

# 会社法における資本原則と株式仮装払込の効力

松 井 英 樹

- 1 はじめに
- 2 会社法における資本制度の位置づけ
- 3 株式仮装払込の効力に関する議論
- 4 結びにかえて

## 1 はじめに

平成18年5月1日に施行された現在の会社法は、会社法の現代語化を図ることを主要な目的としていたが、同時に、会社法規制の整合化を図るという題目のもとに、様々な分野において、法規制の実質的な改正が行なわれている。例えば、会社制度の抜本的な改正として、小規模閉鎖的な企業として有用で利用数も多かった有限会社制度を廃止して、株式会社に統合している。また、従来の改正前商法は、株式会社規制について大規模公開会社を基礎に置きながら、小規模で閉鎖的な会社についての特則を設けるという立場を採っていたが、その立場を大きく転換し、統計数では圧倒的な多数を占める小規模閉鎖会社（会社法上は、大会社でない会社で、かつ公開会社でない会社）を原則に据えて、大規模公開会社を例外として特別に取り扱うという立法形式を随所に採用している。また、とくに小規模閉鎖会社の実態に即して、経営機構についての定款自治による選択肢を拡張するとともに、有限会社法において認められていた簡素な組織運営を可能とする処置が施されているものということができる。

しかし、株式会社制度は、株式の発行による大衆からの資金調達を可能とする企業組織という基本理念は、新しい会社法の下でも失われておらず、プライベートカンパニーを前提としていた有限会社制度が廃止されたことで、株式会社へと組織変更した旧有限会社においては、かえって無用な規制の強化がなされたものと見られることもあることから、従来の有限会社について、株式会社への組織変更を行わずに特例有限会社として存続することを認めている。

また同時に、株式会社法の基本的な理念の一つとして認められていた資本制度の位置づけを抜本的に変えようとする法改正がなされている。資本制度が、資本額に相当する財産を会社債権者のために維持するという制度にはなっていない<sup>(1)</sup>ことを前提として、従来の資本制度の機能を分析し、従来の資本三原則に鋭くメスを入れた改正がなされている。とくに、株式会社の設立規制において、最低資本金制度を廃止するとともに、従来の総額引受主義（改正前商法166条1項6号）を廃止し、定款において設立時の出資財産額またはその最低額の記載が要求されている（会27条4号）のみであり、その出資財産額または最低額さえ充足されればよいという機動的で柔軟な会社設立が許容されている。また、設立時発行株式についての引受が欠けていても、引き受けられた株式を発行するだけで足り、払込のない株式が存在する場合でも、当該株式についての失権が生ずるのみで、定款記載の出資財産額（またはその最低額）の出資が履行されていれば、会社設立には影響を及ぼさないものとされている。

これらの資本制度に関する一連の法改正を受けて、改正前商法において存在しなかった会社法の解釈をめぐる議論が新たに生じている。もっとも重要な点は、立法担当者の説明によれば、会社法においては、伝統的な意味での資本充実の原則は、会社法では採用されておらず、資本維持の原則についても、その債権者保護の機能は限定的であるとして、株主への払戻し規制の位置づけを大きく変更しているものと認められる点である<sup>(2)</sup>。また、資本制度に関する諸制度としては、分配可能額を欠いた状態にお

いてなされた違法な剰余金の配当の効果について、従来の通説は無効説を採ってきたが、立法担当者から有効説が主張されている。また、株式仮払込手段としての「預合」の効力について、従来は大多数の学説が無効説を支持してきたが、立法担当者からは有効説が主張されている。

そこで、このような状況の中で、会社法における資本制度の位置づけと機能に関する議論を検証しながら、株式会社の設立、および株式の発行の各段階においてなされる株式の仮払込手段について、その払込みの効力をどのように解すべきか、また、とくに会社設立時においては、仮払込の効力と設立無効との関係をどのように取り扱うべきかについて、小規模閉鎖会社を中心とする利害関係者間の利益調整を踏まえながら、会社法のもとでの新たな問題提起を行うことを本稿の目的とする。

## 2 会社法における資本制度の位置づけ

### (1) 改正前商法下における資本制度

株式会社では、株主が会社債務に対して直接責任を負わないのが原則である（株主の間接有限責任の原則・会社法104条）ため、会社財産が会社債権者にとっての唯一の責任財産となるため、会社財産を確保するための一定の数额を資本金として設定した上で、会社設立時から資本金額に相当する財産が確実に拠出され、また会社成立後も会社の純資産が資本金額以上に維持されることが義務づけられてきた。このような資本制度の基本原則として、資本が定款において確定されるとともに、資本総額に相当する株式の引受により出資者が確定されなければならないとする「資本確定の原則」、資本金に相当する財産が現実的に会社に拠出されなければならないとする「資本充実の原則」、会社の純資産額が資本金および法定準備金等の総額を上回らなければ、利益配当などの株主への分配を行うことができないとする「資本維持の原則」、および資本金額の減少に定款変更および会社債権者保護のための厳格な手続を要求する「資本不変の原則」が認め

られてきた<sup>(3)</sup>。

これらの原則を通じて、わが国の改正前商法の下では、会社財産を確保するための一定の数額としての資本は、資本充実の原則を通じて、設立時および増資時の財産確保機能を有するとともに、配当阻止数としての資産保持機能を担っていた<sup>(4)</sup>。また、昭和13年改正前商法においては、取締役の破産申立義務が明文規定（＝旧商法174条）をもって定められており、資本の警告機能が認められていた。すなわち、会社がその資本の半額以上を失ったときは、取締役は遅滞なく株主総会を招集してこれを報告しなければならず、また会社財産をもってその債務を完済することができなくなったときは、取締役は直ちに破産の請求をしなければならないものとされていた。このように、資本金額が額面株式の額面総額と一致することを前提とする戦前の体制の下では、資本は、会社債権者にとって、会社がどの程度の損失に耐えられるのかという目安を示していたものといえる<sup>(5)</sup>。

しかし、昭和13年改正により破産申立義務を定めた規定が廃止され、また戦後の昭和25年改正商法により、授権資本制度が導入され、無額面株式の発行が認められ、資本と株式の関係が切断された結果<sup>(6)</sup>、資本の警告機能、および持分比率算定の基礎数としての機能を喪失するとともに、資本確定の原則は廃棄されるに至った。一方で、同改正では、全額払込制度の採用、額面の引き上げによる設立時の財産確保機能の向上、資本準備金の使用目的の限定により、会社債権者保護機能を高める措置が採られていた。

ところが実際には、戦後の商法改正作業においては、既存会社の額面を強行法的に引き上げるような措置が採られなかったことから、インフレーションの中で、額面の価値が相対的に低下するとともに、株式の時価発行増資が導入され、昭和56年改正以降は発行価額の2分の1のみを資本金に組み入れ、残額を資本準備金として計上するという実務により、過大な資本準備金が生じ、自己資本の構成が歪められた。他方、法改正の傾向としては、資本の緩衝材としての機能の回復に努めるという姿勢が一貫して見

られ、平成2年の最低資本金制度の導入により、設立時における資本の財産確保機能が強化されたとともに、既存会社にも最低資本金制を強制することで、資本の債権者保護機能を高ようとする趣旨を認めることができた<sup>(7)</sup>。

