OUKA
The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	事業譲渡における商号続用者責任と債務引受広告 : なぜ商号続用基準なのか
Author(s)	山下, 眞弘
Citation	阪大法学. 2024, 74(2), p. 131-155
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/97625
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

特別寄稿

事業譲渡における商号続用者責任と債務引受広告

――なぜ商号続用基準なのか――

山下眞弘

本稿の課題
1　商号続用基準の課題
（1）商号続用責任規制の当否
（2）22条導入の経緯
（3）商号続用責任規制の立法理由
（4）外国法による提言の検討
2　債務引受広告の検討
（1）広告の方法と内容
（2）広告をめぐる紛争防止策
3　詐害事業譲渡と商号続用規制
（1）商号譲渡と商号続用
（2）23条の２と22条の併存
（3）屋号・標章への類推適用
4　会社法22条の存在理由
（1）立法趣旨の再確認
（2）22条は削除か存置か
（3）債務引受の意思表示
今後の課題

本稿の課題

事業譲渡に伴い譲受会社が譲渡会社の商号を続用すると、譲受会社も譲渡会社の債権者に対して責任を負うことになる。これを規制する会社法22条１項の趣旨については、筆者が商号続用者の「意思」を理由とする見解を示して相当

な時を経たが、私見はいわゆる意思説として広く認知され定着してきた。この意思説に対しては、意思の擬制ではないかとの疑問や批判も根強いようである。しかし、22条による規制を前提とする限り意思によって説明するほかなさそうであるが、このような指摘に応えるため、あらためて私見の再点検を思いついた。これが本稿執筆の動機である。また、後に詐害事業譲渡に関する会社法23条の２が追加されたことで、22条は不要となったとする見解も一部にある。さらに、現行法については、なぜ「商号続用」基準なのかとの根本的な問いかけもなされている。以上の指摘については、これまで筆者も検討をしてきたが、この機会にこれまでの解釈論を補い、諸外国の法規制を参考にした近年の立法論も若干検討してみたい。なお、この問題は事業譲渡を舞台とするので、最初に事業の概念について私見の再確認をしておきたい。

事業譲渡は、会社が取引行為として事業を他人に譲渡する行為である。「事業」とは、営業的活動を行いうる生きた財産であり、「有機的一体として機能する組織的財産」をいう(1)。この事業を譲渡することによって、譲渡会社が自己の事業に関して有する権利・義務について、権利を譲受会社に譲渡し、義務（債務）については譲受会社がこれを引き受けるという取引行為が一括して行われる(2)。したがって、譲受会社が譲渡会社の債務を引き受ける場合は、譲受会社が原則として債務引受（民法470条以下）の何らかの意思表示（意思表明）をする必要があり(3)、事業を譲り受けることで当然に譲受会社が債務者となるわけではない(4)。この債務引受の意思の表明と認められる一場面について、譲渡会社の商号続用に係る規定があるものと理解することができる(5)。なお、上記の組織的財産と事業用財産との区別は、とくに重要な一部の場合は、容易ではない(6)。たとえば、昔ながらの駐車場経営に見られるように、土地だけでも営業活動が可能な場合もあり、これについては組織的財産と認められよう(7)。なお、本稿では、会社間における事業の全部譲渡を検討の対象としている(8)。

譲受会社が譲渡会社の債務を引き受けたとされる場合に関して、①会社法22条（商法17条も同じ趣旨）は「商号続用者責任」（無限責任）を定め、②商号の続用がない場合には、同23条で「債務引受広告」が定められており、さらに、事業譲渡に詐害性が認められる場合には、③同23条の２では、「詐害事業譲

渡」に係る残存債権者の譲受会社に対する債務履行請求権（有限責任）が定められている[(9)]。ただし、譲受会社が善意の場合は別である。さらに付言すれば、同22条が会社分割に類推適用されるか否かについても議論はある[(10)]。以上については、それぞれ議論すべき問題点がある。①に関しては、そもそも譲渡会社の債権者が譲受会社に請求するのは、譲渡会社に資力がない場合ではないか。それが、なぜ事業譲渡によって債権者が事業譲渡前に比して有利な立場に立ちうるのか。また、22条の立法趣旨として外観保護を根拠としてきた従来の通説は妥当なのか。これに代えて意思で説明する解釈論が適切ではないか。なお、同条の適用要件をめぐり商号の外延をどこまで拡張できるか。②に関して、この広告の方法と記載内容をめぐり判例でも広狭の対立があるが、譲受会社の合理的な意思解釈として、事業譲受の記載内容だけでは債務引受広告とは認めがたいのではないか。③に関しては、22条と23条の２との棲み分けをどう考えるか、さらには民法の詐害行為取消権との関係についても議論が残されている。

かつて2010（平成22）年開催の私法学会第74回大会では、22条を「詐害的な事業譲渡」に対処する規定として位置づけ直すという議論（あるいは22条削除論とも受け取れる報告）もあった[(11)]が、22条は従来通りの規定として残された。したがって、22条は詐害事業譲渡を規制する23条の２と併存しても齟齬はない。立案者は、このように棲み分けをするものとして、両規定を存置したものと理解することができる。そして、両規定を併存させた結果として、無限責任である22条の方が、詐害性を要件としながら有限責任しか認めない23条の２よりも請求できる範囲が広くなる。ただし、両規定を併存させることで、22条の趣旨をめぐる議論が依然として残された。そこで、22条を削除すべきとの少数意見もあるが、現存する規定の削除を主張する前に、同条の機能を再確認し、同条を活かす工夫も検討して、削除後の手当も十分に考慮しながら、22条の取り扱いを慎重に議論すべきである。

1　商号続用基準の課題

（1）商号続用責任規制の当否

事業の譲受会社が商号を続用すれば、譲渡会社の債権者に対し、譲受会社が無条件で責任を負うとする現行法のあり方に合理性があるのか[12]。しかも、この責任を負うとの原則には例外規定（会社法22条２項、商法17条２項）が用意されており、例外としてその原則が排除される。譲受会社の立場にたてば、商号続用の場合だけでなく「屋号続用」についても、免責登記をしておくのが無難といえるが、商号の外延については商号に限定すべきか拡張を認めるべきかについて議論がある[13]。逆に、商号さえ続用しなければ、譲受会社は譲渡会社の債権者に対し、原則として責任を負わないという扱いが合理的であるといえるのか[14]。これからも「商号続用」の有無だけを基準に結論を左右する現行法の規制を維持するのであれば、本条についてその合理的理由を説明する必要がある。なお、比較法的には、後述するように、商号続用の有無から解放した立法例もある。

（2）22条導入の経緯

2005（平成17）年商法改正（会社法制定）による会社法22条以下および商法17条以下が制定される前の商法旧26条～29条（1938（昭和13）年新設）[15]は、現行の規定と内容に変わりがなく、1897年制定のドイツ商法典25条にならったものである[16]。ドイツ商法典25条の規定を要約すれば、①商号を続用する譲受人は譲渡人の「すべての営業上の債務」について原則として弁済の責任を負う旨定め、②商号の続用がない場合は、譲受人が商慣行的方法で債務引受を公告した場合にかぎり責任を負うと規定している[17]。そして、ドイツで通説とされた「権利外観説」の前段階では、譲受人が商号の続用で旧債務を負う意思の表明をしたと解されていたが、それが擬制的との批判を受けたため、修正した結果、権利外観説が判例でも採用され、これが通説化したという経緯がある。

