

会社法と資本制度

弥 永 真 生

(筑波大学ビジネス科学研究科)

1. いわゆる資本三原則と会社法

平成 17 年改正前商法の下では、資本確定の原則⁽¹⁾、資本充実・維持の原則⁽²⁾および資本不変の原則⁽³⁾が存在するといわれていたが、会社法の下では、資本確定の原則および資本充実の原則は廃棄され、資本維持の原則の意義は大幅に低下した。

すなわち、会社の設立にあたっては、設立に際して出資される財産の最低額を定めれば足り（会社法 27 条 4 号）、株式の発行においても打ち切り発行が認められるから、株式全部の引受けが設立や新株発行が有効とされるための要件ではなく、発起人・設立時取締役・取締役・執行役の引受担保責任も定められていないため、資本確定の原則のなごりも存在しないこととなった。

また、出資を履行しなければ株主となることができないとされ（会社法 36 条 3 項・63 条 3 項・208 条 5 項）、発起人・設立時取締役・取締役・執行役の払込担保責任・給付未済財産価額支払義務も定められていない。すなわち、会社法の下では、資本金額に見合う会社財産を確保するというのではなく、むしろ、拠出された財産の額に応じて資本金の額は決定される（会社法 445 条）というように発想の転換が行われている。しかも、たとえば、合併の際には、（増加）資本金額よりも承継純資産額が少なくなることすら認められている（会社計算規則 61 条・78 条）。また、その株

式会社と共通支配下にある者が出資した場合において、その出資者が出資財産について付していた帳簿価額がマイナスであるとき（簿価債務超過の事業を出資するときなど）は、株式を発行した場合に、その株式会社の資本金・資本準備金は増加せず、そのマイナス部分について利益剰余金が減少するものとされている（会社計算規則 37 条 2 項 2 号・74 条 4 項など）。したがって、資本充実の原則は放棄されている。

さらに、最低資本金制度が廃止され、資本金額を低く定めることが可能になる一方で（計算省令によれば、設立時から資本金額をゼロとすることが認められる場合がある）、純資産額 300 万円を基準とする分配可能額算定が定められているため（会社法 458 条、会社計算規則 186 条 6 号）、資本金額と無関係な制約が加えられており、会社財産維持における資本金額の意義が低下している。

なお、一定の場合に株主総会の普通決議または取締役会決議によって資本金額の減少を決定することができることとされたものの、資本金額の減少にあたっては債権者保護手続きが要求されるため（会社法 449 条）、資本不変の原則は残っている⁽⁴⁾。

2. 資本金と株式

株式は額面株式ではないので、資本金の額と株式との間の結びつきはほとんどない。すなわち、発行済株式総数などとは無関係に、―― 会計基準

しだいでは——設立時において資本金額をゼロとすることも（会社計算規則 74 条）、成立後に資本金額をゼロまで減少させることもできる。もっとも、原則として、設立または株式の発行の発行に際して株主となる者が会社に対して払込みまたは給付した財産の額が資本金とされる（会社法 445 条 1 項）。ただし、設立または株式の発行に際して株主となる者が会社に対して払込みまたは給付した財産の額の 2 分の 1 を超えない額は資本金として計上しない（資本準備金として計上する）ことができる（会社法 445 条 2 項 3 項）。

そして、新株の発行の無効の訴えに係る請求を認容する判決が確定した場合、自己株式の処分の無効の訴えに係る請求を認容する判決が確定した場合または設立時発行株式または募集株式の引受けに係る意思表示その他の株式の発行または自己株式の処分に係る意思表示が無効とされ、または取り消された場合であっても（株式の発行が無効とされる場合であっても）、資本金額や資本準備金の額は減少しないものとされている（会社計算規則 48 条 2 項）。この点でも、資本金の額と株式との間の関係が断ち切られている。

3. 利益剰余金と資本剰余金との峻別

『企業会計原則』の「第一 一般原則」の三は、「資本取引と損益取引とを明瞭に区別し、特に資本剰余金と利益剰余金とを混同してはならない」と定めているが、会社法の下では、利益剰余金と資本剰余金との峻別が可能になるように、会社計算規則の規定が定められている。

