

改正会社法の下での事業譲渡における 債権者保護について¹

村 上 裕

はじめに

平成26年改正会社法（以下単に「改正法」という。）により、実務上問題となっていた濫用的会社分割について立法上の手当てがされることになった。具体的には、吸収分割株式会社等が承継されない債権者を害することを知って会社分割をした場合には、当該債権者は、吸収分割承継会社等に対して債務の履行を請求することができることになった（会社法759条4項・761条4項・764条4項・766条4項）。改正法自体について解釈上問題となりうる点は存在するものの、立法がなされたこと自体は大いに評価すべきである。

ただ改正法では、濫用的会社分割について新たな条文が設けられるのと同時に、濫用的な事業譲渡（または営業譲渡。以下単に「事業譲渡」という。）についての条文も新設されることになった（商法18条の2・会社法23条の2）。会社分割と事業譲渡の実質的同一性ないし同質性や、すでに濫用的会社分割が問題となる以前から債権者詐欺的な事業譲渡が判例において登場していることからすれば、債権者詐欺的な組織再編については会社分割のみならず事業譲渡について手当すべきという判断は、首肯できる。

しかしながらこの改正により、事業譲渡における債権者保護規制は、詐害責任と商号統用責任（商17条・会社22条²）という二本立ての規制となった。なぜ、

1 本稿は、公益財団法人全国銀行学術研究振興財団による研究助成の成果の一部である。

2 以下の議論では、「商号統用責任規定」とは譲渡会社債権者の保護を目的とする商17条1～3項・会社22条1～3項を指すものとし、譲渡会社債務者の保護を目的とする商17条4項・会社22条4項は除外する。

事業譲渡においてのみ、詐害責任と商号統用責任という二つの債権者保護の規定を用意すべきなのだろうか。組織再編における債権者保護の必要性は従来から強調されている所ではあるが、事業譲渡においてのみ、このように債権者を手厚く保護する必要性が検証されるべきである³。

また近年では、商号統用責任規定の趣旨・意義について、多数説である外観法理ではなく、詐害法理であると解すべきという見解が有力に唱えられている。仮に有力説に立つならば、改正法においては同様の法理・目的に基づく規定が重複して存在していることになる。このような二本立ての規定にするのではなく、商号統用責任の規定を改正して、詐害責任規定のみにするという立法手段もありえたのではなかろうか。それではなぜ、改正法は二本立ての規定にしたのか。またそれは妥当であるのか。

本稿は、以上のような問題意識に基づき、事業譲渡における適切な債権者保護の在り方を探ることを目的とする⁴。

1. 事業譲渡における債権者保護 ——改正法以後——

まずは、改正法による事業譲渡における債権者保護を整理する。改正法によ

3 山下真弘「会社分割等における債権者の保護」藤田勝利先生古稀記念論文集『グローバル化の中の会社法改正』（2014年・法律文化社）185頁、清水真希子「商号統用責任」法学教室384号（2012年）15頁も参照。

4 なお、濫用的会社分割について詐害責任に基づく会社759条4項等が会社法において制定された以上、民法の詐害行為取消権は濫用的会社分割に適用されないとの主張がある（青竹正一『新会社法（第4版）』（信山社・2015年）603頁）。この見解によると、おそらく詐害的な事業譲渡においても民法規定が排除され商法・会社法による処理がなされることになろう。

しかし改正法の立案担当者によると、会社759条4項等は詐害行為取消権の適用を排除するものではないとし（坂本三郎編著『一問一答 平成26年改正会社法』（商事法務・2014年）326頁）。私見もこの立場である（拙稿「濫用的会社分割における『詐害性』について（1）」金沢法学56巻1号（2013年）23頁注5）。この点について会社分割と事業譲渡を別に解する必要はなく、詐害的な事業譲渡については民法の詐害行為取消権を改正法施行後も適用しようと解する。

る商号統用責任と詐害責任について、単純に図式化すると以下ようになる。

	商号統用責任 (商17条・会社22条)	詐害責任 (商18条の2・会社23条の2)
要件	商号の統用	残存債権者への詐害
責任の範囲	譲渡会社の営業によって生じた債務について責任を負う(上限なし)	譲受会社に承継されない債務について、譲受会社が承継した財産の価額を限度 ⁵ として、履行請求がされる
責任の性質	譲渡会社と譲受会社の不真正連帯責任	譲受会社の単独責任 ⁶
譲受会社の免責要件	責任を負わない旨の登記または第三者に対する通知。	事業譲渡の効力が生じたときにおいて残存債権者を害すべき詐害の事実を知らなかったとき ⁷ 。 詐害の事業譲渡を知った時から2年以内に債権者が請求または請求の予告をしないか、事業譲渡の効力が生じた日から20年経過したとき ⁸ 。 譲渡会社について破産手続開始決定・再生手続開始決定があったとき。
譲渡会社の免責要件	2年以内に債権者が請求または請求の予告をしない。	なし

