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

Title	平成二年商法改正と株式会社設立理論： 株式払込・現物出資給付の法律関係
Sub Title	The Impact of the 1990 Amendment of the Commercial Code on Theories of Incorporation: Concerning Payment for Shares in a New Company
Author	安井, 威興(Yasui, Takeoki)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1997
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.70, No.1 (1997. 1) ,p.217- 240
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	倉澤康一郎教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19970128-0217

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.

平成二年商法改正と株式会社設立理論

――株式払込・現物出資給付の法律関係――

安井威興

一　はじめに
二　株式払込の法律関係に関する従来の理解と問題点
三　株式払込の法律関係に関する新しい理解
(一)　株式払込金の帰属
(二)　株式払込取扱銀行の権限
(三)　株式払込の法律関係
四　現物出資給付の法律関係
五　おわりに

一　はじめに

株式会社設立前後の法律関係をどのように理解すべきかは、古くから議論されてきた会社法上の難問である。

これについては、団体法説たる同一性説が主張されると、[1]それまでの有力説であった第三者のためにする契約説（大判明三六・三・一〇民録九輯二九九頁）や法律上当然の取得説（大判明四三・一二・二三民録一六輯九八二頁、大判大一一・六・一四民集一巻六号三一〇頁、大判昭二・七・四民集六巻九号四二八頁）などの個人法説[2]に取って代わり通説・判例（最判昭三六・九・一五民集一五巻八号二二五四頁、最判昭三六・一〇・一七判例時報二七七号二九頁、最判昭四二・九・二六民集二一巻七号一八七〇頁）となり、[3]今日まで相当の時間が経過した。しかし、同一性説が通説となった当時においても、同一性説を批判し、設立中の会社なる法技術概念を認めない有力説が存在した。[4]また、最近においては、これまでになく同一性説批判が活発になって来ている。[5]さらには、同一性説の立場においても、設立中の会社の法律的意味をどの程度認めるかについては争いがあり、[6]従来は設立中の会社の存在意義を広く認める見解がより有力であったが、[7]最近は設立中の会社の法律的役割を限定しようとする見解が以前よりも強力に主張されているように見受けられる。[8]したがって、反対説が全く存在しなかったとは言えないが、通説として極めて強力であった同一性説も、近時においては再検討が求められており、今まさに株式会社設立理論の変革期が訪れようとしていると言ってよいであろう。

学説がこのような状況にある時、平成二年の商法改正法は株式会社の設立に関する改正を行った。とくに一人会社の設立（新旧商法一六五条および商法一六九条参照）と発起設立の場合における株式払込取扱銀行制度の利用（商法一七〇条二項）を認めたことは、株式会社設立の法理に重要な影響を与えた。もっとも、一人会社設立の承認は設立中の会社を権利能力なき社団であるとすることや発起人の株式引受を合同行為とすることなどについてはその内容の変更を迫るものであり、[9]またこの場合に現物出資はなしうるかなどの解釈問題を生ぜしめる。しかし、これにより会社の前身たる設立中の会社の存在自体が否定されるとする見解もないではないが、[10]設立中の会社は存続しうるとの見解も充分に成立し得るから、[11]直ちに同一性説に多大の影響を与えるわけではない。これに

対し、発起設立の場合に株式払込取扱銀行制度の利用を認めたことは、少なくとも株式払込金の帰属につき従来の設立理論とは異なる視点から新たなる解釈を可能ならしめ、そのことは同一性説のみならず他の株式会社設立理論にも影響を及ぼすのではないかと思われる。

そこで、本稿は、まず株式払込を巡る法律関係に関する従来の理解とその問題点を論じ、つぎに株式払込取扱銀行制度の下における株式払込金の帰属と払込取扱銀行の権限を検討し、その成果を踏まえて株式払込を巡る法律関係をどのように理解すべきかを提案し、さらにその新しい理解が現物出資の場合においても可能であることを明らかにする。そして、平成二年の商法改正法が発起設立の場合にも株式払込取扱銀行制度の利用を認めたことが株式会社設立理論にどのような影響を与えたかを明らかにし、株式会社設立理論の役割が減少したことを論証する。

二　株式払込の法律関係に関する従来の理解と問題点

同一性説の立場でいえば、株式払込を巡る法律関係の当事者は、昭和一三年商法改正までは、設立中の会社、発起人および株式引受人の三者であったが、同改正以降はこれに株式払込取扱銀行が加わり、合計四者となった。

発起人の株式引受は発起人組合契約の履行行為であると解されているから、[12] 株式引受契約から生ずる払込義務の履行は発起人全員に対してなされる。また、同時に設立中の会社への入社行為でもあると解すれば、[13] その履行は設立中の会社に対してもなされることになる。ただし、発起設立の場合には、その払込は平成二年商法改正までは発起人（総代）に対してなされたが、[14] 平成二年商法改正法が株式払込取扱銀行制度を導入したので、[15] それ以降は履行の場所である払込取扱銀行の指定された営業所においてなされる。しかし、いずれにせよ発起人の払込

金は設立中の会社に帰属する。

募集設立の場合には、株式引受人が当事者として加わるが、株式引受人は設立中の会社との入社契約たる株式引受契約にもとづき株式払込義務を負い、昭和一三年商法改正までは発起人に対して払込みをなすことになっていたが、同改正以降は払込取扱銀行の指定された営業所において払込みをなさなければならないこととなった。発起人の払込方法は株式引受人と同様である。払込取扱銀行は設立中の会社の執行機関たる発起人との払込取扱委託契約によりその地位を取得し[16]、その地位に付随する払込金受領・保管権限にもとづき設立中の会社に代わって株式引受人から払込金を受領し、設立中の会社のために払込金を保管する義務を負うが、その反面、設立中の会社に対し払込金取扱手数料請求権を取得する。すなわち、払込取扱銀行の指定された営業所は払込履行の場所であり、払込取扱銀行は設立中の会社の払込受領・保管の代行機関なのである。もっとも、払込取扱銀行は会社に対して法定責任である保管証明責任を負うから[17]、その限りで設立中の会社との契約から生ずる地位とは別の地位も併有することになり、実際の払込金の額が保管証明した払込金の額に満たない場合であっても、保管証明額を会社に支払わなければならない（商法一八九条）。また、払込取扱銀行が会社成立前に設立中の会社の機関たる発起人あるいは取締役に対して保管証明額の払込金を返還しても、会社に対して保管証明責任から生ずる返還義務を履行したことにはならず[18]、したがって払込取扱銀行の払込金の返還は会社成立後になすべきことになる。それ故、払込取扱銀行は設立中の会社のために、設立中の会社に代わって払込金の受領・保管をなすが、設立中の会社に対して払込金の返還をなしえず、また払込取扱銀行の払込金の返還義務の履行時期および返還の相手方については、発起人との委託契約の内容の如何を問わず、強制的に固定されることになる。

