

商法教授方法に関する研究手帖 (5)

浅 木 慎 一

連載の再開について

この連載は、ここに掲げたものと同じ標題の下に、平成 20 年度 (2008 年度) および同 21 年度 (2009 年度) にかけて、金沢法学 51 巻 1 号から同 52 巻 2 号まで、1 回から 4 回にわたって公表した論稿の続編である。なお、上記の連載に加筆・訂正を施し、平成 22 年 (2010 年) 4 月 15 日、信山社より「商法学通論」を既に刊行している。

この度、名城大学法学部に移籍したため、上記続編を今回から名城法学にて再開することとしたものである。

第 1 帖 「商」 の概念

第 1 章 商法の意義

第 2 章 商法の法源 (以上、金沢法学 51 巻 1 号)

第 3 章 商人の概念

第 4 章 会社の概念 (以上、金沢法学 51 巻 2 号)

第 5 章 株式の概念

第 2 帖 「商」 への参入

第 1 章 企業形態の選択

第 2 章 企業の立上げ 総論 (以上、金沢法学 52 巻 1 号)

第 3 章 株式会社の設立 (以上、金沢法学 52 巻 2 号)

第 4 章 持分会社の設立

1. 定款の作成

2. 合名会社の設立

2 - 1. 概説

商法教授方法に関する研究手帖 (5)

2 - 2. 設立の無効・取消し

2 - 2 - 1. 無効原因

2 - 2 - 2. 取消原因

2 - 2 - 3. 設立無効・取消しの訴え

3. 合資会社の設立

4. 合同会社の設立

第5章 企業施設の整備

1. 商号

1 - 1. 商号の意義

1 - 2. 商号単一の原則

1 - 3. 商号の選定

1 - 3 - 1. 商号自由主義 (原則)

1 - 3 - 2. 商号選定に係る制限

1 - 3 - 2 - 1. 会社企業の商号

1 - 3 - 2 - 2. 公共性の高い企業の商号

1 - 3 - 2 - 3. 主体を誤認させる商号選定の禁止

1 - 4. 商号の登記

1 - 4 - 1. 商号登記制度の意義

1 - 4 - 2. 商号登記の手續

1 - 4 - 3. 商号登記の効力

1 - 5. 商号権

1 - 5 - 1. 商号権の意義

1 - 5 - 2. 商号使用权

1 - 5 - 3. 商号専用権

1 - 5 - 3 - 1. 昭和13年(1938年)改正

1 - 5 - 3 - 2. 平成17年(2005年)改正

1 - 5 - 4. 現行商法下における商号の保護

1 - 5 - 5. 不正競争防止法による商号の保護

1 - 6. 商号の処分

1 - 6 - 1. 商号の譲渡

1 - 6 - 2. 商号の相続

1 - 6 - 3. 商号の変更

1 - 6 - 4. 商号の廃止

- 1 - 7. 名板貸し
 - 1 - 7 - 1. 意義
 - 1 - 7 - 1 - 1. 昭和13年(1938年)改正
 - 1 - 7 - 1 - 2. 現行法
 - 1 - 7 - 2. 名板貸人の責任発生要件
 - 1 - 7 - 2 - 1. 商号の使用許諾
 - 1 - 7 - 2 - 2. 営業・事業を行うことの許諾
 - 1 - 7 - 2 - 3. 第三者による営業・事業主体の誤認
 - 1 - 7 - 3. 名板貸人の責任の範囲
- 2. 営業所
 - 2 - 1. 緒言
 - 2 - 2. 営業所の意義
 - 2 - 3. 数個の営業所 本店・支店
 - 2 - 4. 営業所に付された法的効果
 - 2 - 4 - 1. 営業所一般
 - 2 - 4 - 2. 支店
 - 2 - 5. 営業所の設置・移転および廃止
 - 2 - 5 - 1. 営業所の設置
 - 2 - 5 - 2. 営業所の移転および廃止

第2帖 「商」への参入(承前)

第4章 持分会社の設立

1. 定款の作成

持分会社を設立するには、その社員になろうとする者が定款を作成し、その全員がこれに署名・記名押印またはこれらに代わる措置として電子署名を行う必要がある(会575)。合名会社・合同会社では社員になろうとする者は1名で足りるが、合資会社では無限責任社員と有限責任社員になろうとする者それぞれ1名が必要である。定款の意義については、株式会社のそれと同様である(第3章4-1-2-1)。

社員になろうとする者の資格に制限はなく、自然人および法人に等しくこれが認

められる。平成 17 年 (2005 年) 改正前商法 55 条は、「会社八他ノ会社ノ無限責任社員ト為ルコトヲ得ズ」と規定していたから (旧有 4 により、旧有限会社にも準用されていた)、同年改正前には、無限責任社員たる資格は自然人に限られ、会社以外の法人も無限責任社員たりえないものと解されていた¹。現在は、会社・一般社団法人・外国法人等も、その法人の目的の範囲内であれば、無限責任社員・有限責任社員のいずれであろうが、その社員になろうとする資格を有する²。自然人は、外国人も制限行為能力者も、社員になろうとする資格を有する (ただし、民 3)。後見開始の審判を受けたことが持分会社の退社事由とされているが (会 607)、被後見人が社員となることを妨げるわけではない³ (会 607)。

株式会社の定款とは異なり、持分会社の定款は、公証人の認証を受ける必要がない (会 30 対照)。

定款の絶対的記載・記録事項は、目的、商号、本店の所在地、社員の氏名・名称および住所、社員が無限責任社員または有限責任社員のいずれであるかの別、社員の出資の目的 (有限責任社員にあっては、金銭等 (金銭その他の財産をいう、会 151 柱書参照) に限る) およびその価額または評価の標準、である (会 576)。設立に関して、特段の相対的記載・記録事項は存在しない。

上記 に関し、持分会社の商号には、その会社の種類に従い、合名会社・合資会社・合同会社という文字を用いなければならない (会 6)、また、他の種類の会社であると誤認される文字を用いてはならない (会 6)。社員の氏・氏名または名称を会社の商号中に用いることも差し支えない (会 613 参照)。

上記 に関し、合名会社の定款には、その社員の全員を無限責任社員とする旨が記載・記録される (会 576)。合資会社の定款には、その一部の社員を無限責任社員とし、その他の社員を有限責任社員とする旨が記載・記録される (会 576)。合同会社の定款には、その社員の全員を有限責任社員とする旨が記載・記録される (会 576)。

1 大隅健一郎 = 今井宏 『会社法論上巻 (第 3 版)』 (有斐閣・1991 年) 42 頁参照。

2 前田庸 『会社法入門 (第 12 版)』 (有斐閣・2009 年) 791 頁参照。

3 大隅 = 今井・注 (1) 前掲 62 頁参照。

上記は、社員になろうとする者が会社に出資する財産およびその評価額または算定方法に関する定めである。「出資の目的」とは、出資の種類（金銭等・労務・信用）と目的物（金銭出資の金額、現物出資の目的たる財産など）であり、「評価の標準」とは、労務出資・信用出資の場合に、評価を定める代りに、たとえば、労務・信用の出資は財産出資の最低額に準ずるというように定めることである⁴。この定めは、利益配当の基準などに利用される。労務・信用の出資は、無限責任社員のみがこれを行うことができる（会 576 かつこ書参照）。

持分会社の定款にも、相対的記載・記録事項および任意的記載・記録事項が定められることが予定されているが（会 577）、その定款自治は、株式会社に比して相当に自由度が高い。

2. 合名会社の設立

2-1. 概説

上に述べた絶対的記載・記録事項の と の定めにより、合名会社の社員とその出資が確定されるが、社員は原則として当然に会社の業務執行機関となり代表機関となる（会 590、599 参照。なお、法人が業務執行社員となる場合の特則につき、会 598）。また、社員の出資義務の履行は業務執行として請求されることになるから⁵、合名会社では、定款が作成されると、根本規則のほか、社員の出資および機関も確定し、会社の実体が完成する。このため、定款が作成されると、設立の登記を残すのみとなる。

合名会社の設立の登記は、その本店の所在地において、会社法 912 条各号所掲の事項を登記することによってなされる。この設立登記によって、会社は成立する（会 579）。

4 北澤正啓『会社法（第6版）』（青林書院・2000年）837頁参照。

5 前田・注（2）前掲 791頁。

2 - 2. 設立の無効・取消し

2 - 2 - 1. 無効原因

合名会社の設立の無効原因としては、定款の絶対的記載・記録事項の欠缺、その記載・記録が違法であること、設立登記の無効など、当然にこのような客観的無効原因を挙げることができる。

上記に加え、合名会社においては、個々の社員の設立行為の無効原因がそのまま会社の設立自体の無効原因とされる。たとえば、個々の社員の設立行為に係る意思無能力、通謀虚偽表示(民94)、錯誤(民95)などがこれである。このような主観的無効原因も挙げられるのである。合名会社においては、社員の人的信頼関係をその存立の基礎とし、社員の個性が重視されるため、個々の社員の設立行為が無効であり、その者が会社から脱落すれば、成立した会社自体が崩壊し、他の社員も当然に会社関係から離脱することにするのが適切だからである⁶。設立行為者の1人について意思の不存在があるような場合には、その者の意思表示のみが無効になるとどまり、会社は残余の者の間に成立するとの見解は、理論上は成り立ちえようが、これは社員の人的信用を基礎とする合名会社の個人企業的性質と相容れないとされている⁷。

2 - 2 - 2. 取消原因

設立の主観的無効原因において述べたところと同様の理由により、個々の社員の設立行為に係る取消原因が、会社設立自体の取消原因となる。社員が制限行為能力者であること(民5、9、13、17)、または設立行為に係る意思表示が詐欺もしくは強迫に基づくものであること(民96参照)、社員がその債権者を害することを知って合名会社を設立したこと(これを「詐害設立」という、会832参照)、がこれにあたる。詐害設立の場合につき、多数説は、会社法832条2号を民法424条(詐害行為取消権)の特則と解し、社員の設立行為の取消しと会社の設立の取消しを不可分のものとする⁸。判例も、平成17年(2005年)改正前商法141条(現在

6 北澤・注(4)前掲838頁。

7 大隅=今井・注(1)前掲67頁参照。

8 北澤・注(4)前掲838頁。

の会 832 相当規定) によって会社の設立を取り消すのではなく、民法 424 条によって社員の出資行為自体を取り消すことを認めない (大判昭和 16 年 (1941 年) 5 月 16 日新聞 4707 号 22 頁、最判昭和 39 年 (1964 年) 1 月 23 日民集 18 巻 1 号 87 頁 (旧有限会社に関するもの))。

2 - 2 - 3. 設立無効・取消しの訴え

設立の無効の主張と取消しの請求は、会社の成立の日から 2 年以内に、訴えによつてしなければならない (会 828 、 832)。無効の訴えの提訴権者は、社員または清算人に限られる (会 828)。取消しの訴えの提訴権者は、上の取消原因で述べた の原因による場合には当該社員、 の原因による場合には当該債権者である (会 832)。被告は、無効の訴えの場合と の取消原因による訴えの場合には、会社である (会 834)。 の取消原因による訴えの場合には、会社と当該社員である (会 834)。判決に対世効があり、遡及効が否定される点をはじめ (会 838、839)、その他については、株式会社の設立無効の訴えの場合と同様である。しかし、合名会社にあつては、主観的原因による設立の無効および設立の取消しが認められているため、無効・取消しの判決が確定した場合において、その無効または取消しの原因が一部の社員のみにあるときは、他の社員の全員の同意によって会社を継続することができ、この場合には、無効・取消しの原因のある社員は退社したものとみなされる (会 845)。

3. 合資会社の設立

合資会社の設立は、無限責任社員たるべき者および有限責任社員たるべき者の各々 1 人以上をもって定款を作成し、設立の登記をすることによって完了する。合資会社にあつても、定款の作成により社員が確定し (会 576)、その結果、会社の機関の骨子も確定するので (会 590、599 参照)、これにより会社の実体が完成するからである。設立の登記により、合資会社は成立する (会 579)。

合資会社の設立の登記は、その本店の所在地において、会社法 913 条各号所掲の事項を登記することによってなされる。合資会社の設立登記においては、合名会社の登記事項 (会 912) 以外に、社員が有限責任社員または無限責任社員のいずれで

あるかの別(会 913)に加え、有限責任社員の出資の目的およびその価額ならびにすでに履行した出資の価額(会 913)を登記しなければならない。定款では有限責任社員の出資の「価額」に代えて「評価の標準」を記載・記録するのみでもよいが、登記をする際には「価額」でなければならない、既履行の出資の価額も登記により公示しなければならない。有限責任社員は、未履行の出資価額を限度として、会社債権者に対して責任を負うからである⁹(会 580)。

設立の無効および取消しについては、すべて合名会社で述べたところと同様である。

4. 合同会社の設立

合同会社を設立しようとする場合には、社員になろうとする者は、定款の作成後、設立の登記をする時まで、その出資に係る金銭の全額を払い込み、またはその出資に係る金銭以外の財産の全部を給付しなければならない(全額払込制、会 578 本文)。すなわち、社員の間接有限責任性を確保し、会社債権者に対して直接責任を負わないこととする措置である(会 580 参照)。立法担当者によれば、これは、会社債権者が社員に直接責任を追究することがないようにすることにより、合資会社等よりも広く出資を募ることを可能にするとともに、会社債権者も会社財産のみをその責任財産として取り扱い、かつ行動すれば足りるようにするための措置であるとされている¹⁰。

