

判例研究

〔商法 五九五〕 会社法四六二条一項の業務執行者の責任（オリンパス事件）

〔判示事項〕

会社の提出した訂正後の有価証券報告書に従つて分配可能額を算出すると、本件期末配当、中間配当および自己株式の取得は、いずれもその効力を生ずる日における分配可能額を超えて行われたものと認められる。したがつて、これららの行為について、会社法四六二条一項六号イにいう総会議案提案取締役、または同項柱書にいう業務執行者に該当する者は、会社に対し連帶して、これらの行為により株主に対して交付された金銭を支払う義務を負う。

〔参考条文〕

会社法四六二条一項柱書、同項六号イ、会社計算規則一五九条二号ハ、同条八号ハ

〔事 実〕

X₁（原告）は、顕微鏡、写真機、精密測定器その他光学機械の製造販売ならびに修理および賃貸業務等を行うことを目的とする株式会社である。X₂（原告）は、責任追及等の提訴請求書がX₁社に到達した日の六か月前から、同社の株式一単元以上を引き続き保有する株主である。

Y₁（被告）は、平成五年六月二九日から平成二三年一一

東京地判平成二九年四月二七日
平成二四年（ワ）一七四号、取締役に対する損害賠償請求事件（第一事件）
平成二四年（ワ）八九九号、取締役に対する損害賠償請求事件（第二事件）
平成二四年（ワ）二五七号、取締役に対する損害賠償請求事件（第四事件）
（資料版商事法務四〇〇号二一九頁）

月二十四日まで、X₁社の取締役であつた者であり、平成一三年六月二八日から平成二三年一〇月二六日まで、X₁社の代表取締役の地位にあつた。Y₂（被告）は、同社において、平成一五年六月二七日から平成二三年六月二九日まで取締役、同日から同年一月二十四日まで監査役の地位にあつた者である。Y₃（被告）は、同社において、平成一八年六月二九日から平成二三年一月二十四日まで取締役の地位にあつた者である。Y₄（被告）は、同社において、平成二三年六月二九日から平成二三年二月七日まで取締役の地位にあつた者である。

X₁社は、第一三九期事業年度（平成一八年四月一日から平成一九年三月三一日まで）から第一四三期事業年度（平成二二年四月一日から平成二三年三月三一日まで）にかけて、期末配当、中間配当および自己株式の取得（平成二〇年五月八日決議および平成二二年一一月五日決議）を実施した（本件剰余金の配当等）。

本件剰余金の配当等の効力発生日（およびX₁社の支出金額）は、以下の通りである。期末配当につき、平成一九年六月二九日（六四億六四八三万四一七七円）、平成二〇年六月三〇日（五三億九〇八七万六二三七円）、平成二一年三月期は無配、平成二二年六月三〇日（四〇億三六九〇万

八三二四円）、平成二三年六月三〇日（三九億九二二一〇八八円）。中間配当につき、平成一九年一二月四日（五三億九〇五一万五五三〇円）、平成二〇年一二月五日（五三億三二一九万三四五三円）、平成二二年一二月四日（四〇億三七九二万六〇一五円）、平成二三年一二月三日（四〇億三七六四万六七二二円）。自己株式の取得につき、平成二〇年五月八日取締役会決議（九九億九七七三万円）、平成二三年一月五日取締役会決議（九九億九五二二万七四〇円）。本件剰余金の配当等により、X₁社が支出した金銭の合計額は、五八六億七五九六万八九三六円である。

X₁社は、金融資産の巨額の含み損の計上を回避する目的で、当該金融資産を買い取らせる 것을主たる目的とするファンド（受け皿ファンド）や受け皿ファンドに資金を注入するために利用されるファンド（通過用ファンド）に資金を供給し、含み損を抱えていた金融資産を簿価で買い取らせるなどして、X₁社から損失を分離するスキーム（損失分離スキーム）を、長年にわたり構築、維持した。X₁社が関東財務局長に提出した、第一三九期事業年度から第一四三期事業年度までの五事業年度に係る有価証券報告書、および第一四四期事業年度第一・四半期に係る四半期報告書には、連結純資産額を過大計上する虚偽記載がなされてい

