九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

企業の移転と被傭者の地位

田村，茂夫

https://doi.org/10.15017/1363

出版情報：法政研究. 26 (1), pp.61-80, 1959-07-20. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

企業の移転と被傭者の地位

田村茂夫

はしがき
一、企業における人的基礎
二、営業譲渡について
三、会社合併における疑問
むすび

はしがき

多数の企業が併存し、その覇を競う経済界では、様々な目的・方策による企業の吸収・合同が行われる。(一)それは、資本主義経済社会の、優勝劣敗の実相であり、不可避なものである。

商法は、これらの現象を自明なものとして把え、その過程を、合理的なものたらしめんとする意図を保有するのであり、然して その社会的・国策的統制・規制は、最早、法の対象以上のものである。

企業主体の法的変動が、企業の所謂「人的基礎」たる労務者・労働者に、如何なる影響を与へるは、商法・労働法二法域に亘り難問を提起する。

企業所有者・経営者にとっては、企業の収益力から視て、労働力を、如何に企業へ適切に配置するかは、企業の存立維持のための、主要問題であり、近時の労働問題は、企業の転換までも左右するから、主たる関心事であろう。

他方、労務者にとっては、職場の確保、労働条件の維持が、一時も放置できない、最大問題である。それ故、二つの動機をめぐって、商法上の原則と、労働法の目的が、一見、交錯且対立する様相を呈して居る。(二) 大企業にあっては、法的問題は、第二次的考慮の下におかれ、専ら政治的解決で、落着することが多いらしい。だが利害対立が尖鋭化するとき、法的処理の態度如何が、決定的なものとなるが故に、充分な配慮を必要とする。(三) 而し、本稿は、多くの労働法理論の、よってたつ前提の素材を瞥見しながら、従来の、商法＝企業法が、(四) これに対して、如何なる態度を保持しているかを鳥瞰するに過ぎないものである。いわば商法自体の限界性の認識の手懸りを求めようとしたのであり、労働法学「以前」の問題であるに過ぎない。

(一) 会社の合併、営業の譲渡、経営の賃貸借、買収行為などを包括するものとして「企業の移転」なる語を使用した。Unternehmenveräusserung, Inhaberwechsel などの用語については、H. Hubmann, Das Recht am Unternehmen, ZHR Bd. 117., 1955, S. 41 ff.; K-H Capelle, Handelsrecht, 1955, S. 28 参照、なお Betriebsinhaberwechsel, Betriebsnachfolge について F. Brecher, Das Untetrnehmen als Rechtsgegenstand-Rechtstheoretische Grundlegung. 1953; D. Grell, Der Betriebsinhaberwechsel zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Arbeitsverhältnis und Betrieb, 1957 参照。

(二) 牛尾―棒―山下「債権法概説」二三三頁「労働法と商法の交錯する難問」であるとする。

(三) 〔文献〕末弘厳太郎「技術の貧困」民法雑記帳（上巻）七九頁以下、石井照久「船員法をめぐる若干の問題」海法雑誌復刊一号一四九頁以下、同「営業の譲渡と労働契約」（株式会社の法理論と実際所収）三六一頁以下、玉置保「営業の自由と不当労働行為」民商三三巻二号三一頁以下。村井藤十郎「営業譲渡と債務の移転」同志社論叢五〇号（記念論文集）五五三頁以下。

(四) 近時、企業内における労務の位置を強調する立場から、或いは商法＝企業法の故に労力の法的考察を必要とする諸説がある。例えば「労務が企業の構成要素であるかぎりいくら労務が商法の規定から離れて……他の系列に移されたとしても……労務を

商法学の研究のラチ外におくのは正しくない」村井「商法における労務の位置」名城法学七巻四号、「企業は不定量の利潤獲得の目的をもって資本と労力とを投ずることであるから商的企業を中心的対象とする商法においても労力の法的考察は欠くことができない……雇用関係のある部分例へば〔営業譲渡もしくは合併の場合における取扱〕は企業法の立場からも取り扱われる必要があることを看過してはならない……商法典中に存置すべきであり、また商法学の中で研究すべきものである」田中誠二「商法総論」二二七頁、同「海商法」一三五頁、しかし、今後の企業法論の課題であって、現在の具体的な解釈は明らかでない。

一、

オッピコーファーは、その「企業法論」で、新「従物」概念を歴史的に展開し、従物の観念中に、賃借権と並んで、労働契約上の債権関係の包含せられんとする現象のあることを(一)「労働契約は企業への結びつきを、より必要とする法律関係である。近代法はかかる要求を、企業組織の非人格化に応じ、労働関係の非人化への方向へ前進するに従い、逡巡しながらも承認して来た。フランスの判例は既に以前から、譲渡人の人格を顧慮することなく締結されて居る債権関係のように、企業の譲受人は、譲渡人と被傭者間に存した契約関係に拘束されることの可能性を認めた。(二)ドイツ法は従来疑わしい im Zweifel 場合には、労務請求権すら譲渡し得ないものとなした。雇傭主の全法的地位については勿論である」と指摘して居る。勿論オッピコーファーの言う、被傭者の企業への結びつきも全人格的なものではあり得ず、彼の Rahmenbegriff は、企業を構成する各要素を、当該企業中に占める作用・企業における目的関係によって一面的に拘束を受けるに止まるものであり、譲渡の対象・譲渡性あるものは何か、の問に対しては、人的要素と非人的要素を分離し、譲渡の対象を後者に限るとするのであって、譲渡処分説の学派に属するものであろう。(三)

