

判例研究

〔商法 三九四〕

いわゆる開業準備行為につき無権代理人の責任を負う者からその地位を譲り受けたとして
成立後の会社の責任が認められた事例

〔判示事項〕

会社成立前のいわゆる開業準備行為にあたる印刷注文契約の効果は成立後の会社に帰属しないが、会社設立準備段階での実質的代表者が無権代理人の責任を負い、その地位を成立後の会社が譲り受けたと認められるので、成立後の会社は印刷代金債務を負うとされた事例

〔参照条文〕

商法一六八条一項六号、民法一一七条

〔事実〕

本件はXがY（株式会社。代表取締役A）に対して印刷

（東京地判平成七年二月一七日
平成四年（ワ）第一三六四〇号印刷代金請求事件
判例タイムズ九二六号二四四頁）

代金を請求する訴訟であるが、主たる争点となったのはYの設立登記より前にXが請け負った印刷物の代金債務につきYに支払義務があるかどうかである。Z（株式会社。代表取締役B）がXに補助参加している。

米国ハワイ州所在のゴルフ場を所有する米国法人H社（代表者C）の株主Cほか四名は、H社の全株式をZに譲渡する契約を平成二年一〇月一九日に締結した（第一次売買契約）。しかし、Zが代金を支払えなかったため、右契約は平成三年二月二八日解除された。この間、Z、B、AおよびCは、同年一月下旬頃までに、会員権販売会社を設

立すること、代表取締役にはAが就任し、会員権発行名義人となること、会員権販売代理店としてD社を使うことなどを合意していた。第一次売買契約解除の後、CがH社の他の株主から株式を買い受けて、これを一括して新たに設立するYに売却する旨、A、B、C間で交渉がまとまった。そして、同年四月二十五日づけで右三者間で株売買合意書および販売促進合意書が締結された(第二次売買契約)。これに先立ち、Bによる新法人設立準備の結果、同年四月九日、Y(代表取締役A、その他の取締役B、C、Eら)の設立登記がなされたが、AおよびCは設立登記がなされたことを同年五月初旬頃まで知らなかった。

Bは同年一月中旬頃から、第一次売買契約を前提に、本件ゴルフ場会員権販売準備のため、Zの従業員兼務取締役であるEを通してXに、預託金証書さらに資格認定証書の印刷を注文した。これらは同年二月中に、Zの事務所(なお、Yの本店も同年五月八日に移転するまで同じ所在地にあった)においてEに順次引き渡された。

同年三月になって、EはXに対して、会員募集要項、入会申込書、入会承認書、パンフレット、封筒などを発注した。なおEは、パンフレット発注にあたっては、Aから送付を受けていた同人の写真や署名、挨拶文をXに交付して

いる。Xはこれら受注品を同年三月二十九日に納品したが、二月納品分も含め納品書および請求書はY宛で発行していた。これは、当初からこれら印刷物の発行名義人がY名であり、代表取締役としてAの表示がなされていたので、Xは注文主はYであると認識していたからであった。

Xはその後Eから印刷の発注を受け、納品し、右二分・三分分については代金全額の支払いを受けたが、四分分については一部が未払である。本件はこの未払部分の請求が主たる争点となった事件である。

Yは、設立後、Xから納品されたパンフレットを始め各印刷物を使用して、会員権の販売等の営業行為を行った。

なお、Bが第二次売買契約に違反したとして、同年六月一二日づけで、CはYに対して第二次売買契約を解除する旨の意思表示をしたが、これをめぐって、BおよびZとA、C、H社、Y等との間で、ハワイの裁判所で訴訟になったが、平成四年一月二〇日、Xに対する債務のうち、Yが名刺、パンフレットおよび封筒について、BおよびZがそれ以外の物品の印刷による債務について支払責任を負う旨の条項を含む和解が成立している。

