

# 資本充実の原則と預合罪

山本 雅昭\*

Relationship between Principle of maintaining capital and Crime of borrow-and-deposit

YAMAMOTO Masaaki

## 1. はじめに

第151回国会において可決・成立し、公布された商法等の一部を改正する等の法律（平成13年法律79号）により、資本効率を高めることなどを目的として自己株式規制が大幅に緩和されたほか、新株発行規制の緩和など株式会社の資金調達の手軽化を図ることを目的とした商法改正も行われている。その一方で、株式会社が資本制度を採る会社である限り、資本の充実や維持が厳しく要請されるのはもちろんのことであり、近年の商法改正もこの点を揺るがせにするものではない<sup>1</sup>。

会社設立と増資のいずれであるかを問わず、株式発行価額の総額に等しい財産が会社に拠出され、かつ、保有される必要がある（資本充実・維持の原則。以下、単に「資本充実の原則」という。）。こうした資本充実の原則を担保するため、商法は、現物出資の厳格な審査手続（173条、181条、280条の8）、発起人・取締役の引受・払込担保責任（192条、280条の13）などについて定めている<sup>2</sup>。このうち、払込取扱機関の保管証明責任に関する189条は、資本充実の原則に反する預合を規制するために設けられたものである<sup>3</sup>。すなわち、払込取扱機関は、発起人又は取締役の請求により、払込金を保管していることを証明しなければならず、その証明した金額について払込がなかったことやその返還に関する制限を約したことを会社に対抗することができない。ここでは、およそ、発起人又は取締役が払込取扱機関から借入れを行い、これを

---

\* 東北文化学園大学非常勤講師 Part-time instructor of Tohoku Bunka Gakuen Univ.

<sup>1</sup> 平成13年法律79号による改正では、いわゆる金庫株が解禁され、会社は自己株式を取締役会の決議により消却又は処分することができることとされたが、そこでは、新株発行規制のうち189条など資本充実の原則に関する諸規定は準用されていない。それは、自己株式の消却又は処分が新株発行とは異なり資本の増加を伴わないため、資本充実の原則に関する諸規定を準用する必要性がないと解されたためである（文献(1)、(2)参照）。そのほか、文献(3) 140頁以下参照。

<sup>2</sup> 文献(3) 15頁以下、文献(4) 69頁以下、文献(5) [岩崎稜] 36頁、文献(6) 28頁以下、160頁以下。

<sup>3</sup> 文献(3) 41頁以下、文献(4) 522頁以下、文献(5) [本間輝雄] 55頁、文献(6) 240頁、文献(7) [別府三郎] 206頁以下、文献(8) 87頁。

設立手続中又は増資手続中の会社の預金に振り替えて株式の払込に充て、その際、この借入金を返済するまでは払込金の返還を払込取扱機関に対して請求しないことを約する預合<sup>4</sup>の規制されることが期待されているのであるが、それにもかかわらず取立て預合を行った発起人や取締役等、払込取扱機関の役職員は、それぞれ預合罪、応預合罪（以下、単に「預合罪」という。）を犯したものとして処罰される（491条）。

預合罪が成立するのには、こうした典型的な場合のほか、発起人又は取締役が払込取扱機関やそれ以外の第三者から借入を行い、この借入金を払込金に充て、設立登記又は増資登記の完了直後に払込金を引き出すなどして返済するという見せ金を手段とする場合がある<sup>5</sup>。典型的な預合では、払込取扱機関の内部で帳簿上の操作が行われるだけであり、現実に払込が行われることがない。これに対して、見せ金を手段とする態様の預合は、典型的な預合を行ったのと同様結果を実現することができるにもかかわらず、発起人又は取締役が払込取扱機関やそれ以外の第三者からの借入金を払込金に充てることが禁止されているわけではないことに加えて、現実に払込が行われている。刑法は、こうした態様の預合についても、典型的な預合と並んで、発起人又は取締役と払込取扱機関の役職員との間に通謀のある場合には、預合罪及び公正証書原本不実記載罪（刑法157条）の成立を認めてきた。また、預合規制に対する脱法行為として発展してきた、見せ金のみによる仮装払込については、公正証書原本不実記載罪の成立を認めることによって対応してきた。