ところが、このような法改正の傾向に対して、根源的な問題として、わが国の資本制度は、会社財産の維持機能を有していないことが指摘されていた。すなわち、従来の商法下における資本制度が機能していたのは以下のような局面においてのみであった。①会社設立時または成立後の新株発行に際して、株式会社が取得した財産の価額の全部または一部が資本金として計上される。②利益配当等、株主に対する会社財産の払戻しの結果として、会社に残る純資産額が計上している資本金額に満たなくなることは許されない。③いったん計上した資本金額を減少するには債権者保護手続を採らなければならない。したがって、株式会社が資本金額に相当する会社財産を保有していることについては何らの保障はないものと言わざるを得ない<sup>(8)</sup>。

すなわち、昭和25年改正前に存在していた額面株式を前提とする「資本を株式に分ける」という制度が廃止されるとともに、会社の純資産額が資本金に満たない状態になったとしても、特別の規制を講じられていなかったことから、資本制度には、資本金額に相当する財産を会社債権者のために維持するという制度にはなっていなかった<sup>(9)</sup>。この意味において、資本金額と現実の会社財産とは何の関係もないと言われており、公示された資本金額をもとに、それに相当する会社財産が現実に存在することを信頼することはできない点において、会社債権者保護の機能を十分に果たしているとは言えない状況にあった。

## (2) 会社法の下での資本制度

### a 最低資本金制度の廃止

平成17年に制定された会社法は、資本制度の機能を見直したうえで、平

成2年改正において導入された最低資本金制度を撤廃するに至った。その立法過程においては、従来の最低資本金制度の機能が、①設立時の出資額の下限額に関する規制、②配当を行う場合の純資産額規制、および③資本金として表示する係数の下限としての規制、の3つに区分されていた。そのうえで立法担当者は、①については、平成2年改正後の経済情勢の変化、他国における立法動向、近時における起業促進の必要性の増大などに鑑み、これを撤廃したとする。また、③の機能について、立法担当者は、会社の純資産額がいくらであろうと、常に資本金の額を1000万円以上と表示し続け、その分、損失を計上しなければならないとすることには合理性がないと考えられることから、これも撤廃し、②の機能については、会社財産に対する会社債権者と株主との利益調整機能については、その存在に一定の合理性も認められることから、会社法においても、300万円の純資産額規制を維持しているとする<sup>(10)</sup>。すなわち、株式会社の純資産額が300万円を下回る場合には、剰余金の配当をなし得ないものとして（会社法458条）、旧来の有限会社の最低資本金であった300万円を一つの基準として、それに相当する財産の確保することを通じて、有限責任会社の社員への資産流出を防ぐという資本の配当阻止数としての機能を維持させているものと位置づけることを前提として、設立時の出資額ならびに会社存続中の表示係数の下限額規制を廃止したということである<sup>(11)</sup>。

#### **b 起業促進の必要性**

最低資本金制度が撤廃された実質的な理由として、1990年代以降、廃業率が開業率を上回る状態が続き、創業の支援が喫緊の課題となっていること、ネットビジネスや高い技術を持った大学発のベンチャー等が盛んになる中で、最低資本金規制の見直しの要望が強くなっていることなどが挙げられている<sup>(12)</sup>。また、すでに2002年に成立した中小企業挑戦支援法によって改正された新事業創出促進法10条以下により、最低資本金制度の特例として、一定の条件をクリアした株式会社・有限会社の設立に際し、設立後5年間は最低資本金に関する規制が課せられないこととされていたた

め、この特例措置を一般化・恒久化したものと位置づけることもできる<sup>(13)</sup>。

最低資本金制度については、従来から事業リスクに見合った大きさの自己資本で事業を行うことを要求する意味で、事業リスクに応じた資本の額をあらかじめ法律で一律に定めることは困難であり、最低資本金制度では対応できないものと言われてきた<sup>(14)</sup>。とくに、1990年代以降の産業・社会構造の変革の中で、情報通信関連の起業においてはそれほど多くの自己資本を起業時には必要としない例もあることから、有限責任会社への新規参入を容易にするために最低資本金を引き下げる必要性も認められていた。しかし、そのような趣旨からは、従来の有限会社制度を維持しながら、その最低資本金を引き下げるという選択肢もあるし、また会社法において新設された合同会社制度がそのようなベンチャー企業の受け皿として新設されたのであれば、株式会社制度の最低資本金制度を撤廃するまでの必要性があったのかどうかについては、十分な根拠を見いだすことができない。

また、このような立法に対して、基本法としての会社法においては従来の制度を維持すべきであって、創業促進のための措置は、特別法の規制に委ねるのが妥当であるとの批判があり<sup>(15)</sup>、経済政策を重視するあまり、新事業創出促進法上の特例措置をさらに一般化する必要性についての実証的な検討が十分に行われていたとは認められない<sup>(16)</sup>。また、最低資本金制度自体は、債権者保護というよりは、むしろその会社形態を選択できる企業規模を規制する機能を有しているとも言われているが<sup>(17)</sup>、有限会社制度を廃止して株式会社に統合する過程において、最低資本金1000万円という基準をクリアしている前提が存在する株式会社のブランド価値を完全に廃棄することが妥当かという点についても検討がなされておらず、いわゆる泡沫会社設立の危険が高まっている<sup>(18)</sup> ことへのリスクに対する配慮が十分になされていない<sup>(19)</sup>。

### c 各国の立法動向

また、制度撤廃の理由として他国における立法動向が挙げられているが、各国の資本制度の状況についてみれば、アメリカでは、1975年にカリフォルニア州会社法が資本制度を廃止したのをはじめとして、1984年に改正された模範事業会社法を受けて多くの州で会社債権者保護のための資本制度は廃棄されており、現在、資本制度に基づく配当規制を維持している州は、デラウェア州、ニューヨーク州など7州であるといわれている<sup>(20)</sup>。

しかしながら、資本制度を廃止したカリフォルニア州会社法では、それに代わる配当規制として、資産負債比率を基準とする規制が導入されており、留保利益の存在とともに、会社資産が負債の少なくとも4分の5に相当し、かつ会社の流動資産の額が流動負債の額を上回る場合に、配当を行うことができるとするものである。また、大多数の州会社法では、いわゆる「衡平法上の支払不能テスト」が採用されており、通常の営業過程においてその債務を履行期に弁済することができなくなる場合には、剰余金の分配をしてはならないものとされている<sup>(21)</sup>。このように、アメリカの会社法においては、資本制度に代替する配当規制等の存在を前提として、資本制度を廃止しているのが一般的であるといえる。

他方、EUにおいては、1976年の会社法第二指令において、各加盟国は、25,000ユーロを下回らない金額で最低資本金を規定しなければならないが、実際の最低資本金額はドイツでは株式会社について5万ユーロ、イギリスでは公開会社について5万ポンド、フランスでは公開会社で225,000ユーロ、非公開会社では37,000ユーロとされている。また、イギリスの非公開会社では最低資本金規制は存在せず、またドイツでは、2008年11月より有限会社の最低資本金額を1ユーロとする改正がなされている。

