



营业转让制度研究

——以日本法为中心展开

The Study of the System of Business Transfer:
Centering on Japanese Law

刘小勇 著



营业转让制度研究

——以日本法为中心展开

The Study of the System of Business Transfer:
Centering on Japanese Law

刘小勇 著

中国人民大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

营业转让制度研究: 以日本法为中心展开/刘小勇著. —北京: 中国人民大学出版社, 2014. 3

(国家社科基金后期资助项目)

ISBN 978-7-300-19031-0

I. ①营… II. ①刘… III. ①商法-研究-日本 IV. ①D931.339.9

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 044168 号



国家社科基金后期资助项目

营业转让制度研究——以日本法为中心展开

刘小勇 著

Yingye Zhuanrang Zhidu Yanjiu

出版发行	中国人民大学出版社	
社 址	北京中关村大街 31 号	邮政编码 100080
电 话	010-62511242 (总编室)	010-62511770 (质管部)
	010-82501766 (邮购部)	010-62514148 (门市部)
	010-62515195 (发行公司)	010-62515275 (盗版举报)
网 址	http://www.crup.com.cn http://www.ttrnet.com (人大教研网)	
经 销	新华书店	
印 刷	涿州市星河印刷有限公司	
规 格	165 mm×238 mm 16 开本	版 次 2014 年 4 月第 1 版
印 张	21.5 插页 2	印 次 2014 年 4 月第 1 次印刷
字 数	347 000	定 价 57.80 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

目 录

第一章 导论	1
一、营业转让的功能、必要性及客观性	1
二、我国关于营业转让的制度概况与问题的所在	4
三、外国法上营业转让的制度概况	9
四、我国关于营业转让制度的学术研究现状与存在的问题	15
五、本书的研究目的、对象、范围及内容	18
第二章 营业转让的概念辨析	24
一、问题的提出	24
二、日本法	27
三、其他各国与地区的制度概况	52
四、日本及其他各国（地区）法的评析与借鉴	59
第三章 营业转让中转让人的竞业禁止义务制度	71
一、问题的提出	71
二、日本法上营业转让人的竞业禁止义务	72
三、其他各国与地区的制度概况	77
四、日本法及其他国家（地区）的制度对我国的启示	82
第四章 营业转让中营业债务的承担制度	86
一、问题的提出	86
二、日本法上营业债务的承担制度	88
三、其他各国与地区的制度概况	133
四、我国现行制度的缺陷与问题	154
五、日本法及其他各国法的启示与借鉴	166
第五章 营业转让中的股东保护制度	173
一、问题的提出	173
二、日本法上营业转让中的股东保护制度	175

三、其他各国与地区的制度概况	203
四、日本法及各国（地区）法对我国制度构建的启示与借鉴	234
第六章 营业转让中的劳动者保护制度	247
一、问题的提出	247
二、日本法	248
三、其他各国与地区的制度概况	260
四、我国现行法上的规定与问题	264
五、日本法及其他各国（地区）法的启示与借鉴	269
第七章 营业转让的税收制度	274
一、日本法	274
二、其他主要国家的制度概况	282
三、日本与其他主要国家制度的比较与评析	288
四、我国的现行规定、问题及日本与其他国家制度的借鉴	290
第八章 营业受让的反垄断制度	295
一、日本法	295
二、其他主要法域的制度概况：以美国法与欧盟法为例	305
三、我国法上的问题及日本与其他主要法域制度的启示	308
第九章 与营业转让类似的营业担保及租赁等制度	313
一、问题的提出	313
二、日本法	314
三、其他各国及地区的制度概况	325
四、我国法的现状及借鉴	331
后记	336

第一章 导 论

一、营业转让的功能、必要性及客观性

在我国的经济活动中,经常会发生各类市场主体将其资产整体转让给他人,由他人在该资产的基础上继续进行原经营活动的现象,小到个体户,大到上市公司,都会自觉利用这一方式以满足各自的目的与需求。这些经济活动主要有如下表现形式,如某个体工商户为转换经营或搬迁而将其店铺及营业一起转让给他人;又如,地方政府为盘活国有资产而将其所属的国有小企业转让给民营企业乃至外资企业;又如,某国际知名企业为优化其经营结构,将其意欲放弃的某产品的生产销售业务一并转移给中国企业^①;又如,一些大型企业为实现上市,通常采取的手法是先成立一家股份有限公司,然后将其主业资产注入该公司以使其上市^②;再如,在资本市场上,大股东们通常热衷于围绕其上市子公司进行资产重组或置换以实现集团公司整体上市等目的^③;等等。尽管实施这类经济行为的主体各不相同、其目的与动机各异,但却存在着一个共同点:它

