

Title	事業譲渡をめぐる実務問題：債権者保護を中心に
Sub Title	Practical issues regarding the assignment of the business
Author	菅原, 貴与志(Sugawara, Takayoshi)
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.161- 186
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=AN00224504-20140928-0161

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.

事業譲渡をめぐる実務問題

——債権者保護を中心に——

菅 原 貴 与 志

- | | | | |
|----|-----------------|----|--------------------|
| 第1 | 報告の趣旨 | 第4 | 事業譲渡と債権者保護 |
| 第2 | 事業譲渡の意義 | 1 | 問題の所在 |
| 1 | 事業譲渡と事業の意義 | 2 | 商号統用 |
| 2 | 営業の承継の要否 | 3 | 債務引受広告 |
| 3 | 事業譲渡の存否に関する実務問題 | 4 | 詐害行為取消権の行使 |
| 4 | 企業再編実務における事業譲渡 | 5 | 否認権の行使 |
| 第3 | 事業譲渡と会社分割 | 6 | 第二会社方式と産活法による債権者保護 |
| 1 | 両者の異同と長短 | 7 | 法人格否認の法理 |
| 2 | 手段選択に関する実務課題 | 第5 | まとめにかえて |

本稿は、平成二六年三月一〇日、慶應義塾大学法学部・大学院法務研究科共催の清華大学との学術交流公開シンポジウム「企業再編の現代的課題——日中民商法比較の観点から」における研究報告の内容を記したものである。

第1 報告の趣旨

事業譲渡とは、わが国の会社法上、一定の事業目的により組織化された有機的の一体としての機能的財産の移転を目的とする債権契約をいう⁽¹⁾。会社が自らの事業部門を他社へ移管する場合や、企業買収などのM & A事例においては、株式譲渡、合併、会社分割等、さまざまな会社法上の手段が用いられている。しかし、株式譲渡や合併では、多額の負債や不採算事業部門もいわば「丸抱え」で承継することになるため、譲渡対象の資産・負債の選択が可能な法的手法を選択する場合も少なくない。この点、事業譲渡を用いるならば、企業全体を再建することが困難な事例でも、たとえば、採算性の優れた事業部門だけを切り離して再生することが可能となる。

このように、企業再編の実務において、事業譲渡の有用性は高い。しかし、この事業譲渡には、いくつかの実務的な問題が内在している。

その第一は、事業譲渡の存在を推認する方法である。特に債権者が譲受会社に対して商号続用や債務引受広告による責任を主張しようとする場合、事業譲渡の存否に関する紛争が生じる可能性は小さくない。しかし、当事者以外の第三者からは事業譲渡の存否が判然としないため、その存在を推認する方法が実務的に問題となる。

第二に、事業譲渡と会社分割の手段選択の問題である。自社の事業を他社に譲り渡すという現象面では、事業譲渡と会社分割は類似するが、両者には、いくつかの相違点ないし長短がある。したがって、企業再編の当事者

としては、いかなる基準で法的手段を選択すべきかが実務的に重要な課題である。

第三に、事業譲渡では、会社分割その他の組織再編と異なり、債権者保護手続が法定されていない。しかし、債権者保護手続に関する規定がないからといって、不適正な対価または方法による事業譲渡が許されるわけでは当然ない。そこで、事業譲渡における債権者保護が実務的にも大きな問題となる。悪用的な事業譲渡に対する債権者の救済方法について、商号続用、債務引受広告、詐害行為取消権の行使、否認権行使、産活法による保護、法人格否認の法理などについて検討しなければならない。

本稿では、事業譲渡の意義を俯瞰したうえで、前記の実務問題について各々検討を試みたい。

第2 事業譲渡の意義

1 事業譲渡と事業の意義

事業譲渡とは、一定の事業目的により組織化された有機的の一体としての機能的財産の移転を目的とする債権契約である。⁽²⁾

ちなみに、平成一七年改正前商法(旧商法)で営業譲渡と呼ばれていたが、これを会社法は事業譲渡と呼称変更した。しかし、立法担当者によれば、単に「営業」と呼ばれていたものを「事業」と呼称するように整理したに過ぎないとする。⁽³⁾したがって、かかる用語の変更によっても、実質的な意味を変更したものと解すべきでなく、従前の営業譲渡と事業譲渡との間には意義の相違はない。⁽⁴⁾

会社法では、事業譲渡に関し、二一条ないし二四条で効果等を、四六七条にその手続を定めている。すなわち、前者では、①譲渡会社の競業の禁止(会社二一条)、②商号を続用した譲受会社の責任(会社二二条)、③債務引受

広告にかかる譲受会社の責任（会社二三条）、④商人・会社間の事業譲渡（会社二四条）を規定する。また、後者には、事業譲渡の組織法的な側面から、事業譲渡に係る契約の承認は、株主総会の特別決議による承認を受けなければならない旨を定める。⁽⁵⁾⁽⁶⁾

事業譲渡の「事業」（営業譲渡の営業）とは、単に財産の集合というのではなく、一定の事業（営業）目的のために組織化された有機的の一体としての機能的財産と理解されている。⁽⁷⁾ すなわち、事業は、動産・不動産、権利および事業（営業）用財産の集合体のほか、財産的価値のある事実関係（いわゆる「暖簾」など）⁽⁸⁾ を基礎として、一定の営業目的のもとに組織化された有機的の一体を意味する。また、有機的の一体を構成する財産には、積極財産のみならず消極財産である債務も含まれる。⁽⁹⁾

2 営業の承継の要否

判例は、旧商法下、株主総会の特別決議を経ることが必要な営業（事業）譲渡の意義について、「商法二四五条一項一号（会社四六七条一項）によって特別決議を経ることを必要とする営業の譲渡とは、同法二四条（会社二一条）以下にいう営業の譲渡と同一意義であって、営業そのものの全部または重要な一部を譲渡すること、詳言すれば、一定の営業目的のため組織化され、有機的の一体として機能する財産（得意先関係等の経済的価値のある事実関係を含む。）の全部または重要な一部を譲渡し、これによって、譲渡会社が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、譲渡会社がその譲渡の限度に同じ法律上当然に同法二五一条（会社二一条）に定める競業禁止義務を負う結果を伴うもの」とした（最大判昭和四〇・九・二二民集一九卷六号一六〇〇頁）。かかる立場は、会社法施行後の裁判例でも維持されている。⁽¹⁰⁾ すなわち、単なる事業用財産または権利義務の集合のみを譲渡するだけでは事業譲渡に該当せず、譲渡会社が競業禁止義務を負う結果を要件とする。

