

# 会社法における発起人の開業準備行為についての再考察

廖 海 濤

平成27年11月4日受理

A Review of Company Law with respect to Entrepreneur Business Preparation

Haitao LIAO

## 目 次

1. はじめに
2. 開業準備行為の法的論点
3. 設立中の会社と発起人の権限範囲
  - 3.1 設立中の会社の法的地位
  - 3.2 会社の法人格取得時期
  - 3.3 発起人と代理行為
  - 3.4 発起人の権限と財産引受け
  - 3.5 会社の設立費用
4. 開業準備行為が成立後の会社に及ばない場合の法的効果
5. 開業準備行為に関する学説・判例の見解
  - 5.1 学説の見解
  - 5.2 判例
6. むすび

### 1. はじめに

発起人による会社の設立行為は、それが法人格なき社団としての設立中の会社とその設立登記によって法人格を取得するいわば設立中の会社が、法の定める手続に従って法人格を取得するまでの法的行為である。これを取り巻く、発起人、出資者、成立後の会社についてその時的展開過程における法律関係の動的変遷であると思われる。これらの問題については、かつて鈴木竹雄教授が早くから設立中の会社の権利義務が成立後の会社にどのように移転・承継されるものかについて問題提起<sup>1</sup>をしており、弥永真生教授も設立中の会社と成立後の会社の法律関係について詳細な問題提起と論証を行っている<sup>2</sup>。

本稿では、このような設立中の会社と成立後

の会社における法律関係の動的展開、とりわけ現行会社法における発起人の開業準備行為をどのように規制・規律し、また開業準備行為がどのような法的効果を生じさせているかを学説および判例の見解に基づき、考察することにした。

### 2. 開業準備行為の法的論点

設立中の会社は、会社として成立することを目的とするものであるが、法人格を有しないために、会社の設立過程において、発起人は設立中の会社の機関として、その権限に基づき会社設立に必要な行為をなす権限を有する。発起人が会社の設立のため取得または負担した権利義務も実は設立中の会社の権利義務であるが、そ

れが権利能力を有しないため、執行機関である発起人がそれに代わって形式上の主体となっているにすぎない<sup>3</sup>。

会社法では、発起人の定款作成（会 26 条 1 項）、株式引受け（会 34 条 1 項）や設立時取締役選任（会 38 条 1 項）など会社設立に法律上必要な行為を、発起人が会社法の規定に従って行えば、当該行為の効果は成立後の会社に帰属することになる。財産引受けは、会社設立に法律上必要な行為ではないが、原始定款に記載（記録）して検査役の調査<sup>4</sup>を受ければ、その法的効果が設立後の会社に帰属すると規定している。これに対して、財産引受け以外の以下の行為、i) 設立事務所の賃貸、設立事務を行う事務員の雇用契約、目論見書の印刷委託、創立総会会場の賃借など、会社設立に事実上・経済上必要な行為、ii) 成立後の会社の営業所となる建物の賃借、成立後の会社のための従業員との雇用契約など狭義の開業準備行為、iii) 成立後の会社の目的である事業の遂行行為、については条文の定めはない。

そこで、これらの行為を会社の設立目的たる機関である発起人が行った場合に、成立後の会社に当該行為が法的効果として直接帰属するか否かが問題となる。発起人に会社の設立を直接目的とする行為をなす権限、または設立に必要な行為をする権限があることまでは、一般に認められているが、成立後の会社の営業活動の遂行に有益な取引行為、つまり定款に記載のない財産引受をめぐる広義の開業準備行為<sup>5</sup>をする権限があるか否かについては、学説上の対立があり議論の収束が見られないところである<sup>6</sup>。

判例<sup>7</sup>では、開業準備行為については会社設立に関する行為といえず、法定の要件をみたした財産引受け（会 28 条 2 号）を除いて発起人の権限内の行為ではないと判示されている。

### 3. 設立中の会社と発起人の権限範囲

#### 3.1 設立中の会社の法的地位

設立中の会社は、会社として成立することを

目的とするものであるが、法人格を有しない。しかし、会社は設立登記により一挙に出現するものではなく、実体が漸次的・段階的に形成され設立登記にいたるものであり、設立段階における法律関係がそのまま成立後の会社の法律関係を便宜に処理するため、「設立中の会社」の概念を認めている。したがって、設立中の会社は法人格を付与されていないため、それを権利能力なき社団と同様のものとみることが考えられる<sup>8</sup>。権利能力なき社団の法律関係をいかに構成し処理すべきかが、古くから多くの学者によって争われてきた問題である。ドイツ民法 54 条は「権利能力なき社団には組合に関する規定を準用する」と規定し、組合の規定を類推適用すべきことが説かれ、ただ各個の場合についてのみ組合と多少の差異が認知されている<sup>9</sup>。

日本民法は、権利能力なき社団の法律関係を処理すべき規定をもたないが、民事訴訟法 29 条において、法人でない社団又は財団で代表者又は管理人の定めがあるものは、その名において訴え、または訴えられることができると規定し、その当事者能力を認めているにすぎない。これまで、権利能力なき社団の解釈は、特別法の規定（行政不服審査法 10 条、法人税法 3 条、不動産登記法 83 条 1 項 2 号、地方自治法 260 条の 2 第 1 項など）を除いて、すべて学説によって説かれている。さらに、この種の社団は、実体法上の規定の対象とならない上、登記がなく、しかも計算書類などが公開されていないなど、その内部構造が必ずしも明らかでないので、かかる社団をめぐる法律関係は、理論上も実際上もきわめて複雑な法的問題が潜在している。たとえば財産の帰属、財産の公示方法、代表者の責任などについて、問題としている<sup>10</sup>。

#### 3.2 会社の法人格取得時期

会社の法人格取得時期については、いつの時点をもって法人の権利能力を取得するかが、極めて重要である。株式会社の設立は、株式会社という団体を形成し、株式会社が法人格を取得し、法律上の権利義務の主体（法人）を成立さ

