

会社法 22 条 1 項の趣旨と適用範囲

来住野 究

1. はじめに

商法 17 条 1 項（平成 17 年改正前商法—以下、「旧商」と略す—26 条 1 項）は、営業の譲受人が譲渡人の商号を続用するときは、譲渡人が営業譲渡前に負担した営業上の債務につき、譲受人もまたその弁済責任を負うこととしている。ただし、譲受人が、営業譲渡後遅滞なく、譲渡人の債務につき責任を負わない旨の登記をした場合、または譲渡人及び譲受人の双方から債権者に対して個別的に通知した場合には、譲受人は責任を免れる（同 2 項）。譲受人が責任を負う場合、譲渡人の責任は、営業を譲渡した日以後 2 年以内に請求または請求の予告をしない債権者に対しては、その期間の経過により消滅する（同 3 項）。会社法 22 条 1～3 項にも、事業を譲り受けた会社が譲渡会社の商号を続用する場合につき、同様の規定が設けられている。

これらの規定をめぐって、営業譲受人が譲渡人の商号を続用しなくても店舗や営業の名称（「屋号」と称されることが多い）を続用する場合には類推適用できるか、会社分割において承継会社または新設会社が分割会社の商号を続用する場合にも類推適用できるかということが重要な問題となっていることは周知の通りである。いずれも肯定するのが判例・通説であるが、その理由づけは必ずしも説得力に富むものではない。これらの問題は、商法 17 条 1 項・会社法 22 条 1 項の責任の趣旨と密接に関連するため、その趣旨を明らかにすることが先決問題である。

そこで本稿では、商法 17 条 1 項・会社法 22 条 1 項の趣旨と適用範囲について検討する。

2. 商法 17 条 1 項・会社法 22 条 1 項の趣旨

この規定の趣旨について見解は多岐に分かれる⁽¹⁾。

(1) 外観信頼保護説

判例（最判昭和 29 年 10 月 7 日民集 8 卷 10 号 1795 頁，最判昭和 47 年 3 月 2 日民集 26 卷 2 号 183 頁，最判平成 16 年 2 月 20 日民集 58 卷 2 号 367 頁など）⁽²⁾は、営業譲受人＝債務者という外観に対する債権者の信頼保護にその趣旨を求める。すなわち、営業の譲受人が譲渡人の商号を続用する場合、営業上の債権者は営業主体の交代を容易に知ることはできないし、むしろ譲受人たる現在の営業主体を自己の債務者であると信じる可能性が高いからである。昭和 13 年商法改正により 26 条 1 項が新設された当時も同旨の説明がなされており⁽³⁾，学説も一般に同様に説明してきたが⁽⁴⁾，以下のような問題点があり，最近ではほとんど支持されなくなっている。

商法 17 条 1 項・会社法 22 条 1 項は債権者の善意・悪意を問題にしておらず，悪意の債権者であっても保護されるため⁽⁵⁾，単なる外観信頼保護規定とはいえない。また，債権者が営業譲渡の事実を知らなくても，営業主体の誤認により新たな取引関係に入ったわけではないから，譲渡人を債務者として把握すれば足りるし，債務者の同一性の誤認は譲受人に弁済責任を負わせるべき根拠にはならない。営業譲渡の事実を知っている場合には，譲受人によって債務も引き受けられたものと債権者が信じたとしても，債務引受は債権者が同意しなければ効力を生じないのであるから，かかる信頼は法的保護に値しないはずであるし，商号の続用によって債務引受の外観が作り出されるわけでもない。

(2) 企業財産担保説

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せたと解する見解である⁽⁶⁾。この見解は、2年後譲渡人の責任が消滅すること（商 17 条 3 項・会 22 条 3 項）は説明しやすいが、商号の続用が要件とされている点を説明できない。

(3) 折衷説

外観信頼保護の必要性と企業財産の担保的機能の双方を根拠とする見解である⁽⁷⁾。しかし、両者は債権者保護のあり方が異なるため、両者が両立しうるか大いに疑問である。

(4) 譲受人意思説

商号を続用する者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はないと想定されていると解する見解である⁽⁸⁾。この見解は、商法 17 条 2 項・会社法 22 条 2 項との関係、商法 18 条・会社法 23 条との関係を説明しやすいが、商法 17 条 1 項・会社法 22 条 1 項は、営業上の債務を承継しないという譲渡当事者間の明確な合意がある場合をも想定しているのであるから、商号の続用があれば債務承継の意思があるなどということはできない⁽⁹⁾。営業上の債務は営業財産を構成する以上、特約のない限り債務も譲渡の対象に含まれるとしても、当事者の合理的意思は免責的債務引受であろうから、併存的（重疊的）債務引受は意思効果ではない。

(5) 営業活動参加説

商号は営業主の名称であるが、その営業に密着しており、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、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責任を負う（会 605 条・旧商 82 条）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と解する見解である⁽¹⁰⁾。

しかし、合名会社における新社員の加入により会社の同一性は失わないのに対して、営業譲渡は営業主体の交代をもたらす以上、両者を同視することはできない。また、営業譲渡により譲受人は自ら営業主体となる以上、対外的に譲渡人の営業活動に参加するものと取り扱うことには無理があるし、譲渡人については、営業主体にとどまる以上、営業譲渡以降に生じた債務についてまで弁済責任を負わされることになってしまう⁽¹¹⁾。