以下、本稿では、判例を素材に、資本充実の原則をめぐる預合罪と公正証書原本不実記載罪に関する問題について若干の考察を試みたい。

## 2. 預合罪及び公正証書原本不実記載罪に関する判例の状況

預合罪や見せ金による仮装払込に係る公正証書原本不実記載罪に関する最高裁判例は、これらの犯罪が資本充実の原則にとって著しい脅威であるにもかかわらず、その数は意外と少なく、最決昭和35年6月21日<sup>6</sup>、最決昭和36年3月28日<sup>7</sup>、最決昭和40年6月24日<sup>8</sup>、最判昭和41年10月11日<sup>9</sup>、最判昭和42年12月14日<sup>10</sup>、最判昭和47年1月18日<sup>11</sup>及び最判平成3年2月28日<sup>12</sup>の7件を数えるのみである。各判例を概観すると、次のとおりである。

<sup>4</sup> 後掲最決昭和35年6月21日、最決昭和36年3月28日、最判昭和42年12月14日、文献(3)42頁、文献(4)524頁以下、文献(5)〔本間輝雄〕61頁、文献(6)240頁、文献(7)〔別府三郎〕208頁、文献(8)87頁参照。

<sup>5</sup> 前注の最高裁判例に現れた事件は、いずれもこのタイプである。文献(4)240頁以下参照。

<sup>6</sup> 刑集14巻8号981頁。

<sup>7</sup> 刑集15巻3号590頁。

<sup>8</sup> 刑集19巻4号469頁。最決昭和40年10月5日判例時報428号91頁も同旨。

<sup>9</sup> 刑集20巻8号817頁。

<sup>10</sup> 刑集21巻10号1369頁。

<sup>11</sup> 刑集26巻1号1頁。

<sup>12</sup> 刑集45巻2号77頁。

①最決昭和35年6月21日

発起人等が第三者を説得して、払込取扱機関から融資を受けることを条件に設立登記完了まで払込金相当額を発起人等に貸し付けることを承諾させ、その貸付金を払込金として払込取扱機関に払い込ませ、払込取扱機関発行の払込金保管証明書により設立登記を完了した直後、払込取扱機関を支払人とする小切手を振り出すことによって第三者及び払込取扱機関との貸借関係を決済したという事件に関するものである。発起人と払込取扱機関との間に第三者が介在し、見せ金的手段として用いられた事件について、商法491条後段の応預合罪が成立するには、払込取扱機関の役職員が486条1項所定の者と通謀して株金の払込を仮装する行為を行うことを要すると判示し、同罪の成立を認めた。

②最決昭和36年3月28日

発起人や取締役が、設立登記や増資登記を完了した後に返済するとの約旨の下、払込取扱機関を受取人とする約束手形を交付するとともに、払込取扱機関から借入を行い、この借入金を払込金として払込取扱機関に払い込み、登記完了とともに払込金によって手形債務を弁済したという事件に関するものである。借入及び払込はすべて帳簿上の操作にとどまっている。本決定は、①を引用して、発起人や取締役について預合罪の成立を認めた。

③最決昭和40年6月24日

発起人が株式を引き受けた旨の定款、残株について株式申込みがないのにあった旨の株式申込証、株金の払込がないのに株式総数についてその発行価額全額が払込済みである旨の調査報告書等を作成して設立登記申請に必要な書類を整えるとともに、設立登記完了直後に払込取扱機関から払込金を引き出して返済するとの約旨の下に金融業者から借入を行い、この借入金を払込金に充て、払込取扱機関から保管証明書の交付を受けて、設立登記を申請し登記官に商業登記簿の原本にその旨の記載をさせたなどという事件に関するものである。会社は不存在であり、その設立登記がなされてもその登記事項はすべて不実のものであるから、登記事項のすべてについて公正証書原本不実記載罪が成立する旨を判示して、公正証書原本不実記載罪の成立を認める原判決を維持した。

④最判昭和41年10月11日

発起人から依頼を受けた計理士が、真実株金として払い込む意思がないのに、自己を振出人、払込取扱銀行等を受取人とする小切手及び現金を払込取扱機関に提出して仮装の払込を行う一方で、払込取扱機関の役職員が計理士の依頼を受けて、仮装の払込であることを知りながら保管証明書を発行し、これら計理士、払込取扱機関の役職員が合して払込が完了した旨の不実の設立登記及び増資登記を申請して、商業登記簿の原本にその旨の記載をさせたという事件に関するものである。預合罪については、第一審判決、原判決ともに、発起人又は取締役と払込取扱機関の役職員との間に通謀があったとの事実を認めることができないことを理由に、その成立を否定したので、最高裁では預合罪の成否は問題とならなかった。第一審判決、原判決はとともに、公正証書原本不実記載罪の成立も否定してきたが、本判決は、商法188条2項5号の「発行済株式ノ総数」とは、昭和23年法律148号による改正前の商法旧規定同条項5号の「各株二付

