



## 新興法律問題學術研討會

# 論企業併購之勞工權益保護 －以商定留用權的存廢為核心

◀◀◀ 李承陶\*

## 目 次

壹、前言	一、商定留用權的存廢議題實為預設規定的選擇問題
貳、現行商定留用權的運作模式與相關分析	二、預設規定為現行法下的商定留用權時
一、現行相關法律規範分析	三、預設規定為併購公司應承繼標的所有勞工時
二、現行商定留用權制度的改革方案	四、小結：應維持現有商定留用權制度
參、不完整契約觀點下的商定留用權存廢議題	肆、結論

## 壹、前言

自立法者於2002年2月制訂企業併購法（下稱企併法）至2012年9月為止，我國已有1,838件併購案件，累計金額已高達8624.6億<sup>1</sup>，顯見企業併購活動於我國的熱絡與興盛。另一方面，不時亦有被併購企業之勞工為確保自己權益而與併購公司、被併購公司進行抗爭的事例，早期的事例如元大證券與京華證券於2000年7月合併時所引起的紛紛擾擾<sup>2</sup>，近期之事例如渣打銀行於2006年公開收購新竹商銀時，曾因拒絕結算原新竹商銀勞工年資、提出勞工安置計畫及與工會簽訂團體協約，而與原新竹商

銀勞工發生嚴重衝突<sup>3</sup>。企業併購活動似乎即與勞工權益保障的發生衝突，立法者雖試圖以不同的單行法規進行回應，但似乎仍無法於「企業活動的效率」與「勞工權益的保障」中取得平衡。

以併購公司對於標的公司舊有勞工的「商定留用權<sup>4</sup>」的相關改革方案與討論為例，依現行勞動基準法（下稱勞基法）第20條、企併法第2條、第15條、第16條與第17條等規定，存續公司或新設公司有權將特定勞工排除於留用之範圍外。換言之，該特定勞工對消滅公司（原雇主）之勞動契約關係不隨同於其他權利義務移轉予存續公司或新設公司。對此，即有論者

\* 法務部司法官訓練所第53期學員。本文曾發表於法務部司法官訓練所於102年3月28日舉辦之「新興法律問題學術研討會」，並經主持人林輝煌所長及與談人郭玲惠教授惠予指導，惟本文文責仍由作者自負。

1 全國工商行政服務入口網（2012），〈企業併購案件統計表〉，參考網頁：<http://gcis.nat.gov.tw/main/subclassAction.do?method=getFile&pk=148>

2 關於此合併案引起勞資爭議問題的分析，如王佳蒂（2005），〈企業併購勞資爭議問題之研究-以元大京華證券合併案為例〉，國立中正大學勞工研究所碩士論文。

3 大紀元時報（12/27/2007），〈渣打併竹銀拒結算年資？工會揚言罷工〉，參考網頁：<http://www.epochtimes.com/b5/7/12/27/n1956476.htm>

4 一般而言，論者認為此商定留用權指的是勞基法第20條、企併法第15條、第16條與第17條等規定，本文亦從之。楊岳平（2011），〈公司治理與公司社會責任－企業併購下股東、債權人、員工、投資人之保護〉，259-261頁。



提出強力的批判，如「在追求企業競爭與勞工生存保障之間，現行法之立法模式實已喪失傳統法律追求公平正義之規範價值<sup>5</sup>。」為解決上述疑慮，行政院勞工委員會（下稱勞委會）於2010年1月11日公告（下稱勞基法）第20條之修正草案，將企業併購時新舊事業享有之商定留用權予以刪除<sup>6</sup>，其修正說明指出：「企業如涉及事業轉讓，本於買賣不破僱傭原則（德國民法第613a條參照），勞動契約對於新雇主仍應繼續存在<sup>7</sup>。」對此，則有產業工會認為：「企業談併購時，屬於商業條件談判，勞工和企業主的協商是私人的事情，買賣不破僱傭原則等於用法律強制介入私法，恐造成併購誘因下降<sup>8</sup>。」、「建議保留勞基法第20條現有條文：1.企業人力運用，政府不應強力干預，且企業合併可能有業務重疊或人力重覆，為有效運用資源，達到綜效，是否留用勞工之權利應在雇主而非勞方。2.如依此法通過，恐造成合併後新雇主資遣不必要人力所產生的成本，或人員管理困難度的增加，如因此無法完成併購，被

併企業因此歇業、倒閉，反而對勞工不利<sup>9</sup>。」

若以企併法第16條、第17條與勞基法第20條規範內容間的高度相似性來看，上述爭論似將牽動現行企併法的商定留用權制度的命運。不過，何種作法較能調和兩方利益，仍未有定論。對此，已有論者分自勞動權保障及促進企業併購活動的立場撰寫相關論述；不過，本文認為「商定留用權」的存廢議題實為「預設規定<sup>10</sup>」的選擇問題，故於思考上應審慎評估各種候選方案以促進勞雇交易的最大利益。為利分析，本文僅以金融機構以外之股份有限公司間之併購活動為分析對象，而不及於其他企業組織間的併購活動；換言之，僅以適用企併法規範的企業併購活動為討論對象。又本文討論之商定留用權，僅以「新雇主應否享有不承繼原有勞動契約之權」進行分析，而不及於商定留用權制度的其他議題，如與大量解僱勞工保護法間的關聯<sup>11</sup>、職工福利金等等。

