

一人株式会社設立の可能性

—比較法的考察—

泉 田 栄 一

I はじめに

わが国の通説は、商法上設立後の株式会社については一人会社が認められると解している⁽¹⁾。また最近の最高裁判所判決⁽²⁾も一人会社を肯定する立場を前提としている。しからば最初から株式会社は一人の社員によって設立されえないものであろうか。戦後、実質上は個人企業が株式会社形態を採用する傾向が著しくなり、会社法の問題となっていることは周知の事実である。そのため立法論⁽³⁾としてのみならず、最近では解釈論として、株式会社について一人会社の設立を認める注目すべき見解⁽⁴⁾が主張されるに到っている。商法は、株式会社には7人以上の発起人を要求し(165条)、各発起人は、株式の引受を為すことを要する(169条)としている。しかし商法は、発起人の定義を欠いているのみならず、株式の引受を発起人の資格存続要件としたのか否かも明白でなく、学説が分かるところである。更に商法が発起人の最少数を7名とした根拠も必ずしも明らかにされている状態ではない。それ故本稿は、これらの問題に焦点をあてつつ、一人株式会社設立の可能性につき比較法的考察を試みるものである。日本法の解釈は、別稿で検討することにするが、発起人に関連する立法の沿革

(1) 米津昭子「一人会社について」『法学研究』44巻3号198頁等参照。

(2) 最判昭和46年6月24日民集25巻4号596頁。

(3) 長谷部茂吉『裁判会社法』245頁以下。

(4) 菅原菊志「一人会社」『法学』37巻1号54頁。なお浜田道代「一人会社と株式会社の適用」『法学教室』6号58頁参照。

は、我国の商法が外国からの継受法であることから、始めに考察しておくことは必要であると思われるので、始めにその概観を行なうこととする。

Ⅱ 発起人に関連する商法の沿革

(イ) ロエスレル商法草案は、179条で『株式會社ハ發起人四名以上アルニ非サレハ之ヲ創起スルヲ得ス』と規定し、175条において『社員七名以上ノ商社ニシテ其資本ヲ確定ノ平均額（株金）ニ分テ流通スルヲ得キ株券状ヲ發行シテ社員（株主）ハ其代理者ニアラサル者は是ヲ株式會社ト為ス』とするとともに、281条3号で、『株主員數七名以下ニ減少シタル時』を、会社の解散原因とし、284条で、右の場合において、『會社其營業ヲ六ヶ月以上保續スルハ株主ハ社員減少ノ後ニ取結タル會社ノ總テノ義務ニ就キ合名社員ト均シク責任ヲ負フ者トス』と規定していた。

右草案では、発起人は会社の起業目論見書及び仮申合規則を立案し、各自これに署名し、裁判所又は公証人の奥印を受けることを要し（180条）、発起人が引受けた株式（数）は、起業目論見書の記載事項となっていた（181条7号）。発起人を4名以上とした理由は、理由書によれば、『英法ニ於テハ創起ト設立トノ間ニ區別ヲ為サスシテ會社創起ノ為メ既ニ會社成立ニ付テノ最下數（即チ七人）ヲ要スル者トセリ然レモ是ハ無益ノ事ニ似タリ何トナレハ右の數ヲ要スルカ爲メニ準備ノ業務ヲシテ徒ラニ繁冗ナラシメ且英法ニ依ルモ發起人ハ株金ノ全額ヲ預シメ受納スルノ義務アルニ非ザレハ發起人ヲ株主ノ員數ト同シカラシムルノ理由ナケレハナリ。凡發起人ニ其數ヲ要スルハ即チ會社ノ起業目論見ニ輕忽ナク熟議ヲ盡シテ一人一己ノ考察ヲ誤用スルノ弊ナカラシメンカ爲メノ保證ナリ抑々其目論見ハ數名結合シテ公共ニ對シテ誘獎スルニ非サレハ一般ニ信用ヲ得且旺盛ニ至ラス數名結合シテ公共ニ對シテ誘獎スルハ之カ爲メ公共ヲシテ必ス承諾セサルヲ得サラシムルノ道理ヲ有スル者』⁽¹⁾であるからであった。

(1) 『ロエスレル氏起稿商法草案』上巻76頁以下。

株主を7名以上とした理由は、『株式會社ノ性質ニ於テ必ス社員ノ多數ヲ要スルモノタルヲ以テナリ何トナレハ資本ハ數多ノ株券ヲ集合スルニアラサレハ成立タス又七名以下ノ少數ニ在テハ株式會社ノ組織ヲ爲スコト能ハサレハナリ例ヘハ茲ニ株式會社ノ社員五名ナルト其内三名ヲ頭取ニ任スレハ總會ニ於テ集合スル者ハ纔ニ二名ニ過キス是有名無實ト云フヘキノミ抑々七名ノ員數モ猶ホ甚少數ナルト雖氏實際ニ於テ敢テ障碍ナキヲ以テ英佛ノ兩法ニ依テ之ヲ定メタ』⁽²⁾ものである。281条3号を規定したのは、『此最下數ヨリ減少スルトハ株式會社ハ存立スルコト能ハサル者』⁽³⁾であったからであり、284条は、1862年イギリス会社法48条にならったものである。⁽⁴⁾

この草案をうけて、明治23年3月27日の旧商法典は、157条で、『株式會社ハ四人以上ニ非サレハ之ヲ發起スルコトヲ得ス發起人ハ目論見書及假定款ヲ作り各自之ニ署名捺印ス』、156条で、『株式會社ハ七人以上ヲ以テシ且政府ノ免許ヲ得ルニ非サレハ之ヲ設立スルコトヲ得ス』と規定するとともに、230条3号で、株主が7人未満に減少した時を会社の解散原因とした。

(ロ) 明治32年の新商法典は、準則主義を採用するとともに、119条で、『株式會社ノ設立ニハ七人以上ノ發起人アルコトヲ要ス』と規定し、120条で發起人は定款を作り署名することを要するとし、123条で發起設立、125条で募集設立を規定するに到った。他方、株主が7人未満に減じた場合を会社の解散原因とする規定(220条)は維持されたが、会社の設立登記は、まだ第三者對抗要件であった(45条)。また取締役は3人以上(165条)で、株主たることを要した(120条5号、168条)。

119条の立法理由は、旧商法が創起(發起)と設立を区別していたのに対し、新商法は、發起は設立の準備たる点より、設立に包含するものとしたために、2者を区別する必要がなくなり、従って、創起(發起)と設立とで人員の最低

