

会社法の諸問題についての一考察

Considerations of Several Issues on Corporate Law

南隅 基秀

1. はじめに

会社法が2007年に成立してから、10年以上が経過した。その間、筆者が会社法に接しているうちに、いくつかの疑問点が生じてきていた。

本稿では、そのうちの資本充実の原則とそれに関連する諸問題、株主平等原則、株主名簿の基準日後の議決権行使、株主代表訴訟における会社の被告取締役側への補助参加について、検討を加えてみたい。

2. 資本充実の原則について

資本充実の原則は、立案担当者は会社法では採用されていないとしており¹、また、廃棄されたとする説がある²。根拠として、第一に、払込みや給付がなければ失権することになり、引受け・払込み・給付担保責任（平成17年改正前商法192条、280条ノ13）が廃止されたこと。第二に、従来、資本充実の原則を実現する規定とされてきた全額出資の要求（34条1項、63条1項、208条2項3項）、現物出資等の調査（33条、207条）、不足額填補責任（52条、103条1項、212条、213条）、募集設立における保管証明制度（64条）、相殺禁止（208条3項）は、会社法に引き継がれ存続しているが、これらの規定は、会社債権者保護のための資本充実の原則の要請からではなく、以下のように、債権者保護とは別の観点から説明できることを挙げる³。

- 1 郡谷大輔・岩崎智彦「立案担当者による新・会社法の解説」283頁（相澤哲編著「別冊商事法務」295号、2006）。
- 2 弥永真生「リーガルマインド会社法」14版17頁（有斐閣、2015）。神田秀樹「会社法」19版298頁（弘文堂、2017）。
- 3 （前掲注1）平成17年改正前商法の当該規定の説明として、281頁～283頁。藤田友敬「株主の有限責任と債権者保護（二）」法学教室263号127頁（2002）。

すなわち、全額出資の要求は、会社債権者の利害に直接関係するものではなく、出資者が株主になった後に、なお、引受けた株式にかかる出資の履行を負わないことを確保するための制度であり、これにより、多くの者から出資を募り、株式の流通の円滑化を目的とする制度であるとする。

さらに、現物出資等の調査や不足額填補責任については、現物出資が過大に評価されたとしても、会社の責任財産が増加することとなり、配当拘束のかかる計数の増加が実財産の増加よりも大きいという意味で二重に債権者にとって有利な状況であることから、債権者保護の観点からは説明できない。これは、現物出資に対して交付される株式の内容について、金銭出資をして株式の交付を受けた者の株式の内容との間に不均衡が生じることによって発生する株主間の価値移転を防止する（株主間の公平を図る）ための予防的な規制であり、株主間の価値移転が実際に発生した場合には、これを巻き戻すために引受人に対して追加の出資を行う責任を定め、その実効性を高めるために取締役等にも補完的に責任を負わせるものであるとする。

そして、募集設立における保管証明制度については、全額出資義務を補完する制度であるが、保管証明が出されたからといって、当該出資に係る資金の使用先や確保とは無関係の制度であり、債権者保護との関係では直接の関係がない制度である。募集設立において維持されているのは、払込金の保管に携わらない者が設立時募集株式引受人となっており、かつ、法人格が形成される前の払込みであって事後的な責任追及が困難であることも想定されることから、会社が成立し法人格が形成されるまで、出資金が保管されることを確保するものであり、資本充実とは無関係な措置であるとする。

相殺禁止は、全額出資義務が課されている状況では、現物出資規制の潜脱防止という位置づけであるにすぎない。会社法では、株主間の価値移転を防止するための予防的な規制として現物出資規制が残されているので、その関係で維持されているとする。

上記の立案担当者の説明は、従来、資本充実の原則を実現する諸規定とされていたものが、いずれも、債権者保護との関係では直接の関係がない、または、債権者保護の観点からは説明できないとするものであり、資本充実の原則は会

社法では採用されていないとするものである。しかし、資本充実の原則が会社債権者の保護と無関係であるとの説明には、反論もある⁴。

すなわち、第一に、ある金額（財産）が出資された旨のアナウンスがされることの会社債権者に及ぼす影響は、決して小さくない⁵。会社が危機の状況における募集株式の発行等を考えればこのことは明らかであり、例えば、金融危機に際し、政府が金融機関に対し1兆円の資本注入を行ったと称して、真実は1000億円しか出資しなかったとしたら、何が起こるのであろうか。第二に、出資に際し貸借対照表の資産の部に虚偽の計数が計上されると、たしかにそれだけでは株主への分配可能額が増えるわけではないが、その後に資本金・準備金の減少手続をとれば、実財産を社外流出させ会社債権者への引当財産を実質的に減少させることが可能になる。

思うに、資本充実の原則が会社債権者の保護と無関係であるとの主張に対する上記反論には説得力があり、無関係とすることには無理がある。確かに、全額出資の要求は、多くの者から出資を募り、株式の流通の円滑化を図る意味があり、現物出資等の調査や不足額填補責任は、金銭出資をして株式の交付を受けた者の株式の内容との間に不均衡が生じることによって発生する株主間の価値移転を防止すること⁶、募集設立における保管証明制度が、全額出資義務を補完する制度であること、相殺禁止は、現物出資規制の潜脱防止という意味があることは、首肯し得るものである。しかし、だからと言って、会社債権者保護と無関係であるということとはできない。株主有限責任を前提とする株式会社において、資本充実の原則の発現とみられる前記諸規定は、少なくとも会社の財産的基礎確保につながり、会社債権者の保護に役立つことは否定できない。

平成17年改正前商法において、発行価額を基準に資本金額が決定されていた

- 4 江頭憲治郎「株式会社法」7版37頁（有斐閣、2017）、同編著「会社法コンメンタール1」307頁（商事法務、2008）。
- 5 稲葉威雄「会社法の解明」256頁（中央経済社、2010）が「資本金額の登記による公示は、資本充実（その登記の際にそれに見合う会社財産の流入）があったことを前提とするものであることを看過したもので、到底承服することはできない」といわれるのも、同趣旨と解される。
- 6 小林量「資本（資本金）の意義」企業会計58巻9号30頁（2006）は「現物出資の規制について、発起設立の場合で一人株主による会社設立の場合には不要となりそうであるが、会社法ではそうならず、その理由は、（株主間の価値移転の防止ではなく）債権者保護が理由になる」と指摘される。

