

設立

1 意義

(1) 意義

設立は、会社をゼロから法人格が認められる状態になるまでに立ち上げることを意味するが、いきなり上場会社を立ち上げるということは通常考えられない。そのため、上場会社法制を考える上では、設立に関する規定はそれほど重要性は高くない。

しかし、企業結合法制として考えた場合、合併などこれまでに述べてきたような企業におしの直接的な合従連衡だけではなく、2つ以上の上場会社の出資により新規に合弁企業を立ち上げるという方法で緩やかな形で企業提携が行われることはありうる。

もっとも、2つ以上の会社の提携に関し、既存事業の統合を行うのであれば、共同新設分割の方法で合弁企業を立ち上げるのが非常に便宜な方法となっている。そのため、合弁企業の立ち上げに関して、設立の規定の重要性は非常に低くはなっている。それでも、新規事業を立ち上げるための合弁企業の立ち上げがあれば、一から合弁会社を設立する方法も決してその重要性を失わない。

そこで、組織再編の一つとして、設立の問題を取り扱う。また、ここでは合弁で株式会社を立ち上げることを想定するので、もっぱら発起設立のみを取扱い、募集設立は扱わない。

(2) 制限

他の国内の会社の株式を所有することにより事業支配力が過度に集中することとなる会社は設立することができない（独占禁止法 9 I）。設立する合弁会社に、事業を同じくする複数の会社の株式を現物出資して規模の大きい合弁会社を設立する場合などに問題になる可能性があると思われる。

2 発起人

(1) 意義

発起人の会社法的定義は、定款に発起人として署名をした者である（26 I 参照）。この定義は、発起人としての責任を負う者の範囲を明確にするためになされた定義であるが、実質的意味での発起人は、設立企画者である。法人も発起人になれる。

したがって、合弁会社の設立を考えると、当時会社が発起人となるのが普通であろう。

(2) 権限

発起人の権限は、会社の設立に直接必要な会社法所定の行為がなしうることは当然である。その他にも、設立に必要な行為は行いけると解されており、設立事務所の賃借、その職員の雇用なども、発起人の権限と考えて差し支えないとされている¹。こうした発起人の権限は、理論的には設立中の会社の執行機関として行っているという見方ができる。

¹ ただし、設立費用を成立後の会社負担とするには、変態設立事項としての厳格な手続きが必要とされる（28④）。

開業準備行為をなしうるかが争われている。事業用の土地建物の取得、原材料の仕入れ、販売ルート確立等の事実行為などが該当する。後述する変態設立事項たる財産引受が開業準備行為に該当する機会が多いことから、変態設立事項の規制との関係で議論される。判例²は、開業準備行為は厳格な要件をクリアした財産引受のみ、発起人がなし得るという³。

(3) 発起人相互間の関係

発起人が二人以上いる場合、会社法に特別の規定がある場合(26、32など)を除き、設立事務の意思決定は多数決によることになる。

発起人の権限は、理論的には設立中の会社の執行機関としての位置づけが可能であるが、発起人相互間では、会社の設立を目的とした民法上の組合が成立していると理解されている。そのため、設立事務の意思決定が過半数で決定する法的根拠は、民法670ということになる。

3 定款の作成

会社設立の第一歩は発起人による定款の作成である(26 I)。発起人全員の同意で作成する必要があり、定款には発起人が署名、または記名押印する必要がある。

定款は通常書面で作成されるが、電磁的記録で作成することも可能である(26 II 前段)。この場合は発起人は電子署名をすることになる(26 II 後段)。

(1) 必要的記載事項

定款には、必ず次のことを記載しなければならない。

- i 目的
- ii 商号
- iii 本店の所在地
- iv 設立に際して出資される財産の価額又はその最低額
- v 発起人の氏名又は名称及び住所

上記の記載が欠けると、設立無効原因となる。

また、発行可能株式総数は、原始定款に記載する必要はないとされているが、その場合は会社成立の日までには定款変更によって発行可能株式総数の定めを設ける必要がある(37)。したがって、発行可能株式総数も、準必要的記載事項といえる。