創立総会が株式申込証所定の期日までに開催されず、それを理由に株式引受人が株式申込を取消す（撤回する）場合などには（商法一七五条二項一一号、このほか商法一七三条五項・一八五条二項・一八七条四項など）、当該

取消（撤回）の意思表示ならびに払込金の返還請求を発起人に対してなさなければならない。発起人は払込取扱銀行に対して当該株式引受人への払込金返還を命ずることを要し、払込取扱銀行はこの命に従って払込金を返還しなければならない。[19] 会社不成立の場合も同様であって、株式引受人の返還請求の相手方は発起人であり、払込取扱銀行は発起人の命を受けてこれをなすことになる。そして、払込金は会社成立前には設立中の会社に帰属するが、会社成立後と言えども設立中の会社と成立した会社は同一であるから承継としてではなく当然に会社に帰属することになる。[20]

設立中の会社を認めない立場にあっては、株式払込を巡る法律関係の当事者は、発起人、株式引受人および払込取扱銀行の三者であるが、同一性説における設立中の会社の地位に発起人が立つことになる。そして、払込金は実質的には発起人に帰属することになると解するか、[21] あるいは株式引受人は払込金を発起人に信託すると解する。[22] なお、この立場では発起人の株式引受も株式引受人のそれもその性質は同様であるとする。[23] 払込取扱銀行についてもその地位に関する解釈は同一性説と同様であって、発起人の代行機関であるとするが、払込取扱銀行は発起人に対して払込金を返還する義務を負わない。[24] そしてこの立場では、払込金は会社成立前は形式的にせよ発起人に帰属するが、会社成立後は発起人の設立行為の効果として会社に帰属すると解する。[25] あるいは、発起人の会社設立の意思表示は定款作成に求められるべきであるから、設立行為の効果としては払込金の会社への帰属を生ぜず、それは株式引受人を委託者、発起人を受託者、成立後の会社を受益者、そして信託財産の帰属権利者を会社成立の場合は成立後の会社、会社不成立の場合は株式引受人とみる信託の効果であると解する。[26] さらには、払込金は株式引受契約の効果として発起人組合に帰属するが、準則主義に従って社団が構成されたことの効果として法定移転し、会社に帰属するとする見解もある。[27]

以上の理解が正しいとすれば、つぎのような疑問が生ずる。

その一は、従来の理解では、会社成立前は、払込金は設立中の会社あるいは発起人に帰属すると言うが、設立中の会社や発起人は払込金に対してなんらの支配を及ぼし得るわけではなく、払込取扱銀行に対し返還を請求しうるわけでもない。また、株式引受人は将来の会社に帰属させるべく払込みをなすが、設立中の会社あるいは発起人に払込金を帰属させることを意欲しているわけではない。はたして、払込金は設立中の会社あるいは発起人に帰属するのであろうか、あるいはまた設立中の会社あるいは発起人に帰属させる必要があるのであろうか。さらには、いずれにせよ、払込金の設立過程における帰属関係は当事者の意思を尊重して決定すべきではないか。

その二は、払込金を株式引受人に返還すべき場合に、払込取扱銀行は発起人の命によらなければ、発起人に対する義務違反を生ずることになるのか。発起人は予め払込取扱銀行に対して、このような場合における取消（撤回）の意思表示の受領権限や株式引受人への返還権限を与えることもあろうが、このような権限が予め与えられていない場合[28]には発起人が返還に応じないことも起りうる。それ故、発起人の返還意思の有無にかかわらず、法の定める範囲内において自らの判断に従い払込金を返還する法定権限を払込取扱銀行が有すると解し得れば、その方が株式引受人の利便に適うのではないか。また払込取扱銀行はこのような受働代理権限のみならずどのような権限をどのような根拠にもとづき有しているのであろうか。すなわち、払込取扱銀行の役割を現実に則して見直す必要があるのではないか。

三　株式払込の法律関係に関する新しい理解

(一)　株式払込金の帰属

株式引受人が株式払込金を払込取扱銀行に払込むと、株式引受人と払込取扱銀行との間には、一種の消費寄託

関係が成立し、その性質上払込金は払込取扱銀行に帰属する。そして、払込取扱銀行は、会社が成立したときは、それ以降会社のために払込金を保管し、あるいは創立総会が所定の期日までに開催されず株式申込が取消（撤回）されたときまたは会社不成立が確定したときには、それ以降株式引受人のために保管する。

それでは、払込金が預託された後、会社が成立するかあるいは払込金を株式引受人に返還すべきことが確定するまでの間、払込取扱銀行は何人のために払込金を保管することになるのであろうか。

法は会社設立の要件として成立後の会社財産の確保を求めているが、発起人は株式引受人に出資金を払込取扱銀行に払込ませて、株式引受人の一般債務の担保財産から切り放し、また株式引受人の返還要求を制限することにより、会社財産を確実なものとして準備しうる。したがって、払込取扱銀行が払込金を受領し、返還時期まで保管すれば、設立中の会社あるいは発起人は所期の目的を達成しえ、また払込取扱銀行は設立中の会社あるいは発起人との委託契約上の主たる義務を履行したことになる。その意味で、払込取扱銀行は設立中の会社あるいは発起人のために払込金を受領・保管していると言える。

また、株式引受人は払込取扱銀行に対し将来の会社の出資金に当てるため払込金を預託する旨を申込み、払込取扱銀行がその申込を受諾して、払込金が払込まれることにより、払込金預託契約が成立する。したがって、この契約に従い、払込金相当額は株式引受人の出資金として、会社成立後は会社の預託金、また株式引受人に返還すべき場合には株式引受人の預託金となる。したがってまた、払込金が出資金であると言う意味においては、会社の預託金になる場合を除いて、払込金が預託されてから返還されるまで、払込取扱銀行は払込金を株式引受人のために保管していると言ってもよいであろう。しかし、株式引受人は自己に返還されるべきことが確定した場合を除いて、払込金の返還を請求しえず、その間払込金は第三者に対する関係では株式引受人の預託金でもないのである。

