

営業譲渡・事業譲渡における 不正の競争の目的による競業の禁止の再定位

——商法16条3項・会社法21条3項の現代的意義——

仲 卓 真*

目 次

- I. 序
- II. 商法16条3項に関する解釈論の現状
- III. 商法16条3項の位置づけと「不正の競争の目的」に関する解釈論の変遷
- IV. 商法16条3項の位置づけの変容とその影響
- V. 商法16条3項の存在意義と解釈論についての検討
- VI. 本稿のまとめと今後の方向性

I. 序

本稿の課題は、営業譲渡・事業譲渡がなされた場合に不正の競争の目的による譲渡人の競業を禁止する商法16条3項および会社法21条3項が現代においてどのような意義や機能を有するのかを明らかにするとともに、それによって同項にいう「不正の競争の目的」の解釈を明らかにすることである。

商法16条3項および会社法21条3項は、営業または事業を譲渡した商人（会社を含む）が不正の競争の目的をもって同一の営業を行ってはならないと規定している¹⁾。そして、同項にいう「不正の競争の目的」の具体例の

* なか・たくま 大阪公立大学大学院法学研究科准教授

1) 会社が事業を譲渡した場合には会社法21条が適用され、会社以外の商人が営業を譲渡した場合には商法16条が適用される（商法11条1項参照）。このように、会社法21条と商

一つとして、譲受人の顧客を奪う目的が挙げられている²⁾。しかし、譲渡人が同一の営業を行う場合には、それによる顧客獲得を目指すのが通常であり、そこには譲受人の顧客を奪う目的も含まれ得る。もしそのような場合にも「不正の競争の目的」があると評価されるのであれば、商法16条1項や競争禁止特約による競争避止義務の範囲外であっても、譲渡人が同一の営業をすることは著しく困難になり得る。譲受人の顧客を奪う目的という前記の具体例は、そのような帰結をあえて意図しているのかもしれないし、そのような帰結までを意図しているわけではないのかもしれないが、それは必ずしも明らかではない。そこで、本稿では、ここでいう「不正の競争の目的」の意義について再検討を行う。

そして、その前提として、商法16条3項による競争の禁止がどのような意義や機能を有しているのか、つまり、その位置づけについても検討する必要がある。同項による競争の禁止は、同条1項または競争禁止特約（その限界を同条2項が規定する）による競争避止義務が捕捉することができない地理的・時間的範囲に対しても規制を及ぼしている一方で、その規制対象となる行為が「不正の競争の目的」という要件によって限定されている。したがって、商法16条1項または競争禁止特約による競争避止義務が捕捉する範囲が変わることによって、同条3項による競争の禁止が実際に意味を持つ範囲も変わり、それが「不正の競争の目的」という要件の解釈

ㄨ法16条とでは、それぞれ適用される対象者が異なっているが、その規律内容は同じである。また、会社法における「事業」と商法における「営業」は、同じ内容を意味している（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）』（2006年）139頁）。したがって、本稿では、原則として、商法16条を引用して同条の用語（例えば、「営業」、「譲渡人」等）を用いて記述することとするが、本稿の内容は会社法21条についても同様に妥当するものである。

2) 例えば、森本滋編『商法総則講義〔第3版〕』（成文堂、2007年）85頁〔前田雅弘〕、落合誠一＝大塚龍児＝山下友信『商法Ⅰ 総則・商行為〔第6版〕』（有斐閣、2019年）131頁〔大塚龍児〕、近藤光男『商法総則・商行為法〔第8版〕』（有斐閣、2019年）113頁、弥永真生『リーガルマインド商法総則・商行為法〔第3版〕』（有斐閣、2019年）52頁、北村雅史編『スタンダード商法Ⅰ 商法総則・商行為法〔第2版〕』（法律文化社、2022年）73頁〔清水円香〕。

に影響を及ぼす可能性がある。よって、「不正の競争の目的」の解釈について検討を行う際には、商法16条全体の中で同条3項がどのように位置づけられるのかを検討する必要がある。例えば、会社法制定に伴う平成17年商法改正によって、同条2項による競争禁止特約に対する地理的な限定が削除された。この改正は、商法16条全体の中での同条3項の位置づけにも影響を与える可能性があるが、この点については現在まで検討がなされていない。そこで、本稿では、このような改正も踏まえたうえで商法16条3項による競争の禁止がどのように位置づけられるのか、つまり、現代において商法16条3項がどのような意義や機能を有するのかを検討する。

以上の課題を検討するために、具体的には、次のような構成によって検討を行う。まず、Ⅱにおいて、商法16条3項に関する解釈論の現状を確認する。次に、Ⅲにおいて、商法16条3項が従来どのように位置づけられてきたのか、また、同項にいう「不正の競争の目的」の解釈がどのように形成されてきたのかを考察する。そして、Ⅳにおいて、Ⅲで考察した商法16条3項の位置づけの変容を踏まえて、それが商法16条3項にどのような影響を与えるのかを示す。そのうえで、Ⅴにおいて、現代において商法16条3項がどのような意義や機能を有するのか、そして、同項にいう「不正の競争の目的」をどのように解釈するべきであるのかを検討する。最後に、Ⅵにおいて、本稿のまとめを示すとともに今後の方向性を提示する。

Ⅱ. 商法16条3項に関する解釈論の現状

1. 序

商法16条3項に関しては、従来、「不正の競争の目的」の解釈、当事者の合意による適用排除の可否という2点について主に議論がなされてきた。

2. 「不正の競争の目的」の解釈

まず、商法16条3項にいう「不正の競争の目的」とは、営業譲渡の趣旨に反する目的をいう³⁾。そして、この目的の具体例として、主に、①顧客を譲受人から奪う目的⁴⁾、②譲渡人が譲渡した営業を継続していると一般公衆を誤信させる目的⁵⁾が挙げられてきた。

これらのうち、①の目的は、現在でも多くの論者が「不正の競争の目的」の具体例として挙げており⁶⁾、特に異論が主張されているわけではない⁷⁾。また、②の目的については、これが「不正の競争の目的」を認定するために必ず必要であるわけではないということが指摘されており⁸⁾、これを「不正の競争の目的」の具体例として挙げている論者は多くない⁹⁾。もっとも、②の目的がおよそ「不正の競争の目的」に該当しないと明示的に主張されているわけではない。

これらに対して、「不正の競争の目的」はそれ自体不法行為を構成する

3) 例えば、大隅健一郎『商法総則〔新版〕』（有斐閣、1978年）315頁、鴻常夫『商法総則（新訂第5版）』（弘文堂、1999年）148頁、江頭憲治郎編『会社法コメンタール1——総則・設立（1）』（商事法務、2008年）206頁〔北村雅史〕、東京地判平成28年12月7日裁判所ウェブサイト（平27(ワ)7051号）、知財高判平成29年6月15日判時2355号62頁。

4) 大判大正7年11月6日法律新聞1502号22頁、東京地判平成28年12月7日・前掲注3）、知財高判平成29年6月15日・前掲注3）、鴻・前掲注3）148頁、江頭・前掲注3）206頁〔北村〕。

5) 大隅・前掲注3）315頁、服部榮三＝星川長七編『基本法コメンタール商法総則・商行為法〔第4版〕』（日本評論社、1997年）48頁〔大原栄一〕、田中亘『会社法 第3版』（東京大学出版会、2021年）712頁。

6) 前掲注2）参照。

7) なお、田中亘「競争避止義務は事業の譲渡の要件か」東京大学法科大学院ローレビュー5巻（2010年）299-301頁は、当事者の合意による商法16条3項の適用排除の可否について検討する中で①の目的についても言及しているが、少なくとも①の目的が「不正の競争の目的」の具体例として適切ではないと主張しているわけではない。

8) 江頭・前掲注3）206頁〔北村〕。

9) もっとも、近時、津野田・後掲注58）91頁は、商法16条3項は、超過収益力の保護・移転とは全く趣旨の異なる制度であり、取引相手をして同一営業と誤解混同せしめる目的の競争など、第三者に不利益を及ぼす態様の競争を禁止するものと理解すべきであると主張している。この見解については、V.3において検討する。

蓋然性が高い行為に限定して解すべきであるという見解も存在する¹⁰⁾。

3. 当事者の合意による適用排除の可否

また、商法16条3項の適用を当事者の合意によって排除することができるか否か、つまり、本項が任意規定であるのか強行規定であるのかについては見解が分かれている。

一方で、本項が強行規定であるという見解がある¹¹⁾。この見解によると、当事者の合意によっても本項の適用を排除することができないことになる。もっとも、このように考える理由は明らかではない。

他方で、本項が任意規定であるという見解がある¹²⁾。この見解によると、当事者の合意によって本項の適用を排除することができることになる。このように考える理由としては、本項の趣旨が譲受人を保護することであるから、譲受人が本項の適用を排除することに同意した場合にまで本項を強行的に適用する必要はないということが挙げられている¹³⁾。

4. 小 括

以上のように、商法16条3項については、従来、主に「不正の競争の目的」の解釈、当事者の合意による適用排除の可否という2点について議論がなされてきた。しかしながら、特に「不正の競争の目的」の解釈につい

