

もう2度と司法試験で  
すべらないための

# 「すべらないスタ論の受け方」

2016

辰巳専任講師 新62期・弁護士

福田 俊彦 先生

**辰巳法律研究所**

TOKYO・YOKOHAMA・OSAKA・KYOTO・NAGOYA・FUKUOKA

2014. 11. 09 LIVE 実施

2015 スタンダード論文答練（第1クール）民事系2第2問より

※ 本教材は、出題時のものを福田講師が加筆・修正を施しています。

※ 本冊子の中ほどに綴じてある解答例は、本ガイダンス開講にあたり、福田講師が作成致しました。

◆ 問題 ◆

(配点：100〔設問1〕から〔設問3〕までの配点の割合は、3：3：2)

次の文章を読んで、後記の〔設問1〕から〔設問3〕までに答えなさい。

1. X株式会社（以下「X社」という。）は、平成26年9月現在、資本金4500万円、発行済株式（普通株式のみを発行している。）総数9万株の取締役会設置会社であり、貸コンテナ事業及びコンビニエンスストア事業を営んでいる。貸コンテナ事業とは、貨物運搬用のコンテナを土地に設置し、屋根などの付属設備をつけて、倉庫などの使用のための貸コンテナとして顧客に賃貸して、その賃料収入を得る事業である。貸コンテナ事業を行う業者のほとんどは自前の土地を有していないため、土地の賃貸借契約を締結することが、同事業を行う上で重要な要素となっている。

X社は、平成元年の設立当時、貸コンテナ事業のみを営んでいた。しかし、貸コンテナ利用者が減り、賃借した土地に空きスペースができたため、平成10年から、付随的事业として、コンビニエンスストア事業も行ってきた。

X社の所有するコンテナ等の貸コンテナ事業に用いる資産は、X社の全資産の60%に当たるものであった。

X社は、創業者の子である代表取締役甲並びに取締役A及びBを中心に運営されていた。甲は、X社の株式の40%を有する株主であり、また、X社及びその関連会社であるI社において、名古屋市付近で貸コンテナ事業を開始し、発展させてきた。X社は、土地の賃料を低く抑えるため、専らI社の顧客である農業協同組合の組合員が所有する土地をコンテナの設置場所として賃借し、貸コンテナ事業用の土地を確保していた。その交渉に当たっていたのは、代表取締役甲であった。

2. Y株式会社（以下「Y社」という。）は、専ら貸コンテナ事業を行うことを目的として、平成25年7月5日に設立された取締役会設置会社であり、また、甲の長女C、次女D及び長男Eの妻Fらの出資によって設立された同族会社であった。Y社の事務所は、名古屋市内の甲の自宅であり、X社の貸コンテナ事業の事務所と同一であった。甲の妻である乙がY社の代表取締役に就任していたが、乙は、東京に在住し、月に3、4回程度、名古屋に来て、経理などの分野を担当していた。甲と甲の叔父である丙は、Y社の設立時取締役に選任され、Y社設立後も継続して取締役として業務を執行していたが、貸コンテナ事業に係る契約について、代表権を有していなかった。なお、甲は、Y社の株式を有していない。

3. Y社は、名古屋市及びその周辺において、土地を地主から賃借し、貸コンテナ事業を営んでいる。Y社が貸コンテナ事業を行う際に必要な土地の賃貸借契約の締結は主に甲が担当していて、甲は、主にI社の顧客である農業協同組合の組合員の土地を賃借することで調達していた。その際、賃借人の名義はX社であり、連帯保証人は甲であった。さらに、Y社が利用していた土地の賃料については、X社の銀行口座を通じて地主に支払われていた。なお、貸コンテナ事業を行う際には、コンテナの仕入れや運搬といった業務を業者に委託する必要があるが、Y社が委託した業者は、X社が委託している業者と同じである。

Y社は、信用性がなく、銀行から十分な融資を受けることができなかったため、Y社の運転資金の多くは、甲からの借入れによって賅われていた。また、Y社がコンテナ利用者との

間で締結する貸コンテナ賃貸借契約の契約書には、甲の住所が管理連絡先として記載されていた。

4. Y社では、役員報酬を経費として計上しており、平成25年度は、売上高が1000万円、甲の役員報酬が年俸1000万円、乙及び丙の役員報酬がそれぞれ年俸50万円、役員報酬以外のコストが400万円で、500万円の営業損失であった。なお、営業利益とは、売上高から売上原価を控除し、販売費及び一般管理費を控除して算出された金額をいい、会社の本業の利益水準を意味する。
5. 甲がY社の取締役として貸コンテナ事業を行うことについては、X社の取締役会の承認を経ていなかった。

X社は、平成26年になり、Y社の事業によってX社の売上げが低下したと考え、甲に対し、会社法の規定に基づき、損害の賠償を請求することにした。

〔設問1〕 上記5のX社の甲に対する請求は認められるか、また、請求が認められる場合には、どの範囲で請求が認められるかについて、論じなさい。

6. X社の赤字の大きな原因は、貸コンテナ事業の不振にあり、コンビニエンスストア事業は、昨今のコンビニエンスストアコーヒーの売上げ向上により、大きな利益を上げていた。そこで、X社は、貸コンテナ事業を譲渡することにした。

もっとも、上記損害賠償請求訴訟が提起されたことにより、X社の貸コンテナ事業が不採算部門であり、X社が営業赤字であることが社会的に知られるところとなった。そのため、これを譲り受けようとする会社は現れなかった。そこで、X社は、X社の50%の株式を有するZ株式会社（以下「Z社」という。）に対し、貸コンテナ事業を譲渡することにした。

X社及びZ社は、平成26年5月1日、効力発生日を同月31日として、X社の貸コンテナ事業を譲渡する旨の契約（以下「本件契約」という。）を締結した。もっとも、X社は、本件契約を締結するに際し、事前に株主総会の特別決議を経ていなかった。

本件契約の内容として、X社がその貸コンテナ事業に用いる資産に加え、コンテナの仕入れや運搬を行う業者との関係もあわせてZ社に譲渡することが合意され、同年6月1日から、Z社が譲り受けた事業を開始する予定となっていた。なお、本件契約に、競業禁止義務を排除する特約は設けられなかった。

7. Z社は、平成26年5月15日、甲が保有するX社株式を全て取得した。なお、X社の株主らがX社に対して本件契約の締結に反対する旨通知したことはなかった。

〔設問2〕

(1) X社は、本件契約の効力を争うことができるかについて、Z社が甲の保有するX社株式をすべて取得した時期に留意しつつ、論じなさい。

(2) 上記7とは異なり、Z社が甲の保有するX社株式をすべて取得したのが平成26年4月25日であった場合には、X社の株主は、会社法上どのような手段を採ることができるかについて、論じなさい。

8. 貸コンテナ事業を営むP社は、P社が現在契約している運送業者よりもX社が委託してい

た運送業者のほうが良い実績を有しているため、X社と同じ運送業者を用いて事業を行うことがP社の大きなメリットになると考えた。そこで、P社は、平成26年7月1日、X社に対し、X社の貸コンテナ事業を承継したいと申し出た。P社が提示した条件は、X社にも魅力的なものであったため、X社は、取締役会の決議を経た上、本件契約を適法に解除し、X社とP社は、X社を分割会社、P社を分割承継会社とする吸収分割（以下「本件吸収分割」という。）の交渉を開始した。そして、同年8月1日、X社とP社は、本件吸収分割に関する吸収分割契約を締結し、両社の株主総会の承認を経た。なお、開示手続等の手続は、適法にされていた。

もっとも、X社が負担する債務が巨額であり、これをそのまま承継することとなれば、P社の株主総会の承認は得られないと考えられたため、上記吸収分割契約の内容として、X社が負担していた債務をP社が承継するが、X社が同債務の連帯保証人となることが定められた。

9. P社は、本件吸収分割に際し、平成26年8月1日、会社法所定の事項を官報に掲載する方法により公告をしたが、P社の債権者に対しては、各別に催告はしなかった。なお、P社の定款の定めに従い、時事に関する事項を掲載する日刊新聞紙にも上記公告内容を掲載していた。

**【設問3】**

- (1) X社の債権者は、X社に対し、どのような請求をすることができるかについて、論じなさい。
- (2) 本件吸収分割に異議を述べなかったP社の債権者は、平成26年9月の時点で、本件吸収分割の効力を争うことができるかについて、論じなさい。ただし、提訴期間については、論じなくてよい。

