HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	発起人の契約
Author(s)	平出, 慶道
Description	論説
Citation	北大法学論集, 12(1), 49-75
Issue Date	1961-09
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/27795
Type	departmental bulletin paper
File Information	12(1)_P49-75.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

発起人の契約

平出慶道

一　発起人の権限内の行為

発起人は、成立した会社と同一性を有する設立中の会社の執行機関としての地位を有するから、発起人がその機関としてなす行為の効果、即ち、これにより生じる権利義務は、設立中の会社、従って、成立した会社に帰属するが、その範囲は発起人がその機関として有する権限の範囲によって画される。かかる同一性説は一般に認められているが、権限の範囲をいかに解するかについては争われている。

(1)　発起人は、設立中の会社の執行機関として、株主の募集（一七四条）、株式申込証の作成（一七五条二項）、株式の割当（一七六条）、株式引受人に対する払込の請求（一七七条一項）、株式引受人の失権手続（一七九条）、創立総会の招集（一八〇条一項）、創立事項の報告（一八二条）等を行う権限を有することは法の明定するところであるが、その他にも、発起設立の場合に払込金及び現物出資の目的物を受領し（一七〇条一項、一七二条）、募集設立の場合に現物出資の目的物を受領する（一七七条三項、一七二条）等の設立事務を行なう権限を有することには争がない。発起

人は、設立中の会社の執行機関として設立事務遂行の中心的役割を果す者であるから、設立に必要な行為について権限を有すること自体は当然のことであるが、[1] かかる行為をいかなる範囲にまで及ばしうるかについては争がある。

(1) Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, § 200 Anm. 4 u. 5, Sachau, Der nicht rechtsfähige Verein als Unternehmen eines Handelsgewerbes, ZHR, Bd. 56, S. 448, Silbernagel, Die Gründung der Aktiengesellschaft nach deutschem, schweizerischem, franzosischem und englichem Aktienrecht, S. 376.

(2)　発起人は、会社設立のための法律要件的行為についてのみならず、定款に記載し、かつ創立総会の承認または裁判所の検査を経た設立費用の範囲内で、会社の設立に必要な対外的取引行為についても権限を有し、従って、設立費用がその限度で会社の負担に帰するにとどまらず、設立費用を生ずる債務もその限度で会社の成立と同時にこれに帰属し、発起人は義務を免れるものと解する説が、かつては支配的であった[1]。しかしながら、発起人の有する権限の範囲の問題、即ちいかなる範囲で発起人のなす行為の効果が設立中の会社に帰属するかという権利義務の帰属関係の問題と、その行為の結果生ずる費用をいかなる範囲で設立中の会社または発起人の計算に帰せしめるべきかという計算関係の問題とは区別して考えなければならない。発起人の対外的行為の効果が会社に帰属するか否かという権限の範囲を、会社内部の問題であって、一般に公示されていない定款への記載等によって画するのは、理論的にみて妥当でないのみか、実際にも、発起人が会社設立のために第三者となした契約が多数あって、その総額が定款への記載等のなされた設立費用の額を超える場合には、契約の前後により、または按分比例によるとしても、個々の契約について権限の内外を決定することが極めて困難な場合も生じ、かつ第三者の地位を不安定ならしめ、取引の安全が甚だしく害されるから、かかる見解には賛成できない。定款への記載等は、内部的な計算関係を定めるための基準である

のにとどまり、これをもって発起人の有する権限の範囲を定めるための基準と解することはできない。(2)

(1) Homberger, Das Recht der entstehenden Aktiengesellschaft, S. 40 f., Pinner, Das deutsche Aktienrecht, § 200, II 2, S. 63, Schlegelberger-Quassowski, Aktiengesetz, § 34 Anm. 4, J. v. Gierke, Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 6 Aufl., S. 241 u. S. 249 f., Gadow-Heinichen, Aktiengesetz, § 34 Anm. 19. 但し、Gadow-Heinichen. (a. a. O., § 34 Anm. 17 u. Anm. 18) は同一性説を否定し、法律上当然の取得説をとる。竹田・判例評釈法学論叢一九巻六号九五六頁以下、伊沢・注解新会社法二六一頁、西原・会社法九一頁。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される（判例商法—総則・会社・商行為三六頁）。大判・明治四一・三・二〇民録一四輯三二〇頁、同・明治四三・一二・二三民録一六輯九八二頁（両判旨は、成立した会社が債務を引受けたとき、または承認したときは、債務は会社に帰属するものとなすが、「引受」または「承認」とは、設立費用として定款に記載され、かつ創立総会により承認されることと解しているように思われる）、同・昭和二・七・四民集六巻四二八頁。なお、石井等・註解株式会社法第一巻設立二四三頁及び大隅「株式会社の成立と権利義務の帰属」会社法の諸問題所収四五頁、四八頁は、松本博士（日本会社法論一二九頁）及び田中博士（改正会社法概論三七七頁）もこの説を採るものとして引用するが、いずれも、設立費用は定款に記載された範囲で会社が負担すべきであるとするのにとどまり、設立費用を生じる債務が右の範囲で会社に帰属するものとするとは速断し得ない。殊に田中博士は、定款記載の範囲に拘わらず、設立費用を生じる債務は会社に帰属し、右の範囲は会社と発起人との間の設立費用の負担についての計算関係を定めるものと解しているように思う（田中「発起人責任論」合名会社社員責任論所収三七三頁以下、四八二頁以下、殊に、同・改訂会社法概論上巻二四九頁）。

(2) 西本・株式会社発起人論一六五頁、解良・判民昭和二年度六六事件評釈、石井・商法I総則・会社一六七頁、石井等・前掲書二四四頁、大隅・全訂会社法論上巻一七二頁、同・前掲論文四五頁、松田・鈴木（忠）・条解株式会社法上三三頁以下、北沢「設立中の会社」株式会社法講座第一巻二四七頁以下。

(3) そこで一部には、発起人は、会社の設立自体を直接目的とする行為、即ち社団の設立一般について必要とされる定款の作成、及び株式会社という特殊な社団として必要とされる資本の確定並びにその充実、その他創立総会に関

する一連の行為のような、会社設立のための法律要件的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。(1) 従ってこの説によれば、発起人は、その効果として会社が当然に設立費用を負担しなければならないような行為については権限を有さず、定款への記載、検査役の検査、創立総会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・設立費用の補償のごとき例外を除けば、会社は発起人の行為により権利を取得することはあっても、債務は負担しないこととなる。(2)

