

フランス会社法 (4)

—第 70 条～第 88 条—

早稲田大学フランス商法研究会

大野實雄

金澤 理 中村真澄 福井 守

奥島孝康 井上治行 荒木正孝

第 4 章 株式会社および株式合資会社

CHAPITRE IV SOCIETES PAR ACTIONS

第 1 節 総 則

SECTION I DISPOSITIONS GENERALES

〔前 注〕

1. 株式会社の意義 株式会社 (société anonyme) とは、株主とよばれる社員が流通証券によって表彰された権利を有し、その出資を限度として責任を負う社員から構成される商事会社である(法73条参照)。株式会社は物的会社 (société de capitaux) の典型であり、合名会社および合資会社が属する人的会社 (société de personne) に対置される。大会社においては、その発行する株券は証券取引所において譲渡され、株主は絶えず交替する。株式会社が無名(または匿名)会社 (société anonyme) とよばれるのはこのような会社の形態に由来しているのである。株主は、合名会社の社員や合資会社の無限責任社員と異なり(法10条、23条参照)、商人たる資格をもたない。会社の取締役も同様に商人ではない。会社のみが商行為を行ない、会社はその形態により商事会社となる (Ripert par Roblot, 7^e éd., 1972, p. 574)。

2. 株式会社および株式合資会社の法制の沿革 (1) 革命前の法 (a)

株式の創設 会社の資本を株式に分割するという考えはすでに古くから存した。しかし近代的な意味での株式を表わすためには、それが譲渡性をもつことを要する。株式の譲渡を決定するのは会社の定款である。定款は、ときには予め特定された者にたいしてのみ株式の譲渡を認め、またすべての者にたいする自由譲渡を許した。17世紀および18世紀の頃には、すでに株式の投機取引が可能なるほどに多数の株式が発行されていた。しかし、株式による会社 (société par actions) と持分による会社 (société par intérêts) とを区別することは当時なお困難であった。会社は、まだ特別の名称をもたず、1673年のサバリー法典も会社の名称を考えていなかった。株式によって創設された合資会社 (commandites créées par actions) があったが、この会社の株主は、無限責任社員と全く同様に、会社債務につき自ら責任を負うものとされていた。ただ定款の規定をもってその責任を自己の出資額に限ることができた。ときにこれらの社員は有限責任社員 (commanditaires) とよばれたが、無限責任社員はほかに存在しないので、これは似て非なる有限責任社員であった。これらの会社に属するものとして、鋳山、運河の経営およびガラス・武器・ラシャなどの製造を目的とする会社があった。

(b) 特許会社 これは国王の特許状 (charte royale) により設立され、公法上の制度に属する。会社が自己の名において商行為をなす法人格を創設するためには公権力の行為 (公文書) を必要とされ、この法人格を付与するのが特許状であった。さらに、これら特許会社のあるものにたいしては、国王の有する交戦権、裁判権および貨幣鑄造権などの特権が付与された。その例として、17世紀前のヨーロッパにおいて、ジェノワ、アムステルダム、ロンドンの各銀行をあげることができ、17世紀のフランスにおいては、航海および植民地経営を主たる事業目的とする特許会社が設立された。最も有名なのは、1664年にコルベールにより設立された東インド会社 (la Compagnie des Indes orientales) および1686年の保険および冒険貸借会社 (la Compagnie générale pour les assurances et prêts à la grosse aventure) である。

(c) フランス革命 フランス革命が商取引の自由を宣言し、独占と投機の弊

第 70 条

害を告発するや、大会社は疑惑の目をもってみられた。1793年8月24日のデクレは、株式会社の設立に立法による許可を必要とした。革命暦2年の芽月 (germinal) 26—29日のデクレは、Cambacérès の言葉によれば、《公共の信用を破壊するもの》として株式会社に廃止し、かつ新たな設立を禁止した。しかしこの禁止は長くは続かなかった。革命暦4年霧月 (brumaire) 30日の法律は、株式会社の設立および運営に関するいかなる法規をも制定することなく会社の設立を許可した。

(2) 商法典 (a) 2種類の株式会社の区別 1807年の商法典は、2種類の株式会社の間に重要な区別を設けた。すなわち、株式合資会社 (société en commandite par actions) には設立の自由が与えられた。なぜなら、この種の会社には、会社債務につき自から責任を負う無限責任社員 (commandité) が存するからである。これに反し、他の形態の株式会社には設立の自由が拒否された。この会社には無限責任社員が存在しないからである。そこでこの株式会社を société anonyme とよんだが、ほんらい匿名組合 (association en participation) を指すものとして使用されてきたこの用語は以後その意味を変更することとなった。

(b) 株式合資会社の繁栄 このようにして、商法典は株式会社の設立に政府の許可 (autorisation gouvernementale) を要するものものとした。この許可は、参事院 (Conseil d'État) において決定されるデクレをもって与えられた。このために参事院は典型条款を定めておき、これに合致しない会社の設立は容易に認めようとしなかった。かくして株式会社の設立はごく僅かなものにとどまった。1826年から1837年までの間、1039の株式合資会社 (資本総額12億フラン) が設立されたのにたいして、株式会社はわずか157社 (資本総額3億9千3百万フラン) がその設立を許可されたにすぎなかった。いわゆる「株式合資会社熱」(la fièvre des commandites) がみられたのがこの時期である。これらの株式合資会社の中に、無資力の無限責任社員を見出すのは容易であった。1838年、ついに政府は株式合資会社を廃止するための法案を準備するほどまでにその投機熱は盛んになった。しかし商工業の経営を目的とする大企業の創設は資本集中の強力な手段を必要としていたので、株式合資会社を廃止することは不可能であった。第二帝政のもとにおける資本主義の新たな圧力は再び株式合資会社の開花をみ、同時に少額の金額で発行され

株式会社および株式合資会社（総則）

た株式にたいする投機も高まった。1856年7月17日の法律をもって再び株式合資会社が規制されることになった。

他方、フランスにおける外国会社の活動が株式会社の自由設立の問題を提起したことはみのがすことのできない重要な事実である。ベルギーとの通商条約にもとづき相互主義のもとに制定され、現在でもなお施行されている1857年5月30日の法律は、ベルギー国籍の株式会社に自由設立を認めているが、同法はさらに、デクレをもってこれと同じ権利をあらゆる国に対して与えるものと定めている。同様に、1862年4月30日の英仏条約により、英国籍を有する会社は1862年以後は許可なくして自由に設立することが認められた。フランスの企業にたいしてもこれと同じ自由を与えるために、1863年5月23日の法律は、有限責任会社（société à responsabilité limitée）の名のもとに新たな形態の会社を創設した。これは英国の私会社（private companies）の例にならって、その資本の金額が2千万フランを超えることのできない小規模の株式会社を認めるものであった。しかしこの改革はあまり成功をみななかった。なお、1925年にこの会社と同じ名称の有限会社が制定されたが、この2つの会社の間にはなんらの関係もないことに注意する必要がある。

(3) 1867年法とその改正 (a) 1867年7月24日の法律 商法典の制定後60年を経過して、資本主義は株式会社を自由に設立する権利を獲得した。1867年7月24日の法律は、《これより先、株式会社は政府の許可なくして設立することができる》と宣明した（21条1項）。この法律は、その後ほぼ1世紀にわたり、株式会社および株式合資会社の基本憲章となった。この法律は第1章から第6章まで80ヵ条の規定から成っている。第1章は株式合資会社に関する規定であり、それまで株式合資会社を規制していた1856年7月17日の法律は廃止された（20条）。第2章は株式会社に関する規定であるが、ここでは第1章の株式合資会社に関する多数の規定が準用されている。しかし、その後急速に株式会社の数は株式合資会社よりも多数を占めるようになったので、株式会社に関する規定を散在せしめるこのような規定の仕方は不便を免かれず、しかも株式会社を二義的なものとする立法に批難が加えられた。つぎに第3章は可変資本金会社に関し、第4章は会社の公示手続に関し、第5章はトンチ式年金（tontines）および保険会社に関しそれぞれ規定を設けている。

第 70 条

最後に、1917年4月26日の法律によって労働者参加株式会社に関する第6章の諸規定が追加された。

株式会社の設立の自由を認めるべきことは、営業の自由の名において古くから主張されてきた。国会における討論の中でも、契約自由の原則の一適用として主張された。この意味において、1867年7月24日法は自由資本主義の勝利を画した。株式会社の設立自由の原則は、その後スペイン（1869年）、ドイツ（1870年）、ベルギー（1873年）およびイタリー（1882年）各国において相いついで宣言された。1867年のフランス会社法の改革はいちじらしい成果を収めた。1867年から1875年までは毎年100の株式会社の設立をみるにとどまったが、その後次第に増加し、1907年には1,000余、1902年には3,000社の設立に達した。1964年末に作成された統計は、66,968社の株式会社が存することを示しており、1965年には5,386社、1966年には4,651社、1967年には4,236社の株式会社が設立されている。

(b) 第二次大戦までの時期における改正　1867年から1939年の大戦にいたるまでの時期における会社法の改正は、多少重なり合った2つの潮流に分けられる。

その1つは、会社の運営を容易にし、実務が考案したものを制度化した一連の法律であって、その初期のものは明らかに会社にたいして好意的であった。1893年8月1日の法律は、すべての株式会社および株式合資会社に商人性を認め、1867年法の若干の規定を改正した。ついで1903年11月11日の法律は優先株の制度を採用した。1913年11月22日の法律および1930年5月1日の法律は定款の変更に關し、また1933年11月13日の法律および1937年8月31日のデクレ・ロワは複数議決権につき、1935年10月30日のデクレ・ロワは公示手続および無効の制度につきそれぞれ1867年の会社法に改正を加えた。このほか、1929年1月23日の法律は、発起人持分（part de fondateur）の制度を創設した。

株式会社の活動が広汎におよびその影響がいちじるしくなるや、それが国の経済におよぼす危険性に対して注意が喚起され、会社財政上の不祥事件は投資家を保護すべしとする世論をおこした。第2の改正はこれらの流れに属するものである。政府は、1935年6月8日の法律により、フラン防衛のために与えられた権限を行使して、1935年8月8日の新デクレを定め、ついで同年10月30日には他の一連のデク

株式会社および株式会社（総則）

を定めた。その後さらに1937年および1938年にも新たなデクレ・ロワが制定された。

(c) 1939年以後の改正 政府は、1940年9月18日の法律をもって株式会社の経営に関する改革を急ぎ断行した。同法は、そのできが良くなかったため、2ヵ月後の1940年11月16日の法律にとって代われ、さらにこの法律は1943年3月4日の法律によって改正された。この法律は、取締役会の議長を会社の社長とし、一定の場合に会社の債務につき責任を負わせ、この結果、株式会社を株式合資会社に接近させた。つぎに、いくつかの重要な改正が会社の発行する有価証券制度にもたらされた。株式の形式および譲渡に関し1941年2月28日、11月15日および12月16日の各法律によって実現された改正は、記名株式と株券の寄託とによって株主がだれであるかを知ることができるようにした。しかし、無記名株券の強制的寄託を定めたこの制度は不完全で、会社の信用を害したために1949年7月5日の法律によって廃止された。そして1949年7月22日の法律によって、交互計算による任意的寄託の制度がとられた。記名株券の制度は、1955年12月7日のデクレにより、いちじるしく改善された。1872年6月15日の法律により、盗取されまたは紛失した証券所持人を保護することを目的とする制度は1956年1月11日のデクレによって簡易化された。最後に、1953年2月25日の法律は、1867年法の定めた株主総会の運営にたいして重要な改正をもたらした。その改正は、総会招集の方法、定足数、受益者持分を有する者の総会、社員の払込資金の払戻、資本増加の場合における審査を目的とする総会の廃止など多くの点にわたっている。さらにこの法律には、転換社債、増資の場合における株主の新株引受権、外国会社の証券の発行および証券取引所への上場などに関する規定も含まれている。

3. 現行法 (a) 1966年7月24日の法律第66-537号 各種会社の運営規定と題する1966年法の第1編は、その第4章において株式会社および株式合資会社に関する規定を定めているが、これらの規定は本法の最も重要な部分をなしている（70条ないし262条）。まず、株式会社および株式合資会社に共通する3カ条の総則規定を定め、ついで各節ごとに順を追って、株式会社の設立、指揮および管理、株主総会、資本の変動、監督、組織変更、解散および民事責任に関する規定を設けて

第 70 条

いる。ついで第10節においては、辛うじて廃止の運命を免かれた株式合資会社に関する規定が収められ、その本質を示すものとして、合資会社および株式会社に関する規定が準用されている(法251条2項)。会社の発行する有価証券に関する第5章は、株券および社債券所持人とその発行会社との間に存する法律関係を取扱っているが(法263条ないし339条)、もちろんこれだけの規定をもって有価証券に関する完全な法規制をしようとするものではなく、既述のように、交互計算による株券の任意の寄託に関する規定(1949年8月4日のデクレ)、記名証券に関する制度(1955年12月7日のデクレ)、紛失または盗取された無記名証券に関する制度(1956年1月11日のデクレ)によって補完されている。なお、発起人持分は本法施行の日以後その発行が禁止されている。

(b) 株式合資会社の存置 すでにのべたように、1867年7月24日の法律によって株式会社の設立にはもはや政府の許可を必要としなくなったときから、企業の経営を株式合資会社の形態に頼る実益は失われた。これ以後、株式合資会社の衰退のきざしは間もなく現われ、1925年に有限会社が出現した後はその傾向をいっそう顕著にした。次の表は、株式会社の漸増と株式合資会社の激減の傾向をよく示している(Hémard, Terré et Mabilat, *Sociétés commerciales*, I, 1972, p. 562 なお、フランス会社法(1)11頁参照)。

	株式会社	株式合資会社
1939年	43,000	13,000
1950年	54,777	13,085
1959年	39,802	228
1963年	62,546	186
1964年	66,968	176

これ以後も株式合資会社の設立の事例はきわめて稀れとなり、また現に存続中の会社は株式会社へと組織変更していった。このことだけをもってしても、1966年の会社法改正にさいして、将来新たな株式合資会社の設立を禁止すべきであるとする法案の提出に有力な論拠を与えるものであった。さらにこのほか、株式合資会社は人的会社と物的会社の性格をあわせもつ雑種の形態(forme hybride)であって、

株式会社および株式合資会社（総則）

現代の経済生活の必要には無縁のものであり、無限責任社員の無限かつ連帯の責任は、とくに大資本を有する会社にあつては錯覚を生ぜしめ、株主および第三者にとつての安全は見せかけのものにすぎないと主張された。

しかしながら、株式合資会社はついにこの試練に打勝つた。国会において主張された存置論は次のようなものであつた。まず旧法のもとにおいて、1940年および1943年の法律により実現された株式会社の指揮者の個人的責任の強化は株式合資会社の精神にある程度立戻すことを示した。また実際界においては、株式合資会社にたいする《好意の魅了》の見透しと《Le Printemps》や《Les Laines de Roubaix》のような繁栄した大会社の経営がもたらす満足感があり（もっとも、Le printemps はその後組織変更されている）、最後に、この型の会社が有する便宜さが採用された。かくして国会は、すくなくともかつてよりは、株式合資会社を株式会社または有限会社に組織変更することを促すような、事態の進展に忠実な解決をとることに満足した。

以上のように、株式合資会社は辛うじてその廃止の運命を免れたが、それでもやはり、その衰退と存続にたいする反対は新会社法の中に傷跡を残さざるを得なかつた。まず第1に、その規定の順序は旧法の場合と逆転し、株式による会社に適用される大部分の規定は株式会社について定められ、株式合資会社の法制度は株式会社法に依拠して定められることになった（法251条2項、令202条）。つぎに、旧法上、株式合資会社から株式会社または有限会社への組織変更は、とくに無限責任社員全員の一致による承諾を必要としていたが、新法においては株主総会の特別決議とともに無限責任社員の過半数の合意があれば足りることとなつた（法262条）。

法第70条〔株式会社および株式合資会社の商号〕

①株式会社および株式合資会社は商号をもってこれを表示し、商号の前または後に会社の形態および資本の額を示さなければならない。

②商号には社員の1人または数人の名を入れることができる。ただし、株式合資会社は、その商号のなかに無限責任社員の名を入れてはならな

い。

Loi Art. 70.—La société par actions est désignée par une dénomination sociale, qui doit être précédée ou suivie de la mention de la forme de la société et du montant du capital social.

Le nom d'un ou plusieurs associés peut être inclus dans la dénomination sociale. Toutefois, dans la société en commandite par actions, le nom des associés commanditaires ne peut y figurer.

令第56条 [会社の形態および資本を付記した商号の表示]

①会社が第三者に宛てて発する証書および書類，とくに通信文，計算書，広告および各種の刊行物には，商号を表示し，その直前または直後に《株式会社》という語もしくは《S. A.》の頭文字または《株式合資会社》の語を明瞭に付記し，なお，資本の額をも記載しなければならない。

②前項のほか，株式会社に董事会および監事会が設けられているときは，《会社法第 118 条ないし第 150 条の適用のある株式会社》という語句を用いて会社の形態を表示しなければならない。

③（1971年 6 月 7 日令第71-418号により追加）《随時に転換できる転換社債の転換により，または会社法第 208-1 条以下の規定にもとづき会社の従業員に与えられた新株引受の選択権の行使により生ずる資本増加の場合において，かつその増加額が旧資本額の 10 パーセントを超える場合をのぞいて，会社は，会社法第 196-1 条（第 5 項）および第 208-2 条（第 3 項）に定める取締役会または董事会の確認の日から 3 年の期間が経過したときにかぎり，本条第 1 項に定める証書および書類に新資本額を記載する義務を負う。》

Déc. Art. 56.—Les actes et documents émanant de la société et destinés aux tiers, notamment les lettres, factures, annonces et publications diverses, doivent indiquer la dénomination sociale, précédée ou suivie immédiatement et lisiblement des mots 《société anonyme》 ou des initiales

株式会社および株式合資会社（総則）

《S. A.》 ou, le cas échéant, des mots 《société en commandite par actions》, et de l'énonciation du montant du capital social.

En outre, si la société anonyme est dotée d'un directoire et d'un conseil de surveillance, la forme sociale doit être indiquée par les mots: 《société anonyme régie par les articles 118 à 150 de la loi sur les sociétés commerciales》.

(Décr. n° 71-418 du 7 juin 1971) 《Dans le cas d'augmentation du capital résultant de la conversion d'obligations convertibles à tout moment ou de l'exercice d'options de souscription d'actions consenties en application des articles 208-1 et suivants de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, et sauf si l'augmentation dépasse 10 p. 100 du montant antérieur du capital, la société n'est tenue de mentionner le nouveau montant du capital social sur les actes et documents visés à l'alinéa 1^{er} qu'à l'expiration d'un délai de trois ans à compter des constatations prévues respectivement à l'article 196-1 (alinéa 5) et 208-2 (alinéa 3) de ladite loi.》

〔解説〕

1. 総説 フランス会社法において会社の商号は、人的会社の商号 (raison sociale) と物的会社の商号 (dénomination sociale ou commerciale) とに区別して用いられている。すなわち, raison sociale とは, 合名会社および合資会社の商号 (法11条, 25条) を指し, dénomination sociale とは, 有限会社, 株式会社および株式合資会社の各商号を指す (法34条2項, 70条)。この2つの商号の間に存する相違は, 前者の場合, その中に少なくとも1名の無限責任社員の氏名が必ず表示されるべきものとされているのに対して, 後者の場合には, 社員の氏名を原則として商号の中に挿入するのは自由とされている反面, 会社の形態を示す文字と会社の資本金の額を付加すべきものとされていることである。

本条第1項の規定により, 株式会社および株式合資会社は, その商号の前または後に, 会社の形態と資本の額を表示すべきものとされているが, この点については, すでに1867年法のもとにおいて (64条1項), 会社から発行される証書, 計算

第 70 条

書などに株式会社または株式合資会社の文字および資本の額を明記すべきものとされていたので、新法は旧法の規定を踏襲したにすぎないといえる。

つぎに本条第 2 項は、株式会社または株式合資会社の商号の中に 1 人または数人の社員の名を入れることができる旨を規定しているが、これは、その社員の氏名のみをもって会社の商号とすることはできないことを示すものであり、株式会社については、人的会社の商号 (raison sociale) をもってその商号とすることができないとする旧法上の原則 (商法典 29 条) を暗黙的に確認したものと見える (Hamiaux, II, p. 29)。ただし、株式合資会社は、その商号のなかに有限責任社員の名を入れてはならない。そうでないと、第三者が有限責任社員と無限責任社員とを混同するおそれがあるからである。

命令第 56 条第 1 項は、会社から第三者に宛てて発行される証書および書類にも会社の形態および資本の額を付記した商号を明記すべきことを定めている。利害関係人にたいして正確に報知すべき義務が、これらの文書の中で会社の実体を隠してはならない義務にまで当然に延長されているのである。すでに 1867 年法第 64 条にはほぼ同じ趣旨の規定が設けられていたが、旧法のもとでは、《société anonyme》の語を省略することなく記載することが要求されていたのにたいし、新法は、いまやかなり普及した実際上の慣行に法を一致させて、《S. A.》の略号をもっても足りるものとしている。

会社から第三者に宛てて発行されるすべての証書および書類にこれら会社の形態および資本の額を記載することを怠った株式会社または株式合資会社の社長、取締役、副社長または業務執行者は、2,000 フラン以上 5,000 フラン以下の罰金に処せられる (法 462 条)。また、これと同じ刑罰は、会社法第 118 条ないし第 150 条の規定の適用を受ける株式会社の董事会および監事会の構成員にたいしても、それぞれの権限に応じて適用される (法 464 条)。

つぎに、資本の増加は、随時に転換できる転換社債の転換により生じ、また 1970 年 12 月 31 日の法律第 70—1322 号により会社法第 208—1 条以下に新設された従業員持株制においては、新株引受の選択権 (option) を与えられた従業員が株式申込証と株金 (または相殺) を添えて選択権行使の意思表示をなしたときに効力を生ず

株式会社および株式会社合資会社（総則）

るので（法208-2条2項）、会社から発行されるすべての証書および書類などに会社の資本の額を記載することを命じている命令第56条第1項の適用との関係で問題が生じる。そこで会社法は資本の増加が生じるこれら特別の場合を考慮し、つぎのような便法を講じている。すなわち、取締役会または董事会は、各営業年度の終了後1ヵ月以内に、前営業年度中に社債の転換または新株引受の選択権の行使によって発行された株式につき、その数および額面金額の総額を確認し、資本の額ならびにそれに対応する株式の数に関する定款の条項に必要な変更を加えればよいものとしている（法196-1条5項、208-2条3項）。そこで、会社から第三者に宛てて発行される証書および書類にも、転換社債の転換または新株引受の選択権の行使による資本の増加額が前資本額の10パーセントを超える場合を除いて、上記取締役会の確認のときから3年の期間が経過したのちに新資本額を記載すべきものとしている。

なお、株式会社が新法によって創設された董事会および監事会の新しい型を採用する会社であるときは、《会社法第118条ないし第150条の適用のある株式会社》という語句を用いて会社の形態を表示しなければならない（令56条2項）。

法第71条〔最低資本額〕

①資本は、会社が資金を公募する場合は50万フラン以上、公募しない場合は10万フラン以上でなければならない。

②資本が前項の額未満に減少したときは、1年以内に前項に定める金額に復するための増資をしなければならない。ただし、会社が、同期間内に、他の形態の会社に組織を変更したときはこの限りではない。これらの手続がとられなかったときは、利害関係人は、会社の代表者にたいしてその状態を補正すべきことを催告したのち、裁判所にたいして、会社の解散を請求することができる。

③裁判所が第1審として本案の審理中に前項の解散原因が存在しなくなったときは、この訴権は消滅する。

Loi Art. 71.—Le capital social doit être de 500 000 F au moins si la société fait publiquement appel à l'épargne et de 100 000 F au moins dans le cas contraire.

Sa réduction à un montant inférieur doit être suivie, dans le délai d'un an, d'une augmentation ayant pour effet de le porter au montant prévu à l'alinéa précédent, à moins que, dans le même délai, la société n'ait été transformée en société d'une autre forme. A défaut, tout intéressé peut demander en justice la dissolution de la société, après avoir mis les représentants de celle-ci en demeure de régulariser la situation.

L'action est éteinte lorsque cette cause de dissolution a cessé d'exister le jour où le tribunal statue sur le fond en première instance.

令第 199 条〔解散の訴の受理要件〕

資本が法定の最低額未満に減少したときには、会社法第71条第2項の定めるところにより、その状態を補正すべきことを催告したのち2ヵ月経過したときに限り、会社解散の訴はこれを受理することができる。この催告は、執行吏送達証書をもって会社に宛ててしなければならない。

Déc. Art. 199.—Lorsque le capital social a été réduit à un montant inférieur au minimum légal, l'action en dissolution de la société n'est recevable que deux mois après la mise en demeure de régulariser la situation, prévue à l'article 71, alinéa 2, de la loi sur les sociétés commerciales. Cette mise en demeure est adressée à la société par acte extrajudiciaire.

〔解 説〕

1. 資本と会社財産 資本と会社財産の語は異なった観念であるが、しばしば混同して用いられている。資本 (capital social) は、計算上の概念であり、

株式会社および株式合資会社（総則）

貸借対照表の負債の部に掲げられる項目であって、会社設立のとき、または資本増加に際して社員により履行された出資の額を示すものである。それゆえ、資本の額は、会社が資本の増加または減少の行なわれないかぎり、これに変更を生じることのない相対的に安定した額である。これにたいし、会社財産または資産(*patrimoine social ou actif social*)は経済的観念であり、その価額は変動する。会社財産は、会社の有するすべての財産 (*tous les biens*) から構成され、その明細は毎営業年度末に作成される財産目録に掲げられ、貸借対照表の資産の部に要約される。この資産の構成は、会社が商品を製造し、販売し、購入しまたは資金を借入れることによって絶えず変化する。同様にその金額は、会社によって実現される利益または損失によって不断の変動をうける。もちろん会社財産は、社員によってなされた新たな出資によって増加し（資本の増加の場合）、社員にたいしてなされた払戻によって減少する（資本の減少または償却、利益または準備金の配当）。会社の設立のときにおいては、この資本と会社財産の2つの観念は正確に一致する。しかし、いったん会社が活動をするやいなや、会社財産の観念は資本の観念から分かれてしまう。ときには、この両者を接近させるために若干の措置がとられる。準備金の資本組入 (*incorporation de réserves*) による資本の増加あるいは損失を理由とする資本の減少がこれである (*Vuillermet, pp. 36, 37*)。

有限責任社員をもって構成される株式会社においては特に資本の観念は重要である。資本とは、いわば責任制限の代償 (*rançon*) である、とするのが英国における資本の観念の起源であった。社員は、会社が第三者にたいして負担する債務の担保として資本を抛出するものであり、いかなる名目をもってしても、これを株主に返還することはできない。これが資本の固定または不変の原則 (*règle de la fixité ou de l'intangibilité*) とよばれるものである。しかし、この要求には大きな幻想が存する。資本は企業に投資された (*investi*) ものであり、企業がその経営を誤まれば資本は消滅する。債権者の真の担保は、会社の資産であって、資本ではない (*Ripert par Roblot, p. 547*)。

2. 最低資本額 現代立法の傾向は、あまりにも小規模の企業が株式会社の形態を採用するのを防止するために株式会社に最低資本金の定めを設けている。

第 71 条

たとえば西ドイツにおいては10万マルク（1965年株式法7条）、スイスにおいては5万フラン（連邦債務法典621条）、イタリアにおいては100万里ラ（1942年市民法典2327条）とされている。

これまでフランスにおいては、銀行その他金融機関などの例外的な場合（1958年10月16命令第58—966号による）を除いては、株式会社および株式合資会社について最低資本金の定めはなかった。したがって、本条第1項が、会社が資金を公募する場合と公募しない場合とに分けて、前者については50万フラン以上、後者については10万フラン以上と最低資本額の定めを設けたのは画期的である。

会社設立のさいに資本が本条に定める最低額に満たないときは設立無効の原因となるが(Hamiaux, II, p. 30)、会社の存立中に資本が法定の最低額未満に減少したときは、有限会社の場合（法35条2項、3項）とまったく同じ手続をとるべきものとしている。すなわち、1年以内に、各場合によりその資本を50万フランまたは10万フランまで引上げるために増資手続を行なうか、他の形態の会社に組織変更をしなければならない。そして、このいずれの手続もとらないときは、すべての利害関係人は、会社の代表者にたいしてその状態を補正すべきことを執行吏達証書をもって催告したのち、会社の解散を裁判所に請求することができる。ただし、この訴が提起されたのちにおいても、裁判所が第1審として本案の審理中に、上記いずれかの手続がとられたため解散原因が存在しなくなったときは、会社の解散を求める訴権は消滅する（本条3項）。

3. 最低資本額に関する特則 (1) 1967年4月1日前に設立された会社
これらの会社のうち、資金を公募せず、かつその資本が10万フランに満たない会社にたいしては、その資本を法定の最低額まで引上げるため、または他の形態の会社に組織変更をするために、1972年3月31日をもって満了する5カ年の期間が与えられ（法499条2項）、もしこの期間内にいずれかの措置がとられないときは、これらの会社はその期間満了のときに当然に解散したものとみなされる（法500条3項）。また資金を公募している会社については、1970年10月1日までに補正すべきものと定められている（法499条2項）。

(2) 一定の事業を営む会社に設けられた特則 　たとえば、新聞の編集を目的

株式会社および株式合資会社（総則）

とする会社については、2,000フラン以上（法491条3項）、信用売買（vente à credit）の融資を行なう会社および不動産信用の業務を行なう会社については100万フラン以上（1941年6月14日法律10条、1966年5月25日の省令）、預託銀行および長期・中期信用銀行については200万フラン以上（1941年6月13日法律8条、1966年5月25日省令）、保険会社については、その営む事業活動の種類により、500万フランまたは300万フラン以上（1962年10月15日デクレ1条および2条）、投資信託会社については2,000万フラン以上（1945年11月2日命令7条）など、それぞれの会社について最低資本額が法定されている。

法第72条〔公募の定義〕

会社がその発行する証券を証券取引所に正規に上場しているときは、上場の日から、また会社が、証券の種類を問わず、その売出に銀行その他の金融機関または証券取引員の助力を得ているとき、もしくは何等かの広告方法を利用しているときは、これを公募会社とみなす。

Loi Art. 72.—Sont réputées faire publiquement appel à l'épargne, les sociétés dont les titres sont inscrits à la cote officielle d'une bourse de valeurs, à dater de cette inscription, ou qui, pour le placement des titres quels qu'ils soient, ont recours, soit à des banques, établissements financiers ou agents de change, soit à des procédés de publicité quelconque.

