



Title	株式会社不成立の場合における発起人の責任（一） —発起人の地位の再検討—
Author(s)	平出, 慶道; HIRAIDE, Yoshimichi
Citation	北大法学論集, 12(2), 47-96
Issue Date	1961-12-12
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16013
Type	departmental bulletin paper
File Information	12(2)_p47-96.pdf



株式会社不成立の場合における 発起人の責任 (一)

—— 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 個人的立場に立つもの

第二節 団体的立場に立つもの

第二章 設立中の会社の性質

第一節 序 説 (以上本号)

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

ひすび

はしがき

発起人の法律上の地位をいかに解すべきかについて、従来、種々の理論構成が試みられた。かつては、個人法的立場から諸説が展開されたが、それらは当事者の意思に適せず、かつ矛盾なく説明するものとはいい難かった。そこで、発起人の地位を団体法的立場から考察して、会社の設立過程を発展的に把握し、株式会社成立以前においてもその前身たる設立中の会社の存在を認め、発起人その機関と解すべき旨を主張して、実態に即した構成が試みられるようになった。この同一性説が通説となってから、既にかんりの時が経過している。

私も基本的には同一性説をとるものであるが、従来同一性説を検討するとき、なお問題とする余地が皆無とはいい難いように思われる。ことに会社不成立の場合における法律関係をいかに考えるべきかという点については、再考の必要を痛感せしめられるのである。思うに、従来のかかる見解は、一面において、団体的考察に充分徹底していないとともに、他面、発起人の有する個人法上の地位をないがしろにするきらいがあった。前者は、会社不成立の場合に、設立中の会社の存在を遡及的に否定し、すべてを発起人個人の権利義務として構成することにあらわれており、後者は、株式引受の取引行為的性質を無視することに示されている。

もっとも、会社が不成立に終るような事例は実際上は殆んどないことであるから、かかる場合における発起人の責任について考察

することは実益のないことのようにも思われる。それにもかかわらず、この問題を検討しようと企てたのは、会社の設立過程がこのような異常な事態に直面した場合における法律関係を、発起人の責任を中心として考察することによって、設立中の会社の性質ないし発起人の地位をかえって明確に把握しようのではないかと考えたためである。

なお、本稿を執筆したのはかなり以前のことであって、その後、その骨子を昭和三十一年の秋の日本私法学会第十八回大会の商法部会において発表した(私法一七号)。(三六頁以下)。しかし本稿は甚だ不完全なものであり、爾来、これを全面的に書き改めたいと考えて来た。しかしながら、時間的、その他諸般の事情に、手元に文献が充分に存しないことをも加えて、部分的な加筆にとどまらざるをえなかった。さりとて、近い将来には、根本的に考え直す余裕も期待し難いので、恥ずかしさを忍んで、まことに稚拙な試論のまま、これを発表することにした。特に法人理論の問題等は、ライフ・ワークとして、いずれかの日を期したいと思う。なお、発起人の権限の問題は本稿よりはずして、他の問題と共に、「発起人の契約」として北大法学論集一二巻一号に発表した。

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

一 大陸法 (1) 発起人の法律上の地位については、従来、特にドイツにおいて非常に議論せられた。それは主として、発起人がなした会社設立のために必要な行為によつて株式引受人及びその他の第三者に対して生じた権利義務が、会社の成立後、これに帰属する法律関係を説明するため、種々の理論構成を試みたのであって、設立中の会社を認めないところの個人法的立場に立つものと、これを認める団体法的立場に立つものとに大別される。

かつては、個人法的立場から諸説が展開された。即ち、(イ) 発起人を未だ成立していない会社の事務管理者と解す

る事務管理説⁽¹⁾ (ロ) 發起人を未だ成立していない会社の代理人と解する代理説⁽²⁾ (イ) 發起人が未だ成立していない会社のために第三者のためにする契約を締結すると解する第三者のためにする契約説⁽³⁾ (ニ) 發起人が法により設立に必要と認められる行為によつて取得する権利義務は、会社成立と同時に会社が法律上当然に取得するものとなす法律上当然の取得説⁽⁴⁾ (ホ) 株式引受により会社の設立を目的とする組合に加入し、会社が成立すると、株式引受により生じる組合の権利は擬制的譲渡により会社の権利とみなされるとする擬制的譲渡説⁽⁵⁾ 又は、(ヘ) 株式引受により發起人が株式引受人に対して有する権利は、会社の成立により、これに法律上の承継が行なわれるとする法律上の承継説等⁽⁶⁾、多様の学説が主張された。

しかしながら、法律上当然といい、擬制的譲渡といい、又は法律上の承継というのみでは、なんら理論的な説明にはならず、第三者のためにする契約説も、第三者たる会社が成立するためには株式引受契約より生じる権利が必要であり、第三者たる会社の権利と会社の成立とが相互に因果関係を有することになつて、論理的に矛盾することになる⁽⁷⁾。これらの諸説はいずれも、發起人のなす会社設立のために必要な行為によつて生じた権利義務が成立した会社に帰属する法律関係を、既存の個人法上の觀念によつて構成しようとしたものであつて、当事者の意思に適合せず、かつ、問題となる一切の権利義務につき必ずしも統一的に矛盾なく完全に説明するものとはいひ難い⁽⁸⁾。

これらの諸説が権利義務の帰属関係を実態に即して円滑に説明するために、会社成立前におけるその前身の法的存在を認めようとしなかつたのは、団体的法律関係、ことに会社設立に関する法律関係が、一般の取引的法律関係に対して有する特殊性を充分に理解し得なかつたためであり、更に言えば、会社は国家の法人格賦与により創造されるとする古い法人擬制説的な考え方が根底に存したことによるのではないかと思われる。

- (1) Auerbach, Das Gesellschaftswesen in juristischer und volkswirtschaftlicher Hinsicht unter besonderer Berücksichtigung des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs, 1861, S. 237 ff., insb. S. 258. マウエルバハンは、株式の引受を以て、設立を以て会社への参加請求権の売買契約と解し、これに関して発起人が会社のためにその事務管理を行なうものと構成して、組合契約又は組合加入契約を否定する。しかし彼は、結局、株式引受人が発起人に対してなした払込の約束から生じる株式引受人に対する権利が、成立した会社に帰属する関係を、法律的に構成することは困難であることを認め (a. a. O., S. 257)、株金の払込は成立すべき会社に対してなされたものであって、発起人に対するものではないことを説明するために、発起人は成立すべき会社の代理人であるとし (a. a. O., S. 239)、或いは、法の規定する払込義務の場合に、株式引受人に対する払込請求権が成立した会社に帰属するのは法律上当然のことであると、何んか法律的説明を要しないこと (a. a. O., S. 258 ff.)。Lyon-Caen et Renault, Manuel droit commercial, t. II, n° 686 bis.
- (2) Endemann, Handelsrecht, S. 263, Ring, Das Reichsgesetz betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18 Juli 1884, 2. Aufl., 1893, S. 213 u. 279 f. リンクは、発起人を成立すべき会社の代理人と解し、株式引受人 (Zeichner u. Unternehmer) に対して権利を含有し、会社のために生じた権利義務は直接に会社の権利義務となり、その承継は問題とならざることを、Peterson u. Pechmann, Gesetz, betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18 Juli 1884, 1890, S. 341, Schmidt, Die Zivilrechtliche Gründungsverantwortlichkeit nach deutschem Aktienrechte, 1888, S. 19. シトマンは、株式引受人に対する権利義務が会社に帰属するに至る関係については論ずることがなく、発起人の地位をいかに解してゐるかは必ずしも明瞭でないが、財産引受契約は発起人・財産提供者間ではなく、財産提供者・会社間の契約であつて、発起人は、法によつて暗に認められてゐる特殊な種類の代理人として未だ成立してゐない会社に代つて行為するものとして解してゐる。
- (3) Gareis, Das deutsche Handelsrecht, 8. Aufl., 1909, S. 226 f. カールアイスは、権利を発起人のなす第三者のためとする契約によつて会社に直接帰属するもの、義務を会社の債権引受人によつてこれに帰属するものとす。Renaud, Das Recht der Actiengesellschaften, 2. Aufl., 1875, S. 243.
- (4) Wiener, Die Errichtung der Aktiengesellschaft und die Gründungsverantwortlichkeit, ZGH, Bd. 24, S. 31.
- (5) Witte, Erörterungen zum Recht der Aktienvereine, ZHR, Bd. 8, S. 23 f., Jolly, Das Recht der Actiengesellschaften, ZDR, Bd. II S. 352. ff.

(6) Laband, ZHR, Bd. 7, S. 621.

(7) Laband, a. a. O., S. 620.

(8) これらの諸説に対する個別的な批判は、田中「発起人責任論」合名会社社員責任論所収三六二頁以下、同・改訂会社法概論上巻二四六頁以下、片山・株式会社法論三三〇頁以下、野津「株式引受論」法協四六卷九号一六五七頁以下、石井等・註解株式会社法第一卷一六一頁以下、Escara, Les sociétés commerciales, t. II, 1951, no 522 et suiv. 等に詳しい。もっとも、未だ存在していない者のためにする事務管理のみならず、かかる者のためにする代理という觀念も認められるのではなからうか。

(2) しかし以上の諸説にも、示唆に富んだ注目すべき論点が含まれている。例えば、アウエルバッハは、発起人は、自ら企画した企業に参加した者に対して、予想された通りの会社を成立せしむべき義務を負い、設立計画についてのみならず、企業の収益性及び確実性についても、発起人に過失のある場合には責任を負わなければならないとする⁽¹⁾。株式引受の性質は、団体的立場からこれを考察しなければならぬが、株式引受は同時にかかる取引行為的な面をも有することを、看過すべきではないのではなからうか。

また、ウィーナーは、株式会社においては資本のみが信用を獲得し、すべての責に任ずるのであるから、株式会社が独立した法主体 (ein selbständiges Rechtssubjekt) としてその固有の存在を認められるのは資本を有していることによるのであつて、株式会社はその存在中その資本を第三者に公示することを要する。従つて、株式会社は登記されるまでは存在せず、発起人は会社の設立に必要な行為を自己の行為として行なうものであり、旧ドイツ商法第二二一条第二項 (ドイツ商法二〇〇条一項二文、⁽²⁾ ドイツ株式法三四条一項二文) の規定する会社成立前に (従つて、資本を公示するために登記がなされる前に) 会社が既に存在しているものとして会社の名で行爲した者の責任は、詐称された授権者に代つて履行すべき責任であると⁽³⁾する。

会社不成立の場合における発起人の責任の性質を理解するためには、かかる独立した法主体の存在と、その責任財産の公示との関係を明らかにすることが必要なのではあるまいか。

(1) Auerbach, a. a. O., S. 255, Laband, a. a. O., S. 621.

(2) Auerbach, a. a. O., S. 246 f.

(3) Wiener, a. a. O., S. 47, 51 ff. u. 468.

(3) 更に以上の諸説も、勿論、株式会社が登記によって卒然として発生するものと解していたわけではなく、やはり会社の設立経過を発展的に考察しようとする試みではいたのである。例えば、発起人相互の間に、又は更に株式引受人の間に会社の設立を目的とする組合の存在を認め、発起人のなす株式引受の勧誘のうちにこの組合契約の申込が存し、株式引受人は株式引受により申込まれた組合に加入し、それと同時に後の加入者に対する申込人となるとして、発起人と株式引受人との間のみならず、株式引受人相互の間にも組合契約が結ばれるものとする。しかし、これは成立すべき会社と別個のものであつて、会社の前身を認めていたわけではなく、会社の成立と同時に組合は目的の達成により消滅し、組合の権利は擬制的譲渡により会社の権利とみなされるとする。⁽¹⁾

一部には、会社は、登記されるまでは対外的には存在しないが、会社の創立(Errichtung)前に既に利益共同体(Gemeinschaft der Interessen od. Interessenverband)が存在し、会社契約(Gesellschaftsvertrag)の締結により会社が創立されると、内部的には、利益共同体は、組合(Sozietät)でも社団(Personenverein)でもない、契約的に結合した集合体(Mehrheitsverband)となり、それは不完全な法人(Halbe juristische Person)であつて、第三者に対しては権利義務を取得せず、訴訟能力もないが、会社の社員及び機関に対する関係では既に有効に存在しているものと解し

ている。⁽²⁾しかしこの場合にも、結局、創立により内部的に存在している団体と登記により成立する会社との間には同一性が認められず、後者は前者の承継者 (Rechtsnachfolgerin) と解されるにとどまっている。⁽³⁾

論 また、設立中の会社 (der in Bildung begriffene Actienverein od. die in der Entstehung begriffene Actienverbindung)

という言葉を用いてゐる者もあり、⁽⁴⁾ ちやうに設立中の会社 (die in der Entstehung begriffene Aktiengesellschaft) の名で取立てる発起人に株式引受人が株金を支払えば株式会社に対して払込義務を履行したことになるとする者もいたが、⁽⁵⁾ それらもまた、会社の前身の存在を認めていたわけではない。

- (1) Witte, a. a. O., S. 23 f. Jolly, a. a. O., S. 352 ff.
- (2) Ring, a. a. O., S. 278 f.; Petersen u. Pechmann, a. a. O., S. 79 u. 343.
- (3) Ring, a. a. O., S. 279.
- (4) Renaud, a. a. O., S. 389 f.
- (5) Wiener, a. a. O., S. 48 ff.