せる法律行為であり、株式会社の成立に関して、現行会社法では、準則主義<sup>11</sup>が採用されている。準則主義とは、法人の設立のため必要と解される一定の要件を法律上定め、その要件を満たす手続が履行されたときは当然に会社の設立を認めて、国が法人格を付与する制度である<sup>12</sup>。当該手続が履行されたか否かは、設立登記の際に審査され、本店の所在地における設立の登記によって会社が成立する（会 49 条）。会社の設立には、会社成立時の株主が実質的に一人である会社を設立する「単独設立」と、株主が複数いる会社を設立する「共同設立」とがある。単独設立の場合には、法の要求に従った設立の手続を進めればよいが<sup>13</sup>、共同設立の場合には、設立の手続を始める前に、株主にならうとするものの中で、各人の出資比率、成立後の会社における役職の配分、業務の運営方針等に関して、株主間契約が締結される場合がある<sup>14</sup>。

したがって、このような設立中の会社が成長発展し、法定の条件を満たしたとき、設立登記を経て完全な法人格を有する会社となるのであるから、設立中の会社と成立した会社とは実質的には同一の存在とするのが現在の通説である<sup>15</sup>。したがって、設立中の会社のすべての関係が、一定の要件の下で当然にそっくりそのまま成立した会社の関係となる。出資を履行した発起人および設立時募集株式の引受人は株主となり、設立時取締役は会社の機関となり、設立中の会社が取得し負担した権利義務は、特別の移転行為（債権譲渡や債務引受など）を経ることなく、成立後の会社に帰属することとなる<sup>16</sup>。なお、設立手続が途中で挫折し会社として完成に至らないような場合は「会社の不成立」となり、設立中の会社は解散手続に入り、発起人がなした設立に必要な行為はすべて発起人全員の連帯責任となり、設立費用は定款に定めがあったとしても、すべて発起人の負担となる（会 56 条）。

### 3.3 発起人と代理行為

ここで、設立中の会社の成立時期を見てみよう。設立中の会社は、成立した会社との実質的

一性を確保できる社団としての人的・物的要素が法律的に組織される時、すなわち「発起人が定款を作成<sup>17</sup>し、かつ、一株以上の株式を引受けたとき」に成立すると考えられる<sup>18</sup>。

発起人が複数いる場合には、明示の合意の有無にもかかわらず、発起人の間に、発起人組合という民法の組合関係が存在すると解される。つまり、発起人は設立手続に入る前に会社の設立を目的とする組合契約（民法 667 条以下）を結び、その契約の履行として定款の作成・株式の引受・設立事務所の事務執行などの設立に関する諸行為をする（なお、発起人が一人しかない場合には、発起人組合は存在しない<sup>19</sup>）。発起人組合は、設立中の会社の発生前から存在し、これを発生させ、これを会社の設立することを目的とするもので、設立中の会社の外部にあたって、設立中の会社とは別個なものとして認知されている。設立中の会社は、設立登記により法人格を取得して完全な会社となるが、発起人組合は会社の成立により通常その目的を達成させることが、民法上の組合解散事由にあたり、解散する（民法 682 条）。発起人組合の行為が設立中の会社の名においてなされる場合には、設立中の会社の機関の活動となるので、かかる行為の効果は、設立中の会社に帰属し、設立後の会社に帰属する。

ところで、発起人は発起人組合の名において（発起人組合を権利義務の帰属者として、組合代理の関係）対外的取引行為をなすのであり、かかる行為の効果は、発起人組合に帰属し、発起人全員に及ぶのであろうか<sup>20</sup>。代理に際しては、顕名・代理権の存在・法律行為を要件とするが、発起人の行為においても同様に顕名主義にたっていると考えられるが、設立中の会社（本人）が法人格を取得しておらず、発起人の開業準備行為や発起人個人として行われた会社の事業目的とする営業行為などは、株式会社設立に必要な行為に属さないから、原則としてその行為の法的効果が設立中の会社（本人）に帰属しないため、それらの行為が代理行為とは言えない。

したがって、発起人である旨を示してした行為のうち、設立中の会社にも発起人組合にもその効果が帰属しないものが発起人個人に帰属する<sup>21</sup>。

### 3.4 発起人の権限と財産引受け

設立中の会社の機関たる発起人が権限をどこまで有しているのか、つまり発起人による行為の法的効果が、どこまで「設立中の会社」に実質的に帰属し、成立後の会社に帰属することとなるかについては、問題がある。一般的に、発起人は法的な意味における団体としての会社の形成という法技術的な権限、つまり社団法人という団体の形成（資本の充実も含まれる）それ自体に必要な行為（定款の作成、株式の引受、出資の履行、役員を選任）をなす権限、または会社の設立のために法律上必要なその他の行為をなす権限（たとえば、定款の認証にかかる事務、払込取扱銀行と払込金保管契約を締結すること等）を有するほか、営業が現物出資の目的として給付された場合、発起人が設立中の会社の機関としてその管理を行う。

したがって、発起人には、会社の設立を直接目的とする行為をなす権限、つまり会社の設立事務所の賃貸、設立事務を行う事務員の雇用契約、目論見書の印刷委託、創立総会会場の賃借などの会社設立に事実上・経済上必要な行為をなすことについては、学説上の論争が見あたらない。しかし、成立後の事業の準備行為（開業準備行為）をする権限（成立後の会社の営業所となる建物の賃借、成立後の会社のための従業員との雇用契約など狭義の開業準備行為、および成立後の会社の目的である事業の遂行行為など）があるか否かについては、見解が分かれている。

現在通説の多くは、設立中の会社の本来的目的は営利社団法人としての株式会社の成立であり、理論上発起人は会社設立のために必要な行為だけでなく、成立後の会社の営業のために有益な行為も広くなすことができるものと解している。つまり、理論上開業準備行為もなしうる

のであるが、会社法はとくに資本充実を確保するため発起人の権限を政策的に制限して、開業準備行為を発起人の権限の範囲外のものとしつつ、財産引受については実際上の必要性が高いため、濫用を防止するため権限行使に嚴重な要件を課した上で許したものである。通常、法定の条件を満たさない財産引受は無効であるが、成立後の会社は、その財産の取得に要する所定手続を経れば（他の会社の営業全部の譲受または事後設立に該当する特別決議を要することがある）、無効の財産引受を追認することができる<sup>22</sup>。

