

中国法における「設立中の会社」

王 偉 杰

- 一 はじめに
- 二 中国法における会社設立段階の法律関係の整理および「設立中の会社」概念
 - (一) 中国の株式会社設立手続
 - (二) 会社設立段階の法律関係を規律する法的ルールの変遷
 - (三) 中国法における「設立中の会社」概念の浸透
- 三 中国の「設立中の会社」概念に対する疑問
 - (一) 成立後の会社に効果帰属される発起人行為の範囲およびその妥当性
 - (二) 会社不成立の場合の責任帰属
- 四 結びに代えて

一 はじめに

株式会社は、その本店の所在地において設立の登記をすることによって成立し（会社法四九条）、法人となり

(同三条)、独立して権利義務の帰属主体になりうる。そのため、成立後の会社取引から生じる法的効果は会社自身に帰属することは言うまでもない。一方、株式会社を設立するときは、定款作成・認証、設立時株式の引受け、設立時役員を選任など、様々な手続を履践する必要がある(同二五条以下)。その一連の手続の進行中において、会社設立の企画者である発起人は、会社設立のために、対外的に種々の行為を行うことが考えられる。設立登記の完了までに株式会社はまだ存在しないため、基本的に、かかる行為から生じる法的効果の帰属先は行為者である発起人自身にほかならない。その効果はいったん発起人に帰属することを前提に考えれば、成立後の会社にその効果を帰属させるためには、原則として、権利義務の移転手続をとる必要がある⁽¹⁾。しかし、その移転手続が必要不可欠だと考えれば、成立後の会社にとってその会社財産の安全性が脅かされるおそれがある⁽²⁾。そういったおそれを取り除くという現実的要請から、発起人の会社設立のための種々の行為の法的効果は、前記の移転手続を経ずに、会社成立後は当然会社に帰属するようにならなければならない。そうならば、成立前の行為の法的効果はどのような法理的根拠に基づいて成立後の会社に帰属するのか、という問題が出てくる。かかる問題の答えを模索するよう、日本で様々な学説が主張されていた⁽³⁾が、その中で通説的地位を獲得したのは、同一性説である。

このドイツ由来の学説は、田中耕太郎博士により提唱され、日本で広く受け入れられるようになった。同一性説とは、株式会社の設立過程を団体法的法律構成より統一的・発展的に把握しようとする考え方である。すなわち、設立手続が完了する前の段階において、会社の前身である実体、すなわち「設立中の会社」が既に形成されている。この「設立中の会社」と成立後の会社は法人格の有無という点を除けば、団体としては同一性を有し、実質的に同一主体とみることができる。発起人は「設立中の会社」の業務執行機関として種々の行為をする。かかる行為は発起人の権限範囲内のものであれば、その効果は本来、設立行為の実質的当事者である「設立中の会社」に帰属するはずであるが、「設立中の会社」は権利能力なき社団で法人格を有せず、効果の実質的な帰属主体で

あっても形式的な帰属主体になり得ないため、会社成立までの間、発起人はその形式的な帰属主体を務める。会社成立後、法人格を取得した会社は「設立中の会社」と実質的に同一主体であることから、その効果は特別の移転手続を要せず、成立後の会社に当然に帰属することになる。⁽⁴⁾ 同一性説をとると、会社の成立前と会社の成立後の法律関係をスムーズに説明することができるという点がメリットであるが、その反面、同一性説は、会社成立前に発起人はその信頼を基に自ら行動していることに対する法的評価を軽視しており、単なる説明の便宜のために用いられる説ではないかという批判も成り立ちうる。⁽⁵⁾ そのとおり、古くから同一性説に対する疑問や批判がある。特に、株式会社の設立行為は発起人が主体となりその責任の下に行われるものだと考え、発起人による設立行為の効果意思の中には、成立後の会社にその生じた権利義務の帰属すべきこと（定款作成行為のうちに見出される）が含まれるため、その効果意思の実現により設立行為の法的効果が当然に成立後の会社に帰属すると主張する見解、すなわち、「設立中の会社」の存在を否定し、株式会社の設立行為の当事者は名実とも発起人である考え方⁽⁶⁾のほうは得心が行く。実際に、設立段階の発起人行為の効果帰属に関する今風の解説では、同一性説の通説たる地位を認めつつも、同説に基づき演繹的に論じると、会社法が予定する設立における会社財産の充実に反する結論が導かれやすいことから、事案の解決は、会社法の規定の文言や趣旨に即して行うべきであると説明するようになり、⁽⁷⁾同一性説と距離を置くようになっていくとも捉えられよう。

日本に限らず、法人制度と会社設立に関する準則主義を採用している国である以上、会社設立段階の法律関係の問題は避けられない。比較的急速に会社法制を整備しつつある中国においては、従来、この問題に関わる会社設立上のトラブルの多発は、立法立案担当者および司法機関等を悩ませてきた。会社設立行為に関する権利義務関係を整理し、責任の所在を明確にするために、適切な理論の構築およびそれを反映する法整備が急務とされていた。本稿では、中国における株式会社設立手続および会社設立段階の法律関係を規律する法的ルールを整理し

たうえて、中国法における「設立中の会社」概念の運用およびその影響を論じ、若干の問題提起および検討を加えたい。

二 中国法における会社設立段階の法律関係の整理および「設立中の会社」概念

中国における株式会社の設立については、日本と同様に、原則として準則主義を採用している。会社法制上、比較的厳格な設立手続規定を設けている。ここでは、その設立手続を概説したうえ、会社設立段階の法律関係を規律する法的ルールを整理し、かかる法的ルールの背後にある「設立中の会社」概念を運用された理論構成を明らかにしたい。

(一) 中国の株式会社設立手続

中国における株式会社設立の流れは、その大筋は日本と同様である。株式会社の設立方法は、発起設立と募集設立の二種類が法定されている(中国会社法九一条、以下、二〇二四年の現行中国会社法の条文番号を示す際に、「中会」と略称する)。株式会社を設立するには、一人以上二〇〇人以下の発起人が必要であり、その半数以上は中国において住所を有しなければならない(中会九二条)。発起人は、会社設立事務を担当する(中会九三条一項)。また、発起人は発起人合意を締結し、会社の設立過程における各自の権利および義務を明確にしなければならない(中会九三条二項)。発起人を中心に進行する具体的な成立手続は以下の通りとなる。

