

株式の仮装払込に関する問題点

岡 田 利 克

I 問題の提起

1. 仮装払込の発生理由

株式会社は資本集中の最高度の形態であるといわれる。その理由は、合名会社・合資会社・有限会社と異なり、出資者たる社員から生ずる種々の問題点や制度的な難点¹⁾を排して、社会に散在する多数の出資希望者から資金を集め、しかもその出資金は返済することを要せず、実質的には出資者の経営に対する影響力を薄めると同時に、零細な資金をも集めることが可能だからである。これを制度的な特徴として説明するならば、株主有限責任の原則を基盤として、他人資本を自己資本として集中管理するとともに、一株一議決権という所有株式数にもとづく資本多数決の原理を結びつけ、それによって経営権の確立をはかっているということになる。したがって、株式会社制度は資本主義経済の発展にとって重要不可欠の法技術制度であり、高度の文明社会の出現はこの株式会社制度に負うところまことに大なるものがある。現在でもこのような重要な役割を果たしていることはもちろんのこと、今後もますますその重要性は強調されるであろう。しかし、他面において株式会社制度より生ずる種々の弊害も決して少なくない。今日までの株式会社法のすばらしい発展は、株

式会社制度より生ずるいろいろな弊害に対する、立法者の果敢な反撃とたゆまぬ改革の努力の賜物といえることができる。

ところで、その弊害の顕著なものの一つに、会社設立や新株発行に際してしばしば経済界で行なわれている仮装払込行為があり、「見せ金」による会社設立の横行は、第二次世界大戦後におけるわが国株式会社制度をめぐる病理現象の最大のものの一つであるといわれる²⁾。会社の種類は、特別法上の有限会社を含めて四種類であるが、さらにこれを講学上的人的会社と物的会社に区別して説明するのがつねである。しかし、この区別は法典上の区別ではなく、学問上、特に社会学的見地からの区別である。この区別の標準は、会社の対外的信用の基礎が对人的であるか対物的であるかによるもので、社員個人と会社企業との関係が非常に密接なものを人的会社といい、そうでないものを物的会社という。すなわち、合名会社の場合は、各社員が個人財産をもって会社債権者に対して直接無限に責任を負うもので、会社の信用の基礎は会社を構成する社員その人にある。ところが、株式会社の場合は、社員すなわち株主は会社に対して一定額の出資義務を負うのみで（商法200条I項）、会社債権者に対しては全く責任を負わないから、会社信用の基礎は専ら会社財産のみということになる。このような社員の責任を間接有限責任といっているが、実際には出資義務を履行して初めて株主となるのであるから、株主となった以後は事実上何らの責任を負うことはない。だから、合名会社は人的会社の典型であるが、株式会社は物的会社の典型的なものであるといえる。もっとも、この区別は必ずしも絶対的

1) 合名会社では、各社員の間で経営方針に違いが生ずる可能性があり、場合によっては、退社による出資金の払戻によって企業の崩壊もありうる。また合資会社では、有限責任社員でも、無限責任社員の経営方針に対する不満が原因の退社もありうるし、無限責任社員相互間でも、経営方針の不統一から退社の可能性はあり、出資の払戻による企業崩壊の危険性は存在する。有限会社には以上のような危険は一応排除されてはいるものの、社員総数は50名を超えることはできないと定められている（有限会社法8条I項）ので、広く社会一般から資金を集めることは不可能といわねばならない。

2) 鴻常夫『法律時報』36巻3号31頁。

なものといえない面もある。例えば株式会社にあっても、大株主の何人なるかは企業経営上の重要な要素として会社の信用を事実上左右することもあり、また、同族的な色彩の強い株式会社は、むしろ合名会社と同じように人的要素が重視されることもある。しかし、最終的には会社財産のみが弁済の担保となる株式会社においては、会社債権者にとって資本充実が一段と強く要請されることになり、特に株式会社の設立にあたっては、厳格な種々の規制を受けることになる³⁾。このような厳格な態度をとる会社法の運用にあたって、その理念と著しく背馳するものに、さきにあげた株式の仮払込がある。いわゆる仮払込の類型として考えられるものは、次の①預合、②見せ金、③会社資金による株式の払込であり、特に最近注目すべきものは、第④の類型として登場した「預合」と「見せ金」の混合型態である。預合については、昭和13年の改正によって民事上の規整が行なわれ（商法189条・280条の14 I）、これと同時に商法上に罰則規定が設定されて（商法491条）、いわゆる「預合」が禁圧されたかに見えた⁴⁾。ところが、この脱法手段として登場したのが「見せ金」による払込と会社資金による株式の払込であり、また「預合」と「見せ金」の混合型態である。したがって、これらについての直接の明文規定は存在しないため、「預合」と同様の民事上の責任および刑事上の責任が生ずるかが判例学説上の争点となっている。

2. 預合および見せ金の意義

預合といい見せ金といっても、これらは本来法律用語として使用されたものではなく、株式

払込の仮装を示すために生まれた経済界の用語である。特に預合については、「此の預合なる言葉は法律用語として珍らしいものであるが、経済界に於ては既に一つの成言となって居り、其の意義も明確になって居る……」との見解もあったが、立法当時は勿論、現在においてもその意味内容は明確であるとはいえない⁵⁾。商法491条の改正審議の経過からみても、預合の定義を法文にうたう困難さと、法文の体裁上の問題からことさら「預合」としたにすぎず、経済界の成語としてはともかく、その意味内容がいまいのまま成文化されたものといえる。したがって、預合とは何であるかについて商法は別段の規定を有しない。また見せ金については前述のごとく法文上には勿論登場せず、預合の語と同様、その意味内容はまことに不明確である。けれども、預合については、通常、会社の設立または新株発行に際して、発起人または取締役が払込取扱銀行から払込資金の全部または一部を借入れ、これを株式払込金として会社の銀行預金に振替えたこととし、その借入金を弁済するまでは預金を引き出さない旨を約し、商法189条Ⅱ項にいう、いわゆる「払込金額の返還に関する制限」をなすことによって、株式払込を仮装する行為をいうものと解している⁶⁾。ところが実際上は、商法189条の適用をさけるために払込金の大部分を第三者からの借入金でまかない、これを現実に払込取扱銀行に払込み、設立登記申請が受理された後は直ちに払込金を払込取扱銀行より払込む場合が実業界では意外と多く行なわれ、これを見せ金による会社設立と呼んでいる⁷⁾。そこで「見せ金」とは、発起人ま

5) 奥野健一外6名『株式会社法釈義』543頁以下。河井信太郎『株式会社役員職員の刑事責任』75頁以下。

6) 田中誠二博士は、「預合というのは、発起人と銀行とが通謀し、または相互にその情を知りながら、払込があり払込金が銀行預金となったように仮装し、ただこのような預金は払戻をしないことを合意する場合をいい、払込を扱う銀行等の金融機関の役職員との通謀を要し、金融機関との通謀のない、いわゆる見せ金による会社の設立は預合に該当しない。」とされる（『会社法』134頁）。鈴木竹雄『会社法』58頁。大隅健一郎『全訂会社法論』192頁。同「見せ金による会社の設立」『商法演習Ⅰ』33頁。松田二郎『新訂会社法概論』97頁。

7) 田中誠二『会社法詳論』（上）197頁。

3) 商法175条Ⅱ10号、177条Ⅱ、178条、189条、280条の6第5号、280条の14。その他資本充実の原則から要請されるものとしては、商法173条、184条、280条の8、192条、280条の13、210条、288条～290条等。

4) 大隅博士は商法189条について、「右の規定の立法の趣旨は、発起人が銀行又は信託会社と通謀して、自己の借入金を会社の預金に振替えて株式の払込を仮装し、かつその借入金を弁済するまで預金の引出をなさない旨を約するいわゆる預合（罰則、商491）の弊風を抑制しようとするにある。」と述べられている（『全訂会社法論』192頁）。松田二郎『会社法概論』99頁。

たは取締役が株式払込取扱銀行以外の第三者から払込資金の借入をなし、これを株式払込金として取扱銀行に払込み、会社の設立または新株発行の効力発生後直ちにその払戻を受けて借入先に弁済する株式払込の仮装行為と解されている⁸⁾。つまりここにいう株式払込金は、設立手続をととのえるために登記完了までの数日間だけ預金とし、設立登記完了とともに引出して返済をするものであり、あとには会社の貸金債権のみが残る結果となる。このような行為は法律的には形式上の株式払込金でありながら、実質的な株式払込金とする意思はなく、はじめから計画的に会社成立後または新株発行の効力発生後に、発起人または取締役等がこれを個人的な借財の支払に流用しようとするものに他ならない。会社法上の根本原則である「資本充実の原則」がなおざりにされる点では預金と軌を一にするといえよう。

3. 両者の相違点

ところで、「見せ金」による株式の払込が「預金」の一場合に該当するかという点、両者の間には次のような相違点が見出されるのである。

① 「預金」の場合は、払込取扱銀行より払込資金を借入れ、それをそのまま当該銀行に株式払込金として預入れたことに帳簿上操作するのにすぎないが、「見せ金」は、払込取扱銀行以外の第三者より借入れたうえでこれを株式払込金として払込取扱銀行に払込まれるのであるから、現実に金員の移動が存在する。

② 「預金」においては、借入金の弁済をするまでその預金を引出さない旨の合意がなされているのに対し、「見せ金」の場合は株式払込金としての預金が会社資金として現実に引出される。

③ 「預金」においては行為の性質上、払込取扱銀行と発起人または取締役との間に通謀があるのに対し、「見せ金」の場合は払込取扱銀

行はいわば第三者の立場にあり、「見せ金」による仮装の払込であることについて関知しないのが普通である。

通常、両者の相違点として通説のあげるものは以上の三点であるが、最近では上述の仮装払込の二つの類型のほか、大隅博士の指摘されるごとく⁹⁾、発起人が払込取扱銀行より払込資金を借入れ、これを株式払込金として払込んだ上、会社成立後その払込金を引出して会社が発起人に貸付け、これをさきの借入金の債務弁済にあてる、いわば「預金」と「見せ金」の混合型態ともいえる方法が、会社資金による払込と共に実業界でしばしばみられるにいたった。これを「預金」の一つの類型と見て法律上の効果を論ずるのか、それとも「見せ金」の変形とみて私法上の効力や預金罪の成否を考えるべきかは一考を要する。

