

判 例 研 究

〔商法 四〇〇〕

営業譲渡を受けて設立した会社が取引関係者
に対し人的・物的設備を承継し設備配管の事
業を承継する旨の挨拶状を配布した場合と商
法二八条の責任

（平成九年七月三〇日東京地裁民事第四部判決）

〔判事事項〕

経営が破綻した旧会社から営業譲渡を受けて設立した会社が、旧会社の設備配管部門を独立させたものであること及び人的・物的設備を承継し、旧会社の事業を承継する旨の挨拶状を広く取引関係者に配付した場合には、旧会社の債務を引き受けた旨を広告したものであるというべく、商法二八条に基づく責任を免れない。

〔参照条文〕

商法二八条

〔事実〕

Xは、平成元年八月、訴外A会社との間で、証書貸付契約等に関する基本合意をした上、右基本合意に基づき四億三〇〇〇万円をA会社に貸し付けたが、その後不況の影響によりA会社の経営状態が悪化したため、新会社を設立して建てなおしを図ることになり、平成六年一〇月、A会社と営業目的を同じくするY会社を設立し、A会社の社屋・設備・スタッフを引き継いで設備配管工事等を行うことになった。

そこで、Xは、Y会社はその設立に際し、Xに新会社設立の案内を送付して、A会社の業務をそのまま引き継ぐこ

とを表示し、かつ、Y 会社の代表者が A 会社の X に対する借入金債務の弁済方法の協議に応じるなどしていたから、A 会社の右借入金債務を明示しない黙示により重疊的に債務を引き受けたものであるなどと主張し、Y 会社に対して、右貸金残金三億円の支払を求めた。

これに対し、Y 会社は、一般に倒産の危機に瀕した会社が新会社を設立して整理又は再建する場合、新会社が旧会社の債務をそのまま引き継ぐということはあり得ないし、本件においては、新会社設立の過程で、Y 会社は X からの貸金債務について保証や重疊的債務の引受けの要請を拒絶しているから、明示、黙示のいずれにせよ、Y 会社が A 会社の債務を引き受けたことにはならない、などと主張した。

〔判 旨〕

被告 Y の設立は A からの営業譲渡を伴うものであることが明らかであるところ、本件のごとく新会社が別商号を用いる場合であっても、譲渡人の営業により生じた債務を引き受ける旨を広告したときは、債務者はその譲受人に対しても弁済の請求をすることができる（商法二八条）。

すると、被告 Y は設立とともに本件挨拶状を原告 X のほかの取引関係者に送付しているところ、右挨拶状の文面には債務を引き受ける旨の文言こそないものの、被告 Y は、

A の設備配管部門を独立させたものであること及び人的・物的設備を承継し、同会社の事業を承継するものであることが記載されており、かかる文面に照らすと、右挨拶状は通常の債権者の理解からは債務引受の趣旨を含むものと理解するのが合理的というべきである（最高裁判所昭和二十一年一〇月七日大一小法廷判決・民集八巻一〇号一七九五頁参照）。そして、右挨拶状が広く取引関係者に配付されたことを併せ考えると、被告 Y は正に前記法条にいう債務引受の広告をしたものというべきである。

右のとおりであるから、被告 Y は商法二八条に基づき又はその類推により、本件借入金債務の支払義務を負うものというべきである。

〔研 究〕

一 本件判決は、最高裁第一法廷判決昭和二十九年一〇月七日の見解に依拠して判断を下しているものである。中心となる論点は、営業譲受人が取引先に送付した営業譲渡に伴う事業の承継に関する挨拶状が商法二八条にいういわゆる「債務の引受をなす旨の広告」に当たるか否かという点である。

二 本件判旨では、「Y 会社の設立は A 会社からの営業譲渡を伴うものであることが明らかであるところ、本件のご

とく新会社が別商号を用いる場合であっても、譲渡人の営業により生じた債務を引き受ける旨を広告したときは、債権者はその譲受人に対しても弁済の請求をなすことができる（商法二八条）」としている。確かに、商法二八条では譲渡人の営業により生じた債務を引き受ける旨を広告したときは、債権者はその譲受人に対しても弁済の請求をなすことができるとしているが、本件のような挨拶状の内容でもって、「債務を引き受ける旨の広告」とできるかどうかは、非常に問題になるところであり、慎重に検討されなければならぬ。

