

銀行取締役の追加融資責任に関する考察

——東和銀行損害賠償請求等訴訟事件と関連事案の検討ならびに米国の比較法的研究を通じて——

藤 川 信 夫

はじめに

本稿は、東和銀行損害賠償請求等訴訟控訴審判決（東京高判平成二十三年二月一日）について、第一審と控訴審の判決の差異に関わる論点など判例の検討を行い、判例評釈に留まらず、銀行の追加融資について近似の類似判例である四国銀行事件（最二判決平成二十二年一月二七日）等の関連事案との比較も通して、追加融資の限界点ならびに融資原則、さらに米国における金融判例の比較法的考察等も行い、銀行取締役の善管注意義務および経営判断原則等に関する理論的研究を図ることを目的とするものである。¹⁾

銀行取締役の追加融資責任に関する考察（藤川）

一・東和銀行損害賠償請求等訴訟事件の事案の概要

1. 事案の要旨 東和銀行損害賠償請求等訴訟控訴審判決（東京高判平成二三年一月二五日）についてみると、本件は、①第二地方銀行であるX（東和銀行 一審原告・控訴人兼被控訴人）が、平成一五年一月二七日に実行したXからT（太刀川産業）に対する八四〇〇万円の融資（本件融資）について、当時のXの代表取締役頭取であったY1（甲野太郎 被告・被控訴人兼控訴人）および取締役営業統括部長であったY2（乙山松夫 被告・被控訴人兼控訴人）に対して、改正前商法二六六条一条五号に基づく損害賠償として、回収不能となった本件融資相当額八四〇〇万および遅延損害金の連帯支払を求めるとともに、②Y1の妻子（Y3―Y5）に対する土地建物の贈与が詐害行為にあたりと主張して、各土地建物について、各贈与計画の取消しおよび各所有権移転登記の抹消登記手続を求めた事案である。

Tのメインバンクとして、Xは平成一一年六月の融資実行の際には、Tが借入過多、実質債務超過、大幅な保全不足であること、風俗業という業種に問題があることを考慮し、融資残高を約一四億円弱に止めて与信圧縮を図る方針を常務会で決定したが、追加融資を継続し、平成一四年九月末には融資残高は一七億円余りに達していた。平成一四年一二月に高崎市に建築することを計画したラブホテル（Kホテル）の建築費用一三億円の融資をTが申し込んだ際にも、Xの審査部からはTの大幅な債務超過等についての懸念が示され、常務会では役員らから融資に消極的な意見も出されたが、Y1はTの経営再建のためKホテルは必要である旨を主張し、三億一〇〇〇万円の融資を実行させ、平成一五年一月にTが融資申し込みをした際には平成一五年一二月に開業予定のKホテルの営業利益が年額一億二二〇〇万円になるとの試算を前提として、今後は資金繰り融資を行わないことを確認した上、返済計画の再編（本

件リスクジュール）を行ったが、平成一五年九月末時点の融資残高は約二〇億円となり、本件リスクジュールどおりに実行されても債務超過の解消には約一〇年を要することが見込まれた。しかしKホテルのラブホテルとしての開業は住民の反対等により進捗せず、平成一五年一〇月には、Tの債務者区分を破綻懸念先に引き下げるのが妥当との指摘を監査法人から再度受け、平成一五年一〇月下旬のXにおける役員昼食会では、Y1を除く役員全員がKホテルの建築自体について消極的な意見を述べたため、Y1は、Y2に指示し、Y2からTに対しKホテル事業を断念するよう説得したが、Tはこれに難色を示す一方で、平成一五年一月一〇日ころ、既存の別ホテルの改修工事代金の使途名目で一億七〇〇〇万の融資を申し込んだ。そこで、Y1は、審査部門の反対にもかかわらず、融資はやむを得ないと態度を示し、稟議書を作成させ、これを基に平成一五年二月一六日開催の常務会（本件常務会）において、全員一致での本件融資の承認を受け、本件融資は翌一七日に既存貸付分一億四九〇〇万円と合わせ二億三三〇〇万円の一個の貸付証書として実行され、XのTに対する融資残高は約二億円となった。ところが、本件融資を含む一七日に実行された融資については、一六六五万五〇〇〇円が回収されたのみで、その余は全額が不良債権として償却されTの債務者区分は実質破綻先と査定された。原審判決は、Y1およびY2に対し一審原告の取締役としての忠実義務違反ないし善管注意義務違反があったとして、損害賠償請求を認めた。しかし、Y1に詐害の意思があったとは認められないとして、詐害取消請求をいずれも棄却した。

2. 時系列による具体的事実 Y1は、平成一一年六月融資から本件融資まで、代表取締役として各常務会に出席し、本件融資を含む各融資を承認した。また平成一四年一二月融資以降本件融資までの各融資は、Tの担当であった本店営業部次長が稟議書を起案し、本店営業部副部長、本店営業部部长がこれを承認して審査部長に送付し、審査部

長がこれを決済して、常務会に付議し、当時常務取締役であった戊原、甲川、乙原、戊田らが、各常務会に出席し、承認されたものである。なお、甲川常務は、本件融資当時、審査部担当の常務取締役であった。本判例の検討を行うにおいては、特に事案の検討が重要な意味を持ち、時系列に追ってみたい。

平成一〇年三月 債務者区分、要注意先。

平成一一年六月一日 常務会において、Tの運転資金と九〇〇〇万円の証書貸付を承認（同月一五日、実行。）※Tに対する与信は、本融資実行後の融資残高約一三億九七〇〇万円を上限とし、年間五五〇〇万円程度（年間キャッシュフローの平成一一年五月シェア割の程度）を回収して、残高の圧縮を図る条件を付す。

平成一四年九月末 債務者区分、要管理先に査定される。

同年 一二月月上旬 T産業は、三〇億〇一〇〇万円（既存貸付の借換え一五億五二〇〇万円、Aホテル改修費用一億五〇〇〇万円、群馬県高崎市問屋町に建設予定のホテル（Kホテル）の建設費用二三億円）の融資申込。
一二月二〇日 常務会において、手形貸付の方法で三億一〇〇〇万円の融資承認。

一二月三〇日 融資実行。※条件および注意事項が付される。（平成一四年一二月融資）

平成一五年一月二二日 Tは、上記常務会で承認されなかった既存貸付の借換え一五億〇七〇〇万円、Aホテル改修費用一億五〇〇〇万円、Kホテル建築費用一三億円の合計二九億五七〇〇万円の融資申込。
同年 二月三日 群馬県高崎市問屋町所在の面積三三四九・〇一平方メートルの土地を代金二億三〇〇〇万円で購入。

二月上旬 Y2、本店の喫茶室において、営業部次長に対し、脅迫的な言辞を交えて融資を迫る。

二月二日 常務会は、今後の運転資金融資を止め、条件緩和を行い融資残高の確実な圧縮を図ることとする。これに伴い、年間返済額を約三億一七〇〇万円から約九〇〇〇万円に圧縮することとなり、保証協会付きの融資を除く既存の証書貸付一八〇〇万円の条件緩和を図ったが、このうち六〇〇（合計約八億六七四八万円）を証書貸付に一本化して償還期間を二五年間（三〇〇回分割返済）に延長することで対応し、残りの一二〇〇（合計約六億四〇四七万円）のうち四億五三〇〇万円を証書貸付に一本化して償還期間を一七年間（二〇四回分割返済）に延長し、残額の一億八七〇〇万円を手形貸付として書き換え、Kホテルの売上げが計上される平成一七年五月期に一括返済することが承認された。〔本件リスケジュール〕

二月二四日 既存貸付の借換分一五億〇七〇〇万円、三月一八日Aホテル改修費用一億五〇〇〇万円の融資をそれぞれ実行。※条件および注意事項が付される。〔平成一五年二月融資〕

六月一八日 Tは、ラブホテル規制条例に基づき、高崎市長に対し、高崎市旅館建築計画届出書を提出。併せて、左記届出書に記載の事実どおり施工することを誓約する旨の誓約書一提出。〔私が高崎市問屋町に計画するビジネスホテルは、〽施工することを誓約いたします。〕

一〇月二〇日 甲川常務と審査部長は、監査法人からKホテルの着工が半年遅れていること、債務超過の解消に長期間を要することから、Tの債務者区分を要管理先から破綻懸念先に格下げするのが妥当であると指摘される。高崎市の事前同意があれば要管理先を維持し、同意が得られな

れば破綻懸念先に格下げすることとした。

一〇月二三日 その旨をY1に報告した。

一〇月二二日 問屋町まちづくり研究会が、高崎市に対し、「問屋町まちづくり計画案」を提出。（Kホテルの建設予定地を含む合計三六・六ヘクタールの地区内にホテル・旅館等の建築を禁止する内容）

一〇月二九日 役員昼食会において、Tはラブホテルを経営する意思であるのに、高崎市長にはビジネスホテルを経営する旨約して、その後ラブホテルの経営を始めることは問題であり、行政当局や地域住民とのトラブル、貸付金増大、採算性の懸念なども考えると、Tホテルの建築そのものについて消極的に扱うべきであるとの意見が多数を占める。Y1がY2に対し、Kホテルでラブホテル営業を行うことはできない旨をT産業に伝えるよう指示する。

十一月三日 上毛新聞の第一面に、問屋町まちづくり計画案および改正建築制限条例について記載される。なお、対象区域が地図上に図示される。

十一月二〇日 Tは、Aホテルの追加修繕工事代金の使途名目で、一億七〇〇万円の融資申込。

十一月二七日 甲川常務と共に頭取室を訪れた審査部長は、融資に反対の意見を明らかにするため、「Tの新規案件取組の課題について」と題するレポートを提出。

十二月二六日 常務会（本件常務会）は、既存貸付の借換え分一億四九〇〇万円、新規にAホテルの追加工事代金の名目で八四〇〇万円〔本件融資〕の合計二億三三〇〇万円の証書貸付けを行うことを承認（翌一七日実行）。※平成一六年七月から平成四一年五月まで二九九回にわたり七八万

円ずつ（初回は五六万円）を割賦返済するという返済条件。

平成一六年二月三日 Tは、運転資金として八〇〇〇万円の融資申込。

同年 二月二三日 Xは、Tからの委託に基づき群馬県信用保証協会との間で保証契約を締結し、担当審査部長の権限において八〇〇〇万円の融資を承認（同月二〇日、実行）。※平成二〇年八月二二日、県信用保証協会から保証契約違反を理由として残高七〇五九万円の全部が免責とされた。（平成一六年二月融資）

三月末 債務者区分、破綻懸念先に変更。

四月一日 問屋町まちづくり計画案の対象地区を地区整備計画区域とし、改正建築制限条例を施行。

平成一九年二月二三日 Xの平成一九年三ヶ月決算は四期ぶり赤字になることが確定。

同年 二月二七日 金融庁の立入検査。同検査の結果、当時Xの唯一の代表取締役であったY1の主導によって
六月二〇日 特定の与信先に対しその実態から承離した不適切な融資判断や管理が行われたなどと指摘される。

