

設立費用(定款不記載の)と

その對外的負担者に就いて

佐 伯 直 秀

目 次

第一章 序 文 問題の提起

第一章 序 文 問題の提起

第二章 定款不記載の設立費用の對外的負担者に就いての兩

說の内容と批判の紹介

(イ) 節 発起人負担說の内容と批判

a 款 発起人負担說の内容

b 款 発起人負担說の批判

(ロ) 節 会社負担說の内容と批判

a 款 会社負担說の内容

b 款 会社負担說の批判

第三章 結語 会社負担說を採る私見の論拠

(イ) 節 理由の第一。会社負担說と取引の相手方保護

(ロ) 節 理由の第二。会社負担說と設立中の会社の機関と

しての発起人

(ハ) 節 理由の第三 会社負担說と発起人の機関

我商法は其の第一六八条の所謂變態設立事項に於て、会社設立に要する費用即ち設立費用の中で、会社に負担せしむべき費用に就いては、此を定款に記載せしむべき旨を明示して居るので其の反対解釈として定款に記載せられて居ない所の設立費用に就いては、『仮令会社設立に必要な原因に基くものと雖も、発起人が自ら此を負担しなければならぬのであつて、事務管理又は不当利得の規定に依るも会社^(註2)に対して請求する事を得ないのである』との解釈が生まれて来るのであるから、発起人が会社設立中に支出した設立費用の処理に就いては問題は生じないのである。しかし乍ら、其れは其の債務が会社成立迄に履行される時の事であつて、若しも其の債務が会社成立迄に履行されて居ない場合には会社が其の債務を引継ぐ事になるか否かに就いては問題が生じて来る。即ち『かゝる行為は発起人が設立中の会社の機関として為したものであるから、会社が成立すれば定款の記載に關係がなく当然会社に

引継がれ（会社は単に、定款に記載のなかつた金額を發起人に求償し得るに過ぎないとされ）る」とする所の所謂会社負担説と『設立中の会社が未だ人格を有しない以上、かゝる行為に就いては、対外的には發起人が飽く迄も行為の主体であつて会社が成立しても依然として、發起人の債務として止まる（發起人は法定条件を充たした額につき会社に求償し得るに過ぎない）』とする所の所謂發起人負担説とが其の解決策として考えられて来る。其れ故に、本論文は第二章に於て、此等の対立せる両説の内容と批判とを紹介し、第三章に於ては両説の中、前者即ち会社負担説を採る私見の論拠に就いて述べて見度いと思う。

第二章 定款不記載の設立費用の対外的負担者に

就いての両説の内容と批判の紹介

前章で既に触れた如く定款に記載してない所の設立費用の対外的負担者に就いては、たとえ設立費用であろうと定款に記載してなければ發起人が負担すべきであるとする所の所謂發起人負担説と苟しくも設立費用でさえあるならば定款記載の如何を問わず、会社が負担すべきであるとする所の所謂会社負担説との両説が対立して居るので、本章に於ては此の両説の内容及び批判の紹介を行う事にする。

(イ) 節 發起人負担説の内容と批判

此に就いては、先づA款に於て其の内容を、次いでB款に於て其の批判を紹介する事にする。

(A) 款 發起人負担説の内容の紹介

(1) 松本 蒸 治
設立費用を会社に負担せしめる為には之を定款に記載する事を要し、定款に記載なき限りは凡べて發起人が自ら負担しなければならぬ。^(註3)

(2) 田 中 耕太郎

設立費用であつても定款に記載のなかつた部分に付いては、仮令会社設立に必要な原因に基くものと雖も發起人が自ら此を負担しなければならぬのであつて事務管理又は不当利得の規定に依るも会社に対して請求する事を得ないのである。^(註4)

(3) 伊 沢 孝 平

定款に記載なき費用に就いては、發起人は自らこれを負担せねばならない。設立費用として發起人が第三者に対し負担した債務と雖も、定款の記載及び創立總會の承認を俟つて始めて会社に移転するものであつて（大判・昭2・7・4・民集⁶5頁）、此の要件を缺く時は發起人自身の負担する債務となる。此の費用が設立事務に必要なものなる事が客観的に明瞭な時と雖も同様である。蓋し發起人の相手方たる第三者は設立中の会社のみを眼中に於て取引して居るものでなく、發起人の資力信用に信頼して此をして居るものだからである。^(註5)

(4) 田 中 誠 二

従つて定款に記載のない時は發起人自ら負担するの外なく、事務管理又は不当利得の規定に依るも会社に対し請求し得ない。判例も此を認める。^(註6)

