

Title	企業再編法制における債権者保護の法理
Sub Title	La protection des créanciers dans les systèmes juridiques sur la restauration de la société
Author	宮島, 司(Miyajima, Tsukasa)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2000
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.73, No.12 (2000. 12) ,p.13- 32
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	高鳥正夫先生追悼論文集
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20001228-0013

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

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

企業再編法制における債権者保護の法理

宮 島 司

一 はじめに

平成九年には合併法制の合理化、平成一一年には株式交換・移転の制度の新設、平成一二年には会社分割法制の新設といったように、ここ数年の間に、いわゆる「企業再編法制」の整備が行われてきた。この三者の整備をもって、一応の企業再編法制の整備は終了したものとされている。しかし、はたして十分な企業再編法制となっていたのであろうか。それは、誰にとつて「充分な」制度であるかに関わる。近時のほとんどすべての商法改正は、いわば「企業の論理」を中心になされてきたものであるといつてよい。⁽¹⁾ 会社法が、会社法のユーザーである企業の要望に応えまた企業の論理で制度構築がなされてゆくということは、ある意味では当然のことではある。しかし、立法者が頭の中に描いた「会社法のユーザーとしての企業」あるいは「企業の論理」といった場合の「企業」とは何であったのか。あくまでも「経済団体」ないしは「経営者団体」の考えが中心であったにすぎないのではないか。会社法のユーザーは総体としての会社自身、そしてその実質的所有者である株主と債権者以外には

ありえない。⁽²⁾ いったい、これら利害関係人の利益保護に欠けることのない制度ができあがっているのでしょうか。

この数年の商法改正は、手続的・形式的意味においても、また改正されあるいは新設された法の内容という実質の意味においても、かつてわれわれが経験したことのないものであった。この数年に改正・新設されたものは、①ストック・オプション制度、②利益をもってする株式消却手続の特例措置、③合併制度の合理化・簡素化、④罰則の強化、⑤資本準備金をもってする株式消却手続の時限的な特例措置、⑥株式交換・株式移転の制度および親子会社間の監督是正権の強化、⑦時価会計制度、⑧会社分割制度であり、いずれもきわめて重要な内容を含んだものである。⁽³⁾ このうち、①、②、⑤の三者が、商法を改正する法律としては初めて議員立法という方法を採用したものであったが、その秘密性・拙速性に関しては痛烈な批判が学界からなされたのは周知の事実である。⁽⁴⁾ この点、本稿の対象とする企業再編法制は、従来からの商法改正の手法と同様、法制審議会の慎重な審議を経た上でなされたという意味では、上述のような改正の手続的・形式的な問題はないとしても、わが国が現在置かれている経済的な状況の打破という国家経済政策目的から、「企業の論理」が優先した制度構築となってしまうため——すなわちいかに容易に企業の再編をなしうるか——、私法としての商法改正という意味で、内容的に検討されるべき課題がきわめて多くなってしまっている。まさに企業再編法制における利害関係人の保護制度に遺漏はないかである。本稿では、企業再編をめぐる利害関係人のうち、とくに会社債権者の利益保護の問題を取り上げて検討することとする。

二 合併法制における債権者保護制度とその問題点

(一) 事前備置制度

1 制度の概要

平成九年の改正により事前備置書面の充実が図られた。従来は、株主総会による承認決議に先立ち、その二週間前から各会社の貸借対照表を本店に備え置かなければならないとされていたところ、この手続において備え置かなければならない書類を追加・充実するとともに、備置期間についても、承認総会の二週間前から合併の日の後六月間とする（商四〇八条ノ二）など充実が図られた。合併に関する情報開示を充実させて株主および債権者の保護を図るため、合併貸借対照表のほか、合併契約書、消滅会社の株主に対する株式の割当てに関する事項につきその理由を記載した書面、合併貸借対照表が最終の貸借対照表でないときは最終の貸借対照表、合併をする各会社の最終の貸借対照表とともに作成した損益計算書などを追加した。六月間の備置期間としたのは、株主および債権者に対し合併無効の訴え（商四一五条）を提起するかどうかの判断資料を与えるためである。

2 問題点

事前備置書面に関する改正に関しては充実の方向に向かっており、特に指摘すべき問題はない。備置書類への合併契約書の追加により、債権者は、合併の内容、条件、手続はもとより、合併後の会社の基本的な組織、機構などを知ることができる。損益計算書も開示書類として追加されたが、これは会社の将来性、収益性を判断するためのものである。こうした書類の追加により、債権者は合併に賛成か反対かの意思決定をしておき、次の手段を講じることの手助けになるし、合併に無効原因があれば訴えを提起することが可能となる。ただ、すべての企

