

濫用的会社分割と詐害行為取消権

2013年4月入学

長谷川翔大

I. 序

- 1 問題の概要
- 2 本稿の問題関心
- 3 視座のズレ
 - (1) 抑止効果への着目
 - (2) 詐害行為取消類型への着目

II. 取消しの可否（取消対象論）

- 1 可否の前提としての取消対象論
 - (1) 平成24年最判
 - (2) 取消対象論は必要か？
 - (3) 目的物の可分性

III. 取消しの要件

- 1 須藤裁判官補足意見
- 2 学説状況
 - (1) 導入
 - (2) 適用条文による分類
 - a 160条説
 - b 161条説
 - c 162条説
 - (3) 中間整理
 - (4) 田中説による前提の相対化
 - (5) 条文による分類の問題点・対立軸の抽出
- 3 私見
 - (1) 対立軸③——損害発生メカニズム

- a 個別的検討
 - (a) 破産申立権の有無
 - (b) 対抗的民事再生申立権の有無
 - (c) 債務者の交渉機会及び経営者に対するモニタリング機能の喪失
 - (d) 引当て財産が事業会社の株式となること
 - (e) メザニン・レンダーたる地位への強制的変更
- b 小括
- c 新たな懸念

- (2) 対立軸①——偏頗行為否認の適用範囲についての一試論——
 - a 前提
 - b 本論
 - (a) 有害性二元説？
 - (b) 弱い債権者平等と強い債権者平等または bonorum possessio
 - (c) 名目額考慮の必要性・許容性
 - (d) 小括
- (3) 対立軸②——160条の適用範囲——
 - a 161条の趣旨
 - b 「害する」
- (4) 結論
- (5) 追補

IV. 取消しの効果

- 1 若干の前提
 - (1) 詐害行為取消権と否認権の違い
 - (2) 取消対象論との関係
- 2 民法改正要綱案概観
- 3 受益者から債務者への返還
 - (1) 返還の範囲
 - a 包括承継性
 - b 事業性
 - (2) 現物返還原則について
- 4 債務者から受益者への返還
 - (1) 「反対給付」としての返還請求
 - a 株式について
 - b 債務引受けについて
 - (2) 不当利得返還請求
 - (3) 会社法52条1項類推適用

V. 終章

- 1 詐害行為取消しの可否
 - (1) 議論の整理
 - (2) 民法改正要綱案・新会社法の下での詐害行為取消権行使の可否
- 2 予想される批判とこれに対する応答
- 3 結語

I. 序

1 問題の概要

濫用的会社分割は、平成17年度の会社法制定により顕在化した問題である。問題の概要を明らかにするため、まず会社分割制度の創設とそれが濫用されるに至った経緯を素描する¹⁾。

会社分割制度は平成12年度商法により導入されたものであり、新設分割は「株式会社……が、その事業に関して有する権利義務の全部または一部を、……分割により設立する会社に承継させることを目的とする会社の行為」(会社法2条30号)と定義される²⁾。会社分割により、会社の事業の一部を切り出して別会社化するなどの組織再編を容易に行うことができる³⁾。

会社分割により、分割を行う会社(以降、「分割会社」という)の債権者の一部は新設された会社(以降、「新設会社」という)に移転し⁴⁾(以降、このように新設会社に移転

した債権者を「承継債権者」という)、残りは分割会社に残存する(以降、このように分割会社に残存した債権者を「残存債権者」という)。平成12年商法は残存債権者については会社分割について催告を受けまた異議を述べる権利を与えなかった。これは、分割会社は設立会社から移転した純資産の額に等しい対価を新設会社株式として得ているのだから分割会社の財務内容に変更はなく、会社分割により残存債権者は害されない⁵⁾、との理由による。

もともと、平成12年商法の下では、分割会社に分割後も債務の履行の見込みがあることが会社分割の効力要件であるとの見解が有力であった⁶⁾ため、残存債権者が害されるような会社分割は抑止されていた。平成17年会社法において債務の履行の見込みを要しないとも思える文言⁷⁾が採用されると、残存債権者に対しては秘密裏に会社分割を行える制度を奇貨として、残存債権者を害する会社分割が頻発するようになった⁸⁾。その典型例は、収益性の高い事業部門を事業の継続に必要な商取引債権とともに切り出し、金融債

1) 以下の問題状況の記述は、岩原伸作「総論：会社法制見直しの契機と意義(特集 会社法制のゆくえ：会社法改正中間試案の考察)」ジュリ1439号12頁(2012)以下に多くを負う。

2) 江頭憲治郎『株式会社法(第5版)』882頁(有斐閣, 2014)。

3) 同一の効果を得る方法として、事業の現物出資による会社設立や会社設立後の事業譲渡が考えられるが、それぞれ検査役の調査が必要となる、移転する債務の債権者の個別の同意が必要となる等手続き上の煩瑣が生じるのに対し、会社分割では「組織法的な行為」と構成することでそれらの手続きが不要となる。以上につき江頭・前掲注2)885頁参照。また、会社分割制度の立案担当者の見解として、原田晃治「会社分割法制の創設について」(〔上〕,〔中〕——平成12年改正商法の解説——)商事1563号4頁,商事1565号4頁(2000)。

4) 債務の移転は会社分割の必須の要素ではない。事後的な矯正の可能性はともかく、権利のみを切り出す会社分割も可能である。

5) もともと、本稿筆者はこの理由付けに違和感を覚えている。将来にわたって継続的なキャッシュフローを生み出し続け、清算価値での換価も可能な事業と隔離される不利益が新設会社株式の交付で全て填補されるのか、疑問がある。同様の疑問を示すものとして、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——」金法1923号28頁,38頁注39(2011)、田中亘「判批」ジュリ1327号140頁,141頁(2007)参照。また、当時の会社更生法についてであるが、営業譲渡は対価の多寡を問わず債権者を害するとした東京地判昭和46年12月24日判時659号85頁がある。

また、残存債権者の地位はメザニンファイナンスにおけるメザニンレンダー、それも最も劣後的な形態とされる構造劣後形態におけるメザニンレンダーの地位と酷似することに注意すべきと考える。奥総一郎「メザニン(劣後)デット・優先株式」銀法655号5頁,7-8頁(2006)参照。

6) 森本滋編『会社法コメンタール17——組織変更,合併,会社分割,株式交換等[1]』268頁〔神作裕之〕(商事法務,2010)。旧法下の判例について、田中・前掲注5)140頁参照。

7) 平成12年商法は「履行ノ見込アルコト」を開示事項として要求していたのに対し、会社法は「履行の見込み」の開示しか要求しないことによる。ただし、現在でも履行の見込みは会社分割の効力要件であるとする有力な見解がある。江頭・前掲注2)899頁注3参照。

8) 法務省「法制審議会会社法制部会第12回会議議事録」45-46頁〔鹿子木発言〕(2011年8月31日)は、濫用的会社分割の事例は「非常に多い」とする。

権は残存させるというものである⁹⁾。かかる現況を反映して、本稿では、「優良事業を新設会社として切り出す会社分割によりなんらかの意味で残存債権者が害されるため、残存債権者に私法上の救済¹⁰⁾が与えられるべきもの」を濫用的会社分割として定義する。同時に、本稿では残存債権者としては商取引債権者ではなく金融債権者¹¹⁾を、分割後に分割会社がただちに清算手続きに入らないこと¹²⁾を、それぞれ前提としている¹³⁾。

2 本稿の問題関心

濫用的会社分割と詐害行為取消権をめぐる問題は、すでに広く論じられてきた¹⁴⁾。また、現時点での最高裁の立場¹⁵⁾も既に一部

明確である。このような判例・学説の蓄積にもかかわらず、また他の法的救済手段の存在にもかかわらず、あえてこの主題を選択するのは次の理由による。

第一に、「会社法の一部を改正する法律」(平成26年6月20日可決成立、平成26年6月26日公布)の成立及び要綱案¹⁶⁾の上梓に至った民法改正である。要綱案によれば、詐害行為取消権は破産法の160条161条162条に倣った類型化がなされ¹⁷⁾、第16・1、第16・3、第16・4という規定が設けられることになる。各取消類型について要件及び効果が詳細に定められるから、濫用的会社分割は民法改正要綱案の下でも取り消され得るのか、その場合いずれの類型で取り消されるのか、従来の議論を整理する必要がある¹⁸⁾。

9) 具体的態様については西村賢「中小企業の事業再生の手法としての会社分割」土岐敦史=辺見紀男編『濫用的会社分割 その態様と実務上の対応策』139頁(商事法務、2013)及び岡正晶「濫用的会社分割に対する立法提案」門口正人退官『新しい時代の民事司法』371頁、376頁(商事法務、2011)参照。

10) 詐害行為取消権以外にも、法人格否認の法理や会社分割無効の訴え、会社法22条類推適用などが考えられる。

11) 濫用的会社分割の典型的形態が事業の継続に必要な商取引債権者のみを承継債権者、そうではない金融債権者を残存債権者とするものだからである。この点に関連して、商取引債権への弁済は民事再生法上許容されている(民事再生法85条5項後段)ことから、商取引債権が優遇される結果を一概に否定すべきではない旨が解かれることがあるが、民事再生法上弁済はあくまで裁判所の許可を要することに留意する必要がある。

12) 否認権ではなく詐害行為取消権の行使を問題にする以上、少なくとも一定期間は分割会社が法的倒産手続きに入らないことを前提とするのが妥当と考えたことによる。

13) また、議論を単純化するため会社法763条1項12号所定の行為、すなわち分割会社からの資産流出行為がされない場合を前提としている。岡・後掲注14)68頁参照。

14) この問題については論議が非常に多いが、明快な鳥瞰図を提供するものとして岡正晶「濫用的会社分割」ジュリ1437号66頁以下(2012)、網羅的な検討を加えるものとして神作裕之「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1924号4頁、1925号40頁以下(2011)、難波孝一「会社分割の濫用をめぐる諸問題『不患貧、患不均の精神に立脚して』」判タ1337号20頁以下(2011)、裁判例の詳細な紹介として滝澤孝臣「会社分割をめぐる裁判例と問題点」金法1924号62頁以下(2011)、「民法改正または会社法改正との関係を正面から論じるものとして、山本和彦「濫用的会社分割と詐害行為取消権・否認権」土岐=辺見編・前掲注9)1頁以下、田中亘「会社法改正の視点からみた濫用的会社分割」土岐=辺見編・前掲注9)19頁以下、井上聡ほか「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——」金法1923号40頁(2011)以下、笠原武朗「組織再編——株式買取請求権関係と濫用的会社分割を中心に」法教402号28頁(2014)以下、北村雅史「濫用的会社分割と詐害行為取消権〔上〕、〔下〕——最判平成24年10月12日を踏まえて——」商事1990号4頁、商事1991号10頁以下(2013)、金融法委員会「濫用的会社分割に係る否認要件とその効果についての中間論点整理」金法1996号13頁以下(2014)参照。

15) 最判平成24年10月12日民集66巻10号3311頁

16) 法制審議会「民法(債権関係)の改正に関する要綱案」(2015年2月10日)(<http://www.moj.go.jp/content/001136445.pdf>, 2015年3月8日最終閲覧)。以下、民法改正要綱案と略記する。

17) 潮見佳男『民法(債権関係)の改正に関する要綱仮案の概要』70-74頁(金融財政事情研究会、2014)。なお、民法上の詐害行為取消権の類型化の趣旨は否認権との齊一にあり、偏頗行為否認についても破産法上の要件に加重する形での類型化がされたことから、濫用的会社分割を巡る破産法上の議論は、ほぼそのままの形で民法上の濫用的会社分割と詐害行為取消権を巡る議論に妥当する。以上について、金融法委員会・前掲注14)14頁注3、松下淳一「濫用的会社分割についての覚書」事業再生と債権管理138号146頁、148頁(2012)、田中・前掲注14)27頁、法制審議会「民法(債権関係)の改正に関する中間試案の補足説明」(平成25年2月26日)(<http://www.moj.go.jp/content/000109950.pdf>, 最終閲覧2015年3月9日)165頁以下参照。

どの類型によるべきかを決定するにあたっては、濫用的会社分割の本質は何かを検討される必要がある（濫用的会社分割それ自体の性質決定の必要性、決定された性質に基づく要件の明確化の必要性）。本稿では、II、III 1、III 3、V 1が対応する部分となる。

さらに、直接請求権が認められた以上もはや詐害行為取消権の行使を認めるべきではないとの見解が一部にある¹⁹⁾。併存を認めるのが立法者の見解である²⁰⁾が、なぜ併存するのか、一応の理由を示す必要があると考えている。

第二に、平時を規律する会社法と倒産諸法の間を架橋するものとして詐害行為取消権を位置付けられないかという関心²¹⁾である。

平時を規律する会社法では債権者が会社の行為に関与する必要は乏しく、また関与が好ましくもないから、債権者には組織再編等一定の場合を除いては取締役の任務懈怠を責任追及するという間接的な関与しか認められていない。他方、法的倒産処理は債権者の主導により行われる。債務超過ではあるが法的倒産処理が開始されていない会社の債権者は、主導権を確保するためには法的倒産処理へ移行する必要がある。

しかし、法的倒産処理への移行は不可逆的

な事業価値の毀損をもたらし得る²²⁾。そこで、詐害行為取消権を活用することで法的倒産処理に入らずに債権者に一定の経営関与を認めることはできないか²³⁾。この観点からはいかなる会社分割が取り消され、いかなる効果が生じるかが明らかにされる必要がある。また、債権者に交渉力を付与するため、詐害行為取消権に強力な効果を認めることも構想される（要件及び効果の明確化の必要性、効果についての政策的判断）。本稿では、III 3、IV 3及びIV 4がこれに対応する。

第三に、詐害行為取消権の「転用」理論²⁴⁾に対する共感である。本稿はあくまで濫用的会社分割に関する論点を整理するものであり、「転用」理論を直接の対象とはしないが、詐害行為取消権が広く信用秩序の維持のために活用される²⁵⁾ための前提条件の整備にわずかでも資することを狙いとしている。具体的には、破産法の類型化を受けて改正される民法の詐害行為取消類型の適用関係の明確化を図るものである（狭義詐害行為と偏頗行為、相当対価処分行為の適用関係の明確化）。本稿では、III 3(2)及び(3)がこれに対応する。

18) 森田修「契約複合と詐害行為取消権」NBL996号17頁(2013)注11は「破産法上の否認のように取消対象の法律行為としての精密な法性決定(原文ママ)を前提とした枠組みの下では、先決問題として深刻化する」と指摘する。

19) 後掲注197)参照。

20) 法務省民事局参事官室「会社法制の見直しに関する中間試案の補足説明」商事1952号19頁、56頁(2011)参照。

21) 水野吉章「詐害行為取消権の理論的再検討(3)」北大法学論集59巻3号85頁、119頁以下(2008)参照。水野論文はアメリカの議論を紹介するものだが、債務超過状態における株主と債権者の利害対立は日本法でも解決されるべき問題であるから、参考になる。また、水野論文が紹介している議論は「詐害取引法」の存在意義自体を債務超過状態における債務者の行動の適切化に求めるようであるが、本稿では詐害行為取消権の趣旨は民法の通説に従い信用秩序の維持にあるとしつつ、債務超過企業の行為について詐害行為取消権が行使される場面では債務者の行動の適切化という機能を果たすだろうと考えているにとどまる。

22) 清算解体すればgoing concernは完全に破壊され、再生型であっても法的倒産処理に突入したことによる信用毀損は大きいとされる。

23) ここでは詐害行為取消権の現実の行使ではなく、債務者は詐害行為取消権が行使されるリスクを回避するために秘密裏に会社分割を行うことなく私的整理に臨み、債権者が詐害行為取消権の威力を背景に濫用的な会社分割について中止・是正を受け入れさせることを想定している。さらに、副次的な効果として、後掲注139)に示すような効果も期待できる可能性がある。

24) 片山直也「新たな自由社会における詐害的な行為に対する私法上の法規制——フランスの『詐害(fraude)』法理からの示唆——」NBL986号10頁、14頁(2012)。

