慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	新設型組織再編における承認手続
Sub Title	An observation regarding Approval Procedure of new incorporation type merger, new incorporation type company separation and share transfer
Author	宮島, 司(Miyajima, Tsukasa)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2009
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.82, No.12 (2009. 12) ,p.99- 120
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20091228-0099

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.

新設型組織再編における承認手続

宮島　司

一　はじめに
二　株式会社を消滅会社とする新設型組織再編
　1　新設型組織再編の意義
　2　新設合併契約・新設分割計画・株式移転計画の承認
三　持分会社を消滅会社とする新設型組織再編（新設合併・新設分割）
　1　持分会社における新設型組織再編の自由
　2　持分会社における新設合併契約の締結・新設分割計画の作成
　3　持分会社における新設合併契約・新設分割計画の承認
四　まとめに代えて

一　はじめに

平成一七年会社法は、組織再編行為に関しきわめて詳細に制度設計を行ったが、あまりの詳細さと一つの条文で本来まかなうことのできないようなものを一纏めにしてしまったことなどから、かえって制度間の相違が見え

難くなってしまったとの感を抱かざるを得ない。本稿は、複雑化されてしまった組織再編行為のうち新設型組織再編を取上げ、その承認手続のあり様を見直しながら、いかなる根拠に基づきそれぞれに用意された承認手続が必要とされるのかについての検証を行おうとするものである。このことに関する問題意識は、かねてより研究の対象としてきた「機関権限分配法理」[1]の探求から発するものであり、近時の立法によりほとんど崩れかけてしまった本来あるべき「機関権限分配」の再構築の一助となることをねらいとしている。

株式会社を消滅会社とする新設型組織再編に関する当事会社における承認手続は以下のように制度化された。会社法八〇四条一項は、株式会社を消滅会社とする新設合併契約、株式会社を分割会社とする新設分割計画そして株式移転計画につき、新設合併消滅会社・新設分割会社・株式移転完全子会社における株主総会での承認手続を定めるものであり、基本的には株主総会における特別決議による承認を要求している（八〇四条一項、三〇九条二項一二号）。ただ、同条二項は、新設合併設立会社が持分会社である場合には、合併契約につき、新設合併消滅株式会社の総株主の同意を得なければならないものとする。消滅株式会社の株主に対し株式に代えて新設合併設立持分会社の持分等が交付されることになり、このことは実質的には株式会社から持分会社へと組織変更があったのと同じ効果が株主にもたらされることとなるため[2]、株式会社から持分会社への組織変更と同じ承認の要件とされている（七七六条一項）。また、同条三項は、種類株式発行会社である新設合併消滅会社・株式移転完全子会社の譲渡制限株式でない株式の株主に対し譲渡制限株式等が交付される場合、新設合併・株式移転の効力発生のためには、種類株主総会の特殊決議が必要であるとする（八〇四条三項、三二四条三項二号）。譲渡制限株式でない株式の株主に対し譲渡制限株式が交付されることになれば、その株主にとって株式の自由譲渡性が制限されることとなり、多大な不利益を生ずるおそれが出てくるからである。

また、持分会社を消滅会社とする新設型組織再編に関して、会社法八一三条は、持分会社における新設合併契

約・新設分割計画の承認手続を規定している。新設合併における消滅会社はすべての場合に総社員の同意を得る必要があり、新設分割における新設分割合同会社は、その事業に関して有する権利義務の全部を他の会社に承継させる場合に総社員の同意を得る必要があるとする。ここでは新設型組織再編とはいっても株式移転は除かれていたり（当然ではあるが）、新設分割に関する定義規定では「一又は二以上の株式会社又は合同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分割により設立する会社に承継させることをいう」（二条三〇号）とされているにもかかわらず、ここで規定されている合同会社における新設分割の手続では、事業に関して有する権利義務の全部の承継に限定されることとなっている。

このように条文に基づいて制度を紹介しただけでも、同じ条文の中で、ある場面では合併だけを扱う部分があったり、また他の場面では合併と株式移転が、さらに持分会社を消滅会社とする場合では合併と分割の中の一部が取扱われることになるなど、条文の構成としてもきわめて複雑であり理解に苦しむところが多く、立法論的な課題も多い。若干の整理を試みながら組織再編にかかる株主・社員による承認の意味を考えることとする。

二　株式会社を消滅会社とする新設型組織再編

1　新設型組織再編の意義

新設合併が行われると、新設合併消滅会社の株主にとっては、自らが保有していた株式はまったく異なる新設合併設立会社の株式に置き換わるし、それに加えて株式以外の財産が交付されることとなると、従来の株主としての地位にも一部変容が来たされることとなる。[3] また、新設合併設立会社では、消滅会社で行われていた事業内容や資産内容にも変化が生じるであろうし、消滅会社の株主に対して設立会社の株式が交付されることとなるた

め、合併比率の問題をはじめとして発行株式総数や株主構成の変更という形で大きな影響を受けざるを得ない。このように新設合併は、当事会社の利害関係人にきわめて大きな影響を及ぼすため、会社法は、利害関係人の利益保護のため詳細な手続規定を置くこととしたが、最も大きい利害関係を有する株主には株主総会の特別決議による承認の権限を与えることとした。新設合併は社団組織の拡大行為であり、会社設立、株式発行および解散が生ずる組織法的行為であるため、会社の所有者である株主にその最終的な決定権があるとしたのは当然である（生来的特別決議事項）。

