

資本制度および剰余金の配当規制に関する一考察

— ドイツ法における最低資本金および出資の払戻し規制を参考として —

三 島 徹 也

はじめに

第1章 ドイツにおける最低資本金制度について

第2章 ドイツにおける出資の払戻し規制について

第3章 わが国における資本金制度と出資の払戻し規制について—若干の考察—
むすびに代えて

はじめに

会社法が平成17年に制定されてから、5年以上が経過した。現時点において、それぞれの制度および規制ごとにその検証・評価がなされてもよいであろう。資本に関する規定としては、会社法で従来存在していた最低資本金規制を撤廃したことは大きな変更であった。また、立法担当官による会社法の考え方として、「現行法の『資本』は会社財産の維持機能を有しておらず、したがって『資本』の会社財産の維持機能を前提にしなければ債権者保護との関係を導きえない資本の各原則（資本確定、資本維持・充実、資本不変）を強調せず、これらが債権者保護との関係で役割を果たしているとは考えない」という見解が示され¹⁾、このような考え方が反映された資本制度、すなわち、資本に関する規制が従来に比べて緩やかなものとなっている。これに対して、ドイツ株式法は（ドイツ有限会社法も同様であるが）、最低資本金規制を依然として有しているなど、厳格な規制を保持している。わが国は、アメリカ法とは異なり、資本金規制を有しているながら、その内容を緩やかなものとしてしまっているが、これが妥当であるか否かを検証する必要がある。そこで、厳格な資本規制を有しているドイツ会社法における現状を参考として、この点について考えたい。

本稿では、もっぱら最低資本金制度および資本維持規制（出資の払戻し禁止）について検討する。第1章で、ドイツにおける最低資本金制度を概観し、また、第2章では、ドイツにおける出資の払戻し規制について概観する。特に、ここではその制度目的およびそれが果たすべき役割ということを中心に考察する。なお、ドイツにおける会社法制については、もっぱら株式

1) 郡谷大輔＝岩崎友彦「会社法における債権者保護〔上〕」商事法務1746号42頁（2005）。

法を参考とし、必要に応じて有限会社法を参考する。これを踏まえて、第3章において、わが国における資本金制度と出資の払戻し規制について若干の考察をおこなう。

第1章 ドイツにおける最低資本金制度について

1. 最低資本金規制の意義

最低資本金制度とは、会社設立の際に定められる資本金の最低額が法定されており、それ以上の額でなければ会社を設立できない、および資本減少の際に法定された最低額よりも下回る額を資本金とすることはできない、とするものである²⁾。

これは、設立時および増資時に資本金額に相当する財産が現実に出資されねばならないという資本充実の原則、ならびに会社の純資産が資本金額を下回るような会社財産の分配がなされてはならないという資本維持の原則を前提として意味を有する³⁾。これにより、設立においては、法定された最低資本金額に基づいた財産が実際に出資されることになり、法定の財産額を出資しない限りは会社の設立が不可能になり、すなわち一定規模の財産の出資がない限り会社の設立が不可能になる。また、資本の減少によっても、資本金額が法定された最低額を下回ることで許されないため、純資産額が法定された最低額を下回るような会社財産の分配を株主に対して行うことができないこととなり、すなわち、事後的に会社の規模を縮小し、株主に会社財産を払い戻すことに歯止めがかけられる。

2. ドイツにおける最低資本金額

現在、ドイツにおいては最低資本金制度を有している⁴⁾。ドイツにおける株式会社の最低資本金は、50,000ユーロである（ドイツ株式法〔以下、ド株式〕7）。株式会社では、当初最低資本金制度は存在しなかったが（1987年商法において少なくとも5人の発起人が額面1,000マルクの株式を引き受けなければならないとする規制は存在した）、1924年に初めて50,000ライヒスマルクを最低資本金とするという制度が導入され、1937年に500,000ライヒスマルクに、1949年の幣制改革に従って100,000ドイツマルクに定められた。

また、現在のドイツの有限会社における最低資本金は25,000ユーロである（ドイツ有限会社法〔以下、ド有〕5 I）。1892年の有限会社法創設時においては、最低資本金は20,000ライヒスマルクであった（これは今日の250,000ユーロに相当する）。その後、インフレーションに合わ

2) Brändel, in: Großkommentar zum Aktiengesetz, 4.Aufl., Bd.1., 1992, §7, Rn.8, S.187, 188.

