

他人名義による設立時発行株式の 引受けをめぐる諸問題

中 村 康 江*

目 次

- はじめに
- 一 他人名義による株式の引受けと株主たる地位
——形式説と実質説
 - 二 他人名義による設立時発行株式の引受けと株主たる地位
——発起人の場合
 - 三 有限会社における他人名義による原始社員の払込み
 - 四 他人名義による設立時発行株式・社員権の引受けと原始株主・
原始社員の確定
——近時の裁判例とその評価
 - 五 設立時発行株式を一株も引き受けていないと判断された
発起人の地位と設立の瑕疵
 - 六 設立時発行株式の実質株主による名義書換請求の可否
- おわりに

はじめに

株式会社における株式の引受けに関して、他人の承諾を得てその名義を借りた者が払込みを行った場合、当該株式の「株主」となるのは、名義貸与者（名義人・名義貸人）か、実際に払込みを行った名義借用者（名義借人・経済的出捐者）か、という問題は、長年にわたり議論の対象となってきた。後述するように、一般に、前者が株主となると解する立場を形式説、後者

* なかむら・やすえ 立命館大学大学院法務研究科教授

が株主となると解する立場を実質説と呼んでいる。この問題については、最判昭和42年11月17日民集21巻9号2448頁(以下、「昭和42年最判」という。)が、会社設立後に発行された新株について、他人の承諾を得てその名義を借りて払込みをした者(名義借用人)が株主となる旨を判示したことにより、上述の場合において、いわゆる実質説が、判例・学説共に有力となるに至っている。しかし、株式会社の設立時発行株式(原始株式)の引受けについては、昭和42年最判と同様に、名義借用人(経済的出捐者)が株主となると解した場合、発起人の地位との整合性に関する解釈上の問題も相まって、なお、名義貸与者(名義人)を株主と解すべきとする立場も有力とされてきた。この点については、近年、設立時発行株式についても、名義借用人を株主と解すべきと判示する下級審裁判例が現れるに至り、状況に変化が生じている。

本稿は、他人の承諾を得て、その名義を借りてなされた株式(有限会社の社員権)の引受けについて、昭和42年最判を中心としたこれまでの議論を踏まえた上で、主に株式会社について、設立時発行株式の引受けに関する近時の裁判例および学説の到達点について検討するものである。なお、上述の問題意識より、本稿において「他人名義」という表現を用いる場合、その対象は、特に断りのない限り、「他人の承諾を得て」当該他人の名義を借りてなされた株式(社員権)の引受けを指すものとする。また、紙幅の関係上、検討の対象は発起設立の場合に限定し、募集設立については除外する。

一 他人名義による株式の引受けと株主たる地位 ——形式説と実質説

1. 学 説

他人の承諾を得てその名義で株式を引き受けた場合、名義人すなわちな義貸与者が株主となるのか、あるいは、実質上の引受人すなわちな義借用人(経済的出捐者)がその株主となるのか、という議論は、会社法制定前

は、平成17年改正前商法201条2項をめぐる解釈論として展開されていた。昭和13年商法改正において新設された平成17年改正前商法201条1項は、「仮設人ノ名義ヲ以テ株式ヲ引受ケタル者ハ株式引受人タル責任ヲ負フ他人ノ承諾ヲ得ズシテ其ノ名義ヲ以テ株式ヲ引受ケタル者亦同ジ」、同2項は、「他人ト通ジテ其ノ名義ヲ以テ株式ヲ引受ケタル者ハ其ノ他人ト連帯シテ払込ヲ為ス義務ヲ負フ」という定めを置いていた。

他人名義によってなされた株式の引受けに関する本条の解釈をめぐって、学説においては、大きく分けて、形式説¹⁾と実質説²⁾が唱えられていた。形式説は、株式会社法上の行為は集団的な行為であり、法的安定性の要請がつよいので、できる限り客観的かつ画一的に処理する必要があることを理由として、常に名義人を株主と解する立場である。形式説によれば、平成17年改正前商法201条1項は、本項に該当する行為は本来無効となるが、資本充実の要請から、行為者に責任を負わせる根拠として定められたものであり、同2項は、名義人が株式の引受人となることを当然の前提とした上で、資本充実の要請から行為者たる名義借人にも連帯債務者として責任を負わせる旨を規定したものとなる。これに対し、実質説は、いかなる名義にせよ、自己が引き受ける意思で払込みをした以上、その者が権利を有し義務を負うのは当然であると主張する。したがって、実質説によれば、平成17年改正前商法201条1項の規定は、行為者が株式の引受人となるという当然のことを定めたものであるが、これは、同条2項において、他人名義の借用者たる行為者が株式の引受人となり、名義貸与者は払込みについて連帯責任を負うにすぎないという理を導き出す前提として必要な規定であったと考えられていた³⁾。

1) 伊沢孝平『注解新会社法』（法文社、1950年）335頁、実方正雄『会社法学Ⅱ〔改訂版〕』（有斐閣、1952年）261頁、大浜信泉（早稲田大学出版部、1959年）158頁。

2) 大隅健一郎＝大森忠夫『逐條改正會社法解説』（有斐閣、1951年）109頁、松田二郎＝鈴木忠一『条解株式会社法（上）』（弘文堂、1952年）109頁、石井照久『新版商法Ⅰ（一）』（勁草書房、1964年）215頁。

