

# A Study Notebook about the Educational Method of the Commercial Law

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2017-10-03 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: メールアドレス: 所属:
URL	<a href="http://hdl.handle.net/2297/23743">http://hdl.handle.net/2297/23743</a>

《研究ノート》  
商法教授方法に関する研究手帖（４）

浅 木 慎 一

第1帖 「商」の概念

第1章 商法の意義

第2章 商法の法源（以上、金沢法学51巻1号）

第3章 商人の概念

第4章 会社の概念（以上、金沢法学51巻2号）

第5章 株式の概念

第2帖 「商」への参入

第1章 企業形態の選択

第2章 企業の立上げ——総論（以上、金沢法学52巻1号）

第3章 株式会社の設立

1. 緒言

2. 設立プランとしての株式会社の機関設計

2-1. 設置すべき機関

2-2. 機関設計の起点

2-3. 非公開・非大会社の機関設計

2-4. 非公開・大会社の機関設計

2-5. 公開・非大会社の機関設計

2-6. 公開・大会社の機関設計

3. 發起設立と募集設立

4. 設立の手続

4-1. 定款の作成

4-1-1. 発起人

4-1-1-1. 意義

4-1-1-2. 資格

4-1-1-3. 員数

4-1-1-4. 発起人組合

4-1-2. 定款

4-1-2-1. 意義

4-1-2-2. 公証人の認証

- 4-1-2-3. 絶対的記載・記録事項
  - 4-1-2-4. 相対的記載・記録事項
  - 4-1-2-5. 任意的記載・記録事項
  - 4-1-2-6. 定款の備置き等
  - 4-2. 設立時発行株式に関する事項の決定
  - 4-3. 発起設立
    - 4-3-1. 発起人による設立時発行株式の総数の引受け
    - 4-3-2. 出資の履行
      - 4-3-2-1. 金銭出資の払込みと現物出資の給付
      - 4-3-2-2. 払込みの仮装
      - 4-3-2-3. 発起人の失権
      - 4-3-2-4. 変態設立事項の調査
    - 4-3-3. 設立時役員等の選任
      - 4-3-3-1. 設立時取締役の選任
      - 4-3-3-2. 他の機関の選任
    - 4-3-4. 設立経過の調査
  - 4-4. 募集設立
    - 4-4-1. 発起人による株式引受けと設立時発行株式を引き受ける者の募集
    - 4-4-2. 株式の引受けの申込み
      - 4-4-2-1. 通常の手続
      - 4-4-2-2. 他人名義による株式の申込み（ないし引受け）
    - 4-4-3. 株式の割当て
    - 4-4-4. 出資の履行
      - 4-4-4-1. 株式の払込み
      - 4-4-4-2. 払込金の保管証明
      - 4-4-4-3. 株式引受人の失権
      - 4-4-4-4. 申込証拠金の利用
      - 4-4-4-5. 権利株
    - 4-4-5. 創立総会
      - 4-4-5-1. 招集と決議
      - 4-4-5-2. 権限
  - 4-5. 設立の登記
    - 4-5-1. 設立登記の手続
    - 4-5-2. 設立登記の効果
5. 設立中の会社

- 5-1. 意義と性質
- 5-2. 設立中の会社の効用
- 5-3. 発起人の機関権限
  - 5-3-1. 田中耕太郎の同一性説
  - 5-3-2. 発起人の機関権限に関する諸論
  - 5-3-3. 検討
    - 5-3-3-1. 考究の出発点
    - 5-3-3-2. 民法34条の規定の理解
    - 5-3-3-3. 設立中の会社の実質的権利能力
    - 5-3-3-4. 発起人の権限
    - 5-3-3-5. 発起人の権限外の開業準備行為の効果
  - 5-3-4. 設立費用の負担
  - 5-3-5. 発起人の開業準備行為の商行為性
- 6. 設立関与者の責任
  - 6-1. 諸言
  - 6-2. 財産価額填補責任
  - 6-3. 損害賠償責任
    - 6-3-1. 会社に対する責任
    - 6-3-2. 第三者に対する責任
  - 6-4. 擬似発起人の責任
  - 6-5. 補遺
- 7. 会社の不成立および設立無効の訴え
  - 7-1. 会社の不成立
  - 7-2. 設立の無効
    - 7-2-1. 意義
    - 7-2-2. 無効原因
    - 7-2-3. 設立無効の訴え
    - 7-2-4. 判決の効力
  - 7-3. 会社の不存在

### 第3章 株式会社の設立

#### 1. 緒言

以下で述べる株式会社の設立とは、企業生活関係へ参入するための会社の設

立であるから、新たに会社という1個の団体を形成するとともに、会社という1個の法人を成立させることを意味する。それゆえ、新設合併・新設分割および株式移転における設立手続は、ここでは述べない（これについては、第6帖を予定）。

株式会社という団体を形成するには、団体の組織活動に関する根本規則たる定款の作成、株式発行事項の決定とこれに即した株式の引受けの確定、株式引受人による出資の履行（会社財産の基礎の形成と設立時株主の確定）、および、会社が活動を開始するための機関の決定・具備が必要である。

すでに述べたように（第1章1）、わが会社法は会社設立につき準則主義を採用しているが、株式会社の設立手続は、持分会社のそれに比して、複雑かつ厳格になっている。株式会社では会社債権者に対する責任財産が会社財産に限定されるため、設立の段階から会社の財産的基礎を、透明性を保障しつつ、確実に形成させなければならないからである。

## 2. 設立プランとしての株式会社の機関設計

### 2-1. 設置すべき機関

上に述べたように、会社設立にあたっては、成立後の会社が直ちに事業活動をなすために、「機関」の決定・具備が不可欠である。

会社は、独立した法的人格者として、それ自体の意思と活動を有するが、その意思と活動は、会社の組織上の一定の地位にある者によって実現される。換言すれば、会社の組織上一定の地位にある者の意思決定とか行為が、法律上、会社の意思決定とか行為と認められるのである。会社の組織におけるこのような地位を会社の機関といい、機関の有する力を権限という<sup>(1)</sup>。

株式会社の機関構成は、多様な株式会社の実相に対応して、これまた多様な設計が法によって用意されている。このような機関設計を、まず設立プランという形で概観しておこう。

---

(1) 北澤正啓『会社法（第6版）』（青林書院・2001年）280頁

繰り返し述べるように、会社は、その実態が人の結合体である社団法人であるから、構成員たる社員によって組織された社員総会という意味決定機関を有し、その決定に従って法人の管理・運営がなされる。株式会社も例外ではない。株式会社という社団法人における社員総会に相当するのは、「株主総会」と称される機関である。すなわち、あらゆる株式会社には、必要的機関（必ず組織されなければならない機関）として、株主総会が存在している（勿論、常設機関ではない）。

以下では、株主総会を除く、株式会社の機関設計を概観する。

## 2-2. 機関設計の起点

設立しようとする株式会社の、株主総会を除く機関設計をどう行うか、その起点となる条文は、会社法326条である。同条1項は、「株式会社には一人又は二人以上の取締役を置かなければならない。」と規定している。すなわち、あらゆる株式会社には、少なくとも1人以上の取締役を置くことが必要とされる。次いで、同条2項は、「株式会社は、定款の定めによって、取締役会、会計参与、監査役、監査役会、会計監査人又は委員会を置くことができる。」と規定している。すなわち、取締役以外の機関は、定款の定めによって自由に設置できることが本則とされているのである。しかし、あらゆる株式会社が、会社法326条に従い、定款の定めによって、いかようにも自由な機関設計を許されるわけではない。繰り返し述べるように、会社法は、複数の基準を設けて、株式会社の区分規整を行っているが、その機関設計の自由度もまた、設立しようとする株式会社の態様によって、大きな差がある。設立しようとする会社は、①公開会社でなく、かつ大会社でない会社、②公開会社ではないが、大会社に相当する会社、③公開会社ではあるが、大会社ではない会社、④公開会社であって、かつ大会社に相当する会社、の4種に分類されよう。会社法は、各々の類型の株式会社に関し、以下のような機関設計を許容し、または義務づけている。なお、個々の機関の意義に関しては、必要な箇所であって改めて説明する（主に第3

帖を予定)。

### 2-3. 非公開・非大会社の機関設計

この類型に属する株式会社を設立しようとするときは、およそ以下のような機関設計が可能である。なお、会計参与は、以下のどのような設計を選択しようとも、原則として、定款の定めによって、任意にこれを加えることができる(このことは、あらゆる種類の株式会社の機関設計に共通する)。会計参与を置く会社を「会計参与設置会社」という(会2⑧)。

#### ①「取締役」

最も簡易な機関設計である。最低限1名の取締役を置けばよく、勿論、2人以上の取締役を置くことも可能である。(会326Ⅰ)

#### ②「取締役」+「監査役」

監査役の員数は1人でも足りる。非公開・非大会社にあっては、このような機関設計に加え、設置する監査役の監査の範囲(権限)を会計に関するものに限定するという選択も可能である(会389Ⅰ)。

監査役を置く会社または会社法の規定上監査役を置かなければならない会社を「監査役設置会社」というが、上のように、その監査の範囲を会計に関するものに限った場合には、この呼称を用いない(会2⑨)。

#### ③「取締役」+「監査役」+「会計監査人」

会計監査人を置くときは、必ず監査役を置かなければならない(会327Ⅲ)。会計監査人を置く会社または会社法の規定上これを置かなければならない会社を「会計監査人設置会社」という(会2⑩)。会計監査人設置会社にあつては、監査役の監査の範囲を会計に関するものに限定することは許されない(会389Ⅰかっこ書)。

会計監査人の制度は、昭和49年(1974年)改正時に商法特例法3条以下に初

めて設けられたものであったが、平成17年（2005年）会社法制定にあたり、会社法中に収容されたものである。会計監査人は、特例法に規定されていた時代には、同法上の大会社またはみなし大会社（平成14年（2002年）改正後商特1の2Ⅰ・Ⅲ②参照）においてのみ選任され、職業専門家として外部監査を行う者と位置づけられていたので、通常、会社の機関であるとは解されていなかった<sup>(2)</sup>。しかし、会社法は、これを非大会社にも設置することを可能にし、これを会社の機関として位置づけることにしたようである。

#### ④「取締役会」＋「会計参与」

取締役会を置くときは、取締役の員数は3人以上でなければならない（会331Ⅳ）。このときは、委員会設置会社を除き、取締役会において、取締役の中から「代表取締役」を選定しなければならない（会362Ⅲ）。

取締役会を置く会社または会社法の規定上取締役会を置かなければならない会社を「取締役会設置会社」という（会2⑦）。取締役会設置会社（委員会設置会社を除く）は、監査役を置かなければならないのが本則であるが（会327Ⅱ本文）、非公開・非大会社に属する会計参与設置会社に限っては、監査役を置かずともよい（会327Ⅱただし書）。したがって、④の機関設計は、この類型に属する株式会社にのみ許される設計である。

#### ⑤「取締役会」＋「監査役」

取締役会については、上記④の説明が、監査役については、上記②の説明がここでも妥当する。

#### ⑥「取締役会」＋「監査役会」

監査役会を設置する場合には、監査役の員数は3人以上で、うち半数以上は

---

(2) 江頭憲治郎『株式会社・有限会社法（第4版）』（有斐閣・2005年）278頁脚注（1）参照。

社外監査役（会2⑩参照）でなければならない（会335Ⅲ）。監査役会を置く会社または会社法上これを置かなければならない会社を「監査役会設置会社」という（会2⑩）。監査役会設置会社は、必ず取締役会を置かなければならない（会327Ⅰ②）。監査役会設置会社にあつては、監査役<sup>の</sup>監査の範囲を会計に関するものに限定することは許されない（会389Ⅰかっこ書）。

⑦「取締役会」＋「監査役」＋「会計監査人」

取締役会については、上記④の説明が、その他については、上記③の説明が、ここでも妥当する。

⑧「取締役会」＋「監査役会」＋「会計監査人」

取締役会については、上記④の説明が、その他については、上記③および⑥の説明が、ここでも妥当する。

⑨「取締役会」＋「委員会」＋「会計監査人」

指名委員会、監査委員会および報酬委員会を置く会社を「委員会設置会社」という（会2⑫）。委員会設置会社には、取締役会を置かなければならず（会327Ⅰ③）、また会計監査人を置かなければならない（会327Ⅴ）。委員会設置会社には、監査役を置いてはならない（会327Ⅳ）。

#### 2-4. 非公開・大会社の機関設計

この類型に属する株式会社を設立するうえで要となる<sup>かなめ</sup>条文は、会社法328条である。まず、同条2項は、この類型に属する会社の特則と位置づけられる。同条同項は、「公開会社でない大会社は、会計監査人を置かなければならない。」と規定している。それゆえ、この類型に属する会社は、すべて会計監査人設置会社となる。そうすると、会社法327条3項が適用され、この類型に属する会社は、委員会設置会社を除き、監査役の設置が義務づけられることになる。

次に、会社法328条1項は、「大会社（公開会社でないもの及び委員会設置会社を除く。）は、監査役会及び会計監査人を置かなければならない。」と規定しているので、かっこ書内の除外文言により、この類型に属する会社にあつては、監査役会の設置は任意である。

以上によれば、この類型に属する会社を設立しようとするときは、およそ以下のような機関設計が可能となる。

①「取締役」＋「監査役」＋「会計監査人」

会社法389条1項かっこ書の除外規定により、この類型の会社にあつては、監査役会の監査の範囲を会計に関するものに限定することは許されない。

②「取締役会」＋「監査役」＋「会計監査人」

③「取締役会」＋「監査役会」＋「会計監査人」

④「取締役会」＋「委員会」＋「会計監査人」

## 2－5．公開・非大会社の機関設計

この類型に属する会社を設立する計画を立てるに際し、その機関設計に係る起点となる条文は、会社法327条1項である。同条同項は、取締役会の設置が義務づけられる会社を列挙しているが、その1号に「公開会社」が掲げられている。すなわち、この類型に属する会社は、すべて取締役会設置会社でなければならない。したがって、同327条2項本文により、委員会設置会社形態を選択しない限り、監査役が置かれるべきことになる。監査役会の設置は任意である。

以上によれば、この類型に属する会社を設立しようとするときは、およそ以下のような機関設計が可能となる。なお、公開会社の監査役は、定款をもって

その監査の範囲を会計に関するものに限定することは許されない（会389 I 参照）。

- ①「取締役会」＋「監査役」
- ②「取締役会」＋「監査役会」
- ③「取締役会」＋「監査役」＋「会計監査人」
- ④「取締役会」＋「監査役会」＋「会計監査人」
- ⑤「取締役会」＋「委員会」＋「会計監査人」

## 2-6. 公開・大会社の機関設計

この類型に属する株式会社の機関設計は、強行法規による強い規整を受ける。この類型に属する会社にあつては、必ず取締役会を置かなければならない（会327 I ①）。委員会設置会社形態を選択しない限り、監査役会および会計監査人を置かなければならない（会328 I）。委員会設置会社とするときは、当然に会社法327条4項および5項の規整を受ける。

以上によれば、この類型に属する会社を設立しようとするときは、以下の機関設計のみが許される。

- ①「取締役会」＋「監査役会」＋「会計監査人」
- ②「取締役会」＋「委員会」＋「会計監査人」

### 3. 発起設立と募集設立

会社法は、株式会社の設立方法につき、発起設立と募集設立との2種類の方法を認めている。前者は、会社が設立に際して発行する株式の全部を発起人が引き受けるものであり（会25 I ①）、後者は、会社が設立に際して発行する株式の一部を発起人が引き受け、残りにつき、発起人以外に株式を引き受ける者を募集するものをいう（会25 I ②）。当然に、前者の方が手続上も簡単であり、かつ会社の設立を期し易い。

発起設立は、本来、相互に人的関係のある少数の発起人だけで会社を設立する方法であるのに対し、募集設立は、本来、発起人のほかに、人的関係のない多数の応募者を加えて会社を設立する方法として用意されたものである。ところが、平成2年（1990年）商法改正前のわが国にあっては、特に大衆から資金を湊集して大規模な株式会社を設立するわけでもないのに、<sup>ことさら</sup>殊更に募集設立を利用することが圧倒的に多かった。同年改正前においては、発起設立の方法によるときは、たとえ金銭出資だけで会社を設立する場合であっても、株式の払込みの有無についてまで裁判所の選任する検査役の調査を受けなければならなかった（平成2年改正前商173 I。同181 I 対照）、これによる設立手続の遅延と裁判所の干渉を避けるためであった<sup>(3)</sup>。

平成2年（1990年）改正は、発起設立の場合にも株式の払込みは、募集設立と同様に、発起人が定めた払込取扱金融機関においてなすべきものとし（同年改正後商170 II）、金銭出資だけで会社を設立する場合には、株式の払込みの有無について裁判所の選任する検査役の調査を要しないものとした（同年改正後商173 I 参照）。その結果、同年改正後にあっては、株式会社の設立の多くは、発起設立手続に依っている。

なお、わが国の実務界では、たとえ人的関係の濃厚な少数数の者だけで株式

---

(3) 大隅健一郎=今井宏『会社法論上巻（第3版）』（有斐閣・1991年）180頁参照、神田秀樹『会社法（第11版）』（弘文堂・2009年）39頁脚注（1）参照、北澤・注（1）前掲70-71頁。

会社を設立する場合であっても、設立に際して株式は引き受けるものの、発起人になることは欲しくない（発起人としての責任は負いたくない）者もあるとの理由から<sup>(4)</sup>、募集設立もまた、制度上、発起設立と並んで温存されている。

#### 4. 設立の手続

##### 4-1. 定款の作成

##### 4-1-1. 発起人

##### 4-1-1-1. 意義

株式会社の設立手続は、会社法26条1項が定めるように、発起人による定款の作成に始まる。

発起人とは、設立の企画者を指すが、まったくの形式的概念であって、事実上会社の設立行為に参画・尽力したと否とを問わず、定款に発起人として署名・記名押印またはこれらに代わる措置として電子署名をした者を指す<sup>(5)</sup>（会26Ⅱ、会施規225Ⅰ①）。設立を実質的に企図し、これに尽力しても、定款に署名等をしなかった者は発起人ではない（大判明治41年（1908年）1月29日民録14輯22頁）。形式的概念によって発起人を定義するのは、発起人の範囲を明確にするのに資するからであり、しかも、発起人のような外観を示した者は、定款に発起人として署名等をしなくても、擬似発起人として発起人と同一の責任を負うものと規定されており（会103Ⅱ）、形式的に解しても支障がないからである<sup>(6)</sup>。

##### 4-1-1-2. 資格

発起人の資格に制限はない。自然人たると法人たるとを問わず、発起人とな

---

(4) 大隅＝今井・同前。

(5) 前田庸『会社法入門（第12版）』（有斐閣・2009年）26頁、江頭憲治郎『株式会社法（第3版）』（有斐閣・2009年）63頁脚注（2）、北澤・注（1）前掲72頁、大隅＝今井・同前181頁。

(6) 北澤・同前。

りうる。制限行為能力者であってもよい。ただし、制限行為能力者が発起人となる場合には、民法の定める要件を満たして行為すべきこと、当然である（民5Ⅰ・Ⅲ、6Ⅰ、13Ⅰ、16、824、859Ⅰ、864）。外国人もまた、法令または条約の規定による禁止がない限り、発起人たりうる（民3Ⅱ）。

発起人は、設立中の会社においてその執行機関たる地位を有するに至るが、私法人・公法人、営利法人・非営利法人のいずれであるかを問わず発起人となりうることに異論はない<sup>(7)</sup>。会社が発起人となるには、当該会社の定款の目的の範囲内に設立しようとする会社の設立発起行為をなすことが含まれていなければならないとする判例があるが（大判大正2年（1913年）2月5日民録19輯27頁）、すでに述べたように（第1帖第4章3-2）、会社の権利能力に関しては、能力外の理論は判例によって実質的に廃棄されているのであるから、この判例は、端的に、会社が発起人たりうることを認めたものであると評価してよかろう。法人が発起人となる場合には、その法人の代表者または代理人が設立に関する行為をすることになる。なお、民法35条2項に基づき、成立が認許された外国法人も、原則として、発起人たりうる。

#### 4-1-1-3. 員数

発起人の員数にも制限はない。したがって1人でも足りる。なお、平成2年（1990年）改正前の規定については、一人会社の解説においてすでに言及した（第1帖第4章2-3-2）。発起人を複数要求しても、名義上の発起人を設ければ容易にこれを満たすことができ、発起人は設立時発行株式の少なくとも1株を引き受けることを要するので（会25Ⅱ）、かえって名義だけの株主が存在することが多くなり、そのことは後日の紛争の原因ともなる<sup>(8)</sup>。しかも、会社成立後には、一人会社が認められていたのであるから、平成2年改正法は、

(7) 江頭憲治郎編『会社法コンメンタール第1巻』（商事法務・2008年）262頁参照〔江頭憲治郎〕。

(8) 北澤・注（1）前掲74頁。

発起人の員数制限を設けないという方法によって、一人会社の設立を認めたのである。

#### 4-1-1-4. 発起人組合

発起人が複数いる場合には、発起人間で、会社の設立を目的とした組合契約が締結される。こうして形成された組合を「発起人組合」という。発起人組合の性格は、民法上の組合であるとされている（大判明治43年（1910年）12月23日民録16輯982頁、大判大正7年（1918年）7月10日民録24輯1480頁）。

