

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—

川島 いづみ

I はじめに

会社分割においては、分割会社の事業に関する権利義務を分割会社から承継会社・新設会社に移転することができるので、分割会社の不採算部門と優良部門を分離して、不採算部門のみを移転したり、逆に優良部門を移転して不採算部門のみを分割会社に残したりすることも可能であり、やり方によっては、分割会社や承継会社の債権者が債権の弁済を適切に受けられなくなる危険性もある。そこで、会社法は、会社分割の当事会社（ただし、新設会社は除外される）に、どのような会社分割が行われるかを会社債権者に対して事前に開示させるとともに、債権者異議手続を設けて、法定事項を公告し、また、原則として対象となる会社債権者に対して催告して、債権者が異議を述べたときは、当事会社に債務の弁済等を行わせることとしている。会社分割について承認をしなかった債権者は、無効事由があると判断すれば、会社分割無効の訴えを提起することもできる。

しかしながら、これらの債権者保護制度は、後述するように、必ずしも十分な保護を会社債権者に提供しない場合がある。そのため、会社分割が濫用的に利用されるおそれを否定することはできず、実務的にも濫用的な事例が現れているように見受けられる。たとえば、新設分割を利用して、優良な事業部門や将来性の高い事業部門を新設会社に移転するとともに、新設会社に移転させる債務について分割会社が重畳的な債務引受けを行えば、債権者異議手続を行うことなく会社分割を進めることができる。債権者異議手続の対象とならない会社債権者は、会社分割無効の訴えの提訴権者に該当しないと一般には理解されているので、会社債権者から会社分割無効の訴えを提起されるおそれもなくなる。この場合、分割会社に新設会社の発行する株式が交付されていれば、新設会社は分割会社の完全子会社となるが、会社分割後に分割会社が新設会社の株式を第三者に譲渡してしまうと、新設会社との関係は途切れてしまう。新設会社株式の譲渡が公正な価格で行われるという保障はない。会社分割後間もなく、分割会社が破綻して初めて、分割会社の債権者は会社分割が行われていたことを知る、という事態にもなりかねない。しかし、逆に、会社債権

者の債権の満足に何ら問題のない優良な会社でなければ会社分割が利用できないということになると、不採算部門の整理・統合による企業の再建やリストラに会社分割を活用することがきわめて難しくなり、その利用が著しく限定されてしまうおそれがある。

本稿では、このような問題意識から、会社分割に際しての事前開示事項とされる「債務の履行の見込みに関する事項」を中心に、会社分割における会社債権者の保護について検討を加え、また、濫用的な会社分割に対処するための解釈論を展開してみたいと思う。なお、会社分割は株式会社または合同会社が行うことのできる組織再編であるが、本稿では、当事会社が株式会社である場合に限定して、検討をすすめることにする。

II 会社分割制度の沿革—会社債権者に関する点を中心に—

会社分割制度は、経済界からの強い要望を受けて、平成12年の商法改正によって導入された制度で、会社がその組織を再編成するための法制度の整備の一環として創設されたものである。当時政府は、企業間の国際的な競争の一層の激化により、金融機関を始めとする企業がその経営の効率性や企業統治の実効性等を高めることによって、その競争力を強化する必要性が高まったとの要請に応えるため、企業組織の再編成のための法制度の整備を目的として商法の改正を行っており¹⁾、平成9年には合併法制の合理化のために、また平成11年には持株会社創設のための株式交換・株式移転の制度導入のために、商法の改正を行っていた。会社分割制度も、これらとともに、企業の組織再編のための法整備の一環として創設されたものであると位置づけられる。

商法の全面改正を行った平成17年制定の会社法は、会社分割制度についても、その定義の変更を含めて大幅な実質改正を行っている。このうち、会社債権者に直接的な関係をもつと思われる主な改正点としては、次のものを挙げることができる。まず、会社分割の定義が、「営業ノ全部又ハ一部」を新設会社または既存会社に承継させるものから（平成17年改正前商法373条・374条ノ16）、「事業に関して有する権利義務の全部又は一部」を承継させるものに変更された。第2に、会社分割の対価が柔軟化された。従来、会社分割によって営業の全部または一部を承継した承継会社は、その対価として分割会社またはその株主に対し株式を発行するものとされており²⁾、株式以外の金銭の交付はこの分割比率の調整のためになされるだけであると一般に理解されていた（平成17年改正前旧商法374条2項2号4号・374条ノ17第2項2号4号）。これに対して会社法は、会社分割を含めて組織再編の対価を柔軟化し、株式や金銭ばかりでなく、それ以外の財産を対価とし

1) 原田晃治『一問一答 平成12年改正商法—会社分割法制—』（商事法務研究会、2000年）7頁。

2) 平成17年改正前商法の下では、承継会社の株式を分割会社に交付するものを物的分割、分割会社の株主に交付するものを人的分割と区分していた。本稿では、記述の便宜のため、従来の物的分割、人的分割に相当する会社分割を、それぞれ「物的分割」、「人的分割」と表現する場合がある。

て交付することを認めた（会社分割について、会社758条1項4号・763条6号8号）。第3に、株主および会社債権者に対する事前開示書類として、従来は「各会社ノ負担すべき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」（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）が要求されていたが、会社法の下では、会社法施行規則において、債務の履行の「見込みに関する事項」の開示を要求するようになった。第4に、吸収分割の承継会社が承継する債務の額が承継する資産の額を超える場合を許容する規定（会社795条2項1号）が設けられており、少なくとも簿価債務超過会社を吸収分割の分割会社とする会社分割も可能であることを示すものと受け取られること等があげられる。

また、会社法制定前の平成16年の商法改正によって、会社分割における分割会社の債権者異議手続について、従来、官報公告に加えて、債権者異議手続の対象となる知れたる債権者には各別に催告することを要するとされていたところが、改正後は、官報公告に加えて、定款に定めた日刊新聞紙または電子公告によって債権者異議手続の公告を行えば、不法行為債権者に対するものを除いて、各別の催告を省略することが認められた（平成16年改正商法374条ノ4第1項・374条ノ20第1項）。

Ⅲ 会社分割と「債務の履行の見込み」

1 平成17年改正前商法

(1) 商法の規定

平成17年改正前商法の下では、会社分割を行う際に、その承認のための株主総会の2週間前から備え置いて公示すべき書類（事前開示書類）の一つとして、「各会社ノ負担すべき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」（以下、「履行の見込み理由書」という）が掲げられていた。

これについて、立法担当官は、「履行ノ見込」とせず「履行ノ見込アルコト」としたのは、債務の履行の見込みのない会社分割を認めないこととする趣旨であると説明していた。そして、債務の履行の見込みは、各会社が負担する債務について、その弁済期における支払について存することが必要であり、会社分割の結果、分割をする会社が債務超過になるような場合は、基本的には債務の履行の見込みがないものとして許されないものと考えられ、また、新設分割の分割会社がすでに債務超過であるような場合、分割会社の債務超過状態は一層悪化することになるので、このような分割は特段の事情がない限り債務の履行の見込みがないこととなり許されないこととなること、他方、履行の見込みを判断する上では、財産の価額と債務の額との比較に加えて会社の収益予想等も重要な要素となり、分割の時点で債務超過にならなかったというだけで、直ちに将来の債務の履行の見込

みがあるということにもならないこと、などが解説されていた³⁾。

(2) 「債務の履行の見込み」と会社分割の可否に関する学説・裁判例

学説においても、会社分割の当事会社について、債務の履行の見込みのあることが会社分割の要件であって、債務の履行の見込みのない会社分割は認められないと解釈するものが通説であった⁴⁾。つまり、新設会社については最低資本金の規制があったので、資本充実の原則上、債務超過であってはならないことはいうまでもなく、また、分割会社においてもその負担すべき債務について履行の見込みがなくなるような会社分割は許されないと解釈され、また、「履行の見込み理由書」に関する規定は債権者保護手続とは関係なしに、このような会社分割が許されないことを明らかにしたものであると解釈された⁵⁾。学説には、さらにこの趣旨を進めて、分割会社が債務超過となる会社の分割や、もともと債務超過である会社を分割会社とする会社の分割は行うことができない、と説明する見解が見られた⁶⁾。しかしながら、会社分割の時点で債務超過会社であるか否かと「債務の履行の見込み」の有無とは、必ずしもイコールではない点に注意が必要であろうと思われる。

このような通説の理解に対して、学説の中には、「履行の見込み理由書」を債権者保護との関係のみで捉える見解も存在した。すなわち、この見解は、承継される営業が株式または新株の引受の対価になるという構造上、資本充実の原則から、承継される営業部門の資産内容が債務超過に陥っている場合には、会社分割を行うことはできないが、一方、結果として分割会社が債務超過となるような分割を直接に禁止すべき理論的根拠はない、と理解して、開示書類としての定めは、債権者に異議申立の機会を保証するものであり、会社分割の効力に直接には関わらないものと解される、と主張していた⁷⁾。

