

## は し が き

ビジネス契約に関する実務書・研究書は、単著として、本書で4冊となる。これも、いままでの3冊が、法務部門や法律専門家の方々に活用いただいたおかげだと感謝している。

第1冊は『取引基本契約書の作成と審査の実務〔第5版〕』（2010年初版）、第2冊は『経営指導念書の理論と実際』（2011年初版）であり、今から15年以上前、株式会社デンソー法務部にいたときに執筆したものである。当時、名古屋大学大学院法学研究科の客員教授も兼務しており、研究室を与えられていたため、仕事を終えてからほとんど毎日、研究室で第1冊、第2冊を執筆し、日付が変わる頃、自宅に帰るのが日課であった。法学部図書室は24時間使え、暗闇の中でスイッチを点けて、一人で文献を探すのは、スリルであった。

その後、デンソーの東京支社に移り、経営法友会や経団連の法務関係の各部会に出席させていただき、大企業の法務部の方々、日本経団連、商事法務研究会、経営法友会、国際商事法研究会などとの関係をもって法務の仕事をする事は夢のような毎日であった。

2003年に入るとすぐ、法科大学院の開設に向けて各大学からオファーがくるようになり、最終的には、2004年4月より明治学院大学法科大学院に奉職することとなった。専門が会社法を主体に商法、手形小切手法であったため、その後の10年間は、会社法基本書である『リーディング会社法』やコーポレート・ガバナンス、コンプライアンスなどの著作が中心で、契約関連の著作はほとんどしてこなかったが、ようやく、2015年に至り、契約関連書の第3冊『業務委託（アウトソーシング）契約書の作成と審査の実務』を出版することができた。

2015年4月から、明治学院大学大学院で新たに開講することになった「法と経営学研究科」で企業再編実務についての講義ももつことになり、その関連でM&A等の契約に関する本書を出版することとした。当初はM&Aだけの契約に関する書物と考えていたが、M&Aとアライアンスが企業間結合という枠組みが共通である点から、アライアンス契約についても本書に載せることとした。

安田洋史著の『新版アライアンス戦略論』（NTT出版・2016年）では、M&A

が対象とするのは技術資源、生産資源、人材資源などの経営資源のセットとしての事業であり、アライアンスが対象とするのは、個々の経営資源であり、経営資源のセットを対象とするか、個々の経営資源を対象とするかが、M&A とアライアンスの相違点であるとしている。また、パートナーが保有する経営資源は、M&A を行うことで自らが所有すなわち支配するものとなるが、アライアンスは対象とする経営資源をパートナーが保有し続け、アライアンス終了後は、それらの経営資源を保有し続けることはできず、このように取引の対象となる経営資源を所有するか、所有せず活用するかが、M&A とアライアンスのもう一つの相違点であるという（同書256頁～266頁）。

本書は、第1冊目、第3冊目（以上、前書という）と同様、実務に耐えうるよう条項ごとの検討に重きを置いている。しかし、取引基本契約や業務委託契約ほど頻繁に発生しない点、各社にひな形などない点などから、実際に入手できた企業間でのM&A 契約やアライアンス契約は少なく、経験や理論、法律をもとに、条項を作成したものも多く、それが前書との違いである。

本書は、「第1部 契約書作成のための基礎知識」では、M&A やアライアンスに関連する法律について解説しており、専門家にも活用できるよう、小生の専門外のものまで詳細に記述したつもりである。

「第2部 契約書作成と審査の実務」においては、M&A やアライアンス契約は、それぞれ締結に至る状況の一つとして同じものはないため、書式が契約の作成担当者の希望にマッチするよう、さまざまなケースを想定して変更例を掲載した。前書に加えて、シリーズとして、本書を業務に活用いただけたら、望外の幸せである。

第1冊から本書まで、すべて民事法研究会の田口社長がいなければ、世に問うことができなかった。田口社長には、感謝の念に絶えない。さらに編集担当の松下寿美子氏には、ご尽力いただき心からお礼を申し上げたい。