業再編法制に通ずる問題ではあるが、合併に関していえば、はたしてこの場合に必要とされる貸借対照表の評価の基準は何か、言い換えればいかなる貸借対照表が必要とされるかの問題は未解決のままである。企業再編法制ないしは企業結合法制全体の中で、用意されるべき財務書類も検討されるべきである。

(二) 債権者保護手続

1 制度の概要

株主総会で合併契約書の承認を受けた後、会社の債権者を保護するための手続をしなければならないが、この手続が簡素化・合理化された。旧法では、合併をする会社は、合併契約書の承認決議の日から二週間内に、その債権者に対し合併に異議があれば一定の期間内にこれを述べるべき旨を官報で公告し、かつ「知レタル債権者」には各別に催告しなければならず、債権者が異議を述べたときは、会社は、弁済をなし、相当の担保を提供し、またはその債権者に弁済を受けさせることを目的として信託会社に相当の財産を信託しなければならないこととされていたが、改正法では、債権者に対する公告を、官報のほか、公告する方法として定款に定めた時事に関する事項を掲載する日刊新聞紙に掲げるときは、「知レタル債権者」に対する各別の催告は要しないとし(過大な負担となるため)、また債権者保護手続の趣旨から考えて、合併をしても異議を述べた債権者を害するおそれがないときは、会社は、弁済、担保提供または担保目的の信託をすることを要しないこととした(商四一二条二項・一〇〇条三項)。

2 問題点

「合併をしてもその債権者を害するおそれがないとき」とは、債権者が既に十分な担保の提供を受けている場合

や、合併をしても弁済期に満足を受けることがほぼ確実である場合がその例であり、後者の場合、相手方会社の財務内容、債権者の債権額その他の事情に照らし、異議を述べた債権者ごとに具体的に判断するとされている。⁽⁶⁾ 債権者保護手続の欠缺は合併の無効事由である。⁽⁷⁾ いったい誰が「債権者を害するおそれがあるかないか」の判断をなし、また立証をしなければならぬのであろうか。基本的には会社の責任においてこれがなされることとなるが、「合併をしてもその債権者を害するおそれがないかどうか」というきわめて困難な判断が残されることになる。⁽⁸⁾ そして、合併無効の訴えにおいて最終的には裁判所が判断することとなるとされるが、はたしてそうした立法の姿が適切なものであるかは問題である。

(三) 資本の限度額

1 制度の概要

存続会社の合併による資本は、消滅会社から承継した純資産の範囲内で適宜増加できるものとした(商四一三条ノ二第一項)。この規定は、商二八四条ノ二第一項の「別段ノ定」に当たり、株式の発行価額の二分の一は必ず資本に組み入れなければならないとの商二八四条ノ二第二項本文が合併の場合には類推適用されないことを明らかにしている。⁽⁹⁾ ただし、額面株式を発行する場合は、券面額を資本に組み入れなければならない。

2 問題点

会社が合併すれば当事会社の財産が合体するため、その会社の資本が増加する。合併に際してその増加すべき資本の額についての商法の明文の規定はなかったが、資本増加額の上限が消滅会社から承継した純資産の額による制約があることについては異論がなかった。これに対し、下限については、商法二八四条ノ二第一項・第二項

との関係で、承継純資産額の二分の一以上の資本組入の要否と関連して見解が対立していた。つまり、合併における株式の発行に關しても商法二八四条ノ二第一項・第二項を適用するとすれば、存続会社の資本増加額は、消滅会社から承継した純資産額の少なくとも二分の一を下回ってはならないこととなる。しかし、会社実務では合併による資本増額はなるべく抑えようとしていたこと、消滅会社の留保利益をそのまま引き継ぐことが困難であることを理由として、商法二八八条ノ二の適用を排除するとの学説も有力であるところから、1に述べるような制度を構築したものである。実務に迎合した改正ともいえ、はたして真に債権者の利益保護を図った制度となり得ているのか疑問である。さらにまた、「消滅スル会社ヨリ承継スル財産ノ価額」とは貸借対照表に記載された価額なのか否かも不明である。例えば、商二九〇条一項の「貸借対照表上ノ純資産額」という表現とも異なるからである。簿価なのか時価なのか。

