

改正会社法と仮装払込みの規制

田 寺 さおり

1. はじめに

旧商法では、株式会社の「資本」は、会社債権者保護のための制度として中心的な役割を担うものとして考えられ、いわゆる資本三原則（資本充実・維持、資本確定、資本不変）を守ることを目的として数多くの規制が設けられていた。旧商法罰則中の規定のいくつかは、それらをさらに担保するためのものとして理解されてきたといえる。

本稿で扱う預合いの罪も、かつては資本充実の原則により根拠づけられていた罰則のひとつであるが、平成17年会社法は、従来の意味での資本概念を採用しないという態度決定をすると同時に、払込金保管証明制度の一部や発起人等の引受・払込担保責任を廃止するなど、同罰則を裏付けていた旧商法中の規定にも大きな変更を加えている。旧商法下においては周辺規定に支えられ、資本原則によって説明されていた預合いの罪は、それらの礎が取り払われた会社法のもとでは、どのように理解すべきなのであろうか。本稿は、会社法制定により新たに構築された会社（法）制度・資本概念のもとで、より原理的な視点に立ち返り、いわば宙に浮いてしまった形となった預合いの罪の理論的根拠を提示することを主眼とするものである。

2. 会社設立と仮装払込み

株式会社を設立する際、株式引受人は、設立中の会社に株金を払い込まなければならないが、この払込みが仮装される場合があり、仮装の態様によって、いわゆる「預合い」といわれる手法によるものと「見せ金」によるものとの2つに分けられる¹。

まず、「預合い」とは、「発起人又は取締役等が株式の払込みを仮装するため、払込取扱機関と通謀してする一切の仮装行為」²と定義され、会社法965条（旧商法491条）に「預合いの罪」の処罰規定が置かれている。預合いが行われるようになったのは、従来、発起設立と募集設立のどちらにおいても、設立登記に株式払込金保管証明書が必要とされていた³ことに端を発する。株金の払込みをすべて銀行又は信託会社に行わせ⁴、これらの払込取扱機関が出した株式払込金の保管証明書を添えて⁵、会社の設立登記がなされていたが、株金が揃わなかった場合でも、金融機関に保管証明を出してもらえれば登記ができることから、預合いが行われるようになったというわけである。しかし、実体としての株金の払込みの存在しない、

-
- 1 「預合い」及び「見せ金」の定義が、現在のように固まるまでの判例・学説の対立の様子については、伊藤榮樹＝小野慶二＝莊子邦雄編『注釈特別刑法 第5巻 経済法編Ⅰ』185頁以下〔伊藤榮樹〕（立花書房・1986年）、平野龍一＝佐々木史朗＝藤永幸治編『注解特別刑法4 経済編（第二版）』69頁以下〔佐々木史朗〕（青林書院・1991年）等を参照。
 - 2 伊藤＝小野＝莊子編・前掲注1・187頁〔伊藤〕、最決昭和35年6月21日刑集14巻8号981頁、最決昭和36年3月28日刑集15巻3号590頁
 - 3 平成17年改正前商業登記法80条10号（設立登記の申請には、払込取扱機関の払込金保管証明書の添付を要するとする規定）
 - 4 旧商法175条2項10号（払込みを取扱う銀行又は信託会社を株式申込証の法定記載事項とする規定）、同177条2項（払込みは、株式申込証記載の取扱機関においてなすべきものとする規定）
 - 5 旧商法189条1項（払込取扱機関に払込金保管証明書の発給等を義務づける規定）

このような手法による会社設立は、資本充実の原則を害するため、これを完うすることを目的として⁶、昭和13年に処罰規定が置かれた。そして、預合いの脱法手段として登場したのが⁷、いわゆる「見せ金」という手法による仮装払込みである。

「見せ金」は、「発起人・取締役が取扱銀行等以外の第三者から借入れをなし、これをもって株式払込みに充て、会社成立後可及的短期間内に払込金を払込銀行から引き出して、これを借入先に返済するという方法」⁸による仮装払込みを指すが、見せ金については、これに関与した者を直接処罰する規定がないため、仮装払込みの結果、登記事項に関して虚偽の申請をし、登記官吏をして商業登記簿に不実の記載を為さしめた場合に、その点を捉えて、刑法の公正証書原本不実記載罪が成立するという構成になっている。

