

論文式試験問題集
〔商法〕

〔商法〕

次の文章を読んで、後記の【設問1】及び【設問2】に答えなさい。

1. 甲野製菓株式会社（以下「甲社」という。）は昭和45年に設立され、東京都●区において「甲野庵」の屋号で和菓子の製造・販売業を営んでいた。甲野庵で販売される和菓子は全て店内で製造され、とりわけどら焼きが美味しいと評判であり、「甲野庵のどら焼き」として地元ではよく知られていた。甲社は取締役会設置会社で、取締役はA、BおよびCの3名であり、AとBは兄弟、CはBの妻である。甲社は普通株式1000株を発行しており、そのうちAが600株、Bが400株を保有している。
2. 甲社の設立当初、「甲野庵」はAとBの両親が経営していたものであるが、昭和55年にAとBは両親から甲社の経営を引き継ぐ形で甲社の取締役に就任した。Bは高校卒業後に海外でパティシエの修行を数年間していたことから、甲社はAとBの取締役就任直後に、東京都▲区において洋菓子販売店「パティスリーコウノ」を開店して洋菓子事業部門を立ち上げ、以後「甲野庵」はAが、「パティスリーコウノ」はBとCが切り盛りする形で現在に至っている。「パティスリーコウノ」は開店以来順調に売り上げを伸ばし、平成29年4月から平成30年3月までの決算期に係る甲社の売上高5000万円のうち、約50パーセントが洋菓子事業部門の売上である。
3. 他方、甲社が甲野庵において営む和菓子事業部門（和菓子事業部門に関し甲野庵以外の店舗、支店、事務所等はない。）は、特に若者の和菓子離れや「古くさい」というイメージに押され、徐々に売り上げを落としていた。甲野庵はAが2名の従業員を雇用して経営していたところ、平成30年4月、Aは脳梗塞で倒れ、約1か月の入院を余儀なくされたうえ、退院後も右手に麻痺が残り、和菓子の製造・販売に携わることが困難となった。Aは独身であり、子供もおらず、後継者も見当たらなかったことから、Aは甲野庵を閉店しようと考え、BおよびCもこれに賛成した。
4. 株式会社オツヤマフードサービス（以下「乙社」という。）は東京都内に複数のカフェを経営する株式会社であり、代表取締役のXは「甲野庵」の常連であり、Aとも顔見知りであった。甲野庵が閉店予定であることをAから聞いたXは、Aに対して「甲野庵のどら焼きが食べられなくなるのは忍びないので、店を乙社で引き継がせてもらえないか。」と話したところ、Aはこれに同意した。
5. その後AとXの間で、甲社の和菓子事業部門の売却（以下「本件買収」という。）の条件について、さらに詳細な協議が行われ、概ね次のとおりとすることとされた。すなわち、乙社は甲野庵の店舗、内装、機械什器といった資産の他、和菓子の製造法その他のノウハウや原料の仕入先等の情報も引き継ぐこととされたが、平成30年7月1日の時点で既に発生している甲社の債務（弁済期の到来の有無は問わない。）については乙社は一切承継しない旨が取り決められた。また、買収の対価は現金で2000万円（当該価格は甲社の和菓子事業部門の価値に見合う適正な価額である。）とされ、これらの条件について甲社および乙社の社内でそれぞれ検討することとなった。当該買収条件について甲社の取締役であるA、BおよびCの全員は賛成した。
6. 乙社は取締役会設置会社であり、取締役はX、YおよびZの3名である。Xは乙社の取締役会において、甲社の和菓子事業部門の買収について提案のうえ、前項の買収条件等について議論したところ、X及びZは賛成したが、Yは業態が乙社の現在の事業内容と著しく異なることを理由に反対した。
7. 乙社の株主はXとYの2名であり、乙社の発行する普通株式500株のうち、Xが300株、Yが200株を保有している。なお、乙社は種類株式を発行していない。
8. なお、乙社の平成30年4月現在の資本金は1000万円、純資産額は4000万円であり、平成29年4月から平成30年3月までの売上高は1億2000万円、当期純利益は1000万円である。

