

# 商法二四五条一項一号にいう「営業ノ全部又ハ重要ナル一部ノ譲渡」の意義について

橋 元 春 男

はしがき

商法二四五条一項一号は会社の代表取締役が会社の「営業ノ全部又ハ重要ナル一部」を他に譲渡するには株主総会の特別決議を経ることを要するとなし、その特別決議なしでなされた譲渡行為は当然無効であるとしている。それゆえ、株主総会の特別決議を必要とする「営業の全部又は重要な一部」の意味内容を確定する必要が生ずる。そしてその解釈については商法二四条にも関連するので学説判例において説が分れているのである。

## 一、判例および学説

判例は商法二四五条一項一号にいう「営業の全部又は重要な一部の譲渡」の意義をどのように解しているのであろうか。

戦後の下級審の判決のなかで、商法二四五条一項一号にいう営業の譲渡とは必ずしも総則にいう営業の譲渡に該当しなくとも営業の「重要な財産であり、それが離脱するにおいては特別の事情がない限

り全くその営業をすることができなくなるか、少くともその規模を大幅に縮小さざるをえなくなり、会社の運命に重大な影響を及ぼすことが明白な場合は営業的活動の地位の承継を伴わないでも商法二四五条一項一条にいわゆる営業の全部又は重要な一部の譲渡を目的とする法律行為と実質上差異なく、特別決議を必要とすると判示した<sup>註1</sup>ものもある。

しかし殆んど判例は商法第二四五条一項一号の営業譲渡を商法二四条以下の営業譲渡の意味と同一にみている。すなわち、当該営業にとつて殆んど唯一の財産とも目されるべき在庫商品を一括譲渡する<sup>註2</sup>場合、重要設備をあげて譲渡する場合、映画館または競輪場の<sup>註3</sup>経営を目的とする会社が当該映画館、競輪場を譲渡する場合<sup>註4</sup>でも

「独立的経営の基礎となりうるような組織的<sup>註5</sup>一体をなす機械的財産の譲渡を目的としないから商法二四五条一項一号にいう営業譲渡ではないとする。

さらに最近の判例をあげると、最高裁判所は大法廷においてその見解を次のように詳しく判示するに至った。すなわち「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、同法二四條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と詳言すれば、一定の營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（得意先關係等の經濟的価値のある事實關係を含む）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條に定める競業禁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。所論は要するに、右判示のよ  
うな見解を採るときは、譲渡会社またはその株主の利益が害される危険があることを力説した上、營業の譲渡とは、いわゆる機能的財産の移転を目的とする契約であり營業が譲受人に移転し受継されるのを通例とするが、必ずしもそのように狭く解すべきではなくかかる機能的財産を構成している重要な營業用財産が一括して譲渡され、その結果譲渡会社の運命に重大な影響を及ぼすような場合、たとえば譲渡会社がその結果營業を遂行できなくなるような場合において、当事者がその結果を予見しているときは、いわゆる狹義の「營業譲渡」の場合に準じて、当該会社の株主總會の特別決議を要するものと解するのが相当である、といふにある。

しかしながら、商法二四五條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、右法條に營業の譲渡といふ文言が使用されているのは、商法總則における既定概念であり、その内容も比較的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營業用財産の譲渡ではなく、それよりも重要である營業の譲渡に該當す

るものについて規制を加えることとし、併せて法律關係の明確性と取引の安全を企画しているものと理解される。前示所論のように解することは、明らかに前示法條の文理に反し、法解釈の統一性、安定性を害するばかりでなく、その譲渡が無効であるかどうか、その譲渡の相手方または第三者にとつては必ずしも詳らかにしえない譲渡会社の内部事情によつて左右される結果を認めることとなり、前判示のように解する場合に比較して、法律關係の明確性ないし取引の安全を害するおそれも多く、右所論のように拡張解釈の限度を逸脱するものというほかはない。所論は、立法政策としては考慮の余地があるとしても、現行法の解釈論としては、とうてい採用することをえない」と判示している。但しこの判決には、山田作之助、草鹿淺之介、柏原語六、田中二郎、岩田誠<sup>註6</sup>の反対意見があり、その内容は後述する。

