慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	〔商法二二〇〕営業譲渡に際しての債務引受広告(名古屋地判昭和五一年一一月一九日)
Sub Title	
Author	加藤, 修(Katō, Osamu) 商法研究会(Shōhō kenkyūkai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1982
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.55, No.5 (1982. 5) ,p.130- 135
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19820515-0130

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

判例研究

〔商法　二二〇〕営業譲渡に際しての債務引受広告

（名古屋地判昭和五一年一一月一九日昭和四七(ワ)二八〇一号、設計料請求事件判例時報八五二号一〇八頁判例タイムズ三五七号三一七頁）

〔判示事項〕

「爾後A会社はA会社の水門建設の残工事などの業務をY会社に引継いでもらい、Y会社は右業務を引継いで行ないたい旨の挨拶状」が、債権者一般に対して配布されたものでない場合、それは、「譲渡人ノ営業ニ因リテ生ジタル債務ヲ引受クル旨ヲ広告シタルトキ」に該当しない。

〔参照条文〕

商法二八条

〔事　実〕

原告X会社は、水門設計を業とする会社であり、水門建設請負を業とする訴外A会社に対して、約百万円の設計料請求債権を有していたところ、A会社は、X会社に対して、手形決済不能を理由として倒産を通知し、右債務全額の支払を拒絶した。

原告X会社は、①被告Y会社代表取締役がA会社事務所に債権者多数を集めてA会社の債務一切をY会社において引き受ける旨約束したこと、②Y会社が訴外B協同組合に対して債務引受を約束してA会社振出の約束手形をY会社振出の約束手形と交換したこと、③Y会社とA会社は連名で「Y会社は、その水門建設部門として、A会社を吸収合併し、今後一層の発展を期する」旨の書面を印刷して、A会社の顧客ら多数に配布していることを主張し、商法二八条に基づいて本訴に及んだ。また、原告X会社は、①A会社の受注が順次Y会社に対する注文に切りかえられていること、②A会社の事務所がY会社に譲渡され、Y会社の看板がかかげられ、A会社の経営者、従業員、会社施設はY会社に吸収されて、Y会社の水門建設部門として機能していることを挙げ、Y会社がA会社を商法上の合併手続によらずに事実上吸収合併したものであるから、信義則上、

Y会社がA会社の債務を一般的に引き受けたことになると主張し、予備的に前記設計料請求債権を理由づけている。これに対して、被告Y会社は、全面的に争った。

〔判　旨〕

原告の請求を棄却。

一㈠訴外A会社の代表取締役が、A会社と取引関係にあつた五、六社と被告Y会社代表取締役を「A会社事務所に集め、A会社の経営が逼迫し、倒産に瀕している旨を告げるとともにA会社の水門建設の業務はY会社が引継ぐので今後Y会社と取引を継続してほしい旨などを述べた」ことは認められるが、Y会社代表取締役がA会社の債務をY会社において一切引き受ける旨約束したとは認められない。

㈡Y会社の訴外B協同組合に対する債務引受および手形振出等の事実は認められるが、「Y会社は、A会社のB協同組合に対する債務を単純に引受けたものではなく、当時A会社はB協同組合に対し、金五〇〇万円の貸付金債務を負担する一方、約金四五〇万円の積立金等の債権を有するとともに右B協同組合企画の工場団地の土地を取得しうる権利を有していたため、Y会社は当時A会社に対して有していた少なくとも金五〇〇〇万円を超える債権の弁済に充てるため、これらの債権および権利を譲り受けるとともにA会社の債務をも引受けたものであつて、結局Y会社としては、工場団地に対する権利を約金五〇万円で買つたに等しく、これにより利益が得られることを見込んで上記債務引受をしたものである」。

㈢「A会社とY会社が連名で一〇〇通の挨拶状を印刷し、そのうち数十通（少なくとも五十通以上）をA会社の取引先等に送付したことが認められる。」「右挨拶状はA会社の水門建設請負の注文者になる土木建設会社や右水門建設を土木建設会社へ発注する行政官庁方面に対し、A会社が経営の行きづまりにより業務をやめることによつて既に着工した仕事の完成等について不安を抱かせるのを防止するために差出すこととしたものであつて、その内容も、爾後A会社はA会社の水門建設の残工事などの業務をY会社に引継いでもらい、Y会社は右業務を引継いで行ないたい旨の挨拶状であつた。」右挨拶状の送付先は、「A会社に対する水門建設の注文者である土木建設会社や右土木建設会社に対し水門建設を発注する行政官庁ら（しかも大半は右行政官庁）に限られ、原告（x）を含む債権者一般に対して配布されたものではない」。