また、通説と解釈を異にするというものではないが、厳密に「債務の履行の見込みが存すること」を要求すれば、会社分割制度の利用を狭めるおそれがあると指摘して、「履行の見込み理由書」の制度を批判する見解もみられた⁸⁾。

3) 原田晃治「会社分割法制の創設について〔中〕」商事法務 1565号 11-12頁、原田・前掲(注1) 85頁。

4) 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 5頁(2000年)、森田滋「会社分割法制について」金融法務事情 1580号 22頁(2000年)、龍田節『会社法〔第10版〕』(有斐閣、2005年) 429頁。

5) 前田庸『会社法入門〔第7版〕』(有斐閣、2000年) 664頁。

6) 江頭憲治郎『株式会社・有限会社法〔第2版〕』(有斐閣、2002年) 709頁。当事会社のいずれかが債務超過となる会社分割は認められないと説明するものとして、岸田雅雄『会社分割法制』(税務経理協会、2000年) 55頁。

7) 倉澤康一郎「会社分割法制の論点」企業会計 52巻 7号 53頁(2000年)。鈴木千佳子「判批」法学研究 80巻 4号 175頁(2007年)も、「履行の見込み理由書」はあくまで事前開示資料としての役割にとどまる、としている。

8) 河本一郎=中西敏和「会社分割法制に関する質疑応答(対談)」別冊商事法務 233号 139頁(2000年)〔河本発言・中西発言〕は、公認会計士など第三者の意見書によっても、いまの財政状態や収益状況を証明することはできても、長期債務も含めて「弁済期に支払の見込みがあります」とは、危なく書けない、等と述べている。

判例をみると、名古屋地判平成16年10月29日（判例時報1881号122頁）は、平成17年改正前商法374条ノ2第1項3号について、「同規定は、形式的にかかる書面の作成、備え置き義務を定めているにとどまらず、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」として、分割会社および新設会社が負う債務について、債務の履行の見込みがあることが会社分割（新設分割）を行うための要件であるとの立場をとり、また、「この債務の履行の見込みは、分割計画書の作成時点、分割計画書の本店備え置き時点、分割計画書の承認のための株主総会の各時点だけ存すればよいのではなく、会社分割時においてこれが存することを要するものと解するのが相当である。また、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いについて存することを要すると解される」との判断を示していた。学説の多くも、この判決の立場を支持している⁹⁾。

(3) 会社分割の実務

他方で、実際の会社分割の実務においては、「債務の履行の見込みが存すること」をある程度緩やかに解釈することによって、会社の再建などにも会社分割が利用されていたようである。

会社分割に関する実務書には、「企業は継続価値なのであり、事業の収支、キャッシュ・フロー、資金調達能力などから存続可能性を考え、当面倒産するような恐れはないということであれば、それで債務の履行見込みがあるといつてよいと思います。また、破綻懸念のある会社であっても、債権者が債務の履行方法に同意しているとか、債権放棄の同意をもらっているとか、再建計画に同意しているなどという事情があれば、それを踏まえたうえで債務の履行の可能性をみればよいわけで、その場合には債務の履行可能性はあると考えてよいものと思われる。実際そのような形での会社分割手続の利用も行われています」との解説がみられ¹⁰⁾、次のような具体例が紹介されている。

まず、2000年の雪印乳業の事例（雪印乳業の市乳事業部門を分割し、ジャパンミルク

9) 本判決の評釈としては、石毛和夫「判批」銀行法務21/647号68頁（2005年）、川島いづみ「判批」『会社法判例百選』（有斐閣、2006年）195頁、受川環大「判批」判例タイムズ1212号61頁（2006年）、田中亘「判批」ジュリスト1327号140頁（2007年）、清水円香「判批」商事法務1863号58頁（2009年）等があり、ほぼすべて、名古屋地裁の判旨を支持している。ただし、野口恵三「判批」NBL809号60頁（2005年）は、「見込み」にある程度の柔軟性と屈伸性が認められない限り、分割会社の活動はほとんど不可能であると本判決を批判し、鈴木・前掲（注7）175頁は、判決の結論のみを支持している。また、田中・前掲142頁は、基本的には判決支持であるが、会社債権者としては会社分割以降に自己の債権が履行されるかどうか为主要な関心事であるので、債務の履行の見込みは会社分割時に存することを要しかつそれで足りる、と主張している。

10) 中村直人『会社分割の進め方〔第2版〕』（日本経済新聞社、2003年）160頁。

ネット、全国農協直販と共同して共同新設分割)では、債務の履行の見込みについては、新再建計画に基づき、300億円の債務免除を含む500億円の金融支援について金融機関から書面による同意を取り付けていることを理由に、債務の履行の見込みがあるものとしていたとのことである¹¹⁾。

また、2002年にフジタは、会社分割を利用して不動産部門を切り離し本業の建設請負部門を中心に事業を再構築したが、これはゼネコン再生に会社分割を使った最初のケースとして注目された。旧フジタの債務の履行の見込みについては、「旧フジタの分割後の帳簿上の資産は4,162億円、負債は3,637億円、自己資本(純資産)は524億円となっており、分割の時点においても、資産が負債を上回ることが見込まれております。また、旧フジタに残る債務は、会社分割の効力発生時点で、一部金融機関に対する債務のみとなる予定であり、同金融機関との間で、返済についての合意が成立しておりますので、債務の履行の見込みがあると考えております。」と記載されていたことが紹介されている¹²⁾。同様の手法が、ハザマの場合にもとられていたようである。当時のフジタやハザマは、実質的には債務超過であったものと思われる¹³⁾が、このように会社分割制度を会社の再建に利用していた。

2 会社法における会社分割と債務の履行の見込み

(1) 会社法の規定

i 変更点

会社法は、会社分割における事前開示書類について、たとえば、吸収分割の場合であれば、吸収分割契約の内容その他法務省令で定める事項を記載した書面(または電磁的記録)というように、吸収分割契約または新設分割計画以外の開示事項に関する定めを、法務省令に委任している(会社法782条1項・794条1項・803条1項)。これを受けて事前開示事項を定める会社法施行規則をみると、債務の履行見込みに関しては、①吸収分割株式会社、②吸収分割承継株式会社、および、③新設分割株式会社について、それぞれ次のように定められている。

①吸収分割株式会社：「吸収分割が効力を生ずる日以後における吸収分割株式会社の債務及び吸収分割承継会社の債務(吸収分割株式会社が吸収分割により吸収分割承継会社に承継させるものに限る。)の履行の見込みに関する事項」(会社規183条6号)

②吸収分割承継株式会社：「吸収分割が効力を生ずる日以後における吸収分割承継株式

11) 中村・前掲(注10)197頁。

12) 中村・前掲(注10)205頁。

13) 花岡博「建設本業に特化した新会社設立で有利子負債圧縮にメド」金融財政事情2003年6月16日号51頁、豊田雅一「会社分割を活用したハザマ事業再建計画の全貌」金融財政事情2003年6月16日号54頁。

会社の債務（法第799条第1項の規定により吸収分割について異議を述べることができる債権者に対して負担する債務に限る。）の履行の見込みに関する事項」（会社規192条7号）

- ③新設分割株式会社：「新設分割が効力を生ずる日以後における当該新設分割株式会社の債務及び新設分割設立会社の債務（当該新設分割株式会社が新設分割により新設分割設立会社に承継させるものに限る。）の履行の見込みに関する事項」（会社規205条7号）

平成17年改正前商法の規定と比べて、主要な変更点は、開示事項が、債務の履行の「見込アルコト及其ノ理由」から、債務の履行の「見込みに関する事項」に変わったことである。その他、従来は、「各会社ノ負担スベキ債務ノ履行ノ見込アルコト……」と定められており、たとえば複数の分割会社が共同で一つの新設会社に営業を承継させる場合（共同新設分割）でも、各分割会社が、新設会社の負担する全ての債務についてその履行の見込みのあること等を開示するものとされていたが、会社法では、当該分割会社から承継された債務についてだけ、当該分割会社は開示すればよいこととされている。なお、「債務の履行の見込みに関する事項」の開示は、会社法においては、会社分割の場合ばかりでなく、債権者異議手続が必要となる組織再編行為の全てにおいて要求されるようになった。

ii 制定の経緯と立案担当者の解説

債務の履行の見込みに関する事項の開示については、「会社法制の現代化に関する要綱試案」（法制審議会会社法（現代化関係）部会H15.10.22）における改正検討事項としては取り上げられていなかった。その後、「組織再編行為に関する法務省令案」（H17.11.29）の段階ではじめて法務省令案として示され、その際には「債務の履行の見込みの有無」という表現がとられていたが、パブリック・コメントを受けて「有無」という表現をやめ、「債務の履行の見込みに関する事項」とされた¹⁴⁾。

