

## 商号続用責任規制の立法趣旨に関する考察

中京大学法学部 教授

新 里 慶 一

### 1. はじめに

商法・会社法は、平成26年（2014年）商法改正・会社法改正より、営業譲渡・事業譲渡における譲受人・譲受会社の弁済責任について、2本立ての規制を採用している。すなわち、商法17条1項および会社法22条1項における商号続用における債権者保護に関する規制（以下、「商号続用責任規制」という。<sup>(1)</sup>）と、詐害営業譲渡責任規制（商法22条の2第1項）・詐害事業譲渡責任規制（会社法23条の2第1項）（以下、「詐害譲渡責任規制」という。）である。

この2本立ての規制に関しては、今日、様々な捉え方がなされている。

すなわち、従来よりも債権者保護が図られることになることから、2本立て規制を肯定的にとらえる論者がいる。<sup>(2)</sup> その一方で、詐害譲渡責任規制が整備されたことから、商号続用責任規制を廃止し詐害譲渡責任規制への1本化論も展開されている。<sup>(3)(4)</sup> さらに、両規制を廃止して、次の商法改正においては、「営業譲渡があった場合には、当該営業上の債務につき営業譲受人が譲渡人と連帯して責任を負うとするスイス合併法69条以下が、営業譲渡人の債権者保護に厚く、将来の日本法にとって最も適切な立法の方向を示しているように思われる。」との主張<sup>(5)</sup>もなされている。

また、裁判例において、商号続用責任規制の類推適用の拡大も問題になっている。すなわち、従来、商号続用責任規制の立法趣旨に関して債権者の外観信頼に対する保護と捉えた上で、屋号やゴルフクラブの名称への類推適用は肯定されていたが、近時、東京地裁平成27年10月2日判決において、商号の略称および標章が続用されている場合について会社法22条1項の類推適用が肯定され、<sup>(6)</sup> さらに、東京地裁平成31年1月29日判決において、標章のみの続用の場合についても会社法22条1項が類推適用され、<sup>(7)</sup> 債権者の保護の範囲が拡大している。<sup>(8)</sup> このような類推適用の拡大傾向に対して、賛否両論が展開されている。

このような商号続用責任規制に関する議論の状況の中であって、わが国の商法・会社法は、営業譲渡・事業譲渡における債権者保護規制について、どのような方向をとるのが適切なのであろうか。これが、今、問われている。また、商号続用責任規制と詐害譲渡責任規制が併存している現状において、<sup>(9)</sup> 両規制の棲み分けも問題になる。<sup>(9)</sup> このような問題を解決するためには、昭和13年商法改正によって導入された商号続用責任規制の立法趣旨に関する見解を再検討する必要性がある<sup>(10)</sup>と考える。

## II. 商法17条1項の効果と適用要件の整理<sup>(11)</sup>

### 第1 商号続用責任規制における弁済責任の範囲－無限責任－

商法17条1項によって、譲受人は、譲渡人の営業によって生じた債務を弁済する責任を負担する。本条項は、譲受人が譲渡人と併存的債務引受をした場合と同様の効果を認めるものであり、譲渡人と譲受人は不真正連帯債務者の関係に立つことになる。<sup>(12)</sup> 譲受人の責任の範囲は、譲渡人の営業によって生じた一切の債務であって、取引上の債務はもちろん、不法行為による損害賠償も含む。

譲受人は、譲り受けた営業の積極財産の限度で弁済責任を負うのではない。その意味で、譲受人は無限責任を負担することになる。<sup>(13)</sup> ただし、譲渡人が債権者に対して有する抗弁は、譲受人もまたこの抗弁を主張することができる。<sup>(14)</sup>

### 第2 譲受人の弁済責任負担の要件

#### 1. 商法17条1項

商法17条1項は、譲受人が弁済責任を負担する要件として、①営業譲渡契約の存在、②譲受人が譲渡人の商号を引き続き使用すること、そして、③譲渡会社の営業によって債務が生じていること、としている。さらに、条文にはないが、④「譲渡人の営業によって生じた債務」が譲渡人から譲受人に移転していないことがあげられる。

##### (1) 商号の続用

商法17条1項は、「営業を譲り受けた者（…譲受人…）が譲渡人の商号を引き続き使用する場合」を要件としている。

なぜ、そもそも、商法17条1項は、商号の続用を適用要件の1つとしているのであろう。この問題の解決には、そもそも、なぜ、営業譲渡の際に、譲受人が、譲渡人の商号を続用するのか、譲受人が譲渡人の商号を続用することに、どのようなメリットがあるのか、という問題を解き明かす必要がある。

法律上、商号は権利義務の帰属主体を表示している。しかし、商号は、社会的・経済的にみれば、営業そのものを表示して他の営業と区別するための名称（営業の同一性を表す名称）として機能し、商人の信用の標的になっている。<sup>(15)</sup> すなわち、商号によって一般公衆は「営業の同一性」を識別することができ、商号は、永続的に使用されることにより商人の信用・名声が化体され、顧客吸引力（good will）を有し、また、それらによって独自の財産的価値をも有することになる、といわれている。<sup>(16)</sup>

譲受人は、このような譲渡人の商号に化体した名声や顧客吸引力を引き続き使用することによって自己の営業を有利に展開し収益の増大を遂げたいと考えて、譲渡人の商号を引き続き使用しているものとする。この点が後述する収益力担保説が商法17条1項の立法趣旨とする点である。

##### (2) 債務の移転

条文上明示されていないが、商法17条1項が適用される要件として、譲渡人の営業によって生じた債務が譲渡人から譲受人に移転していないことがあげられる。換言すれば、譲渡人の債務が譲受

人に移転しているのであれば、商法17条1項を適用するまでもなく、譲受人は、当然、譲渡人の債務の弁済責任を負う。

では、債務が移転していない場合とは、どのような場合をいうのであろうか。

営業譲渡によって移転されるべき財産の範囲は、原則的には、営業を構成する一切の財産（積極財産及び消極財産<sup>(17)</sup>）となるが、特約によって、一部の財産を除外することが可能である<sup>(18)</sup>。したがって、譲渡人の営業によって生じた債務のうち、特約によって、譲受人に移転しない旨が定められた場合<sup>(19)</sup>があげられる。また、特約による除外の対象になっておらず移転の対象になっていたが、併存的債務引受（民470条）または免責的債務引受（民472条）を行われなかった場合である。すなわち、営業上の債務は、営業譲渡によって、譲受人に移転するが、その債権者との関係においては、債務引受の手続がない限り、譲受人は当然に債務者とならず、譲渡人が依然として債務者である<sup>(20)</sup>。このように、譲受人が譲渡人の弁済債務を承継しない場合に、商法17条1項が問題になる。

## 2. 商法17条2項

商法17条2項は、商号が続用されている場合における譲受人の弁済責任の免責に関する規定である。営業を譲り受けた後遅滞なく、譲受人がその本店の所在地において譲渡会社の債務を弁済する責任を負わない旨を登記した場合<sup>(21)</sup>には、譲受人は、債権者一般に対して本条1項の弁済責任を負わない。また、譲受人および譲渡人が、営業譲渡後遅滞なく、譲受人が譲渡人の債務を弁済する責任を負わない旨を第三者に通知した場合<sup>(22)</sup>には、その通知を受けた第三者に対する譲渡人の債務について、譲受人は弁済の責任を負わない。

この免責登記にも、商業登記の一般的効力に関する商法9条1項・会社法908条1項が適用される。したがって、登記前に債務の履行請求があった場合、譲受人は免責の主張をすることができない<sup>(23)</sup>。

また、本条2項の登記および通知は遅滞なくしなければならず、遅滞した場合には、その効力を生じない<sup>(24)</sup>。通知が遅滞した場合には、通知の時点でいまだ債権者からの請求がない場合でも、譲受人は免責されない<sup>(25)</sup>。

## 3. 商法17条1項の適用場面

商法17条1項は、営業譲渡契約に基づく財産移転義務が履行された後に、譲受人が譲渡人の商号を続用している場合<sup>(26)</sup>に適用される。また、「商号を引き続き使用する」とは、営業譲渡の直後から譲渡人の商号を続用する場合を意味する、とされている<sup>(27)</sup>。

一方、商法17条2項は、譲受人による遅滞なき免責の登記をした場合、また、譲受人および譲渡人による第三者に対する遅滞なき免責の通知をした場合には、第1項は適用されない、と定めている。

そうすると、営業譲渡契約締結直後に免責登記・免責通知を行えば、商法17条1項は適用されないはずである。換言すると、商法17条1項は、免責登記・免責通知がない限り、適用されることになる。また、免責登記・免責通知があったとしても、遅滞があれば、免責されないということになる。

#### 4. 債権者の主観的要件

営業譲渡により譲渡人の債務が移転しないことを知っている債権者との関係においても、譲受人は本条1項の弁済責任を負うかについては、争いがある<sup>(28)</sup>。この問題については、後に検討するが、私見としては、外観信頼保護説の立場から、債権者は、債務が移転してないことについて善意でかつ重大な過失がないことを要すると解する。

### III. 学説

#### 第1 外観信頼保護説

##### 1. 内容

外観信頼保護説は、伝統的な通説であり、商号統用時の外観を信頼した譲渡人の債権者を保護するものである。すなわち、営業譲渡が行われた場合に譲受人が譲渡人の商号を引き続き使用するときは、譲渡人の債権者は、営業主体の交替があったことを知らず、営業主体が同一であると考えるか（営業主体同一性・営業主体非交替性に関する外観）、または、同債権者は、営業譲渡が行われたことを知っているとしても、譲受人が譲渡人の営業によって生じた債務を引き受けたと考える（債務引受契約締結性に関する外観）の通常であるので、債権者の外観に対する信頼を保護し、譲受人も、譲渡人と連帯して、譲渡人の営業によって生じた弁済の責任を負う、と解する<sup>(29)(30)</sup>。

##### 2. 問題点

外観信頼保護説に対しては、主要なものとして、従来、以下のような問題点が指摘されている。

##### ① 債務引受契約締結性に関する外観の信頼に関する問題点

商号統用という外観は、営業譲渡が行われたこと自体を気付かせない外観であり、譲渡人が営業を続けているという外観でしかなく、商号統用から債務引受を信頼することはあり得ないはずである<sup>(31)</sup>。