在本文架構上，第一部分為前言，第二部分為現行商定留用權的運作模式與學者提出的

- 5 吳姿慧（2010/5），〈企業併購與勞動者存續保障的抉擇—以我國勞基法及企業併購法之相關規定為檢討對象〉，發表於：《兩岸勞動法學術研討會：勞動契約法律化—台灣勞動基準法與大陸勞動合同法之同步觀察》，政治大學法學院勞動法與社會法研究中心、台灣勞動法學會（主辦），62頁。
- 6 勞基法第20條修正草案：「事業單位有合併、分割、概括承受或概括讓與、讓與全部或主要營業或財產等轉讓情事時，勞動契約對於受讓人仍繼續存在。但勞雇雙方另有約定或勞工聲明不同意隨同移轉時，不在此限。（第1項）新舊雇主應於前項轉讓基準日或轉讓效力發生日30日前，以書面徵詢勞工是否同意隨同移轉。該勞工應於受通知日起10日內，以書面通知新舊雇主，屆期未為通知者，視為同意隨同移轉。（第2項）隨同移轉勞工之工作年資，應由新雇主予以承認。（第3項）對未隨同移轉之勞工，其勞動契約終止時，舊雇主應依本法第17條、第55條或勞工退休金條例第12條、第13條規定，發給資遣費或退休金。（第4項）勞於通知雇主不同意隨同移轉後，為另謀工作得於工作時間請假外出；其請假時數及工資，準用第16條第2項規定。（第5項）新雇主對於第4項資遣費或退休金，應與舊雇主負連帶責任。（第6項）」
- 7 行政院勞工委員會（2010），《本會勞資關係處研擬之「勞動基準法」部分條文修正草案（尚未定案）》，參考網頁：[http://www.cla.gov.tw/cgi-bin/Message/MM\\_msg\\_control?mode=viewnews&ts=4b4a9c76:568e&theme](http://www.cla.gov.tw/cgi-bin/Message/MM_msg_control?mode=viewnews&ts=4b4a9c76:568e&theme)。附帶說明，勞委會已將此案撤回，故本文無從得知勞委會將來的立場，但為利分析，仍以本草案進行分析。
- 8 聯合新聞網（07/13/2010），〈買賣不破僱傭／金控業者質疑恐造成社會問題〉，參考網頁：[http://pro.udnjob.com/mag2/fn/storypage.jsp?f\\_ART\\_ID=58023](http://pro.udnjob.com/mag2/fn/storypage.jsp?f_ART_ID=58023)。
- 9 台灣橡膠暨彈性體工業同業公會（2010），《勞動基準法部分條文修正草案工業總會建議條文》，參考網頁：<http://www.tria.org.tw/picture/down/20100329094341.doc>
- 10 本文所稱的預設規定，便是一般民法學者所指的當事人得以協議自由排除適用的「任意規定」；學者王文宇認為此種說法不能突顯該等規定未經當事人同意便自然地成為契約內容一部份的特色，如同電腦於開機後便會自動為使用者設定的某些選項，本文從之。王文宇（2002），〈論契約法預設規定的功能：以衍生損害的賠償規定為例〉，《台大法學論叢》，31卷第5期，92頁。
- 11 論者指出公司進行併購時若符合「大量解僱勞工」之情形，便應依該法規定履行通知、公告、協商及給付等等義務，黃偉峯（2007），《企業併購法》，151-153頁。但亦有論者指出企併法與大量解僱勞工保護法的適用關係仍屬不明，



相關批判，第三部分則以不完整契約的觀點探討商定留用權的存廢議題，第四部份為結論。

## 貳、現行商定留用權的運作模式與相關分析

### 一、現行相關法律規範分析

立法者於民法、勞基法與企併法等法律之中均設有與勞動契約或企業併購時商定留用權有關的規範，但執法者於處理相關法律問題時，應優先適用企併法第15條、第16條及第17條規定<sup>12</sup>。因為勞工與雇主間之勞動契約除為民法中的僱傭契約外，勞資關係的根本大法－勞基法－亦將規範上述契約；此外，由於企併法亦就新舊雇主於併購時的商定留用權設有規範－即上述勞動契約於企業併購時之轉讓與終止議題，故上述契約亦將受企併法第16條、第17條所拘束。不過，依勞基法第1條規定，勞基法應優先於民法適用<sup>13</sup>；又依企併法第2條規定<sup>14</sup>，企併法應優先於勞基法適用。因此，於處理商定留用權之問題時，企併法第16、17條

規定應優先於勞基法第20條規定適用，最末才是民法債編各論的僱傭契約規定。而民法第484條第1項有關於勞務專屬性的規定<sup>15</sup>，亦將因此不再適用。

再就商定留用權之適用範圍而言，併購雖然包括合併、收購與分割等三種情形，但僅有涉及法人格變動的併購才會有企併法第16、17條規定的適用。就公司合併而言，一般是指兩個或兩個以上的公司，依法定程序，歸併為單一公司的行為<sup>16</sup>。企併法第4條第3款進一步將合併分為「新設合併」與「吸收合併」<sup>17</sup>，因兩者必然涉及公司法人格之消滅，自有上述商定留用權規定的適用。次就分割而言，則指公司依本法或其他法律規定將其得獨立營運之一部或全部之營業讓與既存或新設之他公司，作為既存公司或新設公司發行新股予該公司或該公司股東對價之行為<sup>18</sup>，又此不以該營業於分割前已有對外營業行為為必要<sup>19</sup>。此際，分割公司勞動契約上之雇主，可能發生法人格之變動，故有適用商定留用權之空間<sup>20</sup>；亦有論者指出標的公司未必會因分割而消滅，勞工亦未

焦興鎧等（2009），《勞動基準法釋義－施行二十年之回顧與展望》，230-232頁。而行政院勞工委員會認為企併法下的商定留用權仍有大量解僱勞工保護法制度之空間，行政院勞工委員會民國101年11月1日勞資3第1010127322號令：「核釋大量解僱勞工保護法第二條所稱大量解僱勞工，包含事業單位併購、改組時，經新舊雇主商定留用而不同意留用之勞工，並自即日生效。」本文初步認為大量解僱勞工保護法之功能之一僅在於促使新舊雇主與勞工進行協商，但該法並無強迫勞資間應成立協議；此外，該條文第13條第2項之合法解雇事由是否包含企併法商定留用權之行使仍屬不明。因此，本文認為問題的關鍵仍然為企併法甚或勞基法應否保留商定留用權制度。

