

## 商法26条について

### A Study on Section 26 of Commercial Law

山本和子  
Kazuko YAMAMOTO

商法26条の規定が商号の続用の場合において、営業の譲渡を受けた商人に譲渡人の当該営業上の債務を負担させることとしているのは、譲受人が当該商号を続用することによって、営業上の債権者に対し、みずからが債務者であるような外観を創出したこと、あるいは債権譲渡の事実を知っていたとしても、譲受人による債務引受があるものと信じるのが普通であることによる。

しかし、商号の続用については、「同一の商号」に限られるのか、「類似商号」をどこまでそこに含めて良いのか、商号ではない「屋号」の続用はどうかなどの問題が生じる。

さらに、営業譲渡に関し、営業譲渡に近い「営業の現物出資」を認める判例が見られるが、「営業の賃貸借」あるいは「経営の委任」ではどうかといった問題もある。

最近ゴルフ場の預託金の返還を巡りいくつかの判決がだされており、それまでの一般の営業上の債権者とは異なった債権者であるゴルフクラブ会員をどのように扱うのか、さらに営業の現物出資あるいは経営の委任について言及するいくつかの事件から、これらの問題について考察する。

キーワード：商号，営業譲渡，営業の賃貸借，類推適用

trade name, assignment of business, lease of business, analogical construction

#### I. はじめに

営業譲渡とは、組織的一体としての営業、すなわち客観的意義における営業を一個の契約によって移転することである。実際に営業譲渡はどのような場合に多く利用されるのか、大きく分けて二つの場合がある。一つは企業の一層の発展を目指すという積極的動機もとづいて行われる再編成であり、企業分割のために行われる譲渡と個人企業の法人成りに際して行われる譲渡である。もう一つは、企業の経営破綻あるいは業績不振の部門の切り離しにともなうものである。例えば、債権者の執行を免れるために新会社を設立し、そこに従来の商号や営業財産を移転する場合があるが、これは債務を承継させないためである。この場合にも個人企業の法人成りが利用されることもある。これらの例では従来の企業の債権者が損害を被ることがあり、

これら債権者を保護する必要が生ずる。この問題を解決する方法として「法人格否認」の法理を用いることもできる<sup>1)</sup>が、後述する商法26条1項をめぐる裁判例もこれらの後者の事例における債権者救済の方法として機能している。

商法は営業譲渡に関して①譲渡人と譲受人の関係(24条, 25条), ②譲渡の当事者と譲渡人の債権者または債務者との関係(26条~29条), ③会社の内部手続き(127条, 245条, 有40条)の規定をおいている。本稿ではこの②の場合の主として26条1項についての考察をするものである。

#### II. 商法26条1項の立法趣旨の捉え方について

営業譲渡がなされたとしても、債務の移転手続きをしない限り、譲受人は譲渡人の営業上の債務について、

当然には債務者とはならない。しかし、26条1項は営業譲受人が譲渡人の商号を続用する場合に、譲渡人の債権者に対する譲受人の責任を認めるが、その立法趣旨の解釈については次のように見解が分かれる。

#### 1. 通説<sup>2)</sup>

営業譲渡がなされた場合において、営業の譲受人が譲渡人の商号をなお続用しているときには、営業譲渡人の債権者としては、営業主が交代したことを知らないか、またはこれを知っているときでも譲受人が債務を引き受けているものと考えることが予想される。そこで、譲渡人の債権者においては債権譲渡の知・不知を問わず、譲渡人の営業活動によって生じた債務については、譲渡人のみならず、譲受人にも弁済責任を認め、この両者の責任は重畳的債務引受であり不真正連帯債務であるとする。裁判例も多くはこの立場によるものである<sup>3)</sup>。この立場は、商法26条1項を外観信頼の規定と解している。

#### 2. 担保説<sup>4)</sup>

通説の考えに従い、外観信頼の規定と解するならば、債権者保護は善意の債権者に限れば良いことになる。そして悪意の場合に保護を与えないというなら、企業の倒産時に営業譲渡がなされるときに、営業譲渡を知っている債権者はこの規定による保護を与えられないことになる。このような批判をする立場からは、26条1項は、外観信頼保護に基づく規定ではなく、営業上の債務は営業財産が担保になっていると認められることから、債権者を保護するために営業譲受人に債務引受を義務づけたと解している。

#### 3. 折衷説<sup>5)</sup>

通説の考えに担保説を取り入れ、譲受人が譲渡人の商号を続用する場合においては、営業上の債権者は営業主の交替を知りえず、譲受人たる現営業主を自己の債務者と考えるか、または営業譲渡の事実を知っているとしても、譲受人による債務の引き受けがあったものとするのが常態であって、いずれにしても譲受人に対して請求をなし得るものと信ずることが多いのみならず、営業上の債務については営業財産がその担保となっているものと認められるとして、26条の立法理由を通説と担保説双方に求める。

#### 4. 悪意者除外説<sup>6)</sup>

通説によりながら、信頼保護のもたらす外観が二つの側面から成り立っていることを指摘し、外観に悪意である債権者に対しては、譲受人の責任は生じないとされる考え方である。譲渡人の営業上の債権者は営業

譲渡の局外者であるため、(a)営業譲渡の事実を知らないで、商号の存するところに債務者がいると考えて(商号続用による債務者同一性の外観に信頼して)、あるいは(b)営業譲渡の事実(営業主の交替)を知っているが、譲渡当事者間で第三者(債権者自身)のためにする債務引き受け契約があったものと考えて(商号続用による債務引き受けの外観に信頼して)、譲受人に対し弁済を請求することが多い。26条1項はこの場合における(a)型外観または(b)型外観に信頼する債権者を保護するために、譲受人が譲渡人の営業によって生じた債務につき譲渡人とともに弁済の責任を負うものと定めている。この場合の債務引受については、債権者を当事者に加えずに第三者としての債権者のためにする債務引受契約が譲渡人と譲受人との間に存するかのように見える場合に限定されることになるが、譲渡当事者間では営業譲渡契約は一般に営業上の債務も引き受ける趣旨と解される判例<sup>7)</sup>があるので、第三者(債権者)のためにする債務引受契約は営業譲渡契約中に黙示されている場合<sup>8)</sup>が多く、してみれば、当事者間で営業譲渡の債務を引き受けない旨の特段の合意があった場合を、b)型外観(債務引受の外観)に捉えるべきであるとされる。

