

2-1 設立手続の概要

1 【準則主義】

1. 設立に関する立法主義

(1) 特許主義

公共性の非常に高い法人の設立手続に用いられ、特別な立法があって初めて法人を設立できる。
ex. 電力会社、ガス会社

(2) 許可(認可)主義

公共性のやや高い法人の設立手続に用いられ、主務官庁の許可または認可を必要とする。
ex. 学校法人、宗教法人

(3) 準則主義

法の定めた手続(= 準則(= 条文))を遵守すれば誰でも法人を設立できる。
ex. 株式会社、合名会社、合資会社、合同会社

2. 株式会社設立に関する準則の特徴

株式会社は、間接有限責任を負う株主だけで構成される会社であるので、会社債権者を保護するために、会社財産の確保が強く要請される。それゆえ、株式会社の設立に関する準則は、そのほとんどが会社財産確保に関する準則となっている。

2 【設立手続の主体】

1. 発 起 人(会法26、会法27五)

発起人とは、定款に署名(または電子署名)した者であり、会社設立のコーディネーターである。発起人の資格に制限はない(法人や未成年者、成年後見人等も可)。
発起人の責任は重大であるので、その範囲を明確にするために、形式的に決定される(判例)。

※ 成年被後見人、被補佐人、被補助人
未成年者

2. 発起人組合

発起人組合とは、定款作成に先立ち、発起人相互間で締結される会社設立を目的とした組合契約(民667条)である。
発起人が複数の場合、発起人間で、どんな会社を作るのか、設立手続を誰がどのように分担して行なうか等を約束する。各発起人はこの発起人間の契約で決められたとおりに役割を分担し、設立手続を進める義務(債務)を負い、この義務(債務)の履行として設立手続を進める。
発起人組合では、組合員の過半数の賛成で組合の業務執行が決定される(民670①)。

3 【発起設立と募集設立】

1. 発起設立(会法25①一)

発起設立とは、発起人が設立時発行株式の全部を引き受けて、株式会社を設立する方法である。

2. 募集設立(会法25①二)

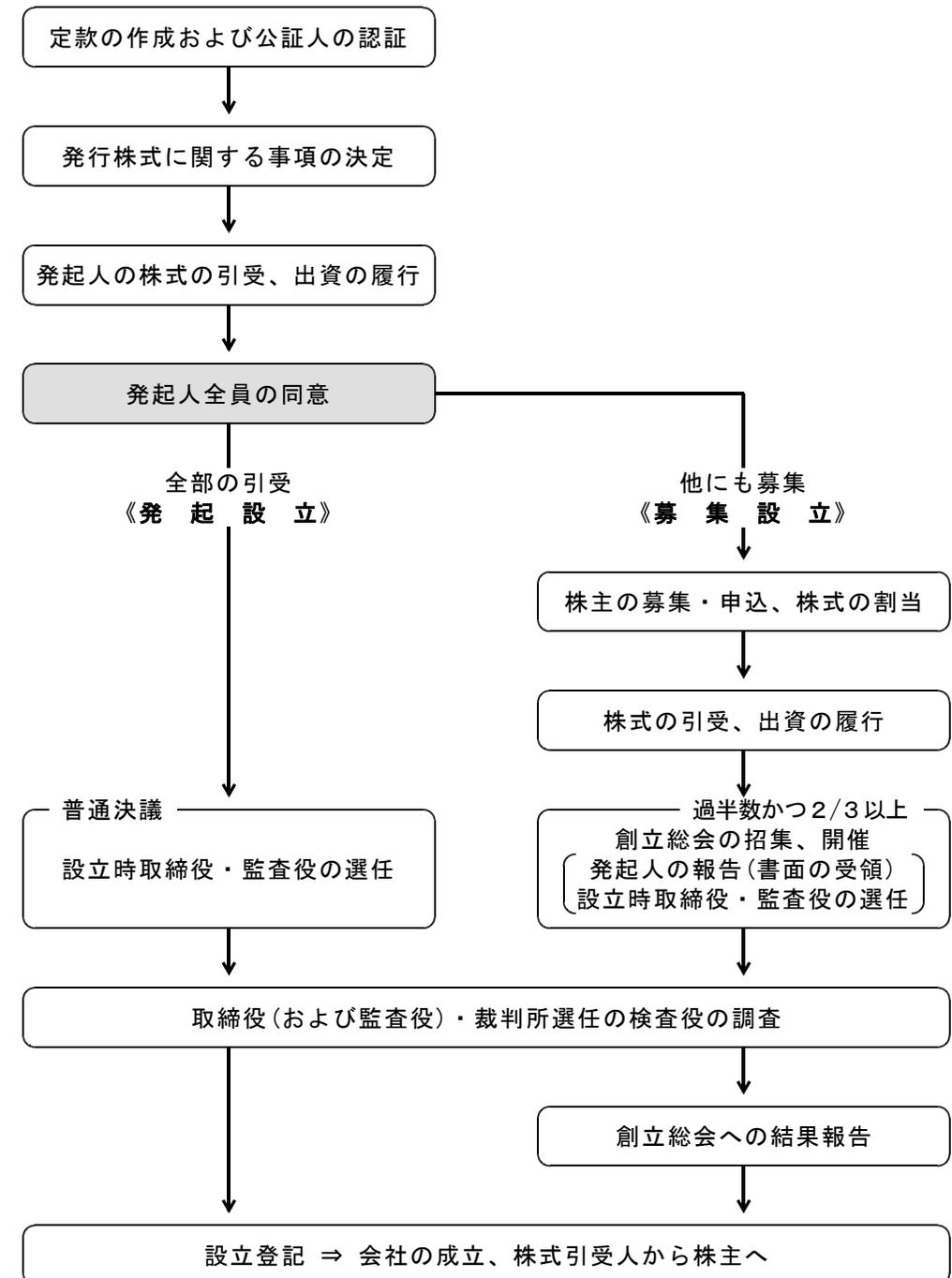
募集設立とは、発起人は設立時発行株式の一部を引き受けるほか、他からも引受人を募集して株式会社を設立する方法である。