3) Brändel, aa.O., §7, Rn.8, S.188.

4) なお、株式会社は額面株式または無額面株式の発行を認めており（ド株式8 I）、額面株式の場合の最低券面額を1ユーロと定め（ド株式8 II）、無額面株式の場合には資本金を株式数で除した1株当たりの金額が1ユーロ以上でなければならないと定める（ド株式8 III）。

せて1980年の改正有限会社法によって、20,000マルクから50,000マルクに引き上げられた。その後、ユーロへ転換されたが、その際実質的に少しだけ額が減少したことになる。

ドイツ株式法は、事業活動の種類および規模を配慮することなしに、一定の最低資本金額を定めているが、これは実質的に適切な資本の額という基準が存在しないからであるとされる⁵⁾。本来であれば、それぞれの事業活動の種類およびその規模から事業リスクを想定して、最低資本金の大きさを定めるのが理想であろう⁶⁾。

3. 資本金額の変更と最低資本金

資本金の額はドイツ株式法23条3項3号により、定款に記載しなければならない。わが国では、資本金の額は登記事項ではあるが定款の記載事項としていない点で異なる。そして、設立後の資本金の額の変更もまたその都度の定款変更の株主総会決議が必要である。資本金の減少は一定の手続き（ド株式222以下）により可能であるが、この資本減少の額の手続きによっても、ドイツ株式法7条に定められた最低資本金額の50,000ユーロよりも資本金が下回ることは許されない。しかし、ドイツ株式法7条には例外がある。ドイツ株式法228条は、資本減少の株主総会決議と同時に、資本増加の決定がなされ、それによって再び最低額に到達される場合であり、かつ現物出資がない場合には、資本金は株式法7条に定められた最低額よりも下げることができる、というものである（1項）。これらの決議と資本増加の実行が議決後6か月以内に商業登記簿に記載されない場合には、これらの決議は無効である（2項第1文）。

4. ドイツにおける最低資本金制度の目的

ドイツにおける最低資本金の目的については、議論のあるところではあるが、一つは①会社債権者保護であり、もう一つは②大規模企業および中規模企業のための株式会社の形態を維持することにあると一般に考えられている⁷⁾。その他、③企業の計画の真剣さを担保するためにも必要であるとする見解もある⁸⁾。

5) Windbichler, Gesellschaftsrecht, 22.Aufl., 2009, S.285, 286.

なお、会社の業種等によって、特別法により個別に高い最低資本金が課せられている場合がある。たとえば、投資会社（Kapitalanlagegesellschaft）については、最低資本金を300,000ユーロとする等。

6) Vgl. Müller, Die angemessene Höhe des Grendkapitals der Aktiengesellschaft, AG, 2005, S597. なお、江頭憲治郎『株式会社法〔第3版〕』35、36頁（有斐閣・2009）参照。

7) Heider, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3.Aufl., Bd.1., 2008, §7, Rn.7, S.266; Drescher, in: Spindler/Stilz, Kommentar zum Aktiengesetz, 2.Aufl., Bd.1., 2010, §7, Rn.1, S. 31; Hüffer, Aktiengesetz, 9.Aufl., 2010, §7, Rn.1, S.38.

8) Haas, Mindestkapital und Gläubigerschutz in der GmbH, Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift), 2006, S.993; Windbichler, a.a.O., S.203.

①会社債権者保護

株式会社の債権者は会社財産に対してしか責任追及をすることができないことから（株主有限責任）、資本金は、責任資本として必要な担保をなす。株式法の立法者は、一連の規定（特にド株式9I、32以下、36II、36a、46以下、57、66、71-71e）により、資本の完全な充実および資本のできるだけ減少されない状態での維持を確保している。これにより、少なくとも株式会社においては、50,000ユーロについては、充実され株主に分配されないという意味で維持され、会社債権者保護に資するということになる。

しかしながら、最低資本金制度が会社債権者保護の役割を果たすか否かということについては、消極的にとらえる見解もある⁹⁾。まず、最低責任資本を絶対的に保持し続けることは、株式会社の活動およびそれと結びつく損失の危険によって不可能である¹⁰⁾。それゆえ、会社債権者は、株式会社が少なくとも商業登記で公示されている額に達している会社財産を持っている、ということをあてにすることができないのである。さらに、債権者保護の観点から、資本金の額の高さと企業の経済的な要求との間に、適切な資本を装備させることにおいて強い結びつきはないという点で、あまり価値はなくなってしまっているということである¹¹⁾。

