The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	事業承継会社責任規制の立法論的検討 : 商号続用基準か詐害性基準か
Author(s)	山下, 眞弘
Citation	阪大法学. 2011, 60(5), p. 1-22
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/55053
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

論　説

事業承継会社責任規制の立法論的検討

――商号続用基準か詐害性基準か――

山下眞弘

一　本稿の目的
二　会社法二二条の趣旨
三　最近の関連裁判例
四　商号続用基準か詐害性基準か
五　今後の課題

一　本稿の目的

A社がY社に事業譲渡あるいは会社分割により事業を移転した場合、A社の債権者Xは事業承継会社であるY社に対して、自己の債権を行使できるかどうか。現行法では、会社法二二条一項および商法一七条一項が、商号続用

（阪大法学）60（5-1）855〔2011.1〕

の有無で解決している。そして、この規定を会社分割にも類推適用するのが判例の立場である。[1] しかし、譲渡会社の商号を続用することで、なぜ譲渡会社の債務を譲受会社が負担することになるのか。その理由が必ずしも明らかではなかった。さまざまな説明が試みられてはきたが、到底納得のいく説明とはいえそうにもない。それはどうしてか。本稿では、ドイツでの議論も参考にこれを解明したい。

ところで、近年の倒産件数は戦後の最多件数を上回っており、資金繰りの悪化による黒字倒産が目立つ。これを回避するため、とくに中小企業の再建に「第二会社方式」が多く活用されている。第二会社方式は、破綻した会社の事業を事業譲渡や会社分割によって別会社に承継させ、もとの会社は特別清算手続等で清算して実質的に債権放棄を受けるスキームである。あるいは、スポンサー企業に事業を移さず、旧会社の経営陣が第二会社として新会社を設立し、自己が事業を承継する自主再建も多いとされる。[2] この場合は、しばしば新旧両会社は実質上同一であると評価される傾向にある。そこに、旧会社の債権者が新会社に対して旧会社の債権につき責任を追及するという背景がある。

弁済を免れる目的で、債務だけを残して事業を移転する詐害的な行為は許されるべきでない。しかし、債務の弁済を目指して、企業の過剰債務を解消して事業の継続やその円滑な承継を図るため、経営困難に陥っている会社が、事業譲渡や会社分割によって採算部門を第二会社に移転させ、新たな資金提供者や企業承継者などのスポンサーを求めて事業再生を実現するというような第二会社方式の活用は、いうまでもなく健全な行為と評価できる。このような再建を円滑に進めるため、産業活力再生特別措置法が改正され、同法三九条の二以下に「中小企業承継事業再生計画」を創設するなどの支援措置も講じられた。[3] 企業の健全な再建には、再建すべき旧会社の債権者保護と会社再生の実現とを両立させることが求められる。債務の弁済が遅れても再建が実現すれば債権者保護になるのであり、

夜逃げ的な詐害行為が問題なのである。第二会社で事業を継続して旧会社の債務を弁済するのであれば、そのような事業譲渡や会社分割は保護に値する。ただ、弁済意思の有無をどのように判別するかが、会社債権者にとっては難題となる。[4] 詐害的な事業譲渡や会社分割から債権者をいかに保護するかが問題なのであり、単に商号を続用すれば、それだけで原則的に事業承継会社が譲渡人の債権者に責任を負うとする現行法のあり方に、本当の意味で合理性があるのかが問われている。しかも、この原則には例外規定（会社法二二条二項、商法一七条二項）が控えており、容易にそのような原則が排除されるのも不思議なことである。

本稿は、会社法二二条および商法一七条の立法論的検討を試みるものである。[5] 二〇一〇年一〇月に開催された日本私法学会シンポジウム「商法の改正」で商法一七条一項（会社法二二条一項も同じ）のあり方について議論されたが、このテーマの報告者による解釈論を超えた問題提起に刺激を受けて、[6] これまでの疑問点を改めて整理し直し、この問題について立法的解決を図る必要性を強調したい。かつての私見では、商号を続用する事業譲受人の意思を主たる根拠に、複数の根拠を加味して本条項の立法趣旨を説明してきたが、その後、これに詐害譲渡防止機能もあわせてその根拠に加えてきたところである。そのような中にあって近年、詐害的会社分割の事案に関して、この方向を後押しする後掲の判例も現れ、また、二〇〇五年のオーストリア企業法典三八条一項が、商号続用基準によるドイツ商法典から離れ商号続用基準を棄てたことも参考に、[7] 事業譲渡や会社分割によって事業を承継した会社の責任規制のあり方について改めて再構成してみたい。

二　会社法二二条の趣旨

（1）本条導入の経緯

平成一七年の商法改正（会社法制定）による商法一七条および会社法二二条ができる前の旧商法二六条以下は、ドイツ商法二五条にならったものである。すでにドイツ学説に関する概要は私も紹介しているが[8]、当時の議論をここで簡単に振り返っておきたい。ドイツ商法二五条は、商号を続用する譲受人は譲渡人のすべての事業上の債務について原則として弁済の責任を負う旨定め、商号の続用がない場合は、譲受人が商慣行的方法で債務引受を公告した場合にかぎり責任を負うと規定している。問題は、商号の続用がある場合に譲受人が譲渡人の債務を負担する理由である。ドイツでの議論によると、商号の続用があると債権者は事業主の交替につき不知であるとか、商号の続用により譲渡人の商人としての人格を引き継ぐとか、あるいは商号続用には債務引受の意思を含むなど様々な説明がみられ、さらには、これは従来からの商慣習にもとづくとも説明されていた。私見はこれらのドイツ学説からヒントをえて、現行商法の規制を整合的に説明するためは、事業譲受人の意思を根拠に説明するほかないと指摘してきたが、この説明にもかなり無理があるということは自覚していたところである。

