

【判例研究】

粉飾決算と取締役の責任

——オリンパス事件（東京地判平成29年4月27日）¹⁾——

岡 本 智 英 子
 畑 山 正 克
 川 沼 信 夫²⁾

要 旨

本判決は、オリンパス粉飾決算事件に関与した同社の元取締役らに対して、同社および株主が、会社法423条に基づく損害賠償請求および同法462条1項に基づく金銭支払請求（約590億円）を求めたものである。本判例評釈は、損失分離スキームの構築・維持に関与していない取締役、特に社外取締役に対する責任を中心に批判的に考察するものである。

I 事 実

X₁は、顕微鏡、写真機、精密測定器、その他光学機械の製造販売並びに修理及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は、責任追及等の提訴請求書がX₁に到達した日の6か月前同社の株式1単元以上を引き続き保有する株主である。

承継前Y₁（Y₁死亡後Y₂～Y₄が承継）、Y₅、Y₆、Y₇、Y₈、Y₉、Y₁₂、Y₁₁、Y₁₀、Y₁₃、Y₁₄、Y₁₈、Y₁₅、Y₁₆、Y₁₇、Y₁₉は、いずれもX₁の取締役であった者である。このうち、承継前Y₁は、昭和57年1月29日から平成13年6月28日まで代表取締役、Y₅は、平成3年6月27日から平成17年6月29日まで代表取締役、Y₆は、平成13年6月28日から平成23年10月26日まで代表取締役の各地位にあった。

Aは、平成23年4月1日付けでX₁の社長執行役員に就任し、同年6月29日に代表取締役社長及び社長執行役員・COOに、同年9月30日にCEOに就任したが、同年10月14日開催された取締役会において、代表取締役社長及び社長執行役員・CEOを解職され、業務執行権限のない取締役となった。

本件は、X₁が、X₁の歴代社長Y₁、Y₅、Y₆及び元財務担当役員等Y₇、Y₈、Y₉に対し、①損失分離スキームを構築・維持したこと（第1類型）、②特定のファンドに注入した資金を用

いて株式を取得したこと（第2類型）、③損失分離スキームの解消目的で事業買収等を実施したこと（第3類型及び第4類型）、④上記違法行為に関する疑惑を追及していたAを解職するなどして損失隠しの事実を隠蔽したこと（第5類型）、⑤分配可能額を超えて配当を実施したこと（第6類型）、⑥虚偽の記載のある有価証券報告書等を提出したこと（第7類型）について、会社法第423条に基づく損害賠償請求及び同法第462条第1項に基づく金銭支払請求を求めた第1事件、 X_2 が上記6名に対し同様の請求を求めた第4事件及び X_2 が損失分離スキームの構築・維持に関与していないとされる $Y_{10} \sim Y_{19}$ に対し、取締役としての責任を追及する株主代表訴訟である第2事件によって構成される。なお、 X_1 及び X_2 が、 X_1 の元監査役らに対して同様の訴訟が提起されたが（第3事件及び第5事件）、いずれも和解により終了した。

事実の経過については、以下の通りである。

昭和60年当時から為替相場において急速な円高が進行し、多数の製品を欧米に輸出していた X_1 の収益圧迫が深刻な状況となった中、昭和59年に X_1 の社長に就任した承継前 Y_1 は積極的な資金運用を行っていったが、平成2年には、株式相場の大幅な下落により多額の含み損を抱えることとなったため、承継前 Y_1 は、決算において当該損失を表沙汰にしない旨の判断をし、 X_1 の経理部財務グループに対してその旨を指示した。また、平成4年頃、 Y_5 は、経理部財務グループに対して損失回復のための方策を検討するよう指示し、平成7年頃には、 Y_7 は、ケイマン諸島籍の簿外ファンドを作り、そこに含み損を抱えた金融商品を移し、当該ファンドにおいて損失を計上した。

平成9年4月に Y_7 が総務・財務部長に就任すると、 X_1 と簿外ファンドとの関係を切り離すことが望ましいと考え、海外の銀行口座の預金を担保に当該銀行からファンドに融資をし、 X_1 から損失を分離するスキームを構築した。

そのような中、 X_1 の会計監査人であるB監査法人から、時価会計導入を踏まえて金融資産の解約を検討するよう要請され、 Y_7 は、 Y_8 及び Y_9 と共に検討し、同要請を受け入れる回答をした一方で、別の金融機関を介した損失分離スキームの手法を開拓することとし、 Y_5 にその旨報告し、了承を得た。さらに、平成11年9月期中間決算においてB監査法人より、損失相当額を引当金計上するよう指導を受けたので、 Y_7 は、 Y_8 及び Y_9 と相談の上、 Y_5 に対し、この機会に全ての損失の公表を提案したが、 Y_5 からは、監査法人が把握している限度において損失処理するよう指示された。

なお、上記の金融商品の含み損の状況は、平成2年以降、 Y_1 、 Y_5 及び Y_6 に対して、概ね半期に一度、 Y_8 及び Y_9 により定期的に報告されていた。また、上記損失分離スキームの維持に伴う銀行への支払金利及びファンド運用手数料が支払われていた（以上、第1類型）。

平成11年12月頃、 Y_7 、 Y_8 及び Y_9 は、上場を控えたITX株式を購入し、キャピタルゲイン

を得れば、上記損失を解消させられる上、ノウハウの取得による事業改善にもつながると考え、Y₅に報告したところ、投資に前向きであった。その後会社の経営会議が平成12年1月28日開催され、Y₆及びY₇は1株当たりの株主価値に対して購入価格が割安であること等の概要を説明した（以上、第2類型）。