10) 長島・大野・常松法律事務所編『アドバンス 会社法』（商事法務、2016年）28頁。

11) 上柳克郎＝鴻常夫＝竹内昭夫編『会社法演習Ⅱ 株式会社（機関）』（有斐閣、1983年）74頁〔上柳克郎〕、商事法務研究会編『〔新訂第二版〕営業譲渡・譲受ハンドブック』（商事法務研究会、1999年）228-229頁〔中西敏和〕、江頭憲治郎＝中村直人編『論点体系 会社法 1 総則、株式会社Ⅰ』（第一法規、2012年）63頁〔金丸和弘〕。江頭・前掲注3）206頁〔北村〕も参照。

12) 龍田節「営業譲渡と株主総会決議（二）・完」法学論叢105巻3号（1979年）4頁、河本一郎「営業譲渡・譲受をめぐる法律問題」東洋信託銀行証券代行部編『会社の営業譲渡・譲受の実務——「営業の重要な一部」の判断と実務手続——（別冊商事法務43号）』（1979年）13頁、山本爲三郎「営業譲渡と競争避止義務」法学研究73巻2号（2000年）107頁、田中・前掲注7）301-302頁。

13) 山本・前掲注12）107頁、田中・前掲注7）300-301頁。

ては、十分に議論されてきたわけではなかった。

Ⅲ. 商法16条3項の位置づけと 「不正の競争の目的」に関する解釈論の変遷

1. 序

そこで、本章では、商法16条3項が従来どのように位置づけられてきたのか、また、同項にいう「不正の競争の目的」の解釈がどのように形成されてきたのかを考察する。それによって、そのように形成されてきた解釈が現在でも妥当するの否かを検討するための手掛かりを得るを試みる。

2. 明治32年商法の立案過程における商法16条3項の位置づけ

現在の商法16条3項に相当する規定は、明治23年商法には存在せず、明治32年商法制定時に導入されたものである。その明治32年商法の立案過程においては、現在の商法16条3項に相当する規定について次のような議論がなされていた¹⁴⁾。

(1) 法典調査会第50回商法委員会(1897年1月18日開催)

まず、現在の商法16条に相当する規定(第24条)の原案として当初提示されていたのは、次のようなものであった¹⁵⁾。

14) この立案過程を調査するに際しては、佐野智也「法律情報基盤」(<https://law-platform.jp/>)を参照した。

15) 法典調査会『商法委員會議事要録 第四卷』(日本學術振興會, 1936年)94-95頁。なお、第25条は、「前條ノ規定ハ營業ノミヲ讓渡シタル場合ニ之ヲ準用ス」というものであった(法典調査会・前掲98頁)。また、ここでいう第21条は、現在の商法12条に対応する規定であり、具体的には次のようなものであった。

前条ノ規定ニ依リテ商名ノ専用權ヲ取得シタル者ハ其商名ヲ使用スル者ニ対シテ其使用ヲ止ムルコトヲ得但損害賠償ノ請求ヲ妨ケス

営業譲渡・事業譲渡における不正の競争の目的による競業の禁止の再定位（仲）

商號ト共ニ營業ヲ譲渡シタル場合ニ於テ當事者カ別段ノ意思ヲ表示セサリシトキハ譲渡人ハ同市町村内ニ於テ二十年間同一ノ營業ヲ爲スコトヲ得ス

譲渡人カ同一ノ營業ヲ爲ササル特約ヲ爲シタルトキハ其特約ハ同府縣及ヒ三十年ヲ超エサル範圍内ニ於テノミ其效力ヲ有ス

第二十一條ノ規定ハ前二項ノ場合ニ之ヲ準用ス

そして、法典調査会の第50回商法委員会（1897年1月18日開催）において、起草委員が、この原案の第3項を修正する修正原案を提出した¹⁶⁾。その修正原案では、第3項として、「譲渡人ハ前二項ノ規定ニ拘ハラズ不正ノ競争ノ目的ヲ以テ同一ノ營業ヲ爲スコトヲ得ス」という規定を置くこととされていた。

法典調査会の第50回商法委員会では、これらの原案を基礎として審議がなされ、第3項については、長谷川喬から次のような提案がなされた¹⁷⁾。すなわち、原文には「前二項」とあり、種々の場合を包括せしめているが、私は地域だけに限ることが至当であると考えたとして、第3項の修正を提案した。そして、この提案は、起草委員の賛成があり可決され、文章は起草委員に一任された¹⁸⁾。

(2) 法典調査会第51回商法委員会（1897年1月22日開催）

これを受けて、法典調査会の第51回商法委員会（1897年1月22日開催）において、前記の提案を反映させた第3項の修正原案が起草委員から提出された。その修正原案では、現在の商法16条に相当する規定（第21条）の第

↘ 前項ノ規定ハ同市町村外ノ者カ不正ノ競争ノ目的ヲ以テ其商名ヲ使用スルモノト認ムヘキ場合ニ之ヲ準用ス

16) 法典調査會・前掲注15) 95頁。

17) 法典調査會・前掲注15) 98頁。

18) 法典調査會・前掲注15) 98頁。

3項として、「譲渡人ハ前二項ニ定メタル地域外ト雖モ不正ノ競争ノ目的ヲ以テ同一ノ營業ヲ爲スコトヲ得ス」という規定を置くこととされていた¹⁹⁾。

法典調査会の第51回商法委員会では、この原案を基礎として主に次のような議論がなされた²⁰⁾。

まず、穂積陳重は、次のように主張した。すなわち、この修正案は、地域についてのみの規定であって、年限については適用がない。ゆえに、30年以外においては不正の競争をなすことができることとなるので、不可である。元来不正の競争は不法行為であるので、本条のような規定がなくても不正の競争はなすことができないのである。ゆえに、むしろ〔前回提出された〕黒字修正原案の方がよい。

これに対して、起草委員である梅謙次郎は、次のように弁明した。すなわち、不正の競争は、これを絶対的に言うことはできない。既に30年間も経過してなお不正の競争があるのは極めて稀であるので、問題とならない。ただ地域について適用があるにすぎない。

また、磯部四郎は、次のように主張した。すなわち、元来第21条は既に不正の競争のために設けられた規定である。そうであるならば、第3項を置く必要がない。もし第3項を必要とするならば、それは、第21条第1項・第2項以外におけるものを禁止するものでなければならない。そうであるならば、単に地域のみならず年限についてもまた同一の規定があるべきである。

これに対して、梅謙次郎は、次のように答えた。すなわち、第21条第1項および第2項は、不正の競争のために設けられた規定ではない。これは、契約の効力を定めたにすぎず、第3項において初めて不正の競争に関する規定となるのである。

再び、穂積陳重は、次のように主張した。すなわち、起草者は年限につ

19) 法典調査会・前掲注15) 100頁。

20) 法典調査会・前掲注15) 100-102頁。

いては疑問が生じないというけれども、年限について疑問が生じないのであれば、地域についてもまた疑問を生じないこととなる。ゆえに、〔前回提出された〕黒字修正原案を採用するべきである。

そして、高木豊三は、これについて一部分に賛成し、むしろ〔前回提出された〕黒字修正原案も不要であると次のように主張した。すなわち、第21条第1項および第2項は、梅の説明のように、契約の義務によってこの制限があるのである。すなわち、第1項は20年、第2項は30年の義務を生じ、この範囲内においては結約者であるものの、その範囲外にあっては普通人である。普通人については、不正の行為であることをもって不法行為の規定を適用すればよい。ゆえに、〔今回提出された〕紫字および〔前回提出された〕黒字修正原案はともに削除するべきである。

さらに、穂積八東および磯部四郎が、第21条全体が極めて嚴重であって結局日本国中どこにおいても同一の営業を行うことができないこととなるので、第21条を削除するべきであると主張したのに対して、梅謙次郎は、次のように答えた。すなわち、厳格にいうと生涯世界中において同一の営業を行うことができないこととなるが、実際上は穂積八東のような支障をきたすことはない。第3項を置かない場合には、かえってその疑いが生ずるおそれがある。ゆえに、第3項を削除することはできない。

以上のような議論がなされた後で採決がなされて、〔今回提出された〕紫字修正案が決定された。

(3) 商法決議案（1897年2月24日配布）

その後、1897年2月24日に配布された商法決議案では、第20条に次のような規定が置かれていた²¹⁾。

商號ト共ニ營業ヲ讓渡シタル場合ニ於テ當事者ガ別段ノ意思ヲ表示セサリシトキハ讓渡人ハ同市町村内ニ於テ二十年間同一ノ營業ヲ爲スコト

21) 法典調査會『商法決議案』（日本學術振興會、1936年）4頁。

ヲ得ス

譲渡人が同一ノ營業ヲ爲ササル特約ヲ爲シタルトキハ其特約ハ同府縣及ヒ三十年ヲ超エサル範圍内ニ於テノミ其效力ヲ有ス

譲渡人ハ前二項ニ定メタル地域外ト雖モ不正ノ競争ノ目的ヲ以テ同一ノ營業ヲ爲スコトヲ得ス

(4) 商法修正案(1897年12月24日提出)