合併後存続する会社の資本額の制限は、最終的には債権者保護に關わる問題である。債権者については、まず合併の成立時において、何らかの方策で合併に關与することができるようにされているべきであり、合併後の存続会社との関係でも關与が考慮されるべきものである。その意味では資本の制度こそがここでは遺漏のないものでなければならぬのである。

(四) 存続会社の自己株式

1 制度の概要

存続会社は、合併に際して行なう新株発行に代えて、自己の株式を消滅会社の株主に移転することができる。ただし、その場合には、その株式の総数、額面無額面の別、種類および数を合併契約書に記載しなければならない。存続会社の自己株式の交付を認めることにより、株式の移転手続を簡易にすることを認めようとする。

2 問題点

存続会社が、合併に際して行う新株発行に代えて、自己の株式を消滅会社の株主に移転することができるかどうかについては見解が対立していた。これを認めると実質上減資と同じになってしまうことを根拠として消極に解する考え方もあるが、多くは積極に解しており、この立場に従ったものである。わが国の資本の制度および自己株式取得原則禁止規制の下で、はたして納得のゆく合理的な説明をなしうるかは問題である⁽¹⁰⁾。この問題もまた合併成立後の債権者保護の問題である。移転できる自己株式には制限があるとはいえ、やはりなし崩し的な自己株式取得禁止規制の緩和の一環である。自己株式の取得がきわめて危険であることは周知の事実である⁽¹¹⁾。

三 株式交換法制および株式移転法制における債権者保護制度とその問題点

(一) 株式交換・株式移転行為と債権者保護

1 総説

株式交換とは、既存の会社が、法定の手續を履践することにより、完全子会社となる会社の株式をすべて完全親会社となる会社に移転し、完全子会社となる会社の株主は完全親会社となる会社が株式交換に際して発行する新株の割当を受け、その会社の株主となって完全親子会社関係を創設する行為である（商三五二条）。物的組織に変動がないところから、基本的には債権者保護制度は置かれていない。はたしてそれであるのかが問題となる。

株式移転は、既存の会社が完全親会社を設立してその完全子会社となる手續である。株式移転により、完全子会社となる会社の株主の有する株式は設立される完全親会社となる会社にすべて移転するとともに、完全子会社

となる会社の株主は完全親会社となる会社が発行する株式の割当を受けてその株主となる。株式交換が既存の複数の会社間に完全親子会社関係を創設するものであるのに対し、株式移転は会社が単独でまたは共同して、その完全親会社を設立するというものである。

ところで、それぞれの法的性質はいつたいどのようなものであろうか。株式交換については、現物出資とする考え方、強制的な現物出資と新株発行とから成る行為とする考え方、合併類似の組織法上の行為とする考え方⁽¹²⁾、端的に完全親子会社関係を形成する組織法なし団体法上の行為と把握すれば足るとする考え方⁽¹³⁾などが対立し⁽¹⁴⁾そうであるが、議論の実益は少ないとする見方もある。この点、株式交換制度の具体的な内容から判断すれば、完全子会社の人的組織を完全親会社に帰属させ、完全子会社は残った物的組織と新たに加わった人的組織（完全親会社）によって構成される会社となるものとされているから、複数の会社がその人的組織と物的組織を合一にする合併や、人的組織はそのままで営業という物的組織のみが譲受会社に移転する営業譲渡、さらには株主個人がその有する株式を完全親会社に現物出資することとはまったく異なる性質を有する制度であるといえよう。いわば端的に、人的組織だけを完全親会社に移転し、会社の基礎を根本的に変更する組織法上の行為であると把握すべきことになろう⁽¹⁵⁾。人的組織と物的組織がいかに変動するのがあるいはしないのか、この点がまさに債権者保護の問題に関連を有してくる。

株式移転についても、その法的性質論としては、現物出資ととらえる立場と完全親子会社関係を形成する組織法なし団体法上の行為と把握する立場⁽¹⁶⁾とが対立し⁽¹⁷⁾うる。株式交換と同様、完全親子会社関係を創設する組織法上の行為であると把握すべきである。株式移転では、その子会社となる会社の株式がその親会社の資産のすべてである。そして、子会社株式は親会社の株式発行の払込対価と同様に考えられている。その意味から、債権者保護と資本充実の関係が問題となる。