②小規模企業に対する最低資本金額による抑止効果

1937年ドイツ株式法の制定において立法者は、株式会社の法形態は大規模な資本需要を絶対的に要求するような場合にのみ認められうるとした。すなわち、人的な責任がより強調される企業においては他の法形態において営まれるべきであって、よって、そのような企業は株式会社の法形態を選択してはならない。また、資本市場は大規模会社のためにあらねばならないとし、大規模会社のための資本市場が、小規模会社によって危険をともなって狭められるようであってはならないとした。

そこで、上記の最低資本金の機能に債権者保護の目的を見出すのに消極的な見解は、最低資本金は今日ではせいぜい小規模企業に対して会社形態としての株式会社の選択についての抑止効果しかない、とする¹²⁾。

しかしながら、最低資本金制度によって、小規模企業による株式会社形態の利用が抑止される効果についてもまた、消極的にとらえる見解がある¹³⁾。すなわち、最低資本金制度が、小規模企業による株式会社形態の利用に対する抑止について果たす役割は小さいものであって、それに対するより大きな抑止効果は、ドイツ株式法において適用される厳格な公示規定、厳格な定

9) Dauner-Lieb, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 3.Aufl., Bd.1., 2010, § 7, Rn.3, S.72.

10) Heider, aa.O., § 7, Rn.8, S.266.

11) Dauner-Lieb, aa.O., § 7, Rn.3, S.72.

12) Heider, aa.O., § 7, Rn.10, S.267.

13) Heider, aa.O., § 7, Rn.10, S.267; Westermann, in: Bürgers/Körber, Aktiengesetz, 2.Aufl., 2011, § 7, Rn.1, S.69.

款の原則（ド株式23V）、現物出資の厳格な規定（ド株式32以下）および費用のかかる株式会社の機関構成（3つの必要機関）にあるとする¹⁴⁾。結局、最低資本金制度が小規模企業による株式会社形態の利用を抑止するには、今日において定められている最低資本金の額は非常に小さいということがいえる¹⁵⁾。

③設立計画の真剣さを担保する意味

一般的に最低資本金制度の目的は上記の二つが挙げられるが、これに加えて、設立時における計画の真剣さ（Seriositätsschwelle）を担保するという目的を有するとする見解がある。すなわち、発起人に対して設立における資金調達に最低額（最低資本金）を要求することによって、発起人の設立計画の真剣さを担保する。最低資本金によって課せられる設立行為の制限は、真剣ではない会社設立から会社債権者を保護するという、債権者保護の意味をも有する。真剣ではない会社設立が、計画段階または商業登記前ですでにフィルターにかけられ、商取引から遠ざけられることは、会社債権者の保護に資することは疑いのないことである、という考え方である¹⁶⁾。

ここにいう債権者保護は、通常使われている債権者保護という場合と若干異なると考えられる。すなわち、一般的に債権者保護という場合には、次の二つであろう。一つは現在当該会社に対して債権を有する者を保護するという意味での債権者保護（資本充実・維持の原則等）であって、もう一つは現在は債権者ではないが将来的に債権者になるかもしれない者の保護、たとえば貸借対照表等を公示させて、取引をしようとする者に対してその会社の財務状況を開示しておくのはその一つである。しかし、「真剣ではない会社設立から会社債権者を保護する」という場合の債権者保護は、広くずさんな計画をもって会社の設立をさせないことによって、そもそもそのような会社を経済社会に登場させないようにして、すべての者がそのような会社と取引をすることによって損害を被るのを防ぐという意味での広く抽象的な債権者保護である。

ただし、この場合ももちろん他の問題が生じる。株式会社でも有限会社でも一定額の最低資本金があるということは、ずさんな会社の設立を防ぐということが出来る半面、会社設立に対するハードルが上がってしまい、起業の妨げになるということが起きてしまう。まさに、わが国においては、この点から最低資本金を廃止するという改正になったわけである。

わが国においてはこれに該当するような規定を直接には有していない。ただし、わが国の株式会社の設立時に作成する定款の絶対的記載事項に「設立に際して出資される財産の価額またはその最低額」（会社27④）があるが、これには同様の機能があると考えられる。たとえば、上記定款記載事項に1000万円と記載したとき、最終的に出資が1000万円に届かず、500万円であっ

14) Heider, a.a.O., § 7, Rn.10, S.267.

