

Title	株式会社発起人論 (一)
Sub Title	
Author	西本, 辰之助
Publisher	慶應義塾理財学会
Publication year	1920
Jtitle	三田学会雑誌 (Keio journal of economics). Vol.14, No.9 (1920. 9) ,p.1185(1)- 1203(19)
JaLC DOI	10.14991/001.19200901-0001
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00234610-19200901-0001">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00234610-19200901-0001</a>

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.

文學博士 金澤庄三郎著

菊版總クロイヌ美本  
口繪コロタイブ数葉

定價貳圓八拾錢(送料)

# 言語に映じたる原人の思想

最新刊

考古學史學人  
類學の諸部門  
に交渉を有す  
る學海の權威  
ある新研究

主材を北海道の土語に採り、傍ら東  
西兩洋の諸國語を参照して、社會文  
化の淵源を釋ねんとした興味多き  
新研究である。我が言語學界の太だ  
振はざる今日に於て、篤學なる博士  
の此の著あるは、洵に意義あり、斯學  
に重きを爲すは必然であらう。

東京東橋町・大阪南區三橋  
株式會社 大 關 燈 行  
振替(東)三六八一 (大)二七五

三田學會雜誌 第十四卷 第九號

## 論 說

### 株式會社發起人論(一)

西本辰之助

#### 第一章 發起人の意義

發起人とは定款に發起人として署名したる者を云ふと爲すことは我國の學說  
及判決の殆んど一致する所なり(一)商法には直接斯の如き規定を設けず一一九條  
には株式會社の設立には七人以上の發起人あることを要する旨を定め又一二〇  
條には發起人は定款を作り之に左の事項を記載して署名することを要すと定め  
たるのみにして直接に定款に署名したる者のみを發起人と爲すの規定を設けず

第十四卷

(二一八五)

論 說

株式會社發起人論

第九號

一

然れども右の一〇〇條に依れば發起人は定款に署名することを要する。故發起人か定款に署名せざることは商法の認めざる所なり。従て又定款に署名せざる發起人なるものは商法の認めざる所なりと解するを得へし故に商法に於ける發起人は定款に發起人として署名したる者を云ふとなして可なり。斯の如く發起人の意義を形式的に定むることは株式會社設立に關する法律關係を簡明ならしむる上に頗る必要なりと云ふべきなり。従て發起人は獨逸の「グリュンダー」英國の「プロモーター」に相當するものと云ふを得す。此二種の者か定款に署名せざる場合あれども我國にては發起人か定款に署名せざる場合を認めざること前述の如し、(2)斯の如く發起人の意義を形式的に定むる結果として

イ、發起人は必ずしも事實上設立事務に參與するを要せず、法律上は發起人に對して一定の設立行爲を爲すの義務を負はしめたり。殊に第一回拂込の請求、創立總會の招集、創立總會に於ける創立事項の報告等は何れも發起人の義務に屬するものなり。然れども發起人は必ずしも是等の行爲を自ら爲さざる可らざるものに非ず。之を他の發起人に代理せしむるも妨げなし。即ち發起人は他の者に設立事項の

代理を委任するときは自ら袖手傍觀して事實上何等設立行爲に參與せざることを得へし。況んや設立に關する其他の行爲例へは事務所の借入、株式申込證及目論見書等の起草印刷配布、申込の取扱に關する委任契約等は全然發起人中の或者に委ぬるも可なり。

ロ、右と反對に如何に設立事務に參與するも定款に署名せざれば發起人に非ず。假令定款の起草、目論見書の起草配布、株式申込の勧誘等の行爲を爲すも定款に署名せざる以上は發起人と云ふを得ず。従て商法に於て發起人に附與したる權能及び義務を有せず。此點に於て英法の「プロモーター」と異れり。「プロモーター」は英法に於て法典上の用語なり(3)と雖も其意義は法律によりて限定せられず。頗る漠然たるものにして「會社を一定の計畫の下に創立して之を行動せしめんと企つる者」及此目的の遂行に必要な行爲を爲す者を指すか如し(4)従て「プロモーター」は定款の署名者のみならず會社の設立に事實上法律上參與したる一切の者を含むか如し。斯の如く發起人の意義を廣く定むることは會社の設立によりて損害を被りたる者に對し賠償義務者を増加する上に於て利益あらんも此點は發起人外の者