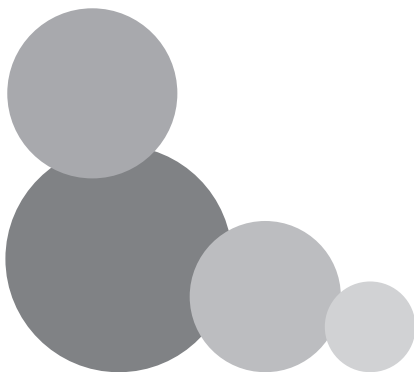
本学法科大学院の最後の年度に、明治学院大学研究室にて

2016年11月

滝川 宣信

# 第1部

# M&A・アライアンス 契約と法



## 第1章

# M&A・アライアンスと 会社法

## I 事業の譲渡等

### 1 総説

会社法第2編第7章でいう「事業の譲渡等」(会社467条〈事業譲渡等の承認等〉に含まれる行為)とは、①事業の全部の譲渡(1号)および、②事業の重要な一部の譲渡(2号)だけでなく、その子会社の株式または持分の全部または一部の譲渡(2号の2)、③他の会社の事業の全部の譲受け(3号)、④事業の全部の賃貸、事業の全部の経営の委任、他人との損益の全部を共通にする契約その他これらに準ずる契約の締結、変更または解約(4号)、⑤当該会社の成立後2年以内におけるその成立前から存在する財産であってその事業のために継続して使用するものの取得(事後設立。5号)までの行為を含む(会社467条1項1号～5号)。そして、これらの行為に係る契約は、株主総会の決議によって、承認を受けなければならない(会社467条1項柱書)。一方、この章における「事業譲渡等」とは、上記の行為の①から④まで対象とし、⑤の事後設立を含まない(会社468条1項かっこ書)。

以上のうち事業の譲渡・譲受けとは、会社の事業を取引行為として他に譲渡し、または他の会社から譲り受けることである。また子会社株式の譲渡とは、親会社の子会社株式を取引行為として他に譲渡することである。これらは、株主利益に重大な影響を及ぼすため、原則、株主総会の特別決議を経なければならない(会社309条2項11号)。

事業の譲渡・譲受けは、当事会社間の債権契約としてなされ、事業自体は単

一の権利として認められていないので、事業を構成する個々の権利義務が個別的に承継され、事業上の債務は、債権者が債務引受けに同意しない限り当然には移転しないため、債権者異議手続は法定されていない。ただし、例外として、次の制度が認められる。すなわち、①事業の譲受会社が、譲渡会社の商号を引き続き使用する場合、譲渡会社の事業によって生じた債務を弁済する責めを負う（会社22条1項）。②事業の譲受会社が、譲渡会社の事業によって生じた債務を引き受ける旨の広告をしたときは、譲渡会社の債権者は譲受会社に対し弁済の請求をすることができる（会社23条1項）。この場合の譲渡会社の責任は、①の場合は事業を譲渡した日後、②の場合は広告があった日後、それぞれ2年以内に請求または請求の予告をしない債権者に対しては、その期間経過時に消滅する（会社22条3項、23条2項）。③譲渡会社が譲受会社に承継されない債務の債権者（残存債権者）を害することを知って事業を譲渡した場合、残存債権者は、譲受会社に対して、承継した財産の価額を限度として、当該債務の履行を請求できる（会社23条の2第1項本文）。③の場合、譲受会社が事業譲渡の効力が生じた時に残存債権者を害すべき事実を知らなかったときは責任を負わない（会社23条の2第1項ただし書）。譲受会社の責任は、当該詐害的な事業譲渡を知った時から2年以内に請求または請求の予告をしない残存債権者に対しては、その期間経過時に消滅する（会社23条の2第2項）。

事業の全部の譲渡をした場合でも、当然には解散せず目的を変更して存続することも可能である。譲渡の対価は、譲渡会社の株主に交付されず、譲渡会社に帰属する。

## ② 事業の譲渡

### (1) 事業の全部または重要な一部の譲渡

事業の全部の譲渡または事業の重要な一部の譲渡に該当する事業譲渡契約は株主総会の特別決議を経なければ無効である（会社467条1項1号・2号）。株主総会の特別決議を要する事業の譲渡の意義について、解釈が分かれる。

