

夏の論文対策セミナー③

---

インプット不足という現実に向き合おう

**この夏にインプット不足を克服する方法**

---

辰巳専任講師・弁護士 貞永 憲佑 先生

---

**辰巳法律研究所**

TOKYO・YOKOHAMA・OSAKA・KYOTO・NAGOYA・FUKUOKA

# — 目 次 —

## 素材：平成27年司法試験論文本試験民事系科目第2問（商法）

・問題文.....	1
・本問の分析（作成：辰巳法律研究所）.....	6
・講師作成オリジナルレジュメ.....	10
・受験生再現答案.....	13
・平成26年司法試験の採点実感等に関する意見（民事系科目第2問）.....	25

## 【本問の分析（作成：辰巳法律研究所）】

### 1 はじめに

今年の民事系科目第2問（商法）は、平成26年会社法改正に関連する論点を避けようとしたからではないかと思われませんが、競業取引、事業譲渡、新株予約権の行使条件を変更する取締役会決議の有効性、行使条件違反が無効事由となるかなど、旧司法試験以来の会社法の著名な論点及び近時の重要判例を素材とした出題がされました。全体の難易度としては、昨年よりは若干易しめ（昨年が難しすぎたからです。）でしょう。

問題文は、5頁（実質4頁）で5頁目に【資料①】【資料②】が掲載されています。また、設問は1から3で構成され、配点の割合は、4：4：2と問題文冒頭に記載されています。

なお、2015スタンダード論文答練（第1クール）民事系2第2問の「競業取引規制」「事業譲渡該当性」「株主総会決議を欠く事業譲渡移転の効力」、同（第2クール）民事系3第2問の「新株予約権の行使条件を変更する取締役会決議の有効性」「行使条件違反が無効事由となるか」（本試験問題と同様に最判平24. 4. 24（民集66-6-2908, 平成24年度重判・商法1事件）を素材としました。）が、今年の本試験においてズバリの中致しました。2015スタンダード論文答練を受講していれば、本試験の主要論点をほぼ網羅できたこととなります。

また、競業取引は、審査委員である北村雅史教授の関心が高いことから（同『取締役の競業禁止義務』（有斐閣、2000）、同「競業取引・利益相反取引と取締役の任務懈怠責任」、川濱昇ほか編『森本滋先生還暦記念 企業法の課題と展望』（商事法務、2009）P.193～249 参照。）、出題可能性が高いと予想されていた論点です。

### 2 本問の分析

#### 〔設問1〕

1 Bの甲社に対する会社法上の損害賠償責任としては、取締役の会社に対する任務懈怠責任（会社法423条1項）が考えられます。

2(1) 本問では、甲社は首都圏において乳製品及び洋菓子の製造販売業を営んでいるところ、甲社の取締役であるBが、関西地方において洋菓子の製造販売業を営む乙社の発行済株式の90%を取得した上で、乙社の顧問に就任し、連日、乙社の洋菓子事業の陣頭指揮を執ったことが競業取引（会社法356条1項1号）に当たるかが問題となります。そのため、競業取引の解釈と本問におけるあてはめをします。

その際のポイントは、以下のとおりです。

第1に、乙社が洋菓子の製造販売事業を営んでいる関西地方において甲社はまだ進出していないものの、同地方への進出を企図して専門業者に市場調査を委託し、開業準備には着手していましたから、現実の競業がなくても、乙社が甲社の「事業の部類に属する取引」を行っていることになるのが問題となります。判例・通説は、これを肯定しています。

第2に、Bは、甲社と競業関係にある乙社において監査役を辞任した後、顧問に就任した上で、乙社の洋菓子事業の陣頭指揮を執ったとあり、平成22年4月以後、月100万円の顧問料を受けていたとあります。また、Bは乙社の発行済株式総数の90%を取得しています。これを会社法356条1項1号との関係でどのように評価するかも、ポイント

となります。例えば、乙社の顧問であるBが同社の取締役にも就任しているのかどうかは判然としませんが、取締役ではないとしても、乙社を介して行う競業取引について陣頭指揮を執ったとされていますから、Bを乙社の事実上の主宰者ないし事実上の取締役とみて、東京地判昭56. 3. 26（判時1015-27）の示した判断枠組みを当てはめ、Bが第三者である乙社のために甲社の事業の部類に属する取引を行ったと認定することもできます。または、Bが乙社の90%の株式を保有する点を勘案し、Bが自己の計算で競業取引を行っている（行わせている）ものとみて、競業取引を行っているとする 것도できそうです。

(2) このように、乙社による関西地方での洋菓子製造販売事業がBについて競業取引にあたるものとしますと、Bは甲社の取締役会において重要な事実を開示し、承認を得る必要があります（会社法356条1項柱書、365条1項）。本問において、これらの有無を認定する必要があります。事実5では、Bが、AとCに対し、乙社の発行済株式総数の90%を取得し同社の事業に携わる旨を述べ、AとCがこれに異議を唱えなかったとされていますので、この点をどのように評価するかがポイントとなります。

(3) 重要な事実の開示と取締役会の承認が認められなければ、会社法423条2項により取締役が得た利益の額を会社の損害額とする推定が働きますから、会社法423条の「利益の額」を解釈して、あてはめることとなります（名古屋高判平20. 4. 17（金判1325-47））。その際には、本問の競業取引をBが「自己のために」行ったと捉えるのか、又は「第三者のために」行ったと解するかによって甲社の損害と推定される利益の認定のあり方に違いが出ますから、注意が必要です。