- 5 会社分割がなかった場合には、会社に帰属していた財産の範囲で弁済を受けることができたのであるから、その財産の価額の範囲を超えてまで保護させる必要性はないこと、及び民法の現物返還もしくは価格代償とのバランスによる(坂本編・前掲318頁)。
- 6 なお、商号統用責任と詐害責任といずれの場合においても、譲渡会社への請求は可能である(前者は連帯責任性ゆえ、後者は残存債権者の債権にかかる本来の債務者は譲渡会社であるため)。しかし両責任が追及される場面では、譲渡会社に債権者に弁済できる財産が存在しない場合が多い。このため、譲渡会社への追及はあまり意味が無いことが多い。従って、商号統用責任は連帯責任ゆえ詐害責任と比して債権者保護に厚いということはない。
- 7 譲渡会社に対して債務の履行請求ができない残存債権者が、譲受会社に常に履行請求が可能とすると、譲受会社が不測の損害を被りかねないためとされる(坂本編・前掲316頁)。
- 8 この2年または20年の要件は、民426条と要件をそろえるためとされる(坂本編・前掲321頁)。ただし、平成27年5月現在国会審議中の民法改正法案において民426条は2年または10年と変更されるため、民法改正に伴う商法・会社法改正法案において詐害責任の規定も同様に変更されることになる。

詐害責任については、濫用的会社分割に対する規制と同趣旨の規定を設けることが中間試案段階から固まっており、実際、改正法においても会社分割における詐害責任規定と同様の規定が設けられている。

このように、詐害責任と商号統用責任とでは要件及び効果が異なるが、両責任規定の趣旨についてはどうか。

2 事業譲渡における詐害責任及び商号統用責任規定の趣旨

詐害責任規定については、濫用的会社分割と同様の危険が事業譲渡においてもありうるという立法趣旨からすれば、詐害責任であることは疑いようもない。

問題は商号統用責任規定であり、学説が多岐に分かれている。まず、判例（最判平成16年6月20日民集58巻2号367頁）・多数説が採用していると言われる外観責任説である⁹。この見解は、譲受会社が譲渡会社の商号を統用している場合において、営業上の債権者は事業主の交替があったことを知らないか、知っていても譲受会社による債務引受があったものとするのが通常であることから、商号統用時には事業主体を誤認させる外観、ないし債務引受があったものと誤認させる外観が存在するものとして、そのような外観を作出した（あるいは外観作出に関与した）譲受会社も債権者に対する責めを負わせるというものである。もっとも、外観規定であれば事業譲渡について悪意の債権者は保護されないはずであるところ、条文はこの者を保護の対象からは除外していない等の批判が強い。

次に、事業上の債務は企業財産が担保となっているという前提に基づいて、債務引受をしない旨を積極的に表示しない限り、企業財産の現在の所有者である譲受会社に対して併存的債務引受をしたものとみなして責任を負わせる企業財産担保説がある¹⁰。ただしこの説に対しては、そのように考えるのであれば譲受会社の責任は譲り受けた財産が上限となるべきところ、条文では譲受会社に

9 鴻常夫『商法総則（新訂第5版）』（弘文堂・1999年）149頁など。

10 服部栄三『商法総則（第3版）』（青林書院・1983年）418頁など。

無限責任を負わせていることと整合しない等の批判がある。

第3に、商号を統用する譲受会社は事業上の債務も承継する意思があるのが通常であり、商号を統用しない譲受会社にはその意思がないと理解する譲受人意思説がある¹¹。これに対しては、商号統用をする譲受会社に債務引受の意思があるという前提自体に対する疑問が呈されている。事業譲渡においては、経営再建の手段として債務を譲渡会社に残して事業を譲受会社に移転することが少なくないことに鑑みると、商号統用があった際に債務引受の意思があると言えるのか疑問であるというのである¹²。また、商号統用責任の規定は譲渡当事者間で事業上の債務を承継しないという明確な合意がある場合に問題になる規定であるところ（事業譲渡契約により事業上の債務が譲受会社に承継される場合には、債権者は商号統用責任を用いる必要がない）、なぜ商号統用の存在が債務引受の意思を推認せしめるのかという指摘もある¹³。

そして近時注目される見解が、詐害的譲渡防止説である。この見解は、商号統用責任に関する判例の大半が上記したように債権者からの追及を免れるために事業譲渡が用いられているという点から出発し、そのような場面において商号統用責任を認めるのは、外観説のいうように債務引受にかかる債権者の（誤認に基づく）信頼保護ではなく、債務のみを残して事業を移転してはならないというある種の詐害譲渡法的発想が含まれており、商号統用責任には詐害破産時の債権者の権利行使機会保障機能が認められているからである、即ち、商号統用責任規定の趣旨は詐害責任であるというのである¹⁴。また、商号統用責任規定が問題になるのは譲渡会社が破綻状況にある場面であることを前提として、そのような場面においては譲渡当事者が債権者と協議することなく（詐害

11 田邊光政『商法総則・商行為法（第3版）』（新世社・2006年）155頁など。

12 落合誠一「商号統用営業譲受人の責任」法学教室285号（2004年）29頁。

13 北居功=高田晴仁編著『民法とつながる商法総則・商行為法』（2013年・商事法務）100頁（鈴木達次）参照。

14 得津晶「会社法22条1項類推適用は詐害譲渡法理か？」NBL888号（2008年）5頁。

的な)事業譲渡を行って再建がなされるのは望ましくなく、これを防止するために商17条1項2項・会社22条1項2項が設けられたのであるとする落合教授の見解もこれに近い¹⁵。