それ故、払込取扱銀行制度は、第三者に対する関係では払込金の帰属を株式引受人から払込取扱銀行に移転して一種の目的財産を形成し将来の会社財産を確実ならしめるとともに、会社および払込取扱銀行に対する関係では、株式引受人の出資金として、株式引受人のために払込金を保管するためのものであると言える。したがって、払込金は、その実質的な帰属が会社または株式引受人のいずれかに確定するまでは、形式的にはその性質上払込取扱銀行に帰属し、また実質的には、所有関係から切り放された一種の目的財産として何人にも帰属しないが（言い換えれば、今何人に帰属するかが問題なのではなく将来の会社の出資金たることを目的とする財産として、設立中の会社あるいは発起人または株式引受人にも帰属しないが）、ただ会社および払込取扱銀行に対しては株式引受人に帰属すると解し得る。

(二) 株式払込取扱銀行の権限

ここでは、まず払込取扱銀行の主要なる権限およびその根拠について検討し、つぎに払込取扱銀行は株式申込証所定の期日までの創立総会不開催を理由とする株式引受人のなす取消（撤回）の意思表示[29]につき設立中の会社あるいは発起人の受働代理人たる権限を有するかの問題を検討する。

第一に、発起人との払込取扱委託契約を締結することにより、払込取扱銀行はその地位を取得し、払込金受領権限を取得する。

第二に、払込取扱銀行は払込金受領権限にもとづき株式引受人と払込金預託契約を締結する[30]。払込金を保管することは払込取扱委託契約から生ずる債務の履行でもあり設立中の会社あるいは発起人のためでもあるが、払込金は会社成立までの期間は株式引受人の預託金であるとも言えるから、払込取扱銀行の払込金保管権限は発起人との委託契約ならびに株式引受人との預託契約にもとづく権限であると解すべきであろう。

第三に、払込取扱銀行の払込金返還権限は発起人との委託契約から生ずるとも解し得るが、とくに委託契約に定めがなくとも生じ、また株式引受人の預託した払込金を出資金として会社に帰属させることは株式引受人の意思にもとづく効果であり、それ以外の場合に株式引受人に払込金を返還するのは当該預託金をその預託者に返還することであって当然のことであるから、株式引受人との預託契約にもとづく権限であると解すべきである。

右のように、払込取扱銀行の権限は、発起人および株式引受人との各契約により授権されるが、それぞれの内容は法定的に制約されており契約により自由に変更しえず、その意味で定型的かつ画一的であり、それぞれは設立中の会社あるいは発起人および株式引受人のために、ひいては将来の会社のために行使されるのであって、設立中の会社や発起人などの特定の団体や人のために行使されるのではない。したがって、払込取扱銀行は、発起人または株式引受人の命により権限行使するのではなく、自己の責任において、その権限を行使しなければならない。

もっとも、このような見解に対しては払込取扱銀行のすべての権限は発起人との払込取扱委託契約により生じ、ただ返還権限については法の制限を受けるにすぎないとする見解も予想されるが、払込取扱銀行は設立中の会社または発起人の単なる代行機関ではなく、発起人から授権された範囲を超える権限を有しており、とくに株式引受人の代理代行機関でもあると解すべきであるから賛成しえない。あるいは、すべての銀行（および信託会社）は払込取扱銀行となりうる資格を有しており、発起人との契約にもとづき払込取扱銀行となるが、その権限内容が予め法により定められた法定機関であるとする見解も成立しうるかもしれない。しかし、この見解に立つ場合でも、その権限は発起人や株式払込人との契約によって示される発起人や株式引受人の意思に裏付けられていることを承認すべきである。

最後に、払込取扱銀行は株式引受人の株式申込取消（撤回）の意思表示を発起人に代わって受領する代理権限

を有するか否かについて検討する。

わが国には、株式の申込に際して、発行価額全額に相当する証拠金を払込ませる慣行があり、一律に申込ませて、先着順に割当を行い、割当があるときはこの証拠金を株式払込金に充当することが多いと言われている。[31] このような慣行に当たる場合には、株式申込の意思表示を受領する権限が与えられているのであるから、発起人からの明示的授権がなくとも、受領権限を与えられた意思表示たる株式申込を取消す（撤回する）意思表示の受領であるから、この意思表示の受領は権限の範囲内であるとして、この場合の受働代理権限を認めることも可能であろう。しかし、払込取扱銀行制度は発起設立の場合にも利用され、また発起人一人の設立もあり得ることになったのであるから、今後は様々な場合のあることを覚悟しておかなければならない。

前述したように、払込取扱銀行は発起人の指示に従うのではなく自己の責任において、払込金をそれぞれに返還しなければならない。したがって、もし、株式申込の意思表示を発起人に対してなした場合においても、払込取扱銀行は発起人の指示の下に払込金を返還するのではなく、株式申込が取消（撤回）された事実にもとづき自己の責任においてこれをなすべきことになる。原則的には、発起人に対してなすべき意思表示ではあるが、発起人が払込取扱銀行にその旨の意思表示があったことを伝達しなければ、取消（撤回）の目的を達成しえない。それ故、この場合に重要なのは、株式引受人の払込金返還請求の意思の確認であって、発起人の意思の確認ではないのである。

また、株式引受人の株式申込の取消（撤回）は株式引受契約の効力をそれ以降将来にわたって阻止することにあるが、株式引受人の債務の履行は払込取扱銀行に対してなされるのであって、発起人に対してなされるのではないから、株式引受契約の効果を阻止し、その阻止の効果を具体的に享受するためにはその旨を払込取扱銀行に伝えて、自己の払込金を返還してもらう必要がある。したがって、株式申込の取消（撤回）の意思表示は発起人

よりはむしろ払込取扱銀行に対してなすことを認めるべきであり、これを認めても設立中の会社あるいは発起人の利益を害することなく、ただ株式引受人の保護に役立つのみである。

以上の考察に従えば、いわば法定の払込取扱機関である払込取扱銀行には株式申込の取消（撤回）の意思表示の法定の受領権限を認めるべきであることになる。また、この権限を他の場合（商法一七三条五項・一八五条二項・一八七条四項など）にも認めるべきである。