12 楊岳平，註4書，258-260頁。

13 勞基法第1條第1項：「為規定勞動條件最低標準，保障勞工權益，加強勞雇關係，促進社會與經濟發展，特制定本法；本法未規定者，適用其他法律之規定。」

14 企併法第2條第1項：「公司之併購，依本法之規定；本法未規定者，依公司法、證券交易法、促進產業升級條例、公平交易法、勞動基準法、外國人投資條例及其他法律之規定。」

15 民法第484條第1項：「僱用人非經受僱人同意，不得將其勞務請求權讓與第三人，受僱人非經僱用人同意，不得使第三人代服勞務。」

16 王文宇（2005），〈公司法論〉，二版，144頁。

17 企併法第4條第3款：「合併：依本法或其他法律規定參與之公司全部消滅，由新成立之公司概括承受消滅公司之全部權利義務；或參與之其中一公司存續，由存續公司概括承受消滅公司之全部權利義務，並以存續或新設公司之股份、或其他公司之股份、現金或其他財產作為對價之行為。」

18 企併法第4條第6款：「分割：指公司依本法或其他法律規定將其得獨立營運之一部或全部之營業讓與既存或新設之他公司，作為既存公司或新設公司發行新股予該公司或該公司股東對價之行為。」

19 經濟部92.1.22經商字第09202012500號函：「按公司之營業是否為企業併購法第四條第六款『獨立營運』之營業…，應以該營業是否屬「經濟上成為一整體之獨立營運部門之營業」為斷，而不問其於分割前是否有對外營業行為。」

20 焦興鎧等，註11書，217頁。



必移轉至既存公司或新設之他公司，在此情形即無適用商定留用權的空間<sup>21</sup>。

至於收購部分，情況較為複雜。依企併法第4條第4款之規定，收購是指公司依本法、公司法、證券交易法、金融機構合併法或金融控股公司法規定取得他公司之股份、營業或財產，並以股份、現金或其他財產作為對價之行為<sup>22</sup>。由於併購公司與標的公司之法人格均不消滅，故商定留用權似無適用餘地；惟論者又將收購標的分為「營業或資產收購」或「股權」，而異其法律效果。詳言之，在併購公司收購標的公司之營業或資產的情況，標的公司可能會因為雙方的併購計劃而進行組織之重組或裁撤，導致標的公司部分勞工之勞動契約上之雇主發生法人格之變動<sup>23</sup>；另有論者認為「營業或資產收購」必須是已達概括承受、概括讓與或公司法第185條第1項第2款與第3款所定程度，方有商定留用權規定之適用<sup>24</sup>，惟主管機關並未就此表示明確意見<sup>25</sup>。最末，在併購公司取得標的公司之股份（如向標的公司之股東收購該公司之股份或直接認購標的公司所發行之新股）時，由於標的公司之法人格不隨

公司之股權結構變化產生影響，故通說與實務均認為此時並無商定留用權之適用<sup>26</sup>。

次就商定留用權之效果而言，依企併法第16條<sup>27</sup>與第17條<sup>28</sup>之規定，標的公司與併購公司有權將特定勞工排除於留用之範圍外，故未經商定留用之勞工只能被動地接受資遣；已經新舊雇主商定留用之勞工，則可自由選擇是否接受留用；不接受留用者，可向前雇主請求退休金或資遣費；接受留用之勞工，其於舊有雇主處之服務年資將受到保障—此也將影響因留用該勞工將來可能產生之退休金或資遣費給付責任；先接受留用但嗣又因個人因素不接受留用者，則不可向舊雇主要求資遣費。

關於新雇主有無權限變更原有勞動契約之勞動條件，目前未有定論。持肯定論者指出比較勞基法第20條與企併法第16條第1項規定之文義，勞基法第20條並無新雇主應以書面載明勞動條件通知經商定留用勞工之文義，故立法者已表明即使原有勞動契約繼續，新雇主仍得新定勞動條件，而由受通知留用之勞工決定是否接受，否則即無必要採用此種立法<sup>29</sup>；持否定論者則認為商定留用權之意義乃是以舊有勞

21 詹文凱（2002），〈企業併購對於勞動契約之影響〉，《月旦法學雜誌》，83期，90頁。

22 企併法第4條第4款：「收購：指公司依本法、公司法、證券交易法、金融機構合併法或金融控股公司法規定取得他公司之股份、營業或財產，並以股份、現金或其他財產作為對價之行為。」

23 焦興鎧等，註11書，217頁。

24 顏雅倫、蔡淑娟（2002），〈知識經濟下勞僱關係與企業競爭力〉，90-92頁。

25 經濟部94.7.26經商字第09402095620號函：「按企業併購法第4條第4款規定略以：『收購：指公司依本法、公司法…規定取得他公司之股份、營業或財產，並以股份、現金或其他財產作為對價之行為』。亦即公司依本法或公司法…等規定情形進行收購，而依本法之規定者，允屬第2章第2節之規定方式；至如依公司法之規定者，允屬公司法第185條第2款或第3款讓與或收受營業或財產之方式，即屬本法第27條之規定範圍。是以，依本法第4條第4款名詞之定義意旨，係指符合本法第2章第2節規定之類型，如未符合者，自無本法第8條第1項之適用。」

26 焦興鎧等，註11書，217頁。採取此看法之實務見解如最高法院100年度台上字第2024號民事判決、臺灣高等法院96年度勞上易字第105號民事判決。

27 企併法第16條：「併購後存續公司、新設公司或受讓公司應於併購基準日三十日前，以書面載明勞動條件通知新舊雇主商定留用之勞工。該受通知之勞工，應於受通知日起十日內，以書面通知新雇主是否同意留用，屆期未為通知者，視為同意留用（第1項）。前項同意留用之勞工，因個人因素不願留任時，不得請求雇主給予資遣費（第2項）。留用勞工於併購前在消滅公司、讓與公司或被分割公司之工作年資，併購後存續公司、新設公司或受讓公司應予以承認（第3項）。」

28 企併法第17條：「公司進行併購，未留用或不同意留用之勞工，應由併購前之雇主終止勞動契約，並依勞動基準法第16條規定期間預告終止或支付預告期間工資，並依本法規定發給勞工退休金或資遣費。」