3) 上柳克郎＝鴻常夫＝竹内昭夫（編代）『新版注釈会社法（3）』（有斐閣、1986年）40頁

2. 判例・裁判例

前述の通り、昭和13年商法改正までは、同年改正商法201条に相当する規定は存在していなかったが、大審院判例は、仮設人の名義または他人名義で株式の申込みをした場合、その株式引受けを無効と解していた⁴⁾。昭和13年商法改正以降の下級審裁判例は、実質説を採るもの⁵⁾と形式説を採るもの⁶⁾とに分かれていたが、昭和42年最判⁷⁾は、会社設立後の新株発行の事案において、次のように述べた上で、実質説を採ることを明らかにした。「他人の承諾を得てその名義を用い株式を引受けた場合においては、名義人すなわち名義貸与者ではなく、実質上の引受人すなわち名義借用者がその株主となるものと解するのが相当である。……株式の引受および払込については、一般私法上の法律行為の場合と同じく、真に契約の当事者として申込をした者が引受人としての権利を取得し、義務を負担するものと解すべきであるからである」。昭和42年最判後の裁判例（発起人が設立時発行株式を引き受ける場合については、二において後述するためここでは除く）は、会社設立後の株式発行について実質説を採用したと思われるものがほとんどである⁸⁾。このような場合に実質説を採ることの理論的根拠は、現

ㄨ頁〔米津昭子〕。

- 4) 大判明治44年11月9日民録17輯685頁は、仮設人を株式申込人とした設立時発行株式の引受けを、昭和9年6月11日民集13巻980頁は会社設立後の新株発行時に死亡者および代理人の承諾を得ない未成年者の名義を冒用してなされた新株の引受けを、それぞれ無効と判示した（米津・前掲注（3）41頁）。
- 5) 神戸地判昭和27年6月5日下民集3巻6号777頁、東京高判昭和38年3月28日下民集14巻3号481頁、大阪高判昭和40年6月29日高民集18巻4号349頁、横浜地判昭和40年10月25日下民集16巻10号1588頁、大阪高判昭和41年8月8日下民集17巻7-8号647頁。
- 6) 東京地判昭和29年12月27日判タ44号52頁、東京地判昭和38年4月26日判時336号38頁。
- 7) 前掲注（5）・昭和40年横浜地判の上告審にあたる。
- 8) 最判昭和50年11月14日集民116号475頁、神戸地判平成5年2月24日判時1462号151頁、札幌地判平成9年11月6日判タ1011号240頁、大分地決令和2年1月27日金判1599号46頁、東京地判令和3年3月19日LEX/DB文献番号25589063、東京地判令和4年2月22日LEX/DB文献番号25604587、東京地判令和4年4月26日LEX/DB文献番号25605459（結論として名義貸しの実実を否定）。なお、同一会社に関する事案として、判旨の事実関係からは、当該株式が原始株式か、会社の設立後に発行された株式かは明らかではない。

行会社法に平成17年改正前商法201条に相当する規定が定められなかったことから、より明確になったといわれている⁹⁾。

二 他人名義による設立時発行株式の引受けと株主たる地位 ——発起人の場合

1. 学 説

一 で述べたように、新株発行や、新株予約権の行使時等、会社設立後に発行された株式の引受けや、他人からの株式の譲受に関しては、昭和42年最判の述べる通り、実質説を採ることに異存はないとする立場からも、株式会社の設立の際に発行される株式（設立時発行株式・原始株式）については別の問題が指摘されている。定款に発起人として署名した者が、設立時発行株式のすべてについて、他人に名義を貸し、名義借人がその株式の払込金額全額について出捐した場合（定款に発起人として署名した者が、設立時発行株式（原始株式）に対して1円も出捐していない場合）、実質説に基づいて、名義貸与者（定款に発起人として署名した者）ではなく、名義借用者（経済出捐者）を当該株式の株主（原始株主）であると解したならば、当該株式会社の設立が、発起人が一株も株式を引き受けないという瑕疵（会社法（以下、判決文等で原文をそのまま引用する場合以外は「会」という。）25条2項）を帯びるおそれがあるという点である。仮に、発起人として定款に署名した者が1名である場合、その者が他人に名義を貸与し、設立時発行株式について1円も出捐していないことは、上記の瑕疵を前提とすると、当該株

ㄨが、事実上の権利推定によって名義借人が株主であることが立証できなかったことを理由として、株主総会決議取消しの訴えおよび株式移転無効の訴えの原告適格を認めず、株主総会決議不存在確認の訴えの利益も有しないと判示した東京高判平成24年12月12日判時2182号140頁、被相続人が実質所有していた借用名義株について、その相続人の1人がこれを時効取得（民法163条・162条1項）したことが認められた東京地判平成21年3月30日判時2048号45頁も存する。

9) 江頭憲治郎『株式会社法〔第8版〕』（有斐閣、2021年）99頁。

式会社について設立時発行株式を引き受けた発起人が存在しないことを意味し、より重大な瑕疵となる。この問題については、五 1. にて検討する。

この点に関しては、上記事情を設立行為自体に影響させないための考えとして、設立時発行株式について発起人の名義を借用した者による出捐行為は第三者の弁済(民法474条)¹⁰⁾にすぎず、当該株式は定款に署名した発起人が引き受けたものとする考え¹¹⁾と、株式会社の設立において、発起人の確定と設立時発行株式の株主が誰になるかという問題は切り離すことが可能であるため、名義借人(出捐者)が株主となるとする考え¹²⁾が存している。前者は旧来の形式説を、後者は旧来の実質説をルーツとしているといえる。

2. 判例・裁判例

株式会社の設立時発行株式(原始株式)の引受けに関する初期の裁判例は、発起人とは定款に発起人として署名した者を指す¹³⁾という理由から、株式会社において会社の成立後に定款を作成し、株式の引受けを行った場合、その者は発起人ではなく、その行為は発起関係者の株式引受契約にとどまると解していた¹⁴⁾。そして、設立時に引き受けられた原始株式について名義の貸借があった場合、名義人が株主となり、出資者は、名義人に代わって払込義務を履行したと解する判決¹⁵⁾と、前掲昭和42年最判と同じ

