慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	営業譲渡と競業避止義務
Sub Title	La cession du fonds de commerce et l'article 25 du Code de commerce japonais
Author	山本, 爲三郎(Yamamoto, Tamesaburo)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2000
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.73, No.2 (2000. 2) ,p.89- 111
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	津田利治先生追悼論文集
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20000228-0089

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.

営業譲渡と競業避止義務

山本爲三郎

一、はじめに
二、営業譲渡自体の法規整
三、営業譲渡人の競業避止義務に対する法規整
四、競業避止義務は営業譲渡の不可欠の構成要素か
五、不正競争目的による競業の禁止
六、おわりに

一、はじめに

営業譲渡とは「営業」の「譲渡」である。譲渡の対象としての営業概念[1]が成立することを前提とする。しかしながら、何を指して「営業」と呼ぶのか、また何がなされれば「営業譲渡」と認められるのかについて、従来から周知の論争がなされている。さらに、商法総則上の営業譲渡と商法二四五条の営業譲渡との関係についての論

争において、判例による著名な営業譲渡概念の提示がなされている。議論は尽くされているようでもあるが、営業譲渡の法構造と現行法規整の関係は未だに明確にされていないように思われる。本稿はこの点について競業避止義務の位置づけを中心に若干の考察を行おうとするものである。

（1）それを構成する個々の物や債権等の価値の総和を超える経済的価値を有する点に譲渡の対象としての営業を観念する意味があり、それを構成する物、債権・債務や事実関係等に出入変更があっても同一性を観念できる点に営業譲渡の可能性がある。

二、営業譲渡自体の法規整

そもそも営業に関してはそれを一体の「物」として支配する権利が認められていない[2]ので、営業を譲渡するといっても、営業移転を直接生じさせる契約は認められない（物権契約あるいは準物権契約としての営業譲渡契約は成立しえない）。したがって、営業譲渡は債権契約として行い、その履行行為として、営業を構成する個々の物や権利等の移転がなされることになる。商法二四五条一項の営業譲渡は債権契約としての営業譲渡契約を指し[3]、商法二五条の「営業ヲ譲渡シタル場合」とは営業譲渡契約が履行された場合をいう[4]。

この債権契約としての営業譲渡契約は契約自由の領域に属する。一体としての営業を目的とする権利が認められないのに営業譲渡が認めれらるのは、民法的にはできないけれども商法が特に許容したからというわけではない。商法も営業譲渡の概念規定を置くことなく（そのような規定がなくても、当然、当事者の合意によりなしうるから）、営業が譲渡できることを前提に二四五条や二四条以下の規定を置いているのである。

この点、明治二三年（一八九〇年）の旧商法は二八条二項において、「営業ト商号トヲ併セテ譲渡ストキハ其商号ヲ続用スルト之ヲ変更スルトヲ問ハス取引ノ仕残、債務、得意先及ヒ商業帳簿モ共ニ譲渡スモノト看做ス但特約アルトキハ此限ニ在ラス」と規定していた。[5] これは、営業の譲渡は当事者の自由な合意によりなしうるので、その営業を構成する物や債権、債務、事実関係などのすべてを移転対象とする必要はなく、営業の同一性が保たれる限りその一部を除外できることを前提とする。そしてさらに、移転対象が逐一明示されなくても営業譲渡は認められることが前提となる。そうすると営業譲渡により何が移転されるのかが問題となる場合が出てくるので、商号と共に営業が譲渡される場合には、「取引ノ仕残、債務、得意先及ヒ商業帳簿」も移転対象に含まれると推定することにより問題を解決しようとしたのである。[6] なお、商号を伴う場合には営業全体の譲渡と推定しようとするものだとすると、[7] 商号を伴わない営業のみの譲渡の場合には二項の推定は働かない。[8][9]

旧商法二八条二項は、このような推定はわが国の慣習と背馳するところがあり実際上不都合を生じるとの理由で、[10] 明治三二年（一八九九年）の新商法には引き継がれなかった。その後、営業譲渡自体に関しては、現在に至っても商法に規定されたことはない。[11]

（2）松本烝治「會社ノ營業譲渡ヲ論ス」（一九一四年）私法論文集七〇四～七〇六頁、西本辰之助・商法總論（一九一八年）二〇八頁、高窪喜八郎・商法總論（上巻）（一九二四年）二一九頁、竹田省・商法總論（一九三二年）八六～八七頁、田中耕太郎・改正商法總則概論（一九三八年）三三四頁、鈴木竹雄「流通の対象たる企業と侵害の対象たる企業」（一九四一年）商法研究Ⅰ一八五～一八六頁、田中誠二・全訂商法総則詳論（一九七六年）二〇八～二〇九頁・二一八頁、戸田修三「営業の意義」鴻常夫ほか編・演習商法（総則・商行為）（一九八四年、新演習法律学講座8）一二四頁、喜多了祐・商法総則（一九八五年）三〇三頁、小橋一郎・商法総則（一九八五年）一一〇頁、神崎克郎・商法総則・商行為法通論（改訂版）（一九八八年）一四二頁、倉沢康一郎「営業の譲渡」会社判例の基礎（一九

八八年）一〇〇頁、加美和照・新訂商法総則（一九八九年）一一一頁、鴻常夫・商法総則・新訂第五版（一九九九年）一三九頁。なお、田中（耕）・右三三四頁は、立法論としては、登記の方法によって営業財産の限界を明瞭にした上で営業についての権利を認め、それを譲渡または担保の目的となしうるようにすることが中小商工業者の金融にとって必要だ、と主張され（同旨、田中誠二＝喜多了祐・全訂コンメンタール商法総則（一九七五年）二八七頁）、大隅健一郎・商法総則［新版］（一九七八年）二九五頁注（八）は、営業譲渡の関係では一体としての営業の上に単一の権利を認める必要は乏しいが、担保権設定の関係においてはその必要性が大きいとされる。鈴木・右一八七～一八八頁、田中（誠）・右二〇八～二〇九頁もこのような立法論に肯定的である。