凡そ企業論と営業譲渡論とは不可分な関係にあるのであり、前者は後者の法的解明のために登場したのである。(四) 二十世紀初頭の企業論は、多く十九世紀ドイツ国民経済学の企業概念からの借用であり、経済学の発展は、法律概念の構成に作用を及ぼし、未だ、未完成の法概念であって、尨大な文献にも拘らず、ユリウス・フオン・ギールケの言葉を借りれば Wortschwall であるばかりである。ギールケによって諸学説における人的構成要素の評価を抽出するならば、(五)

(イ) 企業を経済学の「生産手段の組織」とする概念規定から取り出して「生産手段の組織並びに確保された販売機会」Organisation von Produktionsmitteln und gesicherte Absatzgelegenheit とするピスコ、「その構成要素と物・権利からなる従物との精神的組織」geistige Organisation "mit Bestandteilen und Zubehör von Sachen und Rechten なりとするミュラー・エルツバッハの諸説は、明らかに企業主、使用人、労働者の結合した人的団体を全く看過している。

(ロ) 特別財産 Sondervermögen 無体財産 tätsachliches Immaterialgurt 無体財産権 Recht an einem Immaterialgut 高次の統一財産 Einheitsgut höherer Ordnung なども被綻を免れない。これらは、弱点を外にしても、一面的であり、Betriebsgemeinschaft としての人的団体は、その位置を見つけることが出来ないし、経営活動は評価されていない。

(ハ) E・ヤヨコビをはじめとする労働法の文献に、経済学の「生産手段と労働力の組織」から「財貨と人的な結合」Vereigung von Güter und Person とする定義がある。(六) しかしながら、法律概念としての企業の譲渡・賃貸借などに適応しないうらみがある。(七)

簡単な指摘からでも明らかな様に、従来の多くの学説が、企業の財産法的側面、特に、個別的法規の解釈に寄することに急であって人的側面、特に商業使用人・労働者の企業への結びつきを見落して居る。それ故、営業譲渡に関す

る論及も〔財産譲渡説・組織譲渡説・営業有機体譲渡説〕、企業の物権化を主張する派を除けば、雇傭関係について触れるものがない。唯以上の諸説が、営業を処分し得るものでありとする前提より、まず譲渡し得る営業の意義を定めるにあるのだから、処分の対象に雇傭関係が含まれるか否かは、営業の構成要素の一つとして問題になるに過ぎないことに注意しなければならない。(八)

最後の手懸りを、経営主地位交替説に聞こう。升本教授は「企業者を中心とし、之と雇傭関係によりて繋がる高級下級の使用人乃至は労働者を一団とする人的組織存し、他面店舗、工場設備乃至は商標、商号、特許権を中心とする有形無形の物的又は非人的組織存し、両者の融合体即ち企業たるの関係にあるものなれば、企業者たるの地位を完全に譲渡せんが為には、その主体としてこれら組織又は組織構成分子との間に存する一切の事実上及法律上の関係を其儘譲受人とこれら組織又は組織構成分子との間の関係に移すのを原則としまた之を理想とせねばならぬ」(九)ないとされる。「営業の人的及び物的組織をそのまま移転する」とする構図は、労働法的判断に、多くの助言を与へるが如くに見える。(一〇)だが、地位交替説も、その動的有機体の企業を、一体として移転することを各構成要素の実態に照して、あくまで原則・理想とすることが、その限界であって、財貨及人的なものを含む企業そのものの包括的承継を承認するものではなく、且そこに至り得ないものである。右の鳥瞰を通して、明らかなことは、あくまで財産法たらんとする商法＝企業法の限界内では、商業使用人、労働者の精神的な労力もたかだか企業を動かす、一つのエネルギー源として把握されるに過ぎず、それ以上のものたりえない。尚近代企業組織は労働の単純化への道を辿り、労力の代替可能性が増せば、この傾向を一層顕著なものとする。唯特殊な技能技術個人差を現わす販売網、特別な信任・信頼関係など(一一)(一二)が、主要素として考慮されるときを除き、雇傭関係は企業の最外側に位置ずけられた債権関係に過ぎないだろう。

(一) H. Oppikofer, Das Unternehmen in geschichtlicher, vergleichender und rechtspolitischer Betrachtung, 1927,

S. 128, 129.　我妻栄「近代法における債権の優越的地位」（学術選書）二一一頁参照、長谷川雄一「企業の一括担保」私法一五号一八一頁、槙悌次「物としての企業」民商三八巻五号三〇頁。

（二）H. Oppikofer, a. a. O. S. 128, G. Cendrier, Le fonde de commerce, 4 éd., 1926, p. 150. フランスでは一九二八年七月一九日の法律で第二三条「使用者が法律上の地位に変更が生ずる場合、特に相続、売却、合併、資本の移転、会社設立等の場合には、変更当日に効力を有していたすべての労働契約は、新事業主とその従業員との間にもまた存続する」（雇用契約）と結実している。石崎政一郎「労働法の特色と自主性」商法の基本問題（田中耕論文集）四八九頁参照。

