

|                  |   |
|------------------|---|
| Title            | 〔商法 四八二〕ゴルフ場の経営委託を受けた会社がゴルフクラブの名称を続用する場合に、譲受人とゴルフ会員との間に締結された会員権契約に基づく債務を承継するとされた事例(東京高判平成一四年九月二六日)  |
| Sub Title        |   |
| Author           | 池島, 真策(Ikeshima, Shinsaku)<br>商法研究会(Shoho kenkyukai)  |
| Publisher        | 慶應義塾大学法学会   |
| Publication year | 2007  |
| Jtitle           | 法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.80, No.11 (2007. 11) ,p.101- 113   |
| JaLC DOI         |   |
| Abstract         |   |
| Notes            | 判例研究  |
| Genre            | Journal Article   |
| URL              | <a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20071128-0101">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20071128-0101</a> |

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.

〔商法四八二〕

ゴルフ場の経営委託を受けた会社がゴルフクラブの名称を続用する場合に、譲受人とゴルフ会員との間に締結された会員権契約に基づき債務を承継するとされた事例

（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）

〔判示事項〕

1 ゴルフクラブの名称は、商号そのものではないが、ゴルフ場経営については経営主体の名称よりクラブの名称が使用されるのが一般的であるから、クラブの名称が続用された場合にも、商法二六条一項が類推適用される。

2 ゴルフ場の営業を包括的に賃借し、ゴルフ場の名称として賃貸人と同じ名称を使用した者は、賃貸人の負担する預託金返還債務につき、商法二六条一項の類推適用により弁済する責任があると認められた。

〔参照条文〕

平成一七年改正前商法二六条（現行会社法二二条、以下同様）

〔事実〕

本件は、A社は、預託金会員制ゴルフ場を開発建設したが、その運営をBに委託していた。しかし、平成八年に経営不振という理由からBが業務委託契約の解消を申し入れたので、A社はそのゴルフ場の運営会社Y社を設立して、運営業務委託契約等がなされた。しかし、実際の運営は、平成一一年三月までA社が行っていた。Y社（控訴人）は、平成一一年四月一日A社との間で、ゴルフ場とその附属施

設の賃料とA社が負担すべき公租公課、未払買掛金などを相殺する旨の覚書を作成した。同日以降、Y社は、従前のゴルフ場の名称を使用して、業務委託契約書等に基づき本件ゴルフ場の営業と運営を行った。A社は、クレジット会社各社と加盟店契約の名義をゴルフクラブからY社に切替えるとともに、ゴルフ場の利用施設料は、A社を介さず、直接Y社に入金されるようにし、ゴルフ場の売り上げは、Y社の売り上げとして管理し、営業等に伴う経費を相殺処理したのち、A社にゴルフ場・附属施設料の賃料が払われるようにした。なお、ゴルフ場の従業員は、A社から出向し、A社名義でY社が給料等を支払っていた。

X(被控訴人)は、A社に対し、本件ゴルフ場の入会保証金として五〇〇〇万円を預託した者であるが、同様に五〇〇〇万円を預託したBからその預託金返還請求権を含むゴルフ会員権の譲渡を受けていたが、平成一一年一〇月にXの強制執行を免脱する目的で業務委託契約名下に本件ゴルフ場の営業をY社に譲渡したことにより損害(預託金一億円相当)を被ったとして、Y社に対して、不法行為(主位的請求)あるいは商法二六条一項(予備的請求)に基づき、支払を求めた。

原判決は、XのY社に対する主位的請求を棄却したが、

予備的請求を認容したので、Y社が不服を申し立てたものである。

〔判旨〕

「商法二六条一項は、営業の譲受人が譲渡人の商号を統用する場合には、譲渡人の営業によって生じた債務について譲受人も譲渡人と連帯して弁済義務を負う旨規定している。この規定の趣旨は、商号が統用される場合には、債権者は、営業譲渡の事実を知らず譲受人を債務者と考えるか、知ったとしても譲受人による債務の引受けがあったと考え、いずれにしても譲受人に対して請求ができる信じ、営業譲渡人に対する債権保全を講ずる機会を失うおそれが大きいこと等に鑑み、債権者を保護するところにあると解される。そうすると、営業の包括的な貸借の場合には、営業の貸借人が外部に対して、その営業の主体となり、その営業から生ずる権利義務の帰属者となることにおいては、営業の譲受人と何ら異なるものではないから、営業の貸借人が貸借人の商号を統用する場合においても、営業の譲渡の場合に関する商法二六条一項を類推適用すべきものと解するのが相当である」。