二 日本法 わが国においても、ドイツの影響のもとに、種々の見解が唱えられ、古くは第三者のためにする契約説が主張されたが、⁽¹⁾ 法律上当然の取得説が支配的な見解となつていた。即ち、多くは、発起人が会社の設立に必要な行為によつて取得した権利義務は、会社の成立により法律上当然に会社に帰属するものとなすが、⁽²⁾ 岡野博士は、発起人のなす会社設立のために必要な行為によつて一旦発起人に対して生じた権利義務が、会社に移転するのではなくて、会社設立のためになす発起人の行為に附された法律上の効果により、直接会社に対して当然生じるものとする。⁽³⁾

松本博士は、発起人が会社に対して取得する特別利益または報酬を受ける権利、株式引受人が会社に対して取得する株主たる権利義務のごとき、発起人または株式引受人の会社設立行為によつて会社に対して取得した権利義務と、株

金の払込を受け、または払込金を銀行に寄託する等のごとき、会社の設立事務の執行上必要なその他の行為によつて発起人が取得した権利義務とを区別し、後者については会社の成立により法律上当然に会社に承継されるものとするが、前者については、会社は契約により一旦発起人に対して生じた権利義務を取得するのではなくて、会社設立行為の当然の効果として株式引受人または発起人と会社との間の法律関係が直接発生するものとする。

しかし、第三者のためにする契約説にも難点があり、また、法律上当然といい、または会社設立行為の当然の効果というのみでは、充分な説明とはいえない。

- (1) 志田・日本商法論会上巻一六三頁以下、二四八頁以下及び三二四頁以下、青木・会社法論二二六頁及び二六〇頁、大判明治三六・三・一〇民録二九九頁。
- (2) 松波・日本会社法四五〇頁、柳川・改正商法論網一三八頁、鳥賀陽・会社法一六二頁以下、片山・株式会社法論三三一頁以下、同・会社法原論三四七頁、大判明治四三・一二・二三民録一六輯九八二頁、同・大正一一・六・一四民集一卷六号三二〇頁、同・昭和二・七・四民集六卷九号四二八頁。もつとも、明治四三年の大審院判決は「発起団体ハ会社ノ前身ナレハ其発起ノ為メニ生シタル権利義務ハ会社カ成立シ且之ヲ承認シタルトキハ成立シタル会社ニ承継スヘキコトハ其性質上当然ナリ」としているから、同一性説の立場をとっているようにも見えるが、大判明治四一・三・二〇民録一四輯三二〇頁を引用している点等からすれば、やはり法律上当然の取得説の立場をとっているものと解される。
- (3) 岡野・会社法講義案一二三頁。
- (4) 松本・会社法講義二七〇頁、同・日本会社法論一六八頁以下、同「会社設立行為性質論」私法論文集所収九二九頁。もつとも、松本博士は、のちには、発起人は会社の前身たる設立中の会社の執行機関であるから、発起人が会社設立のために必要な行為をしたときは、その行為の効果は会社成立の上は当然会社に帰属するものとする（註釈株式会社法三四頁、日本会社法論一一二頁及び一六八頁）。

三 会社不成立の場合の法律関係 以上の諸説は、会社設立論ないし発起人責任論を詳細に論じているものも、

会社不成立の場合における発起人の責任について論じているものはあまり見受けられない。その理由は、ドイツにおいては、一つにはわが国と異なりこの点に関する規定が存しないことにもよるのであるが、その根本的理由は、発起人の地位を法律的にいかに関解するかに存するのではないかと思う。

発起人の地位を個人法的に理解する以上の諸説によれば、発起人が会社設立のために行なう諸行為によつて、株式引受人及びその他の第三者に対して生ずる権利義務で、発起人以外に帰属しているものはないことになるから、⁽¹⁾説明を要するのはかかる権利義務が成立した会社にかんして帰属するに至るかの問題であつて、会社不成立の場合に発起人が全責任を負うのは当然のことであり、設立費用も当然発起人が負担すべきこととなる。それ故、会社不成立の場合については、ドイツにおいては、株式引受人 (Nachnehmer) は設立費用を負担することを要しないこと、⁽²⁾または会社不成立の場合には利害関係人は未だ効力を生じない契約の当事者の関係にあること等を注意的に述べるほか、特に論じておらない。

わが国においても、商法第一九四条 (昭和十三年改正前一二二条ノ三) は当然のことを規定したものであつて、第一項は、発起人が右の責任を連帯して負担すべき旨を定めた点に意義があり、第二項も、株式引受人も設立費用を負担すべきかの疑いを除くための規定であると解されていた。⁽³⁾

(1) 松本博士が、発起人が会社の設立事務の執行上必要な行為によつて取得する権利義務と區別して、会社設立行為によつて会社に対して直接生じるものとする権利義務は、会社不成立の場合には本来問題とならないことになる。岡野博士のように両者を區別しないときは、会社不成立の場合に発起人が全責任を負うべきことは、しかく当然のこととは云えない。岡野博士は、会社不成立の場合に発起人が負担すべき責任を商法の規定によつて生じるものと解しているのであろうか (会社法講義案一二六頁)。

(2) Ring, a. a. O., S. 228, Wiener, a. a. O., S. 59.

- (3) Wiener, a. a. O., S. 50.
- (4) 志田・前掲書一五六頁、柳川・前掲書一五五頁以下、鳥賀陽・前掲書三三三頁、片山・株式会社法論三六一頁以下、同・会社法原論三六一頁以下、松本・日本会社法論一七六頁以下、同・商法改正法評論五五頁以下、設立費用につき、東京控判昭和八・一一・三〇新聞三六六二号一八頁。

第二節 団体法的立場に立つもの

一 大陸法 (1) 以上のような個人法的立場に立つ見解に対して、ギールケは、法人は国家の法人格賦与により創造されるのではなく、これにより法的存在を承認されるのにはかならないとする法人实在説を主張し、かかる基礎に立って、個人法 (Individualrecht) と団体法 (社会法、Socialrecht) との区別を強調⁽¹⁾し、株式会社の設定経過を団体の立場から考察し、これを統一的・発展的に把握しようとする。即ち、一般に社団設立のためにその基礎に存する法律行為は、一面においては契約としての性質を有するが、同時にそれは全体として社団を設立する統一的な法律行為の一環をなすものであり、この創造的な社団設立行為は一方的合同行為 (ein einseitiger Gesamakt) であつて契約とは異なり、個人法上にはその類型 (Vorbild) を有しない社会法上の行為であるとする。そしてこの設立行為は社団の成立によつて完成するに至る発展的な統一的行為であるから、しばしば設立段階に長期間を要し、この設立経過中既に社団の規範 (körperchaftliche Normen) によつて支配されているから、社団の成立以前にその前生 (Vorleben) を認めることができる⁽²⁾。法が完成した社団 (die fertige Körperschaft) を認める場合には設立中の社団 (die werdende Körperschaft) をも認めることができ、その有す自然人の胎児に對比される地位 (der embryonale Zustand) が法的効力を有することは明らかであつて、社団の内部関係を規整する法規はこの胎児の段階にも適用されるものとする⁽³⁾。

かくしてギールケは、株式会社についてもその前生を認め、これを権利能力のない社團（Vereine ohne Rechtsfähigkeit）であるとして、補充的に民法の規定が適用されるものと解している。⁽¹⁾しかし株式引受の性質を、發起人と株式引受人との間に締結される将来の株式会社という第三者のためにする契約であると共に、その社員となる行爲（Betheiligungserklärung, Eingliederungsakt）という両面を有するものと解し、⁽²⁾發起人を設立中の会社の機関とは解していない。⁽³⁾

- (1) O. v. Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung 1887, 114 ff. u. 174 ff., Derselbe, Deutsches Privatrecht, 1895, Bd. 1, S. 486 ff. u. 534 ff.
- (2) O. v. Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 132 ff., Derselbe, Privatrecht, Bd. 1, S. 486.
- (3) O. v. Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 121 u. 135 f.
- (4) O. v. Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit nach dem neuen Rechte, 1902, S. 7, Anm. 2 f. u. S. 40.
- (5) O. v. Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 124 Anm. 2 u. S. 133 Anm. 2 Derselbe, Privatrecht, S. 545 Anm. 51.

(2) レーマンも、個人法と団体法（社会法）との區別を認め、⁽¹⁾定款の確定に始まり法人格の取得に終る株式会社の設立経過（Entstehungshergang）を統一的・発展的に把握し、⁽²⁾法人格の取得に先だつて、会社の人的基礎（Personensubstrat）たる社團（Verein）が創造されておらなければならぬとして、⁽³⁾会社の成立前に、その前身、即ち成立した会社と同一性を有する設立中の会社（wendende od. entstehende Aktiengesellschaft, in Entstehung begriffene Gesellschaft）が存在することを認めつつ、⁽⁴⁾

しかしレーマンは、それにとどまらず、發起人は会社の創立者（Kreatoren, Schöpfer）として個人法上の地位を有すると共に、右のごとき設立中の会社の機関（Organ）として団体法上の地位を有するものとなし、⁽⁵⁾そのため、發起

人がその権限内で取得した権利義務は、特に移転行為を要せず、成立した会社に当然帰属すると主張し、かかる同一性説がドイツにおける通説となった。⁽⁶⁾

- (1) Lehmann, Das Recht der Aktiengesellschaften, Bd. 1, 1898, S. 353.
- (2) トーマンは、定款の確定を設立経過の最初の要素 (Bestandteil) と解し (a. a. O., S. 322.) 法人格の取得を鎖の最後の一環 (das letzte Glied in der Kette) に喩えている (a. a. O., S. 416.)
- (3) Lehmann, a. a. O. S. 310.
- (4) Lehmann, a. a. O., S. 353 n. 357 f.
- (5) Lehmann, a. a., O., S. 346, 353, 357 f., 377 f. u. 443.
- (6) Pinner, Das deutsche Aktienrecht, 1899, § 189 II, Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das deutsche Reich, 2 Aufl., Bd 2., 1913, § 200 Nr. 1, Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 11 Aufl., 1921, § 186 Anm. 9 u. 17, § 200 Anm. 3, 5, 6 u. 14. (シニタウアも、ギールケのように、設立中の会社を法人の分野における胎児 (ein nasciturus im Gebiet der juristischen Person) と喩えている。a. a. O., § 200 Anm. 3.) Homberger, Das Recht der entstehenden Aktiengesellschaft, 1906. (なお本書は、石坂博士により京都法学会雑誌四巻三号一五七頁以下、五号一四九頁以下にその概略が紹介されている。もっとも、第一章の設立行為の性質論については極めて詳細に紹介されているが、その他は甚だ簡略である。ホムベルガーは団体法的考察を徹底させ、第六章「設立中の会社の解散」においては、会社不成立の場合には設立中の会社は解散するものと解すべきであるとする、注目すべき見解を主張するが、石坂博士は第六章については全く触れていない、一つには石坂博士ないし当時の学界の傾向を示すものであろうか。), Müller-Erbach, Deutsches Handelsrecht, 2 u. 3 Aufl., 1928, S. 250 u. 252 ff., Schreiber, Die Kommanditgesellschaft auf Aktien, 1925, S. 36 f., u. 64 f., Wieland, Handelsrecht, Bd. 1, 1921, S. 411 ff. u. Bd. 2, 1931, S. 58 ff. u. 70 ff., Schlegelberger-Quassowski, Aktiengesetz, 2 Aufl., 1937, Anm. 8 vor § 16, § 34 Anm. 2, J. v. Gierke, Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 7 Aufl., 1949, S. 242 ff. insb. S. 249 ff., Dregger, Haftungsverhältnisse bei der Vorgesellschaft, 1951, insb. §§ 9-11.

(3) このようにレーマンは、株式会社設立経過を団体的な立場から發展的に理解しようとするが、まだ充分に徹底していない。発起人の地位については、個人法上の会社創立者としての地位が重視され、定款の確定のみならず株式の割当も発起人がかかる地位においてなすものと解し、発起人が株式を割当れば、株式引受人は後になつて任意に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する。更に、株式引受人は、先ず第一に、全く内部的に社団の形成を成就せしめることを欲しているのであるから、発起人は設立中の会社の機関としては全く内部的のみ活動すべきであつて、対外的な行為については一般に権限を有せず、ただ財産引受、特別利益の賦与及び設立費用の補償のような、創立總會で承認さるべき設立経過の要素 (Bestandteil) を構成する契約について権限を有するにすぎないとする。従つて、会社は、法人格を取得するまでは全く内部的な存在 (internes Dasein) であつて対外的には存在せず、設立中の会社は、財産引受、特別利益の賦与及び設立費用の補償については、創立總會の承認があれば義務を負担するが、開業準備行為は勿論のこと、設立費用を生ずべき取引行為についても何等権利義務を有しないことになる。

しかしながら、レーマンのように発起人の権限を極めて制限的に解する見解は、同一性説をとるものなかでは少数説であつて、多数説は、会社設立のための法律要件の行為にとどまらず、会社の設立に經濟上必要な対外的取引行為についても発起人は権限を有するものと解している。もつとも多数説のなかでも、対外的取引行為についての発起人の権限は、会社の設立に必要な一切の行為に及ぶと解するものと、定款に記載し、検査役の検査、創立總會の承認等を経た設立費用の範囲内に限られると解するものとに分れている。しかし後説によつても、設立中の会社は、発起人に対して設立費用を補償すべき義務を負うのみならず、その設立費用の範囲内で、取引の相手方に対して直接義務

を負うのである。従つて多数説によれば、その範囲の広さに差はあつても、会社の成立前既に、設立中の会社は、対外的取引行為によつて権利を取得するのみならず、その債権者に対して義務を負担していることになる。^(a)