た。その後、X₁社は、この期間にX₁社が提出した全ての有価証券報告書、半期報告書および四半期報告書について、訂正報告書を提出した。当該訂正報告書における貸借対照表をもとに、本件剩余金の配当等の効力発生日における分配可能額を算出すると、当該分配可能額はいずれもマイナスであった。

Y₁、Y₂およびY₃は、X₁社の取締役会において、前記各期末配当について定時株主総会に上程する旨の議案に賛成した。また、これらの者は、前記各中間配当および前記各自

己株式の取得について、これらの議案が審議されたX₁社の取締役会において賛成した。そのため、Y₁、Y₂およびY₃は、本件各期末配当につき「当該株主総会に係る総会議案提案取締役」（会社法（以下「会」と略記する場合がある）第四六一条一項八号、四六二条一項六号イ）に、本件各中間配当につき「当該行為に関する職務を行つた業務執行者」（会四六二条一項八号、四六二条一項柱書、会社計算規則一五九条八号ハ）に、本件各自己株式の取得につき「当該行為に関する職務を行つた業務執行者」（会四六二条一項二号、四六二条一項柱書、会社計算規則一五九条二号ハ）に、それぞれ該当すると認められる。

Y₄は、平成一七年一月一日から平成二〇年五月三〇日ま

で、X₁社からA社（訴外）に出向して勤務し、同年六月にはX₁社を退職して、平成二二年六月までA社の代表取締役社長を務めていた。その後、平成二三年三月期の期末配当の議案が承認可決された定時株主総会（平成二三年六月二九日開催）で、X₁社の従業員として、損失分離スキームの構築、維持に関する実務作業に従事していた。しかし、Y₄は、就任前から、X₁社の取締役に選任された。Y₄は、取締役損失分離スキームの実行を裏付ける資料等を所持していなかつた。

Y₄は、平成二三年三月期の期末配当の事務手続が実施された当時、X₁社の総務部を所轄するコーポレートセンター長の地位にあった。総務部の企業法務グループは、X₁社における剩余金の配当の事務手続を担当していた。

X₁社においては、期末配当を実施する方法には、配当金領収書により配当を受領する方法と振込により配当を受領する方法とが存在したところ、X₁社は、いずれの方法による場合においても、株主への配当金領収書の送付や金融機関への振込手続を株主名簿管理人であったB（訴外）に依頼していた。同依頼は、株主総会において配当決議がされる前に行われており、当該株主総会に立ち会つたBの担当者が、配当決議がされたことを確認し次第、依頼された事

務手続を実行することとなつていて。そのため、配当決議がされた後に、配当実施のため、コーポレートセンター長であったY₄が指示ないし決裁するなど、X₁社側の手続がされることは予定されていなかつた。Y₄は、X₁社の取締役として選任された後に、平成二三年三月期の期末配当を中止するための措置をとつたことはうかがわれない。

以上の事実関係のもとで、X₁社は、本件剰余金の配当等は、いずれも効力発生日の分配可能額を超えて行われたものであると主張して、会社法四六二条一項による金銭支払請求権に基づき、Y₁、Y₂およびY₃に対しては本件剰余金の配当等によるX₁社の支出額の一部として一億円の支払を、Y₄に対しても本件剰余金の配当等のうち、平成二三年三月期の期末配当によるX₁社の支出額の一部として一億円の支払を、それぞれ求めた。また、X₂は、同項に基づき、Y₁、Y₂およびY₃に対しては五八六億七五六万八九三六円を、Y₄に対しては三九億九一二一万一〇八八円を、それぞれX₁社に支払うよう求めた。

〔判 旨〕

請求一部認容

〔1〕 本件剰余金の配当等について、X₁社の提出した訂

正後の有価証券報告書に従つて分配可能額を算出すると、別紙一〇「訂正後の財務諸表における分配可能額（筆者注：標題ママ）」記載のとおり、本件剰余金の配当等は、いずれもその効力を生ずる日における分配可能額を超えて行われたものと認められる。」