(3) 落合誠一・新版注釈会社法(5)（一九八六年）二七八頁。

(4) 田中＝喜多・前掲注（2）二九五頁、田中（誠）・前掲注（2）二一四頁・二二〇頁、大隅・前掲注（2）三一五～三一六頁注（一〇）。

(5) すでにロェスレルの商法草案二九条一項では、「営業ト屋号トヲ併セテ販売譲与スルニ際シ別段ノ約束ナキトキハ他人トノ関係及ヒ負債并ニ得意先モ併セテ附従スルモノト視做スヘシ但シ買主譲受主ニ在テ旧屋号ヲ保続スルト之ヲ改正スルトヲ論スル無シ」とされていた。営業の全体もしくは一部の譲渡は当事者が自由になしうるが、数多くの営業構成物を逐一枚挙することは困難であり、しかも当事者は一定の意思を有していたとしても往々にして錯雑誤解が生じるので、屋号と共に営業を譲渡するときには営業全体をありのまま譲渡するものと推定しようとするものである。無形物についてのみ明文を掲げたのは、有形物は明瞭に指定しやすいし注意に洩れることが少ないからであり、さらに、各有形物件を移転対象から除いても営業全体の譲渡を妨げることにはならないからである（ロェスレル氏起稿・商法草案・上巻一〇五～一〇七頁）。

(6) 特約により移転対象を限定もできるが、それは債権契約（譲渡人・譲受人間の関係）としての営業譲渡の内容の問題に過ぎないから（磯部四郎・商法釋義（一八九〇年）一八七頁、長谷川喬・商法正義・第一巻一三八頁）、旧商法二八条三項は「商号引受ノ通知又ハ公告ノ中ニ特約ヲ明掲セサルトキハ其特約ハ第三者ニ対シテ無効タリ」と定めていた（同項は明治三二年新商法には引き継がれていない）。なお、旧商法二八条一項により、「商号ハ其営業ト共ニ

スルニ非サレハ他人ニ譲渡スコトヲ得ス」とされていたので、三項の「商号引受」は商号と共に営業を譲渡する場合である。

(7) 前掲注(5)参照。長谷川・前掲注(6)一三六頁は、このような推定は条理に適うとされる。

(8) 営業譲渡は当事者の自由な合意によりなしうるので、商号を除外してなすこともできる。この点、旧商法は商号の譲渡については営業と共にでなければなせない旨規制していたが(三八条一項)、商号を伴わない営業譲渡に関する規定はない。明治三二年新商法は、商号を伴わない営業譲渡が実際上屢々見られるので、商号と共に営業が譲渡される場合の譲渡人の競業避止義務に関する二二条を受けて、二三条で「前条ノ規定ハ営業ノミヲ譲渡シタル場合ニ之ヲ準用ス」とした(商法修正案理由書(一八九八年、博文館蔵版)二〇頁)。法文上、営業のみを譲渡できることが明確であった。

(9) 長谷川・前掲注(6)一三五〜一三六頁。

(10) 商法修正案理由書・前掲注(8)一五頁。

(11) 商法総則に新たに章を起こして、営業、営業譲渡に関する一般的規定を設置すべきだとの提言もなされている(鳥賀陽然良=大橋光雄=大森忠夫「商法改正法案を評す(二)」法学論叢三四巻二号(一九三六年)二九七〜二九八頁)。基本的には契約——当事者の意思解釈の問題であるが、営業譲渡の登記等の制度整備については、企業結合法の観点から問題を整理した上で立法的課題になりうると考える(さしあたり、宮島司「『営業譲渡』の意義」(一九八〇年)企業結合法の論理二二〇頁以下参照)。

三、営業譲渡人の競業避止義務に対する法規整

営業譲渡自体——何が営業譲渡にあたるかについては、前節でみたように商法は規定を置いておらず、解釈によるほかないが、営業譲渡の効力に関しては商法は若干の規定を有している。特に競業避止義務に関しては、旧

商法以来、規定が置かれている。

旧商法二九条は、「営業ト商号トヲ併セテ譲渡ス者更ニ其営業ヲ為ササル責務ヲ負担シタルトキハ其債務ノ履行ハ爾後十ケ年間其一地域内ニ限ル」と規定していた。[12] 譲渡人の競業避止義務を限定する規定である。[13] そして、競業避止義務は当事者の特約により生じるのであり、営業が譲渡されただけでは――特約がなされなければ譲渡人は競業避止義務を負わないことが前提とされる。[14]

これが明治三二年新商法二二条になると、第一項で「商号ト共ニ営業ヲ譲渡シタル場合ニ於テ当事者カ別段ノ意思ヲ表示セサリシトキハ譲渡人ハ同市町村内ニ於テ二十年間同一ノ営業ヲ為スコトヲ得ス」とされ、これを受けて第二項で、「譲渡人カ同一ノ営業ヲ為ササル特約ヲ為シタルトキハ其特約ハ同府県内且三十年ヲ超エサル範囲内ニ於テノミ其効力ヲ有ス」、さらに第三項で「譲渡人ハ前二項ノ規定ニ拘ハラス不正ノ競争ノ目的ヲ以テ同一ノ営業ヲ為スコトヲ得ス」[15] と規定された。旧法二九条は当事者が特約をなさなければ譲渡人は競業避止義務を負わないと考えていたようであるのに、新法二二条は特約がなくても譲渡人は競業避止義務を負うという立場を採ったのである。当事者の正当の希望に適合し、かつ、不正の競争を制止することによる譲受人保護のために必要だというのである。[16] しかも、旧法の制限は地域は狭溢に失し期間は短少に失するとして、[17] 地域・期間が拡張され、さらに、二項の限度で制限を緩和することをも認めている。このように二二条は営業譲受人の利益保護を目的とするので、一項二項の競業避止義務に抵触しない譲渡人の不正競業を禁止するために三項をも設けたのである。[18] そして、商号を伴わない営業のみの譲渡の場合にも二二条が準用されることになった（新法二三条）。[19]

競業避止義務は営業譲渡の効力の問題であり商号譲渡の効力の問題ではないから、商号と共になされる営業譲渡の場合と営業のみの譲渡の場合とを区別して規定する必要はない。[20] そこで、昭和一三年（一九三八年）の商法

改正の折、右二二条と二三条は現行二五条に併合された。同時に一項二項の営業禁止地域が拡張されている。[21]