ものが、会社法においては、現実に払込み・給付された財産の価額を基準に資本金額が決定されることになった(445条)。したがって、発行価額と設立時に発行を予定する株式数によって予め決定されている資本金額に見合う財産が現実に会社に拠出されなければならないとする、従来の意味における資本充実の原則は、内容が変わらざるを得ないことになった。しかし、なお、「(会社に拠出される財産の価額によって決定される)資本金の額に相当する財産が、出資者から確実に会社に拠出されていることが必要である」という原則として、存続しているということとはできる⁷。

もっとも、合併の際には、増加する資本金額よりも承継資産額が少なくなることが認められ(会社計算規則36条、47条)⁸、また、従来、不足額填補責任は、会社債権者を保護するための無過失責任であり、総株主の同意があっても免除できないとされていたところ、発起設立の場合には過失責任となり(52条2項2号)、また、総株主の同意によって免除可能になった(55条)等、会社債権者保護を図る資本充実の原則は「緩和」されたと言わざるを得ない。

3. 変態設立事項の嚴重な規律

変態設立事項は、危険な約束と呼ばれ、定款の記載が要求される(28条)ほか、裁判所が選任する検査役による調査が原則として必要である(33条)。これらの条文の趣旨は、資本充実の要請・会社の財産的基礎の確保にあると考えるが、立案担当者のいうように、株主間の価値移転を防止する(株主間の公平を図る)ことも含まれる。

したがって、検査役の調査を経ない場合には、条文の趣旨から、変態設立事項は無効になると考えるべきである。

7 稲葉(前掲注5)255頁も「資本充実は、資本金額を基準とする用語であって、資本金額に相当する財産の確保が、資本充実の実質的な意味である。この要請(原則)がないというのは、おかしい」と言われる。

8 債務超過会社の吸収合併も認められる(795Ⅱ①合併差損が生じる場合である)。これは、債務超過の子会社を救済して、グループの経営の効率化を図る必要性があり、また、存続会社・承継会社・完全親会社において、株主が承認の株主総会決議さえすれば、反対株主には株式買取請求権、債権者には保護手続があるので、株主・債権者の保護に十分であり、また、債務超過会社の株主・債権者が、反対することも考えられないからであろう。

もっとも、立案担当者は、検査役の調査を受けた場合には発起人等が不足額填保責任（52条1項）の免責を受けられることが規定されている（52条2項1号）ことからすれば、検査役の調査を受けていない場合でも効力は生じないものではなく、その場合には、発起人等の不足額填保責任の問題として処理すべきという⁹。しかし、検査役の調査結果を登記に必要な書類として添付することが要求されているので（商業登記法47条2項3号イ）、事実上、問題は生じないであろう。

さらに、変態設立事項の変更（定款変更が必要になる）について、条文の趣旨からすれば、会社に過大な負担をかけるような危険な約束を減少させる変更のみ可能であり、創立総会において追加的・拡張的変更は許されない¹⁰。また、追加的・拡張的変更を認めると、決議に反対する株式引受人にとって株式引受けの条件（59条1項2号）の不利益変更になる¹¹ので認めるべきではない。

これに対して、立案担当者は、96条が、30条2項の規定にかかわらず創立総会の決議によって定款の変更をすることができる」と規定し、その内容について特段の制限を設けていないことから追加的・拡張的変更も可能とするが¹²、条文の趣旨を考慮せず、文理解釈のみで結論を導くことには賛成できない。

4. 仮装の払込の場合の支払等義務

平成26年改正法により、出資の履行を仮装した発起人の全額支払義務・全部給付義務が規定され（52条の2第1項、無過失責任）。払込みを仮装した設立時募集株式の引受人についても、全額支払義務が規定された（102条の2第1項、無過失責任）。以上の場合に、出資の履行または払込みの仮装に関与した発起人または設立時取締役（規則7条の2、18条の2）も同様の責任を負う（52条の2第2項、103条2項、過失責任）。以上の責任は、連帯責任であり（52条の

9 相澤哲・葉玉匡美・郡谷大輔編著「論点解説 新・会社法」20頁（商事法務、2006）。

10 最判昭41・12・23民集20巻10号2227頁。宮島司「新会社法エッセンス」4版補正版65頁（弘文堂、2015）、弥永（前掲注2）266頁、

11 江頭（前掲注4）「株式会社法」7版101頁。

12 （前掲注9）19頁。また、理由は付されていないが、神田（前掲注2）54頁も結論同旨。

2第3項、103条2項)、総株主の同意がなければ免除できない(55条、102条の2第2項、103条3項)。

また、仮装した払込金の支払い、あるいは、現物出資財産の給付につき、発起人、引受人あるいは関与した取締役等が会社に対して支払い・給付をした後でなければ、出資の履行を仮装した株式について、設立時株主及び株主の権利を行使することができない(52条の2第4項、102条3項)。ただし、当該引受人から設立時発行株式または株主となる権利を譲受けた者は、悪意・重過失なき限り、株主の権利を行使することができる(52条の2第5項、102条4項)。

以上の仮装払込みがなされた場合の規律は、会社設立時後の新株発行における募集株式引受人、取締役等についての規律と同様である。すなわち、出資の履行を仮装した募集株式の引受人は、全額支払義務・全部給付義務を負い(213条の2第1項、無過失責任)、同義務は総株主の同意がなければ免除できない(213条の2第2項)。仮装した払込金額あるいは現物出資財産の給付につき、引受人あるいは関与した取締役等が会社に対して払込み・支払いをした後でなければ、株主の権利を行使することができない(209条2項)。ただし、当該引受人から募集株式を譲受けた者は、悪意・重過失なき限り、株主の権利を行使することができる(209条3項)。取締役等についても、現物出資財産に不足額がある場合に不足額の支払義務(213条)、仮装払込があった場合にこれに関与した取締役等の責任(213条の3。その無過失を立証しない限り、連帯責任を負う)が規定された。

