慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	濫用的会社分割と詐害行為取消
Sub Title	La scission frauduleuse
Author	宮島, 司(Miyajima, Tsukasa)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2014
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.87, No.9 (2014. 9) ,p.143- 160
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	特集 企業再編の現代的課題 : 日中民商法比較の観点から
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20140928-0143

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.

特集　企業再編の現代的課題――日中民商法比較の観点から

濫用的会社分割と詐害行為取消

宮島　司

一　はじめに
二　最判二〇一二年（平成二四年）一〇月一二日の位置づけ
三　濫用的会社分割への詐害行為取消権の適用の可否
　1　法的性質論との関わり
　2　詐害性の有無
　3　取消の範囲
　4　原状回復の方法
四　結びに代えて

一　はじめに

二〇〇五年（平成一七年）会社法改正以後、とりわけ二〇〇八年（平成二〇年）以降、会社分割に関していくつ

かの興味深い裁判例が登場してきている。いずれの事件も、破綻寸前会社が、優良事業・優良資産と当該事業継続に必要な取引に関する債務等を選択し、これらについて会社分割制度を利用して新設分割設立会社（吸収分割のこともある）に切り出す一方で、金融債務は新設分割会社に残す形態をとる。そして、一方的に、「新設分割会社の資産は、新設分割設立会社の株式となったので、当社の債務については当該株式の配当または売却代金から弁済させてもらい、そのあとは清算いたします」などとする。ところが、そのような会社では、弁済原資となるキャッシュフローはほとんどないため、このような方法を認めてしまうと、実際上は債権者の関与なしに一方的な債権カットができることとなってしまう。(1) 新設分割会社には、移転した資産の対価として新設分割設立会社の株式の交付がなされることから資産の減少は生じないものとされ、したがって会社に残る債権者の利益は害されないはずであるとの前提があり、(2) それゆえ分割会社の残存債権者には債権者異議手続が認められていない。その上、二〇〇五年（平成一七年）会社法の分割制度では、その文言上も「債務履行の見込みあること」が分割の効力要件からはずされたため、分割会社が債務超過に陥ることも容認されると考えられるところから、会社分割制度が実質的には債務逃れの温床となることは予想されていたところであり、まさにそうした懸念が現実化し始めたのである。ただ、組織法上の行為であるとされる組織再編に詐害行為取消権が使えるのか、株式交付が行われ総財産の合計には変化がないのになぜ詐害性があるのか、あるいは取消の範囲・原状回復の内容はどうなるのかに関し、実務上・判例上・学説上、定見がなかったため、コストや手間をかけて訴訟提起をしようとはしていなかったようであり、比較的最近まで裁判例ではほとんど現れてこなかった。

そして、二〇〇八～二〇〇九年（平成二〇～二一年）以降に至ると、とうとう裁判上いくつかの事例が登場することとなり、新設会社が分割会社の商号を続用する場合につき、最高裁（最判二〇〇八年（平成二〇年）六月一〇日金判一四〇二号一六頁）は、名板貸責任を類推適用して解決することとしたが、そうでない場合には、法人格

否認の法理による解決（福岡地判二〇一〇年（平成二二年）一月一四日金法一九一〇号八八頁、福岡地判二〇一一年（平成二三年）二月一七日金法一九二三号九五頁）等の手法もとられてきたのである。そのような状況の中、大阪地判二〇〇九年（平成二一年）八月二六日（金商一四〇二号二五頁）、大阪高判二〇〇九年（平成二一年）一二月二二日（金商一四〇二号二四頁）、福岡地判二〇〇九年（平成二一年）一一月二七日（判例集未掲載）、東京地判二〇一〇年（平成二二年）五月二七日（判時二〇八三号一四八頁）、東京高判二〇一〇年（平成二二年）一〇月二七日（金法一九一〇号七七頁）等の下級審裁判所が詐害行為取消権を法理的な根拠として事案の解決を図り始めていたところ、最近に至り、ついに最高裁二〇一二年（平成二四年）一〇月一二日判決（金商一四〇二号一六頁）がこうした下級審裁判所の考え方を採用して詐害行為取消権による解決を行ったのである。二〇〇五年（平成一七年）改正に際しても、立案担当者は「会社分割における財産移転行為について詐害行為取消権を行使する余地がある」と指摘していたところでもあり[3][4]、裁判所がこれに応えたものとの評価もなしえよう。