三月末日 債務者区分、実質破綻先に変更。本件融資が不良債権として償却される。

五月一日二日 〔本件各贈与〕

五月一日 取締役会において、副頭取から、Y1ほかに対する退職慰労金支払については金融庁立入検査が最終的に終了した後の取締役会でその処分状況等を勘案して決定する旨を付加して決議することが提案される。

五月一八日 Y1が経営責任をとって取締役を引責辞任。

六月一二日 株主総会において、Y1に対し、退職慰労金として一億五〇〇〇万円を贈呈する旨の決議がされる。

一〇月一二日 関東財務局から銀行法二六条一項に基づく業務改善命令を受ける。

平成二〇年一月八日 Y1、経営責任調査委員会に説明を求められる。

同年 九月三〇日 一審原告、本件訴訟提起。

二・東和銀行損害賠償請求等訴訟事件の判旨

1. 第一審…前橋地裁平成二三年七月二〇日判決⁽²⁾ XのY1およびY2に対する損害賠償請求は認容したが、XのY1、Y3―Y5に対する詐害行為取消権に基づく請求は棄却した。その理由によると、銀行取締役が融資業務を行うに当たっては、元利金の回収不能という事態が生じないように融資先の経営状況、資産状態等を調査検討し、その安全を確認して融資を決定し、原則として担保を徴求する等相当な保全措置をとる義務があり、一方で継続的な貸借取引において回収不能という事態が生じるおそれがある場合には、当該融資による回収額の増加の見込みの有無、程度、その変動要因の有無、程度等を勘案して、どの時点で融資を打ち切るのかなどを検討し、当該融資を実行した方がそれ自体回収不能となる危険性を考慮しても、既存の融資を含む融資全体の回収不能額を小さくできると判断するにつき合理性が認められる場合に限りて融資の決定をすることが許され、また融資の決裁権限を有しない取締役については、回収不能という事態が生じることを予見し得た場合には、これを等閑視することなく、権限を有する取締役

に対しその旨伝えるなど、必要かつ適切な手段を講じて当該融資を承認又は実行しないよう監視、監督する義務があること、ところで、XのTに対する本件八四〇〇万円の新規融資当時、貸付金を回収するための必須の条件であったKホテルの開業は頓挫したといえる状況にあったから、本件融資金を回収できる見込みがほとんどなく、またKホテルの建築と合わせてTの経営建て直しの方策として検討されていたMホテルの買収は、本件融資承認以前に既に実行可能性がほぼ消滅していたこと、Y1は、本件融資金が回収できなくなる怖れが高いことを認識しながら、実質的に破綻状態にあるTに対して、原告の審査担当者等の反対を押し切って本件融資を実行したもので、本件融資は、原告に対する取締役としての善管注意義務等に違反するものであること、Y2は、業務推進、営業統括部長の地位にあるが、本件融資がTに対するKホテル事業断念の見返り融資であることを了知しながら、回収可能性等を等閑視し、専らTの立場から融資を促し、関係者に対し積極的に働きかけをしたことは、Xの取締役としての善管注意義務違反等に違反すると認められること、従ってY1およびY2は、Xに対して旧商法二六六条一項五号に基づき連帯して損害賠償責任を負うこと、しかし、XのY1、Y3―Y5に対する詐害行為取消権の主張は、本件贈与が行われた時点で、Y1に対する責任追及の具体的な手続きが開始されるような事情はなく、しかも引責辞任後のX株主総会で退職慰労金一億五〇〇〇万円の贈呈決議がなされており、Y1としては、本件贈与同時にXに対し損害賠償責任を負うとは認識していなかったものであるから、詐害行為取消権に基づく請求は理由がないと判示した。

第一審判決に対し、Y1およびY2が控訴したところ、控訴審もY1およびY2について取締役としての忠実義務違反、善管注意義務違反による損害賠償義務を認め、本件融資に対する一部弁済の事実を認め、弁済額相当金額を賠償すべき金額から減額した。他方、詐害行為取消権に基づく請求については、Y1の詐害の意思の存在を認め、

かつ、第一審被告Y3・Y4およびY5が詐害行為について善意であったことを認めるに足りる証拠はない（善意の主張・立証責任はY1の詐害の意思の存在を認め、かつ、Y3らにある。）として、詐害行為の成立を認め、各贈与契約の取消しおよび所有権（持分権）移転登記の抹消登記手続の請求を認容した。

2. 控訴審…東京高判平成二三年一月一日³ 一部変更。

イ. 本件融資を含む貸付金に償還財源として想定されていたKホテル事業は事実上頓挫し、これに代わる確実な償還財源も見込めない状況にあったから、本件融資を実行しても回収不能となる可能性が高かったものというべきである。そして、Y1は、平成一一年六月融資から本件融資までの全ての常務会に代表取締役頭取として出席し、平成一一年六月融資の付帯条件や本件リスケジュールの承認にも関与したほか、審査部長や次長らから説明を受けるなどして、Tが恒常的な償還財源不足、借入過多、大幅な債務超過の状態に陥っていることや監査法人から債務者区分を要管理先から破綻懸念先に格下げするのが妥当との指摘があったことを認識し、さらには、審査部長から本件融資本件リスケジュールに反し問題であることなどについても指摘されてこれを認識していたばかりか、本件常務会開催時点で既にKホテル事業が事実上頓挫しており、本件常務会に提出されたビジネスホテルとしての収支計画が本件融資の承認を得るための辻褃合わせに過ぎず根拠のないものであることも十分認識していたにもかかわらず、Xの頭取として本件融資に応ずる意向を示し、本件常務会でこれを承認したものであるから、Y1には、融資業務にあたっての銀行の代表取締役が負うべき忠実義務、善管注意義務の違反があったというべきである。

ロ. Y2は、本件融資当時、常務会の構成員である常務取締役ではなく、従って本件融資を承認するなど直接これに関わる業務権限を有してはいなかったが、取締役営業統括部長として融資を含めた営業全般を推進する立場にあつ

たものである。Y2は本件融資がTにKホテル事業を断念させるためのいわゆる見返り融資であったこと、Tが恒常的な償還財源不足、借入過多、保全不足、大幅な実質債務超過の状態で監査法人からは債務者区分を破綻懸念先とするのが妥当との指摘を受けていたこと、このような財務状況の改善を目的として本件リスケジュールが計画されたが、前提であるKホテル事業は事実上頓挫したことを認識しており、従って本件融資を実行しても償還財源の見通しが立たず回収可能性に乏しいことを認識していたか、または極めて容易に認識し得たものと認められる。それにもかかわらず、Y2は、本件融資が回収不能となることによってXに被る損害に顧慮することなく、担当常務取締役の自宅に電話をかけ、約二時間にわたり融資に応ずるように懇請したり、審査部長に稟議を早く上げるよう迫ったりするなどして、関係部署に対し積極的に融資の承認および実行を働きかけたものである。これらの事情に照らせば、Y2には、銀行の取締役としての業務の執行に関し積極的に会社に損害を与えるおそれがある行為を行ったものとして、取締役としての忠実義務、善管注意義務違反があるといふべきである。

ハ・損害賠償額について、既存貸付分と合わせた貸付総額二億三三〇〇万円のうち、弁済された一六六五万五〇〇〇円を案分した限度で回収されるとし、六〇〇万四三七七円を控除した賠償額の支払いを命じた。

ニ・詐害行為取消請求については、本件融資の時点で融資が回収不能となる可能性が高いと認識していたことに加え、各贈与の時点で融資先の債務者区分が要管理先から破綻懸念先、さらに実質破綻先に変更されていたこと、Xの赤字決算が確定していたこと、贈与が引責辞任の直前に行われていたこと等を勘案し、損害賠償責任を問われる可能性があることを認識していたと認めるのが相当とした。退職慰労金の贈呈についても、贈与時には確定的でなく、Y1に各贈与により無資力になることの認識がなかったということとはできないとして詐害意思を認め、詐害行為取消請求

を認容した。

三・東和銀行損害賠償請求等訴訟事件判決にかかる検討と研究

1. 判決の検討と課題 基本的に控訴審判決に賛成する。本事案は、企業に対する追加融資を推進・決定した銀行の代表取締役および取締役、その回収についての善管注意義務ならびに忠実義務に対する違反があるとして、損害賠償責任が認められた事例である。また、詐害行為取消権の成否については、第一審と控訴審で判断が異なっていることから、難しい判断がなされていることが伺える。

判旨は、融資を実行しても回収不能となる可能性が高いことを認識しつつ、融資を推進した頭取には取締役としての忠実義務ないし善管注意義務違反があるとしたものであり、従来の裁判例の流れに沿うものである。最判平成二〇年一月二八日判時一九九七号一四八頁（拓銀カブトコム事件）は、「当時の状況下において、銀行の取締役に一般的に期待される水準に照らし、著しく不合理なものといわざるを得ない」として、銀行の取締役としての忠実義務、善管注意義務違反があり、損害賠償責任を負うと判示していたが、本判決は、「融資業務にあたって銀行の代表取締役が負うべき忠実義務、善管注意義務の違反があった」としている。第一審判決は、最決平成二二年一月九日集六三卷九号一一一七頁（北海道拓殖銀行事件）で、「融資業務に際して要求される銀行の取締役の注意義務の程度は一般の株式会社取締役の場合に比べ高い水準のものであると解さ」れるとしたことを踏襲していたが、控訴審判決はこの点については言及していない。本件は、一般事業者の取締役を想定しても善管注意義務が尽くされていなかったことが明白だからと判断したからかもしれない⁴。また第一審判決は、継続的な貸付取引において貸付先に回収不能懸念

がある場合の追加融資について善管注意義務の内容を具体的に判示している。「継続的な貸借取引において回収不能という事態が生じるおそれがある場合には、当該融資による回収額の増加の見込みの有無、程度、その変動要因の有無、程度等を勘案して、いつの時点で融資を打ち切るかなどを検討し、当該融資を実行した方がそれ自体回収不能となる危険性を考慮しても、既存の融資を含む融資全体の回収不能額を小さくすることができるとして、そのように判断したことについて合理性が認められる場合に限りて融資を決定することが許される。」と説示している。

