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

Title	会社設立行為の法律構成
Sub Title	The legal structure of the formation of corporation
Author	高鳥, 正夫(Takatori, Masao)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1968
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.41, No.3 (1968. 3) ,p.1- 22
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19680315-0001

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.

会社設立行為の法律構成

高鳥正夫

一　会社設立行為の理解の仕方

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。そして、これらの複雑な手続を行うためには、相当な時間もかかるしまた人手も必要であるから、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なども少なくない。このように、会社の設立に際して発起人のなす種々の行為が成立後の会社にいかなる効果を生ずるか、いかなる範囲でその行為の効果は会社に帰属するかという問題については、周知のように、個人法的法律構成による理解の仕方と団体法的法律構成によるそれとがあり、現在、わが国においては後者に属する同一性説が通説となつてきている。(1) この同一性説の立場によれば、会社の成立前にその前身すなわち成立した会社と同一性を有する設立中の会社が存在し、その設立中の会社は既に社団的構成を有し、そこには株主、取締役、監査役、株主総会に相当する構成員と機関とを有している。す

なわち、そこには構成員たる株式引受人、執行機関たる発起人、監督機関たる取締役と監査役、議決機関たる創立総会などのうちの全部または一部が存在するか、あるいは、少なくとも構成員と執行機関とが既に設立中の会社に備わつている。従つて、発起人が設立中の会社の執行機関としてなした行為の効果は、特に何らの移転行為を要せずまた権利義務の承継もなく、成立した会社に当然に帰属するというのが同一性説の大要である。

ただ、この同一性説の考え方を基調としながら、設立中の会社を民法または商法上の社団であるとか、生成過程の団体であるという性格の点のせんさくよりも、むしろ、設立中の会社における諸問題をできるだけ成立した会社におけると同様に考えようというところに重点をおく者もある。この立場によれば、設立中の会社を未登記という点だけを除いて、成立後の会社と同様に理解しようとするわけで、ことに後述するドイツ株式法のように、株式総数の引受による会社の創設と設立登記による成立とを区別している立法のもとにおいては、この考え方も一層強く支持される。(2) 従つて、わが国において同一性説の立場はどうかというように、一つの類型にまとめてしまうことには問題があるが、現在のところ、同一性説をとる者の間ではまだその点を明確に区別して議論しているわけでもない。それ故、設立行為の各段階について、同一性説をとる者の間に微妙な差異のあることを指摘しながら、一応これらを同一性説と呼んで検討を進めるが、あるいはこれを、同一性説をとる人々の態度について、もはやこれを疑うべからざる学説として信奉する者と、その学説の限界を感じて補強を企てている人々と区別しても差支えないかも知れない。

これに対して、われわれはこの同一性説の内容についていくつかの疑問をもつているし、また最近、同一性説をとる者の間で議論されている諸点、たとえば設立費用の対外的負担者は誰れかとか、会社不成立の場合の発起人の責任の理解の仕方などの点は、いずれも、この学説の限界を浮び上らせる性質のものであると考える。これらの問題のうち、会社不成立の場合の発起人の責任については、古くは西本辰之助博士によつて詳細に論ぜられたし、最近においては大野直治講師も「株式

会社不成立の場合における発起人の責任」（埼玉大学社会科学論集一九号）の論文において、この問題を中心に同一性説を鋭く批判されている。[3] 私自身も「発起人の法律上の地位」（本誌三八巻一二号）の論文で、西本博士の「株式会社発起人論」に現われた博士の見解を学説史的に解明しながら、しかも、同一性説に反対の立場を構成するに当つて問題となりうる点について言及してきた。ただ、同一性説に反対の立場をとる者の間でも、それならば設立行為をどのように理解するかという点になると、必ずしも意見が一致しているわけではないし、また、十分な討論をつみ重ねていないことも否定できない。そこで、会社の設立行為の性質を明らかにしながら、同一性説の限界を指摘しようとする本稿においては、まず設立行為をどのように理解すべきかを簡単に明らかにした後、その説明を理論によつて裏づけていこうと考える。ただ、設立行為の理解の仕方については、前掲の「発起人の法律上の地位」のなかで述べたところと重複する点のあることと、[4] 従つて本稿では、引用文献などもなるべく前掲論文で利用したものは避けたことをお断りしておきたい。

株式会社の設立行為は発起人が主体となりその責任のもとに行われる。株式会社の場合にもその他の会社及び社団法人の設立の場合と同様に、会社設立の意思表示は定款作成行為のうちに見出される。発起人が定款作成という書面行為によつて会社設立の意思表示をなし、その後の設立手続はこれを不可欠の要素としながらも、しかも、その他の要件を具備することによつて進められていく。たとえば株式の引受は会社の成立を論理的な前提とはするが、それ自身のうちには会社設立の意思表示を含まず、単に一定の引受価額を出資して、将来会社が成立したらその株式を引受けるという法律行為である。このように、株式の引受には会社設立の意思表示が含まれないという点では、発起人のなす株式の引受も一般の株式引受人のなす株式の引受も差異がない。また、発起人による取締役、監査役の選任、あるいは、創立総会の成立とそこにおける取締役、監査役の選任ということも、設立手続の一環として要求されてはいるが、それらの取締役、監査役の選任も、将来、会社が成立したら機関たるべき者をあらかじめ選任させているだけである。従つて、取締役、監査役として選任された者について

は、会社成立前には将来の会社の執行機関、監査機関としての機能は認められないけれども、それらの者を出資額に応じて株式引受人に選出させるということが、構成員の利益保護に役立つものとして、株主総会における選任手続に類似した方法がとられている。