この立場が、その理由として、発起人の権限を制限しなければ、会社はなるべく義務を負担しないで成立すべきであるとする法の目的が害されると主張するのは、(3) 考慮に価し得ても、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っても、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、(4) 現実を無視したあまりにも観念的な議論である。この立場によれば、発起人は、現物出資の目的物を受領する権限を有しながら、現物出資の調査を依頼し、(5) 受領した目的物を管理保存するために必要な契約を第三者と締結する権限を有せず、管理保存行為のなされた目的物は設立中の会社に帰属していながら、かかる契約の効果はこれに帰属しないとするのであろうか。或は、発起人は、銀行または信託会社と払込取扱の委託契約を締結する権限を有し、会社はこれにより権利を取得するが、手数料支払債務の負担については権限を有しないとするのであろうか。発起人は、設立中の会社の執行機関として、任務を懈怠するときは損害賠償責任を負わなければならないが（商法一九三条一項）、この立場によっても、任務の内容としては、会社の成立要件的行為のみならば、これをなすために事実上必要な行為も入るものと解しているように見えるが、(6) 発起人はかかる行為を行なう任務を負いながら、これを行なう権限は有しないとするのであろうか。

この立場をとっても、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って生ず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ろうが、[7] 同一の行為によって生ず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。[8] 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のとほとんど異ならないこととなり、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。従って、かかる見解にも賛成し得ない。[9]

(1) Lehmann, Das Recht der Aktiengesellschaften, Bd. 1, S. 439 f. u. S. 443, Renaud, Das Recht der Aktiengesellschaften, S. 386 u. S. 786 f., Brodmann, Aktienrecht, § 200 Anm. 1, b, Teichmann-Koehler, Aktiengesetz, § 34 Erl. 3 u. Erl. 3, a, Baumbach-Hueck, Aktiengesetz, § 34 Anm. 1 u. Anm. 2, A, Godin-Wilhelmi, Aktiengesetz, § 34 Anm. 2 u. Anm. 4. 但し、Renaud (a. a. O., S. 243 u. S. 389 f.), Baumbach-Hueck (a. a. O., § 20 Anm. 3, § 34 Anm. 1) は第三者のためにする契約説、Brodmann (a. a. O., § 200 Anm. 1, a. u. b, Anm. 2, a), Teichmann-Koehler (a. a. O., § 34 Erl. 3, c), Godin-Wilhelmi (a. a. O., § 34 Anm. 2 u. Anm. 4) は法律上当然の取得説をとり、同一性説に反対している。Dregger (Haftungsverhältnisse bei der Vorgesellschaft S. 48 f., S. 53 f., S. 81 f., u. S. 92) は、同一性説を徹底させ、会社の成立前においても、その創立 (Errichtung) 後は、その機関の権限は何ら制限されないものであるが、将来の債権者や社員の利益を保護するために、発起人又は創立前の機関は一般に権限を有しないが、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る。西本・前掲書一六〇頁、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」民商法雑誌一二巻五号八三三頁以下、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。

(2) 長岡・前掲論文八三四頁以下。しかし発起人の申請にもとづいて裁判所が検査役を選任した場合には、裁判所は検査役に報酬を支払うべき旨を会社に命じうるのであって（非訟事件手続法一二九条ノ三）、報酬支払債務は、会社が成立後これを負担するとしても、それは発起人の申請にもとづいて選任された検査役が設立段階においてなした行為に対する報酬の支払債務であるから、設立中の会社乃至成立後の会社は発起人の行為により何等債務を負担しないという見解は、規定上も破綻をきたすのではなかろうか。

(3) Dregger, a.a. O., S. 48. 参照。
(4) 長岡・前掲論文八四〇頁。
(5) 長岡・前掲論文八三五頁。
(6) 石井等・前掲書二四四頁及び四六八頁。
(7) 例えば、株式申込証の印刷の依頼、設立事務所の賃借、文房具の購入等の行為により、少なくとも申込証、事務所の賃借権、文房具等は設立中の会社のものになるであろう。
(8) 大隅・前掲論文四五頁以下。
(9) この他に、長岡教授は、発起人と取引する第三者は発起人個人を信用してこれと取引するものであることを理由として、発起人の取引行為についての権限を否定する（前掲論文八三九頁）。大判・大正一三・一二・二新聞二三四八号六頁も同じ考え方をとる。しかしその根拠が、相手方は常に発起人のみを信用し得るとする方が相手方を保護するために適当であるということに存するのであれば、必ずしもそうはいえない（大隅・前掲論文四七頁）。更に、誰を信用し得るか、即ち、誰に責任を負わしめるべきかということから直ちに発起人の権限の範囲を決定することはできない。

西本博士は、発起人が第三者と取引行為をするときは発起人個人の名においてなすものとして、発起人の取引行為についての権限を否定するが（前掲書一六六頁）、後述のように、甲会社発起人乙として行為する限り、乙は甲の名において行為するものと云わなければならない。更に、行為の形式の問題と、権限の範囲の問題とは区別して考えなければならない。

また長岡教授は、設立費用は本来発起人の負担すべきものであるから、発起人は設立費用を生ずることになるような会社の設立に事実上必要な行為については権限を有しないものとする（前掲論文八三四頁以下及び八三八頁以下）。しかし後述のように、設立費用は、本来は会社の負担に帰すべきものであり、更に、既に述べたように、計算の帰属関係と権利義務の帰属関係とは区別して考えなければならない。

(4) 以上のように考えて来ると、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。[1] 従って、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、その行為の効果は設立中の会社に帰属する。しかし、具体的にある行為が設立に必要なものであるか否かは必

ずしも明かでない場合もある。[2] 例えば、発起人のなす事務所の借入、事務員の雇傭、文房具・備品の購入、金銭の借入等は、それ自体としては、会社の設立に必要な行為としても、営業開始のために必要な行為としてもなされうるし、更に発起人がこれを個人的目的のためになす場合もあろう。かかる場合には、発起人の主観乃至行為の動機によらず発起人が会社設立のためにすることを明示的又は黙示的に示してなしたか否かを含めて、行為に際しての客観的事情にもとずいて、その行為を発起人の権限内と解すべきか否かを判断しなければならない。[3]

(1) Staub, a. a. O., § 200 Anm. 5 u. Anm. 7, Fischer, Die Aktiengesellschaft S. 110, Wieland, Handelsrecht, Bd 2, S. 57 f. これは現在わが国における支配的見解である。解良・前掲判例評釈三二一頁、鈴木「発起人」岩波法律学辞典Ⅳ二五三九頁以下（なお同・会社法五一頁参照）、田中・改訂会社法概論上巻二四九頁、大隅・前掲論文四七頁、同・前掲書一七二頁以下、松田・会社法概論八二頁及び九二頁、松田―鈴木・前掲書三三頁以下、北沢・前掲論文二二二頁以下及び二四八頁以下。

