

Title	「会社合併の本質」考
Sub Title	Legal Theory of Merger and Consolidation of Stock-corporations
Author	大賀, 祥充(Oga, Yoshimitsu)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1997
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.70, No.1 (1997. 1) ,p.197- 216
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	倉澤康一郎教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19970128-0197

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

「会社合併の本質」考

大賀祥充

- 一 はじめに
- 二 学説の状況
- 三 個別問題の検討
- 四 法律行為としての合併
- 五 結びに代えて

一 はじめに

会社合併の本質については、これまで、大別して二つの見解が鋭く対立していた。「人格合一説」と「現物出資説」とがそれである。これら以外にも、このテーマをめぐる様々な見解が主張されている。本稿は、「会社合併の本質」をめぐるこれまでの学説を整理するとともに、それらに対する卑見を述べることを目的とする。

二 学説の状況

会社の合併とは、二個以上の会社が法定の手續をそれぞれ履行することによって、当事者たる会社の全部または一部（一社を残してその余の全部）が解散し、その財産が清算手續を経ることなく（原則として、すなわち合併交付金の支給される場合を除き）包括的に新設会社または存続会社に承継されると同時に、その株主が（原則として、すなわち合併反対株主が株式買取請求権を行使した場合を除き）新設会社または存続会社の株主となる効果をもたらすところの、有機的な一連の手續である。こうした法律効果をもたらす会社合併を法的にいかに捉えるかが、合併の本質に関する中心問題であるとされてきた。

そして、この点について、「人格合一説」と呼ばれる立場は、会社合併を複数の会社の人格の合一ないし複数の会社の合同という物権的效果をもたらす社団法上ないし組織法上の一種特別な契約として捉え、解散会社がそのまま新設会社または存続会社に包摂されるという、いわば法人たる会社自身の併合・人格の合一化こそが会社合併の目的・内容であつて、会社財産の移転・株主の収容はこの人格合一の結果として生ずるものと理解している。

これに対して、「現物出資説」と呼ばれる立場は、合併を人格の合一と捉えたのでは、合併を常識的に捉えたにすぎず、合併に関する法律問題の解決のために確実な拠点を与えないから、これは一種の比喩的、浪漫的説明の範囲を出ないものと批判し、会社合併の本質は、解散会社の営業全部を現物出資とする存続会社の資本増加（吸収合併の場合）、または新会社の設立（新設合併の場合）であると主張する。

確かに、人格合一説は、複数存在する会社を一社に統合するという合併の経済的事実をよく説明するが、法構造の分析においては、社団法上ないし組織法上の特殊の契約と解するのみで、その内容は明らかにされていない

から、この見解は法解釈基準としては必ずしも十分ではないと云わざるをえないであろう。⁽³⁾

これに対し、現物出資説は、会社合併を手続面からその法構造の解明を試みた功績は大きいと評価されている。しかし、既に多くの批判があるように、合併は現物出資および資本増加または新会社の設立のみで説き尽くせるものではない。この点につき、現物出資説は、「合併は単純な現物出資による増資または設立ではなく、特殊化された現物出資による会社の資本増加または設立である」という。そして、「その特殊化の根底は、合併の場合には、出資者は一個または数個の会社に限られ、しかもその出資の目的物がそれら会社の全体としての財産であるから、手続簡易化の要求と株主および会社債権者保護の要請が提起されることにある。手続簡易化の要求にもとづいて、解散会社の財産の包括承継、出資に対して発行される株式が、いったん解散会社に割り当てられて清算手続により株主に分配される代わりに、直ちに実質上の出資者たる解散会社の株主に割り当てられること、解散会社が合併の効力発生と同時に直ちに消滅することなどの変容が認められるのにほかならない。このような特殊性があっても、合併において他の会社に対する財産全部の移転とこれに対するその会社の株式の発行という現物出資に本質的な契機が認められる以上、合併の本質を現物出資による会社の資本増加または設立と解することには何らの支障はない」とされる。⁽⁴⁾

しかし、合併が特殊化された現物出資であるとして、その根拠を、出資者が一個または数個の会社に限られ、しかもその出資の目的物がそれら会社の全体としての財産である点に求めるとしても、法律的には、出資者たる会社が持株会社として存続するか、あるいは出資者たる会社が取得した株式を処分して、その処分代金を株主に分配する清算手続をとって消滅するとかの方式をとることも可能な筈である。従って、法制度としての合併の特殊性を生ずる理由としては、上述の事情だけでなく、出資者である会社が合併の効力発生と同時に当然に消滅し清算が行われないことをも含めて考えなければならぬと思われる。そして、この解散会社の清算手続を要し

ない消滅は、合併を「一個または数個の会社の営業全部の現物出資による資本増加または新会社の設立」という理論だけでは説明しきれない現象であることを示しているとされる⁽⁵⁾。

