

研究ノート

私的整理の研究 7

四 宮 章 夫

目次

- I 緒論
- II 営業の譲受人の債務引受責任
 - 1 はじめに
 - 2 会社法の制定と商法の改正
 - 3 事業譲渡と営業譲渡
 - 4 営業譲渡
 - (1) 「営業」の意義
 - (2) 「営業の譲渡」
- III 商号を続用する営業の譲受人の責任
 - 1 債務引受責任の根拠
 - (1) ドイツの状況
 - (2) 我国の学説の状況
 - ① 外観理論乃至禁反言法理説
 - ② 責任財産の担保力説
 - ③ 併存的債務引受推定説
 - ④ 旧商法 82 条参照説
 - ⑤ 営業譲受人の意思を根拠とする説
 - ⑥ 関係者の利害調整説
 - 2 商号の続用
 - (1) 商号続用の意義
 - ① はじめに
 - ② 商号の同一性
 - (2) 商号の同一性が認められる場合
 - ① 自然人の商号に会社の種類を示す文言を付加した場合
 - ② 商号中の「会社」の位置が前後逆となった場合
 - ③ 会社の種類が変更となった場合
 - ④ 営業譲渡の当事者の商号が極めて類似している場合
 - (3) 商号続用の規定が類推適用される場合

- ① 屋号の続用
- ② その他（ゴルフ場経営会社を除く）
- ③ ゴルフ場経営会社の場合
- 3 商号を続用する営業の譲受人の債務引受責任
 - (1) 「債務」の意義
 - (2) 責任の免除
 - ① 登記または通知
 - ② 免除の効果を否定した裁判例
- 4 債務引受責任の規定の類推適用
 - (1) はじめに
 - (2) 類似の手続又は取引
 - ① 会社分割
 - ② 営業用財産の賃貸借
 - ③ 経営委託
 - ④ 新会社設立
- IV 債務引受広告をした譲受人の責任
 - 1 債務引受責任の根拠
 - 2 広告の意義
- VI 結語

I 緒 論

破綻した中小企業の私的整理が行われる際、営業の一部又は全部の継続を図るために、それを他の法人格に対して譲渡することがある。

その場合に、譲渡会社の破産管財人や債権者が、譲受会社に対して権利行使に及ぶことがあり、破産管財人が行使するのは破産法上の否認権であり、債権者が行使するのは詐害行為取消権又は法人格否認の法理に基づく請求権である。

そして、以上の各問題について、私は既に検討してきた⁽¹⁾。

ところで、会社法 22 条 1 項、23 条 1 項、商法 17 条 1 項、18 条 1 項は、営業の譲受人が、譲渡人の商号を続用するか、譲渡人の債務を引受ける旨の広告をした場合には、譲渡人の事業又は営業によって生じた債務を弁済する責任を負う旨を定めている。

したがって、私的整理に伴う営業譲渡のリスクを理解するためには、これらの規定に基づく譲受人の責任についても検討を加えておく必要がある。

本稿は、商法及び会社法が定める営業譲渡における譲受人の債務引受責任について検討することを目的とする。

注

- (1) 四宮章夫「私的整理の研究 4・6」産大法学 49 巻 4 号 98 頁、産大法学 51 巻 1 号 131 頁

II 営業の譲受人の債務引受責任

1 はじめに

当初、我国の商法には、商号を続用する営業譲受人の責任に関する規定が存在せず、営業譲渡時の債務引受又は債務者交代による更改（民法 514 条）、あるいは第三者弁済（民法 474 条）等の有無の問題に過ぎなかった。

そこで、昭和 13 年法第 72 号による商法改正により、ドイツ商法 25 条に倣って、営業譲渡人の商号が続用される場合と、続用されない場合とに分けて、債権者保護の目的で譲受人の責任を定める規定（以下、単に旧商法という）が設けられた。

旧商法 26 条 1 項は、「営業ノ譲受人ガ譲渡人ノ商号ヲ続用スル場合ニ於テハ譲渡人ノ営業ニ因リテ生ジタル債務ニ付テハ譲受人モ亦其ノ弁済ノ責ニ任ズ」と定め、その 2 項で、営業譲渡後遅滞なく、譲受人が譲渡人の債務につき責に任じない旨の登記をした場合、譲渡人及び譲受人が第三者に対してその旨通知した場合には、1 項を適用しない旨定めていた。

また、旧商法 28 条は、営業の譲受人が商号を続用しない場合でも、譲渡人の営業によって生じた債務を引受けた旨広告したときは、債権者は譲受人に対して請求できる旨定めていた。

そして、旧商法 29 条は、26 条 1 項と 28 条により譲受人が債務を引受けたときは、譲渡人の責任は、営業の譲渡又は、広告後 2 年以内に請求又

はその予告をしない債権者に対して消滅する旨を定め、旧商法 27 条は、営業の譲受人が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権につき、善意かつ重大な過失なく譲受人に対して行った弁済を有効とする旨定めていた。

2 会社法の制定と商法の改正

平成 17 年法第 87 号による会社法の制定に伴い、会社の営業譲渡に関する規定は、会社の事業譲渡については、会社法第一編「総則」第四章「事業の譲渡をした場合の禁止等」の中に、旧商法 26 条 1、2 項を承継する会社法 22 条 1、2 項と、旧商法 28 条を承継する会社法 23 条 1 項が制定された外、旧商法 29 条を継承する会社法 22 条 3 項と 23 条 2 項が制定されるとともに、旧商法 27 条を継承する会社法 22 条 4 項が制定され、さらに、会社が商人から営業を譲受けた場合に商人を譲渡会社とみなして会社法 22 条、23 条を適用する旨の同法 24 条とが追加されるに至った。