2 手続

① 株式交換では、手続的には、まず各当事会社は、それぞれ取締役会の承認を得て株式交換契約を締結し、記載事項が法定された株式交換契約書を作成することとなる（商三五三条一項・二項）。株式交換契約の内容を明らかにし、株主に開示するため書面性を要求したのである。取締役は、その承認決議を行う株主総会の会日の二週間前までに（そして株式交換の日後六月経過まで）株式交換契約書・株式交換比率の理由書、完全親会社および完全子会社の貸借対照表および損益計算書等を、本店に備え置いて「事前開示」する（商三五四条）。合併の場合とは異なり、開示の相手方は株主であり、債権者は考慮の外である。

そして、それぞれの株主総会において特別決議による承認を受けることとなるが（商三五三条一項）、その総会の招集通知には株式交換契約書の要領が記載される（商三五三条三項）。完全親会社の株主にとっては、その会社が完全親会社となるという意味で組織法上重大な変更を生じるものであるし、完全子会社となる会社の株主は完全親会社の株主となり、その有していた株主権に重大な変更が生ずることとなるため、各会社の株主総会の特別決議事項とされたものである。また、決議に反対の株主は株式買取請求権を行使できる（商三五五条）。株式交換契約書を承認する株主総会前に会社に対し書面をもって反対の意思を通知し、かつ総会で承認に反対することにより、自己の有する株式を承認決議がなかったら有すべき公正な価格をもって買い取ることを請求し得る。株式買取請求権が行使された場合には、完全親会社または完全子会社となる会社は、自己株式を取得することとなる（商二〇条四号）。

株式交換についての承認決議がなされると、その後、株券提供手続がとられ（商三五九条）、「株式交換の日」に完全子会社となる会社の株主の株式は完全親会社となる会社にすべて移転し、完全子会社となる会社の株主に

は完全親会社となる会社の株式が割当てられて株式交換の効力が生ずる。その後の株式交換に関する事項を記載した書面の「事後開示」の制度も置かれており（商三五四条、商三六〇条）、株式交換無効の訴えの判断材料とされる。事後開示の相手方もまた株主だけであり、株式交換無効の訴権も会社債権者は有することはない。

株式交換による完全親会社の資本は、株式交換の日の完全子会社の純資産額にその会社の発行済株式の総数に対する株式交換によって完全親会社に移転する株式の数の割合を乗じた額から、完全子会社となる会社の株主に支払をすべき金額（株式交換交付金）、および完全子会社の株主に新株の発行に代えて割当てた完全親会社の保有する自己株式の帳簿価額の合計額、を控除した額を限度として増加することができる。この限度額が現実が増加した資本額を超えるときは、その超過額は資本準備金として積み立ててはならない（商三五七条・二八八条ノ二第一項第二号）。完全親会社となる会社は、株式交換により新株を発行することとなるが、その場合の完全親会社となる会社の資本の増加について限度額を設け、資本充実を害することのないようしたものである。債権者保護に関わる制度はわずかにこれだけである。

② 株式移転では、手続的には、完全子会社となる会社が、株式移転を行うことを取締役会で決議し、その後、株式移転の議案の要領（総会招集通知に記載される——商三六五条三項・三五三条三項）や貸借対照表の「事前開示」（総会会日の二週間前から株式移転の日後六月を経過するまで本店に備置——商三六六条一項）をしてから、株主総会の特別決議をもって株式移転の承認を受ける（商三六五条一項）。株主は、会社の営業時間内であればいつでもこれらの書類の閲覧を求め、その謄本もしくは抄本の交付を求めることができる（商三六六条二項・三五四条二項）。株式交換の場合と同様に、反対株主には株式買取請求権が認められる（商三七一一条三項・三五五条・二四五条ノ三・二四五条ノ四）。また、株式交換の場合と同様、株式移転に関する事項を記載した書面の事後の開示（商三七一条・三六〇条）がなされることとなるが、これにより株式移転無効の訴え（商三七二条）の提起も可能となる。