〔2〕 Y₁、Y₂及びY₃は、会社法四六二条一項に基づき、X₁社に対し、連帶して、本件剰余金の配当等により、株主に対して交付された金銭合計五八六億七五九六万八九三六円（中略）を支払う義務を負う。」

〔3〕 株主総会後に、配当実施のため、コーポレートセンター長であつたY₄が指示ないし決裁するなど、X₁社側の手続がされることは予定されていなかつたことが認められる。

そうすると、Y₄が、取締役として選任された後に作為によつて剰余金の配当による金銭の交付に関する職務を行つたということはできないから、この点から、Y₄が「剰余金の配当による金銭等の交付に関する職務を行つた取締役」（会社計算規則一五九条八号イ）に当たるということはできない。

（中略）前記配当（筆者注：平成二三年三月期の期末配当）が実施されるまでの限られた時間で、（筆者注：Y₄が）

違法配当の前提となる分配可能額の有無及び額を確認し、
 Y₁や他の取締役等に進言するなどの行為を行う時間的猶予
 があったということはできず、取締役就任後に平成二三年
 三月期の期末配当を中止させることは極めて困難であった
 というべきである（中略）。そうすると、Y₄は、不作為に
 よつて剩余金の配当による金銭の交付に関する職務を行つ
 たと評価することもできないから、この点からも、Y₄が
 「剩余金の配当による金銭等の交付に関する職務を行つた
 取締役」（会社計算規則一五九条八号イ）に当たるという
 ことはできない。

したがつて、Y₄は、平成二三年三月期の期末配当に関し
 て、取締役としての責任を負わないものというべきであ
 る。」

〔研究〕

判旨(3)の理論構成に疑問、その余の判旨に賛成

一 事件の概要および本判決の位置付け

(一) 事件の概要

本件は、X₁社の取締役らが、金融資産の巨額の含み損計
 上を回避する目的で、受け皿ファンド等に多額の金員を流
 す損失分離スキームを、長年にわたり構築、維持し、運用

手数料等の多額の損失が出ているにもかかわらず、中止措
 置や是正措置をとらなかつたとして、X₁社および共同訴訟
 参加したX₂が、取締役の会社に対する責任（会四二三条一
 項）および分配可能額規制（会四六一条一項）違反行為に
 関する責任（会四六二条一項）を追及した事件である（本
 件の評釈として、岩田合同法律事務所・商事法務二一四五
 号〔二〇一七年〕四八頁、商事法務二一四七号〔二〇一七
 年〕四七頁、高橋陽一・ビジネス法務一七卷一一号〔二〇
 一七年〕八〇頁、本村健二・鈴木友一・監査役六七八号〔二
 〇一八年〕六四頁、石川真衣・早稲田法字九四卷一号〔二
 〇一八年〕二九五頁、岡本智英子ほか・ビジネス＆アカウ
 ントティングレビュー二二号〔二〇一八年〕五三頁）。

請求の内容は多岐にわたる。まず、X₁社が、損失分離ス
 キームの構築、維持に直接関与してきた取締役らに對して、
 会社法四二三条に基づく損害賠償、および会社法四六二条
 一項に基づく違法配当の補填を請求した（第一事件）。会
 社法四二三条に基づく請求において、X₁社が主張した取締
 役らの任務懈怠行為および損害の内容は、以下のとおりで
 ある。取締役らが、X₁社において損失分離スキームを構築
 し、維持したことにより、X₁社が、銀行に対する支払金利
 （二九億円余）およびファンド運用手数料等（七八億円余）