発起人は、組合契約の履行として、定款の作成、設立時発行株式の引受けその他の設立事務を行う。しかし、たとえば定款の作成は内部的には組合契約の履行行為であるが、同時に設立中の会社の組織を形成する行為でもある<sup>(9)</sup>。つまり、発起人の1個の行為が、設立中の会社の機関としての行為となり、かつ同時に発起人組合の組合員としての行為と重なる場合が多かろう。すでに述べたように（第1章2-2-1-1）、今日の民法研究者は、組合契約に関し、その契約的側面を強調するよりも、団体的性質に軸足を置いてこれを考究しようとしている。しかしながら、発起人組合に関しては、発起人の意思解釈上、組合団体を形成するというよりも、相互の内部関係を規律するための法的規整として組合契約を利用しているものと捉えるのが自然であり、典型的な民法上の組合と異なり、むしろその契約的側面に軸足を置いて観察するのが適当であると考えられる。

発起人が数人であるときは、民法672条1項に依拠して、発起人総代または設立委員長などが選任されるのが通常である。

#### 4-1-2. 定款

##### 4-1-2-1. 意義

定款には2つの意味があり、実質的には会社の組織・活動の根本規則（規則

---

(9) 関俊彦『会社法概論（全訂第2版）』（商事法務・2009年）402頁脚注。

定款）を意味し、形式的には、このような規則を記載・記録した書面・電磁的記録（書面定款・ファイル（file）定款）を意味する<sup>(10)</sup>。電磁的記録とは、電子的方式、磁氣的方式その他人の知覚<sup>ひと</sup>によっては認識することができない方式で作られる記録であって、電子計算機による情報処理の用に供されるものとして法務省令で定めるものをいう（会26Ⅱかっこ書）。この方法を具体的に定めているのが会社法施行規則224条である。なお、定款に限らず、従来会社法上書面として作成することが要求された種々の資料を、電磁的記録によって作成することが許されるようになったのは、平成13年（2001年）（法律第128号）商法改正後のことである。

会社の設立の際における定款の作成とは、実質的・形式的意義における双方の定款を作成すること（大判昭和5年（1930年）9月20日新聞3191号10頁）、すなわち、根本規則を定め、それを書面または電磁的記録として作成することである。設立の当初に作成された定款を「原始定款」と称する。すでに述べたように（第1帖第2章2-4）、定款は会社の自治法規として会社法の法源に含まれるから、現在および将来の株主ならびに会社の機関を拘束する。

#### 4-1-2-2. 公証人の認証

書面をもって定款を作成したときは、発起人の全員がこれに署名または記名押印しなければならず（会26Ⅰ）、電磁的記録をもって作成したときは、同じく全員がこれに電子署名をしなければならない（会26Ⅱ後段、会施規225Ⅰ①）。このような原始定款は、公証人による認証を受けなければその効力を生じない（会30Ⅰ）。認証は、定款が真正に作成され、内容が適正なものであることを確保するために<sup>(11)</sup>、加えてその内容を明確にして紛争および不正行為を防止するためになされる<sup>(12)</sup>。公証人は、法務大臣に任命され、法務局に所属し、公証役場で執務を行う実質的意味での公務員である（公証10、11、17、18）。公証

(10) 北澤・注（1）前掲75頁、江頭・注（5）前掲65頁。

(11) 江頭・注（5）前掲65頁。

(12) 北澤・注（1）前掲75頁、前田・注（5）前掲30頁。

人の認証を受けた定款は、会社成立前にあっては、裁判所が関与する変更、裁判所による変更事項の発起人の総意による廃止または発行可能株式総数の発起人全員による定めもしくは変更の場合を除き、これを変更することができない（会30Ⅱ）。ただし、会社成立後に定款を変更する場合には認証を受ける必要がない。

#### 4-1-2-3. 絶対的記載・記録事項

定款の記載・記録事項は、絶対的記載・記録事項、相対的記載・記録事項、任意的記載・記録事項に分けられる。定款の絶対的記載・記録事項とは、定款に必ず記載・記録しなければならず、これを欠くと定款自体が無効になる事項である。まず、会社法27条各号に掲げられた事項がこれに当たる。これらの事項（下記①ないし⑤）は、認証前に記載・記録されなければならない絶対的記載・記録事項である。加えて、会社成立時までに、会社法37条所掲の事項を定めなければならない（下記⑥）

##### ①目的（会27①）

目的とは、会社が営む事業のことである。すでに述べたように（第1帖第4章3-2）、会社の権利能力に関して問題となる。この他、株主または監査役による取締役の行為の差止め（会360、385）、株主による執行役の行為の差止め（会422）、取締役または執行役の会社に対する責任（会423Ⅰ）、解散命令（会824Ⅰ③）などでも問題となる。

目的は、利害関係人が確知できる程度に明確・具体的に定めることが要求される<sup>(13)</sup>。これは、すなわち、その意義が明瞭であって、専門家でなくとも、何人にも理解できることを意味する<sup>(14)</sup>。目的を複数掲げることや、それらに付帯

(13) 青竹正一『新会社法（第2版）』（信山社・2008年）57頁。

(14) 上柳克郎＝鴻常夫＝竹内昭夫編『新版注釈会社法（2）』（有斐閣・1985年）77頁参照〔中西正明〕。

する事業を記載・記録してもよい。すでに述べたように（第1帖第4章2-1、3-2）、会社といえど、営利性の要素がその一部の事業目的に含まれている限り、会社たることを否定されないのであるから、営利事業目的が一部でも含まれている限り、これと並んで、共益的あるいは慈善的・利他的な事業目的についても、定款に記載・記録できると解すべきであろう<sup>(15)</sup>。そのような、営利性が希釈された会社の株主たらんと欲する者は、自由にそうすればよいだけのことである。

北澤正啓は、商工業というような包括的な記載・記録や、取締役の決定するいかなる事業も営むことができる旨の記載・記録も許されてよいと早くから提唱してきた<sup>(16)</sup>。定款にそのような目的が記された会社に投資することも、これまた株主の自己責任といえるかも知れないが、かかる記載・記録を認めると、会社法360条や同422条の実効性を確保する上で、株主に不利益な結果を齎すのではないかとの懸念を覚える。

## ②商号（会27②）

商号中には、必ず「株式会社」という文字を入れなければならない（会6Ⅱ）。また、他の種類の会社であると誤認される虞れのある文字を用いてはならない（会6Ⅲ）。

なお、平成17年（2005年）会社法制定前にあっては、商法総則編中の商号に関する規定が会社の商号にも適用された。当時、同年改正前商法19条の下では、他人の登記した商号を同一市町村内での同一の営業（事業）のために登記することが禁じられ、同20条1項により、商号の登記をした者が、不正の競争の目的で同一または類似の商号を使用する者に対して、その使用の差止めを請求することができ、加えて同条2項により、同一市町村内において同一の営業（事

(15) 江頭編・注（7）前掲284頁参照〔森淳二朗〕。

(16) 北澤正啓「定款所定の目的と会社の能力」『株式会社法研究』（有斐閣・1976年）所収111頁、同・注（1）前掲76頁

業)のために他人の登記した商号を使用する者は、不正競争の目的をもってこれを使用するものと推定されていた。しかし、これらの規定の下では、会社の設立登記の申請がある度に、同一商号または類似商号であるか否か、同一営業(事業)であるか否かを判断することが必要となるので、円滑な設立登記を妨げる障害を生じていた<sup>(17)</sup>。それゆえ会社法は、これらの規定を削除したのである。結果、今日では、たとえ同一市町村内で同一事業を営む場合であっても、同一または類似商号を持つ会社が複数登記される可能性がある。もっとも、商業登記法27条は、「商号の登記は、その商号が他人の既に登記した商号と同一であり、かつ、その営業所(会社にあつては、本店。以下この条において同じ。)の所在場所が当該商人の商号の登記に係る営業所の所在場所と同一であるときは、することができない。」と規定しており、会社の同一性は、その住所と名称、すなわち本店所在地と商号によって、特定されることになっている。

会社法の下でも、同8条1項が、「何人も、不正の目的をもって、他の会社であると誤認されるおそれのある名称又は商号を使用してはならない。」と規定し、同条2項が、「前項の規定に違反する名称又は商号の使用によって営業上の利益を侵害され、又は侵害されるおそれがある会社は、その営業上の利益を侵害する者又は侵害するおそれがある者に対し、その侵害の停止又は予防を請求することができる。」と規定しているので、この限りで、会社の商号専用権は保護されている。さらに、会社の商号は、不正競争防止法(平成5年(1993年)法律第47号)2条1項1号2号、同3条および同4条による保護を受けることができる。蛇足ながら、会社法の用語使用が一貫しないと思われる1例が、上の8条2項である。同条同項において、何故に「事業」という単語を用いることを避けたのか、判然としない。

会社の商号は登記事項であるから(会911Ⅲ②)、事実上、登記を許されない一部の外国文字をもって商号を作成することができない。

---

(17) 前田・注(5)前掲32頁参照。

③本店の所在地（会27③）

本店の所在地は、独立の最小行政区画（市町村、東京都にあっては区を含む）のことをいう。会社の住所は、本店の所在地にある（会４）。

本店の所在地は、いくつかの会社関係の訴えの専属管轄地を定める標準となる（たとえば、会835Ⅰ、848、856、867）。それゆえ、わが国で設立する会社の本店を外国に置くことは許されないと解されている<sup>(18)</sup>。

本店には、定款（会31Ⅰ）、株主名簿（会125Ⅰ）、株主総会議事録（会318Ⅱ）、計算書類等（会442Ⅰ）、会社再編に係る基本資料（会782Ⅰ、794Ⅰ、803Ⅰ、815Ⅲなど）などが備え置かれる。

④設立に関して出資される財産の価額又はその最低額（会27④）

会社設立時の当該会社財産を金銭で評価した場合の最低限度額を明示させる趣旨である。少なくともどれ程の資産規模をもって会社を発足させるかが明らかになる。法定最低限度額の定めはないので、何円であろうと自由に定めてよい。

従来、株式会社には、最低資本金制度が存在し、その額は1,000万円であった。（平成17年（2005年）改正前商168ノ４）。この制度は、有限責任社員のみからなる株式会社の債権者保護の観点から、過去にも何度となく導入の提言があったが、平成2年（1990年）商法改正によって初めて導入されたものであった。ただ、その1,000万円という額には何ら合理的根拠はなく、当初から、この制度に多くを期待して、かえってわが国の経済に活力を与えている中小企業を圧迫することには賛成できないという慎重論もあった<sup>(19)</sup>。実際、改正後にわが国を襲ったバブル経済崩壊の嵐は、最低資本金制度に対する評価を一変させ、新しい事業を創出してわが経済界を活性化させるべく、むしろ資金力に乏

---

(18) 江頭・注（５）前掲68頁。

(19) 北澤正啓「大小株式会社の区分の方法」『株式会社法研究Ⅱ』（有斐閣・1989年）所収82頁参照。

しくともベンチャー企業の小額起業を容易にせよとの声に力を与えることになった<sup>(20)</sup>。最低資本金制度を巡るわが国の環境が劇的に変化して、会社法はこの制度を廃止したのである。現行法の下では、会社債権者の保護は、中小企業の計算の適正化、計算書類の開示の義務づけ、および法人格否認の法理、役員等の第三者に対する責任によって図られるという構図になっている<sup>(21)</sup>。

なお、会社法制定前にあつては、会社発足時の会社の財産的規模を判定する指標として、「会社の設立に際して発行する株式の総数」を認証前の定款の絶対的記載・記録事項として掲げ（平成17年（2005年）改正前商166Ⅰ⑥）、これに設立時の株式の発行価額（同年改正前商168ノ2②、これは定款で定めるか発起人全員の同意をもって定められた）を乗じることによって、これが算定できるという法構造になっていた<sup>(22)</sup>。

#### ⑤発起人の氏名または名称および住所（会27⑤）

これは発起人の同一性を明確にするための定めである（誰が発起人であるかを明らかにするため）。したがって、発起人の同一性が認識できれば、住所の記載・記録を欠いても、直ちに定款は無効にならない（多くは認証の際に是正されるであろうから、議論の実益はない）。定款の本文に氏名・住所の記載を欠いても、発起人の署名とそれに付記した住所があれば足りる（大判昭和8年（1933年）5月9日民集12巻1091頁）。

#### ⑥発行可能株式総数（会37Ⅰ）

会社が将来にわたって発行を予定する株式の総数のことである。これは、認証の時点で早期に定款に定められていてもよいが、必ずしも認証までに定める必要はなく、遅くとも会社の成立の時までに定めるべき絶対的記載・記録事項

(20) たとえば、このような声に配慮して、いわゆる1円起業を可能にする新事業創出促進法（平成10年（1998年）法律第152号）が制定・改正されたこともあった。

(21) 青竹・注（13）前掲58頁参照。

(22) 前田・注（5）前掲33頁参照。

である。定款に定めがない場合、発起設立にあつては、発起人の全員の同意によって、募集設立にあつては、創立総会の決議により、定款に定めることを要する（会37Ⅰ、98）。発起設立において、早期に定款でこれを定めた場合であっても、会社成立の時までに、発起人全員の同意によって、これに関する定款の定めを変更することができる（会37Ⅱ）。これらいずれの場合にも、改めて定款の再認証を得る必要はない（会30Ⅱ）。会社成立後は、発行可能株式総数それ自体の定めを廃止するがごとき定款の変更は許されない（会113Ⅰ）。

発行可能株式総数は、公開会社における設立時発行株式の総数を決定する基準となる。すなわち、公開会社にあつては、設立時発行株式の総数は、発行可能株式総数の4分の1を下ることができない（会37Ⅲ）。

会社法制定前には、「会社が発行スル株式ノ総数」は、認証前から定款の絶対的記載・記録事項とされていた（平成17年（2005年）改正前商166Ⅰ③）。この数は、講学上、「発行予定株式総数」と通常呼ばれていた。そして、平成13年（2001年）（法律第128号）商法改正前にあつては、すべての株式会社において、同改正後にあつては、株式の譲渡制限の定めのある会社を除いて、会社の設立に際して、発行予定株式総数の4分の1以上の数の株式を発行しなければならないものとされていた（同年（法128）改正前商166Ⅱ、改正後商166Ⅳ）。④に述べたように、「会社ノ設立ニ際シテ発行スル株式ノ総数」もまた、認証前の定款の絶対的記載・記録事項であった（平成17年（2005年）改正前商166Ⅰ⑥）。発行予定株式総数のうち、会社の設立に際して発行されなかった株式は、会社の成立後、原則として取締役会の決議により、随時新株として発行されることになっていた（平成17年改正前商280ノ2）。上の基本的枠組みは、昭和25年（1950年）商法改正に際して導入されて以来、維持されてきたものである。この枠組みは、定款に掲げられた発行予定株式総数が、言わば定款をもって取締役会に与えられた株式発行の権限の限度ないし枠に他ならないとの意で、「授権資本制度」と呼ばれてきた。設立に際して発行する株式の総数を発行予定株式総数の4分の1以上としたのは、成立する会社の資本的基礎を強固

にし、また取締役会に対する新株発行の授権の範囲が過大になるのを抑制しようとする考慮に出たものであった<sup>(23)</sup>。後に、平成13年(2001年)(法律第128号)改正商法は、定款で株式譲渡制限をした会社につき授権株式数の制限を撤廃したが(同年(法128)改正後商166Ⅳただし書、商347ただし書)その理由は、このような会社の株主には新株引受権(第1帖第5章3-3脚注(29)参照)が賦与されており、株主以外の者に対して新株を発行するには株主総会の特別決議が要求されていたので(平成17年(2005年)改正前商280ノ5ノ2Ⅰ)、このような会社では授権株式数に関する規制を設けなくても、株主の有する持株比率が低下するような新株発行に、株主総会の特別決議が要求されるという限りにおいて、株主の利益が害される虞れが小さく、ひいては、取締役会が権限を濫用する危険が小さいこと、および、ベンチャー企業では設立後短期に大量の新株発行が必要な場合が多いこと等であった。<sup>(24)</sup>

会社法は結局、平成17年改正前商法における授権株式数に関する規整を実質的に維持したものと評価できる<sup>(25)</sup>。公開会社において設立時発行株式の総数を発行可能株式総数の4分の1を下ることができないとしたのは、公開会社が譲渡制限株式以外の株式を発行する場合には、株主総会・種類株主総会の決議を要せず、取締役会決議により発行できること(会201Ⅰ、199Ⅳ、202Ⅲ③)との関係で、取締役会に無限定の授権を与えない趣旨であって<sup>(26)</sup>、この趣旨は、会社法定前規整のそれと同様のものである。非公開会社が株式を発行する場合にも、株主割当てでかつ定款に特段の定めがある場合を除き株主総会の特別決議を要し(会199Ⅱ、200Ⅰ、202Ⅲ④、309Ⅱ⑤)、この限りで、取締役会

---

(23) 大隅=今井・注(3)前掲194頁。

(24) 前田庸「商法の一部を改正する法律案要綱の解説(上)」商事法務1606号(2001年)5頁参照、江頭・注(2)前掲60頁脚注(3)参照。なお、河本一郎『現代会社法(新訂第9版)』(商事法務・2004年)77頁脚注(1)参照。

(25) 前田・注(5)前掲34頁参照。

(26) 江頭・注(5)前掲68頁。

が権限を濫用する危険は小さい<sup>(27)</sup>。もっとも、非公開会社であっても、発行可能株式総数を具体的に定める必要はある。

発行可能株式総数を、認証前に定めることに拘泥せず、会社成立時までに定款に定めればよいとしたのは、失権等により設立時発行株式の総数が減少しうることを考慮したものである。株式引受人による出資の履行がない場合には、発起人については失権手続を経て（会36）、その他の株式引受人については当然に（会63Ⅲ）その権利を失う旨が定められているが、この場合にも発起人等による引受け・払込担保責任（平成17年（2005年）改正前商192参照）は定められていないので、設立時発行株式の総数は、失権が生じれば減少する可能性がある。これが減少した場合には、発行可能株式総数の4分の1以上を発行しなければならないという規制をクリアできず会社の設立自体が白紙に戻ることになりかねない<sup>(28)</sup>。このような事態に陥っても機動的に対処できるよう、発行可能株式総数を認証前の絶対的記載・記録事項から外すとともに、設立時発行株式の総数を絶対的記載・記録事項としなかったのである。

#### 4-1-2-4. 相対的記載・記録事項

定款の相対的記載・記録事項とは、これに記載・記録しなくても定款自体の効力には影響がないが、その記載・記録を欠けばその事項の効力が生じないものをいう。会社法は、定款の相対的記載・記録事項を随所に規定しているが（会107、123など）、会社法28条は、特に設立に重大な関係があるものとして、次の事項を列挙している。これらの事項は、いずれも濫用の危険がきわめて大きく、株主や会社債権者を害する虞れがあるため、「危険な約束」と呼ばれる<sup>(29)</sup>。これらの事項は、定款に記載・記録されるのみならず、原則として、裁判所の

---

(27) 同前68頁脚注（7）。

(28) 酒巻俊雄＝龍田節編集代表『逐条解説会社法第1巻』（中央経済社・2008年）327頁〔吉田正之〕参照。

(29) 北澤・注（1）前掲79頁。

選任に係る検査役の検査を受けることを要し、結果如何によっては、定款の変更が強制されるという特別の手続が要求される。設立手続に上のような特別の手続が付加されることとなるため、このような設立を「変態設立」といい、そのような事項を「変態設立事項」という。

#### ①現物出資（会28①）

金銭以外の財産による出資を現物出資といい、目的たる財産は、動産・不動産・債権・有価証券・知的財産権などのほか、営業・事業の全部または一部（最判昭和47年（1972年）3月2日民集16巻2号183頁）でもよい。すなわち、貸借対照表に資産として掲げうるものである限り、その種類の何如を問わない<sup>(30)</sup>。

現物出資の場合には、目的物が過大に評価されて、他の株主および会社債権者を害する虞れがある（資本の充実が侵され、金銭出資者との間で不平等が生じる虞れがある）ので、定款に、現物出資者の氏名・名称、出資の目的たる財産、その価額、およびこれに対して割り当てる設立時発行株式の種類・数を記載・記録させることとしたのである。

なお、平成17年（2005年）改正前商法168条2項は、「現物出資ハ発起人ニ限り之ヲ為スコトヲ得」と明定していた。現行会社法にあっては、発起人以外の者（設立時募集株式の引受人）について、現物出資の履行を予定する規定が設けられていないので（会63 I 参照、会34 I と対照のこと）、会社法の下でも、現物出資者が発起人に限られること、疑いがない<sup>(31)</sup>。現物出資を発起人に限るのは、この者に発起人として重い責任を負わせるのが適当であるからである<sup>(32)</sup>。

---

(30) 大隅＝今井・注（3）前掲198頁。

(31) 前田・注（5）前掲36頁参照。

(32) 北澤・注（1）前掲80頁参照。

## ②財産引受け（会28②）

発起人が、成立後の会社のために、会社の成立を停止条件として、特定の財産を譲り受けることを約する契約を財産引受けという。当該財産は、積極・消極の両財産を含む事業であってもよい（最判昭和38年（1963年）12月24日民集17巻12号1744頁）。財産引受けは、成立後の会社の事業開始のためにする開業準備行為に他ならない。

財産引受けもまた、目的物が過大評価されると、発足当初の会社の財産的基礎を危うくする。また、現物出資に関する規整を潜脱する方法として用いられる虞れがある。それゆえ、定款に、目的たる財産、その価額、譲渡人の氏名・名称を記載・記録させることとしたのである。

## ③発起人の報酬・特別利益（会28③）

株式会社の成立により発起人が受ける報酬は、発起人が会社設立のために尽くした労務に対する報酬であり、成立後の会社から一時に金銭で支払われるものである。その他の特別の利益とは、設立企画者としての発起人の功勞に報いるために与えられる利益であって、剰余金の配当や残余財産の分配に関する優先権、会社の設備利用権などである。これらは優先株式のように特定の株式に帰属する属性ではなく、個々の発起人に人的に帰属する権利である<sup>(33)</sup>。したがって、発起人が自己の株式を手放しても、性質の許す限り、発起人に留保される。また、発起人が特別の利益だけを第三者に譲渡することも、原則として認められる<sup>(34)</sup>。この利益は、会社成立後、定款変更により、当該発起人（またはこの利益の正当な承継人）の意思に反して剥奪することはできない。その意味で一種の債権者的権利である<sup>(35)</sup>。発起人の特別利益は、将来の利益的地位であって、必ずしも直接会社資本の負担において与えられるものではないから、他の変態

