，元照出版有限公司，2002年7月初版第1刷。

陳自強，契約之成立與生效，2005年2月初版。

陳敏，行政法總論，1998年5月初版。

黃世鑫.余漢儀.吳炎成.鄭文輝.蔡爵堯 著，我國全民社會醫療保險制度之研究，業強出版社，1992年12月初版。

黃彥翔/譯，Paul Ransome/著，工作、消費與文化（Work, Consumption and Culture），國立編譯館與韋伯文化國際出版有限公司合作翻譯發行，2008年1月初版1刷。

黃越欽，勞動法新論，翰蘆圖書出版有限公司，2000年7月初版。

黃程貫，勞動法，國立空中大學，民國89年2月修訂再版2刷。

葛克昌，國家學與國家法—社會國、租稅國與法治國理念，月旦出版社股份有限公司，1997年9月1版2刷。

廖義銘，反思性公共行政與管制，翰蘆圖書出版有限公司，2005年7月初版。

楊正學，知識管理學理與實證，2006年1月初版1刷。

楊夢茹/譯，Fritz Riemann/著，恐懼的原型，臺灣商務印書館，2003年10月初版1刷。

詹森林，民事法理與判決研究（四）--消費者保護法專論（2），2006年12月初版。

葉乃嘉，知識管理—知識概論與知識平台導入實務，新文京開發出版股份有限公司

司，2008年4月15日第2版3。

劉文彬，西洋人權史--從英國大憲章到聯合國科索沃決議案，五南圖書出版股份有限公司，2005年2月初版1刷。

盧文祥，智慧財產權不確定法律概念的剖析研究—以專利進步性、商標混淆誤認及著作權合理使用為主之論述，瑞興圖書股份有限公司，2006年2月初版。

賴文智、王文君/著，數位著作權法，益思科技法律事務所，2007年9月再版。

賴世培等/合著，數位化政府，國立空中大學，2003年8月修訂再版。

賴恆盈，行政法律關係論之研究—行政法學方法論評析，元照出版有限公司，2003年1月，初版1刷。

潘光哲，華盛頓在中國—製作國父，三民書局，2006年5月。

簡資修/譯，理察·艾普斯坦/著，自由社會之原則—一個人自由與共通善的調和，商周出版，2003年2月20日出版。

鄭逸哲，罪刑法定主義下的實例刑法，三民書局股份有限公司，2003年9月初版。

蕭雄淋，著作權法論，五南圖書出版公司，2008年5月5版2刷。

蘇永欽，尋找新民法，元照出版公司2008年9月初版第1刷。

蘇永欽，政治大學法律學系法學叢書（26）民法經濟法論文集（1），1988年。

蘇永欽，跨越自治與管制，五南圖書出版公司，1999年1月初版1刷。

蘇永欽、黃立等合著、民法七十年之回顧與展望紀念論文集（一）總則、債篇、元照出版公司、2000年10月元照出版第1刷。

蘇永欽，走入新世紀的私法自治，元照出版，2002年5月初版。

### 【學位論文】

呂榮海，勞動法法源及其適用關係之研究，臺灣大學法律研究所1991年博士論文。

楊宏暉，締約前資訊義務之研究，政治大學法律學研究所2009年博士論文。

李靜怡，公寓大廈區分所有人會議之研究，輔仁大學法律研究所2004年碩士論文。

林宗竭，公寓大廈管理規約之研究，台北大學法學系1999年碩士論文。

洪瑩容，定型化勞動契約之司法控制，政治大學法律學研究所2009年碩士論文。

翁煥然，消費者保護法有關廣告規定之研究，中正大學法律研究所2006年碩士論文。

許惠峰，論區分所有建物之強制出讓制度，中國文化大學法律學研究所1996年碩士論文。

黃文志，定型化契約條款之解釋—以實務見解之演繹為中心，高雄大學法律學研究所 2006 年碩士論文。

雷自強，公寓大廈管理制度之架構設計與運作，東吳大學法律學研究所 1996 年碩士論文。

### 【研討會論文】

王冠生，論羅爾斯的公共理性理念，發表於台灣哲學學會.政治大學哲學系主辦，台灣哲學學會 2008 年度學術研討會議「科學、規範與實踐理性」，民國 97 年 10 月 25 日（政治大學季陶樓）。

