

平成27年

1 【第2問】(配点:100 [[設問1] から [設問3] までの配点の割合は、4:4:2])

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。

3

4 1. 甲株式会社(以下「甲社」という。)は、A、B及びS株式会社(以下「S社」という。)の出
5 資により平成19年に設立された取締役会設置会社である。甲社では、設立以来、Aが代表取締
6 役を、B及びCが取締役をそれぞれ務めている。

7 甲社の発行済株式の総数は8万株であり、Aが4万株を、Bが1万株を、S社が3万株をそれ
8 ぞれ有している。甲社は、種類株式発行会社ではなく、その定款には、譲渡による甲社株式の取
9 得について甲社の取締役会の承認を要する旨の定めがある。

10 2. 甲社は、乳製品及び洋菓子の製造販売業を営んでおり、その組織は、乳製品事業部門と洋菓子
11 事業部門とに分かれている。

12 乳製品事業部門については、Aが業務の執行を担当しており、甲社の工場で製造した乳製品を
13 首都圏のコンビニエンスストアに販売している。

14 また、洋菓子事業部門については、Bが業務の執行を担当しており、甲社の別の工場(以下「洋
15 菓子工場」という。)で製造した洋菓子を首都圏のデパートに販売している。甲社は、世界的に著
16 名なP社ブランドの日本における商標権をP社から取得し、その商標(以下「P商標」という。)
17 を付したチョコレートが甲社の洋菓子事業部門の主力商品となっている。

18 3. S社は、洋菓子の原材料の輸入販売業を営んでおり、S社にとって重要な取引先は、甲社であ
19 る。

20 4. 平成22年1月、甲社は、関西地方への進出を企図して、マーケティング調査会社に市場調査
21 を委託し、委託料として500万円を支払った。

22 5. Bは、関西地方において洋菓子の製造販売業を営む乙株式会社(以下「乙社」という。)の監査
23 役を長年務めていた。Bの友人Dが乙社の発行済株式の全部を有し、その代表取締役を務めてい
24 る。

25 平成22年3月、Bは、Dから乙社株式の取得を打診され、代金9000万円を支払って乙社
26 の発行済株式の90%を取得した。Bは、この乙社株式の取得に際して、A及びCに対し、「乙社
27 の発行済株式の90%を取得するので、今後は乙社の事業にも携わる。」と述べたが、A及びCは、
28 特段の異議を述べなかった。Bは、この乙社株式の取得と同時に、乙社の監査役を辞任して、そ
29 の顧問に就任し、その後、連日、乙社の洋菓子事業の陣頭指揮を執った。また、Bは、同年4月
30 以後、月100万円の顧問料の支払を受けている。

31 平成22年4月、乙社は、業界に知人の多いBの紹介により、チョコレートで著名なQ社ブラ
32 ンドの商標(以下「Q商標」という。)を日本において独占的に使用する権利の設定を受けた。

33 6. 平成22年5月、Bは、甲社におけるノウハウを活用するため、洋菓子工場の工場長を務める
34 Eを甲社から引き抜き、乙社に転職させた。Eの突然の退職により、甲社の洋菓子工場は操業停
35 止を余儀なくされ、3日間受注ができず、甲社は、その間、1日当たり100万円相当の売上げ
36 を失った。

37 7. その後、乙社は、関西地方のデパートへの販路拡大に成功し、平成21事業年度(平成21年
38 4月から平成22年3月まで)に200万円であった乙社の営業利益は、翌事業年度には100
39 0万円に達した。

40 8. 平成23年4月、甲社は、乙社が関西地方においてQ商標を付したチョコレートの販路拡大に
41 成功したことを知り、関西地方への進出を断念した。

42 【設問1】 上記1から8までを前提として、Bの甲社に対する会社法上の損害賠償責任について、
43 論じなさい。

44

45 9. 平成23年7月、Bは、甲社の取締役を辞任した。Bに代わり、Fが甲社の取締役に就任し、
46 洋菓子事業部門の業務の執行を担当するようになったが、Bの退任による影響は大きく、同部門
47 の売上げは低迷した。

48 10. 平成24年5月、甲社は、洋菓子事業部門の売却に向けた検討を始め、丙株式会社（以下「丙
49 社」という。）との交渉の結果、同部門を代金2億5000万円で丙社に売却することとなった。
50 その際、甲社の洋菓子事業部門の従業員については、一旦甲社との間の雇用関係を終了させた上
51 で、その全員につき新たに丙社が雇用し、甲社の取引先については、一旦甲社との間の債権債務
52 関係を清算した上で、その全部につき新たに丙社との間で取引を開始することとされた。その当
53 時、甲社が依頼した専門家の評価によれば、甲社の洋菓子事業部門の時価は、3億円であった。

54 11. 上記の洋菓子事業部門の売却については、その代金額が時価評価額より安価である上、株主で
55 あるS社が得意先を失うことになりかねず、S社の反対が予想された。

56 平成24年7月2日、Aは、洋菓子事業部門の売却をS社に知らせないまま、甲社の取締役会
57 を開催して、取締役の全員一致により、洋菓子工場に係る土地及び建物を丙社に代金1億500
58 0万円で売却することを決議した上で、丙社と不動産売買契約を締結し、丙社は、甲社に対し、
59 直ちに代金を支払った（以下「第1取引」という。）。

60 また、その10日後の平成24年7月12日、Aは、甲社の取締役会を開催して、取締役の全
61 員一致により、P商標に係る商標権を丙社に代金1億円で売却することを決議した上で、丙社と
62 商標権売買契約を締結し、丙社は、甲社に対し、直ちに代金を支払った（以下「第2取引」とい
63 う。）。

64 第1取引及び第2取引に係る売買契約においては、甲社が洋菓子事業を将来再開する可能性を
65 考慮して、甲社の競業が禁止されない旨の特約が明記された。

66 なお、甲社の平成24年3月31日時点の貸借対照表の概要は、資料①のとおりであり、その
67 後、同年7月においても財務状況に大きな変動はなかった。また、同月2日時点の洋菓子事業部
68 門の資産及び負債の状況は、資料②のとおりであり、資産として、洋菓子工場に係る土地及び建
69 物（帳簿価額は1億5000万円）並びにP商標（帳簿価額は1億円）があるが、負債はなかつ
70 た。

71 12. 平成24年7月下旬、第1取引及び第2取引に基づき、洋菓子工場に係る不動産の所有権移転
72 登記及びP商標に係る商標権移転登録がされた。

73 13. 平成24年8月、甲社が第1取引及び第2取引をしたことを伝え聞いたS社は、Aに対し、甲
74 社において株主総会の決議を経なかったことにつき強く抗議し、翻意を促した。

75

76 【設問2】 第1取引及び第2取引の効力に関する会社法上の問題点について、論じなさい。

77

78 14. 平成25年6月、甲社は、将来の株式上場を目指して、コンビニエンスストア市場に精通した
79 経営コンサルタントであるGとアドバイザー契約を締結した。その際、甲社は、このアドバイ
80 ザリー契約に基づく報酬とは別に、甲社株式が上場した場合の成功報酬とする趣旨で、Gに対し、
81 新株予約権を発行することとした。

82 15. 上記の新株予約権（以下「本件新株予約権」という。）については、①Gに対して払込みをさせ
83 ないで募集新株予約権1000個を割り当てること、②募集新株予約権1個当たりの目的である
84 株式の数を1株とすること、③各募集新株予約権の行使に際して出資される財産の価額を500
85 0円とすること、④募集新株予約権の行使期間を平成25年7月2日から2年間とすること、⑤

86 募集新株予約権のその他の行使条件は甲社の取締役会に一任すること、⑥募集新株予約権の割当
87 日を同月1日とすること等が定められた。

88 平成25年6月27日、甲社の株主総会において、Gに特に有利な条件で本件新株予約権を発
89 行することを必要とする理由が説明されたところ、Bは、募集新株予約権のその他の行使条件を
90 取締役会に一任することはできないのではないかと主張し、これに反対したが、A及びS社の賛
91 成により、上記の内容を含む募集事項が決定された。これを受けて、甲社の取締役会が開催され、
92 取締役の全員一致により、「甲社株式が国内の金融商品取引所に上場された後6か月が経過する
93 までは、本件新株予約権を行使することができない。」とする行使条件(以下「上場条件」という。)
94 が定められた。