本報告では、このような一連の裁判例を通して確立してきた判例法的な考え方を考察し問題点を指摘しながら、さらに最近の濫用的会社分割に関する民商法の立法の動向を概観することとする。

二　最判二〇一二年（平成二四年）一〇月一二日の位置づけ

この最高裁判決では、①新設分割の法律行為としての性質によって、新設分割が詐害行為取消権行使の対象となるかどうかを当然に導くことはできない、しかし②新設分割に関する会社法等の諸規定の内容（詐害行為取消権の行使を制限する法令の存否、債権者異議手続の対象とならない債権者の保護の必要性、会社分割無効の訴えとの関係）を考慮すると、新設分割は詐害行為取消権の対象となるとした上で、③設立会社にその債権に係る債務が承

継されず、債権者異議手続の対象とならない債権者は、民法四二四条により新設分割を取消すことができ、④取消の効果は、その債権の保全に必要な限度で設立会社への権利の承継の効力を否定することであり、⑤他の事例とは異なり、現物返還がなされるべきである、と結論づけている。

①に関しては、従来からの多くの裁判例では、会社分割が財産権を目的とする法律行為であるという性質を持つことを法制度上の根拠としてこれを詐害行為取消権行使の対象となるとしていたのに対し[5]、この最高裁判決は、組織法上、財産法上の両方の性質を有する会社分割の特殊性からすると、会社分割の法的性質から会社分割が詐害行為取消権の対象となるか否かを直ちに導くことはできないとして一歩引いている点が特徴的である。とはいえ、②に至ると、結論的には従来からの下級審裁判所と同一の考え方を採用する。新設分割に関する会社法の規定上、一定の場合を除き、分割後に分割会社に対して債務の履行を請求できる債権者は債権者異議手続の対象とされていないから、そのような債権者については詐害行為取消権によって保護を図る必要がある場合が存するとし、さらに会社分割無効の訴えとの関係についても、詐害行為取消権の行使によって新設分割を取消したとしても、その取消の効力は、新設分割による株式会社の設立の効力には何らの影響を及ぼすものではないから[6]、債権者保護の必要性がある場合において、会社法上新設分割無効の訴えが規定されていることをもって、新設分割が詐害行為取消権の対象にならないということはないとする。このような考え方には、詐害行為取消の効果は、受益者または転得者と取消権者の間にのみ相対的に生ずるため、対世的に生ずべき会社設立の効力の消滅には本来なじまないとの基本がある[7]。そして、③設立会社にその債権に係る債務が承継されず、新設分割について異議を述べることもできない新設分割株式会社の債権者は、民法四二四条の規定により、詐害行為取消権を行使して新設分割を取消すことができるとする。射程がこの範囲の債権者に限られるか否かに関しては、より広く債権者の範囲を捉えるべきであるとの学説上からの指摘はあるものの、従来からの裁判例と同様の考え方が採用されてい

る。④取消の効果に関しては、取消すのは会社分割全体であり、財産の承継の効力が否定されるのは、取消債権者の債権の保全に必要な限度であるとしている。新設分割によって承継される財産が可分であることを前提に、個々の財産の承継を取り出して取消すか[8]、会社分割という法律行為全体を取消しながら取消の範囲を一定範囲に限定するか[9]の考え方の相違がみられるが、本最高裁判決では後者の考え方を採用している。さらに興味深い点は、⑤一般的な詐害行為取消権の事例では、現物返還を求めるのが通常で、価格賠償は現物返還が不可能または著しく困難な場合に限るとされているが、会社分割の場合には、逆に承継財産が設立会社の事業に組み込まれている可能性が大きいところから、裁判例の多くは価格賠償を認めることとしている[10]。この点、不動産以外にみるべき資産がないという本件事案の特殊性からか、本最高裁判決は現物返還を認めためずらしい事案である。

三　濫用的会社分割への詐害行為取消権の適用の可否

1　法的性質論との関わり

会社分割における残存債権者が詐害行為取消権を行使しうるかにつき、二〇〇五年（平成一七年）会社法以前の立法担当者[11]や判例（東京地判二〇〇五年（平成一七年）一二月二〇日金法一九二四号五八頁）においては否定説が有力であったが、会社法の立案担当者[12]や会社法制定の前後を問わず学説の多くは肯定説をとるようである。

