慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	発起人の法律上の地位
Sub Title	Legal position of promoters
Author	高鳥, 正夫 (Takatori, Masao)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1965
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.38, No.12 (1965. 12) ,p.9- 43
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	西本辰之助先生八十歳祝賀論文集
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19651215-0009

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

発起人の法律上の地位

高鳥正夫

一　はしがき
二　発起人の地位に関する田中博士の見解と西本先生の所説
(1)　田中博士の見解
(2)　西本先生の所説
三　西本先生の提示された考え方と学説のその後の展開
(1)　株式会社の設立関係と発起人及び株式引受人の地位
(2)　設立費用は対外的には何人が負担するか
(3)　発起人は開業準備行為をなしうるか
(4)　会社不成立の場合と発起人の責任
四　むすび

一　はしがき

西本辰之助先生が「株式会社発起人論」を公刊されてから既に四〇年の年月が経過した。先生が現在もお元気で、この著書のなかで初めて指摘された問題、あるいはそれまでの学説を更に深められた点などが、その後多くの学者によって引用さ

れ、また、新しい発展の方向へと進められていることを御承知になれることは、先生から直接お教えを受けた私共としてもこの上もない喜びである。「株式会社発起人論」は発起人の意義、資格の検討から始まつて、株式会社の設立手続を詳細に考察され、最後に発起人の責任、発起人の地位を論ぜられたきわめて広範囲に及ぶものであるが、本稿ではそのうちの発起人の法律上の地位に関する部分を中心に、西本学説を紹介しその学説史上の位置を明らかにしたいと考える。(1)

本稿が会社設立をめぐる諸問題のうち特に発起人の法律上の地位の問題を選んだのは、次のような理由によるものである。すなわち、大陸法系に属するわが国の会社法においては、株式会社の設立に当つては発起人による定款作成、株式発行事項の決定のほか、発起人の株式引受、株主の募集すなわち株式の申込と割当、払込など一連の手続を必要とする。また、これらの複雑な手続を行うためには、たとえば設立事務所を賃借し事務員を雇入れ、その他各種の書類の印刷を委託することも少なくない。会社の設立段階で発起人がなす前述した各種の行為は、成立後の会社にいかなる効果を生ずるかということは、会社設立をめぐる最も中心的な課題であるというのが第一の理由である。次に、この会社設立中の法律関係を説明するために、設立登記前のいわば未完成の会社を設立中の会社と呼び、これを成立後の会社のいわば前身と解して、両者が実質的には同一のものであることを前提として問題を解決するのが近時の通説である。これに対して西本学説の特色は、通説の主張するいわゆる設立中の会社を認めず、設立段階における各種の行為を何よりも発起人を中心に理解しようとする。西本先生の「株式会社発起人論」が発表されてからも、設立中の会社を更に徹底しようとする考え方が現われた反面、通説の行過ぎを批判して個々の点では西本説に同調するものも見受けられるなど、今日でもなお西本説は重要性を失つていないというのが、本稿が発起人の法律上の地位の問題をとりあげた第二の理由である。

(1) 西本先生が「株式会社発起人論」を公刊されたのは大正一五年五月であるが、この著書の基礎となつた同名の論文を慶應義塾大学三田学会雑誌一四巻九―一二号及び本誌一巻四号に発表されたのは大正九年から一一年にかけてであつて、その意味では既に四〇年以上を経過している

ことになる。

二　発起人の地位に関する田中博士の見解と西本先生の所説

発起人の法律上の地位を明らかにするということは、主として発起人が会社設立中になした各種の行為が、いかにして成立後の会社に帰属するかという関係を説明するためであるが、この関係を説明するに当つて、いわゆる設立中の会社を認める通説的理解とそうでない立場とが区別される。西本先生が「株式会社発起人論」を執筆された当時においては、既に田中耕太郎博士の「合名会社社員責任論」が発表されており、そこに掲載された「発起人責任論」の論文で、わが国でも設立中の会社を認めて設立関係を説明しようとする説が唱えられていた。[1] そこで西本先生の著書の中にも田中博士の立場を批判する箇所が相当見受けられるから、それまで発起人の地位に関して行われていたいわゆる個人法的立場に立つ諸説[2]を超えて、[3] 新たに多数の学者の支持をえてきた田中博士の立場と、[4] これを鋭く批判する西本説とを対比することが、西本先生の考え方を一層明瞭にするものと思われる。そこで、両者の議論を整理しながらこれを比較してみよう。

(1)　田中博士の見解

まず、近時の通説となつた設立中の会社を認める立場をわが国で初めて主張された田中博士によると、株式会社の設立においては、定款作成に始まり設立登記に至るかなり長い設立経過をもつが、この設立経過を発展的にとらえれば、会社はその成立前に一種の前生（Vorleben）の時代をもつということができる。これがすなわち設立中の会社（werdende od. entstehende Gesellschaft）である。この設立中の会社は既に設立以前において社団的構成を有し、そこには株主に比すべき株式引受人があり、執行機関である発起人、株主総会に相当しこれに関する規定の一部が準用される創立総会、監督機関としての取締役、

監査役などの機関が備わつている。その意味では設立中の会社は成立後の会社の構成員と機関に相当するものを既に有している。従つて、設立中の会社と成立後の会社とは、その法人格の有無を超えて実質的には同一のものであるとする。また、設立中の会社を認める実定法上の根拠として、商法一九二条（昭一三改正前商一三六参照）に規定される発起人の補充的引受と払込の責任とは、設立中から潜在的に存在していたものと認められるし、一九三条一項（昭一三改正前商一四二ノ二Ⅰも同じ）の発起人に対する会社の損害賠償請求権のようなものも、会社の前生時代からこれに属していたものと認めるのほかないとされる。[5][6]

前述したように、発起人は設立中の会社の執行機関であつて、このことは取締役、監査役の選任後も変りはないが、[7]この発起人のなした行為の効果の帰属関係について田中博士は次のように説明される。すなわち、組合と社団とは根本的にその性質を異にするとの前提に立つて、設立中の会社は社団法人としての性質を有する株式会社の前身であり、[8]設立経過の時期に従つて差はあるが社団的性質を有するものであり、ただ形式的に権利能力を認めることはできないから、それは権利能力なき社団にほかならない。従つて、設立中の会社の執行機関たる発起人がなした会社設立のために必要な行為の効果は、実質的には設立中の会社に帰属するが形式的には発起人がその主体となり、会社成立と共に実質的のみならず形式的にも当然に会社に帰属する。その間には特別の移転行為も権利義務の承継もなく、同一主体への帰属の仕方が変化するのみであると説明するが、このために右のような立場はまた同一性説（Identitätstheorie）とも呼ばれる。[9][10]

次に発起人のなしうる行為の範囲については、発起人は会社の設立にとつて法律上、経済上必要な一切の行為をなしうるものとする。従つて法律の明文の予定したもののほか、発起設立の場合には払込まれた金銭を受領して銀行に預金し、給付された現物出資の管理、保存に必要な行為をなし、更に設立事務所を賃借し事務員を雇入れ、定款、株式申込証、目論見書などの印刷を委託することも、いずれも設立の目的の範囲内の行為として、発起人の権限に属するものと解される。[11][12]問題になるのは、発起人が会社の設立にとつて必要な行為をなして債務を負担した場合、その設立費用債務が対外的にいかなる負

担関係を生ずるかという点である。この点に関する田中博士あるいは多数説の見解は、西本先生の「株式会社発起人論」が発表された当時においては必ずしも明らかでなかつたが、その後、昭和初期における判例[13]とこれに従う多数説をみると、会社の負担に帰すべき設立費用に関する法条を第三者に対する関係でも意味あるものとし、定款に記載されかつ承認された部分については会社が負担し、それ以外の分については発起人が対外的に負担すると解してきている。

いわゆる開業準備行為その他会社の設立に必要でない行為、たとえば将来設立さるべき会社のために商品を買入れ店舗を借入れるなどの行為は、設立中の会社の機関としての発起人の権限に属さず、従つて発起人が会社のためにかかる行為をなしても、会社についてその効力を生じない。けれども、この場合には無権代理人の責任に関する民法一一七条の規定を適用し、発起人は相手方の選択に従いこれに対して履行または損害賠償の責に任じ、相手方において発起人が当該行為について権限を有しないこと、すなわち会社設立に関し必要な行為でないことを知つていたときは、相手方は右の権利を有しないとされる。[14]

最後に会社不成立の場合と発起人の責任については、現行法上、会社不成立の場合には発起人は会社の設立に関してなした行為につき連帯してその責に任じ（商一九四I、昭一三改正前商一四二ノ三Iも同じ）、またその場合には、会社の設立に関して支出した費用は発起人の負担とするとされている（商一九四II、昭一三改正前商一四二ノ三IIも同じ）。そこで田中博士は、会社不成立の場合には、社会学的に実在した設立中の会社は法律的には遡つて存在しなかつたこととなり、その結果、発起人はその機関としての地位を失い、設立に関してなした行為の効果は自己がこれを引受けるほかなく、個人たる発起人がこの種の行為について形式的のみならず実質的にも初めに遡つて権利義務の主体となるとされる。そしてこの責任の相手方は、会社設立に関して発起人と法律関係に立つたすべての第三者すなわち株式引受人とその他の債権者とを包含することになる。商法一九四条一項はかかる趣旨の規定であり、これにより会社の設立に関して支出した費用も当然発起人の負担となり、同条二項は株式引受人も負担するかの疑いを除く趣旨にで