① 如 IBM 向联想转让其个人电脑制造及销售业务。

② 如武汉钢铁股份有限公司、鞍钢股份有限公司以及同仁堂科技发展股份有限公司等的上市(参见许海峰主编:《资产重组》,316 页,北京,人民法院出版社,2005)。

③ 如为实现集团公司的整体上市,中国东方航空集团公司将其全资下属子公司中国东方航空云南公司和中国东方航空西北公司拥有的全部航空主业及关联资产转让给其上市子公司——中国东方航空股份有限公司。参见史建三等:《东方航空股份有限公司收购云南航空、西北航空》,见史建三主编:《中国并购法报告(2006 年卷)》,北京,法律出版社,2006。又如,在 2003 年,武汉钢铁股份有限公司向其大股东——武汉钢铁(集团)公司定向增发股份,而受让后者的钢铁主业,从而最终完成了集团公司的整体上市。参见罗文志等编著:《上市公司并购法律实务》,199~205 页,北京,法律出版社,2005。

们所转让的对象并非只是单个的财产，也并非只是全部财产的简单集合，而是包含各类有形、无形财产以及具有财产价值的包括专有技术、信誉、顾客关系、销售渠道、地理位置、创业年代等各类事实关系的有机整体物，这个整体物具有类似于生命体的活力，只要受让人继续对其进行经营，就可源源不断地创造出价值与收益。^①在大陆法中，这样的有机整体性财产被称为营业，而对其的转让行为被称为营业转让。

利用营业转让的情形按其作用功能可大致作以下类型化的划分：（1）利用营业转让，企业将其全部或特定的营业部门转移给其他企业，转让企业可从中获得对价，而受让企业则可扩大经营范围与规模。（2）利用营业转让，经营数个营业的企业，将其特定的营业部门转移给其新设企业或既存企业。该情形的特征是转让当事人实质上具有同一性，实际上构成了企业的分立或分拆。（3）陷于经营危机与濒临破产的企业为了经营的再生，可新设立一企业，利用营业转让，将其除掉债务的营业转让给该新设企业。在此种情形下，新旧企业主几乎不发生改变。

由此可见，营业转让的实施具有两大方面的积极意义。其一，利用此类手法，转让方可取得高于只是单个转让其财产的对价，而受让方则可取得现成的资产，在此资产的基础上继续原经营就可获得收益，从而避免从零起步的艰难。其二，利用此类手法，公司内部以及公司之间还可实施并购重组，以达到调整经营结构、优化资源配置^②、增强企业的竞争力、节约时间与费用、分散危险、促进多元化经营与经营的合理化、快捷便利地确保人才稳定、确立专业化经营的责任体制等目的。

当然，对于以上目的的实现，营业转让并非唯一的选择，当事人也可采用合并、分立以及单纯的财产转让等手段达成目的。但是，前者与后者在经济功能、法律效果上存在着一定程度的差异，不能完全互相替代，因为：第一，公司合并虽可完成公司间的资产收购，但必须收购

① 如在联想收购 IBM 全球个人电脑业务的事例中，联想集团收购的并非只是单纯的财产，更重要的是受让了 IBM 的各种无形财产（包括专利、商标、品牌）以及具有财产价值的各种事实利益（如客户、营销渠道、技术等）。具体分析详见孙英：《营业转让法律制度研究》，见王保树主编：《商事法论集—2008 年第 1 卷（总第 14 卷）》，121～123 页，北京，法律出版社，2008。

② 参见孙英：《营业转让法律制度研究》，见王保树主编：《商事法论集—2008 年第 1 卷（总第 14 卷）》，162 页。

对象公司的全部财产，对象公司也必须消灭，故合并顶多只能完成上述类型（1）中的部分重组，且在债权债务方面为概括性继承，当事人无法根据需要进行取舍。第二，如果我国允许进行合并分立^①，利用公司分立几乎可实现所有利用营业转让所能实现的目的，可是，除非公司在分立前与债权人就债务清偿达成的书面协议另有约定，否则公司分立情形下分立前的债务由分立后的公司承担连带责任，而且，承继权利义务的公司还必须继承相应的劳动合同关系，这使得分立后的公司在债务与劳动者的继承上也别无选择。第三，利用财产转让的形式，在某些情形下，也可大致达到前述营业转让所能达到的目的。但财产转让中的财产仅限于法律上承认的财产，而不包括各种具有财产价值的事实关系，故难以完全实现前述营业转让所能实现的功能。

