

營業讓渡

——労働契約関係との関連において——

梅 田 武 敏

- 一 はじめに
- 二 改正商法における營業乃至營業讓渡
- 三 事業讓渡と營業讓渡
- 四 むすびにかえて

一 はじめに

商法上「營業」とは、「營利の目的をもつて同種の行為を継続反復して行なう」ことを指すのが一般的である。商人の營業活動という場合の營業がこれであり、それは行為概念である。他方、營業讓渡という場合の營業とは、商人が一定の營利活動遂行のために組織化した財産の全体を意味する。換言すれば、營業讓渡における營業とは、營業財産のことである。物的設備を中心に、これに権利関係、事実関係を含めたものが營業讓渡における「營業」

概念である。事実関係とは、営業譲渡を行なう当事者の一方である譲渡人にかかわる、社会的信用、取引慣行、得意先関係、ノウハウ、等々を有機的に一体化した全体のことであるとされている。行為概念である前者を主観的意義における営業といい、営業財産と称される後者を客観的意義における営業という。営業を譲渡する場合の「営業」概念は客観的意義における営業のことである。即ち、商法は、営業財産を譲渡することを「営業譲渡」と規定する。営業譲渡については特別な方式が定められているわけではなく、申込と承諾により成立する諾成契約であつて、民法上の債権契約と変わるところは何もなく、発生する法的効果は特定承継である。

商人は、営業活動を行い自らを拡大し発展して行くが、その過程において、他の商人と結合してより大規模な発展を展望することもある。この結合には、合併と称される場所の自らが吸収される結合、自らが相手を吸収する結合、そして、合併とは異なるその他の結合等いくつかの方法がある。これら各種の方法は、法人企業、個人企業いずれにとつても企業結合を行なう際に重要な役割を果たす。営業譲渡はこうした企業結合の手段である各種方法のうちの一種方法である。

平成一七年改正前商法(以下、旧商法という)の下では、商法総則にいう「営業譲渡」概念と、会社法(旧商法二四五条一項一号)が規制する「営業譲渡」概念を同一に解するのが多数説であった。「一定の営業目的のため組織化され、有機的の一体として機能する財産(得意先関係等の経済的価値のある事実関係を含む。)の全部または重要な一部を譲渡し、これによって、譲渡会社とその財産によって営んでいた営業的活動の全部または重要な一部を譲受人に受け継がせ、譲渡会社とその譲渡の限度に応じ法律上当然に商法二五条に定める競争禁止義務を負う結果を伴うもの」(最判昭四〇・九・二二民集一九卷六号一六〇〇頁)と解する判例と同様な見解である。尤も、多数説内部にも争いがあり、これに属する総ての説が判例と同様な理解に立脚していたわけではなかった。そして多数

説に対しては、商法総則における営業譲渡の規定と会社法での営業譲渡の規定とは立法趣旨が異なるのであるから多数説のような解釈は必ずしも妥当とはいえない、競業禁止義務に関して問題が存在する、等々学説の基本的な部分について批判が加えられていた。最近の有力説は、営業概念を「有機的の一体として機能する財産」(営業財産)と解する点では多数説と同じであるが、旧商法二五条以下に定める営業譲渡の要件と旧商法二四五条一項一号に定める営業譲渡の要件につき異なる解釈を展開している⁽¹⁾。しかし、従来の多数説・最近の有力説、いずれも具体的な問題を解決するについて不明確な部分を抱えていることに変わりはない。特に、本稿が以下において論じようとする、労働契約関係が営業譲渡の際にどのように処理されるべきかについては、不明確な部分が多いといわねばならない。商法学全体が本格的な解明をしてこなかったことが原因であると考えられる。

右に指摘したように、営業乃至営業譲渡概念及びこれらをめぐる諸問題については、多くの議論や研究がなされてきたにも拘わらずそこに不明確なままに放置されてきた事項は多いといわざるを得ない。本稿が対象にしようとする営業譲渡と労働契約の関係もそのうちの一つである。根本的な原因の第一としては、客観的意義における「営業」概念は相当に特殊な概念であり、「有機的の一体として機能する財産」であるといったように、抽象的一般的に規定することは可能であっても、個別具体的には明確になり難い概念である点を挙げることができる。例えば、譲渡人である企業にとって非常に重要な財産を譲渡した場合であっても、この譲渡が個々の財産の譲渡であり有機的に一体化された財産の譲渡に該当しない限り営業譲渡ではないと解釈する他はなかったが、果たしてこれによいのかといった問題が存在した。ところが、これを営業譲渡と解すると、次には、営業財産と個々の営業用財産の区別は如何に行なうのかという問題が生じてくることになり迷路に入りかねなかった。営業概念の把握に関するこうした困難さに加え、「その譲渡」とは一体どの様な状態をいえばよいかという難問もあった。又、「重要な一

部の譲渡」とは程度的には如何なる状態をいうのか、単なる一部の譲渡と重要な一部の譲渡をどのような基準で区別するのか、そこに労働契約関係がどのように関連するのかしないのか、これらの問題は具体的に明らかにされることはなかった。第二の原因としては、営業譲渡は市民法の規定する事項であるのに対し、労働契約関係は市民法的レベルでの考察のみでは十分に捉えきれない性格のものであることが挙げられるであろう。第三の原因は、営業譲渡の際の問題となる労働契約の処理は、それが労働契約であるが故に営業譲渡における最も重要な、そして、最も優先して考察・検討されるべき問題でありながら、商法・労働法両者の交錯において発生する問題であることから、商法学・労働法学双方が十分に検討してこなかった点である。無論、これら諸問題を商法学の観点からいえば、総ては営業乃至営業譲渡概念の特殊性に収斂してゆく問題であるといえる。⁽²⁾

平成一七年商法改正によって、商法典から会社法が分離独立し新しく会社法典が制定され、これに伴い商法典中の商法総則に関する部分が改正された(以下、平成一七年に改正された商法を改正商法といい、平成一七年に制定された会社法を単に会社法という)。そこで、従来商法上の難問の一つであった営業乃至営業譲渡に関する規定は、改正商法、会社法ではどの様に規定されているのか、改正商法・会社法上において営業譲渡の際の労働契約移転問題の処理はどう規定されたのか、如何に解決されているのか、これら諸事項を考察することになるが、考察の中心は営業譲渡と労働契約の関係であることはいうまでもない。⁽³⁾又、会社法は客観的意義の「営業」につきこの用語の使用をやめ、「事業」なる用語を使用していることから、こうした用語の変更を如何に考えるべきかといった問題も存在する。本稿はこの点も含めて検討の対象とする。

註

(1) 平成一七年改正商法及び会社法の下での營業概念と事業概念に關しては後述する。

(2) 客觀的意義における營業概念は、「有機的一體として機能する財産」であると解されていることからこのような問題が生じたといふことができる。そもそも、有機的一體として機能する財産とは、個々の營業用財産と異なることは明確であるとしても、一般的にいつて如何なる事態を意味するのかの点は具体化され難い。どの様な事態に至れば有機的一體となつた財産と解することができるのか、その個別具體的な態様は明確にされてこなかつたように思われる。

(3) 従來の營業及び營業讓渡に關する研究は多数存在するが、差当り、山下眞弘「会社營業讓渡の法理」二二頁以下(信山社、一九九七年)、同「營業讓渡・讓受の理論と實際―新版」二二三頁以下(信山社、二〇〇一年)、宇田一明「營業讓渡法の研究」一三頁以下(中央經濟社、一九九三年)。

二 改正商法における營業乃至營業讓渡

1 旧商法は、二五條から二九條で、營業讓渡及び營業讓渡に關連する諸事項を規定し、二四五條一項一號が会社の行なう營業讓渡(全部讓渡・重要な一部の讓渡)を規定していた。改正商法は、一六條から一八條において營業讓渡及びこれに關連する諸事項を規定している。そして、改正商法・会社法は、「会社」に關する營業讓渡については、総て会社法で規定する方針を採用した結果、会社に關する營業讓渡の規定は改正商法総則とは別に、会社法の規定するところとなつた。したがつて、改正商法一六條から一八條の規定は、個人企業での營業讓渡に關する定めと解することが可能である。或いは、個人企業が会社から營業を譲り受ける場合についての規定といふこともできる(会社法二四條一項)。個人企業が会社に対し營業讓渡を行なつた場合、当該個人企業は讓渡「会社」と看做されることになり、この關係には会社法が適用される(会社法二四條二項)。即ち、会社間に關する營業讓渡

及び個人企業が譲渡人で会社が譲受人の営業譲渡については会社法が適用され、個人企業間及び会社が譲渡人で個人企業が譲受人の営業譲渡は改正商法総則の規定が適用されることになった。会社関係と個人企業とを区別して規制する方法論がここに読み取れるが、そこには問題が存在するといわねばならない。改正商法総則では営業譲渡と規定されているのに、会社法では事業譲渡と規定されているからである。

具体的にいえば、改正商法と会社法の関係においては、個人企業が会社に対して「営業」を譲渡し、会社がその「事業」を譲り受けるといった齟齬が生じ、会社が「事業」を譲渡し、個人企業はその「営業」を譲り受けるといった齟齬が生じるといった問題である。営業の譲渡が相手方には事業の譲り受けとされ、事業の譲渡が相手方には営業の譲り受けとされるということである。「営業」と「事業」の違いであり、そして、会社法総則はこの事態に対応する規定をおいているが、営業はあくまでも営業であって、事業はあくまでも事業であって、「事業」が「営業」に変化したリ、「営業」が「事業」に変化するわけではない。一方が営業を譲渡し、他方が事業を譲り受ける場合、両者の間で締結される譲渡契約は、「営業譲渡」契約なのであるか、それとも「事業譲渡」契約になるのであるか。営業譲渡契約は諾成契約としての債権契約であり、口頭によっても成立するが、実際に行われる契約の締結は契約書を作成して行われるのが一般的である。このため、一方が営業譲渡と明記し他方が事業譲渡と明記することが考えられるし、これと反対の事態も考えられ得る。これらの場合当該契約は、営業譲渡に関する契約と解するのか、事業譲渡に関する契約と解することになるのか事態は複雑で、いずれによっても締結された契約の正確な表現にはなり得ない。営業概念も事業概念も同じであると解されているようであるが、そうであるならば、平成一七年の商法改正に際し何故に異なる用語を使用する必要があったのか、納得できる根拠が示されているとはいいがたい。従前から営業乃至営業譲渡をめぐっては多くの問題が存在し議論されてきているのであるから、