(2) 変態設立事項

定款には相対的記載事項があり、詳しくは定款の項目で指摘してあるが、設立の際にの

² 最判昭和33・10・24民集12-14-3228。

³ この問題の実質は、開業準備行為として行った発起人の行為に基づく取引の相手方が、その費用を成立後の会社に請求できるか否かという問題に帰着する(前掲注2判例はこれを認めなかった。)。もっとも、一般的に開業準備行為を行うと解する学説も、成立後の会社が取引相手方に債務負担の責任を免れないことを言うにすぎないようで、開業準備費用が設立費用になることを認めるわけではないようなので、その説によっても、結局は、最終的な費用の負担者は発起人になる(会社から発起人に求償できる)という結論になるものと思われる。以上の結果、設立に必要な行為についても、開業準備行為も、最終的費用負担者という点で見ると、変態設立行為としての規制がすべてを規律している構造になっていると見て差し支えない。

み問題となる相対的記載事項として、変態設立事項（28）がある。これには、①現物出資⁴、②財産引受⁵、③発起人の報酬⁶、④設立費用⁷、の定めがある。これらは定款に定めないとその効力が生じない。これら変態設立事項は、会社財産を危うくする恐れがあるから厳格な手続きを経る必要があるためである。

変態設立事項について定款に記載した場合、後述する定款の公証人の認証（30 I）後、遅滞なく変態設立事項の調査をするため、原則として検査役の検査を受けなければならない。

検査役は、発起人が裁判所に選任を申し立てる（32 I）。申立てが不適法でない限り、裁判所は検査役を選任しなければならない（32 II）。検査役は、必要な調査を行い、当該調査の結果を記載し、又は記録した書面又は電磁的記録を裁判所に提供して報告をしなければならない（32 IV）。裁判所は、この報告について、その内容を明瞭にし、又はその根拠を確認するため必要があると認めるときは、検査役に対し、更に報告を求めることができる（32 V）。また、検査役は、裁判所への報告をしたときは、発起人に対しても報告書の写し又は電磁的記録を交付・提供しなければならない（32 VI）。

裁判所は、検査役から報告を受けた結果、変態設立事項を不当と認めたときは、これを変更する決定をしなければならない（32 VII）。その場合、発起人は変更決定確定後1週間以内に限り、株式引受の意思表示を取り消すことができ（32 VIII）、また、同じ期間内に発起人の全員の同意によって変更された変態設立事項を廃止する定款変更をすることもできる（32 IX）。

検査役を選任する必要がない場合が3つある。

1つは軽微な場合で、現物出資財産または財産引き受けにおける引受財産の価格が500万円を超えない場合である（32 X ①）。2つ目は会社財産が危険になる恐れがない場合で、現物出資財産または引受財産が市場価格ある有価証券の場合で、定款認証の日の当該市場価格の終値または公開買付価格を超えない場合である（32 X ③）。3つ目は、検査役に代わる者が相当であることを証明した場合で、現物出資財産または引受財産について、弁護士、弁護士法人、公認会計士、監査法人、税理士又は税理士法人がこれを証明した場合である（32 X ③）。ただし、不動産については、不動産鑑定士による鑑定も必要である（32 X ③括弧書）。ただし、当該証明をする者が、発起人、財産引受の譲渡人、設立時取締役・設立時監査役となるものである場合、法人の場合はその社員の過半数がこれらのものである場合、及び業務停止中の場合は、証明をすることができない（32 XI）。

（3）任意的記載事項

⁴ 金銭以外の財産を出資する者の氏名又は名称、当該財産及びその価額並びにその者に対して割り当てる設立時発行株式の数を定款に定める。合弁会社の設立においては、必要な設備等は現物出資の形で拠出されることも十分に想定される。