判旨口は、取締役営業統括部長であったY2について判示している。控訴審は、「融資の決裁権限を有しない取締役については、回収不能という事態が生じることを予見し得た場合には、これを等閑視することなく、決裁権限を有する取締役に對しその旨を伝えるなど、必要かつ適切な手段を講じて当該融資を承認又は実行しないよう監視、監督する義務がある。」としている。しかし、Y2は、「本件融資を承認するなど直接これに関わる業務権限を有していなかった」と認定されている。従って、使用人兼取締役が行った行為に起因して会社が被った場合に、会社法四二三条に基づく損害賠償責任を負うのか、という問題があるようにも思われ、Y2の行為を取締役としての職務執行と位置付けることができるかが問題となりうる。Y2の行為が使用人としての行為であるとしても、認定事実からは、本件では不法行為責任や雇用契約上の債務不履行責任が認められるのではないかと考えることは可能であるが、使用人としての行為からは四二三条責任は生じないとの見解によると、代表訴訟によつては追及できなくなるかが課題となりえよう。⁵⁾

判旨ハ、ニに關しては、一審判決と控訴審判決で差異が生じた部分である。詐害行為取消請求について、詐害の意思の有無に關する主觀的要素と客觀的要素に分類される具体的事実についての精査および判断について差異があり、

判例の流れとも比較して検討する。債務者区分に関しても、要管理先の段階での融資が忠実義務、善管注意義務違反となつてはいるが、監査法人から本件リスクジュールを前提としても債務者区分を破綻懸念先とするのが妥当との査定を受けており、その状態は極めて破綻懸念先に近かつたことが窺われる。従つて債務者区分に着目し、銀行追加融資の妥当性の判断を検討できるかを述べたい。

2. 判決における忠実義務、善管注意義務違反の検討 第一審被告Y1およびY2に第一審原告の取締役の忠実義務違反、善管注意義務違反が認められることについては第一審判決および控訴審判決が各々詳細に説示する⁽⁶⁾。その骨子をまとめると、①XはTのメインバンクであつたが、Tは平成一〇年五月期には既に年間約七二〇〇万円の償還財源不足の状態に陥つていたこと、②Xは、平成一一年六月融資の際、Tが借入過多、実質債務超過、大幅な保全不足であることや風俗業という業種に問題があることを考慮し、融資残高を約一三億九七〇〇万円に止めて与信圧縮を図るといふ方針を常務会（枢要な取締役によつて構成され、融資案件の採否等の日常の業務執行を審議、決定する機関）で決定したこと、③それにもかかわらず、Xは、Tに対し追加融資を継続し、平成一四年九月末には融資残高は一七億〇二九八万円に達する一方、Tの実質債務超過額は約八億円ないし九億円にまで膨らんでいたこと、④監査法人からはTは実質的に破綻懸念先であるとの指摘を受けたが、XはTの債務者区分を要注意先から要管理先に引き下げるにとどめたこと、⑤Tが平成一四年一二月に高崎市に建築することを計画していたKホテルの建築費用一三億円の融資を申し込んだ際にも、Xの審査部からはTの大幅な債務超過等についての懸念が示され、常務会で役員らから融資に消極的な意見も出されたが、Y1はTの経営再建のためKホテルは必要であると主張し、三億一〇〇〇万円の融資を実行させたこと、⑥次いで、Tが平成一五年一月にも融資の申込みをした際には、Kホテルの営業利益が年額一億

二二〇〇万円になるとの試算を前提として、今後は資金繰り融資を行わないことを確認した上、返済計画の再編（本件リスケジュール）を行ったが、同年九月末時点における融資残高は約二〇億四六〇万円となり、本件リスケジュールどおりに実行されても債務超過の解消には約一〇年を要することが見込まれたこと、⑦ところが、Kホテルの開業は住民の反対等により進捗せず、同年一〇月には、監査法人からTの債務者区分を破綻懸念先に引き下げるのが妥当との指摘を再度受けたこと、⑧同年一〇月下旬のXにおける役員昼食会では、Y1を除く役員全員がKホテルの建築自体について消極的な意見を述べたこと、⑨そこでY1は、Y2（常務会の構成員ではなかった）に指示し、Y2からTに対しKホテル事業を断念するよう説得したが、Tはこれに難色を示す一方で、同年十一月一日ころ、既存の別ホテルの改修工事代金の使途名目で一億七〇〇〇万円の融資を申し込んだこと、⑩Y2は、TにKホテル事業を断念させるためにはその融資要請に応じる必要があると考え、融資担当の関係者に対し強く融資を実行するよう迫り、Y1も、審査部門の反対にもかかわらず、融資はやむを得ないとの態度を示し、営業部門に融資を実現させるための辻褄合わせの稟議書を作成させ、これを基に同年十二月一日の常務会において、全員一致での本件融資（八四〇〇万円に圧縮）の承認を受け、同融資は、翌一七日に既存貸付分一億四九〇〇万円と合わせ二億三三〇〇万円の一個の証書貸付として実行され、XのTに対する融資残高は約二億六三七万円となったこと、⑪本件融資を含む上記一七日の融資については、一六六五五〇〇〇円が回収されたのみで、その余は全額が不良債権として償却され、Tの債務者区分は実質破綻先と査定されたこと、⑫Y1は、Xの頭取として、Tの厳しい財務ないし経営状況等を認識していながら、時には部下の反対を押し切ってTに対する融資を主導したものであり、またY2は、本件融資当時、常務会の構成員である常務取締役ではなく、本件融資を承認するなど直接これに関わる業務権限を有してはいなかったが、取

締役営業統括部長として融資を含めた営業全般を推進する立場にあった者であり、平成九年六月頃以降、Tとの取引関係を超えて代表者Bとの個人的な親交を深め、遅くとも平成一一年六月以降、Tの財務ないし経営状況等を認識していながら、時には融資部門担当者に対し執拗にTへの融資を迫るなどして、これを推進したものであり、両名には、本件融資について取締役としての忠実義務、善管注意義務違反があったというものである。

3. 判決における融資手続きと融資判断の合理性 善管注意義務および忠実義務違反について、融資判断の合理性の判断が本判決における最大の争点といっても過言ではなからう。注意義務のみならず、融資原則、債務区分、経営判断原則など各主要項目の検討において、何れも鍵となる眼目である。融資判断の合理性を鑑みるにつき、債務者区分に注目していくと、債務者区分は融資先の財務状況、資金繰り、収益力等により返済能力を判定し、融資先を分類したものである。融資手続に関して、Xは融資先の財務状況、資金繰り、収益力等により返済能力を判定し、その状況により正常先^⑦、要注意先^⑧、破綻懸念先^⑨、実質破綻先^⑩、破綻先に区分する。Xにおいては平成一四年七月一六日の常務会で破綻懸念先の企業に対する取組みは、キャッシュフローで当面の経営維持が図れる場合には原則として残高を維持し、経営改善計画等の資料があつて保全が劣化しない場合または合理的な経営改善計画に基づき投資効果が見込め、キャッシュフローの増加により追加融資に回収可能性が認められる場合に限って融資を認め、キャッシュフローで経営維持を図ることができない場合には、原則として与信の圧縮を図ることとしていた。

業務分掌に関して、要注意先の債務者については担保の有無や与信等により本店営業部長、審査部長等が融資の決裁権限を分掌し、要管理先の債務者については信用保証協会の保証付きのものなど一定範囲のものは審査部長が決裁権限を有するが、それ以外は常務会が決裁権限を有する。従つて要管理先の債務者から融資申込があつた場合、本店

営業部の担当者が融資稟議書を起案し、本店営業部長を経由して審査部に送付し、審査部長の決裁権限範囲内の案件については審査部長がこれを審査して決裁するが、常務会の決裁権限に属する案件については審査部が融資稟議書を受け付けて審査し、必要書類を整えるなどした上、担当役員の承認を得て定例常務会に付議し、常務会において決裁を行うこととなる。

4. 融資判断の合理性と債務者区分の検討―四国銀行事件との比較― 本案件の債務者区分の経緯を取り出すと、以下の通りである。

平成一〇年三月 要注意に変更。(平成一一年六月一五日 条件付き融資、実行)

平成一四年九月 要管理先に変更。(平成一四年一二月融資、実行) (平成一五年一二月一七日 本件融資、実行)

平成一六年三月末 破綻懸念先に変更。

平成一九年三月末 実質破綻先に変更。

ここで類似の比較事案として、四国銀行株主代表訴訟上告審判決(最二判決平成二二年一月二七日)を掲げ、債務者区分の経緯を取り上げる。⁽¹²⁾

平成九年九月三〇日 追加融資一、実行。

平成一〇年六月三〇日 追加融資二、実行。

平成一一年三月三一日 要注意先から破綻懸念先に変更。

四月一日 県出納長から銀行に対して、県融資の実行は必ず守らなければならないと認識しており、責

任を持って解決するつもりである旨を述べられる。

四月二八日 追加融資三、実行。(最高裁、銀行取締役の善管注意義務違反を認める)

両事案を比較してみると、四国銀行事件最高裁判決においては債務者区分が破綻懸念先時の融資が善管注意義務違反と判断され、本判決では一審・控訴審ともに要管理先時の融資で善管注意義務違反が認められている。

一概に債務者区分のみで銀行取締役の善管注意義務違反の是非を判断することは稚拙との誹りを受けようが、債務者区分が破綻懸念先の段階まで進めば善管注意義務違反が認められる可能性が非常に高いといえよう。理由として四国銀行事件では、公の機関である県の出納長係からの要請(平成十一年四月一日)が表明された後の融資について、善管注意義務違反が認められていることが挙げられる。このことは、例え融資判断要素に公共の機関が加わろうとも、銀行側は融資先の状況を自らの目で精査し、判断することを迫られることを意味する。公の機関が関与しても善管注意義務違反を認められる状況から、破綻懸念先の段階にある企業に融資することは合理性に欠くとされる可能性が大いといえよう。

本判決に関しては債務者区分が要管理先時の融資が善管注意義務違反に当たるとされている。即ち破綻懸念先となったのは、本件融資(平成十五年二月一六日)後の平成十六年三月末である。もともと平成十五年一〇月二〇日に監査法人から要管理先から破綻懸念先に引き下げようとして指摘を受けており、実質的には既に破綻懸念先であって、融資手続き・決裁の状況を考えた恣意的な手続きの遅れとしてみることもできる。その場合には、四国銀行事件と近接した、整合性のある判断がなされたことになる。

仮に債務者区分が要管理先時の融資を善管注意義務違反として考える場合には、理由として、銀行取締役の善管注

意義務違反の明白性にあるとみられる。具体的には、一審判決においては最決平成二十一年一月九日刑集六三卷九号一一一七頁の「融資業務に際して要求される銀行の取締役の注意義務の程度は一般の株式会社取締役の場合に比べ高い水準のものであると解さ」れるとしたことを踏襲している。しかし本判決では、この点について言及していない。このことから本判決では、一般事業者の取締役を想定しても善管注意義務が尽くされていなかったことが明白だからと考えることができる。

