

1 問題 2 会社設立の際しての開業準備行為・財産引受け

2 第 1 X1 への支払義務

3 1 Yは、定款に署名をしたものであるから発起人であるところ(26条1項)、
4 甲社が X1 に支払い義務を負うかについては、設立中に行った発起人 Y の行
5 為が甲社に帰属しているかによるため、以下検討する。

6 (1) そもそも、設立中の会社の発起人がした行為が、設立後の会社に帰属す
7 るのか問題となるも、法形式は異なるが、権利能力のない社団である設立
8 中の会社と設立後の会社は実質的に同一であるといえるから、発起人の行
9 為は、会社が成立すれば、設立後の会社に帰属すると解すべきである。

10 (2) もっとも、発起人の権限内でなければ、設立後の会社には帰属しないた
11 め、権限の範囲が問題となる。

12 発起人は、会社の設立がその職務であり、会社財産の充実という観点か
13 ら、その権限は会社の設立に法律上・経済上必要な行為にまでしか及ばな
14 いと解すべきである。

15 本件のイベントは、開業後の事業の宣伝行為であり、開業準備行為にあ
16 たるため、設立に必要な行為とはいえない。

17 したがって、発起人の権限外の行為である。

18 (3) では、権限外の行為について、会社から追認することは可能か。

19 28条2号は、開業準備行為である財産引受について、例外的に発起人
20 の権限を認めたものであるから、それ以外の開業準備行為については、追
21 認は認められないと解すべきである。

22 2 以上より、発起人 Y の行為は、権限外の行為であり、追認も認められない
23 ため、甲社に帰属せず、甲社は、X1 に対して支払義務を負わない。

1 第2 X2への支払義務

2 1 発起人Yの行為は甲社に帰属するか。

3 (1) X2の土地・建物を甲社の成立を条件に購入する契約は、「会社の成立後
4 に譲り受けることを約した財産」(28条2号)にあたり、財産引受けであ
5 る。

6 そして、財産引受けは、定款に記載があれば有効であるが、定款に記載
7 がないため無効である。

8 したがって、発起人の権限外の行為である。

9 (2) では、会社側から、発起人の権限外の行為を追認することは可能か。

10 28条2号は開業準備行為である財産引受けについて、必要性があるこ
11 とから、会社財産充実のために、例外的に厳格な規制を課す代わりに認め
12 られたものである。

13 したがって、追認は認められないと解すべきである。

14 2 以上より、甲社は、X2に対して支払義務を負わない。

15 第3 発起人Yの責任

16 (1) X1について

17 成立後の会社のために契約しているが、発起人には権限がなく、契約当時
18 未だ会社は実在していなかったのだから、本来実在する他人の代理人として
19 契約した場合の民法117条を類推適用することによって、費用を発起人に対
20 して賠償請求することができると解すべきである。

21 本件では、発起人総代の肩書で取引が行われており、相手方のX1について
22 は会社が設立中であることについて悪意であったと考えられる。

23 したがって、117条の要件を満たさず、無権代理人の責任を負わない。

1 (2) X2について

2 財産引受けの相手方は、定款に記載があれば発起人の権限内といえるから、
3 直ちに悪意を認定できるかは難しい。また、定款の記載を見なかったことに
4 つき直ちに過失とするのも難しい。

5 したがって、確認する契機があったのも関わらず、確認しなかった場合は、
6 過失が認められ 117 条類推適用による無権代理人の責任を負うべきである。

7 以上

【問題2 論点確認ノート】

Q 財産引受け【百選6】

事例:Dは成立後のE社が使用する予定の建物を、会社成立を条件としてE社に売却した(財産引受け)

E社は、未だ設立の登記(49条)がなされていないため、設立中の会社であるが、そもそも、設立中の会社の発起人がした行為は、設立後の会社に帰属するの否か。

確かに法形式は異なるが、権利能力なき社団である設立中の会社と設立後の会社は実質的に同一であるといえるから、発起人の行為は、会社が成立すれば、設立後の会社に帰属する(同一性説)。

もっとも、発起人の権限内でなければ、成立後の会社には帰属しないため、権限の範囲が問題となる。

発起人は、会社の設立がその職務であり、会社財産の充実という観点から、その権限は会社の設立に法律上・経済上必要な行為にまでしか及ばないと解すべきである。

本件購入契約は、開業準備行為ではあるが、会社の成立後に財産を譲り受けることを約したものであるから、「会社の成立後に譲り受けることを約した財産」(28条2号)にあたり、財産引受けである。

そして、財産引受けは、定款に記載があれば有効であるが、定款に記載がないため無効である。

したがって、発起人の権限外の行為であり、成立後の会社には帰属しない。

では、会社側から、発起人の権限外の行為を追認することは可能か。

28条2号は開業準備行為である財産引受けについて、必要性があることから、会社財産充実のために、例外的に厳格な規制を課す代わりに認められたものである。

したがって、追認は認められないと解すべきである。

そして、無効の性質上、会社のみならず、相手方も無効主張をすることができるが、信義則に反する特段の事情がある場合は、無効主張できない。

★信義則に反する特段の事情の有無

→総合考慮になるが、信義則違反が認められるのはかなり例外的な場合!