このほか、事実8で、甲社は、乙社による競業とチョコレートの販路拡大に成功したことを知り、関西地方進出を断念していますから、関西地方進出のために要した市場調査費用の負担が無駄になっています。それゆえ、これをBの任務懈怠と相当因果関係のある甲社の損害と認めることが考えられます。そのような取扱いをするのであれば、会社法423条2項の損害推定との関係が問題となります。

3 乙社は、Bの紹介によりQ商標を日本において独占的に使用する権利の設定を受けています。この点につき、甲社の事業のために必要な取引の機会を奪うものとしてBに忠実義務違反が認められるかを論じることができると思われます。

4 Bは、甲社から従業員Eを引き抜き乙社に転職させたことにより、甲社が売上げを失うという損害が生じています。この点につき、Bの忠実義務違反が認められ、Bの任務懈怠責任（会社法423条1項）を問うこともできるでしょう（東京高判平元. 10. 26（金判835-23））。

## 〔設問2〕

1 甲社の第1取引及び第2取引は、それぞれ独立した取引として捉えますと、「重要な財産の処分」（会社法362条4項1号）に当たり、取締役会の承認があれば適法であるように思われます。

2(1) しかし、甲社は、洋菓子事業部門の売却の手段として、第1取引及び第2取引をわずか10日間の間隔で行っていますから、両取引を一体と見て、洋菓子事業部門の売却は、「事業の重要な一部の譲渡」（会社法467条1項2号）に当たり、株主総会の特別決議（会社法309条2項11号）が必要になるのではないかが問題となります。

- (2) まず、事業譲渡を解釈して当てはめます（最大判昭40. 9. 22（民集19-6-1600））。本問では、甲社の競業が禁止されない旨の特約が明記されていること、及び、従業員及び取引先が丙社にそのまま引き継がれるのではなく、甲社との関係を一旦終了させた上で新たな関係を築くことをどのように評価するかがポイントになります。
- (3) 次に、「重要な一部」の解釈と資料①及び②を使用した当てはめをします。会社法467条1項2号のあてはめに際しては、数値基準の充足を確認した上で、売上げの低迷している洋菓子事業部門の売却が甲社の「事業の重要な一部の譲渡」に当たるかどうかを論じることが必要です。
- 3 「事業の重要な一部の譲渡」に当たるとしますと、株主総会決議を欠く場合の事業譲渡の効力を論じることになります（最判昭61. 9. 11（判時1215-125））。

### 〔設問3〕

- 1 甲社株式の発行（新株発行）に無効事由（会社法828条1項2号等）が認められるかを検討します。具体的には、非公開会社において募集新株予約権の募集事項の決定は株主総会の決議事項ですから（会社法238条2項）、株主総会の決議に従った新株発行がなされているかを検討することになります。
- 2 まず、株主総会決議で募集新株予約権のその他の行使条件を取締役に一任することができるかが問題となります。募集事項の決定の委任を認める規定があること（会社法239条1項）、及び、適切な行使条件を認める実際の必要性があることから、肯定することになるでしょう。
- 3 次に、取締役に一任することができるとして、一旦取締役会で定めた上記行使条件（本問における「上場条件」です。）を、後の取締役会で変更できるかが問題となります。
- 株主総会における取締役に一任する決議に、いったん定められた行使条件を新株予約権の発行後に変更することまで取締役に委任する趣旨までは含まれないと考えることができます。
- 4 取締役会で上場条件を変更できないとしますと、上場条件が廃止されたものとしてされた新株予約権の行使は、当初定められた行使条件に反するものとなります。そして、非公開会社における行使条件に反した新株予約権の行使による株式発行は、これにより既存株主の持株比率がその意思に反して影響を受ける点において、株主総会の特別決議を経ないまま株主割当て以外の方法による募集株式の発行がされた場合と異ならないと考えられます。この点について、非公開会社における募集株式の発行についての募集事項の決定は、株主総会の特別決議によって決定することを要します（会社法309条2項5号、199条2項）ので、非公開会社では、既存株主の持株比率の維持の利益を重視しているといえます。そうすると、株主総会特別決議を欠く新株発行は、重大な法令違反があり無効原因があると考えられますので、上場条件に反する新株予約権の行使による株式発行にも無効原因があると考えられます（最判平24. 4. 24（民集66-6-2908））。

【参考判例】

- ・名古屋高判平 20. 4. 17 (金判 1325-47)
- ・東京高判平元. 10. 26 (金判 835-23)
- ・最大判昭 40. 9. 22 (民集 19-6-1600)  
【裁判所HP 裁判例情報】 [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail2?id=53752](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=53752)
- ・最判昭 61. 9. 11 (判時 1215-125)  
【裁判所HP 裁判例情報】 [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail2?id=62867](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=62867)
- ・最判平 24. 4. 24 (民集 66-6-2908)  
【裁判所HP 裁判例情報】 [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail2?id=82215](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=82215)

## <講師作成オリジナルレジュメ>

### 第1 問題の所在

- ・乙社の洋菓子事業において陣頭指揮をとった行為
- ・工場長の引き抜き行為

### 第2 陣頭指揮について

#### 1 「自己または第三者のため」

356条1項1号が取締役の競業を株主総会等の承認にかからしめたのは、取締役は会社の事業機密にも通じており、競業を自由に認めるとその地位を利用して取引先を奪う等、会社の利益を害する危険が高いからである。そうすると、「自己または第三者のため」の解釈についても、自己または第三者の計算においてする取引全般を含むと広く解するべきである。そして、それはすなわち自己または第三者が損益の帰属主体となる取引をいう。

※取締役が競業会社の代表取締役に就任しなくても、競業会社の株式を多数保有し、事実上の主宰者として経営を支配していた場合も、経済的利益が最終的にその者に帰属するから、損益の帰属主体となっているといえ、「自己」のための取引といえるとした。