改めて本事案をみると、Tの債務者区分は平成一四年九月時点で要管理先から要管理先へと変更され、融資が繰り返される中で平成一五年一二月一七日本件融資を実行、その後平成一六年三月末時点で要管理先から破綻懸念先、平成一九年三月末時点で破綻懸念先から実質破綻先へと変更を重ねて行った。また外部の監査法人からは平成一四年九月末時点で既に破綻懸念先であるとの指摘も受け、Tが本件融資時点で良好な経営をしていたとは考えにくく、慎重に融資を決定すべきだったことは否めない。それに加え、本件融資に至るまでの間に、Tに対する融資については大幅なりスケジュールが行われている。Xには以前からTへ行った融資に対する懸念が存在していたことが自明であろう。かかる時期に、融資返済の要であるはずのKホテルの計画が頓挫している。高崎市の条例に違反するためにホテルが建築できないこととなったのが原因であるが、Kホテルの建築による収益を当て込んで融資返済を目論んでいたTに追い討ちをかける出来事となり、資金繰りはさらに悪化すると考えることが妥当といえる。本件融資以前から数度にわたり行われている融資の目的のうちの一つであったAホテルの改修についても目を向けると、Aホテルを改修し、売上増加を目論み、融資の返済を考えていた節がTにはあったが、改修後も恒常的な売り上げ増加は実現されていない。KホテルならびにAホテルが上記の状態であるとき、Tにはこれらにかわる確実な償還財源があったとはいえず、

本件融資を実行しても融資が回収不能になる可能性は客観的にみても高いといえよう。

かかる背景がありながら本件融資がなされたのは、見返り融資であるともいえる。Y2はY1から指示を受け、TにKホテル事業を断念するように説得したが、Tは聞く耳を持たず更なる追加融資を求めた。そこでY2はTにKホテル事業を断念させるためには追加融資に応じるしかないと判断し、融資担当者に追加融資を認めるように迫った事実がある。この判断においてTの経営状況を勘案してなされた正当な融資とは到底いえず、見返り融資と考えるのが妥当である。本件融資が見返り融資であることをふまえると、Y1ならびにY2が本件融資の回収可能性が高くはないことを承知の上で踏み切ったのだと解されよう。以上の事項を併せ考えるに、XはTの経営状態について、少なくとも危機的状況にあると判断していたと思料される。こうした中で見返り融資ともとれる回収可能性の極めて低い融資を許すこととなってしまうことには、Y1ならびにY2が善管注意義務等を念頭に置かず、自身の独断でことを起こしてしまったと窺い知ることができ、本件融資判断が合理的に行われたとはいえない。

5. 銀行取締役の善管注意義務と融資判断原則ならびに使用人兼務取締役 本件事案についての検討すべき論点として、第一に、銀行取締役の善管注意義務と融資判断原則の関係性についてがある。本判決においても見返り融資は公共性の原則、回収可能性は確実性（安全性）の原則に各々抵触していると思われる。同原則の中で最も重要視されるべき原則は確実性（安全性）の原則である。回収されてはじめて流動性や収益性といった他の原則が実現される。従って融資の審査においては回収可能性の存否の判断が重要となる。融資判断原則は、銀行取締役の善管注意義務と関連性があり、義務違反を判断する際の一つの指標となると考える。融資判断原則については、再度、後記して検討する。

第二に、使用人兼務取締役が行った行為に起因して会社が被害を被った場合に、会社法四二三条に基づく損害賠償責任を負うのかという問題があるのではないかと思われる。つまり、第一審の取締役営業統括部長であったY2に関してであり、「本件融資を承認するなど直接これに関わる業務権限を有してはいなかった」と認定されている。従ってY2の行為を取締役としての職務執行と位置付けることができるのが問題となり得る。仮に使用人としての地位を認められると、会社法四二三条の責任は生じなく、代表訴訟によって追求できなくなる可能性が出てくる。

付随して、第一審判決では、継続的な貸借契約取引において、貸付先に回収不能懸念がある場合の追加融資について善管注意義務の内容をかなり具体的に判示しており、これも今後の実務上の検討課題となり得る。

四．第一審判決と控訴審判決の差異―損害賠償請求の賠償額の差額―

東和銀行損害賠償等請求訴訟控訴審判決について、第一審と控訴審の判決の差異を中心に検討する。先ず、第一審判決と控訴審で生じた損害賠償請求の賠償額の差額について述べてみたい。第一審判決においては、既存貸付けの借換分一億四九〇〇万円と本件融資（八四〇〇万）とを別個のものとして扱っている。その上で、T産業からの弁済額一六六五万五〇〇〇円全額を上記借換分に充当し、八四〇〇万円の全額の請求を認容している。

これに対し、控訴審では、本件融資と既存貸付け借換分は一個の証書貸付として実行されていることから、弁済額一六六五万五〇〇〇円を借入金額に応じて案分している。具体的には、本件融資八四〇〇万円と既存貸付け借換分一億四九〇〇万円と合わせ二億三三〇〇万円が一個の証書貸付として、平成一五年一月一七日に実行されたものとする。そして、平成一九年九月三〇日までに同貸付に対して合計一六六五万五〇〇〇円が弁済され、同貸付けに係る貸

金残元本は二億一六三四万五〇〇円となったことが認められる。結果、本件融資について弁済額を融資額で按分した六〇〇万四三七七円（ \parallel 一六六五万五〇〇円 \times 八四〇〇万 \div 二億三三〇〇万円）の限度で回収されたといふべきとした。故に、本件融資相当額八四〇〇万から回収済みの六〇〇万四三七七円を控除した七七九万五六一三円が、本件融資に係る損害額であるとするのが相当であるとしたものである。第一審判決においては、本件融資と既存貸付けの借換分とを別個のものとして扱ってしまったことが、差額を生じた要因と思われる。その点を控訴審では修正している。

既存貸付の借換え分については、一六六五万五〇〇円が平成一九年九月末時点までに返済されたが、本件融資を含め二億一六三四万五〇〇円が現在も回収不能となっている。本件融資は回収見込みがないため、平成一九年三月末時点で全額が不良債権として償却され、同時に丁産業の債務者区分は実質破綻先と査定された。それまでは、監査法人から再三、債務者区分の変更を迫られていたが、要管理先から要注意先に変更されていたに留まる。

またY1、Y2は不動産の任意売却等による回収金額を損害額から控除すべきと主張している。しかし、不動産の売却代金等はいずれも債権者Xの弁済充当指定により本件融資とは別個の貸金債権の弁済に充当されたものである。本件融資を含む二億三三〇〇万円の証書貸付の弁済に充当されたものがあつたことを認めるに足る証拠がないため却下された。

本件融資を含め、回収不能の金額全体について、融資を行ってしまった取締役として損害賠償責任を果たすべきである。Y1の行為との相当因果関係も認められ、控訴審の認容する通り、弁済額を除いた金額を損害賠償請求として認めることは相当である。

ここまで、本事案に関する検討・研究を行ってきたが、以下ではさらに関連する理論的考察を進め、その上で、改

めて本事案を振り返り、類似例などと比較研究していきたい。

五・ 詐害行為取消請求訴訟に関する理論的考察

1. 詐害行為取消請求に関わる判決の差異

(1) 本事案の詐害行為取消請求の概要 Y 1 の妻子への不動産贈与に対する詐害行為取消請求について触れると、X は、元頭取の唯一の資産といえる土地建物を譲り受けた Y 1 の妻子に対し、詐害行為取消権に基づいて贈与契約の取消しおよび所有権移転登記の抹消登記手続きを求めた。当該事案の詐害行為取消請求に関わる部分を時系列に追ってみたい。

平成一五年一二月一七日 本件融資、実行

平成一六年三月 債務者区分が破綻懸念先に変更

平成一九年二月二三日 決算が四期ぶりの赤字確定

同年 二月二七日 金融庁、立ち入り検査（不適切な融資判断や管理を指摘される）

（六月二〇日

三月末 本件融資、不良債権として償却、同時に実質破綻先に変更

五月一日 Y 1、群馬県の土地および建物を贈与

五月二日 Y 1、神奈川県の土地および建物を贈与

五月一八日 Y 1、取締役を引責辞任

六月一二日 株主総会で退職慰労金贈呈の決議

七月一四日 所有権移転登記手続

平成二〇年一月 Y1、経営責任調査委員会に説明を求められる

同年 九月三〇日 本件訴訟提起

(2)第一審と控訴審の判決の差異 詐害行為取消請求について、本事案の検討を通じつつ、検討を行いたい。第一審判決は、各贈与がなされた時点でY1らに対する責任追及の具体的な手続が開始されたような事情がないこと、引責辞任後に開催された株主総会においてY1への退職慰労金贈呈の決議が可決されていることなどから、各贈与の時点で本件融資について損害賠償責任が問われることを認識し得たということとはできないとして詐害意思を否定し、請求を棄却している。また、「本件融資の金額は八四〇〇万円であつて、原告の不良債権総額に占める割合としては小さいと考えられる⁽¹³⁾」とする。

つまり、①損害賠償債務の認識と②無資力になるとの認識との、各々の有無が争点になるといえよう。銀行融資特有の課題として、回収可能性の認識があり、この点を控訴審判決とともに事案に沿って検討していきたい。先ず控訴審判決は、①損害賠償債務の認識においては、本件融資の時点で融資の回収不能となる可能性が高いと認識していたと考えられる。この理由として、本件リスケジュールの前提であり、償還財源として想定されていたKホテル事業が事実上頓挫していて、代替償還財源も見込めない状況であることが挙げられる。その上、各贈与の時点で融資先の債務者区分が要管理先から破綻懸念先、さらに実質破綻先に変更されていたこと、贈与が引責辞任の直前に行われていたこと、金融庁から不適切な融資判断や管理を指摘されていたことを勘案すれば、損害賠償責任を問われる可能性が

あることを認識していたと認めるのが相当であるとした。

次に②無資力になるとの認識については、退職慰労金の贈呈は贈与時には確定的でなく、Y1に各贈与により無資力になる認識をしていたとしている。ただし、本件贈与時において退職慰労金の支払等を株主総会の決議事項とする旨の取締役会決議はいまだにされていない。その上で、既に平成一九年三月末の時点で本件融資は回収の見込みがない不良債権として償却され、債務者区分は実質破綻先に変更され、Xの同年三月期決算は四期ぶりに赤字となることが確定し、同年二月二十七日から金融庁の立入検査が行われていた最中であったのであるから、本件各贈与が行われていた当時、Y1に対して退職慰労金が支給される客観的な見込みがあったということとはできないとしている。また、平成一九年五月一日の取締役会において退職慰労金については金融庁立入検査が終了した後の取締役会で処分状況を勘案して決定する旨を付加して決議することが提案されている。これを含めて、ようやく退職慰労金の支払決議が承認された後、退職慰労金の具体的内容は取締役会に一任する旨の株主総会決議がされたものである。従って、上記検査の結果次第で退職慰労金の大幅な減額、または無支給もあり得ることが客観的に予測できる状況であったとしている。以上の状況からY1は、贈与当時に本件贈与によってXに対する損害賠償債務を弁済することができない状態（無資力）になることを認識していたものと認められるとした。