9. 何としても甲社の和菓子事業部門の買収の話を進めたいXは顧問弁護士Pに相談した。PはXに対して、(a)乙社が甲社の和菓子事業部門を承継する方法としては会社法上2つの方法が考えられるが、(b)そのうち一方の方法については上記1ないし8までの事実関係を前提とすれば採用は困難であり、もう一方の方法を取るのがよい旨アドバイスした。
10. 乙社は、平成30年7月1日、上記第8項記載の条件で甲社との間で契約を締結のうえ、甲社の和菓子事業部門を買い取った。
11. 乙社は本件買収後、「甲野庵」の店内を現代風のカフェに改装した。製造・販売する和菓子の種類を絞って製造・販売スペースを大幅に減らす一方、和菓子を店内で食べられる喫茶スペースを設けた。甲野庵という屋号は地元で親しまれていたことからこれを残すこととしたものの、「このあん」とひらがな表記とし、看板も現代風のデザインのものに変えた。
12. 丙社は長い間甲社と取引のある小豆業者であり、乙社は本件買収後も引き続き丙社から小豆を仕入れ、店舗に納品させていた。丙社は平成30年7月1日の時点で甲社に対して小豆の売掛金として300万円の債権（以下「本件債権」という。）を有していた。本件債権の弁済期は平成30年12月末日とされていたが、平成30年12月に入り、甲社の経営状況は急速に悪化し、事実上の倒産状態となったことから、丙社は弁済期に甲社から返済を受けられなくなった。

【設問1】

下線(a)について、乙社が甲社の和菓子事業部門を承継するために考えられる2つの方法を挙げつつ、下線(b)について、上記1ないし8の事実関係を前提として採用が困難な方法がどちらであるか、及びその理由について、もう一方の方法と比較しつつ論ぜよ。なお、甲社及び乙社以外の法人を設立することとなる方法について検討する必要はない。

【設問2】

和菓子製造部門を甲社から承継した乙社は、丙社に対して、本件債権を弁済する責任を負うかどうかについて論じたうえで、丙社の乙社に対する本件債権の履行の請求を排斥するために、和菓子製造部門を甲社から承継した時点においてあらかじめ乙社が取り得た方法について論ぜよ。

2019年1月20日

担当：弁護士 氏森政利

参考答案
〔商法〕

<p>第1 設問1について</p> <p>1 乙社が甲社の和菓子製造部門を承継するための方法としては、①現金を対価とする吸収分割（757条）、および②事業譲渡（467条1項）の2つが考えられるが、本問1ないし8の事実関係を前提として採用が困難な方法は上記①の吸収分割の方法である。</p> <p>2 すなわち、会社分割とは、ある会社（吸収分割会社）がその事業に関して有する権利義務の全部又は一部を他の会社（吸収分割承継会社）に承継する行為を指すところ、株式会社同士が吸収分割を行うに際しては、吸収分割会社のみならず、吸収分割承継会社においても、両社間で締結される吸収分割契約について株主総会における特別決議による承認を受けなければならない（795条1項309条2項12号）。</p> <p>3 本問においては、乙社の議決権の40%を保有するYが本件買収に反対していることから、吸収分割契約について株主総会における特別決議による承認を得ることはできない。なお、吸収分割会社に交付する現金が吸収分割承継会社の純資産額の5分の1を超えない場合には、例外的に株主総会の特別決議は不要となるが（会社法796条2項）、本問における本件買収の対価は2000万円、乙社の純資産額は4000万円であるため、かかる例外は適用されない。</p> <p>4 他方、事業譲渡の方法による場合、乙社においては株主総会の特別決議は不要である。すなわち、事業譲渡とは、一定の営業目的の</p>	<p>ために組織化され、有機的一体として機能する財産の全部又は重要な一部を譲渡し、これによって譲渡会社とその財産によって営んでいた営利的活動の全部又は重要な一部を譲受会社が承継することを指すところ、譲受会社において株主総会の（特別）決議が必要とされるのは、他の会社の事業の全部を譲り受ける場合のみである（会社法第467条第1項第3号参照）。</p> <p>5 本問において、譲渡会社たる甲社は和菓子事業部門のみならず洋菓子事業部門も有しており、両部門の売上高はともに50パーセントであるため、本件買収を事業譲渡の方法で行う場合、乙社にとっては「他の会社の事業の全部を譲り受ける場合」に該当せず、株主総会決議は不要である。</p> <p>6 もっとも、本件買収の対価は、乙社の純資産額の約50パーセントにもよる2000万円であり、「重要な財産の譲受け」に該当し、取締役会における承認を要する（362条1項1号）。本問においては、取締役3名のうちXとZが賛成していることから、取締役会による承認は得られるものと考えられる。</p> <p>7 以上より、本件買収について会社分割の採用は困難であり、事業譲渡の方法を採用すべきである。</p> <p>第2 設問2前段について</p> <p>1 本件買収に関する甲社と乙社の契約では、平成30年7月1日の時点で既に発生している甲社の債務は承継しない旨が取り決められているため、平成30年7月1日の時点で発生していた本件</p>
---	--

