

Title	〔商法 二六六〕「株式会社内外タイムス」の営業を引き継いだ「内外タイムズ株式会社」につき、商法二六条一項の商号続用に基づく責任を認めた事例
Sub Title	
Author	山本, 爲三郎(Yamamoto, Tamesaburo) 商法研究会(Shoho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1986
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.59, No.6 (1986. 6) ,p.110- 117
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=AN00224504-19860628-0110

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 二六六〕

「株式会社内外タイムス」の営業を引き継いだ
「内外タイムズ株式会社」につき、商法二六条
一項の商号統用に基づく責任を認めた事例

〔判示事項〕

一、倒産会社とその事業を承継する目的で設立された会社との間に、営業の譲渡がなされたと認められた事例
二、商法二四五条一項の株主総会特別決議を経ているにもかかわらず、事実上の営業譲渡の実体がある限り、商法二六条一項の適用を肯定できる

三、「株式会社内外タイムス」の営業を引き継いだ「内外タイムズ株式会社」につき、商号の統用を認めた事例

四、営業譲渡人の債権者の悪意と商法二六条一項の責任

〔参照条文〕

商法二六条

〔事 実〕

（東京地判昭和五五年四月一四日
昭和四九年上二五九号貸金請求事件
判例時報九七七号一〇七頁
判例タイムズ四一九号一五頁）

訴外A社（株式会社内外タイムス）は、日刊新聞「内外タイムス」紙の発行を主たる事業とする会社であったが、昭和四六年一月、不渡手形を出し倒産した（なおA社は、昭和四七年一月二日、破産宣告を受け、その手統はほとんど終結している）。そこで、A社の主要株主の一人Bは、「内外タイムス」紙の発行を引き継ぐ目的で、新会社Y（内外タイムズ株式会社）を設立した。右のような経緯で設立されたY社は、「内外タイムス」なる題字（商標権はBが所有）および発行号数を引き続き使用するなど、外形的にも内容的にもA社のそれと同一性・連続性を有する「内外タイムス」紙を発行し、販売店、販売委託先、購読者層をそのまま引き継いだ。A社の取引広告代理店のうち、かなりの部分とも引き続いて取引をしている。さらに、Y社の従業員の

ほとんど全部はA社の従業員であった。けれどもY社は、本店事務所、編集局、印刷委託先、電話、什器備品などの設備はA社から承継せず、独自に調達している。

なお、Y社は営業譲渡契約書の作成を拒絶したので、A社は営業譲渡のための株主総会を開くことができなかった。しかしながら、Bおよびその関係者がA社の発行済株式総数の八割以上を所有しており、また、Y社の設立登記日までに本件営業譲渡に反対したA社の株主はいなかった。

以上のような事実関係のもとに、A社の債権者X₁、X₂が、商法二六条一項に基づき、Y社に対して自己の債権の弁済を求めたのが本件である。同条項の責任についてY社は、営業譲渡はなかった旨、本件営業譲渡はA社の株主総会特別決議を経た旨、同条の営業譲渡に該らない旨、商号は統用していない旨の各抗弁を提出した。さらに、X₁らはA社の代表取締役Cと緊密な関係にあったから、Y社が本件債務を引き受けなかったことを知っていたのは明らかであり、このような悪意の債権者に対しては同条二項を類推して、商号統用営業譲受人も責任を負わないと解すべきであるとも主張し、Y社は以上計四点にわたって二六条一項の責任の有無を争った。

〔判旨〕

(1)「Y社は、A社から、新聞の製作発送スタッフ、商標使用権、販売ルート、購読者層、取引広告代理店等を含む有機的な新聞発行の活動(営業活動)を一体として引き継いだので

あるから、A社からY社に対して営業の重要な部分が譲渡されたものと認めるのが相当である。」

「日刊紙の発行事業にとっては、新聞としての同一性、発行の継続性、編集、販売、広告という営業活動の有機的組織の一体性が特に営業の同一性判定上重要であり、社屋等の物的設備を決定的な指標とみるのは、業種及び整理のための譲渡という本件の事情の下では相当でない。」