ところが、このような歴史的経緯のない日本に、ドイツ商法典25条と同様の

規定が当初から外観の保護と理解され導入された。このような事情で商号続用責任規定の趣旨についても、わが国では外観理論（外観法理）を根拠とするのが通説・判例（最判昭和29年10月７日民集８巻10号1795頁）となったが、外観の保護を理由とするのは善意を要件としない22条１項の規定からも説得力に乏しく（同条４項は善意・無重過失）、外観保護説が現在でも通説であるのか疑わしい。とくに外観理論の対象となる典型例とは場面が大きく異なるため、ドイツでも、趣旨説明をめぐっては議論が錯綜している[18]。

筆者は一貫して、外観の保護による説明には懐疑的であり[19]、意思の表明（意思表示）を根拠とした議論を学界に投げかけてきた。商号の続用があれば混同が生じる余地のあることは事実であるが、22条は、取引の終わった譲渡会社に対する債権者の過去の債権を問題としていることに留意すべきである。譲渡会社と譲受会社の商号の同一性に対する外観の信頼をもとにして、これから取引を始める場面ではない。したがって、外観保護を譲受会社の弁済責任の根拠とすることはできない。

筆者の基本的な考え方は、商号続用によって事業譲受人の債務承継の「意思」を推認する（推理して認定する）という立場である[20]。すなわち、現行規定の立場を解釈論の範囲内で説明するには、「債権者側」からではなく事業の「譲受人側」の事情から説明するほかないとの認識に立つものであり[21]、これによって営業上の債権者を保護する諸規定を一貫して説明できるとしてきた[22]。これに対しては、意思の推認は擬制的にすぎるとの批判もなされたが、22条を前提とすれば、このような批判には誤解があり、原則として意思を推認した上で、その意思がなければ債務を負わない旨の登記をすればよい（22条２項）。下級審には債権者の主観を不問とする宇都宮地判平成22年３月15日判タ1324号231頁があり[23]、これと同一方向の先例として、東京地判平成18年６月15日 LLI／DB 判例秘書登載が詳細な理由を挙げるものとして注目される[24]。なお、商号続用責任規定の趣旨については、以上の説明のほかにも多様な試みがある[25]が、本稿では、外観保護か債務引受意思かという対立軸（外観保護説と意思説の対立）を中心に検討していきたい。

（3）商号続用責任規制の立法理由

会社法22条等の趣旨を単一の根拠をもって説明し尽くすのは困難で、その「詐害譲渡防止機能」も重要な根拠になるとの視点から[26]、私法学会でも立法論が検討されたが、現行の会社法22条はそのまま維持した上で、2014（平成26）年会社法改正で「詐害事業譲渡」（会社法23条の２、商法18条の２）および「詐害会社分割」（会社法759条４項以下）の規定が新設された。そこで改めて、会社法22条が存在する意味が問われるが、詐害事業譲渡の規定が整備されたことをもって、22条を削除すべきとする立法論も主張される[27]。

これに対して、22条の削除に慎重な立場が多数である[28]。その理由としては、たとえば、①商号続用を債務引受の意思表明とみるとか、②商号続用による報償責任あるいは危険責任とみるとか、③22条の存在理由を肯定し実務上も有益であること等が考えられる。いずれにせよ、22条が存在する限り、その立法趣旨および存在理由を再確認する必要があり、今後あるべき立法について、その方向性の検討が課題となる[29]。

（4）外国法による提言の検討

最近、日本法のモデルとなったドイツ商法典25条１項一文・２項やオーストリア法・スイス法の現状を参考にした立法論も展開されている[30]。論者は、日本法への示唆として、改正に当たっては、「スイスとオーストリアにおける商号の続用によって譲渡人の旧債権者が持つ債権の帰趨が左右されないとする立法」が参考となるとし、「営業譲渡があった場合、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」のが譲渡人の債権者保護になり、「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」と提言される。これは有益な示唆となしうるが、譲受人が連帯責任を負うという結論が常に妥当であるかどうかは、検討の余地がある。

典型的な事例の他にも、たとえば事業譲渡に伴い、譲渡会社がその取引先との契約済みの取引を履行せず債務不履行となったような場合で、取引先が契約に基づいて在庫を抱えていた場合に、事業の譲受会社に損害賠償を請求してきたら、譲渡会社と連帯して賠償責任を負うことになるのかという疑問も生じる。

商号を続用しない譲受会社が、自社に関係のない債務を引き継ぐ意思もなく、事業を譲り受けて独自に事業活動をするつもりであった場合に、不都合な結果とならないか。債務引受行為と無関係に譲受人が譲渡人と連帯して責任を負うというのは、債権者保護に傾斜しすぎており、元の取引関係者の間で事後処理をすべきではないか。

したがって、債務引受の意思表示もないまま譲受会社が債務を引き受けるという結論は、行き過ぎであろう。債務引受の意思表明のひとつの指標と認められる商号続用もないのに、譲受会社が責任を負わされるという結果は、譲受会社にとって酷である。このように、事業譲受により無条件に譲渡会社の債務を負担するという結論では、事業の譲受会社は現れないであろう。商号続用によって事業の譲受会社が譲渡会社の債権者に当然に責任を負うとする現行法のあり方にも問題があるにせよ、事業の譲受会社には免責規定が用意されている。かりに、提唱される立法論が、債権者保護を強調して、免責の余地を認めない結論を導くのであれば、諸外国は別として、日本の取引社会では受け入れ難いであろう。

2014（平成26）年会社法改正前の段階で、私は商号続用基準に代えて詐害性基準を立法論として検討したが、結論として詐害性の適用要件が明確性を欠くため、当面は商号続用基準を維持するほかないと指摘した[31]。これに関して、ドイツを代表する論争を簡潔に示せば、K.Schmidt は、ドイツ商法典25条１項一文による責任の継続にとって決定的なのは、商号続用ではなく事業継続にあるとし、「主たる債務者は事業譲受人」であるとすることで、債権者を無視して債務から逃れるのを防止できると説明した。しかし、これによれば、いかなる場合でも譲受人は譲渡人の債務を負担することになろう。この点を批判する Canaris は、事業譲渡人が破綻して支払能力を欠くような場合は、債権は無価値となる。それが他者への事業譲渡により譲受人が責任を負うことで、再び価値が与えられるのは問題であると主張し、常に責任の継続を認めれば事業譲受人は現れなくなり、事業再建が阻止されると指摘したうえで、債権者保護は債権者取消等で足りるとした[32]。いずれの見解にも確認すべき点があるが、将来の日本法の検討に参考となしうる議論である。