そして、平成 17 年法第 88 号による商法改正により、旧商法に残された商人の営業譲渡に伴う商号の続用に対する条文整備が行われ、新商法 17 条 1、2 項が旧商法 26 条 1、2 項を、新商法 17 条 3 項と 18 条 2 項とが旧商法 29 条を、新商法 17 条 4 項が旧商法 27 条を、新商法 18 条 1 項が旧商法 28 条をそれぞれ承継するに至った。

3 事業譲渡と営業譲渡

新旧の商法では共通して「営業譲渡」の語が用いられ、旧商法会社編においてもかつては「営業ノ全部又ハ重要ナル一部ノ譲渡」なる用語が用いられていた（旧商法 245 条 1 項 1 号）が、会社法では、「事業の全部の譲渡」（会社法 467 条 1 項 1 号）、及び「事業の重要な一部の譲渡」（同項 2 号）なる用語が用いられている。

個人の場合には複数の営業についてそれぞれ別個の商号が使用されることがあり（商業登記法 28 条 2 項 2 号参照）、特定の事業の譲渡に際して、しばしばその商号も譲渡される（商法 15 条）が、会社の場合には、特定の

事業が譲渡されても商号の移転は伴わず、譲渡会社の商号を承継するためには、譲受会社における商号変更の手続きが必要となる。

そこで、平成 17 年の法改正において、事業と商号が譲渡されることの多い商人の場合には「営業」の語を残し、事業だけが譲渡されることの多い会社の場合には「事業」の語が使用されることになったものであり、営業譲渡と事業譲渡の本質には変わりがないので、以下、商人の場合にも会社の場合にも単に「営業譲渡」の文言を使用する。

なお、前述のとおり、営業譲渡に伴う譲受人の債務引受責任についての規定が、商人と会社について別個に設けられることになったが、全く同一内容の規律であり、解釈上異にすべき法律問題も存在しないと考えるので、以下の論述における適条に際しては、会社法と商法の規定の双方について説明する場合には、原則として会社法の条文のみを掲げて、両規定を代表させることとする。

4 営業譲渡

(1) 「営業」の意義

かつては、営業について、a 営業の用に供せられる各種財産の総体であるとする営業財産説と、b いわゆる老舗、暖簾等の財産的価値ある事実関係をもって営業の本体とする営業組織説、c 営業活動をもって営業の本体であると解する営業活動説に分かれていたとされるが、d 今日では、財産説を発展させ、一定の目的のために有機的に組織された機能的財産が営業であるとする有機的営業財産説⁽²⁾が通説となるに至っている。

(2) 「営業の譲渡」

営業譲渡とは、営業を取引行為を通じて、他に譲渡する行為をいう⁽³⁾。

単なる営業用財産又は権利義務の集合の譲渡は営業譲渡には該当しない。

また、旧会社の支店が廃止され、その所在地に別会社が本店を移転し、商号、営業目的、代表者を旧会社と同一に変更した場合に、営業譲渡があったと認めた裁判例⁽⁴⁾があるが、両者間に法律行為が存在しない場合には、法人格否認の法理の適用問題として処理すべきであったように思われる。

なお、営業譲渡が会社法の定める譲渡会社又は譲受会社の株主総会決議を欠くことによって、無効である場合でも、現に、譲受会社が商号を続用して事実上事業を継続している場合には、その責任は免れないとするのが判例の立場である。⁽⁵⁾

注

- (2) 末永敏和「商法総則・商行為法（第2版）」（中央経済社 2006 年）30 頁・宇田一明「営業譲渡法の研究」（中央経済社 1993 年）85 頁、田邊光政「新版会社法要説」（税務経理協会 2006 年）18 頁
- (3) 今中利昭編集代表「事業譲渡の理論・実務と書式」（民事法研究会 2010 年）2 頁、江頭憲治郎「株式会社法（第6版）」（2015 年）948 頁参照
- (4) 東京地判 S52.1.21 判時 853 号 94 頁
- (5) 大阪地判 S40.1.25 下民 16 卷 1 号 84 頁、東京地判 S55.4.14 判タ 419 号 151 頁

Ⅲ 商号を続用する営業の譲受人の責任

1 債務引受責任の根拠

(1) ドイツの状況

商号を続用する営業の譲受人の責任の根拠については、旧商法が継受したドイツ法の解釈の上でも議論が錯綜しているようである。⁽⁶⁾

(2) 我国の学説の状況

① 外観理論乃至禁反言法理説

ともあれ、会社法 22 条 1 項（旧商法 26 条 1 項）については、同一の営業主体による営業が継続していると信じたり、営業の主体に変更があったが譲受人が譲渡人の債務の引き受けをしたと信じた債権者を保護するための規定であり、外観理論又は禁反言法理に基づくものと一般に理解されてきたと言われており、最高裁もこの立場に立つと理解されている。⁽⁷⁾⁽⁸⁾

しかし、営業譲渡人との取引によって発生した債権は、必ずしも、譲受人が自らと取引するかの如き外観を形成したことによって発生したわけで

はないし、営業譲受人が営業を譲受けたことを対外的に公表することは、必ずしも譲渡人の債務を引受けたことを表示したことにはならない。

また、本来、外観法理や禁反言法理は、外観や行為を信じた者を保護する理論であるが、会社法 22 条 1 項は債権者の善意、悪意を問題としていないのであるから、規定の根拠をそれらの法理で説明することは困難というべきである。⁽⁹⁾

これに対し、悪意の債権者に対する責任を否定する考えもあり、これに沿う裁判例もある。⁽¹⁰⁾
⁽¹¹⁾ ⁽¹²⁾

なお、外観理論に立ちながら、外観を信頼して発生した債務の弁済責任ではなく、商号続用又は債務引受の広告により、営業の譲受人から受けられると期待した債権者に対する弁済責任として捉える説や、商号続用又は⁽¹³⁾債務引受け広告をした譲受人に負わせた法定責任とし、債権者の悪意を問うことができないとする説もあり、その立場に立つ裁判例もあるが、⁽¹⁴⁾説くところの債権者の期待が法的保護に値する理由や、法定責任とした理由の説明が不十分である。⁽¹⁵⁾