ところが、1897年12月24日に第11回帝国議会に提出された商法修正案では、第20条に次のような規定が置かれていた²²⁾。

商號ト共ニ營業ヲ譲渡シタル場合ニ於テ當事者カ別段ノ意思ヲ表示セサリシトキハ譲渡人ハ同市町村内ニ於テ二十年間同一ノ營業ヲ爲スコトヲ得ス

譲渡人カ同一ノ營業ヲ爲ササル特約ヲ爲シタルトキハ其特約ハ同府縣内且三十年ヲ超エサル範圍内ニ於テノミ其效力ヲ有ス

譲渡人ハ前二項ノ規定ニ拘ハラズ不正ノ競争ノ目的ヲ以テ同一ノ營業ヲ爲スコトヲ得ス

このように、この商法修正案20条3項では、商法決議案20条3項で「前二項ニ定メタル地域外ト雖モ」と規定されていたのとは異なり、「前二項ノ規定ニ拘ハラズ」と規定されていた。しかしながら、この文言がどのような経緯で変更されたのかを記録した文書は見当たらない。そして、この商法修正案20条の内容は、第12回帝国議会・第13回帝国議会でも変更されず、最終的に明治32年商法において第22条として規定されることとなった。

22) 法典質疑會『商法修正案 完』(法典質疑會, 1897年) 3-4頁。

(5) 商法修正案参考書（1898年6月発行）

なお、商法修正案とともに帝国議会に送付された商法修正案参考書では、この規定の第3項について、次のように説明されていた²³⁾。すなわち、本条第1項および第2項は譲受人の利益を保護するといえども、まだ害されないところがないわけではない。例えば、僅か数町を隔てる他府県市町村にあって不正の競争を行おうとする譲渡人をどうすることもできない。これが、本案が第3項を設けた理由である。

(6) 分 析

以上のような明治32年商法の立案過程を考察すると、現在の商法16条3項に相当する規定の立案過程における位置づけについて、次のようなことが明らかになる。

まず、(1)および(2)で考察した商法委員会での審議においては、現在の商法16条3項に相当する規定の位置づけについて様々な意見が出されていた。すなわち、穂積陳重や高木豊三は、本項が想定する不正の競争を不法行為であると理解して、本項が存在しない場合であってもそのような不正の競争を行うことはできないと考えていた。また、磯部四郎は、本条全体が既に不正の競争のために設けられたものであり、第3項を置く必要はないと考えていた。これらに対して、起草委員である梅謙次郎は、本条のうち第1項および第2項が、不正の競争のために設けられたものではなく、契約の効力を定めたものであると説明したうえで、30年を経過した後に同一の営業を行うことが不正の競争に該当することは極めて稀であるので、第3項が想定しているのは前二項に定めた地域の外における同一の営業であると説明していた。

そして、このような梅謙次郎の考え方は、最終的な規定の文言としては残されなかったものの、その規定を説明した商法修正案参考書において

23) 『商法修正案参考書』（東京専門学校出版部、1898年）26頁。

は、第3項を設けた理由として、前二項に定めた地域の近傍で不正の競争を行おうとする譲渡人に対応する必要があるという具体例が挙げられていた。

3. 明治期における商法16条3項の位置づけ

明治期においても、現在の商法16条3項に相当する規定(当時の商法22条3項)が機能することが想定されていた場面は、梅謙次郎や商法修正案参考書の説明と同様であった²⁴⁾。すなわち、譲渡人が、同条1項または競業禁止特約が定める地理的範囲の外側で同一の営業を行っているものの、その場所が当該地理的範囲に極めて近く、その営業が同条1項または競業禁止特約による競業避止義務の潜脱であると評価されるような場合である。

例えば、青木徹二は、同一の市町村または同一の府県と極めて接近する他の市町村または他の府県中のある場所において同一の営業をなすようなことは不正の競争の目的があるものと解すべきである、という²⁵⁾。また、松本丞治は、譲渡した店舗が府県または市町村の境界に近い場合において、譲渡人は同府県内または同市町村内ではないことを奇貨として軒を並べて同一の営業をなすようなことはできない、という²⁶⁾。

なお、松波仁一郎は、譲渡人だけではなく何人も、不正の競争の目的をもって他人と同一の営業をなすことはできない、と指摘していた²⁷⁾。

24) 本文で挙げるもの他に、例えば、志田鉦太郎『志田氏商法要義 卷之壹』(和佛法律學校、1899年)131-132頁、齋藤孝治『訓註 新商法要義』(井口松之助、1899年)19頁、堀田正忠=柿崎欽吾=山田正賢『商法講義』(山田正賢、1899年)147頁、日本法律學校内法政學會編『改正商法釋義』(修學堂=清水書店、1899年)19-20頁(ただし、時間的範囲についても言及している)、自治館編輯局編『商法實用詳解』(自治館、1903年)54-55頁、青木徹二『商法總論』(有斐閣書房、第5版、1909年)179頁も参照。

25) 青木徹二『商法總論』(金港堂書籍、1903年)122頁。

26) 松本丞治『再版 商法原論』(東京法學院大學、1905年)135頁。

27) 松波仁一郎『松波私論 日本商法』(明治大學、1906年)83頁、松波仁一郎『商法總論』(明治大學出版部、1910年)236-237頁(さらに、これが正しいのであれば、商法22条3項は蛇足の法文であり注意的なものにすぎない、という)、松波仁一郎『松波私論 改正日本商法』(明治大學、第3版、1912年)80頁。

4. 大正期における「不正の競争の目的」に関する解釈論

大正期においては、「不正ノ競争ノ目的」の意義についてより具体的な解釈が提示されるようになる²⁸⁾。

例えば、竹田省は、イギリス法を参照して、ここで不正の競争の目的をもって競業を営むとは、旧営業を継続するものと誤信させることになる方法において同一の営業を営むことをいうと解することができる、という²⁹⁾。

また、西本辰之助は、次のように説明していた³⁰⁾。すなわち、譲渡当時において存在した得意を奪うことは不正の競争ということができる。しかし、譲渡人が譲渡した営業の見込みを濫用しない以上、たとえ譲渡人が新たに得意を得たために譲受人の得意が増加すべき希望が減少したとしても、これをもって不正の競争ということとはできない。譲渡当時において当該事業が好望であることが営業の見込みの中に数えられていた場合には、この好望である状況を利用しようとして同一の営業を始めた譲渡人は、不正の競争の目的があるものということができる。要するに、譲渡当時における営業の見込みを利用しようとして同一の営業を行うことは不正の競争であるということができる、という。さらに、柳川勝二も、不正の競争の例として、譲受人に対し担保するべき得意先を自己に奪取することを挙げている³¹⁾。

28) 本文で挙げるものの他に、例えば、寺尾元彦は、不正の競争の目的をもって行うとは、故意に譲受人の営業を妨害するために競争して同一の営業を行うことをいう、と説明していた（寺尾元彦『商法原理 第一巻 総則』（巖松堂書店、1919年）227頁）。

29) 例えば、竹田省『商法總論』（有斐閣書房、1912年）237頁、竹田省『商法總論』（有斐閣、改訂増補第20版、1924年）261-262頁。高窪喜八郎『商法總論（上巻）』（法律評論社、1924年）246頁も、同様の解釈を主張していた。もっとも、その例としては、旧営業を継続するかのよう装いその得意先を奪うようなこと等が挙げられている。

30) 西本辰之助『商法總論』（慶應義塾出版局、1914年）221-222頁。

31) 例えば、柳川勝二『改正商法論綱』（巖松堂書店、第4版、1914年）102頁、柳川勝二『商法論綱』（巖松堂書店、訂正11版、1920年）108頁。なお、この著書の第1版である柳川勝二『改正商法論綱』（巖松堂書店、1912年）93頁においては、このような例示は挙げられていなかった。

そして、大審院も、大正7年11月6日の判決³²⁾において、商法22条3項は譲受人の利益を保護するために譲渡人に一種の制限を加えた規定であって、譲渡人が譲受人の営業上の得意を奪おうとする目的をもって同種の営業を行うようなことは禁止するところであると解するべきである、と判示した。

5. 昭和戦前期における「不正の競争の目的」に関する解釈論

その後、大正末期から昭和戦前期においては、より多くの論者が、「不正ノ競争ノ目的」の意義について具体的な解釈を提示するようになる³³⁾。

例えば、松本烝治は、次のように説明していた³⁴⁾。すなわち、不正の競争とは営業譲渡の趣旨に反する違法性を帯有する競争をいうものと解すべきである。例えば、譲渡した店舗が市町村または府県の境界に近い場合において同市町村または同府県ではない場所に軒を並べて同一の営業を行うようなことである。田中誠二も、不正の競争とは、営業譲渡の趣旨に反するか、または反社会的なる違法性を有する競争をいう、と説明していた³⁵⁾。

32) 大判大正7年11月6日・前掲注4)。なお、柳川勝二は、大審院でこの事件を担当した判事の1人であった。

33) 本文で挙げるもの他に、例えば、柳川勝二『商法總則及商行為〔總則編〕』（巖松堂書店、1936年）121頁（不正の競争の目的の例として、譲受人に対し保障するべき得意先を自己に奪取することを挙げる）、佐藤義雄『逐條新商法總則』（大同書院、1938年）99頁（不正の競争の目的を、当該営業の維持存続に不利な影響を与えようとする意図であると説明する）、西本辰之助『改正商法概論』（巖松堂書店、1940年）41頁（不正の競争の目的とは、譲渡した得意を奪う目的と解するべきである、という）、梶田年『改正商法總則論』（法文社、1941年）230-231頁（不正の競争は、譲渡人が譲受人の営業上の地位を不利益に陥れる目的をもって同一の営業を行うことによって成立する、という）も参照。