一つの会社を複数の会社に分離する社団法上の法律行為が会社分割である。新設分割が行われると、分割会社の事業に関する権利義務が新設分割設立会社に移転され、その対価として分割会社は新設会社から株式等を取得することとなる。新設分割会社の株主は分割会社の株主のままであるが（人的分割が行われない限り）、分割された部門について持株会社の株主と同様の地位に立つこととなる。[4] 新設分割により、強制的に分割会社の株主の投資対象たる会社を変動させてしまうこととなるため、当事会社の株主にとっては会社の資産状態と分割の条件が重要な問題となるし、また会社設立、権利義務の包括的移転、株式発行といった一連の効果が発生する組織法上の行為であるから、その決定権を有するのは株主総会であるべきであり、しかも特別決議による承認を必要としなければならない（生来的特別決議事項）。

株式移転とは、一（甲会社）または二以上の株式会社（甲1会社、甲2会社）が、その発行済株式の全部を新たに設立する株式会社（乙会社）に取得させることである（二条三二号）。株式移転が行われると、既存の会社（甲）が完全親会社（乙）を設立してその完全子会社（甲）となり、子会社（甲）の株主には親会社（乙）の株式が交付されることとなる。したがって、乙会社は甲会社の一〇〇％株主となり、従来甲会社の株主であったものは以後甲会社の完全親会社である乙会社の株主へと変容する。このように株式移転計画により、子会社となる会社の

株主であったものは強制的に親会社の株主へと変容してしまうことになるのが株式移転であるから、きわめて大きな影響を受ける株主による承認が不可欠となることは当然である。しかも、株式移転は、新会社の設立、株式発行、親子会社関係の設定が生ずる組織法的行為であるから、そもそも業務執行行為とは異なり、株主総会の生来的な特別決議事項であるといってよい。(5)

なお、新設分割については、新設分割計画の承認につき新設分割会社における簡易な手続が定められている(八〇五条)。新設分割株式会社の株主に及ぼす影響が少ない場合には、その会社の株主総会の承認決議なしに新設分割を行うことが認められるというものである。これに対し、新設合併や株式移転については、簡易な手続により、新設合併消滅会社や株式移転完全子会社における株主総会の特別決議による承認を経ずにすませることはできない。吸収合併や株式交換につき簡易合併や簡易株式交換が制度化されている趣旨は、存続会社・株式交換完全親会社に比べて消滅会社・株式交換完全子会社の規模が小さく、存続会社・株式交換完全親会社の株主に及ぼす影響が軽微なものについてはわざわざ存続会社において株主の意向を聞く必要はないとの理由であるから、新設合併では、そもそも存続会社のように消滅会社と対比する会社は未だ存在しないため消滅会社において承認決議を行わざるを得ないし、また株式移転では株式移転完全子会社の株主は株式移転によって全員がその地位を失うため、簡易手続により総会の承認なしですませることはできないからである。(6)

このように新設分割のみに関わる規定が、新設型組織再編の三種を包含している会社法八〇三条、八〇四条の次、そして八〇六条の前に置かれているという体裁は奇異に見える。準用をなるべく少なくすることが今回の改正の一つの狙いであったとしても、ここにも無理な統合による弊害が見て取れる。

2　新設合併契約・新設分割計画・株式移転計画の承認

(1)　株主総会・種類株主総会における承認決議

(ア)　決議　株式会社が、新設合併・新設分割・株式移転を行おうとするには、各当事会社（新設合併消滅株式会社・新設分割株式会社・株式移転完全子会社）の株主総会の特別決議によって、新設合併契約・新設分割計画・株式移転計画の承認を受けなくてはならない（八〇四条一項、三〇九条二項一二号）。これが原則である。

ただし、新設合併・新設分割・株式移転によりある種類の株主に損害を及ぼすおそれがある場合[7]には、その種類株式の株主を構成員とする種類株主総会の特別決議がなければ効力を生じないものとされている（三二二条一項七号一〇号一三号、三二四条二項四号）。ところで、種類株主総会の特別決議による承認がなければ効力を生じないとされていることは、いわばその種類株主に合併・分割・株式移転につき拒否権を与えたのと同様のことを意味する。これでは種類株主にあまりに過大な権限が付与されたとも考えられるところから、組織再編に関わる行為につき、定款で種類株主の決議を要しない旨を定めることができる（三二二条二項三項）とし、その場合には種類株主に株式買取請求権を与える（八〇六条二項二号）として調整している[8]。

また、新設合併と株式移転に関し、公開会社である新設合併消滅会社・株式移転完全子会社の株主に対し、譲渡制限株式等が交付される場合において株主総会の特殊決議が要求され（三〇九条三項三号）、さらに種類株式発行会社である新設合併消滅会社・株式移転完全子会社の株主に対し新設合併設立会社・株式移転完全親会社の譲渡制限株式を交付しようとするときは、その譲渡制限株式の割当を受ける種類株式の株主を構成員とする種類株主総会の特殊決議を必要とすることとなる（八〇四条三項、三二四条三項二号）。新設分割が含まれない理由および特殊決議が要求される理由については後述するが、やはりここでも無理な統合から発する問題が指摘される。