95 平成25年7月1日、甲社は、Gとの間で新株予約権割当契約を締結し、Gに対し、本件新株
96 予約権1000個を発行した。

97 16. その後、Gは、上記のアドバイザー契約に基づき、甲社に様々な施策を提言し、Gのアドバ
98 イスにより製造した低カロリーのヨーグルトが好評を博するなど、甲社の業績は向上したが、本
99 件新株予約権の行使期間内に上場条件を満たすには至らない見込みとなった。

100 平成26年12月上旬、Aは、Gから、「上場すると思っていたのに、これでは割に合わない。
101 せめて株式を取得したいので、上場条件を廃止してほしい。」との強い要請を受けた。Aは、取締
102 役会で上場条件を廃止することができるのか疑問を持ったが、Gの態度に押され、同月11日、
103 C及びFを呼んで甲社の取締役会を開催し、取締役の全員一致により上場条件を廃止する旨の決
104 議をした。同日、甲社は、Gとの間で、上場条件を廃止する旨の新株予約権割当契約の変更契約
105 を締結した。

106 平成26年12月12日、Gは、行使価額である500万円の払込みをして本件新株予約権を
107 行使し、Gに対し、甲社株式1000株が発行された。

108

109 **【設問3】** 上記16で発行された甲社株式の効力に関する会社法上の問題点について、論じなさい。

110 【資料①】

111 貸借対照表の概要

(平成24年3月31日現在)

(単位：円)

科目	金額	科目	金額
(資産の部)		(負債の部)	
流動資産		(略)	(略)
(略)	(略)	負債合計	200,000,000
固定資産		(純資産の部)	
有形固定資産	(略)	株主資本	500,000,000
建物	100,000,000	資本金	400,000,000
土地	400,000,000	資本剰余金	100,000,000
(略)	(略)	資本準備金	100,000,000
無形固定資産	(略)	その他資本剰余金	—
商標権	100,000,000	利益剰余金	—
(略)	(略)	利益準備金	—
		その他利益剰余金	—
		純資産合計	500,000,000
資産合計	700,000,000	負債・純資産合計	700,000,000

112
113 (注) 「—」は、金額が0円であることを示す。

114 【資料②】

115 洋菓子事業部門の資産及び負債の状況

(平成24年7月2日現在)

(単位：円)

資産		負債	
項目	帳簿価額	項目	帳簿価額
建物	50,000,000		
土地	100,000,000		
商標権	100,000,000		
資産合計	250,000,000	負債合計	—

116
117 (注) 「—」は、金額が0円であることを示す。

[解説]

設問 1

会社法上の公開会社でない取締役会設置会社（甲社）において、取締役の競業行為等についての競業禁止義務違反又は忠実義務違反の成否とその違反が成立する場合における取締役の損害賠償責任…に関し、会社法上の規律の基礎的な理解とともに、その応用を問う問題である（出題の趣旨）。

1. 競業行為

(1) 競業取引規制

基礎応用 103 頁・8、論証集 57 頁・

設問 1 では、まず、首都圏で洋菓子の製造販売業を営む甲社の取締役 B が、関西地方において同種の事業を営む乙社の事業に関連して行った競業行為に関し、競業禁止義務違反（会社法第 356 条第 1 項第 1 号、第 365 条第 1 項）が成立するかどうかについて、事案に即して丁寧に論ずることが求められる（出題の趣旨）。

8

ア. 競業取引

(ア) 「取引」

会社法第 356 条第 1 項第 1 号所定の…「取引」が個々の取引行為をいうものとされている（出題の趣旨）。

その「取引」が個々の取引行為をいうものとされるどころ、B のどの行為が問題となるかを論じていない答案が、相当程度見られた（採点実感）。

会社法 356 条 1 項 1 号の規定上は、自己又は第三者のために取締役が個々の取引行為をなすことが承認の対象となっている。それゆえ、競業会社を設立する行為や競業会社の代表取締役に就任すること自体は、承認の対象となるべき「取引」には該当しない。しかし、その後取締役が競業会社の代表取締役等として行う個別の取引は競業取引規制の対象となるから、承認手続の煩雑さを解消するために、実務上は、競業会社の設立や競業会社の代表取締役就任時に包括的に承認を受けるのが通例である。

本問では、首都圏で洋菓子の製造販売業を営んでいる甲社の取締役 B が、関西地方で洋菓子の製造販売業を営んでいる乙社の顧問に就任し、乙社の洋菓子事業の陣頭指揮を執ることにより関西地方で乙社の洋菓子事業に関する取引行為を行ったことが、競業禁止義務違反が問題となる「取引」である。

(イ) 「自己又は第三者のために」

会社法第 356 条第 1 項第 1 号所定の…「自己又は第三者のために」の解釈につき計算説と名義説とがあることを意識しつつ、取締役 B が自己又は第三者のために取引をしたかどうかを検討する必要がある。その際、個々の取引は乙社名義で行われ、B は乙社の代表取締役ではないことを踏まえながら、B は、乙社の発行済株式の 90% を取得し保有していること、B は、連日、乙社の洋菓子事業の陣頭指揮を執っていたこと、B は、乙社の顧問として、毎月 100

万円の顧問料の支払を受け、洋菓子工場の工場長Eの引き抜きやQ商標の取得に関与したことなどの事情（事実上の主宰者性）に着目すべきである（出題の趣旨）。

なお、下級審裁判例によれば、事実上の主宰者性が肯定される事情があるときは、取締役の行為は第三者のためにされたものとされているが、このことを意識した答案はほとんど見られなかった（採点実感）。

(a) 名義説：権利義務の帰属が基準

Bが乙社の代表取締役として取引をしているのであれば、問題なく、Bが乙社という「第三者のために」取引する場合に当たるといえる。しかし、本問では、個々の取引は乙社名義で行われているものの、Bは乙社の代表取締役ではない。

このように、取締役が競業会社の代表取締役に就任していない場合であっても、当該取締役が競業会社の事実上の主宰者として経営を支配していたときには、実質的な代表取締役として、競業会社の名義で取引したと認めることができる。¹⁾

そこで、本問では、「乙社の発行済株式の90%を取得し保有していること、Bは、連日、乙社の洋菓子事業の陣頭指揮を執っていたこと、Bは、乙社の顧問として、毎月100万円の顧問料の支払を受け、洋菓子工場の工場長Eの引き抜きやQ商標の取得に関与したことなどの事情」（出題の趣旨）から、Bの事実上の主宰者性を検討することになる。

(b) 計算説：経済的利益の帰属が基準

計算説は、(a) 競業取引規制違反の効果は取締役・第三者の得た利益の額を会社の損害額と推定することにあるから、会社の計算において行われない行為を適用対象にするべきこと、(b) 名義説では、会社の知名度を利用し取締役・第三者の計算で行う行為を規制できないということを理由とする。

本問では、Bが自己又は乙社の計算で個々の取引を行っていたことは容易に肯定できると思われる。

(c) 名義説と計算説の違い

競業取引該当性の場面で名義説と計算説の対立が実益を持つのは、⑦取締役が会社の知名度を利用しつつ会社名義で（会社を代表して）取引をしながら経済的には自己又は第三者にその取引の利益を帰属させる場合（名義説×、計算説○）と、④取締役が自己又は第三者の名義で取引しつつ、自己の信用を利用して会社に利得させる場合（名義説○、計算説×）である。

なお、名義説と計算説の対立は、競業取引該当性のみならず、損

15/08 受験新報 58 頁

¹⁾ 東京地判 S56.3.26・百 53：取締役が競業会社の株主として自己の利益のために競業会社を支配していた事案、大阪高判 H2.7.18・名古屋高判 H20.4.17：競業会社の過半数の株式保有者でない取締役に事実上の主宰者性を肯定。

