6.営業とその譲渡

6-1.営業

(1)意義

商人

取引先・顧客

営業活動

‖

①主観的意義の営業

（商5・6Ⅰ・14、会社9等）

②客観的意義の営業

（商15～18、会社21～24等）

(2)営業活動についてのルール［近藤1編8章2節、落合ほか2編1章ⅢⅣ2］

6-2.営業譲渡

(1)機能

営業譲渡（事業譲渡）――　売る側　⇔　買う側

(2)意義――営業用財産を譲渡するだけで営業譲渡？

最大判昭40・9・22民集19-6-1600

「商法二四五条一項一号［会社467Ⅰ①②］によって特別決議を経ることを必要とする営業の譲渡とは、同法二四条［商15］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、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、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、譲渡会社がその譲渡の限度に応じ法律上当然に同法二五条［商16、会社21］に定める競業避止義務を負う結果を伴うものをいうものと解するのが相当である。」

営業に含まれるもの：

　動産・不動産（土地、建物、機械、製品等）、知的財産権（特許権、商標権等）

　暖簾（のれん）＝営業上の秘訣、得意先等

　営業上の債務

(3)商法・会社法の規制

譲渡人

譲受人

営業譲渡

①譲渡人・譲受人間の関係

（商15・16、会社21）

②譲渡人の債権者・

　　債務者の保護

（商17～18の2、会社22～24）

債権者・債務者

③内部手続（会社467Ⅰ①②・309Ⅱ⑪）

(4)譲渡人と譲受人の関係

譲渡人の競業避止義務（商16Ⅰ、会社21Ⅰ）

特約の限界（商16Ⅱ、会社21Ⅱ）

不正競争目的（商16Ⅲ、会社21Ⅲ）

6-3.営業譲渡人の債権者・債務者の保護

6-3-1.商号が引き続き使用される場合

(1)譲受人の責任（商17Ⅰ、会社22Ⅰ）

譲渡人A

譲受人B

営業譲渡

債権者C

債務：特約で移転せず

Aの商号を引き続き使用

Bも弁済責任

最判昭29・10・7民集8-10-1795

「商法二六条［商17Ⅰ、会社22Ⅰ］は、譲受人が譲渡人の商号を続用［引き続き使用］する結果営業の譲渡あるにも拘わらず債権者の側より営業主体の交替を認識することが一般に困難であるから、譲受人のかかる外観を信頼した債権者を保護する為に、譲受人もまた右債務弁済の責に任ずることとしたのであ〔る〕。」

営業によって生じた債務（上記最判昭29・10・7）

現物出資で新会社を設立（最判昭47・3・2民集26-2-183）

譲受人が債務を免れる方法・譲渡人の責任の消滅

譲受人が債務を弁済する責任を負わない旨の登記（商17Ⅱ、会社22Ⅱ）

譲渡人の責任の消滅（商17Ⅲ、会社22Ⅲ）

(2)商号の続用

事例6-a　商号の続用

食糧と薪炭類の小売販売を業とする有限会社米安商店は、Xから炭を仕入れ、代金支払のために約束手形を振り出した。ところが、この手形の支払期日より前に、有限会社米安商店は解散し、翌日、合資会社新米安商店が設立された。合資会社新米安商店は、有限会社米安商店から事業を譲り受け、その施設・備品・従業員全員を引き継ぎ、従来と同じ建物で同じ事業を行っている。Xが合資会社新米安商店に対して手形金の支払を求めたところ、合資会社新米安商店は、手形債務者は有限会社米安商店だとして、支払を拒絶した。

最判昭38・3・1民集17-2-280

「会社が事業に失敗した場合に、再建を図る手段として、いわゆる第二会社を設立し、新会社が旧会社から営業の譲受を受けたときは、従来の商号に「新」の字句を附加して用いるのが通例であって、この場合「新」の字句は、取引の社会通念上は、継承的字句ではなく、却って新会社が旧会社の債務を承継しないことを示すための字句であると解せられる。本件において、上告会社の商号である「合資会社新米安商店」は営業譲渡人である訴外会社の商号「有限会社米安商店」と会社の種類を異にしかつ「新」の字句を附加したものであつて、右は商法二六条［商17Ⅰ、会社22Ⅰ］の商号の続用にあたらない…。」

その後の裁判例：「第一化成株式会社」→「第一化成工業株式会社」

　　　　　　　 「丸大運送株式会社」→「丸大自動車運送店」　　etc.

