

(事案の概要)

甲 19年設立。取締役会設置会社。譲渡制限。8万株。

A(4万)代表取締役 B取締役 C取締役

B(1万)乙社(関西で洋菓子の製造販売。Dが全株。代表)の監査役。

S社(3万)。甲は重要な取引先。出資

乳製品事業部門Aが業務執行。首都圏のコンビニに販売

洋菓子事業部門Bが業務執行。首都圏のデパートに販売。P商標

22年1月 甲 関西地区への進出を企図。市場調査

22年3月 B 乙の90%の株式を取得。

ACに、取得+乙の事業にも携わると話す。AC特段の異議を述べず。

乙の監査役辞任。顧問に就任(月100万円)。

連日乙の洋菓子部門の陣頭指揮。Q商標。独占的に使用する権利の設定

E(甲の工場長)を乙に引き抜く→甲の工場。操業停止(1日100万円の売上を失う)。乙の売上。21年に200万円→22年に1000万円

甲は関西地区への進出を断念。

設問1 Bの甲に対する会社法上の損害賠償責任について

23年7月 B, 甲の取締役を辞任。Fが就任。洋菓子事業部門低迷。

24年5月 洋菓子事業部門の売却を検討。

2億5000万で丙に売却(時価3億)。

従業員。甲との関係終了。丙が新たに雇用。

取引先。一回債権債務関係を清算。新たな契約開始。

株主Sの反対が予想される→Sに知らせず。

24年7月2日, 取締役の全員一致で, 洋菓子工場の土地建物を丙に1億5000万円で売却。直ちに代金支払(第1取引)。

24年7月12日。P商標にかかる権利を, 丙に1億円で売却(第2取引)。

甲の競業が禁止されない旨の特約。

7月2日時点。資料②

24年7月下旬。不動産登記。商標登録移転

S 株主総会がないことに強く抗議。

設問2 第1取引, 第2取引の効力に関する会社法上の問題点

25年6月 甲→G アドバイザリー契約。本件新株予約権の発行

- ① 1000個割当。② 予約権1個あたりの株式1株。③出資される財産の価額5000円 ④行使期間25年7月2日から2年間, ⑤取締役会に一任。  
⑥ 予約権の割当を25年1月

25年6月27日。甲の株主総会。Gに特に有利な条件で新株予約権発行の必要性が説明される。新株予約権の行使条件を取締役に一任。Bは反対。

取締役会 上場条件（上場されたのち6カ月が経過するまで、本件新株予約権を行使することができない）

25年7月1日 新株予約権割当契約を締結。1000個を発行。

G アドバイス→業績向上。上場条件を満たさない見込。

26年12月 G 上場条件を廃止して欲しい。取締役会を開催。上場条件を廃止する旨の決議。変更契約。26年12月12日。G500万円の払込み。1000株発行。

設問3 甲株式の効力に関する会社法上の問題

（レジュメ）

配点 4, 4, 2

商法も、民法と同様、旧司法試験で出ていながら出ていない問題（競業取引）、新司法試験に出たが、時間が経過している問題（平成18年の事業譲渡）に目をつけるという対策が必要なように思う。

27年までの商法の癖。深く検討するより、1つ1つの事実を処理し、できるだけ多くのことに触れるのがよい（1つを深めても、全体の点数が伸びないことを知るべき）。沢山の論点を触れたか否かで点差がついている。

条文の指摘→文言→定義解釈→事実のあてはめ、評価を淡々とこなしていく。

設問1

356条の競業取引は目につく。Bが、乙の洋菓子事業の陣頭指揮をとった行為を取り上げて、要件にあてはめるという筋は普通にみえる。ある程度は準備ができるが、事案が相当に複雑であり、初見で的確に処理しきるのは難しい。処理のための思考回路は、今後のこととして生かすこと。

356条1項1号の当てはめ

自己又は第三者（乙）のため。名義説、計算説の対立

説の対立があることは分かっているが、本問に即して考えると、423条2項の適用にあたって違いが出ることになるが（採点実感では、殆どなかったが、論理的整合性を意識して丁寧に論じた答案は高く評価したという）、現場で気づくのは困難。今後のこととしてインプットしておくこと。