の損害を被つた（第一類型）。取締役らが、損失分離スキームが維持された状態で、受け皿ファンドに株式取得を用いた新たな資金運用をさせたことにより、X₁社が運用損として九一億円余の損害を被つた（第二類型）。取締役らが、損失分離スキームの解消のために、C社、D社およびE社（いずれも訴外）判決文における「本件国内三社」の株式取得名目で、X₁社に六〇七億円余を支出させ、また、英國医療機器メーカーF（訴外）を買収する手続に関するファイナンシャルアドバイザーに対する報酬名目で、X₁社に五六九億円余を支出させたことにより、X₁社が、これらの支出額に相当する損害を被つた（第三類型、第四類型）。取締役らが、損失分離スキームによる違法行為の疑惑を追及しようとしていたCEOを解職するなど、当該違法行為の事実を隠蔽しようとした行為により、X₁社の信用が毀損され、X₁社が少なくとも一〇〇〇万円の損害を被つた（第五類型）。取締役らが、虚偽の有価証券報告書、半期報告書、四半期報告書を提出したことにより、X₁社が課徴金および罰金として、七億円余を支出する損害を被つた（第七類型）。会社法四六二条一項に基づく請求は、判決文では、第六類型として整理されている。

X₁社の株主であるX₂が共同訴訟参加して、第一事件の第

一類型から第六類型までと同様の請求を行つたのが、第四事件である（ただし、第四事件の請求額は、いずれの類型も、第一事件を上回るものである）。さらに、X₂は、損失分離スキームの構築、維持に関する事情を知らない取締役らに対しても、会社法四二三条に基づく損害賠償を請求した（第二事件）。この他に、X₁社およびX₂は、X₁社の監査役らに対しても提訴した（第三事件および第五事件）。第三事件および第五事件は、いずれも和解により終了した（判決文第2・1(2)、資料版商事法務四〇〇号一二三頁）。

本件における請求認容額は、第五類型につき一〇〇〇万円、第六類型につき五八六億円余、第七類型につき一九八六万円である（その余の請求は棄却された）。株主代表訴訟における請求認容額としては、大和銀行事件（大阪地裁判平成一二年九月二〇日判例時報一七二一号三頁）の支払額に次いで高額であるといわれる（岩田合同法律事務所「前掲商事法務二一四五号」四八頁）。本稿では、認容額の大半を占める、第六類型に対する判決、すなわち、分配可能額を超える剰余金の配当等をしたことによる、会社法四六二条一項に基づく請求に対する判決（以下これを「本判決」という）に限定して検討を行うこととし、これ以外の部分は、検討対象外とする。

(二) 本判決の位置付け

本判決は、会社法下で、同法四六二条一項に基づく責任が認容された、最初の公刊裁判例である（石川〔前掲〕三〇一頁）。会社法四六二条一項に基づく責任の有無が争われた裁判例としては、東京地判平成二七年三月一二日ウエストローラ・ジャパン文献番号 2015WLJPCA03128006、LEX/DB 文献番号 25524835 がある。東京地判平成二七年三月一二日は、破産した貸金業者であるZ株式会社（訴外）の破産管財人X（原告）が、Z社の行つた剰余金の配当は分配可能額を超えてされた違法なものである（会四六一条一項八号違反）と主張して、会社法四六二条一項に基づき、Z社の株主らに対して、金銭の支払を請求した事件である。裁判所は、X主張の会計処理が、Z社に当然に求められていたということはできず、X主張に係る分配可能額の計算方法が唯一の「一般に公正妥当と認められる企業会計の慣行」（会四三二一条）であるということはできないから、Z社のした会計処理が違法なものであるということはできないとして、剰余金の配当は分配可能額を超えてされた違法なものではないと認定し、請求を棄却した。

これに対しても、本件では、X社が行つた会計処理の適法性については、争点とされなかつた。X₁社およびX₂は、X₁

社の提出した訂正後の有価証券報告書に従つて、本件剰余金の配当等の効力発生日における分配可能額を算出し（別紙一〇「訂正後財務諸表における分配可能額〔標題ママ〕」資料版商事法務四〇〇号一九三頁。以下、単に「別紙一〇」という）、裁判所はこの算出結果をそのまま採用した。分配可能額の算出方法の妥当性については、二で検討する。

