

Title	商法二四五条一項一号における「営業譲渡」の意義： 企業結合的見地からの考察の必要性
Sub Title	Notion de "Cession du Fonds de Commerce" en Société Anonyme : la nécessité de la considération au point de vue du Konzern
Author	宮島, 司(Miyajima, Tsukasa)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1980
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.53, No.12 (1980. 12) ,p.361- 383
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	法学部法律学科開設九十周年記念論文集
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19801215-0361

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

商法二四五条一項一号における「営業譲渡」の意義

——企業結合的見地からの考察の必要性——

宮 島 司

一 はしがき

二 企業結合的見地からの「営業譲渡」概念把握の必要性

(一) 沿革的理由

(二) 実質的理由

(三) 形式的理由

三 企業結合的見地からする「営業譲渡」の意義

四 まとめ

一 はしがき

従来より、商法二四五条一項一号に規定された「営業譲渡」の意義をめぐって、取引の安全を重視すべきか、逆に、株主の利益保護をなすべきかという基本的観点の相違から、いわゆる形式説と実質説とに見解が対立し、⁽¹⁾ それぞれに賛同する立場から比較法的考察をなしたまた判例を検討するなどして、論拠をさらに加えるという解釈論が展開されている。

商法二四五条一項一号における「営業譲渡」の意義

三六一 (二〇〇七)

現在のところ、形式説が多数説⁽²⁾であり実質説は少数説⁽³⁾であるといわれているが、理論的にはいずれもその欠陥を含んでいるところから、基本的にはこのいずれかの立場に依拠しながら、その欠陥を克服すべく数多くの分派⁽⁴⁾が生じてきており全く統一をみない。

ところで、この対立がどこに根ざすかといえば、冒頭に述べたように、基本的には取引の安全か株主保護かという株式会社法の解釈論上最重要関心事に関する認識の相違にかかっているといつても過言ではない。つまり、形式説によれば、実質説のように事実上の影響の有無によつて特別決議を必要とするか否かを分けて考えたのでは、具体的な場合に同条の適用があるか否かが不明確になつてしまい法律関係の安定を欠くことになるから、法技術的にはいわゆる営業譲渡の概念でもつて形式的に限界を画する方法をとらざるをえず、従つて、本条における「営業譲渡」とは、商法二五条以下におけるそれと同様、一定の営業目的のため組織化された有機的の一体として機能する財産を譲渡し、これによつて譲渡会社⁽⁵⁾がその財産によつて営んでいた営業活動を譲受人に受け継がせ、譲渡会社が法律上当然に競争禁止義務を負う場合をいうとする。

これに対して、実質説は、本条における営業譲渡とは、その譲渡が譲渡会社の存続にかかわるか否かという目的論的判断によつて決せられるべき問題であるとする考え方から、企業維持、株主保護、つまり会社の存続に関する事項は特別決議によるのが当然であり、実質的にいわゆる営業譲渡に準ずるような事案でも、会社の運命に重大な影響を及ぼすような場合は特別決議を必要とする本条の営業譲渡に含ましめるべきであるとする⁽⁶⁾。

ところで、こうした見解の対立がいつまでも続く背景には、常に判例に現われてくるような極めて特異な場面における当事者の利益状況を念頭に置いて、主として判例の当否をめぐつて解釈論が展開されてきているところにあると思われる。なるほど、法解釈学の使命は、法が生きた生活関係を規律するものである以上、そこに納得しうる解釈を求めらるることにあることは当然であるが、判例に現われた事実から、というよりはむしろそれのみ災いされて、本来前提とされるべき

「営業譲渡」の概念がそこから帰納的にのみ導き出されるとする解釈態度は納得しえない。多くの論者が営業譲渡の本質論を展開するにあつて、多くの判例を引用してくるのはこの現われであり、私見からすれば、判例に登場してくるような営業譲渡（むしろ、営業譲渡ということ自体誤まりである）の事案は全くの病理現象中の病理現象である。⁽⁸⁾後に述べるように、元来、制度として法が予定していたところの「営業譲渡」とは、企業結合としてのそれであつて、判例に現れてくるようないわば純粹の取引法的行為ではない。従つて、営業譲渡の本質論を考察するためには法が予定していたところの制度についてまず始めることが重要であり、この正当な把握があつてはじめて納得しうる解釈論を展開することができよう。本稿では、立法の沿革、営業譲渡の機能、その他の企業結合規定と考えられる制度との対比という見地から、商法二四五条一項一号における「営業譲渡」の制度意義を求め、現行法上の解釈論を展開する。

従来より、商法は単独企業のみを前提とし、種々の規定もこれを念頭に置いて解釈されてきた。もちろん、合併のように法人格の結合に関する規定も存在するが、これもあくまで企業主体間の結合という意味において従来から考えられてきた枠を超えるものではなかつたわけである。つまり、合併にあつては、法人格が結合すればその客体である営業は当然結合するものとして問題とされることはないからである。しかし、現実には、営業の結合が法人格の結合にはならない、つまり、法人格が独立したまま、営業のみ結合し経済的一体性をもつことになるいわゆるコンツェルンが極めて重要になつてくることは無視しえない事実である。後に明らかにするように、法は法人格の結合として合併を考え、その客体たる営業の結合として、すなわち法形式的には独立性を維持したまま経済的には一体となるコンツェルン規定として商法二四五条一項を考えていたのである。⁽⁹⁾従つて、営業譲渡の本質論を説くにあつても、常にこのことを念頭において考えるべきであり、このような観点から再構成を試みることに本稿のねらいがある。

(1) 本稿のように形式説・実質説と分類するもの他、総会決議必要説・総会決議不要説と分類するもの、あるいは単に多数説・少数説とするものなど

がある。

(2) 形式説に属する見解として、鈴木竹雄「営業譲渡と総会の決議」商法演習一三四頁(但し、改説前)、石井照久「営業の譲渡と株主総会の決議」現代商法学の諸問題(田中誠二古稀記念)一頁、田中誠二「全訂会社法詳論・上」三九三頁、上柳克郎「営業譲渡」新商法演習一二四一頁、藤井昭治「営業の譲渡」契約法大系Ⅱ二五七頁、大賀祥充「営業財産の譲渡担保と株主総会の特別決議」法学研究三八巻二四六頁、鴻常夫「会社の重要な営業財産を譲渡担保に供する場合と商法第二四五条の適用の有無」ジュリスト一八二号六〇頁など。

(3) 実質説に属する見解として、松田二郎・鈴木忠一「条解株式会社法・上」二二五頁、喜多川篤典「営業譲渡の性質」ジュリスト三〇〇号一八六頁、三枝一雄「商法二四五条一項一号に於ける営業の全部又は重要な一部の譲渡の意義」法律叢書四〇巻一三一頁、大山俊彦「商法第二四五条一項第一号に於ける「営業」の意義について」駒大法学論集三九四九頁など。

