

会社法における組織再編規制の視点(3)

金 田 充 広

〔キーワード〕 吸収型再編、合併等対価の柔軟化、特別支配会社、略式組織再編、簡易組織再編

目次

- 1 証券市場の再編
- 2 企業結合等に関する法規制の変遷（以上、55巻2号）
- 3 会社法の組織再編規制（以上、56巻1号）
- 4 吸収合併等契約の手続き
 - (1) 契約の当事会社
 - (2) 契約の承認手続き
 - (3) 消滅株式会社等の承認手続き
 - (4) 存続株式会社等の承認手続き（以上、56巻2号）

（ウ）吸収型再編における対価の柔軟化

会社法（平成17年法律第86号）は、吸収型組織再編措置について合併等対価の柔軟化を実現し規定するに至った⁽¹³⁹⁾（会社法749条1項2号・751条1項3号・758条4号・760条5号・768条1項2号）。株式交付制度（令和元年法律第70号）も、吸収型組織再編に分類される（会社計算規則2条37号）が、対価の柔軟化を規定しているかという点、かならずしもそうであるとはいえない。まず定義規定によると株式交付であるためには、「…他の株式会社の株式を

譲り受け…対価として当該株式会社の株式を交付すること」という法律関係が必要である（会社法2条32号の2）⁽¹⁴⁰⁾。株式交付の概念の必要条件は、株式交付親会社の株式を交付することだけである。その他、株式交付計画を定めるなどしなければならない（会社法774条の2以下）。対価として金銭等を交付することもできる。しかし交付金合併や交付金株式交換のように金銭のみを対価とすることができない。株式

(139) 相澤・前掲注(63)36頁以下参照。旧商法の下では、合併等対価は、原則として、存続会社、承継会社、完全親会社となる会社又は組織再編行為により設立される会社の株式に限定されていた。

(140) 拙稿「組織再編規制における基本的視点(2)」明星大学経済学研究紀要56巻1号15頁(2024年)。株式交付は、いわゆる三角合併等のように組織再編に際して、親会社の株式を新たに取得することは認められていない（会社法800条・135条1項）。ただし株式交付親会社が、すでに適法に保有している親会社の株式を交付することはできる。竹林・前掲注(137)199頁Q131参照。

の交付とともに他の対価の交付（同法774条の3第1項5号）も認められることからすると、新設型組織再編と同じである。

キャッシュアウト・マージャーが会社法で実現されたというのは、合併等対価の柔軟化という言葉で表現されている措置により、金銭のみを対価とする交付金合併等が可能になり、少数株主の締出しが容易に実現できるようになり企業運営が非常にやりやすくなったということである。あるいは既存の株主の持株比率を変えずに組織再編を行うことができる。その限りにおいて会社の支配構造に変化がないから、企業者の多数派株主が、その構造を維持したまま組織再編を行う制度が整ったことになる⁽¹⁴¹⁾。もちろん新設型組織再編も株式とともに社債等を対価とすることができるから、株式以外の対価という意味では対価の柔軟化である（会社法753条1項8号・763条1項8号・773条1項7号）。これとはまた違う意味が「対価の柔軟化」という言葉に込められており、そうした対価の柔軟化による組織再編措置が会社法で整備されたわけである。対価の柔軟化が、従来より経済界からの強い要望でもあり会社法はそれを実現したのである。合併等対価の柔軟化の観点からは、会社関係から脱退させられる株主・社員の保護として、組織再編措置のうち、特に吸収合併等（吸収合併、吸収分割又は株式交換）（会社法782条1項柱書）につき、対価の種類ごとに手続きを分類できる。

（エ）吸収型再編における利害調整

（a）会社法の課題

組織再編行為は、当事会社の会社組織に大幅な変革をもたらすものであり、また株主・社員が会社関係から脱退することがあり、あるいはそれを目指して行われる。そのために当事会社

の承認、すなわち会社の構成員である株主の承認又は持分会社の社員の同意が必要になる。それとともに会社債権者が、その保有する債権の回収が組織再編行為により困難になり又は不能になることがないようにしなければならない。会社の組織再編に反対の株主や持分会社の社員が、組織再編行為をコントロールできずに会社関係から脱退せざるをえないのであれば、これに対する保障として、株式・持分の買取請求ができなければならない。あるいは組織再編行為の差止めが考慮されなければならない。利害関係人、特に株主、会社債権者につき、利害調整、保護が重要である。

会社法における利害調整、保護に関するこれら規制は、事前・事後の規制に分けることができる。事前規制には、反対株主の当該措置をやることにかかる権利（差止請求権）、会社債権者の当該再編措置に対する異議申立ての権利がある。事後規制として、組織再編行為の無効を訴えをもって主張することができる権利がある。また旧株主（当該再編措置の効力発生日まで一定の期間株主であった者）には、株主代表訴訟提起権がある。さらには再編措置に反対の株主には、株式買取請求権が付与されている。これら個々の株主・会社債権者等に関する保護規制とともに、再編措置にかかる契約等を承認するか否か、株主等の総意として株主総会決議等あるいは総株主等の承認に関して、会社法がどのような角度からどのように規制しているかを鳥瞰することが重要である。

（b）再編措置の差止め・株式買取請求権

再編措置により会社関係から脱退させられる株主・社員がどのように保護されるべきか。まず再編措置に反対の株主は、当該再編措置を差し止めることができるのであれば、その権利を行使して再編措置を阻止し会社にとどまること

(141) 柴田・前掲注(76)74頁(748条)参照。

ができる。事前的な救済措置として、当該再編措置をやめることを請求することができる権利(差止請求権)を株主等に付与することが考えられる。

平成26年改正前会社法は、株主総会決議を経ない略式組織再編の手続き(以下、「略式手続き」という。)において、消滅株式会社等・存続株式会社等の株主が不利益を受けるおそれがある場合にのみ差止請求権を認めていた(同年改正前会社法784条2項・796条2項)。しかしその他通常の組織再編の際、不利益を被る株主がいる場合の差止請求権に関する明文の規定がなかった。そこで同年の会社法改正により、略式手続きの場合とともに明文の規定を置くことになった(同法784条の2・796条の2・805条の2)。事後的に組織再編措置を無効にすると法律関係を複雑・不安定にすることになる。そこで事前措置として差止請求権を認めることとなった⁽¹⁴²⁾。ただし吸収分割における簡易組織再編の手続き(以下、「簡易手続き」という。)の場合には、株主総会決議の承認を要するほどに重大な変動ではなく株主に対する影響が軽微であることから、改正前と同様に株主総会決議が省略されるとともに、差止請求権がないものと規定されている(改正前会社法784条3項、改正会社法784条の2ただし書)⁽¹⁴³⁾。略式手続きにおける差止請求権は、改正前後において規定されている(改正前会社法784条2項、改

