

Title	〔商法 三―七〕 有限会社法四〇条一項一号にいう営業の重要な一部の譲渡にあたりと認められた事例
Sub Title	
Author	鈴木, 千佳子(Suzuki, Chikako) 商法研究会(Shoho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1991
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.64, No.9 (1991. 9) ,p.125- 132
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19910928-0125

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.

判例研究

〔商法 三二七〕

有限会社法四〇条一項一号にいう営業の重要な一部の譲渡にあたると認められた事例

（東京高判昭和五九年二月二五日
昭和五八年（ホ）第二八二一五号建物所有権移転登記抹消登記手続
等本訴・建物明渡等反訴請求控訴事件
金殿・商事判例七一三号二〇頁）

〔判示事項〕

本件において、前記認定事実によれば、被控訴人（譲渡人）・譲受人間の本件建物等の売買契約は、有限会社法四〇条一項一号にいう営業の重要な一部の譲渡にあたるものといふべきである。

〔参照条文〕

有限会社法四〇条一項

〔事実〕

X会社（原告・反诉被告・被控訴人）は、昭和五〇年七月二八日ガソリンスタンドの経営及びこれに付帯する一切の業務を営むことを目的とし、出資一口の金額一〇〇〇円、資本の総額三〇〇万円、本店栃木県大田原市紫塚二六七一番地として設立された有限会社である。その出資金全額は訴外Aが負担したが、形式上訴外B・Cがそれぞれ一〇〇〇円、二〇〇〇円を出資し

たこととして、Bが代表取締役になり、Cが取締役として就任した。その後Bは昭和五〇年一〇月二〇日その形式上有していた出資口数一〇〇〇円をAに譲渡し、X有限会社は同年一〇月三〇日社員総会でその承認決議をなした。

X有限会社は栃木県那須郡西那須野町にガソリンスタンドを所有し営業していたが、昭和五一年一月ごろ訴外Dから本件土地を賃借し、本件土地上に本件建物を建築し、その所有権保存登記手続をし、本件土地に訴外E有限会社（代表者A）が設置した地下槽、計量機等の給油施設をE有限会社から借受け、その頃から本件土地、建物においてガソリンスタンドの営業を開始した。本件土地、建物における営業の実務は主として代表取締役Bが担当したが、X有限会社の代表取締役印はAが保管し、Bの給料はAから毎月一定額が支給されていた。取締役Cは非常勤であった。本件土地・建物におけるガソリン等の販売実績

はほぼ西那須野町の営業所の三倍に達していた。

代表取締役Bは、A及びCに無断でX有限会社の代表取締役印を改印し、X有限会社代表者として、昭和四五年二月七日、

Y₁先代（被告・反訴原告・控訴人Y₁は、Y₁先代の訴訟承継人である。）との間において、本件建物、本件土地賃借権及び本件土地に設置された給油施設一切を、本件土地・建物におけるガソリンスタンドの営業権とともに売買代金二三〇〇万円（税金対策上の代金は二六〇〇万円）で売買契約を締結した。売買契約締結につき、Bは有限会社法四〇条一項、四八条に定める特別決議を経なかった。Y₁先代は代金を支払い、本件建物につき所有権移転登記手続をした。Y₁先代は本件建物及び給油施設をX有限会社より買受ける前から控訴人Y₁株式会社にこれを転売する約束をしていたところ、昭和五四年三月一日Y₂株式会社に对本件建物、本件土地賃借権及び本件土地に設置された給油施設一切を営業権とともに売渡し、本件建物について右売買を原因とする所有権移転登記手続をした。

X有限会社は、昭和五四年四月七日Y₂株式会社が本件土地、建物及び給油施設一切の引渡を求めたので、その引渡を拒絶した。

そこで、X有限会社はY₁Y₂に対して建物所有権移転登記抹消等を請求し（本訴）、Y₂はXに対して建物の明渡等を請求した（反訴）。控訴においては、Y₁Y₂は最高裁昭和四〇年九月二日の大法廷判決の立場を認めつつ、本件の場合にはこれにあたらな

いとして事実認定を争った。又、反訴予備的請求として、Y₂株式

【判旨】

控訴棄却。控訴審での新請求棄却。

「ところで、有限会社法四〇条一項一号にいう営業の全部又は重要な一部の譲渡とは、一定の営業目的のため組織化され、有機的一体として機能する財産の全部又は重要な一部を譲渡し、これによって、譲渡会社がその財産によって営んでいた営業的活動の全部又は重要な一部を譲受人に受け継がせ、譲渡会社がその譲渡の限度に応じ法律上当然に競業禁止義務を負う結果を伴うものをいうものと解すべきである（最高裁判所昭和四〇年九月二日大法廷判決民集一九巻六号一六〇〇頁）。