#### 2 「会社の事業の部類に属する取引」

356条1項1号の会社の利益を害する危険がある取引を株主総会等の承認にかからしめるという趣旨からすると、単に現在の利益を奪うだけでなく、将来も含めた利益を奪う可能性がある取引をすべて含むべきである。したがって、「会社の事業の部類に属する取引」とは、会社と取引先が競合し、会社と取締役との間に利益衝突を生ずるおそれがある取引であると解する。

そして、同条項が禁止するのは「取引」である以上、競業会社の取締役または代表取締役に就任すること自体は禁止されず、同人が競業会社を代表して取引したときに違反となる。

※卸売業と小売業のように取引関係が異なる場合は事業の部類を異にする。

※そして、「会社の事業」とは、会社が現実に営んでいる事業の他、すでに開業の準備に着手している事業及び過去に営んでいて一時的に停止している事業のみならず、会社の新規進出が相当に確実な事業も含む。

※会社の営業区域と取締役の競業取引区域が異なる場合も競業しないとする。しかし、区域が異なっても、会社はその区域への進出を企画し、準備をしていた場合は、将来において取引先が競合し、会社の事業発展の可能性を封ずるおそれがあるので、競業取引に含まれる。

※株主総会または取締役会(365条1項)の承認を受けても損害が生じれば任務懈怠となり、その取引によって得た利益額が会社の損害額と推定される(423条2項)。

※競業準備行為に過ぎない場合でも、引き抜き行為等が別途忠実義務違反に該当する可能性がある。

#### 3 会社の承認の有無

- ・他の論証の趣旨から考えれば、誰の承認を得るべきかは明白
- ・競業避止を禁止したのは誰のためか？会社は誰のものか？
- ・株主全員の合意があれば承認を不要とした判例(SCS49・9・26)

#### 4 4 2 3 条責任の有無

##### 事実上の取締役

429 条は「役員等」と規定し、実際に役員等に就任していない者にこれを適用していない。しかし、同条の責任は、会社は取締役の職務執行に依存することに鑑み、取締役の任務懈怠行為によって損害を受けた第三者保護の立場から定められた法定責任である。そうすると、実質的に経営を支配していた者がいる場合は、会社はその者の行為に依存しているといえ、同条と同様にすべき利益状況があるといえる。

したがって、対外的にも対内的にも重要事項について決定権を有する実質的経営者による役員等の職務に該当する行為については、429 条 1 項を適用すべきである。

※423 条についても、「423 条 1 項は、委任関係に基づく役員等の任務懈怠に基づく損害賠償を定めた法定責任である。」→利益状況は同じ→実質的委任関係の任務懈怠行為については 423 条適用。という流れ。

※事実上の取締役の上に非取締役の主宰者がいる場合は、さらにこの理論を拡張するだけでなく、民法 719 条 2 項の教唆者の責任を援用する方法もある。

#### 5 責任の範囲

##### 取締役の忠実義務・善管注意義務の意味と独禁法違反が違反事項となるか

取締役と会社の関係は委任の規定に従い、取締役は職務執行について善管注意義務を負う(330 条, 民法 644 条)。さらに、取締役は法令・定款及び株主総会決議に従って忠実に職務を行う義務も負うが(355 条)、両者は同一内容の義務である。

そして、会社が法令を遵守すべきことは当然であり、会社の業務執行と監視を行う取締役(349 条 1 項, 4 項等)もまた法令を遵守して職務を遂行することが法律上要求されている。したがって、会社を名宛人とし、職務遂行に際して遵守すべき法令はすべて 355 条の「法令」に含まれる。

以上から、独禁法違反は忠実義務違反を構成する。

##### 競業禁止義務違反の効果

##### 任務懈怠責任の損害額

承認を得ない競業行為は忠実義務違反として 423 条 1 項責任に問われるが、その損害額は **423 条 2 項で取締役が得た利益の額と推定**される。

ただし、新会社設立のような場合には**損害額が不明**であり、取締役会と競業取締役との委任関係からすると、新会社を設立した場合は会社にその株式を保有させることがその本旨である。したがって、競業取締役は、**株式**の会社に対する**移転**を求め、その**配当金**はこれを**返還**し、それが不可能な場合は填補賠償を会社に対してする義務があるといえる。

### 第3 引き抜き行為について

#### 取締役の従業員引抜行為の忠実義務違反該当性～在任中の引抜行為

取締役は会社に対して忠実義務(355条)および善管注意義務(330条・民法644条)を負い、その内容は同一である。そして、委任契約における善管注意義務の内容として、自己の利益を委任者の利益に優先させることは禁止されているから、その事実は任務懈怠を構成する。

人材派遣会社において人材は会社の重要な資産であり、その確保、訓練等は会社の主たる課題である。それゆえ、自己の設立する利益のためにそれらの者を会社から離脱させる引抜き、または勧誘する行為は、従来通りの事業の継続を妨げ会社に損害を与えるおそれがある点で、自己の利益を会社の利益に優先させる行為であり、重大な忠実義務違反である。

## 平成27年 司法試験論文本試験・民事系第2問

## ◎ 既修者再現答案 ◎

Memo

## P.1 第1 設問1

2 1 会社法（以下、略）423条1項  
3 「取締役」Bの甲社に対する会社法上の損害賠償責任について、4  
4 23条1項によることが考えられる。本件では、Bが乙社経営に携わ  
5 るようになったこと及びEを引き抜いたことが問題となる。