更に問題を発生させ事態を複雑にするようなことは避けるべきであったと考えられる。営業と事業に関する改正商法と会社法の相互関係についてはこの他にも諸々と問題が存在すると思われるが、ここでは右の点を指摘するだけにとどめておく。

形式的に捉える限りでは、営業譲渡に関する規定は、旧商法総則も改正商法総則も同様であると解することができる。このことを踏まえて、旧商法総則が規定する営業譲渡に関する規定と、改正商法総則が規定する営業譲渡に関する規定の内容的な比較・検討を行い、改正商法が営業乃至営業譲渡概念につき如何に規定しているか、或いは、営業譲渡の際に行なわれる労働契約の移転に関して何を解決し何を明確にしたのか、更には、如何なる問題が放置されたままになっているのか以下明らかにしたい。

労働法学では、営業譲渡の際に行なわれる労働契約の移転問題について、合併の場合と同様に労働者の失業防止の観点から、それは譲受人へ移転するとして考察・検討する傾向のように思われる。営業の全部譲渡の場合には、譲渡会社は譲渡後に解散へと向かうことが多いと考えられることから、合併と同様な視点で検討することは必要なことであろう。しかし、全部譲渡でない場合には従前の企業は存続しているのであるから、また全部譲渡の場合でも従前の企業が存続している場合は、労働契約が譲受人へ移転するとの観点からのみ考察することは必ずしも妥当な方法とは思えない。労働契約が譲受人へ移転するとの前提に立って事態を考察することは、労働法学でいうところの従属労働者(以下、単に労働者という場合は、従属労働者のことをいう)は営業に付属的に所属するとし、当該営業を譲渡することにより、それは営業とともに譲り受け企業へ移転すると解され、合理化として顕現する人員整理を行なう方法に道を開くものだからである。本稿はこのような事態を踏まえ、⁽¹⁾営業譲渡に際し労働契約は譲受人へ移転するといった考え方に立脚することはしない。

2 旧商法総則、改正商法総則、両者の営業譲渡に関する規定を比較検討することにおいて明確になることは、いずれも営業譲渡に関する定めは同様だということであり、両者間に特段に留意しなければならない差異を見出すことはできない。無論、口語体が使用されているとか、条数が異なるといった単純な形式面での違いはあるが内容的に変わるところはない。このことから、旧商法における営業乃至営業譲渡概念が抱えていた問題点を、改正商法もそのまま受け継ぎ保有し続けていると考えることができる。改正商法上において使用されている営業乃至営業譲渡概念は従前と同様に必ずしも明確とはいえない。このために、営業とは有機的一体として機能する財産と解されるがその具体的内容が不明確であること、営業譲渡が行なわれた場合に譲渡人に属していた労働契約は譲渡人に移転するのかもしれないのか、移転に関する原則は存在するの否か、仮に原則が存在するとすれば当該原則はどのような原則なのか、原則の基礎にある根拠は何か、営業譲渡の際に譲渡人・譲受人の個別的な意思や労働者の意思は原則との関連において如何に考慮されるのか、されないのか、等々が具体的に明らかにならない旧商法の状況がそのまま変化することなく改正商法へと引継がれている。

当然のことであるが、条文上はともあれ、右の諸問題が解釈によって明らかにされるものであるならば、ことさらに改正商法の規定を問題とする必要性は毛頭存しないことはいうまでもないことである。しかし、改正商法が施行された後、旧商法とは異なってこれら諸問題が改正商法においては明確であるとの主張乃至解釈論が展開されているとは思えない。別な表現でいえば、旧商法下において存在した問題が放置されたままの状態で改正商法上に存在していると考えられる。改正商法においても取り立ててこの問題の考察が要請されるであろう。

会社法は旧商法とは異なって、営業譲渡に該当する法的用語を「事業譲渡」と変更して規定している。そしてまた、規定の体裁も多少変更されている。即ち、改正商法総則では、旧商法と同様に営業譲渡という従来の法的用語

がそのまま使用されているが、会社法総則と会社法においては、営業譲渡に代えて「事業譲渡」なる法的用語が使用されている。改正商法総則と会社法のこのような関係は形式的な点に限ってみても、問題を発生させることについては既に指摘した。しかし、現在のところ、改正商法の規定する営業概念と会社法の規定する事業概念は全く同じであると主張されており、これまでに両者が異なる概念であるとの主張は行なわれていない。⁽²⁾ 故に、現在までの主張による限り、旧商法にいう営業概念と、改正商法での営業概念、会社法総則・会社法が定める事業概念、総ては同じものであると解することができる。但、「事業(営業)譲渡」とする主張が存在することから、営業概念と事業概念が同一であるだけではなく、営業の「譲渡」概念と事業の「譲渡」概念も同一であると解しているように考えることができる主張もある。このような状況からすれば、従前からの法的用語である営業乃至営業譲渡概念を使用する改正商法、そして営業譲渡を事業譲渡と変更し規定する会社法総則及び会社法、いずれも営業譲渡及び事業譲渡に関しては旧商法と全く同様であり、旧商法において存在していた営業及び営業譲渡をめぐる諸問題は、改正商法・会社法へとそのまま引継がれていることになる。ところが「事業(営業)」と「事業譲渡(営業譲渡)」、特に、改正商法総則での営業乃至営業譲渡概念と会社法総則での事業乃至事業譲渡概念は同義であるが、これらと会社法四六七条以下が定める事業譲渡の概念を区別しそこには差異が存在すると解するのが最近の有力説であることは前述したところである。この最近の有力説によれば、会社法での事業譲渡をめぐる事態はどうなるのか、営業譲渡に関し過去に論争されてきた争点はこの様に解されるのか、これらの諸点を分析する必要があるがこの点については後述する。

旧商法における「営業乃至営業譲渡」概念は、各種諸問題を含む法的概念であり、多くの不明確な部分を有する法的概念であったことは否定できないが、右にみてきたように会社法では、これが事業乃至事業譲渡なる用語へと

変更されている。だが、平成一七年商法改正の時点において、長年使用してきたこの営業乃至営業譲渡という法的用語を、「事業乃至事業譲渡」なる法的用語へ変更しなければならない特段の必要性が存在したとは思えない。無論、会社法制定に際し、営業乃至営業譲渡概念を事業乃至事業譲渡概念へと変更したことに關する理由は示されているが、敢えて使い慣れた「営業乃至営業譲渡」概念を事業乃至事業譲渡概念へ変更しなければならない程の根拠がそこに開示されているわけではない。このため、営業乃至営業譲渡概念を事業乃至事業譲渡概念へと変更するについては何か特別な意図が存在したであろうと考えざるを得ないと解するのが本稿の立場である。この点については、会社法における事業譲渡の規定を考察するところにおいて詳しく検討することにした。

3 会社法における事業譲渡の規定の考察をはじめの前に、旧商法下において営業譲渡と労働契約の關係問題はどのように論じられていたか、その到達点を確認するための整理をしておくことが必要であろう。営業譲渡が行なわれた場合に、譲渡人に所屬していた労働契約がどの様に処理されていたのか、これをめぐる整理である。とはいえ、これまでに営業譲渡に伴う労働契約關係の移転問題が商法学において本格的に検討されてきたとはいえない。が実情であるといっても過言ではない。

①合併と労働契約

営業譲渡は、譲渡人と譲受人間での諾成契約であり債権契約であることから、営業譲渡が行なわれたとき、譲渡人から譲受人へと移転するものあれやこれやの内容は、締結された営業譲渡契約によって規定される。無論、営業譲渡であるから、移転されるものの財産は、有機的の一体として機能する営業財産の総体であることが必要なこととはいうまでもないことで、個々の営業用財産の移転では営業譲渡たり得ない。営業譲渡と合併は異なり発生する

法的効果も異なるものであるし、本稿の対象は営業譲渡と労働契約の関係を商法学的に考察するものではあるが、合併においても労働契約がそこでの様に取り扱われるかが問題となることから、この点についても一定程度明らかにしておく必要があるであろう。

合併が発生させる法的効果は包括承継であることから、消滅企業の労働関係は、当然に存続企業へ移転する(承継される)と解するのが学説である。そして、その際に行われる労働契約承継排除の特約を無効と解するのが通説的見解であることができる。無論、右の主張とは異なる主張も例外的ではあるが存在する。通説的見解は、合併は包括承継であることから、ここでは総てものが移転する、したがって、財産的な関係とともに労働契約も消滅企業から存続企業へと移転する、という理論構成によっているものである。

この包括承継論に基づく通説的見解については、包括承継であったとしても、特約で承継を一部排除することは可能ではないのか、財産関係、或いは、労働契約関係、これを一部排除することは何故に無効になるのか、の反論に十分に応えられないとの批判がある。即ち、労働者が存続企業への移転を望まない場合に、当該労働者の労働契約は承継から排除できると考えるべきであろうし、これを認める方がより労働者の保護になるであろうとの批判である。これは例外を認めず総てのものが存続企業へ承継されるのが合併であり、これを根拠に労働契約の排除は無効であると解しても、合併が終了した後には当該労働者を解雇したりその退職を認めれば事態は同じであるから、労働契約の排除を無効と解する特段の必要性は存しない、といったことをどのように考えるかの問題であると思われる。又、譲渡の当事者が行なう承継関係の一部排除の合意は何故に否定されるべきことなのかの問題でもありと思われる。

この問題については、合併の際に行われた労働契約排除の特約は、包括承継の原則の下では無効であるとの確認

を先ず行なうべきである。商法学上においては、合併は包括承継を発生させ、労働契約関係といえどもこの原則から自由であると解することはできないと考える。そして、包括承継の後の労使関係は通常の労使関係と異なるところはないため、労働法学での状況を踏まえていえば、そこにおいては労働者の自由な意思に基づく退職や使用者による合理的な理由に基づく解雇は当然に認められるべきことであろう。右のことを認めたとしても、合併が包括承継であること、及び、包括承継であるが故に、合併に際して行なう労働契約排除の特約は無効とする法的構成と何ら矛盾するものではない。包括承継の原則を原則として確認することがここでの重要な事項であると考える。合併に際して、合併当事者間の合意のみによって労働契約排除の特約が有効であると解すると、労働者は従前の企業が消滅している関係上、譲渡企業と譲受企業間の合意のみにより理由なき退職へと追い込まれる可能性があり不合理である。

判例は新設合併であろうと吸収合併であろうと合併は包括承継を発生させるから、労働契約関係も当然に消滅企業から存続企業へと承継されると解することで一致している。基礎に存在する法理論は包括承継論であり、総てはこの理論によって処理され、労働契約関係であることを原因とする特別な法理は展開されていない。合併の場合に労働契約を財産関係から切離して特殊な関係として捉えることは行われていない。合併は包括承継であることから、総てのものがそのまま消滅企業から存続企業へ承継されると判断している。⁽⁴⁾