- ①会社による債務の承認 ex)代金を支払っていた・物を使用していた等
- ②相当期間の経過後の無効主張
- ③株主・債権者等の利害関係人が、無効を問題にしてこなかった

★財産の引渡しを受ける方法

①契約を改めて締結し、②財産の価格が、純資産額の5分の1を超え、事後設立に当たる場合には、株主総会の特別決議によって、契約の承認を受けなければならない(会社法第467条第1項第5号、第309条第2項第11号)。

Q 開業準備行為【百選5】

事例:Fは成立後のG社に関する広告を行う契約を締結した(開業準備行為)

→事例1と同様に論じたいうえで

では、権限外の行為について、会社から追認することは可能か。

28条2号は、開業準備行為である財産引受について、**例外的に**発起人の権限を認めたものであるから、**それ以外の開業準備行為については**、追認は認められないと解すべきである。

Q 設立費用【百選7】

事例3:Aは設立手続中のB会社の株式募集の広告をした(設立費用)

「設立に関する費用」(28条4号)にあたるから、**定款に記載がなければ無効となる**(28条柱書)。

そして、判例によれば、**定款に記載された額の範囲で会社に債務が帰属し、それを超える部分について発起人に債務が帰属すると解されている。**

※金額が客観的に定められており、濫用のおそれがないものは除外されている(28条4号括弧書)。

ex.登記費用、定款認証手数料

Q 責任

会社に効果帰属しないとして、誰と誰の間に契約が帰属しているか問題となるが、**当事者の合理的意思にゆだねるしかない。**

- ①発起人個人との間に契約が成立
- ②発起人組合との間に契約が成立¹
- ③発起人組合が成立後の会社のために契約
- ④発起人へ無権代理行為の責任追及

成立後の会社のために契約しているが、**発起人には権限がなく、契約当時未だ会社は実在していなかったのだから、本来実在する他人の代理人として契約した場合の民法117条を類推適用することによって、費用を発起人に対して賠償請求することができる**と考える。

さらに、53条2項による責任追及も考えられる。

- ・開業準備行為の場合取引の相手方は、**開業準備行為が、発起人の権限でないことを知っている**といえるため、悪意を認定しやすい。
- ・財産引受けの相手方は、**定款に記載があれば発起人の権限内**といえるから、直ちに悪意を認定できるかは難しい。また、定款の記載を見なかったことにつき直ちに過失とするのも難しい。確認する契機があったのに確認しなかった場合は、過失と認定してよい。
- ・会社を成立させたかのように発起人が代表取締役の肩書を用いた場合は、会社が成立している外観があるので、善意無過失であれば、無権代理人としての責任を負う。

¹ 発起人組合に効果帰属を認めた判例がある事には注意！(最判昭35.12.19【A1】)。

問題 3 払込みの仮装

設問 1

1 A の責任

A は、52 条の 2 第 1 項 1 号に基づいて、500 万円の支払義務を負うか。

(1) 払込みは、資本充実を計ることを目的とするため、「払込みを仮装」とは、会社財産とする意図なく、単に払込みを装うなど、実質的な払込みがなかった場合をいうと解すべきである。

具体的には、①借入金を返済するまでの期間の長短、②会社資金としての運用の事実、③借入金の返済が会社の資金関係に及ぼす影響などの事情をもって判断をすべきである。

(2) 本問では、会社成立後数日以内に返済する約束で借り入れを行い、実際に会社成立後にすぐに引き出している。また、会社成立後にすぐに 500 万円は引き出され、丙社に返済されたため、会社資金として運用された事実があったとは考えられない。さらに、資本金 1000 万円のうち半分を占める 500 万円が返済に充てられたことから、会社の事業活動ないし資本関係に与える影響は小さくないといえる。

