

一人会社の設立

安井威興

- 一 はじめに
- 二 一人会社の設立の適法性
 - (一) 学説の分類
 - (二) 学説の検討
 - (三) まとめ
- 三 株式会社設立理論への影響
- 四 おわりに

一 はじめに

わが商法は、社團であることが会社たり得ることの前提となる旨を定めている（商法五二条、有限会社法一条一項）。これは、法人となり得る実体は社團もしくは財団と評価される団体であることを要するとする民法上の法人制度と同一の基盤に立つものである。したがって、民法上の公益非営利社團法人および営利社團法人における

社団性も商法上の営利社団法人たる会社の社団性も全く同一の意味で用いられていることになる。⁽¹⁾ このことは、明治四四年商法改正法が民法上の営利社団法人たる民事会社を商法上の会社と改めるに際し何の問題も生じなかったこと（商法五二条二項の新設）、また昭和一三年制定の有限会社法が商事会社と民事会社との区別を廃止したことによっても裏付けられる。⁽²⁾

そして、民法上の公益社団法人については、「社員ノ欠乏」をもつて解散原因の一つとしたから（六八条二項二号）、社員が一人になつても存続しえ、その場合の社団性如何が問題となるが、商法は、まず合名会社については「社員ガ一人ト為リタルコト」を解散原因の一つと定め（九四条四号）、また合資会社についてはその性質上二人以上の社員が存在することを要するから「……無限責任社員又ハ有限責任社員ノ全部ガ退社シタルトキハ解散ス」と定め（一六二条一項本文）、さらに株式会社については「株主ガ七人未満ニ減ジタルコト」を解散原因の一つにあげていたから（昭和一三年改正前二二条三号）、社団であることが会社の設立および存続の要件であることに全く異論はなかった。

しかるに、昭和一三年商法改正法は、株式会社の解散原因からこれを削除したので、株主が七人未満となつても解散しないこととなつたが、社員が一人または無になつた場合にもなお解散せず存続し得るかが問題となつた。⁽³⁾ 商法は、一人会社について何らの規定も設けなかつたので、その存続を認め得るかは理論上の問題とされたが、⁽⁴⁾ その改正の趣旨⁽⁵⁾を重視する観点から、その理論的根拠は異にするものの、ほとんどの学説はこれを肯定した。⁽⁶⁾ そして、昭和一三年制定の有限会社法は、有限会社の解散原因の一つに「社員ガ一人ト為リタルコト」をあげたので（平成二年改正前有限会社法六九条一項五号）、株式会社についてのみ一人会社の存続を認め得ることとなつた。

平成二年商法改正法は、株式会社については、七名以上の発起人を要するとの定めを（改正前商法一六五条）、発起人の数の下限を設けないで、一人でも足りることに改め（商法一六五条）、有限会社についても、その解散原

因である「社員が一人ト為リタルコト」を削除した（有限会社法六九条一項五号の削除）。そして、従来から、有限会社法は原始社員の数の下限に関する定めを設けていない。その結果、株式会社または有限会社のいずれにおいても、一人の発起人または原始社員により設立手続の要件を満たすことが可能となった。この株式会社に關する改正は、これまでの発起人の員数規制が、名目的な発起人を利用することによって容易に潜脱可能であり実質的に機能しておらず、逆に発起人の責任追及や権利の帰属をめぐる無益な紛争を惹起する弊害があること、また實際上一人会社の需要のあることを考慮して、一人会社の設立を積極的に認めることとし、そして、複數発起人による会社債権者保護の機能は、最低資本金制度や発起人・最初の取締役の責任強化、さらには会社財産の個人財産からの分別管理の徹底などに代替させる方が合理的であるとの判断にもとづくものである。⁽⁷⁾ また、有限会社についても、財産的な基礎さえきちんとしていれば社員の員数をそれほど問題とする必要がないとの判断から、⁽⁸⁾ 株式会社と同様に社員一人による設立を認めようとしている。しかし、会社制度の根幹にかかわる商法五二条および有限会社法一条一項は改正されず、依然として株式会社も有限会社も社団とされ、⁽⁹⁾ また一人会社に關する規定は設けられなかったから、設立時の一人会社が許容されるか否かは、理論により決定されることとなった。⁽¹⁰⁾

平成二年商法改正における一人会社の設立の許容について、既に多くの議論がなされ、立法論的には批判があるが、⁽¹¹⁾ 解釈論的には大方の学説はこれを肯定している。⁽¹²⁾

そこで、本稿は、これらの学説を参考に、商法五二条および有限会社法一条一項にいう社団の意義と機能を明らかにして、一人会社の設立の適法性を検討するとともに、その成果を踏まえて、平成二年改正法が一人会社の設立を承認したことが株式会社設立理論に及ぼした影響についても考察する。

(1) 星野栄一「いわゆる『権利能力なき社団』について」(法学協会雑誌八四卷九号(一九六七)) 民法論集一卷(一)

九七〇〕二五四頁以下、大賀祥充・株式会社設立の法理〔一九七五〕一五一頁以下参照。

(2) 拙稿「会社の営利性について」修道法学一卷二号〔一九七八〕一九一頁以下。なお、谷川久「定義」大森Ⅱ矢沢他編注釈会社法(2)〔一九七一〕一五頁参照。

(3) 津田利治「一人会社について(1)」法学研究二〇卷三号〔一九四七〕六頁。

(4) 同七頁。

(5) 松本悉治「商法改正要綱解説」私法論文集続編(初版〔一九三八〕・復刻版〔一九八九〕一六四頁以下、津田・前掲法学研究二〇卷三号六頁以下、米津昭子「一人会社について」法学研究四四卷三号〔一九六九〕一九七頁、大野直治「一人会社について」社会科学論集(埼玉大学)三〇号〔一九七二〕一二四頁、大賀祥充『一人会社の設立』考」法学研究五〇卷二号〔一九七七〕二四〇頁参照。

(6) これを否定する学説には、田中誠二・全訂会社法詳論下巻〔一九七五〕一〇一八頁・一九一八頁があるが、同・再全訂会社法詳論下巻〔一九八二〕一〇八二頁において肯定説に改説された。

(7) 稲葉威雄「商法・有限会社法の改正試案の公表と内容」金融・商事判例七五五号(商法・有限会社法改正試案の研究)〔一九八六〕二三頁、北澤正啓「株式会社法改正の動向」株式会社法研究Ⅱ〔一九八九〕一七八頁以下、同・改正会社法の解説〔一九九〇〕二二頁、大谷禎男・改正会社法〔一九九一〕三三頁以下参照。

(8) 岡光民雄「設立」法律のひろば四三卷一号〔一九九〇〕一五頁。

(9) 森本滋発言・条解・会社法の研究Ⅰ会社の総則・設立(別冊商事法務一一四号)〔一九九〇〕四頁は、社團概念が民商法共通のものであることから、その変更には慎重であるべき旨を述べる。また江頭憲治郎発言・同四頁は、利益分配の側面から社團構成を残すべき旨を述べる。さらに大賀祥充「一人会社について」法学研究六六卷一号〔一九九三〕一九一頁以下は、もし、社團なる文言を削除することになれば、共同企業としての会社の法制度を根底から変更することになるが、それには抜本的な検討が必要不可欠であるとし、これについて検討が不十分であること、また慎重であるべきことを示唆する。

(10) 大谷禎男「改正商法の概要」平成二年改正商法の概要・質疑応答(別冊商事法務一二〇号)〔一九九〇〕八頁は、立法作業担当者は一人株式会社または一人有限会社の設立を可能とする意図を有しているが、正面からこれを認める