株式交換の場合と同様債権者は考慮されていない。

3 問題点

株主に対する事前開示の対象となる書類（商三五四条）のうち、株式交換貸借対照表に関しては注意を要する。この貸借対照表は、株式割当比率の決定に際し、各会社の財務状況が明らかにされることが重要であることから要求されるものである。そして、ここでは、当事会社の企業価値を評価するためには、いかなる方法が適切であるかが問題となる。そして、この問題は、株式交換において増加する資本額は「株式交換ノ日ニ於テ完全子会社トナル会社ニ現存スル純資産額」であると規定（商三五七条）とも関わりを有する。いずれにしても、具体的な算定方法の規定を設けなかったため、商法三二条二項の「公正ナル会計慣行」の問題となるが、子会社の簿価をそのまま継続するという考え方、純資産額を時価で評価すべきであるとする考え方、さらには含み資産や暖簾等も加えた経済的価値で評価すべきであるとする考え方など⁽¹⁸⁾に對立しそうである。合併において既に指摘したように、「会社ニ現存スル純資産額」という規定の仕方は、通常用いられる「貸借対照表上ノ純資産額」（商二九〇条一項）という表現とは明らかに異なるものであり、これを制度趣旨との関わりでいかに考えるかが問題となるからである。

また、各会社の債権者には株式交換契約書等の閲覧などの請求権は認められていない。株式交換では各会社の株主構成に変化が生ずるだけであり、各会社の財産状況には変動がないこと、および合併では合併当会社の債権者が合併後の会社に対する債権者となるのに対し、株式交換では完全子会社の債権者は完全子会社の債権者の地位にとどまるものであり、しかも完全子会社の債権者の責任財産には増減がないことを根拠としている。しかし、会社の基礎に根本的な変更が生ずる以上、債権者の利益をまったく考慮しなくてよいかについては問題が残

(19) だろう。したがって、こうした根本的な変更に至る過程において、まず債権者の何らかの関与が考慮されなくてはならない。債権者が当初意欲して契約をなしたその相手方に基本的な変容が生じてしまうからである。

(二) 完全親子会社法制における債権者保護の制度

(一)は、いわば完全親子会社関係ないしは持株会社創設のための手続の中で、会社債権者の保護がどのようになっているかという問題であった。すなわち、企業再編ないしは企業結合創設に会社債権者がいかに関わるかという問題であった。そして、平成一年改正法の下では、基本的には持株会社創設に際しては債権者の保護はまったく考慮されていないことが明らかとなった。

ところで、さらに問題として指摘されなくてはならないことは、持株会社創設後の完全親子会社関係におけるそれぞれの会社の債権者保護もまったく考慮の外であるという点である。ただ、株式交換および株式移転の制度では、縮減した株主権の修復のため、とりわけ完全親子会社間の監督是正権の強化は問題として提起されることとなり、そのための整理は行われている。第一には、親会社株主の権利強化としては、親会社株主に子会社の株主総会議事録(商二四四条四項)、取締役会議事録(商二六〇条ノ四第四項)、定款・株主名簿等(商二六三条四項)、計算書類・会計帳簿等(商二八二条三項・二九三条ノ八)の閲覧権等が与えられたことである。第二は、親会社監査役の権限強化が図られたことである。親会社監査役は、その職務を行うため必要があるときは、子会社に対して営業の報告を求め、または子会社の業務・財産の状況を調査しようとした(商二七四条ノ三)。改正前のこの調査権は、報告を求めたが遅滞なく報告がない場合または報告の真否を確かめるため必要がある場合に限り、しかも報告を求めた事項についてだけ調査権を行使できるというものであった。改正法では、報告を求めることなく子会社の調査ができるし、調査の対象も報告を求めた事項に限定されないというように拡大されたので、注意を要

する。その他、監査報告書の記載事項の充実を図ったこと（商二八一条ノ三第二項第一号）、親会社検査役の選任につき、持株要件を引き下げ容易にしたこと（商二九四条一項）、親会社検査役に子会社調査権（同条二項）を法定したこと等を挙げることができる。これらはきわめて間接的ではあるが、会社債権者の保護制度としての機能をも有している。

四 会社分割法制における債権者保護とその問題点

（一） 新設分割における債権者保護

近時創設された企業再編法制の中でも、会社分割法制においては債権者保護制度はきわめて重要な意味を有している。株式交換・株式移転においては、債務者たる会社の法人格に変動はなく、また会社財産の承継・移転が行われるものではないから、債権者にとって債権回収の可能性に変化は生じない（と考えられたため）ため、まったく債権者保護制度は必要ないと考えられた。また、合併においては、債務者たる会社の法人格は合一化されるが、消滅会社の権利・義務は原則としてはそのまま存続会社または新設会社に包括的に承継されてしまうため、その範囲での債権者保護制度を用意すれば足りるとされている。これに対し、会社分割においては、営業を構成する分割会社の財産が設立会社に移転し、分割会社の責任財産に大きな変動が生ずるし、さらに分割会社の債務については債権者の個別の同意を得ないで設立会社に免責的に承継されてしまうこととなる。それゆえ、債権者保護手続が周到になされなければならないこととなる。