(2) 『前掲書』59頁。

(3) 『前掲書』298頁。

(4) 『前掲書』303, 304頁。

数を区別する必要がなくなったことにより、『佛蘭西英吉利其ノ他ノ立法例ニ倣ヒ株式会社ハ七人以上ノ發起人アルニアラサレハ之ヲ設立スルコトヲ得サルモノ』⁽⁵⁾としたことである。123条は、『發起人カ株式ノ總數ヲ引受ケタルトキハ會社ハ之ニ因リテ成立此場合ニ於テハ發起株人ハ遲滯ナク株金ノ四分ノ1ヲ下ラサル第1回ノ拂込ヲ爲』すべきものとした。それ故發起設立の場合払込は会社成立後になされる事由であった。他方125条は、『發起人カ株式ノ總數ヲ引受ケサルトキハ株主ヲ募集スルコトヲ要ス』と規定した。この場合は、株式総額の引受後払込が完結する（129、130条参照）と、創立総会が開催され（131条）、その終結によりて会社は成立する（139条）。發起人が株式を引受けることを要するか否かに就いて、商法には明文の規定がなかったが、通説は積極説を採用した。⁽⁶⁾

(イ) 明治44年の商法改正では、現行商法 193 条乃至195条にあたる142条ノ 2 乃至142条ノ 4 が新設された。

(ニ) 昭和13年商法改正により、会社は、登記によって成立することとなった（57条）。それ故發起設立の場合の發起人の第1回の払込は（170条）、会社成立前になされることとなった。また404条は、「株主が7人未満に減じたこと」を解散事由より除外した。他方、119条はそのまま165条に移された。定款の作成は、従来發起人の自由に委ねられていたので、弊害が多いことにより、167条が新設された。また会社設立行為の確実を期するために169条も新設された。現物出資については發起人でなければ行なえないのか否か解釈上疑義があったので、現物出資をなすことができる者を發起人に限るとし（168条2項）、その履行期を第1回の払込期日と同一にした（172条）。また擬似發起人の責任を規定する198条等が新設された。他方、取締役は、必ずしも株主である必要はなくなった（259条）。

(5) 『商法修正案参考書』112頁。

(6) 青木徹二『会社法論』299頁、西本辰之助『株式會社發起人論』10頁。松本丞治『日本会社法論』112頁等。

(附) 昭和23年商法改正により、株式分割払込制度が廃止され、昭和25年商法改正により、授権資本及び無額面株式制度が採用されたので、それに対応する改正が設立に関する部分で行なわれた。また株主の権利の強化等を考慮して旧法を改正した196条が新設された。他方、会社は定款を以てするも取締役が株主であることを要する旨の定めをなしえないことにされた(254条2項)。

以上の概観より、(1) 新商法以来、発起人の最小数を7名とする立場は、継続して維持されているが、それはフランス、イギリスその他の立法例に倣ったものであることが明らかとなった。それ故、日本の学説の根拠付とは別に、これらの立法の根拠を検討することは必要となる。日本の学説の説明の仕方について触れると、会社の設立を確実にするためという点では一致しているが、最初の頃の説明の仕方と比べると、上述の立法の変遷に対応して(特に明治44年商法の改正の影響が大であると推定される)、若干の変化が認められる。(2) 商法は、明治32年以来、発起人の定義をしていないので、それは解釈に委ねられている。通説は、従来から形式的に解し、定款に発起人として署名(又は記名捺印)した者を発起人と解しているが、上述の考察より明らかなように、商法が発起人の員数に7名を要求したのがイギリス・フランスの立法にならったものであるならば、これらの立法との比較も欠かせないと考えられる。小町谷教授⁽⁷⁾は、イギリス・フランス法の比較から発起人概念を2分する見解を採用したのは、結果はともあれ、正当な方法と思われる。(3) 立法の沿革は、設立後の一人会社承認の道であったことを示す。しかし設立のみが、依然として、発起人を7人とし、少くとも7名の株主の存在を前提としているようである。この立場は、当然藁人形を使つての株式会社の設立に導く。既に大正時代に、この制限が立法目的を善く發揮するかは疑問であるとの指摘がなされている。⁽⁸⁾また戦後の個人企業の法人成り現象は、設立についても、社会の経済需要にあった

(7) 小町谷操三『商法講義 卷1総則・会社』207頁、同「発起人の責任」『株式会社法講座』1巻273頁以下、同『イギリス会社法概説』37頁以下。

(8) 片山義勝『株式會社法論』140頁以下。

解決を法の枠内で認める必要を感じさせる。そのためにも、また学問的にも比較法的考察が必要となる。それ故Ⅲでは、比較的考察を試みることにする。

Ⅲ 比較法的考察

比較法的にみても、個人企業にも有限責任を享受させようとする努力が認められる⁽¹⁾が、最初から一人社員で会社を設立することができる旨明白に規定しているのは、リヒテンシュタイン法⁽²⁾とアメリカの若干の州法ぐらいのもので、大多数の国は、依然発起人に最小数を定め、最初から一人会社を認める国は少ない⁽³⁾。

(1) アメリカ法

(イ) 発起人 (promoter) とは、営業の機会を発見し、その経済的可能性を調査し、営業を可動させるために必要な社員、財産、金銭を調達する実質的開業準備を担当するものであり、⁽⁴⁾ 我国の発起人に当る基本定款署名者 (incorporator) とは異なるが、発起人も基本定款に署名することにより incorporator となりうる。

(ロ) アメリカでは、憲法に制限なき限り、州議会は、一般法 (general laws) の下で、一個人が法人になることを授権することができる⁽⁵⁾。しかし伝統的に一般会社法は、法人 (corporation) の設立のために、incorporator の最少数を規定して来た。この要件は強制的 (mandatory) であって、その数未滿では、会

(1) Cf., Rotoni, La limitation de la responsabilité dans l'entreprise individuelle, R. D. C., 1968, 1. ドイツの一人 GmbH & CO. もその現われである。

(2) Vgl. Schilling, Die Einmanngesellschaft und das Einzelunternehmen mbH, JZ 1953, 162, 165ff.; Beck, Die Einmannverbandspersonen nachdem Gesetz des Fürstentums Liechtenstein vom 5. November 1925, ZHR, Bd. 89 (1926) S. 218ff.

(3) Cf. Rotoni, op. cit., p. 12 note 1.

(4) Cf. Henn, Law of Corporations, 1970, pp. 171ff.; Ballantine, On Corporations, rev. ed., 1946, pp. 101ff.; 米沢明「株式会社発起人の法律的概念について」『法と政治』10巻3号151頁参照。

(5) 14 C. J., Corporations § 84; 18 C. J. S., Corporations § 36.

