

判例研究

〔商法 四五二〕

商法二六条一項によって営業譲受人の責任が認められた事例

（東京地裁平成一五年六月二五日
金法一六九二号五五頁（確定））

〔判示事項〕

商法二六条一項にいう「商号の続用」があるというためには、商号の主要部分が類似すれば足りる。

〔参照条文〕

商法二六条一項二項

〔事実〕

訴外A銀行は、昭和六二年四月二八日、訴外B会社（株式会社藤和）に対し、返済期限昭和六五年四月三〇日（その後平成五年四月三〇日に変更）、利息年五・二パーセント、遅延損害金年一四パーセントの約定で一〇億一〇〇〇万円を貸し付けた（以後、本件貸付とする）。Aは、平成

五年九月二九日、訴外C株式会社に対し、本件貸付金の残元本およびこれに附帯する利息、損害金を譲渡した。B会社はAに対し、確定日付ある証書によって上記債権譲渡を承諾した。訴外Cは平成一一年三月二五日、訴外Dに対し、本件貸付金の残元本及びこれに附帯する利息、損害金を譲渡した。CはB会社に対し、同月二六日到達の書面によって、上記債権譲渡を通知した。DはEに対し、平成一二年四月一日、本件貸付にかかる貸金元本九億二四三万八五〇〇円およびこれに附帯する利息、遅延損害金（以後、本件貸付金とする。）を譲渡した。DはB会社に対して、同月二一日到達の書面によって、上記債権譲渡を通知した。E

は、平成一二年四月一日、Xに対し、本件貸付金を含む債権の回収を委託した。

XはB会社を相手として、本件貸金のうち四〇〇〇万円を被保全債権として、当庁に預金債権の仮差押を申立て、平成一四年一月一七日仮差押決定を得た。B会社は、不動産売買・仲介業のほかりフォーム業も行っていた。B会社の負債は判決当時でも数百億円であるが、リフォーム部門および不動産仲介部門は採算のとれる部門であった。そこでB会社は、その主要取引先である訴外F会社から要請を受けたこともあって、平成一四年二月に商号を「株式会社藤和」から「株式会社オカヤマ」へ変更し、本店所在地を他に移転する一方で、これら採算部門を独立させて債権者の追及を免れ、他方、B会社について事実上休眠させようと企てた。同年二月二二日にY会社がB会社の旧本店所在地において成立した。Y会社の商号は「株式会社藤和リフォーム」である。Y会社は、リフォーム業および不動産仲介業を行なっている。B会社のリフォームの顧客はF会社から紹介されるものがほとんどであったが、これら顧客に関する権利義務は、すべてY会社に移転されている。しかも、Y会社の従業員は、顧客に対し、会社名が「藤和」から「藤和リフォーム」となり、電話番号がかわっただけ

であるかのような説明をしている。またY会社を取り扱っている仲介物件は、B会社の物件をそのまま承継したものである。Y会社が顧客に配布したチラシには、事実、B会社の旧商号「株式会社藤和」と記載されていた。Y会社の営業所の外観は、ビル案内のプレートに「(株)藤和」および「藤和のリフォーム」から「(株)藤和リフォーム」に改めたほかは、外看板、施設および備品も含めて変わりが無い。B会社の従業員の大部分が、そのままY会社で営業活動をしている。Y会社の代表取締役甲田太郎は、B会社の取締役兼不動産事業部長を務めた者であるし、B会社のリフォーム事業を立ち上げた乙野次郎はY会社の取締役となっている。B会社の七〇パーセントの株式を保有するその元代表取締役丙本三郎が代表取締役を勤めるF会社は、Y会社の発行済株式総数二〇〇株のうち八〇株、訴外G会社が六〇株を保有している。G会社の代表取締役丙本大介とF会社代表取締役丙本三郎は親密な関係にある。

XはB会社からY会社に対して営業譲渡が行なわれており、かつB会社の商号「株式会社藤和」と被告の商号「株式会社藤和リフォーム」はその主要な部分である「藤和」を共通にしており、商法二六条一項にいう商号の統用があるから、XはY会社に対し、本件貸付金のうち一億円およ