正会社法784条の2第2号)。その他、同年改正により、略式手続き・簡易手続き以外の組織再編についても差止請求権に関する規定が新設された⁽¹⁴⁴⁾(会社法784条の2・796条の2・805条の2)。同年改正では、事前規制が強化・拡充されている点が改正の特徴の一つである⁽¹⁴⁵⁾。

再編措置の差止請求権を行使せず、あるいは差止請求権を行使したとしても(民事保全法23条2項)、差し止められないかぎり再編措置の手続きは進行するから、組織再編が株主総会決議等により承認されると、会社にとどまることを希望してもしなくても会社関係から脱退せざるをえない場合がある。もはや事前措置ではなく事後的措置によりその不利益を回復するほかにないことになる。ただし株主総会決議により組織再編行為を中止することは可能であり、この場合は効力発生日に再編行為の効力は発生しない⁽¹⁴⁶⁾(同法750条6項・759条10項・769条6項など)。

当該組織再編措置に反対の株主には、株式買取請求権を行使することにより会社関係から脱退することが認められている。会社法は、吸収合併等をする場合において、再編措置に反対の株主は、消滅株式会社等(吸収合併消滅株式会社、吸収分割株式会社又は株式交換完全子会社)(同法782条1項)に対して、又は存続株式会社等(吸収合併存続株式会社、吸収分割承継

(142) 坂本三郎編著『立案担当者による平成26年改正会社法の解説』205頁(商事法務、2015年)。

(143) 柴田和史『会社法コンメンタール18 — 組織変更、合併、会社分割、株式交換等(2)』87頁・88頁(784条)[森本滋編](商事法務、2010年)、豊泉裕隆監修・齋藤隆行著『プロ必携平成26年改正会社法逐条完全解説』222頁以下(早稲田経営出版、2014年)、坂本・前掲注(142)205頁。その他の再編措置の差止めについても平成26年改正により追加された。

(144) 同年改正では、さらに全部取得条項付種類株式取得の差止請求権(会社法171条の3)、株式の併合の差止請求権(同法182条の3)などが規定された。岩原紳作「「会社法制の見直しに関する要綱案」の解説(V)」商事法務1979号8頁・9頁(2012年)参照。

(145) 岩原紳作・神田秀樹・野村修也編『平成26年会社法改正—会社実務における影響と判例の読み方』89頁・90頁(有斐閣、2015年)。

(146) 相澤・葉玉・郡谷編著・前掲注(60)706頁参照。

株式会社又は株式交換完全親株式会社) (同法794条1項) に対して、株式買取請求権を有することを規定している (同法785条・797条、ただし同法785条8項・797条8項参照)。反対株主の株式買取請求権は、効力発生日の20日前の日から効力発生日の前日までの間にしなければならない (同法785条5項・797条5項)。株式の買取りが、市場において株式を再調達できるだけの価格でされるのであれば、経済的には特に問題はないであろう。そのため株主保護の観点から、公正な買取価格による株式の買取りの手続きが必須であるということが出来る (ただし同法785条1項⁽¹⁴⁷⁾)。

会社法793条1項は、吸収合併と吸収分割について、吸収合併において持分会社が消滅する場合、吸収分割において分割会社が合同会社に限り、事業に関する権利義務の全部を他の会社に承継させる場合に関して、吸収合併契約等に関する持分会社である消滅会社等の手続きについて規定している。吸収合併により消滅する持分会社は、その効力発生の前日までに、吸収合併契約について、当該持分会社の総社員の同意を得なければならない。会社の消滅により、すべての社員の地位に変動が生ずるからである。持分会社のうち合同会社のみ会社分割をすることができ、その事業に関する権利義務の全部を他の会社に承継させる吸収分割の場合にも、吸収分割契約について、当該持分会社の総社員の同意を得なければならない⁽¹⁴⁸⁾ (同条項2号)。

(147) 家田・前掲注(84) 298頁(785条) 参照。

(148) 相澤・葉玉・郡谷編著・前掲注(60) 702頁。合同会社以外の持分会社は、無限責任社員がいることから、その債務を他の会社に承継させる場合には、会社債権者が不利益を被るおそれのあることが指摘されている (江頭・前掲注(136) 934頁)。なお伊藤壽英『会社法コンメンタル18—組織変更、合併、会社分割、株式交換等(2)』199頁(793条)〔森本滋編〕(商事法務、2010年)

新設型組織再編の場合について付記しておく、新設株式会社・新設持分会社の株式・持分が、消滅会社の株主・社員に交付されなければならない (同法753条1項6号7号・755条1項4号)。新設型組織再編は、消滅会社・分割会社の権利義務又は完全子会社の株式を出資することにより新たに会社を設立するという性質を有することから、出資に対して必ず新設株式会社・新設持分会社の株式・持分が交付されなければならないと考えるわけである⁽¹⁴⁹⁾。すなわち新設型の再編に関して、合併の本質について現物出資説の理解を基本にすると、合併の際、消滅する会社の株主・社員には、新設される株式会社・持分会社の株式・持分が交付されなければならないのは当然のことである。新設分割及び株式移転の場合も同じである。さらに新設株式会社・新設持分会社の株式・持分に加えて、社債等 (同法753条1項8号・755条1項6号・763条1項8号・765条1項6号・773条1項7号) (社債、新株予約権、新株予約権付社債) を交付することもできる。新設合併等をする場合においても、再編措置に反対の株主がいるのであれば、その保有する株式の買取制度が必要である (同法806条1項・804条2項・805条)。また持分会社の社員には任意退社が認められており、その際、持分の払戻しを受けることができる (同法606条・611条)。

4 吸収合併等契約の手続き

(1) 契約の当事会社

吸収合併等に際して、当事会社は、吸収合併契約、吸収分割契約、株式交換契約 (吸収合併

参照。

(149) 相澤・細川・前掲注(50) 184頁。拙稿・前掲注(140) 14頁、及び注(136) で引用の文献参照。

契約等) (会社法782条柱書かつこ書) を締結しなければならない。会社法は、吸収合併等の組織再編措置について、吸収合併に際して存続する会社、吸収分割に際して権利義務を承継する会社、及び株式交換に際して発行済株式を取得する会社について、それぞれ通則及び株式会社・持分会社の区分による規定を置く(同法748条から752条まで、757条から761条まで、767条から771条まで)。そして吸収合併等の手続きに関する規定(同法782条から802条まで)は、吸収合併消滅会社、吸収分割会社及び株式交換完全子会社⁽¹⁵⁰⁾の手続き(同法782条から793条まで)と吸収合併存続会社、吸収分割承継会社及び株式交換完全親会社の手続き(同法794条から802条まで)からなる。