本件についてこれを見るに、「Yは、平成一一年四月以

降、A社との本件ゴルフ場の運営業務委託契約に基づき、本来、A社が支払うべき従業員給与、借地料、公租公課、買掛金等、本件ゴルフ場の営業に必要な費用をすべて立て替えて支払い、それとY社のA社に対する賃料債務とを相殺していた。この間、本件ゴルフクラブの売上はY社が自己の売上として計上していたものであり、その売上についてクレジット会社に対する債権もY社に帰属し、Y社がその支払を受けていた。このようにみると、Y社は、本件ゴルフ場の営業を包括的に賃借していたということが出来る。」

「そして、Y社が本件ゴルフ場の運営をするようになってからも、本件ゴルフ場の名称は、従前と同様、「ザプリビレッジゴルフクラブ」であり、その発行する領収証等もそのゴルフ場名であつて、会社の名称は表示されていなかった。なお、ゴルフクラブの名称は商号のものではないが、ゴルフ場の経営については、その経営主体の名称が使用されるよりは、そのクラブの名称が使用されるのが一般的である。そして、ゴルフクラブの債権者は当該ゴルフクラブの名称を使用する者に対して権利を有するものと考えるのが通常であるから、ゴルフ場の営業については、ゴルフクラブの名称によって営業の主体が表示されていると解すべ

きであり、このような名称の続用の場合も商号の続用の場合に準じて考えるのが相当である。」

「したがって、本件で、Y社は、商法二六条一項の類推適用により、XのA社に対する預託金返還債務について、その返済義務を負う。」

#### 〔研究〕

一 本件は、この種の判例評釈でも指摘されているとおり、バブル時代に購入したゴルフ会員権の預託償還期が来ている事例である。特に、ゴルフ会員権の市場価格が暴落し、市場価格が預託金額を大幅に下回ることになったため、多数の預託金返還請求訴訟が提起されてきている（大阪地判平成六年三月三十一日判時一五一七号一〇九頁、神戸地判平成一三年七月一八日、大阪高判平成一三年一二月七日、東京地判平成一三年一二月二〇日金判一一二九号三一頁、東京高判平成一四年八月三〇日金判一一五八号二二頁、最判平成一六年二月二〇日金商一一九五号三〇頁、東京地判平成一六年八月三十一日金融法務事情一七五四号など）。本件も、ゴルフ場の運営業務委託契約と平成一七年改正前商法二六条の類推適用の有無が争われたものである。

二 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Ⅰ」二八一頁）。しかし、組織的財産を構成する個々の財産が個別に移転することは、営業の譲渡ではない（岸田雅雄『ゼミナール商法総則・商行為法入門』一三二頁）。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つて構成される（大隅健一郎『商法総則（新版）』二九〇―二九二頁、高島正夫『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つて営業を譲渡するものであつても、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。

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つ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（東京地判昭和三十一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（名古屋地判昭和五十一年一月一九日評釈）」企業法研究二七一輯三九頁、鴻常夫『商法総則』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統用する場合には、譲渡人の営業によつて生じた債務について、譲受人もその責任を負うということがいかなる意味なのか問題となる。

この規定は、ドイツ商法二五条にならない昭和十三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』(昭和十三年)三三三頁以下、梶田年『改正商法総則論』(法文社、昭和十六年)二二三頁以下、大森忠夫『新版・商法総則講義』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)」、法曹時報一五卷五号(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』(昭和十一年)三三三頁以下)、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つて、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、昭和十六年)二二三頁以下、大隅健一郎『商法総則』(有斐閣、昭和四八年)三二八頁。同頁、