29 詹文凱，註21文，90頁。同此結論，黃偉峯，註11書，161頁。臺灣高等法院94年度勞上易字第46號判決似採此說：「可見如新舊雇主商定留用之勞工若依企業併購法第16條第1項規定同意與新雇主成立勞動關係，應認除有勞基法第20



動契約之條件處理新雇主與勞工間之權利義務關係，而非雙方另行成立的勞動契約<sup>30</sup>。倘若新雇主認為留用勞工之原有勞動條件不合理，則須循一般變更勞動條件之方式處理<sup>31</sup>。而主管機關經濟部僅於函釋中列出勞動條件之具體項目，但並未說明新雇主是否有權更改勞動條件<sup>32</sup>。

## 二、現行商定留用權制度的改革方案

雖然立法者是基於「勞工為公司之重要資源，優良人力資源之取得，向為公司進行併購之重要動機之一，且公司間進行收購財產或分割時，與公司合併同，均有使勞工因收購財產或分割而一併移轉之必要。因此，公司併購所致勞動關係之變動，實有緩和其勞務專屬性要求之必要。」等理由而於企併法中創造商定留用權制度，論者仍提出許多批判並呼籲應進行改革。以下則列出主要的改革方案：

### 1. 廢除商定留用權：

基於商定留用權已破壞公司法之「概括承受」原則、對勞工的權益影響過大以及現行法與國際相關立法之潮流不符等理由，論者認為應廢除現行企併法及勞基法中之商定留用權制度：

(1) 商定留用權已破壞公司法之「概括承受」原則：

依企併法第24條前段規定，因合併而消滅之公司之權利義務應由合併後存續或新設之公司概括承受，而公司法第75條<sup>33</sup>、第113條<sup>34</sup>與第319條<sup>35</sup>也有類似的規定。因此，存續公司或新設公司應完全承受因合併而消滅之公司的所有權利義務關係。就原有勞動契約而言，不僅應繼續存在，其內容也不應有任何的變更－除了雇主的更動以外<sup>36</sup>。然而，現行商定留用權的相關規定卻允許併購公司挑選其需承受之權利義務內容，實已悖於上述概括承受之法理<sup>37</sup>。

此外，論者並指出企併法中之商定留用權制度－賦予新舊雇主、受僱人決定舊有勞動契約是否併同移轉之權－雖已充分考量權利主體（人）與權利客體（財產）的差異而符合契約變動之原理，但如此處理的結果，反倒使物之處理優於人之處理，財產之保護高於人格的重視等等現象<sup>38</sup>。

(2) 商定留用權對勞工的權益影響過大：

再者，勞動契約的解僱除了涉及雇主的經濟與競爭考量外，尚涉及勞方經濟生活基礎的

條及企業併購法第16條第1項重新議定勞動條件之情形，或勞工與新設公司或合併公司間另有約定外，勞工與消滅公司雇主間之法律關係，仍為存續公司或新設公司所繼承。」

30 郭玲惠（2003），〈金融控股公司與企業併購對於勞工勞動條件保障之初探－以調職為例〉，《律師雜誌》，291期，27頁。

31 林佳和（2008），〈組織變動與勞動契約〉，9-10頁，參考網頁：[http://ebooks.lib.ntu.edu.tw/Home/book\\_fetcher.jsp?ID=149983&State=0](http://ebooks.lib.ntu.edu.tw/Home/book_fetcher.jsp?ID=149983&State=0)

32 行政院勞工委員會99.4.15勞資2字第0990125516號函：「按企業併購法第16條所稱勞動條件之具體項目包含：1.工作場所及應從事之工作有關事項。2.工作開始及終止之時間、休息時間、休假、例假、請假及輪班制之換班有關事項。3.工資之議定、調整、計算、結算及給付之日期與方法有關事項。4.有關勞動契約之訂定終止及退休有關事項。5.資遣費、退休金及其他津貼、獎金有關事項。6.勞工應負擔之膳宿費、工作用具費有關事項。7.應遵守勞工安全衛生事項。8.適用工作規則及其他勞資權利義務有關事項。」

33 公司法第75條：因合併而消滅之公司，其權利義務，應由合併後存續或另立之公司承受。

34 公司法第113條：公司變更章程、合併、解散及清算，準用無限公司有關之規定。

35 公司法第319條：第73條至第75條之規定，於股份有限公司之合併或分割準用之。

36 詹文凱，註21文，89頁。

37 焦興鎧等，註11書，230頁；陳金泉（2006），〈勞動契約終止若干爭議問題〉，11頁，參考網頁：<http://www.kcchen.com.tw/download.php?file=20121204-112441.pdf>

38 吳姿慧，註5文，52頁。



喪失或降低、變更勞工向來所熟悉的工作環境、條件、勞工人格利益的發展與社會救濟支出的負擔等等，故立法者於勞基法第11條以下以列舉之方式列出雇主得解雇勞工的法定事由<sup>39</sup>。其中，雖然論者與實務見解對於勞基法第11條第1款之「轉讓」的解釋問題有不同意見，但多半肯認該「轉讓」之範圍有限—至少不包含標的公司法人格未因併購而消滅的類型<sup>40</sup>。而企併法的相關規定將解雇事由放寬至企業間之合併、資產或營業收購與分割，實已擴大法定解雇事由之範圍，而且毫無要件限制，實對勞工權益之保障有所不足<sup>41</sup>。

另依勞動法上之存續保障原則，當勞工於面對不法解雇的訴訟結果時，司法救濟制度應以勞動契約繼續存在作為終極目的，以使勞工得維繫經濟生活最重要之基礎受到保障，並藉由繼續僱用發展自我。而勞基法第11條第1款到第4款均屬經濟性解雇事由，無論原因來自企業內部或外部，均屬於企業出現入不敷出且非短期狀態之經濟上原因，或雇主因應業務緊縮裁撤編制最後出現冗員之組織上結果，解雇勞工才有正當性；惟於第1款之轉讓情形，原事業單位雖已無經營意願，但既然有受讓之新事業單位願意接手，則對原來從業的勞工而言，僅有經營主體更換而已。因此，經營組織仍然存在，未必會出現前述冗員或短期內無法排除入不敷出的經濟窘境，故勞基法第11條第1款將轉讓列為法定解雇事由便已背棄保障勞動契約存