しかし、26条1項がこのように性格の異なる二種の誤認を商号続用という単一の要件のもとに救済しようとしていると見ることは、同条項の趣旨の理解を困難にするであろうという指摘がなされている<sup>9)</sup>。なぜなら営業主体の同一性に関する誤認との関係では、商号の続用を債権者救済の要件とすることには問題がないとしても、債務移転に関する誤認が商号の続用を原因として生ずるとは通常考えられないので、かかる誤認を救済するために商号続用を法律上の要件として定めることには意味がないように思われるとされる。この立場からは、営業譲渡の事実のみでなく債務引受の事実のないことにつき、悪意の債権者に対しては保護を与えないと解するのが妥当である。つまり譲受人が営業上の債務を引き受けないことの合意があることを知っていれば、予め債権保全の手段を講じることができから債権者を何ら保護する必要はないのである。

以上のように、26条1項の立法趣旨の捉え方が異なっている上に、同条項適用する上で「商号の続用」と「営業譲渡」の2点をどのように理解するかが議論されてきた。そこで以下では、これらの問題について判例の動きを見てみることにする。

### Ⅲ. 商号の続用に関する問題点

#### 1. 商号続用について

商号の続用として、全く同じ商号を使用する場合は勿論であるが、以前の商号に何らかの字句を附加して使用した場合<sup>10)</sup>や、取引通念上以前の商号を継続使用していると認められる場合<sup>11)</sup>も続用を認める。この場合は同一商号でなくても前後両商号が主要部分を共通にしていればよいとする。しかし会社の種類を異にし、「新」の字句を附加した場合には商号の続用にあたらぬとする最高裁判決<sup>12)</sup>がある。

さらに商号の続用か否かについては、形式的に商号の共通性のみを問題にするのではなく、譲渡人と譲受人の営業主体の人的構成上の関連性や、営業目的、得意先に対する通知、その引継の有無、営業譲渡の動機等諸般の状況をも斟酌してよいとする判例<sup>13)</sup>も存する。

以上のように判例はかなり積み重ねられてはいるが、細かい解釈には必ずしも見解の統一は見られず、相変わらず問題を残しているという指摘<sup>14)</sup>は正しいであろう。

この点について私見は通説の主張されるように、26条の規定の趣旨は外観を信頼したものを保護する規定と捉えるが、その外観への信頼はただ商号の続用のみによってなされるものではなく、それとともに新旧の企業の実態が外観上継続性があると見られるところに譲受人に対する帰責事由があるものと解する。

以上のことから、26条1項の商号の続用について、形式的な商号の続用のみが要件ではなく、これ以外にもこの規定の適用を肯定せしめる事由があるとの論<sup>15)</sup>に肯んじざるを得ない。

#### 2. 屋号・名称の続用について

商号の続用について、前述のように、未だその立法趣旨からさらに続用の範囲まで議論がされているが、さらに商号の続用とは言えないが、それに類する例も存する。

それは商号の他に「屋号（営業の名称）」を用いている企業が、専ら「屋号」で知られている場合に、営業の譲受人がその「屋号」を自らの商号にしたり、あるいは商号は別で「屋号」のみを続用している場合である。商法26条の立法趣旨として、譲渡人と譲受人の別異性の認識が困難であるとの部分を捉えるならば、商号よりも「屋号」で知られている企業であれば譲渡人と譲受人の「屋号」が同一であれば、営業の譲渡が外部から判別できない場合も出てくる。ただし、商号が

続用されても「屋号」が異なれば別個の企業であるとの認識を有するか否かは前述の1.の問題となる。

この点に関し、いくつかの事例を見ていくことにする。

#### ①ホテル海山荘事件<sup>16)</sup>

〈商号に関する事実〉

株式会社下田観光ホテル海山荘が大洋興産株式会社に営業譲渡したが「下田観光ホテル海山荘」の屋号をそのまま使った。

〈判旨〉商法26条1項の適用

商法26条1項が譲受人に譲渡人の営業上の債務を負わせたゆえには、商号が続用される場合は、営業主の交代を債権者が認識するのは容易でなく、交代があったことを知らないために譲受人に対して債権保全の措置を講ずる機会を失するおそれが大きいことに鑑みて、個々の具体的な知、不知を問わず、商号の続用を要件として、法定の責任として譲渡人と同一の義務を負担させることとしたものと理解される。（もし、一般的に営業譲渡があれば譲受人による債務引受があったものとするのが債権者の常であるとか、ただ単に営業上の債務は営業財産を担保にしているとかの理由によるものであるならば、商号続用の有無と係りなく営業上の譲受人全部について同様の法定責任を負担させて然るべきであり、商法26条1項が商号の続用を要件に掲げたことは無意味なことになる）。

そうだとすれば、商法26条1項にいう「譲渡人の商号を続用する場合」とは、譲渡人の号を譲受人が「商号」として続用する場合だけでなく、譲渡人が自己の商号を同時に営業自体の名称（この意味で「屋号」と呼ぶことにする）としても使用していたものであるときは、譲渡人の「商号」を譲受人が「屋号」として続用する場合をも包含するものと解釈するのが相当である。けだし、後者の場合にも、商号続用のゆえに、営業主の交代を債権者が容易に知り得ないことは、前者の場合と大きな差異はないと考えられるからである。

#### ②丸正商店事件<sup>17)</sup>

〈商号に関する事実〉

有限会社丸正園は丸正商店と丸正園の屋号で土産物店を営業していたところ、これを有限会社朱鷺に譲渡したが丸正みやげ店と丸正園の看板はそのまま、店舗、従業員、設備、電話、仕入先、包装紙等の屋号はそのまま丸正商店あるいは丸正園を使用していた。

