

民事訴訟缺席判決實務運作現況之檢討（系列三）

以民事訴訟法第 386 條第 2 款為中心

蘇吉雄*

壹、序言

本文針對歷年民事訴訟缺席判決實務運作具體個案裁判作系列研究，提出檢討與省思的淺見，已經選擇系列一藉由臺灣高等法院 111 年度原上易字第 1 號缺席判決，探討歷年來我國民事訴訟缺席判決實務運作現況，究竟有無侵害未到場當事人之聽審請求權以及有無救濟途徑可循¹，系列二以民事訴訟法第 386 條第 1 款為中心，藉由實際訴訟案例，探討歷年來我國民事訴訟缺席判決有關民事訴訟法第 386 條第 1 款及第 251 條規定之實務運作現況，究竟有無侵害未到場當事人之聽審請求權、武器平等權以及有無救濟途徑可循，並針對最高法院有關民事訴訟就審期間之適用對象所持之一致見解及最高行政法院 109 年 07 月 28 日 109 年度判字第 397 號行政判決，提出個人淺見之評析²，後續系列三擬再以民事訴訟法第 386 條第 2 款為中心，藉由實際訴訟案例，探討歷年來我國民事訴訟缺席判決適用有關民事訴訟法第 386 條第 2 款規定之實務運作現況，究竟是否符合公正程序請求權法理、有無對人民之訴訟權增加法律所無之限制、而違背憲法第 23 條法律保留原則暨第 16 條保障人民訴訟權之意旨以及所衍生因遲誤兩次言詞辯論期日而視為撤回訴訟或上訴之救濟程序等相關問題，作為本文系列三之研究議題。

貳、民事訴訟法第 386 條第 2 款規定之立法沿革

民事訴訟法第 386 條第 2 款規定，於民國 92 年 2 月 7 日修正前原條文：「當事人之不到場可認為係因天災或其他不可避之事故者」，修正後條文：「當事人之不到場可認為係因天災或其他正當理由者」。不論修正前所謂「其他不可避之事故」或修正後所謂「其他正當理由」，皆係不確定之法律概念，只是法院是否准許一造辯論之裁量寬嚴標準有所不同而已，此觀其修正理由：「當事人因有正當理由而未於言詞辯論期日到場者，法院自不宜依前條規定准依到場當事人之聲請由其一造辯論而為判決，以保障有正當理由不到場當事人在程序上之權利。爰將第二款之「不可避免之事故」，修正為「正當理由」，由法院審酌具體情形而為認定，緩和原對不到場當事人之嚴格限制，以求周延。」，即可明瞭。

參、實務見解認非屬民事訴訟法第 386 條第 2 款規定之情形

- 一、援引最高法院 30 年上字第 180 號民事判例，認定訴訟代理人於言詞辯論期日，因別一事件向他法院到場而不到場者，非民事訴訟法第 386 條第 2 款所謂因不可避之事故而不到場³。
- 二、上訴人訴訟代理人甲律師因患病不能於

* 本文作者係執業律師，曾任高雄律師公會首屆理事長暨全國律師聯合會第 6 屆第 3 任理事長（本會 111 年 9-10 及 11-12 雙月刊之相同誤繕併此聲明更正）。

1. 請見高雄律師會訊 111 年 9/10 月雙月號「民事訴訟缺席判決實務運作現況之檢討（系列一）」。

2. 請見高雄律師會訊 111 年 11/12 月雙月號「民事訴訟缺席判決實務運作現況之檢討（系列二）」。

3. 參臺灣高等法院臺中分院 105 年度聲字第 104 號民事裁定、最高法院 92 年度台上字第 449 號民事裁定。

言詞辯論期日到場，固據提出醫療費用收據為證，然上訴人另委任之乙律師、丙律師並無不能到場之情形，則上訴人即非民事訴訟法第 386 條第 2 款所謂因不可避之事故而不到場⁴。

三、援引最高法院 28 年上字第 1574 號民事判例意旨，認當事人、訴訟代理人因請假或赴大陸地區洽事不能於言詞辯論期日到場者，或當事人因患病不能於言詞辯論期日到場者，如無可認為有不能委任訴訟代理人或複代理人到場之情形，自非民事訴訟法第 386 條第 2 款所謂因正當理由而不到場⁵。

四、上訴人於言詞辯論期日前 1 日以其於 104 年 12 月 1 日接受左膝人工關節置換手術後腫脹疼痛，行動困難為由，以傳真方式提出書狀請假，且未同時於書狀敘明伊有何不能委任訴訟代理人到場之情事，則其請假事由，即非屬不可避之事故，自非民事訴訟法第 386 條第 2 款所謂因正當理由而不到場之情形⁶。

五、第 1 次言詞辯論期日，當事人以腳痛無法行走為由請假，並補正相關證據，第一審法院認尚無法證明其於當日確有因腳疾無法到庭之情事；亦未能提出證據釋明有何不能委任訴訟代理人到場之情事，自難認其有民事訴訟法第 386 條第 2 款所示因正當理由不到場之情形。嗣原法院依職權續行訴訟，當事人雖於 100 年 8 月 15 日以其出國開庭為由請假，並提出相關證據。第一審法院認其提出國外法院通知記載庭期，與系爭事

件庭期並無重疊；當事人縱有不便，然既未能提出證據釋明有何不能委任訴訟代理人到場之情事，亦難認其有民事訴訟法第 386 條第 2 款所謂因正當理由不到場之情形⁷。

六、當事人之法定代理人因其母親身體不適，需當事人之法定代理人照顧為由，不能於言詞辯論期日到場，請求另訂審理期日，惟法院認其並無證據可認為有不能委任訴訟代理人或複代理人到場之情形，即非屬不可避之事故，自非民事訴訟法第三百八十六條第二款所謂因正當理由而不到場⁸。

七、依最高法院 94 年度台上字第 1300 號民事判決意旨，認依上訴人再開言詞辯論聲請狀及訃聞所示，上訴人之父告別式之日期與本件本院言詞辯論期日，相距 11 天，上訴人又未釋明有何不能委任訴訟代理人到場之情形，容非屬天災等不可避之事故，難認屬民事訴訟法第 386 條第 2 款所謂因正當理由而不到場⁹。

八、言詞辯論期日，當事人訴訟代理人雖於開庭前至第一法庭報到，惟於該次期日開始後，當事人訴訟代理人並未到場，經承審法官請庭務員前往第二法庭確認當事人訴訟代理人是否在第二法庭開庭，經庭務員查報後表示當事人訴訟代理人因另案（與本件言詞辯論時間相同）在第二法庭開庭，已告知訴訟代理人本件訴訟要開庭，惟訴訟代理人未表示任何意見等語，故在當事人訴訟代理人未到庭之情形下，相對人訴訟代理人

4. 參臺灣高等法院 107 年度消上易字第 4 號民事判決、臺灣高等法院 97 年度抗字第 81 號民事裁定。

5. 參臺灣高等法院 105 年度抗字第 1348 號民事裁定。

6. 參最高法院 80 年台上字第 2511 號民事判決、85 年度台上字第 3090 號民事判決、87 年度台上字第 2648 號民事裁定、89 年度台抗字第 109 號

民事裁定、臺灣高等法院 104 年度選上字第 8 號民事判決。

7. 參臺灣高等法院 106 年度抗字第 1182 號民事裁定。

8. 參臺灣高等法院 98 年度上字第 762 號民事判決。

9. 參臺灣高等法院臺中分院 103 年度上易字第 79 號民事判決。

到場而不為辯論，經原法院諭知兩造遲誤言詞辯論期日之效果¹⁰。

九、民事訴訟之當事人依法得委任訴訟代理人為其遂行訴訟，並不以本人親自到場為必要，而上訴人並未敘明其何有不能委任訴訟代理人到場之情事，尚難認其於該期日不到場合於民事訴訟法第 386 條第 2 款所定因正當理由而不到場事由¹¹。

