HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	株式会社不成立の場合における発起人の責任(二・完)：発起人の地位の再検討
Author(s)	平出, 慶道
Citation	北大法学論集, 12(3), 1-63
Issue Date	1962-03
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/27800
Type	bulletin (article)
Note	論説
File Information	12(3)_P1-63.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

株式会社不成立の場合における発起人の責任（二・完）

――発起人の地位の再検討――

平出慶道

目次

はしがき
第一章　発起人の地位に関する従来の学説
第一節　個人法的立場に立つもの
第二節　団体法的立場に立つもの
第二章　設立中の会社の性質
第一節　序　説（以上前号）
第二節　社団と組合
第三節　社団性と法人格
第四節　設立中の会社の性質
第三章　発起人の地位の二面性
第一節　発起人の地位
第二節　取引行為
第三節　株式引受

第四章　会社不成立の場合における発起人の責任
第一節　会社不成立の意義
第二節　設立中の会社の債権者に対する責任
第三節　株式引受人に対する責任
むすび

第二節　社団と組合

一　総説　団体の法律的性質を判断するためには、団体が法律的にどのように組織されているかを具体的に考察しなければならない。そのためには、団体がその物的要素（出資）と人的要素（構成員）とをもってどのように組織されているか、それらが団体においてどのような地位を有し、団体に参加する者の個人的資格とどのような関係に立つものと定められているか、団体の結合形式及び活動形式がどのように定められているか、等の諸点につき立入って分析しなければならない。しかしながら無限のニュアンスを持った団体的実在を分析するに当り、その出発点として、一応実定法上（とりあえずドイツ法及び日本法上）組合（Gesellschaft）とされているものと社団（Verein, Körperschaft）とされているものとをよりどころとして、一つの原理的な理想型としての組合及び社団の内容を確定し[1]、それにより、先に述べたように、社団性自体のうちに法主体性が内在している所以を明らかにしたいと思う。

ただし、現実に存在する団体が両者のいずれかにそのままあてはまるものとは必ずしもいえない。組合又は社団と解されている団体においても、その法律関係に多くの差異が存在することを無視することはできない[2]。即ち、同一の団体が社団性と共に一面において組合性を有することは、必ずしも法律的に不可能なことではなく[3]、このような団体

の存在を、直ちに鵠的存在として否定すべきではない。[4] 組合と社団とは原理的に対立する概念であるけれども、一個の団体が社団性と組合性とを併有するということは可能であって、むしろ、現実に存在する団体の多くのものはかかるものである。例えば、合名会社の場合に、総社員の名においてではなくて会社自体の名において対外的に活動するにも拘わらず、各社員は直接無限責任を負うように活動形式と責任の態様という異なる面において、または合資会社の場合に、無限責任社員と有限責任社員とが併存するように責任の態様という同じ面でも異なる人的範囲において、社団としての要素と組合としての要素とを有するということであって、矛盾するものではない。[5] このような意味において、団体を綜合的に考えれば、典型的な組合と社団との間に段階的相違があって、組合と社団とは徐々に相互に移行することは、[6] 構成員数の多少のように団体を社会学的に考察する場合のみならず、[7] 法律的に考察する場合にも、これを認めなければならない。[8]

団体の組織を法律的に考察して、これを組合と社団とに区別する原理的基準としては、社団は組合と異なり個々の構成員から独立した独自の生活を有する単一的全体 (einheitliches Ganze) として組織されたものであることが考えられる。[9] そこで、組合と社団とを区別する、このような組織的単一性の有無という基準は、具体的には両者の間にいかなる差異を齎すものであるかを考察し、それによって、社団は組織的単一性を有するということの法律上の意義を明らかにしなければならない。

(1) しかし、組合又は社団を実定法上の問題として考察しようとするのであって、単に所謂自然法的に論ずるのではない。しかしながら、実定法は組合又は社団法人についてしか規定していないから、社団法人に関する規定のうちいかなる部分が社団性に由来するものであるかを考察しようとする場合には、どうしても、実定法を離れた所謂自然法的な社団の理念を前提とするものであるという非難を或る程度はさけ得ないと思う。組合に関しても、わが民法と独逸民法とは必ずしも同じようには規定しておらず、更に

わが国における実定法上の組合に関する解釈も、例えば組合は総組合員の名において対外的に活動すべきであるという考えに対して、組合自体の名において活動し得るとする説が存し（末川・債権各論第二部三八三頁以下、我妻・債権法講義案一四一頁、大判大正八・九・二七民録二五輯一六六九頁、同大正一四・五・一二民集四巻二五六頁。但し、末川博士も我妻教授も、各組合員の代理と解する。末川・前掲書三八五頁以下、我妻・判民昭和一〇年度七一事件評釈三〇二頁）、実定法上組合の活動形式としては後説が正しいものとすれば、前説は所謂自然法的な組合の理念を前提としているということになるのであろう。しかし組合性と社団性とは原理的に対立するものとすれば、団体の対外的活動形式の面における組合性の原理は前説に示されているといわざるを得ない。従って、実定法上後説が正しいものとすれば、実定法上の組合は、活動形式の面においては社団として組織することも可能であるということになる。

(2) 来栖・前掲論文二四一頁以下参照。

(3) 鈴木・前掲論文六五頁以下参照。鈴木教授は、この関係を形式的社団性と実質的組合性として合名会社及び株式会社について論じている。しかし、例えば合名会社における社員の持分の譲渡（商法七三条）や競業（商法七四条）の場合に他の社員の承諾を要する旨の規定を解釈するにあたって、合名会社は形式的には社団であるから会社自身が承諾し、ただその実質的な組合性のために要件として他の社員の承諾を必要とするにとどまると構成する場合には（同論文六五頁）、社団としての形式が実質的組合性により修正を受けるものと説明することに意味があっても、社員の責任を説明する場合に形式的な法人性（やはり社団性の問題としてとりあげるべきと思う）に対する例外として実質的な組合性が反映したものとすることは（同論文七〇頁以下）、団体を法律的に考察する場合に特に意味を有するとも思えず、要するに合名会社は社員の責任の面においては所謂形式的にも組合性を有するものと解すれば足りるのではないかと考える。

(4) 松田・前掲論文一五六頁参照。

(5) 社団性と組合性の対立する原理に従って、合名会社の団体としての性質を法律的に考察することは、特に結合形式及び社員の持分に関して、非常に困難なしかし興味深い問題であるが、本稿の主題からはだいぶ遠ざかるので、ここでは省略する。

(6) Neubecker, a. a. O., S. 15 u. 24, 末弘「訴訟当事者としての人格なき社団財団」一〇四頁。

(7) 松田・株式会社の基礎理論一二二頁以下。

(8) 社団的原理の支配する範囲よりも組合的原理の支配する範囲の方がより大きい団体は、通常「組合」と呼ばれているが、かかる所謂「組合」は、もとより、社団性をも有している。もしそれが活動形式の面において社団性を有するものであるならば、かかる

「組合」に法人格を与えることは可能であって（本稿二一六頁参照）、組合に法人格を与えるという矛盾をおかすもの（西原・前掲論文四四頁参照）ではない。なぜならば、かかる「組合」は、その限りで社団であるからである。また、民事訴訟法第四六条により法人格のない団体で当事者能力の認められるものは、通説によれば社団に限られるが、同条は団体の活動形式の面における社団性を要求するものであるから、かかる「組合」も同条の適用を問題とするかぎり社団である（拙稿「英国法上のパートナーシップの当事者能力」判例評釈ジュリスト一五七号六八頁以下参照）。

(9) O. v. Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit, S. 11 u. 15, Neubecker, a. a. O., S. 16 ff., Sachau, a. a. O., S. 467. 石田「権利能力なき社団」民法研究I三九頁、我妻・民法総則一一三頁、兼子・民事訴訟法体系一一〇頁、前掲大判昭和一〇・七・三一、西原・前掲論文三七頁。もっとも、ドイツにおいては権利能力を有しない社団には組合に関する規定が適用されるため（民法五四条）、社団の組織的単一性を実定法上どのように解するかは困難な問題である。法人格を有しない社団の権利義務の帰属関係につき、ギールケは、社団財産はその時の構成員全体（die jeweilige Mitgliedergesamtheit）に総手の原則（Prinzip der gesamten Hand）によって帰属し、社団はかかる kollektive Rechtsfähigkeit を有するものとして、巧妙な議論を展開している（O. v. Gierke, a. a. O., S. 21 ff., bes. S. 29.）。しかし、わが国ではドイツ民法のような規定は存しないから、法人格の有無に拘わらず社団の有すべき組織的単一性は、社団法人の有する組織的単一性と同様に解することが出来ると考える。

二　責任の態様

組合においては、組合員は組合債務に対して無限責任を負うが、これに反して社団においては社員は社団に対して各自一定の範囲で出資義務を負うに止まり、社員の責任は有限である点に、組合と社団との間に差異が存するものと解される。(1) 構成員の責任の態様にこのような差異が生じる法的理由は、次の点に存するものと考える。

団体の物的基礎は、団体の有すべき共同の目的のためになされる団体構成員の出資によって構成される。即ち、団体を組織する者は、構成員としての資格と個人としての資格とを併有し、構成員として有すべき財産を個人として有する財産より分離して、これを団体の有すべき共同の目的のために結合し、団体の物的基礎を構成する。(2) 組合も社団

も共に団体として、この点は異ならない。[3]

しかし組合においては、組合員としての資格と個人としての資格との分離は不完全であり、組合財産を構成する組合員として有すべき財産の個人財産よりの分離も不完全である。従って、組合財産は組合員の個人財産から一応分離され独立しているけれども、その分離・独立も不完全なものであって、両者の関係は完全には切断されない。それ故に組合員は、組合債務について、組合財産に対する持分をもって責任を負うのみならず、個人財産をもって無限責任を負わなければならない。しかも組合財産の独立性が重視されないため、組合債権者は、組合財産・個人財産のいずれに対しても、何等の制限なく責任を追求することができる。[4] このように組合員は組合債務について無限責任を負わなければならないため、組合の信用は組合員の個人的信用によって支えられ、組合員の個性は、社会学的にのみならず、法律的にも物的要素の面において極めて強いものとなる。しかし組合財産は、組合員が自ら個人財産から分離して共同の目的のためになした出資によって構成される財産であるから、組合員の個人債務によって組合財産が害されるべきではない。従って組合員は、組合の債権について有する持分と、その組合債務者に対して負担する個人債務とを相殺することはできない（民法六七七条）。[5]

社団においては、組合と異なり、社員としての資格は個人としての資格から完全に分離され、社団財産を構成する社員として有すべき財産の個人財産よりの分離も完全である。従って、社団財産は社員の個人財産から完全に分離され独立しており、両者の関係は全く切断されるに至る。[6] それ故に社員は、社団債務について、社団財産に対する持分をもって責任を負うのみで、個人財産をもって責任を負うことはなく、[7] 社団の信用は、社員の個人財産から独立した社団財産によって支えられる。[8] 従って社団においては、社員の個人財産の多少は、出資義務を履行し得る程度に財産

を有する以上には重要性を有せず、社員は法律的にも物的要素の面において個性を有しない。

団体財産と個人財産との関係、構成員の無限責任の有無、その物的要素の面における個性の有無等の点において、社団と組合との間に右のような差異が生じるのは、組合は、これを組織する各人の主体性が顕著であり、組合から独立した団体自体の主体性は消極的なものにすぎないのに反して、社団は、これを組織する各人から離れて、団体自体の主体性が表面にあらわれ、その独立性が徹底しているとこによるものであると考えられる。

(1) O. v. Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 44 u. 73, Neubecker, a. a. O., S. 24, Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 15 Aufl., 1959, S. 691 u. 707. Dregger, a. a. O., S. 78 f. 加藤・民事訴訟法要論一一四頁、石田・前掲論文五三頁、我妻・民法総則一一六頁、川島・前掲書二八九頁以下。これに対して Auerbach, a. a. O., S. 267 ff., Staub, a. a. O., § 178 Anm. 22, Schlegelberger-Quassowski, § 48 Anm. 8 等は、有限責任は法人格に由来するとなす。

ドイツにおいては、前述のように、権利能力のない社団には組合に関する規定が適用されるため（民法五四条）、社団債務は社員に合有的に帰属するけれども、社員の責任は社団財産に対する持分を限度とするものとして、社員の有限責任を認めている（従って、社員は社団債務につき、合有的に直接有限責任を負うことになる）。

しかし、組合に関する規定の適用に正面から反することはできず、債務の合有的帰属を認めざるを得ないため、その理論構成は複雑である。即ち、債務者は債権者との特約により個々の場合に責任を制限することは可能であり、社団は、債務を負うに際して社員は社団財産を超えて人的無限責任を負わない旨を特約するときは、その特約は有効であるとし（RGZ, Bd. 63, S. 62 ff.）、それならば、最初から定款により、代表者は、社員に社団財産に対する各自の持分をもってのみ責任を負わせ得るに過ぎないものとして、代表者の権限を制限すれば、かかる制限は有効であって、社員の人的無限責任を排除し得るものとし（O. v. Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit, S. 39, Sachau, a. a. O., S. 475）、或いは、一歩進めて、かかる制限が定款に明示されていなくとも、黙示的に社員の人的無限責任を排除し得るものとし（Homberger, a. a. O., S. 43, RGZ, Bd. 74, S. 371 ff., Bd. 90, S. 173 ff.）、或いは、更に一歩進めて、反対の特約のない限り、権利能力のない社団においては、原則として社員の人的無限責任は排除されているものと解すべきであるとする（Danz, Die Haftung der Mitglieder eines nicht rechtsfähigen Vereins mit ihrem Vermögen,

Deutsche Juristenzeitung, XII Jahrg., 1907, Nr. 7, S. 376 ff., Stoll, Gegenwärtige Lage der Vereine ohne Rechtsfähigkeit, Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Bd. 2, S. 78, Breitbach, Nicht rechtsfähige Vereine und Körperschaften, S. 84, RGZ, Bd. 113, S. 125 ff.)。或いは更に、代表者の権限の制限という考え方を捨てて、権利能力のない社団は、団体目的のために構成員から分離された固有財産(Sondervermögen)を有する団体として組織されたものであるから、この社団財産は社員に合有的に帰属するものではあるけれども、法律行為のみならず不法行為により生じる団体の債務についても、この社団財産のみが責任を負うものとする(Staudinger, Kommentar zum BGB, I. Band, Allgemeiner Teil, 11 Aufl., 1957, § 54 Bem. 35 b u. 35 c, Enneccerus-Nipperdey, a. a. O., S. 706 f. u. 708 f.)。

しかし営利社団の場合には、債権者保護のために、権利能力のある会社となるか、合資会社としての所定の公示手続をとらなければ、社団財産と共に、社員は人的無限責任を負わねばならぬものと解され、その理由としては、多数説は、かかる社団は合名会社として扱われるものとする(Staudinger a. a. O., Vorbem. 12 vor § 21, § 54 Bem. 14 a, 35 b u. 35 d, Enneccerus-Nipperdey, a. a. O., S. 708, Dregger, a. a. O., S. 58 u. 71)。

石田博士は、営利を目的とする権利能力なき社団には合資会社に関する法規を類推適用して、業務を執行する社員は、社団財産による責任のほかに、自ら人的無限責任を負うべきものと解したいとするが(前掲論文五三頁)、次節で述べるように、この責任は法人格のない社団の代表者としての責任であって、社員としての責任と区別して考えるべきであると思う。

(2) 既に構成員になっていれば、未だ出資を履行していなくても、出資すべき債務を負っているという意味で、債権的には、出資者として有すべき財産は既に団体の物的基礎を構成しているということができる。

(3) Staudinger, a. a. O., Vorbem. 7 vor § 21.