---

(33) 江頭・注（5）前掲73頁。

(34) 北澤・注（1）前掲80頁。

(35) 江頭編・注（7）前掲318頁〔江頭憲治郎〕。

設立事項と異なり、会社債権者の保護よりも主として株主の保護が問題となるものである<sup>(36)</sup>。

これらを規整せず放置すれば、いわゆるお手盛りになったり、不当に過大な利益が与えられる危険があり、それだけに濫用の危険が大きい。それゆえ、定款に、報酬額・利益の内容およびそれを受ける発起人の氏名・名称を記載・記録させることとしたのである。

#### ④会社の負担に帰する設立費用（会28④）

設立費用は、会社の設立事務を遂行するために必要な費用であり、設立事務所の賃借料、設立事務員の雇入料、株券の印刷費などがこれである。

これらの費用は、本来、成立後の会社が負担すべきものであるが、規整せずに放置すれば、無制限な負担によって会社の財産的基礎が害される虞れがある。それゆえ、定款に、その総額（会社の負担すべき限度額）を記載・記録させることとしたのである。ただし、設立費用のうち、定款の認証の手数料・印紙税、払込取扱金融機関に支払うべき手数料・報酬、変態設立事項検査に係る裁判所が定めた検査役の報酬および設立登記のための登録免許税は、定款に記載・記録しなくとも、当然に成立後の会社の負担となる（会28④かっこ書、会施規5）。これらは、その算定に客観性があり、濫用の虞れがないからである。

#### 4-1-2-5. 任意的記載・記録事項

会社法29条は、相対的記載・記録事項のほかに、「その他の事項でこの法律の規定に違反しないものを記載し、又は記録することができる。」と規定している。同条の趣旨は、会社法が解釈上の相対的記載・記録事項を認めないという点に主眼があると思われるが<sup>(37)</sup>（すなわち、会社法に定めのある事項であっても、定款をもって別段の定めを設けることを許容する旨の明文の規定がある

---

(36) 大隅＝今井・注（3）前掲197頁。

(37) 酒巻＝龍田編・注（28）前掲276頁〔酒井太郎〕参照。

場合に限って、会社法が許容する範囲内で、これと内容の異なる定めを設けた場合にのみ、その事項の効力が認められる）、会社法に定めのない事項は、同条に依拠して、会社法に違反しない限り、会社の意思に従って、広く任意に定めることができる。

任意的記載・記録事項は、定款に定めることができるにすぎない事項である。したがって、その記載・記録を欠いても、定款自体が無効になるとか、その事項の効力が生じないということはない（たとえば、当該事項が定款以外の会社の基本約款たる規則内に定められても、それが会社の意思に基づく限り、効力が生じる）。これらの事項は、定款に記載・記録されれば、その事項の変更には、定款変更の手続（会466、309Ⅱ⑩）によらなければならない。

#### 4-1-2-6. 定款の備置き等

発起人は、定款を発起人が定めた場所に備え置かなければならない。この備置義務は、会社成立後は会社に承継され、会社がその本店および支店にこれを備え置く義務を負うことになる（以上、会31Ⅰ）。ただし、定款が電磁的記録によって作成されており、会社法施行規則227条に基づく措置が講じられているときは<sup>(38)</sup>、本店に備え置けば足りる（会31Ⅳ）。

発起人は、発起人が定めた時間内はいつでも、その閲覧等の請求や、発起人が定めた費用を支払ってその謄本または抄本の交付等の請求ができる。この定款内容開示義務もまた、会社成立後は会社に承継され、株主および会社債権者は、その営業時間内はいつでも、その閲覧等の請求や、会社が定めた費用を支払ってその謄本または抄本の交付等の請求ができる（以上、会31Ⅱ）。なお、会社が成立した後は、当該会社の親会社社員も、その権利を行使するため必要があるときは、裁判所の許可を得て、当該会社の定款について、同様の請求を

---

(38) 要は、定款の内容を、電子通信回線を通じて、支店で使用されるコンピュータに備えられたファイルに記録し、閲覧・電磁的記録の提供等に応じられる措置が講じられておればよい。

することができる（会31Ⅲ）。

#### 4-2. 設立時発行株式に関する事項の決定

すでに述べたように(本章3-1-2-3④⑥)、会社法制定前にあつては、設立時発行株式の総数は、認証前から定款の絶対的記載・記録事項とされていたが(平成17年(2005年)改正前商166Ⅰ⑥)、現在では、失権株式が生じた場合や経済情勢の劇変等の定款作成後の事態に機動的に対処しうるよう、定款の絶対的記載・記録事項から除外されている。しかしながら、これを含めて、設立時発行株式に関する事項が、会社の設立にあたって最も重要で基本的な事項であることに疑いはない。勿論、これに関する以下の事項を、定款にあらかじめ定め置くことは差し支えない。その場合、これらは任意的記載・記録事項となる。定款に定め置かなかった場合には、以下の事項の決定は、発起人全員の同意によらなければならない(会32Ⅰ柱書、57Ⅱ、58Ⅱ)。設立手続に関する種々の事項の決定は、本来、発起人組合の契約の履行として行われるから、原則として、発起人の過半数をもって決定されることになる(民670Ⅰ)。したがって、会社法32条、57条および58条は、民法670条1項の特則である。

##### ①発起設立手続によるか募集設立手続によるか(会57)

いずれの手続によっても、発起人は、設立に際し、設立時発行株式を必ず1株以上引き受けなければならない(会25Ⅱ)。募集設立手続を選択した場合には、設立時募集株式に関する必要事項(下記⑤⑥)をも定めなければならない。

##### ②株式の数・種類(会32Ⅰ①、58Ⅰ①)

発起設立の場合には、各発起人が割当てを受ける設立時発行株式の数・種類を定めなければならない(会32Ⅰ①)。種類株式発行会社であつて、定款に剰余金の配当に関する種類株式の配当額の算定の基準の要綱のみを定めている場合にあつては(会108Ⅲ)、この種類株式に係る設立時発行株式の具体的な内容

もまた、発起人全員の同意をもって定めなければならない（会38Ⅱ）。

募集設立の場合には、上記に加えて、発起人以外で設立時募集株式（設立時発行株式の引受けの申込みをした者に対し割り当てる設立時発行株式）を引き受ける者に対して割り当てる株式の数・種類を定めなければならない（会58Ⅰ①）。

③これら株式と引換えに払い込む金額（会32Ⅰ②、58Ⅰ②）

設立時発行株式と引換えに払い込む金銭の額が定められる。設立当初の出資単位としての株式の大きさを決定する作業である。払込金額を種類株式ごとに区別することは当然に許される。

なお、設立時募集株式については、1株当たりの払込金額を均等に定めなければならないが（会58Ⅲ）、発起人が引き受ける設立時発行株式については、1株当たりの払込金額が均等である必要はない<sup>(39)</sup>。したがって、募集設立においては、発起人の引受けに係る払込金額と株式引受けに係る払込金額とが1株につき異なることがありえるが、それも差し支えない<sup>(40)</sup>。発起人の払込金額が株式申込者に対して開示されることから（会59Ⅰ②）、このような不均等も許されると解されている<sup>(41)</sup>。

④成立後の会社の資本金および資本準備金の額に関する事項（会445Ⅰ～Ⅲ）

会社の資本金の額は、設立に際して株主となる者が払込みまたは給付をした財産の額であるのが原則であるが（会445Ⅰ）、設立時発行株式と引換えに払込み・給付がなされた財産の額の2分の1を超えない額は、資本金として計上しないことができ（会445Ⅱ）、そうして留保された額は、資本準備金として計上されなければならない（会445Ⅲ）。

---

(39) 江頭・注（5）前掲76頁、酒巻＝龍田編・注（28）前掲296頁〔吉田正之〕。

(40) 北澤・注（1）前掲84頁参照。

(41) 江頭・注（5）前掲76頁脚注（3）参照。

⑤設立時募集株式の払込み期日または期間（会58 I ③）

募集設立においては、株式引受人が設立時募集株式と引換えにする金銭の払込みの期日またはその期間を定めなければならない。

⑥設立時募集株式の引受けの取消しに関する事項（会58 I ④）

一定の日までに設立の登記がなされない場合において、設立時募集株式の引受けの取消しをすることができることとするときは、その旨およびその一定の日を決定しなければならない。これも募集設立手続特有の決定事項である。

### 4-3. 発起設立

#### 4-3-1. 発起人による設立時発行株式の総数の引受け

発起設立にあつては、設立時発行株式の全部を発起人が引き受ける（会25 I ①）。すでに述べたように（本章4-2 ①）、各発起人は、設立時発行株式を少なくとも1株以上引き受けなければならない（会25 II）。平成17年（2005年）改正前にあつては、発起人の株式の引受けは書面または電磁的方法に依らなければならないが（同年改正前商169）、現行法の下では、引受けの方式は自由である。引受けの時期も、定款作成と同時である必要はなく、その前でも後でもよい<sup>(42)</sup>。ただし、判例は、定款に署名等をしなければ発起人ではないという立場から、定款作成前における株式の引受けを発起人の株式引受けと認めない（大判昭和3年（1928年）8月31日民集7巻714頁）。

発起人の株式引受けの性質は、定款の作成とともに、団体を形成してその構成員となるという設立行為である<sup>(43)</sup>。これは、意思表示をその要素とする法律行為である。法律行為である以上、当然に法律効果が生じなければならない。当該法律行為に係る法律効果は、設立中の会社の創立である。この行為によって創立された設立中の会社において、発起人は、その構成員となると同時に、

---

(42) 北澤・注（1）前掲85頁、神田・注（3）前掲46頁。

(43) 北澤・同前。

その執行機関となる<sup>(44)</sup>。

株式の引受けが効力を有しないと、会社の設立に重大な影響がある。それゆえ会社法は、引受けの効力を確保すべく、設立時発行株式の引受けに係る意思表示につき、民法93条ただし書（心裡留保による意思表示の無効）および同94条1項（通謀虚偽表示による意思表示の無効）の規定の適用を排除し（会51Ⅰ）、加えて、発起人は、会社の成立後は、錯誤を理由として設立時発行株式の引受けの無効を主張し、または詐欺もしくは強迫を理由として、設立時発行株式の引受けの取消しができないものとした（会51Ⅱ）。

#### 4-3-2. 出資の履行

##### 4-3-2-1. 金銭出資の払込みと現物出資の給付

発起人は、設立時発行株式の引受後、遅滞なく、その引き受けた設立時発行株式につき、その出資に係る金銭の全額を払い込まなければならない（全額払込制）（会34Ⅰ本文）。

ちなみに、わが商法は、株金払込みに関し、立法当初は分割払込制を採用していた。しかし、實際上、未払込株金が徴収されるのは、ほとんどが会社の業績不振時であって、当然にその徴収は困難をきわめ、法律関係も複雑になるといった弊害をともなうことから、実務界においても、すでに第2次大戦前の相当に早い時期から、全額払込制の採用が求められていた<sup>(45)</sup>。商法研究者もまた、高窪喜八郎（1873～1963）、松田二郎、西原寛一などが、全額払込制の採用を提唱していた<sup>(46)</sup>。わけても松田二郎は、分割払込制を「株式会社法上の一大禍根」とまで言い切っていた<sup>(47)</sup>。ところが、分割払込制は、昭和13年（1938年）商法改正では顧慮されることなく、結局、これが全額払込制に改められたのは、

(44) 同前。

(45) 浅木慎一『日本会社法成立史』（信山社・2003年）373頁参照。

(46) 同前338頁、339～340頁、371頁参照。

(47) 松田二郎「株式全額払込論—商法改正の問題として」法曹会雑誌11巻（1933年）1号61頁参照。

第2次大戦の敗北にともなう占領下において、GHQ（General Headquarters）の指示に基づく昭和23年（1948年）商法改正時であった。GHQは、分割払込制が財閥支配に利用されている（財閥家族は増資新株分の分割払込株で完全な議決権を行使している）と睨んだからであった<sup>(48)</sup>。理由はともあれ、全額払込制への転換によって、この改正以降、わが国の株金払込制度は、随分とすっきりしたものになった。

話を払込みの手續に戻すと、金銭出資の払込みは、その確実を期するため、発起人が定めた払込取扱金融機関においてなさなければならない（会34Ⅱ、会施規7）。払込取扱金融機関の決定は、発起人の多数決に依って差し支えない（民670Ⅰ）。発起設立にあつては、募集設立と異なり、払込取扱金融機関が払込金の保管証明をなすことは要求されていない（会64Ⅰ対比）。したがって、発起設立の場合には、設立登記の際、その申請書には、必ずしも保管証明は求められず、払込みがあったことを証する書面があれば足りる（商登47Ⅱ⑤）。金融機関の残高証明等で足りる<sup>(49)</sup>と思われるが、払込金以上の預金残高があることを証する残高証明では足りず、代表者が記載した書面に払込金が振り込まれた預金通帳の写しや取引明細書を合綴するなどの方法が必要となろうとの見解もある<sup>(50)</sup>。たとえ保管証明に依つても、見せ金等の仮装払込行為（本章4-3-3）を根絶することは不可能なのであるから、会社法の趣旨から、過度に詳密な資料を要求する必要はないものと考えるが、登記実務に委ねればよい問題であろう。

現物出資者は、設立時発行株式の引受けの後、遅滞なく、出資の目的たる財産の全部を給付しなければならない（会34Ⅰ本文）。すなわち、目的たる財産を引き渡し、登記・登録などに必要な書類等を交付することを要する。ただし、

---

(48) 浜田道代「会社立法の歴史的変遷」中央経済社編『新「会社法」詳論』（中央経済社・2005年）19頁。

(49) 前田・注（5）前掲54頁参照。

(50) 青竹・注（13）前掲64頁。

登記・登録などの手続自体は、会社成立後に、会社名義をもってなしてよい（会34 I ただし書）。設立中の会社は法人格がないので、会社の設立中にいったん発起人名義にしておき、会社成立後に会社名義に変更する面倒を避けることを認めたものである<sup>(51)</sup>。

出資の履行をすることにより、設立時発行株式の株主となる権利の譲渡（権利株の譲渡）は、成立後の会社に対抗することができない（会35）。出資の履行をした後の権利についても同様である（会50 II）。設立手続が煩雑になることを避ける趣旨である（なお、権利株の譲渡の制限については、本章4-4-4-5参照）。

#### 4-3-2-2. 払込みの仮装

株式の払込みが確実になされなければならないことは、資本維持の原則・資本充実の原則からして、当然のことである。ここに、「資本維持の原則・資本充実の原則」とは、会社は、設立の当初からその存立中は常に、資本金額に相当する財産を保持し（資本の維持）、抽象的な資本金額を具体的な財産をもって充たしていなければならない（資本の充実）とする原則である<sup>(52)</sup>。すなわち、設立の際、資本金の額に相当する財産が出資者から確実に醸出されることが要求されるのである。ところが、設立に際して、屢々この払込みが仮装されることがある。設立における株式の仮装払込みは、預<sup>あづけあ</sup>合いと見せ金とが典型であり、その垂流行為も見られる。

「預合い」とは、発起人が払込取扱金融機関から金銭の借入れをし、これを設立中の会社の預金に振り替えて株式の払込みに充てるが、発起人が借入金を返還するまでは、当該預金を引き出さないことを約する行為である（最決昭和35年（1960年）6月21日刑集14巻8号981頁、最判昭和42年（1967年）12月14日刑集21巻10号1369頁）。すべて金融機関の帳簿操作だけで形式を整え、現実

(51) 北澤・注（１）前掲86-87頁。

(52) 大隅=今井・注（３）前掲149頁。

の資金移動がないのであるから、実質的な払込みがあったとは評価できない。会社債権者保護の必要性から、当該払込みは無効である。よって、払込みの欠缺として設立無効原因ともなる（会828 I ①）。会社法は、このような行為をした発起人、設立時取締役、設立時監査役などに、またこれに応じた者に、刑罰を科している（預合罪・応預合罪、会965）。

「見せ金」とは、発起人が、払込取扱金融機関以外の者から金銭の借入れをし、これを株式の払込みに充てるものの、会社の成立後に直ちにこれを引き出して、当該借入金を返済する方法またはこの亜流的方法のことをいう。帳簿上の操作だけではなく、曲がりなりにも現実の資金移動をともなう点で預合いと異なる。しかし、預合いの潜脱行為であることは、明らかである。かつては、見せ金でも株式の払込み自体は有効と解する主張もあったが<sup>(53)</sup>、現在では、実質的には、到底払込みがあったものとは解しえないとして、払込みの効力を否定する見解が定着していると理解してよい<sup>(54)</sup>。判例もまた、預合いと見せ金の中間形態の事案について、「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、株式会社成立の手續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、単に外形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えず、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」と判示するとともに、会社成立後借入金を返済するまでの期間の長短、払戻金が会社資産として運用された事実の有無、借入金の返済が会社資金関係に及ぼす影響の有無などが、払込みが仮装であるか否かの判断基準になると判示している（最判昭和38年（1963年）12月6日民集17巻12号1633頁）。その後も、

(53) 鴻常夫『会社法の諸問題第1巻』（有斐閣・1988年）132頁など。

(54) 北澤・注（1）前掲95頁、前田・注（5）前掲65-66頁、江頭・注（5）前掲80-81頁脚注（4）参照。見せ金の問題について、簡明に理解できる筋道で説くのは、弥永真生『リーガルマインド会社法（第11版）』（有斐閣・2007年）310-311頁の記述であるが、同12版（2009年）においては、この記述が割愛されている。

募集株式の発行に際して見せ金が行われた事案につき、仮装払込みの態様および払込みの結果として会社が取得した債権の資産性を具体的に判断して、払込みの効力を否定している（最決平成3年（1991年）2月28日刑集45巻2号77頁）。

#### 4-3-2-3. 発起人の失権

発起人のうちに、出資の履行をしていないものがある場合には、発起人は、当該履行をしていない発起人に対して、期日を定め、当該期日までに当該出資の履行をしなければならない旨を、当該期日の2週間前までに催告しなければならない（会36Ⅰ・Ⅱ）。発起人による出資の履行の遅滞は、その理由如何を問わず、不可抗力も抗弁とはならない<sup>(55)</sup>。期日の2週間前までに催告をしなければならないとは、未履行の発起人に対する通知が、期日の2週間前までに到達することを要するという意味である。したがって、この失権催告期間は、通知の到達した日の翌日から起算し、期日を含めて少なくとも14日が存する必要がある<sup>(56)</sup>。

その通知を受けた発起人が、当該期日までに出資をしないときは、出資の履行により設立時発行株式の株主となる権利を失う（失権手続、会36Ⅲ）。全額払込制の趣旨から、履行すべき出資の一部しか履行していない発起人は、この手続により、割当てを受けたすべての設立時発行株式につき、いったん失権すると解すべきであろう。

発起人による出資の不履行のうち、現物出資の給付の不履行については、その給付がないと会社の目的が達成できない場合もあるので、上記失権手続によらず、民法の直接強制（民法414Ⅰ）によることも可能と解すべきである<sup>(57)</sup>。異論を挟む理由は<sup>はき</sup>ない。

発起人のうちに、失権者がでた場合であっても、他の発起人が出資した財産

---

(55) 酒巻＝龍田編・注（28）前掲322頁〔吉田正之〕。

(56) 同前322-323頁。

(57) 江頭・注（5）前掲82頁脚注（5）参照。

価額が、定款に定めた「設立に際して出資される財産の価額又はその最低額」（会27④）を上回っておれば、欠缺の生じた部分を他の発起人が填補することなく、通常、発起人全員の合意をもって、そのまま設立手続を続行できる（打切発行の許容）。しかし、認証された定款の変更をともなうのであれば、そのような定款の再認証が必要となること、当然である。

#### 4-3-2-4. 変態設立事項の調査

定款で変態設立事項を定めた場合には、発起人は、公証人による定款の認証後、遅滞なく、その事項を調査させるため、裁判所に対し、検査役の選任の申立てをしなければならない（会33Ⅰ）。この申立てに際し、裁判所は、これを不適法として却下する場合を除き、検査役を選任しなければならない（会33Ⅱ）。なお、この申立ては、非訟事件として、会社の本店の所在地を管轄する地方裁判所の管轄に属する（会868Ⅰ）。検査役の員数に制限はない。また、裁判所は、その検査役に対して支払う報酬の額を定めることができる（会33Ⅲ）。

上記の原則的手続に対し、以下の場合には、現物出資および財産引受け（会28①②）につき、検査役の調査を受けることを要しない。すなわち、①現物出資または財産引受けの目的財産の定款に定めた価額の総額（現物出資・財産引受けの双方があれば、その双方を合算した総額）が500万円を超えないとき（少額免除）（会33Ⅹ①）、②その目的財産が市場価格のある有価証券であって、定款で定めた価額がその有価証券の市場価格として法務省令で定める方法<sup>(58)</sup>により算定されるものを超えないとき（有価証券に関する免除）（会33Ⅹ②）、③その目的財産につき、定款で定めた価額が相当であることにつき、弁護士、弁護

---

(58) 会社法施行規則6条による。これによれば、この市場価格は、①定款の認証の日における当該有価証券を取引する市場における最終の価格（当該日に売買取引がない場合または当該日が当該市場の休業日にあたる場合は、その後最初になされた売買取引の成立価格）、②定款の認証の日において当該有価証券が公開買付け等の対象であるときは、当該公開買付け等に係る契約における当該有価証券の価格、のいずれか高い額である。