(イ)　決議要件　新設合併・新設分割・株式移転の承認決議は、原則として、株主総会の特別決議による（三

○九条二項一二号)。したがって、株主総会において議決権を行使することができる株主の議決権の過半数(三分の一以上の割合を定款で定めた場合はそれ以上)を有する株主が出席し、出席した株主の議決権の三分の二以上(これを上回る割合を定款で定めた場合はそれ以上)に当たる多数があれば承認されることとなる。

ただし、会社法八〇四条三項では、新設合併消滅会社・株式移転完全子会社が種類株式発行会社である場合に、その株主に対し譲渡制限株式等[9]が交付されるときの種類株主総会における決議要件が定められており、その譲渡制限株式の割当を受ける種類株式の株主を構成員とする種類株主総会の特殊決議を必要とすることとなる(八〇四条三項、三二四条三項二号)。決議要件は、当該種類株主総会において議決権を行使できる株主の半数以上で、当該株主の議決権の三分の二以上に当たる多数の承認である(三二四条三項二号)。このように特殊決議が要求されるのは、当該種類の種類株主にとってそれが譲渡制限株式となってしまうことはきわめて不利益な事柄だからである。ここで新設分割が対象とされることがないのは、新設分割の場合、分割対価は新設分割会社に交付され、同社の株主の地位には変化がないため、対価である新設分割設立会社株式が譲渡制限株式であってもあるいは持分会社の持分であっても、承認の決議要件を重くする必要はないからである[10]。新設分割の特殊性からすると当然ではあるが、前述したように、条文の置き方に課題が残る。

次に、新設型組織再編によりある種類の株主に損害を及ぼすおそれがある場合も問題とされる。新設合併・新設分割・株式移転によりある種類の株主に損害を及ぼすおそれがある場合には、その種類株式の株主を構成員とする種類株主総会の特別決議を必要とすることとなる(三二二条一項七号一〇号一三号、三二四条二項四号)。種類株主総会における特別決議は、当該種類株主総会において議決権を行使できる株主の議決権の過半数(三分の一以上の割合を定款で定めた場合はそれ以上)を有する株主が出席し、出席した当該株主の三分の二以上(これを上回る割合を定款で定めた場合はそれ以上)に当たる多数でなされる(三二四条二項柱書)。

また、新設合併消滅会社・株式移転完全子会社が公開会社である場合に、その株主に譲渡制限株式が交付されるときも問題とされる。公開会社である新設合併消滅会社・株式移転完全子会社の株主に対し、新設合併設立会社・株式移転完全親会社の譲渡制限株式等が交付される場合においては、株主総会の特殊決議が要求されるから（三〇九条三項三号）、当該株主総会において議決権を行使することができる株主の半数以上（これを上回る割合を定款で定めた場合はそれ以上）であって、当該株主の議決権の三分の二以上（これを上回る割合を定款で定めた場合はそれ以上）に当たる多数の承認が要件となる。この場合に特殊決議が要求されるのは、前者においては公開会社であった会社が公開会社でない会社へとまったく変容してしまい、株主に重大な利害を有するからである。

ここで新設分割が対象とされることがないのは、新設分割の場合、分割対価は新設分割会社に交付され、同社の株主の地位には変化がないため、対価である新設分割設立会社株式が譲渡制限株式であっても、あるいは持分会社の持分であっても、承認の決議要件を重くする必要はないからである。人的分割として制度化していたならばともかくとして、物的分割にとどめてしまった以上、他の新設型組織再編と同列に制度化することで問題はなかったのか、そして新設分割の特殊性に応じて制度を構築・整理しなおす必要はなかったのかが問題とされる。

(2) 株主総会における承認の意味[11]

(ア) 承認決議の対象　合併を例にとってみると、合併はそれ自体が会社法上の一個の行為であり、解散や新株発行や設立は、それぞれが独立の法律要件として別々に法律効果をもたらすものではなく、合併という一個の法律要件の中にその構成要素として包含されているものである[12]。合併契約は、このような法律行為の一種である合併の効果意思の定型化・様式化と考えてよい。そして、合併にとって不可欠の意思表示こそ合併契約であり、合併契約の作成から始まり、合併契約の承認、債権者保護手続など一連の手続を踏むことにより、はじめて合併が効果を生ずることとなる。そのように合併を分析すると、株主総会における承認決議の対象は新設合併・新設

分割・株式移転そのものではなく、新設合併契約・新設分割計画・株式移転計画であることが明らかになる（もちろん文言上からも明らかであるが）。したがって、たとえば株主総会における承認決議後に合併契約の解除事由などが発生した場合には、合併の効力発生日前であれば、株主総会の別途の決議を要することなく合併契約を解除することが可能であるということとなる。[13]

