

# 商号への消費者信頼保護機能の拡大と限界

永 田 均

はじめに

- 一 名板貸における商号信頼への消費者保護の拡大適用
  - 1. スーパーテナント事件における商法23条類推適用
  - 2. 商法23条名板貸人の要件認定と本判決の事実認定の指向するもの
  - 3. 「黙示」の承諾認定のための外観の認定
- 二 新企業形態とその外観への消費者信頼保護による名板貸責任の成否
  - 1. 名板貸規定適用の背景
  - 2. 新企業形態への名板貸規定適用の架橋機能
- 三 営業譲渡にみる商号関連規定の類推適用
  - 1. 「商号」からゴルフクラブの「名称」続用への類推適用
  - 2. 債務承継の標識としてのゴルフクラブの名称と商法26条 1項類推適用
- 四 営業譲渡から営業賃貸、委任への商法26条 1項類推適用
  - 1. 商法26条適用の前提と企業再生の観点
  - 2. 判例にみる営業賃貸、委任への商法26条 1項類推適用の存否

## はじめに

商号への信頼機能の保護法理の1つである外観法理をめぐる判例は、スーパー名板貸事件において商法23条の変革的拡大の傾向を示したといえよう。また、商号への外観信頼関連規定は、「商号」から、商号と同じ機能を有するものとして「名称」へとその信頼保護対象の範囲を拡大している。さらに、それを前提にしているのか、商法26条適用に関して、「営業譲渡」における「名称続用」事例では、「営業譲渡」ではなく「営業賃貸、委任」へも同条を類推適用し拡大しているようにも取れる状況である。それにより、商号機能の「法的効果」を引き出すために商号要件の拡大解釈的傾向が生じ、商号信頼の拡大が図られている。しかし、営業譲渡に関

連する商号についての判例は、債権者保護の重視ともいえるが、詐害行為取消機能、法人格否認の法理と同じ効果を、商号規定により実現し代替機能を有しているようにも思える。さらに企業の復活再生なり債務の返済への試みとしての一手段とも言える営業譲渡における商号非続用の企業の譲渡は、企業再生のこころみの1つの法的選択方法であろうが、このような企業継続を許容しないで債務返済の不可能、また再生の望み薄の場合には清算機能をもたせる解釈が行われているとも思われる。そのため、商号関連規定の類推適用による適用拡大と、法的手段選択による企業経営存続と断念への選択へのメルクマールが判例法上がどのように行われつつあるかについて、興味を持ち以下検討してみたい。

## 一 名板貸における商号信頼への消費者保護の拡大適用

商号への信頼保護への法制度の1つとして、商法23条の名板貸規定を上げることが出来るが、商法23条は、自己の氏名、商号等を他人(名板借入)が使用して営業をなすことを許諾した者(名板貸入)は、名板貸入が営業主であると誤認して名板借入と取引をなした第三者に対して名板借入と連帯して弁済を負うべきことを規定する。外觀法理ないし禁反言の原則を、象徴的に具現化した条文の1つとして商法23条があり、昭和13年商法改正により新設された条文であるとされる(米沢明「名板貸責任の法理」31頁、森本滋編「商法総則講義〔第2版〕」68頁、近藤光男「商法総則・商行為法〔第4版〕」62頁)。この商法規定の商号が表示する信頼・信用・企業主体の表示可能性はどの程度の範囲にまで、第三者の信頼は保護されるのだろうか。商号への信頼保護の象徴的な広がりには、名板貸に関する最高裁判決の判例に見ることが出来る。そこでは、要件としての商号が、企業主体表示方法の1例示として解釈され、名称にまで信頼保護対象を広げている。そのような商号に対する信頼の拡大傾向を見ながら、それに続いて営業譲渡時の債務承継の分水嶺となる「商号」と同じ機能を持つ「名

称」の広がりを検討してみたい。

## 1. スーパーテナント事件における商法23条類推適用

第一審、控訴審との判決が異なり、第一審の結論が最高裁により支持され、商法23条類推適用によりテナントを含む複合企業形態への商号信頼を保護し、同条の拡大的適用の最初の最高裁判決である。

(1) 第一審横浜地判平成3・3・26（判時1390号121頁）は、Aに積極的債権侵害ないし不完全履行があるとして損害賠償責任を認め、さらに商法23条名板貸の類推適用によりその責任があるとしている事案である。

### 【事実の概要】

X（原告、被控訴人、上告人）は、Y（被告、控訴人、被上告人）が経営するスーパーマーケットのテナントで同店舗の屋上の一部でペットショップを営んでいたA（被上告補助参加人）から手乗りインコを購入し飼育していたところ、そのインコがオウム病クラジミアを保有していたため、Xの妻がオウム病性肺炎に感染して死亡した。その子供の一人X<sub>2</sub>も感染した。そこでXは入院治療を受け、その子供X<sub>2</sub>～X<sub>4</sub>（以下Xという）は風邪のような症状になり、インコがその死亡と病気の原因であるとして、且つインコの売り主がYであるとして、Yに対して損害賠償を請求した。その損害賠償請求の原因は、Yがインコの占有者としてインコの病原菌について注意を尽くさなかった不法行為、瑕疵ある商品を交付した積極的債権侵害ないし不完全履行の債務不履行によるものであった。仮にYが売り主でなく、YがAにその商号の使用を営業について許諾していた名板貸の責任があるとしてYに名板貸人としての責任を追求した。

【判旨】 Xは、「本件インコ購入当時、単にY店から本件インコを買ったものと考えており、AがYとは別の営業主体であるという認識を欠いていたこと、Xらは本件訴訟前、もっぱらY店に対して、……対応