②労働法学での合併をめぐる議論

労働法学においては、合併の場合の法的効果が包括承継であることから、労働契約は存続企業へ当然に承継されると解するのが通説的見解といえるであろう。労働契約排除の特約も無効と解されており、商法学での結論と同じである。但、特約排除に関しては、従前の企業が消滅するので労働者保護の観点から存続企業が労働契約を承継す

るのは当然のことであつて、排除特約は無効とされている。

これに対しては、通説的見解と結論を同じくしながらも、労働契約が承継されるのは、合併にあつては労働契約関係が同一性をもつて継続することにその根拠を求めるべきであるとの主張がある。しかし、この主張を突詰めて行けば、包括承継論に到達するのではないかと考えられるし、労働契約関係が絶対的に「当然に」同一性をもつて継続されるとは限らない場合も考えられる。労働条件が変更されて、或いは、変更されつつ、更には、承継後直ちに変更される、ということとは有得ることと思われ、労働契約関係が同一性をもつて継続するとはいえないであろう。又、合併の法的効果が包括承継であるとの原則を確認しても、合併に際して労働者を解雇するにつき合理的理由が存在すれば、或いは、労働契約を排除することにつき合理的理由があれば、存続企業は消滅企業の労働契約の承継を排除できると解することが可能である、故に、合併の場合、労働契約が承継され、これを排除する特約は無効との原則を主張したところで何ら問題解決に資するところはない、との主張もなされている。だが、原則の内容を確認しこれを踏まえることは、合併に際して、使用者が「合理化」の名のもとに行う労働契約の排除が、合理的で法的に是認されるものであるか否かを決する判断基準それ自体の内容を構成したり、その内容構成につながるものである。そして、当然そこには、一方の企業は消滅するといった合併の特殊性が反映されざるを得ないことになるであろうから、原則の確認は単なる確認ではなく重大な意味を有することになる。

以上のように、合併は包括承継を発生させるから、労働契約を含めて一切が譲渡人から譲受人へと移転すると解するのが商法学である。労働法学もこの結論と同様なことを主張するが、労働契約を排除する特約の可否に関する主張の根拠については、商法学と労働法学とは異なっている点があるように思われる。他方、合併に際して行われる労働条件の不利益変更は、当然のことながら合併の無効や不存在をもたらしすわけではなく、合併は有効、労働

契約の承継も有効であることを前提に、当該不利益変更を如何に処理するべきかといった労働法学に固有の問題を発生させることになるものと思われる。

③ 営業譲渡と労働契約

商法学では、学説・判例いずれも合併の場合は包括承継であると解することで一致しており、この包括承継を根拠として労働契約も当然に存続企業が承継すると解する。これについては既に明らかにしてきたとおりである。したがって、労働法学においても右にみてきたように、商法学の見解を基礎に、合併の場合は包括承継であるとし、これを前提に労働契約関係の処理如何が考察される展開になっている。

労働法学においては、営業譲渡の意義及び営業譲渡をめぐる諸問題に関する議論は特段に行なわれていないといっても過言ではない。このため営業譲渡の場合は合併の場合以上に、商法学を参考にして、労働契約は営業譲渡の際に如何に処理されるべきかを考察しているように思われる。例えば、営業譲渡は有機的一体として機能する財産を移転することであるから、移転される営業は労働契約関係も当然に含むものである、といった主張にその典型をみることができよう。このような主張は、営業譲渡を行う当事者の意思は労働契約を含めるのが一般的であり、労働者もこれに従う意思を有するのが一般的である、といったことに「当然移転」の根拠を求めていると考えられる。

しかし、営業譲渡と労働契約の関係については、商法学上営業譲渡の意義そのものを含めて争いがあり一様ではない。既に述べたように、営業財産とは具体的にいえば如何なるものをいうのか、争いの第一はこの点であり、旧商法総則が定める営業譲渡と旧商法二四五条一項一号が規定する営業譲渡の意義が同一であるか否か、争いの第二はこの点であり、営業譲渡とは具体的に如何なる事態をいうのか、これが第三の争点である。営業譲渡と労働契約

の關係を如何に処理すべきは、これらの問題が解決された後の問題である。商法学において総ての學説が營業譲渡に關し一致している唯一の点は、合併の如く包括承継を生じさせるものではないと解する点である。このため、合併と營業譲渡を統一的に捉えることはできず、労働契約關係の移転問題も、合併と營業譲渡では異なつた観点から検討することが必要である。

前述した昭和四〇年の最高裁大法廷判決は、争いの第二の点につき両者は同義であると判示したが、學説上もこれが多数説であつた(このことは、學説と判例がその内容において全く同一であることを意味するものでないことはいうまでもない)。即ち、「一定の營業目的のために組織化された有機的の一体として機能する財産の譲渡」を營業譲渡と解することを基本とするものである。抽象的・一般的にはこのように規定することができるのであるが、有機的の一体として機能する財産であるためには労働契約關係は不可欠の要素か否か、換言すれば、營業財産の譲渡^{II}營業譲渡であるためには労働契約を欠くことはできないのか、労働契約を欠いた營業財産も有り得るのか否か、これらの点は具體的に明確にならない。「有機的の一体として機能する財産の譲渡」、「營業財産の譲渡」、いずれも營業譲渡の別表現であるが、これをより具體的にいえば、次のようにいうことができる。物的設備を中心とし、これに權利關係、事實關係を含めた財産(營業財産)を譲渡することが營業譲渡である、と。

營業譲渡をこのようにより具體的に規定しなおしたとしても、そこで行なわれる營業譲渡に労働契約關係が不可欠な要素か否かは解明できない。パンの製造販売業者がその營業を譲渡する場合の單純な例で考えてみると、物的設備のみを譲渡するのは、当該設備が譲渡人にとって如何に重要な設備であつたとしても、有機的の一体として機能する財産ではなく、単に中古の設備を譲渡する行為にすぎない。これら設備が有機的の一体として機能するために、当該設備によって行なわれるパンの製造販売に關するノウハウ等が必要で、これにより中古の設備は単に中古

の設備の集合体を超えて、組織化された財産となり特別な効力を發揮するに至る。かくして、財産が組織化されることにより生み出される特殊な効力を当該財産と一体的にして移転するのが営業譲渡であると説明することができる。ところが、このように営業譲渡をより一層具体的に説明してみたところで、「有機的一体として機能する財産」になるためには労働契約が不可欠であるか否かは明らかにならない。

パンを製造販売するノウハウは、譲渡企業に所属する労働者がその所属企業を変えることなくして譲受企業の労働者へ伝授することができることから、この場合は譲渡企業の労働契約を譲受企業へと移転させることなく営業譲渡を行なうことは可能である(出向形態を用いたノウハウの伝授等)。つまり、有機的一体として機能する財産に労働関係は不可欠ということにはならず、これを除外したとしても、有機的一体として機能する財産、これが存在することができるし、又、その譲渡も考えられるということになる。営業譲渡に際して一定の場合には、労働契約排除の特約は有効と解する考え方がここから導き出されるであろう。一般的にいつても、労働契約の移転、ノウハウの伝授等が存在しなくとも、商法的観点からいえば、その他の事実関係だけで有機的一体として機能する財産が形成され得ることも考えられるから、商法上はこの場合も「営業」と労働契約関係が相互的な関係を必然的に形成することにはなり得ない。商法学の一般の原理からいえば、営業譲渡では労働契約関係が譲受人へ移転する必然性はないと解する他はなく、営業譲渡契約に基づき労働契約が常に当然に譲受人へ移転することにはならない。営業譲渡の当事者は、営業に労働契約を含めて譲渡する意思を有するのが一般的とはいいい難いし、リストラが営業譲渡によって行われる今日の状況を踏まえると、労働者が営業とともに譲り受け企業へ移転する意思を有するのが一般的ということにもならない。他方、一定のノウハウが特定の労働者につき固有のもので、その伝授には数年間も要するといったようなときは、当該労働者の労働契約を欠くことにより当該財産は営業財産にはなり得ないから、有

機的一体として機能する財産(営業)であるためには、右労働者は不可欠の要素である。このような場合、譲渡人・譲受人間で締結された「営業」譲渡契約(有機的一体として機能する財産の譲渡契約)には当該労働者の労働契約関係が含まれ、それが物的設備等と共に譲受人へ移転すると考えることができる。但、この場合でも、出向形態によるノウハウの伝授は考え得ることであるから、労働契約の移転は絶対的とはいえない。又、譲渡企業にとつて当該労働者が重要な存在であるときは、譲渡企業は当該労働者の労働契約を移転する意思を有しないことも考えられ、この場合には営業譲渡契約の契約内容から労働契約は除外されることになるため、労働契約の移転が当然といふことにはならない。以上のようなケースとは異なる場合には、労働契約関係が当事者の合意によつて移転すると解し得るとしても、移転について労働者の同意なくして、或いは、労働者の意思に反して、労働契約を移転することが可能か否かは全く別個の問題として検討すべきことであり、その結果により移転が左右されることになると思われる。右の結果を左右する判断は、専ら労働法学の世界に属する事項であろう。商法学では、大別して、当然に移転するが労働者には解約権がある、当然には移転しない、の二説あるが、いずれも支配的ではない。⁽⁵⁾商法学上の営業乃至営業譲渡に関する内容は以上のようなもので、問題の中心は「営業財産」であるか否かの判定であつて、労働契約の有無ではない。

だが、次の点だけは、商法学・労働法学両者に共通なことであると考える。即ち、営業譲渡に際し、労働者が譲受企業への移転を希望しない場合に、その意思に反して移転先での労働をさせることはできないこと(民法六二五条一項)、と同時に、労働者が退職を希望した場合、これを拒否して意に反した労働をさせることは認められないことの二点である。この二点は両者とも同様な事態と思われるが、その根拠は意に反した労働をさせることは如何なる場合であろうと絶対に禁止という基本原則の存在である。したがつて、営業譲渡に限らず合併の場合でも、商

法学と労働法学とは理論構成が異なるものの、従前の企業は消滅するから、合併は包括承継であるから等々を根拠に、労働契約は当該労働者の意思を問う前にとり、あ、え、譲受企業に承継(移転)されると考えるが、この場合も意に反して労働させることを禁止する原則は堅持されるべきことである。このため労働者が移転先での労働を拒否したときには、合併を原因とする包括承継により労働契約が承継(移転)されたとしても、当該労働者の意思に反して当該労働者に移転先での労働をさせることは認められないと考えるべきであろう。無論、合併の場合は従前の企業が消滅している関係上、労働者による移転先での労働の拒否は実際には退職として顕現することになる。