規定を置いていないから、社団であることの当然の要請として一人会社を否定する解釈の余地がある旨を述べる。北澤・前掲解説二四頁も同旨。

(11) 池野千白「一人会社設立の許容と『商法・有限会社法改正試案』」札幌学院法学四卷一号(一九八七)二七八頁、黒田清彦「一人会社再考―日西会社法改正案の比較法的考察―」南山法学一三卷一号(一九八九)八三頁以下、久留島隆「設立」代行リポート九〇号(一九九〇)一六頁以下、奥島孝康「会社設立の合理化」税経セミナー三五卷九号(一九九〇)一四頁以下、同「第二章会社の設立」酒巻II奥島編・改正商法の解説(一九九〇)二七頁以下、田中誠二「商法・有限会社法改正についての全般的考察」金融・商事判例八五六号(商法・有限会社法改正法の研究)(一九九〇)一〇頁以下、西川昭「有限会社の改正2設立」金融・商事判例八五六号(商法・有限会社法改正法の研究)(一九九〇)一九三頁以下、倉沢康一郎「今次商法改正について」監査役二七五号(一九九〇)一一頁・二六頁、同「一人会社設立の法認の意義」企業会計四三卷五号(一九九一)一〇三頁以下・一〇七頁、宮島司「商法改正法案の意義と問題点」法学セミナー四二七号(一九九〇)一六頁、同「一人会社と社団性」法学研究六六卷一号(一九九三)九四頁、大賀祥充・平成二年(一九九〇年)改正会社法小論(上)(一九九二)三二頁以下、同・前掲法学研究六六卷一号一九九頁以下、江川孝雄「一人会社序説」山梨学院大学法学論集二四卷(一九九二)一三六頁、菅原菊志「平成二年改正商法における若干の問題の考察」法曹時報四三卷二号(一九九三)三二五頁。

(12) 奥島・前掲税経セミナー一五頁、同・前掲解説三二頁・三四頁・四五頁、倉沢・前掲監査役一一頁、同・前掲企業会計一〇二頁、丸山秀平「発起人の数」金融・商事判例八五六号(商法・有限会社法改正法の研究)(一九九〇)二四頁以下、同「原始的一人会社の『社団性』について」現代会社法・証券取引法の展開(堀口退官記念)(一九九三)二六五頁、西川・前掲金融・商事判例八五六号一九二頁以下、大和正史「会社の設立について―平成二年改正商法を中心に―」関西大学法学論集四一巻三号(一九九一)一五二頁、加藤勝郎「一人会社の法人性と社団性」専修法学論集五五・五六合併号(一九九二)七一頁、鈴木千佳子「一人会社と株主総会」法学研究六五卷六号(一九九二)四六頁、酒巻俊之「一人会社の設立と運営」判例タイムズ七七〇号(一九九二)三八頁、江川・前掲法学論集一二〇頁、宮島・前掲法学研究六六卷一号一一六頁、大賀・前掲法学研究六六卷一号一九〇頁、菅原・前掲法曹時報三三五頁、大山俊彦「無人会社 (Keimanngesellschaft) について」明治学院法学研究六三号(一九九七)三九頁、元木

昇「一人会社を巡る諸問題」東洋法学四一卷二号(一九九八)一八頁など。ただし、菱田政宏「会社の社団法人性と社員の責任」関西大学法学論集四三巻一・二合併号(一九九三)六五九頁・六六四頁以下および同「一人会社の存続と設立(一)」関西大学法学論集四三巻三号(一九九三)一頁以下、同「一人会社の存続と設立(二)」関西大学法学論集四三巻六号(一九九四)一頁以下と、井上和彦「一人会社提要―法人格否認の法理の積極的適用―」高岡法学四巻二号(一九九三)一二頁は否定説である。

二 一人会社設立の適法性

(一) 学説の分類

平成二年商法改正後に発表された学説を中心に分類すれば、概略つぎのようになると思われる。⁽¹³⁾

○肯定説A…一人会社は商法五二条という社団であり、その設立は適法であるとする説

①潜在的社団説、②人的要素説、③財産分別管理組織説、④設立中の会社技術概念説

○肯定説B…一人会社は商法五二条という社団の例外であるが、その設立は適法であるとする説

①擬制社団説、②商法五二条の規範性希薄化説

○肯定説C…株式会社あるいは一人会社の本質解明に重点をおき、商法五二条という社団の意味を本質の面から理解し、一人会社の設立を適法であるとする説

①株式会社団説、②財団説、③特別財産説、④鷹巢説

○否定説…一人会社は商法五二条という社団ではなく、その設立は違法であるとする説

(ア) 肯定説Aの①潜在的社團説

この説は、平成二年商法改正前の潜在的社團説が依拠していた根拠にそのまま依存するから、とくに説明の必要はないであろう。

(イ) 肯定説Aの②人的要素説

この説は、商法五二条は「会社トハ……社團ヲ謂フ」と定め、社團概念は商法において定まるのではなく、民商法共通の概念として予め定まっていたことを前提としているが、昭和一三年あるいは平成二年の商法改正により、この前提は崩れ、商法五二条の社團概念は商法の諸規定から帰納的に導かれる独自の概念になったと主張し、社團概念は人的結合体である必要はなく、商法を設立準拠法とするかぎり人的要素さえあれば、したがって構成員一人でも形成し得るものと解する説である。この説を正面から主張する者はいないが、③財産分別管理組織説⁽¹⁸⁾や④設立中の会社技術概念説⁽¹⁹⁾はこれに含めてよいであろう。さらには、肯定説Cの各説のなかにはこれに分類し得るものもあるかもしれない。なお、人的要素説は、社團概念を拡張して商法五二条の規範性を維持しようとするものであり、社團概念を従来通り維持するかあるいは縮小する肯定説Bの②商法五二条の規範性希薄化説と対極の位置にある。

(ウ) 肯定説Aの③財産分別管理組織説

この説は、平成二年の商法改正後、新たに主張された見解であるが、法人格の機能に関する学説および社團性に関する学説を考察して、有限責任は社團性の効果であって、社團の特質・本則であると説き、「社團とは、構成員の多寡を問わず、すなわち、一人会社も非一人会社も区別せず、構成員個人の財産と団体財産とを分別管理する組織ないし仕組みになっているものをいうと解すべきである。」とする⁽²⁰⁾。すなわち、これは個人財産とは別に形成された特別財産の分別管理組織を有するものが社團の実体であると考えることによって、設立前の一人会

社の実体を理解しようとする見解である⁽²¹⁾。

(エ) 肯定説 A の④設立中の会社技術概念説

この説は、まず、今回の改正の趣旨は、「法の準則に従って会社組織が形成されて狭義の社団としての実質を備えるのであれば、一人の発起人によって株式会社を設立することを妨げない」ことにありと解する⁽²²⁾。つぎに、さらに論を進めて、同一性説においては、設立段階における団体の形成を認めてそれを設立中の会社と呼び、その社会的実体を承認して権利能力なき社団と評価することにより、設立中の会社を設立段階における実質的権利主体と認めるが、一人会社設立の許容によってその前提たる実体を欠くに至ったから、同一性説の理論構成は再検討を要するとする⁽²³⁾。そして、設立中の会社なる概念は、会社設立過程において生じた法律関係を簡明に説明するための技術的概念であると解する説⁽²⁴⁾に賛同し、設立中の会社は実体として存在する必要はなく、その技術概念にふさわしい内容を盛り込めば十分であるとし、株式会社なる社団法人の形成自体に関する行為、すなわち定款作成と株式引受払込に関する行為のみが設立中の会社に、したがってまた成立後の会社に帰属する関係を説明する必要がある行為であるとする⁽²⁵⁾。何を盛り込めば設立中の会社と認められることになるのか明白な説明はないが、原則的には、一人の発起人が定款を作成し株式の引受払込をすれば、それにより設立中の会社が完成し、狭義の社団となるとの趣旨ではないかと思われる。

