

Title	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
Author(s)	山下, 眞弘
Citation	阪大法学. 59(2) P.1-P.21
Issue Date	2009-07
Text Version	publisher
URL	<a href="https://doi.org/10.18910/55152">https://doi.org/10.18910/55152</a>
DOI	10.18910/55152
rights	
Note	

*Osaka University Knowledge Archive : OUKA*

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/repo/ouka/all/>

## 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——

山 下 眞 弘

- 一 問題の所在
- 二 会社分割の対象
- 三 会社分割と商号続用者の責任
- 四 第二会社による企業再建

### 一 問題の所在

経営の破綻した会社が第二会社を設立して、そこへ事業を譲渡するとか会社分割の制度を利用して事業部門を切り離すことがある。そのことによって、従来の債権者に対して責任を果たそうとするのであればよい。しかしながら、往々にして債務逃れの目的で第二会社を設立し、そこへ事業を譲渡し従来の商号を利用しながら債権者を害することによって延命を図る場合がある。債権者を保護するため、これに対応すべく会社法二二条が活用されるようである。通常、債権者はこのような債務者の事情を熟知しつつ、商号を続用しながら債務引受けの意思もない事業譲受人

(第二会社)に責任を追及する。そこに会社財産が集中しているからである。判例はこれまで、商号統用の事実を知る者による責任追及であつてもこれを認容してきた。ところが、会社分割については、事業譲渡に関する会社法二二条のような規定はない。そこで、この規定を類推適用できるかどうかの問題となつてきた。本稿では、類推適用について積極に解する立場からこの点を検討する。将来の展望を先取りすれば、類推適用が総合的に判断して妥当であると評価できるのであれば、類推適用に留まらず、会社分割にもこれと同様の債権者保護規定を設ける方向で立法を検討すべきであろう。ただし、本稿では立法論には立ち入らない。これは今後の検討課題に譲りたい。

商号を統用する事業譲受人の責任については、旧商法の当時からすでに多数の有益な研究が公表されており、私もこれまで若干の検討を試みたことがある。<sup>(1)</sup>とくに責任の理由づけに関して議論が集中していたと思われるが、本稿で考察するように、この責任規定の機能する場面を改めて考えてみれば、今となってはこの責任の根拠はそれほど重要な問題ではないようにも感じている。この責任を定めた旧商法二六条(会社法二二条)の法理については、現在でも、商号統用者の意思で説明してきた従来の私見を基本的には維持できると考えているが、ひとつの根拠で説明し尽くすのは困難であるとの認識に至り、複数の説明を併せて用いる方向で軌道修正したいと思つている。

議論の中心は、むしろ商号統用者の責任を規制する会社法二二条(商法一七条も同じ)の拡張範囲に移つてきた観がある。とりわけ会社分割への類推適用の可否が問われ、これを認めた複数の下級審判決に続いて、最近、最高裁平成二〇年六月一〇日判決でもそれが肯定された。学説においては、事業譲渡と会社分割の理解をめぐむ見解の相違もあつて、賛否両論の対立がある。会社法制定の機会に会社分割の意義などに関して部分的な改正が実現したが、私は少なくとも会社分割の機能については、旧商法の時代と基本的に変更はないと理解しており、<sup>(3)</sup>事業譲渡と会社分割に関しては、商号統用責任規定が機能する場面でも共通するところがあり、事業譲渡と会社分割を統一的

に処理する判例の結論に賛成するものである。最近、新進気鋭による示唆に富む論考に刺激され、改めてこれまでの重鎮の手になる諸研究を再読したところ、いろいろ考えさせられるところがある。私見の繰り返しになりそうであるが、この機会に過去の議論を振り返りつつ問題点を整理して、今一度再検討をしてみようと思いつた次第である。なお、本稿で旧商法とは平成一七年改正前商法を指している。

## 二 会社分割の対象

### 1 会社分割制度の創設

平成一二年の商法改正によって会社分割法制が創設された。それまで企業は、規模の拡大に伴い、事業部門を増加させるといふ多角経営の方向をたどってきたが、事業部門の中に優良部門と不採算部門が存在する場合に、優良部門を分離独立させたり、不採算部門の整理による経営合理化を図るために、会社分割が大いに力を発揮することが期待された。制度創設当時、会社分割は、会社が法人格の複数化を目的として行う一個の組織法上の行為であり、その行為の効果が画一的に生じ、また営業の全部または一部を他の会社に承継させる効果を生じさせるものとされた。<sup>(4)</sup> その意味では、組織法上の行為である合併に類似することから、合併の反対現象としての性質を有すると位置づけられた。しかし、これには異論もあった。<sup>(5)</sup>

### 2 制度創設時における会社分割の対象

会社分割制度が創設された当初、会社分割は合併の反対形相として位置づけられ、分割の対象は、原案として平成一一年に公表の「中間試案」で示された分割する会社の「権利義務の全部または一部」ではなく、最終的には

