

商號及商號權に就て

村上 秀三郎

商號 Handelsfirma, nom commercial, trade name の讓渡は可能なりや、讓渡し得可きものとせば其條件如何、商號は營業と離れて單獨に讓渡し得可きや又商號の讓渡とは如何なる意味なるや。凡そ此等の問題は主として商號の本質如何に繋るので商號讓渡の問題（他日研究を發表する豫定）を解明するに必要な限度に於て、先以て商號の意義及性質を攻究することとする。

商號の歴史

商號は商人の名稱 Der Handelsname des Kaufmann であるから商業なき所商號發生の餘地はない。驚嘆す可き法律制度の完備したるローマ法に於て尙且商號制度の痕跡を認むることが出来ない。商號に個人商號會社商號とあり、法人たる會社は商號が自他を區別する唯一の標識であるから、之な

くして會社の存立を想像し得られぬものであるが、個人たる商人に於ても、一般的生活より離れたる商業的活動に對して、自己を表徴し他と區別する標的を設くるは、稱呼に便なるのみならず、恒久的信用聲價維持の利がある。殊に十八世紀以來（初めは子孫及寡婦に）商號讓渡の認めらるるに至り、商人の責任觀念の強化、計畫的營利追及に資することとなり、企業發展を助長するに至つたのである（Müller Erzbach, HR. Zweite Aufl. S. 85）。

斯の如く、商號が古代に於て萌芽だになかつたのは、別段の理由があつたのではない。商號は近代取引社會に於てこそ保護に値する重要な法益であれ、商業なき古代に於ては、其必要が認められなかつた爲めである。

オルスハウゼンはエーリングの占有意思論の一句 *Das Interesse ist der Leitstern des Rechts* を引用して商號亦此例に外ならぬと斷じて居る（Theodor Olschusen, *Das Verhältnis des Namensrechts zum Firmenrecht* S. 12）。

されば商號の起源は、歐洲中世漸く商業の發達するに従て、營業上自他を區別する爲めに商人記號 *signum mercatorum*, *kaufmännische Marke* を用ひ或は商品の標章に或は署名の代用に又は署名に併記したるに始まる（Behrend, *Lehrbuch d. HR.* § 40 S. 251）。Firmaの文字も中世伊太利の *firma* に出づと云ふ。前者は發達して商標となり、後者は其儘商號へ進展せずして一時廢絶し、其後組合又は會社

組織の發生するに及び、其名稱を必要とする關係上、組合(會社)記號 *signum societatis, Gesellschaftszeichen* として浮ひ上り、次で個人商人にも營業的聲價維持の爲めに認めらるに至つたものである。右沿革に伴ひ、佛法系英法系多數立法例は、會社商號に付ては商法上規定を設くるも、會社及個人に通ずる一般的規定を設くるは、獨法系の寧ろ少數の國々である。我商法は素より後者に屬するのであるが、我國維新前迄屋號なるものあり、當時は苗字帶刀の家柄は格別、庶民は姓氏を名のるを許されぬ故營業上自他を區別する爲めに用ひられたもので、勿論歐洲の商號制度とは何等淵源の共通性はない。殊に會社は我國未知の制度であり、從て會社商號に付ては全然輸入制度であるが、個人商號に付ては從來の屋號を保持せしむる必要上、眞實原則を犠牲にして多分の異色を帶びざるを得なかつた。之は獨舊商法も同様で眞實原則に數個の例外を設け、實際の適用上、右原則は有名無實化し、商號名義者に何等の信用を措くを得ざるに至り、結局幾多濫用の弊さへ生じ信用取引を破壊に導くとして改正が議せられ現行商法に至つたのである。(Düringer Handbuch HGB. I. Bd. Vorbemerkung n. S. 93)。

商號の意義

商號は商人が營業上 in Beziehung zum Gewerbebetrieb 自己を表示する名稱である。獨商法第十七條は商號の定義 *Begriffsbestimmung* を掲ぐ。即ち商號とは商人が之を以て商取引を爲し且署名