この点に関連して、右のいわゆる「現物出資説」では、解散会社が現物出資するにも拘わらず、存続会社または新設会社に収容されるのは解散会社の株主である点を矛盾なく説明することができないとして、現物出資をするものは解散会社の株主に他ならないと解すべきことを主張する見解がある⁽⁶⁾。

しかし、この「株主現物出資説」と呼ばれる立場に対しては、なるほどこれによれば、存続会社の新株式が解散会社にはなく直接解散会社の株主に割り当てられることの説明はできるにしても、株主が株式を現物出資すれば何故に会社の資産全体が移転することになるのかその関係が判然としな⁽⁷⁾いか、あるいはまた「乙会社の全株主がその株式を甲会社に現物出資しても、乙会社の株式と乙会社の会社財産とは法律上別個の財産であるから、右の現物出資に伴って乙会社の財産が当然に甲会社に移転することにはならず、かつ乙会社は甲会社が唯一の株主である一人会社として存続することも可能なはずであり、合併によって甲会社が乙会社の財産を包括承継すること、および乙会社が消滅することは、この合併本質論からはみ出した現象であり……、従来の現物出資説を一步前進させることになるとは考えられない⁽⁸⁾」と批判されている。

他方、人格合一説も、合併を当事会社間の特殊な契約であるという。その特殊性は、一般私人間の個人法的な契約ではなくて、社団法上ないし組織法上の契約であること、殊に社団法上ないし組織法上の一連の手續から構成される法律行為である点に求められているものと考えられる。

そうであるとすれば、人格合一説にしろ、現物出資説にしろ、いずれの立場においても結局は、その「特殊な」というところに比喩的側面のあることは否定できないし⁽⁹⁾、それ故にまたそこに合併本質論における曖昧さと未解決の困難な問題を残すことにもなっている。

三 個別問題の検討

そこで、次に、従来から人格合一説と現物出資説との間で議論された若干の個別的な問題点について、それぞれの具体的な法解釈論の内容を検討してみることとする。⁽¹⁰⁾

① 資本増加（新株発行）を伴わない合併は認められるか。

この問題を考察するに当たっては、まず、会社の合併と自己株式取得との関係について次の各場合をいかに考えるかを検討しておく必要がある。

第一に、存続会社が解散会社の株式を所有している場合に、存続会社はこれに対し存続会社の合併新株の割当をなしうるか。

第二に、解散会社が存続会社の株式を所有している場合に、合併によって自己株式取得を生ずるが、これが商法二二〇条二号により許されるにしても、その自己株式を解散会社株主に交付することは許されるか、また、一旦取得した自己株式を合併と同時にこれを消却することができるか。

第三に、存続会社が自己株式を所有している場合に、存続会社が解散会社の株主に合併対価としてその自己株式を交付することは許されるか。

第四に、解散会社が自己株式を所有している場合に、存続会社はこれに対し存続会社の合併新株を割り当てうるか、また割り当てなければならないか。

まず、第一の点について云えば、否定説は、通常の新株発行において自己株式の原始取得が許されない以上、存続会社がその有する解散会社の株式に合併新株を割り当てることはできないと解するが、⁽¹¹⁾この場合は、存続会

社が従来から有していた解散会社の株式が合併により別の財産物件である存続会社の株式に置き換えられるだけのことであり、通常の新株発行におけるような出資約束がなされるわけではなく、また、それ自体資本充実の原則に反するわけでもないから、存続会社がその有する解散会社の株式に合併新株を割り当てても許されると解すべく、合併の効力発生により結果として自己株式取得となっても商法二一〇条二号により許容されているとみるべきであろう。⁽¹²⁾

もっとも、肯定説は、この場合、存続会社が合併新株を割り当てないことも許されると解しているため、例えば、親会社がその全株式を所有する子会社を吸収合併する場合においては、存続会社が合併に際して新株を発行しないことがありうることになる。そこで、人格合一説からは、合併の本質を現物出資による資本増加とみることは当たらないと批判される。⁽¹⁴⁾

これに対して、現物出資説からは、右の親子会社の合併の場合には、理論上は解散会社の株主たる存続会社がその持株に対する合併新株の割当を受ける権利を放棄したものと解すべきであり、そのような権利の放棄は新株の発行と同様にみて差し支えないから、先の批判は当たらない。いわんやこのような合併は、解散会社が存続会社の子会社たる一人会社である異例の場合に属するのであって、これにより合併の資本増加たる本質が否定されることにはならないと反論されている。⁽¹⁵⁾

しかし、解散会社の株主は合併によって当然に存続会社の合併新株を取得するのであって、特にそのための株式引受行為を必要とするものではないから、むしろ合併新株の割当を受ける権利を放棄するものと理解するためには、特にそのための意思表示が要ることになる筈であるが、しかしそのような特別の行為は認められない。しかも、合併契約書で定められた合併新株の割当に関して、解散会社の株主のうち存続会社のみが何故に合併新株の割当を受ける権利の放棄ができるのが問われよう。卑見によれば、存続会社が解散会社の株式を所有する場合