(5) 石井照久

定款に記載なき額はたとい設立に必要なものであつても、会社の負担としない事にした。従つて不当利得亦は事務管理を理由としても、会社に其の償還を求め得ない。^(註7)

(6) 大判・昭和二・七・四

株式募集の爲の広告費用は商法第一二二条第五号に所謂会社の負担に帰すべき設立費用に属するを以て、其の金額が定款に記載せられありて創立總會に於て之を承諾し商法第一三五条に掲ぐる変更の手續を為さざる限り、右広告に関する権利義務は当然会社に^{(註8)(註9)}移転す。

(B) 款。発起人負担説への批判の紹介。

前款で述べた如く、此の発起人負担説を採る学説は可成り多く判例も亦此の説を採用して居るのであるが、其等の理由とする所は第一には次節で述べる会社負担説が立論の拠点として『設立中の会社』なる觀念を使用して居るのに対し、『此の設立中の会社は未だ人格を有しない即ち権利能力なき社団であるから、かゝる行為に就いては対外的には発起人が飽く迄も行為の主体であるべきであり、故に会社が成立しても依然として発起人の債務として止まり発起人は法定条件を充たした額につき会社に求償し得るに過ぎない』^(註10)と言う事、第二には発起人は自己の爲に会社を設立せんとして種々の行為を為すものなる故、原則上設立費用は当然発起人の負担に帰すべきである^(註11)と言う事等々である。しかし他面、此に対する批判もないではない。其の主要なるものは大隅教授の次の批判であろう。即ち曰く『しかし会社内部の事項たる定款の

記載等により第三者に対する債務負担の關係を定めようとする判例(大判昭和二・七・四)の不当な事^(註12)は言う迄もなく、また権利能力なき社団としての設立中の会社の觀念を認め、発起人を其の執行機関と解しながら其の発起人の権限を極度に狭く限定する学説にも賛成し難いものがある』^(註13)と。

(ロ) 節 会社負担説の内容と批判

本節に於ても前節と同様に先づA款に於て会社負担説の内容を、B款に於て其の批判を紹介する事にする。

(A) 款 会社負担説の内容の紹介

(1) 松田二郎

凡そ団体は其の目的の範囲内に於て行為能力を有するから、設立中の会社は法人格はないが会社設立と言う目的の範囲内に於て行為能力を有するものといひ得る。従つて其の範囲内に於て為す発起人の行為は設立中の会社の行為として会社成立と共に当然会社に其の効力が帰属するものと解すべきである。従つて発起人の行為が設立中の会社の目的の範囲内のものたる限り、当該事項が原始定款に記載せられると否とに拘りなく、成立後の会社は此に就き債務を負担する。例えば設立登記の爲、支出した税額は原始定款に記載がなくとも、成立後の会社の負担に帰し、会社設立の爲、要した広告費用の如きは原始定款に設立費用の記載あると否とに拘らず又創立總會に於て、此を承認したと否とに^(註14)関わりなく成立後の会社に於て支払の義務あるものと解する。

(2) 実方正雄

客観的に見て、当然に設立中の会社の実質的権利能力の範囲内に属するものと解せられるものは（例えば設立登記の為の税額や株式募集の広告費用等）原始定款に記載なきも成立後の会社の負担となるものと見てよいであろう。費用の算定が強度の客観性を有する以上、記載から洩れて居ても設立費用を定款の記載事項とし特別の審査に服せしめる趣旨に違反しないからである。^(註15)

(3) 解 良 富太郎

定款に記載せられたると、創立總會の承認を得たるとを問わず、当然会社に移転する。^(註16)

(4) 大 隅 健一郎

それゆえ、定款に設立費用の記載があると否とを問わず客観的に見て会社設立の為に必要な発起人の行為から生じた凡べての権利義務は、会社の成立と同時に第三者に対する関係に於ても当然に会社に帰属し会社は定款に設立費用の記載がなかつた金額に就いては、発起人から此を求償する事を得るものと解するのが正当である。^(註17)

(B) 款 会社負担説への批判の紹介

前款で述べた所の会社負担説は『かゝる行為は発起人が設立中の会社の機関として為したものであるから、会社が成立すれば、定款の記載に関係がなく、当然会社に引き継がれ、会社は単に、定款に記載のなかつた金額を発起人に求償し得るに過ぎないとされる』^(註18) と言う点に理由付けの根拠が存するのであるが、亦『会社の設立に必要な取引行為の効果が成立後の会社に当然に帰属すると言う立場に立つた者は発起人が株式会社の発起人なる名義を以て