を求めており、Y に対して本件損害賠償請求を提起したのち、Y が本件インコを販売していないと答弁して初めて Y の表見的営業主としての責任原因の主張を追加したことが認められ、Y を営業主と誤認していたことが認められる。」「一般に名義貸の目的は、名義借人が名義貸人の信用や名声を利用して自己の営業を有利に運営しようとするところにある……A は、首都圏に多数の店舗を有し大々的に総合小売業を営んでいた Y の店舗にテナントとして入ることにより、Y の信用や名声を利用して自己の営業を有利に展開しようとしたことが容易に推認される。他方、Y は商標を大きく掲げた 4 階建て建物を店舗として自己の営業を行い、その店舗内の一部に出店を許したテナントに対し、Y 店の統一的営業方針に従い、……営業時間、休業日、商品等の搬入搬出、売上金の管理、取扱品目変更の原則的禁止など様々な営業上の制約を課し、また、店内数ヶ所にテナントの表示を含む店内（館内）案内板を設けるなどして、総合小売業としての店舗全体の営業を統一的に行っていたことが認められる。このような事実関係のもとでは、A の営業はあたかも Y 店の営業の中に組み込まれその一部となっているこの如き外観を呈し、Y の店舗内で買物をするという意識で来店する一般買物客からすると、特段の事情のない限り、A の営業を Y の営業と誤認するのは、むしろ避け難いところであると思料される。

したがって、取引の安全を保護する見地からして、本件においても、商号使用の許諾があった場合に準じて、商法23条を類推適用し、A の営業を Y の営業と区別するに足りる何らかの標識が備えられていない限り、Y について名義貸人の責任を肯定するのが相当であるというべきである。……Y は、商法23条の類推適用により、A と連帯して、本件インコの売買により X が蒙った……損害について賠償すべき責任があるといわなければならない」と判示した。

判旨に対して、Y は、商号使用の許諾と同視できる程度の外観上の事実の存在が必要であること、A の営業と Y の営業とは区別され

ていたこと、スーパーマーケットのテナント出店は知られていること、テナント店の吊り看板が設けてあり、テナント名記載の看板が存在したこと、包装紙や代済みテープもYのものとは異なるものを使用していたことなどを主張し控訴した。

(2) 原審東京高判平成4・3・11（判時1418号134頁）は、第一審のYの名板貸の類推適用による責任を下記のように否定した。

【判旨】 原判決取消，請求棄却。

「Y店のような営業形態においては、Y店に来店する買い物客のうちには、Yの直営売場とAらテナント店との営業主体の識別ができずに、テナント店をYの直営売場であると誤認し、テナント店から商品を購入した場合でも、Yから購入したものと誤信する者が存するであろうことは否定できないところである。」

「Yにおいて買い物客がそのような誤認をするのも止むを得ない外観を作出し、あるいは、Aがそのような外観を作出しだのを放置、容認していたものと認められる場合で、しかも、Yに商法23条にいう商号使用の許諾と同視できる程度の帰責事由が存すると認められるときに、Yは、同規定の類推適用により、買い物客とテナント客との取引に関して、名板貸入と同様の責任を負うものと解するのが相当である。そして、右にいう外観は、買い物客がY店内の個々のテナント店で買い物をする場合について、その店名の表示の有無、領収書の発行名義、包装紙や代済みテープ及び店員の服装のYの売場との相違の有無など、テナント店の表示やその営業行為を全体的に観察して客観的に判断すべきである。」「右認定した事実関係においては、Aの営業について、Yが自己の商号使用を許諾したのと同視できる程度の外観を作出したものと認めるに足りない」とし、Yがテナント店にはテナントの店名を記載した吊り看板を設けさせ、館内表示板では、直営売場とテナント店を区別して、テナント店については、店名を青文字で表示し、テナントのAにおいても店員は

Yの従業員の制服や名札を着用することなく、独自に代金の支払いを受けてAの店名を記載した領収書を発行し、包装紙や代済みテープもYのものとは異なるものを使用していたことを総合勘案して、Yの直営売場とテナント店の営業主体の識別のための措置は一応講じられていたとした。

そこでX等が名板貸の類推適用を否定した事実認定に経験則に反した違法があり、それが判決に影響しているとして上告した。

(3) 最高裁平成7年11月30日第一小法廷判決(平成4年(オ)第1119号損害賠償請求事件,民集49巻9号2972頁,判例時報1557号136頁,判例タイムズ901号121頁)

【判旨】 原審の判断は是認できないとして破棄差し戻した。「原審の確定した事実関係によれば、・・・本件店舗屋上の一部においてペットショップを営んでいた・・・、本件店舗の外部には、忠実屋の商標を表示した大きな看板が掲げられていたが、テナント名は表示されていなかったというのであり、本件店舗の内部においても、・・・屋上案内板や右階段の踊り場の壁には、「ペットショップ」とだけ表示されていて、その営業主体がYであるかAであるかは明らかにされておらず、そのほか、Aは、Yの黙認の下に、契約場所を大きくはみ出し、四階から屋上に上がる階段の踊り場等に値札を付けた商品を置き、契約場所以外の壁に「大売出し」と大書した紙を何枚も張りつけるなどして、営業をしていたというのである。これら事実は、買物客に対し、Aの営業があたかもYの営業の一部門であるかのような外観を与える事実といえることができる。」

買物客が営業主体を外観上認識するにつき、どのような影響を与えるかについて検討する。(一) ペットは、その性質上、スーパーマーケット販売方式になじまないものであるが、このことから買物客が営業主体を外観上区別することができるとはいえない。(二) Aの従業員はYの制服等を着用

していなかったが、営業主体が同一の売場であっても、その売場で取り扱う商品の種類や性質によっては、他の売場の従業員と同一の制服等を着用していないことは、世上ままあり得ることであって、このことも買物客にとって営業主体を外観上区別するに足りるものとはいえない。(三) AのレシートにはAの名称が記載されていたが、目立ちにくい上、買物客も大きな注意を払わないのが一般であって、営業主体を区別する外観としての意味はほとんどない。(四) AはYと異なる包装紙や代済みテープを使用していたが、両者の営業を外観上区別するに足りるものとはいえない。(五) Aのテナント名を書いた看板、本件店舗館内表示板には、テナント名のみを色で区別して記載しているにすぎないから、買物客に対し営業主体の区別を外観上明らかにしているものとまではいい得ない。してみれば、これら事実を、総合してみても、買物客にとって、Aの売場の営業主体がYでないことを外観上認識するに足りる事実ということとはできない。

「3、一般の買物客がAの経営するペットショップの営業主体はYであると誤認するのやむを得ないような外観が存在したというべきである。そして、Yは、本件店舗の外部にYの商標を表示し、Aとの間において、出店及び店舗使用に関する契約を締結することなどにより、右外観を作出し、又はその作出に関与していたのであるから、Yは、商法二三条の類推適用により、買物客とAとの取引に関して名板貸人と同様の責任を負わなければならない。」