そこで、まずはじめに、本件のような挨拶状が、商法二八条にいう広告に当たるかという点である。従来から新聞広告、引札などは商法二八条の広告に当たると解されている（大隅健一郎『商法総則（新版）』三二〇頁）。さらに、多数の債権者に対して書状の送付などにより個別的に通知する場合も二八条の広告に当たると解するのが学説上の多数説である（今井宏「営業全般を引き継いだ旨の挨拶状と商法二八条の適用の有無」『商事法務研究』二〇四号一二頁、塩田親文「商法二八条の広告にあたらない事例」『法律時報』三四卷一一号一〇七頁、高田源清「商法二八条の広告にあたらない事例」『民商法雑誌』四六卷四号一四六頁、高

島正夫『商法総則商行為法（改訂版）』八五頁、前田重行「挨拶状と債務引受の広告」『商法（総則商行為）判例百選五八頁等』。また、下級審判例においても（東京地判昭和三四年四月二七日、名古屋地判昭和五一年一月一九日）、同様の見解を示しているようである。さらに、商法二八条の立法沿革においても、広告とは別の手段があることも考慮されていたことをも考えあわせると（松本恭治「商法改正要綱解説」『私法論文集（統編）』三七―三八頁。また、加藤修「営業譲渡に際しての債務引受広告」『慶應義塾大学商法研究会編著『下級審商事判例評釈（昭和五〇年―五四年）』一二八頁）、本件のような挨拶状が商法二八条にいう広告に含まれると考えるのではないかと考える。

三 本件のような挨拶状が商法二八条にいう広告に含まれるとしても、その内容をもつてして「債務を引き受ける旨」かどうかは、さらに検討されなければならない問題である。そこで、如何なる文言の挨拶状や広告によって、債務を引き受ける旨のものと考えるのかをみていく。

本件判旨において取りあげられている最高裁第一法廷判決昭和二年一〇月七日において、次のように述べている。すなわち、「二八条において、譲渡人の営業に因って生じた債務を引き受ける旨を広告するというのは、同条の法意

から見て、その広告の中に必ずしも債務引受の文字を用いなくとも、広告の趣旨が、社会通念の上から見て、営業に因って生じた債務を引き受けたものと債権者が、一般に信ずるが如きものであると認められるようなものであれば足りると解すべき」としている（学説においても同様の見解を示している（松岡誠之助「営業全般を引き継ぐ」旨の挨拶状を配付した場合と商法二八条（東京地判昭和三四年四月二七日評釈）」ジュリスト二四九号九六頁、今井宏「営業全般を引き継いだ旨の挨拶状と商法二八条の適用の有無（東京地判昭和三四年四月二七日評釈）」商事法務研究二〇四号（一九六一年）一四六頁）、塩田親文「商法第二八条の広告にあたらない事例（最判昭和三六年一月一日評釈）」法律時報三四卷一〇号（一九六二年）一〇七頁）。

しかし、そうとはいえず、具体的に如何なる文言があれば、債務引受の趣旨と捉えることができるのであろうか。本件判旨は、「被告Yは設立とともに本件挨拶状を原告X他の取引関係者に送付しているところ、右挨拶状の文面には債務を引き受ける旨の文言こそないものの、被告Yは、Aの設備配管部門を独立させたものであること及び人的・物的設備を承継し、同会社の事業を承継するものであることが

記載されており、かかる文面から照らすと、右挨拶状は通常の債権者の理解からは債務引受の趣旨を含むものと解するのが合理的というべきである」、と述べている。しかし、本件挨拶状の文面では、

「Aとして十七年間お引立てをいたしておりましたが、この度、建設機材の大手メーカーでありますBとの提携により設備配管部門を独立させ、Y株式会社を設立する運びとなりました。

これを機に、増加いたしますステンレス配管に一層特化し、より高品質・低価格の工事を提供させていただく所存でございます。新会社の社屋・設備・スタッフはAより引き続き運営いたします。