払込ミタル株金額」と同じく株金の払込済みのものであるという解釈を示し、見せ金による仮装払込に基づき設立登記又は増資登記を申請してその旨の記載をさせることについて、公正証書原本不実記載罪の成立する可能性を認めた。

⑤最判昭和42年12月14日

会社及び取締役が払込取扱機関の役職員との約束に従い、払込取扱機関から借入を行い、会社はこの借入金で従業員等に対する債務を弁済し、取締役と従業員等とがこの借入金に等しい金額を増資新株の払込金として払込取扱機関に払い込み、保管証明書の交付を受け、所定の増資手続完了後、直ちに保管金より借入金を弁済したという事件に関するものである。預合罪と公正証書原本不実記載罪の成立を認めた原判決を破棄して、「株式引受人の会社に対する債権が真実に存在し、かつ会社にこれを弁済する資力がある場合には、右弁護人主張のような態様の払込方法をとったとしても、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、商法四九一条の預合罪および応預合罪にあたらぬ」と判示した。

⑥最判昭和47年1月18日

増資に際して、株金の払込が払込取扱機関以外の者から借り入れた見せ金による仮装のものであるにもかかわらず、株式引受人による払込が完了して増資をした旨の登記申請を行い、商業登記簿の原本にその旨の記載をさせた場合、公正証書原本不実記載罪が成立するという事例判例である。本件では、増資の登記申請に当たって、取締役会の開催、増資の決議及び引受人による株式引受の事実がないのに、内容虚偽の取締役会議事録、株式申込書及び見せ金による払込によって得た払込取扱機関の保管証明書などを登記官に提出したほか、架空の新株引受権者の債権と株金払込請求権とを相殺することを承認した旨の株主総会議事録等を提出するといった手段も採られている。上告趣意では、見せ金による株金の払込では、払込の事実は存在し、ただ払込が私法上無効になるに過ぎないから、こうした事情の下で行った登記申請の内容は虚偽ではないなどと抗弁が行われたが、本判決は、④を引用して上告を棄却した。

⑦最決平成3年2月28日

増資に際して、当初から真実の払込として会社資金を確保させる意図はなく、会社と名目的な株式引受人との合意に基づき、引受人が会社又は第三者から借り入れた金員によって払込が行われたように仮装した後、払込金を直ちに引き出して借入金の返済に充てたり、払込金を会社名義の定期預金とした上これに質権を設定したりしたという事件に関するものである。公正証書原本不実記載罪の成立を認めた原判決を維持し、会社には名目的な株式引受人に対する債権及び定期預金債権が残されているものの、前者は実質的には全く名目的な債権であったとみるべきであり、また、質権が設定されている定期預金債権は名目的な株式引受人に対する第三者の債権を担保するものであったところ、その名目的な株式引受人には債務弁済能力がないからこの定期預金債権も会社の資産と評価することはできない旨を判示した。

### 3. 預合罪に関する問題

「預合」には、実定法上の定義がない。預合罪の実行行為に関する問題が提起されなければ

ならない所以である。①及び②では、見せ金を手段とする点で現実に払込が行われているため、典型的な預合とは異なるタイプの事件が取り扱われていた。それにもかかわらず、①は、応預合罪の成立を認めた。ただし、①は、同罪が成立するには、払込取扱機関の役職員が商法486条1項所定の者と通謀して株金の払込を偽装する行為を行うことを要するとして、同罪の構成要件について厳格な解釈を示したものの<sup>13</sup>、どのような態様の偽装行為が預合罪の実行行為に当

<sup>13</sup> 預合罪の実行行為については、発起人又は取締役と払込取扱機関の役職員との間に通謀を要するのか否かという問題もまた重要である。「預合」の意義については、3説の対立というかたちで説明されることが多いが（文献(9)〔佐々木史朗〕69頁以下、文献(10)〔内田文昭〕1019頁以下、文献(11)〔荒谷裕子〕187頁）、ここでは、払込を偽装する態様に関する問題と通謀の有無に関する問題とを分けておく。