において、その部分につき合併新株が割り当てられないようにみえる実務上の取り扱いは、法律的にみた場合、観念的には割り当てられた合併新株が合併の結果自己株式となるため、合併手続と同時に資本減少の手続により即時消却されるものと解すべきもののように思われる。⁽¹⁶⁾ 何故なら、資本減少における手続要件は合併手続におけるそれと全く同一であり、右のように解することによって利害関係人に些かの損害を与えるものでもないのみならず、「相当ノ時期ニ」なすべき自己株式の処分を即時に行う意味でも、法の主旨に添うものと考えられるからである。⁽¹⁷⁾

そうであるとするれば、存続会社が解散会社の株式を所有する場合において、資本増加（新株発行）を伴わない合併を認めるというのは、結果的・現実的な理解であつて、観念的には、この場合の合併においても資本増加（新株発行）を伴うものと理解すべきことになるから、人格合一説からのこの点に関する非難は当たらないことになると思われる。

次に、第二の点について云えば、解散会社が存続会社の株式を所有する場合には、合併により存続会社が自己株式を取得することになるが、これは商法二一〇条二号により許されるものと解しうるから、それを承継取得することも勿論可能ではあるが、商法二二一条により相当の時期に処分すべきことが要求されている以上、前述した「存続会社が解散会社の株式を所有している場合」に生じる自己株式取得について先に述べたのと同様の理由および論理に基づいて、資本減少の手続を合併の手続の中に併合することにより、即時消却することもまたできるものと解すべきである。

問題は、解散会社が存続会社の株式を所有している場合において、このような合併によって生じうる自己株式を即時消却するのではなくて、存続会社が取得するであろうその自己株式を解散会社の株主に対し合併対価として交付することが許されるかである。

思うに、合併新株の割当は、合併が効力を発生する以前になされる事柄であり、従って、その時点では当該株式は厳密に云えば未だ存続会社の取得した自己株式とはなっていないから、その処分を右の方法で予め行うことは一見時期尚早のように思われるが、しかし、それは将来必然的に取得すべき自己株式の処分の準備であつて、しかもそれは相当の時期における処分を求める商法二二一条の立法主旨にも添うものと考えられる。のみならず、合併手続および資本減少手続による右の処分は、解散会社の株主および会社債権者の利害に何ら影響を及ぼすものではないから、解散会社が所有する存続会社の株式を解散会社の株主に対し合併対価として交付することは許されるもの解してよいと思われ¹⁸⁾る。

そうであるとすれば、存続会社が合併対価として解散会社の株主に交付するのに必要な株式全てを賄うに足りるほどの存続会社の株式を解散会社が所有しているときには、資本増加（新株発行）を伴わない合併を認めうることになる。しかも、この場合には、結果的・現実的ではなくて、観念的にも、資本増加（新株発行）を伴わない合併を認めうる点は重要である。

そして、このように、新株発行ないし資本増加を伴わない合併を理論上認めうる以上、それが合併の本質的要素では必ずしもないことをここで認識せざるをえないように思われる。従って、現物出資説からは、解散会社が存続会社の株式を有する場合においては、それをもって解散会社の株主の收容に用いることもできるが、自己株式の取得および子会社による親会社の株式の取得を嚴格に制限しているわが商法のもとでは、実際上これを行うことは困難であり、またたといこれが行われてもそれは例外的場合に属するのであつて、その故に吸収合併が一般に現物出資をもつてする資本増加たる本質を動かすものではないと反論¹⁹⁾されてはいるが、少なくとも、右の方法を認める限りにおいては、資本増加（新株発行）を伴わない合併を理論上認めざるをえないことは明らかである。

次に、第三の点について云えば、存続会社が自己株式を所有している場合には、存続会社が解散会社の株主に合併対価としてその自己株式を交付することが許されると解するのが多数説である。⁽²⁰⁾ 合併新株の発行は解散会社の株主を存続会社に収容するという目的のための一つの手段にすぎないから、他に株主承継の手段があれば新株発行の必要はないとされ、⁽²¹⁾ また、合併対価は経済的な価値であれば必ずしも存続会社の株式に限らないと解する立場からは、存続会社が解散会社の株主に交付する株式は、合併新株であるか既発行の株式であるかを全く問題としない⁽²²⁾とされる。

そうであるとすれば、存続会社が合併対価として解散会社の株主に交付するのに必要な株式全てを賄うに足りるほどの自己株式を所有しているときには、それにも拘わらずあえて合併新株の発行を必要とする実質的な理由は見出し難いのみならず、右の方法を認めることは、自己株式の相当な時期における処分を要求する商法の主旨にも合致するものと考えられるから、その限りで、資本増加（新株発行）を伴わない合併を認めうることになる。このように、極めて希なケースであるとしても、ともかく新株発行ないし資本増加を伴わない合併を認めうる以上は、それが合併の本質的要素では必ずしもないことをここでも認めざるをえないように思われる。