まとめると、「預合い」と「見せ金」は、いずれも株金の払込みを仮装する手段をいうが、両者には、会社の発起人・取締役等と払込取扱機関の役職員の間に通謀があるか否かという点と、現実に資金の移動があったか否かという2点に違いがあるということになる。つまり、通謀があるものが「預合い」、ないものが「見せ金」であり、通謀があることによって、一般的に、現実の資金の移動がないものが「預合い」、実際の資金の移動があるものが「見せ金」に分類される。

6 伊藤＝小野＝莊子編・前掲注1・184頁〔伊藤〕、平野＝佐々木＝藤永編・前掲注1・67頁〔佐々木〕、上柳克郎＝鴻常夫＝竹内昭夫編集代表『新版注釈会社法(13)』588頁〔谷川久〕(有斐閣・1990年)など

7 伊藤＝小野＝莊子編・前掲注1・191頁〔伊藤〕、平野＝佐々木＝藤永編・前掲注1・69頁〔佐々木〕、上柳＝鴻＝竹内編集代表・前掲注6・590頁〔谷川〕など

8 上柳＝鴻＝竹内編集代表・前掲注6・590頁〔谷川〕

3. 仮装払込みと改正会社法 ―問題の所在―

(1) 仮装払込みに係わる会社法改正点

会社法が施行されたことは、以上で概観した仮装払込みに、どのような影響を与えたのであろうか。仮装払込みに関係する、主な会社法改正点として、以下の3つが挙げられる。

ひとつ目として、これは、会社法の学説の間でも議論のあるところのようであるが、会社法の立案担当者によれば、「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いない」⁹という点である。

次に、ふたつ目として、発起設立における払込金保管証明制度が廃止されたことである¹⁰。この制度は、募集設立に関しては会社法のもとでも維持されているが、募集設立自体、改正の際に廃止が検討されたほど、現実での利用は少なく、現在の会社設立のほとんどは、払込金保管証明が不要な発起設立によって行われている。

そして最後に、引受・払込担保責任が撤廃されたことが挙げられる。旧商法では、設立時発行株式数が定款記載事項とされていたため¹¹、設立時に発行する株式の全部の引受けや払込みがない場合には、定款違反により、無効な設立とされていた¹²。そして、これを防ぐために、つまり設立無効とならないようにするために、引受け又は払込みがなかった株式については、発起人等が引き受けたものとみなし¹³、又は払い込むべき義務を

9 相澤哲編著『立案担当者による新・会社法の解説』283頁〔郡谷大輔＝岩崎友彦〕（別冊商事法務295号・2006年）

10 現在、発起設立で株式会社の設立を行う場合には、（払込金保管証明制度を用いることなく）口座の残高証明等の任意の方法で、払い込まれた金額の額を証明すれば足りる。

11 旧商法166条1項6号

12 上柳克郎＝鴻常夫＝竹内昭夫編集代表『新版注釈会社法（2）』345頁〔志村治美〕（有斐閣・1985年）

13 旧商法192条1項

負う¹⁴としていたのが、引受・払込担保責任であったが、会社法においては、設立時募集株式の引受人だけでなく¹⁵、発起人についても、出資の履行をしない場合には、設立時発行株式の株主になる権利を失うこととして、引受・払込担保責任を撤廃したのである。

(2) 検討を要する事項

以上の改正後の視点から、仮装払込みに係る行為を見直してみると、検討を要する事項がいくつかあることが明らかになる。

まず、預合いの罪は、資本充実の原則を完うするために新設され、旧商法下でも、処罰根拠は資本充実の原則で説明されてきたが、資本充実の原則は存在しない、あるいは、少なくとも従来のものとは違うものになったといわれる会社法のもとでは、それ以外で預合いの罪の処罰根拠を説明する必要があること。

また、預合いの罪の処罰根拠と重複するが、発起設立において払込金保管証明制度が廃止されたことから、そもそも預合いをする必要がなくなり、同罪が成立する可能性も少なくなったと思われる会社法のもとで、なお預合いの罪が残された理由を、どう説明すればよいかということ。