「債務の履行の見込みに関する事項」とした趣旨について、立案担当者は、次のように解説している。すなわち、「当事会社が負担すべき債務につき履行の見込みがないような組織再編行為を行った場合であっても、その旨を開示することで足りることとしている。これは、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実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。このように、会社法の下では、当事会社

14) 藤田友敬「組織再編」商事法務1775号64頁（2006年）は、「…有無」という表現であれば、会社分割の効力要件でないことは一層明らかであったろうと指摘している。

が負担すべき債務につき履行の見込みがないような組織再編行為を行った場合であっても、そのことによって組織再編行為自体の効力が否定されるものではないが、当然のことながら、そのような組織再編行為を行った当事会社または取締役等の役員は、民事上・刑事上の責任を追及される危険性がある¹⁵⁾。つまり、会社分割をする場合に、債務の履行の見込みがないときは、事前備置書面にその旨を記載すれば足り、そのために会社分割が無効となることはないとするのが、上記法文の趣旨であるという説明である¹⁶⁾。そして、「債務の履行の見込みがない会社分割を行った場合、債権者保護手続の対象とならない債権者においては、会社分割による財産移転行為について詐害行為取消権（民424条）を行使する余地がある。この場合、詐害行為取消権が行使されても、個別の財産移転が取消権の行使対象者との間で相対的に取り消されるだけであるから、会社分割の効力自体には影響を与えない。」と説明している¹⁷⁾。

(2) 「債務の履行見込み」と会社分割の可否に関する学説

この点について学説を見ると、立案担当者による上述の解説に反対する見解も有力であって、解釈が分かれている状況にある。

まず、会社法のもとでは、債務の履行の見込みがないことは当然には会社分割の無効原因とならないと解する説がある¹⁸⁾。この見解を本稿では、非要件説と呼ぶことにする。

非要件説に立つ主要な理由としては、第1に、債務の履行の見込みの有無が必ずしも明確な基準ではなく、これを会社分割の効力要件とすることは、会社分割を法的に非常に不安定にすると考えられることがあげられる¹⁹⁾。すなわち、立案担当者も指摘するように、債務の履行の見込みの有無の判定は実際上必ずしも容易でない場合がありうるし、債権の満足の点では弁済期におけるキャッシュ・フローの方が重要であって、分割契約の時点では実質債務超過の状態であっても、その後の救済融資等の実現により弁済期では弁済可能となることもありえる。このようなことは分割契約・分割計画の時点で常に明確であるとはいえない²⁰⁾。そのため、これを効力要件と解釈すれば、会社分割を活用した会社の再建やリストラは、おそらく著しく難しくなる。第2に、「債務の履行の見込みに関する事項」

15) 相澤哲＝細川充「組織再編行為」商事法務1796号19頁（2006年）。

16) 同様の趣旨を解説するものに、相澤哲＝葉玉匡美＝郡谷大輔『論点解説 新・会社法 千問の道標』（商事法務、2006年）674頁。

17) 相澤＝葉玉＝郡谷・前掲（注16）674頁。

18) 川島・前掲（注9）195頁、受川・前掲（注9）66頁、酒巻俊雄他編『会社法重要判例解説〔第3版補訂版〕』（成文堂、2008年）351頁〔受川環大〕、大隅健一郎＝今井宏＝小林量『新会社法概説』（有斐閣、2009年）489頁、森本滋編『会社法コンメンタール17—組織変更、合併、会社分割、株式交換（1）』（商事法務、2010年）271-272頁〔神作裕之〕。

19) 藤田・前掲（注14）65頁は、解釈上いずれの立場に立つかを明らかにするものではないが、この点での法的不安定性を指摘している。

20) 大隅＝今井＝小林・前掲（注18）489頁。

は、法務省令のレベルで開示事項として規定されているに過ぎない点が指摘されている²¹⁾。

これに対して、立案担当者の解説に賛同せず、債務の履行の見込みがあることが依然として会社分割の要件であると解釈する見解も有力である²²⁾。この見解を、本稿においては要件説と呼ぶことにする。

要件説に立つ理由としては、次のようなことがあげられている。第1に、上述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はないことになる、というものがある²³⁾。しかしながら、立案担当者の解説には、登記実務に関する言及は全く見られない一方で²⁴⁾、債務の履行の見込みの有無と実質的債務超過であるか否かの関係については、以下のような説明がみられる。すなわち、「債権者保護の観点からすれば、当事会社が実質的債務超過であるかどうかという点よりも、個々の債務の弁済期におけるキャッシュ・フロー等の問題の方がより重視されるべきであり、実質的債務超過であれば債務の履行の見込みがないという考え方は必ずしも妥当しないし、実質的債務超過でなければ債務の履行の見込みがあるという考え方も正しいものとはいえない。したがって、本事項についても、当事会社が実質的債務超過または簿価債務超過状態にあるかどうかは、その履行の見込みの有無の判断のための一資料となり得るもの」に留まるとの記述である²⁵⁾。

第2に、開示事項が上述のように変更されたことの一事をもって、実体法の解釈が直ちに変更されると解するのはやや強引であって、実体的に考えてみても、株式会社の場合、

21) 受川・前掲(注9)66頁、神作・前掲(注18)271頁。なお、合併についてはあるが、神田秀樹『会社法〔第12版〕』(有斐閣、2010年)324-325頁は、消滅会社が債務超過であるような場合に合併が可能であるかどうかについて、会社法の下では、株主総会等による承認があったような場合には、これを認めないとする理由は見出しがたい、とする。

22) 江頭憲治郎『株式会社法〔第3版〕』(有斐閣、2009年)829頁、弥永真生『コンメンタール会社法施行規則・電子公告規則』(商事法務、2007年)1000-1001頁、同『リーガルマインド会社法〔第12版〕』(有斐閣、2009年)356頁、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337-338頁(2007年)、吉田正之「会社法における会社分割」布井千博他編『会社法・金商法の新展開(川村正幸先生退職記念)』(中央経済社、2009年)572頁、奥島孝康=落合誠一=浜田道代編『基本法コンメンタール/会社法3』別冊法学セミナー201号362頁(2009年)[小林量]。なお、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23頁(2006年)も、「これまで履行の見込みがあったものを見込みがない状況にする組織再編」には無効事由があると解すべきであろうとされるが、「再編後における債務履行の見込みのない組織再編は、その前後を通じてその状況に変化がない場合にのみ許される」とも述べられており、「履行の見込みのない組織再編」が一律に許されないとする説か疑問が残る。

23) 江頭・前掲(注22)829頁。

24) 法制審議会会社法(現代化関係)部会の部会長である江頭教授の理解と立案担当者の解説とがこれほど乖離する事態は、立法作業のあり方として適切なものとはいえないであろう。

25) 相澤=細川・前掲(注15)19頁。

債務の履行の見込みがないことは支払不能として破産原因（破産法 16 条 1 項）に当たり、会社がそのような状態となる組織再編行為を有効であると解することは適切ではないこと、あるいは、支払不能に陥るような行為を有効にすることができるのか疑問であること、があげられている²⁶⁾。確かに、法人の破産手続開始原因は、支払不能または債務超過とされているが（破産法 16 条 1 項）、事前開示事項である債務の履行の見込みは、会社分割当事会社が負担するすべての債務について、その弁済期における債務の履行の見込みについて、会社分割の効力発生時点または会社分割の総会承認時点で判断して開示するものであるから、いわば一種の将来情報であって、その分割の時点で債務超過または支払不能ということとは必ずしも一致しないものと思われる。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必ずしも適切ではないであろう。

そして、第 3 に、組織再編行為がなされても、債務の履行の見込みがあつてこそ、個別催告を必ずしも要求しないことが正当化されると考えられること²⁷⁾、あるいは、債権者の個別的同意を省略して債権者保護手続を踏むことで会社分割を許容したのは、各会社において債務の履行の見込みがあるからと理解されること²⁸⁾があげられている。

しかしながら、「債務の履行の見込み」が会社分割の当事会社が負担するすべての債務についての開示事項であるのに対して、債権者異議手続の対象となる債権は限定されており、債権者異議手続のための個別催告を省略できるという制度の対象となる債権と、「債務の履行の見込み」の開示対象となる債権とは必ずしも一致しない。たとえば、新設分割（従来の人的分割にあたらぬもの）における分割会社の債権で分割会社に対して引き続き履行を請求できるものは、債権者異議手続の対象とされていない。債権者の個別的同意の省略という点も、個別的同意が必要とされるのは、債務者が変更する債権の債権者であるから、同様の関係になる。「債務の履行の見込み」があることを会社分割の効力要件と解釈すれば、たとえば上述の新設分割において分割会社に対して引き続き履行を請求できる分割会社の債権について履行の見込みがないことも、分割が認められない理由となるが、この債権は、個別的同意の省略される債権者の債権にも、また各別の催告を省略できる債権にも該当しない。