社を設立することができないか、又は法人になることができない⁽⁶⁾。また立法意思が明瞭でないならば、制定法は、1個人が法人となることを許すように解すべきでない⁽⁷⁾と判決されている。

Stevens⁽⁸⁾によれば、1936年当時、大部分の州法は、incorporatorの最少数を3名と規定し、6州が5名とし、若干の州法で2名とし、1名としていたのはアイオワ州法 (Iowa Code 1927 § 8340) だけであった。

1960年当時では、大部分の州法は、従来と同様、incorporatorの最少数を3名と規定し⁽⁹⁾、模範会社法 (Model Business Corporation Act) も、満21才以上の自然人3人以上と規定していた(47条)が、例外が多くなり、1954年のアイオワ州法 (Code of Iowa § 491, 2) は、『Except as otherwise provided by law a single person may incorporate…』と規定し⁽¹⁰⁾、1954年のケンタッキー州法 (Ky Rev Stat § 271. 025) も、『Any natural person of the age of twenty-one years or more, or any corporation, may form a corporation…』と規定し、1951年のウイソコンシン州法 (Wis. Stat. § 180, 44) も、『One or more natural persons of the age of 21 years or more may act as incorporator or

(6) Cf. 14 C. J. Corporations § 84 note 36 ; 18 C. J. S., Cumulative Annual Pocket 1970, § 36 note 75.

(7) “Any number of persons”が会社を設立しようと規定した制定法は、2人の incorporators を要求すると判決された。Louisville Bkg. CO. v. Eisenmann, 94 Ky 83, 21 S. W. 531 (18 Am Jur 2d, Corporations § 35 note 20)

(8) Stevens, On Corporations 1936, pp. 108f.

(9) 本文の例外の他、ミズリー、ネブラスカ、サウス・カリフォルニアの各州法は、少くとも2人を、ユタ州法は5名を、アリゾナ州法は any number of persons を要求していた。Model Business Corporation Act Annotated, 1960, vol. 2, p. 140. なお Spoerri は、法人のローマにおける同義語は、3名の incorporators を要求していたと言われており、その数の権威は現在でも残存しているとしつつ、その数を magic number と呼んでいる。Spoerri, One Incorporator, One Director, 19 Bus Law 305 (1963).

(10) アイオワ州は、その後1959年に模範会社法を採用したが、“One or more persons… may act as incorporators” (Iowa Code Ann § 496 A. 48.) と規定している。

incorporators of a corporation…』と規定し、1949年改正のミシガン一般会社法第3条も、一人の者が法人になることができる旨規定していた⁽¹¹⁾。

しかるに、アメリカ法曹協会の会社・銀行・商事法部分の会社法委員会 (Committee on Corporate Laws of the Section of Corporation, Banking and Business Law of the American Bar Association) は、1962年の補遺で、『one or more persons, or a domestic or foreign corporation, may act…as incorporator』と規定するに到った⁽¹²⁾ (新47条)。その後 incorporator の最少数を1名とする州法が増加している⁽¹³⁾。即ち、1961年のワイオミング事業会社法46条C85は、『One or more natural persons of the age of twenty-one years or more』と規定し、1963年のネブラスカ事業会社法51条⁽¹⁴⁾、ニューヨーク事業会社法401条⁽¹⁵⁾、オレゴン州法 (Ore Rev Stat § 57. 306)、ミズリー州法 (ann Mon Stat § 351.050) は、上記と同一の規定を設け、1963年のイリノイ事業会社法46条、ミネソタ州法 (Minn Stat Ann § 301,03)、サウス・カロライナ州法 (SC Code, 1964 Cumulative Supplement Ann. § 12—14 : 2)、ジョージア州法 (Ga Code

(11) 1967年の Mich Comp Laws Ann § 450.3 § 3 では、“One or more incorporators may incorporate under this Act…” となった。

(12) Spoerri, op. cit., p. 306.

(13) それ故、Spoerri は、これらの立法 (1人取締役 (5州)、一人株主 (2州) を認める立法を含む) は、藁人形 (dummy) 又は便宜 incorporators, 便宜取締役を使用する悪名高い実務を克服するのに大いに効果があり、法律を実務との一致にもたらす傾向の行動であるとする。Spoerri, op. cit., p. 308. これに対して Garrett は、単一性 (oneness) の代用は、全制定法が一人会社の適応のために適当に修正されるまで継続するであろういくらかの当惑 (特に一人取締役に關して) を創造するとし、藁人形、悪名高い実務の排除がそんなに願わしいならば、単一性の觀念に理論的表現を与えるために修正よりも制定法でなされるべき多くのものがあるとして慎重である。Garrett, John Doe incorporate himself. 19 Bus Law 535 (1964).

(14) Spoerri, op. cit., p. 306 ; Neb Rev Stat § 21—102(1954) では、“any number of persons not less than two, may associate to establish a corporation.” と規定していた。

(15) 長浜洋一『ニューヨーク事業会社法』35頁, 204頁。

Ann § 22—801), ルイジアナ州法 (La Rev Stat Ann § 12 : 21), マサチューセツ州法 (Mass Gen Laws Ann Ch 156 B § 12), モンタナ州法 (Mont Rev Codes Ann § 15—2247), ニュー・ジャージー州法 (NJ Stat Ann § 14A : 2—6), ニュー・メキシコ州法 (NM Stat, 1973 Pocket Supplement § 51—25—1), ペンシルバニア州法 (Pa Stat Ann tit 15 § 1201), そしてデラウェア1967年一般会社法 101 条等⁽¹⁶⁾は、同旨の規定を設けている。模範会社法新47条はその後53条に移されたが、1969年までは27州が同条と類似の規定を採用したといわれている。これに対して incorporator を3人以上とする伝統的立場を維持する州は、メリーランド州法 (Md Ann Code § 23 § 4(a) (1957)), カリフォルニア州法 (West's Ann Cal Code § 300), アラバマ州法 (Ala Code, 1965 Cumulative Pocket Part § 21(3)), アラスカ州法 (Alaska Stat § 10. 05, 252), コロラド州法 (Colo Rev Stat § 7—2—101), コネクチカット州法 (Conn Gen Stat Ann § 33—289), フロリダ州法 (Fla Stat Ann § 608.03), カンサス州法 (Kann Stat Ann § 17—2701), メイン州法 (Me Rev Stat C 53 § 8), アイダホ州法 (Idaho Code Ann § 30—102), イリノイ州法 (Ill Ann Stat § 157. 46), ノース・ダコダ州法 (ND Cent Cod § 10—19—52) 等がある。

模範会社法が、incorporator は、1人でもよいと規定するに到った理由は、(1) incorporator が3人以上とする要件は、藁人形 incorporator の使用を必要とさせること、(2) しばしば、個人が事業を法人にするか、現存会社が子会社を設立することを願うという社会的需要があること、(3) incorporator の役割は、準則主義移行以来、形式的な性質を帯びる儀式的なものにすぎないことである⁽¹⁷⁾。州法の注釈書も、同様のことを述べている。例えば、ルイジアナ州の

(16) 北沢正啓・浜田道代『デラウェア一般会社法』1頁、153頁。Del Code Ann § 101 (1953) では、3人以上を要求していた。

(17) 但し Model Business Corporation Act Annotated, vol. 2, 1971, § 53 p.163 は、incorporator は一人以上要求しているとする。改正か(?)。

(18) Model Business Corporation Act Annotated, 1971, vol .2, p. 161.

