

## 企業外観法理と商法26条

池 野 千 白

### 1 はじめに

商法ないし企業法の基本的理念として「外観主義」が採用されていることは異論がなく、その具体的規定として、不実登記の効力(商法14条)、名板貸(商法23条)、表見支配人(商法42条)、表見代表取締役(商法26条)等が典型例としてあげられる。そして、一般にこの種の外観主義規定の根拠については、英米法の禁反言の法理またはドイツ法の権利外観法理から説明されるが、個々の規定の内容は必ずしも一律に、禁反言の法理で説明できるものでもなく、また、外観法理で説明できるものでもなく、日本法としての独自の発展に基づくものである。<sup>(2)</sup>

これらの外観主義的規定の中で、そもそも外観主義規定と理解すべきではないという見解をも存在する形での議論の下に、立法趣旨としての外観主義性そのものに異論が見られる規定として営業譲渡に関する商法26条・28条の外観規定がある。このような議論の原因として考えられるのは、商法26条に限定してスケッチすれば、まず第1に、適用要件であるはずの「商号続用」がない場合にも適用範囲を拡大しようという傾向が下級審に見られることである。このことから、適用の本質は「商号続用」にあるのではなく、「営業譲渡」そのものにあるのではないかという問

題提起がなされる。しかし、このような適用範囲の拡大は、ひとり商法26条に見られるものではなく、特に、商法23条における拡大的適用の発展はめざましいのであり、適用要件の厳格さの希薄化は、その規定自体が外観主義に根ざしていないということの論証にはならない。しかし、条文の文言である「商号」という外観を超えて適用される場合には、そこに、「商号」という限定された適用要件を超えて、それ以上の外観を基準としての外観主義が採用されているのかどうかを検討する必要がある。もし、商号以外の信頼すべき外観がないとすれば、商法26条はもはや外観主義規定ではないということになり、もし、商号を含むそれ以上の外観があれば、それは、商法26条の本来的外延の内にとどまっており、外観主義規定であると理解することができるからである。

第2に、商法26条の責任を免れるためには、無責任の旨の登記ないし通知が必要とされるが(商法26条2項)、このことから、この登記・通知がなされない限り、悪意者に対しても責任を負うとするならば、外観主義は本来「善意者保護」制度として存在しうるのであるから、その保護機能は外観主義を超えているのではないか、あるいは、異なっているのでないかという問題提起がなされる。しかし、単純に、当事者の善意・悪意のみによって規定されるのか、登記制度が存する場合にその登記を基準とするのかは、制度設計の問題であり、現状の理論が悪意者を保護するという結果になっているからといって、外観主義規定ではないと断ずることは早計であり、登記制度を前提としての適用要件を検討することが必要である。

したがって、本稿は、このような二つの問題を明らかにし、商法26条に関するその適用の外延を確定すべく、条文上の文言という限定された外観主義的理解から、沿革的に、かつ、限定的に規定された外観主義規定全体を貫く「企業外観」と、それに対する信頼保護という視点から、検討を行う。

さらに、経済の停滞期には、その再建の途上で、営業譲渡を手法とす

る再建計画が実施される。時には、債務を不当に切り捨てるために、営業譲渡が利用され、その結果、法人格否認の法理が適用されたり、債権者詐害取消権の行使が認められたり、そして、商法26条・28条の適用が問題となる。この平成に入ってもまた、バブルの崩壊の後始末ないし後遺症とでもいうように、商法26条適用判例が続出した。そして、不動産バブルの象徴とも言えるゴルフ場再建にかかわる営業譲渡問題として、商法26条適用の可否が求められている。確かに、バブル崩壊の後には、再生があり、否、なければならない。しかし、かつてとは異なり、日本経済再生・日本企業再生の名の下に、法改正も行われ、さまざまな再生手法が用意されている。民事再生法や会社更生法の改正は、これらの一連の手法開発の成果である。しかし、民事再生手続や会社更生手続においては、当然のことであるが、再建のための大幅な債務カットが行われなければならないのであり、その際には債権者の合意が鍵となる。しかし、債権者の合意が得られない場合に、強引に債務をカットする方法として、莫大な債務を残したままの第二会社への営業譲渡という再建手法、否、債務逃れ手法が用いられる。もちろん、譲渡会社と譲受会社は実質的に同一支配の下にある。そして、債務超過状態で残されて解散・清算、否、破産するのみの譲渡人に対して債権者が請求しても債権回収はありえず、存続された譲受人への請求となることは火を見るよりも明らかである。このような場合には、法人格否認の法理を用いた解決という方法もあり、先の昭和50年代においては、そのような下級審判例も出されている。しかし、学界の多くは、法人格否認の法理を安易に使うことに懸念を表明し、既存の法制度での解決を裁判所に求めたのであった。そうしたことから、平成バブル再建期にあっては、再び商法26条の登場となった。そして、それのみにとどまらず、何とか営業を継続しようとする再建者達の知恵?として、営業譲渡とは法形式的に異なると考えられ得る「営業の賃貸借」や「経営委任」という手法を用い、商法26条1項の適用を免れようとしたことにより、新たな議論を登場させることに

なった。平成13年に、商法26条の適用に関して、営業譲渡に関する注目すべき判決が2例あった。そして、平成14年にさらに新たな注目すべき判例が現れた。まず、商法26条の現実的機能を確認するために、この3つの事件を起点として、平成に入ってから判例を概観しながら、営業譲渡と商法26条の営業譲受人の責任について検討する。<sup>(4)</sup>

## 2 商法26条と企業再編

### (1) 東京高判平成13年10月1日<sup>(5)</sup>

この事件では、経営が行き詰まったゴルフ場の営業を続けるために、新たに、商号上「株式会社」の位置だけが前後する同一の商号の会社を設立し、その新会社との間で、ゴルフ場経営に関する経営委任契約が締結されている。さらに、この経営委任契約と併せて、ゴルフ場の土地・建物以外の動産的資産（その動産的資産に関する債務のみの債務を含む）の譲渡契約およびゴルフ場の土地・建物の賃貸借契約が締結されている。なお、この資産譲渡代金は、引き受けた債務額と全額相殺されている。また、ゴルフ場自体の名称は、そのまま引き継がれている。そして、この再建計画実施後、商法26条1項に基づいて、会員から預託金返還請求がなされた。

東京地裁<sup>(6)</sup>および東京高裁は共に、この経営委任契約と資産譲渡契約と土地・建物の賃貸借契約を一体のものと評価して、これを営業賃貸借契約と認定している。その上で、商号が『株式会社』が名前の後に付いているか前に付いているのかという違い以外は全く同一と評価できるとして、商号が続用されていると認定し、商法26条1項の類推適用により、預託金返還債務の連帯責任を認めた。

これらの判例は、商法26条が営業の賃貸借についても、類推適用することができるか、類推適用すべきとした場合、どのような法律関係であれば適用できるのかという問題を提起している。

(2) 東京地判平成13年3月30日<sup>(7)</sup>

この事件では、経営が行き詰まったゴルフクラブの営業を、既存の他のゴルフ場経営会社に譲渡するという再建計画が行われた。ただし、ゴルフ場の土地・建物については、賃貸とされた。そして、この再建計画実施後に、会員から、商法26条1項に基づいて預託金返還請求がなされた事件である。

東京地裁は、ゴルフクラブの名称は、全く同一名称が使用されているが、商号は、共通点も類似点も全く存在しないとして、商法26条1項の類推適用を否定して、責任を認めなかった。

この判例は、営業賃貸借についても、商法26条1項が類推適用され得るという前提のもとに、商号続用の要件がないことから、その類推適用を否定している。したがって、ゴルフ場の場合において、ゴルフ場自体の名称が同一であるのみでは、商法26条1項を適用する余地がないのか否かという問題を提起している。

なお、この事件の高判は、<sup>(8)</sup>商法26条の適用の問題とすることなく、会員制ゴルフ場の営業譲渡においては、会員預託金債務を分離しての営業譲渡は営業の性質からできないと判示し、営業ないし営業譲渡の法的性質論から結論を導いている。

(3) 東京高判平成14年8月30日<sup>(9)</sup>

この事件では、商号の異なる第二会社が発立され、ゴルフ場経営が委任された場合に、屋号が続用されていることから、会員から預託金返還請求がなされた。東京高裁は、経営の独立性があるという事実認定から、同一のゴルフ場の名称を使用することにより、他の債権者に営業主体の混同をさせたり、債務承継等につき誤信させる結果を招くような同一性、類似性があると認めなければならない場合には当たらないとして、商法26条1項の類推適用を否定した。

原審の東京地裁は、<sup>(10)</sup>経営委任の名の下に実体としての営業は実質的に

移転されたと同視しうる状態にあるという事実認定の下に、営業が同一の名称においてなされたまま、営業の実質的な主体が他に移転し、その損益も実質的にその者に帰属する場合には、商法26条1項を類推適用できると判示している。

いずれの判例も、外観信頼のみを検討基準として、異なった事実認定の下に異なった結論を出しているが、そもそもが、同一性の問題の前に、営業譲渡と同一の保護理由があるのかどうかを検討されていない。したがって、営業譲渡と商号続用の要件との関係が理解されていないという問題を提起している。あるいは、同一性が認定されれば、営業譲渡という要件が不要になってしまうのかという問題を提起している。

(4) 大阪地判平成6年3月31日<sup>(11)</sup>

この事件では、ゴルフ場の土地・建物を賃貸し、それ以外の部分についての営業譲渡が行われていたが、3年後に土地・建物の所有権も移転された。この再建計画実施後、会員から、商法26条1項に基づいて、預託金返還請求がなされた事件である。なお、当事者間で商号は全く異なっているが、ゴルフ場の名称は同一のものが使用されている。