吸収合併消滅会社、吸収分割会社及び株式交換完全子会社の手続きについて(同法782条から793条まで)、吸収合併における吸収合併消滅会社は、株式会社又は持分会社であり、合併に際して吸収合併消滅会社の株主・社員は、存続する会社関係から脱退させられることがある。会社分割については、株式会社又は合同会社が、吸収分割をすることができる(会社法757条・2条29号)。その際、吸収分割承継会社が交付する対価が当該会社の株式・持分でない場合には、吸収分割会社は、会社関係から脱退することになるから、それにともない株主又は合同会社の社員は、吸収分割承継会社関係から脱退することになる。株式交換については、当然、株式会社が株式交換するのであるが、当該会社が発行済み株式の全部を取得させるに際して、株主が交付される対価が株式の全部を取得

する会社の株式又は合同会社の持分でない場合、株主は会社関係から脱退する。

吸収合併存続会社、吸収分割承継会社及び株式交換完全親会社の手続きについて(株式会社の手続きについて、同法794条から801条まで、持分会社の手続きについて、同法802条)、吸収合併に際して吸収合併存続会社は、株式会社(株式会社における合併契約、同法749条・750条)又は持分会社(持分会社における合併契約、同法751条・752条)である。吸収分割に際してその事業に関する権利義務の全部又は一部を承継する吸収分割承継会社は、株式会社(株式会社における分割契約、同法758条・759条)又は持分会社(持分会社における分割契約、同法760条・761条)である。会社法は、人的分割を廃止したから、承継会社が持分会社(合名会社又は合資会社)の場合に、その持分が会社分割をする株式会社の株主又は合同会社の社員に交付され、加重的責任を負う制度そのものがない。また持分会社が承継会社になることも予定しており、株式会社が持分会社の無限責任社員となることも妨げない⁽¹⁵¹⁾。株式交換において発行済み株式の全部を取得することにより株式交換完全親会社となる会社は、株式会社又は合同会社である(同法767条・2条31号、株式会社における契約、同法767条から769条まで、合同会社における契約、同法770条・771条)。株式交換の場合は、会社分割の場面とは異なり、合

(150) 会社法は、吸収合併により消滅する会社を「吸収合併消滅会社」(会社法749条1項1号)、吸収分割をする会社を「吸収分割会社」(同法758条1号)及び株式交換をする株式会社を「株式交換完全子会社」(同法768条1項1号)と定義している。

(151) 旧商法は、総則で「会社ハ他ノ会社ノ無限責任社員ト為ルコトヲ得ズ」と規定していた(同法55条)。また株式会社又は有限会社が会社分割を行い、合名会社又は合資会社を承継会社とする会社分割が認められていなかった。人的分割が認められていたから、株主・社員が、会社分割により、合名会社又は合資会社の無限責任社員の地位に就くと、責任が加重されるからである。神作裕之『会社法コンメンタール17 — 組織変更、合併、会社分割、株式交換等(1)』253頁(757条)[森本滋編](商事法務、2010年)参照。

名会社・合資会社を完全親会社とする実益に乏しいことが指摘されている⁽¹⁵²⁾。

(2) 契約の承認手続き

① 株式会社の手続きにおけるルール

i) 消滅会社等

会社法の立案担当者によると、吸収型再編における、消滅会社、分割会社及び完全子会社⁽¹⁵³⁾の手続きについて、株主総会・種類株主総会における決議等の要件を規定（同法783条・784条）するに際して基礎とした次の二つのルールがある⁽¹⁵⁴⁾。

- ① 組織再編行為が会社の基礎に重大な影響を与えることによるものについては、原則として株主総会の特別決議による承認決議が必要であるが、簡易・略式の組織再編のときは省略できる。
- ② 組織再編行為により譲渡性の低い対価が交付される株主保護の必要性によるものについては次のルールによるが、この観点に基づく総会決議等は、簡易・略式の組織再編のときでも省略できない。

イ 譲渡制限のない株式の株主に譲渡制限株式等（同法309条3項2号、783条3項。なお、「譲渡制限株式その他これに準ずるものとして法務省令で定めるもの⁽¹⁵⁵⁾」の具体的内容は、法務省令で定められることとなる）が交付される場合には、株主総会の特殊決議（種類株式発行会社である場合には、当該譲渡制限株式等の割当てを受ける種類の株式の株主を構成員とする種類株主総会の特殊決議）が必要である。

ロ 株主（その有する株式の譲渡制限の有無は問わない）に持分等（同法783条2項。なお、「持分会社の持分その他これに準ずるものとして法務省令で定めるもの⁽¹⁵⁶⁾」の具体的内容は、法務省令で定められることとなる）が交付される場合には、総株主の同意（種類株式発行会社である場合には、持分等が交付される種類の株式の株主全員の同意）が必要である。

ii) 存続会社等

会社法の立案担当者によると、吸収型再編における存続会社、承継会社及び完全親会社⁽¹⁵⁷⁾

(152) 相澤・細川・前掲注(50)183頁。しかし会社法のもとで、株式会社が株式移転により株式会社を設立し、設立された完全親会社が合名会社・合資会社を吸収合併存続会社として合併を行うことにより、類似の効果を実現することができる。相澤・葉玉・郡谷編著・前掲注(60)671頁。

(153) 解説(相澤・細川・前掲注(50)194頁)において、これらを「消滅会社等」としている。会社法では、会社法第5編第5章第2節の吸収合併等の手続の「第2款 吸収合併存続会社、吸収分割承継会社及び株式交換完全親会社の手続 第1目 株式会社の手続」において、796条1項本文が、吸収合併消滅会社、吸収分割会社又は株式交換完全子会社を「消滅会社等」と定義している。本稿では、前掲解説の紹介以外は会社法の用語による。

(154) 相澤・細川・前掲注(50)194頁以下。なお同197頁の図表3等参照。

(155) 会社法施行規則186条参照。

(156) 会社法施行規則185条参照。法務省令で定めるものは、権利の移転又は行使に債務者その他第三者の承諾を要するもの（持分会社の持分及び譲渡制限株式を除く。）である。たとえば三角合併の際、交付される存続会社の親会社である外国会社の譲渡制限株式が消滅会社の株主に交付される場合、当該譲渡制限株式は持分の譲渡（会社法585条1項）に類似する可能性があることから、これにあたることとされている。江頭・前掲注(136)889頁・908頁参照。