発起人は会社の設立手続において右のような地位に立つ者であり、定款作成に始まるその活動のためには、発起人間に組合契約その他の関係が見られる場合が多いであろう。いずれにしても、会社の設立に不可欠な設立の意思表示は発起人のみがなしうるという地位にあるため、法律も発起人が設立行為のうちの基本的行為、すなわち、商法が会社の設立に必要なものとして発起人になすべきことを要求している行為をなせば、会社成立の後には会社についてその効果が発生するものとしている。従つて、株金の払込も発起人が自己の名においてなさしめ、信託的にこれを所有しておけば、会社成立後はこれが株主からの払込金となる。これに対して、それ以外の行為すなわち設立の基本的行為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に設立に伴つてなされる一切の行為も、発起人がこれをなすことはいうまでもない。けれども、その場合には、発起人個人の行為ないしは発起人集団のために発起人総代がなした行為しか存在しない。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。そしてこのような解決方法によつて、会社の資本充実と一般の取引安全の理念とが満足いくように考慮されているのである。

発起人の定款作成に始まるこれら一連の手続を経て設立登記を終れば、そこに会社が成立して、発起人のなした基本的設立行為の効果は会社に帰属することとなるが、設立行為に関するこのような理解の仕方は、従来の学説の分類によれば、法律上当然の取得説に近いものといえるかも知れない。けれども、法律上当然の取得説に属するとされる比較的古い判例においては、単に会社が成立すれば発起人の行為の効果が会社に帰属するという点のみを強調していた嫌いがあり、その意味で

は、これを批評する者が、法律上当然に取得するというだけでは理由にならないと評したことも納得できる。[5] むしろ重要なことは、発起人を主体とする会社の設立行為というものが、定款作成を基礎として一体となつた手続を形成しているという点であり、このような連鎖が認められるところに設立手続の特色が存在するのである。従つてこの手続の連鎖の上に立つて、発起人のなした行為は成立後の会社に当然に移転するといつても差支えないし、あるいは、その連鎖の終点と途中とを結びつけて、発起人は将来の会社から信託を受けている関係であると説明することも可能であろう。設立手続のこのような関係は、株式会社以外の会社、一般の社団においても基本的には同様なものと考えるが、特に設立について準則主義をとつている会社の場合には、設立手続の一体性がより強調されなければならないと考える。

(1) 判例も古くは個人法的法律構成によつて設立関係を理解しようとし、第三者のためにする契約説（大判明治三六・三・一〇民録九輯二九九頁）、法律上当然の取得説（大判大正一一・六・一四民集一巻三一〇頁、同昭和一・七・四民集六巻四二八頁）の立場をとつていたが、最近においては同一性説の見解に従つているようである（大阪地判昭和三一・一二・二四下級民集八巻二四五九頁、なお、北沢正啓教授は「注釈会社法」(2)四四頁において最高判昭和三六・九・一五民集一五巻二一五四頁、同昭和三六・一〇・一七判例時報二七七号二九頁もこれに属するものとされる）。

(2) Godin-Wilhelmi, Aktiengesetz, 1967, § 29 Anm. 4.

(3) 大野講師はこの論文において次のように主張される。すなわち、同一性説が発起人を設立中の会社の機関として把える以上、発起人の責任一般を設立中の会社の機関責任という観点から考えるのが一貫しているように思われる。それにもかかわらず、会社不成立の場合における発起人の責任に関する商法一九四条の理解になると、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が最初に遡つて存在しなかつたことになるから、個人たる発起人が初めに遡つて権利義務の主体になるとか、あるいは反対に、設立中の会社は目的の不到達によつて解散し、本来ならば清算して残余財産を構成員に分配すべきであるが、引受人保護のために政策的に発起人のみに全責任を認めたものと理解する。確かに、同一性説の見解はその理論を徹底すればするほど、一九四条の責任を法定責任と解する方向に押し流し、実質的な根拠の何ものをも明示しえないのであつて、既に同一性説という立場自体の役割を再検討すべきところへきているというのが、この論文の大要である。

(4) 高鳥「発起人の法律上の地位」（本誌三八巻一二号）一〇頁以下。

(5) 平出慶道「株式会社の設立」七九―八〇頁。

二　発起人集団の組織と性格

株式会社の設立過程における発起人集団の地位を説明する場合、七名以上の発起人の間には発起人組合が存在し、その発起人組合の活動によつて設立中の会社が形成される。従つて、設立中の会社と発起人組合とは別物であり、前者がやがて設立登記によつて会社に変るのに対し、後者すなわち発起人組合は目的の達成によつて解散する。反対に、会社が不成立の場合には設立中の会社は消滅し、それに代つて、発起人組合が前面にでてその法律関係の収拾に当る。このように、発起人は発起人組合の一員であると同時に、設立中の会社の執行機関として活動するという二重の性格を有していると説明するのが普通である。その意味では、設立中の会社を認めることによつて、将来の会社の基礎となる社団が徐々に形成されていく過程が巧みに説明されるようである。けれども、いつたい発起人集団が組合なのか社団なのか、あるいは、設立中の会社は設立過程のいかなる段階で、また、いかにして形成されるかという問題がある。また、発起人集団と設立中の会社とは常に平行して存在するのか、いいかえれば、会社の成立または不成立に至るまで並んで存在するものかどうかも検討の余地があるし、現に同一性説をとる人々の間でも、これらの点については若干の対立が見られるから、まず、発起人集団の組織と性格の点から考察してみよう。

七名以上の発起人が集つて複雑な設立手続を進めていく場合、発起人相互間にはもちろん意思の疏通がなければならないが、実際上も、会社設立という共同目的の実現のために、たとえば株式会社設立契約書などを作成する場合も少なくないようである。この発起人間の関係は何も民法上の組合関係に限られるはずもないが、多くの場合に組合関係に近い関係が認められるとして、これを発起人組合と呼ぶのが通常である。確かに、七名以上の発起人間における事務の分担の約束、いかなる出資を何人がなすかということの定め方、あるいは、発起人間の加入、脱退の問題などを考えてみると、その間に組合関