15) Dauner-Lieb, a.a.O., § 7, Rn.4, S.72; Westermann, a.a.O., § 7, Rn.1, S.69.

16) Haas, a.a.O., S.993.

た場合には、出資金500万円で会社を設立することはできず、設立そのものが認められないことになる。すなわち、当初の設立計画に必要とされた財産に満たないような状況での会社の設立を認めないことによってずさんな会社の設立を阻止しようとするものである。ただし、そのような場合を想定して、あらかじめこの定款記載事項に低い金額を記載することは可能であるので、効果としてはあまり期待できないかもしれない。

5. ドイツにおける最低資本金違反の効果

設立において最低資本金を下回る資本金額を設定し、また設立後に最低資本金を下回る資本金の額の減少はもちろん認められていないが、これに反して資本金額が最低資本金を下回る場合には次のような効果が認められる。

設立段階で発起人によって設定された資本金がドイツ株式法7条に定められた最低資本金を下回るときは¹⁷⁾、登記裁判所は、登記した会社に、誤りを修正した定款変更を一定の期限内に商業登記に申請するよう要求しなければならない。変更のないままで期間が経過したときには、株式会社の解散事由となる（ド株式262 I ⑤）。

設立後に資本金額が最低資本金よりも下回る場合については、資本金の減少の決議において、資本金の額をドイツ株式法7条の要求する最低資本金額を下回る株主総会決議は、株式法228条（減資と同時に増資の決議がある場合）の前提要件を欠いている限りは、当該株主総会決議は無効である（ド株式241 III）。

第2章 ドイツにおける出資の払戻し規制について

1. 出資の払戻し禁止と資本の維持

社員が会社債権者に対して有限責任しか負わない会社では、会社債権者の担保となるものは会社財産のみとなり、これを確保するために、社員が出資した財産は社員に払い戻すことは原則として禁止されることとなる。わが国においては、剰余金の配当規制として、この出資の払戻しを禁止しているが（会社446、461等）、ドイツにおいては、その株式法で剰余金配当規制とは別に、出資の払戻し禁止規定（ド株式57）を有しており、またドイツ有限会社法では、別に資本の維持について定める（ド有30）。

ドイツ株式法57条は、「出資の払戻しおよび利払いの禁止（Keine Rückgewähr, keine Verzinsung der Einlagen）」を定める。すなわち、株式法57条1項第1文は、出資は、これを株主に払戻してはならないと定め、さらにその2項で、株主に対して利払いの約束および利息の支払いを禁ずる。これに対して、ドイツ有限会社法30条は、「資本維持（Kapitalerhaltung）」

17) 設立段階で登記官のチェックがあるにもかかわらず、最低資本金を下回る設立登記が認められた場合には、その設立は有効と扱われる（Drescher, a.a.O., § 7, Rn.3, S.32）。

について定め、その1項第1文で、資本金の維持に必要な会社財産は、これを株主に支払ってはならない、と定める。

ドイツ株式法57条とドイツ有限会社法30条は、資本を維持するための規定として同様に規制するが、ドイツ有限会社法30条はドイツ株式法57条よりもその文言は狭いものとなっている。すなわち、ドイツ有限会社法30条は、資本金の額までの会社財産の保護を要請するにとどまり、これに対して、ドイツ株式法57条は、資本金および法定準備金の払戻しを禁止するのみならず、むしろ、その他の任意の財産も株主総会の利益処分決議によらない限りは、そこからの株主への給付は許されないとするものである¹⁸⁾。すなわち、ドイツ株式法57条の出資の払戻しの禁止は、株主が現実に行った出資の払戻しのみを禁ずるのみならず、株主への分配可能額を超えた、会社財産の株主への流出全般を禁ずるものである。資本維持の原則として表現され、資本充実の原則と対になってその効果を果たす。

また、ドイツ株式法57条の関心事は、貸借対照表の貸方上の計算額としての資本の維持ではなくて、株主への支払い前の会社の財産を保護することにある¹⁹⁾。よって、ここにいう「財産」という用語は、広い意味をもっており、それは貸借対照表上の借方で示される対象に限らず、会社の具体的な利益の見込みおよび事業機会もまた含まれる²⁰⁾。