肯定説[13]は、組織法上の行為であっても、これを詐害行為取消や否認権の対象から除外する必要はなく、むしろ逸失した財産の取戻しのため必要なら対象とすべきであるとする。組織法上の行為とはいえ、分析すると、新設会社の設立、資産の譲渡、債務引受ならびに資産譲渡および債務引受の対価の支払という行為から成り立つものであるし、資産、債務、対価はまさに財産権であって、会社分割は、新設会社の設立以外の行為は、財産権を目

的とする法律行為の集合体であるから、組織法上の行為であるからといって直ちに詐害行為取消の対象とならないとはいえないとする。しかも、債務の履行の見込みがないことは会社分割無効の原因ではないとの有力な解釈[14]を前提とすると、会社債権者保護のためには、会社分割無効の訴えとは別に詐害行為取消権の行使により債権者保護を図る必要が大きいとする。

これに対し、詐害行為取消権の新設分割への適用を否定する立場[15]は、詐害行為取消権は取引行為、すなわち「財産権を目的とする法律行為」を対象とするものであり、「身分法上の行為」や会社分割のような「組織法上の行為」は予定していないこと、および詐害行為取消権は相対効しか有しないため、取消権を行使した場合に新設会社と他の取引者との混乱を招くおそれがあり、また原状回復の内容が判然としないこと等を否定する理由として挙げる[16]。

ところで、会社分割とは、その事業に関して有する権利・義務の全部または一部を他の会社に承継させる組織法上の行為（新設分割は組織法的な単独行為であり、吸収分割は組織法的な契約である[17]）であるといってよい。そして、従来からの考え方のように、一般取引（あるいは商）の基礎または手段たる法制度（例えば、商人、商業登記、会社、会社の合併などの各種制度等）に関わるものを「組織法上の行為[18]」であると位置づけるとすれば、会社分割も会社の組織に関わる制度であることだけで組織法上の行為であるということとなる。

この点、会社分割を組織法上の行為としてより内容を持たせるとすれば、会社分割は、会社分割という法定の行為の効果として、一つの法人格が他の法人格に増殖し（新設分割）あるいは他の法人格と合体する（吸収分割）という意味で典型的な組織法的行為であるが、新設分割にあっては会社の設立と分割会社の事業に関する権利義務の新設会社への包括的移転および新設会社から分割会社への株式・持分の発行が、吸収分割にあっては既存会社への吸収であるため会社の設立は行われないが、分割会社の事業に関する権利義務の承継会社への包括的移転

および株式・持分の分割会社への交付が行われるものであるということとなる。そして、これらの会社の設立、権利義務の移転、株式・持分の発行・交付という行為は、会社分割という法律要件を構成する法律事実として分割手続の一環として行われるものであって、それぞれの効果が各別に独立して発生するということはない。私見によれば、これこそ会社分割が組織法上の行為とされるゆえんであると考えているが、会社法における組織再編の対価の自由化や会社分割制度の実務偏重型構成により、会社分割の法的性質としても歪みが生じ、かえってこのことが詐害行為取消権の会社分割への適用肯定への道筋を作ったとも考えられるのである。

その第一は、きわめて大上段の議論であるが、人的分割ではなく物的分割を念頭に置いて会社分割制度を構築したことが、会社分割本質論としての組織法的行為性の薄弱化をもたらし、むしろ行為法的側面から本質論を導き出すことがより適切であるとの方向に向かわせたということである。もちろん、「組織法上の行為」概念が講学上の概念である以上、そこにいかなる意味をも盛ることができるであろうが、会社組織に関わるが故に組織法上の行為であると考える以上[19]、会社の組織は物的組織と人的組織からなるものであり、会社分割であれば、理念的には物的組織と人的組織の分散的収容をもたらすものであるはずである。しかし、会社法の下にできあがった会社分割法制は、分割会社から新設会社ないし吸収会社に収容されるのは分割会社の事業に関する権利義務という物的組織のみであり、しかもその対価として新設会社・吸収会社の株式が分割会社自体に発行されるという物的分割のみであり、組織法的ないし社団法的要素の一つである人的組織の新設会社あるいは吸収会社への収容はなされないものとなっている（理念的には、人的要素である分割会社の株主も新設会社・承継会社の株主へと分散的に（分割会社の株主としても残存）収容）。このことは、いわば事業譲渡の一亜種に過ぎないものとして会社分割を捉えていることを意味するのであって[20]、かなり組織法的色彩の薄い制度設計となっているものといえよう[21]。