通謀の有無に関する問題については、肯定説と否定説とが対立していたところ、①及び②によって判例も肯定説に与することが明らかになった。肯定説は、株式の払込及び保管の委託については発起人や取締役、その払込金の保管については払込取扱機関の役職員それぞれの資本充実責任を明確にし、それを確保するため商法491条を新設したという立法理由（文献(12)543頁参照）、預合とは相手方のあることを前提とした語であること、同条が必要的共犯の形式をとっていること等を根拠として上げている（例えば、文献(9)〔佐々木史朗〕71頁以下、文献(10)〔内田文昭〕1020頁、文献(11)〔荒谷裕子〕187頁）。これに対して、否定説は、通謀のない偽装払込によっても資本充実の原則が害されることに変わりないことを根拠とする（文献(13)319頁以下）。否定説を採れば、発起人や取締役が株金の払込に充てるという用途を秘して払込取扱機関から借入れを行い、借入金を払込取扱機関に株金として払い込むという見せ金による偽装払込についても預合罪が成立することになる。すなわち、払込取扱機関の役職員が発起人又は取締役の真の意図を知らない場合を含めて、発起人や取締役が払込取扱機関からの借入金を株金の払込に充てるという態様の偽装行為一般が預合に当たる可能性が出てくる。しかし、発起人や取締役が払込取扱機関以外の第三者からの借入金を株金の払込に充てることもまた資本充実の原則に反するという点では、発起人や取締役が払込取扱機関からの借入金をどのような用途に向けるのかという点について払込取扱機関の役職員が知らない場合と変わりはないから、後者の払込が預合罪となり、前者の払込が預合罪にならない理由を説明することは困難になるであろう。したがって、否定説は失当である。発起人や取締役と払込取扱機関の役職員との間に通謀がある場合とない場合とでは、資本充実の原則が危殆化される程度には違いがあるというべきところ、肯定説を採るならば、資本充実の原則に対する違反行為のうち犯罪として処罰されるべきなのは、発起人又は取締役と払込取扱機関の役職員との間に通謀がある場合に相当する反資本充実原則性のある偽装払込に限られることになろう。また、このように解することによって、払込の私法上の効力とも整合性を保つことができる。というのも、払込に当たり発起人又は取締役には資本を充実させる意図がないことを払込取扱機関の役職員が知らない場合、その払込は有効であるとともに、発起人又は取締役と払込取扱機関の役職員との間には通謀がないため、預合罪も成立しないからである。

たるのかという点については問題としなかった。

この問題をめぐっては、発起人又は取締役が株金の払込を行ったかのように仮装するため払込取扱機関の役職員と通謀して行う仮装行為のことであるという判例・通説<sup>14</sup>の立場に、預合とは発起人又は取締役が払込取扱機関から借入を行い、これを払込金として払込取扱機関における会社の預金に振り替え、この借入金を返済するまでは会社の預金を引き出さないことを払込取扱機関との間で約することであるという少数説<sup>15</sup>が対立している。少数説のいう預合は、典型的な預合と同義であり、見せ金というかたちで現実に金銭の移動がある手段の採られる場合を含まない。これに対して、判例・通説によれば、こうした見せ金を手段とする場合にも預合罪の成立が認められることになる。すなわち、判例・通説の立場と少数説の立場との違いは、見せ金を手段とする場合にも預合罪の成立を認めるか否かという点にある。

①及び②にみられるとおり、判例は通説と同じところに帰一した。判示ではその根拠は明らかではないが、資本充実の原則を可及的に確保するという観点からは、見せ金を手段とする場合を典型的な預合と同等なものとして評価してよいと解されるので、判例・通説の態度は、さしあたり妥当であるといえることができる。

ところで、「預合」の態様を確定するには、2つのアプローチが考えられる。ひとつは、預合とは、発起人又は取締役と払込取扱機関の役職員が通謀して払込及び払込金保管委託を仮装するというように、払込の仮装と払込金保管委託の仮装とは現実の問題としてはむしろ一連の行為として伴われるのであるから、両者を一連の行為として捉えるべきだという考え方である<sup>16</sup>。これに対して、もうひとつは、商法491条の規定形式に忠実に、払込と払込金保管委託とを分けた上で、後者を預合罪の実行行為と捉えるものである<sup>17</sup>。払込の態様には見せ金による場合も含まれるが、見せ金といっても、そのすべてが払込として私法上無効であるわけではなく、払込取扱機関が仮装であることを知らない場合には有効であるのに対して、知っている場合又は知ることができた場合には無効であるところ、払込として有効な場合には資本充実の原則は満たされるから、その際、払込が仮装であるということは意味をなさないというのである。すなわち、仮装とは払込金保管委託の属性であり、払込の私法上の効力如何にかかわらず、払込金保管委託が仮装のものであれば、預合罪が成立することになる。

後者のアプローチによれば、払込が私法上有効でありながら、払込金保管委託は仮装であるため預合罪が成立するという場合があり得る。ここで、払込が有効な場合とは、払込それ自体が有効な意思表示であり、かつ、資本充実の原則に照らしても有効な場合ということになるであろう。なるほど、払込が有効であるにもかかわらず、預合罪が成立する場合として、払込の時点では保管証明書の交付を受けた直後に払込金を引き出すなどして払込金に充てた借入金を返済する意図

