

# 新会社法における現物出資・ 事後設立・設立の無効について

上 迫 明

## はじめに

### (1) 新しい「会社法」の成立

平成17年6月29日、第162回通常国会で懸案の会社法案（商法改正法案）が可決成立し、新会社法が制定された。今回の商法改正は、従来の商法改正とは質的にも量的にも異質なもので、全く新しい会社法の創造であり、全979条からなる膨大な法律である。

ところで、現行商法では、株式会社の資本金は1000万円以上、取締役は3名、監査役は1名を必要とすることを強行法規で定めている。新会社法では、これらの仕組みを自由に定めることができることとなった。

すなわち、資本金1円、取締役1名でもよく、監査役は不要でよい等と、自由自在に定めることができるようになった。株式会社の仕組みはすべて定款で自由に設計できる。

### (2) 株式会社の設立

株式会社の設立時における現物出資・財産引受けおよび事後設立ならびに設立無効につき、現行商法と新会社法とを比較対照しつつ、問題点を論及する。

#### I 現行商法における現物出資および財産引受けならびに事後設立について

##### (1) 現物出資

現物出資とは、金銭以外の財産をもってする出資をいう。その目的たる財産は、貸借対照表の資産の部に計上することができるものであれば、その種類の

如何を問わない。

しかし、斯かる現物出資がなされる場合、その目的物の価値が過大に評価されるときは、他の株主の損失において現物出資者を利得させるばかりか、会社の財産的基礎を危うくする危険性がある。

そこで、商法は、現物出資者に発起人としての重い責任を負わせるために、現物出資をなし得るのは、発起人に限り（168条2項）、定款および募集設立の場合の株式申込証には、変態設立事項の1つとして、現物出資者の氏名、出資の目的物、その評価額、これに対して与える株式の種類・数を記載または記録しなければならない（168条1項、175条2項7号）と規制していた。

## （2） 財産引受け

財産引受けとは、発起人が、設立中の会社のために、会社の成立を条件として、一定の財産を譲り受けることを約する契約をいう。

斯かる財産引受けは、現物出資に関する規定の潜脱行為として極めて弊害の多いものであるから、法はこれも変態設立事項の1つであり、会社の成立後に譲り受けることを約した財産に関しては、これとその価格および譲渡人の氏名を、定款および募集設立の場合の株式申込証に記載または記録しなければならない（168条1項6号）、と規定していた。

## （3） 検査役の調査

現物出資および財産引受けは、裁判所が選任する検査役によって、定款等の記載・記録が調査される（173条1項、181条）。発起人が不当な利益を得、または設立に当たって会社の財産的基礎を危うくさせないためである。

検査役の調査の結果は、発起設立の場合は裁判所に報告され（173条4項）、募集設立の場合は創立総会に報告され（181条3項）、その調査・変更に服することとなる。

#### (4) 現物出資等に関する取締役および監査役の責任

株式会社の設立時に、現物出資・財産引受けの対象たる財産の実価が、定款に定めた額に著しく不足するときは、発起人および会社成立時の取締役は会社に対し、連帯してその不足額を支払う義務を負うこととなっていた（填補責任。192条の2第1項）。

ただし、斯かる現物出資・財産引受けが検査役の調査を受けたものであるときは、当該現物出資者または当該譲渡人以外の発起人および取締役はこの責任を免れる（同条2項）。

これらの責任は、資本充実の要請から特に法律が認めたものであることから、無過失責任とされており、総株主の同意によっても免責できず、また設立が無効となった場合にも、発起人および取締役はこの責任を免れることができないものとされていた。

#### (5) 事後設立の意義

事後設立とは、株式会社が成立した後、短時日の間に、会社の成立前より存在する財産をその成立後2年以内に営業用の財産として取得する契約をすることである。その対価が資本の20分の1以上である場合には、次のような手続きをとることを要するものとされている。

#### (6) 事後設立の手続

会社が成立後2年内にその成立から存在する財産で、営業のため継続して使用するものを、資本の20分の1以上に当る対価をもって取得しようとする契約は、株主総会の特別決議を要する（246条1項）として脱法的方法を防止しようとしている。

しかし、株主総会の特別決議による承認を受けさえすれば、本来厳格な定款への記載、検査役の調査を必要とする現物出資・財産引受を避けて、容易に会

社は財産を譲受けることができ、事後設立の従来の法規制は十分ではない。

### (7) 改正法

平成2年改正法は、設立の際の現物出資および財産引受の場合と同様に、代表取締役は、事後設立の契約に関する調査をさせるため、原則として検査役の選任を裁判所に請求しなければならないとしている(246条2項)。

例外として、その請求をすることを要しない場合についても設立の際と同様であり、設立に関する規定が準用されている(246条3項・173条2項・3項)。

この検査役の報告等は、株主総会に提出され(246条3項・181条3項)、かつ、取締役および監査役は、検査役の報告および弁護士等の証明の資料を調査して、株主総会にその意見を報告することを要するとしている(246条3項・184条2項)。

