

Title	株式会社発起人論 (三)
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.11 (1920. 11) ,p.1573(71)- 1588(86)
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00234610-19201101-0071

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.

務者か此通知を受けざる間は讓渡人は未だ事實上完全に原狀に回復したるものと云ふことを得ず是故に讓受人か此通知を爲すことを要するものと解せざるべからず而して此通知を爲すの債務は此場合に於ける原狀回復の債務の一にして讓受人は第五百四十五條第一項により此債務を負擔するものと解せざるべからず蓋し第五百四十五條は既述の如く原狀回復債務の内容の性質若しくは分量に付き何等特別の規定を設けずと只單に其債務の内容か原狀を回復するの手段たるの性質を有することのみを要求するに過ぎざるか故なり。

要するに此場合には解除は任意的法律效果たる遡及性ある物權的效力を生し之に依りて債權契約其效果たる債權債務を消滅せしめ其結果として辨濟行爲及び其效力を消滅せしめ且法定的法律效果たる遡及性なき債權的效力を生し之に依りて實際上に於ても完全に相手方を原狀に回復せしむるものとす。(未完)

株式會社發起人論 (三)

西本辰之助

第四章 設立行爲

第一 直接の設立行爲と間接の設立行爲

發起人か會社の創立に關係して爲す行爲は其種類頗る多く契約あり單獨行爲あり契約にても有名契約あり無名契約あり有償なるあり無償なるあり財産上の法律行爲の殆んど全部を網羅し得と云ふも過言にあらざるべし然れども是等多種多様の行爲は自ら二個の種類に分るゝ見るべし

其一は商法會社編の規定によりて會社の設立に必要なりと認められたる行爲にして定款の作成株式の割當第一回拂込の催告第一回拂込の遲滯著に對する失權手續創立總會の招集等之に屬す此種の行爲は何れも法律上相對的又は絶對的に會社の成立に必要にして一面より見れば是等の行爲の合成によりて會社の成立なる效果を生ずるものと解し得べし(一)是等の行爲の合成を以て會社の設立を

目的とする合同行為なりと解するや否やを別問題とするも少くとも會社を成立せしむべき法律要件と云ふを得べく從て之に屬する行為は其法律要件の一部たる法律事實なりと云ふを妨げざるへし吾人は便宜上此種の行為を直接の設立行為と稱せん

其二は行為自體は會社の設立要件として法律の命する所にあらず從て法律上會社の設立に必要なならずと雖も經濟上の必要又は便宜より會社の設立に伴ひて爲さるゝ行為にして此種の行為に屬するものは直接の設立行為以外に於て設立に關する一切の行為を含み例へは設立事務所の借入定款目論見書株式申込證等の印刷契約株式申込の勸誘信書の往復廣告契約銀行との株金拂込の受領に關する契約等の行為あり是等の行為は會社の設立に必要なものとして商法の規定する所のものにあらずと雖も直接の設立行為を遂行する上に於て之を必要とするを常とす吾人は便宜上之を間接の設立行為と稱せん

第二 設立行為の權能を有する者

直接の設立行為は商法會社編の規定に從ひて爲すによりて會社成立の效力を

生ず從て會社編の規定に於て發起人が爲すべきものと定めたる直接の設立行為は發起人自ら之を爲すによりて效力を生ずるものにして何等の關係なき他人か發起人の爲めに之を爲すも設立行為としての效力を生ずることなし例へは發起人にも其代理人にも非ざる者か定款を作成することの不可能なるは明白なり斯の如き者か株式申込證を作成し株式の割當を爲し失權手續を爲すときも亦本來何等の效力を生ずることなし是等の者か發起人の代理人として右の行為を爲したるとき發起人に於て其行為を追認すれば發起人の行為として其效力を生ずることあるべきのみ(2)何れにするも直接の設立行為は發起人の名に於て爲したるときにのみ效力を生ずるものにして然らざれば何等の效力なきものと云ふへし右の如く直接の設立行為は發起人に專屬し發起人の名に於てのみ爲し得べきものなるに反し間接の設立行為は發起人自ら之を爲すを常とするも他人か自身の名に於て之を爲すを妨げず蓋し直接の設立行為は法律上會社を成立せしむべき行為にして發起人か之を爲すべきことは法律の定むる所なり(3)從て發起人か之を爲すの權利又は義務あるのみならず發起人のみ之を爲し得べきものと解せ