たものであると説明される。[15]

(1) ドイツにおいては Lehmann, Das Recht der Aktiengesellschaften, Bd. 1, 1898, S. 353, 357 f., Pinner, Das deutsche Aktienrecht, 1899, § 187 II などが設立中の会社を認める立場の先駆者としてあげられており、その立場が現在では支配的見解となつていることは周知のとおりである (J. v. Gierke, Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 6Aufl., 1955, S. 281 f.)。

(2) たとえば第三者のためにする契約説（青木徹二「会社法論」二三六、二六〇頁、但し青木博士は後には法律上当然取得説に改説されている。同、前掲増訂三版三四九―三五〇頁参照）、法律上当然取得説（片山義勝「株式会社法論」三三一―三三三頁、なお松本烝治「日本会社法論」一六八―一六九頁参照）。

(3) ドイツ及び日本における発起人の地位に関する学説の紹介と批判は既に多くの学者によつてなされているが、わが国においてはたとえば野津務「株式引受論」法学協会雑誌四六巻九号一二九七頁以下が詳しく、最近のものでは石井照久編著「註解株式会社法」第一巻設立一六一頁以下、平出慶道「株式会社不成立の場合における発起人の責任」(一)北大法学論集一二巻二号一七五頁以下が有益である。

(4) 設立中の会社を認める田中博士の立場に同調する学者、著書名については北沢正啓「設立中の会社」株式会社法講座一巻二一四―五頁参照。

(5) 田中耕太郎「発起人責任論」合名会社社員責任論三七五頁以下、同「改訂会社法概論」上巻二四一―二四三頁。

(6) 石井照久教授は更に商法一九一条を（石井「商法」I(一)一九四頁）、伊沢孝平教授は一七九条をも（伊沢「註解新会社法」二四七頁）実定法上の根拠とされるようである。

(7) 田中耕、前掲論文三九八頁など多数説である。これに対して反対説もある。すなわち取締後選任の段階においては、設立中の会社の基礎は成立後の会社の有すべき規模にまで既に成長しており、取締後はかかる団体の総意によつて自主的に選任されるのであるから、単に監督機関としての地位を有するのみでなく、執行機関としての地位をも有する。従つて、設立中の会社の執行機関は取締後の選任によつて発起人から取締役に交替すると解している（大隅健一郎「株式会社の成立と権利義務の帰属」会社法の諸問題・増補版五一―五二頁、平出、前掲論文(二)三七二―三七三頁など。なお大隅健一郎・大森忠夫「逐条改正会社法解説」二三八頁、Staub-Pinner, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 1926, § 190 Anm. 3.)

(8) 設立中の会社の成立時期については発起人が定款を作成しかつ一株以上の株式を引受けた時か、設立に際して発行する株式の総数について引受があつた時か、あるいは募集設立の場合には創立総会の終結の時かが問題となる。田中博士は設立中の会社の端緒は発起人の定款作成に発するといわれるが（田中、前掲論文三七六、三八九頁、なお四〇一頁参照、同、前掲書二四三、二七〇頁）、現在では、発起人が定款を作成して一株以上の株式を引受けた時に設立中の会社が創立されるとするのが通説である。

(9) 田中耕、前掲論文三六八―三七〇頁、前掲書二四八頁。

(10) 設立中の会社の性質についてはこれを権利能力なき社団と解するのがわが国でも多数説であるが、この点については異説がある。すなわち組合と社団との差異は構成員の数の多少に由来し、構成員の量的増加は団体の質的変化を伴うものであるとして、成立した株式会社は社団であるが設立中の会社は発起設立の場合は組合であり、募集設立の場合には定款作成当初は組合であるが創立総会当時には社団に転化しているとする説がある（松田二郎「株式会社法の理論」一三八―一三九、二〇九―二一〇、二一六―二一七頁など、同「新会社法概論」一八―一九、四二、八六頁）。また、団体を組合と社団とに分ける二元説に反対し、団体はすべて組合であるとして、設立中の会社も成立した会社も共に組合であるとするものもある（国歳胤臣「株式会社、登記前後」竹田記念・商法の諸問題一〇七頁以下）。

(11) 田中耕、前掲論文三七四―三七五頁、同、前掲書二四九頁。後述するように、この見解が現在でも多数説である。

(12) これに対して、設立中の会社を認めながら発起人は会社設立のための法律要件的行為についてのみ権限を有し、かかる行為をなすために事実上必要となる対外的取引行為については権限を有しないとする少数説もある（石井、前掲一九七、二〇〇頁、石井編、前掲二四四頁以下、田中誠二「最新会社法論」上巻一二四頁、鴻常夫「株式会社の設立」商法研究ノートI六七、七六頁、なお長岡富三「会社の負担に帰すべき設立費用」民商法雑誌一二巻五号八三三頁以下参照）。

(13) 大判昭和二年七月四日民集六巻四二八頁、同昭和三年三月二六日新聞二八三一号一九頁など。

(14) 田中耕、前掲論文三七四、四八三―四八四頁。

(15) 田中耕、前掲論文四九一―四九三頁、前掲書二四八―二四九、二八八―二八九頁。

(2) 西本先生の所説

これに対して西本先生は、設立中の会社を認めて設立の法律関係を説明する立場、特に田中博士の見解を種々の理由をあげて批判されるが、先生の考え方の基本とされるのは次のような諸点である。まず、会社の設立行為は発起人の全責任で行われる。設立費用も会社成立の場合には定款に記載しかつ承認をえた分に限つて会社に帰属するが、それ以外の場合及び会社不成立の場合にはすべて発起人の負担となる。発起人は創立総会招集前はいつでも設立行為を断念して設立を廃止できるし、また、それまでの時期には株式引受人の団体的行動は認められず、とうてい社団としての存在を認めるほどの主要性は存在しない。[1] 更に設立中の会社を認めなくても、発起人が設立行為によつてえた権利義務を会社に移転する説明は可能であ

るとされ、会社の設立経過を次のように説明される。まず発起設立の場合には定款作成で発起人集団（第一集団）が発生し、株式総数の引受によつて会社が成立する。これに対して募集設立の場合には、株式引受人の募集によつて第二集団が発生するが、創立総会前においてはまだ団体性が認められず、第一集団（発起人集団）が死活の運命を握つている。創立総会の段階で第二集団が初めて団体的性格を備え、反対に第一集団はその権力を失い、単に第二集団の一員として行動しうるにとどまる。この第二集団からやがて会社という集団が生れてくるのであるが、この経過を第二集団のもつ社団性に法人格が付与されると説明する者が多いが、この点は次の理由から、実は大して議論の価値はないとされる。(2)

すなわち、たとえば株式の引受は未来の会社の株主たるべき期待権を取得するものであるから、第二集団（株式引受人集団）が株式会社に発展することを前提としないで、会社設立によつて別個の社団が発生すると考えても差支えない。払込は未来の会社のために第一集団に対してなすものであるから、直接、未来の会社に対して払込の効力が発生する。また発起人についてみても、設立に関して第三者と取引するには未来の会社の無権代理人として取引するか、発起人の自己の責任で取引するだけである。発起人の任務懈怠は直接会社に対して責任を負うことが法定されており（商一九三I）、また会社不成立の場合には、直接、株式引受人に対して責任を負うことが法定されているが（商一九四I）、いずれの場合にも責任を負う相手方は成立後の会社か株式引受人である。要するに、第二集団には社団性が認められるし、それに法人格が付与されて会社が成立するという通説の説明の方法は巧妙であるが、元来、第二集団に創立総会後社団性が認められるといつても、それはその集団自体に権利義務を認めるためというよりも、未来の会社に関する事務を処理させるためであるから、このような説明方法は必要ではないというのである。(3)

設立中の会社を認めない西本先生は、従つて発起人は設立中の会社の機関であるという点を否定されることもいうまでもない。ただ先生も、発起人が未来において成立すべき会社の機関であるという説明の仕方は、機関の概念の定め方のいかん

によつてはとれないこともないとされる。すなわち取締役は他人の名、他人の責任をもつて他人の事務を処理して機関と呼ばれるが、発起人は自己の名、自己の責任をもつて設立行為を行うという前提に立つても、なお、その効果が未来の会社に及ぶという点では同様な関係も認められる。従つてきわめて広義においては、発起人を未来の会社のための機関であるという余地はあるが、この場合にも機関と呼ぶのは正確な使い方ではないと指摘される。(4) そこで発起人がなした行為がいかなる形式で会社に帰属するか、または発起人がなしうる行為の範囲はどうかという問題についても、西本先生は会社の設立行為を基本的設立行為と補助的設立行為の二つに分けて説明され、これらと設立外の行為とを更に区別される。