事業譲渡に「営業の承継」という要素が必要であるか否かについては、次のように見解が分かれている。⁽¹¹⁾

不要説は、事業譲渡に株主総会決議を要求するのは、株主の利害に大きな影響があり得るからであり、営業の承継といった要素は、このような観点からは関係ないことなどを理由とする。⁽¹²⁾

思うに、株主総会の特別決議を欠く事業譲渡は無効と解すべきであるが、⁽¹³⁾こうした総会決議の瑕疵は譲渡会社の内部的事情であり、譲受会社や債権者にとって必ずしも明らかではない。この点、買収対象会社に対するデュー・ディリジェンス (due diligence) が実施されることが通例の実務においても、当事者たる譲受会社は総会決議の存否を知り得るが、債権者を含む第三者にとってはなお判然としない内部的事情であることが多いのが実態である。こうした現況にかんがみれば、総会決議の要否の判断に際して、競業禁止義務の負担とともに、営業の承継の事実を要件とすれば、より法律関係が明確となる。その結果、債権者等の外部からでも、総会決議を要する事業譲渡の存否が判別しやすくなり、取引の安全を図ることができよう。したがって、かかる法律関係の明確性と取引の安全の観点からは、必要説が妥当である。⁽¹⁴⁾

なお、前記のとおり、株主総会の特別決議を欠く事業譲渡は無効と解すべきであるが、この場合、譲渡会社、譲受会社のほか、債権者等の会社利害関係人も無効を主張できる。⁽¹⁵⁾

3 事業譲渡の存否に関する実務問題

仮に会社法上の事業譲渡や会社分割に基づく事業の承継が行われていたとしても、対外的な告知に「事業の移管」等の用語が使用されていれば、外部からはその法的な評価が難しい。また、営業の承継が必要であるとの前記2の見解に立脚しても、その要素だけでは法的な事業譲渡に該当するか否かが判然としない場合もあり得る。

特に債権者が譲受会社に対して商号統用（会社二二条一項）や債務引受広告（会社二三条一項）による責任を主

張しようとする場合、事業譲渡の存否に関する紛争が生じる可能性は高い。しかし、事業譲渡の当事者と第三者との間で事業譲渡をめぐる紛争が生じた場合には、譲渡契約の当事者以外の第三者が事業譲渡の存在等に関する証拠を利用することができないのがむしろ通常であろう。このため、実務上は、事業譲渡の存在を推認する方法が問題となる。

裁判実務においては、譲渡会社・譲受会社の事業内容の同一性、人的・物的な関係、契約の経緯、契約の動機・目的等の客観的な事情を積み上げ、事業譲渡の存在が判断されることになり、事業譲渡の存在が一応推認されるような場合には、相手方が明確に事業譲渡の存在を否定するような反証をしない限り、事業譲渡の存在が認められる⁽¹⁶⁾。

ただし、この推認の方法は、事業譲渡の存在を証明するには有用であるが、事業譲渡の具体的な内容を証明するには限界がある点に留意しなければならない。たとえば、特定の債務、特定の契約上の地位が当該事業譲渡の内容に含まれているか否かについては、入手可能な譲渡契約書ないし関係書類、移転登記を表す登記事項証明書、関係者の証言等、他の立証方法を検討する必要がある。

4 企業再編実務における事業譲渡

実務の現場においては、事業譲渡の大半が企業再編の一手段として用いられている。

会社法上、企業再編の方法には、事業譲渡のほかにも、株式譲渡（会社一七条⁽¹⁷⁾）、合併（会社二条二七・二八号）、会社分割（会社二条二九・三〇号）、株式交換（会社二条三二号）、株式移転（会社二条三三号）等がある。このうち、会社が自らの事業部門を他社へ移管する場合や、企業買収などのM&A事例において、その代表的な法的手段としては、事業譲渡と会社分割（特に吸収分割。会社二条二九号）の二つを挙げることができる。

自社の事業を他社に譲り渡すという現象面では、事業譲渡と会社分割は類似するが、両者にはいくつかの相違点があり、企業再編の当事者としては、かかる相違点を比較検討しながら、いずれかの手段を選択することとなる。

この点、後記第3の1(2)のとおり、事業譲渡の場合、譲渡会社にとっては、譲渡する事業と手元に残す事業とを選択でき、かつ金銭が手に入るという利点があり、また、譲受会社にとっても、偶発債務や簿外債務の引継ぎを遮断できることなどから、特に中小企業の事業の再編等に比較的多く利用されている。

また、法的倒産手続にある会社から、事業譲渡によりその事業の全部または一部を譲り受けて当該事業の再生を図るという事例も少なくない。この場合、事業再生の観点からは、時間の経過とともに当該事業の価値が劣化する⁽¹⁸⁾こともあり得るため、できる限り早期にスポンサーとなるべき譲受会社を探し、事業譲渡を行うことが求められる。この点、法的手続にある会社では、裁判所の許可・認可を得て早期に事業譲渡を行うことが可能となっている（破産七八条二項三号、民事再生四二条、会社更生四六条）。

第3 事業譲渡と会社分割

1 両者の異同と長短

(1) 両社の相違点

事業譲渡は取引法上の契約（特定承継行為）であるのに対して、会社分割は組織法上の行為（組織再編行為）であるとされる⁽¹⁹⁾。

事業譲渡は特定承継行為であるため、譲受会社からは同社の株式以外（通常は金銭）が譲渡会社に対して支払

われることになる。したがって、譲渡会社は、事業譲渡の対価である金銭を新規事業のために投資するか、負債を減少させ財務体質を強くするといった用途に利用できる反面、譲受会社では、その相当額の資金を調達しなければならぬ。