令第57条〔法令による公示と公募との区別〕

法律および命令によって定められている公示方法は、会社法第72条にいう公募には該当しない。

Déc. Art. 57.—La publicité prescrite par les lois et règlements ne

constitue pas, par elle-même, un appel public à l'épargne au sens de l'article 72 de la loi sur les sociétés commerciales.

〔解 説〕

1. 総説 すでに1937年8月31日のデクレ・ロワによって改正された1867年の会社法のもとにおいても、資金を公募する会社 (sociétés faisant appel à l'épargne publique) は、専門的能力を有する出資検査役 (commissaire aux apports) を少なくとも1人は選任すべきものと定めていた (同法4条13項)。しかし、旧法にはこの公募会社の観念を明確にする定義規定が欠けていたため、同条の適用をうける会社の範囲について判例および学説に異論を生じ、明確な基準を設ける必要にせまられていた。

まず、旧法が用いていた用語上の欠陥が取り除かれた。1867年法は、公募会社を《les sociétés faisant appel à l'épargne publique》としていたが、この表現は正確でなかった。というのは、ここで問題となる資金は公の資金 (l'épargne publique) ではなく、私的資金 (l'épargne privée) であり、公けであるのは、資金を募集するために利用される方法だからである。新法が、《faire publiquement appel à l'épargne》(法71条1項, 72条) または《appel public à l'épargne》(令57条) とその用語を改めたのはこのためである。

2. 公募会社の基準 新法は、本条に定める以下の3つの条件のうち、いずれか1つを具備する会社を公募会社とみなしている。

(1) 証券の上場 まず、会社がその発行する証券を証券取引所に正規に上場しているときは、その上場の日から公募会社とみなされる。上場証券が株券または社債券のいずれであってもよく、その種類を問わない。したがって、会社の設立または増資にさいして、その資本を限られた閉鎖的な範囲から集め、公募をしなかったとしても、証券が正規の市場に上場されているかぎり、公募会社とみなされる。正規の市場 (cote officielle) という語が用いられているので、その証券が相場気配表にときおり掲載される (inscription occasionnelle sur le relevé hors cote) 場合はこれを除外する趣旨のように解される (Hémard et al., Sociétés

株式会社および株式合資会社（総則）

commerciales, I, p. 556; Mercadal et al., p. 315)。しかし、フランスの証券取引委員会（Commission des opérations de bourse, C. O. B.）は異なった見解を示し、相場気配表にその証券を掲載している会社についても、その証券の取引の数量と頻度を検討しなければならないとし、その取引が多量かつ頻繁に行なわれているときは、証券が公衆に拡布されているのであるから、公募とみなされるものとする。

同様に本条に定める第1の場合について問題となるのは、会社が上場を廃止（radiation）した場合に、いつから公募会社でなくなるのかということである。原則として、会社がある時期に資金を公募するようになったときは、その会社は存続中ずっと、そして解散するにいたった場合といえども、公募会社に適用される法規のもとにおかれることを認める必要がある。証券取引委員会は、1969年10月10日の意見書（note）において、証券の上場廃止は、公衆の中に証券が分布されていること（répartition）にたいして、なんら直接的な結果をもたらさず、したがって上場の廃止は、証券所持人を保護するための措置がその対象を失ったことを意味するものでなく、いぜんとしてこれらの措置をとる必要がある、とのべている（Mercadal et al., p. 316）。

しかし、このような解決は、たとえば、その証券が少数の人の手に買戻された場合のように、会社が明らかに閉鎖的会社《société fermée》となったときは、行きすぎた結果をもたらすおそれがあり、公衆のための保護措置はもはや理由を失っているため、その会社については「資金を公募しない会社」に復する可能性を承認しなければならない（Mercadal et al., p. 316）。公衆に売られ、または上場された証券が償還（l'amortissement）されたのちにおいても同様の結果を認めるべきであろう（Houin, Rev. trim. dr. com., 1969, p. 510）。

(2) 金融機関等による証券の売出 第2に、その証券の種類を問わず、会社がその売出しに銀行その他の金融機関または証券取引員の助力を得ているときは公募会社とみなされる。本条に定める証券の売出しが会社の存立中に行なわれたときは、それが会社設立のとき、資本増加のとき、あるいは社債発行のときなど、その時期のいかんを問わず、公募会社とみなされる。また金融機関等の助力をうけた

のが部分的にすぎなかった場合でも公募会社とされ、発行される証券は、株券、社債または金銭債券 (bons de caisse) など、その種類のいかんを問わない。

他方、法文の規定からみて、会社が公募しているとみなされるのは、会社自身が本条に定める方法を用いているときにかざられる。もし、これらの方法が、直接または間接に会社のためにはなく、証券所持人によって行なわれているときは、公募会社としての法律上の推定は排除される (Hémard et al., p. 557; Houin, op. cit., p. 1002)。しかし、これについては証券取引委員会に異論があり、この場合、重要なのは、証券がどの程度に公衆の中に分散しているかであるとし、証券の分布がある範囲におよぶときは、会社の意思とは別に、その会社の地位は必然的に影響をうけることになるとする。しかし、このような解決は厳格にすぎ、また法文に反するものとされる (Hémard et al., p. 557)。

売出し (placement) という語は、銀行その他の金融機関または証券取引員が媒介者として行動したことを考えさせるので、発行された証券の一括引受 (prise ferme) の場合は、たとえその証券が後日公衆に流れたとしても除外されよう。これに反して、銀行が単なる仲立人として行動し、その窓口 (guichets) を貸与した場合には法第72条にいう売出しが確かに存する。同様に、取得者のいない証券を銀行が引受ける義務を負うときは、通常、担保シンジケートが構成されているので、証券の売出しがあったものと認められる。判断のむづかしいのは、銀行が発行証券の全部ではないが相当多量の部分を引受け、残部は公募の対象とならない場合である。この点については、いまだに解決が躊躇されている (Hémard et al., p. 558)。

(3) 証券売出しのための広告方法の利用 その種類のいかんを問わず、もっぱらその証券の売出しのために、何等かの広告方法を利用した会社は公募会社とみなされる。この広告 (publicité) という語は、その立法の過程において、初め複数の語で起草されていたものが、のちに単数の語に改められたものであり、このことは、新聞の広告をはじめとする各種の広告方法よりも、むしろその効果に注目すべきことを意味し、とくに利用された各種の広告手段に関しては本条を広く拡張して適用すべきことを意味している。すなわち、新聞・ラジオ・テレビによる場合はもちろん、会社の事務所または仲介業者のショーウィンドにおいて公衆に証券を展示

株式会社および株式合資会社（総則）

する場合も、さらに日論見書や回状がとくに郵便によって送付される場合も法第72条にいう広告があったものとされる。しかし、とくに郵便による場合には、名宛人の範囲にはおのずから制限があり、この場合には、その性質上、公衆という観念は排除されることに注意しなければならない。しかし、かかる場合でも、名宛人は証券発行者と商業的利害関係をもっているから、《何等かの広告》の存在を認める傾向にある。これに反して、会社とすでに株主たる者との関係においては、また通信文や回状が特別の資格を理由に限られた数の人たちにのみ送付される場合には、広告があったものとはいえない。また、法律および命令によって定められている公示方法は、会社法第72条にいう公募に該当しないのは当然であろう（令57条）。

第 2 節 株式会社の設立

SECTION II

CONSTITUTION

DES SOCIETES ANONYMES

法第73条〔株式会社の定義〕

株式会社は、その資本が株式に分割され、その出資を限度として損失を負担する社員の間設立される会社である。社員の数7人未満であってはならない。

Loi Art. 73.—La société anonyme est la société dont le capital est divisé en actions et qui est constituée entre des associés qui ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports. Le nombre des associés ne peut être inférieur à sept.

〔解説〕

1. 株式による資本の分割（株式の券面額） 株式会社においては、その資本はすべて株式に分割される。株式一般については法第 267 条以下の解説に譲り、ここでは会社の資本との関連において株式の券面額についてみることにする。

(1) 株式の最低券面額 株式の券面額の最高限度については法律上なんらの制限も設けられていない。これは、ほんらい株式は少額の資金を有する多数の投資家から巨額の資金を調達する手段として考案されたものであるから、實際上、高額の額面株式を発行する実益はないからである。これに反して、1株の最低券面額は

株式会社の設立

法定され、その金額もごく少額のものとするのが近代法に共通する特色である。新法も1949年8月4日のデクレにより定められた原則を維持して、株式または小割株式の券面額は100フランを下ることができないものと定めている（法268条1項、令206条）。しかし、新法はまた、その施行前に設立された会社の発行する株式の最低券面額および株式の併合に関する従来の諸法令の効力をそのまま維持している（法503条）、株式の券面額に関する現行の制度はきわめて複雑なものとなっている。

1867年法は、資本が50万フランを越える会社にあつては1株の金額を最低500フラン、50万フランに満たない会社においては100フランと定めていた。この金額は当時としてはかなり高額なものであったが、1893年法は英国の例にならつて、それぞれその金額を100フランおよび25フランに減額した。ついで、1937年のデクレ・ロワは一律にこれを100フランと定め、1948年10月30日のデクレはこれを1,000フランに、1949年8月4日のデクレは10,000フラン（旧フラン）に引上げた。株式の最低券面額に関するこれら一連の法規は、すでに発行された株式にたいしてはいずれも適用のないものとされているので、現在行なわれている株式の最低券面額は次のとおりである（いずれも現行フラン）。

1. 資本の額が2,000フランに満たない会社で、1937年8月31日のデクレ・ロワの施行前に発行された株式については0.25フラン
2. 資本の額が2,000フラン以上の会社において1867年法により発行された株式および1937年8月31日のデクレ・ロワの施行後設立されたすべての会社の発行する株式については1フラン
3. 1948年10月30日のデクレにより会社が株式の併合を行なった株式については5フラン
4. 1948年10月30日のデクレの施行後に発行された株式については10フラン
5. 1949年8月4日のデクレの施行後に発行された株式については100フラン

このほか、証券預託振替中央金庫（Caisse centrale de dépôts et de virements de titres, C. C. D. V. T.）に寄託した株式と引替えに交付される株式については、その最低券面額は25フランと定められており（1949年8月4日令29条2項）、

第 73 条

また若干の特殊な会社（たとえば、低価格住宅供給会社、可変資本投資会社）についても特別法による最低券面額の定めがある。さらに新会社法の中においても、企業成長の成果にたいする参加として従業員に付与される株式については、これを最低10フランとする規定がおかれている（法268条2項，令206条2項）。

(2) 株式の併合　会社はその発行のときに定めた法定の最低券面額の株式をそのまま維持することができるのはもちろんであるが、貨幣価値の下落を考慮してその額面の引上げを望む会社が多い。このほか、額面の引上げは、株主がその有する無記名株券を証券預託振替中央金庫（C. C. D. V. T.）に預託する義務を免れるために間接的に強制されることがある。というのは、株券を預託すべき義務は、その最低券面額が25フラン未満の株式についてのみ強制されているからである（ただし取引所における市場価額が200フラン以上の株式は除く）。

しかし株式の併合は、併合するに足りるだけの株式数をもたない株主を会社から追い出してしまう危険がある。そこで、総会によって決定される株式の併合はすべての株主について行なわれるための立法上の措置を講じる必要があり、そのために次の2つの別個の方法が定められた。1つは、証券取引所に株式を上場している会社はその株式を5フラン以上の株式に併合することを決定しうるものとし（1948年10月30日令6条以下）、またその券面額が25フラン以下の非上場株式は100フランを最高限とする株式に併合することができるものとした（1965年4月5日の命令によって改正された1964年7月10日法）。またいま1つの方法は、C. C. D. V. T. に預託された株式と引替えに交付される株式についてその併合を強制的に命じたものである（1949年8月4日令20条，29条）。

2. 社員の数 (1) 総説　株式会社においては、株主の数は7人を下ることができない。これは1867年法の規定を踏襲したものであって、同法は、「会社は、社員の数が7人に満たないときはこれを設立することができない」と定めていた（23条）。この伝統的な立法は、発起人の最低数を7人とする英国会社法の解決を採用したものといわれている（Ripert par Roblot, p. 610）。しかし、なぜ7人の社員を必要とするかについては議論がある。まず、立法者の意図は、株式会社の形態をある程度以上の規模を有する会社にもみ留保すべきであるとし、もし、これ

株式会社の設立

をごく少数の社員から成る会社にも解放するときは、これと取引する第三者は人的会社と誤信するおそれがあるとする。しかし、有限会社が登場し、発達した今日では、少なくとも後者の理由はその意義を失っている。また、会社機関の内部の整備をはかるうえで必要であるというだけでは、この伝統的な解決にたいする反対を説得するのに充分ではない。しかし、商法典改正委員会の準備作業において、この問題が討議されたときも、2人の社員にまで最低限を下げることは不可能のように思われた。というのは、旧法のもとにおいても、今日と同様に、取締役会は3人以上のメンバーから構成されていたからである。結局、商法典改正委員会は、その最低数を5人にまで減少することを提案した (*Travaux de la Commission de réforme du Code de commerce et du droit des sociétés*, t. VII, p. 211)。この点につき外国の立法例をみると、3人から10人までの間で一致せず、フランス法の伝統的規定はベルギー、ルクセンブルグ両法にその採用をみているので、結局この7人の最低数は維持されることになった (*Hémard et al.*, p. 576)。

(2) 7人の社員を具備すべき時期 会社の設立にあたり、本条に定める7人以上の社員を具備すべき時期はいつであろうか。まず、会社が確定的に設立されるときとする立場が考えられる。この説は、創立総会を開催して、法第79条第2項に定める手続(株式の引受・払込の確認、定款の採択、最初の取締役・監査役等の選任)を終了したことを前提とする。しかし、金銭による株式の引受の場合、創立総会の招集は株式の引受および払込がなされた旨の公正証書による申告後に限り行なわれるのであるから、問題の時期を画するのは公正証書による申告の日ではないかとする説がある (*Escarra et Rault*, t. II, p. 97)。株式引受人の名簿が確定的に作成され、株式の引受および払込が完了した旨の申告書に添付されるのはこの時である(令63条1項)ことから考えると、後説の方が合理的な解決のように思われる (*Hémard et al.*, p. 577)。

(3) 共有財産の現物出資の場合 共有財産が現物出資された場合、その数人の共有者は1人の株主として算定され、共有者の数だけの株主が存するものとみることはできない (*Escarra et Rault*, t. II, p. 98; *Hémard et al.*, p. 577)。ただし、この解決は、共有財産の現物出資にたいして交付される株式が現物出資者の共有とな

第 73 条

場合にかぎり妥当するものであり、もし各共有者がそれぞれ一定数の株式を自己のものとして受領するときには、各共有者はそれぞれ1人の社員として算定される。

(4) 金融シンジケートによる場合 会社の設立のさいに発行されるすべての株式が一括引受を行なう金融シンジケート (syndicat de prise ferme) によって引受けられる場合、第三者にたいする関係においては、このシンジケートの業務執行者 (gérant) が自己の名において株式の引受を行なうため、株主はただ1人しか存しないことになり、7人以上の社員の存在を要求する本条の規定に抵触するのではないかとの疑問がもたれる。しかし、シンジケートの存在は、それが一括引受を行なう場合にせよ、残額引受 (syndicat de garantie) を行なう場合にせよ、それ自体としては株主数に関する会社法の規定と抵触するものでなく、シンジケートの介入は、それが最終的に少なくとも7人の株主の株式引受を生ぜしめたときから適法とされる。したがって一括引受の場合は、シンジケートが設立中の会社の株式を7人の者に売出すことに成功したときに、7人の者が株式申込証に実際に署名することを条件として法の規定が遵守されたことになり、残額引受の場合には、シンジケートの介入により得られた株式引受人の数に残額の株式を引受けたシンジケートのメンバーを加算した数が7人に達していれば適法となる (Escarra et Rault, t. II, p. 97)。

(5) 本条の規定に違反した場合 社員の数は7人を下ることができないとする本条の規定に違反して会社が設立された場合でも会社の設立は無効とされない。すなわち、会社法第360条によれば、会社の設立無効 (nullité d'une société) は、本法の明文の規定または契約の無効を定める規定からのみ生じる、と規定しているが、本条に違反した設立を無効とする規定はないからである。さらにまた、7人未満の者による会社の設立が契約の無効に関する規定の違反とみることはできない。なぜなら、会社契約は2人の者が社員となるときから有効に締結されるからである。このように、本条の違反は会社の設立無効の原因となるものでないが、利害関係人は、裁判上その補正 (régularisation) を求め、損害賠償を請求することができる (法6条、7条参照)。会社設立後、その存立中に株主の数が7人未満となったときは、利害関係人の請求にもとづき、商事裁判所は会社の解散を宣告することがで

株式会社の設立

きる。ただし、その判決は、株主が7人未満となったときから1年の期間が満了したのちにすぎられ、またこの場合でも、裁判所は、その状態を補正するため最長6ヵ月の猶予を会社に与えることができる（法240条）。

3. 発起人 (1) 発起人の意義 発起人 (*fondateur*) とは、会社の設立を発起し、社員と資本を集める責を負い、会社の設立に必要な法定の手続を履践する者をいう (*Ripert par Roblot, p. 605*)。1966年法は、資金を公募する株式会社の設立の場合にかぎり、発起人の職務を認めている（法74条以下）。しかし、このことから、他の場合には発起人が存在しないと結論することはできない。会社の設立はすべて、一定の者によって必ず負担される手続の履行を前提としている。それゆえ法律は、会社の形態のいかんを問わず、会社の設立において法規を遵守しなかったことにたいする責任を定めているのである (*Mercadal et al., p. 86*)。この点につき、合名会社または有限会社の定款に署名した者は発起人であるとする見解もみられる (*Hémard et al., La Réforme des sociétés commerciales, p. 16 et 34*)。

(2) 発起人の決定 会社法は、発起人にたいして、その設立手続の履践において自己の名を表示すべきことを定めている。発起人は裁判所の書記局に設立申告書 (*déclaration*) を提出し、その中で会社を適法に設立するためになされた行為を詳細に申述しなければならない（法6条）。発起人は、書記局に提出すべき定款案に署名し、投資家に報知するための設立趣意書を公告し（法74条1項、2項）、公正証書をもって株式の引受および払込を確認する申告書を作成し（法78条）、創立総会を招集し（法79条1項）、必要ある場合には、出資検査役の選任を裁判所に請求しなければならない（法80条1項）。

発起人の資格は、このように正規の地位にある者に厳格に結びつけられるものか、それとも裁判所は、これ以外の者にも発起人としての責任を負わせることができるであろうか。後者の立場は、罰則規定の適用にかぎり、刑事法における厳格な解釈原理のために、これを認めることは困難のように思われる。しかし他方では、無資力者をして設立手続を行なわせることは容易であるため、厳格な解釈は重大な支障を生ずる。したがって民事上は、判例によって確立されたつぎのような

柔軟な定義を維持するのが好ましい。すなわち、発起人とは、一定の法律上の行為を履行したと否とにかかわらず、《会社の組織および活動に協力した者》、あるいは、《率先して企業の創設にいたる行為をなした者》をいう (Cass. civ., 30 oct. 1928, D. 1930. 1. 9; 1^{er} juill. 1930, D. 1931. 1. 97; Com., 6 juill. 1970, J. C. P., 1971. 2. 16724)。

このように発起人は広い意味において理解されているが、それでも矢張り制限を設けるべきであろう。まず、創立総会に参加した株式引受人は、そのことのみを理由として発起人たる資格をもつものでない。職業的専門家についても、会社の設立期間中、その助言の果す役割がどんなにしばしば有益であろうとも、少なくとも彼等がその任務に忠実であるかぎり、発起人となるものではない。公証人・弁護士・法律顧問などがその例である。他方、商法典改正委員会において、正規の発起人たる資格を承諾した者に対して、一種の事実上の発起人 (*fondateur de fait*) の存在を認めるのが妥当であるとの説が主張された (Travaux, t. II, p. 398)。この提案は、1966年法の第5条第2項が、《会社が法人格を取得するに先立ち、設立中の会社の名において行動した者は、その行為について連帯かつ無限の責任を負う》と規定することより大巾に採用されることになった。

(3) 発起人の資格 自然人のみならず会社もまた発起人となることができる。このことは、設立趣意書の記載事項を定めている命令第59条が発起人の氏名・住所および国籍のほか、発起人たる会社の商号・形態・本店所在地および資本金の額を付記すべきことを命じていることから明らかである (同条3項)。実際上も、銀行や事業会社が発起人となる場合は多い。発起人たる会社はその法定代表者または特別に選任された受任者によって行動する。

発起人は将来の株主たることを必要とされない。この点に関連して、発起人の人数も1人または数人であればよく (法74条1項)、7人以上の発起人を要するイギリス会社法やわが商法と異なっている。もちろん発起人は取締役会または監事会の構成員に選任されることがあるが、これを会計監査役に選任することはできない (法220条1項)。発起人となるために必要とされる能力は会社の受任者に要求される能力と同一である。このほか法律は、会社の管理または業務執行権を剝奪された

株式会社の設立

者は発起人となることができないとし（たとえば、営業の健全化に関する1947年8月30日の法律）、また公務員・公証人・弁護士など、法律の定める一定の者は発起人としての職務を行なうことが禁止されている（法74条4項）。

(4) 発起人の役割とその法的地位 発起人は、その発起した会社の設立業務を注意深く遂行しなければならない。発起人は、合理的な期間内に、不当な費用をかけることなく、資本の形成に必要な株式の引受を求め、法律の定める諸手続を慎重に行ない、そのほか株式引受人および将来の会社のために有益なすべての処理をしなければならない。

また、発起人は、設立中の会社の計算において、直接には会社の設立と関連しない行為を締結することができる。たとえば、有利な機会を利用するため、あるいは会社の迅速な開業を可能ならしめるために賃貸借または売買契約を行なうことができる。ただし注意を要することは、もはや固有の設立手続とはいえないこれらの行為のために、株式払込金を使用することはできない。後述のように、株式払込金は一定の機関に寄託されなければならない。したがって発起人は、その必要とする費用はすべてこれを立替しておくことを要する（Vuillermet et Hureau, p. 300）。

(5) 発起人の報酬 会社の設立は、発起人にとりその利害関係から離れた事業では決してない。発起人は、自己のために会社資本中に相当の割合を留保し、あるいは現物出資をなすことにつき利益を有する場合が少なくない。このような場合には発起人は報酬を請求しない。しかし、若干の会社において発起人は、将来、会社のあげる利益にたいする参加を請求している。このような利益にたいする参加の交渉を可能にするため、受益者持分（parts bénéficiaires）または発起人持分（parts de fondateur）とよばれる証券が発起人のために創りだされた。1929年1月23日の法律はこの持分につき規定しているが、持分の濫用にたいする批難が高まり、ついに1966年法は、同法施行の日からこの証券の発行を禁止するにいたった（法264条）。

(6) 発起人の責任 1966年法は会社設立にさいし行なわれる行為に関係する第三者の安全をいっそうはかるために、発起人と最初の機関構成員の責任を強化した。民事責任については、発起人は、定款の絶対的記載事項の欠缺ならびに会社設

第 73 条

立のために法定された手続を怠りまたは違法に行なったことによって生じた損害につき連帯して責を負う（法7条）。また設立無効の場合において、その無効につき責に帰すべき発起人は、無効により損害を蒙った株主または第三者にたいして連帯して損害賠償の責を負う（法242条）。他方、刑事責任については、すべての設立手続の違反行為について刑事制裁が定められている（法432条以下，480条）。

(7) 銀行の役割 会社の設立にあたり、発起人の果す役割が銀行によって引受けられることが多く、あるいは少くとも銀行は発起人にたいしてその協力を与えている。株式を公募するためには銀行の介入は不可欠である。というのは、銀行のみが公衆と接触できる実際上の組織をもっているからである。会社設立のために数行の銀行が協力する場合、それら銀行間には慣例として匿名組合 (*société en participation*) が設けられ、これが証券発行シンジケートの名をもってよばれる。このシンジケートは会社の発行するすべての株式を引受けることができる。この場合には、資金を公募しない会社に適用される簡易な手続規定に従って会社の設立が行なわれるが、後になってその証券を公衆に売出す場合には、株式引受人にたいする公示手続が強制される。他方、銀行は証券の発行を担保するにとどまる場合がある。この場合、銀行は、会社資本の全額引受を確保するために、売れ残った株式のみの引受義務を負う (*Ripert par Roblot, p. 606*)。

第 1 目 資金の公募による設立

§ 1^{er}.—CONSTITUTION AVEC APPEL PUBLIC A L'EPARGNE

法第74条〔資金公募前の手続〕

①定款案は、1人または数人の発起人によって作成され、かつ署名される。発起人は、その1通の正本を本店所在地の商事裁判所の書記局に提出しなければならない。

②発起人は、命令の定める条件にしたがい設立趣意書を公告しなければならない。

③本条第1項および第2項に定める手続が遵守されなかったときは、株式のいかなる申込みも受けることができない。

④会社の業務執行権を剝奪された者またはその職務の執行を禁止された者は発起人となることができない。

Loi Art. 74.—Le projet de statuts est établi et signé par un ou plusieurs fondateurs, qui déposent un exemplaire au greffe du tribunal de commerce du lieu du siège social.

Les fondateurs publient une notice dans les conditions déterminées par décret.

Aucune souscription ne peut être reçue si les formalités prévues aux alinéas 1^{er} et 2 ci-dessus n'ont pas été observées.

Les personnes déchues du droit d'administrer ou de gérer une société ou auxquelles l'exercice de ces fonctions est interdit ne peuvent être fondateurs.

株式会社の設立（公募会社の設立）

命令第54条〔定款正本の作成〕

定款が私署証書により作成されるときは、本店所在地における正本の提出および各種手続の履行に必要な数だけの原本を作成しなければならない。

Déc. Art. 54.—Si les statuts sont établis par acte sous seing privé, il est dressé autant d'originaux qu'il est nécessaire pour le dépôt d'un exemplaire au siège social et l'exécution des diverses formalités requises.

