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

Title	会社設立行為論
Sub Title	Die Gründung der Aktiengesellschaft : ein Gründungsgeschäft
Author	大賀, 祥充(Oga, Yoshimitsu)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1971
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.44, No.3 (1971. 3) ,p.321- 359
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	津田・ 宮崎・ 伊藤教授退職記念論文集 第一部法律学関係
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19710315-0321

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.

会社設立行為論

大賀祥充

一　はしがき
二　会社設立行為という観念の要否
三　会社設立手続の構造
四　会社設立の意思表示
(一)　定款作成の構造
(二)　株式引受の構造
五　会社設立行為の構成
六　会社設立行為の性質
七　あとがき

一　はしがき

会社設立の法律的構成に関する問題は、商法学上最も議論の紛糾しているものの一つである。(1) 云うまでもなく、その背景は、個体と団体との関係という・静的に観察しても永久の難問たる団体本質論と、それに、多数の個体が団体に結集して行く・いわば動的な団体成立過程の把握の困難さとに、深い係わりをもつている。(2) 無論、この最大の難問に対して、私如き浅学菲才の者が決定的な解決を下し得るなどとは毛頭思わないが、ただ問題解決に進むべき方向についていささかでも寄与することが出来れば、これに過ぎる喜びはない。

会社設立の法律的構成に関する問題を考察しこれについて論及することは、実は私にとつて全く初めてというわけではなく、かつて本誌上に発表した「権利能力なき社団と信託法理」[3]と題する論文の中でそれに触れ、私として一応の見解を述べたことがある。[4] 右の論文に対しては、その後多くの方々から数々の御高評を賜わつた。にも拘らず、私自身不幸にして病に仆れ、数年の闘病生活を余儀なくされた。ここに遅ればせながら、御高評下さつた方々に対して謹んで深謝の意を表する次第である。

右の論文において私は、いわゆる権利能力なき社団の法律関係、殊に対外的法律関係について信託法理を応用すべきことを論じ、設立中の社団法人ないし会社もその一場合でありうることを述べたに過ぎなかつた。そして、会社ないし社団法人設立の法律的構成についてはいずれ稿を改めたいと考え、その際中心的課題として当時念頭にあつたのは、会社の設立段階でなす発起人の行為の効果が成立後の会社に帰属する関係をいかに法律構成するかの問題であり、従つて検討の焦点は、すでに当時から現在でも通説的な「同一性説（Identitäts=od. Einheitstheorie）」と私の主張する信託的構成との比較に合わせられるべきものと考えていた。[5]

ところが、その後思考してみると、会社設立の法律的構成に関する問題としては、単に右の問題意識だけではなくて、次の二つの視点からの考察が併せて必要ではないかと考えるようになつた。一つは、殊に株式会社の募集設立におけるように多数の複雑な会社設立のための諸手続を、「会社設立行為」として観念することがはたして必要であるのか、もし必要であるとすれば、一体何を設立行為として把えるのか、その構造はどうなつているのか、またその性質はいかなるものであるのかという問題の視点であり、[6] 他の一つは、会社設立経過中の法律関係、殊にその段階におい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及ぼすか、いかなる範囲でその行為の効果が会社に帰属するのか、またそれはいかなる理論構成によるものであるのかという視点である。[7]

前者は、会社設立のための諸手続を全体的に把える・いわば巨視的な視点であるのに対して、後者は、発起人のなす各行為の効果帰属という個別的な法律関係に関する微視的な視点と云えるであろう。これらは、いずれも、会社設立における発起人の法律上の地位をいかに把えるべきかという意味では共通点をもちうるけれども、会社設立のための各個の手続ないし設立経過そのものを全体的に総合・構成するか、それとも個別的に分析・検討するかという意味では必ずしも同じものではない。従来ともすれば両者が区別されないまま混然と論じられ、あるいは逆にいずれか一方のみが他とは無関係に論じられていた傾向がありはしなかつたかを懸念するものである。

このように考えて、本稿では、これら二つの視点の違いと相互の関連とを前提としながら、まず第一の視点をとりあげ、この点を中心に会社設立の法律的構成を検討してみようと思う。

ところで、会社設立、とりわけ株式会社の殊に募集設立に関しては、多数の関係者の利害が錯綜するため、法の規制も詳細を極め、他の会社ないし社団法人の場合とその趣きを必ずしも同じくしていない。このことが原因してか、比較的単純な方法によつて行われるところの他の種類の会社ないし社団法人の設立に関する法理を以てしては直ちに株式会社設立の法律構成を論じ難いものがあるとされ、後者に関して殊に議論が紛糾し、未だ収拾をみていない。

しかし肝心なことは、株式会社の設立殊に募集設立の場合の特殊性を指摘することと同時に、すべての種類の会社さらには社団法人の設立に共通の法理をめざして、株式会社設立の法律構成を考察することでなければならないと思われる。本稿では、このような意図のもとに、株式会社の殊に募集設立の場合を中心としながらも、他の種類の会社さらには社団法人の場合をも考慮に入れて、問題を考察してみることとする。

(1) 西本辰之助「株式会社設立発起人論」同・私法学の諸問題所収（なお、西本博士の主要業績はすべて本書に収録されているので、以下頁数はこれを指す）一二七頁、同「株式引受の性質」一六九頁。

（2）山本桂一「生成過程に於ける会社の活動及其の限界」法学協会雑誌六二巻一二号一頁。
（3）法学研究三六巻二号四八頁以下。
（4）同誌六九頁以下。
（5）同誌七三頁註(25)。
（6）八木弘・株式会社財団論一一七頁参照。
（7）大隅健一郎「株式会社の成立と権利義務の帰属」同・会社法の諸問題・増補版四〇頁、山口幸五郎「設立中の会社と発起人組合」綜合法学五巻六号五二頁、八木・前掲書一一六頁、平出慶道・株式会社の設立七八頁以下。

二　会社設立行為という観念の要否

会社ないし社団法人の設立については、何が設立行為であり、その性質はどのようなものであるかということが、従来伝統的にその最も重要な課題と考えられてきた。(1)

しかし近時に至つて、こうした問題提起それ自体が問題とされ、『設立行為という観念をもちい、その設立行為の性質を論ずることは、そのこと自体無用有害のこと』と批判されている。(2) この見解の要旨は、第一に『現在の準則主義立法のもとにおいては、法人の成立すなわち法人格取得のために必要な行為は、各法人につき明文規定をもつて法定され、したがつて、なにが設立行為であるかの問題は、すくなくとも解釈論上は、まつたくその問題としての価値をうしな』(3)つた。第二に、準則主義立法は『法定の手続を履践するかぎり、そこに法人格を付与するという制度であり、これは設立者の主観的意図のいかんを問わず、客観的にその手続の履践があれば、法人格を付与するという、いわば表示主義的立法』であるから、『法人の設立につき必要な行為を設立行為と観念し、設立者の設立の意思にもとづき、その行為に法人の成立すなわち法人格の付与の法律効果を付与しようとする構成は、その必要性がない』(4)。第三に、『設立者の設立の意思の有無によつて、法人の存否を左右させ、権利能力者の存否を決することは、法律関係の基礎を根底からくつがえし、法的安定性を害することに

なる』という意味で『有害無用』[5]というものである。

右の批判は、従来の伝統的な設立行為論のあいまいさを指摘し、それに反省の契機を与えたという点で大きな意義をもつ。確かに、これまで、「設立行為」という概念に対して、殊に株式会社の募集設立の場合のように複雑な経過をたどる一連の設立手続のうち、一体いかなる範囲の事項を具体的に意味させるべきかについてさえ、学説はまちまちであつた。[6][7] そして、設立行為性質論の紛糾も、その大きな原因はこの設立行為論自体の混乱にあつたと云つてよいであろう。そして何よりも、設立行為論がそもそも何故に必要であるかについて語られることの少なかつた点は、これを認めなければならないと思われる。

そもそも会社設立のための諸手続を一体として観察することの必要性は、後に詳論するように、会社設立が一個の法律効果であること、一個の法律効果が発生する原因は一個の法律要件であること、従つて設立手続は一個の法律要件として把握する必要があることによる。そして、それに次いで、当該一個の法律要件がいかなる法律事実から成るか、その法律要件を構成する法律事実の中に意思表示が含まれるか、その意思表示の効果意思は会社成立に向けられていることを法律が要求しているか等が検討されなければならないわけで、これによつて初めて、会社成立がいかなる原因から生ずるか、その原因のいかなる点にいかなる欠陥があれば会社成立にいかなる影響を及ぼすかを的確に把握することが出来る。従つて『設立に必要な行為につき、そのおのおのについて、行為者の意思なり行為の効果なりを検討して、その法的性質を決定すれば足る』[8]という見解にはまず基本的に賛成しえない。

そこで第一に検討されなければならないのは、そもそも会社ないし法人の成立が認められるために設立者の会社・法人の成立を意欲する意思なるものが実定法上必要とされているか否かということであろう。民法第三三条は「法人ハ本法其他ノ法律ノ規定ニ依ルニ非サレハ成立スルコトヲ得ス」とのみ規定して、設立者の意思の有無につき直接には何ら触れていないけれども、同第三九条は財団法人につき「設立ヲ目的トスル」寄附行為と規定して、寄附行為が財団法人設立を目的とする

行為であることを示している。これに対して同第三七条は社団法人につき定款作成が法人設立を目的とする行為であるか否かについて直接規定しているわけではないが、寄附行為と比較して、特にこの点に本質的な相異があるものとは解し難いように思われる。何故なら同第三四条および第三五条によれば、社団も財団も何人かが「……之ヲ法人ト為ス」ことによつて初めて「法人ハ……成立スルコトヲ得」る（民法第三三条参照）のであつて、その「法人ト為ス」につき民法が要求する行為は、社団法人につき定款作成、財団法人につき寄附行為が予定されていて、これ以外には民法は何も「法人ト為ス」ための行為を規定しないからである。そうとすれば、定款作成にしろ寄附行為にしろそこに設立者の作為、従つて当然、設立者の意思が実定法上要求されていることが推測できる。(9)

このことは、民法第三五条（従つて商法第五二条第二項）による法人成立についても同様とみるべきであつて、会社の定款作成が民法の法人のそれと異なつた内容・性質を与えられているとは解し難い。商法第五二条第一項の会社についても同様である。商法は、決して当事者の意思如何に拘らず一定の条件を具えた社団を会社としこれを法定的に法人とする意味で、第五四条第一項の規定を設けたのではない。つまり、同条項によつて会社が法人とされるのは、設立者がその社団を法人としようとする意思を表示したからであると理解される。従つて、会社の設立は、わが国実定法上、やはり設立者の会社設立の意思に基づくものであることが、まず承認されなければならない。(10)

ところで、この会社設立者の意思は一体何に向けられていることを法律が要求しているかと云うと、会社の法人格取得・法人の成立であつて、(11)団体の成立ではないと考えられる。(12)何故なら、団体の成立ということは関係者の結合という事実上の意思に基づく事実上の結果であつて、(13)設立の意思表示の内容・効果意思の内容を実現する法律効果ではありえないからである。そして、この会社の法人格取得・法人の成立は、社団の成立とは異なり(14)単なる事実ではなくて一種の法律効果であると考えられる。(15)