① 発起人が共同で定款を作成する(中会九四条)。日本と異なり、原始定款については公証人の認証を受ける必要はない。また、いわゆる変態設立事項に関する規定(会社法二八条)も存在しない。

② 発起人が設立時発行株式を引き受ける。発起設立の場合は、発起人は会社定款所定の会社設立時に発行すべき株式を全部引き受けなければならない（中会九七条一項）。募集設立の場合は、発起人は原則として会社定款所定の会社設立時に発行すべき株式総数の三五％を引き受けなければならない（中会九七条二項）。

③ 発起人は出資を履行する。発起人は会社成立前に、引き受けた設立時発行株式の数に応じた出資に係る金額の全額を払い込み、またはその出資に係る金銭以外の財産の全部を給付しなければならない（中会九八条、四八条）。また、募集設立の場合は、発起人は自ら出資を完了しなければ、設立時募集株式を引き受ける者を募集してはならない（中会九六条）。

④ 募集設立の場合は、発起人は改めて設立時募集株式を引き受ける者を募集する。その募集は、さらに特定対象に対する募集、および公開募集の二種類に分けられる（中会九一条三項）。公開募集のときは、発起人は設立時募集株式に関する株式目論見書を公告し、かつ株式引受書を作成しなければならない（中会一〇〇条前段）。設立時募集株式を引き受ける者は、株式引受書に引き受ける設立時募集株式数および金額、住所を記入し、署名または押印する必要がある（中会一〇〇条中段）。

⑤ 設立時募集株式の引受人は出資を履行する（募集設立の場合のみ）。設立時募集株式の引受人は金銭のみ出資することができ、引き受ける設立時募集株式数に応じた出資金の全額を払い込まなければならない（中会一〇〇条後段）。また、公開募集が実施された場合、設立時募集株式の引受人より出資金の全額を払い込まれた後には、法により設立された出資検査機構による出資検査および証明発行を受けなければならない（中会一〇一条）。

⑥ 会社成立大会を招集・開催する。発起設立の場合の会社成立大会は、その招集・開催および決議方法は会社定款または発起人合意の定めにより（中会一〇三条二項）、特段規定はない。募集設立の場合は、発起人は会社設立時の出資の履行がすべて完了した日から三〇日以内に会社成立大会を開催しなければならない。開催日の一五日前

までにその期日を各設立時募集株式の引受人に通知し、または公告しなければならない。会議の定足数は設立時株主の議決権の過半数となる(中会一〇三条一項)。

⑦ 会社成立大会は以下の職権を行使する。すなわち、会社の設立状況に関する発起人の報告を審議すること、会社定款を採択すること、董事および監事を選任すること、会社の設立費用を審査すること、発起人の金銭以外の財産出資の価額評価を審査すること、不可抗力や経営条件の重大変化により会社の設立に直接に影響を及ぼした場合、会社を設立しない旨の決議をすることである(中会一〇四条一項)。前記の職権は決議をする形で行使し、発起設立・募集設立を問わず、可決要件は会社成立大会に出席した設立時株主の議決権の過半数の賛成となる(中会一〇四条二項)。

⑧ 設立登記を済ませる。設立登記の担当者は発起人ではなく、董事会の授權を受けた者になる。前記の会社成立大会により選任された董事は、董事会を構成する。董事会の授權を受けた者は会社成立大会終了後の三〇日以内に会社登記機関に設立登記を申請しなければならない(中会一〇六条、二九条一項)。登記審査を経ると、会社登記機関は会社情報を登録し、会社営業許可証を発給する。会社営業許可証の発行日は、会社の成立日とする(中会三一条、三三一条一項)。

前記法律上の手続のほかには、実際に中国で株式会社を設立する場合は、将来の会社が使用しようとする名称の可否についての事前審査手続をとる必要がある¹⁰⁾。最後の登記審査の所要時間については、地域差があるが、一般的に五〜七営業日を要する¹¹⁾。発起設立の場合、要領・効率よく設立手続が進めば、設立登記を完了するまでは早ければ約一〇日以内であるが、通常はより長い期間が必要であろう。また、準則主義の例外であるが、法律または行政法規所定の特殊な事業、例えば、金融業や出版業などの事業に従事しようとする株式会社の設立については行政許可主義を採用している。設立登記前に、法律または行政法規の定めに従い、所管官庁から許可を取得

しなければならない（中会一九条二項）。その場合は、会社の設立に要する期間はさらに長くなる。

（二） 会社設立段階の法律関係を規律する法的ルールの変遷

中国最初の一九九三年会社法には、「発起人が会社設立事務を担当する」（同七六条）こと以外に、株式会社設立段階の法律関係に関する規定はない。改正後の二〇〇五年中国会社法は、前記規定に加え、「発起人は発起人合意を締結し、会社の設立過程における各自の権利および義務を明確にしなければならない」旨の規定を設けた（同八〇条二項）。最初に直接に会社設立段階における発起人行為の効果帰属についてルールを設けたのは法律ではなく、中国最高人民法院による司法解釈である。⁽¹²⁾二〇一一年の『中華人民共和国会社法』の適用に関する若干問題の規定〈三〉（以下は、「司法解釈〈三〉」と略称する）は、有限責任会社、株式会社を問わず、⁽¹³⁾会社設立行為の効果帰属および責任等について以下のように規定を設けた。

① 発起人が会社設立のために自己の名義で対外的に契約を締結した場合、契約の相手方が当該発起人に対して契約上の責任の履行を請求したとき、裁判所はこれを支持しなければならない。会社は成立後にこの契約を承認した場合、または既に実際に契約上の権利を享有し、もしくは契約上の義務を履行した場合には、契約の相手方が会社に対して契約上の責任の履行を請求したときは、裁判所はこれを支持しなければならない（司法解釈〈三〉二条）。

② 発起人が設立中の会社の名義で対外的に契約を締結した場合、会社成立後に契約の相手方が会社に対して契約上の責任の履行を請求したとき、裁判所はこれを支持しなければならない（司法解釈〈三〉三条一項）。ただし、会社成立後に、発起人が設立中の会社の名義を利用し、自らの利益のために相手方と契約を締結したことが証明された場合には、会社がその事実を理由に、契約上の責任を負わないと主張したとき、相手方が善意である場合