##### ② 外観主義と商法17条1項の文言の齟齬に関する問題点

第1に、商法17条1項の責任規制の主義を外観主義に求めるのであれば、本条4項のように、善意でかつ重大な過失のない債権者のみが保護の対象となるはずである。しかし、本条1項は、文言上、悪意の債権者を排除していないが、なぜ債権者の善意かつ無重過失を要件としないのであろうか<sup>(32)</sup>。

第2に、かりに、外観信頼保護の観点から、商法17条1項が悪意の債権者を保護しないことになれば、倒産に際して営業譲渡がなされる場合には、債権者は、債務を免れるために営業譲渡を行っていることを知っており、また、譲受人が債務引受の意思がないことを知っている場合が多いことから、このような悪意の債権者を保護されないことになるが、このような結論には、問題がある<sup>(33)</sup>。

##### ③ 外観に対する信頼の側面における問題点

第1に、債権者の信頼の対象である営業主体同一性という外観については、営業主の交替を知り得ないから譲渡人が依然として債務者であるという外観と、営業譲渡の事実を知っているが、債務の引受があり、譲受人が債務者であるという外観<sup>(34)</sup>が考えられる。前者については、債権者が、依然



として、譲渡人が債務者であると信ずるのであれば、商号続用責任規制は不要である。これに対して、後者については、債権者が営業主体の交代を知り得ないのに、譲受人を自己の債務者であると信じるわけではない。むしろ、債権者は商号を通じて営業の同一性を信頼しているだけではないだろうか。そうすると、これは権利外観への信頼とはいえない。<sup>(35)</sup>

第2に、債務引受の誤信について、債務引受がないのに債務引受があったと信じたのであるから、外観への信頼をいえそうであるが、しかし、商号の続用があるからといって、債務引受があったと信頼することがあるのであろうか、疑問である。<sup>(36)</sup>

第3に、危機的状況のなかで営業の再建を図ろうとする場合には、譲受人としては、譲渡人の営業上の債務は可能な限り切り離れた上でのプラスとなる財産・営業を譲り受けることを一般に望むはずである。なぜなら、膨大な債務つきでは、営業の再建がおぼつかなくなるからである。しかも、譲受人がこのような行動をとることは、一般にも十分認識されている。したがって、債権者が営業譲渡の事実を知っているのであれば、その場合には、債権者は、譲受人による債務引受はないもの<sup>(37)</sup>と考えるのが、むしろ、常態というべきである。

#### ④ 外観を信頼した債権者保護の必要性に関する問題点

第1に、営業主体の交替を知りえなかったとしても、債権者は交替のない外観を信じて何らかの法律行為を行ったわけではなく、せいぜい交替がないと信じ取立に不安を感じないまま放置したこと、または、債権者は営業主体の交替を知らないまま譲受人に請求したことが考えられるのみである。取立に不安を感じないで放置した債権者を保護する必要性があるかについて疑問であり、譲渡人ではなく譲受人に誤って請求をなした債権者は、改めて、譲渡人に請求しなおせばよいだけである。債権者は譲渡人と契約を締結したのであり、かつ営業譲渡にかかわらず譲渡人は債務者であり続ける以上、なぜ譲受人に連帯責任を負わせることが外観保護に結びつくのか、理解しがたい。<sup>(38)</sup>

第2に、譲受人が商号を続用しているため、営業譲渡を知らなかった債権者が、旧営業主（譲渡人）と取引をしているものと誤信して新営業主（譲受人）と取引を継続するという事態は考えられるが、商法17条1項は、すでに取引の終わった旧営業主（譲渡人）に対する債権（旧営業主の過去の債務）を問題にしているのであるから、営業主体の同一性に対する外観の信頼を譲受人の弁済責任の根拠とするのは正当ではない。<sup>(40)</sup> 商号続用のもたらす営業主体の同一性の外観に対する債権者の信頼が問題になるとすれば、債権者が営業主体の交替に気付かず、そのため債権回収の機会が遅れたことによる損害ぐらいである。<sup>(41)</sup>

## 第2 企業財産担保説

### 1. 内容

企業財産担保説は、商号続用責任規制の立法趣旨について、外観信頼保護説による構成に反対し、営業譲渡の性質論から理解する。<sup>(42)</sup> すなわち、この見解は、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、とする。<sup>(43)(44)(45)</sup>

## 2. 問題点

企業財産担保説に対しては、主要なものとして、以下のような問題点が指摘されてきた。

### ① 商法17条1項に関する問題点

第1に、商法17条1項においては、商号を引き続き使用する場合に譲受人の弁済責任が発生することになるが、企業財産担保説は、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、譲受人が商号を引き続き使用する場合においてのみ、営業財産の担保的機能を法的に保護する必要があるとするのか、が不明である。<sup>(46)</sup>

### ② 商法17条2項に関する問題点

商法17条2項は、免責の登記した場合や債権者に対して免責の通知した場合には、免責される旨規定するが、担保的価値を有する営業財産の移転があったにもかかわらず、譲受人が、一方的な登記や通知によって、弁済責任を負わないとすることができる点について、企業財産担保説は合理的な説明をなし得ない。<sup>(47)</sup>

### ③ 商法17条3項に関する問題点

企業財産担保説は、商号の続用がない場合には（譲受人が債務引受の広告をしない限り）、譲受人の弁済責任を認めないが（商法17条1項・同条3項参照）、企業財産担保説においては、営業譲渡によって担保的価値を有する営業財産が譲渡人から譲受人に移転するのであるから、商号の続用がない場合であっても譲受人に弁済責任を認めるべきであるが、企業財産担保説は弁済責任を認めない、この点を、企業財産担保説は説明できていない。<sup>(48)</sup>

### ④ 責任の範囲に関する問題点

営業財産の担保的価値という点に着目するならば、譲受人は譲り受けた営業の積極財産の範囲で責任を負うとされるべきであるが、譲受人の責任の範囲には、そのような限定はなく、自己の全財産をもって無限の責任を負うことになるが、企業財産担保説は、その点を説明できない。<sup>(49)</sup>

### ⑤ 譲受人の責任の根拠に関する問題点

第1に、企業財産担保説は、債権者は、債務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されるため、譲渡人の財産のみならず、譲受人の財産にも当然にかかっているとするが、そもそも、その法律上の根拠が明らかではない。<sup>(50)</sup>

第2に、法律上の担保権者でもない債権者が、譲受人の同意もないのに、債務者である譲渡人の営業財産に対して優先弁済権はないとしても一種の追及力を有するとするためには、その追及力を基礎づけるべき法的根拠が必要であり、営業上の債権者が営業財産の価値に着目しているという単なる期待だけでは、その正当化は不十分である。<sup>(51)</sup>

第3に、企業財産担保説は、債務者の財産が債権者に対する事実上の引当てとなっていることを根拠に、債務者が当該財産を第三者に譲渡すれば、当該債務もその財産とともに当然に当該第三者

に移転するとの考え方であるが、そもそも、この考え方が妥当なのか、極めて疑問である。<sup>(52)</sup>

第4に、企業財産担保説によれば、自己の債権保全の努力なしにただ漫然としていた債権者ですらも、その債権の事実上の引当てとなっている財産が譲渡されれば、その譲受人に対しても、当然に、債務引受を主張することができることになるが、これでは怠惰な債権者を不当に優遇することになって、信義則または公平に反することになる。<sup>(53)</sup>

第5に、譲受人の同意がないにもかかわらず、営業財産の移転とともに当然に譲受人による債務引受が生じるのでは、取引の安全が著しく害されることになる。<sup>(54)</sup>

### 第3 譲受人意思推定説

#### 1. 内容

譲受人意思推定説は、商号を引き続き使用する譲受人の意思は、通常は譲渡人の債務をも承継するところであり、商号を引き続き使用しない新商号をもって営業を譲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ところにあると推定できる、とする。<sup>(55)(56)</sup>

#### 2. 問題点

譲受人意思推定説に対しては、主要なものとして、次のような問題点が指摘されてきた。

第1に、譲受人意思推定説は営業譲渡における債務引受の位置づけの変更を迫るものである。すなわち、営業譲渡契約においては、営業譲渡の対象に営業上の債務を含めるか否かは、営業譲渡契約の当事者間の問題であり、対外的に債権者との関係においても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ことが前提であり、したがって、商号の続用を要件として譲受人の債務引受の意思を推定することは、この前提を否定することになる。<sup>(57)</sup>

第2に、譲渡人が危機的状況下にある営業譲渡においては、商号を続用する場合であっても、譲受人には営業上の債務を承継する意思はないのが通常ではなかろうか。なぜならば、たださえ譲り受けた営業から利益をあげるには多大な困難がある状況のなかで、あえて譲渡人の営業上の債務まで引き受けることは、商号続用の譲受人においても、通常望むものとは考えられないからである。<sup>(58)</sup>

第3に、営業譲渡契約が締結されれば、債務を含んだ譲渡人の営業財産すべてが移転の対象となるのが原則であり、例外として、譲渡当事者間で特段の合意があれば特定の財産を譲渡の対象から外すことができ、商法17条1項は、まさに、「債務」が譲渡対象から外された場合に関する規定である。したがって、同項は譲渡当事者間で、営業上の債務を承継しないという明確な合意がある場合に適用される。債務を承継しない合意があるのもかかわらず、なぜ、商号の続用があれば営業上の債務を承継する意思があり、それが通常であるといえるのであろうか。<sup>(59)</sup>

### 第4 詐欺的営業譲渡防止説

#### 1. 内容

詐欺的営業譲渡防止説は、商号続用責任規制が予定するのは、譲渡人である債務者の弁済資力が危機的状況にある場合であり、この状況においては、譲渡人と譲受人がいわば抜け駆け的に営業譲

渡を行い、譲渡人の債権者・債務者である譲渡人・譲受人の関係三者の協議等もないまま一方的で詐欺的な再建を試みられることがあるため、商号続用責任規制は、このような詐欺的営業譲渡を防止することであるとし、商法17条1項は、譲受人が商法17条2項の定める措置を取らない限り、当然に譲渡人の営業によって生じた債務をも引き受けたものと扱うものであり、1項は、譲受人に2項の措置を取るよう誘導するためのサンクションを定めた規定であると理解する。そして、この詐欺的営業譲渡防止説は、商号の続用を要件としているに関しては、商号続用を伴う営業譲渡とそうでない営業譲渡とでは、前者の方が一方的で詐欺的な譲渡となりやすく、商法17条1項が定める強いサンクションを課すことによって、商法17条2項の措置が取られるべきインセンティブを与える、とする。<sup>(60)</sup>