〈判旨〉商法26条1項の適用

本件におけるように、営業譲渡の前後を通じて営業

の外形にほとんど変化がなく、屋号が商取引上当事者を特定する上で重要な機能を営んでいる場合において、営業譲受人が譲渡人の屋号を使用することは、営業債権者が営業主の交替を容易に知り得ないときは、狭義の商号が続用される場合と何ら変わらないと考えられるから、このような場合も「譲渡人の商号を続用する場合」に含まれると解するのが相当である。

### ③徳泉閣ホテル事件<sup>18)</sup>

#### 〈商号に関する事実〉

有限会社徳泉閣ホテルはその経営する徳泉閣ホテルを三優商工株式会社他に営業譲渡し、譲受人は徳泉閣ホテルとして営業を継続した。

#### 〈判旨〉商法26条1項の類推適用。

商号の続用がある場合においては、譲渡人の営業上の債権者が、営業主体の交替を知ることができないため、または、その事実を知っていたとしても譲受人が当然債務を引き受けたと考えがちなため、債権の保全措置を講ずる機会を失うことが多いところから、譲渡人の債権者を保護しようとするものと解されるが、営業譲渡に伴い続用されるものが、譲渡人の商号そのものではなくその屋号である場合であっても、その屋号が商号の重要な構成部分を内容としているときは、譲渡人の債権者にとっては、右と同様な事情があると見るべきであり、したがって、少なくともこのような屋号が続用される場合については、商法26条1項の規定を類推して、譲渡人の債権者を保護すべきものと解するのが相当である。

### ④湯の郷観光カントリー事件<sup>19)</sup>

#### 〈商号に関する事実〉

訴外Aは、「湯の郷カントリークラブ」の名称でゴルフ場を経営していたが、この営業を湯の郷観光開発株式会社に譲渡し、譲受人は「湯の郷カントリークラブ」の名称のまま営業を続け、会員らに説明もなかった。

#### 〈判旨〉商法26条1項の類推適用

商号そのものではなくとも、営業上使用される名称が営業の主体を表示する機能を果している場合には、26条1項の趣旨は及ぼされるべきであり、同条を類推して、名称を続用した営業の譲受人の弁済義務を認めるべきものと解するのが相当である。

湯の郷観光は訴外会社から営業を譲り受けた後も、本件ゴルフ場の経営を「湯の郷ゴルフ倶楽部」に改めるまで「湯の郷カントリークラブ」の名称を続用し、ゴルフ倶楽部を示すマークも訴外会社経営当時のものを続用していたことは前記認定の通りであるところ、

ゴルフ倶楽部の名称は商号そのものではないが、ゴルフ場の経営については、その経営主体の名称が使用されるよりは、そのクラブの名称が使用されるのが一般的で、ゴルフクラブ会員権者は当該ゴルフクラブの名称を使用する者に対し権利を有する者とするのが通常であり、ゴルフ場の営業については、一般にはゴルフクラブの名称によって営業の主体が表示されるものと理解されている。

したがって、被告湯の郷観光が、訴外会社において使用していた「湯の郷カントリークラブ」の名称を継続して使用していたことについては、商法26条の商号の続用に準じて考えるのが相当である。

### ⑤九段ゼミナール事件<sup>20)</sup>

#### 〈商号に関する事実〉

本件営業の譲渡人は自己の商号「株式会社九段ゼミナール」を同時に営業自体の名称である屋号「九段ゼミナール」として使用していたところ、譲受人である「株式会社九段学園」が「九段ゼミナール」の屋号を引き続き続用した。

#### 〈判旨〉商法26条1項の適用

譲渡人が自己の屋号を同時に営業自体の名称（いわゆる「屋号」）としても使用しており、この譲渡人の「商号」を譲受人が「屋号」として引き続き続用する場合も、営業主の交替を債権者が容易に知り得ないことは、商号続用の場合と大きな差異はないと考えられるからである。

### ⑥ウィルソンゴルフクラブ事件<sup>21)</sup>

#### 〈商号に関する事実〉

岩瀬観光開発株式会社が「ウィルソンゴルフクラブジャパン」の名称で経営していたゴルフ場を株式会社北関東石油に営業譲渡したが「ウィルソンゴルフクラブジャパン」の名称を続用した。

#### 〈判旨〉商法26条1項の類推適用の否定

商法26条の規定は、商法第四章の商号の部分に規定されているのであるから、類推適用にあたっては、商号の同一性も考慮して、商号の続用と同視することができるか否かを検討すべきである。

本件営業譲渡当時において、譲渡人の商号は「岩瀬観光開発株式会社」であるのに対し、譲受人の商号は「株式会社北関東石油」であって、共通点ないし類似性は認められず、また変更された被告の現在の商号である「株式会社日本エネルギー商事」と「岩瀬観光開発株式会社」との間にも、共通点ないし類似性は認められない。そして、商号である「岩瀬観光開発株式会

社」とゴルフクラブの名称である「ウィルソンゴルフクラブジャパン」との間にも、共通点ないし類似性がない。

亦、ゴルフ場の経営においては、ゴルフクラブの名称が営業上使用され、営業の主体を表示する機能を有してはいるが、そうであるからといって、その経営会社の商号が営業の主体を表示する機能を果たしていないということはないのであって、証拠(略)によれば、本件ゴルフ会員契約による会員資格保証証書・法人正会員証には、ゴルフクラブ名とともに経営会社の商号が表示されていること、本件営業譲渡を通知した「ごあいさつ」と題する書面でも、被告の商号が会員らに対して示されていること、被告の会員らに対する年会費の請求書にも、被告の商号が示されていることが認められる。そうすると、ゴルフクラブの名称のように営業上使用される名称が続用されていたとしても、債権者は経営主体の変更を認識しうるのが通常である。

#### ⑦春日居ゴルフ倶楽部事件<sup>22)</sup>

〈商号に関する事実〉

株式会社春日居観光開発が「春日居ゴルフ倶楽部」という名称のゴルフ場を株式会社春日居ゴルフ倶楽部に営業の賃貸借<sup>23)</sup>をし、賃借人に対しゴルフクラブの会員が預託金の返還請求をしたものである。

