会社分割と詐害行為取消権

新 里 慶 一

はじめに

第1. 事実の概要

第2. 第1審判決

第3. 原審判決

第4. 最高裁判決

第5. 検討

むすび

はじめに

2000(平成12)年に導入された会社分割については、2008年(平成20年)の東京地裁判決⁽¹⁾をはじめとして、その濫用的な利用を巡る裁判例が出され、その態様には、会社分割の無効が訴えられた事案、分割会社の債務に対する承継会社又は設立会社の責任が追及された事案、そして、会社分割の否認が求められた事案、本稿で取り扱う会社分割が詐害行為に当たるとして、その取消しが求められた事案⁽²⁾がある。そして、2010年以降、多くの論稿⁽³⁾が出され、議論が展開されている。

このような詐害的または濫用的会社分割の裁判例が出され、議論が展

開される中で、このたびの最高裁判決⁽⁴⁾は、新設分割に対する詐害行為取消権の行使を認めた第1審判決および原審判決に対する上告審判決として、新設分割が詐害行為取消権の行使の対象となり得ることを肯定する新判断を示した重要な判決である。

本稿では、第1審判決、原審判決、そして、最高裁判決を題材とし、また、ほぼ同一の事案で同一の判断を下した東京地裁平成22年および東京高裁平成22年判決⁽⁵⁾を補助的資料として、第1に、新設分割に対する詐害行為取消権の適用可能性、第2に、会社分割の詐害行為取消権の要件充足性、第3に、会社分割における詐害行為取消権行使の対象、そして、最後に、詐害行為取消権行使後の法的措置について検討する⁽⁶⁾。

第1. 事実の概要

1. 信用組合関西興銀（以下、「関西興銀」とする。）は、平成12年12月13日、有限会社高砂ブルミエに対し、5億6000万円を貸し付けた（以下、同貸付けに係る債権を「本件貸金債権」という。）。同日、株式会社東大ブルミエ（以下、「東大ブルミエ」という。）は、関西興銀に対し、本件貸金債権に係る債務を連帯保証した（以下、同連帯保証に係る保証債務を「本件保証債務」という。）。
2. 関西興銀は、平成14年5月10日、株式会社整理回収機構（以下、「RCC」という。）に対し、本件貸金債権（同日時点で残元金は5億5596万2323円）を譲渡した。RCCは、平成17年9月16日、有限会社HK Investors（以下、「HK」という。）に対し、本件貸金債権（同日時点で残元金は4億5528万5687円）を譲渡した。HKは、X（原告・被控訴人・被上告人）に対し、本件貸金債権の管理及び回収を委託した。同時点における「本件貸金債権」の元本の残高は約4億5500万円であり、その後、これが弁済されたことは窺われない。
3. 株式会社松商（以下「松商」という。）は、平成15年1月30日、オリックス株式会社との間で、リース取引等契約等によって松商がオリック

ス株式会社に対して負担する債務を担保するため、松商が当時所有していた「別紙承継権利義務明細書 記載の土地・建物」(以下、「本件高砂不動産」という。)について、共同担保として、極度額1億4400万円とする根抵当権を設定し、同年2月4日に、その旨の登記手続をした。

4. 松商は、平成15年8月25日、近畿産業信用組合(以下、「近畿産業」という。)との間で、信用組合取引等によって松商が近畿産業に対して負担する債務を担保するため、「本件高砂不動産」について、共同担保として、極度額1億5600万円とする根抵当権を設定し、同年9月1日、その旨の登記手続をした。
5. 松商は、平成16年8月6日、東大プルミエを吸収合併し、「本件保証債務」(上記1.)を承継した。
6. 松商は、平成18年6月26日、近畿産業との間で、信用組合取引等によって松商が近畿産業に対して負担する債務を担保するため、「別紙承継権利義務明細書 記載の土地」(以下、「本件田原本土」)に極度額1億5600万円とする根抵当権を設定し、同日、「本件田原本土」を上記「本件高砂不動産」(上記3.)につき設定された根抵当権の共同担保とする旨の登記手続をした。
7. 松商は、平成19年9月1日、以下の内容の「新設分割計画書」を作成した(以下、「本件新設分割」という)。
 - ア 株式会社であるY(被告・控訴人・上诉人)を新たに設立する。
その資本金の額を100万円とし、発行株式の全部にあたる20株を松商に割り当てる。
 - イ 松商の営む不動産の売買、賃貸、仲介、交換、斡旋、管理業に関する営業をYに分割することとし、その内容は「別紙承継権利義務明細書表」のとおりとする。なお、承継の対象となる資産及び負債の評価は平成19年4月30日現在の計算を基礎とし、これに分割期日までの増減を加除して、分割期日においてYに承継する。短期借入

金及び未払い費用債務については松商が重畳的債務引受を行う。

ウ 分割期日は平成19年10月1日とする。

エ 平成19年9月13日、松商の株主総会において本件計画書の承認決議を得る。

オ 松商の代表取締役である甲野太郎 (以下、「甲野」という。) を Y の代表取締役とする。

8. さらに、松商は、平成19年9月26日、次の内容の新設分割計画書を作成した。

ア 株式会社ベガ (以下、「ベガ」という。) を新たに設立する。その資本金の額を100万円とし、発行株式の全部にあたる20株を松商に割り当てる。

イ 松商の営む遊技場に関する営業をベガに分割することとし、その内容は「別紙承継権利義務明細書表」のとおりとする。なお、承継の対象となる資産及び負債の評価は平成19年4月30日現在の計算を基礎とし、これに分割期日までの増減を加除して、分割期日においてベガに承継する。

ウ 分割期日は平成19年11月28日とする。

エ 平成19年10月1日、松商の株主総会において本件計画書の承認決議を得る。

オ 甲野をベガの代表取締役とする。

9. 平成19年10月1日、上記7.「新設分割計画書」に基づき、Yが設立されて、その旨の設立登記がされ、同月12日、「本件高砂不動産」および「本件田原本土」(以下、「本件不動産」という。)につき、同月1日付会社分割を原因として、Yを所有権者とする所有権移転登記手続がされた。

10. Yは、平成19年11月30日、「本件田原本土」を、買受人に対し、5100万円で売った。

11. Xは、松商に対し、「本件貸金債権」(上記1.)のうち3000万円及

- び平成19年10月20日(訴状送達の日)の翌日から支払済みまでの約定の年18.25%の割合による遅延損害金の支払を求める訴えを提起し、平成20年1月25日、Xの請求を全部認容する旨の判決が言い渡された。
12. 松商の第11期確定決算報告書と「別紙承継権利義務明細書」及び「別紙承継権利義務明細書」を対象すると、松商が、平成19年4月30日時点で有していた資産及び負債のうち、865万円あまりの借受金及び5万6000円の未払消費税を除くすべてが、Y又はベガに承継された。
13. 「本件新設分割」(上記7.)により、Yは松商から一部の債務を承継し、松商は上記承継に係る債務について重畳的債務引受けをした。しかし、Yは、「本件保証債務」(上記1.)を承継しなかった。
14. Xは、松商に対して、4億5528万5687円の「本件保証債務」の履行請求権を有しているところ、松商が「本件新設分割」を行い、新設分割設立会社であるYに対し、「本件不動産」を承継させたことが詐害行為に該当するとして、「本件会社分割」の取消と「本件不動産」の所有権移転登記(以下、「本件登記」という。)の抹消登記手続を求めた。
15. 松商が「本件新設分割」をした当時、「本件不動産」に約3300万円の担保余力があった。しかし、松商は、その当時、「本件不動産」以外には債務の引当てとなるような特段の資産を有しておらず、「本件新設分割」及びその直後に行われた株式会社ベガを新たに設立する新設分割(上記8.)により、Y及びベガの株式(上記7.アおよび上記8.ア)以外には全く資産を保有していない状態となった。

第2. 平成21年8月26日大阪地裁判決

1. 被告Yの主張

(1). 会社分割の詐害行為取消権の対象性について

第1に、被告Yは、会社分割が詐害行為取消の対象となるとすれば、債務超過の会社が分割会社となる会社分割を許容する会社法の趣旨に反し、また、詐害行為取消訴訟は、債権者が取消の原因を知った時から

2年間又は行為時から20年間可能であって、会社法が設けている出訴期間の制限、対世的効力や当事者適格の限定などの法的安定性を確保するための制度もないため、詐害行為取消の対象とされるべきではない、と主張した。

第2に、被告Yは、詐害行為取消権の行使を認めることによって、「新設分割会社と新設分割設立会社との間の法律関係が錯綜し、法的安定性が害されるため、新設分割は、その性質上、詐害行為取消の対象とならない」と主張した。

第3に、被告Yは、「会社分割は分割会社の営業の全部又は一部を、他の会社に包括的に承継させる手続であるのに、会社分割によって発生する財産の承継の一部分が詐害行為取消の対象となるのであれば、当該営業が破壊されることになる」と主張した。

第4に、被告Yは、「新設物的会社分割において、新設分割会社は、会社分割によって新設分割設立会社に承継させる純資産に等しい子会社(新設分割設立会社)株式という資産を取得するため、分割の前後でその責任財産(純資産)に変動がなく、新設物的会社分割は詐害行為には当たらない」と主張した。

第5に、被告Yは、「本件会社分割により、松商から、本件不動産に設定された根抵当権に係る被担保債務のほかに、短期借入金債務及び未払費用債務の合計2億4204万7886円も承継しており、これらの負債の承継をも考慮すべきである」と主張した。

(2)．詐害意思の存否について

被告Yは、詐害意思につき否認した。

2．判決

(1)．主文

第1審は、主文として、第1に、「1．株式会社松商が平成19年10月

1日にした会社分割のうち、別紙物件目録(1)及び(2)記載の各不動産の承継に係る部分を取り消す。」と、第2に、被告Yは、「上記各不動産について別紙物件目録(1)及び(2)記載の各所有権移転登記の抹消登記手続をせよ。」と判示した。

(2)．理由

(i)．新設分割の詐害行為取消権の適用対象性

第1審は、結論として、会社分割は詐害行為取消の対象になると判断した。その根拠としては、以下の点をあげている。

ア．会社法的観点からの根拠

第1に、第1審は、被告の「会社分割が詐害行為取消の対象となるとすれば、債務超過の会社が分割会社となる会社分割を許容する会社法の趣旨」に反するとの主張に対して、以下で述べるよう、(ア)会社分割の法的性質論、(イ)会社法における会社分割における債権者保護規定の分析を展開した後、「このことは、会社法が、債務超過会社に会社分割を利用する途を開いたからといって影響を受けるものではない。」と判示した。

(ア)．会社分割の法的性質論

第1審は、会社分割の法的性質論をあげた。すなわち、第1審は、「会社分割は、分割会社から吸収分割承継会社又は新設分割設立会社に対し、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、本来、詐害行為取消の対象となりうる行為であるといえることができる。」と判示した。

(1)．会社法の債権者保護の考え方

第2に、第1審は、新設分割設立会社に承継された債務の債権者(以下、「承継債権者」とする)の詐害行為取消権の否定理由とその反対解釈をあげた。

すなわち、第1審は、「会社分割において、債権者保護手続（会社法789条1項2号、799条1項2号、810条1項2号）の対象となる債権者」、すなわち、承継債権者については、「個別的に詐害行為取消権の行使はできないと解されており、会社法の規定により、民法上の詐害行為取消権の行使が否定されることもないとはいえないが、債権者保護手続の対象となる債権者」、すなわち、承継債権者につき「会社分割についての詐害行為取消権の行使が否定されるのは、債権者保護手続の履践によって、債権者の承認が擬制される（会社法789条4項、799条4項、810条4項）ためである。」とし、「したがって、債権者保護手続の対象とされていない債権者」、すなわち、分割会社に残存した債務の債権者（以下、「残存債権者」とする。）については、「会社分割に対する詐害行為取消権の行使が否定されるべき理由はないはず」である、と判示した。

イ. 民法的観点からの根拠 詐害行為取消権行使の効果の影響

(ア). 詐害行為取消権行使による法的安定性の阻害と法律関係の錯綜

第1審は、以下の3点をあげて、詐害行為取消権の効果による法的安定性の阻害及び法律関係の錯綜を否定した。

第1に、第1審は、「会社法は、会社分割の効力を争うためには、分割無効の訴えによるべきものとしているけれども、新設分割無効の訴えを認容する判決が対世効を有する（会社法838条、828条1項10号）のと異なって、詐害行為取消の効果は、取消訴訟の当事者間において当該法律行為を無効にするにとどまり、新設分割設立会社の設立自体の効力を対世的に失わせるものではない」から、「新設分割について民法424条1項の適用を認めても、会社法838条、828条1項10号の趣旨に反して法的安定性を害することにはならない。」と判示した。

第2に、第1審は、「詐害行為取消の効果は当事者間において当該法律行為を無効にするにとどまるため、たとえ新設分割が取り消されたとしても、直ちに承継された営業が破壊されることになるとは」いえない、