## 2. 問題点

詐欺的営業譲渡防止説に対しては、主要なものとして、次のような批判的な指摘がなされている。

第1に、破綻処理的でない営業譲渡において、営業譲渡後に譲渡人の弁済能力に問題が生じたときなどにも商法17条1項の適用が考えられるので（譲渡前に譲渡人の資力に問題はなかったため、債権者は営業譲渡の可能性に注意せず、営業主体の交替を知らないでいる場合もありうる）、その場合も含めて商号続用時には本条2項の措置に誘導することが法の趣旨であるといえるかどうかについて、なお検討を要する。<sup>(61)</sup>

第2に、詐欺的営業譲渡防止説は、譲渡人と譲受人が債権者と協議することなく抜け駆け的に営業譲渡をすることを防止することが商法17条1項および2項の趣旨であるとするが、同条2項は、営業譲渡後「遅滞なく」登記または通知せよという規定であり、そもそも、営業譲渡前に、抜け駆け的な営業譲渡を防止できる規定ではない。<sup>(62)</sup>

第3に、実際には、詐欺的営業譲渡において譲渡人の債権者を保護するために商法17条1項は機能を発揮するが、その趣旨を専ら詐欺的営業譲渡の防止に求めることは規定の文言から遊離していると言わざるをえないし、平成26年改正法が詐欺営業譲渡における債権者保護を直接の目的とした規定を新設したこととの整合性を欠く。<sup>(63)</sup>

## 第5 収益力担保説

収益力担保説は、企業財産担保説を基礎としつつ、<sup>(64)</sup> 営業譲受人の責任の根拠を商号続用の機能としての企業収益力の維持に求めるものである。すなわち、商号は、一定の営業のもとで使用することによって、営業の同一性を表示し、その信用の標的となるという社会的・経済的機能を有するが、このような商号が、営業譲渡という営業の移転に伴い譲渡当事者間において続用されることで、従来からの信用や顧客吸引力を続用し、企業収益力を維持するという利益を営業譲受人としては享受することになる。利益を享受する以上、その続用に伴い生じ得る第三者の損害に関しては営業譲受人が負担すべきである。特に、一定の商号のもとで統一化された営業およびその収益力に期待する債権者に対して、営業譲受人は責任を負うべきである、とする。<sup>(65)</sup><sup>(66)</sup>



#### IV. 検討

以上、商号続用責任規制の立法趣旨に関する各学説の問題点を紹介したが、これらの指摘された問題点について、妥当性・正当性があり、傾聴に値すると考える。

以下では、さらに、問題点を検討してみることとする。

##### 第1 外観信頼保護説の検討

###### 1. 営業主体同一性・営業主体非交替性に関する外観と、債務引受契約締結性に関する外観

外観信頼保護説は、営業譲渡が行われた場合に譲受人が譲渡人の商号を引き続き使用するときは、譲渡人の債権者は、営業主体の交替があったことを知らないか、または、債権者は営業譲渡があったことを知っているとしても、譲受人が譲渡人の債務を引き受けたと考える、としている。すなわち、外観信頼保護説は、商号続用により、営業主体同一性・営業主体非交替性に関する外観<sup>(67)</sup>、または、債務引受契約締結性に関する外観が生じ、これらの外観に対する債権者の信頼を保護する、としている。

まず、この見解は、信頼の対象である外観として営業主体同一性・営業主体非交替性という外観と、債務引受契約締結性という外観をあげている。しかし、両者は全く異なる場面・次元の外観である。すなわち、前者は債権者が営業譲渡の存在を知らない場合である。これに対して、後者は営業譲渡を知っている場合である。したがって、この外観への信頼は、分けて考えるべきである。<sup>(68)(69)</sup>

次に、債務引受契約締結性に関する外観であるが、果たして、商号の続用から、この債務引受契約締結性に関する外観が生ずるであろうか、疑問である。

商号続用による営業譲渡においては、譲渡人の債権者は営業譲渡自体を認識できない。したがって、譲渡人の債権者が、商号続用による営業譲渡により債務引受契約が締結された、と考える余地はないはずである。<sup>(70)</sup>また、債務引受契約は債権者の承諾が必要である。すなわち、債務引受契約は、債権者の承諾がなければ、成立しないし（民470条2項、同472条2項・3項）、また、債権者の承諾がなければ、その効力が発生しない（民470条3項）。したがって、営業譲渡を認識していない債権者には、債務引受契約締結性に関する外観は生じない。逆に、かりに債権者が営業譲渡を認識したとしたなら、債権者は、自己の債権の引き当てとなる財産の確保のために、直ちに、債務者である譲渡人を問い質し、債権の回収のための法的措置をとればよいだけである。<sup>(71)</sup>

このように、債務引受契約締結性に関する外観は生じない。したがって、この外観信頼保護説は、営業主体同一性・営業主体非交替性に関する外観に対する債権者の信頼のみを根拠とすべきである。

###### 2. 外観信頼保護説における債権者保護の必要性

外観信頼保護説に対する批判である「取立に不安を感じないで放置した債権者」を保護する必要があるか、という問題がある。

たしかに、このような怠慢な債権者は保護に値しないであろう。しかし、すべての債権者がこのような怠慢な債権者ではなく、注意深く債務者の動向を見ていたが、譲渡人が営業譲渡を巧妙に隠蔽したため、営業譲渡に気が付かず、債権回収ができなくなった債権者も存在するのではないだろうか。

また、外観信頼保護説には、商号続用のもたらす営業主体の同一性・営業主体非交替性に関する外観に対する債権者の信頼が問題になるとすれば、債権者が営業主体の交替に気付かず、そのため債権回収の機会が遅れたことによる損害ぐらいである、という問題点が指摘されている。

しかし、「債権回収の機会が遅れたことによる損害ぐらい」との指摘は正しいのであろうか。営業譲渡直後には、譲渡人は営業譲渡の対価を取得しているはずである。もし、営業譲渡と同時にその事実を知れば、直ちに回収できた可能性があったはずである。しかし、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、譲渡人が営業譲渡による対価を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の間に、営業譲渡の対価が消失して、債権の回収ができなくなる可能性<sup>(72)</sup>がある。すなわち、債権者は、大きな損失を被る可能性がある。このような状況を「債権回収の機会が遅れたことによる損害ぐらい」の一言で片づけることはできない<sup>(73)</sup>。したがって、債権者の営業主体同一性・営業主体非交替性に関する外観への債権者の信頼は、保護に値する信頼であるといえる<sup>(74)</sup>。

## 第2 企業財産担保説の検討

債権者にとっては、債務者が自己の債権実現に資する一定の価値を有する財産を所有していることが、一番の関心事である。したがって、営業譲渡契約が締結された場合において、債権者が営業譲渡を知ったときは、積極財産のみならず消極財産である債務も移転することを期待するはずである。現行法においては、債権者の期待は保護されている。すなわち、営業譲渡契約が締結されると、譲渡人は、譲受人に対して、営業に属する各種の財産を移転すべき義務を負う。その範囲は、通常、事業譲渡契約によって定められるが、原則的には、事業に属する一切の財産（積極財産のみならず、消極財産たる債務をも含まれる<sup>(75)</sup>）を移転すべきものと推定されるからである<sup>(76)</sup>。

しかしながら、現行法においては、営業譲渡契約における特約によって、一部の財産を除外することができる<sup>(77)</sup>。すなわち、営業譲渡契約において、消極財産である債務は移転せず譲渡人に帰属させつつ、積極財産のみを譲受人に移転することも可能である。また、営業譲渡は、当事者間においては、営業に属する各種の財産を移転すべき債権債務関係を生ずるだけで、第三者に対する関係では、別段の効果が生ずるものではない<sup>(78)</sup>。したがって、譲渡人の営業上の債務は、営業譲渡によって、譲受人に移転するのが原則であるが、その債権者に対する関係では、債務引受等の手続がなされない限り、譲受人は当然には債務者にならず、譲渡人が依然として債務者である<sup>(79)</sup>。

このように、譲渡人の債務が譲渡の対象から除外された場合、または、債務引受の手続が履践されない場合、商号の続用を要件として、債権の担保である積極財産が移転した譲受人に弁済責任を負担させるのが、商法17条1項である。すなわち、商法17条1項の根底には、債務者が有している積極財産は債権の担保的機能を果たすという考え方が存する<sup>(80)</sup>。企業財産担保説も、多くの論者も、この考え方を基本にしている<sup>(81)</sup>。それは、企業財産担保説の論者や多くの論者が債務者の積極財産が債権の担保になっていることが基本原則であると考えているからであろう。

以上のことから、企業財産担保説の基本的な考え方は、商号続用責任規制の根拠となり得ると考える。ただし、企業財産担保説は、債権者を保護することの必要性は述べていない。この見解は、

債権者を保護することの許容性を導き出しているものであると考える。

問題は、以上のことを当然の前提として、商法17条1項が、譲受人が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を弁済する責任が負担するのかを説明することである。企業財産担保説以外の学説は、商号の続用に焦点を当て、商法17条1項の立法趣旨を検討している。企業財産担保説の弱点は、商号の続用が要件となっていることの説明ができないということである。

### 第3 譲受人意思推定説の検討

譲受人意思推定説は、商号を引き続き使用する譲受人の意思は、通常は譲渡人の債務をも承継するところであり、商号を引き続き使用しない新商号をもって営業を譲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ところにあると推定できる、とする。

しかし、そもそも、譲受人は、譲渡人が負担する営業によって生じた債務を弁済する責任を負担する意思を有しているのであろうか、疑問である。譲受人が債務を承継する意思があるのなら、債務引受を行えばいいのである。譲受人が債務引受を行わないから、債権者に不利益が及ぶ可能性が生まれるのである。

また、譲受人は、収益力担保説の主張するように、商号の社会的・経済的機能である信用の標的、顧客吸引力、そして、商号から生ずる収益力に期待して商号を続用しているのであって、債務を承継することを期待しているわけではない。

### 第4 詐害的営業譲渡防止説の検討

詐害的営業譲渡防止説は、商号続用を要件したことについて、商号続用による営業譲渡が詐害性が強いと主張しているが、その意味内容が不明確である。譲受人が商号を続用することによって、営業主体が交替していないことの外観が生ずる、つまり、営業主体の交替を隠ぺいすることができるという意味であろうか。