## 2. 商法23条名板貸人の要件認定と本判決の事実認定の指向するもの

本件は、商号の名板貸がなされていた事例ではない。しかし、諸事実である(一)販売方式の相違、(二)Yの制服等を着用していなかったこと、(三)レシートにAの名称が記載されていたこと、(四)AはYと異なる包装紙や代済みテープを使用していたこと、(五)Aのテナント名を書いた看板、本件店舗館内表示板での表示、さらに本件店舗の外部にYの商標を表示していても、「これら事実を、総合してみても、買物客にとって、Aの売場の

営業主体がYでないことを外観上認識するに足りる事実ということはできない。」として、「ペットショップの営業主体はYであると誤認するのやむを得ないような外観が存在したというべきである。」と判断した。原審の判断である「総合勘案して、Yの直営売場とテナント店の営業主体の識別のための措置は一応講じられていたとした。」とは正反対の法的評価をしたことになり、最高裁判決では、上記のような営業上の区別努力では、第三者への誤認防止には十分なかったといことになる。

商法23条名板貸人の要件は、名板貸人が、自己の名称を使用して営業をなすことを他人(名板借入)に許諾したこと、名板貸人が真実の営業主と誤認して取引をしたことについての保護に値する事由があり、名板貸人のそのような外観創出に関する帰責事由(名板貸人の名称許諾による外観の構成にその帰責性は基づいているとされる。米沢明・私法判例リマークス1993下91頁以下)である。

商法23条の類推適用する要件として原審の認めた事実は、Yに於いて買い物客がそのような誤認をするのやむを得ない外観を作出し、あるいはAがそのような外観を作出したのを放置、容認していたものと認められ、Yに商法23条にいう商号使用の許諾と同視できる程度の帰責事由が存することについて当事者間で争いが無い。そのため、本件Yに要件を満たす事実が認められるかどうかにかかわらず、原審と最高裁の判断の異なりは、基本的に、このような名板貸における確定した事実の評価という問題がある(永井和之、ジュリ平成7年重判解1091号79頁以下)。

### 3. 「黙示」の承諾認定のための外観の認定

商法23条の上記諸要件は、事実としてそれぞれに独立して認定されるべきであり、かつその法的評価はそれぞれ相互の密接な関係から判断されなければならない。名板貸人の帰責事由である「黙示」の承諾は、法的な評価であり、不作為が黙示の許諾に該当するかどうかは、不作為で放置することが社会通念上妥当ではなく、積極的にそのような外観を排除する義務

を負うと解されるときに認められ、名板借人の保護に値する事由である過失の問題も法的な評価の問題である（永井，前掲ジュリ1091号79頁以下）。本件の場合、なぜ法的評価として、商号の名板貸がないにもかかわらず外観を作出したのを放置、容認していたものと認められるのか、さらに、Yに商法23条にいう商号使用の許諾と同視できる程度の帰責事由が存すると認められたか。

そこで問題になるのが、外観上の事実を社会通念から、黙示の許諾がなされたとする理解は、どのように解釈されるべきかということになる。それが下記の企業形態のあり方への考え方である。

## 二 新企業形態とその外観への 消費者信頼保護による名板貸責任の成否

### 1. 名板貸規定適用の背景

企業形態の多様性と企業経営の変化は、旧来型のデパートやスーパーマーケットなどの大型店舗やテナント店を人居させる複数商人の集合体としての統合された合理的経営形態は言うに及ばず、経営リスク管理と資産の合理的活用などの要請から、内容が多様化しつつある。またその営業形態の多様性から、経営主体への外観への信頼も多様に考察する必要がある。そのため旧態の経営形態への信頼のみに正当性を見出し法的保護の根拠を置くことには、外観法理の現代的法的保護機能を望めないものとなり、外観法理の事実上の退歩となるものである。そのため、多様な経営形態とそれへの信頼を考え、また保護されなければならない。特に企業とは比較できない情報量しか持ち合わせない消費者取引保護の観点からも、その保護の必要性を考察される必要がある。商人間の契約形態ではなく、外観法理形成の在り方から考え、消費者が信頼し認識する企業営業外観によって、名板貸人の営業外観が名板借人によって形成され、その形成された外観への信頼保護が商法23条で保護されるものであると思われる。本件でも第一

審の認定によると、「Aの営業はあたかもYの営業の中に組み込まれその一部となっているかの如き外観を呈し」Yの店舗の来客がAの営業をYの営業であると誤認したとして商法23条の法理に革づいてYに責任を課している。

複合企業体の統一された経営体としての営業形態の場合には、多種にわたる雇用形態の店員が混在し、直営の営業とテナント店の営業を外観から区別することは至難である。商法23条は消費者にこのような複合的企業形態かそれとも単独の商人の企業形態かの判断力を要求し、消費者はその判断により商品購入等をするという消費者行動をとるものだろうか。また、その判断で結果が左右される規定であろうとも思われない。保護されるべき理由は、企業取引の場において要求される注意義務が課されるのと同じ立場にはなく、消費者取引の場における消費者の企業営業体への信頼として保護される必要性があり、企業形態による変動、複雑化への認識の有無によって消費者が保護され、また保護されないということには賛同できないことによる。

また、商法23条の要件の名板貸人の営業と認められる外観を認定する際の社会通念については、一般論としても厳密に解するよりかなり緩やかに解すべきではないだろうか。これは企業間取引において名板貸人の責任を認める要件論でもいえることであるが、消費者を相手にした取引においてはなおさら認めるべきである。このように名板貸人の営業と認められる外観には、かなり強弱があるといえるといえる（米沢前掲私法判例リマクス91頁以下は、要件との相対的な関係を指摘される）。さらには「名板貸人が積極的に外観上営業主と認められる状況を創出しておきながら、それを信頼して（名板貸人を営業主と誤認して）取引引きした者にわずかな過失があるからといって、その責任を免れるということは正義に反する。よって、誤認して取引引きした者がどこまで保護されるかは、名板貸人の帰責事由とも相関関係がある。そのような判断の中で、保護に値しない過失があるという場合が、重過失とされるべきである。よって、誤認して取