判例は、「発起人において開業準備行為といえどもこれをなしえず、ただ原始定款に記載されその他嚴重な法定要件を充たした財産引受けのみが例外的に許されるものと解する」<sup>23</sup>としている。したがって、発起人の権限は、会社設立自体に必要な行為に限られ、開業準備行為は本来発起人の権限に含まれると解していないのである<sup>24</sup>。

会社法 28 条 2 号には、財産引受けについて規定している。財産引受けは、株式会社の成立後に、特定の財産を成立後の会社が譲り受けることを、発起人と譲渡人が約することである。会社が成立すると同時に、会社は目的財産の譲受人としての権利義務を取得することになるので、財産引受けは将来の成立後の会社が必要とする財産を設立手続中に確保することができるとの趣旨である。財産引受けを行う場合には、定款に、その旨、当該財産およびその価額、ならびにその譲渡人の氏名・名称を記載（記録）しなければ、その効力を生じない。

財産引受けは、一種の開業準備行為であり、本来成立後の会社に対し効果が帰属する性質のものではないが、実務上の必要性もあることから、例外的に、一定の要件の下に成立後の会社に対する効果の帰属を認めたものである<sup>25</sup>。一方、財産引受けが会社設立自体に必要な行為ではなく、目的財産の過大評価によって会社債権者を害する恐れもある。そこで会社法は、財産引受けを原始定款の相対的記載（記録）事

項とし、検査役の調査対象としている。ただし財産引受けは、特定の財産を成立後の会社に譲渡する契約なので、その譲渡人は発起人に限定されない。なお、通常の設立手続によって成立された株式会社の成立後二年以内に、会社成立前から存続する財産を当該会社がその純資産額の五分の一以上にあたる対価で取得する契約には、株主総会の特別決議による承認を得る<sup>26</sup>ことを要するとされている（会 467 条 1 項 5 号、309 条 2 項 11 号）。

財産引受け以外の準備行為も設立中の会社の実質的権利能力の範囲内の行為であるが、財産引受けに関する会社法の規定は、開業準備行為のうち財産取得行為のみを直接の対象としている。そこで、発起人の権限が開業準備行為に当然に及ぶという見解を仮にとると、会社法 28 条 2 号で財産引受けのみが規制されているのは、他の開業準備行為は規制の対象外とする趣旨であると解する（反対解釈）余地もある<sup>27</sup>。財産の賃貸借などは財産引受けに比べ、成立後の会社にとって経済的負担が軽いが、その賃料などが会社の規模に照らして過大である場合や賃料などの絶対額が大きい場合もある。すなわち、財産の取得行為とその他の製品の供給契約、資金の借入れなどとの間に、会社の財産的基礎を害する危険性の点でとくに相違は認められない。したがって、財産引受け以外の開業準備行為が全く許されないとする合理的理由は必ずしもないし、またそのような開業準備行為を認める自益があるので、財産取得行為とその他の開業準備行為とを区別する合理的理由はなく、会社法 28 条・33 条・87 条 2 項・93 条の規定は開業準備行為一般に類推適用されるものと解すべきである<sup>28</sup>。

### 3.5 会社の設立費用

発起人が会社設立中に支出した費用については、どのように処理され、発起人がその債務をまだ履行していない場合には、成立した会社がその債務を引き継ぐことになるかどうかは、難しい問題がある。とりわけ、「設立中の会社」

の観念を採用する見解の中においても、発起人が行う開業準備行為・設立費用に属する取引等も同人が設立中の会社の機関として行う行為と見て成立後の会社に効果を帰属させようと解すべきか否かをめぐり、見解が対立している<sup>29</sup>。支配的見解によれば、設立中の会社が法人格を有しない以上、その行為については対外的には発起人が行為の主体であって、この関係は会社が成立しても変わるはずはなく、かつ、このように解しないと、設立費用につき厳重な規制をして資本充実ははかった法の趣旨がくつがえされるから、会社が成立しても依然として発起人の債務としてとどまり、発起人は定款に記載しかつ検査役の調査を通った金額を会社に求償しうるにすぎないと説かれている。だが、他の説によれば、このような債務は実質的には設立中の会社の債務であって、ただ設立中の会社が法人格を有しないため発起人が責任を負わざるを得なかっただけのことであるから、会社が成立して法人格を取得した以上、形式的障害がとれて会社の債務となるのが当然であり、また、設立費用に関する法の規制は会社・発起人間の費用負担の内部関係を定めたものとして両者の間で意味を認めれば十分であるから、会社が成立すれば、当然会社の債務となって発起人は責任を免れ、会社は単に定款に記載がないかまたは検査役の調査を通らなかった金額を発起人に求償しうるにすぎないと説かれている<sup>30</sup>。

設立費用に含まれる費用としては、定款の作成費用、株式申込証・目論見書の作成費用、株主募集の広告費、創立事務所の賃借料、通信費、事務員の給料、創立総会に関する費用、検査役報酬などがある。他方、定款の認証手数料は算定に客観性があり、設立に不可欠なので、また、定款に係る印紙税、払込取扱機関に支払うべき手数料および報酬、検査役の報酬、設立登記のための登録免許税（会社規 5）は、その算定に客観性があり濫用のおそれがないため、定款への記載、検査役の調査および裁判所・創立総会の承認を要せずに会社の負担に帰する（会 28 条 4 号）。