びこれに対する平成一四年二月一日から支払済みまで年一四パーセントの割合による金員の支払を本訴において請求した。

〔判 旨〕

請求認容。

「……B会社の大株主である丙本が代表者を務めるF会社からのリフォーム事業継続の要請があり、また、B会社としても、リフォーム部門は収益をあげていたのであるから、同部門を赤字を続けていた不動産部門と切り離して存続させる必要があったこと、Y会社の事業活動は、B会社の人員、物的設備をそのまま使用し、顧客も従前と同様F会社からの紹介によるものであることからすると、Y会社は、B会社のリフォーム部門をそのまま継承したものとわざわざを得ないこと、名称も、B会社の一部門である『リフォーム』を加えたにすぎない名称を使用していることから、顧客に対して、B会社と関連性を有するとの認識を持たせていることが認められ、これらを総合すると、B会社は、Y会社に対し、リフォーム業という営業目的のために営業を譲渡したものとすることができる」。

「B会社の商号『株式会社藤和』と、Y会社の商号『株式

会社藤和リフォーム』はその主要な部分である『藤和』を共通にしていること、両者は『株式会社』という会社の種類も共通にしていること、特に遮断の字句が用いられているわけではないことから、B会社の『株式会社藤和』という商号とY会社の『株式会社藤和リフォーム』という商号の間には、商法二六条一項にいう商号の続用があるものと認めるのが相当である」。

〔研究〕

判旨に賛成。

一 営業譲渡の意義について

商法二六条一項にいう営業譲渡の意義に関する学説において、営業財産譲渡説、地位交代承継説および地位財産移転説が有力である。営業財産譲渡説によれば、営業譲渡とは、物、権利および事実関係を包含した組織的機能的財産としての営業財産を一体として譲渡することである。地位交代承継説によれば、営業譲渡とは、企業者としての法的地位の承継である。ここにいる企業者とは、①企業財産の所有者ないし利用者たる人格者、②企業活動の権利義務の帰属者たる人格者、③企業経営の衝にあたる首脳者たる人格者たる地位を持つ存在をいう。地位財産移転説によれば、

営業譲渡とは、経営者たる地位の引継と営業財産の移転との二要素を含む行為である。

営業譲渡とは、最判昭和四〇年九月二二日民集一九卷六号一六〇〇頁によれば、「一定の営業目的のために組織化され、有機的の一体として機能する財産（得意先関係等の経済的価値ある事実関係を含む）の全部または重要な一部を譲受人に受け継がせ」ることであるとしており、地位財産移転説をとっている。

本判決は、B 会社が Y 会社に対して営業譲渡を行なったとの判断をなす際に、事業活動、営業所、備品および従業員の承継があつたか否か、ならびに B 会社と Y 会社が資本関係を有しているかを検討している。リフォーム事業活動については、Y 会社が B 会社と同様に F 会社を重要な取引先としていること、および B 会社のほぼ全ての顧客に関する権利義務関係を承継したことを認定している。不動産仲介業については、Y 会社がその目的に掲げ、紹介という形で関与し、取り扱い物件も B 会社のものであること、および顧客向けのチラシも B 会社のをそのまま利用していることを認定している。営業所については、ビル案内のプレートが「株式会社 Y」および「Y のリフォーム」から、「株式会社 Y リフォーム」へと変わった以外は、営業所の

外観は変化がなく、施設、備品についても変わりがないことを認定している。従業員については、その大部分が Y 会社で営業活動を行なっていること、役員については、B 会社の前取締役および B 会社のリフォーム事業を立ち上げた者が、それぞれ Y 会社の代表取締役および取締役に就任していることを認定している。そして、資本関係については、Y 会社と B 会社は異なるが、B 会社の大株主であり代表取締役であつた者が、Y 会社の大株主であり、かつ両者の間で引き継がれた重要取引先であり、Y 会社の設立を B 会社に求めた F 会社の代表取締役であることを認定している。