#### ア 第1説

第1説は、判例および従来多数説であり、判例によれば、旧商法245条1項1号（会社467条1項1号・2号）によって特別決議を経ることを必要とする

営業（＝事業）の譲渡とは、同法24条以下（会社21条以下）にいう営業譲渡と同一意義であって、営業そのものの全部または重要な一部を譲渡すること、詳言すれば、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）の全部または重要な一部を譲渡し、これによって、譲受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同法25条（会社21条）に定める競業避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・9・22民集19巻6号1600頁、百選〔第3版〕85事件174頁）。第1説は、①事業目的のために組織化された有機的の一体をなす財産の譲渡であればよく、②事業活動の承継、および、③競業避止義務の負担を不可欠の要件として、取引の安全すなわち譲受人の安全を図ろうとするものである。第1説の根拠は、法解釈の統一性・安定性の観点から旧商法24条以下に定める営業譲渡と同一意義に解するのが適当であること、特別決議を要する営業譲渡かどうか営業活動の承継と競業避止義務の負担の有無を基準として比較的容易に判断できるので、法律関係の明確性・取引の安全が確保されることである<sup>1</sup>。第1説の立場は、その後の最高裁判決にも踏襲されている（最判昭和41・2・23民集20巻2号302頁、最判昭和46・4・9判時635号149頁）。

これに対し、第2説、第3説は譲渡会社の株主の保護を図ろうとするものであり、いずれも第1説より、株主総会にかかる範囲が広い。

#### イ) 第2説

第2説は、第1説の最高裁判決（前掲昭和40・9・22）の少数意見の立場にあり、営業譲渡には営業目的のため組織化されて有機的の一体をなす財産を譲渡することで足り、営業活動の承継と競業避止義務の負担の有無は必要がないとする点で、第3説と共通するが、さらに、重要な工場の重要な機械などのように営業用財産の譲渡であっても、それが組織的財産の機能を発揮するうえで極めて重要なものであれば営業譲渡にあたるとするものである。

しかし事業用財産のみの譲渡でも株主総会の決議を要するとするのは、取締役会の決議事項との整合性が問題となり、反対をとる説が多い<sup>2</sup><sup>3</sup>。

---

1 山部俊文「判批」百選〔第3版〕85事件175頁

### (ウ) 第3説

第3説は、事業譲渡とは事業目的のために組織化され、有機的一体として機能する財産であれば事業譲渡の要件とするものであるが、第2説との違いは、単なる事業用財産については事業譲渡とはならないとするものである。

現在では、第3説の「有機的一体として機能する組織的財産」を強調する説が有力説とされるが、組織的財産の意義については必ずしも明確ではないとの問題も指摘されている。<sup>4</sup>

以上から、現実には第1説の、②事業活動の承継、および、③競業避止義務の負担を問題とするのではなく、客観的に見て②、③を伴うと判断できる状況で、①の組織的財産が譲渡されれば、特別決議を要する事業譲渡と解してもよいとするのが、正当なところではないだろうか。<sup>5</sup>

## (2) 子会社株式等の譲渡

平成26年改正前会社法では、親会社の子会社の株式または持分を譲渡する場合には、親会社の事業の一部の譲渡には該当しないとする見解も有力であった。

しかし、親会社の子会社の株式等の全部または一部を第三者に譲渡する場合で、親会社の子会社に対する支配権を喪失するような場合には、事業譲渡と同様の影響が親会社に及ぶことになる。

そこで、以下の二つの要件（会社467条1項2号の2イ・ロ、会社則134条）のいずれにも該当するときは、株主総会の特別決議によって株式等譲渡契約の承認を受けなければならない（会社467条1項2号の2、309条2項11号）。

二つの要件は、①当該譲渡により譲り渡す株式または持分の帳簿価額が、譲渡会社の総資産額として法務省令（会社則134条）で定める方法により算定される額の5分の1（これを下回る割合を定款で定めた場合はその割合）を超えると

2 重要な事業財産の譲渡は、「事業の譲渡」という文言からかけ離れているように思われるし、会社法362条4項1号とも整合しない。しかも、取引の安全を犠牲にしてよいといえるか（事業の譲渡の違反は、相手方の善意・悪意に関係なく無効と考えられているため、相手方保護の要請を無視することになる点）については疑問が残る（弥永384頁）。