会社成立前に設立に要した費用を発起人が支出した場合に、定款に記載されている設立費用の額の限度で、検査役の調査や裁判所の監督・創立総会の承認を経たことを条件として、発起人は会社に求償することができることには、条文上も実質的にも問題がない。他方、会社の設立のために必要な費用の全部または一部が会社成立時までには支払われていなかった場合については議論がある。一般的には、会社財産確保の観点からは設立に要した費用に関する債務であるとはいえ、会社に帰属させることは妥当ではないこと、発起人の権限は会社法 28 条・33 条・87 条 2 項・93 条によって制限を受けていること、確実に会社が成立することを相手方は期待することはできないことなどから、設立に必要な行為に係る債権者は発起人との間で法律関係を形成することがその合理的意思であると考えられる。そこで、取引の相手方は会社に対して支払請求できないとする見解が有力である。すなわち、設立に経済上・事実上必要な行為に基づく債務は、発起人に帰属し、発起人がその債務を弁済したときは、定款に記載され、検査役の調査および裁判所の監督(募集設立の場合は、さらに、創立総会の承認)を経た設立費用の(総額の)限度で、発起人は成立後の会社に対して求償することができるにすぎないと解する。なお、発起人が無資力の場合には債権者は債権者代位権(民法 423 条)を行使できると考えられる。

会社法 28 条 4 号の「設立に関する費用」は発起人と会社との間の関係を律するものであり、かつ発起人の権限には会社の設立に経済上必要な行為をなすことが含まれると考えるべきことから、設立に必要な行為に係る債務も設立中の会社に実質的に帰属し、その結果、成立後の会社に当然帰属するとしううえで、会社がこの債務を弁済したときは、発起人に対して、法定の要件を満たして会社の負担に帰すべき設立費用を超える部分を求償することができるとする見解も有力である。成立後の会社は設立に必要な行為により利益を得ているし、会社からの

超過額の求償に応じる資力を発起人が有する限り、成立した会社の財産的基礎が害されることはなく、もし発起人にその資力がなくても、将来の会社債権者および株主の利益よりも、現に害される可能性のある取引の相手方の利益の保護を優先させるべきだからであろう<sup>31</sup>。

#### 4. 開業準備行為の効果が成立後の会社に及ばない場合の法的効果

開業準備行為(土地、建物、機械の購入・賃借、従業員の雇用、資金の借り入れなど)は発起人の権限に属しないとされているが<sup>32</sup>、開業準備行為の効果が成立後の会社に及ばない場合において、発起人は相手方に対して責任を負わなければならない。たとえば財産引受け等の開業行為は、設立中の会社の実質的な権利能力の範囲に含まれるが、会社法 28 条 2 号は、発起人の権限濫用防止のために、定款に記載がないなど法定要件を満たさない財産引受けを発起人の権限の範囲外としている。法定要件を満たさない財産引受けは理論的には発起人の無権代理行為となるので、成立後の会社が追認することは可能であるか否かが問題となる。追認がない場合には、財産引受けは無効であるから(会社法 28 条、民法 113 条 1 項類推適用)、発起人は、相手方に対し無権代理人に準ずる責任を負う可能性があるであろう<sup>33</sup>。

開業準備行為につき、民法 117 条の類推適用により発起人が無権代理人としての責任を負うとした場合、成立後の会社が追認しえないことを前提とするか否かについては、開業準備行為はとくに定款にその記載のあるものをのぞいては会社に対して何らの効果も生じず、従って、会社は追認しえない見解がある<sup>34</sup>。判例は、会社成立手続中に会社が成立しているごとく、発起人が会社代表取締役名義で開業準備行為をした場合には、発起人に民法 117 条を類推適用し、無権代理人の責任を負うべきであるとしている<sup>35</sup>。

これに対して、設立中の会社の実質的権利能力と発起人の権限とを区別し、設立目的によっ

て制限されるもので、従って発起人の権限外の行為が会社名でなされたときは、発起人の無権代理行為として設立後の会社は追認できるとする立場がある。追認肯定説<sup>36</sup>は、発起人は「設立中の会社」の機関として、成立後の会社に効果を帰属させる開業準備行為（財産引受けはその一種）を本来なし得るが、濫用防止の趣旨で法が一定の制約を課したに過ぎないから、法定要件を充足しない財産引受けを成立後の会社が自己に有利と評価したとき、会社として所要の手續（会 467 条 1 項 5 号・356 条 1 項 2 号等）を踏んで追認することは可能と解されている（譲渡人側から無効を主張することは認められない）。また、法定の要件を満たさない財産引受け契約を有効と誤信して、その履行として成立後の会社に財産を交付したところ、会社が使用・収益・処分によって利得した場合には、不当利得返還請求権（民法 703 条、704 条）を認めることによって、結果的には追認を肯定したのと同様の救済を図っている<sup>37</sup>。すなわち、財産引受けは会社の成立を条件として権利義務が直接に成立後の会社に帰属することを約する契約であるから、財産引受けが無効であるからといって発起人に権利義務が帰属するわけではなく、場合により会社につき不当利得の問題が生じうる<sup>38</sup>。しかし、発起人が、すでに会社が成立したかのように代表取締役の名義を用いて財産引受けその他の開業準備行為をしたような特別の場合には、無権代理人の責任（民法 117 条）を類推適用すべきであろう。

## 5. 開業準備行為に関する学説・判例の見解

### 5.1 学説の見解

発起人の開業準備行為は、成立後の会社の営業のための準備をなす行為で、発起人が設立中の会社の執行機関として、会社設立のために必要な行為をなしたことによって生じた権利義務は、形式的には発起人、実質的には設立中の会社に帰属し、会社の成立後は名実ともに、成立した会社の権利義務となるということは、判例

及び学説一般が承認するところである。しかし、前記の関係が認められるのは、設立中の会社の執行機関たる発起人の権限の範囲内の行為によって生じた権利義務に限られるが、その範囲については学説上見解が分かれている。

① 社団法人たる会社の形成・設立自体を直接の目的とする行為のみに限定する説<sup>39</sup>。定款の作成、設立時発行株式の引受け・出資の履行、設立時役員などの選任、設立時募集株式の割当て、創立総会の招集などが設立中の会社の機関としての発起人の権限に属し、それ以外では、法定の要件を満たした財産引受け（会 28 条 2 号、一種の「開業準備行為」である）のみが発起人の権限に属する。設立費用に属する取引行為等は、たとい発起人が設立中の会社の名義で行ったとしても成立後の会社に効果が帰属するものではなく、発起人・発起人組合に帰属するにすぎないと解するわけである。