ヨーロッパでは、2002年に出された会社法制の現代化に係る検討グループの報告書において、最低資本金規制の主な効果は、「個人が気軽に公開有限責任会社を設立することを思いとどまらせることにあるとの結論に至



る」も、同規制がその他の有効な機能を果たしているという確信を得られないものの、他方、それが企業活動の障害になっている証拠がないとして、同規制について多くの検討時間を費やすことは賢明ではないものと結論づけられている<sup>(22)</sup>。

すなわち、ヨーロッパでは、資本制度を廃止し、それに代替する債権者保護制度に委ねるべきとする見解も現れているものの<sup>(23)</sup>、現在の法定資本制度が、債権者の保護に十分に役立っているとはいえないことを認めながらも、アメリカのように資本制度を全面的に廃止することについては支持が得られていない状況が指摘されている<sup>(24)</sup>。

以上にみたように、会社法の立法過程において、諸外国における最低資本金制度の動向を根拠の一つとしていたが、具体的にはフランス有限会社法における最低資本金制度の廃止を挙げるのみであり<sup>(25)</sup>、資本制度に代替する会社債権者保護のための立法措置を何ら講ずることなく、同制度のみを撤廃することは世界的な傾向と認められているわけではない。

#### d 資本制度の債権者保護機能について

会社法の立法担当者は、資本維持の原則を、会社債権者保護との関係では、会社の中長期的な経営基盤を整え、債権者等の利益を保護するために、資本に満たす額の会社財産を維持させることとし、これに満たない財産しか存しない場合には、その存続の可否も含めて何らかの措置を講ずるものと解している。そのうえで、昭和13年改正以降、資本の警告機能<sup>(26)</sup>が廃止されたため、資本の維持といったところで、現実に資本に見合う分の会社財産が会社に維持される制度的裏付けがないことを前提として、会社財産維持機能が資本制度には担わされておらず、債権者保護の機能を果たしていないものと評価される。

しかしながら、資本の警告機能に関する諸制度が、資本維持に関するものであるとは理解されておらず、資本維持の原則には、いったん会社に形成された会社資産の流出を禁じる趣旨があるものと解するのが一般的である。すなわち、退社の自由の制限に見られるように、会社により多くの責

任財産を持たせるために、いったん会社に出資され形成された会社財産の流出を禁じ、流出の方法を配当等に限り、その際に資本を超える部分についてのみ流出を認めるという形の二段構えのものであったとされる<sup>(27)</sup>。このように、現在における資本維持の原則の意義を、退社の自由を制限するとともに、株主に対する会社財産の払戻を規制することを通じて会社債権者の利益保護を図る点に求めるのであれば、会社法の下でも資本制度の機能が失われているものとは考えられないであろう<sup>(28)</sup>。

### (3) 資本制度に代わる債権者保護制度

さらに、会社債権者保護の問題は基本的には中小企業相互の問題であるとの前提の下に、会計参与という制度の導入により中小会社の計算の適正化が一步前進することが期待できることとなり、また計算書類の開示がすべての会社に義務づけられることになっているため、会社債権者保護は主にその方向でやっていこうと考えられた結果として、最低資本金制度を廃止することになったとの説明がある<sup>(29)</sup>。

しかし、会計参与の設置は強制されるわけでもなく<sup>(30)</sup>、会計監査人による監査を経っていない計算書類の開示の義務づけによって、中小企業における会計の適正化が担保されるとは言い難く、また、不法行為債権者などの非任意債権者の保護を図ることはできない点からも、このような法改正の方向性が最低資本金制度の廃止を補完するものとは言い難い<sup>(31)</sup>。

事前的な資産維持制度による債権者の保護が後退しているのであるなら、債権者の権利の侵害に対する事後的な救済の可能性が検討されなければならない。アメリカでは、著しく過小な資本で事業を行い、会社を破綻させた場合に法人格を否認して法人の背後にある株主個人の責任を追及する判例法理が確立している。また、会社の株主が実質的に出資である資金供与を貸付の名目で行っている場合に、破産手続上、当該貸付を劣後的に扱うことが、アメリカ法上の判例法理やドイツ有限会社法において認められている<sup>(32)</sup>。

ヨーロッパにおいても、2002年のEU 専門家委員会報告で、会社の倒産が不可避である状況下で債権者の損害が拡大するような取締役の行動を「不当取引」として責任を認める法理や、社員貸付に対する倒産手続上の劣後的扱いを明記することが提案されている<sup>(33)</sup>。

これに対して、日本では、資本制度に基づく資産維持機能がなし崩し的に弱体化している中で、債権者の事後的な救済手段を強化する立法的な手当はなされていない。特に最低資本金制度の完全撤廃により、同制度確立前に頻出した、法人格の形骸化を根拠とする法人格否認紛争の再来が予想される。また、経営破綻直前の会社の取締役が債権者の利益を害した場合には、会社法429条に基づいて、取締役の債権者に対する個人責任の追及が許容される例が多く発生することが予想される<sup>(34)</sup>。結局のところ、法人格否認の法理や会社法429条の適用に関する判例の積み重ねによって、債権者に対する事後的な救済の法理が確立されることが予測されるが、判例法主義を採る英米であればともかく、わが国の会社法実務において、それまでの間、立法的な手当を行わないままにしていることには疑問を抱かざるを得ない<sup>(35)</sup>。

#### (4) 資本の表示機能＝会社規模を規律する基準としての機能

改正前商法下における有限会社では、最低資本金額であった300万円を資本金額としている会社が多いほか、500万円を資本金額として設定している会社が多く見られたと指摘されている<sup>(36)</sup>。その理由として、例えば建設業法7条4号は、一般建設業の許可を受けるためには、請負契約を履行するに足りる財産的基礎または金銭的信用を有することが必要であるとして、通達によって、自己資本の額が500万円以上であることが、その基準の一つとなっていることが挙げられている<sup>(37)</sup>。

また、中小企業基本法および政令における中小企業者の範囲については、資本金基準と従業員基準によって定められており、資本金基準としては、製造業・建設業・運輸業等では、資本の額または出資の総額が3億円

以下、卸売業では1億円以下、ソフトウェア業または情報処理サービス業では3億円以下、それ以外のサービス業および小売業では5000万円以下の企業が中小企業と定義されている<sup>(38)</sup>。

このように、資本には、会社規模を規律する基準となる係数としての機能があるが、この点について、立法担当者からは、資本の額が現実の会社の財産状況とは無関係であり、また株主数との関係もないことから、会社の規模を規律する基準としてはあまり適切ではないと言われている<sup>(39)</sup>。そこで、会社法では、資本金を基準として会社の規模を区分し、それぞれの規模に異なる規律を適用するという制度を極力廃止することとし、具体的にはみなし大会社（資本金1億円超）制度、および中会社と小会社の区分を撤廃している。

しかし、資本はわかりやすい係数であり、また株主からの特定の方法による出資を受けることによってのみ増加することから、その額が一定以上になれば、一定の会社規模になっている可能性があると言えることから、資本金額5億円以上の会社を大会社（会社法2条6号）として特別な規制に服するという規制自体は維持されている<sup>(40)</sup>。

