

「会社の合併」考

大 賀 祥 充

- [I] はじめに
- [II] 「合併」の意味
- [III] 「合併」の本質論
- [IV] 新会社法における「合併」の手續
- [V] 新会社法における「合併」の本質論
- [VI] 結 語

[I] は じ め に

平成17年5月1日に施行された「会社法」(平成17年法律86号)は、「会社の合併」に関して、いわゆる「対価の柔軟化」を図っている。この部分に関する法の施行期日は、平成19年5月1日とされているが(会社法付則4参照)、新法における「会社の合併」の内容を概観し、その本質・特徴を探るのが本稿の目的である。

[II] 「合併」の意味

「会社の合併」は、旧商法の下では、「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。」と説明されてきた¹⁾。そして、合併の結果、当事会社の全部が解散する場合を「新設

1) 拙稿『「会社合併の本質」考』(法学研究(慶應義塾大学)70巻1号(平成9年1月)198頁参照。

合併」, 当事会社のうち一社を残してその余の全部が解散する場合を「存続合併」と呼んでいた。

ところが, 新会社法は, 「吸収合併」を「会社が他の会社とする合併であって, 合併により消滅する会社の権利義務の全部を合併後存続する会社に承継させるものをいう。」と定義する(同法2条27号)と同時に, 「新設合併」を「二以上の会社がする合併であって, 合併により消滅する会社の権利義務の全部を合併により設立する会社に承継させるものをいう。」と定義している(同法2条28号)。これは, いわゆる「合併の対価」が, 新設会社または存続会社の株式に限定されず, その他の財産でも差し支えないものとされたことを意味している(会749条1項2号, 753条1項7号以下参照)。このいわゆる「合併における対価の柔軟化」は, 「会社の合併」の本質に関する従来の学説にどのような影響を与えるであろうか。

[Ⅲ] 「合併」の本質論

「会社の合併」の本質については, 従来, いわゆる「人格合一説」, 「現物出資説」, そして「株主現物出資説」等の対立があった²⁾。

「人格合一説」は, 会社の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効果をもたらす社団法人ないし組織法上の一種の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・内容であって, 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た。

これに対して, 「現物出資説」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, ロマン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

2) 詳細は, 拙稿・前掲198頁以下参照。

大賀：「会社の合併」考

る新設会社の設立（新設合併の場合）または存続会社の資本増加（吸収合併の場合）であると主張していた。

また、「株主現物出資説」は、これまでの「現物出資説」では、解散会社が現物出資するにも拘わらず、新設会社または存続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主張していた。

そして、従来、合併を巡る個別問題としては、(1) 資本増加（新株発行）を伴わない合併は認められるか、(2) 合併交付金の割合には限度があるか、等が採り上げられていた。

しかし、新会社法は、「会社の合併」における対価は、解散会社の株式に限らず、その他の財産でも差し支えないこととした。その結果、例えば、吸収合併における対価を全て現金で提供することも許されることになる（Cash Out Merger）。そうであるとすれば、少なくとも、前記(2)は、新法の下では、全く問題とはならない。

また、新設合併に際しては、会社の設立をする以上、株式の発行が予定されようが、その際、最低資本金制度は廃止されているから（旧商法168条ノ4参照）、新設会社の資本金は零円でも許されるので（会社法施行規則58条以下）、従って、前記(1)もまた、新法の下では、全く問題とはならない。

〔IV〕 新会社法における「合併」の手續

それでは、新法の下では、「会社の合併」の本質は、どの点に求めるべきであろうか。その検討のために、まず、新法における「会社の合併」の手續を概観しておく。合併の様相は様々であるが、事を簡単にするために、「株式会社存続する吸収合併」（会749条参照）を例にとって検討してみる。

会社が他の会社と合併をしようとするときは、当事会社相互間で「合併契約」を締結する（会748条）。吸収合併契約書の記載事項は法定されている（会749条1項）。吸収合併存続会社が吸収合併消滅会社の権利義務を承継するという合併の効力は、合併契約書に所定の効力発生日に生じる（会750条）。