(オ) 肯定説 B の①擬制社団説

この説は、既に改正前から主張されていた擬制社団説⁽²⁶⁾の延長線上にある見解であって、従前の学説が設立後に株主が一人になった会社は、社団性を失うが擬制社団として存続が認められるとしていたのに対し、構成員一人であっても、商法を設立準拠法として手続が進められる限りにおいては、そこに形成されるものは社団と擬制されると解するものである⁽²⁷⁾。社団性の問題を放置したままで、一人会社を積極的に承認するわけではないが、現行

法の解釈論としては、従前の解釈を基本的に維持するものである。

(カ) 肯定説Bの②商法五二条の規範性希薄説

この説を代表するのは、「株式会社⁽²⁸⁾の社団性も絶対的なものではなく、原則的ないし通例的なものとどまると解するほかない」とする見解である（社団概念はもはや規範性を失ったとする営利法人説などもこれに含まれる）。

(キ) 肯定説C

ここに分類した①株式社団説⁽²⁹⁾、②財団説⁽³⁰⁾、③特別財産説⁽³¹⁾、④鷹巢説⁽³²⁾は、いずれも株式会社や一人会社の本質の解明を重視するものであり、人的会社・物的会社の共通の基礎である五二条にいう社団の解釈論を行う本稿とは接点が希薄であるので、本稿においてはその紹介を省略し、その検討は留保したい。

(ク) 否定説

この説は、「ただ一人で団体と称するものをつくり、規約をつくり、他の構成員加入の可能性さえおいておけば（その加入を認めることをするつもりはなくても）、社団と認められることにはならないだろう」とし、また「一人社員では所有と経営の分離はない」し、「社員の自治的規制として、あるいは経営者の責任の法定によって、会社財産の確保をはかることは十分にはできない」から、「現行法の下では、形式的に見ても実質的に見ても、一人会社は変則であり、法が正面からこれを認めているとは是認しえないとし、このような変則的な状態が会社成立後発生した場合の処理と、設立当初からこのようなものに国が法人格を認めるかということは、同一の問題ではない」として、一人会社の設立の法認を否定する見解である⁽³³⁾。もともと、この説は、社団構成員が一人であることを設立無効原因と解するが、設立無効の訴の提訴権者からみて、そのように解することの実効性はないとし、また設立登記受理の違法性をもって会社不成立または不存在することも適当ではないとしている⁽³⁴⁾。そこで、設立否定から有限責任否定に重点を移し、一人会社の存続も真の社団に復帰する期待が前提であり、そのような

期待のない潜在的社団性は是認できず、一人会社の状態が相当期間を超えて継続することは会社制度の濫用であって、そのような会社に対しては法人格否認の法理を適用し、一人社員の有限責任を否定してその個人責任を追及し得るとする⁽³⁵⁾。その意味では、この説は、一人会社設立否定説というよりは、一人社員有限責任否定説といべきかもしれない。

(二) 学説の検討

(ア) 肯定説 A の①潜在的社団説

この説に対しては、かつて通説であつた改正前における潜在的社団説に対してよりもはるかに厳しい非難が浴びせ掛けられている⁽³⁶⁾。

改正前の潜在的社団説は「一方において、一人会社は、一種の責任形態として存続が認められるに過ぎないのであるが、その限りで潜在的社団性を認めて、絶対的に社団性を喪失したと評価するべきでないとし、他方において、一人会社は本来社団法人から出発した会社の変態的形態であつて、当初から一人会社を設立することは認められないとし、さらに有限責任の個人企業を認めることの可否は立法政策上の問題であるが、これを認めたとしても、個人財産の独立のために複数の株式を発行する必要はなく、したがつて、株式会社を含める必要はない」とする考え方を基調とするものであつた。すなわち、この考え方は、社団法人においては、社団性の消滅は直ちに法人格の消滅を意味せず、したがつて構成員が一人となり社団性を失つてもその存続は認め得ることをもつて潜在的社団性と称するものであるが、構成員一人でもつて団体が成立することを認めるものではない。

もっとも、この考え方における個人企業の株式会社利用に対する否定的な見方は、もし一人会社の設立が現行法の解釈論として認められれば、立法によつて克服されたといつてよいであろう。しかし、その前に一人会社の

社団性の問題をどのように克服するかが正に問題となるのである。民法上の公益社団法人が構成員一人でも存続し得ることは、一人社員の社団法人が存続することを承認する理由とはなりえても、一人社員の法人格なき社団が当初から存立し得ることを認める理由とはなりえないのである。

また、団体の持つ意味を、実質的意義と形式的意義とに分け、実質的意義においては、成員の個性が最も濃厚な団体（典型的組合）と最も薄弱な団体（典型的社団）とを両極としてその間にニュアンスの異なる団体が相連続して並列しており、形式的意義（団体内部の成員間の法律関係の処理方式としての意義）においては、組合が契約関係にある成員相互の関係において処理する方式を意味するのに対し、社団は団体対成員の関係すなわち社員関係において処理する方式を意味すると解する（ただし、組合性と社団性は相対立するのではなく併存可能であると把握する）⁽³⁸⁾ 見解の延長線上で、一人会社の潜在的社団性を承認することにも問題がある。なぜなら、この形式的社団説は、「組合にあつては、内部的に、成員対成員関係のみが存して、団体対成員の関係が存しないから、これに完全な法人格を認めて、権利義務の主体たらしめることは不条理である」とするからである。⁽³⁹⁾ 組合はまだしも団体を形成する。一人は組合以前である。

したがって、改正前の潜在的社団説の延長線上において、潜在的社団説を主張するためには、少なくとも改正前の潜在的社団説が前提としていた考え方を乗り越える必要があるのである。⁽⁴⁰⁾

しかしながら、ただの一人で団体の看板を掲げ、規約を作り、他の構成員加入の可能性を残しても、団体を形成したことにはならないのであるから、⁽⁴¹⁾ この問題を解決するのは容易なことではない。

（イ）肯定説Aの②人的要素説

確かに、立法者は会社の設立は準則主義によることとし、商法を設立準拠法として社団を形成すれば、それに法人格を与えて会社とする旨を宣言したのであるから、その宣言は、会社制度の利用者のみならず立法者をも拘

束するものである。しかるに、昭和一三年ならびに平成二年の商法改正によって、会社とは社団をいうとする明治三二年商法制定以来の宣言を変更することなく、一人会社の存続のみならず設立が認められるとすれば、宣言の形式的変更はないが、実質的変更はあったといわざるをえない。したがって、立法者が一人会社を許容しているのであれば、この説は論理的に十分成立しうる。