十、當事人之訴訟代理人甲律師於第一審法院曾委任乙律師及丙律師為複代理人，法院僅將言詞辯論期日通知書送達當事人之訴訟代理人甲律師，而未送達其複代理人乙、丙律師。甲律師因病聲請改期而未於言詞辯論期日到場。法院以：當事人之訴訟代理人甲律師縱因病就醫，是否已達不能囑請當事人本人或委請他人代理出庭之情形，當事人均未釋明，難謂其不到場辯論有正當理由。當事人遲誤二次言詞辯論期日，應視為撤回其上訴¹²。

肆、研究議題

一、如何詮釋民事訴訟法第 386 條第 2 款規定之構成要件

(一) 綜觀歷年來我國民事訴訟缺席判決實務運作現況，有關適用民事訴訟法第 386 條第 2 款規定之論述，幾乎很難找到先行詮釋該款規定之構成要件，然後逐一檢視當事人所主張言詞辯論期日不能到場之理由是否符合該款規定之構成要件，最後始作成到場一方當事人聲請一造辯論應否准許之結論。而是引用最高法院 28 年上字第 501 號、29 年上字第 2003 號及 41

年台上字第 94 號等民事判例意旨，強調審判長所定之言詞辯論期日，不因當事人聲請變更而失其效力。故當事人一造雖聲請變更期日，但在未經審判長裁定變更前，仍須於原定期日到場，否則應認為遲誤期日。然後認定當事人所主張言詞辯論期日不能到場之理由，非屬該款規定之情形據以作成到場一方當事人聲請一造辯論應予准許之結論。考其原因，是否鑒於不論 92 年 2 月 7 日修正前所謂「其他不可避之事故」或修正後所謂「其他正當理由」，皆係不確定之法律概念，如果冒然限縮界定其構成要件，恐有以偏概全之疑慮，值得深思。

(二) 臺灣高等法院 99 年度上易字第 157 號民事裁定闡釋：「民事訴訟法第 386 條第 2 款規定所謂正當理由，指可使人相信其未到場辯論，非意圖延滯訴訟，且法律秩序上認為正當者而言。其為不可避之事故者，例如火災、戰爭或其他人為因素所造成之交通中斷等出於他人之行為者，固屬之，即使出於當事人自身之原因，例如接近期日前，突罹病不能到場，一時之間無法委任訴訟代理人，或縱使委任，訴訟代理人一時之間亦不能充分了解案情而到場辯論者，亦應包含在內。觀諸同法於 92 年修正時，將第 386 條第 2 款原規定「不可避免之事故」，改為「有正當理由」，以為緩和對不到場當事人之嚴格限制之立法意旨益明。」此為歷年來我國民事訴訟缺席

10. 參臺灣高等法院臺中分院 108 年度抗字第 204 號民事裁定。

11. 參臺灣高等法院 94 年度上易字第 571 號民事判決。

12. 參最高法院 85 年度台抗字第 324 號民事裁定（下級審臺灣高等法院 83 年度上字第 1270 號民事裁定）。

判決實務運作現況，有關適用民事訴訟法第 386 條第 2 款規定之論述，先行詮釋該款規定之構成要件之唯一具體個案。

(三) 依據司法院於民國 108 年 1 月 4 日修正、同年 7 月 4 日施行之「法院組織法」第 57 條之 1 規定，「最高法院於中華民國 107 年 12 月 7 日本法修正施行前依法選編之判例，若無裁判全文可資查考者，應停止適用。未經前項規定停止適用之判例，其效力與未經選編為判例之最高法院裁判相同。」

(四) 查最高法院 28 年上字第 501 號民事判例要旨謂：審判長所定之言詞辯論期日，不因當事人聲請變更而失其效力，故當事人一造雖聲請變更期日，但在未經審判長裁定變更前，仍須於原定期日到場，否則仍應認為遲誤期日。同院 29 年上字第 2003 號民事判例要旨謂：變更期日，除別有規定外，屬於審判長之職權，當事人無變更之聲請權，其為此聲請者，審判長如認為無重大理由，不予容納，自無庸為駁回之裁定。同院 41 年台上字第 94 號民事判例意旨謂：審判長依職權所定之言詞辯論期日，非有重大理由，法院不得變更或延展之，故當事人已受合法之傳喚後，雖聲請變更期日，然在法院未予裁定准許以前，仍應於原定期日到場，否則仍應認為遲誤，法院自得許由到庭之當事人一造辯論而為判決。上述三則民事判例雖均有裁判全文可資查考，而未停止適用，但其效力與未經選編為判例之最高法院裁判相同，尚無拘束力可言。尤其

甚者，上述三則民事判例既均未詮釋民事訴訟法第 386 條第 2 款及同法第 159 條第 1 項規定之構成要件，則有關適用民事訴訟法第 386 條第 2 款規定之論述，如再繼續引用上述三則民事判例，是否欠缺正當性，非無審究之餘地。

二、當事人聲請變更或延展言詞辯論期日，法院如認非屬重大理由，應否先行裁定駁回？

(一) 實務見解關於當事人聲請變更或延展言詞辯論期日，法院如認非屬重大理由，應否先行裁定駁回，有肯定說與否定說之爭議。

1. 肯定說：

最高法院 95 年度台抗字第 413 號民事裁定引用 20 年上字第 2098 號民事判例意旨，認當事人之一造於言詞辯論期日不到場，依到場之當事人一造辯論而為判決者，應以不到場之當事人係遲誤期日為要件，故受合法傳喚不到場之當事人業已聲敘理由為變更期日之聲請，即使法院認為不應允許，亦應先就該聲請予以駁回之裁判，而不能遽視為遲誤期日，依到場當事人之一造辯論而為判決。

2. 否定說：

最高法院 29 年上字第 2003 號民事判例闡釋：變更期日，除別有規定外，屬於審判長之職權，當事人無變更之聲請權，其為此聲請者，審判長如認為無重大理由，不予容納，自無庸為駁回之裁定。

(二) 上述 20 年上字第 2098 號民事判例因無裁判全文可資參考，而且與上述 28

年上字第 501 號民事判例意旨不符，雖經最高法院 95 年 8 月 1 日 95 年度第 11 次民事庭會議決議廢止，但依民國 108 年 1 月 4 日修正、同年 7 月 4 日施行之「法院組織法」第 57 條之 1 規定，28 年上字第 501 號判例係屬「最高法院於中華民國 107 年 12 月 7 日「法院組織法」修正施行前依法選編之判例，縱有裁判全文可資查考，而未經停止適用，其效力仍與未經選編為判例之最高法院裁判相同，並無拘束力。準此，嗣後最高法院個案裁判如經評議擬採取與 28 年上字第 501 號民事判決相反之見解，即可循大法庭制度謀求解決，達成統一見解。

三、實務見解認非屬民事訴訟法第 386 條第 2 款規定之情形是否符合公正程序請求權法理、有無對人民之訴訟權增加法律所無之限制、而違背憲法第 23 條法律保留原則暨第 16 條保障人民訴訟權之意旨？

- (一) 我國憲法採用法治國原則，並保障自由權、平等權、財產權、訴訟權等實體基本權及程序基本權。準此，亦可導出公正程序請求權¹³。換言之，在民事訴訟程序，公正程序請求權之法理，源於憲法上訴訟權保障及法治國家基本原理¹⁴。
- (二) 綜觀上述實務見解認非屬民事訴訟法第 386 條第 2 款規定之情形，稍加整理，可歸納幾個類型予以檢討：
 1. 不論當事人以因病、工作關係及其他情況聲請變更或延展言詞辯論期日，如無釋明可認為有不能委任訴訟代理人或複

代理人到場之情形，概認非屬不可避之事故，自非民事訴訟法第 386 條第 2 款所謂因正當理由而不到場¹⁵。惟查民事訴訟法第 159 條第 1 項規定期日，如有重大事由，得變更或延展之。此外，民事訴訟法事實審既未採取強制訴訟代理人制度，法無明文強制要求當事人於言詞辯論期日不能到場需委任訴訟代理人到場之規定，則當事人聲請變更或延展言詞辯論期日，法院審酌重點應該在於當事人所主張不能到場之事實，是否為重大事由？核與有無不能委任訴訟代理人或複代理人到場之情形無涉。否則豈非對人民之訴訟權增加法律所無之限制，與憲法第 23 條法律保留原則以及第 16 條保障人民訴訟權之意旨不符。此觀最高法院 76 年台上字第 116 號民事判例，將保險法有關複保險之規定適用於人身保險契約，對人民契約自由，增加法律所無之限制，應不再援用。業經司法院釋字第 576 號解釋在案，即可明瞭。何況，依民事訴訟法第 68 條第 1 項規定，委任非律師為訴訟代理人，需經審判長許可。縱使當事人於言詞辯論期日委任非律師為訴訟代理人，如未獲審判長許可，而逕行諭知兩造遲誤言詞辯論期日之法律效果（視為合意停止訴訟程序或撤回訴訟或上訴），是否侵害當事人之公正程序請求權，值得深思¹⁶！