害額の推定規定の適用態様（取締役と第三者の得た利益のいずれの額が会社の損害額と推定されるのかという問題）にも影響する。

(ウ)「取締役が…取引を…する」

計算説からは、取締役が同業他社の大株主や取締役である場合に、事実上の主宰者性を認定することなく、「自己のために」という要件に該当することを肯定することができる。もっとも、競業取引規制は、①「取締役が…取引を…する」、②①の取引が取締役が「自己又は第三者のために」するものであること（名義説／計算説）、③①の取引が「株式会社の事業の部類に属する」ことを要件とする。

取締役が同業他社の名義で（同業他社を代表・代理して）取引をしていない事案では、②について計算説に立っても、①の該当性を認めるために、当該取締役の事実上の主宰者性を認定する必要がある。^{2) 3)}

(エ)「事業の部類に属する取引」

甲社と乙社の市場は、設問1の時点では、地理的に競合しているとはいえない。そこで、甲社が乙社の市場（関西地方）への進出を具体的に企図していた場合に、Bによる乙社の取引が甲社の「事業の部類に属する取引」（会社法第356条第1項第1号）に該当するかどうかについても論ずるべきであり、乙社が、甲社と同様に、洋菓子の製造販売業を営み、著名な商標を付したチョコレートをデパートに販売していることのほか、甲社は、既にマーケティング調査会社に関西地方の市場調査を委託し、委託料500万円を支払済みであることを具体的に指摘する必要がある（出題の趣旨）。

「事業の部類に属する取引」とは、会社が実際に行っている取引と目的物（商品・役務の種類）および市場（地域・流通段階等）が競合する取引を意味し、会社が進出を企画し市場調査等を進めていた地域における同一商品の販売も、これに該当すると解されている。

なお、高橋ほか181頁は、取締役の会社における地位・情報の私的流用により会社に損害が発生することの防止という制度趣旨からすれば、現実には会社が行っている取引と競合し又は競合する可能性が高い場面を規制対象にすることが重要であるとして、「定款所定の事業目的に拘泥することなく、会社が実際に行っている取引もしくは行おうとしている取引と目的物および市場が競合する取引行為」を指すと説明している。

イ. 競業取引の手続

取締役会設置会社において取締役が競業取引をしようとする場合

江頭 434 頁、東京地判 S56.3.26・
百 53

2) 田中 238 頁では「計算説に立つ場合でも、取締役が競業行為をするのでなければ規制は適用されないから、たとえば、取締役が同業他社の業務執行をしない取締役となるだけでは、競業規制に抵触しない。しかし…事実上の主宰者として当該他社を支配していた場合には、自ら競業取引をするのと同視できるので、競業禁止義務に違反する」とされている。

3) 事実上の主宰者は「会社を支配していた」場合を意味しており、具体例としては「取締役が自分の部下や親族を同業他社の代表取締役その他の取締役に就任させ、人的物的に援助を与え続けるなど」（田中 238 頁）した場合は挙げられる。

には、取締役会において当該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（会社法第356条第1項、第365条第1項）。Bが、A及びCに対し、「乙社の発行済株式の90%を取得するので、今後は乙社の事業にも携わる。」と述べたところ、A及びCは特段の異議を述べなかったという事実関係の下で、このような手続的要件が満たされるかどうかを論じなければならない（出題の趣旨）。

（ア）重要な事実の開示

「重要な事実」とは、競業取引が会社に及ぼす影響を判断するために必要な事実であり、単発の取引であれば目的物・数量・価格・履行期等を指すが、競業会社の代表取締役に就任する等のため包括的な承認等を得る場合であれば、当該会社の事業の種類・規模・取引範囲等を指す。

（イ）取締役会の承認

取締役会決議の省略（370条）は、定款の定めを必要とするから、本問ではこれを用いることはできない。

他方で、甲社の取締役はABC3名であるところ、Bからの説明に際しACが特段の異議を述べていないことから、取締役会の出席権者全員の同意により招集手続を経ずに取締役会を開催することができ（368条2項、376条3項）、その同意は黙示でもよいと解されている。

しかし、取締役会設置会社である非公開会社甲社には、監査役か会計参与の設置が必要である（327条2項）ところ、いずれも取締役会の出席権者であり（376条1項、383条1項）、取締役会の招集手続を省略するためにはこれらの者の同意も必要とされる（368条2項括弧書：監査役、376条3項：会計参与）から、ABCの黙示的同意しか窺われない本問では、招集手続を経ない取締役会の開催を認めることもできない。

（2）任務懈怠責任

ア. 423条2項により推定される損害

会社法第356条第1項違反が成立する場合には、その取引によって取締役又は第三者が得た利益の額が、甲社の損害の額と推定される（同法第423条第2項）（出題の趣旨）。

取締役が会社の承認を得ないで競業取引を行った場合、当該取引が「自己…のため」にしたものであるときは「当該取引によって取締役…が得た利益の額」が、当該取引が「第三者のために」したものであるときは「当該取引によって…第三者が得た利益の額」が、423条2項の適用により会社の損害の額と推定される。

（ア）推定損害額の捉え方

本件では、このように推定される損害の額は幾らなのか、すなわち、^(a)第三者である乙社の得た利益の額とみるべきか、又は^(b)取締役Bが得た利益の額とみるべきかについて、「自己又は第三者のため

15/08 受験新報 59 頁

最判 S31.6.29、江頭 414 頁

基礎応用 126 頁・11、論証集 70 頁・

11

に・・・取引をしようとするとき」という要件の当てはめとの論理的な整合性も意識しつつ、論ずることが求められる（出題の趣旨）。

(a) 第三者乙社の得た利益の額とみる場合

具体的な損害の額に関しては、乙社が得た利益としては、平成22事業年度における営業利益の増額分800万円…を挙げることなどが考えられ…る（出題の趣旨）。

Bの競業取引について乙社「のために」行ったものであると捉えた場合には、「第三者」である乙社が得た平成22年事業年度における営業利益の増額分800万円が、甲社の損害の額として推定されることになる。

(b) 取締役Bが得た利益の額とみる場合

具体的な損害の額に関しては、…Bが得た利益としては、上記800万円にBの持株比率である90%を乗じた額（720万円）ないしBが乙社から受領した顧問料（100万円に月数を乗じた額）を挙げるなど考えられ…る（出題の趣旨）。

Bの競業取引について「自己のために」行ったものであると捉えた場合には、「取締役」Bが得た利益（㊦乙社の平成22年事業年度の営業利益増額分800万円にBの持株比率90%を乗じて得た額720万円+㊧Bが乙社から得た顧問料（100万円×月数））が、甲社の損害の額として推定されることになる。

(c) 「自己又は第三者のために」の捉え方との論理的整合性

△本件を「自己のために」の事例であるとの見解に立ちながら、乙社が得た利益を推定損害額とした答案や、逆に、△本件を「第三者のために」の事例であるとの見解に立ちながら、Bが得た顧問料を推定損害額とした答案、更には、△いずれかの見解に立ちながら、理由を述べないで、Bの利益と乙社の利益の両方が推定損害額であるとする答案も少なくなかった。この点につき論理的な整合性を意識して丁寧に論じた答案は、ほとんど見られなかったが、高く評価した（採点実感）。

(イ) 相当因果関係

これらと本件競業取引との間の相当因果関係について検討する必要がある（出題の趣旨）。

「当該取引によって取締役…又は第三者が得た利益の額」（423条2項）と規定されているからである。

イ. Bの競業行為によって現に甲社に生じた損害

本件では、甲社の取締役Bの競業行為の結果、会社法第423条第2項により推定される損害の額とは別に、現に甲社に損害が生じているとして、同条第1項に基づく損害賠償請求が可能かどうかについても、検討する必要がある。具体的には、甲社がマーケティング調査会社に支払った500万円の委託料について、Bの任務懈怠との間に相当因果関係があるかどうかなどを論ずることとなる。仮に、Bについて同法第35

6条第1項違反が成立しないとの結論を採った場合においても、甲社に生じた損害について、別途、同法第423条第1項に基づく損害賠償請求の可否を論ずることとなる（出題の趣旨）。