さる可らずと雖も間接の設立行爲は會社の設立行爲としては商法の規定の範圍外なり從而發起人か之を爲すと否とは商法會社編の干涉する所にあらず其效力は私法上の一般原則に従ひて定むべきなり例へば發起人に非ざる者か發起人の爲めに事務所の借入株式申込證の印刷契約等を爲す場合に其者か是等の行爲を發起人の代理人として爲すも又自己の名に於て爲すも其行爲の效力を妨ぐることなし又是等の行爲か有效なる場合に發起人と行爲者及其相手方との關係は代理、委任、事務管理等の原則によりて定まるべきものなり

第三 設立行爲の方法

發起人か設立行爲を爲すには如何なる方法に依るべきや換言せば發起人か各設立行爲を爲すには全員の一致を必要とすべきや多數決に依るべきや或は各發起人に於て專行するを得べきやに付きては疑問の存する所なり發起人間の關係を總て組合又は準組合と解する者は發起人組合の事務に屬する設立行爲を其過半数によりて決すべきものと主張するは當然なり且此說によるときは組合の常務と解し得べき事項殊に株式申込證の作成、割當、第一回拂込の請求及受領、創立總

會の招集等の直接設立行爲及び之に必要な間接設立行爲の多數は組合員たる各發起人に於て之を專行するを得へし(4)之に反し發起人としての設立行爲と其相互の内部關係とを全然區別する者は各設立行爲に付き全員の一致を必要とするか如し(5)吾人は此問題に關し發起人相互間の内部關係と外部に對する設立行爲とを區別するを必要なりと信す

(甲) 各發起人は常に其内部關係によりて拘束せらる即ち發起人か外部に對して設立行爲を爲すには其内部關係の定むる所に従はざる可らず之に違反する時は内部關係に於て之に相當する責任を負はざる可らず内部關係の性質に關しては後に詳論すべきも發起人間の組合なることあり準組合なることあり其他の關係なることあるへし又内部關係は單に發起人間の關係たるに止らすして發起人と發起人外の者との關係なることあるへし例へば發起人か發起人又は發起人に非ざる者の委任を受けて設立行爲を爲すことあるへし從而發起人か設立行爲を爲すに付き内部關係に於て加へられたる拘束は必ずしも發起人間の組合關係にのみ基くものにあらずして發起人外の者を含みたる組合關係又は發起人間或は

發起人と發起人外の者との委任關係に基づくことあるへし斯の如き内部關係は明示的の契約又は暗黙の契約によりて會社設立に際して必ず存在するものと云ふを得べく從て發起人は直接の設立行爲たると間接の設立行爲たるとを問はず必ず内部關係上の拘束を受け其指示する所に從ひて設立行爲を爲し設立事務を處理せざる可らず内部關係が組合ならば組合員の過半数の決議に從ひ委任ならば委任者の指圖に從ふべきなり

(乙) 各發起人は外部に對し有效なる設立行爲を爲すには必ずしも内部關係の拘束に從ふを要せず然らば發起人が第三者と爲すべき設立に關する行爲は如何なる方式に依るべきや發起人全員が共同的に爲すを要するや或は各發起人が單獨に之を爲すことを得るや

(イ) 直接の設立行爲は發起人全員にて之を爲すを要すとの有力なる學說あるも吾人は商法の解釋上之を否定せんとす商法は會社の設立者として七人以上の發起人の存することを認めたるも其團體を認めす換言すれば商法は各發起人を以て發起人と認め發起人の團體を以て發起人と認めたるにあらず(6)從て商法か