而且，与公司合并和分立所不同的是，营业转让并不需要法律的特别规定就可实施。法律赋予了合并与分立三个重要的法律效果：第一，消灭公司不需要经过清算程序；第二，权利义务的概括性继承；第三，可通过资本多数表决强迫持异议股东处分其所持有的股权。这也就是说，如果没有法律的特别授权，公司的合并与分立无法实现，因为上述法律效果不能以当事人的意思自治而达成。可营业转让与前两者不同，即使制定法上没有明文规定可进行营业转让，营业转让也可依据民法及合同法上的一般规定，以及通过转让当事人的约定而得以实施，因为营业转让的实现并不需要达成上述特殊的法律效果。至于作为实现营业转让目的最关键因素的营业财产范围（尤其是各种具有财产价值的事实利益，如客户关系、营业秘诀、销售渠道等）的确保，则完全可通过转让当事人之间详细周密签订的合同而得以实现。因而无论有无立法，当事人都可实施营业转让，且以其他手段不可替代，故营业转让是客观存在的。^②

综上，营业转让不仅是有着重要作用的，还是必要的、客观存在的经济行为与并购重组手段。

① 所谓合并分立是指被分立公司将其营业转让给其他既存公司的分立。韩国与日本均在其公司法中明文规定了合并分立，而我国《公司法》及相关法规尚未明确是否可进行这类公司分立。

② 张民安教授也持同样的观点。参见张民安：《商法总则制度研究》，346页，北京，法律出版社，2007。

二、我国关于营业转让的制度概况与问题的所在

因营业转让是一种重要的、必要的且客观存在的经济行为与并购重组手段，且由于被转让的对象通常包括各类有形财产以及各类具有财产价值的事实关系，甚至有时还包括合同与债务，故实施这类行为必然会给各类相关主体包括转让当事人、转让人的债权债务入、转让公司的股东及劳动者乃至国家等带来方方面面的利益冲突，从而涉及民商法、劳动法、反垄断法乃至税法上的种种问题。因此，为使这类转让行为能够快捷顺利地进行，同时又能合理妥善地处理其所带来的利益冲突，需要一个完善的制度体系对其予以规范。本部分在以下拟逐一分析我国现行法对于这些利益冲突的调整现状，以考察我国现行制度是否可达成这一目标。

（一）转让当事人之间的利益调整

1. 营业资产的范围

关于被转让营业资产的范围，尤其是各类无形财产、事实关系以及债务，是转让当事人之间最易产生争议的问题之一。如果当事人具备相当的法律知识，或者聘请了法律专业人士做顾问，为避免日后的纠纷，一般都会在营业转让合同中详细约定营业资产的范围。但也有相当一部分当事人有可能疏于详细约定营业资产的范围，或虽已约定，但却无法做到面面俱到、详细周全，以至于双方在合同的具体履行中，往往会对某项资产是否属于转让的对象产生争议。^①

对于这样一个问题的处理，我国目前不存在法律上的明文规定。但如果运用以上大陆法中的营业转让的概念，即营业转让为有机整体性财产的转让，可认定如果进行了营业转让，就应该转移相关所有的财产，这样就可合理妥善地解决这类纠纷。可是，虽然我国学说尤其是商法学说上存在着营业转让的概念，但我国民商基本法（如《民法通则》、《合

^① 我国司法实践中曾有这样一个案例：甲公司与乙公司签订转让协议，约定甲公司以 80 万元将其下属胡萝卜汁食品厂一次性转让给乙公司，但是在甲公司将原胡萝卜汁食品厂所有的财产向乙公司移交时，却将胡萝卜汁生产线灌装机的计算机控制模块拆走，导致灌装机因计算机控制模块程序错乱而无法运转，原胡萝卜汁食品厂被迫停产。问题在于，甲方的这种行为是否构成违约？参见马跃、毕芳芳：《营业转让问题研究》，载《人民司法》，2004（6），24 页。