無論、会社設立により発生する法律的効果は、会社成立すなわち当該社団が法人格を取得することのみに限られない。会社成立の結果、会社に関する法の規制がすべて適用されることになるから、従つて株式会社に例をとれば、たとえば商法第一九〇条ないし第一九二条、第二二六条あるいは第四条等々の規定が適用され、その結果法人格取得以外にも種々の効果が与えられることになる。けれども、これらはいずれも、設立者の設立の意思の有無を問わずまたその意思に反してすらも、当然に法律の規定によつて与えられる法定的効果である。これに対して、法人格取得という効果は、これまた法が会社設立により当該社団に付与する効果には違いないけれども（商法第五四条第一項）、これは設立者が意欲し表示した効果意思の内容に適合するもの[16]、すなわち欲するが故に欲する通りに与えられるものである。当事者の意思に基づかない法定的効果と当事者の意思に基づく意思表示的（ないし法律行為的）効果とは、明確に区別されなければならない[17]。

要するに、会社設立・法人格発生という法律効果が会社設立者の意思に基づいて生ずるものと解すべき以上、その効果発生を意欲する行為は、一種の法律行為的意思表示ないしはそれに準ずるものに外ならない[18]。

ところで、会社設立の経過を設立手続という面から、いろいろの人のいろいろな行為その他の連続的計画的積み重ねとして、動的に観察する以外に、何故全部を一体として設立行為という面から静的な観察を必要とするかというと、商法ならびに有限会社法[19]は、株式会社のみならず合名会社、合資会社ならびに有限会社につき設立無効の制度を、そして合名会社、合資会社および有限会社についてはこの他にさらに設立取消の制度を設けて、それらの要件を考え、会社設立の有効・無効ないし取消という観念を認めている。ところが、そもそも法律上この有効・無効ないし取消などの形で問題になりうるのは、法律行為（ないし法律上の行為）に関してのみであつて、たとえば債務不履行や不当利得、不法行為などについてはその法律要件そのものの存否（成立、不成立、消滅など）は問題になりえても、存在する法律要件の効果につき有効・無効・取消などは問題になりえない。そうなると、商法は、少なくとも会社設立を、独立した多数の行為その他が手続として単に集合しているも

のではなくて、全体が一個の法律要件、しかも――法律行為であるかまたは準法律行為であるかはしばらくおくとして――一個の「法律上の行為」たるものとしてみていることになる。云いかえれば、少なくとも設立手続を構成する多数の種々雑多な行為その他の分子の一つ一つの無効・取消を問題にしているのではないということである。

このように会社設立は、その手続全体が一個の法律上の行為とみるべきであるとすれば、一面、殊に株式会社の募集設立におけるように複雑な設立手続のうち主要な意味を有するある段階のみをとりあげてこれを設立行為として論ずることが妥当でない[20]と同時に、他面、『設立に必要な個々の行為の性質・効果を論ずる』[21]だけでは足りないことになる。ここに、それとは別個に、設立に必要な各種の手続を総括して全体として一個の法律要件、一個の設立行為という観念を認め[22]、そしてその構造・法的性質等を検討することが必要となる理由がある[23]。

それでは、会社設立は、前述の会社成立・法人格取得を目的とする法律行為的意思表示たるものを含む一個の法律上の行為として把握されるべきことになるが、それは諸種の手続のうちどこに示されるのであろうか、会社設立手続の構造はどうなつているのであろうか。

（1）八木・前掲書一一七頁。
（2）八木・前掲書一一七頁以下。
（3）八木・前掲書一一七頁。
（4）八木・前掲書一一七頁、一一八頁。
（5）八木・前掲書一一七頁～一一八頁。
（6）福地俊雄「いわゆる発起人組合および法人の前身たる団体」法と政治一九巻一号九八頁
（7）たとえば、西本・前掲発起人論は、「発起人及び其他の者の多数の行為より成る一個の設立行為なるものを認めず、寧ろ株式会社は多数の事実の重畳によりて成立するもの……」（五四頁）とされ、発起人が会社の設立に関連してなす行為それぞれを設立行為と呼んでおられるようであり（三九頁、なお倉沢康一郎「発起人の損害賠償責任について」法学研究三八巻一二号における用語法は、必ずしも判然とはしないが、同旨か、一一一頁、一一六

頁、一二一頁註(6)、一二四頁等参照)、あるいは田中誠二・会社法詳論上五九頁のように、そのうち法律行為のみに限定されているものもあり(川島武宜・民法㈢二四六頁は「社団という団体を組織し自らその構成員となることを目的とする意思表示は設立行為と呼ばれる」とされている)、さらに、設立に必要な数個の行為のうち全部または一部を一括して設立行為とする立場もあり(八木・前掲書一一八頁〜一一九頁参照)、区々である。なお、西本辰之助「野津氏の答に答ふ」前掲二四六頁によれば、「従来の諸家は株式引受を以て当然設立行為であるものとして其の性質を論じている」とされる。

(8) 八木・前掲書一一八頁〜一二〇頁。

(9) 川島・前掲民法㈢二四六頁は、「社団は独立主体者(通常は個人)によつて組織されるのであるから、その組織は意思表示によつて媒介されねばならない」とされる。この限りでは、この立場は社団組織の意思を観念するだけであつて、法人格発生に向けられた意思の要否を問題にしていない。

(10) 服部栄三「事実上の会社」同・株式の本質と会社の能力一九三頁および八木・前掲書一一九頁〜一二〇頁も、この点を認めておられる。

(11) 野津務「会社設立行為と入社行為」松本記念・会社法の諸問題(以下、前掲論文(入社行為)と略記する)一六八頁、一七一頁、同「株式会社設立行為の法的性質」商事法務研究四一号(以下、前掲論文(法的性質)と略記する)二七頁、および同・商法二十講四〇頁は、「新たな人格創造を目的とする行為」と云われる。

(12) ただし、山本・前掲論文・法協六二巻一二号一三頁は、団体成立が意思の作用であり、あるいは法律行為の効果であるとされ、団体を成立せしめる行為を設立行為と呼んでおられるし、また川島・前掲民法㈢二四六頁は、「社団という団体を組織し自らその構成員となることを目的とする意思表示」を設立行為とされている。

(13) 関係者に団体設立の意思があつても、人的結合の事実がなければ、団体の結成にはならないと考えられる。

(14) 社団設立の意思があつても、法人格取得の意思がなければ、その社団は法人たることはない。それは現行民・商法上、法人でない社団の設立になると考えられる。これについては、大賀・前掲論文・法学研究三六巻二号四八頁以下参照。

(15) 会社設立行為の効果が会社の法人格取得にあるということは、それが、通常の債権契約における債権債務の発生というような・いわゆる行為法上のものではなく、権利主体の発生といういわば組織法的な特徴をもつものであることは否定できないが、しかしそれだからと云つて、従来の設立行為論が「行為法上の意思表示論を以て社団法上の現象を律する誤謬を犯すものである」(田中耕太郎・改訂会社法概論上五〇頁、八木・前掲書一一八頁以下、一二〇頁註(2)参照)とは云えないと思う。

(16) 大野直治「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七五頁は、会社の成立は発起人の効果意思の内容に即応した効果として理解されると云われている。

(17) 西本・前掲論文株式引受の性質二〇八頁は、法律上の効力を直接に当事者の意思に基づくものと直接法律の規定によつて当事者の意思表示に附随せしめたるものとあること、そして両者を区別することの必要を説かれている。Vgl. Enneccerus=Nipperdey; Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. I 2 Halbbd. 15 Aufl. 1960. S. 897.

(18) 設立行為という観念が、法は設立者の意図に応じて、すなわちその意思表示の効果として会社に法人格を付与するものであるという前提に出発するという指摘（八木・前掲書一一七頁）は、当つている。なお、川島・前掲民法㈢二四六頁は、「民法は社団設立行為につき規定せず、ただ社団の根本組織を定める内部規則たる定款の作成を規定するだけであるが(三七条)、社団設立行為を伴わない定款作成は無意味であることは自明であるから、設立行為は当然に民法の予想し前提するところであることは云うまでもない」とされる。

(19) これに対して民法は、この点に関して別段の規定を設けていない。無論、民法上の法人についても設立の無効・取消が問題となりえないわけではないし、これは、津田利治「会社の設立無効」株式会社法講座一巻三一二頁註(5)によれば、「或は一般の法律行為の無効取消の原則が之に適用されると見ているのかも知れないが、立法論としてはやはり特別の規定を設けて別段の規制を為すべきであろう」とされている。

(20) 田中(耕)・前掲概論上五〇頁、実方正雄・会社法Ⅰ三五頁、大森忠夫「会社の設立」株式会社法講座一巻一四六頁。

(21) 八木・前掲書一一八頁。

(22) 野津・前掲論文（入社行為）一六七頁以下、同・前掲論文（法的性質）三九頁、同・前掲書一五頁、大森・前掲論文一四六頁、津田利治・会社法の大意上九一頁。

(23) 従来、設立行為という名のもとにいかなる行為がとりあげられていたかが判然としないまま、その性質が論じられていたところに、議論の嚙み合わない従つて収拾のつきにくい事情があつたと云つてよい。

三　会社設立手続の構造

ところで、会社設立に必要な各行為その他を全体的にみてこれを一個の法律上の行為とし、その法律上の行為の主たる効果（すなわち効果意思に基づく効果）として会社成立・法人格が発生するものとすれば、その法律上の行為の組成分子中には必ずかかる効果意思を含む意思表示と認められるべきものが含まれていることが前提とされなければならない。しかし、そのことは、『各行為ごとに会社の設立を目的として、その効果意思をもつて行為するもの』[1]という風に考えることを意味しない。準則主義のもとに法の要求する設立のために必要な手続はいろいろな事実から成り立つているのであつて[2]、あるいは法律行為的意思表示を必要とすることもあれば、あるいは事実行為あるいは不作為を必要とすることもありうる[3]。従つて、設立手続に属するあらゆる作為・不作為を、いずれもそれぞれ設立の効果意思を伴う法律行為として構成することはそもそも

性質上不可能であつて、会社成立という法律効果をもたらす会社設立手続を全体として一個の法律行為とみる以上、設立のための多数の必要事実のうち、会社設立の意思表示が基本的にはどこに要求されるかを実定法上確かめることが重要な課題となる。

この見地からするならば、設立に関して法の定める各種の手続は、無論準則主義のもとでは殊にその一体性が強調されてよく、[4]そのうちどれ一つとして会社成立のため欠くことのできないものには違いないけれども、そのすべてが全く同じ意味合いをもつわけではなく、各手続分子毎に会社成立への働きかけの意味合いの違いが当然存在する。[5]そうだとすれば、会社設立のためには定款作成と本店所在地における設立登記とを要求されている合名会社（商法第五七条、第六二条ないし第六四条）および合資会社（商法第一四七条）にあつては、設立行為は専ら定款作成として発現するという従来からの伝統的な定説的見解には[6]充分の理由があると云わなければならない。[7]しかしながら株式会社の場合には、その設立手続は合名会社または合資会社の場合ほど簡単ではなく、殊に募集設立の場合には次に述べるように相当複雑な手続が商法上要求されている。[8]すなわち、