会社法は、最低資本金制度の廃止により、表示の下限規制を撤廃したとしても、資本金の表示自体を残しつつ、そこに消極的ながらも会社区分の基準を設定することを維持している。このような立法姿勢は、資本に相当する会社財産が存在する保障はないため、資本制度は債権者保護には役立たないとしておきながら、表示と実体との不一致をそのまま残存させるようなものであり、疑問を抱かざるを得ない<sup>(41)</sup>。資本制度に債権者保護機能が存在しないというのであれば、その表示自体も廃止し、他の指標に基づく払戻規制等を導入すべきではないだろうか。

それにもかかわらず、会社法は、株式会社に資本金額の設定を義務づけており（会社法445条1項～3項）、また資本金額は登記事項（会社法911条3項5号）として会社以外の第三者に公示される。このように資本を株式会社の信用の基礎をなす会社財産保全の中核を担うものであるという建

前<sup>(42)</sup>を残存させた以上は、たとえ資本金額に相当する財産の現実的な確保について、何らの保障がないとはいえ、資本金額は会社規模の基礎的な指標として今日まで幅広く利用されており、資本金額の多少をもって会社規模の大小を判断する点において、今日なお重要な機能を果たしているものと考えられる。

### (5) 資本充実原則について

現行の会社法は、会社設立時の手続規制において、発起人が出資の履行をしない場合における失権を認め（会社法36条3項、63条3項）、失権した株式があっても、他の出資者が出資した財産の価額が、定款において定めた出資財産額又はその最低額を充たしている場合には、その設立手続を続行することができるとして、いわゆる打切り発行を設立時においても認めている。また、発起人および設立時取締役<sup>(43)</sup>に課されていた株式引受・払込担保責任（改正前商法192条第1項・第2項）、および現物出資の給付未済の場合の価額填補責任（改正前商法192条の2）の制度を廃止している。さらに、発起設立の場合における払込金保管証明制度を廃止するとともに、現物出資・財産引き受けの価額填補責任を過失責任化している。

これらの一連の設立手続に関する法改正について、立法担当者は、会社法においては伝統的な意味での資本充実の原則が採用されていないことを前提に、現物出資に関する検査役調査、財産価額填補責任に関する規制については、たとえ現物出資の目的財産がその実体を欠くものであっても配当阻止数としての資本金額は増加しており、しかも後に現存処理されることを考えると、債権者保護のための規制ではなく、株主間での価値移転の防止のための規制であると整理される。また、預合・見せ金などの株式仮装払込を通じて、設立時に引受・払込のなかった株式等の問題も、単なる虚偽登記の問題として処理される<sup>(43)</sup>。すなわち、たとえ実体のない株式出資がなされ、それに基づいて資本金が計上されたとしても、その架空の資本分において株主への剰余金配当等を通じた払戻が制約されるだけなの

で、それ以上に債権者の利益を害することはないとする姿勢がとられているのである。

これに対して、現物出資規制をそのように考えれば、一人会社が発起設立される場合には、他の出資者との利益を調整する必要がないため、現物出資規制は不要となるはずであるが、会社法上はそうになっていない。また、見せ金の場合には、取締役・発起人等に対する貸付債権もあり、配当阻止数としての資本が増加している以上、後は資産として計上された債権の評価の問題であり、それにより損害を被った債権者については虚偽登記、粉飾決算等の責任により対処し、資本による債権者保護を考える必要はないとすれば、会社法の下では、見せ金も払込として有効と解すべきであるが、必ずしもそのような考え方が採用されていないことが指摘されている<sup>(44)</sup>。

また、昭和25年商法改正後においては、新株発行に際して、いわゆる打切り発行として、払込期日までに払込のあった分についてのみ新株発行が効力を生じる制度が採用されている。その意味において、旧来の資本充実原則のように、まず資本金の確定があって、その資本の全額の出資が強制されるという趣旨の資本充実は変容を遂げているものと解されるが、会社をして払込金を確実に收受させることにより、会社設立時もしくは増資時において、登記された資本金に相当する会社財産の確保を図るという趣旨の原則は維持されているものといえる。すなわち、会社法上、株式会社の設立手続において資本金額を設定し、登記によって公示することが義務づけられていることに鑑みれば、公示される資本金額に相当する株式払込自体も存在しないという事態を許すことで、徒に第三者の信頼を損なうような解釈論を採用すべきではない。そこで、会社法上に残存している上記の法規制は、出資者間の実質的衡平の実現のための制度のみならず、資本に対する信頼を確保する観点から、会社債権者の利益を保護する機能をいまだ果たしているものと解される。

### 3 株式仮払込の効力に関する議論

#### (1) 預合の効力に関する議論

発起人が払込取扱機関の役職員と通謀して出資に係る払込みを仮装する行為を、一般的に預合と称している<sup>(45)</sup>。発起人が払込取扱機関から株式の払込にあてる金額を借り入れ、同人がその借入れを弁済するまで会社として払込取扱機関に払込金の返済を要求しない行為がその典型である<sup>(46)</sup>。

このような預合について、従来通説は、株式払込としての効力を無効としている<sup>(47)</sup>。預合による払込は、単なる銀行の帳簿上の操作にすぎず、会社にとって実質的には財産は確保されていないから、会社債権者および他の引受人保護の必要性の点から無効とすべきである。また、払込を無効とすることの実益は、預合をした発起人等は、その部分については、設立時発行株式の株主となることができないこと、および募集設立の場合には払込取扱機関が支払義務を負うことである、と解されている<sup>(48)</sup>。

これに対して、預合の株式払込としての効力を有効視する見解<sup>(49)</sup>が出現している。この見解によれば、①預合による払込を無効とすると、発起設立においては、会社債権者が払込取扱機関に対する払込金の返還請求権を代位行使する余地がなくなってしまい、会社債権者を害するおそれがあり、②募集設立においては、発起人の引受・払込担保責任が廃止されたために、払込取扱機関が払込金保管証明責任により支払った金銭が株主資本に組み入れられず、剰余金として配当されることになり、やはり会社債権者を害するおそれがあること等をその理由としている<sup>(50)</sup>。

また、預合による払込みを有効視することから、預合を抑制するために預合罪（会社法965条）という罰則が科せられており、これは現実にはその機能を果たし得ない資本金の額等を登記や公告により広く公示し、債権者の信頼を害する危険を生じさせたことに対する罪である、とされる<sup>(51)</sup>。

実質的にみて預合は、発起人と払込取扱機関との間の通謀を基にしてなされるものであり、これを行った銀行等の払込取扱機関には、払込金返還義務に耐えられるだけの資力があるのが通例であり払込金を会社に対して返還すれば、会社財産が損なわれることがないことを前提にして、できるだけ設立無効となる余地を減らすような解釈論を展開すべきという価値判断が働いているのではないかと推測される。

しかし、この見解に対しては、①会社が払込取扱機関に対して払込金の返還を請求できる根拠は何か、またその請求権は預合について有効説を採らなければ発生しないのか、②有効説を採らなければ、払込金保管証明責任により支払った金銭が株主資本に組み入れられないことになるのか、という疑問があり、これらの疑問が解消されない限り多数の支持を得ることは難しいものといわれている<sup>(52)</sup>。