り引きした相手方にこのような意味での重過失が認められる場合は商法23条では保護されないということになる。」（永井，前掲書）。「出店及び店舗使用に関する契約を締結することなどにより，右外觀を作出し，又はその作出に関与していた」につき，テナント契約の締結をもって当然にYに外觀作出の帰責事由を肯定していると見る（池野千白「テナント契約」現代企業取引法150頁）には躊躇を覚える。外觀法理の補強としての効果は持とう（緻密さを欠くとの批判として野口恵三，NBL595号55頁）。テナント契約に基づくスーパーの支配的地位と一般消費者保護の要請が実質的根拠となっているのではないかともしうる（神作裕之「名板貸責任の要件」法学教室216号15頁以下）見解もある。

## 2．新企業形態の名板貸規定適用の架橋機能

企業主体を誤認した第三者が一般消費者の場合は，保護に値する信頼の程度について特別の考慮が必要な場合があり，一般消費者はむしろ製造者や商標に関心を抱き，営業主体がだれであるかについて注意を払わない場合も少なくないと思われるからであるとし，また特約店契約，フランチャイズ契約，テナント契約など，新しいタイプの流通・販売形態では名板貸責任が生じうるかが問題となり，とくに，前二者の場合には，商号やサービス・マークを貸与して特約店あるいはフランチャイジーに営業を行わせる形態もあるため，形式的には名板貸にあたる場合もあるとされる（日本フランチャイズチェーン協会，フランチャイズ・ハンドブック（第四版）96頁参）。特約店契約およびフランチャイズ契約では，特約店等が商品提供者の商号・商標やノウハウを使用し，同一のイメージ・統一的な統制の下に営業を行い，一定の加盟金を対価として支払う。これらのタイプの契約において一般的に名板貸責任を問われるということになると，独立の営業主体間で右のような契約を結ぶ趣旨が没却されるおそれがあり，商品提供者からの強力な監督・指導が行われることになりかねない。したがって，これらの契約については，社会的認知度に大きく依存することであるが，

安易に名板貸責任を認めるのではなく、独自の法理を発展させてゆくのが望ましいと考え(神作裕之「名板貸責任の要件」法学教室216号15頁以下)名板貸規定適用の架橋的役割を主張する説がある。新しい法理の発見は望ましいものではある。当面の問題は消費者の誤認する複合的企業営業主体への外観信頼であり、特別に複合的企業体に過重な責任を負わせているものではなく、新しい複合企業体による統一的企業経営形態により利潤を確保するという企業行動への外観の信頼をどのように扱うかであり、企業経営における統一的経営を行おうとする契約の存在ではない。契約の存在は上記のように企業主体外観認知への補強となはなるものと思う。

### 三 営業譲渡にみる商号関連規定の類推適用

前記においては、新企業形態である複合企業体による統一的経営主体表示の外観への信頼保護を、商号の明確な名板貸がないものの名板貸規定の類推適用により実現した判例を見た。そこでは商号が表わす営業主体は、伝統的には単一の商号ではあるが、必ずしも複合的経営方式を単一の商号で表わす場合にも、その商号への適用を排斥するものでないことが確認され、商号の持つ意味の広がりや判例は示した。さらに以下においては、商人表示機能は商号だけに限られず、商号類似の営業主表示への商法規定適用拡大を「名称」にまで容認し、さらに営業譲渡規定を営業の賃貸、委任へと類推適用し、情報量の少ない消費者を共通して保護している。商法規定と消費者保護との調整が行われている。以下検討する。

#### 1. 「商号」からゴルフクラブの「名称」続用への類推適用

商号の譲渡における商法上の第三者保護の効果が、「名称」の続用によって、同じ効果が容認されるか否かは、商号への外観信頼保護の必要性を考え、要件としての商号の持つ意味が検討されなければならない問題である。そして、下記判例はゴルフクラブの名称続用について、商号規定の

類推適用を容認した最初の最高裁判決である。

(1) 最高裁平成 16・2・20 第二小法廷判決，破棄差戻（平成14年（受）第399号，預託金返還請求事件。判時1855号141頁，判タ1148号180頁。原審大阪高判平成 13・12・7 平成13年（ネ）第2776号。金融法務事情1710号49頁以下（No1710 2004，6，25），第1審神戸地判平成13年7月18日金判1195号34頁，本件評釈拙稿琉大法学74号）。ゴルフ場の営業の譲受人が譲渡人の用いていた預託金会員制のゴルフクラブの名称を継続して使用している場合における譲受人の預託金返還義務の有無。

【事実】

訴外 A 社は，ゴルフ場（以下「本件ゴルフ場」という）その他のスポーツ施設の運営等を目的とする株式会社で，「淡路五色リゾートカントリークラブ」（以下「本件クラブ」という）というゴルフクラブ名を用いて預託金会員制のゴルフ場を経営していた。Y 会社（被告・控訴人，被上告人）は，A 社から本件ゴルフ場の営業を譲り受け，それ以降，A 社の商号は用いていないものの，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。なお，Y が上記営業を譲り受けるに際し，A 社が本件クラブの会員に対して負担している預託金返還債務の引受けをしたという事実は認められない。

X は，平成元年 8 月，A 社に対し，1300 万円を預託し（以下，この預託金を「本件預託金」という），本件クラブの正会員の資格を取得した。X は，本件ゴルフ場の営業を譲り受け，本件クラブの名称を継続して使用している Y は，商法 26 条 1 項の類推適用により，本件預託金の返還義務を負うべきであると主張して，本件預託金および遅延損害金の支払を求めた。

第一審は，X の上記主張を認め，その請求を認容したが，原審は，X の上記主張を採用せず，審判決を取り消した上，X の請求を棄却した。すなわち，預託金の返還はゴルフクラブからの退会に伴う清算手続の一環であり，会員の抛り所となるのは商号によって表象される経営主体で

あって、当該クラブの名称によって表象されるブランドではないとして、預託金返還債務について、ゴルフクラブの名称の続用をもって商法26条を類推の基礎とすることを否定した。そこで、Xの上告への判決が、本件最高裁判決である。

【判決要旨】 破棄差戻。

「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表示するものとして用いられることが少なくない。本件においても、前記の事実関係によれば、Aから営業を譲り受けたY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。このように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、無理からぬものと言うべきである。したがって、譲受人は、上記特段の事情がない限り、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。」