同法》、《公司法》)却并不使用这一概念,而各类行政法规、部门规章以及司法解释虽然事实上对营业转让这种行为进行了相应的规定,但各自的制定者们似乎未曾在观念上将其把握为营业转让,而是分别使用了不同的用语进行界定,有的使用“企业产权”的转让,有的使用“企业”的出售,还有的使用“资产”的出售。^①由于既无法律的明文规定,也无统一的法律概念,故很难期待法官在处理这类纠纷时会运用营业转让的概念进行审判。

2. 转让人的竞业禁止义务

转让人是否负有竞业禁止义务也是涉及转让当事人利益的另一重要问题,为避免争议,应予以明确为宜。由于受让人受让营业的目的是为了避免从零开始、白手起家,而购买能产生收益的他人营业,从而使自己能尽快地获得收益,故一般来说,从保护受让人利益的角度出发,以及从营业转让的目的出发,如当事人无特别约定排除,应考虑使转让人承担竞业禁止义务。当然,在转让当事人进行同业经营也可产生规模效应的情形下,则不应使转让人承担该义务。可是,我国现行法律法规以及司法解释对这个问题却几乎未作任何规定。因此,如果转让方在转让后仍进行同业竞争,营业受让人很难获得法律上的救济。

(二) 转让方债权人的利益保护^②

在营业转让中,转让方将具有担保债务价值的营业资产转移至受让方后,转让方通常不是解散,就是资产价值大幅缩减,尽管转让方会取得相应的现金对价,但由于现金对价容易转移与消耗,在这种情形下,如债权人依旧只能向转让人请求履行债务,其债权则很有可能得不到实现。而受让人取得了营业资产及营业的收益力,故从利益平衡的角度来看,有必要考虑在某些情形下使受让人承担清偿责任。可根据我国现行民商法的规定及学说理论,如果转让当事人与债权人未就转移债务达成协议,债权人只能向原债务人请求,而不得向受让人请求。虽然债权人可运用合同法上的撤销权、破产法上的撤销权以及公司法上法人格否认等规定来维护自己的权益,但这些规定都有着各自严格的适用条件,且在法律适用上存在着不确定性,债权人并不容易实现维权的目的。

^① 详见第二章四之(二)中的论述。

^② 详见第四章之四中的论述。

也正因为现行规定无力保护债权人的合法权益，我国司法实务界在审判实践中发展出了所谓的“债务随企业财产变动原则”，并被相关司法解释所采纳。该原则的核心内容为，债务随企业财产变动，即受让人应对债权人承担清偿责任，除非当事人另有约定并经债权人认可。显然，与现行民商法规定在保护债权人利益方面的无力恰好相反，该原则过于保护债权人的利益，从一个极端走向了另一个极端。而且，该原则对于企业以其资产进行出资的行为也同样适用。可是，如果是这样，企业岂不是无法对外进行投资？

由此可知，无论是民商法上的规定，还是司法实践中的处理原则，都无法合理妥善地调整因营业转让所带来的债权人、受让人以及转让人之间的利益冲突，故确有必要立法明文建立更加合理的调整机制。^①

（三）股东利益的保护^②

转让方如果转让了其全部营业，其要么变更经营目的，要么解散；如果转让的是营业的重要部分，其要么无法继续原来的经营，要么只能大幅缩小营业规模。而且，转让方通常还应负有竞业禁止的义务。因此，转让营业全部或营业的重要部分，与合并、分立、章程变更一样，属于转让方的重大变更事项，故为维护股东的权益，有必要对股东的利益予以特别考虑，设置相应的保护程序。而如果只是单纯的财产转让，即使是重要部分，相对于营业转让，其对于股东的影响也不是那么重大，故为提高公司决策的效率，仅使其履行相对简单的程序即可。因此，关于何为营业的转让、何为营业的重要部分的转让，需要设定一个明确的判断标准。如果判断标准不明确，既不利于保护股东，又会给交易安全带来隐患。理想状态的规则应该是既可以保护股东的利益，又能顾及交易安全，且兼顾经营效率，即在股东、第三人以及公司之间保持利益平衡。

我国《公司法》仅对上市公司在一年内出售重大资产超过资产总额30%的情形，规定需要通过股东大会的特别决议（《公司法》第122条）。可是，这样的规定显得简单而粗糙，因为判断是否需要股东大会的决议，