(4) 三つのタイプの代表的見解がある。第一の立場は、実質説と同様、営業活動の承継、競争避止義務の負担を営業譲渡の要件から除外し、「機能的一体としての組織的財産」の譲渡であれば足るとしながら、個別的な財産の譲渡はいかに重要であつたとしても営業譲渡とはならないとする。大隅健一郎「商法二四五条一項一号に於ける「営業」の全部又は重要な一部の譲渡」の意義 判例評論八七号七五頁、竹内昭夫「商法二四五条一項一号の「営業」の全部又は重要な一部の譲渡」の意義 法協八三巻四号一五〇頁、蓮井良憲「営業譲渡」ジュリスト五〇〇号二七〇頁、田村諄之輔「重要財産の譲渡と特別決議」会社判例百選(新版)九五頁、山下真弘「株式会社法上の営業譲渡に関する一考察(完)」関大法学論集二五巻三号一九〇頁など。

第二の立場は、基本的には実質説に立ちながら、実質的に営業譲渡にあたるものが譲受人にわかるのでなければ、そして譲受人がそのことを立証しない限り、総会の特別決議の欠缺を理由にその譲渡の無効を主張できないとして、挙証責任によつて静的安全と動的安全との調和を図らうとするのである。鈴木竹雄「株式会社法と取引の安全」商法研究Ⅱ五二頁、山口賢「営業譲渡と株主総会の特別決議」商法の判例(第三版)五五頁。

第三の立場は、服部教授の見解であり、まず、営業譲渡の意義を商法総則におけるそれと同一に理解すべきとの基本的立場に立ち、営業用財産の一括譲渡も営業譲渡にあたるとする。ただ、この場合それが営業譲渡にあたるか否かは否定する側に立証責任があるとする。服部栄三「商法第二四五条第一項第一号に於ける「営業」の全部又は重要な一部の譲渡」の意義 民商法五四巻四号五七三頁。

(5) (2)に掲げた諸論文参照。

(6) (3)に掲げた諸論文参照。

(7) 龍田節「営業譲渡と株主総会決議」法学論叢一〇四巻六号一頁、一〇五巻三号一頁、遠藤美光「財政破綻にある株式会社の営業譲渡(二・完)」上智法学三三巻二号一七六頁など。その他、前述した多くの見解も判例批評を中心とするものである。

(8) 遠藤前掲論文一九六、一九七頁は、譲渡会社の財政状況によつて、株主の有する経済的利益にも差異が出てくるのであるから、破綻会社の営業譲渡の場合には別個の判断基準が必要であると主張する。私見とは基本的立場を異にするが、思考の方向において賛同しうべきものである。

(9) 松田二郎「株式会社法研究」一八三頁。

二 企業結合的見地からの「営業譲渡」概念把握の必要性

近時、いくつかの著書において、「営業譲渡」をもつて企業結合の一形態であると位置づけるものがみられる。⁽¹⁾ こうした考え方が、思考の方向として、企業結合との関連、とりわけ合併と極めて類似した機能を有するものとして営業譲渡を把握しようとする試みは、現代資本主義経済の下における企業間の関係⁽²⁾をみた場合には、全く正当な方向にあるものと思われる。しかし、こうした考え方も、単に経済的機能という観点からのみ「営業譲渡」を把えて位置づけるものにはすぎず、そこから積極的に「営業譲渡」概念の定立を試みようとするものではない。私見によれば、そこにとどまつていることがいかんとも納得しがたいのであつて、多くの見解が若干のニュアンスの違いを示しながら、① 競争避止義務を負うか否か、② 営業活動の承継を必要とするか否か、③ 有機的一体性を必要とするか、また重要な財産であれば足るか、④ 取引の異常性を必要とするか、などいくつかの基準をもつて総会決議が必要とされる範囲を決定しようと考えすることは、商法二四五条一項一号における「営業譲渡」の制度意義を正当に認識しないからである。現行会社法の下における制度⁽³⁾としての、あるいは理念としての、「営業譲渡」の正当な把握こそ重大なものであり、これが明らかになることによつてはじめて「営業譲渡」とは何か、つまり、何を対象として、どのような場合に株主総会の特別決議が必要とされることになるかが明らかになるものと思われる。

そこで、ここでは、立法の沿革、実質的にはその機能、さらに形式的にはその他の企業結合規定との対比という観点から考察することとする。

(一) 沿革的理由

現行商法中において、「営業譲渡」に関しては、商法総則二二五条以下と株式会社法二四五条以下に規定が存在する。商法

総則における營業譲渡は、明治三十二年いわゆる新商法施行以来のものであり、規定の体裁からみても明らかなように、譲受人及び債権者保護というもつばら取引の安全を考慮した制度と考えられている。⁽⁴⁾⁽⁵⁾これに対して、株式会社に関する營業譲渡の規定は、昭和一三年の改正において新設され、昭和二五年に改正されたものである。この規定は昭和一三年立法の当初より、個々の企業内部の経営政策の範囲内の事項にとどまらず、コンツェルン関係規制のためであるといわれていた。⁽⁶⁾つまり、昭和一三年改正法前には、全く規定が存在しなかつたため、はたして会社は營業の譲渡をなしうるか、またなしうるかとしても何を譲渡するかなどについて解釈論上も種々の疑問が提起され、⁽⁷⁾現実の企業結合の必要性といった見地からも新設が強く主張されたのであつた。田中耕太郎博士が既に昭和五年に次のような主張をされていることは、この立法に対する期待が、つまり企業結合規定としての登場に対する期待が、どれ程大きいものであつたかを物語るものであろう。すなわち、「我々は会社企業相互間に於ける組織法的拘束、即ち行為法的、債権法的、一時的に非ざる会社の組織に影響を及ぼす所のむしろ身分法的、継続的なる関係を眼中に置き、立法に際し之れに関し研究を為す必要があることを痛感するのである。」⁽⁸⁾

こうした要請をうけて新設されたのであるが、昭和一三年新設時には、營業の全部譲渡は会社の法律上当然の解散事由とされていた(旧四〇四条三号)。これに対し、昭和二五年改正法では、これを解散事由から削除し、さらに、營業譲渡に反対の株主に株式買取請求権を法定した(二四五条の二)。まさに、このことに極めて重大な意義があるのであつて、この点はすでに立法担当者あるいは有力な学者によつて、より一層コンツェルン規定の意味を強くするためと説明されているところである。つまり、解散事由から削除したことについていえば、会社存続中における營業譲渡を可能ならしめることによつて、企業集中に基づく經濟の変遷に順応させることを考慮したものであると考えられるし、⁽⁹⁾また、反対株主に株式買取請求権を法定したことは、法形式的にも、また実質的にも、企業結合の最終的形態である合併と類似した制度と考えたからに他ならな

