

# 持分会社の組織再編手続きに関する小考

長谷川 乃 理

## 1 会社法制定と「持分会社」概念の導入

会社法制定以前は、合名会社と合資会社を、社員の個性が強く、社員が誰であるかという会社の人的要素に重きがおかれる会社として「人的会社」と呼び、株式会社と有限会社を、社員の個性が薄く、会社財産という会社の物的要素に重きが置かれる会社として「物的会社」とであると説明していた<sup>1</sup>。その起源は古く、中世ローマにおけるソキエタス (societas) を合名会社、コンメンダ (commenda) を合資会社の起源であると解するのが通説である<sup>2</sup>。

これに対し、2005年の会社法制定に際し、会社法は合名会社、合資会社、合同会社からなる「持分会社」という会社類型を設定した(575条1項)。出資者たる社員が会社債権者に対して負う責任は異なるが(すべての社員が無限責任社員である会社が合名会社、無限責任社員と有限責任社員とが

---

1 北沢正啓『会社法(第五版)』青林書院(1999)、34頁。

2 奥島孝康=落合誠一=浜田道代編『新基本法コンメンタール会社法3【第2版】』日本評論社(2015)、2頁(今泉邦子)。匿名コンメンダから全社員の有限責任の確立へと発展し株式会社が成立したことについて、大塚久雄『株式会社発展史論』岩波書店(1969)、144頁。これに対し、会社には「共にパンを食べる仲間」としての人的会社と「会社それ自体」を中世キリスト教の神秘体(corpus mysticum)として法人化させ投資の対象とした物的会社のふたつの流れがあると主張するものとして中條秀治「株式会社の本質」経済学論集第86集(2015)、32頁以下。

少なくとも1名以上存在するのが合資会社、すべての社員が有限責任のみを負うのが合同会社。576条2項ないし4項)、会社法制定に際しては持分会社が「定款自治」を重視する共通点がある(577条)として<sup>3</sup>、それぞれの会社類型の上位概念たる「持分会社」の概念を定めることで法文の繰り返しを避けることとしたものである<sup>4</sup>。従来の、分類概念としての「人的会社・物的会社」の語はその役目を終え、会社法制定により「社員間の人的関係が強く業務執行等の運営において社員の個性が重視される会社」と特徴づけられる「持分会社」に代わったという説明もされる<sup>5</sup>。

一方、会社法制定に際しては、持分会社のみならず閉鎖的な株式会社(取締役会非設置会社)にも定款自治を広く許容した<sup>6</sup>。閉鎖的な株式会社と合同会社については、社員のすべてが有限責任のみを負うという共通点のほか、例えば、退社に際しては持分(株式)に市場性がなく投下資本の回収が困難であり、かつ、内部的紛争も発生しがちである点等、共通の議論となる点が多い<sup>7</sup>。経済実態が同様であるとの指摘がある。しかし、同じ経済実態には同じ法制が適用されるのではなく、例えば持分会社にのみ認められる退社および除名についての規定は株式会社にはない。また、逆に持分会社たる合同会社には決算公告義務や資本金5億円以上の会社等における会計監査人監査の義務付けもないという、規定のアンバランスが存在する<sup>8</sup>。

- 
- 3 穴戸善一「定款自治の範囲の拡大と明確化」商事1775号(2006)、17頁。
  - 4 伊藤靖史=大杉謙一=田中亘=松井秀征『リーガルクエスト会社法第4版』有斐閣(2018)、469頁。
  - 5 葉玉匠美ブログ「会社法であそぼ」2005年11月29日記事「人的会社・物的会社」[http://hadama.cocolog-nifty.com/blog/2005/11/post\\_7d3b.html](http://hadama.cocolog-nifty.com/blog/2005/11/post_7d3b.html)(2024年8月31日最終閲覧)。
  - 6 松嶋隆弘「新しい企業形態における法人格の意義と会社債権者保護」判タ1206号(2006)、54頁。
  - 7 穴戸善一「合同会社の退社員の持分評価」『企業法の現在』信山社(2014)、29頁。
  - 8 岩原紳作『商事法論集1会社法論集』商事法務(2016)、39頁。これについては、そのような規制のアンバランスさを前提に合同会社の社員となることを期待したものと説明される。相澤哲=郡谷大輔「持分会社」商事法務1748号(2005)、11頁~13頁。

ここまで述べたように、従来「人的会社・物的会社」という枠の中で説明が可能であった会社類型は、会社法制定の際、持分会社の一類型として合同会社が登場したことで当該枠組みを従前のように整理することは困難となった<sup>9</sup>。