係が存在し、その組合契約上の債務の履行として事務が遂行されていくと説明するのが適切である。けれども、発起人集団が組合であるかそれ以外の結合形式であるかということ自体が検討を要する点であり、たとえば結合形式として最も典型的な組合と社団とを比較する場合にも、それを理念型として区別すれば組合は組合であつて社団ではないが、実際に存在する団体には両者の性格が種々の割合で混在していることが少なくない。その意味では、発起人集団の間に組合関係が認められるということは、それ以外の関係が併存することを否定するものではないはずである。[1] のみならず、組合契約が双務契約であるとしても、組合契約によつて定められた事項の実施と組合契約で定められた各員の義務の履行は、全組合員に共通の事項としての意義を有するという点で、組合契約は合同行為と解する余地もあるとされるが、[2] 特に発起人集団の場合には、その目的に向う協働性が一層強く要請される場合が少なくないであろう。同一性説の立場をとる者のうちには、設立中の会社がいつから形成されるかを明確にするため、この点の説明になると発起人集団は組合、設立中の会社は権利能力なき社団というように事柄を割切る傾向が強いが、これは単なる説明の便宜に過ぎないと解すべきであろう。

同一性説と反対の立場、すなわち、設立中の会社を認めないで、発起人のなした行為の会社への帰属を説明しようとする立場からすれば、設立手続のある段階で、急に成立後の会社にも比すべき社団ができるなどという説明は避けるのが穏当である。もちろん、会社の設立手続について発起設立と募集設立の形態がある以上、会社の基礎たる社団形成の態容もこれを区別して考えることができるが、それだからといつて、発起人集団のなかに存在する社団性というものが、そのままの形で成立後の会社の社団性と結びつかないとしても、そんなことはこの段階では問題とする必要のないことである。いいかえれば、ある発起人集団について会社成立の直前まで組合性しか存在しないというものがあつても困らないし、あるいは、発起人集団の間の社団性が発展して成立後の会社の基礎となるものがあつても差支えない。要するにこの段階では、発起人集団には組合性と共に社団性をもちうるということ、別の表現をすれば、発起人組合である以上社団性をもちえないというこ

とさえを否定すれば足りるのである。

発起人集団の間には一般的に組合関係が認められるとした場合、その組合契約においては各当事者は出資をなして共同の事業を営むことを約するわけであるが（民六七七I）、発起人組合における共同の事業とは会社の設立そのものである。あるいは、この発起人集団に社団性が認められ、または、社団としての性格が濃厚な場合があるとすると、社団の目的によつて発起人の権限が内部的にはより強い拘束を受けうるものと解されるが、その場合の社団の目的が会社設立にあることも変りはない。このことは、発起人が会社の設立行為の主体として活動し、会社の成立によつてその活動を終了するという点からもうかがえるし、また、発起人が一方において設立行為を遂行しながら、同時に、営利行為を行うということは、現行法もこれを予想していないものと解される。ところで、七名以上の発起人の集団としては、その業務執行を発起人の多数決によつて決定することもあろうし、あるいは、一人または数名の業務執行者を定め、その業務執行者たる発起人総代に事業の遂行を委任することもあろう。後者の場合には、発起人総代が委任された範囲の行為をなせば、その効果は発起人集団に帰属することはいうまでもない。発起人集団に効力を生ずるためには、内部的にいかなる手続を要するかという右の問題のほかに、更に重要なことは、その発起人のなした行為の効果が成立後の会社にどの範囲で帰属するかという点である。この点については既に述べてきたように、商法上発起人がなすべきものと定められた設立手続のみが、いいかえれば、設立行為のうちの基本的行為のみが会社について効力を生ずるものと解される。従つて、将来の会社に帰属しないその他の行為は、一切、発起人の名においてなすほかはないし、それによつて、発起人自身が第三者と法律関係に立つこととなる。そこで、このような行為を発起人が将来の会社の名でなせば、それは会社にとつて一種の無権代理行為になると解される。(3)

次に問題となるのは、同一性説にいわゆる設立中の会社はいつどのような経過で成立するのか、設立中の会社と発起人集団とはいかなる関係に立つかという点である。同一性説の立場をとる者のうちでも、この成立時期その他の点になると議論

は必ずしも一致せず、(1)発起人の定款作成の時、(2)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、(3)発起設立については発起人の株式引受の時であり、募集設立について創立総会終結の時などを、設立中の会社の成立時期としてあげている。[4] ただ、いずれの主張を聞いても、それまで発起人組合しかなかつたところに忽然と社団性を有する設立中の会社が形成されるとしていることと、発起人組合と設立中の会社とは別物だとしながら、その後の手続の遂行について発起人組合の存在を軽視するかのような説明をしていることは共通している。けれども、このような考え方に対してはいくつかの疑問がある。まず、商法は会社の設立手続において発起人のなした行為の効果が、いかにして成立後の会社に帰属するかという点だけを問題としている。従つて、後述する一部の学説のように、設立中の会社を権利能力ある社団として理解するなら別であるが、これを権利能力なき社団としながら、その設立時期がいつであるかを論争することは、商法上の議論としては大して実益のあるものではない。会社の設立過程において、いつからまたいかなる種類の団体の存在が認められるかということは、一つの社会的事実としては検討の対象となるとしても、商法は会社の設立過程において、どのような団体がいつから必要であるかについては何も規定していないからである。