(イ) 新設合併契約・新設分割計画・株式移転計画の作成と承認決議との関係　株主総会における承認決議の対象は新設合併契約であり新設分割計画であり株式移転計画であるとしても、新設合併契約・新設分割計画・株式移転計画の作成と株主総会における承認決議の関係は必ずしも明らかではない。一般的には、合併契約について論ずるものがほとんどで、[14]それらは、合併契約は当該総会による承認（合併承認決議）を停止条件として成立するとの主張[15]や、取締役会設置会社では取締役会決議を経て代表取締役が作成し、当事会社の代表取締役が株主総会の特別決議による承認を停止条件として締結する、などの主張[16]である。この考え方にたつと、株主総会が招集されなかったときなどは条件が成就せず、合併契約の効力が生じないこととなり、そもそも契約違反ということもないこととなってしまう。現実には、合併を行おうとする場合、当事会社において合併契約を作成することとなるが、合併契約は当事会社間の契約であるから、各社の合併契約の内容が異なっていたのでは契約が成立しなくなってしまうため、各社に共通の合併契約を作成するよう、あらかじめ各当事会社の代表取締役の間で合意をなすこととなる。この合意も一種の契約であって、これを「合併仮契約」ないしは「基本合意書」という。これは合併契約の予約のようなもので、代表取締役の間でこの契約が成立しても、それは、それぞれの会社に対して、その内容どおりの合併手続を進めるべき債務を発生させるだけである。したがって、合併仮契約を締結したにもかかわらず、それに基づく合併契約を作成しなかったり、株主総会で合併契約が否決されたりした場合には、合併は行われないこととなってしまう。[17]ただ、代表取締役が締結した契約は会社が締結したものであるから、合

併契約を作成しなかったり、総会で否決されるようなことになれば、合併手続を進めるという仮契約上の債務を履行しなかったことになるため、債務不履行に基づく損害賠償の義務が発生することになる。[18] もちろん、合併仮契約の中には各会社における手続の完了を停止条件とする条件付合併契約を含むこともあるから、その場合にはそれは条件付の準物権行為となり、条件成就により合併が実現するということにはなる。

問題は、合併当事会社のうち、一方の会社の合併決議が不成立ないしは無効となってしまった場合である。二社間の合併においては、相手方会社の有効な決議を前提とするのは当然であるから、一方にそのような状況が生じた場合には、他方の会社の合併手続はそれで終了してしまうこととなる。[19] では、甲・乙・丙という数社間の新設合併が行われようとしている場合において、そのうちの一社が合併を断念したり、あるいは株主総会において合併決議が否決された場合にはどのようになるであろうか。甲・乙・丙三社が全体として一個の合併契約を締結し、統一的に合併手続を行う場合において（乙会社の株主総会においては、甲・乙間の合併の承認だけでなく、甲・丙間の合併についても合併契約の一部として承認の対象となる）、そのうちの一社の株主総会で否決されたときには、合併手続の全体が実施不能とならざるを得ない。それでも残りの会社間で合併を進めようとするならば、その会社間での新たな合併契約の締結をなすこととなる。これに対し、甲と乙、甲と丙との間で各別に新設合併契約を締結して合併手続を行う場合には、一方の合併が承認を得られず失敗に終わってしまったとしても、他方の合併手続に当然に影響が及ぼされてしまうということではない。[20] したがって、新設合併の場合には、そのまま手続を継続して行くことができる。この点、吸収合併の場合には、いずれの会社が存続会社となっていたかに関わるため、すべてが消滅してしまう新設合併と同じではない。

また、新設分割や株式移転については、新設分割計画や株式移転計画は取締役会の決議を経て代表取締役が作成し、[21] 株主総会の決議によって、新設分割計画や株式移転計画の承認がなされると主張されている。[22] 株主総会決

議による承認の意味は必ずしも明らかではないが、そのような説明でも新設分割や株式移転が一会社のみで行われる場合は特に問題は生じない。取締役会決議を経て代表取締役が作成した新設分割計画や株式移転計画について、株主総会における承認決議が成立しなければ、そのまま新設分割や株式移転が効力を発しないだけであるからである。新設分割にしろ株式移転にしろ、全体として一つの組織法上の法律行為[23]であるととらえる限り、不可欠の意思表示である新設分割計画や株式移転計画と並んで、一連の手続の中できわめて重要な位置を占める株主総会における承認を欠くならば、そもそも新設分割や株式移転が効力を発しないのは当然だからである。ところが、若干問題となるのは、新設分割にしろ株式移転にしろ、二以上の会社間でこれを行おうとする場合（共同新設分割（七六二条二項）・共同株式移転（七七二条二項Ⅱ））である。いずれの当事会社においても、それぞれの代表取締役が共同して作成した新設分割計画や株式移転計画についての承認決議を必要とすることとなるが、いずれかの会社においてこれが否決された場合である。二社以上の会社による共同新設分割や共同株式移転を組織法的な契約であると理解すると[24]、一社のみで新設分割計画や株式移転計画についての承認決議をしたとしても、新設分割や株式移転が効力を発することにはならないと考えられ、改めて一社による手続を繰り返さなくてはならないこととなる[25]。ただ、会社法七六二条二項や七七二条二項の条文の構成の仕方からして共同新設分割計画・共同株式移転計画をもって契約と理解することにも若干の躊躇を覚えるところから、単なる組織法的な法律行為あるいは組織法的な合同行為[26]とでもとらえることにより、当初二社以上で始めた新設分割や株式移転でも一社のみでこれをなしうるとの理解に達することができるかもしれない。

このように考えてくると、そもそも新設合併、新設分割、株式移転の現象面、すなわち新設会社が登場するという面のみをとらえ同一の条文に載せてくること自体に問題があるとも思われ、承認手続の観点からいえば、株主総会による承認の意味の相違という基本的な部分からの再整理が不可欠であろう。