2　債務引受広告の検討

（1）広告の方法と内容

会社法23条１項は、譲渡会社の事業によって生じた「債務を引き受ける旨の広告」をしたときは、商号続用がなくても、譲渡会社の債権者は譲受会社に対し弁済の請求をすることができる旨規定している。一方的な意思表明に過ぎない債務引受の広告に拘束力を認めるには、単なる事業譲受の挨拶文では足りず、社会通念上、客観的に「債務引受けの意思表示」と認識できる内容が求められるべきである。23条１項の母法であるドイツ商法典25条３項も同様の方向で解釈されてきたようである(33)。なお、広告の内容としては、債務を引き受けるとの記載に限定する必要はない。ただし、全部とか一切など包括承継に近い表現を用いると、債務も引き受けるものと認識される可能性は否定できず、実務上は留意しておくべきである(34)。

これに関する２件の最高裁判決（前掲最判昭和29年10月７日民集８巻10号1795頁、最判昭和36年10月13日民集15巻９号2320頁）は、相互に対立するかにもみえる。前者29年判決は、営業譲受の「新聞広告」は債務引受の広告に該当するとしたのに対し(35)、後者36年判決は逆に、取引先に対する営業譲受の「挨拶状」は債務引受の広告に該当しないと判示した(36)。広告の方法に違いはあるものの、なぜか結論が分かれた。伝統的には新聞広告を念頭に置いていたとしても、多数の取引先に対する挨拶状も広告として認められるべきであり、広告方法の違いが結果の相違を招いたわけでもなさそうである。

ところで、広告の方法として、新聞広告は不特定多数の目に入るが、限られた取引先に対する挨拶状は、ここでいう債務引受広告の方法には当たらない場合もありえよう。とくに相手を具体的に特定する挨拶状は広告とはいい難いが、取引先全体に対する挨拶状であれば、たまたま挨拶状を受け取っていない取引先に対しても、挨拶状を送付した効果は認められるべきである。なお、下級審の多くは、後者36年判決の立場に傾斜しており学説も同様であり、これが妥当というべきである。事業譲受の挨拶状の内容で債務引受と解されるなら挨拶も

できない。

（2）広告をめぐる紛争防止策

債務引受広告と認定されるのは、社会通念上、合理的な意思表示として債務を引き受けたものと受け取れるだけの記載を求めるべきである。このような議論を避けるには、挨拶文の中で「事業譲渡日以前の債務について譲受会社は責任を負わない」旨を明記しておくべきであり、さらに事業譲渡の当事者間でも、この点は契約書で明らかにしておく必要がある。

なお、下級審の事案であるが、事業譲受によって設立された会社が取引先等に対し、譲渡会社の人的・物的設備を承継し、「事業を引き継ぐ旨の挨拶状」を配布した事案に関して、最高裁29年判決と同じ立場（広告と認定）の東京地判平成９年７月30日金判1039号43頁もある(37)。しかし、このような取り扱いでは、債務を引き受けない事業譲受会社は、債務を一切負わない旨の記載を迫られることとなるが、そのような記載をすれば挨拶状の配布先から、利益追求に走る企業と受け止められかねない。その意味でも、営業譲受の「新聞広告」を債務引受の広告に該当するとした29年判決に連なる下級審の態度は、譲受会社にとって酷というべきである。

3　詐害事業譲渡と商号続用規制

（1）商号譲渡と商号続用

個人商人と違って(38)、会社の場合は、商号が会社の名称とされているため、商号の譲渡は、①譲渡会社の商号の廃止、②別名の商号を新規に設ける、③譲受会社が譲渡会社の商号に変更するという作業のいずれかになる。現行法では、同じ本店の所在地における同じ商号の登記は禁止されているだけである（これを「同一商号・同一本店の禁止」（商業登記法27条）という）。したがって、会社の商号は所在地が異なっておれば、同一営業の同一商号も可能であり、譲渡会社が従来の商号を使用しながら、譲受会社が譲渡会社の商号に変更することも、規制上は可能とされる余地がある。また、会社の事業については一部譲渡

が認められるので、事業を譲渡しても、譲渡会社が行っていた元の事業から生じる債務が、譲渡会社に残存するか、あるいは譲受会社に承継されるかについては、事業譲渡契約の定めによって決定され、免責的債務引受であれば、債権者の承諾が必要ということになる（民法472条３項）。

このため、譲受会社が譲渡会社の商号を続用することで、譲渡会社の事業に関して有する債務の全てを引き受けることにすることで、債務引受に関する通知等の手続を踏まないことが可能となる（いわば債権者異議手続に類似する効果）。それゆえに、債務引受は行わないが商号のブランドは利用したいといった場合に備えた免責の登記を認めうる。また、債務引受の広告についても、意思を理由とする方が説明しやすい。このように考えてくると、22条を維持するのであれば、意思で説明する理由づけを徹底する方が、23条の２との棲み分けも理解しやすいということができる。

（２）23条の２と22条の併存

2014（平成26）年の会社法改正により導入された詐害事業譲渡等の新設規定（会社法23条の２）と商号続用責任に関する会社法22条との棲み分けはどうあるべきか。詐害的な事業譲渡の場面については、新設規定で対処するとして、商号続用の有無で解決する既存の規定は無用となるのか。既述のとおり、会社法改正の数年前に開催された日本私法学会第74回大会シンポジウムでは、22条を削除するかのような議論もあったが、立法者が両者を並存させたため、会社法22条の解釈論が問題として残された。

もとより両者には違いはある。たとえば、新設の詐害規定は「有限責任」であるが、商号続用規定は「無限責任」であるという重要な差異があり、商号続用規定では詐害の場面に限定されないという規定上の違いもある。これまで商号続用規定は、商号続用の面よりも詐害性の有無に着目した立法論が展開されてきたが、詐害事業譲渡に関する23条の２が新設された関係で、商号続用規定の趣旨を詐害性から切り離して、「商号続用」の場面に特化した規定と理解すべきかどうか。そのように解しても、商号の続用によって債務引受の効果が生じる理由を明らかにしなければならない。

立証の困難な詐害性を問わず、無限責任でもある「商号続用」責任の法規制が妥当であるとすれば、従来の諸規定をそのまま文字通り適用し、新設の「詐害事業譲渡」規制との棲み分けをするのが、最も分かりやすい。なお、商号の続用があっても、債務引受のないことを知った悪意の債権者が保護に値しないのであれば、22条１項についても善意であることを要件に加えて、外観保護で統一して説明する道もありえよう。しかし、善意者のみを保護することになれば、譲渡会社の取引先は事情を知りうる立場にあるため[(39)]、保護が不十分となることも危惧され、やはり主観的要件は避けるべきであろう。

（３）屋号・標章への類推適用

22条１項の射程範囲については、厳格に商号に限定する見解と拡大解釈する見解との対立がある。22条１項が類推適用された事案として、「ゴルフクラブの名称」を続用した事案（最判平成16年２月20日判時1855号141頁）があるが、「屋号」続用の事案につき例外的に直接適用した事案（東京地判昭和54年７月19日判時946号110頁）もある。これについては、商号と屋号は法律上区別すべきであるとの指摘もある[(40)]。その理由のひとつに、「免責登記」が屋号には認められていない点が挙げられたが、「登記実務」では屋号の続用にも免責登記を認めるようで、この取扱いは会社分割についても同様のようである[(41)]。ただし、条文上は「商号」に限定されるかのように規定されているため、実務の処理に当たっては、事前に管轄法務局と協議しておくのが無難である。なお、免責登記を根拠にした支払拒絶が信義則違反とされた事案もあり、微妙な点のあることに留意しておくべきである（東京地判平成16年７月26日金判1231号42頁）。