令第55条〔定款の記載事項〕

会社の定款には、会社法第2条に列挙された記載事項のほか、以下に掲げる事項を記載しなければならない。ただし、必要なその他の事項の記載を妨げない。

- 1° 数種の株式が設けられているときは、各種の株式を区別したうえ、発行される株式の数およびその券面額
- 2° 株式がもっぱら記名式であるか、あるいは記名式または無記名式であるかの区別
- 3° 株式の自由譲渡に制限が加えられている場合、譲受人の承認に関する特別の条件
- 4° 現物出資者の同一性、各現物出資者によりなされる出資の評価および出資にたいして交付される株式の数
- 5° 特別利益を受ける者の同一性およびその利益の種類
- 6° 会社の機関の構成、運営および権限に関する条項
- 7° 利益配当、準備金の設定および残余財産の分配に関する規定

Déc. Art. 55.—Outre les mentions énumérées à l'article 2 de la loi sur les sociétés commerciales, et sans préjudice de toutes autres dispositions utiles, les statuts de la société doivent contenir les indications suivantes :

- 1° Le nombre d'actions émises et leur valeur nominale, en distinguant, le cas échéant, les différentes catégories d'actions créées ;
- 2° La forme, soit exclusivement nominative, soit nominative ou au

- porteur, des actions ;
- 3° En cas de restriction à la libre négociation ou cession des actions, les conditions particulières auxquelles est soumis l'agrément des cessionnaires ;
- 4° L'identité des apporteurs en nature, l'évaluation de l'apport effectué par chacun de ceux-ci et le nombre d'actions remises en contrepartie de l'apport ;
- 5° L'identité des bénéficiaires d'avantages particuliers et la nature de ceux-ci ;
- 6° Les stipulations relatives à la composition, au fonctionnement et aux pouvoirs des organes de la société ;
- 7° Les dispositions relatives à la répartition des bénéfices, à la constitution de réserves et à la répartition du boni de liquidation.

令第58条 [定款案の作成方式・正本の閲覧請求]

本店所在地の商事裁判所の書記局に提出される定款案の正本は、無印紙証書に作成し、かつ発起人の署名をこれに付さなければならない。すべての申請者はこの正本を閲覧し、または自ら費用を負担してその写しの交付を求めることができる。

Déc. Art. 58.—L'exemplaire du projet de statuts déposé au greffe du tribunal de commerce du lieu du siège social est établi sur papier libre et revêtu de la signature des fondateurs. Il est communiqué à tout requérant qui peut en prendre connaissance ou obtenir, à ses frais, la délivrance d'une copie.

令第59条 [設立趣意書の記載事項とその公示]

①会社法第74条第2項に定める設立趣意書は、株式の申込が開始される前に、かつすべての広告に先立って法定公報（全国版）に公示しなければならない。

②設立趣意書には、以下に掲げる事項を記載しなければならない。

株式会社の設立（公募会社の設立）

- 1° 設立する会社の商号，略号を定めたときはその付記
 - 2° 会社の形態
 - 3° 引受けるべき資本の額
 - 4° 予定されている本店所在地
 - 5° 会社の目的の概要
 - 6° 会社の存続期間
 - 7° 定款案の提出日時および提出先
 - 8° 金銭により引受けるべき株式の数および額面超過額があるときはこれを含めて直ちに払込を請求できる金額
 - 9° 発行すべき株式の券面額，数種の株式があるときは各種の株式の券面額
 - 10° 現物出資の概要，その評価の総額およびこれに与える株式，なお，この評価およびこれに与える株式は仮りのものであることの付記
 - 11° 定款案において約定された特別利益およびその受益者
 - 12° 株主総会への出席および議決権行使の条件，二重議決権が付与されるときは，その付与に関する規定の付記
 13. 株式譲受人の承認を必要とするときは，その承認に関する条項
 - 14° 利益配当，準備金の設定および残余財産の分配に関する規定
 - 15° 株式の引受による資金を受領する公証人または銀行の氏名または商号およびその所在地，資金が預金供託金庫に寄託されるときはその旨の記載
 - 16° 株式申込期間およびこの期間満了前にすべての引受がなされた場合には期限前に締切ることができる旨の付記
 - 17° 創立総会招集の方法およびその開催地
- ③設立趣意書には，発起人がその氏名，住所および国籍，あるいはその商号，形態，本店所在地および資本の金額を記載して，これに署名しなければならない。

Déc. Art. 59.—La notice prévue par l'article 74, alinéa 2, de la loi sur les sociétés commerciales est publiée au Bulletin des annonces légales obligatoires, avant le début des opérations de souscription et préalable-

ment à toute mesure de publicité.

Elle contient les indications suivantes :

- 1° La dénomination sociale de la société à constituer, suivie, le cas échéant de son sigle ;
- 2° La forme de la société ;
- 3° Le montant du capital social à souscrire ;
- 4° L'adresse prévue du siège social ;
- 5° L'objet social, indiqué sommairement ;
- 6° La durée prévue de la société ;
- 7° La date et le lieu du dépôt du projet de statuts ;
- 8° Le nombre des actions à souscrire contre numéraire et la somme *immédiatement exigible* comprenant, le cas échéant, la prime d'émission ;
- 9° La valeur nominale des actions à émettre, distinction étant faite, le cas échéant, entre chaque catégorie ;
- 10° La description sommaire des apports en nature, leur évaluation globale et leur mode de rémunération, avec indication du caractère provisoire de cette évaluation et de ce mode de rémunération ;
- 11° Les avantages particuliers stipulés dans le projet de statuts au profit de toute personne ;
- 12° Les conditions d'admission aux assemblées d'actionnaires et d'exercice du droit de vote, avec, le cas échéant, indication des dispositions relatives à l'attribution du droit de vote double ;
- 13° Le cas échéant, les clauses relatives à l'agrément des cessionnaires d'actions ;
- 14° Les dispositions relatives à la répartition des bénéfices, à la constitution de réserves et à la répartition du boni de liquidation ;
- 15° Le nom et la résidence du notaire ou la dénomination sociale et le siège de la banque qui recevra les fonds provenant de la souscription ; le cas échéant, l'indication que les fonds seront déposés à la caisse des dépôts et consignations ;
- 16° Le délai ouvert pour la souscription, avec l'indication de la possibilité de clôture anticipée, en cas de souscription intégrale avant

株式会社の設立（公募会社の設立）

l'expiration dudit délai ;

17° Les modalités de convocation de l'assemblée générale constitutive et le lieu de réunion.

La notice est signée par les fondateurs, qui indiquent soit leur nom, prénom usuel, domicile et nationalité, soit leur dénomination, leur forme, leur siège social et le montant de leur capital social.

令第60条〔目論見書、回状、揭示および新聞広告の記載事項〕

①株式の発行を公衆に知らせる目論見書および回状には、前条に定める設立趣意書の記載事項を転記し、かつその設立趣意書を法定公報（全国版）に掲載した旨を記載し、あわせて設立趣意書が公示された公報の番号を参考として付記しなければならない。このほか、目論見書および回状には、引受株式の払込による資金の使途について発起人の計画を概説しなければならない。

②揭示および新聞広告には、設立趣意書と同一の記載事項または少なくともその抜萃を転記し、参考としてその設立趣意書およびそれが公示された法定公報（全国版）の番号を付記しなければならない。

Déc. Art. 60.—Les prospectus et circulaires informant le public de l'émission d'actions reproduisent les énonciations de la notice prévue à l'article précédent et contiennent la mention de l'insertion de ladite notice au Bulletin des annonces légales obligatoires avec référence au numéro dans lequel elle a été publiée. Ils doivent en outre exposer sommairement les projets des fondateurs quant à l'emploi des fonds provenant de la libération des actions souscrites.

Les affiches et les annonces dans les journaux reproduisent les mêmes énonciations ou au moins un extrait de ces énonciations, avec référence à la notice et indication du numéro du Bulletin des annonces légales obligatoires dans lequel elle a été publiée.

〔解 説〕

1. 定款案の作成および提出 (1) 総説 発起人は定款案を作成し、署名をして、これを商事裁判所の書記局に提出しなければならない。これは、会社を設立するため最初に行なわれる正規の行為であって、発起人の意思は、この法定の手続によって具体化される。1867年の法律はこれに関する定めを欠き、そのため株式引受人は自己の義務の条件を知ることなく拘束された。株式の引受は、他の多くの契約と同様に、いわゆる附合契約である。現行法は1937年8月31日のデクレ・ロワの規定にさかのぼり、1867年法にくらべて改善されたが、それでもなお、立法者が期待しているほどの効果をあげていない(Ripert par Roblot, p. 607)。

(2) 定款の形式 定款は、公正証書または私署証書によって作成される。資本の一部が金銭によって引受けられるときは、株式の引受および払込の申告は必ず公正証書をもってなされなければならないので、実際には公正証書によって定款が作成される場合がかなり多い(Hémard et al., p. 565)。定款が私署証書により作成されるときは、本店における正本の寄託および各種手続の履行に必要な数だけの原本を作成しなければならない(令54条)。この規定と合資会社および有限会社に関する規定(令6条および20条)とを比較してみると、法の要求するところが当然に異なることが認められる。すなわち、株式会社に関するかぎり、各社員にたいして定款の正本を交付すべきことは問題となりえないからである。そこでこの会社においては、だれでも、いかなるときにおいても、本店において、会社の定款と相違ない旨の証明謄本の交付を請求することができる(令153条)。

1867年法は、原則として2通の原本を作成すべきことを定め、そのうち1通は本店に備えおき、他の1通は株式の引受および払込があった旨の公正証書による申告書に添付すべきものとしていた(同法1条13項, 21条2項)。しかし、この規定のもとでは、株式の引受が現物出資のみにより行なわれ、金銭出資がない場合、すなわち株式の引受および払込の公正証書による申告をなすべき必要がない場合においても、なお2通の原本を作成しなければならないのかどうか問題とされていた(Escarra et Rault, t. II, p. 70)。この疑問は、上記新法のデクレの規定により解消されたことは確かである(Hémard et al., p. 566)。

株式会社の設立（公募会社の設立）

(2) 定款の記載事項 法第2条はすべての会社に共通する定款の絶対的記載事項として、会社の形態、99年以内の存続期間、商号、本店所在地、目的および資本金の額を定めているが、命令第55条は、このほか株式会社および株式合資会社に特有の記載事項を掲げている。

(a) 数種の株式が設けられているときは、各種の株式を区別したうえ、発行される株式の数およびその券面額 たとえば、二重議決権株である。なお、株式合資会社においては、有限責任社員（株主）によって提供され、または提供さるべき金額または価額ならびに会社債務につき人的無限の責任を負う社員の同一性を記載しなければならない（1867年法57条5号および8号参照）。

(b) 株式がもっぱら記名式であるか、あるいは記名式または無記名式であるかの区別 この規定により、原則として株式会社および株式合資会社は無記名証券を発行することができるとする旧法の規定が維持されている。しかし実は、法案の起草段階において、この伝統的な解決を廃棄し、区別を設けることが検討された。すなわち、Pieven 委員会により起草された会社法の予備草案によると、資金を公募しない会社については無記名証券の発行を禁止する規定がおかれていた。しかし、この制限的解決は業界にさかんな批難をひきおこした。そもそもフランスでは記名式証券は魅力にとぼしく、かつ比較的最近の経験と証券預託振替中央金庫（C. C. D. V. T.）の制度があげた成果からみて、この提案は現在その拡張の必要に迫まらされている企業の財源を涸渇せしめるおそれがあるものとされ、またこの案が実現すれば、無記名式証券のもとでの投資家は他所へ行ってしまいう危険があり、記名式証券を強制する外国法の事例にたいしては、これらの国において会社の名簿にその名の記載ある者は真の証券所有者でなく仲介者または受託者たることが多く、その結果、記名証券制は会社の匿名性（caractère anonyme）を変更するものでないとして反対された。ともかく、これらの強い批判をうけて、上記提案は撤回された。

(c) 株式の自由譲渡に制限が加えられている場合、譲受人の承認に関する特別の条件 これは、株式譲渡の承認条項に関する新法の規定（法274条以下）からみて当然に要求される記載事項である。

(d) 現物出資者の同一性、各現物出資者によりなされる出資の評価および出資

第 74 条

にたいして交付される株式の数 1867年法のもとにおいては、公示される定款抄本に《現物出資の概要とその評価》を記載すべきものとされていた（同法57条7号）。現物出資に関する条項は、その出資の性質、会社の状況、とくに会社の合併または組織変更の場合においてその現物出資がおかれる前後の関係のゆえに依然として微妙な問題を含んでいる。

(e) 特別利益を受ける者の同一性およびその利益の種類 新法施行後は発起人持分の発行は禁止されているので、ここにいう特別利益とは発起人持分以外のものに関する。それが何であれ、特別利益を受ける者とその利益の種類を必ず定款に記載しなければならないので、定款以外でこの利益を約定しても問題となりえない。

(f) 会社の機関の構成、運営および権限に関する条項 新法のもとにおいては、取締役会の権限を制限する定款の条項（法98条3項）、同様に社長（法113条4項）、副社長（法117条2項）、董事（法124条3項）、董事会長（法126条3項）および株式合資会社の業務執行者（法255条3項）の各権限を制限する定款の条項は、いずれもこれをもって第三者に対抗することができない。したがって、これら会社の機関に関する権限を詳細に定款に定めることは、旧法のもとにおける場合と異なり、その必要性は少ないといえる。このほか、たとえば特別株主総会の権限のように（法153条1項）、若干の機関の権限は法律により強制的に定められ、定款による別段の定めが認められていないことにも注意する必要がある。しかしながら、以上の制限にもかかわらず、会社機関の構成、運営および権限に関する種々の取決めを定款に記載しておくことは必要である。なぜなら、とくに社員相互の関係に関するかぎり、定款の作成者はかなり大巾な自由を有し、法の補充的規定を排除することができるからである。これに関するものとして、監事会の権限の増加（法128条2項）、通常総会の権限の縮小、通常総会参加の条件（法165条1項）、一定の株式にたいする二重議決権の付与（法175条1項）、各株主が総会において行使する議決権の数の制限（法177条）がある。これらすべての点について、定款は必要とあれば詳細な定めを設けておかなければならない。

(g) 利益配当、準備金の設定および残余財産の分配に関する規定 この点につき旧法のもとでは、特別準備金の設定に関する条項を必要とあれば定款に記載す

株式会社の設立（公募会社の設立）

べきものとしていた（同法57条9号）。

以上が定款に記載すべき法定の事項であるが、これに加えて会社の負担に帰すべき設立費用の額または概算額を記載すべきであろう。しかしこれを記載すべきであるとする主張についてはつぎのような異論が出されている。まず第1に、設立費用の額は一時的な利益を示すにすぎない。つぎに、これを記載すべきものとする根拠が資本を正確に表示せしめることにあるとすれば、その記載はすべての商事会社、少なくとも株式会社や株式合資会社にかぎらず、有限会社についても認められるべきではないかとし、最後に、設立のさいに生じたすべての費用にこの原則を適用すべきであるとする、合併の場合に主として課税上の理由につきその算定にいちじるしい困難が生ずるとする。

法令により定款に必ず記載すべきものと定められた以上の事項のほか、定款の作成者は、いわゆる任意的な記載事項を必要に応じ記載することができる。命令第55条が、《その他必要な事項の規定を妨げることなく》(sans préjudice de toutes autres dispositions utiles)と規定しているのがこれである。しかし、新法は、たとえば会社の解散およびとくに清算につき旧法の欠陥を補っているので、旧法下におけるよりはその任意的記載事項の必要性はすくないであろう。

(3) 定款案の署名 法第74条第1項の規定からは明確でないが、命令第58条の規定と併せ読み、数人の発起人がいる場合には、これら発起人全員が定款案に署名しなければならぬことが分かる（Hémard et al., p. 587）。その結果、定款案に発起人の同一性（identité）をことさら記載するのは無用のように思われる。

(4) 書記局への提出 発起人は1通の定款案を予定した本店所在地を管轄する商事裁判所の書記局へ提出しなければならない。定款案の提出および保管先については、公証人役場とすべきであるとの意見も出されたが、立法者は、会社設立業務の独占権を公証人に与えるおそれがあるものとしてこれを採用しなかった。商事裁判所に提出された定款案は公示され、すべての申請者はこの正本を閲覧し、また自らその費用を負担してその写しの交付を求めることができる（令58条）。しかし株式引受人がこの定款案の閲覧に行くことは少ないようである（Ripert par Roblot, p. 608）。定款案がいったん裁判所に提出されたのちは、創立総会のみがこれを変

更する権限を有し、発起人は変更することができない。なお、外国会社がフランスにおいて証券（株式および社債）の発行・売出しをしようとする場合には、フランス語に翻訳され、かつ原本と相違ない旨の証明ある正本2通をセース商事裁判所の書記局に提出しなければならない（1968年1月2日のデクレにより改正された1968年3月23日デクレ67-237号64条）。

2. 設立趣意書 発起人は命令の定める条件にしたがって設立趣意書を公告しなければならない（法74条2項）。この設立趣意書（notice）とは、発起人がある株式会社を設立しようとしていることを公けに示すところの意思表示（*déclaration publique*）である（Ripert par Roblot, p. 608）。投資家にたいする情報の開示を目的とし、イギリス法の解決に倣って、すでに古く1907年1月30日の法律によりフランスに導入された。この設立趣意書に記載すべき事項は、命令第59条第2項により、会社の商号、形態、資本など17項目にわたって詳細に定められ、発起人がその氏名、住所および国籍などを記載して署名しなければならない（令59条3項）。この設立趣意書は、B. A. L. O. の名のもとに知られ、官報に添付して発行される法定公報（全国版）（*Bulletin des annonces légales obligatoires*）において公告される（法74条2項、令59条1項）。発起人は、これら法令の定めるところにしたがい、定款案を裁判所の書記局に提出し、設立趣意書を法定公報に公告しないうちは、いかなる株式申込も受けることはできない（法74条3項）。

3. 投資広告の規制 不当な広告に訴えて容易に行なわれる財政上の不祥事件の発生や繰返しを防止するために、これまでもいくつかの法律が制定されてきた（1928年12月30日の法律、1936年12月11日の法律、1950年1月6日の法律）。かなり一般的な性格を有するこれらの規定は、資金を公募する株式会社の設立にたいして適用される。さらに最近における改正は、つぎの2回の時期にわたり、財政上の広告に関する規定をより直接に改善した。

(1) 1966年法 1966年法の制定のさいに、若干の外国法、とくにイギリス法に倣って、目論見書（*prospectus*）による方法を強制することが検討された。しかし、フランス法は今日でもなお、目論見書が利用されることはあっても、強行法規を定めることによって目論見書の利用を強制はしていない。まず第1に、《株式の

株式会社の設立（公募会社の設立）

発行を公衆に知らせる目論見書および回状には、前条に定める設立趣意書の記載事項を転記し、かつその設立趣意書を法定公報（全国版）に掲載した旨を記載し、あわせて設立趣意書が公示された公報の番号を参考として付記しなければならない（令60条1項）。この規定に違反して故意に証券を発行し、展示または売出した者は10,000フラン以上72,000フラン以下の罰金に処せられる（法483条1項2号，2項）。第2に、これについては罰則規定はないが、《目論見書および回状には、引受のあった株式の払込による資金の使途につき発起人の計画を概説しなければならない》（令60条1項後段）。情報開示を徹底するためにはこの規則を設立趣意書、株式申込書および設立手続の適合申告書（*déclaration de conformité*）にも定めることが望ましかった（Hémard et al., p. 591）。つぎに、《揭示および新聞広告には、設立趣意書と同一の記載事項または少なくともその抜萃を転記し、参考としてその設立趣意書およびそれが公示された法定公報（全国版）の番号を付記しなければならない》（令60条2項）。揭示についてと同様に新聞広告には、設立趣意書の記載の再録よりはむしろその抜萃をもって満足すべきであろう。この規定の違反についても上記と同様の刑事制裁が定められている（法483条1項3号，2項）。

(2) 1967年9月28日の命令第833号 証券取引委員会を創設したこのオールドナンスの第6条の規定によれば、金銭出資による株式を公けに発行する会社はすべて、公衆にたいして情報を開示するため、その組織、財政状況およびその活動を記載した書類をあらかじめ印刷すべきことを命じている。この書類は証券取引委員会の審査に付され、同委員会は、その記載の変更、補充を指示し、あらゆる説明または証明を求め、現場での審査を行なうことさえもできる。この規定の実施を簡易かつ統一化するために、同委員会は1969年3月18日の通達（*instruction*）をもって、会社が遵守すべき覚書図表（*schéma de note*）を定めた。上記の報告書は、会社の本店および株式の募集を行なうすべての営業所に備置き、公衆の閲覧にこれを供さなければならない。また株式の募集の勧誘をうけるすべての者にたいして交付しまたは送付することを要する。

法第75条〔資本の引受および払込〕

①資本は全額引受けられなければならない。

②金銭出資の株式は、その引受にさいして、券面額の4分の1以上が払込まなければならない。残余の払込は、取締役会または董事会の決定にもとづき、商業登記簿に会社の設立を登記したときから5年を超えることのできない期間内に、1回または数回に分けて行なわれる。

③現物出資の株式は、その発行のときに目的物の全部が給付されなければならない。

Loi Art. 75.—Le capital doit être intégralement souscrit.

Les actions de numéraire sont libérées, lors de la souscription, d'un quart au moins de leur valeur nominale. La libération du surplus intervient en une ou plusieurs fois sur décision du conseil d'administration ou du directoire selon le cas, dans un délai qui ne peut excéder cinq ans à compter de l'immatriculation de la société au registre du commerce.

Les actions d'apport sont intégralement libérées dès leur émission.

〔解 説〕

1. 株式（資本）の引受 (1) 意義 株式または資本の引受 (souscription des actions ou du capital) という語は2つの意味に用いられている。広い意味で株式の引受とは、株式引受人が、その交付をうける株式の反対給付 (contrepartie) をなすことにより、会社の構成員となることを約する契約である。この意味においての株式の引受は、金銭出資についてはもちろん、現物出資の場合にも用いられる。新法の立法者はこの意味での株式または資本の引受を繰返し規定している (法74条, 75条1項・2項, 79条, 81条1項, 82条1項, 83条2項; 令59条1項, 2項3号)。これにたいし、狭い意味での株式の引受は、もっぱら金銭出資による株式の引受についてのみ用いられる。たとえば、リベールによると、株式の引受と

株式会社の設立（公募会社の設立）

は、ある者が、原則としてその株式の券面額と同額の金銭 (somme) を出資することにより、株式会社の構成員となることを約する法律行為である、と定義されている (Ripert par Roblot, p. 610)。これら2つの意義の株式の引受のうち、新法の立法者は広義の立場をとる方に傾いているとみなしなければならない。なぜなら、金銭出資についての株式引受を規定する場合、法文中に《souscription des actions de numéraire》または《souscriptions en numéraire》の語を挿入して明確を期している (法76条, 77条, 83条1項; 令59条2項8号, 62条), もし狭義の立場をとっていけば、このような語は無用なものとなるはずだからである (Hémard et al., p. 593)。

(2) 株式引受の法的性質 (a) 契約説 旧法いらい、株式引受の法的性質をどのようにみるかについて学説は多岐にわたっている。しかし判例は一貫して、株式の引受は株式引受人と発起人との間に締結される双務契約 (contrat synallagmatique) とみる立場をとっている (Civ., 23 juill. 1935, D., 1938. 1. 16, J. soc., 1936. 544; Req., 22 avril 1941, D. A., 1941. 243; Paris, 11 mai 1939, J. soc., 1942, p. 213)。旧法上、《株式引受の契約》という語が法文の中に用いられていたこともその形式上の論拠とされた (1937年8月31日のデクレ・ロワによって改正された1867年法1条4項)。新法の制定においても始め国会に提出された政府案の中には《contrat de souscription》の語が用いられていたが、解釈上問題となる種を取り去ることが望ましいとの配慮から、元老院における第一読会のさいに除去され、法第76条は単に《souscription》とのみ規定している。しかし、資本の増加の場合においては、なお《株式引受の契約》の語が存置されていることは注目される (法190条)。

(b) 単独行為説 若干の学説は、株式引受人の義務は引受人の単独行為 (engagement unilatéral) から生ずるものとみる (Escarra et Rault, t. II, p. 99; Ripert par Roblot, t. I, p. 613)。この見解は、株式会社を契約としてではなく制度 (institution) として分析する基本的な立場とは別に、契約説をとる判例によって示された解決に対する批判、とくに判例が残したつぎのような不明確な点にたいする批判にもとづいている。すなわち、判例は株式の引受を契約とみるが、そ

れならば株式引受人の契約の相手方は発起人なのか、設立中の会社なのか、また契約の性質についても、ある者はこれを委任とし、他の者は権利の売買あるいは売買の予約とするなど、明確でない。さらに契約の完了する時期についても、ほんらい会社契約は、株式引受ののち、資本が全額引受けられ、最初の払込が履行され、定款案が採択または署名され、会社が適法に公示されたときに成立するのであり、したがって、そこには会社契約に先立つ契約（株式引受）が存在することになるのであるうかと（Ripert par Roblot, p. 613）。

(c) 合同行為説 この説によると、株式の引受は、契約とはその種類を異にするが一種の合意 (convention) に属する合同行為 (acte collectif) であるとする (Roujou de Boubée, Essai sur l'acte juridique collectif, thèse, 1961, Hémard et al., p. 595 による)。まず第 1 に、株式引受人は株式会社の真の設立者 (fondateurs) であり、いわゆる発起人はその主唱者 (promoteurs) にすぎないから、すべての株式引受は類似の内容を有し、契約とは異なり株式引受人相互の間になんらの対立も存しない。第 2 に、各株式引受人は多数の引受人から成る団体の構成員として、各自が別個に行動する意思をもつことなく、そこに株式引受の相互依存 (interdépendance) が存する。資本の全額引受の原則、架空の、かつ条件付株式引受の禁止原則が生ずるのはそこからであると説く。

(2) 株式引受の商行為性 会社を設立するための投資である株式の引受は商行為であるかどうかについて学説は必ずしも一致していない。一説には、当事者が商人でないかぎりこれを商行為とすることはできないとする見解もあり、また、投資としての株式引受か、投機としての株式引受かによってこれを区別すべきであるとする見解もある (Thaller et Pic, t. II, n° 876)。しかし、判例および大多数の学説は、株式の引受を商行為とする (Req., 25 oct. 1899, D. P., 1899. 1. 560; 26 oct. 1925, J. soc., 1926, p. 402; Paris, 7 déc. 1893, J. soc., 1894, p. 125)。その結果、株式引受契約の不履行によって提起された訴訟は商事裁判の管轄に属し (Paris, 31 janv. 1908, J. soc., 1909, p. 121)、遅延利息は商事法定利率にしたがって算定される。同様に商行為に関する立証自由の原則 (商法典 109 条) も認められるべきであるが、金銭出資の株式引受に関しては株式申込証によることを要する

株式会社の設立（公募会社の設立）

（法76条）。

（3）株式引受の効果 上記のように判例は株式引受の性質を双務契約としているが、これは、そこから両当事者の負担する義務をひき出すためである。すなわち、株式引受人は、その約した出資を履行し、会社の構成員となるべき義務を負い、他方、発起人はその契約の履行をなし、株式引受人にたいして株式を交付する義務を負う。しかし契約説にたいする批判的な立場からすると、これら両者の負担する義務は異なった起源を有すると説く。すなわち、株式引受人は発起人にたいしてではなく、会社にたいして義務を負い、会社が引受人にたいして払込を請求する。他方、発起人は株式申込証の署名によって義務を負うものでなく、すでにその署名前から、会社の設立を計画したことから義務を負っている。つまり、これらの義務は同一の法律行為から生じるものでなく、したがって双務契約というのは当たらないと説く（Ripert par Roblot, t. I, p. 614）。

株式引受人は、自己の引受けた株式につき株券の交付を受けることができないときは、その契約の解除を求めることができる（Paris, 17 janv. 1935, J. soc., 1937, 236; Seine co., 2 mars 1935, S. 1935. 2. 201）。新法は、後述のように、その定款案が裁判所書記局に提出されてから6ヵ月以内に会社が設立されないときは、株式引受人は、その払込金の返還をなすべき受任者の選任を請求しうる旨を定めている（法83条2項）。

株式の引受は単純であることを要し、これに条件を付することはできない。もしその引受が条件付であるときは、その条件は記載のないものと看做され、有効とされる（Paris, 9 mai 1868, D. P. 1868. 2. 173; Trib. com. Lyon 28 févr. 1944, J. soc., 1945. 115）。しかし、もしその条件が発起人の義務の履行にかかっている場合には、株式引受人は発起人にたいして損害賠償を請求することができる（Cass., 6 nov. 1865, S. 66. 1. 110; Bordeaux, 30 mars 1908, J. soc., 1908, 418; Paris, 10 janv. 1938, J. C. P., 1938. 2. 818）。

株式引受人が会社に入社する権利は、彼が約定した出資義務と共に相続人に承継される（Civ., 8 nov. 1904, D. 1905. 1. 34）。株式引受人の権利は、流通証券によってこれを表彰することはできない。なぜなら、株式は、商業登記簿に会社の設