2. 詐害行為取消請求訴訟の理論的考察

(1)債権者取消権の制度趣旨―破産法上の否認権との異同― 債権者取消権（詐害行為取消権）について述べると、債権者は、「債務者が債権者を害することを知って行った法律行為（詐害行為）の取消しを裁判所に請求することができ」（民法四二四条一項）。債権者取消権は、債務者が債権の共同担保が減少することを知りながら責任財産を減少させ

る行為をした場合に、その行為の効力を否認して、債権の共同担保を回復することを目的としている。債権者取消権の制度趣旨について、強制執行の準備段階としての責任財産保全が目的とされる。債権者代位権との相違点は受益者、転得者等の取引の安全も考慮する必要がある点にある。

債権者取消権と類似する制度として、破産法上の否認権の制度がある。これは、破産者が破産宣告前にした破産債権者を害すべき行為の効力を、破産財団との関係で否認して、破産財団の状態を回復することを目的としている制度である。両制度は、前提および制度目的が異なるとされる。つまり、否認権の場合は破産まで至った状況のもと、財産状態が悪化した時点でされた財産処分行為を広範に否認して、「破産財団の充実を目指し、できるだけ多額の満足と全債権者の公平な満足をはかる制度」である。これに対し、債権者取消権は、破産までにも至らない段階でも機能しうるものであり、「個別執行の準備として、個々の債権者が持つ個別の債権の保全を目指した制度」であるといえる。最高裁判例も、取消権者のみが優先的弁済を享受するのではなく、総債権者が平等の割合で弁済を受けることを前提とするが、取消権者が取消しの結果受叙した価格賠償を他の債権者に分配する義務は負わないとし（最判昭和三七年一〇月九日）、弁済の取消訴訟で金銭の支払を求められた被告は、自己の債権旗の按分額の支払を拒むことではきかないとし（最判昭和四六年一月一九日）、事実上取消権者への優先弁済効が認められている。また破産法上の否認権の規定は、故意否認、危機否認や無償否認を認めており、対抗要件の否認（破産法七四条）や執行行為の否認（同条七五条）についての規定もある。この点で、故意否認に相当する詐害行為の取消しのみを予定する債権者取消権よりも範囲が広い。しかし、元来両制度は一体として生まれたものであり、基本的には債務者の詐害的財産処分行為を債権者との間で是正せんとするものである。その上、否認権に関する法条は豊富であり、近時立法により一段と充実

し、債権者取消権を考える上で参考となりえよう。

(2) 債権者取消権の要件

(イ) 債権者取消権の要件 債権者取消権の要件について、債権者取消権は債権者、債務者、受益者・転得者の各々に要件がある。その中で本事案では、債務者の要件である債務者の無資力と債権者の要件である債権取得時期が関係すると考え、そのことに触れながら債権者取消権の要件論概説を述べていきたい。債権者側では、被保全債権として金銭債権であること、債権取得時期は詐害行為の前であることが挙げられる。債務者側では、客観的要件である詐害行為について、債務者の無資力および財産権を目的とする法律行為であること、主観的要件として悪意の存在が挙げられる。受益者・転得者側では悪意の存在が要件となる¹⁴。

(ロ) 債務者の無資力要件 先ず、債務者の無資力要件について触れる。債権者取消権は、法秩序が債務者の財産管理に対して債権者に介入権限を与えたものである。近代民法が基礎とする財産権絶対の原則に照らせば、例外的に債権者に債務者の財産についての管理・処分権限を付与したものである。従って債権者取消権は、責任財産保全に必要な限り、かつ、その場合であっても債務者の財産管理権への不当な干渉とまらない範囲で行使されることが要請される。それ故、債権者取消権を行使しなければ債務の共同担保である責任財産に不足をきたすおそれのあることが認められなければならない（無資力要件）。債務者の無資力について、「債権者を害する」（四二四条一項）とは債務超過（無資力）になることであり、債務超過の要件は法律行為が行われた時に存在することは必要であるが、その後債務超過が解消すれば取消す必要はなくなる。即ち、債務者の無資力は財産処分行為時に存在しなければならず、この時点での責任財産の価値を基準に判断される。さらに債務者は、債権者取消権行使時点（實際上、事実口頭弁論終結時）においても

無資力でなければならぬ。資力が回復しているのであれば財産管理権への介入は不要だからである。従って、取消の判決が出る時、実際上は無資力要件が事実審口頭弁論終結時にも存在する必要がある、即ち詐害行為から口頭弁論終結時までの間となる。

(ハ)債権取得時期 債権取得時期に焦点を当てる。責任財産保全という制度趣旨から言うと、取消債権者が債権を取得した時点が、責任財産の基準時である。従って、基準時以後になされた債務者の法律行為は取消しの対象となるが、それ以前の行為によって債権者が害されることはありえない。これが原則である。¹⁵⁾

しかし、詐害行為時に債権が発生していなくても、その基礎となる法律関係が存在する場合には、債権発生の蓋然性があるため、詐害行為取消権は与えられるとしてよいと考えられる。具体的に東京高判昭和一九年七月二二日は、損害賠償債権が具体的に発生していなくても、その予定（民法四二〇条）があり、その上債務者が、その発生することが極めて確実となった時になした贈与は、その後発生した損害賠償債権によって取消し得るとしている。また訴訟係属中の債権が被担保債権の場合であっても、それを前提とする取消訴訟提起の妨げになるわけではない。訴訟係属中の債権が被保全債権の場合も、併合提訴は可能である。¹⁶⁾ 被保全債権の履行期は到来している必要はないとされるが、責任財産保全は財産に対する執行を想定しており、遙か先に履行期が到来する場合には取消権を肯定するのが適当ではないこともある（先行投資等）。

(ニ)要件論 次に、要件論の概説を述べていきたい。詐害行為取消権の要件について、客観的要件と主観的要件に分けて判断するのが伝統的手法である。客観的要件とは、民法四二四条が規定している「債務者が債権者を害する法律行為」をしたことである（詐害行為）。主観的要件とは、債務者が債権者を害することを「知って」いたことである

(詐害意思)。従来の解釈論は、客観的要件、主観的要件のいずれを重視するかの議論が中心となっていた(二元説)。学説は、通説として債務者の悪意について、詐害の認識があれば足りるとしていた(認識説)。そしてこれは、通説が、一債権者に対する弁済および代物弁済または相当価格による財産の売却について、客観的要件としての詐害性を認めていなかったことと関連しているという考え方もある¹⁷⁾。つまり、主観的要件を緩やかにする代わりに、客観的要件を厳しくしているのである。対して、判例は弁済等の行為の場合は、債務者に通謀あるときに詐害性を認めるとして、意思説に依っている。

昨今では両要件を総合的に判断しようとする学説(相関関係説)が一般的となっている。判例も客観的要件と主観的要件の区別をしないで、総合的に検討して詐害行為取消を認めるかどうかを決定しているといえる。また破産法上の考えを用いて、行為を「有害性」と「不当性」を判断基準とする考えも出されている¹⁸⁾。

(ホ)詐害の意思 上記の詐害の意思について、もう少し詳しくみてみたい。判例理論における詐害の意思は、債務者の純粋な心理的活動自体を意味するものでなく、詐害行為として問題とされる債務者の行為は詐害性の強いものとしてでないものがあり、判例は事案の具体的妥当性の観点から弁済等については詐害の意思を厳格に、贈与等については緩やかに解する。詐害行為の成立の判断において、債務者の詐害の意思といいつつ、行為の詐害性(逸出財産の多寡、重要性、対価等)も視野に入れ、相手方との関係(債権者か否か、親疎の別、共謀の有無、身分関係など)も重要な要素とする。判例は客観的要件と主観的要件の区別をしながらも、総合的に検討して詐害行為取消の認定を決定している。判例のいう詐害の意思は信義則、権利濫用、公序良俗または正当事由等の一般条項と同様に考えられている。他方、学説では、債務者の悪意について詐害の認識があれば足りるとしたが、通説が一債権者に対する弁済および代

物弁済または相当価格による財産の売却について客観的要件としての詐害性を認めていなかったことに関連する。判例はこれらの行為について、詐害の意思を相手方との通謀のあるとき等を要求したが、弁済以外の行為は必ずしも意思説に固執してはいなかった。通説が認識説を採り、判例が意思説によるといっても弁済等の行為を除いて、詐害行為取消の要件を検討するに当たり、両者の間に差異はあまりないとい得ると考えることもできる。

もつとも弁済や相当価格による財産の売却において詐害性を認めないことには問題があり、従来の通説が見直され、取消要件を詐害の意思でなく詐害の認識とすると詐害行為取消成立の要件が緩くなることから、認識説を維持しつつ、客観的な取消要件または主観的要件を厳しくする理論構成がされる¹⁹。また近年、学説では判例を是認し、弁済を詐害行為から除外した通説の考えを是正し、詐害行為の成立を認め、要件として客観的・主観的の区別にとらわれずに総合的に検討する相関関係説も出されている²⁰。学説の基準は、判例が詐害の意思という取消要件の認定のため具体的に示した事実を統合・整理したものであり、いずれの説によっても具体的事件に当てはめれば結論には大きな相違はないとみられる²¹。

3. 本事案の当てはめと検討

(1) 控訴審判決の妥当性 以上の通り、詐害行為取消権の成立要件は、客観的要件である詐害行為（詐害性）と主観的要件である詐害意思の二つである。詐害行為とは、債権者を害する債務者の行為といえる。詐害意思とは、「この行為により責任財産が減少する」という認識（悪意）で足り、積極的な意欲は要しない。従来の学説は、二つの要件をそれぞれ独立に判断して詐害行為かどうかを判断し、詐害行為かどうかは客観的事情によって判断し、かつ行為の時を基準に画一的に判断すべきとしてきた。判例は債務者の主観、行為の性質・態様等、主観・客観の両要素を総合

的・相関的に考慮して詐害行為を判断している。詐害行為といっても詐害性には各々質的な差があり、債務者の悪意に關しても法文上「害することを知りて為したる法律行為」とあるのみで、明確化されているわけではない。このことからも事案における各種事情を総合して判断することが相当である。具体的に無償行為（贈与）や不相当代価による処分のような詐害性の大きい行為は主観的要件を単なる認識で足りるとし、主観性と客観的な詐害性の大小の相関により判断を行っている。

