

目次

第1問	定款所定の目的による権利能力の制限	1
第2問	発起設立と募集設立	5
第3問	財産引受けと事後設立	9
第4問	設立中の会社（平成12年第1問）	13
第5問	設立中の会社等（平成22年第1問）	19
第6問	見せ金、設立無効原因	23
第7問	株主平等の原則	27
第8問	名義書換の不当拒絶、株主優待制度	31
第9問	名義書換未了の株式譲受人の権利行使等	35
第10問	株券発行前の株式譲渡の効力、株券発行の不当遅滞の場合	39
第11問	株式の併合、分割、無償割当て	45
第12問	承認を欠く譲渡制限株式の譲渡の効力等	51
第13問	譲渡制限株式（一人会社と取締役会の承認の可否等）	57
第14問	契約による株式譲渡の自由の制限、139条1項但書の解釈	63
第15問	自己株式等（平成20年第1問）	69
第16問	自己株式（平成23年第1問）	75
第17問	自己株式	79
第18問	株券の効力発生時期、子会社の有する親会社株式の法的地位等	83
第19問	業務執行及び監督・監査に関する比較（平成18年第2問改題）	87
第20問	取締役会と株主総会との比較	93
第21問	権限の委譲①	97
第22問	権限の委譲②	101
第23問	議決権行使の代理人を株主に限定する定款規定の効力等	105
第24問	株主総会決議・取締役会決議の瑕疵（平成19年第1問）	109
第25問	株主総会決議の瑕疵（3種の訴えの比較）	113
第26問	裁量棄却等	117
第27問	取締役会の決議の瑕疵	121
第28問	取締役、会計監査人の解任（平成21年第2問）	125
第29問	表見代表取締役（平成17年第1問改題）	131
第30問	経営判断の原則	135
第31問	内部統制システム	139
第32問	代表取締役の専断的行為、権限濫用	143
第33問	取締役の責任、代表取締役の専断的行為等（平成24年第1問）	149
第34問	多額の借財等	153
第35問	競業避止義務①（平成18年第1問）	157
第36問	競業避止義務②	161
第37問	利益相反取引①（平成20年第2問）	165
第38問	利益相反取引②	169
第39問	取締役の報酬①	173
第40問	取締役の報酬②（監査役との比較）	179
第41問	取締役の報酬③	183

第42問	取締役の報酬④（平成25年第2問）	189
第43問	取締役の監視義務等	193
第44問	取締役の行為の差止	197
第45問	代表訴訟（利益供与も含む）①	201
第46問	代表訴訟（利益供与も含む）②（平成22年第2問）	205
第47問	取締役の第三者に対する責任①	209
第48問	取締役の第三者に対する責任②	215
第49問	取締役の第三者に対する責任③	219
第50問	監査役の独立性確保①	225
第51問	監査役の独立性確保②	229
第52問	横すり監査役	233
第53問	監査役の監査権限の範囲等	237
第54問	監査役と会計監査人との関係等	243
第55問	取締役と監査役	247
第56問	設立と募集株式の発行との比較	251
第57問	新株発行の無効の訴えの無効原因	255
第58問	募集株式の発行の差止と無効①	259
第59問	募集株式の発行の差止と無効②	263
第60問	募集株式の発行の差止と無効③（平成21年第1問）	267
第61問	新株発行の無効の訴えの無効原因等（平成25年第1問）	273
第62問	株式と社債	279
第63問	株主総会と社債権者集会	283
第64問	資本金の額の減少	287
第65問	違法配当①（平成23年第2問）	291
第66問	違法配当②	295
第67問	財源規制	299
第68問	情報開示、会社法と金融商品取引法の接点	303
第69問	吸収合併と株式交換	307
第70問	事業譲渡と会社分割（平成19年第2問）	313
第71問	株式買取請求、略式組織再編等（平成24年第2問）	317
第72問	事業譲渡の論点	321
第73問	合併無効原因等	325
第74問	株式の相互保有（平成16年第1問改題）	329
第75問	親子会社①	333
第76問	親子会社②、事業用財産の譲渡	337
第77問	株式会社と合名会社①（投下資本の回収）	343
第78問	株式会社と合名会社②（会社債権者保護）	347
第79問	名板貸	351
第80問	総則の事業譲渡等①	355
第81問	総則の事業譲渡等②、競業避止義務の比較	361
第82問	代表取締役と支配人①	365
第83問	代表取締役と支配人②	369
第84問	表見支配人	373
第85問	利益相反取引（平成26年第1問）	377
第86問	社債管理者（平成26年第2問）	381