を除き、裁判所はこれを支持しなければならない(同条二項)。

③ 会社が何らかの事由により成立しなかった場合において、債権者が、会社設立行為によって生じた費用および債務について、全部または一部の発起人に対し、連帯して弁済する責任を負うように請求したときは、裁判所はこれを支持しなければならない(司法解釈(三) 四条一項)。一部の発起人がその責任を負担した後、他の発起人に対してその分担を請求した場合、裁判所は、他の発起人に対し、責任負担の割合について合意があるときは、その合意に従って分担すべき旨を判示しなければならない。責任負担の割合について合意がないときは、出資割合に従って分担しなければならない。出資割合についても合意がないときは、均等の割合で分担しなければならない(同条二項)。また、一部の発起人の過失により会社が成立しなかった場合において、他の発起人が、当該過失のある発起人に対して会社設立行為により生じた費用および債務を負担すべき旨を主張したときは、裁判所は過失の程度に応じて、過失のある発起人の責任範囲を確定しなければならない(同条三項)。

④ 発起人が会社設立の職務を行うについて第三者に損害を加えた場合、会社成立後に被害者が会社に対して不法行為による損害賠償責任を請求したときは、裁判所はこれを支持しなければならない(司法解釈(三) 五条一項)。会社が成立しなかった場合には、被害者が全ての発起人に対し、連帯して損害賠償責任を負うよう請求したときは、裁判所はこれを支持しなければならない(同条二項)。会社または過失のない発起人が損害賠償責任を負担した場合には、当該会社または発起人は、過失のある発起人に対して求償することができる(同条二項)。

会社設立段階の法律関係について、司法解釈(三)の後の立法の動きは、二〇二〇年公布の中国民法典である。中国民法典は、法人設立行為の効果帰属に関する規定を新設した。すなわち、設立者が法人設立のために行った民事上の活動については、その法的効果は法人に帰属する。法人が成立しなかったときは、その法的効果は設立者に帰属する。設立者が二人以上のときは、連帯して債権を有し、債務を負う(中国民法典七五条一項、以下、条

文番号を示す際に「中民」と略称する)。また、設立者が自己の名義で民事上の行為をしたことによって生じた民事上の責任については、第三者は、法人または設立者のいずれかを選択し、その履行を請求することができる(同条二項)。この規定の新設を受け、前記司法解釈(三)二条の後段が二〇二〇年に改正され、「会社は成立後にこの契約を承認した場合、または既に実際に契約上の権利を享有し、もしくは契約上の義務を履行した場合」との限定を削除し、発起人が会社設立のために自己の名義で対外的に契約を締結した場合には、「会社成立後に契約の相手方が会社に対して契約上の責任の履行を請求した場合、裁判所はこれを支持しなければならない。」となった。

最後に、いよいよ会社法上の動きがあった。最新の二〇二四年中国会社法は、有限責任会社に関する規定を準用する形で(中会一〇七条)、株式会社が発起人による設立行為の法的効果の帰属に関する規定を新設した。すなわち、発起人が、会社設立のためにした民事上の行為は、その法的効果は会社に帰属する(中会四四一条)。会社が成立しなかったときは、その法的効果は発起人に帰属する。発起人が二人以上である場合は、連帯して債権を有し、債務を負う(中会四四二条)。発起人が会社設立のために自己の名義で民事上の行為をしたことによって生じた民事上の責任については、第三者は、会社または発起人のいずれかを選択し、その履行を請求することができる(中会四四三条)。発起人が会社設立に関するその職務を行うについて第三者に加えた損害は、会社または過失のない発起人が賠償責任を負ったとき、当該会社または発起人は、過失のある発起人に対して求償することができる(中会四四四条)。前記条文の一項、三項の内容は、明らかに中民七五条に合わせたものであり、その四項は、司法解釈(三)五条の意を汲んだものである。また、司法解釈は新規立法の内容に抵触しない限り、その効力を失わないため、中国民法典および二〇二四年中国会社法が直接にカバーしていない司法解釈(三)三条二項の内容、すなわち、成立後の会社の抗弁事由(発起人が設立中の会社の名義を利用し、自らの利益のために相

手方と契約を締結したことが証明された場合) に関する規定は、依然として裁判実務において重要な枠割を果たすものである。

(三) 中国法における「設立中の会社」概念の浸透

中国会社法にはないものの、司法解釈(三三)には、直接に「設立中の会社」の用語が使用されている(司法解釈(三三)三条)。ただし、「設立中の会社」に関する定義規定がないため、その概念については解釈に委ねる。一般的に、「設立中の会社」とは、過渡的性質を有し、法人格の取得を目的とし、当該目的の達成または達成不能により終結する組織体であるという⁽¹⁴⁾。「設立中の会社」の始期については諸説があるが、定款作成(各発起人が定款に署名または押印したとき)から始まるとする説は現在有力である⁽¹⁵⁾。「設立中の会社」の法的性質についても、諸説がある⁽¹⁶⁾。ドイツや日本といった大陸法系国家の伝統的な理論を参照して「設立中の会社」は権利能力なき社団または権利能力なき組織であると定義する説もあるが、権利能力なき社団または権利能力なき組織の概念は中国の法制度から遊離していること、および関連の法的ルールからみて「設立中の会社」には限定的な能力を有すると考えるべきことを理由に批判されていた⁽¹⁸⁾。現在の比較的有力説は、中国民法典上の概念を用いた非法人組織説である⁽¹⁹⁾。

中国民法典に挙げられた民事主体の種類としては、自然人(中国民法典第一編第二章)、法人(同第三章)。法人はさらに営利法人、非営利法人、特別法人の三種類に分けられる)および非法人組織(同第四章)がある。非法人組織とは、法人格を有しないが、法に基づき自己の名義で民事活動を行うことができる組織をいう(中民一〇二条一項)。「設立中の会社」はまだ会社設立登記を経ておらず、独立の法人格を取得していないものの、団体としての意思によって相応する法律行為を実施でき、同時にその団体利益を享有するのであるから、その性質は非法人組