② 責任財産の担保力説

営業譲渡人との取引により発生した債権は、その責任財産が担保となっていたのであるから、譲受人が債務引受をしない旨を積極的に表示しない限り、原則として併存的債務引受をしたものとみなし、責任財産の現在の所有者である譲受人に責任を負わせた規定であると解する説もある。⁽¹⁶⁾ ⁽¹⁷⁾

また、①、②の両方を根拠とする説もある。⁽¹⁸⁾

しかし、同じく営業譲受人が責任財産を承継しているのに、商号を続用しない場合には責任を負担しない理由の説明が容易ではない。

この点について、営業譲受人が、商号の続用（旧商法 26 条 1 項）も債務引受広告（旧商法 28 条）もしない場合には、債務引受の意思がないことを表示しているので、責任を免れると説明する立場もあるが、責任財産を客観的に承継しながら、営業譲受人の意思に基づいて免責される理由の説明が不十分である。⁽¹⁹⁾

③ 併存的債務引受推定説

営業譲渡契約において特約のない場合には、併存的債務引受が成立するものと推定され、当事者間で債務引受しない場合でも、商号を続用する場合に譲受人に責任を課した規定であるとする考えもある⁽²⁰⁾。

しかし、当事者間で債務引受を排除した場合でも、漫然と商号が続用された場合には、会社法 22 条 3 項により譲渡人が免責されることを合理的に説明できない。

④ 旧商法 82 条参照説

旧商法 82 条は、合名会社に関して、「会社ノ成立後加入シタル社員ハ其ノ加入前ニ生ジタル会社ノ債務ニ付イテモ亦責任ヲ負ウ」と定めていた。

商号は営業に密着しているので、合名会社の成立後に参加した社員が、加入前に生じた債務の責任を負担するのと同様に、営業譲受人が商号を続用する場合にも、対外的には譲渡前の譲渡人の営業活動に参加するものとして扱われ、譲渡人の債務の責任を負担することになるとする説も唱えられたが、合名会社の新入社員と、営業譲受人の地位との共通性等の分析、検討は必ずしも十分とはいえないとの指摘がある。⁽²¹⁾

⑤ 営業譲受人の意思を根拠とする説

商号を続用する営業譲受人は、通常、譲渡人の債務も承継する意思があると考えられるので、登記や通知によって債務負担の意思のないことを表明しない（会社法 22 条 2 項参照）限り、債務の弁済責任を負担するとする説があり、商号を続用しない場合でも、営業譲受人が債務引受の広告をすればその責任を負うことになる（会社法 23 条 1 項参照）。⁽²²⁾

思うに、引継いだ営業の価値を棄損しないためには、譲受人が譲渡人の商号を続用することが有効であり、その有効性は、従前の取引先に対して、営業譲渡による新たなリスクを感じさせないことによって確保される。

したがって、前記のような営業の譲受人の意思の認定は、経済活動の実態に合致したといえることができる。⁽²³⁾

他方、譲渡人の債務を負担することによる経済的リスクを免れたいと考える営業譲受人は、営業の棄損のリスクを負担してでも、商号を続用せず、

あるいは商号を続用する場合でも、債務負担の意思がないことを会社法 22 条 2 項に定める方式により表明することによって、免責を得ることができる。

この商号続用の長所と短所に対する営業譲受人の意思こそが債務負担の有無の決め手となるとする考え方は自然であり、かつ合理的なものと私は考える。

⑥ 関係者の利害調整説

商号続用責任が問題となるのは、譲渡人の経営が破綻に瀕した場合に、従前の債務を切り離れた営業を譲渡し、譲受人において事業の再生を図る場合であり、関係者間の利害を調整するという観点から、商号を続用する譲受人は、会社法 22 条 2 項が定める措置を採らない限り、譲渡人の営業上の債務を引受けたものと扱うことにより、同項の措置が採られるようサンクションが定められたものと解する立場もある⁽²⁴⁾。

しかし、関係者間の利害を図る規定であるとする以上、営業譲渡の譲受人が同項の措置を採りさえすれば、譲渡人の債権者は譲渡された責任財産に対する追及ができない立場を甘受しなければならないとするのは不合理であると考えられる。

また、この説を採ると、会社法 22 条 1 項の適用範囲や類推適用される範囲が拡大されやすいことが懸念される。

まさしく近時の裁判例は、会社法 22 条 1 項の拡大適用を図る傾向にあり、規定の根拠について、「債権保全措置を講ずる機会を失う機会が多いため」と説明するものも少なくないと指摘されているが⁽²⁵⁾、それらの判示する債権保全措置が具体的にどのような措置を指しているのか疑問なしとせず、多くの場合、「関係者の利害調整の結果として譲受人に債務引受責任を負担させるべきである。」と言っているに過ぎないように思われるのである。

2 商号の続用

(1) 商号続用の意義

① はじめに

商号とは、商人が、その営業上、自己を表示するために用いる名称をい⁽²⁶⁾い、会社はその名称が商号となる。

営業の譲受人が自然人である場合には、営業と共に商号を譲受けて直ちに続用することができる。

しかし、営業の譲受人が会社の場合には、譲渡人の商号を続用するためには、商号変更手続きが必要であるところ、そのために営業譲渡後若干の期間を要することは会社法も予定するところであり、この期間が20日間であった場合でも商号続用が認められるとした裁判例⁽²⁷⁾があり、学説もこれ⁽²⁸⁾を支持する。

