

# 債務の履行の見込みおよび 事業性の要件に関する一考察

周 田 憲 二

## 一 はじめに

最高裁平成24年10月12日判決は、新設分割が民法上の詐害行為取消権行使の対象となることを認め、設立会社に承継されない債権者(残存債権者)による新設分割の詐害行為取消請求を認容した(民集66巻10号3311頁)。その後、詐害行為取消権を行使することにより承継・設立会社の継続および当該事業に係る従業員や取引先等の利益を害する結果となるおそれがあることを理由に<sup>(1)</sup>、平成26年改正会社法は、残存債権者等に承継・設立会社等に対する債務の履行請求権を認めた(759条4項、761条4項、764条4項、766条4項。以下では便宜上株式会社を当事会社とする会社分割に限定して引用する)。

詐害行為取消権の制度が債権者の一般財産を保全するための制度であるのに対し、平成26年改正会社法が設けた履行請求権は、残存債権者による直接請求を認めるための制度であるから、請求権が競合した場合の調整規定は置かれない。他方で、履行請求権の「害することを知って吸収・新設分割をした」要件は詐害行為取消権と同様に解されているから、残存債権者は、詐害行為取消権に加えて直接請求権による保護も受けることになる<sup>(2)</sup>。

現在、詐害性の要件の明確化に向けた議論が行われているが、濫用的会社

分割をめぐる問題が会社法だけの問題ではなかったことに加え債権法改正の影響も受けその理解が困難な状況になっている。

平成 26 年改正法が設けた履行請求権の「債権者を害する」の意義について、立案担当者からは、民法上の詐害行為取消権においては、債務者の財産処分行為によって債務超過となる場合と解されるから、改正法でも、分割会社が会社分割により債務超過となる場合その要件に該当する、との説明がされている<sup>(3)</sup>。

しかし、債務超過の状態にあった会社が新設分割をして権利義務を承継させた場合において、分割会社に交付された設立会社の株式が非上場株式であることが、その換価処分や強制執行に著しい困難を伴い、一般財産の共同担保としての価値を実質的に毀損する点（執行可能性）に、詐害性を認めているのが従来の裁判例であるとの見解もみられる<sup>(4)</sup>。この見解に従えば、換価処分の容易な上場株式を交付するような新設分割であれば、債務超過となる事情が存した場合であっても、詐害性を認められないように思われる<sup>(5)</sup>。会社債権者を害する取締役の行為が債務超過に近い状態においても行われるのであれば、濫用的会社分割も、債務超過の状態だけでなく、それに近い状態にある会社においても行われるのであろう<sup>(6)</sup>。

近時の濫用的会社分割に係る裁判例は、あくまでも緊急対応というべきとの見解も見られるところ<sup>(7)</sup>、詐害性の要件に係る議論の状況をみたとき、この際、従来から議論されている会社分割の要件を改めて整理することも意義のないことではないようにも思われる。

以上の問題意識の下、本稿では、債務の履行の見込みおよび事業性の要件について、判例および改正法の影響を考慮しつつ若干の検討を試みたい。

## 二 債務の履行の見込み

### (1) 平成 17 年改正前商法における債務の履行の見込み

平成17年改正前商法は、株主が割当比率等の条件を判断し、また、会社債権者が会社分割に対して異議を述べるかどうかを判断するための資料を提供するとともに、分割無効の訴えを提起するかどうかを判断するための情報を提供する目的で<sup>(8)</sup>、分割計画書または分割契約書を承認する株主総会の会日の2週間前より分割の日後6ヶ月を経過する日まで、分割計画書・分割契約書等の書類の備置義務を定めるとともに、株主および会社債権者に、その閲覧請求権等を認めていた(平成17年改正前商法374条ノ2, 374条ノ18)。「各会社ノ負担スベキ債務ノ履行ノ見込アルコト及其ノ理由ヲ記載シタル書面」はその事前開示書類のひとつであった(同374条ノ2第1項3号, 374条ノ18第1項3号)。

「見込アルコト」と規定された趣旨は、債務の履行の見込みのない会社分割を認めないところにあった。すなわち、会社分割においては債権者の引当てとなる責任財産が減少し、債権回収に影響を与える可能性が大きいため、債務の履行の見込みがない会社分割が「許されないことを明らかにしたもの」であり<sup>(9)</sup>、「認めないこととする趣旨」であった<sup>(10)</sup>。

そして、分割会社が負担する債務の履行の見込みがないような会社分割は許されないことを前提として<sup>(11)</sup>、債務の履行の見込みのあること等が事前開示書類に含まれたものであり、債務の履行の見込みのない会社分割は、債権者保護手続上の瑕疵を問うまでもなく、許されないものと説明された<sup>(12)</sup>。

これにつき、通説は、会社分割が債権者の債権回収に影響を及ぼす可能性が大きいことから、債務の履行の見込みのないことは、債権者異議手続とは関係なしに、それ自体が会社分割の効力要件と解していた<sup>(13)</sup>。すなわち、債務の履行の見込みがなくなるような会社分割は、実質的債務超過に陥った会社が私的整理によって事業再生を図るために利用されることが多いから、これを効力要件と解した場合においては、一部の債権者のホールド・アップによって円滑な再生実務が阻害される。しかし、債権者の同意を得て進めるべき私的整理手続の原則を回避してまで、残存債権者の不利益を容認すべき理

由はないから、債務の履行の見込みは効力要件と解されたのである<sup>(14)</sup>。

債務の履行の見込みは、各会社が負担する個々の債務につき、その弁済期における支払について存在することが求められるが、履行の見込みを判断する上では、会社財産の価額と債務額との比較だけでなく、会社の収益予測も重要な要素となるから、分割時点で実質的債務超過にならなかったというだけで、ただちに将来の債務の履行の見込みがあることにはならないと説明されていた<sup>(15)</sup>。将来における減収や損失発生が予想される場合であれば、分割時点において実質的債務超過でなかったときであっても債務の履行の見込みがないと判断されることになろう。また、分割時点においては実質的債務超過となる場合であっても、独立させた優良部門からの収益弁済を受ける方が、会社分割せずに会社全体を清算するよりも、相対的に見れば債権回収額が大きいことも考えられる。したがって、債務の履行の見込みは実質的債務超過とは異なるものといえる<sup>(16)</sup>。

名古屋地裁平成16年10月29日判決（判例時報1881号122頁）は、債務の履行の見込みを事前開示書類と定めた平成17年改正前商法374条ノ2第1項3号が、「分割会社が負っていた債務を分割計画書の記載に従って新設会社が承継する場合においても、分割会社が同債務を負う場合においても、その履行の見込みがない限り、会社分割を行うことができないことを定めているものと解される」と述べ、債務の履行の見込みが存在しなかったことが新設分割の無効事由に当たると判断した<sup>(17)</sup>。これは、債務の履行の見込みのないことを会社分割の無効原因と認めたものと解され、学説の支持を得ていたが<sup>(18)</sup>、通説とは異なって債務の履行の見込みを会社分割の効力要件と解さない立場からもその結論が支持された点は、注目に値しよう<sup>(19)</sup>。

債務の履行の見込みを会社分割の効力要件と解さない立場は、債務の履行の見込みに関する事前開示書類を、債権者の異議申述の機会を保障するものであって、会社分割の効力に直接かわるものではないと理解していた<sup>(20)</sup>。その根拠は、債務の履行は将来の弁済期における収益を基礎としてなされる

ところ<sup>(21)</sup>、債務の履行の見込みが将来の予測を問題とすることから判断が困難であって、仮に見込みのあることが厳格に要求されるのであれば、債権者に異議を述べさせる意味がなくなる<sup>(22)</sup>という制度上の理由に求められた。

そして、残存債権者は異議を述べることができないから(平成17年改正前商法374条ノ4第1項但書, 374条ノ20第2項), 「分割ヲ承認セザル債権者」(同374条の12第2項, 374条ノ28第3項)に当たらず、債務の履行の見込みを会社分割の効力要件と解しても、分割無効の訴えの原告適格を有しないと解される余地があるところ<sup>(23)</sup>, この立場からは、事前開示書類の虚偽記載を、債権者保護手続の瑕疵を通して分割無効原因と解すべきことが提唱された<sup>(24)</sup>

