

Title	会社法における事業譲渡と株主保護：判例・学説の再評価
Author(s)	山下, 眞弘
Citation	阪大法学. 2008, 58(3,4), p. 5-33
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/55219
rights	
Note	

Osaka University Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

Osaka University

会社法における事業譲渡と株主保護

——判例・学説の再評価——

山 下 眞 弘

- 一 本稿の目的
- 二 会社法における事業譲渡
- 三 事業譲渡等と株主の保護
- 四 外部諸利益との利害調整
- 五 今後の課題

一 本稿の目的

会社法（平成一七年法八六号、以下、条文はこれを指す）においては、営業譲渡から事業譲渡に名称の変更がみられるが、その実質的な内容に変更はないようである。そうであれば、営業譲渡に関する過去の研究が、そのまま現時点でも通用するはずである。そのように思いながら、会社法のコンメンタールを執筆するうちに、ひとつのことが気掛かりとなってきた。これまで検討してきた判例や学説に対する評価が、真に適正であったといえるのかという疑念である。⁽¹⁾

重要工場の重要な機械も営業の「重要な一部」とした少数説は、取締役会で決議しうる重要財産との区別が付かないという理由で、ほとんど支持されずにきた。しかし、この見解の意図が、その機械の譲渡によって会社の中心的な重要工場の価値が破壊されるため、株主保護の問題を生じるという点に重点があるとすれば、有機的な組織的財産の譲渡を要件とする多数説と実質的に同じ方向にあると見ることもできないではない。そもそも有機的財産という基準自体に曖昧さがあり、これは、重要機械の譲渡も事業譲渡の対象とする見解の問題点を解消するには十分な基準とはいえない。そこで、複数の基準を立てることで、その難点を克服しようとする有力学説からの提言も現れた。判例は、有機的財産基準に営業的活動の承継と競業禁止義務の負担という二つの要件を付加したが、判例の立場に対しては、営業活動承継の有無は譲渡後に判明することであり、これを譲渡時点での基準にすべきでないとの批判、あるいは競業禁止義務は特約で排除できるなどの指摘もあった。しかし、このような判例に対する評価は、判例の意図するところを正しく把握した上での批判であったのかどうか吟味する必要がある。いずれにせよ、判例の真意が明らかでないため、あくまでも推測の域を出ないが、改めて判例を分析し評価し直してみる意義はあろう。

有機的・組織的な財産を事業譲渡の判断基準としてきた私見は、会社法が施行された時点で抜本的にオーバー・ホールすべきであるが、公表してきた研究を全面的に見直すには相当な労力と時間を要する。時機を失しないためにも、会社法が施行されて間のない今、気掛かりな部分だけでも軌道修正し、併せて過去の議論のポイントをまとめて今後に備えておこうというのが、本稿を執筆する動機となっている。今もなお自説の結論を変更する必要は感じていないが、判例や諸説に対して深い理解に至っていないところもあったように思われるので、それらの評価の当否について再考してみたい。

二 会社法における事業譲渡

1 会社法四六七条制定の経緯

(1) 旧商法二四五条の沿革

旧商法（平成一七年法八七号による改正前商法）において営業の全部または重要な一部の譲渡等について株主総会の特別決議が必要とされる規定は、昭和三年の改正によって設けられた（ただし、その当時は「重要な」という文言はない）。それまでは、これに関する規定がなかったため、会社の目的の範囲との関係でこのような行為ができるかどうか、できるとしてもその方法について疑義があったが、一三年改正でこれらを明らかにした。そして、昭和五年の改正によって、営業譲渡等に反対の株主に株式買取請求権が認められ（旧商法二四五条ノ二以下）、また、営業の全部を譲渡しても必ずしも解散に至るとは限らず、会社の目的を変更して新事業を行うこともできるので、営業の全部譲渡を解散原因とする規定を削除した。そして、株主総会の権限縮小に伴い、営業の一部の譲渡につき「重要な」という文言を追加し、営業譲渡に関する規定が整備されて、これ以降は会社法制定まで修正することはなかった。⁽²⁾

(2) 会社法四六七条による見直し

まず、用語に変更がある。旧商法では、個人商人・会社を問わず「営業譲渡」という用語が使われていたが、会社法では「事業譲渡」の用語が、個人商人には平成一七年改正後の商法でもこれまで通り「営業譲渡」の用語が充てられ区別されている（商一六条）。このように用語を変更したのは、会社法が他の多くの法制度の基本法であることから用語の統一を図るためであるが、もうひとつの理由は、個人商人は、複数の営業を営むときには複数の商

号を用いることができるのに対し、会社は一個の商号しかもちえないため、複数の営業を営んでも一個の営業として扱うほかないという差異があるので、会社については個々の営業と区別して事業とした。したがって、用語の変更によって、この点に関する従来の解釈と差異を生じるものではないといわれている。^③ そうであれば、わざわざ用語を変更するまでもなかったといえなくもない。

また、簡易事業譲渡の整備と基準変更もなされた。旧商法では、営業の重要な一部の譲渡に関して、譲渡会社の株主総会特別決議が常必要であったが、会社法四六七条一項二号は、簡易組織再編と同様、原則的に譲渡資産額が総資産額の五分の一を超えない場合には、譲渡会社の承認決議を不要とした。また、他の会社の事業全部の譲り受けに関しては、旧商法一四五条ノ五によれば、譲受対価が譲受会社の純資産額の二〇分の一以下の場合には譲受会社での承認決議を要しないとされていたのに対し、四六八条二項では、この基準を五分の一に拡大した。さらにこれに関連して、特別支配会社を相手方とする特則が導入された。四六八条一項は、事業譲渡・譲受の相手方が当該会社の特別支配会社である場合には、当該会社での承認決議を不要とする新たな特則を設けた。

2 事業譲渡等の制度趣旨

(1) 譲渡の対象

会社の各種財産の総体が客観的意義の事業であり、積極財産と消極財産(債務)から構成される。積極財産は、①土地・建物・機械・商品・原材料・現金などの不動産・動産、②地上権・抵当権などの物権、③売掛金などの債権、④特許権などの知的財産のほか、⑤暖簾・老舗といわれる財産的価値のある事実関係をも含む。暖簾とは、会社の伝統、得意先関係、仕入先関係、営業上の秘訣、経営の組織、地理的条件など、それによって多くの利益を獲

得することができる財産的価値ある事実関係をいう。

このような事実関係の存在こそが、事業の重要な要素となる。株主総会の承認を要する譲渡対象となる事業は、個別財産の単なる集合体ではなく、一定の事業目的のため、組織化され有機的一体として機能する財産であり、社会的活力を有するものである。その中核をなすものは、財産的価値ある事実関係であって、これにより事業はそれを構成する各個の財産の総和よりも高い価値を有することとなる。そして、事業譲渡の結果、譲渡会社がこれまでの事業活動を法律上のみならず事実上でできなくなることが株主にとって重大であるため、ここに株主保護の要請が生じる。このような趣旨から、有機的財産の譲渡が要件となり、事業譲渡によって譲渡会社が法律上の競業禁止義務を負う場合に限定すべきでないとする立場が学説の趨勢となった。譲渡会社が競業禁止義務を負わなくても、譲渡会社に重大な影響が生じるような事業の譲渡があれば、譲渡会社の株主保護の要請があるため、株主総会の特別決議が事業譲渡の有効要件となる。