以上のことを考慮すると、控訴審判決でXの詐害行為取消請求を認めた判断は妥当であり、近時の詐害行為請求権についての判例の流れからも、成立要件を個々の案件を総合的・相関的に判断することが求められている。この点に關して、第一審判決は少々杓子定規な傾向があると感ずる。また、前掲の「本件融資の金額は八四〇〇万円であつて、原告の不良債権総額に占める割合としては小さいと考えられる」という判断は、既述の損害賠償請求の賠償額に關する第一審判決との相違が關連していると考えられる。控訴審判決では、本案件の事実および状況を精査し、総合的かつ相関的に判断するといった柔軟性があり、判例の流れに沿っているということが出来る。また、贈与による無償行為であり、上記基準に照らし合わせても詐害性は認定できると考えられる。

(2)控訴審判決に対する若干の違和感とスジ論からの疑問 もつとも、控訴審判決については、若干のもの足りなさも感じるところである。客観的要素である詐害性と悪性度を示す主観的要素の相対性から検討する立場を貫くと、控訴審判決のように、①損害賠償債務の認識と、②無資力になるとの認識との各々の有無から判断する立場とは少し異なるものがあるといえよう。②の概念はかなり大きなものといえ、相手を詐害して始めて詐害性があるということができよう。この点は、裁判所は判断をしておらず、私見であるが、客観的な事実である贈与により、どの程度の詐害

を原告たる銀行側が受けたのかについて、きちんと言及するべきであったのではないか、との感を抱くものである。

さらにいえば、一方でXがY1に対する退職慰労金一億五〇〇〇万円を贈呈する総会決議を行っていないながら、二次的に詐害行為取消権行使による抹消登記請求を行っていること、しかも被担保債権は将来債権たる損害賠償請求権であること、そのX請求の損害賠償請求金額は八四〇〇万円に留まること等に対しては、若干の違和感を禁じ得ない。損害賠償請求権の有無、金額自体も不確定な未認定段階であり、仮に詐害行為取消権が成立したとしても被担保債権の弁済期到来等も問題となる。控訴審判決においては、無資力要件の継続性、Y1の債務超過等の認定ならびにY1における無資力の認識の有無も判決の中では述べられていない。

客観的にXに対する詐害行為といえるのか、次段階として詐害の意思に関しても、認定するに当たって十分な検討はなされていないといえる。仮に取消請求が認められた場合も、六六〇〇万円はY1の手元に残り、個人資産は上積みされる計算である。判旨においては、従前の被告Y1が原告であるXの経営トップに転じた経緯、Y1の着任時期と相互銀行からの転換時期、Tに対するY1や原告の関係やいきさつなどの認定はされていない。翻ってスジ論として、そもそも詐害行為取消請求を認めるべき案件であったのか、一抹の疑問を留保せざるを得ない。これらの点は、後記で再度検討したい。

4. 損害賠償債務の認識と無資力の認識　そこで、損害賠償債務の認識と無視力の認識の観点から、再度事案の検討を試みる。一審判決は、各贈与時点でY1らに対する責任追及の具体的な手続が開始されたような事情がないこと、引責辞任後に開催された株主総会においてY1への退職慰労金贈呈の決議が可決されていることなどから、各贈与時点で本件融資について損害賠償責任が問われることを認識し得たということとはできないとして詐害意思を否定し、請

求を棄却している。また、「本件融資の金額は八四〇〇万円であつて、原告の不良債権総額に占める割合としては小さいと考えられる」としている。①損害賠償債務の認識、②無資力になるとの認識の各々の有無が争点になり、控訴審では認定している。

先ず、損害賠償債務の認識においては、本件融資の時点で融資の回収不能となる可能性が高いと認識していたと考えられる。この理由として、本件リスケジュールの前提であり、償還財源として想定されていたKホテル事業が事実上頓挫していて、代替償還財源も見込めない状況であることが挙げられる。

その上、①各贈与の時点で融資先の債務者区分が要管理先から破綻懸念先、さらに実質破綻先に変更されていたこと、②贈与が引責辞任の直前に行われていたこと、③金融庁から不適切な融資判断や管理を指摘されていたことを勘案すれば、損害賠償責任を問われる可能性があることを認識していたと認めるのが相当であると控訴審は述べる。

次に、無資力になるとの認識については、退職慰労金の贈呈は贈与時には確定的でなく、Y1は各贈与により無資力になる認識をしていたとしている。ただし、本件贈与時において退職慰労金の支払等を株主総会の決議事項とする旨の取締役会決議はいまだにされていなかった。その上で、④既に平成一九年三月末の時点で本件融資は回収の見込みがない不良債権として償却され、債務者区分は実質破綻先に変更され、⑤Xの同年三月期決算は四期ぶりに赤字となることが確定し、同年二月二七日から金融庁の立入検査が行われていた最中であつたのであるから、本件各贈与が行われていた当時、Y1に対して退職慰労金が支給される客観的な見込みがあつたといふことはできないとしている。また、⑥平成一九年五月一日の取締役会において退職慰労金については金融庁立入検査が終了した後の取締役会で処分状況を勘案して決定する旨を付加して決議することが提案されている。これを含めてようやく退職慰労金の支払

決議が承認された後、株主総会で退職慰労金の具体的内容は取締役会に一任する旨の株主総会決議がされたものである。従って、上記検査の結果次第で退職慰労金の大幅な減額、または無支給もあり得ることが客観的に予測できる状況であったとしている。こうした状況下、Y1は贈与当時に本件贈与によってXに対する損害賠償債務を弁済することができない状態（無資力）になることを認識していたものと認められるとした。

本件における詐害行為は、「無償の贈与」であり、元来、詐害性が強い行為である。また、①から⑥の具体事実から損害賠償債務の認識が存在したとすることができる。従って、債権発生の蓋然性が極めて確実だといえる。また控訴審で平成一九年五月一日および二日の時点で、Y1に対し、七七九万五六一三円の損害賠償債権を有していたと判決されている。

以上のことを考慮すると、控訴審判決でXの詐害行為取消請求を認めた判断は妥当だと考える。近時の詐害行為請求権について判例の流れからも、成立要件を個々案件の総合的・相関的に判断することが求められている。

ただ債務者の無資力要件については、疑義が生じかねない面がある。つまり六月一二日株主総会において、Y1に対し、退職慰労金として一億五〇〇〇万円を贈呈する旨の決議がされているのである。一億五〇〇〇万円の退職慰労金が有効であることを前提とするとき、この事実は、債務者の無資力要件に反するのではないかと考える。既述の通り、債務者の無資力は詐害行為時から口頭弁論最終時まで継続する必要がある。

このことから、詐害行為の具体的事実レベルでは、相関関係説を基礎としている控訴審判決を支持するが、前提状況である債務者の無資力という観点からは、控訴審判決には、にわかに賛同し難い面もある。ただ本件賠償認定額は七七九万五六一三円であるが、太刀川産業に対する実際の回収不能額は、弁済された一六六万五〇〇〇円を引い

ても、二億一六三四万五〇〇〇円残っている。本件賠償額を差し引いても一億三三三四万九三七七円残ることになる。仮定のことであるが、一億五〇〇〇万円の退職慰労金が有効だと前提とするとき、回収不能額を見越して、裁判所が詐欺取消権を認めた可能性もあろうか。

5. 事案の背景と特性 控訴審が詐欺取消権を認めた背景と事案の特性について更に検討を試みる。先述の通り、本件融資の金額は八四〇〇万円と原告の不良債権総額に占める割合としては小さいと考えられることは地裁判決に指摘がある。控訴審では賠償額は案分比例分の返済充当後、さらに七七九万五六二三元と少なくなっている。この点は、詐害行為取消権の行使を逆に否定する方向にもなる要因ではある。

無資力の認識について考察した通り、詐欺取消権行使の要件としての詐害の意思につき、無資力の認識と損害の認識の両方が必要なところ、原審は損害の認識がないことのみ認定している。退職慰労金一億五〇〇〇万円についての言及はあるが、無資力の認識の有無については認定していない。この結果、Y1の詐害の意思を否定している。この点、控訴審判決では共に認定している²²⁾。

無資力の認識は、損害の認識よりも広い概念である。前者は客観性、後者は主観性が強い要因となる。無資力要件については、無資力であるという客観性、即ち詐害行為時から口頭弁論終結時まで無資力が継続することが必要であり、もう一つは主観性としての無資力の認識が必要となる。控訴審判決では、実は無資力であるという客観性は認定されておらず、この状態で無資力の認識を認定していることに若干の疑問なしとしない。

既に述べたとおり、スジ論からは詐害行為取消権行使を認める必然性に乏しく、加えて、無資力要件に関しては継続性を欠き、控訴審のように取消権行使を認めることには直ちに首肯しかねることとなりかねない。それでも控訴審

では、賠償認定額と退職慰労金の金額の突合から、回収不能額を見越して、裁判所が詐害取消権を認めた可能性もある。原審判断の中で事案の特性をみると、X、Y1、訴外T産業の三者につき、先ずT産業とXの長年の取引関係が記されている。⁽²³⁾ XとY1についてはY1が旧大蔵省出身でXへの入行の経緯も述べられている。⁽²⁴⁾ Y1、T産業については、親密な関係として、頭取銘柄であったことが認定されて、Y2とT産業の個人的な親密関係も認定されている。

この三者間の関係に関しては、XとY1との関係ぶりが十分な認定がされていない嫌いがある。即ち、Y1の入行の経緯に留まらず、Xの普通銀行への業態転換以後の業務拡大などにおいて、監督官庁の旧大蔵省から転じてきたY1の果たした事実上の役割が大きかったのかどうか⁽²⁵⁾、それ故に一億五〇〇〇万円の退職慰労金の交付を決議した上で、その金額の内数である被担保債権たる八四〇〇万円の損害賠償請求権に基づく取消請求するという、ややバランスを欠いた請求をしたのかどうか、こうした点の認定が控訴審ではされていない点も、ややもの足りなさを感じるところである。

六．救済融資に関する四国銀行最高裁判決との比較考察

1. 善管注意義務ないし忠実義務違反の救済融資の判断としての相違点 本事案である東和銀行融資賠償訴訟判決と四国銀行事件最高裁判決を比較すると、後者は銀行としての最大限の努力を行ったものの、融資の中止・撤退の引き際の判断を誤るといふ善管注意義務違反であり、一部致し方のないところもある。しかし前者は、審査部門や融資部門などの反対があつたにも拘わらず、取締役ら各個人の都合や私情によつて、融資が強引に決定され、それを元に行き、結局銀行に大きな損害を与えてしまったということからすると明らか善管注意義務ないし忠実義務違反で

