慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	〔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) (東京地判平成二九年四月二七日)
Sub Title	
Author	大島, 一輝(Ōshima, Kazuki) 商法研究会(Shōhō kenkyūkai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2019
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.92, No.4 (2019. 4) ,p.87- 99
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20190428-0087

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

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）

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)八二五七号、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一一九頁

〔判示事項〕

会社の提出した訂正後の有価証券報告書に従っ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。したがって、これらの行為について、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、会社に対し連帯して、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。

〔参照条文〕

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〕

X_1（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。X_2（原告）は、責任追及等の提訴請求書がX_1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。

Y_1（被告）は、平成五年六月二九日から平成二三年一一

月二四日まで、X_1社の取締役であった者であり、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、X_1社の代表取締役の地位にあった。Y_2（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、同日から同年一一月二四日まで監査役の地位にあった者である。Y_3（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一一月二四日まで取締役の地位にあった者である。Y_4（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一二月七日まで取締役の地位にあった者である。

X_1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X_1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（三九億九二一一万一〇八八円）。中間配当につき、平成一九年一二月七日（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）、平成二一年一二月四日（四〇億三七九二万六〇一五円）、平成二二年一二月三日（四〇億三七六四万六七一二円）。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）、平成二二年一一月五日取締役会決議（九九億九五二二万七四〇〇円）。本件剰余金の配当等により、X_1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。

X_1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ことを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、X_1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。X_1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、X_1社は、この期間にX_1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すると、当該分配可能額はいずれもマイナスであった。

Y_1、Y_2およびY_3は、X_1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X_1社の取締役会において賛成した。そのため、Y_1、Y_2およびY_3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〕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った業務執行者」（会四六一条一項八号、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った業務執行者」（会四六一条一項二号、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。

Y_4は、平成一七年一月一日から平成二〇年五月三〇日まで、X_1社からA社（訴外）に出向して勤務し、同年六月にはX_1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、X_1社の取締役に選任された。Y_4は、取締役就任前から、X_1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、Y_4は、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。

Y_4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、X_1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、X_1社における剰余金の配当の事務手続を担当していた。

X_1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、X_1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った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っていた。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った。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っ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一一億円の支払を、Y4に対しては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に対しては五八六億七五九六万八九三六円を、Y4に対しては三九億九二一一万一〇八八円を、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っ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、連帯して、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っ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って剰余金の配当による金銭の交付に関する職務を行っ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った取締役」（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、Y_1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、Y_4は、不作為によって剰余金の配当による金銭の交付に関する職務を行ったと評価することもできないから、この点からも、Y_4が「剰余金の配当による金銭等の交付に関する職務を行った取締役」（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。

したがって、Y_4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、X_1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ったとして、X_1社および共同訴訟参加したX_2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、髙橋陽一・ビジネス法務一七巻一一号〔二〇一七年〕八〇頁、本村健＝鈴木友一・監査役六七八号〔二〇一八年〕六四頁、石川真衣・早稲田法学九四巻一号〔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、X_1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対して、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塡を請求した（第一事件）。会社法四二三条に基づく請求において、X_1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、X_1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、X_1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）

の損害を被った（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、X_1社が運用損として九一億円余の損害を被った（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、X_1社に六〇七億円余を支出させ、また、英国医療機器メーカーF（訴外）を買収する手続に関するフィナンシャルアドバイザーに対する報酬名目で、X_1社に五六九億円余を支出させたことにより、X_1社が、これらの支出額に相当する損害を被った（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、X_1社の信用が毀損され、X_1社が少なくとも一〇〇〇万円の損害を被った（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、X_1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った（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。

X_1社の株主であるX_2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ったのが、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、X_2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、X_1社およびX_2は、X_1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・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社の行っ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、本件では、X_1社が行った会計処理の適法性については、争点とされなかった。X_1社およびX_2は、X_1社の提出した訂正後の有価証券報告書に従って、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、定時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_4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って用いられている、「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）を時系列で追ってみると、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剰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剰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）を受けた場合における当該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〕『会社法コンメンタール1』〔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剰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剰余金額は、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、あるべき剰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）と同様の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（会二条二四号）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〕TMI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、二〇一一年〕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、当該承認決議によっては、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、事業年度中に何度で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ろう（大島・前掲三六二頁）。

なお、認定事実ではないが、X_1社は、平成二四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/nr120420.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説に立った場合である。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　期末配当に係る定時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時株主総会において選任された取締役Y_4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った取締役（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、Y_4が剰余金の配当による金銭等の交付に関する職務を、作為によって行ったといえるか否かと、不作為によって行っ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（髙橋陽

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、Y_4の責任を否定した本判決の結論は、妥当であろうか。平成二三年三月期の期末配当に必要な事務手続は、Y_4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、Y_4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・商事判例一一一号四〇頁〔そごう事件〕）。

剰余金の配当による金銭等の交付に関する職務を行った取締役（会社計算規則一五九条八号イ）に会社法四六二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、剰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〕二一二頁、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）。Y_4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、Y_4は、取締役就任前から、X_1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、Y_4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ったとすれば、結論に影響を与えよう。この点、大阪地判平成二三年二月二四日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っても、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）平成一七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、Y_4は、平成二〇年六月にはX_1社を退職し、平成二二年六月までA社で勤務しており、X_1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、Y_4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っ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、Y_4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。Y_4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ったのであるから、自身は職務を行うについて注意を怠らなかった（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、Y_4の責任を否定したものの、その理論構成は、Y_4の主張と異なり、Y_4は剰余金の配当による金銭等の交付に関する職務を行った取締役（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、取締役が剰余金の配当による金銭等の交付に関する職務を行ったというためには、当該取締役が配当に関して指示ないし決裁するなど、具体的な手続を行ったこと（作為によって行ったこと）、または、配当を中止するための措置を行うことができたのに、それをしなかったこと（不作為によって行ったこと）が必要であり、Y_4は、そのいずれにも該当しないとする。

ところで、X_1社は、剰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（会一二三条）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（民法六五六条）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、X_1社における剰余金の配当の事務手続を担当していたこと、および、Y_4が、X_1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、Y_4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、X_1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、Y_4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っ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、Y_4は剰余金の配当による金銭等の交付に関する職務を行った取締役（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ろう。もっとも、取締役就任から金銭交付の実行までのわずかな時間で、Y_4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ったのであるから、Y_4は、職務を行うについて注意を怠らなかった（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、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、それをしなかった場合には、当該取締役は、不作為によって剰余金の配当による金銭の交付に関する職務を行ったとして、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いう、「剰余金の配当による金銭の交付に関する職務を行った」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、Y_4が不作為によって剰余金の配当による金銭の交付に関する職務を行ったか否かを判断する際に、Y_4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った、といえるか否かに着目している。したがって、ここで裁判所は、実質的には、Y_4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、職務を行うについて注意を怠らなかったことについての立証責任を取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うことはできなかった、という事情は、過失の有無の問題として、Y_4に立証責任を負わせるべきである。これに対して、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った旨の立証責任を、責任を追及する側（本件ではX_1社およびX_2）が負担することになり、妥当ではないだろう。

大島　一輝