第二に、組織再編対価の自由化もこれに拍車をかける。新設分割にあっては、常に必ず分割会社は新設会社の

株主にはなるが、対価のすべてを株式として分割会社に発行する必要はなく、社債・新株予約権等でもかまわないし、吸収分割にあっては、分割会社は承継会社の株主になることすら必要ないものとされていることからすれば、もはや新設会社・承継会社と分割会社の間の関係も断絶しており、ここにおいても組織法的な色彩の希薄さが出てきている。

このように実務偏重ゆえの人的組織の分散的収容という組織法的行為性に不可欠の要素の欠落に加え、物的組織の分割もまた組織法的行為性からすればかなりの変容がなされたものとみることができる。すなわち、会社法は、会社分割による承継の対象を分割会社の「事業に関して有する権利義務の全部又は一部」としたが、これを文言上からみれば、一体としての営業としての実質を備えなくても分割の対象となりうると解することができ、現に立案担当者もそのような理解で構わないとするようである。[22] ところが、二〇〇〇年（平成一二年）の制度創設の際にもかなりの議論がなされ、当初「権利義務の一部」とされていたことが批判されて、現物出資の潜脱になる、営業に関して生じた債務が債権者の承諾なく免責的に承継されることの実質的合理性を欠く、会社財産の切り売りによる会社の解体に利用される、などの意見が強く出された結果、会社分割の対象は「営業ノ全部又ハ一部」と規定された経緯を考えると、立案担当者の述べる理由からする文言の変更にはかなりの問題がありそうであり、[23] もはや会社分割をもって行為法的・取引法的色彩の濃厚な財産権的行為として位置づけたように思えてならない。

もちろん、会社法の下における会社分割法制は、新設分割にあっては、新会社の設立、権利義務の包括的移転、株式の分割会社への発行という組織法的行為性がみられ、また吸収分割にあっては、権利義務の包括的移転、吸収会社の株主化はみられるものの、その人的組織の収容の問題、承継されるべき物的組織の内容の変容などからすると、もはや組織法的行為性は薄れ、取引法的行為性が濃厚にみられる制度として構築されたと考えることが

できるであろう。[24] その意味で、近時の裁判例の流れは充分に理解できるものの、果たして詐害行為取消権を借りて解決すべきであったかということになると、後述するようにいくつかの課題が残ろう。

2　詐害性の有無

多くの事例において、被告会社側は、詐害行為取消権の適用要件としての詐害性の要否は、総財産の合計の変化の有無であると主張し、新設分割の場合、株式の交付を受けており総財産の合計には変化がないのであるから、詐害性を欠いていると主張する。[25]

ところで、詐害行為取消権における「詐害性とは、総債権者の共同担保となるべき債務者の一般財産が減少して債権者が満足を得られなくなること」をいうものとされており、この点、福岡地判二〇一〇年（平成二二年）一月一四日（金法一九一〇号八八頁）のように、承継資産とその対価である株式との等価価値関係から、会社分割前後で非承継債権者である原告が把握する責任財産は変動していないとするものもあるが、多くの裁判例では、計算上の財産減少の有無だけでなく、共同担保としての価値を判断するものとしている。

判例の流れは、相当な対価を得てした行為であっても、資産の売却がその資産を消費・隠匿しやすい金銭に代える行為であるならば詐害性があるとする傾向にあり（大判一九〇五年（明治三八年）二月五日民録一二輯一三六頁）、また計算上は一般財産が減少したとはいえないときでも、分割設立会社の株式が非上場株式であって換価処分が困難となるような場合、すなわち一般財産の共同担保としての価値が実質的に毀損され、債権者が自己の有する債権について弁済を受けることがより困難となったと認められる場合には、詐害行為に該当すると解するのが相当であるとする傾向にある。

ただ、会社分割に関する事例のいくつかは、保全や執行の困難性という客観的要素に基づいた詐害性のみによ

り詐害行為取消権の行使を認めるようにみえるものがあるが、果たしてそのように評価すべきか否かについては疑問が呈されている。[26]