なお、B 会社がその営業の重要な部門であるリフォーム業を Y に引き継がせるにあたって、商法二四五条一項の手続を履践したことを本件では認定していない（増田政章「判批」私法判例リマックス二〇〇四下八〇一八頁（二〇〇四））。これは、倒産処理や経営危機の状態では、営業譲渡の当事者ですら営業譲渡であるかを認識していないのが実際であつて、法定の手続が遵守されない場合が多いからであると考えられる（渋谷達紀「判批」ジュリスト七九六号一〇七頁（一九八三））。商法二四五条一項の手続が履践されない営業譲渡は営業譲渡人に対する関係では無効であるが、営業譲渡当事者間で営業譲渡に関する債権契約さ

え締結されていれば、譲渡人の債権者保護を目的とする商法二六条一項の責任が譲受人に生じると考えられる。したがって、譲渡人の債権者が商法二六条一項の責任を譲受人に追及する訴訟において、譲渡人と譲受人の営業の内容の同一性、人的・物的な関係、契約の経緯、契約の動機、目的等の諸事情を総合的に勘案して、裁判所は営業譲渡の存在を推認することになる。(増田・前掲「判批」七九頁) 本件でも、同様の手法がとられたと考えられるが、地位財産移転説に立つか否かは不明である。

本判決は、本件における営業譲渡人と営業譲受人との間の事業活動、営業所、備品および従業員承継、ならびに資本関係と、先例でいわゆる「有機的」一体をなす営業財産の得意先等の事実関係を含めた譲渡」および「営業譲受人による営業の継承」との関係について説明をしていない。したがって、本判決が地位財産移転説に立つか否かは不明である。

二 営業譲受人の責任について

商法二六条一項が、営業譲渡人に対する債権者に対して、営業譲受人に連帯債務者を負わせている根拠について、外観理論禁反言説、債務引受外観説、企業財産担保説、意思

推定説、のれん継承説、営業活動加入説、および詐欺的営業譲渡防止説がある。

外観理論禁反言法理説とは、商号続用営業譲渡においては債務引受が常態であるとする信頼を保護するという見解である。(大隈健一郎『商法総則(新版)』三一八頁(有斐各、一九七八)、鴻常夫『商法総則(新訂五版)』一四九頁(弘文堂、一九九九)、神崎克郎『商法総則商行為法通論(改定版)』一四六頁(同文館、一九九四)、西原寛一『商法総則・商行為法(商法講義Ⅰ)(改定版)』八九頁(岩波書店、一九五八)、森本滋編『商法総則講義』(前田雅弘)八六頁(成文堂、二〇〇四)、田中誠二『商法総則詳論(全訂)』二二三頁(勁草書房、一九七六)。企業財産担保説とは、営業譲渡の性質からして、営業上の債務は企業財産が担保となっていると認められるので、債務の引き受けをしない旨を積極的に表示しない限り、譲受人が併存的債務引受をしたものとみなして、企業財産の所有者たる譲受人にも責任を負わせた規定と解する説である(近藤光男「営業譲渡に関する一考察」神戸法学年報三号七六頁(一九八七)、服部栄三『商法総則(第三版)』四一八頁(青林書院新社、一九八三)、浜田惟道ほか『商法総論・総則』一二五頁(青林書院、一九九一)。意思推定説は、商号を