1968年の委員会説明は、『最近の会社諸制定法の間広く行なわれた傾向に従って、基本定款署名者としての3名以上の自然人の要件は、より自由な規定のために削除された。これらの最近の制定法の諸変化の理論的根拠は、基本定款署名者の機能は、多くの場合ただ形式的であるということである』⁽¹⁹⁾と述べ、ジョージア州の説明も、『多くの州がまだ多数の基本定款署名者（普通3名の最小限度）を要求しているけれども、要件は時代錯誤である。それは有益な目的に仕えない。しばしば、基本定款署名者達は、藁人形の変化である—法律事務所の組合員、秘書、事務員その他同種のもの。簡易性と無意味な形式の忌避のために、多数の基本定款署名者の要件は、捨てられるべきである』⁽²⁰⁾と述べている。

(1) 他方、Stevens⁽²¹⁾は、基本定款署名者と株式引受人の関係について、『一般会社法は、基本定款署名者が、定款で各々が引受ける株式数を指摘することを要求し、各々は少なくとも一株を引受けるべきであると要求するのは普通である。そのような制定法では、基本定款署名者は、自動的に法人設立と同時に株主になる。いくらかの制定法では、そのような要件はない。その時には、基本定款署名者が株式を引受けなかった時、彼等は株主になるのか否か、そして株式を引受けた人々が存在するまで会社がありうるか否かの問題が生ずる』と述べていたが、1960年の模範会社法⁽²²⁾は、『アイダホ、イリノイ、ルイジアナ、マサチューセッツ、ミズリー、ニュー・ジャージ、ニュー・ヨーク、ペンシルバニア、ユタ、ワシントン（州）は、明瞭に基本定款署名者は会社の株式の引受人であるべきことを要求する、しかるに、ミシガン、ニュー・メキシコ、ニュ・ヨーク、ウェスト・バージニア（州）では、基本定款は、各基本定款署名者によって引受けられた株式を述べなければならない。他の管轄区は、基本定款署名者

(19) West's Louisiana Revised Statutes, vol. 5, p. 15.

(20) Code of Georgia Annotated, § 22—801, comment p. 112.

(21) Stevens, op. cit., p. 107.

(22) Model Business Corporation Act Annotated 1st ed., vol. 2, § 47 p. 141.

は引受人であることを要求しない』と述べ、基本定款署名者が株式引受人であることを要求する州法が減少していることが認められる。1971年にはこの傾向がはっきりしてきて、『アイダホ、ケンタッキー、ペンシルバニア（州）は明瞭に基本定款署名者は、会社の株式の引受人でなければならないということ并要求する。しかるに、アラバマ、ミシガン、ウエスト・バージニア（州）では、基本定款は、各基本定款署名者によって引受けられた株式を述べなければならない。その他の管轄区は、基本定款署名者が引受人であることを要求していない』⁽²³⁾と述べている。それ故 Latty-Clifford ⁽²⁴⁾ は、一人基本定款署名者への傾向と、それが株式引受人である必要がないという傾向から、『形式的に合同した株主（formally associated shareholders）が存在する前に多くの州では会社が存在しうる（may come into existence）』と述べている。かくして少くとも、私の調査によると、ミズリー州では最初からの一人株式会社が設立可能である（ann Mo Stat § 351.050）。

(2) イギリス法

(1) 前世紀の間、職業的会社発起人が成長し、公衆から無節操の資本調達を行なった結果、目論見書の内容等に詳細な規定が設けられたが、発起人（promoter）の定義は、1948年会社法⁽¹⁾でも、判例でも明白にはなされておらず、特定の事件で誰れが発起人であるかは事実問題であるとされている。Pennington ⁽²⁾によれば、⁽³⁾判例で最も定義に近いものは、Twycross v. Grant ⁽⁴⁾事件における

(23) Model Business Corporation Act Annotated 2nd, vol. 2, § 53 p. 164. 例えば、Ann Mon Stat § 351, 050, p. 36, NJ Stat Ann § 14 A : 2—6(11)を見よ。

(24) Inchieste di diritto comparato (diretto per M. Rotondi), vol. 2, 1974, p. 848.

(1) 但し43条5項(a)は、目論見書虚偽申立の責任に関連して発起人の定義を置く。

(2) Gower, *The Principles of Modern Company Law*, 3 rd. ed. 1969, p. 271 ; *Palmer's Company Law*, 21 st ed., 1968, p. 138.

(3) Pennington, *Company Law*, 3rd. ed., 1973, p 464.

(4) [1877] 2 C. P. D. 496 (Sealy, *Cases and Materials in Company Law*, 1971, pp. 18f.)。

Cockburn C. J. の『発起人は、…所与の計画に関して会社を設立し、それを動かさせることを企て、その目的を完成するために必要な諸手段を講ずる者である』とする記述である⁽⁵⁾。イギリス法の発起人は、アメリカと同様、会社設立の企図とその実行者（全部実行する必要はない）であり、定款署名者である必要はないのである。イギリスの裁判所が発起人の明確な定義に消極的なのは、アメリカの発起人、フランスの事実上の発起人と同様に、発起人の範囲（義務・責任に関する）を弾力的に解することにより、株主、第三者の利益を計るためである。発起人が、会社を設立するために必要な一切の準備行為を完了すると、次に会社の設立手続が問題となる。その手続は簡単であるが、私会社（private company）と公会社（public company）とでは異なる⁽⁷⁾。この点、閉鎖会社と公開会社の双方につき同一の設立手続を採用するアメリカ法とは異なる。

(6) 1948年会社法によれば、『合法的目的のために結合した、7名又はそれ以上の者が、又は設立されるべき会社が私会社の場合には、2名又はそれ以上の者が、基本定款で名前を署名し、その他登記に関する本法の諸要件に従うこ

(5) その他米沢『前提書』151頁以下参照。

(6) 本稿では、Company limited by shares のみを取扱う。

(7) 公会社の場合、会社成立（incorporation）手続の他、開業（commencement of business）手続と創立総会（statutory meeting）の開催が更に必要である。実務では初め私会社として設立し、しかる後公会社に組織変更するのが通常である。Gower op. cit., pp. 251, 304, 474; Palmer's, op. cit., p. 137, 462; Pennington, op. cit., pp. 36f. その理由は、(1)公会社の場合、開業証明書（trading certificate）授与以前には、開業、借金をなしえないので、極端に不便であること、(2)公会社の場合創立総会（130条）が開業ののち必要であること、(3)私会社から公会社への組織変更は、附属定款から一定の条項を削除する特別決議によって簡単になすことができること、による。その結果、ジェンキンス・レポートは、公会社に関する109条、130条、181条の廃止を勧告している。それ故、イギリス法では薬人形設立がほとんど実務上問題となりえないように見えるが、他方31条、333条(d)、224条1項(a)(i)より一人会社が認められないので、別の意味で薬人形が問題となる。