と判示した。

第3に、第1審は、「詐害行為取消がなされた場合の新設分割会社と新設分割設立会社との間の法律関係も、詐害行為取消権が行使されることによって相対的取消がなされた場合一般と同様に不当利得法により規律されるべきものであって、詐害行為取消権の行使を許容しえない程度まで法律関係が錯綜し、法的安定性が害されるということとはできない。」と判示した。

(1) 責任財産（純資産）の不変動

被告Yは、「新設物的会社分割において、新設分割会社は、会社分割によって新設分割設立会社に承継させる純資産に等しい子会社（新設分割設立会社）株式という資産を取得するため、分割の前後でその責任財産（純資産）に変動がなく、新設物的会社分割は詐害行為には当たらない」と主張した。

これに対して、第1審は、共同担保としての実質的効力の阻害を根拠に詐害行為にあたる、と判断した。

すなわち、第1審は、「不動産の売却行為について、たとえ相当な価額で売却したとしても、原則として詐害行為取消に当たると解されることから明らかなとおり、たとえ計数上の総資産額に変動がなくても、当該処分行為によって、債権者のための共同担保としての実質的効力を削減する場合には、詐害行為に当たると解するのが相当である。」と判示した。

そして、第1審は、これを敷衍して、以下のとおり判示した。すなわち、第1審は、「新設物的会社分割がされた場合についてみると、新設分割会社は、新設分割により新設分割設立会社が承継する権利義務の対価として、新設分割設立会社の株式を取得するため、新設分割会社が有する総資産額は、計数上、分割の前後で異ならないようにもみえる。しかし、一般に株式は、非公開会社の株式はもとより、そうでない会社の

株式であっても、現に換価しようとする際には、証券取引所に上場している場合でなければ換価に困難を伴うことが多く、その換価の困難性に起因する減価が生ずることもあり得る。また、新設分割会社が取得する新設分割設立会社の株式の価値は、その後の新設分割設立会社の企業活動によって大きく左右されるため、新設分割の時点において、新設分割設立会社の事業の存続可能性に疑問が存するような場合においては、新設分割会社から新設分割設立会社に承継させた権利義務の価値を、新設分割設立会社の株式価値が下回ることもあり得る。」とし、「したがって、新設物的会社分割においても、新設分割会社の不動産等の資産が、上記のように、換価が困難であったり潜在的に減価が生じている恐れのある新設分割設立会社の株式に変わることによって、債権者のための共同担保としての実質的効力を削減することがあり得るものであり、そのような場合には、当該新設物的会社分割は、詐害行為取消の対象となると解される。」と判断した。

(ii) . 本件会社分割の詐害行為の該当性

ア. 抵当不動産の処分行為の詐害行為性に関する一般論

第1審は、まず、「抵当不動産の処分行為については、当該処分行為時における目的不動産の価額から、当該不動産が負担すべき抵当権又は根抵当権の被担保債権額を控除した残額の部分が責任財産から逸失することになり、その残額部分について詐害性が認められる。」として、一般論を述べた。

イ. 詐害行為性に関する本件の具体的結論

まず、第1審は、被担保債権額について、「本件各不動産については、本件根抵当権 および本件根抵当権 以外に抵当権等の負担がなく、本件各不動産の価額から控除されるべき被担保債権額としては、本件高砂不動産により担保されるべき根抵当権であった本件根抵当権 の被担保

債権額が平成19年10月1日時点で9860万4000円であり、また本件高砂不動産及び本件田原本土地在共同担保に供されていた本件根抵当権の被担保債権額が同時点で6837万5000円であった。」と判示した。

そして、第1審は、「本件高砂不動産の価額である1億4900万円から、第1順位の抵当権である本件根抵当権の被担保債権9860万4000円を控除すると、残額が5039万6000円となる。そして、本件高砂不動産についての第2順位の抵当権である本件根抵当権は、本件田原本土地をも共同抵当の目的としているから、上記高砂不動産の残額と本件田原本土地の価額である5100万円の合計である1億0139万6000円から本件根抵当権の被担保債権である6837万5000円を控除した3302万1000円の範囲で、本件不動産の処分につき詐害性が認められるというべきである。」と判示した。

ウ. 被告Yの抗弁の検討

(ア). 短期借入金債務及び未払費用債務について

第1審は、「本件会社分割において、被告Yは、確かに松商から短期借入金債務及び未払費用債務を承継しているものの、これらの債務については松商が重畳的債務引受を行っているため、これらの債務に対応する松商の消極財産の減少は生じておらず、責任財産が増加しているとはいえない。したがって、被告Yの上記主張を採用することはできない。また、債務者が取消権行使時まで資力を回復した場合には詐害行為取消権の行使は許されないが、本件において、松商が資力を回復し、債務の引き当てとなるべき資産を有するに至ったと認めるに足りる証拠はない。」と判示し、被告Yの主張を斥けた。

(イ). 会社分割の対価としての株式について

第1審は、「確かに、本件会社分割により松商が取得した被告会社の株式は、松商が、被告Yに対し、本件不動産を含む資産を承継させた対

価だとみることにはできる。しかし、被告Yは、その株式のすべてを松商が有する同社の完全子会社であって、・・・、被告Y株式の換価は困難であることが推認され、本件会社分割の対価として相当なものであると認めるに足りる証拠はない。」と判示して、被告Yの主張を排斥した。

(iii). 主観的要件としての「詐害意思」の存否

第1審は、「本件新設分割の主たる目的は、本件不動産を含む松商の資産を被告Y及びベガに移転することによって上記保証債務による強制執行を免れることにあったと推認するのが相当である。」とし、「したがって、本件会社分割の際に、松商には詐害意思があったといえる。」と結論付けた。

第1審は、その根拠として、以下の3点をあげている。

第1に、第1審は、「本件会社分割は、松商において本件保証契約に基づく保証債務を完済することができないことが明らかな状況の下で実施されているところ、被告Y及びベガは、いずれも松商の代表者であった甲野を代表取締役として設立されており、本件会社分割は、松商の重要な資産を松商から移転する以外に松商の再生計画として特段の内容がない。」と判示した。

第2に、第1審は、「被告Y、本件会社分割の直後に、第三者に対して本件田原本土地を売却している。一方、松商は、本件会社分割と、その直後に行われたベガの新設分割とにより、すべての営業用財産を失い、被告Y及びベガの株式以外には全く資産を保有しない会社となったものである。」と判示した。

最後に、第1審は、「松商は、甲野が、平成19年9月21日、原告を訪問して松商が負担する債務の返済方法について協議し、弁済契約を提出することを約束した後に本件新設分割を実施した」と判示した。

(4). 結論

第1審は、本件会社分割が詐害行為取消権の対象になること、そして、本件会社分割が詐害行為取消しの要件を満たしているとした上で、結論として、以下の2点を述べている。

(i). 詐害行為取消の対象

第1に、第1審は、詐害行為取消の対象について、原告Xは、「詐害行為取消権に基づき、本件会社分割のうち、本件不動産の承継に係る部分の取消を求めることができる。」と判示した。

(ii). 詐害行為取消後の法的措置

第2に、第1審は、詐害行為取消後の法的措置について、「本件不動産について設定された各抵当権は、本件会社分割の後に消滅しておらず、逸出した財産自体の回復を認めるべきである」から、原告Xは、被告Yに対して、「本件不動産について、本件登記の抹消登記手続を求めることができる。」と判示した。

第3. 平成21年12月22日大阪高裁判決

1. 主文

第1審である大阪地裁判決を受けて、Yは控訴した。これに対して、大阪高裁は、Yの「本件控訴を棄却する」と判示した。

2. 理由

(1). 結論

原審は、「当裁判所も、本件会社分割に基づく本件不動産」の控訴人(被告)Yに対する所有権移転は、被控訴人(原告)Xとの関係で詐害行為に当たり、被控訴人(原告)Xの「取消請求は理由があり」、控訴人(被告)Yは「本件登記の抹消登記手続をすべきものと判断する。」とし、「その理由は、当審における控訴人の補充主張に対する判断を・・・

加えるほかは、原判決が・・・説示するとおりであるから、これを引用する。」と判示した。

(2). 根拠

(i). 会社分割制度のメリット・経済的・社会的機能

控訴人Yは、補充主張として、「債務超過の会社が事業を譲渡して、事業再生をすることは広く行われているものであるし、事業の法的継続性を維持したまま事業譲渡が可能となる会社分割制度は広く利用されているものであって、会社分割が詐害行為取消の対象となると解すれば、担保を付さない状態で重要な資産を移転する形で会社分割の方法で行われている最近の事業再生の方法の殆どが不可能となり、社会的にも相当ではない」と主張した。

これに対して、原審は、以下のとおり、会社分割の経済的・社会的機能を肯定した上で、会社法における承継債権者の債権者保護手続の必要性を述べた。

すなわち、原審は、「確かに、会社分割制度は、経営効率化のため、事業の一部を別会社化したり、事業の一部をグループ外に切り離す形で移転したりすることを容易にするために設けられたもので、その制度の性質上、不採算部門を分離して他の部門を生き残らせる手段としても用いることができる制度である。」と述べた。

その上で、原審は、「このため、場合によっては、債権者が大きな不利益を受ける危険があり、債権者をいかに保護するかの考慮は重要である。会社法も、債権者保護の必要性を認め、債権者保護手続を定め、その手続の対象となる債権者である承継債権者については、「異議を述べ得るものとし、異議を述べなかった場合には」、このような承継債権者は、「会社分割を承認したものとみなすこととしている（会社法810条4項）。」したがって、このような承継債権者については、「詐害行為取消権を行使しえないと考えることも可能である。」と判示した。

(ii). 詐害行為取消権の対象となることの根拠

ア. 会社法の観点からの根拠

(ア). 残存債権者の民法による保護の必要性

第1に、原審は、会社法の債権者保護手続は、承継債権者を保護するものであって、残存債権者を保護するものではなく、その代わり、残存債権者は、民法の債権者保護制度である詐害行為取消権を行使できることを根拠としている。

すなわち、原審は、債権者保護手続の対象となっていない債権者である残存債権者に対しては、承継債権者の保護手続の考え方は「当然には妥当しない。」とし、「会社分割制度は、上記のように、債権者に対して不利益を与える可能性のある手続であるから、法的安定性の確保等を理由として」、このような会社法所定の債権者保護手続の対象となっていない債権者である残存債権者についてまで、「詐害行為取消権の行使を否定する根拠はないというべきである。」と述べている。

(イ). 会社分割による取得株式の責任財産としての不当性

第2に、原審は、残存債権者の保護の不要性の趣旨に言及した上で、会社分割による取得株式の責任財産としての不当性を根拠として挙げた。

すなわち、会社法は、分割会社に対し債務の履行を請求できる債権者である残存債権者については、「分割会社が承継会社・設立会社から、移転した純資産の額に等しい対価を取得するはずであるとの考えから、債権者保護手続の対象としていない。」と判示した。

その上で、原審は、「しかし、本件における会社分割のように、純資産を設立会社に移転した代償として設立会社の株式を取得するにとどまる場合には、形式的には移転した純資産の額に等しい対価を取得した形になっていても、株式は、上場企業の株式でない限り、換価は必ずしも容易ではなく、ことに中小企業においては換価が著しく困難であるのが

通常であって、設立会社の株式を有するというだけでは債権の引き当てにならない場合が少なくない。したがって、分割の内容によっては、残存債権者は「分割会社に対して債権を有していても、主要資産を失った分割会社には債務の履行の見込みがない場合もあり得るものである。このような場合には」、従前の分割会社の債権者である残存債権者は、「会社法の債権者保護手続の対象とならないにもかかわらず、本来自己の債権の引き当てとなっている純資産の流出により損害を受けることになるのであるから」、このような残存債権者については、「詐害行為取消権の行使を否定する理由はないというべきである。」と判示した。

イ. 詐害行為取消権行使の効果からの根拠

控訴人 Y は、「会社分割制度における債権者保護の範囲を超えて、2年間の時効期間、20年間の除斥期間の間、詐害行為取消の行使によって権利移転を覆すことができるとすることは、法的安定性を著しく害するもので許されない」と主張した。

これに対して、原審は、「詐害行為取消権の行使によって取り消されるのは、個別の財産移転にすぎず、しかも取消権の行為対象者との間では、相対的に取消されるのにとどまり、会社分割の効力自体に影響を与えるものではない」と判示した。

第4. 最高裁判決

1. 主文

Y は、上告した。これに対して、最高裁は、Y の「本件上告を棄却する」と判示した。

2. 理由⁽⁷⁾

(1). 新設分割の詐害行為取消権の適用対象性

(i). 会社法的観点からの根拠

ア. 会社分割の法的性質論

上告人（・控訴人・被告）Yは、根拠として、「会社の組織に関する行為である新設分割は民法424条2項にいう財産権を目的としない法律行為」であるとして、新設分割の法的性質論を主張した。