ある。つまり、後者よりも前者の方が圧倒的に悪意はがあると推測できる。善管注意義務ないし忠実義務違反に重度というものが存在すると仮定すれば、前者の方が明らかに重い。即ち本事案は、経営判断原則 (Business Judgment Rule) の適用を考察する以前の段階のレベルといえ、控訴審判決では経営判断原則に関する記述がみられないことにも表れている。経営判断原則適用を検討する前段階での、コーポレート・ガバナンス (企業統治) の機能欠如の事例であるといえよう。即ち、四国銀行事件では救済融資が論点の一つであったが、本事案は類似ではあるが融資先が救済の域を超えてそもそも撤退すべき案件であったと位置づけられよう。

2. 四国銀行事件の具体的検討ならびに近接性 他方では、両事案には共通性も存在する。四国銀行事件を具体的に検討し、本件東和銀行事件との比較考察を図りたい。四国銀行事件は、S (株式会社四国銀行) の株主であるZら (上告人、補助参加人の株主) が、S銀行のB社 (闘犬センター) に対する融資について、回収可能性がないにもかかわらず実行されたものであり、融資当時のS銀行取締役らのうち、融資実行の決裁や取締役会での承認決議に関与した取締役には、その決裁等を行った点で、その他の取締役には、監視義務を怠った点で、各々善管注意義務違反があり、各取締役は、融資によりS銀行が被った損害につき旧商法二六六条一項五号の責任を負う旨を主張して、Wら (被上告人) に対して連帯してS銀行に損害を賠償するよう求める株主代表訴訟である。争点は、Wらの善管注意義務違反の有無である (回収見込み判断の合理性)。

改めて事案における融資等の経緯を時系列にまとめると、以下の通りである。

平成八年三月

闘犬興業を行うC経営の土産物店の資金繰りが悪化したため、その個人事業を法人化した会社に対して、九億五〇〇〇万円 (本件県融資) の実行を計画し、実行までのつなぎ

融資をSに要請。

平成八年一〇月一日 C個人とB社に対する融資をSが実行（本件つなぎ融資）。

↳平成九年一月三十一日

平成九年九月三〇日 B社に二億九七〇〇万円融資（本件追加融資1）。

↳平成一〇年三月二日

平成一〇年六月三〇日 B社に一億六五〇〇万円融資（本件追加融資2）。

↳平成一一年三月一日

平成一一年三月 B社の債務者区分が要注意先から破綻懸念先に変更。

平成一一年四月二十八日 B社に三億九三五〇万円融資（本件追加融資3）。

↳平成一二年九月二十九日

最高裁の判断として、本件つなぎ融資について、平成八年三月には闘犬センター事業の取引先の手形が不渡りとなり、同事業の資金繰りが悪化し、Cに同事業を継続させるためには九億五〇〇〇万円もの資金援助を要するような状況にあり、B社は、そのような信用状況にあるC会長の個人事業を引き継ぐために設立されたものであるというのであって、本件つなぎ融資の実行当時、C会長やB社は到底健全な融資先とはいえない状況にあった。このような状況の下で本件つなぎ融資の実行を決裁することに合理性が認められるのは、補助参加人が県との信頼関係を維持する必要があることを考慮しても、本件県融資が実行されることにより、本件つなぎ融資の融資金相当額をほぼ確実に回収することができるかと判断することに合理性が認められる場合に限られるべきである。そして、県の企画部長らが本件県融資に関する文書を作成するなどしていることから、本件県融資の実行により、本件つなぎ融資の融資金相当額を

ほぼ確実に回収することができると判断することには合理性が認められるものというべきであり、善管注意義務違反があるとは認められない。

また本件追加融資1について、当初平成九年五月には本件県融資が実行されるものと見込んでいたものの実行されなかった。しかし、県の本件融資制度に係る審査会に補助参加人から人材を派遣すれば本件県融資を実行するとの意向を示し、補助参加人もB社に派遣し、B社の経営体制の整備が図られた。これらの事情に照らせば、本件追加融資1の開始時点で本件回収見込み判断の合理性が失われていたとまでいうことはできない。

本件追加融資2および3について、平成一〇年五月二一日知事がC会長一族をB社の経営から排除しなければ本件県融資の実行にストップをかけるとの連絡を受けた。そして、商工政策課長から本件県融資について今しばらく時間がほしいと述べられていることから、知事の意向を踏まえてC会長一族の排除に積極的に取り組み、その実現が図られることを期待することは、格別不合理なことではなく、本県回収見込み判断の下に追加融資を続けることもその合理性が直ちに否定されるものではない。他方、県の担当者や補助参加人は、本件つなぎ融資の開始以前から、C会長をB社の経営から排除してその健全化を図ることを前提に、本件県融資や本件つなぎ融資を実行するものとしていたにもかかわらずC会長一族が取締役就任している事情から、一定期間県の対応を見守ることに合理性があるとしても、県の対応によってもC会長一族の排除につき格別の進展が見られない場合にまで、本件回収見込み判断の下、追加融資を続けるときは、本件県融資が実行される可能性も十分見込めないまま、いたずらに回収不能額を増大させるだけであって、その合理性を欠くに至るものといわざるを得ない。また平成一一年三月にB社の債務者区分が要注意先から破綻懸念先に変更されている状況からすると、本件追加融資2については、本件回収見込み判断の合理性を直

ちに否定することはできないが、本件追加融資3については、本件回収見込み判断が著しく不合理であったものといわざるを得ず、本件追加融資3に関しては、善管注意義務違反があったものというべきである。

本件東和銀行事件の判例は、四国銀行事件の判例の影響を受けていると考えられる。共通する争点は、善管注意義務違反の有無である。四国銀行事件では債務者区分や回収見込み判断の合理性を問題としている。四国銀行事件では、B社が平成一一年三月に債務者区分が要注意先から破綻懸念先へと変更されている。また東和銀行事件では、債務者区分が平成一四年九月に要注意先から要管理先へ、平成一六年三月に要管理先から破綻懸念先へ、平成一九年三月に破綻懸念先から実質破綻先へとそれぞれ変更されている。

両判決において、善管注意義務違反と判断した共通の根拠に回収可能性の合理性がある。合理性の具体的な基準を四国銀行事件の判決から考えることができる。回収可能性の合理性とは、追加融資のリスクと全体の回収不能額を減少できる可能性を比較し、追加融資のリスクの方が低ければ合理性が認められるものだと考えることができる。東和銀行事件判決でも、本件リスクジュールによる条件緩和、本件融資回収の必須条件であったKホテル事業が中止されたこと、Mホテル買収計画の消滅、さらにT産業の債務者区分などから、追加融資のリスクが高いため、回収可能性の合理性に適さないと考えられる。

もつとも回収見込み判断の合理性について、四国銀行事件の裁判所の判断において、当事者の信頼関係の維持と融資金相当額をほぼ確実に回収できるかを比較し合理性の有無を判断している。他方で東和銀行事件では、融資の五原則として、安全性、収益性、公共性、流動性、成長性を掲げ、この五原則を基に合理性の有無を判断している。

経営判断原則について鑑みると、経営判断原則とは、判断の前提たる事実認識を不注意で誤ったか、事実に基づく

判断が著しく不合理であった場合は善管注意義務違反とする原則であるが、東和銀行事件ではこの点の判断は避けられていることは述べたが、債務者区分の変更やKホテル事業の中止、Mホテル買収計画の消滅などを考慮すると、T産業の経営状況は悪く、経営判断による免責を検討したところで、本件融資は不合理だと考えられることになる。四国銀行事件の場合、債務者区分の変更やC会長一族の排除が不可能であった事実から本件追加融資3の実行は不合理であると考えられる。最高裁は、追加融資の一部について、当時の訴外会社の債務者区分が要注意先から破綻懸念先に変更されていること、そのような状況の下で、ほとんど回収見込みのない追加融資を実行することは、単に回収不能額を増大させるだけで、全体の回収不能額を小さくすることにつながるものとはいえないとし、追加融資の一部については、決裁関与取締役の本件回収見込判断は、著しく不合理であったと判断している。「著しく不合理」の判断を下している点で、東和銀行事件の原審に近接性を持っている。経営判断原則に関しては、後掲する。

二つの事件は、経営判断原則や融資原則の適用の相違の面で定かでなく、その意味では直接的に繋がりを持つものではないが、そもそもの案件の性質の相違によるものともいえ、東和銀行事件は、債務者区分の変更や回収見込み判断の合理性を問題とした四国銀行事件と共通性があり、裁判所の判断として、東和銀行事件の判例は四国銀行事件の判例の影響を受けているとも考えられる。東和銀行事件と四国銀行事件における追加融資の回収可能性の合理的判断に関しては、後掲で改めて論じたい。

七・北海道拓殖銀行事件判決、拓銀カブトデコム事件判決との比較検討

1. 拓銀カブトデコム事件判決との比較 最判平成二〇年一月二八日判時一九九七号一四八頁（拓銀カブトデコム事

件)は、「当時の状況下において、銀行の取締役に一般的に期待される水準に照らし、著しく不合理なものといわざるを得ないとして、銀行の取締役としての忠実義務、善管注意義務違反があり、損害賠償責任を負うと判示していたが、東和銀行融資賠償訴訟の第一審判決、控訴審判決においては、「融資業務にあたって銀行の代表取締役が負うべき忠実義務、善管注意義務の違反があった」としている。

もつとも、本件第一審では、既述の通り、「Y1は、本件融資金が回収不能となるおそれが高いことを十分に認識しながら、実質的に経営破綻状態にあるT産業に対し、審査担当者等の反対を押し切って本件融資を承認し実行させたというべきであつて、原告の指摘する融資原則に反することはもとより、その判断は、銀行の取締役(特に代表取締役頭取)が融資業務上果たすべき注意義務に反し合理性を欠くというほかない。よつて、Y1は、本件融資に関し、取締役としての忠実義務ないし善管注意義務に違反したものと認めるのが相当であるから、これによつて原告が被つた損害を賠償する責任がある。」「Y2は、正しく本件融資がKホテル事業断念のための見返り融資といえることを了知しながら、回収可能性等を等閑視し、原告に生じうる損害を考慮せず、専らT産業の利益を図つて本件融資を促したのである。したがつて、Y2は、当時は役付きの業務推進部長ないし営業統括部長であり、本件融資について決裁権限を有しなかつたとはいえ、回収不能となるおそれがあることを十分に認識しながら、そのような事態が生じることを回避する措置をとらず、かえつて、関係者に対し積極的な関与、働きかけを行ったのであるから、銀行の取締役としての融資業務上の注意義務に違反したというべきである。以上によれば、Y2の行為は、Xの指摘する融資原則に反することはもとより、銀行の取締役が職務上果たすべき注意義務に著しく違反したものであるといふほかない。よつて、Y2は、本件融資に関し、取締役としての忠実義務ないし善管注意義務に違反したものと認めるのが相当である