〔判 旨〕

「第一次売買契約が解除された後でYの設立前の平成三

年三月ころから四月にかけての時期においては、新たに設立する新法人であるYがH社の株式を取得することになり、Zは、直接関与する必要性ないし余地がなくなったものであり、EもYの役員ないし従業員になることが経過のうえではほぼ決まっていたのであるから、この時期の同人の印刷発注行為は、後述の預託金証書を除き、Yの出資者であり実質的な経営者であるB及び同じく出資者であり代表取締役となることに決まっていたAの指示により同人らを代理して行った、設立後のYのための開業準備行為であつたといふべきである。」

「これは、Y設立前の開業準備行為であつて、設立中のYの目的の範囲外であるから、その効力が当然に設立後のYに帰属し又は承継されるものではない。また、これが財産引受に当たるとしても、弁論の全趣旨によれば、商法一六八条一項六号所定の事項がYの原始定款に記載されてはいないことが認められるから、これは財産引受としての効果がYに対して発生するものではないといふべきである。

そうすると、これらは、Yとの関係では、設立準備段階での実質的な代表者であつたA及びBの無権代理類似行為であるといふべきであり、したがって、同人らが民法一七七条の類推適用により請負契約における注文者としての責

任を負うべきものであるところ、前認定のとおり、Yは、Xが印刷した成果品である印刷物を設立後においても受領していること、C及びAが問題とした預託金証書以外のものについては、一部利用して営業活動を行っていること、設立後において印刷代金の一部の支払をしていること、本件印刷物以外の開業準備行為による債務については、本件を除きその支払をしていること、Yの収支状況報告書の未払金明細の中にXの分も記載されていること、及び、ハワイにおけるC等とB、Z等との和解の内容をも総合考慮すると、預託金証書を除く印刷物については、Yは、Xとの本件請負契約におけるB及びAの注文者としての地位を設立後間もなく譲り受けたものと認めるのが相当である。したがって、Yは、後に判断する部分を除き、Xに対し、この段階における印刷代金債務を負うものといふべきである。」

〔研究〕

一、会社設立に必要な行為の費用は、設立費用として定款への記載（商法一六八条一項八号）と検査役の調査（商法一七三条一項・一八一条一項）を条件に成立後の会社の負担になしう。本件ではこの手続は履践されていないし、設立費用は当然会社債務となるとの立場を採ったとしても

（大隅健一郎・今井宏・会社法論上巻「第三版」（一九九一年）二〇六頁は定款記載額を超える部分については会社は発起人に求償できるとし、鈴木竹雄・竹内昭夫・会社法「第三版」（一九九四年）六四～六五頁は発起人と会社との重疊の責任とする）、本件印刷注文契約は会社設立に必要な行為ではない（成立後の会社の営業に関する行為である）。つまり、そもそも本件契約上の債務は設立費用の概念に含まれないから、成立後の会社であるYがその債務を設立費用として負担する理由はない。

会社設立自体に必要とされる行為でなくとも、財産引受（会社ノ成立後ニ」特定の財産を成立した会社のために「譲受クルコトヲ」発起人と譲渡人が約する場合のその契約（商法一六八条一項六号）であれば、定款に記載（商法一六八条一項六号）し、検査役の調査（商法一七三条一項・一八一一条一項）を受けることで、その契約上の債務は会社へ帰属することになる。けれども、本件印刷注文契約は財産引受には当たらないように思われる。認定事実からは必ずしも明確ではないが、本件印刷注文契約は一定の財産を会社成立を条件として会社成立後に引き渡すことを内容としていないからである（設立登記以前に目的物は引き渡されているようである）（平出慶道「本判決判例評論」

私法判例リマックス no. 16（一九九八年）一〇五頁）。この点、本件判旨は慎重に、本件契約が財産引受に当たるとしてもYの原始定款には財産引受に関する記載がなかったから、本件契約の効果が財産引受としてYに帰属することはない、とする。

二、本判決によると、成立後のYの責任はAおよびBに認められる契約上の地位を引き継ぐものであり、その地位は民法一一七条による無権代理人の責任だと構成されている。そこで、AおよびBの無権代理人としての責任が問題となる。最判昭和三十三年一〇月二四日（民集一二卷一四号三二二八頁）は、発起人（上告人）が会社設立手続中に成立後の会社の代表取締役名でなした契約に関して、「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はなく、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つて、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、本来の無権代理人には当たらないけれども、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。」と判示している（久保田光昭・会社判例百選「第六版」（一九九八年）一四—一五頁参照）。これは発起人としての責任ではなく無権代理人としての責任を問うもので、正当な判断だと思われる。