(2)「商法二四五条一項一号が営業の全部又は重要な一部の譲渡をいわゆる特別決議事項としたのは、株主保護のためであるところ、…、A社の株主でY社設立日までに本件の営業譲渡に反対した者は無い。しかも、A社の破産手続は、…、すでに終結している。そうすると、商法二四五条一項一号による株主総会の特別決議を経ない営業譲渡行為は原則として無効であるとしても、本件のように営業が復帰すべき実体が消滅している特別な事情がある場合には、営業は結果的にY社に帰属することになるから、債権者保護を目的とする商法二六条の適用に関して考えれば、事実上の営業譲渡の実体があるかぎり、かかる営業譲渡についてもなお、同条項の適用を肯定できると解すべきである。」

(3)「Y社の商号をA社のそれと比べると、主要部分である『内外タイムス(ズ)』の部分がかほとんど同一であり、後ろに付加されていた『株式会社』の表示を前に付加しただけの違いであるから、法的にはY社の商号はA社の商号と同一と解せられ

る。従つて、Y社はA社の商号を統用するものと認められる。」
 (4)債権者が悪意である場合には商法二六条二項が類推され、
 商号統用営業譲受人も責任を負わないと解すべきである、とす
 るYの主張について、

「仮に右主張のような類推が許されるものとしても、その場合
 の債権者の悪意は、同条二項の登記又は通知に代わる免責事由
 であるから、営業の譲渡があつた時から登記又は通知をしたな
 らば免責を得たであろう時点までに生じた場合に限られるもの
 と解すべきであり、登記又は通知について遅滞に陥つたであろ
 う時点以後は、たとえ債権者に悪意を生じたとしても、営業譲
 受人は免責を受け得ないものと解しなければならぬ。(そうで
 ないと、債権者は訴訟中に悪意となることを殆ど免れない)。」

そして、債権者の右悪意の成立時点は同条二項の類推適用を
 主張する者が立証責任を負担するものと解すべきところ、Yの
 立証及び本件全証拠によるも、前示営業譲渡から遅滞に陥つた
 であろう時点までの間に、X1らが、Y社がA社の債務を引受け
 なかったことにつき悪意となつたことを認めることができな
 い。

〔研究〕

本判決は、商法二六条一項の責任の成否に關して、四つの問
 題点につき判断を示している。それぞれ興味ある問題であり、
 以下、判旨(1)から順に検討することにしよう。

一、判旨(1)について

本件では、Y社は、「A社から新聞の製作発送スタッフ、商
 標使用权、販売ルート、購読者層、取引広告代理店等を含む有
 機的な新聞発行の活動(営業活動)を一体として引き継いだ」
 が、本店社屋等の物的設備や印刷委託関係は、A社から承継せ
 ずY社が独自に調達している。そこで、営業譲渡につき財産物
 件の譲渡を重視する見解に従えば、本件のような事実関係主体
 の譲渡が、商法二四条以下の営業譲渡と認められるか否かが問
 題とならう。この点本判決は、日刊紙発行事業という業種に着
 目し、「新聞としての同一性、発行の継続性、編集、販売、広
 告という業務活動の有機的組織の一体性」を重視する。そして、
 社屋等物的設備の譲渡の有無は、営業の同一性判定の決定的な
 指標ではないとし、A社・Y社間の営業譲渡の事実を肯定する。