25) 中田裕康『債権総論(第3版)』256頁(有斐閣, 2014)は、詐害行為取消権は破産法上の否認権と必ずしも同一の権利ではなく「私的整理の規律及び私的交渉の促進」を促す権利でもありとし、いわゆる逆転現象を肯定する。

3 視座のズレ

また、本稿では必ずしも一般的ではない可能性のある視座から濫用的会社分割と詐害行為取消権という問題を捉えている。奇異な印象を与える可能性があるため、視座にズレがあるとすればそれはなぜ生じたのか、ここで付言しておきたい。

(1) 抑止効果への着目

濫用的会社分割と詐害行為取消しの文脈では、しばしば新設会社の事業継続に配慮する必要がある、という見解が示される²⁶⁾。しかし、本稿はこの点に重きをおいていない。

理由の一は、そもそも濫用的会社分割を行うまでに追い詰められた事業に、その継続に配慮する価値があるのかという疑問である。going concern は尊重されるべきことに疑いはないが、going concern の尊重は闇雲な事業継続を志向しない。非効率な事業は清算してより効率的な事業へと資源を分配すべきである²⁷⁾。

理由の二は、詐害行為取消しの効果を事業

継続を困難にするものにしておくことで、事業の継続を企図して濫用的会社分割が行われることを抑止できないかという期待²⁸⁾である。会社法改正により個々の債権者の新設会社に対する直接請求が認められた²⁹⁾以上、詐害行為取消権の負うべき役割はその存在により濫用的会社分割が行われることを抑止³⁰⁾し、経営者と債権者との協議による透明な私的整理を促進³¹⁾することではないかと本稿筆者は考えている。

(2) 詐害行為取消類型への着目

濫用的会社分割をどの類型で取り消すかを論ずるに際し、債務承継を資産移転の対価と捉える³²⁾など、会社分割という行為の捉え方を操作するものがある。

本稿では、会社分割については「権利義務の集合体を切り出し、切り出したものの価値を表象する対価として株式を受け取る行為」である³³⁾ことを前提とし、詐害行為類型相互の関係を論じることで会社分割がいずれの類型で取り消されるのかを論じる。一つには会社分割という事象の捉え方を操作するのは技巧的に過ぎる³⁴⁾と考えたためであり、一

26) 極めて多いが、さしあたり井上ほか・前掲注 14)71 頁参照。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」NBL939 号 44 頁, 48 頁 (2010) は残存金融債権者としても金銭賠償で足りる旨を述べる。

27) この着想は、田中・前掲注 14)23 頁の指摘に極めて多くを負う。

28) 神作裕之「商法学者が考える濫用的会社分割問題——会社分割法制の中で、できる限りの手当てを望みたい」金法 1924 号 36 頁, 54 頁 (2011) は、「濫用的な会社分割を抑制し、詐害行為取消や否認といった巻き戻しのな処理に頼る場面を減少させていくことが、望ましい方向であると思います。」とする。巻き戻しコストは大きな問題であり、直接請求権への一本化も立法論としてはあり得たと思われるが、後述するように詐害行為取消権の行使も引き続き認められるのであれば、直接請求権には果たせない役割を詐害行為取消権に負わせるのが妥当であろう。

29) 新設された会社法 764 条 4 項は、「新設分割会社が新設分割設立株式会社に承継されない債務の債権者を害することを知って新設分割をした場合には、残存債権者は、新設分割設立株式会社に対して、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」と定める。

30) 濫用的会社分割に固有の文脈ではないが、詐害行為取消権の存在が一定の抑止効果を有しているという実務家の意見を述べるものとして、法制審議会民法（債権関係）部会「第 5 回会議議事録」（平成 22 年 3 月 9 日）（<http://www.moj.go.jp/content/000047181.pdf>, 最終閲覧 2015 年 3 月 9 日）34 頁 [大島発言]。

31) 立法論として債権者と債務者の協議を促進しようという提案として、赫高規「会社分割に対する詐害行為取消権および否認権の行使」NBL957 号 42 頁, 48 頁 (2011)、滝澤・前掲注 14)75 頁など。本稿は、同様の効果を現行法及び要綱案の解釈論として狙ったものである。

32) 伊藤眞教授はかかる操作を通じて一定の解決を導かれる（伊藤眞「会社分割と倒産法理との交錯——偏頗的詐害行為の否認可能性——責任財産の割合的減少をどのように捉えるか」NBL968 号 12 頁, 19 頁 (2012)）。そのほか、井上ほか・前掲注 14)61 頁井上発言や 73 頁小林発言は負債の移転に対価としての性質があると述べており、実務家の間では一般的な認識である可能性もある。

33) 江頭・前掲注 2)893 頁は分割会社から新設会社に承継される権利義務の対価として株式等が交付されるとする。森本編・前掲注 6)381 頁 [神作裕之]、西村総合法律事務所編『M&A 法大全』801 頁（商事法務、2001）も同様。分割会社が、どれだけ消極財産を移転することができるからこれだけの積極財産を新設会社に移転させる、ということ意識しているとは考え難いのではないだろうか。

つには会社分割以外の詐害的な組織再編行為が現れた場合に備え、それに対処するために取消類型相互の関係を整理しておく必要を感じたためである³⁵⁾。

II. 取消しの可否（取消対象論）

1 可否の前提としての取消対象論

(1) 平成 24 年最判

分析的に捉えれば、新設分割は少なくとも①新設会社の設立、②新設会社に対する積極財産の移転、③新設会社に対する消極財産の移転、④新設会社から分割会社への株式の交付、と 4 段階に分解できる³⁶⁾。会社分割がこのように複合的な性格の行為であることから、その詐害行為取消しに際しては、何が取消しの対象となるのかが問題とされる³⁷⁾。仮に会社分割全体が取り消されて新設会社の法人格の取得までが当事者間でのみ相対的にその効果を否定されると、対世効ある会社分割無効の訴えを法定した趣旨を没却しかねないためである³⁸⁾。そのため、取消しが可能であるとの結論を導くために取消しの対象を

限定する見解³⁹⁾や、取消しの対象が新設分割である以上取消しが認められるべきでない⁴⁰⁾とする見解が存在する。

この点、前掲最判平成 24 年判決は次のように判示する。

「新設分割株式会社の債権者は、民法 424 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り消すことができると解される。この場合においては、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」（傍点は本稿筆者が付した）。

ここからは、取消対象は「新設分割」であること、しかし効力は「債権の保全に必要な限度で新設分割設立会社への権利の承継の効力を否定する」に留まること、現行法の下では新設分割は詐害行為取消権により取り消せること、以上三点が読み取れる。最高裁は、取消しの対象と効力を分離して考えている。

(2) 取消対象論は必要か？

最高裁のように取消対象と効果とを分離した場合、会社分割の詐害行為取消しの可否について、取消対象論を独立して論じる意味は乏しくなる⁴¹⁾⁴²⁾。

34) 伊藤・前掲注 32)23 頁も「債務の承継も……資産の移転の対価と見る余地がある（傍点は本稿筆者）」としている。また、後掲注 64) も参照。

35) 井上ほか・前掲注 14)79 頁の井上発言は、権利義務が同時に移転するような取引に対してそのような行為はどの類型によって否認・取り消されるのかの議論が従前十分になされてこなかったことを指摘する。また、郡谷大輔「会社分割法制上の法実問題」事業再生と債権管理 132 号 58 頁、64 頁（2011）は従来の詐害行為取消権・否認権をめぐる議論が比較的単純な法律関係を想定してきたことを指摘する。

36) 森田・前掲注 18)11 頁参照。

37) 黒木和彰＝川口珠青「濫用的会社分割をめぐる問題点」金法 1902 号 63 頁、69 頁（2010）、上田慎「濫用的会社分割に対する否認権行使にかかる論点整理」土岐＝辺見編・前掲注 9)107 頁、109 頁。

38) 北村・前掲注 14)「濫用的会社分割〔下〕」11 頁、黒木＝川口・前掲注 37)72 頁。ただし、債権法改正により相対効制度が改められることにつき、後掲注 159) 及びそれに対応する本文参照。

39) 黒木＝川口・前掲注 37)72 頁等。平成 24 年判決の第一審及び控訴審がかかる考え方を採っている可能性を指摘するものとして、山本和彦ほか「シンポジウム 濫用的会社分割を考える」土岐＝辺見編・前掲注 9)207 頁〔田中亘発言〕も参照。

40) 岡伸浩「濫用的会社分割と民事再生手続」NBL922 号 6 頁、9 頁（2010）。

41) 最高裁が無造作に新設分割を取り消すとしたのもこのような発想によるものと本稿筆者は考えている。背後には何をもって一つの行為と考えるか、そもそも行為の個数という概念は必要かという問題が控えていると考えられるが、本稿では検討の対象から除外する。

42) 他方、新設分割自体を取消対象とすることのメリットとしては、訴訟提起にあたって個別の財産を特定する必要がないという便宜を原告に与えることができる、というものが考えられるであろう。個別財産の取戻しを認める場合に最終的に特定を要求するとしても（井上ほか・前掲注 14)70 頁〔山田誠一発言〕、特定の困難さを原因に価格賠償を認める余地がある以上（東京高判平成 22 年 10 月 27 日判時 2083 号 148 頁は、「(新設会社)が事業を継続していることにより変動しているため承継された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」ことを理由の一つとして価格賠償を認めている。神作・前掲注 14)「濫用的会社分割〔下〕」46 頁参照。）、無意味ではないと考える。伊藤邦彦「濫用的会社分割に対して金融債権者が取り得る対応策の検討」全法 1918 号

取消しの効力それ自体については後に論じる(IV 3, 4)から、ここで問題にすべきは、取消しの対象を「新設分割」としながら効力のみを判示のように限定できるかである。

かかる限定の可否は、二つの層に切り分けることができる。

第一は、「新設分割」を対象として詐害行為取消権の行使を認めると、新設会社の法人格の取得等組織法的な行為の効力までも否定されないかという点である。

これについては、責任財産の保全という詐害行為取消権の趣旨から、取り消しても責任財産の保全に資さない組織法的な行為の効力は否定されないとの結論が導けるように思われる⁴³⁾。

第二は、効力は財産的行為にしか及ばないとしても、すべての財産移転が取り消されると、結果として組織法的行為にまで取消しの効果が及んでしまわないかという点である⁴⁴⁾。

詐害行為取消権の効果について、最高裁は取消債権者の債権額が詐害行為の目的となる財産の価額に満たず、その財産が可分である場合、債権者は、被保全債権額の範囲でのみ取り消すことができるとする準則を示している⁴⁵⁾。かかる準則は債権法改正で議論の対象となったが、従来通りの準則が維持される

こととなった⁴⁶⁾。よって、「財産が可分」であるなら、取消しの対象を新設分割としてもその効力を限定することが可能となり、結果として組織法的行為にまで取消しの効果が及ぶという懸念はあたらないといえる。

(3) 目的物の可分性

ここでは、取消しの対象となる法律行為(会社分割)の可分・不可分と、目的物(会社分割により移転する積極消極の財産の総体)の可分・不可分とを区別して考えることが許されよう⁴⁷⁾。会社法が一つのパッケージとして用意した会社分割という行為を、それを構成する一個一個の行為に分解して論じるべきでない⁴⁸⁾としても、その行為により移転する財産までもが必然的に不可分となるわけではないと考える。

したがって、取消対象を「新設分割」としても、そのことから取消しの効力を個別財産の移転の効果の否定に限定することはなんら妨げられない、というのが本稿筆者の結論となる⁴⁹⁾。よって、効力それ自体の限定の可否が取消しの可否を決することになり、詐害行為取消しの可否はIVでの効果の検討を待って明らかにされる。

101頁, 106頁(2011)参照。

43) 内田博久「倒産状態において行われる会社分割の問題点」金法1902号54頁, 58-59頁(2010)参照。相対効しか有さない詐害行為取消権の行使によっては、対世効で規律されるべき法人格の消長には影響を及ぼし得ない、という立論も可能であろう。井上ほか・前掲注14)71頁〔村田渉発言〕参照。森田・前掲注18)15頁注8は取消しの効果が及ぶ主観的範囲を限定する「相対効」が裁判例において取消しの効果の客観的範囲を限定するかのように入れられていることを指摘するが、上記の観点からは整合的に説明できる。最終的な結論こそ異なるが、松下・前掲注17)151頁も組織法的効果に影響を及ぼさないことについて同旨。ただし、民法改正要綱案の下ではかかる「相対効」の観念が変更されることについて、前掲注38)参照。

44) 弥永真生「株式会社の新設分割と詐害行為取消——東京高判平22.10.27を契機として」金法1910号37頁(2010)。また、神作・前掲注28)41頁三上発言参照。他方、赫・前掲注31)47頁は現物出資された土地に汚染が見つかりその除染費用で設立された会社の基礎が危うくなった場合と同様影響は及ばないとするが、偶発的に財産的基礎が危うくなった場合と、適宜的に財産の移転が全て取り消された場合を同視するのは無理があると考えられる。

45) 中田・前掲注25)261頁。

46) 法務省「法制審議会民法(債権関係)部会第82回会議事録」53-54頁〔金関係官発言〕(2014年1月14日)。要綱案第16・8参照。

47) 神作・前掲注28)38頁。北村・前掲注14)「濫用的会社分割〔下〕」12頁はより強く、わけて考える必要があると述べる。

48) 井上ほか・前掲注14)69頁〔村田渉発言〕、伊藤・前掲注32)19頁。赫・前掲注31)43頁も同旨。私見も賛成する。

49) 前掲最判平成24年判決のほか、東京高判平成22年10月27日判時2083号148頁、東京地判平成22年5月27日金法1910号77頁が同様の構成を採る。滝澤・前掲注14)70頁参照。

(2) 適用条文による分類⁵⁷⁾

a 160条説

まず、会社分割により分割会社の積極財産が絶対的に減少したことを認め、160条を適用するもの⁵⁸⁾として、鹿子木康判事の見解、伊藤眞教授の見解、分割会社の承継債権に係る重疊的債務引受に着目する見解（分割会社が承継債務について保証する点を捉える見解）がある。

鹿子木判事は、新設会社が負債を承継しない場合とした場合の新設会社株式の価値を比較し、負債を承継した場合にはしない場合と比べて交付される株式の価値が低下しており、価値の低下した株式の交付では新設会社に移転した積極財産に見合う対価とはいえず、積極財産の減少が認められるとする⁵⁹⁾。

しかし、なぜ負債の承継のない会社分割を仮定して株式の価値を算定し、それを現実に行われた会社分割の「相当な対価」とするのか明らかでない。また、債務の承継により会社分割により得られる対価が減少するとの理由付けは、それにより残存債権者の引当財産が消極財産の減少という形で増加することを看過しており、妥当でないと考えられる。

債務承継により残存債権者の引当財産が増加する点に着目するのが伊藤眞教授の見解である。伊藤教授は、会社分割を「株式の交付＋債務の引受け」を対価とする資産の移転で

あると評価する⁶⁰⁾。その上で対価としての債務引受については債務を実価で考慮することが許されるとして、分割会社は移転した積極財産に対応するだけの対価を得ておらず、絶対的な責任財産の減少が認められるとする⁶¹⁾。

伊藤説は移転する債務の実価を考慮する余地を見いだした点で「巧妙な見解」⁶²⁾と評価されており、伊藤説の発表を受けて162条説を伊藤説に改めるとする見解が発表されるなどしている⁶³⁾。

しかし、債務の承継が資産移転の対価であるという構成はやや技巧的であるように思われる⁶⁴⁾。また、結局一部の債務が引き受けられたこと、すなわち債権者が不平等に取り扱われたことを理由に狭義詐害性を認める以上、通説的な有害性二元説の理解とは緊張関係に立つ⁶⁵⁾といえよう。

裁判例の中には分割会社が承継債務について保証した点を捉え、債務が減少せず積極財産のみが逸出したとの理由で160条該当性を認めたものがある⁶⁶⁾。しかし、通常かかる保証は承継債権者に対する異議手続きを省略するために行われるにすぎず分割会社の内部的な負担割合は0%であることが多く実質的には債務が消滅しているといえることから、保証の点に着目することには問題がある⁶⁷⁾。