【配点表】

		配点
第1	設問1	
	1 設問前段	
	(1) 会社法（以下、省略）423条1項に基づく損害賠償請求であることの指摘	2
	取締役が法令違反があった場合に任務懈怠が認められることの指摘	1
	(2) 法令違反に該当するかの検討	
	ア 検討する要件の明示（「取締役」が「取引」をした（356条1項1号）にあたるか）	1
	イ 甲がY社の代表取締役でないことの指摘	2
	ウ 規範定立	2
	エ あてはめ （甲の関与の程度） ・ 貸コンテナ事業の重要な要素である土地賃貸借契約を甲の交渉により行い、甲が契約締結を主に担当していた事実…目安2点 ・ Y社の代表取締役である乙がY社の経営に深く関わっていないこと（東京に在住、経理などを担当するのみ）…目安2点 ・ Y社の運転資金の多くは甲からの借入れによっていた事実…目安1点 （X社とY社の同一性） ・ 貸コンテナ事業に必要な土地の賃貸借契約の名義人がX社であり、甲がこれを保証していた事実…目安2点 ・ Y社が利用していた土地の賃料が、X社の銀行口座を通じて支払われていた事実…目安1点 ・ Y社の事務所が甲の自宅であり、X社の貸コンテナ事業の事務所と同一である事実…目安2点	10
	<b>★上記事実以外の事実でも、定立した規範と関係のある事実を指摘し、説得的にあてはめをすることができていれば、10点を限度として適宜加点する。</b>	
	(3) X社において取締役会の決議を経ていないことが、法令（356条1項1号、365条1項）違反として、任務懈怠にあたることの検討	1
	(4) 結論	1
	2 設問後段	
	(1) 356条1項違反が認められることにより、423条2項の適用があることの指摘	3
	(2) 「取引によって…得た利益」に当たるかの検討	
	ア Y社が常に赤字であることの指摘	3
	イ Y社における甲の役員報酬が「取引によって…得た利益」にあたりと解することができるかの検討	3
	(3) 結論	1
	<b>★「第三者のために」と判断したにもかかわらず、423条2項の検討において、甲（自己）が得た利益を理由を述べずに損害に当たるとした場合には、論理的な議論ができていない論述と評価して、基礎力評価点において考慮する</b>	
	【加点事項】 ※ 事実2、3の具体的事実を損害額の検討において認定、評価した場合には、1(2)エの配点を参考にして、8点を限度に加点する	加点評価 A・B・C

第2	設問2		
	1	小問(1)	
		(1) 事業譲渡該当性の検討	
		ア 事業の「重要な一部」の譲渡(467条1項2号)にあたるか ① X社は、貸コンテナ事業を設立当初から営んできた事実(コンビニ事業はX社にとって付随的事業であった事実)…目安2点 ② X社の貸コンテナ事業に用いられる資産は、X社の全資産の60%にも上る事実…目安2点	4
		イ 「事業の…譲渡」(467条1項2号)の意義	
		(7) 規範定立 ★最大判昭和40.9.22を踏まえていることを配点の前提とする。また、学説の有力説及び判例の要件の理解の仕方(2要件か3要件か)に配慮した論述をすることができている場合には、その他加点事項において大いに考慮する。	5
		(4) あてはめ	5
		(7) 結論	2
		(2) 略式事業譲渡にあたるのではないかの指摘・検討	
		(7) 規範定立	2
		(4) あてはめ	2
		(7) 結論	1
		(3) 株主総会決議を欠く事業譲渡契約の効力	4
	2	小問(2)	
		(1) Z社が甲の保有するX社株式を取得した時期が本件契約締結前であることから、X社の株主総会決議が不要となり、本件契約は有効であることの指摘	2
		(2) X社の株主総会決議が不要であっても、株式買取請求権が認められることの指摘	3
		【加点事項】 ※ X社の株主総会決議が不要であるにもかかわらず、株式買取請求権が行使できることの理由について検討できていれば、加点する ※ 株式買取請求権の行使以外の手段についても検討できていれば、加点する	加点評価 A・B・C A・B・C
第3	設問3		
	1	小問(1)	
		(1) 759条2項の指摘	2
		(2) X社債権者が債権者異議手続の対象になるかの検討	
		ア 789条1項2号の指摘	2
		イ 連帯保証 ・789条1項2号かつこ書の指摘	3
		ウ 趣旨	2
		(3) 結論	1
	2	小問(2)	
		(1) 吸収分割無効の訴え(828条1項9号)の指摘	2
		(2) 吸収分割無効の訴えの原告適格 ・「吸収分割について承認をしなかった債権者」に限定されていることの指摘	2
		(3) 債権者異議手続が適法に履践されていることの指摘	3
		(4) 異議を述べなかった債権者は「吸収分割について承認をしなかった債権者」にあたらぬことの指摘	2
		(5) 結論	1

★(2)から(5)までについて、無効原因の有無の検討を行った場合には、8点の範囲で配点する  
 目安： 債権者異議手続が適法に履踐されていることの指摘 4点、(重大な)無効原因がない  
 ことの指摘 4点  
 ★無効原因の解釈については、配点しない

第4	【その他加点事項】 ※ 上記【加点事項】以外でも、本問事案解決につき特記すべきものがある場合には、加点する	加点評価 A・B・C
----	--	---------------

基本配点分	合計	80点
加点評価点	合計	10点
基礎力評価点 (①事案解析能力、②論理的思考力、③法解釈・適用能力、④全体的な論理的構成力、⑤文章表現力、各2点)	合計	10点
総合得点	合計	100点



## 【論 点】

- 1 競業取引規制
- 2 事業譲渡該当性
- 3 株主総会決議を欠く事業譲渡契約の効力
- 4 吸収分割における債権者異議手続
- 5 吸収分割無効の訴えの原告適格

## 【出題のねらい】

### 第1 設問1

会社の代表権を有しない者がした取引が競業取引に当たるかという問題意識を持つことができるか否かを問うことにより、代表取締役自身が（ないしは競業会社を代表して）競業行為をするという典型的な場面とは異なる問題に対応する能力を問う設問である。また、損害額についても、会社法423条2項によって損害額の推定があることを前提として、本件では、会社が営業赤字であるという特殊性を踏まえて、損害額を具体的に認定することができるかという事案分析能力を問う設問である。会社は営業赤字であるから、会社に利益が発生しておらず、損害賠償請求は認められないのではないかという問題意識を持った上で、この結論が妥当であるかを具体的に検討してほしい。

### 第2 設問2

事業譲渡該当性の判断基準という典型論点について、判例に触れながら自説を述べ、具体的に検討することが求められる。

「事業の重要な一部の譲渡」に当たるか否かの検討も、条文をしっかりと引用し、条文の文言に具体的な事実をあてはめてほしい。

また、問題文から、本件契約が略式事業譲渡ではないかという問題意識を持ち、やや細かい条文を現場で検索して、あてはめる能力も求められる。株式の取得時期は、他の論点から応用して、趣旨まで遡って検討してほしい。

### 第3 設問3

吸収分割会社に対する履行請求の可否及び知れている債権者に対する各別の催告の可否を問う設問である。知れている債権者に対する各別の催告は省略できる場合があるという基礎知識を前提として、本問では、各別の催告が省略できる場合に当たるかについて、会社分割無効の訴えにおける無効原因の有無ないし原告適格の有無の議論において検討してほしい。

なお、759条は、分割会社の債権者だけに適用されることを間違えないでほしい。

### 第4 全体的な問題

全体的に、典型的な論点ばかりを問うものではなく、現場で条文を参照しつつ、問題文に応じてあてはめをすることを求める問題である。商法は、平成27年度から短答式試験が課されなくなった以上、論文式試験では条文を発見する能力の有無が合否を決すると思われる。そのため、現場で会社法の条文と必死に向き合ってもらいたい。また、普段から会社法の条文に慣れ親しむため、常に条文を引く訓練を積み重ねてほしい。

## 【本問作成の経緯等】

設問1前段の競業取引規制は、実務上も問題となり得るから、典型的な場面とは異なる本問の検討を通じて、理解を深めてほしい、出題した。

設問1後段の会社法423条2項については、条文の存在は知っていると思われるが、実際の事例に適用して条文の内容の理解を深めてほしい。なお、参考裁判例は、他の役員の報酬額のうち、事実上の取締役の報酬と評価できる割合を認定している。しかし、この実質的な判断を受験生に問うのは酷と判断し、この点が問題とならない架空の事例を作成して、出題した。

設問2の事業譲渡該当性は、典型論点であるから、他の受験生に書き負けないように、論証を事前にしかりと記憶しておかなければならない。司法試験における事前準備の重要性を示すために出題した。それに対して、略式事業譲渡該当性は、問題文の事情を注意深く読まなければ抽出できないであろう。普段からの条文の学習の重要性を認識していただくとともに、問題分析能力を試すために出題した。もっとも、略式事業譲渡該当性は、上位合格レベルであろう。

設問3の組織再編は、条文を引きなれていないと現場で混乱することになる可能性が高い。そのため、重要な手続である債権者異議手続に焦点を絞り、出題した。問題となる条文を的確に指摘するためには、普段から基本書を読んだり、問題を検討したりする際に、その都度会社法の目次から条文を引く姿勢を身に付ける必要がある。司法試験に合格するためには極めて重要な姿勢である。

## 【参考文献】

- ・名古屋高判平20. 4. 17金融・商事判例1325-47
- ・弥永真生「判批」ジュリスト1389号P.66~7
- ・鳥山恭一「判批」金融・商事判例1313号P.2~10
- ・落合誠一編『会社法コンメンタール12』（商事法務，2009）P.26~34（齊藤真紀執筆），102~3，116~7（柳明昌執筆）
- ・江頭憲治郎・門口正人ほか編『会社法体系 第4巻』（青林書院，2008）P.136~7（山田隆夫執筆）
- ・森本滋編『会社法コンメンタール17』（商事法務，2010）P.339~342（神作裕之執筆）
- ・神田秀樹『会社法』（弘文堂，第17版，2015）P.343~7，371~382
- ・江頭憲治郎『株式会社法』（有斐閣，第6版，2015）P.922