(1) 発起人による定款の作成（第一六六条）
(2) 公証人によるその認証（第一六七条）
(3) 株式発行事項の決定（第一六八条ノ二）
(4) 各発起人による株式引受（第一六九条）
(5) 株式の募集（第一七四条）
　(イ) 株式申込証の作成（第一七五条第二項）
　(ロ) 株式申込証の交付（第一七五条第四項参照）
　(ハ) 株式の申込（第一七五条第一項、第四項）

(ニ)　株式の割当（第一七六条参照）

(ハ)および(ニ)　株式申込人による株式引受（第一七四条、第一七六条、第一七七条参照）

(6)　株金の払込（第一七七条）

(7)　払込未済の場合の失権手続（第一七九条）

(8)　創立総会（第一八〇条）

(イ)　招集（第一八〇条第一項）

(ロ)　引受人の出席（第一八〇条第二項）

(ハ)　発起人の報告（第一八二条）

(ニ)　取締役・監査役の選任（第一八三条）

代表取締役の選任（商法第一八八条第二項第八号、商業登記法第八〇条第八号、第九二条、第五五条第一項、第七九条参照）

(ホ)　取締役・監査役の調査と報告（第一八四条）

(ヘ)　設立廃止の決議のないこと（第一八七条参照）

(9)　本店所在地における設立登記（第一八八条、第五七条参照）

である。

そこで、第一に検討すべきは、これらのうちまず意思表示を組成分子とするものは何であるかということである。法律関係の変動を意欲し、それを表示することを意思表示として理解する以上、一応右の(1)、(4)、(5)の(ハ)、(5)の(ニ)、(6)および(7)以外は、次の理由により排除されうるものと思われる。つまり、まず(2)は発起人による定款作成という事実とその適法性との確認であるにとどまることおよびその行為ならびに直接の効果(確認)が公法上のものであることから、また(3)、(5)の(イ)、(8)

の(ロ)、(ハ)、(ニ)、(ホ)[9] および(9)は事実行為であることさらに(9)は公法上の行為であることから、また(5)の(ロ)は株式申込人の最終的な意思表示を誘う申込の誘引とみるべきであることから[10]、また(8)の(イ)は意思ないしは観念の通知であることから、そして(8)の(ヘ)は効果意思不存在であることから、いずれも意思表示ではないしまたそれを含むものでもないと考えられる。

そして、(6)は払込のための金銭所有権の移転を目的とする物権契約であり、(7)のうち賠償金支払のための金銭所有権移転を目的とする物権契約についても、また(7)のうち失権通知についても、いずれも意思表示を組成分子としてはいるが、それらの効果意思は直接に会社成立に向けられているとは考えられないから、これらは設立行為的意思表示の検討からは除外して差支えないと考えられる。

そして、(5)の(ハ)と(ニ)とは両者相まつて株式引受を構成しているものであり、また(7)のうち再募集による株式引受はこれに含めうるから、その結果、設立行為的意思表示を含むか否か、その意思表示としての内容・構造・性質等を詳細に検討すべきものは、結局、定款作成、発起人による株式引受、それに株式申込人による株式引受の三者ということになる[11]。この意味では、これまで株式会社について何が設立行為であるかに関し、多くが、株式引受を定款作成と共に、あるいは株式引受のみを設立行為としてとりあげその性質を論じていたことには[12]、全く理由がないわけではない。

しかし、はたして株式引受は会社設立の意思表示そのものであろうか、あるいはそれを含むものであろうか。もしそうだとすれば、合名会社および合資会社の場合と株式会社の場合とで設立の法律構成は基本的に異なることになるが、はたしてそうであろうか。

(1) 八木・前掲書一一九頁参照。

(2) 山本・前掲論文・法協六二巻一二号一五頁。

(3) 西本・前掲発起人論は、株式会社の設立に法律行為を必要とするけれども、そのことは必ずしも株式会社が直接法律行為の効力として成立することを意味しない（一二四頁）。株式会社は一定の必要事実の重畳によつて成立するものであつて、その必要事実を発生させるために法律行為の必要なこと

もあれば、創立総会における株式引受人の出席、発起人の報告などのような事実行為、あるいは設立廃止の決議のないことといった不作為を必要とするものもある旨を述べておられる（一二五頁～一二六頁）。

(4) 高鳥正夫「会社設立行為の法律構成」（以下、前掲論文（設立行為）と略記する）法学研究四一巻三号五頁。なお、大森・前掲論文一四六頁によれば、「各行為はそれ自体として完結的な意味を有せず、全体的な設立手続の一段階として、他の諸手続の履践を条件としてのみ会社成立の効果に寄与するものにすぎない」とされる。

(5) 服部・前掲書九九頁。

(6) 服部・前掲書一九三頁。

(7) もつとも、合名会社および合資会社の場合、設立手続として現行商法の規定するものは、直接的には定款作成と設立登記とであるけれども、昭和一三年改正法以前においては、定款作成のみを以て会社は成立するものとされていたし（この点については、山本・前掲論文・法協六二巻一二号二七頁参照）、現行法においても設立登記は、決して実質的に無から有を生ぜしめるものではなく、それ以前の手続の履践によりすでに会社の実体が構成され、これに対して法人格が与えられる手続であると解されているから（大森・前掲論文一四三頁以下、北沢正啓「設立中の会社と発起人組合」契約法大系Ⅴ（以下、前掲論文（大系）と略記する）一〇七頁以下、大隅・前掲論文四二頁、山口・前掲論文・綜合法学五巻六号五二頁、服部・前掲書一八七頁）、はたして会社の実体は社団でなければならないか、社団とは何か、また例えば合名会社はいかなる構造の性質をもつた社団でなければならないか、従つて定款作成と実体形成との関連を考察しなければならないが、この点についてはここでは触れない。

(8) 商法には直接規定されていないが、この他に発起人間の協定つまりいわゆる発起人組合契約も問題となりうるが、この点については後に述べる。

(9) ただし、選任決議を選任者に対する就任契約の申込の意思表示とみる見解もないわけではない（田中（耕）・改正会社法概論五六二頁～五六三頁、同「合併決議に於ける当事会社議決権の排除」同・商法学特殊問題上二七六頁）。

(10) ただし、申込証の紙の所有権または占有権移転が生じうるとすれば、物権契約上の意思表示が認められうるが、その効果意思は直接に会社成立に向けられているとは考えられないから、設立行為的意思表示の検討からは除外する。

(11) 服部・前掲書一九九頁。

(12) この指摘については、津田・前掲論文三二四頁註(1)、服部・前掲書一九九頁参照。

四　会社設立の意思表示

前述の如く、法人格取得を会社設立の主たる効果として把えて、その法律効果は設立手続中になされる当事者の意思表示の効果意思に相応する効果とみるべき以上、その意思表示は一体会社設立過程中いかなる形でなされるものであろうか。

まず民法上の公益社団法人の設立行為（法律要件）は、定款作成および主務官庁の設立許可の二分子（法律事実）から成り（民法第三四条、第三七条）、当事者の意思表示ないし法律行為の面からみるときは、右二つの組成分子のうち定款作成のみが設立の意思表示たりうべく、従つてこの意思表示を不可欠の組成分子とする法人設立が一個の法律行為たりうるのであつて、[1] 従つて定款作成を公益社団法人の設立行為の不可欠の組成分子たる意思表示として把えることに異論は生じないであろう。[2] ほぼ同様に、定款作成と設立登記とを要求されている合名会社および合資会社にあつても、その設立の法律行為は定款作成と設立登記との二つの組成分子から成り、そのうち定款作成がその設立の意思表示であることは、これを認めてよいと思われる。[3]

ところが株式会社にあつては、定款作成の外発起人による株式引受さらには株式申込人による株式引受等幾多の関係者の行為を必要とするため、定款作成だけが設立の意思表示であるかについて疑を容れることとなつた。そして古くは、株式申込人による株式引受こそが設立行為と考えられたが、[4] 現在では、定款の作成および発起人の株式引受によつて会社の前身たる「設立中の会社」が成立し、株式申込人による株式引受はこの設立中の会社への入社契約であるとするのが通説的見解となつていることは周知の通りである。[5] このことは、別の見方をすれば、株式引受人は会社設立そのものについては主体的存在ではなく、設立行為の主体は発起人であると解されるようになつたことを意味する。[6]

しかしそれならば、次に検討を要することは、発起人が定款作成および株式引受の両者において会社設立の意思表示をするものと認めうるかどうか、云いかえれば、会社設立の効果意思を定款作成の際のみならず株式引受に際しても発起人（ないし株式引受人）が有ししかもこれをそれぞれにおいて表示することを、法律が会社成立のため不可欠の前提要件として規定しているか否かである。

(一) 定款作成の構造

まず、定款作成の性質について従来は、定款そのものを会社の組織および運営に関する根本規則であると基本的に理解した上で、あるいは『合名会社におけると異り、株式会社においては、定款の作成はそれだけで実質上会社の成立を来すものではなく、[7]従つて之をもつて設立行為の全部ということはできない。[8]ただそれは会社の成立のための最も基本的な規範設定行為であり、発起人の会社設立意思の具現行為として、設立行為の重要な一部をなすものと解しなければならない。そしてその窮極の目的は会社の成立に向けられているが、その直接の目的は、会社の成立のための要件として法の要求している原始定款の設定そのことに向けられている。そしてその原始定款の設定という効果は、複数の発起人によつてなされる。同一内容の、特定の相手方のない一方的意思表示の合致によつて発生する。その意味で、この定款設定行為自体は……合同行為に属するといつてよい』[9]という風に説明され、あるいは『合名会社の場合と同様に、会社の設立行為を構成する意思表示の内容を確定すると同時に、設立さるべき会社の組織活動に関する根本規則を設定する意味を有する。そして株式会社の設立にあつては、社員たるべき者の意思表示は定款における署名によつてなされないで、これとは別個の株式の引受によつてなされるから、定款の作成はこの株式引受の基礎を確定する行為たるにほかならない』[10]とか、あるいはまた『発起人は設立を目的として定款を作成するにはちがいないが、その設立の意思は究極の目的であり、直接の効果意思は、法的拘束力をもつ、会社の根本規則たる定款の作成にあり、こうした目的にむけられた意思表示の合致としてそれが合同行為なのであつて、それが同時に会社の設立を意図した意思表示の合致として合同行為なのではない』[11]と解されている。

右の第一の見解では、合同行為（従つて法律行為）とされる定款設定行為の効果意思が会社成立と根本規則設定との両者に向けられているようにも伺われるのに対し、[12]第二の見解では、発起人による株式の引受が『定款所定の組織を有する会社の設立に引受書面に定める出資をもつて参加しようとする旨の意思表示であり、『これが合致して会社の設立行為をなす』[13]のであるとされているところからすると、定款の作成は『設立行為を構成する意思表示の内容を確定する』[14]に過ぎなく、そ