(11) 制度として法が予定したところの「営業譲渡」とは、企業結合的な意味におけるそれであつたわけである。昭和一三年新設、昭和二五年改正共に極めて漸進的ではあるが、しかしその根本には、企業間の結合現象に対処すべく努力がなされているのであり、それゆえ、このような法の沿革を無視し、判例に現われてくるような、例えば、休業中の会社⁽¹²⁾・債務超過会社⁽¹³⁾が私的整理の方法として行なうような極めて特異な場面を中心に解釈論を展開する従来からの種々の見解の立論のしかたは全く納得しえないものである。

(二) 実質的理由

近時、営業譲渡の実例が極めて多くなつてきている。公正取引委員会の独占白書によれば、戦後の一時期を除いて、年々増加の一途をたどつていようである⁽¹⁴⁾。ただ、合併に関する資料は数多くみられるのに対して、営業譲渡に関してはその実態資料がほとんどなかつたため、現実にはいかなる目的のためこれがなされるかは、結局のところ判例を通して知る道しかなかつたわけである。従つて、現在ほとんどの学説が、主として判例を通して、つまり、まさに、営業譲渡契約当事会社が対立当事者として登場してくる場面を通して、営業譲渡の本質論を展開してきたことも一応うなずけないではない。しかし、おそらくこれは、制度の意義(一)で前述したところであり、また(三)においても述べる)、機能を正當に把握しないものであり、極めて表面的に現われた一角をもつて全体を把握するものとの批判を免れない⁽¹⁵⁾。

ところで、昭和五三年八月東洋信託銀行より「最近の営業譲渡契約」という資料が公表され⁽¹⁶⁾、また、右資料に掲げられた各営業譲渡契約の内容に関するコメントも商事法務研究上においてなされた⁽¹⁷⁾。おそらく、近時における営業譲渡の実態を知りうる唯一の有用な資料であると考えられるが、その営業譲渡契約書のほとんどすべては、例えば、他の会社と折半出資した会社を設立し、そこに営業譲渡をなす場合とか、自社が七〇%以上出資する子会社を設立し、そこに営業譲渡をなす場合など、まさに機能的には企業結合としてこれが行なわれているようである。

このようにして、統計上も営業譲渡が行なわれる場合というのは、営業譲渡当事会社が対立当事者となるような取引的行為として現われる場合よりは、結合企業間における経営合理化のため、あるいは個別企業が関係会社を形成してゆくためといったすぐれて企業結合的行為として現実化されてきている。

ところで、いかなる方法で営業譲渡が企業結合を達成するかをもう少し詳しくみてみよう。近時、資本自由化にともなう産業再編成の必要から、企業の体質を改善し合理化を図るために、一方で会社の合併が促進されるとともに、他方で会社の分割についても動きが活発になつてきている。すなわち、企業の体質を改善、強化するためには、いたずらに合併により企業を大型化させるのみでなく、ある特定部門を分離して專業化することも重視されることになつたためである。特に、この会社分割については、立法化の要請が久しく唱えられ、⁽¹⁸⁾現実の必要性も大であるにかかわらず、現行法上は制度として存在しなままである。そこで、多くの会社では、その必要性から営業譲渡を用いて同様の効果をもたらすようにしている。規定の存在するフランス会社法上の分割に関する解釈論にしても、また、実際に行なわれているのが国の会社分割にしても、文字通り全く分割して非関係会社とする意味ではなく、かえつて逆に、企業結合のための一手段として立法され、理解され、運用されているということである。⁽¹⁹⁾ここにおいても、商法二四五条一項一号における「営業譲渡」は、機能的にも、企業結合と考えられるべきである。

そして、いわば分割の反対現象とも考えられる合併と関連しても、企業結合の実をあげるために合併手続によらないで営業全部を譲渡する事例が目立つている。つまり、甲会社がその営業全部を乙会社に譲渡し、そして甲会社が解散してしまう場合などは、まさに効果としては甲—乙会社の合併と同一である。しかも、合併と営業譲渡とはその規制が異なり、前者の規制が厳格とすべきであるから、合併規制回避のために営業譲渡が行なわれることも現実問題としては十分考えられるわけである。⁽²⁰⁾

とすれば、営業譲渡をもつて、当事者の利害が尖鋭に対立する一般契約の法理をもつてしたのでは、判例に現われてくるような事案の解決にはなるとしても、営業譲渡の本質的理解には全く機能しえない解釈論といわなくてはならない。沿革的理由からも明らかのように、元來、法は「営業譲渡」をもつて企業結合規定として位置づけていたものであるし、実質的にも、また機能論としても、営業譲渡の多くが企業結合の手段として行なわれていることを知るとき、取引法的行為としてこれを把えることはすでに制度の意義、機能を全く無視することとなり許されない。⁽²¹⁾

(三) 形式的理由

商法二四五条一項二号は、「營業全部ノ賃貸、其ノ経営ノ委任、他人ト營業上ノ損益全部ヲ共通ニスル契約其ノ他之ニ準ズル契約ノ締結、変更又ハ解約」につき、株主総会の特別決議を必要とする旨規定している。立法理由からこれら各種の契約が企業結合と考えられていることは一号における「營業譲渡」と同様であり、また、実質的・経済的にみても、二つの企業の結合的な現象であることからこれを合併ないし会社構造の変更に準ずるものとみて、株主総会の特別決議を必要とするとしたわけである。⁽²²⁾

營業の賃貸借、経営の委任についていえば、通常、これらの契約は大企業が小企業をその支配下に置くための形式、すなわち上下関係における結合の形式として利用されるのであつて、親子会社関係設定の重要な一形態である。⁽²⁴⁾ 上位会社は下位会社の營業を賃借し、又はその経営につき自己の利益において委託を受けることによつて、その下位会社を自己の支配下におき企業の統制を図るのである。もちろん、法形式的には營業の賃貸借にあつては營業は賃借人の名義において、かつその計算において行なわれるのに対し、経営の委任にあつては委託会社名義で運営され、計算は受託会社に帰属するとの相違はみられるが、⁽²⁵⁾ 營業活動の引渡がいずれの契約においてもその中核をなし、⁽²⁶⁾ 受託会社、賃借会社の事業計画のもとに運営が行なわれるものであり、まさに企業結合そのもの、⁽²⁷⁾ つまり契約による支配そのものであると考察しうる。また、機能的

にみても、これらの契約の期間が長期にわたる場合などは、実質的には合併と同様の効果をあげるためであり、短期の場合でも合併に至る前段階として締結されることが通常であることなどからも、⁽²⁸⁾企業結合の一形態として位置づけられるものである。