「営業の全部または一部」とされた。中間試案で「権利義務」としたのは、会社分割の制度を柔軟な使い勝手のよいものにするため、その対象を広く認めることを意図したことによるが、以下のような理由で結局、改正法では「営業」とされた。すなわち、① 会社分割は企業再編のための組織法上の行為であるので、それにふさわしいものが分割の対象とされるべきであるということから、「営業」が分割の対象とされたこと、② 権利義務の一部の分割は、現物出資の潜脱になるという意見があったため、「営業」という表現に改められたこと、<sup>⑥</sup> ③ 「営業」という概念は商法上も規定があり、判例でもその意義がかなり明確になっており、分割の対象を営業とすることにより営業単位で権利義務が移転するので、会社分割によって営業の解体を避けることもでき、あわせて労働者の雇用の場を確保することもできること等の理由が示されていた。<sup>⑦</sup>

このような経緯を踏まえて、創設当時の議論でも、会社分割制度を広く利用させるため、会社分割の対象としての営業は、営業譲渡における営業の概念よりも広義のものと解すべきであるとの指摘がみられた。<sup>⑧</sup> しかし、ここで営業の意義が明確といえるかについては大いに議論があった。旧商法二四五条（会社法四六七条）にいう「営業の全部または重要な一部」の譲渡の意味について、リーディングケースとされてきた最高裁判和四〇年九月二二日判決（民集一九卷六号一六〇〇頁）の多数意見によれば、旧商法二四五条一項一号にいう営業譲渡とは「一定の営業目的のため組織化され、有機的一体として機能する財産の全部または重要な一部を譲渡し、これによって、譲渡会社とその財産によっ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、譲渡会社とその譲渡の限度に同じ法律上当然に（旧）商法第二五条に定める競業禁止義務を負う結果を伴うもの」であるとされる。

この意味において、営業譲渡の内容は、商法総則で規律されている営業譲渡（旧商法二四条以下参照）と同一のものと理解されていた。

このように、多数意見によれば、営業譲渡とは、①「組織化され、有機的一体として機能する営業財産」の譲渡のほか、②譲受人による「営業的活動の承継」、および、③譲渡人の「競業禁止義務の負担」を伴うものとされ、そのようなものの譲渡につき譲渡会社の株主総会の特別決議を要することになると理解された。これに対して、少数意見の説くところによれば、譲渡の対象が譲渡会社にとって重要な「営業財産」であれば、それだけで特別決議を要するものとされ、譲渡の対象が「営業財産」を構成する個々の「営業用財産」であっても、それが譲渡会社にとって重要なものであれば、それだけで特別決議を要することになる。学説においても、従来の通説であった多数意見によるもの、少数意見を支持しつつ単なる「営業用財産」の譲渡ではなく、組織化された有機的な財産の譲渡が営業譲渡になるとするものなど、見解の対立があった。<sup>9)</sup>以上が旧商法当時での営業譲渡をめぐる議論である。

これをもとに会社分割について、旧商法当時、次のような議論が展開された。会社の分割の対象となっている「営業」は、前記最高裁判決の多数意見にいう「営業」と同じ内容のものと解する立場があった。<sup>10)</sup>これは、有機的一体として機能する営業の構成要素である「暖簾」の承継を前提とした規定がおかれていたこと（旧商法二八五条ノ七）、人的要素である「労働契約」の承継も前提とされていることによる。会社分割の対象を営業譲渡における営業と同じ意義と解しても、営業の意義について、学説上さまざまな議論があることから、営業譲渡の概念をめぐる争いが会社分割にも持ち込まれるとする指摘もあった。<sup>11)</sup>私としては、営業譲渡における営業概念と会社分割の対象を同一に解するとしても、会社分割における営業の意義は、上記の最高裁の多数意見が示す営業の意義よりもかなり広く解釈すべきであると主張していた。会社分割の対象を営業に限定したのは、現物出資の潜脱防止のためであるとする説明に対して、会社分割は厳格な手続を課しているので、そのような懸念はないとする見解もあった。<sup>12)</sup>そうであれば、なおさらのこと、有機的一体として機能する組織的な財産が対象とされるべきで、その他の要件は

問うべきでない。営業の意義を広く解することで、無効な会社分割の生じる範囲が狭まり法的安定性を増すことができる。<sup>13)</sup> 旧商法当時には、このような議論が展開されていた。

ところで、会社法成立後に、事業譲渡について改めて最高裁判例をめぐる議論の再評価をした結果、判例の立場によっても、事業譲渡の成立のためには、上記の②譲受人による営業活動承継と③譲渡人の競業禁止義務負担の両要件は具体的に必ずしも問われないことを認識できた。<sup>14)</sup> 要するに、判例の趣旨を評価し直し、次のことだけはいえそうである。株主総会の承認決議の要否は、事業譲渡をする時点で判断することを要し、事業譲渡後の譲受会社の行動をみながら判断されるものではない。そうであるとすれば、現実には②③を問題とするのではなく、客観的にみて②③を伴うと判断できるような状況で、①の組織的財産が譲渡されれば足りるというべきである。判例はそのことを示唆していたと推測することもできる。この最高裁判決における多数意見への補足意見で指摘された「譲受人が實際上営業的活動を承継実行すると否とを問わない」との文言も踏まえて、このように理解できるとすれば、①の要件のみを重視する見解と②③も要件とする判例との相違点は限りなく小さなものとなる。さらには、企業結合の見地から、営業活動の承継は要件とするものの競業禁止義務は問題とならないとする見解もみられ、基本的にはこれは正しい方向を示すと評価できる。競業禁止義務を負うのは事業譲渡があるとされる場合の法律効果であって、事業譲渡が成立するための法律要件事実ではない。