（三）西原寛一「企業概念の実定法的適用」竹田論文集七七頁。

（四）企業、営業譲渡に関する内外の文献については、升本重夫「企業の意義に就て」中大五十週年記念論文集法律之部、同「企業譲渡に就て」法学新報第四六巻二号、杉山直次郎「仏法に於ける営業財産の性質を論す」土方私法論文集六〇三頁以下に詳細である。最近の動向は F. Brecher, a. a. O.; H. Hubmann, a. a. O.; J. v. Gierke, Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 7 Aufl. 1955, S. 76 ff.　田中誠二・新版商法総論（昭三二）一五四頁以下。本稿では企業も営業も同意義として使用し、「経営」の集合の概念として「企業」を使用した。

（五）J. v. Gierke, Das Handelsunternehmen, ZHR Bd. 111, S. 2 ff.

（六）E. Jacobi, Betrieb und Unternehmen als Rechtsbegriffe, Festschrift für Dr. Victor Ehrenberg Heft 21 (1926)、なお不充分とする説について Grell, a. a. O. S. 7

（七）ギールケ自身は企業より放射 Ausstrahlungen する三つの要素として、その主観的側面たる「経営活動」Betriebstätigkeit と、客観的側面たる「経営活動によって創設される—従属する物・権利をともなう「活動範囲」Tätigkeitsbereich と、人格権的な経営共同体 personen rechtliche Betriebsgemeinschaft と想定する。しかし最後のものは Gesetz über Arbeitverfassung の領域で規制されるものとする如くである。

（八）　升本「企業譲渡に就て」四頁、特に石井「営業譲渡と労働契約」三六一頁。

（九）　升本前掲三五―三六頁、「企業の移転」と言う観念の否定と同一性を害しない限り特定承継による譲渡を認めるこの説の矛盾について、実方正雄「商法学総論」一九三頁参照。西原・前掲論文七七―七八頁は「企業そのものは生きた独立の存在として継続し、ただ具体的な主体地位が有価的に承継される法現象」と解し「相続に類した一種の地位の承継である」とされる。

（一〇）　労働法律旬報（昭和三〇年八月下旬）「両備バス事件をめぐって」松岡教授、沼田教授、玉置前掲三九頁参照。

（一一）　周知の如く、企業の人的設備、労力の基礎として講学上説かれる商業使用人の意義についてはかなりの疑問が存する。「商業使用人＝労働者」の等式は誤解を生ずる〔例えば前注（一〇）労働法律旬報、藤田若雄「営業譲渡と雇傭関係の承継判例批判」〕、企業の規模の拡大にともなって「商業使用人」の意義も大きな変化を受けた、企業の発展の初期に於て、技術・生産過程の労働者の保護が確立しない間は、一つのまとまった集団たる企業の使用人に対して保護政策の規定が商法の節囲内で考察された意義は没し得ない。しかして保護立法の出現によって商法は一まづその先駆的役割を終ったのである。技術的な労務者は取引関係に直接影響するところがないから商法の対象から外される（もっとも、ドイツ商法典は商業補助者 Handlungsgehilfe 商業従弟 Handlungslehrding について、社会政策的保護規定 HGB 59-83 を残置することに注意）それ故に商人と使用人間に雇傭関係、委任関係が存し、使用人の行為が商人に帰属する代理権の存在のみが「商業使用人」の特色であり、商法は商業代理（人）に関する規定と見る考えが支配的である。商法の純化の過程、他の法域との峻別の理論については田中耕太郎「法律体系中に於ける商法の地位」商法学一般理論一二六頁。西原「日本商法論第一巻」五七頁、同「企業」私法の理論所収一二〇頁、法哲学講座第八巻一六頁。三藤正「商人」（法学理論篇86）四三頁。石井「労働法総論」二二二頁。しかし、後述の如く、支配人、その他の商業使用人の移転が争われるとき、単に代理権のある Person のみが対象となっている筈がない。唯、支配人の勤労義務、企業への信頼度、適切な経営運用に資する能力等が、企業への附着性を稍々濃くするが大企業は支配人さえ単純な技術労働と化する等、具体的な事例でその色合は極めて複雑である。労務関係は、包括的支配権を

もつ支配人を頂点として、中級・下級の使用人・労働者が委任・代理権・単なる雇傭関係と重畳、階層をなしてピラミッド型に連なっていることは米谷隆三「商法概論Ⅰ営業法」二三三頁。

（一二）企業の内部において、労働を如何に評価し位置づけるかは、企業法と労働法の領域に交錯する課題である。本稿では全く触れなかったが、それが一つの解答を与えるものである。石井「企業形態論」第三部「企業における労働の地位づけ」参照。

二、

㈠　企業は、未だその「特別財産」性を、承認されるに至らず、又独自な包括承継も否認されて居る。それ故、「営業譲渡」とは、当事者間で一箇の債権契約たる営業譲渡契約が締結され、その履行行為として、企業を構成する諸財貨の各別の移転行為をなすことである、とするのが通説である。(一)