(2) 企業再編における長所と短所

事業譲渡の場合、当事者間の交渉によって、譲渡対象の事業の範囲、資産や負債の範囲を自由に決定できる。譲渡会社としては、自社に残したい事業を残して、事業の選択と集中を図ったり、不採算部門を譲渡することによって、財務状況を改善することも可能となる。譲受会社の側からすれば、自社が望む範囲の事業のみを譲り受け、不要な資産や負債を引き継がないとの選択ができるから、会社分割や株式譲渡のような包括的な承継と比較して、把握していない簿外債務・偶発債務を引き継ぐリスクは格段と小さくなる。さらに、譲受会社では、暖簾相当額の償却が可能であり、節税を図ることができる。

しかし、事業譲渡では、手続の実務的な煩雑さが伴う。まずは、契約において譲渡すべき事業に含まれる資産や権利関係等を特定しなければならない。また、各種契約や雇用関係については、個別に契約の相手方との間で引継ぎの手続が必要となるが、相手方の同意が得られるとは限らない。⁽²¹⁾

譲渡会社は、二〇年間、同一の市町村の区域内およびこれに隣接する市町村の区域内で、譲渡をした事業と同一の事業を行うことができない（競業禁止義務。会社二二条）。また、譲受会社としては、許認可事項の内容にもよるが、株式譲渡と異なり、譲渡会社が取得している事業遂行に必要な許認可を承継できず、新たに許認可を取得しなければならない場合も多い。これらも事業譲渡の実務的な留意点である。

これに対して、会社分割は、事業譲渡と比較すれば、資産や権利関係、契約等の引継ぎを容易に行うことができるのと利点が認められよう（会社七五七条・七五九条一項・七六二条・七六四条一項参照）。また、承継会社は、

分割会社に自社の株式を交付するのが通常であるため、分割対価としての金銭を調達する必要はなく、さらには、許認可の承継等ができる場合も多い。

ただし、所定の債権者保護（債権者の異議）手続等の履践のために一ヵ月以上の時間を要するほか（会社七八九条・七九九条・八一〇条）、承継会社にとっては、承継する事業に含まれる偶発債務・簿外債務を引き継ぐ危険性があるといった問題がある。

2 手段選択に関する実務課題

自社の事業を他社に譲り渡すという現象面では、事業譲渡と会社分割は類似するが、両者には、前記1のとおり、いくつかの相違点ないし長短がある。したがって、企業再編の当事者としては、かかる長短を比較検討しながら、いずれかの手段を選択することとなる。ここでは、主に実務の観点から、手段選択に際しての要点を検討したい。

事業譲渡と会社分割の選択については、対価、債権者保護手続（権利・義務の承継）および許認可等の承継の三つが重要である。

第一の対価に関し、事業譲渡の場合、譲受会社は、事業譲渡の対価相当額の高額な金銭を調達しなければならない。この点、会社分割を選択すれば、対価として自社株式を交付することができるため、資金調達の必要がない。そこで、譲渡対価が多額になる場合には、会社分割に優位性が認められよう。その反面、会社分割では、譲渡会社が譲受会社の株式を保有する結果となるから、譲受会社の経営に影響力を有することになる。したがって、こうした経営権に対する影響を懸念するのであれば、譲受会社としては、金銭による事業譲渡を選択すべきこととなる。

第二の要点は、権利・義務の承継である。事業譲渡は、特定承継行為であり、個別に契約の相手方の同意を得る必要がある。たとえば、売掛金債権の承継については債権譲渡の手続が必要であるし（民四六七条）、買掛金債務の承継には債権者である仕入先等の同意を得なければならない。このため、債権者が多数に及ぶ場合には、相当の時間と労力が必要となる。この点、会社分割では、債権者保護手続を履践しなければならないが、その効力の発生により、分割会社の契約上の地位は相手方の同意なしに承継されるため、個別に契約の相手方の同意を得る必要はない。したがって、債権者数が多い場合や個別に同意を得ることに困難な事情が認められる場合等は、会社分割を選択すべきことになろう。

第三には、許認可等の承継の可否も重要である。事業の継続性の観点からは、譲渡する事業に関する許認可等が承継されるか否かについて、十分な事前調査と対応策が講じられなければならない。⁽²³⁾

これら対価、債権者保護手続、許認可等の承継の可否、さらには労働者の承継等⁽²⁴⁾を総合的に考慮して、事業譲渡と会社分割のいずれを選択すべきかを慎重に判断する必要がある。

第4 事業譲渡と債権者保護

1 問題の所在

事業譲渡は、実務的には組織再編の手段として利用されるが、会社分割その他の組織再編と異なり、債権者保護手続が法定されていない。

その理由は、事業譲渡は取引法上の特定承継行為であるため、債務者の地位の移転（債務引受）⁽²⁵⁾には個別に債権者の同意を得る必要があるからである。すなわち、譲渡対象の事業を構成する債務または契約上の地位を移転

させる際には、債権者にその諾否の機会が与えられているため、債権者保護手続を要しない。

また、株主は、会社財産に対して残余財産分配請求権しか有しておらず、会社財産の経済的把握という面からは、その立場が脆弱である。このため、株主総会の特別決議を要件とすることにより、株主に事業譲渡の対価と方法を審査させ、間接的に債権者の責任財産の保護を図ることが適切であるとも説明されている⁽²⁶⁾。

しかしながら、債権者保護手続が法定されていないからといって、不適正な対価または方法による事業譲渡が許されるわけではない⁽²⁷⁾。たとえば、事業再生手法として利用される「第二会社方式」の場合には、後記6(2)のとおり、債務者主導により事業譲渡が行われ、一部の債権が第一会社に置き去りにされてしまう危険がある。

そこで、事業譲渡における債権者保護が実務的にも重要な課題となる⁽²⁸⁾。以下には、悪用的な事業譲渡に対する債権者の救済方法について、①商号統用、②債務引受広告、③詐害行為取消権の行使、④否認権行使、⑤産活法による保護、⑥法人格否認の法理について検討したい⁽²⁹⁾。