續之精神。而立法者於企併法中並未調整此項誤差，反倒擴大商定留用權的適用範圍，立法上自有調整必要<sup>42</sup>。

此外，若認為新雇主依企併法第16條與第17條規定得變更經留用勞工之勞動條件，則不啻使該勞工原得享有之勞動條件可因雇主單方面之意願而變更，實已過度侵害勞工之原有權益<sup>43</sup>。

### (3) 現行法與國際相關立法之潮流不符

參酌各國現行有關勞工權益於企業併購下之保障之相關規定，可發現我國企併法第16條與第17條之規定與各國相關規定採取顯然不同的做法。首先，就日本相關法制而言，立法者、實務見解及學者依併購類型不同而異其處理模式。當企業間進行合併時，日本之有力學說及實務見解採取概括繼承說，而認為存續或新設公司概括承受被合併公司之權利義務關係，故不得將特定勞動關係排除於繼受之對象外，故存續或新設公司應不得拒絕留用被合併公司所聘任之任何勞工，而勞工亦無拒絕留用之權利。次就財產或營業收購的情形，多數實務判決支持併購企業不得拒絕留用特定勞工之看法，學說上則有不同意見，但均肯定勞工得拒絕併購企業的留用；未就分割之情形，日本訂有公司分割勞動契約承繼法。依該法之規定，企業以分割方式進行併購時，新舊雇主有商定排除留用特定勞工之權，而勞工亦有拒絕留用之權；若未被商定留用之勞工是以設

39 焦興鎧等，註11書，230頁。

40 如有研究指出該款之轉讓僅包含事業單位的個別轉讓，而不及於公司合併等概括轉讓的情形，如張婉如（2005），《我國勞動基準法第11條解雇理由之研究》，23-26頁，國立臺灣大學法律學院法律學研究所碩士論文。該論文並指出第11條與第20條於功能上有所不同：第11條第1款之轉讓為終止勞動契約之事由，而第20條則在處理勞工人資併計之問題。惟最高法院95年台上字第1496號判決指出：按勞基法第二十條所謂事業單位改組或轉讓，如事業單位為公司組織者，係指事業單位依公司法之規定變更其組織或合併或移轉其營業、財產而消滅其原有之法人人格，另立新之法人人格而言。本文認為該判決雖意在處理勞基法第20條之「轉讓或改組」的解釋問題，但另一方面也間接地解釋了「轉讓」於勞基法中之意義。

41 焦興鎧等，註11書，230頁。類似結論，郭玲惠（2006），〈企業併購勞工權益之保障〉，《勞工研究》，第6卷第2期，102-103頁；陳金泉，註37文，11頁。

42 吳姿慧，註5文，50-52、56頁。

43 詹文凱，註21文，90頁。



立公司所繼受之營業為主要業務，則於其向分割公司提出異議後，設立公司即應繼受該勞動契約<sup>44</sup>。

再就德國法制而言，德國民法第613條a不僅強制要求營業之全部或一部之受讓人應承受所有於移轉時存續之勞動關係之權利義務，尚規定原為僱用人之讓與人或受讓人於營業移轉前應以書面將營業移轉之移轉日及其原因、對受僱人將產生的影響與對受僱人預期將採取的措施等等資訊告知移轉所涉及之受僱人。換言之，德國民法直接禁止營業之受讓人或讓與人以移轉作為解雇事由。此外，德國有力學說認為依德國企業改組法的相關規定，不論企業間進行合併、財產或營業收購或分割，仍應適用上述德國民法第613條a之相關規定<sup>45</sup>。

比較上述各國法制，可發現德國法制要求企業併購的併購方應強制繼受標的公司與其勞工間之原有勞動契約；而日本法雖未如此嚴格，但亦非完全肯認併購公司與標的公司就所有的併購類型均得行使商定留用權。換言之，我國企併法實已賦予我國企業較大彈性。

#### (4) 小結

總結而言，上述批評不外以維持勞工原有之地位為目標，進而主張新雇主除應完全承繼舊雇主與勞工之勞動關係外，尚應受該原有勞動關係之拘束，而不得動變更原有勞動條件。無獨有偶，勞委會提出的勞基法第20條修正草案似已全盤接受上述批判：勞委會不僅全面刪除新舊雇主的商定留用權，並保留勞工決定是否接受留用的權限；另就新雇主得否變更勞動條件的部分，勞基法第20條修正草案則未如企併法第16條般明文肯認新雇主享有變更原有勞

動條件之權限，或可認為勞基法第20條修正草案已禁止新雇主變更原有勞動條件。

#### 2. 商定留用權制度的調整－回歸勞動法的一般原則

另有論者認為「企業併購」本身便是解雇及調整勞動條件的正當化理由－僅需分別受到「資遣解雇法理」及「合理性變更法則」的限制而已，故不宜貿然廢除商定留用權及調整勞動條件權<sup>46</sup>：

(1) 企業併購為新、舊雇主解雇的正當化事由

相較於一般藉由自然經營擴張企業規模的模式，併購活動下的企業擴張主要是透過企業外部成長而來，故企業主於進行併購時勢必得吸收對其經營而言額外的人力，進而將產生人力重疊的問題。但現行勞基法第11條的法定解雇事由卻以企業的業務縮減為核心，顯然無法解決前述人力重疊問題，故於法制上有承認雇主得以企業併購為由解雇勞工的必要性。