すなわち、445 条 4 項は、「剰余金の配当をする場合には、株式会社は、法務省令で定めるところにより、当該剰余金の配当により減少する剰余金の額に 10 分の 1 を乗じて得た額を資本準備金又は利益準備金……として計上しなければならない」と定めるが、会社計算規則 45 条および 46 条

は、資本準備金の額と利益準備金の額との合計額が資本金額の 4 分の 1 に達するまで、その他資本剰余金の額を減少させて剰余金の配当をした場合には資本準備金の額を、その他利益剰余金の額を減少させて剰余金の配当をした場合には利益準備金の額を、それぞれ増加させることを要求している。

また、会社法 447 条は資本金額の減少について定めているが、資本金額を減少させた場合には資本準備金額あるいはその他資本剰余金の額を増加させることができるだけであり、利益準備金額あるいはその他利益剰余金の額を増加させることはできない（会社計算規則 49 条 1 項 1 号・50 条 1 項 1 号・51 条 1 項・52 条 1 項）。同様に、会社法 448 条は準備金額の減少について定めているが、資本準備金額を減少させた場合には資本金額あるいはその他資本剰余金の額を、利益準備金の額を減少させた場合にはその他利益剰余金の額を、それぞれ増加させることができるにとどまる（会社計算規則 48 条 1 項 1 号・49 条 2 項・50 条 1 項 2 号・51 条 2 項・52 条 1 項 1 号）。さらに、その他利益剰余金の額を減少して、資本金額を増加させることはできない（会社計算規則 48 条 1 項 2 号・52 条 2 項）。したがって、資本金額あるいは資本準備金額を減少させることによって欠損填補（欠損額〔マイナスの利益剰余金額〕を減少させること）はできないことになるし、従来の配当可能利益の資本組入れあるいは利益準備金の資本組入れに相当する行為はできないと解するのが自然である（53 条 2 項 5 号も参照）。

4. 資本充実の原則の放棄の影響

(1) 変態設立事項

発起人が、設立中の会社のために、株式引受人または第三者との間で会社の成立後に財産を譲り受けることを約することを財産引受けというが、

[純資産の部の計数の変動]

		資本準備金		その他資本剰余金			(プラスの) その他 利益剰余金			マイナスの その他利益 剰余金 (欠損金)
		増 加	減 少	増 加	剰余金 の配当 による 減少	左以外 の減少	増 加	剰余金 の配当 による 減少	左以外 の減少	減 少
資本金	増 加		株主総 会普通 決議			株主総 会普通 決議				
	減 少	株主総 会特別 決議*		株主総 会特別 決議*						
資本準備金	増 加				**	株主総 会普通 決議				
	減 少			株主総 会普通 決議***						
利益準備金	増 加							**	株主総会普 通決議	
	減 少						株主総会普 通決議***			株主総会普 通決議***
(プラスの) その他利益 剰余金	増 加								株主総会普 通決議***	
	減 少						株主総会普 通決議***			

* 同時増減資の場合は，取締役の決定（取締役会の決議）

** 準備金（資本準備金＋利益準備金）の額が資本金額の4分の1に達するまで

*** 一定の会社において一定の場合には取締役会決議

平成 17 年改正前商法の下では、財産引受けの目的物を過大に評価して過大な対価を与えると、成立後の会社の財産的基礎を危うくするおそれがあり（資本充実の原則に実質的に反して会社債権者の保護に欠けることになる）、また、譲渡人が発起人ならば他の株主との関係においても不公平である。すなわち、実質的には現物出資と同様の危険があるため、変態設立事項とされていると説明されていた。そして、最判昭和 61・9・11 判時 1215 号 125 頁は、平成 17 年改正前商法 168 条 1 項 6 号は現物出資規制の潜脱を防止し、または広く株主・債権者等の会社の利害関係人等の保護を目的とするものであるとして、定款に記載のない財産引受けの無効は相手方も主張できる確定的・絶対的な無効であるとして追認を認めなかったし、通説⁽⁵⁾は、追認を認めると財産引受けの嚴重な規制が潜脱されるとして追認を認めるべきではないとしていた。