最後に、第四の点について云えば、見解が分かれて、肯定説は、解散会社が自己株式を所有する場合に、存続会社はこれに対し存続会社の合併新株を割り当てて差し支えないと解する⁽²³⁾か、否定説は、解散会社の有する自己株式は合併により当然に消滅し、存続会社はこれに対し合併新株を割り当てることはできないと解している。⁽²⁴⁾

思うに、解散会社の有する自己株式も財産的な価値を有し、それが包括的に存続会社に承継されるのであるから、これに対して存続会社の合併新株を割り当てべきことは当然の論理である。問題は、当該株式を合併の際に減資消却できるかであるが、先の「存続会社が解散会社の株式を所有している場合」におけると同様の根拠・論理によってこれを肯定すべきであると考ええる。ただ、この場合においては、事柄の性質上、解散会社における

当該取得自己株式の消却の問題として捉えるべきこと、従って、当然右の消却が観念的には合併に先行して行われるものと理解すべきこと、ならびに、その限りで合併新株の発行は行われなことの三点で、先の場合と異なることに留意する必要がある。もつとも、この場合の合併においては、解散会社の株主の收容を必要と解する立場からは、その者に対して合併新株の割当がなされることになるから、その限りで存続会社における資本増加ないし新株発行が行われることを認めることになるし、合併対価は株式に限らないと解する立場からは、資本増加ないし新株発行を伴わない合併をも認めることになろう。

以上を要するに、先に述べた若干の場合においては、合併に関するいずれの見解に従うにしても、結局は、新株発行ないし資本増加を伴わない合併を認めることになるから、そうである以上は、吸収合併における新株発行ないし資本増加が合併の本質的要素では必ずしもないことを認めざるをえないものと考ええる。

② 合併交付金の割合には限度があるか。

商法四〇九条によれば、「合併ヲ為ス会社ノ一方ガ合併後存続スル場合ニ於テハ合併契約書ニ左ノ事項ヲ記載スルコトヲ要ス……三号 合併ニ因リテ消滅スル会社ノ株主ニ支払ヲ為スベキ金額ヲ定メタルトキハ其規定……」と定められている。そして、このいわゆる合併交付金は、通常、(a)合併比率調整のための合併交付金、(b)減資による株金の払い戻しとしての合併交付金、(c)解散会社の決算期と合併期日とが異なるときに解散会社が同社の株主に本来支払うべき利益配当金に代えて交付する合併交付金との三種類があるとされているが、⁽²⁵⁾存続会社が解散会社の株主に合併交付金を交付する場合、交付する株式に対しどの程度の割合まで合併交付金を交付することが許されるかについては、⁽²⁶⁾見解が分かれている。

第一説によれば、⁽²⁶⁾会社の合併にあつては、解散会社の全株主、全株式が存続会社に收容されることを要するの

であつて、その故にこそ清算が省略されるのであるから、存続会社の株式の代わりに合併交付金を交付することは清算手続の潜脱であるから許されないのが原則であるが、実際上の便宜を配慮して、株式交換の比率を調整するに必要な限度においてならば合併交付金の交付も許されると解している。第二説によれば⁽²⁷⁾、社団としての株式会社の合併にあつては、株主がその要素であるから、解散会社の株主は当然存続会社へ併合されなければならないのであつて、その者に存続会社の株式少なくとも一株は与えられなければならないが、それがなされている限り、合併交付金の限界は自由であるとする。第三説によれば⁽²⁸⁾、合併交付金は合併比率の調整の補助手段という制約にとらわれる必要はなく、合併においては新株を発行する以上、資本は増加する筈であるから、そのない合併は認められないが、増加する資本額を非常に低く設定して、解散会社の純資産額との差額を合併交付金として払い戻しても差し支えないとする。第四説によれば⁽²⁹⁾、会社合併の特徴は、第一・消滅会社が解散する、第二・消滅会社が清算手続を経ない、第三・包括承継が生ずる、第四・消滅会社の株主が合併対価として存続会社の株式の交付を受ける、の四つであるが、第四の特徴は不要であり、消滅会社の株主はその所有している株式価値を株式・現金等によって補償されればよいとの前提⁽³⁰⁾に立つて、資本増加のない、従つて存続会社の合併株式の付与のない、それ故、合併交付金の交付のみによる吸収合併を認めうる⁽³¹⁾とする。

右の第一説、第二説または第三説によれば、解散会社の株主の存続会社への収容は会社合併の本質と解されているから、合併対価としては株式を排除できないことになるが、第四説によれば、合併対価は必ずしも株式に限定されないと解しているから、解散会社の株主の存続会社への収容は会社合併の本質ではないと解されていることになる。

しからば、会社合併の特徴として認められている、①当事会社の全部または一部（一社を残して、その余の全部）の解散、②解散会社の財産の新設会社または存続会社への包括移転（包括承継）、③解散会社の株主の新設会

