

【判例研究】

吸収分割された分割会社の債務に係る
保証債務の帰趨

来住野 究

大阪地裁堺支部平成 22 年 9 月 13 日判決
平成 21 年（ワ）2117 号求償債権請求事件（確定）
金融商事判例 1352 号 37 頁，金融法務事情 1921 号 117 頁

〔事 実〕

本件は、X(原告)が、A 株式会社との間で締結した信用保証委託契約の履行として、A 会社のために代位弁済したことにより発生した求償債権を、A 会社の連帯保証人である Y(被告) に対し請求した事案である。

A 会社（分割会社）は、平成 21 年 7 月 7 日、B 株式会社との間で、吸収分割契約を締結し、平成 21 年 9 月 1 日、その効力が発生した（「本件会社分割」）。本件会社分割により、A 会社の債権債務は承継会社である B 会社に承継されたが、本件会社分割により本件債務の連帯保証債務が消滅するか否かが争点となった。Y は、「本件会社分割は免責的債務引受を条件としているから、本件債務についても免責的債務引受がなされた。これにより A 会社について本件債務は消滅し、Y の連帯保証債務も消滅した」、「X は、本件会社分割に際し、個別に催告を受け、会社分割に対する異議を申し立てる機会を与えられたにもかかわらず、異議を述べなかったのであるから、本件債務の免責的債務引受について同意したというべきである」などと主張した。

〔判 旨〕 請求認容

「会社分割の効力が生じると、承継会社は、吸収分割契約等の定めに従い、分割会社の権利義務を承継するが（会社法 759 条 1 項）、この権利義務の承継は、当該権利義務に関する分割会社の地位を承継する一般承継（包括承継）であると解することができる（最高裁平成 22 年 7 月 12 日第二小法廷判決・裁判所時報第 1511 号 235 頁は、新設分割の事案について、権利義務の承継が包括承継であることを認めている。）。

したがって、本件債務は、本件会社分割の効力発生とともに、B 会社に承継され、その連帯保証債務も、随伴性により、B 会社に承継されると解するのが相当である。」

「会社分割による承継の対象となる債権・債務についても、その存否や帰属等については、民法等の一般法理が適用されると解するのが相当であるから、本件債務について免責的債務引受が認められるためには、債権者である X の同意が必要であると解されるところ、X がこれに同意した事実を認めることはできない……。したがって、本件債務が免責的債務引受により消滅することはなく、附従性により連帯保証債務が消滅することもない」。

「会社分割手続上の異議の制度は、あくまで組織法上の行為に対する意思表示であり、会社分割で承継される個々の債権・債務に関する意思表示ではないから、これらを同一視することはできない。したがって、X が本件会社分割に対し異議を述べなかったことをもって、本件債務の免責的引受に同意したと認めることはできない。」

〔研究〕

結論には賛成するが、理由づけには反対する。

1 近時特に許害的な会社分割における分割会社の債権者保護をめぐる、会社法 22 条 1 項の類推適用（最判平成 20 年 6 月 10 日判タ 1275 号 83 頁）・詐害行為取消（民 424 条）の可否（東京高判平成 22 年 10 月 27 日金法 1910 号 77 頁）・法人格否認の法理の適用（福岡地判平成 22 年 1 月 14 日金法 1910 号 88 頁・福岡地判平成 23 年 2 月 17 日金判 1364 号 31 頁）などが問題となった判例が相次いでいるが、本件は、会社分割に伴い主債務が移転した場合、保証債務は消滅するかが問題となったものである。

参照すべき類似判例として、東京地判平成 22 年 7 月 22 日金法 1921 号 117 頁は、連帯保証が付されていた分割会社の売掛代金債務につき新設分割設立会社が免責的債務引受をしたところ、債権者が分割会社と新設分割設立会社に対して主債務の支払を、連帯保証人に対しては保証債務の支払を求めた事案において、新設分割による免責的債務引受の効果を認めつつ、新設分割は法人格の濫用であり、分割会社は引受人と法人格が異なることを理由に債務の履行を免れることはできず、連帯保証人も新設分割の目的を熟知していたと認められるから、結果として主債務が存在することになる以上、保証債務も消滅しないと判示している。

