

核備的法律爭議與定性

2021. 10. 05

楊子敬（律師考試及格，本聯盟智庫兼職研究員，政治大學法律研究所）

一、前言與問題意識

在法秩序中，國家為確保各該法律之執行，於行政體系內部的上級機關對下級機關、對於具有權利能力之行政主體、行政機關對於行政受託人，乃至於國家在涉及到公益事項時對私人之行為，制定各種監督機制，其包括不同法律與專業監督種類、預防性監督與制裁性監督、事前監督與事後監督等等。

而就事前監督與事後監督的層面來說，在立法模式上，則體現為「核定」、「備查」的成文規定。就核定與備查定義而言，參照地方制度法第2條第4款之規定，核定係指指上級政府或主管機關，對於下級政府或機關所陳報之事項，加以審查，並作成決定，以完成該事項之法定效力之謂。故其性質係屬於事前監督，而通過事前監督後，該事項才會具有法律效力，否則無效。

而相對的，所謂的備查則參照同條第5款之規定，指下級政府或機關間就其得全權處理之業務，依法完成法定效力後，陳報上級政府或主管機關知悉之謂。故其性質相對則屬於事後監督，在下級機關做成該事項後，即取得法律效力，無待上級機關的事前審查。（不予備查效力）

然而，在核定以及備查兩種如此明確的監督規範之間，我國立法例中仍存在一個模糊地帶，即所謂的「核備」，就所謂的核備之意義，參照我國目前法律，尚未有明文規定者，而其卻又存在於如勞基法第84-1條、人民團體法第54條等規定中，且在實務操作上同一個名詞亦可能產生不同的解釋路徑，故對人民或行政機關在操作所謂的「核備」則產生不少爭議。從而本文以下將從這些爭議的討論出發，試圖釐清「核備」定性以及提供立法上的建議。

二、人民團體法第54條之核備爭議—最高行政法院 105 年 1 月第 2 次庭長法官聯席會議

就本決議的法律問題來說，係在於人民團體法第 54 條規定：「人民團體經核准立案後，其章程、選任職員簡歷冊或負責人名冊如有異動，於 30 日內報請主管機關『核備』。」其中關於選任職員簡歷冊之「核備」性質係屬於核定抑或是備查？

採取核定說的見解認為，參照地方制度法第 2 條第 4 款、第 5 款分別對「核定」及「備查」所設定義性規定，可知核定目的在於審查核定，具有法效性；而備查則僅在陳報知悉，不具法效性。人民團體法第 54 條所謂之「核備」有類於「核定」，而非「備查」，自應認其具有法效性，而為行政處分，得以之為撤銷訴訟之標的。此為本院裁判先例所採一貫見解。

採備查說的見解則認為，人民團體中職員（理監事）透過會員選舉產生（人民團體法第 17 條參照），屬於私權行為，並為團體自治之核心事項，其有異動時，依人民團體法第 54 條將職員簡歷冊報請主管機關「核備」，係為使主管機關知悉，俾便於必要時得採行其他監督方法之行政管理措施，核與異動原因（選舉）是否因違法而無效或得撤銷無涉。故報請案件文件齊全者，經主管機關核備時，僅係對資料作形式審查後，所為知悉送件之人民團體選任職員簡歷事項之觀念通知，對該等職員之選任，未賦予任何法律效果，並非行政處分；同理，主管機關所為不予核備之通知，對於該等職員之選任，亦不生任何影響，仍非行政處分。

而最高行政法院在這個爭議上，係採取備查說的見解，聯席會議的結論認為，在於從立法目的觀察，立法者設置人民團體法第 54 條之目的，在有利於主管機關建立資料以掌握團體動態。亦即，主管機關依人民團體法第 54 條所為「核備」之行政行為，僅為有利後續進行資訊掌控之便，並不具確認或構成「選任職員簡歷冊異動」之效力，即使主管機關為不予核備之通知，對於該職員之異動，亦不生任何影響。惟主管機關透過人民團體陳報義務，得即時掌握人民團體之動態，而為後續之輔導或管理，始為立法本旨。