また、本判決は、定期株主総会において期末配当に係る議案が承認可決された場合において、その株主総会で選任された取締役Yは、当該配当につき、会社法四六二条一項の責任を負わないとした。取締役就任直後に事務手続きが実施された違法配当につき、会社法四六二条一項の責任を負うか否かを判断したものとして、事例的意義を有する。この点については、三で検討する。

二 分配可能額規制違反の有無

別紙一〇で、期末配当、中間配当、自己株式の取得のそれぞれの効力発生日における分配可能額を算出するにあたつて用いられている、「最終事業年度のその他資本剰余金及びその他利益剰余金の合計額」（計算式でいうa）を時系列で追つてみると、第一三九期事業年度の期末配当における当該額（マイナス二三九億一六〇〇万円）は、第一

四〇期事業年度の中間配当においても、引き続き用いられている。しかし、第一四〇期事業年度の期末配当になると、当該額はマイナス四六億四七〇〇万円に切り替わり、第一四一期事業年度の自己株式取得および中間配当まで、同額が引き続き用いられている。つまり、当該額は、各事業年度の期末配当の前後を境に切り替わっていることが分かる。

分配可能額の算出にあたり、どの事業年度に係る貸借対照表の剩余金額を採用すべきかを決定するのが、最終事業年度の概念である。すなわち、分配可能額算出の出発点は、最終事業年度の貸借対照表における剩余金額であるところ（会四六一条二項、四四六条一号イホ、会社法施行規則一一六条一〇号、会社計算規則一四九条）、最終事業年度とは、「各事業年度に係る第四三五条第二項に規定する計算書類につき第四三八条第二項の承認（第四三九条前段に規定する場合にあっては、第四三六条第三項の承認）」を受けた場合には、「各事業年度のうち最も遅いもの」である（会二条二四号）。たとえば、k事業年度に係る計算書類について、定時株主総会（会四三九条前段に規定する場合には、会四三六条三項の取締役会。以下単に「定時株主総会（取締役会」と表記する）による承認を受けたものの、 $k+1$ 事業年度以降に係る計算書類については未だ

承認を受けていないという場合には、k事業年度が最終事業年度となる（江頭憲治郎〔稿〕同〔編〕『会社法コンメントナルル』〔商事法務、二〇〇八年〕五五頁）。

この点につき、k事業年度に係る計算書類の内容に重要な違法があるときは、当該計算書類の承認後に行われる剩余金の配当等における分配可能額算出の出発点となるべき剩余金額は、k事業年度を最終事業年度として、仮にk事業年度に係る貸借対照表が適正な会計処理によって作成されていれば計上されていたであろう、あるべき剩余金額であると解するのが、多数説のようである（長島・大野・常松法律事務所＝あずさ監査法人〔編〕『会計不祥事対応の実務－過年度決算訂正事例を踏まえて』〔商事法務、二〇一〇年〕一四二頁、弥永真生〔編著〕『過年度決算訂正の法務〔第二版〕』〔中央経済社、二〇一一年〕九〇～九二頁。久保大作「不正な内容を含む計算書類の承認と分配可能額算定の関係についての覚書」黒沼悦郎＝藤田友敬〔編〕『企業法の進路』〔有斐閣、二〇一七年〕四〇二～四〇三頁）。本件において、裁判所が採用した分配可能額の算出方法（別紙一〇）は、この所説（以下、「A説」という）と同様的理解に基づくものといえよう。