2 商号統用

(1) 制度の趣旨

事業譲渡がなされたとしても、譲受会社は、債権者に対して当然に義務者となるものではない。営業上の債権者に対する関係では、譲渡会社が依然として債務者であり、譲受会社は、債務引受等の債権移転手続を行わない限り、営業上の債務についてその債務者とはならないのが原則である。これに対して、事業の譲受会社の債権者に対する責任を定めたのが、会社法二二条一項（商一七条一項）である。すなわち、同項は、譲受会社が譲渡会社の商号を引き続き使用する場合には、その譲受会社も、譲渡会社の営業によって生じた債務を弁済する責任を負う旨を規定している。この場合、当該債務は、譲渡会社と譲受会社の不真正連帯債務になる⁽³⁰⁾。

この規定の趣旨に関しては、外観法理・禁反言法理説、企業財産担保説、譲受人意思説、営業参加説など、さまざまな考え方が主張されている⁽³¹⁾⁽³²⁾。

外観法理・禁反言法理説によれば、譲受人が譲渡人の商号が続用する場合には、営業上の債権者は営業主体の交替を知りえず、譲受人たる現営業主を自己の債務者と考えるか、または、営業譲渡の事実を知っていても、そのような場合には譲受人において債務の引受がなされたものとするのが常態であるとし、これを債権者の信頼を保護する規定と解している⁽³³⁾。外観法理・禁反言法理説は、従来の通説とされており、判例もこの考え方に立脚することを明言するが⁽³⁴⁾（最判昭和四七・三・二民集二六卷二号一八三頁）、学説上は批判も多い。仮に外観法理を根拠とするのであれば、債権者が悪意の場合にその適用が排除されるはずであるが、文言上は債権者の主観が考慮されていない⁽³⁴⁾。また、商号が続用されたとしても、債権者は、営業主体の交替を知るのが通例であり、また、譲受人に債務引受の意思がないことを知っているのが常態だからである⁽³⁵⁾。

(2) 実務的な課題

事業譲渡に伴い譲受会社の責任が問われるのは、商号の続用を伴う事業譲渡であることが前提となるが、会社法二二条一項は、単に「商号を引き続き使用する場合」としか規定していない。そこで、商号の続用があるといえるのは、どのような場合であるのかが問題となる。この点に関し、従来の裁判例は、譲受人が譲渡人の商号とまったく同一の商号を継続して使用する場合に限るというような厳格な解釈をしておらず、その主要部分に共通点があれば、商号の続用を認定する傾向にある⁽³⁶⁾。また、屋号が続用されている場合や、ゴルフクラブの名称が続用されている場合などについても、同項の類推適用を認める裁判例がある⁽³⁷⁾。

ただし、実務では、許害的・悪用的な事業譲渡を行おうとする場合、会社法二二条一項の適用を回避するため、商号を続用しないという事例も認められる⁽³⁹⁾。こうした事例においては、同項の類推適用も及ばず、債権者の保護

は機能しない。この点は、実務的にも今後の検討課題であろう。

3 債務引受広告

会社法二三条一項（商法一八条一項）は、事業（営業）譲渡があり、商号を譲受会社が引き続き使用しない場合であっても、事業の譲受人が譲渡人の営業によって生じた債務を引き受ける旨の広告（債務引受広告）をしたときは、債権者は譲受会社に対して弁済の請求ができると規定する。通説は、その根拠についても商号続用の責任と同様、禁反言法理・外觀法理に求めている。⁽⁴⁰⁾

事業譲渡に際して債権者に挨拶状を発信する例は多いが、こうした挨拶状が会社法二三条の債務引受広告に該当するか否かについては、大きく二つの考え方に分かれている。第一は、債務を引き受ける旨の文言の記載がなくとも、社会通念上、債権者において、譲受会社が譲渡会社の事業によって生じた債務を引き受けたものと信じるような趣旨の広告であれば足りるとする（最判昭和二九・一〇・七民集八卷一〇号一七九五頁⁽⁴¹⁾）。第二は、単なる事業の譲受という表示で譲渡会社の事業により生じた債務を引き受けるという意味をもつものと認めることはできないと解する（最判昭和三八・一〇・一三民集二五卷九号二三三〇頁）。

前者のほうが、債権者の保護には厚い。しかし、一方的な債務引受広告に拘束力を認め、かつ債務を生じさせることは、現行法の体系上、いわば異例のことであるから、その適用は慎重でなければならない。また、取引実務においても、押印を伴わない単なる挨拶状が法的効果を生むと考えるのが通例であろう。したがって、後者の考え方が妥当と解する。

4 詐害行為取消権の行使

(1) 事業譲渡と詐害行為取消権

債権者は、債務者がその債権者を害すること（債権回収が困難になるなど）を知ってした法律行為の取消を裁判所に請求できる（民四二四条）。これを詐害行為取消権（債権者取消権）という。詐害行為取消権が生じるための要件としては、債務者が債権者を害する法律行為（詐害行為）をしたことが必要であり（客観的要件）、かつ、債務者・受益者あるいは転得者が詐害の事実を知っていること（詐害の意思）が必要である（主観的要件）⁽⁴²⁾。

事業譲渡は、事業を売却することによって得られた金銭で、債権者に弁済し、会社を再建したり、または、事業の存続や従業員を守るために利用される。しかし、この事業譲渡により、財産が逸出して債権者が害される場合には、債権者が詐害行為取消権を行使し、当該事業譲渡を取り消して、逸出した財産を第三者（債務者と直接取引した者または転得者）から取り戻すことが可能となる。すなわち、詐害行為取消権は、悪用的・濫用的な事業譲渡に対する債権者の救済方法として機能する。

(2) 実務的な課題

実務上、いかなる事業譲渡が「詐害行為」に該当するかの判断基準はひとつの問題であるが、たとえ計算上、債務者（譲渡会社）の一般財産に変動がないとしても、有形資産が現実に減少し、他の債権者の債権回収を一層困難にする場合には、詐害行為に該当するものと解するべきである⁽⁴³⁾。