そうして、譲渡人の有する営業が、その儘の姿で承継されることは、一つの理想像であって、必ずしも、その必要がなく、その一部に、変更増減があっても、全体として同一性 identität を失わぬ限り、「営業譲渡」たるの性質を失わぬとする。(二)然しながら、譲渡契約に別段の定めなき限り、一切の営業財産が、移転するものと推定すべきであるとしている。(三)

問題〔一〕は、この契約において、雇傭契約を排除し得るか否かである。(四)

通説によれば、人的組織が、企業の同一性の判断に、著しい影響を与へる場合を除き、代替性ある、使用人労務者の雇傭契約は、排除し得る、と言う結論に帰着するが如くである。(五)

注意すべき問題〔二〕は、労務者の引継ぎある場合、労務者の同意を必要としないものかどうかである。

わが民法六二五条は「使用者ハ労務者ノ承諾アルニ非ザレバ其権利ヲ第三者ニ譲渡スコトヲ得ス」と規定する。雇傭契約の一身専属性の宣言である。(六)これに対して、ドイツ債務法は、かかる厳格な意味でなく「労務請求権ハ、疑ハ

シキトキハ之ヲ譲渡スコトヲ得ズ」BGB 613 と定める。

この二問題をめぐる解釈的な努力として、田中耕太郎博士が「営業者が商業使用人に対する権利を営業の譲受人に譲渡す為めには、民法第六百二十五条に依り使用人の承諾を得ることを要するのであるが、是れ実際的でなく、寧ろ商業使用人の法律関係の特質に鑑み、使用人に対する権利が当然譲受人に移転するものと為し、使用人側に解約権を留保するを可とする」と主張されてから、この思考が支配的となっている。(七)

ティッェが「商法人格において、その商業補助者の特別な関係において、雇主の人格は特別な意義を持つものではない。雇主の Person の交替は、雇傭契約に別な内容を与へるものでないから、BGB三九九条「債権ハ其内容ヲ変更スルニ非ザレバ本来ノ債権者以外ノ者ニ給付ヲ為スコト能ハザル……」にあたらない。」又「労務履行の請求権の譲渡可能性は、営業と共に inter vivos 移転せらるべきことと承認せられねばならない」(八)と主張するのも方向を同じくする。

然しながら、石井教授の重要な指摘にある如く、商法の解釈的努力は、基本的に、営業譲渡当事間の利益の考慮（譲受人が承継した企業を直ちに活動し得る）を、主としたものであって、企業への人的基礎の癒着性・当然承継性を強調することも、企業主の実質的な利益に基づくものであり、それが、たまたま、労務者の合理的な意思と合致し保護政策たり得るが如き交錯した利益状態を作り出すに過ぎないことを看過してはならない。(九)

扨て、オッピコーファーの指摘にある如く、ドイツでは、企業主の地位の承継乃至労務者の労務請求権の譲渡可能性をめぐる問題が存した。

近代産業組織の開始初期において、果して労務請求権が譲渡し得るかと言う疑問が生じた。十九世紀、BGB・HGBの施行当初においては、経営の承継なる概念は未だ熟していなかった。純粋に商法的問題例へば続用商号に基く

責任の問題が存するのみで、雇傭契約では、たかだか賃銀支払が問題になった程度であった。

その後、先づ企業承継を債務法的構成の下においた。支配的な学説によれば、全体として、組織体としての債権関係の譲渡性は否認されて居り、唯すべての権利移転、すべての債務引受をなすことによってのみ、法的地位の譲渡が可能なのであり、この様にして、丁度包括承継におけるが如き同様な結果を生むことが出来るとされたのである。(一一)更に雇傭契約においては二重の法律行為、即ち新企業主と従来の企業主との合意 Einigung と被傭者の同意 Zustimmung が必要である。それ故ドイツでも、経営に従事して居る労務者を承継するか否かは、一に新企業主の意思に懸っているわけである。(一二)

加えて、BGB第六一三条の im Zweifel の文字は問題をより困難なものとした。若し、企業の継続に不可缺なものならば、まづ、前企業主が労務者を解雇し、直ちに、労務者と新企業主間に雇傭契約を締結することが、一般論であろう。さもなくば、前企業者は、企業設備を欠き労務の受領遅滞に落ち入るのみである。

この様な状態は誠に不合理なものであるとする認識が、労務者の職場の確保の要求として現われた。BGB第六一三条は、商人、工業的企業に従事する労務者に特別な意義を持つものでないし、又企業主の労務関係における非人格化は著しいことが、まず認識された。(一三)

次の努力は、労務者の同意の推定である。現に経営に従事し来り、又その状態にあれば黙示の同意ありとする推定は、労務者に格別の事情がない限り正当なものであろう。

第三段の努力は、企業主に、労務者の承継の承諾の意思についてである。労務者の再従業を、事実とするかぎり、黙示の承諾ありとする点は、承認されたが、労働法学説・判例の努力にも限らず、現在到達して居る結論は「新経営主は、その明示的な意思に反してまで、労務者の承継を義務づけられるものではない。(一四)」に留る。