統用する営業譲受人の意思は、通常は譲渡人の債務をも承継するところにある、商号を統用しないで新商号をもって営業を譲り受ける譲受人の通常の意味は、債務を原則として承継せず、別個に新たな営業をなすことにあると、推定する見解である(田邊光政『商法総則商行為法』一四九頁(新世社、二〇〇五)、山下真弘「営業譲渡の債権者に対する効果―債務引受広告の意義を中心として」島大法学二七号五五頁(一九七七))。のれん継承説とは、営業譲渡は単なる営業財産の譲渡と区別されなければならない、のれん譲渡を伴うことになる。のれんを譲渡するためには、實際上、商号を統用するか、挨拶状をださなければならない。つまり、商号も統用せず、挨拶状も出さない営業譲渡は、営業財産の譲渡に近い実態のものでありえない。このような現実を前提として、商法は商号統用あるいは営業譲受広告があった場合にのみ営業譲受人に弁済の責任を負わせていると考える見解である(浜田道代「判批」判時八〇七号(判例評論二〇七号)一四四頁、森本滋『会社法』三六七頁(有信堂高文社、一九九五)、森本編・前掲書八一頁)。営業活動加入説とは、商号は、営業主体の名称であるが、その営業と密着している。営業譲受人が譲渡人の商号を統用する場合には、譲受人は、対外的には、譲渡人の

営業活動に参加するものとして取り扱われる。合名会社の成立後加入した社員が、その加入前に生じた会社の債務についても責任を負うのと同様に、譲渡人の営業活動に参加した譲受人は、参加以前に生じていた営業上の債務についても責任を負うと解する説である(小橋一郎「商号を統用する営業譲受人の責任」『商事法の解釈と展望』一七頁(有斐閣、一九八四))。営業活動継続外観説とは、商法二六条が保護すべき信頼とは、商号統用営業譲渡の外観に対して働く「営業主体非交替性」に対する信頼であると解する説である。つまり、営業譲渡が行なわれたにもかかわらず、商号が統用されることにより、営業譲渡が生じていないという外観が存在することとなり、譲渡人の債権者は、その営業譲渡にともなって発生する不利益を回避する機会を失うことを同条は配慮していると考え(池野千白「企業外観法理と商法二六条」中京法学三七卷三・四号三二六―三二七頁(二〇〇四))。詐欺的営業譲渡防止説とは、債務者の弁済資力が危機的状況にある場合、債権者、債務者および営業譲受人三者による建設的な協議等がなされることが望ましいことに鑑み、商法二六条二項が定める措置をとらない限り、譲渡人の債務を引受けさせることとし、譲受人にできるだけ同条同項の措置をとらせるように誘導する目

的を有すると解する説である（落合誠一「商号統用営業譲受人の責任」法学教室二八五号三〇―三一頁（二〇〇四））。

判例は最判昭和四七年三月二日民集二六卷二号一八三頁が外観理論禁反言法理説に立つほか、基本的にこの立場による判例が続いている（水戸地判昭和五四・一・一六時報九三〇号九六頁、大阪地判平成六・三・三一時報一五一七号一〇九頁、東京地判平成一二・一二・二一金法一六二二号五四頁、東京高判平成一四・八・三〇金商一一五八号二一頁）。

いずれの立場が妥当であろうか。本件Xは、営業譲渡が行なわれる前に債権取立てのための法的手続をとったところ、それが引き金となってB会社がY会社に営業譲渡をしている。Xは営業譲渡が行なわれたことを幸いに譲受人に対して取立てをする怠惰な債権者ではないが、営業譲渡が行なわれたことについて悪意である。営業譲渡人に対する債権者は、営業譲渡が行なわれようとしていることについて悪意であっても、実際には、詐欺的な営業譲渡を防げない場合があると思われる。したがって、一部の外観理論禁反言説のように、譲受人が譲渡人の債務につき責に任じない旨の登記をしていないとしても、債務引受がなされてい