さらには、譲受会社が責任を負う要件を、商号続用ではなく詐害性に変更すべきとする立法論も唱えられている¹⁶。例えば後藤准教授は、以下のように述べる。現行法上詐害行為取消権が使えない事案で商号続用が使える点においては、商号続用責任規定は存在意義がある。しかし、商号続用責任規定の法的性質について詐害的譲渡防止説に立脚することを前提として、現行法は商号続用を要件としているけれども、商号を続用しているからといってそのことが事業譲渡が詐害性を有するとは言い難い¹⁷。そして、譲受会社の責任は詐害性を基礎として、商号続用ではなく詐害性及び詐害意思を要件とすべきであり、その際、詐害性の立証責任が問題となりうるが、これについては立証責任の転換も検討すべきとする¹⁸ (なお効果の点については言及されていないが、現行法を維持するという趣旨かと思われる¹⁹。また商17条2項・会社22条2項の措置 (以下「2項措置」という。)についても、合理性が無いとして廃止すべきとする)。

この商号続用責任規定の趣旨をめぐる対立について確固たる見解を有しているわけではないが、私見としては、条文の合理的な説明をするのであれば、

15 落合・前掲31頁。

16 後藤元「商法総則—商号・営業譲渡・商業使用人を中心に (日本私法学会シンポジウム『商法の改正』資料)」NBL935号 (2010年) 23頁。

17 これは、商号続用がされる事業譲渡では詐害譲渡になりやすいとする落合教授の見解 (落合・前掲31頁) に対する反論である。後藤・前掲NBL23頁。

18 日本私法学会のシンポジウムの中での質疑応答において、後藤准教授は詐害性要件の「くくりだし」も検討に値するとする (「シンポジウム『商法の改正』」私法73号 (2011年) 67頁)。

19 商号続用責任の効果は詐害行為取消権と異なり無限責任となるが、①営業譲渡では将来収益も移転するが、その現在価値評価は容易ではないこと、②現物返還の場合には営業用財産の承継を証明する必要があるがその証明は容易ではない、の2点から、合理的な説明は可能であるとする (後藤・前掲NBL23頁)。

譲受意思説が最も妥当な説明をし得ると考える。しかし、商号を続用する譲受会社には、事業上の債務承継よりもまずは、事業譲渡前に商号が獲得した名声（商号自体の顧客誘引力・信用等）を引き継ぎたいという意思のほうを有しているのではないかと考える。譲受会社がなぜ商号を続用したいと望むのかを考えると、商号続用によるメリットの享受をまずは念頭に置くはずだからである。もっとも一方で、事業譲渡前の債務まで承継するのかということ、それは別だと譲受会社が考えるのは不自然ではない。この際に、商号続用した場合には必ず債務も承継すると制度設計した場合には、債務を引き受けるのを望まない譲受会社側は商号続用なしの事業譲渡を選択するだろう。そうなると、事業譲渡前に商号が得た各種名声は活用されないままになり、当該商号の財産的価値が消滅する。そこで法は、譲受会社側が商号続用を望むが一方で債務を承継しない意思を有する場合には、免責登記や通知といった2項措置による免責を認め、商号の財産的価値を事業譲渡後も活用しようようにしたと考うるのではないだろうか^{20 21}。

20 この部分は、北居=高田編著・前掲103頁（鈴木達次）、及び山下真弘『やさしい商法総則・商行為法（第3版補訂版）』（法学書院・2015年）74頁から示唆を受けた。

21 なお2項措置について、落合教授は、2項措置が取られない限り同条1項の責任が譲受会社に及ぶことから、1項は2項措置がなされることを導くためのサンクションとしての規定だととらえ、許害的な事業譲渡を防止するものだとする（落合・前掲31頁）。

しかしこれについては、2項措置自体は許害的な事業譲渡を防止しようのものではないとの反論がある（北居=高田編著・前掲101頁（鈴木達次））。この点は実際の裁判例において、許害的な事業譲渡を行って債権者から商号続用責任を追及された際に、譲受会社側が2項の免責登記を根拠に責任を否定する主張を行うことが少なくないことから、当該反論のほうが妥当である。そして裁判例の中には当該主張が信義則にもとるとしたケースもあり（例えば、東京地判平成12年12月21日金融法務事情1621号54頁）免責登記の効力は絶対的なものではない。さらに、事業譲渡の許害性が明確な場合は、たとえ免責登記や通知がなされていたとしても、法人格否認の法理や詐害行為取消権により譲受人への責任追及が可能であるとする見解すらある（片木晴彦「判批」法学教室366号（判例セレクト2010〔II〕）15頁（2011年））。

こうしてみると、2項措置は必ずしも譲受会社を保護するものとは言えず、また抜け駆け的な事業譲渡の防止に資する（即ち債権者保護に資する）ものでもなく、2項措置への「誘導」が法の趣旨と果たして言えるのかどうかは疑問なしとしない。

ただし、事業譲渡においては、条文のもともとの趣旨と、条文が現実に果している機能とが相当乖離していることは忘れてはならない。現実においては、事業譲渡に債権者保護手続が存在しないがゆえに、許害的な事業譲渡に対して、一種の代用・転用として商号統用責任が用いられている。また譲渡会社の商号を統用するが債務を承継しないという場合、いわゆる第二会社方式が盛んに活用されていることを踏まえると、その場合には譲受会社の意思よりも譲渡会社側の意思、即ち会社の債務を切り離して（債権者を害してでも）事業活動を継続・再生するという意思によることが少なくないと思われる。これらを踏まえると、許害的譲渡防止説が最も現実の機能について妥当な説明をなしている。

