

判例研究

〔商法 四三六〕
営業譲受人が、譲渡人と連名で「譲受人が債務を引き受ける」旨の通知を協力的な債権者に個別的に配付しても、商法二八条にいう債務引受の広告をしたことに当たらないとされた事例

（千葉地裁松戸支判平成二〇年一月一七日 一部認容・控訴
（平八（ワ）第五一四号、売買代金請求事件
判例タイムス一〇四五号二五五頁）

〔判示事項〕
営業譲受人が、譲渡人と連名で「譲受人が債務を引き受ける」旨の通知を協力を得られると思われる債権者に対し個別的に配付しても債務全額について営業譲受人が債務引受の広告をしたというだけではできず、営業譲受人は商法二八条の責任を負わない

〔参照条文〕

商法二八条

〔事実〕

X（原告）は、クリーニング用紙製品とその資材の売買、

電機機械器具、事務用機械器具等及びそれらの部品、付属品の販売等を目的とする株式会社である。Y₁（被告）は、洗濯業及び洗濯物取次業等を目的とする有限会社である。Xは、Y₁に対しクリーニング用諸資材を売却してきたが、平成八年四月末日の段階で、引渡済みの商品売買代金債権として金一六六一万八六〇七円を有していた。Y₁は、右代金支払いのため、小切手三通を振り出した。

Y₂（被告）は、Y₁の元取締役Aを取締役として設立された有限会社で、平成八年五月三〇日、Y₁から工場、設備及び営業権の一部の譲渡を受けて引き継ぎ、同年六月一日に

クリーニング取次業等の業務を開始した。Y₁は、平成八年四月ころ経営が悪化し、債務超過の状態にあり、Xの所持する右小切手三通は、いずれも支払を拒絶され、Y₁は平成八年七月に銀行取引停止処分を受けた。そこでXは、Y₁に対しクリーニング用資材の売買代金一四二万九一四〇円と遅延損害金を請求するとともに、Y₂に対しては、右売買代金につき債務引受契約、営業譲受人の債務引受広告による責任（商法二八条）及び法人格否認の法理に基づき同額の金員の支払を求めて本件訴訟を提起した。

なおY₂は、Y₁より営業譲渡を受けたことに伴い、平成八年六月二日付で、Y₂とY₁の連名で「当社（Y₁）の北柏工場を独立させて、新会社（Y₂・代表A）として当社（Y₁）の営業権の一部を新会社（Y₂）につがせることにしました。新会社（Y₂）は北柏工場の賃借権を引きつぎ、設備、備品を譲り受け、取次店契約も新会社（Y₂）に引きついで六月一日開業しました。これに合わせて、貴社に対する当社（Y₁）の債務も新会社（Y₂）に引受けてもらうことになりましたので、ご心配ないようにしていただきたいと存じます。先に御提示した当社（Y₁）の弁済計画も新会社（Y₂）により履行してもらうこととなります。尚、Y₁は松戸で営業を継続し、こちらに残った債務の整理をしていくことに

なりますが、万一不渡が生じた場合も、可能な限り松戸として操業を続けていく所存です。新会社（Y₂）は有限会社Y₂ですが、営業マークとしてはニューY₁としてY₁との協力関係を維持していく所存です。」との通知（以下、「本件通知」とする）を協力的な債権者に対してなした。

〔判旨〕 一部認容

営業譲受人の債務引受広告による責任（商法二八条）の有無について

「Xは、Y₂が、Y₁より営業譲渡を受け、平成八年六月二日付で、Y₂とY₁の連名で「当社（Y₁）の債務も新会社（Y₂）に引き受けてもらうこととなりましたので、ご心配ないようになしていただきたい。」と債権者各位に通知したことから、債務引受の広告をした旨主張するが、前掲各証拠によれば、本件通知は、Y₁らが協力を得られると思われる債権者に対し個別的に配付したものであり、Y₁の債権者に対する債務全額について債務引受の広告をしたものではなく、本件通知には、Y₂がY₁から譲渡を受けたのは営業権の全部ではなく、その一部（北柏工場の営業権）であり、Y₁は松戸工場で営業を継続し、松戸工場に残った債務の整理をしていく旨の説明があり、Y₂の具体的な債務の履行の引受方法や支払金額、支払方法、支払時期等については未だ明示