3 江頭950頁、山部・前掲（注1）175頁

4 山下眞弘「事業の重要な一部の譲渡と株主総会の特別決議」浜田道代＝岩原紳作『会社法の争点』198頁。大隅＝今井101頁以下、江頭950頁

5 山下・前掲（注4）198頁

## 第3章

# 会社法の組織再編に関する契約書

## I 合併に関する契約書

### 1 吸収合併に関する基本合意書

#### ●想定するケース●

事案は、上場会社であるA社・B社の2社が、吸収合併をすることを目的として、今後の方向や日程の予定について一定の合意に達したので、基本合意書を取り交わすものである。

本基本合意書に基づき、2社は、適時開示をすることになる。

※本基本合意書は、後記2「吸収合併契約書」における場合とは別個のケースの合意書である。

#### POINT

#### (1) 取締役会承認および適時開示

合併基本合意書には、最終契約書（合併契約書の意。以下同じ）のような会社法による必要的記載事項の規定は要件ではなく、各条項の内容から、合併当事会社が特定され、基本合意書締結日以降、各当事会社が最終契約書の締結に向けて、真摯にかつ誠実に交渉を行うものが定められていれば、基本合意書としての役割を果たすものと解される。

もっとも、会社法の法定事項は最終契約で定めるとしても、基本合意書において法的拘束力を認めるもの<sup>1</sup>、または法的拘束力条項で法的拘束力が



あると定めるものも存在し（下記、本合意書の「本合意書の効力」の条項を参照）、違反すると損害賠償義務が発生することから、取締役会設置会社では取締役会の承認が必要と解する。さらに、上場会社にあつては、基本合意書の締結は、原則、適時開示の対象となり、取締役会の承認を得ることが通例である。

(2) その他

第2部第1章I①「基本合意書」（148頁）を参照されたい。

**【書式3】 合併に関する基本合意書**

**合併に関する基本合意書**

A 株式会社（以下、「存続会社」という）と B 株式会社（以下、「消滅会社」という）は、合併に関する基本的条件に関し、以下のとおり基本合意書（以下、「本合意書」という）を締結する。

**POINT**

本基本合意書では、すでに「合併」により組織再編を行うことが合意されており、当事者をわかりやすい略称とするため、A 株式会社を「存続会社」、B 株式会社を「消滅会社」としたが、消滅会社は抵抗があるとする場合や、まだ統合ストラクチャーをどうするかが合意できていない場合には、社名のアルファベットの頭文字（たとえば「A 社」「K 社」）のほか、従来一般的な略称である「甲」「乙」でも構わない。

**第1条（合併の目的）**

存続会社および消滅会社は、市場競争力の強化および経営基盤を強化するため、対等の精神で本件合併の最終契約（以下、「本件最終契約」と

1 最決平成16・8・30民集58巻6号1763頁参照。また最判昭和59・9・18判時1137号51頁など信義則上の注意義務違反を認めるものもある（165頁参照）。

いう)を締結することを目的として、誠実に交渉を行うものとする。

#### POINT

合併の目的は、合併当事者の合併にあたっての認識を確認する象徴的な意味として、また、公表する際に合併の理由として必要となる。目的を前文に含める場合もある。

#### 〔変更例①〕

##### 第1条（目的）

存続会社と消滅会社は、小売事業環境が大きく変化している中で、同業種との競争に加え、量販店や百貨店等の異業種との競争激化という厳しい事業環境の下で、競争に勝ち抜くために、両当事会社の経営資源を結集し、新たな小売グループの形成を目的として、すべてのステークホルダーに貢献できる企業となることを目指すものとする。

#### 〔変更例②〕

##### 第1条（合併の目的）

存続会社と消滅会社は、〇〇の製造装置、各種〇〇機器システム等、成長が期待される〇〇事業に両当事者が一体となって取り組み、両当事者の持つポテンシャルのシナジー効果を最大限に発揮し、事業の発展を図るために合併する。

#### 第2条（合併の方法）

合併により、存続会社が、消滅会社を吸収し、消滅会社は解散するもの（以下、「本件合併」という）とする。

#### POINT

本件合併の内容について、合併後の商号、本店所在地などを合意していれば、それらの条項も定める。なお、商号・本店所在地は、存続会社の定款変更によらなければ効力を生じない。