とによって、法人格ある会社を設立することができる』(1条1項)。この基本定款署名者 (Subscriber of the memorandum of association) は、附属定款の署名義務 (9条(d)) と共に、1株以上の株式引受義務⁽⁸⁾があり、其の引受株式数を基本定款に記載しなければならない (2条4項(b)(c)) が、必ずしも発起人である必要はない。

基本定款等の一定の文書が会社登記官吏 (Registrar of Companies) に提出され、法定要件が履行され、目的に違法がなければ、前記官吏は、会社成立証明書 (certificate of incorporation) を発行する。この証明書記載の日から、会社は法人となる。即ち、48年会社法13条2項は、『会社成立証明書に記載された会社成立 (incorporation) の日から、基本定款署名者は、時々会社の社員になる様な他人と共に、基本定款に含まれた商号によって法人であり (the subscribers of the memorandum, together with such other persons..., shall be a body corporate by the name), 直ちに法人格ある会社の全機能を行行使うことができる…』と規定している。他方、基本定款署名者は、社員になることを同意したとみなされ、会社の登記に基づいて、株主名簿 (register of member) に社員として記入されなければならない (26条1項)。しかし、会社が、署名者を名簿に記入すること又は署名者に株式を割当てる義務を履行することを忘れたとしても、基本定款署名者は、会社の登記に基いて自動的に社員となる⁽⁹⁾。他方、署名者は、株式払込義務を負い、会社は署名者のこの義務を免除することはできず、会社が清算中であっても、義務は強制される。かくして、イギリス法では、最初の株主は、少くとも原則として、公会社の場合7名、私会社の場合2名存在することになる。

(イ) この様に定款に署名する株式引受人の最少数が、公会社の場合7名、私会社の場合2名と規定されたのは、私会社を認めるに到った1907年会社法から

(8) 通常一株を引受ける。Palmer, op. cit., p. 101.

(9) Palmer, op. cit., pp. 404ff.; Gower, op. cit., pp. 372f.; Pennington, op. cit., pp. 362f.

であり、イギリスの一般法において株式会社を最初に認めた1855年の有限責任法 (Limited Liability Act) では、有限責任を享受するためには、25名以上の株主が設立証書に署名をなすことが必要であった。⁽¹⁰⁾ 基本定款を初めて認め、7名以上の者が1株以上の株式の引受をなすと同時にこれに署名することを要するという現行法の会社設立方式を認めたのは、1856年の the Joint Stock Company Act からである。⁽¹¹⁾ 1862年会社法(6条)もこの立場を踏襲した。1907年会社法は、小企業形態に適合する法形態を要求する当時の経済需要⁽¹²⁾を入れ、私会社を認め、2名以上の社員をもって右会社を設立しようとした(2条)⁽¹³⁾。同法により定款署名者数は、現行法と同様に、公会社と私会社とにより区別され、この立場は、その後1908年会社(総括)法 (Companies (Consolidation) Act)⁽¹⁴⁾ 2条、1929年会社法⁽¹⁵⁾ 1条1項に転用され、1948年会社法でも維持された。それ故、諸外国に影響を与えた定款署名者に7名を要求する立場は、1856年法に起源を有する。しかし同法が何故に7名を要求したか不明である。

(二) もしも会社登記官吏が、基本定款に署名された株式引受人数が法定数未満であるにもかかわらず、会社成立証明書を発した(13条1項)ときには、前述のようにその証明書記載の日付から、会社は成立したことになる、右証明書は、確定的 (conclusive) な性格を有するから(15条1項)、その瑕疵は、法人としての会社の地位と存在に影響を及ぼさないこととなる。⁽¹⁶⁾

15条1項の沿革は、以下の通りである。1862年会社法18条は、『登記官吏に

(10) 星川長七『英国会社法序説』269頁。Cf. Levy, *Private Corporation and Their Control*, vol. I, 1950, p. 75.

(11) 星川『前掲書』270頁。Levy, *op. cit.*, pp. 76f.

(12) Cf. Manson, *One Man Companies*, 11 L. Q. R. 185 (1895).

(13) Cf. *Law Reports Statutes 1907*, Chapter 50. p. 236.

(14) Cf. *Law Reports Statutes 1908*, Chapter 69.

(15) Cf. *Law Reports Statutes 1929*, Chapter 23.

(16) フランスの記述参照。

(17) Palmer, *op. cit.*, p. 103.

よって与えられた会社成立証明書は、登記に関する本法の全要件が履行されたという確定的な証拠であるべきである』と規定していた。そこで、「登記に関する本法の要件」とは、登記前の且つ登記に付随して起こる要件と条件を意味し、それ故一度会社成立証明書が発行されたなら、会社は有効に設立されたとみなされなければならない、登記前の事柄のあらゆる言及は、排除されると判決されていた⁽¹⁸⁾。しかし Re National Debenture and Assets Corporation⁽¹⁹⁾において、基本定款署名者が7名でなく、6名である場合（同一の者が2度署名した事案）には、会社設立証明書の確定的効力が及ばないとした下級審判決は、法的には正当であったとした控訴院裁判官3名全員一致の附随的意見は、右証明書の確定的効力に不確定性の影を投げかけた。また、Re Northumberland, etc., Banking Co. 事件における Turner L. J. の評言から、もしも会社が本法の下で登記される権限のない会社であるならば、成立証明書は、確定的であるか否かも、疑わしかった。それ故、これらの不確かさを除くために、1900年会社法1条1項が規定された。この規定は、取るにたらない用語さの変更を別にすれば、1948年会社法15条1項に引継がれ、次のように規定されている。『社団（association）に関して登記官吏によって与えられた会社成立証明書は、登記と、登記前の及び登記に付随して起こる問題に関する本法の全要件（all the requirements of this Act in respect of registration and of matters precedent and incidental thereto）が履行されたという、並びに社団は、本法で登記される権限のある、及び正当に登記された会社であるという確定的な証拠であるべきである』と。それ故、基本定款の7名の署名が全部1人の者によって書かれたとしても、又は全部がでっち上げられても、成立証明書は、確定的なもので

(18) Peel's Case (1867) L. R. 2Ch. 674 ; Oakes v. Turquand (1867) L. R. 2H. L. 325 (Palmer's op. cit., p. 120)。基本定款が、登記前に、署名者に知らされずに変更されていたとしても、会社成立証明書が発行されれば、確定的効力を有する。

(19) [1891] 2Ch. 505.