立登記をなしたのちでなければ譲渡できないからである（法271条1項）。しかし、民法の定める方法をもってすれば、これを譲渡することができるが、この譲渡をもって発起人に対抗することはできない。また譲受人が株式の払込をしないかぎり、株式引受人が払込義務を負う（Paris, 14 nov. 1888, J. soc., 1889, 66；Orléans, 24 juill. 1890, D. 1891. 2. 337）。

2. 資本の全額引受 (1) 資本の全額引受原則の根拠 株式会社の定義を定めた法第73条についてと同様、本条においても資本（capital social）の観念を明らかにする定義規定はとくに設けられなかった。しかし、旧法の規定（1867年法1条2項）と類似した文言をもって、資本の全額引受の原則を明記する必要があることに変わりはなかった。すなわち、定款案に記載された資本が全額引受けられることによってのみ株式会社を有効に設立することができるのであって、資本確定の原則（principe de la fixité du capital）が採用されている（Didier, Droit commercial, t. I, 1970. p. 330 et s.）。この原則を採用するにいたった法律上の根拠については、つぎの2つの理由が示されている（Hémard et al., p. 604；Escarra et Rault, t. II, p. 73）。第1の理由は会社債権者の保護にあり、会社の資本は、すくなくとも会社存立の当初においては、会社に供与される信用の尺度（mesure du credit）である。したがって、表示された一定の資本が債権者の一般担保たる会社財産に一致しないときは、会社債権者はこれによって欺かれ、損害を受けることになるからである。第2の理由は株主の利益をはかることにある。すなわち、株式の引受人は、すくなくとも理論的には、発起人が会社の目的を遂行するために欠くことができないと判断した資金ないし財産を集めることに成功したことを条件——黙示的に表示される——としてのみ会社契約に加入したのであり、したがって、もし資本が全額引受けられなかったときには、株式引受人の義務の原因（cause）を欠くにいたるとする。

(2) 全額引受制度の欠陥と分割払込制 会社の有効な設立のために資本の全額引受を要求するこの制度のもとでは、ときに会社は、その設立の当初から、ただちには使用することのない過大な資本をかかえたまま開業せざるを得ない不都合を生じる。かかる場合、会社の経営者は、その目的たる事業とは関係のない信用取引

株式会社の設立（公募会社の設立）

に一時会社の資金を用立てる誘惑にかられることもある。この点では、英国会社法の採用している授權資本制度の方が好都合である（Hémard et al., p. 605）。フランス会社法がすでに旧法のもとにおいて、金銭出資の株式はその設立のさいに全額を払込むことを要せず、その券面額の4分の1の払込をもって足りるとし（1867年法1条2項）、分割払込制度を採っていたのはこのためである。しかし実際においては、このような緩和措置を講じてもまだ十分ではない。というのは、この分割払込制をひきつづき採用する新法のもとにおいても、残余の未払込株金は、商業登記簿に会社の設立登記をなしたときから5年以内に全額払込を完了しなければならないからである（法75条2項）。そこで、なお利用しうる方法としては、のちに1回または数回の増資を行なうことを予定したうえで、はじめはごく少額の資本を発行することである。新法は、株主総会が取締役会または董事会にたいして1回または数回にわたり資本増加を実施するために必要な権限を授權しうるものと定め（法180条3項）、かかる方法に訴えることを勧めている。ともかくも、このようにして企業経営上の利益と投資家および会社債権者保護のための配慮が調整されているのである。

(3) 全額引受原則の適用 (a) 無額面株式の発行の禁止 新法の罰則規定によると、株式会社の発起人、社長、取締役または副社長ならびに株式の権利者または所持人が無額面株式 (actions sans valeur nominale) を故意に譲渡したときは、3ヵ月以上1年以内の禁錮および2,000フラン以上40,000フラン以下の罰金を併科し、またはそのいずれか一方の刑に処せられる（法434条1号）。フランス会社法においては、可変資本投資会社について認められている例外の場合をのぞいてこの無額面株式の発行は資本の全額引受の原則に反するものとして考えられている（Escarra et Rault, t. II, p. 83; Ripert par Roblot, p. 619; Hémard et al., p. 606）。無額面株式は、たとえば資本の千分の十というように、資本にたいする一部の割合を示すにすぎず (action de quotité), 株式は一定の最低券面額を下ることができないとする原則に反するのみならず（法268条）、資本の全額引受原則の適用の結果、その発行は不可能とされている。つまり株式の券面額は、株式引受人によって出資された価額とこれに対して交付される株式との間に均衡が保たれてい

るかどうかを監査する可能性を示すものとする。

(b) 券面額以下の発行の禁止 株主により会社に提供される 対価 (contrepartie) は、すくなくとも株式の券面額と同額のものでなければならない。会社の資本は株式の券面額と等しい金額をもって構成されるからである (Escarra et Rault, t. II, p. 83)。したがって、社債の発行について利用されるこの割引発行の方法は株式の発行については禁止される。問題は、手数料 (commission) の形式のもので、株式引受人に対してなされた割引について提起された。判例は、はじめこの問題について躊躇を示したが、資本は全額引受けられなければならないとの理由をもって、かかる割引発行の禁止を正当に判示した。また判例は、はじめ、手数料が最初の払込に関して株式引受人により受領されたかどうかにより区別を設けた。前者の場合、株式は現に券面額以下で発行されたものとしたが、後者の場合、すなわち手数料がのちに付与された場合には、株式の引受は有効であるとした。しかしその後、破産院はすべての場合にその株式引受を無効とした (Cass. 28 oct. 1901, S. 1904. 1. 37, J. Soc., 1904, 200, note Houpin)。

これにたいし、株式の発行を引受ける銀行にたいして支払われる売出し手数料 (commission de placement) はその性質を異にする。これは、なされた役務にたいして会社がその資本から支払う報酬であり、適法な行為である。裁判所が若干の場合にこれを違法と判示したことがあったとしても、それは株式引受人にたいして間接的に割戻しをなしたと認定しうるような異常な金額を理由としたものであった (Crim., 15 mai 1936, D. H. 1936, 430, J. soc., 1937, 536)。なお、資本から控除される手数料は、貸借対照表の資産の部に開業費 (frais de premier établissement) として計上され、償却される。

(c) 労務出資にたいする株式の発行禁止 労務出資 (apports en industrie) の有効性は、民法典第1847条および第1853条に定める原則にしたがい、組合 (会社) に関する普通法の原則として認められているが、そのことは商事会社においても当然に妥当するものではない。すなわち、有限会社の持分は労務出資を表彰することはできない (法38条1項)。同様に、株式会社および株式合資会社においても労務出資による株式の発行は禁止されなければならない。会社の資本を熟考して信用

株式会社の設立（公募会社の設立）

を与え、全額引受の原則によって保護される会社債権者の利益は、労務出資の困難な評価によってのみならず、また労務出資に関するかぎり、会社債権者はその担保の実行を訴求することができないという理由によってまさに害されるのである。また出資をなすべき時期についても、会社法はもっぱら金銭出資および現物出資について規定を設けているように（法75条2項、3項）、比較的早い期間内に履行されることを要するのにたいして、労務出資はその性質上、継続的にのみ行なうことができ、一時にこれを給付することはできないのである。

(4) 仮装の株式引受 資本の全額引受の原則はまた、架空の株式引受、条件付株式引受および撤回しうる株式の引受を禁止する。第1に、架空の株式引受 (*souscriptions fictives*) とは、實在しない仮設人または社員たる意思をまったくもたない者による株式の引受である (Req., 2 mars 1925, S., 1930. 1. 205; Paris, 17 juin 1904, D., 1907. 2. 152)。このような株式の引受については、なんらの払込も行なわれないからである。しかし実際上困難なのは、株式引受の仮装行為を立証することである。たとえば、発起人は株式の好意引受人 (*souscripteurs de complaisance*) の助力を仰ぐことがあり、この者は真に株主となる意思をもつことなくして株式申込証に署名する。また発起人の配下の者 (*subordonnés*) が株式を引受けることがある。この者が株式引受のときに、その払込義務を履行するために必要な資金をもっていないときには、その株式引受を仮装行為と認定することがきである (Req., 9 juin 1891, D. P., 1892. 1. 361; 17 déc. 1894, D., 1895. 1. 101)。しかし株式の払込がなされたときは仮装行為の立証は困難である。また逆に、株式の払込がないという事実自体は、たんに仮装行為の一標識にすぎない。真実株式の引受をなした者がその後に支払不能に陥ることもあるからである。株式の払込が借入資金を用いてなされたこと自体は、その株式の引受を架空のものとするものではない (Cass., 20 nov. 1888, D. 1890. 1. 157)。

株式の引受が他人の名義を借りて行なわれた場合 (*souscription par prête-nom*)、その効力はどうであろうか。一部の見解によると、会社契約における *affectio societatis* の理論を根拠に、他人名義による株式引受の効力を否定し、これを認めるときは、株式引受人名簿の作成はいったい何を意味するのかと主張していた

(Rousselet et Patin の所説, Escarra et Rault, II. p. 78 による)。これにたいし多数説は, 名義貸人つまり外見上の株式引受人はその引受けた株式につき自から払込義務を負うのであるから, 結果として第三者および他の株式引受人の安全は保護され, 株式の引受は有効であるとする。このほか, 社員の個性が重視されない株式会社にあつては, 真の出資者がだれであるかが隠匿されても, それは二義的なことにすぎない。株式申込証の署名者が真の社員であることは本質的なことでないとする (Houpin et Bosvieux, I. n° 655; Thaller et Pic, II. n° 972; Escarra et Rault, II. p. 78)。判例もまた, これら多数説の影響をうけて, 他人名義による株式の引受の効力を認め, この場合の仮装行為はそれ自体, 法律行為の無効原因とはならないと判示している (Com., 30 janv. 1961, D., 1961. 292; Colmar, 3 avril 1957, D., 1957. 625)。

以上は旧法のもとにおける判例および学説であるが, 新法のもとにおいてもなおこの解決を維持すべきであろうか。株式会社が, 過去におけるよりはいっそう, 人の集団というよりは財産の団体という様相を呈してきた今日では, 従来判例の立場を支持すべきようにも思える。しかしながら, 他方新法は, 金銭出資による株式引受人の名簿を閲覧の対象とし (法77条1項), 真の引受人がだれであるかを知ることの意義を強調している。また, とくに1967年3月23日の命令は株式申込証の必要的記載事項の中に, 《株式引受人の氏名 (les nom, prénom usuel) および住所ならびにこの者によって引受けられた株式の数》を記載せしめることとし, 旧法上の大きな欠陥を埋めることにした (令61条2項10号)。名義貸しの方法を用いて真実の記載を回避できるとすれば, いったいこの新法の要求は何に役立つのであろうか。それゆえ, 社員たるべき意思を有する者と, 株金の払込義務を負う者との間には必ず同一性が存しなければならないとする見解がある (Hémard et al., p. 610)。

なお, 株式引受の仮装については罰則があり, 一年以上5以下の禁錮および2,000フラン以上40,000フラン以下の罰金が定められている (法433条2号)。

第2に, 資本の全額引受の原則は条件付株式の引受を禁止する。条件といつても, 会社の有効な設立を条件とする株式の引受はすべての引受に固有の条件 (法定

株式会社の設立（公募会社の設立）

条件）であら問題はない。これ以外の条件で、株式引受人がその義務の履行を条件づけることはできない。たとえば、会社内における職業の獲得（Trib. com. Lyon, 12 mai 1900, Rev. soc., 1901, p. 77）、あるいは会社からの注文の獲得（Paris, 13 déc. 1881, J. soc., 1882, p. 205；Trib. com. Seine, 17 janv. 1911, J. soc., 1913, p. 73）を株式の引受の条件とする場合である。このような場合、裁判所はその条件を記載のないものとみなしている。

第3に、資本の全額引受の原則は、株式の引受を撤回することのできない（irrévocable）ものとする。株式引受人は、いかなる場合においても、その引受けた株式の払込義務を免かれることはできない。直接または間接に株式引受人の払込義務を免除させる合意は無効であり（Paris, 13 déc. 1881, J. soc., 1882, p. 205）、会社の設立と同時に発起人が株式引受人にたいしてその払込金の返還を約する合意も無効である（Req., 3 août 1875, D. P., 1876. 1. 116；11 juill. 1892, D. P., 1892. 1. 485）。

3. 資本の全額が引受けられなかった場合 資本の全額が引受けられなかった場合には、その会社は適法にこれを設立することはできない。しかし事実上設立された場合には、旧法におけると同様に、新法のもとにおいてもこれを設立無効とすることはできず（Cass. civ., 10 avril 1899, D. 90. 1. 305；Req., 16 mars 1910, J. soc., 1911, 154；Bordeaux, 16 févr. 1903, D. 1905. 2. 193；Seine co., 9 mars 1939, J. soc., 1940, 218）、ただ発起人および最初の会社指揮者がこれについて責任を負う。発起人が銀行またはそのシンジケートによって株式の発行を担保させるのはそのためである。

株主全員の承諾がなければ、株主総会の決議をもって、会社の資本はその引受がなされた額にまでこれを減少する旨を決定することはできない。なるほど、適法に設立された会社の株主総会は、一定の定足数と多数決とをもって資本減少の決議をなすことができるが、創立総会はこのような権限を有しない。株式引受人は、一定額の資本を有する会社に参加することを約したのであるから、ごく少額の資本をもって設立された会社への入社も拒否することができる（法79条2項, Ripert par Roblot, p. 616）。このような場合を予想して、あらかじめ株式申込証の中で入社を

義務づけることができないであろうか。パリ控訴院はこのような条項の効力を認めないが (Paris, 21 mars 1905, D. 1905. 2. 409), 破毀院はこれを有効と判示している (Civ., 13 nov. 1907, D. 1909. 1. 65, S. 1908, 1. 65)。この場合の株式引受はまさに条件付の性格を有するが、すべての設立手続をやり直す手間を避けるためにこの条件を無視しようとするのである。

4. 資本の額を超える株式の引受があった場合 株式の引受総額が資本の額に達したときは、株式の引受はこれを打切らなければならない。しかし株式が公募される場合、同時に数ヶ所の営業所において株式の引受が行なわれることが多く、その結果、株式の引受総額が資本の額を超えるようなことも生じる。この場合、その株式の引受を減少しなければならない。そこで、この際に生じる問題をさけるために、株式申込証の中に 1 条項を挿入し、このような減少をあらかじめ定めておくのが通常である。一般に、引受けられた株式の数に比例して縮減されるが、単一の株式引受を排除することはできない。これを行なうのは違法な条件付株式引受となるのである (Ripert par Roblot, p. 616)。

5. 金銭出資による株式の払込 (1) 分割払込制度の採用 フランス会社法は、わが国の場合と異なり、旧法いらい株式の払込について分割払込制度を採用しており、本条第 2 項は、金銭出資の株式はその引受にさいして券面額の 4 分の 1 以上が払込まなければならないと規定している。すでにのべたように、会社設立のためにはその発行する株式全部 (資本) の引受を必要とする資本確定の原則が採用されているので、さらにこの株式につき全額の払込を一時に強制するときは、開業当初の会社が不用かつ過大な資金をかかえこむことになって、その結果はさまざまな理由から妥当でないとする配慮によるものである。

他面、株式の引受にさいして少なくとも券面額の 4 分の 1 を払込むべきものと定めたのは、一方において、架空の株式引受あるいは無思慮な引受が行なわれるのを排除するためであり、他方、その設立のときに企業の経営に必要な資金を会社に提供させるためである。また、株式引受人が全然払込のない株券を譲渡して、いわゆるプレミアム稼ぎ (coureurs de primes) を目的とする株式投機を防止するためである (Ripert par Roblot, p. 621; Hémard et al., p. 618)。

株式会社の設立（公募会社の設立）

株式の引受にさいして払込まれる金額は券面額の4分の1以上であれば会社はこれを自由に決定することができ、必要に応じて全額払込を、あるいは2分の1または4分の3の払込を定めることができる。残額は未払込株金（non-versé）となるが、この株式は記名株券の形式のもとにおいてのみその発行が許される（法270条）。

第1回の株金払込につき、法律は、「その引受にさいして」(lors de la souscription)と規定しているが、正確にいうとその時期はいつであろうか。この点については初め、株式の申込と払込を完全に一致させ、株式の申込は株金を添えて（accompagnée）なされた場合にかぎりこれを認めるべきものと考えられた。しかし、これは行き過ぎた解決とされ、したがって払込を株式申込証の交付と一致させる必要はないとされている。しかし、あらゆる場合においてその払込は公正証書による払込済の申告前に行なうことを要するのはいうまでもない（Hémard et al., p. 619）。

(2) 支払の方法 株金の払込は、株式の引受により生じた債務の支払である。その支払は、設立中の会社の受任者にたいして（法77条参照）現金を交付することによって行なわれるが、株式引受人がみずから現金を持参することを要するものではない。その支払のためには、国庫債券（bons du Trésor）、銀行または郵便の振替（virements de banque ou postaux）および小切手などの証券を利用することができる。ただし、民法典の定める一般原則にしたがって銀行により支払われたのちにおいてのみその払込があったものとみなされる（Cass., 31 déc. 1906, S. 1909. 1. 137; Req., 26 janv. 1939, D. C. 1941, 19; Paris, 8 avril 1933, S. 1933. 2. 176）。

金銭出資の場合、法律は現金による支払を要求しているのであるから、代物弁済（dations en paiement）は禁止される。代物弁済は現物出資として分析されるが、現物出資については厳重な審査および承認の手続が必要とされているにもかかわらず、この場合の代物弁済にはそのような手続が行なわれないから、出資された物の実価につき重大な疑惑を与えるおそれがあるからである（Escarra et Rault, p. 120）。

また、相殺による支払は、設立のさいに発行される株式の払込については不可能である。相殺は、相互に債権者および債務者たる 2 人の者の存在を前提とするが、会社の設立にあたってその債務者たる株式引受人は会社の債権者たりえない。なぜなら、会社の設立前に、会社が株式引受人にたいして何らかの債務を負担するということは考えられないからである。株式引受人が発起人の 1 人に対して債権を有することはありうる。しかし、発起人と会社は別人格であるから、株式引受人がその債権をもって会社に対して負担する債務を相殺することはできない。同様に、株式引受人が設立中の会社と取引をなし、それによって債権を取得することはありうる。しかしこの債権は会社による事後の追認を受けることを要し、会社の成立前に債権を行使することはできない。これに反して、資本増加にさいして発行される株式については相殺による支払が可能であることは一般に認められ、とくに転換社債の場合がその例であるとされている (Escarra et Rault, pp. 121, 122)。

(3) 残額株金の支払 設立にあたって株式の一部が払込まれたのち、残額株金はいつまでに払込まなければならないであろうか。旧法は、会社が確定的に成立した日から 5 ヶ年以内と定めていた (1943 年 3 月 4 日の法律 1 条)。しかし、この期間では、会社が成立後あまりにも早い時期に過大の資金を保有する危険があって、短かすぎるとの批判があった (Hamel et Lagarde, p. 717)。他方、これとは逆に、むしろ長すぎるから 3 年に短縮すべきであるとの批判もあった。これは、5 年の期間内に種々の株主間に、とくに議決権の行使に関して不平等な取扱を存置する弊害があるという理由にもとづく。しかし結局、5 年の期間が維持されることになった。それは、残額株金の払込につき長期間にわたり義務を負うことを望まない株式引受人の利益と、資本が全額払込まれ、貸借対照表が十分に明瞭になることを望む第三者との利益とを併せ考慮したものである (Hémard et al., p. 619)。5 年間の起算点は会社の設立を商業登記簿に登録した日である (法 75 条 2 項)。この期間の利益は、定款に別段の定めがないかぎり、株主平等の原則を害さないことを条件として株主と会社間の合意によって放棄することができる (Hamel et Lagarde, p. 721; Hémard et al., p. 620)。

旧法のもとにおいては、残額の払込請求がいかなる機関によって行なわれるか

株式会社の設立（公募会社の設立）

については何も規定されていなかったが、新法は、《残余の払込は、取締役会または董事会の決定にもとづき、1回または数回に分けて行なわれる》と規定してこの点を明らかにしている。旧法では、定款に規定がない場合、むしろ通常総会にたいしてその権限を認める傾向にあったが、新法ではもはや定款の規定をもってしても、取締役会や董事会以外の機関に払込請求の決定権を与えることは許されないものと解すべきであろう。もちろん、新法によるこの改正によっても、会社債権者が株主にたいして払込請求をなしうる直接の権利——通常は破産管財人によって行使される——を失わないのは当然である（Req., 2 sept. 1940, S., 1940. 1. 106; Paris, 19 juin 1934, S., 1935. 2. 25）。

法第76条〔金銭出資の株式の引受〕

金銭出資の株式の引受は、命令の定める条件にしたがい作成された株式申込証によって確認される。

Loi Art. 76.—La souscription des actions de numéraire est constatée par un bulletin établi dans les conditions déterminées par décret.

令第61条〔株式申込証の記載事項〕

①株式引受人またはその代理人は、株式申込証に日付を記載して署名し、かつその引受けた株式の数を文字をもって記載しなければならない。株式引受人またはその代理人には、無印紙証書に作成された1通の写しが交付される。

②株式申込証には以下に掲げる事項を記載しなければならない。

- 1° 設立する会社の商号、略号を定めたときはその付記
- 2° 会社の形態
- 3° 引受けるべき資本の額
- 4° 予定されている本店所在地

- 5° 会社の目的の概要
- 6° 定款案の提出の日時および提出先
- 7° 現物出資がなされたときは、金銭をもって引受けられる資本の部分と現物出資により表わされる資本の部分
- 8° 金銭をもって引受けられる株式の発行の態様
- 9° 払込金を受領する者の氏名または商号とその宛先
- 10° 株式引受人の氏名および住所ならびにその者により引受けられた株式の数
- 11° 株式申込証の 1 通の写しが株式引受人に交付された旨の記載
- 12° 命令第59条に定める設立趣意書を法定公報（全国版）に公示した日時

Déc. Art. 61.—Le bulletin de souscription est daté et signé par le souscripteur ou son mandataire qui écrit en toutes lettres le nombre de titres souscrits. Une copie sur papier libre lui est remise.

Le bulletin de souscription énonce :

- 1° La dénomination sociale de la société à constituer, suivie, le cas échéant de son sigle ;
- 2° La forme de la société ;
- 3° Le montant du capital social à souscrire ;
- 4° L'adresse prévue du siège social ;
- 5° L'objet social, indiqué sommairement ;
- 6° La date et le lieu du dépôt du projet de statuts ;
- 7° Le cas échéant, la portion de capital à souscrire en numéraire et celle représentée par les apports en nature ;
- 8° Les modalités d'émission des actions souscrites en numéraire ;
- 9° Le nom ou la dénomination sociale et l'adresse de la personne qui reçoit les fonds ;
- 10° Les nom, prénom usuel et domicile du souscripteur et le nombre des titres souscrits par lui ;
- 11° La mention de la remise au souscripteur d'une copie du bulletin de souscription ;
- 12° La date de la publication au Bulletin des annonces légales obligatoires, de la notice prévue à l'article 59.

株式会社の設立（公募会社の設立）

〔解説〕

1. 株式申込証の形式 会社が資金の公募により設立される場合、株式引受人の義務は株式申込証の署名によって確認される。フランス法においてこの株式申込証は1937年8月31日のデクレ・ロワにより初めて会社法に採用された（1867年法1条4項）。この制度を引続き採用した本条および命令第61条の規定は、株式の申込にあたり錯誤または詐欺から株式引受人を保護する目的をもって定められたものである。しかし、実際においては、銀行から交付される株式申込証を読まずに、また理解することなく、いかに多くの引受人が申込証に署名していることであろうか。このような現実からすると、立法者の期待はイリュージョンにすぎない場合も少なくない（Ripert par Roblot, p. 611）。

株式申込証が株式引受人またはその代理人により署名されることを要するのは旧法の場合と同様であるが（1867年法1条4項）、さらに株式引受人は日付を付し、かつその引受けた株式の数を文字をもって（en toutes lettres）記載しなければならない（令61条1項）。この点につき、一定額の金銭またはその他の代替物の給付を目的とする一方的債務（obligation unilatérale）を記載する私署証書の作成についての特則を定めている民法典第1326条によれば、義務を負う当事者はその私署証書を全部自から記載して署名するか、あるいはその署名のほか少なくとも債務の額または物の数量を文字をもって記載し、これに《bon》または《approuvé》の文字を付加することを要するものとしている。これは偽造および白地署名（blanc seing）の濫用を防止するために古くから行なわれていた慣行を成文化したものであるといわれている（仏蘭西民法Ⅲ，現代外国法典叢書(16)，265頁）。株式申込証の作成方式を定めた本命令第61条の規定はこの民法典の規定に類似するものである。株式引受の実際においても、引受人の署名の上に、その引受けた株式の数を記載して、これに《Bon pour》の文字を付加している（Ripert par Roblot, p. 612；Hémard et al., p. 614）。

命令第61条第2項は株式申込証の記載事項を1号から12号にわたり法定しているが、このうち、第2号の《会社の形態》には、会社の指揮につき董事会および監事会の新しい型を採用した場合には、さらに《会社法第118条ないし第150条の規定の

適用を受ける株式会社」なる旨の語句を記載すべきものと解される (Hémar d et al., t. I, p. 615)。第 6 号は《定款案の提出の日時および提出先》を定めているが、これによって株式の引受が定款案の提出および設立趣意書の公示後に行なわれたかどうかを審査することができる。なお、若干の外国法の例にならって、会社設立のために支払われ、または支払が約されている手数料の額を記載させるべきかどうかと考えられたが、結局この案は採用されなかった。定款案を裁判所の書記局に提出した日から 6 ヶ月以内に会社が設立されないときは、株式引受人はその払込金の返還を求めることができるが (法83条2項, 令71条), 株式申込証にもこの旨を記載せしめて株式引受人にその権利を想起させることは無駄ではなかったように思われる。

2. 株式引受の承諾 株式引受人がその引受けた株式の数を株式申込証に記載して署名のうえ、これを交付したとき、その株式の引受は確定する。したがって株式引受人はそれ以後はもはや株式の引受を撤回することはできない。なるほど、19世紀の判例によれば、株式の引受は発起人による承諾 (acceptation) を必要とするものとされている (Paris, 22 janv. 1853, D. 1854. 2. 258; 16 nov. 1853, D. 1885. 2. 126; Lyon, 7 juill. 1902, Rev. soc., 1903, 22)。しかしこの判例は、株式の引受が法定の条件および方式なくして行なわれていた時代に形成されたものであり、今日のように、会社の設立が法令の定める手続にしたがって行なわれるようになってからは、この判例はもはや認めがたいものと解される (Ripert par Roblot, t. I, p. 612)。株式申込証は、発起人による申込 (offre) に対する株式引受人の回答 (réponse) である。発起人は、時機に遅れた株式の引受を拒絶し、または株式の引受を減少する権利をもっているのは確かである。なぜなら、既述のように、引受があった株式の総額が資本の額を超過する場合には、発起人にこの権利が留保される必要があるからである。これに反して発起人は、株式の引受人が好ましからざる人物であるとか、支払能力にすこし欠けるのではないかとの理由をもって株式引受人を排除することはできない。株式会社は、それが公募によって設立される場合には入社しようとする者の個人的要素にたいする承諾を含まないからである。

3. 適法な株式申込証によらない株式引受の効力 株式申込証によらない

株式会社の設立（公募会社の設立）

で、または違法な株式申込証によりなされた株式の引受は有効であろうか。すくなくとも、1937年法による改正前のもとにおいては、その株式の引受がなされた方法のいかんを問わず有効であることに疑問はなかった。株式の引受が商行為であるとされるからには、その行為はあらゆる方法をもって立証することができるというのが判例であった（Req., 25 oct. 1899, D. 99. 1. 560, S. 1900. 1. 65, note Lyon-Caen）。しかし、1937年8月31日のデクレ・ロワによる改正いらい、株式の引受は株式申込証によって確認されることを要する（*doit être constaté*）ものとされた（1867年法1条4項）。そこで、株式の引受が株式申込証によることを要するのは、要式行為として（*ad solemnitatem*）要求されているのか、それとも単なる立証方法として（*ad probationem*）求められているのであろうか。すでに旧法のもとにおいては、この点につき次のように見解が分かれていた。

(1) 証拠方法説 若干の学者は、株式申込証は立証方法として要求されているにすぎないと解し、したがって株式申込証がなくとも、株式の引受は宣誓により、あるいは書証による立証の開始（*commencement de preuve par écrit*）があるときは証言によってさえもこれを立証することができるという（Hamel et Lagarde, t. I, p. 712）これらの学者は、その根拠として、法律は株式申込証にたいして株式の引受契約を「確認する」配慮を与えている事実をとくに主張する。1867年法は、「株式の引受契約は株式申込証によって確認されなければならない」と規定していた（同法1条4項）のに対して、1966年法は、株式の引受は株式申込証によって確認される（*est constatée par un bulletin*）とのみ規定しているところからみて、新法はこの立場をさらに強化するものと評価されるのではなかろうか。

(2) 要式行為説 この説によると、株式申込証は株式の引受を要式行為とするために法定されたものとみる。というのは、1937年いらい立法者は、株式引受人を保護するために株式の引受に関する明確な規定を設け、それまでのあいまいな株式申込証の慣行と戦うことを意図したものである。したがって株式引受人は違法な株式引受による義務の無効を主張することができる（Trib. com. Seine, 7 déc. 1964, Journ. agrées, 1965, 73）。この方式の瑕疵にもとづく無効は、それでも矢張

り保護のための無効 (nullité de protection), したがって相対的無効の性質を有する (Ripert par Roblot, p. 612)。公正証書をもってする株式の引受および払込の申告のみをもってしては、法律上十分な立証があったものとすることはできない。旧法上用いられていた《doit》という語についても、第 1 説の立場に立つ学者自身も認めているように、そのことはとくに意義を有するものではない (Hamel et Lagarde, p. 712)。したがって株式申込証が欠けている場合、引受人はその株式の払込を拒否することができる。もっとも、この引受人が総会に出席したときは、その事実により自ら株式の引受の無効を主張する権利を失う。それは、無効な行為を追認したからという理由によるのではなく、彼の態度がいわばその瑕疵ある事態を治癒する効果をもったからにほかならない (Hémard et al., p. 617)。

法第77条〔株式払込金の寄託〕

①株式払込金および各引受人による払込金額を付記した引受人名簿は、命令の定める条件にしたがってこれを寄託しなければならない。命令はまた、この名簿を閲覧できる条件を定める。

②前項の命令により定められた払込金の保管者をのぞき、何人も、設立中の会社の計算において集められた金銭を 8 日を超えて保持することはできない。

Loi Art. 77.—Les fonds provenant des souscriptions en numéraire et la liste des souscripteurs avec l'indication des sommes versées par chacun d'eux font l'objet d'un dépôt dans les conditions déterminées par décret ; celui-ci fixe également les conditions dans lesquelles est ouvert le droit à communication de cette liste.