平成17年改正前商法においては、会社の成立後に払込み・給付の未済な株式がある場合は、発起人・設立時取締役が払込等担保責任を負い(平成17年改正前商法192条2項、無過失責任)、また、新株発行による変更登記にも関わらず、引受のない株式については、取締役に引受担保責任を負わせていた(平成17年改正前商法280条/13、無過失責任)。出資の履行が仮装された場合にも、これらの規定が適用されていた。しかし、会社法制定時に、当該規定は削除され、募集株式発行の際の「見せ金」に対する規制が緩すぎるとの批判があり¹³、平

13 岩原紳作『会社法制の見直しに関する要項案』の解説〔Ⅱ〕商事法務1976号10頁(2012)。

成26年改正の催に、前記の諸規定が整備されたのである。

これらの諸規定の趣旨として、転得者の保護規定（52条の2第5項、102条4項、209条の3）は取引安全であるが、それ例外の諸規定について、ここでも立案担当者は、出資の履行を仮装した発起人・設立時募集株式の引受人・募集株式の引受人に対する不当な価値の移転が生じるため、それ以外の株主の利益を保護するためであるとしている¹⁴。しかし、前述したように、資本充実の原則はなお存在し、その原則からの要請が諸規定の趣旨であると理解することもできると考える。

もっとも、会社債権者の保護からすれば、総株主の同意による責任免除を認めるべきではないのであるから、この意味で、資本充実の原則は「緩和」されていると言わざるを得ない。

5. 見せ金による払込の効力

従来、いわゆる見せ金が行われた場合の払込みの効力については、無効と解するのが、最判昭和38年12月6日（民集17巻12号1633頁）・通説であった。

その根拠として、見せ金は、他からの借入れ、株式の払込み、会社成立後又は募集株式発行の効力発生後まもなく払込取扱機関からの引出し、借入れ先への返済という一連の行為からなるが、これらの行為は全体として考察されるべきであり、当初から計画された払込仮装のためのからくりの一環をなしているのであるから、資本充実を期する法の趣旨に反するというものであった¹⁵。

これに対して、少数説として、個々の行為に着目する限り、見せ金による払込も有効であるとする説も主張されていた¹⁶。その根拠として、実質的には株式払込みの仮装行為であったとしても、それは発起人の主観的意図の問題に過ぎないのであって、会社設立のような集団的手続の一環をなす株式払込みの効

14 坂本三郎編著「立案担当者による平成26年改正会社法の解説」〔別冊商事法務〕393号152頁（2015）。

15 鈴木竹雄・竹内昭夫「会社法」3版70頁（有斐閣、1994）、大隅健一郎・今井宏「会社法論（上）」3版236頁（有斐閣、1991）等。

16 石井照久・鴻常夫「会社法第1巻」123頁（勁草書房、1977）、佐藤庸「商法の判例」3版18頁（有斐閣、1977）、小橋一郎「会社法」〔改定版〕56頁（成文堂、1991）等。

力は、かかる内心の事情によって左右されるべきではない（平成17年改正前商法175条9項、同191条参照、会社法51条に相当）というものであった。

平成17年に会社法が成立した後も、この通説と少数説の構図に変化はなかったが、前述した平成26年改正による仮装の払込みの場合の支払等義務の整備により、新たな有効説の主張がなされるようになった¹⁷。すなわち、その根拠として、第1に、仮装の払込みの場合に、支払等義務が履行された後でなければ株主の権利を行使できないとされ（52条の2第4項、102条3項）、当該引受人から設立時発行株式または株主となる権利を譲り受けた者は、株主の権利を行使することができることとされていること（52条の2第5項、102条4項）から、仮装出資した者も設立時株主および株主になるという前提に立っていることが明らかであり、したがって、払込み・給付は有効であるという前提によっていると解するのが自然である（36条3項、63条3項参照）。第2に、「払込みを仮装した出資に係る金銭の全額の支払」（52条の2第1項1号）を負う義務と規定され、「払込みをしなければならない」とは規定されていないことから、このように考えられる。第3に、支払等義務が履行された場合には、資本金の額ではなく、その他資本剰余金の額が増加するものとされていることとも（計算規則21条2号3号5号7号、445条1項と対比）整合的である。

しかし、第1の根拠について、52条の2第4項、102条3項は、むしろ、仮装の払込みが無効であるからこそ、支払等義務が履行された後でなければ株主の権利を行使できないとしているのだと解釈する方が自然であるし、52条の2第5項、102条4項は、仮装の払込みが無効であるから、本来出資の履行がなければ引受人は株式を取得できないところを、取引安全のために転得者を保護したのだと解釈できる。第2の根拠について、52条の2第1項1号の文言として、金銭の全額の「支払」を負う義務と「払込みをしなければならない」こととの相違が明らかではない。第3の根拠については、払込みが無効であるため、本来、資本金額の訂正が必要であったところ、支払等義務が履行された場合には、資本金額の訂正が不要になっただけであり、現実に会社財産が増えたので

¹⁷ 弥永（前掲注2）293頁。

あるから、その他資本剰余金の額が増加することにしたのだと解釈することも可能であろう。

前述したように、資本充実の原則は、なお存続しており、平成26年改正による仮装払込に係る諸規定はこの原則の要請であると解することもできる。見せ金による払込は、当初から計画された払込仮装のためのからくりの一環をなしているのであるから、資本充実を期する法の趣旨に反して無効であるとする通説の立場は維持されるべきものと考えられる。

6. 見せ金による払込無効は設立無効原因になるか

設立無効の訴え（828条1項1号）には、設立無効原因についての明文規定がなく、解釈に委ねられているが、会社が設立した場合の法的安定・取引安全を考慮して狭く解され、具体的には、例えば、定款の絶対的記載事項の不記載や記載の違法（27条）、定款に公証人の認証がないこと（30条）、発起人全員の同意による株式発行事項の決定がないこと（32条）、創立総会の招集がないこと（65条以下）、創立総会の決議内容の違法・無効、設立に際して出資される財産の価額又はその最低限に相当する財産の出資の履行がないこと（27条4号）が挙げられる。