三　持分会社を消滅会社とする新設型組織再編（新設合併・新設分割）

1　持分会社における新設型組織再編の自由

合併に関しては、平成一七年改正前商法の下でも、基本的には合併の自由が認められ、合名会社・合資会社・株式会社の間では会社の種類や目的のいかんにかかわらず合併をなし得るとされていた。したがって、例えば合名会社と株式会社による新設合併（ただし、新設会社は株式会社に限られる〔平一七改正前商五六条二項〕）であれば、それぞれの当事会社での承認手続（同法九八条一項・四〇八条一項）および債権者保護手続（同法一〇〇条・四一二条）が必要とされていたのであり、この点において会社法と異なるところはとくにない。

これに対し、分割に関しては、そもそも平成一二年の改正で取り入れられた分割は分割会社が株式会社である場合と有限会社である場合についてであり（しかも、株式会社は有限会社でも株式会社でも設立できるが、有限会社は有限会社しか設立できない（平一七改正前商三七三条、有六三条ノ三第一項・六三条ノ二第一項）、新設会社が持分会社となるような分割は認められていなかったのに対し、平成一七年改正では、大幅に分割の自由が認められるようになったこと、および合同会社が登場したことにより、関連するいくつかの改正がなされることとなった。分割の自由に関しては、分割会社は株式会社と合同会社のみである（二条三〇号）が、新設会社は持分会社であってもよいと拡大された。そして、そこから生ずる問題や合同会社に関しては特別な扱いを必要とするところから、そのための整備がなされた。

ところで、会社法八一三条は、持分会社が新設合併や新設分割（権利義務の全部を承継させる場合）を行おうとする場合、当該持分会社における新設合併契約・新設分割計画の承認には当該持分会社の総社員の同意を要すること、および債権者保護手続も必要であることを規定している。ここで注意しなければならないことは、新設合

併における消滅会社はすべての場合に総社員の同意を得る必要があり、新設分割における新設分割合同会社は、その事業に関して有する権利義務の全部を他の会社に承継させる場合に総社員の同意を得る必要があるとする点である（八一三条一項）。新設分割に関する定義規定では、「一又は二以上の株式会社又は合同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分割により設立する会社に承継させることをいう」とされているから、これとの対比において、合同会社における新設分割で総社員の同意を要するのは、事業に関して有する権利義務の全部の承継に限定されることを注意しなくてはならない。

2　持分会社における新設合併契約の締結・新設分割計画の作成

新設合併は当事会社間の契約であるから、当事会社は、法定事項を定めた新設合併契約を作成・締結し、総社員の同意を得なくてはならないこととなる。この新設合併契約は、当該持分会社を代表する社員により作成・締結されることとなる（七四八条）。合併契約の締結については、契約の締結という対外的な代表の問題であろうから、会社の代表権を有する者にその権限がある。つまり、原則として、業務執行社員が会社を代表し（五九九条一項）、また定款で業務執行社員の一部を代表者と定めたときはその者が代表して締結する（五九九条一項但書）。これに対し、作成に関しては、事実行為としての作成は別として、会社の組織再編に関わる内容の決定という意味からすれば、業務執行ではないがそれ以上に重要な行為として、業務執行社員が複数ある場合にはその過半数をもって決定しなければならないものと考えられる（五九〇条二項）[27]。

新設分割のうちその事業に関して有する権利義務の全部を他の会社に承継させる場合、分割会社は、法定事項を定めた分割計画を作成し、総社員の同意を得なくてはならない。この新設分割計画も当該持分会社を代表する社員により作成されることとなるが（七六二条一項）、会社の組織再編に関わる内容の決定という意味からして、

新設合併契約の内容の決定と同様、業務執行ではないがそれ以上に重要な行為として、業務執行社員が複数ある場合にはその過半数をもって決しなければならない（五九〇条二項）。

3　持分会社における新設合併契約・新設分割計画の承認

(1)　新設合併契約の承認

(ア)　同意　　持分会社が新設合併をなすには、総社員の同意を必要とする。新設合併により社員が入社した相手方である会社とは異なった会社となってしまうなど、会社の組織に重大な変更が生ずることとなるため、多数決では足りず、総社員の同意を要するものとしている（八一三条一項）。ただし、定款に別段の定めを置けば、総社員の同意ではなく、社員の過半数の同意などとすることが可能である（同項但書）。この点は、平成一七年改正前までは、このように定款による特別の定めを認める但書を置いていなかったため、はたして総社員の同意を要するとの規定が強行規定なのか否か争われていたところであるが、[28] 会社法では但書を置いたため、立法的に解決されることとなった。このような改正の趣旨は、合併の決議も当事会社自身にとっては会社の内部関係に属する事項に過ぎないというのであろうが、[29] 他の会社との合併契約締結に関連し、さらに会社の実体がまったく変容してしまうこととなる合併承認の決定について、会社の内部関係に属する事項にすぎないとして自由にできることは立法論的に疑問が残る。[30]

同意の形式については、「総社員の同意」とあるだけで特に定められていないから、社員が集まって会議を開いて決定してもよいし、個別に同意を得てもかまわないし、また口頭でも書面でもよい。ただ、新設合併による新設合併設立会社の設立登記の申請に当たっては、総社員の同意（定款に別段の定めあるときはその手続）を証する書面の添付が必要とされる（商登一〇八条二項三号・八一条七号）。

