慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	〔商法 六七〕営業譲渡が無効な場合と商法二六条一項の適用
Sub Title	
Author	高鳥, 正夫(Takatori, Masao)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1967
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.40, No.12 (1967. 12) ,p.84- 88
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19671215-0084

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

判例研究

〔商法　六七〕営業譲渡が無効な場合と商法二六条一項の適用

（大阪地裁昭和四〇年一月二五日判決　昭和三六年(ワ)四八四二号売掛代金請求事件　下級民集一六巻一号八四頁）

【判示事項】

一　商法第二六条第一項の商号の続用に当たるとした事例

二　営業の譲渡が無効な場合と営業譲受人の商号の続用による責任の有無（積極）

【参照条文】　商法第二六条

【事実】

原告X会社は訴外会社に対し昭和三三年九月九日から三四年一〇月一二日までの間に、代金合計金五、七四〇、〇八一円五〇銭相当の電線等を売渡し、これに対して訴外会社は同年一一月五日までに金三、九二四、五八二円を支払つていた。訴外会社は昭和三二年五月設立いらい「株式会社日本電気産業社」の商号のもとに、輸送機械設備の設計製作、電気工事、ネオン工事などを業としていたが、業績不振のため昭和三四年一〇月頃倒産し事実上解散した。ところがその第二会社として、同年一一月一〇日被告Y会社が「株式会社日本電気産業」という商号のもとに設立されたが、Y会社と訴外会社とは営業場所、代表取締役等が全く同一であるばかりでなく、営業目的もほとんど変らず、Y会社の取締役および監査役はすべて訴外会社の取締役であり、店舗や施設、備品等はもちろんのこと、従業員もほとんど全員をそのまま引継いでいた。従つて、表面上はY会社の新設といつても、経営の実態は従前と何ら変るところはなかつた。

そこで、Xは訴外会社の売掛代金のうちの残金一、六三五、三四九円五〇銭については、Y会社が訴外会社の営業譲渡を受けしかも商号を続用している場合に当たるから、訴外会社の前記売掛残代金債務を弁済する義務があると主張した。これに対して、Yは訴外会社からの営業譲渡はなかつたし、仮りに営業譲渡があつたとしても、その営業譲渡は株主総会の特別決議を経ていないから無効であり、Yに弁済義務はないとして争つた。

【判旨】 原告勝訴

判旨はまず右の事実からこのような場合には、Y会社はその設立に際して訴外会社から営業の譲渡を受けたものと認定し、また、Y会社が訴外会社と類似の商号を使用している点については、「右の如き商号の使用関係が、商法第二六条に言う「商号の続用」に当たるか、どうかについて検討するに、商法第二六条の法意は、営業の譲受人が、譲渡人の商号を続用する場合には、従前の営業上の債権者は、営業主の交替を容易に確知し得ないから新営業主を従前の営業主と信じて取引を続けるか、あるいはまた営業譲渡の事実を知り得ても、譲受人たる新営業主による旧債の引受があつたものと考え、いずれにしても、譲受人に対しては何時でも権利行使ができ得るものと信ずるのが常例であるとして、このような債権者の外観に対する信頼を保護せんとするに、その主旨があるものと解すべきところ、これを本件の場合について考えてみれば、上来認定の如き営業譲渡の実態を考慮に入れ、これに、訴外会社と被告会社の各商号を比較対照すれば、おのずと明らかなとおり、右各商号が全く同一と言つてもいいほどに類似的に極めて近似している事実を合せ考えれば、他に特段の事情なき限り、従前から訴外会社と取引関係にあつた原告が、前認定の如き営業譲渡の事実を確知し得なかつたのも、まことに無理からぬものがあり、よしまた原告が右事実を知つていたとしても、被告会社において訴外会社の債務の引受があつたものと考え、何時でも被告会社に対して旧債の請求をなし得るものと信ずるのが取引の通例と言うべきであるから、本件の如き場合もまた商法第二六条第一項に言う「商号を続用する場合」に当たるものと解するのを相当とする」と判示した。

次に、右の営業譲渡は株主総会の特別決議を経ていないことを認定しながらも「しかし、商法第二六条第一項の営業譲受人の弁済責任が、上来説示の如く、債権者の外観に対する信頼の保護を基調として、商法上特に認められた所謂外観法理の現れと解すべきものであつてみれば、その営業譲渡が被告主張の如きかし（瑕疵）のため、本来なら無効であるべき場合にも、商法第二六条の関係においては、被告は、その無効を抗弁として、その責任を免れることはできないものと解するのを相当とし、したがつて被告の右抗弁は、これを容れるわけにはいかない」とした。