これに対して、払込み（34条1項）がないこと自体は、主観的瑕疵に過ぎず、株式会社では無効原因にならない。当該発起人が失権するだけである。

しかし、発起設立の場合で、発起人全員による見せ金が行われ、全員の払込みが無効であるとする、必然的に、設立に際して出資される財産の価額又はその最低限に相当する財産の出資の履行（27条4号）がないことになり、このことは設立無効原因になる。もっとも、出資の履行を仮装した発起人が、その払込み金額全額の支払義務（52条の2第1項2項）を果たした場合や、失権手続（36条）の過程で、発起人が新たな期日に払込みをした場合には、瑕疵が治癒され、設立無効原因にはならない。

これに対して、募集設立の場合で、発起人による見せ金が行われ、その払込みが無効であるとしても、発起人のほかに株式引受人による出資があり、「設

立に際して出資される財産の価額又は最低額」(27条4号)を超える出資がある場合に、なお、無効原因を認めることができるであろうか。

無効原因になることを認めるのが通説である¹⁸。その根拠として、発起人は1株以上引受ける義務があるので(25条2項)、他の出資者によって、27条4号が充足されていたとしても、失権により発起人が1株も権利取得できない場合(36条3項)には、設立無効原因になるとする。

もっとも、25条2項の趣旨は、発起人に責任を持って設立事務を行わせるために、発起人は必ず出資すべきであるということにあることから、無効原因になるとするのが自然とするが、疑問を留保している説もある¹⁹。この説は、36条3項、59条2項は、発起人が株主にならないことが、必ずしも設立無効原因にならないことを前提にしていると考えられること、さらに、25条2項は、引受けることのみを要求しており、発起人が株主となることまで要求していないから、設立無効原因はないという解釈の余地が全くないわけではない²⁰ことを挙げる。

上記の疑問を留保する説は、25条2項の文言や、36条3項、59条2項は発起人が失権して²¹株主にならないとしても、なお、発起人としての義務・責任を負うとも解釈できることから、その根拠は首肯し得るものである。思うに、発起人の人数は1人でもよく、たとえ、1人の発起人が見せ金を行い失権手続を経て株主にならなかったとしても、他に少なくとも1人の発起人が1株以上を引受け、有効な払込をして株主になっているのであれば、この限りで25条2項の趣旨に反しない。そして、他の出資者と合計した払込・給付済みの財産が27条4号を充足しているのであれば、会社設立をめぐる法的安定性を尊重し、また、最低資本金を撤廃し、打切り設立を認めて会社設立を容易にする会社法の

18 江頭(前掲注4)「株式会社法」7版111頁、神田(前掲注2)52～53頁、宮島(前掲注10)74頁、相澤哲・葉玉匡美・郡谷大輔編著(前掲注9)30頁。

19 弥永真生「リーガルマインド会社法」13版263頁(有斐閣、2012)(14版には記述がない)。

20 弥永真生「演習会社法」21頁(有斐閣、2006)。

21 見せ金による払込が無効でも、失権手続(36条)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(江頭憲治郎「株式会社法」4版81頁(有斐閣、2011))と解されていたが、平26改正法は支払義務を法定した(52条の2第1項)。52条の2第1項は、同人に関する限りは、実質的に責任を加重したわけではないとされる(江頭(前掲注4)111頁)。

趣旨を尊重して、設立無効事由にするべきではないと考える。

なお、立案担当者は、見せ金による払込み無効の場合、失権手続をとっていなくても（設立時発行）株式の取得は不能であり、発起人に引受義務を課す25条2項違反（株式の取得が不能であるため、引受けが無効であるとするものと思われる）が認められるので、設立無効原因を認め得ると考えている²²。しかし、払込みの仮装が判明した時点では発起人にも設立時発行株式が発行されているので、取得が不能というのは必ずしも妥当しない²³。この場合は、引受という法律行為（合同行為か契約か、争いはあるが）は有効だが、その法律効果である払込み（34条1項）義務の履行が無効となって、払込み義務の不履行が生じているに過ぎない。債務不履行の問題が生じて、いわば契約解除（民法541条）が問題になるだけである。失権のための手続（36条）は、この契約解除の手続に相当する。もっとも、仮装払込みの意図が当初からあることから、引受けも心裡留保でなされたと考える余地がないわけではないが、引受けが合同行為であるとして、「相手方」がいなくとも、常に有効であるし（民法93条本文）、契約であるとして、「相手方」がいると考えても、51条1項により、民法93条但書の適用がなく、やはり、有効である。つまり、引受けが無効であると考えすることはできない。そして、引受けはなお、有効である以上、失権のための手続は必要である。

また、出資の履行を仮装した発起人に、その払込み金額全額の支払い義務を負わせ（52条の2第1項）、仮装した払込金の支払いをした後でなければ、出資の履行を仮装した株式について、設立時株主及び株主の権利を行使することができないとし（52条の2第4項、102条3項）、当該引受人から設立時発行株式または株主となる権利を譲受けた者は、悪意・重過失なき限り、株主の権利を行使することができる（52条の2第5項、102条4項）とする平成26年改正法のもとでは、立案担当者の「失権手続をとっていなくても株式取得は不能」という考え方は成り立たないと思われる。

22 葉玉匡美編著・会社法立案担当者の会著「新・会社法百問」2版118頁（ダイヤモンド社、2006）。

23 松尾健一「論点詳解 平成26年改正会社法」神田秀樹編76頁（商事法務、2015）。

7. 見せ金による払込無効は募集株式発行の無効原因になるか

見せ金による払込み（208条1項）が無効であるとする、そのことは募集株式発行の訴え（828条1項2号）の無効原因になり得るかが問題となる。立案担当者は解釈に委ねるとしており²⁴、見解を示していない。