3. 各発起人の株式の引受(会法25②)

各発起人は、株式会社の設立に際し、設立時発行株式を1株以上引き受けなければならない。

※ 設立時発行株式とは、株式会社の設立に際して発行する株式をいう。

4 【株式会社の設立手続の流れ】



2-2 設立の手續

1 【定款の作成】

1. 定款の記載事項(会法26①②)

定款とは、会社の組織や活動についての「根本規則」である。発起人は定款を作成し、全員がこれに署名(または記名押印)しなければならない(電磁的記録&電子署名でも可)。

(1) 絶対的記載事項(会法27)

絶対的記載事項とは、定款に必ず規定しておかなければならない事項であり、その規定を欠く場合には、定款自体が無効となる。

①目的(会法27①一)

②商号(会法27①二)

③本店の所在地(会法27①三)

④設立に際して出資される

財産の価額またはその最低額(会法27①四)

⑤発起人の氏名または名称および住所(会法27①五)

⑥発行可能株式総数(会法37①)

定款認証までに

登記 ⇒ 設立までに

※ 発行可能株式総数が定款に記載されていない場合には、会社成立の時までに、発起人全員の同意により、定款を変更して定めなければならない(会法37①)。

(2) 相対的記載事項(会法28、会法29)

相対的記載事項とは、定款に規定しなくても定款自体は有効であるが、定款で定めない限りその事項の効力が認められない事項である。

①変態設立事項(会法28)

②株式の内容についての特別の定め(会法107②)

③異なる種類の株式に関する定め(会法108②)

④自己株式取得の取締役会への授権(会法165②)

⑤相続人等に対する売渡しの請求に関する定め(会法174)

⑥単元株式数の定め(会法188①)

⑦株券の発行(会法214)

⑧株主総会の権限の定め(会法295②)

⑨株主総会および取締役以外の機関の設置(会法326②)

⑩取締役の任期短縮(会法332①但書)

⑪累積投票の排除(会法342①)

⑫取締役会の決議方法(会法369)

⑬取締役による役員等の責任の免除に関する定め(会法426①)

(3) 任意的記載事項(会法29)

任意的記載事項とは、定款に記載せずに、会社の規則等の定款外で定めても効力を生じるが、その事項を明確にする目的で定款に規定される事項である。

定款変更の手續を経ないと変更できないので、敢えて定款に規定されることが多い。

①基準日(会法124)

②株主総会の議長(規定なし)

③取締役・監査役の報酬(会法361①、会法387①)

※ 公告の方法について定款に記載がない場合は、官報が公告方法となる(会法939④)。この場合、合併等の企業再編行為や減資を行う際の個別催告を省略することができない(会法789③)。

2. 定款の認証(会法30①)

作成した定款は公証人の認証を受けなければならない、認証を受けていない定款は、無効である。

3. 定款の変更

(1) 株式会社の成立前(会法30②)

公証人の認証を受けた定款は、以下の場合を除き、変更することができない。

①変態設立事項

・検査役の調査結果に基づき、裁判所が変態設立事項を変更する決定をした場合(会法33⑦)
⇒ 発起人は、裁判所の決定の確定後 1週間以内に限り、設立時発行株式の引受の意思表示を取り消すことができる(会法33⑧)

・意思表示の取消に伴い、発起人全員の同意により、裁判所の決定の確定後1週間以内に、裁判所が変更した変態設立事項を廃止する場合(会法33⑨)

②発行可能株式総数に関する事項

・発起人全員の同意により、発行可能株式総数を定める場合(会法37①)

・発起人全員の同意により、原始定款記載の発行可能株式総数を変更する場合(会法37②)

(2) 募集設立時の定款変更(会法95、会法96)

募集設立時には、払込期日(または払込期間の初日)のうち最も早い日以降、発起人は定款の変更をすることができないが、創立総会の決議により定款を変更することはできる。

(3) 株式会社の成立後(会法309②十一、会法466)

株主総会の特別決議により定款を変更する。

4. 定款の備置きおよび閲覧等

(1) 備置き(会法31①)

発起人は、定款を、発起人が定めた場所に備え置かなければならない。

(2) 発起人等の閲覧・謄写請求(会法31②)

発起人は、発起人が定めた時間内は、いつでも、定款書面(または電磁的記録された事項)の閲覧および謄写等を請求することができる(謄写等の費用は請求人の負担)。
募集設立時には、募集株式の引受人も、この請求をすることができる(会法102①)。

(3) 株式会社の成立後(会法31①②)

株式会社は、定款を本店および支店に備え置かなければならない。

株式会社の株主および債権者は、その株式会社の営業時間内はいつでも、定款書面等の閲覧および謄写等を請求することができる(謄写等の費用は請求人の負担)。

(4) 親会社社員の閲覧・謄写請求(会法31③)

株式会社の成立後において、親会社社員がその権利を行使するため必要があるときは、裁判所の許可を得て、定款書面等の閲覧および謄写等を請求することができる。

(5) 支店における定款の備置きの省略(会法31④)

定款が電磁的記録で作成され、支店での閲覧および謄写等の請求に応じることを可能とするための一定措置をとっている場合には、定款の備置きは本店のみでよい。

2【発行株式に関する事項の決定】

1. 原則(会法32①)

発起人は、定款に定めがある場合を除き、次の事項を定めるときは、発起人全員の同意を得なければならない。

- ①発起人が割当てを受ける設立時発行株式の数
- ②発起人が割当てを受ける設立時発行株式と引換えに払込む金銭の額
- ③成立後の株式会社の資本金および資本準備金の額に関する事項

2. 種類株式の内容の決定(会法32②)

発起人が割当てを受ける設立時発行株式が、会法108③前段規定(内容は発行時に決議する)による定款の定めがあるものであるときは、発起人全員の同意により、その設立時発行株式の内容を定めなければならない。

3. 発行可能株式総数の決定

発行可能株式総数を定款で定めていない場合には、株式会社成立の時までに、定款を変更してこの定めを設けなければならない。

①発起設立(会法37①②)