II 判例の動向

1. 判例に「見せ金」なる言葉が初めて用いられたのは昭和27年10月2日の大阪地裁の判決で¹⁰⁾、以来、「見せ金」を問題にした判決例はかなりの数にのぼっている。この判決の事実関係の概要は、会社設立にあたって発起人及び株式引受人の株式払込を仮装するため、堺市の農業協同組合より発起人組合名義で金100万円を期限1週間の定で借受け、設立登記完了までの所謂「見せ金」として発起人その他の引受人から株式払込があったがごとくに装い、これを大阪銀行の片江支店に預金し、同支店より株式払込金としての保管証明を受けて法定の手続を進め、設立登記を完了した。そして、支払人を大阪銀行片江支店とする額面100万円の小切手をもって前記農業協同組合に対して借入金の返済をなし、結局、前記預金を全額引出したものである。この事実関係は、まさに「見せ金」による株式払込の典型的なケースといえるであろう。これに対し、「……右100万円の預金は単に設立手続の形式をととのえるため、当初より極く短

8) 大隅健一郎『商法演習I』32頁。河井信太郎『株式会社役員職員の刑事責任』269頁。大塚市助『株式会社法講座』2巻481頁。

9) 大隅健一郎『法学論叢』76巻1、2号141頁。

10) 下級民集3巻1366頁。

期間預け入れ設立登記手続完了後間もなく之を引出しその借受先に返済する意図のもとに預け入れられたことが認められ、而して亦右意図の通り、設立登記後僅か一週間程で右預金 100 万円が引出され返済されていること前段認定の通りである点及び設立当初の役員がすべて発起人で占められている点から考えると、これは法の期待する資本充実の原則に反し原告主張の通り株式の払込を仮払したものと断じない訳にはいかない。……」(下線筆者)と判旨し、「見せ金」による株式払込は「株式の払込がないもの」として無効とした。その後の判例も本件の事実関係とほぼ似かよっているものに対しては無効との見解を示している¹¹⁾。

ただし、刑事事件に関するものであるが、いわゆる「見せ金」は「預合」の場合と異なり、現実に現金をもって株式払込金として指定の払込取扱銀行に払込まれるものであって、払込取扱銀行が「見せ金」であることを知らない以上、銀行の発布した株式払込金保管証明書は真実に合致した正当なものでなんらの虚偽を含まず……かかる「見せ金」による設立登記の申請は公正証書原本不実記載罪を構成しないとして、「見せ金」による払込につき有効説をとる下級審判決がある¹²⁾。しかし、「見せ金」に関する私法上の効力についての判例の趨勢としては、ほぼ無効説にかたむいているものと思われた。ところが、東京地裁民事八部は、昭和32年及び35年に相反する三つの判決を出している。

2. まず昭和32年8月30日の判決は¹³⁾、「見せ金」による払込を有効とする。事件の概要は「見せ金」による払込としては典型的なケースに相当するもので、およそ次の通りである。株式会社東京殖産の設立に際して、発起人総代のAは昭和27年2月8日に神戸銀行に対して株式

申込証拠金及び払込金の受入事務の委託をなした上、同日神戸銀行に対し他の株式引受人の分をも立替えて引受株式2000株の総額に当る金100万円の払込みをなした。これらの事実関係に対して、「……右払込金に充当した金員のうち、Aにおいて出捐したのは僅か数万円にすぎず、残額はAが他の金融業者から借入れたもので、設立手続を完了した後帳簿上は昭和27年2月10日「新橋事務所権利金」として27万円、同月17日「神田事務所権利金仮払」として金65万円を支払った如く記載して右金額をAが借入先の金融業者に返済した事実が認められるから、右払込金は設立手続を完了する為一時Aが他から融通をうけ、設立手続完了の後払込金を以て借財の返済に充てる所謂「見せ金」であることが明かであるけれども、発起人又は取締役が払込金を個人的借財の支払いに充てたことにより或は刑罰をうけ或は損害賠償の責任を負うは格別、所謂「見せ金」であっても株式の払込がないとはいえない……」と判示した。

これに対して昭和32年9月6日の判決は¹⁴⁾、一株50円、発行株式総数20万株、払込総額1000万円の募集設立の払込について、真実の払込金は120万円しかないため、創立総会の前日に880万円の「見せ金」を他より借入れて払込取扱銀行に預入れ、合計1000万円の払込保管証明書を受けた。そして昭和22年12月20日の創立総会の当日、右の預金の中より880万円を払戻して借入れ先に返却し、設立登記を翌23年1月12日に完了した事案について、「……発起人総代が単に払込の形式を整えるため他よりただ一日だけ資金を借り受けて株金払込取扱銀行に払込み、翌日その払戻を受けてこれを返済した場合は、当初より会社成立後にその資金とする意図がないのであるから、実質的には払込金でないといわねばならない……」と判示して無効説をとった(下線筆者)。

ひき続いて昭和35年11月11日の判決は¹⁵⁾、同

11) 昭和29年5月29日東京地裁判決『判例時報』28号110頁。昭和31年6月12日東京高裁判決・高裁民集9巻350頁。

12) 昭和31年4月9日熊本地裁判決『判例時報』80号26頁。

13) 昭和32年8月30日東京地裁判決・下級民集8巻8号1617頁。

14) 昭和32年9月6日東京地裁判決・下級民集8巻9号1658頁。

15) 昭和35年11月11日東京地裁判決『判例時報』246号49頁。

じく無効説の立場に立って次のように判示する。すなわち、「……株金50万円の払込みは、単に、設立登記申請の必要上、払込取扱銀行発行の払込金保管証明書を入手する手段として、一時、他から払込資金の融通を受け、これを金融機関に払い込んだものであって、被告らの株式引受けは真に設立会社の資本金に充てるため株金を払込むという意味がなく、また右金員は、会社設立後、直ちに払い出され、貸主に返還されるものであるから、資本充実に欠くべからざるものとする商法の立場からみるときは株金の払込みがあったと認めることはできない。蓋しなるほど形式上は、50万円を一応払い込まれ、それから他に流出したものであるから、株金の払込みがあったといえよう。ただ貸主に対し、会社資金をもって返還することは、会社の取締役その他の者の背任横領、又は損害賠償の責任を負う場合があるかも知れないが、しかし商法は会社の設立にあたり、発行済株式の総額は、かならず現実に充当されることを要求し、この要求を実現するため、払込取扱銀行の制度を設け現物出資、設立後会社に財産を譲渡する場合は、裁判所の選任した検査役の調査を必要とする制度を設けていることや、預金の罪を規定し、これを禁圧している法の趣旨に徴すれば本件のごとき場合到底株金の払込みがあったものと認めることはできない……」(下線筆者)。

そして、この判決に先立って、同じ東京地裁が昭和35年10月17日に同じ無効説にもとづく判決¹⁶⁾を出している。事件の概要は次の通りである。すなわち、(1)X商事は昭和28年11月18日資本金50万円で設立されたが、昭和33年3月17日東京地方裁判所において破産宣告を受け原告がその破産管財人に選任された。(2)被告(B銀行)はX商事の払込銀行となり、昭和28年11月18日発起人代表訴外Cに対し株金50万円の払込保管証明書を交付した。(3)被告(B銀行)は同月20日X商事の請求により、右払込保管金50万円を同会社の当座預金勘定に振り替えた。(た

だし、株金の払込が真実になされたか否か争がある。) (4)これより先、被告(B銀行)は同月17日訴外Cの妻Dが取締役であるY商店に対し25万円を貸し付け、右(3)によって振り替えられた後右振替日と同日付のX商事振出にかかる小切手によってその返済を受けた。(もっとも、貸付、返済が仮装行為であるか否かは争がある。)そこで被告(B銀行)が払込金保管の証明をしたX商事株金50万円のうち25万円の払込及び支払は原告(A)の主張のとおり株式払込及び株式払込金の支払を仮装するものであるかどうか争点となった。これに対し、「……被告(B銀行)の蒲田支店の係員は、X商事の設立のためその株式払込を取扱うに当り、払込金25万円をY商事に貸付け、X商事の設立とともにX商事の預金から直ちに返済を受けることを約し、既に認定したとおり右貸付金を現金(又は小切手)で支払うことなく直ちにX商事の払込金に振り替え、X商事が設立された日にその当座預金に振り替えるとともに、同日X商事振出の小切手により貸付金の返済を受けたこと、従って現金の授受はなく被告(B銀行)の帳簿上の手続が行なわれただけであることが認められる。右の認定事実では、外見Y商店の借受金によってX商事の払込がなされているように考えられるが、被告(B銀行)が貸付に当って設立会社の資金からその返済を受けることを約した以上、株式会社の設立には資本充実に欠くべからざるものとする商法の精神から見て払込は現実に現金をもってなされることを要するから、本件では株式の払込があったと認めることはできない。従って又払込保管金の支払もないものといわなければならない。」(下線筆者)と判示している。そして、その後の判例もおおむね無効説に従っている¹⁷⁾。

17) 昭和35年12月12日前橋地裁高崎支部判決(『訟務月報』7巻1号61頁)は、最初から会社の資本金とする意図からではなく、ただ会社を形式的に設立させようとする意図だけにもとづいて便宜的に払い込まれたものにすぎないいわゆる「見せ金」による株金の払込は、実質的には払込とは称しえないと判示している。その他の判例としては、昭和36年9月11日東京地裁判決・下級民集12巻9号2226頁、昭和36年11月29日東京地裁判決・下級民集12巻11号2848頁、昭和37年3月15日大阪地裁判決『訟務月

16) 昭和35年10月17日東京地裁判決・下級民集11巻10号2221頁、『金融法務』255号15頁。

3. 以上のような判例の流れの中で、最高裁判所は注目すべき判決を出すにいたった。事件の概要は次の通りである。

訴外A株式会社は資本金200万円全額払込済みの株式会社として昭和24年11月5日にその設立登記を完了した。被上告人Yは、発起人総代として設立登記事務一切を委任されて担当し、同年10月8日A会社の定款を作成して公証人の認証を受け、株式払込についての資金調達は、Yが主債務者となり、他の被上告人らが連帯保証人となって、一括して訴外B銀行名古屋支店より200万円を借り受けた。その後、金200万円を株式払込金として上記B銀行名古屋支店に払い込み、払込金保管証明書の発行を得て設立登記手続を進め、手続を完了して会社が設立された後、A会社は同支店より株金200万円の払戻を受けた上、Yに右金200万円を貸し付け、Yはこれを同支店に対する前記借入金の債務の弁済にあてた。ところがA会社に対する売掛代金債権者であるXは、A会社に資力がないため弁済を受けることができないので、A会社に代位してYらに対し、株式払込担保責任（商法192条Ⅱ）を追求し、未払込株金200万円及びこれに対する遅延損害金の支払を求めたのがこの事件である。