10) 江頭憲治郎(編)『会社法コンメンタール(1)』(商事法務、2008年)261頁〔江頭憲治郎〕、神作裕之「設立時発行株式の発起人による引受けと原始株主」曹時74巻3号(2022年)28-29頁。なお、神作論文29-30頁は、第三者の弁済と解する以外に、信託関係の成立についても検討に値すると述べる。

11) 江頭・前掲注(10)261頁、神作裕之「判批」別冊ジュリスト245号(2021年)21頁、神作・前掲注(10)30頁。

12) 松元暢子「判批」ジュリ1531号(2019年)92頁。

13) 大判明治41年1月29日民録14輯22頁、大判昭和14年7月7日民集18巻833頁。

14) 大判昭和3年8月31日民集7巻714頁。

15) 東京地判昭和57年3月30日判タ471号220頁、水戸地裁土浦支判平成29年7月19日判タ1449号234頁。

く、名義人ではなく出捐者が設立時発行株式の株主となるとの立場を採る判決¹⁶⁾とが存していた。これらの裁判例の一部については、四 において詳述する。

三 有限会社における他人名義による原始社員の払込み

かつて、有限会社の設立時に原始社員が払込みをする局面においても、原始社員と実質の出資者が異なるという事象は存していたが、その様相は株式会社の場合とは異なっていた。有限会社法においては、定款の作成と出資の引受け行為が結合しており、社員の氏名のほか、その出資口数が定款の絶対的記載事項とされ、社員は全員定款に署名すべきものとされていた（平成17年廃止前有限会社法6条・12条）ため、定款の作成によって、社員が必然的に確定するのみならず、同時にその出資義務も確定すると解されていたからである¹⁷⁾。さらに、定款に記載された社員が設立時に出資の履行をしなかった場合について、株式会社の募集設立における株式引受人の失権手続（平成17年改正前商法179条）と同様の規定が存しなかったことも、定款の記載と出資の引受けの密接不可分性の根拠とされていた¹⁸⁾。

そのため、有限会社に関する裁判例も、設立に事実上参画し、出資金を拠出したにもかかわらず定款に署名していない者は社員といえないとするもの¹⁹⁾、原始社員の確定と出資義務の履行を切り離れたうえで、当該社員

16) 前掲・注（5）昭和40年横浜地判、名古屋高判平成3年4月24日高民集44巻2号43頁、東京高判平成4年11月16日金法1386号76頁、東京高判平成22年7月28日D1-Law.com判例体系〔282906000〕、東京地判令和3年1月29日LEX/DB文献番号25587284、東京地判令和4年2月15日金法2199号88頁。なお、関連裁判例として、発起人として定款に署名しなかった上に、設立時発行株式の払込みに充てられた金銭を用意したがすぐに払い戻した者が、設立時株主に該当しないとされた事例（東京地判令和3年1月28日金判1618号53頁）も存する。

17) 荒谷裕子「判批」ジュリ1166号（1999年）109頁。

18) 神作・前掲注（10）6頁。

19) 福岡高宮崎支判昭和60年10月31日判タ591号73頁。

以外の者による出資義務の履行も第三者のためにする弁済として有効と解したもの²⁰⁾、定款に原始社員として署名した者を出資者の使者として社員と同一と解する旨を述べたもの²¹⁾のように、現実の出資ではなく、定款に原始社員として署名したことを原始社員にあたるかどうかを判断する基準としていた。

しかし、近年(会社法制定後)は、有限会社についても、設立後の資本増加について、出資者ではなく、名義借人を社員とした裁判例²²⁾のみならず、定款に原始社員として署名した者ではなく、現実に出資をなした者を社員とした裁判例²³⁾が公表されるに至っており、状況に変化が生じていることがうかがえる。

四 他人名義による設立時発行株式・社員権の引受けと 原始株主・原始社員の確定——近時の裁判例とその評価

以下では、これまで検討してきた点について、比較的近時(会社法制定後)の裁判例を紹介し、その判旨について比較検討する。①は有限会社における原始社員の払込みについて実質説を採用した、②は、設立時発行株式の引受けについて実質説を採用した裁判例である。

20) 高松高判平成8年5月30日判時1587号142頁。

21) 東京地判平成16年3月15日判タ1176号270頁。

22) 東京地判令和3年12月17日令和2年(ワ)第26564号・令和3年(ワ)第240号LEX/DB文献番号25603889。

23) 東京地判平成17年10月4日判タ1227号273頁、東京地判平成27年2月18日判時2267号114頁、大阪高判平成29年12月21日金判1549号42頁、東京地判平成31年3月22日LEX/DB文献番号25558347。平成31年東京地判は、実質説を採用した上で、形式社員(定款上の原始社員)が定款に署名した時点で、実質社員(経済的出捐者)から、定款上の原始社員に、会社成立後に社員の地位を譲渡する旨の合意があったことを認定し、最終的に原始社員に社員権が帰属していることを認めた。本判決の理論構成に関する批判については、弥永真生「判批」ジュリ1537号(2019年)2-3頁、神作・前掲注(10)5-7頁(とりわけ形式説の立場から批判)、参照。

1. 裁判例

① 大阪高判平成29年12月21日金判1549号42頁

〔事実の概要〕

Yは、勤務先である商工会議所で知り合ったAに誘われ、平成14年1月か2月頃、Aが設立を企図していたB有限会社（以下、「本件会社」という。）の代表者取締役役に就任することを承諾した。Aが整えた本件会社の原始定款には、Yが社員である旨が記載され、Yはこれに押印した。同年5月7日、Aが出資金である300万円を払い込み、本件会社が成立した。本件会社の設立時の出資口数は60口とされ、平成17年の有限会社法廃止により本件会社が特例有限会社となったのちには、Yは本件会社の発行済株式の全株にあたる60株（以下、「本件株式」という。）の「株主」となった。