（2）ドイツ学説からの示唆

カナーリスやカールステン・シュミットの見解を詳細に分析した最近の研究によれば、わが国の商法規制のモデルとなったドイツでも、ドイツ商法二五条の趣旨説明については多くの問題点が指摘されており[9]、事業譲受人の責任を認めるのに商号続用は要しないとする見解がドイツ学説にもみられる[10]。そして、この規定によるかぎり事業譲

受人は、事業譲渡時に明らかでない譲渡人の債務から逃れるには商号続用をあきらめるほかなく、とくに事業譲渡時に事業譲渡人が自己の債務を隠していたような場合を想定すると、商号を続用して事業を継続しようとする事業譲受人は、損失をあらかじめ回避することができないこととなり問題である。このようなことでは事業譲渡を著しく困難にするため、ドイツ商法二五条は廃止すべきであると結論づける見解もある。(11) これは、わが国の立法論に参考となしうるが、同条に替わる具体案は示されていないようである。

（3）これまでの本条の趣旨説明

今となっては、過去の説明がどうであったかは重要な問題でなくなったが、簡単にまとめると次のようになる。結論的には、いずれの説明にも無理があるといわざるをえないのは、本条項の規定の仕方に問題があったことに起因する。ここに立法論的検討の必要が認められる。以下では、解釈論の限界を確認しておきたい。

事業上の債権者を保護するため、会社法二二条で特則を定めたが、その趣旨をめぐって多くの議論がこれまで展開されてきた。現在ではこのような主張は少数であるが、かつての通説は、禁反言の法理あるいは外観理論を根拠にしており、判例も基本的にはこのような立場であった。要するに、商号が続用される場合は、事業上の債権者は事業主の交替を知りえず、譲受人たる現事業主を自己の債務者と考えるか、あるいは事業譲渡の事実を知っていても、そのような場合は譲受人による債務の引受けがあったものと考えるのが常態で、いずれにせよ債権者は譲受人に対して請求をなしうると信じる場合が多いとされる。これに対しては、外観保護を強調するのであれば、債権者の主観的事情が問題とされるべきであるのに、これが問われないのはどうしてかといった批判がなされ、規定の上でも、会社法二二条四項が弁済者の善意・無重過失を要件としているのとは対照的に、会社法二二条一項では主観

的事情は問われていない。このことからも、外観保護を根拠にするのは問題であるとする学説が増加傾向にある。

そこで、外観保護によらず、事業上の債務は企業財産が担保となっているので、債権者を保護するために、会社法二二条一項は、原則として企業財産の現在の所有者である譲受人が併存的債務引受をしたものとみなした規定と解する見解もあったが、企業財産の担保力を考慮したのであれば、債権者保護を商号続用の場合に限って規定した理由はないともいえる。そして、上記の両説を併せてその根拠とする見解もみられたが、性格の異なる理由を併せて一本とすることへの批判もあろう。その後、商号続用の有無によって事業譲受人の債務承継の意思を認める見解が現れたが、これは、商法の規定の立場を解釈論の範囲内で説明するには、債権者側からではなく事業譲受人側の事情から説明するほかないとの認識に立つもので、事業上の債権者を保護する諸規定を一貫して説明するものともいえるが、これに対しては、意思の推定は擬制的にすぎるとの批判もなされた。ただ、この批判に対しては、必ずしも現実の意思の存在を問うのではなく、商号続用の事実に意思の存在を認めようとするものであるとの反論もなされ、経済的価値のある商号を続用する利益を享受するのであるから、債務の負担も覚悟すべきであるとの主張もみられたところである。(12)

（4）新たな説明の試み

その後、ドイツ学説を詳細に分析したうえで、従来の議論とは別の観点から、事業譲受会社の責任と合名会社の新入社員の責任を同一に捉えようとする見解があらわれた。(13) すなわち、商号は事業に密着しており、事業譲受人が譲渡人の商号を続用する場合、譲受人は対外的には譲渡人の事業活動に参加するものと取り扱われる。合名会社成立後に加入した社員が加入前に生じた会社債務についても弁済責任を負う（会社法六〇五条、ドイツ商法一三〇条

も同旨）のと同様に、譲渡人の事業活動に参加した譲受人は、参加以前に生じていた事業上の債務についても責任を負うとする考え方である。これはドイツ学説の詳細な検討にもとづく見解であり注目されるが、譲受会社の責任と合名会社の新入社員の責任を同一とする根拠が不十分であるとの批判は避けられそうにない。

最近になって、商号続用の譲受人に当然の責任を定めたのは、譲受人が債務を引き受けないのであれば、会社法二二条二項に定める登記をするように誘導するのが狙いであるとの見解も有力に主張されている。すなわち、商号続用の有無で分ける本条の適用が問題となるのは、債務者の弁済資力が危機的状況にある場合であるから、事業譲渡の方法による債務者の詐害的行為を抑制するとともに、債権者、債務者、譲受人の三者による協議に向け誘導するルールが必要となり、抜け駆け的な事業譲渡による詐害的な再建を防止するために本条がある。商号続用の譲受人は、会社法二二条二項に定める登記をしない限り、当然に譲渡人の事業上の債務をも引き受けたものと扱うことによって、会社法二二条二項に定める登記をするように誘導するのが狙いであると説明される。[14] しかし、登記することで譲渡人の事業上の債務を引き受けなくてよいとされる根拠が明らかでない。債権者、債務者、譲受人の三者の利害が、それで上手く調整できたといえるのであろうか。さらにこの見解によれば、商号を続用しない事業譲受人が譲渡人の事業上の債務を引き受けなくてよいと規定されている理由について、商号続用を伴う事業譲渡の方がそうでない場合より詐害的な譲渡となりやすいと説明されるが、なぜそのようにいえるかについて論拠が明らかでない。[15] ここにも、本条の限界がありそうである。

