

# 会社法の論点解明(八)

早稲田大学大学院法務研究科教授・弁護士

稲葉 威雄

目次

はじめに

I 一般私法の一環としての会社法

II 立法過程に関する問題

一 立法の基本

二 そのためのシステム—法制審議会と意見照会

三 歴史の重み

四 拙速の立法

五 手続(多角的検討)の重要性

六 法務省令の制定過程—会社計算規則の意味(以上二四五号)

III 会社法の理念と体系

一 会社生活を規律する道具としての会社法

二 理念の整理と体系化

三 規制緩和の意味

四 会社類型の整理(その一)—株式会社への統合

五 株式会社の特質

六 会社類型の整理(その二)—持分会社という区分(以上二四六号)

七 会社に関する制度・規定の整理のあり方(以上二四七号)

八 法律(条文)の分かりやすさ・分かりにくさ—内容

九 法律(条文)の分かりやすさ・分かりにくさ—表現・文言(以上二四八号)

一〇 会社法と法務省令(以上二四九号)

IV 会社の区分

一 問題の所在—歴史的経過

二 会社の種類と区分の意味

三 株式会社の類型と実態

四 株式会社の類型化の問題点(以上二五〇号)

五 会社法における株式会社の種類—定義の定めがあるもの

六 株式会社の種類—株式会社の類型—社員(株主)有限責任を支えるもの(以上二五一号)

V 問題の所在

一 資本の意味

二 会社法における資本に関する処理の論点

(1) 最低資本制度の廃止

(2) 資本金額—これをゼロにできるか

(3) 資本金等の減少

(4) 剰余金等の資本・準備金への組み入れ

(5) 資本充実(以上本号)

## V 社員(株主) 有限責任を支えるもの

### 一 問題の所在

株式会社は、社員(出資者) 有限責任の会社である。株主の責任は、その株式の引受価額を限度とし(一〇四条)、それを超える責任は負わない。会社法によって株式会社に統合された有限会社も、基本的に同じであった(有限会社法一七条)。会社法によって創設された合同会社もまた、同じ類型の会社である(五七六条四項・五八〇条二項)。有限責任というのは、会社が負う責任につ

いて、社員は無限責任を負わず、出資を限度としてのみ会社の損失を負担することを意味する。

このことは、なぜ問題にされるのであるのか。そもそも、責任という概念自体がすぐれて衡平・公正の觀念に基づくものであるところ、株式会社等における有限責任は、これに背馳する要素をもつからである。この点については、民法学における責任(契約責任、不法行為責任・不当利得責任その他の法定責任、特に無過失責任とされる根拠等)をめぐり議論を参酌すべきである。

ここでは、専ら株式会社を主題として、論じることとする。株式会社

は、株主によって構成される社団法人であり、株主が支配権能と収益権能を享受する。前者の表れが、会社法二九五条（特にその一項）に定められた権限、特にその権限の一環である取締役等の会社機関の選任権である（注1）。

（注1） もちろん、業務執行者について株主がもつ選任権が間接的なもの（たとえば、執行役の選任）である場合もあるし、それが株主に分属している場合（種類株式としての拒否権付種類株式や取締役・監査役選任権種類株式など）もある。さらに一部の株主は基礎的な支配権である総会議決権から切り離されている場合（議決権制限株式）もあるが、会社の支配の淵源はすべて株主にある。つまり、それらの機関選任に関する特別な制度は、定款の定めに基づくものであり、株主がその権限を失う場合は、株主の自発的な意思の選任（必ずしも積極的なものではないとしても）による（多数決の問題もあるが、たとえば種類株主になることは、自らの選任によるはずである）。

収益権能については、株主が会社の活動によって生ずる費用を控除した最終的な収益の帰属者（剰余金と残余財産の配分を受ける権利を有する）であることは、明らかである。このように会社（会社は事業を営むための仕組みである）を支配し、

その活動から得られた収益を收受する権能をもつ者（すなわち株主）は、その活動による負の部分つまりその活動による損失・損害（この損失が会社財産を上回ると、会社の債務の弁済つまりその責任の履行ができなくなる）をも負担するというのが、衡平・公平の理念にかなうはずである。

しかし、それでは、株式会社制度の基本を否定することになる。株式会社は、これまで検討したとおり、近代社会の重要な経済的インフラ（基盤）であり、この制度を否定することは、近代社会の基盤を覆すことにはかならない。そこで、その制度を認める根拠について検討してみよう（これは、基本的には政策論であるが、政策にも根拠が必要であり、その政策を執行する場合も、できるだけ妥当な処理をすべきことはいまでもない）。

その前に、社員の無限責任に基盤を置く会社について、考えてみることにする。会社法上は、合名会社と合資会社とがこれに該当する。これを会社として認める意味は、個人（会社法においては、社員有限責任の法人についても、無限責任社員とする余地を認めたので、若干説明が

困難になった面がある）について、これと別の権利義務（事業・企業）の主体を認めることにある。会社法制定前は、社員一人の合名会社は、認めなかった（合資会社は、少なくとも無限責任社員と有限責任社員と、それぞれ一人ずつは必要である）から、二人以上の社員が共同事業を行うための仕組みであった（家計等其他の計算との分離）。そして、無限責任社員が業務執行（経営）を行うのが、原則であった（注2）。この制度については、その会社を認めるための特別の条件を考える必要はなかった。ここでは、個人商人と基本的に同じ扱いをすることで足りる（たとえば、破産法一六条一項は、

法人について債務超過を破産原因にしているが、同条二項は、合名会社・合資会社には一項の定めを適用しないことにしている。もちろん、税金その他特別の配慮が必要な事項はある）。

（注2） 会社法制定前、合資会社については、無限責任社員が業務執行権限をもち、有限責任社員が監視権限を行使するというように整理されていたが、会社法は、この整理をやめ、有限責任社員にも、同じ業務執行権限を認めていて、無限責任を負うかどうかを考慮

していない。これは、合同会社を特許会社として包括したことの産物のように思われるが、単なる合同会社との辻褄合わせであり、基本的な法の理念を考えたものには思われない。

個人が、それぞれ事業（企業活動）を行うことは自由であって、それが公共の福祉に反するものでない限り、これを制限することはできない（職業選択の自由。憲法二二条一項）。個人は、その信用の下に、その所有財産すべてを責任の引当として、事業を行う。その延長が、社員無限責任の会社である。無限責任の社員は、会社債務についても、個人として直接、かつ無限の責任を負う。

注意すべきことは、社員無限責任の会社であるから、その債権者が、社員無限責任の会社、たとえば株式会社と比べて、債権者がより保護されているということではない、ということである。責任財産が債務の弁済に足りなければ、債権者は破産するだけで、債権者は、結局満足を得られないことになる。零細な資産しか持たない個人より大規模株式会社のほうがずっと信頼できる。そこで、最も信用を必要とする銀行は、資本金が一〇億円を下回らない政令