### 3 会社法における会社分割の対象

ところが、どういふわけか会社法では、ほとんど制度創設当時の中間試案の姿に戻って「事業に関して有する権利義務の全部または一部」とされている。会社分割の対象となる「権利義務」(会社法二条一九号・三〇号)の意

義については、会社法の規定ぶりから単なる権利義務の承継で足りるとの見解があり<sup>15)</sup>、有機的の一体性も事業的活動の承継も要件でないとされる<sup>16)</sup>。すでに詳しくみてきたように、改正要綱の中間試案では権利義務の承継とされてきたのが、営業の承継という定義に改められ<sup>17)</sup>、その後、会社法で権利義務の承継という当初の定義の表現に戻されたという経緯がある。このことからすれば、会社法では事業性を要しない趣旨であるといえなくもない。立法担当者は、事業性を不要としており<sup>18)</sup>、このように解することができれば、たとえば事業性を維持するために承継する権利義務の取捨選択の範囲に悩まされることもなくなり、実務的なメリットが大きいとの指摘もある<sup>19)</sup>。

しかし、事業性を不要とする姿勢が徹底されると、極端な場合、鉛筆一本の譲渡でも会社分割をないうることとなり<sup>20)</sup>、このような解釈は会社分割制度を根底から覆すことになり、行き過ぎである<sup>21)</sup>。立法担当者が事業性を不要としているとはいえ、まさかピス一本のごとき物について会社分割が成立するとは考えないであろう。会社分割の機能が会社法の制定後に突然変更されたわけでもないであろうから、基本的には旧商法と同じく、会社法四六七条の事業譲渡の規制対象となる事業性を有する財産と解すべきである<sup>22)</sup>。そして、事業性を要する立場に立つても、事業性の存在をある程度緩やかに認定することで、妥当な解決を図ることができる。そうであれば、事業性を要件とするか否かの議論は、結果的にはそれほどの差異を生じないかも知れない。

#### 4 会社分割と競業禁止義務

会社分割制度を創設する中間試案の段階では、競業禁止義務が規定されていたが、これに対して競業は私的自治に委ねるべきとか、分割計画書または分割契約書に禁止規定をおいた場合にのみ競業禁止義務を負うことにすべきであるなどの反対意見が多く出されたため、当初の改正法にはこの義務は規定されなかった。しかし、会社分割制



度の導人当時、営業譲渡の場合と同じく、分割会社にも旧商法二二五条（商法一六条、会社法二二条）を類推適用して競業避止義務を負うとする解釈が有力であった。<sup>(23)</sup> そのため、会社分割の際に競業避止義務を排除する明文規定を置くことで実務は対応せざるをえず、その妥当性に実務家からの強い批判もある。<sup>(24)</sup>

その批判はこういふものである。① 事業譲渡と会社分割は法概念として明確に異なる。法定競業避止義務が実務上合理性のないものであり、経済的効果の似た制度であることをもって、会社分割に競業避止義務の規定を類推適用するのは問題である。営業の自由は憲法に由来し、明文規定もなく必要性も認められない競業避止義務の拡大解釈は避けるべきである。② 会社法に必要であれば競業避止義務規定を置くことができたのに明文化しなかったことからすれば、立法者の意思も競業避止義務の規定を類推適用しないものと考えるべきである。③ 会社法二二九号および三〇号では、会社分割の対象が、「事業に関して有する権利義務」とされており、競業避止義務を定める同法二二条が「事業を譲渡した会社は」としていることも、類推適用には慎重であるべき根拠となる。このような批判理由を挙げている。

なお、会社分割の対象を単に「権利義務」と規定せず、「その事業に関して有する権利義務」としたことの意味であるが、それは必ずしも明らかではないが、この規定ふりをとらえて、会社分割は個別の営業用資産の承継を認めるものではないとする実務家の指摘もある。<sup>(25)</sup> いずれにせよ、会社分割制度を広く利用させるためにも、従来から私も指摘してきたとおり、競業避止義務を課すことには慎重であるべきである。<sup>(26)</sup>

### 三 会社分割と商号統用者の責任

#### 1 会社法三二条の趣旨をめぐる判例・学説

営業上の債権者を保護するため、会社法三二条で特則を定めたが、その趣旨をめぐる多くの議論がこれまで展開されてきた。①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、後述するように、判例も基本的にはこの立場である。要するに、商号が統用される場合は、営業上の債権者は営業主の交替を知りえず、譲受人たる現営業主を自己の債務者と考えるか、あるいは営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つ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すというところである。この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かといった批判がある<sup>28</sup>。さらに、規定上も、商法一七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、商法一七条一項の規定をみる限り、主観的事情は問われていない。このことから、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の傾向にあり、現在では外観保護を貫く見解はほとんど影を潜めた。