(イ) 同意の対象　合併の承認について、原則として総社員の同意を必要としているのは、社員が入社した相手方である会社とは異なった会社となってしまうなど、会社の組織に重大な変更が生ずることとなるためである。したがって、総社員の同意は、合併をなすことについてだけでなく、合併契約に定められた合併の基本条件（株式会社を新設合併設立会社とする新設合併につき、七五三条一項六号七号八号九号一〇号一一号・二項三項。持分会社を新設合併設立会社とする新設合併につき、七五五条一項六号七号八号九号）や、新設合併にあっては新設会社がどのような内容を有する会社であるか（株式会社の場合、七五三条一項二号三号四号五号。持分会社の場合、七五五条一項二号三号四号五号・二項三項四項）についても必要である。合併の基本条件に関して合意が必要な理由は述べるまでもないとして、新設会社がどのような会社となるかに関する合意が必要なのは、例えば株式会社を新設合併設立会社とする新設合併にあっては、原則としてすべての新設合併消滅会社の株主・社員が、新設合併設立会社の株主となるのであるから、自らの行き先である新設会社がどのようなものであるか理解している必要があるからである。

(2) 新設分割計画の承認[31]

(ア) 同意　持分会社（合同会社に限る）がその事業に関して有する権利義務の全部を他の会社に承継するような新設分割をなすには、総社員の同意を必要とする。その事業に関して有する権利義務の全部を他の会社に承継させるような新設分割が行われると、社員が入社した会社とは異なった会社となってしまうなど、会社の組織に重大な変更が生ずることとなるため、多数決では足りず総社員の同意を要するものとしている（八一三条一項）。ただし、定款に別段の定めを置けば、総社員の同意ではなく、社員の過半数の同意などとすることが可能である（同条一項柱書但書）。

同意の形式については、新設合併のところで述べたのと同様、「総社員の同意」とあるだけで特に定められて

いないから、社員が集まって会議を開いて決定してもよいし、個別に同意を得てもかまわないし、また口頭でも書面でもよい。ただ、新設分割による新設分割設立会社の設立登記の申請に当たっては、新設分割会社（合同会社）の総社員の同意（定款に別段の定めあるときはその手続）を証する書面の添付が必要とされる（商登一〇九条二項三号・八六条七号）。また、持分会社（合同会社）の新設分割であるが会社法八一三条の適用がない場合、すなわち当該持分会社（合同会社）がその事業に関して有する権利義務の一部を承継させる場合にあっては、社員の過半数の一致があったことを証する書面の添付が必要とされる（商登八六条七号）。本条は、事業に関して有する権利義務の全部を承継させる新設分割にのみ適用されるから、そうでない場合には総社員の同意は必要なく、通常の業務執行における決定と同様、社員の過半数の同意で足る（五九〇条二項）。合同会社につき、権利義務の一部を承継する新設分割と全部を承継する新設分割とを分け、全部の場合のみを新設合併と同じ手続に載せるなど複雑さを露呈しているとともに、分割の定義規定の存在と相俟ってその本質さえ不明確としてしまっている。

(イ) 同意の対象　その事業に関して有する権利義務の全部を他の会社に承継させるような新設分割の承認について、総社員の同意が必要とされている。問題は、「事業に関して有する権利義務」とは何かについてである。すなわち、会社分割において承継される対象は有機的一体性をもった事業でなければならないと考えるか[32]、それとも個々の財貨の所有権や債権などまでも含むと考えるかである[33]。この点に関する考え方の相違は、平成一七年改正前商法の下では、会社分割により承継される財産は「営業」に限定され、有機的一体性のない財産の移転は除外されると考えられていたが、この趣旨が改正後においても変わりがないかというところにある。立法担当者は、①分割計画の内容として承継の対象に有機的一体性のない財産が含まれていたとしても、その財産が分割による権利移転の対象とならないと解する必要はないこと、②有機的一体性という不明確な要件の有無で分割の効力が左右されてしまうことは適切でないこと、③会社分割は、社員の承認等分割手続を経てはじめて実現される

組織法上の行為であるから、事業譲渡のように競業避止義務を生じさせるものであるかどうかによって重要な財産の譲渡の場合との区別をする必要もなく、事業活動の承継を要件とする必要もない、④開示等の手続により債権者保護は図られているなどの理由から、客観的意義の事業および事業活動に関して会社が保有している個別の権利および義務が含まれるとする。[34] しかし、個々の権利譲渡や債務引受まで含めるとした場合、これらを会社分割の手続に乗せさえすれば、会社分割に特有の制度から発する効果まで享受できてしまう（異議を述べなかった債権者は会社分割を承諾したものとみなされ、分割無効の訴えを提起できなくなってしまう等）というのは、制度としてはきわめて不適切であり行き過ぎであること、[35] その上、個別の権利・義務まで含めるとすることは、会社分割の効果である包括承継という歴史的に確立してきた概念に真っ向から対立してしまうこと、条文上も「事業に関して有する権利義務」として、承継される権利義務が事業概念と切り離されていないこと等からすれば、有機的一体性をもった財産が分割の対象となるものと解すべきである。[36] このように考えてくると、ここでいう「その事業に関して有する権利義務の全部」というのは、例えば分割会社が鉄道・百貨店・不動産の三つの事業を営んでいるときに、百貨店事業を丸ごと他の会社に承継させるような場合ということになる。[37] このような新設分割が行われると、新設分割会社においても、社員が入社した会社とは大きく異なった会社となってしまうなど会社の組織に重大な変更が生ずることとなるため、総社員の同意が要求されるのである。