## 2. 債務承継の標識としてのゴルフクラブの名称と商法26条1項類推適用

### (1) 商号続用と債務承継の連動

本件は、預託会のゴルフクラブが設けられているゴルフ場の営業譲渡がなされ、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

している場合、譲受人が、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か否かが争われた事案であり、本最高裁判決は、初めてこれに対し、商法26条1項の類推適用により預託金の返還義務を負うとしたものである。

Yが上記営業を譲り受けるに際し、A社が本件クラブの会員に対して負担している預託金返還債務の引受けをしたという事実は認められていない。商法上の営業譲渡は、特定承継にて債務については当事者間の契約により定まる性質のものであるが、商号の続用がない場合には、債務の引き受けがないのが法制度であり（商26条以下）、譲受人が債務を引き受けるには一定の法的手続を要求している。営業譲渡において商号の続用がある場合には、商号による続用は営業主体の変更が、外部から認識できず、営業主体の継続を表示することにもなり、第三者の不測の損害を与えかねない、あるいは、営業主体の変更を知っていても営業債務の引き受けがあったものと信頼するだろう、さらには企業担保説による説明の下、債務引受を肯定する商法26条1項についての解釈がある（池野千白，中京法学37巻3・4号参）。通説・判例（最一小判昭29・10・7民集8巻10号1795頁・判例時報36号17頁，最一小判昭47・3・2民集26巻2号183頁）は、営業譲渡がされ、譲受人が商号を継続使用する場合、譲渡人の営業上の債権者が、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、仮に営業主体の変更があったことを知っていたとしても、このような債権者の信頼を保護するため、譲受人の弁済義務を定めたものと解しており外観法理に立脚している立場をとっている。

## (2) 「商号」の続用から「名称」の続用へ

連帯責任肯定の前提は、「商号」の続用を前提とするが、「商号」にかわる「名称」が商号と同じ役割、機能を果たしているか否か、営業主体としての表示機能が否かが問題となる。ゴルフ場の営業主体である企業は、その商号とは別にゴルフクラブの名称を営業上使用することが多く、ゴルフクラブの会員が人会に当たりゴルフクラブの名称に寄せる信頼は多いとさ

れる。

本判決が言い渡される前の下級審裁判例は、ゴルフ場の営業譲渡がされ、譲受人がゴルフクラブの名称を継続して使用している場合には、従前からの会員は、譲受人に対し、商法26条1項の類推適用により、預託金の返還を請求することができるとするもの(東京高判平14・9・26判例時報1807号149頁、大阪地判平6・3・31判例時報1517号109頁等)と、商法26条1項の類推適用をするためには、単にゴルフクラブの名称の継続使用があるだけでは足りず、商号の同一性、類似性をも考慮して商号の継続使用と同視することができるか否かを検討する必要があるとするもの(東京高判平14・8・30金融・商事判例1158号21頁、東京地判平13・3・30判例時報1770号141頁等)に分かれていた。

また、学説においても、ゴルフクラブの名称の継続使用がある場合に、商法26条1項の類推適用を肯定する説(山下・前掲42頁、近藤光男「ゴルフクラブの名称と商法二六条一項における商号」私法判例リマックス2002(下)84頁、仮屋広郷「営業譲受人の責任」『現代裁判法大系(16)』88頁等)と否定する説(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」ジユリスト1119号144頁等)が対立していた。

### (3) 脱法的行為に対する代替機能としての商法26条1項の類推適用

ゴルフ場の営業譲渡がされた場合、譲渡人と譲受人の間で、譲受人が預託金返還債務等一定の権利義務関係を承継しない旨の約定がされることがあり、その場合、従前からの会員は、譲渡人から預託金の返還を受けることが實際上困難であることなどから、上記約定の存在にもかかわらず、譲受人に対して預託金の返還を求めることが少なくない。こうした場合における譲受人に対する預託金返還請求の法的構成としては、詐害行為取消権の行使や法人格否認の法理の適用等が考えられるが、これらは立証が困難であり実効性に乏しいと指摘されている(山下真弘「ゴルフクラブの名称を続用したゴルフ場の営業譲受人の債務承継が認容された事例」商事法務1497号42頁等)。そのため、ゴルフ場の営業譲渡がされた場合、譲受人が

譲渡人の用いていたゴルフクラブの名称をそのまま継続して使用することがあることから、会員側が、譲受人に対し、比較的立証が容易な商法26条1項の類推適用により、預託金の返還を求める事案が少なからず見受けられる状況にあったとされている。さらには、実効的な解決を得るべく、法理による裏づけと具体的な規定の商法条文とによる解決は、脱法的行為に対する機能的役割を有しているかもしれない。

問題の多い営業譲渡関係につき、法人格濫用事例がある。第三者異議の訴えの原告の法人格が執行債務者に対する強制執行を回避するために濫用されている場合には、原告は、執行債権者と別個の法人格であることを主張して強制執行の不許を求めることは許されないとして、第三者異議の訴えの原告についての法人格否認の法理の適用をした最高裁判決平成17・7・15（第2小法廷，上告棄却，平成16年（受）第1611号第三者異議事件，原審東京高判平成16・6・23平成16年（ネ）第727号金融法務事情1761号39頁以下）がある。1，2審とも「A社（ゴルフクラブ運営）は，X（A社関連会社のB社からゴルフ場の運営業務を委託されている）をその意のままに道具として利用し得る支配的地位にあり，本件ゴルフクラブの多数の会員がA社に対して預託金の返還を求める訴えを提起し，その勝訴判決に基づいて強制執行に及ぶことを予想して，これを妨害するという違法不な目的でXの法人格を濫用している」とした上，本件訴えにおいて，Xの法人格は否認されるべきであるとして，Xの請求を棄却すべきものと判断した。さらに，法人格否認の法理を理由に商法26条1項を類推適用した判例に，大阪高判平成14・6・13（平成13年（ネ）第3457号，判例タイムズ1143号283頁）があり，法人格否認の法理を背景に，経営委託を実質的に営業譲渡として，商法26条1項の類推適用している。

#### （4）ゴルフクラブ「名称」続用への責任

ゴルフクラブは，一般的には，権利義務の主体となり得る独立の法的地位を持たず，権利主体であるゴルフ場経営会社のもとで，これに代わって，ゴルフ場経営会社の所有にかかるゴルフ場について，会員の入会および退