(2) 長岡教授は、発起人が会社設立のためにする取引行為は客観的に見て設立に必要な行為とは解し難く、会社設立のためにするというのは行為の縁由にすぎないとし、この点をも理由として、取引行為についての発起人の権限を一般に否定する（前掲論文八四〇頁）。

(3) 豊崎・判民昭和一四年度三二事件評釈一一一頁。

(5) 発起人が、設立中の会社の機関として、その権限の範囲内の取引行為をするときは、その効果は設立中の会社に帰属するが、同じ性質の行為であっても、発起人が個人としてなした場合にはその効果が設立中の会社に帰属することはない。そこで、発起人が会社の設立に必要な取引行為または所謂開業準備行為をなす場合に、設立中の会社の機関として、従って設立中の会社の名においてなしたのか、発起人組合の組合員として、従って発起人組合の名において（組合代理として）なしたのか、または発起人個人の名においてなしたのかを峻別し、これにより効果の帰属主体が誰であるか、または誰を本人とする無権代理行為がなされたかを判断しようとする立場がある。[1] しかし、実際に

は発起人総代という肩書が用いられることが多く、この立場によれば、この場合に設立中の会社の名においてなされたのか、発起人組合の名においてなされたのかは、契約当事者の意思解釈によって判断される。

しかしながら、かかる形式上の区別は必ずしも容易ではない。明示的にせよ黙示的にせよ、発起人として行為するものと認められるが、発起人組合の組合員としてなすのか、設立中の会社の執行機関としてなすのかいずれであるかが示されていないときは、もし両者の資格においてなしたものと解し得ないならば、一般に設立中の会社の発生前は発起人組合の組合員として、発生後は設立中の会社の執行機関としてなすものと解すべきであろう。(2) けだし、その発生後は、設立事務遂行の中心的役割は、その執行機関によって果されるものであるからである。

なお、発起人として行為したものと解し得ない場合にのみ、個人の名においてなしたものと認められる。しかし、発起人が単に取引行為に当って会社を設立中である旨を示すだけでは、まだ発起人としてなすものとはいい難く、個人の名においてなすものと解すべき場合が多いであろう。

(1) 北沢・前掲論文二二五頁以下。

(2) 発起人が甲会社発起人総代乙として株式引受人その他の第三者と行為をなすときは、発起人乙は設立中の会社甲の執行機関として甲の名においてなすものと解される。甲会社の発起人たる表示をもって、単に乙の有する社会的地位を示す肩書と解することはできない。それは代表関係を表示するものであって、この関係においては、甲会社発起人乙として行為することは、丙会社代表取締役丁として行為する場合と何等異なるところはない。

(6) 発起人の権限内の行為によって設立中の会社、従って、成立した会社は債務を負担するが、その弁済の費用が定款への記載等のなされた設立費用の範囲を越えるときは、発起人に対して超過額を求償し得るし、また発起人が立替て支払ったときは、その範囲内で会社に求償し得る。発起人が権限内の行為を設立中の会社の機関としてなさなか

った場合には、債務は設立中の会社に帰属しないが、発起人はその債務を履行するに要した費用を、同様に右の設立費用の範囲内で会社に求償し得る。

設立費用の計算上の負担関係が、定款に記載し厳重な検査手続を経た「設立費用」の範囲によって定められる理由は、一般に設立費用を生じる行為によって斎らされる利益は設立中の会社乃至成立した会社に帰属するのであるから、それに要する費用も本来これが負担すべきであるが、「ただ無制限にこれを負担することにより会社の財産的基礎が害されることを阻止するためである。」(1) 従って、取締役が設立登記のために支出する税額は濫用のおそれがないものであって、ここに所謂「設立費用」に入らず、当然に会社の負担に帰する。(2) かかる制度によって、発起人の権限を会社の設立に必要な一切の行為に及ぼすことによって生ずる危険より、会社の財産的基礎はまもられる。

なお、会社の負担に帰する設立費用の範囲を後になって拡大し得るかが問題となる。設立段階においては、発起設立の場合には、発起人全員の同意によって定款を変更し、(3) 公証人の認証を受け、検査手続をとれば、可能であろう。「募集設立の場合には、ドイツ法(株式法三〇条一〇項)のような規定のないわが国においては、創立総会における出席した株式引受人の全員一致の決議ではたりないが、株式引受人全員の同意をえて定款を変更し、公証人の認証を受け、検査手続等がとられれば、その範囲を拡大することも可能なのではなかろうか。」しかし設立費用の範囲の拡大は、設立段階においてのみならず、会社の成立後も、後述の如き財産引受と同じ考え方から、事後設立の要件を充せば濫用により会社の財産的基礎が害されるおそれがないものとして、これを可能と解しうるのではなかろうか。

(1) 田中・前掲書二五八頁、鈴木・前掲書五一頁。

(2) 鈴木・前掲書五一頁。

(3) この場合に発起人は、設立中の会社の構成員として定款を変更する。

二 開業準備行為

(1) 発起人は、会社の設立に必要な行為にとどまらず、開業準備行為についても権限を有するものであろうか。この点については、所謂財産引受に関する規定（商法一六八条一項六号）が存するにとどまる。財産引受とは、発起人が設立中の会社のため、従って成立した会社のため、会社の成立を条件として、特定の財産を譲受けることを約する契約をいい、これは会社の開業準備のために行なわれるものであって、会社の設立に必要なものではない。この規定は、昭和一三年の改正により新設されたものであるが、その立法理由としては、従来、財産引受類似の契約を締結し、この契約上の債権と株金払込債務とを相殺するという方法によって、現物出資に関する規定の適用を回避する脱法的な事例が続発したため、これを阻止することがあげられており[1]、同様の理由から、事後設立に関する規定（商法二六四条）も新設された[2]。

この財産引受に関する規定が設けられる以前には、財産引受をも含めて、所謂開業準備行為一般について、発起人の権限は一般に否定されていた。その理由は、当時の同一性説の立場に立つものは、「設立中の会社は会社の設立を目的とするものであり、従って、その執行機関たる発起人の権限は当然に会社の設立に必要な行為に限られ、所謂開業準備行為には及び得ないものとする」[3]。しかし、法律上当然の取得説に立つものは、一般に、商法に規定の存しないこと[4]、および現物出資の規定を潜脱することになること[5]を理由とするのみで、理論的根拠については明らかにしてない。発起人のなす財産引受を有効とするものもあったが、それは第三者のためにする契約という構成をとるものであって、発起人の行為によって生じる権利義務が共に会社に帰属するに至るか否かという発起人の権限の問題とは、別個の問題である[6][7]。