で定める金額以上の株式会社でなければならぬものとされる（銀行法五条）。

いずれにしても、債権者としては、債務者の倒産を避けることが大切である。無限責任社員の会社では、会社が倒産するときには、同時に社員個人も倒産し、破産宣告を覚悟しなければならぬ。ここでは、その社員の信用つまりは破産のおそれをいわば担保として事業が行われる。その所有財産を含む社員の信用だけが頼りである。

これに対し、社員有限責任の会社では、会社債務の引当ては、会社財産のみであり（物的会社ともいわれる）、債権者は、会社から債権の弁済を受けられなくても、社員（株主）の責任を追究することはできない。出資者は、会社を支配し、会社が取得する収益の配分を得られるにもかかわらず、それによる損失は負担しない（会社が弁済不能の状態にあっても、出資を超えて責任は負わない）。

しかし、有限責任は、大規模事業を行うのに必要な多額の資本（出資）を多数の者から糾合するためには、必須の条件である。大規模事業を行うには、経営を担当するのに専

門性が必要である。出資者は直接その経営に関与しない（また、できない）。そのような事業経営を他人に任せざるを得ない者が、無限責任を負うことを承知で当該事業に投資することはおよそ期待できない（その投資額が少なければ、なおさらである。見返りが少ないのに大きな責任を負わされるのでは、たまらない）。

多額の資金が集まれば、少々の損失が生じて、たやすく倒産（債務の弁済不能）することはない。また、大規模事業を行うことによつて、小規模事業では期待できないような収益をあげることも期待できる。ここでは、出資の使用状況とその成果を出資者に示す必要があり、また、それは、会社に信用を供与する債権者にとつても、必要な情報でもある。基本的にこの二つの条件が重要である。

つまり、典型的な株式会社は、株主有限責任を前提にして多額の資本（出資）を集めることが前提である。このような出資の運用（その会社事業以外への流用が許されないこととはいうまでもない）の経過と成果を適正に計算するには、それ相当のコストを要するが、大規模な会社であれば、これに耐えられる。

要するに、社員有限責任の会社では、基本的には、会社が容易に倒産しないように相当の損失に耐えられる元手とこれを分別管理する体制（その成果と現状を計算・報告する体制を含む）が必要なのである。この株主による相当の元手の提供は、債権者との衡平・公正な均衡を図るためのものでもある。債権者は、会社の事業損失によつてその債権の弁済を受けることができないかもしれない、という危険を負担する。これは、本来は（公平という見地からは）会社（その事業）の支配・収益

権を享受する株主がまず負担すべきものであるのに、債権者に転嫁されている。これは、その制度が社会にとつて有益だからということではあるが、それだけで片付くものではない（社会システムの問題でもある）。たとえば、リスク負担に敏感なアメリカでは、民間の信用調査機関が発達して、債権者がリスク管理をしやすい状況がある、といわれる）。

株主がその危険を債権者に転嫁するには、それ相応の負担（代償）を払うのが公平である。その負担が、会社の損失が直ちに債権者が満足を受けられないという状況をきたさないうようにするための会社の元手（株

主の出資）なのである（損をすれば債権者の負担、得をすれば株主の利益というのは、おかしい。損はまず株主が相当程度負担するということが必要である）。これがないと、公正な制度ではない（損をしない賭けということになりかねない）。もちろん、その要件を充たさない株式会社でも、個人保証が求められたり、倒産法による規制を受けたりはするが、それは会社法制の外のことであり、それがあから会社法制における公正は問題にしなくてよい、ということにはならない。

これを制度化したのが資本制度（剰余金配分規制）特に最低資本金制度と計算の開示確保（会社と社員との計算の分離つまり会社の財産の分別管理とその管理に関する計算の適正は、計算開示の当然の前提である。その前提が欠けた計算の結果を開示しても、全く意味がない）ということになる。この条件の具備のための規制をいかにするかが、社員有限責任の会社に関する法規制の眼目の一つである（注3）。

（注3） もっとも、これは典型的な株式会社といふべき大規模かつ経営と所有が分離した会社においても、重要であるが（特に計算の適正）、小規模会社

については、倒産の危険という点では、よりシリアスな面をもつ一方で、その有限責任享受のための条件を十分に整えることには、困難がある。つまり、資本を集めることができないから、小規模なのであり、小規模だと計算の適正のためのコスト負担に耐えられないという問題がある。

他方で、小規模の社員有限責任の会社を認めるべきでない、とすることは、経済政策・社会政策の問題として、困難がある。つまり、企業社会は、大規模会社のみによって成立するのではなく、中小規模の会社が極めて重要である。しかも、その会社組織としての法律制度としての整備は、株式会社について、最も進んでいる。経済活動、企業活動の活性化のためには、小規模会社にも、社員有限責任の会社形態特に株式会社を利用することを認める必要がある。その考え方の会社法における表れの極致が、最低資本金制度（これは、株式会社については、一九九〇年以降のものであるが、有限会社については、一九三八年来の伝統をもつ）の廃止である。これについては、後で改めて触れる。

## 二 資本の意味

資本は、一定の金額であつて、これを純資産額が上回らなければ、株主に對する会社財産の分配は許されない（注4）。株主が払い込んだ金銭

その他の財産の価額が資本金額になるのが原則であるが（四四五条一項）、半額までは資本金に組み入れず、資本準備金とすることができ（四四五条二項三項）（注5）。

（注4）これが、剰余金分配規制である。会社法は、剰余金額につき四四六条で、剰余金の配当をすることができ旨を四五三条で、それぞれ定めた上、さらに剰余金の分配（配当のほか、自己株式の取得による会社財産の払戻しを含む）の制限額を剰余金額とは別に四六一條二項で定める、という重層的で複雑な規定を置いている。これは、自己株式の保有（金庫株）が認められ（法律の規定は、法務省令によって無意味なものにされているが、その規定の上では自己株式の帳簿価額は剰余金額を定める四五四條一號口ではマイナス勘定とされる一方、四六一條二項三號ではプラス勘定つまりそれを戻し入れていて、株主への払戻しが随時行えることになったこと、決算期後の臨時計算書類の作成に基づく分配可能額の増加（四四六條の剰余金とはされない）が認められたこと等による。

しかも、四四六條でも、四六一條二項でも、法務省令（会社計算規則）への委任がされ、四四六條一號では、会社法制定前と同じく、純資産額（資産額から負債額を差し引いた額）から資本金・準備金の合計額を控除して剰余

金額を計算するかのような体裁をとりながら、計算規則一七七條では、この法律の定めをすべて消除して、その他資本剰余金の額とその他利益剰余金の額を剰余金としている。これは、剰余金の額は、法務省令が定める、としたのと同じである。このような立法（法律および規則）に問題があることは、明らかだが、ともかく純資産額が資本金額を下回る限り、株主への分配は許されず、その額の財産は会社に留保されることにはなっている。この問題（特に金庫株の扱い）については、改めて剰余金分配規制に関連して検討する。