さらに最高裁判所は大法廷において、昭和四一年二月二三日に昭和二五年法律一六七号による改正前の商法二四五條一項一号にいう「營業ノ全部又ハ一部ノ譲渡」の意義について判示し、次のように現行商法と同様な解釈をなした。すなわち「所論は要するに、本件不動産譲渡契約は上告会社の全資産ともいふべき重要な財産を対象とするものであり、承継前の被上告人は同契約締結と同時に、上告会社の一切の債務を引き受けその株式をも譲り受けているのであるから、本件譲渡は上告会社の「營業の譲渡」と解すべきである、といふにある。

しかし旧商法二四五條一項一号の規定制定の経緯に照らせば、同

法条に營業の譲渡という文言が使用されているのは、同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かな右文言を用いることよつて、譲渡会社がする単なる營業用財産の譲渡ではなく、それよりも重要である營業の譲渡に該當するものについて規制を加えることとし、併せて法律關係の明確性と取引の安全を企画しているものと理解される。したがつて、旧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營業の譲渡とは同法二四二条以下にいう營業の譲渡と同一意義であつて、單なる營業用財産の譲渡をいうのではなく、營業そのもの、すなわち一定の營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の全部または一部を譲渡し、これによつて譲渡会社がその財産によつて営んでいた營業的活動の全部または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應じ、法律上当然に同法二五二条に定める競業禁止義務を負う結果を伴うものをいうと解するのが相当である」と判示している。<sup>註7</sup>

次に学説はいかなる解釈に立っているのであろうか。これについて鈴木武雄教授の説を引用すると「營業を構成する各個の財産物件にも会社企業にとつて極めて重要なものがないではない。たとえば製鉄会社における熔鋸炉とか、化学工業会社における特許権のようなものを考へても、この点は明らかである。会社とすれば、このよふな財産を譲渡した結果營業の継続が困難となり、そのため会社を解散するか、定款上の目的事業を変更しなければならぬ場合もありうると思うが、その場合にも事は事実上の問題であつて法律上の問題ではない。けだし、單にこのよふな財産を譲渡しても營業譲渡

人のように競業禁止義務を負うものではないから、法律上は何ら障害がないからである。このように事実上の關係を全く除外する考へ方には實質上問題がないではないが、もしこのよふな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がますます明らかでなくなるので、商法は實質的に考へると不当な場合もありうることを十分承知のうえで、形式的に限界を劃したものと思われる。すなわち、法技術的にはこのよふな方法をとらざるをえなかつたのであつて、それが實質的な考へと合しないでもやむをえないといわざるをえない。このように考へると、單に各個の物件を個々の譲渡する場合でも、それが營業の譲渡でない限り、同じことである」とその立場を説り、多くの学説も大体同様な立場に立っているのである。<sup>註9</sup>

註1 東高判昭和三一・六・二三 高裁民集九卷五号三六五頁

註2 大地判昭和三〇・一二・六下 民集六卷・二二五五九頁

註3 大地判昭和二五・六・六下 民集一卷六号八六五頁

註4 東地判昭和三一・一〇・二下 民集八卷一〇号一九五五頁

大地判昭和三一・六・二〇 下民集七卷六号一五八九頁

註5 大地判昭和三〇・一二・六 前掲

註6 最高裁昭和四〇・九・三二 判例時報四二二二二二〇頁

註7 最高裁昭和四一・二・二三 判例時報四三八号五〇頁

註8 鈴木武雄 商法演習工会社 一三七頁以下

註9 石井照久 新版商法I(会社法)三八二頁

大隅健一郎 全訂会社法中卷五〇頁・同会社法の諸問題五六頁以下

服部栄三 民商法雜誌四六卷七二四頁以下

鴻 常夫 シュリスト一八二号六〇頁以下

宮内竹和 シュリスト一八九号六六頁以下

中島義直 シュリス二〇四号七七頁以下

田中誠二外二名 コメンタール会社法四五〇頁

## 二、学説判例の検討

以上の学説、判例の見解に対して商法二四五条一項一号にいう營業の譲渡には商法総則で説明される營業の譲渡のほか、それを失えば、事实上、その營業の全部または重要な一部について、廃止するの止むなきに至ったりその規模を大幅に縮小せざるを得ないような会社の運命に重大な影響を及ぼす營業用財産の全部または重要な一部の譲渡をも包含するとみる見解がある。