名義説→乙

計算説。90%の株式所有、その他の事実を重視（採点実感はポイントをお

いている) →自己 (B) のため。

効果帰属を重視→乙 (第三者) のため

両方成り立つが、出題趣旨では、自己のためという方向を有力にみている (問題文の材料が多い)。

株式会社の事業の部類に属する取引 (競業取引)

356条1項1号の趣旨→会社が行っている取引と目的物、市場が競合する取引。現実には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も含む (定義を押さえていない場合。あてはめる事実合うように、それらしく書くという感覚があれば、目的物、市場、開業の準備という表現は出ると思う)。

(採点実感)

「事業の部類に属する取引」の意義に関する条文解釈をしないまま幾つかの事実から結論を導く答案や、具体的な事実摘示の不十分な答案もあった。

甲と乙。洋菓子。甲は関西で事業を行っていないが、進出を企図して市場調査。  
→競業取引に該当する。

百選第3版114頁

ACに異議なしの評価→取締役会の承認とみることもできそう→しかし、重要な事実の開示なし→取締役会の承認なし→任務懈怠 (423条違反) という筋に、気づくこと (条文+24年。利益相反で同じ問題意識がある。過去問のこなし方の精度の差が出る)。

重要な事実。趣旨→判断できるに足りるもの→会社の事業の種類、規模、取引の内容、範囲、当該取引によって、取締役が得る利益 (物の本の記載。準備していなければ、自分が取締役で判断する立場に立ったときに、本件に即して何を知りたいかという観点から、それらしく書けばよい)

再現答案 下位の答案ほど触れていない。

損害額については、問題文の中に、検討して欲しいといわんばかりの事実が沢山あり、その処理が問われているが、下記の分析 (自己のためか、第三者のためかで異なる) は、現場では難しい。

→第三者のため→乙が得た利益→営業利益の増加分 (年800万) が素直。

→自己のため→取締役 (自己B) が得た利益→営業利益の増加分 (年800万)

×90% (株式の割合) (この発想は出にくいと思ったが、再現答案をみても、若干は触れている)、顧問料 (月100万)。

(採点実感)

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。

出題趣旨、採点実感では、市場調査費は相当因果関係で切る筋を想定しているようである。競業取引の前のことだという側面もみれば、その方向に向かうが、競業取引のために無駄になってしまったという側面もあり、それ程単純には割り切れない。

推定規定の意味。損害が立証できなくとも推定分は請求できる（立証の困難さへの対処）。推定規定以上の損害を立証できれば推定規定を使わず請求できるが、推定規定を使っただけで、それ以外に、例えば、市場調査費500万円を合わせて請求することは虫がよすぎる（実務家がまず考える内容であるが、出題者の感覚は異なるようである）。

#### Eを甲から引き抜いた行為

引き抜きは、取引行為でないから、競業取引とは別個に考える。文献上は、独自に、423条の任務懈怠の問題として捉えることが要求されているし、リークエ225頁に書いてあるので、問題として捉えていないと差がつけられてしまう。採点実感でも、多くの答案は競業取引にあたらないと明示して、423条の問題として捉えている、区別しない答案は不良答案という。商事関係訴訟190頁では、引き抜いた従業員を用いて競業取引を行った場合に、初めて、競業避止義務違反の問題になるという。

個人の転職の自由の保障があるから、取締役による引き抜きが、直ちに、忠実義務違反にはならない。企業の利益の保護の調和（対立軸）

→規範（不当。リークエ225頁）（社会的相当性。下級審判決）であれば、忠実義務違反になるという枠組みで捉えている（採点実感では、規範を定立した上であてはめを行っている答案は好印象であったという。規範というには抽象的にすぎるが、それでも書いた方がよい）。

問題文から拾うべき事情は比較的明確。本件のEは、工場長。突然の退職により、操業停止。3日間受注ができない。甲におけるノウハウを活用するという目的

忠実義務違反→任務懈怠。

損害→3日間の操業停止、1日100万→300万円

私なりの素朴な第一感（現場ではこれでよいはず）

突然の引き抜き→操業停止→これはひどい。423条の責任あり（結論）

何故ひどいか。転職の自由があるといっても、会社の立場を全く考えていない（素朴な見方）。

→法律論, 会社の利益を不当に害してはならないという取締役の義務に違反する（善管注意義務, 忠実義務だけでは内容に乏しい）→任務懈怠

（解答例は文献を基礎として書いているが、この方が現場で書けるし、しっかりとくる）

採点実感は、規範を要求している→不当, 社会的相当性等を使った方がよい。高得点答案でも、ここでの規範の記載は殆どない（時間の関係であろう）。

**優秀に該当する答案の例**は、上記の論点が相当程度に網羅され、記載順序が論理的であり、事案に即して競業取引規制違反又は忠実義務違反の成否を論じた上で、損害論を具体的に述べている答案などである。特に、Bが乙社の代表取締役ではないことや、「自己又は第三者のために」という要件の当てはめと推定損害額との論理的な整合性について留意した答案は、高く評価した。

