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

Title	株式会社発起人論（二）
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.10 (1920. 10) ,p.1416(78)- 1435(97)
JaLC DOI	10.14991/001.19201001-0078
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00234610-19201001-0078

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.

株式會社發起人論（二）

西本辰之助

第二章　發起人の資格

商法は發起人たるへき資格を制限する規定を設けす從て本來發起人たり得へき資格に制限なく自然人たると公法人たると私法人たるとを問はす又能力者たると無能力者たるとに關せす權利能力を有する以上は總て發起人たり得るを原則とす然れとも發起人は一方に於て當然未來の會社の株主たるへき義務を負ひ他方に於て設立に關する諸種の行爲を爲し之より生する責任を負擔すへきものなるか故若發起人の資格に對する制限ありとせは此二點より來るへきものなり即ち發起人は同時に株主たるへきものにして株主たらさるもの即株式を引受けさる者は發起人たる資格を保有し得すとすれは或會社の發起人となるには其會社の株主たり得へき資格を備ふることを要するは勿論なり從て發起人たる資格と株主たるへき資格とを同一なりとする說あり(1)然らは前揭第二の理由即ち發起人か設立行爲を爲し之より生する責任を負擔する點より發起人たる資格に何等の制限を受けさるや此問題は發起人の行爲能力及發起人たる法人の機關の權限の問題に關聯するものなり蓋し資格と行爲能力とは純理に於て相異れる觀念なりと雖も時に行爲能力の制限は資格の制限となること無きに非されはなり

第一　自然人

自然人か發起人と爲るには能力者たるを要せす即ち發起人としての地位を取得するには能力者たるを要せす之に反し發起人としての行爲を爲すには能力者ならは疑問の餘地なしと雖も無能力者の場合には諸種の問題を生すへし。

未成年者か法律行爲を爲すには法定代理人の同意を要す而して定款の署名は法律行爲なること疑を容れさるを以て未成年者か定款に署名して發起人と爲るには法定代理人の同意を要するとも亦當然なり然らは此場合に法定代理人の同意は如何なる範圍に於て與ふることを得るや又與ふへきものなりや換言すれは定款の作成に付き同意を得たる未成年者は其後の行爲(株式の引受株式の割當第

一回拂込金の受領創立總會の招集等の行爲を別段の同意を得すして爲すことを得るや株式申込證目論見書等の印刷契約郵便切手の買入事務員の雇入等も亦然るや未成年者は定款の署名に法定代理人の同意を得たりとするも右に擧けたるか如き行爲に付き一々法定代理人の同意を要するものとすれは發起人としての行爲を完全に爲し得さること明かなり然らは法定代理人は未成年者に對し發起人としての一切の行爲に豫め包括的の同意を與ふることを得るやと云ふに營業の許可の如き特別の規定無きを以て之を否定するの外なかるへし發起人としての行爲は其種類及數に於て頗る多く且つ之によりて重大なる連帶責任を負擔することあるか故特別の明文無き以上は之に對し包括的の同意を與ふるを得さるものと解せさる可らす此解釋にして誤なしとすれは未成年者は自ら發起人としての行爲を爲すを得すと云はさる可らす從て此場合には法定代理人か未成年者に代て發起人としての一切の行爲を爲すへきものなり然らは法定代理人は總て未成年者に代つて發起人としての行爲を爲すを得るやと云ふに父か法定代理人なる場合には右の權限を有すること疑なしと雖も其以外の者か法定代理人たる場合には親族會の同意を要す然らは親族會に於て右の同意を發起人としての一切の行爲に付き包括的に與ふることを得るや若然りとせは極端に云へは親族會か一度包括的同意を與ふるによりて民法八八六條及九二九條を空文たらしむる恐あり固より此場合には發起人としての行爲に付きてのみ同意を與ふるものにして其範圍狹しと雖も包括的同意たる點に於ては一なり殊に發起人としての行爲には重大なる責任を伴ふものなる點より見るも親族會は豫め包括的の同意を與ふるを得さるものと解すへく此解釋にして誤なしとすれは父以外の法定代理人は未成年者に代りて發起人としての行爲を爲し得さることとなるへく從て父たる法定代理人を有せさる未成年者は株式會社の發起人たるを得さることとなるへし然れとも發起人として全然民法八八六條又は九二九條に該當する行爲を必要とせさる場合あらは右の限に在らさること勿論なり(2)