#### 〔追加条項例〕

##### 第〇条（商号および本店の住所）

合併後の商号は、C株式会社とし、合併後の本店の住所は東京都〇〇区〇〇町1-1-1に置く。

### 第3条（合併比率）

存続会社および消滅会社は、第7条に定める本件調査を実施後、それぞれ第三者機関に合併比率の算定を依頼し、その結果を持ち寄り、アドバイザーとしての当該第三者機関の出席も得たうえ、協議により、本件合併の合併比率を本件最終契約締結までに決定する。

#### POINT

基本合意書において合併比率を合意する場合も<sup>2</sup>みられるが、合併比率は、株主等にとって最重要事項であり、双方またはいずれかが上場会社の場合には公表せざるを得ず、当該交換比率を前提に、証券市場が動く可能性があり、基本合意書で定めるべきか否かについては、慎重に判断を下すべきである。どちらかという、合併比率は、デューデリジェンス後、会社法が規定する最終契約書に定めればよい（会社749条1項2号・3号、783条1項、309条2項12号）。

変更例は合併比率の内容を記述したものである。

#### 〔変更例〕

### 第3条（合併比率）

消滅会社の普通株式1株に対し、存続会社の普通株式0.5株を割り当てるものとする。

### 第4条（従業員）

存続会社は、合併期日において、消滅会社の従業員を引き継ぐものとし、従業員に関する取扱いについては、別に存続会社および消滅会社が協議して定める。

2 2006年1月～2009年9月に合併に関する基本合意書の締結をTDnetにおいて公表した事例43件のうち、基本合意書で合併比率まで決定している事例は13件とのことである（合併ハンドブック37頁）。

【著者略歴】

滝川 宜信（たきかわ よしのぶ）

- 〔略 歴〕 昭和22年 名古屋生まれ  
学習院大学法学部卒業、中央大学法学研究科博士後期課程中退学  
株式会社デンソー法務部長、名古屋大学大学院法学研究科客員教授、南山大学、中京大学、名城大学各非常勤講師などを歴任し、現在は、明治学院大学大学院法務職研究科教授
- 〔著 書〕 『経営指導念書の理論と実際』（単著・民事法研究会・平成13年）  
『戦略経営ハンドブック』（共著・中央経済社・平成15年）  
『社外取締役のすべて』（共著・東洋経済新報社・平成16年）  
『ビジネス契約実務大全』（共著・企業研究会・平成16年）  
『企業法務戦略』（共著・中央経済社・平成19年）  
『リーディング会社法〔第2版〕』（単著・民事法研究会・平成22年）  
『実践 企業法務入門〔第5版〕』（単著・民事法研究会・平成23年）  
『内部統制対応版企業コンプライアンス態勢のすべて〔新訂版〕』（共著・金融財政事情研究会・平成24年）  
『取引基本契約書の作成と審査の実務〔第5版〕』（単著・民事法研究会・平成26年）  
『業務委託（アウトソーシング）契約書の作成と審査の実務』（単著・民事法研究会・平成27年）

〔連絡先〕 E-mail : [tbcc-info@cf.em-net.ne.jp](mailto:tbcc-info@cf.em-net.ne.jp)  
URL : <https://tbcc.jp/>

契約書の作成およびリーガルチェックなど、契約業務全般について、貴社のお役に立てると思いますので、下記ウェブを検索いただければ幸いです。

TBCC 契約

検索

## M&A・アライアンス契約書の作成と審査の実務

---

平成28年12月11日 第1刷発行

定価 本体5,400円＋税

著者 滝川 宜信  
発行 株式会社 民事法研究会  
印刷 株式会社 太平印刷社

---

発行所 株式会社 民事法研究会  
〒150-0013 東京都渋谷区恵比寿 3-7-16  
〔営業〕 TEL 03(5798)7257 FAX 03(5798)7258  
〔編集〕 TEL 03(5798)7277 FAX 03(5798)7278  
<http://www.minjiho.com/> [info@minjiho.com](mailto:info@minjiho.com)

---

落丁・乱丁はおとりかえします。 ISBN978-4-86556-119-7 C2032 ¥5400E  
カバーデザイン 袴田峯男