そして、これらを検討した結果、預合いの罪について従来と変わる点があるとすれば、そのことは、公正証書原本不実記載罪にも何らかの影響を及ぼすのか。さらに、より具体的には、会社法において引受・払込担保責任が撤廃されたことにより、公正証書原本不実記載罪における不実の内容と、不実とされる登記事項の範囲にも変化はあるのか、ということである。

14 旧商法192条2項

15 設立時募集株式の引受人については、旧商法においても、出資不履行の際には失権するとされていた（旧商法179条）。

4. 預合いの罪

(1) 払戻請求があった場合の処理

預合いの罪を検討するにあたっては、会社法のもとで預合いが行われた場合に、会社債権者等がどのような立場に置かれるのか、という点から出発することが有用である。前述したように、従来、預合いの罪は、資本充実の原則を完うするため、ひいては、会社債権者の保護のためと説明されてきたが、仮に、会社法下で預合いが行われても、債権者等の利益が害されるおそれがないような処理がなされるのであれば、資本充実の原則及び債権者保護と預合いの罪とを切り離して考えることができるであろう。端的に言えば、預合いで仮装された資金に払戻請求があった場合、いかに処理されるのかという問題である。

立案担当者によれば、「会社法のもとでは、預合いに係る払込みは有効と解するのが合理的」¹⁶と説明される。「発起設立においては、いわゆる預合いに係る払込みを無効とすると、会社の債権者にとっては、払込取扱銀行等に対する払込金の返還請求権の代位行使をする余地がなくなってしまう、会社の債権者を害するおそれがある」¹⁷、また、「募集設立においても、発起人等の引受・払込担保責任が廃止されていることから、当該払込みを無効とすると、払込取扱銀行等が払込金保管証明責任により支払った金銭は、株主資本に組み入れられず、剰余金の配当として株主に分配することができることとなり、やはり、会社の債権者を害するおそれがある」¹⁸というのがその理由である。

しかし、このような立案担当者の見解に反して、商法学者の中では、従

16 相澤哲＝葉玉匡美＝郡谷大輔編著『論点解説 新・会社法』（商事法務・2006年）29頁

17 相澤＝葉玉＝郡谷編著・前掲注16・29頁

18 相澤＝葉玉＝郡谷編著・前掲注16・29頁

来通り、預合いは民事上無効であるとする見解が多く見受けられる¹⁹。

確かに、立案担当者が、預合い有効の理由として挙げているものは、引受・払込担保責任を廃止したことや、会社法64条2項の募集設立の際の払込金保管証明に係る規定から当然のことをいったままであり、さらにいえば、債権者以外の者が払戻請求を行った場合にまで、一律に有効とすべき正当な根拠は見出し難いように思われる。

払込取扱金融機関が払戻請求に応じなければならないかどうかは、各請求者との関係によって違うはずであり、むしろ、基本的には払戻しは不可として、個別に相手方との抗弁との関係で決めていくことが必要であって、それは、禁反言の法理のようなもので正当化できると考える。たとえば、金融機関と通謀している発起人からの払戻請求であれば、払込みが仮装であることを知っているのだから、発起人の側に禁反言の法理が働いて、金融機関は当然に払戻請求を拒否できるであろうし、逆に、第三者からの要求が、善意であれば、金融機関側のエストップルとして、払戻請求に応じなければならない。会社も別人格であることから、金融機関は会社からの払戻請求に応じなければならないが、例外として、法人格が否認されるようなケースなど、悪意の発起人と会社が同一視できるような場合には、払戻しを拒否できることになろう。

さらに、以上のことから、預合いを有効と解しても無効と解しても、会社債権者の利益が害されることはないという結論が導かれる。そして、そうであれば、預合いを処罰することと、債権者保護とは、実はまったく関係がなく、預合いの処罰根拠を、債権者保護や資本充実の原則で説明することはできないのではないかと、また、旧商法下においても、資本充実の原

19 代表的なものとして、神田秀樹『会社法（第13版）』51頁（弘文堂・2011年）。なお、旧商法下においては、「預合による払込の効力については、判例は生じていないが、それが無効であることに異論はな」とされていた。上柳＝鴻＝竹内編集代表・前掲注12・217頁〔平田伊和男〕