いずれにしても、現行法を単一の根拠をもって完全に説明し尽くすのは困難であるということができそうである。そこで、これをひとつの根拠で説明する必要もないであろうから、外観保護の理由を除いた複数の理由をもって説明すればよいとも考えてみたが、最近になって、会社法二二条の詐害譲渡防止機能も重要な根拠のひとつになりう

るとも考えるに到った。[16] そして、二〇一〇年の日本私法学会シンポジウムで報告者が改めて主張したのが、詐害性基準であるが、[17] このように詐害性を問題とする見解は、以前からみられたところである。[18]

三　最近の関連裁判例

（1）債権者の主観を不問とした最新判決

二〇一〇年三月一五日に宇都宮地裁で、事業を譲り受けた会社に会社法二二条一項による責任が認められたが（宇都宮地判平成二二年三月一五日判タ一三二四号二三一頁―仙禽酒蔵株式会社事件―）、その際に裁判所は債権者の主観的事情を問題としなかった。本判決は、会社法二二条一項の趣旨を外観保護とは別に理解するものである。学説の多数も、現在では債権者の善意・悪意といった主観的事情は問わない。これは正しい方向を示すものと評価できる。それでは、商号続用の有無で区別してきた現行規定は、いかに説明されるべきか。商号続用による区別が妥当でないとすれば、どのような基準が妥当であるか。本稿の目的に深く関わるので、ここで判決内容をまとめておく。

本件事実の概要は以下のようである。X会社は、段ボール製品の納入等を主たる業務とする株式会社である。訴外A会社は、昭和二七年一〇月一日に設立され、酒類の製造・販売等を目的とする株式会社で、商号は「仙禽酒造株式会社」である。Y会社は、平成二〇年七月一日に設立され、同じく酒類の製造・販売等を目的とする株式会社であり、その商号は「株式会社せんきん」であって、両社はいずれも栃木県さくら市を本店所在地としていた。そして、XはAに対し遅くとも平成一九年六月以降平成二〇年四月までの間、代金翌月末日払いの約定で、清酒等の販売用段ボール製品等を継続的に販売していたところ、Aは、平成一九年一一月から平成二〇年四月までの間にX

が販売した段ボール製品等の代金のうち二二三万余円を支払っていない。このような状況にある中、Yは、Aとの間で平成二〇年七月五日に事業譲渡契約を締結し、AからYへの清酒製造免許の移転許可を条件としてAの事業を譲り受け（以下「本件事業譲渡」という）、平成二〇年九月六日付の下野新聞は、本件事業譲渡について、「仙禽酒造が事業譲渡」との見出しで記事を掲載した（以下「本件新聞記事」という）。なお、Aは、商業登記簿上、「公告をする方法」を「宇都宮市に於て発行する下野新聞に掲載して之を為す」と定めていた。その後、東京地方裁判所は、平成二一年三月四日、Aに対し破産手続開始決定をした。

以上の事実関係のもと、Xは、①YはAから事業譲渡を受け、同社と実質的にほぼ同一の商号を引き続き使用したと主張して会社法二二条一項にもとづき、②上記事業譲渡に際し同社の債務を引受ける旨の広告をしたと主張して同法二三条一項にもとづき、③YがAとは別個の法人格を主張することは許されない、との理由により、Yは本件代金債務をAと連帯して負うべきであると主張して、Yに対してその未払の売買代金および遅延損害金の支払を求めた。判旨は、次のようにXの請求を認容した。

「YはAから事業の譲渡を受けたものであるところ、Aの商号『仙禽酒造株式会社』と、Yの商号『株式会社せんきん』とは、その主要かつ最も特徴的な部分である『仙禽』ないし『せんきん』の部分で読みを共通にしており、会社の種類『株式会社』も共通で、後者は前者の『酒造』を除くと共に『株式会社』の表示を後ろから前に移したのみである。このうち、『酒造』の点については、Yの事業目的が酒類製造販売等であることからすれば、これがYの商号にないとしても、Aの商号とYの商号とが画然と区別されるとは認められない。そして、譲受会社であるYの商号にAとの関連性が遮断されていることを想起させるべき字句は用いられていない。

以上のほか、AとYとは所在地が同一で、事業目的も同一であるほか、Aがその主たる事業に必要不可欠と考え

られる清酒製造免許を平成二〇年八月二九日許可によりYに譲渡していること、Aはその不動産も同月二七日競売により失い、現在はYがこれを使用していること、Aの従業員は包括的に本件事業譲渡の前日にAを退社し本件事業譲渡日にYに雇用されていることを考え合わせると、AとYとで役員が異なることを考慮してもなお、Yが『株式会社せんきん』との商号を使用することは、会社法二二条一項にいう『譲渡会社の商号を引き続き使用する場合』に当たると解するのが相当であって、Yは、会社法二二条一項に基づき、Aの事業によって生じた債務である本件代金債務を弁済する責任を負うというべきである。

