

## 競業禁止義務は事業の譲渡の要件か

東京大学准教授

田中 亘

- I. はじめに
- II. 検討の準備作業——「要件」と「効果」の意味
- 1 要件と効果の意味
  - 2 「競業禁止義務は事業の譲渡の要件か、それとも効果か」ということの意味
- III. なぜ競業禁止義務は事業の譲渡の要件ではなく、効果と解すべきなのか
- 1 競業禁止義務を事業の譲渡の要件と解すると循環論法に陥ること
  - 2 最高裁自身も、競業禁止義務を事業の譲渡の効果と捉えていたと解するのが自然であること
    - (1) 本判決は競業禁止義務を事業の譲渡の効果として挙げたと解すべきこと
    - (2) なぜ本判決は競業禁止義務に言及したのか
- IV. 競業禁止義務を特約で排除した場合——本判決は「特約で競業禁止義務を排除していないこと」を事業の譲渡の要件としていると解することの当否
- 1 問題の所在
  - 2 21条の競業禁止義務は特約で排除できないという立場をとる場合の、本判決の解釈
  - 3 21条3項は特約により排除することはできないのか——議論の整理と私見
    - (1) 議論の整理
    - (2) 私見
    - (3) まとめ
  - 4 21条の義務は特約で排除できると解した場合の、本判決の解釈
    - (1) 問題の所在：解釈の2つの可能性
    - (2) 競業禁止義務を特約で排除すると467条1項1号2号の事業の譲渡ではなく、総則規定にいう事業の譲渡ではある、という解釈
- V. 事業活動を受け継がせることは事業の譲渡の要件か
- 1 問題の所在
  - 2 本判決の立場と有力説の立場
    - (1) 本判決の考え方
    - (2) 有力説の考え方
    - (3) 本判決の立場と有力説の立場の比較
    - (4) 「有機的一体として機能する財産」とは何か
    - (5) 事業活動を受け継がせることを要件とする学説・裁判例
    - (6) 本判決が「事業活動を受け継がせることを事業の譲渡の要件としている」ということの意味
    - (7) 競業禁止義務は事業の譲渡の要件ではないと主張したこととの関係
  - 3 事業活動を「受け継がせる」とは、どういう意味か
- VI. おわりに

\* 本稿は、科学研究費補助金（18330016（基盤研究（B）））「会社法の検証」の研究成果の一部である。

## I. はじめに

会社法 467 条 1 項 1 号 2 号は、株式会社がその有する事業の全部または重要な一部を譲渡するときは、株主総会の承認（309 条 2 項 11 号により、特別決議による承認）を要する旨を定めている。ここにいう事業の譲渡とは何を意味するのかについては、周知のとおり、議論のあるところであるが、最高裁大法廷昭和 40 年 9 月 22 日判決（以下、「本判決」という）<sup>1)</sup>は、平成 17 年改正前商法 245 条 1 項 1 号にいう営業の譲渡（後述のように、会社法 467 条 1 項 1 号 2 号の事業の譲渡と同義だと解してよい）の意味について、「①一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、これによって、②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、③譲渡会社とその譲渡の限度に応じ法律上当然に同法 25 条〔会社法 21 条に相当〕に定める競業避止義務を負う結果を伴うものをいう」と判示している（①②③の記号は、引用者が付した）。

本判決については、上記①②③のいずれも

が——すなわち、③の競業避止義務の負担ということも含めて——事業の譲渡の「不可欠の要件」であることを示したものであると理解する学説が少なくない<sup>2)</sup>。しかしこれに対し、近時は、本判決は競業避止義務の負担を事業の譲渡の「要件」として挙げたのではなく、単に、事業の譲渡の結果（効果）として伴うものとして、この義務に言及したにすぎない、という理解が有力になっている<sup>3)</sup>。学習者向けの解説書においても、たとえば『商法（総則・商行為）判例百選』において、藤田友敬教授により、次のような明快な説明がされている。

本判決は譲受人が現実に競業避止義務を負うことを不可欠の要件として要求しているという読み方がされることが多い…。しかし、本判決の言わんとするのは、会社法 467 条にいう事業譲渡は総則のそれと同じであると考えることから、それが行われた場合には、当事者が特に契約で排除しておかない限り会社法 21 条、商法 16 条により当然競業避止義務を負う結果になるという当然の結果であって、当事者が最終的に競業避止義務を負わないものはおよそ営業譲渡には当たらないとする趣旨ではないのではなかろうか…。当事者が競業避止義務

1) 民集 16 卷 6 号 1600 頁。

2) 山部俊文「判批」江頭憲治郎ほか編『会社法判例百選』188 頁（有斐閣、2006）は、「本判決は、上記①②③が旧 245 条 1 項 1 号所定の営業譲渡の不可欠の要件であることを示したものと理解されている」とする。もっとも、「そのような理解には異論もある」として、後掲注 3)の大塚教授および宇田教授の諸説を引用している。判例が①②③を要件としているという理解を述べた文献として、主要なものとしては、竹内昭夫『判例商法 I』150 頁、158 頁（有斐閣、1976）〔初出・法協 83 卷 4 号 621 頁（1966）〕、上柳克郎「営業譲渡」鈴木竹雄ほか編著『新商法演習 1 会社 (I)』241 頁、243 頁（有斐閣、1974）〔以下、「上柳・演習」で引用〕、上柳克郎「営業譲渡」『商事法論集』266 頁、267 頁（有斐閣、1999）〔初出・上柳克郎ほか編『会社法演習 II』（有斐閣、1983）〕。以下、「上柳・論集」で引用〕、落合誠一「営業の譲渡と特別決議」倉澤康一郎選編『商法の判例と論理』165 頁、168 頁（日本評論社、1994）、前田庸『会社法（第 12 版）』763 頁（有斐閣、2009）が挙げられる。このうち、上柳教授と前田教授は本判決に賛成であり、竹内教授と落合教授は、本判決に反対し、V で紹介する有力説（有機的一体として機能する財産を譲渡することのみを要件とする立場）を支持する。

3) 大塚龍児「判批」判評 368 号（判時 1318 号）53 頁、55-56 頁（1989）。また、宇田一明「営業譲渡と競業避止義務の関係」『営業譲渡法の研究』59 頁、76-77 頁（中央経済社、1993）〔初出・札幌学院法学 5 卷 1 号（1988）、9 卷 1 号（1992）〕、森本滋『会社法（第 2 版）』368 頁注 5（有信堂、1995）、落合誠一ほか「パネル・ディスカッション①会社分割に関する商法上の論点」菅野和夫＝落合誠一編『会社分割をめぐる商法と労働法』別冊商事法務 236 号 31-32 頁（商事法務研究会、2001）〔藤田友敬、田中亘発言〕（商事法務研究会、2001）、大杉謙一「不採算店舗の売却の段取り」法教 349 号 54 頁、57 頁（2009）、山下真弘「事業の重要な一部の譲渡と株主総会の特別決議」浜田道代＝岩原紳作編『会社法の争点』198 頁（有斐閣、2009）も参照。

を特約によって排除すれば営業譲渡に該当しなくなるのはおかしいといった批判が本判決に向けられることがあるが…、本判決はそもそもそういう趣旨ではないのではなからうか<sup>4)</sup>。

筆者は、この藤田教授の指摘にまったく同感であって、もしもこのような解釈が、学説および実務においてすでに一般的になっているとすれば、そもそも筆者が本稿を起す理由もなかったところである。しかしながら、先に紹介したとおり、最高裁は競業禁止義務を事業の譲渡の要件として要求しているとの理解は依然として少なくないようである<sup>5)</sup>。この点に鑑みると、本判決が競業禁止義務の負担を事業の譲渡の要件と解していると読むべきではないのはなぜなのかにつき、詳細に論じることは今日でも意味があることのように思われる。また、事業の譲渡の実務においては、譲渡会社は競業禁止義務を負担しない旨を約すことは少なくない<sup>6)</sup>。したがって、そのような特約をした場合に、本判決によると当該の譲渡は会社法 467 条 1 項 1 号 2 号の

事業の譲渡には当たらないことになるのかどうかは、実務上も重要な問題といえる。私見の判例理解では、競業禁止義務は事業の譲渡の要件でないと解するので、そのような特約をした場合でも、他の要件（本判決によれば、上記①②の要件）を満たすことによって譲渡対象が「事業」と認められ、かつ、それが譲渡会社の事業の「全部」か、または「重要な一部」と認められれば、株主総会の特別決議を要することになる<sup>7)</sup>。

筆者は、2009 年 4 月に刊行した会社法の教科書において、本判決は競業禁止義務を事業の譲渡の要件としているわけではない、との理解を述べたが<sup>8)</sup>、紙幅の関係から十分な記述ができなかったので、本稿で私見を詳述し、おおかたの批判を仰ぐことにしたものである。

本稿の目的は、もっぱら、本判決をどのように解釈すべきかを論じることにある。したがって、会社法 467 条 1 項 1 号 2 号の「あるべき」解釈として、事業の譲渡の意義をどのように理解すべきかについては、直接には論じない<sup>9)</sup>。また、そもそもの問題として、株

4) 藤田友敬「判批」江頭憲治郎＝山下友信編『商法（総則・商行為）判例百選（第 5 版）』38 頁、39 頁（有斐閣、2008）。

5) 前掲注 2) 引用の文献参照。近時出版された注釈書では、両論が併記されている（落合誠一編『会社法コンメンタル第 12 巻』27 頁〔齋藤真紀（商事法務、2009）〕。なお、平成 18 年新司法試験についてのヒアリングにおいて、商法の問題を担当した考査委員は、「事業譲渡について会社法では株主総会の特別決議を要する場合がある。どういう場合に特別決議を要するかについては、最高裁の有名な判例があって、有機的一体として機能する財産を譲渡する、事業活動を承継する、競業禁止義務が譲渡人に課されるという 3 要件が判例で明らかにされている」と述べており、本判決は競業禁止義務を事業の譲渡の要件としていると理解されていたようである（法務省・司法試験委員会会議（第 30 回・平成 18 年 10 月 5 日）配布資料「新司法試験考査委員（民事法科目）に対するヒアリング」7 頁（[http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi\\_shihou\\_061005.html](http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi_shihou_061005.html)、2010 年 5 月 31 日最終検索））。

6) 経済環境が著しく変動する場合には、あまりに長期間にわたる競業禁止義務の規定は、当事者間にかえって余分な負担をかけることにもなりかねないため、競業禁止義務を廃止するために条項が設けられることが一般的であるとの指摘が、実務家からなされている（中西敏和「営業譲渡契約書」商事法務研究会編『営業譲渡・譲受ハンドブック』191 頁（商事法務研究会、1999））。また、同論文で分析されている、平成 9 年（1997 年）1 月から平成 10 年（1998 年）12 月までに行われた上場会社の営業譲渡契約 55 件の中では、競業禁止義務について明示の定めを置いているものが 20 件あり、そのうち、「競業禁止義務の免除」あるいは「競業の承認」をしている契約事例が 7 件あった（中西・同 250 頁）。

7) 前掲注 6) で紹介した営業譲渡契約の事例は、当該期間中に株主総会に付議された営業譲渡の中で、招集通知に営業譲渡契約書の写しが添付されていたものを集めたものである。したがって、それらの事例では、競業禁止義務を契約で免除したからといって営業譲渡にはならないという扱いはしないで、株主総会の承認を受けたことになる。私見の立場からは、その処理は、判例に従った法務として適切である。

8) 伊藤靖史ほか『会社法』400 頁〔田中亘執筆〕（有斐閣、2009）。これは筆者の以前からの見解である（落合ほか・前掲注 3）〔田中発言〕参照）。

9) もっとも、本稿の議論を通じて、本判決に従う裁判例や学説、および本判決に反対する学説の主要なものは、おおむね紹介するので、本稿は事業の譲渡の解釈をめぐるさまざまな見解を整理するためには役立つと思われる。

主総会の決議を要する行為を「事業」という概念で画することが適当かどうかという立法論についても、本稿の検討の対象外である。もとより、そうした問題が重要であることは否定しないが、それよりももっと基本的なこと——判例をどう理解するか、あるいは「要件」とか「効果」ということをどう理解するのか、といったこと——について、論ずべきことが多々あると考えるためである。この点は、本稿の最後（VI）でもう一度触れる。

本稿の分析は次のように進める。まずIIで、「競業禁止義務は事業の譲渡の要件か、それとも効果か」といった場合の、「要件」とか「効果」とはどういう意味かについて確認する。そのうえでIIIで、競業禁止義務が事業の譲渡の要件と解する場合、本判決のもとでは循環論法に陥ってしまうこと、そして本判決自身も、競業禁止義務を事業の譲渡の効果と捉えていたと解することが、判文の読み方としてもっとも自然であることを論じる。続いてIVでは、当事者間の特約で競業禁止義務を排除した場合について検討する。そこでは、本判決について、「当事者間の特約で競業禁止義務が排除されていないこと」を事業の譲渡の要件としていると解釈する可能性について論じ、これを否定する私見を述べる。最後にVは、関連する論点として、本判決は、事業活動を譲受人に受け継がせることを事業の譲渡の要件としているのか、という問題を論じ、結論的には、競業禁止義務とは異なり、これは要件としていると理解することが適当であるという私見を述べる。VIは結びであ

る。

## II. 検討の準備作業——「要件」と「効果」の意味

### 1 要件と効果の意味

本判決が、競業禁止義務を事業の譲渡の要件と解しているのか、それともその効果として言及しているにすぎないのかを論じるにあたり、そもそも「要件」と「効果」とは、それぞれどういう意味なのかを確認しておこう。

まず、要件——厳密には「要件事実」とは、権利変動（権利の発生・変更・消滅）を導くために必要な事実として実体法に定められたものをいう<sup>10)</sup>。そうした要件事実から生じる権利変動を効果、厳密には「法律効果」という<sup>11)</sup>。

たとえば、XがYに対して、売買契約に基づく代金請求をする場合の要件事実、(a) Xが財産権の移転を約束すること、および(b) Yが代金の支払いを約束すること、である（民法555条参照<sup>12)</sup>。これらの要件がすべて備わると、YはXに対して代金支払義務を負うという、法律効果が発生する。逆に、(a)と(b)の一つでも欠ければ、民法555条に基づく代金請求権は発生しない。つまり、ある法律効果に対応する要件事実の全体（上の例では、(a)と(b)）は、当該の法律効果を発生させるための必要にして十分な条件を表している<sup>13)</sup>。また、各個の要件事実（上

10) 加藤新太郎＝細野敦『要件事実の考え方と実務（第2版）』9頁（民事法研究会、2006）。なお、要件事実、実際には「事実」とは限らない（権利・義務のような法律関係であることもある）ことから、「要件要素」というほうがより正確であるとの指摘がされているが（高橋宏志『重点講義民事訴訟法（上）』377頁（有斐閣、2005）など）、本稿では一般的な用語法に従う。

11) 加藤＝細野・前掲注10)9頁、高橋・前掲注10)377頁参照。

12) 加藤＝細野・前掲注10)14頁。

13) 「要件事実論は、ある法律効果を発生させるのに必要十分な要件は何かを考察するものである」（加藤＝細野・前掲注10)7頁）。ただし、注意すべき点は、ここで「十分」といっているのは、あくまで（本文の例でいうと）XがYに代金請求をする際に自らが主張・証明責任を負う事実（請求原因たる要件事実）としては、本文の(a)(b)で十分である、というだけの意味である。Xが(a)(b)に当たる事実を主張・証明した場合でも、Yが、法律効果の発生を妨げる別の事実（抗弁事実）を主張・証明することにより、Xの代金請求が棄却されることはありうる。たとえば、Yが売買の錯誤無効（民法95条）を基礎づける事実を主張・証明した場合がそれに当たる。詳細は、加藤＝細野・前掲注10)23-33頁参照。

の例では、(a) や (b) のそれぞれは、当該の法律効果を発生させるための必要条件になっているといえることができる。

## 「競業禁止義務は事業の譲渡の要件か、それとも効果か」ということの意味

会社法 467 条 1 項は、株式会社が、同項各号所定の行為をする場合には、「株主総会の決議によって、当該行為に係る契約の承認を受けなければならない」と定めている。そして同項 1 号は、当該行為の一つとして「事業の全部の譲渡」、同項 2 号は「事業の重要な一部の譲渡」を挙げている。これら各号の適用のためには、まずもって、会社が「事業の譲渡」をすることが必要になる（と一般には解されている）<sup>14)</sup>。しかし、何が「事業の譲渡」に当たるかについては会社法に定義規定はなく、解釈問題となる。