そもそも、先に述べたように、この見解には、その趣旨を詐害的営業譲渡の防止に求めることは、規定の文言から乖離しているという問題がある。また、この見解は、平成26年改正法が詐害営業譲渡・詐害事業譲渡における債権者保護を直接の目的とした規定を新設したことから、商号続用責任規制の趣旨にはなりえなくなったのではないだろうか。

### 第5 収益力担保説の検討

収益力担保説が、企業財産担保説に立ち、その弱点である商号続用要件に関して解決を図るため、商号の社会的・経済的機能に着目し、その機能から発する企業財産の収益力を商号続用責任規定の根拠にする考え方を明確に打ち出した点は、評価できる。

たしかに、譲受人が譲渡人の商号を続用することによって利益を享受することについては賛同する。また、商号続用による利益を享受する以上、商号続用によって生じ得る第三者の損害も負担すべきであるとする、いわば「使用者責任」（民715条）における「報償責任」的な考え方にも基本的に賛同する。

しかし、商法17条1項は、譲受人が、商号続用によって、その意思に反して、そして、債権者の意思を介在させずに、譲渡人の営業によって生じた債務の弁済責任を負担するという、いわば例外的な効果が発生させるが、この収益力担保説は、このような例外的に債権者を保護する効果を有する規制の必要性を説明していない。説明しているのは、譲受会社に譲渡会社の弁済責任を負担させることを許容する点であると考ええる。すなわち、収益力担保説は、企業財産担保説と同様に、商号続用責任規制の許容性を導き出している。

## 第6 債権者における主観的事実の検討の要否

商法17条4項は、譲受人が譲渡人の商号を続用する場合において、「譲渡人の営業によって生じた債権について、その譲受人にした弁済は、弁済者が善意でかつ重大な過失がないときは、その効力を有する。」と規定し、保護の対象である弁済者の主観的事実を要件としている。これに対して、商法17条1項は、保護の対象である債権者の主観的要件について何ら定めていない。そこで、営業譲渡により譲渡人の債務が譲受人に移転しないことを知っている悪意の債権者との関係でも、譲受人は本条項の責任を負うか、ついて争いがある<sup>(82)</sup>。

過去の裁判例においては、譲渡人の債権者の悪意を争点として、譲受人の弁済責任を否定した裁判例として、①債権者が譲渡会社に貸し付けを行っていただけではなく、当該譲渡会社の会計事務を担当したり取締役就任する一方で、譲受会社の取締役をしていたという事情において、債権者は営業譲渡の経緯（自己の債権が譲受人に移転していない事実も含む）を知っていたものと推認できるとして、当該債権者に対し譲渡人の商号を続用していた譲受人は責任を負わないとした東京地裁昭和49・12・9判決<sup>(83)</sup>、②債権者が譲受会社から、事業を承継するが債務は引き継がない旨の説明を受けていることから弁済責任を否定した大阪地裁平成22・10・4判決がある<sup>(84)</sup>。

これに対して、債権者の悪意・認識等主観的事実を要件としないとする裁判例として、①旧商法26条1項について、「個々の具体的な知、不知を問わず、商号の続用を要件として、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」と判示する東京地裁昭和54・7・19判決<sup>(85)</sup>、②譲渡会社の債権者に対し破産を通知し、当該債権者が繰り返し譲渡会社に対し請求をしていたことから、譲受会社に債務引受がなされていないことを当該債権者が知っていたとの当該譲受会社の主張について、「会社法22条1項は債権者の認識等を要件としない」ことから当該譲受会社の主張は採用できず、当該譲受会社は当該債権者に対し弁済責任を負うとした宇都宮地裁平成22・3・15判決がある<sup>(86)</sup>。

以上のように、対極にある裁判例に対して、「債権者の悪意は、同条2項の登記又は通知に代わる免責事由であるから、営業の譲渡があっ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っ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ない。」として、折衷的な考えを採用している東京地裁昭和55・4・14判決もある<sup>(87)</sup>。

一方、学説においては、どうであろうか。

企業財産担保説においては、営業財産が営業上の債務を担保とするとの根拠を一貫すれば、債権



者の善意・悪意によって譲受人の弁済責任の成否を区別することに理由はなく、悪意の債権者も保護の対象になるはずである。

収益力担保説は、商号のもたらす信用や顧客吸引力による収益力によって享受する利益に見合った責任を譲受人に負担させる見解であり、<sup>(88)</sup>企業財産担保説と同様に、善意・悪意を区別せずに、悪意者も保護の対象になるはずである。<sup>(89)</sup>

譲受人意思推定説も、譲受人側の事情に着眼し、商号を譲り受ける譲受人は営業上の債務をも承継するがあるのが通常であるとするため、上記両説と同様に、悪意の債権者も保護の対象になるはずである。<sup>(90)</sup>

詐害的営業譲渡阻止説も、「商号統用の譲受人は、商法26条2項が定める措置をとらない限り、商法26条1項により当然に譲渡人の営業上の債務をも引き受けたものと扱う」としている。<sup>(91)</sup>すなわち、債権者が免責登記・免責通知によって悪意となった場合にのみ譲受人は免責されるとしている。このことから、詐害営業譲渡阻止説も、悪意の債権者も保護の対象とするはずである。

これに対して、外観信頼保護説においては、外観主義に根拠を置くため、本条4項のように、債務の移転が生じていないことを知っている悪意の債権者は除外され、善意の債権者のみが保護の対象となるはずである。外観信頼保護説の中には、悪意の債権者、すなわち、債権者が譲渡人と譲受人の間において債務の移転が生じていないことを知っている場合には、当該債権者は保護をされない、と解する説がある。<sup>(92)</sup>しかし、外観信頼保護説においても、悪意者を排除しないとする説があり、むしろ、この説が多数である。また、折衷的に、登記または通知の「時機」を基準にして、保護の対象を区別して考える説もある。<sup>(94)</sup>さらに、悪意者も排除されるが、それは、商号譲渡に関する登記制度を前提と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」と満たす者、また、固定化された登記外観と同一のレベルにおける要件、すなわち、譲渡人および譲受人から免責の個別的通知を受けた者は、その悪意の範囲において債権者は保護の対象とならず、譲受人は免責を受けると考える説もある。<sup>(95)</sup>

では、いったい、この問題については、どのように考えたらいいのであろうか。

確かに、条文上は、商法17条4項は「弁済者が善意でかつ重大な過失がないときは、その効力を有する。」と定め、債務者の主観的事情が要件になっている。これに対して、商法17条1項は、債権者の主観的事情は要件となっていない。このことから、条文においては、債権者は善意である場合<sup>(96)</sup>はもちろんのこと、悪意の場合でも、商法17条1項の保護の対象になるはずである。

しかしながら、そもそも、債務の移転が存在しないことについて悪意の債権者は保護されるべきであろうか、疑問である。

商法17条1項は、営業譲渡契約に基づき財産移転義務が履行された後において譲受人が譲渡人の商号を引き続き使用する場合に適用される。<sup>(97)</sup>一方、商法17条2項は、譲受会社による遅滞なき免責の登記をした場合、また、譲受会社及び譲渡会社による第三者に対する遅滞なき免責の通知をした場合には、第1項は適用しない旨を定めている。したがって、商法17条1項の適用が問題となる期間は、譲受人が譲渡人の商号の統用を始めたときから、譲受人が遅滞のない免責登記または免責通知をしたときまでの間である。

そして、この商法17条1項の適用されるべき期間においては、弁済責任の請求時を基準にして、債権者の主観的事情については2つの場合分けが想定される。ひとつは、弁済責任の請求時には債務の移転がないことについて善意であった場合、もうひとつは、弁済責任の請求時には債権者が債務の移転がないことについて悪意であった場合である。

まず、債権者が弁済責任の請求時に債務の移転がないことについて善意である場合においては、商法17条1項の適用は認められ、債権者による弁済責任の請求は認められる。

これに対して、弁済責任の請求時に債務の移転を知っている場合においては、商法17条1項による保護の対象から除外されるべきであると考えられる。その理由は以下の通りである。

第1に、商法17条2項は、遅滞のない免責登記・免責通知を要件として、譲受人を免責している。すなわち、商法17条2項は、遅滞なき免責登記により、すなわち、商業登記の一般的効果により（商9条1項、会908条1項）債権者に悪意が擬制され、また、遅滞のない免責通知により債権者に債務が移転しておらず債務を負わないことを認識させている。このように、商法17条2項は悪意者を保護の対象から排除している。<sup>(98)</sup>

第2に、そもそも、弁済責任の請求時に、債務の移転がないことについて、悪意である債権者を保護する必要性はあるのであろうか。商号続用により誤認した債権者を救済することが商号続用責任規制の趣旨であるならば、悪意の債権者に保護を与えないと解するのが妥当であり、論理的にも営業主の交替を知り得た債権者は規制の保護の対象にはならないはずである。<sup>(99)</sup>悪意の債権者は、まず、譲渡人に対する関係で、自己の債権の回収のため、法的措置をとるべきであろう。

第3に、債権者と譲受人の利害のバランスである。商法17条1項の責任の範囲は、譲受人が譲り受けた積極財産の限度で責任を負うのではなく、無限責任を負担することになる。<sup>(100)</sup>しかも、本来は負担しないですむはずの責任である。この譲受人の無限責任とのバランスを考えて、保護されるべき債権者の主観的要件を厳格に解釈して、悪意者は排除して、善意者のみを保護の対象にすべきであると考えられる。

では、善意でかつ重大な過失がないことを要件とすべきであろうか。

近時の裁判例において、債権者が経営を賃貸した会社（被告）の従業員であったことから、事業主体の交替や債務が承継されていないことを容易に知り得たとして、弁済責任を否定した東京地裁平成29・10・24判決<sup>(101)</sup>がある。

一方、学説においては、近時、債権者が善意かつ無重過失であることを要件とする見解が有力に主張されている。<sup>(102)</sup>通常、名板貸人の責任、表見支配人の権限など、外観主義に依拠する法制度においては、取引の相手方の主観的要件として、善意かつ無重過失が要求され、重大な過失がある場合には、悪意と同視して保護されないと解されている。商法17条1項が外観信頼保護に依拠する責任であると捉える場合には、債権者の主観的要件は、債務の移転がないことについて善意でかつ重大な過失がないことを要すべきである。

一般に、債権者は、債務者の現状や動向等に注意を払い、債務者の弁済資力に関心を持ち、全債権の回収の実現可能性を高めようとするのは、当然のことである。特に、債務者の弁済資力が危機的状況に陥っているという風評がある場合には、通常の債権者であれば、弁済に不安を感じて、特