会その他ゴルフ場の運営および管理の面についてのみの諸活動をしているものに過ぎず、理事長は、ゴルフ場経営会社の代行機関として、この活動を行っているものと考えられている（井上繁規「ゴルフ場をめぐる裁判例の動向」銀行法務21,610号71頁等）。そして、ゴルフ場の営業、その利用については経営会社名よりもゴルフクラブ名が前面に出ることが多く、会員にとりゴルフクラブの名称は、ゴルフ場の営業において重要な役割を果たし、一般に当該ゴルフ場の施設をも表示するものとして理解されているとされる。このような点から、ゴルフクラブの名称は、通常の場合、当該ゴルフ場を経営する営業主体（ゴルフ場経営会社）を表示するものとして用いられているとすることができるであろう。

このように、ゴルフクラブの名称も、通常の場合、ゴルフ場経営会社がゴルフ場の営業において自己を表すために用いるものであり、ゴルフクラブの名称が商号と同様に営業主体を表示する機能を果たしているというのであれば、ゴルフ場の営業譲渡がされ、譲受人がゴルフクラブの名称を継続使用する場合にも、商号の継続使用があった場合と同様に、譲渡人と入会契約を締結した会員が、同一の経営会社による営業が継続しているものと信じたり、仮に経営会社の変更があったことを知っていたとしても、譲受人による債務引受がされたものと信ずることは無理のないことであると言える（この場合に悪意というべきか否か）。もっとも、ゴルフ場の営業譲渡がされた場合において、ゴルフクラブの名称が継続使用されたとしても、営業譲渡後、譲受人が直ちに従前の会員のゴルフ場施設の優先的利用を拒否する態度に出た場合には、従前の会員としては、営業譲渡がされたことを知らなかったとしても、遅くともその時点では営業譲渡がされたことを知るようになるであろうし、かつ、譲受人が預託金返還債務を引き受けたものと信頼することもないのが通常であろう。なぜならば、ゴルフ会員権の柱となる権利のうちの一方が否定された以上、他方も否定されるのではないかという疑念を抱くのが合理的だからであるといわれる。以上によれば、ゴルフ場の営業譲渡がされ、譲受人がゴルフクラブの名称

を継続使用している場合には、上記のような特段の事情がない限り、商法26条1項を類推適用して、会員の譲受人に対する預託金返還請求を認めることが相当であると考えられる。

民商法の分野では、従前から外観法理等に立脚する善意者保護の規定を類推適用することにより、その適用場面を拡張する判例理論が展開されてきたことは周知の事実である（商法26条1項と同様に外観法理に立脚する商法23条を類推適用して、外観を信頼した者の外観作出者に対する損害賠償請求を肯定したものととして、最小判平7・11・30民集49巻9号2972頁、判例時報1557号136頁）。本判決もこうした判例の流れに沿うものと評価することができよう。本判決は、下級審判例および学説において対立があった上記論点につき、最高裁として初めての判断を示したものであり、実務に与える影響は大きいものがあると考えられる。

#### **四 営業譲渡から営業賃貸、 委任への商法26条1項類推適用**

##### 1. 商法26条適用の前提と企業再生の観点

###### (1) 商法26条の基本的適用対象範疇

「商法26条1項が、譲受人の従前の営業によって生じた債務について、譲渡人の商号を継続使用する譲受人に債務弁済の責任を負わせた趣旨は、商号の継続がある場合において、譲渡人の営業上の債権者から営業主体の交代を知ることができないため、又はその事実を知っていたとしても、譲受人が当然債務も引き受けたと考えがちであるため、債権の保全のための措置を講ずる機会を失うことが多いことから、譲渡人の債権を保護しようとしたものであると解される。ただ、この規定は、商法第4章の商号について定める部分に置かれて、上記の趣旨で規定されているのであるから、同条項の準用ないし類推適用に当たっては、商号の同一性、類似性を考慮して、商号の継続使用と同視することができるか否かの観点から検討すべきで

あることはいうまでもない。」(東京高判(控訴審)平成14・8・30)は、基本的な法条文への解釈であると思う。さらには、条文上「営業譲渡」における商号(「名称」につき前掲最判平成16・2・20)の続用存否による債務承継についての規定であるが、形式的法整合性が経営の委任、経営の賃貸が包含されることはないと思われる。

## (2) 清算方式でない再生法的選択

営業譲渡は清算のためだけに利用される法的手段ではない。それ自体企業再生の方式でもあり、資産の整理を行うという方法を企業経営のなかでどう戦略的に組み込み営業譲渡を効果的に行うかも経営再生の1つの選択ではある。また、営業の委任、賃貸も同様に資産を留保し企業再生を図り、自己の企業経営の経営手腕の脆弱さを、また新しい経営イノベーションをもった経営者など他の経営専門家に委託し、あるいは巨大な投下資本を投入しないで経営委任、賃貸により経営権を取得できる可能性を残すことは、限られた条件の中で、経営の継続と収益を図る経営戦略の選択である。営業から離脱する場合には、債務の承継の存否が問題となる。法的には商号を介してその債務の存否を考える法制度を取っている。とはいえ商号と債務の連動の必然性には疑問に思われるところもあるが。しかし、経営の離脱でない場合には、企業の営業の留保をしている以上、債務の承継はないことになる。

経営資産を「譲渡」する場合と、経営の委任、経営の賃貸により資産を留保しながら利益の取得を図ることは企業再生の機会をうかがうということが考えられるため、営業者が営業委任、賃貸をする場合に、債権者が、その経営の根幹になる資産を差し押さえ、競売するなど、法的手段により資産活用を阻止することになれば企業再生を阻害することにもなる。