この株式法上の財産の拘束の原則は強行法（*zwingendes Recht*）である。これを定款によって排除または緩和することは許されない。逆にそれのみならず、定款によって出資の払戻しの禁止を拡張することも許されない。すなわち、株主の配当請求権を排除する定款規定は、これを無視して貸借対照表利益を分配する場合であっても、株主総会の決議を243条1項によって取り消すまでもなく、その配当は有効である（参照、*ド株式58IV*）。

2. ドイツ株式法57条の規定の目的—債権者保護—

ドイツ株式法57条が目的とするところは、第1には、資本の維持、正確にはより広く会社財産の保護によって、債権者を保護することにあると考えられている²¹⁾。株式会社においては、株主が有限の責任しか負わない（*ド株式1I第2文*）ことからの当然の帰結である。

出資の払戻しの禁止は、債権者保護が唯一の基本的な理由であるとして、これは、自己資本と他人資本との地位関係を示すものであるとする²²⁾。すなわち、会社財産は優先的に他人資本出資者に資するものであって、他方、社員は残余財産のみに対して権利を有するものである

18) Bayer, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3.Aufl., Bd.1., 2008, § 57, Rn.2, S.1322.

19) Cahn/v. Spannenberg, in: Spindler/Stilz, Kommentar zum Aktiengesetz, 2.Aufl.,Bd.1.,2010, § 57, Rn.9, S. 501.

20) Cahn/v. Spannenberg, aa.O., § 57, Rn.9, S.501.

21) hM., vgl. Bayer, aa.O., § 57, Rn.1, S.1321; Hüffer, aa.O., § 57, Rn.1, S.277; Fleischer in: Schmidt/Lutter, Kommentar zum Aktiengesetz, 2.Aufl.,Bd.1.,2010, § 57, Rn.1, 3, S. 771.

22) Cahn/v. Spannenberg, aa.O., § 57, Rn.6, S.500.

る。よって、この出資の払戻しは自己資本に対して他人資本の優先性を確保するものであるとする。

ただし、ドイツ株式法57条がどれだけ債権者保護として意味を有しているのかを疑問視する見解がある。まず、現状として、債権者は今日自らの利益を守るために定款所定の資本金額（ド株式23Ⅲ③）よりもキャッシュ・フローのほうをより重視しているということがある²³⁾。

さらに、ドイツ株式法57条を債権者保護の道具としてとらえ、厳格な資本制度とすることに異議を唱え、その規制緩和を唱える見解もある²⁴⁾。そもそも、債権者保護という資本制度は、厳格な資本制度を強制するという負担ないし費用を上回る効果があがっているのかということについて疑問を抱く。また、払戻し禁止の効果は、すでに非常に広い貸借対照表法の解釈の余地（bilanzrechtliche Bewertungsspielräume）によって妨げられてしまっている。さらに、ドイツ株式法57条において払戻しを規制する財産の対象について、自己資本・他人資本と十分な流動資産との関係から導き出すべきではないかと指摘する。すなわち、ドイツ株式法57条による債権者の保護は、会社がその債務を支払期日において弁済するために十分な流動資産を有しているかどうかという、会社債権者の満足の見込みに関して最も重要な問題について何も述べていないと批判する。この立場では、そもそも資本制度を採用しないアメリカの模範事業会社法やデラウェア州会社法等における配当規制を支持する。

その他、開示と資本制度と債権者保護に関しては、株主に対して自由に支払うことが可能な額の調査という上では、決算報告の効果は厳格な資本制度による債権者保護の特性を有さない²⁵⁾。むしろそのような開示は、厳格な資本制度および準備金の積み立てとは関係なく債権者保護の効果を規定している。ここでは規定に従って、この配当を考慮に入れても会社財産がその債務をカバーしているということを前提としており、かつ、もちろん資本および積み立てられた準備金の緩衝材によって寛大な評価で緩和されるということもない。

3. ドイツ株式法57条の規定の目的—株主保護—

ドイツ株式法57条は、債権者保護のほか、株主保護の機能をも有する²⁶⁾。株主保護には、二つの側面があり、一つは、株主平等の原則（ド株式53a）に資するものとしての機能を有し、個々の（大規模）株主の優遇（隠れた利益の配当等）を禁止する（とりわけ少数株主の保護）。もう一つは、法定された機関権限（とりわけ株主総会）の保護である。株主への財産の分配は、株主総会の決議に基づいて行われるべきであるところ（ド株式119Ⅰ②、174）、株主への財産の流

23) Henze, in: Großkommentar zum Aktiengesetz, 4.Aufl., Lfg.15., 2001, § 57, Rn.7, S.111.