ここに、Aに賜りました長年のお引立てご愛顧を心より感謝申し上げますと共に、Yに倍旧のご支援お引立てを賜りますようお願い申し上げます。」

というものであった。確かに、この文面においては、訴外Aの設備配管部門を独立させたものであること及び人的・物的設備を承継し、同会社（訴外A）の事業を承継するものであるという趣旨であろうが、このような趣旨をもつて、債務引受の趣旨と解することがはたして本当に「合理的」なのであろうか。

過去の判例をみると、東京地判昭和三四年四月二七

日では、「業務の全般を引き継いだ」という用語は営業を引き継ぐものであっても、全般的に債務の承継を含める意図を有していないかった」と判示している。また、名古屋地判昭和五一年一月一九日では、挨拶状において営業譲受の表現を用いているが、それだけでは商法二八条の債務引受の意思表示と見ることはできないとしている。反対に、東京高裁昭和二六年九月一二日は、「営業の譲渡」という場合の営業とは、営業に関する一団の財産を意味し、物、権利営業上価値ある事実関係のみならず、営業関係の債務をあわせふくむのであるから、営業譲渡の契約は特段の合意をしないかぎり、譲受人が営業上の債務を引き受ける趣旨であると解すべきである。従って、「営業を譲り受けました」という表示は「譲渡人の営業により生じた債務を引受ます」という意味をもつものと認めるのが相当である」としている。また、「『営業一切を継承した』という前記書面による表示は、特別の事情がなければ、『譲受人の営業によって生じた債務を引き受ける』という意味を持つものと認められる」（東京地判昭和三十一年一〇月二四日）、あるいは、「営業の継承」という文言は営業を譲り受け、且つその債務を引受るという趣旨の表示を含むとするものもある（東京高裁昭和三五年七月四日）。

しかし、学説においては、営業譲受等の表現を用いても、それだけでは商法二八条の債務引受の意思表示と見ることはできないとしている（宮内竹和「営業の譲渡人の債権者に対し個別的に営業譲渡の通知をした場合と商法第二八条の適用の有無（東京地判昭和三十一年一〇月二四日評釈）」ジュリスト二〇二号九四頁、大原栄一「営業譲受人の責任」鈴木竹雄・大隅健一郎編『商法演習Ⅱ（総則、商行為、手形・小切手（一）』三八〇三九頁、松岡誠之助「『営業全般を引き継ぐ』旨の挨拶状を配付した場合と商法二八条（東京地判昭和三四年四月二七日評釈）」ジュリスト二四九号九六頁、塩田親文「商法第二八条の広告に於かない事例（最判昭和三十六年一〇月一三日評釈）」法律時報三四卷一〇号一〇八頁、田中昭「営業を譲受けた旨の挨拶状の発送と債務引受の広告（名古屋地判昭和五十一年一月一九日評釈）」商事法務八七三号七八〇～七八一頁）。

このように、判例および学説においては、営業の引受や営業の承継、または営業の譲渡等の文言が使われているが、これらは通常「営業の譲渡」と同様の意味と捉えうるであろうが、この「営業の譲渡」ということが一つのポイントとなっているようである。営業譲渡は、通常組織化された有機的統一体として機能する財産の移転を目的とする債権

契約ととらえるのが、学説上の多数説である（服部榮三・星川長七編『基本法コンメンタール「第五版」会社法1』二八一頁）。そして営業というものは、物や権利などの積極財産や営業に生じた債務である消極財産によって構成される（大隅健一郎『商法総則（新版）』二九〇―二九一頁、高島正夫『商法総則商行為法（改訂版）』七七頁参照）。営業譲渡は、営業譲渡契約という一つの債権契約によって営業を譲渡するものであっても、会社合併のような包括承継ではないから、営業譲渡人が営業譲受人に対して負う移転義務を履行するためには、営業を構成する各部分について個別に移転の手続をとる必要がある（鴻常夫『商法総則』一三八頁参照）。こうして、譲渡人の営業上の債務は、他の営業の構成要素とともに、契約において特に除外しない限り、通常譲受人に引き継がれることになる。しかし、営業の譲渡人と譲受人の間で営業上の債務が移転したからといって、譲受人が譲渡人の債権者に対して当然に法律上の義務を負担することになるわけではない。この場合でも、債権者に対しては譲受人が依然として責任を負い、譲受人は譲渡人に代わって支払をすることにより譲渡人を免責させる義務を負うとともに、譲渡人が支払をしたときは譲渡人からの求償に応じなければならない、というだけのこと