（注5）この四四五條の定めは、設立時、会社成立後を通じての一般原則である。しかるに、計算規則三七條（もつとも、その一項一號イ口は、法律の定めを明確化したものといえる）、四〇條、四一條、七四條等は、明らかにこれと異なる定めをしている。これは、四三二條の「法務省令の定めるところにより、適時に、正確な会計帳簿を作成しなければならぬ」という規定に基づく定めのようなのである（施行規則一一六條に計算規則に対する法律の委任根拠規定が列挙されているが、ほかに該当するものはない）。しかし、この四三二條が、資本額の算定につき、四四五條一項ないし三項と異なることを定めることができる根拠であると解する余地はない。そのことは、四四五條一項が「この法律に別段

の定めがある場合を除き」と定め、同条五項が、組織再編行為に際しての資本金・準備金の計上額についてのみ、特に省令への委任を定めていることによつて、明らかである。これらの計算規則の定めは、法律違反の省令というほかない。このことは、既に述べたとおりである。計算規則の原始附則に一條の定めが追加されて、同規則三七條一項二號、四〇條一項三號、四一條一項二號、五三條一項一號、七四條一項二號、七五條一項三號により、払込金額から控除する額を当分の間、零とする旨定めるが、これは、およそ根本的な解決ではない。

かつては、株式会社の資本額は、定款において定められていた（会社法によつて、株式会社に統合される前の有限会社においても、同じであった。有限会社法六條三號）。一九五〇年（昭和二五年）に授權資本制度が導入され、資本金の額は、定款変更なくして、新株発行によつて随時変更されることになった。他方、平成一三年六月改正において、額面株式制度が廃止されるまでは、額面株式の額面（額面未発行は認められなかった）が資本組入額の下限とされた（資本に組み入れないことのできる額は、額面超過額に限られていた。同改正前商法二八四條ノ

二第二項)。そして、資本金額は、額面額に発行済株式総数を乗じた額（額面総額）を下回ってはならないものとされていた。この限りにおいて、株式と資本との間には、明らかに繋がりがあつた（当然株式全部の消却なしで、一〇〇%減資することは許されないと解される）。

資本金額は、会社に留保されるべき財産（もちろん、株主への払戻しの禁止に過ぎず、会社の損失によつて財産が失われることは、防ぎようがない）の限度を画する数額であるとともに、株主による出資金額を示す数額でもある（株主が直接払い込んだものだけでなく、準備金・剰余金が組み入れられる場合もあるが、それも株主の持分の一部であり、株主による出資であることに変わりはない）。

会社法制定に当たり、資本金の意味について、きちんと考えていない明らかな証左は、合名会社・合資会社を含む持分会社一般について、資本金概念を導入していること（六二〇条）に示されている。

### 三 会社法における資本に関する処理の論点

#### (1) 最低資本金制度の廃止

最低資本金制度は、株主（社員）有限責任の一つの根拠である、会社債務の引当てとなる会社の資産（特に設立当初つまり会社発足時のそれ）の出資を確保するための制度である（注6）。

（注6）アメリカでは、この制度は原則として利用されず（もともと、一九六九年改正前の模範事業会社法五一条は、営業開始条件として一〇〇ドルの払込資本を要求していたが、実質的な意味をもつものではなかった）、債権者は民間の信用調査機関に依存する面が大きいといわれる。もともとは、欧州大陸法で発達した制度であり、これを継受したEUでは、EC第二指令（ディレクティブ）がなお生きている（最低資本金制度の実効性に対する疑問はあるが、廃止すべきものともいえないし、適当な代替策は見付かかっていない、とされる。もともと、フランスでは、有限会社の最低資本金を廃止し、イギリスでも、最低資本金は公会社についてのみ認められている）。しかし、商業登記所での計算書類の開示の制度は、おしなべて認められている（EC第四指令）。

わが国では、有限会社については、一九三八年（昭和十三年）の法制定当初から当時一百万の最低資本金が定められていた。この金額は、昭和二六年には、一〇万円に引き上げられたが、第二次大戦後のインフレーションその

他の経済社会状況に対応した改正はされてこなかった。株式会社については、最低資本金制度は定められてこなかった。これは、有限会社にふさわしくない大規模・公開会社のみが株式会社を選択するという経済合理的判断がされることを信頼したものである。しかし、株式会社に適用されるべき複雑厳重な規制（たとえば貸借対照表の公告）を貫徹する措置が講じられなかったということもあり、むしろ小規模株式会社への濫設という状況があつた。そこで大小会社区分立法の環として、一九九〇年（平成二年）改正において、株式会社一〇〇万円、有限会社三〇〇万円という最低資本金制度が成立した。法制審議会の答申では、これらはいずれも既存の会社についての経過的な金額であつた（新設会社については、株式会社二〇〇万円、有限会社五〇〇万円であつた。これに対しては、中小企業関係者の抵抗があり、内閣提出案作成の過程で、新設会社・既存会社とも、この金額とされたものである）。

この経過（注6）にみられるとおり、実質的な意味で有限責任の対価というのにふさわしい最低資本金額を設定することは、極めて困難である（せいぜいが、会社形態選択の基準。有限会社については、泡沫零細会社設立の防止）。この改正が行わ

れた平成二年は、バブルの絶頂期であつたが、その後バブルは崩壊し、日本経済は、長い不況期に突入した。起業を促進することによつて、景気回復、経済の活性化を図る趣旨で、平成一四年には、経済産業省による最低資本金制度の適用を五年間受けしない「確認会社」を設立できる新事業創出促進法改正法が成立した（注7）。

（注7）経済産業大臣から創業者の認定を受けた者が確認から二月内に設立する株式会社・有限会社について、設立から五年間、最低資本金制度の適用が猶予された（五年後に最低資本金額をクリアできないときは、解散する）。会社の基本情報を記載した書面および計算書類を経済産業大臣に提出し、これを公衆の縦覧に供することにされていたが、励行はされていなかったようである。

会社法は、最低資本金制度を廃止した。その根拠の一つとして、立案担当者は、欧州諸国では、会社の純資産額が最低資本金額を割り込んだ場合には、資本填補義務を負うのに対し、日本法は、そうはなっておらず、設立後会社が事業損失を受けた場合の債権者保護上意味がない状況が放置されている点を指摘してい

る。しかし、それが最低資本金廃止の根拠になるはずはない（徹底できないなら止めてしまえというのは、説得的な論理ではない。それは毒皿論である。立法は妥協であり、ある程度の意味があれば、それで満足すべきものである）。

そもそも、設立の際にのみ相当の最低資本金を要求することにすら消極的な態度を示す日本の中小企業関係者が、設立後もそのような義務を負うことに賛成するはずはない。それは、日本においては、実現可能性がない議論である。