近年、譲渡会社の従前の「略称」を商号の主たる部分に用い、かつ同社が使用していた「標章」を用いた譲受会社に対し22条１項が類推適用された事案（東京地判平成27年10月２日金判1480号44頁）が現れた。これは「ブランド」力に注目した判決である。本判決は、22条１項の趣旨を外観信頼の保護とする立場に立ち、ブランド力を有する譲渡会社の社名を英語表記した場合の頭文字「Y」（略称）を商号の主たる部分とし、かつ、ブランドの象徴である当該標章を続用したことは、商号を続用した場合に準じ、22条１項の類推適用により、

譲受会社は譲渡会社の債権者に対する債務を負うものと解するのが相当であるとした。屋号続用に慎重な判例の姿勢との関係で、ここまで商号続用を類推することには議論が予想されるが、本件では、ブランド力があったため、例外的扱いがされたものと推測できる。なお、分割会社がホームページ上で事業主体を示すものとして使用していた名称を続用した場合にも類推適用された先例もある（東京地判平成22年11月29日判タ1350号212頁）。

ここまで類推適用の範囲を拡大すると22条の適用関係が不安定となり、判断基準の明確化が求められる。その意味では、前述のように商号とその他とは法律上区別すべきであるとの見解も説得的であるが、上記の諸判例のように具体的事案によっては例外を認める余地は残しておくほうが柔軟な解決には資するといえよう。とりわけ22条の立法理由を債務引受の意思表示と理解すれば、その意思を表明したとされるのは商号続用の場合に限定されない(42)。このことは外観保護を理由とする立場についてもいえる。

4　会社法22条の存在理由

（1）立法趣旨の再確認

商号続用責任規定の沿革に照らせば、制度趣旨も規定内容もドイツからの直輸入であった。商号続用を債務引受の意思表明とすることへの批判を避けるため外観保護によって理由づけしたのもドイツであり、その結論を無条件に、わが国に導入したという経緯がある。その結果、法規制とその理由とに乖離が生まれ、無理な説明を試みながら今日に至った。

とくに問題とされた詐害事業譲渡に対処するためには、民法の詐害行為取消権での解決では無理があったので、詐害事業譲渡に対応すべく新設規定（会社法23条の２、商法18条の２）が追加された以降も22条が存置された。それもあって議論の錯綜を招いたともいえるが、23条の２が整備され一定の時が経ったいま、改めて22条の立法理由について再確認すべきである。

（2）22条は削除か存置か

立法論として22条を削除すべきとの見解も主張されるが、これは現時点ではやや極端な考え方ではないだろうか。仄聞するところでは、少なくとも平成26年改正時の法制審議会では、22条の削除論は議論すら全くなかったということである。商号続用基準である22条には、問題点が多いのも確かではあるが、23条の2が新設されたことをもって直ちに22条を削除すべきであるとの議論には結びつかない。両規定の守備範囲には差異もあり、しかも22条の適用を経験した実務家によれば、実務界では本条を有効に活用しているということでもある。削除を議論する前に本条の適正な解釈論を詰めるのが先決である。

（3）債務引受の意思表示

結局、22条の趣旨については、商号の続用が債務引受の意思表示であるとしてきた私見が、解釈論の範囲内で現行法を説明するには、諸説の中で比較的無難ではないか。伝統的な外観保護の説明によると、事情を知った悪意者が保護されないという結論にならざるをえず、事業譲渡人の取引先が注意深いほど保護されないことになる。この結論は、債権者である取引先としては受け入れ難いであろう。22条4項では善意・無重過失が要件とされるが、同条1項では主観を問われないため、悪意者も保護されるという解釈が、規定ぶりからも具体的にみても妥当な結論といえる。事業の譲受会社が譲渡会社の商号を続用したため、事業譲渡の事実を知らない債権者が、旧営業主と取引しているものと誤信して新営業主と取引を継続することはありうるが、22条は、すでに取引の終わった旧営業主に対する過去の債権を問題としており、営業主の同一性に対する外観の信頼を譲受会社の弁済責任の根拠とすることはできない。よって、外観保護による理由づけは正当とはいえない。

ところで、外観保護による説明に対し、私見のように異議を唱える見解は古くからある。しかし、それは意思表示として説明されるのではなく、営業上の債務は「企業財産が担保」となっていることを認め、債務引受をしない旨の表示をしない限り併存的債務引受をしたものとみなして、企業財産の所有者である譲受人にも責任を負わせるものと説明される[43]。しかし、企業財産の担保力を

考慮したのであれば、商号続用の場合に限って債権者の保護を規定した理由が見当たらない。なお、この指摘に対しては、商号続用もなく債務引受広告もない場合は、「のれん」を引き継ぐことが事実上困難であり、事業譲渡というよりは事業用財産の譲渡に止まることになるとの反論も予想されるが、22条および23条の規定ぶりからすれば、商号続用及び債務引受のいずれも事業譲渡・譲受の要件とはされていない。なお、以上のほかに、別の視点からの説明を付言するならば、持分会社の成立後に加入した社員が加入前に生じた会社の債務について責任を負う（旧商法82条(平成17年削除)、会社法605条）のと同じく、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の見解もあるが[44]、持分会社の社員の責任とは場面を異にするので、説明として無理がある。

今後の課題

筆者の意図するところは、要するに、事業譲受人が商号を続用する場合でも、免責登記によって債務から解放されるだけでなく、債務引受広告と認定される挨拶状の意義を厳格に解することで、「債務を承継しないリスクコントロール」が実現できるという点にある。このことは、実務で重視される予防法務にも資するといえよう。そこで、残された解釈論の課題を確認すれば、以下のとおり検討すべき事項がある。

（1）商号続用に債務引受の意思を推認する私見について擬制的との批判もあるので、これに応えたい。私見によれば、単に債務引受の意思を推認しているにすぎず、商号を続用しても債務を負担しないのが譲受人の意思である場合は、免責登記をすればよいというだけのことである（22条2項）。そして、債権者の主観を問わない理由を補足すると、譲受人の債務負担の意思に加え、商号続用による誤認・混同のリスクも譲受人が負担しているものと理解すれば、債権者の主観を不問とする現行法に沿う解釈論になるのではないか[45]。

（2）私見のように、債務負担の意思を根拠にすれば、基本的には錯誤等に関する民法95条等の適用も視野に入れることとなるであろう[46]。このように、民法

の意思表示に関する規定が問題となれば、商号続用の有無で解決するメリット（迅速性・明確性）が多少後退するという難点は避け難いが、商号続用の場面に限って、民法の錯誤等を不問とする解釈論には合理的な根拠もなく無理がある。