いずれにしても、現行法上は、定款への記載、検査役の検査等の手続をとれば、発起人は財産引受をなす権限を有することは商法の規定から明かであり、他面、これらの手続をとらないかぎり、発起人は、財産引受を含めて、一般に所謂開業準備行為については権限を有しないことは通説、判例の認めるところである。しかしながら、この財産引受の規定の根拠については、現在、通説たる同一性説の立場をとるもののあいだでも、見解が分かれている。

多数説によれば、設立中の会社は会社の設立を目的とするものであるから、その執行機関たる発起人の権限は、本来、会社の設立に必要な行為に限られ、従って、財産引受のように、会社の設立自体に関せず、会社成立後の営業開始を準備するための行為については権限を有し得ないが、[8] 法は、実際の必要上、厳重な要件のもとに特にこれを許容したものとする。[9] かかる立場に立てば、財産引受に関する規定は厳格に解することが必要であって、「会社ノ成立後譲受クルコトヲ約シタル財産」（商法一六八条一項六号）とは、売買のみならず、請負、交換等の方法によりうるとしても、これらの方法により成立後の会社が財産を取得する場合に限定されることになろう。[10]

しかしながら、設立中の会社は、単に、会社の設立のみを目的とするものではなく、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り、従って、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。[11] もっとも、設立中の会社は、会社として成立すべき過渡的な存在であって、未登記の会社として恒久的に存在すべきものではないから、営業行為は会社として成立した上でなすべきものである。従って、執行機関たる発起人の権限は本来、設立に必要な行為には限られないが、営業行為には及ばず、[12] 会社が成立と同時に営業を開始しうるための準備行為にとどまるものと考える。[13] しかし、設立中の会社はまだ組織が完成されず、発起人の活動を充分に監督することもできないから、設立中の会社の自治にまかせて、発起人の権限を無制限に認めると、その濫用のため、不当な評価

等によって不当に不利な内容の契約を結ぶことにより、その財産的基礎が害されるおそれがある。そのために、商法はこれを制限し、会社の設立に直接必要でない開業準備行為については、特に定款への記載、検査等の厳重な要件を充すことを要するものとしたと解すべきである。(14)(15)

このように解するときは、財産の贈与を受けることはもとより、営業免許、特許権等の申請をなすこと等のように、濫用により弊害の生じるおそれのない行為については、定款への記載等の要件を充すことを要せずに、発起人は権限を有するものと解される。「会社の譲受くる財産」についても、多数説のように厳格に解することを要せず、定款への記載等の厳重な要件を充すことにより、濫用による弊害の生ずるおそれのない場合には、財産の賃借、製品の供給契約、使用人の雇傭、資金の借入等についても権限を有するものと解し得べく、「財産引受」とは開業準備行為一般に及び得ることとなる。(16)

(1) 司法省民事局編・商法中改正法律案理由書（総則・会社）九一頁、田中・改正商法及び有限会社法解説一三三頁、最高判・昭和二八・一二・三最高民集七巻一二号一二九九頁、東京地判・昭和三三・五・二六下級民集九巻五号八九〇頁。

(2) 司法省民事局編・前掲書一三四頁。

(3) 田中・前掲論文三七四頁以下、同・会社法概論三四八頁、鈴木・判民昭和一〇年度六八事件評釈。

(4) 松波・日本会社法論四五〇頁、柳川・改正商法論綱一三八頁、西本・会社法二六七頁、竹田・商法判例批評第一巻一九事件、松本・商法判例批評錄二〇事件。しかし松本博士は、発起人は設立事務を執行する機関たるに止まり、会社のために設立事務の範囲を脱却する行為をなす権限を有しない、とする。同趣旨、山尾・判民大正一三年度一七事件評釈。大判・明治四一・三・二〇民錄一四輯三二〇頁、同・大正一三・一一・二四新聞二三五四号一七頁、同・昭和七・一二・二四法学二巻八三七頁、同・昭和一〇・四・一九民集一四巻一一三四頁（なお、この判決は、営業準備費は設立費用と異なり会社の負担に帰せしめることは出来ないとしているが——従って、費用の負担という計算関係の問題としてとらえており、権利義務の帰属関係という発起人の対外的行為についての権限の問題としてはとらえていないように見えるが——、結局、財産購入費と株金払込債務とを相殺することはできないとしており、

その趣旨は、発起人のなす開業準備行為は、設立に必要な行為と異なり、会社の行為となり得ず、これにより会社は債務を負担することはないとして、発起人の権限の問題を前提として考えているものと解される。)、同・昭和一一・三・一八民集一五巻四九一頁。

(5) 大判・昭和八・一二・一八民集一二巻二八六一頁。

(6) 志田・日本商法論会社上巻一六三頁以下及び一七一頁以下、大判・明治三六・三・一〇民録九輯二九九頁。

(7) 他にも、財産引受の有効であることを前提とするものとも解される判例があるが、その理由は明らかでない。大決・大正一三・二・一五刑集三巻一一二頁、大判・昭和九・一一・一七判決全集(一四)三〇頁。

(8) 東京地判・昭和二五・一二・八下級民集一巻一二号一九二八頁、同・昭和三一・一・三〇下級民集七巻一号一三五頁、同・昭和三一・四・九下級民集七巻四号八九〇頁、東京高判・昭和三二・三・二〇下級民集八巻三号五二八頁、同・昭和三三・三・二〇下級民集九巻三号四五七頁。

(9) Staub, a.a. O., § 186 Anm. 9 u. Anm. 17, § 200 Anm. 5 u. Anm. 7. 田中・改訂会社法概論上巻二五七頁、松田・前掲書九一頁、松田—鈴木・前掲書三二頁、北沢・前掲論文二一三頁以下。なお、西原・前掲書九〇頁以下、石井・前掲書一六五頁以下、石井等・前掲書二四〇頁参照。

(10) Godin-Wilhelmi a.a. O., § 20 Anm, 12, Baumbach-Hueck, a.a. O., § 20 Anm. 3. 石井・前掲書一六六頁、石井等・前掲書二四〇頁、北沢・前掲論文二一四頁。

(11) Dregger, a.a. O., S. 48.