そのような措置（資本欠損が生じた場合の追出資義務）が講じられていなければ、最低資本金制度ひいては資本制度に意味がないわけではない。積極的な資本維持機能は有しないが、少なくともそれを超える純資産が無ければ、株主への払戻しは許されない、という機能（消極的資本維持）はあり、株主は、債権者のためにそれだけの出資をしなければならず、事業損失の結果、純資産額がそれを下回ることはともかく、純資産額が回復すれば、会社からその払戻しを受けることは許されず、それに相当する財産が会社に留保されることにはなる（注8）。これは、会社

法の四五八条の規定（純資産額が三〇〇万円未満の場合は、配当をすることができない）の機能と同じである。

（注8）立案担当者は、最低資本金の第三の機能として（第一の機能が出資額の下限を示す機能、第二が払戻規制の機能）、資本金として表示する計数の最低限であり、純資産額とかい離して、損失を表示し続けなければならぬことに合理性はない、という（会社法の現代化に関する要綱草案補足説明第四部第二・1(3)、立案担当者による新・会社法の解説（別冊商事法務二九五号一五頁）。この第三の機能の意味は、理解できない。

資本金は、株主がかつてはそれだけの出資をした証しであり、それを踏まえて、会社が保持すべき純資産額の目標の下限を示す数値である。追出資義務を課さないからといって、この機能を失われぬ。その目標に達しなければ、計算書類の上で損失を計上するのは、当然である。純資産がマイナスになれば債務超過であり、純資産がプラスでも、資本・準備金を下回れば、資本欠損である。資本欠損の状況は、会社として十分な成果をあげておらず、なお一層の経営努力・資本増強努力をすることが望ましい、というシグナルである（第三の機能は、独自の意味をもつものでなく、特に第二の機能の反映にしか過ぎない）。これが、不合理

であるという理由はない（これを、ことさらに取り上げるべき根拠はない）。減資義務が課されているわけではないから、資本欠損の会社は、資本金がそれに応じて少なくなるのが常態ということにはならない。他方、資本金の少ない会社は、純資産が少ないわけでもない。

いずれにしても、資本という指標の登記だけで、会社の現実の財産状況が見えないことは、明らかであるが（計算書類の開示によらない限り、会社の財産状況・経営成績は知ることができない）、それは、会社の保持すべき純資産（株主の出資持分として会社に留保されるべき財産）の目標の下限を示すものではある。

会社法は、後で述べるとおり、非常に安易に減資を認めている一方、資本金については、剰余金規制の基礎的な基準であるほか、大会社区分の基準とする等の機能は温存している。剰余金規制の基準としても、一般的には、資本が剰余金規制の基準になつていて、資本が三〇〇万円に満たないときは、剰余金計算においては資本金額を三〇〇万円とみなすものとする等、ことさらに純資産額を持ち出してこれを直接の基準とする定めを設ける理由はない。別の基準を持ち出すのは、制度を分かりにくくするだけである。もし純資産額基準を採用するのであれば、四五八条のように絶対額によるのではなく（こ

れなら、資本金額基準と同じである）、負債額を基準とする等のことにしなければ、意味がない。考え方に全く整合性がない。

起業（創業）の容易化を図ることにより、経済を活性化するというのが、政策判断であり、そのためには最低資本金制度が邪魔だ、というのであれば、その判断は尊重せざるを得ないという面はある。しかし、そこでの体系（理論）と現実の二重の調和・妥協が問題である。会社法は、この点を十分考えていない。つまり、資本という制度自体は、温存している。その場合における資本のもつ意味と、それがもつ効用は、上述のとおりである（注9）。それを基礎にする法体系は、全体として整合性をもつた理論体系として考えるべきである。それを現実の二重という根拠でどこまで崩すことができるかを考えるというのが論理的な思考方法である。

（注9）もちろん、最低資本金とそれを基礎にする払戻規制だけが、社員有限責任の会社における債権者保護の手段ではない。アメリカの制度は明らかに違う。支払不能の見込み、資産の流動性（キャッシュフロー）、純資産倍率等の基準を活用することも考えられる

(たとえば、カリフォルニア会社法五〇〇条・五〇一条、一九八四年アメリカ模範会社法六・四〇条における払戻規制)。しかし、会社法は、そういう体系は採用せず、払戻規制をはじめとして、規模の基準などについて、なお資本金概念を基礎としている。それなら、それで一貫しなければ、制度としての整合性に問題が生ずる。

理論倒れ・理屈倒れという言葉があるが、立法に当たっては、理論にこだわり固執するべきではない。他方で、必要もないのに理論によつて支えられる体系を崩し、歪めることもまた、許されるべきではない。自然法則とは異なり、社会的規範に関しては、例外のない原則はないというべきであるが、その例外を説明するための論理とそれに応じた手当ては必要である(ずるい者だけが得をする)ことでは困る)。

そもそも、事業を行うためには、元手としての資金(資本)が必要である。社員有限責任の会社(つまりは、社員の資産ではなく、会社自体の財産が事業の基礎となる会社。物的会社)においては、それは会社自体に帰属するもの(自己資本)であることが、望ましいことは明らかである(会社債権者の利益とのバランス)。もともとは、それは会社発足

の際に求めるべきものではある(払戻規制が問題になるのは、会社に払戻可能な財産が形成されてからである。会社がおよそ収益をあげることなく、倒産したときの債権者保護は、どうなるのか)。しかし、それでは、起業が妨げられるという主張が支持を得て(注10)、事実また、零細な資本金で設立された会社がすべて倒産するものでもないというのが実際ではある(中小会社は、逆に債権者の立場になることもあるはずだが、その立場からの主張は、強くない)。それらが、設立当初の最低資本金を廃止する実質的な根拠ということになるのであろう。

(注10) 本当にそうなのは、疑問がある。会社の設立には、相当の費用がかかることは明らかである。たとえば、定款の定めを要せずに会社の負担とされる最小限必ず要するものとしては、公証人の定款認証手数料(三〇条一項)、定款の印紙税(印紙税法別表第一・六。四万円)、設立登記の登録免許税(登録免許税法別表第一・十九。最低一五万円)がある(二八条四号、施行規則五)。これらは、当然株主の出資たる資本から支弁して差し支えない(繰延資産にしなれば、設立当初から資本欠損・債務超過の会社になるだけである)。それでも、資本金額

は、払戻規制の基準になるという意味はもつ。

また、信用を供与する債権者も、会社財産を当てにできないとなれば、起業者の個人保証を求める等その財産の出捐が求められる。これらを会社に対する出資にしておいても、差支えはないはずである。資本金一円で会社を設立する実際のニーズなどありそうもない。いわば、象徴的、精神(気分)的な意味しかもたない(もつとも、そのシンボリックな意味が重要ということかもしれない)。

その意味では、経産立法による確認株式会社・確認有限会社の制度つまり最低資本金達成を五年間猶予するという制度を一般化する選択肢もあつたように思われる。創業時には最低資本金を充足できなくても、五年後には、達成することを目指して事業を行うというものである。この場合、資本金一円の会社設立が認められることは、株式会社でも有限会社でも同じであるが、その目標とする会社形態が異なることになる。