大阪地裁は、ゴルフ場経営を引き継いだ際には、その経営に必要不可欠の土地・クラブハウスの所有権の譲渡を受けてはいなかったが、その後の所有権移転などを考慮すれば、営業譲渡に当たると認定した上で、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するのが通常であり、ゴルフ場の営業については、一般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と理解するとして、ゴルフクラブの名称の続用について、商法26条の商号の続用に準じて考えるとして、連帯責任を肯定した。

この判例は、商号続用がなくても、ゴルフ場の名称続用がある場合に

は、商法26条の類推適用を認めるものであり、商号以外の営業主体名称(屋号)の続用も、商法26条の外観の存在と解してよいのかという問題を提起する。

(5) 東京地判平成12年9月29日<sup>(12)</sup>

この事件では、債務超過に陥った予備校経営を継続するため、受け皿会社を作り、屋号を含むいわゆる暖簾を承継する営業譲渡が行われた。東京地裁は、譲渡人が自己の商号を同時に営業自体の名称であ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しているからとして、商法26条1項の責任を認めた。

この判例は、商号そのものの続用はなくとも、商号・屋号と同一である屋号を続用する場合も、商法26条の商号続用ありと認定したが、これはあくまで類推適用の場合なのか、それとも、商号続用として評価してもよいのかという問題を提起している。

(6) 東京高判平成元年11月29日<sup>(13)</sup>

この事件では、ホテルの営業譲渡につき、東京高裁は、譲受人の屋号は、譲渡人(有限会社)の商号の会社の種類以外の構成部分(譲渡人の屋号とも同一)を内容とするものであるから、これを続用した譲受人は、商法26条の類推適用により、譲渡人の営業によって生じた債務について、その債権者に対して、譲渡人と連帯して弁済義務を負う旨判示した。

この判例は、屋号の続用の事例であるが、屋号の続用で適用要件を検討することなく、譲渡人の商号と譲受人の屋号との続用性をもとに、商法26条を適用しており、商号から屋号への続用を類推適用要件としてよいのかという問題を提起している。

(7) 仙台高判平成元年10月30日<sup>(14)</sup>

この事件では、新聞販売専売所の業務引継を受けた者に対して、譲渡

人の振り出した手形金の請求がなされた。福島地裁白川支部<sup>(15)</sup>および仙台高裁は、新聞販売専売所の業務引継は営業譲渡であると認定した上で、営業主体名(商号)ではなく、新聞社毎の営業エリア名である専売所名について、自己を表示するために使用していたと認定して、商法26条1項の商号の続用に当たると判示した。

この判例は、新聞専売所は、営業主間で営業譲渡をするのではなく、別途にあらたな専売店契約を締結した上で、業務引継を受けるものであるが、この場合でも、営業譲渡と言えるのか、あるいは、営業譲渡と認定することなくとも、類推適用が可能か、さらには、専売所名を商号と認定しなくても、商法26条の類推適用が可能なのかという問題を提起している。

#### (8) 平成判例の動向

企業再編、特に、再建ないし再起に当たっては、瀕死状態の企業を救うべく、膨大な債務を切り離し、収益を上げうる営業のみを取り出して、別企業として第二会社を設立して、営業を継続するという手法が行われる。再起のためには、会社更生や民事再生があり、これらの手続は、少なくとも形式的には債権者の同意の下で債務の切り捨てが行われ、そによる債務からの解放をもとに、企業再建が行われるのに対し、営業譲渡により、主要債務を譲渡人のもとに残したまま行われる再建方法は、債権者の同意なき切り捨てを行うもので、紛争が絶えない。本来的には、民事再生手続・会社更生手続の中で、債務切り捨ての同意を債権者からきちんと取り付けた上で行うべきであるが、特に、ゴルフ場経営の瀕死状態は、バブルの崩壊による不動産価値の減少により、債務の切り捨てでは解決しないほど担保的裏付けを欠いている債務超過である。

上述の一連の判例はまさに、このような再建手法での企業再起の事例であり、しかも、商法26条の適用を免れるため、営業譲渡という形式ではなく、形式的には、経営委任や営業賃貸借という方法で、より脱法的



に行われるのである。しかし、商号や屋号の続用は、収益性ある営業活動継続のためには欠かせない条件であり、このご都合主義的再建計画は、商号・屋号の続用性から、再び商法26条適用の範囲に戻って来なければならないのである。

### 3 商法26条の意義

以上が、平成に入ってから、商法26条関係の判例の概観であるが、これらの判例が提起する問題に対して、商法26条をどのように理解すべきかを検討するために、商法26条の立法趣旨をまず確定することとしよう。

商法26条1項は、商号の続用がなされた営業譲渡に関して、債務引受がなされなくても、譲渡された営業に関する債務については、譲渡人とともに、譲受人も連帯責任を負うことを定めた規定である。<sup>(16)</sup>

この規定の趣旨については、営業譲渡人の債権者を保護する規定であるという点では、学説は一致している。しかし、商号続用をも要件としていることから、多数説(かつての通説)は、外観主義的規定と解している。しかし、外観主義的規定として位置づけられるときの「外観」とは一体何を指すのかが問題となる。

第1の見解として(単純外観説)、商号続用による同一営業主体という外観が考えられる。<sup>(17)</sup>この考え方は、まさに外観法理という根拠としてふさわしい外観であり、商号続用の下に営業譲渡が行われたことにより、営業主体の交替について知ることができなかつた債権者を保護しようというものである。もっとも、このような外観により、それを信頼して営業主体を誤解する状態で、そこに取引が形成されたわけではなく、いわゆる取引安全的保護対象とは異なる。例えば、商法23条の名板貸は、まさしく、このような取引主体同一外観に対する信頼を保護しようとするものである。しかし、商法26条の場合には、外観信頼により行われた取引の相手方を保護するものではない。極限すれば、営業主の交替がない

と信じて取り立てに不安を感じないまま放置したことによる不利益という信頼保護ということになるかもしれない<sup>(18)</sup>。

第2の見解として(債務引受外観説)、商号統用営業譲渡においては債務引受が常態的であるとする信頼を保護するという見解がある<sup>(19)</sup>。しかも、一般的に外観主義的規定であると整理されている見解の中であって、第1の見解よりも、第2の見解の方が多数である<sup>(20)</sup>。すなわち、たとえば、「営業譲受人の債務の引受があったと考えるのも無理ではない<sup>(21)</sup>」という。しかし、このような理解はあきらかにおかしい。なぜなら、商号統用による営業譲渡では、営業譲渡自体に気がつかないのであるから、営業譲渡により債務引受が行われたと考える余地さえないはずである。逆に、営業譲渡に気づいたら、債務引受が生ずることは債権者の意思を介せずにはあり得ないのだから(民法514条)<sup>(22)</sup>、自分の債権の引き当てとなる財産の確保のために、債務者である営業譲渡人に直ちに問いただせばよいのである。しかも、このような常態信頼者の保護というものは外観とは関係なく、商号とともに譲渡された営業というものの法的性質に基づくもの<sup>(23)</sup>と考える方が正当である。

なお、この第1の見解と第2の見解を、同一のグループとして整理する論稿<sup>(24)</sup>があるが、これはおかしい。なぜなら、商号統用での営業譲渡という外観は、営業譲渡が行われたことを気づかせない外観であるから、そこから債務引受を信頼するということ<sup>(24)</sup>はあり得ないはずだからである。それは、まさしく譲渡人が営業を続けているという外観でしかない。したがって、明らかに、第1の見解と第2の見解とは、異なった信頼を保護しようとしているのである。しかし、なぜこのような整理がなされてしまうかと言え、それは、債務引受外観説が、その信頼の意味を十分に吟味することなく、第1の見解と第2の見解を同時に自らの立法趣旨としているからである。しかし、批判的に検討しようというときには、安易に提示されたままに整理してはいけない。その相違を確定すべきである。

しかしながら、この債務引受外観説は、単に外観主義的根拠のみを理由とするのではなく、併せて、営業譲渡における営業財産の担保的機能性をもその根拠とするのである。すなわち、「営業上の債務については、営業財産がその担保となっているものと認められる」とする<sup>(25)</sup>のである。

しかし、このような理解において、この営業財産の担保性による保護の必要性和、商号続用という外観とがどのように結びつくかは、全く不明であり、反対説の指摘する通り<sup>(26)</sup>である。

以上の外観主義的理解に対して、商法26条を外観規定ではないと解する見解がある。

まず、第3の見解としての反対説は(企業担保説)、外観主義とは関係なく、営業譲渡の性質から理解する。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き受けをしたものとみなして、企業財産の所有者たる譲受人にも責任を負わしめた規定」と解<sup>(27)</sup>するのである。実際にも、倒産企業から営業譲渡がなされる場合には、倒産企業が債務を免れて営業を存続させる方法として行われていることが多く、また営業譲受人が債務引受をしないことを知っている場合が多い<sup>(28)</sup>と言われる。

そして、このように、債権者の主観的要件を問題としないとなると、外観法理の枠をはみ出し、譲渡された営業財産の担保的価値による債権者保護という考え方を中心とせざるを得ない。しかも、この種の事件の多くが、詐害行為取消権の行使、ないし、法人格否認の法理に基づく請求を予備的請求としていることから、その担保性が争われていることは確かである。

しかし、企業担保説では、営業譲渡における営業財産の担保的構成のみを根拠とすることから、なぜ「商号続用」の時だけ、担保的機能を法的に保護する必要があるのかが不明である。営業譲渡の本質論として、また、営業譲渡論として、さらには立法論としての主張ならばいざしら

ず、解釈論ならびにそれに基づいた類推適用的要件論を検討するためには役立たないのである。なぜ商号が統用される場合のみ、譲受人の責任を発生されるべきなのかを位置づけることができないのである。