(4) 合名会社は、社員の責任の態様の面においては、基本的には組合性を有するが、民法の規定する組合よりも、その会社財産の独立性が重視され、債権者はまず会社財産について執行しなければならない(商法八〇条)。従って、その責任の態様の面を支配している組合的原理に、社団的原理が加味されているということができる。なお、合資会社の有限責任社員の態様の面においては、基本的には社団性を有するが、直接責任である点に組合性が加味されていると云えよう。

(5) このことは次段において述べるように、組合財産が総組合員に合有的に帰属するため、各組合員は、組合債権について有する持分を各自単独で任意に行使し得ないことからも説明されるが、本文のように、組合財産が組合員の個人財産から独立した目的財産であることにもその根拠を有すると思う。

(6) かかる分離は、団体が法人格を有することによる (Auerbach, a. a. O., S. 267 f., Dregger, a. a. O., S. 77.) のではなくて、その団体が社団として組織されていることによるものと解すべきである。Staudinger, a. a. O., § 54 Bem. 35 b.

(7) 社員が個人責任を負わないのは、社団が法人格を有することによる (Staub, a. a. O., § 178 Anm. 22) のではない。Staudinger, a. a. O., § 54 Bem. 35 b.

(8) 従って、社団においては、その財産を以てする債務の完済不能は直ちに破産の原因となるものと解される。破産法第一二七条第一項は法人につきこの原則を規定しているが、この規定は、団体については、その有する法人格に基づくものではなくて、団体がその構成員の責任の態様の面において有する社団性に基づくものであり、同条第二項が合名会社及び合資会社について第一項の規定を適用しないのは、それが組合性を有することによるものと考える。従って、この面において社団性を有する団体には、法人格を有しなくても、破産法第一二七条第一項の規定を類推適用すべきものと解する。

三　持分の態様

組合においては、組合財産を構成する個々の積極・消極両財産は組合員全員に帰属しており、[1] 組合員はこれらの財産について所謂物権的持分（持分権）を有し、また組合員は、組合契約により抛棄しない限り原則として、組合財産を管理・運営・処分して組合活動がなされるに当って業務執行権を有する。これに反して社団においては、社員は社団財産を構成する個々の積極・消極両財産について所謂物権的持分を有せず、単に社団財産全体について所謂観念的持分（財産の帰属主体の構成員としての割合的地位）を有するにすぎず、また社員は総会における議決権の行使によって社団の意思決定に参与し得るにすぎない点に、組合と社団との間に差異が存するものと解される。[2]

団体は、団体の目的を遂行するために財産を有しており、団体の構成員は、この団体財産について構成員としての割合的地位を有し、団体財産の管理・運営・処分を通して行なわれる団体活動に参加する権利を有する。

組合も社団も共に団体であるから、右の点は異ならない。しかし組合は、組合財産について一応その帰属主体として現われるが、組合員から独立して団体自体として法主体性を有するものではないから、法律関係の帰属点を個々の

組合員全員にしか見出し得ず、権利義務を終局的に組合自体に帰属せしめることはできない。従って、組合財産を構成する個々の積極・消極両財産は組合員全員にしか帰属し得ず、各組合員はこれらの財産について直接その帰属主体として所謂物権的持分を取得する。組合員が有するこのような持分は、収益権能のみならず管理権能をも包含するものであるから、組合員はこれらの財産を直接管理・運営・処分する権能を有する。しかし、組合員は共同の目的のために組織された団体である組合の構成員として右のような持分を有するのであるから、この持分は団体的制約に服することになる。従って、これに伴う管理権能の行使も、これを各自単独で自由に行なうことはできず、各組合員が団体的に共同して、組合活動としてこれを行使しなければならない。組合員は、これらの財産の管理・運営・処分を通して行なわれる組合活動に当って、組合契約により抛棄しない限り、原則として業務執行権を有する。従って、組合員の個性は、社会学的にのみならず法律的にも、物的要素の面においてのみならず人的要素の面においても、極めて強いものとなる。

社団においては、組合と異なり、社員は社団財産全体について所謂観念的持分を有するにすぎないと解される。このことは、社団財産を構成する個々の積極・消極両財産が直接物権的に帰属すべき主体が社員以外の者であることを示している。しかし、これらの財産が社団と無関係な第三者に帰属しているものと考えることはできないのはもとよりのこと、社団が法人格を有しない場合には、権利義務は実質的には社団自体に帰属するが形式的には社団の代表者に帰属するものとする考え方、または社団の代表者に信託的に帰属するものとする考え方には、既に述べたように賛成し得ない。[3] 従って、これらの財産が直接物権的に帰属している主体は、法人格の有無に拘わらず、社団自体であると解するよりほかはないのではなかろうか。[4] 現行法においては、不動産または無体財産の登記または登録をなし得る

者は自然人もしくは法人に限られるため、社団が法人格を有しない場合には代表者の名で登記・登録がなされるが[5]、そのことから逆に、その財産は代表者に帰属しているものと推論することはできない。代表者の個人名義で登記・登録がなされても、その権利は社団自体に帰属しており[6]、ただ社団はその権利が自己のものであることを第三者に対抗し得ないのにすぎないものと解すべきである[7]。従って、その権利は名義人たる代表者に信託的に譲渡されているものと解すべきでもなく[8]、社団と名義人たる代表者との間に存する信託関係とは、代表者はその名義を冒用して不正な処分をなさないという点に認められるものにすぎない[9]。

社員が有する所謂観念的持分とは、まさに、かかる帰属主体の構成員としての地位にほかならない。社員はこのような持分を有するにすぎず、社団の財産は社団自体に直接帰属しているから、社団財産の管理権能も社団自体が有している。社員は、組合員と異なり、財産の管理・運営・処分を通してなされる社団活動について、社団の構成員として、基本的には総会における議決権の行使によって社団の意思決定に参与する権利を有するにすぎず、業務執行権は社団の執行機関にゆだねられ、社員は社員であるが故に当然に業務執行権を有するものではない。従って、社員の個性は、法律的にも、人的要素の面においてもまた個性を失なって行く。

このように、組合員は組合財産を構成する個々の財産について所謂物権的持分を有し、また組合活動に当って業務執行権を有するのは、組合においては、組合自体のうちに法律関係の帰属点を見出すことができず、各組合員にのみ認められるからである。これに反して、社員は社団財産全体について所謂観念的持分を有するにすぎないと解されるのは、法人格の有無に拘わらず、社団の財産は社団自体に直接帰属しているからであり、また社員が社団活動に当って業務執行権を有しないことの理由も、本質的には社員の持分が観念的持分であることに基づくのである。このこと

は、法人格の有無に拘わらず、社団においては、社団自体のうちに法律関係の帰属点が存在することを前提とせざるを得ない。従って、組合と社団との間に存する持分の態様の面における差異を認めるためにも、組合と異なり、社団は、法人格の有無に拘わらず、それ自体法主体性を有することを承認しなければならない。

(1) 組合における財産の所有型態については、これを共有と解し、民法六七六条、六七七条の規定は、組合の団体的性質から来る共有関係に対する制限であるとする説（鳩山・増訂日本債権法各論（下巻）六九〇頁以下、末弘・債権各論八二五頁以下、末川・債権各論第二部三九八頁以下、我妻-有泉・債権法四六三頁以下、四七三頁以下及び四七五頁等）と、これらの規定は組合における財産の所有型態の本質に由来するものであって、その所有形態は合有と解すべきであり、従って、組合員の地位から切り離して組合員が各自有する所謂物権的持分を処分することはできず、民法六七六条一項の規定する持分とは、組合員としての地位、即ち所謂観念的持分のことであるとする説（石田「合有論」民法研究Ⅰ所収一一〇頁以下、平野・民法に於けるローマ思想とゲルマン思想一八一頁以下、来栖「共同相続財産について」法協五六巻六号一一五二頁以下、服部「合手制（Gesamthand）と民法の組合」同志社法学七号四二八頁以下、八号五七三頁以下）との争いがあるが、いずれの説によっても、組合員は、団体的制約のもとにではあるが、所謂物権的持分を有するものと解される。私は後説が正当であると考えるが、ここではこの問題には立入らないことにする。

(2) 石田・前掲論文四二頁及び四八頁以下、我妻・前掲書一一三頁以下及び一一六頁、同・債権法講義案一三八頁及び一四二頁以下、鈴木・前掲論文六三頁、同・前掲書七頁、西原・前掲論文三六頁以下、前掲大判昭和一〇・七・三一。業務執行の点につき、O. v. Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 68, Wieland, a. a. O., Bd. 1, S. 473 ff., Dregger, a. a. O., S. 79, Staudinger, a. a. O., Vorbem. 9 vor § 21, § 54 Bem. 18 u. 58. 但し鈴木教授及び右判例は、業務執行の点には触れていない。ウィーラントは、構成員の業務執行権の有無により、individualistische Gesellschaft と kollectivistische Gesellsechaft とを区別しているが、結局、それは組合と社団との区別をさすものと解される。ドイツにおいては法人格のない社団には組合に関する規定が適用されるため（民法五四条）、一般に、社団の固有財産（Sondervermögen）ではあるが、組合における場合と同様に、社団財産は社員に直接合有的に帰属するものと解されている。O. v. Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit, S. 21, 29 u. 36, Homberger, a. a. O., S. 39, Sachau, a. a. O., S. 458, Dregger, a. a. O., S. 75 ff., Enneccerus-Nipperdey, a. a. O., S. 702 f., Staudinger, a. a. O., § 54 Bem. 28 u. 56 ff.

(3) 本稿前号二一二頁以下及び二二二頁参照。

(4) Neubecker, a. a. O., S. 23 f. 石田・前掲論文四七頁。

(5) 東京地判昭和三六・二・一五判例特報二五五号二八頁は、法人格のない社団がその名で取得した財産は、社員の総有に属し、代表者が信託的にその所有権の主体となるものと解すべきであるから、社団へ土地所有権の移転登記をする場合には、登記権利者を甲社団代表者乙と記載し、代表関係を表示すべきものとする。

(6) 従って、社団の債権者は、その権利の名義が代表者の個人名義になっていても、これを差押えることができる。末弘・前掲論文一三三頁、石田・前掲論文四八頁。目的財産につき、兼子「破産財団の主体性」民事法研究第一巻四六六頁以下、同・民事訴訟法体系一一一頁、同・条解民事訴訟法Ⅰ一一六頁。

(7) 従って、名義人たる代表者の個人的な債権者が、代表者の名義になっている社団の権利を差押えた場合には、社団は第三者異議の訴（民訴法五四九条）を起すことはできない。末弘・前掲論文一三二頁。目的財産につき、兼子・前掲論文四六七頁。反対、石田・前掲論文四八頁。

(8) 但し、鉱業権、租鉱権のように、登録が権利移転の効力要件である場合には、（鉱業法六〇条、八五条）、その権利は、社団のために、名義人たる代表者に信託的に帰属しているものと解すべきであると思う。

(9) 石田・前掲論文四八頁。

四 結合形式　組合においては、組合員は相互に契約関係によって結合しており、組合内の法律関係は一組合員対その他の組合員全員という関係で処理されるが、これに反して社団においては、社員相互の間に契約関係は認められず、社員は社団と社員間の所謂社員関係によって結合しており、従って社団内の法律関係は社団対社員という関係で処理される点に、組合と社団との間に差異が存するものと解される。[1]

組合契約は有償双務契約と解されるが、売買や貸借等のように対立関係に立つ当事者相互間の典型的な双務契約とは異なり、組合員は共同の目的を遂行するために契約を締結するのであるから、組合員の出資義務の履行について同時履行の抗弁権（民法五三三条）は制限され、[2] 危険負担に関する規定（民法五三四条―五三六条）の適用の結果にも制限が加えられ、[3] 更に組

合契約が有償契約であるため売買に関する規定が準用されるが（民法五五九条）、民法第五七三条を準用することはできない[4]ように、組合の有する団体としての特殊性が認められる。しかしながら、やはり組合は契約的結合であるから、各組合員の出資義務は他の組合員全員に対して負担するものであり、組合員が業務執行者として有する注意義務、報告義務、費用償還請求権（民法六七一条、六四四条、六四五条、六五〇条）等の権利義務も、直接組合員全員に対するものであり、脱退の告知（民法六七八条）、組合の解散請求（民法六八三条）も、他の組合員全員に対してなさなければならない。このように、組合における法律関係はすべて組合員相互の間にのみ存在し、組合自体が法律関係の当事者として現われることはない[5]。

これに反して社団においては、法律関係は、社員相互の間には直接認められず、社団と社員の間にしか存在しない。従って、各社員の出資義務は社団自体に対して負担するものであり、営利社団における社員の利益配当請求権、残余財産分配請求権、非営利社団における社団施設の利用権等も社団自体に対して有するものであり、機関の負担する各種の義務も直接社員に対するものではなく、社団自体に対して負担するものである。

このように、法人格の有無に拘わらず、社団内の法律関係はすべて社団対社員又は社団対機関の関係で処理され、社団自体が法律関係の当事者として現われるということは、法人格の有無に拘わらず、社団自体のうちに法律関係の帰属点が存在することを前提としなければ考えることができない。従って、結合形式の面においても、組合と社団との間に上述の差異を認めるためには、社団は、法人格の有無に拘わらず、それ自体法主体性を有することを承認しなければならない[6]。

(1) O. v. Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 58, Derselbe, Vereine ohne Rechtsfähigkeit, S. 11, Vgl. Schlegelberger-Quassowski, a. a. O., § 1 Anm. 2 u. 4, § 48 Anm. 2. 鈴木・前掲論文六二頁以下、西原・前掲論文四三頁以下。但し、ギールケは、実定法

上の問題としては、権利能力のない社団には組合に関する規定が適用される結果、社団と社員との間の法律関係は、社員相互間の権利義務と解さなければならないとする。Vgl. Enneccerus-Nipperdey, a. a. O., S. 699, Staudinger, a. a. O., § 54 Bem. 28. しかしその場合にも、ギールケは、合手の原則 (das Prinzip der gesamten Hand) により、Gesamtrecht と Sonderrecht とが区別される限り、Personeneinheit に結合した社員と結合してない人 (unverbundene Person) としての個々の社員とが対立するという、社団類似の関係 (ein körperschaftsähnliches Verhältnis) が生じるものとしている。Vereine ohne Rechtsfähigkeit, S. 30 f.

