

第 1 問

(事案)

1. Aは、唯一の発起人として、A及びBの2名で設立時発行株式を引き受ける形で、甲株式会社（以下「甲社」という。）を設立するための手続を進めていた。
2. Aは、甲社の設立手続を進める上で、Cとの間で、「甲社発起人A」の名義で、設立後の甲社の事業に用いる目的で、食品加工用の機械（以下「本件機械」という。）を、甲社の成立を条件として、甲社がCから代金800万円で購入する契約（以下「本件購入契約」という。）を締結した。
3. その後、甲社の設立登記がされた。公証人の認証を受けた甲社の定款には、甲社の成立を条件として特定の財産を譲り受けることを約する契約についての記載がなかった。
4. 甲社の純資産額は、設立後、数ヶ月の間、3000万円を超えることがなかった。
5. 甲社は、設立後、Cから、本件機械について代金として50万円を追加するように要求されるとともに、この要求に応じないのであれば、本件購入契約の有効性を問題とし、本件機械の引渡しに応じないと主張された。

(設問)

甲社の代表取締役Bは、本件機械が甲社の事業活動に不可欠であったことから、上記5のCの要求に応じることがもやむを得ないが、できれば代金を追加して支払うことなく本件機械の引渡しを受けたいと考えている。甲社が本件機械の引渡しを受けるために採ることができる方法及びこれに必要な会社法上の手続について、検討しなさい。

(解説)

1. 出題の概要

第1問は、財産引受けに関する基本的な理解を問う問題である。

平成29年司法試験設問1(2)

2. 解答のポイント

参考

本件購入契約は財産引受け(28条2号)に該当するところ、甲社の原始定款には財産引受けについての記載がないため、本件購入契約の有効性と追認の可否が問題となる。

(1) 財産引受け

財産引受けとは、発起人が設立中の会社のために、第三者との間で、会社の成立を停止条件として特定の財産を譲り受ける旨を約する契約をいう。

目的財産の過大評価により成立後の会社の財産的基礎が危うくなるおそれがある上、現物出資規制(28条1号)の潜脱のおそれもあるため、変態設立事項とされている(2号)。

法が特別な規制を設けている以上、原始定款に記載のない財産引受けはすべて無効である(28条柱書)。

(2) 追認の可否

無効な財産引受けを成立後の会社が追認することができるかについては争いがある。

基礎応用16頁[論点1]、論証集8頁[論点3]

判例は、「株主・債権者等の会社の利害関係人の保護」という立法目的を重視して、原始定款に記載のない財産引受けは「何人との関係においても常に無効であって、設立後の会社が追認したとしても、…有効になるものではなく、成立後の会社は「特段の事情のない限り、…無効をいつでも主張することができる」として、追認否定説に立っている。なお、譲渡人も無効主張できると解されている。

最判S61.9.11・百5

しかし、判例の見解によると、成立後の会社が相手方と改めて契約を締結しようとしたところ相手方が応じないという場合には、成立後の会社が当該財産を取得することができなくなり、成立後の会社の利益保護という28条2号の趣旨にそぐわない。そこで、無権代理に準じて考えて、成立後の会社の追認により有効になると解すべきである(追認肯定説)。

最判S28.12.3

そして、当該財産引受けが事後設立(467条1項5号)の規模を充たす場合には株主総会の特別決議(309条2項11号類推)、そうでない場合であっても「重要な財産の…譲受け」(362条4項1号類推)に該当する場合には取締役会決議が追認の際に必要とされると解すべきである。

甲社の純資産額は、設立後、数か月間、3000万円を超えることはなかった。そして、本件購入契約の代金額800万円(467条1項5号イ)は、甲社の「純資産額として法務省令で定める方法により算定される額」(同号ロ)の5分の1を超えるから、株主総

会の特別決議を要することになる。

したがって、甲社は本件購入契約を追認するという方法を採用
ことができ、その際には、事後設立規制に準じて株主総会の特別
決議を経る必要がある。

(参考答案)