これに対して、最高裁は、「新設分割は、一又は二以上の株式会社又は合同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分割により設立する会社に承継させることであるから（会社法2条30号）、財産権を目的とする法律行為としての性質を有するものであるということが出来る」と判示した。

しかし、最高裁は、新設分割は、「他方で、新たな会社の設立をその内容に含む会社の組織に関する行為でもある。財産権を目的とする法律行為としての性質を有する以上、会社の組織に関する行為であることを理由として直ちに新設分割が詐害行為取消権行使の対象にならないと解することはできないが（大審院大正7年（オ）第464条同年10月28日判決・民録24輯2195頁参照）、このような新設分割について詐害行為取消権を行使してこれを取り消すことができるか否かについては、新設分割に関する会社法その他の法令における諸規定の内容を更に検討して判断することを要するというべきである。」と判示した。

イ. 形式的根拠

最高裁は、「会社法その他の法令において、新設分割が詐害行為取消権行使の対象となることを否定する明文の規定は存在しない。」と判示した。

ウ. 残存債権者の保護の必要性

上告人 Y は、会社法「810条の定める債権者保護手続の対象とされない債権者」、すなわち、残存債権者に「同法810条の定める債権者保護手続の対象とされる債権者」、すなわち、承継債権者「以上の保護を与えることになる」と主張した。

これに対して、最高裁は、「会社法上、新設分割をする株式会社（以下「新設分割株式会社」という。）の債権者を保護するための規定が設けられているが（同810条）、一定の場合を除き新設分割株式会社に対して債務の履行を請求できる債権者」、すなわち、残存債権者は「上記規定による保護の対象とはされておらず、新設分割により新たに設立する株式会社（以下「新設分割設立会社」という。）にその債権に係る債務が承継されず上記規定による保護の対象ともされない債権者」、すなわち、残存債権者については、「詐害行為取消権によってその保護を図る必要性がある場合が存するところである。」と判示した。

(ii). 民法的観点からの根拠

上告人 Y は、「新設分割を詐害行為取消権行使の対象とすると、新設分割の効力を否定するための制度として新設分割無効の訴えのみを認めただ会社法の趣旨に反する」と主張した。

これを敷衍すると、上告人 Y は、「詐害行為取消訴訟は、債権者が取消の原因を知った時から2年間又は行為時から20年間可能であって、会社法が設けている出訴期間の制限、対世的効力や当事者適格の限定などの法的安定性を確保するための制度もないため、詐害行為取消の対象とされるべきではない」と主張した。

これに対して、最高裁は、「会社法上、新設分割の無効を主張する方法として、法律関係の画一的画定等の観点から原告適格や提訴期間を限定した新設分割無効の訴えが規定されているが（同法828条1項10号）、詐害行為取消権の行使によって新設分割を取り消したとしても、その取

消しの効力は、新設分割による株式会社の設立の効力に何ら影響を及ぼすものではないというべきである。」と判示した。

そして、最高裁は、「上記のように債権者保護の必要性がある場合において」、すなわち、会社法上の債権者保護手続の対象とされない残存債権者の保護の観点から、「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行使の対象にならないと解することはできない。」と判示した。

(3). 結論

(i). 詐害行為取消権行使の対象

最高裁は、上記の結論に基づいて、「株式会社を設立する新設分割がされた場合において、新設分割設立株式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」の残存債権者は、「民法424条により、詐害行為取消権を行使して新設分割を取り消すことができると解される。」と判示した。

(ii). 詐害行為取消権行使の効果の及ぶ範囲

最高裁は、残存債権者は、詐害行為取消権を行使することによって、「その債権の保全に必要な限度で新設分割設立株式会社への権利の承継の効力を否定することができるというべきである。」と判示した。

第5. 検討

1. 問題の所在

第1に、新設分割に詐害行為取消権が適用されるのか、第2に、新設分割における詐害行為取消しの対象は何か、第3に、新設分割における詐害行為取消権行使後の法的処理はどのように進められるか、である。特に、第1の問題については、会社法学からのアプローチだけでなく、民法学からのアプローチが必要な問題がある。

2. 最高裁判決の位置づけ

上記問題点について、最高裁は、第1の問題について、詐害行為取消権が適用されると判断し、第2の問題について、取消しの対象は新設分割であるとし、そして、第3の問題について、「その債権の保全に必要な限度で新設分割設立株式会社への権利の承継の効力を否定することができる」としている。

3. 評価

最高裁が、新設分割が詐害行為取消の対象になるとの結論には賛成である。しかし、最高裁の判決には、一部の根拠の内容に不明確さと不十分さがある点、および、結論に不明確さがあり、また、詐害行為取消権の行使による法的処理が設立会社および承継債権者に及ぼす影響に不当性の可能性がある点で、問題がある、と考える。

4. 新設分割の詐害行為取消権の適用対象性

(1). 新設分割の法的性質からの検討

(i). 財産権を目的とする法律行為について

(ア). 序

会社法は、2条30号において、新設分割について「一又は二以上の株式会社又は合同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分割により設立する会社に承継させることをいう。」と規定している。また、会社法は、763条において、その柱書において「一又は二以上の株式会社又は合同会社が新設分割をする場合において、新設分割により設立する会社（以下この編において「新設分割設立会社」という。）が株式会社であるときは、新設分割計画において、次に掲げる事項を定めなければならない。」とし、同条5号において「新設分割設立株式会社が新設分割により新設分割する会社（以下この編において「新設分割会

社」という。)から承継する資産、債務、雇用契約その他の権利義務...に関する事項」と規定し、764条1項において、「新設分割設立株式会社は、その成立の日に、新設分割計画書に従い、新設分割会社の権利義務を承継する。」と規定している。

これに対して、民法は、同法424条1項本文において、詐害行為取消権について、「債権者は、債務者が債権者を害することを知ってした法律行為の取消しを裁判所に請求することができる。」と規定し、同条2項は、「前項の規定は、財産権を目的としない法律行為については、適用しない。」と規定している。

そこで、会社分割が、詐害行為取消権の対象となるためには、424条2項の「財産権を目的としない法律行為」ではないこと、換言すれば、会社分割が「財産権を目的と」する「法律行為」であることを要する。

(イ). 第1審

第1審は、「会社分割は、分割会社から吸収分割承継会社又は新設分割設立会社に対し、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、本来、詐害行為取消の対象となりうる行為であるということが出来る。」と判示している。

(ウ). 原審

原審も第1審に同意している。

(I). 最高裁

これに対して、最高裁は、会社分割の性質論に言及し、会社分割は財産権を目的とする法律行為であるとしている。しかし、最高裁は、この性質論を根拠の一つとしているような、していないような、明確な態度を取っていない。

(オ) 従来 of 裁判例

従来 of 会社分割と詐害行為取消権 of 関係を取り扱った裁判例において、東京地裁平成22年判決とこの判決 of 控訴審である東京高裁平成22年 of 判決がある。

東京地裁は、「新設分割とは、一又は二以上 of 株式会社又は合同会社 that その事業に関して有する権利義務 of 全部又は一部を分割により設立する会社に承継させることであり (会社法2条30号)、新設分割会社から新設分割設立会社へ of 財産 of 移転を要素とし、債務者としての新設分割会社 of 一般財産を減少させ得る法律行為である」とし、「したがって、新設分割は、他にこれを否定すべき理由がない限り、その性質上詐害行為取消権 of 対象になり得るものであると解される」と判示した。⁽⁸⁾

さらに、同裁判所は、「新設分割が財産権を目的とする法律行為であるか否かを直截に検討すると、新設分割は、新設分割会社 that その事業に関して有する権利義務 of 全部又は一部を新設分割設立会社に承継させる行為であり、その事業に関して有する権利義務とは正に財産権であるから、新設分割は、財産権を目的とする法律行為にほかならないというべきである。」と判示している。

そして、控訴審である東京高裁は、「新設分割が会社法に基づく組織法上 of 行為であるとしても、新設分割 that その事業に関して有する権利義務 of 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というべきで」と判示している。

(カ) 私見

会社分割には、財産権を目的とする法律行為 of 要素が当然に含まれていると考える。

(ii). 組織法上の行為

(ア). 第1審判決および原審判決

第1審判決および原審判決は、会社分割の組織法的行為性には言及していない。

(イ). 最高裁判決

最高裁は、「新たな会社の設立をその内容に含む会社の組織に関する行為でもある。」とし、「財産権を目的とする法律行為としての性質を有する以上、会社の組織に関する行為であることを理由として直ちに新設分割が詐害行為取消権行使の対象にならないと解することはできない」と述べている。

最高裁は、会社分割が組織法的行為という性質を有することから、新設分割が詐害行為取消権の対象となると認めることに躊躇を感じているようである。

(ウ). 従来 of 裁判例

従来 of 裁判例としては、前述の東京地裁平成22年判決は、「新設分割は、会社法に基づく組織法上の法律行為であるという性質を有するが、そのことから、直ちに新設分割が財産権を目的とする法律行為であるか否かが導かれるものではなく、これらは、別個の問題であるといわなければならない」と述べている。⁽⁹⁾

(I). 私見

確かに、新設分割には会社の設立という組織法的な要素が含まれていると考える。すなわち、会社法2条30号は、新設分割の定義として、「一又は二以上の株式会社又は合同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分割により設立する会社に承継させることをいう。」と規定し、同763条1項は、「一又は二以上の株式会社又は合同会社が新設分割をする場合において、新設分割により設立する会社（以下この編

において「新設分割設立会社」という。)が株式会社であるときは、新設分割計画において、次に掲げる事項を定めなければならない。」と規定している。

しかし、新設分割が組織法的性質を有しているからといって、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。

この「組織法」という講学上の用語については、神作教授は、以下のとおり、「組織法」という用語が新設分割が詐害行為取消権の対象となることの妨げにならないと主張している。すなわち、神作教授は、「そもそも、組織法上の行為という法概念は、会社法上の手続や法的効果の説明のために用いられるのが通常であり、民法上の規律や制度を一律に否定するための概念ではない。取引行為と対比される組織法上の行為の例としては、会社の設立・出資行為や合併・会社分割・株式交換・株式移転などの企業再編行為をあげることができる。ところが、会社設立について詐害行為取消権の行使を認めた判例が存在し、また、現物出資につきそれを認めた裁判例もあり、組織法上の行為であるというだけで詐害行為取消権に係る民法の規定の適用を排除することは、判例のとり立場でもない。とりわけ会社設立や現物出資については、債権者異議手続のような会社法上の債権者異議手続が用意されているわけではなく、民法上の詐害行為取消権の行使が認められないとしたら、その実質的根拠について説明する必要がある。おそらく、会社分割については詐害行為取消権の規定の適用が排除されているとの主張の背後には、会社分割に係る会社債権者保護について会社法において十全の措置が講じられているはずであり、詐害行為取消権の行使を認める必要もなく、また、法的効果等の面でもそれを認めることは適切ではないという前提があるのではないかと推察される。」と主張している。⁽¹⁰⁾ 正鵠を得た主張であると考えられる。

(2). 会社法的観点からの検討

最高裁は、「このような新設分割について詐害行為取消権を行使してこれを取り消すことができるか否かについては、新設分割に関する会社法その他の法令における諸規定の内容を更に検討して判断することを要するといふべきである。」と判示し、まず、会社法的観点から検討している。

(i). 形式的根拠

(ア). 第1審及び原審判決

第1審及び原審は、最高裁が判示した形式的根拠、すなわち、新設分割が詐害行為取消権の対象となることを否定する規定がないという根拠には、言及していない。

(イ). 最高裁判決

最高裁は、「会社法その他の法令において、新設分割が詐害行為取消権行使の対象となることを否定する明文の規定は存在しない。」と判示した。

(ウ). 従来 of 裁判例

従来 of 裁判例において、東京地裁平成22年5月27日判決は、「新設分割は、他にこれを否定すべき理由がない限り、その性質上詐害行為取消権の対象となり得る」とした上で、民法の規定の適用を制限又は排除するためには、明文の規定が必要であるとし、以下のとおり、民法と会社法との関係について、以下のように述べている。

すなわち、東京地裁は、「会社法に基づく組織法上の法律行為であるからといって、直ちに私法の一般法である民法上の規定の適用が制限又は排除されるというものではなく、これが制限又は排除されるのは、その趣旨の会社法上の特則が存する場合である。例えば、株式会社の設立

に関して、発起人の設立時発行株式の引受けに係る意思表示については、民法93条ただし書及び94条1項の規定を適用しない旨（会社法51条1項）、発起人は、株式会社の成立後は、錯誤を理由として設立時発行株式の引受けの無効を主張し、又は詐欺若しくは強迫を理由として設立時発行株式の引受けの取消しをすることができない旨（同2項）の特則が設けられ、設立時募集株式の引受人についても同様の趣旨から特則が設けられている（同102条3項、4項）。また、持分会社について、社員がその債権者を害することを知って持分会社を設立した場合には、当該債権者は、持分会社の成立の日から2年以内に、訴えをもって持分会社の設立の取消しを請求することができ、その判決の効力として対世効、将来効がある旨が定められているところ（同法832条柱書及び2号、838条、839条・834条19号）、この持分会社の設立の取消しの訴えの規定は、詐害行為取消権に関する一般規定である民法424条の特則として定められたものと解されるから、持分会社についての詐害行為取消しに、同条を適用する余地はない。」と判示している⁽¹¹⁾。