行為を為す場合には、其の相手方も発起人が将来設立さるべき会社の為に、其の行為を為すものである事を知り、発起人自体と行為を為すのではなくして其の背後に在る会社と取引を為すものと考えらるであろう』^(註19) と言う事も、更に『会社成立の瞬に於ては発起人以外の原始株主も其の恩恵を受けるのであるから、此等にも負担させるべきである』^(註20) と言う狙いも又有力な副次的理由である事は勿論である。此の会社負担説に対する批判としては其の代表として例えば石井教授があるが、同教授の批判は次の如く断じて居る。即ち曰く、『会社負担説は設立中の会社の観念を強調するの余り、これを法律的にも成立後の会社と実質的には変らない関係と認めて居るが此は妥当でない。けだし設立中の会社の機関として発起人が為した行為の効果の会社への帰属は法律に見て、法人たる会社の形成、設立それ自体を直接の目的とする行為即ち株式の引受に関する事項に限られると解すべく、それ以外に於て、発起人が法律的に自己の名を以て第三者に対して為した行為の効果までを当然に会社に帰属せしめる趣旨とは解し難い』^(註21) と

第三章 結語 会社負担説を採る私見の論拠

以上、前章に於ては、会社負担説、発起人負担説の各々に就いて其の内容と其れへの批判とを紹介したのであるが、後述の如く筆者は会社負担説を取るので、本章に於ては結論として此の説を採る所の私見の論拠に就いて述べて行く事にする。筆者が此の説を採る論拠は次の三点である。即ち、第一には会社負担説を採る

事により発起人負担説を採る場合よりも、会社設立に必要な取引行為の相手方を保護出来る事。第二には発起人は権利能力なき社團たる設立中の会社の機関である事。第三には定款不記載の設立費用の原因たる取引行為は設立中の会社の機関としての発起人の権限に属する事、以上の三点であるので此等に就いて、以下順を追うて論述の筆を進めて行く事にする。

(イ) 節 理由の第一。会社負担説と取引の相手方保

護（会社設立に必要な取引行為の相手方を保護する為には、会社負担説を採用する必要がある事）

会社設立に必要な取引行為の相手方を保護する為には、会社負担説と発起人負担説との何れを採る事が其の目的に適うものであるかに就いては、此を二つに分けて考慮しなければならない。即ち取引の相手方は会社又は発起人の何れを取引の相手方として考へて居るかと言う、取引の相手方の意思を中心として考慮して行く行き方と、又何れに負担せしめる事が取引の相手方を保護する事になるかと言う實際的法律効果を中心として判断して行く行き方との二つである。先づ前者より考察して見よう。此に就いては、会社負担説を採る所の大隅教授は『発起人が株式会社発起人なる名義を以て行為を為す場合には其の相手方も発起人が将来設立さるべき会社の為^(註22)に其の行為を為すものである事を知り、発起人自体と行為を為すのではなくて其の背後に在る会社と取引を為すもの^(註22)と考へるであらう』と述べて取引の相手方は会社を相手

として居ると断じ、此とは反対に、発起人負担説を採る所の西本氏は『発起人が第三者とかゝる取引行為を為す場合には成否未定の会社を相手として契約する者はなく、第三者が取引の相手方と考へる者は必ず発起人である』^(註23)と述べて、取引の相手方は発起人を取引の相手方として考へて居るとなして居て、何れともには、其の賛否を決定し難いものがある。それで北沢教授の如きは『此等は何れも自説を以て、発起人と取引をする所の相手方の意思に適して従つて其の保護に適うとなす所のもの如くであるが、両者とも何れも正当ではなく、かゝる見解の対立のある事自体、発起人と取引をする相手方の意思は何れとも定め難い事を示すもの^(註24)』として居られる程であるから、此所で採否の決定を下す事はけだし至難であらうから、此は一応差し控えて、即ち発起人と取引する所の相手方の意思を中心として考察判断する事は断念して、後者即ち實際的法律効果換言すれば両説の何れを採る事が取引行為の相手方を保護する事になるかを中心として考察して行く事にする。而して此に就いては、発起人負担説は『発起人の権限を株式の引受に関する事項に制限しなくては、此れ以外の行為から生ずる所の権利義務は第三者に対するものであるから、かゝる権利義務特に義務が会社の成立と同時に第三者に対する関係に於ても当然に会社の義務となると解する事になり、時に債権者の予期しなかつた結果を招く事となつて取引安全の要求にそわない結果を齎^(註25)す』とするのであるが、しかし前述の如く発起人が株式会社の発起人なる名義を以て行為を為す場合には、其の相手方も発起人が将来設立さるべき会社の為^(註25)に其の行為を為すもの