1. 本件購入契約は、財産引受け（会社法 28 条 2 号）に該当する。甲社の原始定款には財産引受けについての記載がないため、本件購入契約は無効である（28 条柱書）。それでは、甲社は追認することにより本件購入契約を有効にできるか。
2. 判例は、株主・債権者等の会社の利害関係人の保護という 28 条 2 号の立法目的を重視して、成立後の会社による追認を認めない絶対的無効と解している。しかし、成立後の会社が相手方と改めて契約を締結しようとしたところ相手方が応じないという場合には、成立後の会社が当該財産を取得することができなくなり、成立後の会社の利益保護という 28 条 2 号の趣旨にそぐわない。そこで、無権代理に準じて考えて、成立後の会社の追認により有効になると解する。
そして、事後設立規制との均衡上、当該財産引受けが事後設立の規模を満たす場合には、株主総会の特別決議が追認の際に必要とされると解すべきである（467 条 1 項 5 号類推、309 条 2 項 11 号類推）。
3. 甲社の純資産額は、設立後、数か月間の間、3000 万円を超えることはなかった。そして、本件購入契約の代金額 800 万円（467 条 1 項 5 号イ）は、甲社の「純資産額として法務省令で定める方法により算定される額」（同号ロ）の 5 分の 1 を超えるから、株主総会の特別決議を要することになる。
したがって、甲社は本件購入契約を追認するという方法を採用ことができ、その際には、事後設立規制に準じて株主総会の特別決議を経る必要がある。 以上

第 2 問

(事案)

1. Aは、唯一の発起人として、A及びBの2名で設立時発行株式を引き受ける形で、甲株式会社（以下「甲社」という。）を設立するための手続を進めていた。
2. Aは、甲社の設立手続を進める上で、当初の1ヶ月間は、設立事務を行う事務所と設立事務を補助する事務員が必要であると考え、Cから、「甲社発起人A」の名義で、事務所用建物を、賃貸期間を1ヶ月に限り、賃料を後払いで60万円とする約定により賃借した。また、Aは、「甲社発起人A」の名義で、Dを、設立事務を補助する事務員として、期間を1ヶ月に限り、報酬を後払いで40万円とする約定により雇用した。なお、当該賃料及び当該報酬は、相場に照らし、いずれも適正な金額であった。
3. その後、甲社の設立登記がされた。公証人の認証を受けた甲社の定款には、設立費用については「設立費用は80万円以内とする。」との記載があり、当該設立費用については、裁判所の選任した検査役の調査等の必要な手続を経ていた。

(設問)

Aは、Cに対して上記2の賃料60万円を、Dに対して上記2の報酬40万円を、いずれも支払っておらず、甲社は、その成立後、直ちに、C及びDから、これらの支払を求められた。この場合において、甲社がこれらの支払いを拒否することができるかどうかについて、論じなさい。

(解説)

1. 出題の概要

第2問は、設立費用に関する基本的な理解を問う問題である。

2. 解答のポイント

本問では、原始定款記載額を超える設立費用が未払である場合における当該設立費用に係る債務の帰属先が問題となる。

(1) 設立中の会社の概念、発起人の権限の範囲

設立費用の帰属について論じる前提として、設立中の会社の概念と発起人の権限の範囲について明らかにする必要がある(平成29年司法試験・採点実感)。

会社の設立過程における発起人の行為が成立後の会社に効果帰属することについては、次のように説明するべきである。

設立登記(49条)前であっても設立中の会社という権利能力なき社団が成立しており、発起人がその執行機関としてその権限の範囲内で行った行為の効果は、実質的には設立中の会社に帰属する。

そして、設立中の会社と成立後の会社とは実質的同一性を有するから、設立後は、設立中の会社に実質的に帰属していた権利義務関係が、成立後の会社に形式的にも帰属することになると解する(同一性説)。

そうすると、会社の設立過程における発起人の行為が成立後の会社に効果帰属するかどうかは、発起人の権限の範囲によって決まることとなる。

(2) 設立費用

ア. 設立費用とは

設立費用とは、会社の設立事務の執行のために必要な費用を意味する。これに関しては、①会社の設立自体に必要な行為、②会社の設立のために事実上又は経済上必要な行為がある。

①は、会社の成立自体を目的とする行為であり、定款作成・設立時発行株式の割当てのように、会社の設立のために法律上必要とされる行為である。これが発起人の権限の範囲内であることは当然である。

なお、設立費用のうち、定款の認証手数料・印紙税(30条1項)、払込取扱金融機関に支払う手数料・報酬(34条2項、64条)、検査役に対する報酬(33条3項)、設立登記のための登録免許税は、金額に客観性があり濫用のおそれがないため、定款に記載がなくても当然に成立後の会社に帰属する(28条4号括弧書、施行規則5条)。