制度として(最低資本金を)強制するかどうかは別として、資本金が過小な物的会社は、例外的な存在だという認識を基礎にすべきであるのに、会社法特に法務省令は、そうはなっていない(法令の規定は、原則として典型的な場合を想定したものにするのが適当である)。どうも、

資本欠損という状況は解消されるのが正しいとか(債務超過にならずに資本欠損の状態とどまるほうが物的会社としては望ましいはずである)、資本は原則としてゼロでよいのだというような根本的に誤った思想に基づいて制定されたように考えられる。

これと同じ問題は、会社の社団性についてもある。会社を社団法人とする規定もなくなっているが、構成員一人の会社を認めるのは、実際のニーズとそれによる弊害が必ずしも一義的に存在するものではないということによるのであつて、本質的には、人が集まって一人ではできない事業を行うための仕組みである。その認識が必要であり、社員一人は、例外的な状況として考え、社員が複数であることを基本として制度を組み立てるべきものである(完全親子会社関係などについては、例外的な事態としての手当てが必要である)。最低資本金制度がなくなれば、過少資本に対する基本的な歯止めが失われる。

一九八六年公表の「商法・有限会社法改正試案」(法務省民事局参事官室)は、最低資本金制度の拡充を提案していたが、これを債権者保護

のために十分な額のものにすることは実際には実現不可能であるという現実的な認識があった。

そのため、同試案は、①過少資本の会社においては、支配株主（有限会社の社員も対象であるため、株主・社員とされていたが、本稿では単に株主とする）でかつ業務執行に關与するものは、労働債権・不法行為債権につき、直接の責任を負う余地を認めること（三二四）、②過少資本の会社が倒産した場合においては、支配株主でかつ業務執行に關与するものが会社に対して有する貸付金につき、一定限度まで出資金とみなすこと（三二五）、③弁済不能になつた場合において、債権者は、株主が過去一定期間内に得た利益（株主がした給付に対する反対給付として相当なものを除く）を会社に返還させることができること（三二六）等の提案をしていた。当時の外国の立法例（ニューヨーク事業会社法六三〇条、ドイツ有限会社法三二条a二項）に範を得たものも含まれていたし、アメリカでも、州によつては、判例がこのような責任を認める例があるとされる。

したが、この株主の責任については、立法されなかつた。会社法が、最低資本制度を廃止するのであれば、その代償として、このような責任を認めることの要否も当然検討すべきであつた（なお、『シンポジウム・新会社法の意義と問題点』私法六九号（二〇〇七年）一二九頁参照）。

(2) 資本金額—これをゼロにできるか

資本金の額をゼロにすることができるとは、今回の会社法における立法と理論との相克の一つの論点である。会社法が、資本金ゼロの株式会社の設立を認めていないことは、明らかである（四四五条一項）（注11）。

(注11) 計算規則七四条が、設立時の資本金ゼロ、同三七条が新株発行時の資本金ゼロを認めているが、これらが、法律に根拠がない、違法なものであることは、既に述べたとおりである（前掲（注5））。新しく株主になるための株式の発行には、それに見合う出資が必要であることは明らかである。その意味で、法務省令の定めをこの問題を考えるに当たつての基本的な出発点とするのは、適当ではない。

しかしながら、会社法四四七条は、資本金の減少に関する規定であるが、その二項は、減少する資本金の額は、その効力を生ずる日の資本金の額を超えてはならない、と定める。これは、文理的にはゼロまでの減資を認める趣旨であると解される。これは、いかなる思惟に基づいて定められたものか、疑問である（法制審議会で議論されたとは聞いていないが、規制緩和の方向が常に正しいと考えたとでも解するほかならう）。

最低資本制度の廃止によつてその拘束はなくなつたし、額面株式の廃止により株式と資本との関係は切断されたとされる（額面総額が資本金の下限を画するということはなくなつた）。減資について、株式の併合または消却という方法による必要もなく、単純に減資の決議をすることでよくなつた。

しかし、四四五条一項の定めは残っている（その限度で株式（出資）と資本との繋がりが、なお維持されている）。そういう問題状況で、株式はあるが、資本金がゼロつまりないという状況を肯定できるか、である。まず、株式ひいては株主が存在しない株式会社は、あり得ない。それは、株式会社の本質に反する。ちなみに、会社が全株を取得すること（自己株式一〇〇%の会社）も許されない。

この問題は、かつては一〇〇%減資の可否という形で問題とされていた。つまり、資本の全額を減少させることは、株式全部の消却を意味することを前提として議論されていた。これは、まず、会社更生の局面で問題とされた（注12）。

(注12) 会社更生では、会社というより会社が営む事業自体の存続（維持更生）が要請され、そのためには、債権者・担保権者の権利の縮減も行われる。民事再生についても同じである。このような局面で、旧株主の地位の消滅は、新しい株主を迎え入れるためにも、必要とされた（債権者の権利が強制的に縮減せられるのにこれに劣後する株主の権利は温存させるべきだといふのは、公正・衡平ではない）。この場合、株式・株主ひいては資本がない株式会社は、存在し得ないとしても、旧株式の消滅と同時に新しい株式が発行され、それらが実質的に空白であるという状況は起こらないとすれば、特段の弊害はない反面、明らかに二一はある。それを認めないのは、まさに理論のための理論であつて、人間社会の規範としての法律の解釈としては問題があると考えられる。

このような一〇〇%減資は、最低資本制度の下でも認められるとされる



(昭和56・6・5民四発三四六六法務省民事局四課長回答)、これは裁判所が関与しない場合も同じであるが、一〇〇%減資については、株主全員の同意を要するものと解されていた(江頭憲治郎『株式会社法・有限会社法』(四版)(有斐閣)六八一頁は、特別決議で決することができるが、債務超過でない場合は減資無効の訴えに服する、としていた)。

それにしても、資本金ゼロという状況が継続的まして恒常的に続くことは、考えられていなかった。それに対し、会社法四四七条二項は、これを認めるもののように考えられる。会社法制定前と変わった法状況は、最低資本金制度の廃止であるが、資本金ゼロが認められないのは、最低資本金の定めがあるためと考えるべきものかどうかが、問題である(会社法の立案者は、最低資本金制度が廃止されたことから、資本金ゼロの会社も許されると考えているようである)。

しかし、株式を発行しない株式会社があり得ないことを前提とした場合において、資本金ゼロの株式会社を認めることができるかは、極めて疑問である(額面株式が存在する状況では、これが認められないことは明らかだが、それが廃止される前

も、無額面株式のみを発行する会社はあったが、それなら資本金ゼロは認められたかという点、否定せざるを得ない。ちなみに一九九〇年まで株式会社には最低資本金制度はなかった)。

株式会社は、株主の出資を基礎として成立する会社である。資本は、その株主の出資の証しである。その痕跡を全くなくしてゼロとする(資本維持機能を喪失させる)ようなことは許されるべきではない(追出資義務を負わせていないからといって、これまでを認めたものと解すべきではない。これは一部清算ではなく、資本に関する限り全部清算である)。