しかし、資本充実の原則が放棄されたとかかりに解するのであれば、会社法が定める設立時の規律は、設立時募集株式の引受人の保護等によって説明するのが自然である。とすれば、たとえば、成立後の会社の株主総会が開業準備行為について追認するのを認めてもよいのではないかと考えられる。

さらに、平成 17 年改正前商法の下では、発起人の権限を成立要件的行為に限り、事実上・経済上必要な行為に基づく債務は発起人に帰属するという考え方が有力であった⁽⁶⁾。しかし、もし、資本充実の原則が放棄されたとすると、引受人間の公平を図れば十分であり、そのためには、必ずしも、発起人の権限を成立要件的行為に限る必要はなく、たとえば、設立に関する費用債務は設立中の会社に実質的に帰属し、成立後の会社が負担すると解した上で、定款所定の設立費用の額を超えた部分を会社は発起人に求償できると解しても重大な問題はないように思われる。

(2) 預合いと見せ金

① 預 合 い

会社法の下では、預合いによる払込を有効であるとする見解がある⁽⁷⁾。しかし、このように解することには問題がある。すなわち、預合いは刑事罰によって禁止されている行為（965 条）であり、このような法令違反は、原則として、会社法に明文の定めがない限り、無効であると解するべきであろう。また、預合いは発起設立や募集株式の発行等の場合にも生ずるが、それらの場合には払込取扱機関の責任は（不法行為責任を負うことはあるかもしれないが）法定されておらず、もし、預合いの場合にも引受人が株主となるとすれば、引受人間あるいは既存の株主と引受人との間の公平を損なうことになり、適当ではない⁽⁸⁾。

② 見 せ 金

見せ金とは、典型的には、発起人（募集株式の発行等の場合には取締役・執行役）が払込取扱機関以外の者から借入れ、株式の払込みに充てるが、設立登記（募集株式の発行等の場合にはその効力発生）後に会社の預金を引き出して借入先に返済することをいう。

従来の通説・判例（最判昭和 38・12・6 民集 17 卷 12 号 1633 頁）は、見せ金による払込みは無効であると解してきた。無効であると解することの実益の 1 つは、そのように解すれば、発起人および成立時の取締役に引受担保責任を負わせ、払込取扱機関の保管証明責任を追及できるということであった。

しかし、会社法では、発起人・設立時取締役の払込担保責任あるいは引受担保責任は定められていない。これは、出資の履行をしない発起人あるいは設立時募集株式の引受人は、当該出資することにより設立時発行株式・設立時募集株式の株主となる権利を失う、すなわち、株主とはならな

いからである（会社法 36 条 3 項・63 条 3 項）。そして、引受け・払込みがなされていないにもかかわらず、貸借対照表に資産を計上し、かつ、資本金・資本準備金を計上することは、計算書類等の虚偽表示にあたり、取締役等は、会社債権者等の第三者に対して、429 条 2 項に基づく損害賠償責任を負うにすぎないと説明されている⁽⁹⁾。

法制審議会会社法（現代化関係）部会における議論の過程では、会社法の現代化によって、見せ金について変更が加えられるわけではないという事務局の説明がなされているが⁽¹⁰⁾、引受担保責任・払込担保責任が廃止されたことおよびそれに関する、上記のような法務省民事局の担当官の説明をふまえるならば、見せ金を観念する必要はないのではないか、見せ金を観念して、払込取扱機関に責任を負わせることに、問題はないかという疑問がわいてくる。

すなわち、見せ金の場合には、会社法上払込みがなかったと評価されたとすると、見せ金によっては、見せ金を行った者は株主とはならないから、その者が発起人であれば、発起人として任務懈怠責任（会社法 53 条 1 項）を負うにすぎず、もはや、払込みをする義務は負わないことになるはずである。また、会社法の下では、発起人は払込担保責任を負わないから、発起人であっても払込担保責任も負わない。