A l'exception des dépositaires visés par le décret prévu à l'alinéa précédent, nul ne peut détenir plus de huit jours les sommes recueillies pour le compte d'une société en formation.

株式会社の設立（公募会社の設立）

令第62条〔株式払込金の寄託および引受人名簿の公開〕

①株式払込金および各引受人による払込金額を付記した引受人の氏名および住所を記載した名簿は、設立中の会社の計算において、かつ払込金を受領した者により、設立趣意書に記載されたところにしたがい預金供託金庫、公証人または銀行にこれを寄託しなければならない。

②前項に定める寄託は、資金を受領したときから8日以内にこれを行なわなければならない。ただし、資金が銀行その他の金融機関および証券取引員によって受領されたときはこのかぎりではない。

③資金の受寄者は、その資金が払戻されるまで、株式の引受を証明するすべての者にたいして、本条第1項に定める名簿を閲覧させなければならない。閲覧を請求する者は名簿を調査し、かつ自ら費用を負担してその写しの交付を求めることができる。

Déc. Art. 62.—Les fonds provenant des souscriptions en numéraire et la liste comportant les nom, prénom usuel et domicile des souscripteurs avec l'indication des sommes versées par chacun d'eux, sont déposés, pour le compte de la société en formation et par les personnes qui les ont reçus, soit à la caisse des dépôts et consignations, soit chez un notaire, soit dans une banque, selon les indications portées à la notice.

Ce dépôt doit être fait dans le délai de huit jours à compter de la réception des fonds, à moins que ceux-ci ne soient reçus par des banques, établissements financiers et agents de change.

Le dépositaire des fonds est tenu, jusqu'au retrait de ceux-ci, de communiquer la liste visée à l'alinéa 1^{er} ci-dessus, à tout souscripteur qui justifiera de sa souscription. Le requérant peut en prendre connaissance et obtenir, à ses frais, la délivrance d'une copie.

〔解説〕

1. 株式払込金の寄託 株式引受人の払込金は、最初の時期においては預

金供託金庫 (caisse des dépôts et consignations), 公証人, 銀行その他の金融機関および発起人など, さまざまの者によって集められる。もし会社が最終的に設立されなかったときは, この払込金はそれぞれの株式引受人に返還されることになるので (法83条2項), それだけにこの払込金はこの時から決して私消・横領されることのないように特別の注意が払われなければならない。それゆえ最もよい方法は, 払込金を資格ある者に寄託させることによって, その凍結 (blocage) をはかることである。

本条が, 株式払込金……は, 命令の定める条件にしたがってこれを寄託しなければならないと規定しているのはその趣旨である。これを受けて命令は, 株式払込金……は設立中の会社の計算において, 払込金を受領した者により, 設立趣意書に記載されたところにしたがい預金供託金庫, 公証人または銀行にこれを寄託しなければならないと規定している (令62条1項)。これを旧法の場合とくらべると (1867年法1条6項), 払込金の受寄者たる資格を有する者の範囲は拡張されており, 払込金の寄託は単に預金供託金庫および公証人のみならず, また銀行においてもなしうるものとされている。しかし払込金の寄託を受ける権限を証券取引員や弁護士にまでは拡張しなかった。

定款が公正証書をもって作成されているときは, その定款を作成した公証人に払込金を寄託することが一般に行なわれている。法律は新たに払込金の受寄者たる資格を有するものとして銀行を加え, この銀行についてはなんらの区別をも設けていないが, 発起人の中にその名を連らねている銀行または株式を引受けた銀行にたいして払込金を寄託するのは, これによる濫用のおそれがある疑問である。しかし, 法務省および大蔵省から出されている2つの回答はこの場合をも適法なものとして認めている (Ripert par Roblot, t. I, p. 622; Hémard et al., p. 621)。なお, 公証人はその職業上の規則によって, 3ヵ月以上にわたり保管する金銭はこれを預金供託金庫に交付すべきことが義務づけられている。

法律によって要求されている払込金の寄託は株式引受人によって行なわれる払込と一致する場合があります。株式払込金が預金供託金庫によって直接に集められた場合がこれである。払込金が初め数人の公証人により, または数行の銀行により

株式会社の設立（公募会社の設立）

集められたときは、払込金を集中するために、寄託は1人の公証人または1行の銀行内において必ず行なわれなければならない（令62条1項, 59条2項15号）。したがって、設立趣意書に指定された者以外の複数の公証人または銀行によって集められた払込金は、つぎに資格ある受寄者の手に寄託されなければならない。最後に、払込金をはじめ発起人または信用金庫（*établissements de crédit*）によって集められたときは、つぎには必ず、預金供託金庫、公証人または銀行にその払込金を寄託しなければならない。

このように株式の払込と払込金の寄託とにつき2つの時期に区別する必要があるとき、《何人も、設立中の会社の計算において集められた金銭を8日を超えて保持することはできない》（法77条2項）。この禁止規定はとくに発起人にたいして向けられたものであり、したがって発起人は、株式引受人により払込まれた資金を速かに寄託しなければならない。この規定は新設のもので有益であるが、これに違反した場合の制裁規定はとくに定められていない。株式引受人が、その払込後8日を超えてもなお寄託が行なわれないことを理由に、払込金の即時返還を請求しようと解するのは疑問である（Hémard et al., p. 622）。いずれにしても、払込金が銀行その他の金融機関および証券取引員によって集められた場合には、その受領後8日以内に払込金の寄託を命じるこの規定の適用除外を認める必要がある（令62条2項）。この場合においては実際上、株式引受人の数は多数にのぼることが多く、とくに数千人に達するような場合には8日間という期間は短かすぎ、多数の窓口において集められた払込金を速かに集中することは実際上不可能であるからである。したがって、これら金融機関および証券取引員は、株式引受業務の終了をまってから集中受託機関に払込金の寄託を行なうことができる。

後述のように払込金の受寄者は商業登記簿に会社の設立登記がなされるまで、その払込金を保管しておかなければならない（法83条1項）。この期間中、払込金は固定化され、たとえその総額が資本の額を超過することがあっても、その超過額を発起人などに返還することはできないものと解されている（Escarra et Rault, t. II, p. 127; Hémard et al., p. 622）。

2. 株式引受人名簿の提出 上記の払込金の寄託とともに、各株式引受人

によって払込まれた金額を付記した株式引受人の名簿が払込金の受寄者に提出されることを要する（法77条1項）。この名簿の提出義務はすでに旧法のもとにおいても認められていたものであるが（1867年法1条6項）、さらに新法はこの名簿を公開すべきものと定め、資金の受寄者は、その資金が払戻されるまで、株式引受人にたいして、各株式引受人の氏名・住所およびその払込金額を記載した名簿を閲覧させるものとし、閲覧請求者は名簿を調査し、かつ自ら費用を負担してその写しの交付を求めることができる（令62条1項、3項）。実際上は、順次に行なわれる払込金の寄託に応じて引受人の名簿が提出されることになるから、払込金の集中受託機関が引受人名簿の総目録を調整することになる。

法第78条〔株式の引受および払込の公証〕

①株式の引受および払込は、公正証書をもってする発起人の申告によって確認される。

②株式申込証の提出にもとづき、かつ資金の払込を証する受寄者の証明書あるときはその提出にもとづき、公証人は、その作成する証書をもって、発起人により申告された払込金額は公証役場に寄託された金額または保管証明書に記載された金額と一致する旨を確認する。

Loi Art. 78.—Les souscriptions et les versements constatés par une déclaration des fondateurs dans un acte notarié.

Sur présentation des bulletins de souscription et, le cas échéant, d'un certificat du dépositaire constatant le versement des fonds, le notaire affirme, dans l'acte qu'il dresse, que le montant des versements déclarés par les fondateurs est conforme à celui des sommes déposées dans son étude ou figurant au certificat précité.

株式会社の設立（公募会社の設立）

令第63条〔申告書の添付書類〕

①会社法第78条に定める株式の引受および払込の申告には株式引受人の名簿を添付しなければならない。

②私署証書により作成された定款案の原本についても前項と同様とする。公正証書により作成された定款案の謄本が発起人の申告書を受理した公証人以外の公証人によって作成されたものであるときも、同様とする。

Déc. Art. 63.—La liste des souscripteurs est annexée à la déclaration de souscriptions et de versement des fonds prévue à l'article 78 de la loi sur les sociétés commerciales.

Il en est de même d'un original du projet de statuts établi par acte sous seing privé ou d'une expédition du projet de statuts établi par acte authentique si celui-ci a été dressé par un notaire autre que celui qui reçoit la déclaration.

〔解説〕

1. 総説 株式の引受および払込がなされたことを公正証書をもって申告する制度はすでに旧法のもとにおいて定められていた。1867年法の第1条第6項は、株式合資会社につき、「株式の引受および払込は、公正証書をもってする業務執行者の申告によってこれを確認しなければならない」と規定し、同法第24条第1項はこれを株式会社に準用し、さらに同条第2項は、「第1条により業務執行者に与えられている権限は株式会社の発起人および取締役会に与えられる」と規定していた。したがって本条に定める新法の規定は実質的にはこれら旧法の規定を踏襲するものであるが、作成されるべき公正証書についてはいっそうの明確が期されている。株式の引受および払込が公正証書をもって確認されることを定める本条の趣旨は、これらの行為の重要性につき発起人の注意を喚起することを目的とすると同時に、株主および会社債権者の利益を保護することを目的とする（Escarra et Rault, t. II, p. 133; Hémard et al., p. 624）。

2. 発起人の申告 まず本条は金銭出資による株式の引受および払込がなされた場合についてのみ適用があり、資本の全額が現物出資によって構成される場合には適用がない (Cass, 26 avril 1880, J. soc., 1880, p. 236; Nîmes, 17 juin 1885, S. 1888. 2. 449)。現物出資および金銭出資の双方の出資から成る混合出資株 (actions mixtes) が発行されている場合には、金銭をもって払込れるべき株式の部分につき払込があったことを確認する公正証書が作成されなければならない (Escarra et Rault, t. II, p. 132)。

株式の引受および払込の申告は会社の発起人によってなされることを要する。ここにいう発起人とは、その者が負うべき責任が問題となっているのではなく、なすべき手続上の問題であるから、狭義の発起人すなわち法第78条第1項にいう定款案を作成してこれに署名した発起人を指す (Hémard et al., p. 625)。株式の引受および払込の申告は発起人自身がこれを行なうほか、代理人によってもなしうが、この場合の代理権の授与は公正証書によらなければならない (Civ., 4 mai 1925, S., 1925. 1. 300; 30 oct. 1928, S., 1929. 1. 129)。その理由は、なすべき行為の重要性につき、とくに注意を喚起させるためであるとされている。實際上、法人が発起人となっている場合にこの問題がしばしば生じるが、会社の法定の代表者は、少なくとも新法上は公正証書による委任状の提出義務を負わないものと解されている (Hémard et al., p. 625)。

3. 公証人による株式の引受および払込の確認 発起人は株式の引受および払込があったことの申告をいかなる公証人にたいしてなすべきであろうか。まず、払込金を保管している公証人にたいして申告がなされる場合があることはいうまでもない。しかし、一方において払込金はその公証人以外の者、たとえば預金供託金庫または銀行にたいしても寄託することができ、他方、払込金を受領した公証人のところで株式の引受および払込の申告をするのは不便な場合もある。なお、フランス公証人法 (共和暦風月25日の法律8条) によれば、公証人は、その親等のいかんを問わず、自己の直系の血族および姻族および3親等内の傍系血族が当事者である者の証書またはこれらの者のために何等かの処分を含む証書を受領することができないものと定められているので、公証人を選択する自由はその範囲内において制限

株式会社の設立（公募会社の設立）

されている事実を考慮に入れなければならない。

ところで、発起人がその証書をもってする申告を受理し、その確認による監査を求められる公証人の任務は何であろうか。1937年以前においては、公証人にこの監査の権限は認められていなかったため、公証人は発起人の申告は受理するが、原則としてその申告が真正であるかどうか、また法定の手続が遵守されているかどうかを審査することができず、公証人の役割はかなり制限されたものとどまっていた。しかし1937年8月31日のデクレ・ロワによって、公証人は株式申込証および株金の払込を証する保管者の証明書の提出を受けることに改められた（1867年法1条11項）。したがって1937年の改正後は、公証人は、法定の書類の提出を受けることを怠った場合はもちろん、株式申込証の記載から判明する株式引受の総額が株式払込金の保管証明書に記載ある金額と一致しているかどうかを審査しなかった場合にも責を負うことは当然である。さらに、株式申込証に日付がないこと——この場合には、株式の申込を受ける前に必ず定款案を裁判所書記局に提出すべきものと定められている法の要求（法74条3項）が遵守されているかどうか判定しがたいものとなる——を公証人が確認した場合あるいは資本が全額引受けられていないか、株式につき第1回の払込がなされていないことを確認した場合に、公証人は発起人による申告を受けることを拒否することができ、またこれを拒否しなければならない。

4. 公証人にたいする申告の添付書類 旧法のもとでは、株式の引受および払込の申告には、株式引受人の名簿、各引受人によりなされた払込の一覧表ならびに会社の定款を添付すべきものと定められていた（1867年法1条12項）。しかし新法のもとでは、各引受人によってなされた払込の一覧表は株式払込金と共に寄託される書類であって（法77条1項）、公証人にたいする申告書に添付することは必要とされていない（令63条）。他方新法は、申告の添付書類として、株式引受人の名簿とともに定款案の原本（私署証書により作成された場合）または定款案の謄本（公正証書により作成された場合）を定めている（令63条2項）。ただし後者の場合は、その定款案が発起人の申告書を受理した公証人以外の公証人によって作成されたものであるときにかぎられる。この段階で提出されるのは、まだ定款案であって確定された定款ではない。この定款案は、すでに書記局に提出されている定款案と

一致したものであることを要し、そこに相違を認めるときは申告を拒否しなければならない。

5. 本条違反の効果 (1) 民事上の効果 株式の引受および払込につき公証人にたいする申告が行なわれなかった場合または違法な申告が行なわれた場合において、新法は特別の規定を設けていないので、会社の設立無効の原因とはならないものと解される(法360条1項)。不正確な申告が行なわれた場合について旧法下の判例はときにより自由な立場をとり、その申告の瑕疵は治癒される場合もありうることを認めている。それは、公証人にたいする申告後に株金の払込が行なわれた場合において、その株式の引受は真正になされたものと認められるから、改めて申告をなすべき義務はないと判示したものである (Req., 31 déc. 1906, D. P., 1908. 1. 513, note Percerou)。これに反して資本の全額引受がない場合には、新たに申告を行なって、これを補正すべきことを破毀院は命じている (Req., 2 mars 1925, D. H., 1925. 219, S., 1930. 1. 205)。このような判例の解決にたいしては一部の学者から強い批判がなされたが (Hamel et Lagarde, t. I, p. 745), 新法はこの批判にたいして格別の根拠を与えてはいないように思われる (Hémard et al., p. 627)。

(2) 刑事上の効果 旧法とはほぼ同様に新法は、本条の違反により刑事制裁を受けるものとして次の3つの行為を定め、この者は、1年以上5年以下の禁錮および2,000フラン以上40,000フラン以下の罰金を併科され、またはそのいずれか1つの刑に処せられるものとしている(法433条1号)。まず第1に、自から架空であることを知りながら株式の引受を真正になされたもの (*sincères et véritables*) として、公正証書による申告において故意に確認した者である。この場合、たとえ最初の4分の1の払込が実際になされているようとも、なおその株式の引受は架空であると認めることができる (Crim., 26 févr. 1904, J. soc., 1904, p. 489)。第2に、公正証書による申告において、確定的に会社の利用に供されなかった払込金が真に払込まれた旨を故意に確認した者である。したがって、株金の払込がまったくない場合はもちろん、禁止された方式によって払込がなされた場合およびその払込後、会社の設立登記前に発起人が払込金の返還を受け、またはこれを利用した場合はこれ

株式会社の設立（公募会社の設立）

に該当する（Crim., 26 oct. 1905, S., 1907. I. 253）。第3に、これは新設のものであるが、公証人にたいして、架空の株式引受および確定的に会社の利用に供されなかった払込金が支払われた旨を記載した株主の名簿を故意に交付した者である。

これらの場合、故意の立証をなすことは困難なことが多い。故意は公証人にたいする申告の時を標準としてその有無を判断すべきであるから、その後民事上の賠償がなされても、その違法行為を消滅させることはできない（Trib. corr. Auxerre, 24 févr. 1965, J. C. P., 1965. II. 14195）。これに反して、申告後に支払不能または払込金の私消（détournement）が生じた場合、これらの事情は申告そのものに違法性を与えることはない（Gavalda, Le droit pénal des sociétés anonymes, 1955, p. 54）。

上記の刑事制裁を科せられるのは通常の場合発起人であるが、公証人にたいする申告が発起人の代理人によって行なわれた場合に問題が生じる。代理人が悪意の場合にはこの者が刑事制裁を受けることは確かであるが、悪意でない場合には刑事制裁を免かれる。この場合に、悪意の委任者の立場はどうなるのであろうか。受任者が責を負わないのなら、委任者は共犯（complice）としてこれを訴追することはできないに思われる。そうだとすれば、代理人を用いることによって本条に定める刑罰法規は容易にこれを潜脱することができる。そこで、このような場合には他人の行為による刑事責任（responsabilité pénale du fait d'autrui）の適用を認めるべきであるとする説が主張されている（Gavalda, op. cit., p. 55）。このことは、共犯理論がこの問題について適用の余地がないということではなく、たとえば、銀行または公証人の過失ある行為に制裁を加えるために共犯理論が適用されることもある（Crim., 3 avril 1939, Rev. trim. soc., 1939. 195）。

法第79条〔創立総会の招集、総会の権限〕

①発起人は、株式の引受および払込の申告後、命令の定める方式および期間をもって株式引受人を創立総会に招集しなければならない。

②創立総会は、資本が全額引受けられ、かつ株式はその払込請求のなされた金額が支払済であることを確認しなければならない。総会は、株式引受人の全員一致によるときにかぎり変更できる定款の採択につき決議し、最初の取締役または監事会の構成員を選任し、1人または数人の会計監査役を選任する。取締役または監事会の構成員および会計監査役がその就任を承諾したときは、総会の議事録によってその承諾を確認しなければならない。

Loi Art. 79.—Après la déclaration de souscriptions et de versements, les fondateurs convoquent les souscripteurs en assemblée générale constitutive dans les formes et délais prévus par décret.

Cette assemblée constate que le capital est entièrement souscrit et que les actions sont libérées du montant exigible. Elle se prononce sur l'adoption des statuts qui ne peuvent être modifiés qu'à l'unanimité de tous les souscripteurs, nomme les premiers administrateurs ou membres du conseil de surveillance, désigne un ou plusieurs commissaires aux comptes. Le procès-verbal de la séance de l'assemblée constate, s'il y a lieu, l'acceptation de leurs fonctions par les administrateurs ou membres du conseil de surveillance et par les commissaires aux comptes.

令第66条〔創立総会招集の方法〕

①創立総会は、令第59条に定める設立趣意書において指定された地にこれを招集しなければならない。

②招集通知状には、会社の商号、会社の形態、予定された本店所在地、資本の額、総会の日時、場所および議事日程を記載しなければならない。

③総会の招集通知は、総会の会日の少なくとも8日前に、法定公報（全国版）および本店所在地の存する県の法定公告掲載紙にこれを掲載しなければならない

株式会社の設立（公募会社の設立）

い。

Déc. Art. 66.—L'assemblée générale constitutive est convoquée au lieu indiqué par la notice prévue à l'article 59.

L'avis de convocation indique la dénomination sociale et la forme de la société, l'adresse prévue du siège social, le montant du capital social, les jour, heure, lieu et ordre du jour de l'assemblée.

Il est inséré au Bulletin des annonces légales obligatoires et dans un journal habilité à recevoir les annonces légales dans le département du siège social, huit jours au moins avant la date de l'assemblée.

令第77条〔設立中の会社の計算においてなされた行為と会社によるその承継〕

①会社法第5条第2項にしたがい設立中の会社の計算においてなされた行為は、取締役会または監事会の最初の構成員および最初の会計監査役が選任されたのち、これを創立総会の議に付さなければならない。

②発起人は、その報告書中に各行為を列挙し、会社の負担に帰せられる債務を摘示しなければならない。

③前項に掲げる行為を会社がその計算において承継することを総会が許可する場合、その総会の決定は、会社法第5条第2項に定める条件にしたがい商業登記簿に会社の設立登記をなしたのちにかぎり効力を有する。

④総会はまた、取締役会または監事会の最初の構成員として選任された者の1人または数人に委任して、会社の計算において債務を負担させることができる。債務が確定し、かつその態様が委任により明確にされることを条件として、商業登記簿に会社の設立登記がなされたときは、会社がその債務を承継するものとする。

Déc. Art. 67.—Les actes accomplis pour le compte de la société en formation conformément à l'article 5, alinéa 2, de la loi sur les sociétés commerciales sont soumis à l'assemblée générale constitutive, après

qu'ont été désignés les premiers membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance et les premiers commissaires aux comptes.

Le rapport des fondateurs énumère chacun de ces actes et indique l'engagement qui en résulterait pour la société.

Si l'assemblée autorise la société à les reprendre à son compte, cette décision ne prendra effet, dans les conditions prévues à l'article 5, alinéa 2, précité, qu'après immatriculation de la société au registre du commerce.

L'assemblée peut également donner mandat à une ou plusieurs des personnes désignées en qualité de premiers membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance de prendre des engagements pour le compte de la société. Sous réserve qu'ils soient déterminés et que leur modalités soient précisées par le mandat, l'immatriculation de la société au registre du commerce emportera reprise de ces engagements par ladite société.

令第88条〔社長および副社長等の選任〕

①取締役を選任された者は、その就任後社長を選任し、かつその社長の提案があるときはその提案にもとづき副社長を選任することができる。

②監事会がおかれる場合、その構成員に選任された者が董事会の構成員または単独董事を選任するときもまた前項と同様とする。

Déc. Art. 68.—Les personnes désignées pour être administrateurs sont habilitées, dès leur nomination, à désigner le président du conseil d'administration et, sur proposition éventuelle de celui-ci, le directeur général.

Il en est de même, le cas échéant, des personnes désignées pour être membres du conseil de surveillance, en ce qui concerne les membres du directoire ou le directeur général unique.

令第89条〔設立手続の適合性に関する申告書の作成〕

①会社法第6条第1項に定める申告書は、発起人および最初の取締役または監事会および董事会の最初の構成員がこれを作成し、かつ署名しなければならない。

株式会社の設立（公募会社の設立）

②前項の申告書には、会社の設立のために履踐された手続のほか、以下に掲げる事項を記載しなければならない。

- 1° 会社の負担に帰せられる設立費用の額またはその概算額
- 2° 命令第67条に定める条件にしたがい、設立中の会社の計算において負担したその他の債務

Déc. Art. 69.—La déclaration prévue à l'article 6, alinéa 1^{er}, de la loi sur les sociétés commerciales est établie et signée par les fondateurs et selon le cas, soit par les premiers administrateurs, soit par les premiers membres du conseil de surveillance et du directoire.

Outre les formalités accomplies pour la constitution de la société, elle indique :

- 1° Le montant, au moins approximatif, des dépenses incombant à la société, en raison de sa constitution ;
- 2° Les autres engagements pris pour le compte de la société en formation, dans les conditions prévues à l'article 67.