一審の名古屋地裁は、本件株式払込につき形式のみを整えた仮払行為にすぎず、現実に払込がなされたものではないとしてXの請求を認容した¹⁸⁾。ところが第二審の名古屋高裁は、“Yの株金払込は、いわゆる「預合」または「見せ金」である”とのX側の主張に対し、株式払込金がYによってB銀行名古屋支店に現実に払込

まれた事実を認定し、「……払込資金の借入銀行と株金払込取扱銀行とが同一であること、又……A会社はその成立後右株金200万円の払戻しを受け、これを控訴人Yに貸し付け、同人においてこれを右借入金の弁済に充当しているのであって、その間不明朗な印象を与えることを免れぬが、このような結果的事象だけをとらえて直ちに前記の認定をくつがえし、右払込をして虚偽仮装のものなりと断定することはできない……」と判旨し、原判決中Yらに関する部分を取り消した上、Xの請求を棄却した¹⁹⁾。Xの上告に対して、最高裁判所はつぎのごとく判示し、原判決中X敗訴の部分を破棄した上、事件を名古屋高裁に差し戻した²⁰⁾。判旨は次のごとくである。

「……株式の払込は、株式会社の設立にあたってその営業活動の基盤たる資本の充実を計ることを目的とするものであるから、これにより現実に営業活動の資金が獲得されなければならないものであって、このことは、現実の払込確保のため商法が幾多の規定を設けていることに徴しても明らかであるところである。従って、当初から真実の株式の払込として会社資金を確保するの意図なく、一時的の借入金を以て単に払込の外形を整え、株式会社成立の手続後直ちに右払込金を払い戻してこれを借入先に返済する場合の如きは、右会社の営業資金はなんら確保されたことにはならないのであって、かかる払込は、単に外見上株式払込の形式こそ備えているが、実質的には到底払込があったものとは解し得ず、払込としての効力を有しないものといわなければならない。……（と述べた上、原判決の事実認定にもとづいて）……会社成立後前記借入金を返済するまでの期間の長短、右払戻金が会社資金として運用された事実の有無、或は右借入金の返済が会社の資金関係に及ぼす影響の有無等その如何によっては本件株式の払込が実質的には会社の資金とするの意図なく単に払込の外形を装ったに過ぎないものであり、従っ

報』8巻4号593頁、等がある。また、昭和37年12月26日の東京高裁判決（『判例時報』340号47頁）は要旨次のごとく判示する。「見せ金が、あらかじめ株式払込充当金の貸主に対し、会社設立登記後直ちに払込取扱機関より株式払込金を引き出し、これを返済すべきことを約し、かつ貸主のためにこれが不履行のないように法的措置を講じておくものである以上、登記完了後直ちに引き出されることが予定せられ、会社において会社の資本として利用する可能性が絶無というがごとき株金の払込は、実質的には有効なものと認めがたく、資本充実の原則に違反し、会社設立の無効原因となる。」

18) 鴻常夫『判例時報』36巻3号31頁以下、民集17巻1644頁。

19) 民集17巻1651頁。

20) 民集17巻1633頁。

て株式の払込としての効力を有しないものではないかとの疑いがあるのみならず、むしろ記録によれば、Yの前記銀行支店に対する借入金200万円の弁済は会社成立後間もない時期であって、右株式払込金を実質的に会社の資金として確保されたものではない事情が窺われないでもない。然るに、原審がかかる事情につきなんら審理を尽さず、従ってなんら特段の事情を判示することなく、本件株式の払込につき単にその外形のみに着目してこれを有効な払込と認めてYらの本件株式払込責任を否定したのは、審理不尽理由不備の違法があるものといわざるを得ず、その結果は判決に影響を及ぼすことが明らかである……」（下線筆者）と判示した。

4. この事件に対する最高裁の判決は、「見せ金」による株式払込の効力について最高裁が初めて無効説をとったものとして評価し、紹介されているようである²¹⁾。たしかに、判決理由の前段よりすれば一般論として首肯し得るものであるが、本件の具体的な事案に即して考察すると疑問がある。すなわち、鴻博士の指摘される通り²²⁾、「……本件事案の特殊性は、払込資金の借入先と株式払込取扱銀行とが同一金融機関の同一店舗であるということであり、この点こそは、見せ金による株式払込の効力について、あまりに一般化した議論でことを決する態度……」をまず反省しなければならないと思う。そもそも本件事案が「見せ金」による株式払込の一場合かどうかは検討を要する問題である。そこで、鴻博士の論評を紹介すると、①最高裁の判決理由も、上告論旨を要約した中に「見せ金」という言葉を用いているが、判決事項自体の中には「見せ金」という言葉はでてこない。②本件のようなケースの場合は、「見せ金」による株式払込の典型的な形ではないし、借入先と株式取扱金融機関が同じであるということは、ことの判断に際して、非常に重要な問題と考え

られると指摘された上、「……最高裁判例の事案は、正にこの点で見せ金一般の問題としてではなく、株式払込取扱銀行と発起人→取締役に通謀のある悪質のケースとして、いわば預合に近い法律関係であり（小切手が授受されて元に納まっているらしい点はますます預合的である）、その意味では、本件では当事者になっていないが、株式払込金保管証明書を発行した株式払込取扱銀行BのA会社に対する責任がまず問われても然るべき事案なのである。」として、むしろ「預合」に近い法律関係にあることを示唆されている。

Ⅲ 判例・学説の争点と研究

1. 「預合」とは、通常前述のごとく、発起人または取締役が払込取扱銀行から払込資金を借入れ、これを株式払込金として会社預金に振替えたことにし、その借入金を弁済するまでは右の会社預金の引出しをしない旨の約束をし、もって株式の払込を仮装する行為をいう。しかし、多数説の説くように、商法189条Ⅱ項後段の場合のみを「預合」と解する事には批判があるし、それよりも前に、「預合」の語を使用して説明すること自体問題があると考えられる。「預合」については、民事上の責任と刑事上の責任の問題が生ずるが、民事上の責任に関する商法189条は「預合」という語句を使っていない。そこで、「民事上の預合」とはいかなるものか、その意義について議論されているのが普通である。たしかに、商法189条は預合の防止を主眼とした規定であることは、立法の審議経過を見ても明らかである²³⁾。したがって、この規定と関連づけて「預合」を論ずるのが普通である。しかし「預合」という言葉を民事法が使っていないのに、その意義を明らかにしたところで格別の実益はないし、むしろ不必要なばかりか無用の混乱を招くとの批判²⁴⁾があるのは当然かもしれない。大隅博士も、「……この規定と預合をど

21) 鴻常夫『法律時報』36巻3号32頁、『商事法務研究』301号17頁。

22) 鴻常夫『法律時報』36巻3号33頁。

23) 松本丞治『商法要綱解説』『法協』50巻3号162頁。

24) 並木俊守「預合罪と応預合罪の成否」『判例時報』519号141頁。

のように解するかは重要ではなく、民事責任の関係に必要なことは、189条Ⅱ項の責任がいかなる場合に生ずるかを明らかにするにあるといっている²⁵⁾。ただ、株式払込の仮払行為にはいろいろな型態が考えられるので、通説が預合の典型的な場合として説明する類型を、「預合」の語を使用して区別するのは便宜かもしれない²⁶⁾。しかし、商法491条との関係関係、ならびに立法当時「預合」の内容を多義的に考えていたと思われる審議経過からすると、多数説のごとき「預合」の定義では狭きに失するおそれがある。むしろ、民事上強いて「預合」の語を使いたければ、商法189条Ⅱ項の責任を生ずる場合がすべて「預合」だと解すれば足りるのではなかろうか²⁷⁾。「預合」を通説より広く、①一定の金融機関と通謀して、預金がないにもかかわらず、これがあるがごとき証明書の交付を受ける行為、および②たとえ預金があったとしても、その払戻に一定の制限があるため、実質的な会社財産とはいえないにもかかわらず、払戻の自由な預金があるがごとき証明書の交付を受ける行為と解する見解がある²⁸⁾。かかる見解は、前述の「預合」を商法189条Ⅱ項の責任が生ずるすべての場合と解する立場と同様の結果になり、通説の説くごとく、「預合」を商法189条Ⅱ項後段に限定する理由はなくなる。

ところで、「見せ金」の意義について通説は、「発起人または取締役が株式払込取扱機関以外の第三者より借入をなし、これを払込金として取扱銀行に払込み、会社成立または新株発行の効力発生後直ちにその払戻を受け、借入先に弁済する行為である」と解していること前述のごとくである。つまり、外見上は株式払込の形式は一応そなえてはいるものの、実質的には資本充実の原則に反して払込のあったものとは解し得ない場合をいう。したがって、かかる行為は

商法189条Ⅱ項前段の「払込がない場合」に該当するものと一応考えられなくはない。かかる「見せ金」による払込を有効と認め得るかについては賛否両論がある。有効説の立場をとれば、「見せ金」による払込の場合でも、商法189条Ⅱ項の払込取扱銀行としての保管証明責任は生ずる余地がないものと考えねばなるまい。また無効説をとったとしても、払込取扱銀行が保管証明書を出したからといって、必ず保管証明責任が生ずるとはかぎらない。なぜならば、通説が説くいわゆる「預合」の型態の場合は勿論、通説より広く解する見解においても、その行為の性質上、発起人または取締役と払込取扱銀行との間に通謀があるか、あるいは、少なくとも知情の事実がなくてはならない。払込取扱銀行が全くその間の事情を知らないのに保管証明責任を問うことは酷である。「見せ金」による払込取扱取締役と払込取扱銀行との間に通謀ないしは知情の事実が必要ではなく、実際上も、取扱銀行は払込金の出所がいくであるのか²⁹⁾、預金払戻後何に支出されるものか、その用途については全く関知しないのが普通である。したがって銀行に対し、保管責任を追求する理由がないものといわねばならない。商法189条Ⅱ項の責任が生ずるすべての場合を「預合」と解するとしても、通謀または悪意の事実がなければ、いわゆる「預合」としての保管責任を課することはできないと考えられる。したがって、民事法上の問題としては、“仮払込”のうち、商法189条Ⅱ項の保管責任が生ずる場合と、「見せ金」の典型的な場合のように、銀行側に通謀または悪意の事実がないため、保管責任が生じない場合とが生ずる。もしかりに、「見せ金」の型態をとっていても、銀行側に「見せ金」であることの悪意の事実がある場合、特に発起人や取締役と銀行との間に通謀がある場合は、当然銀行に保管責任を負わせるべきは勿論、会社に対して不法行為にもとづく損害賠償責任（民法709