## 2. 判例にみる営業賃貸、委任への商法26条1項類推適用の存否

### (1) 商法26条1項類推適用否定判例

東京高判平成14・8・30平成14年(ネ)第677号(第1審東京地判平

成13・12・20平成13年（ワ）第9616号）金融・商事判例1158号21頁。預託金会員制ゴルフクラブの会員である被控訴人が、控訴人らに対し、10年間の据置期間が経過した等として、本件正会員資格保証金800万円の償還を求めたところ、経営委任者と経営受任者の商号とゴルフ場の名称が明らかに異なっており、他の債務者に営業主体の混同をさせるような同一性、類似性があるとは認められないこと、さらに、ゴルフクラブが他に経営を委任し、売上げの85パーセントを受任者が報酬として取得するものとされているにもかかわらず、会員にゴルフクラブの経営状況を理解させ、委託者が引き続きゴルフクラブを経営できるようにする目的で会員の協賛の下に行われた措置である場合には、受任者が委任者と同一のゴルフ場の名称を使用することにより債権者による営業主体の混同、債務承継の誤信等が生ずることはないから、受任者が商法26条1項の類推適用により委託者の預託金返還債務を負担するものとは認められないと判示している。

また営業の賃貸借と認めるのが相当であるが、契約上の期間も10年と長期であり実質的には営業の譲渡と判断した判決がある。

東京高判平成13・10・1（平成13年（ネ）第2529号，第一審東京地判平成13・4・11平成11年（ワ）第26624号，判例時報1772号139頁，金融・商事判例1129号13頁）。訴外会社が開設したゴルフ場の会員で、同社に対して預託金返還請求権を有している被控訴人が、同社からゴルフ場の経営を引き継いだ（しかし、経営委任ではなく営業の賃貸借にあたるとしている）控訴人に対し、商法26条1項に基づき預託金の返還または同社と控訴人間の経営引継ぎ契約の取消し及び預託金相当額の価格賠償を求めたところ、一部認容されたため、控訴人が控訴した事案で、本件各契約に基づく訴外会社と控訴人の法律関係は営業の賃貸借と認めるのが相当であるが、契約上の期間も10年と長期であり、将来訴外会社が再び自ら本件ゴルフ場の運営を行う可能性はほとんどないものと考えられることからすれば、実質的には営業の譲渡と極めて類似するものといえることができ、商法26条1項が類推適用されるものと解するのが相当であるとした事例である。以下

のことが、判決において事実認定されている。控訴人は、各契約に基づき、訴外会社から、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、以後自己の名義及び計算においてその運営を行い、他方、本件ゴルフ場の営業に最も重要な財産である土地建物については控訴人が訴外会社から期間10年で賃借し、控訴人が本件ゴルフ場の運営を行う期間も10年とされている。

(2) 商法26条1項類推適用肯定判例

判例の状況は、預託金返還についてゴルフ場営業の賃貸、経営委託についても商法26条1項の類推適用を認め、返還請求を容認するものが近時多いようである。

東京地判平成16・8・31(平成15年(ワ)第27547号 金融法務事情1754号91頁。営業の包括的賃借、当該名称の続用)。Tという名称のゴルフクラブが設けられている同名のゴルフ場を経営するT社に対して預託金返還請求権を有する原告らが、被告に対し、T社からTという名称のゴルフ場の営業を包括的に賃借し、当該名称を継続して使用しているなどとして、商法26条1項の類推適用等に基づき、預託金の返還を求めた事案で、営業の譲渡の場合と同様に、ゴルフ場の営業の包括的賃貸借においても、賃借人が賃貸人の用いていたゴルフクラブの名称を継続して使用するときには、商法26条1項が類推適用されるとして、請求を認容した事例。

なぜ包括的賃貸に、商法26条1項が類推適用されるのか。判旨によれば、まず第1には、譲渡人が用いていたゴルフクラブの名称を譲受人が続用しているとき、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か、又は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から、譲受人は、上記特段の事情がない限り、商法26条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(最判平

成16年2月20日第二小法廷判決・民集58巻2号367頁）。そして、第2に、ゴルフ場の営業の包括的賃貸借においても、賃借人がその営業の主体となり、その営業から生ずる権利義務の帰属者となる点において、営業の譲渡と基本的に変わりはないから、賃借人が賃貸人の用いていたゴルフクラブの名称を継続して使用するときには、これに対する会員の同様の信頼を保護すべき必要があり、商法26条1項が類推適用されると解するのが相当である（東京高判平成13年10月1日、金融・商事判例1129号13頁、同裁判所同年9月26日判決、判例時報1807号149頁参照）としている。

「賃借人がその営業の主体となり、その営業から生ずる権利義務の帰属者となる」点については、本件事実で、被告人は自己の名において本件ゴルフ場の運営を行い、売上金を取得し、固定資産税を含むその運営に要する経費の一切も自ら負担することとされている。そして従業員をTゴルフから引き継いで雇用し、その什器備品をFから賃借し、その土地建物を占有使用し、信販会社との加盟店契約も自己の名義で新たに締結するなどして、Tゴルフに代わって本件ゴルフ場の運営に当たっており、自己の名義及び計算で本件ゴルフ場を経営している。基本的にTゴルフは本件ゴルフ場の運営には関与することはなく、また関与し得る態勢にもないとしている。

東京地判平成16・4・14（平成15年（ワ）第11753号。判例時報1867号133頁、野口恵三、NBL799号92頁）。本件ゴルフ場の会員である原告が、訴外会社から営業委託契約に基づき本件ゴルフ場の営業を受託した被告に対し、被告は本件ゴルフ場の名称を続用しているから商法26条1項の類推適用を受けるとして、原告が入会の際に訴外会社に預託した預託金の返還を求めた事案で、被告は本件ゴルフ場の営業の包括的な賃貸借を受けたものであり、営業の賃貸借においては、営業の賃貸人が外部に対してその営業の主体となり、その営業から発生する権利義務の帰属者となる点においては営業譲渡と異なるところはないから、営業の賃借人が賃貸人の称号を続用する場合には商法26条1項の類推適用を受けるとして、請求を認容し

た事例である。

なぜ、営業委託が、譲渡規定を類推されるのかについて、争いのない事実等によれば、被告は、本件ゴルフ場の売上をすべて収受し、必要経費を支払って営業をしており、本件ゴルフ場の営業は、被告に移転したものである。営業の賃貸借においては、営業の賃貸人が外部に対して、その営業の主体となり、その営業から発生する権利義務の帰属者となる点においては、営業譲渡と異なるところはないから、営業の賃借人が賃貸人の商号を続用する場合には、商法26条1項の類推適用を受けると解すべきであるとしている。また、ゴルフクラブの名称は続用されている。