平成18年10月から平成19年6月頃にかけて東京国税局から税務調査を受けたこと契機として、Y₇、Y₈及びY₉は、平成20年3月までに、ファンド等に国内3社の株式を相場より高値で取得させ、それらをX₁が買い取って資金を流すことによって、損失分離スキームを解消した。また、Y₈は、Y₇と共に、Y₆に対し、別の事業買収（Cの買収）を実行することにより損失分離スキームの解消する方針を説明し、了承を得た。

平成20年12月から平成21年4月にかけて監査を担当していたD監査法人は、Cの買収について、取引の妥当性に関して懸念を表明した。また平成21年5月20日、D監査法人はX₁に対して、Cの買収を白紙に戻すなどの条件をクリアしなければ、真正の監査報告書は提出できない旨を伝えたところ、X₁は監査契約を更新しないこととし、平成21年6月、新たにE監査法人を会計監査人として選任した。Y₇及びY₈は、再びCの買収による損失分離スキームの解消を実現すべく、C株式の簿価と実際の購入価格との差額をのれんとして計上することが可能かどうかについてE監査法人所属の公認会計士に相談した所、可能である旨の回答を受けた。そこでY₇及びY₈は、Y₆に報告した上で、C等の買収方針を固めた（以上、第3類型及び第4類型）。

Aは、上記一連のX₁におけるM&A活動に関し、Y₈に対し、取引の詳細等を説明するよう希望した。またAは、外部の会計事務所であるFに対し、調査を依頼した。その調査結果の中で「現段階では不適切な行為が行われた可能性を排除することはできない」と指摘され、Y₆に対し、Y₈と共に辞任を求めた。平成23年10月13日、Y₆は、Y₇、Y₈、Y₉、Y₁₀、Y₁₁、Y₁₂、Y₁₃、Y₁₄、Y₁₈及びY₁₇を招集し、Aに経営者としての資質に問題があるとして解職したい旨を告げたところ異論は出ず、翌14日の取締役会において、Aを即時解職した（以上、第5類型）。

平成19年3月期以降の中間配当及び期末配当においては、分配可能額を超えて剰余金の配当の取締役会の決議が行われ、Y₆、Y₇及びY₈は取締役として当該議案に賛成した（以上、第6類型）。

以上により、損失分離スキームに関する一連の行為により作出された状態を前提とする虚偽記載を含む有価証券報告書等が提出されることとなり、X₁が罰金等の支払を行うこととなった（第7類型）。

II 判 旨

1 第1類型（金利・運用手数料関係）及び第2類型（ITX 株式運用損関係）

「取締役は、善良な管理者の注意をもって委任事務を処理する義務を負う（会社法330条、民法644条）とともに、法令及び定款並びに株主総会の決議を遵守し、株式会社のために忠実にその職務を行わなければならない（会社法355条）、これらの義務を怠ったときは、会社に対して、当該義務違反により生じた損害を賠償する責任を負う（同法423条1項）。」

「会社の抱える損失が表沙汰にならないように当該会社から損失を分離するスキームを実行し、その状態を維持することは、それ自体、適正に処理すべき会社の決算を困難にさせ、財務諸表の虚偽記載を発生させる原因になるとともに、その実行に伴って本来支払う必要のない負担を会社に生じさせ得るものであるから、取締役が、自ら損失分離スキームの構築・維持を行うことが善管注意義務及び忠実義務に違反するものであることはもちろん、損失分離スキームの構築・維持が行われていることを知り、又は知り得たにもかかわらず、これを中止ないし是正させることを怠ることも、取締役としての善管注意義務及び忠実義務に違反するものというべきである。」

「株式の値上益を X_1 の抱える損失の穴埋めに利用することが株式投資の目的に含まれていたとしても、そのことから直ちに、当該株式取得行為自体を損失分離スキームの一環とみることとはできないから、上記目的が存在するだけで、取締役が、当該株式投資に関与する行為、又はそのようにして取得した当該株式を保有することや当該保有により新たな含み損が発生することを了承（黙認）若しくは放置する行為が、取締役としての任務懈怠に当たるといえることはできない。これらの行為が取締役の善管注意義務に違反するというためには、上記の目的に加え、取締役がITX株式の取得を決定した時点において、その代金額が当該株式の価値に比して著しく高額であった場合など、当該株式を取得するという決定が X_1 にとって不合理であったといえることを要するものと解するのが相当である。」

「これらの事情を総合すれば、ITX株式を取得するという決定が X_1 会社原告にとって不合理であったということとはできず、他にこれを認めるに足りる証拠もないから、結局、ITX株式の取得に関与する行為、又はそのようにして取得したITX株式を保有することや当該保有により新たな含み損が発生することを了承（黙認）若しくは放置した行為が、承継前被告 A_1 、被告 A_5 及び被告 A_6 の善管注意義務違反に当たるといえることはできない。」

2 第3類型（国内3社株式取得関係）及び第4類型（ジャイラス関係）

「損失分離状態を解消するためには、当該事実を公表して正しい内容に訂正した財務諸表を提出するなどの法律に定められた適正な手続を履践すべきであり、損失を付け替えた

ファンドに資金を流すことを意図して事業買収を行うことは、法律に定められた適正な手続による損失分離状態の解消を更に困難にさせるものであるばかりか、当該事業の価値を不当に高く評価することなどにより、会社に本来不要な財産的支出をさせるものであって、取締役としての善管注意義務及び忠実義務に違反するものというべきである。」