そこで、外観保護によらず、②営業上の債務は企業財産が担保となつているので、債権者を保護するために、商法一七条一項は、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があるが、企業財産の担保力を考慮したのであれば、債権者保護を商号統用の場合に限って規定した理由はないともいえる<sup>30</sup>。そこで、上記の①と②の両方を根拠とする見解もみられた<sup>31</sup>。その後、③商号統用の有無によって営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営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、営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いえる。しかし、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予想される。ただ、必ずしも現実の意思の存在を問うのではなく、商号統用の事実<sup>(33)</sup>に意思の存在を認めようとするとの反論もありうる。いずれにせよ、結論的には経済的価値ある商号を統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<sup>(34)</sup>。

さらに、従来の議論とは別の観点から、④営業の譲受人の責任と合名会社の新人社員の責任を同一に捉えようとする見解<sup>(35)</sup>、あるいは、⑤商号統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、商法一七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るが、いずれに対しても問題点や疑問が指摘されており、単一の根拠をもって説明し尽くすのは困難であるということができる。結局、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足りる。これまで余り言及してこなかったが、たとえば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。

## 2 会社法二二条の射程範囲をめぐる判例の立場

事業譲渡の場合に、商号の統用があれば、会社法二二条によって譲受人にも責任を追及できるが、商号の統用に限定されず、ゴルフクラブの名称の統用についても類推適用されると解されている<sup>(38)</sup>。この類推適用の範囲は拡大される傾向にあり、屋号の場合<sup>(39)</sup>、営業の現物出資の場合<sup>(40)</sup>、さらには営業の賃貸借の場合<sup>(41)</sup>にも類推適用される。それでは、会社分割への類推適用はどうか。これを肯定する注目の最高裁平成二〇年六月一〇日判決が現れた<sup>(42)</sup>。

本件は、預託金会員制のゴルフクラブの法人会員であるX株式会社（原告・控訴人・上诉人）が、そのゴルフ場を経営していたA株式会社の会社分割により当該ゴルフ場の事業を承継したY株式会社（被告・被控訴人・被上诉人）に対し、A会社が使用してきたゴルフクラブの名称をY会社が引き続き使用していることを根拠に、事業譲渡について商号続用者の責任を定めた会社法二二条一項が類推適用されると主張して、本件預託金（会員資格保証金）の返還を求めた事案である。これについて最高裁は、次のように判示した。

「預託金会員制のゴルフクラブの名称がゴルフ場の事業主体を表示するものとして用いられている場合において、ゴルフ場の事業が譲渡され、譲渡会社が用いていたゴルフクラブの名称を譲受会社が引き続き使用しているときには、譲受会社が譲受後遅滞なく当該ゴルフクラブの会員によるゴルフ場施設の優先的利用を拒否したなどの特段の事情がない限り、譲受会社は、会社法二二条一項の類推適用により、当該ゴルフクラブの会員が譲渡会社に交付した預託金の返還義務を負うものと解するのが相当であるところ（最高裁平成一四年（受答）第三九九号同一六年二月二〇日第二小法廷判決・民集五八巻二号三六七頁参照）、このことは、ゴルフ場の事業が譲渡された場合だけではなく、会社分割に伴いゴルフ場の事業が他の会社又は設立会社に承継された場合にも同様に妥当するといふべきである。

なぜなら、会社分割に伴いゴルフ場の事業が他の会社又は設立会社に承継される場合、法律行為によって事業の全部又は一部が別の権利義務の主体に承継されるという点においては、事業の譲渡と異なるところはなく、事業主体を表示するものとして用いられていたゴルフクラブの名称が事業を承継した会社によって引き続き使用されているときには、上記のような特段の事情のない限り、ゴルフクラブの会員において、同一事業主体による事業が継続しているものと信じたり、事業主体の変更があつたけれども当該事業によって生じた債務については事業を承継し

た会社に承継されたと信じたりすることは無理からぬものというべきであるからである。」

最高裁の判旨は以上のとおりである。本判決は、事業譲渡も会社分割も共通のものとして新たな判例法を示しているが、これは従来の最高裁平成一六年二月二〇日判決の立場の延長上に位置づけられる。そして、基本的には外観法理に依りながらも、判旨の最後の部分で指摘するように、事業主体の変更を知っていても知らないのと同じ結論を導いている。この立場は従来から最高裁がとってきたとおりである。

### 3 会社法二二条の類推適用

会社法では、会社分割の対象が「事業に関して有する権利義務」となり、従来のような事業の移転と異なることを理由に、会社法二二条の類推適用の基礎が減少したのではないかとの評価もあるが、<sup>(43)</sup>会社分割の対象については、事業性を要件とする見解も有力であり、類推の基礎に変化があったかどうかは議論がある。また、類推適用の基礎の減少を指摘するこの論者がいうように分割の対象が拡張されたと解するのであれば、なおさら許害的な会社分割が容易になるから、会社法二二条の類推領域は拡大するとの指摘もある。<sup>(44)</sup>