<p>債権について乙社は丙社に対する弁済義務を負わないのが原則である。</p> <p>2 もともと、乙社は「甲野庵」の店舗を承継したうえで、ひらがな表記に変えたとはいえ「このあん」との屋号で和菓子の製造・販売を続けていることから、会社法第22条第1項に基づき譲渡会社たる甲社の事業によって生じた本件債権の弁済責任を負わないかが問題となる。</p> <p>3 この点、会社法22条1項は、譲渡会社が譲渡会社の「商号」を事業譲渡後に引き続き使用した場合に関する規定であるところ、甲社の商号は「甲野製菓株式会社」、乙社の商号は「オツヤマフードサービス」と全く異なっているため、同条を直接適用することはできない。</p> <p>4 しかしながら、会社法22条1項は、譲受会社が譲渡会社の商号を継用する場合、譲渡会社の債権者は営業主の交代があったことを知らず、仮に知っていたとしても譲受人による債務引受があったと考えるのも無理からぬことであるため、こうした債権者の信頼を保護するために設けられたものであり、かかる趣旨に鑑みれば、商号ではなく屋号が継用されている場合であっても、当該屋号が営業主体を指す機能を果たしている場合においては、債権者において営業主の交代があったことを容易に知り得るなど特段の事情がない限り、会社法22条1項を類推適用し、譲受会社は譲渡会社の営業によって生じた債権の弁済義務を負うものと解すべきで</p>	<p>ある。</p> <p>5 これを本間についてみるに、「甲野庵」との屋号は甲社の商号と重要部分において一致しており、またその販売するどら焼きが「甲野庵のどら焼き」として地元によく知られているなどに鑑みれば、「甲野庵」との屋号は甲社の営業主体を指す機能を有しているものと考えられ、また、ひらがな表記とはいえ「このあん」との屋号は発音において「甲野庵」との同一性が見られることに鑑みれば、乙社は「甲野庵」との屋号を継用しているものと考えられる。</p> <p>しかしながら、乙社は本件買収後は店内に喫茶スペースを設けるなどして現代風のカフェに改装したうえで、看板も現代風のデザインに変えている。丙社は本件買収後も乙社との間で取引を継続し、店舗に納品していたものである以上、納品の際に店舗を訪れれば、本件買収があったことは容易に知り得るはずである。</p> <p>6 したがって、本間において会社法22条1項は類推適用されず、乙社は甲社に対して本件債権の弁済義務を負わない。</p> <p>第3 設問2 後段について</p> <p>丙社の乙社に対する本件債権の履行を排斥するために、乙社は本件買収後遅滞なく、甲社の債務を弁済する責任を負わない旨を登記するか、その旨を本件買収後遅滞なく丙社に通知することができ、その場合、乙社は丙社に対して本件債権の弁済義務を負わない(22条2項)。</p> <p style="text-align: right;">以上</p>
--	--