とはいえ、現行法上、会社分割における会社債権者保護制度に不十分な点があることは否定できないであろう。要件説は、こうした制度的不備を補完するという観点から主張された見解であると理解することができる。なお、会社法施行後の会社分割の実務においては、債務超過会社の会社分割も行われている模様である²⁹⁾。

26) 弥永・前掲コメンタール（注 22）1000-1001 頁、吉田・前掲（注 22）572 頁。

27) 弥永・前掲コメンタール（注 22）1000-1001 頁。

28) 南保・前掲（注 22）337-338 頁。

29) 参照、後藤孝典『債務超過でも企業を再建できる一会社分割〔第 5 版大刷新〕』（かんき出版、2009 年）。

(3) 小括

上述のように、法文の文言が変更された趣旨は、「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」ず、会社分割制度の活用を阻害することにもなりかねないので、この点を是正しようとするところにあったものと思われる。その趣旨とするところ自体は、必ずしも否定されるべきものではないのではないかと考える。むしろ、適切な債権者保護手続を行い、あるいは会社債権者の同意を得て進めるのであれば、会社分割の時点で債務の履行の見込みに疑問があっても、不採算部門の整理・統合などにより、企業の再建やリストラが有効に行える法制の方が望ましいのではないであろうか。このことの影響を受ける会社債権者であって、これに賛同できない者は、債権者異議手続において、異議を述べればよいわけである。

他方で、そのように解釈すると、会社分割が濫用的に利用されるおそれがある。濫用的な会社分割を許容することが「債務の履行の見込み」があることを会社分割の要件としない解釈の趣旨とするところではないので、濫用的な会社分割に対処して会社債権者を保護するための措置を検討することが必要である。現行会社法においても、会社債権者の保護はかなりの程度まで図られているが、それでも不備な点があるのは確かであり、この点に対する対処が、解釈論上必要であり、また立法による是正も求められるところであって、解釈論・立法論上のさらなる検討が必要であるということができる。立案担当者は、債務の履行の見込みがない会社分割によって生じる問題には詐害行為取消権の行使や取締役等の民事責任で対処するとしており、それらによる対処が必要であることは言うまでもないが、それらだけに限られるべきものでもないと考える。

IV 会社分割における債権者異議手続

1 債権者異議手続の趣旨と沿革

会社分割制度における会社債権者の保護の基本は、債権者異議手続の制度に置かれている³⁰⁾。会社分割は、合併に比べて会社債権者に与える影響が大きいことから、制度導入の当初から、債権者異議手続が規定されていた。

すなわち、平成12年改正商法のもとでは、分割会社の債権者に対して、会社分割に異議があれば述べるべき旨を官報で公告し、かつ、知れたる債権者に対しては各別に催告す

30) 会社分割制度の制度設計議論においては、債権者異議手続ではなく、当事会社の連帯債務を基本とする制度により債権者を保護することも論じられていた。現行制度設計への疑問を表明する論考として、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」遠藤美光＝清水忠之編『企業結合法の現代的課題と展開』（商事法務、2002年）221頁以下。

るものとされ、異議債権者には弁済等の措置を講ずるものとされていた（平成16年改正前商法374条ノ4第1項本文・374条ノ20第1項本文）。これは資本減少の場合と同様の債権者保護手続であると説明された³¹⁾。ただし、新設分割で物的分割の場合に、分割後も分割会社に対して債権の全額を請求することができる債権者については、債権者異議手続は要しないこととされた（平成17年改正前商法374条ノ4第1項但書）。他方、吸収分割の承継会社にとっては、分割会社から純資産額を承継し、その対価として新株を発行する点で、吸収分割は吸収合併と同様のものであると考えられたことから³²⁾、承継会社の債権者については、合併の場合と同様に、異議申述の公告を官報とともに日刊新聞紙に掲げて行うときは、各別の催告は要しないものとされていた（平成12年改正商法374条ノ20第1項但書）。

その後、平成16年改正商法によって、不法行為債権者を除いて、債権者異議手続の公告を、官報に加えて、定款所定の日刊新聞紙または電子公告により行うときは、債権者異議手続に関する個別催告を、いずれの場合も省略できるものとする改正がなされたため（平成16年改正商法374条ノ4第1項但書・374条ノ20第1項但書）、公告および各別の催告に関するこのような差異は消滅するに至った。

上述のような債権者異議手続の構造からは、会社分割の影響を受ける債権者の保護制度が、次のように分解して設計されたことが伺われる。つまり、会社分割の分割会社については営業譲渡と資本減少、承継会社については吸収合併のアナロジーによって、保護制度が設計されたということである。会社分割における分割会社においては、営業譲渡における譲渡会社と経済実態としては同様のことが行われると理解して、譲渡（免責的債務引受け）の対象となる債務について債権者の個別の同意に代えて債権者異議手続を提供する。ただし、人的分割が行われる場合には、分割会社の債権者について、資本減少の場合と同様の保護を提供する必要があるので、保護手続のレベルは資本減少の場合にそろえる。吸収分割における承継会社では、吸収合併における存続会社と同様の現象が生ずるので、合併と同様の債権者保護を提供する、というものである。ちなみに、新設会社には会社債権者は存在しないと考えられるので、新設会社の問題は考慮されなかった。

2 債権者異議手続の対象——異議を述べることができる債権者——

会社分割における債権者異議手続では、承継会社のすべての債権者がその対象とされる一方（会社799条1項2号）、分割会社の債権者については、債権者異議手続の対象となるのは、原則として、承継会社・新設会社に免責的に移転される債務の債権者に限定される（会社789条1項2号・810条1項2号）³³⁾。すなわち、原則として、会社分割後に分

31) 前田・前掲（注5）667頁。

32) 原田・前掲（注1）92頁、前田・前掲（注5）668頁。

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は、分割会社に対して異議を述べることができるとされるものの、分割会社に対して当該債務の保証人として吸収分割承継会社（または新設分割設立会社）と連帯して負担する保証債務の履行を請求することができる債権者は除外される（会社789条1項2号括弧書き・810条1項2号括弧書き）。つまり、分割会社が重疊的債務引受けまたは連帯保証を行う場合には、分割会社から承継会社・新設会社に債務が移転する債権の債権者であっても、債権者異議手続の対象とはされないのである。ただし、分割の対価である株式等を分割会社の株主に分配する場合（従来の人的分割に該当する場合）には、分配可能額による制限が課されないため、分割会社の債権者はすべて債権者異議手続の対象とされる（会社789条1項2号括弧書き・810条1項2号括弧書き）。

このように、分割会社に対して引き続き債務の履行を請求できる分割会社の債権者が債権者異議手続の対象とされないのは、物的会社分割においては、分割する会社の資産状況に変更がなくその債権者に特段の不利益を与えない、あるいは債権の満足を受ける可能性に影響を生じないと考えられたところから、これに対する債権者保護手続は必要ないものとされたためである³⁴⁾。つまり、分割会社は、承継会社・新設会社から、これらの会社に移転した資産の価値と等しい対価を取得すると考えられるので、資産状態に変化はないと考えられたのである。

このような考え方に対しては、平成17年改正前商法の下、会社分割の対価が株式に限定されていた当時においても、批判的見解が存在していた。すなわち、分割により承継された財産と分割会社に交付される株式とを同一視してよいかは問題であろうし、分割する会社の企業実体の変動してしまう可能性も大であることを考えると、債権者保護手続を要しないとすることはできない、とする見解である³⁵⁾。会社法の下では、会社分割の対価が柔軟化され、株式以外の対価も認められるようになったため、財産の形態が変化するというに加えて、分割により承継された資産に見合う対価が分割会社に交付されないおそれも生じている。また、対価が株式である場合でも、吸収分割・共同新設分割においては、分割条件次第では、移転した純資産の価値に等しい対価を取得できない可能性があることも指摘されている³⁶⁾。

このような批判、あるいは問題点の指摘に対しては、現行法上の扱いは是認される理由として、次のような反論がなされている。すなわち、そのような過小評価の問題は事業譲

33) かかる債権が金銭債権に限られるか否かについては議論があるが、本稿では立ち入らない。

34) 原田晃治「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1533号9頁（1999年）、森本滋「会社分割法制について」金融法務事情1580号24頁（2000年）、前田庸『会社法入門〔第12版〕』（有斐閣、2009年）732頁。

35) 宮島司「企業再編における債権者保護」法学教室243号38頁（2000年）。なお、前田・前掲（注5）231頁。

36) 江頭・前掲（注22）833頁。

渡でも起こりうるが、事業譲渡には債権者異議手続は設けられていないこと、事業譲渡と比べれば会社分割においては情報開示が充実して取締役の責任追及が容易であるから事業譲渡の場合以上に債権者保護のための措置が講じられているということができると、不公平な割当比率が株主総会で承認されることは稀であると考えられ、そのような稀な場合のために一般的に債権者保護手続が要求されることは立法論として適切でないこと、である³⁷⁾。