段の注意を払うようになり、また、優先弁済権を確保するために必要な法的措置を講じる努力をするであろう。<sup>(103)</sup>しかし、このような努力を怠り、取立に不安を感じないまま放置した債権者を保護する必要性はないのではないだろうか。<sup>(104)</sup>まさに、このような怠慢な債権者が重大な過失のある債権者となり、保護の対象から除外される。そして、譲受人が、債権者の主観的要件である悪意、善意無重過失について立証責任を負担する。

## V. むすびに代えて

以上、商法17条1項に基づき、商号続用責任規制の立法趣旨を検討してきたが、私見としては、外観信頼保護説が当該規制の必要性と、企業財産担保説と収益担保説が当該規制の許容性を主張しているものとする。敷衍すると、以下のようになる。

商号の続用を要件としている現行法においては、営業主体同一性・営業主体非交替性という外観を信頼した債権者を保護すると考える外観信頼保護説は、商号続用責任規制の必要性を的確かつ明確に示していると考えられる。

一方、企業財産担保説と収益力担保説はどうか。<sup>(105)</sup>

債権は、究極的には、債務者の一般財産（責任財産）を抛り所とするが、営業上の債権は、営業上の債務者の一般財産（責任財産）を抛り所とする。すなわち、営業財産は営業上の債権の担保的機能を果たしている。企業財産担保説は、このような認識を有しており、その認識には正当性があり妥当性があるといえる。<sup>(106)</sup>この点において、商号続用責任規制における債権者保護を許容性の側面から支えていると考えられる。

また、収益力担保説は、商号の社会的・経済的機能に着目して、商号続用を要件としていることを説明している点で評価でき、企業財産担保説と同様に、商号続用責任規制における債権者保護を許容性の側面から支えていると考えられる。

このように、外観信頼保護説には債権者保護の必要性を、企業財産担保説および収益力担保説には債権者保護の許容性を見出すことができると考える。

ところで、商号続用責任規制については、平成26年（2014年）改正前において、商法17条1項が詐害行為規制であるとして、立法論として、商法17条1項の要件を商号の続用ではなく、詐害性と詐害の意思にすべきであり、登記または通知による免責は排すべきであるとの廃止論<sup>(107)</sup>が展開された。しかし、平成26年（2014年）になって商法が改正され、商号続用責任規制は廃止されず、上述の通り、現行法上は、商号続用責任規制と詐害譲渡責任規制の2本立てになっている。この結果、依然として、廃止論も主張されているが、両者の棲み分けが重要な課題となっている。<sup>(108)</sup>現行法においては、それぞれ適用要件が定められている。したがって、その要件に沿って適用範囲が決められて、その適用範囲に沿って、棲み分けがなされるはずである。しかしながら、詐害譲渡責任規制については、この規制では、詐害性の立証の困難さ、責任の範囲の有限性から、債権者保護について限界があり、この限界から、今後も、譲受人の責任が無限とされる商号続用責任規制を利用した債権者からの訴訟が、類推適用に係るケースを含めて、詐害譲渡責任規制よりも多く提起されるものと推測される、との指摘がなされている。<sup>(109)</sup>私見としては基本的に賛同する（いや、むしろ、そもそも、<sup>(110)</sup>



この詐害譲渡責任規制を利用した訴訟が提起されるのか、疑問である)。したがって、現行法上は債権者を保護する規制が2本立てになっているが、実質、商号統用責任規制のみが機能することになるのではないだろうか、と考える。

そうすると、商号統用責任規制に関する議論が、依然として、燻り続けることになる。そこで、議論の収束のための一案として、今後の商法改正・会社法改正においては、商号統用責任規制を廃止した上で、債権者保護として、営業譲渡があった場合において、譲受人は、譲渡人の営業によって生じた債務について、譲渡人と連帯して責任を負う旨を定めることも考えられる<sup>(111)</sup>。ただし、このような規定を設けるに当たっては、民法における債務引受規制との調整が必要になるのではないだろうか。今後の検討課題としたい。

【追記】 本号は、池野千白教授の退職記念号である。末席に執筆の機会を与えられてことに感謝したい。池野教授には、中央大学・中央大学大学院において、さらに、本学において、公私にわたり、大変、お世話になり、また、多くのご指導をいただいた。ここに、改めて、感謝の意を表したい。

- (1) 商号統用責任規制は、旧商法においては26条1項・2項・3項、現行商法において17条1項・2項・3項、そして、現行会社法においては22条1項・2項・3項に定められている。なお、本稿においては、商法17条を用いて、商号統用責任規制の立法趣旨を論じることとする。また、平成17年(2005年)商法改正・会社法制定前の論稿においては商法26条が用いられているが、変更せずに用いることにする。
- (2) 土岐孝宏「平成27年東京地判判批」法セ734号(2016年)111頁。
- (3) 平成26年(2014年)商法改正・会社法改正後において、商号統用責任規制を廃止して詐害譲渡責任規制に一本化すべきであるとの主張として、村上裕「改正会社法の下での事業譲渡における債権者保護について」金沢法学58巻1号(2015年)23頁・35～38頁・42頁、齊藤真紀「商号統用者の責任再考」川濱昇・前田雅弘・洲崎博史・北村雅史還暦記念論文集『企業と法をめぐる現代的課題』(商事法務、2021年)413頁・443頁がある。なお、齊藤教授は、「会社法22条が存置されている間は、外観責任説に依拠せざるを得ないように思われるが、謙抑的に解釈すべきである。すなわち、判例法理の確立している屋号およびゴルフ場の名称以外の表記、とりわけ営業主体の表示として用いられていない表記への類推適用に慎重であるべきである。」と述べている。同・443頁。
- (4) 平成26年(2014年)商法・会社法改正前に、商号統用責任規制が経営状態の悪化した商人・会社による詐害的な再建の試みを阻止する機能を果たしているという観点から、要件は商号の統用ではなく、詐害性と詐害の意思とすべきであるとし、商号統用責任規制を詐害行為の規律として再編成すべきであるとの主張として、後藤元「商法総則－商号・営業譲渡・商業使用人を中心に－」NBL935号(2010年)17頁・22頁。同旨、山下眞弘「事業承継会社責任規制の立法論的検討－商号統用基準か詐害性基準か－」阪大法学60巻5号(2011年)1頁・16頁等がある。なお、山下教授は、「会社法22条の規定内容は、商号統用基準から別の基準に替える必要がある。そこで詐害性基準が有力な候補となりうるが、それには詐害行為取消権に関する民法規定の適用が困難であるのと同じ難点があり、その克服が前提となる。詐害性基準の適用要件を明示しないと、実務界に無用の混乱を招く結果となりかねない。適用基準の明確化ができなければ、問題があっても現行の商号統用基準が明確性の点で優れており、当面この基準を基本に運用で修正していくほかない。」と主張していた。同・16頁。



- (5) 高橋英治「営業譲渡人の商号を続用した譲受人の責任ードイツ法を中心にー」商事法務2319号(2023年)20頁・25頁。なお、高橋教授は、スイス合併法69条以下による債権者保護について、「この譲渡人の債権者保護を重視する立場に対しては、企業再建の妨げになるという批判もあり得る。」とし、「しかし、スイス合併法71条2項によると、債務超過状態になっている会社は、営業譲渡をすることができない。すなわち、同法によると、営業譲渡の制度を、そもそも企業再建のために利用することができないのである。」と述べている。同・25頁。
- (6) 金判1480号44頁、判時2292号94頁、判時2331号120頁。先行の判例研究として、岩淵重広・同志社法学69巻3号(2017年)359頁、牛丸弘行・法と政治(関西学院大学)67巻3号(2016年)844頁、北村雅史・法教430号(2016年)138頁、小菅成一・新・判例解説 Watch19号(2016年)143頁、小林量・私法判例リマークス54号(2017年)78頁、重田麻紀子・法学研究(慶應義塾大学)89巻9号(2016年)87頁、高木康衣・熊本ロージャーナル12号(2016年)59頁、田澤元章・平成28年度重判102頁、土岐・前掲注(2)111頁、弥永真生・ジュリ1490号(2016年)2頁、潘阿憲・ジュリ1501号(2017年)112頁、村上裕・金沢法学60巻1号(2017年)215頁、山下眞弘・金判1494号(2016年)2頁等がある。
- (7) 金判1566号45頁、LEX/DB【文献番号】25563080。先行の判例研究として、遠藤喜佳・東洋法学63巻2号(2020年)225頁、木村真生子・ジュリ1542号(2020年)122頁、楠元純一郎・金判1592号(2020年)2頁、小菅成一・新・判例解説 Watch23号(2019年)123頁、鈴木隆元・私法判例リマークス60号(2020年)74頁、高田晴仁・法セ786号(2020年)122頁、高橋英治・法教467号(2019年)129頁、高橋美加・令和元年度重判90頁がある。
- (8) 屋号の続用と会社法22条1項の類推適用の可否が問題になった事例として、東京地裁平成29年10月24日判決(一部認容・一部棄却)がある。同判決は、「屋号と商号とは法的には全く別個のものであり、屋号については公示制度がなく、会社法22条2項前段の免責登記ができないことを考慮すると、屋号の続用については、債権者が、事業主体の交替や債務が承継されないことについて、その事業承継後遅滞なく知った場合には、会社法22条1項を類推適用する余地はなく、事業主体が交替していないものと信頼し、又は事業譲渡人の債務が事業譲受人に承継されたと信頼した場合であって、事業譲渡会社の商号又はその重要な構成部分を事業譲渡会社がそのまま屋号として続用するなど、そのように信頼したことがやむを得ないといえる特段の事情が認められる場合に限り、会社法22条1項の類推適用の余地があるというべきである(最高裁平成16年2月20日判決・民集58巻2号367頁…参照)。」と一般論を述べた上で、「原告は、平成27年2月1日ころ、本件スーパーマーケットの運営主体が被告フードクリエイションになったことを認識したものであるから、事業主体が交替したことを遅滞なく知ったことが認められる…。また、原告は、本件第2転籍の当時、割増賃金の未払があるとの認識はなかったものであり…、被告こころの風に対する債務が被告フードクリエイションに承継されたと信頼したとも認めがたい。そして、「中村屋・風楽里」という屋号は、被告こころの風の商号との類似性は全くなく、…、商号の変更により事業主体の交替や債務が承継されないことを容易に知り得たといえるから、上記特段の事情があったとも認められない。」と判示して、会社法22条1項の類推適用を否定した(下線は筆者による)。この判決は、基本的に平成16年最判を参照していることから、従来の判例の立場に沿うものと解される。しかし、事業主体の交替がない、または債務の承継があったと信頼したことが「やむを得ないといえる特段の事情がある場合に限り同項の類推適用の余地がある」とする点において、類推適用の要件が厳しくなっている。先行の判例研究としては、北村雅史・法教453号140頁がある。この判決に言及するものとして、鈴木・前掲注(7)77頁がある。なお、この判決は、債権者の善意を要件としている点でも特色がある。
- (9) 両規制の適用範囲の棲み分けに言及する論稿として、遠藤・前掲注(7)251頁、小菅成一「譲渡会社の商号以外の名称を続用した譲渡会社に対する会社法22条1項の類推適用」嘉悦大学研究