(I). 私見

この点について、弥永教授は、「一般化することはやや行き過ぎではないかと考えられる」と批判し⁽¹²⁾、この批判について、神作教授は、「正当な批判であろう」とし⁽¹³⁾、正当な批判であるとする。したがって、この形式的根拠は、最高裁が特に言及することもなかった根拠ではなからうか。

(ii). 会社法における残存債権者の保護の不備

(ア). 第1審判決

第1審は、承継債権者による詐害行為取消権行使の否定とその反対解釈をあげる。すなわち、第1審は、「会社分割においては、債権者保護手続（会社法789条1項2号、799条1項2号、810条1項2号）の対象

となる債権者」, すなわち, 承継債権者については, 「個別的に詐害行為取消権の行使はできないと解されており, 会社法の規定により, 民法上の詐害行為取消権の行使が否定されることもないとはいえないが, 債権者保護手続の対象となる債権者」, すなわち, 承継債権者につき「会社分割についての詐害行為取消権の行使が否定されるのは, 債権者保護手続の履践によって, 債権者の承認が擬制される(会社法789条4項, 799条4項, 810条4項)ためである。」とし, 「したがって, 債権者保護手続の対象とされていない債権者」, すなわち, 残存債権者については, 「会社分割に対する詐害行為取消権の行使が否定されるべき理由はないはず」であると判示している。

(イ). 原審判決

原審は, 残存債権者の保護の不要性の趣旨に言及した上で, 会社分割による取得株式の責任財産としての不当性を根拠として挙げた。

すなわち, 原審は, 「会社法は, 分割会社に対し債務の履行を請求できる債権者」, すなわち, 残存債権者については, 「分割会社が承継会社・設立会社から, 移転した純資産の額に等しい対価を取得するはずであるとの考えから, 債権者保護手続の対象としていない。」と判示し, 保護の不要性の趣旨を述べた。

そして, 原審は, 「しかし, 本件における会社分割のように, 純資産を設立会社に移転した代償として設立会社の株式を取得するととどまる場合には, 形式的には移転した純資産の額に等しい対価を取得した形になっていても, 株式は, 上場企業の株式でない限り, 換価は必ずしも容易ではなく, ことに中小企業においては換価が著しく困難であるのが通常であって, 設立会社の株式を有するというだけでは債権の引き当てにならない場合が少なくない。したがって, 分割の内容によっては, 債権者は分割会社に対して債権を有していても, 主要資産を失った分割会社には債務の履行の見込みがない場合もあり得るものである。このような

場合には、従前の分割会社の債権者は、会社法の債権者保護手続の対象とならないにもかかわらず、本来自己の債権の引き当てとなっている純資産の流出により損害を受けることになるのであるから、このような債権者については、詐害行為取消権の行使を否定する理由はないというべきである。」と判示している。

(ウ)．最高裁判決

これに対して、最高裁は、「会社法上、新設分割をする株式会社（以下「新設分割株式会社」という。）の債権者を保護するための規定が設けられているが（同810条）、一定の場合を除き新設分割株式会社に対して債務の履行を請求できる債権者」、すなわち、残存債権者は「上記規定による保護の対象とはされておらず、新設分割により新たに設立する株式会社（以下「新設分割設立会社」という。）にその債権に係る債務が承継されず上記規定による保護の対象ともされない債権者」、すなわち、残存債権者については、「詐害行為取消権によってその保護を図る必要性がある場合が存するところである。」と判示している。

(I)．従来の裁判例

前述の東京地裁判決は、「新設分割会社の残存債権者が害される場合に、当該債権者が会社法その他の法令に基づいて何らの救済も受けられないという事態を会社法は予定しているとは到底考えられない。この点、会社法は、新設分割会社の残存債権者が新設分割に異議を述べることができない旨を定めており（会社法810条1項2号）、このことから新設分割会社の残存債権者が新設分割無効の訴えを提起できるか（同法832条2項10号所定の『新設分割について承認をしなかった債権者』に該当するか否か。）について消極に解する見解も有力であり・・・、新設分割によって新設分割会社の残存債権者が害される場合に、当該債権者が、新設分割無効の訴えによって救済される実務が確立されているとは到底

いえないのであって、むしろ、新設分割無効の訴えと別個の制度として、詐害行為取消権を行使することによりその救済を受け得るものとする必要性は高いというべきである。」と判示している。

(オ) 私見

そもそも、分割会社の資産に変動がないことを理由に、会社分割において残存債権者の保護を無視した会社分割制度の基本的発想に問題があり、この発想が、今日の企業社会においては、有用・有益な制度であるはずの会社分割を濫用的会社分割という病理的狀態に作り出した根源であるのではなからうか。

(3) 民法的観点からの検討

(i) 残存債権者の詐害行為取消権による保護の必要性

最高裁をはじめ、会社分割と詐害行為取消権の関係と扱った裁判例は、上述のとおり、会社法における残存債権者の保護の不十分を指摘し、残存債権者の保護は、民法の詐害行為取消権に求めるべきであるとしている。

(ii) 詐害行為取消権の行使による法的安定性の阻害

(ア) 序

会社法は、新設分割が組織法上の法律行為であり多数の利害関係人が生ずることを踏まえ、新設分割の無効について、民法上の無効の一般原則によったのでは、主張の方法、相手方、時期等に制限がないことになり、また、判決の相対効により法的安定性が図れないとして、新設分割無効の訴えという形成訴訟の制度を設けている。すなわち、新設分割の無効は、その効力が生じた日から6カ月以内に、訴えをもってのみ主張することができるとした上(会社法828条1項10号)、その訴えを提起できる者を限定し(同2項10号)、無効の判決が確定すると、その判決は

第三者にも効力を有し (対世効, 同法838条), 新設分割は将来に向かって効力を失う (将来効, 同法839条) こと等を定めている。

(イ). 被告・控訴人・上告人Yの主張

そこで, Yは, 「新設分割を詐害行為取消権行使の対象とすると, 新設分割の効力を否定するための制度として新設分割無効の訴えのみを認めた会社法の趣旨に反する」と主張した。

これを敷衍すると, Yは, 「詐害行為取消訴訟は, 債権者が取消の原因を知った時から2年間又は行為時から20年間可能であって, 会社法が設けている出訴期間の制限, 対世的効力や当事者適格の限定などの法的安定性を確保するための制度もないため, 詐害行為取消の対象とされるべきではない」と主張した。

(ウ). 第1審判決

第1審は, 「会社法は, 会社分割の効力を争うためには, 分割無効の訴えによるべきものとしているけれども, 新設分割無効の訴えを認容する判決が対世効を有する (会社法838条, 828条1項10号) のと異なって, 詐害行為取消の効果は, 取消訴訟の当事者間において当該法律行為を無効にするにとどまり, 新設分割設立会社の設立自体の効力を対世的に失わせるものではないから, 新設分割について民法424条1項の適用を認めても, 会社法838条, 828条1項10号の趣旨に反して法的安定性を害することにはならない。」と判示している。

さらに, 第1審は, 「詐害行為取消がなされた場合の新設分割会社と新設分割設立会社との間の法律関係も, 詐害行為取消権が行使されることによって相対的取消がなされた場合一般と同様に不当利得法により規律されるべきものであって, 詐害行為取消権の行使を許容しえない程度まで法律関係が錯綜し, 法的安定性が害されるということとはできない。」と判示している。

(I). 原審判決

原審は、「詐害行為取消権の行使によって取り消されるのは、個別の財産移転にすぎず、しかも取消権の行為対象者との間では、相対的に取消されるのにとどまり、会社分割の効力自体に影響を与えるものではない」と判示した。

(オ). 最高裁判決

これに対して、最高裁は、「会社法上、新設分割の無効を主張する方法として、法律関係の画一的画定等の観点から原告適格や提訴期間を限定した新設分割無効の訴えが規定されているが(同法828条1項10号)、詐害行為取消権の行使によって新設分割を取り消したとしても、その取消しの効力は、新設分割による株式会社の設立の効力に何ら影響を及ぼすものではないというべきである。」と述べた。

(カ). 従来 of 裁判例

上述の東京地裁平成22年判決は、「新設分割の詐害行為取消しの効果が相対効を有するにとどまり、組織法上の新設分割の効力自体を対世効をもって取り消すものでないことからすると、会社法上、新設分割の無効の訴えの制度があるからといって、株式会社の新設分割について詐害行為取消の規定の適用が妨げられる理由はないというべきである。」と判示している⁽¹⁴⁾。

(キ). 私見

ここでのポイントは、以下の2点である。

第1に、詐害行為取消権の相対効である。

従来 of 民法学における通説・判例においては、詐害行為取消権の効果は、取消当事者である債権者と受益者または転得者との相対的な関係に

において、詐害行為が相対的に取り消されるものである、と理解されている。⁽¹⁵⁾第1審、原審、そして、東京地裁平成22年判決は、この民法学における一般的理解に立つ見解である。これに対して、最高裁は、詐害行為取消の相対効にはまったく言及していない。

次に、第2に、詐害行為取消権の新設分割における会社設立の側面への無影響である。この点については、上述のすべての裁判所が言及している。詐害行為取消権は財産権を目的とした法律行為を対象とするものであり、最高裁は、この点にこそ言及すべきであったと考える。

このように、取消しの効果が相対的であるとしても、取消しの対象によっては、設立会社が、その事業を継続させること困難になる場合がある。この点について、神作教授は、「会社分割が詐害行為取消し・・・の対象とされ、少なくとも権利移転が取り消されますと、設立会社・・・の事業の継続が困難になり、実質的には会社が解散に至らざるを得ないケースも考えられ、結果的に分割無効の訴えによらずに新設分割を無効にしたのと同様の効果が発生し、会社分割無効の訴えとの関係が問題にならざるを得ない・・・。」と述べている。たとえば、「本件不動産」が分割会社である松商に復帰した結果、設立会社が事業を継続させることが不可能になり解散に至るような場合である。

このような場合、不動産の返還によって債務の引当てとなる責任財産が減少すること、そして、事業継続の困難に伴って債務の履行の原資となる収益が得られないことなど、承継債権者が不測の損害を被ることになる。そこで、このような場合については、どのような対処方法が考えられるであろうか。

この問題は、会社分割における詐害行為取消権の対象論および効果論にかかわる問題であり、後に検討することとなる。

5. 本件の詐害行為取消権の適用要件の充足性

(1). 客観的要件 = 「詐害性」の面

(i). 抵当不動産の処分行為の詐害性の範囲

ア. 不動産の処分行為⁽¹⁶⁾

(ア). 序

本件は不動産の売却ではないが、分割による不動産の承継は、不動産の売却と同様の効果が生じる。そして、本件では、その分割の対価として、相当な株式が発行されている。

従来、詐害行為取消権に関しては、不動産を相当価格で売却することについて、見解が分かれている。

(イ). 従来⁽¹⁷⁾の裁判例

従来⁽¹⁷⁾の裁判例は、不動産を消費又は隠匿しやすい金銭に代えることは、原則として詐害行為になる、としている。ただし、代金を弁済資金に充てるためなど、債務者の売却目的・動機が正当なものであるときは、詐害行為とならない、とされている⁽¹⁸⁾。しかし、このような場合でも、特定の債権者と通謀して同人に優先弁済を受けさせるために処分する場合は、詐害行為となる、とされている⁽¹⁹⁾。

(ウ). 従来⁽²⁰⁾の学説

学説においては、かつては、相当価格での売却は債務者の意思にかかわらず詐害行為に当たらないという否定説が多数であった⁽²⁰⁾。その理由は、以下のとおりである。第1に、相当価格である以上、責任財産の額に変化はない。第2に、取消しを認めると、債務者が不動産を換価して経済的更生を図ることを妨げる。第3に、相手方の監視できない売却代金の使途いかんにより取り消されることがあるというのでは、取引の安全が害される。

これに対して、不動産の売却は、債務者の財産を減少させないから詐

害性はないというのは形式論であり、債権者が実質的に責任財産から満足を受けられるかどうかを判断して、詐害行為の成立を肯定すべきであるという見解がある⁽²¹⁾。そして、「近年は、総合的ないし相関的判断という観点から、判例を支持するものが増えている」、といわれている⁽²²⁾。

(I)．私見

第1審は、本件不動産の処分行為について、詐害行為性を認めている。それは、従来の裁判例に則した判断をしたか、または、近時の相関的な判断をしたものであって、妥当であるとする。

イ．抵当不動産の詐害の範囲

(ア)．第1審判決

第1審は、「抵当不動産の処分行為については、当該処分行為時における目的不動産の価額から、当該不動産が負担すべき抵当権又は根抵当権の被担保債権額を控除した残額の部分が責任財産から逸失することになり、その残額部分について詐害性が認められる。」と一般論をまず述べた。