士法人、公認会計士（外国公認会計士を含む）、監査法人、税理士、税理士法人の証明（目的財産が不動産であるときは不動産鑑定士の鑑定評価を要する）とき（専門家による証明に係る免除）（会33X③）である。これらの免除は、現物出資や財産引受けを利用し易くするため、平成2年（1990年）商法改正により初めて認められ、その後、平成14年（2002年）商法改正により、免除の範囲が拡大された。会社法は、これらを承継するとともに、商法会社編時代よりも、さらに緩和を進めている<sup>(59)</sup>。もっとも、以下の者は、上記③の場合の証明・鑑定評価をすることができない。すなわち、①発起人（会33XI①）、②財産引受けにおける譲渡人（会33XI②）、③設立時取締役または設立時監査役（会33XI③）、④業務の停止の処分を受け、その停止の期間を経過しない者（会33XI④）、⑤弁護士法人、監査法人または税理士法人であって、その社員の半数以上が①から③までに掲げた者のいずれかに該当するもの（会33XI⑤）である。証明や鑑定評価の公正を期するためである。

検査役は、必要な調査を遂行し、その結果を記載・記録した書面または電磁的記録を裁判所に提出して、これを報告しなければならない（会33IV、会施規228①）。これを検査役調査報告書という。この報告は、発起人にも提供される（会33VI、会施規229①）。裁判所は、当該報告につき、その内容を明確にし、またはその根拠を確認するため必要があると認めるときは、検査役に対し、更に報告を求めることができる（会33V）。

裁判所が検査役の報告に基づき変態設立事項を不当と認めたときは、当該事項を変更する決定をしなければならない（会33VII）。発起人は、変態設立事項の変更の決定に不服があれば、即時抗告によって決定自体を争うか（会872④（会870⑤））、決定の確定後1週間以内に限り、その設立時発行株式の引受けに係る意思表示を取り消すことができる（会33VIII）。この期間内に引受けの意思表示の取消しがないときは、定款は、決定に従って変更されたものとみなされよう。引受けの意思表示の取消しがあった場合には、設立時発行株式の総数

---

(59) 前田・注（５）前掲51-52頁が詳しい。

の引受けに欠缺部分が生じ、新たに定款変更をすべきことになるが（会27⑤、28等に係る）、決定の確定後1週間以内に限り、発起人全員の同意によって、当該決定により変更された事項についての定めを廃止する定款の変更をすることにより、設立手続を続行することができる（会33Ⅸ、30Ⅱ）。

#### 4-3-3. 設立時役員等の選任

##### 4-3-3-1. 設立時取締役の選任

発起設立にあつては、原始定款をもって、設立に際して取締役となる設立時取締役を定め置くことができ、この場合には、出資の履行が完了した時に選任がなされたものとみなされる（会38Ⅲ）。

原始定款をもってこれを定めていない場合には、発起人は、出資の履行が完了した後、遅滞なく、設立時取締役を選任しなければならない（会38Ⅰ）。設立しようとする会社が取締役会設置会社である場合には、設立時取締役は3人以上でなければならない（会39Ⅰ）。この選任は、発起人の議決権の過半数をもって決定するが、各発起人は、原則として、出資を履行した設立時発行株式1株につき（単元株式数を定款で定めている場合には、1単元の設立時発行株式につき）1個の議決権を有する（会40Ⅰ・Ⅱ）。すなわち、資本多数決による。設立しようとする会社が種類株式発行会社であつて、取締役の選任に関する議決権制限株式（会108Ⅰ③）が発行されておれば、当該種類株式を有する発起人は、議決権を行使することができない（会40Ⅲ）。また、各種類の株主の総会において取締役を選任できる種類株式（会108Ⅰ⑨）が発行されておれば、各種類の設立時発行株式を引き受けた発起人の当該種類株式の議決権の過半数をもって決定する（会41Ⅰ）。取締役の選解任につき、拒否権付種類株式（会108Ⅰ⑧）が発行されておれば、当該種類株式の設立時発行株式を引き受けた発起人の議決権の過半数による同意も合わせて必要である（会45Ⅰ・Ⅱ）。

設立時取締役は、会社が成立すれば取締役となる者であるから、選任にあたり、取締役の欠格事由に該当する者を選任してはならないこと、当然である（会

39Ⅲ参照）。

発起人は、原始定款をもって定められていた設立時取締役も含め、株式会社成立までの間は、その選任した設立時取締役を解任することができる（会42）。その解任手続は、会社法43条、同44条および同45条1項1号2項に従う。

設立しようとする会社が取締役会設置会社であって委員会設置会社でない場合には、設立時取締役は、自分達の中から、会社の設立に際して代表取締役となる設立時代表取締役を選定しなければならない（会47Ⅰ）。設立時取締役は、会社の成立までの間は、設立時代表取締役を解職することができる（会47Ⅱ）。この選定・解職は、いずれも設立時取締役の過半数をもって決定する（会47Ⅲ）。設立しようとする会社が委員会設置会社である場合には、設立時取締役は、自分達の中から、設立に際して指名委員会・監査委員会・報酬委員会の委員となる設立時委員を選定しなければならず（会48Ⅰ①、当然に、各委員会の設立時委員は3人以上であり、うち過半数が設立時社外取締役でなければならない（会400Ⅰ・Ⅲ参照）。また監査委員には欠格事由がある（会400Ⅳ）。）、加えて設立時執行役を選任し、設立時代表執行役を選定しなければならない（会48Ⅰ②③）。さらに、設立時取締役は、会社成立までの間は、設立時委員もしくは設立時代表執行役を解職し、または設立時執行役を解任することができる（会48Ⅱ）、これらの措置は、いずれも設立時取締役の過半数をもって決定する（会48Ⅲ）。

設立時取締役は、会社が成立し取締役となるまでの間は、基本的に発起人に対する監督機関にすぎない<sup>(60)</sup>。

#### 4-3-3-2. 他の機関の選任

発起人は、出資の履行が完了した後、遅滞なく、設立しようとする会社が会計参与設置会社である場合には、設立に際して会計参与となる設立時会計参与を、同様に、監査役設置会社（監査役の監査の範囲を会計に限定する旨の定款

---

(60) 江頭・注（5）前掲84頁。

の定めがある会社を含む)である場合には、設立時監査役を、会計監査人設置会社である場合には、設立時会計監査人を選任しなければならない(会38Ⅱ)。設立しようとする会社が監査役会設置会社であれば、設立時監査役は3人以上でなければならない(会39Ⅱ)。設立時会計参与、設立時監査役または設立時会計監査人に欠格事由があることも、設立時取締役と同様である(会39Ⅲ、設立時会計参与、設立時会計監査人については、欠格事由と捉えるより、これに就任しうる有資格者を選ばなければならないと言うべきであろう)。選任方法については、原則として、設立時取締役の選任と同様であるが(会40Ⅰ・Ⅱ・Ⅳ)、設立時監査役の選任を除き(会41Ⅲ)、設立時会計参与および設立時会計監査人については、種類の設立時発行株式ごとの選任の制度(会41Ⅰ・Ⅱ)が存在しない。これらの機関構成者もまた、原始定款をもって、あらかじめ定め置くことができ、出資の履行がなされた時に、各々の機関に選任されたものとみなされることも、設立時取締役の場合と同様である(会38Ⅲ)。

設立時監査役の解任に関しては、原則として、設立時取締役の場合と同様であるが(会42、43Ⅳ、44Ⅴ、45Ⅰ③・Ⅱ)、発起人による解任の決定要件が、加重されている点が異なる(会43Ⅰかっこ書、44Ⅴ後段)。設立時会計参与および設立時会計監査人の解任に関しては、種類設立時発行株式ごとの解任(会44)がない点を除き、設立時取締役の場合と同様である(会42、43Ⅳ、45Ⅰ④・Ⅱ)。

監査役設置会社の監査役には業務監督権限があることとの関係で、設立しようとする会社が当該会社である場合の設立時監査役には、設立経過の調査権限があるが、それ以外の設立時監査役および設立時会計参与・設立時会計監査人には、会社成立前の権限はない<sup>(61)</sup>。

#### 4-3-4. 設立経過の調査

設立時取締役(設立しようとする会社が監査役設置会社である場合には、設

---

(61) 同前85頁。

立時取締役および設立時監査役、以下同様）は、その選任後遅滞なく、①現物出資・財産引受けに係る少額免除・有価証券に関する免除の対象たる財産について、定款に記載・記録された価額が相当であること、②現物出資・財産引受けに係る財産の専門家による証明を受けることによる免除について、当該証明が相当であること、③出資の履行が完了していること、④その他、会社の設立の手續が法令または定款に違反していないこと、を調査しなければならない（以上、会46Ⅰ）。

設立時取締役は、この調査により、上記の調査事項に法令もしくは定款に違反し、または不当な事項があると認めるときは、発起人にその旨を通知しなければならない（会46Ⅱ）。設立しようとする会社が委員会設置会社である場合には、設立時取締役は、上記の調査を終了した旨、発起人に法令・定款違反等の通知をしたときはその旨およびその内容を、設立時代表執行役に通知しなければならない（会46Ⅲ）。設立時取締役による通知によって、発起人が、これに依じて不当とされた事項を変更することが期待される<sup>(62)</sup>。これに基づき、定款が変更されたときは、公証人の再認証を要すると解すべきであろう<sup>(63)</sup>。

設立時取締役が当該調査業務を怠った場合には、連帯して、会社および第三者に対する損害賠償責任を負い（会53、54）、当該責任の免除は総株主の同意が必要であること（会55）、当然である。

なお、上の調査義務は、現物出資・財産引受けに検査役の調査免除規定が設けられた平成2年（1990年）商法改正に際し、初めて商法中に規定が設けられたものである（同年改正後商173ノ2参照）。

#### 4-4. 募集設立

4-4-1. 発起人による株式引受けと設立時発行株式を引き受ける者の募集

---

(62) 前田・注（５）前掲59頁。

(63) 江頭・注（５）前掲88頁。

募集設立にあっても、各発起人は、設立時発行株式を必ず1株以上引き受ける(会25Ⅱ)。発起人による株式引受けの時期および方法ならびにその法的性質は、発起設立手続において説明したところ(本章4-3-1)と同様である。

募集設立においては、発起設立と異なり、発起人は、設立時発行株式の総数の一部のみを引き受け、残りの株式につき、これを引き受ける者を募集する(会25Ⅰ②)。募集とは、株式の引受けの申込みを勧誘することであるが、その態様に制限はない。一般公衆に対する募集(公募)たると、特定人または特定範囲の者を対象とする募集(縁故募集)たるとを問わない。実際上は、後者が多いようである。すでに述べたように(本章4-2)、発起人全員の同意をもって、募集に係る事項を定めなければならない(会58)。なお、発起人が設立時募集株式の払込期日または払込期間を定めると(会58Ⅰ③)、その初日以後は、変態設立事項の廃止(会33Ⅸ)または発行可能株式総数の設定または変更(会37)といった定款変更を発起人限りで決定することができなくなり(会95)、このような定款変更は創立総会の決議によってのみ行われる(会96参照)。

発起人は、募集に応じて設立時募集株式の引受けの申込みをしようとする者に対し、①定款の認証の年月日およびその認証をした公証人の氏名、②定款の絶対的記載・記録事項、変態設立事項、発起人全員の同意に係る一定の設立時株式発行事項・募集事項、③発起人が出資した財産の価額、④払込みの取扱の場所(払込取扱金融機関)、⑤その他法務省令で定める事項<sup>(64)</sup>、を通知しなければならない(以上、会59Ⅰ)。この通知は、株式の引受けの申込みの勧誘にあたる。申込みの勧誘をこのように法定したのは、株式申込人に会社組織の大綱と申込みの条件を知らせて、これを保護するとともに、集団的な株式申込み

(64) 会社法施行規則8条に掲げられた事項がこれである。すなわち、①発起人が割当てを受けた設立時発行株式(出資の履行をしたものに限る)および引き受けた設立時募集株式の種類・数、②会社法32条2項による決定の内容、③株主名簿管理人を置く旨の定款の定めがあればその氏名または名称および住所ならびに営業所、④定款に定められた事項であって、設立時募集株式の引受けの申込みをしようとする者が当該者に対して通知することを請求した事項、である。

の処理の便宜を考えたものである<sup>(65)</sup>。ただし、通知の方法までは法定されていない。

#### ４－４－２．株式の引受けの申込み

##### ４－４－２－１．通常の手続

発起人による募集に応じて設立時募集株式の引受けの申込みをしようとする者は、①自己の氏名・名称および住所、②引き受けようとする設立時募集株式の数、を記載した書面を発起人に交付して、申込みを行わなければならない(以上、会59Ⅲ)。書面の交付に代えて、発起人の承諾を得て、書面に記載すべき事項を電磁的方法によって提供することにより、申込みをすることも可能である。この場合には、申込者において上の書面の交付があったものとみなされる(以上、会59Ⅳ)。以上の方法によらない申込みは無効である。

発起人は、株式の引受けの申込みの勧誘に係る通知事項について変更があったときは、直ちに、その旨および変更があった旨を、上記の申込みをした申込者に通知しなければならない(会59Ⅴ)。株式申込人を保護するための当然の措置である。発起人が申込者に対してするこの通知(またはこれ以外の催告も(たとえば、払込みの催告等))は、申込者が交付した書面記載の住所(申込者が別の場所または連絡先を発起人に通知しておれば、その場所・連絡先)に宛てて発すれば足り(会59Ⅵ)、かかる通知・催告は、これが通常到達すべきであった時に、到達したものとみなされる(会59Ⅶ)。

株式の申込み(ないし引受け)の効力如何は、会社の設立に重大な影響を及ぼす。それゆえ会社法は、申込みの効力を確保すべく、民法の意思表示の瑕疵の効力に係る特則を設けている。心裡留保または虚偽表示(民93、94参照)による株式の申込みがなされた場合、発起人に悪意または過失があっても、申込みの効力には影響がない(会102Ⅲ、なお同条同項は総額引受契約に係る意思

---

(65) 北澤・注(1)前掲90頁。

表示の場合を含む)。加えて、株式引受人は、会社の成立後または創立総会において議決権を行使した場合には、錯誤（民95）を理由にその引受けの無効を主張し、または詐欺もしくは強迫（民96）を理由に引受けを取り消すことができない（会102IV）。

#### 4-4-2-2. 他人名義による株式の申込み（ないし引受け）

株式の申込みが仮設人または他人の名義で（当該他人に無断で）行われることがある。平成17年（2005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け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けケタル者亦同ジ」との規定を設けていたので、このような場合には、名義如何を問わず実質上の申込者が株式引受人となり株主になることに問題はなかった。元来、この規定は、分割払込制が採用されていた時代に、会社の事業の成否が定かでない段階で株式を引き受けた者が、事業の成功の見通しが少なくなった場合に、株式の引受人（背後人）がその名義でないことを理由に、株式の払込み（わけても追加払込み）をしない弊害があったのを防止する趣旨で、昭和13年（1938年）改正で設けられたものであった<sup>(66)</sup>。この規定は、全額払込制採用以降も存置されたが、会社法は、上の規定を削除した。しかし、現行法の下でも、同様の結論は、民法117条1項の類推適用によって、維持できよう。民法117条1項の無権代理人の責任は、行為の特殊性に鑑みての法律の規定による無過失責任であるが<sup>(67)</sup>、同条同項の類推適用をもって、当該法定責任を、法政策上、資本充実の目的に適うよう推し及ぼす結果になる。民法研究者は、たとえ本人が実在しない場合であっても、民法117条1項を類推して、まさに行為者自身の取引として責任を追及できると考えてよいと殊更

(66) 志村治美「他人名義による株式引受の効果」北澤正啓＝浜田道代編『商法の争点I（総則・会社）』（有斐閣・1993年）60頁参照、上柳克郎＝鴻常夫＝竹内昭夫編集代表『新版注釈会社法（3）』（有斐閣・1986年）38-39頁参照〔米津昭子〕。

(67) 於保不二雄編集代表『注釈民法（4）』（有斐閣・1967年）206頁参照〔中川淳〕。

に説くが<sup>(68)</sup>、手形法8条の扱いに慣れている商法研究者にとって、これは当然の理であって、仮設人名義の株式の申込み（ないし引受け）に民法117条1項を類推適用することに、躊躇はないであろう。

同じく平成17年（2005年）改正前商法201条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」と規定していた。上に述べた同条1項が、実在しない主体または無断で他人の名義を使って株式を引き受けた場合の対処規定であったのに対し、同条同項は、実在する他人と通じて（これは、広く他人の了解を得てとの謂である）、当該他人名義で株式を引き受けた場合の対処規定であった。同条同項は、行為者がその払込みの義務を負うことは規定しているが、行為者がその株式の引受人になるか否かは必ずしも明らかにしていない。よって、Aの承諾を得て、BがA名義で設立時募集株式の割当てを受けた場合、実質上の申込者たるB（名義借用者）と名義人たるA（名義貸与者）のいずれが株式引受人となり株主となるかという問題が生じた。Aを引受人と解する説を形式説といい、Bを引受人と解する説を実質説という。昭和13年（1938年）改正に携った松本丞治は、立法担当者として、形式説を採っていたと思われる節があるが<sup>(69)</sup>、学説は、本条新設の当初から対立していたのであった<sup>(70)</sup>。その後、最高裁は、名義貸与者が会社に対し、自己の名義で引受け・申込みのなされた新株の株券の引渡しを求めた事件において実質説を採ることを明らかにして、この請求を棄却した。最高裁昭和42年（1967年）11月17日判決民集21巻9号2448頁がこれである。最高裁は、「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

(68) 幾代通『民法総則（第2版）』（青林書院新社・1984年）367頁。

(69) 松本丞治「改正法案に於ける株式に関する規定に付て」法律時報8巻（1936年）3号3頁参照。

(70) 諸説の対立については、神作裕之「判批」『会社法判例百選』（有斐閣・2006年）20-21頁、志村・注（66）前掲60頁参照。

主となるものと解するのが相当である。けだし、商法201条は第1項において、名義のいかんを問わず実質上の引受人が株式引受人の義務を負担するという当然の事理を規定し、第2項において、特に通謀者の連帯責任を規定したものと解され、単なる名義貸与者が株主たる権利を取得する趣旨を規定したものと解されないから、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み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」と判示した。実質説は、最高裁昭和50年（1975年）11月14日判決金法781号27頁においても支持された。会社法制定前にあつては、学説もまた、実質説が優位を占めていたと思われる<sup>(71)</sup>。

かつての商法201条2項が削除された今日にあつても、他人名義による株式の申込み（ないし引受け）がなされた場合に、何はともあれ現実問題として、会社の資本充実を損なわないよう、まずは名義借用者・名義貸与者の払込みの義務それ自体を確保する必要がある。両者が連帯して払込義務を負うとの構成を維持するには、現行法の下では、江頭憲治郎が指摘するように<sup>(72)</sup>、商法14条または会社法9条の類推適用による他あるまい。これらの規定はいわゆる名板貸しの規定であるが、名板貸しの規定の法構造の下では、名義借用者が取引について責任を負うのは当然のことと認められるが、これに加え、名義貸与者もまた外観を信頼した第三者に対し、名義借用者と連帯して責任を負うということになる<sup>(73)</sup>。そうであるとすれば、この法構造をそのまま株式の申込み（ないし引受け）に代入した場合、理論上は実質説の結論に至らざるをえないという結果になるのではなからうか。株式の申込みに際して名義貸与が行われた場合、会社側（発起人）に当該申込みが客観的に名義借用者のそれであると解さ

(71) 龍田節『会社法（第10版）』（有斐閣・2005年）191頁脚注（b）、北澤・注（1）前掲92頁、江頭・注（2）前掲87頁脚注（4）、大隅＝今井・注（3）前掲233頁など。

(72) 江頭・注（5）前掲94頁。

(73) 服部栄三『商法総則（第3版）』（青林書院・1983年）212頁参照。

れるような事態は、可能性として、皆無に近かろう。したがって、通常、名義貸与者を株式申込人ないし株式引受人と誤認した会社側（発起人）は、名義貸与者を株式申込人ないし株式引受人として扱えば免責されよう<sup>(74)</sup>。後になって、名義貸与者と名義借用者との間で株主の地位を巡る争いが生じた場合には、会社は、かかる免責という保護の傘の下に身を置き、当座の措置（名義貸与者の株主名簿への記載・記録など）を施したうえで、その帰趨（裁判所による判断）を待つより他あるまい。多くの場合、裁判所は、実質説に立脚して判断を下すことになるであろうが、閉鎖性の強い会社にあつては、当該会社の人的要素を考慮して<sup>(75)</sup>、名義借用者の主張を制限するなど、事案ごとに、妥当な判断を下すことが期待される。

なお、会社設立の実質的企画者による他人名義の借用には、上の理は当て嵌まらない。このときは、名義貸与者が定款上の名目発起人となり、名義借用者たる実質的企画者はその背後者となるが、先に述べたように（本章4-1-1-1）、発起人は純粹に形式的概念によって定まるから、株式引受人ひいては株主となりうるのは、常に定款上の名目発起人である。背後者は、発起人たりえないのであるから、株式引受人ひいては株主たりえる道理がない。名目発起人とその背後者との関係は、もっぱら両者の契約上の問題であつて、会社の与り知るところではない。

#### 4-4-3. 株式の割当て

設立時募集株式に対する申込みがなされると、発起人は、株式の割当てを行う。すなわち、申込者の中から、設立時募集株式の割当てを受けるものを定め、かつ、その者に割り当てる設立時募集株式の数を定めなければならない（会60

---

(74) 神田・注（3）前掲47頁脚注（4）参照。

(75) 実質説を貫くことが必ずしも適当でない場合があることにつき、今井潔「仮設人名義または他人名義による株式の引受」上柳克郎他編『商法・保険法の諸問題（大森忠夫先生還暦記念）』（有斐閣・1972年）135-137頁。