本件において、前記認定事実によれば、本件建物、本件土地賃借権、本件土地に設置された給油施設等は、X有限会社の本件土地・建物におけるガソリンスタンド営業のため組織化され有機的一体として機能する財産であり、しかも、X有限会社の所有する財産のうち最も重要な部分であって、これらを本件土地・建物におけるガソリンスタンドの営業権とともにY₁先代に対し一括売却することにより、Y₁先代又は同人からの転買人が本件土地・建物におけるガソリンスタンド営業を受け継ぎ、その反面X有限会社は本件土地・建物においてガソリンスタンド営業を続行することが不可能となるのであるから、X有限会

社・Y₁先代間の本件建物等の売買契約は有限会社法四〇条一項一号にいう営業の重要な一部にあたるものというべきである。しかるに、右売買契約は、前記のとおりX有限会社において同法四〇条一項、四八条に定める特別決議を経っていないから、無効であるといわなければならない。」

〔研究〕

結論に賛成。しかし法律構成に疑問があると考える。

一 有限会社法四〇条一項は、「有限会社ガ左ノ行為ヲ為スニハ第四十八条ニ定ムル決議ニ依ルコトヲ要ス」と定め、社員総会の特別決議を要する行為として、同条同項一号に、「営業ノ全部又ハ重要ナル一部ノ譲渡」を掲げている。又、商法二四五条一項およびその一号にも同様の規定が置かれ、株主総会の特別決議を要するとされている。有限会社において有限会社法四〇条が争われた判例は比較的少ないのであるが（最判昭和四二・一〇・六金判八五卷一七頁、東京高判昭和四二・一・二五訟務月報一三卷四号四二六頁、東京高判昭和五三・五・二四判タ三六八号二四八頁、東京地判昭和四七・八・二八判時六九三号九三頁、他方、株式会社において、「営業譲渡」の意義、そして特に、「営業の重要な一部譲渡」の意義について、商法二四五条の立法趣旨との関係で多く論議されてきており、更に最高裁判決が昭和四〇年に出されてからは（最判昭和四〇・九・二三民集十九卷六号一六〇〇頁）、その中で明らかにされた多数意見、少数意見に対する賛否を発端として活発な議論がなされたのである。一般には、有限会社

法四〇条一項一号の意義は、この規定の立法目的が会社構成員の利益保護にあることに鑑み、商法二四五条の解釈と違いがないと考えられており（松岡・新注会（一四）三一〇頁）、前掲諸判例においても商法二四五条に関する最高裁の昭和四〇年判決の多数意見をそのまま踏襲している。しかし、株式会社・有限会社はそれぞれ特質があり、又その機関構成が異なるために、それらの規定を形式的に同一に解してよいのかを検討しなければならぬように思われる。

なお、本判決は、本件土地、建物におけるガソリン等の販売実績はそれ以前にX有限会社がガソリンスタンド営業を行っていた西那須野町の営業所の三倍に達していたとの事実認定の下で、「本件建物、本件土地賃借権、本件土地に設置された給油施設等は、被控訴人の本件土地・建物におけるガソリンスタンド営業のため組織化され有機的の一体として機能する財産であり、しかも被控訴人の所有する財産のうち最も重要な部分で」とあると判示した。本条における事実認定に関する先例としての意義を見出すことができる。

二 まず、商法二四五条一項一号についての判例・学説の動向について考察を試みる。

当該問題についてリーディングケースとして挙げられるのは、昭和四〇年九月二二日の最高裁判例である（前掲）。ここでは、商法二四五条一項一号によって特別決議を経ることを必要とする営業の譲渡とは、同法二四条以下にいう営業の譲渡と同一意義

であつて、營業そのものの全部または重要な一部を譲渡すること、詳言すれば、一定の營業目的のため組織化され、有機的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、譲渡会社がその財産によつて営んでいた營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、譲渡会社がその譲渡の限度に応じ法律上当然に同法二五条に定める競業禁止義務を負う結果を伴うものと解するのが相当である。」とされる。それは、商法二四五条における營業譲渡という文言は、商法総則における既定概念であり、又、營業的活動の承継および競業禁止義務の負担を要件とするならば、法律関係の明確性と取引の安全をかりうることを前提としての結論である。この多数意見に対して、少数意見が対立している（山田裁判官と松田裁判官のもの）。