に對し發起人と連帶して賠償責任を負はしむるによりて同一の目的を達するを得べく商法一四二條ノ四は此趣旨によりて取締役及監査役をして發起人と連帶せしむる場合を認めたり立法論としては此規定を擴張して取締役又は監査役にあらざる設立行爲の參與者に對し發起人と連帶責任を負はしむるも亦可ならん之に反し發起人の意義を漠然たらしむるの不利は殆んど忍ぶべからざるものあり蓋し發起人の意義明確ならんには第一回拂込の催告は正當の権限を有する者によりて爲されたりや否や失權手續も亦然るや否や第一回拂込は何人に對して爲すべきや創立總會の招集は正當の権限を有する者によりて爲されたりや等の關係は第三者殊に株式引受人より見て容易に之を知り得るの便あり且發起人間に在りても是等の権限に關する争を生ずること少なかるべし之に反し發起人の意義を明確にせされは是等の點に關し争議を頻出せしむるの恐あるべし

ハ、發起人は必ずしも設立費用を負擔するを要せず之を負擔するも定款に署名せされは發起人に非ず例へば發起人の或者か實質上會社創立の首唱者にして是等の者のみにて一切の損害を負擔すべき合意の下に他の發起人は信用を利用

せしむる目的を以て定款に署名したる場合には設立費用を負擔せざる發起人在り得べし尙極端なる場合を想像すれば發起人が全部設立費用を負擔せず反て發起人外の者が之を負擔する場合あるべし例へば或者か會社を設立せんと欲するも自己の名を發表するを好まず依て自ら一切の費用を負擔し他人に委任して發起人たらしむる場合あるべし斯の如き場合には定款に署名したる者は事實上發起人に非ざるか如しと雖も尙法律上は是等の者が發起人たるなり即ち設立の費用を負擔することは發起人の要件にあらず會社が成立したる場合に設立費用として定款に記載せられたる金額は之を終局に於て會社に負擔せしむるを得べしと雖も之れを超過したる費用は發起人が之を負擔すべきは普通なるも前述の如く發起人の一部の者又は發起人外の者をして負擔せしむるを妨げず又會社が成立せざる場合には商法一四二條ノ三は設立に關して支出したる費用は之を發起人の負擔とすとの規定あれども此規定は負擔せしむべき會社が存在せざるか爲め之に負擔せしむるを得ざると同時に一般の株式引受人をして負擔せしむるを得ざる旨を示したるのみにて發起人の一部の者のみにて又は發起人外の者が特

約を以て設立費用を負擔するを禁したるものにあらず斯の如く設立費用の終局の負擔者は必ずしも發起人たるを要せざると同時に直接の負擔者即ち設立に關する費用を直接に第三者に支拂ひ又は其支拂の債務を負擔する者も亦必ずしも發起人たるを要せず例へば事務所の借入書類の印刷發送手数料鑑定料等の支拂は發起人全員が共同に爲す場合のみならず其内の一部の者のみにて爲すことあるへく又發起人外の者か之を爲すことあるへし是等の契約上の義務は何人か之を負擔するやと云へば直接第三者と契約を爲したる者と答ふるの外なし從て直接の當事者が發起人全員又は發起人の一部の者又は發起人と發起人外の者又は數人の發起人外の者なる場合に是等の者は其負擔部分に應し可分的に債務を分擔するものとす若し代理人をして契約を爲さしむれば本人か其債務を負擔すべきは當然なり從て發起人の全員か其内の一人に對して代理權を授與したる場合には其一人の爲したる契約に對し發起人全員が其責に任すべきなり何人か設立行為に必要な費用の支拂を爲すべきかの問題も亦右に述べたる所に同しく各場合の契約に依りて定まる相互の契約上支拂の義務なき者か支拂を爲したる