②は、設立事務所の賃借、設立事務員の雇用、募集設立の場合における募集広告の広告代理店への委託などである。発起人が自己の名で(自分が契約当事者となって)②の行為を行い、定款への記載・検査役調査を満たす場合に、成立後の会社に求

平成29年司法試験設問1(1)

参考

基礎応用18頁[論点1]、論
証集9頁[論点1]

償できるのは当然である（28条4号）。

イ. 未履行の設立費用の帰属

発起人が設立中の会社のために②会社の設立のために事実上又は経済上必要な行為をした場合、その行為の効果（債権・債務）を成立後の会社に直接帰属させることができるか。これは、未履行の設立費用債権者が、成立後の会社に対して設立費用の支払を請求することができるか、という問題である。

設立事務を行う事務所用建物の賃貸借契約と設立事務を補助する事務員の雇用契約は、いずれも会社の設立のために事実上必要な行為として発起人Aの権限内の行為であるから、原始定款に記載（28条4号）した額の限度であれば、検査役調査（33条）を経ていることを要件として、当然に成立後の甲社にその権利義務関係が帰属する。

もともと、上記の設立費用について検査役の調査は経ているが、その合計額は100万円のうち20万円については、原始定款記載の限度額（80万円）を超過する。そこで、超過する20万円分についても、甲社に帰属するのかが問題となる。

判例は、設立費用として変態設立事項の規制（原始定款への記載・検査役調査）を満たした限度において成立後の会社に請求できると解している。

しかし、この見解では、本件のように設立費用に債権者が複数いる場合や設立費用額が原始定款記載額を超える場合に複雑な法律関係が生じかねない。そこで、設立費用に関する会社法の規律は、成立後の会社と発起人の間の費用分担を定めるにとどまり、発起人の対外的な権限まで制約するものではないと理解することで、設立費用は全額、設立中の会社と実質的同一性を有する成立後の会社に帰属し、成立後の会社は原始定款記載額の超過分を発起人に求償できるにとどまると解すべきである。

そうすると、設立費用はすべて甲社に帰属するから、甲社は、Cからの賃料60万円の請求及びDからの報酬40万円の請求を拒否できない。

基礎応用 18頁 [論点2]、論
証集 9頁 [論点2]

大判 S2.7.4・百6

(参考答案)

1. 会社の設立過程において発起人がその執行機関としてその権限の範囲内で行った法律行為に関する権利義務関係は、実質的には設立中の会社に帰属し、設立後は、成立後の会社に形式的にも帰属することになると解する。
2. 設立事務を行う事務所用建物の賃貸借契約と設立事務を補助する事務員の雇用契約は、いずれも会社の設立のために事実上必要な行為として発起人 A の権限内の行為であるから、原始定款に記載（会社法 28 条 4 号）した額の限度であれば、検査役調査（33 条）を経ていることを要件として、当然に成立後の甲社にその権利義務関係が帰属する。

上記の設立費用について検査役の調査は経ているが、その合計額は 100 万円のうち 20 万円については、原始定款記載の限度額（80 万円）を超過する。そこで、超過する 20 万円分についても、甲社に帰属するのかが問題となる。

- (1) 判例は、設立費用として変態設立事項の規制（原始定款への記載・検査役調査）を満たした限度において成立後の会社に請求できると解している。しかし、この見解では、本件のように設立費用に債権者が複数いる場合や設立費用額が原始定款記載額を超える場合に複雑な法律関係が生じかねない。そこで、設立費用に関する会社法の規律は、成立後の会社と発起人の間の費用分担を定めるにとどまり、発起人の対外的な権限まで制約するものではないと理解することで、設立費用は全額、設立中の会社と実質的同一性を有する成立後の会社に帰属し、成立後の会社は原始定款記載額の超過分を発起人に求償できるにとどまると解すべきである。
- (2) そうすると、設立費用はすべて甲社に帰属するから、甲社は、C からの賃料 60 万円の請求及び D からの報酬 40 万円の請求を拒否できない。以上

第 3 問

(事案)

1. A及びBは、Aの所有する土地建物（以下「本件不動産」という。）を活用して、株式会社を設立してスーパーマーケット事業を営もうと考え、いずれも発起人となって、発起設立の方法により甲株式会社（以下「甲社」という。）を設立することとした。

A及びBは、発起人として、Aが金銭以外の財産として本件不動産を出資すること、その価額は5億円であること及びAに対し割り当てる設立時発行株式の数は5000株であることを定め、これらの事項を、書面によって作成する定款に記載した。そして、Aは、設立時発行株式の引受け後遅滞なく、その引き受けた設立時発行株式につき、本件不動産を給付した（以下Aによる本件不動産の出資を「本件現物出資」という。）。