禁治產者は假令法定代理人の同意を得るも發起人たり得さることは議論の餘地なかるへく又禁治產者の後見人か之に代て發起人としての行爲を爲すを得るや否やに付きては父以外の未成年者の法定代理人の場合と同一に論する事を得

へく從て禁治産者か發起人たり得へきや否やの問題も亦右に同し

準禁治産者は發起人たり得るや否やに付きては發起人としての行爲に民法一二條に列記せる行爲を必要とせさる場合は禁治産者は當然發起人たり得へきもかかる場合が果して存するや否や頗る疑問なり又發起人として民法一二條の行爲を必要とする場合には保佐人の同意を得て發起人となり得へきやと云ふに然らす保佐人は個々の行爲に付きて同意を與るを得るも包括的の同意は之を與るを得す而して保佐人自身も亦準禁治産者に代りて法律行爲を爲すを得す從て準禁治産者は發起人たるを得すと云はさる可らす(3)

妻か發起人と爲るに付きても亦準禁治産者の場合と同一に論するの外なかるへし營業に關する許可に付きては民法一五條に規定ありと雖も其他の包括的同意に關し何等の規定なきを以て見れは包括的同意を與ふるを得さるものと解すへきものなるへし或は營業の如き廣汎なる許可すら尙之を與ふるを得るか故之よりも狹き範圍を有する發起人となるへき許可は當然之を與ふるを得へしとの說あらんも營業の許可は其人の生計の途を開きたるものなるに發起人は營利の目的を以て之に當るへきものに非さるは勿論反對に重大なる責任を負擔するものなるか故兩者同一に論するを得さるへし

舊商法破産編一〇五四條に破産宣告を受けたる債務者は復權を得るに非されは會社の無限責任社員舊商法の規定に從ひて設立したる合資會社の業務擔當社員、株式會社の取締役若くは監査役清算人、破産管財人又は商業會議所の會員たるを得さる旨を定め此規定は民法施行法二條によりて家資分散者にも適用あり右の規定によれは破産者は株式會社の取締役、監査役又は清算人たるを得さること明かなるも發起人に關しては何等明言する所なし然らは破産者は株式會社の發起人たり得へきや法律か明文を以て禁止せさる點より云へは之を肯定すへきか如しと雖も然かするときは此點に於て法の明白なる缺陷を認めさるを得す商法か發起人に對し設立に必要なる行爲を爲さしむると共に嚴格なる連帶責任を負はしめ以て可及的に株式引受人、會社、株主、及ひ會社債權者の利益を保護するに勉めたり然るに財産處理の能力及ひ責任負擔の資力に缺くる所ある破産者か發起人たることを認むるときは右の精神に矛盾すへし此點に於て破産者をして取締

役監査役又は清算人たらしめさるの必要と何等軒輊する所なし故に舊商法破産編一〇五四條の類推解釋によりて破産者は發起人たるを得すと解すへきか如し又他の方面より見るに發起人は取締役監査役等と異り設立に關する行爲を自己の名に於て爲すの必要ある場合多きを以て自己の財産の管理及處分の能力なく支拂其他の法律行爲を爲すを得さる破産者か發起人として完全に設立行爲を進行せしむることは不可能なるへし

剝奪公權者及ひ停止公權者は清算人と爲ることを得すと雖も會社の無限責任社員取締役監査役と爲る資格を制限せられす發起人と爲るに付きても亦同し刑罰自體は私法生活と直接相關する所なく科刑の事實は其人の財産處理の能力及責任負擔の資力を否定するものにあらさるか故剝奪公權者及停止公權者も亦發起人たるを得とするも不當にあらさるへし