次に両責任をなぜ並列して事業譲渡において規制する旨の立法がなされることになったのか、法制審議会における議論を簡単にだが振り返ってみる。

3 法制審議会での議論

法制審議会の会社法改正部会において、最初に事業譲渡・会社分割規制の改正が取り上げられたのは第8回においてである。

この回では主として濫用的会社分割に対する新たな規律の導入について議論され、そこにおいては、会社22条の商号統用責任を修正するか、あるいは新たな規定を設けるかという点も議論された。

ここでの議論では商号統用責任規定を修正する方法も立法論的にはあり得るとされたものの²²、商号統用責任と異なるタイプの規定をおくことにはそれなりの意味がある²³、商号統用責任規定は外観信頼保護規定であることを前提として、同規定の必要性は別途存在するため濫用的会社分割については別の規定を設けるべきである²⁴、商号統用責任規定の修正により対処した場合に会社分

22 法制審議会会社法制部会第8回（平成22年12月22日開催）における神作幹事発言（同会議事録（<http://www.moj.go.jp/content/000068174.pdf>）8頁）。

23 同上・藤田幹事発言（同上・5・6頁）。

24 同上・野村幹事発言（同上・7頁）。

割無効事由や詐害行為取消しの可否において消極的に解される懸念がある²⁵等により、商号統用責任規定の修正ではなく、同規定は維持した上で新たな規定を設けるべきとの主張が大勢を占めた。もっともその新たな規定を事業譲渡にまで規制を及ぼすべきかについては、譲受会社に新たに連帯責任や債務の承継のような効果を認めると譲受会社に過重な責任を課すことになりかねないとする慎重な意見²⁶が出た一方、それに対しては事業譲渡のみ規制しないとすると会社分割との整合性が取れなくなるとの反論がなされた²⁷。

以上の議論を受けて、第12回の審議では濫用的会社分割について詐害性を基準とした規定を新設し、同様の事情が認められうる事業譲渡に対しても同様の規定を設けることが提案された²⁸。これに対しては明確な反対意見はなく²⁹、この回以降の審議では濫用的事業譲渡に対する規制について特段取り上げられることはなかった。

以上のとおり、法制審議会の議論は当然ながら濫用的会社分割に対する対処に焦点が当てられ、事業譲渡において両責任規定を並立させることを明確に意識した議論はなされなかった。

次に、判例において商号統用責任はどのように扱われてきたのかを検討する。

4 判例における商号統用責任の扱い

周知のとおり、最判平成16年2月20日は、ゴルフクラブの名称を統用した譲

25 同上・齊藤幹事発言（同上・10頁）。

26 同上・田中幹事発言（同上・12頁）。

27 同上・奈須野幹事発言（同上・12頁）。

28 法制審議会会社法制部会第12回（平成23年8月31日開催）における塚本関係官発言（同会議事録（<http://www.moj.go.jp/content/000080186.pdf>）43頁参照）。

29 濫用的会社分割・事業譲渡がなされないよう、例えば個別催告や通知に係る規定を整備すべきであるとか（神作幹事・田中幹事発言（同上・46・47頁））、詐害性の要件を緩やかに解することが望ましいのでは（中東幹事発言（同上・50頁））といった発言がなされた程度であった。

受人について預託金返還債務を負うとした理由付けとして商号続用責任の外観責任性を挙げており、最高裁は外観責任説を採用することを明確にしている。

もっとも、下級審判例を見るに、必ずしも外観責任のみで処理しているとは言いがたい事例が散見される。例えば宇都宮地判平成22年3月15日判例タイムズ1323号231頁は、営業譲受会社である「Yは仙禽酒造から事業の譲渡を受けたものであるところ、仙禽酒造の商号『仙禽酒造株式会社』と、Yの商号『株式会社せんきん』とは、その主要かつ最も特徴的な部分である『仙禽』ないし『せんきん』の部分で読みを共通にしており、会社の種類『株式会社』も共通で、後者は前者の『酒造』を除くと共に『株式会社』の表示を後ろから前に移したのみである。このうち、『酒造』の点については、Yの営業目的が酒類製造販売等であることからすれば、これがYの商号にないとしても、仙禽酒造の商号とYの商号とが画然と区別されるとは認められない。そして、譲受会社であるYの商号に仙禽酒造との関連性が遮断されていることを想起させるべき字句は用いられていない。以上のほか、仙禽酒造と被告とは所在地が同一で、営業目的も同一であるほか、仙禽酒造がその主たる事業に必要な不可欠と考えられる清酒製造免許を平成20年8月29日許可によりYに譲渡していること、仙禽酒造はその不動産も同月27日競売により失い、現在はYがこれを使用していること、仙禽酒造の従業員は包括的に本件事業譲渡の前日に仙禽酒造を退社し本件事業譲渡日にYに雇用されていることを考え合わせると、仙禽酒造とYとで役員が異なることを考慮してもなお、被告が「株式会社せんきん」との商号を使用することは、会社法22条1項にいう「譲渡会社の商号を引き続き使用する場合」に当たると解するのが相当であって、被告は、会社法22条1項に基づき、仙禽酒造の事業によって生じた債務である本件代金債務を弁済する責任を負うというべきである。…さらに、Yは、本件事業譲渡が専門家関与の下で行われた経営再建のためのスキームである旨主張するが、被告が仙禽酒造から事業譲渡を受けた後その商号を続用し、かつ、その債務を承継しないための十分な措置をとらなかった以上、会社法22条1項によりYが本件代金債権を負担することは