他方、A及びBは、発起人として、Bが割当てを受ける設立時発行株式の数は1000株であり、その株式と引換えに払い込む金銭の額は1億円であると定めた。そして、Bは、設立時発行株式の引受け後遅滞なく、その引き受けた設立時発行株式につき、その出資に係る金銭の全額1億円を払い込んだ。

なお、A及びBは、本件不動産の評価額を5億円とする不動産鑑定士の鑑定評価及び本件不動産について定款に記載された5億円の価額が相当であることについての公認会計士の証明を受けた。そして、A及びBは、裁判所に対し、定款に記載のある本件現物出資に関する事項を調査させるための検査役の選任の申立てをしなかった。

設立中の甲社においては、A及びBが設立時取締役として選任され、Aが設立時代表取締役として選定された。A及びBは、その選任後遅滞なく、本件不動産に係る不動産鑑定士の鑑定評価及び公認会計士の証明が相当であること並びにA及びBによる設立時発行株式に係る出資の履行が完了していることにつき調査をした。その後、甲社は、本店の所在地において設立の登記をしたことにより成立し、Aが甲社の代表取締役に、Bが甲社の取締役にそれぞれ就任した。

2. その後、以下の事実が判明した。

(1) 本件不動産は、本件現物出資の当時、土地に土壤汚染が存在し、甲社の定款作成の時及び成立の時における客観的価値は、いずれも1億円にすぎなかった。

(2) また、甲社の設立当時、Aは、当該土壤汚染の存在を認識していたが、Bは、当該土壤汚染の存在を認識しておらず、本件不動産に係る鑑定評価や証明を行った不動産鑑定士及び公認会計士は、その当時、当該土壤汚染の存在や、これにより定款に記載された本件不動産の価額が相当でないことを認識していなかつ

た。

(設問)

本件現物出資に関し、会社法上、A及びBが甲社に対して負担する責任について、説明しなさい。

(解説)

1. 出題の概要

第3問は、株式会社成立時における現物出資財産の価額が当該現物出資財産について定款に記載された価額に著しく不足する場合における、発起人及び設立時取締役の責任について基本的な理解を問う問題である。

平成22年司法試験設問1参考

2. 解答のポイント

(1) 財産価額填補責任(52条1項)

財産価額填補責任についても、任務懈怠責任と同様、A及びBについて、「発起人」としての責任と「設立時取締役」としての責任の双方が問題となるが(平成22年司法試験・採点実感)、両者で大きな差異はないため、参考答案では、「発起人」としての責任についてのみ言及している。

基礎応用20頁・3、論証集10頁・3

本件不動産の客観的な「価額」1億円は、「定款に記載された価額」5億円の5分の1にすぎないから、前者が後者に「著しく不足するとき」(同条1項)に当たる。問題は、免責の有無である。

「発起人」Aは、「第28条第1号の財産を給付した者」であり、同条2項の免責を受けられない(同条2項柱書括弧書)から、「不足額」4億円の支払義務を負う。

検査役の調査(33条2項)を経ていないから52条2項1号の免責はないが、現物出資者本人ではない「発起人」Bについては、同条2項2号の免責の余地がある。そして、上記不足額の原因である土壌汚染については専門家である不動産鑑定士・公認会計士も認識できていないから、Bがこれを知らなかったことに過失があるとはいえず、Bには無過失の証明が認められる。したがって、Bは4億円の支払義務を負わない。

(2) 任務懈怠責任(53条1項)

任務懈怠責任については、「発起人」としての責任と「設立時取締役」としての責任とで、「任務」の内容が異なるから、双方を論じるべきである。

基礎応用19頁・1、論証集10頁・1

ア. 「発起人」としての責任

発起人は、設立中の会社の業務執行機関たる地位に基づき、「その任務」として、設立事務処理につき善管注意義務(民法644条)を負う。

発起人が自ら何らかの違法・不法な行為に積極的に関与していたのであれば任務懈怠があるといえるが、そうでない場合については、そもそも発起人の「任務」の具体的内容が明確でないため、はっきりとしない。

これについては、発起人が設立時取締役等による設立経過の調査の報告先になっていること及び財産価額填補責任(52条)・仮装払込みに関する責任規定(52条の2)に鑑み、法は、少な