<sup>14</sup> 前掲最決昭和35年6月21日、最決昭和36年3月28日、最判昭和42年12月14日、文献(9) [佐々木史朗] 73頁、文献(10) [内田文昭] 1020頁、文献(11) [荒谷裕子] 187頁。

<sup>15</sup> 文献(13) 319頁以下、文献(14)。

<sup>16</sup> 文献(15) [寺尾正二] 223頁。

<sup>17</sup> 文献(16) [佐藤哲夫] 145頁。

はなく、したがって、何ら通謀もなかったけれども、その後、払込金保管委託の内容を、払込金に充てた借入金を返済するために保管証明書の交付を受けた直後に払込金を引き出すというものに改めたという場合が考えられる。しかし、この場合、会社設立又は増資は、全体として資本充実の原則に反しているので無効であり、預合罪の成立することに違和感はない。したがって、払込が有効なのに、預合罪の成立する場合を合理的に説明するために、払込と払込金保管委託とを分離するこのアプローチには、その必要性がなく、現実に即して、払込の仮装と払込金保管委託の仮装とを一連の行為と捉えることで足りるというべきであろう。

ここで確認しておかなければならないのは、私法上有効な会社設立又は増資は資本充実の原則に反しないということである。したがって、私法上有効な会社設立又は増資について預合罪の成立を認める必要性はない。そこで、見せ金を払込の手段とする会社設立又は増資は無効になるのか否かという問題意識の下で事に当たらなければならない。

見せ金のみによる払込の私法上の効力については、有効説も主張されている<sup>18</sup>。預合の場合とは異なり現実の払込があり、他からの借入金を払込金に充てることも許されていないわけではなく、仮に払込を行う発起人等に払込を仮装する意図があったとしても、それは会社自体関知しない発起人等株式引受人の内心の事情であり、また、発起人等が会社の預金を引き出すこと自体も違法でないことがその根拠になっている。しかし、学説の多数は無効説に立っている<sup>19</sup>。すなわち、見せ金による払込という計画全体が預合と同じ効果を狙ったものであり、有効説のように、見せ金による払込を含めた一連の手続を個々の行為に分解して観察し、個々の行為の効力を問題とするのでは、払込の仮装という目的の実現を助けることになるというのである。なるほど、見せ金による払込を含めた一連の手続を全体として評価するに当たっては、どの範囲の個々の行為を一連の手続に含めるのかという困難な問題に直面することになるけれども、そうかといって、統一的な意思に支配された一連の手続を個々の行為に分解して観察し、そのそれぞれについて法的効力を問題とするのが不当であることも疑いない。無効説が妥当であろう。

判例で、見せ金が私法上有効な払込か無効な払込かを判断する基準を提供するのは、⑥及び⑦が引用する最判昭和38年12月6日<sup>20</sup>である。同判決は、一連の行為を全体としてみれば見せ金を用いているといえる預合に関する事件について、「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は、右会社の営業資金はな

<sup>18</sup> 文献(17) 123頁以下、文献(18) 40頁等。なお、およそ、刑事法の領域では、発起人又は取締役が保管証明書の交付を受けた直後に返済のため引き出す意図の下に払込金に充てるために行う借入金一般を見せ金と呼び、借入先を払込取扱機関以外に限定していないが、民事法の領域では、払込取扱機関以外からの借入金に限定して見せ金と呼んでいるようである。

<sup>19</sup> 文献(3) 43頁以下、506頁、文献(4) 526頁以下、文献(5) 62頁、文献(6) 242頁、文献(7) [別府三郎] 209頁等。

<sup>20</sup> 民集 17 卷 12 号 1633 頁。

んら確保されたことにはならないのであつて、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つ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」と述べた上で、払込としての効力の有無を判断する資料として、「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、その如何によつ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つたに過ぎないもの」か否かを考慮している<sup>21</sup>。