34) 松本烝治『商法總論』（中央大學、訂正7版、1925年）187-188頁。野津務『商法總則第二部（營業論）』（有斐閣、1934年）357-358頁も、不正の競争の目的とは、営業譲渡の趣旨に反することを知り、または知らないことにつき過失がある場合をいう、と説明していた。

35) 田中誠二『改正商法要義』（松華堂、1940年）83頁。

また、竹田省は、不正の競争の目的とは、同一の営業と誤認混同せしめる目的をいうものと解してよいであろう、という³⁶⁾。なお、竹田省は、その前段落において、本条の趣旨について、営業の譲渡後にも譲渡人が同種の営業を営むときは、営業の同一につき誤認混同を生じ営業譲渡の効果を空しくする危険があると説明したうえで、法律が禁止しようとしているところのものは、単純な同種営業ではなくむしろ不正競争を目的とする営業であり、近接区域かつ一定期間内に限り禁止していることも、混同誤認を避けしめ営業譲渡の効果を確保しようとするものであることを示すものであると説明している³⁷⁾。田中耕太郎も、不正競争とは、営業譲渡の実効を失わせるような性質の競争、例えば、旧営業を継続するものと誤信させる方法をもってする競争を意味する、という³⁸⁾。

6. 昭和戦後期における「不正の競争の目的」に関する解釈論

以上のような流れの中で、遅くとも昭和戦後期には、「不正の競争の目的」の解釈について現在の学説と同様の構成が形作られた。すなわち、「不正の競争の目的」とは、営業譲渡の趣旨に反する目的であると説明したうえで、その具体例として、譲渡人が譲渡した営業を継続していると一般公衆を誤信させる目的や、譲受人の得意を奪おうとする目的が挙げられるようになった³⁹⁾。

36) 竹田省『商法總則』（弘文堂書房、1932年）98頁。寺尾元彦『商法總則・商行為法』（三笠書房、1939年）142頁も、次のように説明していた。すなわち、「不正の競争の目的をもってする」とは、世人をして彼と我との営業の混同を起こさしむる目的をもって競争して同一の営業を行うことをいう。彼と我との営業が区別されて対立することは妨げないのである、という。また、豊田悌助『新商法概論』（叢文閣、1940年）42頁や志田鉦太郎『改正商法總論』（巖松堂書店、1941年）93頁も、同様の解釈を主張していた。

37) 竹田・前掲注36) 96-97頁。

38) 田中耕太郎『商法總論概要』（有斐閣、1925年）211頁。

39) 本文で挙げるものの他に、例えば、大森忠夫『商法總則』（青林書院、1959年）247頁は、不正の競争の目的を、営業譲渡の趣旨に反するような競業の目的であると説明したうえで、大判大正7年11月6日・前掲注4)を引用する。

例えば、小町谷操三は、不正競争とは、譲受人の営業に不利益を及ぼし、またはその継続を不能ならしめる行為をいう。例えば、譲渡人と譲受人とを誤認せしめる行為をなすようなものである。商法20条参照、と説明していた⁴⁰⁾。また、西原寛一も、次のように説明していた⁴¹⁾。すなわち、不正競争とは、営業譲渡の経済的価値を不当に侵害することであって、例えば、従来の企業との混同を招くような方法による競争とか、従来の企業の市場範囲が全国的であった場合、営業所を商法の制限外の地域に設けて従来の得意先を奪取することなどが挙げられる、という。

その後、大隅健一郎も、不正競争の目的をもって同一の営業をなすとは、世人をして旧営業を継続するものと誤信せしめるなど、営業譲渡の趣旨に反するような目的をもって同種の営業をなすことをいうと説明して、大判大正7年11月6日法律新聞1502号22頁を引用している⁴²⁾。また、田中誠二も、不正の競争とは、営業譲渡の趣旨に反するか、または反社会的な違法性を有する競争をいうと説明したうえで、例えば、譲受人の営業上の得意を奪おうとする目的で同種営業を行うことは禁止されるとして、大判大正7年11月6日法律新聞1502号22頁を引用する⁴³⁾。さらに、服部栄三も、不正の競争の目的とは、譲受人の営業に重大な影響を及ぼすことを知りながら、同一の営業をなすことをいうとして、大判大正7年11月6日法律新聞1502号22頁を引用している⁴⁴⁾。

7. 現在における「不正の競争の目的」に関する解釈論

以上のような流れを踏襲して、現在では、II.2で確認したような形で「不正の競争の目的」に関する解釈論が展開されている。すなわち、まず、商法16条3項にいう「不正の競争の目的」とは、営業譲渡の趣旨に反する

40) 小町谷操三『商法講義 卷一 総則・會社』(有斐閣, 1944年) 88頁。

41) 西原寛一『商法總則・商行為法』(インターナショナル・ブツク, 1949年) 127-128頁。

42) 大隅健一郎『商法總則』(有斐閣, 1957年) 326頁。

43) 田中誠二『商法總則詳論』(勁草書房, 1972年) 216頁。

44) 服部栄三『商法總則〔第三版〕』(青林書院新社, 1983年) 414頁。

目的をいうと説明したうえで⁴⁵⁾、この目的の具体例として、主に、①顧客を譲受人から奪う目的⁴⁶⁾、②譲渡人が譲渡した営業を継続していると一般公衆を誤信させる目的⁴⁷⁾が挙げられている。もっとも、②の目的については、これが「不正の競争の目的」を認定するために必ず必要であるわけではないということが指摘されており⁴⁸⁾、これを「不正の競争の目的」の具体例として挙げている論者は多くない⁴⁹⁾。

8. 小 括

本章における考察によると、次のことが明らかになる。まず、明治32年商法の立案過程においては、現在の商法16条3項に相当する規定を置く理由として、前二項に定めた地域の近傍で不正の競争を行おうとする譲渡人に対応する必要があることが挙げられていた（2）。つまり、現在の商法16条3項に相当する規定（当時の商法22条3項）には、同条1項または競業禁止特約が定める地理的範囲の外側で同一の営業を行っているものの、その場所が当該地理的範囲に極めて近く、それによって同条1項または競業禁止特約による競業避止義務が潜脱されることに対処することが期待されていた。そして、明治32年商法制定後の明治期においても、学説で同様の説明がなされていた（3）。

ところが、大正期以降においては、このような立案理由との関係が明示的に示されることなく、「不正の競争の目的」に関する解釈論が展開されていく。まず、大正期においては、主として、「不正の競争の目的」を、

45) 例えば、大隅・前掲注3)315頁、鴻・前掲注3)148頁、江頭・前掲注3)206頁〔北村〕、東京地判平成28年12月7日・前掲注3)、知財高判平成29年6月15日・前掲注3)。

46) 大判大正7年11月6日・前掲注4)、東京地判平成28年12月7日・前掲注3)、知財高判平成29年6月15日・前掲注3)、鴻・前掲注3)148頁、江頭・前掲注3)206頁〔北村〕。

47) 大隅・前掲注3)315頁、服部ほか・前掲注5)48頁〔大原〕、田中・前掲注5)712頁。

48) 江頭・前掲注3)206頁〔北村〕。

49) 前掲注2)参照。もっとも、前掲注9)も参照。

旧営業を継続するものと誤信させることになる方法において同一の営業を営むことと理解する見解と、譲受人に対し担保すべき得意先を自己に奪取することと理解する見解が主張されていた(4)。そして、昭和戦前期においては、それら2つの見解が引き続き主張されるとともに、より抽象的に、営業譲渡の趣旨に反する競争と理解する見解が主張されるようになる(5)。

その後、遅くとも昭和戦後期には、「不正の競争の目的」の解釈について現在の学説と同様の構成が形作られた。すなわち、「不正の競争の目的」とは、営業譲渡の趣旨に反する目的であると説明したうえで、その具体例として、譲渡人が譲渡した営業を継続していると一般公衆を誤信させる目的や譲受人の得意を奪おうとする目的が挙げられるようになった(6)。もっとも、後者の目的については、昭和戦前期までは、譲受人に対し担保すべき得意先を奪う目的と説明されていたのが、昭和戦後期以降は、単に譲受人の得意先を奪う目的と説明されるようになっていった。そして、このような解釈論は現在でも基本的には維持されている(7)。

IV. 商法16条3項の位置づけの変容とその影響

1. 商法16条3項の位置づけの変容

Ⅲ.2における考察によると、明治32年商法の制定当時、商法16条3項に相当する規定は、同条1項または競争禁止特約による競争避止義務が潜脱されることに対処することが期待されていた。具体的に想定されていたのは、次のような事案であったと考えられる。すなわち、譲渡した営業が市町村または府県の境界の近くで行われていた場合に、同条1項または競争禁止特約による競争避止義務が及ばない隣接する市町村または府県において、譲渡人が同一の営業を行うような事案である⁵⁰⁾。当時の商法22条1