以上に対し、160条の適用範囲を仮定弁済

57) 例えば井上ほか・前掲注14)46頁〔山田誠一発言〕。また、それに依拠することを明示するものとして森田・前掲注18)15頁。そのほか、破産法（及びその規律を導入する民法改正要綱案）の条文構造に親和的なためか、3分類に依拠した論攷が非常に多い。伊藤眞ほか『条解 破産法（第2版）』1068頁（弘文堂、2014）も同様の分類に基づく。しかし、かかる3分類には後述するような問題があると考えられる。

58) 160条の適用の前提として責任財産の絶対的減少を要求すること自体、自明ではない。後述するように、期待弁済率の低下をもって160条を適用することも十分に考えられる。

59) 鹿子木康ほか「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24頁、49頁〔鹿子木康発言〕（2011）。

60) 伊藤・前掲注32)22頁以下。内田・前掲注43)59頁も債務承継を対価と明示はしないが、ほぼ同様の見解を示す。

61) 単純化すれば、額面1000万円の債務を引き受けてもらうために1000万円を支払う行為は、一見1000万円の出捐に対して1000万円の消極財産の減少という相当な対価が得られているように見えるが、承継される債務が実価100万円に低下していた場合、減少する消極財産は100万円のみであり、900万円の積極財産が減少しているといえる、というのが伊藤説の骨子であろう。

62) 山本・前掲注14)12頁。

63) 岡正晶「判批」金判1405号1頁（2012）。

64) 金融法委員会・前掲注14)18頁は「一体として否認の対象と見るべき」との批判を紹介する。

65) 金融法委員会・前掲注14)18頁参照。

66) 福岡地判平成21年11月27日金法1911号84頁が正面からこの構成により詐害性を認める。福岡地判平成22年9月30日金法1911号71頁もこの点を重視して詐害性を肯定する。難波・前掲注14)26頁、32頁参照。

率の低下で画した上で160条の適用を認めるのが、松下淳一教授の見解である⁶⁸⁾。債務承継を対価と構成するなどの技巧的な操作の必要は無くなるが、結局は債権者の不平等を問題にしているのではないかと批判がある⁶⁹⁾ほか、仮定弁済率の低下をもって160条を適用すると、161条と160条を区別して否認対象行為の明確化を図った破産法の趣旨とも緊張関係に立つものと思われる。

b 161条説

第二の立場は、会社分割はその性質上移転した積極財産と消極財産の総体の価値を表象する株式が分割会社に交付されるものである以上、アプリアリに相当対価による財産処分である⁷⁰⁾とし、161条による否認のみを認める立場である⁷¹⁾。新設分割により分割会社の残存債権者は害されることがないから債権者異議手続の対象としなかった、という会社法の建前に最もよく合致する。そのため、裁判例にはこの見解に立脚するとみられるものが多い⁷²⁾。この立場に対しては、新設分割は161条の要件である「隠匿等のおそれを現に生じさせる行為」といえないのではない

か⁷³⁾、その点を回避するために要件を緩和すると会社分割が行為の悪性を問わずほとんど否認の対象になってしまうのではないかと⁷⁴⁾、との批判がなされている。

c 162条説

第三の立場は、問題の本質は承継債権者と残存債権者の間の不平等にある以上、債権者不平等を是正する162条を適用すべきとするものである⁷⁵⁾。

代表的な論者は山本和彦教授、山田誠一教授及び井上聡弁護士である⁷⁶⁾。問題の本質が債権者間の不平等にあるという認識は162条説以外の論者にも広く共有されている⁷⁷⁾ようだが、承継債権者は事業の収益から満足を得るのであって移転した積極財産により弁済や担保の供与を受けるのではない⁷⁸⁾、そもそも「担保の供与」もなければ「債務の消滅」もない⁷⁹⁾、承継債権者を受益者とする受益者の悪意という要件を満たさず取り消せる場合が極めて限定される⁸⁰⁾、等の批判がある。

また、162条説のヴァリエーションとして、受益者を承継債権者ではなく新設会社であると

67) 井上聡「濫用的会社分割における問題の本質」金法1903号4頁、5頁(2010)参照。会社分割の場合には新設/承継会社に対する求償権が実質的な価値を持つ可能性があることにつき、井上ほか・前掲注14)45頁〔小林信明発言〕も参照。

68) 松下・前掲注17)146頁以下。

69) 金融法委員会・前掲注14)19頁参照。

70) 森田・前掲注18)は「定義上財産減少行為となり得ない」と表現する。北村・前掲注14)「濫用的会社分割〔下〕」13頁も同様。弥永・前掲注44)39頁も「剰余金の配当等を伴わない単独新設分割なので、等価性は認めざるを得ない」とする。

71) 注70)にあげた諸見解のほか、難波・前掲注14)33頁、井上ほか・前掲注14)48頁〔村田渉発言〕、黒木和彰＝川口珠青「濫用的会社分割に対する一試論(下)」銀法736号38頁、40頁(2011)。

72) 東京地判平成22年5月27日金法1902号144頁、東京高判平成22年10月27日金法1910号77頁等。福岡地判平成22年9月30日金法1911号71頁は161条による否認の可能性も認める。

73) 小林信明＝山本和彦編『実務に効く事業再生判例精選』206頁(有斐閣、2014)。

74) 井上ほか・前掲注14)62-63頁参照。

75) 山本・前掲注14)4頁、井上・前掲注67)7頁、井上ほか・前掲注14)47頁〔山田誠一発言〕。

76) 山本教授は承継された債務が分割会社に復帰すれば原状回復は成る(山本和彦「会社分割と倒産手続」事業再生と債権管理132号12頁、20頁(2011))とする一方で、井上弁護士は債務の復帰のみならず分割会社から新設会社への価額償還請求が必要とするようである(井上・前掲注67)7頁)。本稿筆者は、債権者不平等が問題であるとする以上は、承継債務の復帰をもって原状回復が成るとすることが論理的には一貫すると考えている。

77) 金融法委員会・前掲注14)13頁は、「問題の本質が、分割会社に残された債権者と新設会社に引き継がれた債権者との間に生ずる不公平な結果にあることも、おおそ共有されているように思われる」とする。

78) 伊藤・前掲注32)、松下・前掲注17)148頁。

79) 田中・前掲注14)26頁。

80) 伊藤ほか・前掲注57)1069頁注31、岡・前掲注14)69頁。この問題は、「通謀の害意」を要求する民法改正要綱案の下ではより深刻になる。受益者の主観的要件がほとんど充足されないのは濫用的会社分割が通常想定されていた債務消滅・担保供与行為と異なる性質を有するからであるとの指摘がある。片山・前掲注24)14頁注30、田中・前掲注14)26頁等。

するものがある⁸¹⁾。承継債権者が受益者であるとした場合の担保供与も弁済も受けていないという問題は回避可能であり、また会社分割の時点において新設会社は存在していない以上その主観を問題にする余地はないとの見解⁸²⁾を採れば、162条説が孕む受益者の主観的要件の充足が困難であるという問題も解消できる。しかし、偏頗行為であると評価しながらなぜ承継債権者以外の者が受益者であると構成できるのか⁸³⁾、疑問が残る。

(3) 中間整理

以上の議論を中間的に整理すると、次のようになる。

まず、161条によるべき場合があることはすべての立場から広く承認されている⁸⁴⁾。

160条説と162条説に対してはそれぞれ無視し得ない批判がある。160条説に対する最も強力な批判は、実質においては債務の実価を考慮して債権者不平等に対して160条で介入していることになる⁸⁵⁾というものであろう。160条説に立つ見解の多くは結局なんらかの形で一部の債権者が承継されたことを理由に狭義詐害性を認めるから、債権者平等を害する行為は160条の対象にはならないとの前提に立つ限り、これは極めて強力な批判である。

他方、162条説に対する理論上の批判として重要なのは、「既存の債務についてされた担保の供与又は債務の消滅に関する行為」とは言い難いではないのではないかというものである。表現は多岐にわたるが、大要、①受益者たる承継債権者に利益が帰属することが

確定していない、②会社財産自体が弁済や担保に供されたのではない、③いかなる形式の担保か不明である、という3点に集約できよう。しかし、将来債権譲渡担保であると構成すればいずれの批判も免れるように思え、決定的な批判とはならないように思われる⁸⁶⁾。

(4) 田中説による前提の相対化

有害性二元説との関係で理論的にやや難のある160条説と実効性に難のある162、161条説という構図が前節までの検討で明らかになった。これらに対して、明快な解決策を提示するのが田中説⁸⁷⁾である。その骨子は、次の通りである。①162条は「債務の消滅」「担保の供与」を対象にしているに過ぎない。②160条1項の対象とならないのも「債務の消滅」「担保の供与」のみであり、それ以外の行為は161条の対象となるものを除いて160条の対象となる。③会社分割は「債務の消滅」でも「担保の供与」でもない以上、当然に160条の適用対象である。

160条をいわば一般規定として捉える田中説からは、162条説に対し、162条をまさに文理どおりに捉えて、担保設定契約がどこにもない以上「担保の供与」はない、債務は新設会社の下で存続しており「債務の消滅」もない、という文言上ではあるがそれ故に強力な批判が可能になる⁸⁸⁾。

田中説の問題点は、有害性二元説と正面から衝突することである。特に、破産法の立法過程で一般規定と債務消滅担保供与についての特則という中間試案⁸⁹⁾が成案の段階で完全に狭義詐害行為と偏頗行為を区別するよう

81) 浅田・前掲注26)49頁。また、井上ほか・前掲注14)65頁以下の井上発言もかかる構成の可能性に言及する。

82) 赫・前掲注31)43頁注6、田中・前掲注5)143頁。

83) 松下・前掲注17)148頁。浅田・前掲注26)49頁は、財産の交付を受けたのは新設会社だから、という形式的理由をあげている。

84) 160条説からは伊藤・前掲注32)26頁、田中・前掲注14)26頁、162条説からは山本・前掲注14)9頁が正面から161条による否認の可能性を認める。

85) 債務の実価考慮は債権者平等の要請であることについて、後掲注127)参照。

86) 発生不確実な債権を担保に供するものであるから確定的に利益が帰属しておらず、会社財産自体による弁済や担保供与ではなく、広く一般に認められた非典型担保だからである。金融法委員会・前掲注14)22頁はかかる構成の可能性に言及する。

87) 田中・前掲注14)25頁以下。

88) これに対し債権者不平等はあくまで162条で解決されるのだという立場からは、162条と160条の間に空隙を生じることを認めない限り、このような文理上の限定を加えることは困難であろう。

89) 山本・前掲注54)49頁。

変更されたことからすると、破産法が採ることを検討しながらあえて採らなかつた立場を採るものであるともいえる。とはいえ、田中説と従来の説を対照することで、有害性二元説及びそこから導出される債権者平等を害する行為は160条の適用対象とならないという命題こそがこの問題の桎梏であることが明らかになる。

(5) 条文による分類の問題点・対立軸の抽出

(2)のような条文ごとの分類によると、異なる前提に立つにもかかわらず結果として同一の条文を適用する見解の間にある差異は相対化されてしまい⁹⁰⁾、根本的な対立を捉えにくくする恐れがある。他方で、最終的な適用条文が異なるだけで、見解に一致している部分があってもそのことが視えにくくなり⁹¹⁾、対立の不要な輻輳を招きかねない。そこで、以下では、最終的に何条を適用するかを（その前提において）左右している主要な対立軸を抽出することを試みる。

以上の分類からまず明らかなのは、学説は162条の適用範囲の広狭を巡って対立しているということである。

一方の極には、債権者間の不平等は全て162条で対応されるべきという判断を先行させ、債務消滅行為・担保供与との類似性を比較的緩やかに認める見解がある⁹²⁾。

これに対して類似性をより厳しく捉える見解⁹³⁾が存在し、さらに進んで担保供与そのもの、債務消滅行為そのものでない限り162条の適用はないとする見解⁹⁴⁾が他方の極に存在する。この162条の適用範囲をめぐる対

立を、対立軸①として設定する。

次に、同じく条文の適用範囲を巡って、160条と161条の関係という点にも対立軸が存在する。第一は、160条の適用範囲を責任財産の絶対的減少の有無によって画するもの⁹⁵⁾であり、第二は、160条の適用範囲を期待弁済率の客観的減少で画するもの⁹⁶⁾である。この点の対立を、対立軸②として設定する。

そして、条文の適用範囲を離れて、濫用的会社分割という事象の本質をどこに求めるかという対立軸がある。

この点については、「問題の本質が、分割会社に残された債権者と新設会社に引き継がれた債権者との間に生ずる不公平な結果にあることも、おおよそ共有されている」⁹⁷⁾ようであり、多数説は濫用的会社分割の本質を債権者間の不平等に求めるようである。

しかし、これに対しては、会社分割により「債務者が、法的整理あるいは私的整理であれば必要となるであろう債権者の同意を得ることなく事業の存続・維持を図る」という点を指摘し、債権者の事業の存続を認めるかどうかを判断する機会が奪われることをも本質的な問題と捉える有力な異説が存在する⁹⁸⁾。事業が残存債権者の手の届かないところに持ち去られることを問題とする趣旨と解されるが、そのことをより直截に表現すると問題の本質は「分割会社関係者の支配下で事業を安定的に継続させる」ために「残存債権者から資産を隔離」すること⁹⁹⁾、となろう。このような濫用的会社分割の本質を奈辺に求めるかの対立を、対立軸③として設定する。対立

90) 伊藤説、鹿子木説、田中説、松下説は共に160条説に分類されることになるが、その論理は異なるものである。

91) 例えば等しく債権者不平等を問題にするにもかかわらず、鹿子木説・伊藤説は160条説、難波説は161条説、井上説・山本説は162条説に分類されることになる。

92) 本稿の整理では、山本教授、山田教授、井上弁護士の見解がここに位置付けられる。

93) 伊藤教授の見解である。伊藤・前掲注32)17頁における検討を見る限り、債務消滅そのもの担保供与そのものでもない行為についても162条が適用される余地を認めているようである。

94) 田中・前掲注14)25頁。

95) 伊藤ほか・前掲注57)1072頁。

96) 田中・前掲注14)27頁。藤原＝稲生・前掲注50)7頁も同様の結論を採る。

97) 金融法委員会・前掲注14)13頁は、「問題の本質が、分割会社に残された債権者と新設会社に引き継がれた債権者との間に生ずる不公平な結果にあることも、おおよそ共有されているように思われる」とする。

98) 田中・前掲注14)26頁。

99) 黒木＝川口・前掲注71)8頁。

軸③は、残存債権者の不利益は一部の債権者が承継されたことから、すなわち債権者の不平等から生じているのか、それとも全債権者が残存債権者となったとしても変わらず生じるのか、という対立と言い換えることもできる¹⁰⁰⁾。

以上を前提に、以下私見を述べる。本稿はあくまで濫用的会社分割が何条により取り消されるかを検討するために条文の適用範囲を明らかにするものであるから、まず対立軸③についての立場を明らかにし、それを前提に①、②について議論することとする。

3 私見

対立軸③——損害発生メカニズム

(1)

新設分割それ自体によっては残存債権者が害されることはないという会社分割制度の建前を容れる限り、残存債権者が害されたとすれば、客観的には残存債権者は害されておらず財産が変質したにすぎない（従って161条による取消しのみが可能になる）とするか、

承継債権者が優遇された結果、すなわち債権者不平等の結果として反射的に害されたのだとするか、のどちらかが妥当であろう¹⁰¹⁾。ここに債権者不平等は162条で処理されるべき問題だという前提を加えると、論理的には160条によるべき余地は消滅してしまう¹⁰²⁾。これが、中間整理で理論的には162条説又は161条説が的確であるようにみえた理由であると推測する。

しかし、正面から新設分割それ自体によって客観的に残存債権者が害され得ることを認めることができれば、端的に160条を適用する途が開ける¹⁰³⁾。新設分割それ自体によっては残存債権者が害されることは本当でないのか¹⁰⁴⁾、明らかにする必要がある¹⁰⁵⁾。

a 個別的検討

残存債権者の地位は、会社分割の前後で、a事業を行うA会社の債権者から、A会社の100%親会社であるA'社の債権者へと変更されるといえる。これは、新設分割により一時的に分割会社は新設会社の100%株主となるためである¹⁰⁶⁾。そこで、a事業を行うA会社の会社債権者αと、A会社の100%親会社