發起人に責任を負はしめ又は發起人か或行爲を爲すべき旨を規定したるときは其規定は個人たる發起人に對するものにして發起人の團體に對するものにあらず從て其行爲も亦個人たる各發起人の行爲にして發起人の團體の行爲にあらず假令實際に於て發起人か共同的に或設立行爲を爲したりとするもそれは各發起人の共同的行爲にして團體としての行爲にあらず從て發起人か商法の規定に從ひ直接設立行爲を爲すは發起人團體の行爲にあらずして各發起人の行爲なり然らば各發起人か直接設立行爲を爲すに全員が共同的に爲すを要するやと云ふに商法は斯の如き規定を設けず唯定款の作成のみは發起人たる資格を決定すべき行爲なるか故其性質上共同的に爲すを要するは勿論なるも其他の行爲に至りては必しも共同的なることを要せざるへし若し直接設立行爲は總て發起人全員が共同的に爲されば効力を生ぜざるものとすれば發起人間の意見の一致せざるか爲め設立行爲を進むるを得ざることも多かるへし例へば株式割當の方法第一回拂込の期日創立總會招集の日時等に關する鎖少なる意見の不一致か會社の成立を遅滞せしめ或は全然之を廢するの止むを得ざるに至ることあるへし商法か斯の

如き迂遠なる方法を強制するものと解するを得ず故に商法の主旨は直接設立行為を爲すことは發起人のみの権能に屬すと雖も發起人か一人にて爲すと數人共同的に爲すとは之を問はざるものと解すべきなり從て或發起人か他の發起人の意思に反し其他内部關係に基く拘束を無視して直接設立行為を爲すときは其行為は有效なりと解せざる可らず然れども之によりて内部關係に於て義務違反の責任を負はざる可らず換言すれば發起人の獨斷行為は外部に對しては有效にして内部に於ては損害賠償及び契約解除の原因となるものとす然れども或發起人に對する制限を正當なる方法を以て外部に公表したるときは其制限は外部關係に於ても有效なるものと云ふへし(7)

(ロ) 間接の設立行為は必ずしも發起人のみに專屬せざること既に述べたるか如し從て發起人か之を爲す場合にありても會社編の規定に従ひて發起人たる資格に於て爲すものと云ふよりも寧ろ内部關係に基つきて之を爲すものなり故に或發起人か自己の名に於て事務所の借入印刷の契約等の間接設立行為を爲したるときは其發起人自ら相手方に對して責に任すべく其費用を他の者に對し求償

し得るや否やは内部關係によりて定まるへし又或發起人か發起人全員又は設立に關する組合の名に於て右の行為を爲したるときに其法律關係は何人の間に發生すべきやは内部關係たる代理權によりて定まるへし例へは或發起人か獨斷にて第三者と設立に關する契約を爲したる場合に組合關係の存する場合には組合の名に於てなすときは其契約の效力を、又組合の爲め自己の名に於て爲すときは其損益を組合に歸屬せしむるを得る場合あるへし(8)又組合關係の存せざる場合には自己の名に於て爲したる行為に付き自ら其責に任すへきは勿論他人の名に於て爲したる行為に付きは無權代理人として第三者に對し其責に任せざる可らざることあるへし之を要するに間接設立行為の效力は形式的に定められたる發起人の資格と直接相關する所なく代理組合、委任等の内部關係によりて定まるものなり

第四 設立行為の代理

法定代理人は無能力者なる發起人に代りて設立行為を爲すを得べく其直接の設立行為たるに間接の設立行為たるを問はず唯民法に定めたる方式に従ふこ

とを要するのみ又會社の代表社員及び無限責任社員も亦法定代理人なりや否やの問題を別とするも發起人たる會社の爲めに設立行爲を爲し得べきことは疑を容れざるへし之に反し設立行爲の委任代理に付きては多少の疑問なきにあらず設立行爲の代理は直接の設立行爲の代理と間接の設立行爲の代理とによりて同じからず又發起人の一人か他の發起人に對して代理を委任する場合と發起人外の者に對して委任する場合とは同一にあらず