その後、AとYとの関係が悪化し、Yを本件会社から退職させる件について協議が行われたが、Aの体調悪化に伴い、その役割を息子であるXが引き継ぐようになった。平成28年4月22日にAが死亡した後、Xは、Yおよび本件会社に対し、Xが本件株式の株主であることの確認を求めて、同年5月9日、本件訴えを提起した。

なお、本件訴訟において、Yは、本件会社設立時に出資された300万円の原資がAの資産であることについては一切争っていないが、Aから借り入れたものであり、全額返済済みであると主張した。これに対し、Xは、この300万円は、AからXに贈与された後に本件会社に出資されたのであり、本件株式の株主は、本件会社の設立当時からずっとXであると主張してきた。第一審（大阪地判平成29年6月22日金判1549号54頁）が、Xの請求を認めたことから、Yが控訴した。

〔判旨〕 上告・上告受理申立後、最決平成30年5月10日により上告棄却・上告不受理

「有限会社の設立は、会社成立時の社員の氏名、住所が原始定款に記載され、その者が定款に署名し定款を作成し（絶対的必要事項、旧有限会社法6条1項、2項）、取締役は、各社員が定款により引き受けた出資の全額を

金融機関に対し払い込ませ、現物出資の全部を給付させなければならないとされる(旧有限会社法12条)。

かかる社員の法的性質を踏まえ検討する。前記認定の本件会社の原始定款における社員はYと定められ、取締役を選任されて出資金の払込みについて責任を負う立場にあった等の客観的な事実関係に加えて……Y及びAが本件会社の経営を実質的に担っており、他方、本件会社の設立前後を通じXの本件会社への関与は一切なく、Xが平成27年4月頃にYとの交渉の窓口になるまで本件会社に関与したとみられる事情はない。他人の承諾のもとにその名義を用いて出資払込みをした場合には名義貸与人ではなく実質上の出資払込人が出資払込人としての権利を得、義務を負い社員となるものと解すべきである。……XがAの承諾のもとにその名義を用いて出資払込みをした事実は認められない。Aにおいて、Yの名義を借りた事実はあるとしても、Xとは別人格であることはいうまでもなく、証拠上YがXに名義を貸していると認識していたとも認められない。AがYからXのために名義の貸与を受け、AがXに出資金を贈与したことも、Xに代わり本件300万円を払い込んだことも認め難い。

一方、Yは、本件300万円はAからの貸付金であると主張し、……現金でAに支払い、返済済みであると主張し、その旨供述するものの、本件300万円の貸付けとその返済についての借用書、領収書等は作成されておらず、本件証拠上からその貸付けがあったとは認められない。しかし、本訴においては、Xが、Yから名義の貸与を受け、かつ、Xが出資金の贈与を受けて本件300万円を払い込んだといえることについての立証責任を負っているのであるから、上記貸付けについて立証が不十分であることは上記判断を左右するものではない。」

② 東京地判令和4年2月15日金法2198号88頁

〔事実の概要〕

X1は、昭和60年にプロ野球選手を引退後、数社の証券会社勤務を経て

平成6年にA証券会社に入社した者であり、そののちに入社したのがY1である。X1はA証券会社の支店長、本社営業部長へと昇進していった。Y1はA証券会社に入社後、X1の部下となり、X1は常にY1の上役の地位にあった。平成18年、X1はA証券会社を退社し、商品先物業者であるB社に転職して平成19年には取締役となり、Y1は同年4月にB社に入社した。X1は、B社とは別の商品先物業を営むC社の全株式を取得して代表取締役に就任したのみならず、別にD社を設立し、その代表取締役も務め、商品CFD取引（差金決済取引）を行っていた。Y1は、D社の業務に従事し、平成21年5月21日にD社の取締役に就任した。

C社は、顧客からの多数の苦情を受け、同年8月に商品先物取引業の免許を返納した。同年10月、X1はC社の取締役を辞任し、代表取締役を退任した。D社は頻繁にその商号を変更しながら商品CFD取引を営んでいたところ、商品先物法の改正により、平成23年1月以降、商品CFD取引を行うためには商品先物取引業の許可を要することとなった。しかし、D社に対してもまた顧客からの苦情が増えていたことから、X1は同社が許可を取得することは困難と見込み、D社の取引を引き継ぐ会社としてY2社を設立することを決意した。X1は平成21年5月21日にD社の代表取締役を退任し、平成22年8月31日にD社の取締役を辞任した。

平成22年10月15日、株式会社Y2（以下、「Y2社」という。）が設立され、Y1が代表取締役に就任した。Y2社の設立に際しては、Y1が発起人となり、E（B社以来のX1の部下）がY1の代理人としてY2社の定款を作成し、電子署名した旨が記載されていたが、設立時発行株式に関する事項は記載されていなかった。一方でY1名義の同日付決定書にはY1が設立時発行株式1000株（以下、「本件設立時発行株式」という。）の割当てを受ける旨が記載されていた。本件設立時発行株式の引受けに係る払込金1000万円は、X1がその原資を用意したものであり、EがいったんY1の預金口座に入金した後、払込金に充てられた。同時期に、Y2社の設立資金100万円がX1からEを通じてY1に交付された。計1100万については同年10月