(6) 詐害的営業譲渡防止説

商号を続用する営業譲受人の責任は、商法 17 条 2 項・会社法 22 条 2 項が定める措置をとらない限り、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ものであり、1 項は、2 項の措置がとられるように誘導するためのサンクションを定めた規定であると解する見解である⁽¹²⁾。この見解によれば、営業譲受人の責任が問題となるのは、債務者（譲渡人）の弁済資力が危機的状況にある場合なのであるから、かかる状況において抜け駆け的に営業譲渡を行い、債権者・債務者・譲受人の三者による協議もないまま一方的で詐害的な再建が試みられることを防止することにその趣旨があり、商号の続用が要件となっているのは、商号の続用を伴う営業譲渡は詐害的で悪質なものになりやすいことに着目したものであると解される。

確かに、実際には許害的営業譲渡において譲渡人の債権者を保護するためにこの規定が機能を発揮するが、その趣旨を専ら許害的営業譲渡の防止に求めることは文言から遊離しているといわざるをえないし、平成 26 年改正法が許害的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。

以上に見てきたように、いずれの見解も商法 17 条 1 項・会社法 22 条 1 項の趣旨の合理的な説明に成功してはいない。これに対して、注目すべきは次の見解である。

営業の同一性を示し、信用の標的となるという社会的・経済的機能を有する商号が営業譲渡に伴い統用されることで、譲受人は従来からの信用や顧客吸引力を統用し、企業収益力を維持することができるから、特に一定の商号の下で統一化された営業及びその収益力に期待する債権者に対して譲受人は責任を負うべきであると解する見解（収益力担保説）である⁽¹³⁾⁽¹⁴⁾。この見解は、企業財産担保説を基礎としつつ、営業譲受人の責任の根拠を商号統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。

思うに、商法 17 条 3 項・会社法 22 条 3 項は、1 項の責任の趣旨にも重要な示唆を与える。営業譲渡に伴い債務引受の手続がなされていない以上、営業上の本来の債務者は譲渡人であるから、譲渡人の債務が営業譲渡後 2 年の経過によって消滅するのは不自然である⁽¹⁵⁾。そこには、営業譲渡に伴い商号を統用する場合には、営業上の債務は第一次的には譲受人が負担すべきであるという発想がある。そうであれば、商号を統用する営業譲受人はなぜ営業上の債務を負担すべきなのかということが決め手となる。

営業譲受人が譲渡人の商号を統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である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⁽¹⁶⁾。したがって、収益力担保説を支持すべきである。この立場によれば、商号を続用して営業を承継するという事実に対して営業の譲渡人と譲受人の併存的債務引受という効果を与えるものであるから、免責の登記または債権者への通知は、単に債務を承継していないという事実の公示ではなく、責任を引き受けないという積極的・定型的な意思表示と位置づけられるべきことになろう。

3. 商号続用の有無の判断基準

商号の続用は、全く同一の商号の使用である必要はなく、取引通念上同一の商号と認められるものであればよい。この点につき、判例は、個人商人の商号に会社の種類を附加したにすぎない場合⁽¹⁷⁾、会社の種類が異なるにすぎない場合⁽¹⁸⁾には、商号の続用を認めている。そして、類似の商号について商号の続用が肯定された例としては、①「株式会社日進堂」と「有限会社カメラの日進堂」（東京地判昭和 28 年 9 月 7 日金法 32 号 7 頁）、②「株式会社日本電気産業社」と「株式会社日本電気産業」（大阪地判昭和 40 年 1 月 25 日下民 16 卷 1 号 84 頁）、③「第一化成株式会社」と「第一化成工業株式会社」（東京地判昭和 42 年 7 月 12 日判時 496 号 66 頁）、④「建装工房かわきた」と「かわきた建装株式会社」（大阪地判昭和 47 年 1 月 31 日判タ 277 号 338 頁）、⑤「丸大自動車運送店」と「丸大運送株式会社」（水戸地判昭和 53 年 3 月 14 日判時 904 号 96 頁）、⑥「有限会社笠間電化センター」と「株式会社笠間家庭電化センター」（東京高判昭和 56 年 6 月 18 日下民 32 卷 5-8 号 419 頁）、⑦「株式会社キャロン」と「株式会社キャロン製

靴」(神戸地判昭和 54 年 8 月 10 日判時 964 号 116 頁), ⑧「株式会社内外タイムス」と「内外タイムズ株式会社」(東京地判昭和 55 年 4 月 14 日判時 977 号 107 頁)⁽¹⁹⁾, ⑨「万善株式会社」と「株式会社マンゼン」(大阪地判昭和 57 年 9 月 24 日金判 665 号 49 頁), ⑩「株式会社 K ゴルフ倶楽部」と「K ゴルフ倶楽部株式会社」(東京高判平成 13 年 10 月 1 日金判 1129 号 13 頁), ⑪「株式会社藤和」と「株式会社藤和リフォーム」(東京地判平成 15 年 6 月 25 日金法 1692 号 55 頁), ⑫「仙禽酒造株式会社」と「株式会社せんきん」(宇都宮地判平成 22 年 3 月 15 日判タ 1324 号 231 頁)がある⁽²⁰⁾。商号の続用が否定された例としては, ⑬「有限会社米安商店」と「合資会社新米安商店」(最判昭和 38 年 3 月 1 日民集 17 卷 2 号 280 頁), ⑭「いせ屋家具マート」と「有限会社四日市いせ屋家具」(大阪地判昭和 43 年 8 月 3 日金判 128 号 19 頁), ⑮「モトブシーサイドブラザ」と「シーサイドブラザ運営株式会社」(那覇地判昭和 54 年 2 月 20 日判時 934 号 105 頁)⁽²¹⁾, ⑯「株式会社太一商店」と「株式会社中部太一」(名古屋地判昭和 60 年 7 月 19 日判時 1179 号 96 頁), ⑰「協同組合肉の宝屋チェーン」と「株式会社肉の宝屋チェーン」(東京地判昭和 60 年 11 月 26 日金判 756 号 25 頁)⁽²²⁾がある。判断基準としては, 商号の基本的部分が共通していればよいと解するもの(④⑥)もある一方, 従前の商号に何らかの字句を附加したり商号の字句を一部削除しても, 取引通念上従前の商号を継続使用していると認められる場合であることを要し, 単に類似の商号を使用した場合は含まれないと解するもの(③⑭)もある。