会社類型としての整理が困難であることは対照的に、合同会社の利用の伸び率は非常に高い<sup>10</sup>。国税庁が公表した2022年度の統計によれば、組織別の法人数は株式会社（特例有限会社を含む）2676118社（構成比92.3%）、合名会社3068社（0.1%）、合資会社12290社（0.42%）、合同会社184501社（6.36%）であり<sup>11</sup>、2011年における合同会社数の構成比が0.7%であった<sup>12</sup>ことと比べてもその増加は目覚ましい。

さらに、合同会社制度の導入後、19年が経過した現在では、合同会社を含めたすべての会社類型において再編のニーズが生じている。本稿は、広義の組織再編、特に持分会社の事業譲渡をめぐる現在の会社法上の規定を概観し、その欠缺を指摘しようとするものである。

## 2 持分会社の組織再編

ここでは、会社法第5編に定める組織再編手法（組織変更、吸収合併、新設合併、吸収分割、新設分割、株式交換《移転・交付》）に事業譲渡（462条）を含めて「組織再編」と呼ぶ。事業譲渡以外の組織再編手法については、定義規定（2条26号ないし32号の2）および内容、手続きに関する規定（第5章）が置かれている。

- 
- 9 稲葉威雄『会社法の解明』中央経済社（2011）、64頁は、「社員有限責任の合同会社と社員無限責任の会社類型である合名会社・合資会社とをひと括りにした整理については、十分な検討なしにされた、無原則で不当なものである」と批判している。
  - 10 合同会社制度導入直後については櫻井隆「合同会社制度の現状と課題」経営論集第24巻第1号（2014）、30頁以下。その後については岩原・前掲注8、48頁。
  - 11 国税庁「令和4年度会社標本調査結果」（<https://www.nta.go.jp/publication/statistics/kokuzeicho/kaishahyohon2022/kaisya.htm>）統計表「第11表法人数の内訳」参照（2024年8月31日最終閲覧）。
  - 12 受川環大「会社法上の組織変更の現状と課題について」駒沢法曹第10号（2014）、26頁。

## 2-1 組織変更

旧商法においては、「人的会社と物的会社とでは社員の責任の態様を異にするので、この間の組織変更をみとめるためには種々の複雑な手続規定を必要とし、結局 A 会社を解散し、同時にその社員が B 会社を設立して A 会社の営業全部を譲り受ける方法によるものと大差ない」という理由で、合名会社・合資会社相互間の組織変更（旧商法 113 条・163 条）、および株式会社・有限会社相互間の組織変更（旧有限 64 条・67 条）のみを認めていた（類似主義）<sup>13</sup>。

これに対し、会社法は株式会社が持分会社に、または持分会社が株式会社に組織を変更することを組織変更であるとし（2 条 26 号）、定款で社員の責任を変更することにより持分会社が他の種類の持分会社となることを「種類の変更」と整理している（638 条）<sup>14</sup>。

株式会社が持分会社に組織変更する<sup>15</sup>ためには効力発生日の前日までに総株主の同意を得ることを要し（776 条 1 項）、組織変更計画は本店において閲覧に供され（775 条）、また登録株式質権者あるいは登録新株予約権質権者には通知または公告がなされる（776 条 2・3 項）。新株予約権者の買取請求（777 条、778 条）や債権者異議手続（779 条）も認められている。持分会社が株式会社に組織変更する場合には、定款で別段の定めのない限り効力発生日の前日までに総社員の同意を得ることを要し（781 条 1 項）、債権者異議手続も認められる（781 条 2 項による 779 条の準用）。

持分会社が他の持分会社に種類変更する場合は<sup>16</sup>、解散する必要なく社

---

13 受川環大「ドイツにおける会社の組織変更」早稲田法学会誌第 41 巻（1991）、50 頁。

14 会社法における組織変更（株式会社⇄持分会社）については、機関設計や社員の持分に関する規律等につき抜本的な変更が必要であるためであると説明される。相澤哲＝郡谷大輔「持分会社」商事法務 1748 号（2005）、24 頁。

15 実際には、組織変更により解散した株式会社はほぼ合同会社となっているようである。e-Stat「登記統計 商業・法人」「会社及び登記の種類別 会社の登記の件数」によると、2023 年 7 月～2024 年 6 月までの 1 年間で組織変更により解散した株式会社および組織変更により設立の登記を行った合同会社の数はともに 46 社であった。