平成 17 年改正前商法の下であれば、発起人または株式引受人は株主になるから、おそらく、義務を履行した払込取扱機関は、見せ金による払込みをした発起人あるいは株式引受人に対して求償できたと考えられる。少なくとも不当利得返還請求ができたのではないかと考えられ、払込取扱機関は、会社法の下では、平成 17 年改正前商法の下に比べて大きなリスクを負うことになるが、問題はないのだろうか⁽¹¹⁾。

他方、払込取扱機関がその義務を履行した場合に、見せ金をしなかった株式引受人にとっては棚

からぼたもちということになるのではないかという問題もある。すなわち、たとえば、見せ金をした者が 300 万円、見せ金をしなかった株式引受人が 10 万円出資したが、見せ金をした者の払込みが見せ金として無効であり、見せ金をした者は株主とならないという状況の下で、払込取扱機関として義務を履行すると、見せ金をしなかった株式引受人は、10 万円しか出資していないのに、310 万円の純資産がある会社に対する全部の持分を有することになるが、それで衡平といえるかという問題がある。もっとも、見せ金をした者の出資が無効なため、会社の設立が無効になることは、見せ金をしなかった引受人の期待を裏切ることになるから、払込取扱機関に責任を負わせる必要もある。

そこで、会社法 36 条 3 項や 63 条 3 項の払込みは、形式的に払込みがなされたことをいい、見せ金のような場合でも払込みはあったと考えるのが適当なのかもしれない。実際、36 条 3 項は「当該出資の履行」を、63 条 3 項は「第 1 項の規定による払込み」を、それぞれ、しないときは、株主となる権利を失うと定めている。このことは、新しい会社法の下では、払込みがいったんなされれば、それで払込みとしては有効であり、成立後に代表取締役などが払戻しを受けて自己などの借入金の返済をしても、払込みの効力には影響を与えないという解釈が自然であるということになるのかもしれない。全く払込みがなされなかったような場合に、第三者の保護は、計算書類や登記の虚偽表示に係る責任（会社法 429 条 2 項）によって図ればよいという立法担当官の考え方とも整合する。

かりに、このように考えられるとすると、見せ金の事案では払込取扱機関は会社法 64 条 2 項の責任を負わないと解することが首尾一貫する。すなわち、いったん払込みがなされれば、会社法上は「払込み」があったとされるのであるから、設

立登記時点で払込金を保管していれば、その時点では、保管していたのであるから「当該証明書の記載が事実と異なる」とは会社法上は扱われないという解釈が可能になる⁽¹²⁾。

もっとも、会社法では、いわゆる権利株の譲渡は会社との関係で無効とされるのではなく、対抗することができないとされるにとどまり（会社法35条・50条2項・63条2項・208条4項）、権利株の譲渡についての発起人・取締役等についての罰則も定められていない（平成17年改正前商法498条2項と対照）。他方で、設立時募集株式の引受を申し込もうとする者に対する募集事項の通知は、発起人のうち出資の履行をしていないものがあるときは、失権予告付催告における出資の履行期＝失権が確定する日（会社法36条1項）まではすることができない（会社法59条2項）ものとされ、これは、いわゆる設立における売り逃げによる詐欺的行為をいくぶんかでも防止し、設立時募集株式引受人の保護を図ろうとするものであると考えられる。このような趣旨からは、見せ金の場合には引受人は株主となることができない（＝払込は無効）と解して、引受人間の公平を確保することが適切であるとも考えられる。

(3) 実質的債務超過会社を消滅会社等とする組織再編行為

ここでは、のれんを計上し、資産を評価換しても（負債を評価換することができるかどうかは難しい問題である）、なお債務超過である会社を実質的債務超過会社という。

① 実質的債務超過会社と吸収合併

平成17年改正前商法の下では、吸収合併による新株発行は、消滅会社から承継する資産・負債（純資産）を引当てとしてなされるが、合併も資本充実の原則に反してはならないから、実質的債務超過会社を消滅会社とする吸収合併は、少なく

とも無増資の場合を除き、許されないと解されていた⁽¹³⁾。すなわち、吸収合併による資本金増加額（新設合併の場合は設立会社の資本金額）は消滅会社から承継する純資産額を超えてはならないとすることは、合併の本質を現物出資による資本増加と解する立場⁽¹⁴⁾では当然のことであるが、合併の本質を会社の合同を生ずる組織上の一種特別の契約と解する立場からも資本充実の原則を理由に同じ結論を認めるのが一般であった。そして、この制約に反する合併新株の発行は違法であり、合併無効原因となると解されていた。