株式会社と異なり、現物出資についての目的物不足額填補責任も定められていないし、変態設立事項についての検査役による調査なども要求されていない。この点に関連して、弥永真生は、合同会社における会社債権者保護の仕組みは株式会社に比べると弱く、とりわけ立法論としては、会社法 429 条 2 項に相当する規定が設けられていないことの合理性が疑わしいと指摘している¹¹。

なお、合同会社の社員になろうとする者全員の合意があるときは、金銭以外の財

9 奥島孝康 = 落合誠一 = 浜田道代編『新基本法コンメンタール会社法 3』(日本評論社・2009 年) 489 頁 [浜田道代]。

10 相澤哲 = 郡谷大輔「持分会社」商事法務 1748 号(2005 年) 15 頁。

11 弥永真生『リーガルマインド会社法(第 12 版)』(有斐閣・2009 年) 431 頁脚注(20) 参照。

産の給付にあたり、登記・登録その他権利の設定または移転を第三者に対抗するために必要な行為は、会社の成立後になしても差し支えない（会 578 ただし書）。

ともあれ、定款が作成され、設立時の出資が完了すれば、合同会社の実体が完成し、設立の登記をなすことになる。合同会社の設立の登記は、その本店の所在地において、会社法 914 条各号所掲の事項を登記することによってなされる。合同会社にあつては、有限責任社員しかいないから、会社債権者にとって有益な情報たる「資本金の額」が登記事項とされている（会 914 ）。定款の記載・記録においては、社員全員の氏名・名称および住所が掲げられるが（会 576 ）、登記においては、業務執行社員と代表社員の氏名・名称および住所で足りる（会 914 ）。なお、代表社員が法人であるときは、職務執行者の氏名および住所を登記する（会 914 ）。合資会社の有限責任社員が未履行の出資の価額を限度として会社債権者に対し直接に責任を負うのに対し（会 580 ）、合同会社では、出資の履行を済ませなければ社員になれないため（会 578）、社員全員の氏名等を公示させる必要がないからである¹²。設立の登記により、合同会社は成立する（会 579）。

設立の無効および取消しについては、すべて他の持分会社と同様である。

第 5 章 企業施設の整備

1. 商号

1-1. 商号の意義

企業がその法的独立性ないし主体性を広く社会に識別させるためには、自己の営業・事業を、他者と区別して「個別化」しなければならない。そのために第 1 義的に有用であるものは、その「名称」である。すでに述べたように（第 3 章 4-1-2-3 ）、会社の同一性は、その住所と名称、すなわち、本店所在地と商号によって、特定されることになっているが、会社以外の商人にあつても、商号は、営業主体の同一性を識別させる機能を有しているのである。

12 奥島 = 落合 = 浜田編・注 (9) 前掲 490 頁 [浜田道代]。

「商号」を改めて定義すれば、商人の営業上の名称をいう。すなわち、商人（会社を含む）が、その営業上・事業上の活動において自己を表章する名称である¹。

商号は、名称であるから、文字をもって表示することができ、かつ発音できるものでなければならない。文字は、必ずしも本邦文字であることを要しないが、商人が登記すべき、あるいは登記することを欲する商号については、登記で用いることを許されない外国文字を使用することができない²。本邦文字をもって、外国語を表示することは差し支えない。また、本邦文字による正式な商号に外国文字の訳語を付して日常用いることも差し支えない。図計・模様・記号などは商標たることをうるが、商号とはなりえない³。商標は、文字・図計などを使用して商人が製造・販売する商品に付け、自己の取り扱う商品であることを示すためのものである⁴。

商号は、商人の名称であるから、商人または商法上の企業でないものがその事業のために使用する名称は、厳密な意味での商号ではない。したがって、商人でない者が用いる芸名・筆名・雅号は当然のこと、商法上の企業に近い事業を営むものが用いる名称も商号とはいえない。たとえば、一般法人法に依拠して設立された法人で、基本的商行為・準商行為に該当しない事業をもって、収益目的事業を行う法人の名称などがこれである。しかし、このような名称に商号に関する商法の規定を類推適用することは可能であろうから、商号と商号でないものとを峻別するのは必ずしも妥当ではない場面もある⁵。

平成 17 年（2005 年）改正前商法 8 条は、小商人に対して商号の規定の適用を全面的に排除していたので、小商人が、その営業上の活動において自己を表章するために使用する特別の名称も、厳密には、商法上の商号には当たらないと解されていた⁶。しかし、同年改正後商法 7 条の下では、小商人には商号に関する登記関連規

1 服部栄三『商法総則（第 3 版）』（青林書院・1983 年）195 頁。

2 商業登記規則（昭和 39 年（1964 年）法務省令第 23 号）50 条 1 項は、「商号を登記するには、ローマ字その他の符号で法務大臣の指定するものを用いることができる。」と規定している。

3 大隅健一郎『商法総則（新版）』（有斐閣・1978 年）179 頁参照。

4 青竹正一『改正商法総則・商行為法（第 2 版）』（成文堂・2008 年）48 頁。

5 服部・注（1）前掲 181-182 頁参照。

6 大森忠夫『新版商法総則講義』（有信堂・1964 年）118 頁、石井照久『新版商法総則』（弘文堂・1966 年）87 頁、鴻常夫『商法総則（新訂第 5 版）』（弘文堂・1999 年）197 頁。

定の適用が排除されているにすぎないから（商 11、15、17 前段）、今日では、小商人の営業上の名称も商法上の商号に該当することになったというべきであろう。もっとも、旧法の下でも、従前から、小商人に対して適用が排除される諸法則のうち、小商人以外の者の保護を目的としているような法則のみは、やはり小商人にも適用されると解されるべきであって、完全商人の商号権を保護するための諸規定（平成 17 年（2005 年）改正前商 20、21、23 など 現在の商 12、14 など）の適用までも排除すべきではなく⁷、いわゆる商号は、広く商人の営業上の名称をいうものと解すべきである⁸とされていたので、小商人に対する商号規定の実質的適用という点では、改正法によってこれが明瞭となったというにすぎない。

繰り返し述べるように、商号は、商人の名称である。これに対し、商号を営業それ自体の名称であると主張する説がある。西原寛一によれば、商号は企業を対外名称として捉えたものであるから、企業の名声と信用とを化体しているのであり、企業の経営者や収益の分配に与る者が時々変わっても、商号が続いていれば、企業の同一性は失われないと説く⁹。服部栄三もこのように解して差し支えないものと思うとしている¹⁰。しかし、商号による取引によって権利を有し義務を負うのは商人であるから、法律上は、商号はあくまで商人の名称である¹¹。もっとも、商号は、継続的に使用されることにより、社会的・経済的に観れば、商人そのものよりむしろ、営業自体を表章する側面があることは否定できない¹²。

商号は、「営業上」用いられる名称であるから、自然人が一般生活において用いる氏名などとは区別される。たとえば、商人であっても、自然人の身分行為（婚姻など）が商号によって行われることはありえない。

商号は、継続的使用により、商号権者の信用力を高め、財産的価値を帯有するに至ることが多い¹³。それゆえ、商法は、以下に述べるように、商人が自由に商号を

7 石井・同前 49 頁。

8 大森・同前 89 頁。

9 西原寛一『商法総則・商行為法』（岩波書店・1952 年）75 頁参照。

10 服部・注（1）前掲 182 頁脚注（1）参照。

11 森本滋編『商法総則講義（第 3 版）』（成文堂・2007 年）56 頁脚注（3）[前田雅弘]。

12 同前参照。なお、大隅・注（3）前掲 180 頁。

13 関俊彦『商法総論総則（第 2 版）』136 頁、青竹・注（4）前掲 48 頁。

選定し、それを他人に妨害されることなく使用し、他人の妨害を排除する権利を認めている。商号の譲渡や相続も認められている。他方、商人と取引関係に立つ第三者が商号の混同により不利益を受けるおそれにも配慮している¹⁴。関俊彦は、商号(権)をもって、パブリシティ (publicity) 権のような、人格に係る要素を持った知的財産権の1種と位置づけている¹⁵。今日的な評価として、妥当な見解である。

1 - 2. 商号単一の原則

企業社会に参入するにあたっては、営業上の危険の分散を図るという観点から、複数の営業を営むことが望ましい。

自然人が複数の営業を営む場合には、その数個の営業を1個の商号を用いて行うこともできるが、各営業につき、それぞれ別個の商号を有することも許される。1個の営業につき1個の商号のみを使用することができることを「商号単一の原則」という。1個の営業について複数の商号を用いることは認められない。商号は、社会的には営業の同一性の認識の標準となるものであるから、1個の営業につき数個の商号を用いるときは、一般公衆を誤認に導くおそれがあるのみならず、他人の商号選定の自由を制限することにもなるからである¹⁶。商法上、この原則を直截に定める規定は存在しないが、この原則が認められることにつき、学説上争いはない¹⁷。

この原則は、営業所単位でなく、営業を単位として認められるものである。1個の営業につき複数の営業所があっても、各営業所の営業は同一営業の構成部分にすぎないのであるから、それぞれの営業所につきまったく異なる商号を用いることは許されない¹⁸。ただ、各営業所の営業にはある程度の独立性が認められるので、所

14 青竹・同前。

15 関・同前 136 - 137 頁。なお、鴻・注 (6) 前掲 216 頁の記述がこれを補強するに説得性に富む。

16 大隅・注 (3) 前掲 188 頁、森本編・注 (11) 前掲 57 頁 [前田雅弘]。

17 鴻・注 (6) 前掲 203 頁。

18 同前脚注 (1) 参照、大隅・注 (3) 前掲 188 頁。なお、大決大正 13 年 (1924 年) 6 月 13 日民集 3 巻 280 頁は、商号単一の原則が商法に明文の規定がなくとも認められるとした判例として知られるが、傍論において、商人が同一営業につき数個の営業所を有している場合には各営業所につき別異の商号を有することも妨げないとしており、この点については批判が多い。ただし、関俊彦は、この判例に言及し、個人商人が営業所単位で商号を選定することができるのではないかとの疑問を呈し、商号の登記は営業所ごとにしなければな

定の商号に営業所所在地の名称その他支店たることを示すべき文字を付加することは（たとえば甲商店京都支店など）差し支えない¹⁹。

以上と異なり、会社は、たとえ複数の事業を行う場合であろうと、事業ごとに複数の商号を用いることをえない。会社の商号は、自然人の氏名と同様、会社の全人格を表章するものであって、会社の人格が1個である以上、これを表章する名称たる商号も1個たるべきが当然だからである²⁰。

1-3. 商号の選定

1-3-1. 商号自由主義（原則）

わが商法11条1項は、「商人（会社及び外国会社を除く。以下この編において同じ。）は、その氏、氏名その他の名称をもってその商号とすることができる。」と規定し、わが会社法6条1項は、「会社は、その名称を商号とする。」と規定している。これは、商号選定の自由、すなわち商号自由主義を採用した法政策であるといえる。

商号の選定に係る立法政策は、これをどの程度に営業・事業の実体と合致せしめるかにより、端的に「商号真実主義（商号厳格主義）」と「商号自由主義」とに分かれる。前者は、商号とこれが用いられる企業の主体・営業の実態との一致を厳格に要求するものである（元来、フランス法系の政策である）。商号が営業・事業の実態を表示しているのであるから、一般公衆の信頼を保護するに資する法政策である。しかし、営業者が企業の実態を変更すれば従前の商号の続用が困難であるし、商号の譲渡・相続に対処することも困難である。すなわち、商号真実主義は一般公衆の保護に過度に重点が置かれ、商人の便宜という需要には必ずしも適当ではない。これに対し、後者の商号自由主義（元来、英米法系の政策である）は、物的商号（人の氏名を表示しない商号）において、営業・事業の実態を表示しない人工的商号を認め、人的商号（人の氏名を表示する商号）において、必ずしも商人自身の氏名を使用しなくてよいのであるから、何の制約もない極端な自由主義は、取引の安

らないと定めている商業登記法28条1項が根拠にならないかと述べるが、その可能性を示唆するに止めているようである（関・注（13）前掲142頁参照）。

19 大隅・注（3）前掲188頁。

20 同前。

商法教授方法に関する研究手帖 (5)

全や公衆保護の見地から弊害を免れえない。そこで、新商号の選定については商号と商人の氏名または営業・事業との一致を要求するが、既存の営業・事業の譲渡、相続または変更の場合には従前の商号の続用を認めるという折衷主義と呼ばれる法政策も考えられる(元来、ドイツ法系の政策である)。

わが国が、立法論として優れている折衷主義を採用せず、商号自由主義を基調とする法政策を採用したのは、旧来の屋号を商号として保護しようとする配慮があったものと思われるが²¹、実際には商号自由主義に各種の方面から制約を設け、一般公衆の保護と商人の便宜との調和を図っている。

原則としてわが商法上、自然人たる商人は、その氏・氏名その他の名称をもって商号とすることができる。自己の氏または氏名をそのまま商号としてもよく、他人の氏または氏名を自己の商号とすることもできる²²。会社は、自然人と異なり氏・氏名を持たないので、会社法6条1項のような表現となったものである。自然人・会社ともに、その営業・事業の実際に即しない名称を商号とすることができる。会社にあっては、発起人・役員・社員などの氏または氏名を商号とすることも差し支