(3)ゴルフクラブの名称

事例6-b　ゴルフクラブの名称

Xは、A株式会社が経営する「淡路五色リゾートカントリー倶楽部」（A会社の商号とは異なる）という名称の預託金会員制ゴルフクラブの会員であった（会員は、そのゴルフ場で優先的にプレーできる。会員になる際には預託金を支払う。預託金は、一定期間後に返還されなければならない）。A会社は経営に行き詰まり、ゴルフ場事業をY株式会社に譲渡した。Y会社は、従来のゴルフ場施設を引き継ぎ、「淡路五色リゾートカントリー倶楽部」の名称を用いてゴルフ場事業を行っていた。Xは、Y会社が会社法22条1項（商法17条1項と同様の規定）によって預託金返還義務を負うと主張した。

最判平16・2・20民集58-2-367

「預託金会員制のゴルフクラブが設けられているゴルフ場の営業においては，当該ゴルフクラブの名称は，そのゴルフクラブはもとより，ゴルフ場の施設やこれを経営する営業主体をも表示するものとして用いられることが少なくない。本件においても，前記の事実関係によれば，Ａから営業を譲り受けた被上告人は，本件クラブの名称を用いて本件ゴルフ場の経営をしているというのであり，同クラブの名称が同ゴルフ場の営業主体を表示するものとして用いられているとみることができる。このように，預託金会員制のゴルフクラブの名称がゴルフ場の営業主体を表示するものとして用いられている場合において，ゴルフ場の営業の譲渡がされ，譲渡人が用いていたゴルフクラブの名称を譲受人が継続して使用しているときには，譲受人が譲受後遅滞なく当該ゴルフクラブの会員によるゴルフ場施設の優先的利用を拒否したなどの特段の事情がない限り，会員において，同一の営業主体による営業が継続しているものと信じたり，営業主体の変更があったけれども譲受人により譲渡人の債務の引受けがされたと信じたりすることは，無理からぬものというべきである。したがって，譲受人は，上記特段の事情がない限り，商法２６条１項［商17Ⅰ、会社22Ⅰ］の類推適用により，会員が譲渡人に交付した預託金の返還義務を負う…。」

(4)譲渡人の債務者の保護（商17Ⅳ、会社22Ⅳ）

譲渡人A

譲受人B

営業譲渡

債務者C

債権：特約で移転せず

Aの商号を引き続き使用

善意・無重過失で弁済

6-3-2.譲受人による債務の引受け

譲渡人A

譲受人B

営業譲渡

債権者C

債務：特約で移転せず

Bも弁済責任（商18、会社23）

債務引受広告

最判昭29・10・7民集8-10-1795

「二八条［商18、会社23］において、譲渡人の営業に因って生じた債務を引受ける旨を広告するというのは、同条の法意から見て、その広告の中に必ずしも債務引受の文字を用いなくとも、広告の趣旨が、社会通念の上から見て、営業に因って生じた債務を引受けたものと債権者が一般に信ずるが如きものであると認められるようなものであれば足りると解すべきであるところ、原審で確定された本件広告の内容は、『今般弊社は六月一日を期し品川線、湘南線の地方鉄道軌道業並に沿線バス事業を東京急行電鉄株式会社より譲受け、京浜急行電鉄株式会社として新発足することになりました』というにあり、ここに『地方鉄道軌道業並に沿線バス事業を…譲受け』とあるのは、この場合は、右事業に伴う営業上の債務をも引受ける趣旨を包含すると解するを相当と〔する〕。」

最判昭36・10・13民集15-9-2320

「〔問題となった書面は〕東京魚市場生販株式会社、東京北魚市場株式会社および食安水産物株式会社（以下旧三会社という）が営業を廃止し、新に控訴会社（被上告会社）が設立されて旧三会社と同一の中央卸売市場における水産物等の卸売業務を開始するという趣旨の取引先に対する単なる挨拶状であって、旧三会社の債務を控訴会社において引受ける趣旨が含まれていない…。」

＊譲渡人の責任の消滅（商18Ⅱ、会社23Ⅱ）

6-3-3.詐害営業譲渡

譲渡人A

新会社等B

営業譲渡

債権者C

債務は移転せず

or 一部の債務のみ移転

×破綻

Aの商号を引き続き使用すれば

⇔　引き続き使用しなければ

詐害行為取消権（民424）（→「民法Ⅳb（債権総論②）」）

譲渡人A

譲受人B

Cを害することを知って

営業譲渡

債権者C

債務：特約で移転せず

取消請求

詐害営業譲渡（商18の2、会社23の2）【H26会社法改正】

譲渡人A

譲受人B

Cを害することを知って

営業譲渡

債権者C

債務：特約で移転せず

Bに履行請求可能

＊詐害会社分割（会社759Ⅳ～Ⅶ・764Ⅳ～Ⅶ→「会社法Ⅱ」）