〈判旨〉商法26条1項の類推適用

ゴルフ場の経営については、その経営主体の名称が使用されるよりはゴルフ場(ゴルフクラブ)の名称が使用されるのが一般的で、ゴルフ場の利用者はそのゴルフ場の名称に着目していることに照らすと、営業の賃借人がゴルフ場の名称を商号に続用する場合には、…商法26条1項の規定を類推適用して当該賃借人の債権者を保護すべきものと解するのが相当である。

#### ⑧道成寺カントリー事件<sup>24)</sup>

〈商号に関する事実〉

(旧)株式会社道成寺カントリークラブは「道成寺カントリークラブ」の名称でゴルフ場を経営していたが、その後ゴルフ場は名称を変更することなくA株式会社により経営され、さらに次いで(新)株式会社道成寺カントリー<sup>25)</sup>を商号とする会社により経営されてきた。A会社はその営業を(新)道成寺カントリーに譲渡したのではなく経営の委任<sup>26)</sup>であると主張した。

〈判旨〉商法26条1項の類推適用

本件ゴルフクラブの開場以来現在に至るまで、その経営主体は、本件ゴルフクラブの名称である「道成寺

カントリークラブ」をその営業を表示する名称として称してきたものと推認することができる。他方で、Aから(新)道成寺への経営主体の変更の事実のみならず、旧道成寺からAへの経営主体の変更の事実も本件ゴルフクラブの会員には通知されなかったと言うのである。

…ゴルフクラブの会員とその経営主体との間の法律関係が専ら当該ゴルフクラブの会則等により規律されることに鑑みると、新…道成寺は本件ゴルフクラブの会員に対する関係においては、みずからが債務者であるような信頼を生じさせる外観的事実を創出したものといえる。これに加えて、新道成寺は控訴人らが、資格保証金を預託した当時の本件ゴルフクラブの経営主体(旧道成寺)と同一の商号を使用していることをも併せ考えると、少なくとも本件各預託金の返還債務については、たといAと新道成寺の間において新道成寺が本件ゴルフクラブの会員に対する預託金返還債務を承継しない旨の合意がなされていたとしても、新道成寺は、商法26条1項の類推適用により、これを弁済する責任を負うものと解するのが相当である。

#### 3. 判例に見る商号続用の問題点

以上の7件の判例から読みとれることは、商法26条1項の保護の対象を商号の続用のみでなく、屋号あるいは名称の続用にまで広げて認めるとしても、その範囲をどのように画するかにある。そこで問題になるのが商法26条の立法の趣旨の捉え方の違いである。

前述の①②③⑤の事例においては、譲渡人はその商号と屋号をほぼ同じくしており(もともと会社組織名が商号にあたりする)、譲受人が譲渡人の屋号を続用するものである。これらの事例で①②⑤については商法26条1項の適用を認め、③については類推適用としている。この違いは商法26条1項の解釈の違いに帰するものようである。すなわち前者については、「商号が続用される場合は、営業主の交代を債権者が認識するのは容易ではなく、交代があったことを知らないために譲受人に対して債権保全の措置を講ずる機会を失うおそれが大きいことに鑑みて、個々の具体的な知、不知を問わず、商号の続用を要件として、法廷の責任として譲渡人と同一の義務を負担させることとしたものである」と解するので、商号の同一性のみに着目すればよいことになる。従って、厳格に商号の一致する場合のみかそれを屋号にまで広げるかの問題となり、商号のもつ機能と屋号のもつ機能に同一性を認めれば

商法26条1項を適用できることとなる。

これに対し後者の例は26条1項を前出の通説的見解<sup>26)</sup>をとり、「商号の続用される場合は営業主の交代を知らないか、知っていても譲受人による債務引き受けがあったものとする」として、③の事例のように屋号が商号の重要な構成部分を占めている場合に、譲受人がその屋号を続用していれば26条1項の類推適用を認める。

以上の例は、26条1項の趣旨については解釈が異なろうとも、一つの点で一致している。商号の続用の範囲を広げるについて、譲渡人の商号及び屋号との間の類似性と譲渡人と譲受人の屋号の同一性を要件としている。しかし、商号と屋号が債権者にとって明確に別のもので認識されず、むしろ屋号がその営業主体として認識されている場合であれば、これらの要件は不要となろう。その点について④⑥の事例が参考になる。

④⑥の事例ともにゴルフ場の営業譲渡であり、譲渡人と譲受人の商号には関連性がなくゴルフ場の名称と譲渡人の商号にも全く類似性はない。このような場合に譲受人がゴルフ場の名称を続用した事例である。ところがこの2例は結論を異にする。④の事例は商法26条1項の立法趣旨を前記①②⑤と同様に解した上、ゴルフ場の経営についてはその経営主体の名称が使用されるよりは、そのクラブの名称が使用される方が一般的であるとして26条1項の類推適用を認めた。他方⑥の事例では、26条の立法趣旨を、通説と同様、商号の続用の場合には営業主体の交代を知ることができないし、知っていたとしても譲受人が債務を引き受けたと考えがちなため債権保全の機会を失うことが多いことから26条1項を債権者保護の規定であると解しながら、その適用範囲については26条の規定が商法第四章の商号の部分に置かれていることから、商号の同一性からは大きく離れられないとする。しかし、この判決には矛盾があり、本件のように譲渡人と譲受人の間には商号に関してはまるで共通点がなく、名称のみ続用されている場合には他の理由を持ち出すまでもなく26条1項の類推適用を否定すればよい。それを両ゴルフクラブの内情を細かく比較検討し、名称が続用されていたとしても、債権者は営業主体の変更を認識するのが通常であるとしている。26条1項は債権者が営業主体の交代をたとえ知ったとしても譲受人が債務引き受けしたのと考えるのが通常であるから譲受人に責任を負わせているとしている部分をどう説明するのか。このような内情をもって商号の続用に当たらない