上記の名古屋地裁平成16年10月29日判決に対しては、債務の履行の見込みはある程度の柔軟性と屈伸性をもたせて組織再編の円滑を優先すべきという見解が実務から主張されたが<sup>(25)</sup>, 学説においては、上記のように、債務の履行の見込みを効力要件と解する通説だけでなく、それを効力要件と解さない立場からもその結論が支持されていた。その理由は、会社分割によって不利益を受けるおそれがある残存債権者が、債権者保護手続の対象とされない規律を疑問視していたからであろう。

残存債権者は、平成12年改正商法が会社分割法制を創設した当初から債権者異議手続の対象外とされていた。当時の商法の下では、承継・設立会社は会社分割に際して株式を発行しなければならなかったから(平成17年改正前商法374条2項2号, 374条ノ17第2項2号), 承継・設立会社から交付される株式は、承継される権利義務の価値と計数上一致する<sup>(26)</sup>。これを前提とすると、物的分割をした分割会社において、承継・設立会社に承継させることによって生じた財産の減少分は、承継・設立会社から株式の交付を受けることによって填補される。そのため、物的分割をする分割会社においては、会社債権者の担保財産が変動せず、しかも分割会社が引き続き債務を負うから債務者の交替がないこととなり、会社債権者が債権の満足を受ける可能性に影響を与えない。物的分割における残存債権者が債権者異議手続の対象と

されない理由として、以上のように説明されていた<sup>(27)</sup>。

しかし、この理由に対しては、以下のように批判されていた。すなわち、①資産とともに負債を承継させた分割会社においては、純資産額は変動しないが、承継された負債相当額につき総資産が減少し、②資産と負債の額が減少することによりその割合も変動する。この変動が、承継債権者と残存債権者との間に、弁済を受ける可能性について不均衡を生ずる。優良資産が承継された分割会社に収益性の低い資産だけが残存すれば、分割会社の企業実態が変動し、残存債権者に対する責任財産の内容が実質的に変化し、承継・残存債権者間の不均衡は現実化する。したがって、承継された財産と交付を受けた株式を同一視することは問題である。③分割対価の相当性が確保されていない場合、分割会社の財産が実質的に毀損する<sup>(28)</sup>。

会社分割が会社財産や資本の減少をもたらす行為であることから、会社債権者の債権回収率に影響を及ぼし、債権者を害するような濫用事例が生ずるおそれは、会社分割法制の創設前から指摘されていたのである<sup>(29)</sup>。

## （2）会社法における債務の履行の見込み

平成17年改正前商法が「履行ノ見込アルコト」と規定していた開示内容は、会社法の下では「履行の見込みに関する事項」に変更された（施行規則183条6号等）。その理由につき、「①債務の履行の見込みは、あくまで将来予測に関するものであり、組織再編行為の時点では不確定であることにかんがみれば、債務の履行の見込みがない場合には当該組織再編行為がその実体的要件を欠き無効であることとするとあまりにも法的安定性を害しかねないこと、②当該債権者については、債権者保護手続または債権者取消権によって別途保護が図られること等を踏まえた措置である。」と説明され、債務の履行の見込みが効力要件ではなく開示事項に過ぎないという立案担当者の理解が明らかにされた<sup>(30)</sup>。

しかし、会社法施行規則制定に際し、「履行の見込みの有無に関する事項」としていた法務省令案につき、「『履行の見込みがあること及びその理由』等とすべきであるとする意見を踏まえて、『履行の見込みに関する事項』と規定ぶりを改めた。」という経緯から<sup>(31)</sup>、「上記のような法文の変更は、会社法制定前の登記実務が従来の法文の文言を理由に分割会社・承継会社・設立会社のいずれかが帳簿上債務超過であると分割の登記を受理しなかった点を改めさせる必要から行われたと伝えられており、そうであれば、会社法の下でもいずれかの会社に債務の履行の見込みがないことが会社分割の無効事由であることに変わりない」とする要件説が有力に主張された<sup>(32)</sup>。

要件説を支持する見解からは、債務の履行の見込みが濫用的会社分割における債権者保護として機能してきたにもかかわらず<sup>(33)</sup>、会社分割制度の円滑な利用促進という政策的判断を優先し<sup>(34)</sup>、実体法上の効力要件と解されていたものを開示事項に関する法務省令によってのみ変更することはやや強引と評された。そして、実質的観点からしても、債務の履行の見込みがないことは破産原因であるから、そのような状態となる行為を有効と解することは適切でない上に、履行の見込みがあつてこそ各別の催告の省略が正当化されると主張された。<sup>(35)</sup>

もっとも、履行の見込みの判断の客観性を担保することは容易ではない<sup>(36)</sup>。そこで、債務の履行の見込みが将来予測に係る問題であることから、合理的な幅を超えた場合を無効事由と解する見解や<sup>(37)</sup>、どの債権者にも不利益を与えることなく、一部の債権者であれ履行の可能性を高めることができるような会社分割が現実にも必要になるのだから、分割前の履行の見込みが維持されていることが必要との見解が有力に主張された。<sup>(38)</sup>

これに対して、通説は、履行の見込みを効力要件とは解さない。その根拠として、会社法施行規則において「履行の見込みに関する事項」と規定された以上それは開示事項と解され、履行の見込みが存在することを要求するようには読めないこと、会社法が最低資本金を廃止した関係で実質的債務超過

会社の組織再編が許容されるべきこと、債務の履行の見込みは債権者異議手続で代替される構造に制度設計されたこと<sup>(39)</sup>、会社分割が債務超過会社の事業再生として有用であること<sup>(40)</sup>等があげられている。

通説があげる理由の中で最も重要なのは、債務の履行の見込みが将来の収益を重要な判断要素とする以上、予測が結果的に誤っていた場合の会社分割が常に無効の瑕疵を帯びるものとする、法定安定性が著しく害される点であろう<sup>(41)</sup>。将来予測にもとづく判断が問題とされる点において、債務の履行の見込みの判断は実質的債務超過の判断に類似する。

債務超過会社の合併について、合併によって株式が発行されていた当時の学説の多数説は、まず、資本充実の原則に反することを理由に債務超過会社を消滅会社とする合併を認めなかった<sup>(42)</sup>。

その当時においても、消滅会社の株主に交付する合併対価を株式に限定しなければ、資本充実の問題を生じないとの見解が有力に主張されていたが<sup>(43)</sup>、会社法の下では、株式以外の金銭等を交付する組織再編が明文をもって許容され（749条2項等）、組織再編の対価は株式に限定されないと解されている<sup>(44)</sup>。そのため、少なくとも吸収合併については、債務超過が資本充実原則との関係で問題とされることはなくなったものと解される<sup>(45)</sup>。

しかし、実質的債務超過会社の合併は、資本充実原則に加えて、合併比率の公正からも問題とされていた。すなわち、当事会社がマイナスの価値しか有さない場合においては、その株式もマイナスの価値しか有さないから、それを幾らもらったところでプラスの価値に転じるものではなく、その価値を前提として合併比率を算出することは不可能と解されていた<sup>(46)</sup>。実質的債務超過会社を吸収合併することは実質的には債務引受けに当たるから<sup>(47)</sup>、合併比率の公正が無視され、買取請求の行使が実質的に不可能となったままで消滅会社の少数株主が締め出されてしまう問題を生ずる<sup>(48)</sup>。こうして、実質的債務超過会社の合併を否定するのが通説とされていた。

これに対し、合併後の価値がプラスになるような合併であれば、たとえ合



併前において実質的債務超過となっている会社の株式の価値もマイナスではないから、合併比率の確保が不可能ではないとの見解が主張されていたが<sup>(49)</sup>、近年、以下のような見解が有力となっている。

すなわち、シナジー増加を考慮した上での債務超過かどうかの判断は本当は誰にも分からないから、手続きを経て当事者がプラスだと見ているのであればそれを否定する理由はなく<sup>(50)</sup>、債務超過会社の株価が私的整理への期待を反映して正の値を付けることは経済的には合理的な事象である<sup>(51)</sup>。そうした会社の吸収合併は事業存続に合理性のある合併であるが、その合理性は、将来のシナジー増加に係る主観的な予想に基づくのであるから<sup>(52)</sup>、たとえ経済的不利益が生ずる場合であっても、不利益を受ける当事者の承諾があるのであれば、法が禁止するべきではない<sup>(53)</sup>。独立当事者間取引において不公正な比率での合併が行われることは想定し難く、存続会社においてシナジーを考慮した上で利益になるとの判断をすることや、債務超過子会社の債務を親会社が債務保証することには、経済的合理性が認められる<sup>(54)</sup>。