業種の特性が営業譲渡の判定に影響を与えたとする考え方は、
 正当なものとして評価しうる(渋谷達紀「商事判例研究」ジュリス
 ト七九六号(昭和五八年)一〇七頁)(なお、本判決は業種の特性を、
 営業の同一性の判定でのみ問題としているかのようにもみえるが、その
 前提として、営業財産の組織的(一体的)性(営業)およびその重要性の判定
 においても、やはりそれを考慮しているものと思われる)。前述の財
 産物件の譲渡を重視する見解においても、事実関係主体の譲渡
 であっても、業種の特性上、それを営業譲渡と認めるべき場合
 があることを否定するものではなからう(なお、大隅健一郎・商
 法総則(新版)(昭和五三年)二八八頁参照)。判旨(1)の部分に賛成
 である。

二、判旨(2)について

本件営業譲渡は、すでに判旨(1)で、営業の重要な部分の譲渡であると認定されている。妥当な判断であるが、株式会社において営業の重要な一部の譲渡がなされる場合には、株主総会の特別決議が必要である(商法二四五条一項一号)(ただし、不渡処分を受けて倒産した会社には商法二四五条は適用されない、と解する所説もある(龍田節「商事法判例研究」商事法務八四五号(昭和五四年)七〇頁))。そこで本件のように、営業譲渡の実体はあるが右の特別決議はない場合に、商法二六条一項を適用することができるか否かが問題となる。もっとも、二四五条一項の特別決議を経していない営業譲渡は無効だとしても、同条項は株主保護の規定であるから、譲受人側からの無効の主張はできない(ただし、営業全部の譲渡の場合に注意(商法二四五条一項三号、有限会社法四〇条一項三号参照))と解することができれば(山下真弘「判例研究」島大法学二六卷一号(昭和五七年)一〇〇—一〇一頁参照)、本件においては右の問題は生じないことになる。けれどもこの点の議論はまだ成熟しておらず、一般的には、譲受人側も営業譲渡の無効を主張しようと解されているようなので(この点、東京高裁昭和五六年七月二十九日判決(金融・商事判例六三七号二五頁)は、営業譲受人は法律上の利害関係者として、商法二四五条違反による営業譲渡の無効を主張することができる、とする)、やはり右問題点の検討が必要であらう。

さて、この点について学説では、営業譲渡が無効であっても、

その無効事由の如何を問わず、二六条一項の適用は肯定できるとするものが多い(松尾和子「商事判例研究」ジュリスト三八九号(昭和四三年)一〇六頁、大隅・前掲三八頁、渋谷・前掲ジュリスト七九六号一〇七頁、服部栄三・商法総則(第三版)(昭和五八年)四一七頁、喜多了祐・商法総則(昭和六〇年)三〇七頁、反対、米津昭子・慶應義塾大学商法研究会編・下級審商事判例評釈(昭和三〇年—三九年)・二七事件(昭和三八年)二四四頁。二六条一項は、営業譲

渡人の債権者保護の立場から、営業財産を譲り受け商号を続用しながら、譲渡人と同一の営業活動を行っている譲受人に対して、譲渡人の営業から生じた債務について弁済の責任を負担させようとするものである。同条項を外観法理に基づくものと解すると否とにかかわらず、この点に異論はない(服部・前掲四一六頁参照)。従って、営業譲渡契約の法形式上の有効・無効は、本来、二六条一項の責任の成否に影響を与えるものではないといふべきである。換言すれば、現実には営業譲渡の実体があり、商号を続用し譲渡人と同一の営業活動が行われているにもかかわらず、営業譲渡契約が無効であることをもって、譲受人の同条項の責任負担を否定するのは妥当だとはいえないのである(なお、このように営業譲渡の実体(および商号統用の事実)に視点を置く限り、営業の法律上の移転原因が営業譲渡契約以外にある場合、例えば現物出資である場合にも、二六条一項の(類推)適用を肯定してよいことにならう(最判昭和四七年三月二日・民集二六卷二号一八三頁、江頭憲治郎「最高裁判所民事判例研究」法学協会雑誌九〇巻二二号(昭