㈢　株式払込の法律関係

株式払込取扱銀行制度に会社成立までは所有関係から切り放された一種の目的財産を形成する機能が認められるとすると、その目的財産は会社成立により実質的には会社に帰属する。言い換えれば払込取扱銀行における会社の預託金となる。

新株発行の場合には、会社は存在するから、株式発行前に会社に対して株式引受人が払込義務を履行することは可能であるが、会社設立の場合には会社成立が確定するまでは会社不成立の可能性があるから、株主の出資義務は会社成立と同時に履行されると解すべきことになる。すなわち、会社が成立すると株式引受人は株主となり、直ちに払込義務を履行することになるのである。[32] この義務の履行は、払込取扱銀行が会社成立以降は払込金を会社の預託金として取扱うことにより実現する。

したがって、株式引受契約上の権利義務について言えば、株式引受人は発起人に対し、株式引受人たる地位を取得し、また第三者に対する関係では所有関係を切断して、会社成立後にはその出資金たるべき財産を形成するために払込取扱銀行に払込金相当額の金銭を預託する義務、ならびに会社および払込取扱銀行に対する関係では自己の預託金たる金銭を会社成立の際は株式払込金として会社の預託金とする権限（会社への返還権限）を払込

取扱銀行に付与する義務を負うことになる。すなわち、発起人と株式引受人間の株式引受契約は正確に言えば、会社成立と同時に株式引受人を株主とし、会社と株主との間に株式引受の法律関係を成立せしめることを目的とする契約にほかならない。そして、株式引受人は、発起人に対する義務の履行として、払込取扱銀行と払込金預託契約を締結し、会社成立と同時に自己の預託金を会社の預託金とする権限を払込取扱銀行に付与するのである。

このように考えると、払込金がなぜ成立後に会社に帰属するに至るのかについてのこれまでの株式会社設立理論とくに同一性説あるいは信託的構成の様な特別の説明を要しないことは明らかである。

昭和一三年商法改正前においては、株式引受人は払込金相当額の金銭を発起人に対して払込むことを要したが、その金銭は株式引受人への帰属を切断する必要上、発起人に形式的にも実質的にも帰属すると解する必要があった。その際、この金銭が会社または発起人に対する関係では株式引受人の預託金であることは意識されたとしても軽視され、発起人への帰属が強調されて、発起人に帰属する金銭の会社への移転を説明するために様々な理論が工夫されたのである。昭和一三年商法改正法は募集設立の場合に払込取扱銀行制度を導入したが、発起設立の場合には従来と同様の方法によったため従来の理論がそのまま温存された。しかるに、平成二年商法改正法は払込取扱銀行制度を発起設立の場合にも採用したので、払込取扱銀行がいずれの場合もいわゆる「払込金」を占有することになり、また払込取扱銀行が返還する相手は会社[33]または株式引受人のみであることから、「払込金」が発起人ではなく払込取扱銀行に対して払込まれ、発起人は「払込金」の保管・返還につき何等の権利・権限を有さず、また会社または払込取扱銀行に対する関係では「払込金」は株式引受人の預託金であることが浮彫りになって来たのである。

無論、「払込金」は実質的には設立中の会社あるいは発起人に帰属すると観念することも不可能ではない[34]。しかし、設立中の会社に帰属するとすると、会社が問題なく成立する場合の説明としては矛盾はないとしても、成

立後の会社と同一であるべき設立中の会社への出資金が所定の期日までの創立総会不開催を理由とする株式申込の取消（撤回）により払戻されることをどのように説明するのか。[35] また、会社不成立が確定したとき設立中の会社は消滅するのだとすると、この消滅により「払込金」はなぜ株式引受人に帰属するに至るのか、それが株式引受人の払込んだ金銭であることを理由とするのであれば、「払込金」が設立中の会社に帰属すると言うことも便宜的にすぎなく、[36] それが会社への出資金たる目的財産形成のためであるのであれば、それを率直に承認する方が直截的ではないのか。あるいは、設立中の会社は清算段階に入るのだとすれば、[37] 「株式引受契約」を構成する意思表示にその合意が含まれていることになるが、[38] それをどのように説明するのかなど数多くの説明を要することになる。あるいはまた、発起人に帰属すると解すると、発起人の出資金としてではなく株式引受人の出資金として会社に移転することに対し信託的構成など特別の説明を要することになる。それ故、これらの理論に従って理解することは適切であるとは言えない。少なくとも、「払込金」の帰属に関する説明としては、すべて株式払込をなす株式引受人の意思にもとづき定まると解することが現実に則し、かつ端的であり直截であると思われる。

四　現物出資給付の法律関係

現物出資の給付は、株式引受契約から生ずる債務の履行として、また発起人組合契約から生ずる債務の履行として、給付者たる発起人が払込取扱銀行に対してではなく、受領者たる発起人に対して行う。出資された現物出資の目的物も「払込金」とともに所有関係から切り放された（受領者たる発起人あるいは給付者たる発起人のいずれの所有物とも言えず、またいずれの所有物かと言うことよりも将来の会社の所有物になることに意味のある）目的財産を形成するための手続がとられる。その結果、第三者に対する関係では、目的物の財産権は受領者たる発起人

に移転するが、会社および受領者たる発起人に対する関係では給付者たる発起人がその財産権を保持する。したがって、その財産権は形式的には受領者たる発起人に帰属するが、当事者内部においてはすなわち実質的には給付者たる発起人に帰属する。そして、当該目的物は給付者たる発起人の一般債務の担保財産たることを免れることになる。

給付者と受領者間においては、株式払込の場合の預託契約に相当する会社設立までの目的物保管契約が、給付者から受領者への目的物の占有の移転により効力を生じ（民法六五七条）、株式払込の場合の返還権限に相当する会社成立時における当該目的物の財産権の会社への移転のための代理代行権限が与えられる。

受領者に対する給付は、会社に対する出資行為そのものではなく、株式払込の場合と同様に、株主の出資行為を確実にするための発起人のなすべき準備のためになされる。

ただし、右に述べたことは、発起人が一人である場合には妥当しない。発起人が一人の場合にはおよそ給付をなしえない。この問題は本稿の論ずべき対象ではないが、平成二年の商法改正法がこれにつき何等の手当も講じなかったのは立法の過誤であるとしても、[39] 発起人が一人の場合には現物出資を禁ずる趣旨ではないとすれば、この場合にも現物出資を認めるほかないであろう。この場合には、発起人は会社成立のときその目的物の財産権を自ら会社に移転すべきことになり、これにより発起人の株主としての出資義務は履行されたことになる。なお、現物出資の場合には、払込取扱銀行の証明責任に代わる役割を担う制度として、検査役の検査制度（商法一七三条・一八一条）や発起人および最初の取締役の出資不足額塡補責任制度（商法一九二条ノ二）が設けられている。