織に該当すると考えられている。⁽²⁰⁾ 中国民法典上、非法人組織についても登記義務が設けられている。⁽²¹⁾ 「設立中の会社」は、法人に関する設立登記は当然のことに、非法人組織の要する法定の登記手続も経ておらず、民法典上の非法人組織に該当しないとの指摘も考えられる。しかし、文言上、当該登記は必ずしも成立の効力を伴う設立登記ではないように解釈することができる。また、登記は法人資格取得の要件であるが、あらゆる組織が一定の権利能力および行為能力を享有するための必然的な要件ではなく、取引主体としての適格性こそが真の決め手であるといった形式要件よりも社会的事実を重視する観点⁽²²⁾の影響を受け、非法人組織説の支持者が多くみられる。⁽²³⁾

中国では、「設立中の会社」の性質を探索する目的はほかではなく、会社設立段階の法律関係を整理・説明することにある。⁽²⁴⁾ その価値に関する認識は日本の従来⁽²⁵⁾の通説と基本的に一致し、「設立中の会社」と成立後の会社との関係性に着目している。「設立中の会社」と成立後の会社が実質的同一主体であることを認め、会社設立過程に発起人が会社設立を目的とする種々の行為は「設立中の会社」の業務執行機関ないし代表機関として行ったものであると解し、それにより得られた権利義務は発起人自身ではなく、「設立中の会社」を介して当然に将来の会社に帰属すべきである。⁽²⁶⁾ すなわち、同一性説理論を用いた整理・説明となる。⁽²⁶⁾

学説のみならず、司法解釈⁽²⁷⁾〈三〉の関連内容を吟味すると、その背後には同一性説理論があると考えられる。司法解釈〈三〉三条一項は同一性説の型に嵌った文言であるともいえよう。成立後の会社が契約上の法的責任を負うことについては、司法解釈の制定者（最高人民法院）は、以下のように解説している。すなわち、発起人が設立中の会社の名義で契約を締結した場合、一般的にそれは会社設立を目的とするものであると考えられ、契約の相対性および名義主義の原則により、権利義務は当然に設立中の会社に帰属すべきである。成立後の会社も、当然に契約上の権利義務を承継することになる。⁽²⁸⁾ 裁判実務においては、明らかに同一性説理論を用いて会社設立段階の法律関係を整理する裁判例がみられる。⁽²⁹⁾ 中会四四条一項は、その条文に「設立中の会社」の文言を用いて

いないものの、一般的に、その内容および理論構成は司法解釈〈三〉三条一項と同様であると考えられている⁽³⁰⁾。

司法解釈〈三〉三条二項は、発起人が設立中の会社の名義で対外的に契約を締結した場合でも、成立後の会社が契約上の責任を負担しなくてよい状況を定めている。ただし、相手方が善意である場合という例外も定めている。その内容は中民一七二条の表見代理規定⁽³¹⁾の類推適用を用いて比較的に容易に説明することができる。すなわち、会社設立という「設立中の会社」の目的からみて、その機関たる発起人は自らの利益のために行った行為は、付与された機関権限を超えたものになるが、設立中の会社の名義を掲げている以上、相手方は発起人と通じていない限り、基本的に代理権があると信じるに足りる理由がある、つまり実際の状況については善意であることになる。そのため、当該行為は有効で、その法的効果は依然として成立後の会社に帰属する⁽³²⁾。また、「設立中の会社」は非法人組織だと捉えると、司法解釈〈三〉三条の内容は同一性説の下で、中民一七〇条の規定を踏まえて、より容易に説明することができる。すなわち、中民一七〇条をそのまま適用し、発起人行為は非法人組織たる「設立中の会社」に対して有効であるため、その法的効果な最終的に、「設立中の会社」と同一主体である成立後の会社に帰属することになる。

司法解釈〈三〉二条については、前記のとおり、中国民法典の制定に合わせた改正があった。その後制定された中会四四四条三項は中民七五五二項と全く同旨である。その改正前後の内容を比較すると、同一性説理論は一層中国法に浸透してきたことが窺えよう。改正前では、発起人が会社設立のために自己の名義で対外的に締結した契約の法的効果を成立後の会社に帰属させるためには、成立後の会社による契約承認、または実際に契約上の権利を享有し、若しくは義務を履行することが必要である。それについては、発起人が権利を濫用し、会社の利益を侵害することを防止するため、成立後の会社は明示的承認または実際に契約上の権利を享有するか、義務を履行する形で契約の主体になる意思を明確に示した場合に限って、相手方がその責任の履行を請求することがで

きると説明されている⁽³⁴⁾。改正後は、相手方が選択権を有し、その選択次第で成立後の会社は契約主体になる意思がなくても契約効果の帰属が認められることになる⁽³⁵⁾。その内容を司法解釈〈三〉三条と合わせてみれば、両者の違いは直接代理と間接代理の違いであるかのように整理されていることが窺える。設立中の会社の名義の場合における行為効果の帰属は前記のとおり直接代理に関する法理で説明されているが、発起人自身の名義の場合における行為効果の帰属は、間接代理に関する規定に従って判断されているように考えられる。すなわち、発起人が自己の名義で対外的に契約を締結し、その契約は会社設立のため（「設立中の会社」のため）のものであると相手方に知られていない場合、中民九二六条二項⁽³⁶⁾の法理により解釈すると、発起人が当該契約について債務不履行に陥った際に、相手方に当該契約は会社設立のためだ（その背後に「設立中の会社」があること）と告知する必要がある。最終的に、その相手方は、発起人または「設立中の会社」のいずれかを契約当事者として選択する権利を有することになる。その二者択一選択権は形成権であり、選ばれる者の意思いかんは、選択の効力の発生に影響を及ぼさない。勿論、「設立中の会社」は体質上、契約の当事者にはなれないが、それと実質的同一主体である成立後の会社に置き換える必要がある。そのように、会社または発起人のいずれかを選択し、その履行を請求することができる形成権たる選択権が契約の相手方に付与されることになった⁽³⁷⁾。