立法作業担当者が述べる通り、発起人一人で会社設立手続を進めても事実上何らの問題もなく、手続は完了するであろう。⁽⁴²⁾ たとえ、社団構成員が一人であることをもって設立無効原因となると解しても、設立無効の主張は訴えをもつてのみなしえ、かつ提訴期間は成立の日より二年、提訴権者は株主、取締役、監査役に限定されているから（商法四二八条。なお、有限会社法七五条一項参照）、実効性に乏しく、また登記受理の違法性を主張し得ると解しても、設立手続上の一般的瑕疵の法的取扱い（設立無効の訴えなど）との比較考量からして、違法登記により成立した会社を不存在とする取扱いも適当ではない。⁽⁴³⁾ このように、一人会社の設立を違法と解しても、事実上一人会社の成立を阻止することは困難なのである。勿論、成立阻止の困難性が一人会社の設立を許容することの理由になるわけではない。商法の基本原理に違反するとして一人会社の設立を否定することも論理的に可能であることはいうまでもない。しかしながら、一人会社を否定する考え方に一方の論理があるとしても、一人会社の設立登記が受理され、その会社が企業活動を開始し、多方面と法律関係を形成する場合を想定し、また一人会社の存続は認められていることも考慮に入れ、さらに一人会社の社会的需要も承認し得るとすれば、むしろ構成員が一人であることを設立無効原因に含めしめない解釈にも他方の論理がありそうである。まして、既に述べたように、立法作業担当者は、一人会社の設立を許容することを企図していたのであるから、立法者は商法五二条にいう社団の意味を人的結合体の意味から人的要素を有する実体の意味へと実質的に変更したとみることも十分可能である。したがって、この説は論理的に成立すると考えられる。

しかしながら、この説の難点は、法人の基礎に関し民法との共通性を失うことであり、社団の概念を曖昧にしようことであろう。社団概念の不明確さは会社制度の理解を妨げ、会社本質論をいよいよ混乱に陥らせる危険がある。会社制度が共同企業の法的形態として形成されたこと、また、今日でも共同企業形態たることを意味を失っていないとすれば、この説を採用することには問題がありそうである。⁽⁴⁴⁾

(ウ) 肯定説Aの③財産分別管理組織説

この説は、第一に、最近の法人性研究の成果から、法人格は法律効果の帰属点をつくり、権利義務関係や財産関係の分別という効果を生むが、これは法人格のない社団にも程度の差はあれ認められるから、法人の独占的効果ではないとし、法人格は、社団であることを立証・主張する負担を省くだけであり、権利義務の帰属点をつくるという効果を最も簡明にかつ最も徹底した形で発生させる手段にすぎないとの考え方を支持する。⁽⁴⁵⁾ 第二に、法律上、団体財産に特別財産性、すなわち団体財産がその構成員から独立し専ら団体債権者のための責任財産となることが認められるのは、法人格の機能ではなくて、団体財産の帰属点である団体の独立性が認められるからにほかならず、したがって、それは社団性の機能と解すべきであると説く。⁽⁴⁷⁾ 第三に、一人会社につき法人格を認める最大の意味は社員の有限責任を認めることであるが、有限責任とは社員の財産が会社債権者からの追及を免れることであり、社員の個人財産と会社財産の分別すなわち会社財産の独立がその前提となるのに対し、会社財産の独立は、社員個人の債権者の追及を排除することを意味し、会社債権者保護の機能をもつ旨を説き、したがって有限責任と会社財産の独立とは同義であるから、有限責任も社団性から導き出される効果であると主張する。⁽⁴⁸⁾ そして、以上の論理から、社団と組合の区分点は団体財産の独立性にあるとし、社団の意味をこの団体財産の独立を確保・維持・管理する組織ないし仕組みを有し、かつ人的要素を有する実体と解すべきであるとするのである。⁽⁴⁹⁾ さらに、社団の意味をこのように捉えると、社員の責任は有限責任であることが本則となるが、合名会社

や合資会社においては、企業の所有と経営の分離が徹底せず、会社の経営方式によっては会社債権者の債権が個人財産の影響をうける可能性があるから、会社債権者から社員に対し責任を追及し得るようにするという法政策から例外的に無限責任が認められたと解している⁽⁴⁹⁾。

この説が支持し、基礎とする考え方は、法が法人設立法定主義を採用した結果、本来法人格を取得し得べき社団が法人格なき社団のまま活動しており、このような「権利能力なき社団」についても、一般取引界の利益を考慮しつつ、法人格ある社団に関する規定の類推によって、その実体に即した法的取扱いをなすべきであるとする見解⁽⁵⁰⁾を前提とする法人格の機能に関する概括論としては、正当であることはいうまでもない。しかし、この考え方は、権利能力なき社団を法人と同等に取扱うべきであるという方向性において、法人格の機能を分析し、法人格が独占する機能はほとんどないといっているのであって、社団法人性の機能のうち何が法人性の機能であるかといった木目の細かな議論の前提とするには適当ではないように思われる。すなわち、法人格の機能は、法人設立法定主義の下に一括して考察するべきではなく、許可主義による場合と準則主義による場合と、また権利主体性のみを認める場合とそれ以上の効果を認める場合とに分離して考察すべきである⁽⁵¹⁾。ここで、法人格の機能について正面から論ずる準備はないが、少なくとも以下のことはいえるのではなからうか。すなわち、会社法は、会社の設立に準則主義を採った結果として、許可主義の下に設立される公益社団法人を規制する民法の諸規定よりも、はるかに広範囲にしかも細目にわたり比較考量や価値判断を行い、また、特定の効果を認めるための条件や制度を整備し、さらには画一化・均質化・定型化を図っているから、法人格取得により商法上の営利社団が得る効果は民法上の公益非営利社団が得る効果より多種多様なのではないかということである。ただそれを、法人格の効果として捉えるのか、その効果を得る前提たる諸条件を充足したことの効果とみるのか、あるいは社団性の効果と判断するのは必ずしも容易ではない⁽⁵²⁾。たとえば、法人格なき社団がその権利主体性を主張するためには、

その社団が権利能力なき社団としての実体を有していることを証明しなければならぬが、それは多数の構成員を擁する歴史ある社団にとつては容易であつても、小人数の構成員によつて成立したばかりの社団にとつては必ずしも容易ではなく、実質的な個人企業や家族企業が会社形態を利用してゐる場合との比較でいへば、このような社団が会社として法人格を取得することによつて得る効果は、単なる証明負担の軽減以上のものであり、それは単に社団性の効果というよりもむしろ法人性の効果といふべきものである。また、有限責任の享受は、十分なる出資と財務状況公開による効果とみることができ、⁽⁵³⁾社団が十分なる出資にもとづき形成され、法の要求する諸条件を備へることによつてえられることを根拠に、社団性の効果とみることが可能であらう。さらには、営利を目的とする権利能力なき社団の構成員の責任はむしろ無限責任と解される傾向にあり、たとえ一部について有限責任が認められても他の一部については無限責任となることも十分に考えられ（株式会社合資会社における如く）、構成員のすべてが有限責任を享受することの方が困難であることとの比較でいへば、とくに小規模企業の会社において、全社員が有限責任を享受し得ることは法人格の効果ともいえるのではなからうか。

確かに、法人格そのものを観察しても、それ自体からは権利主体性しか出てこないが、その種類の会社の実体たる社団を形成して法人格を取得すると、法人格付与のための制度化によつて、もしもある種類の会社と内容的にほぼ同様の社団を形成しても法人格を取得しなければ必ずしもえられない効果を得ることができる。たとえば、二人の構成員で社団を形成しても、社会学的にはその社団性は極めて不完全であるのが一般的であり、その社団性から法的効果を得ることはほとんど不可能であるが、商法を設立準拠法として会社なる社団を形成すれば、法人格を取得することにより社団性は補完・強化され、もしそれが物的会社であれば法の遵守を条件として有限責任をも享受し得る。⁽⁵⁵⁾まして、一人会社の社員に有限責任を認め得るとすれば、少なくとも直接的には、それは社団性の効果ではなく、むしろ法人性の効果である。