## 6 2 要件

## 7 (1) 「任務を怠った」（任務懈怠）

8 「任務を怠った」とは、法令又は善管注意義務・忠実義務（33  
9 0条・民法644条、355条）に違反することをいう。

## 10 ア 乙社経営に携わるようになったこと

11 上記行為が競業取引（365条1項、356条1項1号）にあ  
12 たらないか。

13 (ア) 競業取引規制の趣旨は、会社の営業上の秘密に通じた取締役  
14 が、会社の利益を犠牲に自己または第三者の利益を図ることを  
15 防止して会社の利益を守る点にある。そのため、会社に経済的  
16 利益が帰属する取引について規制する必要があるから、「ため  
17 に」とは経済的利益の帰属を基準に解する。

18 本件では、Bが乙社経営に携わるようになることは、Bにと  
19 って顧問料等の利益が帰属するものであり、自己の「ために」  
20 といえる。また、乙社にとって利益となることであるから、乙  
21 社という第三者の「ために」ともいえる。

22 (イ) 「事業の部類に属する」とは、前述した趣旨から、会社と市  
23 場において競合し取締役の善管注意義務、忠実義務違反をもた  
24 らすおそれのある取引をいうと解する。そして、市場の競合に  
25 ついては、場所及び部門において競合していることが必要であ  
26 る。特に、場所については、現在競合していない場合であって  
27 も、会社が進出計画を進めており将来競合することが予想され  
28 る場所も含まれると解する。

29 本件では、乙社も甲社も洋菓子の製造販売を行っているため、  
30 部門において競合する。また、たしかに、甲社は、首都圏中心  
31 に展開している会社であり、関西地方で事業を展開する乙社と  
32 現在は場所が競合していないといえる。しかし、甲社は、平成  
33 22年1月に関西地方への進出を企図してマーケティング調査  
34 会社に市場調査を委託料500万円も支払って委託するなど、  
35 関西への進出計画を進めていたといえる。そうすると、場所  
36 においても、関西で将来的には競合することが予想されたといえ  
37 る。さらに、Bは、業界に知人も多いなど、甲社で培ったノウ  
38 ハウを利用して取引に及ぶなど、善管注意義務、忠実義務違反  
39 をもたらすおそれのあるものであるといえる。

40 そのため、「事業の部類に属する」といえる。

41 (ウ) Bが乙社経営に携わるようになること自体は、取引といえな  
42 いようにも思える。もっとも、会社経営に携わることになるの  
43 は、当然その後取引をすることが予定されている。会社経営  
44 に携わるようになることは、その後の取引をすることと同視し  
45 うる。そのため、「取引」といえる。

46 (エ) 以上のように、競業取引に当たる。そして、本件ではACの

- P.3 承認があったとしても（368条2項参照）、顧問に就任することや顧問料を受けとることになるなどの重要な事実の開示がなされているとはいえない。そのため、365条1項、356条1項柱書違反という任務懈怠が認められる。
- 2
- 3
- 4
- 5 イ Eを引き抜いたこと
- 6 これについても競業取引規制違反が問題となる。
- 7 (ア) 工場長であるEを引き抜けば、甲社におけるノウハウが活用でき、乙社にとって利益となる。そのため、乙社という第三者の「ために」といえる。
- 8
- 9
- 10 (イ) 前述したように、甲社と乙社は市場において競合しており、「事業の部類に属する」といえる。
- 11
- 12 (ウ) Bは、Eを乙社へ引き抜いただけである。もっとも、引き抜いた先に予定されるのは甲社で培ったノウハウを活かした製造および取引であり、「取引」と同視することができる。
- 13
- 14
- 15 (エ) 以上より、Eの引き抜きは競業取引に当たるにもかかわらず、取締役会の承認がないため365条1項、356条1項柱書違反という任務懈怠が認められる。
- 16
- 17
- 18 (2) 損害
- 19 ア 乙社経営に携わったこと
- 20 Bは競業取引に及んだことで、顧問料として平成22年4月から毎月100万円の顧問料という「利益」を受け取っている。そのためこの額について損害額と推定される（423条2項）。具体的には13カ月分、1300万円の損害が発生したといえる。
- 21
- 22
- 23
- P.4 イ Eを引き抜いたこと
- 2 Eを引き抜いたことで甲社工場は3日間操業ができなくなり、甲社に1日当たり100万円の損害が発生している。そのため、3日分、300万円の損害が発生したといえる。
- 3
- 4
- 5 (3) 因果関係
- 6 ア 乙社経営に携わったこと
- 7 Bは乙社経営に携わるようになったことで報酬を得ているから、因果関係が認められる。
- 8
- 9 イ Eを引き抜いたこと
- 10 工場長であるEを引き抜いたことによって工場が操業停止に追い込まれて売上げを失っているから、因果関係が認められる。
- 11
- 12 3 以上より、1600万円の損害についてBは423条1項責任として甲社に対して損害賠償責任を負う。なお、本件は法令違反の事例であるため、任務懈怠について故意過失は不要である。
- 13
- 14
- 15 第2 設問2
- 16 1 事業譲渡該当性
- 17 第1取引、第2取引は合わせて事業譲渡に当たらないか。事業譲渡の意義が問題となる。
- 18
- 19 (1) 「事業」の譲渡
- 20 ア 事業が譲渡されると、そこから取引が反復継続して生じる。そのような取引の安全を守るため、また法解釈の統一性を図るため、事業とは21条以下の事業と同一に解すべきである。具体的には、一定の事業目的のため組織化され有機的の一体として機能する財産の全部または重要な一部を譲渡し、譲受会社に譲渡会社の事業活動の全部または重要な一部を受け継がせ、結果として競業避止義務（21条1項）を負うこととなるものをいう。判例は上記のようなことを述べたものの、最後の競業避止義務については、有機的の一体性及び事業活動の承継がある場合には、その結果として当
- 21
- 22
- 23
- P.5
- 2
- 3
- 4
- 5