である（竹内昭夫「商法二八条の広告にあたる」とされた事例」法学協会雑誌九八巻三号一七三頁）。

通常営業譲渡の場合において、譲受人が譲渡人の債権者に対し直接的に履行義務を負うためには、債権者と譲受人との間で債務者の交替による更改契約（民法五一四条）や債務引受契約などの法律上の原因が存することが必要である（宮内竹和「営業の譲渡人の債権者に対し個別的に営業譲渡の通知をした場合と商法第二八条の適用の有無（東京地判昭和三十一年一〇月二四日評釈）」ジュリスト二〇二号九四頁。同旨、大森忠夫『新版・商法総則講義』二五四頁、山下眞弘「営業を譲受けた旨の挨拶状と商法二八条の適用の有無（名古屋地判昭和五十一年一月一九日評釈）」企業法研究二七一輯三九頁、鴻常夫『商法総則』一三九頁）。こうしたことを前提として、特に債務引受の広告をした場合における譲受人の責任を認めるものであるから、「営業譲渡」、「営業譲受」等の旨を広告したのでは足りない。営業譲渡の広告は、それ自体としては営業譲渡という事実の通知であり、債務引受の意思が明白であるというべきではない。商法二八条が趣旨において禁反言の原則と同一の精神に基づくものであるとしても、単なる営業の譲受といった表示によって、譲渡人の営業によって生じた債務を引

き受けるという意味をもつものと認めることは、二八条の立法趣旨をいかに広く解するにしても禁反言の不当な拡大適用になるので、その適用は慎重でなければならない（鴻常夫「東京高判昭和二六年九月一二日判例批評」『商事判例研究（2）』三六頁。同旨、宮内竹和「営業の譲渡人の債権者に対し個別的に営業譲渡の通知をした場合と商法第二八条の適用の有無（東京地判昭和三十一年一〇月二四日評釈）」ジュリスト二〇二号九四頁、竹内昭夫「商法二八条の広告にあたる」とされた事例」法学協会雑誌九八卷三号一七三頁）。それ故、単なる営業の譲渡という表示では、債務を引き受けるという趣旨はでてこないものと解される（高島正夫『商法総則商行為法（改訂版）』八四頁、山下真弘「営業を譲受けた旨の挨拶状と商法二八条の適用の有無」企業法研究二七一輯四〇頁）。

したがって、二八条の「債務ヲ引受クル旨」の広告は、その表示の明確なときに限るべきであろう（高田源清「商法二八条の広告にあたらぬ事例」民商法雑誌四六卷四号一四九頁。同旨、田中昭「営業を譲受けた旨の挨拶状の発送と債務引受の広告」商事法務八七三号三一頁、前田重行「挨拶状と債務引受の広告」商法（総則商行為）判例百選（第三版）五九頁、丸山秀平『商法総則・商行為法』九四

頁）。さもないと、譲受人が営業譲渡の広告や挨拶状・ダイレクトメールをだすと、たちまち債権者との間に債務引受の効果が生ずるとされたのでは、迂闊にそういった行動がとれなくなってしまうことになる（高田源清「商法二八条の広告にあたらぬ事例」民商法雑誌四六卷四号一四九頁、竹内昭夫「商法二八条の広告にあたる」とされた事例」法学協会雑誌九八卷三号一七五頁）。

以上のことより、本件における挨拶状の内容から、営業上の債務を引き受ける旨の意思表示をくみ取るとは難しいのではないかと思われる。そして、この挨拶状が広く取引関係者に配付されたとしても、商法二八条という債務引受の広告をしたとはいえないことになる。

池島 真策