(エ) 肯定説 A の④設立中の会社技術概念説

この説が、(イ)の人的要素説に立ち、社團概念の拡張を主張することは論理的であり理解し得る。また、(ア)の潜在的社團説に対して、「実体を問題にしているところで、擬制のうえに擬制を重ねた潜在的社團論を持ち出すこと自体、概念の弄びにすぎない⁽⁵⁶⁾」とすることも正当な批判である。さらに、一人会社設立を認めるとすれば、権利能力なき社團たる設立中の会社はその実体を欠くことになるから、その概念の再検討が必要であるとするのも当然のことである。しかし、再検討の結果、設立中の会社なる概念を説明のための技術概念であるとし、このように技術概念と捉えるときは、その技術概念にふさわしい内容を盛り込めば十分であるとするのは理解できない。権利能力なき社團が民法上問題になる場合には、それが社團としての実体を有していることが前提である。それゆえに、設立中の会社概念の再検討が必要となったのではなかったのか。再検討の結果なぜ設立中の会社概念を技術概念と解する説を支持することになるのか。技術的概念にふさわしい内容とは、もはや社團の実体を有していなくともよいという意味なのか。判然としない。

(オ) 肯定説 B の①擬制社團説

平成二年の改正前においては、商法は「会社ハ……社團ヲ謂ウ」と規定するにもかかわらず、社員が一人となりたるものが株式会社の解散原因とならないのは、法が一人株式会社を黙示的に社團と看做したからにほからないと解する考え方を、この説は、平成二年商法改正後においても継承して、商法及び有限会社法がいずれも会社または有限会社は「……社團ヲ謂ウ」と規定するにもかかわらず、一人社員によるほかは適法に株式会社または有限会社として形成された実体が社團法人として成立し得るのは、その実体を法が社團と黙示的に擬制したからにほかならないと解するわけである。

この説に対しては、擬制することが可能なのか、すなわち擬制はおよそ明示的であるべきではないのか、そし

てまた擬制的すぎるのではないかとの疑問が生ずるかもしれない。⁽⁵⁷⁾確かに、擬制は明示的であるべきであるが、法が、会社は共同企業のための法形態であり、したがって人的結合体であるとしながら、一部の会社についてはその例外を認めるという矛盾を生じせしめたのであるから、この矛盾を解消するために法が黙示的な擬制という法技術を用いたと解する余地はあると思われる。また、一人の発起人にして株式引受人あるいは一人の原始社員により、社員が一人であることを除けば、株式会社または有限会社の設立段階における法の要求をすべて充足させることができ、かつそこに形成された実体は少なくとも社団に要求される構造要素の作出につき社団と同様に自立性を有するから、その実体を社団と擬制することにも問題はないであろう。

この説を採るときは、一人会社のみが例外であることを明白にすることができ、社団についての不自然な解釈を回避できる。この点は、今後の会社本質論の展開を混迷に導くのを少しでも避けるという意味でも有意義である。

(カ) 肯定説Bの②商法五二条の規範性希薄説

この説が論理的に成立し得ることはいうまでもない。しかしながら、この説は、社団概念の意味をどの程度のものとして把握すべきかにつき、社団性の意味を無と解する営利法人説から、従来通りの意味に解する説まで包含することになってしまい、その内容はあまりに広範にわたり必ずしも明白とはいえない。しかも、商法五二条の規範性を正面から問題にするから、商法五二条の存立自体を危険にさらし、延いては会社本質論を混迷に陥れる危険があるといえるであろう。

(ク) 否定説

この説も、論理的に成立し得る。しかし、(イ)の人的要素説の検討の際述べたように、一人会社の成立は設立手続の過程においては阻止しえないのであり、社員が一人であることを会社設立の無効原因と解してみても実

効性に乏しく、また設立登記の違法を理由とする会社不存在の主張も認められない。さらに、たとえそのことを無効原因として設立無効の訴えが提起されたとしても、無効判決が確定するまではその無効原因のある会社は法律上有効に存在し得るのであるから、設立後の一人会社の存続を認めることとの比較考量からいって、実質的には社員が一人であることをもって無効原因とすることは合理性に乏しい。

そこで、否定説は、実質的には、一人社員の有限責任を否定することに重点を移し、一人会社に対し法人格否認の法理を適用しようというのである。しかしながら、已むをえずとはいえ、一人会社の設立を認めまたその存続を認めるのであれば、一人会社であることを理由に法人格否認の法理を適用することには理由がない⁽⁵⁸⁾。

(三) まとめ

共同企業の法形態である会社制度の利用を個人企業に認める場合には、制度的には接ぎ木的にならざるをえない。しかしながら、個人企業と共同企業は全くの異質物ではなく、個人企業が企業としての同一性を維持しながら共同企業に変化しえ、またその逆の変化もあり得るから、個人企業に共同企業の法形態の利用を認めて、同一制度の下に規制することができれば、その方が企業の法形態の利用者にとって便利である。したがって、昭和三年改正法が、個人企業に設立後の会社形態の利用を認めたのだとすれば、平成二年改正法がそれをもう一步進めて、設立の段階からの会社制度の利用を認めようとすることは理解できる。

そして、(二)において述べたように、否定説は採りえないので、平成二年改正法は、一人会社の設立を認めることにより、個人企業に設立段階からの会社制度の利用を承認したと解し得る。しかし、改正法は、会社制度を個人企業および共同企業双方のための制度に作り替えたのではなく、個人企業に対し会社制度の利用をあくまで例外的に認めたに過ぎないのであって、会社制度が本来的には共同企業のための制度であることを当然の前提とし

ている。それは、一人会社に対する改正法の極めて消極的な態度や会社概念の要素として社団性が維持されたことからも明らかである。⁽⁵⁹⁾

問題は、会社の社団性を維持しながら、一人会社の設立を容認するための理論構成如何である。一人と団体は対立物であるから、事実を正確に観察する限りにおいて、一人にも団体形成の可能性ありとして、一人を団体と認めることは不可能といわざるをえない。したがって、潜在的社団説は採りえない。また、一人会社を正面からではなく、例外として認めたのであるから、社団概念の拡張によって対処することも、あるいは社団概念を縮小することあるいは無とすることにより対処することも妥当ではない。したがって、この意味でも人的要素説、財産分別管理説および設立中の会社技術概念説ならびに商法五二条の規範性希薄説のうち営利法人説は採りえない。さらに、商法五二条の規範性希薄説は、その方向性は正しいとしても、その内容は必ずしも明白ではない。このような消去法的考察によっても擬制社団説が残ることになるが、この説は、一人会社が例外であることを、一人会社を会社と看做すことにより明らかにするとともに、社団概念を従来通り維持し得るから、正に改正法の趣旨に合致し、その意味においてその妥当性を積極的に評価し得る。

もっとも、改正法が一人会社に対し消極的な態度を採っていることは、立法論的には問題であろう。ここで詳論することはできないが、少なくとも、擬制は默示的によりも明示的になす方が望ましいことはいうまでもない。しかし、改正法が、設立後の存在しか認められていなかった一人会社につき、その設立を、取り敢えずしかも例外的に認め、また同時に会社の社団性を維持したことは、擬制社団説の立場からはそれほど問題にすべきことではないように思える。ただし、例外的にも一人会社を認める以上は、一人会社固有の問題に立法をもって対処すべきは当然であるから、立法論的課題が残されていることを否定するものではない。⁽⁶⁰⁾

(13) この分類は、諸学説の密度・幅に相異があるので、必ずしも絶対的な基準によるものではない。また、これはあくまで本稿における検討の便宜のために行うものであり、推論によって補完した場合のあることをお断りしておきたい。