論集63巻1号(2020年)43頁・57～58頁、同・前掲注(6)(平成27年判批)4頁、重田・前掲注(6)105頁、高橋(美)・前掲注(7)91頁、牧真理子「事業譲渡における債権者保護－商号続用規定の検討」大分大学経済論集69巻1・2号(2017年)1頁・58～59頁、山下眞弘「商号続用責任規制(会社法22条)はどのように解釈されるべきか(上)(下)」ビジネス法務2016・8号92頁・同2016・9号91頁・94頁、同・前掲注(6)(平成27年判批)6頁がある。

- (10) 商号続用責任規制の立法趣旨に関する先行研究としては、以下のものがある。

まず、平成17年(2005年)商法改正・会社法制定前の先行研究としては、池野千白「企業外観法理と商法26条」中京法学37巻3・4号(2003年)51頁、伊藤敦司「商法26条の適用範囲に関する一考察」杏林社会学研究19巻4号(2004年)39頁、落合誠一「商号続用営業譲受人の責任」法教285号(2004年)25頁、小橋一郎「商号を続用する営業譲受人の責任－商法26条の法理－」上柳先生還暦記念『商事法の解釈と展望』(有斐閣、1984年)1頁、近藤光男「営業譲渡に関する一考察－債権者保護を中心として－」神戸法学年報3号(1987年)65頁、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(1978年)1頁、山下眞弘「商号続用に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(1997年)232頁等がある。なお、以上の論稿を用いる場合、商法26条、営業譲渡など論稿に用いられている用語をそのまま用いて論ずることとする。

次に、平成17年以後から平成26年(2014年)商法改正・会社法改正までの先行研究としては、北村雅史・江頭憲治郎編『会社法コンメンタール1－総則・設立(1)』(有斐閣、2008年)208～222頁、後藤・前掲注(4)22頁、山下・前掲注(4)(基準)16頁等がある。

最後に、平成26年商法改正・会社法改正後の先行研究として、清水真希子「商号続用責任－事業(営業)譲渡における債権者保護－」法教384号(2012年)4頁、来住野実「会社法22条1項の趣旨と適用範囲」明治学院大学法学研究101号(2016年)51頁、齊藤・前掲注(3)413頁、牧・前掲注(9)33頁、村上・前掲注(3)(論文)23頁、山下・前掲注(9)(ビジネス)2016・8号92頁・同2016・9号91頁等がある。

- (11) 商号続用責任規制は商法17条と会社法22条に定められているが、本稿においては、商法17条を用いて論じることとする。
- (12) 濱田惟道・永井和之・金井貴詞・池野千白・福原紀彦・河原文敬著「現代企業法講義1 商法総論・総則」(青林書院、1992年)123頁【濱田惟道】、福原紀彦「企業法要綱1 企業法総論・総則商法〔総論・総則〕・会社法総則等(第2版)」(文眞堂、2020年)142頁。
- (13) 鴻常夫『商法総則(新訂第5版)』(弘文堂、1999年)149頁、森本滋編『商法総則講義(第3版)』(成文堂、2007年)86頁【前田雅弘】、北村・前掲注(10)215頁。
- (14) 鴻・前掲注(13)149頁。
- (15) 濱田・前掲注(12)139頁、福原・前掲注(12)84頁。
- (16) 福原・前掲注(12)84頁。
- (17) 大判昭10・10・2判決全集1輯22号25頁。
- (18) 北村・前掲注(10)208頁。
- (19) 北村・前掲注(10)209頁。
- (20) 濱田・前掲注(12)123頁。
- (21) 北村・前掲注(10)216頁。
- (22) 北村・前掲注(10)216頁。
- (23) 免責登記について北村・前掲注(10)216～217頁。免責の通知について北村・前掲注(10)217頁。
- (24) 北村・前掲注(10)216頁。
- (25) 北村・前掲注(10)271頁。

- (26) 北村・前掲注(10) 210頁。
- (27) 北村・前掲注(10) 215頁。
- (28) 北村・前掲注(10) 215頁。
- (29) 大隅健一郎『商法総則』(1967年、有斐閣)、鴻・前掲注(13) 149頁。なお、大隅教授は、『商法総則(新版)』(1978年、有斐閣) 318頁において、「譲受人が譲渡人の商号を続用する場合においては、営業上の債権者は営業主の交替を知りえず、譲受人たる現営業主を自己の債権者と考えるか、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受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をなし得るものと信ずることが多いのみならず、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。これに基づき債権者を保護するため、法は上述のごとく譲受人の弁済義務を認めたのである。」としている(下線は筆者による)。その理由として、大隅教授は、同書319頁注(6)において、「本書旧版においては、商法第26条第1項の立法理由としてこの点のみをあげた。服部420頁は、これを疑問として、右の規定の立法趣旨は、企業財産が営業上の債務の担保になっていると認められることにあるとされる。しかし、そのいずれか一方のみを挙げるのは不十分であって、本文所説のように、その双方に立法趣旨を求めるべきではないかと思う。」と述べている。
- (30) 池野教授は、外観信頼保護説に立ちつつ、企業財産担保説をも考慮に入れて商号続用規制の趣旨を考えている見解を主張している。すなわち、池野教授は、「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を存在することとなり、営業譲渡人の債権者は、その営業譲渡に伴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。」と述べている。前掲注(10) 64～65頁。
- (31) 池野・前掲注(10) 60頁。
- (32) 小橋・前掲注(10) 16頁。
- (33) 近藤・前掲注(10) 79頁。
- (34) 大隅健一郎教授は、「…営業上の債権者は営業主の交代を知りえず、譲受人たる現営業主を自己の債権者とする…」と述べている。前掲注(29) 318頁。
- (35) 小橋・前掲注(10) 16頁。なお、戸田修三教授は、「商号が続用されておれば、債権者の側よりみれば、営業の同一性があると認めるのが通常であり、この債権者の信頼を保護するために、譲受人に弁済の義務を負わしめたのである。」と述べている。『商法(改訂版) 商法総則・商行為・有価証券Ⅰ』(南雲堂深山社、1991年) 103頁。
- (36) 小橋・前掲注(10) 16頁。
- (37) 落合・前掲注(10) 29頁。
- (38) 浜田道代「昭和53・3・28大阪高判判例研究」判例評論207号27頁。同旨、落合・前掲注(10) 29頁。
- (39) 浜田・前掲注(38) 30頁。
- (40) 田邊光政『商法総則商行為法(第4版)』(新世社、2016年) 154～155頁。
- (41) 田邊光政『商法総則商行為法(初版)』(新世社、1995年) 148頁。
- (42) 池野・前掲注(10) 61頁。
- (43) 服部栄三『商法総則』418頁。同旨、近藤・前掲注(10) 82～84頁、濱田・前掲注(12) 124～125頁注〔Ⅰ〕。近藤教授は、「通説に反対する見解は、通説が営業上の債務は法律上あくまでも譲渡人の債務であるというところから出発しているのに対して、営業上の債務は、経済的、実質的にみれ



ば、むしろ営業そのものの債務であるということを基礎においているように思われる。」と述べた上で、「私は、26条1項は、外観信頼保護にもとづくのではなく、営業上の債務は企業財産が担保になっていると認められることから、債権者を保護するために商号を続用する営業譲受人に債務引受けを義務づけたと考えたい。」と述べている。また、濱田教授は、「商法26条は、単に営業主の同一性の外観に対する信頼を保護するものではなく、営業譲渡にともなう債権者の不利益を救済するものであると考えられる。企業に対する債権は、企業財産を担保として存在するものであり、より本質的には企業が他の企業との相互依存関係にもとづいて利潤を追求する経済生活体であるとするところにその存立の基礎がある。そこで、営業譲渡によって、企業に対する債権としての性格が奪われると、債権者は不当な損害を受ける危険がある。商法26条は、このような債権者の特別な保護を目的として、現在の企業主である譲受人に対して、譲渡人とともに責任を負わせたものと解される。」と述べている。

- (44) 企業財産担保説に賛意を示したうえで、企業財産担保説が抱える商号続用要件の問題点から、他の要因も考慮に入れて、商号続用責任規制の立法趣旨を考えるものがある。

浜田道代教授は、「私は、営業上の債務は企業財産を担保としているという営業の一体性を重視すべきであると考え、したがって、営業を譲り受ける以上、少なくとも債権者に対する関係において債務引受をなすべきであるという規範をうちたててことは政策判断として十分に成り立ちうと思う…。」と述べた上で、「なぜ商号が続用される場合および債務引受の広告がなされた場合にのみ譲受人が弁済の責を負うとされるのか、まず、問題となろう。」と問題提起する。そして、浜田教授は、その解答として、「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。すなわちのれんの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、商号を続用するか、得意先に挨拶状を出すかしなければならない。つまり商号も続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の広告があった場合にのみ営業譲受人に弁済の責を負わせていると考えるのである。26条・28条のこのような理解が可能であるのは、これらの規定が債権者の善意悪意を問っていないからである。外観保護的理解からは説明が困難である文言が、このように理解するにはかえって好都合なのである。」と述べている（下線は筆者による）。前掲注（38）145頁。