競業避止義務の規定の仕方には以上のような変遷がある。当初は商号と共に営業が譲渡される場合の規定しか置かれなかったが、競業避止義務は営業譲渡の効力と把握すべきであり、かつ、商号を伴わない営業のみの譲渡も可能であるとの認識が深まり、営業譲渡の効力として競業避止義務が規定されるに至った。また当初は、競業避止義務を営業の自由の側面から捉え、さらに公益性の観点が強調されていたが[22]（競業避止義務の抑制的構成）、次第に、処分可能な個人的利益としての面からの考察が進み、譲受人の保護が制度趣旨として主張されるようになる（競業避止義務の積極的評価）。このような流れの中で、特約がなくても譲渡人は一般的に競業避止義務を負うこととされ、また、競業禁止地域・期間の法定制限が拡張されて行き、地域・期間の限定のない不正競争目的競業の禁止も法定されることになった。

競業避止義務の根拠につき、営業主の地位の移転、当事者の意思、譲受人保護のための立法政策のいずれかに重点を置いて説明する所説が多い。現行法の解釈としてどの立場を採っても、競業避止義務の積極的評価の流れを背景に立論すると、競業避止義務は営業譲渡の当然の効果であり、別段の意思でもっても排除できないということになりそうである。この点、最高裁昭和四〇年九月二二日大法廷判決[23]は次のようにいう。

「商法二四五条一項一号によつ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、営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（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、これによつて、譲渡会社がその財産によつ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避止義務を負う結果を伴うものを

いうものと解するのが相当である。」[24]

営業譲渡ならば法律上当然に競業避止義務を負う結果を伴うと判示するが、この判断をいかに評価すべきだろうか。

(12) すでにロェスレルの商法草案三〇条では、「営業ト屋号トヲ併セテ販売譲与スル時売主譲主ニ於テ其営業ヲ廃スヘキ義務ヲ担任シタルトキハ其義務ハ践行セサルヘカラスト雖モ爾後十年ヲ限リ且一地方内ニ止マルモノトス」とされていた。営業譲渡人は特約によらなければ競業避止義務を負担しないことを前提に（ただし、信用情誼上の競業避止義務に関して、後掲注（15）参照）、その効力を制限するものである。制限のない競業避止義務は、各人の利益を損するのみならず、私約をもって随意に専売を許すことになり公益上にも害があるからである。競業避止義務は屋号と共に営業を譲渡するときに限って制限的に認められる。屋号には営業主の「名誉を得べき権利」が含まれており、かつ、屋号を譲渡しなければ競争権を廃棄できないからであり、また、譲渡人は相当の補償を受けることができるからである（ロェスレル・前掲注（5）一一〇～一一一頁）。

(13) 商号と共に営業が譲渡された場合の規定である。営業のみの譲渡の場合については規定を欠く。長谷川・前掲注（6）一四二頁は、後者についても二九条を類推適用して差し支えなかろうか、とされる。

(14) もっとも、長谷川・前掲注（6）一三八頁は、旧商法二八条二項の解説において、譲渡した営業の長所を誇称して移転した得意先を呼び取るがごとき譲渡人の所為は旧商法三〇条（後掲注（46）参照）の対象となる（右所為の停止、損害賠償）、と解されている。この限りにおいて譲渡人の競業避止義務を認められるようである。

(15) ロェスレル商法草案には新法二二条三項に直接あたる規定はない。けれども、既に草案二九条の解説では、営業譲渡において得意先の移転において大いに実価あるときは、譲渡人が売却した営業の長所を賞賛して（得意先を呼び取るような）得意先と譲受人とを離間させる行為をなすのは信用情誼に背く――そのような行為はなせない、と述べられている（ロェスレル・前掲注（5）一〇九頁）。これを受けて草案二一条（後掲注（46）参照）の適用（右行為の差止、損害賠償）が問題となろう。明治二三年旧商法も同様である（前掲注（14）参照）。

(16) 商法修正案理由書・前掲注（8）一九頁。
(17) 商法修正案理由書・前掲注（8）一九頁。
(18) 商法修正案理由書・前掲注（8）一九頁。なお、前掲注（14）・（15）参照。
(19) 営業のみの譲渡も可能であることを前提とする（青木徹二・新商法釋義（一九一一年、六版）三一頁）。
(20) 竹田・前掲注（2）一三七頁、烏賀陽ほか・前掲注（11）二八八〜二八九頁。なお、商号は商号権として営業の一構成部分なので、別段の意思表示がなければ、営業が譲渡されれば商号権も譲受人に移転する、との指摘がなされている（烏賀陽ほか・前掲注（11）二八六〜二八七頁）。
(21) 交通手段の発達を理由とする（司法省民事局編纂・商法中改正法律案理由書（總則・會社）（一九三七年）一七頁）。
(22) 旧商法下において、磯部・前掲注（6）一九二〜一九六頁（従前存した営業株による独占の弊害を強調される。競争自体は自由であるが、営業を譲渡して競業をなさないことを自ら約したのにかかわらずそれに背いて譲受人を害することがないように、競業避止の合意を有効視するのだとされる）、長谷川・前掲注（6）一四〇〜一四一頁。
(23) 民集一九巻六号一六〇〇頁。
(24) 最判昭和四一年二月二三日・民集二〇巻二号三〇二頁（大法廷判決）、最判昭和四六年四月九日・週刊金融・商事判例二七四号一〇頁もこの判断を踏襲している。

四、競業避止義務は営業譲渡の不可欠の構成要素か

前掲昭和四〇年最判は、商法二四五条一項の営業譲渡は商法二四条以下の営業譲渡と同義である――つまり二四五条の営業譲渡はいわゆる営業譲渡であり特別な内容を有するものではない――ことを前提に、競業避止義務は営業譲渡の不可欠な要素であると解している、と理解する所説が多い。[25] このように理解するのであれば、譲渡

人が競業避止義務を負わない場合には、その移転行為は営業譲渡ではないことになる。一方、商法二五条一項には、「当事者ガ別段ノ意思ヲ表示セザリシトキハ」譲渡人は競業避止義務を負うと定められている。右理解によれば、判例は競業避止義務を伴わない営業譲渡の概念を認めないことになるから、営業譲渡の当事者は二五条一項の競業避止義務を全く排除する特約はなしえない。仮に、譲渡人は競業避止義務を負わない合意をなして譲渡契約がなされた場合には、その譲渡は営業譲渡ではない――商法二四～二九条および二四五条一項は適用されない――のか、実質的に判断して営業譲渡であれば右合意は無効なのか。