13日付で X1 が Y1 に対し185万円および915万円を貸し付けた旨の金銭消費貸借契約書が作成されている。同年11月17日、X2 株式会社（X1 が全株式を保有する有限会社Fの完全子会社。以下、「X2社」という。）は、Y2社の発行した新株1万株（以下、「22年増資時発行株式」という。）の引受け原資1億円を、Gを通じてY1に送金し、その後Y1がY2社の預金口座に送金して払込みを行い、Y1名義で1万株を引き受けた。平成27年から平成29年にかけて、Y2社は計4度の増資を行い、計5961株を発行（以下、「27年以降増資時発行株式」という。）し、Y1がすべて引き受けたこととなっているが、その払込金額（総計9000万円）の原資は、すべてX1が用意しており、Y1がX1から計9000万円を借用した旨の4通の金銭消費貸借契約書が作成された。

令和元年6月20日、X1、Y1、Eを含む4名が金融商品取引法違反（損失填補）容疑で東京地検特捜部に逮捕され、同年7月11日には、X1およびEが法人税法違反の容疑で再逮捕されたが、Y1は再逮捕されず釈放された。同年8月22日、Y1は、X1に対し、自己がY2社の株主であることを前提に、X1およびX2社から借り入れた2億0100万円を返済する代わりにY2社株式に設定された質権を解除することを求めたが、同年9月13日、X1は、Y1が名目上の株主に過ぎないとしてY1の上記請求を拒否し、Y2社株式についてX1への名義書換えを求めた。同年10月11日、Y1はX1の預金口座に2億0100万円および利息金・遅延損害金を含む2億1181万1608円を振り込み、Y1がY2社の株主であると主張した。令和2年5月21日、商品先物取引法に基づく商品先物取引業の許可の取り消し等の行政処分に関する聴聞の手続きを受けたY2社は、X1との関係・影響を断ち切るための方策を模索していることを訴えたが、同年6月10日付で経産大臣および農水大臣より商品先物取引業の許可取り消し等の行政処分を受けた。その後同年6月24日にY2社は上記行政処分に対する取消訴訟の結果、執行停止の決定を得た。

以上の経緯を経て、X1およびX2社（以下、両者を総称して「X1ら」とい

う。）は、本件設立時発行株式・22年増資時発行株式・27年以降増資時発行株式を併せて、X1がY2社の普通株式6961株、X2社が1万株の株主であることの確認と、X1の氏名・住所・保有株式数およびX2社の名称・住所・保有株式数をY2社の株主名簿に記載することを求めて、Y1およびY2社（以下、両者を総称して「Y1ら」という。）に対して、訴えを提起した。
〔判旨〕 請求認容。（控訴）

「他人の承諾を得てその名義を用い株式を引き受けた場合においては、その名義人、すなわち名義貸与者ではなく、実質上の引受人、すなわち名義借与者が、その株主となると解するのが相当である（最高裁昭和42年11月17日第二小法廷判決・民集21巻9号2448頁参照）。

この点、特にY2社設立時に発行された株式（1000株）に関して、Y1らは、発起人の地位と原始株主の地位は一体不可分であり、発起設立の場合に、発起人以外の者を原始株主と認定することはできないと主張する。

しかしながら、株式会社の発起設立については、株式の引受けの方式は法定されておらず、平成17年法律第87号による廃止前の有限会社法における有限会社の設立の場合（同法6条）と異なり、定款の作成と株式の引受けが結合されていることもないから、定款を作成し、それに署名する発起人の地位と設立時発行株式を引受ける者の地位が当然に一体不可分であるということができない。また、発起人が失権手続により設立時発行株式の株主となる権利を失うこと（会社法36条3項）や自ら設立時発行株式の引受けを取り消すこと（同法33条8項）があり、発起人が必ずしも設立時発行株式の株主になるとは限らず、さらに、発起人は、会社設立前において、設立時発行株式の株主となる権利を譲渡することができるから（同法35条、50条2項）、発起人の地位と設立時発行株式の株主となるべき地位が異なる者に分属することが想定されないとはいえない。

そして、設立時発行株式の引受けも意思表示によりされるものであること（会社法51条1項）に照らせば、一般私法上の法律行為の場合と同じく、単なる名義貸与者ではなく、真に引き受ける意思を持って株式を引き受け

た者が、その株式を取得すると解するのが相当である。

したがって、発起人の地位と原始株主の地位は一体不可分であり、発起人以外の者を原始株主と認定することはできないとのY1らの主張は、採用することができない。」

2. 評 価

(一) 有限会社と株式会社の原始社員（原始株主）確定基準の異同

②判決は、X1らがY2社の設立時発行株式の株主であることを認める根拠として、まず、本件が有限会社ではなく株式会社の設立であることを挙げている。確かに、上述したように、本判決以前に、株式会社の設立と平成17年改正前の有限会社法に基づく有限会社の設立との差異を理由として、有限会社について、定款に署名したが出資をなしていない者を原始社員と認める見解も存していた。しかし、近時では、三でも述べ²⁴⁾、また①判決として紹介したように、有限会社についても名義人ではなく出捐者が社員となるという判断が示されるに至っている²⁵⁾ため、株式会社の設立であるという一事のみでは、名義借人（経済的出捐者）を株主と認める根拠として不十分と考えられる。

①判決は、昭和42年最判を直接には引用していないものの、「他人の承諾のもとにその名義を用いて出資払込みをした場合には名義貸与人ではなく実質上の出資払込人が出資払込人としての権利を得、義務を負い社員となるものと解すべきである」と述べる。事案については省略するが、会社法制定前の判決である東京地判平成16年3月15日判タ270頁（東京高判平成16年9月29日判タ1176号268頁の原審）は、①判決の前に、有限会社の原始社員の確定基準について、昭和42年最判を引用した上で、次のように述べている。「一般に、私法上の法律行為は、何人の名義によってなされたかを問わず、真に契約の当事者として申込をした者が、その契約当事者として