則ですべてを説明していたこと自体が、そもそも不適切だったのではないかという疑問が生じる。

では、改めて、預合いの罪はなぜ会社法に残され、処罰根拠はどのように説明されるべきなのだろうか。

(2) 処罰根拠

払込金保管証明が設立要件ではなくなったのに、預合いをする意味があるとすれば、それは会社の信頼を得るため、あるいはプレミアをつけるためという理由が考えられる。そして、それらの目的で預合いによる設立を行った会社は、実際には資金がないにも関わらずあると見せかけることで、会社債権者が支払請求をしてきた場合に、エストッペルによって支払いを拒否できない金融機関に損失を与えることになる。直接的には金融機関の財産が減るわけだが、そのことは、金融機関の信用を失わせることにもつながり、間接的には預金者にも影響を与えることになる。つまり、預合いによって設立されたような不健全な会社が蔓延すると、ひいては社会に損害を及ぼす可能性があるということが出来る。そのような、広く社会に悪影響を及ぼすような事態を惹き起こす会社の設立を防ぐために、預合いの罪が残されたと解する余地はあるのではないだろうか。預合いの罪は、資本充実の原則を完うするためではなく、健全な会社経営・会社制度といった社会的法益を守るために残され、預合いによる不健全な会社設立を排除する点が処罰根拠ということができると考える²⁰。

また、立案担当者がいうように、旧商法は、『資本』に満つるだけの会

20 立案担当者は、「預合いによる払込みも有効とされることから、預合いを抑制するために、預合い罪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え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」とする。葉玉匡美編著『新・会社法100問（第二版）』113頁（ダイヤモンド社・2006年）

社財産が存在しない状態を一般的に許容しているにもかかわらず、…『資本』の各種の意義を説明するときには、『資本』に満つるだけの会社財産が保持されていることを前提にしなければ説明不可能な理由が述べられている」²¹、つまり、資本充実の原則が、従来いわれてきたような機能はそもそも果たしていなかったという現実のもとでは、翻って、旧商法下での預合いの罪も、資本充実を害する罪ではなく、以上で検討したような、社会的法益に対する罪であったと捉えなおすこともできると思われる。そう考えたならば、引受・払込担保責任が撤廃されてもお預合いの罪が残ったことを、整合的に説明することができよう。

5. 公正証書原本不実記載罪

先に触れたように、見せ金による仮装払込みの場合には、関与者を直接処罰する規定がないために、不実の登記をした点が公正証書原本不実記載

21 相澤編著・前掲注9・279頁〔郡谷＝岩崎〕。その他、資本充実の原則と債権者保護との関係について言及した箇所として、同・273頁「現行法（旧商法を指す：筆者注）の『資本』は会社財産の維持機能を有しておらず、したがって（会社法においては：筆者注）『資本』の会社財産の維持機能を前提としなければ債権者保護との関係を導き得ない資本の各原則（資本確定、資本維持・充実、資本不変）を強調せず、これらが債権者保護との関係で役割を果たしているとは考えない」、同・281頁「そのような機能（会社財産の維持機能：筆者注）が資本にはない現行法（旧商法を指す：筆者注）においては、資本充実の原則を債権者保護と結びつけて説明することは困難であるにもかかわらず、払込取扱機関の証明、検査役の調査、現物出資のてん補責任、引受・担保責任など、資本充実の原則を守ることを目的として、数多くの規制が設けられている」、同・281頁「現行法（同上）において『資本充実の確保のための規制』と呼ばれているものは、実は、債権者の保護とは関係のない場面について設けられているものであり、それらの規制のうち廃止されずに会社法において維持されているものは、『資本充実による債権者保護』とは別の理由から維持されているものであるといえる」、などがある。

罪に当たるという処理がなされている。会社法における預合いの罪の性質を、本稿で検討したように理解したならば、そのことは、公正証書原本不実記載罪の成立にも何らかの影響を与えるのであろうか。