(2) 事業譲渡の手続

事業を譲渡するには、譲渡会社で取締役による決定または取締役会の決議の後、事業の全部の譲渡の場合（四六七条一項一号）、または、事業の「重要な一部」の譲渡の場合（同条項二号）に、その効力発生日の前日までに、簡易事業譲渡の場合を除いて、株主総会の特別決議を経る必要がある。また、事業譲渡の場合には、事業に属する個々の資産につき個別の移転手続と登記が必要となる。なお、会社法以外にも各種の特別立法による特則がある。⁽⁴⁾

株主総会の特別決議を経ないと事業譲渡は無効となるが、無効主張の制限に二つの側面がある。ひとつは、譲渡会社側からする無効の主張で、善意の譲受人に対する関係でその主張が制限されるとか、善意の転得者に対する関係で制限されるというものである（相対的無効）。逆に、譲受人側からする無効の主張もあり、これも相対的無効

の一類型といえるが⁽⁵⁾、前者と區別して一方的無効、片面的無効あるいは取消的無効ともいわれる。これらについて生じる問題点は、次のようなものである。相対的無効が問題となる前者について、総会決議があったものと信頼した場合と総会決議の必要な事業譲渡であることを知らなかった場合とがある。いずれも、重過失があれば保護されないという点では異論はないが、その具体的な判断基準が必ずしも明確でない。譲受人としては、譲渡会社に対して議事録の確認を求めるなどの方法で確認をして、譲渡会社の説明に信頼をおく状況にでもあれば、譲受人は注意を果たしたと評価せざるをえず、取引の相手方は保護されるべきである⁽⁶⁾。とくに重要な一部譲渡の場合は外部の者にとって明らかでないので、相対的無効の考え方によるべきであるとの主張もある⁽⁷⁾。

事業譲受人からさらに第三者に事業の譲渡がなされたような場合に、総会決議を欠く譲渡会社はその第三者に対して無効を主張できるか。この場合は、絶対的無効の立場に立つても無効の主張は制約される。動産については、転得者は民法上の即時取得で保護されるので問題はない。不動産の場合は、譲渡会社が譲受人に無効を主張できるのであれば、転得者についても同じく主張できるかに見える。不動産登記には公信力がないばかりか不動産には善意取得も働かない。しかし、実務上この結論では困るであろう。取引の安全のため、譲渡会社は転得者には無効の主張ができないとの結論を導く必要もある。たとえば、民法九四条二項の類推によって、エストッペルと同様の機能を果たすことができる。しかし、同条項の類推については議論もあり、また不動産は会社にとって重要な財産であり、善意転得者をどこまで保護するかについては両者の利害調整が問題となる。

以上とは逆に、譲受人から無効を主張するというのは、予想外のものであった。事業譲渡の後に長期間を経て無効を主張してきたような場合は、信義則違反の認定で解決することもできるが⁽⁸⁾（最高裁昭和六一年九月一日判決）、たとえば半年後あるいは一年後であったらどう判断すべきか。信義則による解決には、このような困難な判

断が避けられない。無効を主張するのが問題であるとすれば、一般条項によるまでもなくその主張を認めないとの結論を導き出す必要がある。これが一方的無効の考え方である。この一方的な無効の法理に対しては、「会社の存立にかかわる財産的基盤に関するもので、公益性の高い無効の制度であり、軽々に民法における錯誤のように考えることはできないのではないか」とする最高裁判調査官の指摘もある⁹⁾。しかし近時の民法学説においては、錯誤や意思無能力による無効の例に見られるように、特定の者を保護するために無効とされる場合には、その特定の者からのみ無効の主張が認められる取消的無効という考え方が有力となってきた¹⁰⁾。取消と明確に区別された伝統的な無効以外に、別の無効の概念が存在することは、錯誤の事例について最高裁判例も認めている（最判昭和四〇年九月一〇日民集一九卷六号一五二二頁参照）。

譲受人からする無効の主張について、信義則で解決した上記の最高裁昭和六一年判決は、譲渡会社で総会決議がなかったことによる無効は譲渡会社も主張できることを前提にしている。当事者の一方のみが主張できる無効というものを取り入れると、相手方たる譲渡会社は、譲渡会社から無効の主張をされるまでその事業譲渡を有効なものとして取り扱うほかなく、譲渡会社が著しく不安定な立場におかれることが問題となるからである。ただし、この事件の結論は、譲渡会社が無効を主張することのできない「特段の事情」があったとした。譲渡会社の無効の主張時期が契約後二〇年も経過しており、両会社の利害関係人が無効を主張していないことなどの事情を考慮して、譲渡会社による無効の主張は、法が本来予定した意図によるものではなく、もっぱら自己の債務履行を拒むためのものであるから信義則に反し許されないと結論した。この判決の立場に対しては、近時、無効の主張を制限する見解が増加傾向にある。ひとつは、当事者の一方のみが主張することのできる無効という考え方をとって、譲受人の不安定さを解消するため総会決議に事後承認を認め、相手方の催告権および取消権（民一一四条・一一五条）を類推す

る見解である¹¹⁾。この立場については、民法の右条項の類推適用の当否が議論となるであろう。もう一方の考え方として、単に無効主張を制限することで解決する見解がある¹²⁾。この立場については譲受人が不安定になるとの批判があるが、そのような不利益を受ける譲受人を悪意・重過失ある者に限定すればよい。著しく不安定な立場になることを知って譲り受けた者には、むしろ無効の主張は認めるべきではない。この見解は、譲渡会社は悪意・重過失のある譲受人に対してのみ無効の主張が許されるとする立場¹³⁾を前提にしている。これによれば、善意かつ重過失なき譲受人は不安定な立場に立たされることはない。

(3) 略式・簡易手続制度の趣旨

一定の要件を満たした場合に株主総会決議を不要とする略式事業譲渡および簡易事業譲渡がある。前者は、特別支配関係にある会社間での事業譲渡について、被支配会社側で総会決議を不要とする簡略な手続きを認めるもので、後者は、小規模の事業譲受けについて簡略な手続きを認めるものである。前者では、支配されている側での総会開催が無意味であることが理由となり、後者では対価が僅かであるため譲受会社の株主への影響が小さいことを理由とする。

略式事業譲渡における特別支配会社とは、A株式会社が単独で、あるいはA会社および特定完全子法人（A会社が発行済株式の全部を有している株式会社または全部の持分を有している持分会社等）が、B株式会社の総株主の議決権の一〇分の九以上（これを上回る割合をA株式会社の定款で定めた場合は、その割合以上）を有している場合におけるA会社をいう（四六八条一項、会社法施行規則一三六条）。特別支配を受けているB会社において株主総会決議が省略できるのは、かりにB会社で株主総会を開催しても、特別支配会社Aによって議案が可決されることが避けられないからである。そうであるなら、株式の保有基準は九〇%まで要しないということもでき、立法論

としては、九〇%以上という要件の緩和について議論の余地がある。なお、株主総会決議が省略されても、反対株主には株式買取請求権が認められる（四六九条二項二号）。また、いうまでもなく特別支配を受けているB会社は、譲渡会社である場合に限り譲受会社の立場であっても、相手方たるA会社が特別支配会社であれば、B会社での株主総会決議が省略できることに変わりはない。