(157) 解説(相澤・細川・前掲注(50)195頁)において、これらを「存続会社等」としている。会社法では、会社法第5編第5章第2節の吸収合併

の手続きについて、株主総会・種類株主総会における決議等の要件を規定（同法795条・796条）するに際して基礎とした次の二つのルールがある⁽¹⁵⁸⁾。

- ① 組織再編行為が会社の基礎に重大な影響を与えることによるものについては、原則として株主総会の特別決議による承認決議が必要であるが、簡易・略式の組織再編のときは省略できる。
- ② 譲渡制限株式の株主の保護を図る必要性によるもの。

組織再編行為において存続会社等の譲渡制限株式の交付がされる場合には、公開会社でない会社における募集株式の募集において株主総会の決議が必要とされ（同法199条2項・309条2項5号）、公開会社であっても譲渡制限株式については種類株主総会の決議が必要とされること（同法199条4項・324条2項2号）との平仄を合わせる観点から、公開会社でない会社においては株主総会の特別決議（種類株式発行会社であり譲渡制限株式を発行している場合には、当該株式の株主を構成員とする種類株主総会の特別決議）が必要であり、この観点に基づく総会決議等は、簡易・略式の組織再編のときでも省略できないという説

明がされている⁽¹⁵⁹⁾。

② 手続きの概略

i) 株主総会の承認決議等

消滅株式会社等（会社法782条1項第1号）は、効力発生日の前日までに、株主総会の決議等によって、吸収合併契約等の承認を受けなければならない（同法783条1項2項）。同様に、存続株式会社等（同法794条1項第1号）も、効力発生日の前日までに、株主総会決議により吸収合併契約等の承認を受けなければならない（同法795条1項）。さらに消滅株式会社等・存続株式会社等が種類株式発行会社である場合には、組織再編が効力を生ずるために、種類株主総会の決議が必要である（同法783条3項4項（吸収合併・株式交換）・795条4項（吸収合併等））。

手続きの進行を考えると、当事会社の代表取締役等、会社代表者がした吸収合併契約等が株主総会の決議等によって事後的に覆される結果になるようなことはしないのが通常である。そのため吸収合併契約等が株主総会の決議等によって承認される前に吸収合併契約等を締結しないことになる⁽¹⁶⁰⁾。しかし会社法は、吸収合併契約等において、吸収合併契約等の効力発生日⁽¹⁶¹⁾を定め、効力発生日の前日までに株主総会の決議等によって吸収合併契約等の承認を受けるべきことを規定している。契約の締結によって直ちに効力が発生するのではないから、

等の手続の「第1款 吸収合併消滅会社、吸収分割会社及び株式交換完全子会社の手続 第1目 株式会社の手続」において、784条1項本文が、吸収合併存続会社、吸収分割承継会社又は株式交換完全親会社を「存続会社等」と定義している。本稿では、前掲解説の紹介以外は会社法の用語による。

(158) 相澤・細川・前掲注(50) 180頁以下。吸収型再編・新設型再編における当事会社の株主総会・種類株主総会の決議について、同195頁以下、図表3、4、5参照。

(159) 相澤・細川・前掲注(50) 195頁・196頁。

(160) 承認決議と契約締結の前後について、拙稿・前掲注(140) 5頁及び注(83)の文献参照。なお柴田・前掲注(143) 63頁(783条)参照。

(161) 吸収合併契約（会社法749条1項6号・751条1項7号）、吸収分割契約（同法758条7号・760条6号）、株式交換契約（同法768条1項6号・770条1項5号）。

契約締結後効力発生日の前日までに承認を受けることができなかつた場合には、吸収合併契約等は効力を生じないことになる。株主総会の決議により承認されずに効力発生日の経過とともに効力が生じないことはあつても、いったん締結された契約を事後的に決議等によって覆される事情がない限り、契約の成立を前提として株主総会決議の承認により効力発生日において契約の効力が生ずる。すなわち組織再編措置における吸収合併契約等は、吸収合併契約等の承認を停止条件として効力発生日に契約の効力が発生する。いずれにしても効力発生日までに株主総会における承認決議、債権者保護手続き等が終了していなければ、吸収合併等の再編措置が無効になるおそれがある。株主・会社債権者は、訴えをもって吸収合併等の無効を主張することができる⁽¹⁶²⁾。このような事態を招かないように、吸収合併等の効力発生日を変更することができる(同法790条1項)。その際、変更前の効力発生日に効力が発生することを前提に形成されてきた種々の法律関係における関係者の利害を害することが大きいと考えられるから、効力発生日を変更した場合には変更後の効力発生日を公告することが義務付けられている⁽¹⁶³⁾(同法790条2項3項)。

会社法第5編の組織再編に際して株主総会決議を要する場合の決議について、株主総会決議

は原則として特別決議である(同法309条2項12号)。同条3項2号3号は、種類株式発行会社の株主総会を除き、特殊決議を要する場合を規定している。特殊決議を要するとする同条3項2号は、吸収合併等における消滅株式会社等における株主総会(同法783条1項)に関する規定であり、会社法309条3項3号は、新設合併等における消滅株式会社等における株主総会(同法804条1項)に関する規定である。ある種類の種類株主に損害を及ぼすおそれがある場合の種類株主総会として、同法322条1項7号から14号までの再編措置について、種類株主総会の決議がなければ効力を生じないとする(同条項柱書、ただし同条2項参照)。当該決議は特別決議である(同法324条2項4号、なお同項6号7号)。この決議の例外として、同条3項が特殊決議を規定する。

また存続会社等が消滅株式会社等の特別支配会社である場合、及び消滅会社等が存続株式会社等の特別支配会社である場合には、消滅株式会社等・存続株式会社等における株主総会の決議が不要とされている(同法784条1項・783条1項・796条1項・795条1項)。すなわち株主総会を省略する略式手続きが定められている。さらに吸収分割の際、吸収分割承継会社に承継させる資産規模の観点において、株主の受ける影響が軽微であることから株主総会決議が不要とされる場合がある(同法784条2項・783条・796条2項・795条1項から3項まで)。これが簡易手続きである。

ii) 基本的枠組み

吸収合併契約等は、基本的には株主の判断により承認されるか否かが決められる。対価の柔軟化により、組織再編により消滅株式会社等の株主が不利益を被ることがあるため、当該組織再編措置に関する契約について、株主総会等に

(162) 原告適格者は、会社の吸収合併について、当事会社である株式会社の株主、取締役、監査役、執行役、清算人、持分会社の社員、清算人、及び破産管財人、吸収合併について承認をしなかつた債権者である(会社法828条2項1号7号)。その他、吸収分割、株式交換について、同法828条2項9号11号参照。