上記の見解は、株主の議決権・買取請求権の行使、および取締役の義務に関連して述べられたものであるから、債権者についても全く同じ扱いとするわけにはいかないかも知れない。しかし、対価の相当性も債務の履行の見込みと同じく開示事項と定められていること、詐害行為取消権および履行請求権による二重の保護が与えられていることを考慮したとき、債務の履行の見込みを効力要件と解する必要はなく、取締役の責任の問題として解決すべきであろう<sup>(55)</sup>。

債務の履行の見込みは、会社分割の事前開示事項の一つとして株主および債権者の閲覧に供されるが事前開示事項は、債権者が異議を述べるか否かの判断の資料の一つにすぎないのであるから、債務の履行の見込みを効力要件と解するかの問題は、残存債権者を債権者保護手続の対象とすべきかの問題とは異なろう。

### 三 債権者保護手続

会社分割が行われた場合、分割会社の債務が債権者の個別の同意を得ないで承継・設立会社に免責的に承継されるだけでなく、財産が承継・設立会社に承継されることによって責任財産が変動するため<sup>(56)</sup>、債権者には異議を述べる機会が与えられている。

吸収分割承継会社においては全債権者が異議手続の対象となるが（799条1項2号）、分割会社においては、会社分割後、分割会社に対して債務の履行を請求することができない分割会社の債権者に限って、分割会社に対して異議を述べることができる（789条1項2号、810条1項2号）。承継債務について分割会社が重畳の債務引受けも連帯保証も行わない場合、その承継債権者は分割会社に対して履行を請求することができないこととなる。異議申立期間内に異議を述べた債権者は、当該債権者を害するおそれがないことを会社が立証しない限り、分割会社から、弁済、担保提供、または財産供託のいずれかを受けることによって保護され（789条5項、810条5項）、異議を述べなかった分割会社の債権者は、会社分割を承認したものとみなされる（789条4項、810条4項）。

これと反対に、会社分割によって分割会社に残された債権者は、分割会社に対して債務の履行を請求することができる。この規律を形式的に理解し、たとえ過小評価の問題が生じたとしても、事業譲渡とパラレルに考え、残存債権者を債権者保護手続の対象と解さないのが通説である<sup>(57)</sup>。

通説の立場では、債務の履行の見込みを会社分割の要件と解すると否とに関係なく、残存債権者は会社分割について異議を述べることができないことになる<sup>(58)</sup>。その結果、通説の立場での残存債権者の保護は、履行請求権（759条4項等）、商号続用責任（22条1項等）、詐害行為取消権（民法424条）、法人格否認、または否認（破産160条等）によることとなる。

ところで、残存債権者が異議権を与えられない理由は、債権者保護手続が

必要とされる理由と同じであって、残存債権者の債務は承継されないから債権者が交替しないことと<sup>(59)</sup>、対価の交付を受ける分割会社では責任財産が変動しないところに求められる<sup>(60)</sup>。

そして、そもそも債権者保護制度は、異議を述べるか否かを債権者の判断に委ねる一方で、積極的に異議を述べないことをもって債務の承継に対する同意に代えることとして集团的画一的な処理を可能とする趣旨で置かれたものである<sup>(61)</sup>。

そうすると、実質的には債務者の交替とみるができるような不利益が生ずる場合においては<sup>(62)</sup>、解釈によって残存債権者を債権者保護手続の対象とすることは、理論上は否定できないし、現に有力に提唱されていた<sup>(63)</sup>。債権者保護手続は、会社による債務の恣意的な振り分けを防止することを直接の目的とした制度ではなく、異議を述べる機会を与え、異議を述べた債権者に対しては弁済等を行うことによって、債権者の保護を図るための制度であるから<sup>(64)</sup>、残存債権者を債権者保護手続の対象に含めるか否かは、債務の履行の見込みを効力要件と解すると否とに関係がない。

「債権者を害するおそれ」は異議の濫用を防止する趣旨で置かれた規定であるから厳格に解される<sup>(65)</sup>。そのため、異議を述べた債権者は弁済等を受けることになろうし、それによって無効主張リスクが減るのであれば、会社による恣意的な債務の振り分けを事前に防止する制度として機能することになろう。これが異議手続の対象とすることの長所と考えられる<sup>(66)</sup>。

もっとも、最高裁平成24年10月12日判決が、一定の場合を除き新設分割株式会社に対して債務の履行を請求できる債権者は債権者保護手続の規定による保護の対象とされていないことを、残存債権者について詐害行為取消権による保護を認める根拠として判示しており、また、平成26年改正会社法は残存債権者に履行請求権を新たに認めている。その結果、残存債権者は二重の保護を与えられていることになるから、残存債権者が、なお債権者保護手続の対象となるのかについては、検討を要しよう。

平成26年会社法改正に際し、残存債権者を債権者保護手続の対象とする点については既に検討が行われており、債権者保護手続のない事業譲渡との平仄に係る問題や、異議権のない債権者は残存債権者に限られない等の問題があり中間試案に採用されなかった経緯がある<sup>(67)</sup>。異議権がないのは残存債権者に限られず、承継債権者であっても分割会社が連帯保証等をするることによって異議権は与えられなくなる（789条1項2号）。

こうした事情を考慮すると、改正法施行後においてもなお債権者保護手続による保護を残存債権者に認める解釈論は困難ではなかろうか。

#### 四 分割無効の訴えの原告適格

会社法は、会社分割を承認しなかった債権者に分割無効の訴えの提訴権を認めている（828条2項9号・10号）。債権者保護手続は分割無効の訴えの提訴権の前提であるとの理解のもと、会社分割を承認しなかった債権者とは、債権者保護手続において異議を述べた債権者をいうと伝統的に解されていた<sup>(68)</sup>。

これは従来から異論のない解釈であったが<sup>(69)</sup>、近時、これを争った裁判例が登場し、そのような「解釈を無制限に適用することは、濫用的な会社分割を活発に行う者たちの隠れ蓑や温床とな」として争われた。

東京高裁平成23年1月26日判決（金融商事判例1363号30頁）は、従来の解釈に従い、会社分割について承認しなかった債権者を、会社分割に異議を述べることができる債権者に限定し、分割会社の残存債権者による分割無効請求を斥けた。同判決は、分割無効の訴え以外の方法で個別に救済を受ける余地があることを、その実質的な理由として判示したが、これは詐害行為取消権の行使を指すものと解される。

そうであれば、実質的考察の結果必要と認められる場合においては、例外的に解釈によって提訴権者の範囲を拡張する可能性は否定されないことにな

ろう<sup>(70)</sup>。

そこで、「承認できるにもかかわらず承認しなかった債権者」との規定文言でないことを理由に、提訴権を異議権と切り離して理解し、不利益を受けた残存債権者も「承認をしなかった債権者」に含まれると解することにより、残存債権者に原告適格を認める見解が有力に主張されている<sup>(71)</sup>。残存債権者に異議権を認めた上で、提訴権を認める見解も有力に主張される<sup>(72)</sup>

もっとも、異議手続の対象債権者が、弁済、担保提供、財産の信託によって保護され得る債権者または金銭債権者に限定するのが多数説<sup>(73)</sup>である。例えば継続的供給契約上の将来の債権者に無効の訴えの提訴権が認められると、その実務に与える影響は大きいかも知れない。

## 五 事業に関して有する権利の全部または一部

平成12年の改正商法が創設した会社分割法制の下では、会社分割の対象は「営業ノ全部又ハ一部」に限定されていた(373条,374条ノ16)。この「営業」の意義については、「営業用財産である物及び権利だけでなく、これに得意先関係、仕入先関係、販売の機会、営業上の秘訣、経営の組織等の経済的価値のある事実関係を加え、一定の営業目的のために組織化され、有機的の一体として機能する財産」をいい、個々の物または権利自体である「営業用財産」とは異なるものと解されていた。

会社分割の対象を営業に限定した根拠は、「分割による権利義務の承継が包括承継とされることから、契約上の地位の移転の場合にも相手方の同意を要せず、債務の免責的な移転についても、債権者の個別の同意を要しないこととなる。これらは、承継の対象が営業とされ、営業が継続されることにより、実質的な妥当性が保証されるものである」点に求められていた<sup>(74)</sup>。これは、包括承継という概念を用いることによって、承継の対象から一部のものを排除できないようするとともに、債務や雇用契約等が承継されること自体が問