ただし、消滅会社の解散は、合併の登記の後でなければ、これをもって第三者に対抗することはできない（同条2項）。

合併の効力が発生すると、消滅会社の株主は、（ア）合併の対価が存続会社の株式であるときは、存続会社の株主となるし（同条3項1号）、（イ）対価が存続会社の社債であるときは、存続会社の社債の社債権者となるし（同条同項2号）、（ウ）対価が存続会社の新株予約権であるときは、その新株予約権者となるし（同条同項3号）、（エ）対価が存続会社の新株予約権付社債であるときは、その社債権者となる（同条同項4号）。

このような効果をもたらす吸収合併の手続は、「消滅会社」においては、吸収合併契約備置開始日から吸収合併が効力を生ずる日（効力発生日）後吸収合併消滅会社にあつた効力発生日（一般的には、効力発生日後6ヶ月を経過する日）までの間、吸収合併契約の内容その他法務省令（会社法施行規則191条）で定める事項を記載または記録した書面または電磁的記録をその本店に備え置かなければならない（会782条1号）。

次に、消滅会社は、合併の効力発生日の前日までに、原則として（なお、会784条参照）株主総会の決議によって、吸収合併契約の承認を受ける（会783条。ただし、同条5項・6項参照）。合併に反対の株主は、消滅会社に対し、自己の有する株式を公正な価格で買い取ることを請求できる（会785条。なお、新株予約権買取請求については、同法787条参照）。

次に、会社債権者は消滅会社に対し、合併について異議を述べるができる（会789条）。

他方、「存続会社」の手続きとしては、吸収合併契約備置開始日から効力発生後6ヶ月を経過する日までの間、吸収合併契約の内容その他法務省令（会社法施行規則191条）で定める事項を記載または記録した書面または電磁的記録をその本店に備え置かなければならない（会794条）。そこでいわれる吸収合併契約備置開始日とは、次に掲げる日のいずれか早い日をいう（会794条2項）。(i) 吸収合併契約について株主総会の決議によってその承認を受けなければならないとき、当該株主総会の日の2週間前の日（同条2項1号）、

大賀：「会社の合併」考

(ii) 反対株主の株式買取請求に関して、合併の効力発生日の20日前までに、合併に関する事項を通知（会797条3項）の日、または通知に代わる公告の日（同条4項）のいずれか早い日（会794条2項2号）、そして (iii) 存続会社の会社債権者が合併について異議を述べる場合について、存続会社が、(a) 吸収合併をする旨、(b) 消滅会社の商号及び住所、(c) 存続会社及び消滅会社の計算書類に関する事項として法務省令で定めるもの（会社法施行規則199条参照）、そして (d) 債権者が一定の期間（1ヶ月を下ることはできない・会799条2項但書）内に異議を述べるができる旨を、官報に公告し、かつ、知れている債権者には各別にこれを催告しなければならないときは、公告の日又は催告の日のいずれか早い日（会794条2項3号）がそれである。

次に、存続会社は、合併の効力発生日の前日までに、原則として（なお、会796条参照）株主総会の決議（特別決議・会309条2項12号）によって、吸収合併契約の承認を受ける（会795条）。合併に反対の株主は、存続会社に対し、自己の有する株式を公正な価格で買い取ることを請求できる（会797条）。

次に、会社債権者は存続会社に対し、合併について異議を述べるができる（会799条）。債権者が所定の期間内に異議を述べたときは、存続会社は、当該債権者に弁済し、もしくは相当の担保を提供し、又は当該債権者に弁済を受けさせることを目的として信託会社等に相当の財産を信託しなければならない（会799条5項）。債権者が所定の期間内に異議を述べなかったときは、当該債権者は当該吸収合併について承認したものとみなされる（同条4項）。

存続会社は、合併の効力発生日後遅滞なく、合併により存続会社が承継した消滅会社の権利義務その他の合併に関する事項として法務省令（会社法施行規則200条参照）で定める事項を記載または記録した書面又は電磁的記録を作成し（会801条）、存続会社の株主及び債権者の閲覧謄写に応じなければならない（同条4項）。

そして、会社が吸収合併をしたときは、その効力が生じた日から2週間以内に、その本店の所在地において、吸収合併により消滅する会社につい

ては解散の登記をし、存続会社については変更の登記をしなければならない³⁾ (会921条)。

〔V〕 新会社法における「合併」の本質論

このような手続の下に行われる「会社の吸収合併」の本質は、いかに解すべきであろうか。

思うに、「会社の合併」は、吸収合併にしる、新設合併にしる、いずれも法定の構成要件的行為から成る一連の手続である。すなわち、会社の代表取締役（または代表執行役）による合併契約の締結から始まって⁴⁾、関連情報の開示、株主総会における承認、債権者異議手続、反対株主の株式買取り