100) 井上ほか・前掲注14)67頁の一部の債権者が優遇されたことにより株価が下がっており承継された債務を復帰させれば事足りることを指摘する山本和彦教授の発言と、黒木=川口・前掲注71)39頁の債務を一切承継しない場合であっても会社分割が詐害性を有することがあり得るとの指摘が鮮やかなコントラストを成す。

101) 新設分割をアプリオリに相当の対価を得てなされる行為であるとする神作・前掲注14)「濫用的会社分割〔下〕」が161条と162条による否認の可能性のみを問題にしているのが示唆的である。内田・前掲注43)62頁も、債務の移転がなされない場合には161条による否認のみ可能であるとす。

102) 有害性二元説の通説的な理解による限り、債権者不平等が問題であるとしながら160条による取消しを認めるのはほとんど論理矛盾であろう。本稿におけるように①162条が全ての債権者不平等に対処するものではないことを認め、かつ②162条から溢れる債権者不平等について160条または161条により対処する余地を認めれば矛盾は回避できるが、②は通説的な有害性二元説の理解と鋭く対立する。160条説に対する「債務の実価を詐害性の判断において考慮することになる」という批判（金融法委員会・前掲注14)18-19頁、山本・前掲注14)6-7頁）が、鋭くこの点を指摘する。

103) 債務承継の有無に関係なく残存債権者の地位の変動を問題視するので、実価を考慮して債権者不平等を問題にしているという批判があたる余地はない。この見解に対しては、むしろ事業もしくは個別財産が株式に変質しただけであり161条によるべきではないかが主たる問題となる。

104) 平成12年商法の立法段階からすでにこの疑問は呈されてはいた。浅田・前掲注26)46頁参照。以下は、この疑問に答えようと試みるものである。

105) なお、本稿筆者は、分割会社は新設会社の全株式を交付されるのであり、その時点では切り出された資産の価値を将来収益も含めて全て把握していると考えている。同旨、岡・前掲注9)368頁、井上・前掲注67)6頁、滝澤・前掲注14)71頁。しかし、このことは160条の適用が排除されることを意味しない。「分割会社が新設会社に承継させた資産の価値を完全に把握していること」と、「執行が困難になっている等により分割会社の債権者が害されていること」は同時に起き得るからである。神作・前掲注14)「詐害行為取消権〔下〕」40頁参照。詳細はⅢ3(3)に述べる。

106) 現実の会社分割の事例においては交付を受けた株式を直ちに第三者に売却することが少なくないようであるが、これは新設分割それ自体とは別に生じる事象であるため、ここでは同時に生じる事象である新設会社の株式の交付時点までを考察対象とした。以上につき、森田・前掲注18)11頁参照。

A'の債権者 β の間にはいかなる差異があるか検討する。

なお、以下の検討に先立ち、債権者は債務者に対して融資に際する契約等によって自衛を図るべきであり、自衛が可能であるなら法が強制的に債務者たる会社の行動を制約するべきではない、という議論¹⁰⁷⁾が会社分割の場合には妥当しにくいことを明らかにしておきたい。これは、コベナンツ等で会社分割を禁止して自衛を図っても、違反に対して損害賠償請求をなし得るに過ぎず、しかも請求の客体になるのは不良資産のみが残された分割会社または取締役であり、どの程度実効性があるのか疑問があるためである¹⁰⁸⁾。

(a) 破産申立権の有無

α は、継続企業価値を前提にしても現時点で清算の方が自らにとって有利¹⁰⁹⁾であると考えられる場合、A会社の破産を申し立てることができる。また、他の債権者が個別執行を開始した場合に破産申立をすることで包括執行へと移行することも可能である。

他方、 β はもはや事業の継続よりも清算が自己に有利であると考えても、破産を申し立てる権利を有さないし、包括執行へと移行する権利も認められない。

(b) 対抗的民事再生申立権の有無

α は他の債権者が破産申立をした場合であっても、民事再生手続きの申立てをすることにより、清算価値保障原則の要請を満たす限り、事業の解体清算を阻止し将来にわたる収益からの弁済を選択することができる。アと同様、法的倒産処理による包括執行への強制的な移行を請求することもできる。

β には以上のような選択肢は法的に認めら

れていない。

(c) 債権者の交渉機会及び経営者に対するモニタリング機能の喪失

α は一定の経営改善策を条件とする弁済猶予等によって交渉することができるのに対し、 β は強制執行をかけても株式を売却することができるに過ぎないため、交渉力が大きく減殺される¹¹⁰⁾。

(d) 引当て財産が事業会社の株式となること

α はAの個別財産に対して強制執行をかけることができるが、 β は株式に対する強制執行が可能のみである。非上場株式の換価は通常困難であり、 β の強制執行が奏功するかは疑わしい。

また、Aの取締役は α に対しても任務懈怠責任を負い得る。そのため、取締役は債務超過状況において、株主のみの利益を優先することは許されない。経営状態の悪化した会社における取締役の善管注意義務は株主の利益と債権者の利益との適切な均衡点を模索することにあるといえよう¹¹¹⁾。

他方、A'の会社財産はAの株式である。Aが債務超過に陥った場合、株式の価値は0になる。この状況でA'取締役に要請されるのはごく単純化すれば会社財産の最大化——A会社株式の価値の増大であり、早期の破産申立による債権者の取り分の確保といった配慮は不要になる。 α はA取締役によって一定の限度で利益を保護されるべき地位に立っていた一方で、 β はA'取締役によってその利益を考慮されることはない立場に立たされている、といえる。

107) 水野吉章「詐害行為取消権の理論的再検討(1)」北大法学論集 58 巻 6 号 1 頁, 6 頁 (2008) 参照。

108) 金融債権者は事前にコベナンツ等により自衛できる可能性があるが、濫用的会社分割をコベナンツ等により事前に抑止するのが困難なことについて、伊藤・前掲注 42)106 頁参照。

109) 単純に最終的に回収できる金銭の合計額のみを問題にすれば企業の継続を選択することが合理的なことが多いように思われるが、将来得られる金銭は現在価値に割引引く必要があるし、その際の割引率は債権者の資金需要に大きく影響されるため、いずれが有利かは個別具体的な判断に依らざるを得ない。

110) 田中・前掲注 5) 参照。

111) 吉原和志「会社の責任財産の維持と債権者の利益保護(3・完)」法協 102 巻 8 号 1431-1531 頁, 1480 頁(1985)は、「経営危機」に際しては「債権の可能性や倒産処理の方法などにつき一層の慎重さをもって考慮検討すること」が「取締役の善管注意義務に含まれる」とする。江頭・前掲注 2)503 頁は以上を引用した上で「債務超過またはそれに近い状態の株式会社」では、「会社債権者の損害拡大を防止するため取締役には再建可能性・倒産処理等を検討すべき義務が善管注意義務として課されて」いるとする。

(e) **メザニン・レンダーたる地位への強制的変更¹¹²⁾**

会社分割により事業及びキャッシュフローが新設会社に移転され、かつ、分割後の分割会社と新設会社等との間に特段の取引関係がない場合を前提とすると、会社分割後は、残存債権者に対する当該事業からの弁済原資は、新設会社からの配当のみとなる。このことは、会社分割による承継資産・事業からの弁済に関する限り、残存債権者は、新設会社の債権者に対して強制的に弁済順位が劣後させられることを意味する¹¹³⁾。分割以降に新設会社の債権者となる者との関係でも劣後することになる¹¹⁴⁾から、この劣後化は債権者不平等というより残存債権者の債権の端的な劣化の問題といえる。

b 小括

以上、権利¹¹⁵⁾と呼べるものから事実上の利益にすぎないようなものまで、雑多に検討を行ってきたが、会社分割により残存債権者の地位はこれだけの影響を受けるものである。もはや、新設分割自体によって残存債権者が害されることはないという前提は破棄していいように思われる¹¹⁶⁾。

c 新たな懸念

ただ、会社分割により一部の債権者が新設

会社に承継された場合、そのような債権者の不平等取扱いにより残存債権者に対する弁済率が悪化し得ることもまた事実である。

問題は、新設分割自体による詐害(狭義詐害行為)と、債権者の不平等取扱いによる詐害とが、実際の会社分割においては同時に生じている可能性があることである¹¹⁷⁾。

このとき、債権者不平等は狭義詐害行為の対象にはならないとの原則を墨守すると、160条または161条による取消しのためには狭義詐害行為がなされたことの立証¹¹⁸⁾、すなわち、詐害の結果の少なくとも一部は債権者不平等以外によって生じたこと立証が求められることになる。債権者が害される結果が生じていたとしても、それが狭義詐害行為(に該当し得る行為)から生じたものであることが立証できなければ、狭義詐害行為があったとは立証できないからである。しかし、生じた損害のうちどの部分が債権者不平等以外を原因にして生じたのかはおそらく立証不可能である。すると、原告が160条または161条に基づく取消しの訴えを起した場合、原告が立証責任を負う狭義詐害行為の存在を立証できず、請求棄却という帰結になる可能性がある¹¹⁹⁾。

二重の意味で債権者が害されている可能性

112) 栗沢方智＝櫻庭広樹「濫用的会社分割の当事会社に対する会社更生手続きの債権者申立の検討」金法1915号76頁(2011)。

113) 構造劣後形式のメザニンはあまりにも劣後的すぎるためレンダーに対する魅力に乏しく、欧米ではすでに廃れたという。いわば“無議決権普通株式”とでもいうべき金融商品であるから、かもしれない。以上につき奥・前掲注5)7-8頁参照。残存債権者の地位がこのように非常に劣後的なものになるということには十分に留意しておく必要がある。とりわけ、長期にわたって弁済される金融債権の場合には、かかる劣後化の影響は非常に大きいといえよう。

114) 分割以降に新設会社の債権者となった者と残存債権者は一度も共同の貸倒れリスクを負担していないから、これは狭義詐害性と対置される債権者不平等の問題ではない。

115) (a)については私法的破産請求権という名称がすでに与えられている。水元宏典『倒産法における一般実体法の規制原理』5頁(有斐閣, 2002)。(b)と合わせて、法的倒産請求権と呼ぶことも可能であろう。

116) ただし、160条と161条の適用関係の問題から、あくまで財産が変質しているのみであり161条の対象となるにすぎないのではないかという問題は残る。この点は後述する。

117) 山本ほか・前掲注39)213頁〔奥総一郎発言〕は「偏頗性の問題、あるいは詐害性の問題のどちらと捉えても、違和感はない」旨述べるが、これは濫用的会社分割が狭義詐害性と債権者不平等性を併有することが非常に多いからであろう。岡・前掲注14)68頁は「ハイブリッド型の違法行為」であるとする。

118) 難波・前掲注14)25頁、岡口基一『要件事実マニュアル第3巻 商事・手形・執行・破産・保険・金融・知的財産(第4版)』371-376頁(ぎょうせい, 2014)参照。

119) 偏頗行為として取消しを求めた場合も偏頗行為の存在を原告が立証する必要がある(難波・前掲注14)25頁)以上、同様である。ただ、偏頗行為の場合有害性の欠缺を受益者が抗弁として主張立証すべしとの指摘があり(伊藤ほか・前掲注57)1063頁)、これを前提とすれば偏頗行為取消しの訴えを提起すれば被告に狭義詐害性の立証責任が転嫁され本文のような問題は生じないとも思える。立証責任の所在の究明が必要であるが、これについては他日を期したい。また、積極財産の移転のみ、承継債権者に対する債務承継等のみを独立して否認対象とすれば

があるとき、まさに二重の意味で害されているが故に結局請求が認められないというこの帰結は、明らかに信義に反する¹²⁰⁾。この帰結を論理的に回避するための一つの方法は、民法719条1項後段に相当する規定を設けることである¹²¹⁾。もう一つの、そして解釈論として可能な方法は、たとえ債権者平等を害する行為であっても、狭義詐害行為による否認の対象となる行為があることを認める解釈論を構築することである¹²²⁾。以下は、対立軸①についての検討であると同時に、その試みである¹²³⁾。

(2) 対立軸①——偏頗行為否認の適用範囲
 についての一試論——

a 前提

まず、162条、160条1項は条文の文言上相互に排他的な規定である。160条1項柱書きは「債務の消滅に関する行為」「担保の供与」を適用除外としており、反対に162条は「債務の消滅に関する行為」「既存の債務についてされた担保の供与」を適用対象としているためである。これは、有害性二元説を是とするか否かを問わず、文言上動かないところ

だと思われる。よって、同時交換的行為の点を除けば、162条の適用対象となることは、160条1項の適用除外となることの裏返しである。

また、債権者不平等に対応するといわれる162条1項は「既存の債務についてされた担保の供与又は債務の消滅に関する行為」のみを対象にしており、文言上すでに、債権者平等を害するが偏頗行為ではない行為を想定できることに注意を喚起しておきたい。

b 本論

(a) 有害性二元説？

有害性二元説の大まかな内容はすでにⅢ2(1)に述べた通りである。

しかし、狭義詐害性と偏頗性の二種類の有害性があることを前提としても、排他的満足が害される場合と集団的満足が害される場合(債権者平等の侵害により、優遇されなかった債権者にとっての責任財産が減少している場合)を二分し、それぞれに適切な規制を設ける選択肢は直ちには排除されない¹²⁴⁾。二種類の有害性があるということから、債務の消滅及び担保の供与は狭義詐害性を有さない

かかる結論は回避できるが、それが妥当でないことについては前掲注44)参照。

120) したがって、最もシンプルには、信義則により被告の「行われたのは偏頗行為だ」との主張を封じ、反射的に狭義詐害行為の存在を認めるという解決が考えられないではない。会社法429条の有利発行についてであるが、田中亘「募集株式の有利発行と取締役の責任」松澤還暦『会社法と商事法務』145頁、197頁(商事法務、2008)参照。ただ、狭義詐害行為と偏頗行為は条文上截然と区別されており、被告の反論を信義則で封じられるかはやや疑問がある。また、この場合そもそも詐害行為か偏頗行為かで被告適格の所在が異なるという問題があり、一層複雑である。

121) 廃液に含まれる有害物質により健康被害を受けた者が、A工場の廃液に含まれる有害物質aとB工場の廃液に含まれる有害物質bのいずれかが原因であるということを立てても、aとbのいずれが原因であるかを突き止められなければ、709条1項に基づく請求は棄却されざるを得ない(平野裕之『民法総合6不法行為法』250頁(信山社、2007)参照)。これが719条1項後段なき場合の帰結であり、aが狭義詐害行為に、bが偏頗行為に相当する。

122) これを認めることができれば、会社分割は一括して狭義詐害行為として扱えばよく、立証不可能という問題は生じない。その他の解決方法として同時審判申出共同訴訟が想起されるかもしれないが、同時審判申出共同訴訟でも狭義詐害行為の存在も偏頗行為の存在もいずれも立証できないという帰結はあり得る。代理権に基づく本人への請求と無権代理人の責任追及が同時審判申出共同訴訟により合理的に解決されるのは、たまたま「代理権の存在」が本人に対する請求原因であると同時に無権代理人の抗弁でもあるために抗弁成立なら本人に対する請求認容、本人に対する請求棄却なら抗弁が不成立という関係が成立しているためである。

123) 本文に示した懸念があたらないとしても、162条の適用範囲が争われている状態であるから、その範囲を一部であれ明確にすることには一定の意味があると考えられる。

124) 偏頗行為否認は、実価による弁済すら否定して破産配当を強制するものである。債権者平等を害する部分はいくまで実価を上回って弁済を受けた部分のみとも言い得るから、その部分のみを返還させるという処理は直ちには排除されない。山本克己「否認要件に関する考察」別冊NBL69号111頁以下(2002)、特に113頁以下参照。旧法についての文献であり、また偏頗行為否認の時的限界の前倒しを論じる文脈ではあるが、有害性に二種類あることを認めても直ちに現行破産法のような解決が導かれるわけではないことを示すものとして意義がある。二種類の有害性があるという前提と現行破産法の規律を架橋するには、支払不能以前は債権者平等を問題にしない、という操作と、支払不能以降は実価による弁済すら認めない、という二つの操作を加える必要がある。