従来から、営業譲渡において競業避止義務は当事者の意思で排除できると解するのが通説である。[26] ただし、商法の規定上当然だと考えられたのであろうが、なぜ特段の合意があれば競業避止義務を排除できるかについて必ずしも十分な検討が行われてきたとはいいがたいように思われる（商法二五条一項二項と三項との関係についても同様である――次節五参照）。ところが、昭和四〇年最判は営業譲渡は当然に競業避止義務を伴うというのである。右最判がこのように判示するのは、二四五条一項は株主保護の規定だとの判断の一方で、法律関係の明確性、取引の安全を重視しなければならないと判断するからであろう。[27] 次のように判示している。

「商法二四五条一項一号の規定の制定およびその改正の経緯に照しても、右法条に営業の譲渡という文言が採用されているのは、商法総則における既定概念であり、その内容も比較的に明らかな右文言を用いることによつて、譲渡会社がする単なる営業用財産の譲渡ではなく、それよりも重要である営業の譲渡に該当するものについて規制を加えることとし、併せて法律関係の明確性と取引の安全を企図しているものと理解される。」

そうだとすると、二四五条一項の営業譲渡は商法総則の営業譲渡だといいながら、商法総則の営業譲渡の概念に二四五条の趣旨を盛り込んでいるようでもある。実際、昭和四〇年最判以降は、株主保護と法律関係の明確

性・取引の安全との調整という構図の上で、同条項の営業譲渡と競業避止義務との関係を論じる学説が多い。[28] しかし、二四五条一項と商法総則とで営業譲渡概念に相違はないと認識するのであれば、まず、営業譲渡の概念が先行するはずである（その上で、株主保護や法律関係の明確性・取引の安全を問題にするのが論理の筋道である）。両概念は異なるとする立場を採っても、何が異なるかを説明する関係上、商法総則の営業譲渡概念を確認しなければならないであろう。

それでは、営業譲渡であれば必ず競業避止義務が伴わなければならないだろうか。昭和四〇年最判は、営業活動の承継を根拠に競業避止義務を導き出すようである。[29] けれども、営業活動の承継――営業主たる地位の承継から論理必然的に競業避止義務が導かれるわけではない。[30][31] 営業活動――営業主たる地位は物権（排他的支配権）的に把握されるものではないからである。[32] せいぜい、譲渡人が従来の得意先を相手に従来的な営業活動を行うと、譲り受けた営業を用いた営業活動を譲受人が十分に展開できない場合も出てくる可能性があるから、[33] 譲受人としては譲渡人の競業行為を禁止したいと望むであろうし、それを定型化して原則として譲渡人に競業避止義務を負わせるのは立法政策として相当の理由がある、といえるに過ぎない。最判の立場は、実は、譲渡人が競業避止義務を負担する場合を営業活動の承継があると構成しているのであり、[34] 競業避止義務の根拠自体は示していないのである。以上を要するに、営業譲渡における譲渡人の競業避止義務は、本来的に営業譲渡の不可欠の構成要素であるわけではない。

また、競業避止義務が営業譲渡の不可欠の構成要素だとすると、当事者は競業避止義務を排除できないか、[35] 排除の合意により当該譲渡は営業の譲渡ではなくなるか、[36] のどちらかとなる。けれども、前者は明らかに結論が妥当でない。同一地域に複数の営業所を有する商人がその一つを譲渡した場合、当事者の意思にかかわらず譲渡人

は他の営業所での従来の営業活動ができなくなってしまうからである。競業避止義務の極度の強調は、営業譲渡という企業結合手段を利用し難くするだけである。[37] 後者についても、競業避止義務を強調するあまり、営業譲渡と把握されるべき場合を狭め、当事者の意思により商法の営業譲渡に関する規定の適用を左右できることになりそうであるが、それは不当である。[38] さらに前述のように、競業避止義務の根拠を説明せずにそれを所与の前提とする営業譲渡概念を用いた説明は、循環論法である。

もちろん営業譲渡である以上、有機的一体性を有する営業財産の移転は必要である。しかしながら競業避止義務は、この場合には契約自由に属する問題であろう。商法二五条一項二項は、競業避止義務の特約があるかその排除の特約がない場合の営業譲渡に関する規定である。二四五条は、右のような特約があろうとなかろうと、営業譲渡契約に株主総会の特別決議を要求する規定である。営業譲渡に関する規定ごとに「営業譲渡」自体の概念を異ならせる立場も考えられるが、法解釈の統一性を主張するまでもなく便宜的に過ぎると思われる。

なお、理論的にいえば得意先関係が譲渡されたときに譲渡人に競業避止義務が生じるとし、営業譲渡につき競業避止義務を要件と考えない所説は、得意先関係を抜きにした事実関係の移転か、事実関係が全く移転しない営業譲渡を考えていることになる、との見解が[39][40]ある。けれども、前半部分についてはなぜ理論的なのかは明らかでない。前述のように得意先関係の移転[41]と競業避止義務は論理必然の関係ではなかろう。[42] むしろ右見解は、譲渡人の競業避止義務負担を始めから内容の一部として織り込んだ得意先関係移転の概念を提示しているのであり、なぜそれが得意先関係移転の成立要件となるのかの論理は説明していない。[43] 後半部分は、競業避止義務を要件と考えない所説を採ると、得意先関係の移転のない営業譲渡も観念しうると指摘するもので、それ自体は別個に検討課題となるが、前半部分を前提とする限り正当ではない。

(25) 竹内昭夫「最判昭和四〇年九月二二日判例評釈」(一九六六年)判例商法Ⅰ一六〇頁、上柳克郎「営業譲渡」(一九八三年)商事法論集二六七頁、落合・前掲注(3)二六四頁、山部俊文「重要財産の譲渡と特別決課」会社判例百選[第六版](一九九八年)五二頁。