主債務の移転に伴う保証債務の帰趨については、主債務の移転の態様に応じて、次のように解されてきた。

主債務が免責的債務引受によって移転した場合、その保証債務は旧債務者と保証人との間における個人的な信頼関係を基礎として成立しており、債務者の交替により弁済の可能性や求償権の確保について影響を受けるため、保証人の同意がなければ保証債務は消滅する⁽¹⁾（大判大正 11 年 3 月 1 日民集 1 巻 80 頁）。こ

吸収分割された分割会社の債務に係る保証債務の帰趨

の点につき、ドイツ法には明文の規定があり、BGB418条1項は、保証人または物上保証人（債務引受当時における目的物の所有者）が同意しない限り、債権に設定された保証及び質権は債務引受によって消滅する旨定めている⁽²⁾。これに対して、主債務が相続された場合、会社の合併によって移転した場合については、その保証債務は消滅しない。すなわち、主債務が特定承継された場合にはその保証債務は消滅し、主債務が一般承継（包括承継）された場合にはその保証債務は消滅しないことになりそうである。

しかるに、会社分割における対象財産の移転は一般承継であり、分割会社の負担していた債務についても、債権者の個別の同意を得ることなく、承継会社に免責的に承継されると解されてきた⁽³⁾が、主債務の承継に伴う保証債務の帰趨は明らかではなかった⁽⁴⁾。本判決も一般承継であることを肯定し、承継会社への主債務の移転を認めるが（本判決はその後で「その連帯保証債務も、随伴性により、B会社に承継される」と述べるが、本件は主たる債権の譲渡の事案ではないから、この判示は明らかな誤りである）、結果として免責的債務引受は否定するため、吸収分割は重畳的債務引受をもたらずと解しているようである。この点につき、会社分割制度創設にあたって、債権者異議手続の代わりにまたは債権者異議手続と並行して、分割会社と承継会社に連帯債務を負わせるべきであるとの立法論が主張されていた⁽⁵⁾が、現行会社法では、債権者異議手続において個別催告を受けなかった債権者に対する関係でのみ、吸収分割後は分割会社に債務の履行を請求できないものとされている場合であっても、分割会社は、効力発生日に有していた財産の価額を限度として弁済責任を負い、承継会社に債務の履行を請求できないとされている場合であっても、承継会社は、承継した財産の価額を限度として弁済責任を負うものとされているにすぎない（会759条2・3項）。したがって、当事会社間に別段の意思表示がない限り、重畳的債務引受を認めることはできない。これに対して、前掲東京地判平成22年7月22日は、保証債務存続の根拠を法人格否認の法理に基づく分割会社の主債務の存続に求

めていることに鑑みれば、新設分割が免責的債務引受を生ぜしめることの結果として保証債務は消滅すると解しているようであるが、一般承継との関係は不明である。

このように会社分割による債務承継の効果について判例が錯綜しているのは、相続・合併の場合には、相続人・存続（新設）会社は被相続人・消滅会社の全財産を承継し、被相続人・消滅会社は消滅するのに対して、会社分割の場合には、承継会社は分割会社の財産の一部を承継するにすぎず、分割会社は消滅しないため、相続・合併による一般承継に伴う法律関係をそのまま会社分割に適用することができないからであると推測される。例えば、一般承継の場合、承継人は当然に第三者に対して権利取得を主張することができ、対抗要件は問題とならないのに対して、会社分割の場合は、分割会社が存続する以上、分割の対象となった権利の帰属が承継会社と第三者との間で争われた場合、その権利に応じた対抗要件が具備されているかによって決するほかはない⁽⁶⁾。本判決が債権者の同意がなければ免責的債務引受の効力は生じないと解しているのも、会社分割のかかる特殊性に影響されているのかもしれない。