そして、発起人の数の如何を問わず、会社が成立すると、出資者の意思にもとづき現物出資の目的物の財産権は会社に移転する。そのとき出資者たる株主の出資義務は履行されたことになる。

このように見ていくと、株式払込の場合と同様に、現物出資の場合も、株主の出資行為たる「給付」は会社成

立のとき、出資者の意思にもとづきなされるとする解釈が可能となり、現物出資の目的物の財産権が出資者から会社に移転することにつき、特別の理論を要しないことは明らかである。ただし、保管担当者は払込取扱銀行ではなく発起人であることから、発起人が複数である場合には、給付者たる発起人の一般債務の担保財産たることは免れるが、受領者たる発起人の一般債務の担保財産に混入されるおそれが生ずる。また、発起人が一人である場合にはその一般債務の担保財産たることを免れ得ない。それ故、発起人が複数である場合に、現物出資の目的物の保管については、分別管理を可能とする信託法理を応用すべきかが問題となる。

確かに、現物出資の給付によって生ずる法律関係は信託関係に類似し、信託法理を適用することは会社設立を巡る利害関係人の保護に役立つことになる。[40] しかし、信託関係においては、信託財産の財産権は委託者から受託者に名実ともに移転するが、現物出資の場合には発起人相互間または会社に対する関係では、その目的物の財産権は出資者に留保されると解すべきであるから、その点信託関係とは異なる関係であると言わざるを得ない。また、何よりも発起人相互間の組合契約または株式引受契約の要素たる意思表示に信託関係を成立させる意思を読みとり得ない。[41] さらには、発起人が一人である場合にも信託関係が成立し得るのか疑問があり、もし成立しないのであれば理論的統一性を欠くことになる。第四に、信託法理の類推適用が可能であり有益である場合に、類推適用されるべきは当然であるが、この場合は、基本的には、寄託などの法理により妥当な解決が得られるのではないかと推測される。したがって、今後の検討を要するが、現段階においては株式払込の場合と同様に、この場合が基本的に信託法理適用の場面であるとすることには躊躇せざるを得ない。

五　おわりに

株式払込取扱銀行制度が発起設立・募集設立のいずれの場合にも利用されるようになったことから、株式払込を巡る法律関係が一元化されたが、その結果、将来の会社の財産となる目的財産の形成過程が極めて明らかになった。すなわち、これまでの株式会社設立理論では短絡的に理解されていた会社財産の形成に関し、それが会社財産となるべき目的財産の形成のみならずその会社への移転が発起人および株式引受人の意思にもとづき、かつ株式払込取扱銀行の巧妙な役割によることが明らかになったと思われる。

株式会社の設立を巡る法律関係を説明するに際し、団体法説によることも個人法説によることもあながち否定されるべきではないが、私的自治を重んずる私法の世界にあっては、可能なかぎり当事者の意思を尊重するべきである。

払込取扱銀行を利用して行われる会社財産の形成確保の現実に則して、払込金により形成される目的財産は形式的には払込取扱銀行に帰属し、第三者に対する関係では株式引受人の債務の担保財産ではなくなるが、発起人および会社に対する関係では株式引受人に実質的には帰属する「株式引受人の預託金」であり、会社成立により、払込金が実質的に会社に帰属することによって株主の出資が実現すると解すべきである。現物出資の場合には、問題はないではないが、株式払込の場合とほぼ同様に解することができる。

このように、株主の出資が会社成立と同時に行われると解すると、払込金が会社の財産となることにつき株式会社設立理論とくに同一性説のような特別の説明を要しないことは明らかである。

もっとも、株式会社設立理論は単に株式引受あるいは払込に関するのみならず広く会社設立の諸手続のほとんどすべてに関わるのであるから、どのような株式会社設立理論が妥当なのかは設立手続全体との関わりで検討し

ていかなければならない。また、本稿の主張するような株式払込および現物出資給付の法律構造は複雑であるから、大方の賛同を得ることは容易なことではないであろう。今後は、設立手続全体を視野に入れて、当事者の意思と商法の価値判断に則した、より説得力ある株式会社設立理論を構築するべく検討を重ねて行きたい。

(1) わが国における同一性説の最初の主張者は田中耕太郎博士である。(「発起人責任論」合名会社社員責任論(一九一九)三四五頁)。

(2) 旧時の学説については、田中・前掲書三六一頁以下、西本辰之助・株式会社発起人論(一九二六)=私法学の諸問題一二七頁以下、野津務「株式引受論」法学協会雑誌四六巻九号(一九二八)一六五七頁以下、同・株式会社設立論(一九六二)一〇三頁以下、石井照久編著・注解株式会社法一巻設立(一九五三)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」北大法学論集一二巻二号(一九六一)一七七頁以下参照。

(3) 北沢正啓「設立中の会社」(株式会社法講座第一巻=一九五五)株式会社法研究六頁注(1)参照。なお、鈴木竹雄=竹内昭夫・会社法[第三版](一九九四)五五頁は同一性説によらず、個人法説によるものもいたが、今ではこのような説をとる者はいないとするが、誤りである。最近の学説については、拙稿「発起人組合と設立中の会社」論点・学説・判例株式会社法(一九八五)三三頁以下、同「発起人が開業準備行為としてなした法定要件を欠く財産引受」商法の判例と論理(一九九四)七九頁参照。

(4) 西本・前掲諸問題一三三頁以下、野津・前掲設立論一〇六頁以下参照。なお、これらの学説については高鳥正夫「発起人の法律上の地位」(法学研究三八巻一二号掲載=一九六五)会社法の諸問題[増補版]五三頁以下参照。