社または存続会社への収容、および④解散会社の清算手続を要しない消滅、の四点のうち、一体何が会社合併の本質的要素なのであろうか。次に、この点を検討してみる。⁽³²⁾

四 法律行為としての合併

考えてみると、会社合併は、法定の構成要件的行為から成る一連の手続であるから、⁽³³⁾合併手続を構成する一連の個々の行為の履行によって次第に会社の合併が完成されていく。それは恰も会社設立手続の履行によって会社が次第に形成されていき、やがて成立に至るのと対比されよう。

会社設立の場合、発起人による定款作成から始まって設立登記にいたる一連の設立手続の全部を履行すれば、会社成立従って会社の法人格取得という法律効果が発生するから、かかる法律効果をもたらすところの会社設立手続は、それが全体として一個の法律要件であると解さなければならぬ。⁽³⁴⁾しかも、この「会社設立」なる法律要件は、関与者の「会社成立に向けられた・会社設立の意思表示」を要素とするものと認められ、しかも、それは定款作成の形で発起人によってなされるものと認められるから、従って、「会社設立」なる法律要件は、定款作成という形でなされる発起人の会社設立の意思表示を不可欠の要素とする全体として一個の「法律行為」であると見なければならぬ。⁽³⁵⁾

全く同様の論法で、会社合併の場合も、各当事会社の代表取締役による合併契約の締結から始まって、合併登記にいたる一連の合併手続の全部の履行によって、会社の合併が成立することになる。その際、会社合併の法律効果は、前述のように、当事会社の全部または一部（一社を残してその余の全部）が解散し、その財産が清算手続を経ることなく、（原則として、すなわち合併交付金の支給される場合を除き）包括的に新設会社または存続会社に

承継されると同時に、その株主が（原則として、すなわち合併反対株主が株式買取請求権を行使した場合を除き）新設会社または存続会社の株主となることであり、結果的に複数の会社が一社に統合されることであるが、かかる法律効果が生じる原因は当事会社の会社合併の意思表示に基づくものであるから、会社合併手続は、全体として一つの法律行為であると理解しなければならぬ。⁽³⁷⁾

そうであるとすれば、会社合併の本質的要素、従って合併の法的性質の探求のためには、合併の各当事会社の法律効果意思の面から、これを分析しなければならないと思われる。⁽³⁸⁾

そこで、改めて、会社合併の法律効果を検討し整理してみると、それは、ただ単に、人格の合一とか、現物出資による資本増加または会社の設立とかではなくて、当事会社の全部を解散させ、新会社を設立すること（新設合併の場合）または当事会社の一社を残してその余の全部を解散させ、一社のみを存続させることにこそ、その中核があるものと解すべきもののように思われる。以下にその理由を述べる。

第一に、会社の合併は、経済的ないし経営的には、「子会社・分割会社等の吸収、占拠率の拡大または販売力の強化、管理費用の節減、事業不振会社の整理、経営の多角化、資金調達力または企業信用の増大、二重投資の回避または排除、技術開発力の強化など、種々の目的で行われる」⁽³⁹⁾が、それらの目的が達成されるのは、他ならぬ会社の解散によるものである。そして、それと同時に、解散会社の財産および株主は原則としてそのまま新設会社または存続会社に移転または收容されるのが原則であるが、前述のように、例外的に資本増加を伴わない会社合併または株主の收容を伴わない会社合併も成立しうると解するならば、解散会社の株主の收容はあくまで文字通りの原則であって、不可欠の要素では必ずしもないことになる。そして、解散会社の財産が原則として包括的に新設会社または存続会社に承継されるからこそ、合併が「会社解散」事由の一つでありながら「清算」手続を要しないのであるから、会社合併における本質的な要素は、会社の解散と、解散会社の財産の新設会社または

「存続会社への包括移転（包括承継）」と、それ故の清算手続の省略とに求められる。新設合併の場合合併の結果新会社が設立されるが、吸収合併の場合資本増加を伴わないで解散会社の株主の存続会社への収容を果たすことは可能であり、また、合併持分に対して株式を交付する代わりに金銭の交付が許されると解する立場からすれば、「株主の収容を伴わない吸収合併」をも認めうることになるから、吸収合併における資本増加ないし株主の収容はあくまで一般的な現象であつて、必ずしも必然的なものではないとも考えられる。

そうであるとするれば、新設合併の場合には当事会社全部の解散と新会社の設立こそが、また、吸収合併の場合には当事会社のうち一社を残してその余の全部の解散と一社の存続こそが、会社合併の本質的な要素であると解しうる。

第二に、解散会社の財産の新設会社または存続会社への包括移転（包括承継）が法定的な効果であると解することに異論はない。この点は、営業ないし営業財産の個別的な譲渡による事実上の合併と比較できる。そして、それと全く同様に、会社合併が会社解散の場合でありながら清算手続を要しないとされることは、まさに解散会社の財産の新設会社または存続会社への包括承継によるのであるから、この点もまた法定的な効果であるといふなければならない。