また、特に訴訟実務で問題となるのが、主観的要件たる「詐害の意思」の事実認定である。この点、判例は、詐害行為の成立には債務者がその債権者を害することを知ってなしたことを要するが、必ずしも害することを意図し、もしくは欲してこれをなしたこと（害意）を要しないとみる（最判昭和三五・四・二六民集一四卷六号一〇四六頁）。事業譲渡の悪用事例では、特定債権者に対する債務を弁済しない計画的な行為であることが大半である

から、その準備も周到になされるのが通例である。主観的要件の立証責任が原告の債権者にあることにかんがみれば、厳格な害意を要求すべきではないと考える。

なお、許害的会社分割について法整備が図られたが、これとあわせて事業譲渡にも同様の規律が設けられている。⁽⁴⁴⁾

5 否認権の行使

否認権とは、破産手続開始の決定前に破産者が債権者を害する行為を行った場合に、その行為の効果を破産財団との関係において失わせて、いったん破産財団から失われた財産を破産財団に回復する権利をいう（破産一六〇条）⁽⁴⁵⁾。事業譲渡が特定債権者に対する偏頗的な行為である場合には、破産管財人が否認権を行使することにより、債権者を救済することができる。

近時の裁判例でも、事業譲渡によって破産（譲渡）会社から譲受会社に移転したことが明確な物件について、破産管財人による否認権行使を認め、原状回復を認めたものがある。⁽⁴⁶⁾

6 第二会社方式と産活法による債権者保護

(1) 第二会社方式の意義

いわゆる第二会社方式とは、過剰債務等により財務状況が悪化している会社（第一会社）において、不採算部門は第一会社に残しつつ、収益性のある事業を切り離し、第二会社に承継させ、第一会社は特別清算等により処理（会社五一〇条二号）、残余の債務を切り捨てて事業再生の私的整理手続のことである。⁽⁴⁷⁾そして、第一会社から第二会社に事業の切離しを行う方法としては、会社法上、事業譲渡か会社分割が用いられる例が多い。

譲受会社からすれば、第二会社方式では、第一会社（譲渡会社）に簿外債務や偶発債務があった場合でも、これが第二会社（譲受会社）に引き継がれないため、リスクが遮断され、出資の受入や新規の借入をして事業を安定・成長するための資金を確保することができる⁽⁴⁸⁾。また、事業維持や従業員の雇用維持という社会的意義も認められる。

債権者にとっても、スポンサーに対する事業譲渡の対価が弁済原資に充当されるから、そのまま譲渡会社を清算するよりも多くの金額が回収できるし、第二会社に事業が譲渡され、第一会社（債務者）が清算されるため、債権者は債権放棄の手続が必要なく、また早期に無税償却することも可能であるという利点がある。特に金融機関にとっては、善管注意義務違反による株主代表訴訟リスクを意識するため、直接の債権放棄が容易ではないが、特別清算を用いる第二会社方式であれば、債権放棄もしやすい。

(2) 第二会社方式の活用と問題点

株式会社の子会社再生手法には、債務整理の法的手続である民事再生手続や会社更生手続がある。しかし、このような法的手続では倒産企業のレッテルが貼られることもあり、それを回避するため、第二会社方式のような私的整理手続を利用する例は多い。また、第二会社方式では、商取引債権を第二会社に承継させ、債権カットを求めることなく弁済することが通例であるため、信用の劣化や事業価値の毀損を回避できる。

しかし、裁判所が関与する法的整理手続と異なり、そもそも私的整理手続の実務では、債権者平等原則（破産一九四条、民事再生一五五条）が貫徹されないことがある⁽⁴⁹⁾。

特に第二会社方式においては、事業譲渡が債務者（譲渡会社）主導で遂行され、債権の一部を第一会社に置き去りにする可能性が否定できない。第二会社（譲受会社）が第一会社（譲渡会社）の債務を免責的に引き受ける場合には、債権者の同意を要するが、第一会社に残される債務については、そもそも債務引受がないため、債権

者等の同意が不要である。そこで、第二会社（譲受会社）に引き継ぐべき債務を移転しないという許害的な事業譲渡が行われる危険が伴うのである。

かかる問題を回避するため、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（産活法）による解決法を検討したい。

(3) 産活法による債権者保護

産活法は、会社の組織再編等により迅速かつ円滑な会社再生を目的とする。同法の平成二十二年改正では、中小企業の事業再生への支援策として、第二会社法式を利用する「中小企業承継事業再生計画」の認定制度を設けた（産活二条二二項・三条二項一〇号参照）。

その主要な認定要件は、①中小企業事業者であること、②事業計画終了時（計画期間は五年以内）に一定の財務・経営の健全性数値基準を満たす事業計画を作成・提出すること、③労使間での十分な話し合いが行われていること、④旧会社から承継される従業員に関しては八割以上継続して雇用することに加えて、⑤公正な債権者調整プロセス⁽⁵⁰⁾を経ていることである。この計画が国の認定を受けると、営業上必要な許認可等を承継できる特例、税負担の軽減措置および金融支援を活用し、事業再生に取り組むことができるようになる。

そして、公正な債権者調整プロセス（前記⑤）においては、「経営資源再活用計画」で債権放棄を伴う資金計画に債権放棄の明確な合意が要求され（産活七条四項二号、同施行規則九条三項四号）、「中小企業承継事業再生計画」では、第一会社に対する債権の全部または一部が切り捨てられる債権者から計画に対する同意を得ることが要件とされている（産活三九条の二第四項二号、同施行規則三八条二項一二号）。

このように、産活法における債権者調整プロセスは、債権者平等原則のもと、債権者ごとに、第一会社への置き去りか、第二会社への移行かという二者択一ではなく、債権者の関与による債権額の調整を図るものであるた

