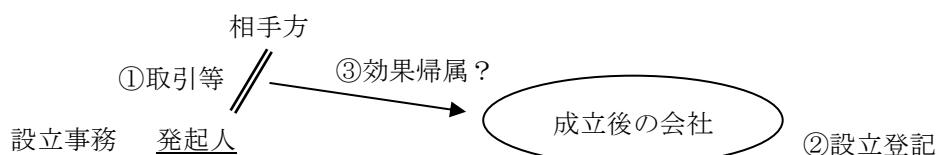


13. 設立(2)：設立に関する問題

13-1. 発起人の行為と成立後の会社



事例 13-a 発起人の行為と成立後の会社 [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 B は「A 株式会社発起人 B」の名義で次の行為を行った。それらの行為の相手方は、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 C の認証を受けたが、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、設立事務のための事務所の賃借・事務員の雇用 etc.

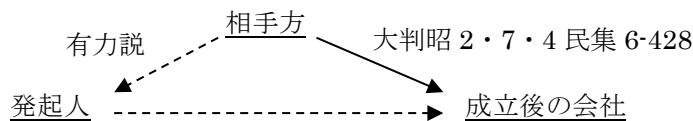
→ 設立費用

- ・ 定款の認証手数料等（会社 28④括弧）

- ・ その他

= 変態設立事項（12-2(5)）——定款に額を記載（会社 28④）・検査役調査（会社 33）

設立費用の請求先



有力説を支持すべき——「実際に支出された額>定款記載の額」の場合

(3)財産引受け

会社成立後に財産を譲り受けることを約束すること

=変態設立事項（12-2(5)）——定款に額を記載（会社 28②）・検査役調査（会社 33）

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ぐ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うことはできない。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。」

追認ができない理由

⇒ いつまでも無効主張可？

最判昭 61・9・11 判時 1215-125 (財産引受契約後 9 年経ってはじめて無効主張)

(4)開業準備行為

会社成立後の事業の準備行為（財産引受けもその 1 つ）

：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厳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

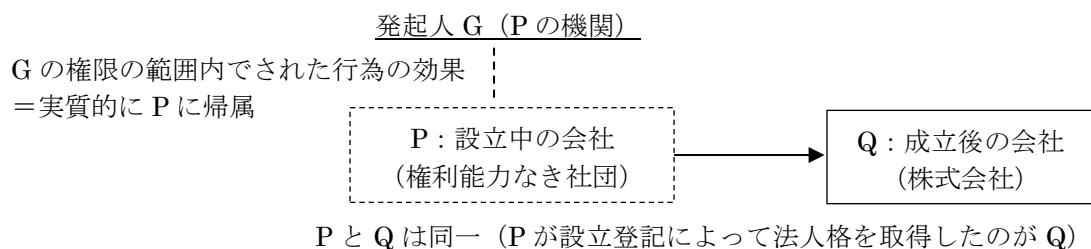
「本件契約は、会社の設立に関する行為といえないから、その効果は、設立後の会社に当然帰属すべきいわれはなく、結局、右契約は上告人〔発起人〕が無権代理人としてなした行為に類似するものというべきである。…本件の如く未だ存在しない会社の代表者として契約した上告人は、本来の無権代理人には当らないけれども、同条〔民 117〕はもっぱら、代理人であると信じてこれと契約した相手方を保護する趣旨に出たものであるから、これと類似の関係にある本件契約についても、同条の類推適用により、前記会社の代表者として契約した上告人がその責に任すべきものと解するを相当とする。」

→民 117（無権代理人の責任）類推適用

(5)事業行為（会社 979 I 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]

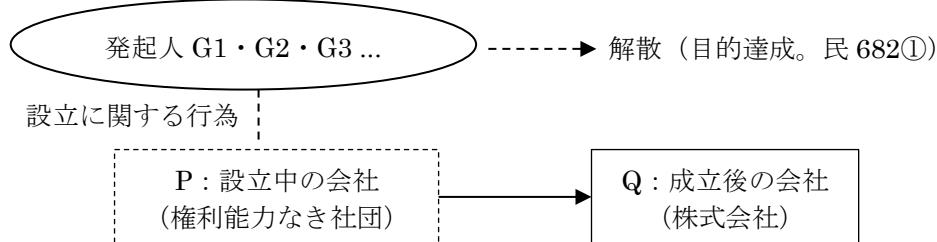


設立中の会社と発起人の権限 [テキスト 2 章 5 節 1]