このような立場に立つ見解として、第一にあげなければならないのは前記最高裁判所昭和四〇年九月二二日大法廷における判決についての反対意見である。<sup>註1</sup>それは次のように述べている。「いうまでもなく、商法二四二条以下に規定する營業の意義をいかに解するかについては、学説が対立し、これに従って營業譲渡の性質についても見解が多岐に分れている。多数意見はそのうちで營業譲渡についても、營業的活動の承継を必要とする説を採りかつ商法二四五条一項一号の營業譲渡についても、同様に解するのである。しかし商法総則において論ぜられる營業譲渡について、かかる見解をとること自体に是非の論があるのを商法二四二条以下の營業譲渡と必ずしも同一に解しなければならないものではない。これは法域によりその目的

を異にすることによって生ずる法律概念の相対性として当然のことなのである。思うに経済上より観察すれば、營業譲渡の場合、譲渡人の營業的活動を承継することが少なくない。しかし法律上の問題として、商法二四五条一項一号の營業譲渡には營業的活動の承継は要件としないことを明らかにしたい。今もし多数意見に従うときは次のような不当な結果を生ずるからである。

(一) まずこの問題を營業の全部の譲渡について論じたい。

(1) 多数意見によれば譲受人による營業的活動の承継がある場合とない場合とを截然と区別し、その承継のない限り譲渡会社の代表取締役は何等株主總會の決議を経ることなく、自己の裁量により、会社の全財産を譲渡し得るのである。ただこの場合代表取締役はその譲渡について、会社に対して取締役としての責任を負うことがあるに止まることとなる。同様の理由により、会社の代表取締役は何等總會の決議を経ることなく、会社の全財産を譲渡担保となし得ることとなる。要するに代表取締役はこの点において、きわめて広汎な権限を有するというのである。しかるに多数意見に従えば、一旦譲受人が譲渡会社の營業的活動を承継するときは代表取締役の権限はたちまちその俾力を失い、その譲渡について株主總會の特別決議を経ることとなるのである。何故に營業的活動の承継がある場合には株主總會の特別決議を必要とするにかかわらず、その承継のない場合にはこれを不必要とするのか、おそらく何人もその間に存する著しい不均衡を感じるであろう。さらに、会社の全財産を譲渡するについて、何等株主總會の決議を必要としない場合を認めることは、

毎決算期に計算書類の承認（商法二八三の一）にさえ定時株主総会の決議を要することと比較しても、理解しえないところである。畢竟、多数意見は、会社企業の存立の基礎たる全財産の処分を代表取締役の恣意に委ねることすら生ぜしめるものであって企業維持の点より見て、きわめて危険な考えであるといわざるを得ない。

次に多数意見は、株主保護の点より見ても、到底是認し得ない。けだし、多数意見によるときは、營業的活動の承継のなかり、会社の全財産の譲渡も株主総会の決議を経ることを要しないから、譲渡会社の株主の全く不知の間に、その処分が行われ得ることとなるからである。そしてその結果として、商法二四五条一項一号の營業譲渡に反対する株主の有する株式の買取請求権（商法二四五の二）のごときも、著しくその機能を失うこととなるのである。

(2)さらに不当と思われるのは、多数意見がその見解をもって商法二四五条一項一号の制定の沿革および改正の経緯に照して正当であると主張することである。昭和一三年法律七二号による改正商法の制定以前において、通説上株式会社はその存続中、營業の全部の譲渡契約をなし得ないものとされ、また營業譲渡とは客観的譲渡における營業、すなわち營業財産の譲渡であると解されていた。従って通説上、会社はその存続中その全財産を譲渡し得ないものと解されていたのである。換言すれば、株主総会の特別決議を以つても營業の全部の譲渡は認められず、まして取締役によるその譲渡のごときは、予期しなかつたといえる。その後、昭和一三年の右改正法律は、株主総会の特別決議による營業の全部譲渡を認めると同時に

（右改正後の二四五条一項一号）右營業の全部の譲渡を会社の当然の解散事由であるとした（右改正後の四〇四条三号）。しかるに、昭和二五年法律一六七号による商法の改正によって、右四〇四条三号が削除された結果、会社の存続中における營業の全部の譲渡、すなわち營業財産全部の譲渡も可能となったのである。これは一面において存続中における会社の全財産の譲渡を可能とすることによって企業集中に基づく經濟の変遷に順応しつつ、しかも他面においてその譲渡には株主総会の特別決議を要するものとして、会社自体の利益の害されないよう配慮したものである。