東京地判平成16・1・15(平成15年(ワ)第10019号,金融法務事情1729号76頁)。ゴルフ場経営会社に対する預託金返還請求権を有する原告が、同社から営業財産の一部を賃借し、経営の一部を受託した上で同会社の商号と類似するゴルフクラブの名称を用いて営業している被告に対し、商法26条1項の類推適用を主張して、前記債務の履行を求めた事案で、ゴルフクラブの名称がその経営主体の商号と同一ではないとしても、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しているといえるから、商法26条1項の類推適用を肯定でき、また、同条項の立法趣旨中、譲渡人に対する債権の担保財産たる営業財産の移転からの保護という点に照らせば、一般論として、営業を目的とする譲渡に限らず、これを目的とする賃貸借、委託といった法律行為についても、その類推適用を認めるべきであるとして、請求を認容した事例である。

なぜ賃貸借、委託法律行為についても、その類推適用を認めるべきかについて、第1は、名称の続用使用。第2は、債権の担保財産たる営業財産の移転からの保護をあげている。「債権の担保財産たる営業財産の移転からの保護」とは、どのような意味なのか。

判旨は以下のように判断をしている。「商法26条1項の趣旨は、商号続用の場合には、営業主の交代があったことを知らないか、あるいはこれを

知っていたとしても、譲受人による債務引受があったものと考えられる可能性が高く、譲渡人に対する債権保全措置を講ずる機会を失うおそれが大きいことから、かような債権者の信頼を保護することにあると解されるが、同項が譲受人の弁済義務の発生要件として債権者の善意を要求していないことに照らせば、営業財産の移転により譲渡人に対する債権の担保の減少の回避といった側面もあることもまた、否定できないというべきである。そして、営業上使用される名称が営業の主体を表示する機能を果たしている場合には、たとえそれが商号そのものではなくとも、商法26条1項の趣旨が及ぼされるべきといえる。」

また、なぜ、営業の賃貸借、委託といった営業譲渡以外のケースについても、商法26条1項の類推適用が可能かについて。営業の賃貸借、委託の場合には、「譲渡人が「営業」という名の財産に対する所有権自体を喪失することはない。しかしながら、「営業」を他人に賃貸したりその管理、運営を委託したりすれば、「営業」そのものを経済的に活用する主体が交替するわけであって、その結果、「営業」の積極財産としての価値、とりわけその収益力に基づく価値に変化が生じ、あくまで事実上ではあるが、「営業」に対する所有権者で有り続けるところの譲渡人が保有しているところの、引き当て財産（責任）の範囲が減縮されてしまう危険が生じることになり、場合によっては、「営業」の賃貸借又は委託が終了した後所有権者に返還される「営業」の経済的価値が大きく低減されてしまう危険もあるといえるのであって、かように考えれば、「営業」の譲渡であっても、賃貸借又は委託であっても、「営業」の所有権者に対する債権者が被る影響は、程度の差異はあるにせよ、少なからぬものがあるといえる。したがって、そのような賃貸借又は委託については、賃借人又は受託者に対し、債権者を保護するための法的手当をすべき要請が高い。そして、前述したところの商法二六条一項の立法趣旨中、譲渡人に対する債権の担保財産たる営業財産の移転からの保護という点に照らせば、一般論として、営業を目的とする譲渡に限らず、これを目的とする賃貸借、委託といった法

律行為についても、その類推適用を認めるべきである。」としている。

しかし、この見解については、多少疑問を覚えざるを得ない。長期期間の営業の賃貸、委任や、事実上の支配力が賃借人や受任者に取得されているという場合には、前記 東京高判平成13・10・1のように契約上の期間も10年と長期であり実質的には営業の譲渡と判断される場合は類推適用に同意するが、「営業」に対する所有権者が保有する引き当て財産（責任）の範囲が減縮されてしまう「危険」が生じるか否かは、不確定のようにも思える。そのように解すれば、経営者の経営判断による企業存続のための他の法的方法は選択できなくなり、清算型の営業譲渡だけが許されることにならないだろうか。

### (3) 商法26条1項類推適用肯定の条件

営業の委任者、賃貸人の名称が、営業の受任者、賃借人に続用されている場合には、企業の活動への外観法理信頼により債務承継がなされるとの理由付けが、上記諸判例の基本的立場である。またなぜ、商号関連規定が「譲渡」でない法形式の場合にも、適用されるかについては、賃貸期間が10年長期で譲渡と同じと判断されたり、形式的には賃貸や委任とはいえ実質的に営業支配権を取得されている状態の場合には、返還される予定も無い場合も、商法26条1項が類推適用されている。これらを見れば、当然に、法的内容が異なる営業賃貸、経営委任にまで単純に広げたものではないことが理解できる。しかし、法的選択によって、債務の承継を断絶するための営業譲渡の商号非続用の場合、あるいは債務の引継ぎ拒否（26条2項）の濫用に対し、事実内容に応じて実効的な解決を得るべく、代替機能としての商法26条1項の類推適用は大いに機能しているものと思われる。しかし、本来そのような規定なのかどうか、改めて同規定の役割を検討しなければならぬものと思う。消費者としての債権者の保護は、本規定の役割なのか、また含ませるのかをも検討しなければならない。

法26条1項の趣旨について債権者の主観的要件として善意が要求されるか否かは、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

な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（最判昭和 29・10・17 民集 8 巻10号1795，最判平成16年 2月20日判決）との外観保護規定であれば、善意の要件は要求されることになろう。しかし、ほとんど判例に現れることはない（判例として、東京地判昭和 49・12・9 金融商事判例448号17頁。森宏司「営業譲渡における商号統用者責任の要件（下）」銀行法務639号22頁参）が、同種のゴルフ事件についての第三者異議の訴えの原告についての法人格否認の法理の適用をした前掲最高裁判決平成 17・7・15 のように、また、前掲東京地判平成 16・4・14（「本件営業委託契約には、債権者から商法26条 1項により責任追及を受けることを予測し、これに対抗するための条項が存在するのであり、この点からみると、被告は商法26条 1項による責任負担につき悪意である」）のように、脱法的な事例での脱法とは証明しにくい代替的機能として商法26条 1項の類推適用がされている場合には、少なくとも通常の外観信頼への主観的要件を要求するには躊躇を覚える。