を爲す名稱なり、前述定義と同趣旨で、之を要約すれば商號は商人の名稱 *Handelsname des Kaufmann* と云ふに歸す。商號は權利主體 *Rechtssubjekt* の名稱と云ふことは出來るが權利主體其物ではなす (*Pfiko in Ehrenbergs H. R. II. S. 278*)。營業活動中に於ける權利主體を指稱するものである。要するに商號は其基礎として主觀的には商人 *subjektiven Substrat* 客觀的には營業 *objektiven Substrat* の二要素の密接離る可からざるもので、營業を廢止し又は持主たる商人の死亡により商號も基礎を失ふことになる。唯個人商人に於て相續人が營業を繼續する場合、又會社に於て解散後清算終了迄は商號も消滅せぬのである。

一、商號は名稱なり。

商號は名稱であつて圖形、記號ではない。營業標又は商標等と區別せらるゝ點である。又名稱であるから、發音に依り言語上識別し得らるゝのみならず、文書上識別し得られねばならぬ。即ち發音し得べき文字を以て成立つものと解す。但其文字に一定の意義あることを必要とせぬ。其文字は我國公認の漢字又は假名文字に依る可きものとすを妥當とする。ローマ字の如き現今に於て世界共通の文字として許されて差支なさ相であるが、象形文字と發音文字と根本的構造を異にし我國一般通用のものでなく、登記登録等の實際とも相容れぬ故採ることが出來ぬ (*vgl. A. Brand, H.R. §. 17, ...*)。斯の如く外國文字は不可であるが外國語たることは敢て差支ない。ニューグランドと云ふが如し。獨法上も用

語に付何等規定する所なく、議會委員會では獨逸國語に限る可しとの提案があつたが實際上の困難から採用されなかつたとす。(Goldmann §. 18. Anm. 2. IV)

商法第十六條ニ所謂其他ノ名稱トハ明カニ文字ヲ以テ表示シ得キ名稱ヲ指稱スルモノナルヲ以テ文字トシテ讀ミ得ヘカラザル符號ヲ用フルコトヲ得ス(明治三十八年六月三日法曹會決議)

併會社種類を示す文字は特定されて居て動かすことは出来ない。外國語の何々カンパニー又は假名で何々カブシキカイシャ何れも不可である。

二、商人の名稱なり。

商法上商人とは自己の名を以て商行爲を爲すを業とする者を謂ふ。自然人と法人とを問はぬ。商人に非る營業者若くは小商人は商號を用ふる權利はない。

小商人の用ふる屋號其他營業上の名稱は商號なるや否、商第八條には小商人には商號に關する規定を適用せずとある。右は小商人の用ふる商號が商法上の商號なりや否やを言明したものではない。そこで議論を生ずる。之を商號に非ずとせば、商第十八條同第二十條等を適用し能はざる不都合を生ずべく、又若し之を適用すれば一見第八條の明文と牴觸することとなる。茲に於て商號を二様の意義に解し第二十條不正競争を防止せんとする現定の解釋等に當りては商號を廣義に解するを防げずとなし(片山博士商法總則論、説九〇)或は絶對に商號たるを否認し、第二十條の使用差止權は商號の用法に於ける

使用を禁止することを得るが爲めにして廣義の商號たるが爲めに非ずとし（竹田博士商法總論三二四頁）或は之を商號と解し只第八條の規定あるが故に小商人の商號は之を登記し專用權を取得することを得ざるものとす（猪股博士日本商法總論二一七頁）。

論者結論を異にするも小商人の營業上の名稱に對し第十八條第二十條を適用せざる可からざることには付ては全部意見一致するを見る。要するに商號なるが故に當然第十八條第二十條等の制限に服し、只第八條の明文ある爲めに第十九條登記による商號專用權を取得し得ずとすると、商號ならざるが故に登記による商號專用權を取得し得られざるは勿論、第十八條第二十條も商號權者の權利尊重、一般取締の必要上（小商人の所謂商號が商號たる理由に依るに非ず）適用するに過ぎずとなすとの差異と見ることが得、結局多く用語の争を出でざるものの様で深く論ずる實益はない。