とするなら、形式的な商号の同一性を論ずることに無理があろう。

結局本判決は26条1項の趣旨を債権者の外観信頼の保護にあるとしながら、商号の続用があるか否かは、単に形式的に共通性を問題にするだけでなく、譲渡人と譲受人の営業主体の人的構成上の関連性や、営業目的、得意先に対する通知、その引継の有無、営業譲渡の動機等諸般の状況をも斟酌して判断するものであろう。

では同様なゴルフ場の事例として⑦と⑧を検討してみると、共に26条1項の類推適用が認められた事例である。そして⑦では譲渡人の商号とは異なる名称のゴルフ場を譲受人がその名称をそのままにかつ自らの商号にも使用している。⑧では商号と名称を同じくしていたゴルフ場がいったんは別の商号の会社に吸収されたが最終的には同一商号の譲受人に譲渡されたものである。

この2つの例は幾分の相違はあるにしても、譲渡人と譲受人の間には名称の続用と共に商号あるいは名称から商号への続用も見られることである。その点では前述④⑥とは異なり、曲がりなりにも商号の続用の類推を認める余地があり、無理に名称の続用の例として挙げることはない。

#### IV. 営業譲渡に関する問題点

商法26条1項は営業譲渡の場合において同一の商号を続用する場合についての規定であるが、営業譲渡類似の事例について本条の適用あるいは類推適用の余地はないかが問題となる。以下に営業譲渡以外の事例について商法26条1項が問題とされた例を挙げる。

##### 1. 現物出資の例 鉄玉組事件<sup>27)</sup>

〈事実の概要〉

Aの個人企業である「鉄玉組」が法人成りをして「株式会社鉄玉組」(Y会社)とした場合に、鉄玉組の債権者が会社に債務の支払いを求められるかが争われた。第一審はAとY会社とは実質的に異ならないとして、法人格否認の法理によりY会社の指揮人を認めた。控訴審はAとY社の別人格性を認めY社の債務の承継を否認した。

〈判旨〉

「商法26条は、…営業の現物出資を受けて設立された会社が、現物出資をした者の商号を続用する場合に関する規定ではないが、営業を譲渡の目的とする場合と営業を現物出資の目的とする場合とでは、その法律的

性質を異にするとはいえ、その目的たる営業の意味するところは全く同一に解されるだけでなく、いずれも法律行為による営業の移転である点においては同じ範疇に属するのであって、これを現物出資の目的とした者の債権者から見た場合には、その出資者の商号が現物出資によって設立された会社によって続用されているときは、営業の譲渡を受けた会社が譲渡人の商号を続用している場合と同じく、出資の目的たる営業に含まれる出資者の事故に対する債務もまた右会社がこれを引き受けたものと信頼するのが通常の事態と考えられるのである。したがって、同条は、営業が現物出資の目的になった場合にも類推適用され…」

「会社の商号が（営業の現物出資）又は譲渡人の商号に会社の種類を付加したにとどまる場合においては、未だ商号の同一性を失わないものと解すべく…」として26条の適用を考慮しなかった原審判決を破棄した。

〈本判決の意義〉

本判決は26条の立法の趣旨が債務移転の外観に対する債権者の外観保護にあるとする通説の立場と同じくする。さらに本判決は営業の現物出資について26条が類推適用されうるとしたことと本条の解釈に商号に会社の種類を付加した場合も「商号の続用」に当たるとして下級審・学説<sup>28)</sup>の見解を初めて最高裁として認めたものである。

しかし、本判決が営業譲渡でない営業の現物出資にも本条の類推適用を認めたとして新解釈をしたものと評価する事には同意できない。なぜなら、このような法人成りであったり、新会社設立による債権者の追求をかわす手段としての営業の譲渡・現物出資は厳密に分けられるものではない。なぜなら、26条の立法趣旨がこれらの法人格否認の事例ともされるものを予定していたのではなく、実質上は別会社であるにもかかわらず営業譲渡に際して同一の商号を用いている場合に特別の責任を負わせたものと考えられるからである。

## 2. 営業の賃貸借の例

### ①甲田ゴルフ場事件<sup>29)</sup>

甲田ゴルフ倶楽部を経営する株式会社甲田ゴルフ倶楽部（A）が甲田ゴルフ倶楽部株式会社（Y）を設立し、両者の間で「資産譲渡契約」、「ゴルフ場賃貸契約」及び「ゴルフ場経営委任契約」を結んだ。Aの債権者に対しYは、Aとの間の契約は経営の委任であって、営業の譲渡や営業の賃貸借ではなく、商号も既に変更されていて続用の状態にないから、商法26条1項の責任を負わないと主張した。

〈判旨〉

本件各契約は、別個の契約の形式をとっているが、…債務の支払いに窮していた本件ゴルフ場の存続を図ることを目的として、同一の機会に締結されたものであり、AおよびYによって一体のものと認識されている。…YはAから有機的一体となった本件ゴルフ場の営業を承継したものと認めることができる。…本件各契約に基づくAとYの法律関係は営業の賃貸借と認めるのが相当である。

そして、営業の賃貸借も、法律行為による永劫の移転であって、賃借人は、その営業から生じる権利義務の主体となり、営業上の信頼を保護すべき点においては、営業の譲渡における場合と基本的に変わるところはない。特に、本件においては、YはAのほとんど唯一の事業を賃借し、同社が負担していた債務の一部を引き受け、本件ゴルフ場の固定資産税も負担するというものであって、契約上の期間も十年間と長期であり、将来Aが再び本件ゴルフ場の運営を行う可能性はほとんどないものと考えられることからすれば、実質的には営業の譲渡ときわめて類似するものといえる。したがって、少なくとも本件においては、営業の譲渡ではなく営業の賃貸借であっても、商法26条1項が類推適用されるものと解するのが相当である。