会社分割で商号の統用がある場合に会社法二二条の類推適用があるかについて、否定的な見解は、会社分割については債権者保護手続が定められており、事前・事後の開示があることをその理由とする。<sup>(45)</sup>しかし、これに対しては、物的分割については原則として債権者異議手続がないし、異議手続があるとしても個別催告が不要であること<sup>(46)</sup>を理由に一般法理による保護の必要性があるとの指摘がある。これは要するに、事業譲渡との比較で、会社債権者の保護の程度をどのように考えるかの争いである。

最高裁判例は類推適用を肯定したが、この結論を支持する実務家も少なくない。会社分割に事業性を要件とすれ

ば、会社分割と事業譲渡には一層の共通性が認められ、さらに同じ取り扱いをすべき基礎があるということにもなる。会社分割には債権者保護手続があるが、A社がB社に会社分割をする場合に債権者保護手続をした上で、A社の債務をB社に移転させないときは、事業譲渡について債権者が債務の移転に同意しなかった場合に酷似しているともいえる。そうであれば、会社分割でも商号の統用がある限り、B社に債務を負わせないと事業譲渡との関係でバランスを欠くとの指摘もある<sup>47)</sup>。会社法を制定する際に、この点を規定上明らかにすべきであったのにそれがなされなかったのは、類推適用しないというのが立法者の意思であったと理解することもできるが、必ずしも類推を妨げるものでもないであろう。また、会社分割による承継の対象が、旧商法の「営業」から「事業」に関して有する権利義務に変更されたことから、事業譲渡に関する規定の類推適用に距離ができたということもできようが、これは言葉の問題に過ぎないともいえる。要は、会社分割制度をどのように理解するかにかかっており、会社法制定の前後で変質したと理解する根拠はなさそうである。そうであれば、会社法制定前の類推適用の考え方が維持されるべきであるということになる<sup>48)</sup>。

#### 4 会社法二二条の詐害防止機能

昭和一三年に設けられた旧商法二六条（会社法二二条）は、第二会社への営業譲渡に関して盛んに利用されていたようである<sup>49)</sup>。しかも、これが適用された事例というのは、企業倒産の場合に債権者からの追及を免れるために新会社を設立した事例に関するものが大半であるとされ、新会社に移された旧会社の財産を旧会社の債権者が追及する手段にこの規定が活用されており、これは想定外であった<sup>50)</sup>。このような経緯に照らせば、会社法二二条も同様の活用がされるものと予想され、本条の存在理由のひとつに数えておくべきかも知れない。それを妥当と評価するの

であれば、これを本条の趣旨にも加えて規定の根拠づけをする必要がある。そして、本条の意義が事業譲渡の事例に限定すべきものでないとすれば、同様の機能を果たす会社分割についても類推適用されるべきであるという結論になる。詐害防止機能も考慮に入れて考えれば、本条の趣旨について、これまでの通説的見解が外観保護をもって説明してきたことも、否定的に評価されることとなる。さらにいえば、旧会社の債権者は、いうまでもなく譲渡会社たる旧会社の債権者である。事業譲渡があっても債務者が譲渡会社であることに変わりはない。譲受会社が連帯責任を負うのは、別の理由によるというほかない。これについて、商号の統用を問題とするのは、事業譲渡の存在に商号（のれん）が不可欠であるからとの説明があるが、事業譲渡の成立よりも緩やかに認定されるべき会社分割に本条を類推適用することまで視野に入れるとすれば、このような説明だけでは不十分といわざるをえない。商号統用者の意思で説明するか、あるいは商号を引き続き利用する者に一種の報償責任にも似た責任を認めるなど説明に工夫を要するであろう。

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ことから、判例は本条を外観保護規定とは考えていないとする評価が注目される<sup>52</sup>。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、ここに本条類推の理由がある。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実質的には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。このようなことから、本条が外観保護の規定ではないことは明らかである。

旧会社の債権者からの追及を免れる目的で第二会社が設立されたと認められる事案については、債権者は、詐害行為取消権（民法四二四条）の行使や法人格否認法理などによって、債務者に責任追及をすることとなるが、いず

れも適用や認定が困難である。このような場合に、本条の緩やかな適用や会社分割への類推適用が有効であり、これによって夜逃げ的な事業譲渡や会社分割を防止することができる。<sup>(53)</sup>

#### 四 第二会社による企業再建

本稿では、もっぱら債務だけを残し事業を移転する詐害的行為を想定してきた。いうまでもなく、このような行為は許されるべきでない。しかし、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（受け皿会社）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「第二会社方式」を活用することは、健全な行為と評価できる。それによって、旧会社の債権者に債務を弁済することが期待できる。このような再建を円滑に進めるために、たとえば平成二十一年に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ているところである。

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り、新会社を相手に取り立てるばかりが債権者にとって有利であるとは限らない。夜逃げ的な詐害行為こそが問題なのである。受け皿会社には、旧会社と完全に別の会社もあるが、旧会社と実質上同じ会社である場合に、新旧両会社が実質的に同一であることを理由にして、旧会社の債権者が新会社に弁済を求めたのでは、受け皿会社を用意したことが無意味となる。第二会社で事業を継続して旧会社の債務を弁済する意思さえあれば、そのための事業譲渡や会社分割は保護に値する。<sup>(55)</sup>ただし、その意思の確かさをどのようにして判別するかが問われる。現実の問題として、これが会社債権者にとっては最大の難題であろう。