すなわち、会社法では、払込がなかった場合、迅速な設立を認めるため、出資を履行しない発起人または株式引受人については、失権するものとされており（会社法36条3項・63条3項）、引き受けがなされた株式のうち、払込がなかった株式は除いて、払込があった分だけで会社の成立が認められる。ただし、この場合、他の出資者により出資された財産の価額が定款で定めた「設立に際して出資される財産の価額又はその最低額」を満たしていなければ、追加の引受人の募集をしない限り設立手続が継続され得ない。これに対して、払込金の保管証明をなした銀行等は、設立手続の継続の有無にかかわらず、証明金額の払込責任を負うものとされる<sup>(53)</sup>。

この保管証明責任の法的性質は、払込取扱機関が払込金の取り扱いをするのは発起人との間の払込委託契約に基づくが、会社法64条2項に規定する保管証明責任は、契約責任ではなく、会社法により特別に認められた法的責任と解すべきである<sup>(54)</sup>。最高裁は、改正前商法に関する判決の中で、保管証明責任は禁反言の原則の責任を具体化したものであると理解している<sup>(55)</sup>。また、仮装払込事例で、銀行の保管証明責任が発生した後に払込資金を回収して資本の欠缺が補填された場合には、それに伴い保管証明責



任の価額も減免される<sup>(56)</sup>。

また、会社法では、発起設立の場合には、払込取扱機関の保管証明制度は存在せず<sup>(57)</sup>、設立登記時においては、払込があったことを証する書面として、「払込金受入証明書」等の添付で足り、払込取扱機関が会社法64条2項の保管証明責任を負うことはないが、会社法が払込取扱機関を関与させることにより株式払込の確実性を確保しようとした趣旨から見れば、いったん払込金を受け入れた以上は、設立登記前にその引き出しがなされていない限り、その受入証明書記載の金額について、成立後の会社に返還する義務を負うものと解される。

言い換えれば、預合の株式払込としての効力が実質的にみて無効というのは、当該発起人と会社ないしは他の出資者との関係においてのみ妥当することであり、通謀関係のある銀行と会社もしくは発起人との間の関係においては形式的な払込の形跡は認められるのであり、預合に関与した払込取扱機関が、その株式払込としての無効を前提にして、保管証明責任もしくは払込金の返還義務を免れることはできず、会社債権者による、払込取扱機関に対する払込金返還請求権の代位行使は認められるものと解すべきであろう<sup>(58)</sup>。また、出資の履行をしていない発起人は、設立時発行株式の株主となる権利を喪失する（会社法36条3項）とするのが会社法上の原則ではあるが、発起人の失権は、会社法36条1項の失権予告通知という手続を経た上でのことであり、当該手続が採られていない限りは、失権することはない<sup>(59)</sup>ため、払込取扱機関による返還義務等の履行により、払込の欠缺が補完され、同機関の支払った金銭については株主資本に組み入れられ、剰余金として配当されることはないものと解される。また、募集株式の発行について預合がなされた場合についても、払込取扱機関による払込金返還義務の履行は、実質的にみて払込欠缺部分を補完するものであり、それにより出資義務の履行が遡及的になされたものとみて、当該株式引受人の権利は回復するものと考えられる。

また、株式払込は、もともと当該株式を引き受けた発起人もしくは株式

引受人の義務であることを前提として、払込取扱機関が右の責任を履行すれば株主に対して不当利得返還請求（民703条）などの法律構成に基づき、求償することができるであろう<sup>(60)</sup>。

以上の考察を前提とすれば、預合の効力に関する議論を、a. 預合の契約としての効力、b. 株式払込としての効力、c. 会社設立行為としての効力、の三段階に区分することが考えられる。すなわち、a. 預合は、発起人と払込取扱機関との間の通謀を前提とてなされるものであるが、その実体は計画的に見て株式の払込を仮装しようとするものであり、従来の判例法理や多数説の立場から見ても、現実的な出資の履行を義務づけている会社法の趣旨に違反するものである。したがって、当該契約自体は違法行為として無効であるものと解される。行為者に刑事罰が科されている（会社法965条）のも、このような考え方を前提としているためである。

他方、b. 株式払込の効力としては、aの「預金の払戻しに関する約束（＝発起人が払込取扱機関からの借入金を返済するまでは、同機関は会社預金の払戻しには応じない旨）」のみが実質的に見て無効といえるのであり、その前提となる会社名義の株式払込金の存在が預金の中に認められるのであれば、少なくとも払込取扱機関と会社との関係においては、株式払込の形式的な効力は有効なものと考えの方が妥当ではなかろうか。この場合、預合に関与した払込取扱機関は、株式払込の無効を根拠に、会社の正当な権限を有するものからの預金払戻し請求を拒否することはできない。このような結論は、払込取扱機関の保管証明責任が明定されている募集設立の場合（会社法64条2項）のみならず、そのような規定のない発起設立の場合にも認められるものと考えられる。

そもそも預合の違法性は、払込行為の段階よりもむしろ払い込まれた資金の返還の段階において存在するのであり、払込行為の違法性かつ無効を強調することにより、かえって払込取扱機関が責任を免れるような結論を採るべきはない。

さらに、c. の会社設立無効原因との関係であるが、b. で払込の効力を

認めることにより払込取扱機関が預金の払戻し義務を履行するのであれば、会社資金は確保され、定款所定の出資財産額の払込が認められ、既登記の資本金額および資本準備金額に相当する財産の拠出があれば、設立手続における瑕疵は認められないことから、設立無効原因にはならないと理解する余地がある。

他方、払込取扱機関が、預金の払戻しに応じない場合には、株式の払込の効力をどのように考えようと、出資財産額もしくは資本金額等に相当する財産の現実的な拠出が認められないことが、設立手続の瑕疵として、設立無効原因を構成することになろう。

さらに、預合に関与した発起人と、その他の発起人もしくは募集設立手続における発起人以外の株式引受人との関係からすれば、たとえ払込取扱機関が預金の払戻しに応じることにより、定款所定の出資財産額、および既登記の資本金額に相当する出資が認められるとしても、当該関与者が、預合がなされることを前提に、少額の資金で実現困難な事業計画を立案しているなど、他の利害関係者からの信頼を裏切っているという事態を重視すれば、そのこと自体を設立手続に関する重大な瑕疵であると認めて、設立無効の訴えを提起することを認めても差し支えないように思われる。

## (2) 見せ金の効力に関する議論

株式仮払込の類型としての見せ金とは、一般的に、発起人が払込取扱機関以外の第三者から出資にかかる金銭の払込にあてる金銭を借入れ、会社の成立後取締役が就任した同人が直ちにそれを引き出し、自己の借入金の弁済に充てるものである。

見せ金について、最高裁判例および多数説は、外見上出資にかかる金銭の払込みの形式を整えただけであり、有効な払込があったとは解し得ないとして、その方法による設立登記完了は公正証書原本不実記載・同行使罪(刑法157条)に該当するとしている<sup>(61)</sup>。見せ金の行為者には、通常、会社の金を領得するとの認識がないこと、および刑事罰の重さとしても、預合

の場合の会社法965条との対比から、公正証書原本不実記載・同行使罪が相当であることから、判例の見解を支持すべきとする無効説が多数説となっている<sup>(62)</sup>。この立場からは、見せ金による株式払込は、払込の欠缺として設立無効原因（会社法828条1項1号）となり、募集設立において払込金保管証明書を発行する払込取扱機関が悪意であれば、その責任（会社法64条2項）も生じ得ることになる<sup>(63)</sup>。