したがって、総社員の同意は、新設分割をなすことについてだけでなく、新設分割計画に定められた分割の基本条件（株式会社を設立する新設分割計画につき、七六三条一項五号六号七号八号九号一〇号一一号一二号・二項三項。持分会社を設立する新設分割計画につき、七六五条一項六号七号八号）や、新設会社がどのような内容の会社であるか（株式会社の場合、七六三条一項一号二号三号四号五号。持分会社の場合、七五五条一項一号二号三号四号五号・二項三項四項）についても必要である。分割の基本条件に関して合意が必要な理由は述べるまでもないとして、新設

会社がどのような会社となるかに関しても合意が必要なのは、新設分割が行われた場合、株主は新設分割設立会社の親会社となる新設分割会社の株主へと変容するため、新設分割設立会社である子会社の内容にも重大な利害を有することになるからである。ところで、新設分割により、分割会社がその事業に関して有する権利義務のどの部分が設立会社に承継されるかは、新設分割計画の定めに従って決定されることとなるが（七六三条五項、七六五条一項五号）、会社法の下では、事業そのものの承継ではなく、事業に関する権利義務の全部（または一部）の承継と定めるので、従来通りの包括承継と考えてよいかが問題となる。もちろんこの問題は、前述した「事業に関して有する権利義務」の範囲にもかかわりを有するところであるが、分割計画の定めに従い、設立会社の成立の日にそれらの権利義務が分割会社から一括して設立会社に移転するのであり、個別の移転行為が要求されるものではないということとなる。

四　まとめに代えて

本稿は、新設型組織再編の承認手続を取り上げ、複雑に絡み合ってしまった制度を多少なりともほぐすことができればとの思いで再整理を試みたものである。はたして成功したか否かは不明であるが、少なくとも新設型組織再編という視点からの統合だけではさらに複雑な構成となってしまうということは指摘することができたように考えている。そして、その複雑化・混乱化の根本は、機関権限分配が一つの理念に基づいてなされていないというところにあると考えている。確かに、条文経済上あるいは条文の美学上の観点から、共通項である新設型組織再編という特質を導き出し、それに基づき整理を行ったことは高く評価できるが、本稿で見てきたように、かえってそれが無理な統合へと導いてしまったのではないかということを考えると、再び制度の基本理念に基づい

た再構築が必要であろうとの感を抱かざるを得ないのである。昭和四一年改正時における鈴木竹雄博士の次の一文はきわめて印象的である。「今度の改正に通ずるフィロソフィーないし基礎理論的なものがないことを不満とする向きがないではなかったが、それは実際界における要望を受けてその解決をはかったものにすぎないのだから、むしろ当然のことである」と。

(1) 拙稿「株式会社における『機関権限分配法理』」奥島孝康＝宮島司編・倉澤康一郎先生古稀記念・商法の歴史と論理（新青出版、二〇〇五）八一七頁以下。

(2) 弥永真生『リーガルマインド会社法（一一版）』（有斐閣、二〇〇七）三八九頁。

(3) 対価の柔軟化が新設型組織再編にも認められていると評価するか否かに関し、いくらかの柔軟化が図られたとするものとして、浜田道代「新会社法における組織再編」商事法務一七四四号（二〇〇五）四四頁、野田博「企業買収・組織再編の法的手段」法律時報七九巻五号（二〇〇七）二七頁、中東正文『新基本法コンメンタール会社法3』（日本評論社、二〇〇九）二四〇頁。これに対し、新設合併設立会社の株式が必ず交付されることから対価の柔軟化はされていないとするものとして、相澤哲「合併対価の柔軟化の実現に至る経緯」商事法務一八〇一号（二〇〇七）五頁、藤田友敬「企業再編対価の柔軟化・子会社の定義」ジュリスト一二六七号（二〇〇四）一〇三頁。

(4) 拙稿「会社分割法制の概要と問題点」監査役四三三号（二〇〇〇）一六頁。

(5) 拙稿・前掲（注1）八三一頁。

(6) 当然とするものとして、前田庸『会社法入門（一一版補訂版）』（有斐閣、二〇〇八）七五一頁。

(7) 「ある種類の株主に損害を及ぼすおそれ」とは、たとえば、新設合併に際し、消滅会社の優先株主に対し設立会社の普通株式が交付されるような場合や、新設分割の場合において、新設分割設立会社から交付を受けた株式を新設分割会社の株主に対し全部取得条項付種類株式の取得対価または剰余金の配当として分配する（七六三条一二号、七六五条一項八号）に際し、その分配の方法によっては分割会社の種類株主に損害発生の可能性が出てくるといった場面である。

