

判例研究

〔商法四八七〕 洋服販売業の営業譲渡を受けた会社が、譲渡会社の屋号を商号として続用した場合、商法

二六条一項の類推適用が否定された事例

東京地判平成一八年三月二四日
平成一六年(ワ)第三一六五号
貸金等請求事件
判例時報一九四〇号一五八頁

〔判示事項〕

洋服販売業の営業譲渡を受けた会社が、譲渡会社の屋号を商号として続用した場合には、平成一七年改正前商法(以下、「旧商法」という。)二六条一項の類推適用が否定される。

〔参照条文〕

旧商法二六条一項(商法一七条一項、会社法二二条一項)

〔事実〕

訴外ヌギートレーディング株式会社(以下、「A社」という。)は、紳士、婦人服及び洋品雑貨の輸出入販売を目

的として昭和五六年二月三日に設立された株式会社であり、田園調布、たまプラーザ、二子玉川および吉祥寺において、「ザ・クロゼット」の屋号の店舗を設けて、輸入した紳士服、婦人服および洋品雑貨の小売販売をしていた。

被告有限会社ザ・クロゼット(以下、「Y社」という。)は、衣料雑貨品の販売、輸出入を目的として、平成一三年一〇月一九日に設立された。被告の本店は、代表取締役Bの住所地と同じ場所にあったが、ここには店舗は存在していない。Y社の設立当時には、A社の代表取締役Cの妻Dが被告の取締役として就任していた。また、Y社代表取締

役Bの妻Eが、A社の従業員として経理を担当していた。

X銀行は、平成一二年九月四日、A社との間で銀行取引約定書を取り交わし、その後、輸入ユーザンスの方法により、次のとおりユーロ建ての各手形貸付をした。

①手形貸付一

貸付金額 二〇、七四一ユーロ九九セント

貸付日 平成一三年一〇月一八日

弁済期 平成一四年四月九日

②手形貸付二

貸付金額 三五、七八二ユーロ九二セント

貸付日 平成一三年一〇月三〇日

弁済期 平成一四年四月一六日

③手形貸付三

貸付金額 二三、六三七ユーロ一二セント

貸付日 平成一四年四月二日

弁済期 平成一四年九月二四日

④手形貸付四

貸付金額 二三、〇八〇ユーロ七二セント

貸付日 平成一四年四月二日

弁済期 平成一四年九月二四日

平成一四年一月三二日、A社は、Y社に対し、A社が

「ザ・クロゼット」の屋号で行っていた紳士、婦人服および洋品雑貨の販売の営業を譲渡し、Y社はこれを譲り受けた。

A社は、前記手形貸付一および二の手形につき決済をしなかったで、同社は本件手形貸付のすべてについて、平成一四年六月一日の経過をもって期限の利益を失った。X銀行は、商慣習に従い、上記①ないし④の各手形につき、期限の利益の喪失日であり、催告による支払期限である平成一四年六月一日におけるユーロ公示レートの中値であるユーロ当たり一一七円八一銭で円に転換し、円転後の貸付金額を確定した。よって、本件手形貸付による貸金の合計額は、一、二一六万三、〇二六円となった。その後、X銀行は、この債権額とA社の預金七万四、七三九円とを相殺したため、残債権は一、二〇八万八、二八七円となっている。

X銀行は、A社の連帯保証人であった代表取締役Cに対し、東京地方裁判所に貸金請求事件訴訟を提起し、平成一五年六月一九日、勝訴判決を得たが、この判決には控訴がなく確定している。

そこで、X銀行は、Y社に対し、①主位的には、Y社はA社の屋号である「ザ・クロゼット」を商号として、また、

A社の屋号を続用しているとして、旧商法二六条一項の類推適用に基づき手形貸付債権四口の支払いを請求し、②予備的には、Y社が本件営業譲渡によりA社から廉価に商品を譲り受けたとして、許害行為取消権に基づき営業譲渡契約の取消しと、これら商品の返還が困難であることを理由に、手形貸付債権四口に相当する金額について損害の賠償を請求した。