**良好に該当する答案の例**は、優秀に該当する答案と同様の論点に触れつつも、事実上の主宰者性を十分に論じなかったり、「自己又は第三者のために」という要件の当てはめがやや不十分であったり、一部の損害項目を見落とししたりしている答案などである。

**一応の水準に該当する答案の例**は、「取締役が自己又は第三者のために・・・取引をしようとするとき」や「株式会社の事業の部類に属する取引」という要件について、一応の規範を定立して論じてはいるが、「自己又は第三者のために」という要件の当てはめや、推定損害額との論理的な整合性への配慮を欠き、理由を述べないで、Bが得た利益と乙社が得た利益の両方が推定損害額であるとする答案などである。

**不良に該当する答案の例**は、競業取引と利益相反取引との区別を理解していない答案、「自己又は第三者のために」という要件に触れないなど、どのような事実が条文のどの要件に該当するのかわかを示していない答案、Bによる競業行為と工場長の引き抜きとを何ら区別せず、一連の行為について漠然と責任原因のみを記述して、損害論に具体的に触れていない答案、競業取引について取締役会の承認があるものと評価しながら、会社法第423条第2項の推定規定を適用する答案などである。

## 設問2

事業譲渡の3要件は、基礎知識。18年に出題されている。18年の問題は、

将来Pの業績が回復すれば、スポーツ施設の運営を再開することは妨げられないよう約定しておくべきことという指定であり、本問と共通した問題意識があるが、本問は、競業が禁止されない旨の特約であることが明確に出ている。

百選第3版174～175頁の学説の理解の仕方（18年レジュメ）

採点実感，理由付けの巧拙に差がある。理由を書いていないものもある。

沢山の学説が列挙→困惑

- ① 一定の営業目的のために組織化された有機的一体として機能する財産
- ② 営業活動の全部または一部の承継
- ③ 競業避止義務

（対立軸と調和という捉え方。百選175頁の解説5）

会社，株主の利益保護（18年の出題趣旨→論証を作るべき）と取引の安全

- ① ～③の3要件が必要であるという説（従来判例と言われてきたが強い異論もある→特別決議必要とする範囲を狭める 株主の利益保護？法律関係明確，取引の安全確保（予備校論証）

- ① の要件だけでよいという説。特別決議必要な範囲を広げる。株主の保護になる。効果が無効だとすると取引の安全？

- ① の要件のみ+相対的無効（悪意，重過失の場合のみ無効）

株主の保護と取引の安全の調和

特別決議がないことにつき知らない（重過失がない）

私の受験時代は，この説と判例の2パターンを用意していた。

リーガルクエスト第3版434頁は③は効果であり（21条），要件でないことを強調し（①+②），①だけという見解に対する批判を展開している。27年採点実感 善意無過失の譲受人の保護という観点から，丙社における認識や，甲社の株主総会決議の有無について丙社が調査すべきかどうかを論じた答案も少数ながら見られ，このような具体的な検討は高く評価した→①+相対的無効説をとってあてはめたものに高得点をつけていると思われる。→それを準備するのが試験対策。学説への付き合い方が悩ましい問題であるが，答案政策という観点から割り切るべきである。

3要件必要説→競業避止義務免除の特約→事業譲渡に該当しないとみるのが自然。採点実感では，どの立場でも評価したという。3要件必要説だと，事業譲渡に該当せず，「重要な財産の処分」につき論じることになり，「重要」の規範とあてはめがあれば評価したということであるが，③の要件不要説で書くのが，想定される論点が展開できるので書きやすい（リークエ434頁）。商法の過去問をみても，ここまで学説にこだわっている論点は他にはないように

思う（異常な感じを受ける）。

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）。

①の要件 第1取引（土地建物）。第2取引（商標権）を一体としてみるか。採点実感では、この問題意識が低いのは、一応の水準とある。上位答案は、それなりに書いている。現場で把握しきるのは困難であるとしても、それなりに書けるか否かで点差がついているように思う。