まず基本的設立行為とは、商法会社編の規定によつて会社の設立に必要なものと認められた行為であり、募集設立を中心に考察すると、株式の割当、払込金の受領、払込遅滞者に対する失権手続、創立総会の招集、創立経過の報告などがこれに属する。株式会社はこれらの行為の結果の合成によつて成立するものである。次に補助的設立行為とは、会社の設立要件として法律上定められてはいないが、経済上の必要または便宜のため会社の設立に伴つてなされる行為である。たとえば設立事務所の借入、定款、目論見書、株式申込証などの印刷契約、広告契約、銀行との払込金の受領及び保管に関する契約など、前述した基本的設立行為以外の設立に関する一切の行為がこれに含まれる。(5) これら二つの種類の行為の会社への帰属の形式の点については次のように説明される。すなわち、基本的設立行為はすべて発起人の名をもつてなすが、それが会社に利益を与えると負担を加えるとにかかわらず、会社のためかつ会社に対して効力を生ずるという点は、株式会社設立行為の一特質である。この関係は第三者のためにする契約に類似しており、また、払込金の受領は信託に類似しているが、債権的契約ではなく団体的行為によつて生ずるという点で、第三者のためにする契約(民五三七)でもなければ信託法の信託でもない。要するに、発起人は委託に基かずかつ正当な権利をもつて、自己の名において会社の成立及びその権利義務に影響を及ぼすべき行為をなしうる地位にあるといいうる。(6) 次に発起人が補助的設立行為をなす場合にも、第三者と取引するのは発起人自身であ

り、その第三者も取引の相手として考えるのは、成否未定の会社ではなく発起人である。従つて、この補助的設立行為からは直接に未来の会社に義務を負わすことはできず、発起人みずからその責に任ずることとなる。会社が成立した場合の設立費用の問題は、定款に記載すれば会社に対して発起人から求償できるが、この場合にも第三者の相手方は発起人であつて、第三者から直接会社に請求することはできない。のみならず、会社成立後、取締役は発起人が補助的設立行為によつて負担した設立費用の債務を会社は引受けることもできない。[7] そして設立中の会社を認めて発起人をその機関と解する説が、設立費用の点になると定款に記載した分は会社が、それ以外の分は会社の成否を問わず発起人が負担するとして、設立中の会社が負担するといわないのは不可解であるとされる。[8]

設立外の行為という場合の例としては、たとえば営業、工場、鉱山などの目的物を成立後の会社のために買入れ、営業用の家屋、土地などの賃借または買入をなし、原料を買入れ使用人を雇入れるなどの行為をあげられるから、西本先生が設立外の行為といわれるのは開業準備行為のことである。そして、これらの行為は発起人の権限外のものであるから、若し発起人がこれを未来の会社の名で行えば、会社との関係は無権代理の関係になり、その効力は民法一一三条以下の規定によつて定まる。従つて成立後の会社が追認するまではその効力は未定の状態にあり、会社が成立しないかまたは成立するもその追認をしないときは、民法一一七条により発起人が自ら責に任じなければならないか、あるいは相手方が履行または賠償のいずれをもうることができないことがあるとされる。また、たとえ発起人が会社のために自己の名をもつてしても事務管理の規定は適用されないから、結局、発起人は完全に未来の会社の事業のために契約をなす方法がないとされる。[9]

最後に会社不成立の場合と発起人の責任については、商法が会社不成立の場合に発起人は設立に関してなした行為について連帯してその責に任じ、また、設立に関して支出した費用は発起人の負担とすると定めたのは（商一九四）、株式引受人に対する関係についてであると理解される。すなわち西本先生によると、この規定は会社が成立したとすれば会社に対してある権利

を有しうる者が、会社が不成立に終つた場合に発起人に対して主張できるとしたものである。従つてここで問題になるのは、発起人が株式引受人に対して負うべき責任に限られる。既に述べてきたように、元来、第三者となすべき補助的設立行為は発起人自身の名でなされるし、また、設立外の行為は未来の会社の名で行えば、無権代理の規定によつて解決されるからである。また、会社不成立の場合には設立費用は発起人の負担になるというのは、会社不成立の場合にはたとえ定款にその全部または一部を記載しても、これを株式引受人に負担させることはできず、発起人が負担するということであると理解される。(10)

西本先生の「株式会社発起人論」が発表された当時までの状況はだいたい右に述べたとおりであるが、田中博士の「発起人責任論」によつて主唱されたいわゆる同一性説は、その後多くの学者によつて支持され、また、更に徹底する方向に進められてきている。これに対して、設立中の会社を認めないで会社設立の法律関係、従つて発起人の地位を理解しようとする西本先生の考え方は、必ずしも一般の支持をえたとはいい難いが、次に先生の提示された考え方を問題別に整理し、それらの問題点がその後いかなる展開を見せたかを検討してみよう。

(1) 西本辰之助「株式会社発起人論」二〇九―二一一、二一三―二一六頁。
(2) 西本、前掲二一八―二一九頁。
(3) 西本、前掲二二〇―二二二頁。
(4) 西本、前掲二四二―二四五頁。
(5) 西本、前掲六一―六二頁。
(6) 西本、前掲二三〇―二三二頁。
(7) 西本、前掲一六〇―一六一頁。
(8) 西本、前掲二一四―二一五頁。
(9) 西本、前掲一七一―一七三頁。

(10) 西本、前掲一八八―一九一、一九六頁。

三　西本先生の提示された考え方と学説のその後の展開

西本先生が提示された考え方は多岐にわたるが、その後の学説の展開を考察する場合、便宜上、これを次の四つの問題点に整理するのが適当である。すなわち(1)株式会社の設立関係をどのように理解し、発起人の地位及び株式引受人の地位をどのように考えるかという問題、(2)会社の設立費用は対外的には何人が負担するか、(3)発起人はいかなる範囲の行為をなしうるか、特に開業準備行為はどうかという問題、最後は(4)会社不成立の場合と発起人の責任の四つの問題である。

(1)　株式会社の設立関係と発起人及び株式引受人の地位

a　発起人と会社との関係

まず、すべての問題の前提となる第一の点、すなわち、株式会社の設立関係をどのように理解するかという問題から始めよう。この点における西本先生の考え方の特色は、要するに設立中の会社を認めず、発起人を中心として設立関係を説明されるという点である。そのため通説との相違は種々の点に見られるが、第一には発起人の地位に関して現われることは当然である。前述したように、西本先生は会社の設立行為を基本的設立行為と補助的設立行為との二種類に分け、設立に関して全責任をもつ発起人が自己の名をもつてこれらの行為をなすと、補助的設立行為の効果は発起人について生ずるが、基本的設立行為の効果は未来の会社について生ずることとなる。いいかえれば、発起人は委託に基かずかつ正当な権利をもつて、自己の名において会社の成立及びその権利義務に影響を及ぼしうる地位を有しており、この関係はいわば第三者のためにする契約に類似した団体法的関係であるとされる。ここで第三者のためにする契約を持出されたため、西本先生は設立行為を

契約視するのではないかとの疑問もでてくるが、[1] それはもつぱら発起人の特殊な地位を説明されようとしたためで、何も設立行為を契約であると主張されるものではない。[2]

この発起人の地位に関して、現在、西本先生の立場に最も近い考え方を示されるのは津田利治教授である。すなわち津田教授によると、発起人が会社の代理人あるいは機関として行為するという見方は正確なものではなく、また、設立中の会社の機関であるという説明も法律的には十分な根拠を有しない。会社の設立過程における発起人の行為は発起人自己の名においてなす行為であるが、これらの行為は発起人の自己固有の事務に属するものではなく、将来の会社のための事務を処理しているものであるから、会社が成立すれば当然に会社がその効力を承継すると解される。けれども、このように発起人の行為が当然会社について効力を生ずるのは、商法が会社の設立手続として発起人になすべきことを要求している行為についてだけであつて、その他の行為は会社の成否にかかわらず、発起人自らの行為としてその効果も終始発起人自身のところにとどまるものである。ただそのうち、発起人が設立手続を遂行していく上になした取引によつて負担した債務その他の費用は、定款に設立費用として記載しておけば、その限度で発起人から会社に求償することができる。会社の資本充実と一般の取引安全を考慮した商法の立場は、右のように解すべきものであるというのである。[3] このように津田教授の考え方は、設立中の会社を明確に否定される点、設立手続は発起人を中心として遂行され、設立要件的行為については発起人の行為の効果は当然に会社に移転するが、その他の行為の効果は発起人のところにとどまると解される点で、西本先生の立場にきわめて近いものといえよう。[4]

また、西本先生の考え方とその後の学説の展開を明らかにする場合に忘れることのできないのは、昭和三年に野津務教授によつて唱えられた将来の株式会社の機関説である。すなわちこの立場は、現在の通説である同一性説を批判して、いわゆる設立中の会社は法律上の存在としての認識に入らないものであり、募集設立の場合の株式引受人も外観上は社団を組成す

るように見えても、実は将来の会社に入社しようとする意思を有するに過ぎない。また同一性説が実定法上の一つの根拠とする商法一九二条も、発起人がこの補充的引受と払込の義務を将来の会社に対して負うと解しうるし、他の根拠とする一九三条一項の発起人の任務懈怠に基く損害賠償責任も、設立中の会社に対して負うとの結論はでてこないと批判する。そして発起人と会社との関係については、(1)発起人は将来の会社の機関であり、(2)発起人は会社の設立過程における機関であり、(3)発起人はその設立行為より生ずる権利義務帰属の関係において将来の会社の機関と説明するのが最も適切であると主張される。[5] この野津教授の将来の株式会社の機関説は、その実質において設立中の会社の機関説と大差がないと評されることもあるが、[6] 野津説の細部を見ると、発起人の行為はその行為の当時においては発起人固有の行為であり、設立行為の主体は発起人であつて、発起人の行為の結果法人が成立するに至れば、初めてその設立過程中における発起人の行為が会社の行為となる。反対に、会社が成立しないことに定まれば、その設立過程中における発起人の行為は発起人固有の行為であつて、成立しないことに確定した会社の機関としての行為ではないというのであるから、この野津説を設立中の会社の機関説と同視するのは必ずしも適切でなく、むしろその説の特色とする部分の発想法という点では、設立中の会社を否定する西本説に近いものも認めうるのである。