労働法学は、先に明らかにした商法学での営業譲渡に関する議論を如何に捉えているのかは必ずしも明示していない。労働契約関係は、営業譲渡の場合も合併の場合と同様に当然承継されるから、労働契約は譲渡企業から譲受企業へ移転すると解していると考えることができ、営業譲渡の場合に労働契約が譲受人へ当然に移転すると解する根拠は明確ではない。⁽⁶⁾一般的には、商法学での議論を根拠にしているように思われるが、商法学におけるこの点に関する議論は既に触れたように統一されているわけではない。営業譲渡について商法学上の総ての学説が一致しているのは、営業譲渡は包括承継を生じさせるものではない、の点だけである。したがって、労働法学が商法学での議論を基礎乃至援用して、営業譲渡においても労働契約は「譲受企業へ移転する」とし、これを前提に労働契約の処理を論じることについては疑念が存する。商法学上、「客観的意義における営業は労働契約を含んでおり、この労働契約を含んだところの営業財産の一切が当然に譲受企業へ移転する」と主張する説は存在しない。

営業譲渡は、有機的の一体として機能する財産の譲渡ではあるが、営業を構成する営業用財産すべてを譲渡することが必要であるわけではない。換言すれば、一定範囲の個々の営業用財産全部によってのみ有機的の一体として機能する財産(営業)が形成されるわけではない。労働契約に即していえば、これを除外しても有機的の一体として機能

する財産はあり得ることで、除外したそれを譲渡することでも営業譲渡は成立し得る。したがって、商法学にあつては「営業譲渡の場合も合併の場合と同様に労働関係は譲受企業へ当然に移転する」と労働法学のような解釈をすることは困難である。商法学であることを理由として労働者保護の問題を放置してよいことにはならないし、本稿はこれを積極的に捉えるもので、そして、営業譲渡の場合といえども、否、営業譲渡の場合であるからこそ、商法学はより以上にこの点を踏まえる必要があると考えるが、商法学上の営業譲渡をめぐる法的構造は以上のようなものでしかない。

営業譲渡の場合、譲渡対象である営業財産の構築にとつて労働契約関係が不可欠な要素であるとき、譲渡人と譲受人が当該労働契約の移転につき合意をすれば、この合意を根拠にして労働契約関係は移転すると解することもできさうに思えるが、民法六二五条一項との関連を踏まえればさう単純にはゆかないであらう。

註

- (1) 我々はこうしたことの典型を会社分割制度に見ることができる。無論、営業譲渡と会社分割とは、内容的に営業の譲渡と営業の包括承継といった差異があり、発生する法的効果も異なるという違いがあるが、ここではこれ以上立ち入ることはしない。
- (2) 江頭憲治郎「株式会社法」八四七頁(有斐閣、二〇〇六年)。
- (3) 北村雅史「事業の譲渡をした場合の競業の禁止等」江頭憲治郎編「会社法コンメンタール」二〇〇頁(商事法務、二〇〇八年)。
- (4) 労働条件を含め総てのものがそのまま譲受企業へ移転するとされているが、労働条件が変更されず、且、移転先でそれが当然に維持されるということにはなり得ないだろう。この問題は労働契約を承継する企業が承継に際し、又は、承継後直ちに労働条件を不利益に変更した場合、その変更は許されるか否かの問題であり、労働法学での所謂不利益変更の問題

と考える。労働法学における議論からすれば、包括承継(合併)に基づく労働契約移転の場合で、変更が労働者にとって不利益な変更であっても、それが客観的に評価して合理的な変更であれば是認され、そうでない場合には否定される、といった結論になるものと思われる。即ち、合併により労働契約が承継(移転)され、その際の移転先での労働条件は従前の企業でのそれと同一であることが原則だが、不利益変更を伴った(承継)移転が行われた場合でも、当該(不利益)変更が一般的客観的に合理的な変更である限り、労働者の同意を得ない変更でも有効と解される。このため合理的か否かの判断が労働条件変更の可否を決し、「そのまま」移転することは絶対的な原則とはいえず、変更を伴った移転も有得るだろう。秋北バス事件・最大判昭四三・一一・二五民集二二巻一三三三四五九頁、NTT管理職事件・最一小決・平成一七・一〇・二〇・労判九〇一号九〇頁。

(5) 既に行論において指摘したように、商法学においては営業乃至営業譲渡に関する研究はかなり深く詳細に行われてきた。しかし、営業譲渡に伴う労働契約関係の問題については本格的に検討されてこなかった。この状況は現状においても同様である。そのため、この点に関する文献は多いとはいえず、且、若干古いものである。労働契約は、労働者の承諾なくして当事者の合意によって当然に譲受人へ移転するのが原則であるが、労働者は解約権を有する(民法六二五条一項を排除し、同六二八条の適用を認める解釈)と解する説、大隈健一郎「商法総則」三三三、三三四頁(有斐閣、一九五七)、移転しないと解する説、石井照久「労働法の研究Ⅱ」一八七頁以下(有信堂、一九六七年)。但、両説の対立は、指定されているところの営業譲渡に際して移転するとされる労働契約関係が、従属労働者を含めたものであるか、そうでないか、といった側面を含んでいることは注意を要する。又、労働者は人間であるから、物的財産関係と労働契約関係を一緒にして考える方法論は妥当か否か、といった方法論上の問題も争点になっている。

(6) 正確にいえば、営業譲渡の場合、一般的に譲渡契約の当事者は労働契約を移転させる意思を有していると考えられるし、労働者も譲受企業へ移転する意思を有するのが一般的だから、労働契約は移転するという解釈である。しかし、こうした主張には問題が存在することは既に行論において指摘した。又、右のように正確に表現することなく、労働契約は当然に移転すると主張される場合もあるが、この場合は「当然」の根拠が不明で、商法学からすれば何故に当然なのかは解明できない。ともあれ基本的には、営業譲渡契約により生じる法的効果は特定承継であるから、譲渡契約によって譲渡の対象物・範囲等々あれやこれやが決定され、労働契約も譲渡契約の当事者である譲渡企業・譲受企業間の合意によって移転させられると主張されている。そして、移転はするが営業譲渡の場合民法六二五条一項の適用があることから、当該移

転は労働者の同意にかかると解されている(労働者が同意しない場合は、当該労働者の労働契約は移転しないが、使用者は当該労働者を転籍拒否を理由として解雇することが予想され、これが行われたときは、解雇権濫用の有無の問題―転籍をめぐる合理性の判断―となるものと考えられる)。

労働法学の営業譲渡と労働契約との関係についてのかかる考え方については、商法学との関連が考慮されていないといふべきである。営業譲渡の際に労働契約が当事者の合意により移転すると仮定しても、商法学の観点からは、営業譲渡には「営業」概念なる特殊問題があり、このことと労働契約との関係を踏まえれば、単純に当事者の合意のみによって労働契約が移転すると構成することには無理がある。商法的には「営業」が移転されるか否かが問題であって、労働契約の移転の有無は問題ではないからである。端的にいえば、移転させようとする労働契約関係が営業の一部を構成するとき、別な表現でいえば、当該労働契約関係を欠くことにより譲渡する営業が営業たりえなくなる場合は、営業は労働契約を含んで成立しているから、営業譲渡の意思に労働契約譲渡の意思も込められており、営業譲渡契約によって労働契約関係は移転すると解することができる。これに反し、当事者が営業と無関係な労働契約の移転を合意することは、当該合意が営業譲渡の際に行われたものであっても、営業に労働契約が含まれないことから、そこに存在するのは営業譲渡とは無関係な労働契約関係の譲渡行為にすぎない。これは営業譲渡契約の際に、営業譲渡に合わせて、或いは、営業譲渡とともに、労働者の同意を得て(或いは得ないで)労働契約の譲渡を行ったという行為であり、単純に労働者の同意に基づく(或いは基づかない)労働契約の移転である。労働者の同意を得た場合は別として、同意を得ない譲渡については、民法六二五条一項が問題となる。だが、商法的には労働契約が営業の一部を構成する場合と営業に無関係な場合とを必ず区別する必要がある。というのは、前者の場合は営業譲渡の意思表示のみによって労働契約は譲受企業へ移転すると解することができるが、後者の場合は営業譲渡契約とは別個に労働契約移転の意思表示を当事者間で行うことを要するからである。こうした区別をすることと、意思表示を営業譲渡契約に含めて行うか、別に行うかは直接的には無関係である。商法学と労働法学の両者においては、以上のように労働契約関係をめぐっての構造的な相違が存在する。因みに、最近の労働法の実務の分野では、変更解約告知といった問題も生じているので、労働条件の変更や解雇をめぐっては注意を要する点がある(大阪労働衛生センター第一病院事件・最一小決・平一四・一一・八・労働一五四八号三三頁)。

労働法学での議論の大意は右に述べてきたことで概ね整理することができたといえるであろう。だが、営業譲渡における「営業」概念の特殊性、そして、労働契約の特殊性からして、譲渡企業と譲受企業が合意をすれば、財産関係と同様に労

働契約関係も移転するとの解釈で商法学が一致しているわけではない。右に整理した労働法学における議論と商法学でのそれは内容的に異なるものであるが、労働法学がこうした点をどの様に踏まえているかは必ずしも定かではない。尚、会社法にあつては、右に述べてきた「営業譲渡」が「事業譲渡」へと変更されていることは既に指摘した。

三 事業譲渡と営業譲渡

1 会社法は旧商法と異なり、営業譲渡の用語を使用せずこれに代えて事業譲渡なる用語を使用している(会社法二一条以下、同四六七条以下)。だが、旧商法における営業概念と会社法における事業概念は同じであると解されておきこの点については現在のところ異論をみない。単に用語の変更で内容的変化はないとされている。このことから、旧商法の定める「営業」概念と改正商法総則が規定する「営業」概念、会社法総則と会社法の規定する「事業」概念、この四者は同義と解されることになる。しかし、右のことは会社法二一条以下の規定する「事業譲渡」と同四六七条以下の規定する「事業譲渡」が同一であることを意味することにはならない。即ち、会社法二一条と同四六七条が規定する事業譲渡の「事業」概念は同一だが、二一条での事業の「譲渡」と、四六七条での事業の「譲渡」は両者において異なると解する説(仮に相対説という)が存在するからである。⁽¹⁾「事業」概念は同一でそこに差異はないが、「譲渡」概念が異なるとの主張である。無論、両者は「事業」概念においても、その「譲渡」概念においても同義であるとし統一的に解する説も存在することはいうまでもない。⁽²⁾いずれの説によるにしても、旧商法下での営業譲渡と会社法下での事業譲渡は、同様な問題を抱える法的用語であることになる。ただ、抽象的なレベルでの限定ではあるが、相対説によれば会社法総則が定める「事業」概念よりも、会社法四六七条の定