⁵ 株式会社の成立後に譲り受けることを約した財産及びその価額並びにその譲渡人の氏名又は名称を定款に定める。

⁶ 株式会社の成立により発起人が受ける報酬その他の特別の利益及びその発起人の氏名又は名称を定款に定める。

⁷ 株式会社の負担する設立に関する費用を定款に定める。ただし、定款の認証手数料、定款にかかる印紙税、払込取扱銀行の手数料・報酬、検査役の報酬、設立登記の登録免許税は、定款に定めなくてもよい（28④括弧書、規則5）。

定款には、絶対的記載事項、相対的記載事項のほかにも、さまざまな事項が記載されるのが普通で、これらを任意的記載事項という(29)。任意的記載事項は定款に記載しなくても別段の方法で決定すればそれで効力が生じるが、定款に記載することにより、定款変更の方法によらなければ変更ができないという効果が生じる点に意味がある。

(4) 認証

定款を作成したら、公証人の認証を受けなければならない、認証がなければ効力が生じない(30 I)。認証を受けた定款は、基本的に会社成立まで変更することはできず、変更できるのは、変態設立事項を不当とされた場合、及び発行可能株式総数の項目を追加または変更する場合だけである(30 II)。

(5) 備置き

定款は、会社成立までは発起人が定めた場所に備え置かなければならない(31 I)。また、発起人は必要な費用を支払って定款の閲覧、謄本・抄本の交付を請求することができる⁸(31 II)。なお、会社成立後は定款は会社の本店及び支店に備え置き、株主・債権者が閲覧、謄本・抄本の交付を請求できるようになる。

4 出資

定款が有効に作成されると、株式の発行事項を決めてその引受人が出資を履行することになる。

(1) 株式の発行事項の決定

株式の発行事項は、発起人の全員の同意で決定する必要があり(32 I)、次のことを決める。

- i 発起人が割当てを受ける設立時発行株式の数(32 I ①)
- ii 払込金額(32 I ②)
- iii 資本金、準備金に関する事項(32 I ③)

以上の事柄は、原始定款に定めることも可能である(32 I 括弧書)。

発起設立の場合は、設立時発行株式は発起人がすべて引き受けることになり(25 I ①)、また、各発起人は最低一株は引き受けなければならない(25 II)。なお、株式引受の意思表示には、意思表示の欠缺・瑕疵に関し、会社法上特別の規律がある。すなわち、株式引受の意思表示が心裡留保・虚偽表示の場合でも、常に有効と扱われ(51 I)、また、会社成立後は、錯誤無効の主張、詐欺・強迫を理由とする取消の主張もできなくなる(51 II)。

資本金の額は、原則として払込金額全額が資本金の額となるが(445 I)、払込金額のうち2分の1を超えない範囲で資本金に計上しないことができ(445 II)、資本金に計上しなかった額は資本準備金に計上しなければならない(445 III)。

設立する会社が種類株式発行会社である場合、発行する種類株式の内容は発起人全員の同意を得て定める(32 II)。

⁸ 会社成立後は、会社の本店及び支店に備え置き、株主・債権者が閲覧、謄本・抄本の交付を請求できるようになる。

(2) 出資の履行

株式発行事項が決定すると、株式を引き受けた発起人（株式引受人）は、引き受け後遅滞なく払込価格に相当する金銭を払込み、または現物出資の場合は財産を給付しなければならない（34 I 本文）。

金銭の払込みは、発起人が定めた払込取扱機関⁹において払い込まなければならない（34 II）¹⁰。

現物出資をする場合、条文上は登記・登録等の権利の設定・移転等の第三者対抗要件は、発起人の全員の同意があれば会社成立後に行うことで足りるとされている（34 I 但書）。しかし、不動産の登記などは、設立中の会社のように権利能力のない者への移転登記は不可能なので、事実上、対抗要件は会社成立後に行うしかない。