- (1) Lehmann, a. a. O., S. 353 ff. 但し、株式の割当の取消は、設立中の会社の機関としての地位においてなすものとする (a. a. O., S. 357f.)
- (2) Lehmann, a. a. O., S. 439 u. 443.
- (3) Lehmann, a. a. O., S. 451. 従つて、結局、個人法的立場に立つものとあまり異ならぬことになる。本稿一八一頁参照。
- (4) Lehmann, a. a. O., S. 442 f.
- (5) ユレックガーは、成立した会社と設立中の会社との同一性を徹底させ、会社の成立前においても、その創立 (Errichtung) 後は、その機関の権限はなんら制限されないものとするが、発起人又は創立前の機関は、将来の債権者や社員の利益を保護するために、対外的取引行為については原則として権限を有せず、変態設立事項として定款に記載された行為についてのみ権限が認められるとす (Dreger, a. a. O., S. 48 f., 53 f., 72, 81 f. u. 92f.)
- (6) Staub, a. a. O., § 200 Anm. 5 u. 7, Fischer, Die Aktiengesellschaft, S. 110, Wieland, a. a. O., S. 57 f., ヴンター・ヒンツマンは、発起人の権限を会社の設立に必要な行為に限らず、更に營業行為まで及びしよう (Miller-Erzbach, a. a. O., S. 252, 258 u. 260f.)
- (7) Homberger, a. a. O., S. 40 f., Pinner, a. a. O., § 200 II 2, S. 63, Schlegelberger-Quasowski, a. a. O., § 34 Anm. 4, J. v. Gierke, a. a. O., S. 241 u. 249 f.
- (8) 発起人の権限については、拙稿「発起人の契約」北法一二卷一四九頁以下参照。
- (9) 設立中の会社の法律的性質についても、同一性説をとるものなかで、見解が分れている。比較的有力な見解によれば、それは権利能力なき社団と解されているが、これを民法上の組合と解する説も少なくなく、更に権利能力なき社団でも民法上の組合でもなく、登記によつて取得するべき資格 (Eigenschaft) をまだ有しない株式会社であるとする説もある。^(b)

民法上の組合と解する場合にも、種々の相違が存し、シュタウプは、権利能力なき社團とは本来継続的に法律的取引關係に立ちあらわれる目的を有し、その社員の交替の可能性がなければならぬことを理由に、成立した会社は社團と解しながら、これと同一性を有する設立中の会社は民法上の組合であると解している。⁽⁶⁾ しかして、發起人がその権限内でなした行為につき、組合員は組合財産を限度とする直接責任を負わなければならないとする。⁽⁵⁾

ウィーラントは、会社(Handelsgesellschaft)は、匿名組合、船舶共有等の商事組合(Gesellschaft des Handelsrechts)と共に商法上の組合(Handelsrechtliche Gesellschaft)の一種であるとして、団体の本質を組合と社團とに區別することに反対する。⁽⁶⁾ そして、設立中の会社も成立した株式会社も共に本質的には同一の組合であつて、成立した会社の有する権利能力とはその商号のもとに権利義務を取得しうる資格であつて、団体の本質とは無關係であるとして、發起人の地位も、結局、組合代理のように解し、組合に対する給付は組合員の合有となり、更に組合員は發起人の権限内の行為につき人的責任を負い、しかもその責任は持分によつて制限されないものとする。⁽⁷⁾ シュレーゲル・ベルガー・クヴァソフスキも同様に、設立中の会社のみならず成立した株式会社も組合であると解している。⁽⁸⁾ しかしながら、成立した会社においては、社員間の直接關係はなく、社員と会社自体との關係が存するにすぎず、会社財産のみが会社債権者に対して責任を負い、社員は会社債権者に対して責任を負うことはなく、会社自体が権利義務の帰属主体であつて、その権利義務は法律的には同時にその社員の権利義務になるということはなく、会社自体の名において権利義務を取得するものであり、また社員は社員としては業務執行権を有しないものとして、結局、その組織的単一性を認め、ており、成立した会社を社團と解するのと異なることになる。⁽⁹⁾

以上の見解と異なり、設立中の会社を権利能力なき社團と解する場合にも、ドイツ民法第五四条第一文により民法

の組合に関する規定が適用されることになる。⁽¹⁰⁾ 従つて、設立中の会社の権利義務は、法律的にはその社員に合有的に帰属⁽¹¹⁾し、社員は設立中の会社の債権者に対して直接責任を負わなければならないが、一般に、社員は設立中の会社の財産に対して有する持分をもつて責任を負うにとどまるものと解している。⁽¹²⁾ この有限责任の根拠については、社員は社団財産に対する持分の範囲においてのみ執行機関の行為によつて義務を負うに過ぎないものと、明示的または默示的に定款をもつて定めることにより、執行機関の権限を有効に制限しうることによるとするものと、⁽¹³⁾ 権利能力ある社団の社員の人的責任を排除する規定は、権利能力なき社団にも類推適用されるべきであるとして、株式法第一条の類推適用を認めるものとに分れている。⁽¹⁴⁾

- (1) Lehmann, a. a. O., S., 310, Lehmann-Ring, a. a. O., § 200 Nr. 1, Homberger, a. a. O., Zweites Kapital u. Drittes Kapital, Fischer, a. a. O., S. 109, Müller-Erzbach, a. a. O., S. 250, J. v. Gierke, a. a. O., S. 242 ff. u. 249, Dregger, a. a. O., S. 56 ff., u. 69 ff. Vgl. O. v. Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit, S. 7 Anm. 2f.
- (2) Staub, a. a. O., § 188 Anm. 4 u. § 196 Anm. 12, Wieland, a. a. O., S. 58 u. 70 ff., Schlegelberger-Quassowski, a. a. O., § 34 Anm. 2.
- (3) Schreiber, a. a. O., S. 36 u. 65. 但し、権利能力なき社団に関する規定の類推適用を認めては (a. a. O., S. 65)。
- (4) Staub, a. a. O., § 188 Anm. 4 u. § 196 Anm. 12. これに対してシュナイパーは、民法上の組合を自己自体において完成したものを考へてはならないから、未完成といふことをその最も重要な特徴として、設立中の会社は、民法上の組合でもないとして (Schreiber, a. a. O., S. 65)。
- (5) Staub, a. a. O., § 200 Anm. 5. 組合員が組合財産のみをもつてする有限责任を負うことは、契約締結者の意思と看做されるとし、また、会社が成立すれば会社の責任が組合員に代るものとする。なお、シュタウプのように、成立した会社は社団であるが設立中の会社は組合であると解すれば、結局、設立中の会社の権利義務が成立した会社に帰属する関係を、法律上の移動 (Übergang von Rechtswegen) として知る得ないことにならぬ (Staub, a. a. O., § 200 Anm. 5)。

- (9) Wieland, a. a. O., Bd. 1, S. 394 f., 399 ff. u. 425 ff.
- (10) Wieland, a. a. O., Bd. 1, S. 412, Bd. 2, S. 70 ff. u. 76.
- (11) Schlegelberger-Quassowski, a. a. O., § 1 Anm. 2, § 34 Anm. 2 u. § 48 Anm. 2.
- (12) Wieland, a. a. O. Bd. 1, S. 395, 398 ff., 408, 417, 431, 473 ff., 486 ff. u. 508 ff., Bd. 2, S. 70, 88 ff. u. 116 ff., Schlegelberger-Quassowski, a. a. O., § 1 Anm. 3. 4 u. 10, § 48 Anm. 2, 3, 4, 6 u. 8, 註ハ『設立中の会社を組合とする』と『結局』とを特殊な種類の組合とするべきを導くこととなる(Schlegelberger-Quassowski, a. a. O., § 1 Anm. 2)』また『ハーネン』の4つの組合を individualistische Gesellschaft 及 kollektivistische Gesellschaft として區別するは『結局』団体を組合として區別するよりむしろ異なることとなるためか『結局』設立中の会社の権利義務が成立した会社の権利義務となる関係で『承継』は法律上の移転とする趣意を用いるべきとする(Wieland, a. a. O., Bd. 1, S. 412, Schlegelberger-Quassowski, a. a. O., § 34 Anm. 8)。
- (13) Lehmann-Ring, a. a. O., § 200 Nr. Homberger, a. a. O., S. 39 ff., Dregger, a. a. O., S. 75 ff. Vgl. O. v. Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit, S. 7 Anm. 2 f., 1, S. 21 ff., 29 ff., 36 u. 38 ff., Wieland, a. a. O., Bd. 1, S. 411.
- (14) Homberger, a. a. O., S. 39, Dregger, a. a. O., S. 75 ff. ヲンナガーは『かかる合有財産の法技術的所有者 (rechtstechnisch Inhaber) は構成員であるが、實際上は (tatsächlich) その合有財産は個々の構成員からは離れりて独立しており、かかる独立性は設立中の会社の社団的構成 (köperschaftliche Verfassung) にあり、その合有財産としての性質から生じる独立性より一層強さるべきである』(a. a. O., S. 77 f.) 設立中の会社は登記により権利能力を賦与されることは、権利義務が新しい帰属主体に移転するのとはなすべし、帰属する態様が変るだけであつて、全く形式的な財産帰属関係の変更にするものとして、団体的考察を徹底すべき(a. a. O., S. 81)。
- (15) Homberger, a. a. O., S. 42 f., Dregger, a. a. O., S. 33 ff., 56 ff. u. 78 f. しかつてハシラー・ホルツマンは、或るは發起設立の場合に限つては4つの規定を認めず、社員としての責任は特に2つに制限されるものとして(Müller-Erzbach, a. a. O., S. 252)。
- (16) Homberger, a. a. O., S. 43. Vgl. O. v. Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit, S. 39 f. ハンナルガーは、殊に設立中の会社の場合には、この規定はかかる事情のもとにおくべきであるとする。
- (17) Dregger, a. a. O., S. 79. ヲンナガーは、権利能力なき社団の社員は、権利能力ある社団の場合と同様に機関の業務執行に影響

力を有しないから、この機関の行為について全財産をもって責任を負うことを一般に要求することはできず、この点に関する利益状態は、権利能力なき社団も権利能力ある社団も同様であるとする。

(5) フランスにおいても、タツレ (Thaller) は、一株ずつでも二人以上が引受ければ、これにより混沌たる星雲 (nébuleuse diffuse) とも称すべき会社の中核 (noyau) がつくられ、これはその後多数の株式引受人が加入することによって遂に会社として成立するに至るのであつて、これにはその当初から内部的法人格 (personnalité morale interne) を認めることができるものとして、会社の設立経過を団体法的立場から考察している。しかしタツレは、發起人をもつてその機関とは認めず、株式引受人の事務管理者として会社を設立するために活動すべきものであるとするとどまる。

リペールも、会社成立前に設立中の会社 (société en formation) が存在していることを認めて次のように主張する。即ち、会社が成立する場合には、会社の法人格は会社の設立が確定されたその日にはじめて発生するのではない。設立中の会社は既に或る人格 (certaine personnalité) を有していることは一般に認められるところであり、設立中の会社は生きて生まれるならば権利を取得しうるところの胎児に譬えられるものであると。そしてかかる人格を認めうる根拠として、引受人の払込は設立中の会社の名において預託金庫 (Caisse des dépôts et consignations) に納入するものとする、一九三七年四月三十一日のデクレ・ロアの規定をあげている。しかしリペールは、人の出生は生理的事実であり、法律はこれを認めるに過ぎないのに反して、会社の成立には法律的準備が必要であるから、設立中の会社と胎児との比較は功妙であるが不正確であり、これによつては、会社の設立経過中に発生した法律関係が、いかにして会社成立の際に会社に帰属し得るかは充分に解明し得ないとして、發起人は設立中の会社の機関であり、会社を設立す

るために必要な契約を設立中の会社の名において行なうのであるから、これにより生じる権利義務は設立中の会社に帰属し、従つて、成立した会社に帰属するものとして、同一性説を主張している。⁽⁴⁾

- (1) Thaller et Pererou, *Traité élémentaire de droit commercial*, 8 éd., 1931, n° 501.
- (2) Thaller et Pererou, *op. cit.*, n° 503.
- (3) Ripert, *Traité élémentaire de droit commercial*, 3 éd., 1954, nos 592 et 925.
- (4) Ripert, *op. cit.*, nos 926 et 928.