商法の立場は、一体性をもつ会社の設立手続として定めたところを、厳格に守つていくことを要求する以外には、実際上、どのような経過をとつて会社を設立していくかは問題にしていない。いいかえれば、何もなかつたところに七名以上の発起人が集つて、次第に会社を形成していくという通常の場合から、既存の権利能力なき社団を利用して会社に仕上げていく場合、既存の社団を分割して会社に育てていく場合など、種々の経過を選択できる余地を残しているものと解すべきである。その意味においては、同一性説が会社の設立過程を説明する場合に、発起人の活動によつて成立後の会社の前身たる設立中の会社が成立し、発起人はその機関として活動することを当然の前提として予想し、かつ、商法もこの経過をたどることを要求しているというならば、それは商法の右のたてまえを誤解した議論といわなければならない。もつとも、このよう

に批評すると、同一性説をとる者のうちには、設立中の会社を認めるのは設立の際の典型的な場合として、これを説明しているに過ぎないと弁明する者があるかも知れない。けれどもそれならば、設立中の会社が存在しない場合の発起人の権利義務の会社への帰属をどのように理解するのか、その点の説明を聞きたいと思うが、同一性説をとる者は右の例外的な場合をとりあげようともしない。

もちろん、同一性説も説明の重点を募集設立の場合においているから、より複雑な募集設立の説明に限定して考えてみると、そこでは株式引受人のなす株式引受の意味をどのように理解するかの問題がある。この点について同一性説をとる者の多数は、発起人の株式引受は定款作成と相まつて設立中の会社を創設し、その社員となる合同行為である。これに対して株式申込人の株式引受は、かくして発生した設立中の会社の執行機関たる発起人との間に行われる設立中の会社への入社契約であり、設立中の会社はやがて会社として成立するから、設立中の会社への入社と成立後の会社への入社とは変りはないと説明する。けれども、既に述べてきたように、会社設立の意思表示は発起人が定款作成によつてなすわけで、株式引受人がこの意思表示をなすものではないから、株式の引受と定款作成行為とを並んで考えることは適当でない。株式引受人は将来会社が成立したら、その株式を原始的に引受けようという効果意思を有するに過ぎない。従つて会社の設立過程においては、商法の定める手続にそつて設立事務が進められる限り、実際上はその人数または見識などのために、一般の株式引受人が発起人集団に加入する場合があつても差支えないし、反対に、株式引受によつて引受人集団が形成され、その後は引受人集団が発起人集団を吸収してしまうように見えることがあつても構わない。要するに商法上は、設立過程でいかなる団体が活躍したかということを問題とはせず、会社たるべき社団が設立登記までに形成されていくことだけを要求しているわけであり、その意味での社団ないしは団体が早目に形成されていれば、それが設立手続の遂行に当ることとなるに過ぎない。

会社の設立手続というものはかなり複雑であり、従つて相当長期間にわたることも少なくないが、この場合、設立手続の

ある時期を基準として、法律関係をその前後で区別して理解することが有益であるとすれば、その基準を見出すために努力することも必要であろう。もつともその場合には、設立中の会社の成立時期というような漠然とした時期ではなく、実際に設立をめぐる法律関係を区別しうる確定的な時期が、いいかえれば具体的な問題の解決に役立つ基準が望まれることはいうまでもない。その意味では、株式引受人が出資約束に基いて払込を完了し、または現物出資を給付し終つた時期を基準として、設立手続中の法律関係を区別して理解するのも有益のように思われる。この時期こそがそれ以前の時期に比較すると、会社への出資をめぐる法律関係の理解に役立つ基準となりうるからである。けれどもそれだからといつて、払込または給付の時期を基準として、設立手続における諸問題のすべてを区別して考えうるか、あるいは、その後の問題は成立後の会社における問題と、どれだけ近づけて考えることができるかという点になると、なお大きな疑問が残つている。のみならず現行法のもとにおいては、右の払込または給付の時期以外の時期についても、同様な意味において、法律関係の一般的な整理に役立つ基準を見出すことは困難ではないかと考える。

この問題は会社の成立について法律がいかなる立法主義をとるかという点にも関連するようである。いいかえれば会社の成立について、発起人が株式総数を引受けた時に創設され(errichten)[5]、設立登記によつて成立する(bestehen)というように、これを区別しているドイツ株式法(同法二六・三八)のような立法主義をとれば、その基準たる時期が適当かどうかは別として、右に述べたところとは異なる理解も可能であろう。わが国においても昭和一三年の改正以前においては、会社成立の時期については明文の規定がなく、設立登記を会社成立の対抗要件としていた(昭和一三改正前商四五参照)。そこで当時の通説は、発起設立の場合には発起人による総株式の引受があつた日を、また、募集設立の場合には創立総会終結の日を会社成立の日と考えていたから、その当時においては、設立手続に区切りをつけて考えることも意義なしとはしなかつたであろう。けれども昭和一三年の改正で、設立の効力発生に画一性を欠くことから生ずる錯雑な法律関係を防ぐ目的で、会社の成

立は設立登記によるというように、設立登記にいわゆる創設的効力が認められることとなつた。従つて、このような立法主義を受けついでいる現行法のもとにおいては、払込または給付の時期など設立過程のある時期を基準として、設立関係を前後に区別して理解することが大きな意義をもたなくなつたわけである。同様の意味において、同一性説の間で行われている設立中の会社の成立時期はいつかという議論も、ここでまた一つの障害にぶつかつているといわなければならない。

(1) 団体の有する種々の性質のうちのある特色に注目して、ある団体を社団とし他の団体を組合として規定した場合に、それだからといつてその団体の性質がそれぞれ社団または組合以外のものを全く有しないということにはならない。更に進んでいえば、ある団体が社団としての面と同時に財団としての面を有していることもありうるが、それらの点については別稿で論じたい。なお、高鳥、前掲二六―二七頁参照。