そこで、これらの従来の学説の対立を超えて、商法26条を位置づけようとする見解が出されている。

第4の見解として(意思推定説)、「商号を統用する営業譲受人の意思は、通常は譲渡人の債務をも承継するところであり、商号を統用しないで新商号をもって営業を譲り受ける譲受人の通常の意味は、債務を原則として承継せず、別個に新たな営業をなすことにあると、推定する」とする見解である。<sup>(29)</sup> もっとも、推定にとどまるのか、擬制にまで踏み込むのかは不明である。しかし、商法26条2項以外の免責要件を認めない以上、擬制することになると考えられる。

しかし、この見解は、単に商法26条の理解の問題にととまらず、営業譲渡における債務引受の位置づけの変更をも迫るものである。なぜなら、営業譲渡においては、営業上の債務を含めるかどうかは営業譲渡当事者間の問題に過ぎないからである。それを対外的に債権者との関係でも効力を有する債務者の交替という効果を生じさせるためには、債権者の同意を必要とするからである。したがって、商号統用を要件として、債務引受の意思を推定したり、擬制することは、この前提を否定することであり、問題がある。さらに、譲受人の意思から、逆に、譲渡人の連帯責任を生み出すことも問題がある。

これに対して、第5の見解として、「のれん」継承に着目して商法26条・28条を理解しようとする見解がある(のれん継承説)。すなわち、「営業譲渡は単なる営業財産の譲渡と区別されなければならない。すなわち、のれん譲渡を伴わなければならない。のれんを譲渡するためには、實際上、商号を統用するか、挨拶状を出すかしなければならない。つまり、商号も統用せず、挨拶状も出さない営業譲渡は、営業財産の譲渡に近い実態のものでしかありえない。このような現実を前提として、商法

は商号続用あるいは営業譲受広告があった場合にのみ営業譲受人の弁済の責任を負わせていると考えるのである。」とする見解である。<sup>(30)</sup>この見解は、商法26条2項が債権者の善意・悪意を問うていないことから、このような理解が可能であると主張するが、そのことと、このような理解との論理整合性は理解できない。しかし、「のれん」の継承による「営業活動継続性」に着目するその視点は評価できる。

第6の見解として、合名会社の社員の責任と同様の考え方から、理解しようとする見解である(営業活動加入説)<sup>(31)</sup>。すなわち、「商号は、営業主体の名称であるが、その営業と密着している。営業譲受人が譲渡人の商号を続用する場合には、譲受人は、対外的には、譲渡人の営業活動に参加するものとして取り扱われる。合名会社の成立後加入した社員が、その加入前に生じた会社の債務についても責任を負う(商法82条、ドイツ商法典130条も同旨)のと同様、譲渡人の営業活動に参加した譲受人は、参加以前に生じていた営業上の債務についても責任を負うのである。」

この見解は、沿革的に普通ドイツ商法典113条が拡張解釈されたという一時期があったということを考えれば、その限りでは、沿革的根拠を有しそうであるが、この時期以後は、ドイツでも採用されることなく、ドイツ商法典25条が成立するまでの代替的考え方であったと評されよう。<sup>(32)</sup>しかし、前述の「のれん継承説」同様、そこに営業が継続されているという点に着目している視点は、きわめて正当であると考えられる。

そこで、以上の学説の整理を前提としながら、以下で、商法26条のありうべき機能論的立法趣旨を検討したい。

まず、ドイツにおける商慣習の発展とその後の立法史を前提とすると、これらの規定が単純な外観主義的規定として理解されていたとは到底考えられない。商慣習的発端は、外観主義的理解よりも、営業譲渡の性質論としての譲受人の責任が認識されていたと考えられる。<sup>(33)</sup>しかも、商号続用のない商法28条的範囲の問題としてである。そして、その後の商号に関する営業主体性の議論から、商号が単なる当事者の名称から、営業

そのものの主体性を示すものとして、商号の続用が営業主体ないし実体の継続性として認識されることにより、ドイツ商法典25条が生じうる背景が存在していたと理解されうる。<sup>(34)</sup>

もちろん、ドイツ法での成立過程や成立の背景等の理解がそのまま現代日本における商法26条の機能論的解釈論として、そのまま利用しうるはずはないが、営業譲渡に関する譲受人の責任論として、商法28条的問題がまず出発点にあり、それを前提に、商法26条的問題が成立しうるという理論的關係を認識する必要がある。

さらに、なぜ日本法においては、このようなドイツにおける議論が理解された上で導入されなかったのかということも問題となる。邪推かもしれないが、昭和13年商法改正が一連の外観法理規定の導入が行われたことから、十分な認識がないままに、外観主義的規定として、その商号続用性から、安易に理解されてしまったのではないかとさえ、考えたくなる。そうでなければ、商法28条と26条の明確な相違をなぜ、多くのが学説は認識してこなかったのであろうか。

少なくとも、そこにおける外観とは、営業譲渡が行われたことを隠す外観であり、商法28条のように積極的に営業譲渡が行われたことと、債務引受を承認させる外観とは、全く異なるのである。あるいは、営業譲渡が行われたことに気づかなかった債権者が、以前と同様の営業が継続しているという外観であり、営業が破綻することなく、特別な債権回収対策を取る必要がないと考えさせる外観である。決して、商号続用営業譲渡には債務引受が常態である推定させる外観ではない。そのような推定が生じるということはその前提としての営業譲渡が行われたという認識がなければならないはずであり、営業譲渡自体を認識している者は、外観主義一般から言えば、保護の対象ではないという次元での「悪意者」という範疇に入ってしまう。

では、商法26条1項が規定する商号続用営業譲渡において存在する外観とは何か。それは端的に言えば、同一営業活動継続性という外観であ

る。そして、商法26条1項が保護すべき信頼とは、その外観に対して働く「営業主体非交替性」に対する信頼である。換言すれば、営業譲渡が行われたにもかかわらず、商号が続用することにより、営業譲渡が生じていないという外観が存在することとなり、営業譲渡人の債権者は、その営業譲渡にともなって発生する不利益を回避する機会を失うことになる。そこで、通常は、譲渡された営業財産が債権担保的機能を有していることから、営業財産を譲り受けた営業譲受人にも連帯責任を、政策的に負わせた規定であると理解すべきである。

そして、営業譲受人がその責任を果たした場合には、当然に、営業譲渡契約の内容に従って内部的に解決されることになる。もちろん、債権者は、営業譲渡の事実を知ることにより、譲受人への請求ではなく本来の債務者である譲渡人へ請求することができるわけであるが、外観信頼者を保護し、その更なる行為を債権者に負担させることなく、外観上の営業主体者である譲受人への請求自体を有効なものとして、解決しようとするのである。

このような「営業活動継続的外観信頼」を保護するという理解を行う場合には（営業活動継続外観説）、二つの問題点がある。第1は、主観的要件の問題である。すなわち、商号続用営業譲渡に関して、営業譲渡の事実を知っている者は、債務者の交替が行われていないことを知っているのであるから、そこには、営業主体非交替性という信頼がないということになり、いわゆる悪意者は保護する必要ではないのかという疑問である。

この点については、少数説を除けば、<sup>(35)</sup>ほとんどの説は、商法26条2項の免責要件のみを唯一の免責要件と解しており、悪意者も保護されると解している。

確かに、悪意者を保護する以上、外観保護規定として理解すべきではないという批判は、二つの点で適切な批判である。第1に、債務引受常態説のようにあいまいな外観認識のもとでは、悪意者については外観信

頼が生じていないのであるから、保護することは論理矛盾であり、外観信頼ではなく、営業財産の担保的機能にその根拠を認めるべきということになる。第2に、商法23条、商法42条、商法262条のような外観主義規定の中のいわゆる「動的な外観保護規定」を前提にすれば、それは個別的外観環境の中での信頼を問題としていることから、悪意者は保護されるべきではないという結論に至るからである。

しかし、ここで見過ごされてはならないことは、商号続用という制度は、登記制度との連結を有しており、登記を基準とするいわゆる「固定的外観保護規定」としての位置を有しているということである。商法24条に規定されている通り、商号の譲渡は、営業譲渡とともに行う場合または営業を廃止する場合にのみ許されている(1項)。しかも、商号譲渡の対抗要件として、登記を要求しているのである(2項前段)。商号続用の場合には、この商法24条との連結性の理解なしに考えることはできない<sup>(36)</sup>。したがって、商号譲渡に関する登記制度を前提にして、登記という「固定的外観」を基準にする「擬制的悪意者要件」を採用したと考えるべきである。この点は、商法12条における悪意擬制的構成と同様である。しかし、商号制度は完全な形での強制的登記的制度としては日本では採用されなかったことから、すべてにおいて登記手続を要求することはできない。そこで、登記制度における免責要件とは別に、登記制度を前提しない免責要件をも用意する必要がある。それが、譲渡人および譲受人から第三者対して行う個別的通知である(商法26条2項後段)。固定化された登記外観と同一のレベルでの免責要件と同様なもののみが、他の免責要件として考えられなければならない。したがって、譲渡人・譲受人の個別的主体的な行為以外の事情から営業譲渡の事実を知ったとしても、それは、登記制度に比べれば遙かに不安定で不確実なものであり、登記制度での免責と同一とは考えられない。

もちろん、このように理解されるべき商法26条が、営業譲渡における債務の営業財産による担保的機能を果たしていることは当然である。し



かし、それは、営業譲渡において、営業財産が担保的機能を有していることは、すべての場合において当然のことであり、それが商号続用の場合、それが債権者詐害の場合、法人格の濫用の場合に、それぞれの次元で担保的機能を確保されるに過ぎないのである。ここに、商法26条の歴史的立法趣旨が反映している。すなわち、そもそもが営業譲渡における債務の個別的切り捨てから生じうる弊害を、譲渡された営業財産の担保的機能によって支えられるべきであるという出発点から始められた制度展開であることから、それを背景に持ちながら、商号続用という営業主性に対する信頼の理論の背後に刷り込まれてしまっているのである。したがって、企業担保説の認識は一般的な意味では正当であり、制度の背後に置かれている隠された機能を的確に指摘していると言える。