① 債権者の異議申述手続等

原則的には、事前の異議申述手続と異議ある債権者に対する弁済・担保提供等である。具体的には、事前の異

議申述手続としては官報による公告と判明している債権者に対する個別催告であり(商三七四条ノ四第一項本文)、異議ある債権者に対する弁済・担保提供等がなされることとなる(ただし、分割により債権者を害するおそれがないときは、弁済等は不要となる)⁽²⁰⁾(同二項)。ただし、物的分割の場合には、分割会社には設立会社に移転した純資産の額を表章した設立会社の株式が対価として与えられることとなり、資産状況には変化がないという理由⁽²¹⁾から、分割会社に対し分割後もなお債権を有する債権者は除かれることとされている(商三七四条ノ四第一項但書)。はたして債権者保護制度として遺漏なきものといえるであろうか。分割により承継された財産と分割する会社⁽²²⁾に交付される株式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態が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。

また、異議申述期間内に異議の申述をしなかった債権者は分割を承認したものとみなされ、分割無効の訴えを提起することができなくなる(商三七四条の四第二項、三七四条の一二第二項)。

② 催告を受けなかった債権者に対する連帯債務

判明している債権者で個別催告を受けなかった者に対しては、分割会社の負担していた債務につき、分割会社と設立会社が連帯責任を負う(商三七四条ノ一〇)。ただし、この責任は、分割時に存在する責任財産の限度で認めれば足るものである。したがって、分割会社であれば分割の日において有した財産の価額が限度となり、設立会社であれば承継した財産の価額が限度とされることとなる。債権者保護のための法定責任という性質を有する⁽²³⁾きわめて特殊な責任であり、他の企業再編法制にはないものである。こうした特殊な債権者保護制度を必要とするのは、会社分割が法人格の複数化をもたらすものであるという特質から発するもの⁽²⁴⁾といえよう。

③ 設立会社および分割会社の資本充実等

改正法は種々の方策をもって設立会社および分割会社の資本充実を図ろうとしている。ところが、現実には、

例えば不採算部門の整理を目的として会社分割を行おうとすることも多く、分割会社または分割対象となる事業分野が債務超過の状態であることも少なくない。しかし、今回の会社分割制度では、承継される営業が株式の対価となるという構造になっており（会社の設立（あるいは新株発行）と営業の承継が一体的に生ずるという制度）、資本充実の原則から、承継される営業が債務超過となるような会社分割はなし得ないこととなる。⁽²⁵⁾

① 設立会社および分割会社の資本金

(1) 設立会社の資本充実の観点から、設立会社が承継する純資産額を基準にその資本の額を制限するものであり、合併に関する商法四一三条ノ二に倣ったものである。設立会社の資本は、分割会社から承継する財産の価額から承継する債務の額および分割会社またはその株主に支払うべき金額（分割交付金）を控除した額を超えることができない（商三七四条ノ五）。移転する財産の評価については特別の規定を置いていない。したがって、時価による評価替えも行えることとなるが、その場合の問題は評価の適正性をいかに確保しうるかである。合併の場合と同様、「公正ナル会計慣行」に従って行われるということになる。⁽²⁶⁾

この評価の問題は、企業結合法制全体の構想の中で立法化される必要があるが、はたして会社法がどこまで口をはさむべきかについては、課題が残されるといえよう（合併、株式交換・移転の場面でも同様の問題があることは指適した）。

(2) 物的分割においては、設立会社に承継した純資産額を表章する株式が分割会社に割当てられるため、分割の前後で分割会社の純資産額に変動はないとされる。一方、人的分割においては、分割会社から設立会社に資産および負債が承継されるが、これに対応する株式は分割会社に割当てられないため、少なくとも、設立会社の資本金に相当する分だけ分割会社の純資産額が減少する。そこで、分割会社には資本金および準備金を減少することが認められ、これを分割計画書の記載事項とした（商三七四条第二項第六号）。

⑥ 設立会社および分割会社の資本準備金等

(1) 設立会社について、その分割差益（分割会社から承継した財産の価額が承継した債務の額および設立会社の資本の額を超えるとき）は、原則として資本準備金として積み立てなければならぬ（商二八八条ノ二第一項第三号ノ二）。合併差益と同様、資本金の額の修正の結果生ずるものだからである。