（３）民法470条以下によれば、併存的債務引受は三当事者の契約もしくは債権者と引受人（事業譲受人）との契約で行われるが、債務引受を事業譲渡人と譲受人の間の内部関係に基づくものと理解し、両者間で合意された「第三者のためにする債務引受」（民法470条４項参照）と構成する考え方もありうる。通常は事業譲渡の当事者間の契約で取り決めがなされ、債権者と事業譲受人との契約で債務引受がなされるのは稀であろう。したがって、第三者のためにする契約（民法537条）と構成するのが実態を反映したものといえそうである。

（４）商号続用の有無に債務引受の意思をリンクさせる私見に対しては、債務引受を推認させる指標は「商号」に限られないという指摘が想定される。これにも応える必要があるが[47]、現行規定を解釈論の範囲で説明するには、商号から完全に解放するのは解釈上無理がある。このような解釈論の限界を克服するには、屋号を典型例として商号の拡大解釈を試みる必要があるが、それにも規定の文言上の限界がある。そこで、譲渡会社の名称にブランド力があるような場合について、その「略称」を譲受会社の商号の主たる部分に用い、譲渡会社の「標章」を用いた譲受会社に対し22条を類推適用した事案も参考に、類推の枠組みを検討する必要がある。ただし、これを徹底するには「商号」の文言に代えて、たとえば「債務を引き受ける旨の表示」など別の概念を採用するほかないが、それはもはや立法論であろう[48]。

（５）本稿の課題に関連して、商号続用責任規制は会社分割に類推適用できるかという議論もある。これについては、会社分割と事業譲渡の間には共通性が認められ、同じ取り扱いをすべき基礎があるとの理解も成り立つであろうが、それに対して、債務引受に関する手続を債権者異議手続として有する会社分割についてまで類推する基礎があるのかという反論も成り立ちうる。今後、改めてよく検討してみたい。

以上の解釈論に対して、立法論としては、ドイツ学説の議論や諸外国の立法

に倣って、商号続用基準から解放する立法政策も検討に値するであろう。それは、商号続用によって譲渡人の旧債権者がもつ債権の帰趨が左右されないとする立法論であるが、日本法の将来像を描く上で検討の対象となしえよう。商号続用は債務引受意思のひとつの指標（徴表）にすぎない。したがって、商号続用が唯一の基準ではないが、K.Schmidt が主張したように、責任の継続にとって決定的なのは、商号続用ではなく事業継続にあるとした上で、「主たる債務者は事業譲受人」であると理解することについては、すでに指摘したとおり、さらに慎重な検討を要する。立法論も含めて、会社法22条の今後を再検討する意義はあるが、現行の商号続用基準の明確性という利点も捨てがたい[(49)]。すでに検討したようにかつては22条を詐害的な事業譲渡に対処するものとして位置づけ直すという議論もあったが、詐害性の立証には困難を伴うことから、結局のところ、そのまま22条が存置されたという経緯のあることも見落とさないでおきたい[(50)]。当面のところは、現行規定を維持するほかなさそうである。

〔付記〕 本稿は、2024年３月23日開催の第459回関西商事法研究会での報告と討議をもとに纏めたものである。なお、個別に研究者から理論面に関わる有益な指摘をいただき、実務家からは取引界の実態を教示いただいた。いずれも本稿に反映させている。

（１） 譲渡の対象たる客観的意義における営業については、「有機的一体として機能する組織的財産」と理解するのが通説的見解であるといえる。大隅健一郎『商法総則〔新版〕』300頁（有斐閣、1978年）参照。筆者は、この立場を前提とした上で、これをイメージしやすく「生きた財産」などと表現している。なお、諸学説について詳しくは、山下眞弘『会社営業譲渡の法理』（信山社出版、1997年）所収の諸論文を参照されたい。

（２） 会社分割と対比して、事業譲渡のメリット・デメリットそして事業譲渡に向いているケースについては、山下眞弘『事業譲渡および会社分割の法理と法務』２頁（信山社出版、2023年）を参照されたい。

（３） 本稿では意思表示の意味で意思表明という用語をあてる場合があるが、意思の表明というのは商号続用によって債務引受の意思を表す（表明する）という意味で用いており、いずれも本稿では同義語である。

（４） 事業譲受で当然に債務者となるわけではないとする見解（私見も）に対して、事業を譲り受けることで譲受会社は譲渡会社の立場を当然に継承するものと理解

する見解もある。それによれば、事業譲渡によって債務も譲受会社に当然移転するという結論となるが、そのように理解すると譲受人が現れないことも危惧される。本稿の冒頭でも述べたように、事業譲渡は取引行為であるから、譲受会社が譲渡会社の立場を当然に継承するとの法律構成には無理がある。そして、いうまでもなく、事業譲渡の当事者間の関係と事業譲受人と第三者たる譲渡人の債権者との関係は別問題である。

（5） 本稿において譲渡会社・譲受会社を譲渡人・譲受人と表記することもあるが、本稿ではすべて会社間での事業譲渡を想定している。なお、会社と商人との間での事業譲渡・譲受の場合における法律の適用関係については、譲受人の側に即して法が適用される（会社法24条）。すなわち、会社が商人に対して事業譲渡をした場合は、当該会社を商法16条１項の営業譲渡人とみなして、商法17条から18条の２までの規定が適用される。逆に会社が商人の営業を譲り受けた場合は、当該商人を譲渡会社とみなして、会社法22条から23条の２までの規定を適用するものとする。

（6） 山下眞弘「事業の重要な一部の譲渡と株主総会の特別決議」浜田道代・岩原紳作編『会社法の争点』ジュリスト増刊198頁（2009年）参照。

（7） 事業譲渡については、旧商法に関する事件であるが、判例は、株主総会の特別決議を要する商法旧245条１項１号（会社法467条）の場合と、別の立法目的をもった商法旧24条（商法15条）以下とで，事業譲渡の意義は同じであるとした上で、①有機的一体として機能する組織的財産の譲渡によって、②譲渡会社が営んでいた営業的活動を譲受会社に受け継がせ、③譲渡会社がその譲渡の限度に応じ法律上当然に商法旧25条（商法16条）に定める競業避止義務を負う結果を伴うものとしている（最大判昭和40年９月22日民集19巻６号1600頁）。

かつての多数説は、この最高裁判例と基本的に同じ立場であり、しかも判例が現実に、②の営業的活動の承継と③の競業避止義務の負担を要件としているものと理解するのが、これまで学説の多数であった。長年、これを筆者は批判してきた。しかし近年では、判例の趣旨を再評価し、判例は現実に②および③を要件とするものではないと理解する学説（私見も）が定着しつつある。株主総会の承認決議の要否は、事業を譲渡する時点で判断することを要するわけで、譲渡後の譲受会社の行動をみてから判断されるものではない。そうであれば現実に②③を問題とするのではなく、客観的にみて②③を伴うと判断できるような状況で、①の組織的財産が譲渡されれば足りる。判例はそのことを意味していると理解することもできる。