預合いの結果として虚偽の登記をしたという事案において、裁判所が、預合いの罪と公正証書原本不実記載罪の両方の成立を認め²²、併合罪として処理している²³ことから明らかなように、預合いの罪と公正証書原本不実記載罪とは保護法益が異なるのであって、もともとは、その成立や解釈に連動すべき点はないはずである。しかし、見せ金について不実記載罪の成否を判断した従来の判例をしてみると、不実記載罪の成否は、民事上、見せ金が有効か無効かということ为基础に判断されており²⁴、さらに、民事上、見せ金が有効か否かを判断するにあたっては、会社の実質的な資産の有無を考慮に入れるなど、結局は、資本充実の原則が実質的に満たされていたか否かということが不実記載罪の成否を左右する決定的な点であった²⁵。つまり、今までは、預合いの罪だけでなく、公正証書原本不実記載罪も、一部、資本充実の原則を守る役割を果たしていたことができる。

このような解釈は、預合いの罪や資本充実の原則との関係を強く意識し、社会的実体をも踏まえた適切なものとして評価することもできようが、公正証書原本不実記載罪が文書偽造の罪である以上、その構成要件の解釈として妥当なものとはいえない。公正証書原本不実記載罪の成否は、本来、民事上の見せ金の有効性とは関係がなく、不実記載か否かの判断は、文書に現れた事項のみをもって行うのが正当なのではなからうか。

そして、このような考え方は、会社法のもとにおいては、より顕著に現れることになるとと思われる。預合いの罪と債権者保護とのつながりがなく

22 最判昭和41年10月11日刑集20巻8号817頁

23 仙台高判昭和45年5月12日高刑集23巻3号411頁

24 最決昭和40年6月24日刑集19巻4号469頁、最決昭和40年10月5日判時428号91頁

25 最決平成3年2月28日刑集45巻2号77頁

なった以上、公正証書原本不実記載罪においては尚更に、そして当然に、その成否と資本充実の原則とは無関係だということが確認され、本来の文書偽造罪としての役割が前面に出てくることになるであろう。

ところで、民事上の見せ金の効力と刑法上の不実記載罪の成否とは連動しないという考えを採用した場合、民事上見せ金が有効とされるにも関わらず、刑法では不実記載罪として処罰されるというケースもありうることになるが、文書偽造の事案においては、民事上の効力と刑法上の犯罪の成否をリンクさせずに考えるのが最近の傾向である²⁶。表見法理や善意者保護の規定は、取引の安全を保護するための規定であって、個別的救済を図るものにすぎず、文書に対する公共の信用が害されたか否かとは検討すべき内容が異なる。それぞれの法律の目的とするものが違うのであるから、それがあるべき処理の仕方であると考ええる。

旧商法下において、実務上、預合いの罪を補充するような形で使われてきた公正証書原本不実記載罪は、会社法のもとでは、預合いの罪が成立することは實際上ほとんど考えられないことから、今後は、公正証書原本不実記載罪の存在が、意味を増すことになる可能性があるように思われる。

最後に、不実となる登記事項の範囲にも変化があるかという点について、刑法の立場からは、負債がない旨を申告するような登記事項があれば、客観的に不実性を判断できる資料として有効であるが、会社法は負債を抱えたマイナスからの会社設立は想定していないようである。登記が必要な項目の中では「資本の額」の事項が関係してくることになるとは思われるものの、資本概念が従来のもとは異なるとされる会社法のもとで、「資本の額」をいかに解釈するかにもよること、また、会社法施行後、仮装払込みに関して公正証書原本不実記載罪の成否が問題となった判例はいまだないことから、これからの判例の動向を待って、今後の研究の課題としたい。

26 西田典之『刑法各論（第五版）』330頁（弘文堂・2010年）

6. おわりに

本稿は、主に預合いの罪に焦点をあて、会社法下における同罪のありうるひとつの考え方を提示したものであるが、その内容はあくまで大まかな方向性を示したものに過ぎず、預合いの罪を本稿のように捉え直すことが、会社法の中でいかなる意味を持つのか、他罪への影響はあるのかなどについて、詳細かつ具体的な検討を行うには至っていない。同様の検討を要する会社法罰則が残されているほか、各罰則の意味を再考したうえで、総論として、会社法罰則全体の現代的存在意義を今一度見つめ直す必要もあると思われる。これらの視点から、今後とも考察を続けていくこととする。