確かに現在の通説たる同一性説は従前の個人法的法律構成にあきたらないで出発したわけであるが、後述するようにその立場を徹底しようとすれば、社会的ないし外観的に存在する事実の経過に重きを置き過ぎるという欠点もでてくる。従つて問題解決の方向としては、西本先生や野津教授のように発起人と成立後の会社とを直接結びつけ、それによつて会社の設立過程のすべてを円滑に説明できれば、その方がより簡明であり望ましいものであるが、そのためには検討すべき問題がいくつかある。そのうちの最も重要なものの一つは、いわゆる設立行為と株式引受人のなす株式引受とを、どのような関係において理解するかという点である。この点については、従来、株式引受人も会社の設立に加入するとか、株式引受人が加わつ

て会社設立の基礎が定まるというように表現されてきたし、[7] また株式引受の性質を論ずる場合にも、株式引受は設立中の会社への入社行為であると同時に、会社設立行為自体でもあるとするものが少なくなかつた。[8] これに対して、西本先生は早くから両者を区別すべきことを指摘されてきたが、[9] この点について大きな業績を示されたのは野津教授である。すなわち、野津教授は株式会社の設立行為と入社行為とを厳格に区別し、設立行為は発起人がこれをなし入社行為は株式引受人がこれをなすことを明らかにされ、それまでの通説とは見解を異にすることを強調される。そして会社設立の際における株式引受は、株式申込人が将来成立すべき株式会社の株主となることを欲する意思表示と、発起人が株式を割当てることによつてこれを承認する意思表示とからなり、その内容は将来の株式会社との間に社員権関係を一定の範囲において設定することにあるから、その性質は将来の株式会社への入社契約であるとされる。[10] ただここにいわゆる入社契約という言葉と、それまで多くの学者が用いてまた入社契約ないし入社行為という言葉とは一見類似しているが、野津博士の場合には将来の会社へ入社するということであつて、設立行為に協力し参加することではない点に注意しなければならない。このように、株式引受には会社設立の意思表示を含まないと解する立場をとれば、[11] 発起人以外には設立行為の主体はなく、設立をめぐる法律関係は発起人と成立後の会社とを直接結びつけて考察すべきであるという考え方が一層徹底してくるし、それだけに説得力を増すものと考えられる。

このように理解すると設立行為の主体からは株式引受人は脱落し、そこには発起人以外はありえないこととなるが、それならば、発起人のなす会社の設立行為若しくは会社設立の意思表示はどこに認められるかが問題となる。この点について西本先生、野津教授の示された立場を更に発展せしめたのは、津田教授の主張される発起人の定款作成こそ会社設立の意思表示そのものであるという考え方であろう。津田教授によると、株式会社の場合にもその他の会社及び社団法人の場合と同様に、会社設立の意思表示は定款作成そのものにほかならず、株式引受の方は会社設立の意思表示を包含しない。株式の引

受は一定の引受価額を会社に出資して、会社の発行する株式を原始的に取得することを目的とする法律行為であるとされる。もちろん、株式引受は会社の成立を予定してなされるけれども、当事者はその引受に際して会社成立を意欲する意思表示をなすわけではない。かかる意思表示は既に発起人が定款作成でこれをなしているから、これを引受の当事者が再び反覆する必要もなく、単に引受においては、会社成立はその論理的な前提として考えられるに過ぎないと主張される。[12] この津田教授の示された発起人の定款作成行為を軸として各種の設立手続が行われ、[13] それらの行為がこの軸にそつて成立後の会社と結びつき、発起人の設立行為が会社について効力を生じ、その権利義務が会社について発生すると見れば、これまで述べてきた立場は更に一歩を進めうるのではないかと考える。[14]

（1）野津、前掲論文七八四、七八五、一七一―一七一二頁。

（2）野津教授が前掲の「株式引受論」の論文において株式引受の性質に関する従来の学説を紹介し批判されたうちに、西本先生の「株式引受の性質」（大正一五年刊）と「株式会社発起人論」が含まれていたため、その後、両博士の間に激しい論争が法学協会雑誌上に繰返されたことは著名な事件である（西本、法学協会雑誌四六巻六号一〇九九頁、野津、同四六巻九号一七一〇頁、西本、同四六巻一二号二二〇四頁）。

（3）津田利治「会社法の大意」上一二〇―一二一頁。

（4）服部栄三教授も設立中の会社を認める通説に対して疑問をいだいておられる模様であり（服部「会社法提要」一二二―一二三、一三七、一四六頁など）、清水新教授も同一性説の行過ぎに対して批判的である（清水「会社法論」三七頁、同「会社の負担に帰すべき設立費用」本誌三一巻八号三七―三八頁など）。

（5）野津、前掲論文一六七四―一六八三頁、同「新会社法概論」六六―六九頁。

（6）石井編、前掲一六四頁。なお平出、前掲論文(一)二〇二頁註(八)参照。

（7）田中耕、前掲論文三九〇頁。

（8）たとえば松本、前掲七〇、一三八頁、同「会社設立行為性質論」商法解釈の諸問題一七〇、一七九頁など。

（9）西本先生の著書のうちでは株式引受は設立行為としての性質をも有するとされるのではないかと受取れる箇所もあり（西本、前掲引受の性質一頁、同、前掲発起人論二〇〇、二三二頁など）、後に野津教授との論争でもこの点を指摘されたのに対し、西本先生はその著書のうちでも株式引受は設立行為たる性質を有しないことを述べてきた旨（同、前掲引受の性質四一頁、同、前掲発起人論一一七―一一八頁など）を主張され

ている。

(10) 野津「株式会社設立論」二四三―二四五、二七八―二七九頁、同「会社設立行為と入社行為」松本記念・会社法の諸問題一六七頁以下。

(11) 松田二郎博士も西本、野津両博士についで早くから募集設立の場合における株式引受人に会社設立の意思があるといえないこと、従つてかかる意思を擬制する学説が不当であることを指摘されていた（松田「株式債権論」六頁以下）。

(12) 津田、前掲六六、九〇―九一頁、同「会社の設立無効」株式会社法講座一巻三二四頁。なお大森洪太「会社法」新法学全集二六一頁以下参照。

(13) 津田教授によれば従つて株式の引受を取消しても会社の設立を取消したことにはならないが、定款作成を取消すと設立を取消すこととなる（津田、前掲論文三四九頁）。

(14) 設立中の会社に疑問をもたれる服部教授が（前出、註4参照）、合名会社の場合と同様に発起人の定款作成を設立行為と解し、株式の引受は発起人によるそれも一般人によるそれも共に設立行為ではないとされていることも、ここで指摘しなければならない（服部「事実上の会社」株式の本質と会社の能力二〇〇―二〇一頁）。

b　株式引受人と会社との関係

既に述べてきたように、西本先生とこれに次ぐ野津教授、津田教授らの業績で、発起人と会社との関係若しくは会社設立行為の意義は次第に明らかになつたが、そうなると次の問題は、株式引受人のなす入社行為の意義、特に会社の社団性との関連をどのように把握するかという点である。すなわち人的会社の場合には定款作成によつて社員が確定するわけであるが（商六三、一四七、一四八）、株式会社の場合には定款作成だけでは社員が確定せず、社員の確定という次の手続を要することとなるが、この過程と株式会社の社団性とがどう結びつくかが問題となつてくる。この点に関する理解の仕方が通説と異なるというのが、西本説の特色の第二点となる。西本先生はこの点について、前述したように、発起設立の場合には定款作成で発起人集団（第一集団）が発生し、株式総数の引受によつて会社は成立するが、募集設立の場合には株式引受人の募集によつて第二集団が発生する。この株式引受人の第二集団は創立総会の段階で初めて団体的性格を備え、やがてこの第二集団から会社という集

団が生れてくる。そこでこの過程から、社団的性質を有する第二集団が人格をえて株式会社となると説明するか（多数説）、あるいは第二集団を株主とする株式会社が創立総会終結によつて新たに発生すると説明するかが問題となるが、それはわれわれの進化論的考察欲を満足せしめる以外には大した法律上の実益はない。いいかえれば、創立総会招集以後の第二集団が社団的性質を有するとしても、その活動はまさに成立しようとする会社の組織、機関、権利義務などの決定または調査に限られるから、この第二集団に設立行為に基く権利義務を取得せしめ、そのままこれを株式会社として成立せしめるような解釈をとる必要はないとされる。