題となるから、承継の対象を営業の単位とすることによって対処する趣旨<sup>(75)</sup>を述べたものと解される。

そもそも会社分割では権利義務の配分・振り分けが恣意的に行われるおそれが典型的に大きいため、恣意的な権利義務の振り分けに対処する必要がある。ところが、合併と異なって権利義務を配分し振り分ける会社分割では、包括承継という概念だけではそれに対処できないから、承継の対象を画するために補完的・代替的に営業概念が用いられたものと理解されている<sup>(76)</sup>。

この「営業」概念については、商法上の既定概念であって（平成17年改正前商法25条、245条、会社法21条、467条）、判例等によりその概念が明確であるから、会社分割の対象も明確になる旨の説明が立案担当者から述べられていた<sup>(77)</sup>。

この明確化された既定概念とは、会社法467条1項1号のいう事業の譲渡の意義に関する最高裁の考え方を指すものと解される。それによれば、同号にいう事業とは、①「一定の営業目的のため組織化され、有機的の一体として機能する財産（得意先関係等の経済的価値のある事実関係を含む。）」であって、②「譲渡会社はその財産によつて営んでいた営業的活動の全部または重要な一部を譲受人に受け継がせ」、③譲渡会社はその譲渡の限度に応じ法律上当然に競業避止義務を負う結果を伴うものをいう（最大判昭和40年9月22日民集19巻6号1600頁、最大判昭和41年2月23日民集20巻2号302頁）。この考え方は、二つの大法廷判決を含む一連の最高裁判決が判示し確立した判例と解されるから、事業の範囲を画する基準としては一応明確な概念といえよう<sup>(78)</sup>。

ところが、判例の考え方でも、事業の重要な一部を譲渡する場合における重要性の基準については、会社内部の諸事情から判断せざるを得ない。そうすると結局は取引の安全を図れないこととなるから、取引の安全より株主保護を重視する学説は、467条1項1号・2号にいう事業の要件を①に限定して解する傾向にあった<sup>(79)</sup>。こうして、会社分割における「営業」の意義につ

いては、①の要件に限定する方向で解するのが通説となっていた<sup>(80)</sup>。

事実関係を含む有機的一体性については、個別具体的な事実関係にもとづいて総合的に判断せざるを得ないから、判断の困難な場合も必然的に想定される。しかし、会社分割において「営業」の要件を満たさない営業用財産を承継の対象とすることは、その対象を「営業」に限定した上記趣旨に反し許されないと解されていたから、承継の対象を「営業」に限定しない方が法的安定性に優れるものと解されたのである<sup>(81)</sup>。

こうした学説状況において制定された平成17年会社法は、会社分割の対象を「事業に関して有する権利義務の全部又は一部」に改めた(757条1項等。事業は営業と同義と解される)。その理由として、「承継の対象に有機的一体性のない財産が含まれていたからといって、その財産が分割による権利移転の対象とならないと解する必要はなく、また、有機的一体性という不明確な要件の有無により会社分割の有効・無効が左右されるとすると法律関係の安定を害することになりかねない。さらに、会社分割は分割手続を経てはじめて実現される組織法上の行為であるから、事業の譲渡の場合のように競業禁止義務を生じさせるものであるかどうかによって重要な財産の譲渡の場合との区別を図る必要もなく、事業活動の承継を要件とする必要がない」<sup>(82)</sup>こと、「吸収分割・新設分割の場合には、債権者の積極的な同意なく債務の承継が可能であるという点において、通常の実業譲渡や単なる事業用財産の譲渡の場合とは異なるが、他方、吸収分割・新設分割においては、事前・事後開示制度、債権者保護手続などが用意されており、必ずしも吸収分割・新設分割の場合の法が債権者が害されるおそれが高いというわけでもなく、吸収分割・新設分割について営業としての実質を備えなければ許されないものとして抑制すべき理由は見いだしがたい」<sup>(83)</sup>と説明されている。

上記の説明によれば、債権者保護は情報開示を前提とした債権者保護手続に委ねるべきこと、承継対象の制限が法的安定性を害することを根拠に、承継の対象を営業の単位とすることによって債務の振り分けの問題に対処しよ

うとした平成12年改正当時の規律が改められたことになる。すなわち、権利義務の恣意的な振り分けに対処するための承継の対象を事業単位に制限するという枠組みが、会社法では破棄されたことを意味しよう。

この背景には、「採算のとれない赤字部門の切り離しや債務超過会社に対する債権の移転等は、『営業』概念によっては防ぐことはできないのであり、『営業』概念が債権者との関係で有する機能はそれ自体としてはそれほど大きいものがあったと評価すべきではない」といった価値判断があったものと考えられる<sup>(84)</sup>。債権者の振り分けは経営判断として取締役に広い裁量を認めるべきとの見解もみられる<sup>(85)</sup>。

債務超過ないしそれに近い状態に陥った場合には、取締役の義務内容が株主利益の最大化から債権者利益の最大化に切り替わるべきことが有力に主張されている<sup>(86)</sup>。平成17年改正前商法下の事案であるが、会社による債権者の恣意的な振り分けが問題となった事案において、営業の全部または一部を承継しなかった吸収分割を無効と認めた裁判例も存在する<sup>(87)</sup>。

そこで、規定の置かれた経緯や趣旨にもとづいて妥当な解釈を導くのが妥当であって、規定文言は決定的な論拠にはならないとの見解が有力に主張されている<sup>(88)</sup>。

その上で、平成17年改正前商法下における通説と同じく、会社分割は組織法的な行為であるから、「格別の開業準備行為をすることなく、そのまま営業をすることができる状態で承継すること」が会社分割の事業の承継であるとの見解が有力に示される<sup>(89)</sup>。承継の対象が無制限に肯定されるのであれば、会社法は従来の制度を根底から覆したと厳しく批判した上で、会社分割無効や債権者保護手続等の会社分割に特有の効果との関連から承継の対象を一体性のある組織財産に限定される見解や<sup>(90)</sup>、個々の権利義務で足りるとの解釈は会社分割の効果である包括承継という歴史的に形成された概念と相容れないことを根拠に、承継の対象を有機的結合体に限定される見解も<sup>(91)</sup>、基本的な立場を同じくするものであろう<sup>(92)</sup>。



全ての会社債権者が常に特定の事業を引き当てにするものではないから、承継の対象を制限的に解釈する実益は大きくないのかも知れない<sup>(93)</sup>。しかし、会社債務の保証人であれば、特定の事業の有する弁済能力を信頼した上で保証することが考えられる<sup>(94)</sup>。そうであれば、債務の弁済が特定の事業によって事実上担保されることは否定できないだろう。

しかしながら、多数の見解は、「事業に関して有する権利義務の全部又は一部」という文言に変更されたこと<sup>(95)</sup>、対象要件を満たさない会社分割が無効と解されるのであれば法的安定性を害すること<sup>(96)</sup>、承継の対象を限定しても実益には限界があり、会社分割が無効となる場合を制限しようとする立法趣旨に反すること、承継対象の決定につき会社の広い裁量を認めると解されることを理由に<sup>(97)</sup>、承継の対象に事業性を要求しない<sup>(98)</sup>。

平成17年改正前商法の下でも、会社による債権者の恣意的な振り分けを、もっぱら営業概念のみによって防止できていたわけではなく、承継の内容を画するために補完的・代替的に用いられていたに過ぎない。事業に制限することによる債権者の恣意的な振り分け防止が、会社債権者保護を補完的に図るものに過ぎず、会社に広い裁量を認めたとしても、他にの不利益救済策によって救済されることが可能であれば、会社分割の対象に制約を付さないでもとくに問題はないといえよう。そして、承継される権利義務が過小評価された場合には残存債権者は759条4項や22条1項等の責任を追及し、または詐害行為取消権や法人格否認法理によって不利益の回復を図ることができ、過大評価された場合には承継債権者は債権者保護手続によって保護されるから、とくに問題はないのかも知れない。

しかし、ここで留意すべきは、事業性の要件を不要と解しつつも、現物出資規制の潜脱を防止するため、たんに権利義務の一部を会社分割によって個別に承継することを許さない見解が有力に主張されることである<sup>(99)</sup>。平成12年改正商法が承継の対象を限定した際に、会社分割の対象を個別の財産にまで広げるものとすれば、現物出資手続の潜脱となる弊害や、会社財産の切り

売りによる会社の解体に利用される弊害が指摘されていた<sup>(100)</sup>。会社法の下でも、現物出資規制の潜脱のおそれは、承継の対象を制限的に解する見解の根拠ともなっている<sup>(101)</sup>。