会社法二二条一項は債権者の認識等を要件としていないから、XとAとの取引状況等を根拠としてXに同項が適用されないとするYの主張は採用できない。また、Xは、AとYのいずれに対しても本件代金の支払を請求することができるのであるから（ただしAが破産したことは前記のとおりである。）、XがAの破産手続において債権届出をしたことや、A代表者に対しその支払を求めたことは、本件請求と矛盾するものではない。さらに、Yは、本件事業譲渡が専門家関与の下で行われた経営再建のためのスキームである旨主張するが、YがAから事業譲渡を受けた後その商号を続用し、かつ、その債務を承継しないための十分な措置をとらなかった以上、会社法二二条一項によりYが本件代金債権を負担することはやむを得ないと解されるのであって、経営再建という目的がこの結論に影響を与えるものではないというほかない。」

本件の争点は、①譲受会社が譲渡会社の商号を続用しているかどうか、②譲渡会社の債権者が債務引受をしていないことを知っていた場合、会社法二二条一項の適用がないかどうかである。①について、本判旨は、「仙禽酒造株式会社」と「株式会社せんきん」の商号の続用を認める理由として、その主要かつ最も特徴的な部分である「仙禽」ないし「せんきん」の部分で読みを共通にしており、会社の種類「株式会社」も共通で、後者は前者の「酒造」

を除くと共に「株式会社」の表示を後ろから前に移したのみであるから、譲渡会社の商号を引き続き使用する場合に当たるとし、両者の商号の相違点として、Aの商号に「酒造」がある点については、Yの事業目的が酒類製造販売等であることからすれば、これがYの商号にないとしても、Aの商号とYの商号とが画然と区別されるとは認められないとした。そして、次が本稿の目的から注視すべき点であるが、②債権者の認識について、本判決は、会社法二二条一項は債権者の認識等を要件としていないから、XとAとの取引状況等を根拠としてXに同項が適用されないとするYの主張は採用できないとした。譲渡会社の債権者が悪意の場合、譲受会社に対して請求できないかどうかについては、従来から学説・判例ともに見解が分かれていたが、本判決は、本条項の規定ぶりを根拠に債権者の善意悪意は問われないと結論づけた。解釈論として妥当というべきである。

（2）同一方向の先例

このような流れにある先例としては、東京高判昭和五〇年八月七日（判時七九八号八六頁）がある。これは、ある会社が多額の債務を負担しその支払が困難となったため、その債権者らが中心となってその債務整理の目的で新会社を設立し、新会社がその事業を無償で譲受け、その事業利益で旧会社の債務を弁済しようとする場合の事業譲渡は、旧会社の積極財産、企業組織、老舗を組成する事実関係などの譲渡はもとより旧会社の債務の一切を含み、新会社は旧会社と重畳的にその債務を引受けたものというべきであり、その債務が、旧会社の取締役であった者が個人的に旧会社に対して有した債権である場合においても、それが旧会社の事業上のものである限り右債務が企業財産を組成する消極財産である点で一般債務と変りはないから、新会社は右事業譲渡によって、その債務を旧会社と重畳的に引受けたものと解するのが相当であるとして、善意・悪意を問題とせずに債権者の請求を認容した。こ

れに続く先例として、東京地判昭和五四年七月一九日（下民三〇巻五～八号三六三頁）も、会社法二二条一項について個々の具体的な知、不知を問わず、商号の続用を要件として、法定の責任として譲渡人と同一の義務を負担させることとしたものと理解する前提に立っている。

さらに、東京地判平成一八年六月五日（平成一七年（ワ）第八八四八号貸金請求事件）〔ＬＬＩ登載〕は、会社法二二条一項がその適用の要件として債権者の善意などの主観的要素を何ら規定していないこと、債権者が事業譲渡を知らなかった場合に、債権者がその存在すら知り得ない譲受人を自己の債務者であるとの外観を信頼するという状況が生じる余地はないこと、譲受人の事業譲渡後の商号続用によっても、債権者にはその外観によって譲渡人と譲受人との間の事業の同一性に対する信頼が生じるのみであって、これによって直ちに譲受人が譲渡人の債務を引き受けたとの外観が生じ、これに対する債権者の信頼が生じるとは解されないことに照らせば、会社法二二条一項を権利外観法理に基づく規定と解することは相当ではなく、むしろ、事業上の債務が事業財産等を担保とするものであることから、債権者の保護のために、譲受人が譲渡人の債務を引き受けない旨を積極的に表示しない限り、譲受人の債務引受の意思表示の有無および債権者の善意悪意等にかかわらず、譲受人が債務引受をしたのと同一の法的責任を負わせた規定と解するのが相当であると判示した。

（3）詐害的会社分割に関する最新判決

詐害性基準との関係で、会社分割が詐害行為取消権行使の対象となるとした東京地判平成二二年五月二七日（判時二〇八三号一四八頁、金判一三四五号二六頁、金法一九〇二号一四四頁）[19]、そしてこれを是認した本件控訴審の東京高判平成二二年一〇月二七日（金判一三五五号四二頁、同上一頁、金法一九一〇号七七頁）[20]が注目される。こ

