判例研究

設立中の会社の発起人の一人が代表取締役として締結した手形取引契約の効力が設立後の会社に及ばないとされた事例

〔商法　三五〇〕

（東京地判昭和六三年五月一八日判決
昭和六〇年（ワ）第一七四五号貸金等請求事件。一部認容（控訴）。
金融商事判例八一三号三七頁。）

〔判示事項〕

設立中の会社においては、たとえ創立総会において取締役が選任された後であっても、その機関は依然として発起人であるから、取締役ないし代表取締役が設立中の会社を代表して法律行為をすることはできず、また、株式会社の発起人は、法定の要件を満たした財産引受を除いて開業準備行為をすることができないものというべきであるから、発起人の一人が代表取締役として締結した手形取引契約の法律効果が被告会社に及ぶ余地はない。

〔参照条文〕

商法一六八条一項六号、五七条

〔事　実〕

訴外A、Y_2、Y_3ほか四名は、昭和五三年七月一八日、発起人として定款を作成し、自ら設立に際し発行すると定められた株式四万株のうち三万九〇〇〇株を引き受け、同月二八日定款の認証を受けた上、訴外Bに対して一〇〇〇株を割り当て、同日中にすべての払込が完了して、創立総会を開催し、A、Y_2、Y_3ほか一名が取締役として選任された。同年八月九日、設立登記がなされ、Y_1株式会社が設立された。この設立登記前である同年八月三日、AはY_1会社の代表取締役として、X協同組合に手形取引約定書を差し入れて、以下の内容の手形取引契約を締結した。それはすなわち、「(1) 本件手形取引契約は、XがY_1会社に対し手形貸付の方法により融資した場合にも適用される。(2) 遅延損害金は、一〇〇円につき日歩八銭の割合とする。」である。昭和五四年一月一〇日、XはY_1会社に対し四〇〇〇万を弁済期同年七月一〇日の約定で、また同年一月二六日、一億六〇〇〇万円を弁済期同年七月二六日の約定でそれぞれ貸し渡した。

Xは、当時設立中の会社であったY_1会社の人的、物的基礎は

既に十分確定して、設立後の会社と実質的に同一であったから、本件手形取引契約の効力は、設立後のY1会社に対してもそのまま及ぶものと主張して、Y1会社に対しては消費貸借契約に基づき、Y1会社に対する債務につき連帯保証契約を締結したY2、Y3に対しては同連帯保証契約に基づき、貸金二億円およびこれに対する弁済期後の日である昭和六〇年二月一日から支払済まで約定利率である一〇〇円につき日歩八銭の割合による遅延損害金の連帯支払を求めた。それに対して、判決は、Y1会社には本件手形取引契約の効果は及ばないとし、Y2、Y3に対しては、主債務である本件手形取引契約に基づくY1会社の債務は発生する余地なしとしたうえで、本件貸金は本件手形取引契約に基づいてされたものとは言えないから、Y1のXに対する本件貸金二億円及びこれに対する商事法定利率である年六分の割合による遅延損害金の支払を認容した。

〔判　旨〕

一部認容。

一「右認定事実によれば、AがXに本件手形取引約定書を差し入れて本件手形取引契約を締結した当時、Y1会社は、いまだ設立登記がなされていなくて、いわゆる設立中の会社であったことは明らかであるが、設立中の会社においては、たとえ創立総会において取締役が選任された後であっても、その執行機関は依然として発起人であって、取締役ないし代表取締役が設立中の会社を代表して法律行為をすることはできないものと解すべきであるから、AがY1会社の代表取締役としてXに本件手形取引約定書を差し入れてXと本件手形取引契約を締結したからといって、その法律効果が設立中の会社に帰属することはなく、また、その後設立登記がなされてY1会社が設立されたからといって、当然にAの前記の行為がY1会社に帰属するものということもできない。」

二「なお、前示のとおり、AはY1会社の発起人の一人であるから、同人がY1会社の発起人として本件手形取引約定書をXに差し入れて本件手形取引契約を締結したと解する余地もないではないが、本件手形取引契約の締結はいわゆる開業準備行為に当たるものと解されるところ、株式会社の発起人は、法定の要件を満たした財産引受けを除いて開業準備行為をすることができないものというべきであり、本件手形取引契約の締結が右財産引受けに当たらないことは明らかであるから、仮にAがY1会社の発起人として本件手形取引約定書をXに差し入れて本件手形取引契約を締結したとしても、その法律効果がY1会社に及ぶ余地はない。」