第二　法人

法人か發起人たり得るや否やの問題は第一に發起人たることか法人の目的の範圍内の行爲なりや否や第二に法人の機關か法人の爲めに發起人としての行爲を爲し得へき權限ありや否やによりて定まる而して發起人たることか目的の範圍内の行爲なりや否や又機關の權限内に在りや否やを判斷するには假令法人か會社を設立して其株主と爲り財産管理の一方法として之に投資する目的を以て發起人と爲りたりとするも尚一方に於て法律か發起人に對して一定の行爲の義務を命し且一定の責任を負はしめたることを看過すへからす株主と爲ること自體は單純なる管理行爲たり得へしと雖も發起人として必要なる行爲は處分行爲を含み又發起人たる資格には重大なる責任を伴ふものなり。

公益法人は其目的の範圍内に於て權利を有し義務を負ふものなるか故此範圍を越えたる行爲は本來無效なるのみならす民法七一條に依り主務官廳は其設立の許可を取消すことを得へし而して公益法人は其目的の如何を問はす財産管理の能力を有すること勿論なるか故財産管理の方法として株式の引受又は買入によりて株主と爲るを妨けすと雖も發起人としての行爲は既に述たるか如く財産の處分行爲及責任の負擔をも伴ふのみならす發起人として會社の設立行爲を爲すことは一時的の事業を爲すものと云ふを得へきを以て財産管理の一方法とし

て發起人と爲ることは不可能と云はさる可らす(4)公益法人か發起人と爲り得へき場合は定款に於て其目的の一として發起人たるへきことを定めたるか又は當然定款に定めたる目的に含まるゝものと看做さるへき場合に限る例へは發明の奬勵及其實施に必要なる一切の事業を目的とする公益法人は特許權實施を目的とする株式會社の發起人たるを得るものと云ふへし公益法人か其目的の範圍外に於て發起人としての行爲を爲すも無效にして其行爲の局に當りたる者は民法四四條二項によりて責に任することあるのみ

相互保險會社產業組合等は其性質上株式會社の發起人と爲るを得さるへし蓋し是等の法人は法律によりて其目的を限定せられ假令定款を以てするも其目的を任意に擴張する能はさるか故從て又發起人として行動すへき餘地なかるへし

(5)合名會社及合資會社は總社員の同意を得て目的外の行爲を爲すを得るか故會社の目的の如何を問はす總社員の同意を以て全然目的と關係なき會社の設立行爲を爲すを得へし之に反し株式會社及ひ株式合資會社に付ては本來目的外の行爲を爲すを得るや否やの問題を肯定するも尙之を爲し得へき權限を有する機關を認められさるか故目的の範圍外に於て發起人と爲るを得す此點は準禁治產者に類似せり株式會社の定款に於て他の會社の發起人たり得へき旨を定め得るや又定め得るとすれは無條件に之を定め得るや又は何等かの條件を必要とするや例へは「本會社は何々の製造販賣及會社の發起人と爲ることを目的とす」と云ふか如き定は有效なりやと云ふに吾人は之を否定せんとす會社の發起人と爲ることは營利事業にあらす從て營利會社の目的たり得へき事業にあらす故に之を定款に定むるも本來目的たり得へき事業に非さるか故其定款の定は無效と云ふへきなり又會社か其事業經營の便宜上之と連絡を有する會社を設立せんか爲め其發起人たらんとする場合には必すしも定款に記載するを要せさるへし(6)株式會社は其營業上必要なる一切の行爲を爲すを得へく其行爲は有償的なると無償的なると、一方的なると、双方的なると處分行爲なると管理行爲なるとを問はさるは勿論債權的なると物權的なると將た團體的なるとを問はされはなり從て此場合の發起行爲は本來取締役の獨斷にて爲し得へきも善良なる管理者の注意義務と