〔判旨〕

一部認容、一部棄却、確定。

(一) 主位的請求について(棄却)

Y社は、旧商法二六条一項の類推適用により、A社がX銀行に対し負担する本件確定債権について、弁済の責を負うか否か。

X銀行は、本件営業譲渡について、旧商法二六条一項の類推適用を認めるべきであると主張し、東京地判昭和五四年七月一九日判時九四六号一一〇頁、東京高判昭和六〇年五月三〇日判時一一五六号一四六頁、東京高判平成元年一月二九日東高民時報四〇巻九一一二合併号一二四頁を引用する。

そこで検討するに、これらの判決例は、営業譲渡に伴い

続用されるものが、商号そのものではなく屋号である場合でも、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には、営業譲渡人の債権者にとつては、商号の続用の場合と同様、営業主体の交代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、譲受人が当然に債務も引き受けたと考えがちなために、旧商法二六条一項を類推適用して、譲渡人の債権者を保護することを相当としたものである。本件は、これらの判決例とは異なり、譲渡人であるA社の商号は「ヌギートレーディング株式会社」であり、屋号は「ザ・クロゼット」であるから、屋号が商号の重要な構成部分を内容としているとの要件を充足しないことは明らかである。よって、X銀行が引用する判決例のように、旧商法二六条一項を類推適用して、Y社の弁済責任を肯定することはできない。また、屋号が譲渡会社の商号とは全く別個に存在する場合において、屋号の続用だけをもって旧商法二六条一項を類推適用することは、文理解釈上、懸隔があり過ぎるといわざるを得ない。よって、X銀行の主張を採用することはできない。

なお、X銀行は、屋号の続用について、最判平成一六年二月二〇日判時一八五五号一四一頁を引用するが、当該判例はゴルフ場に関するものであり、ゴルフ場の会員権取引

においては、一般的に運営会社の商号よりも屋号に相当するゴルフ場の名称が流布されるという特殊事情が存在し、続用されるゴルフクラブの名称が逆に営業主体を表示する機能を有しているから、本件とは事案を異にするといわざるを得ない。

(二) 予備的請求について (一部認容)

本件営業譲渡は詐害行為に該当するか。

X 銀行は、本件手形貸付による債権を被保全債権とするが、手形貸付三と四は、本件詐害行為である営業譲渡が行われた平成一四年一月三十一日より後に発生した債権であることは明白である。そして、詐害行為取消権の行使により保全されるべき債権は、詐害行為よりも前に発生していることを要するから (最判昭和五五年一月二四日民集三四卷一 号一 一〇頁)、手形貸付三と四に基づく債権は、詐害行為取消権の行使によって保全することはできない。

また、手形貸付一に基づく貸付金債権は、預金債権七万四、七三九円と相殺され、その残額は二三六万八、八七四円である。

したがって、本件において詐害行為取消権によって保全される被保全債権は、手形貸付一に基づく二三六万八、八七四円及び同二に基づく四二一万五、五八五円の合計六五

八万四、四五九円とこれらの附帯金にとどまることとなる。

〔研究〕

判旨に賛成。

一 旧商法二六条一項の趣旨

営業譲渡 (会社法では事業譲渡) がなされたとしても、営業の譲受人は、債権者に対して当然に義務者となるものではない。営業上の債権者に対する関係では、譲渡人が依然として債務者であり、譲受人は、債務引受けなどの債権移転手続を行わない限り、営業上の債務についてその債務者とはならないのが原則である。

これに対して、営業の譲受人の債権者に対する責任を定めたのが、旧商法二六条一項 (商一七条一項、会社二二条一項) である。すなわち、同項は、譲受人が譲渡人の商号を引き続き使用する場合には、その譲受人も、譲渡人の営業によって生じた債務を弁済する責任を負う旨を規定している。この場合、当該債務は、譲渡人と譲受人の不真正連帯債務になる。