発起人全員の同意により、この定めを設けなければならない。

なお、発起人全員の同意により、原始定款記載の発行可能株式総数を変更することもできる。

②募集設立(会法98)

創立総会決議により、この定めを設けなければならない。

(3) 閉鎖会社の特例(会法37③)

①公開会社では、設立時発行株式総数は発行可能株式総数の1／4以上でなければならない。

②閉鎖会社では、設立時発行株式総数はいくらでも良い。

3【発起人による株式の引受け、出資の履行】

1. 発起人による株式の引受け(会法25①②)

発起人は、発起設立のときは全株式(募集設立のときは、少なくとも1株)を引受ける。

2. 払込み(会法34①②)

発起人は、設立時発行株式の引受後、遅滞なく、銀行等の払込取扱場所において、出資金額の全額の払込み、金銭以外の財産の全部の給付をしなければならない。

なお、発起人全員の同意があるときは、株式会社成立後の移転登記等でも可。

3. 失権(会法36①②③)

発起人は、出資の履行をしていない発起人に対し、期日を定めて、その期日の2週間前までに失権予告付催告をしなければならない。この期日までに出資の履行がないときに、失権する。

4【発起設立における設立時取締役・監査役の選任等】

1. 設立時取締役等の選任および解任

(1) 選任(会法38①②③)

発起人は、出資の履行完了後、遅滞なく、設立時取締役(会計参与、監査役、会計監査人)を選任しなければならない。この選任は、発起人の議決権の過半数をもって決議する(会法40①)。

選任権付種類株式を引受けた発起人による設立時取締役または設立時監査役の選任は、その種類の設立時発行株式の議決権の過半数をもって決議する(会法41①③)。

なお、設立時役員等として定款に定められた者は、出資の履行完了時に、選任されたものとみなす。

(2) 任期

概念として設立手続終了まで(それ以降は取締役、監査役に就任)。

(3) 解任(会法42)

発起人は、株式会社の成立の時までの間、設立時役員等(定款に定められた者を含む)を解任することができる。

この解任は、発起人の議決権の過半数(設立時監査役の解任は議決権の3分の2以上の多数)をもって決定する(会法43①)。

(4) 解任の特則(会法44①②⑤、会法108①九、会法108②九)

選任権付種類株式の決議により選任された設立時取締役または設立時監査役の解任は、その設立時発行種類株式の議決権の過半数(設立時監査役の解任は2／3以上の多数)をもって決議する。

ただし、選任権付種類株式の決議により選任された設立時役員等の解任につき、発起人の議決権の過半数(監査役は2／3以上の多数)をもって決議できる旨を定款に定めることができる。

(5) 選任または解任効力についての特則(会法45①、会法108①八、会法108②八)

拒否権付種類株式を発行する場合において、その種類株主総会の決議を必要とする旨の定款の定めがあるときは、その種類の設立時発行株式の議決権の過半数をもってする決定がなければ、効力を生じない。

(6) 議決権(会法40②③、会法41②③、会法43②③、会法44③④、会法45①)

設立時役員等の選任または解任の決議にあたり、発起人は、出資の履行をした設立時発行株式1株(または1単元の設立時発行株式)につき1個の議決権を有する。

なお、役員等の全部(または一部)の選任または解任について、議決権行使ができない内容の種類の設立時発行株式については、設立時役員等の選任または解任についても、議決権行使ができない。

2. 設立時取締役等の員数や資格(会法39)

設立時取締役、設立時監査役の員数や資格は、株式会社成立後の機関の員数や資格と同じ。

5 【募集設立における引受人の募集等】

1. 募集の方法(会法57、会法58①②)

発起人は、募集の都度、発起人全員の同意により、次の事項を定め、設立時発行株式を引き受ける者を募集することができる。

- ① 設立時募集株式の数(種類株式発行会社では、その種類および種類ごとの数)
- ② 設立時募集株式の払込金額(設立時募集株式一株と引換えに払込む金銭の額をいう。)
- ③ 設立時募集株式と引換えにする金銭の払込みの期日(またはその期間)
- ④ 一定の日までに設立登記がされない場合には、設立時募集株式の引受けの取消しができることとするときは、その旨およびその一定の日

なお、この条件は、募集ごと(種類株式発行会社であるときは、種類および募集ごと)に均等でない(会法58③)。

2. 募集株式に係る事項の通知と株式の申込み、割当て

(1) 募集株式に係る事項の通知(会法59①②)

発起人は、発起人全員の出資(または失権期日)後、設立時募集株式の引受けの申込みをしようとする者に対し、次の事項を通知しなければならない。

- ① 定款の認証の年月日およびその認証をした公証人の氏名
- ② 原始定款の絶対的記載事項、変態設立事項、設立時発行株式、設立時募集株式に関する事項
- ③ 発起人が出資した財産の価額
- ④ 設立時募集株式の払込みの取扱いの場所
- ⑤ その他法務省令で定める事項

(2) 株式の申込み(会法59③④)

設立時募集株式の引受けの申込みをする者は、次の事項を記載した書面を発起人に交付しなければならない(発起人の承諾があれば、電磁的方法も可)。

- ① 申込みをする者の氏名(または名称)および住所
- ② 引受けようとする設立時募集株式の数

(3) 株式の割当て(会法60①②)

発起人は、申込者の中から設立時募集株式の割当てを受ける者、その者に割当てる株式数を任意に定め(割当自由の原則)、払込期日(または払込期間の初日)の前日までに、申込者に対し、割り当てた株式の数を通知しなければならない。

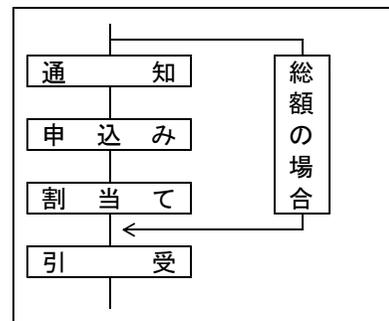
発起人は、申込者に割当てる設立時募集株式の数を、申込数よりも減少することができる。