又從合憲性角度觀察，憲法第 14 條規定人民有結社之自由，其旨在保障人民得為特定目的，以共同之意思組成團體並參與其活動之權利，並確保團體之存續、內部組織與事務之自主決定及對外活動之自由。而人民團體職員之選任，無疑是人民團體對其組織規劃的自主決定權之核心，對此種權利，非經法律或法律授權訂定之命令，不得限制。縱有限制，亦須符合憲法第 23 條比例原則，並受嚴格審查。據此，人民團體法第 54 條規定選任職員簡歷冊須送主管機關「核備」，基於合憲性解釋考量，即應解為僅具有「備查」性質，以避免主管機關藉核備之名，為核定之實，就職員之選任為實質審查，事前或事後過度介入結社團體之運作，而有抑制結社自由之效果，導致違憲之虞。

三、私立學校法第21條第1項之核備爭議－最高行政法院 95 年 7 月份第一次庭長法官聯席會議

就本件之法律問題在於，有關主管教育行政機關依私立學校法第22條第2項後段規定所為之核備，性質上係屬於核定抑或是備查？

採核定說的見解認為，按私立學校法第22條第2項後段規定，私立學校改選董事及推選董事長應報請主管機關「核備」後方得行使職權，則主管機關核備與否，將影響該私立學校法定程序是否完成，且主管機關如未准予核備，足以影響該私立學校諸多相關業務之進行，故主管教育行政機關對改選董事不予核備，性質上係屬於事前監督性質之核定。

採備查說的見解則認為，按私立學校法第22條第2項規定私立學校改選董事及推選董事長應報請主管機關「核備」後方得行使職權，然核備係指由主管機關審核備查之意，實係主管機關於相關法律行為發生效力後，進行行政監督，以遂行其為公益從事預防性控制，是核備與否之決定，並非人民陳報事件之效力要件，即非學理上所稱「形成私法關係之行政處分」。易言之，私立學校董

事及董事長由董事會選舉產生後，若非有實體上無效情形，即與學校發生私法上法律效果，縱主管機關不予核備，其職權行使，仍具私法上一定效果，尚不因主管機關未予核備而當然具有瑕疵。是上述核備性質，係教育主管機關對於行政事項管理之措施，私立學校法第22條第2項，僅係配合行政事項管理之相關規定，是主管機關核備行為，性質上屬於備查。

對此法律問題，最高行政法院的聯席會議在結論上指出，私立學校法第22條的核備性質係屬於核定。其認為現行私立學校法第22條第2項後段規定：「董事長、董事依本法相關規定選出後，應報各該主管教育行政機關核備後，始得行使職權。」，準此，改選之董事於未經主管教育行政機關核備前，不得合法行使職權。而主管機關不予核備，主管機關依據私立學校法後續之監督管理及補助獎助措施，將有不利之審查及行政作為，足以影響私立學校諸多相關公法上之權利或義務，如私立學校法第48條規定之補助、同法第38條規定之核轉該管法院辦理變更登記程序。故，主管教育機關不論准否核備，均具對外發生效力之為行政處分要素，故性質上係屬於核定。惟就本次最高行政法院之會議結論，並未如同105年的會議結論有比較多的說理，而僅係由法條文意得出私立學校法第22條之核備性質上屬於核定之結論。

四、勞基法第84-1條之核備爭議—大法官釋字第726號

而就大法官釋字第726號而言，其法律問題係涉及到勞基法第84-1條，其規定經中央主管機關核定公告之下列工作者，得由勞雇雙方另行約定，工作時間、例假、休假、女性夜間工作，並報請當地主管機關「核備」，不受第三十條、第三十二條、第三十六條、第三十七條、第四十九條規定之限制。而此處的核備在法律定性上係屬於核定抑或是備查？

大法官對於此問題在結論上認為，勞基法第84-1條中的核備規定，在性質上係屬於核定，意即勞動基準法第84-1條有關勞雇雙方對於工作時間、例假、休假、女性夜間工作有另行約定時，應報請當地主管機關核備之規定，係強制規定，如未經當地主管機關核備，該約定尚不得排除同法第三十條、第三十二條、第三十六條、第三十七條及第四十九條規定之限制。

在解釋理由上，大法官指出憲法依照憲法上人民生存權以及工作權之保障以及基本國策關於勞動保護之規定，勞基法係以保障勞工權益，加強勞雇關係，促進社會與經濟發展為目的，而規定關於工資、工作時間、休息、休假、退休、職業災害補償等勞工勞動條件之最低標準。而其中，工作時間、例假、休假、女性夜間工作（下稱工作時間等事項）乃勞動關係之核心問題，影響勞工之健康及福祉甚鉅，故透過本法第三十條等規定予以規範，並以此標準作為法律保障之最低限度，除本法有特別規定外，自不容勞雇雙方以契約自由為由規避之。