(163) 新設型組織再編の場合は、登記の日に再編措置の効力が生ずることから、変更後にこれを公告すべき義務はない。相澤・細川・前掲注(50)205頁参照。

において株主・社員の判断にかからしめるわけである。利害関係のある株主・社員がどの程度に当該措置の成立に関与できるかということである。会社分割の場合は、旧商法の規定とは異なり会社法では物的分割とし、対価の交付は会社に対してされる点において、他の再編措置とは異なる⁽¹⁶⁴⁾。いずれにしても再編措置に際して、株主・社員が吸収合併契約等を承認することに関して、前述のルールに沿ってその手続きを規定している。そして吸収合併等の再編措置に際して交付される対価の種類により（原則、譲渡制限株式等、持分等）、株主総会・種類株主総会の要否・決議要件を定め、あるいは略式手続き・簡易手続きについて、各別の規定がされている。

たとえば消滅株式会社等の株主（会社分割の場合は会社）にその対価として交付される金銭等について、全部又は一部が譲渡制限株式等であるとき又は持分等であるときは、再編措置前の株式より譲渡性が低い株式が対価として交付されることになる。また種類株式発行会社とそうでない場合について、株主総会における承認手続きに関する規定が異なる。略式手続き・簡易手続きの場合は、原則として再編措置にかかる契約につき株主総会決議を省略することができる。これら会社法の手続きについて順次概観していくことにしよう⁽¹⁶⁵⁾。

(3) 消滅株式会社等の承認手続き

① 譲渡制限株式等を対価とするとき

i) 種類株式発行会社以外の株主総会

消滅株式会社等が種類株式発行会社以外の場合、再編措置の対価の種類として、持分等を対価とする場合を除き、譲渡制限株式等を対価とするとき及び原則の場合について、会社法は、次のように規定する。吸収合併等の3つの再編措置は、原則として、消滅株式会社等が種類株式発行会社であるか否かを問わず、株主総会の決議によって、吸収合併契約等の承認を受けなければならない（会社法783条1項）。消滅株式会社等が種類株式発行会社でない場合には、株主総会決議による再編措置の効力発生について、同法783条1項が株主総会決議による承認を規定するのみで、その他、同条2項が持分等を対価とする場合を規定する。

吸収合併契約等の承認に関する株主総会決議（同法783条1項）の要件について、組織再編に際して株主総会決議を要する場合の原則は特別決議である（同法309条2項12号）が、種類株式発行会社の株主総会を除き（同法309条3項柱書）、吸収合併・株式交換に際して、消滅株式会社等が、公開会社（同法2条5号）のときは、消滅株式会社に交付する合併対価等の全部又は一部が譲渡制限株式等（同法783条3項に規定する譲渡制限株式等）である場合は、会社法783条1項の株主総会は特殊決議によらなければならない（同法309条3項2号）。同法783条1項の株主総会決議は、省略できる場合がある（同法784条1項本文）。吸収合併存続会社、吸収分割承継会社又は株式交換完全親会社（存続会社等）が消滅株式会社等の特別支配会社のときである。しかし吸収合併・株式交換において、合併対価等の全部又は一部が譲渡制限株式等である場合、消滅株式会社等が、公開会社であり、種類株式発行会社でないときは、消滅株

(164) 会社法では、会社分割について人的分割にかかる規律が実質的に維持されていることから、吸収分割における784条1項ただし書の不適用について、吸収分割契約に会社法758条8号の定めがある場合には、吸収分割株式会社の株主は、譲渡制限株式の交付を受けることになるから、本条1項ただし書の類推適用の余地があるとする見解がある。相澤・細川・前掲注(50)186頁、柴田・前掲注(143)66頁(783条)・85頁(784条)。

(165) 手続きの流れについて、相澤・細川・前掲注(50)192頁以下、図表1、2参照。

式会社等が、株主総会（特殊決議）（同法783条1項・309条3項2号）を省略することはできない（同法784条1項ただし書）。

公開会社⁽¹⁶⁶⁾であり種類株式発行会社でないということは、一部・全部の株式の内容として譲渡制限株式に関する定款の定めがなく（同法2条5号）、一種類の株式のみ発行している会社である。このような株式会社の株主が、組織再編に際して、保有する株式に代えて譲渡制限株式等の交付を受けるということは、前掲、消滅会社等のルール②により、組織再編行為により譲渡性の低い対価が交付される場合における株主保護が考慮されなければならない。それゆえ後述する略式手続きに関する規定の適用は認められない。このような考え方のもとに条文が作成されている（同法784条1項ただし書）。株主に対して譲渡制限が付されていない株式に代えて譲渡制限株式が交付されるということは、譲渡制限が付いていない全株式に新たにこれを付すのと同じであるから、そのための定款変更手続きと同様に株主総会の特殊決議を必要とする（同107条2項1号・309条3項1号）。あるいは種類株式発行会社において、ある種類の株式に譲渡制限を付すのと同じであるから、株主総会の特殊決議が必要である（同法324条3項1号・111条2項・108条1項4号）⁽¹⁶⁷⁾。

また吸収合併・株式交換において、消滅株式

会社等が、公開会社でない場合には、種類株式発行会社であるか否かにかかわらず、再編措置の承認にかかる株主総会の決議要件については特別決議で足り、略式手続きも認められる（同法309条2項12号3項2号、同条項号・784条1項ただし書の「公開会社」の要件が欠ける。）。公開会社でないということは、全部の株式に譲渡制限に関する定めが付されているということであるから、消滅株式会社等の株主がその保有する株式に代えて流動性の低い譲渡制限株式等の交付を受けるに際し、前述のような配慮を必要としないからである。

ii) 種類株式発行会社の株主総会・種類株主総会

消滅株式会社等が種類株式発行会社の再編措置に際して、対価の種類として、原則の場合、譲渡制限株式等を対価とするときについて、会社法は、次のように規定する。吸収合併等の3つの再編措置は、原則として、消滅株式会社等は株主総会決議（会社法783条1項）により、吸収合併契約等の承認を受けなければならない。それとともに吸収合併・株式交換については、吸収合併消滅株式会社⁽¹⁶⁸⁾又は株式交換完全子会社が種類株式発行会社である場合において、合併対価等の全部又は一部が譲渡制限株式等であるとき、当該再編措置は、当該譲渡制限株式等の割当てを受ける種類の株式の種類株主総会の特殊決議がなければその効力が生じない（同法783条3項・324条3項2号）。これについては、定款の定めによって種類株主総会の決議を不要とすることができる⁽¹⁶⁹⁾（同法322条2項