^① 朱慈蕴教授也认为应在此方面健全商法上的保护制度。参见朱慈蕴：《营业规则在商法中的地位》，载《清华法学》，2008（4），13页。

^② 详见第五章之四之（一）中的论述。

需要以其是否对公司产生重大的、根本的影响为标准,从量与质两方面进行综合考察,而不应仅从数量比例方面进行判断。我国这样规定,既有可能漏掉一些本应履行股东大会决议程序的营业转让,又有可能将本应属于董事会决议的财产转让纳入股东大会的决议事项,且不利于交易第三方的利益保护。

而且,该条仅适用于上市公司,对于数量占绝对优势的非上市股份有限公司以及有限责任公司却无明确要求,而是将其交由章程任意规定(《公司法》第105条)。可是,重大的营业转让对公司及股东利益的影响是根本性的,使其履行股东大会决议程序的规定应为强行性规定,而不应将其交由股东自治。况且,鉴于中小股东在公司权力分配中的劣势,期待章程对此问题进行合理规定也是不现实的。

我国《公司法》还规定,公司转让主要财产的,对股东会该项决议投反对票的股东可以请求公司按照合理的价格收购其股权(《公司法》第75条)。可是,该规定存在着以下四点问题。第一,该规定未区分营业与财产。如在单纯转让财产的情形下也赋予异议股东的股份回购请求权,无疑损害了公司的经营效率。第二,《公司法》并未对何为“主要财产”规定一个明确的比例,如果没有一个客观的判断标准,本条的适用将会比较困难。第三,既然公司转让主要财产并非股东大会的法定决议事项,又何来股东会的决议?既然无股东会的决议,反对股东就无权行使股份回购请求权。因此,如果公司章程中没有规定公司转让主要财产为股东大会的决议事项,该条就形同虚设。第四,该规定仅适用于有限责任公司,而不适用于股份有限公司。可是,并非所有股份有限公司的股票都可自由流通,故该规定疏忽了对股份有限公司中的中小股东的保护。

此外,证监会于2008年颁布、2011年修订的《上市公司重大资产重组管理办法》规定,上市公司进行重大资产重组需履行股东大会的特别决议程序。较之《公司法》上的相关规定,该规定比较细致精确,可在合理性、立法技术等方面仍然存在着诸多问题,而且,该《办法》只是部门规章,立法层次不高,且适用范围仅限于上市公司,不具有普遍意义。

由此可见,我国《公司法》及证券法规中虽不乏保护营业转让中股东权益的规定,但过于简单、粗糙或不合理,远谈不上对于各方主体利益冲突的妥善调整。

(四) 劳动者利益的保护^①

如前所述, 营业转让所伴随的结果不是解散就是大幅缩小营业规模, 其必然会带来与劳动者解除劳动合同的问题。虽然在解除与劳动者的合同之际, 企业必须向劳动者支付经济补偿金, 但对于劳动者来说, 获得有限的补偿金远远不能弥补失去工作所带来的损失; 加之考虑到营业与劳动者之间的结合关系, 确有必要建立通过使受让人继承劳动合同等方式保护劳动者的制度体系。但如一味强调劳动者一方的利益, 又有可能会阻碍企业间的并购重组。因此, 调整营业转让所带来的劳动合同问题也需考虑劳动者保护与企业并购重组效率之间的平衡。

可是, 我国的《公司法》、《劳动法》以及《劳动合同法》均未对此问题作出明确规定, 仅在一些部门规章与地方法规中有所涉及, 但其规定未必合理, 且存在着立法位阶太低、适用范围较窄(地域及所有制形式的限制)等问题。显然, 我国现行法无力妥善调整好营业转让所带来的转让当事人与劳动者之间利益的冲突。

(五) 税法上的利益调整^②

在营业转让中, 因营业转让方向营业受让方转让营业资产, 故营业转让涉及资产转让所得税(企业所得税)等方面的税收问题。如果只是一般的营业转让, 按照一般的转让所得税规则计征即可, 可有的营业转让并非只是单纯的营业财产转让, 而是作为企业重组的手段被利用, 如以营业资产出资设立子公司, 或者以营业资产向子公司或其他公司增资等情形。在这些情形下, 当事人只是通过转让营业以完成企业重组, 并非以取得转让对价为目的, 故不应按一般财产转让规则计征所得税, 而应考虑对其赋予课税延迟等特别的税收优惠, 但问题的关键在于如何区分需享受优惠的营业转让与一般的营业转让。可是, 我国现行税法却没有合理地界定可享受课税优惠的营业转让。如对于某企业以其营业资产出资新设子公司、母公司将其某一生产部门转让至其子公司并接受子公司股份等理应享受课税延迟优惠的情形, 我国现行法却将它们排除在外。