2. 律師法第 34 條第 1 項第 1 款規定律師對於下列事件，不得執行其職務：一、本人或同一律師事務所之律師曾受委任人之相對人之委任，或曾與商議而予以

13. 許士宦著程序保障與闡明義務第 41 頁。

14. 邱聯恭著民事訴訟法之研究第 595 頁。

15. 參見註 5 至 9、11。

16. 參最高法院 109 年度台抗字第 1209 號民事裁定。

贊助者…。律師倫理規範第 30 條第 1 項規定律師不得受任下列事件：…三、以現在受任事件之委任人為對造之其他事件。四、由現在受任事件之對造所委任之其他事件。礙於上述規定及規範，律師受當事人為訴訟代理人如遇言詞辯論期日有不能到場之情形時（含衝庭、猝患疾病、出國或其他重大事由等），儘可能聲請改期，確實不方便委任其他律師為複代理人代為開庭，以避免僅因臨時一次受任為複代理人之情事，卻造成複代理人嗣後喪失可能接辦對造當事人委任訴訟案件之機會。

3. 關於當事人聲請變更或延展言詞辯論期日所主張不能到場之事實，是否屬重大理由及得否變更或延展期日之裁量標準，學者主張「關於理由是否重大及得否變更期日、期間之判斷，應斟酌當事人實際上得否出庭，或即使出庭能否展開充分的攻擊防禦。例如於律師代理訴訟事件，不能於同一期日在二處以上法院出庭，當事人或其代理人猝患急病，致不能為訴訟行為之情形，不得逕以有人可以委任或複委任，並能委任，即均認屬非重大理由」¹⁷，與上述臺灣高等法院 99 年度上易字第 157 號民事裁定所持見解大致相同，充分展現為維護當事人公正程序請求權而挑戰司法實務主流見解之勇氣！
4. 訴訟代理人有二人以上者，均得單獨代理當事人，民事訴訟法第 71 條第 1 項定有明文。是同一當事人委任數訴訟代理人者，各訴訟代理人自均有受送達之權限，向其中一人為送達，即生合法送達之效力，倘各訴訟代理人收受文書之時間不同，依單獨代理之原則，以最先

收到之時，為送達效力發生之時。固為司法實務有關同一當事人委任數訴訟代理人者，如何合法送達訴訟文書之主流見解¹⁸，但僅依民事訴訟法第 71 條第 1 項規定之單獨代理原則，絕對無從導出「同一當事人委任數訴訟代理人者，勿庸對數訴訟代理人逐一送達訴訟文書」之結論！蓋：訴訟代理人就其受委任之事件，有為一切訴訟行為之權，民事訴訟法第 70 條第 1 項定有明文，所謂一切訴訟行為，凡不屬該條但書所定應受特別委任之事項，均包含在內，故訴訟代理人自有收受送達訴訟文書之權限¹⁹。法院於同一當事人委任數訴訟代理人之情形，如果採取選擇性措施，僅將言詞辯論期日通知書送達當事人之部分訴訟代理人，而未送達其他訴訟代理人或複代理人，形同直接剝奪其他訴訟代理人或複代理人參與言詞辯論期之權限，而侵害憲法上保障當事人之訴訟權所導出之公正程序請求權。最高法院 85 年度台聲字第 592 號民事裁定闡釋：「期日之通知書，若僅以一份向訴訟代理人中一人為送達，該受送達之訴訟代理人，於法並無通知其他訴訟代理人之義務，結果其他訴訟代理人因未受通知而未於指定期日到場，對於當事人預期其訴訟代理人必依通知而於指定期日到場勢將落空而影響其權益甚鉅。故於多數訴訟代理人之場合，應將期日通知書分別按其人數為送達；否則，對於當事人之遲誤期日不到場辯論，即不能謂為無正當之理由，而發生視為撤回其訴或

17. 許士宦著程序保障與闡明義務第 46 頁。

18. 參最高法院 109 年度台抗字第 540 號民事裁定、108 年度台抗字第 952 號民事裁定。

19. 參最高法院 108 年度台抗字第 716 號民事裁定。

上訴之效果。」此為歷年來我國民事訴訟缺席判決實務運作現況，針對法院於同一當事人委任數訴訟代理人之情形，如何送達言詞辯論期日通知書之爭議，採取與實務主流見解相反見解之少數具體個案，其論述雖未觸及是否侵害憲法上保障當事人之訴訟權所導出之公正程序請求權，惟其挑戰司法實務主流見解之勇氣，值得肯定！

(三) 臺灣高等法院臺中分院 108 年度抗字第 204 號民事裁定引用最高法院 30 年上字第 180 號民事判例意旨（下稱系爭判例），認原法院原告訴訟代理人於同一法院第一、第二法庭分別代理 A、B 不同訴訟案件，訴訟代理人先至第一法庭報到後，至第二法庭 B 案開庭，第一法庭 A 案於該次期日開始後，原告訴訟代理人並未到場，此情形非民事訴訟法第 386 條第 2 款所謂因不可避之事故而不到場，被告訴訟代理人到場而不為辯論，因先前兩造遲誤言詞辯論期日，已視為合議停止訴訟程序，原法院乃諭知視為撤回起訴，於法並無不合等語。惟查：

1. 依民國 108 年 1 月 4 日修正、同年 7 月 4 日施行之「法院組織法」第 57 條之 1 規定，系爭判例係屬「最高法院於中華民國 107 年 12 月 7 日「法院組織法」修正施行前依法選編之判例，縱有裁判全文可資查考，而未經停止適用，其效力仍與未經選編為判例之最高法院裁判相同，並無拘束力，已如前述，臺灣高等法院臺中分院 108 年度抗字第 204 號民事裁定疏未注意及此，遽認最高法院 30 年上字第 180 號個案判決所持法律見解具有判例性質，冒然引用資為裁判

之依據，是否妥適，容有爭議之餘地。

2. 系爭判例之案情係指訴訟代理人於言詞辯論期日，因別一事件向他法院到場而不到場者，即非同法第 386 條第 2 款所謂因不可避之事故而不到場，核與臺灣高等法院臺中分院 108 年度抗字第 204 號民事裁定之案情係指訴訟代理人於同一法院第一、第二法庭分別代理 A、B 不同訴訟案件，訴訟代理人已先至第一法庭報到之情形，並非完全相同，豈可相提並論？

3. 法院於同一言詞辯論期日通常至少安排 2 件以上之訴訟案件，每件所需間隔時之長短，僅係依據案情而稍加預估而已，除排序第一件會準時開庭外，排序在後之案件幾乎不可能準時開庭，為眾所週知之普遍現象。第一法庭 A 案於該次期日開始後，原告訴訟代理人並未到場，既經承審法官請庭務員前往第二法庭確認該訴訟代理人確實還在第二法庭開庭，足認第一法庭 A 案於該次期日開始後，原告訴訟代理人並未到場，情非得已，第一法庭 A 案於原告訴訟代理人報到時既然該次期日尚未開始（由原告訴訟代理人報到後即離開前往第二法庭報到之情形推論得知），類此情形，遽認原告訴訟代理人遲誤第一法庭 A 案言詞辯論期日，欠缺正當理由，豈能謂為符合公正程序請求權法理？

4. 最高法院 30 年上字第 180 號個案判決所謂訴訟代理人於言詞辯論期日，因別一事件向他法院到場而不到場者，即非同法第 386 條第 2 款所謂因不可避之事故而不到場，衡量其時代背景，憲法意識尚未萌芽，與民國 36 年行憲後憲法