(6) 以上に述べて来たように、同一性説が通説となつてゐるが、これに對する批判もかなり有力になされてゐる。プロードマンは、創立された会社 (errichtete Gesellschaft) とは單なる法律構成上の概念であつて、その背後に、発起人組合以外に、成立すべき会社の実体の手掛りを見出そうとするのは誤りであるとして同一性説を批判し、更に、会社成立前に会社の名で行爲する者に人的責任を負わしめるドイツ商法第二〇〇条第一項第二文は、法が同一性説の立場に立つていないことの適切な証明であるとする。⁽⁵⁾ その結果プロードマンは、発起人の権限内の行爲につき法律上当然の取得説の立場をとり、これに第三者のためにする契約説を加味し、発起人の権限についても、原則としては会社設立のための法律要件的行爲に限られ、変態設立事項に関する規定は、権限を制限するものではなくて、権限を拡張するものであるとする。⁽⁶⁾

ガドールハイニツヘンは、発起設立の場合には会社の創立 (Errichtung) により発起人間に、募集設立の場合には定款の確定等により株式引受人間に、民法上の組合の成立が認められるとし、この組合の名で行なわれる会社設立のために必要な契約によつて生じる権利は組合財産に属し、義務は組合員が連帶債務者として負担するが、通常は組合員

の責任は組合財産に限定されるものとする。⁽³⁾そしてこの組合は会社と同一性を有するものではない。胎児が将来の権利を保全するために監護人 (Pfeger) を有しうるのは特別の規定 (ドイツ民法⁽¹⁾一九一二条) に基づくのであるから、かかる組合を会社の胎児に類比するのは妥当でなく、裁判所の任命によらず、自由に選任された代理人による将来の法人の代理が予め可能であるということは承認し得ない。ドイツ商法第二〇〇条第一項 (株式法⁽²⁾四條一項) は会社の成立前に会社の名で行為した者の人的責任を規定し、会社がかかる行為につき登記により直接権利義務を取得するものとは規定せず、株式法第三四條第二項は会社はこれによる義務を債務引受によつて負担するとしている、として、同一性説に反対し、発起人の権限内の行為については法律上当然の取得説をとり、これに事務管理説を加味している。⁽⁴⁾発起人の権限については会社設立のための法律要件の行為のほかは、定款に確定されている場合に限られ、従つて、会社の設立に必要な取引行為については、定款に確定された設立費用の範囲内で権限を有するものとする。⁽⁵⁾

baumbacher は、創立 (errichten) された会社は設立団体 (Gründungsverein) という民法上の権利能力なき社団にほかならず、かかる団体が登記により会社に移行するものとして、会社の成立前にその前身 (Vorgesellschaft) の存在を認めている。⁽⁶⁾しかしながら、同一性説は、法律関係を明確にすることに役立つとしても、それによつて実際的な問題を解決することはできず、単なる概念法学にすぎないものであつて、あまり価値を有しないとして、結局第三者のためにする契約説をとる。⁽⁷⁾発起人の権限については、新たに成立した会社は可能なかぎり既に生じている負担を免れることが株式法の意図するところであるとして、会社設立のための法律要件の行為のほかは変態設立事項として定款に確定されたものに限り、定款記載の設立費用は発起人に対する補償額であつて、発起人は、設立費用を生ずべき取引行為について、その効果を会社に帰属せしめうる権限を有しないものと解している。⁽⁸⁾

ゴードイン・ウィルヘルミも、創立された会社 (errichtete Gesellschaft) は成立した会社と同一性を有するものであるとするが、会社成立前になされた法律行為は、直接成立した会社に対していかなる効力を有するかの問題については、一つの概念に基づいて統一的な解答を見出すことは全く不必要であるとして、結局、代理説を加味した法律上当然の取得説の立場をとっている。⁽⁹⁾ 発起人の権限については、baum-batthartと同様に解している。⁽¹⁰⁾

フランスにおいても、エスカラは次のように批判している。即ち、同一性説は、結局、設立中の会社に或る種的人格が賦与されていることを前提とするものであつて、かかる前提が認められれば、最も簡明に法律関係を説明することができると、問題は会社を成立前に法主体と看做し得るか否かにある。しかし、自然人の誕生と法人の設立とを類比して設立中の会社を胎児に譬えることはできない。また、タツレのように内部的法人格 (personnalité interne) を認め、これを対外的法人格 (personnalité externe) と区別する考え方は、単に言葉の上の説明であつて無意味であるとする。⁽¹¹⁾ しかしして法人格は単なる擬制にすぎないものであつて、成立前に会社の法人格を認めることは誤りであり、設立中の会社は法律的には存在しないものと云わざるを得ない。そしてその理由として、もし、常に会社が成立するのであれば、設立中の会社に或る種の法人格を認めることはさほど不都合でないだろうが、不成立という事態が生じた場合に、もし発起人の存在を無視して、法律関係は第三者と設立中の会社との間に直接成立していたものと看做せば、第三者の利益が害されることになるとする。⁽¹²⁾ 従つて会社は、結局、法律の規定に従ふことによつて設立されるのであり、会社が発起人及び株式引受人に対して権利義務を取得するのも法律によるものであるとして法律上当然の取得説をとる。⁽¹³⁾ 発起人の権限については、発起人は会社設立のために必要な取引行為を第三者と行なう権限を有せず、会社は発起人が会社の名において行なつた契約を追認することにより権利義務を取得しうるものとする。⁽¹⁴⁾

これらの諸説は、同一性説は、結局、設立中の会社に或る種の法人格が認められることを前提とするものであることを指摘し、また設立中の会社を胎児に単純に譬えることはできないと批判すること等によつて、従来の同一性説が陥りがちであった不徹底さ、不正確さ等の欠点を明らかにするものであつて、この点は注目すべきものである。しかしながら、これらはいずれも、発起人の権限を直接法律の規定に基づき行為に限定するのみならず、一般に設立過程に生じる法律関係を説明する際に、個別的な法律の規定のかけに逃れて、統一的な理論的説明を回避するきらいがある。

- (1) Brodmann, Aktienrecht, 1928, § 200 Anm. 1 a. u. 2 a.
- (2) Brodmann, a. a. O., § 200 Anm. 1 b.
- (3) Gadow-Heinichen, Aktiengesetz, 1939, § 22 Anm. 7 u. 9, § 34 Anm. 3 u. 5.
- (4) Gadow-Heinichen, a. a. O., § 34 Anm. 17-21. しかし会社成立前になされる行為につき、かかる組合の名でなされる場合と、会社の名でなされる場合とを同一に扱っているように (a. a. O., § 34 Anm. 17-20.)、結局、会社成立前にこれと同一性を有する実体の存在を認めているのではなからうか。
- (5) Gadow-Heinichen, a. a. O., § 34 Anm. 17-19.
- (6) Baumbach-Hueck, Aktiengesetz, 7Aufl., 1951, § 22 Anm. 2 u. § 34 Anm. 1.
- (7) Baumbach-Hueck, a. a. O., Ueb. zu § 16 Anm. 1, § 20, Anm. 3 § 34 u. Anm. 1.
- (8) Baumbach-Hueck, a. a. O., § 19 Anm. 3, § 34 Anm. 1 u. 2 A.
- (9) Godin-Wilhelmi, Aktiengesetz, 2 Aufl., 1950, § 22 Anm. 8, § 34 Anm. 1, 2 u. 4. Vgl. Teichmann-Koehler, Aktiengesetz, 3 Aufl., 1950, § 34 Erl. 3.
- (10) Godin-Wilhelmi, a. a. O., § 34 Anm. 2 u. 4. Vgl. Teichmann-Koehler, a. a. O., § 34 Erl. 3.
- (11) Escarra, Les sociétés commerciales, t. II, 1951, n^{os} 522 et 524.
- (12) Escarra, op. cit., n^o 530.

が存続するものと看做されて(民法七三條、商法一一六條、一四七條、四三〇條一項、有限会社法七五條一項)、解散後においては清算の目的に縮小されるが、なお権利能力を有するように、法は必要がある場合には一定の存在に権利能力を賦与し、またはその範囲を伸縮することがある。従つてこれと同一の法理をもつてすれば、株式会社の設立の場合についても、もしその必要があるならば、法はその設立の目的の範囲内において会社が既に成立したものと認めることができよう。少なくとも設立中の会社に設立の目的の範囲内において不完全な人格を認めることが必要であろう。⁽⁴⁾ もつとも、法は株式会社の設立について胎児や清算のように直接に明文を設けていないから、設立中の会社が設立の目的の範囲内において形式的に権利能力を有することを認めることはできないが、それにも拘わらず以上の法理は実定法的にも裏付けえないわけではない。即ち、会社は設立以前においても既に社团的構成を有し、これには株主に比すべき株式引受人があり、執行機関である発起人、株主総会に相当しこれに関する規定の一部が準用される創立總會、取締役、監査役等の機関が備わつており、更に商法第一九二條の規定する発起人の責任は、設立中から潜在的に存在していたものと認められ、また商法第一九三條第一項の発起人に対する会社の損害賠償請求権も、会社の前生時代からこれに属していたものと認めるの外ないのである。⁽⁵⁾

設立中の会社に対する権利義務の帰属關係については、田中博士は次のように主張される。即ち、組合と社団とは根本的にその性質を異にするとの前提に立ち、設立中の会社は社団法人としての性質を有する株式会社の前身であつて、設立経過の時期に従つて差はあるが、社团的性質を有するものであり、ただ形式的に権利能力を有することを認めることはできないから、それは権利能力なき社団にはかならない。⁽⁶⁾ 従つて、その執行機関たる発起人が会社設立のために必要な行為によつて取得した権利義務は、實質的には設立中の会社の権利義務であるが、形式的には発起人が

その主体となり、会社成立とともに会社が実質的にのみならず形式的にもその主体となり、その際会社と発起人との間に権利義務の承継または移転の観念を要しない。それ故、発起人は実質的には会社に帰属する権利義務を単に信託的に把持するにすぎない⁽⁷⁾。

このように田中博士は、発起人をもつて設立中の会社の機関と解することにより、権利義務の帰属関係につき、実態に即した理論構成を試みた。かかる同一性説は、わが国においては劃期的な見解であるが、今日では通説となつて⁽⁸⁾いる。私も基本的にはこの考え方に従うものである。

設立中の会社の性質については、通説は権利能力なき社团と解するが、組合と社团との差異は構成員の数の多少に由来し、構成員の量的増化は団体の質的変化を伴うものであるとして、成立した株式会社は社团であるが、設立中の会社は、発起設立の場合には組合であり、募集設立の場合には、定款作成当初は組合であるが、次第に社团へと発展転化し、創立總會当時は明らかに社团であるとする説がある⁽⁹⁾。また、団体を組合と社团とに分ける二元論に反対し、団体はすべて組合であるとして、設立中の会社も成立した会社も共に組合であるとするものもある⁽¹⁰⁾。

発起人の権限については、会社設立のための法律要件の行為についてのみならず、会社設立のために法律上、経済上必要な一切の行為について、発起人は設立中の会社の機関として権限を有するものと解するのが支配的見解である⁽¹¹⁾。従つて、設立中の会社は、発起人のなす会社設立のために必要な対外的取引行為によつて、第三者に対する権利義務を取得することになる。これに對して、会社の設立に必要な対外的取引行為については、定款に記載し、かつ創立總會の承認または裁判所の検査を経た設立費用の範囲に、発起人の権限を制限する反対説もある⁽¹²⁾。更に、発起人は、会社設立のための法律要件の行為についてのみ権限を有し、かかる行為をなすために事実上必要となる対外的取引行為

については権限を有しないとする有力な小数説がある。⁽¹³⁾ この説によれば、定款記載の設立費用の定めは、発起人に対する会社の補償についての定めであつて、設立費用を生じるとする外に對外的取引行為について発起人に権限を認めるものではない。従つて、定款に記載し、かつ創立總會の承認または裁判所の検査を経た財産引受、発起人に対する特別利益の賦与・報酬の支払・設立費用の補償のごとき例外を除けば、会社は発起人の行為により債務は負担しないことになる。⁽¹⁴⁾

- (1) 田中「発起人責任論」合名会社社員責任論三七三頁。同旨、西島「株式会社設立団体の本質」法学論叢二八巻一〇一―一八頁。西本博士は、この点を批判して、会社設立者としての発起人を信頼し、発起人と行為をなすものと解すべき旨を主張する。しかし、実際には、両者を共に信頼して、発起人と行為をなすのではなからうか。
- (2) 田中・前掲論文三六八頁及び三九一頁、同、改訂会社法概論上巻二四七頁以下。同旨、松本・日本会社法論一一二頁、同・註釈株式会社法三四頁、鈴木・会社法四二頁、石井・改訂商法上巻一六二頁、石井等・註解株式会社法第一巻一六四頁、大隅「株式会社成立と権利義務の帰属」会社法の諸問題所収二二頁以下、同・全訂会社法論上巻一五六頁以下、西原・会社法八八頁、田中(誠)、新会社法論上巻一二六頁、小町谷・商法講義卷一総則・会社二〇六頁、松田・株式会社の基礎理論二五七頁以下、同・新会社法概論八七頁、西島・前掲論文一一八頁以下、同・改訂会社法二五四頁以下、伊沢・註解新会社法二四九頁、実方・会社法学Ⅱ一七〇頁以下、北沢「設立中の会社」株式会社法講座第一巻二二二頁以下。なお、服部教授は、設立中の会社を認める必要性に疑問をいなく(会社法提要一二二頁以下)。
- (3) 田中・前掲論文三七五頁以下及び三八四頁以下、同・前掲書二四一頁以下。同旨、石井・前掲書一六二頁、大隅・前掲論文二四頁以下、伊沢・前掲書二四六頁以下、実方・前掲書一七〇頁。
- (4) 田中・前掲論文三七七頁以下、同・前掲書二四二頁。同旨、石井・前掲書一六二頁、伊沢・前掲書二四七頁、実方・前掲書一七〇頁。
- (5) 田中・前掲論文三八六頁以下、同・前掲書二四二頁以下。同旨、石井・前掲書一六二頁、伊沢・前掲書二四七頁。なお、石井教授は商法第一九一条も、伊沢博士は第一七九条も実定法上の根拠とする。