やむを得ないと解されるのであって、経営再建という目的がこの結論に影響を与えるものではないというほかない。」としている。

この事例においては、商号統用責任の要件たる商号統用の存否について、単に商号の近接性・類似性のみを根拠としているのではなく、所在地の一致、営業目的の同一、事業免許の譲渡（及び免許を受けた事業の譲受会社における継続）、譲渡会社不動産の譲受会社による使用、従業員の継続雇用といった要素を加味している。これらの諸要素は、商号統用の有無の判断に際して考慮される商号以外の外観（事実関係）と通常は考えられる。しかしこれらの諸要素は、譲渡会社と譲受会社の密接性ないし同一性を示すものとして、詐害行為取消権における詐害性ないし法人格否認の法理においても考慮しうる要素であるともいえる³⁰。

福岡地判平成24年9月19日判例集未搭載（Westlaw Japan文献番号2012WLJPCA 09199010）も同様の判断をしている。「Yの商号は、訴外会社の商号である『Aコーヒー株式会社』の冒頭に『九州』の2文字を付加したものであるところ、『九州』という文字は特定の地域を表す文字であって、それ自体をみる限り、譲渡会社の債務についての継承的意義を有するものではない。しかしながら、訴外会社は、もともと九州一円を商圏とする会社であったから、訴外会社の商号に『九州』の2文字が付加されたとしても、訴外会社において使用していた商号に特段の新規な意味を付与したとはいえない。

さらに、Yは、訴外会社が使用していた商標権及びロゴの使用権利の譲渡を受け、これを対外的に使用することを許されていることをも考慮すると、取引通念上、Yは、訴外会社が本件事業譲渡前に使用していた商号と同一の商号を継続して使用したものと認めるのが相当である。

また、Yは、訴外会社とYは、本社の所在地や代表取締役及び経営規模が異なるし、Xは本件事業譲渡当時訴外会社の経営が困窮していたことを知ってい

30 参照、森宏司「営業譲渡における商号統用者責任の要件（下）」銀行法務21第639号（2004年）23頁。

た旨主張するが、会社法22条1項が適用されるか否かは、飽くまでも商号の同一性を中心に判断すべきものである上、仮に、上記のような実質的な事情を考慮するというのであれば、Yが訴外会社が行う全事業を無償で訴外会社から譲り受けたものであり、訴外会社の債権者は、本件事業譲渡により債権の担保をすべて失うことになることや、被告が本件事業譲渡のわずか10日前に設立された会社であって、本件事業譲渡の受皿として設立された可能性が大きいことなども同様に考慮されるべきである。」

ここではYの実質を考慮すべきという主張を退ける理由付けとして、当該事案での事業譲渡の債権者詐害性が指摘されている。その意味では傍論だが、裁判所が商号続用の判断に合わせて詐害性も加味して判断しているともいえる。

さらに、ゴルフクラブの預託金返還請求に関する東京地判平成13年4月11日金融・商事判例1129号19頁は、「被告Aゴルフが、Y2を設立して上記各契約を締結した目的は、被告Aゴルフが債務超過の状態に陥り、金融機関等の担保権者に対する債務弁済が困難となってゴルフ場の営業継続が危ぶまれる状態に直面したため、これを回避するためのいわば便法として、別会社を設立してこれに収益性のあるゴルフ場営業をさせることにより、形式上、ゴルフ場営業による収支の帰属主体を、従来から負担していた債務（これには、金融機関等の担保権者のほか、原告らのような預託金返還請求権者に対する債務も含まれる。）の帰属主体から切り離そうとしたものと解される。」として「…Y2は、本件経営委任契約、本件資産譲渡契約及び本件ゴルフ場賃貸借契約の締結時において、被告Aゴルフと実質的に同一の商号であり、本件訴訟が提起された後の平成11年12月27日に商号変更を行うまで8か月以上その商号を使用し、会報においてもその商号により新会社の設立等を会員に知らせていたのであるから、Y2は、上記のとおり被告Aゴルフから本件ゴルフ場の営業の賃貸借を受けるに当たり、同社の商号を続用していたといえることができる。以上に述べたところによれば、本件経営委任契約、本件資産譲渡契約及び本件ゴルフ場賃貸借契約は、経営委任の形式をとってはいるが、実質的に本件ゴルフ場に関する営業の賃貸借に該

当し、かつ、商号が続用されていたものであり、上記認定の各契約締結の目的等にも照らすと、収益性のある本件ゴルフ場の営業を継続するY2が、被告Aゴルフが原告らに対して負担する債務の弁済の責任を何ら負わないとするのは信義則に反すると解されるから、Y2は、原告らに対し、商法26条1項の類推適用により、被告Aゴルフが原告らに対して負う預託金返還債務を弁済すべき責任があると解するのが相当である。」として、商号続用の判断に際して事業譲渡の詐害性に踏み込んで判断している。

本稿においては判例を網羅的に整理しえていないが、このように、商号続用責任の判断においては債権者詐害の事情も加味されているケースが存在する。これは事業譲渡において商号続用責任を求めるケースは、実質的には債権者詐害からの救済を求めてであるというこれまでしばしば言及される指摘からも明らかである。これらの事例は、今後は商号続用責任規定ではなく、詐害責任規定によって処理することも可能になった。そうなると、商号続用責任規定は存在意義があるのだろうか。