(イ)．従来の裁判例

従来の裁判例においては、抵当権の付着した不動産が目的物である場合は、債務者の行為によって一般財産が減少するのは、不動産の価額から抵当権の被担保債権額を控除した残額に限られるので、取り消しうるのは、その範囲にとどまることになる、とされている⁽²³⁾。

すなわち、抵当不動産の詐害の範囲については、「抵当権者は、被担保債権について、担保権の設定された財産から優先弁済を受けうるので、一般債権者はその分を引当となしえない。したがって、積極財産からは担保権者が把握している価値を、消極財産からは担保権によって担保されている債権の額を、それぞれ除外して判断する。」とされている⁽²⁴⁾。

(ウ)．私見

従来の裁判例に沿う第1審の判断は妥当であると考ええる。

(ii)．抗弁の検討

被告・控訴人・上告人Yは、本件会社分割が詐害行為に該当しないこととの抗弁として、以下の点をあげている。

ア．負債の承継について

(ア)．被告の主張

第1に、被告は、「本件会社分割により、松商から、本件不動産に設定された根抵当権に係る被担保債務のほかに、短期借入金債務及び未払費用債務の合計2億4204万7886円も承継しており、これらの負債の承継をも考慮すべきである」と主張した。

(イ)．第1審判決

第1審は、「本件会社分割において、被告は、確かに松商から短期借入金債務及び未払費用債務を承継しているものの、これらの債務については松商が重畳的債務引受けを行っているため、これらの債務に対応する松商の消極財産の減少は生じておらず、責任財産が増加しているとはいえない。したがって、被告の上記主張を採用することはできない。」と判示し、被告の主張を斥けている。

(ウ)．私見

第1審が主張しようとすることは理解でき、判断は正当であると考ええる。しかし、揚げ足を取るようであるが、第1審が「これらの債務については松商が重畳的債務引受けを行っているため、これらの債務に対応する松商の消極財産の減少は生じておらず、責任財産が増加していると

はいえない。」としている点は不正確であると考ええる。すなわち、第1に、「債務に対応する・・・消極財産」とは何か、消極財産とは債務のことを意味するのではなからうか、第2に、「重畳的債務引受けを行っているため・・・、責任財産が増加しているとはいえない」とはどのような意味なのか、逆いえば、重畳的債務引受を行わなければ、責任財産は増加する⁽²⁵⁾のか、疑問である。

ところで、分割により「すべての営業用財産を失い、被告とベガの株式以外には全く資産を保有しない会社」となった松商が新設分割によって設立会社に移転した債務について、重畳的債務引受を行った理由・事情はなんであろうか。

それは、債権者異議手続の回避が考えられ、その回避の理由・事情として、会社法が本来予定していなかった濫用的会社分割の隠匿が考えられる。すなわち、本来、債権者異議手続の保護を受けることができる設立会社の承継債権者に対して、その手続の機会を与えず、その結果として、設立会社の承継債権者から、濫用的な新設分割が実行されようとしていることが発覚することを回避しようとしたのではなからうか、と考える。その理由は以下のとおりである。

合併の場合と同様に、分割会社・設立会社（承継会社）は、債権者に対して、「分割する旨」、「他の当事会社の商号と住所」、「全当事会社の計算書類等」、「異議のある債権者は一定の期間（1か月以上）内に述べる旨」を官報に公告し、かつ、「知れたる債権者」には各別に催告しなければならない（新設分割の場合：810条1項・2項、吸収分割の場合：789条1項・2項・799条1項・2項）（ただし、官報公告に加えて日刊新聞紙による公告または電子広告をも行った場合には、知れたる債権者に対する個別催告は不要である（新設分割の場合：810条3項、吸収分割の場合：789条3項・799条3項））。期間内に異議を述べなかった債権者は分割を承認したものとみなされる（新設分割の場合：810条4項、吸収分割の場合：789条4項・799条4項）。これに対して、異議を述べ

た債権者には、弁済・担保提供・弁済用財産の信託のいずれかをしなければならない(ただし、会社を分割しても、当該債権者を害するおそれがない場合には、弁済等の対応は不要である(新設分割の場合:810条5項,吸収分割の場合:789条5項・799条5項))。

以上のような債権者異議手続の対象となる債権者の一類型として、分割会社の債権者のうち、「会社分割後に分割会社に対して債務の履行を請求できなくなる者」があげられている(新設分割の場合:810条1項2号,吸収分割の場合:789条1項2号・799条1項2号)⁽²⁶⁾。

この「分割会社に対して債務の履行を請求できなくなる債権者」とは、分割会社の債権者であったにもかかわらず、新設分割計画(分割契約)の定めに従い設立会社(承継会社)の債権者とされ、かつ、分割会社が当該債務につき重疊的債務引受けを行わない場合における債権者と解されている⁽²⁷⁾。なぜなら、分割会社が重疊的債務引受けを行わない場合、分割会社は、免責的債務引受け、または、債務者の交替による更改(民法514条)を受け、免責的に債務を免れることになり、当該債権者への影響が大きいからである⁽²⁸⁾。また、その債務の保証人として設立会社(承継会社)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ない分割会社の債権者について、同様である(810条1項2号括弧書・789条1項2号括弧書)⁽²⁹⁾。

換言すれば、設立会社(承継会社)の債権者になった者が、分割会社にも債務の履行を請求することができる場合には、上記の債権者異議手続の対象からはずされることになる⁽³⁰⁾。

本来、債権者異議手続を不要とする措置や解釈は、分割コストの節減による迅速かつ円滑な会社分割の遂行のためのものであったはずである。松商は、それを逆手にとったのでなかろうか。しかも、松商が分割直前債務超過の状態にあった点、分割後は松商は営業用資産が全くない点、そして、松商には、後述する換価に困難を伴う株式以外に資産がない点を考え合わせると、本件の松商による重疊的債務引受にも、「詐欺の意

思」を読みとることができるのではなからうか。⁽³¹⁾なぜなら、松商には重畳的に引き受けた債務に対する責任財産がないに等しいからである。ただし、詐害行為取消が認められて本件不動産が松商に復帰すれば、この重畳的債務引受は意味をもってくることになる。なぜなら、承継債務者も松商に対して債務の履行を求めることができるからである。

イ. 分割の対価としての株式について

(ア). 被告の主張

第2に、被告は、「松商が、本件会社分割により、被告に承継させた純資産の見返りとして被告株式を取得しており、松商の純資産に変動がない。」と主張した。

(イ). 第1審判決

これに対して、第1審は、「確かに、本件会社分割により松商が取得した被告会社の株式は、松商が、被告に対し、本件不動産を含む資産を承継させた対価だとみることができる。しかし、被告は、その株式のすべてを松商が有する同社の完全子会社であって、・・・、被告株式の換価は困難であることが推認され、本件会社分割の対価として相当なものであると認めるに足りる証拠はない。」と判示して、被告の主張を排斥している。

(ウ). 原審判決

原審は、「会社法は、分割会社に対し債務の履行を請求できる債権者については、分割会社が承継会社・設立会社から、移転した純資産の額に等しい対価を取得するはずであるとの考えから、債権者保護手続の対象としていない。」と判示した。

その上で、原審は、「しかし、本件における会社分割のように、純資産を設立会社に移転した代償として設立会社の株式を取得するにとどま

る場合には、形式的には移転した純資産の額に等しい対価を取得した形になっていても、株式は、上場企業の株式でない限り、換価は必ずしも容易ではなく、ことに中小企業においては換価が著しく困難であるのが通常であって、設立会社の株式を有するというだけでは債権の引き当てにならない場合が少なくない。したがって、分割の内容によっては、債権者は分割会社に対して債権を有していても、主要資産を失った分割会社には債務の履行の見込みがない場合もあり得るものである。このような場合には、従前の分割会社の債権者は、会社法の債権者保護手続の対象とならないにもかかわらず、本来自己の債権の引き当てとなっている純資産の流出により損害を受けることになるのであるから、このような債権者については、詐害行為取消権の行使を否定する理由はないというべきである。」と判示している。

(I) 従来の裁判例

この点に関しては、東京地裁平成22年判決が、「本件会社分割により、一方で、被告 Y1 の保有する債権を中心とするほとんどの無担保の残存資産が逸失して同被告は会社としての実体なくなり、他方で、同被告が対価として取得した被告 Y2 の株式は、非上場株式会社の株式であり、株主が廉価で処分することは容易であっても一般的には流動性が乏しく、被告 Y1 の債権者にとっては、株主名簿を閲覧する権利もなく（会社法125条2項）、株券が発行されればより一層、これを保全することには著しい困難が伴い、さらに、強制執行の手続においても、その財産評価や換価をすることには著しい困難を伴うものと認めることができる。そうすると、本件会社分割により、同被告の一般財産の共同担保としての価値を実質的に毀損して、その債権者である原告が自己の有する本件被保全債権について弁済を受けることがより困難となったといえるから、本件会社分割には詐害性が認められるといわざるを得ない。」と判示している。

(オ) 私見

本件の第1審および原審は、この東京地裁平成22年と同じ立場をとったものである。

これらの判決の共通点は、対価として交付された株式の換価の困難性に詐害性を認めている点である。これは、被告がいう対価としての「相当性」にかかわる問題であるとする。これに対して、承継された財産との等価性については、原審判決が言及しているのみである。

しかし、被告は、そもそも、「純資産の変動はない」と主張している。この抗弁は、株式の「等価性」にかかわるものである。すなわち、承継された財産と対価としての株式の等価性を検討すべきであったと考える。しかし、この問題は、承継された財産と株式の評価の問題であり、非常に解決が困難な問題である。そこで、第1審、原審、そして、東京地裁平成22年判決は、株式の換価の困難性、すなわち、対価としての「相当性」を持ち出したのではなからうか。

ところで、原審が判示しているとおり、会社法は、分割会社に対し債務の履行を請求できる残存債権者については、分割会社が承継会社・設立会社から、移転した純資産の額に等しい対価を取得するはずであるとの考えから、債権者保護手続の対象としていない、とされている。

しかし、このような考え方が、詐害的また濫用的会社分割という病理的現状を発生させたのではなからうか。原審が判示しているとおり、分割の対価の内容によっては、「形式的には移転した純資産の額に等しい対価を取得した形になっていても」、実質的には、分割会社の一般財産の共同担保としての価値を毀損して、その債権者が自己の有する被担保債権について弁済を受けることが困難になる場合もある。

この点について、中田教授は、従来の裁判例における詐害行為の成否基準は、次のように整理することができる、と述べている。⁽³²⁾

「第1に、債務者の財産（責任財産から一般債権を差し引いたもの）

が行為によって減少するかどうかである。減少する場合には、行為が無償行為か、有償行為か、有償行為の場合は、減少幅がどの程度かを検討する。この場合、債務者の認識があれば足りる。

第2に、債務者の財産が減少しない場合、配当率が減少するかどうかである。弁済や相当価格の物での代物弁済が問題になる。

第3に、財産も配当率も減少しない場合でも、財産が不動産から金銭に変わることにより、隠匿・費消が容易になるのではないかである。相当価格での不動産売却、担保の供与による借入れが問題になる。

第2・第3の場合においては、債務者の行為の目的・動機の妥当性、目的・動機との関係での手段としての相当性、債務者と受益者との通謀・害意の有無、債務者が既に無資力状態にあったのか、その行為により無資力になったのか（無資力状態での行為の方が詐害行為性は高い）などを検討する。」とされている。

このような詐害行為に対する裁判所の考え方に目を向けて、会社分割の制度設計にしておけば、詐害的または濫用的な会社分割は回避することができたのではなかろうか。

(2). 主観的要件 = 「詐害の意思」の検討

(ア). 第1審判決

第1審は、「本件新設分割の主たる目的は、本件不動産を含む松商の資産を被告及びベガに移転することによって上記保証債務による強制執行を免れることにあったと推認するのが相当である。」とし、「したがって、本件会社分割の際に、松商には詐害意思があったといえる。」と結論付けた。第1審は、その根拠として、以下の点をあげている。

第1に、第1審は、「本件会社分割は、松商において本件保証契約に基づく保証債務を完済することができないことが明らかな状況の下で実施されているところ、被告及びベガは、いずれも松商の代表者であった甲野を代表取締役として設立されており、本件会社分割は、松商の重要

な資産を松商から移転する以外に松商の再生計画として特段の内容がない。」と判示している。

第2に、第1審判決は、「被告は、本件会社分割の直後に、第三者に対して本件田原本土地を売却している。一方、松商は、本件会社分割と、その直後に行われたベガの新設分割とにより、すべての営業用財産を失い、被告及びベガの株式以外には全く資産を保有しない会社となったものである。」と判示している。

最後に、第1審判決は、「松商は、甲野が、平成19年9月21日、原告を訪問して松商が負担する債務の返済方法について協議し、弁済契約を提出することを約束した後に本件新設分割を実施した」と判示した。