この規定の趣旨に関しては、以下のとおり、外観法理・禁反言法理説、企業財産担保説、譲受人意思説、営業参加説など、さまざまな考え方が主張されている (上柳克郎

「営業の譲受人が譲渡人の営業によって生じた債務を弁済する責任を負わせた規定（商法二六条一項・二八条）の立法理由は何か」法教五二号八九頁、近藤光男「営業譲渡に関する一考察」債権者保護を中心として」神戸法学年報三号六五頁、山下眞弘「商号統用のある営業譲渡人の責任——債権者保護の観点から」立命二五六号一四四四頁、池野千白「企業外観法理と商法二六条」中京三七卷三・四号三一三頁、落合誠一「商号統用営業譲渡人の責任」法教二八五号二五頁参照。

(一) 外観法理・禁反言法理説

この見解によれば、譲受人が譲渡人の商号を統用する場合には、営業上の債権者は営業主体の交替を知りえず、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ても、そのような場合には譲受人において債務の引受がなされたものと考えるのが常態であるとし、旧商法二六条一項について債権者の信頼を保護する規定と解している（鴻常夫『商法総則（新訂第五版）』（一九九九）一四九頁、大隅健一郎『商法総則（初版）』（一九五七）三三八頁、神崎克郎『商法総則・商行為法通論』（一九八二）一四四頁、田中誠二『喜多了祐『コンメンタール商法総則（全訂版）』（一九七五）三〇一頁等）。

判例もこの考え方に立脚することを明言する（最判昭和四七年三月二日民集二六卷二号一八三頁）。

外観法理・禁反言法理説は、従来の通説とされているが、学説上は批判も多い。仮に外観法理を根拠とするのであれば、債権者が悪意の場合にその適用が排除されるはずであるが、文言上は債権者の主観が考慮されていない。また、商号が統用されたとしても、債権者は、営業主体の交替を知るのが通例であり、また、譲受人に債務引受けの意思がないことを知っているのが常態だからである。

(二) 企業財産担保説

この見解は、企業財産の担保力を根拠とする。すなわち、営業上の債務は、企業財産が担保となっているので、担保物といえる企業財産が移転すれば、これに伴い特に債務を引き受けない旨を積極的に宣言しない限り、原則的に譲受人が併存的債務引受けをしたものであると考える（前掲・近藤八二頁、服部栄三『商法総則（第三版）』（一九八三）四一八頁）。しかし、企業財産の移転後も譲渡人自身が責任を負うとの法的根拠が明らかでなく、その理由の説明が困難である。

(三) 譲受人意思説

この見解は、債権者側からではなくて、営業譲受人側の

事情から説明する。すなわち、商号を続用した譲受人は、営業上の債務も承継する意思を有するのが通常であるから、その責任が認められると考える(田邊光政『商法総則商行為法(第二版)』(一九九九年)一五四頁、山下眞弘『会社営業譲渡の法理』(一九九七年)二三三頁)。しかし、外観法理・禁反言法理説に対する批判と同様に、譲受人の通常の意思が現実にあるかが相当に疑問であるし、仮にそうなのであれば譲受人に反証の機会を与えるべきであろう。

(四) 営業参加説

この見解によれば、営業譲受人が商号を続用するというのは、譲受人が対外的に譲渡人の営業活動に参加するものとして取り扱うことであると説明し、合名会社の社員の責任を定めた旧商法八二条(会社六〇五条)の趣旨と同様に考える(小橋一郎「商号を続用する営業譲受人の責任」商法二六条の法理」上柳克郎先生還暦記念「商事法の解釈と展望」(一九八四年)一七頁)。しかし、営業の「譲渡」と「参加」とでは、営業主体の新旧交替の有無という点において決定的に異なっており、説得力があるとは思われない。

二 商号続用に関する裁判例

営業譲渡に伴い譲受人の責任が問われるのは、商号の続

用を伴う営業譲渡であることが前提となるが、旧商法二六条一項は、単に「商号ヲ続用スル場合」(商一七条一項および会社二二条一項では、「商号を引き続き使用する場合」としか規定していない)。そこで、商号の続用があるといえるのは、どのような場合であるのかが問題となる。この点に関し、従来の裁判例は、譲受人が譲渡人の商号とまったく同一の商号を継続して使用する場合に限るというような厳格な解釈をしておらず、その主要部分に共通点があれば、商号の続用を認定する傾向にある。