50) 松本・前掲注26)135頁参照。

項では、競業避止義務の地理的範囲が同一市町村に限定されており、また、同条2項では、競業禁止特約による競業避止義務の地理的範囲も同一府県に限定されていた。特に同条2項による限定を踏まえると、譲受人は、競業禁止特約によっても、譲渡人が同一府県外で同一の営業を行うことを禁止することはできず、譲渡人による同一府県外での同一の営業を制限するためには、同条3項に依拠するしかなかった。このように、同条3項は、譲渡した営業が市町村または府県の境界の近くで行われるような例外的な事案を想定していた。

ところが、その後、交通手段の発達によって、譲渡した営業が市町村または府県の境界の近くで行われていない場合であっても、それと隣接する市町村または府県において譲渡人が同一の営業を行うことによって、譲受人の利益が害されるおそれが生じるようになった。そこで、昭和13年商法改正において、当時の商法25条1項による競業避止義務の地理的範囲に隣接市町村が加えられ、また、同条2項では競業禁止特約による競業避止義務の地理的範囲に隣接府県が加えられた⁵¹⁾。この改正によって、譲渡した営業が市町村または府県の境界の近くで行われていたような事案は、同条1項または競業禁止特約で対応することができるようになった。このように、明治32年商法の制定当時に同条3項で対応することが想定されていた事案は、同条3項で対応する必要がなくなったが、依然として、譲受人は、競業禁止特約によっても、譲渡人が同一府県および隣接府県の外で同一の営業を行うことを禁止することはできず、譲渡人による同一府県および隣接府県の外での同一の営業を制限するためには、同条3項に依拠するしかなかった。もっとも、昭和戦前期の学説は、このように譲渡人が同一府県および隣接府県の外での同一の営業を行うという事案を具体的に明示して検討していたわけではなく、「不正の競争の目的」の解釈論を抽象的に展開していた。

51) 司法省民事局編『商法中改正法律案理由書（總則 會社）』（清水書店、1937年）17頁。

その後、昭和戦後期になると、更に交通手段の発達や企業活動の国際化等が進んで営業の内容が変質した。しかし、前述の通り、譲受人は、競業禁止特約によっても、譲渡人が同一府県および隣接府県の外で同一の営業を行うことを禁止することはできず、譲渡人による同一府県および隣接府県の外での同一の営業を制限するためには、当時の商法25条3項に依拠するしかなかった。実際に、学説においても、全国的または国際的に営業活動を行っている大規模な営業の譲渡の場合には、譲受人の得意先を奪う目的で同一の営業を営むことを禁止する同条3項が重要な意味を持つと指摘されていた⁵²⁾。

ところが、このような状況は、平成17年商法改正によって変化することになる。平成17年商法改正において、現在の企業活動の広がりを見ると、少なくとも特約の効力につき地域的な限定を設けることは合理的ではないものと考えられるとして、当時の商法25条2項による競業禁止特約に対する地理的な限定が削除された⁵³⁾。この改正の結果として、譲受人は、競業禁止特約によって、地理的な限定を付すことなく譲渡人による同一の営業を禁止することができるようになった。すなわち、譲受人は、譲渡人による同一の営業を地理的な限定なく禁止するために商法16条3項に依拠する必要がなくなったのである。

2. 商法16条3項の位置づけの変容の影響

1で考察した商法16条3項の位置づけの変容を踏まえると、平成17年商法改正によって商法16条3項の存在意義を改めて検討する必要が生じることになったと考えられる。すなわち、平成17年商法改正前は、商法16条3項に相当する規定は、譲受人が競業を禁止することを望んでいた場合で

52) 福井守「営業譲渡人の競業禁止義務」駒沢大学法学部研究紀要25巻(1967年)92頁、河本・前掲注12)11-12頁。

53) 郡谷大輔＝細川充「会社法の施行に伴う商法および民法等の一部改正」旬刊商事法務1741号(2005年)35頁。

あっても第2項による地理的な限定が存在するために競業禁止特約で競業を禁止することができない地理的範囲における競業を禁止するという意義を有していた。ところが、平成17年商法改正によって、そのような競業禁止特約に対する地理的な限定が削除されたため、譲受人は、譲渡人が同一の営業を行うことができない地理的範囲を、競業禁止特約によって法律上の制約なく設定することができるようになった。したがって、そのような状況の下で当事者が設定した競業避止義務の地理的範囲の外側において商法16条3項が競業を禁止する場合には、当事者が競業避止義務の対象としなかった行為をなぜ同項が禁止するのが問われることになる。この問いを地理的範囲という観点に限定せずにより一般的に表現すると、当事者が競業避止義務の対象としなかった行為を商法16条3項が禁止する理由は何なのかということになる。

V. 商法16条3項の存在意義と解釈論についての検討

1. 序——「当事者が競業避止義務の対象としなかった」ということの意味

当事者が競業避止義務の対象としなかった行為を商法16条3項が禁止する理由は何なのかという商法16条3項の存在意義を検討するためには、まず「当事者が競業避止義務の対象としなかった」ということが何を意味しているのかを明らかにする必要がある。そして、その内容には次の2つの類型があると考えられる。第1に、当事者が営業譲渡契約において競業避止義務に関する規定を置いておらず、競業避止義務に関する当事者の意思が明示されていない類型である。この類型では、競業避止義務の範囲は本来であれば商法16条1項によって規定されることになるが、当事者が真にそのような意思を有していたのかは必ずしも明確ではなく、「当事者が競業避止義務の対象としなかった」ということが、当事者が商法16条1項の範囲外での競業を許容していたということの意味するのも必ずしも明確ではない。第2に、当事者が営業譲渡契約において競業避止義務に関する

規定を置いており、競業避止義務に関する当事者の意思が明示されている類型である。この類型では、当事者の意思は明確であり、「当事者が競業避止義務の対象としなかった」ということは、当事者が当該契約の規定の範囲外での競業を許容していたということを意味する。

このように「当事者が競業避止義務の対象としなかった」ということの意味には2つの類型があり、それぞれの類型において当事者の意思が異なっているので、当事者の意思を越えて競業を禁止する商法16条3項の存在意義を検討する際にも、それぞれの類型ごとに検討した方がより正確な検討を行うことができると考えられる。そこで、本章では、それぞれの類型ごとに商法16条3項がどのような意義を有しているのか、そして、その意義を前提とすると、同項にいう「不正の競争の目的」をどのように解釈すべきであるのかを検討する。

2. 競業避止義務に関する当事者の意思が明らかではない類型

(1) 商法16条1項を補完する機能

まず、当事者が営業譲渡契約において競業避止義務に関する規定を置いておらず、競業避止義務に関する当事者の意思が明示されていない類型においては、本来であれば、競業避止義務の範囲は商法16条1項によって規定されることになる。そして、その商法16条1項は、とりわけ競業避止義務の地理的範囲を同一の市区町村の区域内およびこれに隣接する市区町村の区域内に限定している。

しかしながら、交通手段・情報通信技術の発展や企業活動の国際化等に伴う現在の企業活動の広がり前提とすると、このように競業避止義務の地理的範囲を限定することが営業譲渡の当事者の通常の意味に合致するとは考えにくい。したがって、当事者が営業譲渡契約において競業避止義務に関する規定を置いていない場合に、商法16条1項に基づいて競業避止義務の地理的範囲が限定されることになれば、当事者が本来は想定していなかった結果になることが考えられる。このような類型において、商法16条

1項による競業避止義務の地理的範囲の外における競業を禁止するためには、商法16条3項に依拠する必要がある。

したがって、このような類型を念頭に置くならば、商法16条3項の存在意義は、商法16条1項のデフォルト・ルールを補完するという点にあると考えられる。実際に、商法16条3項に関する裁判例の事案は、そのほとんどが、当事者が契約において競業避止義務に関する特約を置いていなかったものである⁵⁴⁾。

(2) 「不正の競争の目的」の解釈

このような商法16条3項の位置づけを前提として、商法16条1項の不足を補うことを徹底するならば、商法16条3項という「不正の競争の目的」の内容もできる限り広く解釈して、譲受人から顧客を奪う目的があれば「不正の競争の目的」が認められると考える方向につながる。

しかしながら、このような帰結に対しては、当事者が契約において競業避止義務に関する特約を置かなかった以上、それによる結果は当事者が甘受すべきである、つまり、譲受人は基本的には商法16条1項に基づく競業避止義務によって保護されるにとどまり、その義務の範囲の不足を補うために商法16条3項を拡大して適用するべきではないとも考えられる。実際に、商法16条3項に関する裁判例は、確かに、当事者が契約において競業避止義務に関する特約を置いていなかった事案に関するものではあるが、同時に、「不正の競争の目的」の認定に際しては、単に同一の営業を

54) 東京高判昭和48年10月9日判タ302号170頁（営業譲渡の存在自体を当該事案の事実関係から認定した事案）、大阪高判平成19年4月26日労判958号68頁（営業譲渡契約は存在したものの競業避止義務に関する規定は存在しなかった事案）、東京地判平成28年12月7日・前掲注3）（営業譲渡契約は存在したものの競業避止義務に関する規定は存在しなかった事案）、知財高判平成29年6月15日・前掲注3）（当該事案における譲渡契約を事業譲渡契約であると性質決定した事案）。なお、黙示の競業禁止特約の存在を認定した裁判例もある（知財高判平成23年6月23日判時2120号15頁）。また、本項で述べたように、そもそも商法16条1項がデフォルト・ルールとしての妥当性・相当性を欠いていると指摘するものとして、長島・大野・常松法律事務所編・前掲注10）28-29頁を参照。