(イ)．原審判決

原審は、第1審判決の詐害行為取消権の行使を認めた結論を是認し、その理由としては、「『事実及び理由』欄の第5において設示するとおりであるから引用する。」と判示している。

(ウ)．私見

これらの認定は、詐害意思があったと結論付けるには十分な事実であると考ええる。なお、上述したとおり、分割前に債務超過状態であり、分割後資産がない松商が重畳的債務引受を行ったという事実も、詐害意思を認定する重要な事実になると考える。

6．詐害行為取消の対象・範囲と行使後の法的措置

(1)．詐害行為取消の対象

(ア)．第1審判決

第1審は、詐害行為取消の対象について、「原告は、詐害行為取消権に基づき、本件会社分割のうち、本件不動産の承継に係る部分の取消を求めることができる。」と判示している。

(イ). 原審判決

原審は、詐欺行為取消の対象について、第1審と同様に、「本件会社分割に基づく本件不動産の控訴人に対する所有権移転は、被控訴人との関係で詐欺行為に当たり、被控訴人の取消請求は理由」がある、と判示している。

(ウ). 最高裁判決

最高裁は、詐欺行為取消の対象について、「株式会社を設立する新設分割がされた場合において、新設分割設立株式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424条により、詐欺行為取消権を行使して新設分割を取り消すことができると解される。」と判示している。

また、最高裁は、「本件新設分割が詐欺行為取消権の対象となるものとして、被上诉人の請求を認容した原審の判断は、是認することができる。」と判示している。

(I). 従来 of 裁判例

第1審および原審は、本件会社分割のうち、本件不動産の新設分割設立会社に対する承継、本件不動産の所有権移転が取消の対象になる、としている。これに対して、最高裁は、判決文を見る限り、第1審及び原審と異なり、「新設分割」を取り消すことができる、としている。

これらに対して、東京地裁平成22年判決は、「取消しの範囲」という用語を用いて、「詐欺行為取消権は、債権者の債権を保全するため、その債権を害すべき債務者の行為を取り消す権利であるから、債権者は原則として自己の有する被保全債権額を超過して取消権を行使することはできない(最高裁昭和30年10月11日判決・民集9巻11号1626頁参照)。そのため、詐欺行為自体は単一の行為であっても、詐欺行為の目的物が

可分であるときは、その取消しの範囲は、その債権者の被保全債権を限度とし (大審院明治42年6月8日判決・民録15輯579頁参照)、ただし、目的物が不可分であるときは、その取消しの範囲は、債権者の被保全債権額を超えても目的物全体に及ぶ (上記最高裁昭和30年10月11日判決参照)。また、詐害行為の目的物の中に担保権が付された部分があるときなど、その全部を取り消すことができないときは、その被保全債権額などを除いた一般財産の部分につき、一部取消しをするほかない (その上で、原状回復として現物返還を認めるものとして、最高裁昭和54年1月25日判決・民集33巻1号12頁、同じく価格賠償を認めるものとして、最高裁大法廷昭和36年7月19日判決・民集15巻7号1875頁参照)。」と判示している。

この一般論を踏まえて、東京地裁平成22年判決は、具体的結論として、「新設分割は、新設分割会社は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ことであり、本件会社分割においては、認定事実 (4) (別紙4 承継権利義務明細表) のとおり、被告 Y1 (新設分割会社) が被告 Y2 (新設分割設立会社) に対し、資産 (権利) として、金銭債権である受取手形、前払費用、短期貸付金、差入保証金及び長期貸付金 (以上合計1億1776万3872円相当) 並びに固定資産 (3815万9387円相当)、負債 (義務) として、長期預り金及び預り保証金を承継させている。このうち、詐害行為となる本件会社分割の目的物である上記資産 (金銭債権及び固定資産) が、可分であることは明かである。したがって、本件会社分割を詐害行為として取り消す範囲は、詐害行為の目的物が可分である場合として、債権者である原告の本件被保全債権の額、すなわち、1911万5040円を限度とするというべきである。」と判示している。

(オ) 私見

以上のように、第1審、原審、そして、東京地裁平成22年判決は、詐

害行為取消権は新設分割自体を取り消すのではなく、分割の目的物の承継を取り消すものとしている。

これに対して、最高裁は、判決文を見る限り、第1審、原審、そして、東京地裁平成22年判決と異なり、「新設分割」を取り消すことができる、としている。しかし、最高裁は、原審の判断を是としている。最高裁は、取消の対象の問題と取消の範囲の問題を錯綜させているような印象を否めない。この印象は、東京地裁平成22年にもあてまる。

そこで、議論を、「詐害行為取消の対象」の問題と、「詐害行為取消の範囲」の問題に分けて検討する必要があると考える。⁽³³⁾

a) 「詐害行為取消の対象」

まず、「詐害行為取消の対象」の問題である。

従来の裁判例においては、東京地裁平成22年判決が述べているように、詐害行為自体は単一の行為であっても、詐害行為の目的物が可分であるときは、その取消しの範囲は、その債権者の被保全債権を限度とし、目的物が不可分であるときは、その取消しの範囲は、債権者の被保全債権額を超えても目的物全体に及ぶとするのが判例である。⁽³⁴⁾

しかし、会社分割における詐害行為取消の対象については、民法の議論に入る前に、解決しておかなければならない取消の対象論という問題がある。なぜなら、会社分割には、会社の設立の側面・要素、そして、負債・債務の承継という側面・要素が存在するからである。取消しの対象としては、以下の3つが考えられる。⁽³⁵⁾

第1に「新設分割自体」である。最高裁の考え方である。

たしかに、新設分割は、会社法2条30号において、「一又は二以上の株式会社又は合同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分割により設立する会社に承継させることをいう」と定義されている。つまり、新設分割には、分割による会社の設立という組織法の側面と、その分割により設立された会社への権利義務の承継という財産権を

目的とする法律行為の取引法の側面がある。したがって、新設分割に詐害行為取消が適用されるとすると、両者の側面が取り消されるとの考え方も成り立ちうる。

しかし、詐害行為取消権は、財産権を目的とする法律行為を取り消し、債務者の下から流出した資産を元の債務者に回復させるものである。したがって、詐害行為取消権は、法律行為の側面を取り消すことはできても、新設分割の設分割自体設立の効力までも取り消すことができないと解される。

第2に、「分割計画書における資産、債務、...その他の権利義務」(763条5号)の移転のみである。

取消しの対象から設立を除外するが、資産・権利のみならず債務・義務も取消の対象とする考え方である。

たしかに、上述したように、詐害行為取消権の効果の及ぶ範囲、設立会社はその存在が認められたままであり法的安定性の観点から、評価することができる。また、債務・義務も、消極財産として、財産であると一般に理解されている。そして、会社法764条1項は、「新設分割設立株式会社は、その成立の日に、新設分割計画の定めに従い、新設分割会社の権利義務を承継する。」と規定している。したがって、新設分割に詐害行為取消権が適用された場合には、資産・権利の承継のみならず債務・義務の承継も取り消されることになるはずである。

しかし、詐害行為取消請求の趣旨が、債務者から流出した財産を債務者に回復させ、責任財産の確保にあるという点にあることに鑑みると、債務・義務の移転部分までを取消しの対象とすることが、果たして適切であるか、疑問である。

ただし、承継された資産・権利のみが元の債務者に回復されると考えると、承継された債務・義務はそのまま設立会社に残ったままになる。このような結果は、免責的に設立会社に承継された義務の債権者にとって極めて不利益なものであるという問題がある。

第3に「分割計画書における資産、・・・その他の権利」(763条5号)の移転のみが考えられる。取消の対象から、設立自体、債務・義務を除外し、資産・権利のみを対象とする考え方である。第1審、原審、そして、東京地裁平成22年判決の立場である。この考え方が基本的に正当であって、会社分割の場合には、これを踏まえて、民法の議論に入ることになる。

上述のとおり、会社法2条30号の定義規定から見て、設立自体を取消の対象から除外すること、そして、会社法764条1項の新設分割の効果規定から見て、債務・義務を取消の対象から除外することには、問題がある。しかし、このように対象を資産・権利に限定的に考えるのが詐害行為取消権の趣旨に沿うことになる。

しかしながら、上述のように、承継された資産・権利のみの回復ということになると、免責的に設立会社に承継された債務の債権者、すなわち、承継債権者は、設立会社の債権者となったままであり、一方、設立会社の責任財産が減少することになり、このような結果は、承継債権者にとって極めて不合理な結果になってしまう。これは、会社分割時の債権者異議手続で予測された状況を超える不利益であり、詐害行為取消しの効果論とも併せて検討をする必要があろう。

b) 「詐害行為取消の範囲」

次に、詐害取消の範囲の問題である。

民法学においては、詐害行為取消権の範囲は被担保債権に限定されるとするのが、判例である。⁽³⁷⁾第1審・原審・最高裁は、この点については言及していない。しかし、言及していないのは、当然のことであるからであらう。

(2)．権利行使後の法的措置

(ア)．第1審判決

第1審は、取消後の法的措置について、「本件不動産について設定された各抵当権は、本件会社分割の後に消滅しておらず、逸出した財産自体の回復を認めるべきであるから、原告は、被告に対して、本件不動産について、本件登記の抹消登記手続を求めることができる。」と判示している。

(イ)．原審判決

原審は、「控訴人は本件登記の抹消登記手続をすべきものと判断する。」と判示している。

(ウ)．最高裁判決

最高裁は、「その債権の保全に必要な限度で新設分割設立株式会社への権利の承継の効力を否定することができるというべきである。」と判示しているにすぎない。

(I)．従来 of 裁判例

これらに対して、まず、東京地裁平成22年判決は、一般論として、「詐害行為が取り消されたときの原状回復の方法としては、詐害行為により逸失した財産を返還させることが可能であればできるだけその現物返還を認めるべきであり、これが不可能又は著しく困難な場合には、逸失した財産の返還に代えてその価格賠償をさせることになる（大審院昭和9年11月30日判決・民集13巻23号2191頁、上記最高裁昭和54年1月25日判決、最高裁昭和63年7月19日判決・判例時報1299号70頁参照）」と判示している。

そして、東京地裁平成22年判決は、上述の一般論を踏まえて、具体的結論において、「本件会社分割が詐害行為として取り消されたときの原

状回復の方法としては、本件会社分割により承継された資産を現物返還させることが可能であればできるだけこれを認めるべきであるが、本件会社分割により承継された資産は、別紙4 承継権利義務明細表に記載されたとおり特定されるのみで、個別の権利として特定されておらず、さらに、本件会社分割の後、被告Y2(新設分割設立会社)が事業を継続していることからすると、上記資産に変動が生じていることは容易に推測できるのであり、債権者である原告にとって、承継された上記資産を特定してこれを返還させることは著しく困難であると認めることができる。したがって、同被告に対し、逸失した財産の現物返還に代えてその価格賠償を請求することができる。」と判示している。

(オ) 私見

以上のように、第1審および原審は、本件不動産の本件登記の抹消登記を命じている。

これに対して、最高裁は、「その債権の保全に必要な限度で新設分割設立株式会社への権利の承継の効力を否定することができるというべきである。」と判示しているのみである。しかし、おそらく、最高裁は、原審の判断を是としていることから、第1審および原審と同じ判断であると思料される。すなわち、最高裁は、本件不動産の本件登記の抹消登記を命じていると思料される。

これに対して、東京地裁平成22年判決は、一般論として、現物返還の原則および例外的価格賠償の方法を採用し、具体的結論として、価格賠償を命じた。

ところで、従来の裁判例においては、相手方から詐害行為の目的物である財産の返還を請求できる場合は、その物自体を返還させるのが原則であり(現物返還の原則)、それに相当する金銭での賠償(価格賠償)は特別の事情がある場合に限る、とされている⁽³⁸⁾。

また、従来の裁判例においては、詐害行為取消しの対象が不可分であ

る場合、特に不動産である場合には、たとえ債権者の債権額が超えるとしても、原則として全部を取り消し、目的物の返還を請求する、すなわち、移転登記の抹消または移転登記を請求することができる、とされている。⁽³⁹⁾

今回の最高裁判例は、従来の裁判例に従ったものである。したがって、一見すると、妥当な判決であると評することもできよう。

しかし、設立会社の事業の継続性、承継会社の責任財産の減少を考えた場合、はたして、不動産の返還という結論は、妥当であったといえるかどうか、疑問である。不動産返還後の設立会社の財産の状況なども検討する必要があると考える。なぜなら、不動産の返還によって、債務の引当てとなる責任財産が減少すること、そして、事業継続の困難にもなって債務の履行の原資となる収益が得られないことによって、承継債権者が不測の損害を被る可能性があるからである。