(3) 打ち切り発行

発起人が予定通りに出資をしない場合、一定の時期を待つて当然に打ち切ってしまうことになる。

すなわち、発起人のうち出資の履行をしていないものがある場合には、発起人は、当該出資の履行をしていない発起人に対して、2週間以上の期日を定め、その期日までに当該出資の履行をしなければならない旨を通知しなければならない（36 I、II）、その期日までに当該出資の履行をしない場合、株主となる権利を失うことになる（36 III）。

そのため、もし、ある発起人は全く出資を履行しないまま打ち切られると、当該発起人は一株も引き受けなかったことになってしまう。これは、25条2項に反することとなってしまい、設立無効原因になると解されているようである。

(4) 株式引受人たる地位の譲渡の禁止

株式引受人たる地位の譲渡は、成立後の株式会社に対抗することができない（35）。絶対的に無効であり、会社側からもその有効性を任意認めることはできないと解されている。

5 設立時役員等の選任等

出資の履行が完了すると、設立時役員等¹¹を選任する（38 I、II）。設立する会社をどのような機関設計にするかに応じて、会社成立後であれば株主総会で選任すべき役員を設立時役員として選任することになる。そのため、取締役会設置会社であれば、設立時取締役は3人以上選任する必要がある（39 I）、監査役会設置会社であれば設立時監査役も3人以上選任する必要がある（39 II）。当然、取締役や監査役の欠格事由等に該当する場合は設立時役員に選任することはできない（39 III）。

選任方法は、発起人の議決権の過半数で決する（40 I）。発起設立の場合は会議体を構成して審議し決議するという手順を踏む必要はないが、1 設立時株式 1 議決権¹²である（40

⁹ 払込取扱期間となれるのは、銀行等の金融機関だけである（34 II 括弧書）。

¹⁰ なお、発起設立の場合は、現行会社法になってから払込取扱期間の保管証明は必要なくなった。

¹¹ 設立時取締役、設立時会計参与、設立時監査役、設立時会計監査人をいう（39 III）。

¹² 定款で単元株式数を定めていれば、当然1単元1議決権となる（40 II 但書）。

II 本文) ことなど、選任の要件は株主総会で役員を選任する場合と同様に考えることができる¹³。

定款で設立時役員を定めることもでき、その場合は出資の履行が完了と同時に選任されたものとみなされる (38Ⅲ)。

設立時役員は、会社成立までは、解任することができる (42)。解任の要件も株主総会で役員を解任する場合に準じて考えることができ、設立時取締役の解任であれば発起人の議決権の過半数、設立時監査役の解任であれば3分の2以上の多数で解任できる (43 I)。議決権は選任の場合と同様である (43 II) ¹⁴。

取締役会設置会社であれば、設立時代表取締役、委員会設置会社であれば設立時委員、設立時執行役も選任 (選定) し、また解任 (解職) する (47、48)。いずれも設立時取締役の過半数で選解任する (47Ⅲ、48Ⅲ)。要は、取締役会を構成する必要はないものの、会社成立後の選任 (選定)、解任 (解職) に準じると考えればよい。

6 設立事項の調査

設立時取締役、設立時監査役は、選任されると、次の事項を調査しなければならない (46 I)。

- i 検査役選任が必要とされない、軽微または有価証券による現物出資、財産引受の価格の相当性 (46 I ①)
- ii 現物出資、財産引受の弁護士等の証明がされた場合の当該証明の相当性 (46 I ②)
- iii 出資の履行が完了していること (46 I ③)
- iv 設立手続きの法令・定款の順守 (46 I ④)

調査によって、不当な事項、法令・定款違反がある場合は、発起人にその旨を通知する (46 II)。以上に加え、委員会設置会社を設立する場合は、調査を終了したときはその旨を、不当事項、法令・定款違反事項を発起人に通知をしたときはその旨及びその内容を、設立時代表執行役にも通知しなければならない (46 III)。