25) 大隅健一郎『銀行取引判例百選』（新版）240頁。

26) 大隅健一郎『商法の諸問題』159頁。

27) 並木俊守『判例時報』519号141頁。同『手形研究』39号35頁。

28) 稲田俊信『日本法学』34巻2号188頁。

29) 河井信太郎『株式会社役職員の刑事責任』350頁。この種の融資を専門に行っている高利貸がいるといわれる。

条)をも負うべきである。判例³⁰⁾は、「保管証明発行銀行は、その発行の際、株式払込が会社資金または見せ金によるものであることを知っていたかぎり、会社に対し証明金額だけ会社資金が増加するような実質的、有効的な払込金の支払をなすべき義務がある。」との立場をとっているが、妥当な結論といえよう。また払込取扱銀行の悪意はまことに困難かと思われるが、その举证責任は銀行の保管証明責任を追求する会社側にあるものと解すべきであろう³¹⁾。ただし、銀行に軽過失があるにすぎない時は、その責任は負うものでないと解する。もっとも、軽過失がある場合でも保管証明責任が生じ、銀行は無過失の証明をなすのでなければその責任を免れないとの見解もある³²⁾。しかし、払込取扱銀行には払込金の出所や使途について逐一調査すべき義務を負っている訳ではないから、銀行に過大の責任を負わせることになり、妥当ではなからう³³⁾。

「見せ金」の違法性については、「見せ金」による払込が違法性を帯びる根拠を、株式引受人と取締役、会社設立の場合は将来成立する会社の取締役とが払込を仮装するため「通謀」することに求め、「見せ金」とはそのような通謀のもとに払込取扱銀行に株式の払込を行なうが、その払込金を実質的に会社財産の増加をもたらさない場合をいうとの説がある。この説によれば、通説により「見せ金」とされる場合のほか、広く払込金を払込取扱銀行より借入れる場合、および会社資金による払込の場合をも含むことになる³⁴⁾。ここにいう通謀とは、発起人または取締役と銀行との間のものをいうのではなく、株式引受人との間の通謀をさしているが、株式引受人は、通常名前を使用することを承諾する程度か、時には承諾すら得ないで使用することもあり、単なる藁人形のような存在であるから、

「通謀」を強調するのは妥当ではない。したがって、「見せ金」を通説のごとく解した上で、「見せ金」をも含めて、「預合」と近似した類型や「預合」と「見せ金」の混合型態などについて、具体的なケースごとに法律上の効果を検討することが望ましい³⁵⁾。

2. 「見せ金」による株式払込の効力に関しては、判例学説上対立のあることは前述の通りであるが、「見せ金」による払込は仮装の払込であるとして法律上無効とする見解が多数を占めている。しかし、この無効説に対しては有力な反対説がある。

(1) 有効説 「見せ金」による払込の場合には、払込金として使用される払込資金は他人から借入れたものであるが、株式の払込が他人からの借入金によってなされても一向に差支えないことで、法律上は払込の効力になんらの影響も及ぼさない。むしろ、実際にはこのような場合が多いであろうと想像される。また、発起人自身が引受けた株式はもとより、発起人以外の第三者が引受けた株式についても、発起人が他より借入れた資金により一括して払込をなすことが多いが、株式の払込にあたり、株式引受人以外の第三者が引受人に代って払込むことは何らの妨げとならず、したがってこのような場合にも払込の効力を左右するものではない。鴻博士は次のように説いている。「……払込取扱銀行に右金員の払込をする発起人において、それを真実株式の払込とする意思がなかったとしても（この場合には、いわば心裡留保的な関係〔民93条参照〕とみられる）、株式の払込の形がとられた限り、株式会社の設立ないし新株発行という集団的手続現象の一環をなす株式の払込の問題として、そのような心裡留保の問題を理由として株式の払込の効力を否定すべきではないからである（株式の申込につき民法93条但書の規定の適用がないことは、商法175条5項の明定するところである）。さらに、また、払込取扱銀行において右金員が「見せ金」である

30) 昭和38年10月31日東京地裁判決・下級民集14巻10号2165頁。

31) 西原寛一『判例評論』65号41頁。大隅健一郎『商法の諸問題』161頁。同『商法演習I』37頁。

32) 服部栄三『手形研究』45号14頁。

33) 大隅健一郎『商法の諸問題』161頁。

34) 稲田俊信『日本法学』3号61頁。

35) 高田昇治『判例演習講座』商法I73頁。

ことの認識を有していたとしても（この場合には通謀虚偽表示的な関係〔民94条参照〕とみられる）、株式の払込は払込取扱銀行を通じてなされるべきことが要求されている（商法175条2項10号・177条2項・189条・非訟187条2項10号〔商業登記法80条10号〕）だけで、それが法律的には会社に対する株式の払込であることに変わりはない以上、右の事情を以て、いわば第三者（善意の）地位にある成立した会社（払込をなしたのは設立中の会社の機関としての発起人ではなく、個人としての発起人としてであることは、会社による株式の原始的引受を理論上認めがたい以上当然のことである）には対抗しえないと解すべき筋合のものというべきである（民94条2項参照）。³⁶⁾すなわち、「見せ金」の場合は金員の移動による現実の払込があり、もし、それが実際上は払込の仮装手段として利用されたとしても、それは当該払込を行なう発起人の主観的な意図の問題にすぎず、現実には株式払込の形がとられている限り、株式会社の設立ないしは新株発行という集団的手続現象の一環をなす株式払込の効力を否定すべきではない。また、払込取扱銀行が「見せ金」であることにつき悪意であったとしても、法律的には会社に対する株式払込であり、払込の効力には影響はなく、右の事情は、いわば善意の第三者たる地位にある成立した会社には対抗しえないと解すべきだとする³⁷⁾。

36) 鴻常夫『法学セミナー』47号36頁。同『商法研究ノート』90頁以下。

37) このような立場から、「見せ金」による払込も法律上有効な払込であって、かかる場合に株式の払込はないものとして会社の設立無効を問題とする余地はないとする有力説に次のものがある。石井照久編著『注解株式会社法』第1巻424頁では、払込の仮装に関連し、設立手続のため他人から払込金の融通をうけて設立手続を完了した後、払込金をもって借財の返還に充てる、いわゆる「見せ金」があるが、これは払込の仮装ではなく（これも預合として会社法罰則（商491）の適用ありとする見解がある（河井・会社犯罪捜査概論241頁））、払込であるにもかかわらず、これを取締役等が個人的借財の支払に流用するものであり、これを個人的借財の支払に充てたときは刑法上の横領罪（刑252・258）を構成すると説く。『株式会社法講座』第2巻481頁は「……これは法律形式的には払込でありながら、真実株式払込金、従って又会社の資本となす意思なくしてなされた払込であり、当初から計画的に、会社成立後取締役等がこれを個人的

下級審ではあるが、次のような判例が注目される。すなわち、「……株式会社東京殖産の設立に際し、発起人総代であったAは昭和27年2月8日被告神戸銀行に株式申込証拠金及び払込金の受入事務の委託をなした上、同日被告神戸銀行に対し他の株式引受人の分をも立替えて引受株式2,000株の株式金額100万円の払込をなした……」ことを認定した上で、「……右払込金に充当した金員のうち、Aにおいて出捐したのは僅か数万円にすぎず、残額はAが他の金融業者から借入れたもので、設立手続を完了した後帳簿上は昭和27年2月10日「新橋事務所権利金仮払」として金65万円を支払った如く記載して右金額をAが借入先の金融業者に返済した事実が認められるから、右払込金は設立手続を完了する為一時Aが他から融通をうけ、設立手続完了の後払込金を以て借財の返済に充てる所謂「見せ金」であることが明かであるけれども、発起人又は取締役が払込金を個人的借財の支払いに充てたことにより或は刑罰をうけ或は損害賠償の責任を負うは格別、所謂「見せ金」であっても株式の払込がないとはいえない……」と判旨する³⁸⁾。しかし、有効説によるとしても、いかなる場合にも有効視される訳ではなく、当初より払込の意思もなく、設立手続全体が脱法行為と認められる場合には、そのような仮装による手続全体が無効となるとされる³⁹⁾。

(2) 無効説 有効説によると、「見せ金」による株式の払込は、その形式から見れば法の要求する手続を完全に履行しているように見える。すなわち、発起人または取締役は払込資金を他から借入れ、これを払込取扱銀行に預託して払込金の保管証明の交付を受け、会社成立または

な借財の支払に流用しようとするものである。これをも預合として491条の適用を認める説もあるが、既に述べた所で明かなように、預合でもなければ（従って491条の適用もない）、又会社成立後形式上は正規の手続によって払戻をうけるものであるから、189条Ⅱ項の通用をうける余地もないと解すべきである。ただ事情により、或は特別背任罪（486・488）又は業務上横領罪（刑253）として所断せられるのみである。」とする。

38) 昭和32年8月30日東京地裁判決・下級民集8巻8号1613頁。

39) 鴻常夫『法律時報』36巻3号35頁。同『商法研究ノート』94頁。

新株発行の効力発生後は、直ちに保管金の払戻を受けてこれを元の貸主に返済するのであって、各個の行為を個別的に観察すれば、金員の移動による現実の払込が行なわれ、取締役が払込金を自由に処分し得るに至ったのち、これを引出して取締役個人の債務の返済にあてたことになる。このことは、当該取締役の責任の問題が生ずるだけで、取締役が会社の払込金を引出して個人的に消費した場合と格別に異なるところはないともいえる。

しかし、ここで注意しなければならないことは、第三者からの借入、払込取扱銀行への払込、払込金の引出しと返済というこれら一連の行為が、全体として払込を仮装するためのからくりとして、当初より計画的に行なわれており、これが計画どおり遂行されると、資本充実に至上命令とする法の精神は全く蹂躪されるに至る。このように全体的な考察のもとにおける「見せ金」による払込は、株式払込の仮装行為であって法律上の払込と見ることはできない。「見せ金」による払込の仮装はあくまで発起人の内心の問題であって、会社側は何ら関知するところではないとしても、問題は、かかる仮装払込をもなお法律上有効な払込として取扱うことが、資本充実の原則を重視し「預合」を禁圧している法の趣旨に合致するか否かであり、会社に対する制裁ないし会社の責任の問題として処理すれば足りるようなものではない。会社側の事情は特に顧慮する必要はなく、このような見解に立てば、むしろ「見せ金」による払込は「預合」禁止の潜脱行為として法律上無効とすべきであるとする⁴⁰⁾。

あるいは、設立準則主義の下で資本充実をいかに確保するかは、これまで立法者に課せられた大きな課題であり、ことに昭和13年における預合の禁止と処罰規定の新設は、会社設立に当たって行なわれる最大の弊習である「株金払込の仮装行為」を根絶するための注目すべき対策であったとし、その預合の脱法行為である「見せ金」による払込の効力問題は、会社設立の実質