## 【答案の骨】

### 第1 設問1

#### 1 設問前段

- (1) 会社法（以下、略。）423条1項に基づく損害賠償請求→「任務を怠った」といえるか  
・法令違反があれば「任務を怠った」といえる：善管注意義務・忠実義務

↓

- (2)ア Y社がコンテナ利用者と貸コンテナ契約を締結することは、X社の「会社の事業の部類に属する取引」（356条1項1号）にあたる

↓

イ しかし、甲はY社の代表取締役ではない

- ・そこで、「取締役」が上記「取引」をする場合に当たるか
- ・356条1項1号の趣旨：取締役は会社の事業執行に関する強大な権限を有し、営業の機密にも通じるため、会社の利益を犠牲にし、自己又は第三者の利益を図ることを防ぐ

↓

代表取締役でなくても、事実上会社を主宰する者は、上記趣旨が妥当するため、356条1項1号にあたる

- ・Y社は運転資金の多くを甲からの借入金に依存
  - ・貸コンテナ事業において最も重要な土地の賃借を甲が担当、甲が連帯保証人
  - ・甲はY社においてX社におけるのと同様の手法で業務を遂行
  - ・貸コンテナ賃貸借契約書に表示された管理連絡先は甲の自宅の住所
- Y社の資金調達、信用、事業の重要部分で、甲がノウハウや実績を利用して中心的な役割を果たしていた
- ・乙は月に3、4回程度Y社のある名古屋に来て経理などを担当していたにすぎない
- 甲がY社を事実上主宰  
→「取締役」が上記「取引」を行ったといえる

↓

- (3) 甲がY社のためにY社を事実上主宰して貸コンテナ業を行うことについては、X社において取締役会の承認が必要（356条1項1号、365条1項）  
→これを得ていないことは、法令違反にあたる  
→任務懈怠が認められる

↓

- (4) 結論：X社に生じた「損害」の範囲で損害賠償請求が認められうる

↓

#### 2 設問後段

- (1) 「当該取引によって取締役…又は第三者が得た利益」（423条2項）が会社の損害と推定

↓

(2)ア 甲はY社のために当該取引を行った

- 甲が事実上主宰したY社が得た利益がX社の損害額と推定  
→Y社は常に赤字の状態…利益を上げているとはいえない

- ↓
- イ 甲に支払われた役員報酬を利益とみることができるか
- ・ Y社は専ら貸コンテナ事業を営む
- 貸コンテナ事業による売上げがY社の売上げのすべて
- ・ Y社は甲らの同族会社→株主が甲の意向に従って役員報酬を決議した可能性
  - ・ 赤字にもかかわらず甲に対する役員報酬が支払われている
- Y社の売上げは実質的には役員報酬として甲に支払われている
- 甲の役員報酬が「取引によって…得た利益」にあたる
- ↓
- (3) 以上により、X社は甲に対して1000万円の損害賠償請求をすることができる

## 第2 設問2

### 1 小問(1)

- (1)ア 株主総会の特別決議を経ない事業譲渡は無効∴株主保護

- ↓
- イ 事業譲渡の該当性
- ・ 467条1項1号・2号の事業の譲渡は、21条1項の事業の譲渡と同義
  - ∴事業の譲渡と財産の譲渡の峻別、法律関係の明確性と取引の安全の確保
- ①一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又は重要な一部を譲渡し、
  - ②これにより譲渡会社はその財産によって営んできた事業活動の全部又は一部を譲受会社に受け継がせ、
  - ③譲渡会社はその譲渡の限度に応じ法律上当然に21条に定める競業避止義務を負うもの
- あてはめ
- ①契約内容として、X社の貸コンテナ事業に用いる資産に加え、コンテナの仕入れや運搬を行う業者との関係も合わせてZ社に譲渡することを合意
  - ②平成26年6月1日からZ社が譲り受けた事業を開始する予定
  - ③競業避止義務を排除する特約の不存在

- ↓
- ウ 貸コンテナ事業はX社の設立当初から営んできた事業、貸コンテナ事業に用いる資産はX社の有する全資産の60%
- 「重要な一部」にあたる
- ↓

- (2) 略式事業譲渡該当性

- ア Z社は平成26年5月15日に甲が保有するX社株式取得→株式保有要件充足の基準時が問題
- ↓

- イ 契約時から効力発生時に至るまで継続的に特別支配会社との従属関係が存在することが必要
- ↓

ウ Z社は本件契約締結時にX社の「総株主の議決権の10分の9」の株式数を取得していない  
→要件不充足

↓

エ 略式事業譲渡にあらず、原則どおり株主総会特別決議が必要  
→本件契約は無効、X社は本件契約の効力を争うことができる

2 小問(2)

- ・ Z社による甲保有のX社株式取得は平成26年4月25日
- ・ 略式事業譲渡の要件充足  
→株主総会特別決議を欠いても本件契約は有効
- ・ X社株主は469条1項により株式買取請求権を行使可能

第3 設問3

1 小問(1)

- ・ X社の債権者…X社に対し759条2項に基づく履行請求
  - ・ 本件吸収分割では、X社が負っていた債務について、P社が承継するも、X社が保証人としてP社と連帯して負担することが定められている
  - ・ 債権者について異議手続を与える必要がなく、債権者異議手続の対象とはならない(789条1項2号カッコ書)
- X社に対する履行請求はできない

↓

2 小問(2)

- ・ P社の債権者…吸収分割無効の訴え(828条1項9号)の提起
  - ・ 原告適格(「吸収分割について承認をしなかった債権者」(828条2項9号)にあたるか)の有無
  - ・ P社は官報及び時事に関する事項を掲載する日刊新聞紙に掲載する方法により公告  
→799条3項により各別の催告の省略が認められる
  - ・ 債権者異議手続として適法
- 異議を述べなかった債権者は「吸収分割について承認をしなかった債権者」にあたらぬ
- ・ 異議を述べなかったP社債権者は本件吸収分割の効力を争うことができない

以上

## 【解 説】

## ◆ 論点① 競業取引規制 ◆

## 1 問題の所在

設問1に関し、X社は、Y社が貸コンテナ事業を行った結果、X社の売上げが低下するという損害が生じていると主張することが考えられる。Y社が貸コンテナ事業を行うことが貸コンテナ事業を行うX社の「会社の事業の部類に属する取引」に当たるとは、明らかである。そのため、甲の競業避止義務（会社法（以下法令名省略）356条1項1号、365条1項）違反があるといえるかを検討することになる。

本問では、甲がY社の代表取締役ではなく、甲が競業会社を代表して競業取引をする余地がない。そこで、このような場合でも、競業避止義務違反が認められるかが問題となる。

## 2 競業避止義務の趣旨

取締役会設置会社において、取締役が自己又は第三者のために株式会社の事業の部類に属する取引をしようとするときは、取締役会においてその取引につき重要な事実を開示し、その承認を受けることを要する（365条1項、356条1項1号）。これを、取締役の競業避止義務という。

取締役にこのような義務が課されている趣旨は、取締役は代表取締役であると否とを問わず、会社の業務執行に関する重大な権限を有し事実上の秘密にも通じているから、競業を自由になし得るとすれば、取締役がその地位に基づいて会社の事業に関して取得した知識、特に得意先の状況等に関する知識を、会社と競業関係にある自己又は第三者の利益を図るために利用する危険が大きく、これを防止する点にある。

## 3 「自己又は第三者のために」の意義

取締役が取締役会の承認を受けることを必要とするのは、株式会社の事業の部類に属する取引を「自己又は第三者のために」しようとする場合である。そこで、まず、「自己又は第三者のために」の意義が問題となる。

## A 名義説（会社法の立案担当者の見解）

「自己のために」とは自己の名をもってすることであり、「第三者のために」とは第三者の代理人又は代表者として取引をすることである。

（理由）

- ① 会社法上、「〇〇のために」と「計算において」（120条1項かつこ書参照）とは文言が使い分けられている。
- ② 他の法律（民法99条、商法504条参照）では、「〇〇のために」という文言は、「〇〇を代理して」という意味で用いられていることが一般的である。
- ③ 取引の法律効果が誰に及ぶかを問題にするのが適当である。
- ④ 介入権が廃止された会社法において、わざわざ計算説を採る実益はない。
- ⑤ 取締役が会社名義で競業行為を行った後で会社財産を横領するような場合でない限り、行為の名義人と行為の経済的効果・利益の帰属主体とがずれることは通常起こらないから、わ

ざわざ計算説を採る必要はない。

## B 計算説（多数説）

「自己又は第三者のために」とは、「自己又は第三者の計算において（一般経済的利益が自己又は第三者に帰属すること）」の意味である。

（理由）

- ① 商法上「〇〇のために」と「〇〇の名をもって」（商法4条1項、551条参照）とは文言が使い分けられている。
- ② 商法551条における「他人ノ為メニ」のように、「〇〇のために」という文言が「〇〇の計算において」という意味で用いられている場合もある（商法551条は「自己ノ名ヲ以テ他人ノ為メニ…」と規定されており、「他人ノ為メニ」が「他人を代理して」の意味ではないことは明白である。）。
- ③ 取締役が他の会社を設立して競業取引をするような場合に網をかけるためには、名義説では不十分である。