さらに右昭和二五年法律一六七号による商法改正は、従来の商法二四五条一項一号が營業の全部又は一部の譲渡と規定していたのを營業の全部又は重要な一部の譲渡と改めるとともに、新に商法二四五条の二の規定を設け、その營業譲渡に反対する株主に対して株式買取請求権を附与するに至った。

これはアメリカ法にならって、株主の地位を強化し、その保護を増大せしめようとしたのに基くのであるが、多数意見はこの点の改正の意図、経緯にも背反するものといふべきである。要するに、營業の全部の譲渡とは、いわゆる客観的意義における營業、すなわち、会社の營業財産の全部の譲渡を意味し營業活動の承継は要件でないといふべきである。このことは、營業の一部譲渡についても同様である。

(二)次に、前記法条の營業の重要な一部の譲渡の場合における重要という点について述べたい。この点についても、私は多数意見と

見解を異にするからである。いうまでもなく営業は単に個々の財産の集合ではなく、営業の目的のために組織化されて有機的の一体をなす財産であり、従ってそれを構成する個々の財産の価値の総和よりも高い価値を有するものである。営業譲渡とは、かかる有機的の一体としての価値を有する財産の譲渡を意味する。このことは、営業の全部の譲渡のときでもその重要な一部の時でも同様である。そして、たとえば製造業を営む株式会社が数個の工場を有する場合、その会社企業全体の見地よりする価値判断において重要と認められる工場を譲渡することは、まさに営業の重要な一部を譲渡である。問題となるのは、その工場における重要な機械を他に譲渡することをいかに解すべきかということである。思うに、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、その機械の譲渡は決して一個の機械の譲渡と解すべきではなく、實質上その譲渡は工場自体の価値を破壊することになる。すなわち会社の見地よりすれば、その機械の譲渡によって蒙る価値の変動は、その機械のすえつけられている工場自体の譲渡によって蒙る価値の変動と異なるものといひ得るのである（その機械の売却は、その企業の製品の売却とは全く趣を異にする）。そしてこのように解することによって、会社企業は維持され、また株主の利益も保護されるのである。この見地に立つとき、重要工場の重要な機械の譲渡は、代表取締役の専権に委ねられたものではなく、その譲渡には株主総会の特別決議を要すると解することが、むしろ当然であると思われるのである。

しかるにこれに反する見解を採るときは、会社企業よりみてきわめて重要な生産のための機械の譲渡をも、単なる個々の財産の譲渡として取扱ひ、代表取締役がこれをなし得ることとなる。そしてこのような見解を是認するときは、代表取締役が会社としてきわめて価値ある重要財産をも形式上、個々の譲渡することく偽装することによって、擅にこれを処分する弊を増大せしめるであろう。

(三) さらに次の点について一言すべき必要を感じる。多数意見は営業的活動の承継の有無の基準とすることが取引の安全に資すると主張するからである。しかしこのような主張は、全く理解できないところである。

思うに株式会社は、その営業上の商取引、たとえば製品たる商品の売買においては、相手方保護のため、取引の安全が強く要請されるべきことは当然である。しかしながら会社の営業自体は本来譲渡されることを目的とするものではなく、その譲渡はむしろ例外的な事例である。従って、その譲渡については、商取引におけるがごとく取引の安全を強調すべきでなく却って譲渡会社自体の利益の保護を高度に考えなければならぬのである。いわば、動的安全よりも静的安全を重視すべきものといえよう。この点でも、多数意見の考え方は誤りを含むものと思われる<sup>註2)</sup>と述べる。

以上の見解を検討すると判例は表面上従来の立場を一貫して採用しているように見えるが、最近の判例に附された前述反対意見は注目し値すると思われる。反対意見は要するに商法二四五条一項一号を解釈するに当って営業という本来譲渡されることを目的としな

むしろ例外的場合に属する会社の存立の基礎の譲渡の場合には商取引におけるような取引の安全を強調すべきではなく、却って会社自体および投資者としての株主の利益を強く保護すべきであるとし、いわば、動的な安全よりも静的な安全を重視する。このような考え方は商法二四五条一項一号の立法趣旨に根本的に合致し具体的妥当性のある解決に資するという長所を有する。しかしそれにもかかわらず依然として従来の判例の立場が固守され学説の多数もまた同様な見解に立っているのは如何なる理由によるのであろうか。