くとも違法・不当な行為（またはその疑い）を認識していた発起人が組合契約上の権利・権限を行使して善処することは発起人の「任務」として求めていると解される（単なる放置は任務懈怠とならない）、と説明されている。

A は、甲社の設立当時から土壌汚染の存在を認識していたにもかかわらず、発起人として現物出資財産である本件不動産の価額を 5 億円であると定款に記載しているから、発起人としての任務懈怠を認めることができる。

これに対し、B は、土壌汚染の存在を認識していなかったためであるから、発起人としての任務懈怠を認めることはできない。

イ. 「設立時取締役」としての責任

設立時取締役（及び設立時監査役）の「任務」は、設立に関する監督機関としての任務（46 条、93 条）である。具体的に、設立時取締役は、「その任務」として、⑦設立経過の調査（46 条 1 項各号の調査）を行い、④調査の結果、法令・定款違反又は不当な事項があった場合には、各発起人に通知しなければならない（46 条 2 項）。

土壌汚染の事実を認識していた A は、33 条 10 項 3 号の証明に「不当な事項がある」ことを B に通知する義務があるのにこれを怠ったのだから、任務懈怠がある。

これに対し、B については、同 3 号の証明の相当性について調査義務を履行しており、しかも、調査をしても土壌汚染の事実を認識できなかったのだから通知義務違反による任務懈怠は認められない。

なお、任務懈怠を認めた場合であっても、甲社は設立時発行株式の発行により株式の時価相当額の経済的出捐をするわけではないから、現物出資による会社財産の増加があるだけで、不足額 4 億円の「損害」は生じないと解する余地もある。2010 法セミ解説（黒沼悦郎）57 頁でも、「甲会社には、5000 株と引き換えに 1 億円相当の財産しか出資されていないのであるから、4 億円の損害が発生していると考えられなくもない。しかし、本件の現物出資によって会社の財産は増加しているのであるから、会社に損害が生じたとみることはできず、A 及び B は任務懈怠責任を負担しないと考える。」と説明されている。

(参考答案)

1. 財産価額填補責任 (会社法 52 条 1 項)

- (1) 本件不動産の客観的な「価額」1 億円は、「定款に記載された価額」5 億円の 5 分の 1 にすぎないから、前者が後者に「著しく不足するとき」(同条 1 項) に当たる。
- (2) 「発起人」A は、「第 28 条第 1 号の財産を給付した者」であり、同条 2 項の免責を受けられない(同条 2 項柱書括弧書) から、「不足額」4 億円の支払義務を負う。
- (3) 検査役の調査(33 条 2 項) を経ていないから 52 条 2 項 1 号の免責はないが、以下の理由から、現物出資者本人ではない「発起人」B には同条 2 項 2 号の免責が認められる。

上記不足額の原因である土壤汚染については専門家である不動産鑑定士・公認会計士も認識できていないから、B がこれを知らなかったことに過失があるとはいえず、B には無過失の証明が認められる。したがって、B は 4 億円の支払義務を負わない。

2. 任務懈怠責任 (53 条 1 項)

- (1) 「発起人」A・B は、設立中の会社の業務執行機関としての地位に基づく「任務」として、設立事務処理について善管注意義務(民法 644 条) を負う。

A は、甲社の設立当時から土壤汚染の事実を認識していたにもかかわらず、発起人として原始定款に本件不動産の価額を 5 億円と記載しているから、善管注意義務違反による任務懈怠が認められる。

これに対し、B については、土壤汚染の事実を認識していなかったのだから、善管注意義務違反による任務懈怠がない。

- (2) 「設立時取締役」A・B は、設立に関する監督機関としての「任務」として、46 条 1 項・2 項に基づく調査・通知義務を負う。

土壤汚染の事実を認識していた A は、33 条 10 項 3 号の証明に「不当な事項がある」ことを B に通知する義務があるのにこれを怠ったのだから、任務懈怠がある。

これに対し、B については、同 3 号の証明の相当性について調査義務を履行しており、しかも、調査をしても土壤汚染の事実を認識できなかったのだから通知義務違反による任務懈怠は認められない。

- (3) もっとも、甲社は、設立時発行株式の発行により株式の時価相当額の経済的出捐をするわけではないから、現物出資による会社財産の増加があるだけで、不足額 4 億円の「損害」は生じない。

したがって、B のみならず、A も損害賠償責任を負わない。

以上