しかしながら、事業譲渡との比較から、会社分割の分割会社における債権者保護を論ずることは必ずしも適切ではないと考える³⁸⁾。事業譲渡と会社分割には、次のような相違がある。まず、会社分割は組織法上の行為であって、取引法上の行為である事業譲渡とはその性質が異なる。会社分割の効力が生じると新設会社・承継会社は分割の対象となる分割会社の権利義務を包括的に承継³⁹⁾することとなり、個々の財産（権利・義務）の移転は観念されない。次に、会社分割の効力を否定するには会社分割無効の訴えの提起が必要である。会社分割無効の訴えの提訴権者は限定され、後述のように、分割会社に引き続き債務の履行を請求できる債権者は提訴権者に含まれないと一般的には理解されている。提訴期間も6ヶ月に制限される。会社分割には、権利関係が早期に確定する点で、営業譲渡に比べてメリットがあることが平成17年改正前商法の下でも指摘されていた⁴⁰⁾。

このように、会社分割の無効の主張方法が無効の訴えに限定されるため、民法上の詐害行為取消権（民424条）の行使によって会社分割の効力を取り消すことはできないと解釈されている⁴¹⁾。学説には、会社法51条のような民法の適用除外規定がないこと等を理由に、組織再編行為も詐害行為取消権の対象となるとする見解もあるが⁴²⁾、このような解釈は、無効の訴えの制度が設けられた趣旨と抵触することになる⁴³⁾⁴⁴⁾。

会社分割によって移転した財産の一部（特定の財産の移転）については、どうであろうか。立案担当者の解説をみると、この場合に詐害行為取消権が行使できるのは当然のこと

37) 前田・前掲（注34）732-733頁。

38) 簡易分割において分割会社の株主には反対株主の株式買取請求権が与えられないこと（会社785条1項2号・806条1項2号）にも、事業譲渡における事業の重要な一部の基準（会社467条1項2号括弧書き）が影響しているものと思われるが、その妥当性は慎重に検討されるべきであろう。

39) ただし、神田・前掲（注21）335頁は、合併と異なり分割会社は分割後も存続するので、包括承継という概念を使うのは必ずしも適切ではないとする。

40) 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19頁（2001年）。

41) 原田晃治「会社分割法制の創設について〔下〕」商事法務1566号8頁（2000年）、東京地方裁判所商事研究会編『類型別会社訴訟〔第2版〕Ⅱ』（判例タイムズ社、2008年）779頁。

42) 弥永真生『リーガルマインド会社法〔第11版〕』（有斐閣、2007年）419頁。なお、伊藤靖史＝大杉謙一＝田中亘＝松井秀征『会社法』（有斐閣、2009年）393頁〔田中亘〕。

43) 東京地方裁判所商事研究会・前掲（注41）779頁。

44) 会社法の制定によって、平成17年改正前商法141条（債権者による設立取消の訴え）を準用する有限会社法75条1項に相当する規定を欠いたまま、株式会社が従来の有限会社を包摂したことや最低資本金制度が撤廃されたことなどを勘案すると、株式会社について詐害設立取消の訴えの制度を設けるべきか、再度検討する必要があるように思われる。参照、法務省民事局参事官室「大小〔公開・非公開〕会社区分立法および合併に関する問題点」（1983年）――10。

のようであるが⁴⁵⁾、詐害行為取消権が行使できるか否かは議論のありうるところであつて、必ずしも当然に詐害行為取消権が行使できると考えられるわけではないようである⁴⁶⁾。裁判例には、平成 17 年改正前商法および有限会社法の下で、破産法上の否認権について、「会社分割の一部である財産の承継について、会社分割から独立した財産移転行為を觀念することはできず、会社分割の一部である財産の承継のみを取り出して否認することは許されない」として否認権の行使を否定するものもある⁴⁷⁾。以上のことからして、物的分割における分割会社の債権者を害するような会社財産の移転が会社分割によって行われた場合、分割会社に引き続き請求することができる債権の債権者は、それが事業譲渡によって行われた場合と比べて、不利益を受けるおそれがあると考えられる。

他方、組織再編の一類型である株式交換・株式移転をみると、平成 17 年改正前商法の下で株式交換・株式移転の対価が株式に限定されていた当時は、株主が交代するだけであると考えられたことから、債権者異議手続は要求されていなかった。当時の株式交換制度の下では、完全親会社となる会社にとっては、完全子会社となる会社の株式の移転に伴い、会社財産と資本の額が増加し、会社債権者にとって有利にこそなれ、不利になることはなく、完全子会社となる会社にとっても会社財産の減少も資本の額の減少も生じないからである。株式移転についても同様と考えられた。これに対して、株式交換の対価が柔軟化された会社法の下では、株式交換において完全親会社が完全子会社の株主に交付する対価が完全親会社の株式（その他これに準ずるものとして会社法施行規則 198 条で定めるもの）のみである場合を除いて、完全親会社は、債権者異議手続を行うことが要求されている（会社 799 条 1 項 3 号）。つまり、ここでは、取得する完全子会社の株式と対価として完全子会社の株主に交付する株式以外の資産との間に過小評価が生ずるおそれを考慮して、債権者異議手続を行うことで債権者の保護が図られているのである。会社分割（物的分割）の分割会社においても、移転する会社資産とその対価として承継会社から交付され

45) 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』（商事法務、2006 年）674 頁、723-724 頁。

46) 齊藤真紀「あなたの知らぬ間に」法学教室 352 号 41 頁（2010 年）以下。現物出資が詐害行為取消権の対象となるかについては、学説上はこれを肯定する見解が通説と思われる。宇都宮地判昭和 33 年 7 月 25 日（下民集 9 卷 7 号 1433 頁）はこれを否定的に解釈したが、東京地判平成 15 年 10 月 10 日（金融商事判例 1178 号 2 頁）は、株式会社に対する現物出資行為について、少なくとも株式会社の資本を毀損しない範囲では、設立行為を直接取り消すことにはならないから、詐害行為として取り消すことができる旨を判示している。

47) 東京地判平成 17 年 12 月 20 日（Westlaw 文献番号 2005WLJPCA12208002）。事案は、有限会社の新設分割（出資口数のすべてを対価として分割会社に交付）に関するものであり、分割の効力発生後 1 年 10 ヶ月余が経過した後、分割会社の破産管財人が会社分割について否認権を行使したものである。東京地裁は、原告破産管財人による否認権行使を否定している。これに対して、東京地判平成 22 年 5 月 27 日（金融商事判例 1345 号 26 頁）は、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ようとす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となりうる旨を判示している。

る株式等以外の財産との間で過小評価が生ずるおそれがあることから、少なくとも会社分割の対価が柔軟化された時点で、分割会社の債権者についても、同様の保護を提供すべきであったと考えられる。とはいえ、これは、解釈論によってというよりも、法制度の改正によって対処すべき課題であるということができよう。

また、吸収分割や共同新設分割について、分割条件次第では移転した純資産の価値に等しい対価を取得できない可能性があるとの指摘に対して、不公平な割当比率が株主総会で承認されることは稀であるとの反論がなされているが、吸収分割や新設分割が企業グループ内における事業の再編や整理・統合のために利用されることが多い現状⁴⁸⁾からすると、このような反論は必ずしも正鵠を射たものであるとはいえないように思われる。企業グループ内や関連の強い企業間において吸収分割や共同新設分割が利用される場合、企業グループ全体の利益が優先されて、当事会社の一部に不公平な割当比率であっても、株主総会で承認されるおそれがある。不公平な割当比率の対象となる当事会社の株主の中に当該企業グループと関係のない少数派株主がいても、会社法の下では、このような株主は反対株主の株式買取請求権を行使することで経済的な不利益の是正を図ることができるので、この点からも、不公平な割当比率自体が是正されないおそれがある。少数派株主が株式買取請求権の行使によって経済的な不利益の是正を図ることができるのに対して、このような分割会社の債権者だけが、会社法上は特段の保護のない状態に置かれている。

3 債権者異議に関する公告・催告

(1) 公告・催告と催告の省略

異議を述べることのできる債権者が存在するときは、各当事会社は、吸収分割または新設分割をする旨等の法定の事項と、債権者が1ヶ月を下回らない一定の期間（異議申述期間）内に異議を述べることを旨を、官報に公告し、かつ、知れている債権者には各別に催告しなければならない（会社789条2項・799条2項・810条2項）。ただし、前述のように、官報公告に加えて、定款に定めた日刊新聞紙または電子公告によって公告するときは、各別の催告は、不法行為によって生じた吸収分割会社または新設分割会社の債務の債権者に対するものを除いて、省略できる（会社789条3項・799条3項・810条3項）。不法行為債権者については、各別の催告を省略できないこととして、その保護を強化している。そして、債権者が異議申述期間内に異議を述べなかったときは、当該債権者は当該会社分割について承認したものとみなされる（会社789条4項・799条4項・810条4項）。債権者が異議申述期間内に異議を述べたときは、各当事会社には、会社分割が当該債権者を害するおそれがない場合を除いて、弁済、担保の提供または相当の財産の信