め、債権者を許害的な事業譲渡から救済する方法として機能することが期待される。⁽⁵¹⁾⁽⁵²⁾

7 法人格否認の法理

(1) 法人格否認の意義⁽⁵³⁾

法人格否認の法理とは、会社の形式的独立性を貫くことが正義公平に反する場合、特定の法律関係の解決・処理のために、例外的に会社の法人格を否認することである。それは、会社とその背後にある者とを法律上同一視して妥当な結果を導こうとするものであり、判例もこの法理を認めている（最判昭和四四・二・二七民集二三巻二号五一頁）。

法人格否認の法理には、法律の適用を回避するために法人格が濫用されている場合（法人格濫用の事例）と、法人格がまったくの形骸にすぎない場合（法人格形骸化の事例）がある。偽装解散や第二会社の設立など、事業譲渡が悪用される事例には、前者の濫用事例が問題となる。法人格の濫用と認められるためには、背後者が会社を道具として意のままに支配し（支配の要件）、法人格を違法不当な目的のために悪用すること（目的の要件）が必要である。

(2) 事業譲渡と法人格否認

たとえば、事業の維持のため新会社を設立し、旧会社の負債はそのままに資産のみを譲渡し、事業譲渡についての対価は支払われなかったという事案において、法人格否認の法理が適用され、新会社は、旧会社の債権者に対し、旧会社と別人格であることをもって旧会社の債務を免れることはできないと判示されている。⁽⁵⁴⁾

他方、新会社が旧会社から設備および営業権の一部の譲渡を受けたという事案では、新会社が譲受と引換えに設備および営業権の合理的な対価と認められる額に相当する債務の引受も行っていることを認定し、法人格の濫

用を認めなかった裁判例もある⁽⁵⁵⁾。

したがって、実務的には、事業譲渡の対価に相当性が認められるか否かが重要と思われる。

第5 まとめにかえて

事業譲渡は、現在、実務的には組織再編の一手段として広く利用されている。特にその手続の簡便さや機動性から、大企業の企業再編のみならず、特に中小企業の事業再生事案にも今後ますます活用されるであろう。しかし、この事業譲渡には、実務的な課題が多いことも否定できない。

まず、裁判実務における事業譲渡の存在の認定方法については、事実上の立証責任の転換によるべきである。すなわち、原告から事業譲渡の存在が一応推認される根拠事実（請求原因事実）を主張・証明させ、被告の側がこれを明確に否定するような反証をしない限り（抗弁事由）、事業譲渡の存在が認められるとの実務で対応できる。また、事業譲渡と会社分割の選択に関しては、対価、債権者保護手続、許認可等の承継、労働者の承継等を総合的に考慮して、いずれを選択すべきかを慎重に判断しなければならない。

特に実務的に問題となるのが、事業譲渡に債権者保護手続が法定されていないことである。悪用的・濫用的な事業譲渡に際しては、商号統用、債務引受広告、詐害行為取消権の行使、否認権行使、法人格否認の法理等により、債権者の救済を図らなければならない。たとえば、産活法で求められる公正な債権者調整プロセスでは、許認可等の承継の特例、税負担の軽減措置、金融支援等の優遇措置を提供することによって、譲渡会社が詐害的な事業譲渡を行わないような仕組みとなっている。債権者の関与が認められる事例では、詐害行為取消権の行使等が遮断される（逆に債権者の関与が認められない事例では、より機動的に債権者の救済方法が行使できる）ような実務

が定着していく方向性が望ましいのではないかと思う。⁽⁵⁶⁾

本稿では検討できなかったが、独占禁止法規制の債権者保護効果や事業譲渡による倒産処理と労働者の権利保護という課題も実務的にはきわめて重要である。この問題も含めて、今後とも事業譲渡に関する知見を深めていきたい。

- (1) 現行の中国法では、複数の有形または無形の個別財産を組織化し、その有機的一体として包括的に譲渡するような事業譲渡の制度が存在しない。したがって、事業を構成する資産・負債、雇用契約を含む契約関係を個別に移転することになる。しかし、外資による中国企業買収の場合には、二〇〇六年「外国投資家による国内企業買収規定」が適用されるため、通常の資産売買とまったく同じとも言えない。森脇章「外資系企業」田中信行編『入門中国法』(弘文堂・二〇一三) 一三二頁。
- (2) 大隅健一郎『商法総則(新版)』(有斐閣・一九七八) 三〇一頁、江頭憲治郎『株式会社法(第四版)』(有斐閣・二〇一一) 八八三頁、山本爲三郎『会社法の考え方(第八版)』(八千代出版・二〇一一) 三五九頁。
- (3) 相澤哲ほか『二問一答 新・会社法』(商事法務・二〇〇九) 一六五頁。
- (4) 江頭・前掲(2) 八八四頁、前田庸『会社法入門(第二版)』(有斐閣・二〇〇九) 七六一頁、伊藤靖史『大杉謙一』田中且『松井秀征』(会社法(第二版補訂)) (有斐閣・二〇一二) 四〇四頁、神田秀樹『会社法(第一五版)』(弘文堂・二〇一三) 三一六頁。なお、現行商法では、平成一七年改正後も「営業譲渡」の用語が使用されているが、この営業譲渡と事業譲渡との間にも意義の相違はない。山田隆夫「事業譲渡」江頭憲治郎・門口正人『会社法大系4』(青林書院・二〇〇八) 一二五頁。
- (5) 米国の大多数の州においても、会社財産および資産の全部または実質上全部 (all or substantially all) の譲渡には、株主総会の承認を要求し(改正アメリカ模範会社法二・〇二条)、また、反対株主には株式買取請求権を認めている(同法一三・〇二条(a)(3))。
- (6) 会社法では、事業譲渡の組織法的な側面に関し、略式事業譲渡(会社四六八条一項)、簡易事業譲渡(同条二項)、

反対株主の株式買取請求権（会社四六九・四七〇条）の各規定が設けられている。

（7）大隅・前掲（2）二九〇頁。

（8）暖簾の意義について、最判昭和五一・七・一三判時八三一号二九頁は、「当該企業の長年にわたる伝統と社会的信用、立地条件、特殊の製造技術及び特殊の取引関係の存在並びにそれらの独占等を総合した、他の企業を上回る企業収益を獲得することができる無形の財産的価値を有する事実関係」であり、具体的には、得意先関係、仕入先関係、販売上の機会、営業上の秘訣、経営の組織などが含まれると判示している（ただし、本判例は、法人税法上の営業権に関するものである）。