少数意見のうち、他の四名の裁判官も同調している松田意見は、まず、商法二四五条一項一号の「營業譲渡」を商法二四二条以下の營業譲渡と同一に解する必要はなく、それはその規定の目的を異にすることによる法律概念の相対性として当然であるとし、第二に、營業的活動の承継は「營業譲渡」の要件ではないことを、企業維持・株主保護の観点および規定の沿革等から見て明らかにし、第三に、「營業の重要な一部の譲渡」について、その機械がその重要工場の機能を發揮するため、きわめて重要性を有するものであれば株主総会特別決議を要すると解するべきであるとする。そして、更に、營業譲渡は例外的事例

であり、この場合には動的な安全よりも靜的安全を重視すべきと主張している。昭和四二年二月二三日の最高裁判例（民集二〇巻二号三〇三頁）においても、以上と同趣旨の多数意見と少数意見の対立がある。しかし、その後最高裁は全員一致で多数意見を支持し（最判昭和四六・四・九判時六三五号一四九頁）、下級審判例も最高裁昭和四〇年判決の前後にかかわらず、概ね多数意見の立場に立つものと解されている（ただし、東京高判昭和三二・六・二三高民九卷五号三六五頁、大阪高判昭和三六・一一・一〇下民二卷一四二二頁、横浜地判昭和三四・九・一〇金融法務二二四号五頁は、營業用財産の譲渡も本条の營業譲渡にあたる余地があるとしている）。本判決も、前述のように、この立場によつてゐる。

学説については、多数意見を支持する説、少数意見を支持する説、折衷説と、大きく三つに分けられる。

まず、商法概念の統一性と取引の安全を考慮する立場は、多数意見の見解に従っている（鈴木・商法演習Ⅰ二三四頁、石井・營業の譲渡と株主総会の決議「田中・誠」古稀記念一頁、田中（誠）・詳論〔再全訂〕上四三八頁、上柳・新商法演習Ⅰ二五〇頁）。しかし、商法総則と会社法では、同じく營業譲渡に関する規定であつても、それぞれの規定の目的から意義を相対的に理解しなければならぬことは、少数意見の主張するとおりである。すなわち、総則では、譲受人（商法二五五条、債務者（同法二六六条、債権者（同法二七条、二八条、その他一般第三者（同法二四二条）の保護が目的であるのに対して、商法二四五条の立法目的は株主保護であり、

これらを形式的に理解し法律概念の統一性のみを強調することは妥当とは言えない。

その点から考えて、一番株主保護に資するのは、少数意見およびそれを支持する学説の立場であるが(松田川鈴木・条解(上)二二五頁以下、喜多川・株式会社法理二五五頁)、これによれば単なる陳腐化した設備を更新する場合にも総会決議を要することになってしま(竹内・百選(四版六一頁)、取引の安全を著しく害する(山下・「株式会社法上の営業譲渡に関する一考察(一)」関西大法学論集二五卷二号六五頁)と考えられ、反対が多い。

又、多数意見を支持する学説は、合併と営業譲渡を実質的経済的に同一視しうるものとして、それを合併とあまりにかけはなれた事項に拡張することは権限の配分上不均衡であり、競争禁止義務を負う結果定款変更や会社の解散に至る場合と負担せず会社を継続させる場合により取扱いを異にするのは理由あることとし(石井・前掲六頁、八頁)、又、競争禁止義務を負担することとは、それが会社の運命に与える影響が法律上のものか、事実上のものにとどまるかという点で差異がある(鈴木・前掲書一三七頁、前田(庸)・会社法入門(第二版)五六四頁)と主張する。しかしながら、それがたとえ事実上のものであるとしても、会社の運命に重大な影響を与える事項であれば、それを株主総会特別決議に委ね、株主の保護をはかるべきであろう。

そして更に、学説では、上記二説に加え、株主保護と取引の安全の調和を求めて折衷説が存在する。

折衷説の中の第一の立場は、基本的には少数意見を聽めつつ、これによれば取引の安全が害されることを考慮し、営業財産の一部の譲渡の場合は、譲渡人は、それが譲受人にわかっていてということを立て証しない限り、株主総会決議の欠缺を理由にその譲渡の無効を主張しえないとする(鈴木・「株式会社法と取引の安全」松田在職四〇年一二〇頁(商法研究II五四頁)は、商法演習Iでの考えを改説。これに対しては、譲受人がわかっていてという場合が具体的にどのような場合であるのか、それについてどのような立証が必要か、といった点が不明確であるとの批判がある(田村・商法の争点(第二版)一〇五頁)。