これに対して、内容に重要な違法がある、k事業年度に

係る計算書類が、定時株主総会（取締役会）において承認されたとしても、当該決議は、決議の内容が法令に違反するため無効であるとして（会八三〇条二項参照）、当該計算書類は、最終事業年度の定義（会一条二四号）のうち「定時株主総会（会四三九条前段に規定する場合にあっては、会四三六条三項の取締役会）の承認を受けた」という要件を満たさないため、k事業年度は最終事業年度にならないとする所説がある（葉玉匡美ほか〔稿〕葉玉匡美＝和久友子〔編著〕T M I 総合法律事務所ほか〔監修〕『Q & A 決算修正の実務詳解』〔中央経済社、二〇二一年〕二五六頁）。この所説（以下、「B説」という）に立つ場合には、本件で、仮に第一三九期事業年度から第一四三期事業年度までに係る計算書類の虚偽記載が、計算書類の内容に関する重要な違法と評価できるならば、これらの計算書類を承認する定時株主総会（取締役会）の決議は、決議の内容が法令に違反するため無効となり、当該承認決議によつては、これらの事業年度は最終事業年度にならないことになる。そして、仮に第一三八期事業年度に係る計算書類が有効に承認されていたとすると、最終事業年度は第一三八期事業年度となるから、本件剰余金の配当等の効力発生日における分配可能額は、すべて第一三八期を最終事業年度として

算出しなければならないことになろう。

分配可能額規制において、最終事業年度の概念は、会社法が、剰余金の配当等を、事業年度中に何度も行うことができるようにしたことに対応して、どの事業年度に係る貸借対照表上の剰余金額を出発点として分配可能額を算出すべきかを明らかにするという機能をもつ（相澤哲ほか『論点解説新・会社法』〔商事法務、二〇〇六年〕五〇五頁）。特に、ある事業年度の末日から、当該事業年度に係る計算書類の承認決議がなされるまでの間に、その効力が生ずる剰余金の配当等が行われた場合には、最終事業年度の概念は、未だ承認されていない当該事業年度に係る貸借対照表ではなく、既に承認されている過年度の直近の貸借対照表に基づき、分配可能額を算出すべき旨を明らかにするという機能をもつ（相澤哲＝郡谷大輔「分配可能額〔上〕」商事法務一七六七号〔二〇〇六年〕三五頁）。B説に立つと、本件のように計算書類の虚偽記載が長期にわたる場合には、何期も前の事業年度（前記設例では第一三八期事業年度）に係る計算書類が、分配可能額算出の基準になることがありうることになる。しかし、これは妥当な結論とはいえないし、会社法が分配可能額規制において最終事業年度の概念を用いる趣旨は前述のとおりであり、こう

した結論を是認する点にあるわけではない（大島一輝「計算書類の内容の違法と分配可能額」法学政治学論究一一九号〔二〇一八年〕三六一頁）。したがって、A説がとる結論が妥当であり、本件の裁判所が採用した分配可能額の算出方法に賛成できる。B説の結論を回避するには、会社法二条二四号の「承認（中略）を受けた」という要件は、本件のように計算書類の内容に重要な違法があると考えられる場合には適用がないものとして、限定解釈すべきである（大島・前掲三六二頁）。

なお、認定事実ではないが、X社は、平成二十四年四月二〇日開催の臨時株主総会において、第一三九期事業年度から第一四三期事業年度までに係る訂正後の計算書類を承認する再決議を行った（<https://www.olympus.co.jp/jp/common/pdf/m120420.pdf>、二〇一九年三月三一日アクセス）。前記のとおり、私見では、本件のように計算書類の内容に重要な違法があると考えられる場合においては、会社法二条二四号の「承認（中略）を受けた」という要件はそもそも適用がないものと解するから、事後の再決議の有無は、分配可能額の算出方法を左右しない。再決議の有無が分配可能額の算出方法に及ぼす影響が問題となるのは、B説に立つた場合である。この点につき、B説の論者は、

再決議をしたとしても、分配可能額の算出方法が遡及的に変更されることはないとする（葉玉ほか「前掲」二五六頁）。そうすると、B説に立つ場合には、再決議の有無にかかわらず、本判決が採用した分配可能額の算出方法は支持できない、ということになろう。