れは本稿の検討課題を超えるものであるが、詐害性基準を考える上で今後の参考となしうる。

本件事案の概要は、以下の通りである。Y_1会社（新設分割株式会社）は、クレープ飲食事業および広告宣伝事業等を営んでいたが、債務超過に陥ったため、クレープ飲食事業に関する権利義務について、新たに設立するY_2会社（新設分割設立会社）に承継させる旨の会社の新設分割（以下、「本件会社分割」という）を行った。Xは、本件会社分割以前に、Y_1に割賦販売契約に係る販売代金債権およびリース契約に係るリース料債権（これらは本件会社分割の対象外）を有していたが、Xは、同割賦販売契約およびリース契約を解除し、Y_1に対し、販売残代金および残リース料相当額の損害賠償金合計一九一一万余円およびこれに対する約定遅延損害金の支払いを求め、また、本件会社分割によりY_1のクレープ飲食事業に関する権利義務を承継したY_2に対し、本件会社分割が詐害行為に当たるとして、詐害行為取消権にもとづき、本件会社分割の取消しを請求すると共に、上記損害賠償金およびこれに対する法定遅延損害金の支払いを求めて提訴した。

これに対する東京地裁判決の要旨は、以下の三点である。①会社の新設分割は、新設分割会社から新設分割設立会社への財産の移転を要素とし、債務者としての新設分割会社の一般財産を減少させうる法律行為であるから、他にこれを否定する理由がない限り、新設分割は、その性質上、詐害行為取消権の対象になりうる。②本件の新設分割は、分割会社の一般財産の共同担保としての価値を毀損し、債権者が自己の有する債権について弁済を受けることをより困難にさせるものであるから、分割会社の債権者を詐害するものと認められる。そして、③詐害行為として取り消す範囲は、債権者たるXの被保全債権の額を限度とするものであって、Xは、逸出した財産の現物返還に代えてその価格賠償を請求することができると判示した。

本判決の方向は、基本的に大方の賛同を得られるであろうし東京高裁でも維持されたが、検討すべき点も少なく

ない。たとえば、どのような場合に詐害性が認められるか、詐害の意思は具体的に誰に存在すれば足りるのかといったような疑問が残されている。これらの疑問点は、本稿の検討課題にも共通する難問である。

四　商号続用基準か詐害性基準か

（1）学会で提案された新基準

私法学会シンポジウムで報告者から提起されたのは、商号続用基準に替えて、新たな詐害性基準である。[21] これによって、事業や事業の譲受人の責任は商号の続用と無関係になり、これに関する規定の置き場所も変更されることとなる。この主張は、詐害性を唯一の根拠とする立法論的見解であり、かつて私も会社法二二条の詐害譲渡防止機能も重要な根拠であると指摘していたが、実態を踏まえて近年このようなことが指摘される傾向にある。報告者の主張の骨子は、商号を続用する事業譲受人の責任規定の適用が問題となる場面は、倒産に瀕している商人・会社が過大な債務から切り離して事業活動を別の主体に移転することで再建を試みる場面であるということを直視したうえで、経営状態の悪化した商人・会社による詐害的な再建を抑止するという観点から検討すべきであるとする。そこで、民法四二四条の詐害行為取消権との関係が問題となるが、たとえば詐害行為取消権を行使した場合の効果は、譲渡された事業の返還等であるため事業の価値が譲受人の責任の上限となるのに対し、会社法二二条が適用される場合には、譲受人が譲渡人の債務につき債務引受をしたのと同じく無限責任を負うことになる。したがって、詐害行為取消権とは別に事業譲受人の責任を定めることには意義があり、事業譲受人の責任規定も詐害行為規制であるから詐害性を要件とすべきであると主張する。この見解には傾聴すべき点があり、立法論を検討する上で参考となる。

（2）詐害性基準の問題点

事業承継会社の責任は有限責任にとどめるべきか、それとも無限責任まで負わせるべきであるか。民法上の詐害行為取消権によれば、取消で復元されるだけであるから債権者の保護として不十分であると評価されるのであれば、民法の一般規定を超えて、あたかも法人格否認法理が適用されたのと同様に債務者に無限責任を課す結果を導くこともありうる。しかし、それは行き過ぎとの評価も予想されるところである。[22] いずれが衡平であろうか。さらに問題は、詐害性の立証である。学会シンポジウム報告者もこの点を認識した上で、提案がみられる。すなわち、詐害性を立証するための情報が譲渡人・譲受人に偏在しているため、立証責任の転換も考慮の対象となるが、いずれにせよ実態の検証が必要であると指摘される。詐害性の具体的な立証内容が不明のままでは、実務的には運用できず、むしろ現行規定の商号続用基準の方が明確で実際的であるとさえいえる。しかし、現行規定には放置できない問題点がある。

（3）立法的解決に向けた私案

A社がY社に対して、事業譲渡あるいは会社分割により事業を移転する場合に、A社の債権者Xが、事業承継会社であるY社に支払請求ができるかどうかは、Y社がA社の商号を続用するか否かによるのではなく、A社とY社の行為に詐害性があるかどうか、詐害意思があるかどうかを判断基準とすべきである。たとえば、譲渡後短期間で倒産したとか、譲渡対価が過少であるとか、対価の換価が著しく困難になったような場合は、詐害性が強く疑われる。その判断にあたっては、譲渡会社の状況に応じて場合分けをして、具体的に検討すべきである。