そこで、「競業禁止義務は事業の譲渡の要件である」とする見解は、「事業の譲渡」というためには、「譲渡会社が競業禁止義務を負担すること」が必要であること、ひいては、譲渡会社が競業禁止義務を負担すること

が、467 条 1 項 1 号 2 号の規定する法律効果<sup>15)</sup>の発生のための要件事実の一つ（必要条件）である、と論じていることになる。他方、これに対して、「競業禁止義務は事業の譲渡の要件ではなく、その効果である」とする見解は、467 条 1 項 1 号 2 号を適用するためには、譲渡会社が競業禁止義務を負担している（その点を当事者が主張・証明する）必要はないのであり、むしろ本判決は、単に、事業の譲渡には 21 条が適用されることの意味として、譲渡会社が競業禁止義務を負う旨を述べているにすぎない、と論じているわけである。

このように見てくると、「競業禁止義務は事業の譲渡の要件か」という言い方は、必ずしも正確でなく、むしろ、「467 条 1 項 1 号 2 号を適用するための（あるいは、同規定の適用による法律効果の発生のための）要件として、譲渡会社が競業禁止義務を負担することが必要か」といったほうがよいように思われる。しかし、前者は後者の意味で使っていることさえ理解しておけば、前者の言い方のほうが簡単であり、かつ、実際にもよく使われていることから、本稿でも前者のような言い方を用いることにする。

14) この点は、学習者にとって「つまずきの石」の一つかもしれない。「事業の全部の譲渡」の場合には、譲渡対象は「事業」でなければならないのは明らかであるが、「事業の重要な一部の譲渡」の場合、譲渡対象がそれ自体として「事業」としての性質を備えている必要はない、と考える人もいるのではないかと（家屋の屋根や柱は、それ自体は「家屋」とはいえないであろうが、なお「家屋の一部」といえるのではないかと）。実際、本判決の少数意見（とくに、松田二郎裁判官の意見）は、「営業の重要な一部」はそれ自体として「営業」性を有する必要はないという認識のもとに、個別の財産であってもそれがきわめて重要なものであるため、これを処分すれば営業の有機的一体性が破壊されてしまうようなものは、「営業の重要な一部」に当たると解していた（民集 16 巻 6 号 1612-1613 頁）。しかし、判例（本判決とそれに依拠する以後すべての裁判例）だけでなく、ほとんどの学説——本判決を支持するものとそうでないもの（V2 で紹介する有力説の見解）とを問わない——も、「事業の重要な一部」とは、複数の事業部門を有する会社がそのうちの（重要）な一つの部門を譲渡するとか、あるいは、全国的に事業展開をしている会社が東日本の事業だけを譲渡するとかいった場合をいうのであり、「一部」といってもやはり「事業」としての性質を備えていなければならないと解している（伊藤ほか・前掲注 8)399 頁〔田中〕）。このように解されている理由は、個別財産の譲渡であっても総会決議が必要になる場合があるとすれば、取引の安全があまりに害されるおそれがあること（判例によれば、467 条 1 項 1 号 2 号の総会決議を要するときにそれをとらなかった場合、取引は原則、無効である。最判昭和 61 年 9 月 11 日判時 1215 号 125 頁参照）、重要な個別財産の譲渡については取締役会の承認が要求されており（会社法 362 条 4 項 1 号）、株主の保護はこれによって図られていくと解しうる、が挙げられる。

15) 具体的には、株主総会の決議による承認を受けなければならないということであるが、実際の訴訟の場面では、むしろ、467 条 1 項 1 号 2 号により総会の承認を受けるべきだったのに受けなかったことから、当該行為は無効となることを前提として（最判昭和 61 年 9 月 11 日・前掲注 14)参照）、譲渡会社が移転した財産の返還を請求したり（本判決の事例参照）、あるいは、譲受会社が代金の支払いを拒むといったこと（最判昭和 61 年 9 月 11 日・前掲注 14)の事例参照）が、「法律効果」として主張されることになる。

以下では、以上のような「要件」「効果」の理解を前提にして、本判決は競業禁止義務を事業の譲渡の要件と解しているのか、それとも効果と解しているにすぎないのかを検討する。

### Ⅲ. なぜ競業禁止義務は事業の譲渡の要件ではなく、効果と解すべきなのか

#### 競業禁止義務を事業の譲渡の要件と解すると循環論法に陥ること

まず、本判決の関連する部分を引用してこう(①②③は、引用者が付した)。

商法 245 条 1 項 1 号〔会社法 467 条 1 項 1 号 2 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 24 条以下〔会社法 21 条以下〕にいう営業の譲渡と同一意義であって、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、①一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、②譲渡会社は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、③譲渡会社はその譲渡の限度に応じ法律上当然に同法 25 条〔会社法 21 条〕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<sup>16)</sup>。

本判決は、平成 17 年の会社法制定前(平成 17 年商法改正前)の事件に関するものであり、「事業」ではなく「営業」という言葉を使っているが、本稿で論じる問題に関しては、これらは同義とみなしてよく、本判決は、

会社法下の「事業の譲渡」の意義に関する判例でもあると解して差し支えない<sup>17)</sup>。また、本判決が掲げる法令の規定についていうと、平成 17 年改正前商法(以下、「改正前商法」という) 245 条 1 項 1 号は、現行の会社法 467 条 1 項 1 号 2 号に相当する。また、改正前商法 24 条以下は、直接には、現行の商法 15 条以下に相当するが、会社法下では、会社が事業を譲渡する場合は、会社が直接それに対応する規律を設けており、同法第一編(総則)第四章の諸規定(21 条から 24 条まで。以下、「総則規定」ということがある)がそれにあたる。それらは、商号の譲渡についての改正前商法 24 条(現行商法 15 条)に対応する規定を欠くこと(会社の商号は法人格と結びついているため、事業とともにするのであっても譲渡はできない)を除き、改正前および現行の商法の規律と実質的に同一である。そして、改正前商法 25 条(譲渡人の営業禁止義務の規定)は、直接には現行商法 16 条に相当するが、譲渡人が会社の場合は会社法 21 条にそのまま対応する。それゆえ、本稿では、原文を直接引用する場合を除き、「営業」は「事業」に置き換え、改正前商法の規定は、会社法の規定に適宜置き換えたうえで検討する。

なお、本判決のうち、①②③の記号を付した部分は、(本判決の文言を厳密に検討する必要がある場合を除き)それぞれ、①有機的の一体として機能する財産の譲渡、②事業活動を受け継がせること、③競業禁止義務の負担、と短縮して表現する。

さて、もしも本判決が、上記③を会社法 467 条 1 項 1 号にいう事業の譲渡の要件だと解しているとすれば、譲渡会社が「法律上当然に〔会社法 21 条〕に定める競業禁止義務」を負わない限り、問題になっている譲渡は 467 条 1 項 1 号 2 号にいう事業の譲渡ではなく、同号による株主総会の承認を要しないことになる。

16) 民集 16 卷 6 号 1601-1602 頁。

17) 会社が「営業」を「事業」に置き換えたのは、用語法の整理にすぎないことについては、相澤哲編著『立案担当者による新・会社法の解説』別冊商事法務 295 号 139 頁(2006)、伊藤ほか・前掲注 8)398 頁〔田中〕参照。

そこで、ただちに問題になるのは、譲渡会社が「21条に定める競業禁止義務」を負うかどうかをどうやって判定するのか、ということである。21条1項は、譲渡会社は、別段の意思表示がない限り、同一の市町村の区域内および隣接市町村の区域内において、譲渡の日から20年間にわたり、競業禁止義務を負うと定めている。また、同条3項は、譲渡会社は期間や区域を問わず、「不正の競争の目的」で競業をしてはならないことを定めている。譲渡会社がこのような義務を負うのは、同条にいう事業の譲渡が行われた場合である。ところが、本判決によれば、21条以下の総則規定における事業の譲渡と、467条1項1号2号の事業の譲渡とは、「同一意義」である。したがって、もしも譲渡会社が21条に定める競業禁止義務を負うことが、467条1項1号2号の事業の譲渡の要件だとすれば、21条の事業の譲渡についても、やはり、21条に定める競業禁止義務を負うことが要件になると解しなければならぬ。しかし、それでは循環論法に陥る<sup>18)</sup>。ある譲渡が21条の事業の譲渡にあたるためには、譲渡会社が21条に定める競業禁止義務を負わなければならない。譲渡会社が21条に定める競業禁止義務を負うためには、当該譲渡が21条の事業の譲渡にあたらなければならない。当該譲渡が21条の事業の譲渡にあたるためには、譲渡会社が21条に定める競業禁止義務を負わなければならない。…以下、無限に続き、譲渡会社が21条に定める競業禁止義務を負うかどうか、ある譲渡が21条（そして467条1項1号2号）の事業の譲渡にあたるかどうか、答えは出ないこととなる。

実際には、本判決は競業禁止義務を事業の譲渡の要件としていると解したうえでそれに賛成している論者も、そのような解釈では循環論法に陥るとは考えていないようである（考えていけば、直ちにその解釈を放棄するだろう）。その理由は、おそらく、そうした立場をとる論者は、ある譲渡が本判決にいう①有機的一体として機能する財産の譲渡およ

び②事業活動を受け継がせることの要件を満たしていれば、21条が適用され、その結果、③「21条に定める競業禁止義務」を譲渡会社が負うという「要件」も当然に満たされることになる、と考えているからではないかと思われる。

しかし、21条についてそのように解するとすれば、それはとりもなおさず、①と②だけが、ある譲渡が21条の事業の譲渡と認められるための要件であり、③は、事業の譲渡の要件でなく、むしろある譲渡が事業の譲渡と認められたことにより21条が適用されることの効果である、と考えていることに他ならない。ある譲渡が21条の事業の譲渡であれば、同条の競業禁止義務が結果として伴うわけであるが、結果として伴うからといってそれが要件になるわけではない。それは、ある行為が民法709条の不法行為になると認められれば、行為者は損害賠償責任を負うことになるが、だからといって、「行為者が損害賠償責任を負うことが民法709条の不法行為責任が成立するための要件である」といえるわけではないのと同じことである。

そして、本判決によれば、会社法21条の事業の譲渡は467条1項1号2号の事業の譲渡と「同一意義」なのだから、競業禁止義務が21条の事業の譲渡の要件ではないと解するならば、467条1項1号2号の事業の譲渡についても同様に解さなければならない。つまり、本判決を合理的に解釈すると、競業禁止義務は事業の譲渡の要件でなく、その効果として述べられたと解すべきなのである。

## 最高裁自身も、競業禁止義務を 2 事業の譲渡の効果と捉えていた と解するのが自然であること

### (1) 本判決は競業禁止義務を事業の譲渡の 効果として挙げたと解すべきこと

1で指摘したような、「本判決は競業禁止義務を事業の譲渡の要件としてではなく、その効果として挙げたにすぎない」という理解

18) 大杉・前掲注3)57頁。

は、本判決の判文から読みとれるであろうか。筆者は、きわめて自然に、そのように読みとれると考える。

すなわち、1で引用した本判決の多数意見は、事業の譲渡の意義について、「…譲渡会社がその譲渡の限度に応じ法律上当然に同法25条〔会社法21条〕に定める競業禁止義務を負う結果を伴うものをいう」と判示している(傍点付加)。筆者は、この「結果を伴う」という一語だけでも、本判決の多数意見が、競業禁止義務の負担を事業の譲渡の要件でなく、むしろ効果(「結果」と考えていたと認めるに十分だと考えるが<sup>19)</sup>、それと並んで重要なのは、本判決における奥野健一裁判官による次の補足意見である。

営業譲渡とは、多数意見もいうように、「一定の営業目的のために組織化され、有機的一体として機能する財産」の移転であり、それにより譲受人は譲渡人と同様の営業者たる地位を取得することをいう。すなわち、営業の譲渡とは、譲受人をして営業用財産の取得と経営者たる地位引継の権利を取得せしめ、譲渡人と社会通念上同じ状態にて営業を継続し得る地位を得せしめるものをいう(譲受人が実際上営業的活動を承継実行すると否とを問わない)。さればこそ、その効果として、譲渡人は一定範囲の競業禁止の義務を負うのである<sup>20)</sup>。〔傍点は引用者が付した〕

この補足意見は、これ以上ありえないほど明確に、競業禁止義務は要件としてではなく効果として挙げられたにすぎないことを示している<sup>21)</sup>。実際、筆者には、この多数意見および補足意見の記述にもかかわらず、最高裁は競業禁止義務を事業の譲渡の要件としてと解する学説がおよそ存在していること自体が、不可解に思われるほどなのである<sup>22)</sup>。

## (2) なぜ本判決は競業禁止義務に言及したのか

(1)で述べた私見(最高裁は事業の譲渡の効果として競業禁止義務に言及したにすぎない)に対しては、もしも競業禁止義務が事業の譲渡の要件でないのなら、なぜ最高裁はわざわざこの義務に言及したのか、という疑問が提起されるかもしれない。

これに対する簡単な答えは、ある法律概念の意義(意味)を説明する際に、その要件だけでなく、主要な効果にも言及するのは、むしろ自然なことではないか、ということである。私たちが、「(民法709条の)不法行為とは何ですか」と人から聞かれた場合、「故意または過失によって他人の権利または法律上保護される利益を侵害し、それによって当該他人に損害を与えること」という要件だけを挙げるのではなく、「行為者はそれによって生じた損害を被害者に賠償する責任を負う」という、不法行為の主要な効果もあわせて説明することは、自然なことのように思われる。これと同様に、本判決(その多数意見)は、467条1項1号2号の事業の譲渡の意義

19) ただし、ここで一点、注意しておくべきことがある。前掲注16)に引用した本判決を読むと、③競業禁止義務に関するくだりだけでなく、②事業活動を受け継がせることも、「結果を伴う」にかかっているようにみえる。したがって、「結果を伴う」という文言を根拠に、本判決は③を事業の譲渡の要件とはみないというのであれば、②も要件とみるべきではないことになるのではないかと、という疑問が生じる。この疑問は、本判決の読み方としては、正しいものである。しかし、いささか込み入った事情により、筆者は、今日では、本判決は①に加えて②も事業の譲渡の要件と捉えていると読んだほうが適切である(そのほうが、むしろ本判決の真意に沿う)と考えている。この点については、Vで詳述する。

20) 民集16巻6号1604頁。

21) 補足意見は、多数意見そのものではないが、多数意見に加わった裁判官が、共同の意見として述べられたところにつけ加えて自己の意見を述べるものであり(兼子一=竹下守夫『裁判法(第3版)』176頁注3(有斐閣,1994)),その意見は、多数意見と基本的に整合的であると考える。

22) 本判決の調査官解説(豊水道祐「判解」最判解民事篇昭和30年度337頁)においても、本判決が競業禁止義務を要件としたという記述は何ら見られないことも、本判決がこれを要件とする意図ではなかったことの傍証となる。

を説明するため、とりわけ、それが総則規定中（21条以下）の事業の譲渡と「同一意義」であるという、本判決が採用した立場を強調するために、総則規定中の事業の譲渡の主要な効果である競業避止義務に言及したものと考えられる<sup>23)</sup>。

筆者は、以上の説明だけでも、上記の疑問の答えとして十分だと思うが、(1)で引用した補足意見も参考にして考えると、最高裁（細かくいえば、その多数意見を形成する裁判官）がなぜ競業避止義務に言及したのか、その思考過程をもう少し具体的に推測することができると思う。というのは、次のようなことである。本判決を通読すればわかるとおり、多数意見の基礎となっている考え方は、改正前商法245条1項1号の「営業の譲渡」（会社法467条1項1号2号の事業の譲渡に相当）を、総則規定中に定められ、「内容も比較的に明らか」な「営業の譲渡」と「同一意義」であると解することによって、「法解釈の統一性、安定性」を図ると同時に、何が総会決議を要する「営業の譲渡」であるかを相手方や第三者に判断しやすくすることにより、「法律関係の明確性ないし取引の安全」を図ることにあつた<sup>24)</sup>。もっとも、そうした立場をとるとしても、総則規定中の「営業の譲渡」の意義についても、別に定義規定があるわけでも確立した先行判例があるわけでもないから、最高裁としてその意義を確定する必要がある。