思うに, 商号続用の有無の判断基準は, 譲渡人の商号の社会的・経済的機能が承継(利用)されているかに求めるべきである。したがって, 商号の同一性は緩やかに判断してよく, 商号の個性的な中核部分が同一であれば, 他の部分に若干の変更があっても, 商号の続用を認めるべきである。営業主体の同一性ではなく営業自体の同一性を客観的に認識できることが重要であるから, 会社の種類を示す語の違いは問題とならない。同一の営業が承継されている以上, 営業の種類を示す語の有無は重要ではないし, 地名などの付加語も, 商号全体

の印象を大きく変更しない限り、重視しなくてよからう。漢字・カナ・アルファベットの表記の変更や通称化されている略称への変更も、同一の会社であっても珍しいことではないため、商号の続用を否定する理由にはならない。⑪の事例のように、営業の一部譲渡において譲り受けた営業の種類を付加する場合にも商号の続用が認められてよい⁽²³⁾。

4. 商法 17 条 1 項・会社法 22 条 1 項の適用範囲

(1) 商号以外の名称（店名等）を続用する場合にも類推適用できるか

判例では、①譲受人が譲渡人（商号「株式会社下田観光ホテル海山荘」）のホテル名「下田観光ホテル海山荘」を続用した事例（東京地判昭和 54 年 7 月 19 日判時 946 号 110 頁）、②譲渡人（商号「有限会社丸政園」）の土産物店名「丸政商店」「丸政園」を続用した事例（東京高判昭和 60 年 5 月 30 日判時 1156 号 146 頁）、③譲渡人（商号「有限会社徳泉閣ホテル」）のホテル名「徳泉閣ホテル」を続用した事例（東京高判平成 1 年 11 月 29 日東高民時報 40 巻 9-12 号 124 頁）、④譲渡人（商号「千正屋観光開発株式会社」）のゴルフクラブ名「湯の郷カントリークラブ」を続用した事例（大阪地判平成 6 年 3 月 31 日判時 1517 号 109 頁）、⑤譲渡人（商号「株式会社九段ゼミナール」）の受験予備校名「九段ゼミナール」を続用した事例（東京地判平成 12 年 9 月 29 日金判 1131 号 57 頁）、⑥譲渡人（商号「ふるさと村株式会社」）のカラオケ店名「カラオケハウスモンビラージュ」を続用した事例（長野地判平成 14 年 12 月 27 日判タ 1158 号 188 頁）において類推適用が肯定され、⑦譲渡人（商号「スギートレーディング株式会社」）の洋服販売店名「ザ・クロゼット」を続用した事例（東京地判平成 18 年 3 月 24 日判時 1940 号 158 頁）において類推適用が否定された。その判断基準として、②⑥は「営業譲渡の前後を通じて営業の外形にはほとんど変化がなく、屋号が商取引上当事者を特定する上で重要な機能を営

んでいる場合」で足りるとするのに対して、③⑦は「屋号が商号の重要な構成部分を内容とするとき」であることを要し⁽²⁴⁾、「屋号が譲渡会社の商号とは全く別個に存在する場合において、屋号の続用だけをもって商法 26 条 1 項を類推適用することは、文理解釈上、懸隔があり過ぎる」(⑦)とする。

バブル経済崩壊後には、経営不振に陥ったゴルフ場経営会社からゴルフ場の経営を引き継いだ別会社に対して、会社法 22 条 1 項(旧商 26 条 1 項)に基づき、会員が預託金の返還を求める訴訟が続出した。かかる営業譲渡の背景には、預託金返還義務等を譲渡人に残すことにより、債権者たる会員の犠牲において、いわば詐害的にゴルフ場営業の存続を図ろうとする意図が垣間見える。この点につき、最判平成 16 年 2 月 20 日民集 58 卷 2 号 367 頁は、譲受人が譲渡人(商号「株式会社ギャラック」)のゴルフクラブ名「淡路五色リゾートカントリー倶楽部」を続用した事例において、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おり、営業の譲受人がそのゴルフクラブの名称を継続して使用している場合には、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から、旧商法 26 条 1 項の類推適用が認められるとする⁽²⁵⁾。

思うに、会社法 22 条 1 項における商号続用の意味が営業の継続性にあり、営業上の債務は営業上の収益をもって弁済されるべきであるとして譲受人に弁済責任を負わせたのだとすれば、営業の外観的同一性を維持しうる名称であれば、続用されるのは商号である必要はない。商号は形式的には商人自身を表示するものであるが、実質的には営業(独立した経済単位としての企業)を表示するものである⁽²⁶⁾。商法 15 条 1 項は営業の譲渡と廃止の場合に限って商号の譲渡を認めるが、これは商号が実質的には営業の名称であるからにほかならない。しかるに、ゴルフクラブの名称・店名などは独立した営業の名称として、個人