台灣行政法學會/編，台灣行政法學會研討會論文集【2009】，行政契約之法理.各國行政法學發展方向，元照出版公司，2009 年 7 月初版 1 刷。

行政院法規委員會編印，我國專門職業及技術人員管理法制之檢討（行政院 97 年度法制研討會（2008 年 8 月 29 日，政大公企中心））論文集。

考選部編印，社會工作師之教考訓用制度與國際接軌研討會會議實錄，2007 年 11 月。

林佳和，公私協力在勞動法上的理論與實踐，國立政治大學法學院、國立政治大學公法研究中心/主辦，「公私協力(PPP)法制」國際學術研討會論文集(2009.5.14（四）~5.15（五），國立政治大學綜合院館 5 樓國際會議廳）。

陳建文，認識勞動基準法的幾種可能途徑，發表於台北市政府 97 年度勞動基準法令宣導會（97.3.13）。

許登科，「公私協力在德國憲法與行政法上之挑戰與發展」與談稿，國立政治大學法學院、國立政治大學公法研究中心/主辦，「公私協力(PPP)法制」國際學術研討會論文集（2009.5.14（四）~5.15（五），國立政治大學綜合院館 5 樓國際會議廳）。

廖元豪，政府業務外包後的公共責任問題研究—美國與我國的個案研究，國立政治大學法學院、國立政治大學公法研究中心/主辦，「公私協力(PPP)法制」國際學術研討會論文集（2009.5.14（四）~5.15（五），國立政治大學綜合院館 5 樓國際會議廳）。

### 【研究計畫】

行政院經濟建設委員會/行政院法規會委託研究計畫，丘泰昌主持，建立行政機關法規影響分析機制暨實證研究（編號：（93）096.904 GPN：1009305318）。

黃茂榮，行政機關介入私權爭議之研究，行政院研考會，2000年8月初版。  
黃程貫主持，國科會委託研究計畫專案，憲法秩序下勞動生活基本規範體系之研究--以勞動者基本權為中心(計畫編號：NSC81-0301-H-004-514)。

#### 【雜誌期刊論文】

- 李錫錕，公意之概念化與運作化之研究，中央研究院三民主義研究所專題選刊(43)，1981年4月。
- 吳明儒，社會「不」安全制度--風險原則的再省思，國立政治大學社會學報第36期(民國93年6月)。
- 吳瓊恩，公共行政學發展趨勢的探究：三種治理模式的互補關係及其政治理論的基礎，公共行政學報第7期(2002年12月，政治大學公共行政學系)。
- 沈冠伶，多數紛爭當事人之權利救濟程序—從選定當事人制度到團體訴訟，台灣本土法學雜誌第51期。
- 林佳和，社會保護、契約自由與經營權，臺灣勞動法學會學報第6期勞動法裁判選輯(5)(2007年6月)。
- 胡龍騰、張鏡文、楊仁鈞/合著，你，願意分享嗎？公部門組織成員知識分享行為之底蘊，東吳政治學報第26卷第3期(2008年)。
- 姜世明，選定當事人制度之變革—兼論團體訴訟，月旦法學雜誌第96期。
- 陳秀容，近代人權觀念的轉變：一個社會生態觀點的分析，人文及社會科學集刊第9卷第2期。
- 陳洸岳，日本民法學之現況，月旦法學雜誌第38期(1999年)。
- 陳信至，網路交易定型化契約—消費者保護相關議題探討(下)，萬國法律雜誌第137期(2004年10月)。
- 陳建文，團結權思想之發展與演變—以日本法的經驗為觀察素材，憲政時代季刊第30卷第3期(2005年1月號)。
- 陳建文，勞動基準法第84條之1的「核備」要件與勞資自主規範的審查控制問題—台北高等行政法院98訴154號裁判簡評，台灣法學雜誌第133期(2009年8月1日)。
- 陳建文，工資問題的思維方式與推理方法—兼論無薪休假及其處理規範問題，萬國法律雜誌第167號(2009年10月號)。
- 陳淳文，公民、消費者、國家與市場，人文及社會科學集刊(中央研究院中山人文社會科學研究所)第15卷第2期(2003年6月)。
- 陳瑤華，自主與民主，人文及社會科學集刊(中央研究院中山人文社會科學研究