48) 檀柔正=塚本英巨「一部移転型の組織再編〔I〕」商事法務1889号30頁（2010年）。

託が要求される（会社 789 条 5 項・799 条 5 項・810 条 5 項）。

なお、分割会社が新株予約権を発行するときに、当該新株予約権に代えて承継会社または新設会社の新株予約権が交付される旨が、吸収分割契約・新設分割計画において定められる場合（会社 758 条 5 号 6 号・763 条 10 号 11 号）、または、その旨が新株予約権の内容として定められていながら（会社 236 条 1 項 8 号ロハ）、その取り扱いが当初の定めと合致しないものである場合には、分割会社において新株予約権買取請求権が発生する（会社 787 条 1 項 2 号・808 条 1 項 2 号）。この場合、分割会社は、当該新株予約権の新株予約権者に対して、会社分割をする旨等を通知・公告しなければならない（会社 787 条 3 項 2 号・808 条 3 項 2 号）。

(2) 公告・催告の懈怠

分割会社の債権者であって、債権者異議手続の対象者で、各別の催告を受けるべき者が当該催告を受けなかった場合には、当該債権者は、吸収分割契約・新設分割計画の定めにより債務の履行を請求できないものとされている会社に対しても、当該会社が効力発生日に有していた財産の価額（承継会社である場合には承継した財産の価額）を限度として、債務の履行を請求することができる（会社 759 条 2 項 3 項・764 条 2 項 3 項）。これは、催告の懈怠によって債権者異議手続が適法に行われない場合には、例外的に、法律の規定によって分割会社と承継会社または新設会社が連帯債務を負担したのと同様の扱いをするものであり、不測の損害を被るおそれのある債権者の保護を強化するものといえる。

各別の催告が必要とされるのは、前述のように「知っている債権者」であるので、法文をみると、不法行為債権者で会社に知れていない者はこの保護の対象とならないようにも受け取られる。そもそも、各別の催告をすべき対象（すなわち、各別の催告を省略できる対象）は、知っている不法行為債権者だけなのか、知れていない不法行為債権者も含まれるのが問題となる。このように、会社分割と不法行為債権者の扱いを巡っても問題があるが、本稿では立ち入らないことにする⁴⁹⁾。

49) 考え方としては、会社に知れていない債権者には各別の催告は不要と解する立場とこれを必要とする立場（江頭・前掲（注 22）835-836 頁、神田・前掲（注 21）341 頁）の双方がある。立案担当者は、前者の立場に拠りつつ、自己が損害を被っていることや加害者が分割会社であることを知らない不法行為債権者との関係では、免責的債務引受け自体が生じないので、これらの不法行為債権者は分割後も会社分割の両当事会社に損害賠償を請求することができる（相澤他・前掲（注 45）693 頁）。後者の立場によれば、知れていない不法行為債権者に各別の催告をすることはできないので、結局連帯債務を負担することになり、不法行為債権者は保護される。それでも残る問題について、齊藤・前掲（注 46）34 頁。

V 会社分割無効の訴え—会社債権者との関係—

1 会社分割無効の訴えの趣旨

会社分割について、その手続等に瑕疵があった場合でも、いったん会社分割がなされた後は、分割会社、新設会社または承継会社のそれぞれについて新たな法律関係が形成され、これを取り巻く利害関係人も多数にのぼるところから、会社分割を特定の当事者間で相対的に無効としたり、また遡及的に無効としたりすると、法律関係の処理が複雑かつ困難なものとなる。そこで、会社法は、会社分割無効の訴えを設けて、訴えによってのみ無効を主張できるものとし、提訴期間・提訴権者を制限するとともに、無効原因の存否を画一的に確定し、また遡及効を制限して法律関係の複雑化を回避している。その趣旨は、合併無効の訴え等と同様であると考えられる。ちなみに、合併無効の訴えに関する規定は昭和13年の商法改正によって新設されたものである。平成17年正前商法415条は株式会社の合併無効の訴えについて規定していたが、同条3項において、無効の訴えの手続、合併無効の登記、判決の第三者に対する効力、判決の効果の不遡及、無効の場合の合併後の債務・財産の帰属については、合名会社の合併無効の訴えに関する平成17年改正前商法105条、108条ないし111条が準用されていた。

このように、会社分割の無効は会社分割無効の訴えをもってのみ主張することができ、債務超過会社の会社分割は認められないと解されていた平成17年改正前商法の下においても、分割会社が債務超過または無資力になるような会社分割がなされても、前述のように、民法上の詐害行為取消権の行使によって会社分割を取り消すことはできないと解釈されていた⁵⁰⁾。

2 提訴権者—会社債権者との関係—

(1) 沿革等

会社分割無効の訴えは、当事会社の株主等（株主、取締役、執行役、監査役、清算人）、破産管財人、および、吸収分割または新設分割について承認をしなかった債権者が提起することができることと規定されている（会社828条2項9号10号）。会社分割制度を導入した平成12年改正商法においても、提訴権者は、株主、取締役、監査役、清算人、破産管財人または「分割ヲ承認セザル債権者」とされ（平成12年改正商法374条ノ12第2項・374条ノ28第3項）、制度導入の当初から、破産管財人と「分割を承認しない債権者」が提訴権者に含まれていた。

合併無効の訴えについても、「合併について承認をしなかった債権者」が提訴権者とさ

50) 原田・前掲（注41）8頁。

れるが、合併においては、各当事会社の債権者は、すべて債権者異議手続の対象とされる。そのため、「合併について承認をしなかった債権者」の意義について、①異議申立をした債権者、および、②異議申立の催告がなされるべき場合にそれを受けなかったため異議申立をしなかった債権者、というように債権者異議手続と連動して解釈しても⁵¹⁾、合併の影響を受けるにもかかわらず、無効の訴えの提訴権者から漏れる債権者は、基本的には存在しなかった。

平成 11 年および平成 12 年の商法改正によって、株式会社の組織再編の形態が多様化し、株式交換・株式移転および会社分割が導入されて、それぞれについて、無効の訴えの制度が整備されたが、これらについて無効の訴えの制度を整備するに当たっては、合併無効の訴えが参考にされたものと思われる。

ただし、株式交換・株式移転については、平成 11 年に制度が導入された際には、これらの無効の訴えの提訴権者に、「破産管財人」も株式交換・株式移転を「承認しなかった債権者」も含まれていなかった（平成 17 年改正前商法 363 条 2 項・372 条 2 項）。株式交換・株式移転無効の訴えは、当初、株主等を保護する制度として位置づけられていたためである⁵²⁾。前述のように、株式交換・株式移転の場合には、債権者に不利益を生じることはないと考えられたため、債権者保護手続がとられなかったところから、債権者が提訴権者に含まれないことは当然とされ、破産管財人は破産財団に関する訴えについて原告または被告となるが、株式交換無効の訴え（または株式移転無効の訴え）は破産財団に関する訴えとはいえないので、その提訴権者から除外されたのである⁵³⁾。

つまり、元来は、当該組織再編によって不利益を受ける債権者は債権者異議手続の対象とされることを前提として、債権者異議手続の対象となる債権者であることが、無効の訴えの提訴権者の前提条件とされていたということではないかと思われる。

(2) 「分割について承認をしなかった債権者」の意義

前述のように、会社分割無効の訴えは、当事会社の株主等（株主、取締役、執行役、監査役、清算人）、破産管財人、および、吸収分割または新設分割について承認をしなかった債権者が提起できると規定されている（会社 828 条 2 項 9 号 10 号）。

平成 17 年改正前商法の下では、「分割ヲ承認セザル債権者」の意義について、会社分割における債権者異議手続に、合名会社の合併における債権者の異議に関する平成 17 年改正前商法 100 条 2 項・3 項が準用されていたところから、基本的には合併無効の訴えに準

51) たとえば、前田庸『会社法入門〔第 9 版〕』（有斐閣、2003 年）610 頁。

52) 岸田雅雄『平成 11 年改正商法解説』（税務経理協会、1999 年）59 頁。

53) 前田・前掲（注 51）633 頁・641 頁。

54) 岩原紳作他「座談会—会社分割に関する商法改正への実務対応」商事法務 1568 号 32 頁（2000 年）〔岩原発言〕。

じて考えることになると説明されていた⁵⁴⁾。会社法における「分割について承認をしなかった債権者」についても、①債権者の異議手続で異議を述べた会社債権者のほか、②必要な各別の催告を受けなかった者が含まれる⁵⁵⁾と解説されており、合併の場合と同様に理解されていることが窺われる。①の債権者であっても、異議を述べた後に弁済または相当の担保提供を受けた者は除かれる⁵⁶⁾との理解も、合併の場合と同様である⁵⁷⁾。