3) なお、二以上の会社が新設合併をする場合において、新設合併により設立する会社が株式会社であるときは、次の各号に掲げる場合の区分に応じ、新設合併により消滅する会社については解散の登記をし、新設合併により設立する会社については設立の登記をしなければならない (会922条)。

例えば、新設合併により消滅する会社が株式会社のみである場合について言えば、次に掲げる日のいずれか遅い日とされている (会922条1項1号)。

イ 会804条1項 (新設合併契約承認) の株主総会の決議の日

ロ 新設合併をするために種類株主総会の決議を要するときは (会804条3項参照)、当該決議の日

ハ 会806条3項の規定による (反対株主に対する) 通知又は同条4項の公告をした日から20日を経過した日

ニ 新設合併により消滅する会社が新株予約権を発行しているときは、会808条3項の規定による (新株予約権買取請求者に対する) 通知又は同条4項の公告をした日から20日を経過した日

ホ 会810条の規定による手続 (債権者異議) が終了した日

ヘ 新設合併により消滅する会社が合意により定めた日

4) 会社法は、合併契約の締結から規定を設けているが (会748条。なお、同782条、794条参照)、実際上は、関係当事会社間で、企業統合の打診、合併方式による場合には、合併比率、いずれを存続会社 (または消滅会社) とするか、役員人事をどうするか、システム統合・従業員の処遇等々につき、種々協議が行われ、各会社の株主総会における承認を条件に、合併に関する仮契約ないし合併予約が先行するであろう。しかし、これらについては、会社法は直接には関与していないのみである。

大賀：「会社の合併」考

手続，そして，最終的には合併登記（会921条）によって完成する⁵⁾。

「会社の合併」に関して会社法の要求する諸手続の全てを履行することによって，合併により消滅する会社の権利義務の全部は，合併後存続する会社（吸収合併の場合）又は合併により設立する会社（新設合併の場合）に承継される（会2条27号，28号）。その結果，合併によって消滅する会社（吸収合併の場合には，一社を除いてその余の全部。新設合併の場合には当事会社の全部）は解散する（会471条）。しかし，通常の解散の場合と異なり，清算手続を要しない（会475条1号括弧書き）。消滅会社の権利義務の全部が合併により新設会社又は存続会社に包括的に承継されるからである。

このような法律効果をもたらす「会社の合併」は，全体で一つの法律要件と理解すべきである。何故なら，消滅会社の権利義務の全部が合併により新設会社又は存続会社に包括的に承継され，当事会社の全部又は一部が解散（法人格の消滅）し，会社の設立（法人格の取得）又は存続会社の存続（法人格の維持）という，一定の法律効果をもたらされる原因であるからである。

そして，このような法律効果は，「会社の合併」を意欲する当事会社の意思表示に基づくものと解しうるから，従って，「会社の合併」は，全体として一つの法律要件，しかも意思表示を要素とするところの，全体として一つの「法律行為」であると理解すべきことになる⁶⁾。

それでは，「会社の合併」の意思表示の効果意思是，どこに求めるべきであろうか。

まず，新会社法における「会社の合併」の定義規定からは，従来，合併の本質的な要素とされていた「消滅会社の株主の存続会社又は新設会社へ

5) 「会社の合併」は，合併契約書に定める効力発生日に発効する（会750条。ただし，債権者保護手続きが終了していないときは，発効しない・同条6項。790条参照）。

6) このように解することによって，吸収合併または新設合併等会社の組織に関する行為の「無効」の訴えの制度（会824条1項7号・8号）の意味とその機能をよく理解することができるのである。

の収容」が除かれている（会2条27号，28号）。これは，消滅会社の権利義務の全部が存続会社に承継されることに対する消滅会社株主への対価が，存続会社の株式に代わる金銭等でも差し支えないものとされたからである（会749条1項2号）。具体的には，株式以外の財産，例えば，社債でも，新株予約権でも，あるいは，親会社株式でも，現金でも差し支えないのである（同条号）⁷⁾。これがいわゆる合併の対価の柔軟化と呼ばれているものであり，新会社法は，人的要素の結合（消滅会社の株主の存続会社への収容）を合併の要素から外し，合併を物的要素の承継として捉え，会社の組織変更，会社分割，株式交換及び株式移転とともに，「会社組織の再編行為」として捉え直したことになる（会775条以下参照）。