問題はAおよびBが成立後の会社の（無権）代理人として本件印刷注文契約をなしたかである。実際の行為者はEであり、顕名の有無は不明である——契約の相手方であるXは、「印刷物の発行名義人がY名であり、代表取締役としてAの表示がなされていたので」本人は（成立後の会社）Yであると認識していた。A、BおよびEの意思解釈が問題となるが、そもそもAおよびBがYの発起人であったか否かも不明であり（AおよびBはY設立準備段階での実質的な代表者だとか、Yの出資者であり実質的な経営者あるいは代表取締役になることが決まっていた者との認定があるのみ）、断定はできない。本判決は、A・BをYの無権代理人として構成している。しかし、問題となった時期の本件契約に関して、Eは「Yの役員ないし従業員になることが経過のうえでほぼ決まって」おり、さらに「Yの出資者であり実質的な経営者であるB及び同じく出資者で

あり代表取締役となることに決まっていたAの指示により」契約が締結された旨認定されているだけである。A・Bが自己の名で行ったのか、代理意思を有していたのかについては、判断の基礎となる事実が認定されていない。

もっとも、本件印刷注文契約は、A・BがEを使者としてなした（Yを本人とする無権）代理行為か、A・BがEを代理人または使者としてなした自己のための行為か、あるいはA・Bの指示のもとにEがなした（Yを本人とする無権）代理行為である。したがって、本判決の理論構成は大筋においては破綻することはない。A・BがYの（無権）代理人でなくても、本件契約はEによるYの（無権）代理行為であるか、A・Bを本人とする契約であるから、Eに無権代理人としてあるいはA・Bに本人として認められる本件印刷代金債務をYが譲り受けたと構成できるからである。

三、契約上の地位の承継という構成に対しては、二つの観点から検討が必要であろう。まず、本件で問題となっているのはいわゆる開業準備行為であり、法定手続きを履践した財産引受に關してのみ成立後の会社への契約の効果の帰属が認められる制度のもとで、財産引受にも当たらない会社成立前の契約の地位を成立後の会社が承継できると考え

てよいのか。次に、いわゆる開業準備行為に関して契約上の地位の承継という構成は回りくどくないか。この二点である。

成立後の会社の営業活動のために行われた開業準備行為である契約上の地位を、成立後の会社が譲り受けるのは、会社設立に関してその財産的基礎を確実にしようとする商法の設立手続の趣旨からみて、危険であり認めるべきではないといえるか。しかし、これを禁止する明文の規定はない。むしろ、会社成立前の契約上の地位を成立後の会社が譲り受けることは、通常の業務執行であり特に禁止の対象とはならない。当該契約が開業準備行為であったとしても、その地位の譲受が取締役会の経営判断に基づく業務執行であることに変わりはない。発起人がなした契約の承継は許されないが、発起人以外の者がなした契約なら承継できるとの区別にも理由はなからう。実質的な脱法行為が危惧されるかもしれないが、業務執行である以上、取締役の責任で担保するのが筋である。

四、開業準備行為は成立後の会社のための行為であるから、契約上の地位の承継というような迂遠な構成ではなく、成立後の会社による当該行為の追認が認められないであろうか。

まず検討すべきなのは、法定手続を欠く財産引受に対する成立後の会社の追認の可否である。この点につき、最判昭和六一年九月一日（金融・商事判例七五八号三頁）は、『本件営業譲渡契約は、商法一六八条一項六号の定める財産引受に当たるものというべきである。そうすると、本件営業譲渡契約は、上告会社の原始定款に同号所定の事項が記載されているのでなければ、無効であり、しかも、同条項が無効と定めるのは、広く株主・債権者等の会社の利害関係人の保護を目的とするものであるから、本件営業譲渡契約は何人との関係においても常に無効であって、設立後の上告会社が追認したとしても、あるいは上告会社が譲渡代金債務の一部を履行し、譲り受けた目的物について使用若しくは消費、収益、処分又は権利の行使などしたとしても、これによって有効となりうるものではないと解すべきである』との判断を示している（山下眞弘・会社判例百選〔第六版〕（一九九八年）一六〇一七頁参照）。