しては最高の監督機關たる株主總會の決議に從ふを至當とす

國か發起人たり得へきや否やは本來問題とならさる理なり發起人たる資格に制限を加ふると否とは國か之を定むへきものなるを以て國か自ら發起人たると否とは國自ら之を定むへき筈のものなり然れとも國の如何なる機關か如何なる方式によりて發起人としての行爲を爲すの權限ありやは之と別個の問題なり營利會社の發起の如きは本來行政事務に屬せさるのみならす多數の契約及單獨行爲を必要とし特殊の責任を負擔すへき事項なるか故個々の場合に付き法律を以て定むるを至當とすへし

自治團體か發起人たり得へきや否やは府縣制郡制市制町村制各二條により之に屬する事務なりや否やによりて定まるへし詳言すたは發起人と爲ることか自治團體の公共事務と看做し得へき場合及法律又は從來の慣例によりて特に自治團體に屬するものと定められたる場合に限り自治團體は發起人たり得へし然れとも發起人と爲ることか自治團體の公共事務と看做され得へき場合ありや否やは頗る疑問なるへし築港鐵道等を目的とする株式會社に對して補助を爲すことは公共事務の一にして自治團體の權能に屬すること勿論なるも發起人としての行爲を自治團體の公共事務と解すとの根據に乏しかるへし又自治團體に對し一般的に發起人たり得へきことを定むる法律無きを以て此目的の爲め特に法律を制定する場合の外自治團體か發起人たるを得る場合無しと云はさる可らす

(1)松波氏日本會社法六三八頁松本氏會社法講義二一五頁

(2)發起人間に於て設立に關する費用及責任は他の發起人に於て負擔するの約束ありし且引受株數か少きときは親族會の同意を得る必要なかるへし

(3)此點は準禁治產者か營業を爲さんとする場合に類似せり營業の場合には支配人なる選任すへしとするは通說なるも發起人となる場合は此方法によるを得さること勿論なり

(4)片山氏株式會社法論(一四三頁)は此點即ち發起人としての行爲は財產の管理行爲の範圍を超ゆるものなることを明かにしたり

(5)例へは保險業法二六條によれは相互保險會社の定款には保險の種類及ひ事業の範圍を記載することを要す茲に事業の範圍とは保險事業の範圍を云ふものにして保險以外の事業を云ふものにあらす從て相互保險會社の目的には會社の設立行爲を記載するを得さるへく又暗默の內に會社の設立行爲か目的に含まるるものと認め得る場合なかるへし

(6)之を定款に記載すれは無論有效なり例へは「本社會は各種の事業に投資するを以て目的とす、右の目的を遂行する爲め會社を發起することを得」と云ふか如し此場合にも會社の發起は目的に非されとも目的たる事業の經營上之に附隨し得へき行爲たることを示すものと云ふへし

第三章　發起人の加入脫退及び承繼

第一　加入

甲、定款の署名は各署名者か時を異にして爲すも同時に爲すも可なり故に最初に會社を設立せんとする豫約を爲したる者か發起人として定款を作成したる後他の者か追加署名により所謂追加發起人として之に加入するを得へし然れとも加入の時期に關しては多少の議論あり

a、定款の署名者か未た七人に滿たさる場合と既に七人以上ある場合とを問はす追加署名を爲すを得へし前の場合には會社設立行爲の基礎たる定款は未た有效に成立せす追加發起人の署名によりて始めて成立し得へし(1)後の場合には設立行爲の基礎たる定款は既に成立せるを以て追加發起人の署名は單に發起人の員數を增加するに止まるものとす

b、株主募集に着手したる前なると後なるとを問はす追加發起人を認むへし(2)發起人か引受くへき株式の數は之を株式申込證に記載せしむ然るに株主の募集に着手したる後追加發起人を生したるときは其者の引受くへき株式の數は之を株式申込證に記載せさるか故斯かる者か發起人たる資格を取得するや否やに付き疑問を生すへしと雖も株式申込證に記載すへき發起人の引受株數は申込證作成の際に引受くへきものと確定せる株數を記載すれは足るものなり故に發起人は後に至り株式申込證に記載したる以上の株式を引受くるを妨けす此場合に株式申込證に記載したる以上の引受は無効となるものにあらす追加發起人の引受に付ても亦之と同一に論するを得へし商法は株式申込證作成の時に現在せる發起人の確定引受數を記載せしむるものにして後に至りて發起人の追加を禁したるものにあらす