すなわち、株主の出資が会社に留保されない状況を認めるものであるから、その場合には、発行済株式全部が消却されるべきものである(従前の一〇〇%減資についての論理が、依然妥当するはずである)。

また、その出資は、まず会社の損失填補に充てるため会社に留保されるべきであり、その財産額の最低限(会社としての目標額)を示すものでもある(実質資本欠損があったとしても、それを填補できる利益が生じたときは、その目標額まで留保す

べきである)。それをゼロにしてよしいという理屈はない(設立当初と異なつてよいはずはない)。これは、理論の問題であるが、それを乗り越えるべき実際のニーズがあるかどうか、問題である(注13)。

(注13) 前述のとおり、理論のための議論を振りかざすことは、問題であるが、他方で理論を崩す場合にはそれに値するだけのニーズがあるかどうか、問われるべきである。一円資本金の株式会社は許されるが、資本金ゼロの株式会社は許されないというのは、理論の問題である(一円の有無が実際上意味をもつことはない)。もともと、資本金一円というのは、これもあくまで理論の問題であつて、そういう株式会社が原則であるわけではない(会社の構成員つまり社員の数と同じである)。それも禁止はしないというだけである。それをあえて積極的にゼロとすることを認めるべき実際の必要はない、と断言できる。それにもかかわらず理論を無視するのは、法体系に対する冒瀆である。純資産額が三〇〇万円以上でなければ、剰余金配当を認めない四五八条の規定があるから、というような問題でもない(むしろ、この規定がある以上、資本金をゼロにする実質的な意味としての株主への払戻しのためというニーズを満たすことはできない)。また、損失が生じている以上減資を認めるべきだという(上述の第

三の機能に関する)理由付けは、およそ論理的でなく、無意味なことについては、既に述べた。(注8)参照。

### (3) 資本金等の減少

会社法は、上述のように資本をゼロにすることを認めるほか、資本と法定準備金について、できるだけその拘束を緩和しようとしている(少なくとも、これを維持しようとする配慮は認められない)。もともと、これは、会社法制定前の平成一三年改正の頃からの傾向である。会社法は、これを受け継いでいる。まず、資本金と準備金の関係について考える。かつては、準備金は、欠損填補と資本組入れに使用することが原則とされ、直接の準備金減少による株主への払戻しは許されなかった。これは、資本については、その減少による株主への払戻し(実質上の減資)が許されていることとの均衡がとれない、として準備金の減少による払戻しの制度を認めた。しかし、これは、本来は過少資本を防止するための政策的配慮がある定めであった。そう簡単に理屈だけで片付けるべきものではなかった。

会社法四五条は、一項で株主の出資金額を資本とすべきものとしながら、その半額までは資本準備金に

することを認めている（二項・三項）。なぜ、半額までを払込剰余金として資本準備金にすることが許されるべきかは明確ではない（注14）。このことを考慮した上での政策的判断であったことを無視している。

（注14） 昭和五六年改正の際には、払込剰余金をそれまでの無額面株式のそれに合わせて四分の一以内としようとしたが、資本金額を基準とする増配要求を危惧した実務界の反対で二分の一以内とされた経緯がある。その後の時価発行の一般化によって、資本準備金が積み上がり、この使途が問題になったのが、資本組入れ以外に用いるための準備金の減少を認める契機であった。資本額のみが配当を負担すべき株主の出資であるという誤った思想（株主資本全体が株主の出資持分である）が払拭されたとすれば、払込金全額を資本に組み入れるべきものとする（二条六号）とし（たとえば、設立時に五億円の出資がされた場合、原則どおり全額を資本金にすれば、大会社として会計監査人設置会社になるが、その一部を払込剰余金にすれば、大会社に該当しない）、準備金積立ての基準（四四五条四項、計算規則四五条。資本金額の四分の一まで）としてすることに適合するはずである。

資本減少の決議は、総会の特別決議によるのが原則であるが（四四七

一条一項）、欠損填補のためにされるときは、普通決議で足りるものとされる（三〇九条二項九号、施行規則六八条）。これも、いかなる思想に基づくものか理解しかねる。欠損填補のための形式上の減資であつても、将来の留保財産の目標の減少（出資の食いつぶし、すなわち会社の規模の縮小）に繋がるものであり、特に異なつた扱いをする理由にはならない（やはり会社の一部清算の意味をもつ）ように思われる。

また、株式発行と同時に減資をして、それが資本金の減少をきたさないときは、株主総会の決議を要せず、取締役（会）限りですることにされている（四四七条二項）。これは、株主の出資は、原則として全額を資本にするという株主と債権者との関係の調整の制度的原則を無視するものであつて、到底正当なものとは思われない。

準備金減少は、特別決議でなく、普通決議によることにされている（四四八条一項）。しかし、払込剰余金などは、本来資本金と同視すべきものである。資本取引の払戻しは、損益取引の処分と同視すべきではない。資本組入れのための場合は取締役限りでよいが、それ以外は特別決

議によるのが相当である。

また、欠損填補の場合の準備金減少が、取締役限りでできることは、減資の場合と同じであるが（四四八条三項）、やはり疑問がある。欠損填補のための準備金減少については、債権者保護手続を要しない（四四九条一項。資本金に組み入れられる場合にこれを要しないのは、当然である）。これは、従前の取扱いを踏襲したものであるが、基本的に資本と準備金に関する取扱いを見直したのであれば、この点も見直すのが相当である。

資本減少や資本組入れのため以外の資本準備金減少が欠損填補のためのものでないときは、その減少額は、その他資本剰余金となり、剰余金分配の財源になる。利益準備金については、その他利益剰余金になる。これも剰余金分配の財源である（注15）。

（注15） 準備金を資本金の四分の一まで積み立てるべきという規制があるが（注14）、準備金減少について、欠損填補のためでないときにおいても、これを限度とするという規制（会社法制定前商法二八九条二項）は、廃止されなかった。資本金減少を先にしなければならぬことになるのが、おかしい、という理由である。しかし、まず、資本金

額の絶対額について全く規制がない体系的の下で、その四分の一を基準とする意味は理解できない。資本金ゼロを認めた場合にこれが無意味なことは明らかだが、一般に零細な資本金額の場合には意味をもたない。会社法が資本金制度の体系を崩したにもかかわらず、なおこれを準備金積立ての基準にする制度を温存したことの咎めである。たとえば、資本金額を含めて、負債金額を基準にして積立て・減少を規制しておけば（倒産のバッファーとしての資本金・準備金）、このような問題は起こらない。しかし、ともかく会社法では、準備金積立ては、なお資本金額が基準とされている（その趣旨は、債権者保護のはずである）。それを前提とすると、株主の一存で準備金を取り崩して配当財源とすることは許さず（債権者異議の手続はあるにせよ）、その取崩しは欠損填補のためにだけ許す（資本と準備金とはパッケージで考え、株主への払戻しによる事業規模の適正化は、資本金額の調整によつてする）という政策判断は十分理由があつた。