第 1 問

次の各問に答えなさい。

- 問 1** 株式会社の代表取締役が、株式会社を代表して、災害救援資金の寄附をなした行為が、定款所定の目的との関係で、会社の権利能力外の行為とされるか否かについて述べなさい。
- 問 2** 株式会社の代表取締役が、株式会社を代表して、災害救援資金の寄附をなした場合に、取締役の忠実義務との関係で問題となる点を述べなさい。

問1	<p>1 定款所定の目的（27条1号）とは、株式会社の目的たる事業をいうが、「災害救援資金の寄附」が、直接、定款目的として記載されることはない。</p>
	<p>そこで、定款所定の目的が会社の権利能力を制限し、株式会社の代表取締役が、株式会社を代表して災害救援資金の寄附をなした行為が、定款所定の目的外の行為として、会社の権利能力外の行為とされるか否かが問題となる。</p>
	<p>2 まず、一般法人法の制定に伴い、民法の法人に関する規定はすべての法人に関する通則的なものとされたことから、株式会社についても民法34条が適用される。そして、会社はその目的達成に有用であるために法人格が付与されるのであり、「権利を有し、義務を負う」という文言からも、民法34条は、法人の権利能力を制限する規定であると解する。このように解することが出資した社員の保護に資することにもなる。</p>
	<p>3 そして、定款所定の目的の範囲内の行為とは、利潤追求のために出資した社員の合理的意思解釈から、定款に明示された目的自体に限局されるものではなく、その目的を遂行するうえに直接又は間接に必要な行為を含み、また、その必要性は、取引安全の見地から、行為の客観的性質に即して抽象的に判断すべきである（判例）。</p>
	<p>4 これを、災害救援資金の寄附についてみると、①会社は、自然人とひとしく社会的実在なのであるから、ある行為が一見定款所定の目的とかかわりがないものであるとしても、会社に、社会通念上期待・要請されるものであるかぎり、その期待・要請にこたえることは、当然になしうところで、このような社会的作用に属する活動は、相当の価値と効果を認めることもでき、間接ではあっても、目的遂行のうえに必要なものであると認められる（判例）。また、②このように解しても、なんら株主等の利益を害するおそれはない。</p>
	<p>5 したがって、株式会社の代表取締役が、株式会社を代表して、災害救援資金の寄附をなした行為は、定款所定の目的との関係で、会社の権利能力外の行為とはされない。</p>
問2	<p>1 株式会社の取締役の忠実義務とは、法令、定款、株主総会の決議を遵守して株式会社のため忠実にその職務を遂行する取締役の義務をいう（355条）。</p>
	<p>2 したがって、取締役が職務上の地位を利用して自己又は第三者の利益のために、災害救援資金の寄附をなした場合には忠実義務違反になると解すべきである。また、そうでない場合にも、災害救援資金の寄附も無制限に認められるわけではなく、取締役が会社を代表して災害救援資金の寄附をなすにあたっては、会社の規模、経営実績その他社会的経済的地位及び寄附の相手方など諸般の事情を考慮して合理的範囲内においてその金額を決すべきであり、よって、この範囲を超えて不相応な寄附をすれば、取締役の忠実義務に違反することになるものと解する。</p>

論 点

定款所定の目的による権利能力の制限

問題提起	<p>定款所定の目的（27条1号）とは、株式会社の目的たる事業をいうが、寄附が、直接、定款目的として記載されることはない。</p> <p>↓ そこで</p> <p>定款所定の目的が会社の権利能力を制限し、株式会社の代表取締役が、株式会社を代表して寄附をなした行為が、定款所定の目的外の行為として、会社の権利能力外の行為とされるか否かが問題となる。</p>
論証	<p>まず、一般法人法の制定に伴い、民法の法人に関する規定はすべての法人に関する通則的なものとされたことから、株式会社についても民法 34 条が適用される。そして、会社はその目的達成に有用であるために法人格が付与されるのであり、「権利を有し、義務を負う」という文言からも、民法 34 条は、法人の権利能力を制限する規定であると解する。このように解することが出資した社員の保護に資することにもなる。</p> <p>↓ そして</p> <p>定款所定の目的の範囲内の行為とは、利潤追求のために出資した社員の合理的意思解釈から、定款に明示された目的自体に限局されるものではなく、その目的を遂行するうえに直接又は間接に必要な行為を含み、また、その必要性は、取引安全の見地から、行為の客観的性質に即して抽象的に判断すべきである（判例）。</p>