後者の簡易事業譲受け（小規模譲受けの特例）であるが、これは、事業の全部の譲受けに関して、譲受けの対価の総額が譲受会社の純資産額の二〇%以下の小規模の場合には、譲受会社の株主総会決議が省略できるというものである。すなわち、A会社の事業全部をB会社が譲り受ける場合に、A会社の事業全部の対価として交付する財産の帳簿価額の合計額のB会社の純資産額に対する割合が五分の一以下（純資産額が五〇〇万円未満の場合にあっては一〇〇万円以下）の場合であれば、B会社での株主総会決議を省略できる（四六八条二項、会社法施行規則一三七条）。このような小規模な譲受けの場合は、譲受会社にとって影響も小さく、わざわざ株主総会を開催するまでもないからであるとされる。なお、事業の重要な一部の譲渡の有無を判断する場合にも同じく二〇%という基準があつて、「総資産額」の五分の一超という基準が定められている（四六七条二項二号）。割合基準が二〇%という点では簡易事業譲受けと共通しているが、簡易事業譲受けの要件の基礎は「純資産額」であることに留意すべきである。両者で要件の前提が異なるのは、前者の重要な一部は譲渡する事業の規模を問題とするのに対し、小規模譲受けの後者の場合は対価を支払う側の問題であることによる。

（４）事業全部の譲受け

事業の譲受けについては、譲受会社が他の「会社の事業の全部」を譲り受ける場合に限って、譲受会社で株主総会の特別決議を要する（四六七条一項三号）。ここでいう会社には、外国会社その他の法人が含まれる。このよう

に会社の事業譲受けに限定しているため、いかに大規模な事業譲受けであっても、譲り受ける対象が個人企業の実業であれば、譲受会社での総会決議を要しないこととなり、すでに旧商法の当時から譲受会社の株主保護に欠けるとの問題点が指摘されていた。⁽¹⁴⁾ その後も同様の指摘がなされたにもかかわらず、⁽¹⁵⁾ 会社法でも理由が不明のまま旧商法の規定が維持されている。なお、事業全部の譲受けであっても、それが小規模であれば総会決議を不要とすべきであるため、対価として交付する財産の帳簿価額の合計額が、譲受会社の総資産額の五分の一以内（これ以下を定款で定めればその割合）である場合には、原則として譲受会社での総会の承認決議は不要（簡易事業譲受け）となる（四六八条二項）。立法論としては、この制度趣旨を徹底して、会社からの事業の譲受けに限定しない方向を目指すべきではなからうか。ただし、譲受けの場合には決議不要とする立法論もある。⁽¹⁶⁾

(5) 事業全部の賃貸・経営委任・損益共通契約等

事業全部の賃貸・経営委任、他人と事業上の損益の全部を共通にする契約などの締結・変更・解約、さらに事後設立についても、株主総会の特別決議が必要であり（四六七条一項四号・五号）、反対株主には株式買取請求権が認められている（四六九条）。これらは、旧商法二四五条一項二号および二四六条から基本的に変更はない。⁽¹⁷⁾

①事業全部の賃貸借契約は、民法の賃貸借に類似するものであって、一定期間中、事業の賃借人が自己の名義と計算で事業の使用・収益を行い、賃貸人による賃料を支払う契約である（民法六〇一条参照）。これによって、賃貸会社は賃料を受け取るだけの存在となり、とくに経営困難のため事業を賃貸する場合は、賃借会社の支配下に入ったような関係が生じる。事業全部の賃貸の場合についてのみ賃貸会社において株主総会の特別決議が必要とされるのは、事業の全体を他人に委ねることが事業目的の変更にも類する重大な行為であるため、対価や方法の適正を確保する必要があるからである。契約内容について会社法には特に定めがないので、具体的には当事者間の合意

のほか、民法の賃貸借に関する規定を類推することになる⁽¹⁸⁾。そして、ここでの事業の意義は、一般的には事業譲渡における事業と同様に解することができる。なお、事業の賃貸借が認定された近年の事例としては、東京高裁判成一三年一〇月一日判決（判時一七七二号二三九頁）がある。

②事業全部の経営委任契約によって、その経営は委託会社の名義で行われるが、委託会社の経営はその取締役の手から放れ、受任者の指図の下におかれる。これには二つのタイプがあり、「狭義の経営委任契約」とは、経営自体は委託会社の名義で行うが受任者の計算と裁量で経営され、受任者から委託会社に報酬が支払われる。もうひとつの「経営管理契約」といわれるものは、実質的には労務供給契約であり、委託会社の名義と計算で経営され業務執行権が受任者に移転された形態である。いずれのタイプも経営が委託会社の名義で行われるため、たとえ名目上せよ経営権は委託会社側にあり、受任者は委託会社から代理権の授受を受けて経営にあたり委託会社の経営陣が経営の監視義務を負う。この点でこれは事業の賃貸借と異なり、委託会社には受任者をコントロールする権限が残されているため、この権限が大幅に縮減されている場合に限って本条の規制が及ぶといえよう⁽¹⁹⁾。

③他人と事業上の損益全部を共通にする契約（損益共通契約・利益共同契約）は、複数の企業がそれぞれの法的独立性を維持しながら、損益を共同で計算するもので、内部関係は民法上の組合である。各企業は独自経営と独立した損益計算をするのをとりやめ、企業集団の一員として約定の割合に基づき損益の分配を受ける。これによって、投資の重複を避けつつ規模の利益を実現できる。この解約は、組合の解散または組合からの脱退である。最後に、④その他これらに準ずる契約であるが、これには四六七条一項四号に列挙された上述の諸契約と同等の契約すべてが含まれ、たとえば、共同販売会社に販売の割当てや集中を行う販売カルテルがこれに該当すると解される。事業全部を参加させることが前提となるので、全製品が対象となる場合に限定されるのはいうまでもない。また、単に

契約の締結だけにとどまらず、その変更・解約についても規制される。

三 事業譲渡等と株主の保護

(1) 株主保護の意義をめぐる判例の再評価

旧商法に関する事件で、判例は、株主総会の特別決議を要する旧商法二四五条一項一号（四六七条）の場合と、別の立法目的をもった旧商法二四四条（商一五条）以下とで、事業譲渡の意義は同じであるとした上で、①有機的一体として機能する組織的財産の譲渡によって、②譲渡会社が営んでいた営業的活動を譲受会社に受け継がせ、③譲渡会社がその譲渡の限度に応じ法律上当然に旧商法二五条（商一六条）に定める競業禁止義務を負う結果を伴うものとしている（最大判昭和四〇年九月二三日民集一九卷六号一六〇〇頁）。かつての多数説は、この最高裁判例と基本的に同じ立場であり、²⁰しかも判例の立場について、現実に②営業的活動の承継と③競業禁止義務の負担を伴うことを判例は要件としていると理解するのが多数であったようにみえる。判例に対する批判もこの点に集中した。