反対に、商号が続用された期間が会社分割による新会社設立の翌日までであった場合について会社法22条2項の類推適用を認めなかった裁判例⁽²⁹⁾がある。

② 商号の同一性

「商号の続用」とは、同一の商号が使用される場合の外、取引通念上従前の商号と同一とみられる商号を使用した場合をも含むと解されている。

なお、最高裁は、譲渡会社の商号に「新」なる文字を加えた商号について、この文字は旧債務を承継しないことを示す字句であり、商号の続用には当たらないとし、これに賛同する見解もあるが、この判例に反対する見解⁽³⁰⁾も多い⁽³¹⁾。

(2) 商号の同一性が認められる場合

① 自然人の商号に会社の種類を示す文言を付加した場合

会社法24条2項は、会社が商人の営業を譲り受けた場合には、当該商人を譲渡会社とみなして前2条の規定を適用すると定めるから、自然人の商号に会社の種類を示す文言を付加して使用すること⁽³²⁾も、商号の続用⁽³³⁾にあたることになる。

② 商号中の「会社」の位置が前後逆となった場合

判例は、商号中の「会社」の位置が前後逆となった場合も商号の続用に当たることを認めている。⁽³⁴⁾

③ 会社の種類が変更となった場合

同じく、判例は、会社の種類が変更となった場合にも、商号の続用に当たることを認めている。⁽³⁵⁾

④ 営業譲渡の当事者の商号が極めて類似している場合

多くの裁判例が、営業譲渡の当事者の商号が極めて類似していることを理由として、商号の同一性を認めている。⁽³⁶⁾

また、商号の同一性の判断に際し、裁判例は、事業内容、事業場所、従業員等、看板の同一性、営業形態の承継等の事情を総合判断する傾向にあるが、これらの中には外観理論乃至禁反言法理説や、関係者利害調整説に立つ余り、営業譲渡の譲受人の債務引受責任の範囲を拡張し過ぎているものも含まれていると思われる。

これに対して、両者が営業目的を同一にしているものの、必ずしも商号の主要部分が同一とは言えないとして、商号の続用を認めなかった裁判例もある。⁽³⁸⁾

(3) 商号続用の規定が類推適用される場合

① 屋号の続用

屋号が商取引上重要な機能を営む場合に、その続用を商号続用と同様に考えて、営業譲受人の責任を肯定した一連の裁判例がある。⁽³⁹⁾

なお、譲渡会社の商号を譲受会社が営業の「屋号」として続用する場合にも、旧商 26 条 1 項の適用を認めた裁判例があるが、この場合には、厳密には類推適用とすべきであったと考える。⁽⁴⁰⁾

② その他（ゴルフ場経営会社を除く）

譲渡会社の略称を譲受会社の商号とし、譲渡会社が使用していた標章を使用することにより、元の営業主体がそのまま存在しているとの外観を出していた場合に、会社法 22 条 1 項の類推適用を認めた裁判例がある。⁽⁴¹⁾

しかし、裁判例は、屋号の続用の場合を除いて、同項の類推適用につい

ては慎重であり、この態度には賛成したい。⁽⁴²⁾

③ ゴルフ場経営会社の場合

預託金会員制のゴルフ場においては、ゴルフ場経営会社が多額の預託金返還請求債権の全部または一部の返済を免れることを企図して、営業譲渡等に及ぶ事例が沢山発生しているが、譲渡会社と譲受会社とは明らかに商号を異にする場合が少なくない。

かつて、下級審では、そのような場合でもゴルフクラブの名称が続用されるときには、その故をもって会社法 22 条 1 項の類推適用を認める積極判例と、消極判例とが対立していた。⁽⁴³⁾⁽⁴⁴⁾

この状況に対し、最高裁は、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、ゴルフ場の営業の委託を受け、委託者が用いていたゴルフクラブの名称を受託者が継続して使用しているときには、特段の事情がない限り、譲受人は、商法 26 条 1 項の類推適用により、会員が譲渡人に交付した預託金の返還義務を負うと判断するに至った。⁽⁴⁵⁾

最高裁判例は、「預託金会員制のゴルフクラブが設けられているゴルフ場の営業においては、当該ゴルフクラブの名称は、そのゴルフクラブはもとより、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少なくはない」との判断を示し、本件においても、営業の譲受人は、本件クラブの名称を用いて本件ゴルフ場の経営をしているというのであり、同クラブの名称が同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とみることができるとした。その上で、このようなときには、「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。」として、「(旧)商法 26 条 1 項の類推適用により、会員が譲渡人に交付した預託金の返還義務を負うものと解するのが相当である。」と判断したものである。

しかしながら、果たして、ゴルフクラブの名称が一般的に営業主体を表示するものと言えるのであろうか。

預託金会員制のゴルフ場において、ゴルフクラブは会員を構成員とする団体であり、その業務は、ゴルフ場経営会社から権限移譲を受けた範囲内で、規約を定めて会員の統制等を行い、また、日常の競技会を実施し、さらには経営会社が諮問した事項を検討すること等である。

我国のゴルフクラブは、過去には、社団法人として設立され、したがって、社員自身が運営していた時代があり、その当時は、クラブ名称に社団法人の商号が使用されていた。次いで、株式会社の株主会員制のゴルフクラブが利用されていたことがあるが、この場合にも株主がクラブを運営していたもので、クラブ名称に株式会社の商号が使用されていた。

一方、ゴルフ発祥の地の英国では、ゴルフ場には、経営会社とは別に、会員が自然発生的に作った複数のクラブが存在し、それぞれ自治的に運営されていることがあり、もともと、経営会社とクラブとは明らかに異なる存在であり、自ずから別個の名称が使用されていた。

そして、我国において近年設立された多くのゴルフ場経営会社は、あたかもグレードの高い歴史あるゴルフ場のクラブ運営に倣っているかの如く見せかけて、多額の預託金を集めるために、会員にクラブの運営を委ねる形式を採っているが、経営は委ねておらず、経営会社の商号とゴルフクラブの名称とは必ずしも関連していない場合が多く、その結果、現実には、ゴルフクラブの名称がゴルフ場の経営主体を示すものとは必ずしも考えられていないように思われる。