16 前掲注 15（e-Stat）によれば、2023 年 7 月～2024 年 6 月までに会社の種類

員の入社または責任の変更についての定款変更をすればよい（638条）。会社債権者には特段の異議手続きを認めることはないが、社員の責任が変更された場合の特則として、責任を無限責任から有限責任に変更した社員（または、出資の価額を減少させた合資会社の有限責任社員）は、その登記をした日から2年間は変更前と同様の責任を負い（583条2・3項）、責任を有限責任から無限責任に変更した社員はその責任の変更前に生じた会社の債務についても無限責任を負う（同条1項）。

## 2-2 合併・会社分割・株式交換

合併は、株式会社・持分会社問わずすべての会社との間で行うことができる（748条）。持分会社が存続する吸収合併および持分会社を設立する新設合併の場合、合併契約において持分会社の種類、社員の責任の態様等を定めなければならない（751条及び755条）。

持分会社の中では合同会社のみが会社分割をすることができる（分割会社となることができる）（757条）が、合名会社・合資会社も会社分割承継会社となることは可能である。持分会社が会社分割承継会社として分割株式会社の権利義務を承継する場合、吸収分割計画または新設分割計画に当該株式に関する事項を定める必要がある（760条3項）。

合同会社は株式交換完全親会社となることができる（767条）。この場合、株式交換契約において株式交換完全子会社の株主には、その有する株式の数に応じて金銭等を交付することが定められる（770条3項）。

合併、会社分割、株式交換の当事会社となる持分会社は、定款に別段の定めのある場合を除き吸収合併契約等につき当該持分会社の総社員の同意を得なければならない（793条、802条、813条）。

---

の変更により設立された合同会社の数は95社である。能動的な種類の変更のほか、例えば合資会社の無限責任社員の死亡により残った有限責任社員が会社の種類を変更して合同会社になった事例等が考えられる（実際の例として、最判令和元年12月24日民集73巻5号457頁）。

## 2-3 事業譲渡

### 2-3-1 事業譲渡の意義、組織再編行為としての事業譲渡

会社が営む事業は、譲渡の対象となる。ここで譲渡される「事業」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。）の全部または一部を譲渡し、これによって、譲渡会社は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競業禁止義務を負う結果を伴うものをいう」とされる（最判昭和40年9月22日民集16巻6号1600頁）<sup>17</sup>。原則として当該営業を構成する一切の財産が譲渡の対象となるが、特約で一部の財産を除外することも可能である。

事業譲渡は、既存の会社の価値を解体することなく他者に移転するための一手法であり、合併等の再編方法として古くから利用されてきた<sup>18</sup>。事業を買収する側からすれば、一から立ち上げて収益性のあるものに育てあげるよりも、既存の事業を買収することで規模のメリットを享受することができる<sup>19</sup>。また、売り手からすれば、採算のとれる事業に経営資源を集中させることで経営の再建をはかったり（簡易な清算方法として利用した

- 
- 17 当該判例が、営業（会社法上は事業。以下同じ）譲渡につき、事実関係を含む組織的財産の譲渡であることには異論はないが、①事業財産の譲渡、②営業的活動（+事実関係）の移転、および③譲渡人の競業禁止義務を「三位一体」として事業譲渡の要件であるとする多数説（森本滋編『商法総則講義（第3版）』成文堂（2008）、80頁等）には疑問がある。少なくとも③譲渡人の競業禁止義務は、②の要件が成就することにより発生する「効果」であって要件ではない。この点につき、田中亘「競業禁止義務は事業の譲渡の要件か」東京大学法科大学院ローレビュー5巻（2010）、286頁。また、津野田一馬「営業譲渡における競業禁止義務」清水真希子・高橋美加編『商法総則・商行為法の現在——その現代化に向けて』有斐閣（2024）は競業禁止義務を「超過収益力の換金を可能とする制度として」説明するが、超過収益力はいわゆる「のれん」、または事実関係と何が異なるのか、理解しがたい。
- 18 近藤光男『商法総則・商行為法〔第8版〕』有斐閣法律学叢書（2019）、112頁。
- 19 土岐敦司・辺見紀男『企業再編の理論と実務—企業再編のすべて—』商事法務（2014）、65頁。