商人であれば商号となりうるところ、会社では営業毎に各別に商号を使用することができないために、商号となっていないだけである⁽²⁷⁾。むしろ、会社が営業譲渡にかかわらず存続する場合、商号を変更しない限り、商号の譲渡・続用はありえないから、会社法 22 条 1 項が商号の続用のみを対象とすれば、その存在意義は大いに減殺されるであろうし、多角経営している会社は商号とは別に営業名を使用することが多いことに鑑みれば、営業名が続用されている場合に同項の類推適用を否定することは、現状に適合しない⁽²⁸⁾。したがって、営業の同一性を示す名称は商号に準ずるものとして、同項を類推適用すべきである。なお、前掲最判平成 16 年 2 月 20 日は、「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」という留保をつけているが、債権者が債務不承継を知りうる「特段の事情」の不存在をもって会社法 22 条 1 項の消極的要件と解することは、債権者の善意を要求するに等しいし、2 項は免責事由を定型化したものであるから、判旨の指摘する事由程度では免責されないというべきである。

(2) 営業を現物出資した場合にも類推適用できるか

最判昭和 47 年 3 月 2 日民集 26 卷 2 号 183 頁は、営業の現物出資を受けて設立された会社が現物出資者の商号を続用する場合につき、営業譲渡と営業の現物出資はその法律的性質を異にするとはいえ、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し、現物出資者の債権者の利害状況は異ならないとして、旧商法 26 条の類推適用を認めている。学説上も特に異論はない。

思うに、営業譲渡をめぐる法規制においてその対価の如何は問題とされていない。無償の場合（贈与）であろうと、金銭を対価とする場合（売買）であろうと、譲受会社の株式を対価とする場合（現物出資）であろうと、営業譲渡であることに変わりはない。したがって、営業の現物出資を受けた会社が現物出

資者の商号を続用する場合には、会社法 22 条 1 項の直接適用を認めてよい⁽²⁹⁾。あえて問題があるとすれば、譲受人たる会社が弁済すれば資本の充実に害するおそれがあるが、譲受人が債務を承継する旨の合意がある場合には現物出資財産としての営業の評価額に反映させればよいし、債務を承継しないのであれば譲渡人に求償することもできるため、資本充実の要請が後退している現行会社法の下では、同項の適用を否定する根拠とはなりえないであろう。

(3) 営業を賃貸借した場合にも類推適用できるか

判例（東京地判平成 13 年 8 月 28 日判時 1785 号 81 頁，東京高判平成 13 年 10 月 1 日判時 1772 号 139 頁，東京高判平成 14 年 9 月 26 日判時 1807 号 149 頁，東京地判平成 16 年 4 月 14 日判時 1867 号 133 頁，東京地判平成 16 年 8 月 31 日金法 1754 号 91 頁）は、いずれもゴルフ場の事案であるが、営業の賃貸借の場合にも旧商法 26 条 1 項の類推適用を認めている。一方、学説上は、営業の賃貸借に対する類推適用は、企業財産担保説からは消極的に解されるが⁽³⁰⁾，一般的には肯定的に解されている⁽³¹⁾。

営業の賃貸借においては、客観的意義における営業（営業を構成する財産）は賃貸人の所有にとどまるが、主観的意義における営業（営業活動）は賃借人の名をもってなされ、その収益も賃借人に帰属する。商法 17 条 1 項・会社法 22 条 1 項の趣旨を、営業上の債務は営業上の収益をもって弁済されるべきであるという点に求めれば、賃借人がその財源を有する以上、類推適用が認められるべきことになる⁽³²⁾。ただし、商法 17 条 3 項・会社法 22 条 3 項まで類推適用されるかについては疑問が残る（前掲東京地判平成 16 年 8 月 31 日はこれを否定する）。同項は、営業譲渡の結果営業上の債務を弁済する財源を失った譲渡人をできるだけ早く債務者たる地位から解放することにあるが、営業の賃貸借においては、賃貸借期間の終了によって賃貸人は営業活動の主体に復帰する可能性があるからである。賃貸借契約の具体的内容によって債権者との法律関係を決するのは

望ましくないが、賃貸借期間が2年を超える場合にのみ、3項が適用されると解する余地もある。他方で、賃借人が賃貸人に営業を返還した場合にも、賃貸人は賃借人が賃貸借期間中に営業上負担した債務について弁済責任を負うと解すべきである。

(4) 会社分割の場合にも類推適用できるか

営業（事業）譲渡と会社分割との間には次のような異同がある。営業譲渡は、現物出資としてなされない限り、譲渡会社と譲受会社の組織（株主たる地位）には変更を生ぜず、取引法上の行為と位置づけられるのに対して、会社分割（会社法 2 条 29 号・30 号）においては、原則として分割対価として新設会社または承継会社の株式が分割会社に割り当てられ、組織法上の行為と位置づけられるため、行為の法的性質は異なる。他方で、営業譲渡と会社分割は、営業財産を移転して営業活動を承継させるという点で同様の経済的機能を営む。そこで、会社分割の場合にも会社法 22 条 1 項を類推適用できるかが問題となる。

最判平成 20 年 6 月 10 日判時 2014 号 150 頁は、会社分割に伴いゴルフ場の事業が他の会社または新設会社に承継された場合にも会社法 22 条 1 項の類推適用を認めた。その前後において濫用的会社分割について同項の類推適用を認める下級審判例が相次いでいる⁽³³⁾。学説上も一般に類推適用が肯定されている⁽³⁴⁾。