### ②春日居ゴルフクラブ事件<sup>30)</sup>

本件は前述Ⅲの2の⑦の事例である。

〈判旨〉商法26条1項の類推適用を認める。

営業の賃貸借とは、営業の全または一部を他人に賃貸しする契約をいい、単なる営業用財産の賃貸借ではなく、一定の営業目的により組織化されて社会的活力を有する一体としての機能的財産の賃貸借であり、営業の賃貸借の場合においても、営業の賃借人は外部に対してその営業の主体となり、その営業から生ずる権利義務の帰属者となることにおいては、営業の譲受人と何ら異なるものではないというべきであるから、営業の賃借人が賃貸人の商号を続用する場合においても商法26条1項を類推適用すべきものと解するのが相当である。

〈①②判決の意義〉

両判決は商法26条1項を営業譲渡の場合に限らず営業の賃貸借の場合に類推適用を認めたものである。しかしこの2判決には同一であるとは言えない部分はある。

①の事例では営業の賃貸借に対する類推適用を認めるについて、「本件においては、実質的には営業の譲渡

ときわめて類似する」と述べて、他の事例にまで単に営業の貸貸借の一事のみをもって類推できるとはしていないのである。それに対し、2の事例では特に「この件に限って」という言い方はされていないので広く貸貸借一般について26条1項の類推適用を認めたものとされよう。

ただこの場合でも判旨には現れていないが、事実において営業の貸貸人と貸借人が親会社であることが影響していなかったかが疑問である。その点からいえば、①の事例よりさらに貸貸借ではなく営業譲渡あるいは会社の同一性を認めやすかったのではないかと思われる。

#### 〈学説〉

営業の貸貸借に26条1項を類推適用するか否かについては、多数説は判例と同様にこれを容認する<sup>31)</sup>。しかし、貸借人が貸貸人の債務を引き受ける旨を通知・広告した場合にのみ貸借人の責任を認めるとして、これは商法26条1項ではなく28条の類推適用をすべきだとする見解<sup>32)</sup>がある。この考えは営業の貸貸借の場合には26条の類推の余地はないことを前提にし、28条は商号の続用とは無関係に債務引受の広告・通知をした場合に禁反言の法理によって譲渡人の債権者に対する責任を認めるので、この法条を類推適用すべきであるとする。しかし26条と28条は全く無関係な条文ではなく、営業譲渡がなされる場合に、商号が続用されるか否かで26条あるいは28条が適用されるのであって、そもそも営業譲渡とは関係ないのであれば、両法条共に適用あるいは類推適用の余地がないと考えるべきである。

### 3. 経営の委任

経営の委任に関する判例は未だないようである。

経営の委任とは他の者に営業の運営を委託する事である。これは営業の貸貸借とは異なり、対外的にも営業の委託者が営業の所有者であり、営業から生じる権利義務が帰属する。

しかし対内的に、営業が受任者の計算で行われる場合と委任者の計算で行われる場合がある。前者を狭義の経営の委任といい、後者は経営管理契約であり、受任者は一定の報酬を受けるにすぎない。

経営の委任に関しては、このどちらの場合も商法26条1項の類推適用を否定される見解が多い。その理由としては、狭義の経営委任については、一定の営業目的によって有機的に結合された組織的一体としての財産を他の者に使用、収益させる点では営業の貸貸借と

同様であるが、営業の貸貸借においては、貸借人の名で営業がおこなわれるのに対して、狭義の経営の委任では、委任者の名で営業が行われる点で両者は異なる。また、経営管理契約では、営業が委任者の計算および名で行われることから、委任者の営業によって生じた債権及び債務に関して、その相手方を保護する必要はないとされる<sup>32)</sup>。

また、営業の貸貸借の本質は貸貸人が貸借人にある物の使用および収益の権利を与えることに存するのであって、その使用収益のためにする行為が何びとの名をもってなされるかは、貸貸借自体とは直接関係がない別個の問題に属するとする見解がある<sup>33)</sup>。すなわち、営業の貸貸借と経営の委任とは、全く法律上の性質を異にする契約と見るべきではなくして、むしろ前者は民法の規定する貸貸借の方に直接あてはまる場合であるのに対し、後者はそれが実際取引において作り出された特殊な形式をとる場合として特徴づけられるべきで、その意味において、狭義の経営の委任は形式の自由な貸貸借であるとされる。しかし委任者の営業から生じた債権債務については、対外的には経営が依然として委任者の名をもって行われるから、26条以下の規定を類推適用するまでもなく、債権者および債務者につき格別な危険は生じないとして多数説同様26条1項の類推適用を否定する。

経営の貸貸借において商号の続用がなされる場合と狭義の経営の委任とでは、外観上の営業者は貸貸人、委任者であり、内的法律関係ではその営業上の損益は貸借人、受任者に帰属する点には変わりがない。その間の事情に疎い貸貸人あるいは委任者の債権者からすれば、現に経営の責任を負っている貸借人あるいは受任者に責任を追及する事も已むを得ないのではないかと考える。なぜなら、狭義の経営の委任において、委任者の「名」で経営を継続する事は経営の主体が委任者であることを示すと共に、まさに商法26条1項の経営の譲渡の場合に譲渡人の商号を用いている譲受人の場合との別異性を不明にすることにもなるという結果を招いているからである。

## V. 結び

営業譲渡がなされる場合に商号が続用されることの問題点を「商号の続用」と「営業譲渡」の二面から判例・学説の状況を概観してきたが、まだ議論を整理し煮詰めることが必要とされている。

### 1. 商号の続用の捉え方について。



単に形式的に譲渡人と同一商号あるいはごくそれに近い商号が譲受人によって使われていれば良いのか、あるいは形式を超えて譲渡人と譲受人の実態に迫り、この両者が同一であるとの外観を有していることをもって商号の続用の要件とするかである。

この点については、26条の外観主義は基本的に維持すべきであり、商号の続用は外観の同一性を表す最も重要な要件であるが、その一事をもって十分ではないと考える。Ⅲの2に掲げた判例は「債権者の知・不知は問わない」などと述べ、外観の信頼がないところにも債務引受があるものとの信頼が存するとしている。しかし、営業譲渡の事実を知っている譲渡人の債権者が譲渡人によって債務が引き受けられたと信じるのが実際に多いのであろうか。債権者が商人であるなら、営業譲渡の事実を知れば何らかの債権確保の手段を講じると考える方が自然ではないかとの疑問が生じる。