21 明治23年(1890年)の旧商法24条は「商号ハ従来屋号ト称スルモノヲ以テスルヲ通例トスト雖モ営業者ノ氏又ハ氏名ヲ以テスルモ妨ケナシ」と規定していた。

周知のように、わが国は一般庶民が必ずしも氏を有していたのではない。一般庶民は、明治維新後の明治3年(1870年)9月19日太政官布告(同年目録第608)により「自今平民苗氏被差許候事」と、氏を自由に名乗ることができるようになった。さらに、明治8年(1875年)太政官布告第22号は「平民苗字被差許候旨明治三年九月布告候処自今必苗字相唱可申尤祖先以来苗字不分明ノ向ハ新タニ苗字ヲ設ケ候様可致此旨布告候事」とし、国民は氏を持つことを強制されるに至った。これ以前、商人は、伝統的に屋号を用いていたのである。

22 現在の商法11条1項、会社法6条1項に相当する平成17年(2005年)改正前商法16条について、立法当初にはおよそ以下のような説明が付されていた。すなわち、商法16条は旧商法24条を改め「必スシモ屋号ヲ以テスルヲ通例トセス其氏、氏名、其他ノ名称ヲ以テ等シク商号ト爲スコトヲ得ルモノトセリ故ニ其規定ノ外見上ハ大ニ異ナル所アルモ其包含スル法規ニ至リテハ殆ト差異アルコトナシ」(東京博文館蔵版・商法修正案理由書(1898年)15頁)。この説明によれば、上に掲げたように旧商法24条は「営業者ノ」氏または氏名を商号としても差し支えないと規定していたのであるから、これと商法16条が法意において殆ど差がないと記していることに鑑みれば、立法担当者は、商人が、営業者以外の他人の氏・氏名を無断で商号として用いることを想定していなかったと推測することも可能ではなからうか。つまり、当時の商法16条にいう「其他ノ名称」には、人的商号を含まず、もっぱら物的商号の謂であったと解する余地があったものと思われる。

えない。

1-3-2. 商号選定に係る制限

1-3-2-1. 会社企業の商号

すでに述べたように（第3章4-1-2-3、第4章1）、会社企業にあっては、その種類に従い、株式会社、合名会社、合資会社または合同会社という文字を用いなければならない（会6）。とくに社員の責任などの関連において、会社と取引をなす一般公衆の利害に係わるところが大きいので、商号自体の中にこれを明示せしめたものである。これらの文字の他にどのような文字を付加するか、またこれらの文字を商号中のどの位置に配するか（たとえば、冒頭か末尾か）は自由である。

この規整の目的は、商号から直ちに会社の種類を判断できるようにする点にあるから、会社は、その商号中に、他の種類の会社であると誤認されるおそれのある文字を用いてはならない（会6）。

他面、会社でない者は、その名称または商号中に、会社であると誤認されるおそれのある文字を用いてはならない（会7）。個人企業が会社企業のような外観を装うことを防止する趣旨である。大審院明治41年（1908年）11月20日判決民録14輯1194頁は、「合名商会」は会社たることを示すべき文字に該当すると判示している。単に「商会」という文字は、今日、会社であると誤認されるおそれはまずないと解してよいとするのが多数説であるが²³、「商社」という文字は、未だ誤認のおそれがあると解したい²⁴。「社」という文字は、わが国では、同志的結合あるいは組合を意味する単語として用いられる場面が多く、これに「商」を冠することにより、なお会社企業（とくに持分会社）と誤認される可能性が残っているものとする。

「company」あるいは「corporation」など、外国語で会社を意味する単語を仮名で表記した「カンパニー」「コーポレーション」は、行澤一人（1964～）によれば、会社法7条によって商号として使用が禁止される文字に該当すると解され

23 江頭憲治郎編『会社法コンメンタール1』（商事法務・2008年）136頁【行澤一人】。

24 服部栄三は、会社企業が増加し、その名称が普及した今日にあっては、「商社」も誤認のおそれはないと解している（服部・注（1）前掲185頁脚注参照）。

る²⁵。そうであるとすれば、英語以外の他の会社を意味する外国語の仮名表記も同様であろうし、中国語たる「公司」の漢字表記も会社法7条による使用禁止文字に含まれると解されよう。

会社法7条に違反した者は、100万円以下の過料に処せられる(会978)。

1-3-2-2. 公共性の高い企業の商号

公共性の高い企業、たとえば銀行業を目的とする会社は、その商号中に「銀行」という文字を使用しなければならず(銀6)、保険業を目的とする会社は、その商号または名称中に、「生命保険会社」または「損害保険会社」であることを示す文字として内閣府令で定めるもの²⁶を使用しなければならない(保険業7)。また、信託会社は、その商号中に「信託」という文字を用いなければならない(信託業14)。

他方、他種の業種を営む者は、これら上記の文字を商号または名称中に用いてはならず(銀6、保険業7、信託業14本文)、また金融商品取引業者・金融商品仲介業者でない者はそれぞれ「金融商品取引業者」「金融商品仲介業者」という商号もしくは名称またはこれに紛らわしい商号もしくは名称を用いてはならない(金商取31の3、66の6)。これらに違反した者には、100万円以下の過料(銀66、保険業335)または30万円以下の罰金(信託業97、金商取205の2の3)といった制裁が課せられる。

1-3-2-3. 主体を誤認させる商号選定の禁止

商法12条1項および会社法8条1項もまた、商号自由主義に対する例外を定めた規定の一部を構成すると位置づけられる。すなわち、何人も、不正の目的をもって、他の商人・会社であると誤認されるおそれのある名称または商号を用いることが禁じられるのである。これらの条項は、昭和13年(1938年)改正によって設けられた同年改正後商法21条1項の後継規定である。これらの条項は、著名な他者の信用を利用すべく、当該他者の名称または商号を無断で使用して営業するようなこと、すなわち氏名や商号という標識のフリーライド(free ride)を防止する趣旨

25 江頭編・注(23)前掲136頁[行澤一人]。

26 保険業法施行規則(平成8年(1996年)大蔵省令第5号)13条参照。

である²⁷。

これらの条項の詳細については、商号権の考究において改めて後述する（本章 1 - 5 - 3、1 - 5 - 4）

1 - 4. 商号の登記

1 - 4 - 1. 商号登記制度の意義

商号は、これを使用する商人にとっては、これが当該営業の同一性を表章するよう作用するから、その信用の基礎となり、これを排他的に利用することに経済的利益を有する²⁸。他方、商人と取引をする第三者にとっても、誰が、どの営業について、どのような商号を使用するのかということを確認に知ることは、取引の安全を図るうえで重要である²⁹。ひいては、一般公衆の利害に係わる場面も大である。それゆえ、このような商人と第三者・一般公衆との利害を調整するため、これを公示すべく商号の登記の制度が認められているのである。

1 - 4 - 2. 商号登記の手續

会社にあつては、その商号を設立登記に際して必ず登記しなければならない（会 911 、912 、913 、914 ）。会社の設立登記が当然に商号の登記を包含しているので、これと別に商号登記簿にその登記をなす必要はない。

これに対し、個人商人にあつては、その商号を登記するか否かは、この者の自由に委ねられる（商 11 ）。個人商人がその商号を登記する場合には、商号登記簿にこれがなされる。商号の登記は営業所ごとにしなければならない（商登 28 ）。登記事項は 商号、 営業の種類、 営業所、 商号使用者の氏名および住所、である（商登 28 ）。上記 が登記事項とされているのは、登記による商号の特別の保護が特定種類の営業についてのみ与えられるから、その営業の種類を確定しておく必要によるものであった³⁰（平成 17 年（2005 年）改正前商 19 参照）。 は、会社の

27 関・注 (13) 前掲 140 頁。

28 鴻・注 (6) 前掲 211 - 212 頁、森本編・注 (11) 前掲 61 頁 [前田雅弘]。

29 同前。

30 大隅・注 (3) 前掲 190 頁参照。

事業目的に相当する事項である。

1-4-3. 商業登記の効力

すでに言及したように(第3章4-1-2-3)、平成17年(2005年)改正前商法19条は、「他人が登記シタル商号八同市町村内ニ於テ同一ノ営業ノ為ニ之ヲ登録スルコトヲ得ズ」との規定を設けていたが、同年改正に際し、この規定は削除された。結果、同じ市町村内において複数の商人が同一商号を同一営業のために登記することが可能になった。

しかし、現行法下にあっても、他人がすでに登記した商号と同一の商号であり、かつ営業所の所在場所が同一のときは、これを登記することができない(商登27)。会社の同一性が本店所在地と商号とによって特定されるのと同様、会社以外の商人の同一性もまた営業所の所在場所と商号とによって特定されることになるわけである。

後に述べるように(本章1-5-4)、Aが使用しているのと同一商号を、Bがその後使用を開始するときに、AはBにその商号の使用を停止するよう請求することができる 때가 あるが、それは、Bが不正の目的をもって他の商人たるAの営業であると世人を誤認させようとする場合である(商12)。しかし、この場合にAがBに対して同一の商号の使用を停止するよう請求できるのは、Aが商号を登記した効果によるものでないことに注意すべきである³¹。

1-5. 商号権

1-5-1. 商号権の意義

商人がその商号について有する権利を「商号権」という。商号権を有する者が商号権者である。商号権は、一般に、他人によりその使用を妨げられない権利と、他人が同一または類似の商号を不正に使用するのを排斥できる権利とに分けて説明されることが多い。前者を「商号使用权」、後者を「商号専用権」という。

31 田邊光政『商法総則・商行為法(第3版)』(新生社・2006年)89頁。

1-5-2. 商号使用权

商人は、商号登記の有無に係わらず、他人から妨害されることなく、自己の商号を使用することができる。すなわち、事実行為・法律行為を問わず、その商号を用いて自由な営業活動が可能である。商号使用权は、商号専用権と対比して述べられるところに意義があるのであり、権利性自体は薄い³²。とはいえ、適法に商号を使用する商人に対し、違法にその使用を妨害した者は、不法行為責任を免れない³³（民709）。

1-5-3. 商号専用権

1-5-3-1. 昭和13年（1938年）改正

昭和13年（1938年）改正前商法20条1項は、商号を登記した者に、不正の競争の目的をもって同一または類似の商号を使用する者に対する、その使用の差止請求権を認め、加えて損害賠償の請求権を認めていた。同条2項は、同市町村内で同一の営業のために他人が登記した商号を使用する者は、不正の競争の目的をもってこれを使用するものと推定していた。すなわち、当時は、商号の排他的使用に関して、商法中には、この規定が存在していたにすぎない。この規定の下で、同年改正前には、商号専用権は、商号の登記によって効力を生じると解するのが通説であった³⁴。たとえば松本丞治は、明確に、「商号ノ登記二因リテ商号専用権ヲ発生ス³⁵」と述べている。

同年改正は、従来の上記規定に加え、商法中に以下の条文を新たに追加した。すなわち、同年改正後商法21条1項は、「何人ト雖モ不正ノ目的ヲ以テ他人ノ営業ナリト誤認セシムベキ商号ヲ使用スルコトヲ得ズ」と規定し、同条2項は、「前項ノ規定ニ違反シテ商号ヲ使用スル者アルトキハ之ニ因リテ利益ヲ害セラルル虞アル者ハ其ノ使用ヲ止ムベキコトヲ請求スルコトヲ得但シ損害賠償ノ請求ヲ妨ゲズ」と規定したのである。同条が設けられたのは、先に言及したように（本章1-3-2-3）、

32 関・注(13) 前掲143頁。

33 同前、大隅・注(3) 前掲197頁、青竹・注(4) 前掲50頁。

34 大隅・同前199頁脚注(2) 参照。

35 松本丞治『商法総論（第5版）』（中央大学・1924年）251頁。

たとえば著名人の氏名等が商号として冒用された場合にもその商号の使用差止めができるようにする必要があるが、商法 20 条の規定のみによってはこのような場合をカバーできないので、これを禁じるのがその趣旨であった。したがって、同年改正後商法 21 条は、元来商号権の保護を目的として置かれた規定ではなかったのである。それゆえ、差止請求の主観的要件も、相手方に不正の目的がある場合との表現になっており、不正競争の目的がある場合とされなかったのである³⁶。さらに、旧不正競争防止法（昭和 9 年（1934 年）法律第 14 号）は、同じく昭和 13 年（1938 年）改正（同年法律第 2 号）時に、1 条 1 項 2 号を設け、「本法施行ノ地域内ニ於テ取引上広く認識セラルル他人ノ氏名、商号、商標其ノ他他人ノ営業タルコトヲ示ス表示ト同一又八類似ノモノヲ使用シテ他人ノ営業上ノ施設又ハ活動ト混同ヲ生ゼシムル行為」によって被害を受けた者は、裁判所に対し、損害賠償の請求を行うことができ、これと共にまたはこれに代えて、その行為の差止めを請求することができるものとした³⁷（同年改正後旧不正競争 1）。これらの改正は、結果的に、未登記商号についても商号の排他性を認めることになったのである。