以上により、商法26条1項は、商号続用を要件とする営業譲渡における「営業活動継続外観」に対する「営業主非交替性」への信頼を保護する規定として理解するべきである。

しかし、ここでの「営業主非交替性」への信頼というものは、信頼に値しないのではないかという批判がある<sup>(37)</sup>。しかし、単純な外観信頼にその根拠を求める見解に対する批判は、商法26条の制度的機能を理解しなで行われる批判であり、意味を有していない。これに対して、商法26条の制度的機能を理解した上での批判もある。すなわち、「せいぜい交替がないと信じ取立に不安を感じないままに放置したこと、……取り立てに不安を感じないで放置した債権者を保護する必要性は疑問」であるとする見解である<sup>(38)</sup>。しかし、果たしてそうであろうか。営業譲渡が行われると、例えば、債権回収が困難で滞っていた場合には、営業譲渡直後にはその対価を譲渡人が取得したはずあるから、もし、営業譲渡と同時にその事実を知れば、ただちに回収できた可能性があったはずである。したがって、商号続用により営業譲渡の事実を知り得なかった債権者は、営業譲渡による対価を譲渡人が取得した時点から、営業譲渡の事実を知る時点までの時間的経過により、大きな損失を被ることになる。それを

単なる取り立て不安に過ぎないという一言で片づけることはできない。あるいは、取得した財産が消失した後で、損害賠償をしても全く意味がない。特に、後に具体的要件を検討することになるが、ゴルフ場再建において、ゴルフ会員に対して、単に経営を委任しましたという通知のみで、担保付けになっている不動産以外の動産を譲渡してしまうという再建手法が行われる現状を見る限り、その不利益、否、損失は大きいと考えざるを得ない<sup>(39)</sup>。したがって、「営業主体非交替性」への信頼は、まさしく保護に値する信頼であり、それこそが、商法26条の機能論的制度趣旨<sup>(40)</sup>であり、外観主義規定としての機能である。

#### 4 商号の続用の要件（具体的要件の検討その1——商号の続用）

以下では、営業活動継続外観による営業主体非交替性への信頼の保護という理解から、商法26条1項の適用要件を検討する。商法26条1項の適用要件は、営業譲渡が行われたことと、商号続用という二つの要素からなっているが、商号続用要件について、まず検討をする。

商号そのものが続用される場合には、条文の文言通りであり、かつ、同一商号が続用されている限り、営業譲渡により営業主体が交替としたということを知ることができない外観が存在しているから、営業主体の非交替性への信頼が生じており、保護されるべきである。問題は、部分的に異なっている場合に、同一商号の続用として評価するかである。

##### (1) 会社の種類の位置

株式会社等の会社の種類は会社の商号には必ず挿入されなければならないが(商法17条)、その位置が前にあるのか後ろにあるのかで、同一商号の続用に影響を与えるか否か。

これについては、営業主体の非交替性という誤解を生じさせるか否かという観点からすれば、商号上の会社の種類表示の位置は、実際の取引上、重要視されることなく、当事会社のみがその相違を意識することが

あっても、取引相手方においては、ほとんど重要ではない。したがって、商号上の会社の種類の表示位置は、商号続用の要件の認定にあたって、影響を与えないと考えるべきである。下級審判例として、判例①が典型例である。

## (2) 会社の種類の相違

それでは、会社の種類が異なる場合はどうか。これについては、最高裁判例が、<sup>(41)</sup>個人商号に、会社の種類をつけた同一の商号を用いた場合に、商号の続用を認めており、<sup>(42)</sup>学説上も確定した判断となっている。

## (3) 付加語がある場合

この場合においても、営業主体非交替性という信頼が生まれるかどうかという判断基準で考えるべきであるから、付加語があっても、営業譲渡により営業活動が継続されており、かつ、営業主体の同一的外観が存在しているかどうかの問題である。典型的事例として、下級審判例で、『キャロン』→『キャロン製靴』などの場合<sup>(43)</sup>に、続用が認定されているが、このような場合には、単純に商号の同一性の認定だけでなく、そこで行われた営業譲渡による営業活動継続性が考慮されていなければならない。そうでなければ、同一商号という単純な外観だけでは、営業主体非交替性という外観を認定できるのではない。したがって、営業活動の承継を前提にするとともに、付加語があっても、主要部分が同一であれば、商法26条1項を適用しうるのである。

## (4) 基本的考え方

商号の続用の判定に当たっては、商号の主要な部分が同一であれば、原則として、商号続用があると判定されていると評価できる。したがって、会社の種類表示の位置や、会社の種類の相違、若干の付加語などは、当然に、続用性を破壊しないと考えられる。例えば、共通な部分が主要

な部分と評価されれば、『日本電気産業社』→『日本電気産業<sup>(44)</sup>』、また、『建装工房かわきた』→『かわきた建装株式会社<sup>(45)</sup>』、さらには、『万善株式会社』→『マンゼン株式会社<sup>(46)</sup>』でも、『マルト食品興業』→『マルショウ食品興業<sup>(47)</sup>』でも、続用が認定されている。

しかし、例外的に否定された事例として、『有限会社米安商店』→『合資会社新米安商店<sup>(48)</sup>』の場合と、『いせ屋家具マート』→『有限会社四日市いせ屋家具<sup>(49)</sup>』の場合がある。しかし、米安事件については、この最高裁の判断には批判が多い<sup>(50)</sup>。最高裁は、「『新』の字句は、取引の社会通念上は、継承的字句ではなく、却って新会社が旧会社の債務を承継しないことを示すための字句である」とするが、主要な部分が共通であるという次元とは別に、特に、「新」という字句に、このような特別な債務分離に関する法的効果を結びつける取引上の社会通念があるのかどうか疑わしい。そのみならず、この事件においては、食糧販売に関して登録官庁に一切の債権債務を承継した旨の届出が提出されていることも考え併せれば、26条2項以外の免責的效果を「新」に与えるべきではない。安易な再建において「新」さえ使えば、債務を切り捨てることができるという結果をもたらすことを考えれば、なおさら問題である。

## 5 商号以外の名称の続用による類推適用(具体的要件の検討その2——屋号の続用)

### (1) 屋号の続用による類推の肯定

商号が続用されていなくても、屋号等の続用により営業主体非交替性に対する信頼が生じうる外観が存在している場合には、商号続用に関する商法26条1項が類推適用されて良いはずである。

したがって、下級審判例においても、ゴルフ場に関する事件に関し、『一般に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と理解される』として、ゴルフクラブの名称続用を商号続用に準ずるとしている(判例⑦)。

屋号の続用に商法26条1項を適用した他の判例として、予備校の営業譲渡に関して、東京地裁は、『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26条1項にいう「譲渡人ノ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、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得ないことは、商号続用の場合と大きな際はないと考えられるからである。』として、商号を屋号として続用する場合に、適用を認めたのである（判例⑧）。

これと同様に、譲渡人の商号を屋号として続用するホテルの営業譲渡について、『営業譲渡に伴い続用されるものが、譲渡人の商号そのものではなく、その屋号である場合であっても、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は、譲渡人の債権者にとっては商号そのものの続用と同様な事情があるとみるべきであり、したがって、少なくともこのような屋号が続用される場合については、商法26条1項の規定を類推適用して、譲渡人の債権者を保護すべきである。』として、類推適用を認めている（判例⑨）。下級審は従来から、このような類推適用を認めてきていた。<sup>(51)</sup>

## （2）屋号の続用による類推の否定

これに対して、下級審判例では、ゴルフクラブの名称が続用されたにもかかわらず、類推適用を否定しているものがある。具体的には、『ゴルフ場の経営においては、ゴルフクラブの名称が営業上使用され、営業の主体を表示する機能を有してはいるが、そうであるからといって、その経営会社の商号が営業の主体を表示する機能を果たしていないということはない。……書面や通知等でゴルフクラブの名称とともに、商号も表

示されている場合には、ゴルフクラブの名称のように営業上使用される名称が続用されていたとしても、債権者は営業主体の変更を認識しうるのが通常である。』と判示して、商法26条1項の類推適用を否定している(判例③)。

また、屋号そのものの続用についての商法26条1項の類推適用については、譲渡人の商号が譲受人の屋号に続用されているような場合に限定すべきという主張がある。そして、商法26条1号の屋号そのものの続用に関する類推適用を認めてしまうと、サービスマークの続用の場合にも類推できるかなどの問題が生じ、商法26条1項の適用範囲が無限定になってしまうと批判される<sup>(52)</sup>。さらには、安易な類推適用を用いるべきではなく、債務引受の意思を、事実認定の次元で検討することが重要であるという指摘もなされている<sup>(53)</sup>。

### (3) まとめ

屋号それ自体の続用により商法26条1項の適用ないし類推適用を認めるのは、判例⑤だけであり、他の事例は、譲渡人の商号と屋号が共通の場合に屋号のみが続用された事例である。あるいは、少なくとも、譲渡人の商号と屋号が重要な部分で共通である場合の事例である。したがって、多くの判例は、続用されたと認定されるべき譲渡人の商号を出発点としており、その上で、続用された屋号という外観に、商号続用と同一の外観信頼対象性を認定していると考えられる。

しかし、商号そのものではなく、営業主体というものが屋号により形成されている場合には、続用とされるべき継続外観は屋号によってこそ維持されているのであるから、商号との共通性のない屋号のみの続用によって生じる営業活動継続外観が存在している。そして、それを前提した営業主体非交替性への信頼も、保護の対象として良いはずであり、その限りでは、判例⑤の判断は正当であると考えられる。