たとえば、営業の譲受会社が譲渡人である個人の商号に会社の種類を示す文字を付加して使用する場合について、旧商法二六条一項の類推適用が認められている(個人営業の「名和洋品店」と「株式会社名和洋品店」との間に商号続用を肯定した東京地判昭和三四年八月五日下民集一〇巻八号一六三四頁、「大阪屋」と「株式会社大阪屋」との間に商号続用を肯定した東京地判昭和四五年六月三〇日判時六一〇号八三頁、現物出資に関する類推適用の事例として「鉄玉組」と「株式会社鉄玉組」との間に商号の同一性を認めた前掲・最判昭和四七年三月二日)。また、会社の表示が前後逆になった場合(「株式会社内外タイムス」と「内外タイムズ株式会社」との間に商号続用を肯定した東

京地判昭和五五年四月一四日判時九七七号一〇七頁、「万善株式会社」と「マンゼン株式会社」との間に商号統用を肯定した大阪地判昭和五七年九月二四日金判六六五号四九頁）や、譲渡人と譲受人の商号使用において会社の種類を示す文字が変更されている場合にも、旧商法二六条一項の類推適用を認めている（「三洋タクシー合資会社」と「三洋タクシー株式会社」との間の商号統用を肯定した大阪地判昭和四六年三月五日判タ二六五号二五六頁、「有限会社笠間電化センター」と「株式会社笠間電化センター」との間の商号統用を肯定した水戸地判昭和五四年一月一六日判時九三〇号九六頁）。

さらには、「第一化成株式会社」が「インサート工業株式会社」に営業を譲渡して、この譲受会社が約二〇日後に「第一化成工業株式会社」という商号に変更した事案において、譲渡人と譲受人との経営主体および営業目的がほぼ同じであり、本店所在地も同一であるなどの諸般の事情を斟酌し、商号の統用に当たるとした裁判例がある（東京地判昭和四二年七月一二日下民集一八巻七七八号八一四頁）。このように、商号の基本的部分を共通にしている場合にも、商号の統用が認定される傾向がある（株式会社日本電気産業社」と「株式会社日本電気産業」との間に商号統用を

肯定した大阪地判昭和四〇年一月二五下民集一六巻一八四頁、「マルト食品興業株式会社」と「マルショウ食品興業株式会社」との間に商号統用を肯定した札幌地判昭和四五年一月二五判時六三二号九二頁。ただし、「有有限会社米安商店」と「合資会社新米安商店」の間の統用を否定した判例として、最判昭和三八年三月一日民集一七巻二号二八〇頁。鈴木千佳子「営業譲渡と商号の統用」別冊ジュリ一六四号『商法（総則商行為）判例百選（第四版）』五〇頁参照）。

三 屋号の統用

商号の主要部分に同一性が認められる場合のみならず、本件のような屋号が統用されている場合や、ゴルフクラブの名称が統用されている場合などについても、旧商法二六条一項の類推適用を認める裁判例があるため、以下に検討する。

（一）従来の裁判例

屋号が統用されている場合にも商号統用と同様に考えて、旧商法二六条一項の適用ないし類推適用を肯定した裁判例としては、本件原告も引用する①東京地判昭和五四年七月一九日下民集三〇巻五七八号三五三頁、②東京高判昭和六

○年五月三〇日判時一一五六号一四六頁、③東京高判平成元年一月二九日東高民時報四〇卷九一・一二合併号一二四頁等がある。

東京地判昭和四四年七月一九日(裁判例①)は、譲渡人が自己の商号「株式会社下田観光ホテル山海荘」を同時に屋号「下田観光ホテル山海荘」としても使用していたものであり、譲受人が当該屋号を続用する場合は、旧商法二六条一項の適用があったとした(判例研究として、近藤龍司・法研五八巻七号八七頁)。また、東京高判昭和六〇年五月三〇日(裁判例②)は、譲渡人が自己の商号「有限会社丸政園」を屋号「丸政園」としても使用している場合に、譲受人が当該屋号を続用するときは、旧商法二六条一項にいう「譲渡人ノ商号ヲ続用スル場合」に含まれるとした。これら裁判例では、屋号続用の場合も、譲渡人の債権者が営業主の交替を容易に知りえないことは、商号が続用される場合と異ならない点を理由としている。