(26) 西本・前掲注(2)二一七頁・二一八頁(西本旧説。対照、後掲注(36)・(44))、柳川勝二・商法論綱(一九二〇年、訂正一一版)一〇八頁、烏賀陽ほか・前掲注(11)二八八頁、田中(耕)・前掲注(2)三三九頁、大賀祥充「大阪高判昭和三六年一一月一〇日判例評釈」(一九六五年)慶應義塾大学商法研究会編・下級審商事判例評釈(昭和三〇年―三九年)三七四頁、竹内・前掲注(25)一六〇頁、大隅・前掲注(2)三一五頁、田代有嗣「会社の営業譲渡・譲受規制[二]」商事法務八三二号(一九七五年)二二頁、河本一郎「営業譲渡・譲受をめぐる法律問題」別冊商事法務四三号(一九七九年)一一頁・一二頁、服部栄三・商法総則(第三版)(一九八三年)四一四頁、戸田修三「営業の譲渡―その二」鴻常夫ほか編・演習商法(総則・商行為)(一九八四年、新演習法律学講座8)一四二頁、神崎・前掲注(2)一四三～一四四頁・一四五頁(競業避止義務は営業譲渡の要件ではない旨明確に述べられている)、宇田一明・営業譲渡法の研究(一九九三年)一八頁・七四頁。

(27) なお、大塚龍児「東京地判昭和六二年七月三一日判例評釈」判例評論三六八号(一九八九年)五六頁は、前掲昭和四〇年最判は、営業譲渡は譲渡人が法律上当然に商法二五条に定める競業避止義務を負う結果を伴うといっているのであり、この義務がなければ営業譲渡の債権契約に当たらないといっているのではない、と主張されている(同旨、宇田・前掲注(26)一八頁・六五～六六頁、並木和夫「東京地判昭和六二年七月三一日判例評釈」(一九九三年)慶應義塾大学商法研究会編・下級審商事判例評釈(昭和六〇年―六三年)二七二頁。田代・前掲注(26)二二頁は、特約がない限り競業避止義務を負うべき結果を伴うという趣旨だと解される。なお、鴻・前掲注(2)一四二頁注(1)は、四〇年最判は競業避止義務の存在が営業譲渡の不可欠の要素であると考えているように受け取られかねない表現をとっている、とされる)。けれども、本文後掲のように、昭和四〇年最判は法律関係の明確性と取引の安全を営業譲渡の内容に盛り込もうとしているのであり、同最判の全体を通して読むと、同最判は競業避止義務を営業譲渡の不可欠な要素だと理解しているようである。

(28) 落合・前掲注（3）二六八頁は、二四五条一項の営業譲渡の意義をめぐる見解の対立の核心は、株主保護と法律関係の明確化・取引の安全との妥当な調整だとされる。

(29) 商法総則の営業譲渡につき、有力説は、営業活動の承継—営業主たる地位の承継が要件となるから競業避止義務が導かれる、と解する（高窪・前掲注（2）二〇二頁・二一三頁、田中（耕）・前掲注（2）三三八～三三九頁、西原寛一・商法Ⅰ商法總則（一九三八年）四〇三頁、喜多川篤典・注釈会社法(4)（一九六八年）一三一頁・一三九頁、田中＝喜多・前掲注（2）二八一頁・二九〇頁、田中（誠）・前掲注（2）二一二～二一三頁・二一九頁、喜多・前掲注（2）三〇五頁・三〇六頁、加美・前掲注（2）一一四頁・一一九頁、加藤良三・加藤良三編・企業法総論〔三訂版〕（一九九六年）一八三～一八四頁）。

(30) 宮島・前掲注（11）二三八～二三九頁は、商法二四五条一項の営業譲渡を企業結合的見地から考察すると、営業活動の承継は必要であるが、競業避止義務は別個の問題である旨主張される。

(31) 倉沢・前掲注（2）一〇一～一〇二頁は、商法二五条一項の競業避止義務は譲受人が営業主の地位を承継することを前提として始めて成り立つとされる一方、このこととはまったく無関係に、（条文上当然に）当事者は特約で競業避止義務を排除できる—競業避止義務は営業譲渡の不可欠の要件ではない、とされる。それは、譲渡人は新たに同一営業を始めるのであり、譲受人による営業主の地位の承継とは関係ない、と解されるからである。譲受人と譲渡人との関係で競業状態が生じうるから競業避止義務が問題になるのであり、競業避止義務が営業譲渡の要件となるわけではない。つまり、営業主の地位の承継を営業譲渡の要件と構成したとしても、営業主の地位の承継が論理必然的に競業避止義務と結びつくわけではないのである。なお、福井守「営業譲渡人の競業避止義務」（一九六七年）営業財産の法的研究四二頁参照。

(32) そもそも、営業活動自体は譲渡の対象になりえない（竹田・前掲注（2）八五頁は、「人の行動は如何なる意味に於ても他人に移轉するといふことは考へられぬ。」と明確に述べられる）。譲受人が譲り受けた営業を用いて企業活動を始めれば、それは譲受人自身の営業活動であり、その結果譲受人自身が営業主となる。経済的・社会的に営業活動—営業主たる地位の承継があったとみられるに過ぎないのである（大隅・前掲注（2）二八八頁・三〇二頁、河

本・前掲注（26）一〇〜一一頁、戸田修三「営業の譲渡―その一」鴻常夫ほか編・演習商法（総則・商行為）（一九八四年、新演習法律学講座8）一三〇〜一三一頁、小橋・前掲注（2）一一四頁）。営業主たる地位の承継の意味が右のようである以上、竹田・前掲注（2）九七頁は、営業譲渡により譲渡人は当該企業について他人となるが、譲渡人が別に同種の営業を始めるか否かについては営業主たる地位の承継とは別個の事柄である旨指摘される。

(33) 営業活動の承継や後述のように得意先関係の移転に競業避止義務の根拠を求めると、従来の営業活動や従来の得意先との関係においての競業避止義務のみが問題となりそうである（河本・前掲注（26）一一頁参照）。これに対して、少なくとも商法二五条一項二項の競業避止義務は右関係を超えて一般的に競業を禁止するものと思われる。この点についての明示的な検討はほとんどなされていないといってよかろう。なお、福井・前掲注（31）四九頁参照。