(2) 例えば、他に出資義務を履行していない組合員があることを理由に、自己の出資義務の履行を拒むことはできない。我妻—有泉・債権法四六〇頁。

(3) 例えば、一組合員が労務出資をなすべき場合に、不可抗力によって履行不能となれば、民法第五三六条第一項により、他の組合員はその組合員に対する関係においてのみ債務を免れ、従って、その組合員は組合から脱退するが、他の組合員相互間の債権関係は影響を受けず、組合は依然存続する。末弘・債権各論八一九頁以下、我妻—有泉・前掲書四六〇頁。

(4) 例えば、一組合員の出資に期限の定めがあるときに、他の組合員の出資について同一の期限があるものと推定することはできない。我妻—有泉・前掲書四六一頁。

(5) 従って、団体の、構成員が多数であるほど、これを法律上組合的に組織することは、次段で述べるように活動形式の面においてのみならず、結合形式の面においても、不可能に近くなる。

(6) なお、団体の性質を明らかにするためにその設立行為の性質を重視する考えがあるが (Homberger, a. a. O., S. 20)、合同行為によって設立される団体は社団であり、契約によって成立する団体は組合であると考えるべきではなく、逆に、社団的に結合する団体を設立しようとするものであるからその設立行為は合同行為であり、組合的に結合する団体を設立しようとするものであるから契約であると考えるべきである。しかしひるがえって考えれば、団体の結合形式は本文で述べたように本質的に異なっているが、社団的に結合する団体を設立する場合にも（所謂入社行為と区別して）、組合の場合と同様に、設立者の意思の合致が前提となり (Müller-Erzbach, a. a. O., S. 248 f.)、また組合的に結合する団体を設立する場合、即ち組合契約を締結する場合にも、組合契約の当事者は、共同の目的のために組織される団体の設立・運営という共同の目的に向うところの、いわば協同的平行的な意思を有していることは否定し得ないから、団体の結合形式の区別とは別に、設立行為を合同行為と契約とに区別することに、どれだけの意義があるかは疑問である。

五　活動形式　団体の活動は、組合においては、組合員全員の名において行なわれるが、これに反して社団においては、社員全員の名において行なわれることはなく、代表者が社団のためにすることを示して、即ち社団の名をもつて行なうものと解される。(1) しかし法人格を有しない社団においては、形式的には代表者が個人の名において行為するとか、あるいは、代表者が受託者の地位に立つというが如き考え方も存するが、かかる考え方に賛成し得ないことは既に述べたところである。社団は法人格を有しなくても、その法的存在が認められる以上は、その代表者が代表者として行為する場合に、代表者たる表示をもつて、単に行為者が有する社会的な地位を示す肩書と解すべきではなく、それは社団のためにするという代表関係を表示するものと解すべきであり、従つて、行為者はかかる行為を社団の名においてなしているのにほかならない。もし、社団が法人格を有しない場合には、実定法上は、その代表者が社団の名で行為することは認められず、活動の面で社団の存在が否定されるとすれば、本人が実在していない場合に代理人と称する者について認められる無権代理に準じた関係が、この場合については常に認められることになる。しかしこの場合には、追認の問題は生じ得ず、また行為者が法人格のない社団の代表者として行為するのであるから、法人格があるものといつわつた場合を除いては、相手方には常に「代理権なきことを知りたるとき若しくは過失によりて之を知らざりしとき」(民法一一七条二項)に準じた事由が生じ、従つて、その行為は全く無意味なものになつてしまう。このような結果の不当なことは言うまでもない。

わが民事訴訟法も、法人格を有しない社団の存在を認め、これを社団法人と同様に扱い、社団の名において訴訟行為をなし得ることを規定しており(民訴法四六条)、また実体法は直接かかる社団に関して規定していないが、次節において述べるように、実体法もかかる社団が存在し、活動することを認めているものと解せられる。従つて、実定法上の問題

としても、法人格の有無に拘わらず、代表者は社団の名において行為し、その行為の効果は社団に帰属するものと解すべきである。

このように、法人格の有無に拘わらず、社団の活動は、組合と異なり、社団の代表者により社団の名において行なわれ、社団自体が社団活動において法律関係の当事者として現われるということは、法人格の有無に拘わらず、社団自体のうちに法律関係の帰属点が存在することを前提とするものである。従って、活動形式の面において組合と社団との間に右のような差異を認めるためにも、社団は、法人格の有無に拘わらず、それ自体のうちに法主体性を有することを承認しなければならない。

(1) Enneccerus-Nipperdey, a. a. O., S. 693 u. 697, Staudinger, a. a. O., § 54 Bem. 1. 石田・前掲論文四三頁以下、我妻・民法総則一一三頁、一一六頁及び一四一頁、鈴木・前掲論文六九頁参照。ドイツ民法第五四条はこのことを前提としていると解し得よう。ギールケは、団体が単一的全体 (einheitliches Ganze) としてその構成員に対立し、かかるものとして取引に現われるように組織されるときは社団であるとしているが (Vereine ohne Rechtsfähigkeit, S. 11.)、実定法上は、権利能力のない社団は、その設立経過 (Vorgang) を構成員間の組合契約の意味に法律上擬制される (juristische Umdeutung) ことの実定法上の強制 (gesetzlicher Zwang) が存する点に権利能力のある社団との間に差異が存するものとして (a. a. O., S. 16)、内部的には社団法人と本質的には異ならないが、対外的には、自ら行為し得るための機関を有せず、業務執行社員は構成員全体 (Mitgliedergesamtheit) を代理すべきであるとしている (a. a. O., S. 18 f.)。Vgl. Enneccerus-Nipperdey, a. a. O., S. 709 f. しかしわが国においては、ドイツ民法第五四条のように権利能力のない社団には組合に関する規定を適用する旨の規定は存しないから、このような擬制をなすべきではないであろう。なお、本節一の註(1)（三三五頁以下）参照。

六　組織的単一性と法主体性

以上において、団体における構成員の責任、持分、団体の結合形式及び活動形式の面をとらえて、組合と社団とは、それぞれ法律上どのように組織されており、両者の間にはいかなる差異が存し、そ

の差異は何に由来するものであるかを考察した。以上の考察によれば、団体自体のうちに法律関係の帰属点を設けなければ、右の各面において団体を社団として組織することは不可能であって、社団性自体のうちに法主体性が内在しており、右の各面における社団と組合との差異は、本質的には、団体が法主体性を有するか否かによって生じるものと解される。[1][2] 社団は個々の構成員から独立した存在であって、組織的単一性を有するところに、組合との差異が存することを最初に述べたが、社団の有する組織的単一性とは法主体性のことにほかならない。従って、実定法上法人格が賦与されておらない場合でも、社団として組織された団体の存在が認められているならば、立法者が意識していると否とに拘わらず、かかる団体は実定法上法主体性が認められているものと解すべきである。[3]

これらのことは、社団の存在が永続的なものであるか否かには関係なく、[4] また、公益も営利も目的としないため本来法人格を取得し得ない場合であっても、または、一定の要件をみたせば法人格を取得し得るにも拘わらずこれをなさない場合にも、[5] または、例えば設立中の会社のように、社団法人の設立過程に見られる法人格取得のための準備的な、しかも団体自体としても生成過程にあるような場合にも、または社団法人がその法人格の賦与を取消され、解散せしめられる場合にも、同様である。[6] 構成員の交替の可能性が自由に認められ、そのため構成員の交替からは独立して団体が存続することが、社団と組合との本質的相違点と考えられる場合にも、[7] それは前述の如き意味で法律的にも個性のある構成員が契約的に結合するように組織された組合の場合には、構成員の交替の可能性を自由に認めることができないのに反して、社団の場合にはこれを認めうることの結果として生じる差異であって、団体の組織原理とは別個の観点から構成員の交替が否定される場合に、直ちにその団体を組合と解することはできない。

(1) 従って、団体は法人格を有しない限り法主体性を全く有し得ないと解する立場にたてば、団体は、組合か社団法人しか存し得な

いことになる。

(2) 従って、団体が一面においては社団として、他面においては組合として組織されている場合には、その団体は、社団としての面においては法主体性を有するが、その他の面においては法主体性を有しないことになる。

(3) 財団につき、兼子・前掲論文四六八頁以下参照。

(4) Vgl. Neubecker, a. a. O., S. 19.

(5) ギールケは、このような場合には、実定法上、社団の団体としての存在は否定され、民法第五四条により社団の名において行為する者が個人責任を負うのも、相手方が社団を無いものとして (als ein Nichts) 扱うことができるからであるとする (Genossenschaftstheorie, S. 86 f., Vereine ohne Rechtsfähigkeit, S. 15)。しかし、例えば、社団として組織された団体が株式会社としての要件を備えていなければ、その社団の株式会社としての存在は否定されるが、社団自体の存在が当然に否定されることはなく、またその団体が解散せしめられる場合にも、その団体の社団性は否定されない。ギールケも認めているように、法律行為が社団に対して効力を有するときは、社団も行為者と共に責任を負い (Vereine ohne Rechtsfähigkeit, S. 20)、相手方は社団の存在を認めてこれを被告として訴え (ZPO § 50)、その財産を強制執行し、且つその破産を申請することができるのであるから (KO § 72) (a. a. O., S. 15)、相手方が行為者と社団との両責任を同時に追求するときは、社団の存在を否定しつつ肯定するというおかしなことになる。私は、ドイツ法においてみならず、次節で述べるように、わが国においても、実定法上、行為者は個人責任を負わなければならないと解するが、その責任の根拠は、社団が法人格を有しないときはその存在が否定されるという点に求めるべきではないと考える。

(6) Sachau, a. a. O., S. 451.

(7) Enneccerus-Nipperdey, a. a. O., S. 691, 673 u. 697 f., Staudinger, a. a. O., Vorbem. 6 vor § 21, § 54 Bem. 1, 14 u. 63.

第三節　社団性と法人格

一　法人格のない社団の法主体性　前節で述べたように、社団として組織されている団体は法人格の有無に拘わらず法主体性を有することを認めなければならないが、国家は、法人格を賦与していない団体の法主体性を否定する

ことはできよう。しかし団体に法主体性を認めることなしにこれを社団として組織することは不可能であるから、この場合には、法人格を賦与されない限り団体を社団として組織することはできないことになり、実定法上は組合か社団法人しか存在し得ないことになる。従って、当事者は団体を社団として組織することを欲しても、実定法上は法人格を取得しない限り、当事者の意思は無視されて、団体の存在が全く否定されるか、又はその団体は組合として扱われ、即ち組合として組織されているものと擬制されることになろう。(1)

しかし、既に述べたように、構成員の多数な団体を組合として組織することは事実上不可能に近く、もし可能としても、団体の法律関係は、団体の内部においてのみならず、対外的にも極めて複雑になり、従って法律関係の処理は極めて困難になる。その結果、団体の構成員及び団体と法律関係に入る一般の第三者にも著しい不便を強いることになるのみならず、社会生活における法的秩序は混乱し、法的活動の円滑は甚だしく阻害されることになる。かかる結果は、構成員がさほど多数でない場合にも、程度の差こそあれ、やはり同様の結果になる。団体の存在をまったく否定する場合にも、もとより同様である。

現代法が各種の社会的実在に対して法主体性を賦与する動機は、個人とは別個な法律関係の帰属点を設定し、これにより複雑な法律関係を単純化し、法律関係の処理を容易にすることにあるのであるから、(2) 法人格という完全な法主体性を賦与していない団体、又は実定法上賦与し得ない団体も、公益乃至国の政策に反せず、取引の安全もそれによって害されない限りは、やはり法主体性を有し得ることを認め、所謂組織法上の問題であって厳格主義の支配すべき範囲ではあるが、当事者の意思を尊重して、法人格を有しない場合にも当事者が団体を社団として組織したときは、実定法上かかる社団が存在していることが承認さるべきである。(3)

そこで、法人格を賦与されていないにも拘わらず、社団として組織された団体、即ち法主体性を有する団体の存在を、実定法が果して認めているか否かを吟味してみなければならない。第一章において述べたように、商法は株式会社の設立経過中に株式会社の前身たる団体が存在し、これが社団として組織されていることを認めているものと解されるが、実体法においては、直接法人格を有しない社団に関する一般的規定は存しない。これに反して、民事訴訟法は、法人格を有しない社団一般に当事者能力を与えている（四六条）。この規定は、このような団体の存在は認められないにも拘わらず、実際上の必要又は便宜の為め総社員の実質的当事者能力以外にこれと重複的に認められる所謂形式的当事者能力を定めたもの[4]と解すべきではなく、右のような団体の存在を認めて[5]、これに訴訟法上の法主体性を認めているものと解されなければならない[6]。民事訴訟法の右の規定は、私的紛争の解決調整のために民事訴訟法独自の立場から訴訟法上の法主体性を認めているのであるから[7]、右のような団体が実体法上も一般に認められているのか否かが更に問題になろう。しかしながら、兼子博士の主張されるように、「訴訟法上の法主体の作用として、具体的事件の訴訟上の取扱、現象を通じて、実体私法上の地位にも法主体性を反映せしめることになる。即ち実体法と、訴訟法の法主体性は相互作用があり、実体法上の権利能力者には訴訟法も亦一般に当事者能力を認めると共に、逆に訴訟上の当事者能力を有することは、個別的具体的な関係より実体上の法主体性を帰結せしめるのである」ことを認めなければならない[8]。従って、実定法は、訴訟法上のみならず実体法上も、法人格を賦与されていないにも拘わらず社団として組織された団体の存在を、即ち法人格の有無に拘わらず法主体性を有する団体の存在を認めているものと解すべきであろう。

このように実定法上、団体を設立せんとする者は、法人格を賦与されなくても、その団体が法主体性を有するものとして組織し得るが、このことはかかる法人格のない社団の有する法主体性と社団法人の有するそれとの間に差異が

存することを否定するものではなく、現行法が社団法人の設立に自由設立主義を採用していないことと矛盾するものではない。

(1) O. v. Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit, S. 16.
(2) 兼子・前掲論文四六三頁。
(3) Neubecker, a. a. O., S. 35, Sachau, a. a. O., S. 460.
(4) 菅原「権利能力なき社団」法学論叢九巻六号七七七頁。
(5) 前掲大判昭和一〇・七・三一。
(6) 末弘「訴訟当事者としての人格なき社団財団」九六頁以下。兼子・前掲論文四六六頁、同・民事訴訟法体系一一〇頁。
(7) 末弘・前掲論文九八以下、兼子・前掲論文四六六頁、同・前掲書一一〇頁、同・条解民事訴訟法I一〇五頁及び一一四頁。
(8) 兼子・前掲論文四六六頁。Wieland, a. a. O., Bd. 1, S. 420.

二　責任財産の公示と代表者の責任　前節の**五**で述べたように、法人格の有無に拘わらず、社団の代表者が第三者と法律行為をなすに当って、代表者がその代表関係を示してこれを行ない、且つその行為について権限を有する場合、または社団がこれを追認する場合には、その法律行為の効果は社団に帰属する。しかし、社団はその構成員または代表者から独立した存在であって、社団財産は構成員または代表者の個人財産からまったく分離されているから、相手方がその法律行為について責任を追求し得るのは社団のみ、即ち、社団財産のみであるという結果が認められるためには、社団の責任財産の範囲が一般に公示されていなければならない。さもなければ、社団と法律関係に入る第三者は不測の損害を蒙る危険にさらされ、取引の安全は著しく害されることになる。そのため、右の結果の認められる社団法人においては、一般に、その責任財産を登記によって公示することを要し(1)、登記が社団法人の成立要件である場合はもとより、対抗要件の場合にも、登記前になした法律行為については右の結果を主張し得ない(2)。

しかし、法人格のない社団においてはこのような登記はなされないから、社団財産以外の財産をもって更に相手方の権利が担保されなければならないであろう。そこで考えられるのは構成員の財産と代表者の財産とであるが、社団は構成員が責任を負わないものとして組織された団体であって、相手方はこのことを知って、又は当然知るべくして社団と法律行為をなすのであり、更に、構成員はその法律行為の当事者とならないのみならず、構成員の名はその法律行為をなすに当って全く現われて来ないのであるから、その行為について構成員に責任を負わしめるべきではなく、またそれにより相手方を保護すべき必要もない。従って、法人格のない社団のために法律行為をする代表者が、その行為について人的無限責任を負担すべきであろう。[3] 相手方は、社団の代表者がその行為について権限を有しない場合には、これに無権代理人としての責任を追求し得るが、代表者が権限を有する場合にも、なおこれに人的無限責任を追求し得ることにより、最小限度代表者の個人的資力を信用して社団と取引をなす限り、社団の責任財産は不明であっても不測の損害を蒙ることはなく、取引の安全は害されない。