然負うこととなる義務について述べただけであり、この義務については要件とはなっていない。

## イ 検討

### (ア) 有機的一体性

本件では、第1取引の対象となっているのは、洋菓子工場にかかる土地及び建物である。そして、甲社の洋菓子部門においては世界的に著名なP社ブランドから商標権を譲り受け、その商標を付したチョコレートが同部門の主力商品となっていた。かかる事実からすれば、工場や土地といった物理的に洋菓子を作る施設だけでなく、第2取引の対象となったP商標という顧客誘引力の強い商標を合わせることで、洋菓子部門の主力を形成することができたといえるから、両者が洋菓子製造販売という一定の事業目的のため組織化され有機的一体として機能していたといえる。そのため、有機的一体性は認められる。

### (イ) 事業活動の承継

本件では、丙社への売却に当たり、甲社の従業員の雇用を終了させ、取引先についても清算することとしているため、事業活動が承継されないようにも思える。もっとも、丙社に売却してから行われる業務も結局洋菓子事業であり、従業員についても甲社と雇用関係を終了させた者全員につき丙社が再雇用し、取引先についても丙社が承継するなど、丙社では甲社のもで行われていたのと変わりが無いような洋菓子事業がおこなわれるといえる。そのため、事業活動の承継も認められる。

(ウ) 前述したように、競争禁止義務は、事業譲渡についての要件とならない。そのため、本件のように売買契約において甲社の競争が禁止されない旨の特約があることは、事業譲渡該当性の妨げにはならない。

ウ したがって、事業の譲渡といえる。

## (2) 「重要な一部」

ア 本件では、甲社の乳製品及び洋菓子事業のうちの洋菓子事業だけを譲渡しているため、事業の全部の譲渡とはいえない。そのため、「重要な一部」の譲渡といえるかが問題となる。

イ そして、重要といえるかどうかは、会社の資産に対する割合等を考慮して判断する。

ウ 本件では、洋菓子事業は2億5000万円の価値を有しているとされていた(資料②)。そして、この2億5000万円は、甲社の資産合計である7億円のうち3割から4割を占めるにすぎず、重要でないようにも思える(資料①)。もっとも、洋菓子事業は土地工場及び商標の資産価値が2億5000万円あり、負債等がなかったため、純資産としても2億5000万円の価値を有していたといえる。また、貸借対照表を見ても、資産は7億円とされてはいるものの、負債もあるため、純資産は5億円となっている。そうすると、本件で事業譲渡の対象となった土地工場及び商標は、純資産の半分をも占める重要な価値を有するといえる。

エ したがって、「重要な一部」といえる。

(3) 以上より、本件の第1取引及び第2取引は事業譲渡(467条1項2号)に該当する。

## 2 株主総会決議を欠いたこと

(1) 第1取引及び第2取引が事業譲渡に当たる本件においては、譲渡に当たり株主総会の承認が必要となる(467条1項2号、309条2項11号)。しかし、本件においては株主総会による承認がない。

- 11 (2) 事業譲渡が、会社の事業を譲渡するという点で、会社ひいては株  
12 主の利益に重大な影響を及ぼすものであることにかんがみると、株  
13 主総会の承認なく行われた事業譲渡は無効となると解すべきである。  
14 (3) したがって、本来必要な株主総会による承認を欠いた第1取引及  
15 び第2取引は、無効である。  
16 3 以上より、第1取引及び第2取引は無効である。  
17 第3 設問3  
18 1 甲社株式の効力を争う方法  
19 発行された株式の無効を主張するためには、新株発行無効の訴え  
20 (828条1項2号)による必要がある(同条項柱書)。  
21 2 無効事由  
22 (1) 無効事由については法律上規定がないことから、何が無効事由に  
23 当たるかが問題となる。  
P.8 一度株式が発行されるとそれが流通することで多数の取引が形成  
2 され、取引安全を守る必要が生じる。もっとも、株主総会決議取消  
3 の訴えよりも提訴期間を長く設定して実体を重視し無効主張を許  
4 容している。そのため、取引安全を図りつつ実体を重視すべく、重  
5 大な瑕疵のみが無効事由に当たると解する。  
6 (2) 本件では、新株予約権の行使条件が変更されているところ、これ  
7 は有効といえるか。行使条件について変更できる旨の委任がある場  
8 合には、変更は有効であり、委任がない場合であっても、細目的な  
9 変更といえる場合には変更は認められると解する。  
10 そして、本件では、行使条件変更につき委任はなかった。また、  
11 行使条件の内容も上場条件と、上場することを条件として株主にイ  
12 ンセンティブを与える重要なものであり、細目的なものとはいえない。  
13 そのため、行使条件の変更は無効である。そうすると、本件では、  
14 上場していない、すなわち行使条件が成就していないにもかかわらず、  
15 株式発行がなされたことになる。これは既存株主の持株比  
16 率への期待が保護される甲社のような非公開会社(107条1項1  
17 号、2条17号)にとり、株主が意に反して持株比率に影響を受  
18 ける点で、株主総会決議を欠く新株発行と同一であるといえる。そ  
19 のため、重大な瑕疵といえる。  
20 (3) したがって、本件では重大な瑕疵があるといえ、無効事由が認め  
21 られる。  
22 3 以上より、甲社株式の発行は無効である。  
23