〔解 説〕

1. 総説 本条は創立総会の招集とその決議事項について定め、これらの事項がいかにして審議および決定されるかについては、別に法第81条および第82条の定めるところに委ねている。これまでみてきたように、資金を公募する株式会社の設立においては、発起人による定款案の作成をはじめ多数の手続が段階を追って行なわれるが、この中で最も重要なのは創立総会において株式引受人により決定される定款案の採択である。

ところで、この創立総会における決定、とくに定款案の採択については伝統的な契約理論をもって理解する考え方にたいして制度理論 (théorie de l'institution) をとる立場から次のような鋭い批判が加えられているのは注目される。すなわち、契約説によれば、定款案の採択という行為の中に会社の設立にたいする社員の承諾がみられるとするが、実はこの定款案の採択は多数決をもって行なわれるのである

(法81条2項)。そこでこの決議に反対した少数の社員がその意思に反して定款に拘束されるのを契約説は一体どのように説明するのであろうか。ほんらい社員の承諾はすでにその株式の引受において与えられているのであって、なぜそれをもう一度創立総会において繰返さなければならないのかと (Ripert par Roblot, p. 629)。

2. 創立総会の招集 (1) 創立総会招集の時期 総会の招集通知の公示と会日との間には少なくとも8日間をおこななければならないが(令66条3項)、発起人は何時の時点から株式引受人にたいして招集通知を発することができるかという問題がある。本条は、《発起人は、株式の引受 および 払込の申告後……株式引受人を創立総会に招集しなければならない》と規定している。旧法もまたこれとほぼ同様に、《すべての場合、総会は、資本の引受および金銭出資から成る資本の4分の1の払込がなされたことを確認したのも発起人によって招集される》と規定していた(1867年法25条1項)。しかし破毀院はこれに反した解決をとり、公証人にたいする申告の翌日に開催された創立総会を適法と判示している(Civ., 6 nov. 1894, J. S., 1895, p. 14; Req., 31 déc. 1906, J. S. 1907, p. 412)。その理由として、創立総会は公証人の作成した引受および払込の申告書の真正につき判断するものであるから、総会が申告書の作成後に開かれたものであるかぎり法の要求は充たされているとのべている。しかしこの理由づけにたいしては、一方において1867年法第25条の明文に反するものとし、他方、法定公告掲載紙に創立総会招集の通知が掲載された後に株式を引受けた者はこれに気付かずにごしてしまふ危険があるとして反対された(Houpin et Bosvieux, Lyon-Caen et Renault)。この破毀院判例によって示された解決は、すべての株式引受人が総会に参加した場合にかぎり承認される特殊な判決とみられていた(Escarra et Rault, p. 179)。旧法とほとんど同様な規定をしている新法のもとでも同じ問題が提起されるが、果して新法の立法者は上記破毀院の判例を廃棄する意思をもたなかったのであろうかと疑われている(Hémar et al., p. 646)。

(2) 招集通知を受ける者 創立総会の招集通知を受ける者は株式引受人である(本条1項)。法案には株主の招集(convocation des actionnaires)となっていたが、この時期においては、株式引受人はまだ株主となっていないから、「株主」

株式会社の設立（公募会社の設立）

の語はもちろん適切でない。「株式引受人」とは広義に理解することを要し、金銭出資による株式引受人はもちろん、現物出資による株式引受人をも含み、この者も創立総会へ招集しなければならない（法82条参照）。

(3) 招集の方法と期間 旧法のもとでは創立総会の招集の方法と期間についてはなにも定められていなかったため、定款案中でこの点明確にされることが多かった。たとえば、法定公報に招集通知を掲載し、あるいは個別的に書面による通知をもって創立総会を招集すると定めていた。しかしまた定款案にもこの点についてなら記載のない場合もあった。この場合には、株主総会の招集に関して定められた定款の条項がいかなる範囲において創立総会に適用されるかが問題とされた。さらに、株主総会の招集についてすら定款に規定がないときは、総会の招集と開催との間に充分の期間をおくことを条件として、発起人に広範な自由を認め（Req., 30 avril 1913, D., 1914. I. 279, J. soc., 1914, p. 396）、口頭による招集を認めた判決もあった（Orléans, 14 juin 1893, J. soc., 1893, p. 488）。

新法はこの点についても充分な規定を設け、株式引受人は命令の定める方式および期間をもって創立総会の招集をうける（法79条1項）。これをうけて命令はこの3つの点について規定しているが、そのほかの点については旧法の場合と同様に定款案をもって定めることができる。まず、(i) 創立総会は命令第59条に定める設立趣意書において指定された地にこれを招集し、(ii) その招集通知は、会社の商号、形態、予定された本店所在地、資本の額、総会の日時・場所および議事日程をかかげてこれをなし、(iii) 招集通知は、総会の会日の少なくとも8日前に、法定公報（全国版）および本店所在地の存する県の法定公告掲載紙にそれぞれかかげて行なわなければならない（令66条）。

3. 創立総会の権限 (i) 総説 本条は創立総会の権限に属する事項として、資本の引受および払込の確認、定款案の採択、最初の取締役および会計監査役の選任の3つの事項を規定しているが、このほか会社法第80条は現物出資の評価と特別利益の付与の承認を定め、また命令第67条は発起人が設立中の会社の計算においてなした行為を会社が承継するための決議を規定している。ここでは法第80条に定める事項をのぞいた創立総会の権限について考察する。

(2) 資本の全額引受および株式払込の確認 旧法のもとにおいては、株式の引受および払込がなされた旨の公正証書による申告はこれを証明する書類 (*pièces à l'appui*) とともに創立総会に提出され、総会はその申告が真正であるかどうかを審査するものとされていた (1867年法24条2項)。しかしこの制度は、無益であることと、創立総会に課せられた責任が重いということの2つの理由から強い非難を受けていた (Hamel et Lagarde, t. I, p. 728)。無益であるというのは、すでに1937年8月31日のデクレ・ロワがこのような監督の任務を公証人に託しているからであり、また責任が重いというのは、株式の引受および払込が行なわれているかどうかの審査は株式申込証および株金払込を証する計算書類の詳細な検査を前提とするからである。実際においても、創立総会にたいするこのような法の要求は、まさに理論上のものにすぎないほど過度のものであった。新法によれば、創立総会は資本の全額引受および所定の株金が払込まれたかどうかを審査する (*vérifier*) のではなくして、公正証書をもってなされたその申告書の存在を確認する (*constater*) にとどまるのである (Ripert par Roblot, p. 632; Hémard et al., p. 656)。

(3) 定款案の採択 発起人により作成され、裁判所書記局に提出された定款案はこれを会社の定款として採択するために創立総会の議に付せられる。定款案の採否は総会における3分の2以上の多数によって決せられるが、この場合は逐条的にではなく、一括して採択するのが一般である (Ripert par Roblot, p. 632; Hémard et al., p. 658)。定款案が採択されると、これに反対した少数の株式引受人も、また欠席した引受人もこれに拘束される。株式引受人が定款案を否決することができるということは、創立総会の果す重要な役割を示すものである。

定款案の採択とその拒否との中間において創立総会は第3の解決を選ぶための決議をすることができるであろうか。実際にはごく稀れにしかみられないが、少なくとも、純粹に形式的な変更以外の定款案の変更については、これまでもさまざまな見解が表明されている。また総会が定款案を変更できることを認める立場においても、そのために必要な条件については見解が分かれており、この見解の相違は、株式会社の機構の法的分析の相違にもとづくものであった (Escarra et Rault, p. 225 et s.; Hamel et Lagarde, p. 736)。リペールによれば、会社の成立後は、な

株式会社の設立（公募会社の設立）

るほど株主は特別株主総会によって議決された定款の変更に従わなければならない。これは会社の活動を継続するためである。しかし、創立総会においては会社の設立が問題とされているのである。会社は、胎児として宿されたとおりに誕生しなければならない (*elle doit naître telle qu'elle a été conçue*) と説いている (Ripert, *Traité*, 1954. p. 429)。新法はこの方向において問題を解決し、総会は、《株式引受人の全員一致をもってのみ変更することができる定款の採択につき決議》する。本条に使用されている法文の一般性からみて、たんに形式上の変更の場合にも株式引受人の全員一致を必要とするものと解され、またこの全員一致とは、総会に自から出席し、または代理人を出席させた株式引受人の全員一致をもって足りるものではない (Hémard et al., p. 659)。

(4) 機関の選任 (a) 業務執行機関の選任 旧法のもとにおいても最初の取締役 (*premiers administrateurs*) の選任はこれを創立総会に委ねるのが通常であったが (1867年法25条1項)、あらかじめ定款案をもってこれを指名することもでき、この場合には、総会による定款の承認が同時に指名された取締役の追認をとまうことが多かった。またこれとは別に、最初の取締役の選任は創立総会の承認をうけることを要しないとする明示の規定をもって定款により指名することができるものと定められていた (1867年法25条3項) ことは注目される。

これにたいし新法は、資金の公募によって設立される会社において取締役会または監事会の構成員の選任は必ず創立総会において行なわれなければならないと定めている (本条2項, 88条, 90条参照)。定款案の中で最初の取締役の氏名を掲げておくことはもちろん差支えないが、この場合においても定款案の採択決議と取締役の選任決議とは別個に行なわれることを要する (Ripert par Roblot, p. 633; Hémard et al., p. 660)。総会において選任される取締役会または監事会構成員の任期は6年を超えない範囲において定款により定められる (法90条1項, 134条1項)。

(b) 会計監査役の選任 創立総会はまた、会計監査役を選任しなければならない。本条第2項は1人または数人の会計監査役を選任すると規定しているが、資金を公募する会社においては、2人以上の会計監査役を選任しなければならない

(法223条3項)。会計監査役の選任については、業務の執行にたいする監督機関としての地位の独立性を確保するため多くの欠格事由 (incompatibilités) が法定され、たとえば、発起人、現物出資者、特別利益の受益者、取締役および監事会構成員の地位にあるものを会計監査役に選任することはできない(法220条1号)。旧法は最初の監査役の任期をとくに1年に限っていたが(1867年法25条1項)、新法はこのような区別を設けることなく、その任期はすべて6営業年度と定めている(法224条)。

(c) 就任承諾の議事録による確認 取締役(または監事会構成員)および会計監査役に選任された者が創立総会に出席してその者の就任承諾が直ちに得られた場合はその旨を総会議事録に記載して確認しなければならない(法79条2項)。しかし実際において被選者の承諾が得られるのは総会終了後である場合が半数におよぶとのことであり(J. O. déb. Ass. nat., séance du 3 juin 1965, p. 1801)、本条が議事録の記載について、「その承諾が得られた場合は」(s'il y a lieu)と弾力的な表現をしているのもこのような実情を考慮に入れているからである。

4. 設立中の会社の計算においてなされた行為の承認 (i) 発起人によって締結された契約 発起人の役割はもっぱら会社を設立することであって、発起人は営業を開始することはできない。しかし会社を設立するためには、たとえば、文書を印刷し、広告をなし、事務員を雇入れ、会合を催すなど、第三者との間で契約を締結しなければならないことが多い。この場合、会社の計算において第三者と契約を締結した発起人は、その債務につき連帯かつ無限の責任を負い、会社がその債務を承継しないときは、発起人が個人としてその責を負うことが確定する。これは、すでに1966年法前の判例によって認められた解決であるが、新法は、1964年2月21日のヨーロッパ経済共同体の指令案の規定(この規定は1968年3月9日の委員会指令第68-151号の第7条となっている)にもとづき、法第5条第2項において、《会社が法人格を取得するに先立ち、設立中の会社の名において行動した者は、その行為について連帯かつ無限の責任を負う。ただし、会社が適法に設立され登記された後、この債務を承継したときは、このかぎりではない。この場合、この債務は会社が当初から負担したものとみなされる》と規定して、発起人と契約を締結した

株式会社の設立（公募会社の設立）

相手方の権利の明確を期している。またこの規定により、発起人が設立中の会社のためになした行為を会社が承継するときは、発起人が取得した権利・義務は発起人から会社への別段の移転行為なくして当然に移転するから、実際上の多くの不便、とくに税法上のそれを回避することができる。会社の設立期間中は、会社はまだ業務執行機関としての取締役を有していないので、発起人が設立中の会社の機関として選任され、かつ発起人がその危険を負担して会社のために行動する（Ripert par Roblot, p. 603）。

(2) 設立中の会社の法人格 会社の設立中、発起人が第三者との間において取得した権利・義務が成立後の会社に帰属する法律関係については、フランスにおいてもさまざまな説明が試みられている。

まず、伝統的な契約観念に訴える立場によれば、会社の設立の中に会社契約に先行する契約の予約（*promesse de contrat ou avant-contrat*）がなければ発起人から会社への権利・義務の移転を理解することができないとする。しかし、この予約の性質に関しては、これを委任と解するのか、匿名組合と解するのか、あるいは無名契約とするのか明らかでない。さらにまた、この契約はいかなる者の間で締結されるのか、またその義務はどのようにして移転されるのか明瞭な説明がなされていない。

また、他人のためにする契約（*stipulation pour autrui*）あるいは事務管理（*gestion d'affaires*）の観念に訴えるものもある。しかし、他人のためにする契約は、会社を債権者とすることはできても、それと同様に債務者とすることはできない。他方、事務管理についていえば、事務の管理を受ける本人の出生を目的とする事務管理というのは可能であろうか。また事務管理者の行為から生じる権利・義務は、本人がまだ法律上の存在を示していない時期にまで本人の上にかんして遡及させるのか疑問である（Ripert par Roblot, p. 604）。

現代の学説は、設立中の会社はすでにある範囲の人格を享有すると考え、いわば自然人における胎児（*l'enfant conçu vivant et viable*）のごときものであるとする巧妙な比喩によってこれを説明する。1966年法の中にはこのような考え方に有利に援用される規定がある。すなわち、設立期間中、発起人が負担した債務は

第 80 条

一定の条件のもとに当初から会社がこれを負担したものとみなされるとする規定は（法 5 条 2 項）、会社が確定的に設立する前においても適及的に権利義務の主体となりうる能力を有していることを示すものである。しかしながら他方では、会社は商業登記簿に設立登記をなした日から法人格を享有すると規定する新たな原則（法 5 条 1 項）、および株式払込金は会社の設立登記前にこれの払戻を受けることはできないとする規定（法 83 条 1 項）は、いずれも、設立中の会社に法人格を認めようとする観念とは反しているものといわなければならない。

(3) 創立総会による承認 設立中の会社の名において負担した債務の会社による承継を規定している法第 5 条第 2 項はすべての会社に適用される原則であるが、さらに株式会社についてはこれに関する手続上の特則が設けられている。その 1 つは発起人によってすでに締結された行為に関するものであり、会社法第 5 条第 2 項にしたがい設立中の会社の計算においてなされた行為は、最初の取締役（または監事）および最初の会計監査役が選任されたのち、これを創立総会の議に付することを要し（令 67 条 1 項）、発起人は、その報告書の中で各行為を列挙し、会社の負担に帰せられる債務を摘示しなければならない（令 67 条 2 項）。このようにして総会は発起人の負担した債務を承継するかどうか、その自由な判断にもとづいて決定するが、その承継を許可する総会の決定は、会社法第 5 条第 2 項に定める条件にしたがい、商業登記簿に会社の設立登記をなしたのちにかぎり効力を有する（令 67 条 3 項）。

その 2 は創立総会後会社設立までのいわば将来に関する場合であり、総会は、取締役会または監事会の最初の構成員として選任された者の 1 人または数人に委任して、会社の計算において債務を負担させることができる。この場合においても、債務が確定し、かつその態様が委任により明確にされることを条件として、商業登記簿に会社の設立登記がなされたときに会社がその債務を承継する（令 67 条 4 項）。

法第 80 条〔出資検査役の選任、現物出資および特別利益の調査・変更〕

- ① 現物出資がなされた場合および社員または社員でない者のために与

株式会社の設立（公募会社の設立）

えられる特別利益の約定がなされた場合においては、発起人全員またはそのうちの1人の請求にもとづき、1人または数人の出資検査役が裁判所の決定によって選任されなければならない。出資検査役は第220条に定める欠格事由の適用を受ける。

②出資検査役は、その責任のもとに現物出資および特別利益の価額を評価する。定款案とともに書記局に提出されたその報告書は、命令の定める条件にしたがって株式引受人の閲覧に供さなければならない。

③創立総会は、現物出資の評価および特別利益の付与に関して判定する。創立総会は株式引受人の全員一致によるときにかぎりこれを減額することができる。

④現物出資者および特別利益の受益者の議事録に記載された明示の承諾がないかぎり、会社は設立されない。

Loi Art. 80.—En cas d'apports en nature comme au cas de stipulation d'avantages particuliers au profit de personnes associées ou non, un ou plusieurs commissaires aux apports sont désignés par décision de justice, à la demande des fondateurs ou de l'un d'entre eux. Ils sont soumis aux incompatibilités prévues à l'article 220.

Ces commissaires apprécient, sous leur responsabilité, la valeur des apports en nature et les avantages particuliers. Le rapport déposé au greffe, avec le projet de statuts, est tenu à la disposition des souscripteurs, dans les conditions déterminées par décret.

L'assemblée générale constitutive statue sur l'évaluation des apports en nature et l'octroi d'avantages particuliers. Elle ne peut les réduire qu'à l'unanimité de tous les souscripteurs.

A défaut d'approbation expresse des apporteurs et des bénéficiaires d'avantages particuliers, mentionnée au procès-verbal, la société n'est pas constituée.

令第64条〔出資検査役の選任〕

①出資検査役は、会社法第 219 条に定める名簿に登録された会計監査役の資格を有する者または裁判所により作成された名簿の 1 つに登録された専門家の中から選任される。

②出資検査役は、申請にもとづき商事裁判所長の決定によってこれを選任する。

③出資検査役は、1 人または数人の専門家を選任し、その職務の遂行においてこの者による補佐を受けることができる。その専門家にたいする報酬は会社の負担とする。

Déc. Art. 64.—Les commissaires aux apports sont choisis parmi les commissaires aux comptes inscrits sur la liste prévue à l'article 219 de la loi sur les sociétés commerciales ou parmi les experts inscrits sur une des listes établies par les cours et tribunaux.

Ils sont désignés par le président du tribunal de commerce, statuant sur requête.

Ils peuvent se faire assister, dans l'accomplissement de leur mission, par un ou plusieurs experts de leur choix. Les honoraires de ces experts sont à la charge de la société.

令第65条〔出資検査役の報告書とその閲覧・謄写〕

①出資検査役の報告書は、創立総会の会日の少なくとも 8 日前に、株式申込証に記載のある予定された本店およびその所在地を管轄する商事裁判所の書記局にこれを提出しなければならない。

②株式引受人は前項に定める報告書を閲覧し、またその全部もしくは一部の写しの交付を求めることができる。

Déc. Art. 65.—Le rapport des commissaires aux apports est déposé huit jours au moins avant la date de l'assemblée générale constitutive à l'adresse prévue du siège social indiqué dans le bulletin de souscription

株式会社の設立（公募会社の設立）

et au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel est situé ce siège.

Il est tenu à la disposition des souscripteurs qui peuvent en prendre connaissance ou obtenir la délivrance d'une copie intégrale ou partielle.

〔解 説〕

1. 現物出資による株式 会社の資本は、その全部または一部を現物出資をもって構成することができる。1867年法第4条第1項は、現物出資を金銭出資に対置して、金銭から成らない出資をいうと定義していたが、これと同様に新法も、金銭出資による株式は、その株式の払込が金銭をもって、または相殺によってなされる株式であるとし、この金銭による株式以外の株式を現物出資による株式としている（法267条）。金銭以外の財産を出資の対象とする現物出資は、その目的物が商業上の財産であり、かつこれを適法に給付することが可能であることを条件として、その種類のいかんを問わない（Escarra et Rault, p. 136）。

2. 現物出資による株式の履行 会社法は、現物出資による株式の履行がなされるべき一定の日を定め、このときまでにその出資の目的物の全部が（intégralement）給付されなければならないとしている。旧法はこの一定の時期を《会社設立の日》、すなわち第2回創立総会が定款案を承認した日と定めていた。そこで現物出資をなした者は、この第2の総会によって現物出資の目的物につき評価の承認が得られたのちに給付をすれば足りるものとされていた（Req., 13 nov. 1935, D. H., 1935. 553, J. soc., 1938, p. 148）。これにたいし新法は、現物出資株が発行されるとき（dès leur émission）その目的物の全部を給付しなければならないと定めている（法75条3項）。したがって理論上は、創立総会が開催されたのちにおいても、なお若干の期間内に出資を履行すれば法の要求を充たすことができるものと解される。しかし現物出資の評価は創立総会において行なわれるのであるから、現物出資者は株式の発行を受けるまではその出資物の権利を会社に移転する義務は負わないとしても、事実上は、とくに出資検査役にたいしてその検査の手續を受けなければならないのは明らかである（Hémard et al., p. 639）。

現物出資の目的物を全部給付すべきものとする伝統的な要請は資本の全額引受原則の当然の帰結である。現物出資の目的たる財産が株式の発行前に偶発の事故によって滅失した場合には、当初の資本は全額引受けられなかったことになり、創立総会がその資本の額を減少する。会社がその成立後現物出資の目的物を追奪された (*est évincée*) ときは、現物出資者は、民法典第1845条の規定にしたがって《売主が買主にたいしてその義務を負うと同様に》会社にたいしてこれを担保しなければならない。目的物が追奪を受けること自体は会社の設立無効の原因とならない (*Escarra et Rault*, p. 148)。最後に、金銭出資の場合と同様に、資本の全額引受の原則によって架空の性質を有する現物出資は禁止される。たとえば、出資された財産がその実価を超える負担を負っているとき (*Cass.*, 4 juin 1887, *Rev. soc.*, 1887, p. 421) または現物出資者がその財産上になんらの権利をも有しないとき (*Rouen*, 26 juill. 1912, *J. soc.*, 1913, p. 264) である。

3. 現物出資の危険性 会社にたいする出資がもっぱら現物出資によって占められるということはほとんどない。発起人は、自から営業財産 (*fonds de commerce*)、不動産、特許権などを出資すると同時に、他に金銭出資を行なう資金の提供者を求めるのである。現物出資者はその企業の価額を知悉しているであろうし、仮りに知らなかったとしても、その出資財産の価額を過大に表示する傾向にある。さらに、現物出資が過大に表示されたために会社の経営が困難な状況に陥ることが多いが、この場合、現物出資者はその持株を譲渡して会社から離脱する弊害が生じる。現物出資の目的物を評価し、現物出資株の譲渡を禁止する一連の法的措置が講じられているのはこのためである。

4. 現物出資の評価 (1) 創立総会に関する改正 旧法上、現物出資または特別利益の約定がなされた場合に創立総会を2回にわたり開催することが必要とされていた。第1回総会は出資検査役の選任を主たる目的として開催され (1867年法4条1項)、ついで第2回総会は、この検査役の調査・報告にもとづいて危険な約束を承認するかどうかを決定するものとされていた (同法4条2項, 3項)。しかしこの手続は煩雑であるとの批判があり、そのため商法典改正委員会は、第1回の総会を廃止して、出資検査役の選任を定款の定めるところに、あるいは裁判所

株式会社の設立（公募会社の設立）

長の決定に委ねることを考えた（Travaux, t. 2, p. 401 et s.）。しかしまた出資検査役の選任権を将来の株主から奪うのは適当でないとする考慮から同委員会の上記提案は最終的には撤回された。

しかしながら新法の立法者は、やはりこの2つの創立総会の1つを廃止することを慎重に決定し、以後、出資検査役は裁判所の決定によって選任されることとなり（法80条1項）、従来の手続は実質的に軽減されることになった。しかしこの手続を簡易化したことは決して現物出資等の検査の役割を減じたことを意味するものでなく、逆にこの検査の手続はたんに社員の保護をはかる措置としてだけでなく、会社および第三者の利益を担保する方法として必要なものと考えている点に注目すべきである（Hémard et al., p. 630）。

(2) 現物出資の検査に服する出資　現物出資の検査に服する出資、換言すれば現物出資の対象となりうる出資は、金銭以外の財産的価値を有するもの（valeurs patrimoniales）であり、商取引が可能であればその種類のいかんを問わない。しかし株式会社の資本は、強制履行により会社債権者の間に配分されるために、強制執行されうる財産（biens susceptibles d'être exécutés）をもってのみ構成されるから、資本額の決定につき算入することのできない労務出資（l'apport en industrie）は現物出資の対象とはならない（Caen, 26 juin 1912, D. 1914. 2. 161； Paris, 11 mai 1934, J. soc., 1937, p. 103）。この点につき、技術的協力（concours technique）は、それが特許権譲渡の約束に付随するものであるときは現物出資の対象となりうるものと認める説がある（Houpin et Bosvieux, t. I, p. 838, note 3.）。しかしこのような出資はその強制履行を求めることができないという理由のほか、それ自体が継続的に行なわれる出資（apport successif）であるから、会社設立のさいにこれを評価することも検査することもできないという2つの理由から、上記の見解は採ることができないとされている（Escarra et Rault, p. 153）。同様に、行政官庁の与える事業許可（concessions administratives）は純粹に個人的なものであって、その強制履行を求めることができないから、現物出資の対象となりえないと説かれている（Lyon-Caen et Renault, t. II, par Amiaud, n° 708 bis； Thaller et Pic, t. II, n° 921）。

言葉の厳密な意味で出資というのは、会社存立中の偶然性 (aléa), つまりその出資財産を失なう危険性を負うものであるから、出資者にたいして一定数の株式が付与される場合にのみ出資が存する。従って、出資者が会社からその経営上の危険を負担しない財産の交付を受けるときには、会社法上の出資とは認められない。出資者がその出資と引替えに一定額の金銭の交付を受けるとき、これを出資売買 (apport-vente) とよび、現物出資の検査を受けないものとしているが、これは言葉の用法の濫用であって、そこには民法典第1582条の定義する純粹の売買が存するにすぎない (Escarra et Rault, p. 154)。

現物出資の検査を免れるために、発起人が売買の形式のもとに眞の出資を仮装することが行なわれる。この場合、動産または不動産の売買と金銭出資による株式の引受が結合して行なわれるが、その財産の所有者は一定数の金銭出資株を引受けて一部の株金を払込み、会社が設立されたのち、その財産を会社に売却し、その代金をもって先に引受けた金銭出資株の株金を払込むものである (Civ., 14 juill. 1873, D. 1876. 1. 160; Civ., 13 mars 1876, S. 1876. 1. 361; Paris, 2 janv. 1906, J. soc., 1906, p. 211)。このような売買と株式引受の結合は、一方において現物出資の検査および承認の手續の免脱を目的とし、そしてこのことは出資の過大評価を可能ならしめ、他方において金銭出資株の交付を受けることによって現物出資株に課せられる種々の拘束から免れることを目的とする。實際上、このような脱法行為を看破することは容易ではない。というのは、事後設立の制度に関する規定を設けていないフランスにおいては、金銭をもって株式を引受けた者が会社の成立後に会社と売買契約を締結することを禁止する規定は存しないからである。しかし株式の引受と財産の売買が時を接して行なわれたことは、両者の結合にたいする疑惑を生ぜしめる。裁判所は、その財産が実価に相当する代価をもって売却されたかどうかを審査し、また金銭出資株の引受の価額と売買代金の額とを比較検討する。また会社から支払われた売買代金がいかなる用途にあてられたかを調査する。

混合出資 (apport mixte) とは、その出資者にたいして、一部は株式をもって、他の一部は金銭をもって支払われる出資であるが、これが現物出資の検査の手續を要するのはいうまでもない。混合出資は、出資者が会社から金銭の交付を受け

株式会社の設立（公募会社の設立）

る範囲において売買であり、株式の交付を受ける範囲において現物出資となる。一部の論者がこの混合出資をときに《出資売買》(apport-vente)とよぶのもこのためである(Houpin et Bosvieux, t. I, n° 692)。混合出資がこのように分析される結果として、出資者は金銭をもって支払を受ける出資の部分についてのみ売主の有する特権を主張することができる。しかし現物出資にたいする検査の手続は、出資者の提供した財産全部について行なわれることを要し、現物出資に相当する財産の一部についてのみ検査を受ければよいというものではない(Escarra et Rault, p. 157; Hémarid et al., p. 630)。現物出資の検査は不可分であって、財産の一部に検査が限定されるということは認められない。

5. 出資検査役 (1) 沿革 出資検査役(commisaires aux apports)の選任に関する株式会社法の規整は、株主および会社債権者の利益をまもるための警戒を次第に増加せしめる方向において発展している。かつては、だれを出資検査役に選任するかを創立総会の自由に委ね、その結果、現物出資者または特別利益の受益者自身が出資検査役に選任されることすら生じた。1935年8月8日および1937年8月31日の2つのデクレ・ロワは、このような過度の自由を制限し、その選任について積極的条件(専門的能力の具備)あるいは消極的条件(欠格事由など)を定めた。このほか、資金を公募する会社においては、出資検査役の少なくとも1人は本店所在地の控訴院管内の裁判所によって作成された名簿に登録されている専門家の中から必ずこれを選任しなければならないと規定していた(1867年法4条13項)。

(2) 出資検査役と会計監査役 新法のもとにおいては会計監査人(commisaires aux comptes)の職業が組織化されることになったので(法219条, および会社の会計監査役の職業の組織および地位に関する1969年8月12日命令第69—810号), 法案の作成者は当初, 法第219条に定める名簿に登録されている会計監査人の中から出資検査役を選任させるのがよいのではないかと考えた。しかし, 両者の資格を立法上一致させることにたいしては, 出資検査役は, とくに現今の経済においては, 工業上の資産, 特許権, 製造方法に関してその評価を求められる場合が多く, この場合出資検査役がこれらの機械, 製造方法または特許権が将来どのぐらいの期間にわたりその実際の価値を有するかにつき確固たる専門的意見を有することがき

第 80 条

わめて重要である。会計上の専門的能力の具備を目的とする会計監査人の養成 (formation) がこのような出資検査役の役割に一般に 대응するとは思われぬとする批判 (M. Pleven) がなされた (J. O. déb. Ass. nat., séance du 10 juin 1966, p. 1925)。実際においても、資本集中および合併の場合とくに現物出資がひんぱんに行なわれるから、化学、冶金、電子工学などの分野において多様な専門的能力を示すことを会計監査人に期待することはできない。そこで、この問題の解決は命令に委ねられることになり、同命令は折衷的な解決方法をとって、《出資検査役は、会社法第 219 条に定める名簿に登録された会計監査役の資格を有する者または裁判所により作成された名簿の 1 つに登録された専門家の中から選任される》と定め (令 64 条 1 項)、また出資検査役は、1 人または数人の専門家を選任し、その職務の遂行においてこの者の補佐を受けることができるものと定めている (令 64 条 3 項)。

(3) 出資検査役の欠格事由 新法の立法者は、会計監査役につき定められた欠格事由を出資検査役にも適用することによって、出資検査役の地位の独立性をさらに強化することを望んだ (法 80 条 1 項, 220 条)。この結果、以下に掲げる者は出資検査役となることができない。

- 1° 当該会社または第 354 条に定めるその子会社の発起人、現物出資者、特別利益の受益者、取締役または董事会もしくは監事会の構成員
- 2° 前号に掲げる者の 4 親等内の血族および姻族
- 3° 当該会社の資本の 10 分の 1 以上を有する会社または当該会社が資本の 10 分の 1 以上を有する会社の取締役、董事会または監事会の構成員ならびにこれらの者の配偶者
- 4° 第 1 号に定める者、当該会社または第 3 号に定めるすべての会社から、会計監査役以外の職務によって給与または報酬を受領する者およびその配偶者
- 5° 社員の 1 人が前各号に定めるいずれかの場合に該当する監査法人