I前段)。発起人は、申込みの前後に関係なく、また申込人の申込株数より少ない数を申込人に割り当ててもよく（会60 I後段）、どの申込人に対して何株割り当てようと自由である（申込株数より増加して割り当てることはできない）。これを「割当自由の原則」という。株式の割当ては、申込人の株式申込みに対する承諾に当たり、発起人は、設立時募集株式と引換えにする金銭の払込みの期日（その期間を定めたときは、その期間の初日）の前日までに、申込者に対し、この者に割り当てる設立時募集株式の数を通知しなければならない（会60 II）。割当てによって、株式申込人は株式引受人となる（会62①）。

株式申込人の株式引受けの性質は、発起人によってすでに創立された設立中の会社への入社契約である。ただし通常の契約と異なり、原始社員を確定し、団体を完成させる効果を合わせ持つ団体法上特有の契約といえる。かかる入社契約を、発起人は、設立中の会社の執行機関として締結しているのである。

なお、上に述べた株式の申込みに際しての発起人の通知、発起人に対する書面等の交付、株式の割当ての一連の手続については、設立時募集株式を引き受けようとする者がその総数の引受けを行う契約を締結する場合（総額引受け）には、適用されない（会61）。このような引受人は、後日、機をみて引き受けた株式を公衆に売り出し、引受価額と売出価額との差額を利得することになる。

#### 4-4-4. 出資の履行

##### 4-4-4-1. 株式の払込み

設立時募集株式の引受人は、払込期日または払込期間内に、発起人が定めた銀行等の払込みの取扱いの場所（払込取扱金融機関）において、それぞれの設立時募集株式の払込金額の全額の払込みを行わなければならない（全額払込制）（会63 I）。会社法制定前には、払込取扱金融機関を変更し、または払込金の保管替え（払込みの後における払込金保管銀行の変更）をするには、裁判所の許可を得ることを要したが（平成17年（2005年）改正前商178）、現在

では、このような許可は不要である。

#### 4-4-4-2. 払込金の保管証明

払込みを取り扱った金融機関は、発起人の請求により、発起人および設立時募集株式の引受人から払い込まれた金額に相当する金銭の保管に関する証明書（株式払込金保管証明書）を交付しなければならない（会64Ⅰ）。募集設立においては、公衆が出資した財産の保管状況を明らかにする必要があるというのがその趣旨である<sup>(76)</sup>。株式払込金保管証明書は、設立登記申請書の添付書面とされている（商登47Ⅱ⑤）。

払込取扱金融機関は、当該証明書の記載が事実と異なること（端的には、証明した払込金額について払込みがなかったこと）や、払込金の返還に関する制限があること（端的には、預合いに関する合意）をもって、成立後の会社に対抗できない（会64Ⅱ）。

払込取扱金融機関の保管証明責任は、会社設立時における資本充実の原則を全うするため法によって認められた特別の法定責任である。したがって、払込みの返還に関する制限について会社が悪意であろうと、また、払込取扱金融機関の故意・過失の有無にかかわらず、責任を負わなければならない<sup>(77)</sup>。保管証明責任に基づく払込取扱金融機関の債務は、払込金返還債務と同様に、商行為によって生じた債務である（最判昭和39年（1964年）5月26日民集18巻4号635頁）。

払込取扱金融機関が何時まで払込金を保管すべきかについて、判例は、会社成立の時までこれを保管すべきとの立場を採り、会社成立の前に発起人または設立時取締役これを返還しても、その後成立した会社に対し払込金返還をもって対抗できないと解するのが相当である旨を判示している（最判昭和37年（1962年）3月2日民集16巻3号423頁）。

---

(76) 江頭・注（5）前掲95頁参照。

(77) 前田・注（5）前掲66頁参照。

#### 4-4-4-3. 株式引受人の失権

設立時募集株式の引受人は、払込期日または払込期間内に払込みをしないときは、その払込みにより設立時募集株式の株主となる権利を失う（会63Ⅲ）。本来、株式引受人の払込みの不履行は債務不履行に該当するはずであるが、債務不履行の一般原則（民414、415、541）に依ることなく、また発起人の場合と異なり失権手続（会36）を要することなく、このような株式引受人は当然に失権することになる。迅速な会社設立を期す趣旨であろう。会社法は、失権が生じた部分の再募集について、特段の規定を設けていない。したがって、失権株式が生じても、他の出資者の出資した財産価額が定款で定めた「設立に際して出資される財産の価額又はその最低額」（会27④）を上回っていれば、設立手続を続行できるという打切発行が認められる。この基準を満たしていなければ、追加引受人の募集をすることも認められよう。

会社法制定前にあっては、設立時における打切発行が認められていなかった。したがって、株式引受人が発起人の請求に応じて払込みをしないときは、発起人は、債務不履行の一般原則に依ってこれを処理できたし、そのほか、少なくとも2週間の猶予を認めた失権予告付催告を發し、それでも払込みがなければ引受人は失権し、発起人がその失権した株式についてさらに株主を募集するという便法をとることができた（平成17年（2005年改正前商179Ⅰ・Ⅱ）。そして、失権した株式引受人が損害賠償責任を負う旨も明定されていた（平成17年改正前商179Ⅲ）。

会社法63条3項は、民法の債務不履行の特則として位置づけられようから、現行法の下でも、会社法に規定のない事項については一般法たる民法が適用されることになり、よって、失権した株式引受人に対する損害賠償請求は妨げられないものと解する（民415）。

#### 4-4-4-4. 申込証拠金の利用

会社法は、募集設立における株式申込人による株式の引受け・払込みについ

て、上に述べたように、株式の申込みに対して割当てがなされ、次いで株式の払込みがなされることを予定している。しかし、実務においては、設立時募集株式の申込人に対し、申込みの際にこの者の設立時募集株式の払込金額の全額を申込証拠金として払い込ませ、申込みが設立時募集株式の総数に達すると募集を打ち切り、申込証拠金を払込金に振替充当する方法が採られるのが通常である。この方法に依れば、発起人が割当自由の原則によって割当てをなす必要もなく、株式の割当ての後に改めて株式引受人に払込みの手続を強いるとか、引受人が払い込まないため失権するという事態を招かなくて済む。

申込証拠金とは、本来、株式申込人が株式の申込みの際し、申込みの誠意を証するために支払うべき金銭であり、申込人が割当てを受ければ引受人として引き受けた払込金の一部に充当され、残部の払込みを怠って失権すれば、違約金として没収されるが、割当てを受けないか会社が不成立の場合には返還され、その際には特約がない限り利息はつけられないものであった（大判明治44年（1911年）11月9日民録17輯685頁参照）が、その後、払込価額全額を申込証拠金として払い込ませるようになったものである<sup>(78)</sup>。

申込証拠金は株式の割当てがあれば払込金に充当されることから、払込取扱金融機関が受領する必要がある。そこで実務では、株式申込事務の取扱い自体を払込取扱金融機関に委託することが多い<sup>(79)</sup>。

#### 4-4-4-5. 権利株

株式の引受けによる権利、すなわち設立時募集株式の引受けがなされたが未だ会社が成立しない間の株式引受人の地位を「権利株」と称する。会社の成立後、募集株式の引受けがなされたが未だ新株発行の効力が生じない間の株式引受人の地位も同様にこう呼ばれる。

会社法は、権利株の譲渡は会社に対抗することができないと規定する（会63

---

(78) 北澤・注（1）前掲96頁。

(79) 江頭・注（5）前掲92頁。

Ⅱ、208Ⅳ)。その譲渡は、当事者間では有効であるが、会社に対抗できない。出資の履行をした後の権利(株主となる権利)の譲渡についても同様である<sup>(80)</sup>。

昭和13年(1938年)改正前にあっては、権利株は譲渡しえないものとされ(同年改正前商149ただし書、217Ⅲ)、これに違反する行為は無効と解されていた。当初、権利株の譲渡を全面的に禁止したのは、これを許すと権利株が投機の具に供される弊害を生じ、会社の基礎を危うくする虞れがあるからであるとされていた(大判明治43年(1910年)9月26日民録16輯568頁)。しかし、権利株の譲渡は、株式申込証拠金領収書(払込期日後は株式払込金領収証となる)に白紙委任状(代理人を特定せず名義書換えの請求を委任したもの)を添付する方法で、特に増資新株について盛んに行われ、すべての権利株の譲渡を無効として取引の安全を害することの当否が問題とされた<sup>(81)</sup>。

昭和13年改正法は、一般の引受人の権利株の譲渡を、譲渡の当事者間では無効とすることなく、会社に対しては効力を生じないとするにとどめた(昭和25年(1950年)改正前商190Ⅰ、370Ⅰ)。しかし、発起人などによる権利株の投機的売逃げを防止するため<sup>(82)</sup>、発起人または取締役・監査役は権利株を譲渡しえないものとし(昭和25年改正前商190Ⅱ、370Ⅱ)、これらの者による権利株の譲渡に制裁を課した(昭和25年改正前商498⑩)。

次いで、昭和25年(1950年)改正法は、取引の安全をいっそう確保するため<sup>(83)</sup>、発起人などによる権利株の譲渡についても、これを譲渡しえないとする規定を削除した(平成17年(2005年)改正前商190、280ノ14Ⅰ)。しかし、発起人または取締役による権利株の譲渡に関する制裁規定のみは残された(平成17年改正前商498Ⅱ)。

現行会社法は、権利株の譲渡を、「会社ニ対シ其ノ効力ヲ生ゼズ」とする表

---

(80) 酒巻=龍田編・注(28)前掲421頁[山田剛志]。

(81) 北澤・注(1)前掲212頁。

(82) 同前。

(83) 同前。

現を改め、「会社に対抗することができない」と規定するにとどめている。権利株の譲渡を制限する趣旨は、設立にあっても新株発行にあっても、もっぱら会社側において、その手続きが煩雑になることを避けるためであり、その趣旨に鑑みれば、会社に対して効力を生じないとするのは行き過ぎで（それによれば、会社の側からその効力を認めることも許されないと解される）、会社に対抗することができない（会社側からその効力を認めることは差し支えない）とすれば十分であるから<sup>(84)</sup>、現行法はこの点の解釈が明確になったと評価できよう。また、現行法は、発起人または取締役に対する制裁規定も設けていない。

#### 4-4-5. 創立総会

##### 4-4-5-1. 招集と決議

募集設立においては、発起人は、払込期日または払込期間の末日のうち最も遅い日以後、遅滞なく、設立時株主（出資の履行をした発起人・設立時募集株式の引受人）の総会（創立総会）を招集しなければならない（会65Ⅰ）。これ以外の場合にも必要があると認めるときは、発起人はいつでも創立総会（臨時創立総会）を招集することができる（会65Ⅱ）。

創立総会は、発起人たる引受人も含めて、株式引受人によって構成される設立中の会社の意思決定機関であって、成立後の会社の株主総会に相当するものである。それゆえ、種類創立総会の招集が要求される場合もある（会84～86、90、92Ⅰ・Ⅲ、100Ⅰ、101Ⅰ）。また、その招集通知（会68～71）、議決権（会72～77）、議事（会78～80）、議事録（会81）、決議や報告の省略（会82、83）決議の瑕疵（会830、831）などについて、株主総会に関する規定にほぼ相当する規定が設けられている。しかし、決議の方法は、株主総会の場合と異なり、議決権を行使することができる設立時株主の議決権の過半数であって、出席した設立時株主の議決権の3分の2以上に当たる多数をもってなされる（会73Ⅰ）。この決議要件は、株主総会の特別決議の場合（会309Ⅱ）よりも、はるか

---

(84) 前田・注(5) 前掲162頁参照。

に厳格である。

#### 4-4-5-2. 権限

会社法は、その66条に創立総会において決議できる事項の範囲を包括的に定める規定を設けた。これは、このような包括規定がなかった時代の、創立総会は、会社の設立に関する「万能の最高機関である」という位置づけや、「株式会社設立の暁に於て目的事業を遂行する前提として缺くべからざる事項は創立総会に於て之が決議の権限を有するものなるや勿論なり」とする判例（大判大正4年（1915年）12月22日民録21輯2151頁）の趣旨を、明文によって確認するものである<sup>(85)</sup>。

創立総会は、まず、発起人から会社の設立に関する事項の報告を受ける（会87Ⅰ）。発起人が報告すべきは、これが設立に関してなした一切の事項である<sup>(86)</sup>。変態設立事項がある場合には、検査役調査報告書または弁護士・公認会計士等の証明書を、発起人が創立総会に提供しなければならない（会87Ⅱ）。

次いで、創立総会は、当該設立しようとする会社の機関設計に応じて、設立時取締役・設立時会計参与・設立時監査役・設立時会計監査人を選任しなければならない（会88）。

選任された設立時取締役による設立時代表取締役・設立時委員・設立時執行役・設立時代表執行役の選定については、発起設立の場合と同様である。設立時取締役の選任につき、平成17年（2005年）改正前商法の下では、株式引受人に累積投票請求権（同年改正前商256ノ3Ⅰ）が認められなかったが、会社法89条はこれを認め、これに関する規定を整備した。これら設立時取締役等の選任に際しては、当該選任に関する議決権制限株式会社には議決権がなく（会72Ⅱ）、選解任に関する拒否権付種類株式が発行されておれば、当該種類創立総会の承認も必要である（会84）。各種類の株主の総会において取締役・監査役の選任

(85) 酒巻＝龍田編・注(28)前掲433-434頁〔鳥山恭一〕。

(86) 江頭・注(5)前掲96頁参照。

ができる種類株式が発行されている場合には、当該設立時種類株主を構成員とする種類創立総会において、これを選任しなければならない（会90）。発起設立の場合に対応して、設立時取締役等の解任に関する規定も整備されている（会91）。

設立時取締役（設立しようとする会社が監査役設置会社である場合には、設立時取締役および設立時監査役）は、本章4-3-4に掲げた①ないし④の各事項を調査し、その調査の結果を創立総会に報告しなければならない（会93Ⅰ・Ⅱ）。創立総会において、設立時株主から当該調査に関する事項について説明を求められた場合には、設立時取締役・設立時監査役は、その事項について必要な説明をもしなければならない（会93Ⅲ）。設立時取締役・設立時監査役の中に発起人から選任された者がいるときは、創立総会で特に検査役を選任して、上の調査・報告をこの検査役にさせることができる（会94）。

平成17年（2005年）改正前商法185条1項は、創立総会において変態設立事項を「不当ト認メタルトキハ之ヲ変更スルコトヲ得」と特に明定していたが、この規定は、同年改正前商法187条1項と共に、創立総会における一般的定款変更権を規定した会社法96条中に統合されて承継された。したがって、現行法の下では、創立総会が、上記報告等により、変態設立事項を不当と認めるときは、もっぱら会社法96条に依拠して、不当な定款の規定を変更することになる。

会社法制定前にあって、上記の創立総会の定款変更権が変態設立事項の追加的変更にも及ぶかについて、最高裁昭和41年（1966年）12月23日判決民集20巻10号2227頁は、当時の商法168条1項（現在の会28に相当、以下同様）、同173条（会33）、同181条（会33Ⅰ、87Ⅱ）、同185条1項（会96）などを引用した後、「かような厳重な法の規制は、これらの事項が、発起人の濫用の対象となり、発起人その他の第三者の利益のために会社の財産的基礎が害される危険が多いため、会社資本の充実を期して会社債権者を保護し、併せて他の株主の利害が害されることを防止する目的に出たものであることは明らかである。されば、右185条1項による創立総会の変更権は、原始定款記載の変態設立事項が不当

と認められる場合に、これを監督是正する立場から、かような事項を縮小または削除するためにのみ行使されるべきものであって、創立総会で新たに変態設立事項に関する定めを追加し、あるいは既存の規定を拡張することは許されないものというべく、187条の規定する創立総会の定款変更権は、変態設立事項については及ばないと解するのが相当である」と判示した。この判例の見解は、当時、通説の認めるところであって正当と評価されていた<sup>(87)</sup>。現行法の下でも、変態設立事項に係る創立総会の定款変更権は、上述と同様の解釈が維持されよう<sup>(88)</sup>。現行会社法下において、従来の解釈を変更しなければならない理由は何もない。会社法96条のを表相的に捉え、創立総会の決議により、変態設立事項を追加する旨の定款の変更をすることも許されるべきとの立法担当者の指摘<sup>(89)</sup>は、これを黙殺してよからう。

創立総会において、変態設立事項を不当と認める定款の変更に対抗した設立時株主は、当該決議後2週間以内に限り、その設立時発行株式の引受けに係る意思表示を取り消すことができる(会97)。平成17年(2005年)改正前商法185条2項の下では、創立総会による変態設立事項の変更に不服な発起人のみが株式の引受けを取り消すことができるものとされていたが、会社法はこれを発起人だけでなく設立時株主もまた取消しが可能となるよう改めた。

創立総会は、招集の通知に特にその旨の記載・記録がなくても、事態の変更に対応して、定款の変更または設立の廃止の決議をなすことができる(会73 IV)。創立総会の決議によって定款変更がなされたときは、公証人の再認証を得る必要はない(会96)。創立総会で、会社の目的、商号などの絶対的記載・記録事項を変更することもできるし、発行可能株式総数を未だ定款で定めてい

---

(87) 上柳克郎=鴻常夫=竹内昭夫編集代表『新版注釈会社法(2)』(有斐閣・1985年) 262頁 [長浜洋一]、北澤・注(1)前掲99頁、大隅=今井・注(3)前掲248頁。

(88) 前田・注(5)前掲71頁、江頭・注(5)前掲99頁脚注(4)参照、青竹・注(13)前掲69頁。

(89) 相澤哲=葉玉匡美=郡谷大輔編著『論点解説 新・会社法』(商事法務・2006年) 19-20頁。

ないときは、その決議によって、定款を変更してこれに関する定めを設けなければならない（会98、95）。

創立総会において、発行する全部の株式につき譲渡制限を定める定款変更も可能であるが、この場合の決議は、創立総会における一般の決議要件（会73Ⅰ）よりも厳格であって、議決権を行使できる設立時株主の半数以上であって、当該設立時株主の議決権の3分の2以上に当たる多数をもって行わなければならない（会73Ⅱ）。また、種類株式発行会社の設立を目指すに際して、ある種類の株式につき譲渡制限を定める場合には、その設立時種類株主を構成員とする種類創立総会および当該種類株式を引換対価として交付される可能性がある取得請求権付株式・取得条項付株式の設立時種類株主を構成員とする種類創立総会の決議が必要である（会100Ⅰ）。平成17年（2005年）商法改正前にあつては、創立総会において、株式の譲渡制限を設ける定款変更に対した株式引受人に、決議後2週間内に限り、その株式の引受けの取消しを認める旨の規定が存在していたが（同年改正前商187Ⅳ）、現行会社法にあつては、創立総会において、発行する全部の株式につき譲渡制限を定める定款変更に対した設立時株主に対して、改正前商法の措置に相当する規定が設けられていない。しかし、種類創立総会において、種類株式の内容として譲渡制限の定めを設ける決議に反対した設立時種類株主に対しては、決議後2週間内に限り、引受けの意思表示を取り消すことを許容する旨の規定が設けられている（会100Ⅱ）。

創立総会において、発行する全部の株式につき取得条項付とする定めを設ける定款変更をなす場合には、設立時株主全員の同意を得なければならない（会73Ⅲ）。また、種類株式発行会社の設立を目指すに際して、ある種類の株式を取得条項付株式とする場合には、当該種類の設立時種類株主全員の同意を得なければならない（会99①）。

創立総会において、ある種類の株式につき損害を及ぼす虞れがある場合であっても、当該種類株主総会の決議を要しない旨を設ける定款変更をなす場合には、その種類の設立時種類株主全員の同意を得なければならない（会99②）。

創立総会において、ある種類の株式につき全部取得条項付種類株式とする旨の定款変更をなす場合には、その設立時種類株主を構成員とする種類創立総会および当該種類株式を引換対価として交付される可能性がある取得請求権付株式・取得条項付株式の設立時種類株主を構成員とする種類創立総会の決議が必要である（会100Ⅰ）。その決議に反対した設立時種類株主は、決議後2週間内に限り、引受けの意思表示を取り消すことができる（会100Ⅱ）。

創立総会において、①株式の種類を追加、②株式の内容の変更、③発行可能株式総数または発行可能種類株式総数（会社が発行することができる1つの種類の株式の総数）に係る定款変更を行うことにより、ある種類の設立時種類株主に損害を及ぼす虞れがあるときは、当該種類株主を構成員とする種類株主総会の決議を要する（会101Ⅰ）。ただし、上の定款変更が、単元株式数についてのものであって、当該定款の変更に種類株主総会の決議を要しない旨の定款の定めがある場合には、上述の決議は不要である（会101Ⅱ）。

設立廃止の決議があれば、会社は不成立となる。

#### 4-5. 設立の登記

##### 4-5-1. 設立登記の手続

設立登記は、発起設立の場合には、会社法46条1項の規定による調査が終了した日（設立しようとする会社が委員会設置会社である場合には、設立時代表執行役が同46条3項の規定による通知を受けた日）または発起人が定めた日のいずれか遅い日から2週間以内に、その本店の所在地でしなければならない（会911Ⅰ、976①）。また募集設立の場合には創立総会の終結の日、会社法84条もしくは同101条の種類創立総会の決議をしたときは当該決議の日、または会社法97条もしくは同100条1項の種類創立総会の決議をしたときは当該決議の日から2週間を経過した日、のいずれか遅い日から2週間以内に、本店の所在地でなければならない（会911Ⅱ）。