発起人が上記の通知を受けた場合、発起人は不当事項、法令・定款違反事項がなくなるように善処するか、設立をやめるかすることになる。

7 会社の成立

(1) 基本

以上により会社設立の実態が整うと、本店所在地で設立の登記をして会社が成立し、法人格を取得する (49)。この登記は、会社の成立要件である。

会社が成立すると、発起人は出資を履行した範囲内で株主となる (50 I)。

(2) 付随的効果

¹³ 役員を選任に影響がある種類株式を発行する場合につき、40条3項、41条、45条。

¹⁴ 役員解任に影響のある種類株式を発行する場合につき、43条3項、44条、45条。

株式引受の意思表示が錯誤や、詐欺・強迫に基づくものであっても、無効や取消の主張ができなくなる（51）。

株式引受人たる地位は譲渡できないが、会社成立により株主となるので、譲渡の制限は解除される¹⁵。

（3）設立中の会社との関係

設立の登記によりはじめて会社は法人格を取得するが、それまでは全くの無なのかというところ、そうではない。設立中の会社も、会社の成立を目的として存在する権利能力なき社団であり、設立後の会社との同一性を認めることができるといわれる¹⁶。したがって、発起人はこの権利能力なき社団の執行機関という理屈になる。

この設立中の会社の理論から、変態設立事項で定めた設立費用や財産引受による債務を会社が引き継ぐことが理論的に説明される。

（4）会社成立後の規制

冒頭で述べたように、他の国内の会社の株式を所有することにより事業支配力が過度に集中することとなる会社は設立できない（独占禁止法 9 I）。また、設立後に他の国内の会社の株式を取得し、または所有することにより国内において事業支配力が過度に集中することとなることも認められていない（独占禁止法 9 II）。これら規制に抵触する場合は、公正取引委員会は、支配株式の全部または一部の処分その他の排除措置を命じることができることとなっている（独占禁止法 17 の 2 II）。

このような事業支配力の排除を実効的にするため、設立した会社及びその子会社の総資産の合計額が 2 兆円を超える場合、会社設立後 30 日以内に、設立した会社及びその子会社の事業に関する報告書を公正取引委員会に届出なければならない（独占禁止法 9 VII、IV③）。この届出義務は、設立した会社の子会社の株式の取得価格が設立会社の総資産の 50 パーセントを超える場合（独占禁止法上の「持株会社」とされる）は、総資産の合計額が 6000 億円を超えていれば発生する（独占禁止法 9 VII、IV①）¹⁷。

そして、資産総額が上記規模を超える限り、その後も毎事業年度終了後 3 カ月以内に同様の届出義務が生じることになる（独占禁止法 9 IV）。

ただし、設立した会社型の会社の子会社であれば設立会社に届け出義務は生じない（独占禁止法 9 VII、IV但書）。その場合は親会社に届出義務が生じるはずだからである。そのため、設立する合弁会社が発行する株式の議決権の 50 パーセント超を一つの発起人会社が取

¹⁵ ただし、設立した会社が株券発行会社の場合は、株券を発行するまでは株式の譲渡を会社に対抗できない（128 II）。そのため、株券発行会社では会社成立後遅滞なく株券を発行する必要がある（215 I）。

¹⁶ ただし、まったくの私見であるが、個人的には設立中の会社を権利能力なき社団と考える理論は、あまりにも擬制的に過ぎるような気がしてならない。例えば、定款を作成し始めた段階の設立中の会社に、権利能力なき社団としての実質があるのだろうか。要するに、会社の設立行為は、段階を追って徐々に会社としての実態を備えていくのであり、最後に設立登記で法人格を取得する。その過程は、まさに自然人が生まれてくる過程とそっくりなのであり、設立中の会社はいわば胎児なのである。そして、民法が胎児に一定の権利能力を認めている（民 721、民 886 I など）のと同様、変態設立事項で規定した事項については、胎児たる設立中の会社に権利能力が認められ、設立登記により生まれた会社がその費用を負担することになると説明すれば十分ではないかと思う。