(166) 定款の定めの有無によるから、現に発行されている全部の株式が譲渡制限株式だけの場合もある。ただし上場会社の場合は、株式の譲渡につき制限を行っていないことが上場基準になっている（有価証券上場規程（東京証券取引所）205条11号・601条1項12号）。江頭憲治郎『会社法コンメンタル1—総則・設立（1）』30頁（2条）〔江頭憲治郎編〕（商事法務、2008年）参照。

(167) 松尾健一『会社法コンメンタル7—機関（1）』16頁以下（309条）〔岩原紳作編〕（商事法務、2013年）参照。

(168) 会社法749条1項2号は、株式会社である吸収合併消滅会社を「吸収合併消滅株式会社」と定義している。「吸収合併消滅会社」について、前掲注（150）参照。

(169) 定款の定めがない場合でも、組織再編行為

7号11号)。合併対価等の全部又は一部が譲渡制限株式等でなければ、持分等を対価とする場合を除き、種類株主総会は不要である。

まず吸収合併契約等の承認に関する株主総会決議（同法783条1項）の要件について、種類株式発行会社の株主総会決議（同法309条2項12号・3項柱書かっこ書）は、特別決議である（同法309条2項12号）。種類株式発行会社の株主総会については、吸収合併等の3つの再編措置すべてにおいて、対価の種類にかかわらず略式手続きが認められている（同法784条1項本文）。またこれら再編措置における消滅株式会社等の簡易手続きは、吸収分割の場合のみ対価の種類にかかわらずできる（同法784条2項）（後述③ii）参照。）。

次に、譲渡制限が付されていない株式の株主に譲渡制限株式等が再編措置の対価として交付される場合であって、もともと譲渡制限が付されている株式については、その種類株主総会は不要である（同法783条3項第2かっこ書）⁽¹⁷⁰⁾。しかしその他の種類の株式の種類株主を構成員とする種類株主総会の決議がなければ再編措置は効力を生じない。当該株主総会決議は特殊決議である（同法324条3項2号）。対価として交付される株式が、存続株式会社・株式交換完全親株式会社の株式でない他の会社の譲渡制限株式等である場合にも同法783条3項の適用があると解されている⁽¹⁷¹⁾。

の手続きを過剰に硬直的にすることは適切でないとの指摘がある。山下友信『会社法コンメンタール7—機関(1)』340頁(322条)〔岩原紳作編〕(商事法務、2013年)参照。

(170) 相澤・葉玉・郡谷編著・前掲注(60)102頁、柴田・前掲注(143)70頁(783条)参照。

(171) 柴田・前掲注(143)70頁(783条)。

② 持分等を対価とするとき

合併対価等の全部又は一部が持分等であるときについて、会社法783条は、吸収合併消滅株式会社又は株式交換完全子会社が種類株式発行会社でない場合（同条2項）、及び種類株式発行会社である場合（同条4項）を区別して規定している。いずれも合併対価等として、譲渡性の低い持分等⁽¹⁷²⁾が交付される場合である。この点对価として、全部又は一部が譲渡制限株式等が交付されるときと同様である。しかし合併対価等が持分会社の持分である場合には、譲渡性が相当程度困難になり（同法585条1項）投下資本の回収ができなくなるおそれがあることから、総株主・種類株主全員の同意が要求されている⁽¹⁷³⁾。交付される対価の全部又は一部が持分等であるから、これら条項が適用されるのは、多くは吸収合併存続会社又は株式交換完全親会社が持分会社の場合であろう。しかしこれら会社が株式会社であっても、組織再編に際して交付する対価が他の持分会社の持分であることもありうる⁽¹⁷⁴⁾。いずれにしても対価を交付される総株主の同意（同条2項）又は持分等の割当てを受ける種類の株主全員の同意（同条4項）が必要である。種類株式発行会社である場合の株主総会決議は、持分等を対価とする場合でも特別決議である（同法309条2項12号）。略

(172) 会社法783条2項かっこ書の法務省令は会社法施行規則185条。持分等には、合併対価等の全部又は一部が譲渡制限株式等である場合は含まれない。会社法が、これを別に規定し別の規制をしているからである（会社法783条3項・309条3項2号）。弥永真生『コンメンタール会社法施行規則・電子公告規則』〔第3版〕1027頁(185条)（商事法務、2021年）。

(173) 弥永・前掲注(172)1027頁(185条)（商事法務、2021年）。

(174) 江頭・前掲注(156)のようなケース、柴田・前掲注(143)67頁(783条)参照。

式手続きの可否について、同法784条1項ただし書が省略できない場合を規定しており、消滅株式会社等が公開会社でありかつ種類株式発行会社でないときという条件を満たす場合は省略不可である⁽¹⁷⁵⁾。

持分会社が存続する吸収合併の場合には（同法751条以下）、当該持分会社が、吸収合併消滅株式会社の株主に対して、株式に代わる金銭等を交付するときは、吸収合併消滅株式会社の株主の保有する株式の数に応じて平等に金銭等を交付することを内容としなければならないとして、吸収合併契約における法定事項の定めについて規定している（同条3項）。この金銭等の交付については、吸収合併存続持分会社の持分が除かれているから、持分を交付する場合には株主平等の原則が適用されない（同条1項3号柱書かつこ書・4号）。これは前述のように、消滅株式会社等の承認手続きにおいて、会社法783条2項が総株主の同意（同条2項）又は持分等の割当てを受ける種類の株主全員の同意（同条4項）を要することを規定しており、株主は個々に自己の利益を確保できるからである⁽¹⁷⁶⁾。

③ 吸収分割会社の場合

会社法783条1項は、吸収合併等の3つの再編措置すべてにおいて、消滅株式会社等が株主総会決議を要することを規定している。これは組織再編における株主総会決議の原則である特別決議による（会社法309条2項12号）。しかし

いずれの再編措置も存続会社等が消滅株式会社等の特別支配会社である場合には、同法783条1項の株主総会決議は不要である（同法784条1項本文）。特別支配会社の場合には当然決議が成立するから、その手続きを省略できるとしたものである。いわゆる略式組織再編、略式手続きである。