たとえば、A社に積極財産があってそれをY社に譲渡した結果、A社に見るべき財産が残されていない場合には、

対価が適正でなければA社の債権者Xは害される危険性が高いといえる。形式的に対価が供与されても、無価値の株券あるいは事実上換価できない株券などが対価とされれば、その対価は適正と評価できないため詐害性が強く推認される。これに対し、事業を移転する前に、すでにA社が破綻状態にあって見るべき財産が存在していなければ、Xの有する債権はもとから無価値であるため、A社の債権者Xは譲渡前の段階で債権回収が不能状態にあったわけで、その後いかなる形でA社の事業がY社に移転されようとも、Xの利害には影響が生じないと評価できる。この場合は詐害性も認められない。そこで、譲渡会社が破綻状態にある場合は、たとえ現行の規定を前提とするにしても、商号続用基準による現行法の適用はこれを避けるべきであると考えるが、このような解決は解釈論の域を出ることになるのであろうか。[23]

五　今後の課題

会社法二二条の規定内容は、商号続用基準から別の基準に替える必要がある。そこで詐害性基準が有力な候補となりうるが、それには詐害行為取消権に関する民法規定の適用が困難であるのと同じ難点があり、[24]その克服が前提となる。詐害性基準の適用要件を明示しないと、実務界に無用の混乱を招く結果となりかねない。適用基準の明確化ができなければ、問題があっても現行の商号続用基準が明確性の点では優れており、当面この基準を基本に運用で修正していくほかない。

その点では、会社分割が詐害行為にあたると認めた前出の東京高裁平成二二年一〇月二七日判決が注目され、詐害性の判断基準を検討する上で参考となしうるのではないかと期待される。本判決の分析と検討が待たれるところである。会社分割も事業譲渡と統一的に処理すべきであるとの私見の立場からすれば、[25]本稿で検討したことは会社

分割にも通じるものと思われる。本稿はいずれも問題の提起に止まっている。引き続き会社分割と併せて具体的な立法論的提案に向けた検討を進めていきたい。

(1) 最高裁平成二〇年六月一〇日三小法廷判決（平一八（受）八九〇号、預託金返還請求事件）判時二〇一四号一五〇頁、判タ一二七五号八三頁、金判一三〇二号四六頁。本件の評釈・解説としては、池野千白・平成二〇年度重要判例解説（別冊ジュリスト一三七六号）一二五頁、片木晴彦・民商法雑誌一四〇巻一号八三頁、川島いづみ・商事法研究六四号九頁、菊田秀雄・金判一三三一号一三頁、小菅成一・嘉悦大学研究論集五二巻一号二五頁、笹本幸祐・法学セミナー六四四号一三三頁、沢野直紀＝山崎淳司・西南学院大学法学論集四二巻一・二号七一頁、新津和典・法と政治六〇巻二号三〇七頁、得津晶・NBL八八八号四頁、奈良輝久・法の支配一五二号七六頁、弥永真生・ジュリスト一三六〇号八四頁などがある。

(2) 森倫洋「再建手法『多様化時代』の新再生戦略――変容する企業再建手続の最新動向」ビジネス法務九巻六号一二頁（二〇〇九年）、東京三弁護士会倒産部会共催シンポジウム「事業再生をめぐる今日的課題(1)」NBL九三八号八頁（二〇一〇年）参照。

(3) 第二会社方式を活用しやすくするため、実態に合わせた再生手法を選択できるよう、事業再生に関する措置が新たに講じられている。詳しくは、朝長英樹監修・安倍泰久ほか編著『どこがどうなる!?平成二一年度税制改正の要点解説』六〇頁（清文社、二〇〇九年）参照。

第二会社方式の活用を促進することが有効であるが、事業譲渡や会社分割の制度を利用するこの方式によるには、第二会社において事業譲受けの対価などを用意するために新規の資金調達が必要となる。負担はそれだけではない。事業譲渡について移転の対象が許認可対象事業であれば、許認可の再取得も必要となるし、不動産が移転の対象であれば税負担も重くのしかかってくる。そこで、このような負担を軽減するため、次のような支援措置が講じられた。すなわち、①許認可承継の特例を設けて、旧会社が有していた許認可を第二会社に引き継ぎやすくしたこと、②中小企業信用保険法の特例による保証を別枠化したり、中小企業投資育成法による出資上限額を引き上げたり、日本政策金融公庫による低利融資をするなどの金融支援措置を講じたこと、そして、③税制上の措置も講じ、「産業活力の再生及び産業活動の

革新に関する特別措置法」によって創設された「中小企業承継事業再生計画」に基づいて実施される事業譲渡や会社分割に対して、登録免許税および不動産取得税の税率を軽減すること、以上三点である。これらの支援策によって、会社の優良資産の流出を恐れるあまり、金融機関や他の外部債権者から債権保全が図れなくなるとして協力が得られにくかったという従来の基本的な問題点をはじめ、移転コストとしての税負担が重かったということ、許認可の再取得の壁があったため迅速な事業移転が困難であったということ、さらには、事業取得資金の調達に壁が存在したことなどの諸問題を解消することが期待できよう。なお、許認可承継特例の適用を一定の範囲で大企業にも拡大すべきとの経済産業省の要請がある（「会社法制に対する関係各界の要望事項」別冊商事法務三四七号二八頁（二〇一〇年）参照）。

(4) 山下眞弘『事業譲渡・譲受の理論と実際（新版）』二〇七頁（信山社、二〇〇一年）を参照されたい。

(5) 会社法二二条一項および商法一七条一項の規制内容は同一であり、本稿では会社分割も視野に入れるため、商法一七条も含めて会社法二二条の規定について検討することとしたい。なお、旧商法における判例についても、その旧商法規定に相当する会社法の規定をあてることとし、事業譲渡の用語に統一しておく。