設立登記の登記事項は、会社法911条3項に列挙されているが、定款所定の

事項と必ずしも同じではなく、公示を必要とするものが選ばれている。定款は、会社内部の根本規則であるのに対し、登記は、本来、公示を目的とする制度であって、その目的を異にするからである<sup>(90)</sup>。同条同項に列挙された登記事項は、以下のとおりである。すなわち、①目的、②商号、③本店・支店の所在地、④会社の存続期間または解散事由に関する定款の定めがあるときは、その定め、⑤資本金の額、⑥発行可能株式総数、⑦発行する株式の内容（種類株式発行会社にあつては、発行可能種類株式総数および発行する各種類の株式の内容）、⑧単元株式数についての定めがあるときは、その単元株式数、⑨発行済株式総数ならびにその種類および種類ごとの数、⑩株券発行会社であるときは、その旨、⑪株主名簿管理人を置いたときは、その氏名・名称および住所・営業所、⑫新株予約権を発行したときは、これに関する一定の法定事項、⑬取締役の氏名、⑭代表取締役の氏名および住所（委員会設置会社を除く）、⑮取締役会設置会社であるときは、その旨、⑯会計参与設置会社であるときは、その旨、その氏名・名称、会計参与による計算書類等の備置場所、⑰監査役設置会社（定款の定めによりその監査の範囲を会計に関するものに限定する会社を含む）であるときは、その旨、監査役の氏名、⑱監査役会設置会社であるときは、その旨、監査役のうち社外監査役であるものにつき社外監査役である旨、⑲会計監査人設置会社であるときは、その旨、会計監査人の氏名・名称、⑳会計監査人に欠員を生じた場合に監査役の選任により一時会計監査人の職務を行うべき者を置いたときは、その氏名・名称、㉑特別取締役による議決の定め（会373 I 参照）があるときは、これに関する一定の法定事項、㉒委員会設置会社であるときは、その旨およびこれに関する一定の法定事項、㉓取締役等の責任免除に関する定款の定め（会426 I 参照）があるときは、その定め、㉔社外取締役等との責任限定契約の締結に関する定款の定め（会427 I 参照）があるときは、その定め、㉕上記㉔の定款の定めが社外取締役に関するものであるときは、取締役のうち社外取締役であるものについて社外取締役である旨、㉖上記㉔の定款の定めが社外監査役に関するものであるときは、監査役のうち社外監査役で

(90) 北澤・注（１）前掲101頁、江頭・注（５）前掲101頁。

あるものについて社外監査役である旨、㉗計算書類の公告につき、貸借対照表の内容たる情報を定時株主総会終結の日後5年を経過するまでの間、継続して電磁的方法により不特定多数の者に供する状態に置く措置をとった場合(会414Ⅲ)には、法務省令(会施規220)で定める必要事項、㉘会社の公告方法(会939Ⅰ参照)についての定款の定めがあるときは、その定め、㉙上記㉘の定めが電子公告を公告方法とするものであるときは、これに関する一定の法定事項、㉚上記㉘の定めがないときは、官報に掲載する方法を公告方法とする旨(会939Ⅳ参照)、以上である。

設立登記は株式会社の代表機関(代表取締役または代表執行役)の申請によってなされる(商登47Ⅰ)。設立登記の申請には、登記申請書および商業登記法47条2項所掲の添付書類が必要である。登記官は、これらの添付書類によって、会社設立のための準則が守られたか否かを知ることができる。なお、設立登記の際には、登録免許税法(昭和42年(1967年)法律第35号)に従い、登録免許税を納付することを要する。その額は、同法別表第1[24](1)イにより、資本金の額の1000分の7(最低15万円)である。

#### 4-5-2. 設立登記の効果

設立の登記によって、株式会社は成立する(会49)。すなわち、発起人による定款の作成に始まる諸般の手続によって形成されてきた会社の実体が、設立登記によって法人格を取得し、株式会社となる。法人格の取得により、これまで設立中の会社に生じた法律関係(発起人が設立中の会社の執行機関としてなした設立のために必要な行為)は、当然に成立した会社に帰属することになる。設立時株主は株主となり、設立中に選任された設立時取締役・設立時監査役などが、取締役・監査役などとして、それぞれ会社の所定の機関となって、会社は事業活動を開始するに至る。

設立の登記には、上述のように、登記をもって法律関係の成立要件とする創設的効力が与えられている。この登記によって完成された法律関係、すなわち

会社の成立それ自体には、さらに会社法908条の適用はない<sup>(91)</sup>。

すでに述べたように（本章４－３－１、４－４－２）会社が成立すると、発起人・設立時募集株式の引受人は、錯誤を理由として設立時発行株式の引受けの無効を主張し、または詐欺もしくは強迫を理由としてその引受けを取り消すことができなくなる（会51Ⅱ、102Ⅳ）。

会社の成立により、権利株が株式となるから、権利株の譲渡制限（会35、50Ⅱ）は当然に消滅する。

株券発行会社にあつては、成立後遅滞なく株券を発行しなければならない（会215Ⅰ）。ただし、公開会社でない株券発行会社は、株主から請求がある時まで、これを発行しなくても差し支えない（会215Ⅳ）

## 5. 設立中の会社

### 5-1. 意義と性質

株式会社は、設立の登記の時に突如として出現するものではなく、定款の作成から設立登記までの間に漸次成長発展するものである。しかも、このような整備途上にある会社の実体は、設立の登記までは会社として未完成なものであるが、実在して社会と直接に諸般の交渉を持っている<sup>(92)</sup>。すなわち、法人として名実共に権利能力を取得する前にあつても、社会学的には実体として存在しているのである（この点、自然人となる前の胎児と大きく異なる）。したがって、このような実体を法律的にも認知し、これを「設立中の会社」と称し、完全な会社の原型（前身）と解し、設立中の会社と成立後の会社とは実質的に同一のものであると解する考え方が、通説によって認められている<sup>(93)</sup>。「同一性説」と称される考え方である。通説は、設立中の会社の性質を権利能力なき社

---

(91) 北澤・同前102頁、江頭・同前105頁脚注（１）。

(92) 北澤・同前104頁。

(93) 加美和照『新訂会社法（第9版）』（勁草書房・2007年）89頁参照。

団であると解している<sup>(94)</sup>。

加美和照(1931～)は、設立中の会社を承認できる実定法上の根拠として、会社成立後の株主、取締役(監査役)、株主総会に相応する株式引受人、執行機関たる発起人、監督機関たる取締役(監査役)、議決機関たる創立総会がすでに備わっているからであると説くが<sup>(95)</sup>、これはおそらく、かつて権利能力なき社団の要件として、団体としての組織を備え、多数決の原則が行われ、構成員の変更にもかかわらず団体そのものが存続し、代表の方法、総会の運営、財産の管理その他団体としての主要な点が確定していることを要する旨を判示した、民法上屢々言及されてきた最高裁昭和39年(1964年)10月15日判決民集18巻8号1671頁を意識した指摘であろう。しかしながら、一般法人法が制定され、非営利法人一般についても準則主義で容易に法人格を取得できるようになった今日、民法上は、権利能力なき社団の法理そのものを考究する意義は相当に減殺されたものと思われる。ただ、法人化されていない団体があらゆる場面で社会学的実在として消え去ったわけではないので、現在もなお、権利能力なき社団の法理を完全に放棄することはできないと考えられる。したがって加美の指摘は、設立中の会社を認める実定法上の根拠として、なお意義を有するものである。

設立中の会社の成立時期に関しては、多くが、定款が作成され公証人の認証を受け、かつ発起人による1株以上の引受けがなされた時と解している<sup>(96)</sup>。すでに述べたように(本章4-3-1)、設立中の会社の創設は、発起人による株式引受けという法律行為の法律効果であって、正当である。

なお、民法研究者の内田貴(1954～)は、法人設立過程における権利能力

---

(94) 北澤・注(1)前掲104頁、大隅=今井・注(3)前掲187頁、神田・注(3)前掲53頁、前田・注(5)前掲28頁、江頭・注(5)前掲105頁脚注(2)。

(95) 加美・注(93)前掲89頁。

(96) 北澤・注(1)前掲104頁、大隅=今井・注(3)前掲186頁、加美・同前。なお、大阪地判昭和32年(1957年)12月24日下民集8巻12号2459頁。

なき社団の法理に関して、以下のように述べている。すなわち、「一般社団法人や会社が設立過程にある段階では、権利能力のない社団として扱われるというのが一般的な考え方であるが、実際には、一般法人法や会社法に設立時の社員（会社の場合は発起人）の責任に関する規定が置かれており（一般法人26、会56）、通常は、権利能力のない社団の法理を援用する必要がない<sup>(97)</sup>。」これには、一言解説が必要であろう。彼が、設立過程にある会社に通常、権利能力なき社団の法理を援用する必要がないと述べるのは、おそらく、会社の不成立の場合を念頭に置いてのことと思われる。すなわち、会社の設立手続が途中で挫折して会社が成立しなかった場合には、本来であれば、設立中の会社の解散が行われることになる。このとき、設立中の会社といえど、社団としての実体はあるという考え方を貫くと、そこから論理必然的に導かれる結論は、いったん成立した法人格なき社団の清算手続を行わなければならないということになるはずである。しかし、会社法は（一般法人法も）、そのような結論を立法政策的に修正し、設立時社員や発起人の責任に関する規定を設けて、これらの者に法人不成立の責任を負わせているのである<sup>(98)</sup>。内田が、権利能力なき社団の法理を援用する必要がないと述べるのは、したがって、上のような場面に限ってのことであろう。それ以外の場面ではなお、設立中の会社という概念を認める効用がある（本章5-2）。

設立中の会社において、発起人は、その構成員（募集設立の場合は原始構成員）となると同時に、この未完成な会社を完成させるために必要な事務を執行すべき設立中の会社の執行機関となる<sup>(99)</sup>。出資の受領、設立時募集株式の募集、株式の割当て、創立総会の招集をはじめ、会社設立のために必要な行為を発起人がなすのは、かかる機関たる資格においてである。

---

(97) 内田貴『民法Ⅰ（第4版）』（東京大学出版会・2008年）227頁。

(98) 以上の点は、竹内昭夫（弥永真生補訂）『株式会社法講義』（有斐閣・2001年）120-121頁に依れば、理解し易い。

(99) 北澤・注（1）前掲104頁。

## 5-2. 設立中の会社の効用

設立中の会社という概念を認める同一性説の主な効用は、設立段階における法律関係がそのまま成立した会社の関係となることを円滑に説明しうることにある。設立中の会社と成立後の会社とを実質的に同一のものと解すれば、設立中の会社において生じた法律関係がそのまま成立後の会社の法律関係として処理されることになる。すなわち、発起人が権利能力なき社団たる設立中の会社の機関としてなした設立のために必要な行為の効果は、会社成立前には実質的にすでに設立中の会社に帰属していたのであるが（形式的には発起人に帰属している）、会社成立と共に、形式的にも当然に会社に帰属するに至る。そこには、特別の移転行為も権利義務の承継も必要としない。ただ、同一の権利主体への権利義務の帰属の態様が変化するにすぎない。このような、会社成立の前後を通じた権利義務の当然の帰属関係は、同一性説によってのみ円滑に説明しうる。判例もまた、同一性説を支持している（最判昭和42年（1967年）9月26日民集21巻7号1870頁など）。

## 5-3. 発起人の機関権限

### 5-3-1. 田中耕太郎の同一性説

設立中の会社の概念を前提に、同一性説を首唱したのは田中耕太郎であり、大正6年（1917年）のことであった。まず、彼の同一性説を以下に掲げる。今日のわが商法学界における定説が、すでにこの時期に完成の域に達していたことが理解できよう。田中は、設立段階における法律関係がそのまま成立後の会社の法律関係へと円滑に連なる「関係ヲ認メントスルハ会社ノ成立以前ニ設立中ノ会社ノ存在ヲ認め発起人ヲ以テ其設立中ノ会社機関ナリト説明スル外ニ途ナキナリ<sup>(100)</sup>」と筆を起こしている。そして、以下のように説くのである。すなわち、「(設立中の)会社ハ其機関タル発起人ニ依リテノミ権利義務ヲ取得ス。

(100) 田中耕太郎「株式会社発起人ノ責任ヲ論ス(1)」法学協会雑誌35巻(1917年)8号24頁。

然レトモ其会社タルヤ未タ設立ノ過程ニアルモノナルヲ以テ権利能力ヲ有セス、形式上ニ於テハ發起人カ権利義務ノ主体タリ。然レトモ此發起人ノ権利義務ハ自己固有ノモノト異リ實質上ニ於テハ設立ノ過程ニアル会社ノ権利義務ナリ。即チ發起人ハ会社ノ権利義務ヲ其機関トシテ把持スルニ過キス唯此場合ハ…未タ表面上ニ於テハ会社ハ権利義務ノ主体タラサルヲ以テ其権利義務ハ形式上發起人ノ権利義務タルニ止ル。而シテ会社カ完全ニ其権利能力ヲ取得シタル暁ニ於テハ其機関タル者ノ権利義務ハ形式上ニ於テモ当然会社ノ権利義務ト成ルニ至ルモノトス<sup>(101)</sup>（適宜、句読点を補った）。その骨子において、現在の通説と何ら変わるところはない。

上述の論によれば、發起人が設立段階においてなしたすべての行為の効果が設立中の会社に帰属し、したがってまた成立後の会社に当然に帰属するものでないこと、明らかである。發起人の行為の効果が会社に帰属するのは、發起人が設立中の会社の機関として、その機関権限に属する行為をした場合に限られるのである。したがって、いかなる行為が發起人の機関権限の範囲内に属するかという点が問題となる。

### 5-3-2. 發起人の機関権限に関する諸論

第1説は、發起人の機関権限を最も狭く解するものである。すなわち、その機関権限は会社の形成・設立それ自体を直接の目的とする行為に限られると解する<sup>(102)</sup>。具体的には、定款の作成、株式の引受け・払込み、創立総会の招集といった行為のみに限られ、取引行為にあつては、法定の要件を満たす財産引受け（会28②）のみが、例外的に發起人の権限に属すると解するのである。

第2説は、發起人の機関権限に属する行為は、第1説の認めるもののほか、会社の設立にとって法律上・経済上必要な行為を含むのであると解する<sup>(103)</sup>。

---

(101) 同前。

(102) 田中誠二『会社法詳論上巻（3全訂版）』（勁草書房・1993年）167頁、堀口巨『新会社法概論（第2版）』（三省堂・1994年）66頁。

(103) 松田二郎『会社法概論』（岩波書店・1967年）92頁、北澤・注（1）前掲107頁。

これによれば、第1説が許容する行為に加え、取引行為であっても、たとえば設立事務所の賃借のごとき、会社の設立に必要なものが含まれることになる。しかし、開業準備行為は、一般的に発起人の機関権限外の行為であり、法定の要件を満たす財産引受けのみが例外的に許されるとする点では、第1説と同様である。

第3説は、株式会社の目的が一定の営利事業をなすことにある以上、これをなしうべき状態にある会社を創設することが会社の設立でなければならないのであるから、開業準備行為もむしろ本来は発起人の機関権限に属すべき行為であるが、そのうち財産引受けについては、濫用を防止すべく、特に法定の要件を満たさなければならないと解する<sup>(104)</sup>。つまり、財産引受けは、実際上の濫用を畏れて、発起人が本来ならば自由に行いうる行為を制限して厳重な条件の下に許したものと捉えるのである<sup>(105)</sup>。

理論上は、第4説として、会社の事業目的行為を含めて、あらゆる行為が発起人の機関権限に属するという考え方も成り立ちうる。

### 5-3-3. 検討

#### 5-3-3-1. 考究の出発点

この問題を考究するにあたっては、法人あるいは社会的実体としての団体の権利義務の帰属主体性の存在範囲と、帰属主体性の存在を前提として、その主体に権利義務を帰属せしめる機関の活動範囲とが、理論上区別さるべきものであることを忘れてはならない<sup>(106)</sup>。権利義務の帰属主体性の存在範囲とは、法人にあつては、権利能力と称される概念のことであること、言うまでもない。一方、法人格なき団体にあつては、これを言わば実質的権利能力とでも呼ぶことができよう。権利義務をその主体に帰属せしめる機関の活動範囲とは、法人

(104) 大隅=今井・注(3)前掲203頁。

(105) 鈴木竹雄=竹内昭夫『会社法(第3版)』(有斐閣・1994年)63頁参照。

(106) 北澤正啓「設立中の会社」『株式会社法研究』(有斐閣・1976年)所収13頁参照。

を含む団体一般について、これを機関権限と呼ぶことができる。権利能力・実質的権利能力と機関権限と、各々の範囲を混同してはならない。

### 5-3-3-2. 民法34条の規定の理解

最初に、民法34条の規定の意義をどう捉えるべきかを明確にしておく必要があろう。民法研究者の間では、同条をもって、法人の権利能力を目的の範囲内に制限するものであると解するのが、かつての通説であったようである<sup>(107)</sup>。すでに述べたように（第1帖第4章3-2）、伝統的に多くの商法研究者も同様に理解してきた。民法研究者の説くところを観るに、たとえば、穂積重遠は、同条が法人の権利能力を制限した規定であることは、「法人が目的を中心とする人格者である性質上当然と云ふべきである<sup>(108)</sup>」と説いている。我妻栄もまた、「法人は一定の社会的作用を担当する。その作用は、法人について定められた目的を中心とする。従って、その権利能力の範囲もまた、この目的の下に制限されることも当然である<sup>(109)</sup>」と述べる。しかし、上のような権利能力制限説に立った多くの民法研究者は、当初から、法人の目的の範囲を柔軟に解そうとする姿勢を持っていた。たとえば、鳩山一郎（1883～1959）は以下のように説く。すなわち、「所謂目的ノ範囲内トハ之ヲ狭ク解スヘカラス、<sup>いやく</sup>苟モ法人ノ目的ヲ遂行スルニ必要ナリト認メラルヘキ行為ニ付テハ法人ハ総テ権利能力ヲ有スルモノナリ<sup>(110)</sup>」。商法研究者の多くがより共感を覚えるであろう主張は、穂積重遠のそれであろう。彼は、法人の権利能力の範囲は、その目的を達するに相当な範囲と解するのでも狭きに失するのであって、その目的に（明確に）反しない範囲内において、権利を有し義務を負うと解せばよいと相当に柔

(107) 鳩山一郎『民法総論』（巖松堂書店・1913年）159頁、穂積重遠『改訂民法総論』（有斐閣・1934年）216頁、我妻栄『新訂民法総則』（岩波書店・1965年）155頁。

(108) 穂積・同前。

(109) 我妻・同前。

(110) 鳩山・同前。

軟な主張をしていた<sup>(111)</sup>。もし仮に、わが判例が、会社以外の非営利法人についても、これら初期の民法学説（わけても穂積説のような柔軟な説）と平仄を合わせ、能力外の理論を実質的に廃棄する方向へ進んでおれば、民法研究者も商法研究者も、同条の意味について共通の理解を享有できたものと思われる。ところが、非営利法人の目的の範囲に関して、判例は、会社のそれとは異なり、慎重な姿勢を示してきた。すなわち、公益目的事業を行う法人に関しては、公益目的を維持する観点から、共益目的事業を行う法人に関しては、構成員の利益保護の観点から、目的の範囲の拡大解釈に控え目な態度を採ったのである<sup>(112)</sup>（たとえば、大判大正元年（1912年）9月25日民録18輯810頁、大判昭和8年（1933年）7月19日民集12巻2229頁、大判昭和16年（1941年）3月25日民集20巻347頁、最判昭和41年（1966年）4月26日民集20巻4号849頁、最判平成8年（1996年）3月19日民集50巻3号615頁）。

民法には門外漢ゆえに、上のような判例の傾向が、民法学説にいかん影響を及ぼしたのかに関しては、必ずしも詳かに語ることができない。ともかく、やがて、民法学界において、民法34条は法人の権利能力の範囲を画する規定ではなく、民法34条によって制限されるのは、法人代表機関の活動およびその結果としての権利義務の帰属の範囲にすぎないとする考え方が、川島武宜によって主張されるに至った<sup>(113)</sup>。いわゆる代表権制限説である。代表権制限説は、その後多くの民法研究者の支持を集め、おそらく現在の民法学界においては、同条の意味について、この説が通説の地位を占めているものと思われる<sup>(114)</sup>。

しかし、今日の民法学説の趨勢に拘らず、本稿においては、民法34条をもって、法人の権利能力を制限したものと解する説に与したい。たとえば、代表権

(111) 穂積・同前。

(112) 松尾弘「判批」中田裕康＝潮見佳男＝道垣内弘人編『民法判例百選①総則・物権（第6版）』（有斐閣・2009年）17頁参照。

(113) 川島武宜『民法総則』（有斐閣・1965年）123頁。

(114) 辻正美『民法総則』（成文堂・1999年）152頁、なお、内田・注（97）前掲248頁、249－250頁。

制限説の立場から、権利能力制限説に依れば、法人も債務不履行責任や不法行為責任を負うことは学説判例上異論のないところであるが、法人が債務不履行や不法行為を行う目的で設立されることはないから、この損害賠償債務が法人に帰属することの説明ができないとの批判がある<sup>(115)</sup>。しかし、法人がその目的を達成するために障壁となると判断した取引先と絶縁すべく、あえて法律上の債務不履行責任ないし不法行為責任を負うことを甘受する途を選択することもありえよう。この場合、そのような責任を甘受することは、法人の目的の範囲内に含まれるのであると解したい。

繰り返し述べるように、多くの商法研究者が、形式的適用であるにせよ、民法34条が会社にも適用されると解してきたのは、定款所定の目的を遂行する会社であることを前提にして出資をした株主・社員や会社債権者などの期待を保護する必要性というものが、その根源的理由であった（第1帖第4章3-2参照）。この理は、会社以外の法人についても妥当しよう。すなわち、法人は、自然人と異なり、定款等に定められた目的に従って行為することを、社会的にも、構成員によっても期待された法主体である<sup>(116)</sup>というのが本則である。そうであるとすれば、民法34条は、営利法人・非営利法人を通じて統一的に解釈すべきであって<sup>(117)</sup>、上の本則を尊重し、あえて代表権制限説のような考え方を持ち出さずともよいのではなかろうか。