である事を知り、発起人自体と行為を為すのではなくして其の背後に在る会社と取引をするものとも考えられるのであるから、此れのみでは発起人負担説採用の理由としては充分とは言えないと思う。しかも他面に於ては筆者の見解の如くに会社負担説を採らなければ、次の如き不合理な法律効果が生じて来る事になる。即ち『株式の払込を受け、又は現物出資の目的物の給付を受ける事は社団の形成それ自体を直接の目的とする事項として発起人の権限に属し、払込まれた金額又は給付された目的物に対する権利は会社の成立と同時に此に帰属する事となるであろうが、給付された現物出資の目的物を管理保存する為に其れに必要な行為を第三者と締結する事は発起人の権限には属せず、かゝる行為から生ずる権利義務は会社が成立しても当然には此に帰属しないで依然として発起人の権利義務として止まるであろうと言う不合理な結果を生ずる』^(註26)し、又『株式の申込が株式申込証による事を要する以上、其の作成の為に費用を要し亦払込が銀行又は信託会社に於て取扱われなければならない以上、其の為の委託手数料を必要とする事は当然であるが其の為に生ずる債務が会社が成立しても発起人の債務として止まると言う不合理な結果をも齊らす』^(註27)のである。更に『払込の取扱銀行が払込は設立さるべき会社の為になされるものとして取扱つて居るに拘らず、其の手数料債権は会社成立後も発起人に対してしか認められないと言う事も発生して来る』(此も亦明らかに不合理と言うべきである。何故なら、発起人と成立した会社とが連帯して責任を負うと言うのであれば免に角、会社成立後も発起人のみが債務を負うとする事は必ずしも債

権者の保護にならないから)^(註28)

以上、述べた如く、前者即ち相手方の意思の面からの考察は一応、検討の外に置いて、後者即ち實際的法律効果の面からの考察だけでも取引の相手方保護の為に会社負担説を採つた方がよいとの結論になる。

(口) 節 理由の第二。会社負担説と設立中の会社の

機関としての発起人。(発起人は権利能力なき社団たる設立中の会社の機関であるから、会社負担説を採らざるを得ない事)

会社負担説を採る所の私見の論拠の第二は、発起人が権利能力なき社団たる設立中の会社の機関である事である。即ち会社の設立過程に於て発起人の取得又は負担した所の権利義務が如何にして設立登記とともに成立する所の会社に帰属するかについては、叙上の権利義務に就いて意思表示又は法律による譲渡があるとする所の、所謂承継説、発起人は未だ成立しない所の会社の代理人又は事務管理者であるとする所の、所謂代理説又は事務管理説、又は未だ成立して居ない所の会社の為に、第三者の為にする契約を締結するものであるとする所の、所謂第三者の為にする契約説及び、発起人が設立に必要な行為によつて取得または負担した所の権利義務を会社は成立と同時に法律上当然に取得すると為す所の、所謂法律上当然取得説等があるのであるが、此等は何れも

会社の設立過程を個人法制的概念を以て律しようとして其の法律構成に囚われて居て、権利義務の当然の帰属関係を十分に説明し尽くし得ないものがある。特に株式引受人との法律関係の如き団体法特有の関係は発起人を以て設立中の会社の機関と解しない限り、円滑に此を説明出来ないとして排撃されて居る。^(註28)そして現在では独逸に於ては Pinner^(註30)、Lehmann-Rings^(註31) 等により、又我国では田中(耕)^(註32) 博士によつて唱えられ始められた所の設立中の会社即ち株式会社の設立過程に於て会社の前身であり、其れが生成発展して設立登記により完全な株式会社となる所の、所謂設立中の会社なるものを認め、^(註33) 発起人を其の事務執行機関と解する所の、所謂同一性説によつて、此を説明するやり方が一部を除いては支配的となつて居る。^(註35) 所で此の設立中の会社の法的性質に就いては、組合説、社団説、未だ資格を有しない株式会社説等、説が分れて居るのである。

先づ組合説論者は此の設立中の会社は設立登記迄の当座的存在に過ぎなく亦此所では権利株の譲渡が禁止せられる(商第一九〇条)結果、社員の交替が認められないので、社員の交替の自由が認められ、且つ継続的に法律取引に立ち現われる目的が存する必要のある所の権利能力なき社団ではなくして、民法上の組合に外ならないとするのであるが、しかし此に対し、大隅教授は『設立中の会社は其の設立中の会社としての存在は一時的であつても、設立登記により権利能力を取得して株式会社として恒久的に存立する事を意図するものであり、亦権利株の譲渡が禁止され、社員の交替が制約されるのは投機の濫用を抑制し成立する会社の財産