- (6) 田中・前掲論文三九五頁以下、同・前掲書二四四頁。同旨、鈴木・前掲書四二頁、石井・前掲書一六二頁、小町谷・前掲書二〇六頁、大隅・前掲論文二八頁以下、同・前掲書一五七頁以下、田中(誠)・前掲書一二六頁、伊沢・前掲書二四七頁、西島・前掲論文一九頁以下、同・前掲書二五五頁、北沢・前掲論文二一四頁。
- (7) 田中・前掲論文三六八頁以下、同・前掲書二四八頁。同旨、鈴木・前掲書四二二頁、石井・前掲書一六二頁、石井等・前掲書一六四頁、大隅・前掲論文三五頁、同・前掲書一五八頁、西原・前掲書九七頁、小町谷・前掲書二〇六頁、伊沢・前掲書二四九頁、松田・新会社法概論八七頁、実方・前掲書一七一頁、北沢・前掲論文二二三頁。なお小町谷博士は、会社が成立した場合に会社が形式的にも権利義務の主体となることは、形式論としては、商法第一九四条の反面解釈によりこれを認めようとする(前掲書二〇六頁)。
- (8) 野津博士は、発起人を将来の会社の機関であるとする(前掲論文一六七四頁以下、特に一六八〇頁以下、会社法概論六六頁以下)。もっとも野津博士は、「会社設立行為と入社行為」松本先生古稀記念会社法の諸問題所収一七七頁においては、「成立中の会社という社團は、多数の株式申込人が、株式の引受をすることによって、無意識的に、その結果として、自然に構成されることになるにすぎないのであり」として、結局、設立中の会社の存在を認めているが、「成立中の会社と将来成立すべき会社とは、決して同一物ではない」とする)。
- (9) 松田・株式会社の基礎理論一二三頁以下、二四〇頁以下、特に二五〇頁以下及び二六六頁以下、同「会社の組合性と社團性」株式会社法研究所収一五五頁以下、同・新会社法概念一八頁、四二頁及び八六頁。発起設立の場合については、会社成立当初も組合的形態をとっているが、成立後発起人が引受けた株式を多数の人に譲渡し、そのため構成員数を増加し、実質上社團的形態を必要とするに至るから、募集設立の場合と異なり設立過程においては実質上社團性を取得しないにもかかわらず、成立後やがてこれを取得すべき予期の下に、その成立と共に社團性を附与するものというべきで、いわばそれは立法技術による一時的擬制にはかならないとする(松田・株式会社の基礎理論二六六頁以下及び三〇九頁以下、同・前掲論文一五九頁以下、同・新会社法概論九〇頁)。
- (10) 国歳「株式会社、登記前後」竹田先生古稀記念商法の諸問題所収一〇八頁以下、特に一一一頁、一一六頁、一一八頁及び一二〇頁。もっとも、設立中の会社が負担する債務に対する株式引受人の責任は、会社の財産に止まるものとする(同論文一一九頁)。
- (11) 解良・判民昭和二年度六六事件評釈、鈴木「発起人」岩波法律学辞典Ⅳ二五三九頁以下(なお同・前掲書五一頁参照)、田中・前掲書二四九頁、大隅・前掲論文四七頁、同・前掲書一七二頁以下、松田・新会社概論八八頁以下、松田・鈴木・条解株式会社法上三三頁以下、北沢・前掲論文二二三頁以下及び二四八頁以下、拙稿「発起人の契約」北法一二巻一号五四頁以下。

(12) 竹田・判例評釈法学論叢一九卷六号九五六頁以下、伊沢・前掲書二六一頁、西原・前掲書九一頁。小町谷博士は、定款への記載は必要であるが、この記載がある以上は、創立総会の承認等の有無を問わず、当然、会社の債務となるべきものと解する（判例商法―総則・会社・商行為三六頁）。

(13) 西本・株式会社発起人論一六〇頁、同・会社法二六七頁以下、長岡「会社の負担に帰すべき設立費用」民商法雜誌一二卷五号八三三頁以下及び六号一〇一三頁以下、石井・前掲書一六五頁以下、石井等・前掲書二四四頁以下、鴻「株式会社の設立」法学セミナー一九六〇年二月号三七頁。

(14) 長岡・前掲論文八三四頁以下。

三 会社不成立の場合の法律関係 (1) 発起人のなす会社設立のために必要な行為によつて生じた権利義務が成

立した会社に帰属する法律関係について、団体法的立場から詳細に論じているものも、会社不成立の場合における法律関係については、一般に、発起人がその全責任においてあつてしまつては当然のことであると解されて、あまり論じられていない。

ドイツ、フランスにおいては、株式引受人は設立費用を負担することを要せずに払込金の返還を請求しうること⁽¹⁾、ドイツにおいては、そのほかに、会社の設立登記前に会社の名で行した者の責任⁽²⁾（ドイツ商法三〇〇条一項二文）は会社不成立の場合にも生じること等⁽³⁾について言及するのみであり、わが国においても、会社不成立の場合における発起人の責任を規定する商法第一九四条の規定に若干言及するのみであつて、それらは一般に、個人法的立場にたつ見解と別に異なるところはない。

(1) Lehmann, a. a. O., S. 337 f., Lehmann-Ring, a. a. O., § 189 Nr. 2, Silbernagel, Die Gründung der Aktiengesellschaft nach deutschem, schweizerischem, französischem und englischem Aktienrecht, S. 131, Thaler, op. cit., n° 503, Escarra, op. cit., n°s 530 et 540.

(2) Lehmann-Ring, a. a. O., § 200 Nr. 2, Staub, a. a. O., § 200 Anm. 12, Brodmann, a. a. O., § 200 Anm. 2 b, Schlegelberger-Quasowski, a. a. O., § 34 Anm. 6 u. 8, J. v. Gierke, a. a. O., 251 f.

(2) 田中博士は、設立中の会社の存在を法的にも認め、権利義務の帰属関係についてこれに即した理論構成を試みるが、これは会社が成立することを前提として認められるにすぎず、会社が不成立に終る場合には法律関係は全く異なることになる。即ち、会社が成立する場合に初めてその前生に関する法律関係を規律する必要があるものであって、会社が不成立に終る場合には、恰も胎児が死体で生まれたときは民法第八八六条第一項が適用されないように(三項)、設立中の会社は初めに遡つてなかつたこととなる。従つて、発起人はその機関としての地位を失い、設立に関してなした行為の効果は自己がこれを引受けるのほかになく、個人たる発起人がこの種の行為につき形式的のみならず実質的にも初めに遡つて権利義務の主体とならなければならない。商法第一九四条第一項はかかる趣旨の規定であり、これにより、会社の設立に関して支出した費用も当然発起人の負担となり、同条第二項は、株式引受人も負担するかの疑を除く趣旨に出たものであるとする⁽¹⁾。従つて、会社不成立の場合における法律関係は、個人法的立場に立つ見解と異ならないことになる。この点は通説もまた同様である。

ギールケも、一定の要件をみたせば実定法が社団を法人と認めている場合には、その種の社団が実定法の要求する要件をみたさなければ、その団体としての存在も否定されるものとし、更に、社団の前生は社団が成立するに至つて始めて価値を有するものであるとする⁽²⁾。従つて、会社不成立の場合には、会社の前生は認められず、発起人は株式引受人及びその他の第三者に対して、自己の責任においてすべての後始末をなすべきであつて、そこには団体法上の問題は何等存せず、結局、不成立の場合については、個人法的見解と異なるところはない。

リペールも、設立中の会社を生きて生まれれば権利を取得しうる胎児に譬えるのであつて、会社不成立の場合には、設立中の会社は全く存在しなかつたこととなり、発起人は設立中の会社の名において行なう契約につき個人責任を負担しなければならぬとしてゐる。⁽³⁾ タツレも、会社不成立の場合には、発起人は株式引受人に対して、原則として払込金の全額を返還しなければならないとする。⁽⁴⁾

しかしながら、設立中の会社の法的存在が現実認められるとする以上は、そのことが会社の成否如何によつて左右される理由はないのではなからうか。⁽⁵⁾ 田中博士も主張するように、設立中の会社は社会的法律的に胎児よりも一層重要な地位をしめてゐる。胎児が既に生まれたものとみなされるのは、後に生きて生まれたときのために、胎児のために権利を留保するための擬制にすぎないが、これに反して設立中の会社は既に積極的に社会生活上法律的活动をなしているのであつて、自然人における死産と会社の不成立とを同様に考えることはできない。もちろん、設立中の会社は、会社が不成立に終れば、もはやその存在意義を有しないには違ひないが、そのことから、その存在を遡及的に否定すべきではない。もし会社成立の場合にのみ設立中の会社の存在を認めるとすれば、それは会社成立前に生じた法律関係を説明するための単なる便宜として設けられた擬制的存在にすぎないことになり、その實在を法的に認める同一性説の立場は、前後矛盾することになるのではなからうか。従つて、会社成立の場合に設立中の会社の存在を認める立場を、会社不成立の場合にも貫いて、設立中の会社は解散するものと解すべきではなからうか。⁽⁶⁾

もつとも、株式引受は会社の成立を停止条件とするものと解すれば、⁽⁷⁾ 会社不成立の場合には、結局、設立中の会社は当初から存在しなかつたことにならう。しかし株式引受人は、会社の成立前に株金の払込をなし、創立総会で議決権を行使する等のように、既に権利義務を有するのであつて、株式引受をもつて会社の成立を停止条件とするものと

説
解することはできない。

論

- (1) 田中・前掲論文三六九頁以下、四〇二頁以下及び四九二頁、同・前掲書二四八頁以下及び二八八頁以下。同旨、鈴木「発起人」岩波法律学辞典IV二五四〇頁（なお、同・前掲書七〇頁以下参照）、石井・前掲書二〇一頁、石井等・前掲書四七七頁以下及び四八四頁以下、伊沢・前掲書二四九頁以下。
- (2) O. v. Gierke, *Genossenschaftstheorie*, S. 86 ff u. 135, *Derselbe, Vereine ohne Rechtsfähigkeit*, S. 15.
- (3) Ripert, *op. cit.*, n^os 925 et 928.
- (4) Thaller, *op. cit.*, n^o 503.
- (5) 西本博士及び野津博士が同一性説に反対し、西本博士は発起人を会社の主たる設立者と云うに止まり、野津博士は将来の会社の機関と解されるに至った理由は、同一性説が会社不成立の場合に設立中の会社を否定したことにもあるように思われる。西本・前掲書二一四頁以下及び二二九頁以下、野津「株式引受論」一六七四頁以下、同・前掲書六六頁以下参照。角を矯めんとして、牛まて殺されたのは残念である。
- (6) Homberger, a. a. O., S. 44 ff, Wieland, a. a. O., S. 74, Dregger, a. a. O., S. 72, Godin-Wilhelmi, a. a. O., § 30 Anm. 23, 鈴木・前掲書四二頁、大隅・前掲論文四九頁以下、同・前掲書二一三頁、松田・新会社法概論一一五頁、松田・鈴木・前掲書一八四頁、北沢・前掲論文二二三頁以下、服部「事実上の会社について」民商三六卷六号七七九頁参照。
- (7) Pinner, a. a. O., § 189 II, S. 39. ウィーランドも、株式引受 (*zeichnung*) は会社の成立を条件 (*Vorbehalt*) とすることは自明のことであり、会社不成立の場合のみならず、内部的に定められている期限内に創立総会の決議により創立 (*errichten*) されない場合にも、株式引受は無効 (*unwirksam*) になるものと解して *Wieland, a. a. O., Bd. 2, S. 61.*
- (3) もし設立中の会社を適及的に否定し、会社設立のために生じた権利義務は発起人個人ないし発起人組合に帰属するものと解するならば、設立中の会社の債権者は発起人の債権者となり、かかる債権者と株式引受人とは、発起人に対して同順位で、それぞれ、債務の履行または払込金の返還を請求しうることになる。従って、かかる債権者にとつては、会社の成否如何によつて債務者が異なることになり、そのみならず、もし発起人が設立中の会社の債務

を弁済するために十分な資力を有しないならば、かかる債権者と株式引受人とは同じ割合で損失を負担しなければならないことになるわけである。

しかしながら、いかに企業の所有と経営とが分離し、株主ないし株式引受人は債権者としての立場に近づき、構成員の増加は社団の団結を弛緩せしめ、構成員が第三者的地位に立つに至るとしても、⁽¹⁾ホームベルガーも強調するように、株式引受人は設立中の会社の構成員であつて、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、稀薄な意味においてせよ、共同企業者として、会社不成立の場合にも当然危険を分担すべきではなからうか。⁽²⁾即ち、設立中の会社の債権者は、設立中の会社の財産に対しては、株式引受人よりも優先的な地位に立つべきである。その上、更に不都合に思われるのは、会社不成立の場合に設立中の会社の財産が発起人に帰属するものと考えると、発起人個人の債権者が設立中の会社の財産にも権利を行使し得るといふ結果になるかの如き疑いすら生ずることである。しかし会社不成立の場合には、発起人個人の債権者が、債権取得当時一般担保として予想していなかつた払込株金等のような設立中の会社の財産からも弁済を受け得るものとして、彼等を特に保護すべき理由は何等存せず、このような結果はもとより是認できない。

従つて、会社成立の場合に設立中の会社の存在を認める立場をさらに会社不成立の場合にも貫いて、この場合には、設立中の会社は目的の不到達によつて解散し、その執行機関である発起人は清算人となつて、債務を弁済した後株式引受人には残余財産を分配するものと認むべきであらう。⁽³⁾もつとも、株式の割当がなされるまでは、株式引受人はまだ設立中の会社の構成員になつていないから、割当を受けなかつた申込人は、第三者として、その他の債権者と同順位で申込証拠金返還請求権を有することになる。