株主総会は、これをもとに、そのような事後設立を承認するかどうかを判断することになる。もっとも、その評価が不当な場合でも、設立の際の現物出資等の場合と異なり、裁判所または総会による変更手続は予定されておらず、そのような契約が株主総会で承認されたときは、その契約の効力が認められる。

しかし、取締役(執行役)の任務懈怠の責任(266条1項5号)等によって処理される可能性は残される。また、証明をした弁護士等が第三者に対して責任を負うこともある(246条3項・197条・193条2項)。

なお、①目的たる財産の価格の総額が、資本の額の5分の1を超えず、しかも500万円を超えない少額であるか、目的たる財産が取引所の相場のある有価証券であって、その取得価格がその相場を超えない場合 ②目的たる財産が不動産であって、弁護士の証明を受けている場合には、検査役の選任を請求することを要しない(246条3項・173条2項・3項)。

平成14年改正法は、事後設立において提供する財産についても、弁護士等の証明により検査後の調査に代ることを認めることとした（246条3項）。

## Ⅱ 新会社法における現物出資および財産引受けならびに事後設立について

### （1） 検査役の調査を要しない場合

株式会社の設立時に、当該財産の価値の総額が「500万円を超えないときは、検査役の調査を要しない、として検査役の調査を不要とする場合の要件が緩和された（新会社法33条10項1号）。

また、検査役の調査を要しない有価証券の範囲が「取引所の相場のある有価証券」から「市場価格のある有価証券」に拡大し、「市場価格のある有価証券について定款に記載され、又は記録された価格が当該有価証券の市場価格として法務省令で定める方法により算定されるものを超えない場合」となった（同項2号）。

いずれも、財産評価の適正性を確保しつつ、検査役選任による時間のロスが減らすことを目的としている。

### （2） 現物出資等に関する関係者の責任等

発起設立の場合における株式会社設立時の取締役および発起人（現物出資者または財産の譲渡人を除く。）が、財産価格の調査について過失がないことを証明した場合には、填補責任を負わないこととなった（新会社法52条2項）。

しかし、募集設立の場合における株式会社の発起人および設立時の取締役は、従前通り無過失の填補責任を負うものとされている（同法103条1項）。

現物出資等の財産価格填補責任は、無過失責任とされていた。つまり、会社が金銭以外の財産を取得するときに支払った対価が不相当である場合、会社債権者等を害することとなるので、これを防ぐ目的で、斯かる重い責任を負わせ

た。

ところが、会社が金銭をもって、財産を取得する場合には、対価が不相当であっても、取締役には課されるのは、通常の任務懈怠責任、すなわち過失責任である。金銭をもって財産を取得する場合は、不相当に支払った対価相当分の財産が喪失し、その結果、債権者が追及できる財産も減少することとなる。

一般の任務懈怠責任との均衡から、現物出資等に関する填補責任を過失責任とし、任務を怠らなかつたことにつき、発起人・取締役に立証責任を負わせた。ただし、募集設立については、募集株主に対する責任の重大さに鑑み、従前通り、無過失責任とした。

### (3) 事後設立における検査役の調査制度の廃止

株式会社の成立後2年以内に一定規模以上の財産を譲り受ける場合における検査役の調査は廃止される。これは、従来の制度の規制を緩和する「規制緩和型改正」である。

事後設立に係る検査役の調査は、平成2年の改正において、資本充実の原則から会社が取得する財産価格の適正化を確保するとの目的で導入されたものである。

しかし、調査費用、スケジュール、実効性等、検査役の調査一般について指摘される問題がある。規制を受ける側からは、事後設立が会社成立後の一般的な取引を対象とする規制であるため、一旦売買等の交渉により成立した結果を、更に事情を知らない検査役や専門家に調査させるのは合理的ではない。

また、会社成立後2年間は大規模な設備投資や物品購入を原則として禁止するような効果を生じさせるため事業の運営に著しい障害となる、等の反対意見が主張されてきた。

他方、検査役の調査の規制を回避するために設立後2年経過後に財産を取得

する事例や、売買契約等を分割して行うほか、賃貸借やリースを活用する事例等に加え、会社成立後相当程度期間は経過しているが財産状態に問題がある可能性も否定できないような休眠会社等を買取りこれを受け皿会社とする、等の実務上の好ましくない工夫が行われており、株主や債権者保護には程遠く、実益よりも弊害が多いとの批判があった。

その後、平成14年の改正により弁護士等の専門家による証明制度が導入されたものの、それだけでは事後設立規制の抱える問題は解消しないと考えられ、むしろ検査役の調査を不要とすべきであるという意見が強く主張されてきたものに対応した改正である。

#### (4) 事後設立規制の適用範囲

株式会社の成立後2年以内に、会社の成立前から存在する一定の財産を営業のために継続して使用するために譲り受ける場合において、営業全部の譲受けにつき株主総会の特別決議の可否を画する基準に合わせることにあります。これも従来の5%から20%に要件が緩和されている。

すなわち、譲り受ける財産が資本の20%以下の場合には、株主総会の特別決議（総株主の議決権の過半数又は定款に定めた議決権の数を有する株主が出席し、その議決権の3分の2以上の多数をもってする株主総会決議）は必要ない。