これに対して、判例③では、屋号のみの続用により、屋号が営業外観

を形成することを一般論では認めながらも、最終的に適用ないし類推適用を否定したのはなぜであろうか。裁判官がゴルフをしたことがないなどという揶揄は置いておいて、判決文での基準を探してみれば、書面・通知等による商号の使用ということに帰着せざるを得ない。屋号の続用があっても、譲受人の使用する書面や通知において、屋号の表示と共に、それと譲渡人の商号とは異なる商号が表示されていることから、債務者の交替を知り得たとするのである。しかし、商号続用や屋号続用の認定それ自体と、債権者の悪意を要件とするということは、全く異なる要件である。それとともに、商法26条は、動的な外観法理的規定ではなく、原則として登記という固定的外観に基礎を置く規定であるから、26条1項の適用の責任を免れるためには、2項の要件を満たした場合のみでなければならない。

したがって、この判例の考え方を検討するためには、まず、悪意者を保護しないという考え方を商法26条に持ち込めるかどうかを検討することが必要である。これに対して、悪意者でも保護されるという立場をとった場合には、この事例で商法26条の適用を否定するのであれば、26条2項後段の要件を丁寧に検討すべきであったと考える。なお、判例では、2項を特に取り上げてはいない。

## 6 債権者の悪意（具体的要件の検討その3）

商法26条の債権者側の主観的要件として、悪意（ないし善意重過失）の要件を取り入れるべきかどうかを検討する。

多数説である債務引受常態説は、外観法理をも原則としてその根拠として採用する見解であるから、その外観法理性から悪意者は保護されるべきではないとして、批判に曝される。したがって、債務引受常態説は、根拠としては外観法理を根拠としていながらも、悪意者も保護するという考えをとっている。ところが、これに対して、悪意者は保護しないというのが、従来の通説であるという指摘がある<sup>(54)</sup>。しかし、それは誤って

おり、単純な外観法理を根拠とする単純外観説のみが、悪意者は保護しないという考え方をとっているにすぎないと思われる。<sup>(55)</sup>

これに対して、外観法理を何らかの形でもその趣旨に取り入れない見解では、当然に、悪意者を保護しても構わないということになりそうである。確かに、企業担保説では、営業譲渡財産がその債権の担保として機能するということは、債権者の悪意とは関係ないことであるから、商法26条2項の免責要件以外のものを考える必要はないことになる。

しかし、債務引受推定説では、悪意者も保護されるとするが、債権者が悪意で有れば当然に、その推定は崩れるはずであり、また、擬制を強いる必要もないはずである。この点で論理的整合性を欠く。この債務引受推定説は、企業担保説の商号続用を要件とすることの論理的欠陥を越えようとするものであるが、推定・擬制を用いることにより、却って、免責要件との論理整合性を欠くことになってしまうと考えられる。

下級審判例では、悪意の認定により商法26条1項の適用を否定した判例もあるが、<sup>(56)</sup>下級審判例では、一般に善意・悪意を問題としていない。

この点で、営業活動継続外観説でも、当然、営業活動継続外観に対する信頼がその基礎となるのであるから、営業活動継続に関する悪意者は保護する必要がないことになりそうである。しかし、商号続用に伴う営業譲渡にあっては、商号の譲渡が原則として登記制度として組み立てられていることとの関係で、免責要件が登記を基準になされることになるという理解があれば、いわゆる「動的な外観信頼保護」と「固定的な外観信頼保護」との相違に気がつくはずである。したがって、当然に登記を基準として決せられる必要があり、個別主観的要件ではなく、登記という固定的要件を商法26条は採用しているのである。企業に関する重要な情報は、固定的な登記外観を基準に決せられるのが原則であり、動的な外観信頼保護は例外として存在しているのである。したがって、商法26条においては、登記を基準とする枠組みの中にあり、この点で、登記という枠組みのない商法28条とは次元を異にしている。<sup>(57)</sup>したがって、商号



続用を要件とする商法26条においては、固定的な外観信頼の原則である登記の有無のみを原則として基準とすべきである(商法26条2項前段)。そして、個別的主観要件の問題でも、登記の有無に準ずる定型的行為が免責要件とされることになる(商法26条2項後段)。

#### 7 免責の要件としての無責任の通知(具体的要件の検討その4)

屋号続用の場合において、譲渡人の商号と異なる商号を譲受人が使用する場合の事例において、判例③では、屋号の使用される文書・通知において、新商号も併記されていることから、商法26条1項の適用を認めなかったが、この判例が、悪意者は保護しないという見解を採用したのか、この文書や通知が商法26条2項後段の要件に該当すると考えたのかは定かでないことはすでに指摘した通りである。仮に、商法26条2項後段の要件に該当するとして否定したとすると問題である。なぜなら、商法26条2項後段の要件は、責任を負わない旨の通知であるから、この事件のようにゴルフ場経営の委任というよう内容の通知では、この要件を満たすと考えるべきではないからである。商法26条2項後段の要件は、前段の登記に代わる要件であるから、厳格に解すべきである。

#### 8 営業譲渡の要件(具体的要件の検討その5)

##### (1) 現物出資

商法26条は、もちろん営業譲渡に関する規定であり、その限りでは営業譲渡に関して適用されるものである。しかし、企業再建・再編においては、第二会社での営業継続を目的としているから、営業譲渡がなされるのか、営業の現物出資で行われるのか、最近であれば、会社分割で行うのかは、方法としての選択肢の一つにすぎない。商法26条が営業活動継続外観に対する信頼を保護することにより、担保的機能を果たすものであるから、ひとり営業譲渡にのみ、このような保護が限定されてよいはずがない。

そこで、実際にも、営業の現物出資という方法が採られた場合に、最高裁も商法26条の類推適用を認めている。<sup>(58)</sup>『商法26条は、営業の譲受人が譲渡人の商号を続用する場合に、譲渡人の営業によって生じた債務については譲受人もまたその弁済の責に任ずべき旨を定める規定であって、営業の現物出資をした者の商号を続用する場合に関する規定ではないが、営業を譲渡の目的とする場合とでは、その法的性質を異にするとはいえ、その目的たる営業の意味するところは全く同一に解されるだけでなく、いずれも、法律行為による営業の移転である点においては同じ範疇に属するのであって、これを現物出資の目的とした者の債権者から見た場合には、その出資者の商号が現物出資によって設立された会社によって続用されているときは、営業の譲渡を受けた会社が譲渡人の商号を続用している場合と同じく、出資の目的たる営業に含まれる出資者の自己に対する債務もまた会社が引き受けたものと信頼するのが通常の事態である。』と判示した。債務引受常態外観説を採用したと考えられる判例である。営業活動継続外観への信頼を基礎と考える場合でも、結論は同様である。法的性質の相違は、類推適用の障害とならないことは、多くの他の外観法理規定の拡張的解釈にも現れているところである。

## (2) 営業賃貸借

そうであるならば、営業賃貸借においてはどのように考えるべきであろうか。営業賃貸借とは、営業を他人に賃貸する契約をいい、賃借人は、自己の名をもって自己の計算において、営業の使用・収益を行う。したがって、賃借期間は、該当営業は賃借人の占有・管理下に属することになる。したがって、このような場合にも、商号が続用されれば、営業外観としては、営業譲渡における商号続用の場合と全く異ならないことになる。<sup>(59)</sup>

ゴルフ場の再建計画において営業譲渡的手法が用いられる場合、土地・建物については、担保が設定されており、譲渡できる状態ではなく、ま

た、主要な債務を移転させたのでは、ゴルフ場を存続させることは不可能であるから、動産的資産のみの移転による営業譲渡と、土地・建物の賃貸借という手法が採られる。

判例①は、この典型的な営業譲渡であり、独占禁止法に基づく営業譲渡の届出も受理されている。しかし、契約上は、ゴルフ場経営の主要な要素である土地・建物を譲渡することなく、賃貸借としている。このような契約は、そもそもが営業譲渡と評価できるのかどうかも問題となるが、少なくとも、有機的一体としての譲渡ではないであろう。しかし、この事例では、それ自体が争点とはならなかったことから、営業譲渡や営業賃貸借の性質論を行うことなく、結論が出されている。

しかし、判例②では、営業譲渡ではなく、『経営委任』であるという主張をし、そして、それを根拠として、26条の適用を排除することが主張されたことから、この企業再建方法自体の法的性質が争点となった。東京高裁は、『本件各契約は、別個の契約の形式を採ってはいるが、本件ゴルフ場の営業による収支から金融機関に対する債務や会員に対する預託金返還債務を切り離し、本件ゴルフ場の運営を引き継いで、債務の支払いに窮していた本件ゴルフ場の存続を図ることを目的として、同一の機会に締結されたものであり、当事者により一体のものとして認識されている。本件各契約に基づき、本件ゴルフ場の土地建物を賃借し、本件ゴルフ場の運営に必要なその余の資産を譲り受け、本件ゴルフ場の運営に従事している従業員との雇用関係を承継して、本件ゴルフ場の運営を引き継ぎ、以後の自己の名義及び計算においてその運営を行い、他方は賃料収入を取得するのみで、基本的には本件ゴルフ場の運営には関与することはないというのであるから、有機的一体となった本件ゴルフ場の営業を承継したものと認めることができる。…本件各契約に基づく法律関係は営業の賃貸借と認めるのが相当である。』として、営業賃貸借の成立を認定している。さらに、固定資産税の負担や期間が10年という長期であることから、実質的には営業の譲渡と極めて類似するものとして、

商法26条1項の類推適用を肯定した。

### (3) 経営委任

それでは、上述の判例において主張されたように、営業譲渡とともに、営業賃貸借とも認定することができず、詳細な事実認定の結果、経営委任に過ぎない場合にはどうであろうか。