「そして、本件国内3社の株式取得に当たってX₁及びG社(X₁の完全子会社)から支払われた金額は合計607億9500万円(=318億8500万円+152億円+96億1500万円+40億9500万円)であるのに対し、払戻しを受けた金額は合計719億9333万3333円(=351億4233万3333円+159億0480万円+209億4620万円)であるから、本件国内3社の株式取得に係る任務懈怠によって、X₁に607億9500万円の損害が生じたと認めることはできない。」

「Cのワラント購入権及び配当優先株の買取りとしてX₁及びH社(X₁の完全子会社)から支払われた金額は5000万ドル(支払日の為替レートである103.57円/ドル(弁論の全趣旨)で換算すると51億7850万円)及び6億2000万ドル(569億4080万円)の合計621億1930万円であるのに対し、X₁が返還を受けた金額は合計631億0545万7242円(=315億6910万9673円+315億3634万7569円)であることからすると、C買収に係る任務懈怠によって会社原告に6億2000万ドルの損害が生じたと認めることはできない。」

3 第5類型(疑惑発覚後の対応関係)

「Y₆は、Aの追及による損失分離スキームの発覚を防ぐことを主たる目的として同人の解職を主導したものと認定するのが相当である。このようなY₆の行為がX₁に対する善管注意義務及び忠実義務に違反することは明らかであり、Y₆はX₁に対する任務懈怠の責任を免れない。」

「Y₈は、少なからぬX₁の取締役がAの代表取締役及び社長執行役員・CEOとしての適格性に問題があると認識していたことがうかがわれることを考慮しても、Y₈は、Y₆とともに、Aの追及による損失分離スキームの発覚を防ぐことを主たる目的として、Aの解職に向けた上記の一連の行動を採ったと認定するのが相当である。このようなY₈の行為はX₁に対する善管注意義務及び忠実義務に違反するから、Y₈はX₁に対する任務懈怠の責任を免れない。」

「Y₉は、Y₆が、Aの追及による損失分離スキームの発覚を防ぐことを主たる目的として同人を解職する旨の議案を提案したことを認識していたと推認するのが相当である。そうであるとすれば、Y₉は、そのようなY₆の違法行為を阻止するため、取締役会や監査役会にその旨報告するなどの措置を採る義務を負っていたというべきであるにもかかわらず、実際には何らの措置を採らなかったばかりか、10月14日取締役会においてAの解職に賛成することによってY₆の違法行為に加担したのであるから、X₁に対する善管注意義務及

び忠実義務に違反するものとして、任務懈怠の責任を免れない。」

「Y₇は、Y₆が、Aの追求による損失分離スキームの発覚を防ぐことを主たる目的として同人を解職する旨の議案を10月14日取締役会に提案したことを認識していたと推認するのが相当である。そうであるとすれば、Y₇は、そのようなY₆の違法行為を阻止するため、取締役会や監査役会にその旨報告するなどの措置を採る義務を負っていたというべきであるにもかかわらず、実際には何らの措置を採らなかったのであるから、X₁に対する善管注意義務に違反するものとして、任務懈怠の責任を免れない。」

「当該損害の性質上、その額を立証することは極めて困難であるといえるから、民事訴訟法248条により、その損害額は、X₁主張の1000万円であると認定するのが相当である。」

4 第6類型（剰余金の配当等関係）

「本件剰余金の配当等について、X₁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。」

「Y₆、Y₇及びY₈は、会社法462条1項に基づき、X₁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586億7596万8936円（平成23年3月期の期末配当に係る金額：39億9211万1088円、その余の本件剰余金の配当等に係る金額：合計546億8385万7848円）を支払う義務を負う。」

「Y₉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、Y₉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159条8号イ）に当たるといえることはできない。したがって、Y₉は、平成23年3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。」

5 第7類型（課徴金・罰金関係）

「承継前Y₁及びY₅の上記任務懈怠がなければ、損失分離スキームの構築・維持の状態は作出されず、当該状態を前提とする虚偽記載を含む本件有価証券報告書等が提出されることはなく、したがって、X₁が本件罰金等の支払を余儀なくされることもなかったと認定するのが相当であるから、Y₂ら3名及びY₅は、当該支払によりX₁が被った損害（合計7億1986万円）を賠償する責任を負うものというべきである。」

「これに対し、Y₂ら3名及びY₅は、まず、法人の受けた罰金や課徴金について取締役個人に賠償責任を課すべきでない旨主張する。しかしながら、Y₅が指摘する金商法207条1項1号及び同法172条の4の各規定の内容や沿革等を考慮しても、取締役の任務懈怠に

より会社が罰金や課徴金を支払うことを余儀なくされた場合において、会社が当該取締役に対して当該支払額の賠償請求をすることを認めることをもって、上記各規定の趣旨・目的に反するものとは解されない。また、法人である会社に科された罰金について、取締役が当該会社に対する損害賠償責任を課したとしても、そのこと自体をもって、二重処罰に当たるといえることはできないし、法人を個人とは別に罰した趣旨が全うされないことになるということもできない。」

6 第2事件について

(1) 9月30日取締役会における第2事件被告らY₁₀～Y₁₉の善管注意義務違反の有無

「9月30日取締役会の時点で、損失分離スキームに関する事情を知らない第2事件被告らにおいて、Aの指摘を踏まえて違法行為の有無について調査するなどの対応を要するほどに違法行為の疑いが強まっていたとはいえないから、同時点で、第2事件被告らに善管注意義務違反があったとはいえない。」