\* 「取締役が会社のためでなく会社の事業の部類に属する取引を行うとすれば、①自己の名で自己の計算で、②自己の名で第三者の計算で、③第三者の名で自己の計算で、あるいは④第三者の名で第三者の計算でのいずれかとなるが、名義説・計算説のどちらによっても、以上の①～④は本条（注：356条）1項1号の規制範囲に含まれる。名義説・計算説は、平成17年改正前商法264条3項が、取締役が「自己ノ為ニ」取引を行ったときのみ会社に介入権行使を認めていたこととの関係で盛んに議論されたが、介入権制度が廃止された会社法の下では、議論の実益はほぼなくなったといつてよかろう」（落合誠一編『会社法コンメンタール8』（商事法務、2009）68頁）。

## 4 事実上の主宰者

※ 今回は、代表取締役が競業行為を行ったわけではないため、問題となる。

なお、コンテナ利用者との貸コンテナ契約の締結が競業取引にあたると思われるところ、取締役である甲が同契約について会社を代表して行っているとは、実務上想定できない。したがって、甲がY社を代理して（名義説を採った上で、「第三者（Y社）のために」ということはできないだろう。

### □ 名古屋高判平20. 4. 17金融・商事判例1325-47

【判旨】

「Y1らは、Y1はY2会社の事実上の主宰者ではないから競業避止義務違反はない旨主張する。

しかし、①Y1は、Y2会社の出資持分を有していないが、Y2会社の運転資金の多くはY1からの借入に依っていること、②コンテナの敷地となる土地の賃貸借についてY1が連帯保証人となっていること、③Y1はX会社で貸コンテナ事業を担当していたところ、Y2会社においては、貸コンテナ事業で重要な土地の賃貸借契約をY1が担当し、土地の貸主の紹介、貸コンテナの設置作業、仲介及び集金等についてはX会社が利用してきたの同一の業者を利用していること、④Y2会社の事務所はY1の自宅であり、これはY1の取締役在任中のX会社

及びC会社の貸コンテナ事業の事務所と同一であることなどからすれば、Y2会社においては、資金調達、信用及び営業についてY1が中心的役割を果たしているといえる。これにY2会社に出資し業務に従事しているのがY1の家族であることからすれば、Y1はY2会社を事実上主宰して、Y2会社において貸コンテナの利用に係る賃貸借契約をして、競業避止義務に違反したというべきである。」

#### □ 名古屋地判平19. 10. 25判タ1276-298

(前掲名古屋高判平20. 4. 17の第1審)

##### 〔判旨〕

「Y1の行為が、X会社に対する競業避止義務違反であるというためには、旧商法264条1項(注：現会社法356条1項1号)によれば、取締役が、自己又は第三者のために会社の営業の部類に属する取引をしたと認められることが必要である。この点、Y2会社の貸コンテナ事業が、X会社の営業の部類に属するものであることは、これまで認定した事実によれば明らかである。

…Y1はY2会社の代表取締役ではないが、同社の事実上の主宰者であれば、Y1は第三者のためにX会社の営業に属する取引をしたということになるから、Y1がY2会社の事実上の主宰者であるかどうか、以下検討する。

…(注：Y2会社における借入金はY1からの割合が過半を占めること、Y2会社の事業用土地の確保はY1がX会社名で契約し、賃料の支払もX会社の口座を利用し、Y1が連帯保証人になっていること、Y2会社における貸コンテナ事業でもX会社における同一の業者を利用していたこと、Y2会社の貸コンテナ賃貸借契約書には、連絡先としてY1の住所が表示されていること、Y2会社の代表者Bは東京在住で、Y2会社の事業の中心である名古屋市及びその周辺には月に3、4回程度来て、経理などを担当していたことなど)以上の認定事実によれば、Y2会社は、その資金調達や信用という面でY1に頼るところが大きく、営業の重要部分もY1が自己のノウハウ及び実績を利用して中心的役割を果たしており、Y1なしに貸コンテナ事業用の土地を確保するのは困難であったといえる。以上の点からすると、Y2会社の貸コンテナ事業は、Y1がいなければ成り立たないもので、Y1の家族らがこれを手伝っているといえる。したがって、Y1はY2会社の代表取締役でなく、出資持分を有していないとしても、Y2会社の事実上の主宰者であると考えるのが相当である。」

## 5 損害の認定

※ 前掲名古屋高判平20. 4. 17は、423条2項による損害として、Y1自身が得ていた利益(Y2会社から得ていた報酬)を対象にした。しかし、旧商法266条4項(現行会社法423条2項)にいう取締役又は第三者が得た利益とは、取締役が自己のために競業取引をした場合の当該取締役の得た利益又は取締役が第三者のために競業取引をした場合の当該第三者の利益を指すものと解される(稲葉威雄『改正会社法』209頁)。したがって、Y1の行為がY2会社という別法人のために競業取引を行ったと捉える上記裁判例の立場からは、Y1が得た役員報酬を同条所定の利益と捉える余地はないのではないかという批判がされている(鳥山恭一「本件控訴審判決の批評」金判1313号4頁参照)。この見解は、小規模な企業では、会社の利益が実質的には役員報酬として支払われている場合は少なくないとして、上記裁判例がそうした実態に配慮したと解することができるかと理解を示しつつ、その場合には、まず、Y2会社の利益がその



ように実質的には役員報酬として支払われていたという事実が認定されるべきであると主張する。

※ 損害認定において、判例の立場のように役員報酬を「取引によって取締役…が得た利益」（423条2項）に当たるという上記載判例の立場を採ってもよい。または、民事訴訟法248条により、甲が受けた役員報酬を損害額と認定してもよい。

□ 前掲名古屋地判平19. 10. 25（下線等は、辰巳法律研究所。以下全て同じ。）

「(5) X会社の損害

ア 第一次主張について

(ア) 旧商法266条4項は、取締役が競業避止義務に反して取引をなしたときにはその取締役又は第三者が得た利益の額を会社の蒙った損害額と推定する旨規定する。…

(イ) ところで、…、Y2会社は、平成13年7月5日から、Y1がX会社の代表取締役を退任した平成16年4月28日までの間、すなわち第1期から第4期までの間、損益計算書によれば常に赤字であり、利益が生じていない。とすると、第三者たるY2会社が得た利益を、X会社の蒙った損害額と推定しようとしても、X会社には損害がないことになるが、X会社は、Y2会社の決算について、過大な経費を計上して、本来は黒字決算となるところを赤字決算に偽装していると主張するので、以下検討する…

(エ) 第5期以降の将来の利益について…

① X会社は、実際にはY2会社は第5期において利益を上げており、今後20年間でY2会社が得られる利益の額も、現在価値に換算して、X会社の損害額と推定すべきであると主張する。

②…しかし、競業避止義務違反による損害とは、競業避止義務違反の行為と因果関係のあるものでなければならず、本件の貸コンテナ事業においては、コンテナ利用料は実際にコンテナを利用したことに対する対価として日々発生していくものであるから、競業避止義務を負わなくなった後の利用料まで、競業行為と因果関係がある利益とはいえない。すなわち、…Y2会社と利用者との間のコンテナ利用に関する賃貸借契約は、期間1年で更新できるもので、利用者は1か月前までに通知すればいつでも契約を解約することができることが認められ、Y1が競業避止義務を負っていた時期にY2会社で利用されていたコンテナでその後利用されなくなったもの…もあることはX会社も認めているところであり、Y2会社とコンテナの利用者との契約が、Y1が競業避止義務を負っている期間内になされたからといって、その後コンテナの耐用年数まで自動的に契約が継続するものではないし、得られる利用料も一定とは限らない。

③ そうすると、競業避止義務を負っている間の行為と、それ以降のY2会社の取得する利益との間に因果関係があるとはいえないから、将来得られる可能性のある利益をX会社の損害と認めることはできない…

(オ) そうすると、Y2会社が得た利益をX会社の損害と構成した場合には、X会社の損害は認められない。

イ 第二次主張について

(ア) X会社は、旧商法266条4項により、Y1ら以外の者（乙川、藤子等）の受けた利益についても、第三者が得た利益として、X会社の損害推定の対象となると主張する。

この点、同条項は、旧商法264条を受けた規定であって、同法266条4項にいう第三者とは、取締役以外の全ての者ではなく、同法264条にいう第三者に限られる。そう

すると、本件において第三者とは、Y2会社がそれに当たるのであり、それ以外の者については、旧商法266条4項という第三者には当たらない。

したがって、X会社主張のうち、花子、昭夫、乙川、藤子、桜子及びC開発株式会社については、主張自体失当である。

(イ) そこで、Y1自身が得た利益について検討する。

① X会社は、Y2会社がX会社の一部門であるとの前提に立ち、Y1が利益を得ている旨主張しているが、Y2会社はX会社の競業会社であって、X会社の一部門ではない。したがって、X会社の一部門であることを前提として、Y1の利益を判断することはできない。

② また、X会社は、Y1の家族が得た利益もY1の利益である旨主張する。そもそも、Y1の家族が得た利益も、Y2会社がX会社の一部門であるとの前提に立っており、又は、Y2会社の事業に不要な経費名目で支出されたことを根拠にしている。上記①判断のとおり、Y2会社がX会社の一部門であるとの前提は誤りであり、…何が経費とはいえない支出であったのかを具体的に特定するに足る証拠はない。また、Y1の家族で利益を得た者がいたとしても、それが当然にY1の利益になるものでもない。したがって、この点についてのX会社の主張は理由がない。