3　取消の範囲

二〇一二年（平成二四年）最高裁判決では、会社分割に対して詐害行為取消権が行使された場合、会社分割という組織法上の行為自体が取消しの対象となると考えているようである。ところが、このように考えると、制度として、会社分割の無効は会社分割無効の訴え以外の方法では主張できないとされている（会八二八条一項は、「次の各号に掲げる行為の無効は、…訴えをもってのみ主張することができる」と定める）ことと正面から衝突してしまう。そこで、詐害行為取消の効果は相対効しかないから（大判一九一一年（明治四四年）三月二四日民録一七輯一一七頁）、会社分割の効力を対世的に取消すものではないとして分割無効制度との衝突を避けようとする。そしてまた、取消の効果も限定しようとする。

この点に関し、学説はいくつかの可能性を示してくる。第一は、新設分割自体を取消すことができるかという問題である。詐害行為取消の制度は、そもそも流失した資産の回復だから、設立自体を壊滅させる必要はないし、組織再編の場面では、組織的な画一的な処理が要請され、また会社訴訟は一般的に形成訴訟であるから、相対的に新設分割を取消すことはできないし、具体的な執行手続も不明であるため、分割自体を取消すことはできないとする。第二は、分割計画書における権利義務の移転部分のみを対象とすることができるかという点である。設立行為自体を取消の対象から除外する趣旨であり、設立会社の存在が不安定にならないという意味ではよいが、債務まで含まれるとするのは、詐害行為取消権の趣旨に沿わないのではないかとの疑問が提起される。また、一部学説のように、分割会社が新設会社に資産と資産を上回る額の負債を承継させた場合、仮に分割計画書の権利

義務の移転部分を取消の対象とするならば、その価格賠償の値はマイナスとなるから、詐害行為取消権を行使しても効を奏さない結果ともなってしまうとの指摘もなされる。第三に、取消の対象を分割計画書の資産の承継部分に限定するという考え方もあり得る。いくつかの裁判例はこの考え方を採用しているが、会社分割の本質を考えたとき、会社分割は債務も同時に承継するものであり、単純に資産の承継を取消すことができるか、という根本的な疑問も出てきてしまう。事業譲渡に対する詐害行為取消の場合、当該譲渡の取消により影響を被るのは当該譲渡の譲渡人（債務者）および譲受人（受益者）のみであるが、会社分割の場合に資産の譲渡のみを取消すと、免責的に新設会社に承継された債務の債権者は多大な影響を被るおそれも生ずる。すなわち、新設会社の債権者は、分割会社の責任財産を自己の引当にできないなど、分割時の異議手続で予測された状況を超える不利益が発生し、債権者保護に欠けてしまう。手続論、詐害行為取消の効果論と併せて検討すべき課題が残されている。

4　原状回復の方法

会社分割に関する多くの事例では、承継資産が個別の権利として特定されず、かつ事業継続により当該資産に変動が生じていることを理由に、承継資産を特定して返還させるのは難しいとして、債権者に価格賠償を認めている。通常の詐害行為取消請求訴訟は「原則現物返還、例外価格賠償」であるから、会社分割に関するこれらの事例は、詐害行為取消論からすればむしろ例外であったことになる。二〇一二年（平成二四年）最高裁判決ではこの原則に戻って、現物返還が命じられた。しかし、果たして会社分割において、詐害行為取消権行使における「原則現物返還、例外価格賠償」が当てはまるのか、むしろ現物返還の処理をできるような事案はきわめて例外的なものではないかなどと考えてみると、会社分割の法的性質論からの疑問だけでなく、民法の詐害行為取消権で解決していこうとすること自体にかなり無理があるのかもしれない。現物返還とした場合、分割会社の資産の

一部を選択した上、分割会社への返還を求め、これを任意売却・強制執行して回収する必要が生じる。そもそも、承継される権利義務が法律上当然に一体として一般承継されるのだから、その一部の移転のみを詐害行為取消の対象とできるのかが問題となるからである。その上、被保全債権額相当額の資産をいかに選択するかの問題や、新設会社で継続している営業資産の分離・処分となるため、事業の再生や労働者の利益など多くの問題が発生してしまう。

債権者にとっては、分割以前の債権保全状況に戻れば満足を得られるから、当該事業を継続しながらキャッシュフローから回収すればよいとも考えられる。またさらに、新設会社が価格賠償義務を負うことにより、資本欠損や債務超過に陥る可能性が生じるが、新設会社と取引債権者の保護を考慮し、現物出資の詐害行為取消を認めるに際し、「資本を毀損しない範囲」との留保をつけた判例（東京地判二〇〇三年（平成一五年）一〇月一〇日金判一一七八号二頁）があるが、そうした考慮は必要ないのかも課題となろう。[27]

