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

| | |
|---|---|
| Title | 〔商法 四三九〕 商法二六条一項の商号の続用に当たるとされた事例 |
| Sub Title | |
| Author | 池島, 真策(Ikeshima, Shinsaku)<br>商法研究会(Shoho kenkyukai) |
| Publisher | 慶應義塾大学法学研究会 |
| Publication year | 2004 |
| Jtitle | 法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.77, No.2 (2004. 2) ,p.97- 103 |
| 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=AN00224504-20040228-0097 |

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　四三九〕商法二六条一項の商号の続用に当たるとされた事例

（東京地裁平成一二年九月二九日民事第六部判決、平成一一年（ワ）第二一八二一号貸金請求事件、金融・商事判例一一三一号五七頁以下）

〔事　実〕

Xは、平成一〇年一〇月、訴外Aに対し、五八五〇万円を貸し渡したが、Aは、平成一一年一月または二月ころ、Yに対し、営業譲渡をした。

Yは、Aから営業譲渡を受けた後、Aが使用していた校舎、黒板、机、いすなどの教室設備、看板、事務局用の設備、学生ラウンジ用設備、掲示板等の訴外Aの学校運営に関する設備一式をそのまま使用し、Aが持っていた学校運営、講義、および学生指導などのノウハウをそのまま利用し、「九段ゼミナール」の屋号を含むいわゆる暖簾を承継

〔判示事項〕

本件について、本件営業の譲渡人が自己の商号（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したことは前記認定のとおりである。

したがって、被告は、商法二六条一項により、本件消費貸借契約に基づく訴外Aの原告Xに対する債務を弁済すべき責任を負うというべきである。

〔参照条文〕商法二六条

して「九段ゼミナール」を現実に運営している。また、九段ゼミナールの案内表示には、「九段ゼミナール（株）九段学園」と記載されており、さらにYの平成一一年度の夏期講習募集要項には、「九段ゼミナールでは、平成元年の設立以来、一貫して医科系学部を志す方々のみを対象に学習指導を行ってまいりました」との記載がある。

そこで、Xは、Yに対して、商法二六条により、前記貸金の残高金四二〇五万円の支払いを求めた。

〔判　旨〕

「営業の譲受人が譲渡人の商号を続用しているわけではないがその屋号を続用している場合にも、商法二六条を適用して、譲受人に対し、譲渡人の債務を弁済すべき責任を負わせることができるかどうかが問題となる。

この点については、営業譲渡前に譲渡人がその商号を同時に屋号（営業自体の名称）としても使用していた場合には、譲受人が譲渡人の商号を自己の商号としてではなく屋号として続用することも、商法二六条一項にいう「譲渡人ハ商号ヲ続用スル場合」に当たると解するのが相当である。

なぜなら、商法二六条一項が譲受人に譲渡人の営業上の債務の弁済義務を負わせた理由は、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渡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、商号の続用を用件として、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ところ、そうだとすれば、譲渡人が自己の商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代を債権者が容易に知りえないことは、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。」

「本件について、本件営業の譲渡人が自己の商号（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したことは前記認定のとおりである。

したがって、被告は、商法二六条一項により、本件消費貸借契約に基づく訴外Aの原告に対する債務を弁済すべき責任を負うというべきである。」

〔研　究〕

一　本件は、営業の譲受人が譲渡人の商号を「屋号」として続用する場合についても商法二六条一項を適用したもの

である。そこでこの点を中心に以下で検討する。

二　商法二六条は、営業譲渡において、譲受人が譲渡人の「商号を続用」する場合には、譲渡人の営業によって生じた債務について、譲受人もその責任を負うとしている。本件は、商号ではなく「屋号」として続用した場合である。本件は、本条の趣旨を、「商法二六条一項が譲受人に譲渡人の営業上の債務の弁済義務を負わせた理由は、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渡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、商号の続用を用件として、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」と解したうえで、「譲渡人が自己の商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代を債権者が容易に知りえないことは、商号続用の場合と大きな差異はないと考えられるから」として、屋号も商号も同様の状況になるとしている。

そもそも営業譲渡は、通常組織化された有機的統一体として機能する財産の移転を目的とする債権契約ととらえるのが、学説上の多数説である（服部榮三・星川長七編『基本法コンメンタール［第五版］会社法1』二八一頁）。そして営業というものは、物や権利などの積極財産や営業に生じた債務である消極財産によって構成される（大隅健一郎『商法総則〔新版〕』二九〇―二九一頁、高鳥正夫『商法総則商行為法（改訂版）』七七頁参照）。営業譲渡は、営業譲渡契約という一個の債権契約によって営業を譲渡するものであっても、会社合併のような包括承継ではないから、営業譲渡人が営業譲受人に対して負う移転義務を履行するためには、営業を構成する各部分について、個別に移転の手続をとる必要がある（鴻常夫『商法総則』一三八頁参照）。こうして、譲渡人の営業上の債務は、他の営業の構成要素とともに、契約において特に除外しない限り、通常譲受人に引き継がれることになる。しかし、営業の譲渡人と譲受人の間で営業上の債務が移転したからといって、譲受人が譲渡人の債権者に対して当然に法律上の義務を負担することになるわけではない。この場合でも、債権者に対しては譲受人が依然として責任を負い、譲受人は譲渡人に代わって支払をすることにより譲渡人を免責させる義務を負うとともに、譲渡人が支払をしたときは譲渡人からの求