できる段階ではなかったため、その記載がされず、これらについては、その後の債権者会議において、債権者の協力を得て決定する方針であったことが認められる。

したがって、 Y_2 が、債権者に本件通知をしたことをもって、 Y_1 のXに対する債務全額について、営業譲受人の債務引受の広告をしたということはできず、 Y_2 は商法二八条の責任を負わない。」

〔研究〕

判旨の結論に賛成、理論構成に疑問あり。

一 本件は、商法二八条にいう債務引受の広告をしたことに当たらないとされたもので、比較的裁判例の乏しい分野において事例を一つ付け加えるものである。また本件は、営業の全部譲渡ではなく、工場の一つを独立させてその設備・営業権の一部の譲渡を受け、その対価として総額一億一六〇〇万円を限度として債務の履行を引き受けた点に特徴がある。

商法二八条は、営業譲渡の第三者に及ぼす効果を定めるものであり、商号不統用の場合における第三者保護の規定である。もちろん、譲受人が譲渡人の商号を統用しない場合には、債務者同一性の外観も債務引受の外観も存しないので、第三者に対し外観信頼の関係を生ずるおそれはなく、

営業譲受人は原則として譲渡人の営業上の債務につき何ら責任を負わない。しかし、譲受人が譲渡人の営業上の債務を引き受ける旨をとくに広告したときは、債権者に対して真実には債務引受契約その他の債務負担行為をしなかったとしても、これをしたような外観を形成したことになるので、弁済の責任を負うものとされる。一般に譲渡人の営業上の債権者は、営業譲渡契約の内容を知りえない第三者であるから、譲受人による債務引受があったものと信じさせるに足る表示が譲受人によってなされると、これに信頼して弁済を請求するのであって、その信頼を保護するために、とくに禁反言的責任を譲受人に課したのである（田中誠二「喜多了祐・全訂コメンタール商法総則三〇七、三〇八頁」）。

商法二八条適用の要件としては

- ① 営業譲渡がおこなわれたこと
- ② 譲受人が債務引受の広告をしたこと
- ③ 債権者が有する債権が譲渡人の営業によって生じたものであること

があげられる（升田純「現代型取引をめぐる裁判例（七）」判例時報一六五六号二五頁）。このうち本件は③に該当することは明らかなので、以下で①と②について検討する。

二 営業譲渡の概念は必ずしも明確ではないが（升本重夫「企業譲渡に就て—営業譲渡に関する一考察—」法学新報 四六巻二号一頁以下）、通説によると営業譲渡とは、組織としての営業を一個の契約によつて移転することである。ここで営業とは一定の営業目的のため組織化され、有機的一體として機能する財産のことをいう（大隅健一郎・商法総則（新版）三〇一頁）。一個の債権契約で組織としての営業が譲渡されるにしても譲渡の対象となる各個の権利義務については各別に権利の移転または債務の引受の手続きをとる必要がある（鴻常夫・商法総則「新訂第五版」一四三頁）。営業の一部譲渡も判例（最大判昭和四〇年九月二二日民集一九巻六号一六〇〇頁）によれば、営業譲渡の場合であつて一個の債権契約により営業の一部が一體として移転される。通常、支店の譲渡は営業の一部譲渡と解される。営業所という程度に至らない工場・出張所等の譲渡は、一體として組織化された機能的財産といえるか問題となるが、具体的には営業の秘訣、得意先、のれんなどの事実関係の移転の有無が重要な基準となる（鴻常夫・前掲書一四一頁）。本件では北柏工場、その設備・営業権の一部の譲渡を受けており、営業譲渡がおこなわれたとの判断がなされている。上述したところから判断すれば本件の場合、