現物出資規制は過大評価を防止するための規制と考えられるから、これは承継・設立会社における対価の相当性の問題といえよう。承継される権利義務が過大評価された場合、承継会社の債権者、および分割会社に対して債務の履行を請求することができない承継債権者は、分割会社に対して異議を述べることができる（789条1項2号、799条1項2号、810条1項2号）。これらの債権者は、承継権利義務の過大評価によって自己の債務の履行の見込みに疑念を抱くことが考えられるから、会社分割を承認しない債権者となれば会社分割無効の訴えの原告適格が認められよう（828条2項9号10号）<sup>(102)</sup>。

それでは、無効原因は存在するか。債権者保護手続が履践されておれば、同手続に係る瑕疵は存在しない。多数の異議が過大評価を抑制する方向で機能することも考えられる。しかし、組織再編対価の著しい不公正をその無効原因と解する有力説<sup>(103)</sup>にしたがったとしても、その承認機関である株主総会が承認した会社分割の効力を、債権者が争うことは難しいのではないかと思われる<sup>(104)</sup>。

そうであれば、この点に関しては、法規制の全体像を見渡した検証が十分になされるまでは、従前の枠組みをできる限り維持すべき見解が妥当のように思われる<sup>(105)</sup>。

## 六 むすびにかえて

本稿では、濫用的会社分割における残存債権者保護をめぐる議論されていた会社分割の要件うち、債務の履行の見込みおよび承継の対象について若干の検討を試みた。

債務の履行の見込みについては、現在でもなお会社分割の要件として認め

る学説が有力である。しかし、平成26年改正会社法によって残存債権者に二重の保護が与えられることになったこと、および債務の履行の見込みの有無の判断は、取締役の善管注意義務との関連で議論すべき性質のものであって、無効原因となるべき重大な瑕疵に当たらないのではないか。

会社分割の承継の対象については、債務の履行の見込みよりも、より多くの学説が、立案担当者と異なる理解をしている。そもそも営業性の要件には、現物出資規制の潜脱を防ぐ機能が与えられていたからであろう。現物出資規制の当否については別途検討する必要があるとしても、従前の解釈が維持されるのではないか。

もっとも、債務の履行の見込みがない新設分割が許容されるかについては、実質的債務超過会社の組織再編の問題と関連し、なお検討すべき課題が多い。別途考察を試みたい。

- (1) 坂本三郎他「平成26年改正会社法の解説」坂本三郎編著『立案担当者による平成26年改正会社法の解説』119頁(2015年)207頁以下。
- (2) 神田秀樹「会社分割と債権者保護」ジュリスト1439号63頁(2012年)64頁以下。これにつき、許害的な会社分割は債権者によっても濫用される危険があり、個別資産の取り戻しを原則的な救済方法とする許害行為取消では十分に対応できないことから、濫用の危険に対してより強力に対処するために履行請求権が認められたとの理解が示される。田中亘「会社法の観点からみた濫用的会社分割」土岐敦司=辺見紀男編『濫用的会社分割 その態様と実務上の対応策』19頁(2013年)21頁以下。
- (3) 坂本他・前掲「平成26年改正会社法の解説」坂本編著『立案担当者による平成26年改正会社法の解説』208頁。
- (4) 北村雅史「濫用的会社分割と許害行為取消権〔下〕-最判平成24年10月12日を踏まえて-」商事法務1991号10頁(2013年)13頁、清水円香「判批」『平成24年度重要判例解説』107頁、神原千郷=鈴木智也「2012年10月12日最高裁判決登場までの沿革」土岐敦司=辺見紀男編『濫用的会社分割 その態様と実務上の対応策』65頁(2013年)72頁以下。従来の裁判例を精緻に分析し整理したものとして、得津晶「会社分割

等における債権者の保護」神田秀樹編『論点詳解平成 26 年改正会社法』237 頁 (2015 年) 254 頁以下。

- (5) 設立会社の事業価値の上昇その他の理由により、残存債権者への弁済率が上昇する事情が認められない限り詐害性を認める、との有力説に従ったとしても (藤原総一郎 = 稲生隆浩「濫用的会社分割と詐害行為取消をめぐる諸問題 - 最二判平成 24・10・12 を手がかりとして」NBL989 号 4 頁 (2012 年) 7 頁, 高田剛「詐害的な会社分割における債権者の保護」ビジネス法務 12 巻 3 号 57 頁 (2012 年) 60 頁, 鳥山恭一「判批」法学セミナー 697 号 131 頁 (2013 年), 田中亘・前掲「会社法の観点からみた濫用的会社分割」土岐 = 辺見編『濫用的会社分割 その態様と実務上の対応策』28 頁), 債務超過という事情だけでは詐害性を根拠づけられないように思われる。

「本件新設分割における対価が相当であるとしても、A の純資産 (株式価値) は変動しないが、本件残存債権の責任財産は大幅に変動するなどの事態が生じ、かつ、本件残存債権の債権者と本件承継債権の債権者との間で著しい不平等が生ずるに至ったということである。」と述べた平成 24 年 10 月 12 日最高裁判決の須藤裁判官の補足意見は、残存債権者の責任財産が減少したことと、承継債権者と残存債権者との間の著しい不平等をもって詐害要件としたものと解されているが (森本茂「判批」民商法雑誌 147 巻 6 号 70 頁 (2013 年) 82 頁, 辺見紀男ほか「シンポジウム 濫用的会社分割を考える」土岐敦司 = 辺見紀男編『濫用的会社分割 その態様と実務上の対応策』197 頁 (2013 年) 211 頁 [山本和彦発言]), 濫用的会社分割の本質を偏頗行為性ととらえ、債権者間の不平等によって判断する有力説 (井上聡「濫用的会社分割における問題の本質」金融法務事情 1903 号 4 頁 (2010 年) 7 頁, 難波孝一「会社分割の濫用を巡る諸問題 『不患貧, 患不均』の精神に立脚して」判例タイムズ 1337 号 20 頁 (2011 年) 33 頁) に従ったとき、債務超過の状態において一債権者に対する本旨弁済によって共同担保が減少しても、原則として詐害行為とならず、債務者が一債権者と通謀し、他の債権者を害する意思をもって弁済したような場合にのみ詐害行為となるものと解される (最判昭 33 年 9 月 26 日民集 12 巻 13 号 3022 頁)。

債務超過の状態にあるときに行われる会社分割の全てが濫用的なものではないと思われる。前島京子「判批」甲南法学 54 巻 3・4 号 223 頁 (2014 年) 237 頁。

- (6) 債務超過ないしそれに近い状態にある会社において濫用的会社分割が行われることを示唆されるものとして、田中亘・前掲「会社法の観点からみた濫用的会社分割」土岐 = 辺見編『濫用的会社分割 その態様と実務上の対応策』26 頁。会社分割の自由を制限することへの懸念から、無資力ないし債務超過の会社が会社分割した場合においても、無資力ないし債務超過という事情のみによって濫用的会社分割と判断すべきでないとする意見が多い。小出篤『会社法判例百選 [第 2 版]』(2011 年) 189 頁。当該債務の承継によって企業価値が増大する等の事情によって、残存債権者への弁済率が

上昇する特段の事情が存在しない限り、会社分割に詐害性を認めるとの見解も有力に主張される。山本和彦「濫用的会社分割と詐害行為取消権・否認権」土岐敦司=辺見紀男編『濫用的会社分割 その態様と実務上の対応策』1頁(2013年)16頁。