最後に、中会四四条四項および司法解釈〈三〉五条所定の対第三者責任に関する規定をみると、会社設立段階の発起人の職務執行に起因する第三者損失に係る賠償責任については、会社が成立している場合においては、会社がその第三者の請求に応じなければならないことになっている。発起人自身の対第三者責任については触れていない。それは、会社成立後の董事等の対第三者責任に関する規定⁽³⁸⁾よりも、中国民法典上の使用者責任に関する規定⁽³⁹⁾を彷彿するような内容である⁽⁴⁰⁾。かかる規定を鑑みて、会社設立段階における発起人の主体性は一層弱まり、その背後にある「設立中の会社」の存在感は一段と強まることが見えてくる。

三 中国の「設立中の会社」概念に対する疑問

前述したように、中国法においては、「設立中の会社」概念および発起人が「設立中の会社」の機関である観念は既に定着し、「設立中の会社」と成立後の会社とは実質的に同一主体であると捉える同一性説に基づき、発起人の行為効果を成立後の会社に帰属させる理論構成は、近年の立法および裁判実務において主流的な解釈方法として広く採用されている。しかし、会社設立段階における会社財産の安全性確保や第三者保護の観点から、中国の現行法制および主流的解釈に対し、以下のとおり、二つの問題を提起する。その一は、成立後の会社に効果帰属される発起人行為の範囲およびその妥当性の問題であり、その二は、会社不成立の場合の責任帰属の問題である。

(一) 成立後の会社に効果帰属される発起人行為の範囲およびその妥当性

発起人が設立中の会社の名義でした行為については、成立後の会社にその法的効果を帰属しうるのは「会社設立のため」にした行為に限定することになる(中会四四条一項)。設立中の会社の名義でした行為でも、発起人自らの利益のためにしたものについては、会社は悪意の第三者の履行請求を拒むことができる(司法解釈(三)三条一項)。

まず、「会社設立のため」にした行為と「会社設立のためでない」行為はどのように分別するのか。理論的に整理・分別できるとしても、法律上必要な行為以外の行為については、多くの場合、それは第三者には把握し得ないことであり、もっぱら行為者である発起人側の判断しうる事情である⁽⁴¹⁾。第三者が成立後の会社に契約上の履行を請求して、会社が当該契約は「会社設立のためでない」ものだと立証し、請求を拒まない限り、第三者は発

起人に対して履行を求めることができない。しかし、設立段階においては、第三者からみると、成立する予定の会社の規模は不明で、会社の成否すら未定であるため、設立中の会社の名義の下に発起人と取引をする第三者は、「設立中の会社」とともに発起人をも信用して取引するものであると一般的に考えられよう。したがって、第三者は「設立中の会社」概念を通じて成立後の会社に対して契約上の責任の履行を請求できるのみならず、発起人に対しても請求することができるはずである。⁴³ そもそも法的規制は社会的事実から帰納されて成立したはずであるが、⁴⁴ 中会四四条一項は、第三者が取引に臨む際の合理的な認識と期待という社会的事実を裏切る方向に事態を導く可能性があり、その内容の妥当性については甚だ疑問がある。「設立中の会社」概念が介入することにより、発起人行為の法的効果はシンプルに成立後の会社に帰属することになり、かえって社会的事実から乖離する結論になる可能性があると考えれば、その概念の必要性も疑わしいものであろう。

次に、司法解釈〈三〉三条二項にいう発起人の「自らの利益のため」にした行為と、中会四四条一項の想定した「会社設立のためでない」行為とは、明らかに異なる概念である。発起人の自らの利益のためではないが、会社設立のためでもない行為の存在は当然に考えられる。典型的なものとしては、いわゆる開業準備行為および会社成立後に行う予定の営業行為である。そのような行為の法的効果はどのように取り扱うのか。会社設立段階における発起人の対外的な行為の中に、会社設立に必要な取引行為のみならず、⁴⁵ 必要でないが、将来の会社にとって有益な取引行為の法的効果も成立後の会社に帰属すべきであるとする見解もあるが、⁴⁶ 発起人が設立中の会社の名義で行った営業行為は、一般的に無効であると解される。それは、設立段階に営業行為を認めると、会社の設立手続に関する規定の趣旨が没却されることになるからである。⁴⁷ 他方、開業準備行為については、その法的効果が成立後の会社に帰属すべきであるとする説が有力である。⁴⁷ 裁判実務においても、開業準備行為の成立後の会社への効果帰属に関する法的判断は、肯定的傾向にある。⁴⁸ そのような傾向に拍車をかけた一因としては、裁判実務

における「設立中の会社」概念および同一性説理論の定着が挙げられよう。中国会社法制上、日本法のような状態設立事項に関する規定（会社法二八条）はなく、発起人行為の妥当性審査は会社成立大会の職権（会社の設立状況に関する発起人の報告を審議し、会社の設立費用を審査すること）とされている（中会一〇四条一項一号・四号）。会社成立大会の審査権は、一般的に内部的効力のみを有すると解される。会社成立大会の審査により、妥当性が否定された発起人の行為の法的効果または合理的範囲を超えた費用については、会社は依然に第三者に対して負担する必要がある。⁽⁵⁰⁾ 事後的に発起人に求償することができるが、財産上の損失リスクは、まず成立後の会社が負担することになる。このように、会社財産の安全性を軽視し、設立段階における契約の当事者である発起人とその相手方たる第三者との間の直接的法律関係性を極力弱めようとする立法現状は、決して望ましいものではないと考えられる。

（二） 会社不成立の場合の責任帰属

会社不成立の場合、発起人の会社設立のためにした民事上の行為の法的効果は、発起人に帰属することになる（中会四四条二項）。会社設立が失敗に終わり、権利義務の帰属主体になりうる主体は発起人のみであることを考えれば、当然の結論であるが、「設立中の会社」概念を強く念頭に置くと、異なる解釈も可能である。

前記のように、「設立中の会社」は、法人格の取得という目的の達成不能により終結すると考えれば、定款作成から会社が確実に成立し得なくなるまでの間には、「設立中の会社」が存在していた。募集設立の場合は設立時募集株式の引受人による出資も実質的に「設立中の会社」の財産に組み込まれ、「設立中の会社」の債務の責任財産になるはずである。⁽⁵¹⁾ しかし、現行法制上、会社不成立の場合は、設立時募集株式の引受人は出資の返還を受け、責任と無縁である（中会一〇五条二項⁽⁵²⁾）。無論、中会四四条二項は設立の企画者である発起人に全責任を負