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)」、法曹時報一五卷五号(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)」、民商法雜誌四九卷五号(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、高鳥正夫「商法総則商行為(改訂版)」(慶應通信)八三頁、鴻常夫「商法総則(補正版)」、近藤龍司「商号が営業自体の名称(屋号)としても使用されていた場合の、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

一九〇頁)。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二二日、東京高判昭和六〇年五月三〇日)。こうした通説の外観信頼説には以下のような批判がある。すなわち、外観保護の規定であるならば、何故、債権者の善意・悪意が問題とならないのか、営業主の交代を知り得ないならば、譲受人に対する債権が依然存在するというだけでたりののではないかという批判がある。

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つていと認められるので、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』(巖松堂書店、昭和十二年)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)。逆に、この企業財産担保説に対しては、以下のような反論がなされている。すなわち、悪意の債権者を保護の対象者から除外するという説を展開する説や、営業上の債務について、その債権者が、實際上、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たがたいという(近藤龍司「商号が営業自体の名称(屋号)としても使用されていた場合の、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)。さらに、営業財産担保説では「商号の続用」の意味が十分説明されないこと、および譲受けた財産の範囲に限定されないことの説明が十分になされえないと指摘する(森本滋編『商法総則講義(第2版)』(平成一〇年)八六頁(注13))。

判例においても、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つ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けたことは無意味なことになる」としている。このように商法二六条一項の趣旨というものは、非常に錯綜している状況にある。

三 ところで、本件のように、ゴルフ場の経営の危機や破綻をきっかけとして、その営業が譲渡されたり、営業譲渡類形の形態が取られることも最近は少なくない(笹本幸祐「営業の賃貸借と商法二六条一項の責任」法学セミナー五七〇号(平成一四年)一一〇頁)。その形態としては、経営の賃貸借、経営委任などがあるが、これらを通常以下の

ようにとらえている(田中誠二『商法総則詳論』(昭和四七年)二二一頁以下、大隅健一郎『商法総則』(昭和四八年)三三五頁以下、岸田雅雄『ゼミナール商法総則・商行為法入門』(平成一五年)一三六頁以下、遠藤喜佳「ゴルフ場の経営委託と受託会社の商法二六条一項の責任の有無」金融・商事判例一一七三号(平成一五年)六一頁)。すなわち、「営業の賃貸借」とは、有機的に結合された組織的の一体としての財産の賃貸借である。賃借人は営業の賃貸借契約の内容として、営業を自己の名かつ自己の計算で営む権利を取得するとともに、賃借人に対する賃料支払義務を負う。経営委任には、狭義の経営委任と経営管理がある。「経営委任」とは、他の者に営業の運営を委託することである。この場合、営業を委任者の名でかつ受任者の計算で運営されることになる。委任者は、受任者に対して有機的に結合された組織的の一体としての財産を使用、収益を

上げる権利を与え、受任者はこれに報酬を支払うことを約する契約である。他方、「経営管理」は、営業を委任者の名で、かつ委任者の計算で運営することである。委任者は受任者に対して営業運営・処理を委任し、それに一定の報酬を支払うことを約する契約である。

しかしながら、こうした営業の賃貸借や営業の委任については、商法二六条一項のような規定がおかれていないので、類推適用できるかが問題となる。本件においても、本件ゴルフ場の運営業務委託契約は、実質的には本件ゴルフ場の営業を包括的に賃借していたことができる、と法二六条一項が類推適用されるか検討されねばならない。

営業の賃貸借の場合には、賃借人は賃借人に対して、使用・収益を上げられるようにしてあげなければならない。営業の譲渡の場合は当然譲受人の計算で行い、営業の賃貸借の場合は賃借人の計算で行うことになる。営業から生ずる権利・義務は、営業譲渡の場合は譲受人に、営業の賃貸借は賃借人に帰属することになる。対外的な面を考えると、営業の譲渡は譲受人の名で営業を行い、営業の賃貸借は賃借人の名で営業を行うことになる。となると、営業譲渡に対する対価と、営業賃貸借における賃借人の賃料支払は似