これに対して近年では、判例の趣旨を評価し直し、判例は現実に②および③を要件とするものではないと理解する学説も有力になりつつあるが、²¹判例の文言からすれば、これまで多数の理解するところが自然であるとする指摘もある。²²このように、判例の評価をめぐって議論が盛んになってきた。判決文の真意についてはいずれとも断定しかねるが、次のことだけはいえそうである。株主総会の承認決議の要否は、事業譲渡をする時点で判断するほかに、事業譲渡後の譲受会社の行動をみてから判断されるものではない。そうであるとすれば、現実に②③を問題とするのではなく、客観的にみて②③を伴うと判断できるような状況で、①の組織的財産が譲渡されれば足りるといふべきである。判例は、そのことを示唆していたと推測することもできる。この最高裁判決における多数意見への

補足意見で指摘された「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」との文言も踏まえて、このように理解できるとすれば、①の要件のみを重視する見解と②③も要件とする判例との相違点は、限りなく小さなものとなる。

会社法二一条以下および商法一六条以下における事業（あるいは営業）譲渡の規制は、譲渡人と譲受人の利害調整および譲渡当事者と債権者・債務者の調整が目的であり、この場合には、上記の②および③の要件が当てはまる。しかし、譲渡会社の株主保護を目的とする会社法四六七条は、それとは趣旨が異なる。そこで、株主総会の特別決議を要する事業譲渡は、競業禁止義務や営業的活動の承継は要件としないとする見解が多数となってきた。⁽²³⁾ さらには、企業結合の見地から、営業活動の承継は要件とするものの競業禁止義務は問題とならないとする見解もみられる。⁽²⁴⁾ 基本的には、このような考え方が正しい方向を示すと評価できるが、判例に対する上述の理解によれば、これらの学説の考え方は判例と共通すると評価することもできる。競業禁止義務を負うのは事業譲渡があるとされる場合の法律効果であって、事業譲渡が成立するための法律要件事実はないとの指摘もあり、⁽²⁵⁾ 競業禁止義務の負担は不要とする考え方が通説化しているといえる。⁽²⁶⁾ なお、競業禁止義務が特約で排除されても、会社法二一条以下（商一六条以下）における事業譲渡が否定されるわけでもないと解される。

なお、多数説は有機的の一体として機能する組織的財産を重視するが、その存否の判断が容易でないため、単一の基準では不十分であるとして複数の基準によるべきとする重要な指摘がある。⁽²⁷⁾ この複数基準の立て方を工夫することによって、有機的基準の曖昧さが解消できるかどうかは今後に残された検討課題である。複数の基準によることで総合的な判断が可能となることも期待できるが、基準を多く立てればその適用をめぐる解釈が複雑化することも予想される。もともと有機的・組織的という基準から連想されるイメージは、論者によってさまざまであり、ここに

判断が分かれる要因がある。

(2) 事業の重要な一部の意義(組織的財産と重要財産の区別)

事業の「一部」には二つの意義があり、一種類の事業のうちの一部という意味と複数の事業のうちの一とつという意味の両方を含んでいる。例えば、自動車の製造・販売を全国展開する会社が、一地区の事業を譲渡する場合が前者で、製造・販売業のいずれか一方を譲渡するのは後者の例となる。事業の一部は、単なる財産と異なって事業でなければならず、いかに重要な工場の重要な機械といえども、それが単なる財産と区別がつかない限り事業の一部と認定するのは困難であろう。古くには、これも事業であると主張もなされたが、²⁸⁾現在ではみられない。このように、単なる財産の集合体にすぎないものは、いくら規模が大きくてもそれは事業とは認められない²⁹⁾が、大規模になれば有機的一体として機能する組織的財産に接近してくるため、事業の一部と事業用財産との区別は困難となるのも事実である。

重要な一部の基準を検討する際に、全部譲渡と重要な一部譲渡とで事業譲渡に株主総会の承認を要する根拠に異なる面があるとの理由で、両者の根拠を区別して考える見解がある。すなわち、全部譲渡は、重要な一部譲渡が株主に与える影響に加え、会社解散に向かう前段階の行為であるということも意味しているとし、このことから重要な一部はあまり厳格に解さない方向を示唆される³⁰⁾。これに対して、全部譲渡に実質的に近い場合に限定して考えるべきであるとの指摘もある³¹⁾。重要な一部の判断基準は、具体的にどの程度のものと考えるべきかについては、全部に対する量的な割合だけで判断するのか、質的な重要性で決めるのか。これについては、量と質の両面から判断して、会社存続の基礎にかかわるかそれに近いものが問題とされるべきであろう。これを厳格に解して、重要な一部という文言は削除すべきことを示唆した立法論もある³²⁾。それによれば、文言上は明確になるが、他方で具体的な事

例によっては全部譲渡の意義を弾力的に解釈する必要も生じよう。判例をみるかぎり、その限界事例として参考となる判断基準は示されていない。重要な一部と認定されたのは、いずれも大部分の譲渡事例ばかりである。例えば、全事業の九〇%の譲渡事例（東京地判昭和三三年六月一日下民集九卷六号一〇三八頁）、二つの工場の内、全売上高の八〇%を占める一工場の譲渡事例（東京高判昭和五三年五月二四日判タ三三八号二四八頁）、製造販売会社の三つの工場の内一工場の譲渡事例（最判昭和六一年九月一日判時二二五号二二五頁）などである。これらによれば、三〇%程度の基準が一応は窺われるが、単なる割合だけで判断するのでもなさそうである。個別具体的に、売上高、収益性、将来性など質と量の両面から総合判断していくほかない。

以上の点は、旧商法の当時から議論されていた。会社法の規定で一定割合の基準が明示されたが（四六七条一項二号）、それは重要な一部であっても二〇%基準に満たなければ総会決議を要しないというに留まり、重要性の基準は解釈に委ねられたままである。ただ、割合基準としては二〇%以上であれば、重要な一部か否かの判断対象となる。もつとも、会社が定款でさらに小規模なものにまで総会決議を要すると定めうるため（同条一項二号括弧書き）、取引の相手方としては、譲渡会社の定款を確認しないと無効とされる危険がある。⁽³³⁾ なお、アメリカ会社法では、日本法の「重要な一部」はかつての「実質的全資産」という文言に相当したが、現在は「重要な継続中の組織（営業活動）」という概念を用いた上で質と量で判断し、その目安としての判断基準を数値化している。⁽³⁴⁾

ところで、事業の重要な一部と対比して、旧商法二六〇条二項一号（三六二条四項一号）における取締役会決議を要する重要財産の割合基準が問題とされるが、会社総資産額の約一・六%に相当する価格の株式も重要な財産にあたりうるとした先例があり、ここでの重要性の判断基準はかなり緩やかに解されている。⁽³⁵⁾ 判例によれば、両者間には比較にならないほどの量的な格差があるが、それにとどまらず質的にも根本的に異なり、単なる重要財産には

通常は事実関係が含まれていない。

(3) 債務超過・休業中・清算中と事業譲渡

①債務超過の場合であるが、純資産がマイナスである債務超過の場合は、総会決議は不要であるとする見解がある。⁽³⁶⁾このような状況にあれば、株式買取請求権(四六九条)を行使させる意味がないことをその理由とする。このように破綻状況にあれば、保護されるべき株主の利益はほとんどなく、むしろ債権者保護を優先すべきであるともいえる。これに対して、債務超過の程度にもよるが、たとえ株式買取請求権の行使が無意味であっても、基本的に最終判断は株主に委ねるべきであるとする見解もある。⁽³⁷⁾いずれにせよ、疑わしい場合は株主総会の承認決議を経ておくのが安全といえる。なお、旧商法と対比すると、会社法では株式買取請求権制度の機能について以下のような変化がみられるので、これが上述の議論に微妙な影響を及ぼしかねない。