(3) 競業取引規制違反が成立しないとの結論を採った場合

なお、Bについて競業取引規制違反が成立しないとの結論を採った場合には、甲社に生じた損害について、別途、会社法第423条第1項に基づく損害賠償請求の可否を論ずべきところ、この立場に立つ答案も若干見られ、事実摘示及び理由付けが適切であれば、同等に評価した。しかし、競業取引について取締役会の承認があるものと評価した上で、その場合には、取締役は一切の責任を免れるものと誤解している答案も散見された（採点実感）。

競業取引規制は、取締役の競業行為が会社の利益を害する危険性の高さに着目した予防的・形式的規制であるから、競業取引規制の対象とならない取締役の行為であっても、取締役が営業秘密を利用して私利を図る等競業取引規制の保護法益を害する形で会社に損害を生じさせた場合には、取締役の忠実義務違反による任務懈怠責任が生じ得る。

大阪地判 H14.1.31、江頭 434 頁

2. 従業員の引き抜き

(1) 競業取引と評価することは困難

Bによる洋菓子工場の工場長Eの引き抜きについては、引き抜き行為自体を「競業取引」と評価することは困難である（出題の趣旨）。

(2) 間接取引には当たらない

Eの引き抜きを競業取引と評価する答案や間接取引と評価する答案も、少数ながら一定程度見られた。これらの答案は、引き抜きについてもBの責任を認めたいという実質的判断に引きずられ、何が「取引」に該当するのか等の各要件への当てはめの吟味が十分にされていないものである（採点実感）。

(3) 忠実義務違反（355条）

会社法第355条所定の忠実義務違反を原因とする同法第423条第1項に基づく損害賠償請求の可否が検討されるべきである。Eが甲社において重要な地位にあったこと、Eの突然の退職により甲社の洋菓子工場は操業停止を余儀なくされ、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たこと、Bは甲社の洋菓子事業部門の業務執行担当取締役であり、当該事業部門の利益を守るべき立場にあったことなどを踏まえると、Bには任務懈怠が認められるであろう（出題の趣旨）。

とりわけ、従業員の引き抜きに当たり、どのような場合に取締役に忠実義務又は善管注意義務違反が成立するのかにつき、規範を定立した上で、当てはめを行っている答案は、好印象であった（採点実感）。

ア. 善管注意義務と忠実義務の関係

判例は、忠実義務は善管注意義務を敷衍して一層明確にしたにとどまり、これと別個の高度な義務ではないとして善管注意義務と忠実義務を区別し

最大判 S45.6.24・百2

ていないが、取締役・会社間の利害対立状況において私利を優先させてはならないという義務を忠実義務と呼ぶことについては、ほぼ承認されている。

イ. (退職予定の) 取締役による従業員の引き抜き

これについては、当然に忠実義務違反になるという見解と、不当な態様のもののみが忠実義務違反になるとする見解があるが、前者の見解は従業員を会社の財産としか見ない点で適当ではないから、後者の見解によるべきである。

そして、従業員の引き抜きが不当な態様のものとして忠実義務違反となるか否かは、⑦取締役の退任の事情（取締役と会社のいずれに非があったか）、⑧退職従業員と取締役の関係（自ら教育した部下かどうか）、⑨引抜人数等会社に与える影響の度合い等を総合考慮して判断する。

基礎応用 108 頁 [論点 2]、論証集

59 頁 [論点 3]

(4) 損害の額

この場合には、損害の額に関する推定規定はなく、損害賠償責任の有無及びその額について丁寧に論ずる必要がある（出題の趣旨）。

3. 損害論についての具体的な検討

総じて、損害論についての具体的な検討が不十分であるように思われる。本件では、問題文を踏まえれば、①乙社が得た利益（800万円）、②Bが得た顧問料（月100万円）、③甲社の支払った調査委託費用（500万円）、④引き抜きによる休業損害（300万円）について、それぞれ検討することが相当であるが、多くの答えは、①と②についてはいずれかのみを論じ、③については触れていないものが多かった（④については多くの答えが論じていた。）。また、具体的な損害額を論じていない答案も、少なからず見られた（採点実感）。

設問 2

会社法上の公開会社でない取締役会設置会社（甲社）において、…会社の重要な事業の一部を二つの資産売買に分けて第三者に売却する取引についての会社法上の規律とそのような取引の効力…に関し、会社法上の規律の基礎的な理解とともに、その応用を問う問題である（出題の趣旨）。

1. 事業譲渡規制

(1) 「事業の…譲渡」（467条1項2号）

設問2では、まず、甲社が、会社の事業の一部（洋菓子事業部門）を二つの資産売買に分けて丙社に売却した取引に関し、これらを全体として事業譲渡と評価すべきかどうか、株主総会の特別決議が必要となる「事業の重要な一部の譲渡」（会社法第467条第1項第2号）に該当するかどうかについて、事案に即して論ずることが求められる（出題の趣旨）。

ア. 二つの資産売買を全体として評価すべきか

甲社が、会社の事業の一部（洋菓子事業部門）を二つの資産売買に分けて丙社に売却した取引に関し、これらを全体として事業譲渡と評価すべきかどうか、株主総会の特別決議が必要となる「事業の重要な一部の譲渡」（会社法第467条第1項第2号）に該当するかどうかについて、事案に即して論ずることが求められる（出題の趣旨）。

「事業の…譲渡」（467条1項1号・2号）の要件の1つである、譲渡対象の有機的一体性の関係で、事業譲渡該当性の判断において2つの売買契約を全体として評価すべきかが問題となる。

(ア) 形式重視

甲社の洋菓子事業部門が二つの資産売買に分けて丙社に譲渡されたことに関しては、洋菓子工場に係る不動産とP商標に係る商標権とにつき、各別の売買契約が締結され、それぞれ各別に債務が履行されたという形式を重視すれば、二つの「重要な財産の処分」（会社法第362条第4項第1号）がされたものと評価することとなる。（出題の趣旨）。

(イ) 実質重視

これに対し、当初、甲社と丙社との間では、甲社の洋菓子事業部門の全体を代金2億5000万円で売却する旨の交渉がされていたという経緯、上記の各売買契約及びそれぞれの取締役会決議の時間的接近性、甲社の洋菓子事業部門に従事する従業員の全員が引き続き丙社に雇用されたこと、甲社の取引先についても実質的にその全部が丙社に引き継がれたこと、甲社の代表取締役Aは、株主であるS社が洋菓子事業部門の売却に反対する可能性が高いため、株主総会の特別決議を潜脱する意図で本件の取引を行ったと推測されることなどの事情を重視すれば、実質的に全体として「事業の重要な一部の譲渡」（会社法第467条第1項第2号）がされたものと評価することとなる。この点についての問題意識が明らかにされる必要が

基礎応用 248 頁 [論点 3]、論証集

129 頁 [論点 3]

ある（出題の趣旨）。

イ. 「事業の…譲渡」の3要件

会社法第467条（旧商法第245条）により株主総会の特別決議による承認を必要とする事業譲渡の意義について、判例（最高裁昭和40年9月22日大法廷判決・民集19巻6号1600頁参照）は、会社法第21条（旧商法第24条）以下と同一の意義であって、①一定の営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（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いた営業的活動の全部又は重要な一部を譲受人に受け継がせ、③譲渡会社はその譲渡の限度に応じ法律上当然に競業避止義務を負う結果を伴うものをいう旨判示している。

基礎応用 247 頁 [論点 1]、論証集

129 頁 [論点 1]

最大判 S40.9.22・百 82

(ア) ①有機的の一体性

二つの資産売買を当然に別々のものと見て事業譲渡の該当性を論じた答案には、土地建物のみで、又は商標権のみで、これを有機的の一体として機能する財産であると論ずるものが多く見られた。判例・学説のいずれの立場に立った答案も同等に評価したが、自説の理由付けの巧拙には差が見られ、中には、何ら理由付けをしない答案も見られた（採点実感）。

(イ) ②事業活動の承継

①の要件が不可欠であることにほぼ争いはないが、②…の要件が不可欠であるかどうかについては解釈上の争いがあるところ、事業譲渡に株主総会の特別決議が要求される趣旨を踏まえ、いずれかの立場に立った上で、本件の事案に当てはめて、会社法第467条所定の事業譲渡に該当するかどうかを論ずることが求められる（出題の趣旨）。