という現行破産法の規律¹²⁵⁾を導くには、少なくとも、消滅する債権は名目額で評価する¹²⁶⁾という操作を加えることが必要になる。

債務を名目額で評価することは、偏頗行為否認が可能になる場面、すなわち支払不能の場合を除いては、債権者平等を問題にしないことを意味する。債務を実価で考慮する理由は、債権者平等の要請以外には見いだせないからである¹²⁷⁾。

(b) 弱い債権者平等と強い債権者平等または bonorum possessio

そして、破産法は確かに債権者不平等を是正する偏頗行為否認の対象となる行為を、支払不能以降のものに限定している¹²⁸⁾。これは、債権者平等¹²⁹⁾を要求できるのは原則として破産手続開始決定以降であり、その効力を遡及させるとしても破産原因たる支払不能

が存在する時点が限界であるという理由による¹³⁰⁾。

162条による偏頗行為否認は実価による弁済すら否定し、破産配当を強制する。このような、債権者が実価による弁済すら受けてはならないという意味でのいわば「強い債権者平等」¹³¹⁾を強制できるのは支払不能の局面に限ることも妥当であろう。

しかし、債権者平等は私法の一般原則である¹³²⁾。債権者平等という概念を、私法上の一つの原則として通用する抽象度で表現すれば、「特定の範囲の財産の集合体又は特定の財産について、それを引当てとしうるが互いに優先しない債権を有する複数の債権者がいて、債権の総額が財産の総額を上回っているときは、債権額に応じた比例弁済が行われる」となる¹³³⁾。したがって、債務超過であれば原則として比例弁済が要求されるはず

125) 160条1項柱書括弧書きの存在により債務消滅行為及び担保供与行為は160条1項によっては否認できず、これらの行為は非義務的偏頗行為の例外を除いて、支払不能以降に行われたものに限り否認することができる。

126) 債権を名目額で評価するなら、債務を消滅させる行為は債務者の責任財産を計数上変動させないから、狭義詐害行為にあたることはない。そして、債権を名目額で考慮することは160条2項が債権の額面額を上回る部分のみを否認の対象としていることから明らかだという。伊藤眞ほか編『新破産法の基本構造と実務』ジュリ増刊380頁〔山本克己発言〕(2007)。ただし、条文上は「消滅した債務の額」を超える部分が否認できるのであり、文言からただちに債権を額面額で考慮することが導かれるわけではない。宗田親彦『破産法概説(新訂第4版)』362頁(慶應義塾大学出版会, 2008)は、「消滅した債務の額」は実価である、とする。

127) 実価というものはそもそも債務超過時における比例弁済を前提にした概念である。そして、比例弁済は債権者平等原則以外からは導き得ないであろう。宗田親彦「詐害行為否認と偏頗行為否認一本旨弁済の否認について」明治学院大学ローレビュー2巻3号3頁(2006)は債権者平等原則が債権を実価で考慮することを要求し、名目額での弁済が狭義詐害性を有することを、「平等違反が実は詐害行為すなわち財産の減少になる」と表現する。

128) 厳密には「破産申立」も基準時となるが、それは「支払不能」が先行しその後「破産申立」という経過が想定されているためである。破産申立時に支払不能でなかった場合、破産申立は却下され、否認権が行使されることはない。

129) 本稿での表現にひきなおせば、この債権者平等は「強い債権者平等」ということになる。ここで、「強い債権者平等」「弱い債権者平等」について若干敷衍しておく。「弱い債権者平等」とは、私法の領域に広く妥当する指導指針ないしは原理であり、他方で他の原理や指針によって上書きされ得るものを指している。一方、「強い債権者平等」とは、特定の状況において具体的な制度によって債権者間の平等が強く担保されていることを指している。

130) 山本・前掲注124)118頁及び山本克己ほか『新破産法の理論と実務』258頁〔畑端穂〕(判例タイムズ社, 2008)参照。この理由からは、立法論としては法人破産では債務超過時まで偏頗行為否認を認める立論があり得ることになる。伊藤ほか・前掲注126)407頁〔山本和彦発言〕。

131) 比例弁済を受けることも禁止される。凡そ破産財団に手をつけることが禁じられていると換言できる。破産配当の強制は破産時における実価弁済を受けているのと同様であるとの反論が考えられるが、平時においては顕在化していなかった債権間の優先劣後関係に従って弁済率が定まり、破産手続きの費用も控除した残りについて比例弁済に与れるに過ぎないから、破産配当は破産決定時における実価弁済とは同視できないと考える。このような強度の財産的拘束の淵源は、ローマ法における bonorum possessio に求めることができる。bonorum possessio につき木庭頭『法存立の歴史的基盤』844頁以下(東京大学出版会, 2003)及び同『現代日本法へのカタバシス』170頁(羽鳥書店, 2011)以下参照。possessio の語から想起されるように、「占有」概念にも関わる。

132) 中田裕康「債権者平等の原則の意義」曹時54巻5号1284頁(2002)は、「この原則を民法の基本原則と位置付け」る見解が「現在もなお多い」とする。

133) 中田・前掲注132)1310頁。

である¹³⁴⁾。支払不能でない限り債権者平等は問題にならない、との立場は直ちには採用できない。債務超過時には債権の価値は比例弁済を前提にした実価まで低下するのであり、それを超えて名目額で弁済を受ける行為は責任財産の減少を招く行為にあたるはずである。

翻って、債務消滅行為・担保供与行為が狭義詐害性を有さないのは、債務超過時にあっても債権は名目額で考慮する——支払不能以前では弱い債権者平等をも排除する——という立場が選択されたから、となる。

(c) 名目額考慮の必要性・許容性

債権者平等原則は私法の全場面に妥当する一般原則であり、その排除には相応の理由が要求されよう¹³⁵⁾。そして、その理由は比例弁済コストであると考えられる¹³⁶⁾。破産時以外、不断に変化する財産状況に応じて変化する比例弁済率をフォローすることはほとんど不可能であり、これを要求すると債務超過に陥った主体が経済活動を営むことはおよそ不可能になる。これは比例弁済のコストがあまりに高いことを意味し、かかる不合理な事態を避けるためには債権者平等原則を後景化することも許されよう。これが、債権を名目額で考慮する理由、すなわち債務消滅行為が狭義詐害行為ではないとして160条1項括弧書きで除外されている理由である。よって、この理由が妥当しない限り、債権者平等は排除されないものであり、債務は実価で考慮すべ

きである。

また、担保供与行為が狭義詐害行為から除かれているのは、清算義務を観念すれば担保供与行為は債務額を上回る責任財産の流出を招くものではないからである。清算義務の課されていない担保供与の場合、実質的に過大な代物弁済となって狭義詐害行為の性質を有する場合があると言わざるを得ないから、「担保の供与」に含めることは許されないとされる¹³⁷⁾。

以上の理由により、本稿筆者は160条1項の適用除外の範囲、すなわち162条の射程は、弁済・担保供与との強い同質性が認められる行為に限定され、強い同質性を認めるための必要条件として担保供与行為については清算義務が課されている担保の供与であること、債務消滅行為については比例弁済コストが高く事実上比例弁済を望むことができない債務消滅行為であることが必要と考えている。

(d) 小括

上記私見によれば、濫用的会社分割が162条の適用対象になるか、という問題は、濫用的な会社分割が比例弁済コストの高い債務消滅行為といえるのか、あるいは、清算義務の課された担保供与と同視できるのか、という二点にかかる。そこで、以下それぞれについて詳論する。

比例弁済のコストについては、いくつかの場合をわけて考える必要がある。

134) 私法の一般原則として built-in された債権者平等原則が債務超過を契機として作動し、強制執行や支払不能等、債権者平等が強く要求され、かつ債権者平等を実現するコストが低下する局面においてその作用が極大化する。built-in された私法の一般原則としての債権者平等を、ここでは弱い債権者平等と表現している。

135) 本稿と最終的な理由付けは異なるが、山本・前掲注53)「否認権(下)」124頁は慎重に債務超過時において債権者平等を排除できることの根拠付けを図る。山本教授は債務超過時であっても信用があれば全ての債権を弁済可能であることから債権者平等の要請を後退させるようだが、債務超過の判断にあたって破産法では信用を考慮に入れない(伊藤ほか・前掲注57)126頁)のに対し、民法では信用を考慮することが通説的であり(奥田昌道編『新版 注釈民法(10) II 債権(1) 債権の目的・効力(2)』846頁〔下森定〕(有斐閣, 2011)), 山本教授の見解では民法上の債務超過以降支払不能まで債権者平等の原則が排除されることを説明できなくなる可能性がある。

136) 中田・前掲注132)1311頁は、「債権者平等の原則が倒産以外の場面でどこまで適用されるかは、非優先性についての実質的判断と比例弁済コストの負担の評価によって決まる」とする。また、同1307頁は「非優先性についての前述の実質的判断に加えて、比例弁済コストを考慮した結果、比例弁済がなされるべき債権について、『債権者平等の原則』が認められる、ということになる」とする。

137) 160条2項が債務消滅行為のみを対象とし担保供与を対象としていないことが以上のことを裏から示している。敷衍すれば、清算義務がある限り担保供与行為は過大な代物弁済の実質を持ち狭義詐害行為となることはあり得ず、逆に清算義務の課されない担保供与行為は過大な代物弁済の実質を持ち狭義詐害行為にあたる場合がある。非典型担保の供与が160条2項による否認の対象となるかという文脈ではあるが、伊藤ほか・前掲注57)1073頁が同旨を説く。山本・前掲注53)「否認権(上)」80頁も161条該当性について同旨。

場合の第一は、全ての債権者を平等に取り扱う場合である。すなわち、全ての債権を承継するか、全ての債権者を残存させるか、あるいは全ての債権について一定の割合を承継させるか、という場合である。

この場合、ここで行われていることは比例弁済に類似する。比例弁済とは債権者を平等に取り扱うべしとの原理から要請されるものであって債権者を平等に取り扱うことを意味し、ここではあたかも比例弁済がなされたのと同様債権者は平等に取り扱われているからである。したがって、このような措置に多大なコストがかかる場合、162条が作動する可能性はある。しかし、上にあげた例からほとんど明らかなように、これらの措置にはほとんどコストがかからない。比例弁済のコストとは債務の実価を計算することのコスト¹³⁸⁾であるが、これらの事例では単に債権者全員について等しく取り扱えば足り、債務の実価を計算する必要はないからである。よって、このような会社分割は結局162条の適用対象とはならない。

場合の第二は、債権者間の取扱いに不平等が存在する場合である。この場合は、さらに二つの場合に分けることができる。一つ目は、事業を新設会社の下で継続するため、事業とその継続に必要な債権者を承継する場合であり、すなわち典型的な濫用的会社分割の事例である。この場合にも、分割会社はやはり承継される債務の実価を計算してはいないと思われる。事柄の性質上論証には至らないが、このような会社分割を行う当事者が承継

する債権を決定するにあたってする考慮は、事業の継続にどの債権が必要かという考慮であり、債務の実価を計算して全債権者に按分弁済を行おうとする考慮ではないとって大過ないであろう。このように、比例弁済を行おうとする契機がそもそも存在しない以上、比例弁済のコストも存在しないといえる。よって、この場合が160条括弧書きにいう「債務の消滅」にあたりと解することはできない。160条括弧書きにそもそもあたらない以上、162条が作動する余地もないから、この類型の会社分割もやはり162条の適用対象とはならない¹³⁹⁾。よって、そのような会社分割が「債務消滅行為」として否認の対象となることはない。二つ目は、上記と異なり、分割の目的が新設会社の下での事業の継続ではなく、一部の債務を分割会社から切り離す目的を持って——切り離しの目的はBSの改善にあることが多い——、一部の債権を引当てとなる財産とセットで新設会社に承継させる場合であり、いわゆるデットアサンクションのような場合である¹⁴⁰⁾。この場合には、分割会社はまさに承継させる債権にどれだけの弁済をなすことが可能かを考慮する契機が存在する。従って、比例弁済を要求する契機が存在する以上、比例弁済のコストが問題になり、この場合においてこのコストが極めて高いことは通常弁済となら異ならないから、かかる類型の会社分割は「債務の消滅に関する行為」にあたりと考える。

もっとも、この類型の会社分割は本稿での検討の対象から外されているから、議論の骨

138) より精確には、「①分配の対象となる財産の確定、②分配を受ける債権者の範囲の確定、③分配の基準となる債権の確定とその金銭化」、及び「分配対象財産の総額が総債権額を下回るか、少なくとも下回る可能性があること」の確定が比例弁済のためには前提として必要であり、この前提条件を整えるコスト及び算出された割合にしたがって実際に比例弁済を実施するコスト、さらには「比例弁済の過程における事実上・法律上の判断や評価が結果的に誤っていた場合に、責任を負いまたは不利益を引き受けるリスクを引き受ける」コストが比例弁済コストには含まれる。中田・前掲注132)1306頁参照。

139) 後述するように本稿筆者は期待弁済率の低下をもって濫用的会社分割を取り消せると考えているが、これは比例弁済を要求しているわけではない。残存債権者に生じる不利益を補うだけの価値を生み出す会社分割なのかという判断を要求しているのみである。水野・前掲注107)25頁は取消しによる威圧の下詐害的な取引が行われなくなるといって過程を分析したアメリカの議論を紹介するが、本稿の主題にひきなおせば、残存債権者の期待弁済率を低下させるような会社分割は取消しの対象となることが明らかになることにより、会社分割を行う当事会社が期待弁済率の減少を防ぐべく分割する資産の最適な構成を模索することで、社会経済の利益に資するといえよう。

140) 金融法委員会・前掲注14)17頁は、「ケース3」としてこのようなデットアサンクションの場合を取り上げ、その他の会社分割と異なる解釈が行われる可能性を示唆する。

格には影響を与えない。結局、本稿が検討の対象としている類型の濫用的会社分割には比例弁済コストが債権者平等を排除するほどには存在しないから、「債務の消滅に関する行為」として162条の適用対象となることはない。

担保権設定との同視可能性については、次のようにいえる。承継債権者のみの引当てとなる財産が生じたことをもって担保権が設定されたと言い得るとしても、担保権者たる承継債権者になんらの清算義務が生じていない以上、160条1項柱書括弧書きにいう「担保の供与」にあたるということとはできない。

よって、本稿が検討の対象としている類型の会社分割は160条括弧書きの「債務の消滅に関する行為」にも「担保権の設定」にもあたらず、翻って、160条の射程が及び得るといえる。

(3) 対立軸②——160条の適用範囲——

上記の検討から本稿が検討の対象とする類型の濫用的会社分割が160条で取り消し得る場合があることは明らかになった。次なる課題は、161条による取消しが認められる場合と160条による取消しが可能な場合との区別である。

前提として、160条の適用範囲は、161条の適用範囲に連動する。これは、161条が「相当の対価」を得た場合の特則であり、「相当の対価」を得ている限り160条の適用を排除するからである。「相当の対価」を得れば債権者を「害する」とはいえず、「相当の対価」に満たない対価しか得ていないことが債権者を「害する」ことである。

a 161条の趣旨

161条の文理から明らかなのは、「相当の対価」による財産の処分については否認の可能性が相当限定されていることである。かかる限定の趣旨が債権者の財産処分権の尊重と債権者の引当財産維持への期待の調和にあ

る¹⁴¹⁾ことは争いがないところだと思われる。とはいえ、財産処分権の尊重と引当財産維持への期待のどちらにより重点をおくかで異なる二通りの解釈があり得る。

第一は、財産処分権の尊重に重きをおく見解である。財産状態の悪化した債務者の行う相当対価での換価行為がのちに詐害行為として否認される可能性があるとして、窮境にある債務者の経済活動が困難になる。これは、取引の相手方が否認のリスクを恐れて、財産状態の悪化した債務者との取引に萎縮的になるためである¹⁴²⁾。萎縮効果を取り除くには、正常な取引、つまり「相当の対価」を支払って行われる取引は原則として否認の対象にならないことが重要である。そうすると、財産の種類の変更は原則として否認の対象にならず、161条各号の要件を満たす例外的な場合にのみ否認できるとの解釈が要求される。