償に応じなければならない、というだけのことである（竹内昭夫「商法二八条の広告にあたるとされた事例」法学協会雑誌九八巻三号一七三頁）。

通常営業譲渡の場合において、譲受人が譲渡人の債権者に対し直接的に履行義務を負うためには、債権者と譲受人との間で債務者の交替による更改契約（民法五一四条）や債務引受契約などの法律上の原因が存することが必要である（宮内竹和「営業の譲渡人の債権者に対し個別的に営業譲渡の通知をした場合と商法第二八条の適用の有無（東京地判昭和三一年一〇月二四日評釈）」ジュリスト二〇二号九四頁。同旨、大森忠夫『新版・商法総則講義』二五四頁、山下眞弘「営業を譲受けた旨の挨拶状と商法二八条の適用の有無（名古屋地判昭和五一年一一月一九日評釈）」企業法研究二七一輯三九頁、鴻・前掲書一三九頁）。それ故、商法二六条のように、営業譲渡において、譲受人が譲渡人の商号を続用する場合には、譲渡人の営業によって生じた債務について、譲受人もその責任を負うとはいかなる意味なのかが問題となる。

この規定は、ドイツ商法二五条にならい昭和一三年の商法改正の際に設けられたものであるが（田中耕太郎『改正商法並有限会社法解説』（昭和一三年）三三頁以下、梶田年『改正商法総則論』（法文社、昭和一六年）二三三頁以下、大森・前掲書二五六頁、宮田信夫「商法二六条一項の商号の続用に当たらないとされた事例（最二判昭和三八年三月一日）」法曹時報一五巻五号（昭和三八年）六八頁、実方正雄「営業譲渡における商法二六条一項の商号の続用と譲受人の弁済責任」法律時報四一〇号（昭和三八年）一〇三頁。なお、佐々穆『新商法要義』（昭和一一年）三三頁以下）、この規定の趣旨を、通説・判例は、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体の交替を知らないから、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考え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できると信ずることが多いから、この債権者の外観に対する信頼を保護するために営業譲受人の弁済義務を認めたものと解している（梶田年『改正商法総則論』（法文社、昭和一六年）二三三頁以下、大隅健一郎『商法総則』（有斐閣、昭和四八年）三二八頁。同旨、松岡誠之助「営業の譲受人が譲渡人の商号に「株式会社」という文字を付加した商号を使用する場合と商法二六条（東京地判昭和三四年八月五日）」ジュリスト二五六号（昭和三七年）

八五頁、宮田信夫「商法二六条一項の商号の続用に当たらないとされた事例（最二判昭和三八年三月一日）」法曹時報一五巻五号（昭和三八年）六七―六八頁、境一郎「商法二六条一項の商号の続用に当たらないとされた事例（最二判昭和三八年三月一日）」民商法雑誌四九巻五号（昭和三九年）七〇七頁、松尾和子「商法二六条一項の適用上営業譲渡を認めた事例（大阪地判昭和四〇年一月二五日）」ジュリスト三八九号（昭和四三年）一〇六頁、石田栄一「営業の現物出資を受けて設立された会社が出資者の商号を続用する場合と商法第二六条の類推適用（最判昭和四七年三月二日）」金融・商事判例三三三号（昭和四七年）四頁、喜多川篤典「商法二六条一項の商号の続用に当たるとされた事例」ジュリスト五七九号（昭和五〇年）一一九頁、高鳥・前掲書八三頁、鴻・前掲書一四二頁、近藤龍司「商号が営業自体の名称（屋号）としても使用さていた場合の、営業譲受人によるその屋号の続用と、商法二六条一項（東京地判昭和五四年七月一九日）」法学研究五八巻七号八九―九〇頁）。判例においても、通説と同様に解している（大阪地判昭和四〇年一月二五日、東京地判昭和四二年七月一二日、東京高判昭和六〇年五月三〇日）。