② 会社の設立のために事実上・経済上必要な行為を含むとする説<sup>40</sup>。この説は、前記学説①が認める行為のほか、設立事務所の賃借、設立時募集株式の申込みをしようとする者に対して行う通知の印刷の委託、設立時募集株式の募集広告の委託等の株式会社の設立に必要な取引行為、つまり定款に記載すれば設立費用（会 28 条 4 号）となし得る行為は、定款に記載するかどうかにかかわらず設立中の会社の機関としての発起人の権限に属するとしている。そして、成立後の会社がその取引から生じた債務を弁済したときは、法定の条件を満たし会社の負担に帰すべき設立費用の総額を超える額を発起人に対し求償できるとする。なお、この見解に立つと、会社設立が不成立に終わった場合に、取引行為の相手方が誰に債務の履行を請求できるかという問題があるが、会社不成立の時は設立中の会社は遡及的に消滅するとする見解もある<sup>41</sup>。

③ 会社の将来の開業準備、営業行為等も設立中の会社の機関としての発起人の権限に属し、成立後の会社に帰属させ得る説。この説の立場は、株式会社の目的が一定の営業をなすことにある以上、営業をなしている状態にある会社

を創設することが会社の設立であるから、①と②説の認める権限のほかに、開業準備行為も発起人の権限に属するとし、そのうち財産引受けは特に危険性があるため濫用防止の必要から制限されていると解する<sup>42</sup>。

## 5.2 判例

判例は、すでに冒頭で述べたように、成立後の会社に効果が帰属する発起人の行為の範囲に関し、会社設立自体に必要な行為のほかは、発起人において開業準備行為といえどもこれをなしえず、ただ原始定款に記載されその他嚴重な法定要件を充たした財産引受けのみが例外的に許されているとする。以下、判例に基づき前記の関係をみる。

### ① 最高裁昭和33年10月24日（民集12巻14号3228頁，判時165号25頁）

〔事実概要〕Y（被告・控訴人・上诉人）および訴外Bらは、各種織物の整練・販売その他これに附帯する一切の業務を営むことを目的とする訴外A株式会社の設立を計画発起していたが、いまだ設立手続未了で設立登記（昭和30年9月12日）をしていない昭和30年1月頃からYは代表取締役と称してA会社名義で事実上営業をしていたところ、Bは、将来成立すべきA会社の宣伝になること等から、X野球株式会社（原告・被控訴人・被上诉人）を招聘しA会社の主催で野球試合を開催すべき企画し、これに賛成したYはその実施のためA会社名義によるXとの交渉をBに一任した。Xは、当時すでにA会社は存在し、Yがその代表取締役であると信じ、昭和30年3月12日、A会社代表取締役としてのYとの間で野球試合実施に関する契約を締結し、3月21日トンボ・ユニオンズとの間で野球試合を実施した。その際、A会社主催名義のポスター等の配布・宣伝があったのみならず、Yも主催者側を代表して挨拶をするなど、Yにおいて上記契約締結に関する経過事実をすべて了知していた。ところが、約定の出場報酬金および費用等合計18万8,200円の支払がなかったので、Xは、Yは代表すべ

き法人が存在しないにもかかわらずその代表者としての資格においてXと契約したものであって、この関係は無権代理の場合と同様であると主張して、民法117条1項の規定を類推し上記金員および延滞損害金の支払を求めた。

本判決は、開業準備行為の法的効果が成立後の会社に帰属するか否か、つまり開業準備行為が設立中の会社の機関としての発起人の権限の範囲内か否かの問題と、これが否定されたときの発起人の責任に追及する問題である。

判旨は、民法117条の類推適用により発起人Y個人の履行責任を認めている。民法117条は、代理権の欠缺以外はすべて代理行為としての要件を備え、追認があれば代理行為をなされたときに遡って有効となる場合である。しかし、本人不存在または権利能力欠缺等の場合には無権代理人としての責任も生じないとする立場に対し、学説は、本人不存在、権利能力など、代理権のない場合と類似のときにも無権代理に関する規定の類推適用を認める。判旨も同様に、本人不存在の場合は無権代理でないことを明らかにしつつ、それと類似するとして民法117条の類推適用により、無権代理人と同様の責任を負う、としている。

### ② 最高裁昭和28年12月3日（民集7巻12号1299頁）〔土地建物返還並びに不動産所有権移転登記請求事件〕

〔事実概要〕Y会社（被告・控訴人・上诉人）は昭和19年10月18日設立登記をしている。それ以前X（原告・被抗訴人・被上诉人）はY会社の発起人総代Aとの間、不動産の譲渡契約を締結した。また同年7月27日にXは売買代金の支払を受けて、その前からYにその不動産の引渡しを完了した。しかしながら、その不動産売買契約は発起人総代Aが設立中の会社のため、会社の成立を条件として財産取得を約したもので、旧商法168条1項第6号（現行会社法28条2号）の規定により定款に記載しなければその効力を生じない理由に、Y会社の原始定款にこの不動産の現物出資を全然記載されていないから、この不動産売買契約は無効の

もので、Xが主張した。またY会社は依然としてその各不動産を占有しているから、Xは所有権に基づいてY会社にその引渡を求めた。また、財産引受は会社設立中の事項に属し、定款に記載しなければその効力を生じないものであり、本件売買契約における発起人が設立中の会社のため財産を取得した契約を株主総会において承認するようなことは事後設立の規定にはあたらない。

本判決は、定款に記載のない財産引受けは、たとえ会社成立後株主総会が特別議決をもってこれを承認しても、有効にはならず、会社側だけでなく、譲渡人もその無効を主張することができる、としたものである。ここで発起人の代理行為として成立後の会社がその行為を追認できるか否かの問題である。学説においては、従来は追認否定説<sup>43</sup>が有力であったが、近時は追認肯定説<sup>44</sup>が有力である。