5 商号続用責任規定と詐害責任規定の併存に伴う問題点および私見

前述したように、商号続用責任が問題となる事案の多くは債権者詐害的な事業譲渡であり、法人格否認の法理や詐害行為取消権による責任追及もあり得るところ、それらと比して商号続用責任は商号の続用という要件さえ満たせば適用可能なため、商号続用責任規定が多用されてきた³¹。またこのために、商号続用責任をめぐるのは、屋号の続用を商号の続用と同様に扱ってよいのか（上記最判平成16年2月20日）、譲受会社の用いている商号が譲渡会社の商号に『新』の一字を加えたものである場合に商号続用と言えるか否か（最判昭和38年3月1日民集17巻2号280頁）等をめぐって、学界において様々な議論がなされてきた。それらの議論は「商号の続用」という要件の解釈論としては当然なされ

31 奥島・落合・浜田編『新基本法コンメンタール 会社法1』（日本評論社・2010年）63頁（山下友信）。

てしかるべきだが、事業譲渡における債権者の保護という点からみると、本質からずれているように思われる。問題は詐害的事業譲渡がなされた場合に債権者をどう保護をすべきかであり、また一方で債権者保護に重点を置きすぎることにより適切な事業再生（言ってみれば、「良い事業譲渡」）の障害にならないような法制度の設計ないし解釈論を展開することこそ重要ではないだろうか。

このような観点から改正法をみたときに、改正法の商号統用責任と詐害責任の並立は債権者保護に重きを置きすぎているように思われる。改正法に従うと、例えばある事業譲渡について譲受会社が責任を追及された場合に、詐害責任については「詐害性」がないとされたにもかかわらず、商号の統用があるとされた際には譲受会社は責任を負うことになる（しかも商号統用責任の場合、譲り受けた財産に責任額が限定されない³²⁾。この場合債権者は保護される一方で、譲受会社にとっては事業譲渡にかかるリスクが大きい。もちろん、商号統用責任は譲渡会社が用いてきた商号とは異なるものを用いることによって回避可能であるが、それによって、それまでの譲渡会社の営業活動により蓄積されてきた商号の顧客吸引力等を譲受会社が用いることができなくなる（なお商号統用責任の免責登記について、その効力が完全に保証されているわけではないことは前述したとおりである³³⁾。このように、事業譲渡に詐害性がないにもかかわらず商号統用により譲受会社が責任を負う事態は望ましいものとはいえない³⁴⁾。

32 この点、商号統用責任規定の性質論で企業財産担保説をとる論者からは、譲受会社の責任は譲渡会社から譲り受けた財産に限定されるとするが（例えば、大塚英明・川島いづみ・中東正文『商法総則・商行為法（第2版）』（有斐閣・2008年）47頁（中東正文））、そのような解釈は明文の規定からは大きく離れている。

33 さらに、ゴルフクラブの事業譲渡の場合には屋号の統用が問題となるどころ、屋号については免責登記がしうるのかどうかという問題がある。江頭憲治郎編『会社法コンメンタール1』（商事法務・2008年）220頁（北村雅史）は否定的に解するが、「商業登記の乗13 免責の登記」登記研究674号（2004年）99頁は肯定する。

34 逆に、商号統用はないが事業譲渡に詐害性ありとして譲受会社が責任を負うケースは、詐害的な事業譲渡の防止ないし債権者保護の観点からは何ら問題ない。そのような事案は

またそもそも商号統用責任は異なる商号を用いることで簡単に回避可能であるから、どこまで商号統用責任規制の実効性があるのかは疑問である。このことは、濫用的会社分割の複数の事例において、分割会社と新設承継会社間の商号に大きな差異があり、商号統用責任規定を用いて処理することができなかった（そしてそのために民法の詐害行為責任を用いることとなった）ことから分かる³⁵。また判例法が形成してきた商号統用責任規定のいわば代用・転用は、詐害責任規定ができた現在、不要になったといつてよい。さらに商号統用責任規定が現実の機能として詐害的譲渡防止の性質を有する以上、機能面で同一の規定が二重に存在していることになる（しかもそれにもかかわらず両規定の効果は異なる）。それでは、どのように考えるべきであろうか。

商号統用責任規定の根拠は、判例・多数説たる外観責任説に従えば、事業譲渡において商号統用があった場合に債権者は営業主体の交代を知り得ないため、当該債権者を保護することであるとされている。この点について濫用的会社分割の事案においては、債権者への個別催告が場面によっては省略可能であることを債務者が濫用することにより、残存債権者が濫用的会社分割がなされたことを知り得ないことが問題視された。改正法においては個別催告については手当がなされなかったが、債権者への会社分割の秘匿は詐害責任規定における「詐害性」の要素の1つと考え得る³⁶。つまり、詐害責任規定の「詐害性」の解釈において、事業再編について不知の（あるいは秘匿された）債権者を保護するという商号統用責任規定の趣旨を取り込むことが可能である。このように考えた場合には、商号統用責任規定を仮に廃止した場合でも、債権者保護が後退するということはないのではないか。さらに、営業主体の交代を債権者に確知

従来から民法の詐害行為取消権ないし法人格否認の法理により処理されており、今後は改正法の詐害責任規定によることも可能になる。

35 拙稿「濫用的会社分割」関俊彦先生古稀記念論文集『企業法の変革』（商事法務・2011年）197頁以下参照

36 会社分割の場合について、拙稿「会社分割における『詐害性』について（2・完）」金沢法学57巻1号（2014年）27頁以下

させずに事業譲渡を行い債権者を害する濫用的事業譲渡について、商号統用という明確だが回避可能なファクターよりは、債権者への秘匿を詐害性の一要素とするほうが、要件としては不明確さは否めないものの、悪質な事案をより捕まえやすく、またより具体的な事案に即した解決をしやすいものと考ええる。