- (7) 松井秀征=武井一浩「対談 会社法制の見直しに関する中間試案を読む(後編)」ビジネス法務12巻4号56頁(2012年)64頁[松井秀征発言]。
- (8) 原田晃治「会社分割法制の創設について-平成12年改正商法の解説」原田晃治他『会社分割に関する質疑応答(別冊商事法務233号)』(2000年)17頁, 江頭憲治郎『株式会社・有限会社法〔第3版〕』(2004年)724頁。
- (9) 前田庸「商法等の一部を改正する法律案要綱の解説〔中〕」商事法務1554号4頁(2000年)6頁。
- (10) 原田・前掲「会社分割法制の創設について」原田他『会社分割に関する質疑応答』18頁。
- (11) 前田庸「商法等の一部を改正する法律案要綱の解説〔上〕」商事法務1553号4頁(2000年)6頁。
- (12) 前田庸・前掲「商法等の一部を改正する法律案要綱の解説〔中〕」商事法務1554号6頁, 原田・前掲「会社分割法制の創設について」原田他『会社分割に関する質疑応答』18頁。
- (13) 前田庸『会社法入門〔第8版〕』(2002年)677頁, 江頭・前掲『株式会社・有限会社法〔第3版〕』739頁。
- (14) 田中亘「判批」ジュリスト1327号140頁(2007年)141頁。「私的整理に関するガイドライン」(私的整理に関するガイドライン研究会・平成13年9月)は、「過去と現在の資産負債と損益の状況, 及び経営困難な状況に陥った原因, 並びに再建計画案とその内容などを説明するに足る資料」を, 金融機関等の主要債権者に提出することや, 再建計画によって権利を変更される債権者全員の同意が再建計画成立に必要な旨を定めている。
- (15) 原田・前掲「会社分割法制の創設について」原田他『会社分割に関する質疑応答』18頁。
- (16) 森本茂「会社分割法制について」金融法務事情1580号15頁(2000年)25頁, 森本茂編『会社法コンメンタール17』(2010年)272頁[神作裕之], 川島いづみ「会社分割における会社債権者の保護-債務の履行の見込みとの関係を中心に-」早稲田社会科学総合研究11巻1号61頁(2010年)64頁, 辻川正人「会社分割法の概要」今中利昭編『会社分割の理論・実務と書式〔第6版〕』(2014年)29頁。この理解は, 会社が債務超過状態に陥った場合には, 取締役は債権者に対して信託義務を負うとの理解と親和的であるといえる。黒沼悦郎「取締役の債権者に対する責任」法曹時報52巻10号1頁(2000年)25頁。しかし, 債務超過に陥る前においても, 企業価値を下げるよ

うな行為が行われるおそれがあることから、債務超過時点を境に取締役の義務が株主利益最大化から債権者利益最大化に切り替わる訳ではない。藤田友敬「株主の有限責任と債権者保護（2）」法学教室 263号 122頁（2002年）132頁以下。

- (17) 平成17年改正前商法374条ノ2第1項3号・374条ノ18第1項3号は、「各会社ノ負担すべき債務」に履行の見込みを要すると規定していたから、その文言からは、分割会社および設立会社・承継会社の双方における履行の見込みが問題となる。しかし、同374条2項2号・374条ノ17第2項2号は、新設分割設立会社・吸収分割承継会社ともに株式を発行することを前提としていたから、債務超過部門を会社分割することは、設立会社・承継会社において資本充実の原則に反することを根拠に許されないと解されていた。前田庸・前掲「商法等の一部を改正する法律案要綱の解説〔上〕」1553号9頁、中西敏和他「座談会・会社分割に関する改正商法への実務対応」商事法務1568号6頁（2000年）10頁〔岩原紳作発言〕。したがって、債務の履行の見込みは、主として分割会社における問題であった。
- (18) 清水円香「判批」商事法務1863号58頁（2009年）、田中・前掲・ジュリ1327号140頁、受川環大「判批」判例タイムズ1212号61頁（2006年）。
- (19) 鈴木千佳子「判批」法学研究80巻4号149頁（2007年）157頁。
- (20) 倉沢康一郎「会社分割法制の論点」企業会計52巻7号（2000年）53頁。
- (21) 伊藤眞「会社分割と倒産法理との交錯－偏頗的詐害行為の否認可能性－責任財産の割合的減少をどのように捉えるか」NBL968号12頁（2012年）16頁。
- (22) 鈴木千佳子・前掲「判批」法学研究80巻4号156頁。
- (23) 江頭・前掲『株式会社・有限会社法〔第3版〕』741頁注（2）、田中・前掲・ジュリ1327号141頁。名古屋地判平成16年10月29日判例時報1881号122頁の原告債権者は株主でもあったから、原告適格が認められた。もっとも、清水・前掲・商事法務1863号60頁は、残存債権者であっても、不利益を重視し、「承認セザル債権者」に当たると解される。
- (24) 鈴木千佳子・前掲「判批」法学研究80巻4号157頁。債務の履行の見込みについての虚偽記載は、債権者保護のために書面の備置さを要求した法の趣旨を没却し、債権者を害するから、会社分割の無効事由と解されていた。原田・前掲「会社分割法制の創設について」原田他『会社分割に関する質疑応答』19頁、中西敏和他「座談会・会社分割に関する改正商法への実務対応」商事法務1568号6頁（2000年）32頁〔岩原紳作発言〕。現行会社法の下では、債務の履行の見込みが会社分割の効力要件ではないと解されることを理由に、開示書類の虚偽記載を無効原因と解さないとの見解が示される。松本暢子「判批」ジュリ1438号106頁（2012年）109頁。
- (25) 野口恵三「判例批評」NBL809号56頁（2005年）60頁。
- (26) 前田庸・前掲「商法等の一部を改正する法律案要綱の解説〔上〕」商事法務1553号

- 14頁, 前田庸『会社法入門〔第8版〕』656頁。
- (27) 前田庸・前掲「商法等の一部を改正する法律案要綱の解説〔中〕」商事法務1554号7頁。
- (28) 宮島司「企業再編における債権者保護」法学教室243号36頁(2000年)38頁, 前田修志「会社分割における債権者保護制度の基本的視点」田村先生古稀記念『企業結合法の現代的課題』221頁(2002年)228頁, 鳥山恭一「会社分割と残存債権者の権利」金融商事判例1367号1頁(2011年)。
- (29) 日本銀行金融研究所会社分割研究会「会社分割の法律問題－債権者の扱いを中心に－」金融研究16巻1号1頁(1997年)42頁, 藤田友敬「組織再編」商事法務1775号55頁(2006年)58頁。
- (30) 相澤哲＝細川充「組織再編行為」相澤哲編著『立法担当者による新会社法関係法務省令の解説』133頁(2006年)137頁。分割会社の債務の履行の見込みは, 承継される債務の履行の見込みに限定して開示されるが, 会社分割に際して財産隠匿行為がされる危険性が大きいことにかんがみ, 債権者保護手続の対象とならない残存債権者に対しても当該事項が開示されると説明されている。施行規則183条6号, 205条7号。
- (31) 法務省「『会社法施行規則案』等に関する意見募集結果」第2・9(3)・第3・9(3)・<http://www.moj.go.jp/content/000009437.pdf> これを指摘されるものとして, 田中・前掲・ジュリ1327号142頁。法務省令制定の経緯が不明瞭であったことは厳しく批判される。中東正文「第1章 要望の実現－組織再編」中東正文＝松井秀征編著『会社法の選択－新しい社会の会社法を求めて』(2010年)342頁以下参照。
- (32) 江頭憲治郎『株式会社法』(2006年)805頁注(2), 森本茂編『会社法コンメンタール18』(2010年)305頁[宮島司], 江頭憲治郎＝門口正人編集代表『会社法大系4』(2008年)86頁[羽田野宣彦]。
- (33) 新谷勝『会社訴訟・仮処分の理論と実務〔第2版〕』(2011年)617頁, 服部育生「会社分割と債権者保護」奥島先生古稀記念第一巻上篇『現代企業法学の理論と動態』521頁(2011年)535頁。
- (34) 森本茂「会社分割制度と債権者保護－新設分割を利用した事業再生と関連して」金融法務事情1923号28頁(2011年)37頁。
- (35) 弥永真生『コンメンタール会社法施行規則・電子公告規則〔第2版〕』(2015年)886頁以下, 南保勝美「会社分割制度の解釈上の問題点について」法律論叢79巻4・5号317頁(2007年)338頁, 吉田正之「会社法における会社分割－債権者保護の問題点」川村先生退職記念『会社法・金融法の新展開』555頁(2009年)571頁。破産原因を理由とする主張に対しては, 債務の履行の見込みは一種の将来情報であって, 分割の時点で債務超過または支払不能ということは必ずしも一致せず, 債務超過会社は組織再編行為を行うことができないと一律に論ずることも適切でないと批判される。川島・