行って譲受人から得意先を奪おうとしたことだけではなく、譲渡後に譲渡人が同一の営業を行うことが当事者間で想定されていたか、競業の準備の時期や態様、譲受人との協議の有無、商標・商品名の類似性、顧客勧誘・奪取の態様等が考慮されている⁵⁵⁾。したがって、確かに、これらの裁判例の事案は、商法16条1項に基づく競業避止義務では十分に対応することができなかつたものであると考えられるが、裁判所は、商法16条3項にいう「不正の競争の目的」を無理に広く解釈して同項を適用しているわけではない。また、当事者も、平成17年商法改正後は、それ以前とは異なり、平成17年改正前商法25条2項のような地理的範囲の制約を受けることなく、必要に応じて商法16条1項とは異なる内容の競業避止義務を定めることができるようになってきている。

したがって、確かに、商法16条3項は、商法16条1項の不足を補うものとして機能するものではあるが、そのために同条3項にいう「不正の競争の目的」を広く解釈することは必ずしも説得的ではないと考えられる。

3. 競業避止義務に関する当事者の意思が明示されている類型

(1) 序

次に、当事者が営業譲渡契約において競業避止義務に関する規定を置いており、競業避止義務に関する当事者の意思が明示されている類型においては、当事者の意思は明らかであり、当事者は当該契約の規定の範囲外での競業を明示的に許容していることになる。このような類型を念頭に置くならば、商法16条3項の存在意義として、当事者が競業を許容しているにもかかわらず、それを禁止する理由は何なのかが問われることになる。

Ⅲで考察した商法16条3項に相当する規定の立法当初の解釈を参考にすると、この類型は、更に2つの類型に分けることができる。そのうちの1

55) 東京高判昭和48年10月9日・前掲注54)、東京地判平成28年12月7日・前掲注3)、知財高判平成29年6月15日・前掲注3)。大阪高判平成19年4月26日・前掲注54)も参照。

つは、商法16条3項で対応することが当初予定されていた類型、つまり、譲渡人が商法16条1項または競業禁止特約が定める地理的範囲の外側で同一の営業を行っているものの、その場所が当該地理的範囲に極めて近く、その営業が競業避止義務の潜脱であると評価されるような類型である。このような譲渡人の行為は、商法16条1項または競業禁止特約が定める競業避止義務の趣旨に反しており、禁止されるべきである。商法16条3項は、その立法当初に想定されていたように、このような行為を禁止するために機能し得るものである⁵⁶⁾。もっとも、このような類型に対応するためには、商法16条3項を利用する必要はなく、そのような行為が商法16条1項または競業禁止特約に実質的に違反するとして対処することで足りるという考え方も十分に説得的であると考えられる。したがって、このような類型に対応する必要性のみによって商法16条3項の存在意義を積極的に基礎づけることは難しいと考えられる。

商法16条3項の存在意義を明らかにするためにより重要な類型は、以上のような類型ではなく、より一般的に、競業避止義務の範囲外で譲渡人が同一の営業を行っているという類型である。典型例としては、競業避止義務について商法16条1項または競業禁止特約が定める期間が経過した後、つまり、競業避止義務が免除された後に、譲渡人が同一の営業を行っているという例が挙げられる。このような類型においては、譲渡人が同一の営業を行うということ自体は当事者も許容しているにもかかわらず、商法16条3項は、「不正の競争の目的」をもって同一の営業を行うことを禁止している。このような類型を念頭に置くと、商法16条3項の存在意義を明らかにするためには、同一の営業を行うということ自体を当事者が許容しているという状況の下で、どのような場合になぜ同一の営業を行うことを禁止する必要があるのかを検討する必要がある。

56) この場合における「不正の競争の目的」とは、競業避止義務が定める地理的範囲に極めて近い場所で同一の営業を行うことによって当該競業避止義務を潜脱する目的である。

(2) 商法16条3項は第三者を保護するための規定であるという見解

この点についての一つの考え方は、同一の営業を行うことを当事者が許容している以上、基本的には法がそれを禁止する必要はないというものであり⁵⁷⁾、それを徹底すると、商法16条3項は営業譲渡の当事者を保護するためのものではないという考え方につながる。

実際に、近時、商法16条3項は営業譲渡の当事者ではなく第三者を保護するための規定であるという見解⁵⁸⁾が主張されている。この見解は、商法16条1項または競業禁止特約による競業避止義務を、超過収益力⁵⁹⁾を保護するものであると捉えたうえで⁶⁰⁾、当事者の合意さえあれば、譲渡人と譲受人で超過収益力を分け合うこと、つまり、超過収益力を侵害する競業を認めることを禁ずる理由は特にないという。そして、このことから、商法16条3項は、超過収益力の保護・移転とは全く趣旨の異なる制度であり、取引相手をして同一営業と誤解混同せしめる目的の競業など、第三者に不利益を及ぼす態様の競業を禁止するものと理解すべきであるという。

この見解は、当事者が競業避止義務を負わない旨の合意をした場合⁶¹⁾には、当事者が超過収益力を侵害する競業を認めているのであるから、当事者のために超過収益力を保護する必要はなく、それでもなお(「不正の競争の目的」をもった)競業を禁止している商法16条3項は第三者を保護するものであると理解するものである。

57) 田中・前掲注7)300頁。

58) 津野田一馬「営業譲渡における競業避止義務」法学教室503号(2022年)91頁。

59) この文脈における超過収益力については、津野田・前掲注58)87-88頁を参照。

60) 本稿は、商法16条1項または競業禁止特約による競業避止義務を、この見解のように超過収益力を保護するものであると捉えることに反対するものではない。むしろ、この見解がこのような捉え方を示したことによって、本稿が商法16条3項の存在意義を検討して明らかにすることが可能になったのである。

61) この中には、一定期間に限って競業避止義務を負う旨の合意をしていたところ当該期間が経過した場合も含まれると考えられる。

(3) 商法16条3項によって当事者を保護する必要性

このような見解に対しては、当事者が競業避止義務を免除している場合に、そのことによって当事者を保護する必要性が全くないことになるのかという疑問がある。すなわち、この見解は、当事者が競業避止義務を免除している以上、超過収益力を保護する必要はなく、商法16条3項によって当事者の利益を保護する必要はないと考えている⁶²⁾。しかしながら、当事者が競業避止義務を免除している場合であっても、超過収益力を保護する必要性がその免除によって必然的になくなるとは限らないと考えられる。すなわち、超過収益力を保護する必要性が競業避止義務の免除によってなくなるか否かは、最終的にはその免除に関する当事者の意思の内容によって決まるところ、その当事者の通常の意味は、譲渡人が超過収益力を利用することを許容するものであるとは限らない⁶³⁾。

ここでいう当事者の通常の意味が、譲渡人が超過収益力を利用することを許容するものであるのか否かは、超過収益力の源泉である営業譲渡の対

62) もっとも、この見解は「当事者の合意」としか表現しておらず、その「当事者の合意」は、超過収益力を侵害する競業を認める旨の合意を意味するものであると考えられるが、その合意が競業避止義務を負わない旨の合意と完全に一致するものであると考えているのかは必ずしも明らかではない。しかしながら、商法16条3項は、競業避止義務を負わない旨の合意をした場合に特に適用されるものであるから、競業避止義務を負わない旨の合意があるものの超過収益力を侵害する競業を認める旨の合意がない場合が存在することを認めるのであれば、つまり、両者の合意が完全に一致するわけではないと考えるのであれば、超過収益力を侵害する競業を認める旨の合意がある場合に超過収益力を保護する必要性がないことのみをもって、商法16条3項が営業譲渡の当事者を保護するための規定であることを否定することはできないと考えられる。

63) (2)の見解は、競業避止義務が適用される「同一の営業」とは、超過収益力を侵害し、または侵害するおそれがある営業であると考えており（津野田・前掲注58）90頁）、そのような競業避止義務を免除するということは、譲渡人が超過収益力を利用することを許容することを意味するとも考えられる。しかしながら、1つの営業譲渡の対象から生じる超過収益力にも様々なものがあるので、本文で次に述べるように、競業避止義務の免除が、譲渡人が超過収益力を利用することを許容するものであるのか否かは、その超過収益力の源泉である営業譲渡の対象ごとに異なると考えられる。したがって、競業避止義務を免除するということは、譲渡人が全ての超過収益力を利用することを許容することまでは必ずしも意味しないと考えられる。

象が何であるのかによって異なると考えられる。例えば、営業譲渡の対象に含まれている得意先(との取引関係)を超過収益力の源泉として想定すると、競業避止義務を免除した場合における当事者の意思は、譲渡人がそのような得意先との間で新たな取引を始めることも容認するというものであることが通常であると考えられる⁶⁴⁾。これに対して、営業譲渡の対象に含まれている秘伝のタレの製法を超過収益力の源泉として想定すると、競業避止義務を免除した場合における当事者の意思は、譲渡人が同一の営業を行うときであっても、譲渡人が一度譲渡したはずの秘伝のタレの製法を使用することは容認しないというものであることが通常であると考えられる。