（9）服部栄三『商法総則（第三版）』（青林書院新社・一九八三）三九六頁。ただし、片山直也「営業・営業財産」北居功＝高田晴仁編『民法とつながる商法総則・商行為法』（商事法務・二〇一三）七六頁は、「有機的一体」ということからただちに営業上の債務も含まれるとする短絡的な説明は、根本的に見直されるべきである」と指摘される。

（10）東京地判平成二一・七・一五判タ一三一九号二二五頁。

（11）宮島司『企業結合法の論理』（弘文堂・一九八九）一三九頁、倉澤康一郎『会社判例の基礎』（日本評論社・一九九八）一〇四頁参照。

（12）鈴木竹雄＝竹内昭夫『会社法』（有斐閣・一九八二）一八四頁、大隅健一郎＝今井宏『会社法論（中）（第三版）』（有斐閣・一九九二）一〇一頁。

（13）最判昭和六一・九・一一裁判集民一四五号四四五頁。江頭・前掲（2）八八七頁、伊藤＝大杉＝田中＝松井・前掲

（4）四〇七頁、神田・前掲（4）三二〇頁、宮島司『新会社法エッセンス（第三版補正版）』（弘文堂・二〇一〇）四三八頁。

（14）東京高判昭和五〇・九・二二判タ三三三三号二二六頁、東京高判昭和五六・五・二六判タ四五一号一四一頁、旭川地判平成七・八・三一判時一五六九号一一五頁。この点、豊泉貫太郎「『営業譲渡』、『営業の重要な一部』の判断基準等について」商事法務研究会編『営業譲渡・譲受ハンドブック（新訂第二版）』（商事法務研究会・一九九九）一六頁は、従前譲渡会社が行っていた「営業」が譲受会社に承継されたと評価できる状況が認められるか否か、その内容として従前の営業を構成していた基本的なものが譲受会社に移転されたか否かが基準になるとされる。

- (15) 前掲(13)最判昭和六一・九・一一。
- (16) 升田純「現代型取引をめぐる裁判例」判時一六四七号一七頁。前掲(10)東京地判平成二一・七・一五。
- (17) いわゆる「支配権取引 (control transactions)」では、株式譲渡を用いる事例が多いが、この場合、実務的にはエージェンシー問題にも取り組む必要がある。エージェンシー問題と優先株について、菅原貴与志「ベンチャー企業と株式」山本爲三郎編『企業法の法理』（慶應義塾大学出版会・二〇一二）三四頁。
- (18) 西村ときわ法律事務所編『ファイナンス法大全アップデート』（商事法務・二〇〇六）六八四頁。
- (19) 鈴木・竹内・前掲(12)四九三頁。この点、大隅・今井・前掲(12)一〇一頁は、営業（事業）譲渡に関し、「債権契約」または「売買類似の債権契約」と表現している。
- (20) 江頭・前掲(2)八八三頁。
- (21) 事業譲渡において、移転できる財産には、不動産であれば移転登記（民一七七条）、特許権であれば移転登録等、個別の権利の移転の手続が必要となる。ただし、かかる資産の移転について第三者対抗要件の具備が必要なのは、会社分割でも同様である。江頭・前掲(2)八三八頁、前田・前掲(4)七三五頁、神田・前掲(4)三四五頁。
- (22) 吸収分割の場合には、承継会社の株式を交付せず、金銭その他の財産を交付することも認められている（会社七五八条四号・七六〇条五号）。
- (23) たとえば、登録電気工事業者のように登録の承継に届出が不要なものもあれば（電気工事業三条）、一般旅客自動車運送事業者の認可のように行政官庁による個別の承認を要する場合もあり（道路運送九条）、また、建設業のように許可の承継を認めないものもある（建設業三条）。
- (24) 実務上、労働者の承継に関する保護手続も重要であるが、本稿では詳細に立ち入らない。会社分割には、会社分割に伴う労働契約の承継等に関する法律（労働契約承継法）が適用される。菅野和夫『労働法（第一〇版）』（弘文堂・二〇一二）五四二頁。
- (25) 我妻栄『新訂債権総論（民法講義Ⅳ）』（岩波書店・一九六四）五六八頁、於保不二雄『債権総論（新版）』（有斐閣・一九七二）三三四頁、奥田昌道『債権総論（増補版）』（悠々社・一九九二）四七二頁。
- (26) 神作裕之「株式会社」の営業譲渡等に係る規律と構造の展望」小塚莊一郎・高橋美加編『商事法への提言（落合誠

一 先生還暦記念』(商事法務・二〇〇四) 一四五頁。

(27) 山田・前掲(4) 一四六頁。

(28) 会社法上の債権者保護一般に関し、米国が「債権者寄り (debtor-friendly)」と評されるのに対して、英国・ドイツ・フランスは「債権者寄り (creditor-friendly)」とわれわれ²⁹⁾。Luca Enriques and Jonathan R. Macey, *Creditors versus Capital Formation: The Case Against the European Legal Capital Rules*, 86 Cornell Law Review 1165, 1173 (2001)。この点、わが国の場合は、そのいずれでもない(あるいは米国と欧州の中間に位置する)と考えられる。

(29) このほかにも、会社に対する会社法三五〇条に基づく損害賠償請求、役員等に対する損害賠償請求(会社四二九・四三〇条)、支配株主や譲受会社に対する不法行為責任(民七〇九条)、さらには独占禁止法規制の債権者保護効果(独禁一六・一七条の二)等も考えられるが、本稿では詳細に立ち入らない。

(30) 宮島・前掲(13) 三一頁。

(31) 上柳克郎「営業の譲渡人が譲渡人の営業によって生じた債務を弁済する責任を負わせた規定(商法二六条一項・二八条)の立法理由は何か」法教五二号八九頁、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」神戸法学年報三号六五頁、山下真弘「商号統用のある営業譲渡人の責任——債権者保護の観点から」立命二五六号一四四頁、池野千白「企業外観法理と商法二六条」中京三七卷三・四号三二三頁、落合誠一「商号統用営業譲渡人の責任」法教二八五号二五頁。