③ 結局のところ、Y1の得た利益として認められるものは、給与手当（役員報酬）として得たものに限られることになる。…Y1は、第1期及び第2期において報酬を支給されておらず、第3期においては各役員が概ね同額の報酬とされ、第4期においてはY1の報酬が他の役員（花子を除く。）の報酬より低額になっている。既に判断したとおり、Y1は、Y2会社の事実上の主宰者であるから、役員報酬又は給与手当が役務の対価又は労働の対価である以上、Y1が最も多額の報酬又は給与を受領するのが自然である。ところが、各役員報酬がほぼ同額になっていたり、Y1の報酬が低額になっているということは、Y2会社における役員報酬が、役務の対価としてではなく、所得税等の税金が有利になるように配慮したY1の家族内での利益分配になっており、実際の取得者とは必ずしも一致していないと認められる。

したがって、少なくとも、Y1の役員報酬とされている金額とY1と同居している花子、昭夫及び桜子の各役員報酬とされている金額の合計の内、相当部分を事実上の主宰者たるY1が取得し、Y1の利益となっていると認められる。また、…、藤子は、第1期当時はY1と同居していたので、藤子の役員報酬の内、第1期分も同様である。Y1と同居していない乙川や第2期以後の藤子については、実際には全額が同人らに支給されていないことを認めるに足る証拠がないので、その一部をY1の利益とみることはできない。Y1、花子、昭夫及び桜子（第1期については藤子を含む。）の報酬とされている金額の内、Y1の利益とみる相当部分の割合については、Y1がY2会社の事実上の主宰者であること等を考慮して、6割とするのが相当である。…

⑤ とすると、Y1が実質的に受領した…報酬は、Y1が、Y2会社において、X会社と競業する貸コンテナ事業を行ったことにより得たものであるもので、旧商法266条4項により、X会社の損害と推定されるべきものであるといえる。

(ウ) したがって、これがX会社の蒙った損害額ということになる。」

## ◆ 論点② 事業譲渡該当性 ◆

### 1 問題の所在

本件契約が事業譲渡に該当すると、株主総会特別決議を経る必要がある（467条1項2号、309条2項11号）。しかし、本問では、これを経ておらず、株主総会決議を欠く事業譲渡として契約の効力が否定されうる（後掲論点③）。

そこで、本件契約が事業譲渡に該当するか否かが問題となる。

### 2 事業譲渡の意義

株主総会の特別決議を要する467条1項1号・2号の事業譲渡とは、どのようなものか。特に、21条以下の事業譲渡と同一に解するかに関して争いがある。ここでのポイントは、467条1項の趣旨である株主保護と法律関係の明確化及び取引の安全の要請との調整をいかに図るかである。

### 3 学説

#### A 判例

467条1項の事業譲渡とは、21条以下の事業譲渡と同一意義である。

すなわち、①一定の事業目的のため組織化され、有機的一体として機能する財産（得意先関係等の経済的価値のある事実関係を含む。）の全部又は重要な一部を譲渡し、②これによって、譲渡会社はその財産によって営んできた事業活動の全部又は重要な一部を譲受会社に受け継がせ、③譲渡会社はその譲渡の限度に応じ法律上当然に21条に定める競業避止義務を負うものをいう。

なお、判例の理解として、上記③の要件が事業譲渡の要件といえるかをめぐり、争いがある。すなわち、2要件か3要件かをめぐり争いがある。また、現在の裁判例は、事業譲渡該当性を判断するにあたり、上記②の要件該当性を重視しているといわれることが多い。

（理由）

① 467条1項1号・2号の事業譲渡は、同一の法典である会社法の総則中において、本来の意義を定めている21条以下の事業譲渡と同一の意義に解するのが、条文の解釈として当然である。

② 事業活動の承継（要件②）及び競業避止義務の負担（要件③）があるか否かによって事業譲渡か否かを決定することが、法律関係の明確性と取引の安全の確保に資する。

#### B 有力説（江頭等）

467条1項の事業譲渡とは、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する財産（いわゆる「ゴーイング・コンサーン」）の譲渡それ自体をいう。A説の②事業活動の承継及び③競業避止義務の負担は、事業譲渡の要件にはならない。

（理由）

①（A説の要件②が不要であること）

467条1項1号・2号は、譲渡会社の株主を保護するために、事業譲渡によって会社の運命に重大な影響を及ぼす場合に株主総会の特別決議を要すると定める規定である。したがって、譲受会社が譲渡会社の従来の事業活動を承継するかどうかを問題とする必要はない。

②（A説の要件③が不要であること）

競業避止義務は当事者間の特約で排除することができるから、競業避止義務を負担するか否

かで、事業譲渡該当性の有無を判断するのは妥当でない。

#### 4 判例

##### □ 最大判昭40. 9. 22民集19-6-1600 (会社法判例百選87事件)

###### 〔事案〕

甲株式会社(以下「甲社」という。)は、製材加工及びその製品の販売を主たる事業としていたが、事業を休止し、工場の土地等をAに無償貸与していた。甲社の代表取締役乙は、株主総会の決議も取締役会の決議も経ることなく、この製材工場を構成する土地・建物・機械・器具類一式をAに譲渡した。その後、甲社が、Aに土地等の返還を求めたところ、Aが売買により所有権を取得したとして拒んだ。そこで、甲社は、本件物件は甲社の唯一の事業用財産であり、その売買は旧商法245条1項1号(現会社法467条1項1号、2号)の事業の全部又は重要な一部の譲渡に当たり、株主総会の決議を経ていないので無効であると主張した。

###### 〔判旨〕

「商法245条1項1号によって特別決議を経ることを必要とする営業の譲渡とは、同法24条以下にいう営業の譲渡と同一意義であって、営業そのものの全部または重要な一部を譲渡すること、詳言すれば、一定の営業目的のため組織化され、有機的一体として機能する財産(得意先関係等の経済的価値のある事実関係を含む。)の全部または重要な一部を譲渡し、これによって、譲渡会社はその財産によって営んでいた営業的活動の全部または重要な一部を譲受人に受け継がせ、譲渡会社はその譲渡の限度に応じ法律上当然に同法25条に定める競業禁止義務を負う結果を伴うものをいうものと解するのが相当である。

所論は、要するに、右判示のような見解を採るときは、譲渡会社またはその株主の利益が害される危険があることを力説した上、営業の譲渡とは、いわゆる機能的財産の移転を目的とする契約であり、営業が譲受人に移転し受継されるのを通例とするが、必ずしもそのように狭く解すべきではなく、かかる機能的財産を構成している重要な営業用財産が一括して譲渡され、その結果譲渡会社の運命に重大な影響を及ぼすような場合、たとえば譲渡会社はその結果営業を遂行できなくなるような場合において、当事者がその結果を予見しているときは、いわゆる狭義の『営業譲渡』の場合に準じて、該当会社の株主総会の特別決議を要するものと解するのが相当である、というにある。

しかしながら、商法245条1項1号の規定の制定およびその改正の経緯に照しても、右法条に営業の譲渡という文言が採用されているのは、商法総則における既定概念であり、その内容も比較的に明らかな右文言を用いることによって、譲渡会社がする単なる営業用財産の譲渡ではなく、それよりも重要である営業の譲渡に該当するものについて規制を加えることとし、併せて法律関係の明確性と取引の安全を企図しているものと理解される。前示所論のように解することは、明らかに前示法条の文理に反し、法解釈の統一性、安定性を害するばかりでなく、その譲渡が無効であるかどうか、譲渡の相手方または第三者にとっては必ずしも詳らかにしえない譲渡会社の内部的事情によって左右される結果を認めることとなり、前判示のように解する場合に比較して、法律関係の明確性ないし取引の安全を害するおそれも多く、右所論のような拡張解釈は、法解釈の限度を逸脱するものというほかはない。所論は、立法政策としては考慮の余地があるとしても、現行法の解釈論としては、とうてい採用することをえない。」

## 5 本問における具体的検討

判例であるA説に従って検討する。

まず、本件契約の内容として、X社がその貸コンテナ事業に用いる資産に加え、コンテナの仕入れや運搬を行う業者との関係も合わせてZ社に譲渡することが合意されていたことから、一定の事業目的のために、組織化され、有機的一体として機能する財産の全部の譲渡に当たる（①充足）。

また、平成26年6月1日から、Z社が譲り受けた事業を開始する予定となっているので、譲渡会社はその財産によって営んできた事業活動の全部を譲受会社が受け継いだといえる（②充足）。

さらに、本件契約においては、競業避止義務を排除する特約が存在しないので、譲渡会社はその譲渡の限度に応じ法律上当然に競業避止義務を負う場合に当たるといえる（③充足）。

よって、本件契約は事業譲渡に該当するといえる。

なお、B説によっても、①を充足するため、本件契約は事業譲渡に該当する。したがって、本論点は結論を左右するものではないため、比較的軽く検討することで足りるであろう。

### \* 重要な一部の譲渡にあたるか

「重要な一部」といえるかについても、あてはめが必要になると思われる。その判断にあたっては、財産の質と量からアプローチすることになる。

### \* 略式事業譲渡の該当性

467条1項1号から4号までに掲げる行為の契約の相手方が特別支配会社である場合には、譲渡等を行う会社において株主総会の特別決議による承認を要しない（468条1項）。