制度を改めるのであれば、根本から考え直すべきであつた。

利益準備金の取崩額がその他利益剰余金になることはともかく、資本減少額および資本準備金取崩額がすべてその他資本剰余金として、剰余金分配の財源財産になることは、損益計算（利益）と資本計算（出資の

払戻し」との区別という見地から問題があるように思われる(注16)。

(注16) これらの計算は、株主資本等変動計算書に記載されることにはなるが、株主が本当にその意味を理解しているかどうかは、疑問である。つまり、本当の意味での配当〔利益配当〕は、損益取引によって生じたもの(事業活動によって得られた成果)の分配であり、資本取引によって生じたものは、株主の出資の払戻し以外のなものでもない。無配とか復配という意味が、取締役の手腕・責任と繋がるという観念は失われる。

特に問題があるのは、金庫株の処理である。自己株式の取得は、原則として金庫株でも、自己株式の即時消却でも、同じ効果を持つようにするというのが、基本的な考え方はずであるが、配当財源の点では雲泥の差がある。自己株式(金庫株)は、その処分価格が直ちにその他資本剰余金に計上され、配当財源になる。経営者の隠し財産(打出の小槌)のようなものである。また、改めて新株の発行がされると、原則として四四五条一項の適用を受ける。

なお、減資額等が直ちに社外に流出しない場合には、株主も(議決権の行使に関し)、債権者も(異議を述べるかどうかにつき)、切実感をもちたいという問題がありそうであ

る。また、債権者の異議につき、その減資等が当該債権者を害するおそれがないときは、弁済等の義務を免れるが(四四九条五項)、この判断に影響するかどうかという疑問もある(たとえば、前述の欠損填補のための資本等の減少などは、抽象的には債権者を害するおそれは極めて大きい)。

なお、債権者異議の申述催告については、定款所定の公告方法が日刊新聞紙への掲載または電子公告である場合において、官報公告のほか、これらの定款所定の公告をもってもしたときは、個別催告を要しないことになっている(四四九条三項)。

#### (4) 剰余金等の資本・準備金への組入れ

四四五条四項は、剰余金の配当をするときは、法務省令で定めるところにより、配当額の10%相当額を準備金(資本準備金または利益準備金)として計上しなければならぬ、としており、これに基づく計算規則四五条の定めがある。

また、四四七条一項は、資本金を減少して準備金を増加できる旨、四八条一項は、準備金を減少して資本金を増加することができる旨、四

五〇条一項は、剰余金を減少して資本金を増加することができる旨、四八条一項は、剰余金を減少して準備金を増加することができる旨を定めており(総会決議による剰余金の準備金組入れの意味については、疑問がある。この点は、改めて触れることになる)、これについてはいずれも省令委任の定めはない。しかし、計算規則四八条・四九条がこれに関する定めをしている(これも、立案担当者は、会計帳簿作成に関する四三二条一項の定めによるものとしている)(注17)。

(注17) これに関しては、四四五条一項が明確に省令委任を否定しているのに比べれば(前掲(注5)参照)、また省令の定めを許容する余地があるのかもしれないが、省令委任を特に規定している四四五条四項とは明らかに平仄が一致しない。また、これは、会社法制定前の扱い(会社法制定前商法二九三条ノ二・二九三条ノ三という明文の定め)と明らかに異なる。もし、そのような取扱いをするのであれば、法制審議会できちんと検討(議論)をし、要綱に盛り込むべきものである。しかも、そのような手続を経ていないことは明らかである。しかも、ここで述べたとおり、省令委任の根拠があるかどうか、甚だ疑問である。

これらの省令の定めは、いずれも

資本取引と損益取引との峻別を企図したものと考えられる。まず、四四五条四項の規定による配当の際の準備金計上については、配当する剰余金が、資本剰余金であれば資本準備金に、利益剰余金であれば利益準備金に計上すべきものと定めている。資本金減少によって準備金とするときは、資本準備金になるというのは、当然の解釈である。これに対し、資本増加につき、資本準備金または資本剰余金に限る、というのは、明らかに法の定め(会社法制定前の法制から予想されるもの)と異なる。たしかに資本取引と損益取引との峻別は、会計の論理としては、それ相応の正当性をもつと考えられる(注18)。

(注18) もっとも、組織再編の場合における資本取引と損益取引との区分の考え方などは、よく分からないところがある。たとえば、合併の消滅会社にとつては、留保利益であったものが、資本化されるのは、どのように説明するのであろうか。留保利益を含む企業を現物出資したとみることになるのかもしれないが(それでも、存続会社に収容された消滅会社の株主にとって、損益勘定が資本勘定に移ったことになりそうである)、持分プリーニング法の適用がある場合との平仄の説明はどうか、メダカがクジラを呑む合併の

ような場合は、どうか。

しかし、それをそのまま会社法の論理として受け入れるべきものかどうかについては、大きな疑問がある。つまり、会社法の政策判断として（特に債権者保護の観点から）、その振り替わりを認めることが許されないとする理由はない。もちろん、その場合には、損益勘定上の利益を資本勘定に入れるというものであって、その逆はあり得ない。

特に最低資本金制度を廃止したという状況において、会社が剰余金を計上できるようにしたときは、これを用いて資本を増強することを認めるのが明らかに正しい政策判断である。しかるに、法務省令の立案担当者、これと逆の取扱いを独断で行っている。

資本を蔑ろにする立法というゆえんである。資本は、足腰の強い株式会社を作るための重要な一つの要素であることが忘れられている。

(5) 資本充実

会社法には、資本充実原則はない、という説がある（注19）。しかし、前述の株主有限責任を支える条件としての資本の意味からいって、資本充実の原則と資本維持の原則とを放

棄することは、資本制度を無意味にすることにほかならない（注20）。なお旧法以来の遺産がある。もつとも、合同会社については、この面での手当ては皆無である。

（注19）立案担当者の見解として、郡谷大輔・岩崎友彦『会社法における債権者保護』別冊商事法務二九五号二七三頁・商事法務一七四六号・一七四七号。なお、本連載Ⅲ八（注7）参照。

その考え方の基礎として資本充実がなくても、少しでも積極財産が増えれば、債権者保護にはなるから、資本充実は、不必要であるという暴論が提示されている。資本充実、資本金額を基準とするものであって、資本金額に相当する出資の確保が、資本充実の意味である。資本の会社財産維持機能は、剰余金規制（株主への払戻規制）の形でのみ働くことは、明らかである。それら以外の機能を資本維持とか資本充実というのは、誤解の上の議論であることは明らかである。この点については、拙著『会社法の基本を問う』（中央経済社）一〇八頁以下に詳しく述べたので、ここでは繰り返さない。

（注20）資本四原則といわれるものうち、資本確定の原則は、会社設立の際の出資の価格またはその最低限を定める限度でのみ認められている（二七条四号）。資本不変の原則は、資本維持を補完するためのもので、減資につい