多数説では、営業譲渡における商号続用が、営業譲渡の際に債務が承継されていなくても譲受人による債務の引受があったものと考えるのが常態であるとか、あるいは営業譲渡の形態としては、前営業主の債務を含めてすべての法律関係、事実関係を承継することを意味すると主張する。

しかし、この二つの見解は、その債務承継の有無について前提を異にする。前者は債務の承継はないことを前提にし、後者は当然承継されるものとする。当然承継説の立場に立てば、26条1項の譲渡人も債務者とする規定は、譲受人に対する規定ではなく、譲渡人の譲渡後における特別の責任になる。それならば同条2項の譲受人による登記・通知によって譲受人が債務の負担から逃れられるとすることは規定が誤っており、譲渡人がその債務を負担しなくて良いとする規定でなくてはならないであろう。

では前者の債務の承継は本来ないが、承継されたように見えるとは、債権者が営業譲渡の事実を知りながら、なおかつ債務承継があると信じるのが真に常態なのであろうか。

これまでの営業譲渡の例からは、業績不振に陥った企業がその営業を譲渡する例が多く、その際譲渡人の債権者が譲受人に対し債務の弁済を求めて争う事例である。この場合に、営業譲渡の事実を知らなければ、当然現に営業をしている譲受人に請求するであろうし、譲渡人に対し債権保全のチャンスも失っているであろうから債権者を保護する理由はある。しかし、営業譲渡の事実を知っている場合には債務が承継されるもの

と考えて、債権者は何ら譲渡人に対する措置を講じないとする見解は、債権者が商人である場合、または債務の承継がないことを知っている場合には同意できかねる。この場合の知っているとは26条2項による登記・通知以外の方法による場合である。

そうであるならば、26条1項の意味するところは、商号の続用により営業譲渡の事実を知らない債権者に対する規定であると理解し、形式的に商号の続用のみを厳格に解するのではなく、営業譲渡に伴う様々な事柄も考慮に入れて営業者の同一性を信じた者に対する規定であると解する。

以上のことから、商号の同一性は債権者の立場から見ると同一か否かを判断すべきで、判例のように「新」の一字をつけることは、譲受人側は譲渡人とは別人各であることを意図したとしても、債権者から見てそのようには受け取れない事情があれば、26条1項の適用が認められるべきである。

さらに商号ではない「名称」の続用について、商号により取引していた債権者以外については、営業者を表す「名」として商号よりその名称を用いていたのであるなら、商号の同一性と同様に考え類推適用することが妥当である。特に前述したゴルフ場の事例は、ゴルフ場会員の預託金の返還請求権という一般の営業に伴う債権者とは性質を異にすることに注意が必要である。預託金返還は会員がすべてその請求をする者ではなく、退会しなければ必要がないし、退会の時期も入会の時期から隔たっている場合もある。その間会員は譲受人のゴルフクラブで譲渡人の時と同様に会員として扱われている。たとえ譲受人たるゴルフクラブが会員に対し、譲渡人のクラブではないことを通知したあったとしても、新たに会員契約をするのであれば、会員は譲受人に対し譲渡人の場合と同様の期待をすることは自然である。これは通常の既に発生している債権とは別扱いをし、営業譲渡に当然伴う債務移転と考えることもできる。その点譲渡人に属する債権の種類にももう少し注目する必要がある。

また、たとえ譲渡人と譲受人の間に別の商号あるいは名称を用いる営業者があったとしても、その事実を債権者が知ることができなければ、同様に類推適用を認める余地がある。

名称については、本稿で扱った事例では同一名称を用いていたが、類似名称にまで類推の範囲を拡大できるか(例えば「新」を付け加えたとか)は、商号と同様に考えて良いのか問題が残る。商号と名称さらに新

旧企業の実態との総合判断が必要であることは変わらないが、考慮すべき要素が複雑になる。

## 2. 債権譲渡以外の形態に26条を類推適用するか。

判例・多数説は営業譲渡の他に、営業の現物出資と営業の賃貸借の場合に26条の類推適用を認める。しかし、前述Ⅲの①で取り上げた事例のように個人企業の法人成りの場合は、営業の譲渡がなされたものとして26条の適用を認めていたが、「鉄玉事件」は現物出資の場合であるとして26条の類推適用を認めている。実際に商法の現物出資に関する煩瑣な手続きを履行していたのであろうか。この点について見れば、第一審が営業譲渡自体を認定せず新旧企業の実質的同一性いわば法人格否認の法理と同様な視点で債務の承継を認めたのに対し、原審は新会社が別人格であり義務負担事由の主張がなされていないとして債務の承継を認めなかった。この判決が現物出資がなされた場合に26条の類推適用を認めるとの新解釈を示したことになる。その理由として揚げられているのは、法律行為による営業の移転である点においては同じ範疇に属すと見ることである。そこでこのような法人成りにおいて法律行為による現物出資がなされたか否かなのである。もし、これが事実上の営業移転に過ぎないなら、現物出資の段階を飛び越え事実上の営業移転にまで26条の類推適用を認めるということになる。そしてこのような個人企業の法人成りの場合は、営業譲渡なのか、現物出資なのか、あるいは財産引受なのか判然とは区別しがたいのが実状であると思われる。そういう意味では本件のような事例を26条の問題として取り込むよりは、第一審のように実質的同一性あるいは法人格否認の法理の問題として扱う方が理解を得やすいであろう。

さらに、営業の賃貸借についても、はっきりとその契約が営業の賃貸借と謳っているものではない。その営業の移転については複雑な契約関係を結び、賃貸借も経営委任も用語としては用いられていたりする。それを全体として、営業の賃貸借であると判断しているのである。

そうであるなら、前述したように営業の賃貸借と狭義の経営委任についてその実態、外観がほとんど同じであるとするなら、何をもちて賃貸借でありあるいは経営の委任とするのか明確に区別はできないのではないかとと思われる。厳密にこれは法律上営業譲渡であるとし、あるいは現物出資、賃貸借、経営の委任であると認定しなければ26条の適用、類推適用又は適用否定との結論を出せないのか疑問である。かえってそれら