ないことについて悪意の譲渡人の債権者に対しては、その具体的悪意を立証して譲受人が免責されると解するのは、本件Xは保護されない（田中・前掲書二二三頁。具体的悪意を問題とする判例として、東京地判昭和四九年一月九日判時七七八号九六頁、東京地判昭和五五年四月一四日判時九七七号一〇七頁がある）。しかし、営業主の同一性に対する信頼を譲受人の弁済責任の根拠とするのは正当でないし（小橋・前掲論文一六頁、近藤・前掲論文七九―八〇頁、田邊・前掲書一五五頁）、商法二六条二項の解釈として、営業主の交替を實際に知っていたとしても、譲渡人の債権者を保護すべきとする説が多数説である（渋谷・前掲判批一〇八頁、服部・前掲書四一六―四一八頁、浜田・前掲判批一四四頁）。具体的悪意を問題としない判例（東京地判昭和五四・七・一九下民集三〇巻五八号三五三頁）もある。また、商号を譲受人が統用することによって債務引受の外観が生じると考えることに疑問がある。なぜなら、営業譲渡があっても譲渡人は債務者であり続けるから譲受人に連帯責任を負わせることが外観保護になると考えられないからである（小橋・前掲論文一六頁）。譲渡人が危機的な状況にあり、営業の再建を図ろうとする場合を想定すると、譲受人としては、譲渡人の営業上の債務は可

能な限り切り離れた上でプラスとなる財産および営業を譲り受けることを一般的に望むはずであるから、譲渡人の債権者が営業譲渡の事実を知っているのであれば、譲受人による債務引受はないものと考えてるのがむしろ常態というべきであるとの指摘もある（落合・前掲論文二九頁）。

理論的には、譲渡人と譲受人の間の営業譲渡契約のみによって、譲渡人が負担していた債務が譲受人に引き継がれることはないから、債務が移転される場合には、債務の引受、弁済の引受、債務者の交替による更改などの手続をとることを要する。特に、債務の引受は、債権者、譲渡人および譲受人の合意によってなされる必要がある（服部・前掲書四一―四二頁）。譲受人がその意思によって譲渡人の債務を引受けるのでなければ、譲受人に責任が生じることはない。また、商法二六条一項による譲受人の責任は同条二項によって免れることができるから、商法は、商号とともにする営業譲渡において譲渡人の債務を譲受人が引受けることを強制している訳ではない。したがって、債権者保護のために、同条一項が譲受人の債務引受の意思を擬制する必要があることは認められるが、その理由を、譲受人が譲渡人の債務を負担する意思を有するのが原則であると考え、意思推定説には賛成できない（池野・前掲論文

三三四頁）。また、譲渡人が危機的状況下での営業譲渡では、商号を統用する場合であっても、譲受人には譲渡人の営業上の債務を承継する意思はないのが通常であるとの批判もある（落合・前掲論文二九頁）。

また、営業活動参加説に対しては、譲受人が対外的には譲渡人の営業活動に参加するものとして扱われる根拠を商法八二条に求めている点が批判されている。すなわち、合名会社の新入社員が対外関係において加入前の会社債務についても責任を負うのは、合名会社が対外関係において法人であることとの帰結であって、商号および営業譲渡を受けたことの帰結ではないからである（落合・前掲論文三〇頁、大塚龍児『新版注釈会社法(1)』二九八―二九九頁（有斐閣、一九八五））。

企業財産担保説については、商法二六条一項による譲受人の責任は譲受けた積極財産を限度とするものではないという批判があるが（森本編・前掲書八六頁）、営業上の債務は企業財産が担保となっていることを強調する点で賛成できる。また、のれん継承説に対しては、どのような営業譲渡が商法二六条一項の適用対象となるべきかの判断において賛成できる。営業活動継続外観説については、譲渡人の債権者の保護に配慮している点で賛成できるが、保護で

きる債権者の範囲が許害的営業譲渡防止説に比べて狭いことが難点かと思われる。

許害的営業譲渡防止説によれば、商法二六条一項は同条二項が定める措置をとらない限り、譲渡人の債務を引受けさせてサンクションを与え、譲受人にできるだけ同条同項の措置をとらせるように誘導する目的を有すると解されている。これは、商法二六条が適用を予定するのは、債務者の弁済資力が危機的な状況にある場合であるから、譲渡人と譲受人がいわば抜け駆け的に営業譲渡を行い、譲渡人の債権者を含めた関係三者の協議等もないまま一方的で許害的な再建が試みられることは防止されるべきであることを解釈目標としているからである（落合・前掲論文三〇―三一頁）。許害的な営業譲渡が行なわれた場合にこそ、商法二六条一項を裁判所が適用してきた経緯があることを考えると（江頭憲治郎「判批」法学協会雑誌九〇巻一二号一六一二頁（一九七三））、私見はこの説に基本的に賛成である。たしかに、商法上、二四五条一項は株式会社が営業の全部譲渡をなす場合についてさえ債権者への通知を要求していない。これは正等な対価を受領することを前提としているからであろうか。あるいは営業上の債務者に変更がないからであろうか。しかし、同法二四条一項により、譲渡人が