次に第二の立場は、商法二四五条一項一号にいう営業譲渡は、会社がそれを失えばその存立ないし運命に重大な影響を及ぼすことが行為の当時、客観的合理的に判断しうるような有機的一体性のある組織財産の譲渡であり、営業活動の承継や競争禁止義務の負担を必要としないと解する(大隅・判評八七号一七頁、竹内・法協八三卷四号六二頁、田村・前掲一〇五頁)。しかし、その考え方が有機的一体性の有無の判断を基礎としており、この立場をとる者ですら、その基準は相当微妙であるとしていること(田村・前掲一〇五頁)は問題といえよう。

最後に折衷説の第三の立場は、営業譲渡の実質については第二の立場と同一に考えながら、このような場合であることを知らず、かつ知らないことに重大な過失もない譲受人に対しては、会社は無効を對抗することができないとの見解である(鈴木

竹内・会社法（新版）二二八頁。落合・新注会（五）二六九頁もこれに賛成。大隅¹¹今井・新版会社法論中一八九頁は、同様の解釈をとりつつ、この場合は客観的に重要な会社営業の譲渡に関するところからみて、譲受人の側においてその善意であること等の立証責任を負うべきとする。

この鈴木¹²竹内説については、まず、組織化された有機的一体性の基準が明確にならない限り、譲受人の悪意・重過失が何についてか不明確になり、株主・譲受人双方の法律関係を不安定にすること、そして、譲受人の悪意・重過失を認定できないため、譲渡人は無効を主張しえず、結果として株主保護にならないことも指摘されているが（前田・前掲書五六五頁）、株主保護を広く認めながら、かつ取引の安全の観点から具体的妥当性のある結論を導きうることから、いささか技巧的ではあるが、折衷説第三説が適当であると考える。

三 前述のように、判例・学説ともに、商法二四五条と有限会社法四〇条を異って理解する立場はみられない。すべて、商法二四五条の解釈上の問題点が有限会社法にもあてはまると考えられているようである。本件でも、控訴人は昭和四〇年最高裁判例の立場を認めて、事実認定しか争っていない。

しかしながら、商法二四五条と有限会社法四〇条は、会社構成員たる株主・社員の保護を目的としながら、その保護の度合にはなお差があるのでないかという点になお疑問が存する。そして、もしそれが認められるならば、その理由を各会社の機関構成に求めたいと考える。

まず株式会社の株主総会について考えてみると、昭和二五年改正前、それは最高意思決定機関として法令定款の範囲内においていかなる事項も決議することができるが、専属事項として挙げられたものについては定款をもってしてもそれを他の機関に決せしめることはできないと解されていた。そして、決議方法には通常決議と特別決議の二種類があり、特別決議を必要とする事項は重要な事項であるから特に鄭重な決議方法となっているのであって、特別決議は諸行為の有効条件であると考えられた（田中¹³耕）・改正会社法概論五四二頁以下。奥野ほか・株式会社法釈義一五〇頁以下も商法二四五条違反の行為を単に無効と解している。

しかし、昭和二五年になされた改正は、株主総会の無機能化と所有と経営の分離に伴う経営機構の合理化の要請によって、「総会ハ本法又ハ定款ニ定ムル事項ニ限り決議ヲ為スコトヲ得」（商法三三〇条ノ一）として、株主総会の権限を縮小した。総会は定款に規定すればいかなる事項でも決議できるから、この制限も株主の通常の意思に基づく一応のものではあるが（鈴木¹⁴石井・改正株式会社法解説一三三頁）、しかしこれによって、経営に関する事項はほとんど取締役会に委ねられ、株主総会は取締役の選任解任権を有する点を除けば会社の経営に関するものは取締役会が最高機関であり、株主総会は万能の最高機関性を失ったものと考えられた（大隅¹⁵大森・逐条改正会社法解説一九七頁）。

それに対して、有限会社の社員総会は、現行法においても、昭和二五年改正前の株主総会と同様、最高かつ万能の機関として

ありつづけている。それは、有限会社では企業の所有と経営の分離の傾向がそれほど著しくなく、社員の多くが会社の経営に相当の関心を有し、実質的にも社員総会が会社の最高意思決定機関として機能することに十分な期待が持てるからであつて（境・注会（九）二〇二頁）、社員総会は公序良俗および有限会社の本質に反しない事項であればすべて有効に決議しうると解されている。そして、営業の全部又は重要な一部の譲渡をなすことについては、有限会社法四八条に定める決議（すなわち特別決議）が必要であるが、この特別決議の要件は株主総会の特別決議の要件よりも加重されており、これは定款の定めによつても決議要件を軽減しえないのと同時に、定款の定めによつてこれを加重しうると解するのが多数説である（実方・注会（九）二八三頁。これに対して、株主総会特別決議の要件は定款によつて加重できないと解されている）。有限会社においては、その閉鎖性（有限会社法一九条、社員間の信頼性が特徴になっているから、社員の意思がより重視される結果に至っているものと考えられよう）。