時は委任又は事務管理に關する規定に従ひて支拂の義務を負ふ者に求償するを得へし(5)

斯の如く設立費用を負擔する者は直接にも終局的にも發起人の全員とは限らず又發起人のみとも限らざるなり

二、現物出資 (Sachanlage) を爲すも定款に署名せされは發起人に非ず此點に關し我國の學者間に争あり或は現物出資は發起人外の者に於て之を爲すを得すと論す(6)其理由とする所は現物出資者の氏名は之を定款に記載せざる可らざると共に株式申込證にも記載せざる可らず而して發起人外の者に株式を引受けしむるには株式申込證に署名せしめざる可らず發起人外の現物出資者若し之れありとせば(7)に付きて亦然り即ち現物出資者の株式引受即ち現物出資の確定と定款及株式申込證の作成とは相互に前提を爲すものなるか故其實現不可能なりと云ふに在り此說一理あるか如くにして然らず此說は現物出資者が引受によりて確定するに非されは之を定款及株式申込證に記載するを得ざることを前提として始めて成立するものなれとも此前提は誤れるものと云はざる可らず發起人か定

款に現物出資の記載をなすに當りて出資者が引受によりて確定せるを要せず發起人と出資者との内約又は極端に云へば發起人の見込のみによりて記載するを妨げず株式申込證に現物出資者の氏名を記載する場合亦然り法律は定款記載事項か總て現實に確定せることを要求せず例へば定款に資本金の額を記載せしむるも其作成の時に現實に之に相當する株式の引受ありたるに非ず株式の額面上の發行は之を定款に記載せしむるも現實に額面以上の引受人ありと確定したるにあらず是等は何れも斯く斯くの條件にて斯く斯くの會社を創立せんとする發起人の見込及計畫を記載するに過ぎず然らば現物出資に關してのみ確定せる事項を記載せざる可らざるの理由なきに非ずや故に發起人外の者に現物出資を爲さしむる場合には發起人は現物出資者との豫約に基きて定款に之に記載を爲し株式申込證にも現物出資に關する記載を爲し先づ現物出資者をして之に署名して株式の引受を爲さしめ次に一般公衆より株式を公募すれば可なり此場合に現物出資者が引受を爲す前に株式の公募を爲すを妨げすと雖も萬一現物出資者が引受を拒みたる場合には發起人は會社又は株式引受人に對し之によりて生じ

たる損害を賠償せざる可らざるの危険あり

右の如く發起人以外の者が現物出資を爲すを妨げず獨逸商法にては現物出資に關する事項は之を定款及株式申込證に記載せしむること我國の商法と異なる所なきに係はらず尙定款作成者(即ち商法の發起人に相當する者)及び現物出資者は之を發起人と看做すとの規定を設けたり(7)此規定は明かに定款作成者たる發起人以外に定款作成者に非ざる現物出資のみによる發起人を認めたるものなり換言すれば定款作成者に非すとも現物出資を爲し得べき旨を認めたるものにして反對論者の如く定款作成者たる發起人以外の者は現物出資を爲すを得すとの説を採用せざりしこと明かなり(8)

ホ、發起人たる地位は定款に發起人として署名するによりて之を取得すべきこと既に述べたる所なり従て發起人たりや否やを決するは定款に發起人として署名したるや否やによるべきものなれども尙茲に一つの重要な事項ありそは發起人の株式引受なり商法は特に發起人の株式引受の義務に關して規定する處なし商法の規定に於て唯一の論據とせらるるは一二六條二項三號に於て株式申

込證に各發起人が引受たる株式の數を記載せしむることなり此規定には各發起人とあるか故一人にても株式を引受ざる發起人を認めずとの解釋もあれど(9)一方より云へば株式を引受たる各發起人の株式の數の意にして即ち發起人が株式を引受けたる場合には發起人幾人にて幾株と記載するを得ず必ず各發起人に付き其引受數を記載せざる可らず然れども發起人に於て株式を引受けざる時は之を記載するに及はずとの意にも解せられざるに非ず從て右の規定は先入主となりたる考か何れなるかによりて如何様にも解し得べきものにして之を以て絶對的の論據と爲すを得ざるなり從て發起人は必ず株式を引受くるを要するや否やに付きては他の方面より之を解決せざる可らずと雖も此點に關し直接の規定なきこと前述の如し

