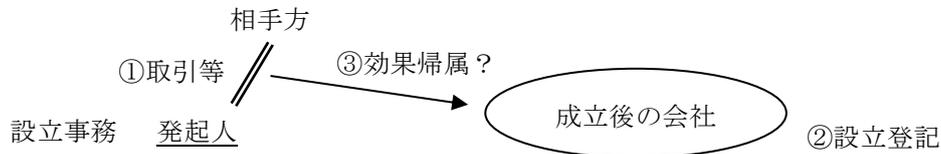


## 13. 設立(2) : 設立に関する問題

### 13-1. 発起人の権限



#### 事例 13-a 発起人の権限 [テキスト Case2-2 を一部修正]

A 株式会社の設立のため、発起人である B は「A 株式会社発起人総代 B」の名義で次の行為を行った。次の C、D、E、F は、A 社の成立後、A 社に対して代金等の支払を請求することができるか。

- (a) A 社の定款について、B は公証人である C に認証をしてもらったが、認証手数料が未払である。
- (b) D は成立後の A 社が使用する予定の建物を、会社の成立を条件として A 社に売却する契約を締結した (代金は 2500 万円)。
- (c) E は成立後の A 社が使用する予定のマンションの一室を、会社の成立を条件として A 社に賃貸する契約を締結した (賃料は 1 カ月あたり 15 万円)。
- (d) A 社は旅行代理店であるが、その会社成立前に B は F 航空会社からチケットを購入した (代金は 8 万円)。

#### (1) 設立を直接の目的とする行為

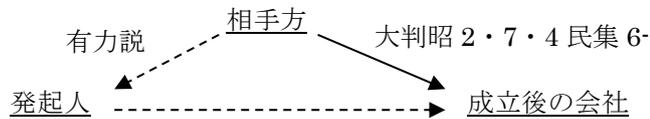
株式の引受け・払込みに関する行為、創立総会の招集 etc.

#### (2) 設立のために必要な行為

定款の認証を受ける、設立のための事務所賃借・事務員雇用 etc.

- ・定款の認証手数料等 (会社 28④括弧)

- ・ 設立費用（会社 28④）＝現物出資と同様の手続（→12-2(5)）



- (3) 財産引受け（会社 28②）＝現物出資と同様の手続（→12-2(5)）

**最判昭 28・12・3 民集 7-12-1299**

「商法一六八条一項六号〔会社 28②〕にいわゆる財産引受けは現物出資に関する規定をくぐる手段として利用せられる弊があつたので、これを防ぐため現物出資と同様な厳重な規定を設け、公証人の認証を受けた定款にこれを記載しないと財産引受の効力を有しないものと定められたのである。従つて単に財産引受は会社の保護規定であるから、会社側のみが無効を主張し得るといふことはできない。この無効の主張は、無効の当然の結果として当該財産引受契約の何れの当事者も主張ができるものである…。

右の如く財産引受が定款上無効なる場合…単に会社側だけで無効な財産引受契約を承認する特別決議をしても、…これによつて瑕疵が治癒され無効な財産引受契約が有効となるものとは認めることができない。」

→手続きを経ない財産引受の効力、追認の可否

\* 最判昭 61・9・11 判時 1215-125（財産引受契約の9年後にはじめて会社が無効主張）

(4)開業準備行為

財産引受け ⇔ 事業用資産の賃借、事業資金の借入れ、従業員の雇用、広告・宣伝 etc.

**最判昭 38・12・24 民集 17-12-1744**

「商法一六八条一項六号〔会社 28②〕の立法趣旨からすれば、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のみが例外的に許される」

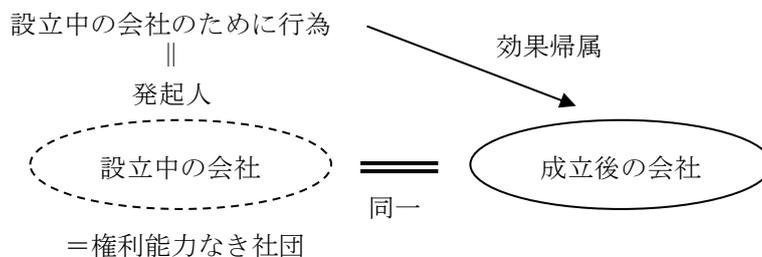
**最判昭 33・10・24 民集 12-14-3228**

「本件契約は、会社の設立に関する行為といえないから、その効果は、設立後の会社に当然帰属すべきいわれはなく、結局、右契約は上告人〔発起人〕が無権代理人としてなした行為に類似するものというべきである。…本件の如く未だ存在しない会社の代表者として契約した上告人は、本来の無権代理人には当たらないけれども、同条〔民 117〕はもつぱら、代理人であると信じてこれと契約した相手方を保護する趣旨に出たものであるから、これと類似の関係にある本件契約についても、同条の類推適用により、前記会社の代表者として契約した上告人がその責に任ずべきものと解するを相当とする。」

(5)事業行為（会社 979 I も参照）

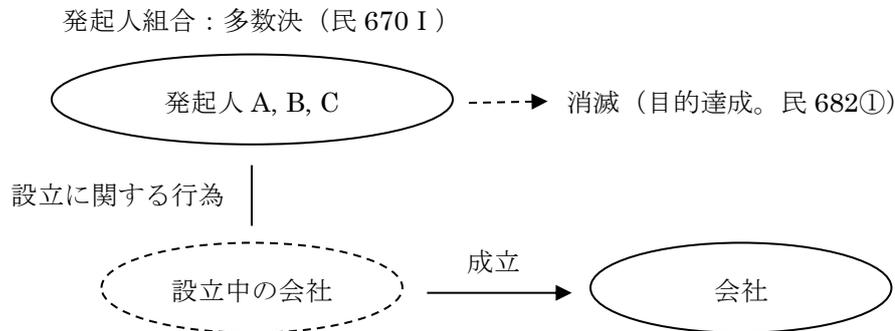
13-2. 設立中の会社と発起人組合

(1) 設立中の会社〔テキスト 2 章 5 節 1〕



(2)発起人組合 [テキスト 2 章 5 節 3]