(ウ) ③競業避止義務

①の要件が不可欠であることにほぼ争いはないが、…③の要件が不可欠であるかどうかについては解釈上の争いがあるところ、事業譲渡に株主総会の特別決議が要求される趣旨を踏まえ、いずれかの立場に立った上で、本件の事案に当てはめて、会社法第467条所定の事業譲渡に該当するかどうかを論ずることが求められる。特に、本件では、当事者間の特約により、競業避止義務が明示的に排除されていることに留意すべきである（出題の趣旨）。

(エ) 制度趣旨に即した検討及び論述

平成18年新司法試験においても同種の論点があり、その出題の趣旨には、事業譲渡に株主総会決議が要求される趣旨に照らし丁寧に検討することが期待されると記載されているのであり、制度趣旨に即した検討及び論述ができていない答案は、低く評価した（採点実感）。

(2) 事業の「重要な一部」の譲渡

基礎応用 248 頁 [論点 2]、論証集

事業譲渡に該当するとした場合には、更に、事業の「重要な」一部の譲渡に当たるかについても、論ずる必要がある（出題の趣旨）。

129 頁 [論点 2]

その重要性の要件につき、判例の立場である質的・量的な側面から検討し、量的な側面においては、会社法第 467 条第 1 項第 2 号括弧書きの該当性につき資料を踏まえて具体的に指摘し…（採点実感）。

ア. 質的・量的な側面による判断基準

その際には、重要性の判断基準を示した上で、質的・量的な側面から問題文の事実を具体的に当てはめる…（出題の趣旨）。

イ. 形式基準

重要性の判断基準を示した上で、質的・量的な側面から問題文の事実を具体的に当てはめるとともに、貸借対照表等の資料を分析して、株主総会の特別決議を要しないこととなる形式基準(会社法第 467 条第 1 項第 2 号括弧書き、同法施行規則第 134 条第 1 項)を満たすかどうかについても、検討することが求められる。この資料によれば、譲り渡す資産の帳簿価額は 2 億 5 0 0 0 万円であり、甲社の総資産額は 7 億円であって、前者が後者の 5 分の 1 を上回るから、上記の形式基準を満たさない（出題の趣旨）。

譲渡される事業の重要性は「量」「質」の両面から判断され、「量」が簡易事業譲渡の基準（467 条 1 項 2 号括弧書、施行規則 134 条 1 項）を満たす場合には、「質」の面からみて重要であると考えられても「重要性」は認められず、「量」が簡易事業譲渡の基準を超える場合にはじめて、「量」のみならず「質」も考慮して「重要」性を判断する。

(3) 会社法上の必要な手続を欠く事業譲渡の効力

基礎応用 249 頁 [論点 4]、論証集

次に、本件では、会社法上の必要な手続を欠く場合の事業譲渡の効力について、論ずる必要がある。この点について、会社法上特別の規定はないところ、判例（最高裁昭和 61 年 9 月 11 日第一小法廷判決・集民 148 号 445 頁参照）は、事業譲渡契約は、株主総会の特別決議によって承認する手続を経由していなければ、無効であり、その無効は、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、何人との関係においても常に無効である旨判示している。このような考え方のほかに、善意無過失の譲受人を保護するために相対的無効とみる考え方などもあり得るが、甲社の株主である S 社の保護、譲受人である丙社の保護の観点等を考慮しつつ、説得的な論述をすることが求められる（出題の趣旨）。

129 頁 [論点 4]

株主総会決議を欠く場合の事業譲渡の効力について、甲社の株主及び譲受人である丙社の利益衡量を念頭に、自説を説得的に論ずる（採点実感）。

2. 「重要な財産の処分」（362 条 4 項 1 号）

基礎応用 99 頁 [論点 1]、論証集 55

仮に、本件について事業譲渡に該当しないとした場合には、本件の取引が「重要な財産の処分」（会社法第 362 条第 4 項第 1 号）に該当するかどうかを検討することとなる。その際には、重要性の判断基準について、判例（最高

頁 [論点 1]

最判 H6.1.20・百 60

裁平成6年1月20日第一小法廷判決・民集48巻1号1頁参照)は、当該財産の価額、その会社の総資産に占める割合、当該財産の保有目的、処分行為の態様及び会社における従来の取扱い等の事情を総合的に考慮して判断すべきものと判示しているところ、本件でも、事案に即して論ずる必要がある。結論として、第1取引及び第2取引のいずれも「重要な財産の処分」に該当すると評価することになるだろうが、その場合には、いずれについても取締役会の決議を経ているので、会社法上の手続的要件は満たされていることとなる(出題の趣旨)。

3. 株主代表訴訟・吸収分割無効の訴え

なお、設問2は、取引の効力に関する会社法上の問題点を問うものであるのに、単に株主総会決議を欠く瑕疵があると述べるだけで、取引が有効か無効かの結論を示さない答案も、少数ながら存在した。甲社が時価3億円の洋菓子事業部門を2億5000万円で売却したことに関し、株主であるS社が株主代表訴訟を提起して代表取締役Aの責任を追及し得るかという、設問に関係のない事項を述べる答案もあった。さらに、本件を実質的には吸収分割の事例と見て、分割無効の訴えを論ずる答案も見られた。これらの評価は、いずれも低いものとなった(採点実感)。

設問 3

会社法上の公開会社でない取締役会設置会社（甲社）において、…株主総会の決議により新株予約権の行使条件の決定を取締役に委任すること及び取締役会の決議により当該行使条件を廃止することについての法的瑕疵の有無とそのような新株予約権の行使により発行された株式の効力…に関し、会社法上の規律の基礎的な理解とともに、その応用を問う問題である（出題の趣旨）。

設問 3 では、会社法上の公開会社でない会社における新株予約権の発行に関する規律を念頭に置きつつ、①株主総会の決議により新株予約権の行使条件（上場条件）の決定を取締役に委任することの可否、②仮に、このような委任ができるとした場合に、当該行使条件を取締役会の決議により廃止することの可否を論じた上で、③瑕疵のある手続により発行された新株予約権の行使により発行された株式の効力、又は行使条件に反した新株予約権の行使により発行された株式の効力について、論理的に整合した論述をすることが求められる（出題の趣旨）。

設問 3 については、旧商法の下における判例（最高裁平成 24 年 4 月 24 日第三小法廷判決・民集 66 卷 6 号 2908 頁参照）を参考にしながら、会社法上の公開会社でない会社における新株予約権の発行等について、会社法の条文及び制度趣旨を踏まえた検討が望まれる（出題の趣旨）。

1. ①株主総会の決議により新株予約権の行使条件（上場条件）の決定を取締役に委任することの可否

基礎応用 201 頁 [論点 2] (論証 1)、

論証集 103 頁 [論点 2] (論証 1)

まず、会社法上の公開会社でない会社においては、同法第 238 条第 1 項第 1 号所定の「募集新株予約権の内容」の決定は、株主総会の特別決議を要し、取締役会に委任することができない（同法第 238 条第 2 項、第 239 条第 1 項第 1 号）ところ、否定新株予約権の行使条件は「募集新株予約権の内容」に含まれ、その決定を取締役に委任することができないという考え方と、肯定取締役会への委任を許容する考え方とがあるが、いずれの考え方によるかを明らかにしつつ、新株予約権の発行手続における瑕疵の有無を論ずることが求められる（出題の趣旨）。

非公開会社においては、「募集新株予約権の内容」（238 条 1 項 1 号）の決定は株主総会の特別決議による必要があるとされており（238 条 2 項、309 条 2 項 6 号）、株主総会の特別決議により募集事項の決定を取締役に委任する（239 条 1 項柱書、309 条 2 項 6 号）際には、「その委任に基づいて募集事項の決定をすることができる募集新株予約権の内容」（239 条 1 項 1 号）を株主総会の特別決議により定めなければならない。それゆえ、新株予約権の行使条件が「募集新株予約権の内容」に含まれるのであれば、その決定を取締役に委任することができないとも思える。