(12) 反対、Müller-Erzbach, a.a. O., S. 252, S. 258 u. S. 260. 服部「事実上の会社について」民商三六巻六号七七七頁。

(13) Wieland, a.a. O., Bd. 2, S. 75 f., Fischer, a.a. O., S. 110, Schreiber, a.a. O., S. 316. 大隅・前掲論文三六頁、同・前掲書一七一頁、鈴木・前掲書五〇頁参照。なお、大判・大正四・一一・二二(民録二一輯二一五一頁)は、同一性説をとるものとは解されないが、創立総会は、会社設立の目的を達するのに必要な事項はもとよりのこと、会社成立の際に目的事業を遂行するのに不可欠な事項についても当然決議しうるものとなして、開業に必要な老舗買収の決議を有効としている。

(14) 大隅・前掲論文四一頁、同・前掲書一七一頁、同「判例研究」論叢六〇巻三号一一三頁、大原「開業準備行為」ジュリスト統判例百選一九六〇年一〇月号臨時増刊一六四頁以下、塩田「判例批評」民商三〇巻四号二八二頁、東京地判・昭和三三・五・二六下級民集九巻五号八九〇頁。鈴木・会社法五〇頁以下参照。なお、Dregger, a.a. O., S. 53 f. 参照。

(15) 従って、服部教授(前掲論文七七八頁)のように、「財産引受に関する規定は歴史的な規定であって、もはや現代的意義を失って

いる」として、これを死文と解することはできない。

(16) Fischer, a.a. O., S. 110 f.

(2) そこで、開業準備行為とは異なり、営業行為についても「財産引受」としてなす場合には、発起人は権限を有しうるかが問題になる。既に述べたように、発起人の権限は、本来、開業準備行為を越え得ないが、現行法も、営業行為については、会社の成立前はこれをなし得ないとするたてまえをとっているものと解される。営業行為と開業準備行為とを区別する基準としては、当該行為が会社の営業目的の範囲に直接入るか否かにより、もしくは、継続的反覆的行為か個別的行為かにより、例えば、倉庫営業の場合に、寄託を受ける行為は営業行為であるが倉庫の建築は開業準備行為であり、製造業の場合に、製造販売と工場の建設とを区別することが考えられ、或は、製品の供給契約は営業行為であるが原材料の仕入契約は開業準備行為となり得るとも考えられる。しかしこのように行為の性質によって両者を截然と区別することは必ずしも容易ではない。(1) それのみならず、右のように、行為の経済的性質から営業行為と開業準備行為とを区別して発起人の権限を論ずることは疑問である。(2)

問題は、発起人が本来有すべき権限の範囲は会社が成立と同時に営業を開始し得るための準備行為に及ぶが、いかなる行為がかかる準備行為と認められるかに存する。この問題を考えるときは、(1) 営業行為、(2) 営業開始に必要もしくは有益な行為、(3) それらの準備行為とが区別される。(2) の行為と (3) の行為との区別は従来なされておらず、両者を合せて所謂開業準備行為と一般に解されていた。前述のごとき考え方により営業行為から区別される開業準備行為は、(2) と (3) のいずれの行為としてもなし得るものである。しかし発起人の権限の範囲は (3) の行為に及ぶが、(1)、(2) の行為には及ばない。従って、発起人の権限を検討する場合には、(1) の行為と (2) の行為との区別は重要でない。

行為の経済的性質からは開業準備的行為と認められるものであっても、その効果が会社成立前に発生するものとして契約を締結するときは、それは開業に必要な行為であっても、その準備行為ではなく、発起人は本来これについて権限を有しない。また、行為の経済的性質からは営業的行為と認められるものであっても、その効果が会社の成立以後に発生するものであるときは、それは会社の成立と同時に営業を開始する準備のためになすものであって、かかる行為は発起人が本来有すべき権限の範囲内に属する。発起人の権限の範囲は、会社の設立に直接必要なもの以外は、会社の成立を条件とする行為に限られ、かつ、本来はかかる行為一般に及ぶものと考える。(3) 現行法上発起人の権限の範囲を考える場合には、開業準備行為とは会社の成立を条件とする行為と解される。財産引受とは会社の成立を条件とするものであるから、発起人は、財産引受の要件を充すかぎり、一切の行為について権限を有することになる。

(1) 北沢・前掲論文二二九頁。

(2) Dregger, a. a. O., S. 47 ff. なお、Wieland, a. a. O., Bd. 2, S. 75 f. 参照。

(3) 現行法上は、会社の成立を条件とする行為（財産引受）と営業行為との中間的行為は問題にならない。

(3) なお、発起人の開業準備行為についての権限の問題とは別に、開業準備費用の計算上の負担関係が問題となる。設立費用については、前述のように、定款への記載等の厳重な要件を充すかぎり、その範囲で会社の負担に帰することは商法の規定するところであるが、開業準備費用については、直接には規定されていない。発起人のなす開業準備行為によって会社に利益が齎されるときは、これに要する費用も本来会社の負担に帰すべきであるが、これを無制限に認めるときは、設立費用の場合と同様に、会社の財産的基礎が害されるおそれがあるから、厳重な要件をかすることが必要であろう。しかし発起人が開業準備行為について権限を有しうるためには、定款への記載等の厳重な要件を

充することを要するのであるから、かかる行為によって生じる費用を会社に負担せしめても弊害は生じないと考えられる。従って、商法の規定する財産引受は、発起人の権限の範囲を画するとともに、会社の負担に帰する費用の範囲も画するものであって、財産引受の要件を充さない限り、発起人はその費用を負担しなければならないものと解される。しかし、営業免許、特許権等の申請等に要する費用は、濫用のおそれがないから、当然に会社の負担に帰することになる。

会社の負担に帰する開業準備費用の範囲を後になって拡大しうるかの問題は、設立費用の場合と同様に考えられる。設立段階においては、設立費用の場合と同様の方法により財産引受をあらたに追加することが可能であって、これにより会社の負担に帰する開業準備費用の範囲は拡大される。会社の成立後は、後述のごとき財産引受の要件を充さない行為の追認を可能とする考え方から、事後設立の要件を充せばこれを拡大しうるものと解する。

二　発起人の権限外の行為

一　無権代理行為の追認

(1)　発起人が設立中の会社の執行機関として、その権限に属しない行為をなした場合に、会社は成立後これを追認し得るかが問題となるが、通説及び判例はこれを否定する。[1]

設立中の会社は会社の設立を目的とするものであると解するときは、清算中の会社の権利能力は清算の目的によって制限されると解するのと同様に、設立中の会社の権利能力、即ちその存在範囲は、設立の目的によって制限され、法が実際上の必要から開業準備行為につき財産引受として特にその範囲を拡大した場合を除いて、設立に必要な行為以外はすべて設立中の会社の存在範囲内に属しないこととなる。それ故、発起人がその権限外の行為をなすときは、

不存在者のための代理と同様に解し得ることになり、当然に無効と解する余地も生じ得よう。(1)

しかしながら、既に述べたように、設立中の会社の存在範囲を画する目的は、成立後の会社と同一であるから、発起人が財産引受の要件を充すことなしに設立に必要でない行為をなした場合にも、不存在者のためにする代理の問題を生じる余地はない。かかる行為は会社に対して効力を生じない(unverbindlich od. unwirksam)が、当然に無効(nichtig)なものではなく、(2)発起人の無権代理行為にほかならない。「成立した会社が、同一の行為をあらたになすときに必要となる要件を充して、かかる無権代理行為を追認(genehmigen)すれば、その効果は行為の時に遡って設立中の会社に、(3)従って成立した会社に帰属することになる。(4)」

(1) 鈴木・判民昭和一〇年度六八事件評釈。

(2) Baumbach-Hueck, a. a. O., § 19 Anm. 4, § 20 Anm. 5 A.