ポイント解説

【1】問1の論点について

本論点は、従来、民法の法人に関する規定の類推適用が問題とされてきたが、民法の改正、及び一般社団法人及び一般財団法人に関する法律の制定により、解答例の2の部分について、論証の展開が若干変わっている。

第 2 問

以下の各項目について、発起設立と募集設立とを比較して説明しなさい。

問1 出資に関する規制

問2 創立総会の開催

問3 現物出資財産等の価額が当該現物出資財産等について定款に記載され、又は記録された価額に著しく不足するときの責任について

問1	<p>1 発起設立においては、設立時に出資すべき額、設立時発行株式の数、各発起人が引き受ける株式は、発起人の全員一致で定められる（27条4号、28条1号、32条1項）。</p> <p>募集設立においては、各発起人が引き受ける株式については発起設立と同様の規制があるほか、募集する株式については、引受人保護の観点から、①募集の条件を均等にしなければならないこと（58条3項）、②定款の内容、発起人の出資の状況等を申込みをする者に通知すること（59条1項）、③払込金の保管証明をすべきこと（64条）等の規制が設けられている。</p> <p>2 発起設立において払込金の保管証明が規定されていないのは、①発起設立の手続を簡素化するためであり、また、②発起人が払込取扱銀行等との間で払込金の返還に関する制限をしたために、株式会社の成立後に株式会社の運営のために払込金を使用することができなくても、それは、発起人の自己責任であって保護に値しないからである。これに対して、募集設立において払込金の保管証明が規定されているのは、設立に直接関与しない引受人からの払込金について、同様の事態に陥ることは、引受人の期待を裏切ることになるからである。すなわち、仮装払込に協力した払込取扱銀行等よりも引受人の利益を優先させるべきだからである。</p>
問2	<p>1 創立総会では、役員を選任し（88条）、設立事項（87条1項）及び調査結果の報告（93条2項）がなされる。また、その決議により定款を変更することができる（96条）が、創立総会は、発起設立においては開催されず、募集設立においてのみ開催される。</p> <p>2 これは、募集設立においては、発起人以外の株式引受人にも、設立手続に関与し、その利益を確保する機会を与えるためである。</p>
問3	<p>1 株式会社の成立の時における現物出資財産等の価額が当該現物出資財産等について定款に記載され、又は記録された価額に著しく不足するときは、発起人及び設立時取締役は、当該株式会社に対し、連帯して、当該不足額を支払う義務を負う（52条1項）。</p> <p>これは、株式引受人間の出資の平等を確保するための責任である。</p> <p>2 この場合、発起設立においても、募集設立においても、当該現物出資者又は財産の譲渡を行った発起人は、無過失責任を負う（52条2項柱書）。これらの当事者に、財産の不適切な評価による利得を保有させることは不当だからである。また、これらの当事者以外の発起人等は、検査役の調査を経た場合には責任を免れる（52条2項1号、103条1項）。</p> <p>3 これに対して、上記の当事者以外の発起人等の責任は、発起設立では、発起人自身が他の発起人の行った現物出資の適正さを直接監視することができるため、過失責任である（52条2項2号）のに対し、募集設立では、設立時募集株式の引受人は現物出資をすることができず、直接それを監視することも困難であることから、不公平が生じ易いため、無過失責任とされている。</p>