(6) 後藤元「商法総則―商号・事業譲渡・商業使用人を中心に」NBL九三五号二二頁（二〇一〇年）参照。

(7) 高橋英治「事業の譲受人が譲渡人の屋号を商号として続用した場合における旧商法二六条一項の類推適用（否定）」金融・商事判例一三四二号六頁（注6）（二〇一〇年）参照。

(8) 山下眞弘『会社事業譲渡の法理』二一六頁（信山社、一九九七年）を参照されたい。

(9) ドイツ学説の全貌については、小橋一郎「商号を続用する事業譲受人の責任―商法二六条の法理―」上柳克郎先生還暦記念『商事法の解釈と展望』一頁（有斐閣、一九八四年）参照。

(10) これに関するドイツの学説（とりわけ K. Schmidt カールステン・シュミット）については、遠藤喜佳「商号の続用と責任」ドイツにおける企業法・会社法（4）比較法雑誌三二巻二号八〇頁（一九九八年）参照。

(11) ドイツ学説（とりわけ Canaris カナーリス）の詳細な検討については、西内康人「団体論における契約性の意義と限界（三）―ドイツにおける民法上の組合の構成員責任論を契機として―」法学論叢一六五巻五号一八頁（二〇〇九年）参照。

右の注(9)から(11)に引用したドイツ学説の詳細な紹介をもとにして、カールステン・シュミットやカナーリスの学

説を中心に、本稿の目的に参考となしうる範囲で、その議論の内容を（私の理解するところで）要約すれば次のようになる。シュミットは、権利の主体でない事業を実質的な契約当事者とみる立場に立ち、事業の背後にいる事業の担い手の変動によって、事業をもとにした対外関係に影響がないよう処理するために、ドイツ商法二五条一項一文による責任継続にとって決定的なのは、商号の続用ではなく事業の継続にあるとした。商号を続用していることは、事業が同一性を保ったまま別の担い手に移ったことの徴表にすぎないと評価する。そして、契約関係の全体が事業譲受人に移転すると考えて、主たる債務者は事業の譲渡人ではなく譲受人であると説明している。シュミットはこのように考えることで、債権者を無視して債務から逃れることを防止しようとしたのであろう。このシュミットの見解を徹底すれば、いかなる場合であれ、事業譲受人は譲渡人の債務を負担することとなりそうであるが、それでよいのか。

カナーリスは、この点を批判している。事業譲渡人が破綻して支払能力が欠けているような場合は、債権は無価値である。それが、他社への事業譲渡により、譲受人が責任を負うことで再び価値が与えられるというのは問題であるとした。シュミットの考え方を徹底して、常に責任の継続を認めれば事業の譲受けは誰もしなくなり、事業再建が阻止される結果を招くと批判して、カナーリスは、侵害的な財産移転に対する債権者保護は、倒産取消しや債権者取消しで足りると指摘している。しかし、これは私の推測の域を出ないが、シュミットも自説の例外をまったく認めないという趣旨ではなかろう。そうであれば、結果として、両者の向かう先は同じであるということもできる。

(12) これについては、山下眞弘「現物出資と商法一七条（会社法二二条）の適用」商法（総則商行為）判例百選（第五版）四七頁（二〇〇八年）を参照されたい。

(13) 小橋・前掲注(9)商事法の解釈と展望一七頁参照。

(14) 落合誠一「商号続用事業譲受人の責任」法学教室二八五号三一頁（二〇〇四年）参照。

(15) 商号続用が詐害性を推認させるとの論拠については、後藤・前掲注(6)ＮＢＬ九三五号二三頁に推測がある。その上で、次のように批判される。すなわち、詐害性の有無にかかわらず、顧客維持のために商号を続用する場合はあるし、真に詐害的であれば商号続用規定の適用を避けるため、商号を続用しないことも考えられるので、商号続用が詐害性を推認させるというのは根拠とならないと指摘される。実務家から仄聞したところでは、確かに譲受会社が責任を負わないようにするため商号を続用しないことも少なからずあるようで、この指摘は的を射ているといえそうである。

(16) この点につき、山下眞弘「会社分割と事業譲渡規制の類推―商号続用責任を中心として―」阪大法学五九巻二号二三七頁（二〇〇九年）を参照されたい。近年までの諸学説については、江頭憲治郎『会社法コンメンタール1―総則・設立(1)』二一二頁（商事法務、二〇〇八年）〔北村雅史〕、南保勝美「営業譲受人の弁済責任の根拠について」法律論叢（明治大学）八二巻四・五合併号三三七頁（二〇一〇年）参照。

(17) 後藤・前掲注(6)NBL九三五号二二頁参照。

(18) 江頭憲治郎「判例批評」法学協会雑誌九〇巻一二号一六一二頁（一九七三年）、浜田道代「判例批評」判例評論二〇七号二七頁・判例時報八〇七号一四一頁（一九七六年）、近藤光男「営業譲渡に関する一考察―債権者保護を中心として―」神戸法学年報三号六八頁（一九八七年）参照。