田邊光政教授は、「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は譲受人もまたその弁済の責任を負う（商17条1項、会22条1項）。自己の営業によって負担した債務であるから譲渡人が債務者であることに変わりはないが、この規定によって譲受人が重畳的債務引受をしたのと同じ結果が生じる。譲受人は債務引受を債権者に対してしたのではなく、その意味で法定責任である。この場合、譲渡人と譲受人とは不真正連帯債務の関係に立つと解されている。譲渡人の営業によって生じた債務であるのに譲受人がこのような弁済責任の負担を強いられる根拠は、営業財産は営業上の債務の担保になっているからである。しかし、それが唯一の根拠だとすれば、商号続用の場合だけに商法がこの責任を限定していることおよび商法17条2項および会社法22条2項が、譲受人が公示手段をとって債権者に知らせたときにはこの責任から免れることの理由を説明することができなくなる。」と述べている（下線は筆者による）。同・154頁。そして、田邊教授は、「営業財産が営業上の債務を担保するとの根拠を一貫すれば、商号の続用の有無によって譲受人の弁済責任を区別することには理由はなく、立法論的には商法の立場は批判を免れない。解釈論としては、通説・判例が説いている債権者側の事情からからは首尾一貫した理解を得ることが困難であり、商法の立場を総合的に理解しようとすれば、譲受人側の事情に着眼せざるを得ない。」として、債務者意思推定説をとっている。前掲注（40）155頁。

伊藤敦司教授は、企業財産担保説は、『営業譲渡』という点に特に重きを置き、営業上の債権者がその担保と期待している企業財産の移転という点に着目して営業譲受人の責任を説明している。たしかに、商法26条ないし29条が、営業譲渡を前提としてそこにおける営業上の債権者・債務者と



の関係を規定しており、特に債務者の責任財産に依存する債権者の保護という点からすると、『営業譲渡』による責任財産の変動という点から債権者保護を考えるべきであり、その意味ではこの立場は基本的に支持されるべきであると思われる。しかしながら、これだけの理由だけでは、立法論としてはともかく、『商号続用』という点を明示する商法26条1項の解釈論としては無理があると言わざるを得ない。」と述べている（下線は筆者による）。前掲注（10）44頁。伊藤教授は、商号続用責任規制の趣旨について、後述するように、いわゆる「収益力担保説」の立場に立つが、この規制の趣旨について、「企業財産担保説」をも考慮すべきであることを述べている。

- (45) 服部教授は、商号が続用されない場合について、「この場合には、譲受人は譲渡人の営業上の債務につき責任を負わず、譲渡人のみが責任を負う。」とした上で、その理由について、「これは、商号を続用しないで、新商号を使用することが債務引受の意思を譲受人が有しないことを示すものだからである。」と述べている。前掲注（43）419～420頁。このことから、服部教授は、譲受人が商号を続用することは債務引受の意思を有していることであると主張していると捉えることもできる。すなわち、服部教授は、企業財産担保説と債務者意思推定説を主張しているように見える。

しかし、そうではなさそうである。この点について、山下眞弘教授は、「この見解は、企業財産の担保力を重視しつつ、商号続用のない場合について、当事者の合理的意思表示で解決しようとするものであるが、担保力と意思の両面を考慮することで、説明の一貫性を欠くところに問題があるといえよう。商号を続用しない場合に、譲受人が責任を負わない理由をその意思に求めるのであれば、商号続用の場合についても同じく譲受人の意思を根拠としたほうが、説明としては一貫するといえないだろうか。商号を続用する26条1項についてのみ、企業財産の現在の所有者の責任が問われるとするのは、28条との関係で、必ずしも一貫した説明であるとはいえないようである。確かに、企業財産の担保力は有力な根拠となしうるが、これを強調すると商号続用の有無で区別する商法規定の説明に窮することとなる。」と述べている。前掲注（10）（立命）240頁。

- (46) 池野・前掲注（10）61頁。同旨、伊藤・前掲注（10）41頁。
- (47) 伊藤・前掲注（10）42頁。
- (48) 伊藤・前掲注（10）41頁。
- (49) 小橋・前掲注（10）17頁、伊藤・前掲注（10）42頁。企業財産担保説をとる論者は、企業財産担保説における譲受人の弁済責任の範囲について、「このような立場からは、一般に説かれるところとは異なるが、営業譲受人は、譲り受けた積極財産の限度で責任を負うと解することになろう。」と述べている。大塚英明・川島いづみ・中東正文『商法総則・商行為法（第3版）』（有斐閣、2019年）46頁【中東正文】。これに対して、「そのような解釈は明文の規定からは大きく離れている。」との指摘がある。村上・前掲注（3）36頁注（32）。
- (50) 落合・前掲注（10）29頁。同旨、小橋・前掲注（10）16～17頁。
- (51) 落合・前掲注（10）29頁。
- (52) 落合・前掲注（10）29頁。
- (53) 落合・前掲注（10）29頁。
- (54) 落合・前掲注（10）29頁。
- (55) 山下眞弘「営業譲渡の債権者に対する効果」島大法学27号70頁。なお、田邊光政は、譲受人意思推定説に分類されるが、前述ように、企業財産担保説に基本的に賛同している。前掲注（40）155頁。したがって、厳密には、山下教授の譲受人意思推定説と異なるのではなかろうかと考える。
- (56) 田邊教授は、譲受人意思推定説の根拠として、「商号を続用する事例のほとんどが、…、個人商人が会社形態で営業を継続し、倒産した会社が第二会社を設立し営業を承継している場合である。そこで、商号を続用する譲受人には、営業上の債務をも承継する意思があるのが通常であり、商号を続用しない譲受人には通常その意思がないものと想定して規定されているものと解さざるを得ない…。商号続用の譲受人が登記・通知等により債務承継の意思がないことを表明すれば譲渡人の営

業上の債務につき弁済責任を負わない（商17条2項、会22条2項）ともに、商号を続用しなくても譲受人が債務引受の広告をすればその弁済責任を負う（商18条1項・会23条1項）ことを定めているのは、譲受人の意思を基準としていると解してはじめて理解できる。」と主張している。田邊・前掲注（40）155～156頁。これに対して、伊藤教授は、「この立場は、商号を続用する事例の多くが、個人商人が会社として商号を続用したり、倒産会社が第二会社を設立して営業を承継している場合であるとして、営業譲受人が債務を承継する意思を有するものと指摘されるが、果たしてそのように言えるか疑問である。特に、倒産会社が第二会社を設立するような場合、そのことの是非は別として、当事者の意思としてはむしろ債務を承継しないという評価ができ、営業譲受人の意思に根拠を求めるとは言っても、それは営業譲受人の意思を擬制することになるのではないと思われる。」と批判している。前掲注（10）42～43頁。同旨、同旨、落合・前掲注（10）29～30頁。さらに、伊藤教授は、「商法28条に関し、債務引受の広告をする場合に債務承継の意思が認められるとして営業譲受人の責任を説明するが、そうであれば債務引受の意思を表示することで十分であり、条文が求める『広告』という点の説明が充分になし得ないのではないと思われる。」と批判している。前掲注（10）43頁。

- (57) 池野・前掲注（10）62頁。
- (58) 落合・前掲注（10）29頁。
- (59) 鈴木達次 北居功＝高田晴仁編著『民法とつながる商法総則・商行為法（第2版）』（商事法務、2018年）115頁。
- (60) 落合・前掲注（10）31頁。
- (61) 北村・前掲注（10）213頁。
- (62) 鈴木・前掲注（59）117頁。
- (63) 来住野・前掲注（10）55頁。
- (64) 伊藤教授は、企業財産担保説を支持した上で、収益力担保説を主張している。前掲注（44）参照。
- (65) 伊藤・前掲注（10）45頁。同旨、来住野・前掲注（10）56頁。なお、来住野教授は、「営業譲受人が譲渡人の商号を続用するということは、外観上営業の同一性を維持したまま営業を継続していることにほかならない。その場合、従来通りの収益が期待できるから、その収益をもって営業上の債務を弁済することが可能となる。これに対して、商号を続用しない場合には、外観上は営業の継続性・同一性が絶たれ、将来の見通しは不確実であるから、債権者にとって、営業上の債務をあえて譲受人に負わせる実益は乏しい。そこで、営業上の債務は営業上の収益をもって弁済されるべきという考えに基づき、譲受人に弁済責任を負わせたものと思われる。」と述べている。前掲注（10）55～56頁。
- (66) 収益力担保説と同旨と考えられる主張として、山下眞弘『やさしい商法総則・商行為法（第3版補訂版）』（法学書院、2015年）74頁は、「経済的価値のある商号を続用するという利益を享受するのであるから、債務も負担すべきであるとの解釈はどうであろうか。」と述べている。同・前掲注（ビジネス・下）95頁。
- (67) 池野・前掲注（10）65頁。
- (68) 池野・前掲注（10）60頁。
- (69) 最判昭和29・10・7は「商法26条は、譲受人が譲渡人の商号を続用する結果営業の譲渡あるにも拘わらず債権者の側より営業主体の交替を認識することが一般に困難であるから、譲受人のかかる外観を信頼した債権者を保護する為に、譲受人もまた右債務弁済の責に任ずることとした」と判示している。同判決は営業主体同一性・営業主体非交替性に関する外観を挙げている。

これに対して、最判昭47・3・2は「現物出資の目的とした者の債権者からみた場合には、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右会社がこれを引受けたものと信頼するのが通常の事態と考えられる」と判示している。すなわち、同判決は債務引受契約締結性に関する外観を挙げている。

しかし、最判平成16年2月20日は、「預託金会員制のゴルフクラブの名称がゴルフ場の営業主体を表示するものとして用いられている場合において、ゴルフ場の営業の譲渡がされ、譲渡人が用いていたゴルフクラブの名称を譲受人が継続して使用しているときには、譲受人が譲受後遅滞なく当該ゴルフクラブの会員によるゴルフ場施設の優先的利用を拒否したなどの特段の事情がない限り、会員において、同一の営業主体による営業が継続しているものと信じたり、営業主体の変更があったけれども譲受人により譲渡人の債務の引受けがされたと信じたりすることは、無理からぬものというべきである。」と判示している。同判決は、現在の外観信頼保護説と同様に、両者の外観を挙げている。