論 点

発起設立と募集設立との比較（出資に関する規制）

比較	<p>発起設立においては、設立時に出資すべき額、設立時発行株式の数、各発起人が引き受ける株式は、発起人の全員一致で定められる（27条4号、28条1号、32条1項）。</p> <p>↓</p> <p>募集設立においては、各発起人が引き受ける株式については発起設立と同様の規制が適用されるほか、募集する株式については、引受人保護の観点から、①募集の条件を均等にしなければならないこと（58条3項）、②定款の内容、発起人の出資の状況等を申込みをする者に通知をすること（59条1項）、③払込金の保管証明をすべきこと（64条）等の規制が設けられている。</p>
払込金の保管証明	<p>発起設立において払込金の保管証明が規定されていないのは、①発起設立の手続を簡素化するためであり、また、②発起人が払込取扱銀行等との間で払込金の返還に関する制限をしたために、株式会社の成立後に株式会社の運営のために払込金を使用することができないとしても、それは、発起人の自己責任であって保護に値しないからである。</p> <p>↓ これに対して</p> <p>募集設立において払込金の保管証明が規定されているのは、設立に直接関与しない引受人からの払込金について、同様の事態に陥ることは、引受人の期待を裏切ることになるからである。すなわち、仮装払込に協力した払込取扱銀行等よりも引受人の利益を優先させるべきであるからである。</p>

論 点

発起設立と募集設立との比較（創立総会の開催）

比較	<p>創立総会では、役員を選任し（88条）、設立事項（87条1項）及び調査結果の報告（93条2項）がなされる。また、その決議により定款を変更することができる（96条）が、創立総会は、発起設立においては開催されず、募集設立においてのみ開催される。</p> <p>↓</p> <p>これは、募集設立においては、発起人以外の株式引受人にも、設立手続に関与し、その利益を確保する機会を与えるためである。</p>
----	---

ポイント解説**【1】過去問**

株式会社の設立について、発起設立と募集設立とを対比しながら、法律上の問題点を説明しなさい。(会計士試験昭和63年第2問)

上記の問題がそのまま出題されることはないが、本問のように比較の項目を絞った小問形式の問題は出題の余地がある。

ポイント解説**【2】株式会社の設立手続**

会社の設立とは、法律の規定する手続によって営利社団法人たる会社を成立させることである。

株式会社を設立するには、社団法人たる実体の形成として、①団体の根本規則である定款を作成し、②団体の構成員であり、かつ出資者である社員を確定し、③団体の活動の基礎である機関を設けること(役員の選任)、及び、法人格を取得するために、④設立登記をなすことが必要である。

株式会社の設立手続には、二つの方法がある。

発起設立：発起人が設立時発行株式の全部を引き受ける方法

募集設立：発起人が設立時発行株式の一部を引き受け、残余については他から設立時発行株式を引き受ける者を募集する方法。

上記の設立手続のうち、①定款の作成(26条)及び、④設立登記(49条)は、発起設立と募集設立とで異なる。

しかし、出資、役員等の選任、設立手続の調査、発起人の責任などについては、発起設立が発起人の人数が少ないため比較的簡単であるのに対し、募集設立では人的関係のない多数の者が参加するため複雑な手続になっている。

ポイント解説**【3】設立手続の調査**

発起設立の場合、設立時取締役による調査は、成立後の株式会社の円滑な業務の執行等の準備をするという観点から行われることとなり、調査結果に不当な点がある場合に限り、発起人に通知する(46条2項)。

募集設立の場合、設立手続に関与していない引受人が存在ことから、発起人による設立事項の報告(87条1項)に加えて、設立時取締役等が、設立手続に不当な点があるか否かにかかわりなく調査結果を創立総会に報告する(93条2項)。