(1) これに関する諸文献と旧商法に関する私の研究については、山下真弘「会社営業譲渡の法理」(信山社、一九九七年)に所収の論文、とくに、「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——」(同書二〇九頁、「営業譲渡と債権者保護の法理——営業譲受人の責任規定の根拠——」(同二三七頁を参照されたい。同じくこれに続く研究については、山下「営業譲渡・譲受の理論と実際——営業譲渡と会社分割」(信山社、新版、二〇〇二年)、とくに「商号続用のある営業譲受人の責任——債権者保護の視点から——」(同書一四七頁、「ゴルフクラブの名称続用と営業譲受人の責任」(同二七三頁、「現物出資と営業譲受人の責任」(同二八九頁、そして、「企業倒産と営業譲受人の責任」(同二〇一頁を参照されたい。)

(2) 会社法制定に伴って改正された会社分割に関する議論については、名古屋高裁判平成一八年七月二六日判決に関して、岡本智英子「会社分割後の新設会社による商号の続用と債権者保護」法学研究(慶応大学)八一巻一〇一頁があるが、評者は判例の結論には賛成しつつも、会社分割の包括承継性を根拠に権利外観に馴染まないことを理由として旧商法二六条(会社法二二条)の類推適用には反対されている(一一六頁以下参照)。なお、直近の東京地裁平成一九年九月二二日判決に関しては、山下真弘「会社分割により営業を承継した新設会社に対して商法一七条(会社法二二条)の類推適用が認められた事例」私法判例リマークス三八号(二〇〇九(上))八六頁を参照されたい。

(3) 会社分割制度の創設当時の議論については、山下真弘「会社分割法制の創設と営業譲渡」立命館法学二七一・二七二号下巻(二〇〇三年三・四号(二〇〇一年発行))一六二九頁、山下・前掲注(1)「営業譲渡・譲受の理論と実際」二二二頁以下を参照されたい。

(4) 制度創設前後の議論状況については、以下の文献が参考となる。まず、法律案要綱成立前の「中間試案」の内容は、商事法務一五三三号四頁、金融法務事情一五五三号六頁参照。この中間試案の解説として、原田晃治ほか「商法等の一部を改正する法律案要綱中間試案の解説」商事法務一五三三号四頁、そして中間試案に対する「各界の意見」については、原田晃治ほか「会社分割法制に関する各界意見の分析」商事法務一五四〇号四頁、金融法務事情一五六二号一四頁、さらに、中間試案への問題提起と立法にあたっての留意点については、座談会「会社分割法制のあり方」商事法務一五二五号六頁、穴戸善一「会社分割立法に関する一考察」ジュリスト一一〇四号三五頁、西尾幸夫「企業分割」判例タイムズ一一二二号一六一頁、早川勝「商法からみた会社分割立法のあり方」ジュリスト一一六五号一〇頁、丸山秀平「会社の分割の

- 法的问题」西脇敏男・丸山秀平編著『企業法と金融・会計』二二七頁（中央経済社、二〇〇〇年）、島本茂樹「株式実務からみた会社分割立法のあり方」ジュリスト一六五号・三三頁以下など参照。その後の段階での解説としては、前田庸「商法等の一部を改正する法律案要項の解説」〔中〕「商事法務」二五三三号四頁、一五五四号四頁、一五五五号四頁以下、原田晃治「会社分割法制の創設について」〔上〕〔中〕〔下〕「商事法務」一五六三三号四頁、一五六五号四頁、一五六六号四頁以下がある。また、改正法利用にあたっては、座談会「会社分割に関する改正商法への実務対応」商事法務一五六八号六頁以下参照。なお、立法直後に各種の解説書が少なからず刊行されたが、理論的検討を加えるものとしては、丸山秀平ほか『企業再編と商法改正』一二五頁以下（中央経済社、二〇〇〇年）が有益で、実務上の法的な問題点を整理する著書としては、たとえば、武井一浩・平林素子「会社分割の実務」（商事法務研究会、二〇〇〇年）が参考となる。また、当時の論点については、倉澤康一郎「会社分割法制の論点」企業会計五二巻七号五〇頁、岸田雅雄「商法の改正と企業の再編成」税経セミナー四五巻八号四頁以下に簡潔に整理されている。その他、実務上の問題点を紹介する当時の特集として、島本茂樹「会社分割法制と実務対応」ジュリスト一一八二号九頁、中西敏和「会社分割法制の実務的対応」企業会計五二巻七号五六頁、橋本正己「企業経営を変える会社分割法制」企業会計五二巻七号六六頁、澤口実「会社分割法制の概要」税経通信五五巻七号六六頁、岡正晶「新設分割の種類・手続と実務上の留意点」税経通信五五巻七号七四頁、角田大憲「吸収分割の手続と留意点」税経通信五五巻七号八三頁、岩本安昭・阿多博文「会社分割の実務」商事法務一五三四号三五頁以下などがある。
- (5) 宮島司「会社分割法制の概要と問題点」監査役四三三三号一四頁は、何をもって合併の反対現象とするのであろうかと疑問を提起した上で、分割する会社が存在する場合は、合併とはもはや異質の制度であるとされる。
- (6) 前田・前掲注(4) 商事法務一五五三三号八頁参照。
- (7) 座談会「会社分割に関する改正商法への実務対応」前掲注(4) 商事法務一五六八号七頁（原田・岩原発言）参照。
- (8) 神作裕之「会社分割における『営業』の意義」法学教室一四三三三号二七頁参照。
- (9) 当時の学説の状況について詳しくは、山下・前掲注(1)「会社営業譲渡の法理」四三三頁、一〇二頁、一四八頁以下、山下・前掲注(1)「営業譲渡・譲受の理論と実際」一頁以下を参照されたい。
- (10) 原田・前掲注(4) 商事法務一五六三三号一二頁参照。