従って立法論として、商号統用責任規定を削除し、詐害責任規定に一本化すべきである³⁷（また改正法においても、本来はそのように立法すべきであった）。

この点について、詐害責任規定の場合には詐害性の立証が容易ではなく、債権者保護の役割を果たしうるのか疑問視する見解もあろう。実際、同様の詐害責任規定をもつ会社分割については会社759条4項等の「詐害性」の意義について種々の解釈論が展開されているが、いまだ確定的なものは存在しない³⁸。また実務家からは、詐害性の立証が難しいという指摘がある³⁹。

もっとも事業譲渡については、すでに民法の詐害行為取消権を適用する下級審判例が複数存在しており、詐害性の立証が不可能というわけではない。例えば東京地判平成18年3月24日判例時報1940号158頁は、営業譲渡に伴い譲渡会社の在庫商品を譲受会社に安価で売却したことにより譲渡会社が債務超過に陥った事案であるが、商号統用責任については否定したものの、当該営業譲渡について詐害性ありとして詐害行為取消権を適用する。ただしそれでも実際に詐害性要件が障害となるのであれば、詐害的事業譲渡における詐害性について立証責任を（事実上）転換することも考慮に値しよう⁴⁰。

37 改正法以前に商号統用責任規定について、商号統用の基準を詐害性基準に改めるべきと主張するものとして、後藤・前掲NBL23頁、山下眞弘「事業承継会社責任規制の立法論的検討」阪大法学60巻5号（2010年）16頁、山田泰弘「東京地判平成22年11月29日判批」金融・商事判例1402号（2012年）6頁。

38 近時のものとして、得津晶「会社分割等における債権者の保護」商事法務2065頁（2015年）15頁以下。なお、拙稿・前掲金沢法学56巻1号21頁以下・57巻1号27頁以下。

39 山中昌明「詐害行為による会社分割」金融法務事情2009号（2015年）33頁参照。

40 後藤・前掲NBL23頁、同・前掲私法66・67頁。また菅原貴与志「事業譲渡をめぐる実務問題」法学研究87巻9号（2014年）175頁は、事業譲渡に対する詐害行為取消権の適用に際して厳格な害意を要求すべきではないとする。

なお、商号統用責任規定を削除した場合、濫用的会社分割に対する同規定の類推適用による債権者保護もなくなる。この点についても、検討する。

最判平成20年6月10日判例時報2014号150頁は「預託金会員制のゴルフクラブの名称がゴルフ場の事業主体を表示するものとして用いられている場合において、ゴルフ場の事業が譲渡され、譲渡会社が用いていたゴルフクラブの名称を譲受会社が引き続き使用しているときには、譲受会社が譲受後遅滞なく当該ゴルフクラブの会員によるゴルフ場施設の優先的利用を拒否したなどの特段の事情がない限り、譲受会社は、会社法22条1項の類推適用により、当該ゴルフクラブの会員が譲渡会社に交付した預託金の返還義務を負うものと解するのが相当であるところ……、このことは、ゴルフ場の事業が譲渡された場合だけではなく、会社分割に伴いゴルフ場の事業が他の会社又は設立会社に承継された場合にも同様に妥当するというべきである」として会社22条を会社分割に類推適用することを認めており、この判決をてがかりとして、濫用的会社分割に対処

なお、従来経営困難に陥ったゴルフ場が事業譲渡を行い、これに対して預託金返還請求権を有するゴルフクラブ会員が譲受会社に商号統用責任を追及した事例がしばしばみられるところ、本稿の主張するように商号統用責任規定を削除した場合、ゴルフクラブ会員の保護が後退するのではという疑義があるかもしれない。

この点について、まずかかる点が問題となった上記最判平成16年2月20日は、事業譲渡を行い商号（または屋号）を統用した譲受会社側が常に商号統用責任を負うとしているわけではない（志田原信三「最判平成16年2月20日判解」『最高裁判所判例解説民事編平成16年（上）』（法曹会・2007年）149頁）。また立証に難があると指摘されてはいるものの（山下真弘「判批」商事法務1497号42頁など）、同種の事案について民法の詐害行為取消権により解決をした事例も下級審においては見られるところであり（例えば、東京地判平成11年12月7日判例時報1710号129頁）、改正法においては詐害責任規定で処理することも可能である。

従って、商号統用責任規定を削除しても必ずしも債権者保護が減退するとは言えないと思慮する。一方で、ゴルフクラブ会員のような多数の消費者を商法・会社法によっていかに保護するか（あるいはそもそも商法・会社法で保護すべきなのか）という問題が別途ある。この消費者保護と商法・会社法の関係については、今後研究を深めてゆく所存であり、本稿では上記の指摘にとどめる。