- 13-1 の問題は、伝統的には、「ある行為が設立中の会社の機関たる発起人の権限に含まれるか」（権限に含まれる＝成立後の会社に行為の効果が帰属）という形で論じられた
- しかし、そのような議論の仕方は有益でない（端的に、「発起人の行為の効果が成立後の会社に帰属するか」を論じれば十分）

(2)発起人組合 [テキスト 2 章 5 節 3]

発起人組合＝会社の設立を目的とする民法上の組合



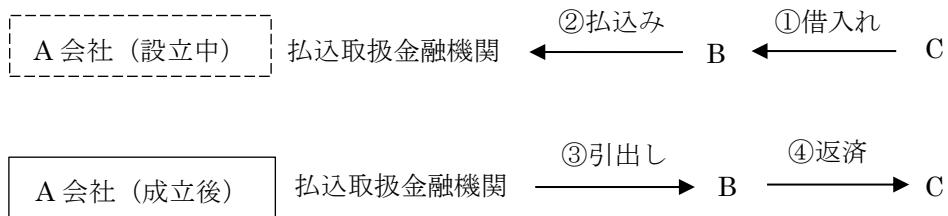
最判昭 35・12・9 民集 14-13-2994 (発起人の一部の行為→発起人全員が責任)

13-3.違法な設立等

(1)出資の履行の仮装 (会社 52 の 2)

事例 13-b 払込みの仮装 (見せ金)

A 会社の設立の際に、発起人 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 万円が払込取扱金融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、株式会社成立の手続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の如きは、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って、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」

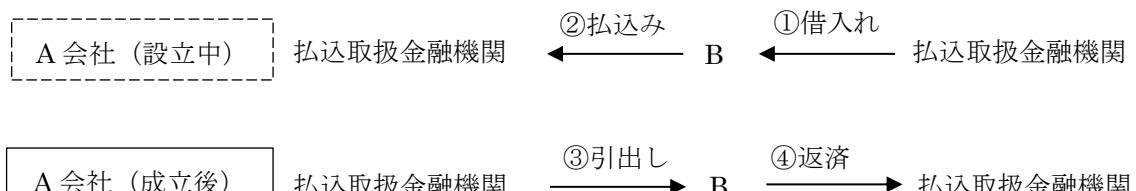
発起設立	募集株式の発行 (6-3(6))
払込みを仮装した発起人の責任 (会社 52 の 2 I ①)	払込みを仮装した引受人の責任 (会社 213 の 2 I ①)
出資の履行の仮装に関与した発起人・設立時取締役の責任 (同 II)	出資の履行の仮装に関与した取締役の責任 (会社 213 の 3 I)
出資の履行が仮装された株式の権利行使 (同 IV V)	出資の履行が仮装された株式の権利行使 (会社 209 II III)

出資の履行の仮装が行われる理由：設立の場合——最低資本金（会社法制定前）

⇒会社成立後：債務超過状態の解消を見せかける etc.

* 預合いの罪（会社 965）[テキスト Column2-10]

払込取扱金融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）

(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
--------	--

発起人の失権と無効原因 [テキスト 2 章 6 節 2(3)]

発起人が引き受けた株式の一部について失権（会社 36III）

- ・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
- ・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可行

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

(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	現物出資・財産引受けの財産価額填補責任（会社 52）、任務懈怠責任（会社 53）、擬似発起人の責任（会社 103 II） →責任の実現（会社 55・847）

現物出資の場合

- ・会社財産を危うくする罪（会社 963 I）
- ・財産価額填補責任（会社 52 I）

(4)会社の不成立（会社 56）

会社の設立が途中で挫折した場合→発起人の責任