営業譲渡がおこなわれたと考へて良いと思われる（笹本幸祐「本件判批」法学セミナー一五五六号一一〇頁）。

三 ②の譲受人が債務引受の広告をしたか否かであるが、商法二八条の広告については従来から新聞広告や引札があったと解されている（大隅・前掲書三三〇頁）。商法二八条は、昭和一三年にドイツ商法二五条三項に倣つて設けられた規定であるが、ドイツでは、この他に回状などによる多数債権者への個別的通知によつてもよいと解されている（高田源清「判批」民商法雑誌四六巻四号一四五頁）。日本においても東京高判昭和三四年二月二八日下民集一〇巻二号四三〇頁（後掲最判昭和三六年一〇月一三日の原審）で商法二八条にいわゆる広告とは、一般の人が認識できる方法によつて不特定多数人に対してなす意思表示と解されており、学説も同様に大多数の債権者に対して書状の送付等により個別的に通知する場合もあたると考へるのが多数説である（今井宏「判批」商事法務二〇四号一四六頁、松岡誠之助「判批」商事判例研究昭和三四年度一二頁、高田・前掲判批一四六頁）。

新聞広告の他に広告にあたることされた裁判例としては、東京地判昭和三四年四月二七日下民集一〇巻四号八三六頁（挨拶状を取引関係者に多数配付）、東京地判平成九年七月

三〇日判時一六三八号一五〇頁（挨拶状を広く取引先その他関係者に配付）、前事件の控訴審判決である東京高判平成一〇年一月二六日判時一六七一号一四四頁（取引先等七〇数社の関係者に対して二五〇通ほどの挨拶状を送付）、東京地判平成一三年五月二五日金法一六三五号四八頁（挨拶状を原告以外の取引関係者にも送付）がある。

広告にあたらなさとされた裁判例としては、東京地判昭和三十一年一月二四日下民集七卷一〇号二九八五頁（会社の特定の債権者及び得意先に対して多くとも四〇〇以下の宛先）、東京地判昭和三四年二月一七日判タ一〇二号五〇頁（一〇〇通くらい印刷し、四〇枚あまりを発送）、名古屋地判昭和五十一年一月一九日判時八五二号一〇八頁（二〇〇通の挨拶状を印刷し、そのうち数十通（少なくとも五〇通以上）を取引先に配付したが大半は行政官庁に限られ、債権者一般に配付しなかった）がある。

このようにみても四〇〇以下の宛先で広告にあたらなさと判断されたものとそれよりも数の少ない二五〇通の送付で広告と認められたものがある。単純に送付数だけを比較してみると広告にあたるか否かを判断するにあたってどのような基準に基づいているのか明確ではないように思われる。結局、送付先の範囲の広狭や送付数の多寡の判定

は、発送者である営業譲受人の資本額・業種・事業規模等を総合して、個別具体的にに行われているといえようか（塩田親文「判批」私法判例リマックス一九九九（上）九四頁）。送付先の範囲については送付の相手先のほかに、全体の債権者に対する割合等の認定も必要であるように思われる（前田重行「判批」商法（総則商行為）判例百選〔第四版〕五五頁）。本件の場合、広告にあたらなすと判断されたのかどうかは不明である。広告にあたらなし、債務引受の趣旨でもないかと判断されたのか、あるいは広告にはあたらなすが債務引受にあたらなすと判断されたのかは、この判旨からは明確ではない。Y₁の取次店にY₂への契約の切り替えを頼み込み、取次店のうち約七割がY₂との間で新規の契約を締結することになったということであるが、「協力的な債権者」とは、それら取次店を指しているのであろうか。本件の場合、送付数や全体の債権者に対する割合よりも「協力的な債権者」という表現から送付の相手先が限定されていることを理由として広告にあたらなすと判断したものであろうか。

四 次に商法二八条の債務を引き受ける旨の広告として認められるためには、広告の内容として債務を引き受ける趣旨が示されていなければならない。商法二八条に関する最

高裁判決としては、最判昭和二十九年一〇月七日民集八卷一〇号一頁（以下、最判二十九年とする）と最判昭和三十六年一〇月一三日民集一五卷九号二二三二〇頁（以下、最判三十六年とする）がある。最判二十九年は、東京急行電鉄株式会社が品川線湘南線の地方鉄道軌道業ならびに沿線バス事業を京浜急行電鉄株式会社に譲渡し、その旨を日経新聞に広告した事件である。原審である東京高判昭和二十六年九月一二日下民集二卷九号一〇七六頁（二審の裁判所、判決年月日、判決内容等不詳）は、「営業を譲受けました」という表示は「譲渡人の営業により生じた債務を引受けます」という意味をもつものと認めるのを相当とし、商法二八条の責任を認めた。最高裁でも「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」として原審を支持した。