その限りで、最高裁が営業の譲受人の商号続用責任の規定を類推適用したことを支持することはできないと考える。

しかしながら、①預託金会員制のゴルフクラブの利用は、会員にゴルフ場経営の上での一定の地位と権限があるかの如く見せかけることによって、多額の預託金を集め、その資金でゴルフ場経営会社がゴルフ場を造成し、運営していること、②他面、ゴルフ場経営会社は、多額の預託金返還債務のために支払不能となった時には、積極資産と預託金返還債務の割合の一

部によって構成される財産からなる営業権を、商号を全く異にする会社に譲渡する等の方法により、事業継続を図りながら簡便に多額の預託金債務を整理することができること、③その場合、営業譲渡契約の存否やその内容を、預託金債権者が知ることは困難であるため、詐害行為取消しや、破産による否認権行使に及ぶことも容易ではないし、⁽⁴⁶⁾④法人格を否認するに際しても、預託金会員にとって、営業権の譲渡人と譲受人との関係性を突きとめることは必ずしも容易ではないといった事情を指摘することができる。

このため、ゴルフ場経営会社が、法的倒産手続や私的整理によらず、営業譲渡や経営委任、賃貸等の手法によって、過大な預託金返還債務の全部または一部を一方的に免れるという債務処理の方法が広く採られてきた。

しかし、それを容認することは、今日の我国の社会的、経済的秩序にはそぐわないというべきである。このため、前記最高裁判例は、かかる営業譲渡等によって、預託金債権者が預託金返還請求権の全部または一部を失うことを防ぐために、商号の続用責任の規定を類推適用したものと考えられる。⁽⁴⁷⁾

しかしながら、これは、民法1条に定める信義則や権利濫用の法理と親和性のある判断であると考えられ、ゴルフ場の経営主体を表示するものとは言えないゴルフクラブの名称に、商号続用に関する規定を類推適用するのではなく、やはり、法人格否認の法理等によって対応すべきであったと、私は考える。

3 商号を続用する営業の譲受人の債務引受責任

(1) 「債務」の意義

譲受人が弁済の責任を負う債務は、譲渡人の営業によって生じた債務であるが、取引上の債務に限らず、その不履行に基づく損害賠償債務や、不法行為や不当利得に基づいて生じた債務をも含む。⁽⁴⁸⁾⁽⁴⁹⁾⁽⁵⁰⁾

但し、債務の発生時期は営業譲渡以前に限られ、営業譲渡後に譲渡人が負担した債務を弁済する責任を負うわけではない。⁽⁵¹⁾

譲受人の責任は、営業譲渡によって譲渡人の債務が譲受人に引受けられていないことを前提として⁽⁵²⁾いる。

また、譲受人は、譲渡人とは不真正連帯債務者の関係に立ち、譲受人が弁済した場合には、譲渡人に求償できる。⁽⁵³⁾

(2) 責任の免除

① 登記または通知

前述のとおり、会社法 22 条 2 項は、商号を続用する営業譲受人が、営業譲渡後遅滞なく、譲渡人の債務を弁済する責任を負担しない旨登記をするか、譲渡人および譲受人からその旨通知した場合には、弁済責任を免れると定める。

② 免除の効果を否定した裁判例

消費者金融会社から営業の譲渡を受けた譲受会社が、商号を続用するに当たり免責登記を経由していたが、譲受けた貸金債権の弁済を受領し続けていた限り、営業譲渡の時点で発生していた過払金返還債務について、会社法 22 条 2 項の免責を主張することは、信義則に反して許されないとした裁判例があるが、同様の事例について、前記注⁽⁵⁴⁾(52)の通り、過払金返還債務も営業譲渡により譲受会社に移転していたと判断した裁判例もあり、判決に適示された事実関係に徴する限り、後者が妥当と考えられ、責任限定の効果を否定するまでもなかったと考える。

4 債務引受責任の規定の類推適用

(1) はじめに

営業譲渡の譲受人の債務引受責任の規定については、その立法目的に照らし、その適用範囲は営業譲渡のみに限定されるのではなく、一定の類似の手続き又は取引にも類推適用されるべきであるとするのが通説、判例の立場であるので、以下、その状況を検討する。

(2) 類似の手続又は取引

① 会社分割

今日の会社法制にあっては、会社法 757 条以下の規定による会社分割に

よっても事業譲渡の目的を達することができるが、当該手続きには詳細な債権者保護手続きが置かれているので、かつては、営業譲渡の譲受人の債務引受責任の規定は会社分割には類推適用されないと解されてきた。⁽⁵⁵⁾

しかし、最高裁は、会社分割の場合にも、会社法 22 条 1 項が類推適用されることを認めるに至り、下級審の判例もこれに従う。⁽⁵⁶⁾

② 営業用財産の賃貸借

営業用財産を一括して賃借した者が、財産所有者の商号を用いて事業を営むことがあり、このような場合にも、営業譲渡の譲受人の債務引受責任の規定が類推適用されるとするのが通説であり、判例もこれに従っている。⁽⁵⁷⁾⁽⁵⁸⁾

営業譲渡と事業用財産の賃貸借とは法的性質が異なることから、消極説もあり得るほか、賃貸借期間が長期に及ぶ等、実質的に事業譲渡にある程度類似した事例に限り、類推適用を認める説や、賃借人が賃貸人の債務を引受ける旨を広告・通知した場合にのみ賃借人が責任を負うとする説がある。⁽⁵⁹⁾⁽⁶⁰⁾