り<sup>20)</sup>、後継者問題を解決したりすることもできる<sup>21)</sup>。

事業譲渡はまた、企業の経営破綻にともなって利用されることもある。他人に従来の商号や営業財産等を承継させ、債務は承継させないことで債権者の執行を免れるための方式（第二会社方式）としても機能してきた<sup>22)</sup>。また、2-1で述べた、旧商法時代における「人的会社⇄物的会社の実質的な組織変更」も、事業譲渡を利用したものであった。これらの点を総合すれば、事業譲渡も組織再編の一手法であると考えることが妥当であろう。

### 2-3-2 事業譲渡に関する会社法上の規定とその対象

事業譲渡について、会社法は定義を置いていない。とはいえ、事業譲渡が可能なのは前述のとおりであり、かつ、すべての種類の会社において可能であることは、譲渡会社の競業の禁止を定める21条の主語が「会社」であることから明らかである。

しかし、事業譲渡の具体的な手続きは、現状、株式会社についてのみ規定されている。株式会社がその事業の全部または重要な一部、総資産額の20%を超える価値を有する子会社であり、かつ議決権の過半数を有しない子会社の株式、持分の全部または一部を譲渡するか、他の会社の全部の事業を譲り受ける場合等には株主総会の特別決議による承認を受ける必要がある（会467条1項）。事業の全部譲渡の場合と一部の譲渡の場合を区別しつつも、どちらの場合であっても同じく株主総会の特別決議による承認を得なければならない。

営業の全部譲渡に特別決議による承認が求められる根拠として、解散ま

---

20 なお、会社更生46条・167条2項・174条6号参照。清算中の会社も清算または財産換価の方法として事業譲渡が可能である（会491条）。森本滋編『商法総則講義（第3版）』成文堂（2008）、82頁。

21 山下真弘『事業譲渡および会社分割の法理と法務 円滑な事業承継をめざして』信山社（2023）、8頁。

22 近藤・前掲注18、112頁。江頭憲治郎編『会社法コンメンタール1——総則・設立（1）』商事法務（2008）、208頁（北村）。

たは定款記載の目的の変更という株主総会の特別決議事項に近接してなされる蓋然性の高い行為であると説明される<sup>23</sup>。一部譲渡についても、全部譲渡のみを規制した場合の潜脱を防止する趣旨<sup>24</sup>で「重要な」場合に限り同じ手続きが求められる。

一方、持分会社において事業譲渡の際に求められる手続きには特に会社法上の規定がない。そのため、事業譲渡の性質を業務執行ととらえるか、組織再編行為ととらえるかにより必要な手続きが何か、見解が分かれている。

2005年改正前商法72条は、合名会社につき「定款ノ変更其ノ他会社ノ目的ノ範囲内ニ在ラサル行為ヲ為スニハ総社員ノ同意アルコトヲ要ス」としていた。この規定は合資会社にも準用されていた（2005年改正前商法147条）。この規定は、改正前商法における合名会社・合資会社が定款を変更せずとも会社の目的の範囲外の行為をなしうること、さらにその場合に定款変更および変更の登記の手続きを二度行う煩雑さを避けるためのものであると説明された<sup>25</sup>が、合名会社および合資会社が行う事業譲渡（2005年商法改正以前は「営業譲渡」の語を用いていた）も、この「目的ノ範囲内ニ在ラサル行為」であるとされていたため、事業譲渡を行うには総社員の同意が必要であった。しかし、会社法制定により、2005年改正前商法72条は削除された。

2005年改正前商法72条が削除されたことを根拠に、取引法上の行為である事業譲渡を行うのは会社の「管理」と考えれば、事業譲渡は持分会社の業務執行のひとつにすぎないものとなる<sup>26</sup>。持分会社における事業譲渡を業務執行ととらえる見解によれば、持分会社が譲渡会社である

---

23 神作裕之「株式会社の営業譲渡等に係る規律の構造と展望」小塚莊一郎＝高橋美加『落合誠一先生還暦記念 商事法への提言』商事法務（2004）、140頁。

24 山下眞弘「株式会社における営業の重要な一部譲渡」『会社営業譲渡の法理』信山社（1997）、158頁。

25 北沢・前掲注1、789頁。

26 北居功＝高田晴仁編著『民法とつながる商法総則・商行為法〔第2版〕』商事法務（2018）、83頁。

場合も譲受会社である場合も、定款に別段の定めがあるときを除いて、社員の過半数の同意が必要であるとする（会 590 条 2 項）<sup>27</sup>。

これに対して、持分会社が当事会社となる合併の場合（会 793 条、802 条）に準じて、事業譲渡には社員全員の同意が必要であるという説<sup>28</sup>もある。株式会社において事業譲渡の際に総会の特別決議を要するのは、事業譲渡によって事業の存続の危機、あるいは企業規模の大幅な縮小等、株主保護を要する結果を招く可能性があるためである<sup>29</sup>。事業譲渡が構成員の保護を要する結果につながることは持分会社においても同様であり、後者の見解が妥当である。事業譲渡と通常の業務執行とは別個の手続きを要するとすべきであろう。