因に小商人（及非商人）の商號を商業登記簿に登記したる場合第三者の保護に付獨商第五條に特別規定がある。

次に營業を目的とする社團にして商行爲を爲すを業とせざる所謂民事會社（法典上の用語に非ず）には商事會社の規定を準用せられ（民第三五條二項）會社（商事會社）と看做される（商第四二條二項）。併進んで商人なるや否やは規定なく論争のあつた所であるが、商號規定に關する限り適用ある可きは疑問の餘地がない。改正商法第四條は商行爲を爲すを業とせざる或種の營業者及前述民事會社を商人と

看倣することにより無用の争を絶つたは機宜の處置であらう。

商人は商號を必要とするや。會社は商號の外氏名を持たぬので勿論積極に解す可きものであるが、個人たる商人は如何、我商法上別に商號使用を強要して居らぬ。商第十六條は商人は自己の氏名を以て商號と爲すことを得るものと規定す。然らば商人が別段の商號を選定せざる場合、商號なしと見る可きか、其氏名が同時に商號と見る可きものなるや、外觀上區別がつかぬ場合があるが、唯氏名を商號として登記したるときは、商號として特別の保護を受け判然氏名と區別せらるゝことになる。

商人は商人資格を生ぜざる前に商號を有することの出来ぬは當然であるが、敢て開業を待つのは要はない。官廳届出は勿論營業許可の如きも、公法上の問題であつて、商人資格の發生には原則上無關係である。されば苟も營業開始の目的で以て諸般の準備をなすときは其時既に商人たる要件具はり商號を有し得るものである。

判例 商號ハ商人ノ營業上ノ名稱ナルヲ以テ商號ノ成立ニハ營業ノ存在ヲ前提トス但營業ハ必スシモ其全局面ニ於テ既ニ展開セルコトヲ要セス、所謂營業ノ準備行為力存在セル以上商號モ亦既ニ成立スルヲ妨ケサルモノトス（大審大正十一年ク第二五九號決定民集一卷七一八頁）

反之會社は商行爲を爲すを業とする目的を以て設立せらるゝもので、成立と同時に商人たり、又定款作成の際商號を定めねばならぬ。

商號は商人の營業上の名稱なれば商人が營業を廢止したるとき當然消滅する。異なる商號の下に數個の獨立營業を營むとき、(之が可能なることに付 Pisko in Ehrenbergs HB. II. S. 279 Staub Ann. 2. zu §. 17.) 一營業を廢止すれば其營業の商號丈け消滅す。同一商號の下に數個の營業を營む場合一營業の廢止は業務範圍の縮限を伴ふ丈けであるが、登記に因りて生ずる商號權は凡て商號が特定種類の營業に付存する關係上必然登記の變更を生ずる(非訟法第一六〇條參照)。然らば營業種類を變更したるときは如何といふに該特定營業の爲めに存する商號は一旦消滅に歸すと斷ぜざるを得ない。次に商人其人に變更なくして其氏名の變更ありたるときは従前の商號は其儘繼續さる可きことは獨商二十一條の明文を待たずして當然であらう。

商人の死亡は必しも營業の廢止とならぬ、相續人が營業を繼續する場合は商號も繼續することになる。商人が整理狀態に入るも商人資格に影響はないが、一旦破産すると財團の管理處分は一に破産管財人の手に移るので疑議のある所である。商人は併破産財團以外に財産を有し得可く、又商業は必ずしも財産所有を前提要件とする譯ではないから當然資格を失ふものに非ずと解する。會社は種々の事由により解散するが(商七四條)解散によりて直に法人格の消滅するものではない。清算の目的の範圍内に於て存續し破産の場合亦破産の目的の範圍内に於て存續す(破産法第四條)るから商號も亦之と運命を一にするものと解する。