そして、このように会社合併の基本的な特徴のうち、解散会社の財産の新設会社または存続会社への包括移転（包括承継）、および、会社合併が会社解散の一場合でありながら清算手続を要しないことが、いずれも法定的効果であるとするれば、結局、会社合併の当事会社の意思表示における法律効果意思はまさに会社の解散と新会社の設立（新設合併の場合）、または一社を残してその余の全部の解散と一社の存続（吸収合併の場合）とにこそあるとみるべきことになる。

右の理解に誤りがないとすれば、会社の合併は、要するに、新設合併の場合当事会社の全部の解散（従つて法

人格の消滅」と新会社の設立（従って法人格の成立）、また吸収合併の場合当事会社のうち一社を残してその余の全部の解散（従って法人格の消滅）と一社の存続という法律効果をもたらすところの、全体として一個の法律要件であり、しかも、当事会社の合併に向けられた意思表示を不可欠の要素とするから、その法律要件は全体として一個の法律行為であると解さなければならぬ。

五 結びに代えて

会社合併手続が、全体として一個の法律要件であり、新設合併の場合当事会社の全部の解散（従って法人格の消滅）と新会社の設立（従って法人格の成立）、また、吸収合併の場合当事会社のうち一社を残してその余の全部の解散（従って法人格の消滅）と一社の存続という法律効果を意欲し、そこに向けられた当事会社の意思表示を不可欠の要素とする法律行為であるとすれば、それは如何なる性質の法律行為であるかが次の問題となる。

紙数の都合で、卑見の要旨のみを述べる。吸収合併の場合、その法的性質は社団法上の契約であり、新設合併の場合、それは社団法上の合同行為であると理解すべきである⁽⁴⁰⁾⁽⁴¹⁾と考える。ただし、吸収合併においては、当事会社の一社を残してその余の全部の会社が解散・消滅するから、存続会社および解散会社の法律効果意思の内容は明らかに異なり、各当事会社にとっては反対の意味をもつものだからである。これに対して、新設合併の場合には、当事会社の全部が解散・消滅し、新会社を設立するという点で、各当事会社の法律効果意思の内容は同じと解されるからである⁽⁴²⁾。

以上、本稿では、会社合併を法律行為として捉え、当事会社の法律効果意思の面から、合併の本質を明らかにする試みを要旨のみ述べた。ご叱正を賜れば幸甚である。

- (1) これが、これまでの通説的な見解であった。例えば、松本系治『日本会社法論』八〇、野津務『商法二十講(会社法)』四七、田中誠二『再全訂会社法詳論』下一〇二九、石井照久『会社法』下三三〇、高田源清『会社の合併』『商法演習Ⅰ(改訂版)』一九五、西原寛一『会社法(商法講義)』(2)三三、鈴木竹雄・竹内昭夫『会社法(新版)』四七七、嘉陽安則『会社合併の本質についての一考察』沖繩法学創刊号八二。なお、市川兼三『株式会社(新編)』香川大学経済論集四二・二・三七は、合併を会社主体の交替として捉えられ、また、中村建『合併本質論の一考察』追手門経済論集九・一・七三は、合併を継続企業の移転であるとされるが、いずれも人格合一説に含まれるものと思われる。
- (2) 竹田省『会社合併について』『商法の理論と解釈』二二二、大隅健一郎『会社合併の本質』『会社法の諸問題(新版)』三七七。
- (3) 大隅・前掲注(2)三八七によれば、人格合一説では、存続会社が解散会社の株主に株式を交付する点を全く説明していないと批判されている。
- (4) 大隅・前掲注(2)三九一参照。
- (5) 上柳克郎『合併』『会社法・手形法論集』二八一、石井・前掲注(1)下三三〇、西原・前掲注(1)三四。
- 因みに、田中耕太郎『商法学特殊問題』上二七三は、合併には現物出資・増資・設立のみではとらえられない特異性があるとされ、また、鈴木竹雄『合併契約の一考察』『商法研究Ⅲ』二二九は、現物出資説が合併を一連の行為から成る発展的手続と認めていることは卓見であるが、これを会社の資本増加または設立に向かつて進行する手続とするのは一面観であつて、合併は一面においてこのようなものであると同時に、他面において解散会社が漸次消滅していく手続であり、このような二面が不可分に結合し、終局において会社の合体が生ずるところに合併の本質があるとされ、また、森本滋『会社法(現代法学)』三七七も、現物出資説は特に解散会社の消滅過程を十分に説明することができないとされている。
- (6) 服部栄三『会社合併の基本的性質』『株式の本質と会社の能力』二一六。
- (7) 鈴木・前掲注(5)二四〇。
- (8) 上柳・前掲注(5)二八三。
- (9) 田村諄之輔『合併手続の構造と法理』二四参照。
- (10) 本文で述べる問題以外に、「債務超過の会社の合併は認められるか」という点が議論になりうる。現物出資説に