ここで最高裁が、総則規定中の営業譲渡の主要な法律効果である競業避止義務に着目したのは、自然なことであろう。「効果との関連で要件を考える」こと、すなわち、ある法規を適用するための要件が何かを考える際に、その法規の効果にまず着目し、そのような効果を与えるのにふさわしいのはどのような場合かを考えるということは、もっとも基

本的な法解釈の手法である<sup>25)</sup>。おそらく、最高裁が改正前商法25条（会社法21条に相当）の競業避止義務に注目したことは、とりわけ、「営業の譲渡」といえるためには「譲渡人がその財産によって営んでいた営業的活動…を譲受人に受け継がせ（る）」こと——補足意見の表現では、「譲渡人と社会通念上同じ状態にて営業を継続し得る地位を得せしめる」こと——が必要である、という解釈に到達するのに寄与したであろう。競業避止義務の負担は、譲渡人の営業の自由を制約するとともに、競争を制限し消費者の不利益ともなりうるものであるから、そうした不利益を補うメリットが期待できる場合でなければ、法がそうした義務を課するのは合理的ではない。譲受人が譲渡人から、その営業的活動を受け継ぐ場合は、まさにそうしたメリットが期待できる場面といえる。というのは、譲渡人が競業避止義務を負うことにより、受け継いだ営業的活動が譲受人にもたらす価値（収益性）はより高まると期待できるからである。譲受人が営業的活動を受け継ぐ場合、通常は、譲渡人による得意先や仕入先の紹介や、製造・販売等のノウハウ（特殊な製品の製造方法など）の伝達を伴うであろう<sup>26)</sup>。そのような事実関係や情報の譲受人にとっての価値は、譲渡人が譲渡後にすぐに同一の営業に従事できる（そのため得意先を取り返したり、伝達した情報を自分でも使い続けることができる）場合よりも、そうした行動が制約されている場合のほうが、より高まるであろう。

こうして、譲渡人の競業避止義務を課するのがふさわしいのはどういう場面かを考えると、「営業の譲渡」の要件として、「譲渡人が従前営んできた営業的活動（事業活動）を受け継がせること」を要求するのが望ましいという結論になる。本判決の補足意見にある、

23) 宇田・前掲注3)76頁が、「最大判は、…『競業避止義務』を営業譲渡の対象である『営業』の意義…自体を説明する用語として使用しているだけ」であるとしているのは、本文の私見と同じ理解をとるものであろう。

24) 民集16巻6号1602-1603頁参照。

25) 米倉明『プレップ民法（第4版増補版）』98-99頁、135頁（弘文堂、2009）。

26) 鴻常夫『商法総則（新訂第5版）』146頁（弘文堂、1999）。

「営業の譲渡とは、譲受人をして…譲渡人と社会通念上同じ状態にて営業を継続し得る地位を得せしめるものをいう…。さればこそ、その効果として、譲渡人は一定範囲の競業禁止の義務を負うのである。」という判示は、競業禁止義務という効果に着目して営業（事業）の譲渡の要件を導き出した、最高裁（その多数意見を形成した裁判官）の思考過程をよく表していると考えられる。

なお、念のため述べておくと、筆者は、本判決の見解が当然に妥当なものであると主張しているのではない。本判決がよって立つ前提、すなわち、改正前商法 245 条（会社法 467 条）の営業（事業）の譲渡と総則規定中の営業（事業）の譲渡は「同一意義」であるべきだ、という考え方に対しては、規定の趣旨・目的が違う以上、そのように解する必要はないという学説が、有力に唱えられてきた<sup>27)</sup>。そうした見解は、譲受人が事業活動を受け継ぐことは、総則規定中の事業の譲渡の要件ではあっても、会社法 467 条 1 項 1 号 2 号の事業の譲渡の要件と解する理由はない、と論じる。なぜなら、譲渡会社の株主の利益にとっては、譲受人が事業活動を受け継ぐかどうかはどちらでもよいことだからである<sup>28)</sup>。本稿は、本判決の立場とこうした有力学説の立場のいずれが説得的かを論じるのが目的ではない（ただし、有力説については V でもう少し詳しく説明する）。筆者が主張しているのは、本判決が競業禁止義務に言及したことはごく自然に理解できるものであって、何ら解釈が困難なものではないし、誤解を生じさせるようなものでもない、ということ——もっと具体的にいうと、それは競業禁止義務を事業の譲渡の要件と判示したものではないばかりでなく、要件であると受け取られるような記述を何も含んでいない、ということである。

#### IV. 競業禁止義務を特約で排除した場合——本判決は「特約で競業禁止義務を排除していないこと」を事業の譲渡の要件としていると解することの当否

##### 1 問題の所在

III においては、会社法 467 条 1 項 1 号 2 号の事業の譲渡は 21 条の事業の譲渡と「同一意義」であるという本判決の立場を前提にして、仮に競業禁止義務を事業の譲渡の要件であると解した場合には、21 条の適用をめぐる循環論法に陥ることを明らかにした。そして、この帰結を避けるためには、本判決は、①有機的一体として機能する財産の譲渡であることと②事業活動を受け継がせることのみを事業の譲渡の要件としており、競業禁止義務は、ただ事業の譲渡の効果として言及されたにすぎないと解しなくてはならない、と論じた。そして、本判決自体も、素直に読めばそう解するのがもっとも自然であることも明らかにした。

もっとも、一般論として上記の私見を支持するとしても（支持してもらえないことを望んでいるが）、なお次のような主張が提起されるかもしれない。すなわち、確かに原則としては、上記①②の要件が満たされれば事業の譲渡になり、その効果として競業禁止義務が伴うにすぎない、と解するのが本判決の合理的な理解であろう。しかし、そういう理解に立つ場合でも、当事者が特約によって競業禁止義務を排除したときは、当該譲渡は 467 条 1 項 1 号 2 号にいう事業の譲渡ではなくなる、という解釈はなおとりうるのではないか。もしも本判決を、そのような解釈を示したものと理解することができるなら、その限

27) 「法律家にとっては、離れた他の条文でも気になるが、法規の適用を受ける一般人とすれば、そのようなことは、むしろどうでもよいことである」（鈴木竹雄「株式会社法と取引の安全」『商法研究Ⅱ会社法（1）』47頁，57頁注4（有斐閣，1971）〔初出・松田判事在职四十年記念『会社と訴訟（下）』（有斐閣，1968）〕）。

28) 竹内・前掲注2)159頁。この見解についてより詳しくは、Vで後述する。

度では、「判例は競業禁止義務を事業の譲渡の要件にしている」ということができるのではないか、というものである。

以上の主張は、本判決が、①有機的一体として機能する財産を譲渡すること、②事業活動を受け継がせることに加えて、「③’当事者間の特約で譲渡会社の競業禁止義務が排除されていないこと」を、事業の譲渡の要件としてしていると解釈するものといえる<sup>29)</sup>。この解釈（以下、本章（IV）中で「上記の解釈」ということがある）では、当事者間の契約では競業禁止義務についてとくに言及していない場合には（実際にはそういう場合のほうが多い<sup>30)</sup>）、①と②の要件を満たすかどうかを検討するだけで、事業の譲渡であるかどうかを判断できるため、Ⅲ1で指摘したような循環論法に陥ることはない。

ただし、上記の解釈については、まずもって次の2つの問題を指摘しなければならない。第一に、上記の解釈は、「③譲渡会社が21条に定める競業禁止義務を負うこと」を事業の譲渡の要件にしているのではなく、むしろ「③’特約で競業禁止義務を排除していないこと」を要件にしている。したがって、上記の解釈を前提にして「判例は競業禁止義務を事業の譲渡の要件としている」と主張するのは、正確とはいえない。その点は別にしても、第二の問題として、このような解釈は、本判決の文言からはずいぶん離れるように思われる。本判決は、事業の譲渡は「…譲渡会

社がその譲渡の限度に応じ法律上当然に同法25条〔会社法21条〕に定める競業禁止義務を負う結果を伴うものをいう」といっているだけである。特約で競業禁止義務を排除すれば事業の譲渡ではなくなる、と述べているわけではない。そもそも、競業禁止義務に関する特約のことなど何も述べていない。

筆者は、判例解釈の基本は、何よりもまず、判文を日本語として素直に読むことだと考えるので、上記の第二の問題として挙げた点だけからも、上記の解釈には否定的である。しかし、本判決を実際に上記の解釈のように理解している論者は少なくないようである<sup>31)</sup>。そこで、本章（IV）では、上記の解釈、すなわち、①と②に加えて（③でなく）③’を事業の譲渡の要件としている、という解釈が、本判決の理解としてとりうるか、という問題を検討する。

ただ、検討にあたってまず指摘しなければならないのは、そもそも事業の譲渡において、21条の競業禁止義務を特約で排除できるのか、ということ自体、争いのある問題だということである<sup>32)</sup>。21条1項は、「別段の意思表示がない限り」という文言が示すように、任意法規であり、当事者間で競業禁止義務を排除する特約をすれば、譲渡会社は同項の義務を負担しない。しかし、そのような特約をした場合でも、譲渡会社は、なお同条3項にいう「不正の競争の目的をもって」譲渡の対象事業と同一の事業をしてはならな

29) 本文のような解釈をとる場合、訴訟の場面において、事業の譲渡の効果を主張する側の当事者が、①と②に加えて、「当事者間の特約で競業禁止義務が排除されていないこと」をも主張・証明する責任を負うのか、それとも、事業の譲渡の効果を主張する側は①と②を主張・証明すれば足り、その効果を否定する側の当事者が、「当事者間の特約で競業禁止義務が排除されていること」を主張・証明する責任を負うのか、いずれの立場もありえよう。もっとも、本稿で後に述べる主張（それは本判決の解釈としてはとりえない）は、いずれの立場にも妥当するので、以下ではこれらをとくに区別することなく論じる。

30) 前掲注6)で紹介した、上場会社の営業譲渡契約の分析では、分析事例55件中20件について、競業禁止義務について明示の定めがあった。逆にいうと、過半数の事例で、契約では競業禁止義務について明示の定めを置いていないことになる。

31) 本判決をそのように解したうえでこれを支持する見解として、河本・後掲注40)13頁（この見解については、IV4(2)で論じる）。逆に、特約で競業禁止義務を排除すれば事業の譲渡でなくなるというのはおかしいとして、本判決を批判する学説（竹内・前掲注2)160頁など）も、本判決をこのように解釈しているものと思われる。

32) この論点は、会社法21条による譲渡会社の競業禁止義務にも、また商法16条による譲渡人の競業禁止義務にも、同様に妥当する。そこで、後者に関する学説も、とくにことわりなく、前者（会社法21条）に関する学説として引用する。

いという限度の競業避止義務を負うと解する学説が多いのである<sup>33)</sup>。他方、3項の義務も特約によれば排除できると明言する学説もある<sup>34)</sup>。

このため、仮に本判決を上記の解釈(①②③')を事業の譲渡の要件とするという解釈のように理解する場合にも、当事者が競業避止義務を排除する旨の特約を結んだ場合に具体的にどういう結果になるかは、21条の義務(とくに3項の義務)を特約で排除できると解するかどうかによって、解釈が分かれることになり、議論はかなり込み入ったものになる。もっとも、本判決を上記のように解さず、Ⅲ2で述べたとおり、最高裁は競業避止義務を事業の譲渡の効果として挙げたにすぎないと解するなら、本判決の理解に何の困難も生じないのであって、上記の解釈は、本判決を不自然に解したあげくその理解を無意味に複雑化させたにすぎない。とはいえ、そのような私見は、上記の解釈だと具体的にどういう不都合が生じ、逆に私見のように本判決を解するとどうして問題が生じないのかを明らかにしたうえでなければ、十分な理解を得られないだろう。また、21条、とくに3項の義務を特約で排除できるのかという問題は、それ自体、興味深い問題であるうえ、競業避止義務を負わない旨の特約する事例は少なくないから<sup>35)</sup>、この問題は実務上も重要性をもっている。そこで本項では、あえてこの複雑な議論に立ち入って検討することにする。

本章の検討は次のように行う。まず、2で、仮に21条3項は強行法規であり、そのため事業の譲渡の当事者は21条の競業避止義務を特約で(完全に)排除することはできない、という立場にひとまず立った場合に、本判決を上記のように解釈することができるかを検討する。次に3で、21条の競業避止義務は、3項の義務を含めて特約で排除できるのかどう

かという問題について検討し、結論的には、排除は可能であるという私見を述べる。そのうえで4で、21条の義務は3項の義務も含めて完全に排除できる、という私見の立場に立つ場合、本判決を上記のように解釈することができるかどうかを検討する。そして結論としては、21条の義務を特約で排除できるかどうかにかかわらず、上記の解釈はとりえないと論じる。そのうえで、5で、本判決は競業避止義務を事業の譲渡の効果として挙げたにすぎないとする私見の理解のもとでは、特約で競業避止義務を排除した場合にどうかについて説明する。

## 21条の競業避止義務は特約で排除できないという立場をとる場合の、本判決の解釈

この場合については、あまり論じることはない。この立場をとる場合、上記の解釈、すなわち、原則としては①有機的の一体として機能する財産の譲渡と②事業活動を受け継がせることがあれば事業の譲渡となるが、③'当事者間の特約で競業避止義務を排除すれば事業の譲渡ではなくなる、という解釈は、そもそも事業の譲渡においては競業避止義務を排除できない(少なくとも21条3項の義務は残る)と解する以上、とりえない。むしろこの立場からは、①と②の要件が備われば、当該譲渡は事業の譲渡と認められ、そこで21条が適用されて、譲渡会社の競業避止義務(最低でも3項の義務)が、必ず結果として伴うことになる。Ⅲ1で論じたとおり、結果として伴うからといってそれが要件になるわけではないのであって、むしろこの立場は、競業避止義務を事業の譲渡の効果と解することに他ならない<sup>36)</sup>。

なお、判例をどう解すべきかの問題を離れて、純粋に467条1項1号2号の解釈として

33) 後掲注38)の文献参照。

34) 後掲注41)の文献参照。

35) 前掲注6)参照。

36) 上柳克郎教授は、本判決は競業避止義務を要件としているという理解を前提に本判決を支持する立場をと

考えた場合、「当事者間で競業避止義務を排除する特約を結んだ場合は、譲渡会社が21条3項の義務を負うときにも、その譲渡は467条1項1号2号にいう事業の譲渡ではなくなる」という解釈は、とりえないものではない。というのは、もしも「譲渡会社が競業避止義務を負わなければ株主総会の承認は必要ない」と解すべき理由があるとすれば、それは、譲渡会社が競業避止義務を負うことによって、その後の事業活動に事実上のみならず法律上の制約が課されるため、会社ひいては株主の利益に重大な影響が及ぶから、という点に求められるだろう<sup>37)</sup>。その観点からすると、譲渡会社が21条3項の、いわばミニマムな義務を負うだけでは、株主総会の承認を必要とするほど会社・株主の利益に重大な影響を及ぼすとは言い難い、ともいえるからである。しかし、それは本判決自身がとる立場ではありえない。なぜなら、本判決によれば、467条1項1号2号の事業の譲渡と21条の事業の譲渡は「同一意義」なのであるから、譲渡会社が21条3項の義務を負っているながら、その譲渡が467条1項1号2号の株主総会の承認を要する事業の譲渡ではない、ということは、ありえないのである。仮に上記の解釈を提唱するとしても、それは、本判決を支持するということではなく、むしろ本判決とは異なる見解として、主張されるべきものである。

### 21条3項は特約により排除することはできないのか——議論の整理と私見

#### (1) 議論の整理

次に、会社法21条の義務、ことに3項の義務は特約で排除できるのか、という問題を検討する。

1で指摘したとおり、これは争いのある問題である。21条1項の義務は、文言から明らかかなように任意法規であり、当事者間で「譲渡会社は競業避止義務を負わない」旨を約せば排除できる。しかし、そのような特約をしたときも、譲渡会社は同条3項にいう「不正の競争の目的をもって」競業をしないという義務を負うとする見解が多い<sup>38)</sup>。もっとも、このように述べる学説の中には、3項の義務はおよそ特約で排除できないと解しているのか、それとも、単に「譲渡会社は競業避止義務を負わない」旨を約したときには3項の義務が残るといっているだけで、当事者が明示的に3項の義務をも排除する特約を結んだ場合にはそれは有効と解しているのか（結論を先取りすると、私見は後者の立場である）、必ずしも明らかでないものがある<sup>39)</sup>。しかし、はっきり、3項の義務は特約によっても排除できない（3項は強行法規である）と述べているものもある<sup>40)</sup>。他方、3項の義務も特約によれば排除できると