而雇主於現行制度下要解雇勞工，除須具有勞基法第11條所列之法定解雇事外，尚須滿足「廣義比例性原則」、「解雇最後手段性」及「平等待遇原則」等資遣解雇法理的要求<sup>47</sup>－這些標準同樣可套用於商定留用權的操作：司法機關於審查雇主以企業併購為由解雇原有勞工時，需個案中衡量企業利益與勞工權益的相對關係，適切地按具體個案的利益狀態評價解雇行為的合法性。另考量勞工難以參與新舊雇主商定留用勞工的決策過程、無從深入了解雇主的經濟狀況與資源分配架構及雇主較勞工享有較佳訴訟能力與舉證能力，應使雇主於「確認勞動關係存在」、「終止契約並請求

44 關於日本法制的詳細說明，請參考焦興鎧等，註11書，218-225頁。

45 林佳和，註31文，15-16頁、20-21頁。

46 楊岳平，註4書，268-285頁。

47 廣義比例原則可細分為有效性原則、必要性原則及狹義比例原則。而解雇最後手段性原則，則強調解雇應為雇主終極、無法迴避而不得已的手段，否則不生解雇的效力；平等對待原則是指雇主須有合理正當事由才能對於在法律上處於同等或類似之勞工採取不同或不相類似的對待，違反此之解雇行為亦將被認為無效。同上註，269-270頁。



資遣費」等相關訴訟中舉證其所為解雇行為合法，以維護勞工之權益<sup>48</sup>。

## (2) 企業併購為新雇主調整勞動條件的正當化事由

若經新舊雇主商定留用之勞工於進入併購公司工作後仍依其原有勞動條件行使權利，將使併購公司內部產生數種不同勞動條件併存之現象。併購公司往往須為此支出較高的管理費用，故其自有於併購後統合勞動條件的需求。況且，一般企業經營者亦得於具備合理性事由的情形下變更原有勞動條件。因此，倘若新雇主具有合理性事由時，得以企業併購為由調整原有勞動條件。此外，為確保勞工權益，應由雇主舉證證明其變更勞動條件具有合理性，否則其變更應屬違法而不生效力<sup>49</sup>。

## 參、不完整契約觀點下的商定留用權存廢議題

### 一、商定留用權的存廢議題實為預設規定的選擇問題

若回歸事物本質觀察，勞動契約是一種

發生於雇主與勞務提供者間的交易模式：由勞動者在雇主的指揮之下為雇主提供勞務以換取雇主提供的報酬<sup>50</sup>。由於這樣的交易模式往往不是單純的一次性勞務給付，時間經過所產生的不確定性與風險等因素也必然地參雜於勞動者與雇主之間。為了克服不確定性與風險對勞動者與雇主間可能引起的困擾，勞動者與雇主於「契約自由原則」之下當可透過協議創造能處理所有「或有事件」(contingency)的完整契約(complete contract)；但礙於交易成本(transaction cost)與資訊不對稱(information asymmetry)、人類的有限理性(bounded rationality)等等因素<sup>51</sup>，現實中的多數勞動契約與其他契約一樣仍然是不完整契約(incomplete contract)<sup>52</sup>。此時，法律可以透過「契約解釋」與「預設規定」等兩種機制協助當事人填補契約漏洞<sup>53</sup>。

依循上述脈絡，現行企併法及勞基法下的商定留用權制度實為立法者為勞工與雇主就勞動契約所提供的「預設規定<sup>54</sup>」：由立法者預先以法律的形式為勞工與雇主就雇主發生併購時之權利義務進行某種安排，倘若勞工與雇主

48 同上註，274-281頁。

49 同上註，282-284頁。

50 由於本文僅欲分析勞動契約的經濟效果，故在此不特別強調勞動契約的「從屬性」概念。關於勞動契約的「從屬性」及相關概念，可參考郭玲惠(2011)，《勞動契約法論》，17-21頁。

51 Please see Ian Ayres & Robert Gertner, *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, 99 YALE L.J. 93-94 (1989)。

52 Please see Bruce E. Kaufman, *Economic Analysis of Labor Markets and Labor Law: An Institutional/Industrial Relations Perspective*, 40 (Andrew Young School of Policy Studies Research Paper No. 11-30 2011), available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1889342> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1889342>。另有論者認為勞動契約的不完整性可能來自於雇主為求彈性運用勞工與建立企業內部的權力結構而為的刻意安排，焦興鎧等，註11書，52-53頁。

53 Robert E. Scott, *Rethinking The Uniformity Norm In Commercial Law: Optimal Institutional Design For Regulating Incomplete Contracts*, 6-8 (University of Virginia Law School, Legal Studies Working Paper No. 99-9. 1999), available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=169276>

54 商定留用權制度的存廢當然有被解釋為「強行規定」的空間，但由於應選擇「預設規定」或「強制規定」以處理特定問題的標準模糊不明，本文暫且以「預設規定」處理商定留用權的存廢議題。另參照前述勞基法第20條第1項修正草案但書規定：「但勞雇雙方另有約定或勞工聲明不同意隨同移轉時，不在此限。」，亦可推測該草案的撰擬者仍將商定留用權制度的存廢置於「預設規定」的脈絡下處理。關於「預設規定」或「強制規定」的選擇問題，可參考蘇永欽(2002)，〈私法自治中的國家強制〉，收於：蘇永欽(著)，《走入新世紀的私法自治》，頁20-23；Jason Scott Johnston, *Default Rules/Mandatory Principles: A Game Theoretic Analysis of Good Faith and the Contract Modification Problem*, 3 S. CAL. INTERDISC. L.J. 335, 385-388 (1993)



間未就此令為約定，則前述立法者預先的安排便會成為上述勞動契約的一部分。當然，立法者可以選擇的安排有很多。例如保留商定留用權或是強迫併購公司繼受標的公司原有的所有勞動契約。此外，即便保留或廢除商定留用權制度，新雇主與經留用勞工間的權利義務關係應如何安排，亦為立法者可以思考的問題。舉例而言，併購公司應否繼受上述勞工於標的公司的服務年資？應否繼受上述勞工依原有勞動契約所得享有的薪資、福利或其他勞動條件？