^① 详见第六章之四中的论述。

^② 详见第七章之四中的论述。

（六）反垄断法上的规制^①

公司受让其他公司营业的全部或重要部分，与公司合并一样，也可导致市场的集中，故应对其施以一定的反垄断法上的规制。通常，对于导致市场集中的企业并购重组行为的规制可分为两类，一类是事前申报制度，另一类是事后措施。关于前者，应制定适合于营业受让特点的申报标准，否则将损害重组效率。关于后者，审查标准应着重于并购重组行为所带来的限制竞争方面的后果。

根据我国《反垄断法》的规定，成为反垄断法规制对象的行为包括通过取得资产的方式取得对其他经营者的控制权的行为。可是，如果忠实地从字面上来理解该规定的含义，营业受让似乎不属于其规制对象之列，因为营业受让只能取得其他法人的营业资产，而不能取得其他法人的控制权。也许正因为规制适用对象范围的不明，立法者在制定申报标准时似乎并没有考虑到营业受让的特性，而是将所有当事企业的营业额合计作为标准，可是，营业受让后，当事企业之间并不必然产生股权持有方面的连接关系，故这样的计算标准并不合理。此外，我国《反垄断法》将包括合同性的所有的经营者集中都列入申报的范围，可是，所有类型的经营者集中都必须进行申报既会增加反垄断执法机构的工作负担，也会妨碍并购重组的效率。

（七）关于营业担保、租赁等交易中的利益调整^②

与营业转让一样，在以营业为交易客体的营业的担保、营业的租赁以及委托经营等行为中，同样会引起合同当事人之间、合同当事人与债权债务之间、合同当事人与股东之间以及当事人与竞争秩序之间（反垄断法的问题）等方面的利益冲突，故也应以合理妥善的规则进行调整。可是，我国现行法上却几乎不存在规范这些行为的法律法规。

三、外国法上营业转让的制度概况

如前所述，大陆法在观念上将各种财产以及具有财产价值的事实关

^① 详见第八章之三中的论述。

^② 详见第九章之四中的论述。

系组成的有机的、组织性的财产称作营业，并将对其的转让行为称为营业转让。对于营业转让所带来的各种利益冲突，大陆法以营业及营业转让的概念为基础，进行了相对合理妥善的调整。而英美法系虽未建立与使用明确的营业及营业转让的概念，但也不乏调整各种利益冲突的规则。本部分在下文中拟主要以日本法与美国法为例，介绍外国法有关营业转让制度的概况。

（一）转让当事人之间的利益调整

1. 营业资产的范围

关于被转让营业资产的范围，日本法虽无明文规定，但其通说与判例均认为，营业资产由积极财产与消极财产组成，积极财产包括物、权利以及各种具有财产价值的事实上的利益，消极财产则包括营业上的交易以及其他基于营业产生的一切债务，即只要营业转让合同中没有特别排除，营业资产的范围不仅包括各种有形无形的财产，还包括客户的介绍、营业秘诀的传授等事实利益，甚至还包括基于营业所产生的一切债务。不过，当事人之间可通过约定来限定转让营业资产的范围。当然，如果某项资产转让不构成营业转让，其转让的财产范围就不包括合同中未曾明确的财产。^① 这样的规则应大致妥善解决转让当事人之间关于营业资产范围的争议。

由于美国不存在明确的营业资产的概念，故关于所转让资产的范围，原则上以协议中的约定为准，即：协议中特别约定转移该资产的，该资产属于转让的范围；如协议中无约定，则该资产不属于转让的范围。也许，对于当事人之间关于转让资产范围的争议，美国法院根据个别事例的具体情况也可作出合理的解决。可是，正因为美国法上不存在营业这个概念，法院对此类问题难以形成一个统一的认识，故当事人当然也就无法对结果形成一个准确的预期。从这点看，确定明确的营业转让概念对于解决这类问题应更为有效。