このような株主総会の決議を不要とする略式手続きは、合併対価等の交付を受ける株主保護の観点から「合併対価等の全部又は一部が譲渡制限株式等である場合であって、消滅株式会社等が公開会社であり、かつ、種類株式発行会社でないとき」（同法784条1項ただし書）という制約のもと規定がされており、吸収合併等の3つの再編措置のうち吸収会社分割を除き、吸収合併又は株式交換の場合には株主総会の決議は省略できない。まずこれらの場合、消滅株式会社等の株主は、全ての株式が譲渡制限の定めがない株式の株主である。対価の譲渡性の低い株式の交付を受けることにより株主が不利益を被ることは明らかである。前掲制約の下では吸収会社分割の場合だけ省略可能である。再編措置における株主総会決議は、株主保護の要請があるために課すべきものであるから、そうでなければこれを省略できると解せられる。そうすると譲渡性が低い譲渡制限株式の交付を受けることになるのが株主ではなく会社であれば、その必要がないと解するからである。これに関しても、当該吸収分割会社はその保有する株式の譲渡につき、いわばハンディのある株式を対価として交付を受ける場合において、株式換価の機会において会社が同様の不利益を被ることになり、組織再編の時点において間接的・潜在的に株主が不利益を被るということが出来る。略式手続きにより株主総会の決議を回避することができるとするのが妥当か否かについて疑問が残る。

(175) その理由等につき、後述③ i)「略式組織再編」参照。

(176) 相澤・葉玉・郡谷編著・前掲注(60)677頁、柴田和史『会社法コンメンタール17—組織変更、合併、会社分割、株式交換等(1)』186頁・187頁(751条)〔森本滋編〕(商事法務、2010年)参照。

また吸収分割の場合は、いわゆる簡易手続きが規定されている（同法784条2項）。吸収会社分割における簡易手続きは、会社法制定時は同条3項に規定されていた⁽¹⁷⁷⁾。吸収分割会社が承継会社に承継させる財産価格の規模に着目した制度である。

i) 略式組織再編

会社の組織再編措置は株主総会決議等により承認を受けなければならないが、存続会社等が消滅株式会社等の特別支配会社である場合には、承認決議を略式する手続きが認められている（同法783条1項・784条本文）。いわゆる略式組織再編である。特別支配会社である存続会社等が消滅株式会社等を支配していることから、株主総会決議が容易に成立することを前提にした規定である。

再編措置の承認の要否について、吸収合併等の3つの再編措置のうち、吸収合併消滅会社の株主は合併等対価の交付を受けて、会社は消滅するわけであるし、株式交換は、会社が株式交換をすることにより、株主が存続会社から合併等対価の交付を受けることになる。消滅株式会社等が公開会社であり種類株式発行会社でないのであれば、当該会社の株主が対価として交付される株式が譲渡制限株式等である場合には、消滅株式会社等の株主はもともと保有していた株式より譲渡性の低い株式を受けることになり不利益であることから、これら2つの再編措置に際しては、存続会社等が消滅株式会社等の特

別支配会社である場合においても、株主保護のため株主総会決議を省略することができない（同法784条ただし書）。

特別支配会社は、事業譲渡等の承認決議に関する略式手続きを定める規定で定義されている（会社法468条1項・467条1項1号から4号まで）。事業譲渡等をする株式会社が他の会社に総株主の議決権の90%以上を保有されている場合には、当該他の会社を特別支配会社（同法468条1項かつこ書）として、株式会社が特別支配会社に対して、たとえば事業の全部の譲渡を行う場合には、当該株式会社の株主総会の決議を要するとされているところ（同法467条1項1号）、事業譲渡の承認の総会決議が容易に成立することが確実であるから、これを不要とするものである。

特別支配会社は、単独で他の株式会社の総株主の議決権の90%以上を保有する会社であってもよいし、当該会社が発行済株式の100%を保有する株式会社、その他法務省令（会社法施行規則136条）で定める法人が保有する株式と併せて90%以上を保有している場合でもよい（同法468条1項かつこ書）。会社法施行規則136条⁽¹⁷⁸⁾は、会社法468条1項の「法人」⁽¹⁷⁹⁾として、他の会社が持分の100%を保有する法人（株式会社を除く）を挙げる（会社法施行規則136条1項1号）。同条項2号かつこ書は、特定完全子法人を規定する。これは他の会社が発行済株式100%を保有する株式会社又は持分の100%を保有する法人である。上記のように100%の株式・持分を保有するということは、被支配

(177) 改正前本条項は、平成26年会社法改正（平成26年法律第90号）により削除され、繰り上がり2項になった。同法784条の2として差止請求権に関する規定が追加されているが、簡易手続きには適用されない。豊泉・齋藤・前掲注（143）222頁、岩原・神田・野村編・前掲注（145）91頁以下など参照。なお拙稿・前掲注（140）11頁以下参照。

(178) 相澤・葉玉・郡谷編著・前掲注（60）661頁、弥永真生『コンメンタール 会社法施行規則・電子公告規則』〔第3版〕784頁以下（136条）（2021年、商事法務）参照。

(179) 特定完全子法人と併せて総株主の議決権の90%以上を保有してもよい。

会社に対する意思表示の観点から、他の会社の指揮命令が下達されそれに基づく支配を及ぼすことができ他の会社と同視できることから、同条2項は同条1項2号における法人を同号に規定する特定完全子法人としている。たとえば他の会社が持分の100%を保有する法人は特定完全子法人（同条1項2号かっこ書）であり、当該特定完全子法人が持分の100%を保有する法人も特定完全子法人である（同条2項）。これら特定完全子法人が他の会社とともに株式会社の総株主の議決権の90%以上を保有するときは、当該他の会社は、株式会社の特別支配会社である。

ii) 簡易組織再編

会社法783条1項が「消滅株式会社等は、効力発生日の前日までに、株主総会の決議によって、吸収合併契約等の承認を受けなければならない。」と規定しているところ、吸収会社分割の場合において、会社分割承継会社が会社分割会社から承継される財産の規模の観点から、株主に及ぼす影響が軽微であるとき、すなわち当該再編措置にかかる財産価格の消滅株式会社等の総資産額に対する割合をその基準として、株主総会決議による承認にかからしめない簡易手続きとすることにより機動的な組織再編を実現することができる。消滅株式会社等における株主総会決議による承認手続きの省略は、吸収合併等のうち吸収会社分割の場合においてのみ認められている（同法784条2項）。

財産規模は、「吸収分割により吸収分割承継会社に承継させる資産の帳簿価額の合計額」が「吸収分割株式会社の総資産額として法務省令で定める方法により算定される額」の20%以下のときである（同条項）。総資産額を基準としている理由は、かりに純資産額を基準とした場合には、資産総額から負債総額を控除した額が

小さいときでも、事業規模としては大規模の財産移転があり、株主総会決議の承認手続きにかからしめるのが妥当である場合にも、これを回避し簡易手続きを利用することができることになり、吸収分割株式会社、株主の利益保護に欠けることがあるからである⁽¹⁸⁰⁾。