代表者の負担するこのような責任は、相手方が法主体性を有する団体の存在を否認し得ることにもとづく、無権代理人の責任に準じたものではなく、[4] 法主体性を有する団体の存在は認められるにも拘わらず、その責任財産が一般に公示されていないことに基づくものであって、[5] 代表者が社団のためになした行為につき、社団と連帯して、相手方のためにこれを保証すべき責任と解すべきである。[6] 従って、相手方が行為をなす際に社団の責任財産の範囲を知っている場合には、代表者に右のような責任を負担せしめるべき理由はなく、代表者はその範囲を相手方に示すことにより個別的に右の責任を免れるものと解される。[7][8]

このように、法人格のない社団においては、社団の対外的活動として代表者がその権限内で社団のために法律行為

をなす場合に、代表者はその行為につき社団と連帯して相手方のためにこれを保証することが取引の安全のためにも一般的にとられるべき措置であると考えられ、ドイツ民法はこのことを明らかに規定している（ドイツ民法五四条）。社団法人においては、代表者は右のような責任を負わない点に、両者の間に存する私法上の根本的な差異が認められ、法人格のない社団の有する法主体性は、対外的活動の面において、社団法人の有するそれよりも不完全であるということができる。

しかし社団法人と法人格のない社団とのこの点の差異は、わが実定法上も、これを裏付け得ないわけではないように思われるのである。即ち、発起人の責任を規定する商法第一九四条第一項は、後述のように、実定法が右のような差異を認めて、発起人に法人格のない社団たる設立中の会社の代表者としての右のような責任を負わしめる規定であり、[9] 外国会社が登記をなす前に日本において継続して取引をなす場合には行為者は会社と連帯してその取引につき責任を負うものとする商法第四八一条第二項も、外国会社の責任財産の範囲が一般に公示されていないために、取引の相手方は、外国会社が完全な法主体性たる法人格を有するときもこれを否認して、行為者に法人格のない社団の代表者としての責任を追求し得る旨を定めた規定と解すべきである。[10] しかし、一般に法人格のない社団においては、このような規定のない場合にも、対外的活動の面において社団法人との間に右のような差異が実定法上存在しているものと解釈すべきであると考える。従って、法人格を賦与されなくても団体が法主体性を有するものとして組織し得るということは、法人の自由設立主義とは異なるものであり、また、このような団体を任意に設立し得ることにより取引の安全が害されることもない。

法人格のない社団と社団法人との間には右のような差異が存するが、この点を除けば、代表者のなす法律行為の効

果は社団自体に帰属しており、このことは行為の相手方に対してのみならず第三者に対する関係でも認められる。[11] ただ法人格を有しないときは、社団自体の名で登記・登録をなし得ないため、権利取得の対抗要件をみたし得ない場合も生じ、登録が効力要件であるような権利については、社団の名において直接その権利を取得し得ないことになる以外には、[12] 両者の有する法主体性の間には私法上なんらの差異も認められない。[13] 従って、国が社団に法人格を賦与することの私法上の意義は、法主体性を有しない団体にあらたに法主体性を与えることにあるのではなくて、社団の有する対外的活動の面において不完全な法主体性を完全なものとなし、それにより社団の法主体としての存在を権威的に確定することにあるものと解される。[14] それ故、国が社団の法人格を否定する場合にも、社団としての存在を認める限り、その法主体性を完全に否定することはできない。[15]

このように考えると、法人格とは、所謂団体範囲をその構成員の個体範囲から独立せしめる法技術ではなくて、これはその団体の有する社団性によるものである。団体が法人格を取得するときは、その代表者は団体の債務についての人的責任を免れることができるという意味で、法人格とは、代表者の個体範囲を団体範囲から独立せしめる法技術であると云うことができよう。[16]

なお、組合にも法人格を賦与し得る旨を既に述べたが、[17] それは、団体がその他のすべての面において組合として組織され、組合的原理の支配する面の方がより大きいため、一般に組合と呼ばれていても、すくなくとも対外的活動形式の面においては社団として組織されている場合には、これに法人格を賦与し得るということである。[18] もし対外的活動形式の面において組合として組織されている場合には、その団体が対外的活動を行なうときは、各構成員が当事者となるから、これに法人格を賦与することは無意味である。

(1) 但し、例外的に、特殊な目的のために設立されるもので、登記を要せず（健康保険組合、国民健康保険組合等）、又は登記事項のうちに団体の資産に関する事項を含まないものもある（労働組合（労働組合法施行令三条）、弁護士会（弁護士法三四条二項）、農業共済組合（農業災害補償法五九条二項）等）。

(2) 昭和一三年における改正前の商法は、会社の設立は登記をしなければ第三者に対抗し得ないものとし（四五条）、また昭和二五年における改正前の商法は、外国会社が始めて日本に支店を設けたときはその登記をする迄は第三者はその会社の成立を否認することを得る旨を規定しているため（四八一条）、登記前に行為がなされた場合にその法律関係をいかに解すべきかが争われていた。しかし、相手方は、社団法人の存在は否定し得ても、法人格のない社団と法律行為をしていることは否定し得ず、その行為の効果は社団に帰属しているものと解すべきであり、この場合の問題は、次に述べるように、その行為について社団が責任を負うのみで足りるか否かの点に存するものと考える。

(3) 石田「権利能力無き社団」法律学辞典I六五九頁、兼子・前掲論文四六七頁、川島・前掲書二九〇頁、来栖・前掲論文二四二頁。

(4) O. v. Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit, S. 15. 法人格のない目的財産につき、兼子・前掲論文四六七頁。兼子博士は、この場合に、相手方は管理人の無権代理人に準じた責任と共に目的財産自体の責任をも追求し得るものとしているのか否かは不明であるが、もしこれを認めているのであれば、相手方は目的財産の法主体性を否定しつつ肯定するということになる。なお、前節六の註(5)（三五一頁）参照。

(5) 来栖・前掲論文二四二頁。

(6) ドイツにおいては、法人格のない社団の名で行為した者は連帯債務を負うものと一般に解されているが、ヌスバウムは、その責任を先訴の抗弁をしない保証類似のものとしている（Nußbaum, Beiträge zur Auslegung des § 54 Satz 2 BGB, Sächlisches Archiv für Bürgerliches Recht und Prozeß, Bd. X, S. 339 ff.）。

(7) 兼子博士は、法人格のない目的財産につき「其の財産の範囲が明示され若しくは相手方に於て之を知って居れば默示的な有限責任契約が存するものとして、管理人はその個人財産を以て其の債務を弁済する必要はないであろう」とする。前掲論文四六七頁。しかし註(4)で述べた場合と逆に、もし相手方が目的財産の法主体性を否認して管理人に無権代理人に準じた責任を追求するときは、目的財産自体の責任は追求し得ないものと解するのであれば、默示的な有限責任契約が認められることにより、相手方は極めて危険な地位に立つことになる。なお、相手方が社団の責任財産の範囲を知らず、また代表者がこれを示さない場合にも、法律行為をなすに当って、代表者は法人格のない社団の代表者としての本文のような責任を負わないものとする有限責任契約を個別的に締結す

ることは、勿論可能である。

(8) 法人格のない社団の代表者が負う責任はこのような性質のものであるから、その代表者の意味は次のように解すべきであろう。即ち、A社団・代表者B株式会社・代表取締役Cという場合には、責任を負うべき代表者はBである。もしBが法人格のない社団であっても、Bは同様に無限責任を負わなければならないが、この場合には、CもBの代表者として、更に無限責任を負わなければならない。A社団・代表者B・代理人Cの場合には、Bが無限責任を負うが、A社団・代理人Cの場合には、Cが無限責任を負わなければならない。

(9) 北沢教授は、このように考え得ないではないとする（前掲「設立中の会社」二四三頁註一七）。

(10) 昭和二十五年の改正前には、商法第四八一条は、外国会社が始めて日本に支店を設けたときは、その支店の所在地において登記をなす迄は、第三者はその会社の成立を否認することを得るものと規定した。この規定は、外国会社がわが国に支店を設けて広範囲に取引をなすときは、外国会社の組織及び資本状態がわからぬため、これと法律関係に入って損害を蒙るおそれのある第三者を保護するためのものである（大判昭和三・四・二七民集七巻五号三〇二頁、大隅「商法第四百八十一条に所謂外国会社の否認」論叢一九巻六号四五七頁）と共に、外国会社の登記を間接的に強制するためのもの（大判昭和一八・八・二四民集二二巻一八号八一一頁）とも解されていたが、第三者はいかなる場合に否認し得るか、また否認した場合における法律関係をいかに解すべきかが争われていた。改正法は、外国会社が日本に支店を設けたときに限らず、日本において取引を継続してなさんとするときは登記すべきものとして（四七九条二項）、登記すべき場合を合理化すると共に、登記前に日本において取引を継続してなすときは、取引をなした者はその取引について会社と連帯して責任を負うものと改正して（四八一条二項）、改正前のように登記する迄は第三者は会社の成立を否認し得るものとは規定していない（旧四八一条）。しかし改正法は、旧法における解釈上の争いを統一すると共に、外国会社が日本に支店を設けないで取引をしたときに生じる取扱上の不均衡な結果を排除せんとするものであって（鈴木―石井・改正株式会社法解説三五九頁）、第四八一条第二項の規定する行為者の責任は、改正法によってはじめて認められるものではなく、改正前においても、第三者は会社の法人格を否認し得ることにより、行為者は、法人格のない社団のために行為するものとして、同様の責任を負うものと解される。従って、改正法の第四八一条第二項は改正前の第四八一条のように取引の相手方は会社の法人格を否認し得ることを前提とし、その場合に行為者が当然負うべき責任を明定したものであって、その責任の性質は、法人格のない社団の代表者の責任と同一であり、相手方のために自己のなした行為につき会社と連帯してこれを保証すべき責任と解すべきである。なお、同項の「前項の規定に違反して取引を為したる者」とは、外国会社が登記前に日本で取引を継続してなす場合における取引をなした

行為者と読む外はない。従って、外国会社が日本で一時的に取引をなす場合には行為者は責任を負わないものとして、法人格のない社団の代表者の責任をそのかぎりで制限したものと解される。しかし立法論としては、登記すべき場合、及び登記を怠ったことにより罰則の適用を受ける関係では、継続取引を要件とすることは適当であろうが、行為者の私法上の責任の関係では継続取引を要件とすべきではなく、行為者は法人格のない社団のために行為する者として、一時的に取引をなした場合にも、相手方に会社の責任財産の範囲を示さない限り、同様の責任を負うものと規定すべきである。

外国法人が初めて日本に事務所を設けたときは、登記をするまでは、その外国法人の成立を否認し得る旨を定める民法第四九条第二項の規定も、同様に解すべきである。成立を否認し得るとは、その社団としての存在をも否定し、代表者の行為を代表者個人の行為と認めてその人の責任を追求し得る（我妻・前掲書一七三頁以下）と解すべきではなく、その社団の法人格を否認して、法人格のない社団自体の責任と共に、その代表者の責任をも追求し得る趣旨と解すべきであろう。

(11) 池原教授は、旧法において、支店の登記をせずに取引をしている外国会社XがAに書籍を売却し、後にその売買契約を解除したが、Xがその書籍の返還を受ける前に、YがAからBCを経てこれを買受け、かつこれを占有しているので、XがYに所有権にもとづき、その引渡を求めた事件の評釈において（判民昭和一八年度四九事件）、成立を否認せられた外国会社は所謂法人格なき社団に該当するもので、その名において権利を獲得享有し得、これを主張して訴を提起することを認めることが可能なのではなかろうかとする（二一四頁）。

(12) 前節三の註(7)、註(8)（三四五頁）参照。

(13) 来栖・前掲論文二四二頁。

(14) 本章第一節三前号二二三頁参照。

(15) Neubecker a. a. O., S. 38 f.

(16) 山本・前掲論文法協六三巻二号一四一頁参照。

(17) 本章第一節一前号二一六頁参照。

(18) 合名会社のように、活動形式は社団であるが、責任の態様は組合である団体の場合には、その責任財産は、団体財産のみならずその構成員の全財産に及ぶ。従って、かかる団体が法人格を取得するためには、その責任財産の範囲として、その構成員の範囲も公示されなければならない。もしこれを公示して法人格を取得しないときは、その代表者は法人格のない社団の代表者としての責任を負わなければならず、登記前のA合名会社・代理人Bというかたちで活動するときは、Bは社員でない場合にも、註(8)（前頁）

で述べたように、無限責任を負わなければならない。

第四節　設立中の会社の性質

一　設立中の会社の社団性　株式会社は、本店の所在地において設立登記をなすことにより成立するが、登記により無から突然に生じるものではないことは云うまでもなく、登記により法人格を賦与されて株式会社として完成する前に、既にその実体たる団体が形成されていなければならない。かかる団体は、定款の作成、発起人による株式引受、会社が設立に際して発行する株式総数の引受、出資の履行、募集設立の場合には創立総会の開催、取締役及び監査役の選任等の一連の手続、即ち設立経過のうちに発生し、次第に成長・発展して完成される。この設立経過中に、会社を設立して定款所定の事業により営利活動をなさんとする目的で多数の者が株式を引受け出資を履行するのであって、そこには共通の目的のために株式引受人を人的要素とし、その出資の約束乃至その履行として給付された財産を物的要素として組織された団体が存在する。これが成長して最後に設立登記をなすことにより株式会社として成立するのであって、それはまさに会社の前生（Vorleben）であり、両者は同一の団体であって、ただ発展段階における時期を異にするものにほかならない。(1) 従って、これに帰属する権利義務が成立した会社に帰属していることは当然のことであって、そこには権利義務の承継という観念の入る余地は全く存しない。かかる団体が設立中の会社である。

発起人が引受及び払込について担保責任を負い（商法一九二条）、また成立した会社に対して損害賠償責任を負うことは、（一九三条一項）、第一章において述べたように、発起人が既に右のような設立中の会社に対してかかる責任を潜在的に負担しているからであって、このことは設立中の会社が法律的に存在していることを前提とする。更に商法が創立総会に成

立後の会社の株主総会に関する規定の一部を準用し、また成立した会社の機関である取締役及び監査役が設立段階で既に選任され、且つ一定の行為をなすべきものとしていることも、設立中の会社の存在を認めていることにほかならない。従って、設立中の会社は、実定法上その存在を認められているものと解される。

この設立中の会社は、発起人が定款を作成し、かつ一株以上の株式を引受けたときに発生するのか、[2] 設立に際して発行する株式の総数について引受があったときか、[3] 募集設立の場合には創立総会の終結のとき（ドイツにおいては創立Errichtung について決議がなされたとき）かが問題となる。[4] 発起設立の場合と募集設立の場合とを統一的に論じようとすれば、募集設立の場合には、設立に際して発行する株式の総数について引受のあったときに設立中の会社が発生するものと解すべきことになろう。しかし団体は、共同の目的のために人的要素（構成員）と物的要素（出資）とを法律的に組織したときに生じるものと解されるから、その団体が有すべき両要素の全部が組織化されていなくても、その一部について組織化がなされれば、そのときに既にその団体の存在を認め得るものと考える。このことは設立中の会社の場合にも同様であって、設立に際して発行する株式総数について引受がなされなくても、発起人が定款を作成して一株以上の株式を引受ければ、設立中の会社の存在を認め得るものと考える。[5][6]

株式会社は、構成員の責任及び持分の態様、並びに結合形式、活動形式のすべての面において社団として組織されているから、その前身たる設立中の会社が組合として組織されており、登記により、突然、団体としての存在の同一性を保ちながらその組織を社団に変更するものと考えることはあまりにも擬制的であって、このような考えには賛成し得ず、設立中の会社は成立後の会社と同様に社団として組織されているものと考えるよりほかはない。[7] 募集設立の場合には、商法第一八〇条により、創立総会の決議に多数決の原則が採用され（二項）、社団たる成立後の会社における