(2) 人的分割の場合、設立会社については、(1)の超過額のうち分割した会社の利益準備金その他会社に留保した利益の額に相当する金額は、資本準備金としないことができるが、その場合には利益準備金としなければならぬ（同条三項）。このようにして利益準備金の引継ぎを認めることとした。人的分割の場合には、前述したように、分割会社の純資産が減少するため、資本の額を減少させる必要が生ずる。その際、利益準備金および剰余金を減少させることを認め、その減少額の範囲内で設立会社において利益準備金および剰余金を計上することを例外的に認めたものである。分割会社については、設立会社が(2)により利益準備金その他会社に留保する利益の額を定めたときは、分割会社の利益準備金その他会社に留保した額から、これを控除しなければならない。利益準備金等の引継ぎを認めた場合の分割会社の利益準備金等の額を定めたものである。この結果、設立会社において利益準備金および剰余金が計上されるときは、分割会社の利益準備金および剰余金の額が減少することとなる。

④ 分割する会社における株式の消却・併合

分割により、分割する会社の財産が設立する会社に移転する結果、分割する会社において、純資産額の減少により一株当たりの純資産額が五万円に満たないという場合もでてくる。このような場合にも分割を認めるため、株式の消却または併合を並行して行わせることで一株当たりの純資産額を五万円以上としうるようにし、これを可能としている（商三七四条二項七号）。

⑤ 情報開示

① 分割計画書等の備置および株主・債権者の閲覧・謄写請求権

分割承認総会の二週間前から分割の日の後六ヶ月を経過するまで分割計画書、貸借対照表等を備え置くことを要し、株主・債権者にはそれらの書類の閲覧・謄写の請求権を認める（商三七四条ノ三二）。株主が承認総会前に新設分割の可否の判断をしたり、債権者が新設分割に異議を申立てたりするかどうかの判断をするための情報開示手段である。

② 分割事項記載書面の備置等

分割無効の訴えに連動させ、分割事項記載書面（手続の経過、分割の日、設立した会社が分割した会社から承継した財産の価額および債務の額などを記載した書面）の備置義務を課し、株主・債権者・その他の利害関係人に閲覧・謄写請求権を認める（商三七四条ノ一一）。

(二) 吸収分割における債権者保護手続

① 債権者の異議申述手続等は、新設分割の場合と同様である（商三七四条ノ二〇）。

② 催告を受けなかった債権者に対する連帯債務は、新設分割の場合と同様である（商三七四条ノ二六）。

③ 承継する会社の資本充実等は、新設分割の場合と同様である（商三七四条ノ二二）。ただし、新設分割の場合とは異なり、承継する会社⁽²⁷⁾が分割により暖簾を取得した場合には、これを貸借対照表の資産の部に計上することができるとしている（商二八五条ノ七）。営業の継続がなされ、そこには得意先等の事実関係も含まれ、暖簾の計上を認める根拠が存在するからである。吸収分割であるので、合併に準じた取り扱いをなすこととしたのである⁽²⁸⁾。

④ 分割する会社における株式の消却・併合は、新設分割の場合と同様である（商三七四条ノ一七第二項第七号）。

⑤ 情報開示

④ 分割契約書等の備置および株主・債権者の閲覧・謄写請求権は、新設分割の場合と同様である（商三七四
条ノ一八）。

⑥ 分割事項記載書面の備置等は、新設分割の場合と同様である（商三七四条ノ三二）。

五 むすびに代えて

本稿は、近時の企業再編法制における会社債権者保護の制度を概観した上で、その若干の解釈論上の問題点と立法論的な課題について検討を行って見た。合併法制については、「合併をしてもその債権者を害するおそれがないかどうか」というきわめて困難な判断の問題や、存続会社の自己株式の割当が広い意味での債権者保護制度として問題をもつことはないかということなどを指摘した。株式交換・株式移転の制度については、そもそも債権者保護の制度を基本的に有さないことへの疑問を払拭し得ないこと、そしてその結果、まったく債権者からは自由に持株会社が創設され、完全親子会社関係が設定された後も債権者がまったく口をはさむ余地がないことが問題となりそうであることなども指摘した。会社分割に関してはかなり周到な債権者保護手続が用意されているが、これでさえ会社分割手続、すなわち分割実行に際しての債権者保護制度にとどまるものである。人的分割（設立会社または承継会社の発行する株式を分割会社の株主に割当てる）が企業結合的な意味においてどのような問題を生ぜしめるかは大きな課題として残るものではあるが、少なくとも物的分割（会社分割において発行される新設会社の株式または吸収会社の新株のすべてが分割会社自身に割当てられる）の場合には、分割された部分はあたかも完全子会社と同様の組織構造になるということからすると、株式交換・移転の制度と同様、企業結合関係にある