〔研　究〕

判決の結論に疑問があり、判旨二には同意できるが、一については反対する。

一　会社は会社の本店所在地において設立登記（商法一八八条）をなすことによって成立し（商法五七条）、それにより法人格を得るにいたるが、その一事をもって会社は突然発生するので

はなく、会社が活動に入るための組織が十分に整備されており、その実体が充実していることが不可欠である。法は、この実体の形成を意義あるものとするべく厳重な設立手続を定め、その手続を遵守さえすれば会社の設立を認めることにしている（準則主義）。会社の構成が簡単である合名会社・合資会社と異なり、特に株式会社の設立手続は複雑である。すなわち、会社の根本規則たる定款の作成に始まり（商法一六五条）、将来の会社構成員・すなわち株主となるべき者の確定（発起人および株式引受人の株式の引受・割当）、出資の履行、機関の選任を行うべきであるが、それは、一挙に会社の実体が完成するのではなく、一定の時間を必要とし、徐々にそれが形成されていくことを前提としているといえる。また、発起人は株式を引受けると共にその設立事務をとり行い、その活動は実体の形成に不可欠なものから、法的にあるいは経済的に設立に必要なものに及び、さらに会社が営業を始めるにあたって必要な行為（開業準備行為）や営業行為を行う場合もありうる。しかしながら、それらの行為の効力が成立後の会社に帰属するかは、問題である。すなわち、物的会社たる株式会社の場合には、せっかく成立した会社の財産が、成立前の発起人の行為によって侵されてはならない反面、設立中に行った行為の相手方の保護もどの程度認められるのかを考えなければならない。

本件では、発起人が創立総会において取締役に選任され、会社の実体もすべて整った会社登記のわずか六日前になされた手形取引契約が問題となっているが、会社の成立は会社の登記以後であるとの見解にこだわれば、成立後の会社に対しその効力を主張することには無理があるように思われるが、形式よりも実体を考慮すれば、必ずしも考える余地がないとも言えない。したがって、この発起人兼取締役の行った契約の会社に及ぼす効果について、順序は判決と逆になるが、まず発起人は手形取引行為を締結できる権限を有するかを検討した後、創立総会において選任された取締役はどうかを検討する。

二　まず、会社設立中に発起人の行った行為の効果がどのように設立後の会社に帰属するかについては、過去さまざまな説明が試みられてきた。それはすなわち、発起人の地位を個人法的に捕らえる立場からは、発起人が契約により取得した権利義務について意思表示あるいは法律による譲渡があるものとする承継説、発起人を成立していない会社の代理人または事務管理者と解する代理説または事務管理説、発起人を設立していない会社のためにする契約を締結するものと解する第三者のためにする契約説、発起人の行為によって取得された権利義務は会社成立と同時に当然に会社が取得するとする法律上当然取得説などである（石井編・註解株式会社法第一巻一六一頁以下）。これに対して、ドイツでもわが国でも通説であるところの同一性説は、問題を団体法的に考察し、設立中の会社は漸次設立のための準備を進め会社の完成へと向かうのであるが、この発展的状況の下で生成しつつある会社の前身を「設立中の会社」という

概念をもって捕らえ、これは社会学的には実在するものと認められるが、反面、法律的には権利能力を有しない社団であるために設立中の会社の執行機関たる発起人の行った行為の効果は形式的には発起人に帰属するが、設立中の会社と成立後の会社は実質的には同一のものであるために、会社成立と共にその一切が会社に帰属し、そのためには特別の移転行為を必要としないと説明する（田中(耕)・「発起人責任論」合名会社社員責任論三六八頁以下）。判例は、第三者のためにする契約説から法律上当然取得説を経て、同一性説を容認している（最判昭和三六・九・一五民集一五巻八号二一五四頁。最判昭和四二・九・二六民集二一巻七号一八七〇頁。）。しかしながら、同一性説によれば、会社が成立する通常のケースにおいてはそのための説明が容易であるが、会社が不成立の場合には必ずしもその法律関係を簡明に説明し得ないとか（石井編・前掲書一六三頁。大野直治・「会社不成立の場合における発起人の責任」埼玉大学社会科学論集一九号六四頁以下。）、権利能力なき社団である設立中の会社について権利・義務が実質的に帰属しているというのは、その権利義務が成立後の会社に帰属するという効果を説明するための方法に過ぎないとか（松岡・「設立中の会社の権利能力」私法一〇号四〇頁。倉沢・「発起人の損害賠償責任について」会社法の論理三六頁。）の批判もなされており、会社の設立行為は発起人自身を法主体としてその責任の下に行われる行為であるとする説（西本(辰)・株式会社発起人論二一一頁。この考え方を継承するものとして、津田・会社法の大意上一二〇頁、高鳥・「会社設立行為の法律構成」会社法の諸問題［増補版］九四頁、倉沢・前掲書三八頁、大賀・株式会社設立の法理三二二頁等がある。）も存在するし、また、逆に、設立中の会社の成立後の会社と同一性の認識を更に強めて、設立中の会社をいわば胎児と同様に限定的権利能力ある社団であると解しなければ、設立過程において生じた発起人の権利義務が当然に成立した会社のものになることをを説明することはできないものとする見解もある（松岡・前掲四二頁。平出・株式会社の設立八九頁。）。だが、資本充実を第一目的とする厳重な規定を有する現行法の枠組みの中で、いわゆる設立中の会社に限定的とはいえ、権利能力を認めることは無理であると考えられる（大隅・「株式会社の設立と権利義務の帰属」商事法研究(上)一四五頁。）。