営業と共にする場合または営業を廃止する場合でなければ商号を譲渡することができないから、商号譲渡後に、営業譲渡人の営業活動および財産に大きな変化があることは確かである。したがって、商号譲渡について、債権者に認識させる必要があると思われる。商法二六条一項が同条二項の定める措置をとらないかぎり譲受人に譲渡人の債務を負担させることによって、営業譲渡が登記によって公になることを促進して、債権者に営業譲渡があったことを認知させる目的を有していると解したい。なぜなら、まず、二六条一項の責任が問題となる事例では、営業譲渡自体を行なっていないとの主張がなされるのであり、まして営業譲渡の事実を明示する二六条二項の登記がなされないと考えられるからである（たとえば、東京高判昭六〇・五・三〇判時一一五六号一四六頁（ただし、屋号統用の事例である）。、仙台高判平元・一〇・三〇金商八三九号一二頁、大阪地判昭五七・九・二四金商六六五号四九頁では、譲受人側が営業譲渡が行なわれたことを否認している。）。二六条一項が、営業譲渡の事実を債権者に隠匿する譲受人に、譲渡人の債務について弁済の責任を負わせることは債権者保護に資する。さらに私見は、たとえ同条二項の手続がとられたとしても、営業譲渡が債権者を許害する要素を持って

いた場合には、民法四二四条に基づく営業譲渡の取り消し等の手段が認められるべきだと考えるからである。東京地判平一二・二月二一日金法一六二一号五四頁は、譲受人が商法二六条二項の登記を完了していたにもかかわらず、信義則を理由に免責を認めていない。すなわち、譲受人（被告）が対外的には譲渡人であるかのように振る舞い、かつ、実質的にも譲渡人の業務を受託して債務の一部履行し、かつ残部も履行するかのように行動してきたのであって、譲渡人の債権者らは、譲受人を譲渡人と同一主体であると信じ、仮に別主体であるとしても被告が訴外会社の債務を引受けたものと信じていたという事情のもとでは、信義則を理由に、譲渡人の債務を弁済しなければならないとする。ただし、許害的営業譲渡防止説の論者は、許害的な営業譲渡でないならば、たとえ同法二六条二項の手続がとられなかったとしても、譲渡人の債務を譲受人に負担させることに反対する（落合・前掲論文三一頁）。

三 B 会社の旧商号と Y 会社の商号の同一性について

譲受人が譲渡人の商号を続用することが、商法二六条一項によって譲受人が責任を負担する要件である。どのような場合に、商号の続用があるかと考えるかは本条の制度趣旨

をどのように考えるかと関連する。外観理論禁反言法理説によれば、債権者が営業譲渡の事実を知りえない程度に譲渡人の商号と類似する商号を譲受人が続用していなければならない（鈴木千佳子「営業譲渡と商号の続用」別冊ジュリスト五五頁（一九九四））。しかしながら、二で述べたように、商法二六条一項の制度趣旨が債権者の保護に由来することを認めるが、外観に対する債権者の信頼の保護ではないと考えるのが多数説である。したがって、企業財産担保説は、譲受人が譲渡人の債務につき責任を負わないという意思を有しないことを示す程度の商号の同一性を要求することになろう（服部・前掲書四一九頁）。のれん継承説によれば、債務者がのれんを継承できる程度の商号の同一性があればよいことになろう。許害的営業譲渡防止説によれば、譲受人が商号を続用する場合であっても、譲渡人の債権者を許害する意図がないならば商法二六条一項の責任は生じない（落合・前掲論文三一頁）。