的要件を充足する払込と評価できるかどうかの問題で、形式的に名目上株式払込金と称していても、その実質は払込金とはいえないとする⁴¹⁾。

また、会社が成立早々にして資金が空となり、単に債権（会社が取締役へ貸付けたことにし、取締役がこれを弁済にあてた場合の会社の有する債権か、あるいは、取締役が個人的債務の弁済に流用した場合の会社の有する損害賠償請求権）だけが残っているにすぎないとなると、資本充実の原則の強い要請や、現物出資以外には現金の現実の払込を要求している法の趣旨に反する。このようなことは債権の現物出資に異なるから、このような「見せ金」による払込が、現物出資の場合のように厳重な法の規制を受けることなしに自由に許される結果となり、資本充実を株式会社のマグナ・カルタとする法の精神に反する。最初から、当然「債権」に移転することを予想してなされた「見せ金」による払込は、預合と同様、現物出資を仮装するものとしてその効力を否定すべきであると説く⁴²⁾。

(3) 有効説への私見 「見せ金」による払込の効力について、いずれの説が妥当であるかは検討を要する問題である。しかしその前に、仮装払込による会社設立の実態がどのようなものであるのかを考えて見る必要がある。

株式会社の設立について、商法は準則主義を採用しているから、当然要式性が強く要求され、会社設立を目論む者は、専ら設立登記手続の形式を整えるための書類の整備に奔走することになる。監督官庁たる大蔵省に対する株式募集の届出や、定款や株式申込証の作成も、ほとんど友人親戚あるいは使用人等の名前を使用し、場合によっては承諾すら得ないで利用することもあるという。発起設立による検査役の調査を避けるため、数名の株主を公募した形式をとり、

41) 西原寛一『法律時報』34巻3号85頁。

42) 長谷部茂吉『裁判会社法』17頁。その他、無効説をとるものに、仙元隆一郎『和歌山大学経済理論』79号68頁、稲田俊信『日本法学』34巻3号70頁、田中（誠）博士は、「見せ金」による株式の払込を一応有効なものと認める。ただ株式の払込金が、始めから払込の意思もなく払込仮装の脱法行為と見られる場合は、無効なものであるとの折衷的見解を示されている。『会社法詳論』（上）198頁。

40) 大隅健一郎『商法演習Ⅰ』（改訂版）35頁。

設立登記申請に必要な書類とされている払込取扱銀行の株金保管証明書を入手する手段として、初めより会社の資金とする意思のない極く短期の融資金を当該銀行に払込み、保管証明書を入手すると直ちに登記申請を行ない、登記受付証明または登記完了の登記簿抄本を持参して、遅くとも預入れから二、三日中に全額を払戻す。この金員は直ちに借入先に返却され、ここに資本金数千万円の株式会社が忽然と出現することになる。そして会社側は、この形式上の払込株金を即日払込株主に対して払込金額に応じて貸付けたごとくに帳簿上処理する。創立総会の開催はもとより、取締役や監督役の調査も行なわれず、しかも会社資金は現実には空であり、存在するのは帳簿上の株主に対する貸付債権と、株式会社登記簿上の設立登記のみである。このようなことが現実に行なわれているとすれば、株式会社の本質を破壊し、資本に関する原則に反することは火を見るより明らかであるから、とうてい許されるべきではない⁴³⁾。西原博士が法律時報 34 卷 3 号 35 頁「商法余滴」の中で、「……（見せ金による会社の設立は）……会社資本に対する実質上の裏づけがなく、払込の仮装方法にすぎないことは、預金と何ら異ならない。わずか数日間の金策をするだけで、払込取扱銀行の門も登記所の門もフリーパスである。だから、金は一文もなくとも株式会社などはすぐ作れる、と広言して憚らない。遺憾ながら、それは今日では公然たる秘密になっているようである。かようにして、株式会社の大原則である資本の維持充実は、そもそもの出発点から無視される場合が多い。これで資本団体として法人格を担う価値があるだろうか。昭和13年の改正立法関係者がこの有様を見たら、何と言って嘆くだろう。」と慨嘆されるのも無理からぬことである。

では、なぜこのような仮装の払込を行なってまで会社を設立したり、新株発行をするのだろうか。その原因や動機については様々なものが考えられる。先ず考えられるのは、“法人成り”

による税法上の特典である。それが果して、正当な課税を求めるためのものか、所得を隠匿するためのかくれ蓑にするのか、その真実は定かでない。しかし、税務対策としてかなり広く行なわれていることは確かであろう。課税政策、徴税対策と企業の保護を含めて、税制改革と重要な接点をなすところである。次に考えられるのは、一定の資格取得の必要から株式会社の組織とし、あるいは増資を行なう場合であるとされる。たとえば、①入札資格証明として会社の商業登記簿謄本の添付を必要とするため、その資格取得の手段として、資格条件に合った規模の会社の設立または資本の増額が行なわれる場合。②営業の許可や認可を取得する手段として、主務官庁の許可や認可の条件に見合う会社の設立または増資が行なわれる場合で、許可営業である運送営業やタクシー営業に見られるところだという。③政府機関等からの投融資については勿論、一般の金融機関からの融資についても、株式の払込総額とか事業の形態や業績等が融資の申込条件になっている場合で、払込資本については、不正手続による設立や増資が行なわれることが多いという⁴⁴⁾。そして、「見せ金」による払込として実際に行なわれている方法は、(イ)現金を他から短期間借受けてこれを「見せ金」として利用する場合のほか、(ロ)小切手の交換の時間的なズレを利用して、小切手の廻しにより払込使用小切手の不渡りを防止しつつ設立登記を行なう場合、(ハ)あるいは、銀行との当座貸越契約にもとづき、発行人代理の過振りによって預金不足小切手の払込に応ずる場合等があるといわれている⁴⁵⁾。

これらの方法は、形式的には現金または支払手段として現金と同視してよい小切手によって、設立ないしは増資の手続が行なわれるものであるが、会社成立後または新株発行の効力発生後は、直ちに弁済するか小切手の回収をなす結果、資本充実の原則に反する点ではいずれも同一である。このように実際上の仮装払込が行なわれ

44) 河井信太郎、前掲書236頁以下。

45) 河井信太郎、前掲書271頁以下。

43) 河井信太郎『株式会社役員職員の刑事責任』248頁。

る原因や動機及びその方法を考えると、これは株式会社制度の根幹をゆるがす大問題といわねばならない。かりに、「見せ金」について有効説に立つとすると、設立無効を問題とする余地はなく、払込担保責任（商法192条Ⅱ項、280条ノ13Ⅰ項）はもちろんのこと、払込取扱銀行の保管証明責任（商法189条Ⅱ項）をも否定する結果となる。前者の担保責任は、「見せ金」による払込が無効であるとの立場をとることで、初めて設立に際して発行した株式について払込を欠くことになり、設立無効の瑕疵を帯びることになる。商法192条Ⅱ項によれば、会社成立後払込未済の株式があるときは、発起人は連帯してその払込をなす義務を負うものとし、払込担保責任を果すことによって設立無効の瑕疵が治癒されるものとする。本件の解釈について従来の学説及び判例の見解は、いわゆる資本充実に關する欠陥が軽い場合に適用されるとし、立法の趣旨から見て、払込の欠缺が比較的輕微であって会社資本の鞏固を危うくし事業遂行に障害とならない場合に限るとする⁴⁶⁾。このように解すると、「見せ金」による払込は実質的払込を全く欠く無効の払込となり、払込について重大な欠陥を有するものとして本条の適用はなく、設立無効の訴（商法428条）に服せざるを得なくなる。昭和33年8月20日の和歌山地裁判決は、「株金払込完了前創立總會を開き、これが終了した場合、払込欠缺の程度が全株式の總数に比し輕微であって、このため会社資本の強固および事業の遂行に障害を生じない場合は、発起人が払込につき連帶責任を負いこれを補填して会社の成立を認めうるが、払込が皆無の場合には、右発起人の払込責任をもって救済する余地がない」として本条による補正を否定する⁴⁷⁾。大隅博士も「……元來会社の設立に際して発行する株式の中に引受又は払込のない株式があるにか

かわらず設立手續を終了しても、法律上は会社の設立は無効たるべき理であるが、僅かな引受又は払込の欠陥により常に会社の設立自体を無効とすることは、徒らに設立手續を反覆せしめる不都合があるのみならず、多数の株式引受人その他利害關係人の利益を害するおそれが少ない。そこで、一方欠陥のある会社の成立をみとめると同時に、他方設立の衝に當った発起人をしてその欠陥の補填をなさしめようとするのが、この規定の趣旨である。従って、この責任は会社成立後、すなわち設立登記後引受又は払込のない株式があるか又は株式の引受が取消された場合においてのみみとめられ、しかもとくに法律のみとめた独立の責任でかつ一種の無過失責任と解すべきであって、引受又は払込のない株式のあることが発起人の過失によると否とを問わない。そして右の立法理由から知られるように、本条による発起人が引受又は払込の責任を負うのは、引受又は払込の欠陥が僅少で会社の經濟上の地位に重大な影響のない場合においてであって、その欠陥が著しく会社の設立に際して発行する株式總数の引受及び払込の完了を会社成立の要件とした法の趣旨が没却せられるような場合には、会社の設立は無効であって、本件により救済することをえないものと解しなければならない……。」として通説の立場にたれる⁴⁸⁾。

しかし、本条によって設立無効を広範圍に救済するため、発起人による資本充實が事實上實現される限り、当初の引受欠缺がいかにかいじりしくても本条の適用を認めるとの説がある⁴⁹⁾。下級審ではあるが、重大な欠缺がある場合にも会社設立は有効で、発起人の担保責任が発生するにすぎないとする判例もある⁵⁰⁾。また「見せ金」による払込につき、昭和32年9月6日の東京地裁判決は、「払込金が、当初より会社成立後その資金とする意思なく、一時的借入金をも

46) 明治44年3月21日東京控訴院判決・新聞718号21頁。
大正5年10月25日大審院判決・民録22輯1967頁。大正6年3月8日大審院判決・民録23輯346頁。石井照久編『註解株式會社法』452頁。小町谷操三『株式會社法講座』1巻277頁。