24) 前掲注(23)・平成17年東京地判、平成27年東京地判、平成31年東京高判、参照。

25) 松元・前掲注(12)91頁。

権利を取得し義務を負担するところ、入社契約たる性質を有する有限会社設立の意思表示についても、一般私法上の法律行為の場合と特に変わるところはないから、誰が真の設立当事者として入社申込を行ったか否かによって、設立当事者たる地位が決せられると解される。

もっとも、有限会社の原始社員は、原始定款に社員として署名又は記名押印しなければならないから（有限会社法6条2項、同法87条。以下、署名及び記名押印を合わせて『署名』という。）、有限会社設立の意思表示は、要式行為として、原始定款に社員として署名するという方法により行われる必要がある。しかしながら、有限会社法が、他人を使者として署名を代行させたり、他人名義で署名をすることを禁じていると解すべき根拠はなく、使者による署名はそれを依頼した本人の署名とみることができるのであるから、原始定款への署名という行為自体を実際になした者が誰かという基準のみによって、有限会社の原始社員たる地位を決するのは相当ではない。原始定款に記載された当該署名を誰の署名と認めるかを含めて、入社契約申込の意思表示をなした真の設立当事者は誰かを実質的に検討して、有限会社の原始社員を決すべきである。」

以上の判示は、②判決が、昭和42年最判を引用した上で、株式の引受けは意思表示（会51条1項）によって行われるため、一般私法上の法律行為と同じく、真に引き受ける意思を持って株式を引き受けた者がその株式を取得すると解するのが相当であると述べたこととも共通している。以上より、有限会社についても、むしろ、昭和42年最判が示した規範に基づき、原始社員による社員権の引受けについて、実質説の立場が採用されるに至っているといえる。そして、その根拠としては、株式会社であれ、有限会社であれ、同判決が述べるように、株式（社員権）の引受けが、どちらも一般私法上の法律行為として実質株主の意思表示によってなされるという理由に負うところが大きいのではと思われる。この点に関しては、（現行法の下で有限会社を新たに設立することは不可能だが）現存する特例有限会社について、解釈上、株式会社と同様の取扱いをすることが望ましいとい

う政策的判断も窺える。

(二) 原始株主(原始社員)確定基準における実質的判断

——実質説を前提として

昭和42年最判が述べる「他人の承諾のもとにその名義を用いて出資払込みをした場合には、名義貸与人ではなく実質上の出資払込人が出資払込人としての権利を得、義務を負担する」という規範は、他人(名義貸与者)が、名義借人(実質上の出資払込人)の頼みに応じて、純粹に名義のみを貸し与え、時として、自己が株主であるとの認識すら有していない場合をも想定していると考えられる²⁶⁾。①判決は、本件株式の払込金がAからXに贈与されたというXの主張を否定するのみならず、提出された証拠からは、Aから本件株式の払込金について貸付を受けたというYの主張も認められないと判示した。①判決においては、Xが本件会社の経営に一切関与していなかったことを、AからXに本件株式に係る払込金の贈与の事実があったとはいえない(Xが本件株式の引受人とはいえない)とする根拠として挙げる一方、Yについては、本件会社の経営に全く関与していなかったわけではなく、Aとの関係が悪化するまでは、一緒に事業を行っていたという事実を認定している。しかし、①判決は、当該事実を、Yが本件株式の引受人となるという根拠として挙げるものではない。①判決は、あくまで、出資金をYが負担したといえるか(Yが主張するようにAから貸付を受けた金銭を出資し、これをAに返済したか)という点を、本件株式の引受人の確

26) 前掲注(23)・平成17年東京地判も、受任事務遂行のために取得した原始株式の株券の帰属に関して判断するにあたり、昭和42年最判を引用し「本件会社の設立時の定款上、設立時に発行された株式200株のうち、199株を甲が、1株を乙が引き受けたものとされているが、甲乙夫婦は、知人である被告からの、短期間名前を貸して欲しいとの依頼に応じて、本件会社の定款等、その設立に必要な書類に署名押印したにすぎず、その設立に要する資金はすべて被告においてこれを用意したというのであるから、本件会社の設立時に発行された200株すべての株主となるのは、被告であると解するのが相当である」と判示しており、設立時発行株式が純然たる名義貸人によって引き受けられたにすぎないことを認定した上で、そのような者が実質株主となることを明確に否定している。

定に関する判断基準としている。

②判決においても、Y1は、設立時発行株式を含む、Y2社への払込みの原資についてX1から貸付を受けていた旨を主張したが、この主張は覆されている。しかし、②判決は、この点以外にも、Y2社が、X1が別会社で行っていたCFD取引の許可を得てこれを継続するために設立された法人であり、実質的にはX1によって経営されていたという認定も、Y2社株式の真の引受人がX1らであることの根拠と判示している。金銭消費貸借契約の不成立以外を、名義借用人（金銭出捐者）が実質株主であるとの判断基準として挙げた事案としては、②判決以外にも、法人成り²⁷⁾、贈与税等の回避²⁸⁾、破産手続きの免脱²⁹⁾を目的とした名義貸与の事例において、名義借人（経済的出捐者）が真に株式を引き受ける意思を持っていたことを根拠として、これらの者が株主であると認めた裁判例がある。他方、原告が、定款上の発起人（原始株主）である元妻ではなく、自らが実質的株主であると主張した事案において、元妻に名義貸しをした認識がなかったこと、元妻が名義人である方が融資において有利であるとの認識があったこと、払込み口座が当時の夫婦の生活口座であったこと、原告が元妻の議決権を代理行使していた旨を陳述したことから、名義人である元妻を株主として扱っていた事実等を認定した上で、名義貸しの事実を否定し、当該出捐は原告が原始株主である元妻のために行った第三者のためにする弁済であったと判示した事案も存する³⁰⁾。これらの裁判例から、裁判所は、名義貸人および名義借人の認識のみならず、名義貸し行為自体の全体的背景を踏まえた上で、設立時発行株式の引受け行為の外形にとらわれず、まさに実質的に、名義貸人と名義借人のどちらを株主とする「意思」に基づいて設立時発行株式に対する出捐行為がなされたか、を基準とし