思うに、賃借人が賃貸人の商号を続用したり、債務引受の広告をするのも、引継いだ事業の価値を棄損することを危惧して、従前の取引先に対して、事業譲渡による新たなリスクを感じさせないためであるから、短期間の賃貸借の場合は格別、一般には、会社法 22 条 1 項の類推適用を認めるとともに、事業価値の棄損より債務引受責任のリスクを懸念する賃借人に対しては、債務を引受けないことを登記すること等による責任回避の規定の類推適用を認めることによって、双方の利害の調整を図ることが、簡明かつ合理的であると考ええる。

③ 経営委託

経営委託の場合には、通常は事業の計算が引続き委託者に帰属するのであるから、商号の続用により特別に保護すべき債権者の利益は考えられないので、この場合には、営業の譲受人の債務引受責任の規定を類推適用する余地はないと考え、あるいは類推適用に慎重な意見が通説であると考えられてきた。⁽⁶¹⁾

しかし、経営委託の中には、事業の計算が受任者に帰属している場合が

ある。

この場合にも委託者の商号が続用されるのは、事業の計算の帰属者に変更があったことを従前の取引先に知られることによって、事業の価値が棄損することを防止するためであるから、やはり、営業譲渡の譲受人の債務引受責任の規定の類推適用が認められると解する。⁽⁶²⁾

裁判例も、経営委託の実態が賃貸借や実質的な事業譲渡と変わらないとして、この立場を支持してきた。⁽⁶³⁾

④ 新会社設立

営業譲渡が行われずに、営業の現物出資により新会社が設立される場合もあるが、最高裁は、この場合にも旧商法 26 条 1 項の適用があると判断した。⁽⁶⁴⁾ 現物出資も法律行為であると解され、会社法 22 条 1 項の類推適用を認めるのが相当である。

旧会社が解散した上、現物出資以外の方法で、その後設立された新会社が新たに営業を開始することもあるが、その場合も含めて、元の会社と新会社とが、商号のみならず、営業目的、営業場所、取締役を同じくする場合には、営業譲渡と同一の結果を生じている場合には、営業譲渡の譲受人の債務引受責任を認めるのが通説、判例である。⁽⁶⁵⁾

但し、代表者は同一であるが役員構成が大きく変化した場合に商号続用責任を認めなかった裁判例もあり、⁽⁶⁶⁾ 取引行為によらない営業譲渡については、法人格否認の法理の問題と考えるべきではなかろうか。

注

(6) 山下真弘「商号続用のある営業譲受人の責任」立命館法学 256 号 232 頁、小橋一郎「商号を続用する営業譲受人の責任」上柳克郎先生還暦記念・商法法の解釈と展望（有斐閣 1984 年）1 頁以下

(7) 鴻常夫「商法総則新訂第 5 版」149 頁、田中誠二＝喜多了祐「全訂コンメンタール商法総則」勁草書房（1985 年）301 頁、308 頁、境一郎「判例研究」民商法雑誌 49 巻 5 号 707 頁、田邊光政・前掲「新版会社法要説」19 頁、森本滋「商法総則講義（第 2 版）」（成文堂 1999 年）86 頁、藤井昭治「営業の譲渡」契約法体系Ⅱ（有斐閣 1962 年）270 頁

- (8) 最判 H16.2.20 判タ 1148 号 180 頁
- (9) 小橋一郎・前掲「商号を続用する営業譲受人の責任」16 頁、志村治美「現物出資の研究」(有斐閣 1975 年) 241 頁
- (10) 田中誠二＝喜多了祐・前掲「全訂コンメンタール商法総則」302 頁、及び田中誠二「全訂商法総則詳論」(勁草書房 1976 年) 223 頁
- (11) 東京地判 S49.12.9 判時 778 号 96 頁は、債権者が営業譲受人の取締役であり、会計事務を担当していたこともあって悪意である事例につき、譲受人の責任を否定した。
- (12) なお、渋谷達紀「企業の移転と担保化」竹内昭夫＝龍田節編・現代企業法講座 1 巻(東京大学出版会 1984 年) 232 頁は、悪意の債権者は保護されないが、一定の時点以後に悪意となった債権者は保護されるとする。
- (13) 宇田一明・前掲「営業譲渡法の研究」99 頁参照
- (14) 大塚龍児「営業譲渡と取引の安全」金判 565 号 60 頁
- (15) 東京地判 S54.7.19 判タ 398 号 146 頁
- (16) 志村治美・前掲「現物出資の研究」241 頁、服部栄三「商法総則第三版」(青林書院新社 1983 年) 418 頁、浜田道代「判例研究」判例評論 207 号 31 頁(判例時報 778 号 145 頁)
- (17) なお、近藤光男「営業譲渡に関する一考察」神戸法学年報 3 号 82 頁以下は、法が債務引受を義務付けたとする。
- (18) 宇田一明・前掲「営業譲渡の研究」94 頁は、外観理論の立場に立ちながら修正を試みる各説を紹介する。
- (19) 志村治美・前掲「現物出資の研究」243 頁は、このような場合には詐害行為取消権を行使することになるとする。
- (20) 江頭憲治郎「判例研究」法学協会雑誌 90 巻 12 号 102 頁は、新旧企業の同一性への信頼性に対して、商号続用責任が拡張されることを肯定的に評価する。
- (21) 小橋一郎・前掲「商号を続用する営業譲受人の責任」17 頁
- (22) 山下真弘・前掲「商号続用のある営業譲受人の責任」233 頁
- (23) 宇田一明・前掲 98 頁は、「譲渡人の取引先や仕入先関係等を従前どおりないし従前に近い形で利用することに重きをおく営業譲渡契約の場合には、これらとの債務関係を切断しない方が自己の経営上、得策である」とする。
- (24) 落合誠一「商号続用譲受人の責任」法学教室 285 号 31 頁
- (25) 小林量「判例解説」民商 131 巻 6 号 149 頁参照
- (26) 末永敏和・前掲「商法総則・商法為法(第 2 版)」39 頁
- (27) 東京地判 S42.7.12 時報 496 号 66 頁
- (28) 田中誠二・前掲「全訂商法総則詳論」224 頁
- (29) 東京地判 H23.11.11 ウエストロー・ジャパン 2011WLJAPCA11118007
- (30) 最判 S38.3.1 判タ 146 号 63 頁