三、營業上の名稱である即ち營業上の名稱であつて營業の名稱ではない。

之を例へば文士が雅號を用ふるも二重に人格を生ぜざる如く、營業に特殊の名稱を用ふるも營業毎に商人と別個の人格を生ずるものではない。獨最高商事裁判所の判決も *Keinerlei Rechtsobjekt neben u. ausser dem Kaufmann* と云つて居る (*Goldmann* §. 17, *Ann. I*, *Wieland* H.R. I. S. 175)。

商人は營業取引上商號を用ひ得るに止まり商號を用ひねばならぬ譯ではなう *gestattet aber nicht vorgeschrieben*。又或商行爲には商號を以てし或商行爲には氏名を以てするも一向差支なう。商號を有するに不拘氏名に依り取引するも其有效なることは勿論、之が爲めに商取引上の争訟に證據力を奪はるゝ次第でもなう (*Goldmann* §. 17, *Ann. I*, *III* S. 69, *Makower* §. 17, *III* b 2)。

尙私法上の效力問題としては、登記したる商號たると登記前の商號たると、商號の正しき使用なると否と、又一般に商號使用資格なき者若くは當該商號使用資格なき者の使用たると否とは影響なきが常である。要は何人の意思に基く行爲たるかが分ることが必要にして充分である。されば要式行爲及手續法上或制約を受ける場合は別として、商號の略號若くは不正確なる使用でも行爲の效力上影響はなう。例へば横濱正金銀行の代りに正金といふが如し (*Düringer Hechenburg* §. 17, I. S. 97, *Makower* a. a. O., *Pisko in Ehrenbergs* H.B. II. S. 200)。

併略號は變則であつて殊に隨時恣意的に省略して別異商號の外觀を作為し世人を欺瞞する手段となすことの不當なるは言を俟たぬ (*Staub*, *Ann. I* zu §. 17)。

以上の理由は

手形貨物引換證又は船荷證券の如き要式證券に付ても必ずしも當籤らぬ譯ではない。如何に輕微なる間違、省略でも直に證券を無効にする程完全記載を要求するのではない（*Lehman-Ring HGBI S. 97*）。只要式證券たる性質上當事者の表示が證券面上明白なることが必要であつて、當事者の合意若くは當事者意思を推測せしむるに足る事情の存在を以て之を補ふことは出來な（*Goldmann S. 17, Ann. I. III. S. 69*）。例へば、商號を以て支拂人に指示せられたる商人が氏名を以て引受をなすが如き無効である（*Lehman-Ring S. 98*）。又非商人を商號を以て表示するも手形上の權利義務を發生せしむることを得ない、但手形の外觀に缺くる所なき以上手形自體無効となる譯ではない（*Wieland HR. S. 200*）。

四、商人が自己を表示する爲めに用ふる名稱なり。

商人が營業上の取引に付自己を表示する爲めに用ふる名稱である。商人は商號を用ひて他と取引するとき、之のみに依て權利を有し義務を負ふに至る。氏名を併記するの要はなし（*Goldmann S. 17, Ann. I. 15*）。獨商第十七條は *unter dem die Unterschrift abgeht* と特に斷つてゐるは沿革上の理由に過ぎない。我商法も同一に解す可きこと勿論で、商號を以て署名するも何等差支なし。

判例 商法第五二五條ノ約束手形ニ振出人署名スルコトヲ要スル旨ノ規定ハ必ズシモ其氏名ノ自署ヲ要スルモノト解ス、カラズ其商號ヲ自署スルモ亦手形ノ要件ヲ具備スルモノトス（大審大正三年（オ）第二六六號民錄二〇輯九三九頁）
尙倉庫證券ニ於ケル署名ニ付同趣旨判例（大審大正二年（オ）第五八六號民錄二二輯四三九頁）

商號及商號權に就て

商號は商人の名稱で營業自體に付したる名稱、又は記號 *Etablissementbezeichnung* od. *Geschäftszeichen* 又は商品の同一性を示す爲めの商標 *Trademark*, *Warenzeichen* とは區別するを要する。