担させるための政策的規定だと説明することも可能であるが、当該規定と前後の条文（中会四四条一項・三項）との「設立中の会社」概念に対する温度差が浮き彫りになり、論理的の一貫性を欠くことになろう。⁽⁵³⁾

四 結びに代えて

本稿では、まず中国の株式会社設立手続を概説し、その上で会社設立段階の法律関係を規律する法的ルールの変遷を辿りつつ、中国法における「設立中の会社」概念の浸透状況を確認した。さらに、その概念の妥当性、必要性に対して疑問を呈し、検討を試みた。

司法解釈（三）および最新の会社法改正等から、中国では、会社設立段階の法律関係をより明確に整理しようとする立法的努力がみられる。設立段階の発起人行為の効果帰属については、予測可能性のある法的環境が構築されてきた。その中で、「設立中の会社」概念や同一性説理論は、立法作業や裁判実務において重要な位置を占めている。「設立中の会社」概念が既に中国法に定着し、⁽⁵⁴⁾実際に、「設立中の会社」を特別法律主体にし、限定的な権利能力を付与すべきであるとの立法論的見解もみられる。

しかし、「設立中の会社」概念や同一性説理論に基づく演繹的な説明が、中国の社会的事実適合する法制度の構築に導く理論構成として妥当であるかについては、慎重に検討する必要がある。もともと説明上の便宜のために用いられるにすぎない法技術的概念である「設立中の会社」を過度に実体視することは、会社成立時における財産的基礎を危うくする可能性を含んでいる。⁽⁵⁵⁾さらに、この概念を前提として議論を展開すると、発起人の責任の有無および範囲がかえって曖昧となり、その結果、債権者たる第三者への保護が弱くなる危険性もあると考えられる。したがって、「設立中の会社」概念を維持し続けることの妥当性、必要性は、今後改めて問い直され

るであろう。前記の検討は現状確認および問題提起にとどまるが、中国における会社設立段階の法律関係をより的確に説明しうる理論を模索することを今後の課題と位置付けて、本稿の結びとしたい。

(1) 債権の譲渡は対抗要件を具備するために、債務者への通知または債務者の承諾が必要である(民法四六七条)。発起人の債務を免責的に成立後の会社に移転するためには、債権者・会社間の契約(効力要件・発起人への通知)、または発起人・会社間の契約(効力要件・債権者の承諾)が必要である(同四七二条二項・三項)。また、契約上の地位を譲渡する場合は、その契約の相手方の承諾が必要である(同五三九条の二)。

(2) 設立に際して出資される財産について、発起人がその移転行為を懈怠したときには、成立後の会社には財産が何もないことになりかねない。高田晴仁「設立中の会社」法学セミナー八〇六号(二〇二二年)九八頁を参照。

(3) 鷹巢信孝「設立中の会社」という概念は必要かつ有益か(上)佐賀大学経済論集三三卷六号(二〇〇〇年)二九頁によれば、同一性説のほか、かかる問題の答えとして、かつては法律上当然の取得説や代理説、第三者のためにする契約説等があり、各説それぞれに難点を有しており、株式会社設立手続の全体について論理が一貫する説明をなし得ていなかったといわれる。

(4) 田中耕太郎「株式会社発起人ノ責任ヲ論ス」法律協会雑誌三五卷八号(一九一七年)二四頁以下を参照。また、現在でも、ほとんどの会社法テキスト・概説書には、賛否を問わず、会社の設立過程の法律関係の問題について同一性説に基づく解説がある。

(5) 鈴木千佳子『入門講義 会社法(第三版)』(慶應義塾大学出版会、二〇二三年)五四頁。

(6) 西本辰之助「株式会社発起人論(一)」三田学会雑誌一四卷九号(一九二〇年)一〜一九頁、同「株式会社発起人論(二)」三田学会雑誌一四卷一〇号(一九二〇年)七八〜九七頁、同「株式会社発起人論(三)」三田学会雑誌一四卷一一号(一九二〇年)七一〜八六頁、同「株式会社発起人論(四)」三田学会雑誌一四卷一二号(一九二〇年)七一〜九二頁、高島正夫「発起人の法律上の地位」法学研究三八卷一二号(一九六五年)九〜四三頁、同「会社設立行為の法律構成」法学研究四一卷三号(一九六八年)一〜二二頁、倉沢康一郎「発起人の損害賠償責任について」法

学研究三八卷一〇九〜一三五頁、清水新「発起人概念の把握の仕方について」法学研究三八卷一〇九〜一六六頁、大賀祥充「会社設立行為論」法学研究四四卷三三〇〜三三九頁。なお、具体的な理論構成は論者によって異なるところがあるが、株式会社の設定行為の当事者は名実とも発起人である点については一致している。

(7) 伊藤靖史「大杉謙一」田中亘「松井秀征」会社法(第六版)〔有斐閣、二〇二五年〕四七頁。また、高橋美加「笠原武朗」久保大作「久保田安彦」会社法(第三版)〔弘文堂、二〇二〇年〕四五七〜四五八頁によれば、発起人行為の効果が成立後の会社に帰属することが会社法上予定されている範囲で成立後の会社に効果帰属すると考えれば足り、わざわざ「設立中の会社」の概念を用いて説明する必要もないという。

(8) 公開募集とは、社会に面して不特定の対象に対して募集を行うことである。また、中国証券法九条により、特定対象でも、二〇〇人を超えた者に対して証券を発行する場合は公開発行に該当する。そのため、二〇〇人を超えた特定対象に対して募集を行う場合も、公開募集に属する。

(9) 中国語の原文の訳語は「株式引受人」(原語:認股人)となるが、李建偉『公司法評注』(法律出版社、二〇二四年)四六三頁によれば、ここは設立時発行株式を引き受けたすべての者(発起人も含む)を指すように解すべきであるから、誤解を避けるため、「設立時株主」と訳した。