すなわち、昭和 13 年（1938 年）改正後商法 21 条を、その立法趣旨から離れて文理解釈をすると、本条は商号が冒用された場合にも適用があり、不正競争の目的をもってする商号使用の差止請求権を認める規定として広く読むことができる。そして、この規定による場合には、保護されるべき商号に登記があるか否かは問題とならないから、未登記商号にも排他的効力が与えられ、その冒用による不正競争を排除することができる と解されるに至ったのである³⁸。大隅健一郎は、同年改正後の法構造の下では、商号専用権が登記によって生ずるとする見解はもはや維持することをえず、商号専用権自体が登記の有無に係わらず認められると解すべきことは動かないところであると説いた³⁹。服部栄三もまた、未登記商号にも商法 21 条さらには不正競争防止法 1 条によって排他的効力が認められているので、商号専用権は

36 鴻常夫 = 河本一郎 = 北澤正啓 = 戸田修三編『演習商法（総則・商行為）』（青林書院新社・1984 年）151 頁参照【松岡誠之助】。

37 さらに、昭和 25 年（1950 年）の同法改正（同年法律第 90 号）は、不正競争行為の差止請求に関し、行為者の不正の競争の目的の被害者による立証を不要とした（旧不正競争 1）。

38 鴻 = 河本 = 北澤 = 戸田編・注（36）前掲 151 頁参照【松岡誠之助】。

39 大隅・注（3）前掲 198 頁。

商号の登記によって初めて発生する権利と観ることはできず、商号の保護という見地からは、登記の有無にかかわらず、商号専有権を認めるのが妥当であると思われると解したのであった⁴⁰。

1-5-3-2. 平成17年(2005年)改正

平成17年(2005年)の商法改正によって、同年改正前商法20条は削除された。同年改正前商法21条の後継規定として、商法12条および会社法8条の規定が整備された。商法旧20条が削除されたのは、不正な競争目的で商号を使用されることに関しては、今日にあっては、登記の有無に係わらず、不正競争防止法(平成5年(1993年)法律第47号)、によって保護が図られるからである⁴¹(本章1-5-5参照)。

今日、商法における商号権保護の制度は、商号登記の有無と関係なく、他人が不正の目的をもって他の商人・会社と誤認されるおそれのある商号または名称を使用することを禁止する制度に生まれ変わったのである⁴²。

1-5-4. 現行商法下における商号の保護

商法12条は、何人にも、不正の目的をもって、他の商人であると誤認されるおそれのある名称または商号を使用することを禁じ(1項)、これに違反する名称または商号の使用によって営業上の利益を侵害され、または侵害されるおそれがある商人は、その営業上の利益を侵害する者または侵害するおそれがある者に対し、そ

40 服部・注(1)前掲207頁。

41 青竹・注(4)前掲50頁、森本編・注(11)前掲63頁【川濱昇】参照。

そもそも昭和25年(1950年)に旧不正競争防止法が改正された後は、商号権者は、同法に依拠すれば、商号の周知性の立証を要するものの、商品・営業の混同の立証だけで他者の商号の使用を差し止めることができた。一方で、商法旧20条1項に依拠すれば、より困難な他者の不正競争の目的を立証しなければならなかったから、商法旧20条1項は、ほとんど意味を失ったといつてよい状況になっていたのである。この時点で、商法旧20条は、その2項で、他者が、同一市町村内で同一営業につき商号権者の登記商号を、未登記で使用する場合に、この者の不正競争目的を推定するという、限られた場面のみ意義を有する規定になっていたと評価してよかったわけである(以上、酒巻俊雄=龍田節編集代表『逐条解説会社法(1)』(中央経済社・2008年)113頁【大塚龍児】参照)。そして遂に、平成17年(2005年)改正によって、商法旧19条もまた削除された結果、「本来登記することのできない他人の既登記商号を使用している」ことの不当性に根拠を置く商法旧20条2項もその存在意義を失ったのである(以上、江頭編・注(23)前掲138頁【行澤一人】参照)。

42 関・注(13)前掲145頁。

の侵害の停止または予防を請求できるものとしている (2 項)。会社についても、会社法 8 条が同様の定めを設けている。

平成 17 年 (2005 年) 改正前商法 21 条 1 項が、禁止行為を「商号の使用」に限定していたのに対し、現在の商法 12 条・会社法 8 条は、禁止行為を「名称又は商号の使用」とした。この点で、もはやこれら両条は商号選定自由主義の例外としてのみ捉えることができなくなった⁴³。また、平成 17 年改正前商法 21 条は、商人以外の自然人たとえば著名な政治家・芸能人・アスリート (athlete) などの氏名・名称の冒用をも規整の対象としていたが、現行法は、保護される被冒用者を商人・会社に限定している。その主たる理由は、商法・会社法の体系的整序に求められており⁴⁴、立法担当者は、近時の人格権・パブリシティ権に関する概念の確立により、著名な自然人等に関しては、これらの者の氏名・名称が商号として冒用される場合を含めて、これらの者の人格権・パブリシティ権の侵害として差止請求や損害賠償の問題にすればよいとの立場を採ったものと思われる⁴⁵。

商法 12 条 1 項・会社法 8 条 1 項にいう「不正の目的」とは、平成 17 年 (2005 年) 改正前商法 21 条 1 項の解釈を引き継いだ多数説^{みえん}を敷衍すれば、他の商人・他社の商号または名称 (たとえば、当該企業を象徴するような商品名なども含まれよう) を自己の商号として使用することにより、一般人をして、自己・自社の営業・事業を、その商号または名称によって表示される他の商人・他社の営業・事業であるかのごとく誤認させようとする意図をいうと解されることになる⁴⁶。しかし、田邊光政は、この場合の「不正の目的」は狭く厳格に解すべきではなく、さらに進んで、特別な理由もなく、他人の商号・名称を自己の商号として使用する者は、不正の目的があると推定すべきであると主張する⁴⁷。不正の目的を厳格に解するとき、それによって利益を害されるおそれのある者からの使用停止権が狭められるこ

43 江頭編・注 (23) 前掲 138 頁 [行澤一人]。

44 森本編・注 (11) 前掲 65 頁 [川瀬昇]。

45 郡谷大輔 = 細川充 「会社法の施行に伴う商法および民法等の一部改正」 商事法務 1741 号 (2005 年) 38 頁参照。

46 大隅・注 (3) 前掲 186 頁、青竹・注 (4) 前掲 52 頁、関・注 (13) 前掲 146 頁参照。

47 田邊・注 (31) 前掲 86 頁。

とになり、被冒用者の十分な保護に欠けることがその理由である⁴⁸。宣伝媒体の発達にともない、今日の営業戦略・事業戦略は、イメージ化が顕著に進んでいるから、その状況をふまえて、被冒用者の商号・名称をパブリシティ権に準じた形で保護するという方向に踏み出すことが適当であろう。したがって、田邊説のように解するのが妥当であるといえようか。そうであるとすれば、冒用者の営業・事業が被冒用者の営業・事業と同一でなくとも、また市場における競合なども考慮する必要なく（すなわち、競争関係を何ら前提とせず）、特別な理由のない冒用には、それだけで、不正の目的があると広く認めるべきであろう。よって、被冒用者が現に営業・事業を行っていないかとも不正の目的による冒用は許されないと解する。要は、一般人をして、冒用者において、被冒用者との間に、何らかの関係があると誤認せしめれば足るわけである。なお、近時、知財高裁平成19年（2007年）6月13日判決判タ1294号163頁が、会社法8条所定の「不正の目的」に関し、「会社法8条（旧商法21条）は、故意に信用のある他人の名称又は商号を自己の商号であるかのように使用して一般公衆を欺くというような反社会的な事象に対処すること等を目的として設けられたものであること、同条は、不正競走防止法2条1項1号のように他人の名称又は商号が「周知」であることを要件とせずに、営業上の損害を受けるおそれのある者に差止請求権を付与していること、後に名称又は商号の使用を行った者が、その名称又は商号の使用を禁止される不利益も少なくないこと等の事情に照らすならば、同条にいう「不正の目的」は、他の会社の営業と誤認させる目的、他の会社と不正に競走する目的、他の会社を害する目的など、特定の目的のみに限定されるものではないが、不正な活動を行う積極的な意思を有することを要する」と判示している。不正な活動を行う積極的な意思を有するというように解することは、同条の解釈として、あまりに厳格に過ぎるのではなからうか。このような窮屈な解釈には反対したい。

冒用者の商号が、他の商人・他社の営業・事業と誤認されるおそれがあるか否かは、冒用者の商号と被冒用者の商号・名称との類似性の有無によって判断されよう。

48 同前。

商法教授方法に関する研究手帖 (5)

なお、従来の商号専用権に基づく類似商号排斥に関する判例は、商号全体で類似することを要せず、その主要部分において類似・一致すればよく、加えて、取引界の実情を斟酌して混同誤認のおそれがあるか否かを決すればよいとしていた（最判昭和40年（1965年）3月18日判タ175号115頁、最判昭和44年（1969年）11月13日判時582号92頁）。

冒用者による「使用」とは、被冒用者の商号・名称を法律行為はもとより、これらを看板・広告・商品名などに事実上使用する場合を含む⁴⁹。これらが現に商号として登記されていると否とを問わない。

保護の対象は、冒用によって営業上・事実上の利益を侵害され、または侵害されるおそれのある商人・会社である。「利益を侵害される」とは、財産上の不利益に止まらず、信用失墜などの人格について生じる不利益も含まれる⁵⁰。利益を侵害されることの立証責任は、そのことを主張する側にある⁵¹。

営業上・事実上の利益を侵害され、または侵害されるおそれのある商人・会社は、冒用者に対し、使用差止請求権または侵害予防請求権を有する（商12、会8）。冒用者によって対象商号が登記されておれば、その抹消請求や変更請求をなすことも可能である。

被冒用者において損害が生じれば、不法行為に基づく損害賠償請求が可能であること、いうまでもない（民709）。

1-5-5. 不正競争防止法による商号の保護

現在の不正競争防止法は、他人の商号として需要者の間に広く認識されているもの（一般に、「周知性がある」と表現される）と同一もしくは類似の商号を使用して、他人の営業と混同を生じさせる行為を「不正競争」の1類型として掲げている（不正競争2）。商号の登記の有無には関係ない。そして、かかる不正競争によって営業上の利益を侵害され、または侵害されるおそれがある者は、これを侵害する

49 大隅・注(3)前掲186頁、関・注(13)前掲146頁。

50 田邊・注(31)前掲86頁。

51 関・注(13)前掲146頁。

者または侵害するおそれのある者に対し、その侵害の停止または予防を請求することができるものとしている（不正競争 3）。加えて、故意または過失により、不正競争を行って他人の営業上の利益を侵害した者は、これによって生じた損害の賠償責任を負うが（不正競争 4）、その際、損害額の立証責任に関して、侵害者が侵害行為から得た利益の額を、被侵害者が受けた損害の額と推定する規定が設けられている（不正競争 5）。さらに、不正競争を行って他人の営業上の信用を害した者に対し、裁判所は、被侵害者の請求によって、損害の賠償に代え、またはこれと共に、被侵害者の営業上の信頼を回復するのに必要な措置を命ずることができる（不正競争 14）。たとえば、新聞紙上への謝罪広告の掲載を命ずる等の措置が採られる。不正の目的をもって不正競争を行った上記の侵害者は、5年以下の懲役もしくは500万円以下の罰金に処せられ、またはこれを併科される（不正競争 21）。

1 - 6. 商号の処分

1 - 6 - 1. 商号の譲渡

商号は財産権の1種であるから（本章1 - 1）、あるいは少なくとも財産的価値を有する権利であるから、譲渡性を有し、現に譲渡がなされている。しかし、商号は、社会的・経済的には、当該企業または商人の信用を化体し、あるいは当該営業の名称たる機能をも有しているから（世人は、その商号の許に特定の営業を連想するから）、商号と営業とを切り離して、商号のみの単独譲渡を認めると、これを信頼する一般公衆の利益を害するおそれがある⁵²。それゆえ商法 15 条 1 項は、商人の商号は、営業と共にする場合または営業を廃止する場合に限って、これを譲渡することができるものとした。同条同項は、昭和 13 年（1938 年）改正時に追加された同年改正後商法 24 条 1 項の後継規定である。ちなみに、同年改正前は、商号は営業と分離して単独で譲渡できるとするのが通説であったが、上に述べた弊害を勘案して、昭和 13 年改正がなされたのである⁵³。

52 服部・注 (1) 前掲 190 - 191 頁、大隅・注 (3) 前掲 200 - 201 頁、田邊・注 (31) 前掲 90 - 91 頁参照。

53 大森・注 (6) 前掲 139 頁脚注 (2) 参照。

営業廃止にともなう商号の譲渡は、商号のみの単独譲渡となるが、これは、廃業者が商号の譲渡によってその財産的価値を回収することを重く観た結果である⁵⁴。

上のように、原則として、商号の単独譲渡が禁じられるからには、商号のみの差押えも許されないと解される⁵⁵ (大決昭和7年(1932年)1月11日民集11巻1号)。

営業と共に商号を譲渡するときは、譲渡人の全営業を譲渡しなければならないが、営業の一部または一部門を商号と共に譲渡することは許されない。ただし、本店または支店の営業を分離して商号と共に譲渡し、譲渡人において、譲渡の対象外となった営業所の営業を、従前の商号を続用して行うことは、他の規定(たとえば商16)に抵触しない限り、差し支えない⁵⁶。いわば営業を営業所単位で分割する形でなされるのれん分けが認められる。