このように西本先生は、いわゆる第二集団すなわち株式引受人の集団がいかなる性質の団体であるか、また、それと会社の社団性とはどのように関連するかという点には大きな興味を示されていない。このことは一面においては、会社の設立過程を理解する場合に先生のとられた考え方、すなわち前述した西本説の特色の第一点に基くものであるが、同時に他面においては、先生が組合と社団の区別についてもたれている理解の仕方、すなわち特色の第二点に基くものと思われる。一般にある団体が組合であるか社団であるかが問題になる場合には、理論上は両者は相対立する観念であつて、一つの団体が組合であるとすれば社団ではなく、反対に、社団であれば組合でないとされることはいうまでもない。けれどもそのような分類は、西本先生によれば学者のせんさく好きに基くものであり、団体の典型的な性格のみをとり出して議論したり、あるいは法律で特別な構成が定められている団体については適合するとしても、実在する各種の団体を分類しきれるものでもないし、また、分類したところで問題が解決されるものではない。要するに組合と社団とは、その実体においてはそれほど大きな差異はないし、むしろ多数人が共同の目的を達するための集団であるという点では同一の性質を有するものであり、ただ組合の複雑な関係を単純化するために、社団法人の場合には法律上特殊の形式を付与されたに過ぎないと理解される。(1) そして、両者を構成するその実体において本質的差異がないとすれば、組合契約と法人設立行為との間にもまた本質的差別を設

ける必要はないとされる。[2] 従つて、問題となつている株式引受人集団の性質ないしは成立後の会社との関連の追求について、先生が大した法律上の実益がないとされるのは、いいかえれば、その株式引受人集団にも組合性と社団性とは混在しているが、そのうちの組合性については組合の規定を適用し、社団性については社団に関する規定を適用すればいいわけで、強いてこれを組合か社団かと区別するだけの実益もないといわれるのではなかろうか。

このように株式引受人集団の性質、成立後の会社の社団性との結びつきに関する説明方法の点を重視せず、発起人を中心に会社の設立過程を理解しようとする場合、問題となるのは払込金の受領の関係である。すなわち西本先生によれば、払込の請求は未来の会社または設立中の会社の名で行うのではなく、発起人自己の名においてなすことになるからである。そこでこの点をどのように説明されるかというと、発起人は自己の名で株式引受人に払込をなさしめるが、払込ませた金額は自己固有の財産ではなく、未来の会社のために信託的に有するものとされる。従つて、払込金が銀行預金とされるとその預金債権を信託的に有することとなるが、これらの関係は直ちに信託法上の信託になるものではないから、信託法の規定のあるものは適用されあるものは適用されない。[3] たとえば、払込金の一部を設立費用のため支弁できるかという問題については、払込金は特定物として管理されるわけではないから、費用の支出は単に計算上の問題であつて（信託二八但書）、発起人に補充の資力がある以上、払込金として受取つたものを設立費用の支弁にあてても違法とはいえないと理解される。[4] 会社の設立過程について設立中の会社を認めない立場をとるものは、払込金受領の関係については同様に信託の法理を応用して説明するが、[5] 西本先生の立場自体が現在では少数説であるため、その立場からの信託法理の応用はあまり目立たない。

これに対して、最近においては権利能力なき社団の法律関係をいかに処理すべきかという問題に関連して、従来の学説にはあきたらずそこに信託法理を応用し、社団が権利能力を有しない場合には、権利義務は社団のためにその代表者に信託的に帰属すると解すべきことを提唱するものも現われている。[6] そしてこれらの試みは西本先生、末弘博士などの諸労作[7]の明ら

かにしたところを更に具体化しようとするもののようである。ただその場合に注意したいのは、そこにあげられている西本先生の著書たとえば「社団と組合」の該当箇所[8]においては、権利能力なき社団の法律関係自体が問題となつているに過ぎないということである。従つてそのことと、先生が会社の設立関係を設立中の会社という権利能力なき社団の存在（通説）を認めないで説明され、払込金の会社への帰属関係について信託法理を応用されたということとは、どこまでもこれを区別しなければならない。もちろん、権利能力なき社団の法律関係に信託法理を応用するということは、払込金が会社に帰属するという関係を説明するためにも利用されうるし、また、そこに権利能力なき社団を認識することによつて、社団財産と発起人の個人財産とを区別できるという長所もあろう[9]。けれども、権利能力なき社団を認める通説の立場からいえば、設立中の会社の機関である発起人が払込をなさしめた結果、その払込金は設立中の会社に帰属し、それが成立後の会社に引継がれるという説明方法の方がより簡明である[10]。その意味では、権利能力なき社団の法律関係に信託法理の応用を試みようとするものが、究極においては同一性説を批判し、会社の設立関係自体を信託的に理解しようというのであれば[11]、むしろ端的に、会社設立関係の信託的理解という角度から問題をとりあげ、西本先生の立場にそつてなおこれを補強しながら、設立関係の核心に迫るべきであつたのではなかろうか。

（1）西本、前掲引受の性質七九頁以下、同「社団と組合」㈠本誌四巻四号一三一頁以下。なお末川博博士も組合は社団に比べるとその独自性ないし安定性においては欠けるところもあるが、やはり組合自体の団体性が随所に発露しているという意味で、組合と社団法人との実体は著しく接近していることを指摘される（末川「民法上の組合の本質」民法論集二一五頁以下）。

（2）西本、前掲引受の性質八三―八四頁。このような理解は定款作成行為の意義をすべての会社、社団法人について共通的に理解しようとする前述した津田教授の所説に一つの根拠を与えるものといえよう。

（3）西本、前掲発起人論一四九―一五〇、二二七頁。西本先生が発起人を信託関係の受託者、成立後の会社を受益者とされることは疑いない。ただ委託者として、各株式引受人を考えておられるか成立後の会社を考えておられるかは明らかでないが、全体として見るならば各引受人を委託者と考えておられるようである（大賀祥充「権利能力なき社団と信託法理」本誌三六巻二号六九頁参照）。

(4) 西本、前掲発起人論一七〇―一七一頁。
(5) たとえば津田、前掲一二〇頁、野津、前掲設立論二七六頁など。
(6) 大賀、前掲四八頁以下。なお山本桂一「生成過程に於ける会社の活動及び其の限界」法学協会雑誌六三巻二号一四一頁参照。
(7) 西本、前掲社団と組合、本誌四巻四号、五巻二号、六巻二、三号、七巻一号、末弘厳太郎「信託法外の信託」民法雑記帳（下巻）六六頁、同「団体財産と信託法理」民法雑記帳（下巻）七三頁など。
(8) 西本、前掲社団と組合(四)本誌六巻三号、(五)七巻一号。
(9) 大賀、前掲六一―六二、六九―七〇頁。なお大賀説によると、この権利能力なき社団の法律関係は将来成立すべき法人を受益者とし、各社員を委託者、社団財産を信託財産、代表者を受託者とする信託関係となる。
(10) 平出教授は社団が法人格を有しない場合にも、社団財産を構成する個々の積極、消極両財産が直接物権的に帰属している主体は社団自体であると解するよりほかないとされ、また、権利義務は社団のためにその代表者に信託的に帰属するというように信託関係をもつて説明しようとすることは問題を複雑にするに過ぎないとされる（平出、前掲(一)二二二頁。(二)三四二頁）。なお、Neubecker, Vereine ohne Rechtsfähigkeit, S. 48.
(11) 大賀、前掲七三頁註(25)参照。

(2) 設立費用は対外的には何人が負担するか

発起人が会社の設立に必要な行為をなして債務を負担した場合、その債務が対外的にいかなる負担関係を生ずるかというのが、ここでとりあげる設立費用の問題である。すなわち現在までの商法の立場は、発起人と成立後の会社との間では、定款に記載されかつ裁判所または創立総会の承認を経た限度で会社の負担となり、反対に定款に記載のない額、記載超過額または裁判所または創立総会で削減された額については会社の負担にならないとするものである（商一六八I7、一七三、一八一、一八四II、一八五など参照）。従つてその限りでは事柄は一見明瞭であるが、仮りに発起人が負担した債務を会社成立当時まだ履行していないとすると、その債務についての対外的な負担関係はどうなるかという問題は残されている。この点に関する西本説の特色をあげると、会社

が成立した場合の設立費用の問題は、定款に記載すれば会社負担として発起人から求償できるが、この場合でも第三者の相手方は発起人であり、第三者から直接会社に請求することはできず、その意味では、設立費用の対外的負担者は常に発起人であるという点である。この点は会社の設立関係についての西本先生の理解からは当然の結論であるが、その後の学説に及ぼした影響はきわめて大きなものがある。

まず、西本先生の見解が発表された直後の昭和二、三年の大審院判例とそれを支持する多くの学説のように、成立後の会社に直接帰属すべき設立費用の範囲の決定を、定款の記載と創立総会の承認といういわば会社の内部的事項に委ねるということは、取引の相手方を不安定な地位におとしいれる危険がある。[1] また、たとえば発起人が必要な契約を多数締結し、その債務の総額が定款に記載された額を超過している場合には、どの債務がどの範囲で成立後の会社に帰属するかについて収拾できない混乱が生ずるし、あるいは第三者が定款における設立費用の記載を見て資力の乏しい発起人と取引した後、創立総会が発起人と共謀してこれを不当として否決するときは、相手方たる第三者は不慮の損失をこうむるなどという問題がある。[2] そのため、学説はやがてこれらの判例に反対してくるわけであるが、判例の立場が不当であるとすれば、次の段階では設立費用の債務は常に発起人の負担に帰属するとみるか、あるいは成立後の会社が負担すると解するかのいずれかになつてくる。このうち発起人負担説すなわち設立費用は本来発起人が負担すべきものという考え方は、わが国では西本先生以前にもこれを唱えるものがあつたが、[3] 株式会社の設立関係の理解と関連させながらこれを明らかにしたという点では、西本先生が最初であるといつて差支えない。[4] ただ、大審院が昭和二、三年にこの問題に関する前述した判決を出したときに、先生が右の立場から判例の欠陥を繰返して指摘し、自説を更に強調されれば一層強い影響力をもちえたものと考えられるが、遺憾ながらこれらの判決に対する先生の判例批評は見当らない。