(8) 江頭憲治郎『株式会社法（第二版）』（有斐閣、二〇〇八）一六一頁。
(9) 譲渡制限株式等とは、譲渡制限株式または取得条項付株式もしくは取得条項付新株予約権であって取得と引換に譲渡制限株式が交付されるものをいう（三〇九条三項三号四号、七八三条三号、八〇四条三項、会規則一八六条）。
(10) 龍田節『会社法大要』（有斐閣、二〇〇七）四八〇頁。
(11) 持分会社が設立される新設合併の場合においては、持分会社の持分等が新設合併消滅株式会社の株主に交付されることとなるため、交付を受ける新設合併消滅株式会社の総株主の同意が必要である（八〇四条二項）。消滅株式会社の株主に対し株式に代えて新設合併設立持分会社の持分等が交付されることとなり、このことは実質的には組織変更があったのと同じ効果が株主にもたらされるからである。ここにいう「持分等」とは、持分会社の持分または権利の移転・行使に債務者その他の第三者の承諾を要するものである（会規則一八五条）。
(12) 倉澤康一郎『商法の基礎（三訂版）』（税務経理協会、一九九三）二一九頁、大賀祥充「『会社の合併』考」修道法学二九巻一号（二〇〇六）三二四頁）。
(13) 長島＝大野＝常松法律事務所編『アドバンス会社法（第二版）』（商事法務、二〇〇六）六九八頁。
(14) 学説の詳細については、今井宏『新版注釈会社法（13）』（有斐閣、一九九〇）三九頁。
(15) 江頭・前掲（注8）八四頁、北村雅史＝柴田和史＝山田純子『現代会社法入門』（有斐閣、二〇〇七）二八八頁。
(16) 弥永・前掲（注2）三九五頁。
(17) 今井・前掲（注14）五二頁。
(18) 倉澤・前掲（注12）二二一頁、拙著『新会社法エッセンス（第三版）』四一八頁。道義的な遵守が期待されるだけとするものとして、今井・前掲（注14）四一頁。
(19) 鈴木竹雄「合併雑題」商法研究Ⅲ（有斐閣、一九七一）三二七頁。加美和照『新訂会社法（第九版）』（勁草書房、二〇〇七）五五一頁は、こちら側の決議も不成立ないしは無効とならざるを得ないとされる。
(20) 今井・前掲（注14）四六頁。
(21) 私見では、新設分割であれ株式移転であれ組織再編行為として組織法上の行為に位置づけられるとはいえ、分割計画や株式移転計画の作成自体は会社内部の行為であると考えられるため、これらについては取締役会自体が作成す

るものと考えている。すなわち、作成自体は代表行為と関わりはないため代表機関の登場する余地はないが、会社の組織再編に関わる内容の決定という意味からして、新設合併契約の内容の決定と同様、業務執行ではないがそれ以上に重要な行為として、取締役会の権限事項に組み込まれるべき事柄である。

(22) 弥永・前掲(注2)三九六頁、四〇四頁。

(23) 組織法上の行為とするものとして、前田・前掲(注6)七一三頁、七五〇頁。

(24) 拙著・前掲(注18)四三四頁。ただし、合併の場合と同様、それぞれの仮契約ないし基本合意書が作られ、そちらはもちろん契約であるにしても、二社以上によるからといって、新設分割計画・株式移転計画そのものは契約と考える必要はないのかもしれない。

(25) 本質論をどのように考えるかは別として、承認された議案に、その会社一社でも新設分割を行う旨や一社でも株式移転を行い完全子会社となる旨の定めがあれば新設分割や株式移転は成立するが、それ以外の場合には、新設分割や株式移転は成立しないと主張するものとして、江頭・前掲(注8)八四七頁。

(26) 新設合併は「社団法上の合同行為」であると主張するものとして、大賀・前掲(注12)三二四頁。

(27) 注(21)参照。

(28) 強行規定であるとしていたものとして、服部栄三＝星川長七『基本法コンメンタール会社法Ⅰ（第三版）』（日本評論社、一九八四）五四頁［福岡博之］。反対に定款規定で異なる手続を置くこともできるとするものとして、今井宏『新版注釈会社法（1）』（有斐閣、一九八五）三七八頁。

(29) 今井・前掲(注28)三七八頁。

(30) 持分会社における意思決定の方法については、内部関係の自由度とのかかわりで検討すべき課題があるように思われるため、本稿では疑問を呈するにとどめる。

(31) 株式会社と異なり（四六七条～四七〇条）、持分会社には事業譲渡に関する特則は置かれていない。いわゆる事業譲渡をなそうとしても社員保護等の制度はないから、会社組織としての利害の調整を図ろうとすれば、結局、組織再編としてのこの手続にのせるほかない。取引行為としての事業譲渡については、所有と経営の一致した持分会社では特別の利害調整の制度は不要だからである。

(32) 龍田・前掲(注10)四六五頁、前田・前掲(注6)七一五頁、柴田和史『会社法詳解』(商事法務、二〇〇九) 三九九頁。

(33) 江頭憲治郎編『1会社法コンメンタール』(商事法務、二〇〇九) 六三頁（江頭）、相澤哲他編『論点解説　新・会社法』(商事法務、二〇〇六) 六六八、六六九頁。

(34) 相澤哲他編・前掲(注33)六六八、六六九頁。

(35) 龍田・前掲(注10)四七五頁。

(36) 柴田・前掲(注32)三九九頁は、平成一六年一二月八日の法制審議会会社法（現代化関係）部会決定「会社法制の現代化に関する要綱案」がこれに関しては何も述べていないから、立法者意思もこの点に関しては考え方を変更するものではないと指摘される。

(37) 龍田・前掲(注10)四七四頁。ただし、株式会社に関しても、権利義務の一部だけの承継までも会社分割に含まれるとするのは立法論的に問題であるとされる。