なお、「競業避止義務」について補足すると、この義務を負うのは事業譲渡があるとされる場合の法律効果であって、事業譲渡が成立するための法律要件事実

ではないとの指摘が古くからあり、このような理解が現在に引き継がれている（藤田友敬「営業譲渡の意義」商法判例百選33頁（2019年））。そのように解すべき理由については、田中亘「競業避止義務は事業の譲渡の要件か」東京大学法科大学院ローレビュー５巻291頁以下（2010年）が詳しい。そして、前掲最大判昭和40年９月22日も「競業避止義務を事業譲渡の効果」と捉えていたと理解するのが自然であり、これは筆者も長年にわたり主張してきたところである。競業避止義務を特約で短縮したり排除した契約例もみられ、会社法21条１項も「当事者の別段の意思表示がない限り」と規定している。

（８） 会社法22条１項は「事業を譲り受けた会社」とだけ規定しており、規定の文言上は、必ずしも事業の全部譲渡に限定しているわけではない。したがって、一部譲渡を排除していないと解されるが、典型例としては全部譲渡を想定した規定と解することもできる。商号を続用した譲受会社としては、譲渡会社の事業全部であっても一部であっても、商号の続用があれば譲渡会社の債権者に対して責任を負うことに変わりはないが、一部譲渡について商号続用が認められるかについては議論の余地もあろう。なお、事業の一部の譲渡後に、譲渡会社が商号変更をすれば何ら問題は生じない。

（９） ここでの無限責任と有限責任の意味であるが、会社法22条（商法17条も同じ趣旨）の「商号続用者責任」は、譲渡会社と同じ責任を上限なく負う（無限責任）ということである。これに対し、事業譲渡に詐害性が認められる場合には、同23条の２に定める「詐害事業譲渡」に係る残存債権者の譲受会社に対する債務履行請求権が認められ、これは承継した財産の価額を限度（有限責任）としていることを意味する。

(10) 商号続用責任規定が会社分割に類推適用できるかについては、会社分割を利用してゴルフ場運営会社からゴルフ場の事業を承継（商号ではないゴルフクラブの名称も続用）した会社に対し、当該ゴルフクラブの会員権者が、会社法22条１項の類推適用に基づき預託金返還請求訴訟を提起したところ、それを認めた最判平成20年６月10日判時2014号150頁も現れ、その後、類推適用を認める判例が集積した。なお、山田泰弘「判批」金判1402号６頁（2012年）も、類推適用に好意的な立場から立法論を展開される。

学説はこの点につき、仮に吸収分割承継会社・新設分割設立会社が分割会社の商号を続用する場合でも、会社法22条は原則的に類推適用されないとする見解もあるが（江頭憲治郎編『会社法コンメンタール（１）』218頁〔北村雅史〕（商事法務、2008年））、仮にそれが立法者の意思であったとしても、類推適用を肯定する立場も少なくない。学説状況については、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17頁（2009年）参照。

(11)　後藤元「商法総則―商号・営業譲渡・商業使用人を中心に」NBL935号22頁（2010年）参照。

(12)　譲受会社が譲渡会社の債務を引き受けたとされる場合に関して、会社法22条は「商号」続用者責任を規定しているが、責任を負う場合の指標が商号のみに限定されるという必然性はない。とくに22条について外観保護を理由とすれば、責任を負うとの外観は商号のほかに、屋号や標章あるいは看板そのほか多様な形態が想定できる。同じく商号続用の有無と債務引受の意思を関連づける見解についても、商号続用が唯一の指標とされる必然性はない。解釈論としては、22条が商号続用を指標としているので、それを前提に立法理由を議論せざるをえないというだけのことである。なお、商号を続用すれば譲渡会社と譲受会社の混同という事態が生じる余地があり、その限りでは22条は外観保護と無関係でもないが、これは外観法理が機能する場面ではない。外観法理は外観を信頼してこれから取引に入る場面を想定していることに留意すべきである。

(13)　商号続用の要件についても、類似商号の認定問題があり、判例は、営業譲渡の当事会社者間で施設・備品・従業員・営業内容等が同一である事案について、商号「有限会社米安商店」と「合資会社新米安商店」との間においては、会社の種類に表記の違いがあり「新」の付加文字に遮断的意味があることを認めて、商号続用を否定した（最判昭和38年３月１日民集17巻２号280頁）が、これには議論もある。判例では、「新」という文字の付加が重視されたものと解される。なお、商号続用の認定について、多くの判例は商号の基本的部分を共通にしているかを判断基準としており、学説の多くも、会社が個人商人の営業を譲り受け、譲渡人の商号に会社の種類の表示を付加して使用する場合には、商号の続用を認めている（鈴木千佳子「判批」商法（総則商行為）判例百選〔第４版〕50頁（2002年））。

(14)　事業譲受に際して譲受会社が譲渡会社と異なる商号を使用すれば、たとえ譲受会社が債務引受の意思を有していたとしても、商号続用責任は負わなくてよいとするのが現行法と理解できるが、それでは責任逃れに悪用される場合もあるのではなかろうか。このように商号続用責任規制にも解決すべき問題は残されている。

(15)　会社法制定前の商法旧26条１項は会社法22条１項に相当し、商法旧28条は会社法23条１項に相当する。また、商法旧29条は、会社法22条３項及び23条２項に相当する。

(16)　山下・前掲(注１)『会社営業譲渡の法理』241頁、新津和典「会社法22条の趣旨と２項の意義―その起源であるドイツ法での立法理由から」銀行法務21 752号22頁（2012年）参照。

(17)　ドイツ商法典25条と重畳して適用されると解されていた削除前の旧ドイツ民法典419条との関係でも、かつては議論があった。同419条には次のような定めがあ

った。すなわち、契約により他人の財産を承継した者は、当該他人が債権者に対して負う債務について、承継した財産の価額および契約により取得した請求権を限度として、責任を負う旨が定められ、この責任は特約をもって排除することができないとされていたが、債権者を不当に保護するものと批判され、本条は後に削除された。この両規定の適用関係をめぐるドイツ文献については、山下・前掲（注１）『会社営業譲渡の法理』219頁を参照されたい。

（18） ドイツ学説の詳細については、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―」上柳克郎先生還暦記念『商事法の解釈と展望』６頁（有斐閣、1984年）参照。

（19） 外観保護による説明に対して、筆者は古くから疑問を指摘してきた。詳しくは、山下眞弘「営業譲渡の債権者に対する効果―債務引受広告の意義を中心として―」島大法学27号64頁（1978年）参照（なお、同論文は山下・前掲(注１)『会社営業譲渡の法理』にも所収)。近年、この外観保護による説明に対し疑問を呈する意見が徐々に増加する傾向にある。外観保護説では、商号が続用される場合には、債権者としては譲受人による債務引受があったものと考えるのが常態で、債権者は請求をなしうると信じる場合が多いとされるが、商号続用責任規制は債権者の信頼（善意）を前提とした規定ではない。

（20） 商号続用に債務引受の意思を「推定」するというのは正確ではなく、本稿では、厳密には反証を許さないという意味の「推認」という用語を借用している。この推認を覆すのが免責登記である。推認とは推理して認定することを意味しており、この推認の過程で使われるのが経験則である。これらの用語の使い分けについては、いずれも裁判官の執筆による司法研修所編『民事訴訟における事実認定』32頁（法曹会、2007年)、田中豊『事実認定の考え方と実務』152頁（民事法研究会、2008年）参照。