獨逸商法は株式の引受を以て定款作成者たる發起人の要件となし英國會社法は定款作成者は少くとも一株を引受くる義務あるものとなしたり(10)吾人の考ふる所に依れば發起人の株式引受義務は定款の作成自體に存するものと云はざる可らず定款を作成して之に署名するは自ら其定款に服從するの意思を表明した

るものと解するを得へし然るに定款が眞に定款として拘束力を生ずるは會社成立の後に在り會社成立前に在りては株式を引受けたる者も定款に署名したる者も定款の拘束を受くることなし故に發起人が定款に署名して之に服從するの意思を表明する以上は株式引受の義務は必然に之に伴ふものと云はざる可らず又株式會社は法人にして株主の集團と法律上別個の存在を有すと雖も之を實質上(經濟上)より考ふる時は株式會社の事業は株主共同の事業なりと云ふも不可なし然らば發起人が定款を作成して自ら中心人物として此共同の事業を計畫しなから會社成立と同時に之と其關係を絶つか如きは事理に反するものと云ふへし況んや自ら株主たらずして發起人となるを得るものとすれば會社の事業に對し何等の成算無きに係はらず單に報酬を得んか爲めに濫りに會社を發起する者を生ずるの弊あるへし是等は一面より見れば立法論にして解釋上の根據と爲すを得ずとの論有らんも知れされと法律に於て明白なる規定無き場合には若し法律が規定を設くへしとせば如何なる規定を設くべきやを考慮せざる可らずかかる場合には法律は必然取引界の安全と利便との要求する所に從ふへし從て右の如き

理由も亦法に規定の存する場合には立法論なるも然らざる場合に解釋上の論據たるを妨げざるなり

上述の如く商法が發起人をして定款を作成し且之に署名せしむるは之をして單に一般株式引受人の爲め定款起草の事務員たらしめ或は設立事務の責任者を確定せんか爲めのみを目的とするものと解するを得す必ずや株式會社の形式に於て共同の事業を營む目的を以て自ら中心人物として之を企畫する點に重きを置きたるものと云ふへし又商法が發起人にて株式の總數を引受くる發起設立の外募集設立を認めたるは發起人をして株式引受の圏外に立たしめ發起人は設立の事務員たるべきことを認めたるに非ずして發起人に資力の充分ならざる場合には發起設立に依る能はざるか故一般公衆より株主を得て之か補充を爲すを得せしめんが爲めに外ならず

以上述べたるか如く發起人は必ず未來の會社の株主たらざる可らず從て少くとも一株を引受けざる可らずとすれば次に起るべき問題は株式の引受は發起人たるの要件なりや或は單に其義務なりやと云ふこと是なり換言すれば發起人は

株式を引受くる義務を負ふのみならず之を引受けざることによりて發起人としての地位を失ふものなりやと云ふに前述の如く未來の會社の株主と爲らざる發起人を認めざる以上は株式を引受ざる發起人は其地位を失ふものと云ふべきなり即ち發起人としての地位は定款作成の時に取得するも其存續の條件として株式の引受を必要とするものなり然らば發起人は何時までに株式を引受くるを要するや引受ざる場合に他の發起人は如何なる手段を探ることを得るや左に是等の點に關する吾人の所信を述ふへし

1、定款作成と同時に發起人の引受くべき株式の數を定めさりしときは各發起人の合意を以て別に之を定めざる可らず此場合各發起人の引受くべき株式の數に付ては相互に他の發起人の同意を要し過半數を以て決するを得す蓋し發起人の株式引受は定款の作成と共に會社設立行爲の基礎を爲すものにして此基礎に意見の分裂あるを許さされはなり從て發起人間に於ける株式の割當に付き一人にても反對者あるときは爲めに設立行爲の進行を妨ぐることとなるへし此場合には少數の反對者を脱退せしめて他の者にて法定數を維持する以上設立行爲