洋菓子の売上は低迷→洋菓子部門の売却を検討→S（大株主）の反対が予想→取締役会全員の一致で、土地建物（第1取引）、P商標（第2取引）を10日間で売却→一体とみるべき（採点実感では、もっと多くの事実を掲げる）。

一体としてみれば、2億5000万円、総資産額の5分の1を超える→467条1項2号括弧書には該当しない（第2取引だけなら該当する）→株主総会の決議が必要という筋（簡易事業譲渡に、どの程度が気づいたか。気づいても、答案の流れに組み込むことに苦勞する）。採点実感では相当のスペースをさいているが、現場では大変だったと思う。

再現答案では、第1取引のみで、事業譲渡に該当するという答案の評価が低い。

一体とみないと、結果として、1の要件を満たさない（2つ合わせて満たすことになる）という流れが一番分かりやすい。答案の流れの組み立て方が難しい。解答例は、一体としてみるかの問題の次に3要件の問題を論じている（別冊法学セミナー、受験新報ともに流れの作り方に苦勞しており、上手く行っていない。出題者は、その機微が分かっていない）。

（採点実感）

形式的な売買契約の個数や取締役会決議の個数に関する意識が希薄なまま、具体的な事実を丁寧に指摘せずに、漫然と実質的に一つの取引と見て、事業譲渡の該当性を論ずる答案も多かった。他方、これとは逆に、そのような問題意識を全く持たないで、二つの資産売買を当然に別々のものとして、それぞれにつき事業譲渡の該当性を論じた答案が非常に多く見られた。これらの中には、第1取引は事業譲渡に該当して無効であるが、第2取引は事業譲渡に該当せず有効であると述べた答案も少なくなく、二つの資産売買につき有効・無効が分かれるという結論が本件事実関係における解決として現実的に妥当なものといえるのかという視点は見られなかった。

取引先。従業員

通常の場合の処理（契約上の地位の移転）。本件の場合の違いを踏まえて、  
→1の要件はある。1，2の要件のいずれに割り振るかは微妙。

事業活動は承継されている（2の要件）←問題文に情報が書いていない。

重要。第1取引と第2取引の時価3億円。総資産7億円からみて、「重要な」  
に該当するという筋で使う。

江頭（第5版）945頁には、量的基準と質的基準につき、下記のような説明があるが、  
答案で、基準+あてはめという形で書いている余裕はない。

量的基準。売上，利益，従業員数が総合的にみて，事業全体の10%程度を上回る。

質的基準。量的に小さくとも，沿革等から会社のイメージに大きな影響がある場合に問題となる。

株主総会の決議必要→決議がない場合の効力は無効←趣旨から。

最判昭和61年9月11日

当然無効であり，譲渡会社だけでなく，譲受け会社からも主張できる。

展開しないのが，バランス的には得策である。

採点実感では，善意無過失の譲受人の保護という観点から，丙社における認識や，  
甲社の株主総会決議の有無について丙社が調査すべきかどうかを論じた答案も少数ながら見られ，  
このような具体的な検討は高く評価したとある（特定の少数説に対するこだわりが強く異常に感じる）。

優秀に該当する答案の例は，第1取引と第2取引とを一体のものと考えられな  
いかについて言及した上，事業譲渡の定義に関し，判例の要件に意を払いつつ，  
自説をその根拠とともに述べ，問題文の事実から丁寧な当てはめを行い，事業  
譲渡に該当するとする立場にあつては，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，更に，  
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答案などである。

良好に該当する答案の例は，優秀に該当する答案と同様の論点に触れつつも，  
自説の根拠の論述がやや不十分であったり，事業譲渡又は事業の「重要な」一  
部の譲渡への該当性について，事実の当てはめがやや不十分な答案などである

一応の水準に該当する答案の例は，第1取引と第2取引との関係についての問  
題意識が低いながらも，事業譲渡の要件についての規範の定立や事実の当ては  
めが一応できており，本件の取引の効力に関する一定の結論が導かれている答

案などである。

不良に該当する答案の例は、第1取引と第2取引との関係についての問題意識がなく、漫然とそれぞれにつき事業譲渡の該当性を論じ、事業譲渡の要件についての規範の定立や事実の当てはめについても不十分な点が多い答案、本件の取引が有効か無効かの結論を示さない答案、設問に関係のない事項を述べる答案などである。