多数説のように商法二四五条一項一号の営業の譲渡についての解釈を同法二四二条以下にいう営業の譲渡と同一譲渡に解することは同一法律における同一法文用語を同一意義に解するのであるから法の解釈の安定性を保持することになる。しかし私的独占禁止法一六条が会社の営業の譲受等を規制するに当って、法文上営業の譲受と営業上の固定資産の譲受とを同列に規定し、両者を同一に取扱ひ、法律上同一視されること、および商法二四五条一項一号と商法二四二条以下の規定する法域は異り、その目的を異にするのであるから概念の相対性から必ずしもそのように解釈しなければならぬことはないこと等を考えれば必ずしも多数説が正当だとは速断できない。

次に営業の譲渡についての解釈を多数説のようになすと、営業の譲渡であるかどうかは譲渡契約の内容によって、形式的に定まるので、譲受人は当該譲渡が相手方会社にとって特別決議を必要とするか否かを容易に知ることができるので取引の安全を保護することになる。これに対し少数説のように解すると営業用財産の譲受人は、

会社の財産の譲受に当ってそれが営業用財産の全部または重要な一部であるかどうか、そして特別決議を必要とする場合にはそれがなされたか否かを調査せねばならない。このように事実関係を探査し判断することは譲渡会社の内部事情であるから譲受人には不明であり、したがって譲受人に不測の損害を与える恐れがあり、取引の安全を害するとの批判が可能である。しかし株式会社にあつては、その会社の資産状態は、毎決算期毎に財産目録貸借対照表等財務諸表が公表されており、例えば工場を譲受けるような場合に当って、その工場が譲渡会社の資産に比較して如何に値しているかは、そのつもりで調査すれば容易に知ることができるわけであり必ずしも取引の安全を害するとは一概にはいえないのである。

さらに多数説によれば営業の譲渡であるかどうかは、譲渡契約の内容の判断によって形式的に定まるから、譲渡に関する具体的事実について裁判所の認定に過誤の生ずる恐れは少ないし、少数説をとれば営業の譲渡の実質的判断（例えば譲渡会社がどの程度の営業用財産を失うに至れば、会社の運命に重大な影響を受けたり、または営業の廃止の止むなきに至るといえるかの実質的判断）は事案ごとに甚しく困難であり、裁判所のする認定も恣意的に陥る恐れがあると見えなくもない。しかしこのような論拠も決して決定的なものではないのである。なぜなら、たとえ多数意見に従つたとしても、例えば「営業の一部」を譲渡する場合、それが「重要」なる一部であるか否かが、会社企業全体の見地からの価値判断によって決せねばならず「重要」か否かは具体的場合によって甚しく異なるからで

ある。

以上のような検討によって明らかのように両説の論拠は決定的なものではない。

思うにこの問題は会社の営業を譲渡する場合に、その譲渡について譲受人を保護することによって取引の安全を強調すべきか、そうではなく、かえって譲渡会社およびその会社の株主を保護して静的安全を重視すべきかの二者択一の問題に帰着する。しかるときは会社の営業自体は本来取引することを目的とするのではなく、むしろ例外的事例であることを考え、かかる場合は譲渡会社およびその会社の株主を保護することが法の目的である正義にかなうものであると思うので少数説に左祖する。

註1 最高裁四〇・九・二二 判例時報四二二号二〇頁

註2 松山二郎、鈴木忠一 条解株式会社法上二三五頁以下参照

喜田川篤典 法学教室五号一五六頁以下 同会社法判例百選八四頁参照

註3

比較法的にみると株主総会の特別決議又は株主の書面による同意を必要とする譲渡とは Sales, of " or substantially all assets (including good will of franchise) と表現しているものの全財産ないし実質的財産の譲渡とは単に形式的数量的に判断されるべきではなくそれが会社の営業の過程においてなされるか否かの実質的判断にかかるとする少数説に有利な考え方であると思う。

Jeppi V. Brockman Holding Co., 34 Calif. 2nd 11, 206p. 2nd 847, 9A.L.R. 2nd 1297 (1949), Latin Jaminis, Cases and materials of Corporations 3rd Ed (1959) 1247。