三　しかしながら、設立中の会社と成立後の会社の実質的同一性を強調する同一性説であっても、発起人の行う行為の効果がすべて成立後の会社に帰属するとは考えてはいない。設立における発起人の権限の範囲については、学説が分かれ、法定の会社の形成・設立それ自体を直接の目的とする行為――すなわち、定款の作成、株式の引受および払込に関する行為――のみとする説（第一説）、会社の設立に関して経済上法律上必要な行為――すなわち株式申込証の印刷、事務所の借り入れ、事務員の雇用、文房具・備品の購入――は行うことができるとする説（第二説）、一般的に開業準備行為は行うことができるとする説

（第三説）、およそすべての行為をなし得るとする説（第四説）がある。更に、財産引受に関しては、商法は一六八条一項六号に規定を設け、いわゆる変態設立事項として、定款に記載しなければ有効にこれを行うことができないが、第一説および第二説においては、原則的には発起人がなし得ない行為を会社設立の便宜の面から特別に厳格な要件の下に認めたものと解するのに対して、第三説・第四説は、本来発起人がなし得る行為を特に濫用の恐れが強いことを考慮して特に規定を置くと考える。すなわち、第一説・第二説と第三説・第四説は、開業準備行為の一分野であるところの財産引受を、原則無効と考えるのか、または原則有効と考えるのかで、真っ向から対立することになる。したがって、財産引受の範囲は、原則無効と解される場合においては、厳格に限定されざるを得ないが、原則有効とされる場合には、財産引受により会社に及ぶ財産的危険性は他の開業準備行為と同じであって、このような危険が存するかぎり財産引受の規定は類推適用されると解されるのである。判例は、会社設立に必要な行為に属さない契約を締結した場合に、かかる行為は無効と解し（最判昭和三三・一〇・二四民集一二巻一四号三二一八頁。最判昭和三八・一二・二四民集一七巻一二号一七四四頁。前掲最判昭和四二・九・二六。）、また、定款に記載のない財産引受行為も同様としており（最判昭和二八・一二・三民集七巻一二号一二九九頁。前掲最判昭和三六・九・一五。最判昭和三六・一〇・一七判時二七七号二九頁。前掲最判昭和三八・一二・二四。）、第二説の立つものと評価されている。当該判例も同様である。

これによって、本件を判断すると、締結した手形取引行為は、開業後の会社資金の借受けを前提とする行為であって、上述の開業準備行為と解することができるが、設立中の会社においても発起人の権限の範囲はあくまでも設立に関連のある事項に限定されるべきものと考えられ、学説多数説あるいは判例（当該判例も含めて）の立場は妥当であると解するに足りるのであり、また会社の資本充実の観点からも、会社成立前の発起人の開業準備行為によって、成立後の会社に効力を及ぼさせることについては、問題があると考える（倉沢・会社判例の基礎三一頁）。

また、開業準備行為については、無権限である発起人が行為を行ったとして、すなわち無権代理の規定（民法一一三条以下）を類推適用することができ、民法一一七条により発起人に相手方の選択により履行責任あるいは損害賠償責任を生ずるとする見解が多数説であり、判例も同様であるが（前掲最判昭和三三・一〇・二四）、他方民法一一六条を類推してこれを後に会社が追認しうるかに関しては、判例はこれを絶対無効として、成立後の会社による追認を認めない（前掲最判昭和二八・一二・三。前掲最判昭和四二・九・二六。最判昭和六一・九・一一判時一二一五号一二五頁。）。これに対して学説は二にわかれ、開業準備行為は設立中の会社の実質的権利能力の範囲外であること、あるいは発起人の権限の範囲は社団の形成に必要な行為に限ら

