

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	
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

商法は發起人たるべき資格を制限する規定を設けず從て本來發起人たり得べ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ず又能力者たると無能力者たるとに關せず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ども發起人は一方に於て當然未來の會社の株主たるべ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ずる責任を負擔すべきものなるか故若發起人の資格に對する制限ありとせば此二點より來るべきものなり即ち發起人は同時に株主たるべきものにして株主たらざるもの即株式を引受けざる者は發起人たる資格を保有し得ずとすれば或會社の發起人となるには其會社の株主たり得べ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

と株主たるべき資格とを同一なりとする説あり(一)然らば前掲第二の理由即ち發起人が設立行爲を爲し之より生ず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ざ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な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ず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ず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ずへし。

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ざ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ば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べきものなりや換言すれば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ず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挙げ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ば發起人としての行爲を完全に爲し得ること明かなり然らば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ざるものと解せざる可らず此解釋にして誤なしとすれば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ざる可らず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ば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ば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ば極端に云へば親族會か一度包括的の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狭しと雖も包括的の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ざるものと解すべく此解釋にして誤なしとすれば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ることとなるべく從て父たる法定代理人を有せざる未成年者は株式會社の發起人たるを得ることとなるへし然れど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ざる場合あらば右の限に在らざること勿論なり(2)

禁治産者は假令法定代理人の同意を得るも發起人たり得ざることば議論の餘地なかるべく又禁治産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ずる事を得

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ざ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ず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ず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ず從て準禁治産者は發起人たるを得すと云はざる可らず(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ば包括的の同意を與ふるを得ざ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狭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説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ざ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ざるへし

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従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ざ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ば破産者は株式會社の取締役監査役又は清算人たるを得ざることを明かなるも發起人に關しては何等明言する所なし然らば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ざ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ざるを得ず商法か發起人に對し設立に必要な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び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ざ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べ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ざる破産者が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

剝奪公權者及び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ず發起人と爲るに付きて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ざ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ざるへし

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

を爲し得べ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尙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べからず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効なるのみならず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ず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げず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ず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ざる可らず(4)公益法人が發起人と爲り得べき場合は定款に於て其目的の一として發起人たるべ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べき場合に限る例へは發明の獎勵及其實施に必要な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が其目的の範圍外に於て發起人としての行爲を爲すも無効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ざ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ざるか故從て又發起人として行動すべき餘地なかるへし(5)

組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ず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び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べき權限を有する機關を認められざるか故目的の範圍外に於て發起人と爲るを得ず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べき旨を定め得るや又定め得るとすれば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には營利事業にあらず從て營利會社の目的たり得べき事業にあらず故に之を定款に定むるも本來目的たり得べき事業に非ざるか故其定款の定は無効と云ふべきなり又會社が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ずしも定款に記載するを要せざるへし(6)株式會社は其營業上必要な一切の行爲を爲すを得べく其行爲は有償的なるは無償的なるも一方的なるも双方的なるも處分行爲なるも管理行爲なるもを問はざるは勿論債權的なるも物權的なるも將た團體的なるも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も爲し得べ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従ふを至當とす

國が發起人たり得べきや否やは本來問題とならざ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べきものなるを以て國か自ら發起人たるに否とは國自ら之を定むべき筈のものなり然れど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ざるのみならず多數の契約及單獨行爲を必要とし特殊の責任を負担すべ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

自治團體が發起人たり得べ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ば發起人と爲ることか自治團體の公共事務と看做し得べ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ど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べ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べ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が發起人たるを得る場合無しと云はざる可らず

(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且引受株數が少きときは親族會の同意を得る必要なるへし

(3)此點は準禁治産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を選任すへしとするは通説なるも發起人となる場合は此方法によるを得ざることを勿論なり

(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産の管理行爲の範圍を起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ば相互保險會社の定款には保險の種類及び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ず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ざるべく又暗黙の内に會社の設立行爲が目的に含まるものと認め得る場合なるへし

(6)之を定款に記載すれば無論有效なり例へば「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べき行爲たることを示すものと云ふべし

第三章 發起人の加入脱退及び承繼

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べし然れども加入の時期に關しては多少の議論あり

a、定款の署名者か未だ七人に満たざる場合と既に七人以上ある場合とを問はず追加署名を爲すを得べし前の場合には會社設立行爲の基礎たる定款は未だ有效に成立せず追加發起人の署名によりて始めて成立し得べし(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増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ず追加發起人を認むべし(2)發起人が引受くべ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じたるときは其者の引受くべき株式の數は之を株式申込證に記載せざ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ずべしと雖も株式申込證に記載すべき發起人の引受株數は申込證作成の際に引受くべきものと確定せる株數を記載すれば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げず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ず追加發起人の引受到付ても亦之と同一に論ずるを得べ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ず

C、創立總會か終結し又は發起人が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べし發起人の定款作成

行爲を契約なりとする説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説を採るも各發起人が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ず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説を採るも發起人の行爲は相互に關聯するものと解すべきものなるか故新に發起人が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ざるへし然れども右の同意は豫め包括的に與ふるを妨げず例へば數人の者が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べ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説明を異にするの必要を見ず定款作成行爲を以て契約なりとすれば加入行爲も亦契約として説明すべきは當然なり然れど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ずへし之に反し定款作成行爲を以て多數人によりて爲

ざるべき單獨行爲なりとすれば發起人の加入は此單獨行爲に結合すべき意思表示なりと説明するを得へし然れども單獨行爲説の中に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説明を異にせざるを得ざるへし(8)

第二 脱退

(一) 意思表示に依る脱退 發起人たる地位及び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じたるものなるか故第三者との關係を發生せざ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げず從て七人以上の發起人を以て定款を作成し定款が株式會社設立の基礎としての效力を生じ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脱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脱退せしむるを得ざるものと解すべ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じ發起人間に於此のみ發起人なるに非ず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ず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が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ず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ず引受たる株式に對する拂込を完全に爲すを得ず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ず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ぼ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べると同一理由

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ず何となれば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従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ざ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ざる可らず殊に一人の發起人にて脱退すれば設立行爲を中止せざる可らずとせば多數の發起人を有するに従ひ益設立中止の危険を増加するに至り實際上の要求に適せざるへし

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す發起人が法定數に満たざるに至りたるときは設立行爲を中止せざる可らずと雖も脱退せざ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ず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が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ば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ば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

發起人が七人未満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べきや否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げずと解すへし然れど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べきものなりや否やに付きては議論ありと雖も積極

説を可とす(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ざる性質のものに非ず法定代理人が無能力者に代て設立行爲を爲し得るによりて見れば相續人が被相續人の地位を承繼して設立行爲を爲し得ざ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べきは論を俟たざるのみならず之を承繼せしむるの必要あるへし。

- (1) 發起人の一人が設立の中途脱退したるときは此場合を生ずへし之に反し最初より七人未満なる場合には加入に非ずして最初の定款作成行爲と解すへしか如し
- (2) 發起人が定款を公表して拘束力を生じ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説あり(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遡ふべきも兎に角定款の作成が一個の意思表示より成るものとすれば追加發起人の加入は意思表示其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ば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参加するものと解するを得へし
- (4) 然れども脱退前に於て既に發生したる責任を免るることを得ざるは勿論なり
- (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(前掲六七九頁)片山氏は發起人の地位は之を相續すべきものとせり(株式會社法論三五六頁)