東京高判平成元年一月二九日(裁判例③)は、営業譲渡に伴い続用されるものが、譲渡人の商号「有限会社徳泉閣ホテル」そのものではなく、その屋号「徳泉閣ホテル」であっても、当該屋号は譲渡人の商号の重要な部分を内容とするものであるとして、旧商法二六条一項の類推適用を

認めた。

また、最近の裁判例としては、予備校の営業譲渡に関する東京地判平成一二年九月二九日金商一一三一号五七頁があるが、これも、譲渡人がその商号を同時に屋号としても使用し、譲受人が譲渡人の商号を屋号として続用した場合において、旧商法二六条一項の適用を認めたものである。

(二) ゴルフクラブ名称の続用

屋号に類似する事例として、ゴルフクラブの名称が続用されている裁判例にも、旧商法二六条一項の類推適用が認められている。このうち、大阪地判平成六年三月三一日判時一五一七号一〇九頁は、一般にゴルフクラブの名称によつて営業の主体が表示されるものと理解されるとして、ゴルフクラブの名称が続用された場合にも商号続用に準ずるとしている(同様の下級審判決として、東京高判平成一四年九月二六日判時一八〇七号一四九頁等)。

この点に関する最高裁の判断を示したのが、最判平成一六年二月二〇日民集五八巻二号三六七頁・判時一八五五号一四一頁である(主な判例評釈として、遠藤喜佳・金判一九五号六三頁、森宏司・銀法六三八号一四頁、高橋美加・法教二八九号一五〇頁、宇田一明・重判解二二九号一〇〇頁、野村直之・主判解一一八四号一三三頁、早川

徹・リマークス三〇号七四頁）。この判例では、預託金会員のゴルフクラブの名称「淡路五色リゾートカントリー倶楽部」が当該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、ゴルフ場の営業が譲渡され、譲渡人（商号「株式会社ギャラク」）が用いていた当該ゴルフクラブの名称を譲受人（商号「株式会社ギャラクシー淡路」）が継続・使用しているときは、譲受人は、特段の事情のない限り、旧商法二六条一項の類推適用により、会員が譲渡人に交付した預託金の返還義務を負うとした。このような場合に、最高裁は、譲受人が譲受後遅滞なく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のない限り、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つたけれども譲受人により譲渡人の債務の引受けがなされたと信じたりすることは無理からぬものとしてい

四 本件事例の分析

（一）営業譲渡の事実

旧商法二六条は、商号の統用を伴う営業譲渡であることが前提となるが（営業譲渡の意義について、山本爲三郎

「営業譲渡と競業避止義務」法研七三巻二号八九頁）、判例上、現物出資（前掲・最判昭和四七年三月二日）、営業貸借（東京高判平成一四年九月二六日判時一八〇七号一四九頁）、経営委任（東京高判平成一四年八月三〇日金商一五八号二二頁）、会社分割（東京地判平成一九年九月一二日判時一九九六号一三二頁、最判平成二〇年六月一〇日最高裁判所ホームページ）の場合にも、同条の類推適用が認められている。

この点、本件事例は、A社が、Y社に対し、A社の紳士、婦人服および洋品雑貨販売の営業を譲渡したものであり、旧商法二六条が直接適用される前提事実の一つは充足されている。

（二）商号統用の有無と本件の特殊性

従来の裁判例は、前記二のとおり、必ずしも同一商号を継続使用する場合に限定せず、譲渡人と譲受人の商号の主要部分に同一性があれば、商号の統用を認定している。すなわち、個人の商号に会社の種類を示す文字を付加して使用する場合、会社の表示が前後逆になった場合、会社の種類を示す文字が変更されている場合のほか、商号の基本的部分を共通にしている場合にも、商号の統用が認定されている。しかし、本件において、譲渡人の商号「ヌギートレ