(5) 高鳥正夫「会社設立の法律構成」(法学研究四一巻三号掲載=一九六八)会社法の諸問題[増補版]九四頁以下、大賀祥充・株式会社設立の法理(一九七五)二五頁以下は設立段階における法律関係を発起人を中心として考察し、この法律関係の成立後の会社への帰属を発起人の設立行為の効果として説明し、会社成立・法人格取得の意思表示は発起人の定款作成によってなされるものと主張する(ただし、注(25)参照)。なお、基本的に同旨であるものに、倉澤康一郎「発起人の損害賠償責任について」(法学研究三八巻一二号掲載=一九六五)会社法の論理三一頁以下、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(一九六七)七五頁以下などがある。また、長谷川雄一「設立中の会社否認論」愛知大学大学院社会科学論集(一九八四)五五頁以下、小橋一郎

・会社法改訂版（一九九一）三四頁以下は、法律上当然の取得説の復活と思われる立場から、同一性説に対して鋭い批判を投げ掛けている。さらには、喜多了祐・商法の要説［四訂版］（一九九五）一二五頁は、同一性説のように回りくどい論理操作が必要なものかどうかは疑わしいとする。

(6) 北沢正啓「発起人」新版注釈会社法(2)株式会社の設立（一九八五）四五頁以下、加藤良三「発起人の権限」株式会社法の理論1（一九九四）五七頁以下参照。なお、拙稿「発起人の権限」前掲論点・学説・判例株式会社法三九頁以下参照。

(7) 北沢・前掲研究一頁以下や平出慶道「発起人の契約」北大法学論集一二巻一号（一九六一）四九頁以下、同・前掲北法一二巻二号二〇〇頁以下および同・株式会社の設立（一九六七）一〇四頁以下などにより強力に主張された。このほか鈴木竹雄・新版会社法全訂第四版（一九九三）五三頁、大隅健一郎＝今井宏・会社法論上巻［第三版］（一九九一）二〇三頁、神崎克郎・商法II〈会社法〉［第三版］（一九九一）一一〇頁、坂田桂三・現代会社法［第二版］（一九九三）一四五頁、丸山秀平・株式会社法概説［改訂版］（一九九四）六二頁など参照。なお、服部榮三・会社法通論［第四版］（一九九一）二五頁は、その存在範囲を狭く解するのでは、設立中の会社を認める意義は乏しく、むしろ否定すべきだとし、認める以上はその範囲をより広く認めるべきことを強く主張し、また青竹正一・現代会社法講義（一九九六）二九頁は、発起人の権限は会社設立にとって経済上必要な行為にまで及ぶと解するのが通説的見解であるとする。

(8) 森本滋「会社設立中に会社のためになされる行為の法的取扱い」法学論叢九二巻四・五・六合併号（一九七三）二七七頁、田中誠二・再全訂会社法詳論上巻（一九八二）一五九頁、加藤雅信「『設立中の会社』と『会社不成立』」現代株式会社法の課題（一九八六）八三頁、条解・会社法の研究[1]会社の総則・設立（座談会・別冊商事法務一一四＝一九九〇）八〇頁の江頭健治郎発言および同頁以下の森本滋発言、前田庸・会社法第三版（一九九三）二四頁、堀口亘・新会社法概論［第二版］（一九九四）六六頁、加藤（良）・前掲理論1五九頁、加美和照・新訂会社法第五版（一九九六）五七頁など参照。

(9) 平成二年商法改正後にわが国における一人会社の社団性を論じたものとして、加藤勝郎「一人会社の法人性と社団性」専修法学論集五五・五六合併号（一九九二）七一頁以下、江川孝雄「一人会社序説」山梨学院大学法学論集二四号（一九九二）一一九頁以下、大賀祥充「一人会社について」法学研究六六巻一号（一九九三）一八九頁以下、宮

島司「一人会社について」法学研究六六巻一号（一九九三）九三頁以下、菱田正宏「会社の社団法人性と社員の責任」関西大学法学論集四三巻一・二合併号（一九九三）六三一頁以下、丸山秀平「原始的一人会社の『社団性』について」現代会社法・証券取引法の展開（一九九三）二六五頁、同・前掲概説六九頁以下参照。なお、加藤（良）・前掲理論1四四頁は、個人企業の法人なり、子会社の設立（会社の分割）、または共同出資による会社の設立（合弁会社）と言った現実に合わせて、一人発起人による会社設立が承認されたのであれば、複数の発起人からなる設立中の会社概念を法律学的に認める根拠は減少したとする。また、菱田・前掲論集四三巻一・二合併号六六四頁以下は、一人会社の設立を認めない。

(10) 丸山秀平「西ドイツ有限会社法における一人設立制度の問題性」中央大学百周年記念論文集（一九八五）四四四頁、大山俊彦「一人会社の法規制」企業社会と法（一九八七）六五頁以下のドイツの議論参照。

(11) 丸山・前掲論文集四六六頁、大隅＝今井前掲書一八七頁参照。なお、丸山・前掲概説七三頁以下、大山・前掲企業社会と法九四頁以下参照。

(12) 田中耕太郎・改正会社法概論（一九三九）三八二頁、北沢・前掲研究九頁、平出・前掲北法一二巻三号（一九六二）三七四頁。

(13) 大森忠夫「会社の設立」株式会社法講座第一巻（一九五五）一七五頁。

(14) 大隅健一郎＝今井宏・新版会社法論上巻（一九八〇）一八八頁。

(15) 発起設立の場合において認められる裁判所の監督を払込取扱銀行に肩代わりさせて、設立手続の簡易化をはかりながら、しかも資本充実の確保を期そうとするものであって、極めて巧妙な立法であり（大隅健一郎「株式払込取扱銀行の保管証明責任」（法学論叢七六巻一・二合併号掲載＝一九六四）商事法研究（上）一六八頁）、外国にはその立法例はないと言われている（谷川久「払込取扱者の証明」新版注釈会社法(2)株式会社の設立（一九八五）三一一頁）。また、予てより発起設立の場合にも、この制度を採用すべきことが主張されていた（大隅健一郎＝大森忠夫「会社法改正の問題」私法九号（一九五三）八一頁、石井編著・前掲注解二七四頁、大塚市助「株主の出資義務」株式会社法講座第二巻（一九五六）四七四頁）。なお、佐々木良一ほか・株式会社法釈義（一九三九）四〇頁・五六頁、田中耕太郎・改正商法及有限会社法概説一四〇頁・一四三頁参照。