める「事業」概念の方が広い概念になるものと思われる。そして、相對説は事業譲渡に伴う競争禁止義務等を譲渡の要件から排除するため、事業を具体的に認定するための手掛かりが殆ど無く、これを客観的に認識することは相当に困難を伴うと思われる³⁾。

既に論じてきたように、旧商法の下では、旧商法二五条以下に定める営業譲渡概念と旧商法二四五条一項一号が定める営業譲渡概念は同一であると解するのが多数説ではあったが、多くの問題点につき争いが存した。会社法の規定する事業譲渡をめぐっても全く同様な争いが存在することを右の事態は明らかにするものである。旧商法の定める営業概念と改正商法総則の定める営業概念及び会社法の定める事業概念は同義であることを前提に、会社法二一条以下に定める事業譲渡概念と同法四六七条以下に規定する事業譲渡概念は同一か否かをめぐる争いである。学説は、事業とは「一定の事業目的のために組織化され、有機的の一体として機能する財産」であること、換言すれば、「事業財産」をもって客観的意義の「事業」と解する。ここまでは争いは存在しない。争いは事業財産の移転をもつて事業譲渡と解する場合に、事業財産を移転すればそれで足りると解するのか、それとも事業財産を移転する他に競争禁止義務を負うか否か、負う場合にはどこまで負うのか、得意先関係はどうなるか、譲渡人の社会的信用を移転することは必要か否か、労働契約を如何に取扱うのか、といった部分において争いが生じることになる。事業譲渡の「譲渡」要件に関する争いともいふべきもので、そこには複雑な問題が存在している。だが、いずれの説によるにしろ、旧商法下での営業譲渡をめぐる問題を考察・検討した際に明らかにしたように、「有機的の一体として機能する財産」とは如何なる財産をいうのか、具体的な場面におけるその態様は明確ではない。事業譲渡に伴って労働契約がどう処理されるかの原則に関する本格的な検討が行われない根本的な原因はこの点にある。

ところで、従来使用されてきた営業概念と会社法上の事業概念との関連につき、会社法が営業の用語を事業の用

語へと変更した理由については次のように解説されている。「用語の変更…は、会社法が他の多くの法人法制や組織法としての基本的な役割を果たしていることにかんがみ、用語の統一を図るといふ法制的な観点」からである。又、旧商法の営業概念が、「個人商人に用いられる場合と会社に用いられる場合とは、必ずしも同義ではないか」という問題に対応⁽⁴⁾するためである。旧商法の下では、「個人商人は、一個の営業につき一個の商号を用いる」という考え方の下、一の個人が複数の営業を営むときには複数の商号を用いることができることとされているのに対し、会社は：「一個の商号しか持ちえないため、…複数の営業を営んでいても、一個の営業として」取扱うしかない。そこで会社法では「このような概念の差異を整理し、会社が行うべきものの総体については、個々の営業と区別して、事業と表記する」ことにした。営業から事業への変更に関する「改正の趣旨は：用語の整理の問題である」⁽⁴⁾。

引用した解説文は、個人商人は一個の営業につき一個の商号を用いるという考え方であるが、会社は一個の商号しか選定できないから、会社が行う複数の営業の総体を事業としてまとめて呼ぶことにしたと説明する。しかし、この解説には何を明らかにしているのか理解に苦しむ部分がある。単に「商号単一性の原則」を述べているだけのことだからである。個人商人は必ず一営業一商号である必要性は全くなく、一つの商号の下で複数の営業を行うことは否定されていない。例えば、商号Aを選定してパン屋の営業を行っている商人が、同じ商号の下で靴屋を営業することは禁じられておらず合法法である。無論、商号Aの下ではパン屋、別の商号Bを新たに選定して靴屋、或いは、花屋等々の営業を行うといった、二個の商号を選定しそこにおいてそれぞれの営業を行うことも可能である。個人商人は商号単一性の原則に従い、二営業一商号というようなことを行うことは許されず、一営業一商号に反する行為はできない、原則どおりであるべき、といった規制もなければそうした要請も存しない。個人企業が一つの

商号のもとで複数の營業を行う現象は稀しいことではない。会社の場合には解説にあるように、一商号しか選定できないことは当然で、これは人が一つの氏名のみしか有し得えないことからの必然的帰結である。したがって、会社法人は、一商号のもとで複数の營業を行わざるを得ないことになるが、大企業は別にして、法人企業の營業が複数ではないことも多く、数的にいえば一營業一商号の会社である場合が圧倒的に多いケースである。法人が複数の營業を営む場合に、この法人が別の法人を設立してそれぞれの法人の下に自己が有する複数の營業のうちの一つ、或いは、二つの營業を分け、別個の法人の下でそれが行われることも有り得る事態である。法人の商号は法人の氏名であることから、絶対的に一法人一商号であることが必要だが、複数の營業を行う場合にはそれぞれの營業に即して格別に会社を設立しそれぞれの營業を行うことは否定されていない。こうしたことを踏えて引用した解説文を読む限り、その主張の趣旨には理解しがたい部分がある。実際、讓渡人が營業を分け、これを讓受人である別法人が自らの商号の下に譲り受けて当該營業を営む場合は稀ではない。旧商法・会社法の定める營業讓渡制度乃至事業讓渡制度はこれに應えるための制度である。平成一二年改正で旧商法に創設された会社分割制度も右の事態に應えるもので、營業を讓渡しこれを分割承継会社に営ませることを実現するためのものであった。何故に一商号の下に多数の營業を縛り付けそれを事業と称する必要があるのか。自らが営む營業を総て自己の内部に抱え込み、一つの商号の下でそれら複数の營業を未來永劫営むべきとの社会的要請はない。引用した解説が理解に苦しむ部分を一部含んでいるとは以上のことを意味するものである。

仮に、右のようなことを全く考えず、引用した解説どおりであったと仮定しても、そこには次の様な疑念が存在する。即ち、商号単一性の原則が存在すること、一商号一營業の会社が数的には圧倒的多数であること、大企業が複数の營業を営んでいること、個人企業が一商号の下で複数の營業を行うことは屢みられる現象であること、等々

といったことは、会社法誕生の時期に際して形成された原則ではないし、このときに発生した現象でもない。会社法が制定されるかなり以前からこれらは存在した。又、現在に至るまでに商法の改正は複数回行われてきたし、就中、会社法(旧)に関しては異常とも思える程の回数に亘って改正が行われてきたのであるから、単純な用語の変更とはいえ、必ず変更すべき重要事項であったなら、これらの機会に行われるべきであったと考えられる。内容ともあれ、使いなれた法的用語である「営業」を捨てて「事業」に変更しなければならぬ程度に重大な「用語の変更をすべき」事情が存在したのであれば、しかも敢えて改正商法でのそれと会社法でのそれを区別して規定することが必要な程に重大な事項であったならば、それは再々行われてきた過去の商法改正作業において既に行うべきことから、且、変更は単に用語の問題とされるほどに簡単であるなら、かなり以前に行われてしかるべきものであったと考えることができる。わざわざ平成一七年の商法改正の際に行われるべきことではあるまい。にも拘わらず敢えて会社法制定時に時期を合わせて変更を行ったことは、そこに一定の目的が潜んでいると考えざるを得ない。会社法において営業を事業に変更したこと、平成一二年に創設したばかりの会社分割制度の内容をわずか五年しか経過していないのに会社法において変更したこと、平成一二年に会社分割に伴う労働契約の承継等に関する法律(以下、単に労働契約承継法という)が制定されたこと、この三者を合体させると、潜んでいる目的が浮かび上がってくる。会社分割規定は、現象的に捉える限り労働契約の移転問題と直接的に関連することはない。だが、会社分割は組織に関係することであることから、本質的には労働契約の移転問題と必然的な関係を形成する。会社法が規定する会社分割制度の下での、会社分割行為と労働契約関係の問題を検討しない限り、営業譲渡乃至事業譲渡と労働契約関係移転の問題を十分に明らかにすることができない、といった理由がここに存在する。

2 旧商法は三七三条以下において会社分割制度を規定していたが、これは有機的一体として機能する財産(営業財産)を分割する制度であり、個々の権利義務を会社分割制度によって分割することは認められていなかった。しかし、会社法七五七条以下で規定する会社分割制度は、「事業に関して有する権利義務の全部又は一部」を分割する制度と規定され(会社法二条二九号、三〇号)、分割対象は個々の権利義務であり、「事業」単位で分割する必要はないとの主張がなされている。⁽⁵⁾したがって、極端にいえば、中古車一台を分割する行為でも会社分割に該当し、発生する法的効果は包括承継と解される可能性もある。⁽⁶⁾旧商法での会社分割制度は、「営業」の分割であったことから、制度の是非はともあれ、会社分割の内容は有機的一体として機能する財産を分割することが必要であったし、有機的一体である財産に労働契約が含まれるか否かも一様に解することはできなかった。このことについては既に論じてきたことである。車一台を会社分割制度で分割すべき必要性が存在するとは思えないし、実際にこれが行われる場合を想定することは困難だが、会社法は右に述べたように、旧商法で規定されていた会社分割制度を総て否定し別個な制度へと変更したかのようにみえる。⁽⁷⁾

会社法七五八条一項二号、同七六三条一項五号は、会社分割制度によって分割することができる事項の一つとして雇用契約(労働契約)を例示的に掲げている。⁽⁸⁾本稿の主題との関連においてこれを捉えようと、会社分割制度を媒介にして個々の労働契約を、そしてまた、個々の労働契約のみを分割する・承継する、の関係が行われるであろうということである。⁽⁹⁾分割契約書に記載すれば、吸収分割会社から吸収分割承継会社へ労働契約が移転されることになる。そして、「分割会社と承継会社が合意(分割契約書への労働契約の記載)をすれば、労働契約は移転し、その際、移転の対象となる労働者の個別具体的な同意は不要である」と商法上は解されることになることが予想される。個々の権利義務を会社分割制度において分割できるように変更した会社法は、右のような分割を認めることに