2019年1月20日
担当：弁護士 氏森政利

予備試験答案練習会(商法)採点基準表

受講者番号

	小計	配点	得点
〔設問1〕	(21)		
会社分割の指摘		4	
譲受会社における会社分割の手続		3	
事業譲渡の指摘		4	
譲受会社における事業の譲受の手続①株主総会		3	
譲受会社における事業の譲受の手続②取締役会		3	
本間において採用できない手続、採用すべき手続とその理由		4	
〔設問2〕	(19)		
1 譲渡会社の債権者が譲受会社に弁済請求すること			
会社法22条1項の指摘		3	
会社法22条1項の適用場面、及び本件に直接適用できない旨		3	
商号続用に対する会社法22条1項の類推適用の可否及び要件		2	
(上記に関連し、会社法22条1項の趣旨)		2	
あてはめ		3	
結論		2	
2 譲渡会社の債権者からの請求を排斥する譲受会社の手続			
22条2項所定の登記及び通知		4	
裁量点	(10)	10	
合計	(50)	50	

商法 解説レジュメ

1. 出題趣旨

設問1は、株式会社（譲受会社）が他の株式会社（譲渡会社）の事業の一部を金銭を対価として取得する場合に、譲受会社においていかなる手続が必要となるかを問うものであり、会社分割（吸収分割）と事業譲渡における譲受会社の手続きの相違点を論ずることが求められる。設問2は譲受会社が商号ではなく屋号を続用する場合において、譲渡会社の債権者が譲受会社に対して債務の履行を請求することの可否やその法律構成を問うとともに、かかる請求を事業譲渡の時点で阻止するために取り得る方策（会社法22条2項に基づく免責登記及び通知）について問うものである。

事業譲渡と会社分割の手続上の相違点については司法試験でも繰り返し問われているが、どちらかというと譲渡会社における手続に目が行きがちである。もっとも、譲受会社における手続を問う問題についても過去には出題例があり（平成21年度旧司法試験商法第1問）、譲渡会社・譲受会社双方の観点から手続の流れを押さえておく必要がある。また、屋号の続用と会社法22条類推適用の可否については平成27年度の司法試験予備試験でも問われており、会社法において「類推適用」が問題となる数少ない論点の一つであるため、これを機会にしっかりと復習しておきたい。

2. 設問1

(1) 設問の検討

まず問われているのは、乙社が甲社の和菓子事業部門のみを承継するための方法として会社法考えられる2つの方法であり、ここでは事業譲渡と会社分割の2つを挙げてほしい（この2つが出てこないと、設問1の出題趣旨がわからなかっただろうと思う）。

そのうえで、本問における具体的な事実関係を前提とした場合、採用することができない方法が何かを検討することになる。関係がありそうな記述は特に5項ないし8項に記載されていることは見当がつくであろうが、乙社の取締役であり議決権の40%を保有する株主Yが本件買収に反対しており、それ故株主総会の特別決議による承認を得ることができないという点に着目できれば、回答に至ることができるであろう。なお、第5項の「平成30年7月1日の時点で既に発生している甲社の債務を承継しない」との点も一見関係がありそうだが、吸収分割及び事業譲渡のいずれであっても、吸収分割契約や事業譲渡契約にその旨明記することにより既存の債務を承継対象から除外することは可能であるため、この点に惑わされてはいけない。

なお、「甲社及び乙社以外の法人を設立することとなる方法」について検討する必要はないものの、方法としては、「甲社に残すべき事業（洋菓子事業）を新設分割により新たに設立した株式会社（甲〱社）に承継させ、乙社に移転すべき事業を残した株式会社（甲社）の株式を乙社に譲渡する」という方法も考えられ、税務上のメリットも考えると十分検討に値するスキームであるが、解説は割愛する。

(2) 会社分割と事業譲渡

会社分割(吸収分割)と事業譲渡¹は、いずれも本問のように、ある会社の事業や権利義務の「一部」を他の会社に移転する場合に用いられる手法であるが、権利義務の移転の態様について、事業譲渡の場合には個々の権利義務や法律上の地位が個別に譲受会社に移転することになるのに対し、会社分割の場合には効力発生日に権利義務が分割承継会社に移転することとなるという点に大きな違いがあり、例えば事業譲渡において債務を移転するには個々の債務毎に債権者の承諾を得る必要がある一方、会社分割においては債権者異議手続(789条、799条)を経ることにより移転対象たる債務がまとめて効力発生日に移転することとなるといった点に違いがあらわれている。