(2) 10月14日取締役会における第2事件被告ら（Y₁₆及びY₁₉を除く。）の善管注意義務違反の有無

「認定事実によれば、[1] Aは、9月30日取締役会の後、第2事件被告ら（Y₁₅を除く。）を含むX₁の取締役等に対し、F中間報告書を添付した本件レター〈6〉を送付したこと、[2] F中間報告書は、X₁と利害関係のない第三者の立場から、C買収等に係る金銭支払の適法性を検証したものであるところ、「現段階では不適切な行為が行われた可能性を排除することはできないと考えられる。」と結論付けるものであったこと、[3] F中間報告書がそのように結論付けた根拠についても、(ア) FA報酬が買収総額の6.25パーセントと設定されているのは明らかに高額であること、(イ) Iに対してどのような財務デューデリジェンスが実施されたか不明瞭であることなど、ある程度具体的に示していることが認められるから、10月14日取締役会の時点においては、9月30日取締役会の時点に比して、違法行為の存在に関する疑いは一定程度強まっていたというべきである。このような状況において、疑惑を追及していた本人であるAを解職することは、疑惑の解明という観点からは最善の選択とはいえない。」

「しかしながら、他方、各事業体の長に相談せずに独断で人事等を決めたり日本を不在にする期間が長いといった行動等が見られ、少なからぬX₁の取締役が、Aの代表取締役及び社長執行役員・CEOとしての適格性に問題があると認識していたことがうかがわれること、9月30日取締役会に至るまでのY₈の対応は、損失分離スキームに関する事情を知らない第2事件被告らにとって、一見して不合理なものではなかったこと、Aが、9月30日取締役会において、「私はこれらの取引の関係者で個人的な利益を得た人は誰もいな

いことを十分に確信できました。」などと発言し、自身の追求していた疑問が解消した旨の態度を一旦は表明していたこと、Aが入手したF中間報告書も、上記結論部分に先立ち、「不適切な行為が行われたと確信することはできない」と記載して、X₁の過去の買収案件に関する違法ないし不適切行為の存在を断言したのではないことが認められ、これらの事情に徴すると、10月14日取締役会の時点においても、Aの指摘する違法行為の存在が、X₂の主張するようにほぼ確実な程度にまで明確になっていたとはいえない。

さらに、平成23年10月13日のJ弁護士法律事務所における打合せにおいても、Y₆が資質上の問題からAを解職する意向を有している旨を明らかにし、H弁護士がそのための手続を説明したにすぎないことが認められ、損失分離スキームの認識を有していなかった第2事件被告らが、疑惑の追及を免れるというY₆の意図を認識し得るようなやり取りがあったわけではないことを併せ考慮すれば、10月14日取締役会の時点において、当該取締役会に出席した第2事件被告らに、Y₆及びY₈に対し、より詳細な調査結果が判明するまで自宅待機を勧告し、あるいは、Aの解職に反対するなど、Aの調査に対する妨害を回避するための方策等を探るべき義務があったとまでいうことはできない。」

「なお、Y₁₈は、F中間報告書を受領した事実を否認するところ、仮にY₁₈がこれを受領していたとしても、10月14日取締役会の時点において義務違反が認められないことは前記認定・説示のとおりであるから、いずれにせよY₁₈に善管注意義務の違反があったということとはできない。」

「したがって、10月14日取締役会に出席した第2事件被告らに善管注意義務の違反があったと認めることはできない。」

(3) 10月14日取締役会に出席しなかったY₁₆及びY₁₉の善管注意義務違反の有無

「Y₁₆及びY₁₉が、10月14日取締役会においてAの解職議案が提出されることを覚知することができたことを認めるに足る証拠はないから、同被告らがあらかじめAの解職に反対である旨を表明すべきであったとのX₂の主張は、その前提を欠くものである。」

「また、Aの代表取締役及び社長執行役員・CEOとしての資質が問題であるとして、議論の対象となり得る状況にあったことが認められることに加え、X₁は、平成23年10月21日には、本件第三者委員会の設置を準備している旨を公表し、同年11月1日には同委員会を設置するとともにその旨を公表したこと、その間、同年10月26日には、Y₆がX₁の代表取締役会長及び社長執行役員の役職を返上して取締役になり、さらに同年11月24日付けで、Y₆及びY₈がX₁の取締役を辞任し、Y₇が監査役を辞任したことが認められ、10月14日取締役会の1週間後以降は、X₁自身による疑惑の解明に向けての動きが進んだというのであるから、Y₁₆及びY₁₉が、10月14日取締役会の後において、Aの解職決議がされたことに異議を述べるなどの義務があったということもできない。」

「したがって、Y₁₆及びY₁₉にAの解職に係る善管注意義務違反があったということではできない。」

III 研 究

1 本判決の意義

本件は、長年に渡り歴代の代表取締役が違法行為を主導していた会社において、その疑惑を解明しようとした代表取締役を解職し、その後剰余金の違法配当が行われたことに対する、取締役の責任を迫及する事件である。監査法人も巻き込み、新聞等においても大きく報道された事件である。

本判決は、剰余金の違法配当については認め、善管注意義務違反については認めるものの因果関係・損害がないとして結果的には原告の主張が認められたものは少ない。因果関係・損害の有無、課徴金および罰金にかかる責任、過失相殺の問題も検討しなければならない事案であるが、筆者の力不足のため、本研究ではこれらの点については言及できていない³⁾。