所) 第 15 卷第 2 期 (2003 年 6 月)。

許士宦, 集團利益保護程序之新開展—以團體不作為訴訟之一般化為契機, 司法院發行, 民刑事訴訟新制論文集, 民國 92 年 12 月初版。

黃殿偉, 我國立法過程中行政機關扮演之角色研究, 立法院院聞第 2 期第 72 卷。

溫豐文, 區分所有建築物法法律關係之構造, 法令月刊第 43 卷第 9 期。

劉春堂, 銀行保管箱定型化契約之行政規制, 月旦法學雜誌第 23 期 (1997 年 4 月)。

蔡震榮, 行政權得依法介入私權爭執之法理基礎, 台灣本土法學雜誌第 43 期。

潘光哲, 追索晚清閱讀史的一些想法: 「知識倉庫」、「思想資源」與「概念變遷」, 新史學第 16 卷第 3 期 (2005 年 9 月)。

鄭逸哲, 法律人的雙語世界--談「日常語言」和「法律語言」的併用, 日新雜誌 (內政部警政署發行) 第 7 期 (2006 年 11 月)。

蘇永欽, 民事財產法在新世紀面臨的挑戰, 法令月刊第 52 卷第 3 期。

蘇永欽, 從動態法規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, 月旦民商法雜誌特刊號 (2003 年 3 月)。