れること、あるいは追認を許すと財産引受を厳格な手続きに服させている意義が没却される等の理由により、追認を否定する説もあるが、開業準備行為は実質的には設立中の会社の権利能力外の行為ではなく、設立中の機関である発起人の権限外の行為に他ならないとして追認を肯定する説（北沢・「設立中の会社」株式会社法講座第一巻二五四頁）がある。また、開業準備行為一般と財産引受とを峻別し、開業準備行為一般については無権代理行為と解することができるが、財産引受規制の目的を会社ないし株主の保護というよりは会社債権者の保護の要請に基づくものとして無効を治癒できないと解する見解もある（実方・「設立中における開業準備行為」商法演習I六頁以下）。本件の評釈である椽川・法学新報九六巻三＝四号四〇一頁は、貸付は手形取引契約を前提としてなされ、そのことによってY_1はすでに利益を得ているのであって、Y_1がなんら異議をとめずにこの貸付を受けたことにより、絶対無効説では信義則上手形契約の無効を主張することはできないとし、また追認可能説でも法定追認が生じたと解すべきであるとされ、また大山・金融商事八二二号四九頁も、貸金契約が締結されればそこに新たな手形取引契約を締結するのと同様の要件を満たしている追認が含まれていると解する余地があるとされる。また、本判決は控訴されていて（東京高判平成元・五・二三金融法務一二五二号二四頁）、裁判所は当該判決の結論を繰り返し、成立後の会社による追認がなされてたとしてもその効力が生ずると解することはできないとした上で、「被控訴会社は、本件手形取引締結と同日に控訴人から五〇〇〇万円を借受け、設立後において、本件手形取引契約の約定に基づき控訴人が指定した利率による利息に支払を継続し、この元利金を返済した後、さらに、本件手形取引契約の存在を前提として、控訴人から本件貸金を借受け、これについて本件手形取引契約の約定に基づき控訴人が指定した利率による利息（弁済期経過後は損害金）の支払を継続していたのであるから、控訴人と被控訴人は、被控訴会社の設立後遅くとも本件貸付が行われるまでの間に、新たに本件手形取引契約を黙示的に締結したと認められる。したがって、本件貸金について本件手形取引契約で定められた遅延損害金に関する約定が適用されるというべきである。」として、控訴人に貸金二億円及びこれに対する約定利息一〇〇円につき日歩八銭の割合による遅延損害金を支払うべき義務を認めていることが注目される（森・法学セミナー四二〇号九八頁は、金額の大きい消費貸借契約では重要な契約内容であるところの利息の約定がなされていないことから、手形取引契約の約定利率による合意が存していたと合意内容を解釈できないかと主張される。）。控訴審判決が従前の判例に追認を否定しながら、黙示の契約を安易に認定することは、矛盾があるように思われる。また、発起人が機関である場合の設立中の会社はいまだ人的・物的両面において未成熟であり、清算中の会社も清算目的の範囲内で権利能力を有すると解されるのが通説であるのとパラレルに考えて（中西・

新注会(13)二六〇頁)、設立中の会社においてもその能力は実質的にも設立に必要な行為の域を出ず、無権代理における追認の規定を類推する前提を欠くと思われる。したがって、かかる結論が妥当であるとするならば、別の理論構成が必要であろう。