(32) 昭和十三年改正によって、商号統用の責任を認める制度が導入されたが、これは当時のドイツ法の「表示理論」を継受したものとされている。表示理論とは、商号が事業から生じる権利義務の担い手であることから、譲受人が商号を統用するときは、旧債務につき責を負う表示をしたものと推断され、例外的に所定の方法で旧債務につき責任を負わない旨を公示すれば、かかる責任を免れることができるという考え方であり、そこでは債権者の善意を要求しない。そして、わが国の解釈論の混乱は、ドイツ法の解釈論の混乱と変遷を受けたものと評されている。新津和則「会社法二二条の趣旨と二項の意義——その起源であるドイツ法での立法理由から」銀行法務21・七五二号二二頁。

(33) 大隅・前掲(2) 三三八頁、田中誠二「喜多了祐『コンメンタール商法総則(全訂版)』(勁草書房・一九五七) 三

○一頁、神崎克郎『商法総則・商行為法通論』（同文館出版・一九八二）一四四頁、鴻常夫『商法総則（新訂第五版）』（弘文堂・一九九九）一四九頁。

(34) 江頭憲治郎編『会社法コンメンタール1』（商事法務・二〇〇八）二二六頁〔北村雅史〕。善意・悪意を問わない最近の裁判例として、宇都宮地判平成二二・三・一五判タ一三二四号二〇一頁。

(35) 落合・前掲(31)三一頁は、譲受人が債務を引き受けない場合に会社法二二条二項の措置を講ずるよう誘導するために、この責任が定められたとする。私見も、同条は単なる債権者保護規定というよりも、商号統用を伴う事業譲渡における、債権者、債務者（譲渡会社）、譲受会社の三者の利害を適切に調整するための一種の政策規定と解釈すべきではないかと考える。菅原貴与志「洋服販売業の営業譲渡を受けた会社が、譲渡会社の屋号を商号として統用した場合、商法二六条一項の類推適用が否定された事例」法研八一巻五号九九頁。

(36) 鈴木千佳子「営業譲渡と商号の統用」別冊ジュリ一九四号『商法（総則商行為）判例百選（第五版）』四二頁參照。

(37) 東京地判昭和五四・七・一九下民集三〇巻五ノ八号三五三頁、東京高判昭和六〇・五・三〇判時一一五六号一四六頁、東京高判平成一・一一・二九東高民時報四〇巻九ノ一二合併号一二四頁等。多くの下級審裁判例は「譲渡人の屋号と商号との共通性」という判断基準を用いている。菅原・前掲(35)一〇〇頁。

(38) 最判平成一六・二・二〇民集五八巻二号三六七頁等。

(39) 仮に商号を統用した場合であっても、譲受会社が譲渡会社の債務を弁済する責任を負わない旨の通知または登記を行えば、譲受会社は債務を負担しない（会社二二条二項）。

(40) 山本・前掲(2)三六三頁。

(41) 宮島・前掲(13)三二頁。

(42) 中国契約法では、無償贈与や権利の放棄の場合には、たとえ第三者が善意であっても取消の対象となる。小口彦太「契約法」田中編・前掲(1)三八頁。

(43) 東京地判平成一一・一二・七判時一七一〇号一二五頁は、たとえ目的や計算上の対価が相当であったとしても、事業譲渡の当事者の通謀により、その対価が現実に譲渡会社に入らないような場合には、詐害行為に該当すると判示

している。

(44) 吸収分割は平成二六年改正会社法七五九条四項・七六一一条四項、新設分割は同法七六四条四項・七六六条四項、事業譲渡は同法二三条の二・二四条。

(45) 民事再生法や会社更生法にも同様の否認権制度が採用されている（民事再生一二七条）、会社更生八六条）。

(46) 東京地決平成二二・一一・三〇金商一三六八号五五頁。

(47) 橋本浩史「第二会社方式活用のポイント」税経通信六四卷一五号七六頁、高岸直樹「いわゆる『第二会社方式』に関する一考察―事業再生、アセット・ベースト・ファイナンスの視点から」法政論叢四九卷二号一三〇頁。

(48) 税務的にみると、債務者である第一会社は期限切れ欠損金の損金算入が可能であり（法人税五九条三項）、債権放棄を受ける場合に問題となる債務免除益への課税問題が生じない。また、債権者側も、第一会社が債務超過により支払能力がないことが明らかであることから、貸倒損失として損金算入が認められることとなり、債権放棄時の課税問題は解消される。高岸・前掲(47)一三二頁。

(49) たとえば、私的整理手続では、仕入先など取引債権者の債権をカットすると、以降の仕入れに困難が生じ、事業継続ないし再生が不可能となるおそれがあるため、金融債権者のみをカットの対象とする事例も少なくない。

(50) 中小企業庁「中小企業承継事業再生計画に係るQ&A」（平成二十一年一月五日）によれば、公正な債権者調整プロセスには、再生支援協議会、事業再生ADR、私的整理ガイドライン等が含まれている。

(51) 高岸・前掲(47)一三八頁。

(52) ただし、「中小企業承継事業再生計画」は、その手続に手間と時間がかかることから、改正産活法を活用し、第二会社方式で再生した事例は決して多くない。

(53) 株式会社以外の企業形態における法人格否認に関し、松嶋隆弘「新しい企業形態における法人格の意義と会社債権者保護」判タ一二〇六号五四頁。

(54) 東京地判平成七・九・七判タ九一八号二三三頁。

(55) 千葉地裁松戸支判平成一〇・一一・一七判タ一〇四五号二五五頁。

(56) 前掲(50)で紹介した事業再生ADRについて、二〇一四年春より「事業再生ADR改正研究会（仮称）」が、債

権者全員一致の成立条件を緩和し、多数決ルールを導入できるかなどを議論するとの一部報道もあり、今後の動向が注目される。

以上

(平成二六年三月一八日脱稿)