### 設問3

最判平成24年4月24日からの出題である。25年に一度出ているのであるが、新株予約権という観点からの問題の把握をしていたか否かにより、大きな差がついた問題である。把握していれば、ほぼ判例そのままの問題であるが（あてはめは事案に即して行うが）、新株発行の効力の部分だけに目が行っていると、戸惑う問題である（現場思考でできるという問題ではない）。新株予約権は手薄になりがちなところであるが、判例全体に目を通すことの重要性を意識すべきである。

知らない場合。問題文の中の手掛かりから、何とか食いつく必要がある。現場では難しいと思うが、その一例を示す。新司法試験では、百選に出ていない判例（重要判例解説掲載）を知っていればできる、知らなければできないという出題はなかったが、設問3は、そのような問題である（試験当時の百選第2版にはない。百選第3版62頁にはある）（理解不十分な答案が不良。24年判例の意識がない答案が一応の水準）。再現答案をみても、判例をきちんと学習していたかが点数に結びついている。下位答案は、殆ど書けていないようである（20点ではあるが、20点が殆ど入らないというマイナスは大きい）。

行使条件を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

→できないとすると、先に繋がらない→できると立論→条文（238, 239条）が探せるか。探せなければ、株主の利益保護→①～④を株主総会で決めたいので、⑤で上場条件を取締役会に一任。だから可とでっちあげる。

取締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。

株式の効力という問いに対して、廃止できない→無効という筋道が想定されているという見当をつける。非公開会社であるから、25年の問題の知識を使えるという筋道を考える。この見当に合うように筋道を捉える。

判例を把握している場合—規範を使って、あてはめを、事案に即して書く。

- 1 取締役会が商法（平成17年法律第87号による改正前のもの）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がで

きる旨の明示の委任がないときは、当該新株予約権の発行後に上記行使条件を変更する取締役会決議は、上記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、無効である。

- 2 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、当該特別決議を欠く瑕疵は上記株式発行の無効原因になる。
- 3 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には、無効原因がある。

上場条件の廃止。甲の株式上場に対するGの成功報酬であるのに、上場されなかった。上場されれば、既存株主の持ち株比率という利益を保護する必要もないが、そうではない（あてはめで使う事実）。

→1では、細目的な変更ではない。3では、重要な内容を構成している。

同じ事実につき、別の規範にあてはめる形になるので、答案として纏めにくい。判例原文をみると分かるのであるが、論理がスッキリとしていない。

新株発行の無効事由となるか。非公開会社。特別決議が必要(199条2項。

309条1項5号)。既存株主の持ち株比率に与える影響の大きさ→無効  
(既存の知識、理解と組み合わせたのが解答例)

特に、非公開会社では、既存株主の持株比率が重要であり、株主の利益を保護する必要性が高いことや、行使条件に反して新株予約権が行使される場合には、株主はこれを知り得ず、新株予約権の行使による新株発行の差止めが困難であること等を丁寧に論ずる答案は、高く評価した(採点実感)。

**優秀に該当する答案の例**は、上記の論点が相当程度に網羅され、非公開会社における新株予約権の内容の決定につき株主総会の特別決議が必要とされる趣旨を踏まえつつ、上場条件の決定及びその後の廃止を取締役会が行い得るかを論理的に論じた上、新株予約権の行使により発行された株式の効力につき、適切な理由付けをして結論を導いている答案などである。

**良好に該当する答案の例**は、上場条件の決定を取締役会に委任することの可否について論ずることを見落としとしても、その他の論点につき優秀に該当する答案とほぼ同じ程度に論じている答案や、新株予約権の行使により発行された株式の効力に関する論述の理由付けがやや不十分な答案などである。

**一応の水準に該当する答案の例**は、取締役会において上場条件の廃止を決議し

得るかや、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、ある程度の記述はされているが、平成24年の判例を意識しないまま、理由付けが不足している答案などである。

不良に該当する答案の例は、上記の論点の多くにつき記述が不十分で、新株予約権の内容の決定につき株主総会の特別決議が必要とされる基本的な趣旨の理解が足りない答案、株式が有効か無効かの結論を示さない答案、本件を取締役の報酬規制の問題として論じた答案などである。