(34) 田中＝喜多・前掲注（2）二九〇頁も、営業譲渡に伴う競業避止義務を最もよく説明するためには、譲渡人の債務履行行為として営業主の地位の引き継ぎ―営業活動を伴うものと解するのが適当であるとされ（同旨、田中（耕）・前掲注（2）三三八〜三三九頁、加美・前掲注（2）一一四頁、加藤・前掲注（29）一七一頁）、競業避止義務が所与の前提となっている。高窪・前掲注（2）二〇二頁・二二三頁・二二七〜二二八頁・二三一頁・二三八頁も、譲渡人の競業避止義務を営業譲渡契約の本来的目的だと位置づけることから始められる。

(35) 田中（誠）・前掲注（2）二一九頁は、営業譲渡契約中には当然に競業避止義務が含まれ、商法はただその範囲を注意的に明定したに過ぎない。商法二五条の「当事者ガ別段ノ意思ヲ表示セザリシトキハ」というのは、競業避止義務の存否自体に関するものではなく、その範囲のみに関する、と解されている（同旨、喜多・前掲注（2）三〇八頁）。加藤・前掲注（29）一八四頁も同旨であり、別段の意思表示の有無に関係なく競業避止義務は存在する、とされる。

(36) 西本辰之助・商法概論（一九三一年）八六頁（西本新説。対照、本稿注（26）・（51））は、絶対的自由競業を許容する特約は営業譲渡の本質に反するので（営業譲渡は得意先等事実関係を利用させることを要素とするから、得意先を争奪することを許す特約は営業譲渡契約と両立しない）、そのような特約の付された営業財産の譲渡は営業譲渡ではない（ただし、昭和一三年改正前商法二二条の営業譲渡についての考察―西本・右八五頁・八六頁）、とされ、

田中＝喜多・前掲注（2）二九一頁は、譲渡人が競業避止義務を負わないような契約内容であれば、営業主の地位の引継があることにならないから、営業譲渡契約がなされたとはいえない、とされる。王舜模「営業譲渡」酒巻俊雄＝柿崎栄治編・基本問題セミナー商法3総則・商行為法（一九九二年）二〇二頁も、競業避止義務の実質的根拠を事実関係の移転に求める以上、この義務を排除するような譲渡契約は単なる営業財産の譲渡であり、本来の意味における営業譲渡とはいえない、と解されている。

(37) この点、企業結合的視点からすれば、営業譲渡当事者が企業共同体を形成する場合には、競業は収益面で相乗効果を期待できる場合があるとの指摘がある（宮島・前掲注（11）二三八頁、宇田・前掲注（26）七四頁）。

(38) 宇田・前掲注（26）七七～七九頁参照。

(39) 龍田節「営業譲渡と株主総会決議㈠」法学論叢一〇四巻六号（一九七九年）一三頁。

(40) なお、鈴木・前掲注（2）一八一～一八二頁・一八三頁注（四）は、譲渡人の競業避止義務は法律の規定または当事者の約定によって空に負担する独立の義務ではなく、外部的な事実関係―狭義の Chancen の移転によって生ずる当然の効果にほかならない。商法は通常の場合を定めたのであり、特定の場合には当事者の約定に委ねたのだ、と解されている。また、大隅・前掲注（2）三〇二頁注（七）・三一四頁は、商法の定める譲渡人の競業避止義務の実質的根拠は営業財産の中核的な構成要素である事実関係の移転にあるが、これを法定の義務と見るか否かは言葉の問題に過ぎない、とされる（同旨、河本・前掲注（26）一二頁）。宇田・前掲注（26）七三～七五頁は、競業避止義務は営業譲渡に伴う本質的義務として当然に発生するが、あえてこの義務の実質的発生根拠を求めれば、それは営業の中核的構成要素である事実関係（ただし、営業用財産と事実関係とは不可分の関係にあるから、営業から事実関係のみを取り出して実質的根拠を云々するのは誤解につながる可能性がある、とされる）の移転に求めることができる、と解されている。

(41) 得意先は権利の内容にはならないから、権利移転行為ではない。その移転は得意先関係という情報を譲受人に伝達することが中心となろう。例えば、顧客名簿の交付や個別の取引先への紹介などである。この点に関して、松本・前掲注（2）七〇九～七一〇頁は、営業が同一性を保有する結果として同一の得意先を持続するような場合、得意先

は譲渡の目的となっておらず、得意先譲渡のために特別な作為・不作為の義務を負う場合に得意先は譲渡の目的と認められるとされる。営業譲渡の結果として、経済的・社会的には得意先の移転があったとみられる場合と、得意先の移転と法的に評価される場合とは区別しなければならないのである。

(42) もちろん、二五条三項の不正競争目的の競業は問題になる（後述五参照）。しかしながら、これは営業譲渡に付された法的効果であり、得意先関係の移転の効果ではなかろう—移転された得意先との関係でのみ競業避止義務が問題となるのではない。なお、注（15）参照。

(43) 「譲渡ノ目的カ得意先ナルトキ若クハ商業上ノ秘訣ニ在ルトキハ譲渡人ハ譲受人ヲシテ之ヲ利用セシムヘク之ヲ妨ケサルノ義務ヲ負担スルニ外ナカルヘシ」、との指摘がある（柳川・前掲注（26）一〇七頁）。得意先や営業秘訣こそが重要である場合には、営業譲渡契約における当事者の効果意思の内容として（少なくとも黙示的に）譲渡人の競業避止義務負担が認められるであろう。これは当事者の意思解釈の問題である。これに対して、得意先や営業秘訣の移転が理論的に競業避止義務を導くものだとすると、得意先関係等に重要性が認められない場合にも、営業譲渡の対象にこれらが含まれる以上、競業避止義務は必ず発生することになる。得意先や営業秘訣の移転とは譲受人にこれらを利用しうる地位に立たせることだとの表現が用いられるが（なお、前掲注（41）参照）、譲渡人の競業避止義務が得意先関係等の利用を決定づけるわけでもなければ、営業の有機的一体性の要となるわけでもない。譲受人の利用を妨げてはならない義務まで含むと解するから（青木徹二・商法總論全（一九〇三年）一二〇頁は、得意先そのものは権利でも義務でもないから、得意先の譲渡というのは譲渡人がその得意先に対して同一の営業をなさず、またはその得意先に対する譲受人の営業を妨害しないことに他ならないとされる）、競業避止義務を導けるのであろうが、そのような義務が得意先等移転の成立要件となることが所与の前提とされている。なお、前掲注（33）参照。