(16) 服部榮三「銀行と株式の払込」手形研究四五号（一九六一）一三頁は、実際上は、払込取扱委託契約と同時に申

込取扱委託契約が締結されるから、払込取扱銀行は同時に申込取扱銀行たる性格を有するのが普通であるとし、この取扱契約により、当該銀行は株式申込の受付、申込証拠金領収書または申込受付票の交付、申込証拠金の払込金への充当、割当を受けなかった申込人への申込証拠金の返還などを自己の名をもってなす権限を取得するとする。そして、通常の委任が代理関係を伴うのに対して、この場合は自己の名においてなす権限を有することにおいて異なるが、実質的には代理関係がある場合と異ならないので、代理に関する規定を類推適用してよいことが多いものと考えられるとしている。

(17) 東京地判昭和三五・一〇・一七下民集一一巻一〇号二二一八頁、服部・前掲手形研究四五号一四頁、大隅・前掲研究（上）一七六頁、平出慶道「判批—東京地判昭和三五・一〇・一七」ジュリスト二八三号（一九六三）九一頁。

(18) 最判昭和三七・三・二民集一六巻三号四二三頁。しかし、学説は対立しており（文献については谷川・前掲注釈会社法(2)三一三頁以下参照）、創立総会が終了すれば会社は成立するから、払込取扱銀行は取締役に対し払込金を有効に返還しうるとする反対説も有力である（今井宏「判批—東京高判昭和三三・四・五」商事法務研究一四二号（一九五九）九頁以下、西山忠範「判批—東京高判昭和三三・四・五」（ジュリスト二四〇号掲載＝一九六一）商事判例研究昭和三三年度［九巻］九事件、龍田節「判批—最判昭和三七・三・二」民商法雑誌四七巻四号（一九六三）六〇七頁以下など）。この問題は重要課題であるが、残念ながら詳論は省略せざるを得ない。諸学説のうち、鴻常夫「判批—最判昭和三七・三・二」法学協会雑誌八一巻三号（一九六四）一八八頁以下および同判批（会社判例百選掲載＝一九六四）商法研究ノート[1]九九頁以下が最も説得的であると思う。これにあえて付言すれば、会社成立前の取締役または代表取締役を設立中の会社の執行機関と解するにせよ、その権限は設立中の会社から付与されたものでしかなく法定のものではないから、彼に払込金を返還しても、それは設立中の会社に対する返還でしかなく、会社に対する返還にはならない。無論、設立中の会社に返還しても全額が会社に承継されれば払込取扱銀行が責任を問われることはないが（なお、実方正雄「判批—最判昭和三七・三・二」法律時報三四巻一二号（一九六二）一一九頁、前田庸「判批—最判昭和三七・三・二」会社判例百選（第四版）三一頁参照）、それは単なる結果にすぎない。したがって、払込取扱銀行は会社の法定権限機関に払込金を返還してはじめて免責されると解すべきであるから反対説には賛成しえない。

(19) 払込取扱銀行が自己の名において、払込金を受領し保管するとすれば（注(16)参照）、自己の責任において返

還し得、また返還しなければならないとも解し得るが、払込金の実質的な帰属先は設立中の会社である（払込金は設立中の会社の預託金である）と解する限りは、このように言うほかないと思われる。

(20) 石井照久＝鴻常夫・会社法第一巻商法Ⅱ―1（一九七七）九六頁、北沢正啓・会社法［第四版］（一九九四）一〇九頁。

(21) 高鳥正夫・新版会社法（一九九一）六五頁。もっとも同頁は、発起人の払込金の受領は将来の会社のための信託的行為であるとする。

(22) 大賀祥充・現代株式会社法［新全訂版］（一九九八）九四頁。同旨・倉澤・前掲論理四七頁。

(23) 高鳥・前掲会社法五二頁、大賀・前掲会社法九二頁。

(24) 高鳥・前掲会社法五九頁、大賀・前掲会社法八八頁。結果同旨・倉澤「『見せ金』についての商法上の考察」（判例タイムズ二一五号掲載＝一九六八）会社法の論理七八頁。

(25) 高鳥・前掲諸問題九四頁、高鳥・前掲会社法六五頁、倉澤・前掲論理三一頁・三八頁、大野・前掲論集一九号七六頁。ただし、高鳥・前掲諸問題九五頁は「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っ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。」とし、「従ってこの手続の連鎖の上に立って、発起人のなした行為は成立後の会社に当然移転するといっても差支えないし、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。」とする。しかし、これに対し、大賀・前掲法理二四〇頁注（42）は、これらの説の多くは「そもそも何を『会社設立行為』として把えておられるのか必ずしも判然としないし、仮りに私の立場のように会社設立のための諸手続を全体として一個の法律行為として把え、これを会社設立行為と呼んで、その意思表示を発起人の定款作成に求めるべきものとすれば、株式引受に基づく払込義務の履行従って払込金の会社への帰属が会社設立行為の意思表示（定款作成）における効果意思の中に意欲されているものとみることは、あまりに擬制にすぎることにならざるをえない。それ故厳密に云うならば、株式引受に基づく払込義務の履行従って払込金の会社への帰属が効果意思の中で意欲されているものと解しうるのは、株式引受契約におけるそれに限られるわけで、この意味では従来の「会社設立行為の当然効果説」はそのままでは受け入れ難いと思う。当事者の意思表示の効果として把えようとする以上、設立に関する行為をそれぞれにつき検討すべきものであって、そ

れらを一括して一概に論ずべきでないと同時に、各個的には成立後の会社への帰属を問題にする必要のないものもありうるからである。」と批判する。批判は正当であると思う。

(26) 大賀・前掲法理二四一頁以下、とくに二七六頁。大賀・前掲会社法九二頁以下。

(27) 長谷川・前掲論集八一頁以下。ほぼ同旨・小橋・前掲会社法三五頁。

(28) 銀行実務では、募集設立や新株発行の場合には、発起人あるいは発行会社に株式申込事務取扱委託書を提出させて、また発起設立の場合には株式払込事務委託書を提出させて、払込取扱銀行と発起人あるいは発行会社間の委託契約を締結している。そして、株式申込事務取扱委託書中には、「下記の要領により当社株式に関する事務の取扱を貴行に委託します。」あるいは取扱要領として「会社設立後の新株発行については、全国株懇連合会制定の標準新株式申込事務取扱要領による（会社設立の場合にも準用する）。ただし、上記取扱要領に定めのない事項について、貴行所定の取扱に従い正当と認めて取扱った事項について事故が生じた場合には、すべて当社において処理する。」との記述があるが、当書面中にも、また標準新株式申込事務取扱要領中にもこのような権限授与を意味する文言はない。取扱要領のただし書の解釈として権限授与を認め得るか否かは検討を要するが、授権を明白に意味する文言はない。