(20) [1858] 2De G & J. 357 (Palmer op. cit., p. 121.)

あると解されている。⁽²⁾

(3) ドイツ法

(イ) 株式会社が設立される際に株式の一部が公募されなければならない時には、実務では、銀行又は銀行シンジケートが発起人として株式会社の設立に参加し、これらが、会社設立後株式を公衆に売却するという方式でもっばら単純設立 (Einheitsgründung) が行なわれていたので、1965年株式法は、1937年株式法と異なり、漸次設立 (Stufengründung) を非実際的なものとして認めず、⁽¹⁾ 単純設立のみを規定している。

(ロ) 株式法28条によれば、『定款を確定した株主は、会社の発起人 (die Gründer) である』。この定義は、1884年の『株式合資会社と株式会社に関する法律』に由来する。同法により普通ドイツ商法典 209 条 C は、『定款を確定した又は現金支払以外で給付すべき出資をなす株主は、会社の発起人とみなされる』と規定するに致った。⁽³⁾ この規定は、1897年の新商法典 187 条にはほ引きつがれ、⁽⁸⁾ 1937年株式法21条も『定款を確定した株主は、会社の発起人である。漸次設立の場合には、定款の確定に参加することなしに、現物出資をなす株主も発起人である』と規定していた。⁽⁴⁾ 1965年株式法は、漸次設立を排除したので、上述のように規定された。⁽⁵⁾

(ハ) 1965年株式法2条によれば、『会社契約 (定款) の確定には、出資を為して株式を引受ける少くとも5名の者が参加することを要する』と規定している。それ故発起人=最初の株主の最少数は5名である。この規定は、28条と同様、1884年の『株式合資会社と株式会社に関する法律』に起源を有する。即

(2) Palmer, op. cit., p. 121.

(1) Hueck, Gesellschaftsrecht, 16. Aufl. 1972, S. 130.

(2) Vgl. Willenbücher, Handelsgesetzbuch, 1891, S. 264.

(3) Vgl. Pinner, Das Deutsche Aktienrecht, 1899, S. 30.

(4) Vgl. Schlegelberger-Quassowski, Aktiengesetz, 1937. S. 178.

(5) Kropff, Aktiengesetz, 1965, S. 47.

ち、まだ株式会社設立に許可主義（208条1項）を取る1861年の普通ドイツ商法典は、発起人の定義もなく、発起人の最少数についても直接的規定を設けていなかった。⁽⁶⁾それ故、2人の発起人で十分であると考えられた。なぜならば、団体は、最初に存在する構成員数においてではなく、参加者の多数において *corporation* の本質にそうものと考えられていたからである。⁽⁷⁾ 準則主義を採用した1870年株式法（*die Aktiennovelle*）209条6号は、新たに、監査役は少くとも3名の株主から構成されなければならない旨を規定したので、会社の設立のためには、3名の株主が必要であると解された。⁽⁸⁾ 3名としたのは、『必要な標準を厳守し、株式が少数の者に集中しているかのような株式会社の関係を顧慮』⁽⁹⁾したがためであった。しかるに1884年の前述の法律により、商法典209条1文は、『会社契約（定款）の内容は、株式会社を引受ける少くとも5名の者によって、裁判所又は公証人の作成した証書（*Verhandlung*）で確定されることを要する』と規定するに到り、⁽¹⁰⁾ 1897年新商法典182条1項1文もこれを全く踏襲し、1937年株式法2条は、『会社契約（定款）の確定には、株式を引受ける少くとも5名の者が参加することを要する』⁽¹¹⁾と独立に規定した。そして1965年株式法2条は、同時設立のみを認めたので、発起人は総株式を引受けること

(6) Endemann, *Handbuch des deutschen Handels-, See-, und Wechselrechts*, 1881, Bd. I, S. 526 ; Vgl. Krämel, *Das allgemeine deutsche Handels-Gesetzbuch*, 1862, S. 251ff.

(7) Endemann, a. a. O., S. 526.

(8) Endemann, a. a. O., S. 526 ; 反対 Thöl. *Das Handelsrecht*, Bd. I, 1879, S. 445. 取締役を含め4名とする。

(9) Puchelt, *Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch*, Bd. I, 1882, S. 423 ; Hahn, *Commentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch*, Bd. I, 1877, S. 668.

(10) Vgl. Willenbücher, a. a. O., S. 262.

(11) Vgl. Pinner, a. a. O., S. 13.

(12) これに至るまでの途中経過については, Schneebeli, *Die Einmannsgesellschaft*, 1934, S. 17f. 参照。

を要するから、『出資をなして』とする文句を付加したものである。⁽¹³⁾

かくして発起人のすべては、少くとも1株を引受けなければならない。全引受が定款の確定と同時に一定の内容の書面(23条参照)で、行なわれることによって、会社は設立される(29条)。それと同時に實際上株式の割当が行なわれる。その後登記(これによって会社は成立する(41条1項))までに、発起人が死亡したとしても、設立会社(errichtete Gesellschaft)には、影響なく、相続人は、右会社が解散しない限り、引受表示に拘束されるが⁽¹⁴⁾、自から発起人になるものではない。しかし相続人は、被相続人の発起人責任がある限り、相続より責任を負担する⁽¹⁵⁾。株式を引受けない者が定款の確定に参加することは許されるが、その者は株主ではないから、発起人ではなく⁽¹⁶⁾、5名未満の発起人が、定款の確定に参加した時には、登記裁判所は、会社の登記を拒否しなければならないが、それにもかかわらず登記された株式会社は、23条3項(定款の内容)違反のみを無効原因とする275条1項の規定より、有効である⁽¹⁷⁾。同項は、商法典309条、37年株式法216条1項を引き継いだものである。引受けられた株式は、英米法と異なり、会社の登記前に、54条3項の方式で払込まれ、その金額は取締役の自由な処分には置かれなければならない(36条2項)。株式の引受、払込等は、取締役、監査役、裁判所等による厳格な調査に服する(33, 34, 35

(13) Kropff. a. a. O., S. 19.

(14) Godin-Wilhelmi, Aktiengesetz, 4. Aufl., 1971, § 29 Anm. 5.

(15) 設立会社は、所謂 Vorgesellschaft と呼ばれ、その法的性質については、組合説、権利能力なき社団説、登記を前提とする規定は適用されないが、株式法が適用される特別の団体であるとする説とに分かれている(Vgl. Büttner, Identität und Kontinuität bei der Gründung juristischer Personen, 1967. 彼は最後の見解に賛成し、その部分的権利能力をも肯定する)。Godin-Wilhelmiは、第3説を取っているから、他の見解の場合、本文の見解と異なる場合もありうる。と解する。

(16) Godin-Wilhelmi, a. a. O., § 2 Anm 4; Baumbach-Hueck, Aktiengesetz, 13. Aufl. 1968, § 2 Rn 5.