(10) 中国市場主体登記管理条例一〇条による。当該手続は一般的に一〜三営業日を要する。

(11) 北京、上海等の地域では、三営業日以内に審査を完了し、会社営業許可証を発給することができる。

(12) 王雲海「周劍龍」周作彩(編著)『よくわかる中国法』(ミネルヴァ書房、二〇二二年)三一頁によれば、最高人民法院が制定・公布した司法解釈は膨大な量があり、下級裁判所に対して法的拘束力を有し、裁判実務において重要な役割を果たしている。解釈といっても、具体的な事件の判決理由中に示されるものではなく、立法と全く同じように一般的抽象的な条文の形で制定されるのが通例である。最高人民法院による司法解釈の法源性の有無については諸説があるが、裁判実務における重要性に鑑みて、本稿は一応、それを法的ルールと位置付けることにした。

(13) 中国会社法制上、有限責任会社については、会社設立段階の行為主体に「発起人」の用語を用いず、「成立時の株主」という。ただし、司法解釈(三)一条は、「会社を設立するために、会社定款を作成し、会社に対して出資ま

たは株式を引き受け、かつ会社設立の職務を履行する者は、会社の発起人と認定すべきである。この発起人には、有限責任会社の設立時の株主を含む。」と定めた。便宜上、有限責任会社、株式会社両方の会社設立段階の行為主体は、全部「発起人」という。

(14) 茅院生「論設立中会社の独立性」中国法学二〇〇六年三号一八二頁。

(15) 胡玉明「論設立中公司的法律地位」当代法学二〇〇〇年四号五三頁。当説のほかには、発起人合意が締結されたときから始まる説(李建偉『公司法学(第五版)』(中国人民大学出版社、二〇二二年)七三頁)、発起人がそれぞれ一株以上を引き受けた時から始まる説(張騰龍「論設立中公司的法律地位」法制博覽二〇一三年一二号(中旬刊)六九頁)がある。前者については、発起人合意は当事者間内部の取り決めであり、反故して発起人の地位を得られない者の出現も可能であること、後者については、発起人地位の確定と「設立中の会社」の成立との間に時間差ができてしまうこと、をそれぞれ指摘することができよう。

(16) 下記の権利能力なき社團説および非法人団体説のほかには、発起人間のパートナーシップ説や独立主体説等の説がある。学説の整理については、鄭景元「困境与出路・設立中公司人格研究」雲南大学学报法学版一九卷二号(二〇〇六年)六八頁を参照。

(17) 張文龍『股份有限公司法実務研究』(漢林出版社、一九九七年)三五頁、王保樹、崔勤之『中国公司法原理(第三版)』(社会科学文献出版社、二〇〇六年)一四八頁。また、劉俊海『現代公司法(第二版)』(法律出版社、二〇〇一年)八三頁は、社團性は会社の必然的性質でないとの立場をとっているため、「設立中の会社」は権利能力なき組織と定義した。

(18) 茅・前掲注(14)一八二頁。また、中国の司法機関も、「設立中の会社」に一定の能力を認める傾向になる。例えば、最高人民法院(二〇一九)最高法民申七八五号民事裁定は、「設立中の会社は法人格を有しないものの、一定の財産を有し、一定の団体意思を形成することもでき、会社設立に係る事務の範囲内において行為能力を有する。自己の名義で会社設立に係る行為を行うことができる。」と判示した。

(19) 古くから、当説は非法人主体説と呼ばれることが多い。非法人組織は民法上新たに設けられたもので、非法人主体と同一概念であると考えられている。李・前掲注(15)七三頁を参照。

- (20) 范建 Ⅱ 王健文『公司法(第五版)』(法律出版社、二〇一八年) 一四五頁。
- (21) 中民一〇三条一項「非法人組織は、法律の規定に従って登記しなければならない。また、同一項は、「非法人組織を設立するにあたって、法律または行政法規により関係機関の許可を得る必要があると定められている場合は、その規定に従わなければならない」と規定している。「設立中の会社」は法律上正体不明の概念である以上、許可の要否に関する法的規定は当然に存在しない。
- (22) 肖海軍「我国商業登記豁免制度的構建」法学二〇一八年四号一二八―一三八頁。
- (23) 非法人組織説を主張する、または当説を土台に「設立中の会社」の特殊性をさらに主張するものとして、江平 Ⅱ 孔祥俊「論股權」中国法学一九九三年五号七九頁、張秀宏 Ⅱ 王立争「論設立中公司的法律人格」天津商業大学学报電子版二九卷五号(二〇〇九年)、徐征「論設立中公司的法律地位与性質」法制博覽二〇一五年四号(下旬刊) 六四頁、朱朋威「論設立中的公司」信陽農林学院学报二六卷一号(二〇一六年) 一五―一八頁、王麗質「浅析設立中公司的合同効力及民事責任承担」法制与社会二〇一七年九号二九三頁などがある。
- (24) 李・前掲注(15) 七三頁。
- (25) 施天濤『公司法論(初版)』(法律出版社、二〇〇五年) 一三一頁、劉俊海『現代公司法(第二版)』(法律出版社、二〇一一年) 八三頁。
- (26) 「設立中の会社」の法的性質いかんを問わず、ほとんどの論者は会社設立段階の法律関係の整理・説明にあたっては同一性説を採用している。非法人組織説をとる場合、その組織の特徴としては、自己の名義で民事活動を行うことができること(中民一〇二条一項)、および一人または数人を確定し、その者が当該組織を代表して民事活動を行うことができること(同一〇五条)が挙げられ、発起人が「設立中の会社」の機関であると主張する同一性説とは親和性が高いともいえる。
- (27) 許中縁「論発起人对公司設立中債務的承担」法学二〇二一年一二号一二三頁。
- (28) 最高人民法院民事審判第二庭(編著)『公司案件審判指導』(法律出版社、二〇一四年) 一二一頁。
- (29) 江蘇省蘇州市中級人民法院(二〇一八)蘇〇五民終八八三三号民事判決は、「設立中の会社」と成立後の会社の関係について、「設立中の会社は積極的な準備を通し、最終的に企業設立登記を済ませ、正式に労働契約法上の使用