意思決定機関に関する手続的規制については、譲渡会社あるいは分割会社側の手続という観点で見た場合には、どちらも株主総会の特別決議が必要という共通点があるが(309条2項11号、12号)、譲受会社あるいは分割承継会社側の手続という観点で見た場合、吸収分割の場合には分割承継会社においても株主総会の特別決議が必要であるのに対し、事業譲渡における譲受会社側で株主総会の特別決議が必要なのは「事業の全部の譲受け」の場合のみであり(467条1項3号)、事業の一部を譲り受ける場合には、たとえそれが譲渡会社にとって事業の重要な一部の譲渡(同項2号)にあたるとしても、譲受会社においては株主総会決議は不要であるというのが大きな違いである²。

(3) 事業の譲受と「重要な財産の譲受け」

上記のとおり、本件買収を吸収分割の方法で行う場合には、乙社において株主総会の特別決議による承認を得る必要があるが、40%の議決権を有するYが本件買収に反対しているため、乙社は吸収分割の方法では手続きを進めることができないことになる。

他方、事業譲渡の方法で行う場合には、株主総会の特別決議は不要である。もっとも、本件買収が、取締役会の専決事項たる「重要な財産の処分及び譲受け」(362条4項1号)に該当するか否かは別途問題となる。

この点、最高裁平成6年1月20日判決(民集48巻1号1頁)は、会社の総資産の1.6パーセント(帳簿価格7800万円)を占める株式の譲渡が「重要な財産の処分」に該当するか否かが問題となった事案において、「重要な財産の処分に該当するかどうかは、当該財産の価額、その会社の総資産に占める割合、当該財産の保有目的、処分行為の態様及び会社における従来の取扱い等の事情を総合的に考慮して判断すべきものと解するのが相当である。」と判示し、結論として当該株式の譲渡が「重要な財産の処分に当たらないとすることはできない」と結論付けた。事業の譲受の場合には、上記判断基準のうち、財産の価額や総資産に占める割合で判断するのが適当と思われるが、乙社の会社規模に鑑みれば、本件買収が「重要な財産の譲受」に該当することは特段異論のないところであろう。

¹ 会社法上、事業譲渡の定義規定はないが、最高裁昭和40年9月22日判決(民集19巻6号1600頁)は、会社法施行前の旧商法245条1項1号によって特別決議を経ることを必要とする営業の譲渡とは、「一定の営業目的のため組織化され、有機的の一体として機能する財産(得意先関係等の経済的価値のある事実関係を含む。)の全部または重要な一部を譲渡し、これによって、譲渡会社がその財産によって営んでいた営業的活動の全部または重要な一部を譲受人に受け継がせ、譲渡会社はその譲渡の限度に応じ法律上当然に同法二五条に定める競業禁止業務を負う結果を伴うものをいうものと解するのが相当である。」と判示している。もっとも、判例の挙げる3つの要件(①一定の営業目的のために組織化され、有機的の一体として機能する財産の移転、②営業の承継、③競業禁止義務の負担)のうち、③については、営業譲渡に該当することの帰結であって要件ではなく、①②の要件を充足すれば事業譲渡に該当するものと解すべきとする見解が有力である(伊藤靖史ら『リーガルクエスト会社法(第4版)』439頁)。

² ただし、事業の一部の譲渡について対価を譲受会社の株式とする場合には、第三者割当の現物出資に該当するため、対価の相当性如何によっては株主総会の特別決議が必要となる可能性はある(199条2項、201条1項 旧司法試験平成21年商法過去問第1問)。

そうすると、事業の譲受の方法による本件買収については乙社の取締役会における専決事項ということになるが、乙社の3名の取締役のうちX及びZの2名が賛成ということであるから、取締役会決議において過半数の賛成を得ることは可能である。