3. 総額引受の特則(会法61)

株式を引受けようとする者が、設立時募集株式の総数を引受ける契約を締結する場合は、この通知、申込み、割当てに関する規定は適用されない。

4. 株式の引受け(会法62)

募集株式の申込をした者は、発起人の割当てた数(総額引受の場合は、引受けた数)の設立時募集株式の引受人となる。



5. 出資の履行、失権

(1) 出資の履行(会法63①)

設立時募集株式の引受人は、金銭の払込みの期日(または期間内)に、発起人が定めた銀行等において、払込金額の全額の払込みを行わなければならない。

(2) 募集株式の引受人の失権(会法63③)

設立時募集株式の引受人は、払込みをしないときは、当然に失権する。

6. 払込金の保管請求(会法64)

募集設立時には、発起人は、出資払込の取扱銀行に対し、株式払込金保管証明書の交付を請求することができる。

この保管証明書を発行した銀行等は、その金額が事実と異なることや、払込金の返還に制限があることについて、成立後の株式会社に対抗できない。

⇒ 記載した金額の全額を、株式会社に引き渡さなければならない。

	発 起 人	募集株式の引受人
出資の履行	① 株式引受後遅滞なく	① 払込期日(または期間内)
	① 銀行等にて、出資金銭の全額の払込み ② 金銭以外の財産の全部の給付(発起人全員の同意により、登記等は株式会社の成立後でも可)	① 発起人が定めた銀行等にて、払込金額の全額の払込み
失 権	① 出資の履行をしていない発起人に対して、失権期日の2週間前までに失権予告付催告 ② 失権期日までに出資の履行がないときに、失権する	① 払込みをしないときは、当然に失権する

※ 発起人の失権により1株も取得されなくなると、株式会社の設立無効原因となる。一方、募集株式が1株も引受けられなくとも打切発行が認められており、株式会社は有効に成立し得る。

	発 起 設 立	募 集 設 立
登記添付書類	「残高証明書」や「通帳コピー」等で足りる	「払込金保管証明書」が必要

6 【募集設立における創立総会】

1. 創立総会の権限(会法66)

創立総会とは、設立時株主(株式引受人)全員で構成される、設立中の株式会社の最高意思決定機関である。創立総会は、以下の事項に限り、決議をすることができる。

(1) 株式会社の設立の廃止、創立総会の終結その他株式会社の設立に関する事項(会法66)

(2) 発起人からの報告の聴取等(会法87)

発起人は、株式会社の設立に関する事項を創立総会に報告しなければならない。また、次の事項を記載した書面等を創立総会に提出等しなければならない。

①変態設立事項に関する検査役の報告の内容

②現物出資等に関して検査役の調査が不要とされた場合の弁護士等の証明の内容

(3) 設立時取締役等の選任(会法88、会法89)および解任(会法91、会法92②③)

創立総会は設立時取締役(会計参与、監査役または会計監査人)を選任する。定款記載により設立時取締役の選任を累積投票によることができる。

株式会社の成立の時までの間、設立時取締役等は、創立総会の決議により解任することができる。選任権株主が選任した設立時取締役等の解任も、定款記載により、創立総会の決議回。

(4) 定款の変更(会法96、会法97)

創立総会は、その決議によって、変態設立事項を含む定款の規定を変更することができる。変態設立事項に関する定款規定を変更した場合には、その変更に対抗した設立時株主は、その決議後2週間以内に限り、その設立時発行株式の引受けを取り消すことができる。

なお、発起人は、設立時募集株式の払込期日または払込期間の初日のいずれか早い日以後は、定款の変更をすることができない(会法95)。

2. 創立総会の招集

(1) 招集の時期(会法65)

発起人は、設立時募集株式の払込期日(または払込期間の末日)のうち最も遅い日以後、遅滞なく、創立総会を招集しなければならない。なお、必要があるときは、いつでも招集できる。

(2) 招集手続(会法67～会法71)

発起人が創立総会を招集する。招集についての他の規定は、通常の株主総会と同じ。

①創立総会を招集する場合に決定すべき事項(⇒会法298参照)

②創立総会の招集の通知(⇒会法299参照)

③招集手続の省略(⇒会法300参照)

④創立総会参考書類および議決権行使書面の交付等(⇒会法301、会法302参照)

3. 創立総会の議決権(会法72)

(1) 議決権の数(会法72①)

設立時株主は、その引受けた設立時発行株式1株(または1単元の設立時発行株式)につき、1個の議決権を有する(⇒会法308①参照)。

(2) 議決権の制限

①議決権制限株式(会法72②③)

議決権制限株式を引受けた設立時株主は、議決権行使できる事項と、設立の廃止に限り、議決権を行使することができる。

②相互保有株式(会法72①)

総株主の議決権の1/4以上を有すること、その他の事由を通じて成立後の株式会社がその経営を実質的に支配することが可能となる関係にあるものとして法務省令で定める設立時株主(被支配者)は、その設立中の株式会社(支配会社)の議決権を行使できない。

4. 創立総会の決議方法(会法73①)

創立総会において行使できる議決権の過半数であって、出席議決権の2/3以上の多数をもって行う(⇒特別決議より重い)。

【例 外】

(1) 発行する全部の株式の内容として、株式譲渡制限の定めを設ける定款変更(会法73②)
特殊決議

(2) 発行する全部の株式の内容として、取得条項の定めを設ける定款変更(会法73③)
設立時株主全員の同意

5. 議決権の行使方法・議事運営(会法74～会法83)

発起人が創立総会の議事運営に当たる。議決権の行使方法・議事運営についての規定は、通常の株主総会と同じ。

①代理行使(⇒会法310参照)

②書面による議決権の行使(⇒会法311参照)

③電磁的方法により議決権の行使(⇒会法312参照)

④議決権の不統一行使(⇒会法313参照)

⑤発起人の説明義務(⇒会法314参照)

⑥議長の権限(⇒会法315参照)

⑦延長または続行の決議(⇒会法317参照)