り、特約で競業避止義務を排除すると事業の譲渡ではなくなるのはおかしいとして本判決を批判する竹内教授の見解（竹内・前掲注2）160頁）に対しては、21条3項の義務は特約によっても排除できないのではないかと反論している（上柳・演習・前掲注2）244頁、上柳・論集・前掲注2）269頁）。しかし、本文に述べたように、もしも事業の譲渡では常に競業避止義務が（少なくとも21条3項の限度では）伴うのであれば、それは事業の譲渡の要件でなく、効果というべきである。これを要件と考えると、21条の競業避止義務を負うかどうかが決まらなければ21条の適用の有無も決まらないという、循環論法に陥ってしまう（Ⅲ1参照）。もっとも、上柳論文の主目的は、競業避止義務が事業の譲渡の要件かどうかを検討するのとはまったく異なる点にあったことは認めなければならない。後掲注94）参照。

37) 鈴木竹雄「営業譲渡と総会の決議」『商法研究Ⅲ』83頁、88頁（有斐閣、1971）〔初出・『商法演習Ⅰ会社（1）』（有斐閣、1960）〕、前田・前掲注2）764頁参照。

38) 江頭憲治郎編『コンメンタール会社法（1）』206頁〔北村雅史〕（商事法務、2008）、鴻・前掲注26）148頁、田邊光政『商法総則・商行為（第2版）』152頁（新世社、1999）、弥永真生『リーガルマインド商法総則・商行為（第2版）』52頁（有斐閣、2006）。

39) 弥永・前掲注38）52頁など。

40) 上柳・演習・前掲注2）244頁、上柳・論集・前掲注2）269頁、江頭・前掲注38）206頁〔北村〕。

明言する学説もある<sup>41)</sup>。

この問題は、3項の義務とは具体的にどういう態様の競業を禁じる義務なのか、という問題ともかかわっている。この義務をどこまで広く捉えるかによって、3項の義務を特約で排除できるかどうかについての意見も異なりうるからである。そしてこの点についても、学説の理解は様ではない。これを、「一般公衆をして譲渡人が従前の営業を譲渡人が旧事業を継続すると誤解させるなど」というように、限定的に解しているらしい学説も見られる<sup>42)</sup>。しかし、そうした欺罔的な要素があるかどうかにかかわらず、譲渡会社が譲受人に移転した得意先あるいは営業(事業)上の顧客(以下、単に「得意先」という)を奪う目的をもって競業することは一般的に禁じられていると解しているらしい学説もある<sup>43)</sup>。

大審院大正7年11月6日判決<sup>44)</sup>は、「商法第22条第3項〔現行商法16条3項、会社法21条3項に相当〕ハ…営業譲渡人カ譲受人ノ営業上ノ得意ヲ奪フハトスル目的ヲ以テ同種ノ営業ヲ為スカキハ同条ノ禁止スル所ナリト解セサルヘカラス」と判示し、後者の理解に立つかのようなものである。ただ、事件の内容が判文からは明らかでなく、ことに、当事者間で競業禁止義務についてどのような内容の契約を結んでいたのかは不明である。それゆえ、これをもって、「当事者間で競業禁止義務を排除する特約を結んでも、譲渡人は譲受人の得意先を奪ってはならない義務を負っている」ことを判示したものとは即断すべきではないように思われる。

## (2) 私見

(a) 当事者間で「譲渡会社は競業禁止義務を負わない」旨を約した場合には、得意先を奪う目的での競業が一般に21条3項の義務に違反するとは解すべきでないこと

そこで検討すると、まず3項にいう「不正の競争の目的」とは、一般には、事業の譲渡の趣旨に反するような目的がそれに当たると解されるが<sup>45)</sup>、何が事業の譲渡の趣旨に反するかは、競業禁止義務に関する点も含めた当事者の合意内容によって決まるものである。そして、当事者が競業禁止義務を排除する旨の特約を結んだ場合には、得意先を奪う目的で競業することが一般に禁じられるというのが当事者の合意内容であるとは、普通は解しがたいと思われる。

そもそも、学説が「得意先」としてどういうものをイメージしているのかは必ずしも明かではないが、言葉の通常の意味としては、「日常よく取り引きしてくれる相手」といった程度の意味である<sup>46)</sup>。自由競争の社会では、得意先が将来も取引をしてくれることが法的に保障されているわけではなく、競業者に得意先を奪われたり、逆にこちらが奪ったりすることは当然に想定されている。それにもかかわらず、譲渡会社が譲渡した事業と同一の事業を再び行う場合には、譲受人に移転した得意先を奪う目的での競業は一般的に禁じられるとすれば、譲渡会社は、他の事業者ならできることができないという意味で、いわばハンディキャップ付きの競争を強いられることになってしまう。

おそらく、譲渡会社は競業禁止義務を負わない旨を特約したときもなお得意先を奪う目

41) 龍田節「営業譲渡と株主総会決議(2・完)」法学論叢105巻3号1頁,4頁(1979)、河本一郎「営業譲渡・譲受をめぐる法律問題」『会社の営業譲渡・譲受の実務』別冊商事法務43号8頁,13頁(1979)、山本爲三郎「営業譲渡と競業禁止義務」法学研究73巻2号89頁,101頁(2000)。

42) 神崎克郎『商法総則・商行為(新訂版)』152頁(同文館,1999)、大塚英明ほか『商法総則・商行為法(第2版)』46頁〔中東正文〕(有斐閣,2008)。

43) 江頭・前掲注38)206頁〔北村〕、鴻・前掲注26)148頁、田邊・前掲注38)152頁、弥永・前掲注38)52頁。

44) 法律新聞1502号22頁。

45) 21条3項の義務が具体的にどういう義務を指すと解するかにかかわらず、一般論として本文のように解することについては異論がない。神崎・前掲注42)152頁、鴻・前掲注26)148頁など。

46) 『明鏡国語辞典(電子版)』(大修館書店,2002)では、「得意先」は、「いつもよく品物を買ってくれる客。また、日常商売上の取引をしている相手。取引先。顧客。」と説明されている。

的で競業することは禁じられると解している見解の背後には、事業の譲渡は得意先の移転を伴うところ、移転したはずの得意先を譲渡会社が取り返すことができるのであれば、「移転」というに値せず、事業の譲渡の趣旨に反する、という認識があるものと思われる<sup>47)</sup>。しかし、そもそも事業の譲渡において常に得意先の移転があるとは限らず<sup>48)</sup>、せいぜい、得意先が重要な意味をもつ事業を譲渡する際にはその移転が伴う、というだけのことだと思われるが、たとえ得意先を移転する場合であっても、譲渡会社が後でそれを取り返すことを禁じなければおよそ「移転」というに値しない、というわけではあるまい。

先に述べたように、得意先と将来取り引きすることが法的に保障されているわけではないから、得意先の移転といっても、それは、将来取引をする「権利」を移転するのではなく、せいぜい、既存の取引から生じた未履行の債権（もしあれば）を譲渡するほか、得意先の情報を譲受人に伝えたり、逆に得意先に対して譲受人を紹介する、といったことが主な内容になると考えられる。この場合、譲渡会社が移転した得意先を取り返すことが禁じられていなくても、譲受人は、得意先に関する有益な（一般に入手が容易でない）情報を得ることや、すでに得意先から信用を得ている譲渡会社によって紹介してもらえらるということだけでも、譲渡会社に対価を支払うだけの価値を見いだすことは十分に考えられ

る。もちろん、譲渡会社が得意先を取り返すことを禁じれば、移転を受けた得意先の譲受人にとっての価値（将来そこから得られると期待できる利益）はさらに高まるだろう。しかしその半面、譲渡会社にとっては経済情勢の変化等に応じて事業を再度行う自由は制限されることになる。したがって、ことは利益と不利益の比較に尽きるのであって、譲渡会社が得意先を取り返すことを禁じることによる譲受人の利益が、譲渡会社の不利益を上回るときには、そのような行為を禁じることが合理的な契約内容となるが、利益が不利益を下回るときは、むしろ禁じないことが合理的である<sup>49)</sup>。法が前者のような契約内容のみを強制する理由は、何もない。

そして、譲渡会社が得意先を取り返すことが禁じられているかどうかは、当事者間の合意内容の解釈しだいではあるが、単に「譲渡会社は競業禁止義務を負わない」旨の特約を結び、他に当事者の意思を推測する事情がない場合には、基本的に、譲渡会社は得意先を取り返すこともできるという趣旨で合意を結んだと解すべきである。特約で競業禁止義務を排除するのは、経済情勢の変化等により譲渡会社が譲渡した事業と同一の事業を再び行うことが有利だと判断した場合にこれを行う自由を確保しようとする目的があると考えられるが<sup>50)</sup>、その場合にも、譲渡会社が上記のようなハンディキャップ付きの競争（他の事業者は譲受人から得意先を奪えるのに、譲

47) 山本・前掲注 41)100 頁は、そのような見解が存在することを示唆しつつ、競業禁止義務は特約で排除できるという立場からそれを批判している。

48) 事業によっては、そもそも決まった得意先というものがない場合（たとえば、映画館の経営）もあるからである（豊泉貫太郎『営業譲渡』、『営業の重要な一部』の判断基準等について——判決例を中心として——）商事法務研究会編・前掲注 6)15 頁、21-22 頁）。なお、本判決は、467 条 1 項 1 号の事業の譲渡の要件（最高裁の立場では、21 条以下の事業の譲渡の要件でもある）の要件①として、「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。）」というように、「得意先」に明示的に言及しているが、これは有機的の一体性を判断する際の要素の例示であり、得意先の移転がなければおよそ有機的の一体性を認められない（したがって事業の譲渡ではあり得ない）という趣旨ではないとみるべきであろう（藤田・前掲注 4)39 頁参照）。さもないと、上記のような事業ではおよそ事業の譲渡はありえないことになってしまう。

49) 一方当事者に義務を課すことの利益が不利益を上回るときは、契約によってその義務を課すことは、両当事者の利益になる。義務を課されたほうの当事者の不利益は、契約の対価を調整する（本文の例でいえば、事業の譲渡の対価を増額する）ことによって補償することができる。以上の一般論については、ステイーブン・シャベル（田中亘＝飯田高訳）『法と経済学』333-334 頁（日本経済新聞出版社、2010）。

50) 中西・前掲注 6)191 頁。

譲渡会社はそれができない)をしなければならないというのは、あえて譲渡会社に競業の自由を認めた特約の趣旨とは、通常、整合しないように思われる(もちろん、そうしたハンディキャップを負うという条件下でのみ、譲渡会社に競業の自由を認めるということも考えられないことではなく、明示的にその趣旨の合意をすればそれは有効である)。

そうすると、当事者間の特約で「譲渡会社は競業禁止義務を負担しない」旨を定めた場合には、21条3項の義務の内容として、得意先を奪う目的での競業一般が禁じられると解さないほうがよい。21条3項により何らかの義務が残るとしても、それはせいぜい、譲渡会社が譲渡した事業を引き続き営んでいると取引の相手方に誤信させるといった、欺罔的な要素を伴う競争が禁じられるだけだと解すべきではないか。

(b) 欺罔的な要素を伴う競業をしない義務も、特約によれば排除できるが、そのためには、その趣旨が明確になるような約定を結ぶ必要があること

残る問題は、上記のような、欺罔的な要素を含む競業をしないという義務も、当事者間でそれを排除する特約をすれば排除できるのではないか、ということである。そうした最低限の義務をも排除することは不合理に見えるかもしれないが、そうとは限らない。というのも、譲渡会社が実際に欺罔的な要素を含む競業をしたかどうかは、裁判によっても容易に判明しない微妙な問題でありうる。譲渡会社には別段、欺罔の意図はなく、単に譲渡した事業と同一の事業を再度立ち上げただけのつもりであっても、取引の相手方が、譲渡会社は譲渡事業を引き続き営んでいると一方的に誤信する可能性がある。具体的な事案において、譲渡会社は欺罔的な行為を行ったのか、それとも相手方が一方的に誤信したにすぎなかったのか、また、仮に後者であったとしても、譲渡会社に相手方の誤信に気づいて

いたかどうか、気づいていたとすればそれを解消する努力をすべきではなかったか、努力すべきだったとしてどういうことをすれば努力したといえるのか、等々、裁判上の紛争の種になりそうなことは数多く考えられる。そうした紛争を未然に防止するために、譲受人による譲渡会社の競業を理由とする責任追及は、事前の契約でいっさい封じておくという判断も十分にありうる。事業者どうしの取引において(事業の譲渡は、当然に「事業者どうしの取引」である)、そうした契約を禁じる理由はないように思われる<sup>51)</sup>。

こうして、21条3項の義務も特約で排除できると解すべきであるが、具体的にどのような特約をすれば排除したといえるかは問題である。究極的には、当事者の意思解釈の問題であり、具体的な事情に即して裁判所が判断すべきことではあるが、筆者としては、欺罔の要素を含む競業の自由をも譲渡会社に認めることは、一般的には譲受人にとってリスクの高いことであるから、そのような特約がされたと認定することは慎重であるべきだと考える。具体的には、単に「譲渡会社は競業禁止義務を負わない」旨を約しているだけで、ほかに当事者の意思を推測する事情がない場合には、譲渡会社は、譲受人と競業することは一般に禁じられないものの(前述のように、得意先を奪っても責任を問われない)、欺罔的な要素を含む競業まで認められているとは解すべきではないように思う。後者のような競業をも容認するには、その旨の明示の特約——たとえば、「譲受人が譲渡会社の競業による責任を追及することは、譲渡会社が取引の相手方を欺罔したことを理由とする場合を含めて、一切、禁じられる」といった趣旨の約定を結ぶこと——を必要とするべきだと考える。

### (3) まとめ

21条3項の義務をどのようにすれば排除できるかについては、上記のとおり問題が残

51) なお、譲受人との間でこのような契約を結んだからといって、譲渡会社に欺罔された第三者が、譲渡会社に対して不法行為等の責任を追及することが封じられるわけではないのは、契約の相対効からして当然のことである。

るものの、少なくとも、明示的に3項の義務を排除する特約を結べば、排除は可能と解すべきである。したがって、結論としては、当事者は適切な特約を結ぶことにより、21条の競業禁止義務を完全に排除することが可能であるというのが、私見である。

#### 4 21条の義務は特約で排除できると解した場合の、本判決の解釈

##### (1) 問題の所在：解釈の2つの可能性

3で、21条の競業禁止義務は、3項の義務も含めて特約で排除できるという私見を述べたので、次に、そのような立場に立つ場合、上記の解釈、すなわち、本判決は、①有機的一体として機能する財産の譲渡であることと②事業活動を受け継がせることに加え、③'競業禁止義務を特約で排除していないことを、467条1項1号2号にいう事業の譲渡の要件としている、という解釈はとれないか、という問題を検討することにしよう。

仮に上記の解釈に立つ場合、ある譲渡が①と②の要件は満たすが、しかし競業禁止義務は当事者間の特約で排除されているという場合、どのような法律関係になるかが問題となる。これには、2とおりの可能性がありうる。1つは、当該譲渡は③'の要件を満たさないので、467条1項1号2号にいう事業の譲渡とはいえないものの、なお、会社法の総則規定(21条から24条まで)にいう事業の譲渡ではある、と解することである。この解釈では、当該の譲渡は、競業禁止義務が排除されているから21条の適用は受けないものの、22条や23条の適用は受けることになる。もう1つの可能性としては、この場合には当該の譲渡は467条1項1号2号にいう事業の譲渡ではないだけでなく、総則規定の適用を受ける事業の譲渡でもなくなる、と解することである。以下、それらの解釈が、本判決の