47) 下級民集9巻8号1666頁。

48) 大隅健一郎『全訂株式會社法論』207頁。

49) 石井照久編『註解株式會社法』452頁。田中誠二『株式會社法』137頁。鈴木竹雄『株式會社法』69頁。

50) 大正4年5月22日名古屋控訴院判決・新聞1019号22頁。
大正5年7月8日東京控訴院判決・新聞1176号21頁。

って払い込まれ、直ちに引き出され借入先に返済されたときは、実質的には払込金ではなく、右金額の未払込株金があるから、発起人は連帯して会社に対しこれを支払う義務がある。」とする⁵¹⁾。「見せ金」による一連の行為が、全体として仮装行為をなすものと評価する無効説に立つとしても、商法192条Ⅱ項を狭く解釈して本条による補正の機会を失わせること、資本充実に對する債権者の保護、及び企業組織の形成に對する健全な指導という観点から失当と思われる。

また、商法192条に関して、「……商法192条は取引安全の爲めにある。会社債権者保護を目的とする資本充実の思想から来る。法律的形式に即して云へば登記の効力である。設立の有効無効とは関係ない。無効な、然し現実取引する表見会社の場合も含めて、およそ会社が登記により有効な会社の外見で現われる、すべての場合に適用される。」との注目すべき学説がある⁵²⁾。この見解によれば、払込の有効か無効かとは関係なく商法192条の適用があることになり、たとえ有効説をとる場合でも、会社財産の実体に應じて本条の責任を追求し得ることは、生きた企業法としての会社法の本質とその使命遂行にとって、極めて重要な効果をもたらすものといえる。

さて、有効説にたつとすると、前述後段の払込取扱銀行の保管責任（商法189条Ⅱ項）をも否定することになるが、かかる場合には、①取締役の会社に対する責任（商法266条Ⅰ項5号）、および、②取締役の第三者に対する責任（商法266条ノ3Ⅰ項）しか追求できず、債権者の充分な保護は期しがたい。けだし、取締役個人の資産のみでは、その多くを期待することが不可能と思われるからである。

以上を概観すると、有効説を支持することは、

51) 下級民集8巻9号1658頁。その他、発起人の払込責任を認めたものとして次のものがある。昭和35年11月11日東京地裁判決『判例時報』246号49頁。昭和36年9月11日東京地裁判決・下級民集12巻9号2226頁。昭和37年3月15日大阪地裁判決『訟務月報』8巻4号593頁。

52) 国歳胤臣・松本先生古稀記念『会社法の諸問題』307頁。

会社法の理念と解釈、ならびに實際上の運用面から見て極めて不適切であることが明瞭となった。「見せ金」は、預合のように直接の禁止規定はないけれども、「預合」の禁止規定やその他の規定を総合的に判断して、「預合」の脱法行為として無効と解するのが当を得ている。払込の仮装行為を禁圧し得るような解釈論を確立し、健全な会社法の運営を期することが当面の大きな課題といえよう。立法論としては、「預合」と同様に「見せ金」による会社設立を明文で規制して、厳重な処罰をもって臨むと同時に、払込金の使途については、かなり厳格な監視規定を設ける必要があると思われる⁵³⁾。

3. 「見せ金」による払込について無効説をとると、払込取扱銀行はその仮装払込について、通謀があれば勿論のこと、悪意がありさえすれば保管証明責任（商法189条Ⅱ項）を生ずることは前述した通りである。ところで、この保管証明責任の根拠については議論がある。

(1) 払込取扱銀行が株式払込金の取扱をするのは、会社設立の場合は発起人、新株発行の場合は会社との株式払込取扱委託契約によるものであって、保管証明責任がこの契約上の責任でないことは論をまたない。なぜならば、保管金の処置について契約内容に拘束されるのは当然だが、払込のないものまで返還責任を負う必要はないからである。一説によれば、この責任は、払込取扱銀行が株式払込金の保管証明をしたことについて法が認めた特別の責任で、一種の法

53) 西原寛一『法律時報』34巻3号85頁。鴻博士は次のような提案をされている。「第一に、見せ金による株式の払込をなした発起人に対しては、会社法罰則に明文の規定を設け、その法定刑は、預合（商491条）または特別背任罪（商486条）のいずれよりも軽くないものとする。右の者と通謀した株式払込取扱銀行の役職員についても以上に準じ、いわば応見せ金罪ともいふべき罰則を規定すること。第二に、第一に掲げた刑罰に処せられた者は、刑の執行を終えてからも一定の期間（たとえば10年）は株式会社の発起人または取締役となる資格を剥奪し、それに違反した者には、これまた刑罰の制裁を科すること。第三に、見せ金によって設立された株式会社または新株発行を行なった株式会社は、これを解散命令（商58条）の対象とすること。第四に、会社資金による新株の払込に対する刑事制裁を明定すること。」『法律時報』36巻3号36頁。

定責任と解する。しかし、単に法定責任であると説くだけでは説明にならず、いかなる根拠にもとづいて法定責任を認めたかを明らかにする必要がある。多数説の見解によれば、これは、英米法におけるエストoppelの法理と同じ精神よりでた一種の禁反言の責任であるとする⁵⁴⁾。そして、本条の直接の目的は会社資本の充実にあるのだから、資本充実の要請より認められた一種の禁反言責任ということになる。これに対して、英米法における禁反言の原則とは、他人を信頼せしめるような作為または不作為をなした者は、これを信頼した善意の第三者に対してそれに反する主張をなしえないとするものだが、この規定は、会社の善意・悪意を問わず認められるもので、会社資本の充実により、これと切実な利害関係を有する者の利益を間接的に保護しようとする政策的なものであって、禁反言の原則を示したものではないとする見解もある⁵⁵⁾。判例もこの見解にそって、この責任は会社の善意・悪意を問わず銀行が絶対的に負わねばならない責任であるから、禁反言の原則以上に強大な責任であると説く⁵⁶⁾。しかし、厳格な意味で禁反言の原則の要件をみたすものではないが、添附書類とされる銀行の保管証明書によって設立登記または新株発行による変更登記をし、この登記を信頼した第三者を間接的にではあるが保護しようとするものであるから、資本充実をはかるために認めた一種の禁反言の原則と見てよいと思われる。また、払込取扱銀行が保管証明責任を負うためには銀行と発起人または取締役との間に「通謀」があることは必要ではなく、銀行側に「悪意」があれば足り、この点は、商法 491 条の応預合罪の場合と要件を異にすると解する⁵⁷⁾。このように、本条が資本充実の要請にもとづく法定責任だとすると、銀行は詐欺もしくは強迫による保管証明の取消や、錯誤によ

る無効が許されないことになる。判例は⁵⁸⁾、「株金払込取扱銀行が、詐欺もしくは強迫により払込株金保管の証明をした場合にも、会社成立後はこれを事由として右証明に係る金員の支払義務を免れることはできない。」としているし、他の判例も⁵⁹⁾、「株金払込取扱銀行が、会社の設立に際し発起人または第三者の詐欺によって払込金保管証明をした場合、これにより会社の設立登記がなされた後は、詐欺による意思表示の取消に関する民法 96 条の適用はない。」として、会社成立あるいは設立登記を一つの基準として取消を否定している。この点、株式引受人について会社成立後無効の主張または取消を認めると、広く第三者、とくに会社債権者の利益を害するおそれがあるとして、詐欺強迫による取消または錯誤による無効の主張はできないとしている商法 191 条の趣旨が参考になる⁶⁰⁾。

(2) ところで、払込取扱銀行に株式の払込が現実に行なわれても、銀行が「払込金の返還可能となった時期」以前に払戻をした場合、商法 189 条Ⅱ項との関係はどうなるであろうか。もし銀行がこの払戻請求に応じたとすれば、「払込金の返還可能となった時期」以降になって会社から再度払戻の請求があった場合でも、払込取扱銀行は払込金の返還をもって会社に対抗できないことになる。返還をなし得べき時期について明文の規定を欠く以上、「払込金の返還可能となる時期」をいかに見るかは極めて重要なこととなる。新株発行の場合については、新株発行の効力が発生した時であることは異論をみない。しかし、会社設立の場合については議論がある。判例および多数の学説は会社成立後と解しているが、創立総会が終結すれば会社成立以前でも保管金の返還をなし得るとの有力説がある。このいずれの見解をとるかによって、払込取扱銀行の保管証明責任に差異が生ずる。

54) 大塚市助『株式会社法講座』2巻480頁。小町谷操三『法律時報』8巻12号7頁。

55) 小町谷操三『ジュリスト』289号299頁。

56) 昭和39年5月26日最高裁三小判決・民集18巻4号635頁。

57) 大隅健一郎『商法の諸問題』167頁以下。

58) 昭和30年9月30日大阪地裁判決・下級民集6巻9号2064頁。

59) 昭和32年2月11日大阪高裁判決・高裁判集10巻2号55頁。

60) 大隅健一郎『商法の諸問題』166頁。

後者の立場に立つ判例⁶¹⁾として次のものがある。
 「……そこで、払込取扱銀行は保管証明にかか
 る保管金を会社の成立する迄保管すべきもので
 あるかどうかにつき考察するに、創立総会は引
 受株式につき払込の有無を調査確認するのであ
 るから、その手続の完了する創立総会の終結ま
 では確認当時の実体と確認との間にそごなから
 しめる為に払込取扱銀行は保管金を返還すべき
 ものではないが、その後は設立中の会社の執行
 機関である発起人において、保管金の返還をう
 けうるものと解するのを相当とする。」このよ
 うな見解が生れてくる背景には、登記の際に必
 要なかなり巨額の登録税等を調達する実務上の
 要請があることはたしかである。そこで、少数
 説ではあるが“返還可能の時期”を「会社成立
 後」とすることが、「見せ金」による仮払込の
 防止にいささかも貢献しない点に着目し、創
 立総会が終結すれば会社の実態は既に完成して
 いるものと判断して、保管金の返還を受け得る
 とする学説がある⁶²⁾。しかし、創立総会の終結
 を規準とすることには異論がある。それは、創
 立総会の開始や終結は対世的には極めて明確性
 を欠くばかりではなく、創立総会で選任された
 取締役とはいえ、会社成立前には監査的機能し
 か営みえないものに保管金の引出権能をも認め
 ることは、すこぶる法的根拠を欠くことになる
 との批判である⁶³⁾。昭和37年3月2日最高裁第
 二小法廷も、「株金払込取扱銀行が、その証明
 した払込金額を、会社成立の時まで保管すべき
 ものであり、それ以前に発起人または取締役
 に返還しても、これをもって会社に対抗すること