わが国においても、会社不成立により設立中の会社は解散すると解する次のような有力な少数説がある。即ち、理論的には会社不成立の場合には設立中の会社は目的の不到達によつて解散し清算すべきであるとしても、それでは株式引受人の保護に欠けるから、発起人に全責任を負わしめ、これに対し株式引受人を第三者として律すべきであつて、商法第一九四条第一項はかかる趣旨の規定である。同条第二項は、発起人が全責任を負うのであるから、発起人が会社の設立に関して支出した費用をも負担するのは当然であつて、株式引受人がその費用を負担しないことを明らかにするための規定である⁽⁴⁾。しかし、発起人が株式引受人及び設立中の会社の債権者に対して個人として全責任を負うべきであるということは、設立中の会社の存在を否定するものではないのみならず、必ずしも設立中の会社が解散しその財産を清算すべきであるということも否定するものでもないと思う。或いは、発起人の株式引受と株式申込人の株式引受とを區別して、後者は会社の不成立を遡及的解除条件とするものであり、従つて不成立の場合には、株式引受の効果は消滅し、株式引受人は債権者の地位に立ち、取引上の債権者と同順位で清算段階にある設立中の会社に対して、原状回復として払込金額の返還を求めうとする⁽⁵⁾。しかし、これらはいずれも、株式引受人を第三者として扱い、設立中の会社の債権者と同順位に立たしめているが、債権者が優先すべきであつて、かかる結論には賛成できない。

(1) 松田・株式会社の基礎理論一七九頁参照。

(2) Homburger, a. a. O., S. 45. なお、ガドーハイニッヘンは、出資者は出資の返還を請求しうるが、これは不当利得の原則によるのではなく、発起人については発起人間に存在した組合関係により、募集設立の場合の株式引受人 (wechsler) については条件附加契約 (bedingter Beitrittsvertrag) により基礎づけられるとしているが、会社設立のために正当に使用されたものは返還を請求され得ないとする (Gadow-Heinichen, a. a. O., § 28 Anm. 16)。⁶⁾ ムリウンス・フォン・ギールケも、会社不成立の場合に、株式

引受人は設立費用を負担するものと解して (I. v. Clarke, a. O. S. 283)。

(3) 国歳教授は、会社は成立の前後を通して組合であり、不成立の場合には、民法の組合に関する規定により、設立中の会社は解散し (民法六八二条)、清算に入るが (民法六八五条)、この清算については厳格な手続規定がないとして、発起人の連帯責任 (商法一九四条一項) は明らかにこの場合、債権者のために有力な担保を加える趣旨のものであるとする (前掲論文一一九頁)。

(4) 大隅・前掲論文四九頁、同・前掲書二一三頁以下、松田・新会社法概論一一五頁、松田・前掲書八四頁以下、西原・前掲書一〇一頁以下。大隅博士は、発起人の負担するこの責任は設立中の会社の機関としての発起人個人の責任と解するが、松田博士・鈴木判事は、発起人組合の責任と解する。なお、松田博士・鈴木判事は、発起人組合は設立中の会社機関である発起人の団体であるとする (同・前掲書一〇頁)。

(5) 服部・前掲書一四六頁参照。

(6) 北沢・前掲論文二三五頁以下。

(4) もつともこの点は、レーマン等のように、発起人は設立中の会社の機関として、会社設立のための法律要件的行為については権限を有するが、対外的取引行為については一般に権限を有しないと見る見解をとれば、成立した会社は定款に確定され、検査役の検査、創立總會の承認等のなされた財産引受、発起人に対する特別利益の賦与・報酬の支払・設立費用の補償については例外的に債務を負担するが、これらはいずれも会社の成立を条件とするものであって、会社不成立の場合には、設立中の会社はかかる債務を負担しない⁽¹⁾。従つて、債権者保護のための以上のような問題は起らないことになる。それ故、不成立により設立中の会社が解散するものと解しても、又は遡及的に存在しなかつたことになるものと解しても、結局、結論においては重要な差異は生じないことになる。

しかし、この立場が発起人の権限をこのように制限する理由として、発起人のなす取引行為は会社設立のために事実上必要であつても、客観的にみて必要なものであるとは解し難いとするのは、現実を無視したあまりにも観念的な

議論である。またこの立場をとつても、結局、発起人のなす会社設立のために必要な取引行為によつて生じる権利は、設立中の会社に帰属することを認めることになるのであるが、同一の行為によつて生じる義務はこれに帰属しないと解するのは合理的でないのみならず、相手方が不当に害されることになる。かかる見解は、結局、発起人が会社設立のためにする対外的取引行為について、第三者のためにする契約、事務管理又は法律上当然の取得等の構成をとるとほとんど異なることとなり、それでは設立中の会社を認める意義は半ば失われてしまう。このように考えると、結局、発起人は会社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するものと解すべきである。従つて、発起人が対外的取引行為をなした場合にも、それが会社の設立に必要なものであれば、これにより生じる権利義務は設立中の会社に帰属する。⁽²⁾

それ故、設立中の会社には、既に取引上の債権者が存在しうるのであつて、かかる債権者は会社不成立の場合に株式引受人に優先すべきであり、設立中の会社の存在を避及的に否定することはできない。

(1) 本稿一八八頁以下及び二〇一頁参照。

(2) 発起人の権限についての詳論は、拙稿・前掲論文四九頁以下に譲る。

(5) 設立中の会社は組合であつて、その構成員は、設立中の会社の債務につき債権者に対して直接責任を負うものと解する場合にも、結局、債権者保護のための問題は、同様に、起らないことにならう。

しかしウィーラント等のように、団体はすべて組合であるというのでは、言葉をおきかえにすぎない。⁽¹⁾ 団体のうちには、その組織原理を異にするために生じる相違点が存することを無視することはできず、組合と社団との区別を認めざるを得ない。

更に、団体の法律的性質を判断する場合に、その団体が過渡的なものであるか否かは、直接法律的には本質的なものではなく、また設立中の会社においては社員交替が制限される（権利株の譲渡制限）のも政策的理由によるものであつて、その団体における社員の結合関係の本質に基づくものではないから、シユタウプのように、成立した会社を社団と解しながら、設立中の会社を組合と解すべきではない。設立中の会社をもつて成立した会社と同一性を有するその前身と解する以上は、設立中の会社は、成立した会社と別個の団体ではないと解するのにとどまらず、その団体としての性質も成立した会社と同様に社団と解すべきではなからうか。また、設立中の会社は、発起設立の場合または募集設立の最初の段階においては、その社会的実態においては組合的性質のものであつても、法律的にはこれを社団として組織されたものと解することの妨げは存しないのではあるまいか。

ドイツにおいては、民法第五四条第一文により、権利能力なき社団には民法の組合に関する規定が適用される。そのため設立中の会社を社団と解する場合にも、結局、実定法上は組合と擬制されることになり、設立中の会社の権利義務は法律的には社員に合有的に帰属し、社員は設立中の会社の債権者に対して直接責任を負わなければならないことになる。しかしながら、ドイツにおいても、かかる規定にもかかわらず、実質的にはなるべく社団的取扱を受けるようになつて来ているのであつて、社団と組合とはその組織原理が本質的に異なるものである以上、かかる規定のないわが国においては、設立中の会社について組合的法律関係を擬制し、構成員の直接責任を認めるべきではない。

- (1) 本稿一九〇頁参照及び二〇〇頁。
- (2) Dregger, a. a. O., S. 90.
- (3) 大隅・前掲論文二八頁。

- (4) 本稿一九〇頁参照。
 (5) 大隅・前掲論文二八頁。
 (6) 本稿二〇〇頁参照。
 (7) 本稿一九一頁参照。

(6) 設立中の会社を社団と解しても、会社として成立するまでは権利能力を有し得ないものと解するならば、法律적으로는設立中の会社に権利義務が帰属し得ないから、結局、会社の不成立により設立中の会社は解散するものと解する余地はないことなるう。

同一性説は、結局、設立中の会社は権利能力を有することを前提とするものであつて、嚴格には、この前提を否定すれば同一性説を捨てざるを得ないであらう。⁽³⁾しかしこの前提を論証するために、タツレのように内部的法人格と対外的法人格とを区別するのは、エスカラも批判するように無意味である。⁽⁴⁾

田中博士は、形式的と実質的とに区別して、設立中の会社は形式的には権利義務の帰属主体となり得ないから、実質的にはこれに帰属する権利義務も形式的には発起人がその主体となるものと解する。⁽⁵⁾しかし同一の権利義務が、形式的と実質的との区別に従つて異なる者に帰属するということは、法律的には考えられないから、所謂実質的帰属とは社会的実態における帰属関係を、所謂形式的帰属とは法律上の帰属関係を示すものと解される。従つて、会社不成立の場合には、権利義務は法律的には終始発起人に帰属していたこととなり、設立中の会社の法的存在を認める意義は存しない。田中博士が会社不成立の場合に設立中の会社の存在を遡及的に否定するのは、けだし当然のこととも云えよう。会社が成立する場合については、この見解によれば、権利義務は実質的のみならず形式的にも会社に帰属することとなり、会社と発起人との間に権利義務の承継または移転の觀念を要しないものとする。しかし、それでも

一応の説明にはなりえようが、それだけでは法律적으로는発起人に帰属していた権利義務が成立した会社に帰属するに至る過程の法律的説明としては不充分である。田中博士は発起人を設立中の会社の執行機関と解しながら、結局この点の説明に関しては、法律上当然の取得説と異なるところがないことにはなかるうか。⁶⁾

私は、設立中の会社は未だ法人格を認められていなくても、社団としての存在が法律上認められる以上は、所謂形式的には既に不完全ながら権利義務の帰属主体であり、会社不成立の場合にはかかる法人格なき社団が解散するものと解すべきではないかと考える。

- (1) Reiss, Zeichnung und Uebnahme von Aktien, 1906, S. 24, Ripert, op. cit., n° 592, Escarra, op. cit., n° 552. 野津・前掲論文一六七頁以下。
- (2) Reiss, a. a. O., S. 24, Escarra, op. cit., nos 529, 530 et 533. 野津・前掲論文一六七四頁以下。
- (3) Thaller, op. cit., n° 501.
- (4) Escarra, op. cit., n° 524.
- (5) 本稿一九九頁以下参照。
- (6) 松岡・前掲文四〇頁参照。

(7) このように会社不成立の場合にも設立中の会社の法的存在を認め、これに即した構成をなすべきではあるが、ホームベルガーのように、株式引受人にとつては、残余財産が出資の払戻に当てられるべきものであるため、株式引受人は払込金全額の払戻を受け得ない場合も生じるが、この場合にも特別な契約かまたは発起人に損害賠償義務が存しない限り、発起人はこの不足額を補償する義務を負担しないと解するのは、⁷⁾発起人の有する設立中の会社の機関としての団体法上の地位のみを重視し、会社の創立者・設立企画者としての個人法上の地位を無視するものであつて妥当

でない。発起人が会社の設立に失敗した以上、設立費用は、発起人のみが負担して、株式引受人は分担することを要しないのではなからうか。このことは、債権者が設立中の会社の財産につき、株式引受人に優先することは別の問題である。

発起人は、このように会社不成立の場合に全責任を負い、株式引受人に損失を蒙らせないために設立費用を負担すべきであるとしても、会社不成立の原因が専ら株式引受人の側に存するような場合にまで、発起人にかかる責任を負担せしめることは妥当でないように思われる。最近少数の有力な学説はこの点について反省をなし、消極に解しようとするようであるが、その根拠は明らかにされていない。この点も、発起人は二重の地位を有するのであつて、株式引受人は、一面において個人法上の取引行為の性質をも有することに着目することによつて、明らかにならうのではなからうか。

(1) Homberger, a. a. O., S. 45.

(2) 鈴木・前掲書七一頁、大隅・前掲論文五一頁参照。

(3) 以上のように、わが国の通説によれば、会社不成立の場合には、すべてを発起人のみので責任において解決し、設立中の会社の存在を無視するが、他方、会社が成立する場合には、発起人が設立中の会社の機関として行なう権限内の行為によつて生じる一切の権利義務が会社に帰属し、発起人は原則としてこれにつき債権者に対して何等の責任も負わないものと解されている。しかしながら、設立段階においては、成立後と異なつて、成立すべき会社の規模は一般に示されておらず、かつ会社の成否も未定であり、また成立するとしても果して当初に企画した通りの規模で成立するか否かは不明な状態にある。従つて、かかる設立中の会社と取引をする第三者は、設立中の会社と共に発起人を

も信用して取引するものと認めざるを得ないのではないかと思う。換言すれば、債権者は設立中の会社ないし成立した会社に対して債務の履行を求め得るのみならず、発起人に対してもこれについての責任を追求しうるのが当然ではなからうか。

一部には、商法第一九四条第一項は不成立の場合における発起人の責任を規定しているが、立法論としては、設立中の会社の債権者を保護するために、会社の成否未定の間にも発起人に同様の責任を認めるべきであるとの注目すべき見解がある。⁽¹⁾しかし解釈論としても、発起人は、会社の成否未定の間のみならず、更に会社成立後も、同様の責任を負担すべきものと解することが可能なのではあるまいか。

(1) 北沢・前掲論文二三六頁以下。

(9) 要するに、商法第一九四条は、会社不成立の場合につき、発起人が会社の設立に関してなした行為につき全責任を負うべき旨を規定しているが、その意味は、次のように解すべきではなからうか。即ち、会社不成立の場合には設立中の会社は解散し、その財産を清算して残余財産を株式引受人に分配する際に、設立費用を発起人に負担せしめることにより、その分配額が払込金よりも少なくならないように発起人に全責任を負わしめる^(三項)。設立中の会社の債権者については、設立中の会社が負担しその財産をもつて担保している債務につき、発起人にその債権者に対する補充的責任を負わしめんとする趣旨であると^(同条¹一項)。

通説は、会社の成否如何によつて、発起人、又は、設立中の会社ないし成立した会社の、いずれか一方の責任しか認めないが、かかる考え方はかたよつたものであつて、会社の成否如何にかかわらず、両者共に責任を負うとすべきであらう。

結局、私の立場は、会社の設立過程について考察する場合に、団体法上の問題と共に個人法上の問題が併存することに着目して、両者の間に存する密接な関連と共にその区別を明らかにし、団体法上の問題については団体法的考察を一層徹底せしめ、これにより最も実態に即した理論を発見しようとするものである。