- 前掲「会社分割における会社債権者の保護」早稲田社会科学総合研究 11 卷 1 号 70 頁。
- (36) 森本編・前掲『会社法コンメンタール 17』271 頁以下 [神作]。
- (37) 稲葉威雄「法務省令の問題点 - 組織再編に関連して」ジュリスト 1315 号 15 頁 (2006 年) 23 頁。
- (38) 中東正文「組織再編 - 対価の柔軟化を中心として -」浜田先生還暦記念『検証会社法』557 頁 (2007 年) 593 頁。
- (39) 森本編・前掲『会社法コンメンタール 17』271 頁以下 [神作], 受川・前掲「判批」判タ 1212 号 66 頁
- (40) 川島・前掲「会社分割における会社債権者の保護」早稲田社会科学総合研究 11 卷 1 号 68 頁, 鹿子木康他「パネルディスカッション 事業承継スキームの光と影 - 濫用的会社分割を考える」事業再生と債権管理 132 号 24 頁 (2011 年) 27 頁 [綾克己発言], 相原恭治「濫用的会社分割と営業店の実務対応」銀行法務 21741 号 34 頁 (2012 年) 38 頁。
- (41) 大隅健一郎・今井宏・小林量『新会社法概説 [第 2 版]』(2010 年) 499 頁注 (341)。
- (42) 大隅健一郎「会社合併の本質」『会社法の諸問題 [新版]』377 頁 (1983 年) 398 頁以下, 上柳克郎 = 鴻常夫 = 竹内昭夫編『新版注釈会社法 (13)』(1990 年) 133 頁 [今井宏]。人格合一説の立場から, 当事会社・債権者に異議がないならば不合法とする理由がないとしてこれに反対するものとして, 野津努『商法二十講 [会社法]』(1960 年) 58 頁。
- (43) 柴田和史「合弁法理の再構成 (六・完)」法学協会雑誌 107 卷 1 号 36 頁 (1990 年) 64 頁。
- (44) 柴田和史「企業再編法制の再整備」判例タイムズ 1158 号 132 頁 (2004 年) 137 頁。
- (45) 徐彪「実質債務超過会社の組織再編行為についての再検討」新世代法政策学研究 11 号 283 頁 (2011 年) 295 頁。
- (46) 中東正文『企業結合・企業統治・企業金融』(1999 年) 150 頁。
- (47) 龍田節「合併の公正維持」法学論叢 82 卷 2・3・4 号 262 頁 (1968 年) 285 頁注 (1)。
- (48) 遠藤美光「財政破綻にある株式会社の吸収合併 (二・完)」千葉大学法学論集 6 卷 1 号 (1991 年) 129 頁以下。今井宏 = 菊池伸『会社の合併』(2005 年) 124 頁以下, 150 頁は, 企業評価に主観的要素が含まれる以上, 独立当事者間において承認された合併比率の不公正は無効事由ではないと解される一方で, 株主総会の多数決をもって合併契約を承認するという現行法の基本的手続構造に反することを理由に, 実質的債務超過会社の吸収合併を許容しない。
- (49) 柴田・前掲「合弁法理の再構成 (六・完)」法協 107 卷 1 号 130 頁注 (42)。
- (50) 神田秀樹「計算・組織再編・敵対的買収防衛 -」企業会計 - 58 卷 4 号 28 頁 (2006 年) 35 頁。
- (51) 田中亘「事業再生から見た会社法の現代化 (2)」NBL823 号 22 頁 (2005 年) 25 頁。



- (52) 神田・前掲「計算・組織再編・敵対的買収防衛-」企業会計-58巻4号35頁。
- (53) 河野悟「債務超過会社の組織再編に関する考察(一)」民商法雑誌132巻2号160頁(2005年)182頁。
- (54) 中東・前掲「組織再編-対価の柔軟化を中心として-」浜田先生還暦記念『検証会社法』591頁以下。
- (55) 第一東京弁護士会総合法律研究所倒産法研究部会編著『会社分割と倒産法 正当な会社分割の活用を目指して』(2012年)308頁[神作裕之発言]、田中亘・前掲「会社法の観点からみた濫用的会社分割」土岐=辺見編『濫用的会社分割 その態様と実務上の対応策』28頁注24、中東・前掲「組織再編-対価の柔軟化を中心として-」浜田先生還暦記念『検証会社法』592頁。もっとも、東証の開示規制は、組織再編に係る割当の内容について算定機関による算定書を要求するが、債務の履行の見込みについて第三者機関による評価書を要求していない。東京証券取引所上場部編『会社情報適時開示ガイドブック(2015年6月版)』164頁以下。
- (56) 原田・前掲「会社分割法制の創設について」原田他『会社分割に関する質疑応答』20頁。
- (57) 江頭憲治郎『株式会社法〔第6版〕』(2015年)909頁注(2)、日本銀行金融研究所会社分割研究会「会社分割の法律問題-債権者の扱いを中心に-」金融研究16巻1号29頁。承継・設立会社にとって会社分割を行う最大のメリットは、事業取得のための資金を調達する必要がないところにある。武井一浩「会社分割と営業譲渡の実務的観点からの比較〔上〕」商事法務1590号10頁(2001年)。
- (58) 前田庸『会社法入門〔第12版〕』(2009年)731頁以下、江頭・前掲『株式会社法〔第6版〕』909頁注(2)、神田秀樹『会社法〔第16版〕』(2014年)373頁。
- (59) 原田・前掲「会社分割法制の創設について」原田他『会社分割に関する質疑応答』21頁。
- (60) 前田庸・前掲「商法等の一部を改正する法律案要綱の解説〔中〕」商事法務1554号7頁。
- (61) 日本銀行金融研究所会社分割研究会「会社分割の法律問題-債権者の扱いを中心に-」金融研究16巻1号29頁・37頁、郡谷大輔「詐欺的な会社分割における債権者の保護」商事法務1982号14頁(2012年)16頁。
- (62) 森本・前掲「会社分割制度と債権者保護」金法1923号38頁。
- (63) 川島・前掲「会社分割における会社債権者の保護」早稲田社会科学総合研究11巻1号74頁以下、鳥山恭一「判批」法学セミナー683号125頁(2011年)、伊藤邦彦「濫用的会社分割に対して金銭債権者が取り得る対応策の検討」金融法務事情1918号101頁(2011年)108頁、鈴木千佳子「濫用的会社分割と債権者意義手続の問題点」宮島先生還暦記念『企業法の法理』135頁(2012年)147頁、前田修志「会社分割における

- 債権者異議手続の問題点 - 異議を述べることができる会社債権者の範囲について -」甲南会計研究 7 号 13 頁 (2013 年) 16 頁以下。川島教授は、緻密な分析に基づき異議権を認める解釈論を展開され、会社財産の不相当対価のおそれを理由に株式交換完全親会社の債権者に異議権を認める 799 条 1 項 3 号が、承継財産が過小評価された場合であっても分割会社の残存債権者に異議権を認めない 789 条 1 項 2 号と整合的でないことを指摘される。通説の立場からは、この場合でも詐害行為取消や取締役の責任による救済のみが示されている。前田庸・前掲『会社法入門 [第 12 版]』732 頁以下、相澤 = 細川・前掲「組織再編行為」相澤編著『立案担当者による新・会社法の解説』202 頁。
- (64) 原田・前掲「会社分割法制の創設について」原田他『会社分割に関する質疑応答』21 頁。
- (65) 神作裕之「商法学者が考える濫用的会社分割問題 - 会社分割法制のなかで、できる限りの手当を望みたい」金融法務事情 1924 号 36 頁 (2011 年) 46 頁。
- (66) 赫定規「会社分割に対する詐害行為取消権および否認権の行使」NBL957 号 42 頁 (2011 年) 48 頁、鳥山・前掲「会社分割と残存債権者の権利」金判 1367 号 1 頁。ただし、濫用的会社分割事案においても、承継債権者が異議を述べること自体は可能であることから、その異議に応じて会社が弁済をすることが考えられる。しかし、濫用的会社分割事案において承継債権者に不利益はないのであるから、そのような場合においては「債権者を害するおそれ」がないものとして扱わなければならないと指摘される。岡正晶「濫用的会社分割」ジュリスト 1437 号 66 頁 (2012 年) 71 頁。
- (67) 法制審議会会社法制部会第 8 回会議事録 4 頁以下 [前田雅弘・藤田友敬・神作裕之発言] <http://www.moj.go.jp/content/000068174.pdf>、神作・前掲「商法学者が考える濫用的会社分割問題 - 会社分割法制のなかで、できる限りの手当を望みたい」金法 1924 号 43 頁、井上聡他「会社分割をめぐる諸問題 - 判例を材料に派生論点を考える -」金融法務事情 1923 号 40 頁 (2011 年) 79 頁 [三上徹・井上聡発言]。
- (68) 原田・前掲「会社分割法制の創設について」原田他『会社分割に関する質疑応答』35 頁。
- (69) 潘阿憲「判批」ジュリスト 1436 号 114 頁 (2012 年) 118 頁参照。
- (70) 笠原武朗「判批」判例セレクト 2011 II 20 頁。
- (71) 弥永真生「株式会社の新設分割と詐害行為取消し - 東京高判 22・10・27 を契機として」金融法務事情 1910 号 30 頁 (2010 年) 36 頁、同「会社分割無効の訴えの原告適格」商事法務 1936 号 4 頁 (2011 年) 5 頁以下、川島・前掲「会社分割における会社債権者の保護」早稲田社会科学総合研究 11 卷 1 号 81 頁、菊田秀雄「判批」金融商事判例 1399 号 2 頁 (2012 年) 5 頁。
- (72) 鳥山・前掲「判批」法セ 683 号 125 頁。
- (73) 江頭・前掲『株式会社法 [第 6 版]』697 頁注 (2)、前田庸『会社法入門 [12 版]』