又商人が積極的に自己を表彰する爲めの名稱で他人が便宜付けた呼名綽名の如きは商號ではない。個人たると會社たるとを問はず又物的商號たる場合と雖異なる所はない。又個人商人の場合私用財産と離れた特別の營業財産なるものを構成するものではない。従て商人に對する強制執行又は破産の效力の及ぶを防止する爲めの障壁たり得るものではない。異なる商號の下に、數個の營業が、異なる場所に於て行はるる場合と雖も、一括して債權満足の物體となるものである。尙或商號下の商人に保證をなしたる場合、反對の事情なき限り當時の *des zeitigen* 商號保有者の爲めの保證と解す可きである (*Saub, Ann. 2. zu §. 17.*)。又或商號を以て保證したる場合、營業の移轉消滅に不拘、保證當時の商人の保證たることに何等の變化はない (營業讓渡に由る債務移轉又は引受の問題は別として)。(*Wieland H.R. §. 184 IV. 2.*)。

同様に商號を以て訴訟當事者を表示せる場合、其後商號の消滅變更移轉あるも訴訟當事者の變更を來すことはない。即ち原告は訴訟を提起したる時の商號の保有者にして被告亦訴訟當時の商號保有者である (但被告に付權利拘束當時の商號保有者となす判例學說あり (*Wieland H.R. §. 202, Saub. Ann. 32. zu §. 17.*))。訴訟中商號の讓渡若くは消滅したる場合は商號による當事者表示を氏名に變更す可きもので

商號讓受人が當事者に介入するものではなす (Pisko in Ehrenbergs H.R. II. S. 282 ff.)。

商號の使用

商號は營業上の名稱であつて、營業に關係なき事項例へば結婚遺言等の身分上の行為に用ふることの無意味なるは勿論一般に營業外の關係に商號を用ふ可きではない。但其行為が必ずしも無効となるに非ること營業上の行為に氏名を用ふるも無効となるに非るが如くである。各場合に付別に判斷すべき問題である (Pisko in Ehrenbergs H.R. II. S. 281)。[○] 訴訟上商號は當事者の表示たるに足るや、此問題は營業に關する訴訟たる与否とを問はぬのである。舊獨商法上頗る論争のあつた所であるが現獨商法は最高衙の判例を踏襲して第十七條二項に明文を設けたので問題はなくなつた。我商法上は何等規定がなく、商號の性質並訴訟法の解釋問題に歸す可きが、結論として余は商號は訴訟當事者の表示たるに妨げなきものと解する。

舊民訴訟法時代の古い判例 (明治三四年 (オ) 第七〇號判決錄七輯六卷七四頁) には別段の理由を示すことなく「一個人ノ商號ハ民事訴訟法第一九〇條ノ規定ニ依リ當事者ヲ表示ス可キ名稱ト爲スヲ得ザルモノトス」とあり。

右は文理上特に依る可き根據のある譯ではないが、或は商號の屢變更し易く、讓渡移轉し得可く、

商號及商號權に就て

一人にて數個を有し得可く、空名虛名の如何なるものにも用ひ得る商號を使用することの不可なるは明白なり（松波博士總則三六一頁）と説明する者もある。併此理由も絶對的のものでない。通説は反之積極説である。因に舊民訴第一九〇條は現行民訴第二四條に該當し何れも「當事者」を訴狀記載要件とするが、詳細は準備書面に關する一般の規定に従ひ作成す可きものとする。而して準備書面の記載條件を定めたる舊民訴第一〇五條は「當事者及其法律上代理人ノ氏名、身分、職業、住所云々」とあるに現行民訴第二四四條ハ「當事者氏名、名稱、又ハ商號、職業及住所云々」と定む。積極説の一論據を加へたものであらう。尤も右も法人の場合を豫想した規定と解する餘地がない譯ではないが、非訴事件手續法第一四九條不動産登記法第三六條の用語と比較すれば其間可成の相違のあること一見看取することを得る。野津博士は竹田博士を引用して新民訴法の下に於ても此解釋を變更す可き必要はない（總則第二三〇頁）と云はれたが新民訴法の下に於ては一層強き理由を以て右解釋を固持する必要ありとす可きではあるまいか。又理論上も訴訟上當事者の表示は何人が原告被告たるかを確的に指示し得れば可なる趣旨であるから氏名に限定す可き別段の理由はない。其後數次本文同趣旨の下級審判例がある。