ここでも、条文上、何が無効原因になるかは明らかではなく、法令や定款違反があった場合、新株発行無効の訴えの無効原因になるかどうかは、解釈によって決定されるが、当該法令・定款の趣旨（会社・既存株主の利益保護）を考慮しつつ、（公開会社では）新株主・第三者の利益、取引安全、法的安定性保護の見地から、無効原因は狭く解釈される。

見せ金による払込が無効である場合、新株発行無効の訴えの無効原因にならないとする最判平9年1月28日（民集51巻1号71頁）があった。その理由は、取締役引受担保責任があること（前述のように、平成17年改正前商法280条ノ13では、新株発行による変更登記にも関わらず、引受けのない株式については取締役引受担保責任を負わせていた）にあった。この規定により、資本の充実が図れて会社・既存株主の利益保護、さらに会社債権者の保護が図れる一方で、株式取引安全との調和も図れるからである。しかし、会社法では、取締役引受担保責任を認める規定がなく、先例としての意義を失った。

この点については、無効原因を肯定する説がある²⁵。この説の理由は必ずしも明らかではないが、見せ金による払込が無効であれば、208条5項によって、当該株式引受人は失権し、また、209条1項によって株主になることができなからであると思われる。しかし、払込がない場合には、本来、株式は成立せず（209条1項は株式の成立時期を定めたと解される）、株式無効ではなく、株式不存在の問題にするべきであろう。そこで、新株発行不存在確認の訴え（829条1号）の不存在原因になることを肯定する説もある²⁶。

以上に対して、無効原因を否定する説がある²⁷。この説は、平成26年改正法

24（前掲注14）154頁。

25 北村雅史「法学教室」372号122頁（有斐閣、2011）。

26 弥永（前掲注2）339～340頁。

27 松尾（前掲注23）77～78頁。

により、払込を仮装した募集株式の引受人は、全額支払い義務を負い（213条の2第1項）、仮装した払込み金額につき、引受人あるいは関与した取締役等が会社に対して払込み・支払いをした後でなければ、株主の権利を行使することができないとされ（209条2項）、当該引受人から募集株式を譲受けた者は、悪意・重過失なき限り、支払い義務が履行されていなくても、株主の権利を行使することができる（209条3項）とされていることから、これらの規定は、出資の履行が仮装された場合であっても株式は有効に成立することを前提としていると読むのが素直であることを理由にする。すなわち、この説は失権手続の有無にかかわらず失権しないと解釈するものである。

思うに、確かに、上記の説の主張するように、平成26年改正法の上記規定は、出資の履行が仮装された場合であっても、株式引受人は失権せず、株式は有効に成立することを前提としていると読むのが素直である。したがって、株式無効・不存在とすることは疑問である。さらに、平成26年改正法は、取締役等についても、仮装払込みがあった場合にこれに関与した取締役等の責任（213条の3。その無過失を立証しない限り、連帯責任を負う）も規定している。したがって、209条2項3項、213条の2、213条の3の規定によって、資本の充実が図れて会社・既存株主の利益保護、さらに会社債権者の保護が図れる一方で、株式取引安全との調和も図れるのであるから、前記平成9年の最判同様に、見せ金による払込みが無効と解する場合であっても、新株発行無効の訴えの無効原因にならないと解すべきである。

もっとも、株式引受人や取締役等によって、実際に支払いがなされるまでの期間は、誰が株主なのであろうか。権利株（株式引受人たる地位）が生じているだけと構成するのか。また、結局、支払いがなかったら、209条2項の反対解釈から、株式不成立・不存在にせざるを得ないのではないであろうか。これらは、残された問題であり、今後の検討に委ねたい。

8. 株主平等原則

株主平等原則は、平成17年改正前商法においては、これを認める条文が存在

しなかった。それにもかかわらず、強行法規としての性格を持つ原則として、広く承認・適用されてきた。それは、その根拠が、団体における一般の平等原則と同様に、広く法に横たわる正義衡平の理念の株式会社における発現だからであるとするのが通説であった²⁸。この通説の考え方は、細かいバリエーションもみられるものの、自然法上の概念である正義衡平に根拠を求めるものである。これに対して、少数説として、政策に根拠を求める説²⁹や技術的要請に根拠を求める説³⁰も存在する。

そして、従来、株主平等原則とは、株主は、株主としての資格に基づく法律関係においては、原則としてその所有する株式の数に応じて平等の取扱いを受けることであり、具体的には、①株式の内容の同一、及び、②内容が同一であれば取り扱いも同一であること、を要求するのが通説であった。

①②ともに原則であるから、その例外は法が認めたもの以外は許されず、①の例外として、法が定款で定めれば異なる内容の種類の株式の発行が認められることが、挙げられてきた。しかし、前記の株主平等の原則を技術的要請に基づくものとする説は、①は平等原則とは直接の関係はないという³¹。

平成17年に成立した会社法は、その109条1項において、株主平等原則についての明文規定を置いた。すなわち、「株式会社は、株主を、その有する株式の内容及び数に応じて、平等に取り扱わなければならない。」と規定する。これによると、株主平等原則は、株式の内容に応じた「平等の取り扱い」、及び、株式の数に応じた「平等の取り扱い」を意味することになる。そこにおいては、従来、通説の認めてきた①株式の内容の同一は含まれておらず、単に、②内容

28 鈴木竹雄「株主平等の原則」商法研究Ⅱ会社法(1)235頁以下(有斐閣、1971)、大隅・今井(前掲注15)335頁、落合誠一「株主平等の原則」鈴木・大隅監修「会社法演習Ⅰ」207頁以下(有斐閣、1983)等。

29 上村達男「株主平等原則」特別講義商法Ⅰ竹内昭夫編20頁(有斐閣、1995)は、「一般に株主平等原則は大株主・理事等による専横から少数株主を保護する機能を有すると言われるが、それは株主平等原則の「機能」ではなく、その「政策目的」そのものというべきである。」という。

30 神田(前掲注2)71頁は、「この原則は、株式が株主の地位を均一の割合的単位にしたものであることを裏から表現したものと解すべきである。換言すれば、株主平等取扱いという原則がないと、株主と会社の法律関係や株式の譲渡等を合理的に処理できなくなり、ひいては誰も安心して株式会社に株主として出資できなくなって株式会社制度が成り立たなくなるというのが、このような株主平等原則を認めるべき理由である」という。