五、不正競争目的による競業の禁止

二五条一項の競業避止義務は特約で排除できるが、同条三項の「競業避止義務」は排除できないとする主張――したがって、営業譲渡ならば少なくとも右三項の限りにおいて競業避止義務を負う、との主張もなされている。[44] 競業避止義務は営業譲渡の不可欠の要素であるとの立場の中からの主張である。しかし、三項の「競業避止義務」を一項二項の競業避止義務と同性質の義務と解しながら、三項の「競業避止義務」は当事者の合意で排除できないとする理由はあるのであろうか。一方、一項二項の競業避止義務とは性質の異なる義務を三項は定めているのだとすると、「当事者の特約によっても三項の義務は排除できないから『競業避止義務』は営業譲渡の不可欠の要素である」、との主張は根本的に見直さなければならないであろう。

商法二五条一項は、営業譲渡につき当事者が別段の意思を表示しない限り、譲渡人は一定範囲の競業避止義務を負うことを定める。この別段の合意が一項の範囲を超える競業避止義務を定めるときにも、二項の範囲内の効力しか認められない。一項と二項は同じく営業譲渡人の競業避止義務の規定である。これに対して三項は、「前二項ノ規定ニ拘ラズ」譲渡人の不正競争目的の競業行為を禁止する。一項により競業避止義務排除の特約をなしうるとしても、三項は別個に考えなければならないようでもある。

この点、古くから、三項の義務を負うのは必ずしも営業譲渡人に限らず何人も不正目的の競業をなしてはならないのだ、と考える所説がある。[45] 三項は営業譲渡に特有な義務ではなく、不正競業の一般的な禁止の一環として把握するのであろう。[46] 実際、旧不正競争防止法が制定されたのは昭和九年（法律一四号）である。[47][48] また、不法行為における侵害の対象は権利に限定されないとした、著名な大学湯事件判決[49]は大正一四年であった（大判大正一

四年一一月二八日・民集四巻一二号六七〇頁)。営業そのものを対象とする権利概念を認めない通説・判例の下では、不正目的を有する競業行為の被害者を保護する法状況は容易に整わなかったのである。したがって、三項で不正競業禁止を規定した意義は大きいといえよう。けれども、そうだからといって三項の義務を不正競業一般の問題と把握するのは早計であろう。自由競争・公正競争秩序の実質的な確保のために不正競業を禁止するのは経済秩序の問題である。[50] これに対して、営業譲渡の効力として規定された三項の義務は、営業譲渡当事者間における個別の利害調整(譲渡人との関係における譲受人の利益保護)にかかわる問題である。一項の競業避止義務がそうであるように三項も私益に関する義務なのである。一項の競業避止義務を特約により排除できるのと同様に、三項の義務も特約により排除できるといわなければならない[51](不正競争防止法の適用排除を許すのではない)。

もっとも、さらにこの点に関し、三項は営業譲渡契約の中に含まれる義務を規定しているというよりは、むしろ不法行為法的な規定である、との主張[52]も有力である。確かに、競業そのものを禁止する一項二項の競業避止義務と異なり、三項の義務は不正競争の目的をもってなす競業を禁止するものである。けれども、そうだからといって、三項の義務が不法行為法の営業譲渡への反映として規定されているわけではなかろう——競業という方法での営業に対する妨害が不法行為の要件を満たすか否かは別個に考察を要する問題である。[53] 営業譲渡という特殊な行為の効果として競業避止義務が認められるのであり、その範囲につき商法は場所的・期間的な制限を付したり、不正競争目的を有することを要件としたりしているのである。この点につき、商法が禁止しようとするのは単純な同種営業ではなくむしろ不正競争を目的とする営業であり、地域・期間の制限は混同誤認を防ぎ営業譲渡の効果を確保しようとの趣旨だ、との明確な説明もなされている。[54] 自由競争を経済秩序の前提とする限り、まさしくそのとおりであろう。明治三二年新商法制定時の解説も、三項の立法趣旨を一項二項の競業避止義務と同性

質の義務として説明している。すなわち、一項（昭和一三年改正前商法二二条（二三条）・改正後二五条）の立法趣旨を当事者の正当な希望に適合しかつ不正な競争を制止して譲受人を保護することだとし、一項二項の競業避止義務適用地域の近接地においてなされる譲渡人の不正競業から譲受人を保護するために三項が設けられたとする。[55] 全国的、国際的に営業活動を展開する企業の場合にはむしろ三項の意味が大きいのである。[56] 競業避止義務に関する明治二三年の旧商法の立場から三二年の新商法の立場への規整の変遷には、営業譲受人の保護としての競業避止義務の強調に特徴があるが、競業避止義務も契約自由の領域に属すると考える以上、自由競争との兼ね合いからも立法としては不正競争目的の競業を採り挙げるだけでも足りたといえよう[57]（特約による一般的な競業避止義務[58]に時的、場所的制限を法定的に設けるか否かは極めて立法政策的な問題である）。解釈論としても、右のような視点から前述の説明を妥当とするべきであり、一項二項の義務と三項の義務とを性質上区別して把握するのは正当ではないと考える。

（44）高窪・前掲注（2）二四三頁・二四六頁、上柳・前掲注（25）二六九頁、弥永真生・リーガルマインド商法総則・商行為法（一九九八年）六〇頁。田邊光政・商法総則・商行為法・第2版（一九九九年）一五二頁も結果同旨であるが、三項の義務は一項二項の競業避止義務とは別種の義務であると把握されているようである。なお、西本・前掲注（36）八七頁（西本新説。対照、後掲注（51））は、三項の義務を排除する特約は営業譲渡の性質と両立しない、と主張される（同旨、王・前掲注（36）二〇二頁―前掲注（36）参照）。

（45）松波仁一郎・松波私論日本商法（一九〇六年）八三頁。喜多・前掲注（2）三一〇頁は、二五条三項は同条の立法趣旨である不正競争防止の基本的規定というべきだ、とされる。

（46）なお、商号権の効力として商号使用差止等の請求もなしうる。ロェスレル商法草案三一条前段はすでに、「妄ニ他人ノ屋号ヲ使用スル者又ハ第二十九条及ヒ第三十条ニ記載シタル義務ヲ違背スル者アルトキハ被害者ハ之ニ対シテ