本判決は、会社の違法行為の疑惑を解明しようとした代表取締役を解任した場面において、違法行為に関与した取締役と関与していない取締役に対して善管注意義務違反があるか否かについて詳細に検討している点に意義があると考え、この点を中心に本稿では検討を行う。本件会社は、本件当時、監査役会設置会社であったが、社外取締役は2名就任していた。本判決では、関与していない取締役のうち社外取締役を格別に取り上げていないが、次期改正において社外取締役の義務化が取り出されている現状において、本件における社外取締役の責任についても検討を行う。

2 第1事件・第4事件

第1事件・第4事件においては、Y₁らが、損失分離スキームの構築・維持からその解消及び当該スキームの発覚を防ぐためのAの代表取締役の解職決議に至るまで、一連の行為の中心にいた人物たちであることから、判旨において、Y₁らの善管注意義務及び忠実義務の違反が認定されていること及びその理由について異論はない。

特に、第5類型においては、損失分離スキームに関連する一連の不正な行為の発覚を防ごうとしたY₆が、Y₇、Y₈、Y₉、Y₁₀、Y₁₁、Y₁₂、Y₁₃、Y₁₄、Y₁₈及びY₁₇を招集し、Aに経営者としての資質に問題があるとして解職したい旨を告げたところ、異論が出なかった点については、厳しく批判されるものである。

なお、判決文における認定事実では、X₁の会計監査人であった3つの歴代の監査法人

(B 監査法人, D 監査法人, E 監査法人) が登場している。B 監査法人においては, X_1 に対し, 時価会計制度の導入, 発覚した含み損の処理を会社に要請しており, また, D 監査法人においては, C 等の事業買収の取引を白紙に戻さなければ真正の監査報告書は出せない旨を X_1 に伝達している。

しかしながら, 結果論ではあるが, X_1 の一連の行為の全体像を見抜くことはできず, 加えて, D 監査法人から E 監査法人へ引き継ぐ際には, 形式的な引き継ぎだけで終わってしまったとして, D 監査法人及び E 監査法人に対し, 所管官庁である金融庁が, 業務改善命令を出している。資本市場の番人と言われて久しい公認会計士及び監査法人において, 形式的な対応で終わってしまったことに対しては厳しい批判を向けられるのは当然と言える。

3 第2事件

(1) 本判決の論点

第2事件は, X_1 の疑惑発覚後に開催された平成23年9月30日と同年10月14日の両取締役会での第2事件被告らの行為について, 善管注意義務違反の有無が争われた事案である。

(a) 平成23年9月30日取締役会での論点

雑誌 FACTA の記事を問題視した A が, Y_8 との疑惑内容に関する質問・回答のメール交換の CC を全役員に送付した後での取締役会であるが, A が同取締役会において, FACTA が指摘した疑惑については疑惑が解消したこと, 今は前向きに未来に目を向けるつもりであることを述べたことにより, これを聞いた第2事件の被告らが疑惑の調査を求めなかった行為が, 取締役としての善管注意義務に違反なしと結論付けることが可能か否かである。

主に平成18年から平成22年に掛けて行なわれた損失処理スキームでは, 要所要所で取締役会で議案が出され, 第2事件被告らもそこでの議論に参加している。国内3社の株式を約608億円で取得することを決議した平成20年2月22日の取締役会には4名, C の優先株を6億2000万ドルで買取る決議をした平成22年3月19日の取締役会には6名(内1名は社外取締役)がそれぞれ参加している。これらの高額取得が疑惑の中味となっており, その疑惑が表面化した時, それらの取締役会に参加していた第2事件被告らはどの様に捉えたかが, 平成23年9月30日取締役会における行為に善管注意義務違反があったか否かに関わってくると思われる。

ここでの論点は, 平成20年2月22日及び平成22年3月19日の両取締役会に出席していない第2事件被告らは, A から疑惑は解消して今後は前向きに進むと言われれば, 疑惑を調査すべき必要性を感じないといえるが, 両取締役会のいずれか又は両方に出席した第2事件被告らは, はたしてそれと同様で良いのか, あるいは改めて損失処理スキームの内容を

精査する必要性を認識せねばならないのかである。

(b) 平成23年10月14日取締役会での論点

ここではAが取得したF中間報告書により、疑惑が一層深まった中で、議案となったAの代表取締役等の解職と、後任にY₆を復職させた役員人事に賛成した第2事件被告らに善管注意義務に違反なしと結論付けることが可能か否かである。

イ. Aを代表取締役等から解職する議案に賛成したことについて

判決文では、「Aについては、各事業体の長に相談せずに独断で人事等を決めたり日本を不在にする期間が長いといった行動等が見られ、少なからぬX₁の取締役が、Aの代表取締役及び社長執行役員・CEOとしての適格性に問題があると認識していたことがうかがわれること」を解職の理由としている。

ここでの論点としては、Aの適格性に問題ありとする行動が実際にはどのようなものなのか等について、第2事件被告らは調査を行ない又は求めるべきか否かである。また疑惑調査の必要性が9月30日取締役会時点より一層高まっていた状況下で、Aの解職議案に賛成する行為が善管注意義務に違反なしと結論付けることが可能か否かである。