⑧議事録(⇒会法318参照)

⑨決議の省略(⇒会法319参照)

⑩報告の省略(⇒会法320参照)

⑪拒否権付き種類株式(⇒会法323参照)

6. 種類創立総会の招集

(1) 招集が必要とされる場合

発起人は、以下の決議をする場合には、種類創立総会を招集しなければならない。

①拒否権付き種類株式の株主による承認決議(会法84)

②取締役・監査役選任権株式の株主による設立時取締役・監査役の選任決議(会法90①②)

③種類創立総会で選任された設立時取締役・監査役の解任決議(会法92①③)

④ある種類の株式を譲渡制限株式または取得条項付株式とする定款変更決議(会法100①)

⑤ある種類の種類株主に損害を及ぼすおそれがある定款変更決議(会法101①)

(2) 種類創立総会の決議方法

種類創立総会において議決権行使できる議決権の過半数の出席で、出席議決権の2/3以上の多数(特別決議)をもって行う(会法85②)。

【例 外】

ある種類の株式を譲渡制限株式または取得条項付株式とする定款変更の決議(会法85③)
特殊決議(種類創立総会において議決権行使できる種類株主の半数以上の出席で、
出席議決権の2/3以上の多数)

(3) 創立総会に関する規定の準用(会法86)

①招集手続(会法67～会法71)

②議決権の数(会法72①)

③議決権の行使方法・議事運営(会法74～会法82)

種類創立総会に準用する。

7 【設立時取締役等による調査、通知・報告】

1. 設立時取締役等による調査(会法46①、会法93①)

設立時取締役(監査役設置会社では、設立時取締役および設立時監査役)は、その選任後遅滞なく、次の事項を調査しなければならない。

- ① 検査役の調査が不要とされる現物出資財産等につき、定款に記載(または記録)された価額が相当であること。
- ② 検査役の調査が不要とされる現物出資財産等につき、弁護士等の証明が相当であること。
- ③ 出資の履行が完了していること。
- ④ 株式会社の設立の手續が法令または定款に違反していないこと

2. 通知・報告

(1) 発起設立の場合(会法46②③)

設立時取締役等は、調査の結果、法令や定款に違反し、または不当な事項があると認めるときは、その旨を発起人に通知しなければならない。
また、委員会設置会社である場合には、調査を終了した旨、通知をしたときはその旨およびその内容を設立時代表執行役に通知しなければならない。

(2) 募集設立の場合(会法93②③)

設立時取締役等は、調査の結果を創立総会に報告しなければならず、創立総会において調査に関する事項について説明を求められた場合には、必要な説明をしなければならない。
なお、設立時取締役等の全部(または一部)が発起人であるときは、創立総会において調査をする者を選任することができ、選任された者が必要な調査および結果報告を行う(会法94)。

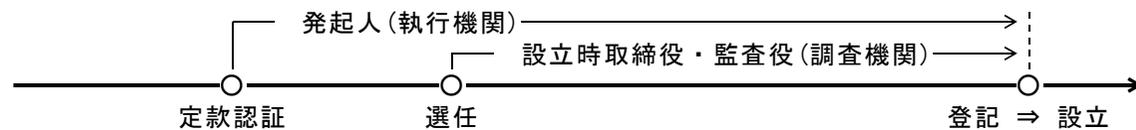
8 【設立時代表取締役等の選定】

1. 設立時代表取締役の選定(会法47)

取締役会設置会社(委員会設置会社を除く)である場合には、設立時取締役は、設立時取締役の中から設立時代表取締役を選定しなければならない。また、設立時取締役は、会社の成立の時までの間、設立時代表取締役を解職することができる。
この選定および解職は、設立時取締役の過半数をもって決定する。

2. 執行役等の選任(会法48)

委員会設置会社である場合には、設立時取締役は、設立時委員を選定、設立時執行役を選任、設立時代表執行役を選定しなければならない。また、設立時取締役は、会社の成立の時までの間、これらの者を解職または解任することができる。
この選定(または選任)、解職(または解任)は、設立時取締役の過半数をもって決定する。



9 【設立登記】

1. 株式会社の成立(会法49、会法50①、会法102②)

株式会社は、その本店所在地において設立登記することにより、法人格を取得して成立する。この株式会社の成立の時に、発起人(または設立時募集株式の引受人)は株主となる。また、設立登記には次の付随的効果を伴う。

- ① 株式引受の無効の主張および取消が制限される(会法51②、会法102④)。
- ② 権利株の譲渡制限が解除される(会法50②、会法63②)。
- ③ 株券の発行が許容される(会法215①)。
- ④ 貸借対照表を作成しなければならない(電磁的記録でもよい。会435①③)。

2. 株式引受の無効、取消の制限

意思表示の瑕疵に関する民法の規定を株式引受契約にそのまま適用すると、会社成立後に株式の引受のない部分が発生し、資本充実を害するばかりか、会社の設立が無効となる場合もある。そこで、会社法は利害関係人の利益を保護するべく、民法の規定の適用を制限している。

(1) 発起人

① 心裡留保および通謀虚偽表示の規定の不適用(会法51①)

心裡留保(民93但書)および通謀虚偽表示(民94①)の規定は、設立時発行株式の引受の意思表示については適用しない。

② 引受の無効または取消の制限(会法51②)

発起人は、株式会社の成立後は、錯誤を理由として設立時発行株式の引受の無効を主張し、または詐欺もしくは強迫を理由として設立時発行株式の引受の取消をすることができない。