て一定の手続（特に債権者保護手続）を要求することで表れる。これに対し、資本という一定の数額について現実の財産の裏付けを与えるのが資本充実であり、その財産（会社債権の引当となる）を維持するのが（会社法では、会社への払戻しを禁止する限度でのもの）資本維持である。なお、資本充実原則を資本維持原則のコロラリーとするのは、江頭憲治郎『株式会社法』三四頁。

会社法における株式会社に関する資本充実は、まず株主となる者が出資した財産の額が資本金になることに表れる（四四五条一項）。この出資の履行をしなければ、株主にはなれず（三六条三項・六三条三項・二〇八条五項・二八一条）、もちろん資本が形成されることはない。金銭出資の払込みは、銀行等の払込取扱場所で行わなければならない（三四条二項・六三条一項・二〇八条一項・二四六条一項・二八一条一項）。なお、保管証明責任は、募集設立の場合についてのみ認められているが（六四条）、預金等の仮払込みは、業務執行者と株式引受人との間に密接な関係がある場合に起こるのであって（発起設立は、その典型）、疑問がある。会社設立後の相殺による出資の履行は、原則として

禁止される（二〇八条三項・二八一条三項）（注21）。

（注21）新株予約権の行使による株式発行の場合には、問題がある。新株予約権の行使の際には、その際出資すべき財産の払込み・給付がない限り、その行使は認められないから、その限りでは問題はないが、新株予約権自体の発行における対価については、銀行等の払込取扱場所ですべきものとされるだけで、相殺や現物出資も認められ、現物出資に関する特段の手当てはない（二四六条）。新株予約権の発行でとどまる限りは、資本充実の問題はないが、その行使がされると、新株予約権の発行の対価（転換社債型新株予約権付社債の払込みを含む）の確実性が問題になり得る。通常であれば、新株予約権の対価は行使の際の払込額に比べて、少ないのが当然だが、あえて別の取扱いをする必要があるかどうかについては、疑問がある。

現物出資については、原則として、検査役による調査・弁護士等による証明が要求される（三三条・二〇七条・二〇八条）。その現物出資財産の価額が著しく不足するときは（注22）、出資者・発起人・取締役等について不足額の支払責任が認められる（五二条・二二条一項二号・二一三条・二八五条一項三号・二八六条）。これらは、過失責任とされ

る。この場合、債権による現物出資については、弁済期が到来している、帳簿価格以下であれば、上記調査も証明も要しないが（二〇七条九項五号・二八四号九項五号）、疑問がある（債権の実在性と実価が問題である。取締役の報酬債権など、いくらでもお手盛りで作出できる。弁済期が到来していても、実際に弁済すれば、偏頗弁済になる場合もあり得る）。

（注22）「著しく」という定め方は、旧法以来のものであり、このほか、いろいろの箇所で見られている（二二二条一項一号の不正発行の場合等）。しかし、資本充実を害してもよいのが、程度の問題なのかどうかには疑問がある。むしろ明白性（明らかに不足するときは）という定めの方がよいようにも思われるが、同じことかもしれない（基準にあまりいさがある）。

引受けの無効・取消しは、制限されているが（五一条・一〇二条三項四項・二二一条）、仮装払込みの場合、意思無能力の場合、詐害行為取消しの場合等、後になって引受けが効力を失ったり（無効が明らかになかったり）、株式発行が効力を失ったりすることがある（仮装払込みの場合は、その失権の結果として引受けも失効する）。これについて、会

社法制定前は、取締役等について引受担保責任を認めていた（出資を履行しない場合の失権効を認めていた新株発行の場合も、二八〇条ノ一三の定めがあった）（注23）。しかし、会社法は、引受担保に関する責任規定を置いていない（払込担保責任に関して規定をしないことについては、それでよいであろう）。

（注23） 有限会社については、資本額を定款で定めるという資本確定の原則が採用されていて、社員一般について、資本充実のための填補責任・担保責任が認められていた（有限会社法一四条一項・一五条・五四条一項）。有限会社における社員および資本に関する基本構造を示す重要事項である（有限会社は、互いに資本充実責任を共有するという社員間の密接な結び付きを前提とし、法制定当初から最低資本金制度を定める等、資本を重視してきた制度のように思われる）。会社法は、その意味について十分な検討をすることなく（意識したかどうかも疑わしい）、極めて安易に（株式会社と有限会社についてそれぞれイージーな方向、イージーな方向を採用して）株式会社に統合したように思われる。

資本充実が著しく害された場合（登記上の資本に見合う出資の流入の欠如が重大である場合）には、設立無効事由あるいは新株発行無効

（場合によっては新株発行不存在）事由となる（八二八条一号二号・八二九条）、と解するのが伝統的な考え方である（立案担当者は、そう考えていないのかもしれないが、資本充実に重大な欠陥があっても、株式発行が有効だという理論付けは不可能である）（注24）。

なるべくそのような事態の発生を防止しようとするのが、この引受担保責任をはじめとする一連の責任規定であった。会社法は、明らかにこの法体系を崩しているが、その後始末は明確ではない（注25）。

（注24） ちなみに、二二二条一項一号の不正な価額での株式発行の場合は、資本充実の問題ではない。形式的には、完全な出資がされているが、その発行価額（形式的に出資すべきものとされた価額）が不当に低額な場合である。

（注25） 立案担当者の考えは、理解不能である。たとえば、計算規則四八条二項は、資本金は、法四四七条（総会決議による減資）の場合のみ、減少すると定め、新株発行無効判決が確定した場合等について、資本金の額が減少するものと解してはならない、とするが、このような定め、しかも省令での定めが許されるはずはない。新株発行が無効というのは、四四五条一項ないし三項の定めによる効力が生じない、

ということである。それでも、資本額増加の効力が維持されることはあり得ない。登記や会計帳簿・計算書類は、実体を反映すべきものであり、実体がない以上は、登記や会計帳簿・計算書類の表示を改めるのは当然である。この場合に資本金額の維持を認めることが債権者保護になるという説がある。ただしに資本金額は、将来の剰余金分配を制約することにはなるが、それは剰余金が生じた場合の話である。しかも、その資本金額は、実体的な基礎をもち、無効とされた新株発行等による出資については払戻しが行われる（八四〇条一項）。それでもなお登記を維持することになれば、実体とのかい離が甚だしく、その機能が著しく害される。このような表示と実体とのかい離を認めるのは、立案担当者の資本についてのその他の説明と全く整合しないと思われる。九三七条一項一号口・ホによる登記の嘱託は、裁判所書記官がすることになっているとしても、根源的には裁判所の判断事項である。その内容をこのように省令で解釈を決めることができるという根拠は、ない。

新株発行不存在の場合については、直接の定めはないが、まさかその場合にも資本金を減少させない趣旨ではあるまい（確認の訴えと形成無効の訴えとの差だけで説明できるものではない）。このような定めが法務省令として制定される事態は、憂えるべきものである。