よれば、合併が存続会社の資本増加を伴う限り、合併貸借対照表上債務超過の状態にある会社を解散会社とする合併が許されないことは当然とする(大隅・前掲注(2)三九八)。他方、人格合一説の立場にあつても、存続会社の増加する資本額は資本充実の要請から解散会社の純資産額によつて制約されることを認めているから(高田・前掲注(1)一九六、西原・前掲注(1)二八二)、従つて、純然たる債務超過会社を解散会社とする合併を認めない点では、先の現物出資説と結論に差異はない(上柳・前掲注(5)二八一、田村・前掲注(9)二二参照)。

では、逆に、債務超過の会社を存続会社とし、資産状態の良好な会社を解散会社とする合併は認められるかの点についても、資本充実の要請の観点からはこれを不可とする理由はないが、殊に解散会社の株主保護の観点からみて不適法と解すべきであるとされているから(今井宏『新版注釈会社法(1)』一二八、一三六。もつとも、上述のような合併も、解散会社の合併承認決議が株主の全員一致により成立する場合(例えば、債務超過の親会社が全株所有の子会社を吸収合併する場合)には、適法と認めて差し支えないと考えられる)、結局、純然たる債務超過会社の合併は認められないとする点で人格合一説と現物出資説との間で結論に差異はない。

なお、解散会社の利益準備金およびその他の留保利益を資本準備金にしなくてもよいとする商法二八八条ノ二第三項の規定の存在は、現物出資説に不利に働くとも見る見解もあるが(柴田和史『合併法理の再構成——吸収合併における合併対価の検討——(1)ないし(6完)』法学協会雑誌一〇四・一二・六、田村・前掲注(9)一三三)、この規定は、実際上の必要を考慮した経理処理の問題であり、それ自体として、合併の法的性質に関係するものではないとみるべきであろう(石井・前掲注(1)三三一、上田明信『改正会社法と計算規則』一一四)。

(11) 矢沢惇「自己株式をめぐる法律関係」『企業法の諸問題』一八九、鈴木竹雄他『株式会社の合併(増補版)』四三「鈴木発言」、竹中正明他『新版合併手続』一三三「田村発言」。

(12) 竹田・前掲注(2)二三五、大隅・前掲注(2)四〇〇、上柳・前掲注(5)一九〇、今井宏『新版注釈会社法

(13)』一二四。結論において同旨、服部栄三「吸収合併と新株発行」『法学三〇・三・三一七』。

(13) 前記注(12)参照。

(14) 野津務『会社法概論』四一、徳山進一「株式会社合併の本質」『民商一七・五・四三』、西原・前掲注(1)三四、

田中誠・前掲注(11)一〇三二。田村諄之輔「合併手続の構造と性格」『私法三一・一五二』。

(15) 大隅・前掲注(2)四〇一、今井・前掲注(12)一二六。

- (16) 服部・前掲注(11) 三二九も、この場合、存続会社が一旦自己株式の割当を行いつつ、同時にこの自己株式の無償消却を行うものとみているが、合併の本質を株主による現物出資とみることの理論的な整合性が問題として残るように思われる。
- (17) なお、大隅健一郎・今井宏『注釈会社法(8)のII』八八は、合併と並行して存続会社において株式の無償消却による資本減少が行われることは、資本減少の手続として必要な株主総会の特別決議と債権者保護の手続は合併手続におけるそれと同じであるから、両者を同時に行うことも可能であるとされている。
- (18) これを肯定する見解が多い。鈴木他・前掲注(11) 四三「鈴木発言」、服部・前掲注(12) 三二八、大隅・今井・前掲注(17) 七九、竹中他・前掲注(11) 一三九「吉田発言」。
- (19) 大隅・前掲注(2) 四〇〇。
- (20) 大隅・前掲注(2) 四〇一、鈴木・竹内・前掲注(1) 四八〇、田村・前掲注(14) 一五二。ただし、石井・前掲注(1) 三八、松田二郎『会社法概論』四四一は反対。
- (21) 田村・前掲注(14) 一五二。
- (22) 柴田・前掲注(10) 一〇四・一一・一二。
- (23) 法務省民事局第四課長回答昭和三八年八月二日民事四発第二〇八号、上田明信「合併契約書の法定記載事項」鈴木忠一編『会社と訴訟』上五九五。
- (24) 大隅健一郎「会社の合併と自己株式の処理」商事法務八七・二、上柳・前掲注(5) 一九〇、鈴木・竹内・前掲注(1) 四八九。
- (25) 柴田・前掲注(10) 一〇四・一一・八。
- なお、田村教授によれば、(a)と(b)とはいずれも合併により結合される財産からの払い戻しに他ならないし、ともに部分的清算とみることができ、また(c)も合併比率調整の機能を有しているから、これらは本質的には変わらないものとされる(竹中他・前掲注(11) 二九九「田村発言」)。
- (26) 竹田省「再び会社の合併について」『商法の理論と解釈』二四七、田中誠・前掲注(1) 一一〇三。
- (27) 徳山進一「株式会社の合併における交付金」京城帝国大学法学会論集一三・一・一〇三。
- (28) 鈴木他・前掲注(11) 六九「鈴木発言」、上柳・前掲注(5) 二〇五、大隅・今井・前掲注(17) 一〇七。