商業登記又は不動産登記に商號を用ふことを得るやの問題がある。假に登記内容が營業上に關する事項であつても登記は商號の營業上の使用といふことは出来ない。又嘗て獨舊商法上不動産取得が

商行為に屬せざるが故に、商號を以てする不動産登記を許す可からずとせる論議は現行法上何等根據はなし (Goldmann §. 17, Anm. 1. IV. 2)。[○] 獨商法上も氏名を以て登記す可く商號を以て登記するを禁ずる規定はなし。論争の絶えざる所以である (Wiand HR. S. 200 Anm. 61. Müller-Ezboch HR. I. S. 86)。

我商法上も亦同様で竹田博士が氏名に限るか商號をも許すかは當該法規の解釋論であつて、商號の性質からのみ斷定す可き事ではないと云はれるのは正説で、結局登記法の目的精神を究めて歸納判斷する外はない。登記は性質上當事者の同一性の確保が要求せらるゝので、會社の如く、商號が唯一の名稱たる場合を除き、商號を以てするは不適當である、非訟法第一四九條に申請人の氏名住所、會社が申請人たるときは其商號とあり、登記法第三六條も同様に申請人の氏名住所若し申請人が法人なるときは其名稱を記載するを要すとなし、反面より自然人の場合は氏名に限る趣旨を暗示して居る。判例及學説は消極説に一致して居る。判例は「不動産登記ニ付個人カ其登記權利者ナルトキハ登記申請書及登記簿上之ヲ表示スルニ其氏名ヲ以テスルコトヲ要シ商人ト雖其商號ヲ以テ表示スルヲ得サルコト不動産登記法第三六條第四三條第五〇條ノ規定ニ徴シ明カナリ云々」(昭和三年(オ)三六九一號大審判決錄二十一輯九三頁)とあり、専ら條文上に根據を置いて居る。

次に法人の場合は問題でないが、個人商人の場合其使用人又は代理人が主人又は本人たる商人の商號を用ひて取引し得るは勿論であつて、此場合相手方は商號の持主の何人たるかを知るの必要はない。

次に然らば代理人は直接本人の商號を用ひて手形行爲の代理をなし得るか、判例は之を有效と見るも頗る議論の存する問題であるが茲には深入りせぬこととする（昭和六年大審（オ）二八四七號民集十一卷九號八七二頁）。次に代理人が自己の商號を用ひて代理行爲をなし得るや、次の判例あり。

「商號ナルモノハ一定ノ商人ガ取引上自己ヲ指示センカ爲メ使用スル名稱ニ外ナラサレハ使用者ハ他人ニ代リテ取引ヲ爲ス場合ト雖モ尙其商號ヲ使用シ得ルモノニシテ登記ノ有無ハ毫モ之ニ關係ナシ（明治四十年四月二日大審民錄十三輯三八九頁）」

商號は商人の營業上自己を表示する爲めに用ふるものなれば、代理の場合と雖他人に代つて爲す行爲が其代理人の營業上の行爲なれば商號を用ひ得可く、然らざれば氏名を以てす可きである（民第一〇一條參照）。後の場合若し商號を以てすれば、營業外に商號を使用したこととなり不適當なるも、素より代理行爲を無効とするものではない。（猪股博士 日本商法總論 二一九頁）

筆者微恙の爲め豫定原稿間に合はず商號論の序説丈にて擲筆したれば意を盡さざる所多し次號には之が補遺と進んで商號權の本質論に及び度く思ふ。