- (11) 前田雅弘「会社分割に係る商法等の一部改正について」ジュリスト一八二号四頁参照。
- (12) 落合誠一「平成二二年商法改正」法学教室二四一号六五頁参照。
- (13) 同旨、神作・前掲注(8)法学教室二四三号二七頁参照。
- (14) 山下真弘「会社法における事業譲渡と株主保護——判例・学説の再評価——」阪大法学五八巻三・四号(通巻二五五・二五六号)五七二頁(二〇〇八年)参照。
- (15) 相澤哲「葉玉匠美」郡谷大輔『論点解説新・会社法』六六八頁(商事法務、二〇〇六年)参照。
- (16) 江頭憲治郎『株式会社法』八〇二頁(有斐閣、第二版、二〇〇八年)、神田秀樹『会社法』三三三頁(弘文堂、第一版、二〇〇九年)参照。
- (17) 前田・前掲注(4)商事法務一五五三号八頁参照。
- (18) 相澤哲「細川充」新会社法の解説(14)組織再編行為(上)「商事法務」一七五号五頁参照。
- (19) 長島「大野」常松法律事務所編『アドバンス新会社法』七一四頁(商事法務、第二版、二〇〇六年)参照。
- (20) 中村直人「山田和彦」会社分割の進め方(日経文庫)二四九頁(日本経済新聞出版社、第三版、二〇〇八年)参照。
- (21) 龍田節『会社法大要』四七五頁(有斐閣、二〇〇七年)参照。
- (22) 前田庸『会社法入門』七一六頁(有斐閣、第一版補訂版、二〇〇八年)、吉本健一『レクチャー会社法』三八二頁(中央経済社、二〇〇八年)、なお、事業譲渡の意義に関しては、山下・前掲注(14)阪大法学五八巻三・四号五頁以下参照。
- (23) 制度創設当時の議論については、山下・前掲注(1)『営業譲渡・譲受の理論と実際』一三二頁参照。
- (24) 長島「大野」常松法律事務所編・前掲書注(19)七二三頁参照。
- (25) 高島志郎「会社分割制度」活用の可能性「ビジネス法務」二〇〇五年七月号六二頁参照。
- (26) 山下・前掲注(3)立命館法学二七一・二七二号下巻一六四一頁参照。
- (27) 鴻常夫『商法総則』一四九頁(弘文堂、新訂第五版、一九九九年)、神崎克郎『商法総則・商行為法通論』一五二頁(同文館、新訂版、一九九九年)、宇田一明『営業譲渡法の研究』九七頁(中央経済社、一九九三年)など参照。
- (28) 服部榮三『商法総則』四一六頁(青林書院、第三版、一九八三年)、志村治美『現物出資の研究』二四一頁(有斐閣、

- 一九七五年)、近藤光男『商法総則・商行為法』一二二頁(有斐閣、第五版補訂版、二〇〇八年)など参照。
- (29) 服部・前掲注(28)四一八頁、志村・前掲注(28)二四二頁参照。
- (30) 関俊彦『商法総論総則』二四四頁(有斐閣、第二版、二〇〇六年)参照。
- (31) 大隅健一郎『商法総則』三二九頁(有斐閣、新版、一九七八年)、上柳克郎「演習」法学教室五二号八九頁参照。
- (32) 田邊光政『商法総則商行為法』一五五頁(新世社、第三版、二〇〇六年)、山下・前掲注(1)『会社営業譲渡の法理』二四六頁参照。
- (33) 山下・前掲注(1)『営業譲渡・譲受の理論と実際』一七一頁参照。
- (34) 山下真弘「やさしい商法総則・商行為法」七四頁(法学書院、第三版、二〇〇六年)参照。
- (35) 小橋一郎「商号を統用する営業譲受人の責任」上柳克郎先生還暦記念『商事法の解釈と展望』一七頁(有斐閣、一九八四年)参照。
- (36) 落合誠一「商号統用営業譲受人の責任」法学教室二八五号三二頁参照。
- (37) 江頭憲治郎『会社法コンメンタール——総則・設立(1)』二二二頁(商事法務、二〇〇八年)〔北村雅史〕参照。
- (38) その最初の判決は大阪地判平六・三・三二判時一五一七号一〇九頁、評釈として山下真弘・商事法務一四九七号三八頁、同旨最初の最高裁判決は最一小判平一六・二・二〇民集五八巻二号三六七頁、評釈として浅木慎一「判例評論五五二号三二頁(判例時報一八七三号二〇二頁)、得津晶・法学協会雑誌一二四巻五号一二二五頁、早川徹・私法判例リマークス三〇号七四頁参照。
- (39) 東京地判昭五四・七・一九判時九四六号二一〇頁参照。
- (40) 最一小判昭四七・三・二民集二六巻一号一八三頁、評釈として山下真弘・商法(総則・商行為)判例百選〔第五版〕四六頁参照。
- (41) 東京高判平二・三・一〇・一判時一七二二号一三九頁、評釈として山下真弘・私法判例リマークス二六号八二頁参照。
- (42) 最一小判平二〇・六・一〇(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参照。本件の評釈・解説としては、池野千白「会社分割により事業を承継した会社の名称統用責任」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「会社分割と会社法二三条の類