(甲) 發起人に對する委任

發起人か他の發起人に對して設立行爲の代理を委任することは法律の禁する所にあらず然れども其所謂代理の委任は法律上如何なる意義を有するやは研究を要する問題なり發起人間の關係を總て組合又は準組合と解するときは少くとも其組合の常務に付きては各發起人か之を専行するの權限を有すへし從て組合の常務と認め得る以上は直接の設立行爲たるの間接の設立行爲たるを問はず特に代理を委任するの必要なかるへし故に此點に關しては單に委任をなせし組合員の設立行爲の權能を制限したるものと解すへきなり又常務にあらずる事務

に付きては組合員の過半数の決定を必要とするか故發起人の一人又は數人に對して設立事務を委任したるときは此任意的規定を變更したるものと解し得へし又發起人中の一人か他の一人に對し代理を委任したる場合にも受任者は設立に關する決議に際して二箇の議決權を行使するを得るの外特殊の意義を有するものと解するを得ず何となれば直接及び間接の設立行爲を第三者に對して爲すへき權能は受任者は特に代理を委任されずとも自ら之を有すべく且つ受任者自己の權能によるも代理權によるも共に發起人の一人又は組合の一員として爲したる行爲にして兩者の間に異なる所なければなり

發起人の直接設立行爲には全員の共同を必要とするの説を採るときは發起人の一人にても事故ありて設立行爲に參與するを得るときは他の發起人のみにて設立行爲を爲すを得ず故に自ら設立行爲に參與せざる發起人は他の發起人に代理を委任せざる可らず此場合に於ける代理の委任は眞正の意義に於ける代理權授與にして委任者の權能を制限するものにあらず

吾人の主張する如く直接の設立行爲は各發起人に於て之を爲すの權能を有す

るものとすれば發起人の或者か他の發起人に對して直接設立行爲の代理を委任することは場合によりて代理を委任したる發起人の權能を制限したるものと解するを得るの外特に實益あるものに非ず之に反し間接設立行爲の方面にありては代理の委任は頗る重要な意義を有すへし間接設立行爲の代理を委任せられたる發起人は其選擇に従ひ自己の名に於て又は委任者と自己との共同の名に於て又は委任者の名に於て間接設立行爲を爲すを得べく第一の場合には委任を受けたる發起人のみ第三者に對して其責に任すへきも第二の場合には委任者と共に第三の場合には専ら委任者のみ其責に任せざる可らず即ち間接設立行爲の場合には受任者か自己の名に於て行爲を爲すと委任者の名に於てするとは非常なる相違あり此點は全然直接設立行爲の場合と異なるものと云ふへし

發起人間に於て創立委員又は發起人總代なるものを定めたるときは是等の者は如何なる權限を有するやと云ふに各場合に於ける内部關係によりて同しからずと雖も右の事實を公表したる場合には直接設立行爲に關する他の發起人の權能を制限したるものと解するを得へし從て此場合に他の發起人の爲したる直接設

立行爲は其效力を生ぜざるものと云ふへし又創立委員或は發起人總代を定めたることによりて他の發起人は間接設立行爲の委任を爲したるものと云ふを得ず從て他の發起人は創立委員或は發起人總代等の行爲に對し當然第三者に對し責任を負ふべきものにあらず之か爲めには明示又は暗黙に特に代理權授與の意思表示を必要とす

(乙) 發起人外の者に對する委任

發起人の爲すへき設立行爲は代理を許さざる性質のものにあらず又其代理人は發起人たる資格を有する者のみに限るものにあらず或發起人が發起人外の者に對して自己の權能に屬する設立行爲を委任するを得べく又發起人全員か或種の設立行爲例へは株式の割當第一回拂込の受領等の行爲を發起人外の者に委任するを得へし尙極端に云へば發起人全員か自ら設立行爲を爲さず舉げて之を發起人外の者に委任するも可なり斯くせば自ら發起人としての責任を回避し乍ら代理人として其實權を掌握する者あらんも一面に於て發起人としての責任者か存する以上は第三者の利益を害するの虞なかるへし

發起人外の者の有する代理權の範圍は委任契約の主旨によりて定まるものにして發起人は代理權の範圍を或種類又は特定の設立行爲のみに限るを得べく又一般的に一切の設立行爲に及ぼすことを得へし