ちなみに、事前開示書類に重大な虚偽記載があったために債権者が異議を述べなかった場合には、かかる債権者が分割無効の訴えの提訴権者に含まれないと解することは、適切ではないと考えられるので、かかる場合にも提訴権者となることを認める必要があると思われる⁵⁸⁾。平成16年改正商法以降、各別の催告が省略できるようになった法制の下では、各別の催告を省略するための公告が二重に行われなかった場合も、債権者異議手続の対象である債権者は、②の債権者と同様に、提訴権者に該当すると解釈されるべきであろう。いずれにしても、①・②とも、債権者異議手続の対象となる債権者であることが、提訴権者となりうる債権者の前提であると解されている。しかしながら、債権者異議手続の対象とされない債権者には、分割無効の訴えの提訴資格もないと解することには、検討の余地があるのではないかと思われる。

株式交換・株式移転についてみると、無効の訴えの提訴権者は、株式交換無効の訴えについては、当該会社の株主等（株式交換契約をした会社の株主等もしくは社員等であった者または株式交換契約をした会社の株主等、社員等）のほか、破産管財人と「株式交換について承認をしなかった債権者」が挙げられているのに対して（会社828条2項11号）、株式移転無効の訴えの提訴権者には、破産管財人と債権者は、入っていない（会社828条2項12号）。株式交換・株式移転では、完全子会社となる会社の債権者は、新株予約権者（株式交換契約新株予約権者・株式移転計画新株予約権者）を除いて、その地位に変動はないことができる（つまり子会社となる会社の株主が代わるだけである）。完全親会社となる会社についても、完全子会社となる会社の株主に親会社となる会社の株式を交付する限り、財産状態の悪化は生じないはずであるので、債権者異議手続が要求されるのは、完全親会社の債権者については、株式交換において完全親会社の株式（またはこれに準ずるもの）以外のものを対価として交付する場合である。そのため、株式交換についてのみ、無効の訴えの提訴権者の中に、破産管財人と債権者が入っているのであって、法文上の限定はないが、株式交換の完全親会社における債権者の異議手続（会社799条1項3

55) 江頭・前掲（注22）846頁。

56) 東京地方裁判所商事研究会・前掲（注41）766頁。

57) 平成17年改正前商法下の合併無効の訴えについて、鈴木竹雄＝竹内昭夫『会社法〔第3版〕』（有斐閣、1994年）522頁、上柳克郎他編『新版注釈会社法（13）』（有斐閣、1990年）249頁〔小橋一郎〕。

58) 岩原他・前掲（注54）32頁〔岩原発言〕。

号)が違法な場合のみを念頭に置いて、無効の訴えの提訴権を与えているものと推測されている⁵⁹⁾。しかしながら、株式移転の場合でも、完全子会社の新株予約権者には株式移転の無効の訴えを提起する利益があると考えられるところから、学説には、会社法 828 条 2 項 11 号を類推適用し、株式移転における完全子会社の新株予約権者にも提訴権を認めるべきであると解釈する有力説がある⁶⁰⁾。

前述のように、組織再編の対価が柔軟化されたことによって、株式交換完全親会社の債権者が不利益を受けるおそれが生じたのと同様の利害状況は、会社分割（物的分割）において分割会社に引き続き請求できる債権者にも生じている。そうであれば、分割会社のこのような債権者にも、解釈論によって、会社分割無効の訴えの提訴権を認めるべきであろう。分割会社に引き続き請求できる債権者は、債権者異議手続の対象とはならないので、異議申述の機会がなく、会社分割について承認をしてはいない。したがって、かかる債権者も「会社分割について承認をしなかった債権者」に含まれると解釈することで、無効の訴えの提訴権者に含めることが考えられる。このように解することに対しては、それでは、「株式交換について承認をしなかった債権者」に債権者異議手続が不要な場合の完全親会社の債権者や、株式交換完全子会社の債権者も含まれることになって適切ではない、との反論が予想される。しかしながら、別途無効事由について、後述のように会社債権者の場合には自己の利益が害されたことのみを無効事由として主張できると解釈することで絞りをかければ、「会社分割について承認をしなかった債権者」の意義をこのように解釈しても、無効の訴えが提訴できる債権者の範囲をいたずらに広げることにはならないと考える。もう一つの方法としては、従来の物的会社分割に相当する会社分割において分割会社に引き続き請求できる債権者についてのみ、類推適用によって、会社分割無効の訴えの提訴権者としての地位を認めることも考えられる。

3 無効事由

会社分割無効の訴えにおける無効事由としては、一般に、①吸収分割契約・新設分割契約の内容の違法（作成懈怠、必要的記載事項の記載漏れ等）、②開示書類（書面等）の不実記載・備置きの懈怠、③総会承認決議の瑕疵、④法定の株式（新株予約権）買取請求手続の不履行、⑤法定の債権者異議手続の不履行、⑥労働者との協議の不履行、⑦簡易分割・略式分割の要件欠缺、⑧略式分割の差止め仮処分違反、⑨独禁法に定める手続の違反・認可を要する場合の不認可等があげられている⁶¹⁾。

合併無効の訴えをみると、無効原因と提訴権者との関係についてさらに議論があり、従

59) 江頭・前掲（注 22）869 頁。

60) 江頭・前掲（注 22）870 頁。

61) 江頭・前掲（注 22）845 頁。

来、「合併を承認しない債権者」が提訴権者である場合には、債権者異議手続の欠缺を理由としてのみ合併無効の訴えを提起することができ、他の理由をもってこれを提起することはできないと解されており⁶²⁾、分割無効の訴えについても同様の解説がみられる⁶³⁾。しかしながら、これでは、事前開示書類の虚偽記載など、債権者異議手続以外の所で会社債権者の利益が害される事態が生じていても、無効の訴えを提起できなくなるおそれがある⁶⁴⁾。もう少し緩やかに、「合併を承認しなかった債権者」は、会社外部者として自己の利益が害されたことのみを無効原因として主張できると解すべきであるとする見解⁶⁵⁾があり、こちらの方が妥当であると考えられる。

会社分割には債務の履行の見込みを要すると解する見解（要件説）に立てば、債務の履行の見込みを欠くことは、①の無効事由の一つとなると解釈される⁶⁶⁾。したがって、要件説によれば、会社分割の時点で分割会社または承継会社・新設会社に債務の履行の見込みがないことは、会社分割の無効事由に該当する。とはいえ、次に述べるような理由から、要件説に立つだけでは、会社債権者保護の点であり実益は期待できないのではないかとと思われる。

まず、承継会社・新設会社の債務については、その債権者は債権者異議手続の対象とされるので、自らの債権に対応する債務の履行の見込みがきわめて困難である、あるいは履行の見込みがないと開示されているときは、債権者異議手続で異議を述べることができるから、無効の訴えによらなければならない事態は、通常予想されない。もっとも、各別の催告を省略しうることから、債権者が気付かないうちに債務の履行の見込みのない会社分割が行われるおそれはあるが、異議を述べない債権者は承認したものとみなされるので（会社789条4項・810条4項）、無効の訴えの提訴資格を失う。また、実際には債務の履行の見込みがないにもかかわらず、「債務の履行の見込みがある」と虚偽の開示がなされたために⁶⁷⁾、異議を述べなかったとすれば、やはり異議を述べなかった点から「分割について承認しなかった債権者」には含まれないと解釈されかねない⁶⁸⁾。

他方、分割会社の債権者で、分割会社に対して引き続き請求できる者は、会社分割によってその債権に対応する債務の履行の見込みがない場合であっても、前述のように、債権者異議手続の対象となる債権者ではないとされることから、一般的な理解によれば、会社

62) 上柳他・前掲（注57）249頁〔小橋〕。減資無効の訴えについて、大隅健一郎＝今井宏『会社法論中巻〔第3版〕』（有斐閣、1992年）559頁。

63) 東京地方裁判所商事研究会・前掲（注41）775頁。

64) 岩原他・前掲（注54）32頁〔岩原発言〕

65) 江頭・前掲（注22）812頁・845頁。

66) 江頭・前掲（注22）845頁、弥永・前掲（注22）356頁、南保・前掲（注22）339頁。

67) 債務の履行の見込みに関する事項について虚偽の開示をしたときは、取締役は100万円以下の過料に処され（会社967条7号）、損害賠償責任を負う場合もある。

68) 債権者の判断の前提となる開示情報に虚偽があった場合であるので、このような解釈は適切ではないと考える。

分割無効の訴えの提訴権者である「分割について承認をしなかった債権者」には含まれないことになる。そのため、分割会社に引き続き履行を請求できる債権者については、その債権に対応する債務の履行の見込みがないことを分割無効事由と解釈しても、これを理由に無効の訴えを提起するどころか、そもそも無効の訴えの提起自体が認められない。そこで、このような債権者は、分割会社について破産の申立を行い、裁判所の破産手続開始決定・破産管財人の選任を受けて、破産管財人が会社分割無効の訴えを提起するのを待たなければならないことになる。しかし、これでは迂遠に過ぎるのではないかと思われるし、6ヶ月の提訴期間を徒過してしまうおそれも大きい。このように、現行法の一般的な理解を前提とする限り、要件説に立って債務の履行の見込みがあることを会社分割の要件であると解釈しても、そのことによる債権者保護の実益は必ずしも大きくはないのである⁶⁹⁾。