- (31) 田中誠二＝喜多祐・前掲「全訂コンメンタール商法総則」303頁
- (32) 服部・前掲「商法総則第三版」418頁、鈴木千佳子「営業譲渡と商号の続用」商法総則商行為判例百選（第3版）55頁。
- (33) この規定が設けられる以前に、商号の続用を認めていた裁判例として、東京地判 S34.8.5 下民集 10 巻 8 号 1634 頁、東京地判 S45.6.30 判時 610 号 83 頁、最判 S47.3.2 判タ 279 号 197 頁、神戸地判 S41.8.27 判時 472 号 62 頁参照
- (34) 前掲・東京地判 S55.4.14。大阪地判 S57.9.24 金商 665 号 49 頁は、万善株式会社の営業を株式会社マンゼンが譲受けた事例である。
- (35) 大阪地判 S46.3.5 判タ 265 号 256 頁
- (36) 前掲・大阪地判 S40.1.25、水戸地判 S54.1.16 判時 930 号 96 頁、神戸地判 S54.8.10 判時 964 号 116 頁、東京地判 H15.6.25 金法 1692 号 55 頁
- (37) 前掲・東京地判 S42.7.12、札幌地判 S45.12.25 時報 631 号 92 頁、前掲・水戸地判 S54.1.16。なお、増田政章「判例批評」リマークス 29 号 81 頁は、対比されるべき「商号の主要部分は、世人が商号中、とくに注意をひかれる部分であり、具体的には、会社の種類、営業の地域、店名、営業の規模、新旧、業種の各部分を除いた残りの部分である。」とする。
- (38) 大阪地判 S43.8.3 判タ 226 号 181 頁、那覇地判 S54.2.20 判時 934 号 105 頁、東京地判 S60.11.26 金判 756 号 25 頁
- (39) 前掲・東京地判 S54.7.19、東京高判 S60.5.30 判時 1156 号 146 頁、東京高判 H 元.11.29 東京高民時報 40 巻 124 頁、東京地判 H21・5・15 ウェストロージャパン WLJPCA05158009。
- (40) 東京地判 H12.9.29 金商 1131 号 57 頁
- (41) 東京地判 H27.10.2 判時 2292 号 94 頁
- (42) 東京地判 H27.6.30 ウェストロージャパン 2015WLJPCA06308017 は、ブランド名は営業主体を表示する機能を有しないとし、東京地判 H23.7.25 ウェストロージャパン 2011WLJPCA07258002 は、ドメイン名並びに商標とマークを譲り受けた場合に、会社法 22 条 1 項の類推適用を認めなかった裁判例である。
- (43) 大阪地判 H6.3.31 判時 1517 号 109 頁、東京地判 H13.8.28 判時 1785 号 81 頁、東京高判 H14.9.26 判時 1807 号 149 頁、東京地判 H16.4.14 判時 1867 号 133 頁、大阪高判 H14.6.13 判タ 1143 号 283 頁、東京高判 H13.10.1 判時 1772 号 139 頁)
- (44) 東京高判 H14.8.30 金商 1158 号 21 頁、東京地判 H13.3.30 判タ 1093 号 189 頁。なお、高橋美加「判例研究」ジュリ 1263 号 185 頁以下、近藤光男「判例批評」私法判例リマークス 2002 下 82 頁以下は、東京地判 H13.3.30 に反対する。

- (45) 最判 H16.2.20 判タ 1148 号 180 頁。なお、前掲・最判 H20.6.10 判タ 1275 号 83 頁も会社分割に伴いゴルフ場の事業が新設会社に承継された事例において、同様の判断を示し、商号続用者の責任を認めている。
- (46) 東京地判 H11.12.7 判時 1710 号 125 頁は、詐害行為取消しを求める請求を認容した裁判例である。
- (47) 升田純 Lexis 判例速報 12 号 23 頁は、「この判決には疑問が残る」としながら、「実質的には司法による立法であるといえることができる。」とする。
- (48) 最判 S41.3.18 金商 1 号 17 頁
- (49) 最判 S29.10.7 判時 36 号 17 頁
- (50) 田中誠二・前掲「全訂商法総則詳論」223 頁
- (51) 東京高判 S56.6.18 判タ 453 号 154 頁
- (52) 東京高判 H14.2.12 判タ 1093 号 185 頁は、ゴルフ場の営業譲渡により会員契約を構成する権利義務関係の一部のみを分離して譲渡することができないから、譲受人が会員として取り扱っていた以上、預託金返還債務も引受けられていたと認定判断したものであり、大阪高判 H19.11.30 ウエストローシジャパン 2007WLJPCA11306004 は、消費者金融業会社の営業譲渡につき、過払金返還債務も営業譲渡により譲受会社に移転していたと判断した裁判例である。これに対し、東京地判 H22.11.18 ウエストローシジャパン 2010WLJPCA11188013 は、会社法 22 条 1 項を類推適用した裁判例である。
- (53) 田中誠二・前掲「全訂商法総則詳論」223 頁、江頭憲治郎編「会社法コメンタール 1-総則・設立 1」（商事法務 2008 年）北村雅史執筆部分 216 頁
- (54) 津地判 H18.8.17 ウエストローシジャパン 2006WLJPCA08179001
- (55) 北村雅史・前掲 218 頁
- (56) 名古屋高判 H18.7.26 ウエストローシジャパン 2006WLJPCA07269010 は、ゴルフ場経営会社の事例につきこの判断を示し、次いで、前掲・最判 H20.6.10 が同様の判断を示し、東京地判 H22.7.9 判時 2086 号 144 頁、東京地判 H22.11.29 判タ 1350 号 212 頁はこれらの判例を踏襲する。
- (57) 森本滋・前掲 89 頁、鴻常夫・前掲「商法総則（新訂第 5 版）」152 頁以下は営業の賃貸借につき準用を認める。
- (58) 前掲・東京地判 H13.8.28、前掲・東京高判 H13.10.1 前掲・大阪高判 H14.6.13。なお、これらはゴルフ場の事案である。
- (59) 北村雅史・前掲 219 頁、永田均「商号への消費者信頼保護機能の拡大と限界」立命館法学 304 号 182 頁参照
- (60) 服部栄三・前掲「商法総則（第 3 版）」430 頁
- (61) 北村雅史・前掲 219 頁、高橋美加「経営委任契約における会社法 21 条 1 項の類推適用について」黒沼悦郎＝藤田友敬編・江頭憲治郎先生還暦記念『企業法の理論（上巻）』（商事法務 2007 年）186 頁