(19) 本判決については、特集「会社分割が詐害行為取消権行使の対象となるとした東京地裁平成二二年五月二七日判決の銀行実務に与える影響」銀行法務21七二二号（二〇一〇年）があり、足立格「会社分割が詐害行為にあたるとした東京地裁平成二二年五月二七日判決」同誌四頁、内海順太「会社分割と詐害行為取消権」同誌一二頁参照。そして、浅田隆「会社分割を対象とする詐害行為取消権の行使を肯定した判決の検討」NBL九三九号四四頁（二〇一〇年）参照。また、濫用的会社分割を検討するものとして、岡伸浩「濫用的会社分割と民事再生手続」NBL九二二号六頁（二〇一〇年）、井上聡「濫用的会社分割における問題の本質」金融法務事情一九〇三号四頁（二〇一〇年）、そして、「特集＝今どきの倒産法務事情―二〇一〇年のトレンド」と題して、内田博久「倒産状態において行われる会社分割の問題点」金融法務事情一九〇二号五四頁（二〇一〇年）、黒木和彰＝川口珠青「濫用的会社分割をめぐる問題点」同誌六三頁がある。いずれも実務との関係で核心をつくものである。

(20) 本件控訴審の問題点については、弥永真生「株式会社の新設分割と詐害行為取消し―東京高判平二二・一〇・二七を契機として」金融法務事情一九一〇号三〇頁および同・ジュリスト一四一二号六八頁（二〇一〇年）参照。

(21) 二〇一〇年一〇月一一日開催の第七四回日本私法学会シンポジウム「商法の改正」でも、有益な報告と議論がなされた。その概要は以下の通りである。私の問題提起は次の二点であった。①商号続用の有無によって区分けする現行法の規定ぶりには以前から疑問があったが、基準の明確性というメリットが認められる。その点で詐害性基準には、民法の詐害行為取消権と同様に、詐害性の判断基準が不明確になるという難点が避けられず、これを克服できなければ現行

法の行き方もやむを得ないかも知れない。②現行法を維持するには、従来から議論されてきたように、その理由づけをどうするかという難題がある。ドイツでも見解の統一をみていないが、商号を続用した譲受人の意思を根拠に説明するドイツ学説を参考にするしかないというのが私の見解であったが、予想した通りの批判を浴びる結果となった。確かに意思で説明しきれるものでないことは認識していたが、商法一七条以下を整合的に説明するひとつの方法ではあったといえる。しかし今となっては、ドイツ法の規定を参考にした経緯に拘泥せず、自由に立法論を展開すべき段階にあるといえよう。

このような私の質問に対して、報告者の後藤元准教授から詳細な解説がなされた。その要旨は次のような内容であった。①詐害性と詐害の意思の立証に関して、立証が困難であることへの対処としては、ひとつは民法四二四条が厳格に過ぎるので何らか対処すべきではないかという点、あるいは、それには手を付けずに事業譲渡についてだけ特別の詐害行為規制をするというのもありうるが、それには根拠が必要となる。とくに詐害性を疑わせる場合を抽出する要件を設けることができれば立証責任の転換もありうるが、それが妥当であるかが問われる。②このように困難があるから、現行法を維持せざるをえないとした場合、現行規定の理由づけとしては、これを詐害行為規制としたうえで、基準の設定が難しいため商号続用基準を代替案として利用するにせよ、これが合理的な制度の説明とはならない点にこそ、現行制度の欠陥が認められるのではないか。こういった趣旨の有益な説明がなされた。

(22) 高橋・前掲注(7)金判一三四二号五頁では、詐害的な事業譲渡の場合にあっては詐害行為取消権等の利用で対処できると指摘されている。推測するに、それ以上の債権者保護は行き過ぎと判断されるのであろう。

(23) 山下・前掲注(16)阪大法学五九巻二号二三八頁に、本稿の主張内容に密接に関連する記述がある。すなわち、「最高裁判例の一貫した態度には、会社法二二条に詐害防止的な機能を求めていることが窺える……。その根底にある発想は、事業譲渡であっても会社分割によるとしても、旧会社に債務だけを残して債権者を害してはならないということであり、……したがって、詐害的事案でさえなければ、事業譲渡に関する本条は、事業譲渡についても適用する必要がないということになり、会社分割への類推適用の前提もない。」これは、詐害性のない事案については、たとえ商号の続用がある場合であっても、商号続用基準による現行法は適用すべきでないとの指摘である。なお、現行法の解釈として、会社法二二条を詐害的な事業譲渡に限って適用することも可能であるとの指摘もみられるが（沢野＝山崎・前掲注(1)

西南学院大学法学論集四二巻一・二号七八頁）、これは解釈論として微妙である。

(24)　民法の詐害行為取消権規定は、その明確化に向けた改正が検討されている。これに関連して、川畑和彦「『詐害行為取消権』適用の縮小による私的整理とその事業譲渡契約への影響」ビジネス法務一一巻一号二二頁（二〇一一年）に、事業譲渡契約を締結する際の具体的な留意点が示されている。すなわち、譲渡対価が相当であること、譲渡対価を一部の債権者にだけ弁済することのないこと、譲受人は譲渡人が譲渡対価を隠匿することのないよう確認すること、これらが詐害行為防止にとって重要であると指摘される。

(25)　山下・前掲注（16）阪大法学五九巻二号二三六頁でも、会社分割の対象も事業譲渡と同じく事業性が要件とされるべきであり、両者には同じ取り扱いをすべき基礎があると指摘していたが、この基本的な立場は一貫している。そこで、あえて立法論的な提案をするとすれば、たとえば、会社法二二条の規定は、「詐害的な事業譲渡もしくは会社分割が行われた場合には、その事業承継会社も、譲渡会社もしくは分割会社の事業によって生じた債務を弁済する責任を負う」などのように替えるのはどうであろうか。

（付記）本稿は、平成二一年度から三年間に渡る科学研究費補助金・基盤研究C（研究代表・山下眞弘）の課題「事業譲渡と株主・消費者・労働者保護に関する法的研究」による研究成果の一部である。