ところで、本判決は財産引受けなどの開業準備行為が設立中の会社の実質的権利能力および発起人の権限の範囲外であるとし、会社法28条2号は財産引受けについて実際上の必要性から、厳重な法定要件（原始定款の記載）をみたく場合に例外的に発起人の権限として認めたもので、法定要件をみたさない以上、財産引受けは絶対的に無効であり、追認する余地はない旨が示されている。しかし、特定の財産を譲り受ける契約の性質（たとえば、売買契約）自体は、財産引受けとしては無効でも成立後の会社は同一の内容を有する契約を業務執行として締結できるわけであるから、財産引受けは会社成立を条件として直接、会社に権利義務を帰属させようとする契約であり、成立後の会社の追認を求めてもよい。つまり、この場合の追認はいわゆる無効行為の追認（民法119条ただし書）であるが、財産引受けの手続は会社の利益保護のためのものなので、成立後の会社の追認のみで財産引受けを行為時に遡って有効にできると解される<sup>45</sup>。

③ 東京地裁昭和63年5月18日（金融商事判例813号37頁）

〔事実概要〕Y1会社（被告）は、昭和53年7月18日定款作成、同月28日定款認証、同日創立総会開催、A、Y2（被告）、Y3（被告）ほか一名の者がY1会社の取締役を選任された。X協同組合（原告）は、昭和53年8月3日、当時設立中の会社であったY1会社の取締役Aとの間で、AはY1会社の代表取締役として、手形取引契約をした。そして、Y2、Y3はY1の手形取引契約を連帯保証し、昭和53年8月9日Y1会社は設立登記を完了した。その後、Xは、Y1会社に対し、上記手形取引契約に基づき、昭和54年1月10日金4,000万円、同年1月26日金1億6,000万円を貸し渡した。Xは、Y1に対し消費貸借、Y2、Y3に対し、連帯保証契約に基づき、貸金合計2億円および、前記手形取引契約に基づく約定利率（100円につき日歩8銭）による遅延損害金の支払を訴求した。

本判決は、創立総会で取締役を選任された発起人が、会社の設立登記以前に代表取締役として締結した手形取引契約につき、代表取締役が設立中の会社の機関ではないということを理由として、その効果は成立後の会社には及ばないものと判示している。すなわち「認定事実によれば、本件手形取引約定書を差し入れて本件手形取引契約を締結した当時、被告会社は、いまだ設立登記がなされていなくて、いわゆる設立中の会社であったことは明らかであるが、設立中の会社においては、たとえ創立総会において取締役が選任された後であっても、その執行機関は依然として発起人であって、取締役ないし代表取締役が設立中の会社を代表して法律行為をすることはできないものと解すべきであるから……その法律効果が設立中の会社に帰属することはなく、また、その後設立登記がなされて被告会社が設立されたからといって、当然に発起人の前記行為の効果が被告会社に帰属するものということもできない」とした。

財産引受けは、設立に必要な行為ではなくいわゆる開業準備行為であるため、原始定款における記載や、検査役調査等厳重な法定条件を満たさない限りは、当然に成立後の株式会社こそ

の効力を及ぼすことができない。財産引受けは財産の譲り受け行為として規定されているが、これ以外の類型の開業準備行為についても、定款に記載することにより、または、そもそも定款に記載することなく、成立後の株式会社に効力を及ぼすことが可能であるか否かが問題となる。判例は、会社設立自体に必要な行為のほかは、開業準備行為であっても発起人はこれを行うことができず、原始定款に記載される等重要な法定要件を充たした財産引受けのみが例外的に認められるとしており（最判昭和38年12月24日民集17巻12号1744頁）、財産引受け以外の開業準備行為につき、成立後の株式会社に効力を及ぼすことはできないとする。また、この点に関連して、東京高判昭和31年6月12日（高裁民集9巻5号350頁）の判決は、開業準備行為により負担した債務は、当然に成立後の株式会社の負担となる旨が示されている<sup>46</sup>。

## 6. む す び

本稿は現行会社法における発起人の開業準備行為について、これまでの学説および判例を取り上げながら検討を試みてきた。

設立中の会社が権利能力なき社団であり、設立の登記前には法人としての権利能力を有しないため、発起人が会社の設立行為につき取得しまたは負担した権利義務は形式的には発起人に帰属するといわざるを得ず、会社が成立すれば、設立中の法律関係のすべてがそのまま成立した会社の法律関係とされると考える。設立中の会社が成長発展し、最終的には設立登記によって権利能力が付与され（法人格を取得し）、完全な会社となるからである。したがって、発起人が会社設立のために取得した権利義務は、法律上何も権利義務移転手続をしなくても、会社の権利義務となる。ただし、開業準備行為の効果が成立後の会社に帰属しない場合、発起人の個人責任を追及されると考える。

現在の通説および判例においては、無権代理に関する民法117条1項の類推適用により、設

立中の会社の発起人の責任を肯定している。しかし、本来民法117条1項は、代理権の欠缺以外はすべて代理行為としての要件を備え、追認があれば代理行為のなされたときに遡って有効となる場合を想定した規定である。つまり、本人が存在し、本人の代理人が、無権代理契約を行った場合でなければ、当該規定の適用場面がないといえる。会社が成立していない設立中の会社においては、その発起人に無権代理人としての責任が生じる根拠がないとも考えられる。

また、多くの学説と判例は、法定要件を充足しない財産引受けは当然無効と解し成立後の会社による追認を認めない。財産引受けは設立中の会社の実質的権利能力および発起人の権限の範囲内であるが、定款に記載がないなど法的手続をふんでいない財産引受けについては、発起人の権限が制限されていると考える。前述の判例②は、定款に記載のない財産引受けについて、成立後の会社は、定款に記載のない財産引受けを追認することができないと示しており、ただ事後設立（会467条1項5号）にあたる場合には株主総会の特別決議（会309条2項11号）をふむ必要があるとしている。ただし、学説の中には、発起人の権限が開業準備行為に及ばないとする立場からも、会社法28条を合理的に解釈して、定款に記載または記録の無い財産引受けは権限外の行為であるが、それは無権代理行為と認められ、その追認を認めるべきであるとする見解もある。

もっとも、発起人の開業準備行為の一種とされている財産引受けが、その必要性の大きさから厳格な法の要件の下で許されている。しかし、発起人が原材料や商品の仕入れなどの営業を開始するための準備行為（開業準備行為）も発起人の権限内であるかどうかが問題である。発起人は、「会社の設立」のために働くものだから、会社設立に必要な行為ができるのは会社法上に認められているが、開業準備行為は設立を前提とした「営業」行為の一部と考えられるので、原則として発起人には開業準備行為はできないというのが裁判所の立場である。これは法人の