西本先生と同様の結論に立つてこれらの判決を批判するという試みは、漸く昭和一五年に至つて長岡富三氏によつて実行

された。すなわち長岡氏の見解によると、発起人は会社設立のために必要な行為のみをなしうるが、設立に必要な行為といううちにも設立それ自体を直接の目的とする行為と、かかる行為をなすために事実上必要な行為との区別があり、定款に設立費用の記載がない限り会社はこれを一切負担しないとすれば、発起人は機関たる資格においては後者の部類の行為をなしえない。そして第三者の保護という点についても、発起人と取引する第三者は発起人個人を相手とするものであつて、設立中の会社を相手とするものとは考えられないと説明される。[5] 長岡氏が会社の設立関係自体をどのような立場から理解されるかは、この論文だけでは明らかでないが、設立費用の負担者を何人と理解するかということは、実は発起人が機関であるか否かによつてではなく、その権限をどのように理解するかによつて定まるという説明の仕方と、その全体の論調からいつて、なお設立中の会社を全く否定されるところまでは進んでいないように思われる。その意味では長岡氏の見解は、前述した西本先生の批判にもかかわらず、設立中の会社を認めて発起人をその機関と解しながら、設立費用について発起人負担説をとり更にこれを補強したものとして注目すべきものである。

設立中の会社を認めるもののうちには、その後、設立費用は常に会社が負担すると解する立場をとるものも現われてきた。すなわちこの立場によると、設立中の会社を認めて発起人をその執行機関と解する以上、会社設立に必要な行為はすべて発起人の権限に属するものであり、これを設立それ自体を直接の目的とする行為に限定すべき理由もないし、また限定することは実際上も不合理な結果を生ずることとなる。のみならず発起人と取引する第三者も、発起人自体と取引するのではなく、その背後にある会社と取引しようと考えるのが通常であり、そのような場合に、会社成立後も発起人が債務を負うとするのは第三者の保護にはならないとしている。[6] このように設立費用は会社の成立と同時に当然に会社に帰属し、定款に記載されかつ承認があつたということは、単に対内的に発起人との関係を決定する要件に過ぎないというところまで徹底すれば、それによつても前述した判決が直面した問題点を解決できるわけであり、[7] この立場は次第に多数の学者の支持をえてい

る。けれども同時にこのことは、同一性説の考え方をより強調し徹底することにもなるわけで、従来いわば事実上の存在にとどまつていた設立中の会社に、新たに法律的な地位をも与えることになつてくる。そうだとすれば、同一性説のもつ説明のあいまいさを無くするためにも、リペールなども指摘するように、[8] 設立中の会社に限定的にせよ権利能力を認めることが好ましいようにも思うし、[9] 現に権利能力を認めようとする見解も唱えられているが、[10] 多数説はこの点についてはきわめて消極的のようである。[11]

設立中の会社を認めながらこれとは反対に、設立費用の債務は常に発起人の負担と解すべきであるとして、西本先生、長岡氏らと同様の結論をとるものもある。このような考え方をとるものは同時に右に述べた会社負担説をも鋭く批判しており、設立中の会社の目的は完全な株式会社になることにあるから、そのために必要な行為はすべて執行機関である発起人の権限に属すると主張するのは、設立中の会社の観念を強調するのあまり、これを法律的にも成立後の会社と実質的に変らない関係と認めるものであつて、それ自体行過ぎであると指摘する。そして、設立中の会社を認めて発起人をその機関と解しながら、なお設立費用の負担者を発起人とするのは不徹底であるとしても、設立中の会社という観念は発起人がなした会社設立それ自体を組成する行為が、成立後の会社に当然に帰属する法理を基礎づけるためのものであると共に、それだけのものとして考えらるべきであると説明される。[12][13] このほか同一性説を基調としながら、会社と発起人とが並んで設立費用を負担すると解する独自の立場もある。この立場によると、一般に権利能力なき社団の場合には、対外的にはその社団の財産をもつて責に任じると共に、その代表者も責に任じなければならないと解すべきである（商四八一II参照）。そして、いわゆる設立費用は設立中の会社の債務であり、従つてそれは成立後の会社に引継がれるが、このことは会社の債務について責任を負わされた発起人の免責を許すものではなく、両者の重畳的責任を認めるのが妥当であるというのである。[14]

このように、設立費用は対外的には何人が負担するかという問題について、西本先生がそれまでの同一性説に加えられた

批判と、それに代る新たな理由づけを明らかにされた発起人負担説とが、やがて同一性説をとる者の大部分を会社負担説に走らせると同時に、少数の学者をして発起人負担説ないし会社と発起人との重畳的負担説をとらしめるきつかけを与えたものといえよう。設立中の会社を認めて発起人をその執行機関と解する同一性説が、将来において設立費用の負担者を発起人と解するか会社とするかは、もとより同一性説それ自身に課せられた問題である。また、発起人負担という点で西本先生と同一の立場をとる者が同一性説のうちにあるとしても、それはたまたま結論において一致したに過ぎないこともいうまでもない。従つてそれだけで、西本先生の所説が同一性説をとる者によつて復活せしめられたというのは不正確であるが、ただ現在でも設立費用の問題に関する西本説が引用され、それを一つの契機として同一性説自体の位置づけが再検討されているという事実は、注目に値するものといわなければならない。

(1) この点については、取引の相手方たる第三者がそのために幾分不安定な地位におかれるということは、法が会社財産保全のために設立費用は定款に記載されてある限りにおいて会社の負担とし、かつ総会においてこれを変更することをも認めている以上、やむをえぬ犠牲としなければならないという議論もある（竹田省、判例批評、法学論叢一九巻九五四頁）。

(2) 西本、前掲発起人論一六五頁、東京地判明治四三年(ワ)七八七号新聞七二三号二〇頁。これに対して判例と同様の立場をとる西原教授は、若し発起人が会社設立のため第三者となした契約が多数あり、その総額が定款記載金額を超える場合には、契約の順序によりその限度額をもつて打切るほかはないとされる（西原寛一「会社法」商法講義II九一—九二頁）。

(3) 松波仁一郎「日本会社法」四四九頁、片山、前掲一八六、三四五頁。

(4) その後、西本先生と同様に設立中の会社を認めないものないしはこれに疑問をもつものは、いずれも設立費用について発起人負担説をとつている（津田、前掲一二一頁、服部、前掲一二三頁、清水、前掲三八頁など）。

(5) 長岡、前掲八三九—八四〇、一〇一五—一〇一六、一〇二〇頁。なお西本、前掲発起人論一六六、二一一頁参照。

(6) 大隅、前掲論文六二頁以下、同「全訂会社法論」上巻一七三頁、松田、前掲概論八九、九六頁、北沢、前掲二四九頁、高田源清「株式会社の設立費用の範囲とその履行義務者」企業会計一一巻三号八六、八九頁。なお、解良富太郎、判例批評、判例民事法昭和二年度六六事件三二七頁は右の昭和二年の判例直後からこのような会社負担説をとつている。

(7) 発起人が第三者に対して負担した設立費用の債務を成立後の会社が引受けうるかという問題も、前述したように西本先生は否定されるが、

(二(2)参照)、反対に、設立費用の債務は設立中の会社の名においてなされた場合には当然に会社に帰属するという立場をとれば、会社がこのような債務を引受けることも許されることとなる。そして、このようにして引受けた債務につき会社が弁済したときは、会社の負担に帰すべき設立費用の枠を超える額について会社は発起人に求償しうることとなろう（北沢、前掲二五一頁）。

(8) Ripert, Traité élémentaire de droit commercial, 1959, n° 592, 925, Escarra, Les sociétés commerciales, t. II, 1951, n°524.