四　結びに代えて

濫用的会社分割と詐害行為取消に係るこのような事例が多く登場し始めたことから、債権者保護につき立法による対応の必要性が唱えられ、数年前から法制審議会会社法部会および民法改正作業における詐害行為取消権の議論の中でも濫用的会社分割の問題が取り上げられていた。現在では、会社法が一歩先にでており、[28] すでに二〇一三年（平成二五年）一一月二九日に「会社法の一部を改正する法律案」として国会に提出され継続審議の状態にある。民商法がともに連携し、会社分割の特殊性を配慮しつつ、債権法と会社法間での整合性をとる方向での調整を図るのも一つの方法ではある。そもそも会社法は、濫用的な企業再編に配慮して制度化されなかったため、

分割会社の債権者の異議申立権や新設会社を連帯債務者とする制度は存在するものの、これらのみでは現実に対処しえないことが明らかとなってしまい、組織再編における債権者保護はむしろ一般法で解決せざるを得ない方向へと向かってしまったからである。したがって、整合性をも配慮した民法の改正により、一般法である民法の詐害行為取消権の内容の具体化・明確化により解決する途も考えられないことではなかった。ただ、詐害行為取消権を含め民法改正の高邁な理念論からして、詐害行為取消権が今後どのような方向に進むかは未だ不明であり、[29] かといって民法の改正がなされるまで判例法理にまかせておくことの不便さも大きい。しかも、債務者主導かつ債務者の任意で、債権債務の帰属が決まってしまい、債権者不在のままいわば強制的な債務整理が行われてしまうという会社分割の特殊性を考えると、いつまでも判例法理だけで対処しなくてはならないという状態も不適切である。その意味で言うと、会社分割の特殊性を配慮するとしても、民法の詐害行為取消権改正の一般論の中で解決されるべきかは大いに問題であろうから、[30] 今回のような流れになったことも当然である。[31]

現在、法律案として提出されている内容は、以下の通りである。分割会社が残存債権者を害することを知って会社分割をした場合には、残存債権者は、承継会社等に対して、承継した財産の価額を限度として、当該債務の履行を請求することができる（会七五九条四項本文、七六四条四項）。吸収分割の場合には、吸収分割の効力が生じた時における吸収分割承継会社の善意が免責事由である（会七五九条四項但書）。また、民法の詐害行為取消権の期間制限と同様に、分割会社が残存債権者を害することを知って会社分割をしたことを知った時から二年で取消権が消滅するとしている。

新制度の下における債権者の救済制度は、その要件・効果の大部分が詐害行為取消権と同様である。[32] しかし、例えば、詐害行為取消権では必ず訴えによらなくてはならないが、新制度では訴えによらずに設立会社・承継会社に対して履行請求できるとされており、この点は残存債権者には有利となるものの、例えば複数の残存債権者

の競合の問題等の課題もある。[33] また、新制度の下での請求権は金銭の支払を対象にするが、詐害行為取消権は現物返還を原則とするなどの大きな相違もみられる。二〇一二年（平成二四年）の最高裁判決のように、現物返還が望ましいような場合、詐害行為取消権を行使することができるのか。現物返還がなされてしまう場合、承継会社に承継された債務の債権者保護の問題は避けて通ることができない。例えば不動産が取り戻されてしまうと、それら債権者にとっては分割前より不利な地位に立たざるを得なくなるおそれがあるからである。[34] このようにみてくると、新制度は濫用的会社分割に対する完全な救済となりえない場合にも、詐害行為取消権の助けを借りることができる制度として構築されるのか。すなわち、新制度は、濫用的会社分割がなされた際における詐害行為取消権の完全な代替となるというものでもないはずであるから、根本的には、濫用的会社分割に対する新債権者保護の制度は、いったいいかなる性質を有する制度として構築されることとなるのか。制度の本質がいかなるものであるかの解明なくしては、どのように変容するか不明である民法の詐害行為取消権と新制度の債権者救済制度との適用範囲・領域の相関関係も明らかにはならない。[35] 今後の課題である。