「ディング株式会社」と譲受人の商号「有限会社ザ・クロゼット」との間には、何らの共通点も認められない。

商号の主要部分に同一性が認められる場合のみならず、屋号が統用されている場合についても、旧商法二六条一項の類推適用を認める裁判例がある。たとえば、本件原告が引用する前掲・東京地判昭和五四年七月一九日、前掲・東京高判昭和六〇年五月三〇日、前掲・東京高判平成元年一月二九日である。ただし、これらの裁判例においては、前記三(一)のとおり、いずれも、譲渡人の屋号が商号の重要な構成部分としており、これが譲受人に屋号として統用されていることに注意しなければならない。すなわち、譲渡人の商号と屋号の間に共通性が認められ、その屋号が譲受人に統用された事例である。

これに対して、本件は、譲受人が、譲渡人の屋号である「ザ・クロゼット」に会社の種類を示す文字「有限会社」を付加して、商号「有限会社ザ・クロゼット」を統用するとともに、屋号それ自体である「ザ・クロゼット」をも引き続き使用したものである。このように、譲渡人の屋号が商号として統用された点において、本件は従前の裁判例の事案(すなわち、譲渡人の商号が屋号として統用された事案)と異なっている。したがって、譲渡人の屋号と商号に

共通性がある場合とまったく同様に考えることはできない。

(三) 旧商法二六条一項の類推適用に関する判断

本判決は、原告が引用する前記三つの裁判例について、「営業譲渡に伴い統用されるものが、商号そのものではなく屋号である場合でも、その屋号が商号の重要な構成部分の内容としているときには、(略)旧商法二六条一項を類推適用して、譲渡人の債権者を保護することを相当としたもの」とした上で、本件は、これらとは異なり、譲渡人であるA社の商号が「スギートレーディング株式会社」であり、屋号は「ザ・クロゼット」であることから、「屋号が商号の重要な構成部分としていた」との要件を充足しないことは明らかである。」と判示し、旧商法二六条一項の類推適用を否定した。

確かに多くの下級審裁判例では、ゴルフクラブの名称統用の事例を除けば、屋号そのものの統用について旧商法二六条一項の類推適用を認めていない(ゴルフクラブ以外の事例で、屋号それ自体の統用により旧商二六条一項の類推適用を肯定したものとしては、長野地判平成一四年二月二七日判タ一一五八号一八八頁)。その意味で、本判決は、多くの下級審裁判例によって集積された「譲渡人の屋号と商号との共通性」という判断基準に準拠したものである。

思うに、旧商法二六条一項は、文理上「商号ヲ続用スル場合」（商一七条一項および会社二二条一項では、「商号を引き続き使用する場合」と規定し、商号の同一性を基軸として債権者保護を図ることを明らかにしている（高鳥正夫『下級審商事判例評釈（昭和四〇年～四四年）』二二九頁参照）。したがって、同項の類推適用を安易に許すような拡張解釈は採用すべきではない。この点、商号続用につき「譲渡人の屋号と商号との共通性」という判断基準を定立する本判決の立場は、おおむね妥当なものと解される。特に債権者が詐害行為取消権（民四二四条）を行使できる本件においては、あえて商号続用を緩やかになされるべき合理的理由も見出しがたい（大塚龍司「営業譲渡と取引の安全」金判五六五号六〇頁参照）。

（四）屋号続用への拡張解釈の可否

本判決は、屋号が譲渡会社の商号とはまったく別個に存在する場合に、屋号の続用だけをもって旧商法二六条一項を類推適用することは、「文理解釈上、懸隔があり過ぎるといわざるを得ない」とする。ちなみに、会社の商号制度は、個人企業たる商人のそれとは異なっており、日本固有の重視・尊重された屋号の伝統を継受したものではなく、明治期以降に会社制度とともに欧米から新たに輸入されたもの