思うに、商号続用に伴う営業譲受人の責任は、外観の同一性をもって営業を継続しているという事実に基づいて認められるものであるから、営業承継の原因となった行為の如何は重要ではない。他方で、会社分割において分割会社の残存債権者の救済措置が十分に講じられていれば、承継会社・新設会社の責任を認める必要はないから、営業譲渡と会社分割とでは残存債権者の利害状況が異なるかが問題となる。

営業譲渡においては、債権者が同意しない限り、営業上の債務は譲渡会社にとどまるのに対して、会社分割においては、営業上の債務を分割の対象から除

外しない限り、債務者の同意なくして承継会社または新設会社に移転する。このように、会社分割では債務者の交代を生じ、債権者は重大な利害関係を有するため、債権者異議手続が設けられている（会 789 条・810 条）。ただし、いわゆる物的分割において異議を述べられる分割会社の債権者は、分割会社に債務の履行を請求できなくなる債権者（承継会社・新設会社のみが債務者となり、分割会社は免責される場合の債権者）に限られる（会 789 条 1 項 2 号・810 条 1 項 2 号）。分割会社は営業財産を失う反面、その対価を得ることにより、分割会社の債権者にとって担保財産となる分割会社の資産総額に変動はないからである⁽³⁵⁾。したがって、分割会社の残存債権者は自己の債権を保全する機会がなく、担保財産の変動による不利益を甘受せざるをえないことになる。このように、分割会社の残存債権者を保護すべき必要性は譲渡会社の債権者を保護すべき必要性と異ならないから、会社法 22 条 1 項の類推適用が認められるべきことになる。これに対して、分割会社に交付された分割対価を剰余金として株主に交付する場合（人的分割）は、残存債権者は債権者異議手続の対象となる以上、会社法 22 条 1 項類推適用による保護を与える必要はない⁽³⁶⁾。

なお、前掲最判平成 20 年 6 月 10 日は、「会社分割においては、承継される債権債務等が記載された分割計画書又は分割契約書が一定期間本店に備え置かれることとなっているが……、ゴルフクラブの会員が本店に備え置かれた分割計画書や分割契約書を閲覧することを一般に期待することはできない」と判示するが、会社法 22 条 1 項の趣旨につき外観信頼保護説を支持しない私見によれば、会社分割に関する情報が開示されるかどうかは類推適用の可否を左右しないし、分割計画書・分割契約書の備置のみをもって会社法 22 条 2 項の免責通知と同視することもできない⁽³⁷⁾。

一方、平成 26 年改正法は、会社分割について会社法 22 条 1 項に相当する規定を新設しなかった代わりに、詐欺的会社分割において分割会社の残存債権者を保護する規定（会 759 条 4～7 項・764 条 4～7 項）を新設した。会社分割におけ

る会社法 22 条 1 項の類推適用は實際上詐欺的会社分割の場面において問題となり、残存債権者の保護は新設規定で十分であることに鑑みれば、平成 26 年改正法は同項の類推適用を否定する根拠となりうる。しかし、会社法 22 条 1 項は詐欺行為のみを対象としているわけではないから、会社分割への類推適用の可能性を否定する必要はあるまい⁽³⁸⁾。

5. おわりに

商号統用に伴う営業譲受人の責任は、外観的同一性をもった営業継続による収益力の維持に着目したものであるが、詐欺的営業譲渡における債権者の救済においてその機能を発揮することは間違いない。また、営業の外観的同一性は商号以外の名称その他の要素（商標など）によっても形成される⁽³⁹⁾ことに鑑みれば、立法論的には、より弾力的に営業譲受人の責任を認めるために規定の文言を改めることも検討されてよいし、免責の登記または通知のみで譲受人の免責を認めるのは、責任の趣旨を減殺せしめるようにも思われる。しかし、平成 26 年改正法は、商法 17 条・会社法 22 条には手をつけず、詐欺的営業譲渡における譲受人の責任に関する規定を新設した（商 18 条の 2・会 23 条の 2）。商号統用に伴う営業譲受人の責任と詐欺的営業譲渡における譲受人の責任はその趣旨が異なるとはいえ、その機能・適用範囲は大幅に重複するから、両責任を併存させることの当否は問題とならざるをえない。

注

- (1) 判例・学説の詳細な整理・分析については、新里慶一「営業譲渡における譲受人の弁済責任」中京法学 39 巻 3 = 4 号（2005 年）107 頁以下参照。
- (2) 趣旨の理解をやや異にする判例として、東京地判昭和 54 年 7 月 19 日判時 946 号 110 頁と東京地判平成 13 年 12 月 20 日金判 1158 号 31 頁参照。
- (3) 松本烝治「商法改正要綱解説（1）」法学協会雑誌 49 巻 9 号（1931 年）1630 頁、

鳥賀陽然良＝大橋光雄＝大森忠夫「商法改正法案を評す（二）」法学論叢 34 巻 2 号（1936 年）88 頁，寺澤音一編『改正商法審議要綱』（1941 年・法文社）69 頁。これに対して，大森洪太「商法改正要綱摘要」法律時報 3 巻 10 号（1931 年）53 頁は，「營業の譲渡は店舗そのもの、移転であり，譲渡人の信用の継続であることに立脚して，第三者の保護を図ろうとするものである」と説明している。