見せ金を手段とする預合では、現実に金銭の移動を伴うため、形式的には預合に当たらないように見える見せ金について、実質的に預合に当たるのか否かを判断するのは困難な場合が多い。そこで、見せ金を手段とする預合が資本充実の原則に反するという点において典型的な預合と同等なものとして評価することができるのか否かという問題に取り組む必要がある。前掲最判昭和38年12月6日の提示する判断基準を適用し、資本充実の原則に反する見せ金であると判断された場合、見せ金による払込は私法上無効になるから、さらにその見せ金を手段とする一連の行為を全体としてみた場合に預合に当たるのか否かを判断することになる。①及び②は、このような判断過程を経て預合罪の成立を認めたものと解される。すなわち、①で取り扱われた事件では、払込取扱機関に払込金が確保されたとはいえず、したがって、この場合の見せ金は私法上無効であると解され、また、金銭の移動に当たって発起人と払込取扱機関との間に第三者が介在しているとはいえ、この第三者の受動的地位に鑑みると、実質的にみて発起人は払込取扱機関を相手に預合を行ったと評価することができる。また、②で取り扱われた事件では、発起人は払込取扱機関から払込金総額の75パーセントを超える金額の借入を行い、会社設立登記完了後直ちに借入金を返済する約定の下、発起人振出に係る手形を払込取扱機関に交付し、払込取扱機関に振り込んだ払込金より手形債務を弁済したというのであるから、本件見せ金では会社資本が充実したとはいえず、したがって、私法上無効な見せ金であるとともに、発起人が払込取扱機関から借り入れた金銭を払込金に充て、約定のとおり、会社設立登記完了後直ちに借入金を返済しているのであるから、発起人は払込取扱機関を相手に預合を行ったと評価することができる。

これに対して、見せ金が資本充実の原則に反しないと判断された場合には、その見せ金を機縁とする一連の手続もまた資本充実の原則に反するものではない。⑤では、取締役の会社に対する債権及び従業員等の会社に対する債権は、増資手続に先立ってこれとは無関係に成立していたものであるところ、会社は払込取扱機関からこれらの債権額に相当する借入を行い、この借入金で取締役及び従業員等に対する債務を弁済することによって、取締役及び従業員等は新株の引受を行うことができるようになったという経緯はあるけれども、取締役及び従業員等にとっては会社に対する債権が株式にかたちを変えただけであり、取締役及び従業員等はこの形態変更を自発的意思で行っているという事情がうかがえるから、本件見せ金を資本充実の原則

<sup>21</sup> 文献(5) 62頁は、このほか、借入金の額と払込金との対比もまた考慮事項に加えている。



に反するものということとはできず、したがって、その意味では見せ金と呼ぶことすら憚られるわけであるが、また、増資手続完了後においても会社の払込取扱機関に対する借入金債務が直ちに弁済されたわけでもないから、一連の行為を全体的に観察したとしても、会社が払込取扱機関を相手に預合を行ったと評価することはできない<sup>22</sup>。

なお、典型的な預合及び私法上無効であると判断された見せ金を手段とする預合について残された問題には、預合罪の成立しない場合が考えられるのか否かというものがある。預合罪が資本充実の原則を確保するために設けられたことに鑑みると、預合が行われた際に発起人又は取締役がその負うべき引受担保責任を確実に果たすことが見込まれる状況があるなど、一連の行為を全体的に観察して資本充実の原則に反しないと評価することができる特段の事情がある場合には、預合罪が成立しないと解される。この点、⑦の原判決<sup>23</sup>において、こうした事情は公正証書原本不実記載罪の成否に影響を及ぼさないと判示されたこととの間に違いが生じているが、それは、預合罪と公正証書原本不実記載罪との罪質の違いによって説明することができるのではなかろうか。

#### 4. 見せ金のみによる払込

①及び②により、発起人又は取締役と払込取扱機関との間に通謀がない場合には、預合罪は成立しないことが確定した。したがって、③、④、⑥及び⑦で取り扱われた事件では、預合罪の成立する余地はなく、公正証書原本不実記載罪の成否のみが問われることになる。その結果、公正証書原本不実記載罪は、預合罪の脱法行為である見せ金のみによる払込対策として機能してきた。そこで、会社設立又は増資の私法上の効力と公正証書原本不実記載罪における不実性との関係如何、（これに対する一定の態度を前提として）会社設立及び増資に際して見せ金のみによる払込が行われた場合、どのような登記事項について不実の記載をさせたことになるのかという点を問題としておかなければならない。

公正証書原本不実記載罪にいう公正証書の原本に商業登記簿の原本が含まれることに疑いはない。また、株式会社については、商法188条2項5号により商業登記簿に発行済株式総数の記載が義務づけられている。そこで、③で取り扱われた事件のように、会社が不存在の場合には、登記事項のすべてが不実であるから、公正証書原本不実記載罪が成立することに問題はないとしても<sup>24</sup>、払込が見せ金であることを除いてその他の手続がすべて真正なものである場合は、どのように解すればよいのであろうか。公正証書原本不実記載罪において「不実の記載」とは、存在しない事実を存在するものとして記載することであるところ<sup>25</sup>、払込を見せ金で行ったにもかかわらず、これによって真に引受が行われたとして商業登記簿上の発行済株式総数の記載を