的基礎の確保を計ろうとする経済的理由に出たもので、社員の個性を重視する結果ではなく、此所でも重要なのは専ら、資本的出資義務なのであるから、上述の所論は何れも当らないと言ふの外はない。のみならず設立中の会社が株式会社の前身であり両者は同一の法的構成物である以上、株式会社自体の法的性質と離れて設立中の会社のみを法的性質を論議する事は誤りである』と断じて組合説を排撃して居られる。又 Schreiber は権利能力ある社団とこれなき社団とを異質的な対立者とする所の二元論に反対する立場から、設立中の会社は登記によつて取得すべき性質内至資格を未だ有しない所の株式会社そのものであるとして居る。^(註35) しかし此の説は我現行法規とは相容れないものがある。即ち彼の説によれば設立中の会社も株式会社そのものであるから、設立登記後の株式会社に関する規定は、権利能力を有する事に由来するものを除き、凡べて設立中の会社にも当然適用される事となるのであるが、此は我商法が創立總會に就き、株主總會に関する規定を準用(適用でない)して居る事(第一八〇条第三項)と相容れないのであつて、此の説も採用し得ない。それで結局、成立後の株式会社は社団と解される以上、其れと実質上同一の存在である所の、設立中の会社も初めから社団であると解すべきでありたゞ其れは未だ権利能力を有しないから、即ち権利能力なき社団に外ならない訳であると断定する所の、権利能力なき社団説を取るの外はない。^(註39)

以上の論述によつて、設立中の会社の機関たる発起人は設立中の会社が権利能力なき社団であるので、発起人は結局、権利能力

なき社団の機関である事になる。其れ故、発起人が其の資格に於て且つ其の権限の範囲内に於て為した行為から生ずる所の権利義務は権利能力なき社団としての設立中の会社そのものに帰属するといわなければならぬ。唯権利能力なき社団は成法上、人格を持たないから、其の名義を以て権利義務を保有し亦登記を為す事が出来ないから法律上の形式としては其の代表者の名義を以て保有する外はない。しかし其の為に、其等の権利義務となるものではない事は言う迄もない。^(註40)そして設立登記により株式会社^(註41)が成立する時は、右等の権利義務は当然に其の会社の権利義務となるのである。そしてそれによつて会社成立後は発起人の負担又は取得した権利義務は会社が負担する事になると言つてよい事になる。

しかし此の会社負担説に対しては、発起人負担説を採る所の石井教授により『設立中の会社の観念を強調するの余り、此を法律的にも設立後の会社と実質的に変らない関係と認める事は妥当でない。けだし設立中の会社の機関として発起人が為した行為の効果の会社への帰属は法律見に見て、法人たる会社の形成設立それ自体を直接の目的とする行為即ち株式の引受に関する事項に限られると解すべく、其れ以外に於て発起人が法律的に自己の名を以て第三者に対して為した行為の効果迄を当然に会社に帰属せしめる趣旨とは解し難い』^(註42)との反駁が行われて居る。しかし同教授の此の反駁は、設立中の会社の機関としての発起人の権限は会社の設立それ自体を直接の目的とする行為即ち株式の引受に関する事項にのみ限定されると為して居る所に問題が伏在するのである。そしてそれが、同教授の説の如く株式引受に関する事項にのみ限定

されるか、又はそれ以上に及ぶかに対しては次節で検討する事にする。

(八) 節 理由の第三。会社負担説と発起人の権限

(定款に記載せられざる設立費用の原因たる取引行為は設立中の会社の機関としての発起人の権限に属する事)

会社負担説を採る理由の第三は定款に記載せられざる設立費用の原因たる取引行為が設立中の会社の機関としての発起人の権限に属すると言う事である。即ち発起人の権限は、発起人負担説論者の言う如く、株式引受のみに限定せられないと言う事である。何んとなればそうする事によつて、設立中の会社の機関としての発起人の権限に属する行為によつて生じた所の権利義務は先づ実質的に設立中の会社に帰属し次いで設立登記により会社が成立するや形式的にも成立した所の会社の権利義務となるからである。所で発起人の権限に属する行為の範囲に就いては、北沢教授は次の四説が考えられるとして居られる。^(註43)即ち第一は法人たる会社の形成設立それ自体を直接の目的とする行為のみに限られるとする説。第二は会社の設立に取つて法律上、経済上必要な行為を含むとする説。第三は会社の将来の開業の準備に必要な行為をも含むとする説。第四は凡らゆる種類の行為に及ぶとする説との四説である。しかし此等の各説の中で、第二説が妥当であると思考される。^(註44)何んとなれば、第一説は余りにも狭少に過ぎると思われるからである。即ち株式会社を設立するには、法律及び定款の規定に