株主総会に関する規定の一部が創立総会に準用されるが（三項）、このことは、商法が設立中の会社は社団として組織されているものであることを認めていることによるものと解される。[8] 発起設立の場合には、取締役及び監査役の選任に多数決の原則が採用され、その際の議決権に株主総会に関する第二四一条第一項の規定が準用されるのみで（一七〇条二項）、創立総会は存しないが、そのことから、発起設立の場合には、設立中の会社は、成立した会社と異なり、組合として組織されているものと解することはもとよりできない。

設立中の会社の活動形式を検討して見ると、商法の規定によれば、対内的には、株式引受人に対する払込請求は発起人によってなされ（一七七条一項）、構成員全員（Übernehmer und Zeichner）の名によってなされるのではなく、失権手続（一七九条）及び創立総会の招集（一八〇条一項）も同様である。対外的にも裁判所に対する検査役選任の申請は取締役（一七三条一項、発起設立の場合）又は発起人（一八一条一項、募集設立の場合）によってなされ、設立登記の申請も非訟事件手続法によれば取締役及び監査役の全員によってなされるのであって（一八七条一項）、これらはいずれも構成員全員の名によってなされるのではない。更に、設立中の会社は発起人により会社の設立に必要な範囲で取引活動をもなし得るが、これも構成員全員の名によってなされるのではない。従って、設立中の会社は、活動形式の面において、組合としてではなく、社団として組織されているものと解するよりほかはなく、これらの行為をなす発起人及び取締役は、それぞれ設立中の会社の機関として設立中の会社の名においてなすものと解すべきである。従って、発起設立の場合には構成員は全員が発起人であるために、これらの行為が発起人総代によってではなく発起人全員によってなされるときは、設立中の会社は構成員全員の名によって活動しているようにも見えるが、それは設立中の会社の機関としてその名において活動しているものと解すべきであって、[9] 発起人の有する機関としての地位と構成員としての地位とは区別しなければならない。

商法は設立中の会社の結合形式に関しては直接規定していないが、株式引受人(Zeichner)は通常は相互に知り合っておらず、いかなる場合にも相互にではなくて発起人との関係に入るのであるから、[10] 相互の間に契約的結合関係を擬制すべきではない。株式引受人は、株式引受によって他の株式引受人全員(Zeichner und Übernehmer)との契約関係に入るのではなくて、設立中の会社に入社し、これとの間の所謂社員関係に入るものと解すべきである。[11] 商法が、株式引受人に対する払込請求、失権手続及び創立総会の招集は発起人によってなされるものと規定しているのは、構成員がこのように社員関係によって結合していることを認めていることに基づくものである。発起設立の場合にも、また募集設立の場合に発起人以外の構成員(Zeichner)が生ずる以前にも、構成員(Übernehmer)の結合形式は同様に解すべきであって、構成員が株式引受によって取得する権利義務は設立中の会社に対するものである。[12] 次章第一節において述べるように、発起人相互の間には、会社の設立を共同の事業とする組合関係が認められるが、この所謂発起人組合は設立中の会社の外部における関係であって、発起人の有する発起人組合の組合員としての地位と、設立中の会社の構成員としての地位乃至機関としての地位とは区別して考えなければならない。

構成員の持分の態様に関しても商法は直接には規定していないが、設立中の会社においては構成員はその権利義務について直接物権的な持分を有するが、登記により会社が成立すれば、持分が突然に観念的な社員としての地位にかわるものとは考えられない。[13] 更に、商法の規定するように、株式引受人は創立総会における議決権を通して設立中の会社の意思決定に参与し得るのみで、設立事務の執行には関与し得ないから、設立中の会社は構成員の持分の態様の面においても社団として組織されているものと解するよりほかはない。商法第一九〇条の規定する株式の引受に因る権利とは、一般に、株式引受人、即ち設立中の会社の社員たる地位(会社成立前における株式)のことであると解さ

れているが、[14] それは社団における構成員の持分のことにほかならない。発起人が設立中の会社のためになす設立事務の執行は、組合におけるように所謂総手的行為 (Handlung zur gesamten Hand) ではなく、その執行権は次章第一節において述べるように、設立中の会社の執行機関として有するものであって、構成員の地位に伴うものではない。このことは発起設立の場合にも同様に解すべきであって、発起人の有する機関としての地位と構成員としての地位とは、この場合にも区別して考えなければならない。[15]

構成員の責任の態様を見れば、商法第二〇〇条第一項は、株主の責任は其の有する株式の引受価額を限度とする旨を規定しているが、株主の責任とは、設立登記が行なわれても未だ払込をなしていないような例外的な場合を除いて通常の場合には株式引受人としての責任であるから、株式引受人は、その引受けた株式の引受価額を限度とする有限責任を負うにとどまることは明らかである。現物出資の場合にも、出資の目的たる財産の全部を給付し、登記・登録を要する場合にはこれに協力する義務等を負うのみであることには異論がない。従って、設立中の会社の構成員は、設立中の会社に対して引受けた出資義務を履行すべき責任を負うのみであって、設立中の会社は、構成員の責任の態様の面においても社団として組織されていることは明らかである。[16]

構成員の多少に拘わらず、法により認められない場合を除いて、当事者が団体を任意に社団として組織することは可能であり、設立中の会社を組合として組織すべきものとする規定はまったく存しない。それのみならず、以上にみてきたように、設立中の会社はどの面においても社団として組織されているものと解される。従って、発起設立の場合にも、また、募集設立の場合に発起人以外の者が株式引受をなす以前にも、構成員の少ないことは設立中の会社を社団と解することの妨げとなることはまったくない。商法第一九〇条は構成員の交替を制限しているが、前述のよう

に、これは政策的考慮にもとづく制限であって、この点も、設立中の会社を社団と解することの妨げとなることはない。(17)

(1) Staub, a. a. O., § 200 Anm. 3, Homberger, a. a. O., S. 39.

(2) タッレは、株式会社の対外的存在は株式総数の引受の時から始まるよりほかないが、二人以上が一株でも引受ければ会社の中核が作られ、これには内部的法人格が認められるとする (Thaller, op. cit., n° 501)。ホムベルガーは、設立中の会社は、会社の創立 (Errichtung) 前、発起人が設立中の会社の機関として株式の割当をなすときに生じるものとする (Homberger, a. a. O., S. 24 f.)。

(3) J. v. Gierke, a. a. O., S. 242, Schreiber, a. a. O., S. 64, Dregger, a. a. O., S. 73. 同一性説をとらない者も、会社は、定款確定のときではなく、総株式の引受のときに創立されるとし (Baumbach-Hueck, a. a. O., § 22 Anm. 2, Godin-Wilhelmi, a. a. O., § 22 Anm. 7 u. 8)、更に、創立後は、会社は内部的には有効に存在しているものと解する者もある (Ring, a. a. O., S. 278, Petersen-Pechmann, a. a. O., S. 79)。

(4) 大隅・前掲論文二六頁以下参照。

(5) 大阪地判昭和三二・一二・二四下級民集八巻一二号二四五九頁。

(6) しかし更に云えば、現行法を離れて理論的には、発起人は定款を作成するのみで株式を引受けないということも考え得るが、(Lehmann, a. a. O., S. 317)、現行法では発起人は株式を引受けることを要するから、発起人の引受ける株式数は未定であり（もっとも、発起人組合員としては、通常は既にきまっているであろうが）、従って、人的・物的両要素の範囲は未確定ではあるが、発起人の定款作成により、団体の人的基礎が創造される (Lehmann, a. a. O., S. 324. もっともレーマンは、株式総数の引受により、会社は創立され、定款は効力を生じ得るものとしている。a. a. O., S. 349.) のみならず、その物的基礎も創造されることになり、法人格のない社団たる設立中の会社が発生すると考えることも可能ではないかと思う。田中博士は、「会社の胎児が発起人の定款作成によりて懐胎せられ、最初は極めて単純なる状態に於て存在し、後種々の法律の要求する経過を践みて漸次社団たる特色を具備するに至り、一転して権利能力なき社団となり」とするが（前掲論文四〇一頁）、発起人は定款の作成により設立中の会社の機関となるものとする（前掲論文三七六頁、前掲書二七〇頁）。

(7) O. v. Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 76, Lehmann, a. a. O., S. 317, Homberger, a. a. O., S. 21, Sachau, a. a. O., S. 446 u. 458. 田中・前掲論文三九五頁以下、大隅・前掲論文二八頁以下。

(8) Homberger, a. a. O., S. 20, 23 f. u. 30.

(9) 拙稿・前掲論文五六頁。

(10) Lehmann, a. a. O., S. 346.

(11) 田中・前掲論文三九九頁、同・前掲書二七〇頁。

(12) Homberger, a. a. O., S. 10.

(13) 既に述べたように（前号一九〇頁以下）、ドイツにおいては権利能力のない社団には組合に関する規定が適用されるため（ドイツ民法五四条）、設立中の会社を社団と解する場合にも、構成員は直接合有的に権利義務を取得することになる。しかし、さいわいにドイツと異なり、社団の本質に適合しない規定の存しないわが国においては、構成員は物権的持分を有せず、観念的持分を有するにとどまるものと解すべきであって、石田博士のように、設立中の会社の場合に、権利の帰属は合有であり、その団体は合有団体（Gemeinschaft zur gesamten Hand）であらねばならぬ（石田「設立経過中の株式会社に就いて」国民経済雑誌三三巻五号六八八頁以下）ものと解することはできない。但し、石田博士は、一般的には、権利能力のない社団における財産の所有型態は総有権であるとする（石田「権利能力なき社団」四八頁以下）。

(14) 田中・前掲書二七一頁、鈴木・前掲書六一頁、石井・前掲書一九一頁、石井等・前掲書四二五頁、大隅・前掲書二〇三頁等。

(15) 発起設立の場合における取締役及び監査役の選任に関する商法第一七〇条の規定は、発起人の構成員としての地位に関するものである（鈴木・前掲書四一頁、北沢・前掲論文二一七頁）。

(16) 既に述べたように（前号一九〇頁以下及び二〇〇頁）、設立中の会社を組合と解する者も、また、ドイツにおいて権利能力なき社団に組合に関する規定が適用されるため、設立中の会社を社団と解しながら、その権利義務はその構成員に合有的に帰属することになっても、構成員の有限責任は、一般に承認されている。

(17) 本稿前号一九〇頁・二一一頁及び本号三五〇頁参照。

二　設立中の会社の法主体性

設立中の会社は未だ法人格を有しないが、社団として組織されていることは実定法上も承認されているものと解されるから、それは法人格を有しないにも拘わらず法主体性を有する団体として組織されていることが、実定法上も承認されなければならない。従って、その執行機関が、その権限内で、設立中の会社

のためにする法律行為の効果は、所謂実質的と形式的とに区別されることなしに、直接設立中の会社自体に帰属する。従って、成立した会社は設立中の会社と発展段階における時期は異にするが同一の団体であるから、これらの権利義務が成立した会社の権利義務であることについては、所謂形式的帰属関係においても、なんら移転ないし承継の観念が入る余地は存せず、権利義務の帰属関係においては、設立登記により会社が法人として成立することに意義を認める考えには、[1]賛成し得ない。成立した会社の法主体性は、設立登記により法人格を取得することによって生じるのではなく、設立段階において既に有していた法主体性が、これによって、前節一において述べたような意味において、完全なものになると解すべきである、

このように設立中の会社は既に法主体性を有するものであるから、直接その名において権利義務を取得しうるのであって、ただ、既に述べたように、現行法においては自然人もしくは法人しか登記・登録をなし得ないため、登記・登録を対抗要件とする権利については、設立中の会社は対抗要件を充し得ないが、その権利が設立中の会社に帰属していることには変りない。[2][3] 設立中の会社がかかる権利を取得する場合には、発起人の名義で移転登記・登録をなしても、設立中の会社としてはその権利の取得を第三者に対抗し得ず、[4] それが効力要件の場合には、発起人の名義でなせば、名義人たる発起人が設立中の会社のためにその権利を信託的に取得し、設立中の会社はその発起人に対する信託関係上の権利を取得するのみで、その権利自体は取得し得ないものと解される。[5] 従って、設立段階において発起人の名義に登記・登録をなすことは、設立中の会社にとっては、その権利の譲渡人が登記簿・登録簿上の名義を冒用することを防止すること以外にはあまり意義を有しない。

商法第一七二条但書の規定により、現物出資の場合に、払込期日に発起人名義の対抗要件を具備し、成立後さらに

会社名義とする二重の手数を省略し、それにともなう負担の増加を避けることができるが、この規定は右のような見地から解釈すべきものと考える。従って、設立中の会社が具備し得る対抗要件をみたすための行為は払込期日になすべきであり、(6) 登記・登録のように具備し得ない対抗要件は、発起人名義で登記・登録をなすことを要せず、会社成立後会社名義でなせばよいが、この場合にも、出資者は権利証その他登記・登録に必要な書類を払込期日に交付すべきである。商法第一七二条但書は登録を効力要件とする権利については直接は触れていないが、このような権利についての移転登録も対抗要件の場合に準じて、払込期日には権利証その他登録に必要な書類を交付し、登録は会社成立後になせばたりるものと解する。(7)

(1) Staub, a. a. O., § 200 Anm. 14, Müller-Erzbach, a. a. O., S. 253, Silbernagel, a. a. O., S. 377, 田中・前掲論文三六八頁以下、同・前掲書二四八頁、鈴木・前掲書四二頁及び六一頁等。

(2) 本章第二節三三四三頁参照。例えば、甲会社発起人総代乙の名で銀行預金がなされれば、それは甲会社代表取締役乙の名でなされた場合と同様に、設立中の会社の名で銀行預金がなされたのであって、預金債権は設立中の会社自体に帰属している。大隅博士は「発起人……が設立中の会社の執行機関であるとするならば、発起人がその資格においてかつその権限内においてなした行為から生じる権利義務は、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ものといわなければならない。ただ権利能力なき社団は成法上人格をもたないから、その名義をもって、権利義務を保有し、また登記をなすことはできないから、法律上の形式としてはその代表者の名義をもって保有するほかはない。しかし、そのためにそれらの権利義務が名義人たる発起人の権利義務となるものでないことは、いうまでもない」とする（前掲論文一五頁）。法律上の形式としては代表者の名義をもって登記をなしても、そのためにその権利義務が名義人たる発起人の権利義務となるものでないことは、まさに、いうまでもない。しかし登記・登録を要しない権利義務については、代表者の名義をもって保有するのではなく、設立中の会社の名をもって保有するものと解すべきである。もっとも、大隅博士の所謂「名義」とは所謂形式的帰属主体をさすものと解されるから（大隅・前掲書一五八頁参照）、代表者の名義で登記がなされるときは、その権利義務は所謂形式的には代表者に帰属するものと解しているように思われる。しかし、登

記・登録を要する権利義務について代表者の名義で登記・登録が行なわれても、その権利義務は設立中の会社自体に所謂形式的にも帰属しており、これを「代表者の名義をもって保有する」のではない。

(3) 登録を効力要件とする権利については、本章第二節三の註(8)（三四五頁）参照。

(4) 本章第二節三の註(7)（三四五頁）参照。

(5) 本章第二節三の註(8)（三四五頁）参照。

(6) 例えば、指名債権譲渡における通知（民法四六七条）等。

(7) 大隅・前掲書一七八頁、伊沢・註解新会社法二六六頁。反対、石井・前掲書一八六頁、石井等・前掲書二八四頁、松田—鈴木・前掲書三九頁。

第三章　発起人の地位の二面性

第一節　発起人の地位

一　設立中の会社の機関　設立中の会社は社団として組織され、構成員は、募集設立の場合には、創立総会が開かれる段階になれば議決権を通して設立中の会社の意思決定に参与し得る。しかし、その業務である会社の設立事務については執行権を有しない。この会社の設立事務は発起人によって執行されるが、それは設立中の会社を成長・発展せしめ、これを会社として完成するための事務である。設立中の会社は会社として成立して営業を行なうことを目的とするものであるから、それは設立中の会社の事務であり、これを執行する発起人は設立中の会社の執行機関と解するよりほかはない。従って、発起人の地位をたんに個人法的に観念すべきでないことは勿論のこと、これを将来の会社の機関と解すべきでもない。設立中の会社は発起設立の場合にも社団として組織されているから、発起人が設立