意識逐漸高漲普遍，完全不同。綜觀歷年大法官有關訴訟權保障之解釋，憲法第 16 條所謂訴訟權，係以人民於其權利受侵害時，得依正當法律程序請求法院救濟為其核心內容。民事訴訟程序之訴訟權，包括適時審判請求權、權利有效保護請求權、聽審請求權、程序上平等權及公正程序請求權。此等權利亦可稱為程序基本權²⁰。準此，上述最高法院 30 年上字第 180 號個案判決所持系爭法律見解，是否侵害憲法上保障當事人之訴訟權所導出之公正程序請求權，殊有再加研討之必要。

(四) 原告當事人甲、乙夫妻，妻乙於原審言詞辯論期日下午 2 時 40 分之當日上午 10 時 37 分生產，由其夫即當事人甲電告法院書記官並口頭聲請改期辯論而未到場，但法院認原告當事人甲、乙遲誤言詞辯論期日，非屬民事訴訟法第 386 條第 2 款規定之正當理由，仍然准許被告聲請一造辯論而為原告敗訴之判決²¹。查閱原審判決理由關於程序部分，僅套用缺席判決制式用語記載：「原告未於言詞辯論期日到場，核無民事訴訟法第 386 條所列各款情形，爰依被告之聲請，由其一造辯論而為判決。」毫無片言隻字說明如何認定原告乙以言詞辯論期日約 4 小時前生產為由聲請改期辯論，尚非不能到場之正當理由，類此判決堪認罔顧人性尊嚴，侵害憲法所保障人民訴訟權，莫此為甚！難怪上訴審法院於書面徵詢程序獲悉原告當事人甲、乙夫妻表明不同意由上訴審法院自為判決後，立即不經言詞辯論而廢棄原判決，發回更審，以維持審級制

度。其廢棄理由明確指摘：審酌一般產婦於產前需忍受陣痛及產程中需施力推擠胎兒出生，產後身心俱疲亟需休養，且自原告乙產下新生兒至該言詞辯論期日開始之時間（上午 10 時 37 分至下午 2 時 40 分），僅約 4 小時，難認原告乙之身心狀態得於生產後 4 小時內到場辯論或委託訴訟代理人到場，堪認其未於原審辯論期日到場，應有正當理由。又原告甲為原告乙之夫，亦為原告乙新生兒之父…考量產婦及新生兒均不可能自行照料生活起居及辦理住院醫療等相關事務，自需由原告甲進行照顧及代為辦理住院醫療等相關事務，且原告乙生產後至言詞辯論開始之時間僅約 4 小時，亦難認原告甲得於短短數小時內辦畢上開事務或覓得他人到庭代理訴訟，亦堪認其未於原審言詞辯論期日到場辯論，具有正當理由等語²²，充分展現維護訴訟當事人居於程序主體地位，享有程序主體權所導出之人性尊嚴及保障公正程序請求權，值得肯定與讚賞。

(五) 民事訴訟有關定期日之實務操作，如果當庭改期，而且兩造當事人或訴訟代理人均在場，絕大多數承辦法官都會詢問雙方意見，以雙方皆方便到場之期日為優先考量而諭知下次開庭日期。縱使並非當庭改期，亦會透過書記官電話詢問雙方意見後，再定雙方皆方便到場之期日，旨在尊重訴訟當事人之程序主體權，儘量避免訴訟當事人遲誤言詞辯論期日而遭受程序上

20. 沈冠伶，訴訟權保障與民事訴訟第 208~209 頁（台大法學論叢第 34 卷第 5 期）。

21. 參臺灣臺北地方法院 104 年度訴字第 3963 號民事判決。

不利益，此為眾所皆知之司法改革成效，值得讚許！

四、視為合意停止訴訟及撤回訴訟或撤回上訴的救濟程序

- (一) 遲誤言詞辯論期日之法律效果，因一造當事人遲誤或兩造當事人遲誤而有所不同。一造當事人遲誤言詞辯論期日，依民事訴訟法第 385 條第 1 項規定，法院得准許他造當事人之聲請或依職權由一造辯論而為判決。兩造當事人遲誤言詞辯論期日，依民事訴訟法第 191 條規定，可能分別情形發生視為合意停止訴訟程序以及視為撤回其訴或上訴之法律效果。不論視為合意停止訴訟程序以及視為撤回其訴或上訴，均以並無民事訴訟法第 386 條第 1 款及第 2 款之情形，為其前提要件。換言之，民事訴訟法第 386 條第 1 款及第 2 款之情形均係阻卻發生視為合意停止訴訟程序以及視為撤回其訴或上訴等法律效果之事由。
- (二) 所謂兩造遲誤言詞辯論期日，係指當事人兩造受合法通知，均無正當理由，於言詞辯論期日不到場，或到場不為辯論之情形而言。依民事訴訟法第 191 條規定視為撤回其訴或上訴時，此項撤回之效果，無待法院裁判或其他行為始發生。法院以此事實通知當事人，乃便民措施之一種，在訴訟上不生任何效果，亦非屬書記官所為之處分，當事人不得對此項通知提出異議²³。又此項通知亦非裁判，當

非屬法院之意思表示，僅係觀念通知之性質，不能視為裁定，自無許當事人對之提起抗告之餘地²⁴。當事人如認為並未遲誤言詞辯論期日，或有正當理由不到場，不生遲誤期日之效果，儘可聲請續行訴訟，必待續行訴訟之聲請經法院以裁定駁回後，始得對該駁回聲請之裁定提起抗告²⁵。

- (三) 當事人兩造遲誤言詞辯論期日者，其視為合意停止訴訟程序或視為撤回其訴或上訴者，只須兩造遲誤言詞辯論期日當然發生其效力，與筆錄有無記載視為停止訴訟程序或視為撤回其訴或上訴無關²⁶。

伍、結語

綜上所述，歷年來我國民事訴訟缺席判決實務運作現況，有關適用民事訴訟法第 386 條第 2 款規定之實務主流見解，並未詮釋該款規定之構成要件，仍然引用已經毫無判例拘束力之早期欠缺憲法意識之個案裁判見解，資為裁判之依據，不論當事人以何種情況聲請變更或延展言詞辯論期日，如無釋明可認為有不能委任訴訟代理人或複代理人到場之情形，概認非屬不可避之事故，自非民事訴訟法第 386 條第 2 款所謂因正當理由而不到場，形同恣意裁量，以致發生本文肆三部分所列舉各項是否符合憲法保障人民訴訟權所導出公正程序請求權法理、有無對人民之訴訟權增加法律所無之限制、而違背憲法第 23 條法律保留原則暨第 16 條保障人民訴訟權之意旨之爭議，值得檢討與省思！

22. 參臺灣高等法院 105 年度上字第 5 號民事判決。

23. 參臺灣高等法院 105 年度抗字第 1348 號民事裁定、103 年度抗字第 1021 號民事裁定、102 年度抗字第 527 號民事裁定、最高法院 105 年度台抗字第 347 號民事裁定、105 年度台簡抗字第 133 號民事裁定。

24. 參臺灣高等法院 97 年度抗字第 81 號民事裁定。

25. 參臺灣高等法院臺中分院 110 年度家抗字第 35 號民事裁定、最高法院 64 年度台抗字第 43 號民事裁定。

26. 參最高法院 70 年度台上字第 3904 號民事判例。

企業併購中認定受商定留用勞工之研究

一評最高法院 107 年度台上字第 1650 號民事判決

李政霖*

目錄

壹、研究問題與背景

貳、本案事實與爭點

一、本案事實與兩造主張

(一) 本案事實

(二) 兩造主張

二、本案爭點

參、判決理由

肆、評析

一、本判決之意義

二、現行商定留用權之規範

(一) 商定留用權與法定解僱原則之衝突

(二) 商定留用權之行使要件

三、商定留用權之去留

伍、本案檢討與建議

一、本案之檢討

二、結論與建議

陸、參考資料

壹、研究問題與背景

隨時代社會發展與變遷，企業為加強競爭力等原因，常以併購方式期以達加速企業成長、取得關鍵技術、跨業結合、擴大國際營運領域或達成其特定競爭策略等目的¹。於進行企業併購時往往併行事業單位組織之調整，於調整組織結構時，通常受到較大衝擊影響者即為勞工，除勞動契約之主體變動外，諸如工