けれども、法定手続を欠く危険な約束は無効と解されるが、発起人への報酬・特別利益や株式会社団の社員（株主）関係を創出する現物出資と異なり、財産引受は成立後の会社と譲渡人との一般の取引関係に引き直すことが可能である。設立手続中になされようと会社成立後になされよ

うと特定の財産を譲り受ける契約の性質（例えば、売買契約）自体は変わらないからである。財産引受としては無効でも成立後の会社は同一の効果をもたらす契約を業務執行として適法に締結できるわけである（取締役会決議（商法二六〇条）や事後設立の手続（商法二四六条）を要する場合がある）。そうだとすると、財産引受は会社成立を条件として直接会社に権利義務を帰属させようとする契約であるから、成立後の会社の追認を認めてもよいと考える。この場合の追認はいわゆる無効行為の追認（民法一九九条但書）であるが（会社のために発起人が発起人の名で締結する契約に対する会社の追認。なお、山本爲三郎「株式引受行為論争」法律時報七一巻六号（一九九九年）五二～五四頁参照）、財産引受の手続は会社の利益保護のためのものなので、成立後の会社の追認のみで財産引受を有効にできると解される（四宮和夫・能見善久・民法総則・第五版（一九九九年）二四九～二五〇頁参照）。財産引受手続の脱法が危惧されるかもしれないが、取締役責任で担保されるし、そもそも当該契約を会社成立後に締結すれば脱法にならないのである。また、このように考えても、当初の契約が効力を認められる譲渡人に不利益は生じない（なお、同一性説批判の立場から詳細な反対理由を述べられる、安

井威興「発起人が開業準備行為としてなした法定要件を欠く財産引受の効果」商法の判例と論理（一九九四年）八六～九〇頁参照）。

本件契約は前述のように財産引受ではない。けれども、法定手続を欠く財産引受も成立後の会社の追認の対象と考えてよいならば、会社成立前に成立後の会社のために行われた無権代理行為も追認の対象と認めてよいと考える（この場合には民法一一六条が類推される）（同旨、倉沢康一郎「東京高判昭和五一年七月二八日判例研究」法学研究五四巻一二号（一九八一年）一一六～一一七頁（慶應義塾大学商法研究会編・下級審商事判例評釈（昭和五〇年―五四年）（一九九五年）一九六～一九七頁）、平出・前掲一〇五頁）。そして本件印刷注文契約が、A・Bの（Yを本人とする無権）代理行為か、あるいはEがなした（Yを本人とする無権）代理行為であるのならば、本判決認定の事実関係からすると、本件は成立後の会社Yの有効な追認があったと解してよい事例であつたと思われる。A・Bの自己ための行為である場合には追認は問題とならない。本判決の採る契約上の地位譲受構成が妥当する。追認が肯定される場合と契約上の地位の譲受の場合とは、後者においては原則として会社と譲渡人のほかに当該契約の他方当事者の

合意あるいは承諾が必要である点に相違があるが、本件事実関係のもとでは問題にならないであろう。

五、本判決の結論は妥当なものと評価できよう（同旨、野田博「本判決判例研究」金融・商事判例一〇二一号（一九九七年）四九頁）。ただ、本判決は、従来の判例が手続を欠く財産引受は絶対的な無効であり成立後の会社からの追認も認められないとしていた点を踏襲しようとしたために、無権代理人の地位の譲受という技巧的な構成を採らざるをえなかったであろう（なお、発起人代表が成立後の会社の代表取締役と称して行った契約につき、東京高判昭和五一年七月二八日・判例時報八三一号九四頁も本判決同様の構成を採る。さらに、法定手続きを欠く財産引受に関する、最判昭和四二年九月二六日・民集二二卷七号一八七〇頁参照）。

山本爲三郎