ロ. Y₆を社長執行役員・CEOに就任させる議案に賛成したことについて

判決文では、X₂の主張として「第2事件被告ら（被告Y₁₆及び被告Y₁₉を除く。）は、10月14日取締役会において、本件国内3社の株式取得やジャイラス買収に係るFAへの報酬名目の金銭支払につき一切議論することなく、不祥事の責任を追及されていた被告Y₆や被告Y₈の意向に沿って、前日打ち合わせた手順通り、Aを代表取締役及び社長執行役員・CEO等から解職し、これに代わって、被告Y₆に社長執行役員を兼務させることを承認する旨決議した。これらのことからすれば、第2事件被告ら（被告Y₁₆及び被告Y₁₉を除く。）がAによる疑惑追及や調査を妨害するために前記一連の決議をしたことは明白であり、同被告らは、損失隠しに直接関与した役員らの違法行為を黙認ないし放置しただけでなく、被告Y₆らによる違法行為の隠蔽行為に加担したものとして、善管注意義務及び監視義務に違反する。」とあるが、判旨には、第2事件被告らがY₆を後任の社長執行役員等にする人事議案に賛成したことについての言及はなく、第2事件被告らの行為に対しては、「より詳細な調査結果が判明するまで自宅待機を勧告し、あるいは、Aの解職に反対するなど、Aの調査に対する妨害を回避するための方策等を採用すべき義務があったとまでいうことはできない。」述べるに止まっている。

ここでの論点としては、Aの解職議案と同じく、判決文で「10月14日取締役会の時点においては、9月30日取締役会の時点に比して、違法行為の存在に関する疑いは一定程度強まっていたというべきである。」としながらも、10月14日取締役会でAの後任人事議案に賛成し、疑惑の調査を求めなかった第2事件被告らに善管注意義務の違反なしとの結論が、

経営判断原則の基準に照らして果たして整合性が取れるか否かである。

(2) 本判決の争点

(a) 平成23年9月30日取締役会での争点

X₂は、Aが問題視したFACTAの8月号及び10月号(9/20発売)の記事内容を重視し、第2事件被告らはこの疑惑を調査するのを怠ったと主張したのに対し、同被告らは、FACTAの記事は裏付けとなる客観的資料はなく違法行為を明確にするものではないとして問題視せず、反対に平成21年第3者委員会報告書には取締役の善管注意義務違反行為を否定する内容があることを取上げ、更にAの疑惑は解消したとの発言から、調査が必要とされる状況ではなかったと反論している。

FACTAの記事を如何に捉えるかが主たる争点となっているが、被告らが取上げた平成21年第三者委員会報告書は、正確には違反行為の否定ではなく、短期間の調査で開示資料を網羅的に精査できていないことを断って、「善管注意義務違反があったとまで評価できるほどの事実は認識できなかった」との表現である。

(b) 平成23年10月14日取締役会での争点

ここではFの中間報告書の内容が、双方が捉えている記載部分の相違から争点の一つとなっている。

X₂は、結論部分の「現段階では不適切な行為が行われた可能性を排除することはできないと考えられる。」を捉え、疑惑は更に深まったとして疑惑調査の必要性を訴えたのに対し、被告らは結論部分に先だって記載されている「不適切な行為が行われたと確信することはできない」の部分捉え、違法行為の存在がほぼ確実な状況になったとはいえないと主張している。

疑惑が一層深まったとされるFの中間報告書を巡って、X₁はAの解職とY₆の社長復帰人事に賛成するのは、疑惑解明を阻害する行為であるとし、一方第2事件被告らはAの解職はAの社長としての資質に問題があるためとし、Aは取締役としては残って疑惑解明には参画できるとしている。またY₆の社長復帰は、疑惑が明確になったわけではないから問題なしとの主張である。

(3) 本判決の検討

(a) 平成23年9月30日取締役会での善管注意義務違反の有無

本取締役会における善管注意義務違反の有無を判断するには、疑惑の内容であるところの、第2事件被告らが出席し承認した取締役会での損失処理スキームの審議内容を検討する必要がある。上記(1)本判決の論点で既述の如く、平成20年2月22日の取締役会において国内3社の株式を約608億円で取得することが承認された。

Xは投資ファンドが取得した国内3社の株式（L社株価5万円、M社株価5万円、N社株価20万円、取得総額約7億円）について、3社をXの子会社化する為に段階的に買取ることとし、最終的に平成20年2月22日の取締役会で1株の買取価格をL社1,100万円、M社2,050万円、N社900万円として、総額608億円での買取が承認された。

これら3社の異常に高額な買取株価は、3社の平成20年度を初年度とする5ヶ年の事業計画をもとに、公認会計士がDCF法により算定した価格であるが、その評価書には「事業計画をそのまま採用したもので、事業計画の信頼性には責任を持たない」旨のディスクレイマーが付いている。

この平成20年2月22日の取締役会には第2事件被告らの内、Y₁₀、Y₁₁、Y₁₂、Y₁₃の4名が出席しているが、損失分離スキームを認識していない彼らが本件株式取得の可否を判断するには、以下の点を確認し、納得のゆく回答を求めたか否かである。

イ. 国内3社の事業とオリンパスの事業との関連性（シナジー効果）について、情報収集とその分析検討が十分なされたか。

ロ. 株価算定の根拠となった事業計画について、その実現可能性、リスク等の調査・検討がなされたか。

ハ. 国内3社のデューデリジェンスは行なわれたのか、その結果はどうか。

これら項目の実施結果のない状況での判断は、経営判断原則を満たしたことはないといえよう。

損失処理スキームのもう一つの事案である「C社買収に伴う高額FA取引」については、幾度かの取締役会のあと、Cの優先株を6億2000万ドルで買取る決議をした平成22年3月19日の取締役会があり、第2事件被告らの内先の4名に加えて、Y₁₄とY₁₈（社外取締役）の6名（以下「被告ら6名」という）が出席し、議案に承認をしている。