(17) Godin-Wilhelmi, a. a. O., Vorbom. § 23 Anm 9.; Baumbach-Hueck, a. a. O., § 2 Rn 8; Hueck, a. a. O., § 137 等。

38条参照)。それにもかかわらず株式の引受、払込等がなされていない時には、発起人はこれにつき連帯責任を負う(46条)。また他人の計算で発起人が株式を引受けた時には、その他人も発起人と並んで同一の責任を負担する(46条5項)。発起人が払込をしない時に、発起人責任の履行として他の発起人が払込をなしたとしても、他の発起人は、株式権の譲渡を要求することができず、ただ支払の賠償を要求することができるだけであり、引受をなした発起人が、株主に留まる。引受をしないものにかかわらず株式を引受けたと申告した発起人も、その限りで株主である⁽¹⁸⁾。また株式が支払不能であるか又は現物出資を給付することが不能であることを知って右の者の参加を承諾した発起人も責任を負うが(46条4項)、その時には、64条の失権宣言により、右株主を失権させることができる⁽¹⁹⁾。

かくして、発起人=株主は、原則として5名必要である。特にドイツ法では設立監督手続が嚴重であるように思われるので(例えば設立検査役報告書の商工会議所への提出等)、5名未満で会社が設立されるのは、きわめて希のように思われる。それ故藁人形設立(Strohmanngründung)がしばしば利用されることになるが⁽²⁰⁾、何故に発起人を5名としたのであろうか。

発起人の最少数の必要性を、資本蓄積制度としての株式会社の国民経済的任務から説明する見解(Groschuff, Crisolli)もあるが、通説は、第三者に対する設立保護の保障から説明する。即ち5人の発起人の財産が責任担保となると⁽²¹⁾。もっとも、一人会社の最初の設立を不可能にしながら、のちの一人会社は許されるとするのは不合理であり、かような規制は、願わしくない程度で藁人形設立

(18) Godin-Wilhelmi, a. a. O., § 46 Anm 14, S. 252.

(19) Godin-Wilhelmi, a. a. O., § 46 Anm 17; Baumbach-Hueck, a. a. O., § 46 Rn 8.

(20) その包括的研究として Kuhn, Strohmänngründung bei Kapitalgesellschaften 1964.

(21) Hans-Michael, Die Einmannngesellschaft als atypische Gesellschaftsform im deutschen und französischen Recht, Dissertation, 1969, S. 24f.; Kuhn, a. a. O., S. 159.

を促進するものであるとする見解もかつて唱えられ、最近では、Hans-Michsel⁽²⁾が、ドイツ経済とヨーロッパ市場との関係から、最少数の規定は、企業形態の自由な選択を困難にするものとして、その除去を立法論として主張する。

(二) なお有限会社法では、有限会社の設立のために2名の社員が最少必要だと解されているが(2, 3条参照)。一人会社の設立を認めるべきであるとする見解が有力となり、1972年に有限会社改正研究サークル (Arbeitskreis GmbH Reform)⁽³⁾が、有限会社が1人で設立できるよう現行法を改正すべきと提案しているのは注目される。

(4) フランス法

(1) 1867年7月24日法は発起人 (fondateur) なる用語を使用するが、その定義規定を欠く。Hamel et Lagarde⁽¹⁾ にならって、法律上の発起人 (fondateurs de droit) と事実上の発起人 (fondateurs de fait) を区別することは有意義である。24条の意味の発起人は、法律上の発起人であって、商事裁判所の書記局に提出される定款案に署名する者であり、この者は、株式の引受と払込を自から又は公証人の作成した委任状を有する代理人を通して公正証書で確認する義務を負う。42条の意味の発起人は、会社の設立の時に、会社の設立無効によって株主と第三者に与えられた損害につき連帯して責任を負う発起人であって、法律上の発起人より広く社員である必要もなく、『会社の形式の下に企業の創立に達した活動において発議の役割 (une part d'initiative)』を演じたか、又は

(2) a. a. O., S. 26ff.

(3) Hans-Michael, a. a. O., S. 25 によれば Konow, Fleddermann が主張者である。

(4) Arbeitskreis GmbH-Reform, Thesen und Vorschläge zur GmbH-Reform, Bd. 2, S. 35ff.

(1) Hamel et Lagarde, Traité de droit commerciale, Tome 1, 1954, n° 576 ; Noirel, Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale (dirigée par Houin) Tome 2, 1962, p. 176-179.

(2) Cass. civ., 30 octobre 1928, 1929, 1. 129, (Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale p. 175)。違反は申告の無効となり、会社の無効となる。

『事情をよく心得て、真の主唱者 (promoteurs) に、十分に直接的、十分に緊密な、十分に変わらない協力を貸した⁽³⁾』者である。

1966年7月24日法は、発起人なる用語を公募(定義72条参照)設立の株式会社(資本が50万フラン以上の会社。71条1項)に限って使用するが、1867年法同様、その定義規定を欠く。Juglar dt e Ippolito⁽⁴⁾は、旧法の解釈同様、法律上の発起人と事実上の発起人を区別する。定款案と株式申込証 (le bulletin de souscription) で資格に就く者は、法律上の発起人である。会社の設立において一定の発議又は一定の積極的参加を担当した者は、事実上の発起人である(参照242条)。法律上の発起人は、商事裁判所の書記局に提出されなければならない定款案を作成、署名し(74条1項)、設立趣意書を公告し(74条2項、1967年3月23日デクレ59条)、公正証書によって株式の引受及び払込の申告をなし(78条)、株式引受人を創立総会に招集し(79条)、現物出資がなされた場合等には、裁判所に出资検査役の選任を申請する(80条1項)義務を負う。この意味の発起人は、1人又は数人でもよく(74条1項)、将来の株主でなくてもよい。

フランスの学説、判例がこのような区別をなすのは、会社の設立の場合の責任回避のために藁人形 (hommes de paille) の陰に隠れる真の発起人に1966年法242条(旧法42条)の民事責任を及ぼすために、発起人の概念を、定款案に署名した公式の資格に限定しないで、弾力的に理解しようとするためである。

公募によらない株式会社(資本は10万フラン以上でなければならない)の設立の場合には、公募設立と同様に、株式の金額引受(84条75条1項)と券面額

(3) Cass. civ., 1^{er} Juillet 1930 S., 1931, 1, 305 (Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale, p. 176).

(4) Juglar dt et Ippolito, Cours de droit commercial, Tome II, 1971, p. 294 et 295 ; Ripert et Roblot, Traité élémentaire de droit commercial, Tome I, 1972, n^o. 1047, 1048 は、この用語を使用せず、「発起人は、会社を設立する発議を始め、社員と資本を集めることを引受け、会社の設立に達するために必要な法的手続を履行する人」と定義するが、實際上区別を認める。

(5) Vuillemet, Droit des sociétés commerciales, 1968, p. 299.