3. 設問2前段

(1) 設問の検討

本問は乙社が丙社に対して、会社法上、本件債権を弁済する責任を負うかどうか問われているが、丙社の有する本件債権は甲社に対する債権であり、本問第5項記載の契約上、「平成30年7月1日の時点で既に発生している甲社の債務（弁済期の到来の有無は問わない。）については乙社は一切承継しない旨が取り決められ」ているのであるから、乙社は本件債権を弁済する責任を負わないはずである、というのが議論の出発点である。もちろん、答案にそう書いただけでošimai、というのでは出題趣旨に答えたことにはならないため、乙社が甲社の債務について弁済責任を負う根拠となりそうな記述がないかを本問中から探してゆくことになるが、乙社が「甲野庵」の屋号を「こうのあん」とひらがな表記に改めたうえで用いていることにピンとくることができるかどうかポイントである。

(2) 屋号の続用と会社法22条1項

会社法22条1項は、「事業を譲り受けた会社（以下この章において「譲受会社」という。）が譲渡会社の商号を引き続き使用する場合には、その譲受会社も、譲渡会社の事業によって生じた債務を弁済する責任を負う。」と定め、譲渡会社が譲受会社の商号を続用した場合の弁済責任について規定している。当該規定の趣旨は、商号の続用がある場合には、営業の譲渡があったことを知り得ず、従前の譲渡会社による営業が継続しているものと信じたり、営業主体の変更があったことを知っていたとしても、譲受会社に債務が承継されたものと信じるのも信頼するのが通常であることから、こうした信頼を保護する（いわゆる外観法理）という点にあるというのが判例の立場である³。

そして、こうした債権者の信頼を保護すべき場面は、必ずしも商号が続用されている場合に限られるものではなく、屋号（店の名前）が営業主体を表示するものとして用いられている場合にも、会社法22条1項を類推適用すべきというのが判例の立場である。すなわち、最高裁平成16年2月20日判決（民集58巻2号367頁）は、ゴルフ場の運営会社XがAという名称のゴルフクラブをYに事業譲渡により譲渡したという事案（XとYの商号は全く異なり、またXとAの商号にも特段の重複はない。）において、「ゴルフ場の営業の譲渡がされ、譲渡人が用いていたゴルフクラブの名称を譲受人が継続して使用しているときには、譲受人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、」商法26条1項（現会社法22条1項）が類推適用される旨判示している⁴。

上記最高裁平成16年2月20日判決は譲渡会社の商号と屋号が全く異なるケースにおいても、屋号が営業主体を表すものとして用いられていることを要件に会社法22条1項の類推適用を認

³ 最高裁昭和47年3月2日判決 民集26巻2号183頁。ただし、22条は債権者の善意・悪意を要件としていないことを根拠に、判例の立場とは異なる立場をとる見解も有力である。

⁴ もっとも、本判決以降も、屋号が続用されているにもかかわらず、譲渡会社の商号と譲渡会社の屋号が全く異なる場合において類推適用を認めない裁判例も多い。例えば、東京地方裁判所平成18年3月24日判決は、「ヌギートレーディング株式会社」（譲渡会社）が「ザ・クロゼット」という屋号の洋品店の営業を被告（譲受会社）に譲渡し、譲受会社は当該屋号を続用したという事案において、譲渡会社に対して手形貸付を行っていた債権者の譲受会社に対する商法26条1項に基づく責任を否定している。当該判決は、最高裁平成16年2月20日判決について「ゴルフ場の会員権取引においては、一般的に運営会社の商号よりも屋号に相当するゴルフ場の名称が流布されるという特殊事情が存在し、続用されるゴルフクラブの名称が逆に営業主体を表示する機能を有している」ことを理由に本件には適用がないとしている。

めている。当該判決が「譲受人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」の有無を問題にしているあたりが、類推適用の要件及びあてはめを考える際のヒントとなると思われる。例えば、使えそうな事情としては、次のようなものが考えられよう。

- ・「甲野製菓株式会社」と「甲野庵」の商号・屋号の類似性、相違性
- ・「甲野庵のどら焼きとして地元ではよく知られていた。」→屋号が営業主体を表している？
- ・本件買収後すぐに乙社は内装を現代風に改装し、看板も変更→営業主体の交代を容易に知り得ることが特段の事情になり得るか？
- ・丙社は小豆の納入のために店舗を訪れていた→営業主体の交替は本件買収直後に知っていたはずではないか？