(丙) 發起人外の者か發起人に對して爲す委任

發起人外の者か設立行爲を發起人に委任することは一見奇なるか如しと雖も然らず會社を設立せんとするの意思を有するも自ら發起人として表面に立つを好まざる者は他人に設立事務を委任し其他人か發起人として一切の行爲を爲すことあるへし斯の如き場合に直接の設立行爲は受任者たる發起人か自己の名に於て之を爲すへきこと當然にして發起人としての責任も亦受任者たる發起人か之を負ふへきは勿論なり之に反し間接の設立行爲は委任契約の主旨に基つき發起人自己の名に於て之を爲し其費用を委任者に求償するを得べく又委任者より與へられたる代理權に基つきて委任者の名に於て之を爲すを得へし例へは株式の割當第一回拂込の催告、創立總會の招集等は發起人自己の名に於て爲すべく事務所の借入、株式申込證の印刷契約、事務員の雇入等は自己の名委任者の費用に於

て又は委任者の名に於て之を爲すを得へし斯の如く直接の設立行爲は發起人外の者より發起人に對して其代理權を與ふることなきも間接の設立行爲に付きては斯の如き場合存在し得へし

(丁) 代理權の消滅

代理權は本人の死亡、代理人の死亡、禁治産又は破産及び委任の終了によりて消滅す(9)會社の設立行爲は本來商行爲にあらざるか故商法二六六條の適用なし委任は双方の當事者何時にても取消解除するを得へし(10)從て委任による代理權も亦何時にても之を消滅せしむることを得へし此原則は設立行爲の代理に關して特に之を變更するの要なかるへし委任による代理權には消滅せしむるを得ざる場合も存在し得へしと雖も設立行爲に關しては斯の如き場合は恐らく之無かるへし又當事者の一方か相手方の爲めに不利なる時期に於て委任を解除したるときは止むを得ざる事由ありたるべきの外其損害を賠償することを要す(11)發起人外の者か發起人に委任して設立行爲を爲さしめたる場合に前者の側に於ける委任の解除及び發起人か發起人外の者に設立行爲の全部を委任したる場合に後者

の側に於ける委任の解除の場合に右の規定の適用せらるゝことあるへし

- (1) 松本氏は此説を採らる(會社法講義二二〇頁)
- (2) 民法一一三條
- (3) 商法一二〇、一二五、一二六、一項一二九、一三〇、一三一、一三二條
- (4) 民法六七〇條
- (5) 松本氏は株式の割當には、發起人全員の同意を必要なりとし(前掲二五〇頁「ローマン」も亦之と同説を主張し發起人に於て多数決により又は一人の發起人にては割當を爲し得べきことを宣言せし場合には之に従ふべきものとせり(PLI S. 354, 355))
- (6) 設立機關としての發起人は發起人組合なる團體を指すとの説あるも(松本氏前掲二一八頁)吾人は此説に服する能はず解釋上の論據は後章に述ふへし
- (7) 例へば株式申込證に創立委員又は發起人總代なるものを定めたるときは是等の者のみか設立に關する権限を有するものと解し得べく從て他の發起人の爲したる設立行為は無効なりと云ふへし
- (8) 民法六七一、六四九、六五〇條
- (9) 民法一一一條
- (10) 民法六五一條
- (11) 民法六五一條二項

フイヒテの經濟觀(中)

阿部 秀助

四

千八百年にフイヒテが公にした封鎖的商業國は彼自身が屢々口にした如く、彼れにとりての快心の著たりしに不拘、當時世人の歡迎する處とならなかつたことは此著が稍々哲學者の理想論の如く觀せられしこと、第二には其後、まもなくナポレオン一世が全歐洲を封鎖的商業國たらしめんとせしことが、現實的に國民の期待を裏切たことも有力な理由であると思ふ、更に第三の理由は之れが著作動機の一つが無法な工場生産と競争との不合理性が如何に危険なる結果を齎らす點にあつたことが資本家階級の惡む處となつたのである。而して本著の根本的意義は要するに、今日迄吾人は國家を以て有産階級擁護機關と見做してゐたが、之は單に國家の任務の一面を理解するに過ぎぬもので、之れが義務責任は更に一層深き