旧商法二四五条ノ二第一項では、買取価格が「決議ナカリセバ其ノ有スベカリシ公正ナル価格」となっていたのが、会社法では「公正な価格」で買い取ることを請求できるとされた(四六九条一項)。これは、救済されるべき株主の利害状況が多様なため、柔軟に対応することに配慮したものである。⁽³⁸⁾改正の前後で株式買取請求権制度の機能を比較すると、旧商法の下では、「決議ナカリセバ」基準は、事業譲渡前の状態に戻すことを株主に保障したものであったと理解することができる。そこでは、事業譲渡前に比べて状態が悪化する株主にとっては有効な救済手段として機能するといえる。しかしながら、事業譲渡の前後で状態は変化はないが増加した企業価値を分配されない少数派株主にとっては救済手段とならない。とはいえ、旧商法の下では、買取請求権制度には企業価値を毀損する事業譲渡の抑止効果があった。これに対して、会社法の下で端的に「公正な価格」と改められたのは、事業譲渡によって生じる企業価値の増加分を買取価格に反映させて、買取請求権行使を通して企業価値の増加分の公正な分

配に与る権利を株主に保障することにあると理解できる。したがって、ここでは少数派株主が買取請求権を行使した場合の買取価格には、増加した企業価値の分配分が反映されていなければならない。会社法における買取請求権制度は、公正な条件で事業譲渡が行われたら得たはずの利益を反対株主に保障する機能を果たすものといえる。しかも、会社法でも旧商法における買取請求権制度の機能を併せ有するとの解釈がなされている。そうであれば、買取請求権の行使場面を広く認めることによって、反対株主の保護をはかるべきであるということもできよう。

②休業状態が継続している場合はどうか。経営状態が悪化している場合には、営業活動が休止するのは自然の成り行きである。廃業状態であればともかく、休業中であっても、客観的にみて営業再開の可能性が残されている限り企業は生きており、直ちに株主保護の必要性がなくなったとはいえない。実務上、その判断基準が問題となるが、一律に休業期間のみで判断することはできない。たとえ長期の休業であっても、業種によっては社会的ニーズが回復して客観的に営業再開が可能となる場合もあるし、著しい債務超過が原因で金融機関の協力も得難いということであれば、長期休業でなくても廃業状態へと向かうであろう。

③最後に、会社解散後、清算中の事業譲渡の場合であるが、会社の解散決議は事業廃止の意思表示を意味する。しかし、解散決議があっても直ちに有機的財産が単なる個別財産に変質するわけではなく、解散決議後といえども事業譲渡はありうる。その場合に解散前と同じく総会決議を要するかについては、決議必要説が多数のようである。ともかく有機的財産である限り、その処分についての最終判断は株主に委ねるべきである。

(4) 事業の現物出資

事業が現物出資の目的物となりうることはいうまでもないが、事業の現物出資についても、事業譲渡に関する規定は類推適用されるか。旧商法二六条（会社二三条）の適用に関するものであるが、最高裁昭和四七年三月二日判

決（民集二六卷二号一八三頁）はこれを肯定した。⁴⁰ すなわち、事業の譲渡と事業の現物出資とは法律的性質は異なるが、その目的である事業の意味は同一に解され、いずれも法律行為による事業の移転である点においては同じであると判示した。この説明からすれば、四六七条についても同様に解することができる。⁴¹

（5）事業の譲渡担保

法定担保権に関するものについては、会社全財産の競売（抵当権実行）に総会決議を要するかが争われた先例があり（東京高決昭和四七年三月一五日下民集二三卷二号一八頁）、決議は不要とされた。本件は会社財産がその対象であったが、有機的に組織化された財産が譲渡担保に供される場合はどうであろうか。譲渡担保は判例によって認められた制度であり、譲渡にかなり近いため抵当権と譲渡担保を区別する見解も少なくない。譲渡担保は、担保的側面のほかに所有権移転の側面も合わせ有しており、あらゆる財産権をはじめ財産権の権利や集合物もその目的となしうるため、⁴²有機的・組織的財産も対象となり、その法的効果も譲渡に近い。しかし、抵当権設定であれ譲渡担保の場合であれ、いずれも資金調達的手段であるという点では共通していることからすれば、譲渡担保も事業を継続するための手段ということができ、多くの場合は決議を不要としてよいであろう。アメリカ模範会社法でも、担保権設定には総会決議を要しないとされている。⁴³

（6）親子会社と事業譲渡

親子会社間の事業譲渡について、被支配会社たる子会社で総会決議が省略できる制度が会社法にあるが、親会社での決議も不要とできるのであろうか。これは旧商法当時から議論であるが、一〇〇%完全親子会社間での事業譲渡について、両者は経済的にも実質的にも一体とみることができるので、総会決議は不要であるとする見解も少なくなかった。全株所有親子関係に限定すれば、そういうこともできるかも知れない。この場合は、全体として事

業に基本的な変更もなく、会社の運命に重大な影響はないともいえそうである。この点を強調すれば、譲渡・譲受いずれの側についても、総会決議は不要ということになる。⁽⁴⁴⁾しかし、この結論には問題がないであろうか。親会社が一〇〇%支配の子会社へ事業を譲渡する場合には、親会社においても決議不要とすると、子会社に譲渡された事業の取扱いは、親会社の代表取締役の支配下に入り、そのため親会社の株主が子会社への事業譲渡がなかったならば有していたはずの権利が、その株主の意思を問うこともなく喪失させられるという不当な結果となる。⁽⁴⁵⁾また、脱法の危険もある。全株所有子会社をあらかじめ設立しておき、決議を経ないままこれに事業を譲渡して、その後当該子会社の株式を第三者へ譲渡することによって、全く総会決議を経ずに第三者へ事業が譲渡されてしまうこととなる。このように脱法行為を防止し合併との均衡を図る上でも決議を要求すべき場合があり、親子会社の場合には子会社株式の譲渡も実質的にみて事業譲渡ではないかとする指摘もみられる。⁽⁴⁶⁾自ら経営している事業を譲渡する行為と、子会社を利用して自社と同じ事業を営んでいる場合にその子会社株を譲渡するのとで、効果の点は実質的には同じではないかというものである。本来的には、親会社の有する子会社株式の譲渡は会社財産の譲渡にすぎないが、持株割合によっては、事業譲渡の規制を類推すべき場合もあるかも知れない。子会社の事業が親会社にとって重要な事業であれば、子会社株を一括譲渡する行為は、実質上は親会社事業の重要な一部の譲渡と同視することもできようか。

以上とは逆に、親会社が一〇〇%支配の子会社から事業全部を譲り受ける場合についても、親会社での決議を不要とする問題がある。子会社が別個に存在する場合と子会社が親会社の事業の一部門となる場合とでは、親会社の株主の利害に重大な違いがある。一〇〇%支配の子会社といえども、それは法的には別人格であり、子会社の事業の欠損について親会社に累を及ぼさないこともできるが、子会社の事業全部を譲り受けるとそうはならず、親会