資、工時及年資等諸多勞動條件均可能受有影響²。故於企業進行合併時，如何得以在促進經濟發展效率之追求與保障勞工權益間取得平衡，實有進一步省思與研究之必要。

按私人間權利義務關係，咸以私法自治與契約自由等原則作為法律關係互動之基礎準則。然在企業與勞工間往往難以預期兩造間能立於平等地位，藉由契約自由原則締結勞動契約，故應由國家透過勞動保護相關法規之制定，就勞動契約之權利義務關係進行規範³，以保障勞工權益與維護契約相對人之實質平等地位，合先敘明。企業進行併購時牽涉勞工議題眾多，其中又以勞工受僱身份之存否與勞動條件之變動，對於勞工權益影響最為直接，此乃本文欲討論之核心。我國現行法採以雇主在企業併購下擁有勞工商定留用權之立法形式，企業併購法（下稱企併法）第 16 條第 1 規定：「併購後存續公司、新設公司或受讓公司應於併購基準日 30 日前，以書面載明勞動條件通知新舊雇主商定之勞工…」將企業併購時勞工去留以及勞動條件之決定權歸於雇主單方行使，復勞動基準法（下稱勞基法）第 20 條亦於事業單位改組或轉讓時有商定留用權之規定。自該規定立法理由中可知，其目的係為便利企業進行併購，提供靈活之勞動法制，也同時為保護勞工權利故要求新雇主承認受留用勞工之年資⁴。然而是項靈活之勞動法制，提供

* 本文作者係國立臺北大學法律研究所研究生，律師高考及格。

1. 陳春山，企業併購及控股公司法實務問題，頁 3-5，新學林，2018 年三版。
2. 吳姿慧，企業併購與勞動關係存續保障的抉擇－以我國勞動基準法及企業併購法之相關規定為檢討對象，東吳法律學報，第 24 卷第 4 期，頁

101，2013 年 4 月。

3. 王澤鑑，勞工法之社會功能及勞工法學之基本任務，臺大法學論叢，第 6 卷第 2 期，頁 209-210，1977 年 6 月。

4. 立法院議案關係文書，院總第 618 號，政府提案第 8111，頁 107。

雇主在企業併購時完全不需與勞工協商，而可直接取得終止契約之權利，甚至有調整契約內容等權利，似向提升資本流動性及企業組織彈性之政策方向傾斜⁵，對於勞工權利之保障似嚴重影響，並有破壞我國法定解僱原則之疑慮⁶。

從比較法之法政策觀察，針對企業併購、轉讓或改組時用涉勞工身份與相關權益問題，相較於我國，有論者指出德國民法第 613 條之 a 設有廠場轉讓時勞動關係必須要隨同移轉之規定⁷，可見德國之企業進行併購、轉讓或改組時，勞動契約會自動移轉至新雇主與勞工間，就勞工受僱身份之保障似較我國而言或較為周全，或可為我國制度修正之潛在選項。復勞委會（現勞動部）曾於 2010 年 1 月 11 日參酌德國法提出修正草案，擬將勞基法第 20 條第 1 項修正如次：「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或轉讓情事時，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移轉時，不在此限。」惟該修正草案並未通過。從法政策角度而言，採取何種方式或為立法者權衡經濟發展與勞工保護後之價值判斷，應予尊重。在現行法下，多以新舊雇主明示作為是否留用之形式認定，但可見有企業在併購前先不予留用勞工，於企業併購後再重新聘僱同名勞工於相同工作職位⁸，抑或不明示留用勞工，但實質上各勞工皆留在原單位工作等權利濫行之情事⁹，藉以規避現行法下需承認勞工在併購前於消滅公司、讓與公司或被分割公司工作年資之規定。此年資承認之重要性涉關資遣費計算、特休假之天數計算、公

司內部相關福利之差異，以及舊制勞退計算等問題，對於勞工權益保障影響甚鉅，是就勞工是否已為商定留用之認定，似不應僅形式判斷，而有進一步研究之必要。

綜上，有鑒於企業併購勞工相關問題牽涉甚廣，而勞工是否受留用之認定為開展後續討論之重要前提，本文討論爭點擬限縮在勞工是否受有留用之認定。是本文擬以最高法院 107 年度台上字第 1650 號民事判決出發，首先探討商定留用權於現行勞動法體系下的體系衝突問題，再就勞基法與企併法商定留用權之行使要件為分析，並據此就受商定留用勞工之認定提出建議，最後試將之套用在本文評釋案件事實中。期可藉本文供未來實務或學理，在判斷勞工是否確受商定留用時之參考，以免企業假企業併購之名，任意規避勞基法及企併法對於勞工之保障，於追求經濟發展效率的同時，可有更完善之制度配套以兼顧勞工權益之保護。

貳、本案事實與爭點

一、本案事實與兩造主張

（一）本案事實

被上訴人（下稱勞工）自民國 90 年 3 月 22 日起受僱於訴外人保誠人壽保險股份有限公司（下稱保誠公司），從事保險業務推展工作，上訴人（中國人壽保險股份有限公司，下稱中壽公司）於 98 年 2 月 20 日併購保誠公司台灣主要資產與營運業務。復於 98 年 6 月 18 日時，保誠公司與勞工簽訂「同意終止契約協議書」，並給付勞工離職金。該協議內容係以「勞工須再接受中壽公司僱用」為領取離職金之前提，此事時已由第一

5. 黃國昌，併購風潮下勞工權益保障之問題點，台灣本土法學雜誌，第 77 期，頁 204，2005 年 12 月。

6. 焦興鎔等，勞動基準法釋義—施行二十週年之回顧與展望，頁 230，新學林，2009 年。

7. 吳姿慧，同註 2，頁 101。

8. 最高法院 107 年度台上字第 1650 號民事判決。

9. 最高法院 104 年度台上字第 2368 號民事判決。

審臺中地方法院 103 年勞訴字第 114 號民事判決所確認，合先敘明。此後勞工於 98 年 6 月 20 日與中壽公司簽訂勞動契約。

103 年 4 月 10 日中壽公司通知本件勞工，以其未通過「業務承攬手冊」之承攬業務人員業績評量表為由，預告於 103 年 4 月 24 日起終止與原告間之勞動關係。勞工遂提起本件訴訟，請求確認僱傭關係存在，並備位請求資遣費等相關金額。

（二）兩造主張

被上訴人主張（勞工）：

自民國 90 年 3 月 22 日起受僱於訴外人保誠公司，從事保險業務推展工作，上訴人於 98 年 2 月 20 日收購保誠公司，並留用伊，詎上訴人以伊未通過承攬業務人員業績評量為由，於 103 年 4 月 10 日預告於同年 4 月 24 日片面終止兩造間勞動關係，自不合法，伊非自願離職。據此，中壽公司須給付資遣費，其年資之計算按勞基法第 20 條之規定，應包含於保誠公司任職期間之年資併同計算。

上訴人主張（中壽公司）：

兩造間簽訂之業務人員承攬契約書（下稱系爭業務人員契約），性質為承攬契約，被上訴人如何從事保險招攬行為可自行安排，非受伊之指揮監督，不具從屬性，自無勞基法及相關勞動法令之適用。伊以被上訴人業績未達標準為由終止系爭業務人員契約，被上訴人亦簽署業務員終止契約申請書，而合意終止契約。縱認兩造間成立勞動契約，然伊並非收購保誠公司，且保誠公司亦已結清相關費用予被上訴人，並無勞基法第 20 條合併計算年資之適用。

二、本案爭點

本案最重要之爭點在於，該勞工是否為

中壽公司與保誠公司於企業併購後所商定留用之勞工？又中壽公司計算資遣費時，其年資是否應與勞工於保誠公司任職時所累計之年資合併計算？勞工於保誠公司所領之資遣費，對於中壽公司應給付資遣費之計算有何影響？

此外，本件另涉及保險業務員是否為勞基法所指勞動契約關係，以及解僱是否合法等爭議，惟本文著重於企併法與勞基法中，新舊雇主商定留用勞工問題，即勞工是否已受留用之爭議，本案其餘爭議不在本文討論範圍之內，合先敘明。