(9) 平出、前掲(一)二一二頁、(二)三六八頁参照。

(10) 松岡熊三郎「設立中の会社の権利能力」私法一〇号四〇頁以下、同「改訂新会社法要義」九九―一〇〇頁、鍛冶良堅「松岡博士『設立中の会社の権利能力』論をめぐつて」法律論叢三五巻四―六合併号七九頁以下。

(11) たとえば大隅、前掲論文四三頁、北沢、前掲二一四頁など。

(12) 石井、前掲二〇〇頁、石井編、前掲一六四、二四四―二四五頁、田中誠、前掲一四七頁、鴻、前掲七六頁、同「設立費用」商法演習Ⅰ会社一八―一九頁。なお上柳克郎「設立費用の帰属」ジュリスト会社判例百選一七頁参照。

(13) 石井教授らのこのような見解（前出註12参照）に対しては大隅教授の批判がある（大隅、前掲論文六三―六五頁）。

(14) 鈴木竹雄「新版会社法」五〇頁。なお平出、前掲(一)三七七頁以下も結論的にはこの立場に近い。

(3) 発起人は開業準備行為をなしうるか

次に発起人はいかなる範囲の行為をなしうるか、特に開業準備行為をなしうるかという点については、西本先生は発起人がこれを未来の会社の名で行えば会社との関係は無権代理の関係になり、また自己の名をもつてなしても事務管理の規定は適用されないから、結局、発起人は完全に未来の会社の事業のために契約する方法がないとされるから、その意味では、従来の通説の結論と同じである。すなわち西本先生は、会社設立行為を基本的設立行為と補助的設立行為とに分け、更にこれらと設立外の行為すなわち開業準備行為とを区別され、発起人がなした行為が当然に会社に効力を生ずるのは、法律要件的行為である基本的設立行為のみであつて、それ以外の行為は発起人自らの責任においてなすものと解される。これに対して設立中の会社を認める者の大部分は、発起人は会社の設立にとつて法律上、経済上必要な一切の行為をなしうるとし、ただ

開業準備行為だけは発起人の権限に属さないのを原則とすると解してきた。従つて西本先生と通説との間には、発起人のなしうる行為の範囲の点で既に差異があるが、問題を開業準備行為に限定すれば、これを否定するという点で両者の見解は一致することとなる。

そして四〇年を経過した現在においても、開業準備行為は発起人の権限に属さないとするのがいぜん通説であり、また判例の多数もこの立場をとつているが、[1] 設立中の会社を認めるもののうちからはこの点について強い批判が生じている。すなわち、会社が一定の営業を営むことを目的として設立されるものである以上、設立中の会社の機関としての発起人の権限は、その営業の準備に必要な一切の行為に及ぶべきものであり、これを会社設立に必要な行為に限定することは会社設立の経済的要求に合しないというのである。そしてこのような考え方に対しては、実定法の解釈論としてはとにかく、一般理論としては正しいとしてこれを支持するものも生じている。[2][3] こうした見解の対立は、昭和一三年の改正で新設された財産引受に関する規定の解釈をめぐつて現われており、定款に記載しかつ厳重な検査を通ることを条件として、発起人のなした財産引受も会社について効力を生ずるという規定の根拠をどう理解するかが争われている。すなわち前述した通説、判例の立場からすれば、理論上も開業準備行為は設立中の会社の機関としての発起人の権限に属しないが、実際には将来の会社のために種々の財産取得契約がしばしば行われ、あるいは現物出資の潜脱手段としても行われているため、法が厳重な要件のもとに例外的に許容するという立法政策をとつたに過ぎないことになる。[4] これに対して反対の立場からいえば、理論的にはあらゆる開業準備行為は本来ならば発起人の権限に属すべきものであるが、法は実際上の弊害にかんがみて、財産引受は法定の手続をもつてのみなしうるように特にこれを制限したものと解するわけである。[5] この財産引受に関する規定の解釈について、西本先生がいかなる見解をとられるかはその後の著書によるほかはないが、おそらく右に述べた通説、判例と同様の立場から理解されるであろうことは、これまで述べてきたところからも予想される。

なお、前述したように西本先生によると、開業準備行為すなわち設立外の行為は未来の会社の取引であつて、若し発起人が未来の会社の名で行えば会社との関係は無権代理の関係になり、その効力は民法一一三条以下の規定によつて定まると説明されるが、昭和一三年の改正以後においては、この説明をどのように補足されるかが問題となる。すなわち、昭和一三年に初めて財産引受が定款の相対的必要事項とされたわけであるから、なおこれを一般の無権代理行為と解して成立後の会社の追認を認めると、財産引受を定款の必要事項として厳重な検査に服させた法の趣旨が没却されるおそれがあるからである。そこで現行法のもとでは多数説[6]及び判例[7]は、定款に記載のない財産引受は会社について効力を生じないし、またこれを追認することも許されず、商法二四六条の事後設立の規定によるほかはないと解している。これに対して一部には、現行法のもとでも、定款に記載のない財産引受も発起人の無権代理行為として、成立後の会社がこれを追認できるとし、事後設立の手続で目的財産を取得できる以上は、同様に会社がその判断で追認することを妨げる理由はないとする見解もある。[8] このように定款に記載のない財産引受について追認を認めるか否かに関して、西本先生がいずれの見解を採用されるか、いいかえれば、この定款への記載その他の要件を発起人に対する財産引受に関する権限付与のための条件とされるか、あるいは、財産引受行為の会社に対する効力発生要件とされるかは興味ある点であるが、この点に関する先生の見解はその後の著書でも明らかでない。

(1) 最近の判例としては東京地判昭和三一年一月三〇日下級民集七巻一号一三五頁、同昭和三七年一月二七日下級民集一三巻一号八六頁などがある。

(2) 大隅、前掲論文五四、五六―五七頁、鈴木、前掲四九頁、実方正雄「設立中における開業準備行為」商法演習Ⅰ会社四頁、大原栄一「会社名義の開業準備行為」ジュリスト会社判例百選二〇―二一頁。

(3) 服部教授は設立中の会社は少なくとも設立登記直前の段階では一切の行為をその機関を通してなしうるものと解される（服部、前掲論文一八九―一九〇頁）。なお、Müller-Erzbach, Deutsches Handelsrecht, 1928, S. 258, 260.

(4) たとえば石井、前掲一九八頁、松田、前掲概論八九頁、北沢、前掲二二四頁、田中誠、前掲一四五頁など。
(5) たとえば大隅、前掲論文五九頁、塩田親文、判例批評、民商法雑誌三〇巻四号二八三頁、その他前出註(2)参照。
(6) たとえば石井、前掲一九九頁、大隅、前掲論文五六―五七頁、田中誠、前掲一四五頁など。
(7) 最高判昭和二八年一二月三日民集七巻一二号一二九九頁、なお同昭和三六年九月一五日民集一五巻八号二一五四頁参照。
(8) 北沢、前掲二五三頁以下。

(4) 会社不成立の場合と発起人の責任

これまでとりあげてきた問題点はいずれも会社の成立を前提としたものであるが、最後に、会社が不成立になつた場合の発起人の責任の問題を検討してみよう。この点については既に「株式会社発起人論」が発表された当時から、現在の商法一九四条に相当する規定(昭一三改正前商一四二ノ三)があつたため、西本先生も田中博士も、会社不成立の場合には発起人の全責任で問題を処理することとなるという結論をとられるから、その理論構成の点だけが問題となる。すなわち西本先生によると、既に述べてきたように、一九四条は発起人の株式引受人に対する関係を定めたものであり、その一項は会社が不成立になつた場合にも、株式引受人はなお発起人に対してその権利を主張できるとし、二項は発起人の設立に関して支出した費用を、株式引受人には負担させないということを明らかにしたものであるとされる。元来、先生の立場では、いわゆる補助的設立行為と設立外の行為とは発起人個人の名でなされるものであるから、会社が不成立の場合でも、第三者との関係で発起人が責任を負うということを改めて問題にする必要はない。(1)

これに対して田中博士によれば、一九四条一項は会社不成立の場合に発起人が負担すべき設立中の会社の債権者に対する責任と、株式引受人に対する責任との両者を併せて規定したものであり、これにより会社の設立に関して支出した費用も当然発起人の負担となるが、同条二項は株式引受人も負担するかの疑いを除く趣旨に出たものであるとされる。そして、会社

不成立の場合には設立中の会社は初めに遡つてなかつたこととなり、発起人はその機関としての地位を失うこととなるから、個人たる発起人は形式的にも実質的にも遡つて権利義務の主体とならなければならないと説明される。このような説明の仕方に対して、西本先生は、これは驚くべき大胆な構成であつて、発起人が設立に関してなす一切の行為が会社将来の成否によつて反転し、成立中の会社という大組織が会社不成立によつて最初に遡つて雲散霧消するというのでは、設立行為に参加する者の安定を害することがきわめて大であり、とうてい堅実な法理構成であるということはできないと批判されている。(2) 先生のこの批判は同一性説を会社の設立経過に関する一つの説明の仕方として承認しながら、しかもこの点の問題を契機としてその限界を指摘されるというよりも、むしろこの点でも同一性説には欠陥があり、とうてい設立中の会社なるものは認められないという鋭いものであつた。従つて、その後も同一性説を支持するもののうちでは、この点に関する種々の補強が試みられてきている。

すなわち一方においては、西本先生の右の批判にもかかわらず、会社不成立の場合には、設立中の会社が遡つて存在しなかつたことになると主張し続けるものがある。この立場によると（第一の立場）、設立中の会社という社会的実在を不成立の場合にまで意味あるものとすることはできず、やはりその場合には、設立中の会社は法律的には遡つて存在しなかつたことになり、発起人が形式的にも実質的にも権利義務の帰属主体となるが、一九四条はいわばこの当然のことを規定したものであるというのである。ただ注目すべきことは、最近においてこの立場を維持しているものは、一九四条一項にいわゆる会社の設立に関してなしたる行為というちに、設立に必要な取引行為は含まないとしている点である。それによると、発起人の権限は会社の形成、設立それ自体を直接の目的とする行為に限られ、それ以外の行為は発起人が自己または発起人組合の名においてなすものであり、従つて設立に必要な取引行為については会社の成否を問わず発起人自身が第三者に対して責任を負うべきものである。要するにこの規定のもつ意味はその責任を連帯にしたこと、並びに発起人が会社の設立に関してなした行