四①「商法二八条にいう広告とは、不特定多数人に対して意思表示することであると解されるところ、右㈠㈡の各認定事実が右の広告に該らないことはいうまでもない。そして㈢に認定した挨拶状送付も、右書面の個別的送付という方法（新聞広告などの方法とは異なる）や右書面送付先の範囲（右のような個別的送付の方法でも送付先の範囲如何によつて広告にあたる場合もありえよう。）に照らし、右の広告ということはできないものと解される。」

②「㈢の挨拶状の送付が、仮に右の広告には該るものとしても、なお商法二八条の『債務引受』の広告をなしたものとすることはできない。すなわち、右法条にいう債務引受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受ける趣旨が示されていることを要するものであり、（もつともこのことは広告中に必ずしも債務引受の文字を用いなければならないとするものではなく、広告の趣旨が、社会通念上、営業上の債務を引受けたものと債権者が一般に信ずるようなものと認められるものであれば足りる〈最判昭和二九年一〇月七日民集八巻一七九五頁〉ものではあるが）単なる営業の譲受の表明だけでは、商法二八条の債務引受の意思表示とみることはできない。けだし営業の譲受により当然に債権者に対する関係において営業譲受人の責任が発生するものではなく、営業譲受人が債権者に対して直接に履行義務を負うためには、債権者と営業譲受人との間の債務引受契約等の別段の法律上の原因を必要とするものであるところ、商法二八条は、以上のような本則に対し禁反言の法理と同一の基礎に立ち、債権者に対する右のような債務引受行為等がなくとも、譲受人が、債務引受の広告をした以上は、責任を負うものとしたものであるが、この規定の趣旨からして、前記法条にいう債務引受の広告とは、単に営業譲渡の事実を示すにすぎない営業の譲受の表現では足りず、少なくとも譲渡人の営業上の債務について、譲受人が債権者に対して直接弁済の責を負う旨の表現が用いられていることを必要とすると考えられるからである。本件についてこれをみるに、前記認定の挨拶状の趣旨がA会社からY会社への営業譲渡ないし水門建設業務の承継を意味するものと解されるとしても、右挨拶状に前説示のような意味における債務引受の趣旨が含まれているものでないことは明らかである。」

二　訴外A会社の受注は、その発注先と被告Y会社との個別契約によりY会社に切り変えられたこと、および、原告X会社の主張する「事実上の吸収合併」の事実は認められないことよりして、X会社の予備的請求は理由がない。

〔評　釈〕

判旨の結論に賛成。

一　商法二八条は、昭和一三年の商法改正に際して設けられた規定である。その商法改正準備段階における商法改正要綱では、営業譲渡に関して、「営業ノ譲受人カ従来ノ商号ヲ続用セサル場合ニ於テモ第三者ニ対シテ譲渡人ノ負担シタル営業上ノ債務ノ弁済ノ責ニ任スヘキ旨ノ意思ヲ表示シタルトキハ其責ニ任スルコト」という趣旨の規定を設けることが提案されており（松本・商法改正要綱解説・私法論文集〈続編〉三七頁）、それについては、次のように解説されていた。すなわち、「従来の商号の続用なき場合に於ても、譲受人が第三者に対して譲渡人の負担したる営業上の債務の弁済の責に任ずべき旨の意思を表示したるときは其責に任ずる。営業譲受の通知、広告等に於て譲受人が従来の債務の弁済の責に任ずべき旨の意思を表示することは実際上往々見受けられる所であつて、此場合に於ては其表示通りの責に任ぜしめて可なるは当然である。尤も之に因つて譲渡人が其責を免れるものでないことは言う迄もない所である。」と解説されていた（松本・前掲書三八頁）。従つて、この段階において、すでに「広告」という手段が具体的に意識されていたと共に、「従来の債務の弁済の責に任ずべき旨の意思」の表示が「広告」と