この両者の違いを一般的な形で表現すると、それは、営業譲渡の結果として譲受人が排他的に利用することを当事者が期待するものであるか否かという点にあると考えられる。すなわち、得意先は、同一の営業を行う者によって奪われることも十分に想定されるものであり、競業避止義務が免除されている以上、排他的な利用に対する期待がそれほど大きいものではない。これに対して、秘伝のタレの製法は、同一の営業を行う者によって奪われることは通常は想定されず、その情報の譲渡を受けた以上は、競業避止義務が免除されているとしても、譲受人がその情報を排他的に利用することができることを期待するものであると考えられる。

以上のように、競業避止義務を免除する場合における当事者の通常の意味が、譲渡人が超過収益力を利用することを認めるものであるのか否かは、営業譲渡の対象が、譲受人がそれを排他的に利用することを当事者が期待するものであるか否かに依存すると考えられる。したがって、当事者が競業避止義務を免除している場合であっても、その当事者の通常の意味は、譲渡人が超過収益力を利用することを許容するものであるとは限らない。すなわち、当事者が競業避止義務を免除している場合であっても、超

64) 田中・前掲注7)300-301頁も参照。

過収益力を保護する必要性がその免除によって必然的になくなるとは限らない。

（4）商法16条3項の存在意義

もっとも、一般的な可能性としては以上のように当事者が競業避止義務を免除した場合であっても超過収益力を保護する必要性が認められることがあり得るとしても、実際にどのような場合にその必要性が認められるのかは必ずしも明確ではない。例えば、得意先についても、競業避止義務を免除した以上、譲渡人は原則として得意先を奪うような同一の営業を行うことができるものの、その態様が営業譲渡における譲受人の利益を不当に侵害するようなものであった場合には、そのような競業は許されない、つまり、当事者は競業避止義務の免除によってそのような営業まで容認しているわけではないと考えられる。実際に、商法16条3項の違反が認められた裁判例の事案の多くは、譲渡人が単に得意先を奪おうとするだけではなく、その態様に問題があった場合であると評価することができる⁶⁵⁾。また、秘伝のタレの製法については、競業避止義務が免除されている場合であっても、譲渡人がそれを利用して同一の営業を行うことは許されないものの、譲渡人がその製法に関連して有する知見をもとに別のタレを開発してそれを利用して同一の営業を行うことは許されてもよい（つまり、当事者もそれを容認している）ようにも思われる。このように、実際に譲渡人が

65) 例えば、大阪高判平成19年4月26日・前掲注54)の事案においては、譲渡会社の代表者が、譲受会社の内部者としての地位を利用して、譲受会社に知られることがないように、譲受会社の従業員に対して譲渡会社への参加を勧誘するとともに、譲受会社に問い合わせた取引先に対して譲渡会社との取引を勧誘していた。また、知財高判平成29年6月15日・前掲注3)の事案においては、譲渡会社が、譲渡後は同一の事業を行わないかのように装いながら事業の譲受けを募集し、譲渡契約の締結を進める中で同一の事業を行う目的で準備を進めて譲受人に何ら伝えることのないままこれを行うとともに、従来の顧客に対しては運営主体の変更ではなく単なる運営方針の変更により新たなサイトを開設した旨の説明をしており、新たなサイトが従来のサイトの姉妹ショップであるとの誤認を生じさせていた。

行った同一の営業が、競業避止義務が免除されていてもなお禁止されるものであるか否かは、最終的には当事者の意思がどのようなものであったのかに依存する。

したがって、本来であれば、このように営業譲渡の後もその性質上譲渡人が利用することができてしまうような営業譲渡の対象の利用のあり方については、競業避止義務とは別に、営業譲渡契約において明確に規定しておくことが望ましい⁶⁶⁾。しかしながら、そのような規定が置かれていない場合において競業避止義務を免除するということは、(3)で検討したように、譲渡人が超過収益力を利用することを許容するということをも必ずしも意味するわけではない。商法16条3項は、当事者が競業避止義務を免除した場合であってもなお適用されるものであり、そのように競業避止義務の免除によってもなお超過収益力を保護する必要性が認められる場合に機能するものとして位置づけることができる⁶⁷⁾。

(5) 「不正の競争の目的」の解釈

商法16条3項の存在意義をこのように理解するならば、同項にいう「不正の競争の目的」は、競業避止義務の免除によってもなお超過収益力を保護する必要性が認められる場合に該当するか否かを判断するための要件として位置づけられる。(4)で述べたように、競業避止義務の免除によってもなお超過収益力を保護する必要性が認められるか否かは、最終的には、営業譲渡において譲受人が当該営業譲渡の対象を排他的に利用することが予定されていたか否かという当事者の意思、つまり、営業譲渡の趣旨によつ

66) 例えば、営業譲渡の対象に関する一切の秘密情報についての秘密保持義務を譲渡人に負わせるような秘密保持条項を規定しておくことが考えられる(例えば、関口智弘ほか『事業譲渡の法務——法務・労務・会計・財務のすべて』(商事法務, 2018年)185頁参照)。

67) 本文で述べたような形で商法16条3項が機能する典型的な事例としては、競業避止義務が免除されている場合において、譲渡人が、営業譲渡後に利用することが想定されていなかった営業秘密等の非公開情報を利用して同一の営業を行っているような例が挙げられる。

て決まることになる。したがって、同項にいう「不正の競争の目的」とは、営業譲渡において譲受人が当該営業譲渡の対象を排他的に利用することが予定されていたにもかかわらず、そのような営業譲渡の趣旨に反して、譲渡人が当該対象を利用する目的であると解することになる。典型的に想定される具体例は、譲渡人が営業譲渡後に利用することが想定されていなかった営業秘密等の非公開情報を利用する目的である。

このことは、同項にいう「不正の競争の目的」が、従来、営業譲渡の趣旨に反する目的をいうと考えられてきたこと⁶⁸⁾とも整合的である。すなわち、営業譲渡において譲受人が当該営業譲渡の対象を排他的に利用することが予定されていたにもかかわらず、譲渡人が当該対象を利用することは、営業譲渡の趣旨に反するものであり、同項にいう「不正の競争の目的」が認められることになる。

なお、このような解釈を前提とすると、営業譲渡において譲受人が当該営業譲渡の対象を排他的に利用することを全く予定していなかったような場合には、譲渡人が当該対象を利用することも、営業譲渡の趣旨に反するものではなく、商法16条3項によって禁止されるものではない。したがって、当事者の意思がこのようなものである場合には、商法16条3項は、少なくとも(4)で示した存在意義との関係では機能することはなく、そのような必要性もない。このような意味において、商法16条3項は、当事者の合意によってその適用が排除され得るものである。

4. 結 論

以上の検討によると、当事者が競争避止義務の対象としなかった行為を商法16条3項が規制する理由は何なのかという商法16条3項の存在意義は、「当事者が競争避止義務の対象としなかった」ということの意味内容の種類によって異なる(1)。

68) 前掲注3)。

まず、当事者が営業譲渡契約において競業避止義務に関する規定を置いておらず、競業避止義務に関する当事者の意思が明示されていない類型においては、商法16条3項は、商法16条1項のデフォルト・ルールを補完するという機能を有する(2(1))。もっとも、その補完のために同条3項にいう「不正の競争の目的」を広く解釈することは必ずしも説得的ではない(2(2))。

また、当事者が営業譲渡契約において競業避止義務に関する規定を置いており、競業避止義務に関する当事者の意思が明示されている類型は、更に2つの類型に分けることができる。まず、譲渡人が商法16条1項または競業禁止特約が定める地理的範囲の外側で同一の営業を行っているものの、その場所が当該地理的範囲に極めて近く、その営業が競業避止義務の潜脱であると評価されるような類型においては、商法16条3項は、このような競業避止義務の潜脱に対処するという機能を有する⁶⁹⁾。もっとも、このような類型に対応するためには、商法16条3項を利用する必要はなく、商法16条1項または競業禁止特約に実質的に違反するものとして対処することで足りるとも考えられる(3(1))。また、このような類型ではなく、より一般的に、競業避止義務の範囲外で譲渡人が同一の営業を行っているという類型においては、商法16条3項は、競業避止義務の免除によってもなお超過収益力を保護する必要性が認められる場合にそのような超過収益力を保護するという機能を有する(3(4))。商法16条3項の存在意義をこのように理解するならば、同項にいう「不正の競争の目的」とは、営業譲渡において譲受人が当該営業譲渡の対象を排他的に利用することが予定されていたにもかかわらず、そのような営業譲渡の趣旨に反して、譲渡人が当該対象を利用する目的であると解することになる⁷⁰⁾(3(5))。

69) この場合における「不正の競争の目的」とは、競業避止義務が定める地理的範囲に極めて近い場所で同一の営業を行うことによって当該競業避止義務を潜脱する目的である。

70) 典型的に想定される具体例は、譲渡人が営業譲渡後に利用することが想定されていなかった営業秘密等の非公開情報を利用する目的である。

現代において、商法16条3項は、以上のような3つの機能を有するものである⁷¹⁾。もっとも、これらのうち、第1の機能は、本来は商法16条1項やその特約によって担われるべきものであり、また、第2の機能も、商法16条3項が担う必要性が高いものではない。したがって、商法16条3項の存在意義を積極的に基礎づけるのは第3の機能であると考えられる。