三 期末配当に係る定期株主総会で新たに選任された取締役の責任

平成二三年三月期（第一四三期）の期末配当の効力発生日は、同年六月三〇日である。したがって、当該期末配当は、本件において分配可能額規制違反が争われた剰余金の配当等のうち、時間的に最後に行われた行為である。本件では、当該期末配当を承認可決した定期株主総会において選任された取締役Y₄が、当該期末配当につき、剰余金の配当による金銭等の交付に関する職務を行つた取締役（会社計算規則一五九条八号イ）に該当するか否かという形で、分配可能額規制違反による責任（会四六二条一項柱書）の成否が争われた。本判決は、Y₄が剰余金の配当による金銭等の交付に関する職務を、作為によつて行つたといえるか否かと、不作為によつて行つたといえるか否かとに分けて判断しており（判旨③）、この点が特徴的である（高橋陽

一「平成二九年度会社法関係重要判例の分析〔中〕」商事法務二一七七号〔二〇一八年〕四四頁)。

まず、Y₄の責任を否定した本判決の結論は、妥当である。平成二三年三月期の期末配当に必要な事務手続は、Y₄を取締役に選任する定時株主総会の前に完了していた。そして、金銭の交付は、株主名簿管理人Bが、配当決議がされたことを確認し次第、順次実行していった。このことから、Y₄が取締役に就任してから、Bが平成二三年三月期の期末配当に係る金銭の交付を行うまでには、時間的余裕はほとんどなかったといえよう(平成一七年改正前商法下の裁判例ではあるが、配当可能利益規制違反の中間配当に係る取締役会決議の四か月あまり前に選任された取締役につき、決議までに会社の財務状況を知ることは困難であり、配当決議に賛成した行為は違法性に欠けるとして、同法二六六条一項一号二項の責任を否定した事例として、東京地決平成一二年一二月八日金融・商事判例一一一號四〇頁〔そぞう事件〕)。

剩余金の配当による金銭等の交付に関する職務を行つた取締役(会社計算規則一五九条八号イ)に会社法四六一条一項の責任を負わせる趣旨は、取締役が金銭等の交付に関する職務を行う際に、剩余金の配当が会社法四六一条一項に違反していないかにつき確認させ、注意を払わせることにあるとされる(黒沼悦郎(稿)森本滋=弥永真生(編)『会社法コンメンタール11』〔二〇一〇年〕二二二頁、弥永真生『コンメンタール会社計算規則・商法施行規則〔第三版〕』〔商事法務、二〇一七年〕七一四頁)。Y₄が、取締役就任から、平成二三年三月期の期末配当に係る金銭交付の実行までのわずかな間に、会社法四六一条一項違反の有無を確認することは、期待できないだろう。

なお、Y₄は、取締役就任前から、X社の従業員として、損失分離スキームの構築、維持に関する実務作業に従事していた。もし、Y₄が、取締役就任前から、分配可能額が存在しないのに、平成二三年三月期の期末配当として配当が行われようとしている旨の認識があつたとすれば、結論に影響を与えるよう。この点、大阪地判平成二三年二月二十四日LEX/DB文献番号25443380は、株主総会に利益処分案を提案する旨の取締役会決議の、約一〇か月前に選任された取締役であつても、取締役就任前の入社後間もない時期から、粉飾のための架空循環取引を支配実行し、その拡大に積極的な役割を果たしており、利益がないのに架空の利益を計上する粉飾決算がされていることを知りながら、当該取締役会に出席し、何らの異議をとどめず決議に賛成した

のであるから、(会社法の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律七八条により適用される) 平成二七年改正前商法二六六条一項一号二項の責任を負うとした。しかし、Y₄は、平成二〇年六月にはX₁社を退職し、平成二二年六月までA社で勤務しており、X₁社における損失分離スキームの実行を裏付ける資料等を所持していなかった。そのため、Y₄に、平成二三年三月期の期末配当が、分配可能額規制に違反しているとの認識があつたか否かは明らかではない。結局、本件の事実認定のもとでは、Y₄の責任を否定した本判決の結論は妥当であろう。