しかし、239 条 1 項が募集事項の決定を取締役に委任する際に同項各号所定の事項について株主総会の特別決議で定めることを要求している趣旨は、新株予約権の発行により既存株主が被る不利益の上限を株主の意思で画することにあるから、「募集新株予約権の内容」であっても、既存株主の不利

2015 法セミ 50 頁参照

益の上限に関係しない細目事項であれば、取締役会の決定に委任することができる」と解すべきである。

そして、新株予約権の行使条件は、新株予約権者による新株予約権行使を制限するものとして、既存株主の不利益の可能性を低下させるものであるから、既存株主の不利益を増大させるものではない。したがって、新株予約権の行使条件を取締役会の決定に委任することは、239条1項の趣旨に反しない。

なお、判例は、「旧商法280条ノ21第1項は、株主以外の者に対し特に有利な条件をもって新株予約権を発行する場合には、同項所定の事項につき株主総会の特別決議を要する旨を定めるが、同項に基づく特別決議によって新株予約権の行使条件の定めを取締役会に委任することは許容されると解される。」としている。

2015 法セミ 50 頁参照

最判 H24.4.24・百 26

2. ②仮に、株主総会の決議により新株予約権の行使条件（上場条件）の決定を取締役会に委任することができるとした場合に、当該行使条件を取締役会の決議により廃止することの可否

基礎応用 201 頁 [論点 2] (論証 2)、
論証集 103 頁 [論点 2] (論証 2)

そして、仮に、新株予約権の行使条件の決定を取締役会に委任することが可能であるとした場合でも、取締役会において当該行使条件の廃止を決議することができるかどうかについては、株主総会による委任の趣旨を検討しつつ、論ずる必要がある。本件では、経営コンサルタントGに対する新株予約権の発行が、甲社株式が上場した場合の成功報酬とする趣旨であったことから、取締役会における上場条件の廃止の決議は、株主総会による授權の範囲を超えて無効であると解することもできるであろう（出題の趣旨）。

最高裁平成24年判決は、取締役会が旧商法280条ノ21第1項に基づく株主総会決議による委任を受けて新株予約権の行使条件を定めた場合において、新株予約権の発行後に上記行使条件を変更することの可否について、以下のように述べている。

「株主総会は、当該会社の経営状態や社会経済状況等の株主総会当時の諸事情を踏まえて新株予約権の発行を決議するのであるから、行使条件の定めについての委任も、別途明示の委任がない限り、株主総会当時の諸事情の下における適切な行使条件を定めることを委任する趣旨のものであり、一旦定められた行使条件を新株予約権の発行後に適宜実質的に変更することまで委任する趣旨のものであるとは解されない。また、上記委任に基づき定められた行使条件を付して新株予約権が発行された後に、取締役会の決議によって行使条件を変更し、これに沿って新株予約権を割り当てる契約の内容を変更することは、その変更が新株予約権の内容の実質的な変更に至らない行使条件の細目的な変更にとどまるものでない限り、新たに新株予約権を発行したもののいうに等しく、それは新株予約権を発行するにはその都度株主総会の決議を要するものとした旧商法280条ノ21第1項の趣旨にも反するものというべきである。そうであれば、取締役会が旧商法280条ノ21第1項に基づく株主総会決議による委任を受けて新株予約権の行使条件を定めた場合に、

最判 H24.4.24・百 26

新株予約権の発行後に上記行使条件を変更することができる旨の明示の委任がされているのであれば格別、そのような委任がないときは、当該新株予約権の発行後に上記行使条件を取締役会決議によって変更することは原則として許されず、これを変更する取締役会決議は、上記株主総会決議による委任に基づき定められた新株予約権の行使条件の細目的な変更をするにとどまるものであるときを除き、無効と解するのが相当である。」

3. ③(1)瑕疵のある手続により発行された新株予約権の行使により発行された株式の効力又は(2)行使条件に反した新株予約権の行使により発行された株式の効力

(1) 新株予約権の発行手続に瑕疵があったとした場合

新株予約権の発行手続に瑕疵があったとした場合には、そのような発行手続の法令違反が新株予約権の発行の無効原因となるか(なお、新株予約権の発行の無効の訴えの出訴期間である1年は既に経過している(会社法第828条第1項第4号。))、そのような新株予約権の行使により発行された株式が無効となるかについて、検討する必要がある(出題の趣旨)。

株主総会の決議により新株予約権の行使条件(上場条件)の決定を取締役会に委任することを否定した場合には、(1)瑕疵のある手続により発行された新株予約権の行使により発行された株式の効力を検討することになる。

ア. 新株予約権の発行手続の法令違反と新株予約権の発行の効力

会社法上、非公開会社については、新株予約権の募集事項の決定には特別決議が必要とされる(238条2項、309条2項5号)とともに、新株予約権発行無効の訴えの提訴期間が6か月から1年へと伸長されている(828条1項4号括弧書)。これは、新株予約権の発行がひいては新株発行により既存株主の持株比率の低下をもたらし得ることを前提として、非公開会社においては、持株比率維持の要請が高いことに鑑み、法的安定よりも持株比率の維持に係る既存株主の利益の保護を重視して、その意思に反する新株予約権の発行は新株予約権発行無効の訴えにより救済するという趣旨による。そこで、新株予約権の行使条件の決定について株主総会の特別決議を欠くという瑕疵は、株主の意思に反した内容の新株予約権が発行されることになるという点で、上記趣旨が及ぶものであるから、新株予約権の発行の無効原因になると解すべきである(私見)。

なお、会社法上、新株予約権の発行手続について募集株式の発行等と同様の手続規制が設けられていることから、新株予約権発行の無効原因は募集株式の発行等の無効原因とほぼ同様に考えられると解されている。他方で、新株予約権発行は募集株式の発行等に比べて取引が活発に行われているとはいえ、取引安全の要請が比較的到低いとして、新株予約権発行の無効原因は募集株式の発行等のそれに比べて拮据して考えてよいとする見解もある。

高橋ほか 345 頁

イ. 発行手続に無効原因のある新株予約権の行使により発行された新株は無効となるか（ただし、新株予約権の発行の無効の訴えの出訴期間が経過している）

平成 23 年設問②でも、「自己株式処分の対象となった自己株式が有効に取得されたものではないという瑕疵が自己株式処分の無効原因となるか」という類似の問題意識が出題されている。

これについては、新株予約権発行と新株予約権の行使に基づく新株発行のそれぞれについて、法的安定の要請から、無効の訴えとその出訴期間が設けられている（828 条 1 項 2 号、4 号）ことからすれば、新株予約権の発行の無効原因は新株発行に波及しないと解することも可能であろう。

なお、新株予約権発行の無効原因と新株予約権行使による新株発行の差止め（210 条類推適用）の関係については、新株予約権発行無効の訴えの出訴期間が経過した場合には、新株予約権発行が有効であることが確定され、当該新株予約権を有効に行使できることになることにより、当該新株予約権の行使による新株発行には差止事由がないこととなるから、新株予約権の行使による新株発行の差止めは認められないと解されている。

高橋ほか 346 頁参照

（2）新株予約権の発行は適法であるとする一方で、上場要件の廃止は無効であるとした場合

基礎応用 201 頁 [論点 2] (論証 3)、

論証集 103 頁 [論点 2] (論証 3)

これに対し、新株予約権の発行は適法であるが、上場条件の廃止が無効であるとした場合には、甲社において上場条件は新株予約権の重要な内容を構成しており、上場条件に反した新株予約権の行使による株式の発行については、既存株主の持株比率がその意思に反して影響を受けるため、重大な瑕疵があるものとして、当該株式が無効となるのではないかという点について、検討する必要がある（出題の趣旨）。