（21） 田邊光政『商法総則商行為法（第４版)』155頁（新世社、2016年）参照。

（22） 山下眞弘「現物出資と商法17条（会社法22条）の適用」商法（総則商行為）判例百選〔第５版〕47頁（2008年）参照。

（23） 宇都宮地判の解説として、山下眞弘・私法判例リマークス43号78頁（2011年）参照。

（24） 東京地判はその理由づけとして、「会社法22条１項がその適用の要件として債権者の善意などの主観的要素を何ら規定していないこと、債権者が事業譲渡を知らなかった場合に、債権者がその存在すら知り得ない譲受人を自己の債務者であるとの外観を信頼するという状況が生じる余地はないこと、譲受人の事業譲渡後の商号続用によっても、債権者にはその外観によって譲渡人と譲受人との間の営業の同一性に対する信頼が生じるのみであって、これによって直ちに譲受人が譲

渡人の債務を引き受けたとの外観が生じ、これに対する債権者の信頼が生じるとは解されないこと」に照らせば、会社法22条１項を「権利外観法理に基づく規定と解することは相当ではなく」、むしろ、営業上の債務が営業財産等を担保とするものであることから、債権者の保護のために、譲受人が譲渡人の債務を引き受けない旨を積極的に表示しない限り、譲受人の債務引受の意思表示の有無及び「債権者の善意悪意等にかかわらず」、譲受人が「債務引受をしたのと同一の法的責任」を負わせた規定と解するのが相当であるとした。いずれも説得的といえる。

(25)　各説の骨子と問題点については、山下眞弘『営業譲渡・譲受の理論と実際』（新版）156頁（信山社出版、2001年）、高橋英治「日本における商法＝企業法論の課題」大阪市立大学法学雑誌57巻１号60頁（2010年）参照。

(26)　近年における説明としては、会社法22条の適用が問題となるのは、債務者の弁済資力が危機的状況にある場合であるから、事業譲渡の方法による債務者の「詐害的行為」を抑制するとともに、債権者・債務者・譲受人の三者による協議に向け誘導するルールが必要となり、抜け駆け的な事業譲渡による詐害的な企業再建を防止するために本条があるとし、商号続用の譲受人は、会社法22条２項に定める「登記」をしない限り、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ことによって、免責登記をするよう誘導するのが狙いであると説明される。落合誠一「商号続用営業譲受人の責任」法学教室285号31頁（2004年）参照。この論者によって、22条が機能すべきは債務者の「詐害的行為」を抑制する場面であると指摘されたのが契機となり、詐害事業譲渡規制の立法化及び22条との一本化が学界で議論されたのかも知れない。そこに詐害的会社分割の立法化の議論が重なった結果、最終的には22条が維持された。

(27)　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38頁（2015年）、齊藤真紀「商号続用者の責任再考」川濱昇先生・前田雅弘先生・洲崎博史先生・北村雅史先生還暦記念『企業と法をめぐる現代的課題』443頁（商事法務、2021年）参照。22条削除の理由として、後者の齊藤論文433頁によれば、「詐害的営業譲渡に対応する立法がされた以上、詐害的営業譲渡に係る法的責任の要件の立証に成功しない債権者に、詐害性を窺わせる断片的な事実を拾い上げ、会社法22条１項を『便宜的に』経由して譲受人への請求を認める必要性は乏しい」と指摘される。この指摘は、詐害性の立証責任を譲渡会社の債権者に負担させるのが筋であるとの価値判断が前提となる見解といえるが、これが22条を削除すべき理由とまでいえるかどうかは判断の分かれるところである。詐害性の立証は容易ではなく、落ち度のない債権者の保護に欠けるといえないか。この価値判断をめぐる議論は、理論上の問題に留まらず実務界の要請も考慮して

評価すべきであろう。

(28) 山下眞弘「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16頁（2011年）、得津晶「会社分割等における債権者の保護」神田秀樹編『論点詳解平成26年改正会社法』246頁（商事法務、2015年）、牧真理子「事業譲渡にかかる判例法の発展」石山卓磨監修『検証判例会社法』543頁（財務詳報社、2017年）、岩原紳作編『会社法コンメンタール（補巻）―平成26年改正』29頁〔神作裕之〕（商事法務、2019年）、新津和典『株主権の再評価』341頁（成文堂、2020年）参照。さらに、原弘明「詐害事業譲渡・商号続用法理にかかる裁判例の動向―『濫用的会社分割』補遺―」関西大学法学論集73巻２号40頁（2023年）では、23条の２の新設によって22条への直接の影響が生じるとは考えにくいとした上で、商号続用法理は商標を中心に、より適用範囲を拡大してきているようにも見えると指摘される。

(29) 会社法22条・23条の２に関して考えうる立法論については、山下眞弘「商号続用責任規制（会社法22条）はどう解釈されるべきか（上）（下）」ビジネス法務16巻８号92頁、同16巻９号91頁（2016年）参照。

(30) 高橋英治「営業譲渡人の商号を続用した譲受人の責任―ドイツ法を中心に―」商事法務2319号20頁（2023年）参照。

(31) 山下・前掲(注28)阪大法学60巻５号16頁参照。

(32) K.Schmidt については、遠藤喜佳「商号の続用と責任」ドイツにおける企業法・会社法（４）比較法雑誌32巻２号80頁（1998年）、Canaris の検討については、西内康人「団体論における契約性の意義と限界（３）―ドイツにおける民法上の組合の構成員責任論を契機として―」京都大学法学論叢165巻５号18頁（2009年）参照。なお、前者の遠藤論文では、商号続用の有無に関するドイツの重要な判決である BGH Urteil vom 4.11.1991-Ⅱ ZR 85/91が紹介されている。

(33) Staub, HGB, §25 Anm. 26, 1921; Baumbach-Duden, HGB, 14. Aufl.§25 Anm. 1B, 1961,: Heymann-Kötter, HGB, 4. Aufl.,§25 Anm. 13, 14, 1971; Bandasch, HGB, 2Aufl. §25 Anm. 9, 1972; Schlegelberger, HGB, 5. Aufl. §25 Anm. 21, 1973など参照。

(34) 服部育生「事業譲受会社による債務引受広告」愛知学院大学論叢法学研究57巻１・２号65頁（2016年）参照。

(35) 最高裁29年判決の骨子は以下の通りである。本件は鉄道転落事故により死亡した乗客の遺族による損害賠償事件である。債務引受の広告とは、その広告の趣旨が、社会通念上、営業によって生じた債務を引き受けたものと債権者が一般に信じるものと認められるようなものであれば足りると解すべきであるところ、本件広告に「地方鉄道軌道業並びに沿線バス事業を譲り受け」とあるのは、その事業に伴う営業上の債務をも引き受ける趣旨を包含すると解するのが相当である旨判