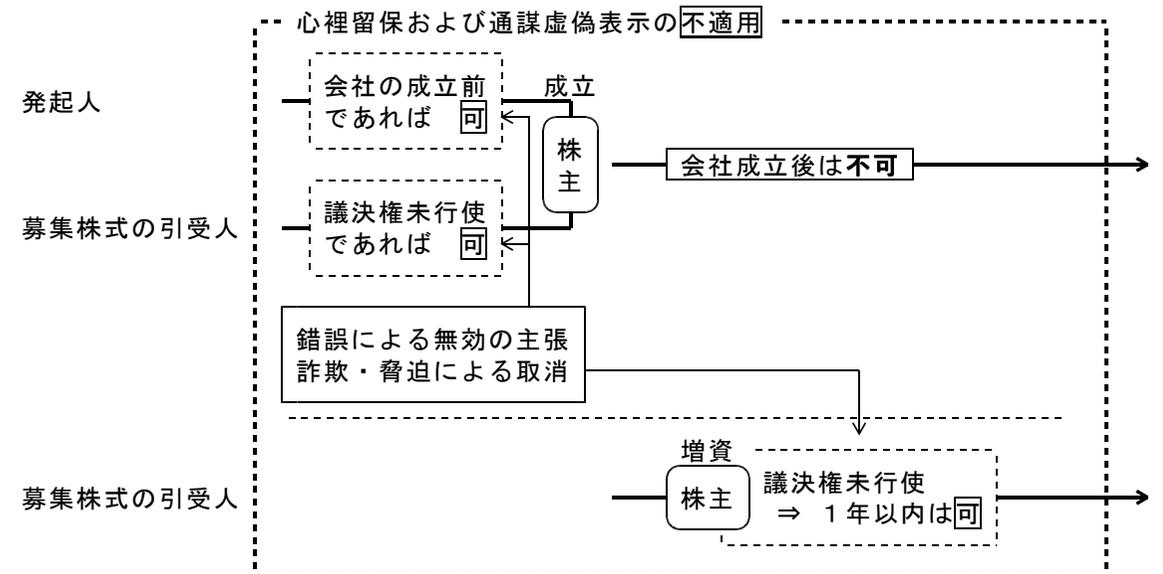
(2) 募集株式の引受人

① 心裡留保および通謀虚偽表示の規定の不適用(会法102③)

心裡留保(民93但書)および通謀虚偽表示(民94①)の規定は、設立時募集株式の引受の申込および割当ならびに総額引受契約の意思表示には適用しない。

② 引受けの無効または取消の制限(会法102④)

設立時募集株式の引受人は、株式会社の成立後、または創立総会(種類創立総会)においてその議決権を行使した後は、錯誤を理由として設立時発行株式の引受の無効を主張し、または詐欺もしくは強迫を理由として設立時発行株式の引受の取消をすることができない。



※ 未成年者や成年後見人等の制限行為能力を理由とする取消は可。

2-3 変態設立事項と事後設立

1【変態設立事項】

変態設立事項とは、現物出資や財産引受等、会社法第28条各号に記載されている事項をいう。これらの事項は、発起人の自由裁量に委ねると、権限の濫用により会社財産が害されるおそれがあるので、次の制約を課している(会法33①以下)。

- ・ 原始定款に記載(または記録)しない限りその効力が生じない
- ・ 原則として、裁判所の選任した検査役による価額調査が必要

検査役による調査の結果、これらの事項が不当と認められた場合には、

- ・ 発起設立のときには裁判所が、
- ・ 募集設立のときには、裁判所に加えて創立総会が、

定款を変更(縮小・削除であり、変態設立事項の追加は不可)する(会法33⑦、会法96)。

1. 現物出資(会法28一)

現物出資とは、金銭以外の財産をもってする出資であり、設立時(および募集株式)の発行時の双方で可能である。

会社設立時の現物出資では、現物出資者の氏名または名称、その財産およびその価額ならびにその者に対して割当てる設立時発行株式の数(種類株式発行会社では種類および種類ごとの数)を定款に記載しなければならない。

会社設立時の現物出資をなし得る者は、発起人に限られている(会法34①、会法63①)。

2. 財産引受(会法28二)

財産引受とは、発起人が会社のために、会社の成立を条件として特定の財産を譲受ける契約であり、設立時のみ可能である。

財産引受では、財産引受の対象となる財産およびその価額ならびにその譲渡人の氏名または名称を定款に記載しなければならない。

原始定款に記載がなければ、会社が追認しても無効である。なお、この無効は、譲渡人も主張できる(最判S28.12.3、最判S61.9.11)。

3. 発起人の報酬およびその他の特別利益(会法28三)

報酬とは、発起人の事務執行という労務に対する対価であり、特別利益とは、発起人の会社設立企画者としての功労に報いるために与えられる特別の財産上の利益である。

定款の記載等を欠く発起人の報酬について、会社は支払う必要はない。

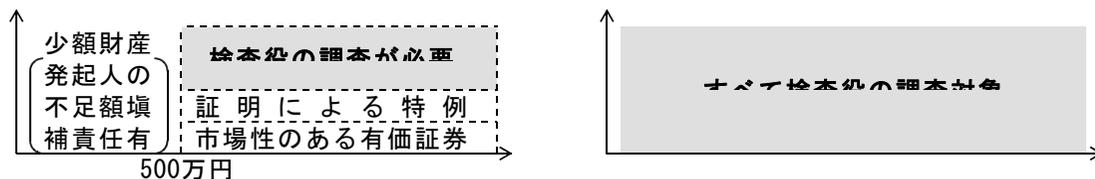
4. 設立費用(会法28四、会規5二)

設立費用とは、定款・株式申込証の作成費や創立事務所の賃借料等、会社の設立事務の執行のために必要な費用である。したがって、相手方は支払を発起人には請求できず、設立中の会社に対してのみ請求することができる(大判昭2年7月4日)。

濫費や過大な見積により成立後の会社の財産的基礎が害されるおそれがあるため規制されるが、定款の認証の手数料、検査役報酬、登録免許税等、株式会社に損害を与えるおそれがないものとして会規で定めるものについてはこの限りでない。

現物出資、財産引受

設立費用



※ 現物出資財産の定款記載額より時価の方が高い場合には、時価でもって資本金に組入れる(会計規)。

2【検査役の調査に関する例外】

変態設立事項は原則として裁判所の選任した検査役の調査が必要であるが、このうち現物出資または財産引受の目的となった財産については、会社の財産的基礎を害するおそれが小さい場合、発起人の濫用のおそれがない以下の場合には、設立時取締役(および監査役)が調査をするだけでよい(会法46①一二、会法93①一二)。