Cの優先株は、当初は同社買収のFA成功報酬の一部として株式オプションを付与する契約であったのをC発行の配当優先株で支払うことに変更したもので、その後優先株に拒否権条項が加わったが、拒否権付与については取締役会で説明された形跡がないとされる。

本取締役会では、発行価額177百万ドルの優先株を、620百万ドルで買い戻す提案が承認され、増加額の主要な理由として優先株に拒否権が付与されていることが挙げられている。

損失分離スキームを認識していない被告ら6名は、ここでは以下の点を確認し、納得のゆく回答が求められるところである。

イ. 優先株の拒否権条項を付与した理由はなにか

ロ. 取締役会資料として証券会社1社の評価書だけであったが、複数社からの評価書を求めたか。

ハ．Cの100%株式取得金額約2,150億円を買収するのにFAに約700億円支出したが、C買収にそれだけの事業価値があるのか

本件FA契約は複雑な変更がされているが、平成22年3月19日の取締役会においては、上記は合理的な説明が必要不可欠な項目である。

平成20年2月22日及び平成22年3月19日の両取締役会に出席した第2事件被告らが、夫々の取締役会での決議事項に十分な理解が得られたか否かは、平成23年9月30日取締役会での善管注意義務違反の有無の判断に係わってくると思われる。

平成22年3月19日取締役会に出席したY₁₈は社外取締役であるが、平成20年6月27日の就任であることから、Cの案件が審議された平成18年から平成22年の取締役会には、本取締役会を除いて出席状況は確認できないが、約5年間で特に重要な後半の取締役会に関与されていたと思われる。Y₁₈はどのような知見を有しておられるか不明であるが、判決文のY₁₈の主張には、AとY₈の交換メールは英文の印刷文で受取り、その翻訳がないこと、Fの中間報告書は受取っていない等の不可解な内容であり、社外取締役としての責務が果たされていたのか疑問に思われる。特に本件のような疑問に感ずる案件の議論は、社外取締役が積極的に質問を行ない、恥を忍んでも納得のゆく説明を求める役割がある。もう一人の社外取締役であるY₁₉は平成23年6月29日の就任であり、就任間のない今回の事件では活躍の場は限られていたのかも知れない。それだけにY₁₈の社外取締役としての役割は重要な位置を占めていたと思われる。

(b) 平成23年10月14日取締役会での善管注意義務違反の有無

イ．Aを代表取締役等から解職する議案に賛成したことについて

Aは平成23年4月1日に社長執行役員に就任、同年23年6月29日に代表取締役社長執行役員・COOに就任し、同年9月30日にCEOに就任している。そしてわずか半月後の10月14日に一挙に業務執行権限のない取締役へと降格された。A自身に何か大きなミスとか不祥事が発覚したのならとも角、普通に考えれば異常な人事といえる。実態はCEO就任はAの要求であり、それに応じることで疑惑追及の手を治めることを期待するも、逆に追及を強めてきたため急遽解職したわけだが、第2事件被告らは当然のことながらそれを知る由はない。

従ってこの不可解な人事議案を、当該被告らは取締役会で提案者にその理由の根拠を質し、自らも調査をすべきであったといえる。提案の理由となっているAによる人事の独断とか日本での不在が多い点については、まずは取締役会の席上で改善を要請し、しばらくはその後の状況を監察するのが合理的な判断というべきである。

本議案に賛成した第2事件被告らの行為を経営判断原則に当てはめれば、手続き面にお

いては、判断の基礎となる僅かの在任期間での解職という事由の調査を行わず、判断の内容についても、この時点での解職に賛成する行為に合理性があるとは言えない。

ロ．Y₆を社長執行役員・CEOに就任させる議案に賛成したことについて

上記(1)の論点で既述の如く、本判決文にはX₂の主張にあるにも拘わらず、本議案についての言及はない。9月30日取締役会の時点に比して、違法行為の存在に関する疑いは一定程度強まっていた10月14日取締役会の時点において、疑惑解明の調査の必要性は一層高まっていたといえるが、その疑惑の関与者として雑誌FACTAに名指しされているY₆を社長執行役員・CEOに就任（復職）する人事は、疑惑調査を阻害する要因となり得る。

X₁の疑惑（巨額損失隠蔽）の元となった取引は、損失処理スキームの段階で数回の取締役会において決議されており、第2事件被告らの一部もそれらに出席しており、少なからず疑問を有すべき決議内容だったと思われる。判決文では「(損失処理スキームの前段階である)損失分離スキームを知らない第2事件被告らは何らかの疑惑を抱くものではなかった」と述べているが、であれば、疑惑が表面化したこの段階で、過去の取締役会での資料を再点検し、可能な調査を行なって10月14日の取締役会に臨むべきであったと思われる。

従って、Aの解職は止むを得なかったとしても（その場合Bは取締役には留まるので、Aが疑惑解明に参画するのは可能）、後任の社長執行役員・CEOには疑惑に関与していない取締役から選定すべきであったといえる。そして第2事件被告らとしては、10月14日取締役会の場で疑惑解明の為の第三者委員会の設置を決議するのが合理的な行為であったが、逆に疑惑解明を阻害する役員人事議案に賛成してしまったといえる。

X₁は1週間後の10月21日には、本件第三者委員会設置を準備している旨を公表しているが、これは10月15日以降マスコミ各社がX₁の疑惑を取上げ、大きな社会問題化した為である。しかし時すでに遅しで、10月14日にその公表をしていた場合と比べれば、会社イメージに及ぼす影響は大きく異なっていたと思われる。