推適用」民商法雑誌一四〇巻一八三頁、川島いづみ「会社分割によってゴルフ場の事業を承継した会社がゴルフクラブの名を統用する場合における預託金返還義務」商事法研究六四号九頁、笹本幸祐「会社分割と会社法」二二条一項の類推適用の可否」法学セミナー一六四四号一三三頁、新津和典「会社分割の場合に商号統用事業譲受会社責任規定（会社法）二二条一項」の類推適用が肯定された事例」法と政治六〇巻二二号、得津晶「会社法）二二条一項類推適用は詐欺譲渡法理か？——会社分割の場合」NBL八八八号四頁、奈良輝久「会社分割に伴いゴルフ場の事業を承継した会社が、預託金会員制のゴルフクラブの名称を引き続き使用している場合における同会社の預託金返還義務の有無（積極）」法の支配一五二号七六頁、弥永真生「会社分割と分割会社の債務に対する承継会社の責任」ジュリスト二二六〇号八四頁以下がある。

(43) 弥永・前掲注(42)ジュリスト一三六〇号八四頁参照。

(44) 得津・前掲注(42)NBL八八八号六頁参照。

(45) 江頭憲治郎編・前掲注(37)「会社法コメンタール」二二八頁「北村雅史」参照。

(46) 得津・前掲注(42)NBL八八八号五頁、藤田友敬「組織再編」商事法務一七七五号六〇頁、田中巨「債務の履行の見込みのない会社分割が無効とされた事例」ジュリスト一三二七号一四三頁参照。なお、同趣旨の指摘は以前からみられ、西尾・前掲注(4)判例タイムズ一〇二二号一六一頁では、会社債務については両会社の連帯責任を認める規定をおくことで問題の解決になるとの見解が示されている。

(47) 後藤孝典「債務超過、M & A、企業再建に最適な会社分割」（かんき出版、第四版、二〇〇八年）一九三頁以下、日本中小企業経営支援専門家協会組織再編研究会編著（後藤孝典監修）「中小企業の組織再編・事業承継」一七九頁以下（中央経済社、二〇〇七年）参照。

(48) 山下・前掲注(3)立命館法学二七一・二七二号下巻一六四三頁参照。

(49) 浜田道代「法人格の否認により第二会社への執行文付与を認容した事例」判例評論二〇七号三〇頁（判例時報八〇七号一四四頁）参照。

(50) 江頭憲治郎「いわゆる個人企業の法人成りにさいし、会社が営業の現物出資を受けて設立されたことを前提とし、かつ出資者の商号を統用する場合にあたる」として商法二六条を類推適用した事例」法学協会雑誌九〇巻二二号一六一二頁以下参照。

(51) 浜田・前掲注(49)三二頁参照。

(52) 得津・前掲注(42)NBL八八号五頁以下参照。

(53) これを押し進めれば、会社分割にも事業譲渡の場合と同じく債権者保護規定を設けることとなるが、本稿で問題の所在として指摘したような立法論が、中間試案の段階において、すでに主張されていたことに留意しておきたい。西尾・前掲注(4)判例タイムズ一〇二二号一六一頁、一六三頁参照。

(54) とくに中小企業の再建に「第二会社方式」が頻繁に活用されているようである。これは、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たる第二会社に承継させ、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とされている。これだけではない。スポンサー企業に事業を移すのではなく、旧会社の経営陣が第二会社として新会社設立し、自己が事業を承継する自主再建が多いともいわれる。この場合、新旧会社は実質上同一と評価できる。森倫洋『再建手法「多様化時代」の再生戦略 変容する企業再建手続の最新動向』ビジネス法務二〇〇九年六月号一三頁参照。

(55) 山下・前掲注(1)『営業譲渡・譲受の理論と実際』二〇七頁以下参照。

(付記) 本稿は、平成二二年度から三年間に渡る科学研究費補助金(基盤研究C)による課題「事業譲渡と株主・消費者・労働者保護に関する法的研究」の導入部分である。なお、平成二二年二月二八日に大阪で開催された関西商事法研究会において、本稿に関わる判例報告をしており、そこでの議論も反映している。