31 神田(前掲注2)72頁。

が同一であれば取り扱いも同一であることだけが含まれていることになる。そして、109条の前に置かれる108条によって規定される異なる内容の種類株式は、平等原則の例外と位置付けられないことになった。これは、前記の株主平等の原則を技術的要請に基づくものとする説の主張に符合するものである。

しかし、異なる内容の種類株式は平等原則の例外ではないとすると、あくまで理論上の話ではあるが、政策によって如何なる不平等な内容の種類株式でも作ってよいことになる。もちろん、108条で認められている種類株式のみが許されているとの反論があろうが、その反論には十分な根拠を見出すことができず、108条には、原則の例外としての厳格な解釈の歯止めがかかることもなくなってしまう。したがって、会社法の下でも、「株式の内容の同一」が株主平等原則の内容として含まれていると解釈した方がよいのではないだろうか。

そのような解釈をするのであれば、108条で認められている種類株式のみが例外として許されるという理論的な歯止めが可能になる。

では、「株式の内容の同一」が株主平等原則の内容として含まれていると解釈することが、会社法の下でも可能であろうか。確かに、109条1項では、そのような解釈は無理であろう。しかし、平成17年改正前の商法においては、条文が存在しなくとも、「株式の内容の同一」は、自然法上の概念である正義衡平を根拠として認めるのが通説であった。したがって、「株式の内容の同一」を規定する条文が会社法上存在しなくとも、自然法上の概念である正義衡平を根拠に、それを認めることが可能であると考えられる。109条1項は、「平等の取り扱い」を規定するが、「株式の内容の同一」を否定するものではないと解すべきである。

その結果、株主平等原則の内容として、以前と変わらず、①株式の内容の同一、及び、②内容が同一であれば取り扱いも同一であることが要請される。

①について、法の認めた例外が、種類株式(108条)であり、公開会社でない会社における109条2項3項である。

②内容が同一であれば、取り扱いも同一ということは、内容が異なると、異なった扱いをしてよいし、数が異なると、数に応じて平等に扱うことを意味す

る。②について、法の認めた例外が、種類株主総会の決議（322条、323条）、相対取引における自己株式の取得（160条、309条2項2号）、単元未満株式（189条）、一株に満たない端数の処理（234条）、単独・少数株主権の要件である。

9. 124条4項但書に該当する場合

平成17年改正前商法においては、基準日後に新株発行を受けて株主になった者が株主総会において議決権を行使できるか否かについて、明文規定はなく、定款の定めがあるときは認める説³²、定款の定めがなくとも会社は議決権行使を認めることができるとする説³³、平等原則違反を理由として認めない説³⁴があった。

平成17年に成立した会社法は、その124条4項本文において、基準日後に株式を取得した株主に対して、会社の判断により議決権の行使を認める³⁵。そして、基準日後に新株を発行した場合には、立案担当者は、当該発行した株式についての基準日株主は存在しないので、基準日株主を害する場合は生じることはなく、124条4項本文を適用することができるとする。この場合には、株式会社が基準日後の株主に議決権を認めることにより、基準日株主の議決権割合が減少することになるが、そのこと自体は、124条4項の規定が予定しているところであり、基準日株主を害する場合に当たらず、124条4項但書は適用されないという。そして、同項但書が適用される基準日株主を害する場合は、たとえば、基準日株主の有する株式が基準日後に譲渡された場合において、株式会社が株式の基準日後の株主が権利を行使できる者と定めることにより、基準日株主が議決権を行使することができなくなるような場合であるという³⁶。

32 河本一郎「現代会社法」新訂9版198頁以下（商事法務、2004）、原田晃治・郡谷大輔「実務相談室新株の発行等と基準日の制度」商事法務1626号43頁（2002）。

33 神田秀樹「会社法」7版81頁（2005）。

34 新谷勝「敵対的企業買収」111頁以下（税務経理協会、2004）。

35 相澤哲編著「一門一答 新・会社法」改定版66頁（商事法務、2009）は、124条4項には、議決権を行使させる者を決定する基準や要件が定められておらず、基準日後の株主に議決権を行使させるかどうかは、基本的に株式会社の裁量に委ねられているとする。もっとも、裁量に委ねるとしても、株主平等の原則への配慮は当然必要とされる。

36 （前掲注9）132頁～133頁。

学説には、この立案担当者と同じ見解も存在するが³⁷、株の買占めに対抗するために、基準日後に、一部特定の第三者に多数の新株を割当てるとような、「著しく不公正な」新株発行がなされ（210条による差止めが認められ得る場合）、当該新株に対して、議決権行使を認める場合であるとする見解もある³⁸。

要綱試案公表後に、基準日後に筆頭株主（敵対的買収者）の議決権割合を著しく低下させる第三者割当増資が行なわれた事件等があったことから、法制審議会商法部会において、濫用的な会社の判断を制約するための文言（124条4項相当の文言）の修正が議論されていたが、要綱案では結論が出ず、文言の修正はなされなかった³⁹。しかし、条文化された会社法124条4項には、このような但書が加えられていた。

思うに、立案担当者が同項但書に該当する場合として挙げる例は、そもそも基準日制度の趣旨から同じ結論を導くことができる当然のことであり、わざわざ但書に規定する必要はない。立案担当者の解釈に従うのであれば、基準日後に敵対的買収者の議決権割合を著しく低下させる第三者割当増資が行なわれた場合も、割当を受けた第三者に議決権行使を認めることで、いわば、「後出しジャンケン」で、当該会社の経営陣の保身が図れることになってしまう。その場合の基準日株主（敵対的買収者）の保護は、第三者割当増資の事前差止め（210条）か、事後的に株主総会の決議方法が著しく不公正な場合であるとして決議取消しの訴え（831条1項1号）によることが可能ではあるが、もし、124条4項に但書を加えるとするならば、まさにこのような場合ではないだろうか。立案担当者は、会社が基準日後の株主に議決権を認めることにより、基準日株主の議決権割合が減少することになるが、そのこと自体は、124条4項の規定が予定しているところであるというが、事前差止めや決議取消しの訴えが起こるよう