それでは，消滅会社の権利義務の全部の存続会社（または新設会社）への承継が，当事会社の意思表示の本質的な要素と見るべきであろうか。

しかし，消滅会社の権利義務の全部の存続会社（または新設会社）への承継は，一般に，「包括承継」と呼ばれているように，これは，権利義務の移転に必要な行為を個別に行うことなく，自動的にその効果が生じることを用いる⁸⁾。そうであれば，この権利義務の包括承継そのものは法定的な効果と理解すべきであろうし，このことは同時に，会社の合併が会社の消滅会社の解散原因の一つとされながら（会471条4号），清算手続を要しないことも（会475条1号括弧書き），消滅会社の権利義務全部の包括承継によるのであるから，この点もまた法定的効果と理解すべきことになろう。それ故，合併当事会社の意欲の中には，事業譲渡とは異なり，消滅会社の権利義務全部の包括承継が含まれているにしても，その法律効果は法定的なものとして解すべきであろう。

しかし，そもそも「会社の合併」は，経済的ないし経営的には，業界におけるシェア（占拠率）の拡大，販売力の強化，管理・運営費の節減等，

7) ただし，新設合併の場合には，合併により会社を設立するという事柄の性質上，株式の発行が必要となる（会753条）。

8) 従って，例えば，事業譲渡の場合には，権利義務の移転は，その対象の範囲を特定することとともに，個別的な移転行為が必要とされるのに対比される。

大賀：「会社の合併」考

「競争力の強化」とか、異業種企業の吸収による「経営の多角化」、 「資金調達力または企業信用の増大」、 「技術開発力の強化」とか、子会社・分割会社等の吸収による「人材の有効活用」等、種々の目的をもって行われるが、こうした目的が達成されるのは、当事会社の全部又は一部が「解散」・「消滅」するからに他ならない。

そうとすれば、「会社の合併」における本質的な要素は、当事会社の一社（存続会社）を除いて、その余の会社の全部が「解散」し（新設合併の場合には、当事会社の全部が解散し）、存続会社一社が「存続」すること（新設合併の場合には、会社が設立されること）に求められるものと考えられよう。

[VI] 結 語

要するに、合併の対価が柔軟化され、人的要素の継承を要素としない新会社法の下では、「会社の合併」は、会社分割、株式交換及び株式移転とともに、組織再編行為の一つとして見直された結果、「吸収合併」の場合には、当事会社のうち一社（存続会社）を残して、その余の会社全部の「解散」（従って、法人格の消滅）と「存続会社の存続」（法人格の維持）とが、当事会社の法律効果意思の内容と理解すべきことになるし、同様の論法で、「新設合併」の場合には、当事会社の全部の「解散」（従って、法人格の消滅）と「会社の設立」（従って、法人格の取得）とが、当事会社の法律効果意思の内容であると理解すべきことになる。

そして、このような意思表示を要素とする「会社の合併」は全体として一つの法律行為と解すべきであって、そうであるとすれば、その法律行為としての法的性質は、吸収合併の場合「社団法上の契約」であり、新設合併の場合「社団法上の合同行為」であると解すべきであろう。何故なら、前者にあつては、会社の存続と会社の解散とは、各当事会社にとって、反対の意味を持つものに対して、後者にあつては、会社設立という共同・共通の意味を持つからである。

私は、かつて、旧商法の下における「会社合併」の本質論について、上

記の結論を指摘したことがあるが⁹⁾、新会社法の下で合併対価の柔軟化が図られることとなって、ここに改めて、上記の理解の妥当性を確認したいと思う。

[付記]

中国・四国地方において、また国立・公立・私立を通して、初めての法学部が広島修道大学に創設されたのが昭和51(1975)年4月。はや30周年を迎える。初代から幾度か学部長の任に当たった私としても、格別の感慨を感じる。今学年度末をもって職を去る者としては、本法学部が、従ってまた広島修道大学・修道学園が益々発展されんことを切に祈念してやまない。

(2006年5月5日稿)

9) 前記注1) 参照。