以上によれば、本稿が依って立つ立場は、民法34条は、法人の権利能力を制限した規定であり、その代表機関は、当該権利能力の範囲内で包括的代表権を有することになるというものである。したがって、代表機関のなした目的の範囲外の行為は、理論上、無効と解され、追認の余地はない（なお、この点は、本章5-3-3-5で改めて検証する）。もっとも、実質上、活動中の法人に

---

(115) 辻・同前151頁。

(116) 松尾・注(112)前掲17頁。

(117) この点に関しては、幾代通『民法総則（第2版）』（青林書院新社・1985年）122-123頁の論旨が説得性に富む。

あつては、代表機関が法人のためになした財産上の行為は、会社以外の法人にあつてもほぼすべてが目的の範囲内に含まれると解する。

### 5-3-3-3. 設立中の会社の実質的権利能力

権利能力そのものは、言うまでもなく、法の創設するところであるが、その基礎をなす事実上の存在そのものは、法の力のみをもって創設することができない。この権利能力の取得の基礎の成立が法の支配を受けるべきか、または法の干渉の外にあるべきかは、自然人たると法人たるとにより、その趣きを異にする<sup>(118)</sup>。田中耕太郎は、およそ以上のように述べる。設立中の会社の実質的権利能力を考究するうえで、きわめて自然な思考の順路を示すものである。

自然人にあつては、権利能力の取得の基礎の成立は、もっぱら雄性配偶子(精子)と雌性配偶子(卵子)との融合(受精)に始まる。すなわち、「胎児」と称される権利能力取得の基礎が、この時点で成立する。その成立は、私法上は、単なる事実すぎず、その存在もまた事実上の存在にすぎない。したがって、当然に私法の干渉の外にある。しかも胎児は、その性質上、社会との交渉を一切持たない。よつて法は、自然人の権利能力の取得を、出生という生命の尊厳に委ね、原則としてこれに干渉しない姿勢で臨んでいる(民3 I)。しかし、民法は、胎児といへど、法律生活上意義を有するものについてのみ例外的に不完全な権利能力を認め、将来の権利能力取得後の利益を保護していると捉えることができる<sup>(119)</sup>。民法721条および同886条1項がこれである。

一方、法人にあつては、その能力の取得の基礎の成立過程に、法の干渉を加えざるをえない。設立中の会社は、その性質上、社会との交渉を持ちながら団体としての実質を備へて行く。その構成そのものが法律上重大な意義を有するのである。ここに設立中の会社の実質的権利能力を考究する意味があると言える。ただ、ひとつ付言すれば、設立中の会社=会社の胎児もまた、完全な権利

(118) 田中・注(100)前掲37頁。

(119) 同前38頁参照。

能力取得後の会社については株主・会社債権者の利益を保護する必要があるから、法律上例外的に不完全な権利能力を認めて、これを保護すべき場面があることは、自然人と同様であろう。こう考えれば、法定の要件を満たす財産引受け（会28②）は、開業準備行為に他ならないけれども、会社法が例外的に設立中の会社の実質的権利能力の及ぶ範囲に含ませたものと捉えることが可能なのではなかろうか。

それでは、設立中の会社の一般的な実質的権利能力の範囲は、どのように画されるか。当然、これに関する明文の規定はない。しかし、これに関して、田中耕太郎は以下のように述べる。「会社設立ニ関スル法文各条ノ精神ヲ仔細ニ審議スルトキハ会社設立以前ニ於テモ設立ニ関スル手續ノ範囲内ニ於テ会社ノ基礎タル構成物ニ半人格的性質ヲ認め此精神ニ基キ規定シタルモノナルコトヲ推知スルニ難カラス<sup>(120)</sup>」。すなわち、この文脈は、その実質的権利能力を会社設立手續の範囲内で認めようとの趣旨であると解される。

自然人は、死亡とともにその権利能力を喪失する。それまで当該権利主体に帰属していた権利義務は、法技術的には、原則的に相続という形式をもって別の法人格者に包括承継される。一方、法人にとって、自然人の死亡に相当するものは解散であるが、法人にあっては、解散と同時にその権利能力のすべてが失われるのではなく、清算手續が終了するまでは、きわめて限定的な範囲で権利能力の保持が許されている。会社法476条は、清算をする株式会社が「清算の目的の範囲内において」清算結了まで存続するものとみなす旨を規定し、清算会社の権利能力をこの狭い範囲に限って認めている。持分会社についても会社法645条に同様の規定があり、また一般法人法も同法207条に同様の規定を置いている。こう観察すれば、民法34条が活動中の法人の権利能力の範囲を規定したものであるのに対し、これらの法条は、清算法人の権利能力を規定したものであると、明快に整理できる。

---

(120) 同前39頁。

設立中の会社（設立中の一般法人も同様）の実質的権利能力の法理は、清算会社（清算法人）の権利能力の裏返しとして、まったく同一の法理によって説明することが可能である。すなわち、設立中の会社は、「設立の目的の範囲内において」、会社成立前に遡及してその実質的権利能力を保持していると解されるのである<sup>(121)</sup>。

#### 5-3-3-4. 発起人の権限

発起人は、設立中の会社の機関として、会社設立の目的の範囲内（すなわち、設立中の会社の実質的権利能力の範囲内）で包括的代表的権限を有する。繰り返して述べるように、この目的の範囲に属する行為によって生じた権利義務がまず実質的に設立中の会社に帰属し、会社が成立するや、会社の権利義務となるのである。したがって、発起人の機関権限に属する行為の範囲は、「設立の目的の範囲」をいかに解するかにかかっている。

「設立の目的の範囲」は、会社の形成・設立それ自体を目的とするものに限られると硬直的に解すべきではない。正確な意味での権利能力取得前であっても、これをやや柔軟に解し、会社の設立にとって、法律上・経済上必要な行為も、その目的の範囲内に含まれると解すべきであろう。設立中の会社を認める以上、その目的の範囲すなわち発起人の権限を、会社の形成・設立に必要なものに限られると解することは、その理由に乏しく狭きに失する<sup>(122)</sup>。

以上と異なり、いわゆる開業準備行為は、「設立の目的の範囲」を逸脱するものであるから、発起人の機関権限に属しないと解する。ただし、法定の要件を満たした財産引受け（会28②）のみが、例外的に設立中の会社の実質的権利能力の及ぶ範囲に含まれて、発起人の機関権限内の行為とされているので、会社成立とともに当然にその効果が会社に帰属することになる。実際上も開業準備行為は、成立後の会社の財産的基盤の安定にとってきわめて危険な行為で

---

(121) 同前参照。

(122) 北澤・注（1）前掲107頁。

あり、これを目的の範囲内に含めることは、設立に関して用意された会社法の厳格な規定の精神に反するといえよう。

最高裁は、発起人の機関権限につき、「商法168条1項6号〔現在の会社法28条2号〕の立法趣旨からすれば、会社設立自体に必要な行為のほかは、発起人において開業準備行為といえどもこれをなしえず、ただ原始定款に記載されその他厳重な法定要件を充たした財産引受のみが例外的に許されるものと解される」と判示している（最判昭和38年（1963年）12月24日民集17巻12号1744頁）。北澤正啓は、この判旨をもって、最高裁が先に述べた（本章5-3-2）第1説・第2説のいずれかを採るかについては、まだ明らかでない<sup>(123)</sup>と評価している。しかし、この判例が、発起人による開業準備行為をその機関権限外の行為であると解していることは明らかである。

#### 5-3-3-5. 発起人の権限外の開業準備行為の効果

開業準備行為は、法定の要件を満たした財産引受けを除き、設立中の会社の機関としての発起人の権限に属さず、たとい発起人が設立中の会社のためにこれをなしても、その効果は、設立中の会社に帰属するものでなく、また成立後の会社に帰属するものではない。それでは、成立後の会社がこれを追認してその効果を自己に帰属させることができるであろうか。

判例はこれを否定する。リーディングケースは、最高裁昭和28年（1953年）12月3日判決民集7巻12号1299頁である。定款に記載のない財産引受けの相手方が会社に対してその無効を主張した事件において、「商法168条1項6号〔会社法28条2号〕にいわゆる財産引受けは現物出資に関する規定をくぐる手段として利用せられる弊があったので、これを防ぐため現物出資と同様な厳重な規定を設け、公証人の認証を受けた定款にこれを記載しないと財産引受の効力を有しないものと定められたのである。従って単に財産引受は会社の保護規定であるから、会社側のみが無効を主張し得るということとはできない。この無効の

---

(123) 同前108頁。

主張は、無効の当然の結果として当該財産引受契約の何れの当事者も主張ができるものである」とし、「右の如く財産引受が定款上無効なる場合と雖も、会社成立後に新たに商法246条〔会社法467条1項5号、309条2項11号〕の特別決議の手續をふんで財産取得の契約を有効に結ぶことは可能であるが、原判決はかかる新たな売買契約の成立を認めていない。単に会社側だけで無効な財産引受契約を承認する特別決議をしても、所論のごとくこれによって瑕疵が治癒され無効な財産引受契約が有効となるものと認めることができない」と判示して、成立後の会社による追認を否定している。最高裁は、その後も、追認を否定する立場を踏襲している（最判昭和42年（1967年）9月26日民集21巻7号1870頁、最判昭和61年（1986年）9月11日判時1215号125頁）。学説上も、追認を否定する立場が従来の多数説であったと思われる<sup>(124)</sup>。

上に対し、徐々に支持を集めつつあるのが、会社による追認を認める立場である。この点につき、理論的に明快であるものは北澤正啓の説である。彼は、設立中の会社の実質的権利能力は、設立の目的によって制限されず、制限されるのは発起人の代表権限であるから、設立の目的の範囲外の行為は発起人の無権代理行為になると解するのである<sup>(125)</sup>。無権代理行為であるなら、成立後の会社による追認の余地が生じること、理論上当然である。彼のこの考え方は、明らかに先に述べた（本章5-3-3-2）川島武宜の代表権制限説の示唆を受けており、彼自身もそのことを認めている<sup>(126)</sup>。そのうえで彼は、成立後の会社による追認を許さず新規の契約を要求することによって得られるものは、会社の自由な判断すなわち会社の保護（会社の保護によって株主および会社債権者の利益もまもられる）ではなく、相手方の自由な判断すなわち相手方の保護にすぎないと説く<sup>(127)</sup>。すなわち、成立後の会社による追認を許さないとす

(124) 大隅=今井・注(3)前掲255頁脚注(2)、田中・注(102)前掲167-168頁、松田・注(103)前掲92頁など。

(125) 北澤・注(106)前掲13頁。

(126) 同前19頁脚注(3)参照。

(127) 北澤・注(1)前掲109頁。

れば、法定の要件を満たした財産引受け以外の開業準備行為をなした取引の相手方に契約からの離脱の自由が与えられるにすぎない結果になる。それゆえに、成立後の会社に民法113条以下の追認を認めようと構成するのである。上の見解に対しては、成立後の会社がその財産の取得を望む場合に相手方の同意を得て新規に契約をし直さなければならないとすればかえって会社の利益にならないし、相手方に取引の無効を主張することを認める理由もないと思われるとして、賛意が寄せられている<sup>(128)</sup>。一方で、追認は会社機関の判断のみによるのに対して、財産引受けは裁判所が選任する検査役の調査に服するのであるから、これを同列に論ずることはできないし、また追認は実際上とかく既成事実拘束されがちであるのに対し、新たな契約を締結する場合にはその虞れが少ないから、これまた同一視することはできないのではなかろうか<sup>(129)</sup>との慎重論も有力である。

設立中の会社の実質的権利能力の範囲を無制限に認めるのは、やはり疑問である。会社法が株式会社に厳格な設立規整を用いる趣旨は、発起人の権利濫用による設立後の会社債務負担の増大を防止することにあるのは明らかである<sup>(130)</sup>。そうであるとすれば、発起人の代表権を制限するよりも、直截に設立中の会社の権利能力の範囲を画する方が簡明である。

具体的な開業準備行為によっては、たとえば精密機器の製造・販売を目的とする設立中の会社が、その原材料となる入手困難なレア・メタル (rare metal) の供給契約を、発起人があらかじめ締結しておくことは、明らかに成立後の会社にとって望ましい行為である。しかし、あらゆる行為がそうであるとは限らないし、程度の差こそあれ、成立後の会社にとって危険な行為である要素を払拭しえない。

また、発起人が設立中の会社のためにした開業準備行為に係る契約につき、

---

(128) 鈴木＝竹内・注 (105) 前掲60頁脚注 (6)。

(129) 大隅＝今井・注 (3) 前掲255頁。

(130) 加美・注 (93) 前掲92頁参照。

多くの相手方は契約からの離脱を欲するであろうか。当該契約は、設立中の会社に対する関係では、目的の範囲外の行為であるから、発起人が無権代理人としての責任を負わないのは当然であるが、当該契約は形式上は発起人または発起人組合が当事者となって締結するものである。その実質的効果が設立中の会社に帰属しないのであれば、当該契約は、形式的にも実質的にも発起人または発起人組合との間で有効に成立しているのであり、発起人が相手方に対して契約責任を果たさなければならないというべきである。このような発起人の契約責任に会社法56条を類推適用することも考えられてよいと思う。相手方も、このような契約の締結に際し、契約時において会社が未だ成立していないことを知りまたは当然知りうべきものでありながら、あえてこのような契約を締結したのである。このような相手方は、契約の主体よりもむしろ契約の内容を重視するのが通常であろうから、契約の主体が誰であれ、契約が履行されることを望む場合が多いのではなかろうか。そうであるとすれば、特約によって契約解除権が留保されておれば尚更、そうでなくとも、現実には相手方から無効を主張されるケースは多くはあるまい。また、たとえば主体の誤認などによる錯誤無効の主張も容易に認められ難いであろう（民95ただし書）。仮に相手方が会社に対して無効を主張しても、発起人または発起人組合に対する関係では、その主張を制限すべきものと考ええる。

最高裁昭和42年（1967年）9月26日判決民集21巻7号1870頁は、定款に記載のない財産引受けに関し、「いわゆる財産引受けは、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特定の財産提供者（発起人でも差支えない。）から一定の財産を譲り受ける契約を指称するものであって、それは、設立中の会社の名において締結されるものであり、会社の成立を条件として契約上の権利義務が直接会社に帰属することを内容とする契約である。したがって、当事者間に特約の存する場合、民法117条の類推適用により発起人が履行の責に任ずべき場合等の特別の事情の認められないかぎり、原始定款の記載等の法定の要件を充たさないため成立後の会社に対し効力を有しない財産引受けに基づき、

発起人、あるいは、発起人組合が、当然に、財産引受の契約上の権利…を取得し、義務…を負うにいたることはないものと解するのが相当である」というが、このような見解は疑問である。まず、この判例は、発起人の履行責任が民法117条の類推適用によって認められる余地があることを示唆しているが、これは、先のリーディングケースたる最高裁昭和28年（1953年）判決と明らかに論理的に矛盾している。昭和28年判決は、発起人の開業準備行為が機関権限外の行為であって無効であるから追認の余地はないと判示しているのである。したがって、論理的には、発起人の責任に無権代理人のそれを類推適用することはできないはずである。無権代理人としての責任を発起人に認めるのであれば、その行為を追認できないのはおかしいということになるからである。同様のことは、最高裁昭和33年（1958年）10月24日判決民集12巻14号3228頁についても言える。この判決は、発起人が、将来成立すべき会社の宣伝のために、代表取締役の肩書きを用いて野球団との間で締結した野球試合実施契約に基づく報酬金、費用などの支払いにつき発起人の責任を認め、「本件契約は、会社の設立に関する行為といえないから、その効果は、設立後の会社に当然帰属すべきいわれはなく、結局、右契約は上告人〔代表取締役と称した発起人〕が無権代理人としてなした行為に類似するものであるというべきである。尤も、民法117条は、元来は実在する他人の代理人として契約した場合の規定であって、本件の如く未だ存在しない会社の代表者として契約した上告人は、本来の無権代理人には当たらないけれども、同条はもっぱら、代理人であると信じてこれと契約した相手方を保護する趣旨に出たものであるから、これと類似の関係にある本件契約についても、同条の類推適用により、前記会社の代表者として契約した上告人がその責に任ずべきものと解するを相当とする」と判示している。繰り返し述べるように、昭和28年（1953年）判決を前提とする限り、発起人の行為に民法117条を類推適用するのは、論理的に破綻を来たすものである。それゆえ、昭和28年判決と矛盾しない構成は、発起人が、形式上も実質上も契約当事者として履行責任を負うというものでしかありえない。最高裁昭和35年（1960

年) 12月9日判決民集14卷13号2994頁は、7名の発起人中、過半数に当たる4名の発起人が、会社名義を用いて設立中の会社の事業目的行為たる石炭販売に係る取引を行った事案につき、この取引を発起人組合のなした営業行為と解し、発起人全員に取引上の責任を認めているが、開業準備行為にあっても、このような構成こそ正当であると考える。

発起人が成立後の会社のためにする開業準備行為は勿論、事業目的行為も当然に、成立後の会社においてこれを追認する余地はない。しかし、成立後の会社の業務執行機関が、かかる行為中、会社にとって有益であると判断したものについては、新たに契約を締結し直してもよいし、そうしなくても、その契約上の地位を、債権譲受け・債務引受けにより、発起人または発起人組合から承継すればよい。これにより、追認と同様の結果を得ることができる。ただ、このような債権譲受け・債務引受けをなすには、成立後の会社が新たに当該準備行為・事業目的行為をなす場合に要求される要件を満たさなければならず、たとえば会社法362条4項1号2号該当行為には原則として取締役会の決定を要するし、財産引受けの潜脱を防止するための事後設立に関する規定(会467 I ⑤)や、他の会社の事業の全部の譲受けに関する規定(会467 I ③)により、株主総会の特別決議を要するものもある(会309 II ⑪)。

なお、最高裁昭和61年(1986年)9月11日判決判時1215号125頁は、他の会社の事業の重要な一部の譲受けを目的とする財産引受けに関し、成立後の会社による追認を否定しつつ、「被上告会社〔譲渡会社〕は本件営業譲渡契約に基づく債務をすべて履行済みであり、他方上告会社〔譲受会社〕は右の履行について苦情を申し出たことがなく、また、上告会社は、本件営業譲渡契約が有効であることを前提に、被上告会社に対し本件営業譲渡契約に基づく自己の債務を承認し、その履行として譲渡代金の一部を弁済し、かつ、譲り受けた製品・原材料等を販売又は消費し、しかも、上告会社は、原始定款に所定事項の記載がないことを理由とする無効事由については契約後9年…を経て、初めて主張するに至ったものであり、両会社の株主・債権者等の利害関係人が右の理由に

基づき本件営業譲渡契約が無効であるなどとして問題にしたことは全くなかった」という事実関係のもとでは、譲受会社が本件営業譲渡契約について、当時の商法168条1項6号（現在の会社法28条2号）違反を理由にその無効を主張することは信義則に反し許されないとしている。このような、きわめて特異な事案においては、信義則を用いて解決することもやむを得まい。

#### 5-3-4. 設立費用の負担

会社の設立中に発起人が負担した会社設立に必要な取引行為に基づく債務は、上に述べたように、発起人の機関権限内の行為ゆえに、実質的に設立中の会社に帰属することとなる。したがって、会社設立の当時発起人が未だその債務を履行していないときは、当該債務は当然に成立後の会社に帰属する。会社がこの債務を弁済したときは、会社は、定款に設立費用として記載・記録がないかまたは記載・記録額を超え、もしくは検査を通らなかった額については、発起人からこれを求償することができる<sup>(131)</sup>。この考え方が妥当である。そうであるとすれば、発起人の無資力の危険は会社が負担することになるが、これはやむを得まい。

なお、発起人の機関権限を会社の形成・設立それ自体を目的とする行為に限る（本章5-3-2の第1説）との立場を採れば、それ以外の設立費用の債務は、第三者に対する関係においては、会社の成立の前後を問わず常に発起人が負担すべきものであるが、発起人が債務を履行した場合には、設立費用のうち、定款に記載・記録され、かつ検査役の調査を通った限度において、発起人が会社に求償できるにすぎないと構成されることになる<sup>(132)</sup>。

#### 5-3-5. 発起人の開業準備行為の商行為性

通説によれば、営利法人たる会社は生まれながらの商人であって商人資格を

---

(131) 北澤・注（1）前掲106-107頁、大隅＝今井・注（3）前掲206頁。

(132) 加美・注（93）前掲99-100頁、田中（誠）・注（102）前掲192頁。

離れて存在することはできず、その存在する間、すなわち成立の時から清算終了の時まで商人資格を有する。設立登記前には法人格を有しないから商人資格を取得しえず、設立登記前の設立手続中になされる開業準備行為が附屬的商行為に該当する余地はないと説かれる<sup>(133)</sup>。

これに対し、服部栄三は、設立中の会社を認めるならば、たとえそれが権利能力のない社団または組合として法人格を有しないとしても、契約的組合企業の場合と同様に、設立中の会社の成立時点で会社企業は成立すると認められ、開業準備行為もまた附屬的商行為性を有することとなると説く<sup>(134)</sup>。平出慶道もまた、会社の成立前であっても、設立中の会社には成立後の会社と同様に商人資格が認められ、それが営業のためにする開業準備行為のみならず、これが会社として成立するためになす取引行為（発起人が会社の設立のために設立中の会社の名において行う取引行為）も、商人が営業のためにする行為に当たるものと解すべきであろうと説いている<sup>(135)</sup>。