第 3 問

次の各問に答えなさい。

問 1 財産引受けについて説明しなさい。

問 2 事後設立について説明しなさい。

問1	<p>1 財産引受けとは、発起人が、株式会社のために、株式会社の成立後に特定の財産を譲り受けることを約する契約をいう（28条2号）。</p>
2	<p>財産引受けは現物出資と異なり取引法上の問題であるが、①目的物を過大に評価して多額の対価を与えるならば、その結果株式会社の財産的基礎を危うくして会社債権者を害する。そして、②譲渡人が発起人であれば、他の出資者との間で不公平が生じる。したがって、実質的には現物出資と同様の危険があり、かつ、③これを自由にすれば、現物出資を潜脱する方法として用いられる危険性が大きい。</p>
	<p>そこで、会社法はこれを変態設立事項として、定款に記載し、又は記録させるとともに（28条2号）、原則として、検査役の調査を要求している（33条）。</p>
3	<p>では、定款に記載又は記録がない等法定の要件を満たしていない場合の財産引受けの効力はどうなるであろうか。</p>
	<p>私は、変態設立事項に厳格な規制をした法の趣旨から、法定の要件を欠いた財産引受けは、現物出資と同様、絶対的無効であって追認の余地はないと考える。</p>
問2	<p>1 事後設立とは、株式会社の成立後2年以内に、株式会社の成立前から存在する財産で事業のために継続して使用するものを株式会社の純資産額の5分の1を超える対価で取得する契約をいう（467条1項5号）。</p>
2	<p>事後設立は、①目的物が過大に評価されることにより、株式会社の財産的基礎が害されるおそれがある点では、現物出資や財産引受けと同様である。そして、②事後設立は、契約の日付を操作する等の方法により、財産引受けの潜脱手段として利用されるおそれがある。</p>
	<p>そこで、会社法は事後設立に株主総会の特別決議を要求している（309条2項11号）。</p>
3	<p>その一方で、財産引受けと異なり、検査役の調査は不要とされている。</p>
	<p>これは、取得する財産の価額の適正性の判断が、取締役等の業務執行における最も基本的な判断事項であり、善管注意義務の範囲内で行われるべきものだからである。</p>
4	<p>では、株主総会の特別決議が欠けるなど法定の要件を満たしていない場合の事後設立の効力はどうなるであろうか。</p>
	<p>私は、財産的基礎の確保の観点から、法定の要件を欠いた事後設立は、原則として、無効であると解する。ただし、事後設立は取引行為であって、現物出資や財産引受けとは異なり、株式会社の権利能力の範囲内であることから、無権代理に準ずるものとして民法113条の類推適用により追認可能であると解する。そして、その際には株主総会の特別決議が必要であると解する。これにより法律上必要な要件が満たされるからである。</p>

論 点

財産引受け

定義	財産引受けとは、発起人が、株式会社のために、株式会社の成立後に特定の財産を譲り受けることを約する契約をいう（28条2号）。
趣旨 ↓ 規制	<p>財産引受けは現物出資と異なり取引法上の問題であるが、①目的物を過大に評価して多額の対価を与えるならば、その結果株式会社の財産的基礎を危うくして会社債権者を害する。そして、②譲渡人が発起人であれば、他の出資者との間で不公平が生じる。したがって、実質的には現物出資と同様の危険があり、かつ、③これを自由にすれば、現物出資を潜脱する方法として用いられる危険性が大きい。</p> <p>↓ そこで</p> <p>会社法はこれを変態設立事項として、定款に記載し、又は記録させるとともに（28条2号）、原則として、検査役の調査を要求している（33条）。</p>
違反の効力	<p>では、定款に記載又は記録がない等法定の要件を満たしていない場合の財産引受けの効力はどうなるか。</p> <p>↓</p> <p>私は、変態設立事項に厳格な規制をした法の趣旨から、法定の要件を欠いた財産引受けは、現物出資と同様、絶対的無効であって追認の余地はないと考える。</p>

ポイント解説

【1】現物出資（参考）

1 定義

金銭以外の財産をもってする出資のこと（28条1号）をいい、会社設立時においては、発起人のみが現物出資をすることができる（34条1項と63条1項を比較）。

2 趣旨

目的財産の過大評価によって、会社の財産的基礎が害される危険がある。また、現物出資は財産の評価を避けて通れないため、他の出資者と現物出資者との間に不公平が生ずるおそれがある。

3 規制

設立に際して現物出資をする者がある場合には、定款に、①現物出資をする者の氏名又は名称、②現物出資の対象となる財産、③その者に対して割り当てる設立時発行株式の数を記載又は記録し（28条1号）、原則として、定款に定めた価格の相当性について、裁判所の選任する検査役の調査を受けることが要求されている（33条1項）。

4 違反の効果

定款の記載を欠く現物出資は、絶対的無効であり、財産引受の場合と異なり、追認の余地はない。なぜなら、現物出資は、社団法上の設立行為であって、取引行為ではないため、取引の安全を図る必要はなく、また、成立後の会社が自己の設立行為を自らが追認してその瑕疵を治癒することは背理だからである。