判例は、譲渡人と譲受人の商号の主要部分が一致しているに過ぎず、つまり類似商号を譲受人が使用している場合と、商法二六条一項にいわゆる「商号の続用」ある場合を区別している。しかし、取引の社会通念上従前の商号を継続した場合にあたりと判断される場合は、後者の場合に属

するとしている。最判昭和三十八年三月一日民集一七卷二号二八〇頁は、譲渡人の商号が「有限会社米安商店」で譲受人の商号が「合資会社新米安商店」である場合について、商号の主要部分が一致しているにもかかわらず、「新」という遮断的文字があることを重視して、譲受人による商号の統用はないと判示している（宮田信夫「判批」最高裁判例解説民事篇昭和三十八年度五八頁（一九六七））。その他の判例も、商号の統用と類似商号の使用を区別し（東京地判昭和四二・七・一二・下級民集一八巻七・八号八一四頁、大阪地判昭和四三・八・三判タ二二六号一八一頁）、「営業譲渡人の商号と全く同一の商号を使用する場合か、主として商号の字句から判断して、営業譲渡人の商号に何らかの字句を一部附加し、あるいは譲渡人の商号の字句を一部削除しても、取引の社会通念上従前の商号を継続使用しているものと認められる場合をいうので」あるとするものがある（大阪地判昭和四三・八・三判タ二二六号一八一頁）。しかし、商号の字句のほか、当事者の具体的事情たとえば、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、営業譲渡の動機等の諸般の事情を斟酌して、社会通念上従前の商号を継続した場合を商号統用の場合を含める判例の態度には学

説の批判がある。すなわち営業譲渡の有無の認定には、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、その引継の有無等の当事者間の具体的事情が斟酌されるべきであるか、商号の統用の判断は当事者間の具体的事情によって左右されるものではないとする（佐藤庸「判批」ジュリスト四五五号一二〇頁（一九七〇））。下級審判例ではあるが、商号中、会社の種類等企業形態を示す文言を除いた部分の主要な部分に注目し、類似商号と同様の基準で、商号の統用を判断するものがある（福岡高裁昭和三五・六・一五高裁民集一三巻四号四〇五頁、水戸地判昭和五三・三・一四時報九〇四号九六頁、水戸地判昭和五四・一・一六時報九三〇号九六頁、神戸地判昭和五四・八・一〇時報九六四号一一六頁、東京地判昭和五五・四・一四時報九七七号一〇七頁、大阪地判昭和五七・九・二四金商六六五号四九頁）。本判決は、これら下級審判例と同列に並ぶものであり、次に述べるように妥当であると考ええる。

私見は商法二六条一項の制度趣旨として許害的営業譲渡防止説に基本的に賛成であり、譲受人が商号を統用する場合であっても、譲渡人の債権者を許害する意図がないことを抗弁として、同条同項の責任を免れられると考える。ま

た、さらに、譲受人が同法二六条二項の登記を経由したとしても譲渡人の債権者を害する意図を有していたならば、譲渡人の債務を弁済する責めを負うべきだと考える。しかし、譲渡人の債権者が譲受人に対して同法二六条一項の責任を追及するための要件として、「営業ノ譲受人ガ譲渡人ノ商号ヲ統用スル場合」とはどのような場合かについて検討する必要がある。この点につき、譲渡人の商号と譲受人の商号の同一性の程度は、原則的に商法二〇条の類似商号または商法二一条の他人の営業と誤認混同させる商号に関する基準を用いるべきであると考え（近藤・前掲論文八七頁、増田・前掲「判批」八一頁。ただし、それぞれ企業財産担保説または外観理論禁反言法理説を出発点としている）。なぜならば、譲渡人の商号とまったく同一でなくとも、譲渡人の営業であると世人が誤認混同する程度に類似した商号であれば、許害的な営業譲渡の目的を達成できるからである。

脱稿二〇〇五年三月二〇日

今泉 邦子