また、新設合併、新設分割又は株式移転により設立された会社については、事後設立規制が課せられない。

事後設立につき株主総会の決議を要するものとしている規制の趣旨が、現物出資・財産引受けに課せられる厳重な規制を会社成立後にも及ぼそうとする点に鑑み、かような事情が存しない組織再編成により設立された会社については、規制が課されないことを明確化したものである。

### Ⅲ 新会社法における設立の無効について

#### (1) 設立無効の訴えの趣旨

株式会社の設立登記がなされますと、会社は法律上成立し、対外的にも営業活動を始めている。したがって、会社の設立手続に瑕疵があった場合、民法の一般原則により設立の無効を無制限に認めると、会社の法律関係が錯綜し、対外的には取引の安全を害する。

そこで、新会社法は、設立無効の訴の制度を認め、株式会社の設立無効の訴の主張者、訴の提訴期間、方法を制限し、無効判決の効果も遡及させないことにしている（新会社法828条・834条・838条・839条。なお、同法845条参照）。

#### (2) 設立手続の瑕疵

会社設立の瑕疵には、客観的原事由と主観的事由に基づく瑕疵がある。客観的事由は、設立における行為が強行法規または会社の本質に反する場合であり、主観的事由は、社員個人の主観的事実に基づくものである。

ところで、株式会社の場合は、株式引受人の主観的事由による瑕疵は、単に個々の株式引受の無効・取消を認めるにすぎず（新会社法51条）、会社の設立それ自体の取消は認めていない。また、株式引受が取消された場合は、発起人および会社成立当時の取締役が当然これを引受けたものとみなされる（同法52条）。

したがって、特定の株式引受人の取消は、その者の株式引受が無効となるにすぎず、会社設立自体の無効は生じない。そこで、株式会社の場合は、設立手続の客観的事由に基づく瑕疵が問題となる。

#### (3) 設立無効原因

株式会社の設立無効原因について、商法は特に規定していませんが、企業維



持の理念、取引の安全を考慮してできるかぎり狭く解すべきである。一般的には、設立手続が強行法規または株式会社の本質に反する客観的瑕疵が存する場合である。

具体的に無効原因としては、定款の絶対的記載事項を記載しないか誤りである場合、定款に公証人の認証がない場合（新会社法30条）、定款の記載事項が効力規定たる強行法に反する場合などである。

#### （４） 設立無効の訴

設立無効原因があるときは、会社の成立の日から2年内に限り、株主・取締役および業務監査権限を有する監査役は、設立無効の訴によってのみ、設立無効の主張が認められる（新会社法828条）。このように無効の主張者、時期、方法を限定して、成立した既存の会社の安定を図っている。

また、濫訴の危険に対処するため、株主が株式会社の設立の無効の訴えを提起した場合には、裁判所は、被告会社の請求により、相当の担保の提供を命ずることができる（同法837条）。これは、株主代表訴訟の担保提供制度（同法847条）と同趣旨の制度です。なお、被告会社が原告株主に相当の担保を提供させるには、原告株主の「悪意」を疎明しなければならない。

この訴は、会社の本店所在地の地方裁判所の管轄に属する（同法835条）。原告が勝訴し設立無効の判決が確定したときは、訴訟当事者のみならず、第三者に対しても効力を有する（同法838条）。これを対世効といい、会社と多数の株主その他の利害関係人との法律関係を画一的に確定する要請に基づくものです。

また、この判決は、会社および第三者との間に生じた権利義務には影響を及ぼさないものとして、事実上の会社の存在を認め、無効の遡及効を否定して法律関係の安定を図っている（同法839条）。判決が確定したとき、その旨の登記

新会社法における現物出資・事後設立・設立の無効について

をなし、会社は解散に準じて清算をしなければならない（同法907条）。

## 参 考 文 献

会社法の法律相談 大矢息生・川村延彦・奈良道博・長谷川俊明（編） 学  
陽書房 2005年7月25日初版発行

「会社法」現代化のポイントと実務 根田正樹・西川昭共編 税務研究会  
出版局 平成17年1月30日初版発行

商事法務No.1718 新会社法の実務上の要点(1) 藤縄憲一・三笥裕・玉  
井裕子共著 商事法務研究会 2004年12月25日発行

商事法務No.1721 「会社法制の現代化に関する要綱案」の解説(1) 江頭  
憲次郎著 商事法務研究会 2005年2月5日発行

新訂会社法第8版 加美和照著 けい草書房 2003年10月20日発行

会社法入門 第9版 前田庸著 有斐閣 2003年2月28日発行

ゼミナール会社法入門 第5版 岸田雅雄著 日本経済新聞社  
2003年4月20日発行 416頁

新版注釈会社法(5) 株式会社の機関(1) 有斐閣  
平成12年12月10日初版第10刷発行 303頁～

「会社法」現代化のポイントと実務 根田正樹・西川昭共編 税務研究会  
出版局 平成17年1月30日初版発行