そこで、主債務移転の態様とその保証債務の帰趨との関係を再検討する必要がある。

2 立法の沿革を振り返れば、現行民法に債務引受に関する規定がないのは、ローマ法の伝統を継受したフランス法の影響により、債務者は債務の要素であり、債務者の変更は債務の同一性を失わしめるため、債務者の交替は更改によることを要し、債務引受を認めない趣旨であった⁽⁷⁾。債務者の交替による更改（民514条）によれば、旧債務は消滅するため（民513条1項）、旧債務を担保する保証債務は当然に消滅することになる⁽⁸⁾。その後、ドイツ法から債務引受の概念が体系的に導入されるに至る⁽⁹⁾と、BGB418条1項に倣って、第三者が債権に設定した保証・担保権は債務引受によって消滅するとの解釈が定着した。しかし、免責的債務引受は債務の同一性を失わずにこれを移転せしめるもので

あるから、それを担保する保証債務はこれに随伴して存続するはずである。そこで、主債務の免責的引受による保証債務消滅の根拠が問題となるが、保証債務の属性ないし保証人の意思に求められるべきであろう。この点につき、前掲大判大正11年3月1日は、「保証人ハ債務者其ノ人ヲ信用シテ保証債務ヲ負担シタルモノニシテ特定ノ債務者以外ノ者ノ為ニ保証債務ヲ負担スルノ意思ヲ有セサルヲ通常トスルヲ以テ旧債務者ノ保証人カ引受ニ同意シ又ハ新債務者即チ引受人ノ為ニ保証人トナルヘキコトヲ承諾シタルコトノ立証アリタル場合ノ外ハ保証債務ハ債務ノ脱退的引受契約ノ成立ニ因リテ消滅スルモノト解スルヲ相当トス」と判示している。このように、保証人の意思効果として特定の債務者が負担することをもって被保証債務の要素としているのであれば、その移転は被保証債務としての同一性を失わしめるから、保証債務は消滅することになる。そうであれば、特定承継と一般承継とを問わず、債務者が交替すれば保証債務は消滅するはずである。

しかし、主債務の特定承継と一般承継とでは次の2点の違いがある。

第一に、主債務の特定承継（免責的債務引受）には債権者の同意を要し、債権者は自らの意思に基づいて主債務の同一性の喪失をもたらすため、それに伴う保証債務の消滅は当然に甘受すべきものであるのに対して、相続・合併による主債務の一般承継は、債権者の意思に基づくものではない。もっとも、会社の合併の場合、消滅会社の債権者は合併に異議を述べることができ（会789条1項1号・810条1項1号）、所定の期間内に異議を述べなかった債権者は合併を承認したものとみなされるため（同4項）、この異議手続をもって免責的債務引受における債権者の同意に代わるものと評価する余地もある。会社分割における債権者異議手続（会789条1項2号・810条1項2号）についても同様の評価がありうる⁽¹⁰⁾。しかし、この異議手続は、弁済により債務を消滅させる場合とはもかく、そうでない場合には会社をして相当の担保の提供または信託会社等への相当の財産の信託をなさしめることができるにすぎず（同5項）、合併による

債務の移転を阻止できるわけではない。債権者の異議に対する会社の措置は主債務について債権回収を確実にするものであるから、かかる措置がとられた場合に限り保証債務は消滅すると解する余地もあるが、合併により債権者を害するおそれがない場合には債権者の異議に対して会社は何らの措置も講ずる必要はないから、それを見越して債権者が異議を述べなかったとしても、それをもって免責的債務引受の同意と同視することはできないし、合併を承認しなかった債権者は合併無効の訴えの原告適格が否定されるだけであって（会828条2項7号・8号）、そこでいう承認は債務引受の同意とは性質を異にするというべきである。本判決も、債権者が会社分割に異議を述べなかったことをもって免責的債務引受の同意と同視できないとするが、異議の法的性質に関する判旨の文言には疑問がある。「会社分割で承継される個々の債権・債務に関する意思表示」とは、免責的債務引受に対する同意のみを意味するとしても、「組織法上の行為に対する意思表示」については、債権者の異議によって債権者の望む措置がとられるとは限らない以上、異議は準法律行為たる意思の通知にすぎないと思われるため、その意味するところは明らかではない。