この点の解決方法としては、会社分割における詐害行為取消に限定されることであるが、第1に、東京地裁平成22年判決のように価格賠償による解決⁽⁴⁰⁾、第2に、承継債務の復帰⁽⁴¹⁾、第3に、現物返還の原則ではなく、価格賠償を原則とする解決⁽⁴²⁾、第4に、分割無効の訴えの類推適用、第5に、立法論であるが、承継債権者による分割会社への請求権⁽⁴³⁾があげられよう。

むすび

最後に、会社分割法制の見直しに言及して、本稿を閉じることとする。

会社法の見直しについて、法制審議会会社法制部会は、平成23年12月7日に「会社法制の見直しに関する中間試案」をまとめ⁽⁴⁴⁾、同月14日には「会社法制の見直しに関する中間試案の補足説明」を公表し、パブリックコメント手続、その後の審議を経て、平成24年8月1日には「会社法制の見直しに関する要綱案」を取りまとめた。

そして、同年9月7日法制審議会総会ではこれを受け、「会社法制の

見直しに関する要綱」を決定した⁽⁴⁵⁾。

その要綱の「第2部第5」が、会社分割における債権者保護に関するものである。

「第5 会社分割等における債権者の保護

1 詐害的な会社分割等における債権者の保護

吸収分割会社又は新設分割会社（以下「分割会社」という。）が吸収分割承継会社又は新設分割設立会社（以下「承継会社等」という。）に承継されない債務の債権者（以下「残存債権者」という。）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ものとする。ただし、吸収分割の場合であって、吸収分割承継会社が吸収分割の効力が生じた時において残存債権者を害すべき事実を知らなかったときは、この限りでないものとする。

(注) 株式会社である分割会社が吸収分割の効力が生ずる日又は新設分割設立会社の成立の日に全部取得条項付種類株式の取得又は剰余金の配当（取得対価又は配当財産が承継会社等の株式又は持分のみであるものに限る。）をする場合（第758条第8号等）には、上記の規律を適用しないものとする。

の債務を履行する責任は、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2年以内に請求又は請求の予告をしない残存債権者に対しては、その期間を経過した時に消滅するものとする。会社分割の効力が生じた日から20年を経過したときも、同様とするものとする。

(注1) の請求権は、分割会社について破産手続開始の決定、再生手続開始の決定又は更生手続開始の決定がされたときは、行使することができないものとする。

(注2) 事業譲渡及び営業譲渡 (商法第16条以下参照) についても、上記と同様の規律を設けるものとする。

この規定によれば、詐害行為取消権の行使による現物返還が不可能または著しく困難な場合でなくても、また、法人格否認の法理などの理論構成を用いなくても、残存債権者が、設立会社に対して、直接、金銭の支払いを求めることができるようになる⁽⁴⁶⁾。

今回の会社法制見直しの中で会社分割に関する規律が取り上げられた背景には、とくに、事業再生の場面で、詐害的な会社分割または濫用的な会社分割と評価されるような事案がみられるようになり、いくつかの裁判例において、このような事案が争われ、金融機関および倒産実務関係者の間において、会社分割の法制度、とりわけ債権者保護に対する在り方に関して、何らかの対応が必要であるとの問題意識が共有されるようになったという事情がある、といわれる⁽⁴⁷⁾。

今後、この要綱案を巡って議論が展開されていくことになるが、単純に、現行の会社分割制度に新設度を継ぎ足すのではなく、現行制度における詐害的または濫用的な会社分割事案を引き起こす要因を分析し、その要因を取り除いた上で、現行制度と新制度を融合させるべきであると考える。そうでなければ、会社分割制度の存在意義はなくなる。

ところで、この新制度が導入された場合、残存債権者を保護するための手段として、詐害行為取消権による保護の必要性がなくなるのであるか。この点について、「濫用的会社分割の多種多様性を考えると、残存債権者の武器も多様でなければ対応できない。会社法改正後も詐害行為取消の行使は認められるべきである。」との意見がある⁽⁴⁸⁾。また、新事の詐害事案が出現する可能性がある。現時点では、正当な意見であると考える。

【追記】

中京法学47巻3・4合併号は、2013 (平成25) 年3月19日 (火) に挙行される

「2012(平成24)年度卒業式」に卒業生に配布される。本年度も、私のゼミの学生18名を含む319名が中京大学法学部を巣立っていく。拙稿をもって、2012(平成24)年度卒業生の今後の健勝と活躍を祈念する。

- (1) 東京地裁平成20年12月16日判決金融法務事情1922号109頁。この裁判例の事案は、吸収分割会社および吸収分割承継会社に対してそれぞれ債権を有する債権者が、主位的請求として、吸収分割の無効を求め、予備的請求として、詐害行為として当該吸収分割の取消しを求めたものである。
- (2) 濫用的会社分割の解決法としては、主なものとして、破産法上の否認権の行使、法人格否認の法理、会社法22条類推適用、そして、詐害行為取消権の行使などがある。本来であれば、これらを総合的に検討すべきである。しかし、本稿においては、議論の錯綜を回避することから、会社分割と詐害行為取消権との関係を取り扱うこととする。新設分割と詐害行為取消権の関係を取り扱った裁判例としては、以下のものがある。旧商法下の裁判例として、東京地裁平成20年12月16日判決・金融法務事情1922号109頁、会社法下の裁判例として、大阪地裁平成21年8月26日判決・金融法務事情1916号113頁以下、大阪高裁平成21年12月22日判決・金融法務事情1916号108頁以下(の控訴審判決)、東京地裁平成22年5月27日判決・金融法務事情1902号144頁以下、東京高裁平成22年10月27日判決・金融法務事情1910号77頁以下(の控訴審判決)。なお、会社分割をめぐる裁判例の検討したものとして、滝澤孝臣「会社分割をめぐる裁判例と問題点」金融法務事情1924号(2011年)62頁以下がある。
- (3) 「濫用的会社分割問題」に関する論稿として、以下ものがある。相原恭治「濫用的会社分割と営業店の実務対応」銀行法務21No741(2012年)34頁以下、井上聡「濫用的会社分割における問題の本質」金融法務事情1903号(2010年)4頁以下、内田博久「倒産状態において行われる会社分割の問題点」金融法務事情1902号(2010年)54頁以下、岡正晶「濫用的会社分割」ジュリスト1437号(2012年)66頁以下、奥山健志「会社分割の濫用 会社分割の濫用事例を踏まえた会社分割制度の問題点」ジュリスト増刊号『会社法施行55年 理論と実務の現状と課題』164頁以下、神作裕之＝三上徹「商法学者が考える濫用的会社分割問題 会社分割法制のなかで、できる限り手当を望みたい」金融法務事情1924号(2011年)36頁以下(以下、「商法」と略称する。)、神田秀樹「会社分割と債権者保護」ジュリスト1439号(2012年)63頁以下、日下部真治＝倉賀野伴明「会社分割に対する詐害行為取消に関する裁判例の検討」判例タイムズ1369号(2012年)75頁以下、

黒木和彰 = 川口珠青「濫用的会社分割をめぐる問題点」金融法務事情1902号 (2010年) 63頁以下, 郡谷大輔「会社分割法制上の法際問題」事業再生と債権管理132号 (2011年) 58頁以下, 同「いわゆる濫用的会社分割と詐害行為取消権の適用」金融法務事情1929号 (2011年) 75頁以下, 小林信明 (総合司会)「(パネルディスカッション) 事業承継スキームの光と影 ~ 濫用的会社分割を考える ~」事業再生と債権管理132号 (2011年) 24頁以下, 高須順一「詐害行為取消と法人格否認の法理」法学セミナー695号 (2012年) 2頁以下, 高井浩一 = 伊藤拓 = 川西拓人 = 小澤佑亮「事業再生における非濫用的会社分割の活用」事業再生と債権管理26巻1号 (2012年) 107頁以下, 竹平征吾「詐害的会社分割と金融機関の債権回収」金融法務事情1955号 (2012年) 22頁, 鳥山恭一「会社分割と残存債権者の権利」金融・商事判例1367号 (2011年) 1頁, 難波孝一「会社分割の濫用を巡る諸問題」判例タイムズ1337号 (2011年) 20頁以下, 松中学「詐害行為取消と法人格否認の法理」法学セミナー695号 (2012年) 6頁以下, 三上徹 (司会) 他「(座談会) 会社分割をめぐる諸問題 判例を材料に派生論点を考える」金融法務事情1923号 (2011年) 40頁以下, 森本滋「会社分割制度と債権者保護 新設分割を利用した事業再生と関連して」金融法務事情1923号 (2011年) 28頁以下。

- (4) 第1審判決は, 大阪地裁平成21年8月26日判決, 金融・商事判例1402号 (2012年) 25頁以下, 原審判決は, 大阪高裁平成21年12月22日判決, 金融・商事判例1402号 (2012年) 24~25頁である。本件の評釈として, 以下のものがある。岡正晶「濫用的会社分割の詐害行為取消を認めた最二判平成24・10・12」金融・商事判例1405号 (2012年12月15日) 1頁。藤原総一郎 = 稲生隆浩「濫用的会社分割と詐害行為取消権をめぐる諸問題 最二判平成24・10・12を手がかりとして」NBL989号 (2012年11月15日) 4~7頁。
- (5) 注2の の裁判例を取り扱った論稿として, 後藤元「いわゆる濫用的会社分割への詐害行為取消権の適用と今後の課題」金融・商事判例1355号 (2010年) 1頁がある。また, の控訴審 の裁判例を取り扱った論文および判例評釈として, 以下のものがある。伊藤邦彦「濫用的会社部活に対して金融債権者が取り得る対応策の検討 東京高判平22.10.27を系口として」金融法務事情1918号 (2011年) 101頁以下, 伊藤靖史「会社分割が詐害行為に該当するとしてその取消しを認めた事例」私法判例リマックス2011<下>102頁以下, 神作裕之「濫用的会社分割と詐害行為取消権 [上]・[下] 東京高判平成22年10月27日を素材として」商事法務1924号 (2011年) 4頁以下 (以下「前掲論文 (上)」と略称する。), 同「濫用的会社分割と詐害行為取消権 [下] 東京高判平成22年10月27日を素材として」

商事法務1925号(2011年)40頁以下(以下「前掲論文(下)」と略称する。), 後藤元「いわゆる濫用的会社分割と詐害行為取消権の適用」金融法務事情1929号(2011年)75頁, 弥永真生「株式会社の新設分割と詐害行為取消し 東京高判平22.10.27を契機として」金融法務事情1910号(2010年)30頁以下, 山下真弘「会社分割が詐害行為に当たるとしてその取消を認めた第1審判決が是認された事例 ユニ・ピーアール事件」金融・商事判例1377号(2011年)2頁以下, 河村寛治「企業分割における債権者保護をめぐる紛争」NBL976号(2012年)93頁以下。

- (6) 会社分割の方法としては、吸収分割(会社法2条29号, 757条ないし761条, 782条ないし802条)と新設分割(会社法2条30号, 763条ないし766条, 803条ないし816条)がある。本稿では、最高裁判決の事案が新設分割であること、濫用的な分割の典型的な方法が新設分割であることから、新設分割を取り扱うこととする。しかし、問題状況は新設分割と吸収分割で変わりはない、とされている。難波・前掲注(3)論文21頁参照。
- (7) なお、須藤裁判官は、法廷意見に賛同しつつ、「本件新設分割によって債権者が害されること」について補足意見を述べられている。これは、詐害行為の要件である「詐害性」について補足意見であると考えられる。これを分析すると、以下のようになる。

(1). 結論

須藤裁判官は、「本件新設分割によって債権者が害されること」とは、「要するに、本件新設分割における対価が相当であったとしても、松商の純資産(株式価値)は変動しないが、本件残存債権の責任財産は大幅に変動するなどの事態が生じ、かつ、本件残存債権の債権者と本件承継財産の債権者との間で著しい不平等が生ずるに至ったということである。」と述べている。

(2). 根拠

上記の結論の根拠として、須藤裁判官は、「本件新設分割によって、その直前の時点での松商に対する一般債権のうち、上告人によって承継されない本件保証債務(約4億5500万円)を含む債務に係る一般債権(以下「本件残存債権」という。)と、承継された債務に係る一般債権(以下「本件承継債権」という。)とは、その引き当てとなる財産(責任財産)が異なることになる。」すなわち、「説明の便宜上極く比喩的に言うならば、本件新設分割によって、多額である本件残存債権の責任財産は、約3300万円のもので100万円程度のものでなくなってしまったのに対し、少額である本件承継債権のそれは約3300万円のもので引き続き維持されることになったのである。」と述べている。これを細かく分けると、以下のようになる。

(i). 本件新設分割直前の責任財産の状況について

第 1 に、須藤裁判官は、「原審の確定した事実によれば、本件新設分割の直前の時点では、一般債権総体（本件保証債務に係る債権及びその余の債権）を構成していた本件残存債権及び本件承継債権のいずれにとっても、責任財産は、本件新設分割直前に松商が有していた一般財産の総体、つまり、本件不動産（担保余力分約3300万円）及びその余の資産であって、共通のものであった。」と述べた。