#### 【新聞報導資料】

【聯合晚報 2008/12/15/記者黃朗倩/台北報導】, 「勞工無薪休假 最低投保薪資不降」

【中央社 2008.12.15/台北電】, 「勞委會: 無薪假致低於基本工資民進黨政策」

【聯合報 2008.12.16/記者楊濡嘉/高雄市報導】, 「無薪假可低於基本工資 陳菊駁: 不是我定的」

## 二、日文部分

#### 【書籍】

土生滋穗, 組合の法理, 法律文化社, 昭和 47 年 4 月 1 日。

山本敬三, 公序良俗論の再構成, 有斐閣, 2001 年 11 月 20 日, 初版第 4 刷。

丸山英氣, 区分所有法, 株式会社大成出版社, 2007 年 3 月 6 日第 2 版第 1 刷。

日本弁護士連合会/編, 消費者法講義, 日本評論社, 2007 年 10 月 10 日第 2 版第 2 刷。

內田貴, 契約の再生, 弘文堂, 平成 17 年 3 月 30 日初版 5 刷。

本多淳亮，労働法總論，青林書院，1986年12月25日初版1刷。

日本労働法學會編集，新労働法講座1 労働法の基礎理論，有斐閣，昭和49年2月20日再版4刷。

外尾健一，労働法入門，有斐閣，1991年6月30日初版1刷。

片岡昇，労働法(1)總論.労働団体法，有斐閣，1993年4月20日3版1刷。

青木宗也.金子征史共著，改訂労働関係法，日本評論社，1994年6月20日改訂版1刷。

片岡昇.前田達男編，労働法，青林書院，1995年4月28日初版1刷。

西村健一郎、高木紘一、安枝英伸等著，労働法講義3 労働者保護法，有斐閣，1992年4月30日初版2刷，頁9。

西村健一郎.安枝英伸著，労働法，有斐閣，1993年4月30日3版4刷。

阿部泰隆，政策法學講座，第一法規株式会社，平成15年8月5日初版。

大村敦志，消費者法，有斐閣，1998年10月20日初版1刷，頁50-58。

水汀勇一郎/編，個人か集団かわる労働と法，勁草書房，2006年10月10日第1版第1刷。

松本博之、西谷敏、守矢健一/編，団体.組織と法一日独シンポジウム，信山社，2006年（平成18年）9月25日初版第1刷。

沼田稻次郎先生還暦紀念論文集發起人会編，沼田稻次郎先生還暦紀念下巻労働法の基本問題，総合労働研究所，昭和49年5月25日。

長尾治助，レクチャー消費者法，法律文化社，2008年2月15日第4版第1刷。

室井力/編，新現代行政法入門(1)―基本原理.行政作用.行政救済，法律文化社，2003年10月15日初版4刷。

荒木尙志，労働法，有斐閣，2009年7月31日初版第1刷。

菅野和夫，労働法，弘文堂，平成17年6月30日第7版。

菅野和夫，労働法，弘文堂，平成20年4月30日第8版。

清柳幸一/編，融合する法律學（筑波大學法科大學院創設紀念.企業法學專攻創設15週年紀念）上巻，信山社，2006（平成18）年11月10日，初版1刷。

森泉章，法人法入門，有斐閣，1986年9月30日初版1刷。

#### 【雜誌期刊論文】

安西愈，労働基準法の施行と通達行政の役割--なぜ「通達行政」，通達行政の今後の展望，季刊労働法130號。

大内伸哉，労働法と消費者契約，ジュリスト第1220號。

「私法關係行政規制之法制體例研究—公寓大廈管理條例、消費者保護法與勞動契約法制發展經驗之觀察比較」期末報告審查會議紀錄

時間：98 年 12 月 4 日上午 9 時 30 分

地點：行政院第二會議室

主持人：施主任委員惠芬（蕭參事與北代理）

出席者：黃程貫教授、林佳和教授、郭介恒教授、行政院內政部、行政院消費者保護委員會、行政院勞工委員會、法務部（請假）

審查意見摘要	研究團隊的回應及處理
<p>郭介恒教授：</p> <p>一、知識管理工作對實務作業有其重要性，過去法制作業與現在的法制作業有相當的差異，有些外在環境變動的資訊對法制作業亦具有重要性。像這類相關社會資訊的累積，其實也應該納入知識管理的範疇。</p> <p>二、頁 3-37 頁這邊有提到像溝通、協調與共識對行政工作的重要性，個人亦表贊同，其實在我們現在行政法的工具裡面，包括像聽證制度、行政契約之間的制度，其實都是落實溝通、協調與共識的規範機制。可惜目前實務都是說得多做得少，如果我們跟民眾比較能取得溝通協同共識，就比較不會太過干涉到契約自由。</p> <p>三、研究計畫頁 3-17 部分，提及行政機關任務轉變的問題。個人覺得這個議題的核心關鍵在於，系爭事件的屬性定位，到底是國家責任、社會責任、家庭責任還是一個個人責任。這個前提界定的結論，會影響公法要不要介入私法以及其要介</p>	<p>相關社會資訊的累積，的確亦該納入法制作業的知識管理範疇。但這需要從觀念面、作法面循序漸進的推行。</p> <p>行政程序法是部理念比較前瞻的立法，但相關規定的存在不代表實際運作就會得到落實，所以溝通、協調與共識的行政工作觀念，仍然有必要強調。</p> <p>公法要不要介入私法以及其要介入多深的問題，與國家補充性原則的觀念有所關聯，但要建立一個清楚的操作架構得以區分國家責任、社會責任、家庭責任還是個人責任，有其複雜性與困難</p>