更に付言するに、商法二四五条は昭和二五年の改正で、「営業の一部」を「営業の重要な一部」と文言がかえられた。これは同改正の機関権限の変更に伴うものと説明され（大隅・大森・前掲書二一九頁。これに対して、「その一部」とは粉らわしく、かつ無意味であるから、「実質的に全部」ということを明確にするために「重要な一部」と改められたとする者もある。喜多川・注会（四）二一九頁、重要ならざる営業の一部の譲渡は経営に関する事項として取締

役に委譲された。そして、同時に有限会社法の規定もそれに準じて改正された（島本・「有限会社法の改正」同志社商学三巻二号一八九頁）。しかし、同一文言によつていても、その背景となるそれぞれの会社の特殊性によつて、会社構成員保護の程度は一樣に解されなくてはならないはずはなく、法解釈によつてその度合を調整することも可能であり、又、必要と考える。

多数意見を支持する石井説は、問題は「全般的な機関権限の配分体制のもとにおいて、営業の全部または重要な一部の譲渡の意義をどのように解することが、調和解釈であるか」ということであり、少数意見に言うような「営業の重要な一部の営業」についての解釈は、現行商法における機関権限の配分体制と調和しがたいとし、取引としての営業譲渡の安全を考慮しつつ株主の保護も同時にはかる必要性があるのは、合併に準ずるような、「例外的取扱」を要する事項に限定されると考えられるとする（石井・前掲五頁、八頁。しかし、そういう意味で株式会社においては本判決のいうところが仮に認められたとしても、有限会社においては、会社に関するすべての事項について社員の意思を問うという姿勢はくずれていないし、その中で特に特別決議事項とされたものについてその決議が行われない場合には、その重要性を根拠として、社員保護の面を重くみて、当該行為の取引の安全はその限度で後退させられるとする余地はなからうか。本判決が形式的にこれらの条文を同一と考えて判例の立場を維持し、その点に全く考えを至していないのは妥当と

は考えられない。

四 なお、判決は、原判決を「前記認定事実によれば控訴人Y、株式会社はX有限会社ないしY₁先代から有効に土地賃借権の譲渡を受けたものではなく、仮にY₂株式会社が地主のDから本件土地をX有限会社ないしY₁先代からの賃借権譲受によってではなく新たに賃借したとしても、本件建物につきY₂株式会社のために經由された所有権確認登記は実体上の権利を欠く無効なもので、Y₂株式会社の本訴請求を認容することにより抹消を命ずべきものであるから、右賃借権はX有限会社に対し対抗力を有するものではなく、」と改めるとしているが(金判七三三三三三頁参照)、仮に新たにDから賃借した場合には、Y₁先代・Bの間で締結された売買契約の目的たる営業の中に土地賃借権は含まれないことになり、従って、その他のもの、すなわち、本件建物、本件土地に設置された施設一切、ガソリンスタンドの営業権が、本条にいう「営業の重要な一部」にあたるか否かについて更に吟味する必要があったのではないかと思われる。営業の有機

的一体性から考えれば、従来、「一部」の意義は、会社において支店を数個有する場合の一つの支店、あるいは数個の営業部門を有する場合のそのうちの部門を分離して譲渡する場合が考えられているのであって(鈴木・前掲商法演習I一三五頁)、本判決ではその点がはっきりと述べられていない。そして、もしこれが土地賃借権を除けば本条の営業にあらず、「営業の重要な一部」とも解しえないのなら、株主総会決議を経ることは無用で、建物についての所有権は存在する結果登記は有効、従って土地賃借権についての対抗力もあるという結論が出る余地があった。又、「重要性」については、量的基準(会社全財産の価値に対する譲渡対象の価値の比重の大きさ)および質的基準(その譲渡によって会社企業全体の運命にどの程度の影響があるのか)の二つがあり、この両面から実質的に判断すべきと考えられている(落合・前掲書二六九頁)のに対して、本判決が、土地賃借権を除外した残りの価値がいかなるものかの判断をしていないことも不当であると考ええる。

鈴木 千佳子

〔最高裁判事例研究 二九四〕

昭二九二 (最高民集八巻
一三〇八頁)

本案の裁判に対する上訴とともになされた訴訟費用の裁判に

対する不服申立の適否

家屋明渡請求事件(昭二九・一・二八第一小法廷判決)