2. 转让人的竞业禁止义务^②

关于转让人是否负有竞业禁止义务，日本、韩国、意大利以及中国澳门等大部分大陆法系国家与地区的法律均对此予以明文肯定。同时，

^① 宇田一明『営業譲渡法の研究』（中央経済社 1993年）85頁。

^② 详见第三章之二、三中的论述。

鉴于转让人与受让人如同时经营同一营业，又有可能产生协同效应与规模效应而双赢，日本法、韩国法同时也允许转让当事人可以特约免除转让人的竞业禁止义务。当然，如某项资产不构成营业转让，自然就不适用关于竞业禁止义务的规定。而同属大陆法系的德国、法国虽无明文规定转让人的竞业禁止义务，但其学说与判例却倾向于肯定在当事人无约定情形下转让人的竞业禁止义务。因法律及判例的态度明确，且允许当事人之间自由约定，故这些国家及地区的制度可妥善解决转让当事人之间关于竞业禁止义务的争议。

而在美国法上，制定法并未规定资产转让人的竞业禁止义务。不过，美国有判例曾表明，商誉的转让人不得进行诱引原营业顾客等不当且欺诈的行为，这可在某种程度上弥补与明文规定竞业禁止义务的日本法的差距。

（二）转让方债权人的利益保护^①

关于营业转让中转让方债权人的利益保护，鉴于仅依据民法规定及学理解释难以充分保护债权人的利益，德国、日本、韩国等多数大陆法系国家均依据外观保护与营业财产担保的法理，立法明文肯定在受让人继续使用转让人的商号或发出承担营业债务公告的情形下受让人的清偿责任。这样规定既具有一定的现实合理性，又在理论上具有某种程度的正当性与说服力，且实际解决了一部分尤其是欺诈性营业转让中的债权人保护问题。法国法则通过建立营业转让的登记公告制度以实现对债权人利益的保护。而意大利、中国澳门则由于受到了新的企业法律概念的影响，直接规定受让人对原转让人的债务承担连带责任。

美国制定法并未明文规定资产受让方应承担原营业上的债务，但其判例法依据实质存续与事实合并等后继者责任的法理肯定了在某些情形下资产受让方承担清偿债务的责任。概观这些判例，其依据的无外乎是转让方解散，受让方使用了转让方的商号、继承原有的生产线以及营业业务等理由。这实际上与日本法根据受让人是否继续使用转让人的商号来区分受让人承担债务的责任有某些类似之处，所不同的是前者只是将继续使用商号作为考虑的因素之一，而后者则将继续使用商号视为受让人承担债务的充分条件。

^① 详见第四章之二、三中的论述。

（三）股东利益的保护^①

为维护营业转让中股东的权益，日本公司法规定公司进行全部营业或重要部分营业转让的，须得到股东大会的承认。关于此处营业转让的概念，日本判例与学说的共识为，与商法总则中的营业转让一致，即转让的对象财产至少应构成作为有机的整体而发挥功能的组织性财产。因此，如果只是单纯的财产转让，即使是重要的财产，因其对于股东的影响不是那么重大，也不需股东大会的决议。至于何为重要部分的判断，日本判例与学说均认为，不仅应从量的方面，还应从质的重要性方面进行判断。这样的处理既维护了股东的利益，同时又兼顾了经营效率与交易安全。此外，日本公司法还赋予了对营业转让持异议股东的股份回购请求权。

美国各州公司法以及 1999 年修订前的模范公司法均明文规定，公司转让其全部资产或实质性全部资产如果非为在公司的通常业务过程内，则需要通过股东大会的决议。而 1999 年修订模范公司法则将该规定改为：公司因资产处置而不能维持重要的继续中的营业活动的，需要通过股东大会的决议。关于全部资产转让的范围，特拉华州公司法明文规定全部资产的转让包含着商誉、营业权等的转让，但美国模范公司法以及大多数州的公司法并没有规定全部资产的转让必然包括商誉、营业权等无形价值的转让，从这点意义上来看，美国公司法上的全部资产转让的概念比大陆法系的营业转让概念要广。也就是说，在美国公司法上，不构成营业的财产转让也有可能引发履行股东大会决议程序的义务，但必须满足非为在公司的通常业务过程内或不能维持重要的继续中的营业活动等条件。关于何为全部及实质性全部的认定，虽然 1999 年修订前的模范公司法的正式解释认为该语句应为“全部或几乎全部”，但大多数判例并没有严格采用这一标准，而认为只出卖了部分重要资产也需通过股东大会的决议。从这点来看，美国法上的全部资产转让实际上也包含资产的重要部分的转让。至于在此情形下持异议股东的股份回购请求权，除极少数州公司法外，美国制定法则没有明文规定，但判例法则根据情况的不同灵活地确认了股份回购请求权。

^① 详见第五章之二、三中的论述。