參、判決理由

按公司進行併購，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，並依勞基法第 16 條規定期間預告終止或支付預告期間工資，再依同法規定發給勞工退休金或資遣費；事業單位改組或轉讓時，除新舊雇主商定留用之勞工外，其餘勞工應依第 16 條規定期間預告終止契約，並應依第 17 條規定發給勞工資遣費。其留用勞工之工作年資，應由新雇主繼續予以承認，企併法第 17 條、第 20 條訂有明文。查被上訴人與保誠公司於 98 年 6 月 18 日簽訂同意終止契約協議書，並領有離職金，被上訴人復於同年 6 月 20 日重新與上訴人簽訂業務主管定期契約及業務人員承攬契約，而上訴人與保誠公司營業承買合約亦約定原在職人員所應付資遣費及預告期間薪資應由保誠公司給付，被上訴人自保誠公司領取之離職金具資遣費性質，亦為原審所確定之事實，則本件是否仍有勞基法第 20 條應予合併計算年資之適用？亦值審究。

肆、評析

一、本判決之意義

本案特別凸顯現行法下企業併購時，勞基法與企併法賦予新舊雇主之商定留用權，將勞工去留之決定權利偏向雇主一方，對於勞工之保護甚為不足之問題。自本件事實中可見被併購公司在發給勞工資遣費用前，使勞工需與其簽訂內容為「勞工須接受中壽公司僱用」之協議，始得領取資遣費用。此一行為之目的顯現企業併購時，勞工亦為企業利益衡量之重要考量之一，尤其本案涉及保險公司之併購，其保險業務之推動與保險業務員息息相關，故有此協議。有論者更指出，對一個成功的企業而言，股東與員工兩者缺一不可，甚至後者之重要性有凌駕前者之勢，足見勞工於企業之重要性¹⁰。然而，本案雇主卻假資遣勞工之名，以規避現行法下留用勞工後須承認勞工於消滅公司所累積之年資，對於勞工而言甚為不利。值此之由，檢視企併法就商定留用權之行使要件，與被留用勞工之認定等問題存在一定必要性。

上開問題可自企併法第 16 條第 1 項規定：「…以書面載明勞動條件通知新舊雇主商定留用之勞工。」之法文文義觀察，其是否指商定留用權行使之意思表示，係以受書面明示之通知，作為勞工受留用之特別成立要件？有待釐清。按私法關係所為之法律行為往往以契約自由原則作為核心價值，僅在契約當事人間有一方明顯處於劣勢之情形下，始有干涉契約自由原則之正當性。於勞資關係中因地位不對等，故須透過勞基法等勞工保護法規加以衡平雙方關係，以保障勞工之權益。而企併法第 16 條規定尚有保障

勞工年資延續之目的，故倘僅形式認定是否受留用，而將該書面規定解釋為係對於契約締約方式自由之限制，所產生之效果卻反使地位弱勢一方之勞工產生不利影響，是項限制即無正當性可言。此外，參酌企併法立法理由後，並無就「書面」之規定有進一步之說明，因此有必要透過企併法知整體立法意旨與目的，重新檢視該項規定之解釋與適用，用以認定受留用勞工之身份，俾利符合法律所追求之公平與正義，於後詳述之。

二、現行商定留用權之規範

（一）商定留用權與法定解僱原則之衝突

勞動契約之終止，本於契約自由原則應係勞雇雙方自由行使，惟考量勞動契約往往涉及勞工權益保護與整體社會安全等因素，故而有限制雇主終止勞動契約權利之必要¹¹。是勞動契約之終止限於勞基法第 11 條與第 12 條規定各款事由，並將之分為「須經預告」與「不經預告」而各異其終止之要件¹²，謂為法定解僱原則。此外，第 11 條與第 12 條各款間，並有發展出各自解釋適用之原則，如解僱最後手段性原則¹³，以及用以檢視第 11 條第 2 款及第 5 款之雇用期待可能性¹⁴等皆屬之。是「商定留用權」既賦予新舊雇主間可單方決定勞動契約之繼續與終止，勢必應先檢視其於法定解僱原則體系下之定位。詳言之，現行法下商定留用權之規範，分別規定於勞基法第 20 條與企併法第 17 條中，其皆規定雇主得終止未受留用勞工之勞動契約，並應依勞基法第 16 條規定為預告。職此，此規範是否另為第 11 條之特別規定？又有無受到第 11 條各款發展出之

10. 劉連煜，現代公司法，頁 635，元照，2019 年 14 版。

11. 焦興鎔等，同註 6，頁 230。

12. 郭玲惠，勞動契約法論，頁 207，三民，2011 年。

13. 林更盛，解僱之最後手段性—評臺北地院 86 年度勞訴字第 54 號、臺灣士林地方法院 87 年度台上字第 20 號、最高法院 83 年度台上字第

2767 號判決，勞動法案例研究（一），頁 259-279，五南，2018 年；黃朝琮，解僱最後手段原則—法院當前之主流見解與判斷標準，收錄於臺北大學法律學院勞動法研究中心主編之當前勞動法與企業實務之對話，頁 142，元照，2021 年；最高法院 96 年度台上字第 2630 號民事判決。

14. 吳姿慧，同註 2，頁 103。

原理原則所限制？有再行釐清之必要。

企併法第 2 規定：「公司之併購依本法之規定；本法未規定者，依…勞動基準法…之規定。」故公司併購時之勞工保護問題，企併法為勞基法之特別法，應優先適用¹⁵。然而較有疑義者乃勞基法第 20 條之規定，論者指出該條規定與同法第 11 條間有體系上之爭議，蓋第 11 條規定：「…非左列情形之一者，雇主不得預告終止…」之規定，然而第 20 條卻又規定：「…除新舊雇主商定留用之勞工外，其餘勞工應…終止契約…」就此，學理上有認為第 20 條非在重申第 11 條第 1 款已規定之轉讓得為終止事由，而在強調事業單位轉讓時新舊雇主必須同時履行之義務，相較於同列於第 11 條第 1 款之歇業，在轉讓時新雇主須負承認勞工年資之義務，第 20 條前段似屬直贅文¹⁶。果若採取此解，倘依第 20 條行使商定留用權而終止勞動契約時，似有受第 11 各款所發展出之原理原則影響之可能。

就此問題，實務上有法院見解指出：「按企併法第 17 條規定…如解為新舊事業享有片面商定留用權，將破壞解僱原因法定原則，且此商定留任權仍屬資遣解僱型態之一，自應參酌勞基法第 11 條關於賦予雇主終止勞動契約權限規定，及民法權利濫用法理¹⁷。」該判決並進一步論及，就該案事實內容而論，雇主行使商定留用權時，尚應受勞基法第 11 條第 4 款規定：「業務性質變更，有減少勞工之必要，又無適當工作可供安置時」之限制。換言之，本案法院認為，在行使商定留用權時，應進一步考量原雇主法人是否有公

司法明定關係企業之他法人存在，又他法人處有無適當工作可供安置之情形亦應併予考慮，而非指勞動契約可單以新舊雇主之商定留用權而予以終止。對此，本文以為自企併法商定留用權之規範目的與體系解釋以觀，宜採否定見解，理由有三：首先，按企併法商定留用權規範之立法意旨可知，給予新舊雇主終止勞動契約之目的在於便利企業進行併購，故而提供靈活之勞動法制¹⁸；再則，若採該判決之見解，將使企業併購活動無法視實際需求，而汰除併購後導致相同工作有重複人力，致使併購所追求綜效之目的不達，進一步減少企業進行併購活動之意願，對整體經濟並無助益¹⁹；末按企併法第 2 條規定可知，企併法乃勞基法之特別規定，按特別法優於普通法之法理，該判決所採之見解應不可採，有逾越法文文義之嫌。是企併法商定留用權之規定，應為勞基法終止契約事由之特別規定，且為獨立之終止事由。