第二は、債権者の引当財産維持への期待により重きをおく見解である。「相当の対価」を得ている限り客観的には債権者の期待弁済率は変わらないことから否認の可能性を原則として否定し、それにもかかわらず期待弁済率を減少させるような事情がある場合に限って否認を認めたのが161条であるとする捉え方である¹⁴³⁾。

b 「害する」

第一の捉え方からは、予測可能性の担保という観点から、161条は責任財産を変質させるのみで減少させない行為を160条の対象から除いていると考えることになる。その場合、160条は責任財産を絶対的に減少させる行為にのみ適用され¹⁴⁴⁾、「害する」とは責任財産の計数上の減少を意味する¹⁴⁵⁾と思われる。

しかし、かかる見解によると、責任財産の組成が変更するのみ¹⁴⁶⁾であり、かといって偏頗行為にもあたらない行為は161条の対象となるのみである。161条の要件の厳格さに

141) 伊藤ほか・前掲注57)1081頁参照。

142) 法制審議会・前掲注17)167頁によれば、民法改正の過程ではこちらの見解が前提になっているようである。

143) 田中・前掲注14)26頁参照。

144) 伊藤ほか・前掲注57)1072頁参照。

145) 法制審議会・前掲注17)169頁。

146) 会社分割がこのように捉えられることについて、前掲注105)参照。

鑑みれば、否認の可能性は大きく限定される。一つの割り切りとしてはあり得るのかもしれないが、組織再編等複雑な行為に対する詐害行為取消しの余地を大きく狭めるものであり、詐害行為取消権の信用秩序の維持という機能を減殺しすぎるきらいがあると考えられる¹⁴⁷⁾。

第二の捉え方からは、161条は客観的には期待弁済率を減少させない行為に適用されることになる。反射的に160条は期待弁済率を低下させる行為に適用され、「害する」とは期待弁済率の減少を意味する。いわば160条を詐害行為に対する一般条項として機能させる方向を志向するが、副作用として客観的に期待弁済率を減少させる/させないとは何によって判断されるのか、160条と161条の境界が相当不明確になるという問題は生じる。

いずれの見解が妥当かは、「萎縮効果の除去」と「(未知の取引に対する)160条による否認可能性の確保」のいずれを重視すべきかに依る。検討すべきは、160条の適用対象を、責任財産を計数上減少させる行為とすることで、適用範囲の明確化による萎縮効果の除去が達成できるかであろう。

160条の適用対象が明確になり萎縮効果が除去される、というためには財産が減少する場合と変質する場合が明確に画される必要がある。「相当の対価」を得ている場合が財産の変質であり、得ていない場合が財産の減少であるから、「相当の対価」が一義的に定ま

るならば160条の適用範囲は明確化できる。しかし、「相当の対価」は幅のある概念であるとされるから、これは結局不可能であろう¹⁴⁸⁾。結局、160条の外縁を明確に定めることがどのみち不可能なら、新たに登場する可能性のある詐害的取引に対応する余地を広く残しておくために、期待弁済率の減少¹⁴⁹⁾をもって160条の「害する」とするのが妥当と考える。

(4) 結論

以上の検討によれば、債務者会社の主観とは無関係に期待弁済率を低下させる会社分割は160条1項によって、客観的には期待弁済率を低下させない行為は161条によって、それぞれ取り消されるべきこととなる。

なお、期待弁済率の判断時点と判断方法について簡単に付け加えておく。まず、判断時点は会社分割の効力発生時とすべきである。事後的な事情によって詐害性を認めるべきではない¹⁵⁰⁾。次に、算定の方法であるが、一つには裁判所による期待弁済率の低下の有無の判断が困難を極めることは容易に想像ができる。さらに、会社分割は優れて経営判断に関わる事項であり、裁判所がこれに介入することに抵抗を覚えないではない。仮に会社分割により損害が生じたとして取締役の責任を追及すると経営判断原則により請求が棄却されるのに、会社の事業との関係ではより重大な効果をもたらす詐害行為取消しの訴えは認容されるとの帰結が生じるとすると、やや違和感を覚える¹⁵¹⁾。さしあたり、期待弁済率

147) 161条により対応できる範囲が狭いのではないかという指摘はすでにされているところである。伊藤ほか・前掲注126)394頁以下の議論参照。本稿は、161条の適用範囲が狭すぎるという問題に対して、161条の要件を緩和することなく、160条の適用により解決することを志向する。

148) 伊藤ほか・前掲注126)393頁〔田原睦夫発言〕は「相当の対価」が「幅のある概念であるということが正面から認められました」とする。一定の幅のある概念であることは争いのないところだと思われるが、だとすると「相当の対価」により画される160条の外縁は不明確にならざるを得ない。また田原判事は同様の箇所でも161条の適用範囲が狭く解されすぎているのではないかという疑問を示されているが、本稿筆者は161条が要件を精密に定めた以上は、161条の適用範囲は文言通り狭く、その外にある行為は160条で捕捉すべきと考えている。水野・前掲注107)15頁は取消しによる威圧があることで債務者の行動を合理化するという目的のためには、あえて基準を不明確なままにしておくことがあり得て良い旨を指摘する。

149) また、仮に「害する」に対応する主要事実を「期待弁済率の低下」と設定するとしても、実際の訴訟の現場では廉価処分の有無等を巡って攻撃防御が行われることになり、「計数上の減少」が主要事実である場合と比して実際の影響はほとんどないと思われる。

150) 松下・前掲注17)149頁参照。

151) 取締役の個人的責任が追及されているわけではないという点で一応の区別はできなくはないが、専門的事項に対して裁判所が後知恵で介入するという問題は今回の場合にも生じてしまう。経営判断原則が単に賠償による取

の判断にあたって、算定の過程で十分な検討が尽くされたことを前提に取締役の判断を尊重するという形で調整を図るのが妥当ではないかと考えるが、詳細な検討は他日を期したい。

(5) 追補

以上では新設分割により分割会社が新設会社株式を取得するまでを考察の対象としてきたが、実際の会社分割ではその後に株式を売却して現金化することがよく行われるという¹⁵²⁾。このような場合には、一連の行為のどの部分が取消しの対象となるかという点がさらに問題になる。

会社分割の当初より株式売却の相手方や売却価格まで決定されていたような場合は、分割会社との関係では金銭を対価とする吸収分割が行われたのと同様の実質を持つ¹⁵³⁾。新設分割の実行時に対価として得られると想定されていた金銭の額により期待弁済率が減少するのかもしれないが従い、上記の検討と同様の処理をすれば足りると思われる。

これに対して、会社分割後に株式売却の相手方や売却価格が決定された場合には、会社分割とその後の株式売却を別個に検討すべきと考える。会社分割と株式売却のそれぞれについて、160条及び161条の成否を検討することになる¹⁵⁴⁾。

締役の萎縮を回避するのみでなく裁判所による後知恵的介入を防ぐ意義を有することにつき、落合誠一『会社法要説』95頁（有斐閣，2010）参照。

152) 西村・前掲注9)147頁等。小林＝山本編・前掲注73)206頁は「会社分割では、交付された承継会社の株式を譲渡してその譲渡対価を受領することを前提に行われることも多し」とする。

153) 株式を売却して金銭化してしまえば、分割会社の財産との関係では、新設分割により100%子会社を作ることと吸収分割を行い相手方会社から金銭を取得することとの間に差異はない。支配権プレミアムの有無が株式の売却価格に影響すると思われるが、それを織り込んで決定された売却価格によって期待弁済率の変化を判断すれば足りる。小林＝山本編・前掲注73)206頁は、当初から交付された株式の譲渡による金銭化が想定されていたような場合、金銭化までの一連の行為が全体として一個のものであるとして扱われるべきという見解があることを指摘する。

154) 同旨、松下・前掲注17)151頁。

155) 中田・前掲注25)237頁。神作・前掲注28)39頁もこの点に言及する。

156) この点を推していくと、「否認権行使の効果はその対象となった法律行為の全体に及ぶ」との結論が導かれるとも思える。この推論が正しい場合、効果が全体に及ぶことによる不合理な結果を防ぐ（黒木＝川口・前掲注37)72頁）ために、取消対象を限定しようとする議論には一定の意味が見いだせる。もっとも、否認権の趣旨——なんらかの意味で債権者を害する行為を取り消し、責任財産の回復を図る——から、趣旨を害するところまで効果を拡張しない（消極財産は取り戻さない）という立論は可能であると考えられる。神作・前掲注14)「濫用的会社分割」[上]」12頁注9参照。

157) 「反対給付」概念に関する限りで否認権の議論も参照する。この点については、今般の債権法改正により優先権付与の点を除いて破産法と同様の規律が導入されたためである。民法改正要綱案第16・11参照。

158) 村上裕「濫用的会社分割：平成22年5月27日東京地裁判決を素材として」関俊彦古稀『変革期の企業法』219頁（商事法務，2011）等。前掲注39)も参照。

IV. 取消しの効果

1 若干の前提

(1) 詐害行為取消権と否認権の違い

効果を論ずるにあたって注意すべきは、詐害行為取消権と否認権とで、効果が大きく異なる可能性がある点である。すなわち、詐害行為取消権は、取消債権者の債権額の範囲内でのみ行使できるが、否認権にはこのような制約はない¹⁵⁵⁾から、否認権の行使の効果を被保全債権額によって限定することはできない¹⁵⁶⁾。よって、否認権行使の効果についての議論は詐害行為取消権行使の効果について直ちには妥当しない。以上の理由から、本章では詐害行為取消権の効果を直接検討している学説を主たる検討の対象とすることとする¹⁵⁷⁾。

(2) 取消対象論との関係

学説の中には、詐害行為取消権の効果を積極財産の取戻し又は個別財産の取戻し等に限定するために、取消しの対象は積極財産の移転である、あるいは個別財産の移転である、という論理構成を採るものがみられる¹⁵⁸⁾。本稿筆者はすでに取消対象と取消しの効果の及ぶ範囲を一致させる必要はないとの立場を

とることを示した（II 1(2)）。そのような立場からは、効果を限定するために取消対象を限定する見解の論拠を、効果のみを限定する見解の論拠として扱うことも許されるところとされている。そこで、以下では、直接には取消対象を限定する見解の論拠として述べられているものを、効果を限定する見解の論拠として紹介することとする。

2 民法改正要綱案概観

前章までの検討を前提にすると、濫用的会社分割は要綱案の破産法 160 条 1 項に対応する規定で取り消されることになる。この場合、取消しの効果は次の二つの規定によって規律される。

第 16・10 1 又は 6 の取消しの請求を認容する確定判決は、債務者及びその全ての債権者に対してもその効力を有する。

第 16・11 債務者がした財産の処分に関する行為（債務の消滅に関する行為を除く。）が取り消されたときは、受益者は、債務者に対し、当該財産を取得するためにした反対給付の返還を請求することができる。債務者が当該反対給付の返還をすることが困難であるときは、受益者は、価額の償還を請求することができる。

現行法及び現在の判例法理からの大きな変更点として、債務者に対しても「確定判決」が「効力を有する」こと¹⁵⁹⁾、受益者は債務者に対して「反対給付の返還」を請求することができる¹⁶⁰⁾ ことの二点をあげることができる。以下、かかる変更により生じる影響に配慮しつつ、詐害行為取消しの効力を論じる。

3 受益者から債務者への返還

(1) 返還の範囲

既述のように、取消しの効力の及ぶ範囲を被保全債権の額によって限定しないという方針が一度は債権法改正の俎上に乗せられたものの、最終的に採用されるには至らなかった¹⁶¹⁾。従って、民法改正要綱案の下でも取消しの目的物が可分であるならば被保全債権額の限度でのみ取消しの効果が生じることになる¹⁶²⁾。複数の資産が移転される通常の分割を前提すれば、これを素朴に見る限り会社分割により移転している財産は可分である。目的物が可分であるというにあたって妨げとなり得るのは、次の二点である。

a 包括承継性

会社分割は部分的包括承継であると言われ、包括承継であるということを理由に、移転する財産の可分性に疑問を呈する見解がある¹⁶³⁾。しかし、包括承継は本来（法）人格の消滅局面においてのみ生じるものである。分割会社が存続することが制度上予定されている会社分割において「包括承継」であることに積極的な意味が見いだせるか、疑問がある。高々権利義務が一括して移転し、債権者の同意なくして免責的債務引受の効果を生じさせることを説明するという程度の意味しかないと考える。事実、分割の場面では合併と異なり個々の財産について対抗要件の具備が要求され、新設会社と分割会社からの譲受人が対抗関係に立つ結果、個々の財産の移転の効果が否定されるということがあり得る。「包括承継」は会社分割の場面においては権利義務が一括して移転することを説明するための機能概念として用いられているに過ぎず、「包括承継」であるということから、移転する財産の不可分性を導くことは支持でき

159) 取消しの効力は債権者受益者間に留まり債務者には及ばないというのが現時点での確立した判例法理である。中田・前掲注 25)260 頁参照。

160) 従来は被保全債権が受益者所有の財産により弁済され債務者が受益者の財産により利益を得たとして不当利得返還請求をする必要があった。中田・前掲注 25)271 頁参照。

161) 前掲注 46) 参照。

162) 要綱案第 16・8 参照。要綱案では「目的が可分」という表現になっているが、「客体が可分」であることを意味する。潮見・前掲注 17)79 頁参照。

163) 弥永・前掲注 44)37 頁。

ないと考える¹⁶⁴⁾。立案担当者の見解もこれを支持する¹⁶⁵⁾。

b 事業性

第二に、会社分割により移転する財産体は事業譲渡の客体たる性質、すなわち「一定の営業目的のために組織された有機的の全部または一部」(以下これを「事業性」という)たる性質が認められる場合には、移転する財産は可分と言えないのではないかが問題となる。

しかし、事業性にはそれを移転する場合に株主総会決議が必要になるという以上の効果を認めるべきではないであろう。事業性という外縁が不明確な概念¹⁶⁶⁾により、事業に対する重要度も区々に異なる個別財産が不可分になるという重大な効果を認めることには疑問がある¹⁶⁷⁾。事業性の認められる財産体から個別の財産を取り戻すことを認めると事業価値が毀損されるとの懸念を示す見解があるが、その懸念に対しては事業性がある限り個別財産の取戻しはできないという硬直的な帰結より、取戻しの対象となっている財産の事業存続にとっての重要性によっては、例外的に現物返還が困難であるとして価格賠償を認める方が妥当なように思われる¹⁶⁸⁾。

以上より、目的物が可分であるということを防げる事情は存在しないことが明らかになった。よって、詐害行為取消しの効果は被保全債権額によって限定される。

(2) 現物返還原則について

民法改正要綱案第16・7(1)は、現物返還を原則としつつ、それが「困難」であるときは価格賠償を請求できるとする。従来の判例法理を明文化したものであるという¹⁶⁹⁾。

「困難」とは多分に評価的な概念であるから、物理的に困難といった場合に限定する必要はなく、承継債権者残存債権者その他の利害関係人の利害調整の結果現物返還が好ましくない場合には「困難」と認めることが許されよう¹⁷⁰⁾。

そして、詐害行為取消しの効果の文脈においては、新設会社の事業の継続に配慮すべきであり、価格賠償を原則とすべき、あるいは価格賠償が好ましいという見解が示されることがある。また、判例も比較的緩やかに価格賠償を認めていると指摘される¹⁷¹⁾。

もっとも、本稿筆者は原則としては現物返還が要求されると考えている¹⁷²⁾。主に以下二つの理由による。

第一に、金銭賠償が認められることにより取消債権者に直接金銭の交付がなされ優先弁済を受けるというメカニズムが明文では否定されなかった¹⁷³⁾以上、金銭返還がなされる場合には、残存債権者のうち詐害行為取消訴訟を提起した者のみが満足を得るという事態になる。これはメインバンク等に、濫用的会社分割の策動を知らながらあえてこれを行わせておいて、その後には詐害行為取消訴訟を行