(2) 我妻栄「債権各論中巻二」（民法講義V₃）七五六、七五八頁。

(3) 商法上発起人がなすべきものと定められた行為以外の行為をなした場合、特に定款に記載のない財産引受について成立後の会社がこれを追認できるか否かが学説上争われている。多数説及び判例はその追認を否定するが、最近ではこれを肯定する考え方が盛んに主張されている（学説については今井宏「財産引受」商法の判例三七頁参照）。そして両者の議論は結局それを認めることの利害得失についての比較較量に帰着すると説かれている、けれども、財産引受は本来会社のために発起人がなしえないものを、その必要性に基いて一定の要件のもとに便宜的に認めたものと解すれば、追認の可能性を論ずる場合にも通常の場合よりも狭く解すべきこととなる。特に成立後の会社が追認をなしうるとした場合、追認の効果がいつから生ずると解するかによつては、商法が財産引受を制限した趣旨が失われるおそれがある。肯定説は追認を否定しても、いつたん発起人が取得し会社成立後これを会社が譲受けることによつて、同じ結果を生み出せると説くけれども、第三者としては、会社が将来これを取得してくれるかどうかが分らない場合には、取引の相手方が発起人個人であるかどうかによつて取引の態様が異なることも考えられる。従つて、多数説たる否定説をまだ支持すべきように思う。

(4) 田中耕太郎博士はこの(1)の立場をとられるのではないかと思われ（田中耕「改訂会社法概論」上巻二四三、二七〇頁）。また、八木弘教授もこの立場である（八木「株式会社財団論」三一頁以下）。次に、昭和一三年の改正前においては後述するように(3)の時期に会社が成立すると解するのが通説であつたが、現在では(2)の立場が多数説である（北沢「注釈会社法」(2)四二頁、なお、前掲、大阪地判昭和三二・一二・二四）。

(5) このerrichtenという語はドイツ商法、一九三七年株式法を経て現行株式法においても採用されているが、それが何を意味するかについては学説は一致していない。あるいは創設された会社は単なる法律構成上の概念にすぎないとし（Brodmann, Aktienrecht, 1928, § 200 Anm. 1 u. 2）、あるいは権利能力なき社団の成立を意味するものと解する（J.v. Gierke, Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 1933, S. 308）。なお、大隅

健一郎「会社法の諸問題」増補版四八頁参照

三　設立中の会社の効用と限界

発起人が商法で会社の設立手続と定められた諸手続を実行していけば、会社の設立過程においていかなる団体がいかなる時期に形成されることがあつても、そのこととは無関係に、会社は設立登記によつて成立することは既に述べてきた。従つてわれわれの立場からいつても、設立中の会社という団体は常に認められないというのではなく、社会的な事実として発起人集団以外にある団体が認められることもあろうし、認められないことがあつても差支えないというだけである。そこで、発起人集団以外のある団体が形成された場合に、その団体の性質その他の点について、同一性説のいわゆる設立中の会社に関する理論をそのまま当てはめることができるかどうか、更に、設立中の会社をめぐる理論構成に難点はないかを検討してみよう。

既に述べてきたように、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であると理解する考え方が、わが国においては多数説でありドイツにおいても相当有力である。株式会社の設立は比較的長期にわたりまた複雑な手続を要するため、設立中の会社の存在がかなり顕著であるとしても、他の社団法人の設立行為についても、理論的には権利能力なき社団の形成が認められると説明するのが通常である。(1) 従つて、これをたとえば合名会社の設立について適用してみると、その設立過程において設立中の会社が認められ、これと成立後の会社が同性質のものであるとすれば、その設立中の会社には社団性と同時に組合性も備わつていることになろう。もつとも合名会社と株式会社の場合とは、成立後の会社組織が異なるから、たとえ合名会社の場合にはそうだとしても、株式会社の設立中の会社は権利能力なき社団であるという反論もあろう。けれどもそのような反論が、株式会社の場合の設立中の会社には社団性以外のものが認められないとか、成立後の株式会社

の基礎となる設立中の会社は権利能力なき社団に限るというのであれば、更に進んで、株式会社においては社団性以外の関係が認められないか、という点までを問題にしなければならない。

この点についてはかつて論じてきたように、[2] 成立後の株式会社の有する濃厚な社団性を否定するつもりはないが、会社が社団であるということは（商五二I）、株式会社についても社団性以外の性格をもつてはならないという趣旨であるとは思わない。その意味では、同一性説の立場を更に発展させようと試みる平出教授が、典型的な社団に近い株式会社についても、組合的原理に従う面がある旨を指摘されることは、[3] その細部の議論は別として、われわれとほとんど同様の理解に立たれるのではないかと考える。そこで教授の立場からすれば、株式会社の場合の設立中の会社には社団性と同時に組合性も認められることとなろうし、そのように説明されればその結論にも同感である。むしろわれわれの立場からすれば、その場合にも社団性が組合性よりも顕著でなければならないということはないから、多くの場合には、設立中の会社を権利能力なき社団として理解できるとしても、またある場合には、これを民法上の組合として把握しても差支えない場合もあろう。[4][5] 同一性説に立つ者が右のように理解するのであれば異論はないが、一般に同一性説の説明のうちではこの点が明らかでなく、成立後の会社は個々の成員の個性に重きをおかない社団法人なのだから、その前身たる設立中の会社もまた同様の社団であるなどというように、成立した会社の性質を基準として、設立中の会社を性格づけるかの説明をしている。同一性説の立場からすれば、設立中の会社の発展性を考えることはもちろん当然であるが、その発展性を実質的に崩さない限り、たとえば設立過程の初期においては、設立中の会社については組合性も認められるというように、もう少し種々の場合を想定してもいいのではないかと考える。

次に、設立中の会社を認める学説について、問題となる点を個別的に検討してみよう。会社の設立費用の対外的負担者は誰れかという点に関しては、周知のように、比較的古い判例は定款に記載されかつ検査のとおつた範囲内で、その債務は成