社株主にとって重大である⁽⁴⁷⁾。

親子会社は経済的に一体であるから、事業譲渡に際して、譲渡対価についての利害対立はない。親会社の損失は子会社の利益となり、子会社の利益は一〇〇%出資者である親会社の利益となる。しかし、親子会社は法的には別個のものであり、事業譲渡が親会社株主の利害に重大な影響を与えることは否定できない。この点を重視すれば、親会社株主の意思を問うため決議を要するということになる。なお、アメリカ法では、親子会社間での譲渡には総会決議を要しない⁽⁴⁸⁾。

四 外部諸利益との利害調整

(1) 事業譲渡命令と総会決議

会社は事業の譲受けによって、一定の取引分野での競争を実質的に制限することとなる場合には、事業譲渡をすることができないが(独禁法一六条一項・二項)、自ら経営努力した結果、独占的狀態となったときでも、公正取引委員会が、競争回復措置として事業の一部譲渡命令(独禁法八条の四第一項)を発することができる。その場合に、譲渡命令の対象が譲渡会社にとって事業の重要な一部にあたる場合に、株主総会の特別決議を要するかが問題となる⁽⁴⁹⁾。これは株主の保護を優先するかそれとも競争の回復を重視するかの議論で、学説上、決議を不要とする特別な規定がないことを根拠に株主の利益を強調する決議必要説⁽⁵⁰⁾と、公共の利益を保護する目的をもつ行政処分は企業の意味を問わないとする決議不要説⁽⁵¹⁾の対立がある。前者の決議必要説は、譲渡命令は会社に対しては法的拘束力があるが、個々の株主まで拘束するものではなく株主総会での議決権行使は自由であるとする。その結果、承認決議が成立しなかった場合は、会社は行政処分に従わなかったという意味で法律違反をしたと評価されるにすぎない

とする。これに対して、決議不要説は、総会決議を必要とする否決によって命令が宙に浮いてしまい、また個人企業が命令を受けると従うほかにないのに株主は命令に反することができるというのは問題であると批判する。

いずれの見解にも説得されそうであるが、いずれか一方の利益を優先するのではなく、この問題については、株主の利益と公共の利益を調和させる解決が理想的といえよう。近年、競争原理を尊重しながら株主保護をも図るため、事業譲渡命令の拘束力は事業を譲渡すべきであるというその限りで効力を有し、命令が出ても株主保護のため総会決議は必要とされ、事業譲渡の合意ができるまで決議を繰り返すほかにないとする折衷説もみられる⁵²⁾。この見解についても、調和を追求する余り中途半端であるなど批判はあるが、一方の利益を過度に強調するのも問題である。

(2) 事業譲渡と労働契約関係の承継

株式会社の合併に関しては、消滅会社の権利義務が包括的に存続会社または新設会社に承継されることが明文で認められているため（七五〇条一項・七五四条一項）、消滅会社の労働契約関係も同様に当然承継されることになる。これに対して、そのような規定のない事業譲渡については、譲渡会社に雇用されていた労働者の引継はどうなるかが問題となる⁵³⁾。これは会社法と労働法の両分野に関わる問題で、古くから議論されてきた⁵⁴⁾。たとえば、労働契約関係は原則として当然に承継されるのか、また、事業譲渡の当事会社間でそれを移転させないとの契約をすることができるか、さらに、労働契約関係を移転させる場合に労働者の同意（民法六二五条一項）は必要かどうか問題となる。

事業譲渡は合併のような包括承継を生じる組織的な行為ではなく、譲渡当事者間の債権契約にすぎないと解され

てきた。このような民商法の考え方を前提とすれば、労働契約関係が当然承継されると解することは困難で、その承継を事業譲渡契約の当事者間で排除することもできるといわざるをえないであろう。また、民法六二五条一項に定める労働者の同意の要否についても、特別の規定がない限り例外を認めることはできず、労働者は譲受会社への移籍を拒みうるかと解されることになろう。ただし、不当労働行為が成立すれば、民商法の原則によらず、労働法の問題として解決されることになる。なお、事業譲渡に類似の会社分割に関しては、「会社分割に伴う労働契約の承継等に関する法律」(平成二二年法一〇三号)が労働者に異議申出権を認めて一定の労働者保護を実現している。

ところで、労働関係の絶対的な承継を事業譲渡の前提とすると、事業譲渡が不可能となる場合があり、労働関係の承継をいかに強調しても、譲渡会社での整理解雇が有効要件を満たせば事前に解雇されてしまい当然承継説は無効である。そこで、事業譲渡によって企業合理化を図ろうとする企業の利益と労働者の利益との調和点を追究すべきであるとの指摘もみられる。⁽⁵⁷⁾ いずれにせよ、事業譲渡契約書の記載内容にかかわらず、労働者の意向を十分に把握しておかないと円滑な事業譲渡は困難である。⁽⁵⁸⁾ 比較法的には、合併と事業譲渡を区別するドイツ法の立場に対して、労働関係の問題について企業合同の手段を区別しないアメリカ法の立場も注目される。

なお、企業再編に労働者の意見を反映させるシステムとして、労働者が役員立場から会社経営に参加する共同決定制度があり、⁽⁵⁹⁾ わが国においても、かつて盛んに検討されたが、これには多くの批判や問題があつてその導入は実現していない。たとえば、労働者代表を会社のどの機関に参加させるべきかが問題となり、さしあたり取締役が監査役が候補となりうるが、役員として参加するとなると守秘義務や監視義務も生じ、会社の機関としての責任が問われるため労働者保護に逆行する危険もある。また、労働組合法二条との関係も問題となり、同条一号が会社役員は労働組合に参加することができない旨を定めており、さらに、会社法三三五条一項が会社の使用人は監査役に

なれないと定めている。このような現行法との調整も立法上の障害となる。

五 今後の課題

総会決議を要する事業譲渡の意義をめぐる議論は、株主保護をどのように理解するかに係っている。投資家が会社
社に投資する際には、投資する時点での事業内容をもとに判断するのが通常であろう。その事業が発展継続される
ことを前提にしているわけで、それを経営者に期待し、その限りで委任しているはずである。そうであれば、日常
的な経営判断を超える行為は株主の最終判断によることになる。問題は、具体的な判断基準である。取締役への授
権範囲を広く捉え、株主の関与する範囲を狭めるのが株主保護に資すると考えれば、事業譲渡の意義も狭く厳格と
なり、それに伴い判例のいう概念の明確化が実現でき、結果的には取引安全にも資する。仮に事業譲渡も取引法上
の行為と理解すれば、なおさらのこと取引安全も重要な要請となる。しかし、類似制度の会社分割が組織法上の行
為であるとされることとの対比において、事業譲渡の性格を取引行為と理解すべきかどうかは改めて考えてみる必
要がある。対価柔軟化を視野に入れれば、両者は統一的に捉えるべきものかも知れない。これまでの議論は、事業
譲渡を取引行為であると当然視した上で、株主保護の意義にあまり深く立ち入ることなく、株主保護と取引安全の
優劣を論じる傾向があったように思われる。有機的財産の意義に目を向けた議論だけでは、問題の本質的解決にな
らないであろう。