(14) 北澤・前掲解説二二頁以下、大谷・前掲会社法三四頁、相澤哲『商法等の一部を改正する法律』の解説(1)「税経通信四五巻一一号(一九九〇)二二二頁、岡光・前掲法律のひろば一五頁、鈴木竹雄・新版会社法全訂第五版(一九九四)四九頁注(2)、三二〇頁注(1)、鈴木竹雄・竹内昭夫・会社法「第三版」法律学全集28(一九九四)五七頁、大隅健一郎・今井宏・会社法論上巻「第三版」(一九九二)一六頁。

(15) 西原寛一「株式会社の社団法人性」(株式会社法講座一巻(一九五五)商事法研究二巻(一九六三)六四頁参照。

(16) 星野・前掲民法論集第一巻二五六頁参照。

(17) 森本滋「判批(いわゆる一人会社と株主総会の成立)」判例タイムズ二三巻三号(通巻二七二号(一九七二))七四頁は、一人会社の存続についてではあるが、存続を認めるべき実質的理由があり、現行法による妥当な規律が可能であってそれを承認することから生ずる弊害を除去し得る場合には、認め得るとし、その場合には、「社団」概念は複数人の結合体であるということ以外の法的意義を有することになろうとする。そして、種々検討の結果、その存続を肯定し得るとするから、この見解はこの分類に含めてよいのではなからうか。ただし、森本発言・前掲別冊ジュリスト一一四号四頁は、社団法人と財団法人の区別を維持しつつ、一人会社を認める必要があるときは、社団法人の極端な例として分類すればよいのではないかと述べるから、肯定説Bの②商法五二条の規範性希薄説に分類すべきかもしれない。

(18) 加藤・前掲専修法学論集五五・五六合併号九五頁は、立法当時の用語で現在の言葉を解さなければならないものではないとしている。

(19) 大和・前掲法学論集四一巻三号一五三頁参照。

(20) 加藤・前掲専修法学論集八六頁以下、一〇〇頁。

(21) 元木・前掲東洋法学一三四頁は、この見解に近い。

(22) 大和・前掲関西大学法学論集一五三頁。

(23) 同一五三頁以下。

(24) 森本滋・会社法「第二版」(現代法学)〈一九九五〉九〇頁。

(25) 大和・前掲関西大学法学論集一五八頁。

(26) 津田利治・会社法の大意下巻(初版)一九五九(六版)一九六五五八四頁、大野・前掲社会科学論集一二九頁以下。なお、米津・前掲法学研究一九八頁、大賀・前掲法学研究五〇巻一二号二四三頁もほぼ同旨である。

(27) 久留島・前掲代わりポート九〇号一六頁以下。なお、柿崎栄治「一人会社制度」別冊商事法務一四〇号(平成二年商法改正事項の理論と実務)〈一九九二〉三六頁はこの分類に入るのか、あるいは②商法五二条の規範性希薄説に入るのかは必ずしも明らかではない。また、平成二年商法改正前の文献ではあるが、福井守「一人会社と有限責任の個人企業」駒沢大学法学部紀要三六号〈一九七八〉七三頁は、「いずれにせよ、会社の社団法人性を前提とするかぎり、いかに社団性の意味を薄め、これを変容することによって形式的に矛盾をとりつくるおうとしても、その論理的な矛盾は否定できないのであって、この矛盾を解消するためには二つの解決方法しかないものと思われる。すなわち一人会社を会社の一変種として特別の会社または法人と解し、その存在を全面的に承認するか、それとも後述のように、一人会社の実体を直視して、これを有限責任の個人企業と解し、一人会社という矛盾した概念を否定するかである。」と述べる。今回の改正は、黙示的にはあるが、前者の方法を採ったのであるから、この見解もこれに分類してよいであろう。

(28) 服部栄三・会社法通論第四版〈一九九一〉二六頁、同旨・宮島・前掲法学研究一一三頁。また、山城将美「一人会社の法的構造(再論)―鷹巢説の意義を踏まえて―」近代企業法の形成と展開(奥島還暦記念第二巻)〈一九九九〉一四一頁は、会社の社団性について、一人会社は例外的な存在として特別に法認されたものであるとするから、ここに分類してよいであろう。なお、山城将美「一人会社の法的性質―その立法課題への視点―」沖繩法学二七号〈一九九八〉七三頁以下参照。さらに、この度の改正により商法五二条にいう社団概念は崩壊し、社団の意義は無に帰したとして、会社は営利法人であると解する見解(江川・前掲山梨法学論集四八頁、もつとも、この営利法人説は、社団概念を極限まで拡大したものととして、(イ)の人的要素説に近い。)もこれに入るであろう(なお、酒巻俊雄・中小会社の区分立法〈一九八五〉六三頁、加美和照「発起人及び原始社員の数」金融・商事判例七五五号(商法・有限会社

法改正試案の研究) (一九八六) 三八頁参照。

- (29) この説に関する改正後の文献には、菅原菊志「平成二年改正商法における若干の問題の考察」法曹時報四三卷二号(一九九一)三二七頁、酒巻俊之「一人会社の設立と運営」判例タイムズ七七〇号(一九九二)四〇頁、改正前の文献には、平出慶道「解散の原因」大森Ⅱ矢沢他編注釈会社法(8)のⅡ(一九六九)九頁、蓮井良憲「判批(いわゆる一人会社と株主総会の成立)」民商法雑誌六六卷四号六七八頁、菅原菊志「一人会社」法学三七卷一号(一九七三)四七頁がある。

- (30) 改正後の文献は見あたらない。改正前の文献に、八木弘・株式会社財団論(一九六三)がある。同九頁は一人会社を變則的・例外的な存在ではないとする。

- (31) 丸山秀平・株式会社法概論「改訂版」(一九九四)二六頁以下、とくに七一頁以下。なお、同七二頁は、「改正法は実体に即した法改革としての意味は有するものの、法律構成の面でお『社团』性に固執する限りにおいて、法改革としての積極的評価によっても覆い隠すことのできない基本的矛盾を抱えてしまったものといえよう。それでもなお、会社を『社团』であるとするならば、会社成立後における原始的一人会社と後発的一人会社との区別がなされない以上、一人会社そのものをなんらかの意味で『社团』性の例外であるとして位置づける他はない。」とする。この点からいえば、肯定説Bの②商法五二条の規範性希薄説に近いといえる。

- (32) 鷹巢信孝「一人会社の社团性(上)」・「同(下)」佐賀大学経済論集三〇卷五号(一九九八)一二七頁以下・同六号(一九九八)四三頁以下。なお、山城・前掲近代企業法の形成と展開一四一頁以下は鷹巢説の意義を高く評価する。

- (33) 菱田・前掲法学論集四三卷一・二合併号六五八頁、六六三頁以下。

- (34) 菱田・前掲法学論集四三卷六号四五頁以下。

- (35) 菱田・前掲法学論集四三卷三九頁以下。

- (36) 柿崎栄治「構造的視点からの閉鎖的株式会社の社团性に関する若干の考察―各論的意味での一人会社および株式譲渡制限について―」商法学における論争と省察(服部古希記念)(一九九〇)一八二頁以下は、一人会社は、人を構成要素とし、それが設立時から一人であつても、他の人との結びつきの可能性さえあれば、複数の社員となる可能性ある団体として潜在的社团と表現しているだけで、あまりにも概念の擬制的拡張であつて、そこに法的意義を見出