¹⁷ 設立する会社が銀行、保険会社、第一種金融商品取引業者の場合に届け出義務が発生する資産総額は 8 兆円とされる（独占禁止法 9 VII、IV②）。

得することになる場合は、この届出義務は生じないことになる。

8 設立手続きの瑕疵

設立手続中に法的な問題があった場合、これを法律行為の一般原則どおりに当然に設立の無効を導いてしまうと、設立行為が完了したという前提で会社を当事者とする様々な取引が行われた後であっても、誰でもがいつでも無効を主張しようということになってしまいかねない。しかし、これはすでに行われた会社の法律行為がすべて無効となってしまうことにもなりかねず、著しく法的安定性が害される。

そこで、会社法は設立の無効を訴訟によってのみ争うことができることにし、争うことのできる当事者、無効事由、争いうる時期等に制限を設けている。また、株式の引き受け行為の意思表示の瑕疵についても、一定の範囲でその主張を制限させている。

(1) 引受行為の瑕疵等の主張の制限

設立時の株式引受行為について、まず、心裡留保や虚偽表示による株式引き受け行為は、常に有効とされる(51 I)。また、錯誤無効、詐欺・強迫取消は、会社成立後はその主張ができなくなる(51 II)。これらのことによって、安定的に設立時に発行する株式が発行できるようにしている。

ただし、これら以外の事由による意思表示の無効、取消原因については何ら制限されない¹⁸。

(2) 設立の無効

(ア) 意義

設立手続きに違法な点があった場合に、もし当然に会社の設立が無効だとして何時でも誰でもが設立の無効を争えんとすると、法的安定性が著しく害される。

そこで、組織再編に無効訴訟が用意されているのと同様、一定の者のみ、一定の時期までに、訴えによってのみ設立の無効を争うことを可能とし、設立無効訴訟で設立が無効とされない限り、設立手続きに違法な点があったとしても、結果的に有効に会社が設立したものとされる。

(イ) 無効原因

無効原因については、法律上何も規定はないので、解釈によらざるを得ないが、重大な瑕疵に限られていると解されており、例えば、定款の絶対的記載事項の欠如、定款の認証がない場合、株式発行事項について発起人全員の同意がない場合などがこれに該当するといわれる。発起人が一株も引き受けなかった場合も無効原因になると思われる。設立に際して出資される財産の価格又はその最低限が現実に出資されなかった場合(見せ金等の場合)も無効原因になるというのが一般的な考え方のようなのであるが、会社設立後に出資の瑕

¹⁸ 現物出資行為を詐害行為として取消することもできるというのが古い判例とされる。これを敷衍すれば、現物出資に限らず、普通の金銭出資も詐害行為取消の対象となりうるであろう。ただし、詐害行為取消権の相対効との関係もあり、引受行為そのものは存在するものとして扱わざるを得ないので、結局、詐害行為として出資行為が取り消された場合は、株式引受人が出資をしなかった場面として処理されざるを得ないであろう。

疵が治癒されれば無効原因は消滅するという考え方も有力である。

(ウ) 提訴の要件

i 当事者

提訴権者は、株主、取締役、監査役、執行役、清算人¹⁹である。被告は、設立会社である(834①)。

ii 提訴期間

提訴できる期間は、会社成立後2年以内である(828 I ①)。

(エ) 設立無効判決の効果

設立無効判決は、その効果は遡及せず、将来に向かって清算手続き²⁰が行われる(475 II)。

(オ) その他

設立無効訴訟の手続等は、他の会社関係訴訟と共通するので、別途訴訟の項目で説明する。

9 発起人、設立時役員等の責任

(1) 財産価額填補責任(不足額填補責任)