(一) 営業の譲渡と合併の比較について、石井編「商法（上）」法律学演習講座七〇頁、伊沢孝平「営業の譲渡、合併」法学セミナー六号一六頁以下。

(二) 鈴木竹雄「営業譲渡」岩波法律学辞典I一〇五頁、伊沢、前掲一七頁、岡山地裁昭和三〇年一月二九日判決、労働関係民集昭和三〇年度、六巻四一頁も、この立場をとる。玉置、前掲三一頁以下。

(三) 大審院明治三三年一一月七日、民録六集一〇巻四二頁。

(四) この点の構成は石井教授、玉置教授に負うところが多い。

(五) 但し、労務が企業も本質的内容となって居る場合には、人的設備の排除は「営業譲渡」たることを破壊し、単なる財産集積の譲渡になってしまう。例えば、特殊技能の技師、熔鉱爐の火の色を判別する労働者（玉置、前掲三四頁）染色営業に於て、とくに染色上特異の技能を有するもの、嗜好食料品製作につき特異の才能を有する者（藤井、前掲二〇頁）などは、商業代理とは無関係に企業の本質的不可缺な構成要素であるから、これらの人的設備の移転なくしては、営業譲渡の目的を達し得ない。通信業、周施業などの殆んど物的財貨を缺く企業（大隅、商法総則二九七頁）も同様にあろう。

(六) 我妻、有泉債権法コンメンタール第六二五条、四一四頁、牛尾—椿—山下、前掲二三三頁

(七) 田中耕太郎「改正商法総則概論」三四三頁、大隅、前掲一五二頁、西原日本商法論三五六頁、野津商法総則第二部一五八頁三五八頁「営業は其の綜合状態に於て法律的単一性が認められる——から統一的処分行為に因って対外的にも有効に営業の所定の全範囲が移転する結果、営業の人的組織も当然其の範囲に含まれることを認めねばならぬ」「此の事は営業が其の主体たる商人より離れて其独立性を益々確実にする近代経済界の趨勢と適応し、法律的にも、商業使用人が商人に対するよりも寧ろ営業そのものに対して所定の関係に立つものとして、商人の人格的影響を可及的に稀薄化せんとする努力（例えば二六八条）に適合する」。藤井、前掲一六頁以下は「移転さるべき債務」のうち「営業組織に属する債務」としての商業使用人の法律関係の移転の必要を当初から説かれて居る。

(八) Oppikofer, a. a. O. S. 129 ; Titze, in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, II, 2, S. 699 ff. ; O. v. Gierke, Deutsches Privatrecht Bd. III, S. 607 Anm. 57.

(九) 石井前掲三六九頁、民法学者の解釈（末弘前掲、我妻・有泉前掲）が労働者保護のために方向が一致することについて、詳細は石井論文参照。

(一〇) Grell, a. a. O. S, 115 ff.

(一一) 主なる論争 Heinrich Siber, Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit, Jherings Jahrbücher Bd. 70, S. 291 ff ; Heinrich Demelius, Vertragsübernahme, Jherings Jahrbücher Bd. 72, S. 291 ff.

(一二) Grell, a. a. O. S. 115.

(一三) Staudinger-Nipperdey, Kommentar zur BGB § 626 Bem. 35.

(一四) Grell, a. a. O. S. 2. 我国の労働判例が多く、この構成をとることについて、玉置前掲論文、石井、萩沢労働法（判例法学全集15）〔四七〕

(二) 右の様な法律解釈の帰結では、労務者の職場確保の保障は、労働者保護立法の分野でなされなければならない。経営主交替の法律効果の明確な規制を試みようとする意識が高揚して、一九二二年ドイツ労働法委員会 Arbeitsrechtsausschuss はこの問題に関する一般労働法契約法草案（Entwurf eines allgemeinen Arbetsvertragsgesetzes）を準備した[二]。草案によれば、原則として労務履行の請求権は疑わしい場合には譲渡されず、又相続されない（二三条）とするが、この原則は経営承継の場合には、適用されないことが明らかである（二四条以下）。二四条以下の表題〈übergang des Unternehmens〉で明らかな様に、草案は「企業」から出発している。それ故、一般的な雇主の交替の事例を考えているのか、企業の概念が、単位としての経営に対比して使用しているのか明かでない点があった[二]。草案を通じて、企業と経営とを、用語上同義に解することも出来るが、一個の企業に、数個の独立した経営が、結合

して居るとき、一経営体の譲渡の場合草案の文字では、適切な解決をみることが出来ないと考えられた。更に企業の移転の意義の統一的認識の欠除は、社会的・経済的に行われる種々な事例に対処する努力に欠け、僅かに、相続と、企業の譲渡（Veräusserung）を区別したのみであった。だから、しばしば見られる、右の典型以外の継続（法的事由が明瞭でない事実的な承継）に解答を与へるものではなかった。(三)