【評釈】

こうした事件においては、何よりも裁判所の行なう事実認定が重要な意味をもつことはいうまでもない。すなわち、旧会社が事実上解散して第二会社たる新会社が設立され、両会社がきわめて類似した商号の下に同一の店舗、施設、備品などを使用して同一営業を行なつているというのは、それが実際には個人企業の色彩の濃厚な会社における出来事ではないか、あるいは、旧会社の解散はいわゆる偽装解散であり、債権者の追及を避ける意図でなされたものではなかつたかなどの点も問題となろう。本件の事実関係がいかなるものであるかに従つて、あるいは法人格を否認して初めて解決される問題であるか、あるいは債権者取消権の問題であるか、それとも判旨が明らかにしたように、両会社の間で営業譲渡が行なわれ、新会社

について営業譲受人の責任を論ずべき場合であるかが、ここで区別されなければならないからである。けれども、当事者が実際に行なつてきた事実の経過自体もきわめてあいまいなものであり、これを秩序正しく整理し法律的に分析するという仕事は、多くの困難を伴なう厄介な仕事であることもいうまでもない。そこで、本件判旨の行なつてきた事実認定を見ると、それはこの場合にももちろん承認できるものであつて、本件を商法二六条一項の問題としてとらえたことは適切である。

本件の場合には、旧会社が事実上解散し、その後第二会社たる新会社が設立され、新会社が旧会社ときわめて類似した商号の下に、同一店舗、施設、備品などを使用して同一営業を行なつているわけであるが、これら両会社の営業内容ないしは範囲からいうと、右の諸施設がいわゆる営業の中枢部分を形成するもののようである。その意味では、本件の場合に新旧両会社を切り離して、旧会社の事実上の解散とは全く別個の新会社の設立があり、しかも、たまたま新会社が旧会社の商号ときわめて類似した商号の下に、同一営業を営んでいる場合と見るのは無理であろう。従つて後述するように、営業譲渡に必要な株主総会の特別決議があつたか否かという点を別にして、両会社の間に事実上の営業譲渡があつたものと見るのが無難なように思われる。従来の判例のうちにもこれとほぼ同一の事実をとり扱つたものがある。すなわち、新会社が解散した旧会社と商号、営業目的、営業場所を同じくし、また、旧会社の得意先と取引し、旧会社の従業員の一部を再雇傭していたこと、及び、代表取締役を除いて経営首脳部にも変更がない場合には、会社の解散と新設とは名目上のものにすぎず、経営の実体は別個のものと認めることはできず、そこに営業譲渡があつたと推定するのが相当であり、従つて、新会社は商法二六条により旧会社の債務の支払義務を負うとしたものがある（東京地判昭和三四・九・一六下級民集一〇巻九号一九四四頁）。これに対して本件の場合には、営業目的、営業場所、取締役はもちろん、営業のための店舗、施設、備品までも同一であるという意味では、新旧両会社の間の関係は前記判例の場合と同等であるか、または、それ以上に密接なものであつたと思われる。ただ、両者の判例に現われた事案を比較してみると、前記判例の場合には新会社が旧会社と同一商号を使用していたのに対し、本件の場合にはきわめて類似してはいるが、しかも同一ではない商号を使用していたという点である。従つて、ここで新たに問題にするとすれば、商法二六条一項にいわゆる商号を続用する場合の商号とは、類似商号の使用を含むかどうかという点である。

商法二六条一項が商号を続用する営業の譲受人に対して、たとえ譲渡人の営業によつて生じた債務を引受けなかつた場合にも、その債務について弁済の責に任ずることとしたのは、この場合には債権者としては営業主の交替を知りえないため、譲受人自身を自己の債務者と考えるか、または営業譲渡の事実を知りえても、譲受人による債務の引受があつたものと考えるのが通常であるから、債権者のこの信頼を保護するために、譲受人にも弁済義務を認めたものと解すべきである（大隅健一郎「商法総則」法律学全集三二八頁）。従つて、そこにいわゆる商号を

続用する場合の商号のうちには、同一商号以外に類似商号が含まれるか、含まれるとすればどの程度の類似商号まで含まれるかということになると、右に述べたように、取引先その他の債権者の誤解または識別の困難を惹き起こすか否かという角度から検討されなければならない。この点の理解に役立つ判例を見ると、新設した「合資会社新米安商店」が解散した「有限会社米安商店」から営業の全部を譲受けた場合に、譲受人たる新設会社が弁済の責に任ずるかという事件について、相反する結論をとつた二つの判例がある。

すなわち、右の事件の控訴審では、両者は会社の種類を異にしかつ「新」という継承的字句を加えたほかは、商号の主体部分と認められる「米安商店」には変動がないのであるから、商法二六条の関係では商号の続用の場合に当たるとした（福岡高判昭和三五・六・一五高等民集一三巻四号四〇五頁）。これに対して最高裁では、会社が事業に失敗して再建をはかるためいわゆる第二会社を設立し、新会社が旧会社から営業の譲渡を受けたときは、従来の商号に「新」の字を附加するのが通例であるが、この「新」の字は社会通念上、新会社が旧会社の債務を承継しないことを示すものであり、このことと両者が会社の種類を異にしていることからいうと、この場合は商号の続用には当らないと判示している（最高判昭和三八・三・一民集一七巻二号二八〇頁）。要するにこの事件においては、営業の譲受人たる新会社が旧会社と会社の種類を異にし、かつ「新」の字を附加した商号を使用した場合に、商法二六条の商号の続用に当たるか否かが問題となつたわけで、これを否定した最高裁は「新」の字に注目して、旧会社の債務を承継しない趣旨がそこに現われているとし、これを否定したのである。