を進むるの外なかるへし

發起人の株式引受は書面に依るを要せず口頭の意思表示を以てするも可なり此點は一般の株式引受人の引受と異なる蓋し發起人の會社の株主となるべき意思表示は定款作成によりて爲され發起人間の株式の割當は唯其數量を決定するのみなるか爲めなるへし

2、發起人の一人か株式引受の意思表示を爲さざる時は他の發起人は意思表示に代るべき判決を以て其引受を強制することを得べきや第一に發起人間の根本の契約によりて定まるものといふへし發起人間の契約(五)によりて相互に發起人として株式を引受くべき義務を負ひたる場合には發起人相互に株式引受の請求を爲し得べきは當然なり之に反し定款作成行爲自體によりて發起人間に斯の如き權利義務が発生すべきやに付きては疑なきにあらす定款の作成を契約なりとすれば發起人間に相互に權利義務の発生すべきこと論を俟たずと雖も定款の作成を以て合同行爲なりとすれば合同的意思表示の當事者たる發起人間に權利義務の発生することを以て當然の結果と爲すを得ざるへし然れと一面より

見れば發起人か定款を作成するは決して各自單獨に會社を成立せしめんとする意思を有し此意思か偶然一致したるものに非ずして相互に相手方の同一意思を意識し相互に相手方の共同を條件としたるものに外ならず従て發起人は相互に他の發起人か株式を引受けて發起人たるの地位を維持するに付き法律上の利益を有するものと云ひ得べきか如し従て裁判上株式の引受を強制し得べきか如しと雖も此場合には一株以上の引受を強制するを得ず従て實際上の効果は頗る薄弱なるを免れず之に反して契約に基きて株式の引受を強制する場合には契約によりて定まりたる株數を引受けしむるを得へし

3、發起人の一人か株式を引受けざる場合に裁判上之を強制するを得るとするも之か爲めに時日を遷延して時機を失し或は設立計畫の不信用を世間に暴露し實際に於て害ありて益なし故に此場合其發起人を除外して他の發起人(七人)以上あるときのみにて或は別に發起人を加入せしめて株式の總數を引受くることを妨げず此場合には株式の引受を爲さざりし發起人は脱退を爲したるものにして他の發起人も亦此脱退に同意したるものと解し得へし

4、發起人の一人か株式を引受けざる場合に他の發起人(七人以上)のみにて又は新に發起人を加入せしめて株式の一部を引受け他の部分に付き株式の募集に着手したる時は株式を引受けたりし發起人は脱退し他の發起人は其脱退に同意したるものと解すべきなり蓋し他人をして株式を引受けしむる前に發起人自ら株式を引受け以て其發起人としての地位を確立すべきは事理の當然なるに其時期に至るも尙株式を引受けざるは發起人を脱退するの意思あるものと云ふべく又發起人の一人か株式を引受けざるを知りつつ株式の募集に着手するは其脱退を承認するの意思あるものと解するを得ればなり

5、以上の場合に株式の引受を爲さざる發起人を除外して設立行爲を進行するには他の發起人全員の同意を要すべく其一人にても反對すれば設立を廢止するか又は反對者を除外して設立行爲を進むるの外なし蓋し前に述たるか如く發起人は相互に相手方か發起人として行動することを意識し且之を條件とするものなればなり

へ、發起人たるの地位は定款の署名なる要式行爲によりて發生するものなり

従て定款に署名せざる以上は外部に對し自ら發起人たることを公表するも之が爲めに發起人となることなし例へば株式申込證に自己を發起人として記載することを承諾するも之によりて發起人に對しても第三者に對しても發起人たるの地位を取得することなし従て發起人としての責任を負はざること勿論なり然れども之によりて第三者を詐害したるときは不法行爲として責に任すべきことあるへし(12)又第三者に對して自ら發起人なりと公表し又は公表することを承諾するは發起人と同一の意思即ち一種の保證の意思を有するものと認められざるやは疑問なり