最高裁平成 24 年判決は、行使条件に反した新株予約権の行使による株式の発行の効力について、以下のように述べている。

最判 H24.4.24・百 26

「会社法上、公開会社…については、募集株式の発行は資金調達の一環として取締役会による業務執行に準ずるものとして位置付けられ、発行可能株式総数の範囲内で、原則として取締役会において募集事項を決定して募集株式が発行される（同法 201 条 1 項、199 条）のに対し、…非公開会社…については、募集事項の決定は取締役会の権限とはされず、株主割当て以外の方法により募集株式を発行するためには、取締役（取締役会設置会社にあつては、取締役会）に委任した場合を除き、株主総会の特別決議によって募集事項を決定することを要し（同法 199 条）、また、株式発行無効の訴えの提訴期間も、公開会社の場合は 6 箇月であるのに対し、非公開会社の場合には 1 年とされている（同法 828 条 1 項 2 号）。これらの点に鑑みれば、非公開会社については、その性質上、会社の支配権に関わる持株比率の維持に係る既存株主の利益の保護を重視し、その意思に反する株式の発行は株式発行無効の訴えにより救済するというのが会社法の趣旨と解されるのであり、非公開会社において、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、その発行手続

には重大な法令違反があり、この瑕疵は上記株式発行の無効原因になると解するのが相当である。所論引用の判例（最高裁昭和32年（オ）第79号同36年3月31日第二小法廷判決・民集15巻3号645頁、最高裁平成2年（オ）第391号同6年7月14日第一小法廷判決・裁判集民事172号771頁）は、事案を異にし、本件に適切でない。そして、非公開会社が株主割当て以外の方法により発行した新株予約権に株主総会によって行使条件が付された場合に、この行使条件が当該新株予約権を発行した趣旨に照らして当該新株予約権の重要な内容を構成しているときは、上記行使条件に反した新株予約権の行使による株式の発行は、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ことになる点において、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るところはないから、上記の新株予約権の行使による株式の発行には、無効原因があると解するのが相当である。」

[模範答案]

1 設問 1

2 競業行為及び E の引き抜きについて、B の甲社に対する任務懈怠責任
3 (会社法 423 条 1 項・2 項) を検討する。

4 第 1 . 競業行為

5 B が乙社の洋菓子事業の陣頭指揮を執って同事業に関する個々の取引
6 行為を行ったことは、競業避止義務違反 (356 条 1 項 1 号、365 条 1 項)
7 とならないか。

8 1 . まず、「ために」は経済的利益の帰属を基準として判断すべきであ
9 る。なぜならば、競業取引規制は本来なら会社に帰属すべき利益が会
10 社に帰属しないことに着目している (423 条 2 項参照) からである。

11 そして、B は乙社の発行済株式の 90%を保有している上、乙社の顧
12 問として月 100 万円の顧問料の支払いを受けながら、洋菓子事業の陣
13 頭指揮を執っていた。そのため、洋菓子事業の取引により、90%株主
14 としての乙社利益の還元及び顧問料という経済的利益が B に帰属する
15 ことになる。したがって、乙社による洋菓子事業に関する個々の取引
16 は、B にとって「自己のため」のものであるといえる。

17 2 . 次に、取締役が同業他社を代理・代表して取引していない場合であ
18 っても、取締役に事実上の主宰者性が認められる場合には「取締役が
19 …取引を…する」に該当すると解する。

20 B の乙社株式の保有割合、B が洋菓子事業の陣頭指揮を執っていた
21 ことに加えて、B が仲介することで乙社による Q 商標の取得に関与し
22 たうえ、E を甲社から引き抜いたという事実も併せ考慮すれば、B は
23 乙社の洋菓子事業における事実上の主宰者であったといえる。したが

1 　　って、Bは、事実上の主宰者として、乙社による洋菓子事業に関する
2 　　個々の「取引を…する」という要件にも該当する。

3 　　3. そして、取締役の会社における地位・情報の私的流用による会社の
4 　　損害発生の予防という競業取引規制の制度趣旨に鑑み、「事業の部類
5 　　に属する取引」とは、会社が実際に行っている取引と目的物及び市場
6 　　が競合する取引を意味すると解する。

7 　　甲社と乙社はいずれも、主力商品である海外ブランドの商標を付し
8 　　たチョコレートを手で販売している。しかも、甲社は関西地方
9 　　への進出を企図してマーケティング調査会社に委託料500万円を支払
10 　　い市場調査を行っていたのだから、甲社の関西地方進出により、甲社
11 　　と乙社によるチョコレート販売が関西地方において競合する。

12 　　したがって、Bの前記取引は甲社の「事業の部類に属する取引」に
13 　　当たる。

14 　　4. Bは、他の取締役ACに対し、「乙社の発行済株式の90%を取得する
15 　　ので、今後は乙社の事業にも携わる。」と説明しているが、これだけで
16 　　は競業取引が甲社に及ぼす影響を判断できないから、「重要な事実を
17 　　開示」(356条1項柱書)したとはいえない。

18 　　また、上記説明に対してACが特段の異議を述べなかったことをも
19 　　って、取締役会の出席権者全員の黙示的同意により招集手続を省略し
20 　　て取締役会が開催され(368条2項、376条3項)、ABC全員により
21 　　競業取引が承認された(356条1項1号、365条1項)と評価するこ
22 　　ともできない。取締役会設置会社である非公開会社甲社には監査役又
23 　　は会計参加がいる(327条2項)ところ、これらの者による招集手続

1 省略の同意（368条2項括弧書、376条3項）がないからである。

2 5. したがって、競業避止義務違反が成立し、Bの競業取引がB「のた
3 めに」行われたものであることから、「取締役」Bの得た利益の額が甲
4 社の損害額と推定される（423条2項）。

5 具体的には、競業取引による乙社の営業利益増額分800万円（平成
6 22事業年度の営業利益1000万円－平成21事業年度の営業利益200
7 万円）にBの持株比率90%を乗じた720万円と、Bが受領した顧問料
8 （100万円×月数）が甲社の損害額と推定される。

9 6. さらに、Bの競業避止義務違反により乙社が関西地方への販路拡大
10 に成功し、甲社が関西地方進出の断念により市場調査委託料500万円
11 が無駄になるという「損害」を被っている。

12 7. したがって、Bは甲社に対し、競業避止義務違反による任務懈怠に
13 よって生じた損害として、前記5・6の損害を賠償する責任を負う。

14 第2. Eの引き抜き

15 1. Bは「取締役…の任務」として忠実義務を負う（355条）ところ、
16 取締役による従業員の引き抜きは不当な態様のもののみが忠実義務
17 違反になると解する。

18 Bは、甲社のノウハウ活用という企業機密流用のために、洋菓子製
19 造のために重要な洋菓子工場長Eを突然引き抜いているから、これは
20 不当な態様による引き抜きとして忠実義務違反となる。

21 2. したがって、Bは、上記忠実義務違反によって生じた洋菓子工場の
22 操業停止による3日分の売上げ喪失300万円について、損害賠償責任
23 を負う。

1 設問 2

2 1. まず、第 1 取引と第 2 取引を一体として捉えることでこれらが洋菓
3 子「事業の…譲渡」に当たるとみることはできるか。

4 (1) 業譲渡該当性判断における複数の取引行為の一体性は、①取締役
5 の意図、②両者の時間的近接性、③事業に関する雇用関係・取引先
6 の承継の有無等を総合考慮して判断するべきである。

7 まず、甲社は丙社との間で洋菓子事業部門の売却という事業譲渡
8 について交渉をしており、甲社株主である S 社の反対が予想された
9 ため、株主総会の特別決議（467 条 1 項柱書、309 条 2 項 11 号）を
10 要する事業譲渡規制を潜脱する意図で、洋菓子事業部門の売却を第
11 1 取引と第 2 取引に分けて行っているといえる（①）。また、第 1 取
12 引と第 2 取引及びそれぞれについての取締役会決議は、10 日間とい
13 う極めて短い期間で行われている（②）。しかも、丙社が、甲社の洋
14 菓子事業部門に従事する従業員全員を新たに雇用するとともに、甲
15 社の取引先全部を実質的に引き継いでいることから、第 1 取引と第
16 2 取引が事業承継という実質的効果を生じるともいえる（③）。