(29) 株式申込証所定の期日までの創立総会不開催を理由とする株式申込の取消（撤回）の意思表示をなしうるのは、単なる株式引受人のみであり、発起人たる株式引受人はこれをなしえない（大賀・前掲法理二二九頁）。

(30) 通常は、払込取扱銀行と発起人間の株式申込取扱委託契約にもとづき、払込取扱銀行と株式申込人間に申込証拠金預託契約が締結された後、発起人が株式申込人に株式を割当て株式申込人が株式引受人となり、その結果、払込取扱銀行と発起人間の払込取扱委託契約にもとづく払込取扱銀行と株式引受人間の払込金預託契約が成立すると言うべきかもしれない（注（16）参照）。

(31) 石井編・前掲注解三三〇頁、平出・前掲設立二一六頁、三戸岡道夫「株式の申込」注釈会社法(2)一五六頁、平田伊和男「株式の割当」新版注釈会社法(2)二〇三頁など参照。なお、注（27）参照。

(32) 大塚前掲講座第二巻四五〇頁は、「わが商法上は実は株式引受人の出資義務であって、株主の出資義務ということは適当でない。もし、かくいいうるとすれば、それはただ、設立の場合株式引受人の株式払込が事実上存在しないにかかわらず、設立登記が行われて、払込未済の株式引受人が株主となった変則的場合のみにすぎない、とするのが、一般の見解のようである。しかしながら、これは本来株主が株主として負う義務を、主として資本の充実という政策

的考慮によって、株主となる前に全部的に履行せしめることにしたにすぎないと考えるべきであって、むしろ実質に即して考察し、株主の前身たる株式引受人をも含めた意味で、『株主』の出資義務と呼んで差支えはないであろう。かように解する方が、人的会社の場合をも含めて綜合的に社員の出資義務を考察することを可能ならしめるのみならず、また比較法的考察にも便利であるといえよう。」とする。確かに、会社設立および新株発行の際、株式引受人に払込金を払込ませるのは、株主の出資義務の履行を確実ならしめて、会社の資本充実を確保するためにほかならない。ただし、会社設立の場合には、払込金は会社成立前はまだ会社に帰属せず、会社成立（法人格取得）により会社に帰属するに至るのであるから、株主は株主となった瞬間に出資義務を履行することになると解すべきである。佐藤庸「発起人の資本充実責任について」（政治経済論叢一一巻三・四合併号掲載＝一九六二）取締役責任論二三九頁は、「株式引受契約は会社成立にいたってはじめて履行が完了するものであり、個々の引受契約の目的は他のすべての引受契約の成立および払込完了によって達成される。」としている。

(33) 創立総会が終了すれば、払込取扱銀行は取締役に対して払込金を有効に返還しうるとする立場（注（18）参照）に立っても、その根拠は創立総会終了により会社の成立が認められることにあるのであるから、返還先は会社であって、設立中の会社ではない。

(34) 銀行実務では、将来の会社名義の下、各株式引受人名義ごとに金額を明示して払込金の寄託を行っている模様である。

(35) 設立中の会社の機関たる発起人の義務違反は設立中の会社の社員の退社理由となりうるのか。なりうるとすればそれはなぜか。

(36) 設立中の会社の存在範囲を狭く解する学説の多くは会社不成立により設立中の会社は消滅するとするが（石井＝鴻前掲会社法一四五頁のほか注（8）参照）、一旦法律上の存在として認められた設立中の会社が会社不成立によって雲散霧消するなどと言うことは、到底認めがたい（西本・前掲諸問題一三四頁、野津・前掲設立論一〇六頁、大野・前掲論集一九号六八頁、大賀・前掲法理一〇〇頁・三一一頁、平出・前掲北法一二巻二号二〇五頁）。

(37) 設立中の会社の存在範囲を広く解する学説の多くは、会社不成立により設立中の会社は解散し、清算して残余財産を構成員たる株式引受人に分配すべきが本来であるが、それでは株式引受人の保護に欠けるから、商法一九四条一項は政策的に株式引受人を第三者として取扱い、設立中の会社の機関構成員たる発起人のみが全責任を負うべき旨を

定めたものであるとする（北沢前掲研究二六頁以下のほか、文献については拙稿・前掲論点五七頁以下参照）。しかし、それではなぜ、設立中の会社の機関としてなした行為について発起人のみが個人責任を負担することになるのか、理解困難である（大野・前掲論集一九号七〇頁、大賀・前掲法理一〇〇頁）。そこで、発起人は債権者に対しては法人格のない社団の代表者として設立中の会社と連帯責任を負い、株式引受人に対しては、株式引受契約は入社契約であるとともに会社設立の請負契約でもあるから、発起人はこの請負契約の内容として払込金全額の返還責任を負うとし、発起人の行為には機関的側面と個人的側面の両面があることを説く学説もある（平出・前掲北法一二巻三号三八二頁以下・三九一頁以下）。しかし、これでは清算を予定していると言えるのであろうか。

(38) 株式引受契約における株式引受人の効果意思は将来成立する会社の持分取得を意欲するものであって、設立中の会社の持分取得に向けられたものではない。もし、たとえそうだと仮定しても、商法一九四条一項の存在にもかかわらず、発起人および株式引受人に清算の意思があり、清算を予定しているとは解し得ない。

(39) 大賀・前掲法学研究六六巻一号一九九頁以下は、一人会社規制の不整備を指摘している。

(40) 現物出資の給付により、その目的物の財産権が出資者たる発起人から受領者たる発起人に移転し、会社成立までは受領者たる発起人に帰属すると解する立場においては、株式払込の場合も同様であるが、この場合に信託法理を適用ないし類推適用することは単に有用であるのみならず、その目的物の財産権が会社成立により会社に移転することを説明するために必要なのである（大賀・前掲法理二七六頁以下参照）。

(41) もっとも、大賀・前掲法理二五四頁は、少なくとも当事者間に黙示的な信託設定の意思表示は認定し得るとし、あるいは株式引受における出資約束自体が信託設定の意思表示を含むとする。