れ自体としては意思表示ではないとされているように伺われ、[15] 従つて定款作成の重点は根本規則設定にあるものと解されているようにみえる。これに対して第三の見解では、明らかに、定款作成の効果意思を根本規則の設定のみに向けられるものと認めているように思われる。

このように、一つ定款作成のみをとりあげてみても、その内容・性質をめぐつては、設立の意思と根本規則設定の意思とのいずれを含むのか、また両者を含むのか、その相互の関連等につき必ずしも分明でないが、[16] 右に述べた見解はいずれにしても根本規則設定の方に重きを置いている点では一致している。[17]

しかし私は、定款作成における効果意思は、会社成立と根本規則設定との両者に対して——少なくとも対等に、あるいはむしろ前者の方に重点を置いて——向けられているものと考えるべきであると思つている。何故なら、株式引受は、詳細は後述するが、たとえ発起人によつてなされる場合であつても、それ自体会社設立の意思表示を含むことを不可欠の要件として法律は要求していないとみるべきであり、株式会社にあつても、他の種類の会社およ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求めるべきだからである。[18]

法はすべての種類の会社および社団法人設立のための不可欠の要件として定款作成を要求している。勿論その外に、主務官庁の設立許可であるとか（公益法人につき民法第三四条）、設立登記であるとか（会社につき商法第五七条、有限会社法第四条）、さらには株式引受（株式会社につき商法第一六九条、第一七四条以下）、払込（第一七〇条、第一七七条以下、有限会社法第一二条）等々の要件が法定されているけれども、すべての種類の会社および社団法人に例外なく共通する唯一の要件は定款作成に外ならない。そしてこのように法がすべての種類の会社および社団法人の設立に際して設立者ないし発起人に定款を作成させる趣旨は、単に、一定の事項を記載した文書作成の事務を担当させようというのでもなければ、あるいは設立に関する責任を負担することを意欲しこれを表示せしめようとするのでもなく、一定の事業を営む一つの組織体を会社ないしは公益社団と

して法人たらしめようとする設立の意思表示をなさしめることに重きを置いているものとみるべきである。[19] 従つてそれは何もそういう文書作成という肉体的な作業そのものが法律的に意味をもつわけではなくて、[20][21] 法人設立の意思、つまりその文書にもられた意味内容の組織をもつ会社ないし社団法人を設立しよう、そういう組織をもつ会社ないし社団を法人にしようという法人設立の意思がそこに表示されているものとみなければならない。[22]

そうとすれば、定款作成における効果意思は、会社の根本規則の設定のみに向けられているわけではなくて、会社の根本規定の設定と会社設立との両者に向けられていると云わなければならないが、両者の相互の関係はどうであろうか。定款の内容となつている根本規則は、そのうち主要なものが法定的に要求されているとはいえ、基本的には設立者の構想し意欲するところのものであつて、それが成立後の会社の組織や運営に関して根本規範たる効力を生ずるのは、当事者の表示した効果意思に法が効力を与えるものと考えうるから、根本規則の設定自体は独立の意思表示ないし法律行為たりうる。[23] このように考えるならば、定款作成は、将来の会社の根本規則を設定しようとする意思表示とそのような組織をもつ会社を設立しようとする意思表示との両者を含んでいることになるであろう。しかし見方をかえるならば、これら二種の意欲は一個の効果意思の全面と一側面（全体と部分）に過ぎない、あるいは一個の効果意思の主眼点と附随点とに過ぎないとも云えるであろう。つまり、定款作成の効果意思は、そこに定められているような組織や運営規範をもつ会社の成立に向けられている、云いかえれば会社設立の意思表示の内容限定としてその組織や運営に関する根本規範の確定が要求されているとみることもできるであろう。

会社ないし社団法人の設立に不可欠の条件として要求されている定款の作成が、書面行為であり記載事項も最低限が法定されているところのいわゆる要式行為であることを併せ考えると、右に述べた二通りの把え方のうち後者の方がより自然であり妥当なようにも思われる。[24] しかしいずれにしても、定款作成における効果意思としては、前述の通説のように根本規則

設定の方に重きを置くのではなくて、むしろ会社設立の方にこそ重点を置いて理解すべきものと思われる。

要するに、会社設立の意思表示は、株式会社の場合においても、他の種類の会社および社団法人の場合と同様に、発起人による定款作成という形で法律が捉えているものと解すべきである。[25] そしてこのことは、実際上会社設立の諸手続が発起人の設立の意図から始まるものであるという実態とよく適合するのみならず、法律上発起人の意義を定め、その者に対して会社設立に関する重要な地位、従つて重要な職務権限と重大な責任とが与えられていることの実質的な意味合いをよく理解させてくれるものと思われる。[26]

(二) 株式引受の構造

ところで、株式引受[27]の構造・性質等については、周知の通り、従来から議論が沸騰しているけれども、遺憾ながら現在なお定説的見解をみるに到つていない。[28]

ここでとりあげるべき問題の核心は、会社が成立するためには、株式引受に会社設立の意思表示を含むことを法律が不可欠の要件として要求しているか否か、発起人による場合と株式申込人による場合とで法律は差異を設けているか否かにあると思われる。この見地から従来の学説を検討してみると、[29] 第一の見解によれば、株式引受（または株式の申込）が、発起人によると株式申込人によるとを問わずいずれの場合においても、会社設立の意思表示を含むものとみる。[30] 第二の見解によれば、株式引受は、発起人による場合にのみ会社設立の意思表示を含み、株式申込人による場合には設立中の会社への入社契約であつて設立の意思表示を含まないとみる。[31] 第三の見解によれば、株式引受は、発起人によると株式申込人によるとを問わずいずれの場合においても、会社設立の意思表示を含まないとみる。[32] はたして、わが現行商法では、株式引受において当事者は会社設立の効果意思を決定・表示するものとされているのであろうか。

まず発起人による株式引受について考えてみると、会社設立にあたつては、設立企画者相互の間には、設立しようとする

会社の組織・運営、設立準備等につき何らかの協定・合意が予めなされるのを常とする。[33] 従つて、その者たちがそれぞれ発起人としてどれだけの株式を引受けるつもりであるか、云いかえれば発起人としてどれだけの出資をしてどれだけの株式を取得するつもりであるかについても、発起人相互間における右の協定・合意、つまりいわゆる発起人組合契約の中に定められるのが通常であろう。[34] ただこの発起人組合契約における出資ならびに株式割当の条項はそれ自体株式引受たるものではなく、いわば発起人間の株式引受予約たるに過ぎない。商法は、会社設立に際しての出資に関する合意については、定款（合名会社・合資会社につき第六三条第五号、第一四八条、有限会社につき有限会社法第六条）または書面（株式会社につき第一六九条、なお第一七五条参照）にその内容ないし数額等を記載することを命じているから、株式会社の場合発起人による株式引受は書面による要式行為というわけで、つまり正式の（予約のある場合のその履行行為としての）株式引受に関する効果意思は、いわゆる「引受けを証する書面」（商業登記法第八〇条第二号、商法第一六九条参照）において表示されるものとみなければならない。従つてそこにおいては、会社の成立を予定しそれを当然の前提としてはいるけれども、発起人としてはその引受書面の作成行為において株式引受に関する記載が要求されるだけであつて、この記載と共にもしくはこの記載をさしおいて専ら、会社設立の意思表示をすることを商法が要求しているわけではない。[35][36] 前に述べたように、会社設立の意思表示は発起人が定款作成という要式行為においてなすべきことを既に法律が不可欠の要件として要求しているものと解すべきであるから、これに加えてさらに法律が株式引受に際して会社設立の効果意思を表示すべきことを再び繰り返して不可欠的に要求する必要は全くない。[37] 法がその様な無用の重複を制度として要求しているものとは到底解し難い。要するに株式引受は、一定の引受価額を[38]（設立される）会社に出資してその会社の発行する株式を原始的[39]に取得[40]することを目的とする法律行為である。[41] その効果意思の内容は、一定額の出資と一定数の株式の原始取得とが、具体的に云えば引受人としての義務（引受価額払込の義務）負担と権利（株式引受に因る株利・第一九〇条参照）取得とが対価的牽連関係としてあるだけで、[42] この出資約束とこれに応ずる株

式原始取得とが最低限意欲表示されていれば、法律上株式引受があつたことになる。発起人は書面により右の内容をもつ意思表示をなすことを設立手続上要求されるだけで、それ以上は発起人の株式引受については何も要求されておらず、従つてこの書面に会社設立の効果意思の記載を含むことを必要とするものではない。[43]

同様に、株式申込人による株式引受について考えてみても、そこに会社設立の効果意思が含まれることを法律が要求しているとみることはできない。この場合株式申込人と発起人との間に株式申込の意思表示とそれに対する割当の意思表示とがなされるものと考えられるが、まず、法定要件を具えた株式申込証を用いてなされなければならないという意味で要式行為たる株式申込の意思表示にあつても、その効果意思はその会社の株式を何株引受けたいということ（商法第一七五条第一項、そして場合によつては額面・無額面の別、種類、引受価額等も含まれる。[44]第一七五条第三項参照）のみに向けられているのであり、これに対する割当の意思表示にあつても、その申込を承認するか否か、何株引受けさせるか[45]（第一七六条参照）に向けられているに過ぎない。[46]つまり、一定数の株式の原始取得と一定額の出資とが対価的に効果意思の内容をなしているという点で、この株式申込人による株式引受も先に述べた発起人によるそれと何ら変るところはない。もとより株式申込証の法定記載事項の中には定款の法定記載事項も含まれているけれども（第一七五条第二項）、これは専ら申込人に誤解なきよう会社の組織に関する重要事項を予め発起人から申込人に向つて開示、了知せしめるためであつて、[47]決して申込人をしてこの記載通りの意思を決定して会社設立の意思表示をなさしめる意味がそこに含まれているわけではない。[48]少なくとも申込人にかかる意思がなくても株式引受の成立および効力に何の障害も与えるものではない。

さらに、株式引受は、申込と割当との二個の意思表示から成るけれども、それ自体完成した一個の法律行為であり、しかもそれは特定の引受人と発起人との間にそれぞれ独立して引受人の人数だけの複数の法律行為が成立する。その有効・無効は独立してきめられるべきものであつて、決して株式引受が全体として一括して論ぜられるのではなく、しかも特定の株式

引受の無効は当該引受人が払込義務を負わずかつ株式を取得しないだけで、直接的に会社が成立しないとか設立無効であるとかということを意味するわけではない。

要するに、株式引受は、発起人による場合であると株式申込人による場合であるとを問わずいずれの場合においても、会社設立の意思表示ではないし、またそれを含むことを要するものでもないとみなければならない。[49] そうであるとすれば、まず株式引受に会社設立の意思表示を含むことを法律は不可欠的に要求しないという点で、先に述べた第一の見解は勿論のこと、第二の見解に対しても賛成することはできない。次に第二の見解に対しては、株式申込人による株式引受が設立中の会社への入社契約であるとする点においても賛成できないが、この点については後に述べる。