成立される前に、取得の目的物を過大に評価して過大な対価を与えると、譲渡人が株式引受人ならば他の引受人との関係において実質的に不公平な結果をもたらす可能性があるとされている。しかし、財産の取得行為やその他の製品の供給契約、資金の借入れ等との間に、会社の財産的基礎を害する危険性があるとは言い難い。また、財産引受け以外の開業準備行為が全く許されないとする合理的理由は必ずしも存在しない、またそのような開業準備行為を認めるのは実益がある。この点を踏まえて、筆者は、発起人が会社の成立要件の行為（株式会社という営利社団法人の形成を直接目的とする行為およびそのために法律上必要な行為）と会社設立のために事実上・経済上必要な行為のほか、開業準備行為（会社の成立を条件とする有益な営業の準備行為）が、設立中の会社の機関としての発起人の権限範囲に属すると考える。会社法28条の規制は、発起人の権限濫用による成立後の会社の財産的基礎が害されるのを防ぐために立法されているにすぎない。

最後となるが、中国において2010年12月6日に頒布された『最高人民法院「中華人民共和国会社法」の若干問題に関する規定（三）（原語：「最高人民法院关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的规定（三）」』司法解釈の第1条から第5条には、発起人の会社の開業準備行為を定めている。この司法解釈は、まず発起人の概念が明文化され、発起人が会社設立の目的に対外的に契約を締結する際に、設立中の会社の名義を用いた場合と発起人個人の名義を用いた場合とを分けて責任規定を設けており、発起人の全員が連帯責任としている。この問題に関する日中の法比較の論究は、他の機会に譲りたい。

## 注

- 1 鈴木竹雄『新版会社法全訂第五版』47頁参照（1994・弘文堂）。
- 2 弥永真生『リーガルマインド会社法（第14版）』274頁参照（2015・有斐閣）。
- 3 鈴木・前掲注1 49頁。
- 4 現行会社法には、現物出資および財産引受けにつき検査役の調査が不要とされる場合が旧商法の規定と比べてさらに拡大されることになっている（会社法33条10項参照）。
- 5 広義の開業準備行為に対して、財産引受概念を基礎に、会社の成立を条件として会社のために（成立後の会社に行為の効果が帰属することを予定して）、会社の成立後に財産を譲り受ける事、または、取引の効力を生ずることを約した開業準備行為を狭義の開業準備行為として定義されている（詳細は、森本滋『会社法（第2版）』92頁を参照されたい（1996・高文社））。
- 6 丸山秀平『やさしい会社法（第13版）』48頁（2015・法学書院）、神田秀樹『会社法（第14版）』56頁参照（2012・弘文堂）。
- 7 最判昭和33年10月24日（民集12巻14号3228頁、判時165号25頁）、最判昭和38年12月24日（民集17巻12号1744頁）など参照。
- 8 ただし、設立中の会社を権利能力なき社団とみることの問題点については、森本・前掲注5 92頁を参照されたい。
- 9 つまり、組合に対立するものは、法人ではなく、社団である。社団は法人法定主義の制限により法人なりができなくても、社団であって組合ではない。かつて、権利能力なき社団について組合の規定の類推適用が排除され、社団法人に非常に接近せしめて解釈がなされるにいた（森良平編集『注釈民法（2）』32頁（1978・有斐閣））。
- 10 森・前掲注9 34頁。
- 11 日本法における会社成立の要件は準則主義を採用しているが、準則を如何に定めるかは各国で異なっている。現行会社法では、対内的には社団の構成のため、対外的には取引安全確保のため必要と解される一定の要件を要求しており、具体的には、会社の根本規則である定款の作成（会26条）、会社の構成員である株主の確定（会25条2項・36条3項・60条・63条3項）、物的有限責任の裏付けとなる出資の履行（会34条・63条）、取締役等の機関の選任（会38条・88条）を要求している。これに対して、英米法系の会社法は、基本的に定款の作成のみで会社を成立させる「創立主義」を採用しており、その設立手続には、せいぜい一定事項の公示の意味しかない（江頭憲治