<sup>22</sup> 文献(19) [今井猛嘉] 52頁参照。

<sup>23</sup> 刑集 45 卷 2 号 77 頁。

<sup>24</sup> 既に、大判昭和 7 年 4 月 21 日刑集 11 卷 489 頁は、会社が不存在の場合について、公正証書原本不実記載罪の成立を認めていた。

<sup>25</sup> 大判明治 43 年 8 月 16 日刑録 16 輯 1457 頁。

変更する申請を行いその旨を記載させた場合について、登記事項である発行済株式総数を株金払込済株式総数と解する④<sup>26</sup>の下で、公正証書原本不実記載罪の成立する可能性が開かれた。

それ以降、見せ金による払込によって形式的に払い込まれた金銭が実質的にも払込金といえるのか否かという問題に争点に移った。④が現れる以前、見せ金による払込が公正証書原本不実記載罪にならない理由として、見せ金を手段とする場合には、典型的な預合の場合と異なり、現実に金銭が移動し、払込金として払込取扱機関に払込が行われ、払込取扱機関において保管されているという事実が上げられていた<sup>27</sup>。これに対して、発行された株式の大半を引き受けるのに預合によった場合には、公正証書原本不実記載罪の成立が認められてきた<sup>28</sup>。ここで、一応、公正証書原本不実記載罪の成否を論ずるに当たっては商業登記簿の原本の記載事項と登記申請の原因との事実的対応関係を問題とすれば足りるということはいえるとしても<sup>29</sup>、設立登記又は増資登記の原因は会社の設立又は増資が行われたことであるから、払込の私法上の効力がこうした事実の存否に大きな影響を及ぼすことを否定するのは困難である<sup>30</sup>。

⑥及び⑦は、前掲最判昭和38年12月6日の示す判断基準を適用していることから、公正証書原本不実記載罪の成否の前提に私法上の効力問題を据えているものと解される。⑥で取り扱われた事件では、増資の全額について見せ金その他の手段により払込が行われているため、最判昭和38年12月6日の示す判断基準に照らして私法上の効力を肯定する余地は全くないといってよく、したがって、資本充実の原則に反する払込と評価することができるから、この払込に基づく増資の登記申請が、同時に公正証書原本不実記載罪に当たるという結論に異論はない。⑦では、⑥におけるよりも払込の私法上の効力を判断するのが困難な事件が取り扱われた。それだけに、増資会社に残された債権が回収可能なものであるのか否かが慎重に検討され、その結果、ほとんど回収不可能であることが判明した。したがって、見せ金による払込によって会社には資本が充実させられていないことになるから、この払込は資本充実の原則に反するものと

<sup>26</sup> 見せ金による払込の事件にとって重要なのは、公正証書原本不実記載罪における記載の不実性を決めるものは何かという問題である。不実とは、重要な点において客観的な真実に反することである（文献(20)111頁、(21)478頁）。したがって、株式の払込などについて虚偽の申請をして、商業登記簿の原本に真の法律関係と異なる記載をさせることは、古くから同罪にいう不実性を具えるものと解されてきた（大判大正13年4月29日刑集3巻383頁、大判昭和7年4月21日刑集11巻480頁等）。ところが、各株の払込金額が登記事項とされていない以上、公正証書原本不実記載罪は成立しないというのが従来の判例の立場であった（例えば、④の第一審判決東京地判昭和33年12月19日）。すなわち、見せ金による払込が公正証書原本不実記載罪にならないのは、一重に各株の払込金額が登記事項であるか否かにかかっていたのである。そこに、④が現れた。なお、文献(22)〔船田三雄〕102頁以下には、④の基本的考え方が示されていた。

<sup>27</sup> 東京高判昭和29年1月14日高刑集8巻3号295頁、熊本地判昭和31年4月9日判例時報80号26頁。

<sup>28</sup> 東京高判昭和29年5月25日高裁刑事判決特報40号119頁。

<sup>29</sup> 文献(22)〔船田三雄〕98頁。

<sup>30</sup> 文献(23)〔船田三雄〕192頁参照。

して私法上無効であり、それだけに、この払込に基づく増資の登記申請は事実的基礎に欠ける内容に関するものとして、公正証書原本不実記載罪の成立することが納得させられる。なお、公正証書原本不実記載罪の罪質に照らして当然のことではあるが、④、⑥及び⑦において、同罪の成否と見せ金の反資本充実原則性とを直結させる判示が行われているわけではないことに留意する必要がある。