通ったところがある。このように考えると、営業の貸借は営業の譲渡に非常に近いものがある。とはいえ、営業の貸借の場合には、営業財産の主体に変更がない場合には、譲渡人に対する債権保全措置を講ずる機会自体は、理論的には失われていないのであって、通説に立脚する限り、商号または名称を利用している者に対し、営業貸借（または営業委託者）と類似する商号または名称を利用する者に対し、営業貸借人（または営業委託者）の債務について責任を負わせる根拠は見いださにくいという指摘がある（「東京地判平成一六年一月一五日判例解説」金融法務事情 一七二九号（平成一七年）七六一七七頁）。

他方有力説である営業財産担保説による場合、もし営業「資産」が営業債務の引き当てとなることを重視した場合、営業の貸借では営業資産の所有権は貸借人には移転しないので、類推適用は不可となりそうである。しかし、この営業「資産」の趣旨を営業を通して生み出される果実としての「営業収入」ととらえ、営業債権の担保となるということにあるといえるのであれば、営業上の損益が貸借人に帰属する限りにおいて、二六条一項の類推適用の基礎はあるといえそうであるという（行澤一人「営業の貸借に商法二六条一項の類推適用が認められた事例（東京高判

平成一三年一〇月一日）」商事法務一七三四号（平成一七年）五三頁）。学説においても、営業の貸借に対して商法二六条一項の適用を認めるものが多い（例えば、笹本幸祐「営業の貸借と商法二六条一項の責任」法学セミナー 五七〇号（平成一四年）一一〇頁）。

この点、本件判決は「この規定の趣旨は、商号が統用される場合には、債権者は、営業譲渡の事実を知らず譲受人を債務者と考えるか、知ったとしても譲受人による債務の引受けがあったと考え、いずれにしても譲受人に対して請求ができると信じ、営業譲渡人に対する債権保全を講ずる機会を失うおそれが大きいこと等に鑑み、債権者を保護するところにあると解される。」としているので、外観信頼保護説にたっていると思われるのであるが、そのうえで、「営業の包括的な貸借の場合には、営業の貸借人が外部に対して、その営業の主体となり、その営業から生ずる権利義務の帰属者となることにおいては、営業の譲受人と何ら異なるものではないから、営業の貸借人が貸借人の商号を統用する場合においても、営業の譲渡の場合に関する商法二六条一項を類推適用すべきものと解するのが相当である。」としている。しかし、前述の通り、営業財産の主体に変更がない場合に、商法二六条一項の適用をどのように

考えるのか、説明がいるように思われる。

営業譲渡と営業の賃貸借にあつては、営業「資産」の主体こそ違うが、営業の主体は譲受人・賃借人であるし、商号を続用した場合における対外的な面においても、譲渡人・賃貸人であり、営業に対する対価という点では営業譲渡の場合には営業の対価であり、営業の賃貸借の場合には賃貸人に対して報酬を支払うということで、極めて類似していることは確かである。こうしたことは、経営の委任においてもいえることで、営業「資産」の主体は委任者であるか、営業の主体は受託者である。このように、商号が続用される限り営業譲渡、営業の賃貸借さらには営業の委任は、対外的には営業の主体は譲渡人、賃貸人、委任者である。債権者としては、いかに内部的には違いがあれ、外観としてはそこにあらわれたものを信じてしまうし、信頼する可能性は大きいのではないだろうか。ましては、本件では、「控訴人は、平成一一年四月以降、Aとの本件ゴルフ場の運営業務委託契約に基づき、本来、Aが支払うべき従業員との給与、借地料、公租公課、買掛金等、本件ゴルフ場の営業に必要な費用をすべて立て替えて支払い、それと控訴人YのAに対する賃料債務とを相殺していた。この間、本件ゴルフクラブの売上げは控訴人Yが自己の売上げとし

て計上していたものであり、その売上げについてのクレジット会社に對する債権も控訴人Yに帰属し、控訴人Yがその支払を受けていた。このようにみると、控訴人Yは、本件ゴルフ場の営業を包括的に賃借していたことができる。」としているが、すべての債権者が営業の賃貸借なのか、営業の委任なのか区別のつきようがないのではないだろうか。こうした違いを債権者に判断させるのは酷であるとするのは難しいであろうか。