- せないとする。森本発言・前掲別冊ジュリスト一一四号四頁は、一人会社の存続についても、潜在的社団という構成を持ち出す必要はなく、それはむしろ議論を混乱させることになる」と述べている。奥島・前掲改正商法の解説三三頁以下は、一人会社の設立を否定すべき実質的理由はないが、その容認の理論的根拠が潜在的社団性におかれるかぎり、最大のネックは社団ドグマにあるとし、また潜在的社団論の不十分性は、立法作業担当者自身が、一人会社は、会社の社団性と基本的に矛盾するが、むしろ企業活動を効率的に行うための道具立てと考えれば、認めることに問題はな」と述べていることから明らかであるとしている。そのほか、注(12)に掲記した学説のほとんどが批判的である。
- (37) 西原・前掲商事法研究六四頁。
- (38) 鈴木竹雄「会社の社団法人性」(会社法の諸問題・松本古希記念(一九五一) 商法研究II会社法(1)(一九七一) 七頁以下・一九頁以下参照。
- (39) 同一三頁。
- (40) 前田庸「商法等の一部を改正する法律要綱の概要(上)」商事法務二二二一号(一九九〇)七頁、鈴木・前掲全訂第五版四九頁、鈴木・竹内・前掲第三版五七頁。
- (41) 注(33)の六五八頁参照
- (42) 大谷・前掲会社法三四頁以下は、まず定款の認証について、公証人は法令に違反する事項については認証を与えないことはできないが(公証人法六〇条・二六条の準用)、発起人が一人であることは認証の囑託を拒否する理由にはならないだろうとし、つぎに発起人一人による設立の登記申請が、商業登記法二四一条一〇号にあたるものとして却下されることはないとして、その根拠たる通達を掲記し、実務上は一人会社の設立をめぐる混乱を生ずるおそれはないと述べている。同旨・北澤・前掲株式会社研究II一八〇頁、同・前掲解説二四頁。ただし、手続の完了自体が、設立の適法性を意味するわけではないこと当然である。この点につき柿崎・前掲服部古希一八二頁注(7)参照。
- (43) 同旨・菱田・前掲法学論集四三卷六号四五頁以下。
- (44) 注(9)参照
- (45) 竹内昭夫・会社法講義(上)(一九八六)三四頁以下、なお、江頭憲治郎「企業の法人格」現代企業法講座第二卷企業組織(一九八五)六一頁以下参照。

- (46) 加藤・前掲法学論集八六頁。
- (47) 同八九頁。
- (48) 同九八頁以下。
- (49) 同一〇〇頁。
- (50) 川島武宜・民法総則・法律学全集17(一九六五)九九頁、森泉章「権利能力なき社団に関する研究」(福島大学商学論集三四卷四号(一九六六))団体法の諸問題三二頁、なお、我妻栄・新訂民法総則(民法講義I(初版)一九三〇)(一九七〇)一三二頁以下、星野・前掲民法論集第一卷二三〇頁参照。
- (51) 上柳克郎「法人論研究序説」(法学論叢九〇巻四・五・六号(一九七二))会社法・手形法論集(一九八〇)六頁参照。
- (52) 竹内・前掲講義(上)三八頁は、いずれが法人性の効果で、いずれが社団性の効果なのか、それぞれを分離すべきことを求める。
- (53) 江頭・前掲講座第二卷企業組織七五頁以下。
- (54) 星野・前掲民法論集第一卷二九六頁。
- (55) 上柳・前掲論集五頁以下は、より一般的にいえば、団体債権者のみに対する責任財産を実質的に創り出すためには、法人格を認めるのみならず、団体財産の維持充実を目的とする種々の法的規制が必要であり、社団構成員の有限責任はこの責任財産の上に成立するとする。
- (56) 注(23)参照
- (57) 西脇敏男「一人会社と有限責任」中央学院大学論叢一一巻一号(二〇周年記念号(一九七〇))二八六頁は、従前の学説についてではあるが、擬制により認められたというだけでは何の説明にもなっていないし、法は一人会社について何らの規定も設けず、むしろその存在を否定する規定を設けているのであるから、特別視して擬制する意義をとくに説明すべきだとする。確かに、擬制は明示的であるべきであるから、この点、この学説の弱点であることは認めなければならない。しかし、筆者には、その特別視の意義は、津田・前掲法学研究二〇巻三号一頁以下、および津田「一人会社について(2)」法学研究二二巻一号(一九四九)三二頁以下に明らかであるように思えるが、本稿におい

て、若干でも補足したいと考えている。ただし、特別視の意義が一人会社の本質論を意味するのであれば、本稿はこれに何ら資するところはない。しかしながら、そもそも一人会社の解釈論あるいは立法論を行うに際し、予めその本質をドグマとして設定することには賛し難い。

(58) 法人格否認の法理に関する私見については、拙稿「法人格否認の法理と判決の既判力ないしは執行力の拡張」修道法学九卷二号（一九八七）三〇一頁以下参照。

(59) 鈴木千佳子「一人会社における取締役会の意義―取締役・会社間の取引を中心に―」法学研究六五卷一二号（一九九二）二六頁は、「改正以前においては、……一人会社をいわば例外的に発生してしまった企業体と解する余地があったが、今回の改正によって一人会社は設立の段階から認められ、例外ではなく本則としての地位を得るに至ったと考えられる。」とする。この記述は一人会社に関する議論の一層の重要性を説く前提となされているので、その意図するところは理解できないわけではないが、社团性のドグマを放置したままで、かつ一人会社に関する明文規定のないままでは、本則とまで言いうるかについては疑問がある。

(60) 鈴木・前掲法学研究六五卷六号六〇頁以下、同・前掲法学研究六五卷一二号四二頁、大賀・前掲法学研究六六卷一号二〇〇頁、山下典孝「一人会社の株主総会に関する若干の考察（一）」法学新報一〇〇巻一一・一二号（一九九四）一九七頁以下、「同（二）」同一一巻三・四号（一九九五）一一三頁、石田清絵「フランスにおける一人会社の解散―結合企業の側面から―」早稲田法学七三卷三号（一九九八）一二七頁、酒巻俊之「一人会社としての有限会社」近代企業法の形成と展開（奥島還暦記念第二巻）（一九九九）一五九頁以下参照。なお、このほか、鳥山恭一「一人会社の法規整―フランスにおける展開―」早稲田法学六五卷三号（一九九〇）一頁以下、丸山秀平「西ドイツ有限会社法のにおける一人設立制度の問題性」中央大学百周年記念論文集（法学部）（一九八五）四三―五頁、大山俊彦「一人会社の法規制―とくに西ドイツ有限会社法における一人設立を中心として―」企業社会と法（升本追悼）（一九八七）三五頁以下参照。

三 株式会社設立理論への影響

平成二年の商法改正法が、發起設立に際しての株式払込の取扱場所を、募集設立におけると同様に銀行等の金融機関に限定したことは(商法一七〇条二項)、同一性説のみならず株式会社設立理論全体に対し大きな影響を与えたが、一人会社の設立を承認したこともとくに同一性説に対しては深刻な影響を与えている。平成二年の改正当時においては、一人会社の設立についても、その存続におけると同様に潜在的社団説が通説を形成すると予測していたが、予測に反して、一人会社の社団性を否定する者も少なくない。また、二において明らかにしたように、潜在的社団説に立って一人会社の前身の社団性を合理的に説明することが困難であるとすると、いよいよ、同一性説の維持は困難となろう。

同一性説は、会社の前身たる設立中の会社の存在を認め、設立中の会社は権利能力なき社団に当たるとして、会社設立過程における法律関係は發起人ではなく実質的に設立中の会社に帰属し、したがって会社成立後は法形式的にも当然に(承継としてではなく)会社に帰属すると説明する。それゆえ、同一性説の立場では、一人会社の前身は設立中の会社を構成するのか、また構成するとして、その前身は権利能力なき社団に当たるのが問題となる。