第二に、主債務の特定承継（免責的債務引受）は、まさに特定の主債務とその債務者を切り離すものであるのに対して、相続・合併による主債務の一般承継は、財産主体の消滅に伴い、主債務を含む消極財産と積極財産の一切の移転をもたらすものであり、財産主体たる地位の承継というべきものである。そこで、承継人の財産状態に応じて債務の弁済可能性が左右されるとはいえ、主債務弁済の担保財産も承継されるため、被保証債務としての同一性は失われないと評価することもできよう。したがって、一般承継人の下で保証債務を存続させても、保証人の意思に反するとはいえないであろう。

かかる違いに鑑みれば、保証債務の帰趨につき主債務の特定承継の場合と一般承継の場合とで別異に解することができよう。

3 しかるに、会社分割においては、その対象財産の移転が一般承継であり、

対象財産を構成する個々の権利義務の移転自体につき格別の手続を要しないことは動かしがたい。対象財産を構成する個々の権利義務の移転につき格別の手続を要するものとするれば、事業譲渡と異なることなく、組織法上の行為としての会社分割を制度化した意味がない⁽¹¹⁾。したがって、債務もまた債権者の同意なしに承継会社に免責的に移転すると解すべきである。

そして、会社分割における対象財産の移転が一般承継である以上、承継会社に免責的に承継された主債務を担保する保証債務は消滅しないと解すべきである。債権者の意思によらない債務の移転に伴いその担保を失わしめることは債権者に酷であるし、事業上の債務は事業上の財産(事業活動によって得られた収益)をもって弁済されるべきである⁽¹²⁾から、主債務に随伴して保証債務の存続を認めても、必ずしも保証人の不利益にはならないと考えられるからである。ドイツにおいては、会社分割について定めた組織再編法(Umwandlungsgesetz)は、対象財産の部分的包括承継を認める(131条1項1号)一方、分割当事会社は分割の効力発生前に生じた分割会社の債務について連帯責任を負うものとするが(133条1項)⁽¹³⁾、債務引受に対する債権者の同意は担保存続の放棄として機能する⁽¹⁴⁾ところ、会社分割においては、債権者が債務の移転に同意していない以上、BGB418条1項は適用されないと解されている⁽¹⁵⁾⁽¹⁶⁾。

ただし、その前提として、会社分割における移転の客体は、客観的意義における営業(事業)、すなわち一定の営業目的のために組織化された有機的一体として機能する財産でなければならないはずである⁽¹⁷⁾。なぜなら、客観的意義における営業は、いわば生きた企業として、それ自体独立した経済単位であると評価することができるからこそ、包括的な財産主体として一般承継の単位となりうるし、承継会社による営業の継続が主債務の弁済能力を担保すると考えられるからである⁽¹⁸⁾。この点につき、平成12年商法改正による会社分割制度創設時には、分割の客体は「営業の全部または一部」であった(旧商373条・374条ノ16)のに対して、新会社法においては、「事業に関して有する権利義務」

吸収分割された分割会社の債務に係る保証債務の帰趨

に改められた（会2条29号・30号）。これは、分割の客体が客観的意義における営業としての実質を備えていなくても、法的安定性を図るため、会社分割を認める趣旨である⁽¹⁹⁾。しかし、単なる権利義務の寄せ集めに一般承継を認める意味は乏しい⁽²⁰⁾し、まして分割対価の柔軟化が認められる新会社法の下で、金銭を分割対価とする場合には、複数の具体的な財産の売買が同時に行われるに等しいから、かかる会社分割を認めること自体大いに疑問である。したがって、分割の客体は事業としての実質を要すると解すべきであり⁽²¹⁾、分割の客体に関する新会社法上の変更は問題であるといわざるをえない⁽²²⁾。かかる問題は残るものの、保証債務の存続を認める解釈の障害とはならないというべきである。