設立時に会社に現物出資された財産や財産引受で会社が取得した財産の価額が、変態設立事項として定款に記載された価額に著しく不足する場合、発起人および設立時取締役は、会社に対して当該不足額を連帯して支払う義務を負う(52 I)。現行会社法制定前までは資本充実責任と呼ばれた責任の一つであり、設立時の会社の財産が資本金の額及び資本準備金の額の合計額に満たない状態になるのを防ぐ意味がある。

ただし、現に現物出資をした発起人及び財産引受に応じて当該財産を譲渡した発起人を除き²¹、現物出資・財産引受について検査役の検査を受けた場合及び発起人、設立時取締役が職務を行うにつき注意を怠らないことを証明した場合は、責任を負わない(52 II)。発起人や設立時取締役の責任が酷になりすぎないようにする趣旨である²²。

また、現物出資や財産引受について証明をした者がいた場合、その証明者が責任を負うことも考えられるが、その場合は、当該証明者とともに連帯して責任を負う(52 III)。

発起人、設立時取締役の財産価額店舗責任は株主代表訴訟(847)の対象になる。

(2) 任務懈怠責任

発起人、設立時取締役、設立時監査役は、会社の設立において、その任務を怠った場合、

¹⁹ 後述するように、会社無効判決の効果は、解散に準じた効果となるので、既に解散し清算手続きに入っている清算会社の役員である清算人が提訴権者とされるのは奇異な印象も受けるが、通常の生産会社は継続の手続きを取ることも可能であることから(473)、清算会社も設立無効の訴えの利益があるとされる。

²⁰ 清算手続きは、上場会社法制としては解説の必要性が低いので、解説しない。

²¹ もっとも、現物出資財産、財産引き受けにおける譲渡財産の価額が不足する場合の現物出資をした発起人、財産引受で財産譲渡した発起人の責任の法的性質をよく考えると、それは債務不履行責任(民415)あるいは瑕疵担保責任(民570)ではないかと思われ、52条の発起人の責任とは別の責任のはずである。それでも、現物出資者、財産譲渡者の発起人の責任を免責の対象から除いたのは、財産に瑕疵がなくても定款記載の価額より不足する場合がありますと前提としているのであろうか。

²² 現行会社法制定前は、資本充実責任は基本的に無過失責任とされていた。

これによって生じた会社の損害を賠償する責任を負う（53Ⅰ）。設立後の役員等の任務懈怠責任（423）と同様の責任である。

この任務懈怠責任も株主代表訴訟の対象になる。

（3）第三者に対する責任

発起人、設立時取締役、設立時監査役は、その職務を行うにつき悪意・重過失があるときは、これによって第三者に対して生じた損害を賠償する責任を負う（53Ⅱ）。設立後の役員等の第三者に対する責任（429）と同様の責任である。

（4）その他

上記（1）から（3）の責任は、その責任を負う者が複数いるときは、連帯債務者とされる（54）。ここでいう連帯債務の内容は、いわゆる民法の連帯債務の規定が当然に適用される真正連帯債務ではなく、不真正連帯債務²³と解するのが有力である。

発起人、設立時役員²⁴の財産価額店舗責任及び任務懈怠責任は、設立後の総株主の同意がないと、その責任を免除できない（55）。その趣旨は、役員等の任務懈怠責任の免除に関する規定（424）と同様である。

10 会社の不成立

設立手続が何らかの理由で設立登記前に頓挫してしまう場合を、会社の不成立といい、手続き上の瑕疵はあるものの一応設立登記がなされた場合と異なる。設立登記まで行かなかった場合は、会社として成立しない。

この場合は、発起人の設立手続きに何らかの問題があったことが想定されるので、発起人は会社の設立に関してした行為について賠償責任を負う（56 前段）。また、設立費用を会社負担とする定款の記載があったとしても、設立費用はすべて発起人が負担する義務を負う（56 後段）。

²³ 民法 432 条以下の規定、特に弁済又はこれに相当する場合以外の連帯債務の絶対効の規定の適用がないとされる性質のものを、不真正連帯債務と呼んでいる。