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

Title	〔商法二一五〕 発起人が代表取締役と称してなした開業準備行為の効力 (東京高裁昭和五一年七月二八日判決)
Sub Title	
Author	倉沢, 康一郎(Kurasawa, Yasuichiro) 商法研究会(Shoho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1981
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.54, No.12 (1981. 12) ,p.113- 117
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19811215-0113

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.

判例研究

〔商法　二一五〕　発起人が代表取締役と称してなした開業準備行為の効力

（保証金返還請求控訴事件　東京高裁昭和五一年(ネ)一六一号昭和五一年七月二八日判決　判例時報八三一号九四頁）

〔判示事項〕

発起人が会社設立中に成立後の会社の代表取締役と称してなした開業準備行為には民法一一七条が類推適用されるが、成立後の会社は発起人の同条による履行責任を譲り受けることができる。

〔参照条文〕

商法一六八条一項六号、民法一一七条

〔事　実〕

訴外Aはかねて他の訴外人らとともにゴルフ場の経営等の事業を目的とするY会社（被告・控訴人）の設立を企画し、みずから発起人代表として設立手続を進め、昭和四八年二月七日にY会社の設立登記を完了したが、右Aは、昭和四七年一二月下旬頃、未だY会社の設立手続がなされず、設立登記を経ていないのに、同会社の代表取締役として、X（原告・被控訴人）らとの間に、(イ)Xらは各自Y会社に対しゴルフクラブ入会保証金一五〇万円を預託する、(ロ)Y会社はXら各自に対しXら主張のゴルフコースをその主張のとおり開設し、そのコースをもつゴルフ場施設を優先的に利用させる旨の契約（以下本件契約という）を締結し、その頃、Xらは各自設立未了のY会社の代表取締役と称するAに対し右金員を交付した。

その後、本件契約の内容であるゴルフコースの開設が遅延したため、Xらは本件契約の当事者はY会社であると主張し、契約を解除した上で、Y会社に対して右入会保証金の返還を請求し、第一審ではXらが勝訴した。そこで、Y会社は、「かりに、右契約がAにおいてY会社設立の発起人総代として、すなわち、設立中のY会社の機関として締結したものであるとしても、この締結行為は設立中のY会社の開業準備行為に外ならないから、Y会社に対しては勿論第三者に対してもその効力を有しないものであり、従つて、Y会社がその設立と同時に同契約上の債務を引受けることは論理上ありえない」と主張して、控訴した。

〔判　旨〕　控訴棄却。

「Aは設立中のY会社の機関として設立後のY会社のために本件契約に及んだとみるべきではあるが、設立中の会社の機関のなした行為の効力が会社成立とともに当然会社に帰属するのは、その行為が設立中の会社の目的、すなわち、会社設立という目的の範囲内のものである場合に限られると解すべきところ、右Aのなした本件契約締結行為は設立後におけるY会社の開業準備のための行為であり、設立中のY会社の目的の範囲外のものとみるほかはなく、従つて、本件契約の効力がY会社設立と同時にY会社に当然帰属し、又は承継されるいわれはなく、この旨のXらの主張は理由がない。（なお……Y会社の開業準備行為である本件契約に関しY会社の原始定款には何らの記載のないことが明らかであるから、右契約上の債権債務の引継が商法一六八条一項六号の財産引受にあたるとしてもXらの前記主張は理由なきに帰する）。

しかし、同時に、……本件契約当時Xらは右Aがすでに設立されたY会社の代表取締役であると過失なく信じて右契約に及んだこと、事実Y会社の設立当初には右AがY会社の代表取締役に就任したことが認められるのであつて、……本件契約はAがY会社の無権代理人としてなした契約に類似するものと認むべく、従つて、右契約をなしたAは民法一一七条の類推適用によりXらに対し本件契約上の債務の履行等につきその責に任ずべきものである。」

「……Y会社設立後、前記各保証金がすべてY会社の実施するゴルフ場開設の費用等にあてられるためY会社に交付されていること、昭和四八年五月頃および昭和四九年一月二〇日頃Y会社がXらに対しY会社によるゴルフ場開設につきその早期の実現に関するY会社の活動、努力その他の情況等について報告説明をなしその開設の遅延につきXらの理解をえようとしていること、Xらの申入れに応じて昭和四九年六月三日頃Y会社が役員会の議を経て右各保証金の返還をXらに約束し、かつ、その猶予を求めていること（等）……の事実に徴すれば、Y会社はその設立後遅くとも同日頃までの間に、改めて右Aから本件契約上の地位を譲り受けたものと認めるべきであり、Y会社のなした右の地位の譲受についてXらの承諾のあることはXらがY会社に対し、前記のとおり本件保証金の返還を申し入れたこと、また、昭和四九年三月二八日及び昭和五〇年六月七日本件契約を解除する旨の意思表示をしたことによつても明らかなところである。」