第 4 問

株式会社（以下「会社」という。）の発起人は、設立登記前に、成立後の会社のために次の行為をすることができるか、述べなさい。

問 1 営業用の財産を会社成立後に譲り受ける契約を締結すること。

問 2 使用人となるべき者との間で雇用契約を締結すること。

（会計士試験平成 12 年第 1 問）

問1	1 会社は、設立登記前にはまだ権利能力を有しないが（49条）、設立中の会社として存在するものと解されている。それは自らが会社として成立することを目的とする権利能力のない社団であり、発起人はその執行機関である。
	そして、設立中の会社が成長、発展し権利能力を付与されて完全な会社となるのであるから、設立中の会社と成立後の会社とは実質的に同一の存在である（同一性説）。
	したがって、会社の発起人が、設立登記前に、成立後の会社のためにいかなる行為をすることができるとは、設立中の会社の執行機関としての発起人の権限の範囲にかかわる問題である。
	では、発起人の権限の範囲について、どのように解すべきであろうか。
	2 この点に関し、設立の目的を事業活動に適した実体形成を円滑迅速に行わせることにありと解し、発起人のなす開業準備行為も発起人の権限の範囲内の行為であると解する説もある。
	しかし、発起人の権限の範囲を広く解する説は、説明の便宜のための技術的概念に過ぎない「設立中の会社」の概念を実体視しすぎ、成立時の会社の財産的基礎を危うくする可能性を含んでいる。
	そもそも、設立中の会社は、会社として成立することを唯一の目的とするものである。そこで、発起人の権限の範囲もその目的によって定められるべきであると解する。
	とすれば、発起人は会社設立のために直接必要な行為を当然にすることができる。また、設立のために事実上必要な行為をする権限が発起人にないというのは不当である。
	したがって、発起人は会社設立のために法律上・経済上必要な行為まですることができる
	と解する。
	3 本問の発起人の締結した契約は、会社成立を条件に財産を譲り受ける行為であるため、財産引受けに当たる。この財産引受けは、設立のために法律上・経済上必要な行為には当たらない。
	これは、本来は発起人の権限の範囲外の行為であるが実際上の必要性から、定款への記載又は記録等（28条2号、33条等）を要件として、法が特に発起人に認めた権限であると考えられる。
	したがって、定款への記載等の法定要件を充足すれば、会社の発起人は、設立登記前に、営業用の財産を会社成立後に譲り受ける契約を締結することができる。
問2	1 会社が使用人となるべき者との間で雇用契約を締結することは、開業準備行為の一種であり、設立のために法律上・経済上必要な行為には当たらない。
	2 そして、財産引受けと異なり、これを認める規定もないことから、定款の記載又は記録の有無にかかわらず、会社の発起人は、成立前において、使用人となるべき者との間で雇用契約を締結することができない。

論 点

発起人の権限の範囲

<p>問題提起</p>	<p>会社は、設立登記前にはまだ権利能力を有しないが（49条）、設立中の会社として存在するものと解されている。それは自らが会社として成立することを目的とする権利能力のない社団であり、発起人はその執行機関である。</p> <p>↓ そして</p> <p>設立中の会社が成長、発展し権利能力を付与されて完全な会社となるのであるから、設立中の会社と成立後の会社とは実質的に同一の存在である（同一性説）。</p> <p>↓ したがって</p> <p>会社の発起人が、設立登記前に、成立後の会社のためにいかなる行為をすることができるかは、設立中の会社の執行機関としての発起人の権限の範囲にかかわる問題である。</p> <p>↓ では</p> <p>発起人の権限の範囲について、どのように解すべきであろうか。</p>
<p>反対説 ↓ 批判 ↓ 自説</p>	<p>この点に関し、設立の目的を事業活動に適した実体形成を円滑迅速に行わせることにありと解し、発起人のなす開業準備行為も発起人の権限の範囲内の行為であると解する説もある。</p> <p>↓ しかし</p> <p>発起人の権限の範囲を広く解する説は、説明の便宜のための技術的概念に過ぎない「設立中の会社」の概念を実体視しすぎ、成立時の会社の財産的基礎を危うくする可能性を含んでいる。</p> <p>↓ そもそも</p> <p>設立中の会社は、会社として成立することを唯一の目的とするものである。そこで、発起人の権限の範囲もその目的によって定められるべきであると解する。</p> <p>↓ とすれば</p> <p>発起人は会社設立のために直接必要な行為を当然にすることができる。</p> <p>↓ また</p> <p>設立のために事実上必要な行為をする権限が発起人がないというのは不当である。</p>
<p>結論</p>	<p>したがって、発起人は会社設立のために法律上・経済上必要な行為まですることができる。と解する。</p>