基き、将来の人的、物的基礎を整備し換言すれば出資者を確定し出資を履行せしめ、且つ機関を選任し以て設立登記を為すに必要な諸条件を満たさなければならぬと言ふ必要があるし、又他面に於て（イ）節で述べた所の、即ち発起人負担説を採る事によつて起る所の種々の不利な法律効果（再述は避ける）が此所でも起る事になるからである。要するに第一説は採用する事は出来ない。又第三説即ち将来の開業準備に必要な行為を含むとする説に對しては、たとえ発起人の権限を会社の設立の為に必要な行為に限るとしても、株式会社が一定の營業を行う事を目的とするものである以上、一定の營業を直ちに行いうる迄の状態に会社を完成する事が会社の設立である。従つて第二説の如き会社の設立に法律上、經濟上必要な行為ばかりでなく開業準備行為も亦発起人の権限に属すべきであり、唯実定法に財産引受に就いて嚴重な規定があるのは、かゝる財産引受も本来発起人の権限に属する行為であるが、實際上の濫用を防止する為に、法が特に制限する趣旨のものであるとする所のものであつて、此には少数の賛成説（註45）もないではない。しかし乍ら大隅教授は此の見解に對して、次の如く批判して居られる。即ち『現在の株式会社法の規定に則して見るならば、此の見解は会社の設立に對して極めて嚴格な態度を以て臨んで居る立法の精神と相容れない。法は会社の設立に就き、特に所謂變態設立に関する事項（商一六八条）募集設立の場合の払込（商一七五条二項五号、一七八条、一八九条）等に関して嚴格な取締規定を設けて居るが、此は言う迄もなく、会社をして其の成立の時に於て確實に資本に相当する現実の財産を保有せしめよ

うとする所の配慮に出て居る。しかるに設立中の会社の機関である発起人が会社成立の爲、必要な行為ばかりでなく其の事業の準備の爲に必要な一切の行為をも自由に為す事が出来、其の効果が凡べて、成立する会社に及ぶものとするならば、上述のような法の配慮は中半、其の意義を失う事とならざるを得ないであろう』（註46）と。亦北沢教授も同旨の批判を述べて曰く『商法が嚴重な規定を置いて居るのは開業準備行為一般に就いてではなく、其の中の財産の讓受行為たる財産引受に就いてだけである。此の財産引受は売買を主として請負交換等の事もありうるが、財産引受以外の開業準備行為に就いては何等の規定もおかれて居ない。従つて開業準備行為一般が発起人の権限に属し、財産引受のみ、特に嚴重な監督に服すると解すれば、将来の營業に必要な財産の賃借、製品の供給契約、労務者の雇入等の如き行為は其の危険度に於て必ずしも財産引受に劣らないものであるに拘らず、無制限に発起人の権限に属し、従つて発起人の為した此等の行為の効果が凡べて、成立後の会社に当然に帰属する事となる。此は会社に取つて極めて危険であり、設立に関する嚴格な規定の精神に反すると言わなければならない。従つて現行法の解釈としては開業準備行為一般は設立中の会社の機関としての発起人の権限に属さないが、特に財産引受に就き、例外的に定款に記載し且つ裁判所の検査又は創立總會の承認を経る事を条件として其れを発起人の権限に属せしめる事を認めたものと言わざるを得ない』（註47）と。

又現行法の如き、財産引受に関する規定のおかれて居なかつた所の昭和一三年の改正前の判例は財産引受の無効を結論付ける為

に、財産引受は現物出資の為の脱法行為なるが故に無効なりとす^(註8)。外に大判昭和一〇年四月一九日^(註9)の判例は財産引受は会社設立の為の行為ではなく、開業準備行為であるから無効であると言う論法を使用して居るのであるが、此は明らかに判例も亦、発起人の権限には開業準備行為を含まない事、換言すれば此の第三説を否定して居る事を前提として居る事を示すものである。

以上通説、判例は共に此の第三説を否定して居ると見て差支えはない。たとするならば発起人の権限は凡らゆる種類の行為に及ぶと解する説^(註10)即ち第四説の如きは、尙ほの事、承認する訳には行かないと思われる。