最判三十六年は旧三会社が営業を廃止し、新たに会社が設立されて旧会社と同一の中央卸売市場における水産物等の卸売業務を開始するという趣旨の書面を新会社が旧三会社の取引先に送付した事件である。原審である東京高判昭和三十四年二月二八日下民集一〇卷二四三〇頁（一審の裁判

所、判決年月日、判決内容等不詳）は、挨拶状の中の業務継承という文言につき、旧三会社が整備されて営業を廃止し、新会社が設立されて旧三会社と同一の中央卸売市場における水産物等の卸売業務を開始する趣旨であつて債務引受の趣旨と解せられないとして、商法二八条の責任を否定した。最高裁でも原審が支持され、所論引用の判例（最判二十九年）は、本件と場合を異にし適切でないとした。

「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」とする最判二十九年の判旨に異論はないが（鴻・前掲書一五〇頁、服部栄三・商法総則〔第三版〕四二〇頁）、具体的にはどのような文言であれば、債務引受の趣旨に該当するかは問題である。両事件とも「債務引受」という文言がなく、営業の譲受や業務継承という文言しかないにもかかわらず、一方は商法二八条の責任が認められ、他方は認められないというように結論が異なるため、両者が抵触するものか否かにつき意見がわかれている。両者の相違としては、最判二十九年が新聞広告の方法であるのに対し、最判三十六年が個別の挨拶状の送付によっている点が指摘しうるが、それが結論を異にする決定的理由であるとするならば、問題であ

る（山下真弘「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―」島大法学二七号五七頁）。両
 判決については両者における営業譲渡の差異がそれぞれの
 広告の方法および内容の差異となつて現れており、両者は
 抵触するものではないとする意見（法曹時報一三卷一―二号
 一―〇頁、加藤修「判批」法学研究五五卷五号一三五頁）
 と両者は抵触するとの意見（田中昭「判批」商事法務八
 七三号七七九頁、小野寺千世「判批」ジュリスト一六五
 号一―六頁）がある。両判決の内容は明解とはいいがたい
 が、表示のみから客観的に判断するのが最高裁の立場であ
 るとするならば、両判決の結論は明らかに抵触しているとい
 える（山下・前掲論文五八頁）。

両判決後、下級審裁判例で挨拶状の中に事業の承継とい
 う文言が使用されている場合に債務の引受の趣旨を含むと
 解するか否かで一審と二審の結論が異なつたものがある。
 一審（東京地判平成九年七月三〇日判時一六三八号一五〇
 頁）では最判二九年の考え方に従つて事業の承継の文言が
 債務引受の趣旨を含むものと解して商法二八条の責任を認
 めたが、二審（東京高判平成一〇年一月二六日判時一六
 七一号一四四頁）では債務の引受であることを否定して商
 法二八条の責任を認めなかった。両最高裁判決は、やはり

異なる考え方をしているものといえよう。

このように両判決が抵触すると考えた場合にどちらの判
 決を支持するかという問題がある。商法二六条と関連付け
 て考え、営業譲受の広告があれば債権者は少なくとも弁済
 は譲受人により担保されていると考えるのが普通であるこ
 と、債権者保護につき同様の責任を認めて然るべきことを
 根拠として最判二九年を支持する説がある（藤川研策「營
 業譲渡における第三者保護」星川長七・山口幸五郎・堀口
 亘「酒巻俊雄編・商法総則・商行為法」改訂版）一九〇、
 一九一頁。最判二九年の基本的立場を正当とするものに田
 中誠二・全訂商法総則詳論二二六頁）。しかしながら学説
 の多くは批判している（大森忠夫「判批」民商三二卷三号
 四二頁、竹内昭夫「判批」法協九八卷三号一七四頁、宮内
 竹和「判批」ジュリスト二〇二号九四頁、池島真策「判
 批」法学研究七三卷五号一―七頁）。その理由として、ま
 ず営業の譲受または承継の広告だけで譲受人の責任を生ぜ
 しめるというのは、商法二八条の文言の不当な拡張解釈で
 あるということ、次に商法二八条は沿革的にはドイツ商法
 二五条三項に倣つて設けられた規定であり、右規定におけ
 る「義務の引受」の広告とは単なる「営業譲受」のそれでは
 足りないというのが通説・判例であることをあげている。