大隅健一郎は、自然人たる商人は会社たることを示すべき文字を商号中に用いることをえないから(会7)、会社の商号を譲り受けることができず、また会社はその種類を示すべき文字を商号中に用いなければならないから(会6)、自然人や異種類の会社の商号を譲り受けえないことはいうまでもないと説く⁵⁷。大森忠夫も同様の見解を採り、自然人・会社間、異種類会社間の商号の譲渡は、譲渡制限に該当すると評価している⁵⁸。会社が自然人や異種類会社の商号を買収し、その主要部分に自己の会社の種類を示す文字を付加して使用することはありうるが、この場合は、商号の譲渡ではなくして、他人をして商号の放棄をなさしめる契約と観るべきであると解するのである⁵⁹ (同旨、京都地判昭和32年(1957年)11月13日下民集8巻11号2060頁)。商号は、会社の種類を示す部分を含め全一体として観察しなければならないとの立場を採ったものと思われる。これに対し、服部栄三や田邊光政は、商号中の会社の種類を示す文字は商号の主要部分ではなく、この文字を除外または付加することは、商号譲渡の概念と相容れないものではないとして、会社の

54 服部・注(1)前掲191頁。

55 同前、大隅・注(3)前掲201頁、大森・注(6)前掲138頁。

56 大隅・同前、田邊・注(31)前掲91頁。

57 大隅・同前202頁脚注(3)。

58 大森・注(6)前掲139頁。

59 同前、大隅・注(3)前掲202頁脚注(3)。

種類を示す文字を付加・削除・変更しても、必ずしも商号の同一性を失うものではないと解する⁶⁰（なお、東京地判昭和34年（1959年）8月5日下民集10巻8号1634頁参照）。とくに、商法17条の適用等の便宜を勘案すれば、後者の立場が妥当であると思われる。

商号の譲渡は、当事者間においては、意思表示の合致によってその効力を生じることが、これを第三者に対抗するには、登記をなすことを要する（商15）。第三者の善意悪意を問わない。この登記が第三者に対する対抗要件となるのは、商号の二重譲渡のごとき、もっぱら商号権移転の物権の関係において意味を有する⁶¹。したがって、商号の譲受人が、不正な侵害者に対して損害賠償を求めたり（民709）、自己の商号を使用する他者に対して商号使用の差止めを求めたり（商12）するときには、商号譲渡の登記は不要である⁶²。商号の譲渡による変更の登記は、譲渡人の承諾書および商法15条1項の規定に該当することを証する書面を添付のうえ、譲受人の申請によってなされる（商登30）。未登記商号の譲受人が、第三者対抗要件を具備することを欲するならば、かかる登記をしなければならない。

1-6-2. 商号の相続

商号が相続の目的たりえることについては、異論を見ない。商号は、相続上の一身専属権（民896ただし書）とはみなされない⁶³。登記商号の相続にあつては、商号の相続による変更の登記をするには、申請書に相続を証する書面を添付しなければならない（商登30）。

1-6-3. 商号の変更

繰り返し述べるように、商号は商人の名称であつて、営業ないし営業活動についての名称ではないから、営業の種類の変更があつても、当然には商号の変更を生じるものではない。したがって、営業の種類を変更しても、従前の商号権は、商号の

60 服部・注(1)前掲192頁脚注参照、田邊・注(31)前掲92頁参照。

61 大隅・注(3)前掲201頁、大森・注(6)前掲198頁。

62 関・注(13)前掲148頁。

63 同前149頁。

変更をとまなわない限り、依然として存続する。もっとも、登録商号にあっては、営業の種類が商号登記における登記事項に含まれているので（商登 28 ）、営業の種類の変更は、登記事項の変更として、変更の登記を要する。

営業の種類を変更したと否とを問わず、商号を変更することが許されるのは、商号自由主義の一環として当然のことである。しかし、商号の変更に際しては、商号の選定の際と同様の規整が及ぶこともまた当然のことである。

登録商号を変更した場合には、商号変更の登記を申請しなければならない（商登 29 ）。これを怠れば、当該商号の登記に係る営業所（会社にあつては本店）の所在地において同一商号を使用しようとする者によって、登記所に対し、当該商号の抹消の申請がなされることがある（商登 33 ）。

1-6-4. 商号の廃止

商人は、その営業を廃止（廃業）しなくとも、商号の使用を廃止することは自由である。しかし、会社は、廃業せずに商号を廃止することが許されないこと、当然である（商登 34 参照）。

廃業せずに、商号の使用のみを廃止したときは、当該商号に係る商号権を失う。登録商号の廃止は、これを廃止した者が廃止の登記を申請しなければならない（商登 29 ）。

商号の登記をした者が正当の理由なく 2 年間その商号の使用をしないときは、その営業所の所在地において同一の商号を使用しようとする者は、当該商号の抹消の登記を申請することができる（商登 33 ）。商号を使用しないまま登記簿上にこれを残存させておくことは、他人の自由な商号選定を妨げるおそれがあるばかりでなく、商号を使用する意図のない者が事前に商号の登記をしておいて、意図的に他人の商号使用ないし商号変更を阻止することも不可能ではない。かかる陰謀を許さぬ趣旨である⁶⁴。

64 同前 149 - 150 頁。

1-7. 名板貸し

1-7-1. 意義

1-7-1-1. 昭和13年(1938年)改正

名板貸契約は、本来の意味においては、旧取引所法(旧商品取引所法)(明治26年(1893年)法律第5号、現在の商品先物取引法の前身)の下で、取引所の取引員が、取引員でない者に営業名義を貸与し、その名義借用人をして、その損益計算において、当該営業の独立経営にあたらしめる契約として発生した商慣習である。やがてこれが一般化され、広義において「名板貸契約」というときは、Aが自己の氏、氏名または商号を使用して営業をなすことをBに許諾する契約一般を指すようになった。名義貸与者を「名板貸人」、名義借用人を「名板借人」と称する。この意味の名板貸しは、BがAの営業上の信用・名声などを利用することによって、Bが自己の営業を有利に遂行することに中心的な機能があったので、具体的な事案においては、商号の使用許諾がその大部分を占めていたようである⁶⁵。

昭和13年(1938年)以前の商法中には、上記の名板貸契約を直接規整する条文は存在しなかった。同年改正前においては、上のいわゆる狭義の(本来の)名板貸契約に関して、判例は、強行法規・公益法規に反することを理由に、無効との立場を採っていたが(大判大正15年(1926年)4月21日民集5巻271頁)、商慣習化した一般の名板貸契約に関しては、取引の相手方たる公衆の信頼保護・外観尊重の見地から、名義貸与者に、借用人と共に連帯責任を負わせることを認めていた(大判昭和4年(1929年)5月3日民集8巻453頁、大判昭和8年(1933年)7月31日民集12巻2427頁など)。同年改正後商法は、その23条において、「自己ノ氏、氏名又ハ商号ヲ使用シテ営業ヲ為スコトヲ他人ニ許諾シタル者ハ自己ヲ営業主ナリト誤認シテ取引ヲ為シタル者ニ対シ其ノ取引ニ因リテ生ジタル債務ニ付其ノ他人ト連帯シテ弁済ノ責ニ任ズ」と規定し、これを商法上の制度としたのである。もちろん、この条文により名板貸人の責任が認められるときであっても、取引当事者としての責任は、第1義的に名板借人にあるのはいうまでもない。よって、この場合に

65 實方正雄「名板貸契約」法律時報24巻5号(1952年)15-16頁参照。

は、名板借人の契約責任と、これと同じ内容の名板貸人の表見責任とが併存することになる。同条は第三者保護を強化する趣旨で、両者の責任を連帯責任としたのである。同条は、権利外觀理論ないし禁反言の法理の発現に他ならないが⁶⁶、間接的ながら、商号真実主義を加味した規定と評価される⁶⁷。

1-7-1-2. 現行法

上記平成17年(2005年)改正前商法23条は、同年改正によって、商法14条・会社法9条に承継された。商法14条の規定は、商号使用の許諾者が非会社商人である場合を規整するのに対し、会社法9条の規定は、これが会社である場合を規整する点を除いて、その法構造はまったく同じである。

平成17年改正前商法23条は、上に掲げたように、商号の使用許諾のみならず、氏、氏名(したがってその他の名称)の使用許諾についても、名板貸人の責任を生じることとされていたが、現行法は、文言上、名板貸人の責任を「商人」または「会社」が「商号」の使用許諾をなした場合に限定した。その理由は定かでないが、会社法9条が、責任主体を「会社」すなわち、本来的商人に限定したこととの関係で論理整合的な調整がなされたと観るべきであろう⁶⁸。この結果、商法14条の規定も、会社法9条に平仄を合わせる表現・内容となったのであろう。したがって、かつては、名板貸人は商人である必要はなく、非商人たる個人または会社以外の法人についても名板貸しは成立するとされ⁶⁹、それゆえに名板貸しの対象たる名称も商号に限定されないと解されていたが⁷⁰、立法が従前の規定を明確に変更した以上、非商人の名板貸責任は、現行商法・会社法の構造上、排除されたものと解さざるをえない⁷¹。

かくして、平成17年(2005年)改正前商法23条の適用が認められていた非商人による名義使用許諾事例⁷²は、現行法の枠組みでは名板貸責任から排除され、その場合の善意の第三者保護は、民法109条もしくは同715条に委ねられる他ないと

66 大隅・注(3)前掲204頁参照。

67 同前203-204頁、大森・注(6)前掲122-123頁。

68 江頭編・注(23)前掲146頁[行澤一人]参照。

69 大隅・注(3)前掲205頁。

70 同前207頁、服部・注(1)213頁。

71 関・注(13)前掲156頁。

いうことになりそうである⁷³。行澤一人は、平成 17 年改正によって、同年改正前商法 23 条が、商法 14 条・会社法 9 条のように改められたことによって、名板貸責任は、会社もしくは商人の商号に関する法規整として純化され、その他の一般的な「名義使用許諾」に関する事例は、民法によって処理されるというように、民法と商法・会社法の棲分けが明確になったといえると説く⁷⁴。理論的には、現行法体系上、このような説明が最も説得的であるが、その棲分けは、あまりに厳格に運用すべきではなからう。たとえば、自己の氏・氏名を商号として使用していた商人が廃業して非商人となり、したがって、その氏・氏名を自らが商号として使用することがなくなった（これらが一般生活関係において自己を表示する名称に回帰した）ものの、廃業後まだ日が浅いにもかかわらず、他者に自己の氏・氏名の使用許諾を認めたような場合には、必ずしも民法の規整に委ねることが妥当であるとは限らないからである。同様に、たとえば、商号ではないけれども、立志伝中の人物に該当するがごとき個人商人が、自己の氏・氏名の使用許諾を認めたような場合にも、商法 14 条の類推適用を排除しない余地を残しておくべきであろう⁷⁵。

1 - 7 - 2. 名板貸人の責任発生要件

1 - 7 - 2 - 1. 商号の使用許諾

名板貸人の責任が生じるには、第 1 に、商人または会社たる名板貸人が、自己の商号の使用を名板借人に許諾しなければならない。

72 たとえば、最高裁昭和 35 年（1960 年）10 月 21 日判決民集 14 卷 12 号 2661 頁のような事案である。東京地方裁判所が、その職員の福利厚生を図るべく、裁判所庁舎の一部の使用を許すとともに、同裁判所の承諾のもとに、現職の職員が事務を執って、「東京地方裁判所厚生部」という名称を用いて商品を仕入れ、市場より廉価で所内職員に販売をしていた。納入業者は、裁判所が取引主体であると誤信していた。最高裁は、かかる事案において、上のような名称は、東京地方裁判所の一部局としての表示力を有するものと認むべきであり、東京地方裁判所当局が「厚生部」の名称使用を認めた以上、これによって、同裁判所は「厚生部」のする取引が自己の取引なるかのごとく見える外観を作り出したものというべきであるとして、「厚生部」のした取引につき、同裁判所に名板貸人としての責任を認めた。付言すれば、本事案は、名板貸人が商人でないばかりでなく、名板借人には法人格すらなく営利目的を有する社団ですらないという特異なものであった。

73 江頭編・注（23）前掲 146 頁〔行澤一人〕参照。

74 同前。

75 個人商人の氏・氏名の使用許諾に正面から商法 14 条の類推適用を認める見解もある。青竹・注（4）前掲 54 頁。

名板貸人が使用を許諾した商号と、名板借人が使用する商号とが正確に一致する必要はない。自己の商号に支店・出張所などの自己の営業・事業の一部であることを示す名称を付加して許諾する場合でも、許諾された者が独立の商人として営業・事業を行っている場合は商法 14 条・会社法 9 条が適用される⁷⁶（最判昭和 33 年（1958 年）2 月 21 日民集 12 卷 2 号 282 頁参照）。また、使用許諾対象商号が類似商号である場合にあっては、その類似性のゆえに名板貸人の責任が発生するかどうかは、これを商号として使用する際に許諾を得なければ、平成 17 年（2005 年）改正前商法 21 条の解釈を敷衍した商法 12 条 1 項・会社法 8 条 1 項の解釈に基づく「不正の目的」による使用とされる程度に、客観的に営業・事業主体の誤認混同を生ずべきものか否かという規準で判断されよう⁷⁷。