37 神田（前掲注2）111頁、弥永（前掲注2）96頁。

38 山下友信「特集新会社法の制定（株式総則、株主名簿、株式の譲渡、株券等）」ジュリスト1295号33頁（2005）、江頭憲治郎「会社法制の現代化に関する要綱案」の解説」商事法務1725号7頁（2005）（但し、124条4項但書そのものについての見解ではない。）また、江頭（前掲注4）「株式会社法」7版216～217頁も「違法になる可能性がある」といわれるものの、124条4項但書に該当するとは明言されていない。さらに、以前の弥永「リーガルマインド会社法」9版107頁（有斐閣、2005）は、この見解であった。

39 江頭（前掲注38）商事法務1725号7頁、17頁。

な可能性があることを考えると、124条4項の規定が予定しているとするには無理であろう。

もっとも、基準日後に新株を発行した場合には、当該発行した株式についての基準日株主は存在しないので、同項但書の「当該」基準日株主の権利を害すると評価するにはやや不自然さがあり、このような場合には、新株発行差止に付随して、あるいは既存株主の妨害排除請求権を本案として議決権行使の差止が認められると解するのが妥当ではなかろうかという反論もある⁴⁰。

しかし、確かに、基準日後に新たに発行した株式についての基準日株主は存在しないが、「当該」の文理にこだわるよりも、不公正と評価できるような会社の措置（会社経営陣の支配権維持のために、基準日後に敵対的買収者の議決権割合を著しく低下させる第三者割当増資が行なわれた場合）がなされた場合の基準日株主の保護を考えるべきではないだろうか。立案担当者の見解には反するが、基準日株主の議決権割合が減少するという、「基準日株主の権利を害する」ことが生じている。また、このような場合には、新株発行差止に付随して、あるいは既存株主の妨害排除請求権を本案として議決権行使の差止が認められるとの主張はあり得る構成ではあるが、迂遠であろう。同じ結論を導くのであれば、端的に124条4項但書に該当するとした方がよい⁴¹。

10. 株主代表訴訟における被告取締役側への会社の補助参加

株主代表訴訟（責任追及等の訴え、847条3項）において、会社が被告取締役側に補助参加することは認められないとするのが通説であったが、認められるという少数説もあり、活発に議論されていたが⁴²、平成13年に、これを認める最高裁決定⁴³も出され、さらに、議員立法により、商法上も認められるに至った（平成17年改正前商法268条8項）。その後、現在の会社法においても、それ

40 弥永（前掲注2）96頁。

41 結論同旨として、遠藤美光・堀裕「会社法における基準日後の株主の議決権の帰趨-会社法124条4項の解釈論-」金融法務事情1784号14頁（2006）。

42 詳細については、拙稿「株主代表訴訟における会社の訴訟参加」法学政治学論究37号（1998）を参照されたい。筆者は、補助参加を認める見解であった。

43 最高裁決定平成13年1月30日（民集55巻1号30頁）。

は承継され、849条1項によって、会社が被告取締役側に補助参加することが認められている。このように、補助参加の可否については、決着がついている。

しかし、補助参加をするにあたって、補助参加の利益（民事訴訟法42条「訴訟の結果」についての法律上の利害関係）の要否をめぐって、争いがある。

民事訴訟法における訴訟物限定説（多数説）は、「訴訟の結果」を判決主文で判断される事項であり訴訟物であると捉えていた⁴⁴。これによると、会社が取締役を補助することは、訴訟物である会社の取締役に対する損害賠償請求権の存在を否定することになるので、補助参加の利益が認められないことになる。これに対して、判決理由中の判断に法律上の利害関係を持つだけであっても認められる場合があるとの訴訟物非限定説（少数有力説）によると⁴⁵、取締役会の決定に基づいて取締役が行為している場合には、判決理由中の判断になる取締役会の決定の違法性が問題になり、補助参加の利益を認める余地がある⁴⁶。

前記最高裁決定は、「（訴訟の結果につき）法律上の利害関係を有する場合とは、当該訴訟の判決が参加人の私法上又は公法上の法的地位又は法的利益に影響を及ぼすおそれがある場合をいう……。取締役会の決定に基づいて取締役が行為している場合に、株主が取締役会の意思決定が違法であるとして取締役に対して提起された株主代表訴訟において、会社は特段の事情がない限り、取締役を補助するために訴訟に参加することが許される……。けだし、…取締役会の意思決定の違法を原因とする、株式会社の取締役に対する損害賠償請求が認められれば、その取締役会の意思決定を前提として形成された株式会社の私法上又は公法上の法的地位又は法的利益に影響を及ぼすおそれがあるとい

44 兼子一「新修民事訴訟法体系」399頁（酒井書店、1954）、三ヶ月章「民事訴訟法」235頁（有斐閣、1959）山下友信「取締役の責任・代表訴訟と監査役」商事法務1336号15頁（1993）、笠井正俊（前掲注43）の「判批」ジュリスト1201号86頁（2001）等。

45 井上治典「補助参加の利益」『多数当事者訴訟の法理』77頁（弘文堂、1981）、新堂幸司「民事訴訟法」2版補正版506頁（弘文堂、1990）、伊藤眞「補助参加の利益再考」民事訴訟雑誌41号1頁（1995）等。

46 伊藤眞「コーポレートガバナンスと民事訴訟」商事法務1364号18頁（1994）、小林秀之・原強「株主代表訴訟」311頁（日本評論社、1996）、佐藤鉄男「株主代表訴訟における訴訟参加とその形態」ジュリスト1062号63頁（1995）。拙稿（前掲注42）110頁以下。もっとも、訴訟物非限定説に立ちつつも、補助参加の利益を否定するものとして、徳田和幸「株主代表訴訟と会社の訴訟参加」法曹時報48巻8号1667頁（1996）、岩原紳作「株主代表訴訟の構造と会社の被告側への補助参加」竹内昭夫編『特別講義商法Ⅰ』（1991）235頁（有斐閣、1995）、中島弘雅「株主代表訴訟における訴訟参加」『株主代表訴訟体系』小林秀之・近藤光男編221頁（弘文堂、1996）がある。