〔研　究〕　結論的賛成。

本判決は、発起人のなした開業準備行為の効果が設立後の会社には当然には帰属せず、その発起人が民法一一七条の類推適用によつて履行または損害賠償責任を負うものとした上で、設立後の会社による右の発起人の法律上の地位の譲受を認めたものであつて、発起人のなした開業準備行為の効果についての判断の点では、従来からの判例（最判昭和三三・一〇・二四民集一二巻一四号三二二八頁）を踏襲するものである。ただ、本判決は発起人の行為の法的構造について独特な判断をしており、しかも、本件事案は発起人が発起人として行為したものではなく、設立後の会社の代表取締役を僭称して行為

したものである点に特色があり、検討に値いしよう。

本判決は、発起人Aが設立後の会社の代表取締役を僭称してXらと締結した本件契約を、「設立中のY会社の機関として設立後のY会社のために本件契約に及んだ」とみており、発起人が会社のためになす行為の構造としてはあきらかに同一性説に立つているが、「設立中の会社の機関のなした行為の効力が会社成立とともに当然会社に帰属するのは、その行為が設立中の会社の目的、すなわち、会社設立という目的の範囲内のものである場合に限られる」ものと解している。

会社設立行為の効果を説明するにあたつて、同一性説のもつ意義は、会社設立前に設立中の会社という社団が発起人という機関によつて社会的に活動することを認め、この設立中の会社と設立後の社団法人たる会社とが、社団としては同一のものであることによつて、発起人のなした設立行為の効果が当然に設立後の会社に帰属するものと解するところにある。したがつて、この立場においては、設立中の会社と設立後の会社とは、その社団たる側面においては、まつたく同一のものでなければならない。

社団の同一性のメルクマールとして何をとらえるかは問題であるが、少なくとも物的社団ないしは資本団体的社団にあつては（設立後の株式会社は典型的な物的会社であり、設立中の会社がこれと同一のものであるとすれば、このようにいうべきであろう）、基本的な社団形成行為たる定款の同一性ないしは継続性にこれをもとめるべきものであろう。そうだとすれば、定款作成後いかなる時点から設立中の会社が成立するかという問題はさておいて、少なくともその定款に則つて事実上形成された設立中の会社と設立後の会社とが、社団としては同一のものであるとするならば、設立中の会社の目的もまた定款の目的である（目的たる事業を法人格取得前になしうるかどうかは別として）ということになるべきはずではないか。もし、原始定款の目的が設立後の会社の目的のみを意味し、設立中の会社の目的がこれとは別個のものであるというのであれば、すでにそこには同一性説の破綻があるというべきではなかろうかとおもわれる。

会社法上定款所定の目的が特に問題になるのは、民法四三条の適用との関係であるが、もしこれが多数説のいうように会社の権利能力を制限するものであるとすれば、同条と設立中の会社の目的との関係が問題となる。この点、松田二郎博士は設立中の会社の目的はその権利能力を制限するものと説かれているが（松田・株式会社の基礎理論二六四頁）、設立中の会社には本来の意味での権利能力が認められない以上、その意味するところは、事実上の利益主体性の制限ということになるであろう。この場合に、設立中の会社における社団としての事実上の利益主体性の目的および範囲が、設立後の会社と異なるということは、同一性説が「実質的な主体性が同一であること」によつて、成立後の会社における発起人の行為の効果の「形式的な主体性の取得」を主張するものである以上、背理に属するものであるようにおもわれる。

さらに、設立中の会社の事実上の主体性ないしは実質的な権利能力が設立目的に限定されるものとするならば、発起人が開業準備行

為をなすことは、ちようど、民法四三条を会社の特別的権利能力を定める規定と解した上で、会社の機関が目的外の行為をなしたときと同一の効果を設立中の会社についてもたらすはずであり、おそらくそれは当然に無効となるべきであつて、無権代理を類推する余地がないことになろう。なぜなら、その場合には、本人にその効果が本来的に帰属すべくもないからである。