それならば、第三の見解についてはどうであろうか。少なくとも、第一に株式引受を発起人による場合と株式申込人による場合とでその性質を全く異にするものではないとみる点、[50] および第二にそれが設立の意思表示を含むものではないとみる点において、その限りでこれに賛成できる。しかし、この立場をとる者も細部にわたつてはその理論構成が必ずしも一様ではない。そのうちまず設立行為という観念自体を認めない見解に首肯できないことは前述した。次に株式引受を入社契約とみる見解についてはどうであろうか。前述のように、株式引受においては、設立される会社への一定額の出資とそれに応じた株式の取得とが効果意思の内容として含まれているならばそれだけで充分であり、[51] それとは別にさらに、設立中の会社であれ将来の会社であれ、いかなる意味においても入社ということまでその効果意思の内容として要求されているものとは解し難い。[52] あるいは、設立される会社への一定額の出資とそれに応じた株式の取得とを社員権――社員として有する基礎的な法律関係――の取得として把え、[53] これを「将来の会社への入社」と表現するのであるならば、[54] これは既に用語の問題であつて、実体論ではない。それを将来の会社への入社という代りに、例えば株式引受人としての地位ないし権利義務の取得と呼びかえてもよいのと同じことになるであろう。

以上を要するに、株式引受は、株式申込人による場合は勿論、発起人による場合であつても、会社設立の意思表示でもなければそれを含むことを要するものでもない。このことは、会社設立の諸手続が発起人の定款作成を出発点とし、それを軸として進められ、[55] 従つてこの意味で発起人だけが設立行為の主体であり、株式引受人はそれに当らないことを示している。[56] そしてこのことは、前にも触れたように、定款作成の形で会社設立の意思表示をなした表意者たる発起人（自己の意思で会社を成立せしめんと欲している者）だけが、商法上会社設立に関する重要な地位、殊に重大な責任を課せられているのに対して、一般の株式引受人（会社の成否は自己の意思に基づくものではない）には、殊に会社不成立の場合においてさえ（商法第一九四条参照）、発起人のような重い責任を負わされていないことを、よく説明しうるように思われる。

(1) 西本・前掲発起人論四八頁、野津・前掲論文（入社行為）一七三頁。

(2) 川島・前掲民法㈢二四六頁。

(3) 松本烝治・日本会社法論四八一頁、六一三頁、西本・前掲発起人論四八頁、同・会社法八五頁、原田博治・株式会社設立論一一七頁～一一八頁。なお、野津・前掲論文（入社行為）一七二頁以下は、合名会社・会資会社の定款作成を一面会社設立行為であると同時に他面入社行為であるとされる。ただし、田中(耕)・前掲書一〇五頁、田中(誠)・前掲書下九〇八頁によれば、定款作成は法律の規定によつて設立行為の要件とされているだけで、両者は別の行為である旨説かれている。

(4) 従来、株式引受の性質が大いに議論された（この点については、大森・前掲論文一四八頁註(3)および服部・前掲書二〇一頁註(3)に掲げられている文献参照）が、それが設立行為であるか否かについては、高鳥正夫「発起人の法律上の地位」（以下、前掲論文（発起人）と略記する）法学研究三八巻一二号二四頁註(2)に掲げられている文献参照。

(5) 松本烝治「会社設立行為性質論」同・私法論文集二巻（以下、前掲論文（性質論）と略記する）六三五頁、大隅・前掲論文三九頁以下、大森・前掲論文一九二頁、二〇一頁註(4)、服部・前掲書一九九頁等参照。

(6) 大森・前掲論文一四七頁～一四八頁、服部・前掲書二〇〇頁。

(7) 松本・前掲論文（性質論）六三五頁。

(8) 松本・前掲論文（性質論）六三五頁～六三八頁によれば、定款作成と株式引受とが合して初めて会社設立行為の全体を形成するという。また、原田・前掲書一一八頁以下は、「発起人ガ定款ノ作成ニヨリテ表示シタル一方的意思表示及発起人ガ株式ノ引受ト共ニ又ハ株式引受人ガ株式ノ申込ト共ニ為シタル一方的ノ意思表示ガ綜合シテ茲ニ会社設立行為ヲ構成スルモノト解ス」とされている。

(9) 松本・前掲論文（性質論）六三五頁、同・前掲書一一三頁、大森・前掲書一六一頁。
(10) 大隅健一郎・全訂会社法論上一五九頁。
(11) 八木・前掲書一二〇頁、一二七頁、なお、平出・前掲書一四五頁も「会社の根本規則を設定する行為として合同行為に属」するものと云われている。
(12) 大森・前掲論文一七五頁、八木、前掲書一二〇頁参照。ただし、窮極の目的といい直接の目的といわれる両者の関連は、必ずしも明瞭ではない。殊に、発起人の株式引受が「窮極においては発起人の会社設立行為の実現行為たる性質をもっているとは云いうるが、しかしその株式引受行為そのことの直接の目的とするところは、設立される会社の一構成員としての権利義務を取得し負担することであり、その点では募集設立における株式申込人の株式引受と性質を異にするものではない」（大森・前掲論文一七五頁）と云われているところをみると、定款作成については、次に述べる第二の見解と同様に、根本規則の設定に重点をおいているようにも伺える。
(13) 大隅・前掲書一七七頁。
(14) 大隅・前掲書一五九頁、五一頁。
(15) 中西正明「商法第一六六条に関する注釈一四」注釈会社法二巻株式会社の設立五九頁。
(16) 八木・前掲書一二〇頁。
(17) 田中（耕）、前掲書二四五頁、鈴木竹雄・新版会社法四四頁、北沢正啓「設立中の会社の活動範囲」（以下、前掲論文（活動範囲）と略記する）私法一四号六四頁、同・前掲論文（大系）一一六頁、同「商法第一六五条に関する注釈二六」注釈会社法二巻株式会社の設立四八頁、山口・前掲論文・綜合法学五巻六号五四頁。
(18) 津田・前掲論文三二四頁、三四九頁、同「発起人の意義」会社判例百選一三頁、同・前掲書九〇頁、高鳥・前掲論文（発起人）法学研究三八巻一二号二三頁～二四頁、同・前掲論文（設立行為）法学研究四一巻三号三頁。
(19) 西本・前掲発起人論九頁参照。
(20) 津田・前掲発起人の意義一三頁は、定款への署名が単なる形式上の筆記の動作とみるべきではなく、定款の内容を発起人自らの意思表示の内容として決定発表するための方式である旨述べておられる。
(21) 会社の場合要求されている定款への署名行為について、平出・前掲書一四五頁は、「発起人による定款への署名行為は、署名行為自体としては、根本規則の設定行為たる自己の意思表示の内容が書面たる定款に記載されたごとき内容のものであることを承認するところの一種の事実行為である。しかし、発起人による根本規則の設定行為は、商法所定の方式により署名を要件とする要式の書面行為として、すなわち、かかる書面たる定款の作成行為として、なされなければならない。したがつて、定款への署名によつて定款の作成行為が完了することとなり、結局、かかる署名行為と定款作成行為とは同視され」「定款作成行為と定款への署名の関係は、手形行為と手形への署名の関係と同様に解される」と云われている。
　なお、公益社団法人の場合、定款には設立者の署名は要求されてはいない（民法第三七条、大判・大一二・五・一、民集一・二八九参照）。一般に書面行為では、書面作成者の署名を要求されるのが通例であるが（例えば遺言に関する民法第九六〇条、第九六七条以下参照）、必ずしも絶対の要件でな

い場合もある（例えば書面による贈与、民法第五五〇条参照）。

(22) 合名会社における定款作成について、大隅・前掲書五一頁は、定款への「署名のもつ意味は、一方において設立さるべき会社の根本規則たる定款を確認すると同時に、他方においてその定款所定の組織を有する会社を設立する旨の意思表示をなすことにある」と云われている。私は、同様の理解をすべての種類の会社および社団法人について、従つて株式会社についてもしようというものである。勿論、株式会社以外の会社および社団法人にあつては、定款作成は併せて社員の出資の約束を含むために（野津・前掲論文（入社行為）一七二頁～一七三頁によれば、合名会社の定款作成は一面設立行為であると同時に他面入社行為でもあるとされる）、他面この意思表示ないし法律行為の性質が問題となりうるが、この点については後述する。

(23) 西本・前掲発起人論五二頁以下によれば、「定款の作成は夫れ自体のみを株式の引受と分離して考ふるも亦一個独立の法律行為なり。」「法律行為の存在を肯定し得るためには必ずしも当事者間に権利義務の関係を発生せしむるを要せず又独立の権利主体を成立せしむるの要なし。蓋し法律行為の目的とする所謂法律上の効果は是等の場合のみに限らざれはなり。」「定款の作成は、夫れ自体に於ては権利義務に影響を及ぼすべき種類の効力を生ぜざるも、権利義務に影響を及ぼすべき行為を有効に為し得べき基礎を与ふるの効力を生ずるものなり」とされている。また、大隅・前掲書一五九頁も、定款作成を株式引受の基礎を確定する行為とされる。

(24) この見方によるときは、成立後の会社における組織・運営に関する根本規範は、会社成立の内容ないし効果の一つとして理解されることになろう。

(25) 津田・前掲論文三二四頁、三四九頁、同・前掲書九〇頁～九一頁、服部・前掲書一〇〇頁、高鳥・前掲論文（発起人）法学研究三八巻一二号二三頁以下、同・前掲論文（設立行為）法学研究四一巻三号三頁。なお野津・前掲論文（入社行為）一八四頁、ただし、同一七三頁によれば、発起人による定款作成および認証の申請が設立行為であるとされている。

(26) 津田・前掲発起人の意義一三頁は、法律上発起人の意義を定款に発起人として署名した者と定め設立に関して重要な地位を与える実質的な意味合いは、発起人が定款の作成署名という形で会社設立の意思表示をなす表意者その人なるが故であり、しかも、発起人以外にはそのような意思表示をなす者はいないが故である旨指摘されているが、全く賛成である。

そして、このように会社設立の意思表示をする者として発起人を理解すべきことは、発起人の法律上の地位をいかにみるべきかの問題との係わりにおいても極めて重要なことであつて、私は、この点に発起人に対する信認関係の基礎従つてその重大な権限ならびに責任の基礎を認めるべきであろうと考えているが、この点については、はしがきに述べた第二の視点として稿を改めたいと思つている。

(27) ひろく株式引受と云えば、会社設立時における発起人による株式引受、募集設立における株式申込人による株式引受のみならず、会社成立後新株発行における株式引受も含まれが、これはここでは論外とする。