C、創立總會か終結し又は發起人か總株式を引受けたる時は會社は之によりて成立するか故新に發起人を追加するの餘地なし

乙、追加發起人の加入には發起人全員の同意を必要とすへし發起人の定款作成

行爲を契約なりとする說を採るときは他人か或契約關係に加入するには契約者全員の一致を必要とすること勿論なり又單獨行爲說を採るも各發起人か相互に何等相關する所なき意思を以て各自孤立的に定款に署名するにあらすして相互に他の發起人の同一行爲を意識し共同して會社を設立せんとするの意思を以て爲すものなり斯の如く單獨行爲說を採るも發起人の行爲は相互に關聯するものと解すへきものなるか故新に發起人か加入する場合にも他の發起人との間に此點に關し諒解あるを要す從て現在の發起人の一人にても反對するときは新發起人を加入せしむるを得さるへし然れとも右の同意は豫め包括的に與ふるを妨けす例へは數人の者か發起人として會社を設立せんとする場合に其内の一人に他の發起人たるへき者の勸誘を一任したる場合の如し

丙、加入行爲の法律上の性質に付きては定款作成行爲と其說明を異にするの必要を見す定款作成行爲を以て契約なりとすれは加入行爲も亦契約として說明すへきは當然なり然れとも此場合に新なる發起人の加入は前の定款作成契約の更改なりや否やの疑問を生すへし之に反し定款作成行爲を以て多數人によりて爲さるへき單獨行爲なりとすれは發起人の加入は此單獨行爲に結合すへき意思表示なりと說明するを得へし然れとも單獨行爲說の中にても定款の作成を以て數人の數個の意思表示より成る一個の單獨行爲なりとするか或は數人にて爲す一個の意思表示より成る一個の單獨行爲なりとするかにより加入行爲に對する說明を異にせさるを得さるへし(3)

第二　脫退

(一)意思表示に依る脫退　發起人たる地位及ひ其法律關係は發起人全員の共力の結果たる定款作成によりて生したるものなるか故第三者との關係を發生せさる以上は發起人全員の同意によりて之を廢滅變更するを妨けす從て七人以上の發起人を以て定款を作成し定款か株式會社設立の基礎としての效力を生したる後にありても或發起人は他の發起人全員の同意を得て脫退するを得へし之に反し或發起人を其者の意思に反して脫退せしむるを得さるものと解すへきなり

株主の募集に着手したる後は申込人たる第三者との關係を生し發起人間に於て之のみ發起人なるに非すして第三者に對し發起人たることを公表したるものな

るか故發起人全員の同意のみによりて脱退するを得す此場合に或者か發起人としての責任を免れんとするには個々の株式申込人其他の利害關係人の承諾を得るの外途なかるへし

(二)發起人死亡して相續人無きか又は相續人か限定承認を爲したる場合には當然發起人の脱退を生すへし前の場合には相續財産は國庫に歸屬すと雖も國庫をして發起人たる地位を承繼せしむるを得す又後の場合には限定承認を爲したる相續人をして將來に於ける責任を負擔せしむる能はさること明かなり