はできない。」とする⁶⁴⁾。多数説が妥当であ
 る。

4. ところで、「見せ金」による払込が株式
 払込の仮払行為であるならば、同じ仮払込の
 一類型である「預合」の罰則規定の適用がある
 であろうか。つまり、「見せ金」による払込と
 それにともなう刑事責任が問題となる。「預合」
 なる語が経済界において使用されたのはかなり
 古く、しかもその使い方は株式の払込に関する
 場合のみではなく、多種多様な使い方をしてい
 たことがうかがえる。ところが、昭和13年の改
 正で初めてこの語を法律用語に転用したもので、
 商法はこれに関して明確な定義をしないままに
 商法491条の法文中にこれを使用したものであ
 る。民事法上は「預合」なる語をつかっていな
 いので、特別の定義づけは必要がないとも考え
 られるが、仮払込の類型を区別し、商法189
 条Ⅱ項の保管責任がいかなる場合に生ずるかの
 考察に便宜であるため、通常「預合」の語を使
 用している。しかし、商法491条は刑罰規定で
 あり罪刑法定主義は動かしえない大原則である
 から、犯罪の構成要件はより明確でなければな
 らない。ところが、商法はかかる大原則の要請
 を無視するかのようになり、率然として「第486
 条Ⅰ項ニ掲グル者(発起人、取締役、監査役等)
 払込ヲ仮払スル為預合ヲ為シタルトキハ5年以
 下ノ懲役又ハ30万円以下ノ罰金ニ処ス預合ニ応
 ジタル者亦同ジ」(商法491条)と規定するに至
 った。そこで、刑事上の「預合」の意義をより
 明確にすることが必要となったわけである⁶⁵⁾。

61) 昭和32年8月30日東京地裁判決・下級民集8巻8号1617頁、『判例時報』124号5頁。ただし、その控訴審(昭和33年4月5日東京高裁判決・高裁民集11巻3号219頁)および上告審(昭和37年3月2日最高裁判決・民集16巻3号423頁)はこれを否定している。その他、否定説をとる下級審判決としては、広島高裁岡山支部判決(昭和29年8月20日高裁民集7巻11号835頁)がある。

62) 竜田節『民商法雑誌』47巻4号607頁。大隅健一郎『全訂会社法論』(上)193頁。松田二郎『株式会社法概論』99頁。松田二郎・鈴木忠一『条解株式会社法』73頁。大住達雄『商法と会社』213頁。北沢正啓『株式会社法講座』1巻240頁。

63) 鴻常夫『法学セミナー』47号38頁。

64) 民集16巻3号423頁。本件の原判決として昭和33年4月5日東京高裁判決・高民集11巻3号219頁。その他同旨の判例として、昭和29年8月20日広島高裁岡山支部判決・高民集7巻11号835頁。石井照久編著『註解株式会社法』第1巻423頁は「……会社成立前は発起人等が保管金等を引出すことはできない。この点について、実業界の取扱では、設立登記があったことの証明がなければ銀行は引出の請求に応じないものとしているが、設立の安否・会社不成立の場合の払込金返還債務の保全・払込金保管証明にともなう銀行等の責任からみて適切な慣行であるといえよう。」と述べ、不可能説にたつと同時に金融界の商事慣行を支持される。田中誠二『会社法』133頁。大塚市助『株式会社法講座』2巻481頁。

65) 並木俊守『判例時報』519号142頁。

およそ次の三説が考えられる。

① 発起人または取締役が払込取扱銀行から借入をし、それを株式払込金として会社の預金口座に振り替えた上、借入金を返済するまでその預金の払戻をしないことを約定すること⁶⁶⁾。

② 発起人または取締役が株式払込金の払込を仮装するため、払込取扱銀行の役職員と通謀してする仮装行為⁶⁷⁾。

③ 発起人または取締役等が、払込を仮装するための一切の行為⁶⁸⁾。

第一説は、民事上預合として定義されているもので、商法 189 条Ⅱ項の保管責任が生ずる典型的な場合として多数説はこれを支持する。だが、預合を商法 189 条Ⅱ項後段に限定する理由はなく、かかる場合にのみ刑事上の責任が生ずるとするのは狭きに失する。第三説は、本来の語源から見ても、また罪刑法定主義の立場から、適用範囲が拡大されて妥当性を欠くおそれがある。商法 491 条の立法経過を検討し、また本条の立法趣旨が、払込仮装行為を禁圧しもって資本充実の実効を期そうする点にあることを考え併せれば、第二説が妥当である。第二説のいう仮装行為の一態様として、第一説の説くような場合をも当然含むと解すればよい。第二説の立場をとる下級審の判例は多数にのぼるが、昭和35年及び36年に最高裁判所がこの立場に立つことを明らかにして以来、判例は統一されるに至った⁶⁹⁾。

本条による預合罪の成立について、主観的構成要件の一つである相手方との通謀の要否が大きな争点となっている。多数説は、払込の仮装につき金融機関との通謀を要としている

し⁷⁰⁾、判例も同様である⁷¹⁾。ただし、その通謀の範囲や程度については、①金融機関からの借入とその引出制限について通謀すると解するのか、②金融機関の役職員と、会社財産が現実にあるがごとく仮装することにつき通謀があればよいのか、③通謀があるか、もしくは相互にその情を知悉していればよい（情は知っているが、通謀のない場合をも含む）のか、微妙な表現の相違がみられる⁷²⁾。これに対して、「……預合とは、株式会社の設立又は新株発行に際して発起人、取締役など商法第 486 条第Ⅰ項掲記の者が株式の払込みを免れるため、払込みを取り扱う金融機関の役職員、その他の者等と通謀し又は単独で行なう株式払込みの仮装行為である」と解し、通謀は預合成立の要件とならないとする有力説⁷³⁾がある。すなわち、「通謀」を必要とする説は商法189条と280条の14を根拠とするのに対し、河井博士は、「……払込取扱金融機関の役職員が発起人と通謀して、預合に応じた場合の責任のみを規定したのではなく、通謀しないで虚偽の証明をなした場合、あるいは過誤に基づいて証明を行なった場合にも、その責任を負うべき趣旨の規定である。」と述べ、通説が必要的共犯論をとることについて、相手方のある行為と必要的共犯を混同してはならないと力説され、預合は単独犯として成立し得ると主張される。また、もし通謀が預合の内容をなすものなら、「預合ヲ為シタル者」とだけ規定すればよく、「預合ニ応ジタル者亦同ジ」の規定は不要となるとも反論される。しかし、この説については、「見せ金」による払込について、預合罪の規定の適用をしようとする政策的な意図があるのではないかとの批判があり、また、類推解釈の危険もあり得るので慎重な検討が必

66) 昭和30年 6 月16日名古屋高裁金沢支部判決・高裁刑事特報 2 卷23号1202頁。学説としては注70) 参照。

67) 昭和 30 年 4 月 12 日東京高裁判決・高裁判集 8 卷 3 号 272 頁。昭和30年 8 月16日札幌高裁判決・高裁判集 8 卷 5 号 734 頁。昭和35年 6 月21日最高裁第三小法廷判決・刑集14卷 8 号 981 頁。昭和36年 3 月28日最高裁第三小法廷決定・刑集15卷 3 号 590 頁。学説としては、田中誠二等『再全訂コンメンタル会社法』1478頁。

68) 昭和25年 7 月10日名古屋地裁判決・手形研究38卷28頁。判決タイムス49号28頁。

69) 前注67) 参照。昭和 42 年 12 月14日最高裁一小法判決・刑集21卷10号1369頁。昭和45年 5 月12日仙台高裁判決・高判集23卷 3 号411頁。

70) 田中誠二『会社法詳論』(上) 196頁。松田二郎『新会社法概論』99 頁。松田・鈴木『条解株式会社法』(上) 72頁。大隅健一郎『商法の諸問題』159 頁。同『商法演習(Ⅰ)会社(Ⅰ)』33頁。鈴木竹雄『新版会社法』57頁。石井照久『会社法』(上) 83 頁。大塚市助『株式会社法講座』2 卷480頁。服部栄三『全訂会社法提要』138頁。

71) 前注66), 67) 参照。

72) 『注釈会社法』(8) のⅡ405頁。

73) 河井信太郎『株式会社役職員の刑事責任』318頁以下。

要である。すなわち、預合罪の規定の主体は商法 486 条 I 項に規定されている者に限定されているので、応預合罪の規定をもうけないと、直接預合に応じた金融機関を処罰することができず、刑法 65 条により共犯としうる可能性が残されるのみに止る⁷⁴⁾。「預合」の本質は、仮装の払込を、あたかも真実のごとく払込金を保管しているように仮装する一連の行為と解すべきであるから、通説のごとく「通謀」を必要とする立場が妥当である。「見せ金」については、「通謀」が存在しないのが一般的であるから、預合罪の成立は否定されねばならない。判例も「…商法第 491 条にいう預合とは、会社の発起人又は取締役が株金払込を仮装するために、払込行為を取扱う金融機関と通謀して真実払込のないのに払込があったようにしてなすところの仮装行為を指称するものと解するのを相当とする。従って本条所定の預合の罪が成立するには、発起人又は取締役と払込を取扱う金融機関との間に通謀の存することが必要であるといわねばならない。本件における公訴事実の要旨とするとところは、被告人(甲)は株式会社 A の発起人であるが同会社設立にあたり、B 農業協同組合から 100 万円の融資を受け、これを昭和 25 年 5 月 4 日頃丙銀行俱知安支店に前記株式会社 A の株金払込金であるかのように装って預入れ、同日同銀行支店から株式払込金保管証明書の交付を受けたうえ、同月 8 日設立登記手続を済して預合したというのである。原判決挙示の証拠によれば、右公訴事実のように、被告人甲が株式会社 A の発起人として、株数 4 万口のうち真実 21,840 口金額 1,092,000 円より株金の払込がなく、しかも会社建物購入等の設備費をこのうちから支出し、残額 10 万円位しかなかったにもかかわらず設立登記を完了する方便として前記農業協同組合および C 信用金庫から各 100 万円宛を借り受け、形式上株金全額金 200 万円の払込があったように仮装して乙をして昭和 25 年 5 月 4 日金 200 万円を前記銀行に払込ませ、同日銀行から株金払込保管証明書の交付を受けさせたいえ、

