商法予備令７－１６　肢オ

第１．肢の結論

誤っている

第２．定款に記載又は記録をしないでされた財産引受を株主総会の決議で追認できるか。

１．問題の所在

財産引受は定款に記載しないといけない（２８条２号)。本件の場合，記載がない以上，財産引受は，無効である。もっとも，効力が発生しないと，成立後の会社の活動に支障が出る。そこで，株主総会の決議で追認できるか問題となる。

２．結論および理由

（１）結論

会社は，株主総会の決議で追認して，財産引受を遡って有効にすることはできない。

よって，有効にできるとする肢は誤っている。

（２）理由

確かに，会社成立前であれば，財産引受について定款の定めが必要である。一方で，成立後であれば，株主総会の特別決議があれば，いわゆる事後設立として，有効に手続が取れる（４６７条５号，３０９条２項１１号)。

財産引受と事後設立は，設立の前後で，重要な財産に契約を行ったかの違いにすぎず，効果が発生すれば，会社にとって結果は変わらない。

そこで，財産引受に記載がなくても，会社の利益のため，必要に応じて，事後設立と同様の手続を踏めれば，効力を遡って有効にできるとも思える。

しかし，不都合である。

仮に遡って有効になると，定款に記載をしなくても，会社に不利益が生じなくなってしまう。その結果，２８条２号が守られなくなってしまい問題である。したがって，遡って有効とすることができないとする必要がある。

２８条２号で，定款の定めを要した趣旨は，設立時において，資本充実の原則を図って，債権者（利害関係人）などを保護するものである。

そして，債権者の利益は，株主総会の手続で，処分できない。よって，本件のように株主総会の決議で追認しても，定款の記載がないという瑕疵は，治癒できないと解するのが相当だからである。その結果，遡って有効ならない。

以上