而勞基法第 20 條之商定留用權是否應為相同解釋？本文採肯定見解。蓋自勞基法第 20 條規定之立法歷程可知，本條規定乃參照已廢止之廠礦工人受雇解雇辦法第 5 條所訂，但詳細理由已無可考²⁰。而學理上有論者指出勞基法第 20 條，旨在保障勞工權益使勞工前後之工作年資可予合併²¹。又多數實務已承認勞基法第 20 條係獨立終止契約事由，且勞基法第 20 條與企併法第 17 條於事實上相互呼應²²，從法規範目的以觀，或應作相同解釋為宜。另有論者指出解僱勞工原則上以雇主限於經濟窘迫，並有「解僱最後手段原則」之拘束，但若為企業因併購

15. 楊岳平，重省企業併購時商定留用權之規範—兼評臺灣勞動基準法最新修正草案，月旦民法雜誌，第 32 期，頁 111，2011 年 6 月。
16. 郭玲惠，企業併購中勞工權益之保障—以個別勞動關係為核心，臺大法律學論叢，第 57 期，頁 55-57，2005 年 12 月。
17. 最高法院 109 年度台上字第 1396 號民事判決。
18. 立法院議案關係文書，院總第 618 號，政府提案第 8111，頁 107。

19. 陳正和，企業併購法之商定留用權—最高法院 109 年度台上字第 1396 號判決評析，月旦會計實務研究，第 49 期，頁 100，2022 年 1 月。
20. 立法院議案關係文書，院總第 1121 號，政府提案第 2126 之 2，頁 102。
21. 郭玲惠，同註 16，頁 54。
22. 郭玲惠，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，第 291 期，頁 19，2003 年 12 月。

之情事，則因「商定留用權」之特別規定而無受前開限制之拘束²³。然而，須注意者係，商定留用權適用之前提乃「事業單位之改組與轉讓」，是按勞動部前身之行政院勞工委員會（77）台勞資二字第 12992 號函謂：「勞基法第 20 條所稱『事業單位改組或轉讓』，係指事業單位依公司法之規定變更其組織型態，或其所有權（所有資產、設備）因移轉而消滅其原有之法人人格；或獨資或合夥事業單位之負責人變更而言。」按此見解，倘僅單純之事業單位易主，如事業單位只有負責人之變更，有無如企業併購追求之積極經濟綜效之目的而作為法定解僱原則之例外？似有疑義。故本文以為勞基法第 20 條與企併法原則上應為同解，然仍應就整體事實，判斷是否有企業併購所追求之經濟目的，倘於單純負責人轉換之轉讓或改組之情事，鑑於保障勞工權益之目的，似應有勞基法第 11 條與第 12 條規定各款之法定終止事由，始可終止契約，而無商定留用權適用之餘地。

綜上，企併法與勞基法中所規定之商定留用權，應解為勞基法法定解僱原則之特別規定為宜，俾利企業併購之便利與經濟綜效追求等目的之達成。然而就勞基法第 20 條中有關轉讓或改組之情事，宜注意是否有事業單位合併以追求企業併購經濟目的之情事，倘僅為單純之負責人變更等情，勞動契約之終止仍應回歸勞基法法定解僱原則處理，以保障經濟弱勢之勞工。

（二）商定留用權之行使要件

本文擬透過檢視勞基法與企併法商定留用權行使之成立要件，作為判斷勞工是否已

確受留用，俾利年資累積之計算，下分述之：

1. 勞基法第 20 條

勞基法第 20 條之規定提供新舊雇主單方面終止勞動契約之權利，是商定留用乃法定解僱原則之例外，對於勞工之權益影響甚鉅，若非事業單位之改組或轉讓，即無勞基法第 20 條規定所稱是否商定留用之適用，合先敘明²⁴。按事業單位作為商定留用權發動之主體，除企併法所指之股份有限公司外，諸如無限公司、有限公司與兩合公司，以致獨資合夥等事業單位等其他事業單位類型皆有包含於其中，應適用勞基法之規範而無企併法之適用²⁵。

又「事業單位改組或轉讓」之所指，現行實務之認定標準似同前述行政院勞工委員會（77）台勞資二字第 12992 號函之見解，並認為僅在原有法人格消滅或負責人變更時始有適用²⁶。有論者據此指出倘對於勞基法第 20 條之「事業單位改組或轉讓」作如此之解釋，過於固步自封，難以跟上企業之變革²⁷。因而，有論者以事業單位辦理營業讓與為例，其指出公司雖將其全部營業或財產出售，但事實上未必皆有辦理解散清算程序而使公司法人格消滅，故如設定必須消滅原有法人格之條件，將使公司員工無法適用勞基法第 20 條所規定之保障²⁸。復亦有論者指出勞基法第 20 條規定不應限於法人格消滅，而應解釋為企業組織改變，並對於勞工產生實質影響時即有適用²⁹。本文支持此一見解，而應再強調者係，改組與變更係以達到企業併購之經濟綜效為限，始有適用商定留用權為宜。

23. 李之聖，企併商定留用全的第三條路：從公司社會責任「分享利潤」出發，全國律師，第 8 期，頁 55，2002 年 8 月。

24. 臺灣高等法院 104 年度勞上易字第 116 號民事判決。

25. 楊岳平，同註 15，頁 130-131。

26. 最高法院 99 年度台上字第 2205 號判決；最高法院 95 年度台上字第 1496 號判決；最高法院 93 年度台上字第 331 號民事裁判；最高法院 84 年度台上字第 997 號判決；臺灣高等法院 107 年度勞上字第 75 號

民事判決；臺灣高等法院臺中分院 106 年度重勞上字第 7 號民事判決。

27. 陳建文，勞動基準法第二十條之研究，政大法學評論，第 74 期，頁 310-312，2003 年 6 月。

28. 王志誠，企業併購法制之基礎構造，國立中正大學法學集刊，第 4 期，頁 124-125，2001 年 4 月。

29. 吳姿慧，同註 2，頁 101。

而針對商定留用勞工之成立要件，本條並無特別規定，亦無如企併法有於併購基準日前 30 天通知勞工之要求，故勞工是否受留用應實質認定，無論明示與默示之形式皆屬適法。

2. 企業併購法第 16 條第 1 項

企併法第 16 條第 1 項規定³⁰所指之公司，按同法第 4 條第 1 款規定指依公司法設立之股份有限公司為限。又於同條第 2 款規定，併購係指公司之合併、收購及分割等情事。而企業之併購活動類型除合併收購與分割外尚有股份轉換，即指公司經股東會決議，讓予全部已發行股分予他公司，以繳足公司股東承購他公司所發行之新股或發起設立所需之股款之行為³¹。對此，有論者指出，企併法第 17 條所指之併購，原則上指合併、營業或財產收購、分割之情形，而不及於股份收購之情形³²。

較有疑問者在於，條文規定有「以書面載明勞動條件通知新舊雇主商定留用之勞工」，該書面通知是否指商定留用權之行使，係以明示之書面通知為商定留用權之特別成立要件？頗值研究。以本文所論及之最高法院 107 年度台上字第 1650 號民事判決為例，即由舊雇主與勞工以協議書約定領取資遣費後，須再與併購公司訂立勞動契約，用以規避勞基法與企併法關於年資延續認列之規定，而達實質留用之目的。本件法院便以勞資雙方已簽訂終止勞動契約協議書為由，認定該勞工非受商定留用之勞工。自此即可見認定勞工是否受留用之重要性，究以法定形式要件認定之？抑或可實質認定？關乎勞工重要權益之保障。是企併法第 16 條第 1 項

規定宜藉法律解釋，釐清該書面明示是否為商定留用權之特別成立要件，作為判斷勞工是否已確受留用，以維護其受僱身份與年資之累積。

就此，為保障勞工之權益並避免雇主恣意濫用商定留用權，本文以為企併法所指商定留用權之行使不以書面明示為限，而其「書面記載勞動條件通知」之所指，應僅係「勞動條件」須以書面記載並通知勞工，倘未有書面之記載，除須承認勞工於被併購公司時之年資外，就其原勞動條件應予維持。相關理由，茲分述如下：