において、民法六二五条一項の適用を回避することを目的としたと思われる。即ち、会社分割であるから従前の企業は消滅することなく存続しているのであるにも拘わらず、労働契約の分割承継会社への移転について当該労働者の個別具体的同意が不要であるとの商法的解釈は、会社分割制度がもたらす法的効果が包括承継であることをその根拠とするものと考えられる。労働契約が分割契約書に記載されれば、当該労働契約は包括承継として承継会社に承継され、且、包括承継であることよって、労働者の同意は不要といった理論構成が想定されているところのものと思われる¹⁰⁾。但、労働法学において、こうした商法的解釈に基づく会社分割行為がどのように判断されることになるかは別問題である。労働契約のみが分割された場合には（商法的には当該労働契約が事業に関して有する権利義務と判断される限りで分割することができる）、労働契約は分割会社から承継会社へ承継されると解することになるのが商法学だが、その結果、当該労働者が分割会社で主として従事していた事業と切離されることになることと判断されるときは、労働契約承継法に基づく異議申立に該当する事例となり、労働者は異議を申立てることよって分割承継会社への移転を拒否できることになる。商法的に言えば、分割の対象となる労働契約が事業に「関して」有する権利義務と判断することができる場合は分割が可能であり、そしてこれが同時に他方で、労働契約承継法に定める異議申立に当たらない事態（労働者が分割会社で主として従事していた事業と切離されることのない場合）に該当するのであれば、商法と労働法が交錯する場面での労働契約移転に関する問題は生じない。しかし、会社分割が可能なる事態は必ずしも労働契約承継法の定める異議申立に該当する事態でもなければ、しない事態でもなく、全く無関係な事態もあり、態様は様々である。会社分割を行う際に、商法的処理と労働法的処理の間において、労働契約の承継をめぐる問題が発生する原因の一つはここに存在する。

会社分割制度に基づく分割行為の法的効果が、包括承継であるとの主張は相当に疑問であり、中古車一台、或い

は、労働契約それ自体を会社分割制度に乗せて分割承継会社へ包括承継として承継させなければならぬ必然性は全く存在しない。むしろ、かかる場合は特定承継と解する方がより合理的であると思われるし、条文上はそのように解釈することも可能であると思われる。特に、会社分割に基づく包括承継では、個々の権利義務を格別にそれぞれ包括承継すると主張されているので、この包括承継は従来からの包括承継概念と根本的に矛盾する概念で、従来こうした関係は特定承継とされてきた。右に特定承継であるべきと指摘したのはこの点を含めてのことである。⁽¹⁾ 吸収分割の際の分割手続は分割契約書⁽²⁾によって行われるので、本来的には、契約関係から生じるものは特定承継とされることから、そこに包括承継が生じることはない。これは行われた行為が特定承継であり包括承継ではないことを示すものである。新設分割にいたっては、そもそも承継する側の法人格が存在していないことから、如何なる承継といえども発生しない状況である。にも拘らず、会社法による会社分割制度の下での承継関係は包括承継であるとする解釈が展開されているが、当該解釈に託されたと思われる民法六二五条一項排除の目的を考えれば、有得る主張といふべきか。だが、会社分割制度につき主張されているような包括承継論に基づき、労働契約は当該労働者の同意なくして移転するとの法的構成は是認されるべきことなのだろうか。労働者の立場からいえば、分割契約書に自らの労働契約が記載されているとき、分割会社に残留する意思があっても、異議申立もできず拒否もできず必ず分割承継会社へ移転せざるを得ないことは必然なのだろうか。会社法上の会社分割行為に基づく法的効果は包括承継であると主張する包括承継論は、その使用する「包括承継」という文言の限りでは伝統的法的概念と異なるところははないが、内容的には全く異なることを主張しているので、その具体的内容の全体像については詳細な理解をすることができない。しかし、主張されているところの不明確な部分を抱えたこの特殊的包括承継論にあっても、労働契約が分割会社から分割承継会社へ移転させられる際に、労働者が自らの意思に基づき退職を希望したときで

も、その意思表示を無視し、移転先である分割承継会社において必ず労働しなければならぬ、といった主張はしないであろうと思われる。したがって、先ず、場合を問わず、労働者が移転を拒否し退職する自由は絶対的に保障されていると考えることができる。次に、労働者が退職の意思を有する場合ではなく、分割会社に残留したい意思であるにも拘わらず、その意に反して分割承継会社へ移転させられる場合であるが、この場合の労働契約の移転は、労働者の意に反する行為であると思われるものの、主張されている商法学上の特殊的包括承継論を媒介に、承継会社へ移転すると解される可能性が大である。本稿からすれば、明らかに労働者に対しその意に反する労働をさせる場合の一種と思われるのに、如何なる規範的根拠に基づきかかる強制的移転が是認されるのであろうか。会社分割によって生じる法的効果は包括承継であると主張する、当該論者の主張による包括承継論が一応の根拠といえる。だが、合併の場合における包括承継の場合には、文字通りの包括承継が行われるし、従前の企業が消滅する関係上労働契約は存続企業へ当然に移転すると解する必要があり、且、労働契約排除の特約は無効と解する必要があるが、会社法での会社分割制度は、内容的に言えば特定承継として労働契約関係を移転する場合と同様で、分割会社は存続しており、合併の場合とは事情が異なっている。そしてまた、主張されている包括承継論は会社分割の法的効果についてのみ主張される特殊的包括承継論(細分的包括承継論)であることを踏まえれば、会社分割の場合はその内容からして、承継関係を含めて合併の場合とは異別に解することが要請される。会社法での会社分割は、本来的にいって特定承継とすべきことであり包括承継と解すべきことではない。会社分割の法的効果を包括承継としたうえで処理することが予定されている事項は、法的用語の一般的用法に従う限り包括承継の概念に入れることのできない事態で、これまでは特定承継として取扱われてきたことである。実際、合併から生じる法的効果としての包括承継と、会社分割において生じると主張されている包括承継はその内容を全く異にしており、当該内容

の差異を踏まえ考察すれば、会社分割から生じる法的効果を包括承継と解することについては相当に無理があるといわねばならない(会社分割につき主張される包括承継論に従えば、通常の所謂包括承継、旧商法上の会社分割制度につき主張された部分的包括承継、会社法上の会社分割につき主張される細分的包括承継、都合三種類の内容を異にする包括承継が存在することになるが、こうした事態は異常である。細分的包括承継論は、会社分割制度に伴う労働契約関係につき民法六二五条一項を排除することを目的として主張されている意図は明確であるが、内容の全体は不明確であり、各種の包括承継を使用する場面の区別基準も不明で、法的概念の混乱をもたらすもので認められる主張ではない)。

労働契約承継法は、会社分割行為が労働者に不利益をもたらす場合の救済を定めているが、それは労働者が主として従事する事業と切離される場合に限定されており、これ以外の場合に救済規定が機能することはない。具体的にいえば、労働者が主として従事する事業が会社分割によって分割され承継会社へ承継されるにも拘わらず、当該労働者の労働契約が分割契約書に記載されず、結果として、労働者は承継会社へ移転することができず、主として従事してきた事業と切離されて分割会社へ残留することになる場合である。或いは、労働者が主として従事してきた事業が分割契約書に記載されていないにも拘わらず、当該労働者の労働契約が分割契約書に記載されたため、労働者は移転することになるが当該労働者が主として従事してきた事業は移転せず、結果として、労働者が主として従事してきた労働と切離される場合である。¹²⁾労働者が救済を求めて会社分割によって被る不利益につき異議申立ができるのは右に明らかにした場合に限定されている。主として従事してきた事業と切離される場合のみが労働者にとって不利益な事態であるわけではないことからすれば、このような仕組みは問題であろう。又、労働契約承継法の目的が、労働者の被る不利益から労働者を救済する点に存在することを真摯に考えるならば、労働者救済を、

働者が主たる事業から切離される場合にのみ限定するのは立法趣旨に合致しないといふべきことであろう。特に、会社分割制度を利用したりストラが横行すると思われるとき、会社分割制度は会社組織のリストラを目的に創設された制度であることは事実であるが、いうまでもなく会社組織には労働者が不可分のに関連するのであり、組織の合理化の観点からだけで制度を考察することは、人間の切捨てにおいて組織を考慮することになってしまふ。労働者が、主として従事してきた労働とは切離されることになる場合であっても、分割会社へ残留することがより将来的な展望を与えてくれることもある。主として従事してきた事業が不採算部門になりつつあるような場合は特にそうである。商法学であることを理由に、右のような事態での労働者の救済を放置することは許されないことであると考ええる。したがって、労働者が主として従事してきた事業が分割承継会社に承継され、これに伴い当該労働者の労働契約が分割承継会社へ承継される手続きがなされた場合であっても、労働者に分割承継会社への移転を望まない意思があるときは、分割会社への残留を認めることが必要であると考える。労働契約承継法がかかる場合に労働者保護として機能しないと解釈されるのであれば、商法学において当該問題を労働者救済の観点から検討すべきことが要請される。

旧商法下での会社分割制度は、「営業」を分割する制度であつたことから、有機的一体として機能する財産を移転することが必要で、個々の権利義務・営業用財産・労働契約等それぞれ自体を個別に移転することは認められなかつた。又、会社分割の法的効果は包括承継と主張されてはいたが、分割対象としての営業概念が本来的に労働契約を含むのか否かは、営業が有機的一体として機能する財産と解される関係上、そして、これが財産関係に関することであつたためケースごとに具体的に判断するしか方法はなかつた。この点は既に何度も述べてきた。この意味において、旧商法上の会社分割規定は、労働契約を使用者が自らの意思どおりに移転させたり利用する手段としては一定

程度不便なところがあった。しかし、これをより利用しやすくするために、個々の権利義務をも分割の対象とすることができるようにしたのが、会社法の定める会社分割制度であるとの主張がなされている。労働契約だけを会社分割制度に基づき分割する、或いは、車一台のみを会社分割制度に基づき分割する、このような行為を会社分割とすべき必然性はどこにもない。無論、労働契約承継法が定める異議申立制度を考えれば、労働契約関係の分割が労働者をして主として従事してきた労働と切離すことになるときは、労働契約のみを会社分割制度で分割することはあり得ない事態で、通常は個別具体的な譲渡契約で行われることであると考える⁽¹⁹⁾。しかし、民法六二五条一項との関係を踏まえると、労働契約承継法が定める異議申立制度との抵触を避ける方法において労働契約のみを会社分割制度により分割することは考えられる事態である。会社分割において生じるのは包括承継であるということを根拠とする、民法六二五条一項の排除を媒介にした法的構成である。労働者の意思を問うことなく、一定範囲の、或いは、使用者が恣意的に選択した労働契約関係を、分割会社から分割承継会社へ承継させることにより合理化として顕現する所謂リストラを行うこと、これが予定されている会社分割の内容だからである。一般的に観念される会社分割行為と右に指摘した細分的包括承継論が会社法において想定しているところの会社分割はかけ離れており、これまで例を見ないもので、会社分割制度と称すべきことがらではあるまい。発生する法的効果も本来的には特定承継と解すべき行為が会社法での会社分割行為であり、包括承継とすべき理由は毛頭存しなまいと思われる。細分的包括承継論が包括承継を主張する理由として考えられる唯一のことは、包括承継と解すれば民法六二五条一項を排除することができるという点のみであるといっても過言ではないであろう。これが証左に、包括承継と主張されているが、各種権利関係についての對抗要件問題等を含めて特定承継の場合と内容は全く同じである。これらについては既に述べてきたことである。この意味において、主張にかかる会社分割制度は相当に酷いものであると考える