商法二六条一項の趣旨を、債権者の外観に對する信頼を保護するための規定と通説的に考えた場合でも、営業の賃貸借や営業の委任においても、類推適用が可能なのではないだろうか。

四 つぎに、商法二六条における「商号の続用」の点である。本件においては、「控訴人が本件ゴルフ場の運営をするようになってからも、本件ゴルフ場の名称は、従前と同様、……であり、その発行する領收証等もそのゴルフ場名であつて、会社の名称は表示されていなかった。なお、ゴルフクラブの名称は商号そのものではないが、ゴルフ場の経営については、その経営主体の名称が使用されるよりは、そのクラブの名称が使用されるのが一般的である。そして、

ゴルフクラブの債権者は当該ゴルフクラブの名称を使用する者に対して権利を有するものと考えるのが通常であるから、ゴルフ場の営業については、ゴルフクラブの名称によって営業の主体が表示されていると解すべきであり、このような名称の続用の場合も商号の続用に準じて考えるのが相当である。」としている。そこで、ゴルフクラブの名称をもって、商法二六条一項を類推適用できるかどうか検討されねばならない。

商号の続用という点である。商号の続用について厳格に解した判例もないわけではないが（例えば、最判昭和三八年三月一日民集一七卷二号二八〇頁がある。また、東京地判平成一三年三月三〇日（金判一一二九号四九頁）の判決では、「商号の同一性も考慮して、商号の続用と同視することができると否かを検討すべきである」としている）、過去の判例においても、必ずしも厳格に解してきたわけではないようである（大西武士『判例金融取引法・上巻』（平成二年）三六七頁以下）。例えば、①個人と法人、あるいは会社の種類が異なるが商号の続用と認められた事例（東京地判昭和三四年八月五日夜民集一〇卷八号一六三四頁、神戸地判昭和四一年八月二七日判時四七二号六二頁、東京地判昭和四五年六月三〇日判時六一〇号八三頁、最判昭和

四七年三月二日民集二六卷二号一八三頁）、②商号の主要な部分が同一であるため商号の続用と認められた事例（東京地判昭和二八年九月七日金法三二二七頁、東京地判昭和四二年七月一二日判時四九六号六六頁、札幌地判昭和四七年一月二日二五判時六三一号九二頁、大阪地判昭和四七年一月三十一日判タ二七七号三三八頁、水戸地判昭和五三年三月一日判時九〇四号九六頁、神戸地判昭和五四年八月一日判時九六四号一一六頁）などがある。

さらに、屋号についても、判例においては、屋号が、商取引上、当事者を特定する上で、重要な機能を営んでいる場合には、屋号の続用には二六条一項が類推適用されることを認めている（東京地裁昭和五四年七月一九日、東京地判昭和六〇年五月三〇日判時一一五六号一四六頁、東京地判平成一二年九月二九日など）。学説においても、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評釈』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）としても使用されていた場合の、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）として、屋号の続用についても、商法二六条一項の適用を認めている。

しかし、本件は、あくまでも「ゴルフクラブの名称」である。この点について、「商法二六条一項の趣旨は、営業譲渡人の債権を保護しようとした者であるが、商法第四章の商号について定める部分におかれているのであるから、同条項の準用ないし類推適用に当たっては、商号の同一性、類似性をも考慮して、商号を継続しようとすることができるか否かの観点から検討すべきである」とする事例がある（東京高判平成一四年八月三〇日金判一一五八号二一頁）、多くの下級審判例においては、賃借人が賃借人の用いていたゴルフクラブの名称を継続して使用するときは、類推適用されるとしている（大阪地判平成六年三月三一日判時一五一七号一〇九頁、東京地判平成一三年三月三〇日金判一一二九号四九頁、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、東京地判平成一六年一月一五日金法一七二九号七六頁、東京地判平成一六年八月三二日）。また、最高裁においても、ゴルフクラブの名称は、ゴルフ場の施設やこれを経営する営業主体をも表示するものとし