24) Cahn/v. Spannenberg, aa.O., § 57, Rn.11, 12, 13, S.501, 502.

25) Cahn/v. Spannenberg, aa.O., § 57, Rn.12, S.502.

26) hM., vgl., Bayer, aa.O., § 57, Rn.2, S.1322; Hüffer, aa.O., § 57, Rn.1, S.277, 278; Fleischer, aa.O., § 57, Rn.3, S.771, 772; Henze, aa.O., § 57, Rn.7, S.111.

出が自由に認められた場合には、この権限分配に反することになる。

この両者の株主の保護の目的は、本来的なドイツ株式法57条の目的ではなく、債権者保護を目的とするドイツ株式法57条の規定の反射的效果でしかないと考えられている²⁷⁾。さらに、これらについては十分な説明がなされていないとし、次のような批判もある²⁸⁾。株主平等の原則については、貸借対照表利益の配当としてなされえないときには、すべての株主に対して公平な支払も禁止される。また、機関権限の保護についても、拘束された財産すなわち資本および準備金からの分配は、たとえ株主総会決議等法的な手続きが遵守されていても、それ自身許容されないからである。

4. ドイツ株式法57条の規定の目的—潜在的な出資者保護—

これらのほか、ドイツ株式法57条の目的として潜在的な出資者の保護が挙げられることがある（資本市場法的な副次的効果）²⁹⁾。すなわち既になされた株主による出資が不当に払い戻されている場合に、言い換えると、株主に対する貸借対照表利益以外の財産からの「配当」の支払いがなされている場合に、当該会社の現在の株式の価値が不当に形成されているおそれがある。その結果、不当に形成された株式の価値を前提に、投資家が出資をするのであれば、その投資家は、本来の株式の価値以上の出資をさせられているか、本来の価値であれば出資をしないかもしれない状況で出資をしてしまうことになる。

第3章 わが国における資本金制度と出資の払戻し規制について—若干の考察—

1. 最低資本金制度について

わが国においては、1990年（平成2年）の商法改正において初めて株式会社に最低資本金制度が導入された。株式会社における最低資本金は1000万円であった。同じく、1990年（平成2年）の商法改正で、有限会社の最低資本金は、300万円（平成2年改正有限会社法9条）とされたが、これは初めて導入されたのではなく、従来の最低資本金額10万円を引き上げるものであった。現行法（平成17年改正会社法）では、株式会社において最低資本金は撤廃され、有限会社は株式会社に吸収される形となり消滅し、他の種類の会社（合名会社・合資会社・合同会社）を含めても、最低資本金制度は存在しない。すなわち、資本金を1円として会社を設立することも可能であって、その場合は、1円という資本金につき充実・維持すればよいこととなる。

ただし、純資産額が300万円を下る場合には剰余金の配当をすることは認められていない（会

27) Bayer, aa.O., § 57, Rn.2, S.1322; Cahn/v. Spannenberg, aa.O., § 57, Rn.6, S.500; Fleischer, aa.O., § 57, Rn.3, S.772.

28) Cahn/v. Spannenberg, aa.O., § 57, Rn.5, S.449.

29) Bayer, aa.O., § 57, Rn.3, S.1322; Henze, aa.O., § 57, Rn.7, S.111.

社458)。すなわち、これは設立段階においては、小規模な財産しか有していなくてもその設立を認めるが、設立後は、ある一定の純資産を保有するに至らない限り、剰余金の配当を許さないということによって、資本金による財産規制とは別に、一定規模の財産を保有させることとしている。これは、一定規模の財産を保有させるという従前最低資本金制度が有していた機能である³⁰⁾。

これに対して、設立時においては、一定規模の財産を有した株式会社でなければならないという拘束はない。設立時にこのような規制を設けることは確かに、起業の妨げとはなる。しかし、株式会社にあふさわしい財産を確保することと、ドイツ法で見たような「真剣ではない会社設立から会社債権者を保護する」という機能もまた軽視できないものと思う。最低資本金制度の存否については、再考の余地があるのではなからうか³¹⁾。