そこで次に、果して会社の前身たる設立中の会社の法的存在が認められるか、認められるとすれば、その団体としての性質はいかなるものか、発起人が会社設立のために行なう法律行為によつて生じる権利義務について設立中の会社はいかなる関係にあるか、ことに実質的にのみならず、形式的にも帰属主体となり得るのではなからうか、という点を考察する。

(1) 北沢教授は、会社不成立の場合における発起人の責任については、結論的にはほぼ同じ見解を示している。同・前掲論文二三六頁以下参照。

第二章 設立中の会社の性質

第一節 序 説

一 団体概念と法人概念 従来、団体を組合と社団法人とに二分し、社団法人でないものは、すべて組合と考える傾向があつた。しかしながら、一方では、法人格の有無に拘らず社団は社団であつて組合と区別すべきであり、⁽¹⁾他方では、組合にも法人格を賦与することは可能であることを思うならば、⁽²⁾法人格とは団体の有する一つの法的資格にすぎず、⁽³⁾法人格の有無の問題とは離れて、団体自体の性質としては、これを社団と組合とに区別しうるのではないか

と考えられる。従つて、社団であるが法人格を有しない所謂権利能力のない社団 (Verein ohne Rechtsfähigkeit, nicht rechtsfähiger Verein) は、組合と社団法人との中間物と解すべきものではなくて、その団体としての実体は社団法人と同一であると考えなければならぬであらう。⁽⁴⁾ それ故、直接規定の存しない権利能力のない社団に対して、団体としての性質を異にする組合の法規を類推適用すべきではなくて、社団法人に関する法規が適用されなければならず、⁽⁵⁾ その場合には、かかる法規のうちいかなる点がその団体自体の性質から由来し、いかなる点がその法人性から由来するものであるかを明確にしなければならない。

近時の学説は、一般に、この点に着目して、団体が法人であるか否かはその団体の外部に対する関係による區別であり、団体が社団であるか組合であるかはその団体の内部組織による區別であるとして、法人概念の外部性と団体概念の内部性との區別を認めている。しかしながら、権利能力のない社団は、その代表者により社団の名において対外的に活動し、更に訴訟法上当事者能力を有するように^(六条四)、社団は、法人格の有無に拘らず、外部に対する関係においてもその存在が法律的に認められているのであって、法人概念と団体概念との區別をその外部性と内部性との差異に求めることは妥当でなく、⁽⁶⁾ 社団法人の対外的法律関係についても、そのうちいかなる点が社団性に由来し、いかなる点が法人格に由来するものであるかを区別しなければならない。

- (1) O. v. Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit, S. 12, Homberger, v. a. O., S. 21, Sachau, Der nichtrechtsfähige Verein als Unternehmen eines Handelsgewerbes, ZHR, Bd. 56 S. 459, 石田「権利能力なき社団」民法研究一所収三八頁、同「社団」岩波法律学辞典Ⅱ二二四頁以下。
- (2) Neubecker, Vereine ohne Rechtsfähigkeit, S. 38, 田中・前掲書二九頁、我妻・債権法講義案一三七頁、松田・株式会社の基礎理論一一七頁以下、山本「フランスにおける組合法人論」法協六五巻四号、六六巻一―号六七巻二号所収。

- (3) Neubecker, a. a. O., S. 39, Dregger, a. a. O., S. 67 ff.
- (4) O. v. Gierke, a. a. O., S. 10 u. 12, Neubecker, a. a. O., S. 16 ff. u. 43, Sachau, a. a. O., S. 456, Staudinger, Zur Rechtsnatur der nichtrechtsfähigen Vereine im Bürgerlichen Gesetzbuche, Deutsche Juristenzeitung V Jahrgang, 1900, Nr. 17/18, S. 377. Hachenburg, Das bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich, S. 476, Dregger, a. a. O., S. 69. 末弘博士「労働組合法論」労働法研究所収一一九頁及び一二二頁以下、同「訴訟当事者としての人格なき社団財団」民法雑考所収九六頁及び一〇三頁、石田・前掲論文三八頁以下、大判昭和一〇・七・三一昭和九年(オ)二三〇九号(判民昭和十年度七一事件我妻教授の評釈中における引用による)。なお、キールケはこの関係を、権利能力のない社団は、法人自由設立主義が行なわれるとすれば社団法人となる構成物(Gebilde)であると説明してはる(a. a. O., S. 11 f.)。
- (5) O. v. Gierke, a. a. O., S. 10. 末弘「労働組合法論」一二二頁以下、石田・前掲論文三八頁以下、我妻・民法総則一一五頁以下。
- (6) 西原「株式会社の社団法人性」株式会社法講座第一卷四三頁以下参照。

二 社会学的概念と法的概念 団体の性質を考察する場合には、その社会学的概念と法的概念との差異に注意しなければならない。⁽¹⁾ 団体概念と法人概念とを区別して考えると、団体は組合と社団とに分類され、それぞれについて従来、多くの特徴が指摘されて来た。⁽²⁾ そして通常は、社会学的に組合又は社団と解される団体は、それぞれこれに対応して、法律的にも組合又は社団としての組織を有するものと考えられている。しかしながら、必ずしも両者は常に対応しなければならないものとはいえず、その社会学的な性質から直ちに法律的な性質を推論することはできない。⁽³⁾ 勿論、法律は社会的な実態を無視すべきではなく、団体を規制するに当つても、それから生ずる要請に応じ得るものでなければならぬが、立法政策上独自の立場からこれを規制することも可能である。

元来、法律が個人の他に団体を認め、社会的に存在する団体を、単に個人の集合としてではなく、法律的にも団体として特殊な取扱をするのは、組合と社団とでは、その程度こそ非常に異なるが、社会的な要請に応じて、団体の

活動を助長し、団体の法律関係を明確にし、その処理を容易にして、団体、団員及び第三者の利益を保護するためであると言うことができる。そうして、この観点から組合と社団とを比較すれば、団体の法律関係を明確にし、その処理を簡易にするためには、社団は組合よりも更に進んだ法的形態と見ることができ、社会学的な意味における社団を法律上組合として律することはできないとしても、社会学的な意味における組合を法律上社団として律することがあつても、差支えないのではなからうか。同様に、団体はその設立者の意思に基づいて組織されるものであるから、その団体が社会学的には組合に属するものであつても、設立者が法律的には社団的構成のものとしてこれを組織することも可能なものではなからうか。このような意味で法律的概念としての団体が技術性を有することを認めることができる。しかしこのことは、勿論、団体を単に擬制的なものとするのではなく、社会学的に実在する団体が法律的组织をとるに當つて、その社会学的な性質を實體としながらも、立法によつて、又は設立当事者の意思によつて、これに法技術的な変容を加えることが不可能でないことを指摘しようとするにすぎないのである。

組合と社団との間に存する多くの社会学的な差異のうち、団体の構成員数の多少を採り上げ、これをもつて組合と社団とを法律的にも区別する基準とする前述のごとき見解がある。しかしかかる見解に対しては、構成員が多く、社会学的に社団と解される団体を、法律的に組合として律することは事実上不可能を強いるに近く、従つて、法律的にも社団として扱うほかはないとしても、構成員が少なく、社会学的に組合と解される団体を、法律的には社団として組織することを妨げる理由はないという批判が可能である。更に、かかる見解によれば、募集設立の場合には設立中の会社がいづ組合から社団に転化するかは、社会学的にのみならず法律的にも明確にされない。しかし、一つの団体がいづのまにか組合から社団に転化するのでは、団体の法律的关系は明確にされず、団体と法律関係に入る第三者の

みならず、その構成員の利益も確実な保護が期し難くなる。従つて、構成員の数の多少という社会学的特徴によつて法律的にも社団と組合とを区別しようとするこのような見解は妥当でないように思われるのである。⁽¹¹⁾

(1) 西原・前掲論文四八頁以下、服部「会社の権利能力・行為能力及び不法行為能力」前掲会社法の諸問題所収九一頁。鈴木教授は組合と社団との差異について、形式的意義のそれと実質的意義のそれとを区別すべき旨を強調されるが、それは本文のような区別に相当するものと思う。鈴木「会社の社団法人性」松本先生古稀記念会社法の諸問題所収、特に六二頁以下、同・前掲書七頁以下参照。

(2) Neubecker, a. a. O., I. Triel, Sachau, a. a. O., I. Kapital, O. v. Gierke, a. a. O., S. 10 ff. 等参照。

(3) 団体の個性、団体的結合関係、団体の統一としての性格等の強弱は、団体を社会学的にのみならず法律的に考察する場合にも、組合と社団との間に存する差異を示す特徴と解することができるが、これらの特徴に法律上の意味を認めるためには、団体が法律的にもこれらの特徴を有する理由、即ち、団体が法律上どのように組織されているためにかかる特徴を有するに至るのかを、先ず考察しなければならない。

(4) 鈴木・前掲論文六二頁以下参照。鈴木教授は、社団と組合との法律上(教授の所謂形式上)の差別を、団体における構成員の結合関係の面に認められ(もつとも、構成員が団体財産に対して有する持分の質的差異をも指摘される。前掲論文六三頁)、組合においては構成員の結合は契約関係により、全組合員相互間の法律関係が存在するが、社団においては、構成員の結合は社員関係により、社団対社員の法律関係が存在するにすぎない。従つて、社団においては、組合におけるよりも、構成員の結合関係の法的処理の面でより簡明であるとされる。しかしながら、団体が社団形態をとることによつてその処理が簡易になる法律関係は、単に団体の内部構成たる構成員の結合関係の面のみにとどまらず、後に述べるように、法人格の有無に拘らず、対外的な活動関係の面においても、それによつて生じる権利義務の帰属の面においても、法律関係の処理を簡易にするために社団は組合よりも進んだ法的形態と云うことができると思う。なお、西原教授は、社団と組合とを区別するに当り、内部的結合関係の面と共に対外的活動関係の面及び構成員の責任の面をも重視しておられるように思われる(前掲論文四四頁及び五九頁)。

(5) O. v. Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 23 ff., Neubecker, a. a. O., S. 5 u. 35, Sachau, a. a. O., S. 460. 山本・前掲論文法協六二卷一一号一一九四頁。

(6) Neubecker, a. a. O., S. 16. 西原・前掲論文七六頁。団体が法律的にその存在を認められるということは、団体設立者の意思により決定される団体の組織法が、法によって価値づけられることにはかならない(服部・前掲論文九〇頁以下参照)。従って、設立者が、団体の社会的実態を離れて、団体を法律上は社団として組織し、法によってその組織法が価値づけられれば、その限りで設立者は団体の法律上の形態につき自由な選択権を有するということができる。

(7) 鈴木・前掲論文六四頁。西原教授も法人概念と共に団体概念の技術性を認められる(前掲論文四三頁)。

(8) もっとも、すべての法律関係は、法によって認められることにより始めて存在し得るものであるから、このような意味においてならば、すべて擬制的なものといえることができる。

(9) 本稿二〇〇頁参照。

(10) 鈴木・前掲論文六四頁、西原・前掲論文七六頁。松田博士も、構成員が少なく、実質的には組合であっても、法技術によりこれに社団性を賦与しうることを認めている。本稿二〇二頁註(9)参照。

(11) O. v. Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit, S. 10f., Homberger, a. a. O., S. 20. もっとも、松田博士は構成員の多少は社会学の考察にすぎないから、単にこれをもって組合と社団とを区別する概念上の標準とすることはできず、契約的結合の有無によって決しなければならぬが、かかる質的差異のよって生ずる所以は、これを社会学上における数の作用により理解すべきであるとして(株式会社の基礎理論一二七頁)、社会学上の区別と法律上の区別とを分けておられるようである。しかし「構成員数小なる為、それが契約的關係によりて結合し得る限り、そこに組合的形態を生じ」るものとするから(同書一二三頁)、「立法技術による一時的の擬制」が存しない限り(同書二六七頁)、「構成員の多少なる数量の差異は質的変化を伴ひ、こゝに組合と社団とふ相対立する法律形態を生ぜしむる」ことになり(同書一二二頁)、結局、構成員の多少をもって法律的にも組合と社団とを区別するための基準としておられることにはなるのではなからうか。

三 社団性と法主体性

法人概念と団体概念とを区別するときは、一般に、法人格とは法主体性即ち権利義務の帰属主体たる能力(権利能力)と解され、従って法人格を賦与されていない社団は、まさに権利能力を有しない社団と解されている。しかしながら、例えば設立中の会社の場合のように、未だ法人格を取得していない社団ではあるが、なおこれに不完全な法人格を認めるべき必要が説かれていることは既述の通りである。この点については、前述のよ

うに、権利義務の帰属関係を実質的と形式的とに區別して、権利義務は実質的には設立中の会社に帰属するが形式的にはその代表者たる發起人に帰属するものとし、設立中の会社に認めらるべき不完全な法人格とは、結局、実質的権利能力を意味するものと、わが国においては一般に解されているが、権利能力を実質的と形式的とに區別して権利義務を相対的に帰属せしめることには、前述のように、賛成し得ない。² さらに別な考え方として、社団が権利能力を有しない場合には、権利義務は社団のためにその代表者に信託的に帰属すると解する説があるが、信託関係と言う言葉を比喩的に解するとしても、信託関係をもつて説明しようとすることは、ただ問題を複雑にするに過ぎないのではないかろうかと思われるのである。⁴ 従つて、社団が法人格を取得していないにも拘らず、なおこれに法律上不完全な法人格を認めるべきであるとするれば、それは、社団法人の有するそれと比較して不完全であるとしても、やはり所謂形式的権利能力でなければならぬと考へざるを得ないであろう。