(3) 但し、会社の成立を条件とする行為である以上は、会社が成立するまでは、その行為の効力自体は生じない。

(4) Staub, a. a. O., § 200 Anm. 7, Wieland, a.a. O., Bd. 2, S. 75, J. v. Gierke, a. a. O., S. 250, Dregger, a. a. O., S. 92. 北沢・前掲書二二二頁及び二二四頁以下。

(2) そこで、「現行法上、会社はいかにして追認し得るかが問題となる。」会社は、原則として、通常の業務執行は取締役会の意思決定にもとづき、日常の業務はこれを要せずに、代表取締役によって行い、株主総会の決議によることを要しない。しかし、財産引受をなすために必要な定款への記載、検査等の厳重な要件を潜脱するために(ひいては現物出資の規定をも潜脱することになる)、会社成立前すでに在存している財産で営業のために継続して使用すべきものであるにもかかわらず、成立後にいたってこれを取得する契約を結ぶという方法によって脱法行為が行なわれ、例えば不当に高い対価を払うことにより会社の財産的基礎が害されることを阻止するために、昭和一三年の改正により、財産

引受に関する規定とともに、事後設立に関する規定を設け、成立後二年以内に、資本の二十分の一以上にあたる対価を払って、かかる財産を取得する契約を結ぶためには、株主総会の特別決議によることを要するものとした。[1] 従って、発起人の無権代理行為を追認するためには、それが資本の二十分の一に達しないものであれば取締役会の意思決定をもってたりるが、それ以上のものであれば株主総会の特別決議によらなければならない。しかし追認は必ずしも明示的になされることを要せず、株主総会の特別決議によることを要しない場合には、黙示的にもなされうる。[2]

(1) 鈴木・前掲書一一九頁、石井・前掲書二八七頁以下、西原・前掲書二三一頁、松田―鈴木・前掲書二三八頁、司法省民事局編・前掲書一三四頁。

(2) 東京高判・昭和三三・三・二〇下級民集九巻三号四五七頁。発起人が無権限で賃借した建物を成立した会社が継続使用している場合に、権利義務の会社への帰属を認めた。

(3) しかしながら、追認を認めれば、財産引受の要件を充さずにこれを行ないうることとなり、結局、財産引受の脱法的行為を認めることとなるから、あらたに事後設立の要件を充して契約を有効に結ぶことは可能であるが、たとえ事後設立の要件を充しても、追認を認めるべきではない、[1] とも考えられる。しかしながら、脱法行為が否定されなければならない理由は、単に財産引受の規定が形式的に回避されることになるためというよりも、実質的に規定の趣旨が没却され、その目的が侵害されることにあるというべきであろう。

商法が財産引受について厳重な要件を規定したのは、前述のように、発起人の権限濫用により会社の財産的基礎が害されるおそれがあるので、その幣害を阻止するために、会社成立前にかかる行為をなすためには法の定める厳重な要件をみたすことを要するものとするとともに、他面、かかる要件を充すときは、一般にさして幣害の生じるおそれがないものと考えたからである（特に募集設立のときは、検査役の検査がなされても、結局、創立総会の自主的決定にまかされる。

商法が事後設立について要件を規定したのは、会社の成立後まもなく締結する契約の目的物が会社の成立前から存在している場合には、一般に発起人が取締役になり、ならなくともその影響が強いことを考えると、取締役のかかる契約についての権限を無制限に認めると、財産引受の場合と同様の幣害が予想されうるため、会社の成立後は、もはや検査役の検査をまつまでもなく、会社の自主的判断にまかせればたりるが、特別決議によることを要するものとするとともに、他面、かかる要件を充すときは、一般にさして幣害の生じるおそれがないものと考え、更に、小額のものについては、かかる要件を充すことをも要せずに、通常の業務執行の方法によらしめればたりると考えたからである。

従って、発起人が無権限で、即ち法定の要件を充さないでなした財産引受につき、会社が成立後、自主的な自由な判断にもとづいてこれを追認するときは、事後設立の要件を充している限り、あらたに事後設立としてなす場合と同程度に幣害を阻止し得る。追認を認めれば、ドイツ法（株式法四五条三項）と異なり検査役の検査が不要となるから危険であるとしても、検査を要しない事後設立の場合と危険性の点において異なるところはない。(2) 更に、既になされた財産引受と同一の内容の契約を会社成立後あらたに締結することが可能であるのみならず、いったん発起人個人に譲渡しておいて、会社成立後これを更に会社に譲渡することも可能なのであるから、追認のみを否定する理由は存しないように思われる。商法の規定の文言も、追認を否定する趣旨と解する必要はない。しかしそれにとどまらず、あらたに契約を締結し得るのみならず、追認をなし得るものとすれば、会社は自由な判断によって最も有利な方法をとることができるのであって、会社の利益のために追認を認めるべきであり、これによって相手方が不利益を受けることもない。このように考えれば、形式的には財産引受の規定を回避し得ることになっても、追認し得るものと解すべきである。(3)

しかし、対価が過当である場合等のように、不当な追認が行われた場合には、発起人及び取締役の任務懈怠による損害

賠償責任の問題が残る。この責任により、追認を認めることにより生じ得る危険より、会社の財産的基礎はまもられる。(1)

(1) 松本・日本会社法論一七二頁、石井・前掲書一六五頁以下、石井等・前掲書二四〇頁及び二四五頁、大隅・前掲書二〇二頁、同・前掲論文三八頁以下、同「判例批評」論叢六〇巻三号一一五頁、塩田「判例批評」民商三〇巻四号二八三頁、最高判・昭和二八・一二・三最高民集七巻一二号一二九九頁（あらたに事後設立の手続をふんで契約を有効に結ぶことは可能であるが、公証人の認証を受けた定款に記載されていない財産引受は効力を有しないから、特別決議で承認しても有効となるものではないとする。）。

(2) Dregger, a. a. O., S. 99.