和四八年)一六一四頁、浜田道代「最新判例批評」判例評論二〇七号(昭和五一年)三三頁、高島正夫・商法総則商行為法(改訂版(昭和五七年)八三頁、藤川研策「昭和五十六年度重要判例解説」ジュリスト七六八号(昭和五七年)九六頁、平田伊和男「現物出資と商法二六条の適用」商法(総則・商行為)判例百選(第二版(昭和六〇年)五九頁参照)」。しかも、営業譲渡の無効を理由にする同条項の適用否定を、譲渡人との関係で考えても、それによって譲渡人の債務が消滅するわけではなく(この場合、商法二九条も当然適用されない)、譲渡人に利益はない。債権者に手間をかけさせ不利を与えることになるだけである。以上のような理由で、多数説を支持すべきであると考ええる。

本判決も、株主総会の特別決議を経なくても、事実上の営業譲渡の実体がある限り、二六条一項の適用を肯定できると解しており(結果同旨、大阪地判昭和四〇年一月二五日・下裁民集一六卷一号八四頁)、正当なものといえよう。ただし、本判決はその理由として、商法二四五条一項は株主保護の規定であること、譲渡会社の株主で本件営業譲渡に反対した者はいなかったこと、譲渡会社の破産手続はすでに終結しており、営業が復帰する実体が消滅していること、を挙げている(大塚龍児「営業譲渡と取引の安全」金融・商事判例五六五号(昭和四四年)六二頁も、前掲大阪地裁昭和四〇年一月二五日判決の寸評において、譲渡会社の解散・清算終了という事情を重視する)。しかし、これらはすべて譲渡人側の事情であり、譲受人との関係で譲渡人の債権者保護を図ることを目

的とする、二六条一項の適用を左右する理由と評価できるものではない。それぞれ本件事案に即したものであり、当事者を説得するいわば駄目押しとはなろうが、同条項の適用を、このような事情の存する場合に限る必要はないであろう(藤川・前掲九六頁、渋谷・前掲・ジュリスト七九六号一〇七頁、喜多・前掲三〇七頁)。

三、判旨(3)について

「株式会社内外タイムズ」と「内外タイムズ株式会社」との間に、商号の統用があるとすると本判決の判断におそらく異論はなからう(渋谷・前掲・ジュリスト七九六号一〇七頁、喜多・前掲三〇七頁)。問題があるとすれば、二六条の法的性質をどのように考えるかによって、商号統用の判断の理由づけが異なってくると思われる点であろう。もっとも、理由づけは異なっても結論が同じなのであれば、判決理由中であえて特定の理論を主張・展開する必要はない。本判決も二六条の法的性質を持ち出すことなく、商号の統用を肯定している。妥当であろう。

四、判旨(4)について

二六条の一項と二項を統一的に読むと、二項の登記または通知がない限り、債権者の善意・悪意を問題とするまでもなく、一項の責任は認められるのが自然な解釈のように思われる。けれども、二六条一項は外観法理に基づく規定だと解すれば、保護されるのは善意の債権者のみであり、営業譲渡はあつたが債務引受はない事実を知っている債権者を保護する必要は

ない、ともいえそうである。近時この点の認識が深まり、解釈上、二六条一項の責任は善意の債権者との関係でのみ生じるとする見解（以下、善意者保護説と呼ぶ）の支持が高まってきた（田中誠二・全訂商法総則詳論（昭和五一年）二二三頁、丸山秀平「金融商事判例研究」金融・商事判例五九三号（昭和五五年）四九頁、高島・前掲八四頁、渋谷達紀「企業の移転と担保化」現代企業法講座Ⅰ（昭和五九年）二二三頁、喜多・前掲三二二頁、近藤龍司「判例研究」法学研究五八巻七号（昭和六〇年）九〇頁。しかしながら、債権者の善意・悪意は、同条項の責任成否に影響を与えないとする所説（以下、非区別説と呼ぶ）も多く（浜田・前掲三二二頁、曽我部豊「金融商事判例研究」金融・商事判例四九四号（昭和五一年）五頁、大塚・前掲六〇頁・六二頁、藤川・前掲九七頁、松岡誠之助「商事判例研究」ジュリスト七八八号（昭和五八年）一〇八一―一〇九頁）、学説は二分されているといえよう。