いわば一方的な意思表示にすぎない債務引受広告に拘束力を認め、かつ債務を生ぜしめることは、法律体系上一の異例に属するものであり、したがってその適用は、とくに慎重でなければならぬと思われるので(鴻常夫「判批」商事判例研究(二)昭和二六年度)、最判三六年を支持する。

営業の譲受や事業の承継という文言が債務引受の趣旨とは解しえないとして、それではどのような場合に債務引受の趣旨が認められるのか。本件以後、商法二八条の責任が認められた裁判例としては、事業の承継のほかに「事故発生以降の旧債を新会社が引継ぎ」や、利息を「新会社が責任を以て履行致します」、元金は「新会社の利益の範囲内で返済を続けます」との記載や、「金融機関への返済を一円でも多く履行したい」、「年一度の決算確定後の利益の状況に依りて平成六年五月二〇日までに追加返済させて頂き度」、また不動産売却後「返済金は再度見直しさせて頂きだします」との記載をもって債務の引き受けにあたるかと判断されたもの(東京地判平成一二年二月四日一日金法一一二二二二三頁、控訴審東京高判平成一二年二月二七日金法一一二二二二七頁)や営業の全部譲渡をしたと共に債権債務を責任をもって継承するという記載のあるもの(東京地判平成一三年五月二五日金法一六三五号四八頁)

がある。

五 本件の挨拶状は、債務を引受けた趣旨が示されている。本件では、営業の一部譲渡につき記載があるが、その他に債務の引受をしようとした旨の記述がある。したがって北柏工場に関する債務については譲受人が債務の引受をしたということができると思われる(笹本・前掲本件判批一一〇頁では、本件通知を債務引受とはいえないとする)。しかしながら本件では、譲渡人と譲受人が同一訴訟上の被告となっており、譲渡人の責任が認められ、譲受人も全額ではないが一億一六〇〇万円の債務引受を為していること認定されている。譲渡人の責任が認められ、譲受人も一部ではあるが債務引受をなしているという点から考えれば、商法二八条の責任を考える余地はないのではないかと。前掲東京地判平成一二年の裁判例でも債務引受がなされていないという認定をした上で商法二八条の責任が認められているので、本件の場合、商法二八条についての判断は必要なかったと考える。

本件において気になる点は、商法二八条の責任について判断するにあたって、債務全額について債務引受の広告があったかを判断していることである。いままでの裁判例は債務全額についての債務引受の広告があったかどうかとい

うものばかりであるが、前掲東京地判平成一二年では債務の一部引受だったかどうかも判断しているところからみると債務の一部を引き受ける旨の広告であった場合は、債務の一部についての責任が認められることになると思われるのであって、本件で全額の判断をしているというのは、実際に債務引受した額の残りについて、商法二八条の責任が問えないか判断しているものなのであろうか。商法二八条は商号の章に規定されているが、商号を続用していない場合の規定である。契約の主体は違うが主体の実質的同一性があるとなないと商号との関係はなくなってしまうと考えれば、債務全額という話の方にいくことになるか。商法二八条の責任の場合は、商法二六条と異なり法人格否認の法理もあわせて主張されるところからもそう考えられるのか。判旨がどのように考えているのかは不明である。私見は挨拶状の文言から商法二八条の責任を認める場合にあらと解することも可能であると考えるが、債務引受自体が認められた本件において、商法二八条の責任が否定されたという結論は支持できる。

藤田 祥子