これに対して、見せ金の場合でも株式払込自体は有効であり、会社資金を自己の借入金の弁済に充てた取締役に業務上横領罪（刑法253条）・特別背任罪（会社法960条）が成立するものと解する有効説も主張されている<sup>(64)</sup>。見せ金の場合には、払込取扱機関に対して現実に払込がなされているのであり、仮にその払込をする発起人や取締役に払込を仮装する主観的意図があったとしても、それは会社自体の関知しない内心の事情であり、会社設立のような集団的手続の一環をなす株式払込の効力が、このような主観的事情により左右されると解すべきではないと説かれる。

会社法の下では、募集設立手続において、発起人と払込取扱機関との間に通謀が存在する場合、もしくは見せ金であることを容易に立証できることにつき、悪意又は重過失のある払込取扱機関が会社法64条2項に基づく支払義務を負うとすると、前述した預合の場合と同様の問題が生じ得る。すなわち、無効説を前提として、見せ金を行った発起人は出資の履行がなかったものとして株主となる権利を失うものとするれば、支払義務を履行した払込取扱機関は、同発起人に対して求償することができなくなってしまふ。また、同機関が会社に支払った金銭は、株主資本を構成せず、剰余金として他の株主に対する払戻の対象として処理されてしまうのではないか、という問題である<sup>(65)</sup>。

この点について、見せ金の場合、仮装払込として会社財産の確保が欠けている点に重点を置き、当該仮装払込部分について会社財産としての回復を図ることを考えれば、両説の結論においてはそれほど大差が生じないものともいえる。つまり、見せ金を無効と解すれば、当該行為を行った発起

人の会社に対する任務懈怠責任（会社法53条1項）の履行をもって会社財産の回復を図ることになる。これに対して、有効説の立場によれば、見せ金の一環の中で会社財産を発起人であった者に貸し付ける行為は、貸付けを行った取締役において忠実義務（会社法355条）違反を構成することとなる。また、見せ金を行った発起人がその会社の取締役に就任している場合には、当該貸付けは会社・取締役間の利益相反取引（会社法356条1項2号）となるため、当該取引に関与した役員等は、貸付けがなされた金銭分についての会社の損害を賠償する責任を負う（会社法423条1項）こととなる。したがって、いずれの見解を採るとしても、その法律構成や要件・効果に微妙な差異はあるものの、基本的には見せ金行為者の会社に対する責任の履行により、会社財産の回復を図る点においては、結論に相違は見られない。

このように考えれば、法律関係が明確となる有効説の立場を採ることに合理性が認められそうであるが、預合の場合と同様に、有効説を採れば、責任が履行されない場合には、登記により公示された資本金額に相当する会社財産が確保されていないという意味で、不実登記の状態を野放しにするという難点が残し、資本金額の表示に対する信頼を損なう点で問題がある。また、出資者間の衡平を図るという観点からは、実質的に見て払込が仮装されているにもかかわらず、それを有効として、その払込部分における会社の持分価値を見せ金行為者に認めることは、他の発起人または株式引受人に不利益を与える結果となる。

さらに、見せ金に関与した発起人が、会社設立の企画者として中心的な存在となっていた場合には、その者が株式仮装払込を行っていることで、当初予定されていた事業が実行できないなど、出資を行ったその他の発起人もしくは募集設立手続における発起人以外の株式引受人の事業についての信頼を損なっていることに重きを置けば、見せ金による仮装払込を無効と解することによって、株主が設立無効訴訟（会社法828条1項2号）により、早期に出資の回収を図る利益をも考慮すべきではないかと考えられ

る。

#### 4 結びにかえて

現在の会社法の下でも、会社財産を確保するための基準となる一定の金額である資本金制度は、その設定及び登記による公示が義務づけられており、その多少により会社規模の大小を判断する基準として企業実務においても定着しているものである以上、その表示に対する信頼を基礎に置いた解釈を展開すべきであろう。そこで、株主への払戻し規制としての資本維持原則が堅持され、それを前提として株主からの出資払込みにより会社財産の確保を図るための資本充実原則も残存している以上、改正前商法下における既存の解釈論を大きく変更する必要はないものと考えられる。とくに、会社債権者の保護機能としては、資本金額そのものに、それに相当する会社財産の存在という裏付けはないものの、株式会社の管理運営者において、自社の事業に見合った最低限度のリスク負担としての資本拘束をかける額を資本金として設定していることに対する一般的な信用を背景に、その表示に対する信頼がいまだ存在するものと思われる。

そのような信頼を確保するためにも、株式会社の設立手続において株主からの出資の現実的な履行が求められるのであり、株式仮払込についても厳格な法規制が要求されるものである。預合・見せ金についても、株式払込としての実質的な効力を否定し、その欠缺部分について、発起人・払込取扱機関の責任履行による填補がない限り、会社設立無効原因を構成するものと解される。

株式払込の欠缺が設立無効原因として把握されるのは、主として、株式仮払込行為に関与していない、他の発起人もしくは募集設立手続における株式引受人の利益を確保するためである。預合の場合には、たしかに払込取扱機関が会社法64条2項の責任を履行すれば、当初の定款に記載された出資財産額が備わることにより、一見すると、会社財産の確保がなされ

たように見える。株式払込が有効であり、会社設立無効とはならないとすると、このような預合という脱法行為に関与した発起人がそのまま当該会社の業務執行を行う場合が一般的であり、他の出資者にとって、一度、その信用を裏切った者に自らの出資金の運用を委ねたくはないと考えるのが一般的であろう。そのまま業務執行をさせておけば、預合をした発起人は、会社預金の払戻しに応じた銀行が貸金の返済を求めてきた場合に、会社資金を利用してその返済を行うことも考えられる。そうすれば、実質的にみて見せ金となされたのと同様の場合となってしまう。このような場合も、いったん有効な払込がなされたことを前提として、会社資金を個人的に流用した事実のみ着目して会社法356条1項2号違反としての責任を追及するのみで足りるものとは考えられない。

むしろ、複数の出資者が存在する場合を想定すれば、有効な払込がないものとして銀行による預金払戻しの有無に関わりなく、会社設立無効原因が構成され、他の出資者が迅速に出資金を取り戻すことができるような解釈論を展開することが必要なものとする。とくに、定款自治が拡大された非公開会社法制においては、十分な取引・交渉能力を有しない出資者の利益を保護する必要性が高まっているものと思われる。

また、会社設立無効原因においても、一般投資家の参加を予定しない非公開会社においては、従来から言われていた会社組織における法的安定性の確保という要請を強調して、設立無効原因をできるだけ狭く解釈する必要性はないのではなかろうか。会社の取引規模が限定され、また会社自体としては当初から十分な取引上の信用を得ていない現状に即して考察すれば、設立無効による清算という方法を選択して、他の利害関係者に与える影響よりもむしろ出資者の利益確保を優先させるという価値判断もあり得るものと考えられる。