164) 北村・前掲注14)「濫用的会社分割〔下〕」12頁。

165) 郡谷・前掲注35)59頁以下、江頭憲治郎ほか「会社法下における企業法制上の新たな課題〔下〕」商事1789号14頁〔相澤哲発言〕(2007)、相澤哲ほか編著『論点解説 新・会社法——千問の道標』723頁(商事法務, 2006)。

166) 有機的の一体として機能するとは何を意味するのか、事業の承継はどのように判断するのか等、「事業」の判断にあたっては明確な線が引きにくい。

167) 北村・前掲注14)「濫用的会社分割〔下〕」12頁。営業譲渡が詐害行為取消しされた事例である東京地判平成11年12月7日判時1710号125頁も同様の結論を採る。

168) 井上ほか・前掲注14)71頁〔山田誠一発言〕は事業継続への配慮は不要とする。基本的に賛成するが、事業自体の効率性にも経営者の資質にも問題がないのにシステミックリスクに巻き込まれて経営状態が悪化するなどした場合には例外的に事業継続に配慮することもあり得る良いと考える。

169) 潮見・前掲注17)78頁、法制審議会民法(債権関係)部会「民法(債権関係)の改正に関する要綱案のたたき台(7)」(2014年1月14日)51頁。

170) 現在の判例法理の下でも、受益者のもとで目的物である不動産に付着していた受益者を抵当権者とする抵当権設定登記が抹消されたような場合に価格賠償が認められている。中田・前掲注25)262頁参照。

171) 神作・前掲注14)「濫用的会社分割〔下〕」46頁参照。

172) エンフォーースメントの点を除き、本田知成「判批」金法1996号6頁, 14頁(2014)参照。

173) 要綱案に採用された案に付された補足説明によれば「相殺禁止の規律について明文の規定を置くことは見送ることとし、実務の運用や解釈等に委ねることとした」ということである。法制審議会・前掲注169)55頁。

使用するインセンティブを与えかねない。濫用的会社分割を未然に防ぐ上で、取消権を行使するためのモニタリング能力を有する債権者に、会社分割を行わせるインセンティブを与えてはならない。

第二に、金銭返還で足りるということになると、直接請求を認める新設規定との差異が極めて小さくなる¹⁷⁴⁾。本稿筆者は、新設規定と詐害行為取消権を併存させる趣旨は、事業継続を可能ならしめる可能性を有しているという点で濫用的会社分割は単なる廉価売却等に比して経営者にとって誘惑的であり、それ故に一般的な詐害行為よりも行われやすい濫用的会社分割に対する抑止効に求めるべきと考えている。抑止効果を確保するには、濫用的会社分割を行ったところで現物返還の原則により結局事業が立ち行かなくなる可能性が高い——むしろそれが原則である、ということが重要であろう。

補充的な第三の理由として、金銭返還を原則としたところで返還するだけの手元資金がなければ強制執行を受けて事業は解体されることになり、他方で返還するだけの手元資金があるのであれば被保全債権を第三者弁済すれば足りる¹⁷⁵⁾のであるから、金銭返還を原則としたところで新設会社の事業の継続に資するところは大きくない、ということがあげられる。

以上、現物返還原則という強固な判例法理

に変更を迫るだけの必要性が乏しく、むしろ現物返還を要請する要素があることから、本稿筆者は現物返還の原則が濫用的会社分割の文脈においても維持されるべきと考える。ただし、十分に合理的と考えられる私的整理案に同調しない少数債権者がいわば濫用的に詐害行為取消権を行使してきた場合には、別論である¹⁷⁶⁾。

4 債務者から受益者への返還

(1) 「反対給付」としての返還請求

160条または161条による否認を認める見解の中には、168条¹⁷⁷⁾により「反対給付」の返還請求として発行した株式の返還及び引き受けた債務の再承継を求めることができる、とするものがある¹⁷⁸⁾。以下、株式の返還及び債務の再承継につき個別に検討する。

a 株式について

「反対給付」について破産法及び民法改正要綱案に特に定義規定などはおかれていないが、破産法168条については、「破産財団において、受益者が破産者に返還した財産と、受益者が当該財産の取得のためにした反対給付の双方を、不当に（二重に）利得することになってしまうという問題を考慮した¹⁷⁹⁾」という説明がされる。「反対給付」の返還請求を不当利得返還請求として構成するものと解されるが、「このような考慮は、詐害行為

174) 郡谷大輔「詐害的な会社分割における債権者の保護」商事1982号14頁（2012）は新設規定と詐害行為取消権の間にほとんど差異がないことを指摘する。立案担当者の見解のように詐害行為取消権と新設規定の併存を認めるなら、詐害行為取消権に新設規定にはない効果を持たせるのが妥当であると考ええる。

175) このようにして第三者弁済が行われる場合、上にあげた事業継続を不可能にするような詐害行為取消権の効果によって濫用的会社分割に対する抑止効を確保する、という目的は達成できないことになる。狭義詐害行為に対応する詐害行為取消権は個別債権の満足のための権利ではなく共同担保の保全のためのものと位置付けられているが（要綱案第16・10は、詐害行為の類型を問わずに全ての債権者に取消しの効果が及ぶものとしている）、要件として被保全債権の存在が要求されている以上、被保全債権が弁済された場合に取消請求が認容されないのもやむを得ないことといえよう。

176) このように個別具体的な考慮を可能にするためにも、「事業性」から不可分性を導くべきでないと考えられる。また、実際に不合理な詐害行為取消権行使がなされた場合に、可分である複数の財産からどの財産を取り戻すかについて債権者に選択権が認められるとしても（神作・前掲注14）「濫用的会社分割〔下〕」45頁）、他にも債権額を満たす財産があるのであれば事業継続に不可欠な財産の取戻しを債権者が選択するような場合にはその選択を信義則権利濫用等一般条項で封じることが考えられよう。この場合、一般条項による処理から生じる予測可能性の低さは、濫用的会社分割の事前抑止という本稿の基本的構想に適合的である。

177) 対応する要綱案の規定は第16・11であるが、破産法168条によって代替する。

178) 伊藤ほか・前掲注57)1068頁、赫・前掲注31)47頁等。

179) 法制審議会・前掲注17)183頁。

180) 法制審議会・前掲注17)183頁。

取消権においても同様に妥当する¹⁸⁰⁾との発想に基づいて要綱案が作成されていることから、要綱案の規定も同様に解されよう。

とはいえ、不当利得制度も一方的な利益の吐出しのみを目的とするわけではなく「公平の理念に従ってその矛盾の調整を試み」ることを目的とするもの¹⁸¹⁾であり、不当な利得の反射的な効果として損害を被ったものの損害の填補もその目的であるといえよう。すると、売買契約等が詐害行為であるとして取り消された一般的な場合においては、反対給付の返還請求権の趣旨は、なんらかの出捐をして取得した財産を一方的に奪われる受益者を救済するものであるといえる。この場合、「反対給付」とは「取消しの客体となった財産の取得のために出捐された給付」であると定義できさうである¹⁸²⁾。

ここで新設会社から分割会社に交付された株式が「反対給付」すなわち「取消しの客体となった財産の取得のために出捐された給付」といえるかが問題となる。

一般に、株式発行を対価とする財産の譲受

け行為によって、譲受人たる会社に損害は発生し得ない¹⁸³⁾。株式の発行は会社にとって何ら財産の出捐を伴わないからである。譲り受ける財産に対して発行される株式の数によっては既存株主から新株主への利益移転は生じる可能性があるが、会社財産は何ら毀損されない¹⁸⁴⁾。

また、新設会社に移転していた財産が詐害行為取消により一部取り戻されたという状況は、経済的に見れば、現物出資された財産が予定された価額を有しなかった場合に類似する。このような場合、会社法は出資者に差額の支払義務を課しており¹⁸⁵⁾、不足額に相当する部分の株式が会社に返還されるという処理はされていない¹⁸⁶⁾。

結局、株式発行を対価とする取引においては会社の側に「取消対象財産の取得のために出捐された給付」は存在せず、新設分割において新設会社は株式を発行するのみであるから、「反対給付」はなされていないものと考ええる¹⁸⁷⁾¹⁸⁸⁾。「反対給付」がそもそもされていない以上、「反対給付」の返還請求を認める

181) 我妻榮『債権各論下巻一』938頁(岩波書店、1972)。

182) 伊藤ほか・前掲注57)1143頁は「否認対象行為の相手方が、その受けたものの対価あるいは見返りとして破産者に給付したものと定義する。本稿の定義とは、出捐(=受益者側に損害が生じる可能性)の有無に重点をおくかという点でやや異なるものと考えらる。

183) 森本編・前掲注6)132頁〔柴田和史〕。これに対し、有利発行の場合には会社に対する損害を観念する余地があるが、これは適正な価格で株式を発行していればより多くの資金を調達できた、という事態が想定できなくはないためである。

184) 神田秀樹編『会社法コンメンタール5——株式 [3]』148頁〔小林量〕(商事法務、2013)、山下友信編『会社法コンメンタール2——設立 [2]』154頁〔小林量〕(商事法務、2014)、郡谷大輔=岩崎友彦「会社法における債権者保護 [上]」商事1746号51頁(2005)参照。

185) 会社法52条1項及び212条1項2号。

186) 差額支払い義務の趣旨については株主間の不公正を是正するためのみであるという見解(相澤哲=豊田祐子「新会社法の解説(5)株式(株式の併合等・単元株式数・募集株式の発行等・株券・雑則)」商事1741号15頁、27頁(2005))と、債権者の保護も含むという見解(浜田道代=岩原紳作編『会社法の争点』21頁〔青竹正一〕(有斐閣、2009))が対立しているが、株式の取戻しによっては会社財産が回復しないことは争いのない点だと思われる(山本ほか・前掲注39)209頁〔田中互発言〕参照)。反対給付として株式の返還を認める見解は、株式の取戻し後、自己株式の処分により差額の払込があったのと同様の会社財産を実現することを想定しているのかもしれないが、迂遠であろう。

187) 以上のことは、新設会社に移転する財産が詐害行為取消により減少したとしても、結局分割会社の保有する新設会社の株式の価値が低下するだけであり分割会社の側に「利益」が存在していないと換言することもできる。原田・前掲注3)13頁は「会社分割においては、設立会社または承継会社から分割会社に対して対価的な給付がされることはない」「分割会社に対する設立会社または承継会社の発行する株式の割り当ては、通常取引における対価という性質を有するものではない」とする。

188) 株式の交付は分割の対価ではなかったのか、との批判が予想される。160条または161条の成否については責任財産の減少変質が問題になっているから、「対価」には「流出した財産の価値代替物」という程度の意味しかない。これに対して反対給付の返還局面では反対給付の返還請求により回復されるべき相手方の損失が問題になるのであり、「対価」は「出捐」として把握される。原田・前掲注3)13頁の「通常取引における対価という性質を有するものではない」という表現も、設立会社の側に「出捐」がないということの意味するものと考えられる。

ことは困難と言わざるを得ない。

b 債務引受けについて

新設会社による分割会社からの債務の引受けを、財産移転の対価であると理解した上で、168条を通じて債務の再承継を求めることができる旨説く見解がある¹⁸⁹⁾。しかし、新設分割においては権利義務が一括して移転し、その対価¹⁹⁰⁾はあくまで新設会社株式であろう。形式的ではあるが、新設分割は分割会社の単独行為である¹⁹¹⁾以上、そもそも「反対給付」という概念が観念し得ないという問題もあると考える（これはaの検討においても妥当する）。

結局、承継された債務は「反対給付」ではなく新設分割によって分割会社から新設会社に移転した財産そのものであり、取消しの客体にこそなれ¹⁹²⁾取り消されたことにより新設会社に生じる不利益を填補するために分割会社に復帰するような性格のものではないと考える。

(2) 不当利得返還請求

以上の検討により「反対給付」の返還請求として新設会社が分割会社になんらかの請求をすることは困難なことが明らかになった。次に、一般法理としての不当利得返還請求権について検討する。

詐害行為取消権の効果はあくまで債権者受益者間のみ生じるという現在の判例法理の下では、詐害行為取消しの後でも債務者受益者間の契約関係は有効であり、受益者は直ちに不当利得返還請求をすることはできないと解されている。取り戻された財産により債権者が満足を得て初めて、受益者の財産で債務者の債務が消滅し利得が生じたとして一種の求償利得を認めることが可能となる¹⁹³⁾。

民法改正要綱案の下では、「確定判決の効力」が債務者に及ぶことになる。「確定判決の効力」には形成力も含まれる¹⁹⁴⁾ことから、債務者受益者間でも取消しの効果が及ぶ範囲の財産移転の効果が遡及的に消滅することになると解される。債務者にも財産移転の効果を否定する効力が及ぶ以上、債務者の下に復帰した財産について「法律上の原因」が欠けるということは困難であろう。

したがって、詐害行為取消しにより財産を取り戻された受益者は取り戻された財産の価額の償還を不当利得に基づいて請求できないものとする。

(3) 会社法 52 条 1 項類推適用

会社法 52 条 1 項は、現物出資された財産の価額が当初有するとされていた価額に不足する場合に、不足額を発起人及び設立時取締役等に連帯して支払わせる規定である。そして、新設計画において新設会社に属するものとされた財産が、その移転の効果を遡及的に取り消されたという状況は、現物出資された財産が当初予定された価額に満たない場合、すなわち会社法 52 条 1 項が想定している場合に酷似する。新設分割が会社設立の性格を有する以上、52 条 1 項は責任の主体を「発起人」及び「設立時取締役」と定めるが、これを新設計画の作成者たる分割会社と新設計画に記載された新設会社取締役と読み替えることを躊躇う理由もないであろう。よって、新設会社は会社法 52 条 1 項の類推適用により、新設計画により承継するものとされた財産の価額と、分割の効力発生時において実際に承継した財産の価額¹⁹⁵⁾との差額、すなわち取消しにより分割会社に復帰した財産の価額の支払いを分割会社に対して請求できるも

189) 伊藤・前掲注 32), 伊藤ほか・前掲注 57) 参照。

190) 繰返しになるが、この「対価」とは価値代替物のことであり、「反対給付」のことではない。

191) 森本編・前掲注 6)357 頁〔神作裕之〕参照。

192) この点については前掲注 156) を参照。

193) 現行法下の議論について、中田・前掲注 25)271 頁参照。

194) 潮見・前掲注 17)80 頁参照。

195) 判例法理である折衷説を前提に民法改正要綱案は作成されており（法制審議会・前掲注 17)162 頁）、判例の折衷説は形成権説と請求権説とを合わせたものであるから、要綱案上の取消権行使の帰結として取り消された財産の移転は遡及的に無効となる（福田清明「詐害行為取消しの範囲と現物返還—現状と責任説的基礎での再構築の可能性」明治学院大学研究所年報 26 号 83 頁、86 頁（2010））。すなわち、効力発生時において新設会社が実際に承継できたのは、新設計画記載の財産から、取消しにより分割会社に復帰した財産を除いたものである。

のと考える¹⁹⁶⁾。

V. 終章

1 詐害行為取消しの可否

(1) 議論の整理

以上、多岐にわたる論点を縷々論じてきた。ごく簡潔には、濫用的会社分割は詐害行為取消しの対象となること、その際160条1項に対応する規定で取り消されるべきであり、要件の「害する」とは残存債権者の期待弁済額を減少させることをいうこと、効果としては個別の財産の現物返還が原則とされること、新設会社からの給付請求は取り戻された財産の価額請求となること、その根拠は会社法52条1項の類推適用であること、が本稿筆者の結論である。

(2) 民法改正要綱案・新会社法の下での詐害行為取消権行使の可否

ここまでの検討で、濫用的会社分割は160条1項の要件を満たし得ること、その効果は個別財産の取戻しが原則であり、現物返還が

困難な場合には価格賠償が認められることが明らかにされた。したがって、詐害行為取消しによって会社分割の組織法的側面に事実上の影響も与えることはなく、民法改正要綱案との関係では従来通り会社分割を取り消すことが可能と結論できる。

残された問題は、平成26年改正後会社法との関係である。立案担当者は764条4項の直接請求権と並存して詐害行為取消権も行使可能であるとする。他方で、直接請求権の法定後は詐害行為取消権の行使は認められない旨を説く見解が存在する¹⁹⁷⁾。