とされているから（大隅・前掲一八五頁、田中＝喜多・前掲一八七頁）、会社の事業譲渡の事例において、商号と屋号とを峻別して解釈することにも一応の理由があるように思う。

この点、ゴルフクラブの名称の続用事例においては、当該名称が譲渡人の商号とはまったく別個に存在する場合にも、旧商法二六条一項の類推適用を認めるのが、前掲・最判平成一六年二月二〇日の立場である。しかし、本判決は、「当該判例はゴルフ場に関するものであり、ゴルフ場の会員権取引においては、一般的に運営会社の商号よりも屋号に相当するゴルフ場の名称が流布されるという特殊事情が存在し、続用されるゴルフクラブの名称が逆に営業主体を表示する機能を有しているから、本件とは事案を異にする」と判示し、紳士、婦人服および洋品雑貨販売における屋号には、そのような事情が認められないとしている。

これに対して、商号よりも屋号のほうが営業主体を表示する機能を有するという事情が、ゴルフクラブ特有なものであるとの本判決の認識について疑問を呈する見解もある（新里慶一・中京四一卷三・四号一七九頁）。ゴルフクラブと本件のごとき洋服販売事業との比較において、屋号が営業主体を表示する機能の濃淡がどの程度認められるかは不

明であるが、ゴルフクラブの名称の続用に関しては、特に次の各点に留意しなければならないように思う。

まず、ゴルフ場の事業においては、市場で経営主体の名称である商号が使用されることは稀であり、専らゴルフクラブの名称が営業主体の表示として機能しているとの事情が認められる。このことは、ゴルフ場の会員権取引の場面でより顕著であり、かつ、会員権取引の一方当事者が商取引上の事業者ではなく一般会員であることから、他の事業と比較して特殊な事情であると評価できよう。

また、バブル経済崩壊以降、ゴルフ場運営企業の経営が極度に悪化し、預託金債権の回収をあきらめざるを得ない一般会員が多数発生し、これがある種の社会問題となったことも背景事情のひとつと考えられる。本件のような金融機関等の商取引上の債権者ではなく、一般会員である債権者の保護が問題となるゴルフクラブの事例では、会員救済の要請が大きいとの価値判断がされやすく、屋号続用の認定が緩やかになされる傾向があったのではあるまいか。

こうしたゴルフ場事業の特殊事情にかんがみ、最高裁は、ゴルフクラブの名称が続用された場合について、拡張的な解釈をしたものと理解するのが正当のように思われる（丸山秀平「営業譲渡人が譲渡人の商号をいわゆる屋号として

続用する場合と商法二六条一項の適用」金判五九三号五一頁、小野寺千世「営業の主体を表示する名称を続用する営業譲受人の責任」ジュリ一一一九号一四四頁参照）。その意味で、本判決が、「ザ・クロゼット」という屋号だけが続用された本件事例において、旧商法二六条一項の類推適用を否定した点にもおおむね賛成できる。

(五) 旧商法二六条一項の趣旨について

本判決は、「商号そのものではなく屋号である場合でも、その屋号が商号の重要な構成部分を含んでいるときには、営業譲渡人の債権者にとっては、商号の続用の場合と同様、営業主体の交代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、譲受人が当然に債務も引き受けたと考えがちなために、旧商法二六条一項を類推適用して、譲渡人の債権者を保護することを相当としたものである。」と判示しており、判例の外観法理・禁反言法理説を踏襲している。この見解によれば、債権者は営業主体を知りえず、債務を引き受けたと考えるのが通常であると主張する。しかし、この外観法理・禁反言法理説に対しては、学説上の批判も多い。

営業の譲受人は、譲渡人の債権者に対して当然に義務者となるものではないのが原則であるところ、旧商法二六条

一項は、商号を続用する場合に、その譲受人も債務を弁済する責任を負うと規定する。このように、原則に反して、譲受人に債務弁済を求める場合とは、本来の債務者である譲渡人の弁済資力に不安が生じたときであろう。そして、本来的な債務者の弁済資力に不安を感じた債権者ならば、債務者の状況により一層の注意を払うはずである。したがって、たとえ商号が続用されたとしても、営業主体の交替を知るのが通例というべきである（浜田道代「判例研究」判例評論二〇七号三〇頁（判時八〇七号一四四頁）、落合・前掲二九頁）。また、債権者は、かかる状況の下、譲受人に債務引受けの意思がないことを知っているのがむしろ常態であろう（浜田・前掲三〇頁）。