さて善意者保護説は、例外なく、二六条一項は外観信頼者保護規定であるから、悪意者は保護されないと説く。つまり、同条項は外観法理に基づくという命題から、演繹的に、善意者のみ保護されるという結論が導かれるのであるが、実はその命題自体、最近では批判が強い（浜田・前掲三〇―三二頁、山城将美「営業譲受人の責任に関する一考察」沖繩法学二一号（昭和五八年）一―二七頁以下、服部・前掲四一八頁注（一）、小橋一郎「商号を統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（昭和五九年）一六頁。というのは、外観信頼保

護説は、営業譲渡につき商号が統用されている場合に、譲渡人の債権者の、(a)営業主の交替が分からないので債務者は譲受人であるという信頼、および(b)営業主交替に伴って債務が引受けられたという信頼、を保護するのが二六条一項だという（丸山・前掲四九頁、高島・前掲八三頁、渋谷・前掲、現代企業法講座Ⅰ二三一―二三三頁、喜多・前掲三二二頁、近藤・前掲八九頁）。けれどもこの分析については、次のような問題があるからである。まず前者(a)については、営業主の交替を知らないのであれば、譲渡人が債務者であるという外観を保護すればよいのであり、そこからさらに、譲受人が債務者であるという外観が出てくるとするのは、論理に飛躍があるばかりか、営業主の交替を知らないという前提自体に反する（浜田・前掲三〇頁、服部・前掲四一八頁）。ここにあるのは、同一の営業が続いているので、あそこに行けば支払ってもらえるといった、営業に対する信頼であり、そしてこれは外観への信頼ではない（小橋・前掲一六頁）。後者(b)については、商号統用の事実がなぜ債務引受の外観を作出するのか、その証明はなされていないように思われる（小橋・前掲一六頁）。商号の統用がなくても営業の同一性が維持されておれば、債務引受の外観が出てくるといえそうだし、逆に、商号の統用があっても、営業譲渡がなければそのような保護すべき外観はなかるう。また、すべての営業上の債務につき、一律に債務引受の外観が作出されるのかどうか（古田龍夫・土肥一史「商法第二六条及び第二八条について」(一)福岡大学・法学論叢二二巻

二号(昭和五二年)一五二一六頁参照、検討すべき点は多い。このように、二六条一項を外観信頼保護説でのみ説明するのには無理があるように思われる。従って、外観信頼保護説だけを前提にして善意者保護説を導き出すのは、説得力に欠けることになる。善意者保護説か非区別説かは、理論的に決せられる問題というより(条文解釈としては非区別説の方が自然だといえるが)商法二七条参照)、どちらを採ればより妥当な結論を得られるかというレベルで比較すべき問題ではなからうか。そこで次に、若干の裁判例を中心にしてこの問題を検討してみよう。

東京地裁昭和四九年二月九日判決(判例時報七七八号九六頁)は、善意者保護説を前提とし、悪意の債権者の二六条一項の主張を退けた——おそらく唯一の——事例として、善意者保護説の論者に引用されることが多い。しかしこれは、債権者が譲渡会社の取締役であった事例であり、かなり特殊なものである。従って、仮にこの結論が妥当なものであったとしても、例えば信義則により債権者の主張を退けるなど他の解決方法も考えられ、善意者保護説を採らなければならなかった事例とはいえない。しかも、この控訴審判決である東京高裁昭和五〇年八月七日判決(金融・商事判例四八八号三三頁)は、善意者保護説を採用せず、二六条二項の登記も通知もなかったとして、端的に同条一項の責任を認めている。この結論の相違は、所説の対立のためというより、控訴審判決では、債権者は譲渡会社の取締役ではあったが、名目的な取締役であったこと(この点は控訴審判決