他方、二六条の趣旨については、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、債務の引受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、企業財産の現在の所有者である譲受人にも責任を負わしめた規定であるという（服部榮三『商法総則《現代法律学全集16》』四二〇頁。西島彌太郎『日本商法』（巌松堂書店、昭和一二年）では、「営業財産は債権の担保的存在である」との指摘がある）。しかし、営業上の債務について、その債権者が、実際上、営業財産を担保しているとしても、それだけでは、営業が譲渡された場合に、担保権が設定されるわけでもないのに、譲受人が当然に譲渡人の債務について弁済の責任を負うものとはなしがたいと考えられる（近藤龍司「商号が営業自体の名称（屋号）としても使用さていた場合の、営業譲受人によるその屋号の続用と、商法二六条一項（東京地判昭和五四年七月一九日）」法学研究五八巻七号八九―九〇頁）。また、東京地判昭和五四年七月一九日は、「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考え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としているとかの理由によるものであるならば、商号の続用の有無と関わりなく、営業の譲受人全部について同様の法定責任を負担させてしかるべきであり、商法二

六条一項がとくに商号の続用を要件にかかげたことは無意味なことになる」としているが、まさに本条をおく意味が薄れてしまうのではないか。商号を使用するということは、債権者の請求を了解しているのと同意義であるから、やはり外観を信頼する債権者を保護する見地から譲受人の弁済義務を定めたものと解する方がよいのではないだろうか。逆に商号を続用しながら譲受人の弁済義務の免責を受けたいのであるならば、商法二六条二項のように譲渡人の債務について責任を負わない旨を登記するか、譲渡人および譲受人の両者から債権者に対して譲受人が責任を負わない旨を個別的に通知すればよい。

**三**　商法二六条の趣旨を上記のように解するとしても、本件判決では、「具体的な知、不知を問わず」というように、債権者の善意を要件としていない。これは、通説・判例は、商法二六条の立法趣旨を外観法理に基礎としつつも、債権者の善意・悪意を要件としないからであろう。しかし、何故外観法理なのに善意・悪意を問わないとするところに批判がなされている（田村茂夫「下級審民事判例研究（東京地判昭和五四年七月一九日）」西南学院・法学論集一五巻四号（平成五年）一三〇頁）。確かに本条では善意・悪意を区別していないが、しかしその趣旨を外観保護とするなら、債権者の善意・悪意を区別すべきと考える。債務者の交代のみならず債務引受がなされていないことを知っている場合にまでも、わざわざ債権者を保護するまでもない。学説（田中誠二『全訂商法総則詳論』二二三頁、高鳥・前掲書八四頁、）や判例においても、「営業譲渡の事実および営業譲受人による債務の引受がなされていない事実を知っている営業譲渡人の債権者については、商法の右規定（商法二六条一項――筆者注）の適用はないものと解するのが相当である」（東京地判昭和四九年一二月九日）としている。このような観点から考察すると、本件においても債権者の善意・悪意の点について検討すべきであったのではないかと思う。

**四**　つぎに「屋号の続用」の点である。本件判旨は、「譲渡人が自己の商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代を債権者が容易に知りえないことは、商号続用の場合と大きな差異はないと考えられるから」という理由で、屋号の続用も商法二六条の適用があるとしている。これは東京

地判昭和五四年七月一九日や東京高判昭和六〇年五月三〇日の判旨を踏襲している。いずれの判例においても、譲渡人の商号かつ屋号を譲受人が商号としてではなく屋号として続用する例であり、裁判所は、商法二六条一項を類推適用して、営業の譲受人の責任を判示している。

そもそも日本では、徳川時代の終わりまで庶民は一般に姓氏を有することが許されなかったから、商人がその営業を屋号をもって表章することが行われた（大隅健一郎『商法総則』（有斐閣、平成四年）一八二頁、鴻常夫『商法総則』（弘文堂、平成六年）一八八頁）。屋号は我が国において商人や営業の同一性を表すものとして、商号と同様の機能を果たしていたものとして位置づけられる（丸山秀平「（東京地判昭和五四年七月一九日）」金融・商事判例五九三号五一頁、丸山秀平『商法総則・商行為法』（東林出版社、平成一〇年）。同旨、近藤龍司「商号が営業自体の名称（屋号）としても使用さていた場合の、営業譲受人によるその屋号の続用と、商法二六条一項（東京地判昭和五四年七月一九日）」法学研究五八巻七号八九－九〇頁、近藤光男『商法総則・商行為法』（有斐閣、平成一二年）一三〇－一三一頁）。その意味では商号と屋号の共通性を認めることができよう。商法二六条が債権者の信頼保護という立法趣旨を考慮するならば、屋号として続用する場合でも、同条の類推適用を認めることができよう（東京地判昭和五四年七月一九日）。それ故、本件判旨は正当であると考える。

**五**　以上より商法二六条の趣旨を通説・判例のように考えるとしても、悪意の債権者は適用の範囲外と考える。それ故本件において善意・悪意の区別をおこなうべきであったと考える。また、屋号の続用の点であるが、屋号は我が国において商人や営業の同一性を表すものとして、商号と同様の機能を果たしていたものとして位置づけられるので、屋号の続用は商法二六条一項を類推適用できると考える。

**池島　真策**