ことができる。労働者をここまで追い詰めることは、現状が使用者のやり放題で労働者受難の時代であるといわれたり、労働者保護を考慮する必要があるといわれたりする時代的要請に逆行する事態である。

3 会社分割の対象となる権利義務、換言すれば、会社分割制度により分割会社から分割承継会社が承継する権利義務は、「事業に関して有する権利義務の全部又は一部」であることを要する。事業と無関係な権利義務はこの意味において分割の対象たりえないと条文上は一応表現することができる。だが、「無関係な権利・義務」と「関して有する権利・義務」の区別基準が具体的に明確でなければ、右のような解釈が生み出すものは何もない。事業と無関係な権利義務とは、例えば、甲会社に土木建設部門とパンの製造販売部門があつて、後者の事業を乙会社へ吸収分割する場合、土木建設部門で使用していた建設機械は、分割する「事業に関して有する権利義務」とはいえず、分割制度に乗せ分割承継会社へ承継させることはできないといったこととして具体的にその内容を捉えることができる。しかし、より詳細に検討した場合、抽象的な基準概念として考えたときの「事業に関して」とは如何なることをいうのかを問題とする必要があるように思われる。¹⁵⁾即ち、これを広く解すると、右の建設機械一台でも、事業に関しての権利義務と解することが可能な余地はあるし、狭く解せば、事業の一部を構成しなければ事業に「関して」ということはできないと考えることもできる。狭く解した場合を右の例でいえば、パンの製造販売部門と分割しようとしている建設機械が有機的の一体となっていないければ「事業に関して」とはいえないということである。広く解することを前提にして労働契約関係の分割を考えると、分割会社の内部で部門間相互に人的交流が一定程度行われているときは、労働契約関係は常に「事業に関して有する権利義務」に該当すると判断される可能性がある。このようなとき、労働契約関係については、物的財産のように明らかに事業に関しない権利義務は存在

し得ないように思われる。これは「事業」と「関して」の双方にまたがる問題である。とはいえ、営業譲渡や事業譲渡の部分で考察・検討したように、事業概念は抽象的に規定することは可能でも、具体的には明確になりたいものである。したがって、「事業に關して」と規定する条文の文言は、具体的には明確になりたい「事業概念」と、そうした事業に「関して」という漠然とした関係概念を定めているものといわねばならず、内容把握につき困難を伴う。就中、事業概念については、「事業の譲渡」までを含めて考察すると、会社法総則の規定する事業が狭義、会社法四六七条の定める事業が広義、同七五七条以下に定める事業が最広義といったように分類し解釈するか、それとも前二者が狭義で会社分割に關するそれが広義であると解するのか、更には、全部同義と解するのか、といった争いがある。このため立脚する考え方が異なることにより「事業に關して有する権利義務」の具体的なものについて差異が生じることになる。旧商法の下での営業乃至営業譲渡概念をめぐる争いと全く同様な争いでありその構造はかなり複雑で、この複雑なことが会社分割制度に基づく労働契約の承継問題に絡んでくる。

事業に「関して」については、事業それ自体についての問題より以上に諸々と考えられ単純ではない。分割対象である事業について「何らかの」関係を有する権利義務であれば「関して」と解することができるのか否か、何らかの關係とは事業活動についての關係か財産的価値に關する關係なのか、關係の程度はある程度客観的に認識できる程度であることが要求されるのかされないのか、「関して」は主観的に捉えるのか客観的に捉えるのか。会社法の条文からすれば、客観的意義における事業に關して有する権利義務を分割し承継させることが会社分割であるから、会社法にあつては旧商法の如く有機的一體として機能する事業財産そのもの、或いは、当該有機的一體に不可欠なものを分割承継させる必要はなく、そうした事業に關する権利義務であれば分割の対象とすることができることになる。抽象的にはこのように表現すれば妥当な解釈といえるだろう。だが、こうした抽象的な表現では、具体

的な事案を判定することは困難である。本稿の主題でいえば、先ず、事業（有機的一体として機能する財産）に関してとは、単なる集合体として存在する財産を有機的一体として機能する財産へと形成せしめるような場合を「関して」というのか、既に形成されている有機的一体としての事業に一定の関係があれば「関して」に該当するか、といった問題である。両者を含めて「関して」と解するのが通常であろうが、前者の具体的な判断は相当に困難である。と同時に、後者の具体的な判断は前者にまして困難であると考えられる。事業として映現する有機的一体となった財産それ自体の具体的態様が不明確である以上、事業に一定の関係を有するとは、或いは、事業に関してとは、如何なる状態をいうのかは明確になり難いからである。このため、労働契約の承継関係が法廷での争いになったとき、労働契約関係が会社分割契約書に記載されておれば、「関して」に該当すると判断される結果となる可能性が大である。分割会社にA・Bの二部門があるとき、事前に部門間で一定程度の人事交流が行われていれば、事業Aを分割するときでもB部門の労働者の労働契約を「事業に関して」有する権利義務として取扱うことが可能になり、B部門の労働契約関係を分割承継の対象にできることは十分に有得る。そして、この場合には、労働契約承継法に定める異議申立制度も機能しないであろう。要するに、何でもありといった状態になることが予想されるが、こうしたことは現物出資の潜脱防止等を考えると肯定されてしかるべきことではあるまい。

会社法の定める会社分割制度は「事業に関して有する権利義務の全部又は一部」を分割する制度である。これは事業や事業活動を分割の対象とし、且、この対象とした事業・事業活動に関して有する権利義務の全部又は一部を分割することを想定したものではないとの主張がある。分割承継会社へ事業や事業活動を分割承継させることは不要で、「事業や事業活動に関して有する権利義務」の一部であれば分割承継の対象とすることができる規定であるとの主張である。相当に理解しにくい主張であるが、この主張によれば分割する個々の権利義務が事業・事業活動

に関して有するものであるとの判断はどの様に行われるのであろうか。分割契約書には分割の対象である個々の権利義務が記載されるが、記載された当該権利義務が、「事業」に「関して」有する権利義務であることが必要なことは条文の文言からして当然のことである。しかし、事業それ自体を、或いは、事業活動を分割の対象とする必要はないとの主張であるから、記載された個々の権利義務が「事業に関して」の権利義務であるか否かの判断は困難にならざるを得ず、殆ど無理な事態に至るものと思われる。分割契約書に記載されたものが、記載された限りにおいて、そしてそれらが一般的に権利義務と評価されるものであれば、総て「事業に関して」有する権利義務として顕現し分割の対象となり、分割承継会社によって包括承継されることになってしまふ虞がある。かかる解釈はもはや法解釈の域を脱したものでいわざるを得ない。

註

- (1) 江頭憲治郎「株式会社法」八四八頁(有斐閣、二〇〇六年)。しかし、この説の主張にかかる事業概念を具体的事案に適用する場合、事業と事業でないものの区別を行う判断基準は明確にならないであろうと思われる。
- (2) 加美和照「新訂会社法―第九版―」五四四、五四五頁(勁草書房、二〇〇七年)、前田庸「会社法入門―第一版補訂版―」五六七頁(有斐閣、二〇〇八年)、新山雄三「会社法の仕組みと働き―第四版―」三九三頁(日本評論社、二〇〇六年)。
- (3) 加美和照・前掲「新訂会社法―第九版―」五四五頁は、この点を強く指摘している。
- (4) 相澤哲・郡谷大輔「定款の変更、事業の譲渡、解散・清算」(商事法務一七四七号五、六頁、二〇〇五年)。この解説によれば、改正商法総則の営業概念と会社法での事業概念は異なるものとして把握されているように思われる。即ち、両者は異なるので用語の変更をした、ということである。同一であるなら、用語自体も変更する必要はなかったはずだからである。しかし、会社法総則でのそれと会社法でのその相違については明確に述べていない。
- (5) 前田庸・前掲「会社法入門―第一版補訂版―」七一六頁は、個々の権利義務のみを分割の対象とすることは許されないとし、分割対象は「事業」単位であることを要すると解している。近藤光男「最新株式会社法―第三版―」三八三頁(中央

経済社、二〇〇六年)も、個々の権利義務は会社分割制度に乗せて承継させる対象とするとは出来ないとしている。同説によれば、分割対象は事業及び事業に関する権利義務であることになろうか。

(6) 龍田節「会社法大要」四七五頁(有斐閣、二〇〇七年)は、ビス一本、債務一口の移転でも会社分割制度に乗せることができるように解釈することは行き過ぎであると批判する。この説によれば、個別の権利義務を分割することは否定され、分割対象は有機的一体として機能する財産であるべきということになるものと思われる。

(7) 前田庸・前掲「会社法入門―第一版補訂版」七一六頁は、会社分割制度が現物出資手続等の脱法等の手段として利用されないようにする必要があることは、旧商法も会社法も同様であるから、個々の権利義務は分割の対象たりえないとその根拠を明確に主張する。これに反し、個々の権利義務も分割の対象たり得るとの主張は、何を根拠とするのか、よって立つ基盤は明確にされていない。

これは「事業に関して有する権利義務の全部又は一部を分割」とするとは如何なることなのかの問題であると考えられるが、条文の文言からして、事業に関しない権利義務を分割の対象とすることができないことは明確であろう。あくまでも事業に関しての権利義務であることが必要で、単なる権利義務(事業に無関係な権利義務の全部又は一部)を分割の対象とすることは許されない。だが、「事業」概念は営業概念と同じく有機的一体となった財産のことと解するのが現時点での解釈であるから、如何なる事態に至れば事業と認定することが可能になるのか、そして、事業に関して有するとは、どのようなことなのか、両者が結合させられることよって具体的な判断は相当に困難となる。

(8) 旧商法の規定する会社分割制度においても、会社法の規定と同様に労働契約(雇用契約)の例示がなされていたが、それは「営業」を単位として分割することに関連する限りでの例示であつて、会社法でのそれと同じ意味を有するものではないことはいまでもなからう。