特別支配会社とは、ある株式会社の総株主の議決権の10分の9以上を他の会社及び当該他の会社が発行済株式の全部を有する株式会社その他これに準じるものとして法務省令で定める法人が有している場合における当該他の会社をいう（同条項かつこ書）。

従属会社の株主総会を開催したところで容易に特別決議による承認を得られるので、この制度を導入することにより組織再編を容易・迅速・低コストで行うことができる。

事業譲渡等を行う会社と特別支配会社との従属関係がどの時点で存在すれば、株主総会決議による契約の承認が不要となるのか。議決権保有割合の算定時期については、明文化上明らかでなく問題になる。

たしかに、議決権保有割合は株主総会による契約の承認の要否に関する要件であるから、株主総会の特別決議が要求される契約の効力発生直前の時点で充足すれば足りるようにも思える。しかし、略式事業全部譲渡の場合に株主総会の承認が不要とされていること、事業譲渡手続において株主の予測と法的安定性を確保する必要があること等を併せ考えると、契約時から効力発生時に至るまで継続的に特別支配会社との従属関係が存在することが必要であると考えらるべきであろう。

◆ 論点③ 株主総会決議を欠く事業譲渡契約の効力 ◆

1 問題の所在

本件契約が事業譲渡に当たるとした場合には、略式事業譲渡に当たらない限り、株主総会の特別決議が必要となる。しかし、X社は本件契約について株主総会の特別決議を経ていない。そのため、株主総会の特別決議を欠く事業譲渡の効力が問題となる。

2 学 説

A 無効説

(理由)

- ① 株主の利益を考えると、取引の安全のみで問題を処理することには疑問がある。
- ② 買収対象会社に対し実地調査を行うことが多くなった今日では、相手方にとって要件該当性の判断が困難ともいえなくなっている。

B 原則として無効であるが、悪意・重過失がない譲受人に対しては無効を主張できないとする説

(理由)

事業譲渡に当たるか否かは明確ではなく、取引の安全を保護する必要がある。

3 判 例

□ 最判昭61. 9. 11判時1215-125 (会社法判例百選6事件)

本判決は、株主総会決議のない事業譲渡について、絶対的無効の立場を採りながら、信義則違反など特段の事情がある場合には、無効の主張をすることができないと判示した。

〔判 旨〕

「本件営業譲渡契約が譲渡の目的としたものは、原審の確定したところによると、たばこ製造機械・小型ディーゼルエンジンの製造販売を目的とする被上告会社の有する3工場のうち専ら小型ディーゼルエンジンの製造販売に当たっていた長岡工場の営業一切であるというのであるから、商法245条1項1号〔注：現会社法467条1項2号〕にいう営業の『重要ナル一部』に当たるものというべきである。そうすると、本件営業譲渡契約は、譲渡をした被上告会社が商法245条1項に基づき同法343条に定める株主総会の特別決議によってこれを承認する手続を経由しているものでなければ、無効であり、しかも、その無効は、原始定款に記載のない財産引受と同様、広く株主・債権者等の会社の利害関係人の保護を目的とするものであるから、本件営業譲渡契約は何人との関係においても常に無効であると解すべきである。しかるところ、原審の確定したところによると、本件営業譲渡契約については事前又は事後においても右の株主総会による承認の手続をしていないというのであるから、これによっても、本件営業譲渡契約は無効であるというべきである。そして、営業譲渡が譲渡会社の株主総会による承認の手続をしないことによって無効である場合、譲渡会社、譲渡会社の株主・債権者等の会社の利害関係人のほか、譲受会社もまた右の無効を主張することができるものと解するのが相当である。ただし、譲渡会社ないしその利害関係人のみが右の無効を主張することができ、譲受会社がこれを主張することができないとすると、譲受会社は、譲渡会社ないしその利害関係人が無効を主張するまで営業譲渡を有効なものとする余儀なくされるなど著しく不安定な

立場におかれることになるからである。したがって、譲受会社である上告会社は、特段の事情のない限り、本件営業譲渡契約について右の無効をいつでも主張することができるものというべきである。」

※ 本問では、譲渡会社が本件契約の無効主張をしていて、譲受会社が無効主張する場面と異なるから、必ずしも本判例の検討を求めているわけではない。

#### 4 本問における具体的検討

A説によれば、本件契約は無効であり、X社は、本件契約の無効を主張することができる。

B説によっても、本件契約は無効である。もっとも、Z社が株主総会の特別決議を欠くことにつき悪意・重過失でなければ、X社は、本件契約の無効を主張することができないこととなる。

判例によれば、本件契約は特段の事情がない限り無効であるから、X社は、本件契約の無効を主張することができる。

## ◆ 論点④ 吸収分割における債権者異議手続 ◆

## 1 問題の所在

吸収分割を行う際、一定の債権者に対しては、債権者異議手続を経ることが必要となる。吸収分割会社の債権者に対する債権者異議手続が履践されていない場合には、759条2項により吸収分割会社に対して債務の履行請求をすることができる。

それでは、本件では、X社債権者が債権者異議手続の対象となるか。

## 2 吸収分割の債権者異議手続制度の意義・内容等

789条1項2号によれば、吸収分割後、分割会社に対して債務の履行を請求することができない分割会社の債権者は、異議を述べることができる。なぜなら、分割会社の債権者が吸収分割契約の定めによって承継会社の債権者とされ、かつ分割会社が当該債務につき重疊的債務引受も連帯保証も行わない場合には、免責的債務引受又は債務者の交替による更改（民法514条）を受けるのと同じになり、債権回収リスクが増大するからである。

一方で、新設分割の場合には、分割会社に対して債務の履行を請求できる債権者は、分割会社が移転した純資産の額に等しい対価を設立会社の株式の形で設立会社から取得するはずである（763条6号は「権利義務の全部又は一部に代わる当該新設分割設立株式会社の株式の数」と表現する。）から、分割会社の資産は差引増減を生じることがなく、分割会社債権者の債権は計算上害されない。したがって、このような立場にある分割会社債権者は、当該新設分割に異議を述べることはできないとされる。

他方で、吸収分割の場合には、分割条件次第では、分割会社が移転した純資産の価値に等しい対価を取得できないことがあり、分割会社の債権者の債権回収リスクは増大する。しかし、この場合に起こる移転された事業等の過小評価は、事業譲渡においても生じる事象である。そのため、事業譲渡には債権者異議手続がないこととの均衡等を理由として、分割会社の債権者等は、この場合であっても異議手続の対象外とされている。

## 3 本問における具体的検討

当該債務の保証人として吸収分割承継会社と連帯して負担する保証債務の履行について、吸収分割株式会社に履行を請求することができる債権者については、債権者異議手続の対象とはならない（789条1項2号かつこ書）。なぜなら、会社分割の場合には、分割会社の資産総額に変動がないため、分割後も同社に全額を請求できる債権者について異議手続を与える必要がないからである。

本問では、X社は、P社が承継した債務について連帯保証契約を締結しているため、789条1項2号かつこ書に該当する。

したがって、X社に対する履行請求をすることができない。



## ◆ 論点⑤ 吸収分割無効の訴えの原告適格 ◆

### 1 問題の所在

本件吸収分割に異議を述べていないP社債権者は、「吸収分割について承認をしなかった債権者」(828条2項9号)に当たらず、吸収分割無効の訴えの原告適格を欠くのではないか。

### 2 原告適格

会社分割無効の訴えにおいて原告適格を有するのは、吸収分割の場合には、吸収分割の効力が生じた日において吸収分割契約をした会社の株主等若しくは社員等であった者又は吸収分割契約をした会社の株主等、社員等、破産管財人若しくは吸収分割について承認をしなかった債権者である(828条2項9号)。

このうち、吸収分割について承認をしなかった債権者とは、債権者異議手続において異議を述べた債権者をいうが、会社の知れたる債権者であって、異議申述の催告を受けなかったために異議を述べる機会を失った者も含まれる。たしかに、この催告を受けなかった債権者には、分割計画又は分割契約書の記載上債務を負担しないとされた会社に対しても弁済の請求ができるから(759条2項・3項、764条2項・3項)、提訴権を与える必要がないようにも思える。しかし、会社分割計画書により分割会社・承継会社(設立会社)が連帯債務を負う場合にも、債権者異議手続が必要とされていることとの権衡から、提訴することができると思われる。

### 3 本問における具体的検討

P社は、定款の定めに従い、時事に関する事項を掲載する日刊新聞紙に公告内容を掲載している。それにより、P社は、各別の催告を省略することができる(799条3項)。

そうすると、本件吸収分割は適法な債権者異議手続が履践されていることとなり、P社の債権者は、異議申立てをする機会を奪われたとはいえない。異議を述べなかったP社債権者は、「吸収分割について承認をしなかった債権者」当たらないため、本件吸収分割の無効の訴えについて原告適格を欠くこととなる。

※ そもそも、適法な債権者異議手続が履践されていることから、会社分割無効の訴えにおける無効原因がないから、請求が認められない(＝請求が棄却される)と検討してもよい。

## ◆ 参考 会社分割の無効原因 ◆

### 1 問題の所在

会社分割の無効原因は何か。会社法に個別のかつ具体的な文言では明示されていないため、問題となる。

### 2 会社分割の無効原因

会社分割の無効原因は、分割手続の瑕疵、その中でも重大な手続違反のみが無効原因となると解されている。なぜなら、会社分割等の組織再編の無効が訴えによってのみ主張することができることと同じく、法的安定性を確保するため、無効原因を限定的に解する必要があるからである。