立後の会社に帰属するという考え方をしていた。[6] けれども、右の古い判例のように解すると、成立後の会社に帰属すべき債務の範囲が、定款の記載と創立総会の承認という内部的手続によって左右されることとなり、発起人と取引をする相手方たる第三者の地位を不安定ならしめるおそれがあつた。そこで最近においては、同一性説をとる者の多くは、会社が成立すれば、設立費用債務は定款の記載や創立総会の承認には関係なく、当然にこれが会社に帰属し、会社がその債務を履行したときは、定款に記載されかつ創立総会の承認があつた設立費用の額を超過する部分について、これを発起人に求償しうるに過ぎないとしている。設立費用債務が会社成立後当然に会社に帰属するという場合の理論構成については、会社の成立前にもその前身たる設立中の会社が存在し、その執行機関たる発起人の行為によつて設立中の会社が負担したものであるから、成立後の会社にこれが当然に帰属すると解することとなろう。更に後述するように、設立中の会社において取締役を選任した後は、取締役が発起人に代つて執行機関となるという立場をとれば、取締役が会社設立のため必要な行為をなすことにより生じた債務は、定款の記載の有無に関係なく、すべて成立した会社の負担となると説明されることになる。[7]

従来、判例などに現われた設立費用としては、定款、株式申込証の印刷費、事務用帳簿、筆墨代、設立事務所の賃借、事務員の雇入れ、株主募集の広告などの諸費用があげられているが、これらの債務を負担した時期と設立中の会社の成立時期との関係が問題となる。この設立中の会社の成立時期の点については、同一性説の立場をとる者の間でも議論のあることは前述したが、そのいずれの立場をとつたにせよ、設立中の会社の成立以前に右の債務の負担が問題となることがありそうである。もちろん、設立中の会社の成立時期を比較的早いものと解すれば、それ以前における設立費用の負担は少なく、反対に、成立時期を遅く解するほど、相対的にその負担が増大することとなろう。ただいずれにしても、会社成立前でも設立中の会社は存在するから、設立費用債務がやがて会社の負担に帰すのは当然であるというだけでは、設立中の会社の成立以前の費用の負担は説明できない。右の論法のみで説明しようとすれば、設立中の会社の更に前身たる別個の設立中の会社が既

に存在していたとか、あるいは、設立中の会社の成立時期は必ずしもすべての関係において同一に解する必要はないという理論をうち出さなければならないであろう。(8) 更に、右の理解に基いて、設立費用は定款の記載や創立総会の承認には関係なく会社の負担であるとすると、発起人が権限を濫用した場合にも、会社の負担において第三者の保護をはかる結果となることもある。けれども、会社成立後、株主総会によつて選任された取締役が権限を濫用したときは、会社の負担において相手方たる第三者の保護をはかるべきことは理解できても、会社設立に際してのこのような解決は、会社の基礎の鞏固を重んずる立法趣旨に反するのではないかとの疑問もある。

その意味では、同一性説の立場をとりながら、設立費用債務は対外的には常に発起人が負担し、会社設立のための費用であることの実質を有し、定款に記載があり、かつ、裁判所の検査や創立総会の承認をえた限度でのみ、発起人は会社に求償できると解する立場が妥当であろう。ただ、われわれのように設立中の会社という理論を使わないで、発起人の行為のうちで成立後の会社に帰属するのは、基本的な設立行為に限られ、従つて、設立費用は原則として発起人の負担であるというのなら格別、設立中の会社を認めながら、なお、これと同様の結論を導くのはおかしいという批評もあろう。けれども、設立中の会社を認めるといつても、設立関係のあらゆる面でこれを認めなければならない必然性はない。従つて、会社成立前に要求される基礎の確保という立法主義を生かしながら、いいかえれば、それに抵触しない限りで設立中の会社の存在と活動とを認めて、設立関係の問題の解決をはかる態度こそ必要でありかつ適切なものと考えたい。

また、最近においては、設立中の会社の存在を認めるにしても、従来よりは更に徹底しようとする動きが見受けられるが、この点に関して、設立過程で選任される取締役の地位の理解の仕方や、発起人の責任をめぐる諸問題を中心に検討してみよう。同一性説をとる者のうちの多数は、発起人は発起人組合に属すると共に設立中の会社の機関であり、その関係は取締役が選任された場合にも変りはないから、会社成立までは取締役は監督機関としての地位を有するにとどまるものと理解

する。これに対して、設立中の会社の団体法的考察に徹する者は、その取締役は設立中の会社の総意によつて自主的に選ばれるものであるから、監督機関であると同時に執行機関としての地位をも有している。いいかえれば、設立中の会社で取締役が選任されたときに、その執行機関が発起人から取締役に交替すると説明している。(9) けれどもそのような解釈をとつても、設立中の会社の取締役は一切の業務執行をなしうるという前提をとらない以上、商法二六六条を直ちに適用することは難しい。従つて、発起人と設立中の会社の取締役などの責任については、設立のところの一九二条以下の規定によることとなる。そこでこれらの規定を比較してみると、発起人に対して種々の場合により重い責任を負わせているが、取締役が選任された場合には取締役が執行機関になるという考え方は、右の商法のたてまえとは合致しないように思われる。