27) 前掲注（8）・平成9年札幌地判。

28) 前掲注（23）・平成27年東京地判。

29) 前掲注（22）・令和3年東京地判、前掲注（8）・東京地判令和4年2月22日。

30) 東京地判令和4年12月15日LEX/DB文献番号25608106。

て、真の株主を認定していることがうかがえる。

五 設立時発行株式を一株も引き受けていないと 判断された発起人の地位と設立の瑕疵

1. 発起人が原始株式を一株も引き受けなかったときの発起人の地位

上述したように、形式説の立場からは、発起人の地位との関係で、設立時発行株式(原始株式)の引受けについて、定款に発起人として署名していない者(名義借用人)を株主であると認めることについて根強い批判が示されている³¹⁾。そのような立場からは、会社法25条2項が、各発起人が、株式会社の設立に際し、設立時発行株式を一株以上引き受けねばならないと定めていることが、発起人を発起人たらしめる根拠として原始株式の引受けが必須であると主張する理由として挙げられている。さらに、平成17年の会社法制定前の商法に、この点に関する明文規定がなく、判例³²⁾・解釈によって主張されていたにすぎないにもかかわらず、会社法がこの点をあえて明文化したことも、形式説の裏付けとして主張されている。また、この点については、会社に実質的な発起人が一切存しないことは、「設立中の会社」の機関たる発起人の存在を欠くことを意味するとして、発起人が設立中の会社のためになした行為の効力の帰属をどのように解するか、という点も含めて検討し直すべきではないか、という見解も主張されるに至っている³³⁾。

設立時発行株式(原始株式)の帰属について実質説を採る裁判例においては、この点に特に言及することなく、昭和42年最判を根拠として、実質的に株式を引き受ける意思を有する名義借人(経済的出捐者)を株主とする判断が示されてきた。この問題について、一步踏み込んだ見解を示した

31) 神作・前掲注(10)・22-27頁。

32) 大判昭和7年4月19日法律新聞3405号14頁。

33) 神作・前掲注(10)10-11頁。

のが②判決である。②判決は、昭和42年最判の規範に加え、設立時発行株式が失権（会36条3項）したり、設立時発行株式の引受けが取消された（同33条8項）結果として、発起人が必ずしも株主になるとは限らないことを法が認めていることや、設立時発行株主の株主となる権利の譲渡（同35条・50条2項）により、発起人の地位と設立時発行株主が分属することが考えられる³⁴⁾ことを、原始株主の確定についても実質説を採用する根拠として挙げている。

②判決の述べる通り、発起人の地位を、設立時発行株式の引受人の地位と分離可能なものと解することにより、たとえ設立時発行株式を一株も引き受けないとしても、発起人はその地位を失わない³⁵⁾と考えることができる。さらに、発起人が設立時発行株式を一株以上引き受ける義務を負う定め（会社法25条2項）の解釈として、引受けは発起人の単なる義務であり、資格要件ではないと考える立場³⁶⁾を採ることにより、たとえ唯一の発起人が設立時発行株式を一株も引き受けなかったとしても、当該会社の設立について発起人を欠くという瑕疵は存しないこととなる。このように解することによって、発起人が「設立中の会社」の機関として行使した権利や負担した義務が設立後の会社に帰属するという理論も、無理なく説明することが可能となる。

2. 発起人全員が設立時発行株式を一株も引き受けないことと設立の瑕疵

会社法25条2項の解釈および設立時発行株式の引受けに関する実質説の立場の帰結として、仮に、発起人（一人発起人を含む）が、設立時発行株式

34) 奥島孝康＝落合誠一＝浜田道代（編）『基本法コンメンタール I 〔第2版〕』（日本評論社、2016年）78頁〔山本爲三郎〕。

35) 酒巻俊雄ほか（編代）『逐条解説会社法 I』（中央経済社、2008年）227頁〔酒井太郎〕。

36) 石井照久（編）『註解株式会社法（一）』（勁草書房、1953年）260頁、石井照久＝鴻常夫『会社法 I』（勁草書房、1977年）99頁、上柳克郎＝鴻常夫＝竹内昭夫（編代）『新版注釈会社法（三）』（有斐閣、1986年）132頁〔田中昭〕。

を一株も引き受けないことが、当該発起人がその地位を失う理由とはならないと解したとしても、引受けを行わなかったという事実が設立無効原因になるか、という問題については別途検討が必要になる。この点については、発起人が複数存する場合に、その中の一人が設立時発行株式を一株も引き受けていないという事実が設立無効原因となるという解釈が示されているからである³⁷⁾。また、本稿で検討してきた裁判例の多くがそうであったように、そもそも、発起人が一人しかいない場合、設立時発行株式を引き受けた発起人は存在しないこととなる。発起人のうち一人でも株式を引き受けないことが直ちに設立無効原因となると解する立場からは、発起人が一人も株式を引き受けない場合の瑕疵はより大きなものとなる、と考えるのも不思議はない。

①判決・②判決を含め、実際の裁判例においては、会社の設立当初からしばらくの間は、名義貸借の当事者間の関係は円満であることが多い。したがって、どちらが真の株主であるかについて争いが生じ、訴えが提起された時点では、当該会社の設立から2年以上が経過していることがほとんどである（例えば、①判決の場合は、①の訴えが提起された時点で、当該会社の設立から14年が、②判決の場合は、②の訴えが提起された時点においてY2社の設立（平成22年）から少なくとも9年が経過している）。したがって、仮に上記の点が設立無効原因にあたると解したとしても、もはや、訴えによって、設立自体の瑕疵を争うことはできない（会828条1項1号）。また、仮に設立無効となる瑕疵が存するとしても、原告適格を有する者（会828条2項1号）が、訴えによって設立無効を主張しない限り、設立の効力を遡及的に否定することはできない。