ところで、株主保護について共通の理解をもちえたとしても、事業譲渡と類似する会社分割などの制度との比較
検討も不十分なままであり、株主の利益と対立する会社の外部にある公益や労働者の利益などとの利害調整も残さ
れている。とくに後者の労働者保護に関する問題は、会社法の分野に取り込むべきかどうかそれ自体が大きな問題

であるが、事業譲渡に伴って必然的に派生する重要な検討課題であり、現時点でもこれを議論する意義は小さくない。これらについては稿を改め、企業再編の場面全体に視野を広げて詳細に検討してみたい。⁽⁶¹⁾

- (1) 過去の研究のまとめとしては、山下真弘『会社営業譲渡の法理』(信山社、一九九七年)、同『営業譲渡・譲受の理論と実際』(信山社、新版、二〇〇一年)など参照されたい。
- (2) 旧商法の改正経緯と条文解釈については、上柳克郎・鴻常夫・竹内昭夫編『新版注釈会社法』(5)二六一頁「落合誠一」(有斐閣、一九八六年)、服部栄三・菅原菊志編『逐条判例会社法全書』株式会社法全書「加藤勝郎」(商事法律研究会、一九七二年)など参照。
- (3) 相澤哲・郡谷大輔「定款の変更、事業の譲渡等、解散・清算」商事法律一七四七号五頁(二〇〇五年)参照。
- (4) 事業譲渡に関連する立法動向については、神作裕之「株式会社法の営業譲渡等に係る規律の構造と展望」落合誠一先生還暦記念『商事法への提言』一三〇頁(商事法律、二〇〇四年)、江頭憲治郎・門口正人編『会社法大系第4巻 組織再編・会社訴訟・解散・清算』一四九頁(山田隆夫)(青林書院、二〇〇八年)参照。
- (5) 丸山秀平「取引保護と相対的無効論」神田博司先生追悼論文集『取引保護の現状と課題』二一九頁(蒼文社、一九八九年)参照。
- (6) 鈴木竹雄『商法研究II会社法』(1)五六頁(有斐閣、一九七一年)参照。
- (7) 神作・前掲注(4)『商事法への提言』一五三頁参照。
- (8) 最判昭和六一年九月一日(判時二二二五号二二五頁、判タ六二四号二二七頁)。その解説として、上柳克郎・民商九六卷一号二二五頁(一九八七年)、上村達男・判タ六四四号四九頁(一九八七年)、落合誠一・昭和六一年度重要判例解説九八頁(一九八七年)、久保欣哉・判例評論三四一四四頁(一九八七年)、塚原朋一・ジュリ八七七号六七頁(一九八七年)、中島史雄・ひろば四〇巻八号七六頁(一九八七年)、東孝行・昭和六一年度主要民事判例解説二八頁(一九八八年)、丸山秀平・金判七六七号四二頁(一九八七年)、山下真弘・会社判例百選「第六版」一四頁(一九九八年)、同・会社判例百選一六頁(二〇〇六年)、同・判タ九四八号五八頁(一九九七年)など参照。
- (9) 塚原・前掲注(8)ジュリ八七七号六九頁参照。

- (10) たとえば、川井健『無効の研究』一四五頁（一粒社、一九七九年）、椿寿夫編『法律行為無効の研究』四二頁（椿寿夫（日本評論社、二〇〇一年）、四宮和夫・能見善久『民法総則』一三七頁（弘文堂、第六版、二〇〇二年）、内田貴『民法上総則・物権総論』七五頁（東京大学出版会、第三版、二〇〇五年）など参照。
- (11) この内容について、上柳克郎『商法における「当事者の一方のみが主張できる無効」服部榮三先生古稀記念「商法学における論争と省察」一三三頁（商事法務研究会、一九九〇年）参照。ただし、これは上柳教授の立場ではない。
- (12) 落合・前掲注(8)重要判例解説一〇〇頁、中島・前掲ひろば八〇頁、山下真弘・判タ六五・号八〇頁（一九八八年）参照。
- (13) 鈴木竹雄・竹内昭夫『会社法』二四九頁（有斐閣、第三版、一九九四年）、神崎克郎『商法Ⅱ（会社法）』四九九頁（青林書院、第三版、一九九一年）参照。
- (14) 山下真弘『株式会社の営業譲渡・譲受規制の再検討』私法四二号一七四頁（一九八〇年）参照。
- (15) 神作・前掲注(4)『商事法への提言』一六六頁参照。
- (16) 神田秀樹『会社法』三〇六頁（弘文堂、第一〇版、二〇〇八年）参照。
- (17) これらの内容については、大隅健一郎『商法総則』三三二頁（有斐閣、新版、一九七八年）、服部榮三『商法総則』四二四頁（青林書院、第三版、一九八三年）、関俊彦『商法総論総則』二五三頁（有斐閣、第二版、二〇〇六年）参照。
- (18) 大隅健一郎『企業合同法の研究』一九二頁（弘文堂、一九三五年）参照。
- (19) 高橋美加『経営委任契約における会社法二・条一項の類推適用について——ゴルフ場経営の事例を中心に』黒沼悦郎・藤田友敬編・江頭憲治郎先生還暦記念『企業法の理論（上巻）』一六七頁（商事法務、二〇〇七年）参照。
- (20) 石井照久『営業の譲渡と株主総会の決議』『商法論集』九〇頁（勁草書房、一九七四年）、前田庸『会社法入門』七五六頁（有斐閣、第一版補訂版、二〇〇八年）参照。
- (21) 倉沢康一郎『会社判例の基礎』一〇五頁（日本評論社、一九八八年）、大塚龍児『判例評釈—判例評論三六五号五六頁（一九八九年）、宇田一明『営業譲渡法の研究』七六頁（中央経済社、一九九三年）、藤田友敬『営業譲渡の意義』商法（総則商行為）判例百選第五版一八事件（二〇〇八年）参照。
- (22) 落合誠一『営業の譲渡と特別決議』倉澤康一郎教授還暦記念論文集『商法の判例と論理』一七一頁（日本評論社、一