繰返していえば、私は設立中の会社が法人格を取得していないにも拘らず、これに不完全な法人格を認めなければならぬと主張せんとするのであるが、その意味は、設立中の会社の有する社団性自体のうちに法主体性が内在しているものと考へるのである。即ち、実定法上明文をもつて法人格が賦与されていない場合にも、法主体性は賦与されていると認めることは可能であつて、⁵ 社団性自体のうちに法主体性が内在しているという前提が認めれるとすれば、⁶ 法人格を有しない社団が実定法によつて認められているということは、その社団が法人格を賦与されていないにも拘らず、法主体性を有することが実定法によつて認められているということに他ならない。⁷ このように法人格の有無に拘らず社団は法主体性を有するという考へに対しては、それは結局法人の自由設立主義に帰着するものであり、個人から独立した法主体を自由に創造し得るものとすれば、取引の相手方は不測の損害を蒙ることになるとする反対が生

じるかもしれないが、法人格を賦与されていない社団の有する法主体性は社団法人のそれよりも不完全なものであつて、右の考えは社団法人を自由に設立し得るとするものではないとともに、その反面、取引の相手方を保護するために社団の法主体性を否定する必要も存しない。私は、法人格を賦与されていない社団の有する法主体性がどのような点で不完全なものであるかを明らかにするときは、取引の相手方が陥るおそれのある危険も除去されるのではないかと思う。以上のように考えて来るときに、私は、国が社団に法人格を明認することの意義は、私法上は社団の法主体としての存在を權威的に (autoritativ) 確定し、社団が既に有している法主体性を拡張してこれを完全なものにすることを存するものと考へる。従つて、法人格とは団体の対外関係における法律関係を処理するための法技術的形式であると解する場合にも、それは、単に、既存のかかる形式をより簡明な、より完全なものにするための形式にすぎないことに注意しなければならない。

- (1) 本稿一一九頁、一九八頁及び二一二頁参照。
- (2) 本稿二一二頁参照。
- (3) 末弘・前掲労働組合法論一二五頁、鈴木・前掲論文六九頁、山本「生成過程に於ける会社の活動及び其の限界」法協六三卷二号一四一頁。しかし信託関係は所謂形式的権利能力を有する者の間にしか成立し得ない。川島教授は、社団財産は社員に固有に帰し業務執行機関たる理事が管理する社団財産は、社員から信託されたものであろうとされる(民法四二八九頁以下)。しかし次節で述べるように、組合の場合と異なり、社団財産は社員に直接的に帰属するものは解し得ない。
- (4) Neubecker, a. a. O., S. 48.
- (5) 兼子「破産財団の主体性」民事法研究第一巻所収、特に四六八頁以下、池原・判例民事法昭和十八年度四九事件評釈二一四頁以下参照。
- (6) O. v. Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 58, 69 u. 79, Neubecker, a. a. O., S. 24. 松田・株式会社の基礎理論二六一頁以下、

- 来栖「法律家」民事法の諸問題末川先生還暦記念二四二頁。
(7) *Neubecker, a. a. O., S. 37.*
(8) *O. v. Gierke, a. a. O., S. 75f. u. 79.*
(9) 鈴木・前掲論文六八頁以下、同・前掲書一〇頁。

PROMOTER'S LIABILITIES IN CASE OF FAILURE OF INCORPORATION (pp. 47-96)

—Reconsideration of promoter's legal position—

Yoshimichi HIRAIDE

Asst. Prof. of Commercial Law
The University of Hokkaido
Faculty of Law

CHAPTER I. PREVIOUS THEORIES CONCERNING PROMOTER'S LEGAL POSITION

I. Individualistic theories

Many theories about promoter's legal positions have been published especially in Germany. The main objectives of them are to clarify the legal relations between promoters and a corporation which they are going to incorporate; in other words, how the rights and obligations to subscribers for shares and to other third parties, which are caused by promoters in order to create a corporation, should belong to a corporation after it is incorporated. These theories are generally classified into two groups of individualistic theories, which do not recognize the legal existence of "corporation coming into existence" (entstehende oder werdende Aktiengesellschaft), and organic theories, which recognize such existence. Those which belong to the first group, are theories which use the ideas of agency, management without mandate, contract for a third party, legal acquisition, constructive transfer, legal succession and so on.

Even these individualistic theories, of course, recognized that a corporation was not suddenly born only by registration, and tried to consider procedures of incorporation as a growing process. For example, they recognized the existence of partnership (BGB Gesellschaft) among promoters or among subscribers for shares, the purpose of which was to found a corporation. But these partnerships existed separately from a corporation which was going to be incorporated and its "former self" (Vorleben) was not recognized by them. Some of them construed that, though the existence of corporation was not recognized by the public before its registration, a corpo-

ration effectually existed as an "aggregate body" (Mehrheitsverband), which was an imperfect legal person, among the internal parties after it was organized (errichtet) even before it was registered. Nevertheless, they did not recognize the identity between such an association which existed among the internal parties, and a corporation which was incorporated through registration, and they construed the latter as the former's successor (Rechtsnachfolgerin).

In Japan, many theories have been also published under the influence of German theories. At first, the theory which used the idea of contract for a third party, and then the theory which used the idea of legal acquisition, became prevailing. They also recognized only the existence of promoters' partnership but not the existence of *former self* of corporation.

According to these theories, it was quite natural that only promoters should be liable and expenses of incorporation should be only at their charge in case of failure of incorporation, because all rights and obligations to subscribers for shares and to other third parties, which had been caused by promoters in order to promote incorporation, had belonged to nobody but promoters. Therefore, in Germany, almost nothing was mentioned about legal relations in case of failure of incorporation, but that subscribers for shares did not have to meet the charge for expenses of incorporation. In Japan, the Art. 194 of the Commercial Code was construed as providing a matter of course, and the Sec. 1 of the same article was estimated as significant in providing that promoters should be liable jointly and severally and the Sec. 2 as making it clear that subscribers for shares should not meet the charge for expenses of incorporation.

Thus, these theories tried to explain how the rights and obligations which were caused by promoters in order to create a corporation, should belong to a corporation after it was incorporated, by using the existing ideas which were generally used to construct legal relations between individual persons. But they were not conformable to the intentions of parties, and failed to explain all problems without inconsistency.

II. Organic theories

On the contrary to those individualistic theories, Otto von

Gierke contemplated procedures of incorporation as a growing process from a systematic and organic point of view, and recognized the existence of *former self* of corporation, in other words, the existence of embryo of corporation before its incorporation. He regarded this as a "corporation without legal personality" (*Verein ohne Rechtsfähigkeit*). Karl Lehmann maintained his opinion that promoters had not only the position of founder of corporation but also the position of organ of *corporation coming into existence* which was identical with the corporation after its incorporation. And he emphasized that all rights and obligations which were acquired by promoters within their authorities, naturally belonged to the corporation after its incorporation without transference. This "identity theory" (*Identitätstheorie*) has been the prevailing opinion in Germany.

In France, Edmond E. Thaller had an opinion that the nucleus of corporation was formed by subscription for a part of shares, which grew into a perfect corporation through subsequent participation of many subscribers, and it had an "internal legal personality" (*personnalité morale intérieure*) from the beginning. However, he did not regard promoters as its organs but as managers without mandate who should work in order to incorporate it for subscribers. Georges Ripert also recognized the existence of *corporation coming into existence* which had a certain legal personality, before its incorporation, and regarded promoters as its organs. And he emphasized that promoters made contracts which were necessary to create a corporation, under the name of *corporation coming into existence*, and all rights and obligations which were caused by these contracts, belonged to such a corporation.

In Japan, Kotaro Tanaka tried to construct a theory which was based on the real situation. He also recognized the legal existence of *corporation coming into existence* as a *corporation without legal personality*, and regarded promoters as its executive organs. According to his theory which was fundamentally the same as the German prevailing opinion, all rights and obligations which were acquired by promoters within their authorities, belonged to a *corporation coming into existence*, and so they naturally belonged to the corporation after its incorporation without succession nor trans-

ference. This was an epoch-making theory and has been the prevailing opinion in Japan. I fundamentally agree with him.

According to K. Tanaka's theory, however, the existence of *corporation coming into existence* was recognized only when it could be incorporated. When it failed to be incorporated, its existence was legally denied retroactively to the beginning, as if a dead embryo was born. Therefore, promoters lost their positions as its organ, and all rights and obligations which had been caused by promoters in order to create the corporation, belonged to nobody but individual promoters.

O. v. Gierke also maintained that, when a positive law allowed a corporation to be a legal person on condition that certain requirements should be satisfied, the existence of such a corporation should be denied if it did not satisfy the requirements. He further asserted that the existence of *former self* of corporation was worthy to be recognized only when it could be incorporated; and when it failed to be incorporated, it was in vain. G. Ripert also admitted that, in case of failure of incorporation, a *corporation coming into existence* was not to exist at all and promoters should be personally liable for contracts which they made under the name of such a corporation.

However, once the legal existence of *corporation coming into existence* is really recognized, the existence should not be contingent on its incorporation. Of course, as Ludwig Homberger emphasizes, since the prime purpose of such a corporation is to be incorporated, it is no longer worthy to exist in case of failure of its incorporation, but the existence should not be retroactively denied. In this case, such a corporation should be dissolved because of the impossibility of accomplishing its purpose, and promoters who are its executive organs should become its liquidators and pay its debts to its creditors and then distribute the remaining assets among the subscribers for shares. Since the subscribers are its members, its creditors ought to have the right to receive payment in preference to them. Thus, the existence of *corporation coming into existence* should be recognized and promoters should be regarded as its organs, irrespective as to whether it would be incorporated or not, and it should be liable for its debts with its assets.

But if promoters should not be authorized, as K. Lehmann asserts, to do transactions which are practically necessary but not required by law for incorporation, a *corporation coming into existence* can not be indebted by promoters' transactions against third parties, and we do not have to worry about the problem of protection of its creditors, that is, there is no important difference in conclusion between the theory that it should be dissolved and liquidated and the theory that its existence should be retroactively disregarded, in case of failure of its incorporation. Promoters' authorities, however should not be limited to the transactions which are required to do by law but should cover all transactions including those of renting an office, employing secretaries, ordering to print share subscription forms etc., which are practically necessary to bring up a corporation into existence.

If a *corporation coming into existence* should be construed as a partnership (BGB Gesellschaft) and its members should be personally liable for its obligations against its creditors, there is also no problem of protection of its creditors. But a corporation before its incorporation is a "Verein" as it is after its incorporation. Even though a *corporation coming into existence* has no legal personality, it should not be construed as a BGB Gesellschaft in Japan where we do not have such a provision as the Art. 54 of BGB in Germany.

If it can not have a legal ability until its incorporation, while it is construed as Verein, it is of no use to construct that a *corporation coming into existence* is dissolved in case of failure of its incorporation, since rights and obligations can legally not belong to itself. The identity theory, however, should presuppose that it has a legal ability. Although it has no legal personality, so far as its legal existence as Verein is recognized by our positive law, it should have a legal ability, even if imperfect, to have its own rights and obligations, and such a Verein is dissolved in case of failure of its incorporation.

Along with this organic construction of promoters' position, the other individualistic position should not be disregarded. When they fail to incorporate a corporation, they should meet the charge of all expenses of incorporation in order that the expenses should

not be at charge of subscribers for shares and that the full amount of payment for shares should be refunded to them, because it is promoters' business to organize a corporation and they undertake to do it at their own risk for subscribers for shares.

According to the prevailing opinion in Japan, when a corporation is incorporated, its promoters are not liable for its obligations which are caused by them as its executive organs within their authorities. Of course, an organ of corporation is usually not liable for an obligation of the corporation in the same way as an agent is not liable for an obligation of his principal. During the process of incorporation, however, the public can not know whether and on what scale a *corporation coming into existence* will be incorporated. Therefore, we should realize that its promoters, besides itself, should be liable for its obligations to its creditors who transact with it in such a stage through its promoters.

Thus, a promoter has such a double position. A transaction which is done by him, has a double effect because of his double function. Only by this dualism, all problems which may arise during the process of incorporation may be clearly explained without inconsistency, and all rights and liabilities of every party may be properly established to their satisfaction.

CHAPTER II. LEGAL NATURE OF CORPORATION COMING INTO EXISTENCE

I. Introductory

Formerly, associations were used to be classified into two groups of partnership (BGB Gesellschaft) and of corporation with legal personality (Körperschaft od. Verein mit Rechtsfähigkeit). In order to examine the nature of association, however, we have to distinguish the nature of association itself from the qualification of legal personality which may be obtained by some associations. So far as the nature of association itself is concerned, associations should be classified into two groups of BGB Gesellschaft and of Verein irrespective of its legal personality.

From the sociological point of view, an association which is organized by few members, is regarded as a BGB Gesellschaft, while one which is organized by many members, as a Verein. When

we examine the legal nature of association, however, we have to distinguish the legal study of association from the sociological study of it, and its legal characteristics from its sociological ones. Therefore, the legal nature of association should be judged according to the way how it is legally organized, irrespectively of its sociological characteristic, like the number of its members.

If it is theoretically inevitable to presuppose its legal ability (Rechtsfähigkeit) in order to organize an association as Verein, a Verein must theoretically have a legal ability even if it has no legal personality and such a legal ability must be not quite the same as a traditional legal personality. And if a Verein without legal personality is recognized to exist by the positive law, such a Verein must be recognized to have a legal ability by the positive law and the real nature and function of a traditional concept of legal personality should be reexamined under the present positive law.