「法務省令で定める方法」（同条項）による総資産の計算方法は、資本金の額、資本準備金の額等、会社法施行規則187条1項1号から9号までに掲載の額の合計額から同条項10号に掲載の額を控除して得られた額である。簡易手続きにより株主総会決議を経ないで行なうことができるかを判断する時点は、組織再編により会社組織の構造が変革される契機となる法律関係の生じた日であると解すると、組織再編にかかる契約の締結日ということになる。しかしその後において、剰余金の配当等会社財産が減少する事由、その他増加する事由が発生すると、簡易手続きの利用の可否を決定する時点を契約締結時とするのは必ずしも適当でない。そうすると契約締結より後の吸収分割の効力発生日と解するほうが適切であるということになる。かといって効力発生日と同日ということになれば、再編措置の手続きを進めるうえで予定が立たず、直前日でも同様の懸念は残る。そこで当事会社が契約締結日と異なる時を定めるに際して、法は「当該吸収分割契約を締結した日後から当該吸収分割の効力が生ずる時の直前までの間の時に限る」としている⁽¹⁸¹⁾（同条1項柱書かっこ書）。

(4) 存続株式会社等の承認手続き

i) 存続株式会社等の株主保護

存続株式会社等（吸収合併存続株式会社、吸

(180) 江頭・前掲注(136)959頁参照。

(181) 弥永・前掲注(178)1031頁参照。

収分割承継株式会社又は株式交換完全親株式会社（会社法794条1項）の手続きについて見てみよう。この場合にも、消滅株式会社等の承認手続きと同様に、効力発生日の前日までに、株主総会の決議によって、吸収合併契約等の承認を受けなければならない（同法795条1項）。決議は吸収合併等の3つの再編措置全てにおいて特別決議である（同法309条2項12号）。存続株式会社等が種類株式発行会社であるときは、種類株主総会の決議がなければ、再編措置はその効力を生じない（同法795条4項）。当該種類株主総会の決議も、当該種類（種類株主総会の決議が不要である旨の定款の定めがないものに限る。）の株式の株主（譲渡制限株式の株主に限る。）を構成員とする種類株主総会の特別決議である（同法324条2項6号・795条4項柱書）。

従来より合併に際して新株を消滅会社の株主に割り当てる代わりに存続会社の自己株式を交付することができるかということについて、積極説が有力に主張されていた⁽¹⁸²⁾。存続会社の新株であれ存続会社の自己株式であれ、合併比率が適切であれば消滅会社の株主に不利益にはならないからである⁽¹⁸³⁾。また自己株式を合併対価とすることにより、存続会社の既存株主の持株比率に変動がなく、新株発行と比較して機動的かつ弾力的な企業再編を実現することができる⁽¹⁸⁴⁾。旧商法409条の2は、「合併後存続スル会社ハ合併ニ際シテ為ス新株ノ発行ニ代ヘテ其ノ有スル自己ノ株式ヲ合併ニ因リテ消滅スル会社ノ株主ニ移転スルコトヲ得此ノ場合ニ於テハ移

転スベキ株式ノ総数、種類及数ヲ合併契約書ニ記載スルコトヲ要ス」と規定していた。平成9年の商法改正（平成9年法律第71号）により新設された。平成11年（平成11年法律第125号）に改正された後、平成13年（平成13年法律第79号）に前掲のような文言になった。吸収合併に際して交付される対価が存続会社の株式である場合、交付される株式は新株・自己株式いずれか一方でもよく混合してもよいと解される。以上のような理由から、「吸収合併に際して株式会社である吸収合併消滅会社の株主又は持分会社である吸収合併消滅会社の社員に対してその株式又は持分に代わる金銭等」を交付する場合に、当該金銭等が株式であるとき（会社法749条1項2号イ）は、同様に新株・自己株式いずれでもよいと解せられる。

吸収合併等に際して、存続株式会社等の譲渡制限株式が交付される場合において、譲渡制限株式が発行されているということは、基本的には持株比率の維持に関する当該株式の株主の関心が高いことが想定される。特に発行する株式全部が譲渡制限株式（同法2条17号）である株式会社の場合、株主は会社の経営に対して積極的に関与しその持株比率に対しても大きな関心があると解せられる。旧商法は、定款に譲渡制限が定められている場合⁽¹⁸⁵⁾には、新株発行に際して株主割当てが原則であり、第三者割当て

(182) 大隅・前掲注(87)401頁、今井・前掲注(83)128頁・129頁。

(183) 河本一郎編『改正会社合併の税と法務』146頁・147頁（三省堂、1998年）。

(184) 阿部泰久・小畑良晴編著『Q&A平成13年改正商法 金庫株の解禁と単元株制度の創設』48頁（新日本法規出版、2002年）。

(185) 旧商法204条1項但書は、譲渡制限することができる株式を一部に制限できるともできないとも規定していないので、部分的な制限ができるか否かについて各説があった。一方において、立法趣旨や株主平等原則を理由として例外を主張する説を疑問とする否定説があった（上柳克郎『新版注釈会社法(3) 株式(1)』67頁(204条)〔上柳克郎、鴻常夫、竹内昭夫〕(1994年)）。他方、普通株と議決権のない優先株式が発行されている場合に、普通株にのみ譲渡制限を付すというような株式の種類による制限を肯定する見解があった（鈴木・竹内・前掲注(71)148頁・149頁）。

をするときは株主総会の特別決議が必要であるとしていた（旧商法204条1項・280条の5の2・343条）。持株比率の変動を株主総会の特別決議にかからしめている。しかし実際に発行されている株式の一部が譲渡制限株式である場合において、当該種類の株式の株主の持株比率に変動を生ずる募集株式の発行があるとき、持株比率維持の利益と変動の許容範囲の観点から、株主総会決議を簡略化等できるケースもありうると解する。旧商法のもとにおいて、定款に譲渡制限に関する規定があるときの新株発行に際して、第三者割当てをする場合に特別決議を要するとしていたのは、閉鎖的会社において既存株主の持株比率に対する利益保護を目的としていたから、株主総会の特別決議で株主が承認するのであれば、株主の総意として持株比率に変動を生ずる新株発行も行うことができるとしていたのである。譲渡制限の導入は、会社としても敵対的関係者による株式の所有による会社経営に対する介入を防ぐという目的があるからである。

組織再編に際して、会社の利益の観点から、手続きを合理的に簡略化するため、略式組織再編及び簡易組織再編が認められており、また吸収合併等において交付される株式が存続株式会社等の株式であるとき、これら会社の譲渡制限株式の株主を構成員とする種類株主総会を省略することができる定款の定めを置くことができるとするなど同様の考え方を見出すことができる⁽¹⁸⁶⁾（会社法322条2項4項、なお199条4項等参照。）。

(186) 相澤・葉玉・郡谷編著・前掲注(60)104頁、山下・前掲注(169)359頁以下(322条)参照。