惟社會不斷變遷，經濟活動愈趨複雜多樣，各種工作之性質、內容與提供方式差異甚大，為因應特殊工作類別之需要，勞基法第84-1條規定乃就經中央主管機關核定公告之特殊工作者，容許勞雇雙方就其工作時間等事項另行約定，經當地主管機關核備，排除本法第三十條等規定之限制。而關鍵的中央主管機關之公告與地方主管機關之核備等要件，係為落實勞工權益之保障，避免特殊工作之範圍及勞雇雙方之約定恣意浮濫。故對於業經核定公告之特殊工作，如勞雇雙方之約定未依法完成核備程序即開始履行，除可發生公法上不利於雇主之效果外，其約定之民事效力是否亦受影響，自應基於前述憲法保護勞工之意旨及落實保護勞工權益之目的而為判斷。

而在探究法規範是否屬民法上之強制規定及違反該強制規定之效力時，自須考量國家管制之目的與內容。勞雇雙方就其另行約定依系爭規定報請核備，雖屬行政上之程序，然因工時之延長影響勞工之健康及福祉甚鉅，且因相同性質之工作，在不同地區，仍可能存在實質重大之差異，而有由當地主管機關審慎逐案核實之必要。又勞方在談判中通常居於弱勢之地位，可能受到不當影響之情形，亦可藉此防杜。系爭規定要求就勞雇雙方之另行約定報請核備，其管制既係直接規制勞動關係內涵，且其管制之內容又非僅單純要求提供勞雇雙方約定之內容備查，自應認其規定有直接干預勞動關係之民事效力。故勞基法第84-1條中「並報請當地主管機關核備」之要件，應為民法第七十一條所稱之強制規定，在定性上應屬於「核定」。

五、「核備」之定性：從法律解釋的角度

從我國數件涉及到核備係屬於核定抑或是備查的爭議中，吾人應可看出，要回答這個問題的關鍵在於，在各該法規範中「核備」作為行政管制的立法目的為何？而通常來說，核備的行政管制係涉及到行政機關對於人民的私法行為的管制（如人民團體法以及勞基法上的工時例外約定）。但在私法自治的要求下，一般來說行政機關對於人民的行為管制應以事後管制為原則（即備查），以免國家過度介入人民之私法形成，而僅在滿足在憲法上特殊的公益保護的前提下，對於人民之私法行為才會構成國家介入事前管制其法律效力的正當性，也就是學理上所謂的形成私法行為的行政處分（privat-rechtsgestaltend Verwaltungsakt）或是本文所提及之核定。

依照此原則，再參照我國目前的司法實務，本文認為，在定性係爭規範之核備性質之關鍵在於，該規範的立法目的是否涉及到憲法秩序下特定基於重大公共利益的保障需求（例如勞基法第84-1條的勞動保護目的）。故若係爭規範涉及到特定的公共利益保護需求，才例外地賦予國家事前管制的正當性，而要經過核定才可以取得法律效力。反之，若不涉及到重大公共利益，則原則上就回歸私法自治的原則，國家僅能對於人民的行為做行政監督。

六、結論—拋棄「核備」的立法想像

如前所述，對於「核備」在性質上係屬於核定還是備查，在考量到私法自治的要求下，判準在於：該規範的立法目的是否涉及到憲法秩序下特定基於重大公共利益的保障需求。故在這樣的判斷基礎以及過往包含大法官解釋的司法

實務下，其實各該法律領域的核備規定都可以得到在定型上的解答。然而，目前我國的法規範中，還是不時可以見到核備的規定，而這樣的規定在實務上卻往往造成人民在認事用法上的障礙，且司法實務也體現了這個問題的爭議性。

本文因此認為，我國行政機關應跨部會盤點各該法律中的核備規定，並且基於上開標準去判斷定性，從而提出立法的建議，交由立法者把我國目前的核備規範，釐清文意，回歸到相較而言明確許多的「核定」或是「備查」。依此才能終局性的解決問題，並且提供人民一個比較明確的法律操作可能，而不是發生爭議後才到法院甚至是憲法法院來徒增司法成本。

（智庫成員發表之言論不代表本會任何立場，目的只是希望引導大家交流討論，也竭誠歡迎回饋：Star89037@gmail.com）