ポイント解説**【1】設立中の会社**

通説は、設立中の会社という概念を認め、それが成長発展して法人格を取得することによって完全な会社となるのであり、したがって、設立中の会社と成立後の会社とは実質的には同一のものであるとして、発起人のなした行為の効果が、何ら特別の手續を要することなく、成立した会社に帰属すると説明している（同一性説）。判例も、同一性説に立つ（最判昭 42.9.26）。また、この設立中の会社の性質は権利能力のない社団であると解されている。

ポイント解説**【2】設立中の会社の実質的権利能力の範囲（学説の整理）**

設立中の会社を観念するのであれば、発起人のなした行為の効果が設立中の会社の実質的に帰属することが必要である。そこで、設立中の会社が実質的に権利義務の帰属主体となりうる範囲（設立中の会社の実質的権利能力の範囲）を確定する必要がある。この点に関しては、設立中の会社の目的をどう解するかによって立場が分かれる。

なお、解答例では、この点については、記述していない。

A 法人格の取得の範囲内に制限されるとする見解

（理由）

- ① およそ団体はその目的の範囲内において権利能力を有するところ、設立中の会社は自らが会社として成立することを目的とする。
- ② 清算中の会社の権利能力が清算の目的の範囲内に限定されること（476 条参照）に対応させるべきである。

B 開業準備行為にまで及ぶとする見解

（理由）

- ① 設立中の会社は、単に自らが会社として成立することのみを目的とするものでなく、事業開始可能な状態を目的としている。
- ② 実質的権利能力の範囲を広く認めることが、会社の便宜にも適うし、広く認めても発起人の権限を制限すれば、問題はない。

ポイント解説

【3】発起人の権限の範囲（学説の整理）

成立後の会社にどこまでの行為が帰属するかを確定するためには、発起人の権限の範囲を確定する必要がある。

A 会社の形成・設立それ自体を直接の目的とする行為に限られるとする見解

（理由）

発起人の権限濫用により、設立されるべき会社に負担がかかることを極力防ぐことが株式会社設立法規の主要な立法目的である。

（批判）

設立中の会社を認める以上、その機関たる発起人の権限をこのように狭く解する必要はない。

B 会社の設立に法律上・経済上必要な行為も含まれるとする見解

（理由）

- ① A説・C説に対する批判参照。
- ② 設立段階で開業準備行為の一つである財産引受行為が認められていることは、設立に必要な取引行為までは少なくとも認める趣旨と解される。

C 開業準備行為も含まれるとする見解

（理由）

株式会社の目的が一定の営業をなすことにある以上、営業をなし得る状態にある会社を創設することが会社の設立であるから、A説、B説の認める権限の他に開業準備行為も発起人の権限に含まれると考えるべきである。

（批判）

開業準備行為が無制限に発起人の権限に属するとすれば、その行為の効果はすべて成立後の会社に帰属し、会社にとって危険であり、設立に関する厳格な規定の趣旨に反する。

* この説の中には、財産引受に関する会社法の規定（28条2号等）を開業準備行為一般に類推適用する見解もある。

通説的な見解は、設立中の会社の概念を認めているが、発起人の権限の範囲を広く解する見解は、説明の便宜のための技術的概念に過ぎない「設立中の会社」の概念を実体視しすぎ、成立時の会社の財産的基礎を危うくする可能性を含んでいると批判し、設立中の会社の機関の権限の範囲として成立後の会社に帰属するのは、法人の形成それ自体を直接の目的とする行為（定款の作成、取締役の選任等）のみに限定されるとする立場も近時有力である。