すなわち、金融商品取引法や消費者契約法<sup>(66)</sup>が適用されない会社設立の領域において、いわゆる設立詐欺に類似するような事態から、十分な知識と情報を有しない一般の出資者の利益保護が必要な場面が存在するもの

と考えられる。

有限会社制度を廃止し、株式会社に統合した会社法においては、わが国に数多く存在する小規模非公開型の会社類型の実態に見合った区分解釈を検討しなければならない場合が生ずる<sup>(67)</sup>ものと思われるが、これらについては今後の検討課題としたい。

#### 注

- (1) 伊藤靖史「設立および資本・準備金」企業会計56巻2号29頁（2004年）。
- (2) 郡谷大輔＝岩崎友彦「新会社法の特別解説 会社法における債権者保護」商事法務1746号49～52頁（2005年）。また、神田秀樹『会社法 第11版』262頁（弘文堂・2009年）は、会社法について資本維持原則は認められるとしても、資本充実原則はないとされる。弥永真生『リーガルマインド会社法 第11版』23頁（有斐閣・207年）同旨。
- (3) なお、旧来の資本原則の一つとして、昭和25年改正前商法の下では、「資本確定の原則」の存在が認められていた。この原則は、資本額が定款において確定されるとともに、資本総額に相当する株式の引受により出資者が確定することを要するものであったが、昭和25年改正商法において、資本の額を定款記載事項から除外するとともに、新株発行において払込期日までに現実の払込があった部分について新株の効力が生ずるという打切り発行を認める旨の法改正がなされた。このため、まず資本額が確定され、それに相当する株式の引受が強制されるという意味での資本確定原則は、会社設立手続においてその残滓を有するのみとされたが、新会社法の制定により、設立手続においても、いわゆる打切り発行が事実上認められたことから、同原則は完全に廃棄されたものと認められる。他方、江頭憲治郎『株式会社法 第2版』34頁（有斐閣・2008年）は、会社設立について、定款で設立に際して出資される財産の価額またはその最低額を定め、その額の出資がなされることを要求する範囲でのみ、この原則が残存している、とされる。
- (4) 小林量「新会社法による資本の変容」企業会計57巻9号（2005年）18頁。
- (5) 小林・前掲19頁。
- (6) 会社法の下では、100%減資の場合でも、株式数をゼロにする必要がないとされているため、減資において株式数を変動させる必要は一切なくなったものといえる。郡谷＝岩崎・前掲商事法務1747号26頁。そこで、会社法の下では株式と資本の関係は完全に切断されたものと認められる。小林量



- 「資本（資本金）の意義」企業会計58巻9号27頁（2006年）。
- (7) 小林・前掲20頁。
  - (8) 法務省民事局参事官室「会社法制の現代化に関する要綱試案補足説明」  
[http://www.moj.go.jp/PUBLIC/MINJI39/pub\\_minji39.html](http://www.moj.go.jp/PUBLIC/MINJI39/pub_minji39.html)（2003年）では、「わが国の制度は、会社を設立する場合又は資本を増加する場合においては、一定の財産の出資を要求するものであるが、事業により損失が生じることによって会社の財産が資本に満たない額しかない場合であっても、解散や増資を義務付けることはしていないため、会社の資本として計上すべき額を一定の額以上として規制したとしても、その額に相当する財産が会社に存在することを保障するものではない」とされている。
  - (9) 伊藤・前掲29頁、郡谷＝岩崎・前掲商事法務1746号47頁。
  - (10) 相澤哲・岩崎友彦「新会社法の解説（2）会社法総則・株式会社の設立」商事法務1738号8頁（2005年）。
  - (11) 前田庸『会社法入門 第11版』21頁（有斐閣・2006年）は、300万円の金額は、有限会社法の実質を株式会社に関する規定に組み込むにあたって、廃止前の有限会社の最低資本金額にならったものであるとされる。
  - (12) 吉原和志「株式会社の設立」ジュリスト1295号18頁（2005年）。前掲・法務省民事局参事官室「会社法制の現代化に関する要綱試案補足説明」参照。
  - (13) 吉原・前掲18頁。
  - (14) 吉原・前掲18頁。
  - (15) 庄子良男「会社法制の現代化と設立規制の見直し」判例タイムズ1158号15頁（2004年）。
  - (16) 上村達男「会社法総則・会社の設立」ジュリスト1267号15頁（2004年）は、日本のルーズな資本制度が、資本制度の意義を軽視することに繋がっている。今は資本準備金が必要、という緊急性が資本と利益の区分という1つの英知の放擲に繋がり、今また、新規事業の促進という緊急性が資本概念の軽視をもたらそうとしている、として、資本制度の軽視を問題視している。
  - (17) 江頭・前掲35頁、伊藤靖史・前掲30頁参照。
  - (18) 野田博「株式会社の設立」川村正幸・布井千博編『新しい会社法制の理論と実務』40頁 別冊金融商事判例（経済法令研究会・2006年）。
  - (19) 上村・前掲15頁は、剰余金の分配における純資産額規制として、従来の有限会社の最低資本金額であった300万円の基準が採用されているが、これを設立時には不要とする理由が不明であるとして、何よりも経営時に300万円有しない起業家は、委託証拠金を払わずに先物取引をするような不適格

者であり、そうした起業家によりまき散らされる不幸の大きさにこそ思いを致すべきであると指摘されている。

- (20) 吉原和志「会社の責任財産の維持と債権者の利益保護（1）」法学協会雑誌102巻3号471頁（1985年）、片木晴彦「資本制度の国際比較」企業会計57巻9号49頁以下（2005年）。
- (21) 1984年模範事業会社法6.40条（c）項（1）号、Barbara Black, Corporate Dividends and Stock Repurchases, § 1:3（2004）。
- (22) [http://europa.eu.int/com./initial\\_market/en/company/company/modern/index/htm](http://europa.eu.int/com./initial_market/en/company/company/modern/index/htm)
- (23) 布井千博「会社法制定と基本原則の変容」川村正幸・布井千博編『新しい会社法制の理論と実務』36頁 別冊金融商事判例（経済法令研究会・2006年）。
- (24) 片木・前掲53頁。
- (25) 吉本健一「資本と準備金」判例タイムズ1158号110頁（2004年）。
- (26) ヨーロッパ諸国の資本概念にはいわゆる警告機能があり（イギリス・ドイツ・フランス）、とくにフランスの場合には、純資産額が資本の2分の1を下回った場合には、会社を解散するかどうか決議するために株主総会を招集しなければならない、解散が決議されなかった場合には、2営業年度までにその損失と同額の資本減少がなされなければならない。総会が招集されなかった場合には、利害関係人は会社の解散を裁判所に請求できる。小林量「フランスの資本制度」森本滋編著『比較会社法研究』226頁参照。
- (27) 小林・前掲企業会計58巻9号29頁。
- (28) 江頭・前掲34頁も、貸借対照表上の純資産額が資本金・準備金等の総額を上回る場合でなければ、会社は株主に対し剰余金の配当など財産分配をしてはならないとする形で、一定金額以上の会社財産の維持を義務づけていることを資本維持の原則と表現している。
- (29) 江頭憲治郎発言「新春座談会『会社法制の現代化に関する要綱案』の基本的な考え方」商事法務1719号11頁（2005年）。
- (30) 島原宏明「債権者保護機能から見た資本制度」企業会計57巻9号28頁（2005年）。
- (31) 吉原・前掲ジュリスト1295号19頁は、不法行為債権者については、債権取得時に個別の契約交渉によって自衛することができないから、資本制度によっても対応できないとすれば、責任保険の付保強制等も含めた保護を考える必要がある、とされる。
- (32) 片木晴彦「過小資本公司とその規制」法学論叢111巻5号36頁（1982年）。