判例④は、まさにこの問題をタイムリーに取り扱った事件であり、注目に値する。この事件では、ゴルフ場経営に関し、商号の異なる第二会社が設立され、ゴルフ場の名称は同一のままに経営委任がなされた事例である。しかし、ゴルフクラブ会員代表により構成される会員権問題対策委員会の意見により第二会社が設立され、会員も51%出資していること、さらには、経営委託料も売り上げの85%（売り上げが3000万円を下回る場合には3000万円）というようにきちんと定められている等の事実認定を前提に、「同一のゴルフ場の名称を使用することにより、他の債権者に営業主体の混同をさせたり、債務承継等につき誤信させる結果を招くような同一性、類似性があると認めなければならない場合に当たるとは認められない。」として、商法26条1項の類推適用を否定している。

しかし、この判例は、商法26条1項の前提としての、営業活動継続外観が存在しているのかどうかという問題と、その前提して、営業活動の継続がなされているのかどうかという問題を区別せずに論じている。原審である判例⑤が商法26条1項を類推適用とする結論に至ったために、同一性・類似性がないという論点にのみ注目してしまった場合と思われる。

### (4) まとめ

営業譲渡の要件は、営業継続性が認められるような法律関係であるか否かが問題であり、営業の現物出資であろうと営業の賃貸借であろうと、外形的には経営委任であろうと、営業活動の継続があることが核心であ

る。したがって、営業活動の継続性が認定できる限り、商法26条の適用ないし類推適用すべき前提がある。しかし、逆に、営業活動継続外観が存在しても、実際にそこに営業活動の継続がなければ、商法26条を適用することはできない。したがって、無用な、営業譲渡・営業現物出資・営業賃貸借の法的性質論にとらわれるべきではない。これに対して、経営委任に関しては、それが、第二会社の設立という方法によるとしても、営業譲渡や営業賃貸借に対する商法26条の適用ないし類推適用を回避するための隠れ蓑として使われているのならいざ知らず、言葉通りの経営委任契約が締結され、かつ、実行されているのであるならば、そもそも商法26条1項を類推適用すべき前提としての、営業活動の継続性が存在していないのであり、経営委託者の下で継続しているのである。屋号等の続用の問題以前の次元である。もちろん、そのような場合に、第二会社が商号を続用することは逆にありえないはずである。

営業の賃貸借か譲渡かは当事者の契約関係の中にしかなく、当事者はいずれの方法をとってもその目的は果たせるのであるから、営業活動の継続性が認定できる限り、現物出資と同様、当然に類推適用して良いと考えられる。

## 7 結びにかえて

平成時代の事件の多くが真摯な再建計画に基づいて行われた営業譲渡ではないことは明白である。なぜなら、再建計画であるならば、債権者の同意を必要としない営業譲渡のみが行われるはずがなく、当然に切り離される会社の整理方法も当時に提示されなければならないはずである。例えば、『営業譲渡+特別清算』とか、『営業譲渡+民事再生』とか、営業譲渡は行わずに、それ自体を民事再生等により再建する方法であるとか、である。このように本来の債務超過部分における清算・再建を放置して、営業の切り離しだけを考える営業譲渡は、その悪質性を認定して、詐害行為取消権や法人格の否認を用いてもよい。あるいは、商法26条の

拡大的な適用により、その意図を否定されることになる。特に、事例に見られた「ゴルフ場」、「予備校」、「ホテル」などは、少なくとも屋号の次元においての顧客誘因力の利用を考えざるをえないために、商法26条の射程距離の範囲内にとどまらざるを得ないのである。債権者の同意を得ない再建はありえない。

このことから明らかなように、商法26条の類推適用問題を理解するに当たっては、まず、商号続用により営業活動が継続されている外観が存在しているということである。すなわち、単なる営業主体の同一性の外観という取引主体的なとらえ方をしてはならないということである。取引主体的な外観法理では、営業譲渡という場面での利害関係をとらえることはできない。そして、それと同時に、商号続用は、商号制度・登記制度という枠組みの中で設計されているということである。これらから、いわゆる動的な外観法理と、固定的な外観法理という異なった次元での外観信頼を考えなければならない。それが、「営業活動継続外観」であり、その外観から生ずる「営業主体非交替性」への信頼である。取引法的外観法理から、企業そのもの、営業活動そのものに対する外観法理という外延が意識されなければならない。

- (1) 戸田修三『商法I』25頁～26頁〔南雲堂深山社、昭和50年〕、濱田惟道(編著)『商法総則・総論』27頁〔青林書院、平成4年〕。
- (2) 福原紀彦「名板貸責任の基礎とその外延」杏林大学社会科学研究所2巻2号49頁、米沢明『名板貸責任の法理』6頁～23頁〔有斐閣、昭和57年〕、田中誠二＝喜多了祐『コンメンタール商法総則(全訂版)』265頁～266頁〔勁草書房、昭和50年〕、喜多了祐『外観優越の法理』675頁〔千倉書房、昭和51年〕、小町谷操三「商法改正中案に現れたる禁反言の原則」法律時報8巻12号3頁。
- (3) 手形法に関する商法23条の拡張的適用について、濱田惟道『手形法小切手法』116頁～117頁〔文眞堂、平成4年〕。テナント契約における商法23条の拡張的適用について、池野千白「テナント契約」(田邊光政先生還暦

記念論文集『現代企取引業法』所収) 140頁～154頁〔税務経理協会, 平成10年〕。

- (4) 商法26条・28条に関しては, 山下教授の詳細かつ綿密な検討がなされており, 多くの示唆を得た(山下眞弘「商号続用のある営業譲受人の責任—債権者保護の視点から—」立命館法学256号1444頁)。しかし, 平成13年・14年の下級審判例はそれまでの議論の前提を揺さぶる内容を有しており, その再検討の必要性を強く感じた。
- (5) 判例①: 東京高判平成13年10月1日金融・商事判例1129号13頁。
- (6) 判例②: 東京地判平成13年4月11日金融・商事判例1129号19頁。なお, 判旨は, 商法26条類推適用の前提として, 信義則違反を理由としている(24頁～25頁)。
- (7) 判例③: 東京地判平成13年3月30日金融・商事判例1129号49頁。
- (8) 判例④: 東京高判平成14年2月12日金融・商事判例1148号39頁。
- (9) 判例⑤: 東京高判平成14年8月30日金融・商事判例1158号21頁。
- (10) 判例⑥: 東京地判平成13年12月20日金融商事判例1158号31頁。
- (11) 判例⑦: 大阪地判平成6年3月31日判例時報1517号109頁。
- (12) 判例⑧: 東京地判平成12年9月29日金融・商事判例1131号57頁。
- (13) 判例⑨: 東京高判平成元年11月29日判決時報40巻9—12号124頁。
- (14) 判例⑩: 仙台高判平成元年10月30日金融・商事判例839号12頁。
- (15) 判例⑪: 福島地裁白川支判昭和63年9月27日金融・商事判例839号17頁。
- (16) 昭和13年改正において, 商法23条, 商法42条, 商法262条等の外観主義規定とともに, 導入された。ドイツ商法典25条を範として導入されたものである。この経緯については, あまり詳細にはなっていないとされるが(山下眞弘「営業譲渡の債権者に対する効果——債務引受広告の意義を中心として——」島大法学27号55頁), 昭和13年商法改正要綱案の起草者の一人である松本博士の簡単な解説が見受けられる(松本丞治「商法改正要綱解説」法学協会雑誌49巻9号116頁, 松本丞治「商法改正問題(一)緒言並び総則編について」法律時報8巻2号5頁)。また, 母法であるドイツ商法典25条そのものの沿革については, 土肥一史「営業譲受人の債務責任——ドイツ商法典25条成立過程——」福岡大学法学論叢22巻3・4号465頁以下において詳細な検討がなされている。また, ドイツ商法典25条に関する学説の状況については, 小橋一郎「商号を続用する営業譲受人の責任」(上柳先生還暦記念『商事法の解釈と展望』〔有斐閣, 昭和59年〕6頁以下が詳しい)。
- (17) 田中誠二『商法総則詳論(全訂)』223頁〔勁草書房, 昭和51年〕。
- (18) このような不利益の保護の必要性について疑問とする見解もある(浜田

道代「法人格の否認により第二会社への執行文付与の訴を容認した事例」判例時報807号 (判例評論207号) 144頁。

- (19) 大隅健一郎『商法総則 (新版)』318頁 [有斐閣, 昭和53年], 戸田修三「営業の譲渡—その二」(『(新法律学演習講座 8) 演習商法 (総則商行為)』) 144頁 [青林書院新社, 昭和59年], 西原寛一『商法総則・商行為法 (商法講義 I) (改訂版)』89頁 [岩波書店, 昭和33年]。
- (20) これに対して, 商法28条の商号が続用されない場合の規定に関しては, 明確な形で, 禁反言の法理に基づくとしている (大隅・前掲注 (19) 320頁, 田中 (誠)・前掲注 (17) 225頁, 鴻常夫『商法総則 (全訂第4版)』143頁 [弘文堂, 昭和63年])。商法28条は, あきらかに商法26条とは異なり, 営業譲渡が行われたことと, 債務を引き受けたことの誤解を生じさせる外観を自ら作出した場合であるから, 禁反言的なものに根拠を見出そうが, 権利外観的法構成に根拠を見出そうが, きわめて論理的に立法趣旨を位置づけることができる。多くの論稿が, 商法26条と28条とを同一に論じようとするが, 商号を続用して営業しているということと, 債務引受広告を同一に位置づけることはできないはずである。したがって, 本稿では, 論理的不整合を帰している商法26条にあえて限定して考察するのである。もちろん, 必要な限りでは, 商法28条にも言及する。
- (21) 鴻・前掲注 (20) 142頁。
- (22) 当然のことであるが, 営業譲渡契約において, 営業上の債務が移転する場合であっても, 債権者に対する関係では, 債権者の意思を介する債務引受の手続が行われなければ (民法514条), 営業譲渡人は債務者とはならない。ただし, 併存的債務引受については, 商法26条1項と同様の効果が発生するものであるから, とりたてて商法26条1項で保護すべき不利益は生じておらず, 債権者の意思を介せず, 営業譲渡当事者間での合意のみで, その効力を発生させても問題はない (服部栄三『商法総則 (第3版)』416頁~417頁 [青林書院新社, 昭和58年])。
- (23) 宇田一明『営業譲渡法の研究』97頁 [中央経済社, 平成5年]。
- (24) 西川昭「ゴルフ場営業の賃貸借と商法26条1項の責任の有無」金融・商事判例1141号63頁~64頁。
- (25) 大隅・前掲注 (19) 318頁。
- (26) 浜田・前掲注 (18) 144頁。
- (27) 服部・前掲注 (22) 418頁, 濱田惟道 (他)『商法総論・総則』125頁 [青林書院, 平成3年]。しかし, 少数説では, 28条の立法趣旨については, 必ずしも明確ではない。なぜなら, 商号続用の効果と債務引受の広告の効果とを同一に解する理由が示されていないからである。すなわち, 商号続