これらの事実を踏まえると、当初から会社財産とする意図なく、単に支払いを装っていたといえ、実質的な払込みがなされていなかったといえる。

(3) したがって、「払込みを仮装」に当たるため、A は 52 条の 2 第 1 項 1 号に基づいて、500 万円の支払義務を負う。

2 B 及び C の責任

B 及び C は、仮装に関する職務を行ったと認められる場合には、52 条

1 の 2 第 2 項に基づき，A と連帯して（同条第 3 項），500 万円全額の支払
2 義務を負う。

3 もっとも，無過失を証明できれば支払義務を負わない（52 条の 2 第 2
4 項ただし書）。

5 設問 2

6 (1) A

7 A が保有している 300 株であるが，前述したとおり仮装払込みに基づき
8 発行された株式であるので，500 万円の支払義務を履行した後でなければ，
9 議決権を行使することはできない（52 条の 2 第 4 項）。

10 (2) D

11 D の保有している 200 株であるが，設立時発行株式の譲受人であるた
12 め，議決権を行使することができる（52 条の 2 第 5 項本文）。

13 もっとも，仮装払込みにつき悪意又は重過失があった場合は，議決権行
14 使は認められない（同項但し書）。

15

以上

【問題3 論点確認ノート】

Q 仮装払込みの効力【百選8】²

このような払込みは、仮装払込みにあたるのではないか。

そもそも、払込みは、資本充実を計ることを目的とするため、仮装払込みは、会社財産とする意図なく、単に払込みを装うなど、実質的な払込みがなかった場合をいうと解すべきである。

具体的には、①借入金を返済するまでの期間の長短、②会社資金としての運用の事実、③借入金の返済が会社の資金関係に及ぼす影響などの事情をもって判断をすべきである。

★考慮要素の意味

①借入金を返済するまでの期間の長短

事業活動資金として用いることができる機会がどれだけあったか。期間が長ければ、当初から会社の事業資金として使う意図があったと考えられる。わざと長く期間を置く場合もあるので注意！

②会社資金の運用としての事実

実際に、払込金を会社が事業資金に用いていれば、当初から使う意図があったと考えられる。

仮装払込みは、払込みとして有効か。³

実質的には、払込みがなされていないし、無効であるから支払い責任（52条の2等）が課されていると考えるのが素直である。

したがって、払込みとして、無効であると解すべきである。

「設立に際して出資される財産の価額又はその最低限」として定款に定められた金額（27条4号）に相当する出資がなされていない場合に当たるため、設立の無効原因となる。その後、支払い責任を履行すれば、瑕疵は治癒されると考えられるが、あまりにも資本がない場合は、無効となる可能性はある。

仮装払込みに基づいて発行された、株式は有効か。⁴

平成26年改正で追加された209条2項は、仮装払い込みの場合、まったく払込みがなかった場合とは異なるから、失権規定（208条5項）の適用がないことを確認した上で、引受人が募集株式の株主になることを前提に、出資の履行（213条の2第1項）をしないと権利行使できないことを定めた規定であると考えられる。

したがって、仮装払込みに基づいて発行された株式は、有効であると解すべきである。

※209条3項は、取引の安全を図るため、善意・無重過失の者に、権利行使を認めた規定となる。

² そもそも、見せ金と預金を厳密に区別し定義することは難しいので、両者は区別せずに、「仮装払込み」として捉ればよい。しかし、965条の刑事罰との関係で、通謀がある場合は、預金合として認定することに意味はある。基本的には総合判断すればよく、その判断の中で、通謀があれば、仮装払込があることを認定することができるのが通常。

³ 無効説が多数説。

⁴ 有効説が多数説。

●設立に関する責任のまとめ

1. 現物出資・財産引受けの不足額支払義務 (52条, 103条)

(1) 発起人・設立時取締役

原則：52条1項で責任を負う

例外：52条2項各号に該当する場合は責任を負わない。

募集設立の場合は、1号の場合のみ責任を負わない(103条1項)。⁵

再例外：現物出資した者と財産引き受けの譲渡人は、52条2項各号の適用なし(52条2項柱書括弧書)

(2) 証明, 鑑定評価をした者

不足額支払義務を負うが、**無過失を立証**した場合は義務を**免れる**(52条3項)。

*財産引受けは「現物出資財産等」に含まれる(33条10項1号, 28条2号)。

2. 仮装した出資に係る金銭の全額の支払・財産の全部の給付義務

ア 発起人(52条の2第1項, 規則7条の2)

イ 仮装払込みをした設立募集株式の引受人(102条の2)

ウ 仮装に関与した発起人や設立時取締役(52条の2第2項本文, 103条2項本文)

3. 発起人, 設立時取締役ら役員の仕事懈怠責任 (53条, 54条)⁶

53条は一般的な責任であるのに対し, 52条は特別責任であり, 立証責任が軽減されている。

4. 擬似発起人の責任

(1) 擬似発起人

募集設立の場合に, 募集の広告その他当該募集に関する書面又は電磁的記録に自己の氏名又は名称及び株式会社の設立を賛助する旨を記載し, 又は記録することを承諾した者

ex. 株主募集文言などに自己の氏名を載せるなどの虚偽記載を行う。

(2) 責任

発起人と同様の責任(52~56条)を負う(103条4項)。

5. 会社不成立の場合の発起人の責任 (

⁵ 発起人以外の者には, 十分な調査の機会が与えられていないことから, 募集に応じた引受人を保護するため, 責任を強化したものである。

⁶ 52条等を検討し終わった後であっても, 53条を検討すべき(平成22年採点実感)。