74) 前田信二郎『会社犯罪の研究』205頁以下。

同月 8 日その設立登記を完了するや翌 9 日該金員の払戻を受けて各貸主に返済していることは認められる。従って被告人に株金払込を仮装する目的のあったことは明らかであるが、被告人は前記銀行に対し、一旦は現実に前記金員を寄託したのであるから、被告人と同銀行との間に株金払込がないのに払込があったように仮装するところの仮装行為の通謀があったとはなし難い。その他本件記録を精査するも右通謀の事実とは認められない本件にあっては、前段説示に照して被告人の前叙認定のような行為は、商法第 491 条にいう預合にはあたらないものというべきである。』⁷⁵⁾(下線筆者)と判示し、「見せ金」による会社の設立について、通謀のないことを理由に預合罪の成立を否定している。もし、「見せ金」の場合に通謀の事実があれば、預合罪の規定を適用すべきであり、判例学説も同様の見解をとる⁷⁶⁾。また、取締役が会社成立後払込金を引出し自己の債務の弁済にあてれば、取締役としての任務に背き払込の仮装に協力したことになるから、商法上の特別背任罪(商法 486 条)を構成することになり、同時に刑法上の背任罪ないし業務上の横領罪(刑法 246 条、253 条)の適用を受けることになる⁷⁷⁾。さらに、「見せ金」による会社の設立または新株発行の登記をした場合には、公正証書原本不実記載罪(刑法 157 条 I 項)が成立すると解するのが多数説⁷⁸⁾と思われるが、「いわゆる「見せ金」は株式の払込を仮装する行為であって、通常の場合におけるような真実の株式の払込でないことはもちろんであるが、いわゆる「預合」の場合と異なり、

75) 昭和 30 年 8 月 16 日札幌高裁判決・高刑集 8 巻 5 号 734 頁。同様の見解のもとに、刑罰法規の拡張解釈の危険を説くものとして、昭和 30 年 4 月 12 日東京高裁判決・高刑集 8 巻 3 号 276 頁がある。

76) 昭和 35 年 6 月 21 日最高裁三小法廷判決・刑集 14 巻 8 号 981 頁。昭和 36 年 3 月 28 日最高裁三小法廷判決・刑集 15 巻 3 号 590 頁。大隅健一郎『新版会社法概論』291 頁。前田信二郎『会社犯罪の研究』208 頁。

77) 大隅健一郎『商法演習 (I) 会社 (1)』41 頁。この場合は、刑法上「一個ノ行為ニシテ数個ノ罪名ニ触レ」る場合として(刑法 54 条 I 項前段)いわゆる法条競合が成立し、特別法である商法罰則が適用されると解する。

78) 昭和 37 年 12 月 26 日東京地裁判決『判例時報』340 号 48 頁。昭和 41 年 10 月 11 日最高裁判決・刑集 20 巻 817 頁。

現実に現金をもって株式払込金として指定の払込取扱銀行に払込まれるのであって、払込取扱銀行が「見せ金」であることを知らない以上、銀行の発布した株式払込金保管証明書は真実に合致した正当のものでなんらの虚偽を含まず……かかる「見せ金」による設立登記の申請は、公正証書原本不実記載罪を構成しない。」として反対の立場をとる判例もある⁷⁹⁾。しかし、金融機関の不知の場合には共犯関係が否定されるだけで、当該取締役の刑事責任は追求されるべきであろう。

5. 会社資金による払込をどう見るかは問題であるが、一つの規準を与えた注目すべき判例がある。事案の概要は、H会社がT銀行より770万円を借受け、会社の従業員らの債権637万円と他の債権者Aの債権102万5千円余の弁済にあて、従業員及びAは、この弁済を受けた金員に会社からの貸付金を加えて払込金にあてる方法をとったのであるが、これに対して次のように判旨している⁸⁰⁾。「思うに、形式的に帳簿上の操作をすることによって容易に払込の仮装が行われることにかんがみると、払込が実質的なされたか否かについてはきわめて慎重に審理することを要し、帳簿上の操作に惑わされるべきではないことはもちろんであるが、しかし、株式引受人の会社に対する債権が真実に存在し、かつ会社これを弁済する資力がある場合には、

……資本充実の原則に反するものではなく、株金払込仮装行為とはいえないから、商法491条の預合罪及び応預合罪にあたらないものと解するのを相当とする。記録を調べてみると、H会社がT銀行から借り受けた770万円は、会社に対する従業員らの債権637万円とAの債権102万5千円の各弁済にあてられ、従業員ら及びAは、右弁済を受けた金員に会社からの貸付金を加えて本件払込金にあてる方法によりその払込の一部となしていることが証拠上うかがわれるので、原審としては、当時従業員ら及びAが、会社に対して真実右の債権をもっていたかどうか、また、会社がその弁済の資力をもっていたかどうかなどの事実を調べたうえ、本件を処理すべきであったのに、これらの事実を確定することなく、本件払込金全額につき、預合罪および応預合罪が成立するとして第一審判決を維持したのは、法令の解釈を誤った結果審理を尽さなかったもので、原判決を破棄しなければ著しく正義に反するものと認める。」

役員や従業員が十分な資力をもっているか、または近い将来、弁済資金を入手することが確実である場合、あるいは十分な担保が提供されていて客観的に債権の回収に危惧を感じ得ないような時には、一時的に会社資金の貸付を受けてそれを払込金に充当しても、会社としては払込金に相当する確実な債権を取得するのであるから、資本充実の原則を無視したものと見ることはできず、「見せ金」による仮装の払込とみることとはできないと解する。実質的な払込であったか否かは、それによって会社財産が増加したかどうかに求めるべきで、その判断は、具体的なケースに当たって資本充実の原則をそこなうか否かの実質的な考察を必要とする⁸¹⁾。会社資金による払込であることを知りながら払込株金の保管証明をした銀行の責任と、その会社がその後株式引受人から払込資金を回収した場合の銀行の免責の有無をめぐって争われたものに、かの有名な三菱銀行事件がある。事件の概要はおおよ次の通りである。原告は株主相互金融を

79) 昭和31年4月9日熊本地裁判決『判例時報』80号26頁。同じく本罪の成立を否定するものとして、昭和33年12月19日東京地裁判決・第一審刑集1巻12号2055頁。学説には、預合罪の成立を否定し刑法157条の“不実”でまかなえたと説くものもある。しかし、前田教授は「しかし、いまだに仮装払込の見せ金が、払込仮装の防止を目的とする189条に包含されることはなく、実質的な違法性は預合回避の脱法行為として預合（払込仮装）と同じ危険性を認められており、見せ金の有効無効の争点は、形式的法解釈と政策的なそれとの対立とみられる。しかし、通謀による見せ金の場合、実質払込の仮装はからくりとして銀行は取り扱うのであるから、これを払込仮装の必要的共犯と認めてよいであろう。見せ金一般については、その無効性が学説・判例ともに固まるならともかく、その不実を刑法の戸籍にもちこむことは、やむをえずとはいえ、適正な問題の解決方法とはいいがたい。」とされる。『会社犯罪の研究』208頁以下。

80) 昭和42年12月14日最高裁一小法廷判決『判例時報』510号3頁。

81) 並木俊守『判例時報』142頁。

目的として設立された日本商工振興株式会社の管財人である。右会社は、会社の株式を大衆に売り出し、株式を買って株主となった者に額面の数倍の金員を高利で貸付け、資金の必要のない者には年2割以内の利息を支払うという形で、株主相互間の金融を計っていた。そして、新株発行については、役員または従業員に会社の預金を融資しこれをもって銀行に払込むこととした後、新株発行登記後これを会社の預金に振りかえることとしており、形式的には会社の普通預金をいったん別段預金とした後、新株発行完了後これを普通預金に戻すという方法がとられた。かくして1,000万円の資金を元にして無限の新株発行ができることとなり、右会社は、昭和27年8月30日から昭和28年9月4日までの間に、3、4日おきに95回にわたり1,000万円ずつの新株を発行し、資本金は12億円に達していたものである。そこで原告は、破産管財人に就任後、株金払込取扱銀行たる控訴銀行三崎町支店が会社資金をもって払込がなされるものであることを知りながら払込株金の保管証明をして新株発行に協力していたことを知ったとして、控訴銀行に対し商法189条にもとづく責任を追求したものである。

一審判決は、右のような払込の方法では、実質的に会社資本の充実をもたらさず、一種の払込仮装であり、控訴銀行において保管証明をした以上、会社に対して実質的かつ有効な払込金の支払をなすべき義務があり、払込仮装による形式的な支払では免責されず、払込仮装について会社と通謀していなくても、保管証明書発行当時会社資金による払込であることを知っていたときには右支払義務を負うとして、5億円余にのぼる原告の請求を認容した。西原博士は判旨に賛意を表されているが⁸²⁾、鈴木教授は、会社は新株を処分して額面を下らない対価を得ていると思われるが、そうすると控訴銀行から証明金額の支払を受けることによって会社は二重の利得をすることになり、一見社会正義に合するように見えるが、かえって社会正義に反する

のではないかとし、かつ、会社が資金を株主より回収することによって資本の充実がなされるから、これにより払込の無効は治癒されることになる⁸³⁾として、判旨に反対される。これに対して控訴審は、会社資金によって払込がなされたときは、会社資本は実質的に増加しないから、預合や見せ金の場合と同様仮装払込に外ならず、控訴銀行支店は払込仮装たることを認識していたと認めて、控訴銀行の保管証明責任を肯定したうえ、右責任発生後も資本が充実されればその責任は減免されるとし、第1回から第45回までの増資についてはその後株式引受人らから会社に対して株式取得の対価が完済されて資本の欠缺が補填されたから控訴銀行の保管証明責任は消滅したと判断したが、第46回以降の増資については、その後資本の欠缺が補填されたことについて控訴銀行の証明がないとして、この分につき原告の請求を認容したものである⁸⁴⁾。妥当な判決というべきであろう。

「見せ金」に関連して、個人企業の株式会社への改組が問題とされる。このような場合は、新たな資本の供給を必要としない場合が多く、また資金の結集を目的としないから、株金の払込を必要としない。すなわち、個人企業を会社組織に変更するだけのことで経営実態は変わらない。そして、「見せ金」による設立という形式をとることは、仮装の払込と現物出資または事後設立の手続を潜脱することになり、二重の過誤を犯しているとの指摘がある⁸⁵⁾。この場合、払込金を会社が個人企業の所有者だった者に支払うかわりに、その対価として個人の営業用財産が会社に譲渡されるかたちをとるであろうから、会社の資産は実質的にみて充実されているのであって、払込の効力を否定すべきではなかろう。もし、このような場合にも「見せ金」による払込として無効なものと解し、発起人の責任を追求することが可能だとすると、長谷部判事の指摘されるごとく、結果的には企業そのも

83) 『ジュリスト』340号111頁。

84) 『判例時報』690号21頁以下。

85) 長谷部茂吉『裁判会社法』16頁以下。

82) 『判例評論』65号39頁。

のを発起人に返還しなければならないことになり、会社はその存立の基礎を失うに至る⁸⁶⁾。ただし、このようなケースについての判例は現在

のところ見当たらないので、今後この点に関する明確な見解が期待されるわけである。

86) 長谷部茂吉『裁判会社法』16頁以下。