(3) (4) 北沢・前掲論文二五四頁以下、佐藤・商事判例研究昭和二五年度三二事件評釈一八〇頁以下、大原「開業準備行為」前掲一六五頁。この点は、会社の負担に帰する設立費用の範囲を会社成立後に拡大する場合にも同様である。

(4) 設立段階において、発起人の無権代理行為を追認し得るかが問題となる。もとより、発起人は、定款への記載、検査等の財産引受についての法定の要件をみたさなければ、会社の設立に必要でない行為を行なう権限を有し得ないから、単なる創立総会の承認のみでは追認し得ないが、(1) 前述のように、設立段階においては財産引受をあらたに追加することも可能であるから、かかる方法により追認することは可能である。

(1) 佐藤・前掲判例評釈一八一頁、東京地判・前掲昭和二五・一二・八同・前掲昭和三一・一・三〇

(5) 設立中の会社の発生前に、発起人が、あたかも既に存在している設立中の会社の執行機関であるかの如く装って、契約を結ぶときは、不存在者のためにする代理行為となる。(1) 従来、無権代理行為の追認については、無権代理人がその行為をなした当時、本人が自らそれをなし得た場合にのみ、換言すれば、代理権の欠缺以外はすべて代理行為としての要件を備えており、追認があれば代理行為のなされた時に遡ってその効果が本人に帰属しうる場合にのみ、本人はこれを追認し得るものと解し、従って、本人の不存在ないし権利能力の欠缺の場合には追認は問題とならないと一般に解されていた。(2)

しかしながら、遡及効をもって無権代理の追認に本質的なものと解する必要はないのではなかろうか（民法一一六条参照）。そこで本質的な問題は、代理人の行為の当時にはその効果を本人に帰属せしめ得なかったにもかかわらず、のちになってその効果を本人に帰属せしめ得るに至るということであって、行為の当時に帰属せしめ得なかった理由としては、既に存在している本人が行為の当時にはまだ代理権を授与していなかったということと、本人自体が当時にはまだ存在していなかったということとの間に、本質的な差異は存しない。従って、将来の人のためにする代理という観念を排斥すべきではなく、本人がのちになって存在するに至り、自ら同じ行為をなし得る状態になったときは、既にその名においてなされていた行為を追認することができると解すべきであり、かかる見解は近時有力に主張されている。[3] 追認がなされれば、行為の効果は本人が存在するに至った時に遡って、即ち設立中の会社発生時に遡ってこれに帰属することになり、これにより、発起人の無権代理人としての責任は消滅する。しかし、行為の時にまで遡って効力が発生しなければ目的を達成し得ない場合には、相手方の同意が必要である。

(1) 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は、設立中の会社の存在が認められないから、その名でなされた財産買受契約については財産引受は問題にならないとする。しかし、不存在者のためにする無権限の財産引受と解すべきであろう。

(2) 鳩山・増訂改版日本民法総論四六九頁、松本・日本会社法論一七二頁、田中・前掲論文四八四頁。

(3) Dregger, a.a. O., S. 93. 西本・前掲書一七三頁、大西・代理の研究四〇一頁、北沢・前掲論文二三〇頁。竹内・商事判例研究昭和二六年度二三事件評釈一二八頁。

(6) 設立中の会社の発生後、会社の成立前に、発起人が既に成立している会社の代表取締役として行為するときは、会社はまだ成立していないが、これと同一性の認められる設立中の会社が存在しており、また代表関係の表示もあると解しうるのであって、不存在者のためにする代理行為とはならない。[1] しかしかかる行為は会社の成立を条件とする

ものではないから、財産引受として厳重な要件を充すことによって権限を有しうる行為ではなく、本来、発起人が設立中の会社の機関として権限を有し得ないものである。従って、設立中の会社による追認は当然に問題になりえないが、成立後の会社は、事後設立の要件に反しない限り、これを追認することができる。(2)

設立中の会社の発生前に、既に成立している会社の代表取締役として行為するときは、不存在者のためにする代理行為となり、成立後の会社は、事後設立の要件に反しない限り、これを追認することができる。

(1) 北沢・前掲論文二二七頁。反対、最高判・昭和三三・一〇・二四民集一二巻一四号三二二八頁。大原・前掲判例評釈一六五頁。

(2) 最高裁・昭和三三・一〇・二四民集一二巻一四号三二二八頁は、織物会社の設立手続中に、その発起人（被告・上告人）が、既に成立している右会社の代表取締役と称して、将来成立すべき右会社の宣伝のために野球会社（原告・被上告人）と野球試合実施に関する契約を締結したところ、野球会社は、試合を実施したにもかかわらず約定の報酬金および費用等が支払われないので、代表すべき法人が存在しないにもかかわらずその代表者としての資格において契約をした発起人に対して、無権代理人に類する責任を訴求した事件において、次のように判示している。「本件契約は、会社の設立に関する行為といえないから、その効果は、設立後の会社に当然帰属すべきいわれなく、結局、右契約は上告人が無権代理人としてなした行為に類似するものというべきである。尤も、民法一一七条は元来は実在する他人の代理人として契約した場合の規定であって、本件の如く未だ存在しない会社の代表者として契約した上告人は、本来の無権代理には当らないけれども、同条はもっぱら、代理人であると信じてこれと契約した相手方を保護する趣旨に出たものであるから、これと類似の関係にある本件契約についても同条の類推適用により、前記会社の代表者として契約した上告人がその責に任ずべきものと解するを相当とする。」

本件契約は会社の設立に関する行為といえないこと、発起人は本件契約を締結する権限を有しないから、その効果は設立後の会社に当然帰属すべきいわれがないこと、及び民法一一七条の解釈については、もとより判旨に賛成である。しかし本件においては織物会社は契約当時まだ成立していなかったが、その設立中の会社は既に存在していたことが認められるから、「不存在者のためにする代理」という構成をとるべきではない。なお、本件のような契約をも開業準備行為と解されているが（大原・前掲判例評釈、杉本「判例研究」ジュリスト二〇三号九〇頁、東京高判・昭和三二・三・二〇下級民集八巻三号五二八頁）、これは会社の成立を条

件とするものではないから、開業準備行為ではなく、営業行為、ないし、附属的な営業行為と解すべきであって、本来、財産引受の要件をみたすことによって発起人が権限を有し得る行為ではない。しかし成立後の会社が追認することは可能である。

二　発起人の責任　(1)　設立中の会社または成立した会社が発起人の無権代理行為を追認しないかぎり、発起人はその行為につき無権代理人としての責任を負うことになろう。それ故、会社の成立を条件としない行為、従って設立中に会社が追認し得ない行為の場合に追認前に会社が不成立となれば、発起人の責任は確定し、追認し得る行為の場合にも、追認前に会社が不成立となれば、もとより同様であろう。(1) これに反して、会社の成立を条件とする行為の場合に会社が不成立となれば、停止条件が不成就に確定し、発起人の責任が生じることはない。(2)