<p>入多深的問題。研究報告就此有所論述，但鑑於其對法制實務具有重要性，建議再多著墨，以讓法制人員有一些概念。</p> <p>四、我國法制單位一直站在比較消極的地位，對於整個政策的形成、專業的判斷，都比較退後，法制單位只在法案送立法院之前才參與審查，所以很難進入狀況，甚至作政策建言。其實，有些國家像日本法制人員是從法案一開始形成就直接參與部會工作，對政策自然比較進入狀況。這種作業模式其實值得參考。另外，像知識管理、生產、累積的工作，日本內閣法制局亦相當重視，他們運用相當多的人力去做外國法例的檢討蒐集，我們國家對於這比較薄弱，好像都是要修什麼法就去抓外國的法，又沒有系統性的整合，這當然對法制體例的知識累積會很不利。</p> <p>五、報告第一章註 40 參考文獻漏填作者。另頁 3-22 與頁 1-13 兩者的表格似乎重複，建議再行檢視調整。</p>	<p>性。畢竟現實的問題型態非常多元而且變動。研究報告會就這部份再行檢視看看如何調整補充。</p> <p>其他國家的法制作業運作模式及經驗觀摩，會對法制實務有所助益。不過因為本研究之主題與重點並不在這部份，所以恐怕不適宜在報告中處理。</p> <p>相關錯漏的提醒會後會再行檢視修正。</p>
<p><b>黃程貫教授：</b></p> <p>一、整個報告事實上是從實務作業經驗的需要以及問題需求出發的，對實務的觀察與建議對行政機關與法制單位應該會很有幫助。</p> <p>二、報告在談到勞動法的部分非常強調「集體」，到底「集體」是如何建構的機制，有什麼樣的情況可以作那樣的事情，對於法制作業來說，應該會很有幫助。例如，勞委會最近的一些修法，都需要這些觀念作基</p>	<p>集體觀點的部分，因為時間篇幅的限制，無法提得太清楚。提這個東西，只希望為看待問題觀點帶來一些轉化。因為我們長期都是契約的思考，受民法的影響，比較強調契約當事人是對立的雙方，比較少去思考契約雙方彼此互需、功能互補的部份。契約的看待方式變得有點狹隘。如果引進集體機制的觀點其實可以有些拓展，例如：多數的契約同方當事人可以團結補強契約協商能力的落差（經濟功能）；也可以將契約雙方當成一個團體，讓多數同質契約的共</p>

<p>礎，若能有所釐清，其實修法方向就會明確。</p> <p>三、頁 1-3 註解有兩個註 22，應該是電腦排版出了問題，建議修正。</p> <p>四、報告在知識管理的分析方面，提及無薪休假的法制因應問題，據我的瞭解，勞工行政機關其實傳統上都是照著先前的函釋檢討，這次會意見一改再改，有一些可能是人的因素，這並不代表他們不重視知識管理工作。</p>	<p>通問題變成一種公共事務再透過民主參與的模式解決，而避免掉契約的強勢方隻手遮天，以其優勢地位自然而然的先占掉這些事務的規範權限，造成應該維持雙邊架構的契約關係向單邊傾斜。這有點像政治上的權力分力原理，轉從團體的角度把權限開放出來給團體成員共享，自然就是會將契約優勢當事人本來能行使的權限稀釋、分散掉。最後，從社會保險的制度發展經驗來看，團體可以有保護的功能，可以透過團體關係建立一些保護機制，來處理在契約關係中因為雙方平等、對立所產生的去保護化問題。</p>
<p><b>林佳和教授：</b></p> <p>一、在我的認知中，「行政規制」與「國家規制」二個概念並不相同，研究計畫的題目使用「行政規制」的字眼，讓我以為要談行政機關在沒有法律授權下能夠如何規制私法關係的問題，但就報告內容來看，顯然跟我的預期有些不同。整個報告其實是從國家規制的角度出發，分由立法、行政、司法途徑作了相關檢視。</p> <p>二、報告的研究重點，是希望在行政規制的法制體例這個工作上有所建議。我主觀的看法是如果私法關係假如要作行政規制的話，法制可能要去思考哪一些事項。在法制體例上，法制單位例如各部會的法制單位，應該都會碰到這些事情，例如可以像剛兩位老師談的，外國法的理解。另一種可能方式，或許是建立一些 SOP 標準作業流程，像無薪休假問題的發展處理就是個很好的例子。</p> <p>三、若拿無薪休假問題為例，SOP 的</p>	<p>用林教授的概念界定所說，本研究報告擬處理的是國家規制的問題。對於「管制」、「規制」的用語取捨，報告第一章有一些交代。不過，不管是「管制」或是「規制」，在依法行政的前提下，一定會牽動立法的問題。所以，國家必須像是一個規範的佈局者一樣，去設想如何立法，才能讓行政在符合依法行政的要求下，去進行私法關係的規制工作。</p> <p>SOP 流程的分析方式，有利於一目瞭然，不過各機關的業務有很大差異，SOP 流程的許多細部問題都需要實務經驗的奧援，這部份報告只能做一些原則性的交代，讓觀念先形確立起來，如果各單位接受這樣的作業觀念，自己嘗試發展處理業務的 SOP，對於行政效率、知識傳承，自然會有很大的幫助。</p>