以上のとおり、外観法理・禁反言法理説の考え方に對しては、特に企業倒産の実態にかんがみた場合に疑問を感じざるを得ず、かかる立場を踏襲した本判決についても、その理由付けには賛成できない。

また、旧商法二六条一項・商法一七条一項・会社法二二条一項が外観法理を根拠とするのであれば、債権者が悪意（または重過失）の場合にはその適用が排除されるはずであるが、これら条項の文言上は、債権者の主観的な状態を考慮していない。この点、悪意の債権者に旧商法二六条一

項の適用がないとした裁判例もあるが（東京地判昭和四九年一月九日判時七七八号九六頁）、下級審裁判例は、一般的に善意・悪意を問題としない傾向にある（東京高判昭和五〇年八月七日判時七九八号八六頁、前掲・東京地判昭和五四年七月一九日）。本判決においても、債権者であるX銀行の外観信頼に関する主観面については検討されていない。

（六）若干の私見

旧商法二六条一項（商一七条一項、会社二二条一項）の趣旨に關してはさまざまな考え方が主張されているが、前記一のとおり、いずれの見解にもそれぞれ問題がある。私見によれば、同条項は、単なる債権者保護規定というよりも、商号続用を伴う営業譲渡（事業譲渡）における、債権者、債務者（譲渡人）、譲受人の三者の利害を適切に調整するための一種の政策規定と解釈すべきではないかと考える。

思うに、旧商法二六条（商一七条、会社二二条）は、文理解上、その要件および効果が相当明確に規定されている。すなわち、譲渡人の商号を引き続き使用する譲受人は、遅滞なく、自らが「譲渡人の債務を弁済する責任を負わない

旨」を登記（または通知）しない限り（同条二項）、譲渡人の営業・事業によって生じた債務を当然に引き受けたものと扱うものである（同一項）。条文中、このように要件・効果が明定されていることにかんがみれば、従前の議論のごとく、その趣旨を過度に一元的に解釈すべきではないように思う。

ところで、商号は、会社にとって絶対的登記事項である（会社九一条三項二号・九一二条一号・九一三条一号・九一四条一号）。また、商人の場合、商号の譲渡は、営業とともに譲渡する場合または営業を廃止する場合に限って認められるにすぎず（商一五条一項）、この場合には、対抗要件としての登記が要求されている（同条二項）。このように、営業譲渡（事業譲渡）の場面において、現行法上は、商号と登記との間に強い連結関係が認められる（登記との連結性に着目する見解として、池野・前掲三二八頁）。したがって、商号統用の認定に際しても、原則として、登記された商号の存在を前提に、当該既登記商号が統用されたか否かを中心に判断すべきではあるまいか。その意味で、屋号への類推適用に際し、本判決を含む多くの下級審裁判例が「譲渡人の屋号と商号との共通性」という判断基準を用いていることには、正当な面が認められよう。

これに対して、ゴルフ場の会員権取引の場面においては、他の一般的な商取引と異なり、債権者である一般会員が、専らゴルフクラブの名称によって取引行為を行っているなどの特殊事情が存在する。したがって、前掲・最判平成一六年二月二〇日の射程範囲について、他事業の営業譲渡の場合にも及ぶと軽々に判断することはできない。

旧商法二六条（商一七条、会社二二条）の要件・効果の明確性にかんがみれば、同条項を関係者間の利害調整のための一種の政策規定と理解する私見によっても、類推適用を安易に許すような拡張解釈は採用すべきではなく、商号の同一性や商業登記制度の連結性といった点を十分に吟味しながら、その可否を判断すべきものと考ええる。

菅原 貴与志