持分会社の事業譲渡については、譲渡の対象が「事業」であればよく、467 条 1 項各号のようにその対象が事業の全部であるか一部であるか、重要であるか否かにかかる規定はない。会社以外の商人についての規定と同様である<sup>30</sup>。

では、例えば合同会社が子会社を有していた場合、合同会社の総資産額の 20% を超える価値を有する子会社株式を譲渡する場合は「事業の譲渡」にあたるのであろうか。事業の譲渡と呼ぶためには単なる財産の譲渡だけではなく事実行為の存在（またはその譲渡）が必要であるのであるから、子会社株式の譲渡は事業譲渡ではないと解さざるを得ない（株式会社についても別個に扱っている）が、合同会社が持株会社である場合にも子会社株式の譲渡を通常の業務執行としてしまうことは、社員の保護に欠けると言わざるを得ないのではないか。

---

27 弥永真生『リーガルマインド商法総則・商行為法第 3 版』有斐閣（2019）、50 頁、柴田和史『商法総則・商行為法』三省堂テミス（2024）、94 頁等。

28 青竹正一『商法総則・商行為法（第 4 版）』信山社（2024）、99 頁。

29 山下眞弘『会社営業譲渡の法理』信山社（1997）、165 頁。

30 商法上の規定につき、浅木慎一『商法学通論Ⅷ』信山社（2015）、165 頁。青竹・前掲注 28 も、「商法総則中の営業の譲渡に関する規定は営業の全部の譲渡であるか一部の譲渡であるかを区別していないため、譲渡の対象が営業の譲渡に当たるかを問題とすればよい」とする。

### 3 おわりに

会社法制定に際して導入された新たな会社類型である合同会社は、その利用が飛躍的に伸びた。その原因はさまざまに指摘されている<sup>31</sup>が、比較的小規模な会社の起業方法として利用されやすい合同会社は、制度導入後 15 年以上を経過した現在、再編の時期を迎えつつある。実際、2023 年 7 月から 2024 年 6 月までの 1 年間で、合併により解散した株式会社が 4382 社であるのに対し、同じく合併により解散した合同会社は 328 社<sup>32</sup>であり、法人数の構成比とほぼ同じ水準に達している。合併以外の組織再編の例も同様、またはそれ以上に多くなっていることが推測される<sup>33</sup>。

そのように合同会社の利用が進む中で、会社法においては古くから組織再編の一手法として利用されてきたはずの持分会社の事業譲渡につき、手続き規定が置かれていないことは法の欠缺である。2014 年会社法改正では、会社分割における規定（759 条 2 項、764 条 2 項）と平仄を合わせる形で許害的な事業譲渡に係る譲受会社に対する債務の履行の請求を認める（23 条の 2）と同時に、個人との間での事業譲渡・譲受けについての読み替え規定（24 条）を整備したが、持分会社の事業譲渡についての手続き規定には何らの手当てもされていないままである。

- 
- 31 例えば、設立における定款の認証手続きが不要である点、設立費用が安価な点、役員任期についての規定がなく、かつ、組織の自由度が高い点等が挙げられる。宮本佐知子「広がる合同会社（日本版 LLC）の活用と今後の課題」野村資本市場クォーターリー 2014Winter（2014）、51 頁。
  - 32 この統計には含まれないが、大きな話題を呼んだ例として、北海道の山岳リゾート施設である星野リゾートトマムを購入した合同会社 YCH16 が挙げられる。YCH16 はおそらく投資用のピークルとして設立された会社であるが、所有者である中国企業豫園商城傘下の日本子会社である株式会社新雪と合併し、解散している（2024 年 8 月 14 日）。
  - 33 近時の例として、東北電力が風力発電事業を営む中頓別ウィンドファーム合同会社の「権益を譲り受け」、開発を進めたものがある。東北電力プレスリリース「(仮称)中頓別陸上風力発電事業への参画について」[https://www.tohoku-pco.co.jp/news/normal/1237441\\_2558.html](https://www.tohoku-pco.co.jp/news/normal/1237441_2558.html)（2024 年 8 月 31 日最終閲覧）。