首先，對於契約自由原則之限制，係為因應在社會上與經濟上地位產生不對等之情形時，國家會以管制及干預手段，使社會生活資源得到合理分配，謂為契約正義，其管制方式包含締約過程管制與契約內容管制³³。關於以書面要式為特別成立要件之限制係屬前者，即對締約方式之限制。對此，論者指出就契約自由作限制，意涵著對自由經濟市場之干預，必然引起市場不正常反應，而有一定之副作用，應予注意³⁴。按企併法第 16 條之立法意旨，係為保障勞工權益而有年資承認之規定，故若將雇主留用之意思表示，解釋作係以「書面」為要式之特別成立要件，倘發生如雇主僅以口頭方式留用；或未有留用之意思表示卻持續接受勞務給付而無反對之意思；抑或是明示不留用卻隨即與勞工簽訂勞動契約等情形時，其實質上本具有留用之意，卻因法規之強制規定而產生對於勞工不利之結果，實有悖於企併法第 16 條保護勞工之立法意旨，如此即對締約方式之限制失其正當性。故留用之意思表示，應

30. 企併法第 16 條第 1 項規定：「併購後存續公司、新設公司或受讓公司應於併購基準日 30 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 10 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。」

31. 陳春山，同註 1，頁 12。

32. 焦興鏞等，同註 6，頁 229；楊岳平，同註 15，頁 111-112。

33. 陳聰富，民法總則，頁 171-175，元照，2016 年 2 版。

34. 同前註 33，頁 175。

認不以書面明示為其特別成立要件。

再者，企併法與勞基法規定之商定留用權相同，不僅將是否留用勞工之決定權交予新舊公司，更將未來勞動條件之決定權委由新舊公司決定³⁵。從目的解釋以觀，企併法第 16 條規定「以書面載明勞動條件」為通知之目的在於，勞動條件變更權既已交由新雇主單方決定，為免勞工對未來充滿不確定感，而長期處於不安情境中，從而影響勞資各自權益，新雇主應有義務將未來相關勞動條件之內容告知勞工，或與勞工協商同意後簽訂新約，以穩固勞雇關係³⁶。倘留用權之行使，係以「書面」為其特別成立要件，使雇主易於規避法律規定，如有前述情形之發生，使勞工權益受有損害，即有悖於企併法第 16 條保障勞工之意旨。因此，企併法第 16 條所指之「書面」係指勞動條件之調整應以書面載明，倘未以書面載明，即應認新雇主須承認勞工原有勞動條件。如此解釋始合於該規定保障勞工權益之目的，與透過書面要式行為調整雙方當事人之締約自由所欲追求之契約正義，以衡平勞資間權力分配不對等之法律關係。據此，企併法中商定留用權之行使，其留用之意思表示不以書面為限，應實質認定不可流於形式，故包含明示與默示之意思表示方式。

再從實務見解之現況觀察，前開實質認定勞工是否受留用之見解，亦可見有實務見解採之，其中以最高法院 104 年度台上字第 2368 號民事判決最具代表性，其謂：「所謂『新舊雇主商定留用之員工』，不僅指經新舊雇主以口頭或書面明示留用之員工，如依新舊雇主之舉動或其他情事，足以間接推知留用之默示意思者，亦包括在內。」此見解亦復為諸多法院判決所援引參酌³⁷。對此，本文亦採肯定態度。

綜上，本文以為企併法上商定留用權之行使，不以書面明示意思表示為限，且包含有默示之意思表示，並應就勞資關係之整體觀察，以實質認定是否有留用之情事。

3. 小結

勞基法第 20 條與企併法第 16 條所規定之商定留用權，在形式上之行使主體與前提要件上各有所異。又相較於勞基法之規定，企併法有於併購基準日 30 天前通知受留用勞工之特別規定，應行注意。而就商定留用權行使本身，本文以為應作相同解釋為宜，亦即以整體事實為觀察而實質認定勞工是否受留用，並不以書面明示之留用為限。而企併法第 16 條第 1 項規定之「書面記載勞動條件」，係指新雇主欲為勞動條件之變更者而言，倘若未以書面記載勞動條件，則應與承認受留用勞工於被併購公司年資一般，延續其原有勞動條件。

三、商定留用權之去留

據上述可見，企併法與勞基法規定之商定留用權，乃事業單位單方發動決定勞工去留之權利，而不需與勞工為協商即可為之。如此規定雖係為便利企業進行併購，而提供之靈活勞動法制³⁸，然亦可見事業單位在為企業併購時，有權直接決定是否終止契約，而往提升資本流動性及企業組織彈性之政策方向傾斜³⁹。我國勞動主管機關曾參考德國民法第 603 條之 a 規定，提出修正草案欲為調整。該規定原則上以新事業均需繼受舊事業之勞動契約，僅在勞工不同意留用時方無需繼受。此次修正草案因當時勞委會（現今之勞動部）非屬企併法之主管機關，故對於企併法並無

35. 黃國昌，同註 5，頁 204；吳姿慧，同註 2，頁 116。

36. 行政院勞工委員會（89）台勞資二字第 0012049 號函。

37. 臺灣高等法院 109 年度重勞上字第 30 號民事判決；臺灣高等法院 107 年度勞上易字第 129 號民事判決。

38. 立法院議案關係文書，院總第六一八號，頁 106。

39. 黃國昌，同註 5，頁 204。

提出相應之草案，僅能建議經濟部為相同之處理。然而此次修正案最後未能通過，故現行勞基法與企併法仍保有事業單位於企業併購時，決定勞工去留之商定留用權⁴⁰。

企業併購確實是公司成長之重要方式⁴¹，然而在追求經濟與產業發展同時，將勞動契約終止與否之權利，全數交由企業主所決定，在無其他配套措施之保護，且勞資地位本就不對等的情形下，對於勞動權益保護將產生極大影響。針對商定留用權之去留，目前尚無統一見解，有認為商定留用權仍對勞工有一定風險分散功能，而非全然無益於勞工⁴²。亦有認為我國可參德國見解，賦予勞工對於勞動條件之異議權，以保障勞動條件與避免雇主藉機解僱勞工⁴³。本文以為我國採取之商定留用權確有修正與檢討必要，倘若立法者仍認為應給予雇主如此大之權利，用以追求企業併購所帶來之經濟效益，勢必須提出相應配套措施為宜。如上述學者所指之異議權便極具參考價值，其他例如要求與勞工代表、工會或勞資會議就勞動條件進行協商等，亦值得在未來進一步討論與研究。

伍、本案檢討與建議

一、本案之檢討

本案勞工在中壽公司（即新雇主）於98年2月20日併購保誠公司（即舊雇主）之台灣主要資產與營運業務後，於98年6月18日時，與舊雇主簽訂內容為「勞工需接受中壽公司僱用為前提」協議始得領取資遣費用。復於98年6月20日與中壽公司簽訂勞

動契約。

對此，中壽公司與保誠公司雖未對勞工以書面明示留用之意思表示，但中壽公司於併購保誠公司後，便持續接受勞工給付之相同性質之勞務，應可認其以默示之意思表示留用勞工，故其年資應合併計算。至勞工與保誠公司所簽之協議，因係為規避企業併購法對於勞工年資累積計算之規定，故違反法律之強行規定而無效，民法第71條規定訂有明文。而保誠公司所給付之資遣費亦因此而可認屬不當得利，此不當得利之請求權應由企業併購法第35條第12項準用同法第25條，由既存公司（即中壽公司）取得被分割公司（即保誠公司）之權利義務，故中壽公司得再向勞工請求不當得利之返還。

二、結論與建議

現行商定留用權所產生之爭議問題中，勞工是否受留用之認定為開展後續討論之重要前提。蓋在現行法規範下，多可見假不留用勞工之名，而藉以規避承認勞工年資延續規範之情事發生，是本文以為應以實質認定勞工是否受留用為宜。

此外，現行法下企業藉由商定留用權之行使，擁有可單方終止勞動契約，更同時就勞工勞動條件之變更有決定權。基於經濟效益追求之目的，固屬立法形成之自由，本文予以尊重。然此規定確實對於勞工權益之保障有重大之影響，不可不慎，實應在未來有相關配套規定，俾在追求經濟效益之同時，得以兼顧勞工權益之保障。

40. 楊岳平，同註15，頁112-113。

41. 劉連煜，同註10，頁161-162。

42. 李承陶，論企業併購之勞工權益保護—以商定留用權的存廢為核心，司法新聲，第106期，頁51-53，2013年4月。

43. 郭玲惠，同註16，頁57。