解釈としてとりうるかどうかを順に検討する。

##### (2) 競業禁止義務を特約で排除すると467条1項1号2号の事業の譲渡ではなくなるが、総則規定にいう事業の譲渡ではある、という解釈

この第1の解釈が、本判決の解釈としてはとりえないことは明白であろう。というのも、これまで再三指摘したとおり、本判決は、467条1項1号2号にいう事業の譲渡は、総則規定中の事業の譲渡と「同一意義」であると判示している。したがって、ある譲渡が467条1項1号2号の事業の譲渡ではないが、総則規定にいう(つまり22条や23条の適用は受ける)事業の譲渡である、ということは、本判決の立場からはとりえないのである。

なお、判例をどう解すべきかの問題を離れて、純粹に467条1項1号2号の解釈問題として考えた場合、「当事者間で競業禁止義務を排除する特約を結んだ場合は、総則規定の適用を受ける事業の譲渡ではあるものの、467条1項1号2号で株主総会の承認を要する事業の譲渡ではなくなる」という解釈は、とりえないものではない<sup>52)</sup>。467条1項1号2号の事業の譲渡と、総則規定中の事業の譲渡とを違って解釈することも許されるという考え方は、本判決の多数意見は否定したものの、少数意見の立場であり、また、学説上の有力説でもある<sup>53)</sup>。そういう考え方を前提としたうえで、さらに、「競業禁止義務を負担することは、その後の事業活動に事実上のみならず法律上の制約が課される点で、譲渡会社の株主の利益にとって決定的に重要である」と考える場合には、このような解釈をとることもありうることになる。

もちろん、こうした解釈論には反論も可能である。譲渡会社がひとたび(総則規定にいう意味で)事業を譲渡すれば、たとえ競業避

52) 河本・前掲注41)13頁は、まさに本文のような解釈をとったうえ、「恐らく判例〔本判決〕の趣旨も同じではないかと想像する」と述べている。確かに、このような立場が法の解釈としてありうることは否定しないが、本文で述べた理由から、これが本判決のとりうる立場であるという見解は支持しえない。

53) 有力説については、V2で詳しく紹介する。

止義務が特約で排除されていたとしても、その事業を再開するには一から投資をしないおさなければならず、株主の利益に重大な影響を与える一方、21条1項の競業禁止義務は地域的に制限されており、この義務を負担すると否とで株主の利益にそれほど本質的な違いがあるのかは疑問だと考えられるからである<sup>54)</sup>。

もっとも、上記の解釈論とそれに対する反論のいずれが説得的かを論じることが本稿の目的ではない(筆者には、どちらかといえば反論のほうが説得的と思われるが)。ここでいいたいのは、上記の解釈論は、本判決の立場ではないということである。こうした解釈を主張するのであれば、それは、判例を支持するというのではなく、判例とは異なる独自の見解として、主張されるべきである。

**競業禁止義務を特約で排除すると467条1項1号2号の事業の譲渡でも総則規定にいう事業の譲渡でもなくなる、という解釈**

次に、競業禁止義務を特約で排除すると、467条1項1号2号の事業の譲渡でなくなるだけでなく、総則規定中の事業の譲渡でもなくなる、という解釈はどうであろうか。

この解釈は、論理的には、本判決の解釈としてとれないものではない。この解釈では、特約で競業禁止義務を排除しない限り、ある譲渡が①有機的の一体として機能する財産の譲渡と②事業活動を受け継がせることの要件を満たせば、当該譲渡は467条1項1号2号との関係でも総則規定との関係でも事業の譲渡となる一方、特約で競業禁止義務を排除すれば、たとえ①と②の要件を満たしても、当該譲渡は467条1項1号2号との関係でも総則規定との関係でも事業の譲渡ではなくな

る。そのため、467条1項1号2号の事業の譲渡は総則規定の事業の譲渡と「同一意義」だとしている、本判決の一般論とは矛盾しない。

しかし、この解釈が実質的にみて不当なものであることは、明らかなように思われる。というのも、この解釈をとると、競業禁止義務を排除する旨の特約を結べば、21条だけでなく、22条や23条の適用も排除されてしまう。しかし、22条は、事業の譲渡の譲受会社が譲渡会社の商号を続用する場合には、譲受会社は、たとえ譲渡契約上はその債務を承継していなくても、譲渡会社の事業によって生じた債務を弁済する責任を負う旨を定める(同条1項)<sup>55)</sup>。また、同じ場合に、譲渡会社によって生じた債権について譲受会社に弁済がされたときは、たとえ譲渡契約上は当該債権の譲渡をしていなかったとしても、弁済者が善意かつ重大な過失がないときは免責される旨も定める(同条4項)。さらに、23条は、商号の続用がない場合にも、譲渡会社に事業によって生じた債務を引き受ける旨の広告をしたときには、譲渡会社の債権者は、譲受会社に対して弁済の請求ができる旨を定める(23条1項)。

これらの規定は、商号の続用や債務引受けの広告に基づいて、債権や債務を譲受人が引き継いだという相手方(債権者ないし債務者)の信頼を保護する規定であり<sup>56)</sup>、譲渡契約上、譲渡会社の競業禁止義務が排除されているというだけで、これらの規定が排除されるのは不合理である<sup>57)</sup>。これに対しては、特約によって譲渡会社は譲渡した事業と同一の事業を行えることになっているから、相手方の信頼もそれほど保護には値しないのではないか、という反論があるかもしれないが、その反論には説得力がない。というのも、競業

54) 江頭憲治郎『株式会社法(第3版)』872頁注1(有斐閣, 2010), 大杉・前掲注3)58頁。

55) 譲受会社が遅滞なく、弁済責任を負わない旨を広告または通知した場合は例外である(22条2項)。

56) 22条の趣旨については、伊藤靖史「ゴルフ場経営会社の事業譲渡・会社分割と預託金返還請求」法教358号100頁, 103-105頁(2010)参照。

57) 竹内・前掲注2)160頁。もっとも竹内教授は、本判決に従うとそのような不合理な結果になるとして本判決を批判するのであるが、むしろ、本判決はそもそもそのような解釈には立っていないというべきであろう(藤田・前掲注4)39頁)。

避止義務が特約で排除されたとしても、譲渡会社が、実際に譲渡した事業と同一の事業を譲渡後に行うとは限らないところ、もしもそうした特約をすれば当該譲渡は総則規定中の事業の譲渡でもなくなると解するならば、譲渡会社が実際に同一の事業を行っていないときでも、22条や23条の適用は排除され、相手方の信頼は一切保護されなくなってしまう。さらに、たとえ譲渡会社が同一の事業を再開したとしても、譲受会社が譲渡会社の従前の商号を続用し、あるいは譲渡会社の事業によって生じた債務を引き受ける旨の広告をしている以上は、譲受会社が譲渡の対象事業によって生じた債務を引き受けた(22条4項との関係では、債権を譲り受けた)と相手方が信頼するのは合理的であり、この信頼を保護しないのは不当であろう。

## 5 競業避止義務は事業の譲渡の要件でなく、効果と解する場合には、不都合は生じないこと

### (1) 競業避止義務を事業の譲渡の効果と解する場合の帰結

以上のように、事業の譲渡の要件として、①有機的一体として機能する財産の譲渡と②事業活動を受け継がせることに加え、③'競業避止義務が特約で排除されていないことが事業の譲渡の要件になっていると解することは、本判決の解釈としては論理的にとりえないか、またはとりうるとしても、明らかに不当な結果が生じてしまう。

これに対し、本稿が呈示するとおり(Ⅲ2参照)、本判決は競業避止義務を事業の譲渡の要件ではなく、むしろその効果として挙げたにすぎないと解する場合には、上記の不都合は生じない。本判決が、「(営業の譲渡とは)譲渡会社がその譲渡の限度に応じ法律上

当然に同法25条〔会社法21条〕に定める競業避止義務を負う結果を伴うものをいう」と判示しているのは、事業の譲渡においては、当事者がとくにその旨の意思表示をしなくても21条の効果として譲渡会社は競業避止義務を負担することになる、という趣旨にすぎない。当事者が特約で競業避止義務を排除すれば事業の譲渡にならなくなる、とか、あるいは、事業の譲渡である限り特約をしても競業避止義務は排除できない、とか述べているわけではない<sup>58)</sup>。

そのため、本判決の立場からは、ある譲渡が、①有機的一体として機能する財産の譲渡と②事業活動を受け継がせることという要件を満たして事業の譲渡であると認められるときは、たとえ特約で競業避止義務が排除されたとしても、譲渡会社は467条1項1号2号により株主総会の承認を得なければならないし、また、22条や23条の適用も受けることになる。

### 法律上「当然に」ある効果が生じると(2)いう場合、「必ず」生じるという意味は含まれていないこと

(1)で述べた解釈に対し、疑問を感じる読者はいるであろうか。もしも疑問を感じる**とすれば**、それはおそらく、本判決が「法律上**当然**に同法25条〔会社法21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**ことから、事業の譲渡においては**必ず**21条に定める競業避止義務が伴うというのが本判決の立場なのではないか、と理解するからであろう<sup>59)</sup>。しかしながら、その理解は誤りである。法律上、「当然に」ある効果が生じるという場合には、とくにその旨の意思表示等をしなくても法律の効果としてそうなる、ということの意味するにすぎないのであって、**必ず**(当事者が反対の意思表示をしたときも)その効果が生じる、という意味まで含むもの

58) 藤田・前掲注4)39頁。

59) 山本・前掲注41)98-99頁は、本判決について本文のような理解に立つものと解される。その他にも、特約で競業避止義務を排除すれば事業の譲渡でなくなるのはおかしい、と**いって**本判決を批判する見解(竹内・前掲注2)160頁など)は、明示はしていなくても、本判決にいう「法律上**当然に**」をこのように理解していると解される。もしもこのような理解をしていなければ、本判決がおかしい**と**いって批判する前に、そもそも本判決はそのようなことを述べていないのではないかと考えるはずであろう。

ではない。

たとえば、信託法 88 条 1 項本文は、「信託行為の定めにより受益者となるべき者として指定された者…は、当然に受益権を取得する」と規定する。これは、第三者のためにする契約についての民法の原則では、第三者が受益の意思表示をすることによってはじめて権利を取得するのに対し（民法 537 条 2 項）、信託ではそのような意思表示を要せず、受益者が当然に権利を取得する旨を定めたものである<sup>60)</sup>。しかしこの規定は、同項ただし書が示すように、任意法規であって、信託行為によって別段の定めをすることができる。たとえば、受益者が意思表示をするまでは受益権は取得しないことにすることもできる。このように、法が「当然に」としてある効果を定めていても、その効果が必ず（当事者が反対の意思表示をしていても）生じるというわけではないのである。

また、民法 500 条（法定代位の規定）は、「弁済をするについて正当な利益を有する者は、弁済によって当然に債権者に代位する」と規定する。ここにいう「当然に」とは、任意代位の場合とは異なり、債権者の承諾を得ること（499 条 1 項参照）も、対抗要件を備えること（同条 2 項参照）も要せず、代位の効果（501・502 条参照）を享受できるといことである<sup>61)</sup>。しかし、「当然に」とあるからといってこの規定が強行法規だと解されているわけではない。むしろ、「代位の規定は、任意規定であり、代位できる地位を予め放棄する特約は有効である。現に、銀行取引においては、そのような特約が置かれるのが通例である。」と説明されているのである<sup>62)</sup>。

さらに別の例として、保険法 25 条は、請求権代位といって、保険者が保険給付を行ったときは、保険事故による損害が生じたことにより被保険者が取得する債権について、同条所定の額を限度として、当然に被保険者に代位する旨を定める。たとえば、保険事故による損害が第三者の不法行為によって生じた場合には、保険者は、支払った保険金額の限度において、被保険者が第三者に対して有する損害賠償請求権を取得する<sup>63)</sup>。ここで「当然に」というのは、債権の移転が、法の規定により当然に生じ、当事者の意思表示（ことに被保険者の承諾）を必要としないし、債権譲渡に関する対抗要件も要せずに第三者に移転を対抗できる、という趣旨である<sup>64)</sup>。しかしそうだからといって、代位に関して当事者が法と異なる約定をすることが一般的に禁じられているわけではない。同法 26 条は、25 条に反する特約で「被保険者に不利なもの」は、無効とすると定めるにすぎない。保険法の立案担当者は、「保険者の代位を認めない等、保険者の代位の範囲を第 25 条よりも狭める旨の約定」は、「被保険者に有利なものとして基本的に有効である」と説明している<sup>65)</sup>。

もっとも、この点は多少問題がある。従来、保険法の学説は、請求権代位は二重利得（被害者が保険金によって損害を填補されつつ、同じ損害について第三者から賠償も受けること）の禁止という趣旨を有しており、そのため、保険契約で請求権代位が起らない旨を約しても、それがいま述べたような二重利得をもたらす場合には無効であると解していた<sup>66)</sup>。その考え方からすると、「保険者の代位を認めない約定も基本的に有効」という

60) 寺本昌広『逐条解説新しい信託法（補訂版）』251-252 頁（商事法務，2008）。この規定は、平成 18 年改正前の信託法にも存在した。同法 7 条参照（「信託行為ニ依リ受益者トシテ指定セラレタル者ハ当然信託ノ利益ヲ享受ス但シ信託行為ニ別段ノ定アルトキハ其ノ定ニ従フ」）。

61) 中田裕康『債権総論』332 頁（岩波書店，2008）。

62) 中田・前掲注 61)330 頁。

63) 江頭憲治郎『商取引法（第 6 版）』472 頁（弘文堂，2010）。

64) 江頭・前掲注 63)474 頁。

65) 萩本修編著『一問一答・保険法』141 頁（商事法務，2009）。

66) 江頭・前掲注 63)473 頁注 4。

立案担当者の説明についても、それは、被保険者の第三者に対する債権の消滅(たとえば、当該債権を放棄すること)を条件としてのみ、代位が起らない旨を約すとか<sup>67)</sup>、あるいは、結果として同じことであるが、代位自体は起こる(そのため、被保険者はもはや第三者に対する債権を行使できない)けれども、保険者は代位した権利を行使できない旨を約する(代位求償権不行使特約と呼ばれる)というように、二重利得が起きない限度でのみ有効、というように限定して理解する必要があるように思われる<sup>68)</sup>。また、このように二重利得が起きない特約であっても、第三者の故意の不法行為についてまで代位を認めないことは、故意の不法行為を助長し公序良俗に反するから無効である、との見解が有力である<sup>69)</sup>。

このように、請求権代位を制約する保険契約の有効性については議論があるのであるが、少なくとも、保険事故が故意の不法行為によるものではない場合に、保険者が代位した権利を行使することを禁じる約定(代位求償権不行使特約)は、有効であり、実際にも行われている<sup>70)</sup>。25条が適用されれば、保険者は本来、代位した権利を行使できるのであるから、このような特約も、25条のルールを変更していることは否定できないが、「当然に」という文言があることを理由にそのような特約が許されないと解されていない。

なお、保険法には「当然に」という文言を用いる規定が少なくない(たとえば24条)、その中には、特約でその規定の効果を変更することが許されないものがある。保険法42条は、「保険金受取人が生命保険契約の当事者以外の者であるときは、当該保険金受取人は、当然に当該生命保険契約の利益を享受する」と定める。この場合の「当然に」は、前述した信託法88条1項と同様、第三者のためにする契約では原則として必要とされる受

益の意思表示を要せずに権利を取得するという意味であるが、これは保険法49条により、保険金受取人に不利な特約は無効とされている。したがって、保険契約で保険金受取人が受益の意思表示をしなければ権利を取得しない旨を約すことは許されない。しかしこれは、49条が保険金受取人保護のために42条を片面的強行法規としたために、そうなるのであって、42条が「当然に」といっているからそうなるのではない。もしも後者であれば、そもそもこの関係で49条を設ける必要もなかったであろう。

このように、法律で「当然に」ある効果が生じる、と規定していても、それは「必ず」(当事者が反対の意思表示をしたときでも)その効果が生じるということ意味するものではない。確かに、特約で異なる効果を定めることが禁じられていたり(保険法42・49条)、一定の制約が課されている場合(同法25条の請求権代位)はある。しかしそれは、一定の理由——保険金受取人の保護や、二重利得の禁止あるいは故意不法行為の抑止——に基づいて、法律の明文の規定により、あるいは法規の趣旨からする解釈論によって、そのような制約が課されているのである。条文に「当然に」とあるから当然にそういう制約が課されるというわけではない。