（1） 債務超過に陥った会社が、債権者の理解を得ながら、会社分割の手法により、優良事業とそれ以外の事業を切り分けて会社の再建を図ることはよく行われることであり、そうした手法（第二会社方式）自体に問題があるわけではない。奥山健志「会社分割の濫用」『会社法施行五年　理論と実務の現状と課題』（二〇一一年（平成二三年）、ジュリスト増刊）一六四頁。

（2） そもそもそうであるかすら疑問がある。宮島司＝島原宏明『商法改正の論理』（二〇〇〇年（平成一二年））二一四頁は、一九九九年（平成一一年）七月七日の法務省民事局参事官室による会社分割に関する中間試案（「商法等の一部を改正する法律案要綱中間試案」）の公表時より、試案によれば、分割により株式が交付される以上財産状況に変化はないとしているが、承継される財産と分割する会社に交付される株式とを同一視してよいかにつき疑問を呈し

ていた。

(3) 相澤哲＝細川充「組織再編行為」商事一七五三号四七頁。

(4) また、藤田友敬「組織再編」商事一七七五号六五頁注(55)は、会社分割における債権者保護が制度的に充分でないとすれば、一般法理により債権者を保護せざるを得ないとされる。

(5) 「会社分割は、分割会社から…設立会社に対し、資産、債務、雇用契約その他の権利義務を承継させる財産権を目的とした行為であるから」などとするのが下級審裁判所の考え方である。ただ、中には、「新設分割が会社法に基づく組織法上の法律行為であるとしても、新設分割は、新設分割会社がその事業に関して有する権利義務の全部又は一部を新設分割設立会社に承継させる法律行為であって財産権を目的とする法律行為というべきであり、また、法人格の取得という点に着目して新設分割による会社設立をいわば身分法上の行為であるということができるとしても、そのことによって新設分割が財産権を目的とする法律行為でなくなるものではない」として、両性質あることを認めつつ、本最高裁よりは積極的にその法的性質だけから詐害行為取消権行使の対象となることを認めようとするものもある。

(6) 従来からの裁判例でも、設立会社の設立そのものを取消しうるとしたものはなく、債権者の債権の保全に必要な範囲内で承継された財産を返還させている（後述）。

(7) 北村雅史「濫用的会社分割と詐害行為取消権（下）」商事一九九一号一一頁。

(8) 本最高裁の第一審判決、福岡地判二〇一〇年（平成二二年）九月三〇日判タ一三四一号二〇〇頁。

(9) 東京地判二〇一〇年（平成二二年）五月二七日判時二〇八三号一四八頁。

(10) 前掲注(9)判決、東京高判二〇一〇年（平成二二年）一〇月二七日金商一三五五号四二頁、名古屋地判二〇一一年（平成二三年）七月二二日判時二一三六号七〇頁、福岡高判二〇一一年（平成二三年）一〇月二七日金商一三八四号四九頁、名古屋高判二〇一二年（平成二四年）二月七日判タ一三六九号二三一頁。

(11) 原田晃治「会社分割法制の創設について（下）」商事一五六六号八頁。

(12) 相澤哲ほか編著『論点解説　新・会社法』（二〇〇六年（平成一八年））六七四頁、六九〇頁。

(13) 弥永真生「債権者保護」浜田道代先生還暦記念『検証会社法』（二〇〇七年（平成一九年））五〇四頁、藤田・前

掲注（4）六〇頁、田中亘「判批」ジュリ一三二七号一四三頁、内田博久「倒産状態において行なわれる会社分割の問題点」金融法務一九〇二号五九頁。

(14) 相澤哲＝細川充「組織再編行為」相澤哲編著『立案担当者による新会社法関係法務省令の解説』別冊商事三〇〇号一三七頁、森本滋編『会社法コンメンタール⒄』（二〇一〇年（平成二二年））二七一頁（神作裕之）、神田秀樹『会社法（一五版）』（二〇一三年（平成二五年））三五一頁。反対に、文言の変更にもかかわらず、依然として効力要件であるとするものとして、江頭憲治郎『株式会社法（五版）』（二〇一四年（平成二六年））八九九頁、森本滋編『会社法コンメンタール⒅』（二〇一〇年（平成二二年））三〇五頁（宮島司）。