これに対して、会社債権者保護との関連では、実質的債務超過会社を存続会社とする吸収合併が認められないとする見解はほとんどなかったようである。これは、債権者保護手続きによって消滅会社の債権者は保護されるという価値判断によるものであろう。

② 実質的債務超過会社と吸収分割

平成17年改正前商法の下では、会社分割においては、債務の履行の見込みがあることおよびその理由を記載した書面の作成・備置などが要求されていたため、その結果、分割会社が債務超過となる会社分割を行うことはできないと解され、実質的債務超過会社が分割会社となることはできないと解されていた⁽¹⁵⁾。実質的債務超過会社が承継会社となる吸収分割については、実質的債務超過会社を存続会社とする吸収合併についての議論が妥当すると考えられていたようである。

③ 実質的債務超過会社と株式交換または株式移転

債権者保護の観点から見ると、実質的債務超過会社を完全子会社とする株式交換または株式移転は、原則として、問題はない。なぜなら、完全子会社となる会社の株式の価値は通常プラスなので、金銭その他の財産を交付する場合および新

株予約権付社債を承継する場合を除き、株式交換・株式移転によって、完全親会社となる会社の財産が減少することはないからである。同様に、実質的債務超過会社を完全親会社とする株式交換または株式移転にも問題はない。

④ 会社法の下ではどのように考えられるか

まず、会社法施行規則の下では、債権者保護手続きを要する債権者に対する債務の履行の見込みに関する事項が、合併・分割・株式交換・株式移転の事前開示書面等で開示されるべきものとされており（182条7号・183条6号・184条7号・191条6号・192条7号・193条5号・204条6号・205条7号・206条5号）、履行の見込がないことは、その組織再編行為の無効原因にあたると考えるべきであろう。

たしかに、株主の保護という観点からは、債務超過会社を一方当事会社とする組織再編行為の可否については、慎重な検討を要する。そして、合併差損等についての開示の要求（795条2項）は、実質的債務超過会社を消滅会社とする合併が認められるか否かの解釈に必ずしも影響を与えるものではないと考えられ、これは会社法の下でも妥当するのではないかと考えられる⁽¹⁶⁾。

しかし、資本充実による制約がなくなった以上、たとえば、実質的債務超過会社を消滅会社とする吸収合併を当然に無効とする必要はなく、むしろ、合併条件が不当に定められた一場合と位置づけてよいという見方もありえよう。

そもそも、実質的債務超過会社の株式の価値も一般的にはプラスであることを考慮に入れば、債務の承継が行われる合併・会社分割や株式交換・株式移転の場合は格別、実質的債務超過会社が一方当事会社であることは、単に、著しく不公正な組織再編条件が定められる場合が多いということにつながるにすぎないとも考えられる。したがって、著しく不公正な組織再編の条件に関する定め

を含む組織再編行為の契約・計画の承認決議は「著しく不当な決議」にあたり、複数の合併当事会社の株主を兼ねる者や各当事会社は、831条1項3号にいう特別利害関係人にあたるから、それらの者の議決権行使の結果、そのような決議がなされた場合（多数決濫用と認められる場合も同様）には、株主総会決議あるいは種類株主総会決議の取消原因となるにすぎないと考えられるべきであろう。そして、承認決議が取り消されれば、承認決議を欠くことになり、組織再編行為の無効原因となると解すれば足りるであろう。会社法には株主全員の同意を要する場合が法定されており、実質的債務超過会社が一方当事会社となる組織再編行為については株主全員の同意は要求されていない以上、やむを得ない。

たしかに、分割会社において簡易分割手続きによる場合や略式組織再編行為（会社法784条1項・796条1項）の場合には、株主総会の承認決議がなされないため、このような法的構成では組織再編行為を無効とすることができないという問題はある。しかし、略式組織再編行為の場合には、特別な差止請求が認められており（会社法784条2項・796条2項）、分割会社において簡易分割手続きによる場合には重要性が低いため、事後の取締役・執行役の会社または第三者に対する責任（会社法423条・429条）によって株主の損害を回復することが可能な場合が少なくないと期待される。