以 上

## 【本答案再現者のコメント】

- ・問題集表紙のページ数を見て長いと思った。問題を見て貸借対照表のその他資本剰余金及びその他利益剰余金のところが0円になっていたため、分配可能額の問題ではないのではないかと不安になった。設問3は平成24年の判例が浮かんだものの、判例との相違まではわからず、配点も低かったため、設問1と設問2に力を注ぐことに決めた。



P.3

2

3

4

5

6

7

8

9

10

11

12

13

14

15

16

17

18

19

20

21

22

23

P.4

2

3

4

5

6

7

8

9

10

11

12

13

14

15

16

17

18

19

20

21

22

23

P.5

2

3

4

5

トで著名なQチョコレートを日本で独占販売しようとしているから、洋菓子のうちチョコレートという具体的なカテゴリーに属する商品を扱うという点で、競合関係にあるといえる。

よって、市場および商品の点で競合が生じるから、本件取引は「事業の部類に属する取引」に該当する(③充足)。

以上より、本件取引は競業取引に該当する。

競業取引をする際には、取締役会への重要な事実開示と承認を受ける義務がある。

本件では、Bは平成22年3月時点で、乙社株式の90%を取得したことと乙社の事業にも携わることを他の取締役AとCに述べており、彼らは、特段の異議を述べていない。この事情から、同義務違反はないとも思える。

しかし、Pチョコレートを主力商品とする甲社にとって、競合商品にあたるQチョコレートを乙社が独占して扱う権利を設定したことは、甲社にとっては重要な事項であるにもかかわらず、Bは取引後にこの事実を甲社取締役会に事後報告していないから、365条2項に基づく義務違反があるといえる。

以上より、任務懈怠がある(②充足)。

イ Eの引抜きについて

会社にとって代替性のない重要な能力を有する従業員を引き抜き行為は、取締役は自己の利益を図るべきではないという忠実義務に違反する行為となる。

Eは、甲社の洋菓子工場の工場長を務めており、甲社の洋菓子業務にとって代替性のない重要な能力を有する従業員に該当する。

よって、Eの引抜きは忠実義務違反を構成し、任務懈怠を構成する(②充足)。

(3) そして、競業取引における任務懈怠の損害は第三者たる乙社が得た利益の額と推定される(423条2項)。

本件では、乙社の平成22年度の営業利益は1000万円であるから、同額が損害と推定されるとも思える。しかし、そのうち前年度営業利益に相当する200万円は、競業取引がなくても乙社が得られたであろう利益と考えられるので、差額の800万円が任務懈怠と因果関係のある損害額と推定される。

次に、Eを引き抜いたことで、甲社は3日間受注ができず、1日当たり100万円相当の売上げを失っているから、Eの引抜きによって300万円の損失が生じたといえる。

よって、損害合計額は1100万円となり、上述のようにBの任務懈怠と当該損害との間には因果関係がある(③、④充足)。

(4) 以上より、Bは423条1項に基づき1100万円の損害賠償義務を甲社に対して負う。

第2 設問2

1 第1取引と第2取引を全体として一体と考えると、事業の全部の譲渡(467条1項1号)に該当し、株主総会の特別決議(309条2項11号)を経る必要があるのに、これを経ない事業譲渡として無効とならないか。

2(1) 事業譲渡とは、①一定の事業目的のため、組織化され有機的  
一体となった財産を譲渡し、②これによって譲渡会社が譲受会社に事業を引き継がせ、③これにより当然に譲渡会社が21条

6 の競業避止義務を負うものをいう。

7 もっとも、事業譲渡該当性判断にあたっては、③は法律上の  
8 当然の効果なので、①と②のみを要件と考える。

9 (2)ア 第1取引の客体は洋菓子工場に係る土地1億円及び建物5  
10 千万円であり、これだけを取り出してみれば、単なる財産の  
11 譲渡に過ぎず、重要な財産の処分(362条4項1号)とし  
12 て取締役会の決議が必要なだけで、事業譲渡にはあたらず、  
13 株主総会決議は不要とも思える。

14 また、仮に事業譲渡にあたるとしても、重要な一部の譲渡  
15 であり、かつ、甲社の総資産7億円の5分の1を超えない資  
16 産の譲渡として簡易事業譲渡に該当するから(467条1項  
17 2号かっこ書)、株主総会の決議は不要とも思える。

18 イ 同様に、第2取引の客体はP商標権1億円という財産権  
19 の譲渡に過ぎず、株主総会の決議は不要とも思える。

20 (3) しかし、甲社は洋菓子事業部門全部を丙社に売却する方針を  
21 固めていること、第1取引および第2取引における不動産およ  
22 び商標権といういわばハードにあたる財産を譲渡するのみなら  
23 ず、甲社の同部門従業員との雇用関係を一旦終了させ、その全  
P.6 員につき丙社が雇用し、取引先についても一旦清算のうえ丙社  
2 との間で取引を開始することが約束されていることから、従業員  
3 や取引先といったいわばソフトにあたる財産もあわせて譲渡  
4 している。

5 そうすると、取引全体を見れば、洋菓子部門という事業目的  
6 のために組織化され有機的一体となった財産を譲渡し(①充足)  
7 これにより同部門事業を丙社に引き継がせるもの(②充足)  
8 に該当するので、事業の全部譲渡にあたる。

9 (4) 以上より、第1取引および第2取引は全体として事業の全部  
10 譲渡にあたるから、株主総会の特別決議を要することとなり、  
11 総会決議を欠く事業全部譲渡は当然に無効となる。

### 12 第3 設問3

13 1 甲社株式は、Gによる本件新株予約権行使によって発行されて  
14 いるが、本件新株予約権はもともと上場条件が付されていた。そ  
15 して、この上場条件を廃止する取締役会決議が無効であれば、い  
16 まだに上場条件は維持されているのに、この条件を満たさないで  
17 株式が発行されたものとなる。

