

## 論文えんしゅう講義100ガイダンス【商法編】講師作成レジュメ

辰巳専任講師・弁護士 松永健一

### 設立に関する論点

#### **P1：設立中に発起人がなした法律行為の効果は成立後の会社に帰属するか？**

・法人格が付与されていない段階においても、会社の社団形成自体は徐々に行われている。  
→そして、一定の段階で権利能力なき社団たる設立中の会社の成立を認めることができる。  
→そして、この設立中の会社が法人格を付与されることにより、会社として成立するのであるから、設立中の会社と成立後の会社は実質的に同一のものである。  
→よって、設立中に発起人がした行為の効果は会社成立前においても実質的には設立中の会社に帰属しているのであり、会社の成立とともに形式的にも当然に会社に帰属しうる。

#### **P2：もともと発起人がなした法律行為のうち、設立中の会社に実質的に効果が帰属するのはいかなる範囲の行為か？**

- ①設立中の会社に実質的に効果が帰属するためには、その行為が発起人の権限の範囲内の行為であることが必要である。
- ②その行為が発起人の権限の範囲外であるが、発起人組合の目的の範囲に含まれていると解される場合には、発起人組合に効果が帰属し、発起人全員が責任を負う。  
(最判 S35.12.9)
- ③発起人組合の目的の範囲に含まれない行為であっても、発起人が独断で締結した契約については、発起人は民法117条の類推適用によって相手方に対して責任を負う。  
(最判 S33.10.24)

※類推適用となるのは、「本人」である会社が存在していないため、無権代理とは厳密には異なるからである。

#### (A) 設立を直接の目的とする行為

(例) 定款の作成(26条)、株式の引受け・払込みに関する行為(36条参照)、募集設立における創立総会の招集(65条1項)など  
→発起人の権限の範囲内の行為である。

#### (B) 設立のために必要な行為

(例) 定款認証手数料・印紙税、払込取扱機関に支払う手数料・報酬、検査役の報酬、設立登記の免許税  
→発起人の権限の範囲内の行為である。(会社法28条4号かつこ書き、会社法施行規則5条)

P：設立費用に関して(大判 S2.7.4)(I-21事件)

・設立費用とは、会社の設立事務の執行のため必要な費用をいい、定款への記載を要求している（28条4号—変態設立事項）

→よって、定款に記載された額の限度内では、発起人の権限の範囲内の行為である。

→それでは、定款に記載された額を超えて設立費用が支出された場合はどうか？

（例）定款には設立費用の額として70万円と記載されているのに、発起人が会社のためにAとの間で40万円を支出する契約とBとの間で60万円を支出する契約を締結している場合

→設立費用を変態設立事項とし、定款への記載を要求した趣旨は、会社財産の形成を妨げる行為を防止する点にある。

→そこで、定款に記載された額を超えて設立費用が支出された場合も定款に記載された額の限度内でのみ発起人の権限の範囲内の行為であるものと解する。

→Aとの取引が先に締結されたとすれば、Aとの間の40万円、Bとの間のうち30万円については発起人の権限の範囲内の行為である。

Bの残額の30万円に関しては発起人の権限の範囲外の行為である。

（誰に対して請求するかは、②③を検討する。）

→A、Bいずれの取引が先になされたかが不明な場合には、債務の額に応じて按分した範囲で発起人の権限の範囲内の行為である。

A、Bの残額に関しては発起人の権限の範囲外の行為である。

（誰に対して請求するかは、②③を検討する。）

### （C）財産引受け ※上記設立費用と同様の議論が妥当する。

・定款に記載のない財産引受けは無効である（28条柱書）

→P：では、設立後の会社が、定款に記載のない財産引受けを追認できるか？

財産引受けを変態設立事項とし（28条2号）、定款への記載を要求した趣旨は、会社財産の形成を妨げる行為を防止する点にある。

→追認を肯定すると、会社の一方的意思表示により有効とすることができ、上記趣旨を没却することとなる。

→よって、設立後の会社は、追認できない。

※財産引受けを行うには、財産の種類ごとにその価額・譲渡人の氏名を定款に記載することが必要であり（28条2号）、さらに原則として検査役調査（33条）が必要である。仮に追認肯定説をとると、時間と費用を要する定款記載・検査役調査を行う者はいなくなり、制度は空洞化する。その点でも、追認否定説が妥当である。

### （D）事業行為

・発起人の権限外の行為である。

→誰に請求できるかは②③を検討する。