詐害行為取消権についての判例枠組みによっても新設会社への直接請求を認めるのとはほとんど同様の帰結を導けることはすでに示した通りである¹⁹⁸⁾。そうすると併存を認める意味が明らかでなくなる¹⁹⁹⁾が、一つの解答は廉価売却等に比べて行われやすい濫用的会社分割に対してはそれを行わせないためのエンフォースメントもより強力なものである必要がある、というものであろう²⁰⁰⁾。

かかる強力なエンフォースメントとして、本稿筆者は詐害行為取消権の行使による現物

196) 承継債権者の不利益への手当てとしても十分であろう。事業継続が困難になると承継債権者に予測外の不利益となる旨の指摘がある(黒木=川口・前掲注37)72頁)が、残存債権者を害することで生じた事業継続への期待は保護に値しないと考える。ただし、承継債権者が異議を述べる機会を有した可能性があるのに比して、承継債権者以外の新設会社債権者はそのような機会を有しないのであるから、別途の考慮が必要になろう。結局、事後的な取消しによる巻戻しコストはあまりに大きいという点に帰着し、事前の抑止を可能ならしめる解釈論が必要になると考える。

197) 笠原・前掲注14)32頁, 33頁, 高須順一「債権法改正作業と濫用的会社分割——改正法における詐害行為取消権行使の可能性」土岐=辺見編・前掲注9)45頁, 62頁。鳥山恭一「判批」法セ697号131頁(2013), 北村・前掲注14)「濫用的会社分割〔下〕」14頁も最高裁の立場からは認められなくなる可能性がある旨を述べる。

198) 郡谷・前掲注174)19頁は、さらに進んで新設規定によるべき場合はほとんど考えられないとする。

199) 並存を認める意味として、直接請求権は分割会社について倒産手続きが開始すると行使できなくなるのに対し詐害行為取消訴訟の場合には管財人に受継されることを理由とするものがある。郡谷・前掲注174)18頁参照。とはいえ、詐害行為取消訴訟は受継されても否認の訴えに変更されもはや債権者が独占的満足を得られる可能性はないこと、そもそも受継されるとも限らないことからすると、受継される可能性があることがどの程度債権者の利益に資するのかが、若干疑問がある。

200) 神作・前掲注14)「濫用的会社分割〔上〕」4頁, 田中・前掲注14)21頁, 22頁。ただ、田中教授は詐害行為取消権の行使に加えて新設規定を設ける趣旨をエンフォースメントの点に求めており、going concernを破壊するような対抗措置を債権者に認めることによる抑止力の確保という“危険思想”は本稿筆者独自のものである。とはいえ、詐害行為取消権の原則を貫くのみであり、特別に効果を加重しているわけではない。存続に値するgoing concernを保全すべきなのは間違いないが、そのことを錦の御旗とした不透明な債務整理を許してはならない。不透明な債務整理に着手した時点で、そのgoing concernは存続に値する資格を失ったと換言できるかもしれない。田中・前掲注14)23頁は、「①そのような詐害行為をしなければならぬ経営状態に陥ったこと、及び、②実際に詐害行為がされたことの2点において、当該事業の効率性に対してはすでにして重大な疑念が提起されたと評価すべきであるように思われる」として、法的倒産処理以外にgoing concernの保全に特に配慮をすべきでないとする。本稿の見解は、特に②の点において、強い影響を受けている。また、水野吉章「詐害行為取消権の理論的再検討(7・完)」北大法学論集61巻3号155頁, 205頁注80(2010)は、個別財産の取り戻しによるgoing concernの破壊を「詐害行為への加担(主導)についての制裁として是認する」可能性について言及する。

返還を構想している。濫用的会社分割に対するインセンティブが事業存続への期待から生じているとすれば、対応するエンフォースの手段としては事業存続を困難にする効果を導くものが望ましいであろう²⁰¹⁾。新設規定は分割以前の状態より新設会社の財産状態を悪化させない²⁰²⁾という点で、抑止力としては不十分なものであると考える。抑止力の確保という独自の存在意義は、詐害行為取消権の行使が引き続き認められることを正当化し得る。

以上より、本稿筆者は改正会社法の下でも詐害行為取消権の行使は認められるべきと結論する²⁰³⁾。

2 予想される批判とこれに対する応答

(1) 第一の批判として予想されるのは、債務超過会社の行う会社分割のほとんどが160条による取消しの対象となるのではないかというものである²⁰⁴⁾。資産5000、負債10000を有する会社が、資産5000と負債4000を切り出し、対価として1000を得るとする²⁰⁵⁾。分割後、分割会社の財産状況は資産1000、負債6000となっており、期待弁済率は分割前の2分の1から6分の1に低下している

²⁰⁶⁾。本稿の結論からはかかる会社分割も期待弁済額を低下させるものとして取消しの対象となるが、そうすると会社分割による事業再生というのは事実上不可能になるのではないか、との批判である²⁰⁷⁾。かかる批判は、債務超過会社の会社分割の自由を広く認めるべきとの価値判断を前提にする。ここに、濫用的会社分割についての多岐にわたる見解を最も根底で規律する、債務超過会社が会社分割を行うことをどう評価するのかという視点が立ち現れる。

本稿筆者は、債務超過会社の会社分割の自由が制限されることもやむを得ないと考えている。

第一に債務超過会社において株主が平時と同様の意思決定権を持つことへの疑問がある²⁰⁸⁾。一般に、株式会社において株主が意思決定権者であるのは、株主が残余価値請求権者であり残余価値の最大化が会社財産の最大化を意味するから、と言われる。しかし、債務超過時にかかる理由付けはもはや妥当しない²⁰⁹⁾。有限責任であるから債務超過状態の悪化は株主に悪影響をもたらさず、債務超過が解消されない限り株主の持分は0のままであるから、株主はもはやリスク中立的な合理的判断者とは言えない。民事再生法43条が一定の要件の下とはいえ株主の意思によら

201) going concern の尊重という観点からは問題のある帰結であるが、濫用的会社分割を未然に抑止し透明性のある私的整理を促進するためにはやむを得ないと考える。

202) 分割会社の財産によって残存債権者に弁済をした場合には新設会社の負担がその分軽くなるためである。

203) 北村・前掲注14)「濫用的会社分割〔下〕」14頁以下は、直接請求権による保護は残存債権者以外の債権者の保護の水準に達していないとして、同様の結論を導く。

204) 神作・前掲注14)「濫用的会社分割〔下〕」42頁、伊藤ほか・前掲注57)1069頁注19参照。

205) 説明の便宜のために、対価を数字で示している。かかるケースは、160条の適用範囲を責任財産の計数上の減少と把握する立場からは、160条の守備範囲から外れて161条の問題になる。

206) 実際には交渉力の不均衡により1000に満たない対価しか得られないと考えられ、その場合には弁済率はより低下することになる。もっとも、清算を前提とした早期売却減価を考慮に入れると、仮定的な弁済率は大きくは低下しないとも考えられる。

207) ただ、本稿と同様の結論になるはずの松下説は「のれんの切り出し等のプラス効果を持つ会社分割を相当広く否認の対象から外す効果を持つ点で、実践的に支持を得られやすい見解」であるという。金融法委員会・前掲注14)19頁。のれんの切り出しによるプラスの発生確率を高く見積もればこのようにもいえる。

208) 吉原和志「会社の責任財産の維持と債権者の利益保護(2)」法協102巻5号881-977頁、943頁(1985)は「会社財産をもってその債務を完済し得なくなった時点、すなわち債務超過が発生した時点以降も会社の営業活動を継続するならば、それは債権者の損失の危険において行われるということを考えるべきである」とし、ドイツにおいて債務超過時に取締役の破産申立義務が定められていることを指摘する。破産申立義務の存在は、強制的に債権者にインセンティブを移すことを意味している。

209) 詳細は金本良嗣＝藤田友敬「株主の有限責任と債権者保護」三輪芳朗ほか『会社法の経済学』191頁、193-198頁(東京大学出版会、1997)参照。

ずして事業譲渡を可能としているのも、会社が「債務を完済することができない」状況では株主が会社のコントロール権を持つことが妥当といえないことを根拠の一つとしている²¹⁰⁾。以上より、債務超過状況では倒産手続き外での会社分割が制限されてもやむを得ないと、本稿筆者は考えている。

第二に、債務超過会社が会社分割を行うのであれば私的整理により債権者の了解を取り付けるか、法的倒産手続きによるべきとの価値判断である。これに対しては、全会一致を前提とする私的整理では一部の不合理な債権者の反対により事業再生が頓挫する、法的倒産処理手続きに入ると事業価値が大きく毀損するとの批判が考えられる。前者の批判は債権者の大部分は私的整理案に同意していて法的倒産処理に移行すれば会社分割を行える状況を想定しているといえよう。したがって、問題は法的倒産処理に入ることによる事業価値の毀損²¹¹⁾という問題をどう評価するかの点に吸収される。これは非常に困難な問題である。法的倒産処理により事業価値が毀損されるという問題がある一方で、他方には濫用的な会社分割に対する法的救済手段がないことを理由とする取引コストの増大及び信用の収縮という問題がある。が、後者をより重視すべきであろう。事業価値の毀損は一社の問題であるが、濫用的会社分割が多発することによる信用収縮は経済全体に悪影響を及ぼし得る²¹²⁾。

第三に、平成17年度の会社法制定により債務超過会社の会社分割が可能になったことへの疑問である。そもそも、債務超過会社にも会社分割を認めることの是非は法制審議会

会社法制部会における審議対象となっていない。そのような会社分割を認める実際の必要性があるのか、議論がなされることが望まれる²¹³⁾。会社分割においては、全ての積極財産を新設会社に移転させることも事後的な矯正の可能性はともかく可能なであり、残存債権者がむしろ免責の債務引受をされた実質が生じ得る²¹⁴⁾以上、債務超過会社に会社分割を広く認めるには、結局承継債権者と同程度の保護を残存債権者にも与えることが必要になろう。残存債権者の保護の水準が到底承継債権者の水準に及んでいない現状では、債務超過会社の会社分割は制限されてもやむを得ないと考える。

(2) 第二の批判として想定されるのは、仮に相当対価で債務の承継を伴わない事業譲渡・会社分割をした後に一部の債権者に弁済をしたのであれば、それぞれの行為が161条と162条の否認対象となるのみであるはずなのに、なぜ新設分割の場合にはそうではなく160条が適用されるのか、その差異は正当化できるのか、というものである²¹⁵⁾。

確かに債権者の共同担保であった財産が失われ、一部の債権者のみが満足を得る、という点にのみ着目すれば濫用的会社分割と資産の相当対価譲渡後の一部の債権者への弁済は同視し得る²¹⁶⁾。

この批判については、160条1項の適用対象となるかならないかを比例弁済コストの多寡で決する私見からは、新設分割の場合にはそもそも比例弁済を要求する契機が存在しないため比例弁済コストが存在しないのに対し、相当対価での事業譲渡（または吸収分割）後の一部の債権者への弁済の場合には、弁済と

210) 園尾隆司=小林秀之編『条解 民事再生法（第2版）』196頁〔松下淳一〕（弘文堂、2007）参照。

211) この問題が解消されつつあることを指摘するものとして、伊藤・前掲注32)15頁注9参照。

212) 注108)参照。

213) 以上第三の点につき田中・前掲注5)141頁以下参照。

214) 森本・前掲注5)39頁参照。

215) この批判に対しては、本文に述べる応答の他に、批判が前提とする、事業譲渡・会社分割が161条による取消対象になる、という状況がかなり限定的な場合であることが別途指摘し得るように思われる。すなわち、債務超過会社の行う事業譲渡・会社分割は、III 3(1)aでの検討を踏まえると、コングロマリット・ディスカウントが大きく解消されるような場合でない限り、「相当の対価」を得ることにならないという指摘である。

216) もとより、III 3(2)で論じたように債務消滅行為とも担保の供与ともいえないと本稿筆者は考えている。以下は、経済的実質において非常に似通った帰結となる、新設分割と、相当対価による事業譲渡後の一部の債権者への弁済とが、全く異なる扱われ方をすることは正当化できるのかという批判に備えた、補充的な検討である。

いう行為が含まれるため、比例弁済を要請する契機が存在し、この要請を排除して名目額での取扱いを可能にしないとおよそ分割会社の経済活動が不可能になり、したがって新設分割とは異なり「債務の消滅に関する行為」にあたる、という応答が可能ないように思われる。

また、会社分割を複数の行為の組合せで表現しようとするとき、最も適切なのは会社の設立と現物出資の組合せであろう。そして、会社の設立と現物出資という要素には売買の要素も弁済の要素も含まれていない。結局、相当対価売却後の弁済とは明らかに性質が異なると言わざるを得ないと考える。一つのパッケージとして与えられた会社分割というものを分解してその性質を論じることは会社法の趣旨に反するという指摘もできよう²¹⁷⁾。

3 結語

濫用的会社分割と詐害行為取消権・否認権をめぐる議論は紹介したように錯綜したものとなっているが、その最大の要因は濫用的会社分割が偏頗行為と詐害行為の双方の性質を併せ持っていることといえよう。一定の状況を前提に精緻化された道具は、その前提が妥当しない場合にはひどく使い勝手が悪くなる。詐害性と偏頗性を併せ持つ行為の存在は、狭義詐害行為と偏頗行為を明確に切り分けた時点では想定されていなかったものと推察する。

この問題に対する最も明瞭な解決策はすでに田中亘教授によって示されている。にもかかわらず本稿が多くの紙幅を割いて162条と160条の関係を論じたのは、有害性二元説からいわば162条特則説へと舵を切るのであれば、特則の存在意義についての説明が必要になると考えたためである。結果、会社法上の問題意識に端を発した論攷であったにもかかわらず、少なからぬ部分が破産法に充てられることとなった。強固に理論化された有害性二元説に対する蟻の一穴として本稿筆者が

縫ったのは債権者平等原則であり、結果として抽象的な議論が展開されることとなったが、有害性二元説については否認・取消類型相互の適用範囲をめぐる議論にわずかでも資するところがあることを願っている。

効果についての議論は、詐害行為取消権についての従来の通説を維持するものとなった。会社法新設規定との類似性を前提に、併存するならば異なる存在意義を与えられるべきであると考え、存在意義として抑止力を求めたことによる。

これだけの紙幅を費やししながら、人的分割の場合や残存債権者以外の債権者の詐害行為取消しの可否、新設会社が取消し以前に一部の債権者に弁済していた場合の後始末、また他の救済手段との関係や一定の蓄積のある下級審の裁判例の分析等、多くの重要な論点を積み残してしまった。これらの点については他日を期したい。

* 謝辞

本稿は、筆者が2014年度に法科大学院に提出したリサーチペーパーに加筆・修正を施したものである。

リサーチペーパーの指導教員を引き受けていただいた田中亘教授には、筆者の問題意識が明確な像を結ばないうちから、幾度となく、議論する機会を設けていただき、形式の点から実質的な内容の点まで、非常に多くのご助言・ご示唆を賜った。未熟な筆者の的を射ない議論に辛抱強くお付き合い頂くことなくしては、本稿が完成をみることはなかった。

また、個別にお名前を出すことは差し控えるが、複数の先生方と本稿の対象とする問題について議論を交わす機会に恵まれ、多くの有益なご示唆を頂いた。

更に、68期司法修習生である朝倉亮太氏、大下真氏、檜垣宏太氏及び69期司法修習生である平野英氏には、本稿が未だ完成をみないうちから論稿に目を通していただき、多くの忌憚のない貴重な意見を頂戴した。出身法科大学院の内外を問わずこのような助言者に

217) 井上ほか・前掲注14)69頁〔村田発言〕、赫・前掲注31)43頁参照。

恵まれたことは、筆者にとって非常に幸運なことであった。

このような恵まれた執筆環境にありながら、本稿に残された多くの問題点は、無論のこと全て筆者に帰責されるものである。他方、本稿にわずかでも見るべき点があるとするれば、それは全て以上の方々のご支援の賜物である。この場を借りて、心よりの感謝を申し上げます。

(はせがわ・しょうた)