(ii). 本件新設分割後の残存債権と承継債権の責任財産の状況について

第 2 に、須藤裁判官は、「ところが、本件新設分割によって、本件残存債権の責任財産は、本件不動産（担保余力分）が失われ、上告人に承継されない一般財産及び上告人の株式のみとなったのに対し、本件承継債権の責任財産は、本件不動産（担保余力分）を含む承継された一般財産となった。」と述べた。

(iii). 松商の債務超過状態について

第 3 に、須藤裁判官は、「本件新設分割直前、松商は、本件保証債務を除いても債務超過の状態で、責任財産として見るべきものは本件不動産程度で大幅な実質的債務超過状態であったこと、及び本件残存債権の額の方が本件承継債権の額に比して相当多額であることもうかがわれる。」と述べた。

(iv). 本件新設分割の対価としての株式の価値について

最後に、須藤裁判官は、「本件残存債権の責任財産として新たに加わる上告人の株式は本件新設分割の対価であるが、その対価が相当なものであるとしても、本件新設分割により承継させる権利義務、つまり第 1 審判決別紙承継権利義務明細書 記載の資産と負債の差額や、上告人の資本金が 100 万円であることから見ると、その株式の価値は、100 万円からさほど隔たるところはないといえる。」と述べた。

須藤裁判官の補足意見については、本稿において検討すべきであるが、議論の錯綜を避けるため、今後の検討課題としたい。

なお、藤原 = 稲生・前掲注 (4) 「批判」 6 ~ 7 頁において、須藤裁判官の補足意見が検討されている。

- (8) 東京地裁は、本文の判旨の前提として、詐害行為取消権について、以下のように述べている。「民法424条 1 項に定める詐害行為取消権は、総債権者の共同担保となるべき債務者の一般財産（責任財産）を保全するための制度であり、債権者を害する債務者の一般財産減少行為（詐害行為）を取り消し、詐害行為により逸失した財産を返還させ、又は逸失した財産の返還に代えてその価格賠償をさせることにより、債務者の一般財産を原状に

回復させようとするものである。したがって、詐害行為取消権の対象となる詐害行為、すなわち、『債権者を害する・・・法律行為』(民法424条1項)とは、債務者の一般財産を減少させ得る法律行為ないしこれに準ずる行為・・・が、原則としてこれに該当し得るものと解される。」と。

- (9) 東京地裁は、本文の判旨の前提として、財産権を目的とする法律行為について、以下のように述べている。すなわち、「民法424条2項は、詐害行為取消権の規定について、『財産権を目的としない法律行為については、適用しない。』と定めている。これは、債務者の一般財産に間接的に影響がある法律行為であっても、婚姻、縁組、相続の承認・放棄などの身分行為、その他債権者保護の要請があったとしても債務者の自由意思を尊重すべきものは、詐害行為取消権の対象としない旨を明らかにしたものである。」と。

また、東京高裁は、「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。」と述べている。会社設立を身分法上の行為ととらえることができるのであろうか、疑問である。

- (10) 神作・前掲注(5)論文(上)10頁。同旨の主張につき、神作・前掲注(3)論文(商法)37~38頁。同旨、山下・前掲注(5)判批4頁。
- (11) 金融法務事情1902号(2010年)152頁。
- (12) 弥永・前掲注(5)論文36頁。
- (13) 神作・前掲注(5)論文(上)11頁。
- (14) 東京地裁平成22年は、「会社法上、株式会社の新設分割について民法424条の適用を否定する明文の特則がない以上、両制度はそれぞれ要件及び効果も異なる別個の制度であって、・・・新設分割について、新設分割無効の訴えと別個の制度として、詐害行為取消権の対象とする必要性が高」と判示している。
- (15) 大連判明治44年3月24日民録17輯117頁。判例が相対的取消説を取ることについて、内田貴『民法 債権総論・担保物権<第3版>』(2005年、東京大学出版会)318頁、奥田昌道『債権総論<増補版>』(1992年、悠々社)280頁、326頁、潮見佳男『債権総論 債権保全・回収・保証・帰属変更』(2001年、信山社)71頁、中田裕康『債権総論<新版>』(2011年、岩波書店)251頁参照。
- (16) 本文の詐害行為取消権に関する記述については、中田・前掲注(15)書に依拠した。
- (17) 大判明治44年10月3日民録17輯538頁、大判大正6年6月7日民録23輯

- 923頁。
- (18) 大判明治44年10月3日民録17輯538頁(傍論), 大判大正6年6月7日民録23輯923頁(債務の弁済の資金とするため), 大判大正13年4月25日民集3巻157頁(債務の弁済資金とするため), 最判昭和41年5月27日民集20巻5号1004頁(抵当権付き債務の弁済資金とするため)。
- (19) 大判大正6年6月7日民録23輯923頁, 大判大正13年4月25日民集3巻157頁, 最判昭和39年11月17日民集18巻9号1851頁。
- (20) 我妻栄『新訂債権総論(民法講義)』(1964年, 岩波書店)188頁, 於保不二雄『債権総論(新版)』(1972年, 有斐閣)189頁。
- (21) 近江幸治『民法講義 債権総論』(2005年, 成文堂)142頁。
- (22) 中田・前掲注(15)書241頁。なお, 中田教授は, 「相關的判断とは, 贈与のように債務者の責任財産を一方的に減少させる無償行為の取消しの場合には, 債務者の単なる認識で足りるが, 債務者が相応の対価を得てした行為の取消しの場合には, より積極的な詐害意思が必要だというように, 詐害行為と詐害意思との相関関係による判断をいう。」と述べている。
- (23) 大判昭和7年6月3日民集11巻1198頁。中田・前掲注(15)書253~254頁。
- (24) 中田・前掲注(15)書239~240頁。
- (25) 中田教授は, 「責任財産という言葉は, 一般債権者の債権の引当てとなる債務者の一般財産という意味で, プラスの財産(資産)を指すことが通常である。これに対し, プラスの財産(資産)とマイナスの財産(負債)を合算したものを責任財産と呼ぶ例もあるが, この用法は混乱を招く恐れがある・・・。」と述べている。前掲注(15)書238頁。正当な指摘であると考えらる。
- (26) その他, 第1に, 分割会社が分割対価である株式等を株主に分配する場合における分割会社の債権者(新設分割の場合: 810条1項2号括弧書, 吸収分割の場合: 789条1項2号括弧書), 第2に, 承継会社の債権者(799条1項2号)があげられる。
- (27) 前田庸『会社法入門<第12版>』(2009年, 有斐閣)731頁。
- (28) 江頭憲治郎『株式会社法<第4版>』(2011年, 有斐閣)844~845頁。
- (29) 前田・前掲注(27)書731頁。
- (30) 前田・前掲注(27)書731頁。
- (31) 森本教授は, 「分割会社の承継対象債務について分割会社が重畳的債務引受をするときは, 債権者異議手続を取る必要がなくなるため(会社法810条), 意図的に特定の大口債権者(金融債権者)に会社分割計画を知らせることなく秘密裏に, その債権者の債権回収可能性を一方的に奪う等の,

会社法の規制緩和を悪用する実務も認められる。」と述べている。前掲注(3)論文28頁。なお、重畳的債務引受が行われた会社分割において、詐害性を認めることができることについて、黒木=川口・前掲注(3)論文71頁参照。

- (32) 中田・前掲注(15)書245頁。
- (33) 神作教授は、「被担保債権額を限度として取り消すことができるという判例法理を前提とする以上、会社分割を詐害行為として取り消した場合にどの財産の取戻しを請求するかという取消しの範囲の問題は、詐害行為取消の対象の問題から区別して考えることができると思います。すなわち、会社分割全体が相対的に取り消されつつも、取消債権者は被担保債権額の範囲内で承継された資産の取戻しを請求でき、それが可分であればその一部の取戻しを請求できると解すべきであると考えます。一般承継による承継自体、すなわち会社分割による権利義務の承継全体が詐害行為取消の対象になるが、詐害行為取消の場合には被保全債権により権利行使の範囲が決まってくるので、あとは取り消された権利の移転のうちのどれを取り消して、どの財産を取り戻すかという、選択の問題として整理することができるのではないかと考えています。」と述べている。前掲注(3)論文(商法)38~39頁。「詐害行為取消の対象」と「詐害行為取消の範囲」を区別することには賛成である。しかし、「詐害行為取消の対象」が分割全体という点には反対である。承継された資産・権利が詐害行為取消の対象となると考えるべきであろう。」と述べている。
- (34) 大審院明治42年6月8日判決・民録15輯579頁参照。
- (35) 最高裁昭和30年10月11日判決参照。
- (36) 本文の詐害行為取消の対象論については、黒木=川口・前掲注(3)論文71~72頁に依拠した。
- (37) 大判明治36年12月7日民録9輯1339頁、大判大正9年12月24日民録26輯2024頁。判例の立場について、内田・前掲注(15)書322頁、奥田・前掲注(15)書317頁、潮見・前掲注(15)書125頁、中田・前掲注(15)書253頁参照。
- (38) 大判昭和9年11月30日民集13巻2191頁。判例の立場について、内田・前掲注(15)書頁、奥田・前掲注(15)書317頁、潮見・前掲注(15)書頁125頁、中田・前掲注(15)書253~254頁参照。
- (39) 内田・前掲注(15)書326頁、中田・前掲注(15)書255頁。最判昭和30年10月11日民集9巻11号1626頁。
- (40) 藤原弁護士・稲生弁護士によると、「債権者がいかなる請求ができるかについて本判決は言及していない。もっとも、結論としては現物の返還

(所有権移転登記の抹消)を認容している。詐害行為取消権の行使が認められた場合には、原則としては現物を返還する必要があり、それが不可能または著しく困難な場合には価格賠償が可能とされている。本件もこれらの従前の判例に従った結論となっている。」とされる。前掲注(4)論文5~6頁。

- (41) 岡弁護士は、「本判決は『その債権の保全に必要な限度で』という限定を付けた上で、取消債権者は個別資産の旧会社への返還を請求できると判断した。新会社が、この判決に基づいて資産を旧会社に返還した場合、その資産受領の反対給付として引き受けた債務は、どうなるか。破産法168条の趣旨からも、公平・公正の観点からも、原則として、返還した資産に見合う「債務」も旧会社に腹させるべきと考える。免責的債務引受を訴訟で実現するにはどうするか、新会社に弁済した場合どうするか、破産法168条4項の差額償還請求権の処理がよいのではないか等の諸問題が残されているが、「債務の旧に戻す」を基本とすべきである。」と述べている。前掲注(4)論文1頁。
- (42) 中田教授は、「現物返還を原則として、価格賠償を例外的に認めるのが判例の立場である。学説もこれを支持するものが多いが、現物返還の原則を批判し、価格賠償を積極的に認める見解もある。第1に、取消権者が受益者又は転得者から金銭を受領して自己の債権の優先弁済にあてることができるという機能...を正面から認め、その観点から、現物返還の原則ではなく価格賠償の原則を提唱するものがある。第2に、相手方が価額による弁済を求めるときは、取消債権者として拒否すべき理由はなく、遺留分減殺請求権に関する民法1041条を類推適用し、これを認めるべきだというものがある。いずれも、取消権者は優先弁済を受けることになるが、そのことをどう評価するかについては、多数説とこれらの説との対立がある。詐害行為取消権の本質の理解にかかわる問題である。」と述べている。前掲注(15)書225頁。
- (43) 要綱では、以下のような法的規制が構想されている。

「2 分割会社に知れていない債権者の保護

会社分割に異議を述べることのできる分割会社の債権者であって、各別の催告(第789条第2項等)を受けなかったもの(分割会社が官報公告に加え日刊新聞紙に掲載する方法又は電子公告による公告を行う場合(第789条第3項等)にあつては、不法行為によって生じた債務の債権者であるものに限る。において同じ。)は、吸収分割契約又は新設分割計画において会社分割後に分割会社に対して債務の履行を請求することができないものとされているときで

あっても、分割会社に対して、分割会社が会社分割の効力が生じた日に有してい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ものとする。

会社分割に異議を述べるができる分割会社の債権者であって、各別の催告を受けなかったものは、吸収分割契約又は新設分割計画において会社分割後に承継会社等に対して債務の履行を請求することができないものとされているときであっても、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ものとする。」

- (44) 会社法改正の中間試案が出されたことを踏まえての論稿として、岡・前掲注(3)論文66頁以下、奥山・前掲注(3)論文164頁以下、神作・三上・前掲注(3)論文36頁以下、神田・前掲注(3)論文63頁以下、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」金融法務事情1914号(2011年)10頁以下。
- (45) 改正要綱案が出されたことを踏まえた論稿として、竹平征吾「詐欺的会社分割と金融機関の債権回収」金融法務事情1955号(2012年)22頁以下がある。
- (46) 藤原=稲生・前掲注(4)論文7頁。
- (47) 竹平・前掲注(3)論文23頁。
- (48) 岡・前掲注(4)論稿1頁。