- (70) 池野・前掲注(10) 60頁。
- (71) 池野・前掲注(10) 60頁。
- (72) 池野・前掲注(10) 67頁。
- (73) 池野・前掲注(10) 67～68頁。
- (74) 池野・前掲注(10) 68頁。
- (75) 大判昭10・10・2判決全集22巻25頁。
- (76) 濱田・前掲注(12) 119頁、福原・前掲注(12) 141頁。最判昭44・12・11判時581号71頁。
- (77) 北村・前掲注(10) 208頁。
- (78) 濱田・前掲注(12) 122～123頁。
- (79) 濱田・前掲注(12) 123頁。
- (80) 池野教授は、「…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、それが債権者詐欺の場合、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てい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体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。」と述べている。前掲注(10) 66～67頁。
- (81) 前掲注(30)・(44)・(80) 参照。
- (82) 北村・前掲注(10) 215頁。
- (83) 東京地判昭和49・12・9判時778号96頁は、「商法26条1項の規定の趣旨は、営業の譲受人がその譲渡人の商号を続用している場合において、営業譲渡の事実自体を知りえない営業譲渡人の債権者、または、営業譲渡の事実を知っているが、営業譲受人による債務の引受があったものと信じている営業譲渡人の債権者の信頼を保護することに存すると解すべきであるから、…、営業譲渡の事実及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、商法の右規定の適用はないものと解するのが相当である。」と判示している。なお、控訴審の東京高判昭和50・8・7金判488号33頁は地裁の立場を否定し、債権者の悪意を不問とした。
- (84) 大阪地判平成22・10・4金法1920号118頁は、「会社法22条1項は、直接には、営業譲渡を受けた会社が譲渡会社の商号を続用した場合に関する規定であるが、同条項の趣旨は、商号続用があったことにより、債権者が、同一の営業主体による営業が継続している、あるいは、譲受会社により債務又は履行の引受がされたと信頼する場合があることに鑑み、商号続用により生じた当該外観に対する信頼を保護するとの点にある。そうすると、新設分割の事例においても、新設会社が分割会社



の商号を続用している場合には、会社法22条1項を類推適用する根拠があると解される…。」と一般論を述べた上で、「しかし、本件についてみると、…、乙山及び丙原税理士は、平成19年11月26日に原告に対して説明を行った際、被告が事業を承継するが債務は引き継がないことを説明している上、原告は、本件会社分割実行後ではあるが、平成20年1月には、丙原税理士から本件会社分割を実行した旨の説明を受け、分割計画書等の資料の送付も受けていることに照らせば、原告において、同一の営業主体による営業が継続している、あるいは、譲受会社により債務又は履行の引受がされたと信頼したと認めるには足りないというべきである。」「以上によれば、会社法22条1項の類推適用に関する原告の主張は理由がない。」と判示している（下線は筆者による）。

- (85) 東京地判昭和54・7・19下民集30巻5-8号353頁は、「商法26条1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ゆえんは、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、商号の続用を要件として、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（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としているとかの理由によるものであるならば、商号続用の有無と係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然るべきであり、商法26条1項がとくに商号の続用を要件に掲げたことは無意味なことになる。）。」と判示している（下線は筆者による）。
- (86) 宇都宮地判平成22・3・15判タ1324号231頁は、「原告は、仙禽酒造の破産の通知を受け、同破産手続で本件代金債権を届け出、その後も繰り返し仙禽酒造代表者に対し請求をするなどしていたもので、被告が債務引受けをしていないことを知っていたから、…会社法22条1項の趣旨より原告に同条が適用される余地はない。」との被告譲受会社の主張に対して、「会社法22条1項は債権者の認識等を要件としていないから、原告と仙禽酒造との取引状況等を根拠として原告に同項が適用されないとする被告の主張は採用できない。」と判示している（下線は筆者による）。
- (87) 東京地判昭和55・4・14判時977号107頁は、「被告は、商法26条の責任を論ずる場合、債務者が悪意であるときは同条2項を類推して、商号続用営業譲受人は責任を負わないと解すべきところ、原告らは被告会社が訴外会社の債務を引受けなかったことにつき悪意であったから、被告は同条の責任を負わないと主張する。」と述べた上で、「しかしながら、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2項の登記又は通知に代わる免責事由であるから、営業の譲渡があっ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っ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ない。（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。）」とし（下線は筆者による）、「そして、債権者の右悪意の成立時点は同条2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、被告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ったであろう時点までの間に、原告らが、被告会社が訴外会社の債務を引受けなかったことにつき悪意となったことを認めることができない。したがって、被告の右主張は理由がない。」と判示している。
- (88) 伊藤・前掲注(10) 45頁。
- (89) 伊藤・前掲注(10) 46頁は、「商号の続用はあるが、債務を引き受けない旨の登記や通知をなした場合には、商号の続用のもとで認められる信用や顧客吸引力による収益力の継続使用を放棄することを明確にしたものとして、原則どおり従前の債権者のみが責任を負い、営業譲受人に責任を負担させないこととした。」と述べている。伊藤教授の見解は、商法17条2項の免責登記・通知により譲渡人の債権者は債務移転の不存在について悪意となるため譲受人は免責されるという構成ではないようである。



- (90) 池野教授は、「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。この点は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。」と指摘している。前掲注(10) 74頁。
- (91) 落合・前掲注(10) 31頁。
- (92) 田中誠二『全訂商法総則詳論』(勁草書房、1976年) 223頁、丸山秀平「東京地判昭和54・7・19判批」金判593号47頁・49頁。
- (93) 大塚龍児「営業譲渡と取引の安全」金判565号60頁。
- (94) 渋谷達紀「企業の移転と担保化」(東京大学出版会、1984年) 215頁・232頁は、「救済を受けえない悪意者の範囲については、見解が分かれている。一般には、悪意者はすべて救済を受けえないと解釈されているようである。しかし、悪意の生ずる時期を2つに分け、営業の譲渡時から商法26条2項の登記または通知をしたならば営業譲受人が免責を得たであろう時点までに悪意となった債権者は、いわゆる悪意者として救済を受けないが、右時点以降に悪意となった者は救済されるとする立場もある。思うに、商法26条2項の解釈上、時機に遅れた通知により悪意となった者に対しては、営業譲受人は免責を主張しえないのであるから、それと同じ時期に通知以外の事実により悪意となった者に対しても免責を主張することができないと解するのでなければ均衡を失するであろう。本来は、外観に対する信頼を裏切られなかった債権者、すなわち営業譲受人に対して請求するよりも前に悪意となった債権者は救済されないとするか、少なくとも悪意となってから暫時譲受人に対する請求を怠った債権者は保護されないとするのが一貫した解釈というべきであるが、現に商法26条2項という規定が存する以上、同条の規定内容に平仄を合わせ、後説に従わざるをえないと考える。」とする。しかし、「時機」をどのように考えるべきか、明確な基準がない。
- (95) 池野教授は、「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。…商号続用の場合には、…商法24条との連結性の理解なしに考えることができない。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』を基準とする『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、登記制度を前提と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に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を知ったとしても、それは、登記制度に比べれば遥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。」とする。前掲注(10) 66頁。そして、池野教授は、「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。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の行為が免責要件とされることになる（商法26条2項後段）。」としている。

前掲注（10）74～75頁。

（96）北村・前掲注（10）216頁は、会社法22条1項と同条4項の対比から、22条1項は「債権者の善意悪意を問題にしていないとみるのが自然である。」と述べている。

（97）北村・前掲注（10）210頁。

（98）濱田・前掲注（12）197頁。同旨、大隅・前掲注（29）269頁、鴻・前掲注（13）241頁、田中（誠）・前掲注（93）433～434頁、戸田・前掲注（35）150頁。

（99）木村・前掲注（7）124～125頁。

（100）北村・前掲注（10）215頁。

（101）前掲注（8）参照。

（102）小菅教授は、債権者の重過失について、「重過失のある債権者までも類推適用により保護することは、疑問である。」とした上で、「先に筆者は、近時の多くの学説と同様に、会社法22条1項の類推適用に関わる判断要件として、債権者の属性が重要な要素になると述べた。しかし、単に『債権者の属性』を理由に類推適用の可否を決めるのは難しいと思われることから…、債権者の属性に係る理由付けを補強する何らかの法的要件が必要であるといえる。筆者は、その要件が『債権者の主観的事情』であると考える。」と述べている。前掲注（9）（論文）57頁。また、小菅教授は、「譲渡会社に対する監視・調査能力や交渉力を有し、当該会社の事業譲渡に係る情報等を把握できる立場にある債権者については、厳格にその悪意・重過失が検討されるべきと解する（譲渡会社の貸付銀行や取引関係が深い事業会社等がそうした債権者に該当することになろうか）。」「一方、債権者が消費者である場合には、ゴルフ場をめぐる事案のように、続用された名称に係る事業主体表示機能の特質等も考慮される必要があろう。ただし、消費者であってもその者に悪意・重過失が認められれば、類推適用の対象から外すべきと考える。」述べている。前掲注（9）（論文）61頁・注63。債権者の属性を判断要因にして、債権者の重過失を要件とすることについて、賛同する。なお、債権者の属性の配慮については、弥永教授は、「会社法22条1項が外観法理の基づくと理解するのであれば、どのような名称などが用いられている場合に類推適用が認められるのかは、債権者に応じて、相対的に判断されるのが論理的帰結ではないかと思われる。」と述べている。前掲注（6）3頁。同旨、木村・前掲注（7）125頁、重田・前掲注（6）101～102頁、鈴木・前掲注（7）77頁、高木・前掲注（6）67頁。

（103）落合・前掲注（10）30頁、小菅・前掲注（9）（論文）57頁。

（104）浜田・前掲注（38）30頁、落合・前掲注（10）30頁。

（105）なお、平成26年（2014年）商法改正・会社法改正において、商法18条の2において詐欺営業譲渡における責任規定、会社法22条の3において詐欺的事業譲渡における責任規定を設けられた。この結果、現行法では、営業譲渡・事業譲渡における債権者保護規定は、商号続用責任規定と詐欺営業譲渡・事業譲渡責任規定の2本立てになっている。この結果、商号続用責任規制について詐欺営業譲渡・事業譲渡の規制を目的であるとする見解は、商法18条の2・会社法23条の2における議論においてとり上げられることになり、商法17条1項・会社法22条1項の立法趣旨の議論においてはとり上げる意味は失われたのではないだろうか、と考える。なお、詐欺的営業譲渡防止説は、債権者を無視した抜け駆け的な営業譲渡の防止を主張しているが、そもそも、債務を残存させ債権者を無視すること自体が問題なのではないだろうか。やはり、抜け駆け的な営業譲渡・事業譲渡を防止するためには、事前の措置として、債権者を営業譲渡・事業譲渡に関与させるべきではないだろうか。この点、今後の検討課題としたい。

（106）池野・前掲注（10）67頁。

（107）後藤・前掲注（4）23頁。

（108）村上・前掲注（3）（金沢）38頁、齊藤・前掲注（3）443頁。

(109) 前掲注（9）参照。

(110) 小菅・前掲注（9）（論文）57～58頁

(111) 高橋・前掲注（5）25頁。この定めは、企業財産担保説に親和的であると考ええる。