そして、最高裁が法律と異なる意味で「当然に」という言葉をあえて使っていると考えられる理由はないから、最高裁が「当然に」ある効果が生じる、と判示した場合も、その効果が「必ず」(反対の意思表示をしても)生じる、と判示したと解する理由はない。要するに、本判決が、事業の譲渡の譲渡会社は「法律上当然に同法25条〔会社法21条〕に定める競業避止義務を負う結果を伴うものをいう」と判示しているときに、当事者間の特約で競業避止義務を排除でき、そして排除してもなおその譲渡は事業の譲渡であると解したとしても、おかしくもなんともないのである。

67) 山下友信ほか『保険法(第3版)』88頁〔山下友信〕(有斐閣、2010)。

68) 山下ほか・前掲注67)183頁〔山本哲生〕。

69) 江頭・前掲注63)473頁注4, 山下友信『保険法』559頁(有斐閣、2005)。

70) 江頭・前掲注63)473頁注4, 山下・前掲注69)559頁。

## 6 まとめ

以上をまとめると、事業の譲渡の要件として、①有機的一体として機能する財産の譲渡と②事業活動を受け継がせることに加え、③' 競業禁止義務が特約で排除されていないことが事業の譲渡の要件になっているとする解釈は、もしも会社法 21 条の競業禁止義務はそもそも特約で排除できないと立場に立つなら、最初からとりえない(2)。また、特約で 21 条の義務を排除することは可能と解する場合には(3)、上記の解釈には 2 とおりの可能性があるが、そのうちの 1 つは、本判決の解釈として論理的にとりえず (4 (2))、もう 1 つの解釈は、論理的にとりえるとしても明らかに不当な結果を招く (4 (3))。結局、上記の解釈は、本判決の解釈としては、とるべきではないということになる。

これに対し、私見のように、「本判決は競業禁止義務を事業の譲渡の要件ではなく、効果として挙げたにすぎない」と理解する場合には、本判決の解釈に何の困難も生じない。本判決が、事業の譲渡の譲渡会社は「法律上当然に会社法 21 条に定める競業禁止義務を負う結果を伴うものをいう」という場合、それは、事業の譲渡においては特約で競業禁止義務を排除できない、という趣旨を含むものではない。したがって、私見のように、事業の譲渡の当事者間で明示的に約定すれば 21 条の義務は (3 項の義務まで含めて) 排除できる、という立場をとり、そして当事者間で実際にそのような特約をした場合でも、上記①と②の要件を満たす限り、当該譲渡は「事業の譲渡」であると解して差し支えない(そのように解しても、本判決の立場と何ら矛盾しない) ことになる。

他方、3 (1)で説明したとおり、21 条の義務、少なくとも 3 項の義務は特約によっても排除できないという見解も有力である。本判決は、そのような立場とも両立可能である。その場合、ある譲渡が①②の要件を満たせば事業の譲渡となり、すると譲渡会社の競業禁止義務は、当事者がどのような特約をするかどうかにかかわらず、必ず結果として伴うこと

になる。しかし 2 および III 1 で論じたように、結果として伴うからといってそれが要件になるのではないのであって、「本判決は競業禁止義務を事業の譲渡の要件ではなく、その効果として挙げたにすぎない」との判例理解は、このような立場 (21 条の競業禁止義務を特約で完全に排除することはできない) をとる場合にも、妥当することになる。

このように、本判決は、21 条 (ことに 3 項) は特約で排除できるという立場とも、排除できないという立場とも両立可能である。言い換えれば、本判決は、21 条の義務の排除可能性という問題については何も判示していないと解される。また、仮にこの義務を特約で排除できるとした場合、どのような特約をすれば排除できるのか (単に「譲渡会社は競業禁止義務を負わない」という合意をすれば排除できるのか、それとも、3 項の義務を排除するにはその趣旨が明確になるような特約を結ぶ必要があるのか) という問題や、その前提として、そもそも 3 項はどのような態様の競業を禁じる規定なのか、という、3 (2)で検討した問題についても、本判決は何も判示していないと解される。そして、それは当然のことである。本判決の事例では、譲渡会社がどのような競業禁止義務を負っているのか、競業禁止義務について当事者はどのような内容の合意をしたのか、といったことは、何も認定されておらず、まったく争点になっていない。何ら争点になっていないことについて、最高裁が何ごとかを決定したと考えるほうがおかしいのである。

## V. 事業活動を受け継がせることは事業の譲渡の要件か

### 1 問題の所在

本稿ではこれまで、本判決は、競業禁止義務を事業の譲渡の要件ではなく、その効果として挙げたにすぎないという理解を述べてきた。ただその際、①有機的一体として機能する財産の譲渡と②事業活動を受け継がせることについては、本判決もこれらを事業の譲渡の要件と解している、という理解を前提にし

てきた。

しかし、この点は、実は議論のあるところである。Iで、本判決は競業禁止義務を事業の譲渡の要件でなく、効果として述べたにすぎないと主張する既存の学説を紹介したが、それらのうち、少なからぬ論者は、上記②についても、本判決はこれを要件としたのではなく、ただ事業の譲渡の結果として伴うものとして挙げたにすぎない——結論として、本判決が事業の譲渡の要件として挙げたのは、①だけである——と主張しているのである<sup>71)</sup>。

この主張は、本判決の読み方として自然であることは否定できない。筆者はIII 1で、本判決が（営業の譲渡とは）「譲渡会社はその譲渡の限度に応じ法律上当然に同法 25条〔会社法 21条〕に定める競業禁止義務を負う結果を伴うものをいう」と判示していることに着目し、「結果を伴う」といっている以上、それは要件ではなく、効果として言及したと読むのがいちばん素直な読み方だ、と論じた。しかし、そこで引用した判文をもう一度読むと<sup>72)</sup>、競業禁止義務のくだりだけでなく、「譲渡会社は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」の部分も、「結果を伴う」にかかっているように読める。このことからすると、筆者も、本判決（その多数意見）は、その元々の意図としては、①有機的一体として機能する財産の譲渡であることだけが、事業の譲渡の要件であり、②事業活動を受け継がせることと③競業禁止義務は、いずれも、①の結果として伴うものにすぎないと考えていた可能性が高いと考える。

しかし、これから説明する、いささか複雑な事情により、「本判決は、①と②を事業の譲渡の要件としている」と解することが、今

日においては、本判決の真意に沿うように思われる。それは、そう解することにより、①のみを事業の譲渡の要件と解する近時の有力説（2(2)で後述）と、本判決およびそれに従う裁判例・学説との間の違いを明確にすることができるからである。以下、本章では、上記の私見を敷衍して論じる。

## 2 本判決の立場と有力説の立場

### (1) 本判決の考え方

1で論じたとおり、本判決を素直に読むと、最高裁（その多数意見を形成した裁判官）は、②事業活動を受け継がせることは、①有機的一体としての財産の譲渡の「結果」として「伴う」ものにすぎないと解していたと思われる。ただし、事業の譲渡には③競業禁止義務の負担が結果として伴う、と述べることは、単に会社法 21条の内容をそのまま述べる意味しかもたないのに対して、②が①の結果として伴う、と述べることは、「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」という、ありていにいえば「よく分からない概念」<sup>73)</sup>の意味について、本判決がどのように捉えていたかを知るうえで、重要な意味をもっている。

というのは、最高裁（その多数意見を形成した裁判官）は、①有機的一体として機能する財産を譲渡すれば、②事業活動を受け継がせることが結果として伴うと考えていた。逆にいうと、譲渡会社が譲受人に事業活動を受け継がせるという結果を伴わなければ、有機的一体として機能する財産を譲渡したというには足りない、と考えていたものと思われる<sup>74)</sup>。ただし、「受け継がせる」というのは、あくまで、譲渡会社が譲受人に事業を受け継

71) 大塚・前掲注 3)56 頁、宇田・前掲注 3)76 頁、山下・前掲注 3)198 頁。これに対し、藤田・前掲注 4)38-39 頁は、②は、譲受人においてその後現実に事業を開始したことを必要とする趣旨ではない、という理解を前提にして、本判決（およびその後の裁判例）は②を要件としていると理解するようである。後述するように、筆者もこの理解に賛成する。

72) 前掲注 16)で引用した、本判決の判文参照。

73) 大杉・前掲注 3)59 頁。

74) 本文中で筆者は、『「①があれば②の結果が伴う」ということは、『②の結果が伴わないときは①ありとはいえない』ということだ』という、初歩的な論理（命題が真のときはその対偶も真になる）を用いている。ここで読

がせるために必要な行為をする，という意味であって，譲渡後に譲受会社が現実にその事業を開始（継続）することまで本判決は要求しているわけではないと解すべきであるが（この点は重要であり，3で後述する），ともかく本判決においては，譲渡会社が譲受人に事業を受け継がせなければ有機的の一体としての財産を譲渡したことになる，と解することにより，有機的の一体性という，その意味するところ必ずしも明らかでない概念に内実が与えられていたように思われる。

## (2) 有力説の考え方

ところが，そのような本判決の考え方は，学説によって必ずしも共有されなかった。すなわち，竹内昭夫教授は，以後の学説に大きな影響を与えた判例評釈において，「[改正前商法] 245条は…譲渡会社の株主保護が目的であり，したがって譲受会社が営業活動を継続するかどうかは，本来どちらでもよいことである」と述べて本判決を批判し<sup>75)</sup>，事業の譲渡の要件としては，③譲渡会社が競業禁止義務を負うことはもちろん，②事業活動を受け継がせることも不要であり，ただ，①有機的の一体として機能する財産の譲渡があれば，事業の譲渡といってよいという解釈論を提示した。この見解は，その後の多くの学説によって支持され，今日では多数説ともいえるものになっている<sup>76)</sup>。

注意すべきは，この学説上の見解（以下，「有力説」という）は，①のみを事業の譲渡の要件と解する点で，それ自体としては，(1)で述べたように解釈した本判決の立場と変わらないように見えるが，その内実は大きく異なる可能性がある，ということである。(1)で指摘したように，本判決の立場では，②譲受会社に事業活動を受け継がせなければ，①有機的の一体として機能する財産を譲渡したとはいえない。ところが，有力説は，②事業活動を受け継がせることはそもそも株主の利益のために重要ではないとして，たとえ②がなくても，当該譲渡が①を満たして事業の譲渡になる可能性を承認する。そのため，有力説においては，何が事業の譲渡といえるかは，もっぱら有機的の一体性という概念それ自体をどう解釈するかにかかっており，その解釈しただいでは，譲渡会社の事業を譲受人に受け継がせたとはおよそいえない場合にも，当該譲渡は事業の譲渡であると解される可能性が出てくるわけである。

## (3) 本判決の立場と有力説の立場の比較

本判決の事例（以下「本件」という）をどう解決すべきかについての，本判決と竹内教授の見解を比べると，判例と有力説がどのように異なりうるかが明らかになる。本件は，製材工場を設置して桶材の製造加工・販売を営んでいたX会社が，Y協同組合に対

者の中には，筆者がIV 5で展開した議論が，この論理に反しているのではないか，という疑問を持った人がいるかもしれない。すなわち，本判決は，事業の譲渡があれば③競業禁止義務が結果として伴うとも述べている。すると，この論理によると，譲渡会社が競業禁止義務を負担しなければ事業の譲渡ではない，ということになりそうであり，もしそうだとすると，筆者がIV 5において，特約で競業禁止義務を排除してもなお事業の譲渡であるというのが本判決の立場だ，と理解したのはおかしいのではないか，という疑問である。しかし，それはそうではない。本判決は，事業の譲渡は「譲渡会社がその譲渡の限度に応じ法律上当然に同法25条〔会社法21条〕に定める競業禁止義務を負う結果を伴う」と述べている。そして，「会社法21条に定める競業禁止義務」とはどういうものかは，とりわけ，同条を強行法規と解するか，任意法規と解するかに依存して決まる。同条（とくに3項）が強行法規なら，事業の譲渡においては「譲渡会社は必ず競業禁止義務を負う」という「結果を伴う」ことになる。これに対し，私見のように同条が任意法規だと解するなら，事業の譲渡においては，「譲渡会社が特約で排除しない限り競業禁止義務を負う」という「結果を伴う」ことになるのである（ここで，本判決のいう「法律上当然に」は，特約で排除できないという意味を含まないことは，IV 5で述べたとおりである）。すると，その対偶命題は，「譲渡会社が特約で排除しない限り競業禁止義務を負うという結果を伴わないならば，当該譲渡は事業の譲渡とはいえない」となり，これは私見の判例理解でも，もとより真である。

75) 竹内・前掲注2)159頁。

76) 竹内・前掲注2)159頁，江頭・前掲注54)872頁注1，大隅健一郎＝今井宏『会社法論中巻（第3版）』101頁（有斐閣，1992），落合・前掲注2)173頁，弥永真生『リーガルマインド会社法（第12版）』322頁（有斐閣，2009）など。

し、当該工場を構成する「土地、建物、機械、器具類一式」<sup>77)</sup>（以下、「本件物件」という）を譲渡したことが、営業の譲渡に当たるとではないかが争われた事例であるが、譲渡の時点で、X会社はすでに3年近くに渡り営業を休業していたという事情がある<sup>78)</sup>。そして、「譲受人であるY組合にとっては、製材業を譲り受けることは目的の範囲外の行為であり、Y組合が本件物件のうちの不動産を買い受けたのは、Y組合の目的である組合員その他の者の出品する木材および製材品の市売等を行うための土地および事務所を使用するためであり、本件物件のうちの機械器具類に至っては、これだけ除外しても、X会社がその処置に窮するであろうことを思いやり、これを本件売買契約の目的物に加えたものにすぎ[ない]」ものであった<sup>79)</sup>。つまり、本件物件の譲渡は、「従来の営業たる製材業とは、全然別個の用途に使用するため行われたもの」である<sup>80)</sup>。これでは、X会社の事業をY組合に「受け継がせた」といいえないことは明らかと思われ、本件物件の譲渡が営業の譲渡には当たらないのは、営業の譲渡の意味を本判決のように解する限り、当然といえる。

これに対し、竹内教授は、営業の譲渡というためには有機的一体として機能する財産の譲渡（同教授は、「組織的機能的な財産の譲渡」という表現を用いるが、表現の違いによって解釈が左右されるということはないと思われるので、ここでは本判決の表現に統一する）であれば十分であり、後は、譲渡対象が「譲渡会社の事業全体のあり方を左右するような意味で重要」であるかどうかにより、株主総会の承認を要する「営業の重要な一部」

の譲渡かどうかを判断すればよい、という立場をとる<sup>81)</sup>。そして、本件の工場はX会社の唯一の工場であり、その譲渡はX会社の運命に重大な影響を及ぼす場合に当たる（つまり「重要」である）とする<sup>82)</sup>。ただ、本件では、X会社は三年近く休業しており、「その間X会社が営業再開の意図を失うなど、客観的にみて組織的機能的な財産としての一体性を失うに至っていると認められれば、…解釈論としては特別決議は不要な場合であったとみるほかない」とし、本件は、「機能的な一体性を客観的に有していたかどうかで結論を出すべき事案であった」とする<sup>83)</sup>。つまり、本件でもし、X会社が営業再開の意図を失っていなければ（誰についてその「意図」を判断するのかという問題があるように思われるが、立ち入らない）、本件物件は有機的一体性のある財産の譲渡と認めうる、と解しているのである。

#### (4) 「有機的一体として機能する財産」とは何か

すでに学説上も指摘されているように、「有機的一体として機能する財産」とは、「よく分からない概念」<sup>84)</sup>であり、その言葉で想定される内容は、論者によって必ずしも同じではない<sup>85)</sup>。抽象的には、営業の目的のために組織化されているため、「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」がそれに当たる、といわれている<sup>86)</sup>。この指摘を文字どおりとると、本判決の事例のような、物的資産のみの譲渡であり、製造・販売等のノウハウや人的要素（得意先・仕入先あるいは従業員）の移転を何ら伴わないものであっても、「有機的一体として機能する財産」の譲渡といえる可能性