2. 出資の払戻しについて

株式会社の債権者は、会社がどれだけ財産を増加させたとしても、一定の利息しか手にすることができないが、株主は、会社の増加した財産につき、それに応じた配当ないし残余財産の分配を受けることができる。これに対して、会社の財産がなくなり破産してしまった場合には、債権者および株主は双方とも元本または出資の返還を受けられない（実際は破産処理によって、債権者は自己の債権に比して微々たる弁済を受けることはできる）。このことから、債権者の地位は株主よりも優先されなければならない。ドイツにおける出資の払戻しに関する議論で見たように、厳格な資本制度はどれだけ債権者保護に資するかという疑問はあったものの、自己資本に対して他人資本は優先されなければならないという結論だけは疑問がないように思う³²⁾。すなわち、株主に対する財産の払戻しの結果、債権者に対する不履行というものはあってはならない。

よって、わが国の会社法においても、剰余金の配当規制として、資本金および準備金を原資とする配当は当然認められておらず（会社446、461）、さらにそのような結果を避けるため、剰余金の配当に際して利益準備金の積立てを要求している（会社445Ⅳ、会社計算22Ⅱ）。また、資本金および準備金の額を減少する場合には、厳格な債権者保護の手続きが用意されている（会社449）。

これに対して、会社法449条1項但書は、欠損を填補するための準備金の減少には、債権者保護手続きを不要としている。これは、準備金は欠損填補のために利用されるものであり、また財産の流失もしないし、債権者も準備金が欠損填補のために利用されるのは覚悟すべきである

30) 稲葉威雄『会社法の解明』241頁（中央経済社・2010）。

31) 稲葉・前掲239頁以下。

32) 稲葉・前掲230頁。

と説明される³³⁾。しかし、欠損填補のための準備金の減少の後に剰余金（300万円を超える）が発生した場合には、株主に対する配当が可能となってしまう。これは結果として債権者よりも株主の地位が優先されるということになろう。これは、前年度において剰余金の配当がなされたが、次年度において欠損が生じたという問題とは次元が異なるものである。すなわち、準備金の減少の後に配当を認めてしまったのでは、結局出資の払戻しに他ならないからである。

また、現に存する債権者には、会社財産の増加が対外的取引か株主との取引かはわからないのであって、そのような増加した財産が払戻し可能かどうかとも直接には利害を有さない、とする考え方もある³⁴⁾。しかし、これも上で述べたように株主と債権者との地位関係が重要なのであって、やはり、債権者より劣後する関係にあらねばならない株主が、債権者が存在するにもかかわらず、出資の払戻しを受けるということが、株式会社の根本原理に反するのではなかろうか。

むすびに代えて

本稿では、ドイツにおける最低資本金制度と出資の払戻し規制について概観し、わが国における現行会社法の制度について若干の考察を加えるものであった。特に、出資の払戻しについては、株式会社における根本原則である株主有限責任とそこから生じる株主と債権者の地位関係から厳格に規制されるべきであると述べた。

さらに、より広く資本制度については、これが債権者保護にどれだけの効果があるのか、より正確には、効果がないということはないであろうが、これが厳格な資本制度を強制するという負担、費用ないしデメリットを上回る効果があがっているのか、ということについて検証しなければならない。そのうえで、会社法が現在採用している資本制度は、今後どのような方向へ進むべきか（資本制度を採用しないという可能性も含めて）、を考察すべきであろう。また、会社法はさらに、旧商法において用いていた「利益配当」という概念をとらず、これを配当の原資を利益に限らないと理由から「剰余金の配当」とした。これは出資の払戻し規制ないし資本制度を考えるうえで密接に関連するものであるが、本稿を踏まえて、これについても別稿で検討したい。

[付記] この論文は、平成23年度科学研究費補助金・基盤研究（C）の成果の一部である。

33) 弥永真生『リーガルマインド会社法〔第12版〕』393頁（有斐閣・2009）、伊藤壽英『会社法コンメンタール第11巻』森本滋＝弥永真生編〈449条注釈〉89頁（商事法務・2010）、郡谷大輔＝岩崎友彦「会社法における債権者保護〔下〕」商事法務1747号23頁（2005）。

34) 郡谷＝岩崎・前掲商事法務1747号23頁。