次に、会社不成立の場合の法律関係、特に発起人の責任を理解するに当つても、同一性説をとる者の間では議論がある。すなわち多数説によれば、会社不成立の場合には設立中の会社は初めに遡つて存在しなかつたことになり、従つて、会社の設立に関する発起人の行為によつて生じた権利義務は、すべて発起人個人ないし発起人組合に帰属していたことになると解している。これに対して、設立中の会社を認める以上右のように解するのは不適当であるとし、成立後の会社の場合と同様に、設立中の会社が解散して清算に入るわけであるが、株式引受人の保護のために、いわば政策的に発起人の個人責任を認めて解決したものであるとする立場も有力に主張されている。このように理解する実益としては、第一に、発起人の資産が乏しく引受人と債権者との双方に弁済できない場合には、まず債権者に弁済するという原則がでてくること、第二に、設立手続をことさらに遅らせている場合など、いわば会社の成否未定の場合にも、強いてそれが設立過程にあるのか不成立になつたのかを見分けないでいいこと、(10) などがあげられている。この第二点は、会社が不成立ときまれば設立中の会社が責任を負うというように、責任を負担する者を異なつて理解する多数説の立場をとると、会社の成否未定の間の法律関係の処理に困難を生ずるが、その場合でも、会社不成立の場合には設立中の会社が解散して清算すると解すれば、急いで不成立と未成

立とを区別しないで済むという趣旨のようである。

けれども、右の有力説が実益としてあげるうちの第一点は、設立中の会社を成立後の会社と同様なものと認めれば、右のように理解するのが会社の法律関係の処理に近づくことはいうまでもないが、ただそうなると、一九四条が発起人の株式引受人に対する責任を規定したものと解する立場をとる限り、商法のたてまえとはますます離れてくることも否定できない。既に述べてきたように、設立中の会社をどこまで成立後の会社に近づけうるかは問題であるが、会社不成立の場合の法律関係というものは、いわば最も近づけ難い点の一つではないかとの疑問も生じてくる。第二点については、会社の不成立の場合と未成立の場合とで責任を負う者が異なるということは、確かに設立手続を故意に遅らせている場合には法律関係を混乱させるおそれがある。従つてわれわれのように、いずれの場合にも発起人が全責任を負うと解するか、または、この有力説のように、常に設立中の会社が責任を負うとするのが簡明であることはいうまでもない。けれども、商法が設立中の会社の存在を必ずしも要求していない以上、設立中の会社がいずれの場合にも責任を負うとするのは行き過ぎであると共に、仮りにその結論を認めると、設立中の会社に広範囲の活動を許すことになつて、設立関係法規の立法趣旨からは離れてしまう。それ故、仮りに設立中の会社を認めるとしても、それは単に発起人の社団形成それ自体に関する行為を、成立後の会社に帰属させるためのものに過ぎず、会社不成立の場合には発起人組合には発起人組合の目的の達成不能（民六八二参照）と考えた方が穏やかである。その意味では、同一性説の批判者達が、会社不成立の場合にも、設立中の会社が構成された事実は法をもつても抹殺しえないと評したことには、耳を傾けなかつた方が正しいのではないかと考える。

従来の同一性説が設立中の会社を権利能力なき社団と解しながら、しかも、発起人に対しては権利能力ある社団の執行機関と同様な働きを期待しようとする飛躍性を指摘し、設立中の会社をある範囲で権利能力ある社団として取扱おうとする議論がある。たとえば松岡教授は、発起人を機関とする設立中の会社自体に、あたかも清算中の会社の権利能力が清算の目的に

よつて制限されると同様に、規定の範囲に入るべき事項に関する限定的権利能力を認めた隠れた規定があると主張される。[11]また、平出教授は、設立中の会社は権利能力を有する団体として組織されていることが、実定法上も承認されていると解すべき旨を主張される。[12]いずれの主張も、従来の同一性説が発起人の設立行為によつて、形式的には発起人に実質的には設立中の会社に権利義務が帰属するというだけでは、結局、その主張は法律上当然の取得説の説明と大差がないと考えたところから、更に新しい立場を主張されるに至つたものと思われる。けれどもこれらの主張は、発起人を設立中の会社の機関と理解するため、発起人の行為によつて成立後の会社の負担する債務の増大をもたらすおそれがある。また、設立中の会社という社会的な事実を法的に評価しようとするため、実定法上無理な基礎づけをしている嫌いがあるが、これらの点については、前述した大野講師の論文に詳細な批判がある。

本来、設立中の会社を認める同一性説の考え方の出発点は、発起人のなす設立行為の効果の会社への帰属を手際よく説明しようとしたものであり、従来のいわゆる個人法的な理解にあきたりないとして出発しただけに、その説明の仕方にはいくつかの優れた点のあることは否定できない。けれども、その理論構成上の長所というものも、設立過程の説明から更に一歩前進して、設立中の会社の社団性を重視しこれを補強しようとすると、また各種の弱点をさらけ出すこととなる。いいかえれば、この設立過程に関する同一性説の説明の仕方は、それが予想している典型的な設立中の会社の認められる場合には、他の説明方法よりも際立つて都合のいいものといえるが、同時に、それは発起人の行為の会社への帰属に関する説明方法にとどまるようである。こうしたことは、いわゆる法人格の否認の問題についても見られることであつて、たとえば個人企業を節税の目的で株式会社に組織がえした場合に、法人税の徴収に当つては、行為または計算の否認（法税一三二）、留保金課税（法税六七）などについての特別の規定を適用し、法人格を否認することが少なくない。けれども、このことは課税負担の均衡ということから、その限りでの法人格を否認するにとどまるのであつて、不法の目的を憎むあまりすべての面で個人企業

に還元させようというものではない。アメリカ会社法上広く認められている法人格の否認 (disregard of the corporate personality) においても同様であり、たとえば競業避止義務の関係に限つて法人格の濫用をおさえるなど、特定の目的について株式会社のヴェールをはごうとするものである。法人格否認の法理は常に濫用される危険が大きいと評されるが、[13] 同様の意味において、本来、設立過程の一つの説明方法に過ぎなかつた設立中の会社の理論で、設立に関するすべての問題を解決しようとすること自体が、無謀な試みであつたように思われる。