労働関係の移転についての、法構造も、すべて、権利の譲渡・債務の引受といふ債務法の原則に、完全に結びついている。草案の二五条は「企業が譲渡され、或は他の法的事由によって、第三者が継続する場合は、労務請求権は、疑わしいときは、譲渡し得る übertragbar unb übertragen」と規定するから、労働関係に新雇傭主が登場するためには、いぜんとして、二重の法律行為（当事者の合意と労働者の同意）を必要とするわけである。結局、草案は、疑わしい場合、労務請求権の譲渡が可能であることを承認するに主旨があったのであり、それ故新企業者は、個々の労務者の引継ぎを、明示的に拒絶する可能性を依然、保有する訳であり、草案は当時の通説的見解を、確認するに過ぎないものであった。唯、欠陥は多いが、経営所有者交替における問題を労働法の立場から意識的に取上げた意義は看過すことが出来ない。

其処に留まることなく、より以上の、労働者の保護のために、全体としての労働関係の移行を試みた努力が、一九三八年の労働関係法草案」(Entwurf eines Gesetzs über des Arbeitsverhältnis) に結実した。　新草案の第九〇条は「全体として経営が――その一部の分離又は経営支分の放棄ある場合であっても――他人に譲渡されるとき、新企業主は、存在する労働関係に参加する。新企業主と従前の企業主者との合意による、これと異なる定めは無効 nichtig である」(四)

これによれば、新企業主は、従来の労働関係の存続を強制されることになり、もはや、明示的であっても、労務者

の引継を拒否し、又は、異った労働条件を課すことは出来ないことになり、民商法の基本原理に与える影響は極めて大きい。

以上の両草案は、労働者の保護をめぐって、極めて、興味ある変遷を示すものである。しかしながら、共に法律として実現しなかった。それ故、新企業主は、個々の労務者の引継ぎを、明示的な反対の意思表示があれば、拒絶できるとする、今日の通説を支配的なものにしてしまったのである。(五)

(一) H-Oppikofer, a. a. O. S. 129 はこの第一草案に言及する。Gubmann, a. a. O. S. 65. Grell, a. a. O. S. 120.

(二) 用語上の混乱について、升本「企業の意義に就て」三一頁。

(三) Grell, a. a. O. S. 120.

(四) 石井前掲論文三七二頁。

(五) Grell, a. a. O. S. 122. ＜対比＞我妻前掲二一一頁、長谷川前掲一八一頁。

三

会社の合併については、問題は極めて単純の如く見える。合併の本質に関する論義はさておき、被合併会社の権利義務が包括的に承継されることは（Gesamtnachfolge, Universalsukzession）は、原則であって争ひがない。それは会社法上の特有の組織法的契約であり、その効果は、会社法の法文によって kraft Gesetzes 明らかなことである。それ故、雇傭契約も、包括的に、当然に承継されるものとして、これに対する異論を聴くことがない。(一) ドイツの支配的な学説も同様である。(二) 立法上、例えば船員法第四三条一項に、「相続その他の包括承継の場合を除いて……」とあることも、この考えを裏付けする。

動産・不動産・債権・債務が、一切一括して、当然に承継せられ、移転について特別な行為を何ら必要とせず、一部を特約をもって除外することを得ないし、特に消滅会社の義務を一般的に承継しない旨の、合併契約・合併決議は無効であるとされているから、(三) 雇傭契約の承継を当然と認めることは、素直な理論である。

注意すべきは、右の帰結は、特に、労務者の同意を、必要としないことであり、又、一般に合併によって、経営内容・労務の内容に、著しい変化をきたす恐れがなく、労務者の職場の喪失を引起さないといふ利益にも、たまたま合致することである。

そこで、比処では、異議としてではなく、合併の法的効果の原則に対する、労務関係の特異性を、考察してみよう。

包括承継とはいえ、それは一応、私法上の権利義務に限られるのであって、公法上の権利や義務は、個別の公法上の目的に従って、取扱われるものであり、(四) 又純粋に人格権的な権利義務であるなら、右の承継の例外となり得よう。しかし純粋に、人格権的なものは、通常会社には存在しないであろう。(五)

契約上、特別に約定することによって、雇傭契約を排除出来ないものであろうか。

「何千何万という多数の労働者を包容する大企業ならば、あるいはそうであろうが、小企業または労働者の個人的性能を重んずる新聞企業にあっては、労働契約は概ね各個々の労働者と使用者のあいだの信頼関係を基礎とすると解される。従って、そうした労働契約関係は商法百三条により、合併会社に当然承継されるとはいえない。そのためには合併会社の承諾を必要とする」(六)

京都地労委の命令は、興味を覚える。合併が労働関係の収容を、企業主に強制するならば、合併そのものを躊躇させる事態も生じよう。企業主は、経営指針から、不適当な労働力を排除し、その機能性を充分に発揮することが至上命令であり、資本の要請でもある。この趣旨から、合併における包括承継の要素から労働関係は押し出されてしまうものがある。(七)

又労務者にとっても、承継への同意・拒否の機会を与えることが果して無意味だろうか。イギリス会社法のリーディング・ケース Nokes v. Doncaster Amalgamated Collieries Limited〔1940〕A. C. 1014 を注目したい。