次に、本判決の理論構成は妥当であろうか。Y₄は、平成二三年三月期の期末配当に係る金銭交付の手続に自らが関与する余地はなく、配当を取りやめさせることはできなかつたのであるから、自身は職務を行つについて注意を怠らなかつた(会四六二条二項)ため、責任を負わないと主張した(資料版商事法務一三九頁)。本判決は、Y₄の責任を否定したものの、その理論構成は、Y₄の主張と異なり、Y₄は剩余金の配当による金銭等の交付に関する職務を行つた取締役(会社計算規則一五九条八号イ)に該当しない、というものである。本判決によれば、取締役が剩余金の配当による金銭等の交付に関する職務を行つたというために

は、当該取締役が配当に関して指示ないし決裁するなど、具体的な手続を行つたこと(作為によつて行つたこと)、または、配当を中止するための措置を行うことができたに、それをしなかつたこと(不作為によつて行つたこと)が必要であり、Y₄は、そのいずれにも該当しないとする。ところで、X₁社は、剩余金の配当による金銭等の交付に関する事務(株主への配当金領収書の送付や金融機関への振込手続)を株主名簿管理人Bに依頼していた。株主名簿管理人(会一二三條)の設置に際しては、会社は株主名簿管理人との間で、株式事務を委託する準委任契約(民法五六条)を締結するものと考えられている(前田雅弘〔稿〕山下友信〔編〕『会社法コンメンタール3』〔商事法務、二〇一三年〕二七五頁)。そして、株主名簿管理人は、株式事務に関する会社の履行補助者としての性格を有するものと解されている(みずほ信託銀行証券代行部〔編〕『基礎から学ぶ株式実務〔全訂版〕』〔商事法務、二〇〇六年〕一四四頁)。総務部の企業法務グループは、X₁社における剩余金の配当の事務手続を担当していたこと、および、Y₄が、X₁社の総務部を所轄する、取締役コーポレートセンター長の地位にあることからすると、Y₄は、平成二三年三月期の期末配当に係る株主総会決議が行われた後、配当に

関する事務手続が実行された時点においては、X₁社の取締役として、同社の剰余金の配当による金銭等の交付に関する職務を行う権限を有していたことが推察される。そうすると、Y₄は、自身の職務権限で、Bを履行補助者として、当該配当に係る金銭の交付に関する職務を行つたものと評価することもできるのではないか。このように考える場合には、本判決と異なり、Y₄は剰余金の配当による金銭等の交付に関する職務を行つた取締役（会社計算規則一五九条八号イ）に該当すると解することになる。もつとも、取締役就任から金銭交付の実行までのわずかな時間で、Y₄が会社法四六一条一項違反の有無を確認することは期待できなかつたのであるから、Y₄は、職務を行つについて注意を怠らなかつた（会四六二条二項）として、免責するのが妥当であろう。

これに対しても、本判決は、取締役が、違法配当を中止するための措置を行うことができたにもかかわらず、それをしなかつた場合には、当該取締役は、不作為によつて剰余金の配当による金銭の交付に関する職務を行つたとして、会社計算規則一五九条八号イに該当するものと整理する。このように、「会社計算規則一五九条八号イに該当するものと整理する」という

要件に、不作為を含める解釈については、先例はなく、その是非に関する学説上の議論も見あたらない。

本判決は、Y₄が不作為によつて剰余金の配当による金銭の交付に関する職務を行つたか否かを判断する際に、Y₄が、違法配当を中止するための措置を行うことができたのにしなかつた、といえるか否かに着目している。したがつて、ここで裁判所は、実質的には、Y₄の過失の有無を判断しているといえよう。

会社法四六二条二項は、職務を行つて注意を怠らなかつたことについての立証責任を取り締役に負わせている。そうすると、時間的余裕がなく、違法配当を中止するための措置を行つことはできなかつた、という事情は、過失の有無の問題として、Y₄に立証責任を負わせるべきである。これに対しても、本判決のように、かかる事情の有無を、同条一項および会社計算規則一五九条八号イの該当性の問題として整理すると、違法配当を中止するための措置を行うことができたのにしなかつた旨の立証責任を、責任を追及する側（本件ではX₁社およびX₂）が負担することになり、妥当ではないだろう。