これに対して、本件における旧会社の商号である「株式会社日本電気産業社」と、新会社の「株式会社日本電気産業」とを比較してみると、そこには前記の判例で問題となつた「新」の字は附加されておらず、単に旧会社の商号の末尾の「社」という文字を削除しただけである。従つて、旧会社の商号から新会社の商号に変つても、旧会社の債権者がその間に営業譲渡がなされたことに気づかぬ程度まで、両者の商号が類似していることは判旨の指摘するとおりである。従つて商法二六条一項の立法趣旨が前述のようであるとすれば、同条にいわゆる続用される商号のうちには、同一商号の場合はもちろん問題はないが、新会社の商号中に旧商号にはなかつた「株式会社」という文字を附加して使用している場合（東京地判昭和三四・八・五下級民集一〇巻八号一六三四頁）も、また、本件のように新旧両会社の商号がきわめて類似している場合も含まれるものと解するのが妥当であろう。ただそうなると、商法二六条一項の商号という言葉には、同一商号のみならず類似商号をも含むという意味では、商法二〇条、二一条の場合と同様に解すべきかという点も問題となる（松岡誠之助・東京地判昭和三四・八・五の判批・ジュリスト二五六号八六頁）。この点については、類似商号という概念自体があいまいのために、これを正確に比較することは困難であるが、二六条一項の対象となる類似商号の範囲と、二〇条、二一条などの類似商号とは、もちろんそれほど大きな開きのあるものではない。ただ二〇条、二一条などの場合には、類似商号のために一般人を含む取引先が営業を誤認したため、もともとその商号を使用していた商人の利益が奪われるこ

とを保護しようとするものである。これに対して二六条一項の場合には、商号の類似性のために、営業上の債権者が債務者を誤認することを救済しようとするものであるが、この場合には、誤認を生じた債権者は商人たる取引先の場合が多いであろう。それ故、強いて差別をつけようとすれば、同様に類似商号を含むといつても、二六条一項の場合の方がその類似性をより厳格に解して差支えないであろう。

次に本件においては、旧会社から新会社へ営業が譲渡されるに当たつて、それぞれの会社で営業譲渡に関して要求される手続（商二四五など）が行なわれなかつたことが認定されているから、それは判旨のいうように「無効な営業譲渡」というほかはない。従つて、その場合には営業譲渡が無いから商法二六条一項は適用の余地がないこととなる（米津昭子・東京地判昭和三四・九・一六の判批・法学研究三六巻二号八七頁）のか、反対に、本来なら無効な営業譲渡であるけれども、二六条一項の関係においては、譲受人たるべき会社からはその無効を理由に義務を免れえない（矢沢惇「商事判例研究」昭和三四年度三五〇頁）のかという問題がある。この点の解決のためには、二六条一項の規定が営業譲渡をめぐる法律関係をいかなる角度からとらえているかを検討しなければならない。元来、会社間の営業譲渡の問題は、いかなる手続をとれば新会社への営業譲渡を有効になしうるかという対内的な面と、旧会社の債権者から見た場合に、現在の債務者はいずれの会社であるかを見分けることが重要であるという場合の対外的な面とに区別することができる。

商法二六条一項は、営業譲渡をめぐる法律関係のうちのいわば対外的な面を規定しているわけであるから、二つの会社の間で営業譲渡がなされたか否か、また、営業譲渡がなされた場合には、債務の引受があつたか否かを見きわめることなどの困難から、営業譲渡人の債権者を保護しようとすれば、そこにいわゆる営業譲渡は事実上の営業譲渡をも含むものと解すべきであろう。そしてこのことは、二六条一項が商号を続用する営業の譲受人というように、一定の外形的事実を理由に譲渡人の債権者を保護している点からもうかがうことができる。このように理解すれば、債権者は一層厚く保護されることとなるが、債権者に対して一方の会社が弁済した後に、その内部関係においていずれの会社が最終的に債務負担をなすかということはまた別個の問題である。いいかえれば、この問題は営業譲渡をめぐるいわば対内的な面の問題であるから、二つの会社の間に有効な営業譲渡がなされたかどうかという点を基準として解決されることとなる。従つて、商法二六条一項は営業譲渡が無効な場合にも適用され、譲受人の側から内部手続の欠缺を理由に義務を免れることはできないものと解すべきである（大隅・前掲三二八頁、Schlegerberger, HGB I Anm. 6 zu § 25）。要するに判旨の認定した事実からこの結論を導いたことは正当であつたと考える。

（高鳥　正夫）