しかしながら、発起人が設立中の会社の執行機関として、その権限外の行為をなしたときは、一般に、相手方は発起人の無権代理人としての責任を追求し得ない場合が多いであろう。けだし、発起人の権限内の行為とは、客観的に見て会社の設立に必要な行為、および、その他の行為については、相手方の名前等を定款に記載する等の財産引受の要件を充した場合に限られ、発起人による欺罔等の事情の存する場合を除いては、一般に相手方は発起人の無権限を知り得べきであるからである(民法一一七条二項)。(3) 但し、事務所の賃借、備品・文房具の購入、使用人の雇傭、金銭の借入等は、発起人の権限内の設立に必要な行為としても、もしくは権限外の営業開始に必要な行為としてもなされ得るものであって、いずれに属するかは、前述のように客観的に判断されるものであるが、相手方に必ずしも明瞭でない場合もある。このような場合には、相手方は発起人の責任を追求し得よう。

これに対して、発起人が代表取締役として成立した会社の名において行なう行為の場合には、相手方は一般に発起人の無権限を知り得ない。会社の設立登記がなされていないということは、一般に会社の未成立についての悪意を推

定し、従って、設立中の会社の名において権限外の行為をなす場合と同様に、相手方は発起人の無権限を知り得べきであるとする議論も考えられるが、発起人が代表取締役と称して会社が成立しているかのごとく相手方を欺罔するときは、相手方の悪意もしくは過失を主張し得ないと解する。(4) 従って、かかる場合には、発起人は、追認がなされないかぎり、相手方に対して無権代理人としての責任を負わなければならない。(5)

(1) 大原・前掲判例評釈一六五頁。
(2) 北沢・前掲論文二五六頁、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。
(3) 結果同説、北沢・前掲論文二五六頁。
(4) 大原・前掲判例評釈一六五頁参照。
(5) 北沢・前掲論文二五六頁。

(2) 設立中の会社の発生前に、発起人がその執行機関として行為する場合には、本人不存在による無権代理となり、設立中の会社ないし成立後の会社が追認しないかぎり、発起人は相手方に対して責任を負わなければならない。かつては、法律行為の効果は本来行為がその名においてなされた者に帰属すべきであるが、その者(本人)が行為をした者(代理人)に授権していない場合、又は後に追認しない場合には、本人に効果を帰属せしめ得ないため、第三者は不測の損害を蒙るおそれがあるから、無権代理人は、自己の名において行為したのではないにもかかわらず、自らなした行為について責任を負わしめられるのであって、本人の追認が問題となり得ない場合、換言すれば、代理人の行為の当時本人が自ら行い得なかった場合には、無権代理人の責任も問題にならないと考えて、民法一一七条の責任は、代理権の欠缺以外すべて代理行為としての要件を備え、追認があれば代理行為のなされたときに遡って効力を生じうる場合に限られ、本人不存在の場合には生じないものと解されていた。(1)

しかしながら、行為者は、本来、自己のなした行為につき責任を負うべきであり、行為の際に他人（本人）のためにすることを示し、且つ、行為の効果をその他人（本人）に帰属せしめうるときは、自己のなした行為につき責任を負うことを要しないが、本人に帰属せしめ得ないかぎり、その行為について責任を負うのは当然のことであり、ただ、第三者は、効果を本人に帰属せしめ得ないことを知り得べき場合には、行為者の責任を追求することが出来ないと考えるべきであろう。従って、民法一一七条は、本人が存在する場合の無権代理行為を予想するものであるが、本人不存在の場合にもこれを類推適用すべきである。[2] 従って、発起人は設立中の会社の発生前にその執行機関としてなした行為に無権代理人としての責任を負わなければならない。[3]

(1) 鳩山・前掲書四八三頁、同「無権代理人の責任を論ず」民法研究第一巻二九三頁以下。

(2) 田中・前掲論文四八四頁、西本・前掲書一七二頁、竹内・前掲判例評釈一二七頁、杉本・前掲判例評釈九〇頁。東京控判・昭和二・二・一五評論一六巻商法三五〇頁、東京地判・昭和二五・一〇・七下級民集一巻一〇号一六〇八頁、最高判・昭和三三・一〇・二四民集一二巻一四号三二二八頁。

(3) 以上のような無権代理人の責任とは別に、発起人はその権限内の行為についても、法人格のない社団の代表者としての責任を負うものと解するが、この点については、拙稿「株式会社不成立の場合における発起人の責任」北大法学論集一二巻二号三号（予定）に譲る。なおその骨子は、私法一七号に発表した。

三　発起人の非機関的行為

最後に、発起人が設立中の会社ないし成立した会社の機関としてなさなかった行為につき、設立中の会社ないし成立した会社は、これにより生じる権利義務ないしこれと同一の権利義務を取得し得るかが問題になる。かかる行為としては、発起人組合のためになす行為と発起人個人としてなす行為とが、問題になるが、両者の区別は設立中ないし

成立した会社に対する関係では重要でないから、ここでは発起人の名における行為として両者を併せて考えることとする。(1)

発起人の名における行為により生じる権利義務は発起人に帰属するのであって、追認により権利義務が設立中ないし成立した会社に帰属するということは問題にならない。(2)

成立した会社は、発起人の行為の時が設立中の会社の発生の前後または会社の成立の前後を問わず、事後設立の要件を充すときは、発起人の取得した物権はもとより債権も自由に譲受けることができるが、相手方の承諾を得て債務を引受けないかぎり、発起人は免責されない。会社は、相手方と当事者の交替による更改契約を結ぶことにより、発起人の有すると同一の債権債務を取得することができ、これにより旧契約上の債権債務は消滅するから、発起人は免責されることになる。発起人と相手方との契約のさい、更改の予約がなされていれば、会社は一方的な意思表示によって更改契約を成立せしめることができる。更に、会社は、発起人のなしたと同一の契約を相手方とあらたに結ぶことにより、発起人と同一の権利義務を取得しうるが、相手方が債務を免除しないかぎり、発起人は免責されない。

設立中の会社についても、これらの行為が執行機関として有する発起人の権限内に属するときは、同様である。

なお、発起人が第三者たる設立中の会社または成立した会社のために契約を結ぶことはもとより可能であって、かかるときは、会社は受益の意思表示によりその契約上の権利を取得することができるが、相手方が債務を免除しないかぎり、発起人は免責されない。

(1) 発起人組合の名における行為の場合には、その行為が組合代理の権限の範囲に属するときは発起人組合に効果が帰属し、権限外のときは発起人組合はこれを追認することができ、追認されないときは行為者の無権代理人としての責任が生じる（北沢・前掲論

文二五六頁以下)。組合代理の権限の範囲は、一般に、会社の設立に必要な行為に限られず、開業準備行為にも及ぶものと解すべきである。発起人個人の名における行為の場合にはもとより、その効果はその発起人個人に帰属する。

(2) 北沢・前掲論文二五六頁。