(28) 大森・前掲論文一九一頁、田中昭「商法第一六九条に関する注釈二」注釈会社法二巻株式会社の設立一一五頁。なお、内外の学説および文献の詳細については、西本・前掲株式引受の性質一六九頁以下、松田二郎・株式会社の基礎理論二六八頁以下、松本・前掲論文（性質論）九一五頁以下、同・入社契約論・私法論文集二巻五七二頁、野津・前掲論文（入社行為）一六七頁以下。

(29) 従つて、株式引受の性質が単独行為か契約か合同行為か折衷説かの観点からの検討ないし批判（この点については田中（誠）・前掲書上一六七頁以下

参照）については、ここでは触れないで後に述べる。

(30) 松本・前掲書一三八頁、一六〇頁、同・前掲論文（性質論）六三五頁、六三八頁、田中（誠）・前掲書上一六八頁～一六九頁、平田伊和男「商法第一七六条に関する注釈七」注釈会社法二巻株式会社の設立一六五頁、大判・昭二・六・二〇・民集六・八・三五四（賛成・松本・判民昭二・二六六）参照。なお、喜多川篤典・株式会社の法理一〇三頁によれば、株式引受は「設立手続の核心をなすもの」であり、「これによつて将来の株主が決定され、したがつてまた資本的基礎ができ上る」わけで、「相対立する当事者間の契約であるという一面をもちながらも、究極においては社団法人の設立という共通の目的を目指すものである」として、株式引受のみが会社設立の意思表示を含むかのように説明されている（なお、岡野敬次郎・会社法二六二頁参照）。

(31) 大隅・前掲書一七七頁、一九〇頁、同・前掲論文三九頁以下、特に四四頁、四五頁、四八頁の註(6)、北沢正啓「設立中の会社」株式会社法講座一巻（以下、前掲論文（設立中の会社）と略記する）二一七頁、同・前掲論文（大系）一一〇頁、同「商法第一六五条に関する注釈一五」前掲書四三頁、同・前掲論文（活動範囲）私法一四号六四頁、山口・前掲論文・綜合法学五巻六号五三頁。なお、この見解が最近における多数説かと思われる。

(32) この見解は、さらに、設立行為という観念自体を認めず、株式引受を単なる出資行為であり純然たる債権契約とみる立場（八木・前掲書一二五頁）と、株式引受を設立行為とは区別すべき入社契約と解する立場（野津・前掲論文（入社行為）一七三頁以下、ただし同一七七頁は、将来の会社への入社契約とみる。なお、入社契約なる概念は松本・前掲入社契約論一一七頁以下に基づくものであるが、そこにおいては設立行為との区別が必ずしも分明ではない（同九頁参照）。これに対して野津・前掲および同・株式会社設立論二四三頁以下、二七一頁以下によれば両者を厳格に区別されている）、さらに、設立中の会社の構成員としての株式引受人たる地位の取得と解する立場（大森・前掲論文一七五頁、一九二頁）とに岐れる。

(33) 会社設立という共同事業を目的とする組合契約関係が認められるのが通常であるところから、一般にこれを発起人組合と呼んでいるので（大森・前掲論文一五五頁、北沢・前掲論文（設立中の会社）二一七頁以下）、この用語に従うが、この協定・合意は何も組合契約に限られる必要はない（津田・前掲書六七頁）。

(34) 大森・前掲論文一七四頁。

(35) 津田・前掲論文三二四頁、同・前掲書六〇頁、九〇頁～九一頁、高鳥・前掲論文（発起人）法学研究三八巻一二号二四頁、同・前掲論文（設立行為）法学研究四一巻三号三頁。

(36) 株式会社以外の会社にあつては、会社設立の効果意思と出資約束のそれとが共に定款作成という一つの書面行為において表示されるが、株式会社の場合にはこれとは趣を異にする（野津・前掲論文（入社行為）一七二頁～一七三頁参照）。

(37) 津田・前掲論文三二四頁、高鳥・前掲論文（発起人）法学研究三八巻一二号二四頁。

(38) 大賀祥充「株式の引受価額をめぐる二・三の問題――株式の時価発行とも関連して――」法学研究四三巻三号二四三頁以下。

(39) 意思表示に基づく株式の承継取得たる株式譲受と対比される。

(40) この株式取得は、西本・前掲発起人論二三〇頁によれば、会社成立を条件とすると云われる。

(41) 津田・前掲論文三三四頁、高鳥・前掲論文(設立行為)法学研究四一巻三号三頁。

(42) 大野・前掲論文・埼玉大学社会科学論集一九号七六頁は、「株式引受契約は株式引受人の側における　将来の会社に対する出資とそれに応じた株式の取得という二要件効果意思を含む意思表示と、発起人の側において、それに対して将来成立すべき会社の株式の何株かを引受けさせるという効果意思を含む意思表示の複合ないし合致からなる一個の法律行為であり、その主たる効果として、株式の取得と出資義務が発生する」と云われる。

(43) 津田・前掲論文三三四頁、三四九頁、高鳥・前掲論文(設立行為)法学研究四一巻三号三頁。野津・前掲論文(入社行為)一七四頁は、「会社の設立を欲することは、株式引受の動機にすぎないで、株式引受の意思表示的構成要件とされて居らない」(同・新会社法概論八三頁、同旨、倉沢・前掲論文法学研究三八巻一二号一一一頁、一一四頁註(6)とされる。なお、松田・前掲基礎理論三一一頁、同・株式会社法の理論一九三頁は、株式引受中より会社設立の意思を排除するときはその性質は定めし明瞭なものになる旨云われ、また八木・前掲書一二二頁は、発起人による株式の引受につき設立の意思を認定する点は「無用の擬制と考えるものである」とされる。

(44) 大賀・前掲論文・法学研究四三巻三号二四五頁以下。

(45) 大賀・前掲論文・法学研究四三巻三号二五八頁。

(46) 西本・前掲発起人論によれば、株式引受は発起人と引受人との法律関係を生ずるものであつて(二二九頁)、設立行為ではない(一二五頁)とされる。

(47) 三戸岡道夫「商法第一七五条に関する注釈一二」注釈会社法二巻株式会社の設立一五一頁。

(48) 西本・前掲発起人論一二五頁は、「一般公衆は各自発起人と引受契約を為すの意思あるも他の引受人と合して一個の設立行為をなすの意思なし」と云われる。また野津・前掲論文(入社行為)一七四頁は、「株式引受人は会社の設立を欲して株式引受をすることもあるに違いないが、その場合でも、会社設立を欲することは、株式引受の動機にすぎないで、株式引受の意思表示的構成要件とはされては居らない」とされ(前記註(43)参照)、大森・前掲論文一九二頁は、設立行為の主動者は発起人であり、その他の株式引受人は設立手続中においてはいわば協動者たる地位を占めるにすぎないと云われる。

(49) 津田・前掲論文三三四頁、三四九頁、野津・前掲論文(入社行為)一七四頁、服部・前掲書二〇〇頁、高鳥・前掲論文(設立行為)法学研究四一巻三号三頁。

(50) 野津・前掲論文(入社行為)一七三頁、一七七頁、大森・前掲論文一七五頁、八木・前掲書一一六頁～一二三頁。

(51) ただし、平出慶道「株式会社不成立の場合における発起人の責任――発起人の地位の再検討」北大法学論集一二巻二号五二頁、同「株式会社不成立の場合における発起人の責任」私法一七号一四四頁、同・前掲書一三四頁は、株式引受が団体法上の入社契約としての一面を有すると同時に、予想された通りの会社を成立させるべき義務を負うという意味で個人法上の請負契約的な取引行為としての面をも有するものと云われている。

(52) 大野・前掲論文・社会科学論集一九号七五頁、七一頁。なお、設立中の会社への入社でないことについては、野津・前掲論文(入社行為)一七七頁、同・前掲論文(法的性質)四一頁。

(53) 野津・前掲論文(入社行為)一七一頁。

(54) 野津・前掲論文(入社行為)一七七頁。

(55) 高鳥・前掲論文（発起人）法学研究三八巻一二号二三頁～二四頁。
(56) 高鳥・前掲論文（発起人）法学研究三八巻一二号二三頁以下。大森・前掲論文一九二頁は、発起人だけが会社設立手続における主動者であり、株式引受人は協動者たる地位を占めるにすぎないと云われる。

五　会社設立行為の構成

前述のように、準則主義のもとに殊に株式会社については厳格な要件が法定されている会社設立の諸手続は、会社成立・法人格取得という法律効果を発生せしめる一個の法律要件と考えられるが、それを組成する多数の法律事実の中には会社成立を効果意思の内容とする意思表示が不可欠的に要求されているとみるべきである。従つて、全体として一個の法律要件とみるべき会社設立の諸手続は、会社設立の意思表示を不可欠の要件とする一個の法律行為と観念することが可能であり、また会社設立の全体的構成からみて、殊に設立無効または取消の制度との関連上、そのことが必要でもあると考えられる。そしてこの会社成立を効果意思の内容とする意思表示は、すべての種類の会社および社団法人に共通して要求されているところの定款作成という形で発起人(設立者)によつてなされ、定款作成以外には会社成立を効果意思の内容とする意思表示として要求されているものはないと考えられる。

しかし、このように会社設立の諸手続を全体として一個の法律行為として把えその主たる効果として会社成立・法人格発生とみるのであるから、定款作成なる会社設立の意思表示のみを他の設立手続から切離してこれが独立の法律行為・会社設立行為になるというわけでは勿論ない。その他諸種の手続をも組成分子に加えて全体で一個の法律行為になるというのであつて、その組成分子の中には前述の株式引受のようにそれ自体完結した一個独立の法律行為と解すべきものもあれば、例えば創立総会における取締役・監査役等の調査・報告のように事実行為と目すべきものもあるけれども、これらはいずれも会

社設立の意思表示を含むものではない。だから会社設立が全体として一個の法律行為であるというのは、専ら定款作成が会社成立の効果意思を含む意思表示であるが故に、この点で法律行為たる要件をみたしているからに外ならない。

このように、全体として一個の法律行為と解すべき会社設立にあつては、その不可欠の組成分子たる設立の意思表示は発起人による定款作成という要式行為をもつてなされるものであること、そして株式引受など他の設立手続上の法律行為における意思表示の中には会社成立・法人格発生の効果意思を含むものではないこと、そして会社設立の諸手続が発起人を中心としその定款作成を出発点として会社設立の法律行為を完成すべく進められるものであること、これらの諸点は殊に重要であると云つてよい。そして、このように理解する限り、株式会社についても、他の種類の会社さらには社団法人の場合と全く同様に、その設立の法律的構成をすることが可能となる。

問題は、設立の意思表示たる定款作成以外の設立行為の組成分子をいかに理解すべきかである。この点、民法上の公益法人については許可主義をとつているから、主務官庁の設立許可が法人設立なる法律行為の成立要件であることは疑ない（民法第三四条）。また準則主義のもとにおいても、設立登記が会社設立なる法律行為の成立要件であることにもほぼ異論はあるまい。[1]