用は、営業譲渡そのものの成立を隠す効果があるのに対して、債務引受の広告は、営業譲渡の成立と債務の引受とを世の中に知らせる行為だからである。これに対して、ドイツ商法典25条3項という沿革から、個別的債務引受の手続き的困難さを解消する条文であると理解する見解もある(長谷川雄一「営業の譲渡—その二」139頁(『(法律学演習講座7)演習商法(改訂版)』〔青林書院新社,昭和51年〕)。

- (28) 浜田・前掲注(18)144頁。
- (29) 山下・前掲注(16)70頁,田邊光政『商法総則商行為法』149頁〔新世社,平成7年〕。
- (30) 浜田・前掲注(18)145頁。なお,論者は、「新たな理解をそこに持ち込むのが妥当ではないかを問うにとどまる」として謙虚な姿勢で臨んでいるが,十分に示唆に富んだ提案であると考えられる。また,宇田教授も,商号の顧客誘因力の利用に着目している(宇田・前掲注(23)97頁)。
- (31) 小橋・前掲注(16)17頁。
- (32) 土肥・前掲注(16)479頁。
- (33) 土肥・前掲注(16)468頁~469頁,474頁~475頁,479頁。
- (34) 土肥・前掲注(16)476頁~479頁。なお,こうした展開の途上に,ドイツ法特有の問題としてドイツ商法典113条との関係があったことも見逃せないことは先に指摘した通りである。
- (35) 単純外観説では当然である(田中(誠)・前掲注(17)223頁)。したがって,このような考え方を前提として,債務引受がないことにつき悪意の債権者については,商法26条の適用を排除して,外観法理としての整合性を担保しようとする下級審判例がある(東京地判昭和49年12月9日判例時報778号96頁)。なお,この事件は,高裁においてはこの見解は採用されていない(東京高判昭和50年8月7日判例時報798号86頁)。また,債務引受常態説では,単なる外観保護規定としては理解しないことから,悪意者でも保護されると解している。
- (36) 商法における章立てから分かるように,営業譲渡に関する規定は,第4章商号の章に配置され,商法245条における営業譲渡の意義に関する学説対立の通説・判例が認識するように,営業譲渡とは,本来的に,営業財産の移転のみではなく,営業活動の承継を伴うものであり,現代のような多角経営化が進展していない時代にあっては,重要な一部の譲渡という枠組みさえ想定する必要がなかったと考えられる。そして,営業活動の承継は,通常は,のれんの承継によって果たされるのであり,具体的には商号続用として出現することになる。もちろん,商法28条的債務引受広告も同様の機能を有することは当然である。したがって,商号続用はきわめて重要な

位置を占め、商法24条のような登記制度での効力的取扱いが必要となったと考えられる。この点で、のれんによる営業活動継承につき指摘を行う前述の浜田教授の見解は、きわめて本質をついていると言える(浜田・前掲注(18) 145頁)。また、前述の小橋教授の見解も、そこで継続的に行われている営業活動に着目する点で、本質をついていると言える(小橋・前掲注(16) 17頁)。

(37) 服部・前掲注(22) 416頁。

(38) 浜田・前掲注(18) 144頁, 田邊・前掲注(29) 148頁~149頁。

(39) もちろん、そのことは、そうであるならば、営業譲渡の事実と債務切捨の事実を営業譲渡の当初から知っている悪意者は保護する必要はないということになりそうであるが、免責要件は、登記制度を前提していることから、「動的な外観保護規定」のように個別的主観的要件を考えることは、債権者の不利益を拡大することになり、商法26条の背後に刷り込まれている営業財産による担保的機能を全く無視する理解である。

さらに、これも後ほど、検討することとなるが、営業賃貸借や屋号の続用を保護しようとする場合には、商法26条2項後段の要件を緩和するような個別的主観要件を採用するべきではない。このように理解することは、個別的外観主義規定の背後にある企業外観ないし営業外観そのものを外観法理の基礎とする考え方から言っても、ふさわしい理解である(池野・前掲注(3) 150頁~151頁)。

(40) このような理解からすれば、まさに、商法28条は、営業譲受人の帰責性ある外観作出行為により、営業活動継続外観が存在することとなり、営業主体非交替性に対する信頼を生じさせたのであり、外観信頼保護の必要性が認められる。この場合においても、そこに、譲受人の債務引受意思の推定や擬制を考えるべきではない。なお、宇田教授の見解も、この限りで同趣旨と考えられる(宇田・前掲注(23) 97頁)。

最近の見解がこのように商号続用の意味を、のれん性や営業活動加入性や商号の顧客誘因力などに着目して考えていることは、当然のことである。このような客観的な外観利用というところこそ、注目しなければならないのであり、これこそが広義の企業外観である。安易に意思主義的理解を前提に、意思の推定や擬制で構成してはならない。

(41) 現物出資に関する商法26条の類推適用の事例であるが、最判昭和47年3月2日民集26巻2号183頁は、『鉄玉組』→『株式会社鉄玉組』について、商号の同一性を認めた。