- (62) 永田均・前掲 182 頁参照
- (63) 前掲大阪高判 H14. 6. 13、前掲・東京高判 H14. 9. 26、前掲・東京地判 H16. 4. 14、東京地判 H13. 4. 11 ウェストロージャパン 2001WLJPCA04110007、東京地判 H13. 12. 20 金判 1158 号 31 頁は、ゴルフ場経営の委託の場合であり、東京地判 H16. 1. 15 金法 1729 号 76 頁は、責任財産の担保力説に立って、経営委任にも商号続用責任の規定を類推適用する。
- (64) 前掲・最判 S47. 3. 2
- (65) 田中誠二＝喜多了祐・前掲「全訂コンメンタール商法総則」303 頁、北村雅史・前掲 218 頁。同旨の裁判例として、東京地判 S34. 9. 16 下民集 10 巻 9 号 1944 頁、前掲・大阪地判 S40. 1. 25。なお前掲・神戸地判 S41. 8. 27 は、個人営業を営んでいたものが、法人を設立して営業を継続していた事例である。
- (66) 東京地判 S43. 5. 30 週判 116 号 17 頁参照

IV 債務引受広告をした譲受人の責任

1 債務引受責任の根拠

営業の譲受人の商号続用責任について譲受人の意思を根拠とする立場からは、会社法 23 条 1 項により、譲渡会社の事業によって生じた債務を引受ける旨の広告をした譲受人の責任の根拠もまた、その意思にあると考えることができる。

すなわち、営業譲受人が商号を続用することによって、営業譲渡による営業の棄損を防ぎたくても、譲受人が固有の商号を変更できない場合もあるから、商号続用の場合に準じて取引先債権者等の債務を負担し、もって、営業の棄損を防ぐための方法を定めたものであると解し得よう。

2 広告の意義

債務引受広告は、不特定多数になされることを前提とするが、譲受人が個別的に債権者に対して債務引受の意思のあることを通知した時にも適用されるとするとする説もある。⁽⁶⁷⁾

また、債務引受の広告や通知について、「営業を譲り受けました」とい

う表示が旧商法 28 条の広告に当たるとした裁判例があるが⁽⁶⁸⁾、学説は、広告に債務引受の文字が用いられなくても、営業によって生じた債務を引受けたものと債権者が一般に信ずるようなものであれば足りるとした点は支持しながら、結論には反対意見が多い^{(69) (70)}。

なお、近時の裁判例としては、挨拶状に譲渡会社の営業上の借入金を返済すると記載されていた場合や、債権債務を責任をもって継承する旨の記載があった場合に⁽⁷¹⁾、債務引受の広告と認めたものがある^{(72) (73)}。

注

(67) 服部栄三・前掲「商法総則（第 3 版）」423 頁

(68) 前掲・最判 S29. 10. 7、及び原審の東京高判 S26. 9. 12 判タ 21 号 52 頁

(69) 服部栄三・前掲「商法総則（第 3 版）」420 頁

(70) なお、東京地判 S34. 4. 27 判タ 92 号 73 頁は、「業務全般を引継ぐ」旨の挨拶状の配布は旧商法 28 条の広告に当たらないとし、田中誠二・前掲「全訂商法総則詳論」226 頁はこれに反対する。また、最判 S36. 10. 13 民集 15 卷 9 号 2320 頁は、3 社が Y 会社を設立した上で配布した「新社名の下に営業を開始することに相成りました」との挨拶状につき旧商法 28 条の適用を否定し、その後の裁判例である名古屋地判 S51. 11. 19 判タ 357 号 317 頁、名古屋地判 S60. 7. 19 判時 1179 号 96 頁、東京高判 H10. 11. 26 判時 1671 号 144 頁、名古屋地判 H13. 7. 10 判時 1775 号 108 頁は、単なる事業譲渡の挨拶状では、旧商法 28 条の債務引受の広告にはならないとする。）

(71) 東京高判 H12. 12. 27 金判 1122 号 27 頁

(72) 東京地判 H13. 5. 25 金法 1635 号 48 頁

(73) 他に、東京地判 H9. 7. 30 判時 1638 号 150 頁があるが、判旨には賛成できない。

VI 結 語

私的整理において営業譲渡を受ける譲受人が、譲渡人の営業によって生じた債務から隔離されるためには、先ず、商号を続用しないことが奨励されるが、商号続用の必要がある場合でも、旧商号に「新」の文字を付加し、または、類似性を問疑される商号を用いないこと、そして、営業実態を譲

渡人とは違える工夫を行うことが勧められる。

そして、預託金会員制のゴルフ場経営会社にあつては、ゴルフクラブの名称の続用も避けるべきである。

また、可能な限り、事業を譲受した後遅滞なく本店所在地において譲渡人の債務を引受けない旨の登記を行い、必要あると認めるときは、債権者に対し債務を引受けないことを明確に記載した通知をしておくべきである。