九九四年) 参照。

- (23) 上柳ほか編・前掲注(2)『新版注釈会社法(5)』二六六頁「落合誠一」、龍田節『会社法大要』五一八頁(有斐閣、二〇〇七年)、弥永真生『リーガルマインド会社法』三三八頁(有斐閣、第二版、二〇〇七年)、山下・前掲(注1)『会社営業譲渡の法理』四四頁参照。
- (24) 宮島司『企業結合法の論理』一三八頁(弘文堂、一九八九年) 参照。
- (25) 安倍正三「特別決議を要する営業の譲渡に当たらないとされた事例の紹介と若干の考察」大隅健一郎先生古稀記念『企業法の研究』一三一頁(有斐閣、一九七七年) 参照。
- (26) 江頭憲治郎編『会社法コンメンタール』総則(1)二〇一頁「北村雅史」(商事法務、二〇〇八年) 参照。
- (27) 龍田節「営業譲渡と株主総会決議(一)」京都大学法学論叢一〇四卷六号二頁(一九七九年) 参照。
- (28) 松田二郎『私の少数意見』九二頁(商事法務研究会、一九七一年) 参照。
- (29) 大隅健一郎「判例評釈」判例評論八七号七八頁(一九六六年) 参照。
- (30) 神作・前掲注(4)『商事法への提言』一三七頁、一四二頁参照。
- (31) 田村諄之輔『会社の基礎的変更の法理』二四頁(有斐閣、一九九三年) 参照。
- (32) 伊藤靖史「会社の結合・分割手法と株主総会決議(二完)」民商一二三卷六号八七六頁(二〇〇一年) 参照。
- (33) 近藤光男「志谷匡史」改正株式会社法Ⅳ 八五七頁(弘文堂、新版、二〇〇六年) 参照。
- (34) 山下真弘「米国会社法における資産譲渡と総会決議——再改正される模範会社法からの示唆——」立命館法学二六九号一頁以下(二〇〇〇年) 参照。
- (35) 最判平成六年一月二〇日民集四八卷一号一頁、判時一四八九号二五五頁。山下真弘「判例解説」法学教室二六六号一三〇頁(一九九四年)、同・前掲注(1)『営業譲渡・譲受の理論と実際』九三頁参照。
- (36) 龍田節「営業譲渡と株主総会決議(二)・完」京都大学法学論叢一〇五卷三号一二頁(一九七九年) 参照。
- (37) 神作・前掲注(4)『商事法への提言』一五二頁参照。
- (38) 藤田友敬「新会社法における株式買取請求権制度」江頭憲治郎先生還暦記念『企業法の理論(上巻)』二七〇頁(商事法務、二〇〇七年)、松尾健一「株式買取請求権」ジュリ一三四六号五一頁(二〇〇七年)、山本真知子「新会社法にお

- ける株主の株式買取請求権」山本為三郎編『新会社法の基本問題』七七頁（慶應義塾大学出版会、二〇〇六年）参照。
- (39) 大隅健一郎「営業の譲渡及び出資」『会社法の諸問題』七一頁（有信堂、増補版、一九六二年）参照。
- (40) 本件について、山下真弘「現物出資と商法一七条（会社法二条）の適用」商法（総則・商行為）判例百選二二事件（第五版、二〇〇八年）参照。
- (41) 山下真弘「ケース・スタディ商法総則・商行為法」法学教室二七八号一九頁（一九九五年）参照。
- (42) 譲渡担保制度に関する最近の特集としては、近江幸治「西口元編」譲渡担保法判例の分析と展開」金融・商事判例一 二八六号一〇頁以下（二〇〇八年）参照。
- (43) 山下・前掲注(34)立命館法学二六九号二〇頁参照。
- (44) 田代有嗣「親子会社の法律と実務」二四五頁（商事法務研究会、一九八三年）参照。
- (45) 上柳ほか編・前掲注(2)『新版注釈会社法（5）』二七二頁「落合誠一」参照。
- (46) 関俊彦「会社法概論」四五七頁（商事法務、全訂版、二〇〇七年）参照。これに対して、経済界からは迅速性に反するとの批判が強くなされ、親会社株主の関与に慎重な見解も有力である。これらの議論について、北村雅史「企業結合の形成過程」商事法務一八四一号一〇頁（二〇〇八年）参照。
- (47) 藤井光二「一〇〇%子会社の営業全部の譲受と株主総会決議の要否」商事法務八六一号四六頁（一九八〇年）参照。
- (48) 山下・前掲注(34)立命館法学二六九号一五頁参照。
- (49) 関・前掲注(17)『商法総論総則』二二一頁参照。
- (50) 林修三「行政処分株式会社および株主に対する効力」商事法務七六四号二頁（一九七七年）、竹内昭夫「松下満雄「企業の合併と分割」竹内昭夫・龍田節編『現代企業法講座3企業運営』四六〇頁」松下執筆」（東京大学出版会、一九八五年）など参照。
- (51) 龍田節「営業譲渡命令と株主総会決議」公正取引三三四号九頁（一九七八年）、上柳ほか編・前掲注(2)『新版注釈会社法（5）』二七二頁「落合誠一」ほか参照。
- (52) 山下・前掲注(1)『会社営業譲渡の法理』二五三頁参照。
- (53) 荒木尚志「合併・営業譲渡・会社分割と労働関係」ジュリ一一八二号二六頁（二〇〇〇年）、土田道夫「企業組織の

再編と雇用関係」自由と正義五一巻一二号五八頁(二〇〇〇年)など参照。

(54) この点を重視するものとして、土田道夫「企業法務と労働法」ビジネス・レーバー・トレンド二〇〇六年一〇月号三〇頁参照。

(55) 奥島孝康「企業と従業員」竹内昭夫・龍田節編『現代企業法講座2 企業組織』二二三五頁(東京大学出版会、一九八五年)参照。

(56) 洲崎博史「営業譲渡と労働契約関係」商法(総則商行為)判例百選「第五版」一九九九年(二〇〇八年)参照。

(57) 山下真弘「ミニシンポジウム営業譲渡と労働関係」日本労働法学会誌九四号七六頁(一九九九年)、同・前掲注(一)

「営業譲渡・譲受の理論と実際」二二二三頁参照。

(58) 中西・原・山田『実務解説株式会社法(下巻)』四五三頁(商事法務研究会、一九九二年)参照。

(59) 正井章裕『共同決定法と会社法の交錯』一頁以下(成文堂、一九九〇年)参照。

(60) 事業譲渡・経営委任等と会社分割の比較はもとより、今後は「事業信託」との相違点も明らかにすべきである。なお、会社分割との関係について、事業譲渡に関する商法一七条(会社二二条一項)が類推適用されるとした近年の判例がある(最判平成二〇年六月一〇日裁判所HP、東京地判平成一九年九月二二日判時一九九六号一三三三頁)。

(61) これまでも会社法の立場から、事業譲渡と労働契約の関係について検討してきたが、これは会社法のあり方に関わる問題でもあり、未だ解決の糸口を見いださずに来た。その後、労働委員会(公益委員の立場)で労働事件を扱ってきたが、事業譲渡と労働契約の承継に関する事件が目立って多くみられ、この課題の再検討の必要を痛感している。これは労働事件であるが、会社法上の制度である事業譲渡の場面で発生しており、事業譲渡の法的性格をどのように把握するかによって、結論が微妙に左右されかねない。現に合併については包括承継性から労働契約の承継を認め、会社分割の場合にもそれに近い取り扱いがなされる(「会社分割に伴う労働契約の承継等に関する法律」参照)。事業譲渡も企業再編の側面からみれば、合併や会社分割などと共通する性格を有すると認められなければならない。とくに会社分割とは類似性が多く見られるため、そこに事業譲渡の規定が類推適用される場面が少なくない(山下真弘「判例評釈」私法判例リマックス三八号三事件(二〇〇九年)刊行予定)。同じ再編的でありながら、もっぱら労働契約の承継を排除するために事業譲渡の制度を活用した場合に、不当労働行為成立の判断を待つ解決が望ましいのかどうかは悩ましい問題である。しかし、事業譲

渡に労働契約の承継を必然のものとする、事業譲渡制度の存在意義が失われるという指摘もあり、それにも十分な理由がある。

(付記) 本稿は、平成二〇年度から三年間に渡る科学研究費補助金(基盤研究C)による課題「新しい中小企業秩序における労働関係に関する法学・経済学的分析」の研究成果の一部である。なお、本稿の内容は、北京の清華大学で二〇〇八年一〇月に開催された第八回国際シンポジウム「二一世紀商法フォーラム」でも報告し、活発に議論された。