不過，立法者於進行預設規定的選擇時，除了應注意何種預設規定最能符合市場上多數使用者的偏好以避免使用者為排除不合適的預設規定而付出額外的交易成本外，尚應注意該方案將於當事人間與於交易當事人以外之人將衍生的效果－如當事人（即勞工與雇主）及執法者於現行企併法第16、17條規定並未被排除適用時所應承擔的風險與因應措施，以為社會創造最大的效益<sup>55</sup>。因此，單純以勞工的數量遠遠大於雇主為由，而主張將所有有利於勞工之權利義務之安排設為預設規定，毋寧過份簡化了問題。

## 二、預設規定為現行法下的商定留用權時：

### 1. 勞工分散風險的能力

我國多數論者固然認為勞雇雙方間處於嚴重不對等之地位，故勞工要排除商定留用權適用的成本很高。蓋雇主與勞工雖然可以自由決

定是否成立勞雇關係，但擁有資本及生產資料的資方較僅有勞動力且迫於生存而不得不出賣勞動力的勞工近乎處於「獨裁」的強勢地位，即構成勞動契約內容的工資或其他勞動條件均為具有強勢地位的資方所主導，而勞工迫於生存壓力只能含淚接受<sup>56</sup>。特別是長期受雇於同一雇主之勞工、女性及母性勞工等，常因其年齡、經濟或體力狀況，更是無法與雇主進行協商<sup>57</sup>。

但亦有論者對勞工是否完全沒有分散風險的能力提出不同的觀察，不僅有經濟學者指出勞工與雇主間有存在平等關係的可能<sup>58</sup>，Daniel R. Fischel更指出從勞工的技能與特定公司間的關聯性來看，勞工本得自行分散相關風險或與雇主進行協商以創造對自己有利的安排<sup>59</sup>。

勞工隨其屬性的不同擁有於不同的機制以化解相關風險。於與雇主締結雇傭契約時，擁有的工作能力可運用於許多公司的勞工（下稱L1）而言，即便其未經併購公司留用而遭原雇主即標的公司資遣，其仍得憑自身的技能於勞工市場上尋找其他適合的工作機會，故其可透過勞動市場上的其他空缺分散風險。至於擁有的技能僅能運用於標的公司的勞工（下稱L2）而言，其於與標的公司締約與學習該特定技能前，將擔心該雇主於締約後採取損人利己的行為而影響其依約可取得的權利，故本即有誘因與雇主進行協商以獲取事前的補償，如較高額的薪資、福利條件或退休金條款等等。雇主為

55 關於設計預設規定的考量因素，相關討論如王文宇（2002），〈論契約法預設規定的功能：以衍生損害的賠償規定為例〉，《台大法學論叢》，31卷第5期，頁87-120；簡資修（2003），〈契約法：法定與意定之均衡〉，《月旦法學雜誌》，99期，頁193；張永健（2002），〈論自始客觀不能的經濟分析〉，《月旦法學雜誌》，86期，頁155-161。Ian Ayres & Robert Gertner, *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, 99 YALE L.J. 87 (1989). Ian Ayres & Robert Gertner, *Majoritarian vs. Minoritarian Defaults*, 51 STAN. L. REV. 1591, 1596-1605 (1999).

56 黃程貫（2011），〈勞動基準法之公法性質與私法轉化〉收錄於：國立政治大學法學院勞動法與社會法中心編，《勞動、社會與法》，7-8頁。

57 郭玲惠（2011），《勞動契約法論》，264頁。

58 關於經濟學者對此議題的分析，please see Bruce E. Kaufman, *Economic Analysis of Labor Markets and Labor Law: An Institutional/Industrial Relations Perspective*, (Andrew Young School of Policy Studies Research Paper No. 11-30 2011), available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1889342> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.188934>

59 See Daniel R. Fischel, *Labor Law and Corporate Law*, 51 U. CHI. REV. 1061, 1066-1068 (1984).



避免另行覓得適合該職位人選的搜尋成本，也較有誘因與該潛在的勞工進行事前協商。換言之，該勞工可透過相當的契約機制化解風險。

倘若舊雇主（即標的公司）真的為人併購，即便勞工無法參與併購公司與標的公司商定留用員工之過程，勞工仍有分散風險的機制以「自力救濟」。舉例而言，由於標的公司依法有向未經留用的全部勞工給付資遣費的義務，未經留用的勞工於勞動市場上尋找其他工作機會時，尚可藉該筆資金支付生活開銷以適度緩解其經濟壓力。再者，法律上既未禁止未遭留用的勞工向併購公司進行接觸，則其可再向併購公司進行接觸、協商以換取於併購公司或標的公司繼續工作的機會。

綜上所述，本文認為勞工似乎不會因其與雇主間處於嚴重不對等的地位而導致完全無法分散未經商定留用的相關風險。

2. 商定留用權有資訊揭露功能，可為當事人間創造利益

由於市場上各個交易者取得相同資訊的成本不同，故於當事人間將產生資訊不對稱，進而並影響該交易能創造的利益。立法上為了解決此種問題可以採取「懲罰性預設規定」（penalty default rule），而將至少為當事人一方將排除適用的方案設定為預設規定，以誘使一造當事人於與他方進行磋商時對他方或第三人揭露資訊<sup>60</sup>。雇主於招募勞工時，往往只能憑藉勞工的履歷表、考試及面談的表現以及自前雇主或他人（如推薦人）處取得關於應徵者

能力的相關資訊；但若應徵者能主動揭露關於其能力的相關資訊—特別是應徵者的屬性是屬於L1或L2的相關資訊或學習工作能力的意願，可降低雇主取得該部分資訊的成本並作出較適合該勞工能力的職位安排。

由於商定留用權對於勞工—特別是對較無法於締約後於其他勞動市場分散風險的L2—屬於較不利的權利義務安排，當立法者將商定留用權制度定為預設規定時，較能間接地促使L2於與標的公司締約之際揭露關於其享有特定工作技能的資訊，此將可使當事人間以較低的成本進行磋商與為該勞工安排適當的職位。但在商定留用權不是預設規定時，由於L2揭露上述資訊與否均得受到「併購公司強制承繼制度」的保障，則其較易傾向不揭露相關資訊。相較之下，似乎以商定留用權制度為預設規定時較能鼓勵當事人為資訊揭露。

三、預設規定為併購公司應承繼標的公司的所有勞工時：

將如勞基法第20條修正草案的方案定為預設規定時，併購公司進行併購時一律繼受標的公司的所有勞工，且勞工依原有勞動契約可享有的權利將不會受到影響。倘若勞工於考量兩公司之管理方式、工作環境、同事變更、作業流程等等因素後不願移轉，其得行使拒絕權而領取資遣費。不過，勞工得享有的總體權益是否會因此預設規定而提升，本文則持保留態度。首先，僅雇主有排除此種預設規定以提高其將來出脫公司了結獲利或停止虧損的可能<sup>61</sup>，

60 Please see Ian Ayres & Robert Gertner, *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, 99 YALE L.J. 87 (1989).