(1) 我妻「新訂民法総則」(民法講義I) 一四八頁。
(2) 高鳥、前掲二六―二七頁、前出二注(1)参照。
(3) 平出、前掲二三―二四頁。
(4) ドイツ株式法に関しては設立中の会社を民法上の組合と解する学説および判例が有力である (Schlegelberger-Quassowski, Aktiengesetz, 1937, § 22 Anm. 4, Teichmann-Koeler, Aktiengesetz, 1950, § 16 Anm. 2)。
(5) 松田二郎博士は発起設立の場合の設立中の会社は組合で、募集設立の場合には定款作成当初は組合的結合であるが、次第に社団的結合に発展転化すると主張される。博士の立場は団体の構成員の数の増加が組合的結合を社団的結合に発展させるというもので、発起設立の場合にも会社成立後株主数が増加すれば、やがて、社団的形態をとることになるとされる (松田「株式会社法研究」一五九―一六〇頁)。また、発起人組合の組合性を根拠として成立後の会社を組合と見るべきでないと共に、成立後の会社の社団性を理由として、設立過程の当初における組合性を排斥すべきではないともいわれる (松田「株式会社法の理論」二一〇頁) ことは注目しなければならない。
(6) 大判昭和二・七・四民集六巻四二八頁、同昭和三・三・二六新聞二八三一号一九頁など。
(7) 大隅、前掲六一―六二頁。この点に関し上柳克郎教授は、設立関係法規の立法趣旨から考えて、一般的に取締役が設立に関してなした行為から生ずる費用は一六八条一項七号の設立費用に含まれず、当然に会社が負担すると解してよいかは疑問であるとされる (上柳「注釈会社法」(2) 一〇四―一〇五頁)。
(8) 八木、前掲一三三頁、上柳、前掲一〇三頁。
(9) ドイツにおいては多数説であるが (Staub-Pinner, HBG, 1926, § 190 Anm. 3)、わが国においてはまだ少数説である (大隅、前掲五七頁、平出、前掲八二―八三頁)。
(10) 服部栄三「株式の本質と会社の能力」一九〇―一九一頁。

(11) 松岡熊三郎「設立中の会社の権利能力」私法一〇号二三頁以下、四二頁。

(12) 平出、前掲八八―八九頁。なお平出教授は、発起人が設立中の会社のためにする行為の効果は設立中の会社自体に帰属するが、発起人は法人格のない社団の代表者として、設立中の会社のためになした行為につき設立中の会社と連帯して、相手方に対しこれを保証すべき人的責任を負わなければならないとされる（平出、前掲八九―九〇頁）。ただこの点の説明に関連して、外国会社に関する商法四八一条二項を引用することがあるが（平出「株式会社不成立の場合における発起人の責任」（二完）北大法学論集一二巻三号三五六頁、鈴木竹雄「会社法」補正版五〇頁）、外国法に基いて既に本国では権利能力を有している外国商事会社について、わが国でこれを承認しその行動を許すに当つては、いわゆる一般的認許主義がとられている（民三六）。そして、この外国法人の代表者の連帯は取引の相手方たる内国人保護のために特に認められたものであり、設立について準則主義をとつているわが国の会社における設立中の会社の場合まで同様に解しうるかは、なお検討を要するであろう。

(13) 田中誠二「会社法詳論」上三七頁及びそこにあげられている文献参照。

四　むすび

会社の設立手続をいかに法律構成すべきかという問題をとりあげた本稿においては、まず自説を明らかにした後、現在、通説となつている同一性説の立場を批判してきた。われわれの理解するところによれば、商法が会社の設立についていわゆる準則主義をとつているということは、発起人のなすべき基本的行為を明らかにして一定の設立手続を定めると共に、その設立手続を行つて登記してきた社団については、直ちに法人格を付与して経済社会における独自の活動を認めるということである。従つて、そのことによつて営利社団法人の設立を容易にすると共に、これを類型化することによつて、取引社会における一定の秩序と便宜とを認めようとするものである。けれども、商法はそれ以上に実質的にいかなる設立過程を経なければならないとか、一定の団体がどの段階で存在しなければならないかなどということは何も規定しておらず、むしろ、種々の形態を保ちながら設立手続を進めていくことを認めている。このように、会社の設立過程には種々の形態がありうるということのために、設立手続中の発起人のなした行為の効果を成立後の会社にいかにして結びつけるかが重要な意味をもつ

わけである。

いわゆる同一性説はこの設立手続における発起人の行為を成立後の会社に結びつけるに当つて、設立中の会社という一つの社会的な事実を想定し、これによつて両者を結びつけようという着想をうち立てたものである。従つて、それまでのどの学説が考えていた以上に、発起人の行為の効果を成立後の会社に結びつけようという説明が巧みに行われたように見えたし、更に勢いにのつて、設立中の会社の理論で設立関係をめぐる困難な他の問題をも解決しようと試みたわけである。けれどもそのことによつて、法律的にはその形成が要求されていない設立中の会社を前面に押出し、設立過程における設立中の会社の実在を常に要求することとなつたわけである。従つて、商法の設立関係法規がむしろ広く自由な設立過程を許していたのに対し、同一性説をとるとかえつてこれを狭めるという欠点がある。

のみならず、同一性説はその設立中の会社の問題を成立後の会社についてと同様の考え方で理解するため、その理論構成に当つては種々の擬制や無理な構成の生ずる危険が大きく、しかも、実際上の問題を必ずしも適切には解決していないようである。更に、株式会社の設立関係法規の最大の任務は、発起人の権限濫用によつて設立される会社に余計な負担のかかることを防止し、あるいは、株主の出資財産の散逸を妨げるという点にあるが、設立中の会社を認める立場を徹底すると、やがてこの設立関係法規の目標を見失なうおそれもある。その意味においても、会社の設立手続は発起人を中心として理論構成するのが、より直接的でもありまた合目的的であると考える。