この問題に関し、実質説の立場からは、先述のように、まず、発起人が設立時発行株式を一株も引き受けないとしてもその地位は失われないと解した上で、実質株主（経済的出捐者）が、払込み自体を行っていることに

37) 岩原紳作（編）『会社法コメンタール（19）外国会社・雑則 [1]』（有斐閣、2021年）120頁〔松津浩司〕。

着目する。すなわち、仮に設立無効の訴えを提起することが可能な期間内であったとしても、発起人以外の者（名義借人）によって払込み自体がなされている以上、設立時発行株式自体は有効に引き受けられており、また、発起人を欠くという事態もないと考えられるため、上記の点は重大な瑕疵にはあたらない。ゆえに、この点は、設立無効原因にはならないと解すべきとの見解が主張されている³⁸⁾。

六 設立時発行株式の実質株主による名義書換請求の可否

名義借人（経済的出捐者）が、名義貸人との関係で自己が株主であることを主張しえたとしても、会社に対して自らが真の権利者であることを主張するためには、株主名簿の名義書換えが必要か、という点が併せて問題となる。この問題については、学説上も、名義貸人（経済的出捐者）が、原始株式について自己が株主であることを主張するためには、株主名簿の名義書換えを要する旨が主張されてきた³⁹⁾。裁判例は、名義書換えを経ずに自らが株主であることの主張が可能であるとするもの⁴⁰⁾と、株主名簿の書き換えを要するとするもの⁴¹⁾に分かれていたが、東京高判令和1年11月20日金判1584号26頁（会社が株主名簿の作成を怠っていた事案）は、原始株主について名義上の株主と実質株主が異なる場合、実質株主が会社に対して権利行使をするためには、株主名簿の書換えが必要であり、その根拠は会社法132条1項1号であると判示した。なお、②判決において、裁判所は、特に根拠を明らかにせず、真の株主であると判示されたX1らによる名義書換え請求を認容している。

38) 松元・前掲注(12)92頁。田中亘『会社法〔第4版〕』（東京大学出版会、2023年）605頁。

39) 鴻常夫・法協86巻1号（1969年）117頁、鈴木竹雄＝竹内昭夫『会社法〔第3版〕』（有斐閣、1994年）76頁注8。

40) 前掲注(16)・平成4年東京高判。

41) 前掲注(5)・昭和41年大阪高判。

おわりに

会社設立後の新株発行においては、株式の引受けも意思表示に基づいて行われることを根拠として、実際に引き受ける意思をもって出捐をなした者が、その名義にかかわらず、株主となると解するという見解が、もはや定着しているといえる。しかし、引受けの対象が、設立時発行株式(原始株式)である場合には、一株も株式を引き受けない発起人が存することが設立行為に及ぼす影響に鑑み、定款に発起人として署名し、設立時発行株式の引受人としての名義を貸した者が、当該株式の株主となるという見解がなお強く主張されるに至っている。

本稿は、昭和42年最判を中心とした、他人名義による株式の払込みと株主の確定に関する主な裁判例および学説の議論状況と、現在の到達点を検討した上で、設立時発行株式の引受けに関しても実質説を維持するべきである、という結論を提示する。形式説は、発起人の地位が定款への署名を基準として定まることを前提とした上で、その地位に、さらに、設立時発行株式(原始株式)の引受人たる地位を不可分のものとして結びつけようとする立場である。その帰結として、本稿で検討した事案のように、発起人が実質的に設立時発行株式に対する払込みを行っていない場合にも、経済的な負担をしていない株式について発起人が株主となるべきであるという主張に至る。しかし、昭和42年最判およびその流れを汲む下級審裁判例が述べるように、設立時発行株式の引受けも、設立後の新株発行と同じく、当事者の意思表示に基づいてなされる以上、形式的に、定款への署名を判断基準として、真の株主を確定することへの違和感はぬぐえない。本稿で検討してきたように、発起人にとって、設立時発行株式の引受けは、その資格要件ではなく、義務であり、発起人の地位と設立時発行株式の株主たる地位は分属しうると解することによって、当事者の意思と経済的実態に適合した形で、真の株主を確定することが可能となる。また、実質説

の帰結として、定款に発起人として署名した者の名義とされる株式につき、現実の払込みの欠缺によって会社の経済的基盤が損なわれている場合のみが、設立無効原因に該当する重大な瑕疵となる。設立無効原因を限定的に解することにより、法的安定性が守られることも、上記の見解を採ることの利点といえるであろう。

【追記】 竹濱修先生には、筆者の立命館大学大学院在学中より、博士前期課程においては各種演習科目をご担当いただき、また、後期課程進学後は、指導教員としても、語学、専門的知識のみならず、学問に関する姿勢等、多くのことを教えていただきました。また、筆者の立命館大学法学部・法務研究科への奉職後は、教職に関する姿勢や学内行政についても、多くのご教示や励ましを受ける機会がありました。浅学非才な自分には、先生から受けた薫陶に報いるだけの能力がないことを心から申し訳なく思っておりますが、せめて、ご教示いただいたことの一部でも、自らの血肉になっていると信じて、残りの人生において、機会がある限り、これを形にし、また、次の世代に繋いでいきたいと思っております。

ご退職をお祝いするにあたり、これまでの多大なる御恩に対し御礼を申し上げますとともに、先生の今後のますますの御活躍を祈念申し上げます。