以上、四個の説の検討の結果として吾人は第二説即ち発起人の権限に属する行為の範囲は会社の設立に取つて法律上、経済上必要な行為を含み(此の点で第一説排撃)、而うして又其れのみに限る(此の点で第三第四説排撃)とする所の説を採用せざるを得ない。そして此の説を採用する事によつて、又前述の(イ)(ロ)の各節の説明と相俟つて、発起人が設立中の会社の機関として為した所の会社の設立に必要な取引行為に基く債務即ち設立費用は凡べて、設立中の会社に、従つて設立登記後は成立した会社に当然に帰属すると言う結論に、換言すれば本論文の主題たる、設立費用はたとえ、会社負担として定款に記載せられてなくとも、会社成立後は対内的は別として、少くとも対外的には会社が此を負担すると言う結論に到達する。

註1 設立費用は本来から言えば、会社が成立した時は会社に

当然求償し得べきものであるが、此の無制限な支出を許す
と会社の財産的基礎が害されるので定款の相対的記載事項
としたのである(鈴木竹雄著『会社法』法律学講座。五一
頁。同旨松本恣治著『日本会社法論』一二九頁。大浜信泉
著『会社法概論』一〇六頁。伊沢孝平著『註解新会社法』
二六〇頁。石井照久著『商法(総則・会社法1)』一八九
頁等)

註2 田中耕太郎著『改正会社法概論』三七七頁。『改訂会社
法概論(上)』二五八頁。松本著『前掲書』一二九頁。伊沢著
『前掲書』二六一頁。田中誠二著『新会社法論』一三八
頁。等

註3 松本著『増補註釈株式会社法』四一頁。同旨野津務著
『新会社法概論』七四頁。

註4 田中(耕)著『前掲書』中の前掲箇所。

註5 伊沢著『前掲書』二六一頁。

註6 田中(誠)著『前掲書』一三八頁。

註7 石井著『前掲書』一八九頁。

註8 民集六卷九号四三四頁。

註9 反対解釈として不記載のものに対しては会社は負担しな
い事を言外にほのめかして居るのである。

註10 鈴木著『前掲書』五一頁。

註11 長岡富三著綜合判例研究『会社の負担に帰すべき設立費
用』民商法十二卷五、六号。

- 註12 石井著『前掲書』一六七頁。石井等編著『註解株式會社法』(一卷設立)二四四頁。松田二郎・鈴木忠一著『條解株式會社法』三四頁等。たゞかゝる結果も亦止むを得ないとする者に竹田省氏あり(論叢十九卷六号一三八頁)
- 註13 大隅著『前掲書』一七二頁。『株式會社の成立と權利義務の歸屬』私法学の諸問題(二)(石田記念論文集)二四頁。
- 註14 松田著『前掲書』八二―三頁。松田・鈴木著『前掲書』三三―四頁。
- 註15 実方正雄著『會社法学(新株式會社法)Ⅱ』一八〇頁。
- 註16 判例民事法昭和二年度六六事件・三二三頁。
- 註17 大隅著『前掲書』一七二―三頁。
- 註18 鈴木著『前掲書』五一頁。
- 註19 田中(耕)著『發起人責任論』合名會社責任論三七三頁。大隅著『前掲論文』二六頁。此に対し北沢正啓氏の批判あり(同氏著『設立中の會社』株式會社法講座第一卷二三二頁参照)
- 註20 長岡著『前掲論文』
- 註21 石井等著『前掲書』二四四―五頁。
- 註22 大隅著『前掲論文』二六頁。田中(耕)著『前掲責任論』三七三頁。
- 註23 西本著『株式會社發起人論』一六六頁。
- 註24 北沢著『前掲論文』二三二頁註一七。
- 註25 26 27 28 大隅著『前掲論文』二五頁。
- 註29 田中(耕)著『前掲責任論』三六二頁以下。野津務『株式引受論』法学協會雜誌四六卷九号一二九頁以下。石井等『前掲書』一六一頁以下。北沢『前掲論文』二一三頁。
- 註30 Pinner, Das deutsche Aktienrecht, 1899, §187 II, 2.
- 註31 Lehmann-King, Das Handelsgesetzbuch, 1902, §200 Anm. 1.
- 註32 田中耕『前掲書』三六八頁以下。
- 註33 設立中の會社を承認し得る実定法上の根拠としては成立後の會社の構成員と機関即ち構成員たる株主、執行機関たる取締役、監督機関たる監査役、議決機関たる株主總會にそれ〴〵相當する構成員と機関即ち構成員たる株式引受人執行機関たる發起人、監督機関たる取締役と監査役、議決機関たる創立總會の一部又は全部、少くとも構成員と執行機関とが既に設立中の會社に備わつて居る事等をあげる事が出来る(北沢『前掲論文』二一二―三頁)
- 註34 將來の會社の機関なりと見る說に野津『新會社法論』六七頁、『前掲論文』があり、此の說に対する批判は石井等『前掲書』一六四頁参照。
- 註35 田中(耕)『改訂會社法概論』二四一―八頁。小町谷『商法議義』一卷二〇六頁。鈴木(竹)『前掲書』四〇六頁。石井『前掲書』一六二頁。石井等『前掲書』二〇六頁。大隅『前掲書』一五八頁。『前掲論文』四頁。田中(誠)『前掲書』一二六頁。実方『前掲書』一七一頁。松田『株式會社の基礎理論』二五八頁。松田・鈴木『前掲