実をいうと、法第 80 条第 1 項の準用規定にかかわらず、会計監査役に関する上記の欠格事由のすべてを出資検査役におきかえることはできない。とくに法第 220 条は、被監査会社またはその子会社の指揮者が監査役の職務を行なうことを禁止し

株式会社の設立（公募会社の設立）

ているが、本条に定める出資検査役が選任される段階においては、設立中の会社はまだ指揮者を有していないし、ましてや子会社をもつことはできないからである（Ripert par Roblot, p. 626）。出資検査役がこの欠格事由を定めた規定に違反して故意にその職務を行ない、または不当にその職務を維持したときは罰金または禁錮の刑事制裁が科され（法456条）、かかる出資検査役の報告書にもとづいてなされた創立総会の決議は無効とされるものと解される（法222条参照）。

(4) 出資検査役の検査 出資検査役の職務の遂行については、旧法におけると同様に、広い範囲において検査役の自由に委ねられるが（Hémard et al., p. 636）、現物出資の評価が真正であるためには、出資された各財産を現実には検査することを要し、単に書面上（sur pièces）これを判断するだけでは足りない（Lyon, 14 juin 1895, J. soc., 1895, p. 499）。また出資された財産がいかなる負担（charges）を負っているかも調査しなければならない（Paris, 24 juill. 1925, J. soc., 1927, p. 143）。いかなる評価方法を採用するかは検査役自身がこれを決定するのは当然であって、商事裁判所長が特定の評価方法を検査役に強制するのは認めがたいように思われる（Hémard et al., p. 636）。出資検査役は、1人または数人の専門家を選任し、その職務の遂行においてこの専門家による補佐を受けることができる。この場合、その専門家にたいして支払うべき報酬は会社がこれを負担する（令64条3項）。またこの場合、その専門家の行為については出資検査役が責任を負わなければならない。

(5) 出資検査役の報告書 さて、出資検査役は現物出資を調査し、提案された出資の価額について報告をなし、これに自己の意見を付し、もし意見が異なるときは、その相違を明示することを要する。数人の出資検査役が選任された場合においても、奇妙なことには、新法もまた命令も、ただ1通の報告書を作成することを要すると規定しているにすぎない（法80条2項、令65条）。また旧法の場合と異なり（1867年法4条3項）、検査役の報告書が印刷物とされることは要求されていない。検査役の報告書は、定款案とともに裁判所の書記局に提出され、これを株式引受人の閲覧に供しなければならない（法80条2項）。

この点につき命令はさらに明確を期して、出資検査役の報告書は、創立総会の

会日の少なくとも 8 日前に、株式申込証に記載のある予定された本店およびその所在地を管轄する商事裁判所の書記局にこれを提出しなければならない、と定めている（令 65 条 1 項）。ここに 8 日 (*huit jours*) とは、1967 年 3 月 23 日の命令によって定められたすべての期間がそうであるように、まるまる 8 日という意味であって、1 週間ではない（令 300 条）。さらにこの報告書は株式引受人の閲覧に供され、株式引受人はその写しの全部または一部の交付を求めることができる（令 65 条 2 項）。この場合には、株式引受人名簿の閲覧の場合における命令第 62 条第 3 項のような規定がないところみて、会社がその費用を負担して報告書の写しを交付すべきものと解される（Hémard et al., p. 637）。

(6) 現物出資の過大評価にたいする制裁 1937 年の改正前においては、現物出資の詐欺的過大評価 (*majoration frauduleuse*) は、その者の行為が詐欺罪の構成要件に該当する範囲においてのみ刑法の適用を受けた。これにたいして、1937 年 8 月 31 日のデクレ・ロワは、かかる行為を別個の犯罪と定め、《詐欺的方法を用い、現物出資にたいしてその実価を超える評価をなさしめた者》は刑法典第 405 条に定める刑罰の適用を受けるものと改めた（1867 年法第 15 条 8 号）。1966 年法もこれと近似した規定をもって、《詐欺的に現物出資にたいしてその実価を超える評価をなさしめた者は、1 年以上 5 年以下の禁錮および 2,000 フラン以上 40,000 フラン以下の罰金を併科し、またはそのいずれか 1 つの刑に処す》と定めている（法 433 条 4 号）。法律は現物出資の過大評価だけを処罰しているので、特別利益を詐欺的に得た場合には、刑罰法規の厳格解釈の原則からしてこの罰則規定の適用は排除されることになる。難しい問題は、詐欺的過大評価 (*majoration frauduleuse*) の観念をいかに定義づけるかということである。なぜなら、現物出資の真の評価についてさえ、争いが生じることが多いからである。まず、行為の基準とすべき時は財産が移転された時と解するのが正常であろう。つぎに、単なる未遂は処罰されず、過大評価が付与されたことを要する（Gavalda, *Les délits concernant les fausses déclarations et majorations frauduleuses d'apports*, in Hamel, *Le droit pénal des sociétés anonymes*, 1955, p.56 et s.）。これに反し、《詐欺的に》(*fraudeusement*) という語は旧法の《詐欺的方法》(*manoeuvres frauduleuses*) の

株式会社の設立（公募会社の設立）

語にとって代えられたものであるから、虚偽の表示（mensonge）だけでは犯罪を構成するに充分でないかどうか問題がある。いずれにしても、出資検査役の資格をもたない者を資格ある者として選任させた場合は詐欺が存在すると解されるし、また現物出資を売買の形式のもとに仮装した場合には詐欺が存在することは確かである（Hémard et al., p. 638）。

6. 現物出資の評価に関する創立総会の判定 上記のように出資検査役の調査報告書はおそくとも創立総会が開催される8日前には裁判所書記局に提出され、すべての株式引受人の閲覧に供される（令65条）。この報告書を読み事情を明らかにすることのできた株式引受人は創立総会において現物出資の評価および特別利益の付与に関して判定をしなければならぬ（法80条3項）。この場合、創立総会が出資検査役の報告書の結論にしたがって判定をすべき義務はないが、実際にはほとんどその結論どおりの判定が行なわれるであろう（Ripert par Roblot, p. 626; Hémard et al., p. 656）。さて、創立総会が現物出資の評価について判定する場合に、提案された評価額が少ないからこれを増加すべきであるとするのは純粋に理論上考えられるにすぎないから、実際には次の3つの場合が問題となる。

(1) 原案が承認される場合 実際には、原案がほとんど承認され、反対がないとされているが（Hamel et Lagarde, p. 736）、総会の承認決議によって現物出資の価額は確定するという効果を生じる。後日になって、その評価額が過大評価であったことが発覚しても創立総会の決議の効力を争うことはできず、現物出資者はいかなる担保義務をも負わないとする判例がある（Civ., 10 janv. 1881, D. 81. 1. 161; Req., 3 janv. 1900, D. 1900. 1. 289; Lyon, 26 mars 1912, D. 1915. 2. 25）。この点につき旧法には、《総会の承認は、詐欺を原因として後日訴を提起することを妨げない》とする規定が設けられていたが（1867年法4条7項）、新法にはこれに相当する規定がない。しかし新法のもとにおいても、このような場合には、違法な設立手続に関する一般規定の適用があるものと解すべきであろう（Hémard et al., p. 656）。

(2) 原案が否決された場合 ときには出資検査役の提出した報告書の結論によって総会は提案された評価額の承認を全く拒否する場合がある。旧法には、《創

立総会の承認がないときには、会社はすべての当事者にたいして効果を有しない」とする規定がおかれていたが（1867年法4条6項）、この点に関する明文の規定を欠いている新法のもとにおいても、やはり会社は不成立に終ることを認めざるを得ないであろう（Hémard et al., pp. 656, 657; Ripert par Roblot, p. 626）。この場合、株式引受人はその払込済株金の返還をその決議のときから請求できるか、それとも裁判所書記局に定款案を提出したときから6ヶ月の期間が経過しなければその返還を請求できないか（法83条2項）問題となる。総会の決議のあったときから企業の挫折は確定的であることからして、前者の解決をとるべきであろう（Escarra et Rault, p. 207; Hémard et al., p. 657）。

(3) 評価額の減額が決議された場合 創立総会は、議事録に記載される現物出資者の明示の承諾がないかぎり、提案された評価額を減額することができない（法80条4項参照）。現物出資者としては、会社の発行する一定割合の株式が自己に付与されることを条件として入社を承諾しているからである（Ripert par Roblot, p. 626）。総会がこのように現物出資者の承諾を得て出資の評価額を減額するには、株式引受人の全員一致の決議を必要とするか、それとも多数決によって決議しうることについては旧法のもとですでに意見が分かれていた（Hamel et Lagarde, p. 737; Escarra et Rault, p. 208）。この点につき、新法は株式引受人の全員一致による承認を必要としている（法80条3項）。この解決はまったく正当なものとして評価されている。その理由は、評価額の減少は会社の資本を減少する効果を生じるからであり、かりに新たな株式引受人を入れることによって資本の減少を避けるとしても、現物出資と金銭出資との間に当初存在した比率を変更する効果を生じるからである（Ripert par Roblot, *ibid*）。また減額の決議は定款案の変更を必然的に生じ、定款案を変更するには株式引受人の全員一致の承諾を要するからである（法79条2項、令55条）。

7. 特別利益 (1) 特別利益の観念 すでに旧法のもとにおいても特別利益 (*avantages particuliers*) は現物出資の検査と同一の手續に服するものとされ、第1回総会においては《約定された利益の原因》を評価し、第2回総会においては出資検査役の報告にもとづき特別利益の承認について判定するものと規定され

株式会社の設立（公募会社の設立）

ていた（1867年法4条1項，3項）。この旧法のもとにおいて特別利益とは，一定の株主にたいして，その株主たる資格において，会社の利益または財産の上にある優先権を与えることにより社員間の平等原則を破ることとなる利益をいうと解されていた（Ripert par Roblot, p. 632）。したがって，すべての株主にたいして同一の権利を付与する条項はこれを特別利益とみることはできないと判示された（Seine co., 23 déc. 1935, J. soc., 1938, 232）。しかし新法はさらに，社員以外の者のために約定された特別利益も創立総会の承認を要するものと定め，特別利益の観念を株主平等原則の見地からのみ理解することはできなくなった。すでに旧法のもとにおいても，特別利益の審査は単に株主平等原則の尊重の確保のためだけではなく，第三者との関係において会社の利益自体を維持するためにも広く行なわれるべきであるとし，審査を受けるべき特別利益の観念を拡張することが提案されていた（Percerou, La notion d'《avantage particulier》, Mélanges Hamel, p. 175）。新法における改正はまさにこの提案を採択したものといえよう。なお，会社法の改正にさいしても，特別利益の制度は廃棄すべきではないかとする意見があったが（Travaux de la Commission de réforme du Code de commerce et du droit des sociétés, t. II, p. 403; Escarra et Rault, p. 162），この解決はラヂカルなものとして採択されるにはいたらなかった。しかし，発起人持分（parts de fondateur）の発行が禁止された現在においては（法264条），特別利益のもっとも明瞭な型態の源泉が涸渇したものといわざるを得ないであろう（Hémard et al., p. 641）。

(2) 新法における特別利益　旧法上，少なくとも判例によって法定の審査手続を免れていたものが新法においてはその手続に服すべき特別利益となったものがある。

まず第1に受益者についてみると，旧法では，《自己のために特別利益を約定する……社員》と規定されていたので，受益者は自から定款の作成に参加した者であることを要するという解釈がときにはそこから導きだされた。従って，定款の作成に関与しなかった株主は受益者の範囲から除かれることになったが，このような見解をとることはできない。つぎに，旧法の規定上第三者にたいして利益を付与することを目的とし，直接にせよ間接にせよ株主を利することのない利益は審査の手

続を免かれることは明らかであったが、新法においては上記のようにこの規定が改められたので、第三者も受益者の中に当然含まれることになった。

第 2 は特別利益が付与される源泉 (source) についてである。かつては、定款に記載のない利益は、いかなる範囲において審査に服すべきかが問題とされた。特別利益の制度を本質的に株主平等の原則を維持するためのものとして理解するかぎりにおいては、その審査を定款に約定された利益にこれを限るのが論理的であるように思われた。ある株主にたいして、株主としての資格以外の理由をもって付与された利益が審査を受けなければならないかどうか問題になったのも同様の傾向によるものであった。しかし新法のもとにおいては、定款以外で承諾された利益も審査の手続を受けるべきことはもはや疑問の余地がない。なぜなら、特別利益はすべて定款に記載されなければならないからである (令55条5号)。

第 3 は特別利益の対象についてである。旧法のもとにおいて破産院は、問題となった利益につき、それは会社の資本および利益にたいする株主の権利にはいかなる影響をもおよぼさないから、1867年7月24日法第4条にいう特別利益を構成しないと判示した (Civ., 6 mars 1935, S., 1937. 1. 249)。この事件で問題とされた利益は、株式の譲渡につき会社の承諾を必要とする定款の条項および先買権条項があるにもかかわらず、3人の株主だけにはその自由譲渡を認めたものであった。この判決は1867年法の精神に忠実な判断を示したものであったが、その制限的な解決には批判が加えられた (Hamel et Lagarde, p. 730)。今や、規定の精神も変り、受益者の範囲について変更が加えられているのであるから、もっと拡張した解決をとるべきものと解される (Hémard et al., p. 643)。

しかし、だからといってすべての利益が特別利益たる性質を示すものではない。《特別の》(particulier) という語からして、次の2つの場合は除外されよう。まず一方において、特別利益は1人または数人の株主にたいして、さらにまた銀行のような第三者にたいして利益を与えるものであるから、株主のすべてにたいして認められる利益はその特別性を失なう (Trib. com. Seine, 23 déc. 1935, J. soc., 1938, p. 232)。この点につき利益があるグループの株主、たとえば株式の引受または払込にさいして示された熱意により、あるいは株式の保有が長期にわたることに

株式会社の設立（公募会社の設立）

より供与される場合は微妙である。定款には数種の株式を記載し（令55条1号）、かつとくに特別利益の種類（nature）を記載すべきものとされているところからみて（令55条5号）、この場合には審査の手続を受けるべきものと解される。他方において特別利益が存在するためには、1人または数人の受益者が十分に特定され、確定されうるものでなければならない。特別利益は、いわば、とくにその者の個性を考慮して（*intuitu personae*）与えられるものであるからである。

法第81条〔創立総会における株式引受人の議決権と決議方法〕

①株式引受人は、第161条、第163条および第166条に定める条件にしたがって決議に参加し、または代理人によって議決権を行使することができる。

②創立総会は、特別株主総会につき定められた定足数および多数決の条件をもって決議を行なう。

Loi Art. 81.—Les souscripteurs d'actions prennent part au vote ou se font représenter dans les conditions prévues aux articles 161, 163 et 166.

L'assemblée constitutive délibère aux conditions de quorum et de majorité prévues pour les assemblées extraordinaires.

〔解 説〕

1. 創立総会への株式引受人の参加権　すでに旧法のもとにおいて、すべての株主（株式引受人）は、その持株の数のいかにかわららず創立総会に参加することができる旨、規定されていた（1867年法27条2項）。新法においても、本条および本条によって準用されている第166条の規定によって、すべての株式引受人が創立総会に参加する権利を有していることは明らかである。新法が明文をもってこれを規定しているのは、この規定が強行規定であることを示すものであり、たと

え定款の規定をもってしても創立総会に参加しうる株式引受人の資格を一定数の株式を引受けた者にのみ限ることは許されない (Ripert par Roblot, p. 630)。このことは、本条第 1 項が株主総会に関する法第 165 条の準用を避けていることから明らかである。すなわち、同条第 1 項は、株主が通常総会に参加するため保有すべき株式の最低数を定款をもって定めることができるものとし、ただしその数は 10 株を超えることができないと定めている。

2. 代理人による議決権の行使 株式引受人は、自から創立総会に出席する義務を負わず、代理人をして出席させることができる。代理人による議決権の行使はすでに旧法のもとにおいても認められ、この場合、定款に別段の規定がないかぎり、代理人の資格は株式引受人のみならず、第三者にたいしても認めうるものと解されていた (Cass., 2 juill. 1914, J. soc., 1916, p. 76; Escarra et Rault, p. 181)。しかし新法のもとでは、株式引受人 (またはその配偶者) 以外の第三者に代理権を授与することは認められなくなった。本条第 1 項により準用されている法第 166 条第 1 項の規定によれば、株主は他の株主またはその配偶者を自己の代理人とすることができるものとされているからである。したがって、ある株式引受人が自己のためにすると同時に他の株式引受人の代理人として議決権を行使する場合には、彼は 20 個の議決権を行使することができる (法 82 条 1 項)。もっとも、同一の代理人に与えることのできる委任状の数には制限がない (法 161 条 2 項)。

3. 定足数と多数決 本条第 2 項は創立総会における定足数と多数決の要件を特別株主総会 (assemblées extraordinaires) につき定められた定足数と多数決によることとしている。特別株主総会は一般に定款変更のために開催される総会であるが、すでにみたように創立総会は発起人の作成した定款案の採択のほか、資本の引受および払込の確認、最初の取締役および監査役の選任など、きわめて重要な事項を決定する権限を有するから、その慎重な審議を期するために特別総会における定足数と多数決の条件によることとしたのである。したがって、この法律の定める要件に違反してなされた創立総会の決議は無効である (法 153 条 2 項, 173 条)。

まず定足数については、創立総会は、その出席した株式引受人またはその代理人の有する株式の数が、出席者の数のいかに問うことなく、議決権を有する株式

株式会社の設立（公募会社の設立）

の過半数 (moitié) に達しなければ有効に決議することができない。もしもこの定足数が最初の総会において満されないときは、第2の総会を開催しなければならないが、この第2の総会における定足数は議決権を有する株式の4分の1 (le quart) にまで緩和される。この総会においてもなお定足数に満たないときは、その日からおそくとも2ヵ月以内の日に第2の総会を延期することができる（法153条2項）。しかし実際には、発起人が各株式引受人から白紙委任状 (pouvoir en blanc) の提出を受けるので、第2の総会を開催することはまれである（Ripert par Roblot, p. 631）。

つぎに多数決については、創立総会は表示された議決権の3分の2以上の多数をもって決する。投票が行なわれる場合においては、白票 (bulletins blancs) は除かれる（法153条3項）。この3分の2の多数決の原則にたいしては、現物出資の評価および特別利益の付与について創立総会が減額を決議する場合（法80条3項）ならびに定款案を変更する場合（法79条2項）にかぎり株式引受人の全員一致の承諾を必要とする例外があることはすでにみたとおりである。

法第82条〔創立総会における議決権行使の方法〕

①株式引受人は、その引受けた株式の数と同数の議決権を行使する。ただし、その数は10を超えることができない。株式引受人の代理人は、その委任者が議決権を行使する場合と同一の条件および制限にしたがってその議決権を行使しなければならない。

②総会が現物出資の承認または特別利益の付与に関して決議するとき、現物出資者または特別利益の受益者の株式は、多数決の計算にこれを算入することができない。

③現物出資者または特別利益の受益者は、自己のためにも、また他の者の代理人としても議決権を行使することができない。

Loi Art. 82.—Chaque souscripteur dispose d'un nombre de voix égal à celui des actions qu'il a souscrites, sans que ce nombre puisse excéder dix. Le mandataire d'un souscripteur dispose des voix de son mandant dans les mêmes conditions et la même limite.

Lorsque l'assemblée délibère sur l'approbation d'un apport en nature ou l'octroi d'un avantage particulier, les actions de l'apporteur ou du bénéficiaire ne sont pas prises en compte pour le calcul de la majorité.

L'apporteur ou le bénéficiaire n'a voix délibérative, ni pour lui-même, ni comme mandataire.

〔解 説〕

1. 創立総会において行使しうる議決権の数 (1) 議決権の制限 旧法のもとにおいても、創立総会においてすべての株主(株式引受人)は、その持株数のいかにかわからず、定款によって定められた数の議決権をもって決議に参加することができたが、その議決権の数は10を超えることができないと規定されていた(1867年法27条2項)。これは、大株主(gros porteur)によって少数株主(petit porteur)が押し潰される(écrasement)のを防止するための規定であると説明されていた(Hamel et Lagarde, p. 727)。新法もまたこの配慮にもとづき、創立総会において行使しうる議決権の数は10を超えることができないものとした。ここで注意を要するのは、行使しうる議決権の算定についてである。法は、各株式引受人はその引受けた株式の数と同数の議決権(nombre de voix égal à celui des actions qu'il a souscrites)を行使すると規定しているが、議決権の数は、その株式の数ではなく、引受けられた株式の券面額に比例すると規定すべきであった。というのは、フランス会社法においては、わが国の場合と異なり(商202条1項)、額面株式の均一性は要求されていないので、会社は100フランの株式と同時に200フランの株式を発行することができる。したがってこの場合、100フランの株式1株について認められる1箇の議決権にたいして200フランの株式1株には2箇の議決

株式会社の設立（公募会社の設立）

権が与えられるからである（Vuillemer et Hureau, p. 322）。

(2) 代理人によって行使される議決権の数 本条第1項は、株式引受人の代理人はその委任者が議決権を行使する場合と同一の条件および制限にしたがってその議決権を行使する、と規定しているが、これは旧法のもとにおいて生じた問題の解決を意図した規定である。その問題とは、制限される議決権の数の算定につき考慮に入れるのは、その者が株式引受人として有する株式数だけなのか、それとも、彼が代理する他の引受人の株式をも加算したものなのかということであり、後者の場合だとすれば、その制限された10箇の議決権にすぐ達してしまうことになる。パリ控訴院は、株主総会において株主が行使しうる議決権の数について定められた定款上の制限に関する事件において、株主が行使しうる議決権の数は、自己の有する議決権の最高限の数に自己が代理する各株主の有する議決権の数を加算した数とする と判示している（Paris, 23 févr. 1957, D., 1958. 135）。

新法の制定過程からみても、立法者は、すくなくとも一部については、この累積の制度を認めようとしたことは明らかである。すなわち、各株式引受人は最大限10箇の議決権を行使するが、もし彼がさらに他の株式引受人（1人の）の代理人（mandataire d'un souscripteur）であれば、最大限20箇の議決権を行使する、と報告されている（Rapp., n° 1368 de M. le Douarec, t. II, p. 25; J. O. déb. Ass. nat., séance du 3 juin 1965, p. 1802）。しかし新法は、議決権を行使する本人が他の1人の株式引受人の代理人である場合ではなく、数人の株式引受人の代理人を兼ねている場合については考えていないように思われる。この場合でもなお累積をみとめることができるであろうか。Mercadal はこれを積極的にみとめ、いま20株を有する株式引受人が、8株、30株、50株および5株をそれぞれ引受けた他の4人の株式引受人を代理するとすれば、彼は43箇の議決権（10+8+10+10+5）を行使することができる と説く（Mercadal et al., p. 343）。

2. 現物出資者および特別利益の受益者の議決権行使の制限 旧法におけると同様に（1867年法4条5項）、新法においても、現物出資者または特別利益の受益者は自己のためにも、また他の者の代理人としても議決権を行使することができない（本条3項）。しかし本条の適用については、いわゆる当事者として議決権

の行使をいかなる場合に制限されるかという問題と、定足数および多数決の算定について若干の問題が提起される。

(1) 議決権の行使が制限される場合 まず、現物出資者および特別利益の受益者が議決権を行使できないということは、彼等が総会に出席してその審議に加わる権利 (voix consultative) をも制限するものではない (Trib. civ. Seine, 30 mars 1893, J. soc., 1894, p. 161)。これは、創立総会において現物出資の評価額または特別利益の付与につき変更が加えられるためには、現物出資者または特別利益の受益者の明示の承諾が必要とされていることから明らかである (法80条4項)。

本条の適用により議決権の行使が制限されるのは、創立総会がその本人の現物出資または特別利益について判定する当該決議にのみ限られる。これは、すでに旧法のもとにおいて判例が明らかにした解決であって (Civ., 20 janv. 1892, S., 1892. 1. 260, D. P., 1892. 1. 229), 法文上、議決権行使が制限されるのは単数の語をもって示された現物出資《l'apport》であることがその根拠とされている。「当事者が挨拶を交わして相互に審査し合う」(échange de politesses entre les intéressés se contrôlant mutuellement) ことを懸念する立場においても、現物出資者(または特別利益の受益者)は総会におけるすべての決議について議決権を奪われるのではなく、現物出資または特別利益に関する決議のすべてについて議決権を行使することができないだけであると解されていた (Hamel et Lagarde, p. 731)。ともかく、新法上の解釈としては、現物出資者および特別利益の受益者は自己の出資または利益に関する議案についてのみ議決権を行使できないだけであって、他人の出資または利益については議決権を行使することが認められている (Ripert par Roblot, p. 631; Mercadal et al., p. 343)。なお、出資された財産が共有財産であるときは、共有者たる株式引受人はすべて議決権を行使できないのはいうまでもない (Req., 22 févr. 1888, S., 1888. 1. 417, J. soc., 1889, p. 24)。

現物出資者または特別利益の受益者が同時に金銭による株式を引受けた者であるとき、この金銭出資による株式から生じる議決権についてもその行使は制限される (Req., 17 déc. 1894, J. soc., 1895, p. 202; Req., 31 déc. 1906, D. P., 1908.

株式会社の設立（公募会社の設立）

1. 513)。ただし議決権の行使が制限されるのは、株式引受人により引受けられた株式を理由とするものでなく、引受人がいかなる者であるかということによるからである（Hémard et al., p. 653.）。同じ理由から、現物出資者または特別利益の受益者は、みずからの議決権を行使する場合だけでなく、他の者の代理人として議決権を行使することもできない（法82条3項）。かつて判例はこれと反対の解決を示したが（Civ., 20 janv. 1892, J. soc., 1892, p. 145）、のちにこれを改めた（Req., 31 déc. 1906, D. P. 1908. 1. 513）。

(2) 定足数および多数決の算定 総会が現物出資の承認または特別利益の付与に関して決議するとき、現物出資者または特別利益の受益者の有する株式は多数決の計算にこれを算入することができない（法82条2項）。しかし法律は定足数の算定については何も規定していないので、これらの株式を算入するのか控除して計算するのか明らかではない。現物出資者の議決権行使は制限されているから、現物出資者の有する株式または彼が代理人としての資格において有する株式は定足数の算定から控除すべきであるとする説がある（Mercadal et al., p. 343; Ripert par Roblot, p. 631）。この立場は、法第81条の準用する第153条の規定が定足数は議決権を有する株式にもとづいて算定されるとしていることを根拠とする。ただしこの控除は、現物出資者によってなされた出資の承認に関する決議についてのみ行なわれるものであるから、他の決議（たとえば定款案の採択、取締役等の選任）については現物出資者の株式を定足数の中に算入しなければならず、したがって定足数が満たされているかどうかは、決議ごとにこれを調査することになると説く（Mercadal et al., *ibid.*）。これにたいして、現物出資者または特別利益の受益者の有する株式の数は定足数の算定にあたり控除されないとする説があるが、理由は明らかではない（Hémard et al., p. 654; Vuillermet et Hureau, p. 323）。

法第83条〔株式払込金の払戻〕

①会社の受任者は、商業登記簿に会社の設立登記がなされるまでは、株式払込金の払戻を受けることができない。

②商事裁判所の書記局に定款案を提出したときから6ヵ月以内に会社が設立されないときは、すべての株式引受人は、配分の費用を控除したうえで株式引受人に払込金を返還するためその払戻を受けるべき受任者の選任を裁判所に請求することができる。

③1人または数人の発起人が前項に定める期間経過後に会社の設立を決定したときは、第77条および第78条に定める資金の寄託および申告書に関する手続をあらためて行なわなければならない。

Loi Art. 83.—Le retrait des fonds provenant des souscriptions en numéraire ne peut être effectué par le mandataire de la société avant l'immatriculation de celle-ci au registre du commerce.

Si la société n'est pas constituée dans le délai de six mois à compter du dépôt du projet de statuts au greffe, tout souscripteur peut demander en justice la nomination d'un mandataire chargé de retirer les fonds pour les restituer aux souscripteurs, sous déduction des frais de répartition.

Si le ou les fondateurs décident ultérieurement de constituer la société, il doit être procédé à nouveau au dépôt des fonds et à la déclaration prévus aux articles 77 et 78.