〈注〉

- (1) 会社の設立または新株発行には、定款所定の資本金額あるいは増加資本金額に相当する株式全部の引受けがなされなければならないという原則を、資本確定の原則という。
- (2) 会社の設立または新株発行の際には（増加）資本金額に相当する財産が会社に現実に拠出されなければならないとする原則を資本充実の原則といい、資本金額に相当する会社財産が確保された状態がその後も維持されなければならないとする原

則を資本維持の原則という。

- (3) いったん定めた資本金額は、会社債権者保護のための厳格な法定の手続きを経なければ減少できないとする原則を資本不変の原則という。
- (4) もっとも、このように呼ぶことが適切であるかどうかは問題である。郡谷大輔＝岩崎友彦「会社法における債権者保護 [上]」商事法務 1746 号 (2005 年) 55 頁。
- (5) たとえば、江頭憲治郎『株式会社・有限会社法 [第 4 版]』(有斐閣, 2005 年) 66 頁注(11)参照。
- (6) たとえば、鴻常夫「設立費用」『会社法演習 I』(有斐閣, 1983 年) 41 頁以下、江頭・前掲注(5) 94 頁注(2)、宮島司『会社法概説 [第 3 版補正 2 版]』(弘文堂, 2004 年) 72 頁など。
- (7) 葉玉匡美ほか『新・会社法 100 問』(ダイヤモンド社, 2005 年) 81 頁は、「払込を無効とすると、会社債権者が、債権者代位権により取扱銀行等に対して返還請求権を行使できなくなる」として、有効説によるべきであるとするが、従来定説は会社との関係で「払込」が無効であると解していたのではなかろうかと思われる。
- (8) いずれにせよ、見せ金による払込が無効であると解するのであれば、預合いによる払込はなおさら無効であると解するべきであろう。
- (9) 郡谷＝岩崎・前掲注(4) 54 頁参照。
- (10) <http://www.moj.go.jp/> に掲載されている議事録参照。
- (11) もっとも、見せ金をした者が発起人であれば、その者に対して、任務懈怠責任(会社法 53 条 2 項)などを追及する余地はある。また、このような問題点を解決するためには、見せ金による払込も有効であると考え、見せ金をした者も設立時株

主となり、払込金保管証明をした払込取扱機関は、その者に対して不当利得返還請求権(民 704 条)を行使する行使できると考えるのが最も自然である。平成 17 年改正前商法の下では、払込取扱機関は会社が有していた引受人に対する払込請求権を代位して求償するという法律構成が可能であったが、会社法の下では、出資の履行期限を経過した後は、会社は、引受人に対する払込請求権を有しないので(会社法 36 条 3 項・63 条 3 項)、払込請求権を代位して求償できると解することは不自然である。

- (12) 証明書の文言によって異なりうるが、保管しているということだけを証明したとすれば、その証明は事実とは異ならないことになる。平成 17 年改正前商法では、「其ノ証明シタル払込金額ニ付払込ナカリシコト」をもって会社に対抗することができないとされていたため、払込みがあったかどうかについてのリスクを払込取扱機関は負ったが、会社法の下では、保管についてのリスクしか負わないという解釈も可能かもしれない。
- (13) 江頭・前掲注(5) 702 頁、神田秀樹『会社法 [第 7 版]』(弘文堂, 2005 年) 298 頁。
- (14) 大隅健一郎＝今井宏『会社法論 (下巻Ⅱ)』(有斐閣, 1991 年) 39 頁。現物出資であれば、マイナスの財産を出資することは考えられないからである。
- (15) 名古屋地判平成 16・10・29 判時 1881 号 122 頁、原田晃治「会社分割法制の創設について (中)」商事法務 1565 号 (2000 年) 11 頁。
- (16) 「会社法制の現代化に関する要綱案(案)をめぐって (その 2)」JICPA ジャーナル 593 号 (2004 年) 22 頁 [江頭憲治郎発言] 参照。