<会社分割の法令違反の例>（江頭憲治郎『株式会社法』（有斐閣，第6版，2015）P.922）

- ① 吸収分割契約・新設分割計画の内容の違法
- ② 分割計画書又は分割契約書の備置の懈怠
- ③ 吸収分割契約・新設分割計画の承認決議の瑕疵
- ④ 法定の株式・新株予約権買取請求手続の不履行
- ⑤ 法定の債権者異議手続の不履行
- ⑥ 要件を満たさない簡易分割・略式分割
- ⑦ 会社分割の差止仮処分違反する会社分割
- ⑧ 独占禁止法の定める手続に違反した会社分割
- ⑨ 会社分割の認可を要する場合に認可がないこと

## 2015スタンダード論文答練（第1クール）民事系2第2問

### ◆ ゼミ生答案（講師との事前検討ゼミに先立ち、受験生が試験時間内で実際に書いた答案）

Memo

#### P.1 第1 設問1

設問1

・検討箇所を間違えた。痛いミス。

2 1 X社は、取締役である甲に対し、任務懈怠責任として、損害賠償を請求する（会社法（以下略）423条1項）。

3 2 まず、甲は、X社の「取締役」である。

4 3(1) 次に、任務懈怠とは、法令違反又は善管注意義務・忠実義務違反（355条、330条、民法644条）をいう。本件では、  
5 甲の競業避止義務（356条1項1号）違反が問題となる。

6 (2)ア まず、「事業の部類に属する取引」とは、事業地や事業内容が競合しており、実質的に業務を奪い合うような関係にある取引をいうと解される。そのような取引は、会社の取引を  
7 阻害し、利益を奪うおそれがあるため、事前の承認が必要と  
8 いうべきだからである。

9 イ 甲は、Y社の取締役に選任されていたところ、Y社はX社と同様の貸コンテナ事業を行っており、また、事業地も  
10 名古屋市及びその周辺と同一地域を対象としていた。甲は、  
11 実際、Y社において貸コンテナ事業の代表権を有していな  
12 かった。しかし、Y社は甲の親族らの出資によって設立さ  
13 れた同族会社であり、その事務所も甲の自宅が用いられる  
14 など、甲の影響力はかなり強かったといえる。加えて、代  
15 表権限を有する代表取締役乙は、東京に在住しており、事  
16 務所に来ることは月に数回、さらに経理を担当していたに  
17 すぎず、その支配力は乏しかった。他方、甲は代表権を有  
18 していないとはいえ、貸コンテナ事業における重要な要素  
19 である土地の賃貸借契約締結の交渉を主に担当し、貸コン  
20 テナの賃貸借契約には自己の住所を管理連絡先とするなど、  
21 貸コンテナ事業の実質的代表権を有していたといえる。こ  
22 のように同一地域、同一事業を営むY社において、甲が実  
23 質的な代表権を有していたこと、その事業手法もX社とほ

#### P.2

2 ぼ同一の方法により土地を調達していたこと、土地の調達  
3 における名義や賃料支払をX社の名の下で行っていたこと、  
4 コンテナの仕入れ、運搬といった業務についてもX社と同  
5 一の業者を利用していただけからも、甲は、Xと業務を奪  
6 い合うような取引を行っていたといえ、競業取引にあたる。  
7 (3)ア 次に「自己又は第三者のため」とは、基準の明確性より、  
8 自己又は第三者の計算によると解すべきである。

9 イ 甲の行った貸コンテナ事業は、Y社の業務としてなされ  
10 ているから、その収益はY社に帰属し、第三者の計算のため  
11 といえる。

12 4 競業避止義務違反による損害は、競業取引により取締役が得た  
13 利益の額と推定される（423条2項）。

14 甲が得ていた利益は、Y社のために業務を担当することで得  
15 ていたY社からの役員報酬といえる。したがって、4年間の総額3  
16 916万円が損害となる。

17 5 任務懈怠と損害の因果関係は認められる。

18 6 甲に帰責事由がないとはいえない（428条1項参照）。

19 7 以上より、3916万円の請求ができる。

P.3 第2 設問2

2 1 小問(1)

3 (1) 本件契約は、X社の貸コンテナ事業及びそれに付随するコンテナの仕入れや運搬業務といった有機的に組織された人的・物的資産をZ社に譲渡することを内容とし、それに伴い、当然に当該事業をZ社が開始することを想定しており、X社とZ社は競業避止義務を排除する特約を結んでいないことから、Z社は競業避止義務を負う関係にあり、会社法上の「事業譲渡」を内容とするものである(467条1項2号)。

10 (2) この場合、両当事会社は、効力発生日までに、契約につき株主総会特別決議を経る必要がある(467条1項柱書、309条2項11号)。

13 本件では、X社はこのような事前の特別決議を経ていないことから、法定の要件を欠き、上記契約は無効となる。

15 (3) もっとも、決議を欠いたX社自身から無効を主張することができるかが問題となる。

17 この点、株主の意見を反映せずになされた行為の無効を主張できないとすれば、株主の利益を不当に侵害することとなるから、X社からの無効もできると解すべきである。X社の株式は半数をZ社が有しているが、特別決議を通すだけの株式数ではないから、この事情は影響しない。

22 2 小問(2)

23 (1) 甲は、X社の40%の株式を有していることから、すでに有していたZ社の株式と合わせると、Z社は90%の株式を有することとなる。

2 (2) この場合には、Z社はX社の特別支配会社となり、468条1項の適用により、X社の承認決議は不要となる。なぜなら、決議をとっても意味がないからである。

5 (3) そこで、株主は、自己の株式の買取請求をする(469条1項)。

8 本件では、事前の株主総会決議は不要であるから、すべての株主が「反対株主」となり、請求できる(同条2項2号)。

10 X社の株主は、効力発生日の20日前から前日までに請求する必要がある(同条5項)。

12 第3 設問3

13 1 小問(1)

14 (1) 吸収分割会社の債権者は、分割後、分割会社に債務の履行を請求することができない場合、吸収分割につき異議を述べる  
15 ことができる(789条1項2号)。

17 本件でも、X社の債務はP社に承継される。もっとも、X社は承継される債務につき連帯保証人として債務を負担することとされているから、同条項2号かっこ書にあたり、同条項2号により異議を述べることはできない。

21 (2) よって、X社の債権者は、Xに対し、特に請求することはできない。

23 2 小問(2)

P.5 (1) 吸収分割のような会社組織に関する行為の効力を争うことは、多くの利害関係人へ与える影響力が大きいことから、その条件が法定されている。

2 吸収分割の無効を訴えをもって主張し得るのは、吸収分割に承認をしなかった債権者である(828条2項9号)。

設問2

- ・しっかり条文に従い、法的三段論法を踏むべきであった。

設問3

- ・とにかく条文に従って丁寧に書いた。

- 6 (2) 債権者は公告された期間内に異議を述べなかった場合には、  
7 承認したものとみなされる（799条4項）。  
8 (3) ここで、P社は知っている債権者に対し、各別の催告をし  
9 ていない（同条2項）。もっとも、P社は、定款の定めに従い、  
10 官報に掲載する方法により公告に加え、時事に関する事項を掲  
11 載する日刊新聞紙にも公告内容を掲載（939条1項2号）し  
12 ているから、各別の催告は不要である（799条3項）。  
13 (4) よって、799条4項に従い、異議を述べなかったP社の  
14 債権者は、本件吸収分割の効力を争うことはできない（828  
15 条2項9号）。

以上

---

※事前モニターゼミの実施の結果、問題文に修正が加えられましたが、本ゼミ生答案は作成時のものをそのまま掲載しております。

## 2015スタンダード論文答練（第1クール）民事系2第2問

## ■ 福田 俊彦先生 作成答案

Memo

## P.1 第1 設問1

## 1 設問前段

(1) X社は、甲に対し、会社法（以下、略。）423条1項に基づく損害賠償請求をすることが考えられる。この請求が認められるためには、まず、甲が「任務を怠った」といえなければならない。そして、取締役は、会社に対して善管注意義務（330条、民法644条）及び忠実義務（355条）を負い、法令遵守義務を負っている。そのため、取締役が法令に違反した場合には、善管注意義務及び忠実義務に違反したといえ、任務懈怠が認められる。

(2) Y社がコンテナ利用者と貸コンテナ契約を締結することは、貸コンテナ事業を行うX社の「会社の事業の部類に属する取引」（356条1項1号）に当たる。

そこで、甲がY社の代表取締役ではなく、競業会社を代表して自ら競業取引をする余地がない場合でも、「取締役」が上記「取引」をしたといえるかが問題となる。

ア 356条1項1号の趣旨は、取締役が会社の事業執行に関する強大な権限を有し営業の機密にも通じているため、その地位を利用し、会社の利益を犠牲にして自己又は第三者の利益を図る危険があるので、その危険を防ぐことにある。そうすると、たとえ会社を代表していなくとも、事実上会社を主宰して競業する会社の取引に加功した場合には、会社の利益を保護する要請が妥当するから、「取締役」が上記「取引」をしたと解する。