18 そうすると、新株発行に重大な法令違反があるとして、新株発  
19 行が無効とならないか(828条1項2号)。

20 2 甲社は非公開会社であるから、新株予約権の募集事項を決定す  
21 るには株主総会決議が必要である(238条2項、309条2項  
22 6号)。本件では、この点に瑕疵はない。

23 次に、これを受けて取締役会で上場条件が定められているが、  
P.7 後に取締役会決議のみでこの上場条件を廃止している。

2 238条2項が株主総会決議を要求した趣旨は、既存株主の了  
3 解を得ることにあるから、細目的事項を除き、総会決議によって  
4 決定された募集事項の内容を取締役会決議限りで変更することは  
5 許されない。

6 これを本件についてみると、上場条件は取締役会決議で定めら  
7 れているが、その前に行われた総会決議を受けて定められている  
8 から、募集事項の一部をなすものといえる。

9 そして、本件新株予約権がGに発行されたのは、甲社の上場を  
10 目指して、アドバイザーたるGのモチベーションを上げるため

- 11 あるから、上場条件は本件新株発行の細目的事項ではなく重要な  
12 本質的要素といえる。  
13 よって、取締役会決議のみで、これを廃止することはできない。  
14 3 そうすると、上場条件に違反した株式発行がなされたことにな  
15 り、これは重大な法令違反に該当するから、株式発行には無効原  
16 因がある。よって、発行された甲社株式は無効である。  
17 以 上
- 

## 【本答案再現者のコメント】

- ・再現の精度 約80%
- ・全ての設問が典型論点であり、スタ論でも解いたことがあったので、何を書くべきかはすぐに把握できた。同時に、周りの受験生も充分に対策している問題であろうから、書き負けないようにしようと思った。
- ・第1問は、競業取引自体の認定よりも、何が任務懈怠となるかの判断に悩んだ。事前の開示説明として必要充分といえるのか、他の取締役が異議をとらえていないので取締役会の承認がないとはいえないのではないかと思います、事後報告義務違反と構成した。  
甲社が関西地方への進出を断念した事情を使えなかった。
- ・第2問は、一見すると重要な財産の処分または簡易事業譲渡に見えるが、総会決議の必要な事業譲渡と認定する方向に傾く事情が多いと思ったので、そのあてはめに分量を割こうと思った。  
本件は事業の重要な一部の譲渡を判断すべきであるにもかかわらず、事業の個数の捉え方を誤り、事業の全部の譲渡と論述してしまった。
- ・第3問は、残り時間も20分程度しかなく、最判平成24年4月24日を記憶している限りで吐き出した。

## 平成27年 司法試験論文本試験・民事系第2問

## ◎ 予備試験合格者再現答案 ◎

Memo

## P.1 第1 設問1

2 1 Bは、甲社に対し、会社法（以下略す）423条1項に基づく  
3 損害賠償責任を負うことになるか。

4 (1) 「任務を怠った」とは、忠実義務（355条）・善管注意義  
5 務（330条、民法644条）を怠ることをいう。そして、取  
6 締役の責任の明確化、厳重化のために、「法令」（355条）と  
7 は、会社を名宛人とする一切の法令を含むと解する。ここで、  
8 Bは乙社の事業に関わっているが、これが365条1項、35  
9 6条1項1号に反することとなり、「法令」違反となり、忠実  
10 義務を怠ったこととなり「任務を怠った」といえないかが問題  
11 となる。なお、この場合には、423条3項1号により、これ  
12 が推定されることになる。

13 ア 「自己又は第三者のため」（356条1項1号）とは、形  
14 式ではなく実質をとらえるために、自己または第三者の計算  
15 でと解する。本件では、Bは乙社の計算で乙社の事業に関わ  
16 っているから「自己又は第三者のため」にあたる。

17 イ 356条1項1号の趣旨は、顧客情報や企業秘密を有する  
18 取締役がこれらを利用して会社に不利益を与えることを防止  
19 することにある。そうすると、「事業の部類に属する取引」  
20 （356条1項1号）とは、会社と商品及び市場が競合しう  
21 る取引と解するべきである。

22 ウ これを本件についてみると、甲社も乙社も洋菓子事業をお  
23 こなっており、商品が競合しうるものといえる。また、乙社  
P.2 は関西地方で事業を行っている一方で、甲社は現在首都圏の  
2 デパートに販売するにとどまり、関西地方へ進出してはいな  
3 い。しかし、甲社は、関西地方への進出を企図して市場調査  
4 を行っており、関西地方へ進出しようとしていた。そうす  
5 ると、甲社と乙社は市場も競合しうるものといえる。そうす  
6 ると、Bは「事業の部類に属する取引」を行っていたといえる。

7 エ Bは、乙社の事業に関わることを取締役であるAとCに対  
8 して述べており、AもCも、特段の異議を述べていない。そ  
9 のため、取締役会の「承認」があったといえる。しかし、B  
10 は、乙社が関西地方で洋菓子事業を行っている、Q商標を乙  
11 社が利用できるようにするなどの「重要な事実を開示」して  
12 いない。よって、365条1項、356条1項1号に反する  
13 から、「法令」違反となり、忠実義務を怠ったこととなり  
14 「任務を怠った」といえる。

15 (2) 「損害」額は、Bが事業に関わることで増加した乙社の営業  
16 利益の分、すなわち800万円と推定される（423条2項）。

17 (3) また、Bは、甲社の洋菓子工場の工場長であるEを引き抜い  
18 て乙社に転職させている。Eを突然退職させることにより、洋  
19 菓子工場は操業停止を余儀なくされるから、このような引抜き  
20 は、善管注意義務に反しており、「任務を怠った」といえる。  
21 これにより、甲社は、3日間受注ができなくなった結果、30  
22 0万円の「損害」が発生している。