は別の手段によつてなされる場合のあることも考慮に入れられていたとも理解され得る。なお、商法二八条関係の理由書によれば、この条文の趣旨は、「営業譲受人ガ従来ノ商号ヲ続用セザル場合ニ於テモ譲渡人の営業ニ因リテ生ジタル債務ヲ引受クベキ旨ヲ広告シタル以上弁済ノ責ヲ負ハシムベキハ蓋シ当然ナリトス」と単純明解に説明されていた（司法省民事局編纂・商法中改正法律案理由書一九頁）。そして、そのように当然のことと解される所以は、その条文が禁反言の法理を宣明したものと理解されていること（大隅・商法総則〈新版〉三二〇頁）を考えあわせれば、容易に理解できる。なお、商法二八条は、ドイツ商法二五条三項を念頭に置いて設けられたものと解される（田中〈耕〉改正商法総則概論三四五頁参照）。そのドイツ商法二五条三項は、「商号ヲ続用セザルトキハ、商業取得者ハ特別ナル義務負担ノ原因存スル場合、殊ニ商慣行ニ依リ取得者ガ義務ノ引受ヲ公告シタル場合ニ限リ、従来ノ営業上ノ義務ニ付其ノ責ニ任ズ。」と規定しており（現代外国法典叢書・独逸商法〔I〕八八頁）、何らの変更もなく現行西ドイツ商法に受け継がれている。ところで、「広告」という言葉は、日本商法では第二八条のほかに擬似発起人の責任に関する商法一九八条でも使用されている。

二　商法二八条の広告とは、「一般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である」と理解されている（東京高判昭三四・二・二八下級民集一〇巻二号二一一頁）。本件挨拶状は、個別的送付の方法により数十通（少なくとも五十通以上）が送付されたのみだから、「不特定多数」に対して意思表示をしたと理解することは難しい。しかし、本件判旨によれば、「個別的送付の方法でも送付先の範囲如何によつては広告にあたる場合もあり得よう」とされているので、以下において、その点につき検討してみたいと考える。

本件における挨拶状の送付先の範囲は、水門建設請負を業とする訴外A会社のもつとも重要な関係者であるA会社への注文者になる土木建設会社と、その土木建設会社へ発注する行政官庁方面であつたことにまず注目しなくてはならない。しかも、行政官庁は、A会社と直接的に契約関係に立つ者ではなく、A会社に対して直接的に債権者としての地位を得ているものではない。なぜならば、A会社は、発注者である行政官庁から水門建設を受注した土木建設会社の下請負人に相当すると解されるからである（我妻・債権各論中巻二〈民法講義V₈〉六一九頁によれば、注文者と下請負人との間には、直接の法律関係を生じないとされている）。そうすると、本件挨拶状は、A会社の債権者ではないが、A会社の営業およびA会社が属する業界に強い影響を及ぼし得る立場にある第三者で、しかも、公的な立場にある者に送付されたことになるのである。そして、本件挨拶状の大半は、右行政官庁に送付されているとのことである。このようにして、本件挨拶状送付は、個々の債権者への通知とは若干違つた意味をもつことになるので、「送付先の範囲」を検討する際の一つの留意点として、判旨もそのことに注意を向けるべきであつたと考えられる。行政官庁といえども、取引関係においては、一私人と同じ地位において登場しており、右の点に関して特別な配慮をする必要もないと

解されるかもしれない。しかし、前述したように、禁反言の法理に関係する商法二八条においては、通知の相手方の特性も考慮の対象になるものと解してよいのではなかろうか。本件におけるように、商法二八条にいう「広告」と同視できるか否かの判断の場合には、意思の表示が、強い影響を及ぼし得る立場にある者を経由して、直接の表示相手になつていない他者にも伝わる可能性があるか否かも斟酌してさしつかえないように考えられる。（伊沢・表示行為の公信力七八頁は、禁反言において、「法律上被表示者と見らるゝは、単に直接に表示を受けたる人のみならず、間接とは云へ其の人に表示の通知すべきことを予期又は予期すべき人であつて、現にその表示によつて利害関係に変更を受けた者をも包含する」とされている。また、同書七八頁～七九頁では、「直接の被表示者と何等特殊の法律関係に立つて居ない第三者も亦特別の事情又は取引の慣習によつて被表示者と見られる場合がある」と指摘されている）。従つて、本件判決の重要部分である判旨一㈣①としては、通知の相手方の特性およびその相手方から間接的とはいえ通知を知り得る者の存在を検討し、その上で結論づけることが望まれるのである。さらに、A会社における取引の実態を配慮しつつ、本件挨拶状が、A会社債権者全体に対していかなる割合で送付されていたかが「具体的に」明確になつていれば、説得力が増したものと考えられる。