しかしながら、定款作成の外に、主務官庁の設立許可または設立登記しか要求されていない公益法人もしくは合名会社または合資会社とは違つて、その他に種々の手続を要求されている株式会社の場合には、それぞれの手続について個別的な検討が必要と考えられる。まず、商法の規定上明白なのは、公証人による定款の認証が定款の効力要件であること（商法第一六七条）、つまり前述の理解に従えば会社設立の意思表示の効力要件であるということであるが、これを欠きまたはこれが無効である場合には、会社設立無効となりうるから、[2]定款の認証は会社設立なる法律行為の効力要件として商法が扱つているとみなければならない。次に株式引受については、仮りにその欠缺があつても発起人の引受が法律上擬制されているところ

から（商法第一九二条第一項）周知のように会社設立無効の原因になるか否かにつき争があるが、通説・判例に従うならば[3]場合によつて設立無効の原因になりうるわけで、従つてこれも会社設立なる法律行為の効力要件として商法が扱つていることになる。引受価額の払込についても、商法第一九二条第二項との関連で右とほぼ同様にその欠缺が場合によつて会社設立無効の原因となりうるとすれば[4]、事情は同じである。次に、創立総会が全く招集されない場合または招集された創立総会が商法所定の必要議事を終了しない場合、もしくは所要の決議が内容違法のため当然無効である場合等には会社は設立無効となるものとみるべきであるから[5]、これらもまた会社設立の効力要件として商法が規定するものとみるべきであるが、創立総会における取締役選任決議の不存在または代表取締役選任決議の不存在の場合には、会社は設立登記をなすことができないから（商業登記法第九二条、第五五条第一項、第二四条第四号参照）、会社は未成立または不成立とならざるをえない[6]。従つて右の決議は会社設立なる法律行為の成立要件ないしはその前提条件とみるべきであろう。

要するに、法の定める会社設立のための諸手続は、定款作成の形でなされる発起人の会社設立の意思表示を不可欠の要素とする一個の法律行為であり、従つて設立の意思表示たる定款作成自体は会社設立の成立要件の一つであるが、定款作成以外の諸要件は、一部は会社設立なる法律行為の成立要件であるけれども、他の一部は会社設立の効力要件と解すべきであると考えられる。そして、一個の法律要件・一個の法律行為とみるべき会社設立（行為）の成立要件・効力発生要件と、会社成立・法人格発生という法律効果たる会社成立の要件とは、観点が別異の事項であるから、区別して考察されなければならないものと思われる。

それならば、このように全体として一個の法律行為と理解される会社設立なるものは、一体どのような法律的性質を有するものなのであろうか。

（1）津田・前掲論文三二九頁、ただし設立登記があつても場合によつては会社不成立となりうることについては、同・三〇〇頁註(1)と三四七頁以下参照。

(2) 津田・前掲論文三三一頁。
(3) 津田・前掲論文三三一五頁註(4)と(5)参照。
(4) 津田・前掲論文三三一五頁、三三一六頁註(5)。
(5) 津田・前掲論文三三一八頁。
(6) 津田・前掲論文三三一九頁註(12)。

六　会社設立行為の性質

会社設立の法律行為としての性質については、従来から議論が岐れ、大別しても契約説、単独行為説、合同行為説等の諸見解が主張され、今日に至るまでまだ決定的な定説をみていない。(1) さらに一説によれば、会社設立行為は組織法上の事実であるからこのような性質論は不必要であるとさえ云われている。(2)

設立行為性質論をめぐるこのような混迷は、考えてみると、次の二つの原因に基づくものと思われる。その一つは、既に述べてきたところであるけれども、一体何を設立行為とみるかまた何を設立の意思表示とみるかについて学説が岐れていることであり、他の一つは、意思表示論ないし法律行為論従ってその分類について見解に争のあることであろうかと推考される。

しかし、第一点、つまり会社成立・法人格発生という法律効果を生ぜしめるところの会社設立手続は、前述の如く会社設立の意思表示を不可欠の要素とする法律要件と解すべきであるから全体として一個の法律行為とみるべく、そしてその会社設立の意思表示は株式引受にはなくて定款作成であると解すべきであるとすれば、そこに示される複数の意思表示の内容なり方向なり結合の仕方なり相手方の有無等がどういうものであるのかをさらに検討してみる必要がある。同時に、第二点、つまり意思表示論ないし法律行為論においては、民法の直接規定する単独行為と契約との二分法以外に分類の必要・実益は

ないのかどうか[3]が問題となる。そしてこの第二点は第一点解決の前提をなす。

周知のように、法律行為はかつて単独行為と契約との二つに分類されていたが、クンツェの提唱以来合同行為を含めた三分法が通説となつている[4]。それによれば、一人の当事者により一方的になされる一個の意思表示からなるところの単独行為とは違つて、複数の当事者により複数の意思表示がなされる場合であつても、契約においてはそれら複数の意思表示は各表意者のため主観的には別異の意味を有し、方向において相互に交換されたものが客観的な内容において同一の意味を有して合致するのに対して、合同行為においては各表意者のため主観的意味に差異はなく、方向も並行的に交付されたものが合流される点で、両者は区別されるべきであるという[5]。

わが国実定法の規定をみると、法律行為については単独行為か契約かの区別を問題としていると同時に（民法第一一八条参照）、それを構成する意思表示については相手方の有無をも問題としている[6]。そして、契約にあつてはそれを構成する申込と承諾との二つの意思表示の合致することが契約成立の要件であり、これらの意思表示はいずれも相手方ある意思表示でありその相手方への到達を効力要件としている（ただし、民法第五二六条、商法第五〇九条参照）のに対して、単独行為を構成する意思表示の場合には合致は問題とならないと共に、その意思表示は相手方のある場合と相手方なき場合とがある。そうとすれば、合同行為は、意思表示の合致が問題とならず、それを組成する数個の意思表示はいずれも相手方ある場合といずれも相手方なき場合とがある点で、契約よりもむしろ単独行為に共通する面をもつていることがまず指摘できる。

次に、契約を構成する意思表示の目的・内容は客観的には合致するが、当事者相互にとつて主観的な意味は正反対である。売買契約における申込および承諾の効果意思は、売主からならば目的物の喪失・代金の取得、すなわち売却であり、買主からならば目的物の取得・代金の喪失、すなわち購買であつて、そこには全体として同一目的物の売買という面での協働・協力は認めうるにしても、法律効果の意欲と表示との各当事者につき考えられる主観的意味は同一ではなく正反対であ

る。[7] これに対して合同行為における効果意思の内容は各当事者にとつてその主観的意味が相対立するものではない。そうとすれば、合同行為はその効果意思が主観的にも同一意味に向けられている点で、契約よりもむしろ単独行為が複数人によつて集合的ないし共同的になされた場合に似ていることが第二に指摘できる。

次に、契約を構成する数個の意思表示は相手方との相互間に交換的にかわされそれの合致することが契約成立の要件であるのに対して、合同行為にあつてはそれを組成する数個の意思表示は相互に交換されるのではなくて並行的になされるものと考えられ各意思表示の合致は問題とならない。[8][9] そうとすれば、この点においても合同行為は契約よりもむしろ複数の単独行為が共合的になされた場合に似ていることが第三に指摘できる。

このように考えてくるならば、合同行為を共同的単独行為[10]と呼ぶか否かは別として、それが契約と単独行為とのいずれとも共通する面と共通しない面とをもつているという意味で、第三の種別に掲げる実益は、合同行為と目すべきものについてはその特質に応じて、契約に関する規定と単独行為に関する規定とをそれぞれ適宜類推すべきことに求められることになる。[11]

これは見方をかえれば、契約そのものでもなく単独行為そのものでもない合同行為についてはそれぞれに関する規定をそのまま適用すべきではないということをも意味するから、仮りに合同行為と呼ばなくても、例えば組織法上の契約[12]であるとして同じ結論に到達することも不可能ではない。このような見地からするならば、会社ないし社団法人の設立行為を合同行為と呼ぶのも設立契約[13]と呼ぶのも表現の差異でしかない[14]こととなる。そしてこの限りで云えば、会社設立行為性質論において契約説、単独行為説、合同行為説等いずれの説明をとるかによつて具体的な問題の解決につき結論を異にすることは少なく、[15] 従つてこの種の問題を詮索することの実益は必ずしも多くないという指摘と、[16] そして、会社設立行為は個人法上の法律行為[17]とはかなりその趣を異にするという指摘[18]とは当つている。

しかしながら、会社ないし社団法人の設立行為は、それがいわゆる個人法上の法律行為とは趣を異にするという、いわば

その特殊性の認識だけでは足りないように思われる。何故なら、法律行為の分類の基準は前述の様に最小限度必要な意思表示の数、数個の意思表示の合致の存否、意思表示の相手方の有無等にあり、従ってこれらそれぞれにおける違いは法律関係に違いをもたらすものと考えられるからである。云いかえれば、このいわゆる個人法上の法律行為に対していわば団体法上ないし組織法上の法律行為[19][20]とも呼ばれるべきものを認めるとすれば、そこにおいても個人法におけると全く同様に、最小限度必要な意思表示の数、数個の意思表示の合致の存否、意思表示の相手方の有無等の違う法律行為があるのではないかということである。より具体的に云うならば、一般に個人法上の法律行為とは趣を異にすると指摘されているところの定款作成と株式引受とを、いずれも団体法上ないし組織法上の行為と呼ぶとしても[21]、前者がそれを組成する意思表示の効果意思の内容は各表意者にとつて主観的意味を同じくし、しかも相手方のない一方的な意思表示の合流であるのに対して、後者がそれを組成する株式申込と割当との各二個の意思表示における効果意思が各当事者にとつて別異の意味を有するものであり、しかも相手方があつてそれへの到達を効力要件として交換された意思表示の合致によつて成立するものである[22]点で、両者は必ずしも総ての点で同一というわけではない。

そうとすれば、同じく団体法上ないしは組織法上の法律行為であつても、前者はより単独行為に類似するところが多く、後者はより契約に共通する点が多いことが看取できるから、従つてそれぞれの規定を中心にしてその類推を考える方がより適切な解決が得られるのではなかろうか[23]。このように解するならば、前者を合同行為と呼び、後者を例えば組織契約[24][25]と呼ぶことは、あながち意味のないことではない。

以上を要するに、会社成立・法人格発生という法律効果を生ぜしめるところの会社設立（手続）は、これを一個の法律要件、しかも会社設立の意思表示を実定法上不可欠的に要求されているものと解すべきであるから従つてこれを全体として一個の法律行為とみるべきであり、そしてこの会社設立なる法律行為に不可欠の組成分子たる会社設立の意思表示は前述の様に発

起人による定款作成の形でなされるものと解すべき以上、これを単に団体法上ないし組織法上の法律行為というにとどまらず、さらにこれを合同行為であると理解すべきであると思う。

(1) 野津・前掲論文（法的性質）三九頁以下、同・前掲書一九頁以下、大森・前掲論文一四七頁、川島武宜・民法総則（法律学全集）一〇八頁、森泉章「法人制度の問題点」シュリスト四一三号三〇頁以下。また社団法人の設立についても争のあることについては、公益法人実務研究会・公益法人の理論と実務一九頁。