(1) 少額財産の特例(会法33⑩一)

目的たる財産について、定款に記載等された価額の総額が、500万円以下の場合

(2) 市場性のある有価証券(会法33⑩二)

目的たる財産が市場価格のある有価証券(金融商品取引法2条1項に規定する有価証券をいい、同条2項の規定により有価証券とみなされる権利を含む)であり、その有価証券について定款に記載等された価額が、その有価証券の市場価格として法務省令で定める算定額以下の場合

(3) 証明による特例(会法33⑩三)

目的たる財産について、定款に記載等された価額が相当である旨の弁護士等の証明があるとき(目的財産が土地である場合は、不動産鑑定士の鑑定評価も必要)

※ 発起人、設立時取締役、価額の証明をした弁護士等は不足額填補責任を負う(会法52)。

3【事後設立(会法467①五)】

事後設立とは、株式会社(組織再編行為による設立を除く。)の成立後2年以内に、その成立前から存在した財産をその事業のために継続して使用する目的で、会社の純資産の5分の1を超える対価で取得する契約である。

財産引受の潜脱手段となるおそれがあるため規制されるが、成立後の会社には意思決定機関や監督機関が完備されているので、財産引受よりは緩和され、株主総会の特別決議事項とされている(会法309②十一)。

	現物出資	財産引受	事後設立
趣旨	資産の過大評価を防止して資本の充実を確保し、株主・会社債権者の利益を保護する。		
適用場面	設立・募集株式の発行時	設立時	会社成立後
募集株式発行時の規制	有(会法207)	無	
設立時の法規制	①定款の記載または記録(会法28①一、二)		株主総会の特別決議(会法467①五、会法309②十一)
	②原則として検査役の調査(会法3①)		検査役の調査か! (取締役の職務と考慮)
	③資格制限あり(会法34①参照)		資格制限なし

2-4 設立に関する責任

1 【会社が成立した後の責任】

1. 発起人・設立時取締役・設立時監査役(監査役設置会社の場合)の責任

(1) 会社に対する責任

① 不足額填補責任(会法52①、会法52②一二、会法103①)。

現物出資・財産引受の目的たる財産について、定款に記載等された価額(定款変更があった場合には、変更後の価額)に著しく不足するときは発起人および設立時取締役は、会社に対し連帯して、その不足額を支払う義務を負う。

ただし、検査役の調査を受けていたときは、現物出資者・財産引受の譲渡人である発起人以外の者は、免責される。

また、発起設立の場合には、発起人または設立時取締役が注意を怠らなかつたことを証明したときは、現物出資者・財産引受の譲渡人である発起人以外の者は、免責される。

② 任務懈怠による損害賠償責任(会法53①、会法54)

発起人、設立時取締役または設立時監査役は、会社の設立につきその任務を怠つたときは、その会社に対し、連帯して、これによって生じた損害の賠償責任を負う。

役員等の対会社責任(会法423)と同じ趣旨である。

(2) 第三者に対する損害賠償責任(会法53②、会法54)

発起人、設立時取締役または設立時監査役がその職務を行うについて悪意または重大な過失があったときは、連帯して、これによって第三者に生じた損害の賠償責任を負う。

本来、発起人および設立時取締役、設立時監査役の任務は設立中の会社に対するものであり、第三者に対するものではないが、一般の不法行為責任(民709)だけでは第三者の保護が充分ではないため、法は特別に責任を認めたと(法定責任)。

役員等の対第三者責任(会法429)と同じ趣旨である。

2. 財産評価の証明(会法33⑩三)をした弁護士等の責任(会法52③)

現物出資および財産引受につき、財産評価の証明をした弁護士等は、証明をするについて注意を怠らなかつたことを証明しない限り、この不足額填補責任を負う。

この場合、発起人や設立時取締役も不足額填補責任を負うときは、連帯責任となる。

3. 擬似発起人の責任(会法103条②)

募集設立の場合には、募集の広告の書面等に自己の氏名(または名称)および株式会社の設立を賛助する旨を記載等することを承諾した者(発起人を除く)は、発起人とみなして発起人の責任に関する規定を適用する(⇒以下の責任を負う)。

① 不足額填補責任(会法103②、会法52①②、会法103①)

② 任務懈怠による会社および第三者に対する損害賠償責任(会法103②、会法53)

※ 発起設立の場合には適用がない。

4. 責任の免除および株主等の責任追及等の訴え(会法55)

会社に対する以下の義務および責任は、総株主の同意があれば、免除することができる。

① 発起人または設立時取締役の負う不足額填補責任(会法52①)

② 発起人、設立時取締役または設立時監査役の負う損害賠償責任(会法53①)

また、これらの責任は株主による責任追及等の訴えの対象となる(会法847①)。

5. 払込取扱銀行等の責任(会法64①②)

募集設立の場合には、払込取扱銀行等は保管証明責任を負い、発起人または取締役の請求に応じ、株式払込金の保管証明書を交付する義務がある。

この証明書を発行した払込取扱機関は、その証明した金額については、払込がなかったことや発起人との間で借入金を返済するまでは払込金を引き出さない約束がある等の抗弁を主張して、会社に払込金の返還を拒むことができない(預合がなされていても保管証明責任は成立する)。

2 【会社が不成立の場合の責任】

1. 発起人の責任(会法56条)

会社が成立しなかったときは、発起人は、連帯して会社の設立に関してした行為についてその責任を負い、会社の設立に関して支出した費用を負担する。

したがって、発起人は第三者に対する行為について責任を負うほか、株式引受人に対しても払込金を返還することを要し、さらに設立のために支出した費用についても定款に記載があると否とにかかわらず、全部発起人が負担する。

2. 擬似発起人の責任(会法103②、会法56)

会社不成立の場合の発起人の責任と同一の責任を負う。

		不足額填補責任	発起設立	募集設立
発起人	現物出資者・財産引受の譲渡人			無過失責任
	以上以外	注意を怠らなかつたことを証明 検査役の調査を受けていた	免責	
設立時の取締役	注意を怠らなかつたことを証明 検査役の調査を受けていた		免責	無過失責任