損益共通契約についても同様のことが考えられる。つまり、損益共通契約とは数個の企業間において損益全部につき共通関係を設定する契約であり、一般に組合契約であると解されているが、この契約の締結により関係会社はすべて統一的指揮に服し、経済的一体をなすわけである。⁽³⁰⁾従つて、例えば、甲会社、乙会社間において平等に分配する契約が締結されている場合において、甲社で五億円の利益があり、乙社では一億円の利益が計上されたとしよう。このとき甲は乙に五億円の利益のうち二億円を引渡すことになるが、これは第三者の利益参加ではなくつつまり、五億は純粹に甲社の利益と考えるのではなく、あくまでも甲、乙両企業の共同した結果なのである。利益追求の方法に関する組合契約であり、ここにおいても法が企業結合の一形態としてこれを把えているわけである。⁽³¹⁾

最後に、商法二四五条一項三号では営業全部の譲受にも株主総会の特別決議を必要としているが、この規定の意味についても若干考察を加える。周知のとおり、営業全部の譲受のみに特別決議を要するとした立法の態度については批判のあるところではあるが、⁽³²⁾これは別としても、営業の譲受に特別決議を必要としたのは、譲渡会社と譲受会社間に企業結合関係が生ずると考えたからに他ならないのであつて、合併契約において合併両当事会社に特別決議を必要とすることと同様である。もし、営業譲渡、譲受をもつて純粹の取引法的行為と理解するならば、譲渡会社にとつては営業の全部又は重要な一部が失なわれれば会社の存立に重大な影響を及ぼすことになるため、特別決議を必要とすることは納得しうるが、譲受会社にまでこれを必要としなければならぬ理由は見出しがたい。⁽³³⁾従つて、商法二四五条一項三号を同条同項一号との関連において正当に位置づけるためには、企業結合としてこれを考察することが最も素直であらう。

このようにして、商法二四五条一項各号における各種の契約は企業結合という見地からこれを考察すべき実質と機能とを有しており、これらとの対比において営業譲渡もまた同様の性質をもつものと理解しなくてはならない。つまり、契約の当事者が利害を鋭く対立させて登場してこころの通常の取引行為とは全く趣きを異にするものであつて、端的に、商法二四五条一項二号の各種の契約と同様、企業結合規定としての意義を把握しなくてはならない。

(1) 河本一郎『現代会社法(新版)』三九四頁、服部栄三『商法総則』三九五頁、木内宣彦『企業法総論』一七九頁。

(2) 田代有嗣『親子会社の法律』一頁、龍田節『企業結合と法』現代法9一〇七頁等の指摘。実態資料として、宮崎義一『寡占』二八頁、五〇―五一頁、『新・連結集団』別冊ダイヤモンド経済情報、野口・片山・荒川『現代日本の株式会社』等。

(3) このような判断基準の存在することを指摘するものとして、龍田前掲論文(営業譲渡と株主総会決議)三頁。

(4) 明治三二年新商法の下では、第二条、二三条において競業禁止義務のみが規定されており、現行規定(二四條―二九條)に改正されたのは昭和三年である。

(5) 長谷川雄一『營業の讓渡―その二―演習商法(総則・商行為)』一三三頁、田中誠二・喜多了祐『全訂コンメンタール商法総則』二八一頁以下、福井守『營業財産の法的研究』三〇頁、四〇頁、大隅健一郎『商法総則』三二八頁、西原寛一『商法総則』四〇五頁。但し、これらの著書においても、譲受人の競業禁止義務を当然の効果とみるか政策的義務とみるかについては見解が対立し、また、第三者保護についても外観理論をもつて説明しうるかという点で争いはある。

(6) 喜多川篤典『注釈会社法(4)』一二九頁。また、昭和一三年改正法の立法担当者の手による奥野健一・加納駿平・佐々木良一等『株式会社法積義』によれば、その立法理由として、「本条第一号乃至第三号の事項は現代資本主義經濟の発達に伴う資本集中の必要上行はるる会社の運命に重大なる關係を及ぼす事柄である。」(一四八頁)と述べ、さらに四号及び第二項(会社役員責任免除が規定されていた)については、「右に述べた經濟資本の集中に伴ふ会社事業の合同等に関する事項ではなく」として、商法二四五条一項一号ないし三号は企業結合規定として誕生したものであることを明確にしている。田中耕太郎『改正商法及有限会社法概説』一七頁、一八四頁、鳥賀陽・大橋・大森・八木『商法改正法案を評す(一三)』法学論叢三三卷二号一四八頁。

(7) 松本丞治『会社ノ營業讓渡ヲ論ス』私法論文集第二卷二九七頁が代表的著書であり、存続中の会社が營業讓渡を行なうことは異常な事態であると、会社の目的の範囲外の行為であると解していた。同旨の判例として、大判大正二年六月二八日民録一二輯五五五頁、大阪地判大正五年八月一日新聞一六〇号二六頁、宮城控判昭和三年三月二二日新聞四二六五号一三頁などがある。ただ、前述の判例と異なり、会社の解散を条件または期限とする株主総会の特別決議があれば可能とするものもある。大判昭和三年四月七日新聞二八六号一五頁、大判昭和一年八月三一日民集一八卷一五号九九