23 2 よって、Bは甲社に対して計1100万円について423条1

P.3 項に基づく損害賠償責任を負う。

2 第2 設問2

3 1 第1取引及び第2取引は有効となるか。第1取引及び第2取引  
4 は「重要な財産の処分」(362条4項1号)にあたる  
5 本件では取締役会決議を経ているため、この点につき問題はない。  
6 ここで、これらが「事業の重要な一部の譲渡」(467条1項2  
7 号)にあたらなければ、株主総会決議(309条2項11号)は  
8 不要となるため、有効となる。そこで、「事業の重要な一部の譲  
9 渡」にあたるかどうか問題となる。

10 2 これについて、文言の統一性から21条1項と467条1項2  
11 号の「事業」は同一の意味に解されなければならない。そこで、  
12 「事業」の「譲渡」とは、①機能的有機的一体となった財産を処  
13 分し、②事業を引き継がせ、③これにより、当然競業禁止義務を  
14 負うことになるものと解するべきである。なお、③は、契約当事  
15 者間の特約により排除することができるため、必須の要件ではな  
16 い。

17 3 これを本件についてみると、洋菓子工場に係る土地建物とP商  
18 標に係る商標権はどちらも甲社の洋菓子事業をなすために必須の  
19 もので機能的有機的一体となった財産といえるから、これを売却  
20 している以上、①は満たす。また、洋菓子工場に係る土地建物と  
21 P商標に係る商標権はそれぞれ別々に売却されているが、甲社の  
22 洋菓子事業部門の従業員は全員丙社に雇用されることとなり、ま  
23 た取引先も甲社から丙社に移ることになることからすると、全体

P.4 を見て事業を引き継がせるものといえるから、②も満たす。さら  
2 に、甲社と丙社との間で甲社の競業が禁止されない旨の特約があ  
3 るため③は満たさないが、これは必須の要件ではない。そのため、  
4 「事業」の「譲渡」にあたる。

5 4 洋菓子工場に係る土地建物の帳簿価額は総資産の5分の1を超  
6 えており、また、P商標に係る商標権の帳簿価額は総資産の5分  
7 の1を超えている。よって、「事業の重要な一部の譲渡」にあた  
8 る。

9 5 事業譲渡は、株主に多大な影響を及ぼしうるものであることか  
10 ら、株主総会決議がない場合には、絶対的無効と解する。

11 6 したがって、第1取引及び第2取引は無効となる。

12 第3 設問3

13 1 Gに対して発行された甲社株式は有効といえるか。

14 2 まず、募集新株予約権のその他の行使条件を甲社の取締役会に  
15 一任しているが、これは有効であるといえるか。

16 (1) これについて、239条1項により、募集新株予約権の内  
17 容・数の上限、金銭の払込みを要しないことが定められていれ  
18 ば、その他の行使条件を株主総会決議により、取締役会に一任  
19 することはできる。本件では、甲社の株主総会決議において、  
20 これらのことを定めてその他の行使条件を取締役に一任して  
21 いるため、有効といえる。

22 (2) よって、その他の行使条件を甲社の取締役会に一任している  
23 が、これは有効であるといえる。

P.5 3 次に、甲社の取締役会は上場条件を廃止しているが、これは有  
2 効であるといえるか。

3 (1) 239条1項の趣旨は、行使条件を一任することでどのよう  
4 な行使条件が適切であるかを取締役会の柔軟な判断に委ねる点  
5 にある。そうすると、いったん定めた行使条件であっても、取

- 6 締役会の判断によって撤回することは、許容されると解する。  
7 (2) よって、甲社の取締役会は上場条件を廃止しているが、これ  
8 は有効であるといえる。  
9 4 よって、Gに対して発行された甲社株式は有効である。  
10 以 上
- 

## 【本答案再現者のコメント】

- ・再現の精度は95%くらいである。また、試験当日は7枚目まで書けている。改正会社法や手形小切手、商法総則・商行為が一切出ず、設問1と2は割とスタンダードな問題であったため、落ち着いて解くことができた。設問3はあまりよく知らない問題であったが、趣旨から考えることで何とか書けたようにも思える。このような未知の問題に対してどのようなアプローチをとるべきかは辰巳の模試でも出題されていたため、対策はとれていたと感じる。

# Memo

## 辰 巳 法 律 研 究 所

東京本校：〒169-0075 東京都新宿区高田馬場4-3-6  
TEL03-3360-3371（代表） ☎0120-319059（受講相談）  
<http://www.tatsumi.co.jp/>

横浜本校：〒221-0835 神奈川県横浜市神奈川区鶴屋町2-23-5 銀洋第2ビル4F  
TEL045-410-0690（代表）

大阪本校：〒530-0051 大阪市北区太融寺町5-13 東梅田パークビル3F TEL06-6311-0400（代表）  
京都本校：〒604-8152 京都市中京区烏丸通錦小路上ル手洗水町670京都フクトクビル6F  
TEL075-254-8066（代表）

名古屋本校：〒450-0003 名古屋市中村区名駅南1-23-3 第2アスタービル4F  
TEL052-588-3941（代表）

福岡本校：〒810-0001 福岡市中央区天神1-10-17 西日本ビル8F TEL092-726-5040（代表）

岡山校：〒700-0901 岡山市北区本町6-30 第一セントラルビル2号館 8階  
穴吹カレッジキャリアアップスクール内 TEL086-236-0335