中の会社の執行機関としての地位を有することは、募集設立の場合のみならず、発起設立の場合にも同様である。特に発起設立の場合には、構成員としての地位と執行機関としての地位と、さらに後に述べる発起人組合員（会社の設立企画者）としての地位とが、すべて同一人によって併有されているため、実際にはこれらの地位を区別することは困難な場合も生じるが、理論的には区別して考えなければならない。(1)

発起人は設立中の会社の執行機関として、株式引受人に対する払込の請求や創立総会の招集等のような内部的な設立事務についてのみならず、裁判所に対する検査役選任の申請や証券取引委員会に対する株式募集に関する届出等のような、これに附随する対外的設立事務、さらに、株式申込証の印刷や創立事務所の賃借等のような会社の設立に必要な対外的取引行為のごとく、会社の設立に必要な一切の行為について権限を有する。発起人がこれらの権限内の行為を発起人としてなすときは、設立中の会社の執行機関としてなすのであって、その事務処理としての事実行為は、設立中の会社の事務処理として認められ、その法律行為の効果は設立中の会社に帰属する。(2)

かかる見解に対しては、発起人と取引する者は発起人を相手とするのであって設立中の会社を相手とするのではなく、例えば、株式申込人は発起人の背後に設立中の会社のあることを知り、これに対して申込む意思を有するものと認めることはできず、むしろ設立者としての発起人を信頼し、これに対して申込を為すものと認めるべきであり、また目論見書等の印刷をなすものは成否未定の設立中の会社を相手として契約するものと考えることはできないとする反対説がある。(3) しかしながら、既に法人格のない社団の代表者がその代表者として行為する場合について一般的に論じたように、発起人乙が甲会社の発起人たることを示して行為するときに、甲会社の発起人たる表示をもって、単に乙が有する社会的な地位を示す肩書と解することはできず、それは乙が設立中の会社甲の発起人として、即ちその執行

機関として、甲のためにその行為をなすという代表関係を表示するものであり、従って、乙は甲に行為の効果が帰属するものとしてその行為をなしているのにほかならない。発起人が発起人としての資格を明示せずに対外的取引行為をなす場合には、相手方が発起人としてなすことを知り得ないためにその行為の効果が発起人個人に帰属する場合も生じるが（民法一〇〇条）、内部的及びこれに附属する対外的設立事務をなす場合には、発起人としての資格を明示しなくても、相手方（例えば、株式申込人、払込取扱銀行）は発起人としてなすことを当然知り得べきであるから、その行為の効果は常に設立中の会社に帰属するものと解される。

反対説が理由として主張するように、株式申込人は設立者としての発起人を信頼して申込むのであることは、これを認めなければならないが、この場合の株式申込人の信頼は、後述のように発起人が会社の設立企画者として負担する責任によって担保されることをもって足り、また、対外的取引行為の相手方が発起人を信頼する場合にも、その信頼は、法人格のない社団の代表者としての人的無限責任によって担保されることをもって足りるのであって、相手方が発起人を信頼して行為することから、発起人は個人として、即ちその行為の効果が発起人個人に帰属するものとしてなすものと解すべきではない。

このように、発起人は設立中の会社の執行機関としての地位を有することは、通説の認めるところであるが、更にわが国の多数説によれば、設立中の会社の執行機関は終始発起人であって、設立段階においては、取締役は監査役と同様に監督機関であると解されている。(4) しかしながら、取締役選任の段階においては、設立中の会社の人的・物的基礎は、成立後の会社の有すべき規模にまで既に成長しており、両者の団体的実体は同一である。取締役は、かかる団体の総意によって自主的に選任されるのであるから、監督機関としての地位を有する（商法一八四条）のみならず、執行機関

としての地位を有するものであって、設立中の会社の執行機関は、取締役の選任により、発起人から取締役に更替するものと解すべきである。(5)

かかる見解に対しては、発起人とことなり、取締役には、その権限の範囲のうち、開業準備行為についての制限がかせられないため、権限の濫用により設立中の会社の財産的基礎が害される事態の生じるおそれがあることを理由とする反対が主張されるかもしれない。しかし、権限濫用の危険は会社の成立の前後を問わず同様であり、かつ、取締役は、発起人と異なり、成立後の会社の場合と同様に、設立中の会社の総意によって自主的に選任されたものであるから、その権限の範囲が発起人と異なるのは自然であり、また、取締役の地位を会社の成立の前後により別様に解すべき理由はない。或いは、取締役を執行機関と解するときは、設立登記をなさずに営業を行なうおそれがあるという反対が主張されるかもしれない。しかし設立中の会社は、会社として成立して営業を行なうことを目的とするものであるから、その存在範囲たる権利能力を劃する目的は成立後の会社と同一であるが、その執行機関の権限が営業行為には及ばないことは、発起人のときも取締役のときも同様である。(6)

(1) 前章第四節三六三頁以下参照。

(2) 発起人が甲会社発起人乙として行為をなすときは、その相手方は、株式引受人の場合のみならず、その他の一般の第三者の場合にも、発起人乙が設立中の会社甲の執行機関として甲の名においてその行為をなすものとして、乙と行為するものと解すべきである。田中・前掲論三七三頁、西島・前掲論文一一八頁、大隅・前掲論文四六頁以下、拙稿・前掲論文五五頁以下。もっとも、田中博士は「将来設立せらるべき会社の為に」なすものとし、西島博士は「存在せざるが株式会社に対して為さるるものである」とする。

(3) 西本・株式会社発起人論二一一頁。

(4) 田中・前掲論文三八六頁以下、同・前掲書三九六頁、石井・前掲書一八七頁、石井等・前掲書二七七頁。

(5) Staub, a. a. O., § 190 Anm. 3. 大隅・前掲論文三三頁以下、同・前掲書一七九頁以下。
(6) 拙稿・前掲論文五八頁以下。

二　発起人組合

発起人は、設立中の会社の執行機関としての地位を有すると共に、発起人組合の組合員としての地位をも有することは、一般に認められている。発起人組合は、設立中の会社とは別に、その発生前から、会社の創立者・設立企画者たる発起人相互の間に認められるところの、会社の設立を目的とする民法上の組合であり、いかなる内容の定款を作成し、各発起人は幾株を引受け、設立中の会社としてなすべき設立事務をどのように分掌し、また発起人の負担する責任を発起人相互の間でどのように分担するか等のごとく、いかなる会社をどのように設立するかは発起人組合によって定められる。(1)

通説によれば、発起人とは定款に発起人として署名した者であり、発起人組合の構成員は、最初は発起人となるべき者、定款作成後は定款発起人として署名した者であって、定款作成後は発起人組合と発起人との人的範囲は一致するものと解されている。(2) これに対しては、発起人の概念を実質的に解して、会社の設立企画者を発起人とし、発起人組合も実質的な設立企画者によって構成されるとする見解もある。(3) しかし、設立中の会社の機関としての発起人とは定款に発起人として署名した者のみを云うものと解すべきであるが、発起人組合の構成員はこれに限らず、会社の設立企画者をすべて含むものと解する余地はある。(4) しかしその場合にも、定款に署名しないため設立中の会社の執行機関とならない設立企画者の地位は、まったく発起人組合の内部的なものであって、他の組合員との間には法律関係を有するが、発起人として設立中の会社の事務を執行し得ないのはもとよりのこと、内部的な求償関係は生じるが、対外的には直接発起人組合員としての責任を負うことも要しない。

発起人による定款の作成、株式の引受、設立事務の執行等は、一面においては、発起人が組合契約によって取得する権利義務の行使または履行としてなされるものであるが、もし発起人が発起人組合の定めたところと異なる内容の定款を作成したとしても、設立中の会社の定款としてはそれにより瑕疵をおびることはなく、また発起人が発起人組合の定めたところに違反して、約定の数の株式を引受けず、または設立中の会社の機関として約定に違反する設立事務の執行をなすときも、それにより組合契約上の債務不履行の問題を生じるのみであって、発起人組合は設立中の会社とは別個の、その外部に存するものである。しかし、発起人組合は、単なる発起人間の内部的な法律関係ではなく、対外的にも組合員の利益のために会社の設立という事業活動をなすことを目的とするものである。

設立中の会社は、法人格を有しないのみならず社団としてもまだ未完成なものであって、会社として成立する直前に至れば実体において会社と異なるところはないけれども、その発生当初においてはまだあってなきが如きものであり、それが徐々に成長して会社としての実体を完備するに至る。会社の設立中は、成立すべき会社の規模は一般に公示されていないのみならず、設立中の会社は果して当初に企画した規模にまで成長するか否か、更に会社の成否もまだ不明な状態にあり、しかもその組織は未完成である。このように設立中の会社の最も重要な特徴は未完成という点にあり、完成した社団と同様に考えることはできない。(5) その発生当初においては、まだ自主的に活動し成長して行くことはできず、殆んど発起人組合の活動によってささえられ、成長せしめられる。しかし成長するにつれて発起人組合の活動範囲は狭まり、取締役が選任される段階にまで至れば、設立中の会社の組織は完成し、それは完全に独立した自主的活動を営むようになり、発起人組合の活動する余地は殆んどなくなる。発起人組合は、会社が成立したとき、または会社の不成立が確定したときは、その目的たる事業の成功または成功の不能によって解散することになるが

（民法六八二条）、発起人組合の責任を履行して清算しなければならない。

発起人組合は、成立した会社の取締役会のように、設立中の会社の内部にある機関ではなく、設立中の会社の発生前から存在し、これを会社にまで発生・成長せしめることを目的とするものであって、設立中の会社の外部にある、それとは別個のものである。従って、発起人の有する機関としての地位と組合員としての地位とは理論上区別して考えなければならない。(5) しかしながら、機関の地位は常に組合員により組合契約上の権利義務の行使または履行としてしめられており、発起人組合は、前述のように、いかなる内容の定款を作成し、各々幾株を引受け、発起人組合の負担する責任を発起人相互の間でいかに分担するか等を決定するのみならず、いかにして会社を設立するか、即ち設立中の会社の執行機関として設立事務をいかに行なうか、また、それをいかに分掌するか等をも決定する。設立中の会社と発起人組合とはかかる密接不可分な関係にある。

(1) Lehmann, a. a. O., S. 322 ff. u. 350, Staub, a. a. O., § 186 Anm. 33 ff., Pinner, a. a. O., § 187 II 1, Lehmann-Ring, S. 24 f. §187 Nr. 2, Wieland, a. a. O., Bd. 2, S. 58, Schlegelberger-Quassowski, a. a. O., § 16 Anm. 34, § 34 Anm. 2, J. v. Gierke, a. a. O., S. 243 u. 249, Baumbach-Hueck, a. a. O., § 22 Anm. 2, Godin-Wilhelmi, a. a. O., § 22 Anm. 8 u. 9, Dregger, a. a. O., S. 74, Thaller, op. cit., n° 504. 松本・日本会社法論一一四頁、同「会社設立行為性質論」私法論文集九一七頁以下、同・商法判例批評録五一七頁以下、田中・前掲論文四〇〇頁以下、同・前掲書二四五頁以下、鈴木・前掲書四三頁、石井・前掲書一六三頁、石井等・前掲書一五七頁以下、大隅・前掲書一五五頁以下、松田・株式会社の基礎理論二四二頁以下及び二五六頁以下、同・新会社法概論八六頁、伊沢・前掲書一四頁以下及び二四八頁、西島・改正会社法二四六頁以下、北沢・前掲論文二一八頁、大判大正七・七・一〇民録二四輯一四八〇頁。但し、西島博士は「株式会社設立団体の本質――民事組合の併存否認――」（論叢二八巻一号一一六頁以下）においては、発起人組合（Vorgründungsvertrag）は一般的に存せず、存し得る場合にも、それは設立中の会社の前身であって、株式会社と同一性を有する社団であるとする（一二四頁以下）。

(2) 鈴木・前掲書四四頁、石井・前掲書一六三頁、石井等・前掲書一五七頁、大隅・前掲書一五五頁、松田・新会社法概論八一頁、

北沢・前掲論文二一八頁以下。

(3) 田中・前掲書二四四頁以下、大判昭和九・六・二五法学三巻一四六四頁。

(4) 石田「設立経過中の株式会社に就て」国民経済雑誌三三巻五号六七八頁。

(5) Schreiber, a. a. O., S. 64 f.

(6) これに反して、レーマンは、発起人の有する設立企画者としての地位を重視し、発起人はかかる地位において株式の割当をなし、株式引受人は後になって任意に割当を取消されない権利をかかる地位における発起人に対して取得するものとなす (Lehmann, a. a. O., S. 353 ff.)。松田博士は、両者を峻別すべきであるとするが、会社設立の萌芽は発起人組合によって生じ、その組合契約を書面に認めたものが定款であり、設立中の会社の機関たる地位における発起人間の内部関係は発起人組合の延長であり、発起人組合と設立中の会社との関係は、会社成立後における取締役会と会社との関係にほぼ該当するものと解する（新会社法概論八八頁、株式会社の基礎理論二四二頁、二五〇頁以下及び二五八頁）。

第二節　取引行為

一　設立中の会社の債務　発起人は、設立中の会社の執行機関として、会社設立のための法律要件的行為についてのみならず、会社の設立のために法律上・経済上必要な一切の行為について権限を有し、更に、開業準備行為、即ち、会社の成立を条件とする行為についても、変態設立事項として、定款への記載、裁判所の選任する検査役の検査等の厳重な要件を充すときは、これについても権限を有する。(1) 従って、発起人が設立中の会社の執行機関としてかかる権限内の取引行為を行なうときは、その効果は設立中の会社に帰属する。設立中の会社は法人格を有しないが、権利能力を有するものであるから、かかる取引行為の効果は設立中の会社自体に帰属し、発起人に信託的に帰属するものではなく、また実質的には設立中の会社に、形式的には発起人に帰属するものでもない。それ故、かかる取引行為によって生じる債権のみならず、債務も設立中の会社自体に帰属する。

設立中の会社の債権者は、設立中の会社を被告として訴訟を提起し（民訴法四六条）、設立中の会社が払込取扱銀行または信託会社に対して有する債権、現物出資の目的物、払込義務不履行の株式引受人に対する払込請求権、その他の設立中の会社の財産に対して強制執行をなすことができる。現物出資の目的物が登記・登録を要する権利である場合に、発起人の名義で登記・登録がなされていても、又は出資者がまだそのまま名義人となっていても、債権者はこれに対して強制執行をなすことができる。その場合に登記・登録が対抗要件であるときは、設立中の会社に対する債務名義に基づいてなされるが、効力要件のときは、その権利は設立中の会社のために名義人に信託的に帰属するものと解されるから、その名義人に対する債務名義が必要である。(2)

(1) 拙稿・前掲論文四九頁以下。

(2) 兼子・民事訴訟法体系一一一頁、同・条解民事訴訟法I一一五頁以下参照。

二　発起人組合の責任

発起人の執行機関としての権限内の行為により、設立中の会社は債務を負担するが、設立中の会社は登記により法人格を取得しておらず、その責任財産が一般に公示されていないから、行為をなした発起人は、法人格のない社団の代表者として、社団の債務につき社団と連帯してこれを保証すべき責任を負わなければならない。かかる責任は、ドイツにおいては、法人格のない社団につき民法第五四条により一般的に規定し、株式法第三四条第一項（商法二〇〇条一項、旧商法二一一条二項）は設立中の会社についてこれを規定している。(1) わが国においてはかかる一般的な規定はないが、会社の成否如何にかかわらず、設立中の会社のために行為をした発起人は、設立中の会社の債務につき連帯保証責任を負うべきものと解される。