書』七頁。伊沢『前掲書』二四九頁。北沢『前掲論文』二一四頁。

Vgl. Eintritt der Aktiengesellschaft in die für sie im Grundungsstadium geschaffene Rechte und Pflichten, 1930, S. 47.

J. V. Gierke, Handelsrecht und Schifffahrtsrecht, 7 Aufl. 1955, S. 281.

註36 Staub-Pinner, H. G. B., 1926, §188 Anm. 4.

Wieland, Handelsrecht, Bd 2. 1931, S. 73.

Goldschmidt, Aktiengesellschaft, 1927, §188 Anm. 4.

Schlegelberger-Quassowski, Aktiengesetz 1937, §22 Anm. 4.

Gadow, Aktiengesetz, 1939, §22 Anm. 7.

松田博士は發起設立の場合及び募集設立の初期に於ける設立中の会社を民法上の組合なりと解して居られる(会社法概論八〇頁)

又國歲教授は株式会社の実体は組合であるとする立場から設立中の会社も組合なりと解して居られる(『株式会社登記前後』商法の諸問題(竹田記念論文集)一一八頁)

註37 大隅『前掲論文』九頁。

註38 Schreiber, Die Kommanditgesellschaft auf Aktien, 1925, S. 36.

註39 大隅『前掲論文』一〇頁。鈴木(竹)『会社の社團法人性』会社法の諸問題(松本記念論文集)八〇頁。

Lehmann-Hoeniger, Lehrbuch des H. R. 1921 §333
Fischer, Die A. G., Ehrenberg's Handbuch des gesa-
mten H. R. Bd. 3, Abt. 1, S. 109.

J. V. Gierke, Handelsrecht und Schifffahrtsrecht,
1933, S. 308.

註40 我妻榮著『民法総則』民法講義(1)一一六頁。舟橋諱一著『民法総則』法律学講座六五(六)頁参照。尙ほ独民五四條一項本文は権利能力なき社團には組合に関する規定を適用すべしとするも独学者の中では此に批判的解釈を爲す者と云ふ(Örtmann, Kommentar zum bürgerlichen Gesetz buch, Allgemeiner Teil, 3 Aufl., 1927, §54, Anm. 3.

註41 大隅『前掲論文』一五頁。

註42 石井等『前掲書』二四四(五)頁。

註43 44 北沢『前掲論文』二二二頁。

註45 Schreiber, Die Kommanditgesellschaft auf Aktien, 1925, S. 316; Feine, Die Gmb. H. Ehrenberg's Hand-
buch des ges. H. R., Bd. 3 Abt. 3, 1929, S. 197 ff. 竹井氏は(民商法三卷一〇九頁で)鈴木(竹)判民昭和一〇年度六八事件評釈二九二頁(財産引受は閉業準備行爲であるから設立中の会社の権利能力外の行爲なりとして無効なりとする)に反対して財産引受に関する規定のない限り、設立費用を広義に解して設立事務費用の外、財産取得費用も此に含ましめる経済の要求に合し財産引受も必ずしも無効でないとした。

註 46 大隅『前掲論文』一六、七頁。

註 47 北沢『前掲論文』二二四頁。

註 48 大判明治四四年五月一日民錄一七輯二八一頁。大判明治四五年三月五日民錄一八輯一六一頁。大判昭和七年一二年二四日法学二卷二三一頁。大判昭和八年一月一八日民集一二卷二八六〇頁。

註 49 大判昭和一〇年四月十九日民集一四卷一一三四頁。

註 50 Müller-Erzbach, Deutsches Handelsrecht 2/3 Aufl., 1928, S. 258~260.