會社か發起人たる場合には其解散によりて脱退すへし

(三)發起人は破産によりて法律上當然脱退せさるか如しと雖も破産者は發起人としての任務を完全に遂行するを得す引受たる株式に對する拂込を完全に爲すを得す且之をして設立行爲に參與せしむることは株式引受人及未來の會社の利益を危殆ならしむる恐あるに係はらす發起人としての賠償責任の擔保たる資力を有せさるか故速に脱退せしめて他に損害を及ほすへき可能性を除却するを必要とす此點に關し法に明文なしと雖も發起人の資格に關して述たると同一理由により之を脱退原因なりと解釋し得へきか如し(4)

(四)禁治産準禁治産婚姻等により發起人は其行爲の能力を制限せらるること勿論なれとも之か爲め當然發起人たる地位を脱退するものと云ふを得す何となれは是等の原因發生前に於て負擔したる責任を右の原因の發生したる爲め免るるものと云ふを得されはなり又右の原因發生後にありても法定代理人により又は必要なる方式に從ひて爲したる行爲によりて責任を負ふへきは勿論なり

(五)或發起人の脱退によりて發起人の數か七人未滿とならさる場合には設立行爲を進むるを得へし脱退によりて發起人の數を減するときは株式申込證の記載と相異するに至り又株式申込人の豫想に反することなきに非すと雖も七人以上の法定數を維持する以上は株式申込人に對する擔保は充分なりと看做さる可らす殊に一人の發起人にても脱退すれは設立行爲を中止せさる可らすとせは多數の發起人を有するに從ひ益設立中止の危險を增加するに至り實際上の要求に適せさるへし

或發起人の脱退によりて發起人の數か七人未滿となりたるときは他の發起人

は之によりて直ちに發起人たる地位を失ふものにあらず發起人か法定數に滿たさるに至りたるときは設立行爲を中止せさる可らすと雖も脫退せさりし發起人は既に爲したる設立行爲に對する責任を免るることを得す發起人の法定數は定款作成の際に必要なるや又は其後の手續を爲すに付きても必要なりやに付きては疑問の餘地ありと雖も商法か設立行爲に對する擔保を鞏固ならしむるの主旨より法定數を定めたるの點より見れは後の意義に解するを至當とす株式引受人會社其他の第三者より見れは定款の作成よりも寧ろ其後の設立行爲に對して重大なる利害の關係を有するものなり

發起人か七人未滿となりたる場合に他の發起人を加入せしめて設立行爲を進むるを得へきやに付きては疑問の餘地無きに非すと雖も之によりて法定數を維持する以上は設立行爲を續行するを妨けすと解すへし然れとも既に株式を引受けたる者ある時は其者の承諾を必要とすへし

第三　相續

發起人たる地位は相續すへきものなりや否やに付きては議論ありと雖も積極說を可とす(5)蓋し發起人としての行爲は發起人自身にあらされは爲し得さる性質のものに非す法定代理人か無能力者に代て設立行爲を爲し得るによりて見れは相續人か被相續人の地位を承繼して設立行爲を爲し得さるの理なし況んや株式引受の義務發起人としての責任の如きは被相續人に承繼し得へきは論を俟たさるのみならす之を承繼せしむるの必要あるへし。

(1)發起人の一人か設立の中途脫退したるときは此場合を生すへし之に反し最初より七人未滿なる場合には加入に非すして最初の定款作成行爲と解すへきか如し

(2)發起人か定款を公表して拘束力を生したる後少くとも株式申込證作成後は最早追加發起人を許さすとの說あり(松波氏日本會社法六八一頁)

(3)定款作成行爲に關する議論に付ては後章に述ふへきも兎に角定款の作成か一個の意思表示より成るものとすれは追加發起人の加入は意思表示共ものに加入するものと解するの外なく又數個の意思表示より成るものとすれは追加發起人は自己の意思表示を以て定款作成なる法律行爲に參加するものと解するを得へし

(4)然れとも脫退前に於て既に發生したる責任を免るることを得さるは勿論なり

(5)松波氏は發起人の地位は當然に相續することなきも其權利義務は承繼すと爲し(前揭六七九頁)片山氏は發起人の地位は之を相續すへきものとせり(株式會社法論三五六頁)