商号の使用許諾は、明示的である必要はなく、黙示的であってもよい。したがって、他人が自己の商号を使用して営業・事業を遂行していることを知りながら、これを放置している場合にも、名板貸人としての責任が生じることがある。しかし、上のような事実を知りながら、その使用の差止めを請求せず放置したという事実だけから、直ちに黙示の許諾があったと解することはできない。商号自由主義の下では、自己の商号を他人が使用していることを知った者に、その使用を差し止める義務は当然には生じないからである⁷⁸。黙示の許諾があったと解されるためには、第三者が名義人を営業主と誤認する可能性との関連において、当該不作为（放置したまま差止めもしないこと）が社会通念上妥当でないと考えられる状況の下における不作为であると評価されなければならない⁷⁹。

判例上、黙示の許諾があったものと評価された事案としては、他人に会社の事務所の一部を使用して営業を行うことを許諾した者が、その営業者が当該会社の商号を付した名刺や手付金受領書を用いて取引をしているのを知りながら放置していた場合（最判昭和 30 年（1955 年）9 月 9 日民集 9 卷 10 号 1247 頁）、営業廃止に際して、それまで業務の一切を任せていた従業員に、営業用の建物から工具に至るまで、

76 同前、関・注 (13) 前掲 157 頁。

77 江頭編・注 (23) 前掲 147 頁[行澤一人]参照。

78 青竹・注 (4) 前掲 54 頁。

79 鴻・注 (6) 前掲 205 - 206 頁、田邊・注 (31) 前掲 97 頁参照。

そのままの状態で貸与のうえ、同種の営業をすることを許諾した者が、存置した看板等を使用して営業がなされていることを知りながら放置していた場合（最判昭和42年（1967年）2月9日判時483号60頁）、営業廃止の後、廃業者が、看板・ゴム印・印鑑・小切手帳などをそのまま店舗に残しおき、かつての従業員が当該店舗において、廃業前と同一商号を用いて、別種ではあるが、これらの備品を利用して営業を行っていることを了知しながら放置していた場合（最判昭和43年（1968年）6月13日民集22巻6号1171頁）、などがある。

1-7-2-2. 営業・事業を行うことの許諾

商法14条・会社法9条は、「営業又は事業（事業又は営業）を行うこと」についての商号の使用許諾を要件としている。この部分の条文の表現だけを観れば、平成17年（2005年）改正前商法23条の「営業ヲ為スコト」についての許諾と一致している。しかし、先に述べたように（本章1-7-1-2）、現行法の下では、名板借人が非商人の場合に同条を類推適用する余地はなく、文理通り、名板貸人の責任は、名板借人が営業・事業を行う場合に限り適用されるので、名板借人は商人でなければならないと解される⁸⁰。ただし、かつて平成17年改正前商法23条の適用ないし類推適用をもってカバーされていた場面（たとえば、本章脚注（72）の事案のような場面）の解決にあたっては、今後、民法109条をはじめとする民法の表見代理規定、その他一般の表見代理と現行の商法14条・会社法9条との棲分けについて、民法研究者と共同して、修正・整理がなされなければならないという課題が残されている。

手形行為と商法14条・会社法9条（名板貸人の責任）との関係においては、理論的には、関俊彦が記述するように⁸¹、営業・事業につき名板貸しが行われ、名板借人がその営業・事業に関して名板貸人の商号を使用して手形行為をした場合と、

手形行為についてのみ商号使用の許諾が行われ、名板借人が名板貸人の商号を使用して手形行為をした場合、とが区別される。については、商法14条・会社法9条の類推適用を肯定するのが趨勢であろう（大判昭和6年（1931年）5月9日新聞

80 服部・注（1）前掲216頁、大隅・注（3）前掲207頁。

81 関・注（13）前掲161頁。

3273号8頁、最判昭和55年(1980年)7月15日判時982号144頁参照)。 については、全国銀行協会連合会(全銀協)が調整した統一手形用紙制度の下で、事実上、統一手形用紙の形式に則った手形の流通しか認められない今日のわが国にあっては、純粹にこのような事情の下に手形行為が行われることは皆無に近い。すなわち、商号借用者は、手形用紙を入手する前提として、銀行等と当座勘定取引契約を締結しなければならない。商号借用者が会社であれば、会社の登記簿謄本等の提出を銀行から要求され、個人商人であれば、印鑑証明その他当該商人の身許を確認する資料の提出が要求される。あまりに不自然な当座勘定契約の締結に銀行等が応じるはずもなく、 のような事情の下に商号借用者が手形用紙を入手するためには、当座勘定契約締結の段階において、商号貸与者の積極的な協力・関与が不可欠である。そうであるとすれば、このような協力・関与をなした商号貸与者は、商号借用者の計算においてこの者に手形行為の代行権限を与えるというきわめて特異な契約を、商号借用者との間で交わしたと観他ない。したがって、 の類型については、名板貸し云々を問題とする以前に、手形法理上当然に、代行権限を与えた商号貸与者に本人としての手形責任が生じるとともに、自己を表示するために貸与者の商号を用いた借用者もまた当然に、手形責任が生じると解すべきことになる。 の場合について、平成17年(2005年)改正前商法23条の類推適用を否定した判例(最判昭和42年(1967年)6月6日判時487号56頁)は、今日もはやその意義を失っているというべきである。

商号使用許諾者の営業または事業と商号借用者のなす営業または事業とは同種のものでなければならないか。平成17年(2005年)改正前商法23条の下で、判例は、営業の同種性を要するものと解していた。たとえば、最高裁昭和36年(1961年)12月5日判決民集15巻11号2652頁は、「自己の商号を使用して営業をなすことを許諾した者は、その者の営業の範囲内の行為についてのみ商法23条の責任を負うものと解するのが相当である」と判示している。また、前掲の(本章1-7-2-1参照)最高裁昭和43年(1968年)6月13日判決民集22巻6号1171頁も、「商号は、法律上特定の営業につき特定の商人を表す名称であり、社会的には当該営業の同一性を表示して、その信用の標的となる機能をいとなむものである。商法23条は、このような事実に基づいて・・・したがって、現に一定の商号をもって

営業を営んでいるか、または、従来一定の商号をもって営業を営んでいた者が、その商号を使用して営業を営むことを他人に許諾した場合に右の責任を負うのは、特段の事情のないかぎり、商号使用の許諾を受けた者の営業がその許諾をした者の営業と同種の営業であることを要するものと解するのが相当である」と判示している（ただし、結論としては、特段の事情を認定したものである）。鴻常夫は、上の判例の立場に賛成するが⁸²、多くの商法研究者は、営業の同種性は、許諾の範囲および相手方の誤認・重過失の有無を具体的に判断する際に考慮される要素のひとつにすぎないと解している⁸³。

名板貸人が名板借人に対し、営業または事業の範囲を限定して商号の使用を許諾したにもかかわらず、名板借人がその制限を逸脱して、他種の営業・事業において当該商号を使用した場合、本来であれば、名板貸人の責任は許諾の範囲に画されるのが筋であって、そのような商号使用は、名板貸人の許諾の外にあるから、原則として、名板貸人の責任は生じないものと解される。しかし、かかる場合には、名板貸人において、そのような商号使用を放置することが、黙示の許諾ないしこれと同視しうる帰責事由をとまなうと評価できる状況にあるときは、名板貸人としての責任を肯定されよう⁸⁴。なお、この場合に、商号使用許諾者に対して、民法 110 条を類推適用することを否定する理由はない。

1-7-2-3. 第三者による営業・事業主体の誤認

商法 14 条・会社法 9 条によって取引の相手方が保護されるためには、当該相手方が、商号使用許諾者が営業主ないし取引主体であると「誤認して」商号借業者と取引をしたことを要する。誤認のない場合、すなわち取引の相手方が悪意であれば、商号使用許諾者に名板貸人としての責任は生じない。

相手方の誤認が過失による場合にも、商号使用許諾者は、商法 14 条・会社法 9 条に基づく責任を負うのか。この点につき、最高裁昭和 41 年（1966 年）1 月 27 日

82 鴻・注 (6) 前掲 206 頁。

83 服部・注 (1) 前掲載 218 頁、大隅・注 (3) 前掲 207 頁、青竹・注 (4) 前掲 56 頁、森本編・注 (11) 前掲 73 頁 [早川徹]、関・注 (13) 前掲 160 頁、江頭編・注 (23) 前掲 153-154 頁 [行澤一人]。

84 森本編・同前 [早川徹]、関・同前 161 頁。

判決民集 20 卷 1 号 111 頁は、「商法 23 条（現在の商 14、会 9）の名義貸与者の責任は、その者を営業者なりと誤認して取引をなした者に対するものであって、たとえ誤認が取引をなした者の過失による場合であっても、名義貸与者はその責任を免れ得ないものというべく、ただ重大な過失は悪意と同様に取り扱うべきものであるから、誤認して取引をなした者に重大な過失があるときは、名義貸与者はその責任を免れるものと解するのを相当とする」と述べている。最高裁は、基本的には相手方が善意であれば、過失の有無を問わず保護されると解しつつ、誤認につき相手方に重過失があれば、これを悪意とみなすと考えているようであり、したがって、善意無重過失者が保護されることになる。大隅健一郎や服部栄三もこの考え方を支持するようである⁸⁵。今日においても、商法 14 条・会社法 9 条の下では、善意無重過失者を保護すべしと解するのが有力な学説であると思われる⁸⁶。関俊彦は、このような考え方は、表見支配人規定（商 24、会 13）の第三者とのバランスを考慮したものと評価している⁸⁷。

商法 14 条・会社法 9 条による名板貸人の責任は、名義貸与という帰責事由だけでなく、第三者の信頼の保護ということにも基礎があるから、その保護は客観的に観て保護に値するもの、すなわち過失のないものでなければならない⁸⁸というのは、当然の理であろう。したがって、営業主ないし取引主体の誤認につき重過失のある相手方を保護の対象から除外するという判例や有力説の方向性は肯定されてよい。しかし、現行法下においてはさらに、軽過失のある相手方をも保護の対象から除外すべきか否かが検討されなければならない。繰り返し述べるように、現在の商法 14 条・会社法 9 条は、名板貸人の責任を商人または会社が商号の使用許諾をなした場合に限定し、非商人たる自然人または会社以外の法人の名義貸しの責任を除外するという法構造に改められた。これによって、平成 17 年（2005 年）改正前商法 23 条の適用が認められていた非商人による名義使用許諾事例は、主として民法の規整に委ねる他ないという新たな状況が生じているのである。この状況の下では、相手

85 服部・注 (1) 前掲 220 頁、大隅・注 (3) 前掲 209 頁。

86 青竹・注 (4) 前掲 58 頁、関・注 (13) 前掲 164 頁。

87 関・同前

88 鴻 = 河本 = 北澤 = 戸田編・注 (36) 前掲 160 頁 [松岡誠之助] 参照。

方の軽過失による誤認が名板貸人の免責事由に該当するか否かを考究する場合、商法 14 条・会社法 9 条とのバランスを考慮すべき対象条文は、関俊彦が説く商法 24 条・会社法 13 条よりもむしろ、民法 109 条をはじめとする表見代理規定なのではなからうか。そうであるとすれば、かつて商法旧 23 条の時代に石井照久が述べた以下の主張が重みを増すように思われる。すなわち、「商法 23 条の名板貸人の責任は、民法 109 条の表見代理と異なる制度ではあるけれども、表見的な事実についての取引相手方の保護という禁反言の法理の表現としては基本的理念において共通であるから、民法 109 条の解釈についてと同じく相手方の善意無過失を要求しているものと解するのが相当である⁸⁹」。平成 17 年（2005 年）改正によって、まさに、商法 14 条・会社法 9 条は、この主張に沿う方向へと改変されたからである。竹内昭夫もまた、かつて同様に「特に商法 23 条の規定する問題は、性質的にいえば民法 109 条によってカバーされる問題であるが、民法 109 条については、相手方の無過失の場合にのみ責任を負うというのが通説であり・・・従ってこれとのバランスからいっても無過失と解してよい⁹⁰」と述べていた。繰り返し述べるように、この類型に属する事例を解決するにあたり、民商法の棲分けが明瞭になった今日においては、営業主ないし取引主体の誤認につき軽過失のある相手方もまた、保護の対象から除外すべきであると考えられる。確かに、平成 17 年（2005 年）改正前には、軽過失がある者を保護の対象から除外しようとする論者が、「民法 109 条の解釈論を、取引の安全、外観に対する信頼保護の比重の大きい商法 23 条の適用領域に無修正で持ち込んだことについては、なお吟味の余地を残すものというべき⁹¹」であるとする指摘は、首肯しえたであろうが、同年改正後は、いわば商法旧 23 条のかつての適用領域の一部が民法 109 条等に蚕食される状況が生じたのであるから、上記の指摘は、今日においては、杞憂に近い。よって、今日においては、誤認して取引をした者が保護されるためには、この者の善意無過失を要求すべきであろう。