發起人は成立後の会社の定款を作成するが、設立中の会社の定款を作成するわけではなく、發起人であれ發起人以外の者であれ株式を引受けるのは成立後の会社に入社するためであり、設立中の会社に入社するためではない。⁽⁶²⁾ たとえ、發起人と株式引受人の共通の目的が会社の設立にあると仮定しても、そこに人的結合体(または社団形式)の存在を認め得るかあるいは認める必要性があるのかが問題となる。したがって、そもそも、設立中の会社の存在自体が不確実なのである。

たとえ、設立中の会社の存在を認めたととしても、それが権利能力なき社団に当たるかについては、同一性説の立場からも疑問の声があがっている。⁽⁶³⁾ 権利能力なき社団の法理は、社会学的に団体として存在する法人格なき社団に、権利主体性を認めるなど法人に近い法的取扱いを認めて、紛争当事者間の衡平を図ろうとする考え方であるが、設立中の会社が果たしてそのような社会学的実体なのかが問われているのである。設立中の会社を会社設立段階における法律関係がそのまま成立後の会社関係となることを円滑に説明するための法技術的な概念にすぎないとする立場では、⁽⁶⁴⁾ そもそもそのような実体は存在せず、この法理は説明の為に借用されたにすぎないことになるが、⁽⁶⁵⁾ それでよいのか。⁽⁶⁶⁾ この立場にあきたらず、設立中の会社の概念を規範概念にまで高め、また会社不成立の場合にもその存在を認めようとする努力がなされたが、⁽⁶⁷⁾ それでもなお、規範概念としてはまだ曖昧であると批判されている。⁽⁶⁸⁾ しかも、このように設立中の会社の概念を規範概念たらしめようとすればするほど、その結論は商法の立場から離反することになる。⁽⁶⁹⁾

以上のように、同一性説は、既にその存在価値を問われていたのであるが、一人会社の設立が承認されたことにより、いよいよ窮地に立つことになった。⁽⁷⁰⁾ なぜなら、一人会社の前身なるものを果たして認め得るのかの問題であるが、一人の発起人が商法の求める手続を履践して整えた人的要素および物的要素をもってそれを実体とし、一人会社の前身と認めるとしても、それを設立中の会社とは到底認められないし、また権利能力なき社団の法理の適用対象と認めることも不可能だからである。

(61) 拙稿「平成二年商法改正と株式会社設立理論―株式払込・現物出資給付の法律関係―」法学研究七〇巻一号(一九九七)二二七頁以下。なお、有限会社の設立に際しての出資の払込についても同時に同様の改正が行われている(有限会社法一二条二項)。

(62) 野津務「株式引受論(Ⅷ)」法学協会雑誌四六卷九号(一九二八)一六三六頁は、株式申込は将来の会社への入社の意味表示であるとする。西本辰之助「株式会社発起人論(一九二六)」私法学の諸問題(一九六七)五三頁は、定款は成立後の会社の組織を定めるものであるとする。この双方につき同旨・倉沢康一郎「発起人の損害賠償責任について」法学研究三八卷一、二、三、四号(一九六五)三七頁以下、宮島・前掲法学研究六六卷一、二、三、四号(一九七三)一〇七頁。

(63) 森本・前掲第二版九〇頁は、「通説は設立中の会社を権利能力なき社団として構成するが、これは概念の借用にすぎない。設立中の会社は株式会社に発展するべき経過的存在であり、民法が予定する『本来的な』権利能力なき社団としての実体を有しない。民法の権利能力なき社団理論を基礎に、設立中の会社の法的存在ないしその機能を広範に認めることは疑問である。」とする。また、松山三和子「設立中の会社の構成員としての発起人の責任」愛知大学法経論集一四二号(一九九六)二頁も、設立中の会社と権利能力なき社団との相違点について論じている。

(64) 石井Ⅱ鴻・会社法第一巻(一九七七)一〇〇頁、森本滋「会社設立中に会社のためになされる行為の法的取扱い」法学論叢九二卷四・五・六合併号(一九七三)二七六頁、田中誠二・再全訂会社法詳論上巻(一九八二)一五九頁、前田康・会社法第三版(一九九三)二四頁、堀口亘・新会社法概論「第二版」(一九九四)六六頁、加藤良三「発起人の権限」株式会社法の理論Ⅰ(一九九四)五九頁、加美和照・新訂会社法第五版(一九九六)五七頁など。

(65) 注(63) 参照

(66) 山本為三郎「株式引受行為論争」法律時報七一巻七号(一九九九)五五頁は、この点をとらえて、同一性説は比喩的説明ではあっても、法律学的分析にはなりえないとする。

(67) 北沢正啓「設立中の会社」(株式会社法講座第一巻(一九五五)株式会社法研究(一九七六)一頁以下。なお、平出慶道「発起人の契約」北大法学論集一二巻一号(一九六一)四九頁以下、同「株式会社不成立の場合における発起人の責任」同論集一二巻二、三、四号(一九六一)二〇〇頁以下、同「株式会社設立(一九六七)一〇四頁以下参照。この立場が現在多数派を形成している(鈴木・前掲第四版五三頁、大隅Ⅱ今井・前掲第三版二〇三頁など。なお、服部・前掲第四版二五頁は、その存在範囲を狭く解するのでは、設立中の会社を認める意義は乏しく、むしろ否定すべきだし、認める以上はその範囲をより広く認めるべきことを主張する。

(68) 加藤雅信「『設立中の会社』と『会社不成立』」現代株式会社法の課題(北沢還暦記念)(一九八六)八七頁。な

お、同九一頁以下の例は、平成二年改正前に記述されたものであるから、現時点においては若干の修正を要するが、あまり適切な例とはいえない。しかし、そこに示された論理は同一性説を徹底した場合の一例である。いずれにせよ、会社不成立の場合に設立中の会社の清算を認め、かつ株式引受人を設立中の会社の債権者に劣後させるべきという結論は、現行商法の立場とはかけ離れており、到底認められない。

(69) 高島正夫「会社設立行為の法律構成」(法学研究四一巻三号(一九六八)) 会社法の諸問題「増補版」(一九八一)一〇四頁以下。なお、大野直治「株式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(一九六七)五七頁以下、同「設立費用の負担者」同論集二二号(一九六八)七一頁以下、大賀・前掲法理九五頁以下参照、また、河本一郎・現代会社法「新訂第八版」(一九九九)九三頁以下、堀口亘「発起人の地位と権限」判例と学説(五(一九七七)四一頁、森本・前掲第二版九〇頁は、発足時の会社の資本充実を軽視するような理論構成は認められるべきではないとする。

(70) 清水忠之「設立中の一人会社の不成立―ドイツにおける設立中の一人有限会社の法的性質論を参考として―」商法・保険法の現代的課題(石田還暦記念)(一九九二)二二五頁以下は、ドイツ法の研究にもとづき設立中の一人会社を認める。同一性説を徹底した立場であることは理解し得るが、わが商法の下に同様の結論を認め得るかには疑問がある。

四 おわりに

本稿においては、思いのほか大胆な議論を行った。とくに、法人性の議論には十分な準備のないままに踏み込むこととなった。また、一人会社設立肯定説Cに属する学説の検討を留保した。そのほかにも、思い込みあるいは理解の浅薄さから生ずる過ちのあることを恐れているが、批判のあることは覚悟している。ご叱正を賜れば幸いである。

また、既存の株式会社設立理論に対する批判が先行し、自らの株式会社設立理論は部分的にしか発表していないことの問題性についても自覚している。一日も早くその全貌を明らかにし、ご批判戴きたいと考えている。