其傷害所為ノ停止及ヒ損害ノ賠償ヲ要求スルヲ得ヘシ」としていた。明治二三年旧商法三〇条も、「就ニ登記シタル他人ノ商号ヲ濫用シタル者又ハ第二十八条第二項及ヒ第二十九条ニ記載シタル責務ニ背ク者アルトキハ被害者ハ其加害所為ノ停止及ヒ損害賠償ヲ要求スルコトヲ得」とする。明治三二年新商法二〇条は現行二〇条と同一の規定であり、昭和一三年改正で現行二一条が新設された。

(47) なお、現行不正競争防止法は平成五年（法律四七号）の制定である。

(48) もっとも、商標条例が明治一七年（太政官布告一九号）、旧商標法が明治三二年（法律三八号）に制定されており、登録商標に対する保護が図られていた。なお、現行商標法は昭和三四年（法律一二七号）の制定である。

(49) 大学湯との名称を用いた湯屋営業の老舗から生じる得べかりし利益が侵害されたと判示する。

(50) この点、龍田・前掲注(39)六〜七頁注③は、不正競争の目的をもってする行為が許されないのは営業活動の承継があると否とにかかわらず当然である、同「営業譲渡と株主総会決議㈡・完」法学論叢一〇五巻三号（一九七九年）四頁は、競争秩序など公益にもかかわるような場合は特約による排除が許されない、とされている。

(51) 西本・前掲注(2)二一八頁（西本旧説。対照、前掲注(36)・(44)）、龍田・前掲注(50)四頁、河本・前掲注(26)一三頁（ただし、商法二五条の競業避止義務が特約によりすべて排除されても、商法総則の意味では営業譲渡でなくなることはないが、商法二四五条一項との関係では営業譲渡ではなくなる、と主張されている）。なお、高窪・前掲注(2)二四六頁は、公益的規定と解すべきだから特約により排除できないとされるが、個別の営業譲渡に伴う義務である点の分析がなされていない。

(52) 田中＝喜多・前掲注(2)二九七頁、田中（誠）・前掲注(2)二一一〜二一二頁、喜多・前掲注(2)三一〇頁。

(53) 営業を構成する事実関係を侵害する者に対しては、不法行為による損害賠償請求をなしうる（田中（誠）・前掲注(2)二〇四頁・二一〇頁、大隅・前掲注(2)二九六頁、服部・前掲注(26)三九七〜三九八頁、喜多・前掲注(2)三〇四頁、神崎・前掲注(2)一四二頁、加美・前掲注(2)一一三頁、永井和之「営業譲渡」現代商法Ⅰ総則・商行為法・改訂版（一九九六年）一二七頁）。この点、竹田・前掲注(2)八七頁は、不法に他人の営業を妨害

することは人格権の侵害として不法行為にあたるが、これは営業の上に他人の競争営業を排斥する営業権なる独立の権利の成立を認めるものではないとされる（同旨、松本・前掲注（2）七〇五～七〇六頁。なお、高窪・前掲注（2）二二〇～二二一頁は、このような人的利益保護を目的とする権利を営業権と構成される）。これに対して、田中＝喜多・前掲注（2）二八七頁は、「不法行為の成立を認めるにしても、それは営業者が営業活動自体についてよりもむしろその客観的成果である得意先その他の営業組織の維持について財産的利益を有するからであるとみるべく、そのかぎりで営業活動自体を人格権と解することは妥当ではない。」とされる。

(54) 竹田・前掲注（2）九七頁。同旨、福井・前掲注（31）四二～四六頁・五〇頁・五五頁。

(55) 商法修正案理由書・前掲注（8）一九～二〇頁。

(56) 河本・前掲注（26）一二頁。

(57) 原茂太一「大判昭和一二年一一月二六日判例解説」商法（総則・商行為）判例百選（第二版）（一九八五年）五四頁は、商法二五条一項に関して、「法が二〇年もの長期間にわたり営業の自由を拘束制限することは、むしろ現代の経済社会において異例と考えられ」る、と主張される（同旨、福井・前掲注（31）四九頁）。

(58) 新商法は、不正競争目的競業禁止を超えた一般的競業避止義務を営業譲渡人に課していることにつき、前掲注（33）参照。

六、おわりに

営業譲渡の概念をいかに捉えるかは、競業避止義務の位置づけに影響を与えると思われる。特に、営業譲渡の性質上あるいは理論上、当然に競業避止義務が生じると解すると、競業避止義務は営業譲渡の不可欠の要素と構成されそうである。しかしながら既述のように、営業活動の承継――営業主たる地位の承継や得意先関係の譲渡

から論理必然的に競業避止義務が導かれるわけではない。これを肯定する所説は営業活動の承継や得意先関係の譲渡の概念に始めから競業避止義務を織り込んでおり、説明が循環してしまっている。営業譲渡自体とその効果としての競業避止義務は区別して考えるべきであり、競業避止義務を営業譲渡の不可欠の要素と捉えるのは正しくないのである。　不正競争目的競業の避止義務（商法二五条三項）も二五条一項二項の競業避止義務と同性質の義務である。一項二項の競業避止義務だけでは営業譲受人の保護の点で不十分なので三項の競業避止義務が設けられた、と説明されることが多い。しかし、むしろこれは逆であると考える。営業を譲渡しておきながら、不正競争の目的で譲渡人が競業をなすのは、営業譲渡当事者の意思――営業譲渡の趣旨に反するのが普通であり、これが三項の競業避止義務として規定されているのである。さらに、右のような競業避止義務を超えた一般的な（不正競争の目的の有無は問わない）競業避止義務特約をも肯定した上で、自由競争原則との調整を図ったのが一項二項である。

本稿では営業譲渡と競業避止義務の基本的関係について検討した。学説・判例の議論が商法二四五条の営業譲渡概念の意味づけに集中しており、その前提となるはずの営業譲渡（本稿では商法総則における営業譲渡を一応本則と考えた）についての検討が不十分であると考えたからである。けれども、営業譲渡自体の概念、商法二四五条の営業譲渡の意味、さらに営業譲渡の企業結合法の中での位置づけに関しては論述しきれなかった。今後の課題としたい。