もっとも、抽象的要件を以上のように解しても、過失の有無は、商法 14 条・会

89 石井照久「名板貸の責任」鈴木竹雄＝大隅健一郎編『商法演習』（有斐閣・1960 年）18 頁。

90 竹内昭夫「判批」『商標・商号・不正競争判例百選』（有斐閣・1967 年）171 頁。

91 蕪山巖「判批」『商標・商号・不正競争判例百選』（有斐閣・1967 年）177 頁。

社法 9 条の趣旨との関連において、結局それぞれの具体的事案について、通常人ならその外観を信ずるのが無理からぬと認められる事情があったかどうかを基準として判断する他なく、その意味で、上のような議論だけで直ちに問題の解決になるわけではないとともに、無過失を要求することが直ちに第三者に厳しい態度をとることを意味するものでもない⁹²。なお、商法 14 条・会社法 9 条においても、第三者の悪意・過失の立証責任は、名板貸人にあると解される⁹³。

1-7-3. 名板貸人の責任の範囲

名板貸人の責任が肯定される場合、この者は、名板借人の取引によって生じた債務につき、名板借人と連帯して、第三者に対する弁済責任を負う。名板借人と名板貸人の責任は、不真正連帯債務となる。

商法 14 条・会社法 9 条にいう「取引によって生じた債務」とは、取引によって直接に生じた債務は当然のこと、これの変形したもの、これと実質上同一視すべきもの、たとえば、債務不履行による損害賠償債務、契約解除による原状回復義務、したがって、売買契約の合意解除による手付金返還債務（最判昭和 30 年（1955 年）9 月 9 日民集 9 卷 10 号 1247 頁）も上の「取引」に含まれる⁹⁴。

以上に対し、事実行為としての不法行為（事実的不法行為）、たとえば名板借人またはその被用者が起こした交通事故によって生じた損害賠償債務については、上にいう取引によって生じた債務に該当しない。かかる場合には、誤認と損害の間には何らの因果関係もないから、商法 14 条・会社法 9 条の基礎にある禁反言や外観法理からは、名板貸人の不法行為責任を基礎づけることができないからである⁹⁵。

大審院昭和 11 年（1936 年）11 月 13 日判決民集 15 卷 2011 頁は、自動車運送営業の名板借人が事故を起こした事案において、名板借人が事実上の営業者だとしても、名板貸人の名義のもとに自動車の運転に従事する以上、「或範囲ニ於テ [名板

92 竹内・注 (90) 前掲 171 頁。

93 大隅・注 (3) 前掲 209 頁、青竹・注 (4) 前掲 58 頁、鴻・注 (6) 前掲 209 頁、関・注 (13) 前掲 163 頁。

94 青竹・注 (4) 前掲 58 頁、鴻・注 (6) 前掲 206 - 207 頁。

95 青竹・同前、鴻・同前 207 頁。

貸人]ノ指揮ノ下ニ立タサルヲ得サルハ即チ自明ノ理」であるとし、民法715条の使用関係すなわち指揮監督関係の有無の問題として名板貸人の責任を認めた。最高裁昭和41年(1966年)6月10日判決民集20巻5号1029頁も、やはり自動車運送営業の名板借人の被用者による自動車事故の事案に関し、民法715条に基づいて名板貸人の責任を認めている。このように、名板借人の事実行為としての不法行為に基づく名板貸人の責任は、商法14条・会社法9条の責任としてではなく、もっぱら民法715条の指揮監督関係の問題として処理されている⁹⁶。

最高裁昭和52年(1977年)12月23日判決民集31巻7号1570頁は、交通事故に起因する損害賠償債務を取引によって生じた債務に該当しないとし、加えて、「すでに負担するに至った本来同条(平成17年(2005年)改正前商法23条)の規定の適用のない債務について、名義貸与を受けた者と被害者との間で、単にその支払金額と支払方法を定めるにすぎない示談契約が締結された場合に、右契約の締結にあたり、被害者が名義貸与者をもって営業主すなわち損害賠償債務の最終的な負担者であると誤認した事実があったとしても、右契約に基づいて支払うべきものとされた損害賠償債務をもって、前記法条にいう「其ノ取引ニ因リテ生ジタル債務」にあたりと解するのは相当ではない」と判し、事実的不法行為に基づく損害賠償債務についての示談契約に基づく損害賠償債務についても、取引によって生じた債務に該当しないとした。関俊彦は、不法行為から生じた損害賠償請求権はもともと商法14条・会社法9条の適用のない請求権であるから、その支払いに関して示談をするときに主体の誤認があったとしても名板貸人の責任は生じないとも考えられるとしつつも、「取引によって生じた債務」とは交渉によって負担を決定する事項のことであると考え、示談をするときに担保をとるとか分割払いを認めるとか支払条件につき交渉の余地があり、それは示談の相手方の支払能力に関係してくるから、事案によっては、商法14条・会社法9条を適用する余地がないわけではないと思われると述べている⁹⁷。しかし、「交渉」という側面からアプローチするのであれば、それは「取引に関する交渉」に限るべきであろうから、示談契約に基づく

96 鴻 = 河本 = 北澤 = 戸田編・注(36)前掲161 - 162頁 [松岡誠之助]。

97 関・注(13)前掲165頁。

債務に商法 14 条・会社法 9 条を適用する余地はないというべきであろう。

上記、事実的不法行為とは異なり、取引行為そのものから不法行為債務が発生する場合（取引的不法行為）、たとえば取込詐欺のように契約締結の過程で詐欺的行為が介在した場合には、営業主体の誤認という外観信頼の要素がありえ、外観への信頼の保護が問題となるので、商法 14 条・会社法 9 条の適用を認めてよい⁹⁸。判例も、名板借人によるタイヤ (tire) の取込詐欺の事案に関し、この理を認めている（最判昭和 58 年（1983 年）1 月 25 日判時 1072 号 144 頁）。

行澤一人は、名板借人による安全配慮義務違反等に見られる積極的債権侵害のケースにおいても、取引相手方において生じた生命・身体・財産上の損害賠償債務にも商法 14 条・会社法 9 条の適用を認めるべきであると説く⁹⁹。その論拠として、最高裁判平成 7 年（1995 年）11 月 30 日判決民集 49 巻 9 号 2972 頁に言及している。これは、スーパーマーケット (supermarket) の屋上でペット・ショップ (pet shop) を経営するテナント (tenant) 業者から購入した音呼がオウム病クラミジア (chlamydia psittaci) を保有していたため、購入者の家族全員がオウム病に罹患、うち 1 人が死亡したので、生命侵害ないし身体侵害を受けたことを理由に、当該家族が、平成 17 年（2005 年）改正前商法 23 条に依拠して、スーパーマーケットに対し損害賠償を請求したという事案であった。最高裁は、本件においては、一般買物客がペット・ショップの経営主体はスーパーマーケットであると誤認するのやむをえないような外観が存在したというべきであり、かつ、スーパーマーケットは、ペット・ショップの外部に自己の商標を表示し、ペット・ショップとの間に店および店舗使用に関する契約を締結することなどにより、上のような外観を作出し、または作出に関与していたのであるから、平成 17 年（2005 年）改正前商法 23 条の類推適用により、買物客とペット・ショップ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と判示したものであった。行澤は、この事件において、テナント契約によって、スーパーがテナントに種々の営業条件を課すことによってテナントの営業をある程度コントロール (control) し、それによってスーパー自

98 青竹・注 (4) 前掲 58 頁、江頭編・注 (23) 前掲 155 頁 [行澤一人]。

99 江頭編・同前 [行澤一人]。

体の顧客吸引力＝ブランド (brand) 価値をアップさせているという実質関係に着目し、このような、スーパーとテナントというそれぞれ独立した業者が、いわば垂直型の共同体企業を構成して事業を遂行しているという経済的実質関係こそ、この最高裁判決における名板貸責任類推の基礎として取り上げられるべきであると分析している¹⁰⁰。このような視座は、フランチャイズ (franchise) 形態で事業が展開される場合の、フランチャイザー (franchaiser) の名板貸責任を肯定する論拠にもなると思われる。テナント契約の態様、フランチャイズ契約の態様により、上に述べた視座から考究して店舗施設の貸主やフランチャイザーの名板貸責任を肯定してよい場面では、テナントやフランチャイジー (franchisee) が、たとえば欠陥商品を販売したような場合もまた取引的不法行為の一環として、行澤の主張に沿って、店舗施設の貸主やフランチャイザーに商法 14 条・会社法 9 条を適用ないし類推適用すべきであろうか。

2. 営業所

2-1. 緒言

私法上の一般生活上の法律関係については、その人の生活活動の本拠である住所 (民 22) が問題となる場合が少なくない (民 484、883、民訴 4、非訴 2 など)。同様に、商人の企業生活関係上の法律関係の処理に際しても、その営業活動・事業活動の中心となり本拠となる場所が何処であるかが問題となることが多い。自然人たる商人の場合には、その営業活動の本拠たる場所は、その人の営業外の一般生活の本拠たる住所と一致することもあるが、必ずしもこれと一致しない場合もある。商人の営業活動の中心たる場所を商法上「営業所」という¹⁰¹。

また、企業の組織化・統一化という観点からすれば、これは、実質的には「商人」という人格性により、形式的には「商号」という名称により、そして空間的には「営業所」という地点により、他者と識別される¹⁰²。すなわち、営業所は、企業の

100 同前・149頁 [行澤一人]。

101 以上、大森・注 (6) 前掲 106頁。

102 西原・注 (9) 前掲 80頁参照。

存在および営業活動・事業活動を空間的に統一する中心点である。よって、現実空間に存在しなければならず、仮装空間に存在するものではない。

2 - 2. 営業所の意義

営業所とは、商人（会社を含む）の営業活動・事業活動の中心となる場所をいう。

営業所は一定の「場所」である。ここにいわゆる場所とは、必ずしも平地面上に限らず、たとえば高層建築内の各階などであってもよい¹⁰³。

営業所は商人の「営業活動・事業活動の中心」たる場所である。すなわち、営業活動・事業活動の系統的指揮がそこから発せられ、かつその結果がそこに統一されると同時に、営業・事業の目的たる基本行為がそこで締結される場所である¹⁰⁴。必ずしも企業の目的たる基本的行為がそこでなされることを要しないとする見解もある¹⁰⁵。営業・事業の基本行為たる取引の締結せられることを要するとすれば、場所によっては、ひとつの営業について営業所がひとつも存在しないという場合が生ずるおそれがあるというのがその理由である¹⁰⁶。いずれの見解を採るにせよ、工場や倉庫などのように商品の製造または受渡しなどの事実行為が行われるにすぎない場所、また取引行為であっても他所において決定されたところに従ってこれを実行するにすぎない店舗・受渡場所・決済場所（たとえば、鉄道運送業における駅舎そのもの）は営業所ではない¹⁰⁷。また、営業活動・事業活動の中心たる場所であるからには、ある程度の継続性を前提とし（必ずしも長期にわたることは必要でない）、一時的な売店・移動的な夜店のごときは営業所ではない¹⁰⁸。

結局のところ、特定の場所が営業所であるためには、単に企業の内部の問題として指揮命令が発せられる場所というだけではならず、外部に対しても、その場所で営業上・事業上の主要な活動がなされることにより、営業活動・事業活動の中心と

103 大森・注(6)前掲107頁。

104 大隅・注(3)前掲174頁、関・注(13)前掲250 - 251頁参照。

105 大森・注(6)前掲107頁、西原・注(9)前掲80頁。

106 大森・同前参照。

107 大森・同前、西原・同前81頁、大隅・注(3)前掲174頁、関・注(13)前掲250 - 251頁。

108 大隅・同前。

して現れる場所で行なければならない¹⁰⁹。そうであるとすれば、そのために外部との取引行為に関して意思決定をなす人間の組織の具備が不可欠であり¹¹⁰、統一的な営業成績・事業成績を示しえなければならないのであるから、このような行為を反覆継続するに足る会計的組織の存在が不可欠である¹¹¹。営業・事業をなす人間の組織とは、企業全体としての指揮監督システムに属しつつも、自店の店質およびこれを決定する内外の諸要因を認識して、自主的な営業方針を樹立し、かつ、かかる方針に則して、取引に関する意思決定をなす人員が配置されていることを意味する。統一的な営業成績・事業成績を示すに足る会計的組織とは、企業全体としての基盤の拡充と収益の拡大に寄与すべき基本的な会計情報の1単位となっていることを意味する。

特定の場所が営業所であるか否かは、上述の基準によって判断される事実問題である。商人がそこを営業所とする主観は決め手とはならない。商人が当該場所に付した名称（支店・出張所・派出所など）によって定まるものでもない。

上記の理は、会社が設置する営業所にも妥当する。会社によっては、本店所在地は定款の絶対的記載・記録事項であり（会 27 、576 ）、その本店および支店の所在場所は登記事項である（会 911 、912 、913 、914 ）。株式会社にあっては、取締役会設置会社を除く複数の取締役を置く場合には、支店の設置、移転および廃止をその過半数をもって決定しなければならず（会 348 ）、取締役会設置会社である場合には、これらは取締役会の決議事項である（会 362 ）。しかし、そのことから、会社の営業所が商法総則にいう営業所と異質のものとなることにはならない。すなわち、たとえば取締役会設置会社において取締役会が設置した支店なるものが、営業活動の中心としての実体を欠くのであれば、それは営業所としての支店にはならないが、ただ、会社としては、登記によってこれを営業所として公示したのであるから、善意の第三者に対してこれを営業所としての支でない旨を対抗することができない¹¹²（会 908 ）。また、取締役会設置会社において、