(9) 以下の行論では単に吸収分割についてのみ論じるが、新設分割についても同様なことがいえる。

(10) 会社分割は、事業に関して有する権利義務を包括承継させることであるから、労働契約も当然に承継されるとする解釈である。しかし、右の註(6)で指摘したように、前提として、分割承継会社へ承継させようとする労働契約が、分割会社「事業に関して有する権利義務」であることを要する。事業と無関係な労働契約を分割承継会社へ承継させることはできない。敢えて行った場合には、当該行為は会社分割の際にこれに時期を合わせて偶然的に行われた労働契約の移転行為である。したがって、会社分割とは無関係であり、主張されている細分的包括承継の対象にすらなり得ない。しかし、

問題は「関して有する権利義務」とは如何なる状態にある権利義務なのかである。

- (11) 法的用語に関する従来の用法に従つて包括承継を内容的にいえば、「包括」に承継することである。これを特定承継と同じ個別的な権利義務の承継関係に使用することは、「包括」に承継する事態ではないのに(個別承継の事態)、これを「包括に承継」と称するものであり、そこには形容上の問題がある。このように法的概念を混乱させてまで細分的包括承継であるべき理由は存在しない。又、法的用語の恣意的使用(部分的包括承継、個別の権利を単独で包括承継、権義務の一部の包括承継等々)が行われることによつて、自らの生活を支える労働契約関係をその意思に反して変更される労働者の存在を考えると、包括承継論は主張しすぎのように思われる。何故に細分的包括承継であるべきなのか、その規範的根拠は何一つ提示されていないといつても過言ではなからう。包括承継といえればそれで総て解決するといふものではないと考える。尚、旧商法における会社分割制度と労働契約の承継関係についての分析については、拙稿「営業譲渡と労働契約の承継—会社分割制度との関連において—」横井芳弘・篠原敏雄・辻村昌昭編「市民社会の変容と労働法」二二三頁以下(信山社、二〇〇五年)。

- (12) 事業概念との関係を抜きに商法の観点からだけいえば、分割契約書に記載されることによつて「財産関係も労働契約関係も承継される」。

- (13) 会社分割制度を用いたリストラとしての労働者切捨て、その典型的事件として、日本IBM・HDD部門分割事件・横浜地判平一九・五・二九・労判九四二号五頁。この事件から判断する限りでは、会社分割制度を用いて労働契約を分割承継会社へ承継させる行為は、従来の商法学・労働法学が構築してきたものを根底から否定する制度として運用されるように思えてならない。そして、こうした事態を発生させる根本にあるのが部分的包括承継論に基づく民法六二五条排除の主張である。

会社分割の際の労働契約移転に関する問題点については既に行論において指摘したとおりであるが、確認的に再度の整理しておく。会社分割のとき、労働契約承継法が定める異議申立制度に該当する場合は別として、これ以外の場合に、労働者が自己の労働契約を移転させられることにつき反対の意思(従前の所属会社である分割会社に残留したい意思)を有していても異議申立をすることを認めず、分割承継会社へ強制的に移転させるとの主張が行われているが、これについては疑念が存する。

右の主張でも、当該場面で労働者が退職の意思表示を行ったときには、これを無視し分割承継会社での労働を強制する

ことまでは主張していない。この退職を止めることができない理論的根拠として、「強制は許されない」ということがあると考えられる。とすれば会社分割をめぐって、退職を認めることなく労働させる強制は許されないが移転の場合の強制は許される、といった矛盾がここで発生することになる。退職の場合も移転の場合も同様な強制が問題となるにも拘わらず、「会社分割の場合の移転の強制」、何故にこの場合の強制のみが許されるのか、この点についての規範的根拠は一切示されていない。

商法学・労働法学において、会社分割の場合の労働契約の強制的移転につき、問題の無い行為であるとして認める見解は、会社分割の法的効果は部分的包括承継(旧商法の場合)乃至細分的包括承継(会社法の場合)であるから移転は認められると主張している。即ち、包括承継に移転強制的法的根拠を求める主張である。しかし、この包括承継こそが問題なのであるが、この点については既に行論で明らかにしたので繰返すことはしない。仮に百歩譲って、これら特殊な包括承継論を媒介に移転が認められるとしても、それが同時に他方で、移転の強制を正当化する規範的根拠となり得るものではないと考える。移転するか否かと強制が可能か否かは別個の問題として検討を要するものと思われるからである。移転はするが強制はできない、との法的構成も考えることができる一つの結論である。これまでの議論は、移転すること即ち強制的移転、という論理のスリ替えを疑うことなく理論的前提にしていたように思えてならない。

従来 of 伝統的包括承継論、会社分割に関し主張されている特殊的包括承継論、いずれもその主張するところの内容を正確に言えば、「包括な承継」である。そこには発生した承継を拒否する自由を否定すること(強制)は含まれていない。強制的可否は承継の形態とは異なる別次元の問題として措置し検討する必要がある。事実、会社分割における部分的包括承継乃至細分的包括承継、いずれの下においても分割承継会社が承継する対象は、分割契約書に記載されたものに限定され、承継対象のあれやこれやの選択は当事者の自由意思により決定されるのであり、財産関係に関しては強制として行われる承継関係は一切存在しない。だが、労働契約関係については、承継が包括的であるというこのみをもって強制承継であるとの主張が行われ、この主張が批判的な検討の対象にされていないのが現状である。不思議といわざるを得ない。

(14) 無論、労働契約のみが記載された場合であっても、労働者が労働契約承継法に基づく異議申立をしない限り、当該労働契約は分割承継会社によって承継されることは当然のことである。この場合、労働者が異議申立をしないことは、当該労働者が移転についての意思を有することの疎明に直ちに結びつくものではないと思われるが、これに対する措置は何も定められていない。又、この場合、労働者が主として従事してきた労働と切離されるか否かについても問題とはされない。

したがって、労働者が行うであろうと予想される異議申立を事前に押さえ込めば、問題は何も生じないことになる。これでは労働者の保護にはならない。

(15) 事業に関して有する権利義務とは、「…客観的意義の事業および事業活動に關して、会社が保有している個別の権利および義務…」(傍点引用者)のことをいうと解するのは、相澤哲・葉玉匡美・郡谷大輔編著「論点解説—新・会社法」六六八、六六九頁(商事法務、二〇〇六年)である。この主張によれば、およそ何であれ、事業に關して有する権利義務に該當することに思われる。実際、工場を敷地ごと承継させた場合、当該敷地に工場での業務とは無関係な土地が含まれていても、この土地は「事業に關して有する権利義務」に該當すると主張されており、会社分割行為に瑕疵はないとされている。この主張は、土地という不動産に關しての主張であることから、設定された事例が特殊であつて当然の解釈のように受取られる可能性が故意に潜まされている。注意すべき点は、第一に、客観的意義の事業(有機的一體として機能する財産)に關する権利義務だけでなく、会社が行う事業活動に關する権利義務も対象とされている点である。注意すべき第二の点は、工場の敷地に「…工場での業務とは無関係な土地が含まれていても」事業に關しての権利義務と解すべき、とされている点である。即ち、事業と書くべき部分を「業務」とし、土地といった特殊の事例において「無関係」でも関係ありと解すべき、といった紛れを持ち込んでいるからである。これによつて、事業とは無関係な権利義務であつても分割契約書に記載さえすれば分割の対象とすることができるといったことを一般化しようとする意図がそこに読取れる。加えるに、会社の事業活動といった主観的意義における事業に關する権利義務までも対象とする、拡張解釈の範囲を超えた脱法的拡大解釈が行われているように思われる。無論、分割会社から分割承継会社へ事業は当然、事業活動の承継がなされることも分割の要件ではないとも主張されている。要するに、権利義務であれば何でも分割の対象とすることができるといふ主張のようである。

四 むすびにかえて

本稿は、時代の要請を踏まえ商法学の観点から、事業譲渡や会社分割制度によつて被る労働者の被害をより少な

くするための方法を如何に考えるべきかを出发点にしている。一定の事業とそれに従事する労働者をリストラする場合、事業譲渡の方法によれば、事業概念・譲渡概念、株主総会の決議等との関連において一定程度制約が生じることは避けることができない。他方、会社分割制度は、事業譲渡と同様な結果を事業譲渡とは異なる簡便な方法で実現する制度である。この意味において事業譲渡と会社分割制度は、目的（事業とこれに従事する労働者のリストラ）において共通であり方法において異なっているだけである。会社分割制度が我が商法典に創設されたとき、会社分割制度は営業譲渡の手續きが煩雑なのでこれをより簡便な方法で実現する制度であると位置付けられていた。したがって、制度に込められた本質から、会社分割制度と事業譲渡制度は関連したものであり、両者を全く別個無関係なものとして捉えるべきではない。商法學上、会社分割の対象である事業の意義及びこれと労働契約の關係が問題となり議論されていることがその証左である。しかし、会社法の下で一部において主張されている会社分割制度にあつては、こうした歴史的経緯が全く考慮されておらず、そこでは会社分割制度を根本的に否定するような主張が行われている。即ち、使用者が労働者のリストラを行うにはどの様に会社分割制度の制度設計をすれば（使用者に）歓迎されるのかの視点だけが他の事項よりも優先されている。このため本稿の目的からすれば、事業譲渡の場合の検討を大幅に削り、会社分割による労働契約の承継を優先的に問題とする必要があつた。ただ、事業概念と労働契約の關係を考察するにあつては、これまでの営業譲渡と労働契約關係の議論を整理することが不可避であつたことから、不本意ながらかなりの部分をこれに裂かざるを得なかつた。

ところで、会社分割制度は条文上、事業に「関して」有する権利義務を分割する制度であると規定されているが、会社分割制度の歴史的経緯を踏まえる限り、労働契約關係とこの会社分割との關係においては、「関して」とは有機的の一体として機能する財産であるところの事業（客觀的意義における事業）に直接的に關係することを指す

と解すべきである。即ち、有機的一体として機能する財産である客観的意義の事業を分割する制度が会社分割であり、且、そうした事業に直接的に關係する権利義務(労働契約もここに位置する)を事業とともに分割することが会社分割であると解する。会社分割とはいえ、事業を分割する必要も無く、事業に間接的に關係するにすぎないだけの権利義務であれば分割できるとの主張に従えば、殆どの場合が「關して」に該当することになるからである。又、会社分割によつて生じる法的効果は特定承継であると解すべきである。如何なる観点から考えても包括承継と解すべき根拠は存在しないし、包括承継との法的構成は多くの派生的問題を発生させるからである。これら諸点については後日別稿において残された課題として更なる検討を行う予定でいる。

以上