する方策の1つとして会社22条類推適用が用いられている。もっとも、上記最判平成20年6月10日が出される以前から、包括承継たる会社分割と個別承継たる事業譲渡を同列に扱うことの疑問から反対する見解が唱えられていた⁴¹。また濫用的会社分割においては商号統用責任を回避すべく、新設分割会社と新設分割設立会社（吸収分割においては吸収分割会社と吸収分割承継会社）の商号を異なるものにするのが少なくなく、会社22条類推適用が問題となった判例は、判例集未搭載のものを合わせても、5件程度にとどまる⁴²。このうち、東京地判平成22年7月9日判例時報2086号144頁及び東京地判平成22年11月29日判例タイムズ1350号212頁については、被告である新設分割会社のなした会社分割について別訴（東京地判平成22年5月27日判例時報2083号144頁⁴³及びその控訴審である東京高判平成22年10月27日金融法務事情1910号77頁）において詐害行為に該当すると判断されている。

一方、大阪地判平成22年10月4日金融法務事情1920号118頁は、商号は統用されているものの、新設分割の2日前に新設分割会社側から新設分割において原告の債務を承継しない点の説明を、新設分割後には分割計画書等の資料の送付も受けていることから「原告において、同一の営業主体による営業が継続している、あるいは、譲受会社により債務又は履行の引受がされたと信頼したと認めるには足りないというべきである」として類推適用を否定する。この判決は、会社22条が多数説・判例に基づくと外観信頼規定たる以上は、債権者が信頼する外観の存在が必要であり、判決の示す事情の下では債権者が会社分割がなされることと債務が承継されないことを認識している以上、類推の基礎を欠くとしている。

この判決の是非については、見解は分かれえよう。上記最判平成20年6月10

41 江頭憲治郎編『会社法コンメンタール1』（商事法務・2008年）218頁（北村雅史）。

42 なおこれらの判決について検討するものとして、元芳哲郎・豊田愛美「会社分割と会社法22条1項類推適用」判例タイムズ1369号46頁以下。

43 この判決については、拙稿・前掲関先生古稀記念203頁以下参照。

日において類推適用を否定する「特段の事情」について、債権者に会社分割について情報が提供され、自らの債権が新設会社に承継されないことを認識した債権者が何らかの行動を起しうる状況と読み込む見解によれば⁴⁴、この判決は支持されることになる。また商号統用の有無により救済範囲が大きく異なることを問題視し、債権者の悪意または重過失を会社側が立証できた場合には類推適用を否定する方向性を示唆する見解からも同様である⁴⁵。上記最判平成20年6月10日では「会社分割においては、承継される債権債務等が記載された分割計画書又は分割契約書が一定期間本店に備え置かれることとなっているが……、ゴルフクラブの会員が本店に備え置かれた分割計画書や分割契約書を閲覧することを一般に期待することはできない」としており、債権者の認識（または認識可能性）を最高裁は問うていないようにも思えるが、大阪地判の事案での原告は金融機関であるので、ゴルフクラブ会員の場合とは同様に考えるべきではないと説明することも可能である⁴⁶。

しかしながら、情報提供を受けた故に債権者は債権保全のための行動が可能であったことを実質的理由とすると、会社分割について不知でいたほうが類推適用による保護を受けやすくなるということになりそうである⁴⁷。この事案のように会社分割の2日前になって説明を受け、しかも会社分割の当日に新設分割会社が休業したという場合、残存債権者にどこまで具体的な行動が可能であったか、疑問無しとしない。また、債権者の主観的事情を考慮することは会社

44 コーエンズ久美子「大阪地判平成22年10月4日判批」山形大学法政論叢53号（2012年）15頁。

45 山田・前掲6頁参照。

46 会社分割について会社22条の類推適用を否定した東京地判平成21年7月1日判例集未搭載（Westlaw Japan文献番号2009WLJPCA07018003）では、被告側が類推適用の判断に際しては債権者の属性を考慮すべきと主張している（ただしこの主張について判決では明確には採用していない。なお弥永真生「大阪地判平成22年10月4日判批」ジュリスト1424号（2011年）55頁）。

47 新津和典「大阪地判平成22年10月4日判批」金融・商事判例1405号（2012年）13頁は、自らの債権回収のために債務者の動向に注意深く観察している債権者ほど保護されなくなることを指摘する。

22条の文言と乖離する⁴⁸。

さらに、上記最判平成20年6月10日以降の登記実務においては、事業譲渡における免責登記と同様の登記が会社分割においても可能となった⁴⁹。当該登記がなされた場合には、当該登記に基づく免責の主張が信義則にもとる場合を除いては、会社22条の類推適用に基づく責任追求が不可能になる。

結局のところ、濫用的会社分割における商号統用責任規定の重要性はあまり高くなく、免責登記やそもそも商号を統用しないことで容易に規制は回避可能である。しかも商号統用責任規定の類推適用それ自体や類推適用の具体的な適用についても、理論的および実際上の問題点がある。であるとするならば、商号統用責任規定を削除しても、債権者保護が後退することはないのではないか⁵⁰。

本稿は、従来から存在した事業譲渡における債権者保護の立法論についてとくに目新しい論拠を提供するものとは言えないかもしれない。しかし、改正法において商号統用責任規定と詐害責任規定が並立することとなった今こそ、事業譲渡規制を改めて問い直す好機であるといえることを指摘して、本稿を終えることとする。

48 山田・前掲6頁。

49 塚田佳代・前田和樹「商業・法人登記実務の諸問題」民事月報64巻9号（2009年）12頁。

50 山田・前掲6頁も、債権者の主観的事情を問う場合の問題と登記実務との矛盾から、立法論として、商号統用基準から詐害基準に一本化し、商号または事業主体たる名称の統用は詐害目的を推認する一要素とすることを提言する。