734頁。

- (74) 原田・前掲「会社分割法制の創設について－平成12年改正商法の解説」原田他『会社分割に関する質疑応答(別冊商事法務233号)』1頁(2000年)9頁,江頭・前掲『株式会社・有限会社法〔第3版〕』707頁注(3)。
- (75) 松井智予「会社法による債権者保護の構造(一)－企業組織再編取引を題材として－」法学協会雑誌121巻3号30頁(2004年)99頁。
- (76) 松井智予・前掲「会社法による債権者保護の構造(一)」法協121巻3号99頁。
- (77) 原田晃治編著『一問一答平成12年改正商法会社分割法制』(2000年)55頁。
- (78) 藤田友敬「営業譲渡の意義」『商法総則商行為判例百選〔第5版〕』(2008年)38頁。
- (79) 鈴木竹男『会社法〔全訂第5版〕』(1994年)175頁注(5),龍田節『会社法大要』(2007年)518頁。
- (80) 武井・前掲「会社分割と営業譲渡の実務的観点からの比較〔上〕」商事法務1590号15頁。
- (81) 前田雅弘「会社分割に係る商法等の一部改正について」ジュリスト1182号2頁(2000年)4頁,落合誠一「平成一二年商法改正」法学教室241号59頁(2000年)65頁注(7),神作裕之「会社分割における『営業』の意義」法学教室243号24頁(2000年)27頁。
- (82) 相澤哲=葉玉匡美=郡谷大輔編著『論点解説 新・会社法 千問の道標』(2006年)668頁以下。
- (83) 相澤=細川・前掲「組織再編行為」相澤編著『立法担当者による新・会社法の解説』182頁。
- (84) 藤田・前掲「組織再編」商事法務1775号64頁注(43)。
- (85) 高田・前掲「詐害的な会社分割における債権者の保護」ビジネス法務12巻3号58頁。
- (86) 黒沼・前掲「取締役の債権者に対する責任」法曹時報52巻10号25頁。
- (87) 東京高判平成21年9月30日金融法務事情1922号109頁は平成17年改正前商法の規定が適用された事案であるが,実質的には営業許可のみの承継が営業の全部または一部の承継に当たらないことを理由に,吸収分割無効の訴えを認容した。
- (88) 前田庸・前掲『会社法入門〔第12版〕』721頁,中東「第1章 要望の実現－組織再編」中東=松井編著『会社法の選択－新しい社会の会社法を求めて』352頁。
- (89) 前田庸・前掲『会社法入門〔第12版〕』721頁。
- (90) 龍田・前掲『会社法大要』475頁。
- (91) 柴田和史『会社法詳解〔第2版〕』(2015年)437頁注(3)。
- (92) この立場と見られるものとして,吉本健一『会社法〔第2版〕』(2015年)411頁,南保・前掲「会社分割制度の解釈上の問題点について」法律論叢79巻4・5号332頁,山下眞弘「会社法における事業の重要な一部譲渡－会社分割との対比の中で－」奥島先生古稀記念第一巻上篇『現代企業法学の理論と動態』(2011年)553頁,来栖野究「判

例研究」明治学院大学法律科学研究所年報 28 号 227 頁 (2012 年) 234 頁。

- (93) 神作・前掲「会社分割における『営業』の意義」法学教室 243 号 27 頁。
- (94) 来栖野実「判批」明治学院大学法律科学研究所年報 28 号 227 頁 (2012 年) 234 頁。  
承継会社に免責的に承継された主債務を担保する保証債務の帰趨に係る裁判例の中には、免責的債務引受けには債権者の同意を要するとの理由づけをしたものがあり、疑問が呈される。大阪地裁堺支部判平成 22 年 9 月 13 日金融法務事情 1921 号 117 頁。
- (95) 神田・前掲『会社法〔第 16 版〕』367 頁注 (3)。
- (96) 大隅=今井=小林・前掲『新会社法概説〔第 2 版〕』483 頁以下。
- (97) 江頭・前掲『株式会社法〔第 6 版〕』889 頁注 (2)・898 頁注 (3)、森本編・前掲『会社法コンメンタール 17』(2010 年) 262 頁以下 [神作]。
- (98) もっとも、大隅=今井=小林・前掲『新会社法概説〔第 2 版〕』483 頁以下によれば、「会社事業(商法上の営業)に属する資産、権利義務でなければならない」。神田・前掲『会社法〔第 16 版〕』367 頁注 (3) によれば、「事業に関して有する権利義務の全部または一部に該当しない場合には、分割手続は利用できない(現物出資などを利用するしかない)」。柴田・前掲『会社法詳解〔第 2 版〕』437 頁注 (3) によれば、「条文中『事業に関する』という文言が存在し、承継される権利義務が事業概念と切り離されてはいない」。これらの見解は、事業のためにするのでない行為が会社に存在することを認めたものと解されている。最二小判平成 20 年 2 月 22 日民集 62 卷 2 号 576 頁の考え方に従い、事業に関連しない行為、または事業に属さない行為を承継の対象として認めない見解と解される。森本編・前掲『会社法コンメンタール 17』263 頁以下 [神作] は、通説の立場からこれらに反対されるが、個人企業の色彩の強い中小企業の実態を考えたとき、結論の妥当性を確保する必要もあろう。日下部真治「判批」金融商事判例 1307 号 20 頁 (2009 年) 23 頁。
- (99) 近藤光男『最新株式会社法〔第 8 版〕』(2015 年) 464 頁。特定資産のみを承継させることへの疑念は実務からも指摘される。田邊光政監修『詳解会社法の理論と実務』(2007 年) 736 頁、山口大介=田中良「会社分割の無効の訴え」判例タイムズ 1369 号 86 頁 (2012 年) 93 頁、森・濱田松本法律事務所編事業『M & A 大法系』(2015 年) 659 頁注 (674)、長島・大野・常松法律事務所編『アドバンス会社法』(2016 年) 820 頁。
- (100) 前田庸・前掲「商法等の一部を改正する法律案要綱の解説〔上〕」商事法務 1553 号 8 頁。
- (101) 前田庸・前掲『会社法入門〔第 12 版〕』722 頁。
- (102) 二重の公告を行い異議を申し出た債権者に弁済すれば、債権者保護手続の対象となる債権者については、無効原因はなくなる。しかし、官報を定款所定の公告方法として定めている会社が、二重の公告を行うための定款変更手続を採る余裕がなかったような特殊な場合においては、個別催告を懈怠して異議を述べた債権者に会社が弁済し

たとしても、その無効の瑕疵は消滅しない。酒井竜二編著『会社分割ハンドブック〔第2版〕』（2015年）310頁〔大久保圭〕。

- (103) 神田・前掲『会社法〔第16版〕』363頁等。
- (104) 過大評価を防止する仕組みのないことは、会社分割創設時から指摘されていた。前田雅弘・前掲「会社分割に係る商法等の一部改正について」ジュリ1182号2頁（2000年）4頁。異議を述べた多数の債権者に対し、弁済等を行った結果、過大評価が是正されることも考えられる。これにつき、小出篤「会社分割における不法行為債権の帰趨」岩原紳作＝山下友信＝神田秀樹編集代表『会社・金融・法〔下巻〕』249頁（2013年）267頁以下参照。なお、会社分割の手続が厳格であることを前提とする限りで、現物出資規制の潜脱は問題とならないと指摘されていた。落合・前掲「平成一二年商法改正」法学教室241号65頁注（7）。
- (105) 中東・前掲「第1章 要望の実現－組織再編」中東＝松井編著『会社法の選択－新しい社会の会社法を求めて』354頁。事業に該当しない権利義務を会社分割の対象と認める多数説の立場でも、株式譲渡制限制度を潜脱するような会社分割が行われた場合においては、濫用的な目的によるもの・権利濫用として会社分割の無効原因と解すべきことが指摘される。森本編・前掲『会社法コンメンタール17』304頁〔神作〕。