これに対して、前述のように、いわゆる物的分割において分割会社に引き続き履行を請求できる債権者も「会社分割について承認をしなかった債権者」に含まれると解釈すること等によりかかる債権者に無効の訴えの提訴権を認めることができれば、要件説に立つ可否にかかわらず、債権者保護のために会社分割無効の訴えを利用できる可能性が拡大することになる。もっとも、非要件説に立つ場合には、債務の履行の見込みのないことは会社分割の無効事由とは解釈されないので、物的分割の分割会社に引き続き債務の履行を請求できる債権者が提訴権者であるとしても、債務の履行の見込みのないことを理由に分割無効の訴えを提起することはできない。しかし、特段の理由もなく、専ら債権者詐害を目的として会社分割が行われたような事案については、会社分割制度を濫用するものとして無効の訴えを提起できるのではないかと考える。最後にこの点について検討する。

VI 濫用事例の検討—債権者詐害的な会社分割—

会社分割制度の濫用によって利益を害される可能性が高いのは、債権者異議手続の対象とされない債権者であろう。債権者異議手続の対象である債権者は、各別の催告が省略されうるとはいえ公告はなされるので、この機会を捉えて異議を述べることにより債務の履行を確保できるからである⁷⁰⁾。

会社分割（物的分割）において、分割会社に引き続き債務の履行を請求できる債権者が債権者異議手続の対象とされていないのは、前述のように、新設会社・承継会社に移転した権利義務に相当する新設会社・承継会社の株式等その他の財産が分割会社に交付され

69) 提訴権者ではない点を指摘する見解として、江頭・前掲（注22）829頁、東京裁判所商事研究会・前掲（注41）774頁。

70) ただし、藤田友敬「組織再編」商事法務1775号59頁（2006年）が指摘するように、不法行為債権者や、預託金返還請求権を有する預託金会員制ゴルフクラブの会員のように、債権者としての意識に乏しいことがやむをえない債権者の場合は、事情が異なる。

る、と考えるからである。この考え方からすれば、分割会社の「債務の履行の見込み」が会社分割によって分割前よりも悪化したり、「履行の見込み」がなくなったりする、ということは起こりえないようにも思われる。

しかしながら、実際には、対価として交付される財産等の価値が移転した権利義務に比べて著しく低廉である、というような濫用事例は容易に想像される。第1に、金銭を対価とする例として、経営不振の100%子会社（S1社）を有する親会社が、S1社の優良事業に関する権利義務だけを分割し、分割対価をゼロ円または著しく少額にして、別の100%子会社（S2社）に承継させ、不採算事業に関する債権者だけがS1社に残されるという事例をあげるテキストもある⁷¹⁾。これは金銭を対価とする吸収分割の例であるので、ある意味ではわかりやすい濫用事例といえるが、第2に、会社分割の対価が承継会社の株式である場合であっても、分割会社に対する承継会社株式の割当比率を既発行の承継会社株式の価値と比べて低く抑えることにより、移転する権利義務の価値と比べて過小な数の株式を分割会社に割り当てることは可能であり⁷²⁾、これによって対価の金銭がゼロ円または著しく少額であると同様の効果を、金銭を使わずにあげることができる。第3に、新設分割であって会社分割の対価が新設会社の株式のみという場合であっても、分割会社が会社分割の効力発生後、短時日のうちに、分割会社に交付された新設会社の株式を著しく廉価または実質的には無償に近い形で他に譲渡してしまうとすれば、分割会社に残る債権者が害される事態が生じる。

第1および第2の事例においては、会社分割契約において、承継会社に移転する権利義務の内容と、その対価として分割会社に交付される金銭や割り当てられる承継会社株式の数等が開示されるので、分割会社に交付される対価が過小であることは、明らかであることが一般的であると思われる。このような場合に、分割会社に引き続き請求できる債権者について、当該会社分割の結果として債務の履行の見込みがなくなるとすれば、当該債権者がそれを了承している場合は別として、かかる会社分割は分割会社の債権者を害することを知りながら、かかる債権者が債権者異議手続の対象となっていないことを悪用して行われた濫用的な会社分割であるということができ、会社分割無効の訴えにおける無効原因に該当すると解釈すべきであろう⁷³⁾。

これに対して、第3の事例の場合、会社分割の対価として交付されるのは新設会社の全

71) 伊藤他・前掲(注42)383頁〔田中亘〕。

72) 会社分割の対価が新設会社の株式のみで、対価の過小性が問題とならない新設分割の事案であっても、たとえば、新設会社が会社分割の後、直ちに著しく有利な払込金額で第三者割当増資を行えば、分割会社の保有する新設会社株式の価値を稀釈化することができるので、これにより、同様の効果をあげることが可能である。

73) これを無効原因に当たると解釈することは、当該会社分割における権利・義務の移転について、詐害行為取消権の行使を必ずしも否定する趣旨ではない。また、事案によっては、法人格否認の法理による解決も考えられよう。

ての株式であるので、この時点では対価が過小であるという問題は起こらない。しかしながら、対価として交付された新設会社の株式の譲渡が、会社分割の第二段階として当初から計画されていたり、あるいは、会社分割の効力発生後短時日のうちに特段の事情もなく行われたりしたとすれば、それは、新設会社の株式が分割会社に交付されるという新設分割の方式の故に分割会社に引き続き請求できる債権者を債権者異議手続の対象から除外した会社分割制度の趣旨に、抵触するおそれのある会社分割スキームであると評価できるものと思われる。無論、会社分割後に、交付された新設会社の株式を他に譲渡することそれ自体は、分割会社に十分な資力があって、分割会社に引き続き請求できる会社債権者に対する債務の弁済に支障が生じないのであれば、問題とはならない⁷⁴⁾。これに対して、分割会社が元々「債務の履行の見込み」に問題のある会社である場合や、会社分割の結果「債務の履行の見込み」がなくなるような会社である場合に、このような会社分割スキームが実施されるとすれば、それは、分割会社に引き続き請求権を有する債権者を債権者異議手続から除外した現行会社法の規定を奇貨として、かかる債権者を害するために会社分割制度を濫用するものであって、債権者被害のための「からくり」として会社分割制度を悪用するものに他ならないといえる。したがって、このような会社分割スキームは全体として会社分割における債権者保護制度の趣旨を潜脱するものとして、第1および第2の事例と同様に、会社分割無効の訴えの無効原因に当たると解釈すべきであろう。

Ⅶ むすび

本稿では、「債務の履行の見込み」のあることが会社分割の要件であると解釈するか否かについて、これを要件ではないと考える立場（非要件説）に立った上で、会社分割無効の訴えをもう少し柔軟に活用することにより、会社分割が債権者許害的に濫用された場合には、そのことを無効事由として無効の訴えを提起することができないか検討した。併せて、会社債権者との関係で、無効の訴えの提訴権者や無効事由について、従来の一般的な理解に検討を加え、その拡大の可能性を探った。非要件説という考え方は、会社分割の要件として債務の履行の見込みを要求すれば、会社分割を法的に不安定な状態に置くことになって、会社分割の活用が阻害されることを危惧したところに端を発する考え方であって、債権者許害のために会社分割が濫用されることを許容するものではないといえよう。

74) 檀=塚本・前掲（注48）30頁以下では、会社分割が事業の売却を企図したM&Aの一態様として利用される場合に、第一段階として新設分割によって事業の一部を分割会社から切り出した上で、第二段階として分割会社が対価として取得した新設会社の株式を第三者に譲渡する例として、日本ビクターがモーター事業部門を新設分割し日本産業パートナーズが管理する投資事業組合が設立する新会社に新設会社の株式すべてを譲渡するもの（2008年2月発表）や、アトラスがアミューズメント施設関連事業を新設分割し、中小企業レジャー機構に新設会社の株式の90%近くを譲渡するもの（2009年9月発表）等が紹介されている。

組織再編を濫用して債務の履行を免れることが、会社分割の場合には許されるという事態は、認めるべきではないであろう。このような場合には、勿論、民法上の詐害行為取消権や取締役の対第三者責任を活用することが考えられるし、これらを否定するものでもないが、会社法の組織再編に関する制度において濫用に対処する途を探ることも必要であろう。

また、立法論としては、たとえば、会社分割の対価が株式以外の財産である場合や、会社分割により分割会社の債務の履行の見込みがなくなる場合には、分割会社に対して引き続き履行を請求できる債権者も債権者異議手続の対象とする等、会社分割における債権者異議手続について、再検討を行うことが必要であると考えられる。