原告 Nokes は Hickleton Main Company, Ld と雇傭関係にあり、炭鉱労働に従事して居たが、裁判所の一九二九年会社法による（第一五四条）命令によって Hickleton 会社の総べての財産・権利・権限・債務義務は被告会社 Doncaster Amalgamated Collieries, Limited に合併・移転することになった(Amalgamation's Order)。その後、原告は労使法 Employers and Workman Act, 1875 違反で責任ありとされる状態で、職場離脱を行った。原告は、合併の事実を知ることなく、労働して居たと主張し、被告会社とは被告会社と雇傭関係にたつものでないと申立てたが、下級審ではいづれも有責とされ、罰金を課せられた。(八)

原告側の主張によれば、問題の核心は一九二九年会社法第一五四条による、二会社の合併において、その一会社と結ばれて居る雇傭契約 Contract of personal service が被傭者の同意 Consent を顧慮することなく、労務者と合併会社 transferee company の契約へ、事実上 ipso facto 移行するか否かである。Contract of personal service は他の諸契約と異って非移転性を有し、労務者の同意 Consent がなければ、移転しないものである。会社法上効果ある移転は、その性質上、移転性ある物 things に、限られる。これが contract for personal service と、他の契約との基本的な差異である。或いは、会社法の規定は非常に広義であり、合併・移転を容易にするものであると言われるが、Contract of personal service は、労務者の同意なく、新しい義務を課するような、新契約となることは出来ない。新しい契約は、全く新しい関係、relationship を創設する。

被告側は、次の如く反論する。会社法の規定は、合併の手続規定に過ぎないものではなく、むしろ、会社法の基礎の交替をなすような、革命的な規定である。如何にして、それがなされたか。以前極めて複雑だった手続を一つの Documeut によって完成する。これより、巧妙な簡略化は存しなかった。合併によって、すべての、rights, liabilities は移転する。会社法条文は、被合併会社のものを処理するのに、充分な、極めて広義な、そして明瞭性を有している。

合併会社は前者の地位 plaee につくのである。〈liabilities〉の語についてみれば、すべての責任・債務が移転せられる。それは、金銭債務というよりも、より広い意味であり、被合併会社のすべての obligations を包むに充分である。更に sub-S 2 の〈Vest in〉に注目したい。法は一要素、即ち関与者の同意を免除したのである。これは、新しい法律関係の置き換えであり、創造である。原告の主張によれば、譲渡会社の責任の移転は、極めて、おかしな結果になるだろう。即ち権利の移転、財産の移転、責任の移転、などの部分的なものとなってしまう。これでは、会社の合併を容易なものとする、主たる効果は空文に帰するであろう――と。

貴族院は、「一九二九年会社法第一五四条による裁判所命令 order による二会社の合併 amalgamation では、その日付けの当時存続する、労務者と被合併会社間の contract of service は、自動的には、automatically には、労務者と合併会社間の、それになるものではない」と判示した。(九) (L. R. pp. 1014)

アトキン卿の理由は「わが国の法律の下では、誰のために働くかを自分で選ぶ権利は、市民の個人的地位の中に深く浸み込んでいる。そして、この選択の権利こそ、被傭者と奴僕との主要な差異をなすものである」(一〇) (L. R. pp. 1026) の言葉に要約される。他の諸卿も、通常、従前の会社に代えて、新会社への転換は、労務者にとって、取締役、株主役員、業務の目的、名称が、その同一性 identity を、喪失することなく、変動する場合と大差なく、又中小私会社、同族会社では、労務者の人的関係は、主たる株主（役員、取締役）と密接であるが、それが大企業への吸収・転換するときは、人的関係も稀薄なものとなることを承認するのではあるが、ともかく、Contract of personal service の自動的な移転性を一様に拒否し、労務者の同意に懸らせて居る。

判決の理由については、商法学者から、種々の反論がある。バランタインは「この判決は、重大な疑問と不便さを生じた」(一一) と論評する。ゴーバーは、法人格否認論の要約で「雇傭主＝会社であるとき、このことが、如何に非現実的

であるかは、譲受会社が、企業を取得するに代えて、全株式の取得、経営者の交替、新定款の採用、メモランダムの目的や他の条項の修正で業務の性質を変更し、当局の同意で新商号を採用し、資本増加を計る場合を考えれば明らかになろう。これらの総べてが実行されても、被傭者はアトキンの理論によれば、会社が事実、同一でないのにも拘らず、当の master に服従することを拘束されるだろう。この同一性 identity の保持とは、何んと貧弱な、非現実的なものであろう。実際の判決は、立法者の意図に合致している様に思われる。しかし、理由 grounds は、法人格の影像 Shadow を、その本質 substance と見誤っている」[二二]として居る。

しかし、右の指摘を離れて、この判決が、労使関係が、他の債権契約と異った、持色を保持して居る事実を宣言した意味は極めて大きいものではないか。そうだとすれば、営業譲渡における雇傭契約の当然承継は認めず、包括承継の規定の存する場合は、当然に承継が行われて、被傭者の同意も不要とする、支配的な見解に、疑問なしとすることは出来ない。玉置教授が「勿論雇傭契約にもとづく……権利義務が……従来の民商法的立場の通説判例が、会社合併の場合には当然承継し、営業譲渡の場合には当然承継しないと割り切ってしまうところにいささか疑問がある。……少くとも雇傭契約の承継に関しては、合併と営業譲渡従ってその効果に本質的に差異のない何物かがあること」[二三]と疑を提示されることは、極めて正当な疑問と思われる。

（一）石井「商法I」四九三頁、同「労働法」八六頁、「株式会社の合併」会社法セミナー（I）八八頁。

（二）石井、前掲論文三七〇頁、Nikisch, Arbeitsrecht, 2 Aufl. s. 138, 539 なお、企業主の死亡によって労働関係の目的が変化する場合、同意を要件とする Staudinger-Nipperdey, BGB, § 613, Bem. 15.