61 從併購實務來看，併購公司留用勞工的數量多寡將影響併購公司所支付的對價（如員工退休準備金提存的差額等）。企併法第15條雖規定標的公司於併購時應將其提撥之勞工退休準備金一併移轉至併購公司，惟此移轉之前提是應提撥之勞工退休準備金已達能依勞工法令相關規定申請暫停提撥之數額。若標的公司本身提撥退休金不足時，併購公司極可能無法接收該筆退休準備金，故留用特定員工時須另行增加提撥勞工退休金的數額，此點自然會反映於併購成本之上，陳泰明（2008），〈企業併購與勞工問題〉，參考網頁：[http://www.deloitte.com/view/tc\\_tw/tw/48080/136517/4c0df33b4010e110VgnVCM100000ba42f00aRCRD.htm](http://www.deloitte.com/view/tc_tw/tw/48080/136517/4c0df33b4010e110VgnVCM100000ba42f00aRCRD.htm)。因此，併購交易的當事人為謀求併購後勞工與公司間的和諧共處，故即便於股份轉讓此種不適用商定留用權制度的併購類型，仍會引用商定留用權的相關規定處理勞工留用問題，黃偉峯，註11書，155頁。



但其需提供所有勞工更優渥的條件以換取同意協商，故提高了生產成本。在追求最小生產成本的目標下，雇主有將此部分成本轉嫁與勞工的誘因，故勞工的薪資、福利或其他勞動條件將受到影響。

若標的公司與其勞工並未排除此預設規定的適用，併購公司所需支出的成本將提高，故將降低企業主進行併購的意願<sup>62</sup>。再者，併購公司因併購後的人員重疊問題，有主張有業務緊縮等事由而資遣勞工的誘因。此時，原有勞工仍將遭資遣，只不過其時間自「併購前」移轉至「併購後」，資遣者由「標的公司」轉為「併購公司」而已；此外，可能被資遣之勞工，將自標的公司的原有勞工波及自併購公司的既有勞工<sup>63</sup>。

再從解決相關紛爭所需的公共成本來看，由於併購公司有於併購後再以「業務緊縮」為由，按勞基法第11條第2款規定主張預告勞工終止勞動契約的誘因，則當勞工對終止契約不服而藉由仲裁、調解、民事訴訟等等紛爭解決機制進行抗爭時，便須支付一定成本以判斷有無業務緊縮情事。但除律師費等應由勞工或併購公司所需支出的成本外，公眾亦須承擔利用紛爭解決機制認定上述爭議的部分成本，如建造法院、選任法官等等。換言之，當事人並未承擔解決該紛爭的所有成本，但社會卻無適當的途徑化解該等負面的外部效果問題。

#### 四、小結：應維持現有商定留用權制度

由上述分析我們不難發現勞工於商定留用權為預設規定時仍有一定風險分散機制，而非全無招架之力；此外，商定留用權制度亦可誘使L2類型的勞工主動向雇主揭露關於其工作能力的相關資訊，如此便能降低雇主取得相關資訊並進而為該勞工安排適當的工作職位的成

本。反觀於「併購公司應承繼標的公司的所有勞工」為預設規定時，雇主為取得足以支應排除該預設規定的成本，勞工的其他福利可能因此遭到壓縮；即便因雇主與勞工未排除將該等預設規定的適用而令併購公司全部承繼標的公司的所有勞工，亦難保雇主不會於併購後再以「業務緊縮」資遣勞工，且難將認定「業務緊縮」事由是否存在的成本全數轉嫁由當事人承擔，對社會而言亦屬不利。因此，本文認為應維持現行企併法第15條至第17條規定下的商定留用權制度，而不應採取勞基法第20條修正草案之規範架構。

#### 肆、結論

從「不完整契約」的觀點來看，「商定留用」或「強制繼受」都是立法者為勞工與雇主間就未能約定的契約漏洞所提供的權利義務安排方案而已；至於立法上應如何選擇預設規定，除了理念與價值的抉擇外，也應注意當事人於各個方案下的具體行為模式（即「上有政策，下有對策」）。而要精準地預測交易參與者的具體行為模式，實應利用相關統計數據分析實際的交易狀態，以證實相關理論的假設確實存在，方能進而掌握法律運作的真實狀態、避免迷失於理論與假設的叢林之內。

本文必須承認在欠缺相關統計數據的支持下，很難說上述分析能精確地切合實際狀況，但本文指出勞工與雇主間的利益藉由保留「商定留用權」制度而有擴大的可能性；相反的，在廢除商定留用權制度而令併購公司一律承繼標的公司的原有勞工時，亦有傷害該等原有勞工權益的可能性。從而，對於勞委會於2010年勞基法修正草案中廢除「商定留用權」制度的

62 馬靜如、許修豪（1/13/2010），〈國際通商法律論壇－以企業併購時員工移轉新規定為核心〉，《工商時報》。參考網頁：<http://www.taieicpb.org.tw/news/index.php?id=1898>

63 同上註。



主張，本文認為於立法者進一步取得關於勞工屬性（如L1、L2的人數）、解決相關紛爭所需公眾成本等等與進行更深入研究所需的統計資

料前，仍宜保留企併法中的「商定留用權」制度。