で新たに認定されている)が考慮されたからであるように思われる。仮にこの控訴審判決の結論が妥当なものだとすれば、善意者保護説の結論は認め難いことになる。次に、東京地裁昭和五四年七月一九日判決(判例時報九四六号二一〇頁)は、非区別説を前提としながら、譲渡人の債権者は譲受人に対して、譲受人が当該債務の支払責任を負わないものとすることに同意していたから、この合意により二六条一項の法定責任は解除されると判示した。この場合、善意者保護説によっても同じ結論が得られると思われるが、債権者は単なる悪意者ではなく、譲受人との間に合意があることに注意しなければならない。さて、以上の検討からすると、具体的に妥当な結論を導くにあたって、善意者保護説は有益なものとはいえないのではないかと思われる。この点、譲渡会社と譲受会社との間に、実質的に企業体としての同一性ないし連続性が明らかに認められる場合には、譲受会社からする善意者保護説の主張は信義則に照らして許されないとする、神戸地裁昭和五四年八月一〇日判決(判例時報九六四号二一六頁)は示唆的である。実際に二六条一項が適用されてきたのは、譲渡人と譲受人が実質的に同一である場合が大半であり(江頭・前掲一六二二頁、大塚・前掲六〇頁)、右信義則理論を前提とすれば、善意者保護説の意味は実質上ほとんどなくなってしまうからである。

このようなことから、二六条一項の適用にあたっては、非区別説を採用した方が良いと思われる。本判决は、仮定的判断で

はあるが善意者保護説を前提としている（もつとも、本判決が二六条一項の類推適用を問題にする点は、善意者保護説の検討課題となる）。しかし結論的には、債権者の悪意は認められないとして二六条一項の責任を肯定しており、ここでも善意者保護説の有用性は証明されなかった。非区別説に立ち解決すべきであったと考える。

なお、善意者保護説を前提とする限り、本判決が問題にして

〔最高裁判事例研究 二四三〕

昭二七11（最高民事六巻）
（七号六八四頁）

一、控訴提起後第一審裁判所に控訴権放棄書を提出した場合における控訴権放棄の効力

二、弁護士が相手方の委託を受けて為す事実行為と旧弁護士法第二四条第一号

三、控訴の取下を伴わない控訴提起後の控訴権放棄の効力

請求に関する異議並びに家屋賃貸借契約存続確認請求事件（昭二七・七・二九第三小法廷判決）

X（原告、控訴人、上告人）はY（被告、被控訴人、被上告人）から家屋を借りていたがYより明渡を請求され、昭和二年三月二八日に明渡を内容とする訴訟上の和解が成立した。Xは右和解につい

いるように、悪意の基準時およびその証明責任につき検討する必要がある。ただし、はたして債権者の悪意の基準時を問題とすべきなのか、また、問題にしうるのかどうか、疑問に思う。この点非区別説では、当然のことながら、右の問題は生じない。

山本 爲三郎

て錯誤無効ないし詐欺による和解意思表示の取消を理由に本件訴えを提起した。第一審（京都地方裁判所）でXの請求は棄却され、Xは昭和二年五月一〇日に控訴をなした。

ところが五月二日に控訴権放棄書が第一審裁判所に提出された。この間には次のような事情があった。すなわち、控訴提起の翌日（五月一日）にYの弁護士を含む一〇人程がX方を訪れ、控訴権放棄書に署名捺印せよ、そうでないと夜間執行をする、と迫ったというのである。Xはこれにより全く自由意思に基づかず不任意に署名捺印したと主張したが第二審（大阪高等裁判所）においてXの控訴は却下された。その理由は、控訴権の放棄は純然たる訴訟行為であるからその意思の瑕疵欠缺の効果は民法の意思表示規定によつて判定すべきではない、というにある。そして、放棄書が原審に提出