の法律構成を無理に行うことによって、26条の本来の対象とするものを見過ごすおそれがありはしないか、例えば法律構成は困難であっても、事実上営業譲渡と同様な実態に見られる場合もあるのではないかと思われるので、それらの事例についてももう少し考察を深める必要がある。

## 注

- 1) 福岡高裁昭和43年10月16日判決 下民集19巻9-10号607頁は、「有限会社武藤電気商会」が商号変更後解散したが、ほぼ同時に「有限会社武藤電気商会」が設立され、両会社の本店所在地・代表取締役・営業目的・従業員が全く同一であるとして、会社制度の濫用であり、新会社と旧会社は同一の責任を負担するとした。
  - 2) 田中耕太郎『改正商法総則概説』344頁、大隅健一郎『商法総則(旧版)』318頁、田中誠二『全訂商法総則詳論』222頁、鴻常夫『商法総則補正第3版』135頁、神崎克郎『商法総則商行為通論』146頁。
  - 3) 後掲注21) 最高裁判決など。
  - 4) 服部栄三『商法総則第三版』418頁、志村治美『現物出資の研究』241頁、小橋一郎「商号を続用する営業譲受人の責任」『商事法の解釈と展望』16頁、近藤光男「営業譲渡に関する一考察」神戸法学年報三号78頁。  
なお、西原寛一『商法総則・商行為法I』107頁は「商号の続用の場合は、債権者の側より企業者地位の変更を認めることが困難であるのみならず、企業の同一性が完全に維持されていると見られるため、企業を本位として債権者を決定する本来の理論に従ったわけである。営業譲渡のあった場合、従来の企業活動上生じた債務は、当事者間においては移転するのが原則である。
- なぜなら、債権者は、企業の物的手段の担保価値を企業の収益性に着眼して、債権者となるのが常であるからである。」とされるのもほぼ同じ趣旨であろう。
- 5) 大隅、前掲新版318頁
  - 6) 喜多了祐『商法総則(店舗営業法上巻)』312頁。
  - 7) 東京高裁昭和26年9月12日判決 下民集2巻9号1076頁。
  - 8) 東京高裁昭和50年8月7日判決 判例時報798号

- 86頁
- 9) 渋谷達紀『現代企業法講座Ⅰ』231頁
- 10) この例として、「名和洋品店」→「株式会社名和洋品店」東京地裁昭和34年8月5日判決 下民集10巻8号1634頁、「第一化成工業株式会社」→「インサート工業株式会社」→「第一化成工業株式会社」東京地裁昭和42年7月12日判決 下民集18巻7・8号814頁などがあるが、このような小規模の企業の所有者が債務を免れるため新会社を設立して元の企業の実体と全く同一であるという場合に、従来の下級審は、営業の譲渡がなされたものと推認したうえで商法26条1項により、もとの企業の債務を新会社に引き継がせている。
- 11) マルト食品興業株式会社 → 「マルショウ食品興業株式会社」札幌地裁昭和45年12月25日判決 判例時報631号92頁、「株式会社社内外タイムズ」→「内外タイムズ株式会社」東京地裁昭和55年4月14日判決 判例時報977号107頁。
- 12) 東京地裁 昭和38年3月1日判決 民集17巻2号280頁。「有限会社社米安商店」→「合資会社新米安商店」この結論に賛成するものとして、宮田・法曹時報15巻5号67頁、実方・法律時報35巻13号102頁、喜多『商法総則』315頁、批判的見解として、大隅前掲329頁、境・民商法雑誌49巻5号709頁などがある。
- 13) 鈴木「営業譲渡と商号の続用」商法総則商行為判例百選第3版55頁
- 14) 東京地裁昭和54年7月19日判決 民集30巻5-8号353頁
- 15) 服部・商法総則421頁
- 16) 東京地裁昭和54年7月19日判決 判例時報946号110頁
- 17) 東京高裁昭和60年5月30日判決 判例時報1156号146頁
- 18) 東京高裁平成1年11月29日判決 民事判決時報40巻9～12号124頁
- 19) 大阪地裁平成6年3月31日判決 判例時報1517号109頁
- 20) 東京地裁平成12年9月29日判決 金融商事判例1131号57頁
- 21) 東京地裁平成13年3月30日判決 金融商事判例1129号49頁
- 22) 東京地裁平成13年8月28日判決 判例時報1785号81頁
- 23) 営業の賃貸借については2. で後述する。
- 24) 大阪高裁平成14年6月13日判決(ネ)第3457号(下級裁主要判決情報)
- 25) 商号に「新」の字がつけられているのではなく、同一商号が使用されているので両者を区別するために、便宜的に新旧と分けたものである。
- 26) 注1) 参照
- 27) 最高裁昭和47年3月2日判決 民集26巻1号183頁
- 28) 注2) 注3) 参照
- 29) 平田・商法(総則・商行為)判例百選(第3版)56頁は、「26条は昭和13年にドイツ商法25条1項にならって設けられた規定であるがそれには「生前行為によって取得して営業」とあり取得原因を譲渡に限っていないのに、我が立法に際しては特にこれを譲渡に限定した趣旨とは考えられない」とし、会社の種類を示すべき付加文字と商号の続用について「継承関係を示すべき付加文字」を付加した商号を含むとされる。
- 30) 東京高裁平成13年10月1日判決 判例時報1772号139頁
- 31) 前掲16) 事件と同一事例
- 32) 鴻恒夫『商法総則(新版第5版)』153頁、田辺光政『商法総則・商行為法(第2版)』157頁、喜多了祐『商法総則』320頁、田中(誠)前掲228頁、大隅前掲新版325頁。
- 33) 服部前掲430頁、永井『現代商法Ⅰ 総則商行為法改訂版』137頁。
- 34) 前掲神崎151頁、同永井138頁、同喜多321頁。
- 35) 前掲大隅新版326頁