て用いられることが多いとして、商法二六条一項の類推適用を認めている（最高裁平成一六年二月二〇日金商一一九五号三〇頁）。こうしたゴルフクラブの名称に営業主体を表示する機能があることは、学説においても認める傾向にある（北村雅史「預託金会員制ゴルフクラブの営業譲渡について、譲受会社は預託金返還政務をも含めて会員契約上の地位を承継し、同返還債務を重畳的に引き受けたもの」と認められた事例（東京高判平成一四年二月二二日）判時一八四九号（平成一六年）二〇四頁）。

「商号の続用」ということに関しては、判例及び学説においても、商号以外の営業主体の表示にも適用することを拡張する傾向がある。「ゴルフ場の経営については、その経営主体の名称が使用されるよりは、そのクラブの名称が使用されるのが一般的で、ゴルフクラブ会員権者は当該ゴルフクラブの名称を使用する者に対し権利を有するものと考えるのが通常であり、ゴルフ場の営業については、一般的にはゴルフクラブの名称によって営業の主体が表示されるもの」（大阪地判平成六年三月三一日判時一五一七号一〇九頁）であるから、こうした理解を前提に商号続用の意義を広げて、営業の主体を表示する名称の続用がある場合にも二六条一項を類推適用しうるのではないかと考える（山

下真弘「ゴルフクラブの名称を続用したゴルフ場の営業譲受人の債務承継が認容された事例（大阪地判平成六年三月三一日判時一五一七号一〇九頁）」商事法務一四九七号（平成二一年）四二頁。ただし、どのような名称表示がそれに当たるかの認定は、まず取引通念上の判断によるであらうし、業種によりそのような名称表示の果たす役割の違いにも考慮しなければならないかと思われると思われる（遠藤喜佳「ゴルフクラブ名の続用と預託金返還義務の有無（最高裁平成一六年二月二〇日金商一一九五号三〇頁）」金商一一九五号（平成一六年）六八頁）。

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、営業の賃貸借や委任においても類推適用が可能とし、「商号の続用」という点においても、必ずしも厳格に解するわけではなく、屋号さらにはゴルフ場の名称についても商法二六条一項を適用すべきなのではないかと考える。

なお、本件は、平成一七年改正前商法における事例であるが、今度の会社法においてもこうした考え方が当てはまるかは、検討が必要と思われる。立法担当者による解説書によれば、「会社法では、「事業の譲渡」等の表現に変更さ

れているが、改正の趣旨は前記のとおり用語の整理の問題であるから、これらに関する従来の解釈をただちに変更するものではない」としている（相澤哲・郡谷大輔「定款の変更、事業の譲渡等、解散・清算」相澤哲編著『立案担当者による新・会社法の解説（別冊商事法務二九五号）』（平成一八年）一三九―一四〇頁）。しかしながら、「会社法においては、新商法第一編第四章から第七章までの規定のうち、その実質として会社に適用されるべきものについては、それと同様の内容を、会社法第一編第二章から第四章までにおいて格別に規定している。それに伴い、新商法第一編第四章から第七章までの規定自体は会社に対しては適用されない旨の規定が設けられ（新商法二一条一項）、適用関係の整理が行われている」という（相澤哲・岩崎友彦「会社法総則・株式会社設立」商事法務一七三八号（平成一七年）六頁）。これは、今度の会社法が自己完結的に会社法の中で解決していくという姿勢がうかがえる。こうしたときに、例えば、会社法四六七条一項では、次に掲げる行為をする場合として、事業譲渡、事業の賃貸借、経営委任と分けて書かれているのに対して、逆に会社法二二条では事業を譲り受けた会社となつて、逆から、商号の続用の方では、事業譲渡の場合に限定し、敢えて他のものは

ずしたと解釈することも可能なのかもしれない。今回の判例研究において、こうした点を詳細に検討をすることはできないので、指摘するにとどめておく。新会社法になって、本件のような事案があがってきた場合には、解釈に影響を与える可能性がありうるのではないだろうか。こうしたことの詳細な研究は、今後の機会に検討していきたいと考える。

池島 真策