（三）田中誠「会社法」（現代法学全書）四五頁、松田「新会社法概論」四二七頁、田中耕「改訂会社法概論」九二頁。

（四）田中誠、前掲四六頁。

（五）大隅「会社の合併と不確定内容の継続的義務」（会社法の諸問題所収）二八五頁。

（六）京都地労委、昭和二十五年三月三一日命令、玉置・前掲三六頁、近藤富士雄「判例に現われた労働協約の諸問題」（労働協約、就業規則をめぐる法律問題）二一三頁。

（七）社会経済的視点によりて大局的な判断を与える藤田・前掲論文とその批判、玉置・前掲論文参照。

（八）Harvard Law Review 52 (1938—39) p. 526 は、下級審の判決には賛成し、リィステイトメント、契約法第一五一条に関連した、雇傭契約の移転性についてのアメリカ判例を列挙している。

（九）Topham's Company Law 12 th ed. (1955) p. 371 ; D. G. Hemmant, The Companies Act, 1929, 9 th ed. (1930) S. 154 ; Nagnus and Estrin, The Companies Act, 1948, 2nd ed (1951) S. 208 pp. 204 Notes. なお法文の sub-s. 4 は "In this section the expression 'property' includes property, rights and powers of evry description, and the expression 'liabilities' includes duties"

（一〇）Kahn Freund, The System of Indusrrial Relation in Great Britain 邦訳松岡三郎訳「イギリス労働法の基礎理論」六頁。

（一一）Ballantine, On Corporations, 1946, § 293.

（一二）L. C. B. Gower, Modern Company Law, 2 nd ed. 1957, S. 193, 556.

Gower の批判は、会社の同一性とそのうちに含まれる Contract との関係に悩んだ諸卿の基礎づけに対するものであってここに引用するのは正鵠を得ていないかもしれない。Gower 自身、結論には賛成している。法人格否認論を労働関係に適用する興味ある論稿。大隅「法人格否認の法理」（会社法の諸問題）のアメリカ判例、同、「会社法形態の乱用」民商三五巻六号一二頁。

（一三）玉置・前掲三七頁、玉置教授は、ドイツ株式法第二四〇条第三項の所謂、浮動性ある契約 Schwebender Vertrag を例として、雇傭契約の特異性を考察される。然しながら、この規定は、合併において、諸権利が競合するときの規定であり、権利義務内容自体の振幅の問題ではないのではないだろうか。労働関係上、考えられることは、合併会社で二つ以上のショップ協定が競合するが如き場合であろう。大隅「会社の合併と不確定内容の継続的義務」、J. v. Gierke, Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, S. 387.

む　す　び

不手際な記述の圧縮で、問題の所在を、遥かに離れてしまった。最後に問題の構図の示す。

㈠　企業法論が労働の正当なる位置づけを行う方向へ前進するのに、なお何程かの「時」を必要とする、その間、現在までの移転論で、人的関係就中労働関係を包容することは、至難であり、又一面的なものしか得られない。

フープマンの言葉を借りれば「労働者が、企業所有者交替に際して、引継がれる請求権を持つか、又如何なる範囲で、従来の諸権利を保持し得るかは、唯に労働者保護の観点 aus dem Gesichtspunkt des Arbeitnehmerschutzes から答えられる。企業法的立場から答えられる何ものもない」のであり、一般的には「企業はその全労働者の交替があっても同一性を保持し得る」(一)

㈡　従来の学説が、主に「営業譲渡」「合併」についてのみ、解答を用意するが、経済現象としては、その間に、様々な承継（一部譲渡・工場などの経営の譲渡・売却・買収合併など）が行われる。それ故典型的な法現象のみを把握しても、意義が少い。

㈢　又、労務省の企業への結びつきを強調することも、各々具体的事例によって、当事者の利益にもなり、不利益にもなり、一概に肯定すべきことでない。

㈣　現行私法の解釈としては、企業の移転の当事者が合意によって、労務者の引継ぎを具体的に協定し、各々労務者の同意を必要とするとしなければならない。(二)

㈤　それ故、問題の核心は、労働政策であり、労働法の視点へと移行する。(三)

(一)　Hubmann, a. a. O. S. 56. Anm. 58.

(二)　石井・前掲三七五頁。

(三)　尚、必要なものは、債権関係の包括移転、地位の承継の諸問題、労働関係 Arbeitsverhältnis についての契約説 Vertragtheorie と編入説 Eingliedingtheorie の「営業譲渡」についての論争、不当労働行為、解雇との関係などである。他日を期したいと思う。

（一九五九・六・一二）