令第70条〔株式払込金の払戻を受けるための要件〕

会社の受任者は、商業登記簿に会社の設立登記がなされたことを証する書記官の証明書の提出にもとづいて株式払込金の払戻を受けることができる。

Déc. Art. 70.—Le retrait des fonds provenant des souscriptions en numéraire est effectué par le mandataire de la société, sur présentation du certificat du greffier attestant l'immatriculation de la société au registre du commerce.

株式会社の設立（公募会社の設立）

令第71条〔会社の不成立と払込金の返還〕

①会社法第79条第2項に定める手続が同法第83条第2項に定める期間の満了前に行なわれなかったときは、会社はその期間内に設立されなかったものとみなす。

②前項に定める場合において、株式引受人に払込金を返還するためその払戻を受けるべき受任者は、即決審理をもって決定する本店所在地の商事裁判所長によって選任される。

Déc. Art. 71.—La société est réputée n'avoir pas été constituée dans le délai fixé par l'article 83, alinéa 2, de la loi sur les sociétés commerciales, lorsque les formalités prévues à l'article 79, alinéa 2, de ladite loi n'ont pas été accomplies avant l'expiration dudit délai.

Le mandataire chargé de retirer les fonds, pour les restituer aux souscripteurs, dans le cas visé à l'alinéa précédent, est nommé par le président du tribunal de commerce du lieu du siège social, statuant en référé.

〔解説〕

1. 会社が成立した場合の資金の払戻 旧法のもとにおいては、創立総会が終了したのち、一定の条件のもとに払込株金の返還を受けることができた（1867年法1条7項）。これは、創立総会が終了したときから株式会社は、第三者にたいする関係においても確定的に成立したものとみなされ、法人格を享有し、正規に営業を開始しうるものとされていたことから生じる解決であった。これにたいして新法のもとにおいては、会社は商業登記簿にその設立の登記をなしたときから法人格を享有するという新たな体系がとられた結果（法5条1項）、会社の設立登記後においてのみ資金の払戻を受けることができるとされているのは当然である。しかし、新法の定めるこの解決にたいしては、当初国会において、このように払込株金の封鎖をひき延ばすのは当事者の活動を過度に麻痺させる危険があるとする反対論があった。しかし、会社債権者および株主を害する詐欺的な行為を避けるために最終的に政府原案が採択された。

2. 会社が成立しなかった場合 本条第2項は、「商事裁判所の書記局に定款案が提出されたときから6ヵ月以内に会社が設立されなかったときは……」と規定しているが、これだけでは何時から会社が設立されなかったとみなすのか明確でない。そこで命令はこの疑問に答えて、会社法第79条第2項に定める手続（創立総会における資本の引受・払込の確認、定款案の採択、最初の会社機関の選任）が定款案の提出後6ヵ月の期間満了前に行なわれなかったときは、会社はその期間内に設立されなかったものとみなしている。

会社の設立が、たとえば行政官庁の許可を得るといような停止条件のもとにおかれているとき、この条件が6ヵ月の期間満了後に初めて成就した場合には、条件の遡及効（民法典1179条）を主張して、法律の要件は満されたものとみることができるであろうか。旧法のもとにおける学説（Escarra et Rault, p. 237）および判例（Civ., 22 févr. 1892, J. soc., 1892, p. 514）はこのような解決をとっていないように思われる。しかし、新法のもとにおいては、法人格の享有は会社の設立登記のときにまで延ばされたのであるから、登記前に条件が成就すれば会社の設立を認めるべきであろう。また命令は、6ヵ月の期間内に法第79条第2項に定める手続だけが遵守されることを要求しているにすぎないからである（Hémard et al., p. 668）。

本条第2項はすべての株式引受人（tout souscripteur）に返還を受けるための手続申立権を認めているが、ここにいう株式引受人とは、問題の性質上、金銭出資による株式の引受人であることはいうまでもない。しかしこのことは、会社が不成立の場合、現物出資者がその給付した出資の返還を求めることができないことを意味するのではないことももちろんである（Escarra et Rault, p. 115）。払込金の返還を求めると手続は各株式引受人に認められており、その請求が引受人中の1人の者によってなされたときは、寄託された資金の全部についてその効力を生じる。この請求がなされた場合、裁判官は、6ヵ月の期間がすでに経過しているにもかかわらず発起人にたいして猶予期間を与えることはできないと解される（Hémard et al., p. 668）。

返還を受ける金額は払込株金にかぎられ、その利息の支払を求めるとき

株式会社の設立（公募会社の設立）

ない。ただし、発起人にたいしてその責任を追及する訴訟を提起することは妨げない。

最後に、発起人が会社の設立行為を再度行なう場合について新たな規定が設けられた。旧法のもとにおいては、この場合、発起人は資金を返還したのち、あらためて会社の設立手続のすべてをやり直すことを要するものと解されていたが(*Escarra et Rault*, p. 128), 新法においては、発起人は第77条および第78条に定める資金の寄託および申告書に関する手続をあらためて行なわなければならない、とされているにすぎない(本条3項)。つまり、資金の寄託前に行なわれた手続については再度これを繰返す義務はなく、このことは直接または間接に設立手続の補正を容易にすることを目的とした一般的配慮に合致するものである。

第 2 目 資金の公募によらない設立

§ 2.— CONSTITUTION SANS APPEL PUBLIC A L'EPARGNE.

第84条〔資金の公募によらない設立〕

資金を公募しないときは、第74条、第76条、第79条、第80条第2項、第3項および第4項、第81条ならびに第82条の規定をのぞき、前記第1目に定める規定を適用する。

Loi Art. 84.—Lorsqu'il n'est pas fait publiquement appel à l'épargne, les dispositions du paragraphe 1^{er} ci-dessus sont applicables, à l'exception des articles 74, 76, 79, 80, alinéas 2, 3 et 4, 81 et 82.

令第72条〔資金の公募によらない設立〕

資金を公募しないときは、命令第62条、第63条第1項、第64条、第68条および第70条の規定にかぎり、これを会社の設立に適用する。

Déc. Art. 72.—Lorsqu'il n'est pas fait publiquement appel à l'épargne, sont seules applicables à la constitution de la société, les dispositions des articles 62, 63, alinéa 1^{er}, 64, 68 et 70.

〔解 説〕

1. 総説 株式会社相互に知り合った株主の間で設立される場合には資金公募の方法に訴える必要はなく、この場合の設立は一般に同時設立 (constitution instantanée) とよばれて、資金を公募する方法による漸次設立 (constitution

株式会社の設立（非公募会社の設立）

successive) と対比される。この場合の設立においても、資金公募の方法による設立についてすでにみた若干の手續と同種の手続を必要とするものがあり、言葉の本来の意味で同時設立ということではできないが（Vuillermet et Hureau, p. 330）、その他の手續はいちじるしく簡易化され、有限会社の設立を想起させるものがある。

まず、公募の場合において株式引受人にたいし情報を開示する目的をもって定められた手續、すなわち商事裁判所の書記局に定款案を提出し、設立趣意書を公示するなどの諸手續（法74条、令58条、59条、60条）は、公募によらない設立の性質からいって当然に適用されない。

つぎに、社員となろうとする者（futurs associés）は株式を引受け、その出資が会社の資本を構成する。この株式の引受について法律は株式申込証に署名する方法を無用のものとして採用しなかったが、すべての株式会社の設立に共通して株式引受人および会社債権者を保護するために欠くことのできない制度は、若干の相違を付したうえこれを維持している。すなわち、資本の全額引受、金銭出資による株式の4分の1以上の払込、現物出資の評価にたいする監督および公正証書による株式払込の申告などの制度がこれである。

資金を公募しない場合には創立総会の制度も存在しない。これに代わるものとして、株主となろうとする者全員が定款（定款案でない）に署名することを要し、この点では有限会社の場合と同様である。

最後に定款が公示され、商業登記簿に設立の登記がなされることによって会社は法人格を取得する。

さて本条は、法第74条（資金公募前の手続としての定款案の提出・設立趣意書の公告）、第76条（株式申込証による株式の引受）、第79条（創立総会の招集）、第80条第2項・3項・4項（株式引受人による現物出資・特別利益の監督）、第81条および第82条（創立総会における決議）の諸規定はこれをのぞき、その他の規定は資金を公募しない会社の設立にもこれを適用するものと定めている。これにたいし命令第72条は、まったく逆の規定の仕方により、第62条（払込金の寄託および株式引受人名簿の公開）、第63条第1項（株式の引受および払込に関する申告について引受人名簿の添付）、第64条（出資検査役の選任）、第68条（取締役による会社指揮

者の選任), 第70条(株式払込金の払戻)の規定にかぎって, これを非公募会社の設立に適用するものと規定している。この規定の仕方についてみられる差異は, 公募会社と非公募会社の設立に共通する規定が命令の中には法律におけるよりも比較的少ないという事実によって理解される (Hémard et al., p. 671)。

2. 法第74条の適用除外から生じる問題 非公募会社の設立について本条が法第74条の適用を除外していることから, つぎの2つの問題が生じる。

(1) 定款案の作成 法第74条第1項は, 発起人は定款案(*projet des statuts*)を作成して署名し, その正本1通を商事裁判所の書記局に提出すべきことを命じている。しかし非公募会社の設立には同条の適用がない結果, 定款案の作成は要求されず, しかも株主またはその代理人による定款の署名は株式の引受および払込後に行なわれることになっている(法87条)。しかし實際上, 株主となろうとする者が定款の重要な条項を知らないで株式の引受および払込をするというようなことは考えられない (Mercadal et al., p. 325)。また株式の引受が現物出資をもって行なわれ, あるいは特別利益が約定されている場合には出資検査役はその検査のために定款案の作成を求めらるであろう (Hémard et al., p. 673)。このような実際上の必要から, 非公募会社においても定款案が作成され, さらにまた資金を受入れるに当っては事前に, いわば会社契約の予約 (*promesse de société*) ともいふべき契約の締結を必要とする (Mercadal et al., p. 325)。

(2) 発起人の資格 公募会社の設立の場合と異なり非公募会社の設立においては, 法律も命令も発起人 (*fondateurs*) に関する規定を設けていない。しかし, 株式会社にかぎらずすべての会社において, だれかがその設立のイニシアティブをとり, 定款案を作成し, 設立に必要なすべての手続を履践しなければならない筈である。たとえ法律によって発起人とよばれていなくとも, これらの者は発起人たる資格を有し, またその資格より生ずる責任を負わなければならないのである (Mercadal et al., p. 325)。

ところで法第74条第3項は, 会社の業務執行権を剥奪された者またはその職務の執行を禁止された者は発起人となることができないと定めている。しかし非公募会社の設立には法第74条のすべての規定が適用除外となる結果, このような者が会

株式会社の設立（非公募会社の設立）

社を設立することは妨げないこととなる。果してこのような解決で危険がないか疑問がもたれている（Hémard et al., p. 673）。

法第85条〔公正証書による株式払込の申告〕

株式の払込は、公正証書をもってする1人または数人の株主の払込を確認する旨の記載のある申告書によってこれを証明しなければならない。公証人は、各株主による払込金額の記載のある株主の名簿の提出にもとづき、第78条に定めるところと同じ手続を行なわなければならない。

Loi Art. 85.—Les versements sont constatés par une déclaration d'un ou plusieurs actionnaires dans un acte notarié. Sur présentation de la liste des actionnaires, mentionnant les sommes versées par chacun d'eux, le notaire procède comme il est dit à l'article 78.

〔解説〕

1. 資本と株式の引受 資金を公募しない会社の資本にもその最低額の制限が設けられ、その資本は10万フランを下ることができない。社員の数は、有限会社の場合と異なり（法36条）、法律上の制限はないが、非公募会社の性質上、かなり少ないのが実際である。

会社法第75条は株式会社の設立方法のいかんを問わず適用される規定であるから、非公募会社にあっても資本の全額引受の原則は遵守されなければならない。ここにいう資本とは、のちに株式引受人によって署名される定款の中で確定される金額である。したがって公募会社の設立の場合と異なり、株式引受人がその払込を履行しなかったとしても、定款案に当初定められた資本の額を減額しなければならないという不都合は生じない。しかし株式の引受は現実かつ真正に行なわれることを要し、仮装の引受は許されず、また条件を付することはできない。

非公募会社の設立においては株式の引受を証明するために株式申込証を作成する必要はなく、株式引受人の義務は定款の署名によって生じる。ただ若干の株式引受人が遠方の地にいるとか、現物出資が行なわれる場合に特殊の手続による必要などの理由から会社を速かに設立することができない場合には、定款案の重要な条項を転記した略式の株式申込証 (bulletin de souscription simplifié) によって株式引受人の義務を確認するのが適当である (Mercadal et al., p. 326)。しかしこの手続がとられる場合においても、株式申込証に署名した者が後日定款に署名することを強制されるものではない。公募会社に適用される制度と異なり、会社に参加すべき義務を負うのは定款に署名をした者にかぎられる。したがって株式申込証に署名した者が正当の理由なくして定款への署名を拒んだとしても、他の株式引受人はこの者にたいして損害賠償を請求しうるにすぎない。

2. 株式の払込 株式を引受けた者は、会社の設立にさいして払込むべき資本の部分に相当する金額の支払をしなければならない。この資本的部分は、株主となろうとする者の間の合意によって決定されるが、株式の券面額の4分の1を下ることができない (法84条, 75条2項)。残余の払込は、会社の成立後5年以内に1回または数回に分けて、取締役会または董事会の払込請求にもとづいて行なわれる (75条2項)。

3. 払込金の寄託 株式払込金を受領した者は、設立中の会社の計算においてこれを公証人、銀行または預金供託金庫に寄託することを要し、この際、株式引受人の氏名・住所および払込金額を記載した株式引受人名簿を添付しなければならない (法84条, 77条, 令62条)。払込金の保管者は、その払込金の払戻が行なわれるまで、すべての株式引受人にたいして上記の名簿を閲覧させなければならない (令72条, 令62条)。

4. 公正証書による株式払込の申告 株式の払込があったことは、1人または数人の株主 (将来の株主) により、公正証書をもって確認されなければならない。法第85条の規定の文言からみて、申告書により確認されなければならないのは、株式の払込が法律および定款にしたがって行なわれたことだけであり、公募会社の場合と異なり (法78条参照)、資本が全額引受けられたことまで申告書に記載する

株式会社の設立（非公募会社の設立）

必要はない。これは、非公募会社の場合、株式の引受は公正証書による申告ののち株式引受人が定款に署名をしたときに確定するものとされているからである（Mercadal et al., p. 331）。

株式払込の申告書を作成するため、公証人にたいして次の2通の書類を交付することを要する。その1通は株式引受人名簿であり、他の1通は株式払込金の保管証明書である（法85条，78条）。ただし保管証明書は、株金が申告書を作成する公証人の役場に払込まれている場合には不要である。公証人は、この書類の提出を受けて、発起人により申告された払込金額は、自己の役場に寄託された払込金の額または他の機関の発行した保管証明書に記載された金額と一致する旨を、その作成する公正証書の中で確認する（法85条，78条）。

法第86条〔現物出資・特別利益の評価の定款への記載〕

①定款には現物出資の評価を記載しなければならない。その評価は、出資検査役がその責任のもとに作成し、かつ定款に添付された報告書を調べて行なわなければならない。

②特別利益が約定されているときは、前項と同じ手続を履まなければならない。

[1967年7月12日法律第67—559号により本条第3項廃止]

Loi Art. 86.—Les statuts contiennent l'évaluation des apports en nature. Il y est procédé au vu d'un rapport annexé aux statuts et établi, sous sa responsabilité, par un commissaire aux apports.

Si des avantages particuliers sont stipulés, la même procédure est suivie.

令第73条〔出資検査役の報告書の閲覧および謄写〕

出資検査役の報告書は、株主となろうとする者が定款に署名する日の少なくとも3日前に、予定された本店所在地においてその閲覧に供しなければならない。株主となろうとする者は、またその報告書の写しの交付を求めることができる。

Déc. Art. 73.—Le rapport des commissaires aux apports est tenu, à l'adresse prévue du siège social, à la disposition des futurs actionnaires, qui peuvent en prendre copie, trois jours au moins avant la date de la signature des statuts.

〔解説〕

1. **現物出資** 非公募会社の設立にさいして現物出資が行なわれる場合、その現物出資の条件と態様に関して出資契約 (traité d'apport) が現物出資者その他の株式引受人との間で締結されることがある。この出資契約は既述の略式株式申込証に似た役割をもち、もし現物出資者が正当の理由なくして定款の署名を拒否した場合には損害賠償を請求することができる (Mercadal et al., p. 327)。

2. **出資検査役** 1人または数人の株式引受人の申請にもとづき、商事裁判所長は出資検査役を選任する (法84条, 80条, 令72条, 64条1項および2項)。出資検査役は、その任務として、自己の責任のもとに、現物出資の評価に関する報告書を作成し (法86条1項)、この報告書は株主となろうとする者が定款に署名する日の少なくとも3日前に予定された本店所在地においてこれを閲覧に供さなければならない (令73条)。なお、出資検査役はその職務を遂行するために専門家を選任してこの者による補佐をうけることができる (令72条, 64条3項)。以上は現物出資に関する調査・監督の手續であるが、特別利益が約定された場合においてもこれと同様の手續に服する (本条2項)。

3. **共有財産の現物出資による会社の設立** 旧法のもとにおいては、現物出資の目的物が共有財産であり、かつ会社とその共有者のみの間において設立される場合には、現物出資の検査に関する規定は適用がないものとされていた (1867年

株式会社の設立（非公募会社の設立）

法4条8項）。すでにのべたように、現物出資者はその評価の判定に関する総会の決議については議決権を行使することはできないが（1867年法4条5項）、この規定を共有者のみから成る会社の設立に適用することは困難であるという理由にもとづいていた。新法第86条も当初はその第3項において、《現物出資の審査に関する本条の規定は、会社が出資の共有者のみの間において設立されるときはこれを適用しない》と規定していた。しかし新法においては、非公募会社の設立の場合、従来の創立総会による審査の方式が株主による定款の署名という方式に変更されたものであり、さらに、非公募会社の設立においてもこの現物出資の検査手続を免除するのは、出資者をして過大評価を容易にし、会社債権者を害する危険があると指摘された（Hémard et al., p. 657）。1967年7月12日の法律により法第87条第3項の規定が廃止されたのはこのような理由による。

法第87条〔定款の署名〕

公正証書をもってする株式払込の申告後、かつ命令の定める条件および期限にしたがい前条に定める報告書を株主の間覧に供したのち、定款は、株主自身により、または特別の授權を証明する代理人によって署名されなければならない。

Loi Art. 87.—Les statuts sont signés par les actionnaires, soit en personne, soit par mandataire justifiant d'un pouvoir spécial, après la déclaration notariée de versements et après la mise à la disposition des actionnaires dans les conditions et délais déterminés par décret, du rapport prévu à l'article précédent.

令第74条〔設立中の会社の計算においてなされた行為と会社によるその承継〕

①設立中の会社の計算においてなされた行為の報告書は、各行為ごとに会社の負担に帰せられる債務を摘示して、前条に定める条件にしたがいこれを株主の間

覽に供しなければならない。

②前項の報告書は、これを定款に添付しなければならない。株主による定款の署名は、会社が商業登記簿に登録されたときは、会社による債務の承継を生じるものとする。

③前2項のほか、株主は、定款をもって、または別個の証書によって、1人または数人の株主に委任して、会社の計算において債務を負担させることができる。債務が確定し、かつその態様が委任によって明確にされることを条件として、商業登記簿に会社の設立登記がなされたときは、会社がその債務を承継するものとする。

Déc. Art. 74.—L'état des actes accomplis pour le compte de la société en formation, avec l'indication, pour chacun d'eux, de l'engagement qui en résulterait pour la société, est tenu à la disposition des actionnaires dans les conditions prévues à l'article précédent.

Cet état est annexé aux statuts, dont la signature emportera reprise des engagements par la société, lorsque celle-ci aura été immatriculée au registre du commerce.

En outre, les actionnaires peuvent, dans les statuts, ou par acte séparé, donner mandat à l'un ou plusieurs d'entre eux de prendre des engagements pour le compte de la société. Sous réserve qu'ils soient déterminés et que leurs modalités soient précisées par le mandat, l'immatriculation de la société au registre du commerce emportera reprise de ces engagements par ladite société.

〔解 説〕

1. 定款への署名の意義 非公募会社の設立手続において最も重要な段階を占めるのが定款の署名である。新法上、設立中の会社が完全な法人格を取得するのは商業登記簿にその設立の登記をなしたときからであるが（法5条1項）、会社契約（*contrat de société*）における実質的な意味での会社が設立されたものとみなされるのは、この定款の署名の日からである（*Mercadal et al.*, p. 111, 331）。

株式会社の設立（非公募会社の設立）

株主となろうとする者は、定款に署名することによって会社に参加する確定的な義務を負う。それまでは、たとえ株金を払込んだのちといえども、その決定を保留することができる。ある株式引受人が最終的に定款への署名を拒否したときは、他の署名者だけの間において会社は設立されたものと認めるべきであろう。もっともこの場合、公正証書による株式払込の申告を改めて行なわなければならないかどうか問題となるが、これを積極的に解するのは行きすぎで、立法者の望んだ設立手続の簡易化に反することとなる（Hémard et al., p. 676）。

さらに、株式引受人は、定款に署名をしていないかぎり、定款を変更することができる。変更しうる事項には制限なく、会社の目的、資本の額、本店所在地、存続期間、現物出資の評価額など定款の重要な記載事項のすべてにおよぶ。

2. 定款における署名の要件と方式 株主となろうとする者が定款に署名するに当り、事前につきの書面が定款に添付されなければならない。まず、現物出資が行なわれた場合には、これに関する出資検査役の報告書であり（法86条1項）、つきに設立中の会社の計算においてなされた行為の明細書である（令74条2項）。これらの書面は、予定された本店所在地において、定款に署名される少なくとも3日前に株式引受人の閲覧に供しなければならない（令73条、74条1項）。定款に署名するのは、原則として株主となろうとする者自身であるが、特別の授權を証明する代理人によっても署名することができる。

3. 設立中の会社の計算においてなされた行為 会社が設立登記により法人格を取得するまでは、設立中の会社の計算において行為をなした者は連帯して無限の責任を負わなければならない。ただし会社が適法に設立登記されたのち、その債務を承継したときはこの限りではないとされている（法5条2項）。そこで、設立中の会社のために行為をなした者のこのような不安定な地位を改善するために、1つは定款署名前になされた行為につき、他の1つは定款の署名後、設立登記前になされる行為につき2つの手続を定めている。

まず、設立中の会社の計算においてなされた行為の報告書が各行為ごとに会社の負担に帰せられる債務を摘示して、遅くとも定款に署名される日の3日前に株主の閲覧に供され、かつ定款に添付されることを条件として定款に署名がなされたと

第 88 条

きは、その行為より生じる債務は会社の設立登記がなされたときから自動的に会社に承継される（令74条1項，2項）。

第2の方法として、株主は、定款または別個の証書によって、1人または数人の株主に委任して、会社の計算において債務を負担させることができる。この場合、債務が確定し、かつその態様が委任によって明確にされることを条件として商業登記簿に会社の設立登記がなされたときは、会社がその債務を承継する（令74条3項）。これら命令の定める条件が遵守されないときは、設立登記後の会社による追認を待たなければならないであろう。

法第88条〔最初の取締役・監査役の選任〕

最初の取締役または監事会の最初の構成員および最初の会計監査役は定款をもってこれを指名しなければならない。

Loi Art. 88.—Les premiers administrateurs ou les premiers membres du conseil de surveillance et les premiers commissaires aux comptes sont désignés dans les statuts.

令第75条〔申告書の作成義務者〕

①会社法第6条第1項に定める申告書は、取締役会の最初の構成員または監事会および董事会の最初の構成員がこれを作成し、かつ署名しなければならない。

②前項の申告書には、会社の負担に帰せられる設立費用の額またはその概算額を記載しなければならない。

Déc. Art. 75.—La déclaration prévue à l'article 6, alinéa 1^{er}, de la loi sur les sociétés commerciales est établie et signée par les premiers membres du conseil d'administration ou, selon le cas, par les premiers membres du conseil de surveillance et du directoire.

株式会社の設立（非公募会社の設立）

Le montant, au moins approximatif, des dépenses incombant à la société, en raison de sa constitution, doit y être mentionné.

令第76条〔株式払込金の返還〕

すべての株式引受人は、株式払込金の寄託後6ヵ月以内に会社が設立されないときは、その払込金の返還を求めることができる。

Déc. Art. 76.—Tout souscripteur peut exiger la restitution du montant de la somme qu'il a versée, six mois après le dépôt de celle-ci, si à cette date, la société n'est pas constituée.

〔解説〕

1. 最初の取締役および監査役等の選任 公募会社の設立においてこれら会社の機関は創立総会において株式引受人により選任されるが、資金を公募しない会社の設立においては、その性質上、定款上の指名という方法をもって選任される。会社の業務執行機関として伝統的な取締役会の制度をとる会社は最初の取締役（premiers administrateurs）を、また新型の監事会および董事会の制度を採用する会社は監事会の最初の構成員（premiers membres du conseil de surveillance）をそれぞれ定款をもって指名することを要するが、これら指名された者の任期は3年を超えることができない（法90条1項、134条1項）。公募会社においては創立総会により選任されたこれら取締役等の就任の承諾は総会の議事録に記載されることが要求されているが（法79条2項）、非公募会社においてはこれら選任された者が行なう定款上の署名という事実から就任承諾の意思は当然に生じるものと解される（Hémard et al., p. 677）。

会社が業務執行機関としての取締役会または監事会のいずれの型を採用するかとは無関係に、監督機関としての会計監査役（commissaires aux comptes）はやはり定款において必ずこれを選任しなければならない。ところで、この指名された会計監査役がその就任を承諾しない以上、会社は設立されないものとみるべきであ

ろうか。公募会社についてこの旨を明らかに規定する命令第71条の規定は非公募会社においては準用されていない（令72条参照）。しかし公募会社の設立に関する規定は、ある範囲において株式会社設立の普通法であると解すべきであるから、やはり同様の結果を認めるべきであるとされている（Hémard et al., p. 677）。

最初の取締役または監事会の最初の構成員は、その選任後ただちに社長または副社長、あるいは董事会の構成員または単独董事を選任することができる（令72条、68条）。

2. 適合性の申告 会社法第6条第1項は会社の設立手続が法令に適合して実行されたことを確認する申告書（*déclaration de conformité*）を商事裁判所に提出すべきことを定め、これに反するときは設立登記の申請は受理されないと規定している。ところで非公募会社の設立の場合、だれがこの適合性の申告書を作成し署名すべきかが問題となった。公募会社の場合と異なり、発起人というカテゴリーは定義づけることが困難であるところから、当初の解決はすべての株主がこの申告書に署名することとした。しかし、株主が同じ都市に居住していない場合など、とくに負担が重いという欠陥を免かれず、また法第6条が申告書を提出すべき義務ある者として、発起人、会社の業務執行・管理・指揮および監査の各機関の最初の構成員と規定しているところからみて、すべての株主に署名を命じることは法第6条の規定から離れすぎて適当でないと考えられた。そこで命令第75条は申告書の作成義務者として、取締役会の最初の構成員または監事会および董事会の最初の構成員とした。

3. 株式払込金の返還 (1) 会社が成立した場合 公証人または銀行などに保管されている株式払込金は、会社の設立登記後でなければその払戻を受けることができない（法84条、83条）。この払戻は、会社の設立登記がなされたことを証する商事裁判所書記官の発行する証明書の提出にもとづいて行なわれる（令72条、70条）。

(2) 会社が成立しなかった場合 この場合にも公募会社の設立に関する法第83条の規定の適用があるが、同条は会社が成立しなかったものとみなされる6ヵ月の期間の起算点を商事裁判所書記局への定款案の提出の日としている。しかし非公

株式会社の設立（非公募会社の設立）

募会社の設立の場合においては、すでにのべたように定款案の提出という手続は存在しないので、命令第67条は、すべての株式引受人は株式払込金の寄託後6ヵ月以内に会社が設立されないときは、その払込金の返還を求めると規定している。つぎに、6ヵ月の起算点は上記のとおりであるとしても、会社はいつの時点から成立しなかったものとみなされるのか、この点については命令第71条のような規定（法79条2項の定める創立総会の手続終了）が設けられていないので問題となる。学説は、この基準となすべき日を実質的な会社成立の日である定款の署名の日と解している（Mercadal et al., p. 337; Hémard et al., p. 679）。

払込金の返還を受ける受任者をだれが選任するかについても公募会社の設立における命令第71条第2項に相当する規定がないが、同一の理由から本店所在地を管轄する商事裁判所の所長が即決審理をもって選任するものと解される。

《中村 真澄》