77) 本件の原判決・民集16巻6号1637頁参照。

78) 原判決の事実認定参照。また、竹内・前掲注2)や藤田・前掲注4)の事実の要約参照。

79) 本判決における事実の要約・民集16巻6号1603頁。

80) 本判決における奥野健一裁判官の補足意見・民集16巻6号1605頁。

81) 竹内・前掲注2)162頁。

82) 竹内・前掲注2)163頁。

83) 竹内・前掲注2)163頁。

84) 大杉・前掲注3)59頁。

85) 藤田・前掲注4)39頁。

86) 落合・前掲注2)172頁。

があろう。土地・建物と機械器具一式で構成される工場は、これを利用して事業をすれば、個々の財産をばらばらに売るよりも高い価値を生む可能性があるからである。実際、(3)で説明したように、有力説の主唱者である竹内教授は、(X会社にその意図があって)営業再開の可能性が残っている限り、本件物件が「有機的一体として機能する財産」と認められる可能性はあると解していたのである。

しかし、有力説のすべてが、竹内教授のように有機的一体性を広く捉えているわけではない。たとえば、大杉謙一教授は、仮に有力説に立つとしても、「少なくともノウハウまたは人的要素の移転を伴うのでなければ、①〔有機的一体性〕は満たされないと考えるべき」と主張する<sup>87)</sup>。そうでないと、個別財産の譲渡であっても「事業の重要な一部の譲渡」になりうるといふ、本判決の少数意見との違いがあまりなくなり、少数意見に対して向けられる批判が有力説にも妥当するからである<sup>88)</sup>。もっとも、大杉教授のように解するとしても、「人的要素」としてどこまでのものを要求するかはさらに問題となる。もしも、得意先の移転がなければ人的要素が移転したとはいえない、と解するならば、それは②事業活動を受け継がせなければ事業の譲渡とはいえないと解するのとほとんど変わらない可能性がある<sup>89)</sup>。他方、従業員が移転していれば人的要素の移転あり、と解してよいと

すれば、①有機的一体性は認められやすくなる。大杉教授は、スーパーマーケットの店舗を譲渡したが、譲受人は店舗を改造してゲームセンターにした、という仮設例において、その場合にも、譲受人が旧店舗の従業員を引き続き雇うものとするれば、①が満たされると論じることもできると述べている<sup>90)</sup>。

他方、有力説を支持する論者の一人である江頭憲治郎教授は、事業用財産に製造・販売等のノウハウが付随して移転されれば①有機的一体性の要件を満たす、と論じる<sup>91)</sup>。この立場では、人的要素（従業員・得意先等）の移転は必ずしも要件とされない一方で、上記の仮設例のような場合は、たとえ従業員を引き継いでも、業種がまったく異なる以上、ノウハウの移転を想定しがたいので、事業の譲渡とは認めないことになるのではないかと思われる<sup>92)</sup>。

#### (5) 事業活動を受け継がせることを要件とする学説・裁判例

このように、①有機的一体として機能する財産の譲渡であれば事業の譲渡と認めてよい、との見解が有力であるとはいえ、何ももって有機的一体と認められるかは必ずしも明確でないことから、学説の中には、本判決は(①に加えて)②事業活動を受け継がせることを事業の譲渡の要件としていると理解したうえで、積極的にその立場を支持するものも見られる<sup>93)</sup>。

このような立場の主唱者である上柳克郎教

87) 大杉・前掲注3)59頁。

88) 本判決の少数意見に対する批判（何が事業の譲渡かの判断が不明確となり、取引の安全を害すること、重要な個別財産の譲渡については取締役会の承認が要求されており、株主の保護はこれによって図られていると解しうること）については、前掲注14)参照。

89) 大杉・前掲注3)59頁、藤田・前掲注4)39頁。

90) 大杉・前掲注3)59頁。

91) 江頭・前掲注76)872-873頁注1。

92) もっとも、「ノウハウ」という言葉も多義的であって、果たしてその有無によって事業の譲渡性をうまく判定できるか、疑問が残らないではない。たとえば、機械を譲渡すれば、最低限、その使用法を伝えること（これもノウハウの移転といえはえる）を伴うと思われるが、それだけで事業性を満たすというわけではないと思われる。逆に、ノウハウを「競争者が容易に手に入れられないような営業上の価値ある秘訣」というように限定的に捉えるならば、譲渡会社は譲受人に移転できるようなノウハウを何ももっていない、ということもままあるのではないか（競争力の弱い事業者が事業の継続をあきらめ、事業用資産と人的要素のすべてを、競争力の強い事業者に譲渡する、という場合は、そうではないかと思われる）。

93) 上柳・演習・前掲注2)250頁、上柳・論集・前掲注2)268頁、前田・前掲注2)764頁、森本・前掲注3)366-367頁など。

授は、次のように主張する。

この説〔引用者注：竹内教授を初めとする有力説〕をとる論者が、〔本判決〕の事案について、譲渡会社が契約締結前二年半余り休業していたことなどの事実を考慮して、譲渡の対象が「機能的一体性」を有していたか否かについての断定を保留しているのは、「有機的一体性」の有無の判断が相当に微妙なものであり…、この説をとると、契約締結時の取引の当事者にとってのみならず、事後において事案を処理する裁判官にとっても、営業譲渡であるか否かの判断が必ずしも容易ではなくなることを示しているように思われる。…営業活動の承継・競業禁止義務の負担<sup>94)</sup>を要件に含めることによって、営業譲渡か否かの判断は、右の見解によるよりもはるかに容易であろう<sup>95)</sup>。

〔本判決の〕多数意見は、営業譲渡の範囲を営業活動の承継・競業禁止義務の負担を伴うものに限定することによって、会社企業に重大な影響を及ぼす営業用財産の譲渡が株主総会の決議なしに行われ株主の利益が害せられることになる危険を承知の上で、商法 245 条 1 項 1 号の解釈において

は、「法律関係の明確化と取引の安全」の要請が株主保護の要請に優先すべきであり、そのことは、巨額の債務負担など、商法 245 条 1 項 1 号をどのように解釈しても株主総会の決議事項とはならない取引で、株主の利害に重大な影響を及ぼしうるものもあることを考慮すれば、必ずしも著しく不当とはいえないと考えるのである<sup>96)</sup>。

以上は学説上の見解であるが、本判決後に出された裁判例においても、②事業活動を受け継がせることは、事業の譲渡の要件と捉えており、実際にこの要件を用いて事件を解決しているように思われる<sup>97)</sup>。たとえば、旭川地裁平成 7 年 8 月 31 日判決は、ゴルフ場会社はその物的資産（ゴルフコースやゴルフ場設備）全部を譲渡したが、譲受人は従業員を引き継がず、また会員も引き継がずに新規に募集した、という事例において、「〔譲受人〕が〔譲渡会社〕の営業活動を承継していない」として、営業譲渡性を否定した（もっとも同判決は、本件譲渡は人的要素の移転が何ら伴わないことから、「有機的一体として機能する財産の譲渡」であることも否定している<sup>98)</sup>。また、事業を譲渡担保ないし代物弁済に供した譲渡会社が（営業用資産を借りて）そのまま営業を続けている場合にも、裁判例は営業

94) ここで上柳教授が、営業活動の承継だけでなく競業禁止義務の負担も「要件」と解していることについては、本判決は後者を要件としたものではないとする本稿の立場からは、支持できない。上柳教授の立論（それらを要件にすることで営業譲渡の判断が容易になる、という）を前提に考えても、ある譲渡が営業譲渡であるかどうかはわからない限り、改正前商法 25 条（会社法 21 条）の適用の有無が決まらず、そのため競業禁止義務を負担するかどうかはわからないのであるから、営業活動の承継に加えて競業禁止義務の負担を要件にしたとしても、営業活動の承継のみを要件に加えたときと比べ、営業譲渡かどうかの判断がより容易になるわけではない。それどころか、厳密にそれを要件と考えると循環論法に陥ってしまう（Ⅲ 1 参照。これと同じ批判は、前田・前掲注 2）763-764 頁の分析にも妥当する）。

もっとも、上柳教授が、論文の中で、ほぼ終始、「営業活動の承継・競業禁止義務の負担」というように、この 2 つの「要件」をなかぐろで結び、あたかも後者は前者の付随物にすぎないものように捉えていたことは、注意されてよい。上柳教授にとっては、有機的一体性だけを要件とする有力説に対して、「営業活動の承継」を要件に加えることで営業譲渡の範囲を少しでも明確化しようとする本判決の立場を擁護することが重要だったのであって、それに加えて競業禁止義務の負担をも「要件」だということに何の意味があるのか、ということは、同教授の目的にとっては、些末な問題であった。

95) 上柳・演習・前掲注 2)246 頁、上柳・論集・前掲注 2)270-271 頁。

96) 上柳・演習・前掲注 2)243-244 頁、上柳・論集・前掲注 2)268 頁。この記述じたいは、上柳教授自身の見解というよりは多数意見の考えを付度したものであるが、論文の最後で、同教授は、多数意見の立場を支持することを明らかにしている（上柳・演習・前掲注 2)250 頁、上柳・論集・前掲注 2)268 頁）。

97) 豊泉・前掲注 48)22-24 頁、藤田・前掲注 4)39 頁参照。

98) 判時 1569 号 115 頁。

譲渡性を否定している<sup>99)</sup>。

**本判決が「事業活動を受け継がせること  
(6) とを事業の譲渡の要件としている」と  
いうことの意味**

筆者は、法律関係の明確化のためには②事業活動を受け継がせることを要件とすべきだという、(5)で紹介した見解に、当然に賛成しているわけではない。これを要件にした場合、何をもって「事業活動を受け継がせた」といえるかがなお問題となる。抽象的には、本判決の補足意見のいう、「譲渡人と社会通念上同じ状態にて営業を継続し得る地位を得せしめ」たかどうかメルクマールとされるべきであろう<sup>100)</sup>、この判断も微妙であろう。事業の譲渡の多くは、事業再編（リストラ）の一環として行われるため、譲渡に伴って、従業員や得意先・仕入先の一部が引き継がれなかったり、また物的資産についても、譲受人の保有資産との重複等の要因から一部が引き継がれないといったことは、むしろ通常起こる事態であると考えられる。そのため、「社会通念上同じ状態」ということを厳格に要求すると、ほとんどの譲渡について②事業活動を受け継がせるという要件を満たさない、ということになりかねない。従前の事業活動のすべてを同一のまま受け継がせたかどうかではなく、事業を構成する要素のうち重要なものを受け継がせたかどうかを問題にすべきであり、そして、何がその事業の重要な要素か（得意先か、従業員か、それとも製造・販売等のノウハウか）は、対象事業の性質によって異なると解すべきであろう<sup>101)</sup>。ただ、具体的な事案において、その判断が不明確になることは避けがたいと思われる。

ただ、はじめに断ったとおり、本稿の第一の関心事は、事業の譲渡の望ましい要件は何かということ自体ではなく、本判決をどのよ

うに理解するか、ということである。(1)で述べたように、本判決は、その元来の意図としては、①有機的の一体として機能する財産を譲渡すれば事業の譲渡といえるのであり、②事業活動を受け継がせることは、①の結果として伴うものにすぎないと解していたと思われる。しかし、そのような本判決の考え方は、①有機的の一体性という概念についての特定の理解、すなわち、事業活動を受け継がせるという結果を伴うものでなければ、有機的の一体として機能する財産を譲渡したというには足りない、という理解を前提にしたものであった。ところが、そのような理解は、以後の学説によって必ずしも共有されておらず、むしろ、②がなくても①があれば事業の譲渡としてよいという解釈——その当然の前提として、②がなくても①が認められるということはある、という解釈——が有力化した。このように、①有機的の一体性についての理解が一樣ではないという議論状況を前提にした場合、本判決は、①有機的の一体性だけでなく、②事業活動を受け継がせることも、それがなければ事業の譲渡とはいえないという意味で、事業の譲渡の要件と解していると理解するほうが、むしろ本判決の真意に沿うと考えられる。そして(5)で述べたとおり、その後の学説も、本判決が②を要件としていると解したうえで、これを積極的に擁護する見解がかなり有力であり、また実際の裁判例も、②を要件と捉えていると評価することができる。

**(7) 競業禁止義務は事業の譲渡の要件ではないと主張したこととの関係**

ここで、筆者がIVまでの議論において主張してきたこととの関係を注意的に述べておこう。筆者は、本判決が、事業の譲渡には「譲渡会社がその譲渡の限度に応じ法律上当然に同法 25 条〔会社法 21 条〕に定める競業禁止

99) 名古屋地判昭和 46 年 11 月 30 日判タ 274 号 281 頁、東京地判昭和 55 年 5 月 12 日判時 984 号 122 頁。

100) 本判決における奥野健一裁判官の補足意見・前掲注 20) 参照。

101) たとえば、従業員組織に蓄積されたノウハウよりも、得意先その他の外部的コネクションが重要な事業においては、従業員がまったく引き継がれていなくても、事業活動を受け継がせたというよい場合もあるだろう（大塚・前掲注 3)55 頁参照）。また、事業によっては得意先というものがそもそもない場合もあり（前掲注 48) 参照）、たとえあるとしても売上高のうち小さい割合を占めるにすぎないこともある。そのような事業では、たとえ得意先の移転をしていなくても、事業活動を受け継がせたと認めてよい場合もありえよう。

義務を負う結果を伴う」と述べていることについて、結果として伴うからといって競業避止義務が事業の譲渡の要件になるわけではないと論じ、その際、民法 709 条の不法行為が成立すれば行為者は損害賠償責任を負う結果となるが、そうだからといって、「行為者が損害賠償責任を負うことが民法 709 条の不法行為責任が成立するための要件である」とはいえないのと同じことだ、と説明した(III 1)。このように述べたことと、筆者が本節において、(やはり、本判決が事業の譲渡の「結果」として伴うと述べている)「事業活動を受け継がせる」ことについては、これは事業の譲渡の要件と解した方がよい、その方が、本判決の真意に沿う、と論じたこととの間には、矛盾はないのであろうか。

この疑問に答える鍵は、会社法 21 条の競業避止義務や民法 709 条の損害賠償責任と、事業活動を受け継がせることとの間の性質の差である。競業避止義務や損害賠償責任は、それぞれ、会社法 21 条や民法 709 条の法律効果として規定されている権利変動である。したがって、これらの条文を適用できるかどうかが決まらなければ、行為者が競業避止義務や損害賠償責任を負うかどうかは決まらないのである。このような、法規適用の効果として規定されている権利変動をその法規適用の要件と解してしまうと、III 1 で述べたような循環論法に陥ってしまう。

これに対して、譲渡会社が事業活動を譲受人に受け継がせることは、1 個の社会生活上の「事実」であり、それ自体は、特定の法規を適用するかどうかの問題と関係なく(法規適用の判断に先行して)、その事実があるかどうかを判定可能である。たとえば、いま仮に、譲渡会社が、得意先や仕入先をすべて譲受人に移転し、従業員も、その勤務内容を変更することなくすべて譲受人に受け継がせ、製造・販売等のノウハウも伝授し、これにより、譲受人をして、完全に「譲渡人と社会通念上同じ状態にて営業を継続し得る地位を得

せしめ」(本判決の補足意見)たとすれば、私たちは疑問の余地なく、譲渡会社は譲受人に「事業活動を受け継がせた」と評価することができるであろう。

もちろん、前に述べたように、事業活動を受け継がせたかどうかの判定は難しいことはありうる。しかしその問題は、ある程度抽象的な要件(たとえば故意または過失)については必然的に伴うことであり、21 条の競業避止義務や 709 条の損害賠償責任とは異なって、これを要件とすることに論理的な不都合が生じるわけではない。これが、譲渡会社が「21 条に定める競業避止義務を負う」ことは、事業の譲渡の要件と解することはできない一方、「事業活動を受け継がせる」ことは、事業の譲渡の要件と解することができる理由である。

### 3 事業活動を「受け継がせる」とは、どういう意味か

最後に、関連して争われている論点について一言しておこう。本判決の②事業活動を受け継がせることという要件は(2 の検討を経た今となつては、本判決の元来の意図にかかわらず、これを「要件」と呼んで差し支えないであろう)、譲受人が譲渡後に、受け継いだ事業を現実開始(継続)することまで要求する趣旨なのか、という問題が争われている。学説の中には、本判決は実際にそれを要求している、と解したうえで、譲受人が事業を継続するかどうかは譲渡会社の株主の利益には関係ないという理由で、本判決に反対する理由の一つにしているものが少なくない<sup>102)</sup>。しかしこれに対し、事業活動を受け継がせるかどうかは、譲渡契約の内容としてそれが合意されているかどうかで判断すべきであり、譲受人が現実に事業を開始(継続)したことは必要なく、本判決も、別にそれを要求する趣旨ではない、とする見解もある<sup>103)</sup>。