そこで、かかる責任を負うべき者は行為をした発起人に限られるか否かを検討してみよう。ドイツにおいては、民

法第五四条も株式法第三四条第一項も共に行為者の責任として規定している。しかし民法第五四条の場合には、責任を負うべき行為者とは自ら直接行為した者と狭く解されているが[2]、設立中の会社の場合には、行為者とは一般に広く解され、直接行為自体に携わった者にかぎらず、行為がなされる以前にこれに同意した者も含み[3]、更には、一部の発起人の行なうにまかせた他の発起人も含むものと解するに至っている[4]。従って、多くの場合には結局発起人全員が責任を負うこととなろうが、反対した発起人には及び得ない。

しかしながら、設立中の会社は、法人格を有しないのみならず、法人格のない社団としても未完成な生成途上のものであるため、発起人組合と密接な関係にあり、従って、設立中の会社の機関として行なう発起人の行為の効果はこれに帰属するが、それは同時に発起人組合の業務執行でもあることを否定し得ない。それ故、発起人が法人格のない社団のために行為する者として負う責任は同時にまた発起人組合の責任となり、従って、当然発起人全員が責任を負わなければならない。発起人組合が多数決で決定した以上は、その行為に反対した発起人もこの責任を免れることはできない。発起人を通して設立中の会社と取引をする相手方は、直接行為に携わる発起人よりも、会社の設立企画者たる発起人がいかなる人々であるかを信用するものであろう。

(1) かかる責任の性質については、(1) 設立中の会社の存在を認めないため、本人が存在しないために生じる無権代理人に準じた責任と解する立場 (Wiener, a. a. O., S. 51 f., Petersen-Pechmann, a. a. O., S. 80 f., Ring, a. a. O., S. 281 f., Renaud, a. a. O., S. 390 ff., O. v. Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 86 f., Derselbe, Vereine ohne Rechtsfähigkeit, S. 15. 但し、ヴィーナーは(4)を考慮し、リンクは(2)を加味している。)

(2) 登記前に営業を行なうことを阻止するための商事政策的刑罰的規定と解し、行為の相手方がまだ登記されていないことを知っていても行為者の責任は生じるが、その行為が会社の追認を条件とするときは責任は生じないとする立場 (Pinner, a. a. O., § 200

III 1 u. 2 d, S. 63 f., Lehmann-Ring, a. a. O., § 200 Nr. 2, S. 46, Homberger, a. a. O., S. 35, Gadow-Heinichen, a. a. O., § 34 Anm. 6, Brodmann, a. a. O., § 200 2 b, Staub, a. a. O., § 200 Anm. 9ff. 但し、ガドーハイニッヘンは(3)を加味し、ホムベルガーは、設立中の会社の名において行為するときは民法第五四条の責任が生じ、商法第二〇〇条第一項は将来の会社の名で行為する場合の責任であるとして区別する。)

(3) 発起人は一般的に取引行為については権限を有しないことによる無権代理人の責任であるが、相手方が会社の未成立を知っている場合にもこの責任を負わねばならぬと解し、定款に確定された発起人の権限内の行為については、会社の成立により会社に義務が帰属すれば行為者は責任を免かれるとする立場 (Schlegelberger-Quassowski, a. a. O., § 34 Anm. 6-8, Baumbach-Hueck, a. a. O., § 34 Anm. 2.)

(4) 設立中の会社においては、責任を負うべき社団財産の存在は登記がなされる前にはまだ保証されていないために生じる、相手方保護のための責任と解する立場 (Dregger, a. a. O., S. 33 f. 56 f. 103 f., u. 105 ff., Vgl. Staudinger, a. a. O., § 54 Bem. 47.) 等に分れて争われている。

(2) Staudinger, a. a. O., § 54 Bem. 41, Enneccerus-Nipperdey, a. a. O., S. 705.

(3) Gadow-Heinichen, a. a. O., § 34 Anm. 13, Staub, a. a. O., § 200 Anm. 13.

(4) J. v. Gierke, a. a. O., S. 251, Staub, a. a. O., § 200 Anm. 13.

第三節　株　式　引　受

一　入社契約　株式引受の性質については、かつては個人法的立場から契約と解していたが、これに対しては、団体法的立場から、一方的行為であって、会社設立はかかる一方的行為の共同する合同行為によるものであると主張されるようになった。[1] しかしながら、株式引受を契約と解しても、それは共同の目的のためになされるものであり、これを一方的行為乃至合同行為と解しても会社を設立せんとする当事者の意思の合致が必要なのであるから、株式引受をもっていずれの種類の法律行為であるかを論じても、それだけでは株式引受の本質を明らかにすることはできな

い。[2] そのため、団体法的立場をとりながら、株式引受を契約とする者もいる。[3] ギールケは、既に述べたように、株式引受は一方的行為としての面と契約としての面とを併有するものとして、株式引受とは、将来の会社という第三者のためにする契約であると共に、その社員となる行為であるとする両性説を主張する。[4]

わが国においても、松本博士は契約単独行為併立説を主張する。即ち、株式の申込は一方においては会社設立のためにする単独行為を包含し、株式引受人が会社に対して義務を負い、会社の社員たる地位を取得するのはこの単独行為の効果である。発起人が定款の作成によって表示した一方的意思表示、及び発起人が株式の引受と共に、又は株式申込人が株式の申込と共になした一方的意思表示が綜合されて、単一なる会社設立行為を構成し、株式会社の設立も一個の共合的単独行為たる性質を有するものである。しかし、この主たる設立行為に附属して、会社の設立を目的とする発起人相互間又は発起人と各株式引受人との間の数個の従たる契約が必然的に存在すべきであって、株式引受は発起人に対する契約の申込を包含し、発起人が株式の割当によりこれを承諾したときは、申込人と発起人との間には会社の設立を目的とする一種の契約を生じ、申込人はこれにより株式引受人となる、と主張する。[5]

しかしわが国においては、発起人の株式引受 (Übernahme) は一方的行為であって、これの共同により設立中の会社が生ぜしめられるが、株式申込人の株式引受 (Zeichnung) は、かくして生じた設立中の会社の執行機関たる発起人を通して行なわれる、株式申込人の設立中の会社への入社契約という団体法上特殊な契約であって、これにより設立中の会社は成長・発展して会社としての実体を備えるに至るものと解する入社契約説が田中博士によって主張され、現在通説となっている。[6] 私も株式引受が一面においてかかる性質を有するものと解することに異論はない。株式引受の有する団体法上の問題は、まさにかかる入社契約説によって解決さるべきである。

しかしながら、株式引受は、団体法上の入社契約としての面と共に、個人法上の取引行為としての面をも有することを認めるべきである。しかし、かかる二面性は、ギールケ及び松本博士の主張とは異なる問題である。ギールケ及び松本博士の主張する株式引受の二面性は、会社を設立してその構成員となり、株式引受人に対する権利義務が会社に帰属する関係を説明するためのものであって、両面共に団体法上の問題であり、株式引受に取引行為としての性質を認めたものではない。従って、かかる二面性を綜合的に把握したのが入社契約説と云えよう。

(1) O. v. Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 132 ff., Lehmann, a. a. O., S. 324, 334, 345, 348 ff. u. 352 f., Silbernagel, a. a. O., S. 134 f., Homberger, a. a. O., S. 13., Escarra, op. cit., n° 533.

(2) Müller-Erzbach, a. a. O., S. 248 f.

(3) Müller-Erzbach, a. a. O., S. 254, Schlegelberger-Quassowski, a. a. O., § 2 Anm. 7 u. 8.

(4) 第一章第二節一(1)、前号一八六頁。

(5) 松本「会社設立行為性質論」私法論文集九二九頁以下及び九三五頁。

(6) 田中・前掲論文三九〇頁、同・前掲書二六一頁及び二七〇頁、鈴木・前掲書四一頁及び五六頁、石井・前掲書一八二頁、石井等・前掲書三三一頁以下、大隅・前掲論文二七頁、同・前掲書一九〇頁、小町谷・前掲書二一八頁以下、伊沢・前掲書二七九頁以下、北沢・前掲論文二一七頁。

二　請負的契約　設立中の会社の構成員となる者（Übernehmer u. Zeichner）は、実際には稀薄な意味においてにせよ、共同企業者としての地位にあり、対外的に共同の利益を追求するものであって、設立中の会社の債権者に対してはその利害関係は対立するが、相互の間では利害関係を共通にすると云えよう。設立中の会社の構成員たる発起人（Übernehmer）と株式引受人（Zeichner）との間に、またはそれぞれ相互の間において実際には利害の対立があっても、それは理論上当然に認められるような本質的なものではない。これに反して、企業の創造者として会社の設立を企画

する発起人に対しては、募集に応じて株式を引受ける者(Zeichner)はこれと対立する利害関係に立つ。[1] 発起人が会社を設立するのは、自己の利益のためになすものである。[2]

この点において、株式引受の性質について、リペールの次のごとき主張が注目される。即ち、彼によれば、引受人は株式引受により設立中の会社に加入するものであるが、他面、発起人は引受人に対して会社を瑕疵なく設立すべき義務を負う。この点、発起人は自己の利益のために活動するものであって、株式の引受をなさしめることにより、引受人に対して会社を設立することを約し、あたかも請負人のごとき地位にたつものであると。[3] 発起人は自己の危険において会社を設立すべきものであって、[4] 株式引受は、利害の対立しない団体法上の入社契約としての面を有すると共に、同時に利害の対立する個人法上の請負契約的な取引行為としての面をも有するものと解すべきである。かかる意味において、株式引受の二面性を理解しなければならない。

発起人組合は、既に述べたように、会社の設立という事業活動をなすものであり、募集設立の場合には、他人たる株式引受人の資金を集め、これを自己の資金と合して会社を設立し、これによって利益を収めることを共同の事業とするものであって、株式引受人との利害は本質的に対立する。発起人組合は、創立総会において別段の決議がなされない限り、株式申込証に記載されたごとき内容を有する会社を自己の危険において設立することを請負い、設立に失敗したときは、それまでに要した設立費用は自己が負担して、払込金の全額を株式引受人に支払い、これにより引受人に損害を蒙らせないものとして、株式の申込を勧誘する。株式引受人は発起人を信頼し、その勧誘に応じて株式の申込をなし、発起人組合は株式の割当によりこれを承諾する。かかる請負的契約が、明示的にではないが、通常なされているものと解すべきである。

(1) Lehmann, a. a. O., S. 346, Dregger, aa. O., S. 34.
(2) Escarra, op. cit., nº 534.
(3) Ripert, op. cit, nº' 931 et 953.
(4) Ripert, op. cit., nº 928, Wrieland, a. a. O., S. 74.

第四章　会社不成立の場合における発起人の責任

第一節　会社不成立の意義

一　設立中の会社の解散　設立中の会社は、会社として成立して営業を行なうことを目的とするものであるから、会社が不成立に終ればその目的を達成することは不能であって、もはやその存在意義を有しない。しかし設立中の会社は、法人格は有しないが、権利能力を有する団体であるから、その執行機関たる発起人がその権限の範囲内で設立中の会社のためになした法律行為の効果は設立中の会社自体に直接帰属している。株式引受人のなす出資は設立中の会社の財産であり、発起人のなす権限の範囲内の取引行為により生じる設立中の会社の債権者に対する権利義務も設立中の会社の権利義務であり、更に、設立中の会社は発起人又は使用人の不法行為について損害賠償責任を負担している。このように設立中の会社は既に権利義務を有する団体として存在し活動しているのであるから、会社の不成立によりその存在意義を失うときは、解散することとなるのであって、遡及的に存在しなかったものとして、権利義務は発起人個人に帰属しているものと擬制することはできない。

会社が不成立に終る場合とは、法律上はもとより、事実上も会社が不成立に確定した場合をいう。何時不成立に確

定するかは、創立総会で設立廃止を決議する場合を除いては明確でない。払込期日に設立に際して発行する株式総数について払込または現物出資の給付がなくても、会社が不成立に終るか成立するかは未だわからないのはもとよりのこと、株式申込証に記載された株式申込を取消しうべき時期までに創立総会が終結しなかったというだけでは、会社の不成立が確定したものとはいえない。(1) このように会社の設立が延引し、何時不成立に確定するかの見込がたちがたい場合には、取引の信義に従い、特に発起人が果して継続して会社の設立に従事したか否かの客観的事実を考慮して、設立の挫折の有無を判断するよりほかはない。(2) 従って、会社の不成立が確定する時期は、結局、不明確になることを免れない。それ故、もし不成立により設立中の会社は遡及的に存在しなかったことになり、設立中の会社の権利義務は発起人個人に帰属することになるものと解すれば、特に設立中の会社の債権者に対する関係で、法律関係は極めて不明確なものとなろう。

(1) 松田・前掲書一一五頁、松田—鈴木・前掲書八四頁。

(2) 田中・前掲論文四九五頁以下、石井等・前掲書四七九頁、北沢・前掲論文二三三頁。

二　設立中の会社の清算　　設立中の会社の構成員たる株式引受人(Übernehmer u. Zeichner)は、会社成立の場合には株主として利益に与るものであるから、会社不成立の場合にも、設立中の会社の債権者に対する関係では共同企業者として当然危険を負担すべきであり、債権者は設立中の会社の財産に対して株式引受人よりも優先的な地位に立つべきである。従って、会社不成立の確定により設立中の会社が解散するときは、その執行機関たる発起人は清算人となり、設立中の会社の債権を取立て、債務を弁済し、しかる後に残余財産を株式引受人に対してその引受けた株式数に応じて分配しなければならない。取締役が選任された後に会社が不成立となった場合には、取締役が清算人とな

り、代表取締役が代表清算人として清算事務を執行する。設立中の会社が支払不能の場合（破産法二六条）のみならず、債務超過の場合にも、既に述べたように破産法第一二七条第一項を類推適用して、[1] 債権者及び債務者たる設立中の会社は破産の申立をなすことができるが（同法一三二条）、同法第一三三条を類推適用して、清算人も破産の申立をなすことができる。

清算人の弁済すべき設立中の会社の債務には、発起人（取締役選任後は代表取締役）が執行機関としてその権限内でなす対外的取引行為によって生じた債務のみならず、発起人又は使用人の不法行為により設立中の会社が負担すべき損害賠償責任もこの中に入る。株式申込証拠金を支払った株式申込人が株式の割当てを受けていないときは、株式引受人になっておらず、まだ第三者的地位にあるから、その他の債権者と同順位で証拠金返還債務の履行を求めることができる。株式引受人が錯誤若しくは株式申込証の要件の欠缺を理由としてその引受の無効を主張し、又は詐欺、脅迫若しくは無能力を理由としてその引受を取消した場合には、株式の引受がなかったことになるから、株式引受人は第三者的地位にもどり、その他の債権者と同順位で払込金の返還を請求しうる。会社の不成立により設立中の会社が解散する以前に、株式申込証記載の日までに創立総会が終結しないために株式の申込を取消した者の場合には、前述の取消と異なり、株式の引受がなかったこととなるのではなくて、株式引受人は取消のときに設立中の会社より退社するものと解すべきである。従って、株式引受人は、退社の際の持分の払戻を設立中の会社より受けることとなり、退社の際に設立中の会社が既に債務を負っているときは、その払戻金は払込金より下廻ることとなる。しかし、退社後に会社の設立手続が続行され、結局不成立のため解散する場合には、第三者として払戻金の支払を請求することができる。