- (29) 柴田・前掲注(10) 殊に一〇四・一二・四および一一。
- (30) 柴田・前掲注(10) 一〇四・一二・四。
- (31) 柴田・前掲注(10) 一〇四・一二・一一。
- (32) かつて田中耕太郎「合併決議に於ける当事会社議決権の排除」『商法学特殊問題』上二五七は、合併のよう有機的に関連する諸行為・諸事実より形成される手続に関しては簡単に定義を与え得ないとまで云われ、また、鈴木・前掲注(5) 二九は、「会社の合併は全体がヴェールに包まれ、その法律関係はきわめてはつきりしない」と指摘された。
- また、近時、合併の本質について理論的に統一された立論は不可能とする見解さえもある(仙崎昭信「いわゆる合併本質論について」第二〇回私法学会報告(商事法務研究八一・一六による)。
- しかし、会社合併手続の全体を法的にいかにか構成するかということは、理論上必要かつ重要な課題であつて、しかもその解決は可能であると見なければならぬ。
- (33) 大隅・前掲注(2) 三九三は、合併は通常の資本増加や設立がそうであるのと同様に、会社の資本増加又は設立を目的とする互いに有機的な関連に立つ多数の行為からなるところの一つの発展的な手続にほかならない。合併はひつきょうかような多数の不独立の個的行為から構成される一個の共合的行為(Gesamtakt)であるとされている。
- (34) 拙著『株式会社設立の法理』一〇。
- (35) 拙著・前掲注(34) 四三。
- 因みに、仙崎・前掲注(32)によれば、合併は營業財産権の移転と株主の収容とを統合した法律行為であるとされている。
- (36) ただし、株主の収容は合併の要素ではないとする立場もあることは、本文で述べたとおりである(柴田・前掲注(10) 殊に二〇四・一二・四および一一参照)。
- (37) このように解するならば、「会社の合併とは、法定の手続きに従つてなされる会社間の行為である」(今井・前掲注(10) 一一四)とされる点は、むしろ積極的に法律行為として認識すべきことになるし、また、現物出資説が、合併を一箇の行為にあらずして有機的に関連する発展的手続と捉えている点には、幾分かの修正が要するように思われる。何故なら、合併が法定の一連の手続であることと、それが全体として一個の法律要件、しかも全体として一個の法律

行為であることは、前述のように決して矛盾するものではないからである。その限りで、人格合一説が、会社合併の法的性質を基本的に一個の契約と説くことは、その特殊性の点を別にすれば、そのこと自体に理論上の問題はなく、むしろ、社団法上ないし組織法上の特殊な契約という点にその内容の更なる吟味が要ると云うべきであろう。他方、現物出資説が、特殊化された現物出資による資本増加または新会社の設立と説く場合のその手続の法的性質はいかに解されるのかという点と、その特殊性の内容の吟味もまた同様に必要であると云うべきであろう。その意味では、従来の会社合併の本質論における「人格合一説」と「現物出資説」とは、合併の法律的な説明としていずれが妥当か、ないしいずれが説得力をもつかの議論でしかなかったし（田村・前掲注（9）二四参照）、会社合併の本質論ないし会社合併の法律行為としての法的性質論としては、咬み合っていないかつと云う他ないように思われる。

(38) この観点からすると、従来会社合併の本質論として議論されてきた「人格合一説」は、会社の法人格の合一化が、当社会社の法律効果意思とみていたものと考えられるが、これに対する「現物出資説」ないし「株主現物出資説」は、会社合併の実態ないし現象を法律的にいかにか説明するかの方に重点がおかれ、当社会社の法律効果意思の面では、存続会社の資本増加または新会社の設立と捉えながら、解散会社の営業全部を現物出資するところに特殊性を認められたみであったから、当社会社の法律効果意思の検討の面では、必ずしも十分でなかったように思われる。

(39) 今井・前掲注（10）一一〇参照。

(40) 拙著『現代株式会社法（新全訂版）』三〇七。

(41) 会社合併が社団法上の法律行為だからこそ、合併無効の制度は、その主張の方法にしても、その主体にしても、その期限にしても、一般私法上の無効の制度とは異なった規制（商法四一五条参照）を受けうるものと構成することができる。

また、同じ社団法上の法律行為であっても、契約と合同行為とを区別する実益は、民法一〇八条の適用の有無にある（詳しくは、拙著・前掲注（34）四九）。

(42) 勿論、合併条件の取り決めにおいては、利害関係は対立するとも考えられるが、公正な合併比率を求めることが、株主のみならず会社債権者のためにも要請されることであるから、それを前提とする限り、当社会社の法律効果意思の点では、本文のように解しうると思われる。