商法二四五条一項一号における「営業譲渡」の意義

七頁。

(8) 田中耕太郎「株式会社法改正の基本問題」商法研究第二卷四七七頁以下。

(9) 最判昭和四〇年九月二日における松田二郎判事の反対意見(民集一九卷六号一六〇頁以下)。

(10) 最判昭和四〇年九月二日における松田二郎判事の反対意見(民集一九卷六号一六〇頁以下)。

(11) 右最判昭和四〇年における奥野健一判事の補足意見。

(12) (10)の最判昭和四〇年九月二日はその典型的なものである。その他、最判昭和四一年二月二三日民集二〇卷二二三〇二頁など。

(13) 大阪地判昭和三一年六月二〇日下民集七卷六号一五八五頁、東京高判昭和五〇年九月三日高民集二八卷四号二八七頁など。

(14) 昭和五三年度五九五件中、四件が営業の賃借、三件が経営の受任であり、残り五八八件が営業の譲受又は営業上の固定資産の譲受けである。

(15) ちなみに商法二四五条に関する判例数を調べてみると、昭和二五年〜三四年の間七件、三五年〜四四年の間一四件、四五年〜五四年の間九件である。

(16) 東洋信託銀行証券代行部『最近の営業譲渡契約』一頁以下。

(17) 藤原祥二「会社の営業譲渡契約書の分析」商事法務八二〇・八二二一。

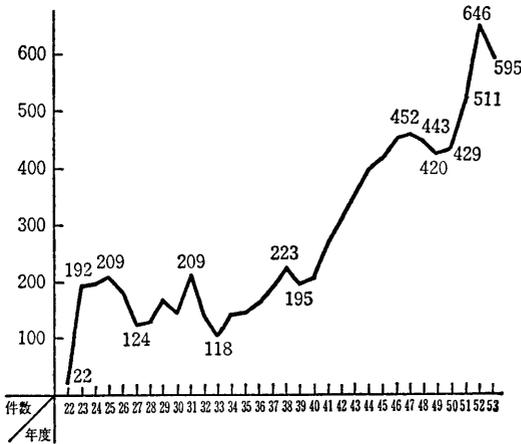
(18) 古くは、大野実雄「株式会社分割の商法研究一巻(昭和二六年)三一九頁、大橋光雄「会社の分割」法律タイムズ一巻二号(昭和二年)三九頁等がこれを主張し、近時は、経済団体連合会「産業再編成のための企業分割、合併に関する意見(昭和四三年)商事法務四六三号五五頁を契機として多くの論文がこれをとりあげている。吉田昂「会社の合併および分割に関する改正意見(Ⅱ)―分割の部―」商事法務五三六号二頁、居林次雄「会社の分割に関する法制整備問題」商事法務四六五号九頁、小関健二「会社分割の法制について」東洋法学一七巻一号九五頁。

(19) フランス法上の分割については、拙稿「会社の分割」慶大大学院法学研究科論文集(昭和五年)六五頁、わが国の分割についても同論文七五頁。

(20) 田代前掲書(親子会社の法律)四〇二頁。

(21) 営業譲渡は後述するように客観的な営業を譲渡する行為である。従つて、行為自体は二当事者間の契約であるから取引法的行為ともいえる。しかし、この点こそ企業結合規定としての営業譲渡の特殊性であつて、あたかも営業譲渡、合併の場合における株主の特別利害関係の議論と同様、譲渡当会社間ではコンツェルン

営業譲受等受案件数の年度別推移



利益を媒介とするため、対立する利害の問題はそこに吸収されてしまうのである。

松田二郎「コンツェルン関係における株式会社の自主独立性」株式会社法研究一九七頁は、コンツェルン関係では通常の契約(例えば売買)においても特殊の考察を必要とするべしとされる。

(22) 奥野他前掲書(株式会社法釈義)一四八頁、松田・鈴木前掲書二二三頁。

(23) 喜多川前掲書(注釈会社法)一四九頁、石井前掲論文六頁。

(24) 田代前掲書(親子会社の法律)四四五頁、松田・鈴木前掲書二二六頁、服部前掲書四二四頁以下。大隅健一郎『企業合同法の研究』一八七頁ではその注(2)において、Haussmann, Grundlegung, S. 126を引用し、同書が営業の貸借・経営の委任・経営管理契約をもつてSubordinationのみの形式と扱えていることを批判されている。沿革的理由のところでも述べたように、少くともわが国においては右の各契約はSubordinationのみの形式と考えてよいであろう。

(25) 服部前掲書四二四頁、四三三頁、松田・鈴木前掲書二二六、二二七頁、田代前掲書四九四頁。

(26) 喜多川前掲書(注釈会社法)一四九頁。

(27) 田中昭「営業の貸借と第三者との関係」商事法の研究(大隅憲暦記念)二頁、服部前掲書四二六頁(注一)等において、企業結合と関係のない営業貸借が存在することを指摘される。この点は、営業譲渡の場合にも同様であるが、本来制度として法が予定したものは企業結合としてのそれであつて、常に本質論を展開するにあつてもこのことを考慮すべきである。従つて、営業貸借といつても民法の貸借契約とどれ程の類似点があるかは疑問である(この点の認識は服部前掲書四二七頁注二とほぼ同様であるが、一般の理解によれば、原則として、民法の適用があるとする。例えば、田中誠二『商法総則詳論』二二二頁。また、大隅健一郎『商法総則』三三三頁は類推適用とする)。

(28) 田代前掲書四四五頁。

(29) 田代前掲書五〇三頁、松田・鈴木前掲書二二八頁、大隅前掲書(企業合同法の研究)二二四頁等通説である。

(30) 田代前掲書四九八頁、松田・鈴木前掲書二二八頁、喜多川前掲書(注釈会社法)一五〇頁。

(31) この点は極めて重要である。なぜなら、私見のように、損益共通契約をもつて利益追求の方法に関する契約と解した場合には、企業結合という問題意識をぬきにしては特別決議を必要としなくてはならない理由は見出しえなくなるからである。もちろん、損益共通契約をもつて利益配当に関する合意(服部前掲書四三六頁)と解した場合には、特別決議を必要とする理由は出てくるが、これでは商法二四五条一項の他の契約との対比という意味からも十分納得のゆく説明とはなりえないであろう。私見と同様、損益共通契約をもつて利益追求の方法に関する合意であると考えられる大隅博士は、昭和三年改正前(商法二四五条新設前)の前述の企業合同法の研究(二二七頁)において、利益配当の規律に関するものではないから総会の決議は不要であると主張されていた。とすると、何故昭和三年改正において総会の特別決議を要することとしたのであろうか。企業結合を理由とする以外に納得のゆく説明をなしうるであらうか。

(32) 宇田二明「営業譲渡の対象である『営業』のとりえ方およびその意義」札幌商大一〇周年記念論文集三二八頁、山下前掲論文二〇七頁、二一〇頁。
 (33) 通常次のように説明される。「それは営業規模の大幅な拡大や場合によっては業種の変更等を伴い、会社ないし営業の存続に重大にかかわる」(宇田前掲論文)と。しかし、規模の縮小ならともかく、拡大が会社の存続にかかわるといふことは納得しえないものであるし、また業種の変更であればこれは定款変更の総会の特別決議でチェックされれば足るものであらうと思われる。

また、次のような疑問も提起されている。「取るに足らない小規模企業の譲受でもそれが全部なら常に総会決議を要するということは本号の趣旨から必ずしも妥当とはいえない」(山下前掲論文)と。しかし、これも、取引法的行為として営業譲渡を把えるからこそ「取るに足るか否か」が問題となり、ひいては立法に対する疑問へとつながるのであつて、企業結合規定と解するときはこの点は問題とならない。

三 企業結合的見地からする「営業譲渡」の意義

最高裁昭和四〇年九月二二日判決⁽¹⁾、同昭和四一年二月二三日判決⁽²⁾、同昭和四六年四月九日判決⁽³⁾の多数意見は、商法二四五条一項一号における「営業譲渡」とは商法総則のそれと同じであり、組織的・有機的の一体性をもつた営業の譲渡で、営業活動が譲受人に承継され譲渡会社が競争禁止義務を負うものに限るとした。これに対して、前記最高裁判決の少数意見は(但し、昭和四六年判決は全員一致であるので除く)、重要工場における重要機械の譲渡のような場合にも、企業維持、株主保護という観点からは総会の特別決議が必要であるとす。そして、前述したように、学説もこの最高裁判決の多数意見、少数意見にならつて大きく二つに見解が対立している。⁽⁴⁾