109 鴻・注(6)前掲133頁。

110 田中誠二『全訂商法総則詳論』（勁草書房・1976年）234頁参照。

111 岩本慧「表見支配人(2)」関西大学法学論集7巻6号(1958年)43頁、大澤功「商法42条適用の要件」北澤正啓=浜田道代編『商法の争点』（有斐閣・1993年）18頁参照。

112 大隅・注(3)前掲175頁、鴻・注(6)前掲133-134頁参照。

取締役会が設置した支店以外の場所に、営業所の実体を持つものがある場合については、取締役会の決議を欠くという内部手続上の瑕疵を取引の相手方に主張できないこと、当然である¹¹³。

2 - 3. 数個の営業所 本店・支店

自然人たる1人の商人が数個の営業を営む場合に、各单位営業ごとに各別の営業所を有しうことは当然である。この場合には、各営業所間には、通常、主従・本末の関係はないであろう。

上と異なり同一の商人（会社を含む）が同一の営業・事業について数個の営業所を有しうることもまた当然である。この場合には、同一営業・同一事業たる以上、当該営業・事業の全体が企業の中枢点に統括されなければならない。したがって、各営業所は、企業の中枢点から発せられる指揮命令系統に従属しつつ、その各々が中枢点より委ねられた範囲で独立の営業活動・事業活動の中心を形成する。よって、この場合には、数個の営業所間に主従・本末の関係を生じる。その中枢点に位置する主たる営業所を「本店」といい、従たる営業所を「支店」という。本店は、全営業・全事業の最高指揮を発する営業所であり、支店はこれに従属する営業所である。営業所としての支店たる要件は、大隅健一郎が以下のように整理している¹¹⁴。すなわち、支店は本店と同一の商人に属しなければならない。支店は本店と所在の場所を異にしなければならない。支店はそれ自体営業所たる性質（本章2 - 2）を有しなければならない¹¹⁵。支店は本店に経済上従属していなければならない（本店と異なる種類の営業・事業を遂行する場合であっても、それが本店の営業・事業と合して1個の総合企業を構成するものと認められるときを含む）。

113 鴻・同前134頁。

114 大隅・同前176 - 177頁。

115 保険会社の支店は、本社直属の補助機関であって、本社の行う保険募集事務を補助するにすぎないから、商法上の支店とはいえないと判示した裁判例として、名古屋高判昭和35年（1960年）5月23日高裁民集13巻4号387頁、東京地判昭和32年（1957年）3月8日判時113号28頁など。

2 - 4. 営業所に付された法的効果

2 - 4 - 1. 営業所一般

営業所は、商人の営業上（企業生活関係上）の活動の中心たる場所であるから、人の一般生活関係上の本拠としての住所におけるとはほぼ同様の効果が認められる。したがって、自然人たる商人にあっては、営業所が住所と異なる場合に実益を生じる。

商行為によって生じた債務の履行場所が、その行為の性質または意思表示によって定まらないときは、特定物の引渡しを除き、債権者の現在の営業所が債務の履行場所となり、指図債権および無記名債権の弁済については、債務者の現在の営業所が履行の場所となる（商 516）。

営業所は、裁判管轄を決定する基準となる（民訴 4、5 など）。また、商業登記簿に登記すべき内容にも係わる（商登 28、43 など）。

営業所は、民事訴訟法上の訴訟書類の送達場所となる（民訴 103）。

営業者を債務者とする破産事件は、その主たる営業所の所在地を管轄する地方裁判所が管轄する（破 5）。更生事件は、株式会社の主たる営業所の所在地を管轄する地方裁判所が管轄する（会更 5）。

2 - 4 - 2. 支店

支店も営業所であるから、営業所について認められる法的効果は、本店についてのみ認められるものを除き、当然に認められる。

支店における特別の効果としては、以下のようなものが挙げられる。とくに会社法が、支店の所在地における登記について特別の規定を設けている（会 930～932）。各支店における営業について、それぞれ各別の支配人を選任することができる（商 20、会 10）。なお、明文の規定はないが、各支店における営業活動・事業活動上の施設・財産は、これを独立した 1 単位として、営業譲渡・事業譲渡の対象とすることが認められる¹¹⁶。

116 大隅・注 (3) 前掲 179 頁、大森・注 (6) 前掲 112 頁、鴻・注 (6) 前掲 135 頁、西原・注 (9) 前掲 82 頁。なお、本章脚注 (56) も参照のこと。

2 - 5. 営業所の設置・移転および廃止

2 - 5 - 1. 営業所の設置

個人商人にあつては、営業所の設置は、営業遂行のための必須の要件ではない。設置する与否と、設置するならその規模・数などはすべて任意に決定してよい。ただし、商号を登記する場合には、すでに述べたように(本章1-4-2)、営業所ごとにこれを行う必要がある(商登28)、形式上、営業所を設ける必要がある。しかし、この「営業所」は、営業所たる実体を具備する必要はない。もっとも、これが実質的な営業所でないことを善意の第三者に対抗できないという不利益を甘受しなければならない(商9)。

服部栄三は、会社企業にあつては、すべての会社について本店の所在地を定款に記載・記録しなければならないことを理由に(会27、576)、営業所の設置が義務づけられていると説く¹¹⁷。確かに、実際には、多くの会社が、営業所としての実質を備えた本店(支店も)を設けるのが通常であろう。しかし、この主張は、厳密には正確性を欠くのではなからうか。会社はすべて法人であるから(会3)、法的人格者として住所を有することを要する。したがって、かかる住所の決定のため「本店」と称される一定の場所を定めることが義務づけられるにすぎず(会4参照)、定款に記載・記録された本店の所在地が、商法上の営業所たる実質を備えることまでは義務づけられていないのではなからうか。たとえば、旅芸人の一座のみから成る座員を社員とする興行会社を設立することは認められようが、このような会社は、必ずしも商法上の営業所たる実質を備えた施設を設置する必要はなく、便宜上、この会社の住所を定めるために「本店」という一定の場所を定款に指定し、これを登記するだけで足りると考えられる。よって、会社企業にあつてもまた、営業所(商法総則上にいわゆる営業所)の設置は、事業遂行のための必須の要件ではない。設置する与否と、設置するならその規模・数などはすべて会社の任意に委ねられる。ただ、会社という企業形態を選択するからには、本店(支店も同様)の所在場所を登記によって公示する義務があるので(会911、912、913、914

117 服部・注(1)前掲342頁。

、930 ・)、これら本店または支店が商法上の営業所でないことを善意の第三者に対抗できないという不利益を甘受しなければならないだけのことである(会908)。そうであるとすれば、会社法的には、それが営業所たる実質を備えていると否とに係わらず、定款所定の本店の所在地が、管轄登記所、会社法上の訴えの管轄裁判所などを決定する基準となり、商法総則的には、営業活動の本拠地が営業所(会社法上の営業所であると否とを問わない)であるとし、債務履行の場所や商行為上の裁判管轄を決定する基準とすることにより、妥当な解決を図ることができるであろう¹¹⁸。支店もこれに準じて考えてよい。

2-5-2. 営業所の移転および廃止

個人企業にあっては、営業所の移転および廃止は、すべてこの者の任意に委ねられる。

会社企業にあっては、すでに述べたように(本章2-2)、支店の移転および廃止につき、会社における内部的手続を履践しなければならない(会348 ・ 、会362)。支店の移転および廃止は登記事項である(会930、931参照)。会社の本店を移転する場合にあっては、その所在地が定款の絶対的記載・記録事項であるがゆえに(会27、576)、これが営業所としての実質を備えていると否とを問わず、常に定款の変更をとまなう(会466、637)。本店の移転も当然に登記事項である(会915、916参照)。同じく、会社の本店は、その所在地が定款の絶対的記載・記録事項であるがゆえに、これが営業所としての実質を備えていると否とを問わず、会社が事業活動を行う限り、これを廃止することをえない。

(第5章 未完)

118 田邊・注(31)前掲141-142頁。

商法教授方法に関する研究手帖 (5)

[追記・拙著『商法学通論 の補訂』]

(平成 22 年 (2010 年) 5 月末現在判明分)

(1). 平成 21 年 (2009 年) に、「商品取引所法及び商品投資に係る事業の規制に関する法律の一部を改正する法律 (同年法律第 74 号)」が成立した。これにより、商品取引所法は、その名称を商品先物取引法に変更された。これを受けて、本書の記述を以下のように変更する。

・ 80 頁 2 - 1 - 4 第 2 段落以下

「わが国の取引所には、取引の対象により、商品取引所と金融商品取引所とがある。前者は、商品先物取引法 (昭和 25 年 (1950 年) 法律第 239 号) による、後者は、金融商品取引法 (昭和 23 年 (1948 年) 法律第 25 号) による規整を受ける。

両取引所とも、そこで取引を許されるのは会員または取引参加者に限られる (商先取 97 ・ 、金商取 111)。これら会員または参加者たる資格に関し、商品取引所にあつては、商品先物取引法が、その欠格要件を定めるといふ方式をもって規制を加えている (商先取 31 、 82 ・)。同じく、金融商品取引所にあつては、金融商品取引業者、取引所取引業者、登録金融機関などに限られる (金商取 91、113)。・・・以下、変更なし」

(2). 上記の変更により、本書冒頭の凡例 (xxi) の「法令名略語」より、「商取・・・商品取引所法」を削除し、「商先取・・・商品先物取引法」を挿入する。

(3). 引用文献中、版が改まったものとして、神田秀樹『会社法 (第 12 版)』(弘文堂・2010 年) および青竹正一『新会社法 (第 3 版)』(信山社・2010 年) がある。

これを受けて、本書の脚注を以下のように変更する。

- ・ 113 頁脚注 (3) 青竹正一『新会社法 (第 3 版)』(信山社・2010 年) 9 頁。
- ・ 115 頁脚注 (9) 青竹・注 (3) 前掲 9 頁。
- ・ 117 頁脚注 (14) 神田秀樹『会社法 (第 12 版)』(弘文堂・2010 年) 7 頁脚注 (3)。
- ・ 117 頁脚注 (15) 青竹・注 (3) 前掲 10 頁。
- ・ 119 頁脚注 (18) 青竹・注 (3) 前掲 10 頁、
- ・ 122 頁脚注 (26) 青竹・注 (3) 前掲 13 頁、
- ・ 123 頁脚注 (27) 青竹・同前 13 頁参照。
- ・ 123 頁脚注 (28) 同前 13 頁。
- ・ 124 頁脚注 (31) 青竹・注 (3) 前掲 14 頁。
- ・ 124 頁脚注 (35) 青竹・注 (3) 前掲 15 頁。

- ・ 127 頁脚注 (43) 青竹・注 (3) 前掲 17 頁、
- ・ 168 頁脚注 (55) 神田秀樹『会社法 (第 12 版)』(弘文堂・2010 年) 83 頁。
- ・ 171 頁脚注 (61) なお、神田・注 (55) 前掲 83 - 84 頁参照。
- ・ 172 頁脚注 (62) 青竹正一『新会社法 (第 3 版)』(信山社・2010 年) 87 - 88 頁。
- ・ 172 頁脚注 (63) 同前 88 頁。
- ・ 188 頁脚注 (117) 青竹・注 (62) 前掲 93 頁。
- ・ 198 頁脚注 (149) 青竹・注 (62) 前掲 110 頁。
- ・ 218 頁脚注 (189) 青竹・注 (62) 前掲 99 頁。
- ・ 218 頁脚注 (190) 青竹・同前 100 頁参照、
- ・ 220 頁脚注 (194) 青竹・注 (62) 前掲 101 頁。
- ・ 225 頁脚注 (202) 青竹・注 (62) 前掲 104 頁。
- ・ 286 頁脚注 (3) 神田秀樹『会社法 (第 12 版)』(弘文堂・2010 年) 39 頁脚注 (1) 参照、
- ・ 291 頁脚注 (13) 青竹正一『新会社法 (第 3 版)』(信山社・2010 年) 63 頁。
- ・ 294 頁脚注 (21) 青竹・注 (13) 前掲 63 - 64 頁参照。
- ・ 305 頁脚注 (50) 青竹・注 (13) 前掲 72 頁。
- ・ 326 頁脚注 (88) 青竹・注 (13) 前掲 79 頁。
- ・ 352 頁脚注 (140) 青竹・注 (13) 前掲 81 頁。
- ・ 354 頁脚注 (144) 青竹・注 (13) 前掲 83 頁。
- ・ 354 頁脚注 (147) 青竹・注 (13) 前掲 84 頁。
- ・ 356 頁脚注 (151) 青竹・注 (13) 前掲 83 頁。
- ・ 357 頁脚注 (153) 青竹・注 (13) 前掲 84 頁。

(4) 単純な誤植・遺漏等

- ・ 39 頁 1 行目
 - (誤) 上のようの
 - (正) 上のような
- ・ 43 頁 5 - 2 - 8、3 行目
 - (誤) 確立に
 - (正) 確実に
- ・ 78 頁脚注 (15)
 - (誤) 『商法総則・商行為法 (第 3 版)』 57 頁
 - (正) 『商法総則・商行為法 (第 3 版)』 (新世社・2006 年) 57 頁