三　本件判旨一㈣②によれば、本件挨拶状送付が、仮に「広告」に該当するものとしても、商法二八条の「債務引受」の広告とは解されないとされている。この点に関しては、二つの注目すべき最高裁判所判決がある。その一つは、判旨も引用している昭和二九年一〇月七日の第一小法廷判決であり、その判決によれば、「今般弊社は六月一日を期し……の地方鉄道軌道業竝に沿線バス事業を甲会社より譲受け、乙会社として新発足することになりました」という新聞広告文中には、「譲渡人甲会社の営業によつて生じた債務を引受けることは明記されていないが」、「広告の趣旨が、社会通念の上から見て、営業に因つて生じた債務を引受けたものと債権者が一般に信ずる如きものであると認められる」と判断し、右のような新聞広告は、商法二八条の債務引受広告に該当すると判示されている（民集八巻一〇号一頁以下）。それに対して、もう一つの最高裁判所判決は、昭和三六年一〇月一三日の第二小法廷によるものである。その判決によれば、「甲会社、乙会社、丙会社（以下旧三会社という）が営業を廃止し、新たに丁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という趣旨」の書面を丁会社が旧三者の取引先に送付しても、商法二八条にいう債務引受の広告をしたことにならないと判示されている（民集一五巻九号五〇頁以下）。この裁判の第二審判決は、前出の東京高等裁判所の昭和三四年二月二八日判決であるが、そこでは、右書面には、「新会社に業務を継承した三社の実績云々」の文言がある旨認定されているが、第二審は、それを債務引受の表示と解していない（前掲下級民集一〇巻二号二一二頁、前掲民集一五巻九号六一頁）。最高裁判所は、その原審認定判断を是認できるとしている。昭和二九年の判決と昭和三六年の判決とでは、前者が新聞広告という方法で一般に対して事業の譲り受けを周知させる場合であつたのに対して、後者は、個別

的書面送付の方法で、しかも、営業の承継は文面からうかがえる程度と解し得る場合なので、両者は、場合を異にし、相互に抵触するものではないと考えられる（坂井・昭和三六年一〇月一三日第二小法廷判決解説・最高裁判所判例解説〈民事篇〉昭和三六年度三五六頁、三五七頁）。両判決から読み取れることは、営業譲受の広告の存在のみからすぐにその広告の客観的位置づけを考慮に入れないで、債務引受の表示があると解し得ない点である。このことは、前述した松本博士の改正準備段階における要綱解説で、「営業譲受の通知、広告等」と「従来の債務の弁済の責に任ずべき旨の意思を表示すること」を同一視していない（松本・前掲書三八頁）という立法沿革からも納得できる（田中〈昭〉・本件評釈・商事法務八七三号三一頁も同旨）。従つて、この観点から、本件判旨一㈣②には賛成できる（山下・本件評釈・企業法研究二七一輯三九頁以下も結論として判旨に賛成）。なお、判旨二における「事実上の吸収合併」というX会社の主張は、明確性を欠き、一般条項に訴える不確実なものと評価されるので、その点に関する判旨は、妥当なものと考えられる。

（一九八二年二月七日稿）

加藤　修

〔最高裁民訴事例研究一九七〕

昭二五・3（最高民集四巻六号二四〇頁）

訴訟代理人がある場合の本人への送達の効力

損害賠償請求事件（昭二五・六・二三第二小法廷判決）

X（原告・控訴人・上告人）等はA弁護士を訴訟代理人に選任して、Y（被告・被控訴人・被上告人）等に対し損害賠償請求の訴えを提起したが、第一審（福島地方裁判所）で敗訴した。X控訴。控訴状の日付は控訴申立期間内であつたが、終戦後の郵便事情が悪く、控訴裁判所（仙台高等裁判所）に到達したのが控訴申立期間経過後であつたため、口頭弁論も開かれず却下された。その際、控訴裁判所はその判決を、A弁護士が遠方（鳥取県米子市）に居住しており、しかも送達受取人の届出をしておらず、一方、上告人が裁判所所在地の近県に居住していた関係もあつてか、A弁護士に送達せず、直接X等に送達した。そこでX等は上告し、その理由として、原判決が代理人申立の控訴審判決を代理人に送達せず、直接本人に送達したのは送達上の法令に違背し、代理人の訴訟行為の権限行使を故意に阻止した違法がある旨を主張した（なおその他に期間計算は発信主義によるべきことや原判決の憲法三二条違反を主張している）。

最高裁は、これに対し、次のように判示してX等の上告を棄却した。