- (33) 齊藤真紀「子会社の管理と親会社の責任」法学論叢149巻3号17頁（2001年）。
- (34) 片木・前掲・企業会計57巻9号54頁。
- (35) 同旨・片木・前掲54頁。また、上村・前掲ジュリスト1267号15頁は、日本の資本制度が、資本額に相当する財産を会社債権者のために維持するという制度にはなっていないのは事実であるが、これをもって資本制度の意義が乏しいというのであれば、意義のある資本制度に変える選択肢もあり得る、とされる。
- (36) 広瀬裕樹「合名・合資会社および旧有限会社に対する会社法の影響」浅木慎一他編『検証会社法』（信山社2007年）58頁。
- (37) 山口康夫『逐条解説建設業法』（新日本法規・2004年）80頁以下参照。
- (38) 中小企業庁ホームページ <http://www.chusho.meti.go.jp/soshiki/teigi.html> 参照。
- (39) 郡谷＝岩崎・前掲商事法務1746号55頁。
- (40) 郡谷・岩崎 前掲商事法務1746号55頁。
- (41) 吉本・前掲110頁は、貸借対照表上表示され、登記により公示される会社の資本と、剰余金分配規制の基準となる額が一致しないことになると、株主等の利害関係者に対する情報提供の面で、混乱を生じる点を指摘される。島原・前掲28頁同旨。
- (42) 稲葉威雄「資本・剰余金分配規制」稲葉威雄・尾崎安央編『改正史から読み解く会社法の論点』284頁（中央経済社・2008年）。
- (43) 相澤＝岩崎・前掲商事法務1746号51～52頁。
- (44) 小林・前掲企業会計58巻9号30頁。
- (45) 会社法965条に罰則規定が設けられている。最決昭和35年6月21日刑集14巻8号981頁、最判昭和42年12月14日刑集21巻10号1369頁参照。
- (46) 江頭・前掲『株式会社法第2版』78頁。
- (47) 平田伊知男 上柳克郎他編『新版注釈会社法（2）』217頁（有斐閣・1985年）など多数。
- (48) 弥永・前掲309頁。
- (49) 相澤哲＝葉玉匡美＝郡谷大輔『論点解説新・会社法千問の道標』29頁（商事法務・2006年）、葉玉匡美『新・会社法100問 [第2版]』113頁（グイアモンド社・2006年）、山口和宏・江頭憲治郎他編『会社法大系 第4巻』278頁（青林書院・2008年）、大杉謙一 伊藤靖史他著『会社法』36頁（有斐閣・2009年）など。
- (50) これらの理由のほか、犯罪の成立の有無と私法上の効力は別次元の問題

であること、預合による払込みをした者は、払込により生じた預金債権が会社財産に帰属することを前提に、その払戻行為のみに制限を加えているだけであり、払込の意思そのものに欠けるところはないこと、および預合に関する規制は、従来から会社債権者保護のための制度と理解されており、払込価額を資本金として、かつ、払込担保責任を廃止した会社法の下で会社債権者の保護に資する解釈を採るのが妥当であること、が挙げられている。葉玉・前掲112～113頁。

- (51) 葉玉・前掲113頁。
- (52) 小原正敏 江頭憲治郎他編『会社法体系1』183頁（青林書院・2008年）、泉田栄一『会社法論』117頁（信山社・2009年）。
- (53) 山田剛志 酒巻俊雄他編『逐条解説会社法第1巻』425頁（中央経済社・2008年）。
- (54) 谷川久 上柳克郎他編『新版注釈会社法（2）』317頁（有斐閣・1985年）。
- (55) 最判昭和41年12月1日民集20巻10号2036頁、龍田節『会社法大系』419頁（有斐閣・2007年）。
- (56) 東京高判昭和48年1月17日高民集26巻1号1頁。
- (57) このことから、河内隆史「株式会社の設立における出資規制」法学新報114号11・12号123頁（2008年）は、預合は、保管証明の発行を受けて設立登記をするために、発起人等が払込取扱銀行の役職員と通謀して行う偽装行為であるから、保管証明の不要である発起設立の場合に、預合を行う必然性はなくなっている、とされる。
- (58) あるいは、通謀により犯罪行為でもある預合に関与した払込取扱機関が、株式払込の無効を前提に、会社または債権者からの払込金返還請求を拒絶することは、信義誠実の原則（民法1条2項）に違反し、もしくは権利の濫用に当たる（民法1条3項）と解する余地もあるものと思われる。
- (59) 江頭・前掲『株式会社法第2版』79頁は、失権手続を経ない限り、払込を懈怠している発起人の出資履行義務が消滅するわけではない、とされる。
- (60) 龍田節『会社法大系』419頁（有斐閣・2007年）。河内・前掲125頁も、払込取扱銀行等は発起人等に対する貸付債権と株式引受人に対する求償権を選択的に行使できるとされる。
- (61) 最決昭和40年6月24日刑集19巻4号469頁、最決平成3年2月28日刑集45巻2号77頁、最判平成17年12月13日刑集59巻10号1938頁。
- (62) 江頭・前掲79頁、弥永・前掲310頁、神田秀樹『会社法第十版』49頁、（弘文堂・2008年）、河内・前掲126頁など多数。

- (63) なお、会社法の立法担当者も、見せ金は預合と異なり、既に会社が払込取扱機関から払込金を受けているから、会社債権者の保護とは無関係であり、株式引受人間の平等が図られるかどうかことが重要であること、見せ金を無効とすれば、設立手続を進めた発起人の任務懈怠を基礎づける根拠となり得ること、および見せ金を有効とする見解を採ると、見せ金を誘発するおそれがあることを理由に無効説の立場に立っている。葉玉・前掲117頁。
- (64) 鴻常夫「株式払込をめぐるからくりと法の規制」『会社法の諸問題Ⅰ』132頁（有斐閣・1988年）、宮島司『新会社法エッセンス〔第3版〕』45頁（弘文堂・2008年）。
- (65) 弥永真生『演習会社法』23頁（有斐閣・2006年）。
- (66) 消費者契約法7条2項は、会社法その他の法律により詐欺又は脅迫を理由として取り消しをすることができないものとされている株式若しくは出資の引受け又は基金の拠出が消費者契約としてされた場合には、当該株式若しくは出資の引受又は基金の拠出に係る意思表示については、消費者契約法第4条第1項から第3項までの規定によりその取り消しをすることができない、としている。
- (67) 久保田安彦「株式会社の区分立法と会社法の「区分解釈」」法学セミナー633号16頁（2007年）は、新会社法の下で一定の区分立法がなされているものの、それでもなお一つの同じ条文で会社の規模や閉鎖性の有無を問わずにすべての株式会社が規律されている場面は少なくないものとされ、さらなる区分解釈の必要性に触れている。