為につき株式引受人に対しても責任を負うことの点に存するというのである。[3][4] その意味では、設立中の会社を認めるか否かという点では西本説との間に差異はあるが、一九四条が株式引受人に対する関係のみを規定したとみる点では一致してくる。

これに対して他方においては、設立中の会社は会社不成立の場合には解散するとみる立場も、次第にその勢力をえてきている。その立場によると（第二の立場）、会社の設立関係において設立中の会社に法律的意義を認めようとすれば、会社成立の場合のみならず不成立の場合にもこれを認めるべきものである。更に設立中の会社の債権者にとつては、会社の成否いかんによつて債務者が異なるというのも適当でない。その意味では、会社不成立の場合にも設立中の会社は初めに遡つて存在しなかつたこととはならず、目的の到達不能によつて解散するとみるべきである。従つて本来ならば清算をなすべきであり、理論的には株式引受人も設立中の会社の構成員たる以上、そ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しうるはずであるが、それでは株式引受人の保護に欠けるので、発起人に全責任を負わしめて、株式引受人を第三者として取扱おうとしたのがこの規定であると主張する。[5][6] こうした立場をとる者は、また、発起人の権限は会社の設立に必要な取引行為にも及ぶものとし、一九四条一項の対象となる行為のうちには、株式引受契約と共に会社の設立に必要な取引行為が含まれると解している。[7] あるいは同様に、会社不成立の場合には設立中の会社は解散して発起人が責任を負うという前提をとりながら、ただ発起人が設立費用を負担するに足る財産すら有せず、従つて発起人の個人財産から完全に弁済を受けえないような場合には、設立中の会社の財産を清算して、株式引受人が危険を負担することになると主張するものもある。[8]（第三の立場）。

西本先生の批判以後における同一性説の動きは右に述べたとおりであるが、田中博士と同様に、会社不成立の場合には、設立中の会社は初めに遡つて解散するという第一の立場をとるものは、設立中の会社という社会的事実を会社成立の場合の説明に限つて利用し、発起人のなした行為の効果が会社に帰属する関係を説明しようとする。従つてこの立場をとるものからすると、設立中の会社を会社不成立の場合にも認めようとする第二、第三の立場は、会社不成立の場合と成立後の会社の

解散とを同視し、これを同様に清算させようとする点で行過ぎであると批判することとなる。[9] これに対して第二の立場をとるものは、いわば団体法的な視野に徹して、設立中の会社の存在を常に法律的にも意味あるものとしようとし、従つて発起人の権限についても会社設立に必要なすべての行為をなしうるという考え方に傾くことが多い。次に第二の立場と結論的にはほぼ同様な第三の立場は、会社の設立関係に団体法上の問題と個人法上の問題とが併存することに着目すると共に、前者の問題については団体法的考察を一層徹底せしめようとする態度をとるものである。そして、これらの第二、第三の立場からすると、若しも第一の立場のように、会社成立の場合にのみ設立中の会社の存在を認めるとすれば、それは会社成立前に生じた法律関係を説明するための便宜的ないし擬制的存在に過ぎないこととなり、その実在を法的にも認める同一性説の立場は前後矛盾することになると反論する。[10] いずれにしても、同一性説のうちでは右のような対立ないしは発展が見られるが、西本先生のようにいわば個人法的な立場からする問題の掘下げは、会社成立を前提とする諸問題についてと同様に、この不成立と発起人の責任の点についても特記すべきものは見当らない。

(1) 同旨、片山、前掲三六一頁、長岡、前掲一〇二二頁。
(2) 西本、前掲発起人論二一五頁。
(3) 石井、前掲二三九―二四〇頁、石井編、前掲四七九頁以下。
(4) 野津教授は会社不成立の場合には設立中の会社は遡つて存在しなかつたことになるという説明方法に注目され、会社が不成立に確定しても設立中の会社という社団が構成された事実、その固有の利益の存した事実は法の規定をもつても抹殺しえないし、またそのような規定もないとして、理論構成にこのような無理があるという点で、発起人を設立中の会社の機関とみる通説には従いえないとされる（野津、前掲設立論一〇六頁）。
(5) たとえば大隅、前掲論文六七―六八頁、松田、前掲概論一一一頁など。なお後出註(10)参照。
(6) 野津教授はまた、会社不成立により設立中の会社が解散するとすれば、設立費用の債務も株式引受人が負担することになる点に注目され、このような結論は一九四条二項に違反するから、設立中の会社を認める通説をとることはできないとされる（野津、前掲設立論一〇六頁）。
(7) たとえば北沢、前掲二三六、二三九頁。なお、設立費用を支弁するために他より金円の借入をなす行為が一九四条一項にいわゆる会社の設

立に関してなした行為になるかについて、大審院判決は会社の設立行為自体に属するもの及び設立に必要なる行為たとえば設立事務所の賃借、事務員の雇傭、株式募集広告の委託のごときはこれに属するが、右の借入行為はこれに属さないとしている（大判昭和一四年四月一九日民集一八巻四七二頁）。これに対して学説は賛成するものと（西原、判例批評、民商法雑誌一〇巻三号一五八頁、田中誠、前掲一四六、一八六頁、結論同旨、石井、前掲一六七頁、上柳、判例解説、ジュリスト会社判例百選四五頁など）、反対するものとに分れる（豊崎光衛、判例批評、判例民事法昭和一四年度三二事件一〇七頁、北沢、前掲二三九頁、今井宏「変態設立事項」総合判例研究叢書、商法(2)一三四頁など）。

(8) 平出、前掲(二)三八四頁以下。

(9) 田中誠二教授は同様に設立中の会社の存在を余りに過大視して成立後の会社の存在と同一視することは行過ぎであるとされるが（田中誠、前掲一二二、一四七頁、前出三(2)註12参照）、会社不成立の場合には、設立中の会社は目的不到達によつて解散すると考えるのが正当であるとされる（同、前掲一八六頁）。

(10) 平出、前掲(1)二〇五頁、Godin-Wilhelm, Aktiengesetz, 1950, § 30 Anm. 23.

四　む　す　び

わが国においては田中博士によつて初めて唱えられたいわゆる同一性説が、その後、西本先生、野津教授らによつて加えられた批判にもかかわらず、やがて通説となり学界を支配してきた。そのため、「株式会社発起人論」に現われた西本説を紹介し、その後の学説の推移を明らかにしようとした本稿においても、西本先生と同様に設立中の会社を否認する見解については、せいぜい会社設立の基礎理論の面で若干の論説を指摘しえたにとどまり、本稿の大部分は同一性説のその後の展開のあとを、西本先生の投げかけたいくつかの問題点に沿つて紹介することとなつた。そして、その場合の同一性説の展開も、いわゆる団体法的な立場からすればどこまで同一性説を徹底できるか、社会的事実たる設立中の会社にどこまで法律的意義を付与しうるかという議論が中心であつた。それならば、設立中の会社に権利能力を認めるかという点になると、同一性説をとるものの多くはなおこれを否定するが、同一性説で終始しようとすれば結局権利能力を認めざるをえないとして、これを肯定する見解も現われている。

わが国における同一性説もその当初においては、会社の設立関係を説明するに当つて用いられてきたいわゆる個人法的な立場では、発起人のなした行為の効果が会社に帰属する関係を十分に説明しえないとして、会社が成立した場合の法律関係の説明方法として登場したものである。従つて同一性説をとりながらも、たとえば会社不成立の場合の発起人の責任については、会社成立の場合とは全く異なつた説明をしてきたわけである。けれども現在においては、設立中の会社に法律的意義を認めようとすれば、会社の成否を問わずこれを認めるべきであるというように、会社設立をめぐるあらゆる問題を設立中の会社という観念で処理しようとしている。そして会社法に関する数多くの文献のうちには、設立関係の理解としては同一性説の立場しかないもののように、あるいは、設立中の会社というものが法典上の用語でもあるかのように説明しているものもある。同一性説がこれほど広くかつ疑いもなく信奉されているということは、わが国における一つの注目すべき現象であつて、ドイツ及びフランスにおいては、この考え方に対して絶えず検討が加えられ、その行過ぎを批判する動きが見られるのである。もつともわが国においても、最近においては、設立費用の対外的負担者は誰かという議論、会社不成立の場合の法律関係の再検討などをめぐって、従来の同一性説が設立中の会社の観念を強調するのあまり、これを法律的にも成立後の会社と同視しようとすることは、それ自体行過ぎであると指摘するものも現われている。

このように同一性説を支持するもののうちからも、その議論の行過ぎを反省する声が聞かれるが、その行過ぎを引戻した場合にとられる結論としては、西本説のそれと一致するものも現われてきている。もちろん、右のような事情から西本説が引用されることがあつたとしても、それだから設立中の会社を否定する西本説が新たな賛同者をえたというわけではなく、せいぜい同一性説もその他の説明方法と並んで、会社の設立関係を説明する一つの方法にとどまるものであり、設立中の会社も一つの擬制に過ぎないという本来の出発点に戻るだけである。その意味では、いち早く同一性説の不備を指摘され、全体的にこれを批判された西本先生の功績の大きなことはいうまでもない。そこで現在の段階において西本先生の立場からす

れば、このように同一性説の内部からする検討と同時に、同一性説の外部からもこれを再批判し、先生以後の優れた批判者達が設立関係の基礎理論において手をつけた研究を、更に各論的な部分にまで及ぼし、これを綜合する任務を後進に期待されるのではないかと考える。