處理步驟，應該是先得出現行法的解釋結果；其次，思考可以採取的行政或非正式的行政行為是如何。再來，應該考慮提出一個調控的手段，如給付行政的手段，給補助金來協助勞資雙方當事人度過經濟緊張情勢。勞委會這次的處理狀況，有點慌亂，先是法律上的解釋沒有抓穩，變來變去，過程中也一直沒有運用給付行政的手段，來設法緩和問題，最後在金融危機爆發半年多以後，立法院才開始動就業保險法，考慮制定一些僱用安定措施。

四、就我的觀察，行政實務對於私法關係的規制問題，最喜歡用的就是處罰手段，這對於行政機關的法制準備來講是最簡單的，但是要注意的是，在很多私法關係領域動用行政罰，對私法關係的健全運作是沒有效果的，處罰之後私法關係中的結構性問題，事實上還是沒有被解決。所以，法制單位應該要去擺脫過去單面向、高權地位的手段思維，比較深入的去掌握問題現象與思考解決方案，發展更為精緻且合目的之規範手段。

#### 內政部

一、本人相當認同報告所提的「用以致學」的觀念，本部所掌管之「公寓大廈管理條例」其知識管理其實是從無到有，因應實際問題邊作邊想摸索累積出來的。

二、實務作業的困擾在於，管理條例的名稱，讓民眾誤解是行政部門要介入管理，認為訂有這條例，行政部門就應該積極介入管理，但其實這

<p>跟條例規範內容是不相符合的。另外，像管理委員會是社區裡最高的執行單位，這個報告中也有談到，但管理委員會時常擴權，行政部門卻也沒辦法介入，執行上產生許多民怨。</p>	
<p><b>勞委會</b></p> <p>一、非常感謝院法規會委託這個研究計畫，研究的相關內容對業務具有一定的參考價值。</p> <p>二、從本會的業務來說，我比較感興趣的是，勞動法上的集體究竟該如何運作，什麼時候可以扮演如何的規範角色問題。例如說工作規則這一部份，研究報告有提到我國工作規則法制設計上的一些問題。</p>	
<p><b>消保會</b></p> <p>消保會的執行經驗發現，國家有時候的確很難保障弱勢的消費者，所以作法上會採用行政罰的方式。像先前發生卡奴的事件的時候，金管會發現所有的金融機構在跟民眾訂契約的時候，都透過定期契約剝奪掉了消保法對於民眾的保障，例如審閱期間。很多實務經驗也發現，消保法雖然早已有規定，可是很多個案還是沒有得到充分的落實。這其中有個難題，與今天的研究報告主題有關，就是國家對私法關係不能介入太深，這其實是一個非常具有實務重要性的議題，報告的一些分析具有參考價值，有些法制體例的確應該就隨著時代作不同而重新考慮或是調整、改變。</p>	
<p><b>法規會</b></p>	

- |  |  |
|--|--|
| <p>一、實務上法制人員對自己的角色定位看法不同，有的人會認為是自己只是文字體制的整理者，有的認為法製人員應該更具體地透過規定文字來落實政策，也有人認為須適時提醒業務單位目前所採政策並非好的方式，還有其他的選擇。誠如報告所言，如果欠缺知識管理，法制作業的訓練就會像師徒傳承，外人就很難理解。</p> <p>二、整個報告其實整理了很多問題與資料，相當豐富、紮實。不過，業務單位繁忙，可能只會挑選與目前待解決問題有關部分去看。</p> <p>三、私法關係透過行政規制的介入，某種程度是私法事件接枝到公法關係，這種法制設計到救濟這關時，就會出很多問題，所以紛爭處理機制是個重要的部分，報告就團體訴訟的介紹分析，其實可以讓實際法制作業時可以有一些依循方向。</p> |  |
|--|--|