また、そもそも「甲野庵」と「このあん」に屋号続用があるといえるかどうかについても検討を要する。この点については、商号続用（直接適用）の事案において「万善株式会社」（譲渡人）と「株式会社マンゼン」（譲受人）について続用を認めた下級審判例がある⁵。

本問は判例・学説もまだ完全に固まっている論点ではなく、類推適用の要件についてもいろいろな考え方があり得るところである。会社法 22 条の 1 項の趣旨からさかのぼって類推適用の要件を定め、矛盾なく論ずることが求められるが、結論は類推適用肯定・否定のどちらもあり得ると思われる。

4. 設問 2 後段

設問 2 前段で検討した通り、乙社は甲野庵の商号を続用することにより丙社のような債権者から甲社の債務の弁済を求められるリスクが高い。そこで、こうしたリスクを予め排除するための方策の検討を求めるのが設問 2 後段である。

作問者としては、本問は、現場で会社法 22 条 1 項にたどり着くことができれば答えられるであろうと考えている。すなわち、同条 2 項は、「前項の規定は、事業を譲り受けた後、遅滞なく、譲受会社とその本店の所在地において譲渡会社の債務を弁済する責任を負わない旨を登記した場合には、適用しない。事業を譲り受けた後、遅滞なく、譲受会社及び譲渡会社から第三者に対しその旨の通知をした場合において、その通知を受けた第三者についても、同様とする。」と規定していることから、乙社があらかじめ本項に基づく免責登記又は債権者への通知を行えば、本件債権の履行請求を排斥できることとなる。

なお、商号ではなく屋号を続用する場合にも会社法 22 条 1 項が類推適用されることから、法務局は屋号続用の場合であっても免責登記を受け付けるようである。また、会社法 22 条 1 項の規定は事業譲渡のみならず会社分割の際にも類推適用されるというのが判例であることから⁶、会社分割の場合であっても免責登記をすることは可能である。

5. 参考文献・参考判例

脚注及び本文記載のもの

以上

2019 年 1 月 20 日

担当：弁護士 氏森政利

⁵ 大阪地裁昭和 57 年 9 月 24 日判決 金融・商事判例 665 号 49 頁

⁶ 最高裁平成 20 年 6 月 10 日判決 裁判集民事 228 号 195 頁

最優秀答案

回答者 KO 32点

第1 設問1

1 考えられる2つの方法について

乙社が採用することが考えられる方法としては、①事業譲渡契約を締結する（会社法（以下略）467条1項2号）、②吸収分割契約を締結する（757条以下）ことが考えられる。

2 採用が困難な方法と理由について

本問では、上述した②の方法を採用することは、困難といえる。理由は、以下のとおりである。吸収分割を行うためには、契約の効力発生日の前日までに株主総会の特別決議を行う必要がある（795条1項、309条2項12号）。しかし、乙社の発行済株式の4割を保有しているYが、甲社の和菓子事業部門の承継に反対している。したがって、特別決議の成立に必要な3分の2以上の賛成を得ることは困難といえるから、上述した②の方法の採用は、困難といえる。

他方、事業譲渡については、譲渡会社では株主総会の特別決議を要する（467条1項、309条2項11号）一方、譲受会社では、事業全部の譲受け以外、株主総会決議を要しない（467条1項3号参照）。そして、甲社では、全ての株主が、同社の和菓子事業部門の乙社への承継に賛成している。したがって、上述した①の方法採用は可能といえる。

第2 設問2

1 乙社が本件債務を弁済する責任を負うか

事業譲渡契約の内容は、契約当事者の合意によって決定される。したがって、債権債務関係の承継の有無も当事者の合意によって決せられるのが原則となる。ところで、本問で、甲社・乙社間で、甲社の債務については乙社が一切承継しない旨が取り決められている。したがって、本件債務は、乙社に承継されていない。もっとも、会社法22条1項は商号を続用した譲受会社の責任を定めているところ、本問では商号の続用は不明である一方、乙社は、甲社が用いてい

た「甲野庵」という屋号をひらがな表記にした「こうのあん」という屋号を用いている。そこで、屋号が続用された場合に会社法22条1項が類推適用できないかが問題となる。

会社法22条1項の趣旨は、外観作出の責任を負う者に対し、その外観に基づく責任を負わせることにある。そして、一般に、商号と屋号が混同して認識されていることからすれば、屋号の続用の場合にも、会社法22条1項の類推適用が肯定されるべきである。