(2) 田中(耕)・前掲概論五一頁。ただしこれに対しては「法律行為一般の分類たる単独行為、契約、合同行為の別は組織法にも及ぶ」という批判がなされている（田中(誠)・前掲書六〇頁、同旨、大隅・前掲書一〇頁、野津・前掲概論二八頁）。

(3) 近時、合同行為概念無用論ないし否認論が提唱されている（川島・前掲民法㈢二四六頁以下、同・前掲民法総則一〇八頁、宮崎孝治郎「合同行為否認論」私法三〇号一三二頁以下）。これらについては、松本・前掲書七一頁註(1)、森泉・前掲シュリスト四一三号三〇頁以下参照。

(4) Johannes Emil Kunze; Der Gesamtakt, ein neuer Rechtsbegiff, in Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Jur. Otto Müller, 1892.（ただし宮崎・前掲私法三〇号一三二頁による）、鳩山秀夫・法律行為乃至時効三五頁以下、同・民法総論一六四頁、石田文次郎・民法総論一二四頁、舟橋諄一・民法総則六八頁、我妻栄・民法総則（民法講義Ⅰ）二〇九頁、一二九頁、柚木馨・民法総論上三二三頁、川島・前掲民法総則一二八頁、大判・大八・三一九・刑録二五・三一九以下、大判・昭七・四・一九・民集一一・九・八三七。

(5) 合同行為を他と区別する基準についてはいろいろに説明がなされている。例えば鳩山・前掲（法律行為）三六頁～三七頁は意思表示の内容と方向とを（石田文次郎・ギールケの団体法論一四七頁も同旨）、西本・前掲株式引受の性質二二三頁は意思表示の合成の仕方を、小出廉二「合同行為」民事法学辞典上五五八頁は意思表示の内容の経済的意義・法律効果・方向等を、そして Enneccerus-Nipperdey, a. a. O. S.911. は意思表示の方向を、それぞれ重視するようにみえる。

(6) 民法第九三、九四、九六、九七、九七ノ二、九八、一〇〇、一〇八、一一三～一一五、一一七、一一八、一二三、五二二、五二五、五四〇条等参照。
また、意思表示の撤回が許されないことは、相手方の有無と関連のあることである（民法第五二一、五二四、五四〇条等参照）。

(7) 宮崎・前掲私法三〇号一三二頁以下によれば、契約における意思表示の内容あるいは利益は同一でありうるとされている。しかし問題なのは、各当事者の利益や意思表示の経済的意義（小出・前掲五五八頁参照）ではなくて、意思表示における効果意思の法律的な内容である。従来、契約なり合同行為なりの意思表示の内容として考えられていたものが、当事者の窮極の目的であるとか経済的意義であるとか利益であるとか等々、本来法律的には意思表示の内容ではなくてむしろ動機にすぎないものをとりあげ、それの共通性ないし同一性を論じていたところに、混乱の一因があるように思われる。

(8) ただし、宮崎・前掲私法三〇号一三三頁は反対。

(9) 契約における申込の意思表示と承諾のそれとは、時間的にはともかく論理的には順次なされ、それが終局的に合致するものと考えられるのに対し

て、合同行為における意思表示は、時間的にはともかく論理的には同時になされ、それが合流し内容的に一致するものと考えられる。

(10) 神戸寅次郎「契約総則」神戸寅次郎著作集上六六頁、松本・前掲入社契約論一二八頁～一二九頁、同・前掲性質論六一五頁以下、同・前掲書六九頁以下は、財団法人の寄附行為が単独行為であるのと同じく、社団法人の設立行為も単独行為であり、ただそれが必然的に共合的になされる点で前者と異なるものとされる（同書六三二頁に掲げられている文献参照）。この点については野津・前掲論文（入社行為）一六八頁～一六九頁、同・前掲論文（法的性質）四〇頁の批判を参照。

(11) 鳩山・前掲（法律行為）三八頁は、これらに適用すべき法律の規定の異なることにあるという。

(12) 服部・前掲書一九三頁、同・会社法提要三三頁、川島・前掲民法㈢二四六頁以下、同・前掲民法総則一〇八頁。なお喜多川・前掲書一〇四頁は、合同行為といわなくても広義の組合契約であるということで足りるとされる。

(13) Vgl. Enneccerus=Nipperdey; a. a. O. S.636 und S.635 Anm. 12.なお西本・前掲株式引受の性質二一二頁、二四一頁参照。

(14) 福地俊雄「法人に非ざる社団について」神戸法学雑誌一六巻一・二号一四〇頁、同「組合と法人」契約法大系Ⅳ（以下、前掲論文（大系）と略記する）四六頁は、用語の問題にすぎないが、契約の中に利益交換型（双務契約型）と合同行為型（設立契約型）との二つがあるとされる。

(15) しかし、例えば一人の代理人が数人の発起人を代理して定款に署名する場合、民法第一〇八条の適用の有無については、結論は異なりうるであろう。

(16) 大森・前掲論文一四七頁、一九二頁、福地・前掲論文（大系）四六頁、平田・前掲注釈六・前掲一六五頁、森泉・前掲ジュリスト四一三号三一頁。なお、平出・前掲論文北法一二巻三号一五頁註(6)は、団体の結合形式の区別とは別に、設立行為を合同行為と契約とに区別することにどれだけの意義があるかは疑問であるとされる。

(17) これにあつては、単に行為者その他の関係者の間に個人的な権利義務の関係を生ぜしめるにすぎないとされている（大森・前掲論文一四七頁）。

(18) 大森・前掲論文一四七頁、森泉・前掲ジュリスト四一三号三一頁。

(19) ギールケは、団体の内部的組織を規定する組織法を個人法と対比させて社会法(Sozialrechtliche Akte)と呼んでいる（石田・前掲ギールケの団体法論一二五頁以下）。

(20) なお、田中耕太郎「組織法としての商法と行為法としての商法」法学協会雑誌四三巻七号一頁以下、鈴木竹雄「商法における組織と行為」田中記念・商法の基本問題九一頁以下、山本・前掲論文法協六二巻一一号二一頁参照。

(21) 西本・前掲株式引受の性質二一七頁は、「団体法的行為(Sozialrechtliches Akt)」と呼び、森泉・前掲ジュリスト四一三号三一頁は、団体法上の領域に属するものとする。

(22) 商法第一七五条第二項および第二八〇条ノ一四第一項か、株式の申込の意思表示については、心裡留保に関する民法第九三条但書を適用しない旨規定しているが、これは会社成立の基礎を不安定にしないよう配慮されているわけで、このことは同時に、株式引受が団体法上の契約であることに基づく

制約の一つであるとも考えられるから、同じ論法で、通謀虚偽表示に関する民法第九四条の規定も株式申込の意思表示については適用されないものとみるべきことになる（三戸岡・前掲注釈一一・前掲一五〇頁～一五一頁参照）。

(23) 例えば、無権代理の効果については、合同行為の場合相手方のない単独行為に関する民法第一一八条が類推されるべきであつて、契約における無権代理に関する規定は類推されるべきではないと解すべきである（津田・前掲論文三一九頁）。

(24) あるいは共合型と交換型と呼んでもよいが、この点については、前記註(14)参照。

(25) 西本・前掲株式引受の性質二一七頁、二二一頁以下は、団体法的行為としての株式引受を団体的契約と呼んでおられる。

七　あとがき

会社設立の法律的構成に関する問題としては、次の二つの視点からの考察が必要と考えられる。一つは、会社設立のための諸手続を全体として把え、これを一つの法律行為と観念することの要否とその構造・性質の検討という・いわば巨視的な視点であり、他の一つは、会社設立経過中の法律関係、殊にその段階において発起人のなす種々の行為の効果帰属をめぐる個別的な法律関係に関する・いわば微視的な視点である。これらはいずれも、会社設立における発起人の法律上の地位をいかに把えるべきかという点では共通性をもちうるけれども、設立に関する各個の手続ないし設立経過そのものを全体的に総合・構成するか、それとも個別的に分析・検討するかという点では必らずしも同じものではない。

これら二つの視点の違いと相互の関連とを前提としながら本稿でとりあげた第一の視点からの考察の結果は、要旨次の通りになるであろう。

一、会社の設立は、準則主義立法のもとにおいては、法定の手続の履践のみが重要で、会社法人設立行為という観念を認めることは無用有害のことであるか。――否。

二、会社成立・法人格発生という法律効果を生ぜしめるところの会社設立手続は、これを全体として一個の法律要件と解す

べきであるか。――然り。

三、会社設立なる法律要件を構成する各法律事実の中には、会社を成立せしめこれを法人とすることを目的とする意思表示が実定法上要求されているとみるべきか。――然り。

四、そうとすれば、会社成立・法人格発生という法律効果を生ぜしめるところの会社設立なる法律要件は、会社を成立せしめこれを法人とすることを目的とする設立の意思表示を不可欠の組成分子とする一個の法律行為と理解すべきであるか。――然り。

五、会社設立の諸手続が全体として一個の法律行為であるとすれば、これを会社設立行為と呼ぶべきであるか。――然り。

六、会社設立行為に不可欠の組成分子たる会社設立の意思表示は、株式引受においてなされるものと認めうるか。――否。

七、会社設立の意思表示は、定款作成および株式引受の両者においてなされるものと認めうるか。――否。

八、会社設立の意思表示は、定款作成においてなされるものと解すべきであるか。――然り。

九、そうとすれば、定款作成に要求されている意思表示の内容・構造を考察してみると、会社設立は団体法上ないし組織法上の法律行為と認めるべきであるか。――然り。

一〇、ところで、株式引受の法的構成は、発起人による場合と株式申込人による場合とで異なるものと解すべきであるか。――否。

一一、株式引受の法的性質は、団体法上ないし組織法上の法律行為と認めるべきであるか。――然り。

一二、それでは、会社設立の意思表示従つて定款作成と、株式引受とでは、その法的性質は同じと認めうるか。――否。

一三、定款作成と株式引受とは、それぞれを構成する意思表示の数、数個の意思表示の合致の存否、意思表示の相手方の有無等を検討し、それぞれを構成する意思表示の構造、特質を認識するならば、両者は種類を異にする法律行為とすべきであ

るか。——然り。

一四、そうとすれば、定款作成従つて会社設立行為につき合同行為、また株式引受につき例えば組織契約という観念を用いることは妥当と考えうるか。——然り。

一五、このように会社設立を一個の法律行為しかも合同行為と理解するとすれば、会社設立の意思表示の表意者は定款作成にあたる発起人だけであるか。——然り。

一六、このことは、会社の成否いずれの場合にも課せられている発起人の重大な職務権限および責任の実質的根拠たりうると考えられるか。——然り。

一七、右のような理解は、株式会社のみならず他のすべての種類の会社ならびに広く社団法人設立の場合に統一的な理論構成を可能ならしめることを意味するか。——然り。

以　上

会社設立の法律的構成に関する残る問題、殊に第二の視点からの検討については、いずれ稿を改めたいと考えている。

（一九七〇・一二・八）