四 当該判決は、設立総会で選任された取締役は会社の設立までは執行機関たる地位を有せず、したがってその行った行為の効果は成立後の会社に及ばないとする。通説の見解もこの段階では取締役は監査機関に過ぎず、発起人のみが会社の執行機関であり続けると解し、これに同意している。これに対して、すでに設立に際して発行する株式全部につき引受人が確定しその総意によって取締役が選任された以上、爾後この取締役が発起人に代わって設立中の会社の機関となるとする説が存する(大隅＝今井・会社法論上巻(第三版)二一六頁。大隅・前掲書一五一頁。大森・「会社の設立」株式会社法講座第一巻一七八頁。平出・前掲書八三頁。同・「株式会社不成立の場合における発起人の責任(一)」北法一二巻三号三七二頁)。後者少数説は、発起設立の場合における検査役の選任請求(商法一七三条一項)、募集設立の場合における調査・報告(商法一八四条・平成二年改正により発起設立の場合にも取締役・監査役が調査にあたる場合がある——商法一七三条ノ二)、設立登記の申請(旧・非訟事件手続法一八七条、現・商業登記法九二条、五五条一項は代表取締役が申請することに改められた)等の規定が取締役を執行機関として予定していることを根拠として挙げる。通説を支持する立場からは、このような考え方をするドイツにおいては、発起人の責任を追及する規定にあわせて取締役にも責任を負担させる規定が存するのに対し、わが国では取締役の権限濫用に対して歯止めの制度を有しない関係から、これに反対がある(北沢・「設立中の会社」株式会社法講座第一巻一四四頁注一九)。しかしながら、取締役の権限濫用の問題に関しては、成立後の会社に関しても起こり得る問題であり、成立前に特有の問題ではないとの再批判がある(平出・前掲北法三七三頁)。けだし、取締役が選任される時期においては、引受人が確定するのみでなく、引受総額の支払いも行われ、また創立総会において取締役の選任も行われて、物的・人的両面で会社の実体が整っている。したがって、設立前とはいえ、設立直前の段階における設立中の会社は実質的権利能力を有し、それ以前に比してなしうる行為は広がっていると解してさしつかえないと考えられる(服部・株式の本質と会社の能力一八九頁以下は同様の見解であるが、一切の行為をその機関を通じて行うことができるとする点で異なっている)。そして、その際発起人に取って代わった執行機関としての取締役の権限は、設立中の会社の性質から営業行為は行うことができないが、これを除いたすべての行為に及ぶべきであると考える(平出・前掲書八四頁、同・前掲北法三七二頁以下は前述のように設立中の会社に権利能力を認める見解であるが、私見も会社の実体が整った段階では、これと結果においては同様のことを認める)。したがって、当該

手形取引契約のような開業準備行為であっても代表取締役は有効にその行為をなしうるのであって、実体的に組織の整った会社において取締役の行った会社の成立前後にまたがる一方を他方の前提としてなされた一連の契約を有効に解しうると考えることで、取引の相手方を保護することが可能となるであろう。

なお、当該判例に関する評釈には、大山俊彦・前掲四五頁以下、森・前掲九八頁、橡川泰史・前掲三八九頁以下、当該判例を取り扱った論稿として、野口恵三・NBL四二五号四〇頁以下がある。

鈴木千佳子

〔最高裁民訴事例研究三一六〕

昭和二九13（最三小判昭和二九年一〇月二六日　民集八巻一〇号一九七九頁）

忌避申立てを受けた裁判官が忌避申立てについての裁判確定前になした判決の効力

Xら（原告、控訴人、上告人）は、滋養食品製造法の特許権を取得しその滋養食品を製造していた。この滋養食品製造法とは、こながきに脱脂乳を加えて蒸し炊き、これに種麹を加えて発酵させ、さらに乾燥させた後に牛乳と乳状酵母を加え再び乾燥粉末化するものであった。このように製造過程で麹を用いることから、税務署長たるY（被告、被控訴人、被上告人）は、昭和二六年一〇月下旬に新聞紙上で「右滋養食品についてはこれを麹と認め酒税法により取締る」旨を発表し、Xら製造業者に対しその製造の中止方を要請した。これに対しXらはYを相手取り、特許権実施妨害排除請求の訴を提起するとともに、仮処分命令を求めたところ、昭和二六年一二月八日YはXらの特許権実施を妨害する一切の行為をしてはならないとの仮処分決定が出された。これに対しYは異議を申立て、当該仮処分決定の取り消しを求めた。

第一審（仙台地裁古川支部昭和二七年一月八日）が、仮処分決定を取り消すとし、Xらの仮処分の申請を却下したため、Xらは控訴した。控訴審係属中の同年三月六日に仙台家裁に民事調停の申立てがなされ、その期日が三月三一日に決定したので、Xらは控訴審の第一回口頭弁論期日を予定の三月一二日から三月三一日以降に遅らせることを申請した。この申請は認められぬまま予定通り期日を迎え、これにXらは出頭せずに弁論が終結した。そこでXらは三月一七日に弁論の再開を申請、さらに三月二五日に控訴審裁判官Aにつき忌避の申立てをしたが、忌避についての裁判がなくAが裁判長として訴訟手続きに関与したままで控訴棄却の判決言渡がなされた（仙台高裁昭和二七年四月三〇日）。これには、なんら急速を要する行為と見るべき事情がないとして、Xらは民事訴訟法四二条違背を