本問で、乙社は、「甲野庵」という屋号をひらがな表記にしたにすぎない。そして「甲野庵」という屋号が地元で親しまれていたことからすれば、看板のデザインを現代風に変更しても、かかる事情は、外観を変更するものとはいえない。したがって、本問では、屋号の続用があったといえるから、会社法22条1項が類推適用される。よって、乙社は、本件債務を弁済する責任を負う。

2 乙社が採り得た方法について

上述のとおり、乙社は会社法22条1項に基づく責任を負う。したがって、乙社は、同法同条2項が定める「譲渡会社の債務を弁済する責任を負わない旨の登記」を行うべきであったといえる。

以 上

採点講評

(2019年1月20日 商法)

今回から下三法（私が受験生だった頃、商法、民事訴訟法、刑事訴訟法のことを昔は「下三法」と呼んでいたのですが、行政法も出題される今般、この用語はまだ使われているのでしょうか。）に入り、特に1，2年生など勉強の進んでいない受講生にとっては難しかったと思います。しかしながら、本答練は、たとえ勉強の進んでいない分野であっても、あきらめずに継続して受講することがとても大切です。しっかりと体調を整え、答練に継続して出席するようにしてください。

全般的な印象としては、できている人とできていない人の差が大きかったように思います。前述のとおり商法については勉強が追い付いていない受講生が相当数いらっしゃるということだろうと思います。あまり得点について気に病むことなく、解説レジュメをみてしっかり復習してください。特に、レジュメに挙がっている最高裁判例について、最高裁判例解説（いわゆる調査官解説）を読んでみることは有益です。大学の図書館が使える方はぜひご一読ください。

設問1については、事業譲渡（事業の譲受）と吸収分割の2つがしっかりと挙げられている方も多く見られましたが、中には「吸収合併」をあげている方もいました。今回は和菓子事業部門という甲社の事業の「一部」を承継する方法ですので、洋菓子事業部門もついてきてしまう結果となる吸収合併を使うことはできません。こうした事業再編の手法を問う問題では、どの手法をどのような場面で使うのかについて、具体的なイメージを持って頭に入れておく必要があります。また、事業の譲受の場合は乙社において株主総会が不要である旨を指摘して終わってしまう人も相当数いましたが、その場合でも取締役会（重要な財産の譲受）決議が必要であること、そして当該決議はYが反対していても可決できることまで指摘したいところでした。よくできている答案も多かっただけに、こうした「あと一押し」のところで点数に差が出る場合がありますので、注意してください。

設問2については、会社法ではなく商法の事業譲渡の条文（17条）をあげている受講生も相当数いました（商法総則を学校の授業等で習ったばかりで、それに引きずられた？）。株式会社同士の事業譲渡では会社法を使いますので、復習しておきましょう。

また、「甲野庵」の屋号について「商号」の続用の問題として、会社法22条1項を「直接」適用している受講生はかなりの数いました。「商号」は会社の名称であり（会社法6条1項）、株式会社であれば商号には必ず「株式会社」の文字が用いられています（同条2項）。本問では甲社の商号は「甲野製菓株式会社」、乙社の商号は「株式会

社オツヤマフードサービス」ですが、このことを明記できている答案はありませんでした。「甲野庵」という店の名前は「屋号」であって商号ではありませんので、しっかりと区別できるようにしておきましょう。直接適用としてしまうと、「甲野庵」と「このあん」の表記の差が続用に該当するか、との点しか検討すべき論点がなくなってしまふことから、大幅に点を落としてしまふことになりました。とはいえ、この点は一度覚えてしまえば二度と間違えないでしょうから、この点で点が伸びなかつた人は、しっかり復習すれば十分に挽回可能です。

インフルエンザが猛威を振るっている時期です。受講生は体調管理を万全にし、日々の受験対策を続けていってください。

以 上

司法試験予備試験答案練習会 2019年1月20日分 得点分布表

商法

出席者 24名 平均点 16.8点