(15) 後藤孝典「民事再生と会社分割―近時の再生実務実態とあるべき再生手法にむけて（上）」ビジネス法務二〇一〇年三月号五八頁、岡伸浩「濫用的会社分割と民事再生手続」ＮＢＬ九二二号九頁。

(16) 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九三九号四七頁。

(17) 拙著『新会社法エッセンス（第三版補正版）』（二〇一一年（平成二三年））四四二頁、四四三頁。

(18) 田中耕太郎「組織法としての商法と行為法としての商法」『商法学　一般理論』（一九九八年（平成一〇年））二四九頁、鈴木竹雄「商法における組織と行為」田中先生還暦記念『商法の基本問題』（一九六九年（昭和四四年））一〇三頁。

(19) これは、前掲注（18）で示した伝統的な組織法概念と同じである。

(20) 私見とは必ずしも同じ意味ではないと思われるが、事業譲渡に類似するとするものとして、森本・前掲注（14）『会社法コンメンタール⒄』（神作裕之）二六四頁。

(21) 会社分割をもって事業譲渡の一亜種であるとすれば、組織法的行為であるとすることに躊躇を覚えざるを得ない。鈴木教授は、営業譲渡は営業という組織に関わるものであり、営業譲渡は譲渡の対象は組織体であるとしても、行為自体は二当事者の契約に過ぎないから組織法上の行為ではない、とされる。鈴木・前掲注（18）一一三頁。

(22) 相澤哲編著『立案担当者による新・会社法の解説』別冊商事二九五号一八一～一八二頁注（3）。

(23) 会社法要綱案にはこのような修正は予定されていなかったが、突如立案担当者により変更されたようである。森本・前掲注（14）『会社法コンメンタール⒄』（神作裕之）二五八頁、藤田・前掲注（4）五五頁、森本・前掲注

(14)『会社法コンメンタール⒄』（森本滋）三一頁。

(24)　森本・前掲注（14）『会社法コンメンタール⒄』（神作裕之）二六四頁は、有機的一体性のある事業を分割により承継の対象とすることもできるし、「事業に関して有する権利義務」をどのように定めるかは分割会社の裁量に委ねられるとされる。そして、分割の効用からすれば、有機的一体性のある権利義務の承継こそ効用があり、有機的一体性のない個別の権利義務の承継には濫用的な目的のものが多いとされる。さらに、会社分割の承継は一般承継といいながらも個々の権利の移転や債務の承継を第三者に対抗するためには、第三者対抗要件の具備等が必要であることからすると、実態としては事業譲渡に類似することなどから、組織法上の行為であるとしても詐害行為取消権の適用は認められるとされる。

(25)　後藤・前掲注（15）七九頁。

(26)　小出篤「会社分割と詐害行為取消権」『会社法判例百選（第二版）』（二〇一一年（平成二三年））一八八頁。

(27)　ただし、この裁判例は最低資本金制度があった時代であり、果たして会社法の下でも同様に考えることになるかは問題である。

(28)　法制審議会会社法部会第八回（平成二二年一二月二二日）議事録一一頁（岩原発言）。

(29)　詐害行為取消の範囲の拡大や、取消債権者が事実上の優先弁済を受けることができる点を見直すなどとしている。法制審議会民法（債権関係）部会「民法（債権関係）部会資料54」第九7・8⑷等参照。

(30)　会社法制の中で立法的に解決することを望む主張として、全国倒産処理弁護士ネットワーク「濫用的会社分割についての立法意見の提出」金融法務一九一四号一〇頁以下。

(31)　とはいえ、法制審の議論のすべてに賛同するというものではない。とくに、「履行の見込み」があることを改めて会社分割の有効要件にすることには慎重な姿勢が示されているが、私見のように、改正の前後を通じてこれが有効要件であると解している立場からすれば、改正前のように文言上も戻すべきであると考えることとなる。

(32)　神田秀樹「会社分割と債権者保護」ジュリ一四三九号六五頁。

(33)　笠原武朗「組織再編」法教四〇二号三二頁以下。

(34)　笠原・前掲注（33）三三頁。

（35）北村・前掲注（7）一五頁では、要綱における救済制度と民法の詐害行為取消権により、柔軟かつ適切に、会社分割における債権者保護を図っていくべきであろうとされる。

※なお、本報告後の平成二六年六月二〇日、「会社法の一部を改正する法律案」が可決成立し、「四　結びに代えて」において示した通りの内容の改正がなされた。