企業間の債権者保護の問題は残ってしま⁽²⁹⁾う。完全親会社および完全子会社のそれぞれの債権者は、いつまでも彼らが債権を有するその会社の債権者としてとどまらなくてはならないのであろうか。子会社の債権者が親会社からの弁済を受け得る、あるいはその逆などを構想した制度は不要なのであろうか。

- (1) 岩原紳作「会社法改正の回顧と展望」商事法務一五六九号四頁、拙稿「会社法改正とコーポレート・ガバナンス」商事法務一五六九号二九頁、宮島司||島原宏明「商法改正の論理」三頁以下。
- (2) 宮島司||島原宏明・前掲書九頁。
- (3) 近時の会社法改正について批判的に検討を行ったのが、平成二二年の日本私法学会のシンポジウムである。その具体的内容は、「会社法改正」商事法務一五六九号四頁以下。
- (4) 「開かれた商法改正手続きを求める商法学者声明」商事法務一四五七号一頁以下。
- (5) 菊池洋一「新しい会社の合併手続―平成九年の商法改正について―」ジュリスト一一一九号五二頁。
- (6) 菊池・前掲論文五二頁。
- (7) 拙著『会社法概説(第二版)』四一四頁。
- (8) 倉澤康一郎「商法改正要綱の概要と問題点」税務弘報四五巻五号六頁。
- (9) 菊池・前掲論文五四頁。
- (10) 宮島||島原・前掲書一八五頁。
- (11) 宮島||島原・前掲書一三五頁では、近時のなし崩し的な自己株式取得禁止規制の解禁の問題点を指摘した。
- (12) 原田晃治「株式交換等に係る平成一一年改正商法の解説(上)」商事法務一五三六号一一頁、岸田雅雄「平成一一年改正商法解説」一八頁以下。
- (13) 落合誠一「平成一一年商法改正」法学教室二二三二号三六頁。永井和之『会社法(第二版)』四一三頁も同旨である。
- (14) 落合・前掲論文三六頁、吉本健一「株式交換・株式移転による完全親会社の創設」ジュリスト一一一六三九八頁。

- (15) 永井・前掲書四一三頁。
- (16) 落合・前掲論文四一頁。
- (17) 岸田・前掲書八〇頁。
- (18) 岸田・前掲書四九頁。
- (19) 岸田・前掲書三四頁は、一般債権者の保護は必要ないとしても、社債権者など特殊な債権者の保護制度は必要であると考えられる。
- (20) 合併に関して既に指摘したように、「債権者を害するおそれ」については多くの問題が同様にあるであろう。丸山秀平・梶浦桂司・小宮靖毅『企業再編と商法改正』一七〇頁。
- (21) 原田晃治Ⅱ関一穂Ⅱ范揚恭Ⅱ市原義孝「商法等の一部を改正する法律案要綱中間試案の解説」商事法務一五三三三号九頁、宍戸善一「会社分割立法に関する一考察」ジュリスト一一〇四号三八頁。
- (22) 吉本健一「株式交換・株式移転と会社分割の理論的検討」商事法務一五四五号六頁。宮島Ⅱ島原・前掲書二一四頁。
- (23) 原田晃治Ⅱ江原健志Ⅱ石井隆Ⅱ秦田啓太Ⅱ松井信憲「会社分割法制の概要」JICPAジャーナル一二巻八号五二頁。
- (24) 倉澤・前掲論文五五頁。
- (25) 倉澤・前掲論文五三頁。
- (26) 原田他・前掲注(23)論文五八頁。
- (27) 新設分割ではこれが認められないのは、分割会社の意思のみで決定され、自家創設の暖簾の計上と結果的に同一に帰してしまうからである。つまり、合理的な評価額を付すことは困難であるし、過大評価のおそれもあるからである。
- (28) 原田他・前掲注(21)論文五八頁。
- (29) 拙著『企業結合法の論理』八頁。