- (4) 田中耕太郎『改正商法総則概論』（1938 年・有斐閣）345 頁，喜多了祐『商法総則』（1985 年・法学書院）312 頁，神崎克郎『商法総則・商行為法通論〔改訂版〕』（1988 年・同文館）146 頁，鴻常夫『商法総則〔新訂第 5 版〕』（1999 年・弘文堂）149 頁など。
- (5) 東京地判昭和 49 年 12 月 9 日判時 778 号 96 頁は，營業譲渡の事実及び營業譲受人による債務引受がなされていない事実を知っている債権者については旧商法 26 条 1 項の適用はないと判示する。悪意の債権者に対する適用を否定する見解もある（田中誠二『全訂商法総則詳論』（1976 年・勁草書房）223 頁，丸山秀平「判批」金融商事判例 593 号（1980 年）49 頁，高島正夫『商法総則商行為法〔改訂版〕』（1982 年・慶應通信）84 頁，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』（1984 年・東京大学出版会）232 頁，喜多・前掲注（4）313 頁など）。しかし，許害的營業譲渡においては債権者はその事実を知っていることが多いため，債権者の善意を商法 17 条 1 項・会社法 22 条 1 項の要件とすると，同項の実質的機能は著しく減殺されるし，債権回収に用心深く債務者の動向を注視している債権者ほど保護されないという不当な結果を招く（新津和典「判批」金融商事判例 1405 号（2012 年）13 頁）。
- (6) 服部栄三『商法総則〔第 3 版〕』（1983 年・青林書院）418 頁，近藤光男「營業譲渡に関する一考察」神戸法学年報 3 号（1987 年）82 頁，仮屋広郷「營業譲受人の責任」塩崎勤＝川勝隆之編『現代裁判法大系 16』（1999 年・新日本法規）86 頁。
- (7) 大隅健一郎『商法総則〔新版〕』（1978 年・有斐閣）318 頁，上柳克郎「演習」法学教室 52 号（1985 年）89 頁，加美和照『新訂商法総則』（1989 年・勁草書房）120 頁，米沢明『商法総則要論』（1993 年・中央経済社）231 頁。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）326～330 頁は，商号続用により債権者は營業譲渡に伴う不利益を回避する機会を失うことに鑑み，「同一營業活動継続性」という外観に対して働く「營業主体非交替性」に対する信頼を保護するため，債権担保機能を有する營業財産の譲受人にも政策的に連帯責任を負わせたのであり，債権者の主観的要件については，固定的な外観信頼の原則である登記またはそれに準ずる定型的行为としての免責通知を基準としたと解する（南保勝美「營業譲受人の弁済責任の根拠について」法律論叢 82 巻 4＝5 号（2010 年）359 頁もこの見解を支持する）。
- (8) 山下眞弘『会社營業譲渡の法理』（1997 年・信山社）233 頁，田邊光政『商法総則・商行為法〔第 3 版〕』（2006 年・新世社）155 頁，浅木慎一「判批」判例評論 551 号（2005

- 年) 34 頁。
- (9) 北居功=高田晴仁編『民法とつながる商法総則・商行為法』(2013 年・商事法務) 100 頁 [鈴木達次執筆]。
- (10) 小橋一郎「商号を統用する営業譲受人の責任」上柳克郎先生還暦記念『商事法の解釈と展望』(1984 年・有斐閣) 17 頁。
- (11) 北居=高田編・前掲注 (9) 100~101 頁 [鈴木執筆]。
- (12) 落合誠一「商号統用営業譲受人の責任」法学教室 285 号 (2004 年) 31 頁。これを支持するものとして、今泉邦子「判批」法学研究 (慶應義塾大学) 78 巻 4 号 (2005 年) 117 頁, 小菅成一「会社分割に対する会社法 22 条 1 項の類推適用」嘉悦大学研究論集 52 巻 1 号 (2009 年) 19 頁, 菊田秀雄「判批」金融商事判例 1331 号 (2010 年) 18 頁, 受川環大「判批」金融商事判例 1375 号 (2011 年) 4 頁など。商法 17 条 1 項・会社法 22 条 1 項は, 経営状態の悪化した商人 (会社) による許害的な再建の試みの抑止という観点から検討し, 商号の統用ではなく許害性を基準とすべきであるという立法論を展開するものとして, 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) 17~18 頁, 山下真弘「事業承継会社責任規制の立法論的検討」阪大法学 60 巻 5 号 (2011 年) 14~16 頁。
- (13) 伊藤敦司「商法 26 条の適用範囲に関する一考察」杏林社会科学研究 19 巻 4 号 (2004 年) 45 頁。なお, 新里・前掲注 (1) は, 譲受人に責任を負わせる許容性の根拠を商号統用の機能に求める一方, 商号統用により営業譲渡の事実を知らない債権者が債権保全措置をとる機会を失うため, 「営業の継続性および債権の弁済可能性ないし確実性への信頼を保護する規定である」と位置づけ (272~273 頁), 譲受人に対する請求時点における債権者の善意・無重過失を要求する (276~277 頁)。しかし, 商法 17 条 1 項・会社法 22 条 1 項が債権保全措置をとる機会に配慮しているとしても, それを債権者の主観的要件と結びつけることは妥当ではない (注 (5) 参照)。
- (14) それまで商号統用の機能に着目した見解がなかったわけではない。西原寛一『商法総則・商行為法 [改訂版]』(1958 年・岩波書店) 106~107 頁は, 債権者は企業の物的手段の担保価値と収益性に着眼して債権者となるのが常であり, 商号を統用する場合には, 債権者の側より企業者地位の交替を認めることが困難であるのみならず, 企業の同一性が完全に維持されているため, 企業を本位として債務者を決定したと説明する (実方正雄『商法学総論』(1950 年・有斐閣) 203~205 頁もほぼ同旨)。宇田一明『営業譲渡法の研究』(1993 年・中央経済社) 97 頁は, 「商号を統用することは, 譲受人としては, 社会的・経済的には譲渡人の営業そのものの名声を引き継ぐことによって, そのまま顧客を吸引できる可能性が大であることを示す」と述べ, 浜田道代「判批」判例評論 207 号 (1976 年) 25 頁は, 商号の統用によりの