繰り返し述べるように、ある団体が法人格を有するか否かという問題と、その団体に商人資格が認められるか否かという問題とは、必ずしも直結しないのではないかというのが本稿の基本的立場である。洲崎博史は、権利義務の帰属主体となりえないものについて商行為法の適用の有無を論ずることに実益があるかどうかは疑わしいとしつつも、発起人の行為のうち、成立後の会社に効果が帰属するものについては、会社の事業のために行われた行為とみて商行為性を認めることができると述べている<sup>(136)</sup>。結論としてはこの立場を支持したいが、ここで認められる商行為性は、事業としてする行為ではなく、あくまでも事業のためにする行為としての商行為性すなわち附屬的商行為性に他ならないのであるから、その前提としての商人資格を認めることに実益がないとは言え

---

(133) 森本滋編『商法総則講義（第3版）』（成文堂・2007年）42頁〔洲崎博史〕。

(134) 服部栄三『商法総則（第3版）』（青林書院・1983年）265頁。

(135) 平出慶道『商行為法（第2版）』（青林書院・1989年）77頁。

(136) 森本編・注（133）前掲42頁脚注（10）〔洲崎博史〕。

ないのではなからうか。

これによれば、法定の要件を満たした財産引受けはもとより、会社設立のために法律上・経済上必要な行為については、商行為性を認めてよい。このような行為から生じた債権・債務は、当初から当然に商行為たる性質を有しているのであるから、成立後の会社に承継されてなお当然に商法の規定が適用される。

商行為性が肯定される発起人の行為は、発起人が設立中に会社の機関として行った行為であって、当然にその機関権限内の行為に限られる。これは、設立中の会社の実質的権利能力の範囲内の行為に一致する。よって、たとえ発起人が設立中の会社のために開業準備行為あるいは事業行為そのものを行ったとしても、これらの行為は設立中の会社に対する関係では無効であって、結局は形式的にも実質的にも発起人または発起人組合との間の行為となる。発起人自身が商人資格を取得することはないから、これらの行為に附属的商行為性は認められない。発起人のなす開業準備行為の多くは、繰り返し述べるように、取引の相手方も未だ会社が成立していないことを承知のうえで、双方が将来の取引先の確保・流通経路の確保などの先行投資的意味合いの強い合理的思惑でなされるのが通常であろうから、当事者は、かかる行為の規整を一般法に委ねることを甘受するものも覚悟しているであろう。したがって、取引の当事者が、自己に有利な商法の規定の適用を欲するのであれば、適用を欲する側が、当該行為が設立中の会社の実質的権利能力内の行為であることを立証すべきものと考えらる。

## 6. 設立関与者の責任

### 6-1. 諸言

当初の会社の設立が杜撰ずさんであれば、会社債権者、株主等に禍根かこんを残すことになりかねない。それゆえ会社法は、発起人をはじめとする設立関与者に対し、刑事罰・過料による制裁と重い民事責任を課すことにより、健全な会社の設立

を期するとともに関係者を保護している。

## 6-2. 財産価額填補責任

現物出資・財産引受けの目的財産の会社の成立時における価額が定款に定めた価額に著しく不足するときは、発起人および設立時取締役は、会社に対し連帯して、当該不足額を支払う義務を負う（会52Ⅰ）。ただし、①その財産が検査役による調査を経ておれば（会33Ⅱ参照）、現物出資者または財産の譲受人を除く発起人および設立時取締役は、この責任を負わない（会52Ⅱ①）。加えて、②発起設立の場合には、現物出資者または財産の譲受人を除く発起人および設立時取締役は、その職務を行うにつき注意を怠らなかったことを証明すれば、この責任を負わない（会52Ⅱ②）。これに対し、募集設立の場合には、会社法103条1項が、上記②の適用を排除しており、発起人および設立時取締役の責任が無過失責任とされている。募集設立の場合には、発起人以外にも設立時募集株式の引受人もまた設立時株主となるから、これら引受人の保護のために、発起人等の責任を厳重にしたのである<sup>(137)</sup>。

上の責任は、平成2年（1990年）改正時に定められたものである。これ以前は、あらゆる現物出資・財産引受けについて裁判所の選任する検査役の調査を必要としたので、このような填補責任を負う者を設ける必要がなかったが、同年改正により、現物出資・財産引受けに関する検査役の調査につき、少額免除および有価証券・不動産に関する免除が認められ（同年改正後商173Ⅱ・Ⅲ、181Ⅱ）、これにともない、上の填補責任が認められた<sup>(138)</sup>（同年改正後商192ノ2Ⅰ参照）。しかし、会社法制定前のこの責任は、資本充実の要請から法が認めた無過失責任であった。会社法制定にあたり、無過失責任が過酷であるとの批判を勸案して、発起設立についてのみ過失責任に改められたのである<sup>(139)</sup>。

この責任の追及について株主代表訴訟が認められている（会847Ⅰ）ことと

---

(137) 前田・注（5）前掲80頁参照。

(138) 北澤・注（1）前掲119頁参照。

(139) 江頭・注（2）前掲107—108頁脚注（1）参照。

の関係から、総株主の同意がなければ、この責任を免除することができない(会55)。

現物出資・財産引受けに関する事項が相当であることを証明または鑑定評価した弁護士や不動産鑑定士もまた、発起人および設立時取締役と連帯して、財産価額填補責任を負う(会52Ⅲ本文)。ただし、証明・鑑定に当たった者が、これらをなすにつき注意を怠らなかつたことを立証すれば免責される(会52Ⅲただし書)。

### 6-3. 損害賠償責任

#### 6-3-1. 会社に対する責任

発起人、設立時取締役または設立時監査役が、会社の設立についてその任務を怠ったときは、会社に対し、連帯して、これによって生じた損害を賠償する責任を負う(会53Ⅰ、54)。明治44年(1911年)改正時に設けられた規定を受け継ぐものである(同年改正後商142ノ2Ⅰ、昭和13年(1938年)改正後商193Ⅰ)。

発起人は、設立中の会社の機関であるから、善良な管理者の注意をもって設立に関する任務を行うべきであって(民644)、これを怠って会社に損害を生じせしめた場合に債務不履行責任を負うのは当然のことである。損害賠償責任の一般原則上、発起人に故意・過失があることを要する<sup>(140)</sup>。発起人の任務は、会社法上明文で定められたもの(たとえば、会26Ⅰ、33Ⅰ、65Ⅰなど)に限らず、設立に必要な一切の行為に及ぶ<sup>(141)</sup>。発起人のある者が設立事務の一切を他に一任したまま、その者の不正行為を看過した場合に、一任した発起人に任務懈怠を認めた判例がある(大判昭和16年(1941年)6月7日判決全集8輯21号9頁)。設立時取締役・設立時監査役は、設立に関する監督機関であるから、その任務を怠って会社に損害を生じせしめた場合には、発起人と同様に、会社

---

(140) 青竹・注(13)前掲71頁。

(141) 北澤・注(1)前掲120頁。

に対し連帯して責任を負わなければならない。

発起人等の会社に対する損害賠償の責任は、総株主の同意がなければ免除することができず、その追及については株主の代表訴訟が認められている(会55、847)。この責任は、会社の設立が無効となっても免れるものではない。

### 6-3-2. 第三者に対する責任

発起人、設立時取締役または設立時監査役が、その職務を行うについて悪意または重大な過失により、会社以外の第三者に損害を生じせしめたときは、当該第三者に対しても連帯して損害賠償の責めに任ずる(会53Ⅱ)。この責任も明治44年(1911年)改正時に設けられた規定を受け継ぐものである(同年改正後商142ノ2Ⅱ、昭和13年(1938年)改正後商193Ⅱ)。発起人・設立時取締役・設立時監査役が、会社の機関として、会社に対し上述の損害賠償責任を負うのは当然であるが、第三者に対しては、本来、一般の不法行為責任以外に損害賠償責任を負うことはないはずである。しかし、会社法はとくに規定を設けて、発起人等に第三者に対する損害賠償責任を課した。この責任は、成立後の会社における役員等の第三者に対する責任(会429Ⅰ)と同様の性質の責任と解される。この責任の詳細については、後に考究する(第3帖を予定)。

この責任を生じる損害の具体例としては、①払込未済の設立時発行株式があるのに発起人が悪意・重過失で会社を成立させ、設立無効となった場合に生ずる会社債権者の損害(大判昭和8年(1933年)5月22日民集12巻1230頁)、②目論見書・設立時募集株式の引受けの申込みをしようとする者に対する通知(会59Ⅰ)等の内容に虚偽があるのを知らずに設立時募集株式の申込みをした設立時株主の損害(大判昭和8年12月28日民集12巻2978頁)、が挙げられている<sup>(142)</sup>。上の例から分かるように、判例上、損害賠償を請求する第三者は、広く会社以外の者を指し、株式申込人ないし株主を含むと解され、この責任は会社の設立が無効となっても免れるものではないと解されている。

---

(142) 江頭・注(2)前掲110頁。

#### 6-4. 擬似発起人の責任

すでに述べたように（本章4-1-1-1）、発起人はまったくの形式的概念であって、発起人として定款に署名・記名押印またはこれらに代わる措置として電子署名をした者である（会26）。定款に署名等をしていない者は発起人ではない。しかし、発起人でなくとも、募集設立において、募集の広告その他当該募集に関する書面または電磁的記録に自己の氏名・名称および会社の設立を賛助する旨を記載・記録することを承諾した者は、発起人とみなされて、会社法52条ないし56条、同103条1項の適用を受ける（会103Ⅱ）。すなわち、発起人と同一の責任規定が適用され、これと同様の責任を負う。これを「擬似発起人の責任」という。昭和13年（1938年）改正時に規定されたものである（同年改正後商198）。

この責任は、設立賛助者の発起人らしい外観に信頼する者を保護するためのものであり、

その基礎は、禁反言ないし外観理論にある<sup>(143)</sup>。青竹正一は、書面・電磁的記録以外の公衆に広く提供される媒体への同様の表示にも、擬似発起人の責任に関する規定を類推適用すべきであると主張している<sup>(144)</sup>。かかる類推適用を認めるのであれば、ある程度の期間、反覆継続して当該媒体へ露出されることが必要であろう。

会社法制定前には、擬似発起人が発起人としての任務を有しないことを理由に、任務懈怠による会社および第三者に対する損害賠償責任を負わないと解する立場が支配的であった。<sup>(145)</sup>しかし、会社法103条2項は、明確に擬似発起人に同53条に基づく責任規定の適用があることを認めている。擬似発起人の責任のうち最も重要なものは、募集文書の虚偽記載等により設立時募集株

---

(143) 北澤・注（1）前掲124頁。

(144) 青竹・注（13）前掲73頁。

(145) 北澤・注（1）前掲124頁、大隅＝今井・注（3）前掲285頁、鈴木＝竹内・注（105）前掲81頁。

式の引受人を欺罔した責任のはずであるし<sup>(146)</sup>、設立賛助者の発起人らしい外観を信頼した者を保護するという趣旨からすると、第三者との関係では、擬似発起人も発起人と同一に扱われても不合理とはいえないので<sup>(147)</sup>、会社法は、擬似発起人といえど、職務権限がないことを理由に、会社および第三者に対する損害賠償責任を免れえないことを明らかにしたのであろう。

#### 6-5. 補遺

平成17年(2005年)会社法制定前の商法192条は、①会社の設立に際して発行する株式で会社の成立後に未だ引受けのないものがあるとき、または株式の申込みが取り消されたとき(制限行為能力者であることまたは詐害行為を理由とする取消し)は、発起人および会社成立当時の取締役が共同してこれを引き受けたものとみなし、②会社の成立後に払込みまたは現物出資の給付の未済の株式があるときは、発起人および会社成立当時の取締役が連帯してその払込みをなしたまたは給付未済財産の価額の支払いをなす義務を規定していた。上のうち①を発起人・取締役の引受担保責任、②を発起人・取締役の払込み・給付担保責任と称していた。

これらの責任は、先に述べた財産価額填補責任(本章6-2)と共に、発起人等の資本充実責任の一環をなす無過失責任であった。しかし、会社法の下では、設立に際しての出資の引受け、払込みまたは給付のない株式を設立前にすべて失権せしめて(会36Ⅲ、63Ⅲ)、設立の際にも打切発行を認めたため、この責任に関する規定は削除された。もっとも、前田庸(1931~ )によれば、設立時株式の払込み、現物出資の払込みがなされなかった場合には、発起人は設立事務の執行者として、設立時取締役および設立時監査役はその監督者として、出資の履行が完了していることについて調査する義務を負っているから(会46Ⅰ③、93Ⅰ③)、この任務を怠った場合に責任を負わされる可能性が大きい

---

(146) 江頭・注(2)前掲111頁脚注(1)。

(147) 青竹・注(13)前掲73頁。

と考えられるので（会53 I、54）、会社法の下でも、これらの者の責任につき実質的に著しい差異が生じたとはいえないと考えられるとしている<sup>(148)</sup>。

## 7. 会社の不成立および設立無効の訴え

### 7-1. 会社の不成立

会社の不成立とは、会社の設立手続に着手したものの、設立手続が途中で挫折し、設立の登記によって会社の成立に至らないことが確定したことである。すなわち、会社が法律上は勿論のこと、事実上も、存在するに至らなかった場合である。会社の流産とでも譬えられよう。

会社法56条は、「株式会社が成立しなかったときは、発起人は、連帯して、株式会社の設立に関してした行為についてその責任を負い、株式会社の設立に関して支出した費用を負担する。」と規定している。明治44年（1911年）改正時に設けられて以来（同年改正後商142ノ3）の会社法制定前の商法194条を引き継いだ規定である。多数説は、本条の趣旨につき、設立中の会社の概念を法律的に意味のあるものと捉えて、およそ以下のように説く。すなわち、会社不成立の場合には、目的の達成不能によって設立中の会社が解散し、本来であれば清算をなすべきであるところ（したがって、株式引受人も設立中の会社の構成員として、団体の債務を弁済した残額についてのみ払込金の返還を請求するはずであるところ）、法が株式引受人の保護のために、これを政策的に第三者的に扱うこととし、設立中の会社の機関たる発起人のみに全責任を負わしめたものである<sup>(149)</sup>。

北澤正啓は、基本的に多数説に賛同しつつ、同条の趣旨を株式引受人および設立中の会社の取引上の債権者の両者を保護するものと捉え、その法構造を理

---

(148) 前田・注（５）前掲81—82頁。

(149) 田邊光政『新訂会社法要説』（税務経理協会・2006年）52頁、弥永真生『リーガルマインド会社法（第12版）』（有斐閣・2009年）270頁、大隅＝今井・注（３）前掲279—280頁、鈴木＝竹内・注（105）前掲88頁脚注（２）。

論的に説明している。すなわち、会社が不成立となれば、設立中の会社は、目的の到達不能によって解散し清算され、清算段階にある団体が、発起人が設立中の会社の名においてした会社の設立に必要な取引行為に基づく債務を負担する。しかも、株式申込人の株式引受契約は、発起人の株式引受けと異なり、会社の不成立を遡及的解除条件とする契約と解すべきであり、したがって、上の清算段階にある団体は、株式引受人に対する原状回復義務として、申込証拠金・払込金の返還義務を負担しなければならない。そして、上の規定は、清算段階にある団体と並んで、発起人全員に、発起人が設立中の会社の名において会社の設立に関してなした行為、すなわち、上の株式引受契約と設立に必要な取引行為につき、連帯の個人責任を負担させ、これらの行為の相手方の保護をはかったのである<sup>(150)</sup>。同条の趣旨をこのように解することが、設立中の会社に関する理論を整合的に貫くとともに、その結論においても妥当であると思われる。

結局、会社不成立の場合には、発起人が全責任を負い、株式引受人に負担を課することはできない。なお、会社の設立に関してなした行為には、株式の募集、株金の払込受領などのような会社設立行為自体に属するもの、および設立に必要な行為、たとえば設立事務所の賃借、事務員の雇用、株式募集広告の委託のようなものが含まれる。発起人が設立に関して必要な行為に要する費用を他から借り受けるような行為は会社の設立に関してなした行為とはいえないとする判例があるが（大判昭和14年（1939年）4月19日民集18巻472頁）、このような借入行為だけを、設立に必要なその他の取引行為と区別する理由はない<sup>(151)</sup>。

会社法56条所掲の責任は、先に述べたように（本章6-4）、擬似発起人にも課せられる（会103Ⅱ）。

## 7-2. 設立の無効

---

(150) 北澤・注（1）前掲123頁。

(151) 北澤・同前124頁参照、青竹・注（13）前掲73頁参照。

### 7-2-1. 意義

株式会社が設立の登記によって成立しても、種々の原因によってこれが無効となることがある。しかし、無効の一般原則によって設立の無効を処理するとすれば、主張の方法、相手方、時期等に制限がないことになり、会社が一応外観上成立して、社会的に活動しているという状況が覆されてしまい、妥当でない。そこで会社法は、「設立無効の訴え」という制度を設けて、設立無効の主張を可及的に制限するとともに、設立が無効となる場合にも、その無効を画一的に確定し、かつ無効の遡及効を否定するといった措置を講ずることとした。

### 7-2-2. 無効原因

会社法は、設立無効の原因につきとくに規定していない。そこで、一般的には会社の設立が公序良俗もしくは法の強行規定または株式会社の本質に反する場合において、その設立の無効を生ずるといふ他ない<sup>(152)</sup>。換言すれば、会社法が定める設立の準則の趣旨と、会社の成立による法律関係によって判断する他ない<sup>(153)</sup>。

具体的には、定款の絶対的記載・記録事項の欠缺やこれに違法な記載・記録があること、定款の認証がないこと、発起人全員の同意による設立時株式に関する事項の決定がないこと、出資された財産価額が定款に定める出資額を満たさないこと、創立総会が適法に開催されていないこと、設立登記が無効であることなどが挙げられる。これらはいずれも客観的な無効原因である。

これに対し、株式会社では株主の個性が重視されないため、個々の株式引受けが無効（たとえば意思無能力を理由に）であっても、あるいは取り消されても（たとえば詐欺行為を理由に）、その者が会社に参加しないだけであって、それが直ちに設立の無効原因となるものではない。すなわち、株式会社においては、設立の主観的無効原因というものがなく、また設立の取消しも問題とな

(152) 大隅=今井・注(3)前掲287頁。

(153) 青竹・注(13)前掲74頁。

らない（会社の設立自体がこれに参加した者の人的理由により影響を受けることがない）。

### 7-2-3. 設立無効の訴え

設立の無効は、会社成立の日から2年以内に、訴えの方法によってのみ主張できる（会828 I ①）。すなわち、会社を被告として（会834①）、訴えを提起する方法によってのみなしうるのであり、無効判決前に他の訴訟の攻撃・防禦方法として主張することは許されない。

訴えを提起できる者は、株主、取締役、清算人のほか、監査役設置会社にあつては監査役が、委員会設置会社にあつては執行役が、これに加えられるが、これらの者に限られる（会828 II ①）。この訴えを提起する株主は、会社の成立の当時株主であった必要はなく、会社の成立後に株式を譲り受けた株主でもよい。訴えの提起の時から訴訟中を通じて株主たる資格を有していなければならない。

設立無効の訴えは、会社の本店所在地の地方裁判所の管轄に専属する（会835 I）。数個の訴えが同時に繫属するときは、その弁論および裁判を併合しなければならない（会837）。画一的な確定への配慮である。

株主（当該株主が取締役・監査役・執行役・清算人であるときを除く）が訴えを提起した場合に、被告たる会社が訴えの当該提起を悪意によるものであることを疎明したときは、裁判所は、被告の申立てにより、相当の担保を立てるべきことを命ずることができる（会836 I・Ⅲ）。

### 7-2-4. 判決の効力

設立無効の訴えで原告が勝訴し、設立を無効とする判決が確定した場合には、その判決は、訴訟当事者以外の第三者に対しても効力が及び（対世的効力）、何人もこれを争うことができなくなる（会838）。会社を中心とする多数の法律関係（会社と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

に基づくものである。設立無効の判決が確定すると、裁判所書記官は、職権で、遅滞なく、会社の本店の所在地を管轄する登記所にその登記を嘱託しなければならない（会937 I ①イ）。

設立を無効とする判決があっても、その判決は、設立を無効とされた会社、その株主および第三者との間に生じた既往の法律関係には影響を及ぼさず（遡及効の否定）、会社の存在は将来に向かって否定されることになる（会839）。この結果、当該会社は第三者に対する既往の権利義務を有することは勿論、不法行為や不当利得に基づく義務をも負担する。株主の会社に対する既往の権利も会社が有効に成立した場合と同様に認められる。発起人・設立時取締役等の会社および第三者に対する責任（会53）なども消滅することがない。ここにいわゆる「事実上の会社」が認められる。

設立無効の判決が確定した会社は、将来に向けて、その存在を否定する必要がある。しかし、会社を一挙に消滅させることはできないから、会社法は、このような会社につき、有効に成立した会社が解散した場合に準じて清算を行うべきものとした（会475②）。

原告が敗訴した場合には、判決の効力は、一般原則により、当事者間にのみ生ずる（民訴115 I）。したがって、提訴期間内であれば、他の提訴権者がなおこの訴えを提起することも可能である。なお、敗訴した原告において悪意または重過失があったときは、会社に対して連帯して損害賠償責任を負う（会846）。

### 7-3. 会社の不存在

会社の不存在とは、たとえば会社名義で事業を営むために設立の登記を経たにとどまり、株式の払込みは勿論、創立総会の開催も、取締役・監査役の選任もなく、まったく会社の設立手続を欠いている場合をいう（大判昭和10年（1935年）11月16日判決全集2輯1262頁）。このような場合には設立無効の訴えによらず、一般原則により、誰が何時どのような方法によっても、その不存在を主張することができ、必要があれば、会社不存在確認の訴えを提起することもで

する (154)。

---

(154) 北澤・注(1)前掲131頁。