発起人複数=発起人組合（会社の設立を目的とする民法上の組合）成立



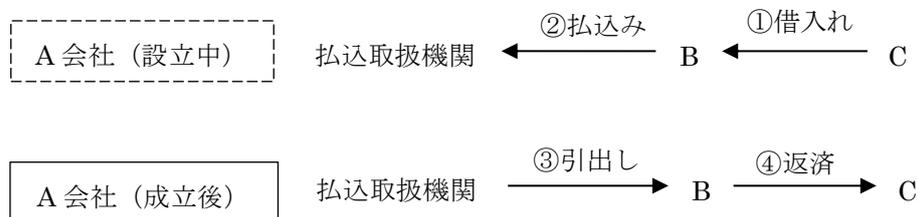
最判昭 35・12・9 民集 14-13-2994（発起人の一部のした行為）

13-3.違法な設立等

(1)払込みの仮装（会社 52 の 2）

**事例 13-b** 見せ金

A 会社の設立の際に、発起人である B は、知人 C から 1000 万円を借り入れて、自分が引き受けた株式の払込みに充てた。A 会社成立後、ただちに 1000 万円が払込取扱機関から引き出され、A 会社の事業に用いられることなく C に返済された。



最判昭 38・12・6 民集 17-12-1633

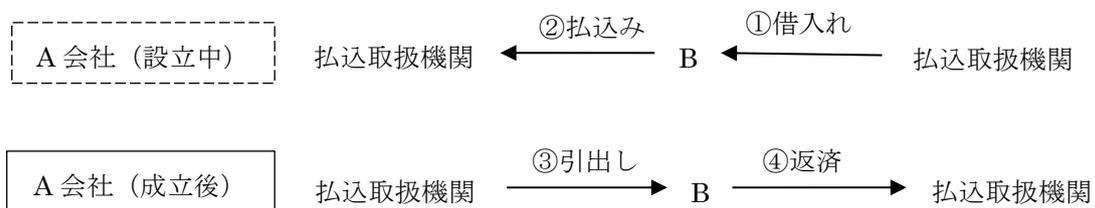
「当初から真実の株式の払込として会社資金を確保するの意図なく、一時的の借入金を以て単に払込の外形を整え、株式会社成立の手續後直ちに右払込金を払い戻してこれを借入先に返済する場合は、右会社の営業資金はなんら確保されたことにはならないのであつて、かかる払込は、単に外見上株式払込の形式こそ備えているが、実質的には到底払込があつたものとは解し得ず、払込としての効力を有しないものといわなければならない」

会社法制定前=最低資本金 1000 万円 but 現在では

⇔ 募集株式の発行 (6-2(4))

\*預合い (会社 965) [テキスト Column2-10]

発起人が払込取扱機関の役職員と通謀して払込みを仮装する行為



\*現金移動なし、④をするまで③をしないことを約束 (不返還の合意)

\*払込みの仮装の私法上の効力 [テキスト Column2-9]

(2)会社の設立の無効の訴え (会社 828 I ①)

主な無効原因	定款の絶対的記載事項 (会社 27) を欠く、1 株も引き受けない発起人がいる (会社 25 II 違反)、定款の認証 (会社 30) がない、株式発行事項について発起人全員の同意 (会社 32) なし、出資財産の最低限 (会社 27④) が満たされず、創立総会が適法に開催されず、設立登記の無効
--------	--

<p><u>発起人の失権と無効原因</u> [テキスト 2 章 6 節 2(3)]</p> <p>発起人が引き受けた株式の一部について失権 (会社 36 III)</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>・ 出資財産の最低限 (会社 27④) が満たされず →そのまま設立手続を進めても、無効原因</li> <li>・ 出資財産の最低限は満たす→会社 32 I の事項を変更して設立手続続行可</li> </ul> <p>発起人が引き受けた株式の全部について失権 →そのまま設立手続を進めても、無効原因</p>
--

(3)設立に関する責任等 [テキスト 2 章 7 節]

刑事罰 ・ 行政罰	特別背任罪 (会社 960 I ①②)、会社財産を危うくする罪 (会社 963 I)、虚偽文書行使等の罪 (会社 964)、預合いの罪 (会社 965)、過料 (会社 976・979 I) 等々				
民事責任	<table style="border: none;"> <tr> <td style="border: none;">現物出資・財産引受けの不足額支払義務 (会社 52)</td> <td rowspan="3" style="border: none; vertical-align: middle;">} 責任の実現 (会社 55・847)</td> </tr> <tr> <td style="border: none;">任務懈怠責任 (会社 53)</td> </tr> <tr> <td style="border: none;">擬似発起人 (会社 103 II)</td> </tr> </table>	現物出資・財産引受けの不足額支払義務 (会社 52)	} 責任の実現 (会社 55・847)	任務懈怠責任 (会社 53)	擬似発起人 (会社 103 II)
現物出資・財産引受けの不足額支払義務 (会社 52)	} 責任の実現 (会社 55・847)				
任務懈怠責任 (会社 53)					
擬似発起人 (会社 103 II)					

(4)会社の不成立 (会社 56)