会社法 22 条 1 項の趣旨と適用範囲

れんを引き継ぐことに着目する。

(15) 伊藤・前掲注 (13) 41 頁。

(16) なお、営業の一部譲渡において、譲受人が弁済責任を負う債務は、譲渡人に残存する営業によって生じた債務も含むと解する見解もあるが（沢野直紀＝山崎淳司「判批」西南学院大学法学論集 42 巻 1＝2 号（2009 年）89 頁）、譲受人は本来承継すべき債務だからこそ弁済責任を負う以上、譲り受けた営業によって生じた債務に限るが、いずれの営業によって生じた債務が明らかでない場合は、譲受人は弁済責任を負うと解すべきである。

(17) 「名和洋品店」と「株式会社名和洋品店」（東京地判昭和 34 年 8 月 5 日下民 10 巻 8 号 1634 頁）、「緑風閣」と「株式会社緑風閣」（大阪地判昭和 41 年 4 月 14 日判タ 191 号 194 頁）、「ステッキオカダ」と「有限会社ステッキオカダ」（神戸地判昭和 41 年 8 月 27 日判時 472 号 62 頁）、「大阪屋」と「株式会社大阪屋」（東京地判昭和 45 年 6 月 30 日判時 610 号 83 頁）、「鉄玉組」と「株式会社鉄玉組」（前掲最判昭和 47 年 3 月 2 日）について、商号の続用が認定されている。

(18) 「三洋タクシー合資会社」と「三洋タクシー株式会社」（大阪地判昭和 46 年 3 月 5 日判タ 265 号 256 頁）、「鹿島運輸合資会社」と「鹿島運輸株式会社」（東京地判昭和 47 年 8 月 30 日判時 693 号 53 頁）の例がある。

(19) ②と⑧の判例では、営業譲渡が株主総会の特別決議を欠き無効である場合であっても旧商法 26 条 1 項が適用されるかということも争点となっているが、いずれの判例もこれを肯定している。思うに、同項は商号を続用して営業を継続しているという事実に着目したものであるから、営業譲渡が無効であっても、かかる事実が存在する以上はその適用を認めてよいが（松尾和子「判批」ジュリスト 389 号（1968 年）106 頁、大隅・前掲注 (7) 318 頁、服部・前掲注 (6) 417 頁、渋谷達紀「判批」ジュリスト 796 号（1983 年）107 頁、山本爲三郎「判批」法学研究（慶應義塾大学）59 巻 6 号（1986 年）113 頁）、いったん営業を承継したものの可及的速やかに原状に復帰せしめたような場合には例外を認める余地もあろう。

(20) そのほか、札幌地判昭和 45 年 12 月 25 日判時 631 号 92 頁では、当事者が争わなかったため、「マルト食品興業株式会社」と「マルショウ食品興業株式会社」につき商号の続用が肯定されている。この事例では、商号の全体的な印象はかなり類似しているが、「マルト」と「マルショウ」という中核部分が異なっているため、商号の続用を認めることには疑問が残る。

(21) この判例では、「モトブシーサイドプラザ」は「財団法人本部海洋開発協会」のホテル名であったため、これが商号といえるか自体が問題となった。財団法人も商行為の営業を営む限りで商人となりうるすれば、「モトブシーサイドプラザ」はホテル営業を営む商人としての名称すなわち商号であると評価することができる。

- (22) その判旨は、「協同組合と株式会社との人格の相違及びそれぞれの法的性質が鮮明にされるのであるから、協同組合の名称中の『協同組合』の文字を除く部分が、株式会社の商号中の『株式会社』の文字を除く部分と同一であったとしても、なお、名称の全体としては明らかな相違があるのであって、人格ないし事業の同一性を誤認せしめる恐れはなく、協同組合が株式会社の商号を続用するものとはとうてい認められないのである。」と述べる。しかし、この事例は、商号続用の有無の問題以前に、株式会社から中間法人への営業譲渡に旧商法 26 条 1 項が適用されるかということが問題となる。中間法人は商人にはなりえないと解する判例（最判昭和 48 年 10 月 5 日判時 726 号 92 頁、最判昭和 63 年 10 月 18 日民集 42 巻 8 号 575 頁など）によれば、適用は否定されることになるが、現行法の下では非営利法人たる会社と非営利法人たる一般社団法人の区別の基準は、「事業の営利性」ではなく、社員に剰余金を分配するかという「社員の営利性」の有無に求められるため（会 105 条 2 項・一般法人 11 条 2 項参照）、従来の中間法人に相当するものであっても、商行為の営業をすれば商人となり、会社法 24 条 1 項により商法 17 条 1 項の適用はありうることになる（拙稿「法人の営利性」慶應義塾創立 150 年記念法学部論文集『慶應の法学・商法』（2008 年・慶應義塾大学出版会）79 頁以下参照）。
- (23) かかる基準をもって判例を検証すれば、⑬の事例では、譲受人は「米安商店」という名称の有する信用・顧客吸引力を利用しようとしていると評価することができ、「新」の字は商号の機能を断絶させるに足りるものとは思えない。⑭の事例も、「いせ屋」という中核部分が継続して使用されている以上、従来の信用・顧客吸引力が維持されていると評価してよからう。⑯の事例は微妙であるが、「太一」という中核部分が共通しているため、商号の続用を認めてよからう。
- (24) 同旨の見解として、小野寺千世「判批」ジュリスト 1119 号（1997 年）144 頁、菅原貴与志「判批」法学研究（慶應義塾大学）81 巻 5 号（2008 年）97 頁、高橋英治「判批」金融商事判例 1342 号（2010 年）4～5 頁。
- (25) ゴルフクラブ名の続用に関する判例としては、④判例が初めて類推適用を認めて以来、ゴルフクラブ名が譲渡人の商号と異なっても類推適用を肯定する判例が多いが（東京地判平成 13 年 8 月 28 日判時 1785 号 81 頁、大阪高判平成 14 年 6 月 13 日判タ 1143 号 283 頁、東京高判平成 14 年 9 月 26 日判時 1807 号 149 頁など）、東京地判平成 13 年 3 月 30 日判時 1770 号 141 頁と東京高判平成 14 年 8 月 30 日金判 1158 号 21 頁（原審たる東京地判平成 13 年 12 月 20 日金判 1158 号 31 頁は肯定）は、譲渡人の商号とゴルフクラブ名に同一性・類似性はなく営業主体の混同を招いていないとして、類推適用を否定した。
- (26) 西原寛一『日本商法論第 1 巻〔第 2 版〕』（1950 年・日本評論社）490 頁・493 頁、実方・前掲注（14）71～72 頁、服部・前掲注（6）182 頁、松岡誠之助『商号の研究』