注

- (1) 我妻榮『新訂債権総論』（1964年・岩波書店）571頁、奥田昌道『債権総論〔増補版〕』（1992年・悠々社）474頁等。
- (2) BGB418条1項については、柚木馨『現代外国法典叢書・獨逸民法〔Ⅱ〕』（1955年・有斐閣）317頁、椿寿夫＝右近健男編『ドイツ債権法総論』（1988年・日本評論社）377～378頁、濱崎智江「免責の債務引受と担保及び保証の関係について」中京法学41巻3＝4号（2007年）1頁以下参照。
- (3) 原田晃治「会社分割法制の創設について〔下〕」商事法務1566号（2000年）4～5頁。
- (4) 郡谷大輔＝横山兼太郎「事業譲渡・会社分割における契約上の地位・保証・物的担保の円滑な移転」商事法務1875号（2009年）53頁は、「保証人は従前の主債務者の資力を勘案して、または従前の主債務者との信頼関係に基づいて保証債務を負っているという点は事業譲渡の場合と異なるところがないため、吸収分割が包括承継であるからといって当然に保証関係が存続すると解することができるかについては、保証人の合理的な意思解釈とも関連して問題とな」とする。
- (5) 商法改正研究会「商法改正要綱私案」第八の六1・商事法務501号（1970年）14頁、吉田昂「会社の合併および分割に関する改正意見一分割の部（2）」商事法務536号（1970年）3頁、山田純子「会社分割の規制（二・完）」民商法雑誌100巻2号（1989年）99頁、田村諄之輔『会社の基礎的変更の法理』（1993年・有斐閣）79頁、前田修志「会社分割における債権者保護制度の基本的視点」田村諄之輔先生古稀記念『企業結合法の現代的課題と展開』（2002年・商事法務）228頁以下等。なお、会社分割における債権者保護のあり方に関する総合的研究として、会社分

吸収分割された分割会社の債務に係る保証債務の帰趨

- 割研究会「会社分割の法律問題」金融研究 16 卷 1 号 (1997 年) 1 頁以下参照。
- (6) 原田・前掲注 (3) 7 頁、岩原紳作ほか「座談会／会社分割に関する改正商法への実務対応」商事法務 1568 号 (2000 年) 30～31 頁、前田庸『会社法入門〔第 12 版〕』(2009 年・有斐閣) 735 頁、森本滋編『会社法コンメンタール 17』(2010 年・商事法務) 282 頁・337 頁〔神作裕之執筆〕。
- (7) 梅謙次郎「債権債務ノ承継ヲ論ス」法政大学創立三十周年記念論文集 (法学志林 11 卷 4 号・1909 年) 55 頁。
- (8) 民法 (債権法) 改正検討委員会「債権法改正の基本方針」【3.1.3.36】は、「更改前の債務の保証人は、更改後の債務を履行する責任を負わないものとする。ただし、保証人が、書面をもって、その責任を負うことを承諾した場合は、この限りでないものとする。」という規定の新設を提案している。一方、【3.1.4.13】は、免責的債務引受がなされたときは、「債務引受の当事者は、その債務のために供されていた担保を引受後の債務に移すことができる。ただし、第三者 (債務者を除く。) がこれを供している場合には、その承諾を得なければならない。」との規定の新設を提案しているが、保証債務の帰趨については明文の規定の新設は提案されていない。この点については、保証債務が消滅することには異論がなく、本提案もこれを変更するものではないと説明されている (民法 (債権法) 改正検討委員会編『詳解債権法改正の基本方針Ⅲ』(2009 年・商事法務) 328 頁)。しかし、更改の場合、旧債務が消滅する以上、それを担保する保証債務が消滅するのは当然であるのに対して、免責的債務引受の場合、主債務は同一性を維持したまま移転することに鑑みれば、むしろ保証債務の帰趨につき明文の規定を置くべきは免責的債務引受の場合ではないか。
- (9) 石坂音四郎「債務引受論」『改纂民法研究』(1920 年・有斐閣) 367 頁以下。
- (10) 会社分割研究会・前掲注 (5) 28 頁、前田 (修)・前掲注 (5) 230 頁。相澤哲 = 葉玉匡美 = 郡谷大輔『論点解説新・会社法』(2006 年・商事法務) 693 頁は、「分割会社の債務について会社分割により免責的債務引受けが認められるのは、789 条 4 項により、債権者が会社分割について承認をしたものとみなされるからである」とする。
- (11) 田中良「本件判批」ビジネス法務 11 卷 3 号 (2011 年) 10 頁。
- (12) 営業 (事業) 譲渡における譲渡人 (譲渡会社) の商号を続用する譲受人 (譲受会社) の弁済責任 (商 17 条 1 項・会 22 条 1 項) と譲渡人の責任の消滅 (同 3 項) は、営業上の債務は営業上の収益をもって弁済されるべきであるという趣旨に基づいていると解される。
- (13) ドイツ組織再編法に基づく会社分割規制については、早川勝「ドイツにおける会社分割規制」同志社法学 48 卷 5 号 (1997 年) 94 頁以下、早川勝訳「ドイツ組