示した。本件の評釈は、いずれも判旨に反対している。大森忠夫・民商32巻３号37頁（1956年）、竹内昭夫・法協98巻３号170頁（1981年）参照。

(36) 最高裁36年判決の骨子は以下の通りである。本件は貸付金弁済請求事件である。配布された書面の内容は、旧三会社が営業を廃止し、新たにＹ会社が設立されて旧三会社と同一の業務を開始するという趣旨の取引先に対する単なる挨拶状であって、これには旧三会社の債務をＹ会社において引き受ける趣旨が含まれていない旨判示した。本件評釈は、いずれも判旨の結論に賛成している。高田源清・民商46巻４号141頁（1962年）、前田重行・商法（総則・商行為）判例百選〔第４版〕54頁（2002年）、鈴木隆元・商法判例百選42頁（2019年）参照。36年判決が現在にも通じる判例の立場と理解することができる。

(37) 塩田親文「判批」私法判例リマークス1999年＜上＞95頁参照。

(38) 22条の前身である商法典では、個人商人に関する商号の規定（営業譲渡に関する規定）が会社にも適用された。そして、商人の「商号譲渡」は、営業の全部譲渡または商人の廃業の場合にのみできることになるため（商法15条１項）、譲渡後において譲渡人に営業が残ることは想定していない。この点では、商号の続用において、譲受人が営業によって生じる譲渡人の全ての債務について、商号続用の意思が営業から生じる債務引受の意思ともなり、かつ債務を引き受けているという外観があることにもなる。もっとも、債務引受は債権者の承諾がなければ免責的債務引受にはならないので（民法472条３項）、重畳的債務引受の効果が一定の期間認められるべきであり、その後、免責的債務引受となってもよいというのが商法17条３項（会社法22条３項も同じ）であると理解することができる。

(39) 譲渡会社の「取引先」と一口にいっても取引先はさまざまで、貸し付けを行った銀行等の金融機関もあり、銀行などは融資先の信用度の調査をしたり経営状況の把握について監視を怠ることはないはずである。その結果、取引先の内情を知ることとなり結果的に悪意者とされてしまいかねないが、このような金融機関は保護すべきではないか。注意深い取引先が悪意者と認定され、不注意な者は善意者であるため保護されるという取り扱いは衡平を欠くといえよう。

(40) 江頭編・前掲(注10)『会社法コンメンタール（１）』220頁〔北村雅史〕参照。しかし、実務で目につくのは、商号の続用よりも屋号の続用であるともいわれている。

(41) 「商業登記の栞13」登記研究674号97頁、「質疑応答7792」同誌675号247頁（2004年）参照。

(42) 22条の立法理由を債務引受の意思表示と理解すれば、その意思を表明したとされるのは商号続用の場合に限定されないが、この点は外観保護で説明する立場についても同様にあてはまり、外観という点でいえば、看板の類でも認められそう

である。そこで、22条の「商号」を例示と解釈できればよさそうであるが、拡張の枠をいかにして画するかという別の問題も生じる。

(43) 服部栄三『商法総則〔第3版〕』418頁（青林書院、1983年）参照。この見解は、企業財産の担保力を重視しながらも、当事者の合理的意思解釈で解決するものであるが、担保力と意思の両面からする理由づけは、説明の一貫性を欠くことになりはしないか。しかし、この学説は現在でも根強い支持がある。浜田道代「判批」判評207号31頁（判時807号145頁（1976年））参照。

(44) 小橋・前掲(注18)『商事法の解釈と展望』17頁参照。

(45) これは事業譲渡前の責任の問題であり、商号を混同して取引に入った者を保護する本来の外観理論とは異なるが、商号続用によって同じ商号が使用されれば、譲渡人と譲受人の混同が生じうるのは事実であり、その限りでは譲受人がリスクを負うと説明することで、これを債権者の善意悪意という主観的要件を不問とする理由にすることは可能かと思われる。

(46) 意思を問題とすれば、その場面の意思表示にも民法95条や96条の規定が適用され、錯誤や詐欺を理由に取り消すことは理論的には可能といえる。たとえば詐欺であれば、事業の譲受会社は、第三者である譲渡会社の債権者が悪意または善意・有過失の場合にのみ、取消しを主張できるという結論となる。第三者に善意・有過失まで要求することの是非は議論となりそうであるが、第三者は本来であれば譲渡会社に請求すべきであったという点を考慮すると、厳格な主観的要件も不当とまではいえないであろう。

また、たとえば、債務が3000万円だという譲渡会社の説明を信じて債務引受をしたところ、5000万円であったような場合に、差額2000万円分を取り消すことができるかどうか。一部取消しの問題であるが、取り消しうる可能性があるとしても、さらに問題は残る。3000万円引き受けるという意思表示だと解釈できれば、一部取消しの必要もなく全部を取り消すという結論もありうる。

このように、民法95条や96条の適用が可能だとしても議論があるため、実務上はデューデリジェンスや表明保証で対応すべきことになろう。たとえば錯誤がある場合、基礎事情錯誤（かつての動機の錯誤）にあたるが、基礎事情錯誤の場面は、デューデリジェンスや表明保証ないし債務不履行でカバーされ、これは詐欺についても同様である。いずれにしても、錯誤や詐欺を主張して取消しをするのは、現実の問題としてはハードルが高いであろう。

(47) 確かに債務引受を推認させる指標は「商号」の続用だけに限らない。そこで、商号を拡大解釈して、商号のほかに屋号や標章あるいはロゴマークなど多様な指標まで認めることができるか。これは現行規制の枠内で解決する試みであるが、このような解釈論は限界を超えている。しかも、ここまで拡大解釈すれば明確性

のメリットが大きく後退する。なお、ブランドの力を考慮して、譲渡会社の従前の「略称」を商号の主たる部分に用い、かつ同社が使用していた「標章」を用いた譲受会社に対し22条１項が類推適用された事案（前掲東京地判平成27年10月２日金判1480号44頁）もあるが、具体的にみて結論が妥当であっても、これでは判断基準が曖昧となる。

(48)　立法論として、22条を改正するのであれば、たとえば、１項について「事業を譲り受けた会社が譲渡会社の債務を引き受ける旨の表示をしたときは、譲受会社は譲渡会社の事業によって生じた債務を弁済する責任を負う」と規定すれば、23条１項の趣旨も同時に含まれたものとなる。債務引受と認められる表示として、商号ほかを念頭におくことで屋号等も含まれる解釈が可能となりうる。ただし、「債務を引き受ける旨の表示」によって具体的にどこまで含みうるかが問われる。そこで残された道として、幅広く列挙する方法があるが、これでも例示か限定列挙かという解釈論は避けがたい。いずれにしても、このままで22条を維持するのは問題であるにせよ、現時点で削除を急ぐ必要もないであろう。

(49)　本稿に関する実務家向けの解説としては、山下眞弘「事業譲渡における商号続用責任と債務引受広告の留意点」ビジネス法務24巻６号92頁（2024年）がある。

(50)　事業譲渡は詐害的な場面で問題を生じるとの認識をもとに、22条を詐害的な事業譲渡に対処するものと位置づけ直すとの私法学会での議論については、シンポジウム「商法の改正」私法73号54頁（2011年）、これについて、詐害性の立証の困難性を指摘した筆者の発言内容は同64頁参照。