会社法 22 条 1 項の趣旨と適用範囲

(1999 年・専修大学出版局) 8 頁。

- (27) 松岡・前掲注 (26) 228 頁, 古瀬村邦夫「屋号 (営業名) の続用と商法 26 条 1 項」
関西法律特許事務所開設 35 周年記念論文集『民事特別法の諸問題第 4 巻』(2002 年・
第一法規) 425 頁以下は, 会社が営業主体を表示する名称として使用する名称は,
登記商号に限らずすべて商号であり, 屋号 (営業名) も商号であると解する。し
かし, 定款の記載事項としての会社の商号 (会 27 条 2 号) が登記事項とされてい
るのであるから (会 911 条 3 項 2 号), 登記されない商号はありえないはずであり,
仮にあるとしても定款に定められていなければ商号とはいえないことになる。
- (28) 浅木・前掲注 (8) 35 頁。
- (29) 関俊彦『商法総論総則 [第 2 版]』(2006 年・有斐閣) 240 頁。
- (30) 服部・前掲注 (6) 430 頁。
- (31) ただし, 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』(1968 年・有斐閣) 21~22 頁は, 債権者が賃貸借の事実を知らない場合に
限定して類推適用すべきであると, 江頭憲治郎編『会社法コンメンタール 1』
(2008 年・商事法務) 219 頁 [北村雅史執筆] は, 賃貸借期間が長期に及ぶなど,
実質的に事業譲渡にある程度類似した事例に限り, 類推適用が認められるべきで
あると解する。
- (32) 行澤一人「判批」商事法務 1743 号 (2005 年) 53 頁。西川昭「判批」金融商事
判例 1141 号 (2002 年) 66 頁は, 「営業の賃貸人は営業・企業に関する所有権能を
有するのみで営業の担い手ではなくなり, 債権者が与えた信用の基礎が変容して
しまう。そこには債権者の信用の基礎である営業のもつ価値 (収益力を含む) の分
離と営業の継承者の責任とを結びつけることによって債権者の保護を図る必要が
ある」と述べて類推適用の可能性を示唆する。
- (33) 東京地判平成 19 年 9 月 12 日判時 1996 号 132 頁, 東京地判平成 22 年 7 月 9 日
判時 2086 号 144 頁, 大阪地判平成 22 年 10 月 4 日金法 1920 号 118 頁, 東京地判
平成 22 年 11 月 29 日判タ 1350 号 212 頁など。平成 20 年最判以後の判例の分析
については, 元芳哲郎=豊田愛美「会社分割と会社法 22 条 1 項類推適用」判例
タイムズ 1369 号 (2012 年) 46 頁以下, 中村さとみ=森文弥「会社分割と会社法
22 条 1 項の類推適用」判例タイムズ 1416 号 (2015 年) 16 頁以下参照。
- (34) 否定的に解する見解として, 江頭編・前掲注 (31) 218 頁 [北村執筆], 岡本智
英子「判批」法学研究 81 巻 1 号 (2008 年) 116~117 頁。
- (35) 原田晃治「会社分割法制の創設について [中]」商事法務 1565 号 (2000 年) 14 頁。
- (36) 新津和典「判批」法と政治 60 巻 2 号 (2009 年) 104 頁参照。
- (37) 片木晴彦「判批」法学教室 371 号 (2011 年) 123 頁, 野田耕志「判批」ジュリ
スト 1452 号 (2013 年) 121 頁。

会社法 22 条 1 項の趣旨と適用範囲

- (38) 会社分割に免責登記制度がないことは、会社分割に対して会社法 22 条 1 項を類推適用する障害となりうるが(弥永真生「判批」ジュリスト 1360 号(2008 年) 85 頁), 平成 20 年最判以降の登記実務では、会社分割に伴う免責登記も認められている(塚田佳代=前田和樹「商業・法人登記実務の諸問題(2)」民事月報 64 巻 9 号(2009 年) 12~13 頁)。
- (39) 東京地判平成 27 年 10 月 2 日判時 2292 号 94 頁は、営業主体を表すものとしてブランド化していた譲渡会社の略称を譲受会社がその商号の主たる部分に用いるとともに、それをデザイン化した標章を譲受会社が続用していた事例において、会社法 22 条 1 項の類推適用を認めた。