本議案に賛成した第2事件被告らの行為を経営判断原則に当てはめれば、手続き面においては、一層深まった疑惑の調査を行なうべきであったし、判断内容においては、疑惑解明に逆行する役員人事議案に賛成する行為に合理性はないといえる。

(4) 本判決への当てはめ

平成23年9月30日取締役会では、被告ら6名Y₁₀, Y₁₁, Y₁₂, Y₁₃, Y₁₄, Y₁₈に善管注意義務違反が有り、同年10月14日取締役会では、Y₁₉を除く第2事件被告らY₁₀~Y₁₈に善管注意義務違反が有り、損害賠償額は、Y₁₉を除く第2事件被告らに総額1000万円を認定する（第5類型と同じ）べきである。

(a) 平成23年9月30日取締役会での善管注意義務違反の有無

第2事件被告らの内、上記被告ら6名は、Aが問題提起した疑惑そのものである損失処

理スキームを決議した取締役会に出席しており、そこで調査・解明すべき幾多の問題点に対し、納得のゆく合理的な理解が出来たかは甚だ疑問である。一連の損失処理スキームを実質的に実行したY₈はそれなりの説明は行なったであろうが、やはり無理があったと思われる。そうした中で雑誌FACTAが暴露した疑惑は、改めて損失処理スキームに潜む問題を掘下げる必然性に迫ったといえる。上記被告ら6名は平成23年9月30日取締役会で、疑惑解明の調査を求める義務があったといえ、それを行なわなかったことは、X₂の主張通り、取締役としての善管注意義務に違反するといえる。

被告ら6名以外の第2事件被告らY₁₅, Y₁₆, Y₁₇, Y₁₉には、Aの「自身の追求していた疑問が解消した」旨の発言があったことから、善管注意義務違反があったと認めることはできない。

(b) 平成23年10月14日取締役会での善管注意義務違反の有無

イ. Aを代表取締役等から解職する議案については、手続き面においては、僅かの在任期間での解職する理由の調査は行なわれず、判断の内容については、提案された解職の理由ではこの時点での解職に賛成する行為に合理性がない。Aは社長執行役員に就任して時間が経ておらず、言葉の問題でコミュニケーションが取り辛い面もあろうし、人事の独断とか日本での不在が多い点についてはまずは取締役会で注意勧告して、その後の経過を見てから判断するのが取締役としての合理的な行動であろう。従って、この段階でAを解職したことは、Y₁₉を除く第2事件被告らには善管注意義務違反があるといえる。

ロ. Y₆を社長執行役員・CEOに就任させる議案については、手続き面においては、過去に出席した取締役会の資料を再検討して調査すべきところを行なわず、判断の内容については、疑惑解明を阻害する恐れのある人事議案に賛成する行為に合理性はない、という結論であり、Y₁₉を除く第2事件被告らには善管注意義務違反があるといえる。

平成23年10月14日取締役会に欠席したY₁₉については、電子機器を所持せずの海外出張中で、取締役会開催通知（議題の記載はなし）とF中間報告書を受信していないこと、また帰国後直ちに調査開始に動いたことから、善管注意義務違反があったと認めることはできない。

Y₁₆も同取締役会に欠席していたが、取締役会開催通知に議題がなかったとしてもF中間報告書は受取っており、疑惑は一層深まったことから、疑惑解明の調査を取締役会で決議することを要請すべきであったといえる。

4 社外取締役の責任

平成30年8月29日に開催された法制審議会会社法制（企業統治等関係）部会第16回会議

では、会社法制（企業統治等関係）の見直しに関する要綱案のたたき台について審議された⁴⁾。要綱案のたたき台において、社外取締役を置くことの義務付けについては、未だ決着せずA案とB案の両案が提案されている。A案は、上場会社について、社外取締役を置くことを義務付けるものとする案であり、B案は、現行法の規律を維持するものとする案である。今までの議論はA案とB案が拮抗していたが、要綱案たたき台においては、A案よりに近づいているものと思われる。

補足説明⁵⁾によると、「A案に掲げた株式会社（以下「上場会社等」という。）については、一般的に、不特定多数の株主が存在し、株主の変動可能性も高いことから、株主による経営の監督が期待しづらい面がある。そして、上場会社等が社外取締役を一人も置かない場合には、経営が独善に陥ったり、経営陣が保身に走るといった危険に対して何らかの予防や強制のメカニズムを備えているのかについて、株主が疑念を抱くことも理解することができる面があると考えられる。」とする。

まさに、上記補足説明において社外取締役が求められている場面が、本件である。残念ながら、本件の場合、社外取締役は就任していたが、上記の役割を果たすことは出来なかった。本判決において社外取締役として個別に検討されていない。仮に、上場会社に社外取締役が義務化された場合、本判決のように社外取締役として個別に検討されず取締役の責任を問われないならば、形だけの社外取締役となってしまうことになる。本判決においても、社外取締役として個別に検討するべきであったと考える。

注

- 1) 資料版商事法務400号（2017年）119頁以下。
- 2) 2018年度 IBA 会社法判例研究会第1回と第2回で報告した内容に加筆したものである。第1事件と第4事件を川沼、第2事件を畑山が担当した。
- 3) 課徴金および罰金にかかる責任、過失相殺の問題については、高橋陽一「オリンパス590億円賠償命令にみる会社に対する役員責任の範囲」ビジネス法務17巻11号88頁。
- 4) <http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi04900371.html>。
- 5) <http://www.moj.go.jp/content/001268352.pdf>。