吸収分割された分割会社の債務に係る保証債務の帰趨

織変更法」同志社法学 49 巻 4 号 (1998 年) 234 頁以下参照。

- (14) Rieble in Staudingers Kommentar zum BGB, Buch 2, 2005, § 418 Rn. 3.
- (15) Rieble, a. a. O., Rn. 5; Kallmeyer in Kallmeyer, UmwG, 3. Aufl., 2006, § 131 Rn. 7; Hörtnagl in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG · UmwStG, 5. Aufl., 2009, § 131 Rn. 83; Simon in Kölner Kommentar zum UmwG, 2009, § 131 Rn. 28; a. A. Teichmann in Lutter, UmwG, Band I, 4. Aufl., 2009, § 131 Rn. 39.
- (16) ドイツの UmwG156 条は、個人商人の財産の分離独立につき、「個人商人は、債務を譲受会社または新会社に移転することによって、債務に対する責任を免れることはできない」とした上で、この場合に BGB418 条の適用を明文で否定している。
- (17) この問題については、神作裕之「会社分割における『営業』の意義」法学教室 243 号 (2000 年) 24 頁以下参照。
- (18) 原田晃治「会社分割法制の創設について [上]」商事法務 1563 号 (2000 年) 12 頁は、会社分割における債務の免責的な移転に債権者の個別の同意を要しないのは、「承継の対象が営業とされ、営業が継続されることにより、実質的な妥当性が保証される」とする。
- (19) 相澤＝葉玉＝郡谷・前掲注 (10) 668～669 頁、相澤哲編『立案担当者による新・会社法の解説 (別冊商事法務 295)』(2006 年) 182 頁 [相澤哲＝細川充執筆]。
- (20) 吉田正之「会社財産の包括承継に関する一考察」堀口亘先生退官記念『現代会社法・証券取引法の展開』(1993 年・経済法令研究会) 290 頁以下は、会社財産の包括承継については、譲渡主体の消滅もその財産全部の移転も不可欠の要素ではなく、単一性(独立性)の強い目的財産性が認められれば、会社財産の一部についても包括承継を認めることができるが、譲渡主体の消滅しない会社財産の移転に包括承継を認めるためには実際上の強い要請が必要であるとする。
- (21) 南保勝美「会社分割制度の解釈上の問題点について」法律論叢 79 巻 4 = 5 号 (2007 年) 332～333 頁、山下眞弘「会社分割と事業譲渡規制の類推」阪大法学 59 巻 2 号 (2009 年) 1 頁、前田(庸)・前掲注 (6) 722 頁、奥島孝康ほか編『新基本法コンメンタル・会社法 3』(2009 年・日本評論社) 247 頁 [中東正文執筆]、吉本健一『会社法』(2010 年・中央経済社) 385 頁等。
- (22) 龍田節『会社法大要』(2007 年・有斐閣) 475 頁、稲葉威雄『会社法の解明』(2010 年・中央経済社) 664 頁。