- 郎『株式会社法（第6版）』60頁（2015・有斐閣）。
- 12 明治23年以前の旧商法は、株式会社の設立につき、定款などの作成後主務官庁の認可を得て株主を募集し、創立總會終了後主務官庁の免許を得て会社が成立する免許主義を採用していた（旧商法159条・166条）。明治32年の商法改正後に、一定の手續の履行により会社が成立する準則主義が採用された（江頭・前掲注11 59頁参照）。
- 13 実務上、許認可・税制等の関係で行政当局と、取引の関係で金融機関などと交渉する必要がある場合がある。
- 14 株主間契約が、成立後の会社の運営などに関する事項を株主間の交渉で定めることができる。典型的なものに、取締役選任などに関し当事者間の合意に従い議決権を行使する旨を定める議決権拘束契約、他方当事者の承認なしに株式を譲渡しない旨を定める同意条項等がある。定款に記載すれば強行規定違反として無効である事項（たとえば、特定のものを取締役に選任する）でも、株主間契約として合意すれば当事者間の債権契約として有効と認められる事項が多い（江頭・前掲注11 62頁参照）。
- 15 もちろん、設立中の会社・同一性説がそれを説明する唯一の理論と言うわけではない。設立中の会社・同一性説を有害・無益であると批判し、他の説明で足りるとする見解もある。大賀教授は、発起人は会社設立の意思表示の表意者でありかつ株金払込みに関し信託の受託者の地位にたるとし（大賀祥充「株式会社設立の法理」197頁（1975・慶応通信））、長谷川教授が、法人の設立を直接の目的とする行為は法定移転、財産引受などは第三者のためにする契約（民法537条）であるとする（長谷川雄一「設立中の会社の否認論」55頁を参照されたい（1984・愛知大学大学院社会科学論集））。
- 16 鈴木・前掲注1 47頁、弥永・前掲注2 243頁。
- 17 会社を設立するには、発起人が定款作成することを要する（会社法26条1項）。つまり、発起設立・募集設立のいずれの場合でも、設立の最初の手続は定款（原始定款）の作成である。定款は、書面をもってまたは電磁的記録をもって作成することができる（会社法26条1項・2項）。発起人は、書面で定款を作成するときはそれに署名または記名押印、電磁的記録で作成する場合に署名・記名押印に代わりに、法務省令で求めている電子署名（会社法規則225条1項1号）をしなければならない。会社法上には、発起人の員数の制限がないので、一人でも足りるとされている（会社法27条5号）。
- 18 弥永・前掲注2 243頁。
- 19 鈴木・前掲注1 48頁。
- 20 北沢正啓『株式会社法研究』10頁（1976・有斐閣）。
- 21 江頭憲治郎『会社法コンメンタール（1）』265頁（2008・商事法務）、弥永・前掲注2 275頁を参照されたい。
- 22 鈴木竹雄＝竹内昭夫『会社法』49頁（1981・有斐閣）、森本滋『会社法（第2版）』92頁参照（1996・高文社）、学説（石井照久＝鴻常夫『会社法（第1巻）』101頁（1977・勁草書房）、田中誠二『全訂会社法詳論（上巻）』154頁（1975・勁草書房）、大隅健一郎＝今井広『会社法論（上巻）』222頁（1980・有斐閣）など）は、追認を認めることは財産引受に関し厳重な条件を定めた法の趣旨を没却せしめるというが、成立後の会社がその財産の取得を欲する場合に相手方の同意を得て新規に契約をしないおさなければならないとすればかえって会社の利益にならない。なお、相手方が財産引受の無効を主張することを認める理由もないとの見解がある。
- 23 最判昭38年12月24日民集17巻12号1744頁。
- 24 加美和照『新訂会社法（第10版）』90頁（2011・勁草書房）。
- 25 江頭・前掲21 312頁、奥島孝康・落合誠一・浜田道代編『新基本法コンメンタール会社法1』79頁参照（2010・日本評論社）。
- 26 平成2年改正から会社法制定までの間、事後設立（会社成立前から存在する高額の事業用財産を取得する契約を締結する行為）には、検査役の調査も要求されていたが、機関投資家などから資金を集め他社の事業の一部を買収するいわゆるM & A目的の会社が設立される例が増えている等、事後設立を一律に財産引受け・現物出資規制の脱法とみなしてそれらと同じ規制を課すことには批判が強まり、会社法制定時に検査役の調査は廃止された（現代化補足説明・第四部・第二5（1）を参照）。
- 27 弥永・前掲注2 280頁。
- 28 弥永・前掲注2 283頁。
- 29 江頭・前掲注21 266頁。

- 30 鈴木・前掲注2 55頁.
- 31 弥永・前掲注2 283-285頁参照.
- 32 開業準備行為、会社成立前の営業行為の効果は、発起人にもみ帰属し、成立後の会社に効果を帰属させるためには、相手方との合意により発起人の契約上の地位を成立後の会社が個別に譲り受けることを要すると解すべきである。ただ、会社の財産的基礎を危うくせぬよう会社成立前に発起人のした行為の効果を当然に会社に帰属させてはならないとの原則はある(江頭・前掲注21 57頁).
- 33 伊藤真『会社法』108頁(2006・弘文堂).
- 34 大隅健一郎『株式会社の成立と権利義務の帰属(会社法の諸問題)』38頁(1983・高文社), 石井照久『商法総則』165頁(1967・勁草書房).
- 35 判例では、定款に記載のない財産引受けの効果に対し、法定の要件を満たした財産引受けは、成立後の会社を約束上拘束する。定款に記載がないなど法定の要件を充足しない財産引受けは、株主・会社債権者保護の要請から絶対的に無効であり、成立後の会社が追認することもできず、譲渡人側からその無効を主張することが可能と解されている(最判昭和28年12月3日民集7巻12号1299頁, 最判昭和61年9月11日判時1215号125頁など参照).
- 36 北沢正啓『設立中の会社(株式会社法研究)』34頁(1976・有斐閣), 平出慶道『株式会社の設立』113頁(1967・有斐閣).
- 37 大原栄一「開業準備行為と発起人の責任」25頁(1970・別冊ジュリスト第29号).
- 38 最判昭和42年9月26日民集21巻7号1870頁.
- 39 石井照久=鴻常夫『会社法(1)』100頁(1977・勁草書房), 前田庸『会社法入門(第12版)』27頁(2009・有斐閣), 加美・前掲注24 90頁, 田中誠二『三全訂会社法詳論(上)』167頁(1993・勁草書房)等.
- 40 田中耕太郎『改訂会社法概論(上)』249頁(1955・岩波書店), 松田二郎『株式会社の基礎理論』258頁(1942・岩波書店), 北沢正啓『会社法(第六版)』107頁(2001・青林書院), 弥永・前掲注2 245頁等.
- 41 江頭・前掲注21 267頁.
- 42 加美・前掲注24 90頁.
- 43 江頭・前掲注11 75頁, 酒巻俊雄=龍田節編集『逐条解説会社法(1)』268頁(2008・中央経済社).
- 44 弥永・前掲注2 281頁, 前田・前掲注39 39頁.
- 45 奥島=落合=浜田編・前掲注25 79-80頁.
- 46 江頭憲治郎=中村直人編集『論点体系会社法1(総則, 株式会社I)』108頁(2012・第一法規株式会社).

#### 参考文献

- 大原栄一「開業準備行為と発起人の責任」(1970・別冊ジュリスト第29号).
- 久保田光昭「発起人の開業準備行為(最高裁昭和33年10月24日第二小法廷判決)」(2011・会社法判例百選〔第2版〕).
- 武藤節義「会社の権利能力の目的による制限の可否について」(1967・東洋法学第11巻第1号).
- 拙稿「設立中の会社に関する発起人の権限範囲」, 笠原俊宏(編)『日本法の論点(第2巻)』169-178頁(2012・文真堂).