そこで、これらの見解をもう少し細かく分析してみることとする。

(1) まず、譲渡の対象とされる営業の意義について。特に、「会社の重要な営業財産」の譲渡についても株主総会の特別決議を必要とするかの点である。最高裁判決の多数意見及び多数説⁽⁵⁾(形式説)は、「営業譲渡」とは営業の包括的譲渡の意味であつて、営業の重要な一部の譲渡も営業の全部譲渡に準ずべき程度の営業の譲渡でなければならぬとする。これに対し、少数意見及び少数説⁽⁶⁾(実質説)は、それが実質的に営業譲渡に準ずるような事実であつて、会社の運命に重大な影響を

もたらずような場合はこれをも包含せしめるべきであるとする。前者の考え方は、その背景には、現行法の下における株主総会と取締役会の権限の分配という制度的根拠をもち、さらに事実上の影響がある場合にも特別決議を要求するときは、具体的な場合に同条の適用があるか否か不明確になつて取引の安全を欠くおそれが出てくるから、営業譲渡の概念をもつて形式的に限界を画する方法をとつたものであるとする。これに対して、後者の考え方は、企業維持、株主保護、つまり会社の存続に関する事項は総会の特別決議によることが解釈論上当然であり、これを合併と類比すべき営業の一括譲渡又はこれに準ずる場合のみに限定されるべきではなく、企業ないし株主保護の徹底のためには商法二四五条一項一号における営業譲渡も拡張解釈すべきであるとする。⁽⁹⁾

そこで、この点に関する対立を私見のように企業結合的見地から考察を試みるとどのように理解することになるであろうか。まず、取引法的行為として営業譲渡を把握しようとする多数説の考え方は、全くその前提を異にすることになる。⁽¹⁰⁾しかし、少数説とも決定的に異なる点は、何を根拠にして総会の特別決議を必要とすることになるかの認識の相違である。少数説は会社の存続に関する事項であるから総会の特別決議を必要とするが、企業結合的見地からすれば、他の企業と結合するからこそいわば会社の運命に重大な影響を及ぼすことになり特別決議を必要とすることになるわけである。⁽¹¹⁾そして、ここでは、営業譲渡の意義を把握するため常に企業結合的考察を行なう必要性が出てくるのであり、さきに形式的理由のところ述べてきた営業の賃貸借、経営委任等との対比といつたところからも、いかに重要なものであれ個々の財産の譲渡では足りず、企業が結合関係に入つてゆくような「生きた」つまり組織化され有機的の一体性をもつた営業の譲渡であるという必要性が出てくる。⁽¹⁴⁾

このように考えてくると、この点に関しては多数説と同様の結果が導き出されてくるが、思考の方法はこれとは全く逆である。つまり、多数説は概念の統一性から総則における「営業譲渡」と商法二四五条一項一号における「営業譲渡」とは同

一であるとする。そして、総則における「営業譲渡」が譲受人の保護すなわち取引の安全を図るものであるから、そのためには譲渡される営業が予測可能性を有するべきで、従つて、客観的意義における営業、有機的一体として機能する組織財産である必要があると考え、これを商法二四五条における営業譲渡の把握に持ち込もうとする。要約すれば、概念の統一性を前提として出発し、⁽¹⁵⁾まず総則における営業譲渡概念を求め、これをそのまま会社法におけるそれとして考察しようとするのに対し、私見によれば、本来会社法における営業譲渡として法が予定したものは何かという制度目的から営業譲渡概念を導き出すという方法論である。

多数説、少数説ともに、制度意義を正当に把握しないままに、判例に現われてくるような特異な場面⁽¹⁶⁾に災いされているという決定的な欠陥を秘め、また、有機的一体性という基準からは私見と同一に帰する多数説の考え方も、その方法論において誤まりを犯している。制度意義を正当に把握し、企業間の結合であるからこそ単なる営業財産(假令重要でも)の譲渡では足りず、他の企業結合関係⁽¹⁷⁾との対比からも明らかのように、「生きた」つまり有機的一体として機能する組織財産の譲渡でなければならぬわけである。

(2) 次に、営業活動の承継、競業避止義務という観点からこの対立を考えてみよう。多数説は、前述したように、会社法上の営業譲渡も総則におけるそれと同一と考えるため、事の性質上、譲受人が譲渡人の営業者たる地位を引き継ぐ場合のみが問題となり、従つて競業避止義務を必ず負う場合であるとする。この考え方によれば、営業活動の承継そして競業避止義務を伴わない営業財産の譲渡は、假令会社や株主に重大な利害関係を及ぼすとしても、これは特別決議を必要とする営業譲渡からは除外されることとなる。これに対して、少数説は、単なる重要財産の譲渡であつても会社の存続に関わるものである限り特別決議を必要とする⁽¹⁸⁾と解するものであるから、元来、営業活動の承継、競業避止義務は全く問題とされることはないとする。

ところが、近時、譲渡の対象とされる営業の意義については有機的一体性をもつた組織財産であるとしながら、譲受人が譲渡会社の営業者たる地位を承継するかどうかは問わないとする有力な見解が現われた。⁽¹⁸⁾ この立場は、商法二四五条一項一号における「営業譲渡」概念の内容として、営業活動の承継、競業禁止義務の負担という限定を加える必要もないしまた合理性もないとする。⁽¹⁹⁾ つまり、営業譲渡における営業者の地位の交替は単に社会的、経済的な意味をもつにすぎないのであって、法律的には有機的一体性をもつた組織財産の譲渡であるというに尽きるとする。⁽²⁰⁾⁽²¹⁾

ところで、少数説は別として、多数説及びこの有力説の考え方は、営業活動の承継があればすなわち競業禁止義務も必ず生ずるという構成であるが、⁽²²⁾ はたしてこの両者は不可分に結びついているものであろうか。つまり、この両者の考え方は、多数説によれば、営業の譲渡とは、有機的一体として機能する組織財産つまり「生きた営業としての」譲渡であるから、単に譲渡会社側でのみ「生きた営業」であるだけでは足りず、「生きたまま」つまり譲受人の側に至つても生きていなければならない、従つて「生きたままの営業」の譲渡である限り、譲渡人は従前と同様に「生きたものとして」譲受人に営業をなさしめるべきであるから競業禁止義務が出てくるとする。従つて、譲受けた営業を他に転用してしまう場合は営業譲渡には含まれないわけである。⁽²⁴⁾ これに対して、有力説では、有機的一体性をもつて機能する組織財産の譲渡であれば営業活動の承継を伴わなくても営業譲渡として特別決議を必要とするのであり、譲受人側に他への転用目的があつても、譲渡人の側において「生きた営業」であつたといふことで足るとする。⁽²⁵⁾