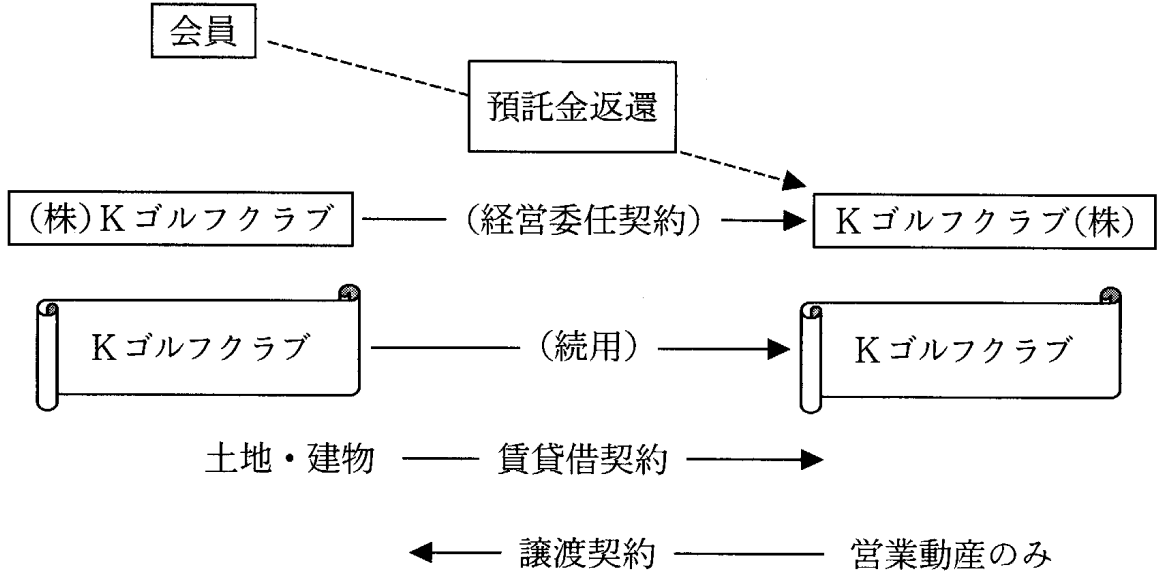
(42) 大隅・前掲注(19) 318頁, 服部・前掲注(22) 419頁。

(43) 神戸地判昭和54年8月10日判時964号116頁。

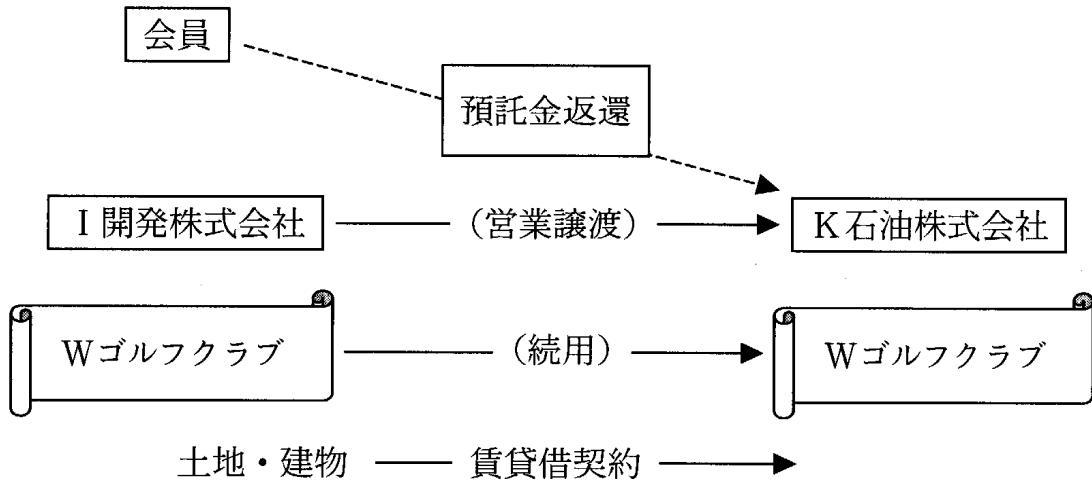
- (44) 大阪地判昭和40年1月25日下民集16巻1号84頁。
- (45) 大阪地判昭和47年1月31日判タ277号338頁。
- (46) 大阪地判昭和57年9月24日金判665号49頁。
- (47) 札幌地判昭和45年12月25日判時631号92頁。
- (48) 最判昭和38年3月1日民集17巻2号280頁。
- (49) 大阪地判昭和43年8月3日判タ226号181頁。
- (50) 大澤功「営業譲渡と商号の続用」別冊ジュリスト84号(商法(総則商行為)判例百選・第2版)57頁, 境一郎「商法第26条第1項の商号の続用にあたらぬとされた事例」民商法雑誌49巻5号708頁, 鈴木千佳子「営業譲渡と商号の続用」別冊ジュリスト164号(商法(総則商行為)判例百選・第4版)51頁, 大隅・前掲注(19)320頁, 服部・前掲注(22)418頁。
- (51) 東京地判昭和54年7月19日金融・商事判例593号47頁。同様なホテルに関する営業譲渡の事例である。
- (52) 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26条1項の適用」金融・商事判例593号51頁。
- (53) 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」ジュリスト1119号144頁。
- (54) 鈴木千佳子「営業譲渡と商号の続用」別冊ジュリスト129号(商法(総則商行為)判例百選・第3版)55頁。
- (55) 明確に悪意者を保護しないとするものとして, 渋谷達哉「企業の移転と担保化」(『現代企業法講座I』[有斐閣, 昭和59年])232頁。
- (56) 東京地判昭和49年12月9日・前掲注(35)。
- (57) したがって, 商法28条については, その要件として, 債権者側の主観的要件を問題として良いはずである。このような要素が, 判例の混乱を招いており, 主観的要件ではなく, 広告の意義において解決しようとすることに無理がある。この点については, 商法28条に関して, 別途検討したい。
- (58) 最判昭和47年3月2日民集26巻2号183頁。
- (59) 営業賃貸借の法的性質については, 田邊教授がきわめてコンパクト, かつ, 的確に整理されている(田邊・前掲注(29)152頁)。ここでも, 営業の賃貸借は, 商法26条の類推適用に当たっては, 営業譲渡と全く同様であるとしている。なお, 営業の賃貸借への商法26条の類推適用に当たり, 悪意者は排除すべきという見解もある(田中昭「営業の賃貸借と第三者との関係」(大隅先生還暦記念『商事法の研究』[有斐閣, 昭和43年])21頁)。しかし, 悪意者を排除するということは, 商法26条の立法趣旨を結局単純な外観法理に押し込めてしまっているに過ぎない。
- (60) 判例③・前掲注(7)49頁。

※検討判例図解

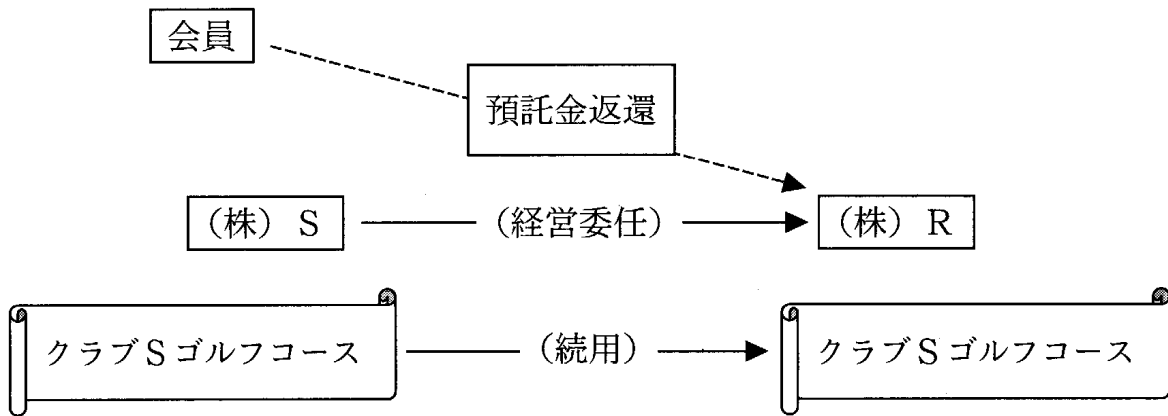
<判例①・②>



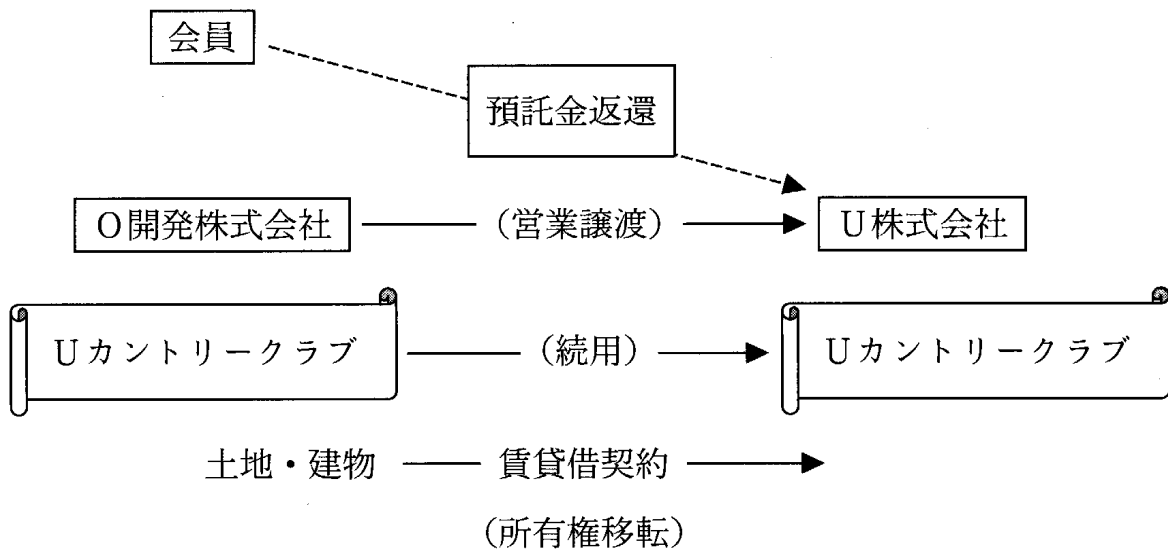
<判例③・④>



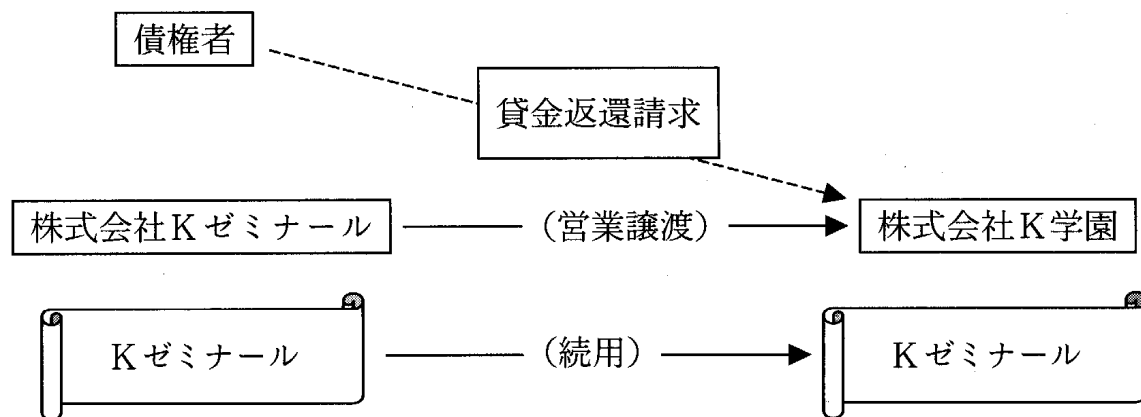
<判例⑤・⑥>



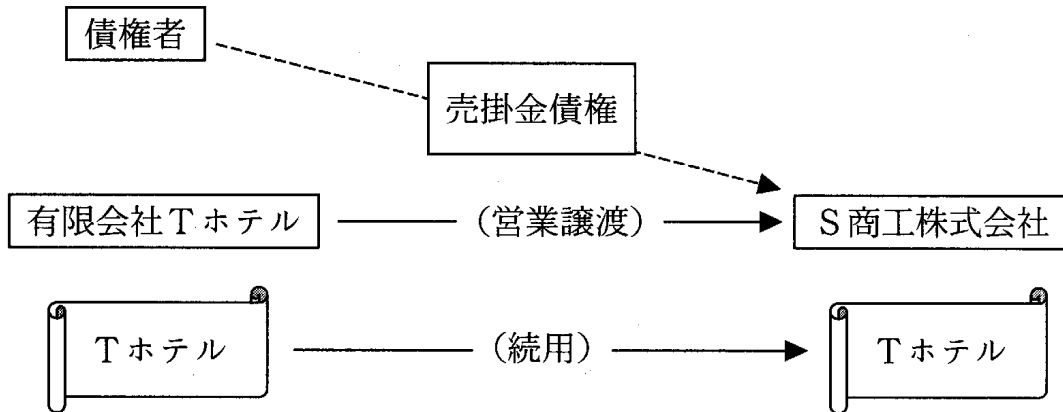
<判例⑦>



<判例⑧>



<判例⑨>



〔付記〕 本号は、中本昌栄教授の退職記念号である。末席に執筆の機会を与えられことに感謝したい。中本教授が法学部長の時に、私が学部主任を任せられ、多くのご指導を受けた。ここに改めて感謝の意を表したい。