の4分の1以上の払込は必要である(84条75条2項)。しかし、株式の払込は、公正証書をもってする1人又は数人の将来の株主の申告書によって証明され(85条)、この申告後、定款は株主自体又は代理人によって署名され(87条)、登記によって会社は成立する(5条)。

(㊦) 1867年法23条は、『(株式)会社は、社員数は7人未満であるときは、これを設立することができない』と規定していた。契約理論に厳密に従えば、会社(société)の有効な設立のためには、2人の社員が会社の設立手続に参加することは十分である⁽⁶⁾ので、法律が7名の株主を要求する根拠が問題となる。

第1説は、社員数が極めて少ないからには、合名会社と合資会社の形態が適当なのであって、7名を要求したのは、株式会社が重大な資本を要する大企業に用いられるべき形態であることを明らかにするためであると説く。

第2説⁽⁷⁾は、法律が会社の規模の基準をあまり利用していないことを考えると第1説は疑問であり、7名未満の者でも大企業のための十分に莫大な資本を持ちうるし、同条は、容易に回避可能であるから、真実は、1867年の立法者が、1862年イギリス会社法の要件を模倣したにすぎないと説く。

第3説⁽⁸⁾は、社員数が少くない会社に直面して第3者が誤って、人的会社と誤解することを回避するためだとする。しかし、有限会社が認められ、発達した時点において、その説得力を失った⁽⁹⁾。

株主の最少数が7名と確定されている以上は、発起人はただ1名であってもよい⁽¹⁰⁾。これは1966年法でも同様であって、発起人=株主という関係は、切断されている。

(6) Cf., Hémard-Terre-Mabilat, Sociétés commerciales, Tome I, 1972. p. 204.

(7) Lyon-Caen et Renault, Traite de droit commercial, Tome II, 1908 n°. 683 ; Hamel et Lagarde, op. cit., p. 712 ; Ripert et Roblot, op. cit., n°. 1061 ; Rodière, Droit commercial, 8^e ed., 1972, n°. 144.

(8) Vgl. Hans-Michael, a. a. O., S. 130.

(9) Hémard-Terré-Mabilat, op cit., p. 576.

(10) Lyon-Caen et Renault, op. cit., p. 11 注(2) ; Hamel et Lagarde, op. cit., p. 697.

会社設立の際に株主が7名未満の時には、1867年法41条により、会社の設立は無効である⁽¹¹⁾。

ところで、商法改正委員会は、社員の最低数を5人にまで減少すべきことを提案したが、1966年法は、旧法を踏襲して、『社員数は7名未満であってはならない』(73条2文)と規定する。他方、9条で一人会社を法認した(なお240条。旧法38条参照)。

新法(89条、95条)は、旧法(26条、1940年11月16日法1条)と同様、取締役会は、3人以上の社員から構成されなければならないから、2名の社員数で満足することは不可能であること、その上、公募をしない株式会社についてさえ、最少資本の規定を設けるべきことを議論していたので、旧法の要件を減ずることは幾分時代錯誤的に思われたことにより、前述の委員会提案がなされた。この点につき外国の立法例をみると、大部分3人から10人の間であるが、フランス法の伝統的規定が、ヨーロッパ経済共同体構成国であるベルギー⁽¹²⁾、ルクセンブルグ⁽¹³⁾の法律で採用されているので、結局この7名の最低数が維持された⁽¹⁴⁾。

会社設立の時株主数が7名未満であるときは、一説によれば、会社は有効に設立されず、無効である⁽¹⁵⁾。従って、会社が有効に設立されたことを前提として、株主数の減少による解散を規定する240条は適用されない。その代り、会社の目的が不法でない限り、裁判所が第一審の本案判決をする日に無効原因が存在しなくなったときは、無効訴権は消滅すると規定する362条が適用される。また商事裁判所は、無効を治癒するための期間を定めることができる(363条)。

(11) Lyon-Caen et Renault, op. cit., p. 147 ; Comm, 17 nov. 1969, J. C. P. 1970, 16304, note P. L.

(12) 1935年11月30日総括法 (Lois coordonnées) 29条1号。

(13) 商事会社に関する1915年8月10日法26条1号。

(14) Hémard-Terré-Mabilat, op. cit., p. 576.

(15) note P. L., J. C. P. 1970, 16304, sous Comm. 17 nov. 1969 ; Rodière, op. cit., p. 148 note 1.

これに対し、360条1項は、『会社の設立または定款の変更は、本文の明文の規定又は契約の無効を定める規定にもとづく場合に限り、これを無効とすることができる』と規定しているが、7名未満の場合を無効とする規定がないので、⁽¹⁶⁾会社が無効になることはなく、⁽¹⁷⁾設立手続の適合性の申告を規定する6条の適用で、⁽¹⁸⁾瑕疵は、補正されるであろうとする見解が対立している。

IV 結 び

比較法的にみると、株式会社の設立から一人社員を認めるのは、例外でありアメリカ法が設立から一人会社を認める傾向に動いてはいるものの、即座に日本に立法論として取入れるべきか否かは、なお慎重な検討が必要であるように思われる。

商法165条(旧119条)は、明治32年の理由書によれば、イギリス・フランス法にならって規定された。しかしⅢ(2)(4)の考察より必ずしもフランス法にならったものではなく、むしろイギリス法にならったことが明白となった。理由書が、右のように記述したのは、7人以上の社員の存在が会社の存続要件でもあったので、当時厳密な分析がなされなかったことに基づくものと推測される。

通説、判例によれば、我商法では、7人未満の発起人の存在は、設立無効の原因である。しかしイギリス・ドイツ・フランスの各法とも登記は右の瑕疵を治癒するものとしているので、我国でも同種の立法を講ずるのが、取引の安全にも寄与し、妥当であると解される。

設立の際に一定の発起人ないし社員数を要求する立法は、一般的に藁人形設立を誘発する。しかし藁人形設立が弊害を伴うか否かは、検討に値する未開の分野である。また発起人の定義、設立過程での1発起人の死亡が設立無効を招

(16) Juglart et Ippolito, op. cit., p. 318 et 322.

(17) Hémard-Terré-Mabilat, op. cit., p. 578 ; 『早稲田法学』48巻3号351頁。

(18) 360条1項は、1969年12月20日のオルドナンスにより追加されたものであるから、現行法の解釈としては、2説が正当であろう。

来するか否かは、設立中の会社の法律問題とも関係してくる。特に最近設立中の会社の法律構成に対しては強い疑問が提出されていることから、これらの検討が必要であるように思われる。私の今後の課題としたい。