	発起人	取締役	監査役	弁護士
不足額填補責任(会法52①、会法103①)	○	○	—	—
任務懈怠による損害賠償責任(会法53①、会法54)	○	○	○	—
第三者に対する損害賠償責任(会法53②、会法54)	○	○	○	—
財産評価の証明をした弁護士等の責任(会法52③)	—	—	—	○

※ 発起人の第三者に対する責任

	株式会社が成立した場合	株式会社が不成立の場合
過失なし	責任を負わない	
過失あり		責任を負う

※ ①発起人
②設立時取締役または監査役
③財産引受の場合の財産の譲渡人 } である弁護士等は、財産の評価証明をすることが不可

2-5 設立、創立総会決議の瑕疵

1 【設立無効】

1. 総説

会社法は会社設立に関して準則主義を採用しており、定められた手続を遵守して会社の設立を行わなければならない。したがって、この手続に違反があった場合、それによって害される者を保護するために設立は無効になるのが原則である。しかし、民法・民事訴訟法の一般原則により会社の設立を無効としたのでは、法的安定性を害し、また法律関係の画一的確定も図れない。

そこで、会社法は設立無効に関し特別の訴えの制度を設け、無効主張の可及的制限・無効の遡及効阻止・法律関係の画一的確定の要請を満たすようにしている。

2. 無効主張の可及的制限

(1) 無効主張期間の制限(会法828①一)

設立登記後2年以内に訴えを提起しなければならない。

(2) 無効主張権者の制限(会法828②一)

株主等(株主、取締役(執行役)、監査役、清算人)が訴えを提起できる。

⇒ 債権者は含まれない(発起人の「第三者責任」による保護が図られる)

(3) 無効原因の制限

株式引受契約が何らかの原因で消滅したことにより、当初社員となるはずだった者が社員とならなかったことを理由とする無効原因を主観的無効原因という。これに対し、法の定める準則に違反したことを理由とする無効原因を客観的無効原因という。

株式会社は社員たる株主の個性が薄いため、主観的瑕疵は設立無効原因とならず、客観的瑕疵だけが設立無効原因となるが、その全てを設立無効原因とすると、企業維持の理念に反することになるので、そのうち、株式会社の本質や強行法規に反するものに限定されている。

ex. ・創立総会の招集がない場合(会法65①)

・発起人全員の同意をもって定める株式発行事項の決定につき、発起人全員の同意がない場合(会法32②、会法58②)

3. 対世効(法律関係の画一的確定)

民事訴訟法の一般原則では判決の効力は「訴訟当事者にしか及ばない」が、これでは訴訟当事者との関係とそれ以外の者との関係が異なることになり、法律関係が錯綜する。そこで、法律関係の画一的確定のため原告勝訴の判決の効力を第三者にも及ぶこととした(会法838)。

ただし、原告敗訴の場合には、判決の効力は一般原則通り訴訟当事者間にしか及ばない(民訴法115①一)。

4. 無効の遡及効阻止

無効判決が確定すれば、その会社は「初めから存在しなかった」こと、すなわち、遡及的に無効になるのが原則である。しかし、この原則を貫くと、その会社と法律関係を結んだ第三者が害されることになる。

そこで、設立無効判決には遡及効を認めず、会社は解散・清算手続を行うもの(将来効)とした(会法839、会法644①二)。

5. 設立無効の訴えと担保提供(会法836①)

裁判所は、訴えを提起した株主又は設立時株主に対し、相当の担保の提供を命ずることができる(濫訴防止等の観点)。

6. 設立無効の訴えと裁量棄却

会社法では、設立無効の訴えの裁量棄却の規定は存在しないが、解釈上裁量棄却は認められるのが問題となる。通説は、以下の場合には、裁判所は請求を棄却しうとする。

① 設立無効原因たる瑕疵が軽微である

② 瑕疵が補完されて原告が訴えを提起する正当な利益を有しない

③ 原告の訴え提起が権利濫用と認められる

2 【設立取消】

「設立取消」の訴えは、株式会社には認められていない。

※ 持分会社の社員、社員の債権者のみ(会法832)。

3 【株式会社の不成立、不存在】

会社の不成立・不存在は、一般原則どおり(⇒誰でも、いつでも、どんな方法でも)。

	行為の無効の訴え (会法828)	不成立・不存在 (原則)
① 定款の絶対的記載事項を欠く場合 (会法27) ② 定款について公証人の認証を欠く場合 (会法30①) ③ 創立総会の招集がない場合(会法65①) ④ 発起人全員の同意をもって定める株式発行事項の決定につき、発起人全員の同意がない場合(会法32②、会法58②)	○	
誰が	株主等のみ	(誰でも)
いつまでに	設立登記から2年以内	(いつでも)
方法は	「訴え」をもって	(どんな方法でも)
結果は	対世効(会法838) 将来効(会法839)	(相対効) (遡及効)

* 株主等(会法828②一括弧書) 株主、取締役(、執行役)、(監査役)、清算人

4 【創立総会、種類創立総会決議の取消等】

【Memo】

	決議取消の訴え (会法831)	決議無効・不存在 確認の訴え(会法830)
	形成の訴え	確認の訴え
①招集手続またはその決議の方法が ・法令もしくは定款に違反 ・著しく不公正 ②決議の内容が定款に違反 ③特別利害関係人の議決権行使の結果、 著しく不当な決議がなされた ----- ↓ (瑕疵の程度が大) ----- ④決議の内容が法令に違反	○	○
誰が	株主・役員等のみ	制限なし
いつまでに	決議日から3ヶ月以内	
方法は	「訴え」をもって	
結果は	対世効(会法838) ともにあり 遡及効(原則)	
裁量棄却	(前提)→ しかし、 ①違反する事実が重大でない かつ ②決議に影響を及ぼさないと認められる ↓ 裁量棄却あり (会法831②)	なし