設立中の会社の積極財産には、払込取扱銀行又は信託会社に対する払込金の支払請求権のほか、出資義務不履行の株

式引受人に対する払込請求権もこれに属する。株式引受人は会社の不成立により当然に既に生じた義務を免れうるものではなく、債権者は設立中の会社のかかる債権に対しても強制執行をなしうるが、発起人組合は設立中の会社の債務について法人格のない社団の代表者としての責任を負うと共に、株式引受人(Zeichner)に対しては、会社不成立の場合に払込金の全額を支払うべき責任を負い、発起人は株式引受人に対するこの責任を履行する限度において、株式引受人の有する設立中の会社に対する権利を代位しうるものであるから、発起人が設立中の会社の債権者に対する責任をすべて履行し得るかぎり、実際には、出資義務不履行の株式引受人は、結局、一旦出資義務を履行してから残余財産の分配をあらためて受けるという二重の手続きをとることを要しないことになる。

そのほか、発起人の会社に対する任務懈怠による損害賠償責任を規定する商法第一九三条第一項は、直接には会社が成立した場合の規定と解されるが、発起人の負担するかかる責任は会社の設立中に既に生じているものであるから、会社不成立の場合にも本条を類推適用して、設立中の会社は発起人に対して損害賠償債権を有する。会社成立前に取締役が設立中の会社の執行機関として任務を懈怠し損害を生ぜしめた場合にも同様である。発起人、取締役又は使用人の不法行為につき、設立中の会社が損害賠償をなしたときは、設立中の会社はその不法行為者に対して求償権を有する。しかし発起人は、設立中の会社の債務について責任を負うと共に、会社不成立の場合には株式引受人に対して払込金の全額を支払うべき責任を負い、この責任を履行する限度で株式引受人の有する設立中の会社に対する権利を代位しうるから、発起人がこの責任を履行すれば、実際には、任務懈怠行為又は不法行為を行なった者に対する設立中の会社のかかる債権を取立てて、残余財産として分配することを要せず、責任を履行した発起人との間の関係において処理されることになる。

残余財産として株式引受人の払込金額の総額及び現物出資の目的物が現存しているときは、現物出資者に各自の目的物を残余財産の分配として与えることが、当事者の意思に合致した妥当な分配方法であろう。しかし残余財産が減少しているときは、目的物をそのまま与え得ないことになるが、現行法は現物出資をなし得る者を発起人に限っているから（商法一六八条二項）、発起人は、会社不成立の場合に株式引受人に対して負担する払込金の全額を支払うべき責任を履行するときは、出資した目的物を取得することができる。

(1) 第二章第二節二註(8)（三四一頁）参照。

第二節　設立中の会社の債権者に対する責任

一　責任の性質　商法第一九四条第一項は、会社不成立の場合に発起人が負担すべき設立中の会社の債権者に対する責任と、株式引受人に対する責任との両者を併せて規定したものである。

設立中の会社の債権者に対する責任は、既に述べたように、発起人が法人格のない社団たる設立中の会社のために行為をする者として、債権者の利益を保護するために、会社の成否如何にかかわらず当然負担すべきところの、設立中の会社と連帯してその債務を保証すべき責任である。従って、この規定から、発起人の責任は会社不成立の場合に限られるものと解すべきではない。

会社不成立の確定により設立中の会社が清算段階に入ったときはもとよりのこと、会社の成否未定の間にも、また会社が成立した場合にも同様の責任が生じ、ドイツ法の如き特別な規定（株式法三四条二項）のないときは、債権者の同意がないかぎり、発起人はその責任を免かれることはできない。発起人がこの責任を履行したときは、会社が成立する場合に

は、定款への記載、検査等のなされた設立費用の範囲内で、会社に対して求償し得る。

二　責任の主体及び態様　商法第一九四条第一項の規定の文言は、行為をした発起人のみならず、発起人全員の責任を定めたものとも読めるが、この点は、既に述べたように、設立中の会社は、法人格を有しないのみならず、法人格のない社団としても未完成なものであって発起人組合と密接な関係にあるため、法人格のない社団のために行為する者として負う責任が結局発起人組合の責任となることから、発起人組合が多数決で決定したときは、その行為に反対した発起人もこの責任を免れることはできず、結局、発起人全員が当然責任を負うべきこととなるのであって、かかる当然のことを規定したものにすぎないと考える。従って、設立中の会社の債権者は、設立中の会社の財産と発起人全員の個人財産とのいずれからでも、弁済を受け得ることになる。

会社の設立企画者であっても、定款に発起人として署名しなかった者は、発起人との内部的な求償関係の問題は生じ得ても、設立中の会社の債権者に対する責任を負うことはない。これに反して、株式申込証、株式募集の広告、その他株式募集に関する文書に設立賛助者として、氏名の記載されることを承諾した所謂擬似発起人は、会社の設立企画者ではなく、定款に発起人として署名もしていないが、発起人と同一の右のごとき責任を負わなければならない（商法一九八条）。けだし、かかる記載は直接取引の相手方に対する関係でなされるものではないが、相手方は設立中の会社と取引するにさいして、日頃発起人の如き外観を有している者全員の資力を信頼して取引するものだからである。

発起人全員が当然負担すべきかかる責任は、民法上の組合たる発起人組合の責任であるため、民法第六七五条により各発起人の分担責任となるのは、発起人の内部的な求償関係と異なり、妥当でない。民法の組合に関する一般原則としても分担責任は実質的に妥当でないと思うが、特に発起人組合の負担すべきかかる責任は、発起人全員の資力を

もって設立中の会社の債権者の利益を保護するためのものであって、これにより会社設立のための諸活動が円滑かつ容易になり、更に発起人相互の間には密接な共同関係が存するのであるから、発起人全員はこの責任を連帯して負担することが妥当であって、かかる連帯責任は発起人の意思解釈の問題としても認め得ないことはない。(1) 商法第一九四条第一項は、この点につき、発起人の責任を連帯と明らかに規定したことに意義がある。

取締役選任後は、取締役が設立中の会社の執行機関となるが、これについても、法人格のない社団たる設立中の会社のために行為するものとして、発起人と同様の責任が生じるが、この場合には取締役全員が当然に責任を負うことにはならない。この段階においては、設立中の会社の実体は既に完成しているから、行為をした取締役及びその行為に同意した取締役のみが責任を負う。

(1) 鈴木・判民昭和一一年度二八事件評釈、石井等・前掲書二四六頁、北沢・前掲論文二二一頁註(一二)。なお、かかる連帯性は、設立中の会社の前身であり、その本来の目的は成立した会社と同じであって、団体の性質乃至色彩は成立の前後によって異ならないから、設立中の会社にも商人性を認め（実方・前掲書一七二頁、北沢・前掲論文二一五頁註(七)）、その対外的取引行為は附属的商行為に入り得るものと解して、商法第五一一条第二項によって基礎づけることも可能なのではなかろうかと考える。

三　責任の範囲

この責任は、発起人が設立中の会社のために行なう取引行為につき、その債権者に対し、設立中の会社の債務について負担すべき責任であるから、その行為が発起人の権限外であるときは、無権代理一般の問題となる。但し、発起人が、発起人組合の決定に基づいて、設立中の会社の執行機関として権限を有しない行為をなしたときは、発起人全員が責任を負うものと解すべきであろう。

一般の法人格なき社団の場合には、責任財産が公示されていないことに基づく責任の性質上、構成員が第三者として取引するときは、社団のために行為する者の責任は生じないが、既に述べたように、設立中の会社は法人格のない

社団としても未完成な生成途上のものであるから、株式引受人が第三者として取引をなすときも、発起人は同様に責任を負わなければならない。但し、発起人の責任を免除する旨の特約は有効である。しかし取締役選任後に、株式引受人が第三者として設立中の会社と取引するときは、設立中の会社の実体は既に完成しているから、取締役の責任は生じない。

発起人が開業準備行為、即ち会社の成立を条件とする行為を行なうときは、これにつき定款への記載、検査等の要件を充して権限を有する場合にも、会社が不成立になればその行為は効力を生じないから、発起人の責任も生じないことになる。取締役は一般に開業準備行為について権限を有するものと解するが、会社不成立の場合には、取締役の責任も同様である。

第三節　株式引受人に対する責任

一　責任の性質　株式引受人に対する責任は、既に述べたように、株式引受により引受人と発起人組合との間になされる請負的契約の内容として、発起人組合が株式申込証に記載されたごとき会社の設立に失敗した場合に株式引受人に対して当然負担すべき責任を規定したものである。従って、会社が負担すべき設立費用が定款に記載されていても、発起人組合は払込金の全額を株式引受人に支払わなければならず、商法第一九四条第二項は、かかる当然のことを規定したものである。株式引受人が発起人に対して有するかかる権利は、その他の債権者と同順位で行使し得るものである。従って、会社不成立の場合には、株式引受人は、設立中の会社から残余財産の分配を受ける権利と、発起人組合から払込金全額の支払を受ける右の権利との、いずれでも行使することができ、発起人組合は、これを履行

すれば、その範囲で株式引受人に代位してその残余財産分配請求権を行使し得ることになる。

発起人組合が株式引受人に対して負担すべき右のごとき責任は、株式引受の有する請負的契約としての面から生じるものであるから、その責任の性質上、会社の設立企画に当って見通しを誤ったために経済情勢の変化により設立を断念せざるを得ないような場合はもとより、発起人に過失がない場合にも、発起人組合はこの責任を負わなければならないが、株式引受人が正当な理由なしに設立廃止決議をなし、発起人の賛成投票を除いてもこれが成立する場合のように、会社不成立の原因がもっぱら株式引受人の側にあるときは、発起人組合はこの責任を負うことを要せず、商法第一九四条は適用ないものと解する。従ってこの場合には、発起人は、定款への記載及び検査役の検査のなされた設立費用の範囲内で、設立中の会社に対して設立費用を求償することができ、又は設立中の会社の財産より既に支払われているときは、これを補償することを要せず、株式引受人は残余財産の分配に与り得るにすぎない。設立廃止決議がなされる迄に、変能設立事項の検査が行なわれていない場合には、決議後検査役の選任を請求すべきものと解する。取締役選任後、会社不成立の原因がもっぱら取締役に存するときも、同様である。なお、この責任の排除は特約によってなすことができるが、株式申込証への記載等のような機械的な方法により附合契約的になすことはできず、個別的な契約によることを要するものと考える。(1)

従って、発起人がかかる責任を負わない場合には、又は責任を負っているにもかかわらず、これを履行するにたる充分な資力を有しない場合には、結局、株式引受人は、会社の設立に伴う危険を負担し、債権者が設立中の会社の財産より優先弁済を受けた後に、その残余財産の分配を受け得るにすぎないこととなる。なお、発起人がかかる責任を負う場合には、株式引受人の保護をあつくするために、商法第一九四条第二項は、既に述べたように当然のことを規

定したものであると共に、発起人は設立中の会社の債権者としても、会社不成立の場合には設立中の会社に対して債務の履行を求め得ない旨をも規定したものであって、この点に意義があると考える。

(1) 田中・前掲論文五〇八頁、石井等・前掲書四八五頁参照。

二　責任の主体及び態様　　株式引受人に対する発起人のかかる責任は、発起人組合の責任であって、発起人全員が負担することを要する。しかし株式引受人は、株式申込証等の文書に現われる発起人の如き外観を有している者全員を信用し、勧誘に応じて請負的契約としての面を有する株式の申込をなすのであるから擬似発起人も同一の責任を負わなければならない。定款に発起人として署名せず、株式申込証等にも名前を連ねていない者は、会社の設立企画に携わっていても、内部的な求償関係の問題は生じ得ても、株式引受人に対する責任を負うことは要しない。

株式引受人に対して負担すべき発起人組合のかかる責任は、発起人全員の資力をもって株式引受人の利益を保護するためのものであって、設立中の会社の債権者に対する責任の場合と同様に、発起人全員が連帯してこの責任を負担することが妥当である。それ故、商法第一九四条第一項は、この場合にも、発起人の連帯責任を明らかにしたことに意義がある。

三　責任の範囲　　この責任は、発起人組合が、株式引受人に対して、自己の危険において株式申込証に記載されたごとき会社の設立を請負うことに基づくものであるから、発起人組合は、会社不成立の場合に株式引受人に対して払込金の全額を支払うべき責任を負担するのみならず、株式申込証に記載された時までに創立総会が終結しないため、株式引受人が株式の申込を取消し、設立中の会社より退社するときは、その後会社が成立しても、発起人組合はその株式引受人に対しては、約束のときまでに請負的契約を履行し得なかったものとして、不成立の場合と同様の責任を

負わなければならないものと解する。この場合には、その株式引受人は、設立中の会社から、取消をなした時における持分の払戻を受ける権利と、発起人組合から払込金全額の支払を受ける権利との、いずれでも行使することができ、発起人組合がその責任を履行すれば、その株式引受人に代位してこれの有した権利を行使し得ることになる。

株式申込人から申込証拠金を受取りながら、これに対して株式の割当をしなかったときは、既に述べたように、申込人はその他の債権者と同順位で設立中の会社に対して申込証拠金の返還を請求し得るが、それと共に発起人組合も自己の危険において会社を設立すべきものとして株式の申込を勧誘したのであるから、これに対して証拠金の全額を支払わなければならないものと云うべきであろう。発起人組合がこれを履行したときは、証拠金を取得しうる。株式引受人が錯誤若しくは株式申込証の要件の欠缺を理由として引受の無効を主張し、又は詐欺、脅迫若しくは無能力を理由として取消す場合にも同様に解すべきであろう。

むすび

私は発起人の地位を再検討しながら、会社不成立の場合における発起人の責任について考察を加えてみた。その結果、会社不成立の場合には、結局、発起人は通常一切の責任を負担しなければならないから、結論的には従来の説とあまり異ならない。しかしそれは、発起人に資力がある場合に限り同じ結果になるのであって、発起人が設立費用を負担するに足る財産すら有しないため発起人の個人財産から完全に弁済を受け得ないような場合には、通説の結果と異なって、設立中の会社の財産を清算し、株式引受人が危険を負担することになり、また、例外的に発起人が設立費用を負担することを要しない場合も認め得ることになる。更に、私のように解すれば、発起人個人の債権者が設立中

の会社の財産に対して権利を行使し得ないことは理論上当然のこととなる。また、発起人全員が設立中の会社の債権者に対して責任を負わなければならないのは、会社の成否如何にかかわらず当然のことであるから、会社成立後も、いかなる会社が成立するか不明な段階でこれと取引をした債権者は充分に保護されることになる。

古くは、会社の設立経過を全く個人法的な立場からのみ考察していたが、その後これに反省が加えられ、団体法的な立場から考察されるようになった。しかしそれは、会社が成立する場合に限られ、不成立の場合には個人法的な立場に立つのと何ら異なるところはない。即ち通説は、会社が成立する場合には設立中の会社が前面に現われ発起人組合はその影をひそめてしまうものとして構成しているが、会社不成立の場合には設立中の会社を否定して発起人組合のみを認めるにすぎない。しかし、設立中の会社は徐々に成長して行くものであるから、どの段階で会社が不成立となるかによって設立中の会社の認め方にも程度の差があるにしても、これを遡及的に全く否定してしまうのは現実にそぐわない。従って、会社の成否如何にかかわらず設立中の会社を認めると共に、発起人組合が中心となって活動している事実をも認め、現実には一箇の行為であっても、それが二つの面を有していることを理解しなければならない。会社の設立経過は、このように団体法的な立場と個人法的な立場との両面から同時に考察することにより、初めて実態に即した構成が可能となるのではなかろうかと考える次第である。