## 5. 結語

資本充実の原則を確保するために設けられた預合罪に対する脱法行為として、発起人又は取締役と払込取扱機関の役職員との間の通謀を伴わない見せ金のみによる払込が行われるようになったが、これを預合罪に問擬するのは不可能であるため、公正証書原本不実記載罪の成否を問題とするという便法が用いられるようになったというのが実情である。払込の私法上の効力が真実の払込が行われたのか否かという問題を規定することになれば、公正証書原本不実記載罪はますます見せ金のみによる払込に対する規制に深く関与させられることになる<sup>31</sup>。

しかし、公正証書原本不実記載罪は、資本充実の原則を確保することを直接目的するものではないから<sup>32</sup>、見せ金による払込が資本充実の原則に違反しているか否かという観点が公正証書原本不実記載罪の成否に及ぼす影響は間接的であり、同罪を預合罪の脱法行為対策として流用することには限界があるものといわなければならない。預合罪の立法担当者が預合を「資産の存在を装ふ一つのからくりであって、簡単に云へば仮装せられたる預金とでも」いうべきものと捉え、典型的な預合をその一例として上げていたことを想起すれば<sup>33</sup>、見せ金のみによる払込が預合罪の預合に当たらないという解釈は、立法者意思に忠実であるとは言い切れない面があるようにも思われるが、預合罪と公正証書原本不実記載罪の解釈によって資本充実の原則を確保することに万全を期するというやり方は限界に達しており、立法的解決の待たれるところである。

## 参考文献

- (1) 田中亘「会社法大改正の重要ポイント Ⅲ 自己株式規制」法学セミナー258号13頁。
- (2) 原田晃治・泰田啓太・郡谷大輔「自己株式の取得規制等の見直しに係る改正商法の解説(上)」商事法務1607号4頁以下。
- (3) 前田庸、会社法入門〔第8版〕、有斐閣、2002年。

<sup>31</sup> 文献(23)〔船田三雄〕192頁。④が「商法は資本の充実を図るため、株式の現実の払込を確保すべく多くの規定を設けている」との判示に続いて、株式会社設立登記の記載事項に関する商法改正の経過を詳説していることに鑑みると、この評価は正しいと思われる。

<sup>32</sup> 公正証書の原本等に対する社会的信用を保護法益とする(大判大正6年10月1日刑録23輯1034頁)。

<sup>33</sup> 文献(12)543頁。

- (4) 関俊彦、会社法概論〔新版〕、商事法務研究会、2001年。
- (5) 本間輝雄・古瀬村邦夫編、会社法〔第6版〕、法律文化社、2000年。
- (6) 吉原和志・黒沼悦郎・前田雅弘・片木晴彦、会社法2（第3版）、有斐閣、2002年。
- (7) 戸田修三・蓮井良憲・元木伸編、注解会社法上巻、青林書院、1986年。
- (8) 河本一郎・岸田雅雄・森田章・川口恭弘、日本の会社法〈新訂第5版〉、商事法務研究会、2002年。
- (9) 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〕、青林書院、1991年。
- (10) 戸田修三・蓮井良憲・元木伸編、注解会社法下巻、青林書院、1987年。
- (11) 別冊ジュリスト第149号 会社判例百選〔第六版〕、有斐閣、1998年。
- (12) 奥野健一・加納駿平・佐々木良一・関宏二郎・辻朔郎・堀内信之助・横田正俊、株式会社法釈義、巖松堂、1939年。
- (13) 河井信太郎、商法罰則の研究 株式会社役職員の刑事責任、財政経済弘報社、1958年。
- (14) 河井信太郎「商法四九一条所定の預合及び応預合の意義」法学新報69巻4号71頁。
- (15) 最高裁判所判例解説刑事篇昭和三十五年度。
- (16) 伊達秋雄・津田実・河井信太郎編、会社犯罪の理論と実例、ダイヤモンド社、1959年。
- (17) 石井照久・鴻常夫、会社法1、頸草書房、1977年。
- (18) 服部栄三、会社法通論第三版、同文館、1983年。
- (19) 西田典之編、金融業務と刑事法、有斐閣、1997年。
- (20) 小野清一郎、新訂刑法講義各論（新訂増補版）、有斐閣、1950年。
- (21) 大塚仁、刑法概説（各論）〔第三版〕、有斐閣、1996年。
- (22) 最高裁判所判例解説刑事篇昭和四十年度。
- (23) 最高裁判所判例解説刑事篇昭和四十一年度。