(1) 四一年及大正三年大審院判決、松本氏會社法講義二一七頁、片山氏株式會社法論一四六頁、異説松波氏日本會社法六三七、六三八頁、毛戸氏京都法學會雜誌九卷一七號  
(2) 松波氏前掲は定款に署名せざるも株式申込證に氏名を公表すれば發起人なりと解釋するが如し

(3) The Companies Act (1867) Sect. 38; The Directors Liability Act (1890) Sect. 3; The Companies Act (1900) Sect. 110 等に Promoter なる語を用ゐたり

(4) Die Handelsgesetze des Erbhalts XI, Art. 1. S. 159, Steven's Mercantile Law p. 201. 英法に於て我國の發起人に相當する者は Promoter に非ずして總て Subscribers of the Memorandum of Association なり

- とするを近しきす然れども英法にては會社設立に關する手續は我國の商法と異り Memorandum of Association の署名者は之を登記所に提出して設立登記を爲し法人成立證書(A Certificate of Incorporation)を受ければ會社は法人として成立するものにして Memorandum 署名者の其後に爲すべき手續は只 Articles of Association に署名し最初の取締役を選任し此選任を爲すまでは自ら最初の取締役としての任務を遂行するのみなり從て Prospectus の署名株式の割當第一回拂込等は總て取締役の權限に屬するものなり從て Memorandum の署名者は其資格に於ては我國の發起人の如き廣き權限を有せざるなり
- (5) 民法六五〇條七〇二條
- (6) 松本氏前掲二二七頁青木氏會社法論二九二頁之に反し片山氏前掲一八三頁は發起人外の者も亦現物出資を爲すを得とす
- (7) H.G.B. § 187.
- (8) Lehmann Aktienrecht I, 319 Anm. 4 は現物出資者は一般の株式申込人(Zeichnern)に屬するものに非ずして其以前に株式を引受けざる可らざることを主張すれども定款作成者同一人たることを主張せざるが如し又 Staub § 186 Anm. 8 は現物出資者は當然他の發起人と爲すべき行爲によりて出資義務を負ひ定款に服従し同時に株式を引受くるものなりと主張するも現物出資者その他の發起人の右の行爲は定款作成行爲なることを明言せず即ち右の行爲は定款作成後に於て定款を作成したる發起人と現物出資者との間に爲さるることを否定するものにあらず殊に Derselbe § 187 Anm. 3 に

に於て商法は現物出資者が發起人と看做さるるが爲めには定款の作成(Feststellung des Gesellschaftsvertrags)に参加するを要す旨を規定せずと明言し略に現物出資者は定款作成者たるを要せざることを示したり Ring Aktiengesellschaften, 1893, S. 212, 217 は舊商法の現物出資者に關し(現行獨逸法と殆んど同一なり)定款作成者以外の者が現物出資を爲し得べきことを斷言し Behrend Bd. I, Abt. 3, S. 748 亦之を主張せり然れども多數の學說を引用するまでもなく現物出資者が定款作成者たるを要するものとせば獨逸商法一八七條の『定款を作成し又は現金以外の出資を爲したる株主は之を發起人と看做す』との規定に於て『現金以外の出資を爲したる』の文句は全然不必要となるに非ずや

(9) 松本氏前掲二一六頁片山氏前掲一四六頁

(10) H. G. B. § 182 Abs. 1. Der Inhalt des Gesellschaftsvertrags muss von mindestens fünf Personen, welche Aktien übernehmen... festgestellt werden. The Companies Consolidation Act, Sect. 3. 2. No subscriber of the Memorandum may take less than one share.

- (11) 此契約は組合契約なることあるべく或は委任契約又は無名契約なることあるべし又場合によりては發起人と發起人外の者との契約なることあるべし發起人が發起人外の者の依頼により株式を引受くることを約束せし場合の如し
- (12) 片山氏前掲一四七頁