しかし、まず営業活動の承継と競業禁止義務の不可分性については、これを当然の前提となしうるものであるかについては疑問がある。そもそも、総則における営業譲渡の場合にも特約によつて競業禁止義務は排除できるとの指摘も⁽²⁶⁾あり、そうだとすれば、逆に、営業活動の承継がなくても競業禁止義務を契約で定めうるとすれば、両者は本来別個の基準であるわけである。⁽²⁷⁾ このように考えてくると、仮りに多数説の立場に立つたとしても、営業活動の承継と競業禁止義務の負担とは分けて

考えることができるわけである。しかも、私見によれば、商法二四五条一項一号における「営業譲渡」を企業結合的見地から考察しようとするのであるから、本来、営業活動の承継までは当然の要件とされるが、⁽²⁸⁾ 競業禁止義務などは全く問題とされることはない。つまり、元来、取引法的意味において効果を発生する競業禁止義務は、企業結合的見地からは全くいわゆる経営共同体の中に埋没し意味をなさないものと考えられるし、極めて個人的色彩の濃厚な、個人的信頼関係を基礎とした競業禁止義務が、そのまま会社間の関係においても妥当しうるかは全く疑問であるからである。かえつて、同一営業をなすことは相乗作用をはたして収益の増大になることさえ考えられるのであるからなおさらである。⁽³⁰⁾ 前述した東洋信託銀行の資料により⁽³¹⁾ 実際上の営業譲渡契約をみても、競業禁止義務については全く触れることがないのも、企業結合の場合には問題とならないことの大きなあらわれである。

これを要約すれば、商法二四五条一項一号における「営業譲渡」とは、企業結合的見地から考察して、譲渡人の側においても、また譲受人の側に至つても有機的一体として機能する組織財産の譲渡である。従つて、譲渡会社においてすでに休業しているような場合には、譲渡の対象とされるべき営業が機能していないという点において、また、譲受会社において譲受けた営業を機能させる意図のない場合には、譲受人の側の機能性の欠缺という点において営業譲渡とはなりえない。つまり、有機的一体として機能する組織財産の譲渡と譲受人の営業活動の承継が営業譲渡の本体である。これを法律行為論的に観察するとき、あるいは活動しうる営業財産の譲渡であれば足るとも考えうるが⁽³²⁾ (活動しうる営業財産を譲渡す意思と、それを受ける意思とが合致しさえすればよい。従つて、譲渡人の側において活動しうる営業財産の譲渡であればよいことになる)、ここにまさに企業結合規定としての営業譲渡契約の特殊性が存在し、営業活動の承継をも営業譲渡成立のための法律要件事実として考えるべきことになる。いかに営業が流通の対象となとはいえ、一般の譲渡契約の目的物である財物とは異なり、営業が営

業として譲渡されるためには、譲受人の側における営業活動の承継を不可欠とするからである。

- (1) 民集一九卷六号一六〇〇頁。
- (2) 民集二〇卷二号三〇二頁。
- (3) 判例時報六三五号一四九頁。
- (4) 一の注(1)参照。
- (5) 一の注(2)参照。
- (6) 一の注(3)参照。
- (7) 石井前掲論文四頁。
- (8) 一の注(2)の諸見解参照。
- (9) 一の注(3)の諸見解参照。
- (10) すでにこの点は二の注(21)において述べた。
- (11) 龍田前掲論文三頁の指摘するように、総会の特別決議を要件とすれば株主の保護に役立つことが自明の理とされ、株主のどういふ利益がどのように保護されるかは明らかでない。この点は、企業結合と理解してくと容易に説明しうる。石井前掲論文三頁、松本丞治『増補註釈株式会社法』一二五頁は、合併に近い現象であるから特別決議を必要とするとされる。私見とは基本的認識を異にするが、示唆に富むものである。
- (12) ただ、ここで注意しなくてはならない点は、服部前掲書四〇二頁の指摘するように、例えば甲がその営業を乙に譲渡したときに甲企業と乙企業とが結合するという意味ではない。私見のそれは一般に使用されるいわゆるコンツェルンを意味する企業結合である。既に述べたように、法のねらいとするところもまさにそこにあり、商法二四五条一項二号の各種の契約をみた場合にも明らかである。つまり、両会社が法的には独立したまま経済的一体をなす場合であり、営業譲渡が行なわれる場合にはそこにコンツェルン関係が形成されてゆくのである。
- (13) 本文三七〇頁、二の注(33)参照。
- (14) さらに、譲受人のところへ至つても、「生きた、営業である必要があるか否かについては後述する。
- (15) 竹内前掲批評一四八頁では、「多数意見も法律概念の相対性を前提とした上で」とされるが、多くの見解は竹内説のようにには理解していない。豊水道祐『最高裁判所判例解説』法曹時報一七卷一一号一四六頁、田村前掲批評九五頁など。
- (16) 本文三六七頁、二の注(12)、(13)参照。
- (17) 商法二四五条一項二号に関してはほぼ承認されている。喜多川前掲書(注釈会社法)一四八頁、一四九頁、服部前掲書四二四頁。
- (18) 一の注(4)諸見解。
- (19) 竹内前掲批評一四八頁。

商法二四五条一項一号における「営業譲渡」の意義

- (20) 宇田前掲論文三一七頁はこの点を詳細に論じている。
- (21) 代表的論者である大隅博士の主張を要約すると、①商法二四五条は株主保護を目的とするから、客観的意義における営業が譲渡される限り、譲受人が営業者の地位を引継ぐか否かは問題とならない(但し、各個の財産物件はいかに重要であつても営業譲渡とはならない)。②会社の営業は本来譲渡されることを目的としていないから、取引安全をそれほど強調する必要はない。大隅前掲批評七五頁。
- (22) さらに、少数説を前提とする鈴木前掲論文(商法研究Ⅱ)五二頁も、有機的一体性を問題としていない点で私見からは疑問である。
- (23) この点を指摘するものとして龍田前掲論文二頁。
- (24) この点を詳細に論ずるものとして、田代有嗣「会社の営業譲渡・譲受規制(1)」商事法務八三〇～八五二号(特に、八三四～八三七号)。
- (25) 山下前掲論文二〇〇頁。
- (26) 竹内前掲批評一四八頁。
- (27) 龍田前掲論文二頁。但し、上柳前掲論文二四四頁は、商法二五三条の義務は特約でも排除しえないとする。
- (28) 奥野健一前掲最高裁昭和四〇年九月二二日判決における補足意見では、「商法が株式会社会社の営業譲渡について、会社の合併と同様な法律的規制(株主総会の特別決議を必要とし、かつ、反対株主に対し株式買取請求権を認める)を定めているところからも、営業譲渡を企業の承継的移転と実質的に同視していることが窺れる」とされる。注目すべき指摘であり、ほぼ私見と同旨である(但し、競業禁止義務については異なる)。
- (29) 福井守「営業譲渡人の競業禁止義務」営業財産の法的研究四九頁、田代有嗣「会社間の営業譲渡と親子会社に関する法律问题Ⅲ」商事法務三九三号二五、二六頁。両論文とも、企業集中の一方法としてなされる営業譲渡の場合には、両企業に利害相反はないから譲渡の実効を空しくするような可能性はなく、従つて競業禁止義務は発生しないとされる。
- (30) 宇田前掲論文三二五頁。
- (31) 二の注(16)参照。
- (32) 山下前掲論文二〇〇頁、宇田前掲論文三二四頁以下。これらの見解に対しては、有機的一体性の判断基準が不明確になるとの指摘をなしうる。この点、私見のように譲受人の側における営業活動の承継をも要件に加えることによつて明確性が担保されることになる(同旨、上柳前掲論文二四六頁)。