うべきであり、株式会社は、取締役の敗訴を防ぐことに法律上の利害関係を有するということができるからである。」と判示している。

この最決平成13年1月30日は、補助参加の利益必要説に立っているが、平成17年成立の会社法の下でも、会社が被告取締役側に補助参加するためには、補助参加の利益が必要であろうか。

この点については、補助参加の利益不要説、態度保留⁴⁷、必要説に分かれている。

不要説は、「判例は、取締役の意思決定が違法であるとして取締役に対して提起された株主代表訴訟において、株式会社は、特段の事情がない限り、取締役を補助するため訴訟に参加することが許されると判示したが、補助参加が許されない例外的な場合がどのような場合であるか不明であったため、旧法の下では、会社に関する補助参加の利益をめぐる争いがなお生じるおそれがあった。しかし、代表訴訟の訴訟物は会社の有する損害賠償請求権であり、また、その基礎となる事実は、会社の営業や運営に密接にかかわるものである以上、会社がその訴訟の結果について利害関係を有しないことはほとんど考えられない……。それにもかかわらず、会社が取締役側に補助参加するたびに、その可否をめぐる争いが生じるとすれば、裁判の迅速性や訴訟経済の点からも望ましくない。そこで、849条1項本文は、株主や会社が、民事訴訟法42条に規定する「利害関係」を有するかどうかを顧慮することなく、責任追及等の訴えにおいて補助参加をすることができることを明らかにして、補助参加の利益をめぐる争いが生じないようにしている」という⁴⁸。

必要説は、「民事訴訟法一般に要件となる補助参加の利益を不要とする規律を会社法849条1項から読み取ることはできない。仮に、この規定で補助参加の利益がなくても補助参加ができると読めるのであれば、当事者適格のない者

47 弥永（前掲注2）251頁は、「少なくとも文言上は、補助参加の利益不要」というのみで、要否について断定していない。また、行澤一人・会社法判例百選初版（76事件）157頁（2006）は、849条1項を平成13年最決との関係でどう読むべきかは、今後の学説判例の進展に待つほかはないだろうと言われる。

48 相澤哲編著「一門一答 新・会社法」（前掲注35）251頁。相澤哲・葉玉匡美・湯川毅「新会社法の解説（17）」商事法務1755号5頁（2006）。なお、神田（前掲注2）273頁や江頭（前掲注4）会社法7版501頁も、理由を付されていないが、不要説に立っている。

も共同訴訟参加（民訴52条）ができるということになってしまい、これは明らかに不合理であって、成り立ち得ない考え方である。民事訴訟法上の補助参加であるにもかかわらず補助参加の利益を不要とする規律をするには相当に合理的な根拠が必要となるし、補助参加の利益を不要とする解釈は、「民事訴訟法42条の規定にかかわらず、補助参加をすることができる」といった明文の規定が付された場合に、ようやく採り得るものであろう」という⁴⁹。

筆者は、以下の理由で、補助参加の利益が必要であると考えます。

第1に、849条1項2項の文言は、平成17年改正前商法268条2項に補助参加を加えただけで、平成17年改正前商法268条8項、商法特例法18条ノ3（平13年の議員立法）と849条とは実質的に異なっているようには見えない。849条1項同様、条文の文言上は補助参加の利益不要とも読めそうであるが、平成17年改正前商法268条2項、8項等の解釈では、補助参加の利益が当然必要であるとされ、改正前商法268条8項新設後も、前記平成13年最決は、判例としての有効性を保持するというのが共通の理解であった⁵⁰。

第2に、立案担当者は、会社に補助参加の利益が認められないことがほとんど考えられないというが、逆に、平成13年当時の多数説は補助参加の利益が認められることがあり得ないとしていたのであって、補助参加の利益が認められる場合も限定的だがあり得るとするのは少数説であった⁵¹。前記最決は、確かに「特段の事情がない限り」補助参加が許されるというが、それは、「取締役会の意思決定の違法が原因」となっているような限定的な場合に初めて会社の補助参加の利益が認められ、このような補助参加の利益が認められる場合に特段の事情がない限り補助参加が許されるとしたに過ぎない。しかし、立案担当者は、「特段の事情がない限り補助参加が許され」、補助参加が許されない例外的な場合がどのような場合であるのか不明であるため、849条1項は補助参加の利益不要としたと説明しているが、これは、前記最決の言わば原則と例外を入れ替えた解釈であり、とうてい是認できない。

49 笠井正俊・会社法判例百選3版（69事件）143頁。

50 行澤（前掲注47）157頁。

51（前掲注44）及び（前掲注46）を参照されたい。

第3に、もともと、補助参加の利益や訴えの利益は、民事訴訟制度設営上の国家的観点から要求されてきた訴訟要件（多数の訴訟を処理しなければならない裁判所に、当該事件に本案判決をする必要性・実効性があるかを吟味させるための要件）のはずだが、株主代表訴訟の場合で、しかも、会社が被告取締役側に補助参加する場合だけ、補助参加の利益を不要とすることは許容しがたい。

11. おわりに

本稿は、会社法の諸問題のうち、現在までに、筆者の考えがある程度まとまったものについてとりあげ、記述したものである。もっとも、本稿においても、仮装の出資がなされた場合の引受人・取締役等の支払責任について、現実に支払いがなされないでいる期間や結局支払いがなされなかった場合の規律については、いまだ検討不十分なままに終わった。これ以外にも、例えば、定款に記載のない財産引受けがなされた場合の規律、現物出資財産が定款記載額よりも著しく低い場合に会社に損害が発生したといえるか、株券失効制度と善意取得との関係、取締役会における特別利害関係の判断基準、合併無効の訴えにおいて株主総会決議の瑕疵を主張できる期間、濫用的会社分割等々、現在検討中の諸問題が多々ある。これらについては、また別の機会に述べてみたいと思う。