17 したがって、第 1 取引と第 2 取引の一体性が認められる。

18 (2) では、両者は一体として「事業の…譲渡」に当たるか。

19 ア. 法解釈の統一化による取引安全確保のために、467 条 1 項 1 号・
20 2 号の「事業の…譲渡」は、21 条以下の事業譲渡と同一意義であ
21 ると解する。そして、「事業の…譲渡」とは、①一定の事業目的の
22 ために組織化され有機的一体として機能する財産を譲渡し、これ
23 によって②譲渡会社はその財産によって営んでいた事業的活動

1 を承継させ、③譲渡会社が法律上当然に 21 条所定の競業避止義
2 務を負う結果を伴うものを意味すると解される。もっとも、特約
3 による競業避止義務の排除の有無によって事業譲渡該当性の結
4 論が左右されるのは不合理であるから、③は独立の要件ではなく、
5 ①・②を満たした場合の帰結にすぎないと解すべきである。

6 イ．本問では、第 1 取引と第 2 取引は、洋菓子工場に係る土地・建
7 物と同事業の主力商品に付されている P 商標の商標権を譲渡する
8 ものである。しかも、これらの取引に付随して、取引先関係も丙
9 社に引き継がれている。それゆえ、第 1 取引と第 2 取引は、洋菓
10 子事業のために組織された有機的一体として機能する上記不動
11 産・P 商標の商標権・取引先関係を譲渡するものといえ、①を満
12 たす。

13 また、雇用関係及び取引先関係の承継があることから、洋菓子
14 事業の承継もあるといえる (②)。

15 そして、甲社・丙社間で競業避止義務排除特約をしているが、
16 ③競業避止義務の負担は事業譲渡の要件ではない。

17 したがって、第 1 取引と第 2 取引は一体として「事業の…譲渡」
18 に当たる。

19 2. 次に、譲渡される洋菓子事業は甲社の事業の「重要な一部」(467 条
20 1 項 2 号) に当たるか。

21 (1) 「重要な一部」であるかは、譲渡する事業の量と質の両面に着目し
22 て判断する。

23 (2) 第 1 取引と第 2 取引により「譲り渡す資産の帳簿価額」の合計 2

1 億 5000 万円は、甲社の「総資産額」7 億円（資料①の資産合計）の
2 「五分之一」を超えるから、譲渡事業の量は、簡易事業譲渡の基準
3 （467 条 1 項 2 号括弧書、施行規則 134 条 1 項）を満たさないほど
4 に重要である。しかも、世界的に著名な P 社ブランドの商標を用い
5 ている洋菓子事業を失うことになり、甲社の企業イメージが大幅に
6 低下するおそれもある。したがって、洋菓子事業は、甲社の事業の
7 「重要な一部」に当たる。

8 3. そうすると、第 1・第 2 取引には株主総会の特別決議が必要である
9 （467 条 1 項 2 号、309 条 2 項 11 号）が、甲社ではこれを行っていな
10 い。

11 事業譲渡が会社の基礎的変更であるため株主の利害に重大な影響
12 を与えるものであることから、特別決議を欠く事業譲渡の効力は無効
13 であると解する。

14 よって、第 1・第 2 取引は無効である。

15 設問 3

16 1. まず、非公開会社においては、株主総会の特別決議により募集事項
17 の決定を取締役に委任する（239 条 1 項柱書、309 条 2 項 6 号）際
18 にも、「募集新株予約権の内容」（239 条 1 項 1 号）を特別決議により
19 定めなければならない。その趣旨は新株予約権の発行により既存株主
20 が被る不利益の上限を株主の意思で画することにあるところ、新株予
21 約権の行使条件は新株予約権者による新株予約権行使を制限するも
22 のであり、既存株主の不利益を増大させるものではないから、「募集新
23 株予約権の内容」に当たるとしても、取締役会の決定に委任できると

1 解する。

2 2. 次に、新株予約権発行後に行われた取締役会による上場条件の廃止
3 は有効かが問題となる。

4 株主総会は株主総会当時の諸事情を踏まえて新株予約権の発行を
5 決議するのであるから、新株予約権の発行後に行使条件を変更するこ
6 とができる旨の明示の委任がない限り、新株予約権の発行後にその内
7 容の実質的変更に至る行使条件の変更をする取締役会決議は無効で
8 あると解すべきである。

9 株主総会は、G に対する新株予約権の発行を甲社株式上場の成功報
10 酬とする趣旨で、行使条件の決定を取締役に委任している。そして、
11 上場条件を廃止すると、甲社株式上場の成功報酬としての新株予約権
12 の意味が失われる。そのため、上場条件を廃止する取締役会決議は、
13 かかる委任の趣旨に照らし、新株予約権の内容を実質的に変更するも
14 のであるから、無効である。

15 3. そうすると、G に対し発行された甲社株式 1000 株は、上場条件に
16 反した新株予約権の行使により発行されたことになる。

17 会社法上、非公開会社については、特別決議による募集事項の決定
18 が必要とされる（199 条 2 項、309 条 2 項 5 号）とともに、株式発行
19 無効の訴えの提訴期間が 6 か月から 1 年へと伸長されている（828 条
20 1 項 2 号括弧書）。これは、非公開会社においては、新株発行の相手方
21 が限定されているために新株発行により形成された法律関係の安定
22 性の要請が比較的小さい一方で、持株比率維持の要請が高いことに鑑
23 み、法的安定よりも持株比率の維持に係る既存株主の利益の保護を重

1 視して、その意思に反する株式の発行は株式無効の訴えにより救済す
2 るという趣旨による。

3 そして、行使条件違反の新株予約権行使による新株発行は、既存株
4 主の意思に反してその持株比率を低下させるものだから、無効である
5 と解する。

6 よって、上記株式は無効である。なお、この無効は新株発行無効の
7 訴え（828条1項2号）でのみ主張できる。 以上

参考文献

(会社法)

- ・「株式会社法」第8版(著:江頭憲治郎-有斐閣)
- ・「会社法」第4版(著:田中亘-東京大学出版会)
- ・「会社法 Corporate Law」第3版(著:高橋美加ほか-弘文堂)
- ・「リーガルクエスト 会社法」第5版(著:伊藤靖史ほか-有斐閣)
- ・「リーガルマインド 会社法」第15版(著:弥永真生-有斐閣)
- ・「会社法」第25版(著:神田秀樹-法律学講座双書)
- ・「事例で考える会社法」第2版(著:伊藤靖史ほか-有斐閣)
- ・「事例研究 会社法」初版(編著:小林量・北村雅史-日本評論社)
- ・「会社法事例演習教材」第3版(著:前田雅弘ほか-有斐閣)
- ・「一問一答 令和元年改正会社法」初版(編著:竹林俊憲-商事法務)
- ・「一問一答 平成26年改正会社法」第2版(編著:坂本三郎-商事法務)
- ・「一問一答 新・会社法」改訂版(編著:相澤哲-商事法務)
- ・「新・会社法100問」第2版(編著:葉玉匡美-ダイヤモンド社)
- ・「会社法判例百選」第4版(有斐閣)
- ・「重要判例解説」平成18年～令和5年度(有斐閣)
- ・「法学セミナー増刊 新司法試験の問題と解説」2006～2007(日本評論社)
- ・「別冊 法学セミナー 新司法試験の問題と解説」2008～2011(日本評論社)
- ・「別冊 法学セミナー 司法試験の問題と解説」2012～2024(日本評論社)
- ・「受験新報 司法試験 論文式問題と解説」2006～2016(法学書院)
- ・「法学教室 特集 新司法試験プレテスト(必須科目)」2006. Apr.NO307(有斐閣)
- ・「司法試験 論文式 問題と解説」中央大学真法会編(法学書院)
- ・「民事執行・保全法概論」(編:中野貞一郎-有斐閣双書)
- ・「改定 民事保全」(補正版-司法研修所)

(手形法・小切手法)

- ・「基本講義 手形・小切手法」初版(著:早川徹-新世社)
- ・「リーガルマインド 手形法・小切手法」第2版補訂版(著:弥永真生-有斐閣)
- ・「手形・小切手法 判例百選」第7版

(商法総則・商行為法)

- ・「リーガルマインド 商法総則・商行為法」第2版補訂版(著:弥永真生-有斐閣)
- ・「商法総則・商行為法 判例百選」第5版