四 ま と め

本稿では、制度の沿革、機能、他の企業結合規制との対比という観点から、商法二四五条一項一号における「営業譲渡」を考察し、企業結合的見地からその意義の再構成を試みた。制度の趣旨がまさにここにあり、そこから得られたところの「營

業譲渡」概念については全く正当であると信じている。ただ、このように考えてくると、おそらく多数説に対する批判と同様、株主保護という観点からすれば、なお具体的妥当性に欠ける場面が出てくるかもしれない。企業結合をカバーするためには私見のように考察すれば十分であるが、判例に現われてくるような具体例には本条ではいかんともしがたい結果となるからである。しかし、これらはすでに休業中にある会社や債務超過会社が私的整理の方法として債権者に譲渡する場合などといったように、病理現象中の病理現象であるものがほとんどであり、いかに営業譲渡を取引法的見地から考察しても極めて異常な事態というべきである。従つて、これらすべてを包摂しうるような概念構成自体、元来「営業譲渡」として法が予定した制度の枠を超えるものである。

明確な立法が準備される必要があることはもちろんであるが、現行法の解釈論の限界としては、有機的一体性をもつて機能する組織財産の譲渡であり、それによつて譲受人が営業継続をするところまでである。それ以上、単なる営業財産の譲渡にまで本条の適用拡大をすることは全く許されるものではなく、^①また假令譲渡の対象とされたものが客観的意義における営業であつたとしても、判例に現われてくるような他への転用目的がある場合などは、制度の意義を逸脱するものとして本条の「営業譲渡」には含まれるべきではない。^②以上を要約すると、一般に「営業譲渡」が問題とされる場合に想定しうる場面として、^①企業結合として行なわれる場合であり、譲渡人側においても有機的一体性を保有しているとき、^②企業結合としてではなくいわば純粹に取引行為としてこれが行なわれる場合であつて、^①同様、譲渡人においても譲受人においても有機的一体性を保有しているとき、^③すでに譲渡人の側において有機的一体性を失なつていて、^④②と同様に取引行為として行なわれる場合であつて、譲渡人の側においては有機的一体性を有していたが譲受人の側では転用目的等があつて有機的一体性を有しえないとき、の四場面があり、私見によれば、^②の場面までは株主保護のねらいとするところは異なるが、要件的には同一に帰するところから現行法の解釈論の枠内でカバーしうる。これに対して、

③の場面、これがまさに判例に数多く現われてくるものであり、前述したような休業中の会社⁽⁴⁾あるいは債務超過会社⁽⁵⁾が私的整理の方法として行なう場面では、要件的には当然のこととして、さらに、かかる会社における株主には守られるべき利益がすでに喪失されているという意味においても、総会の特別決議を必要とする営業譲渡とはなりえない。有機的一体性を失ない単なる財産の集合となつてしまつて⁽⁶⁾いることに加え、債務超過会社の場合には会社債権者の利益のみが問題とされ株主の利益は存しないものであり、また休業中の会社にあつてはすでに株主もその利益を放棄していると考えるべきだからである⁽⁷⁾。結局、争点となるところは、前述の多数説と有力説との間において差異のできたところの④の場面である。もちろん、私見からすれば、譲受人の側の営業活動の承継をも要件とするため本条にいう営業譲渡とはなりえないが、なお少数説及び有力説の指摘するように株主保護の問題が残らないわけではない。しかし、これは法の欠缺であつて、本条が企業結合をめぐる株主の利益保護を目的とした制度である以上いかんともしがたい。

これらは、立法によつて補完されるべき事柄であり、明確に企業結合規定としての「営業譲渡」とは區別して規定されるべきである。ただ、会社の分割に関する周到な規定ができた場合には、⁽⁸⁾あるいは企業結合規定としての「営業譲渡」はもはや不要となるかもしれない。そして、前述した法の欠缺を埋めるべく純粹の取引法的行為としての営業譲渡が新たにその取扱いをめぐつて問題提起されてくることになるのである⁽⁹⁾。

(1) 一の注(3)のいわゆる実質説(少数説)の主張。

(2) 一の注(4)の第一の立場、三の(1)において有力説とした見解の主張。

(3) 例えば、競業禁止義務が定められている場合などが考えられる。判例にはみあたらないようである。

(4) 一の注(12)の判例。

(5) 一の注(13)の判例。

(6) 上柳前掲論文二四六頁。

(7) 遠藤前掲論文一七三頁以下、喜多川篤典「倒産判例百選」二二五頁。

(8) 前掲拙稿七七頁。

(9) 比較立法例として、アメリカでは、大体、会社の資産の全部またはほとんど全部を売却するには総会決議が必要であるが、それが通常の業務過程においてなされるときは取締役会決議で足りるとされている。また、フランス法では、清算中の会社が行なう会社資産の一括譲渡について特別決議を必要とするとし(三九六条)、会社存続中における譲渡の規定は存しないが、前述のように分割を制度化することによりカバーしている。そして、特に参考になるものは、ヨーロッパ会社法調整指針であり、その第三指針は、対価の一部が金銭で支払われるような、また譲渡会社が解散しないような合併類似行為について合併に関する規定を準用し、第五指針では、事業の閉鎖、譲渡、縮小、拡大は監査役会の承認を得て取締役会が決定すべきものとしている。アメリカ法のごとく業務の通常の過程という明確な基準は採用し難く、またフランス法のごとく会社存続中の営業譲渡を企業結合的なものに限つてしまう(分割)ことも硬直的にすぎると思われる。現在のところ、ヨーロッパ会社法の調整指針の方向が比較の実態にも応じた納得のしやすいものと思われる。ただ、監査役会の承認を要するとはいへ、取締役会決議で足るかは問題の余地はあろう。