そこで検討すると、事業の譲渡とは、当然

102) 竹内・前掲注 2)159 頁。

103) 大塚・前掲注 3)56 頁、藤田・前掲注 4)39 頁。

のこともながら、譲渡会社の行為であるから、譲渡会社が何をするかによって、事業の譲渡であるかそうでないかが決まるはずである。譲渡会社の関与しえない、譲渡後の譲受人の行為（譲り受けた事業を実際に開始（継続）するかどうか）によって、事業の譲渡であったりそうでなかったりするという事は、考えられないと思われる<sup>104</sup>。

そしてそのことは、本判決も当然、認めていると考える。ここでまた、奥野健一裁判官による補足意見を引用すれば<sup>105</sup>、

事業の譲渡とは、譲受人をして営業用財産の取得と経営者たる地位引継の権利を取得せしめ、譲渡人と社会通念上同じ状態にて営業を継続し得る地位を得せしめるものをいう（譲受人が實際上営業的活動を承継実行すると否とを問わない。）。<sup>106</sup>〔傍点は引用者が付加〕

と、またしても、これ以上あり得ないほど明確に、事業活動を「受け継がせ」たというためには、譲受人が受け継いだ事業を実際に

行う必要はないと述べている。その点に加えて、本判決の多数意見が、「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または重要な一部を譲受人に受け継がせ」というように、あくまでも譲渡会社の行為として、②の要件を記述していることも注意されてよい<sup>107</sup>。

したがって、たとえば2(4)で挙げた、スーパーマーケットの店舗の譲渡の仮設例についていえば、もしも譲渡会社が、スーパーマーケット事業を譲受人に受け継がせることを意図して、店舗を構成する不動産や設備・機器などの物的資産だけでなく、得意先や仕入先をも移転し<sup>108</sup>、また従業員についても、引き続きスーパーマーケット店舗で働くことを前提に、譲受人および従業員との合意のもとに労働契約を承継させた、といった事情があるとすれば、これは事業活動を譲受人に受け継がせたことになり、また、その場合には有機的の一体として機能する財産の譲渡も問題なく認められるであろうから<sup>109</sup>、事業の譲渡といってよいであろう。そしてその場合、譲受人が譲受けの直後に、事業の計画を変更し

104) したがって、私見は前掲注 103) で引用した学説と基本的に同じである。ただ、これらの学説が、事業（営業）の譲渡は、債権契約をいうのであるから、譲渡契約でどのような行為を約していたかということが問題になるのだ、としている点（大塚・前掲注 3)56 頁）については、現行の会社法 467 条 1 項は、同項各号に定められた「行為」（事業の譲渡もその一つ）と、「当該行為に係る契約」（同項柱書参照）を区別しているため、少なくとも現行の会社法のもとでは（改正前商法 245 条の規定よりは必ずしも明確でなかった）、事業の譲渡とは、債権契約のことはむしろその実行行為のことを指すのではないかと思われる。しかし、実行行為であるとしても、やはり、譲渡会社が何をするかが問題であって、譲渡後の譲受人の行為によって、事業の譲渡かそうでないかが左右されるわけではない、と解する点では、これらの学説と説くところと私見は変わりがない。

105) 前掲注 21) で説明したように、補足意見は、多数意見を支持する立場から補足的に自己の見解を述べるものであり、その意見は、基本的に、多数意見と整合的であると見てよい。

106) 民集 16 卷 6 号 1604 頁。

107) ちなみに、多くの学説は、②の要件を「事業（営業）活動の承継」と表現している（藤田・前掲注 4)39 頁ほか多数）。もちろん、譲渡会社にとって「受け継がせること」は、譲受人にとっては「受け継ぐこと（承継）」であるから（『広辞苑（第六版・電子版）』（岩波書店、2008）によれば、「承継」とは、「うけつぐこと。継承。」という意味である）、それ自体は間違いではないけれども、このような譲受人を主語とする表現は、譲受人が受け継いだ事業を実際に開始（継続）しなければ事業の譲渡ではないかのような誤解を生みかねないため、できれば避けたほうがよいにも思われる。

108) 得意先の移転という場合、具体的にどのような行為をするかについては、IV 3 (2)(a)参照。

109) 2(4)で述べたように、有機的の一体性をどう理解するかについては多様な解釈がありうるが、本文のように得意先・仕入先および従業員をすべて受け継がせていれば、有機的の一体性は問題なく認められよう。なお、本判決のように、事業活動を受け継がせることを要件にする場合、②事業活動を受け継がせている（2(6)で述べたように、事業の重要な要素を受け継がせているかどうかメルクマルとなる）と認められれば、基本的に、①有機的の一体性としての財産の譲渡という要件も満たされることになるのではないかと思われる。そうだとすると、①と②は実質的に同じことを述べているということになるが、本判決は、もともと、この2つを相互に独立の要件と考えていたのではなく、①があれば②が結果として伴うと解していたのだから、実際の適用において2つの要件が重複するのは、本判決の真意に沿うともいえるわけである。

て、スーパーマーケットを閉店し、店舗を改造してゲームセンターにし、従業員に対しては、ゲームセンターで働くか退職するかを迫った（労働法上、何らかの問題が生じそうではあるが立ち入らない）、ということが仮に起きたとしても、すでに行われた事業の譲渡が遡って事業の譲渡でなくなる、ということはないと考えられる<sup>110)</sup>。

もっとも、現実問題としては、譲受人が譲渡会社から事業活動を受け継いでいながら、実際に事業を行わずすぐ閉業するということは著しく不合理であるから、このようなことはほとんど起きないと考えられる。逆に、譲受人が譲渡会社の事業を継続する意思がないのであれば、そもそも譲渡会社から事業活動を受け継ぐようなこと（たとえば、得意先・仕入先の移転を受けたり、譲渡会社から受け継いだ事業に引き続き従事するとの前提で、譲渡会社の従業員を雇用すること）はしないであろう<sup>111)</sup>。そうだとすると、事業活動を「受け継がせる」とは、譲受人が受け継いだ

事業を実際に開始（継続）することを要すると解するか否かによって、事業活動を受け継がせたかどうかの判断、ひいては事業の譲渡かどうかの判断が左右されるという事態は、実際には、ほとんど生じないのではなかろうか。

## VI. おわりに

本稿は、最高裁判例は、467条1項1号2号の事業の譲渡の要件として、譲渡会社が競業禁止義務を負担することを要求していると解すべきかを論じ、これを否定する解釈を述べてきた。もちろん、法の解釈にとって、判例の立場がどうであるかということは、重要ではあっても決定的なものではない。判例の立場は別として、譲渡会社が競業禁止義務を負担しなければ、株主総会の承認を要する事業の譲渡とはいえない、と主張することも、解釈論としてはありうるものである（IV 2およびIV 4(2)）。

110) 本節で述べた私見に対しては、次のような疑問が生じるかもしれない。すなわち、会社法21条は、事業の譲渡の譲渡会社は競業禁止義務を負う旨定めており、この規定は、譲受人が譲り受けた事業を実際に開始（継続）することを前提にした規定なのではないか、仮にそうだとすると、本判決は、467条1項1号2号の事業の譲渡は総則規定中の事業の譲渡と「同一意義」だと解している以上、467条1項1号2号の事業の譲渡も、譲受人が譲受事業を開始（継続）することを要することになる（それが本判決の立場である）と解されるのではないかと、という疑問である。確かに、譲受人が譲り受けた事業をまったく行っていないのに、譲渡会社がそれと同一の事業を行うことが禁じられるのは不合理なように思われる。しかし、その問題は、譲受人が事業を開始（継続）したことを事業の譲渡の要件としても解決しないことに注意すべきである。なぜなら、譲受人が譲受事業を開始（継続）したものの、半年とか一年でその事業をやめてしまったという場合にも、譲渡会社が引き続き、（特約がなければ）譲渡後20年にも渡って競業禁止義務を負うことは（21条1項参照）、やはり不合理だからである。

この問題は、事業の譲渡の要件をどう解するか、という問題よりは、むしろ21条の適用範囲の問題と捉えるべきである。すなわち、21条を文言どおり適用すると譲渡会社は事業を禁じられる場合にも、譲渡会社が実際にその事業を行っていない（最初から開始していない場合と、開始したが途中でやめてしまっている場合を含む）には、譲渡会社が同一の事業を行うことは妨げられない、と解すべきだと考える（解釈論としては、21条の合理的限定解釈か、あるいは譲受人の請求を民法1条3項の権利濫用として排斥することが考えられる）。このように、21条の適用範囲を合理的に限定することができれば、事業の譲渡自体の要件としては、譲受人が譲り受けた事業を実際に開始（継続）することは要しない、と考えて差し支えないと思われる。

111) 2(4)で挙げた店舗譲渡の仮設例のように、譲受人が、譲渡会社の事業とは別の事業に従事させるために、譲渡会社の従業員を雇用することはありうる。しかしそれでは、譲渡会社が当該従業員を用いて行っていた事業活動が何ら引き継がれないから、「事業を受け継がせた」と認める事情とはならないだろう。また、譲受人が譲渡会社の負債（仕入先に対する債務も含め）を承継することもあるだろうが、これも、譲渡会社が仕入先に譲受人を紹介したり、あるいは譲受人に仕入先に関する情報を伝えたりして、譲受人をして仕入れを継続できるような地位に置く行為が伴わない限り、「事業活動を受け継がせた」という事情にはできないと思われる（譲渡会社の債務一切を引き受けたからといって、営業的活動を受け継がせたとはいえないとして営業譲渡性を否定した、最大判昭和41年2月23日民集20巻2号302頁参照）。ちなみに、竹内教授は、この最大判昭和41年の事件についても、有機的一体性を肯定しうるため営業譲渡と認めうるかと解しており（竹内・前掲注2)169頁）、事業活動を受け継がせることを要件としない有力説と、これを要求する判例との間の違いを考えるうえで示唆的である。

また、競業禁止義務が要件かどうかという問題は、事業の譲渡の解釈をめぐる論点の一つにすぎない。事業の譲渡というためには、有機的一体として機能する財産を譲渡することで足りるのか、それとも事業活動を受け継がせることが必要なのか、あるいはまた、そのようにいうときの「有機的一体」とか「事業活動を受け継がせる」とは、そもそもどういう意味なのか、という問題（これについてはV参照）は、競業禁止義務が要件かどうか、という問題と少なくとも同等か、おそらくはそれよりも重要であろう。

それにもかかわらず、筆者があえて、この問題について相当の紙幅を費やして論じたのは、次のような考えからである。すなわち、従来のこの問題をめぐる議論は、判決をどのように読むのが論理的か、とか、あるいは「要件」とか「効果」というのはそもそもどういう意味か、といったような、法律学の基本ともいべき問題について、あまりに無造作だったのではないかと、いうことである。

III 1で述べたように、本判決は、（現行法でいうと）会社法467条1項1号2号にいう事業の譲渡と、総則規定（21条を含む）にいう事業の譲渡は「同一意義」だと解している。そのため、譲渡会社が「法律上当然に〔改正前〕商法25条〔会社法21条〕に定める競業禁止義務を負う」という本判決の判示を、事業の譲渡の要件を示したものと解する場合、譲渡会社が21条の効果である競業禁止義務を負うかどうかが決まらなければ、ある譲渡が21条の適用を受ける事業の譲渡であるかどうかも決まらないということになり、循環論法に陥る。しかし、従来、本判決を支持すると否とを問わず、本判決が競業禁止義務を「要件」としているとしていた論者のうち、何人の人が、これを要件にしたときに生じる論理的不都合に気づいていたであろうか。

このような論理的問題があるにもかかわらず、従来、「本判決は競業禁止義務を事業の譲渡の要件としている」と述べていた論者は、おそらく、本判決を次の2つのいずれかのように解釈していたのではないかと思われる。一つは、ある譲渡が①有機的一体として

機能する財産の譲渡と②事業活動を受け継がせることという2つの要件を満たせば、21条が適用されるので、③競業禁止義務の「要件」も自動的に満たされる、と理解するものである（III 1およびIV 2参照）。しかし、本判決をそのように理解することは、とりもなおさず、③は事業の譲渡の要件でなく、その効果（21条適用の効果）と理解することに他ならない。

もう一つのありうる解釈は、「当事者間の特約で競業禁止義務を排除すれば事業の譲渡ではなくなる」というのが、本判決の立場である、と理解するものである。そうした理解は、本判決の解釈としては不当であるとはいえず、論理的にとりえないものではない（IV 4のとくに(3)参照）。しかし、問題は、このような理解は、③「当事者間の特約で競業禁止義務が排除されていない」ことを事業の譲渡の要件と解するものであり、それは、③「譲渡会社が…法律上当然に〔会社法21条〕の定める競業禁止義務を負う」ことを事業の譲渡の要件とするのとは違う、ということである（IV 1参照）。とりわけ、当事者間で競業禁止義務について特に約定していない場合には、③を要件とする解釈だと、譲渡会社は「21条に定める競業禁止義務」を負うかどうかの判定が必要となり、前述のように循環論法に陥るが、③'を要件とする解釈では、その場合には上記①と②の要件を満たしているかどうかによって事業の譲渡かどうかを判定できるので、論理的に不都合は生じない。しかし、本判決が実際に用いている文言は、むしろ③なのである。それにもかかわらず、③'を要件としていると本判決を理解する論者は、それが本判決の文言と離れていることについて、どこまで自覚的であったろうか。

このような議論を通じて筆者が伝えようとしたメッセージは、一言でいえば、「もっと論理的に緻密な議論をすべきではないか」ということである。もちろん、法律論は通常、事実に関するさまざまな推認ないし予測に基づき、一定の規範的判断（価値判断）を通じてなされるものであるから<sup>112)</sup>、論理だけ緻密にしてもよい法律論ができるというわけではない。間違った事実の推認・予測を前提に

した法律論、あるいは、誰もが支持し得ないような価値判断に基礎を置く法律論は、いかに論理的に精緻なものであっても、他者の支持を得ることはできないであろう。

しかし、法律学の問題が論理だけで解決できない、ということは、論理的な精密さについて法律学が無関心であってよいということとは意味しない。論理的に精緻な議論を通じて、論点が明確化され、対立する意見が本当のところどの部分で対立しているのか（事実の推認・予測のレベルで対立しているのか、それとも規範的判断のレベルで対立しているのか）を明らかにすることができる。事実の推認・予測のレベルでの対立は、究極的には、実証研究を通じて解決できる（実際には、実証が難しい場合も少なくないであろうが）。規範的判断のレベルでの対立は、より深刻なものとなりうるが、それでも、議論や説得のプロセスを通じて合意を形成できる可能性があるし、たとえ合意が形成できなくても、どのような規範的判断がありうるのか、それぞれを支持する意見と反対意見がどのようなものを整理・明確化し、最終的な解決を民主主義的なプロセスに委ねることもできる。

ところが、論理が不明確であったり、ずさんであったりすると、相手が何をいっているのか、あるいはことによると、自分で自分が何をいっているのかさえもわからなくなり、さまざまな見解についても、それらがどういふ点で対立しているのか不明確になってしまう。その結果、見解の対立は、実証研究や議論・説得のプロセスを通じて解決されることはおろか、整理・明確化されることもなく、実務家や法学学習者にとって理解困難な「論点」として、法律学の議論の吹きだまりに堆積していくことになるのである。

本稿は、以上のような問題意識に基づいて書かれた。もちろん、自分の主張が論理的に首尾一貫しているか、ということは、自分自身には判定しづらいことである。本稿の議論

も、思わぬところで破綻を来していないとも限らない。読者の忌憚ないご批判を賜うことができれば幸いである。

（たなか・わたる）

---

112) 会社法学において、事実の推認・予測が果たす役割、および、そうした推認・予測に資するものとしての実証研究の重要性を説いたものとして、田中亘「総論——会社法学における実証研究の意義」商事 1874 号 5 頁, 6-7 頁 (2009) 参照。