VI. 本稿のまとめと今後の方向性

1. 本稿のまとめ

本稿の課題は、営業譲渡・事業譲渡がなされた場合に不正の競争の目的による譲渡人の競業を禁止する商法16条3項および会社法21条3項が現代においてどのような意義や機能を有するのかを明らかにするとともに、それによって同項にいう「不正の競争の目的」の解釈を明らかにすることであった。

この課題を検討するために、本稿は、まず、ⅢおよびⅣにおいて、商法16条3項が従来どのように位置づけられてきたのか、また、同項にいう「不正の競争の目的」の解釈がどのように形成されてきたのかを考察した。それによると、明治32年商法の制定当時、現在の商法16条3項に相当する規定は、同条1項または競業禁止特約による競業避止義務が潜脱されることに対処することが期待されていた。具体的には、譲渡した営業が市町村または府県の境界の近く（競業避止義務の地理的範囲の外側）で行われるような例外的な事案に対応することが想定されていた。ところが、その後、交通手段の発達や企業活動の国際化等が進んで営業の内容が変質したことによって、商法16条3項に相当する規定（当時の商法25条3項）の意義も変

71) これらの機能を前提とすると、商法16条3項は、基本的には、当事者の合意によってその適用を排除することができるものであると考えられる。なぜならば、第1の機能および第2の機能は任意規定や競業禁止特約の補完であるので当事者の意思が優先されるものであり、また、第3の機能は営業譲渡の趣旨という当事者の意思を実現するものである（3(5)）からである。

容していった。すなわち、当時の商法25条2項による競業禁止特約に対する地理的な限定の結果として、譲受人は、競業禁止特約によっても、譲渡人が同一府県および隣接府県の外で同一の営業を行うことを禁止することはできなかった。したがって、同条3項は、そのような第2項による地理的な限定が存在するために競業禁止特約で競業を禁止することができない地理的範囲における競業を禁止するという意義を有することになった。ところが、平成17年商法改正において、当時の商法25条2項による競業禁止特約に対する地理的な限定が削除された。この改正の結果として、譲受人は、競業禁止特約によって、地理的な限定を付すことなく譲渡人による同一の営業を禁止することができるようになった。すなわち、譲受人は、譲渡人による同一の営業を地理的な限定なく禁止するために商法16条3項に依拠する必要がなくなったのである。

そして、IVで示したように、このことによって、商法16条3項の存在意義を改めて検討する必要が生じることになった。すなわち、平成17年商法改正によって、譲受人は、譲渡人が同一の営業を行うことができない地理的な範囲を、競業禁止特約によって法律上の制約なく設定することができるようになった。したがって、そのような状況の下で当事者が設定した競業避止義務の地理的範囲の外側において商法16条3項が競業を禁止する場合には、当事者が競業避止義務の対象としなかった行為をなぜ同項が禁止するのかが問われることになる。そして、この問いをより一般的に表現すると、当事者が競業避止義務の対象としなかった行為を商法16条3項が禁止する理由は何なのかということになる。

このことを踏まえて、Vにおいて、現代において商法16条3項がどのような意義や機能を有するのか、そして、同項にいう「不正の競争の目的」をどのように解釈するべきであるのかを検討した。その検討の結果、商法16条3項は、現代において次の3つの機能を有すると考えられる。第1に、競業避止義務の地理的範囲を限定している商法16条1項のデフォルト・ルールを補完するという機能である(V.2(1))。もっとも、その補完

のために同条3項にいう「不正の競争の目的」を広く解釈することは必ずしも説得的ではない（V.2(2)）。第2に、商法16条1項または競業禁止特約が定める地理的範囲の近傍で同一の営業が行われているというような競業避止義務の潜脱に対処するという機能を有する⁷²⁾。もっとも、このような潜脱に対処するためには、商法16条1項または競業禁止特約に実質的に違反するものとして対処することで足りるとも考えられる（V.3(1)）。第3に、競業避止義務の免除によってもなお超過収益力を保護する必要性が認められる場合にそのような超過収益力を保護するという機能を有する（V.3(4)）。この第3の機能を前提とするならば、商法16条3項にいう「不正の競争の目的」とは、営業譲渡において譲受人が当該営業譲渡の対象を排他的に利用することが予定されていたにもかかわらず、そのような営業譲渡の趣旨に反して、譲渡人が当該対象を利用する目的であると解することになる⁷³⁾（V.3(5)）。そして、これらのうち、第1の機能および第2の機能は商法16条3項の存在意義を積極的に基礎づけるものではなく、商法16条3項の存在意義を積極的に基礎づけるのは第3の機能である⁷⁴⁾（V.4）。

2. 今後の方向性

商法16条3項は、現代において以上のような3つの機能を有するものであるが、現在の商法16条のあり方が望ましいものであるのかについては更なる検討が必要である。まず、第1の機能の背景には、商法16条1項が規定する競業避止義務の地理的範囲が当事者の通常の意味よりも狭すぎるという問題が存在しているのであり⁷⁵⁾、その問題は、本来であれば、商法16

72) この場合における「不正の競争の目的」とは、競業避止義務が定める地理的範囲に極めて近い場所で同一の営業を行うことによって当該競業避止義務を潜脱する目的である。

73) 典型的に想定される具体例は、譲渡人が営業譲渡後に利用することが想定されていなかった営業秘密等の非公開情報を利用する目的である。

74) なお、これらの機能を前提とすると、商法16条3項は、基本的には、当事者の合意によってその適用を排除することができるものであると考えられる（前掲注71)）。

75) 長島・大野・常松法律事務所編・前掲注10) 28-29頁も参照。

条1項自体を見直すことによって対処するべきものである。したがって、商法16条3項がこのような機能を果たさざるを得ないということ自体が、商法16条1項の見直しの必要性を問いかけている。

また、商法16条3項自体についても、従来から、その趣旨が必ずしも明らかではないとして、その適用を限定するべきであるという見解も主張されていた⁷⁶⁾。本稿は、平成17年商法改正等を踏まえるとこのような見解が説得的であるとも考えられるということを示したうえで、それでもなお商法16条3項には一定の存在意義が認められるということを明らかにするものである。しかしながら、商法16条3項の文言は、明治32年商法においてこの規定が制定されてからほとんど変更されておらず、その文言からは、この規定が禁止する対象が何であるのかが明確ではない。したがって、今後、商法16条3項の存在意義についての検討を経て、(その結果として本稿の立場を採用するか否かにかかわらず、)商法16条3項の適用対象を明確にするために同項の文言を見直す必要があると考えられる。

そして、その際に、本稿が明らかにした第3の機能、つまり、競業禁止義務の免除によってもなお超過収益力を保護する必要性が認められる場合にそのような超過収益力を保護するという機能を重視するのであれば、そもそもそのような機能を商法16条3項による競業の禁止に担わせることが適切であるのかについても検討する必要がある。この第3の機能が想定する典型的な事例は、競業禁止義務が免除されている場合において、譲渡人が、営業譲渡後に利用することが想定されていなかった営業秘密等の非公開情報を利用して同一の営業を行っているというようなものである⁷⁷⁾。このように、第3の機能の中心的な意義は、譲渡人が営業譲渡の対象である非公開情報を利用することを禁止するという点にある⁷⁸⁾。そうであるなら

76) 長島・大野・常松法律事務所編・前掲注10) 27-28頁。

77) 前掲注70)。

78) これに対して、営業譲渡の対象である財産権は、営業譲渡によって譲受人に移転するので、その後に譲渡人が利用することはできない。したがって、法によって財産権として認められているものについては、商法16条3項によってその利用を禁止する必要性が乏しい。

ば、そのような譲渡人による非公開情報の利用を、商法16条3項のように競業の禁止の一環として禁止するのではなく、営業譲渡の対象である非公開情報の利用それ自体を直接的に禁止する規定を設けることを検討することも選択肢としてあり得ると考えられる。したがって、第3の機能を重視するのであれば、商法16条3項の見直しの際には、このような選択肢も含めて検討すべきである。

さらに、競業避止義務が免除されている場合になお超過収益力を保護する必要性が認められる場合があるとしても、V.3(2)の見解が指摘するように⁷⁹⁾、その超過収益力をどの程度まで保護すべきであるのかについても議論の余地がある。商法16条3項をそのまま適用するのであれば、商法16条2項が定める競業避止義務の存続期間の上限にかかわらず、当事者の意思に従って、営業譲渡の対象を源泉とする超過収益力が保護されることになる。これに対して、V.3(2)の見解が指摘するように⁸⁰⁾、情報の自由利用の観点から、営業譲渡という機会をとらえて、超過収益力の存続期間を限定して、長期間にわたる超過収益力の存続に歯止めをかけるということを重視するのであれば、商法16条3項による超過収益力の保護にも一定の限界を設ける（例えば、商法16条2項が定める競業避止義務の存続期間の上限を適用する）べきであるという方向につながる。このように、そもそも超過収益力をどの程度まで保護すべきであるのかについても検討する余地があると考えられる。

* 本研究は、JSPS 科研費 JP20K13367 の助成を受けたものである。

79) 津野田・前掲注58)90頁。

80) 津野田・前掲注58)90頁。