者となり、独立して民事責任を負う主体となる。設立中の会社は既に成立後の会社の一部または全部となり、両者は実質的に同一主体である」と判示した。

(30) 李・前掲注(9)一七一頁。

(31) 中民一七二条「行為者が代理権を有しない場合、権限外の行為をした場合、または代理権が消滅した後に代理行為を行った場合であっても、相手方において行為者に代理権があると信じるに足りる理由があるときは、その代理行為は有効である。」

(32) ここでは、とりあえず「設立中の会社」は権利能力なき社団または権利能力なき組織だと捉えて、表見代理の規定の直接適用を認められないことを前提に、同規定の類推適用により説明することができる。

(33) 中民一七〇条「法人または非法人組織の業務上の任務を執行する者がその職権の範囲内の事項につき、法人または非法人組織の名義で行った民事法律行為は、法人または非法人組織に対して効力を生じる。」

② 法人または非法人組織がその業務上の任務を執行する者の職権範囲に対する制限は、善意の相手方に対抗することができない。」

(34) 最高人民法院民事審判第二庭〔編者〕『最高人民法院關於公司法解釋〈三〉…清算記要理解與適用』（人民法院出版社、二〇一一年）三五頁。

(35) 改正後の司法解釋〈三〉二条のみならず、中民七五五二条、中會四四四三項も同旨である。

(36) 中民九二六二条二項「委任者の事由により受任者が第三者に対する義務の不履行が生じたときは、受任者は第三者に委任者の存在を告知しなければならず、これにより当該第三者は受任者または委任者を相手方として選択して、その権利を主張することができる。ただし、第三者は選定した相手方を変更することはできない。」

(37) 傅穹Ⅱ曹理「超越『名義主義』的先公司合同統一責任規則」当代法学二〇一一年六号六八頁。また、発起人が自己の名義で対外的に契約を締結し、その契約は会社設立のためのものであると相手方に知られている場合も考えられる。この場合は、中民九二五二条（受任者が自己の名義で委任者からの授權の範囲内で第三者と契約を締結した場合において、その第三者が契約締結時に、受任者と委任者との間の代理関係を知っていたときは、当該契約は、直接に委託人と第三者とを拘束する。ただし、当該契約が受任者と第三者のみを拘束するものであることが、確実な証拠に

よって証明された場合は、この限りでない。」の類推適用で、本来は契約の相手方の請求対象は「成立中の会社」、進んで成立後の会社のみのはずであるが、契約成立後から会社成立前までの間においてもその相手方が履行請求の対象を特定しなければならないこと、また、その段階では会社は必ずしも成立できるとは限らないことを理由に、会社のほかに、発起人も選択の対象に入れることになったと考えられる。

(38) 中会一九一条「董事または高級管理職者が職務を執行し、他人に損害をもたらした場合には、会社は賠償責任を負わなければならない。董事または高級管理職者に故意または重大な過失がある場合、その者も賠償責任を負わなければならない。」

(39) 中会一九一条「使用者である組織の職員が業務上の任務の執行により他人に損害を加えた場合には、その使用者である組織が、不法行為責任を負わなければならない。使用者である組織が不法行為責任を負担した後は、故意または重大な過失のある職員に対して、求償することができる。」

(40) 李・前掲注(9)一七三頁。

(41) 同一性説の立場をとると、「設立中の会社」側、進んで成立後の会社側になる。

(42) 例えば、発起人は設立中の会社の名義で事務所に関する賃借契約を締結した場合、その事務所は設立事務の企画・検討に使用されるか(会社設立するために事実上必要な行為)、それとも成立後の会社の一事務拠点として使用するか(開業準備行為)は、賃貸人は確実に把握し得ないことが考えられる。

(43) 平出慶道「株式会社不成立の場合における発起人の責任」私法一七号(一九五七年)一四〇頁。

(44) 倉沢・前掲注(6)一一二頁。

(45) 鄭景元「設立中公司法律問題研究」王保樹(主編)『商事法論集』一三卷(二〇〇八年)五三〇～五三二頁。

(46) 李・前掲注(15)七四頁。

(47) 李・前掲注(15)七四頁。同頁によれば、会社設立のために必要な行為には、その設立を直接目的とする行為に限らず、計画通りに営業開始できるように実施した開業準備行為も含むと解される。

(48) 例えば、河北省高邑県人民法院(二〇一七)冀〇一二七民初八九二号民事判決は、発起人が会社の経営活動を行う場所を確保するために締結した賃借契約は、会社設立行為に属し、その法的効果は成立後の会社に帰属すべきであ

ると判示した。また、江蘇省金湖県人民法院(二〇一八)蘇〇八三二執異八号執行裁定も、「設立中の会社は法律上または経済上の会社設立および開業準備を目的する行為を行うことができる。」と判示した。

(49) 郭塵「論我国公司資本制度的最新發展」法商研究二〇一二年四号一四三頁、方斯遠「先公司合同問題研究」中国法学二〇一五年三号二二六頁。

(50) 現在の主流の見解および裁判実務の傾向に照らすと、発起人による開業準備行為は会社成立大会の審査を通過することが普通であろう。

(51) 「設立中の会社」は権利能力なき社团だと考える場合、いわゆる「設立中の会社」の財産は、発起人および設立時募集株式を引き受けた者の按分共有財産(中民二九八条)であると解することができる。他方、非法人組織だと考える場合は、中民一〇四条により、原則として、非法人組織の財産が債務の弁済に足りないとき、その出資者または設立者が無限責任を負う。いずれも設立時募集株式の引受人に責任を負担させるように解することができる。

(52) 中会一〇五条二項「出資を完了した発起人および設立時募集株式を引き受けた者は、会社設立時に発行すべき株式の募集が充足されなかった場合、所定期間内に会社成立大会を開催しなかった場合、または会社成立大会により会社を設立しないことが決議された場合を除き、出資の返還を受けてはならない。」

(53) 会社不成立の場合の責任負担について、「設立中の会社」の財産が不足している場合のみ、発起人が補充責任を負うとの見解が多くみられる。例えば、許・前掲注(27)一三二頁、傅Ⅱ曹・前掲注(37)七〇頁などがある。

(54) 毛健銘「略論設立中公司」法学二〇〇二年一〇号五七頁、茅・前掲注(14)一八四〜一八六頁。

(55) 江頭憲治郎『株式会社法(第九版)』(有斐閣、二〇二四年)一一〇頁。