イ 本件では、Y社には信用性がなく、銀行から十分な借入れができなかったため、運転資金の多くは、甲からの借入れによるものであった。また、貸コンテナ事業において最も重要な仕事は、事業用の土地を賃借して確保することであるが、Y社では、甲が担当して、X社の名義で契約し、賃料の支払もX社の銀行口座を利用し、甲が連帯保証人となっている。さらに、甲は、X社において、専ら関連会社であるI社の顧客である農協の組合員から事業用地を賃借して、貸コンテナ事業を開始し、発展させてきたが、Y社における貸コンテナ事業でも、必要な土地は主にI社の顧客である農協の組合員の土地を賃借することで調達し、またX社における貸コンテナ事業と同一の業者を利用するなどの同様の手法を用いていた。加えて、Y社がコンテナ利用者との間で貸コンテナ契約を締結する場合に交付される契約書に表示された管理連絡先は、甲の自宅の住所であった。そうすると、Y社は、その資金調達や信用面で甲に頼るところが大きく、事業の重要部分についても甲が自己のノウハウ及び実績を利用して中心的な役割を果たしていたといえる。

他方で、Y社代表取締役乙は、東京に在住し、Y社の事業の中心である名古屋市及びその周辺に居住していたわけではなく、月に3、4回程度、名古屋に来て経理などの分野を担当していたにすぎない。

以上より、代表取締役乙のY社の事業に対する関与の程度はかなり低いのに対して、Y社の貸コンテナ事業に係る契約について代表権を有していない取締役甲は、同事業に対して重大な影響力を及ぼしているといえるから、Y社を事実上主宰していたといえる。

ウ したがって、「取締役」が上記「取引」を行ったといえる。

P.3

(3) そうすると、甲がY社のためにY社を事実上主宰してこのような事業を行うことについて、X社において取締役会の承認を経ている以上、356条1項1号、365条1項違反という法令違反が認められるため、甲に任務懈怠が認められる。

(4) よって、X社に生じた「損害」の範囲でX社の請求は認められる。

2 設問後段

X社の請求はどの範囲で認められるか。

(1) 356条1項の規定に違反した場合には、「当該取引によって取締役…又は第三者が得た利益の額」が会社の損害と推定される(423条2項)。

(2)ア Y社は、赤字の状態であるから、貸コンテナ事業により利益を上げているとはいえない。

イ それでは、甲にY社役員として支払われた報酬を「取引によって…得た利益」と評価することができないか。

Y社は、X社との関係で競業取引にあたる貸コンテナ事業を専ら営んでいたから、Y社の貸コンテナ事業による売上げがY社の売上げの全てに当たるといえる。

甲は、Y社の株式を有していないが、Y社は甲らの同族会社であり、事実上の主宰者であったことから、株主が甲の意向に従って、役員報酬の支払を決議していたといえる。そして、赤字にもかかわらず甲に対する役員報酬の支払はされていたから、Y社の売上げが、実質的には役員報酬として甲に支払われていたと評価することができる。

したがって、甲の役員報酬額を「取引によって…得た利益」と評価することができる。

P.4

よって、平成25年度の甲の役員報酬額1000万円が、甲が「取引によって…得た利益」といえ、損害と推定される。

(3) 以上より、X社の請求は、1000万円の範囲で認められる。

第2 設問2

1 小問(1)

(1) 本件契約が「事業の重要な一部の譲渡」にあたれば、原則として、本件契約締結に先立ってX社の株主総会特別決議を経る必要がある(467条1項2号、309条2項11号)。そして、この決議を経ない場合には、株主を保護する要請が強く妥当するため、本件契約は無効であると解すべきである。

(2) では、本件契約は「事業の…譲渡」にあたるか。

ア 事業の譲渡と財産の譲渡を峻別し、法律関係の明確性と取引の安全を確保するため、467条1項1号、2号の事業の譲渡は、21条1項の事業の譲渡と同義であると解すべきである。具体的には、事業譲渡とは、①一定の事業目的のため組織化され、有機的の一体として機能する財産の全部又は重要な一部を譲渡し、②これにより譲渡会社がその財産によって営んできた事業活動の全部又は一部を譲受会社に受け継がせ、③譲渡会社がその譲渡の限度に応じ法律上当然に21条に定める競業禁止義務を負うものをいうと解する。

そして、法律関係の明確化の観点から、競業禁止義務を実際に負うことが事業譲渡の不可欠の要素と解するから、契約により競業禁止義務が排除されていないものに限り、③に当たると解する。

P.5

イ 本件では、①本件契約の内容として、X社がその貸コンテナ事業に用いる資産に加え、コンテナの仕入れや運搬を行う業者との関係も併せてZ社に譲渡することが合意されていたことから、一定の事業目的のために、組織化され、有機的の一体として機能する財産の全部又は重要な一部の譲渡に当たる。また、②平成26年6月1日から、Z社が

譲り受けた事業を開始する予定となっているので、譲渡会社が上記財産によって営んできた事業活動の全部を譲受会社が受け継いだといえる。さらに、③本件契約においては、競業避止義務を排除する特約が存在しないので、譲渡会社が当該譲渡の限度に応じ法律上当然に競業避止義務を負う場合に当たる。

- ウ そして、X社は貸コンテナ事業とコンビニエンスストア事業を営んでいるところ、貸コンテナ事業は、X社が設立当初から営んできた事業であった。また、貸コンテナ事業に用いる資産は、X社の有する全資産の60%にも上り、その大きな部分を占めるといえる。したがって、貸コンテナ事業の譲渡は、事業の「重要な一部」の譲渡に当たる。
- (3) もっとも、本件契約が略式事業譲渡に当たり、株主総会決議を欠いたとしても、なお有効とならないか(468条1項)。

ア 略式事業譲渡等の場合に例外的に株主総会の承認が不要とされていること及び事業譲渡手続において株主の予測と法的安定性を確保する必要があることから、株主総会の承認を不要とする場合は、限定的に解すべきである。そこで、契約締結時から契約の効力発生時に至るまで継続的に特別支配会社との従属関係が存在することが必要と解する。

イ 本件では、Z社は平成26年5月15日に甲が保有するX社株式を全て取得しており、本件契約締結時に「総株主の議決権の10分の9」に当たる株式数を有していたわけではない。そのため、X社において本件契約締結時から本件契約の効力発生時に至るまで継続的にZ社との従属関係が存在していたとはいえない。

ウ したがって、上記の要件を充たさない。

- (4) 以上より、本件契約は略式事業譲渡に当たらず、原則どおり株主総会決議が必要である。そのため、本件契約は、株主総会決議を欠く事業譲渡として無効であり、X社は、本件契約の効力を争うことができる。

## 2 小問(2)

小問(1)とは異なり、Z社が甲の保有するX社株式を全て取得したのは平成26年4月25日であり、本件契約締結時には略式事業譲渡の要件を充たしている。したがって、X社の株主総会決議を欠いていても、本件契約は、有効である。

この場合には、X社株主は、469条1項により株式買取請求権を行使することができる。なぜなら、略式事業譲渡に当たり、株主総会決議が不要な場合であるため、X社株主は全て「反対株主」に当たる(469条2項2号)からである。

## 第3 設問3

### 1 小問(1)

本件吸収分割に関する契約の内容として、X社が負っていた債務をP社が承継する旨定められていたため、X社の債権者は、759条2項に基づき、X社に対し、当該債権に係る債務の履行請求をすることが考えられる。この請求が認められるためには、X社の債権者が債権者異議手続の対象になっていて、かつ、異議手続が履行されなかったことが必要である。

では、X社の債権者は、本件吸収分割について異議手続の対象となるか。債権者異議手続の対象となるのは、吸収分割後吸収分割株式会社に対して債務の履行を請求することのできない吸収分割株式会社の債権者である(789条1項2号)。

しかし、当該債務の保証人として吸収分割承継会社と連帯して負担する保証債務について、吸収分割株式会社に履行を請求することができる債権者については、債権者異議手続の対象とはならない(同条項号かつこ書)。

本件吸収分割では、これに関する契約の内容として、X社が負っていた債務について、P社が承継するものの、X社が保証人としてP社と連帯し



11 て負担することが定められている。したがって、X社の債権者は、債権者  
12 異議手続の対象とはならず、X社に対する履行請求をすることができない。

13 2 小問(2)

14 P社の債権者は、債権者異議手続の欠缺があると主張して、吸収分割無  
15 効の訴え(828条1項9号)を提起し、本件吸収分割の効力を争うこと  
16 が考えられる。もっとも、本件吸収分割について異議を述べていないP社  
17 の債権者は、「吸収分割について承認をしなかった債権者」(同条2項9  
18 号)に当たらず、吸収分割無効の訴えの原告適格が認められないのではな  
19 いか。

20 P社の債権者は、「吸収分割承継株式会社の債権者」であり、債権者異  
21 議手続の対象である(799条1項2号)。しかし、799条3項によっ  
22 て、上記債権者に対する各別の催告の省略が認められている。本件でも、  
23 官報及び時事に関する事項を掲載する日刊新聞紙に掲載する方法により公  
P.8 告が行われていた。

2 したがって、適法な債権者異議手続が履践されている以上、異議申立て  
3 をする機会を奪われたとは評価することができず、異議を述べなかった債  
4 権者は、「吸収分割について承認をしなかった債権者」には当たらないた  
5 め、原告適格を欠く。

6 よって、本件吸収分割に異議を述べなかったP社の債権者は、本件吸収  
7 分割の効力を争うことができない。

8 以上

---