もともと発起人を設立中の会社の機関としてとらえる考え方は、発起人がその機関としてなした行為の効果は実質的には設立中の会社に帰属するということを認めようとするものである。したがつて、その立場では、発起人は、設立中の会社のために行為をしなければならない。しかるに、本件事案にあつては、発起人は代表取締役を僭称することによつて、未成立の設立後の会社のためにすることを示して本件契約を締結しているのである。すなわち、かりに発起人を設立中の会社の機関としてとらえたとしても、本件契約がその機関行為と評価しうるかどうかは大いに疑問である。

これに対して、発起人はいわば成立後の会社の代理人として、会社成立後その効果が会社に移転することを付款とする行為を発起人自身のためになしているものと解する立場（拙稿・会社法の論理三七頁以下）に立てば、そのような付款についての意思表示の合致の点で理論的な問題はのころうが、成立後の会社の代表取締役と称してなした契約締結行為は、成立後の会社に効果の帰属すべきことを表示してなした発起人自身の行為と同様のものと評価することも可能であろう。このような立場に立つた場合には、その行為の効果はもつぱら発起人の成立後の会社に対する権限の有無の問題に帰することになるのであつて、財産引受・事後設立を原則的に禁じている法の趣旨から、発起人には開業準備行為を成立後の会社のためになす権限が認められないものと解する以上、その効果は無権代理に準ずべきことになる。

ところで、民法一一七条の類推適用を認めるとすれば、本件における発起人Aは、相手方たるXの選択に従つて履行または損害賠償の責任を負うことになる。本件判旨は、XらがAの履行責任を選択したものとして爾余の判断をしているが、これを事実に即して考えてみると、Xらはそもそも契約の時点でY会社の実在とAの代表権とを信じていたからこそ、その後、Aではなくて、Y会社に対して履行を求めたようにおもわれるのであつて、この点事実認定としてはいささか擬制的すぎるようにおもわれる。

本判決は、発起人Aのなした開業準備行為の効果が当然にはY会社に帰属しないことを前提とした上で、その後のXらとY会社との交渉過程において、Y会社が債務の存在を前提としてXらと対応した点からY会社の履行責任を肯定するために、本件契約の効果としてXらに対する履行責任が生ずることの根拠を無権代理人の責任に求めるという思考過程をとつたものとおもわれる。

しかし、もし発起人のなした開業準備行為を無権代理行為に準ずるものとしてとらえうるとすれば、本人たるY会社の追認の可否を問題とするのが最も直截的なアプローチではなかつたろうか。追認の可否については学説上対立があるが、否定説の論拠は、発起人の

なした開業準備行為が設立中の会社の権利能力外である（したがつて無効である）と解する立場では当然のこととして、これを無権代理に準ずるものと解する立場では、追認を認めることが財産引受に関する厳格な法規制の容易な潜脱を認める結果となるものとしている。

たしかに、発起人が成立後の会社の取締役となる場合には、追認を認めるとすれば、定款に記載のない財産引受契約が追認によつて容易に有効化してしまうということは実際におこりうるであろう。しかし、成立後の会社の業務執行機関が財産引受と同内容の契約をあらたに締結することはもとより自由なのであつて、その場合には取締役の善管注意義務・忠実義務だけが問題になることとの均衡からすれば、発起人がみずから取締役に就任した上で、右の義務の下で追認をおこなうことは可能なものと考えるべきであろう（反対：高鳥・会社法六九頁）。もともと、変態的設立事項に対する法規制の目的は、設立の時点における会社の資本充実をはかることにある。そのことからすれば、発起人の設立前の行為によつて成立後の会社が当然に法的拘束を受けること――いいかえれば、会社資本に相当する資産が、会社のあらたに就任した取締役の自由な処分にゆだねられてはいないこと――がこの場合の規制対象となるのであつて、取締役が、その善管注意義務・忠実義務の下で、みずからの裁量で追認をなすことは、財産引受に対する脱法性とは異質のことがらと解することができる。このような観点からみた場合には、本件で認定されているY会社のXらに対する対応は、十分に追認行為を認めうる根拠となつたであろう。

なお、Aのなした本件契約が無効であるものとすれば、Xらは、Y会社に対して、その交付した入会保証金につき、不当利得として返還請求がなしえることになろう（最判昭和四二・九・二六民集二一巻七号一八七〇頁）。

いずれにしても、本件結論は妥当であるものとおもわれるが、理論構成には問題がのこる。

倉沢　康一郎