から、これによつて原告が被つた損害を賠償する責任がある。」としている。

私見であるが、Y1とは異なり、被告Y2には「注意義務に著しく違反した」と認定している。「著しく」の文言が、後述の判例における経営判断原則の適用を思料した上でのことであるのか、Y2においてはY1のような経営トップたる頭取ではなく、経営判断原則適用も一応考慮し、Y1とは判断枠組みを変えているのか、この点は定かではない。控訴審では、Y2に関しては、「本件融資について取締役としての忠実義務、善管注意義務違反があつたというべきである」とし、「著しく」の文言によるスクリーニングなく、直接に注意義務違反を認める。この点で、控訴審は、破綻懸念先でなく回収可能性があり、経営判断原則による免責を主張した被告に対して、両被告共に適用は全く問題にもならない旨を徹底したととれようか。

2. 北海道拓殖銀行事件判決との比較 次に、東和銀行融資賠償訴訟の第一審判決においては、最決平成二十一年一月九日刑集六三卷九号一一一七頁（北海道拓殖銀行事件²⁶）が「融資業務に際して要求される銀行の取締役の注意義務の程度は一般の株式会社取締役の場合に比べ高い水準のものであると解さ」れるとしたことを踏襲している。即ち、「株式会社取締役は、会社から委任を受け会社に対して善管注意義務および忠実義務を負うところ、銀行の取締役については、銀行業が広く預金者から資金を集め、これを原資として企業等に融資することを本質とする免許事業であること（銀行法四条）、銀行業務の公共性や社会的信頼にかんがみると（同法一条）、銀行の取締役は金融取引の専門家であり、その知識経験を活用して融資業務を行うことが期待されている反面、銀行が破綻し、あるいは経営危機に瀕した際には、社会一般に広範かつ深刻な混乱を生じさせることなどを考慮すれば、融資業務に際して要求される注意義務の程度は一般の株式会社に比べて高い水準のものが要求される。したがって、銀行の取締役が融資業務を行う

に当たっては、元利金の回収不能という事態がなるべく生じないように融資先の経営状況、資産状態等を調査、検討し、その安全性を確認して融資を決定し、原則として担保を徴求するなど相当な保全措置をとる義務があり、一方で継続的な貸借取引において回収不能という事態が生じるおそれがある場合には、当該融資による回収額の増加の見込みの有無、程度、その変動要因の有無、程度等を勘案して、いつの時点で融資打ち切るのかなどを検討し、当該融資を実行した方がそれ自体回収不能となる危険性を考慮しても、既存の融資を含む融資全体の回収不能額を小さくすることができるとして、そのように判断したことについて合理性が認められる場合に限りて融資を決定することが許される。また、融資の決裁権限を有しない取締役については、回収不能と言う事態が存することを予見し得た場合には、これを等閑視することなく、決裁権限を有する取締役に対しその旨を伝えるなど、必要かつ適切な手段を講じて当該融資を承認又は執行しないよう監視、監督する義務がある。」と述べる。

しかしながら、本件控訴審判決はこの点については言及していない。本件は、銀行取締役の善管注意義務が一般事業会社に比して加重されるか、の判断に関係なく、仮に一般事業者の取締役を想定しても善管注意義務が尽くされていなかったことが明白だからと判断したものといえよう。私見であるが、北海道拓殖銀行事件では特別背任罪が問われ、経済犯罪として責任を加重することを明白にする意味合いもあつたのであろうか。

本件の原審・控訴審共に、融資業務における銀行取締役に関する善管注意義務および忠実義務を認定した点では、拓銀カブトデコム事件等と整合するが、その理由づけとして経営判断原則違反を問題にもしていないことが少なくとも控訴審では窺えることになる。第一審では、「著しく」の文言があるため、微妙な面はあるが、詳細に経営判断原則違反の検討をしている節は見当たらない。また銀行取締役の責任加重に関しては、控訴審では言及自体が消えてい

る。従って、原審に比して控訴審では損害賠償金額の減額はされたものの、その判断枠組みではより厳格かつ直裁的に被告の責任追及を図っているといえようか。

八・追加融資の限界点の考察

追加融資の限界点は、その融資が不良債権（回収不能な元本・利息もしくは延滞した貸金などの債権）と判断できるときであり、融資の回収可能性を導く要件や事実と回収不能を導く要件や事実を比較考量し、後者が前者を超えている判断できるときである。

四国銀行株主代表訴訟事件において、限界点を述べるとすれば、四国銀行が資産査定を実施し、株式会社の債務者区分を要注意先から破綻懸念先へと変更した、いい換えれば、この株式会社は破綻する危険性があると判断した平成一一年三月末であるといえよう。その以降の融資は、株式会社の破綻の危険性が高く、回収可能性が著しく低いと社会通念に照らし合わせても判断できることからしても、金融機関に携わるものがそういう判断ができないということはないので、合理性はなく、著しく不合理であると述べることができる。

本件東和銀行事件においても、限界点は、T産業の資産査定において債務者区分を、T産業の赤字の影響は子会社などの影響にして、実際の資産状況とは異なる、より甘い段階に留めてしまったときであるといえることができる。追加融資の限界点については、メインバンクとしての従前の取引状況、あるいは融資金額が逆に巨額になり、融資先の破綻が自行の経営に影響するなどの諸要素もあるが、後者についてはだからこそ、英断を持って融資を打ち切るべきともいえる。中・長期経営計画によって明らかに経営改善が目されている場合など、正常な融資判断の範疇に入る

場合もあることは、当然のことであり、総合的な判断になるが、その場合でも判断の重要な要素となり得るのは、債務者の資産査定に係る情報などの客観的要件である。これ自体、判断が入っており、純粋な客観的な要件といえるかも疑問なしとはしない。

九．融資原則の考察―融資決済における銀行取締役の注意義務―

1. 融資原則 融資の審査における回収可能性の検討は、程度の問題であり、融資原則は実務上の概念であるため、場面によって意味することに違いがみられることもある。札幌地裁平成一四年一二月二五日（拓銀カプトコム事件第一審判決）では公共性、確実性、収益性、流動性の四つを挙げている。金融機関は、融資に対して迅速かつ的確に対応し、融資を行う企業の実態把握、資金使途の確認、所要資金の算定、返済財源の確認、返済期間・方法などの検討をしなければならない。そこで、原告は、融資の五原則として、銀行法第一条を根拠に、公共性（情実融資の禁止等）、確実性（回収の確実性）、収益性、流動性（自行の特性および経済情勢に応じた融資）、成長性を掲げている。

東和銀行事件においても原告は融資の五原則として、安全性、収益性、公共性、流動性、成長性を掲げる。第一審・控訴審共にこの点の言及はないが、それでは東和銀行事件が融資の五原則に反するものであったかを改めて検討すると、先ず平成一五年一〇月二九日の役員昼食会において、Kホテル事業を中止させるべきとの意見が多数を占めたため、T産業にKホテル事業の中止を要請したところ、T産業は、Kホテル事業計画を断念する代わりに、建築計画に伴って設計費用がかかっているとして本件融資をするよう求めている。このことから本件融資は、Aホテル改修費用を口実とした見返り融資と考えられ、社会的必要性に欠けるため、公共性の原則に反すると考えられる。また被

告は、平成一五年一〇月二七日までにKホテルの構造をビジネスホテルに変更し、Kホテル事業は形式も実態もビジネスホテル経営として存続しているため、本件融資は見返り融資ではないと主張している。しかしT産業はビジネスホテルを経営したことがなく、経営のノウハウもなかったということやビジネスホテルとしての営業利益の見積もりがホテルの稼働率を高目に設定したり客室設備に付加価値を持たせるなどした明確な根拠に欠けた算出結果であったという事実から考えると、仮に本件融資が見返り融資ではないとしても、ビジネスホテルとして利益を得る可能性は低いと考えられ、安全性の原則や収益性の原則に反すると考えられる。

次に、東和銀行とT産業の関係について、Y1（当時の代表取締役）と親密な関係にある取引先を頭取銘柄と呼び、頭取銘柄については融資を可とする結論が稟議に先行していて、人事権を掌握していたY1の恣意的な人事により、実質的な審査を差し控える風潮が生じ、常務会が形骸化しており、T産業も頭取銘柄の一つであった事実から、本件融資はY1とT産業との間に個人的な親交があり、客観的な判断に欠けているため公共性の原則に反すると考えられる。こうした各々の親密な関係については、後述したい。

2. 融資決済における銀行取締役の注意義務に関する判例理論 融資決裁における銀行取締役の注意義務は、融資申込先の銀行の債務者としての適格性の審査、当該申込先に関する企業調査を通じた信用状態の審査、当該融資案件自体に関する審査、銀行全体の信用リスクの統制の四つの側面に分けて認識できるとされる。²⁷

本事実においては、融資原則が主張されているが、札幌地判平成一四年一二月二五日（判例集未掲載）（拓銀カブトデコム事件第一審判決）も同様に、「このような銀行の公共性に鑑みて、従来から、その重要業務の一つである融資（貸付）は、公共性の原則（利害関係に立脚した情実融資の禁止等）、確実性（安全性）の原則（回収が確実な融資の実行）、収益

性の原則（銀行にとって収益のある融資の実行）、流動性の原則（自行の特性、経済情勢に応じた融資の実行）等の下に行われるべきであるとされており、拓銀における貸出業務取扱規定も、以上の四原則に従った融資の励行がなされるように定められているものと解される。そして、拓銀の投融資会議や経営会議のように取締役による審議により融資の可否・金額・融資条件等が判断される際にも、上記四原則が順守されるべきは当然であり、銀行における健全経営の確保の趣旨に照らすと、とりわけ融資についての確実性と収益性の判断は合理的になされるべきである。」と判示し、元本回収の確実性を重視する判断を示している。そこで、融資決済における銀行取締役の注意義務について、具体的にこれまでの判例の内容を検討していきたい。

第一に、地方裁判所の判例では、東京地判平成一四年一〇月三一日判時一八一〇号一一〇頁（国民銀行事件）で、「銀行の取締役は、融資の判断にあたっては、リスクを勘案の上、当該融資により合理的な利益を期待し得る場合のみ融資を行うべきであるが、不特定多数から借り入れた資金を他に融資するという業務の特殊性および金融システムの根幹を担うという公共性からして、引き受けるリスクにはおのずと限度があるというべきである。」とし、「融資から期待される利益の検討のみならず、融資の持つリスクを的確に分析・評価し、その適正化を図ることが必要である。」と判示する。即ち、銀行の引き受ける信用リスクには限界があり、銀行取締役には、信用リスクの統制が求められるとする。

東京地判平成一六年三月二六日判時一八六三号一二八頁（日債銀ジェイ・トップ事件）は、「本件融資から得られる利益と本件融資に伴う危険とを的確に把握した上で、本件融資が適法、適切であるか、本件融資に伴う危険に応じた適切な債権保全措置が採られているか等の観点から本件貸出申請の可否ないし本件融資の可否の判断を行うべき注意義

務があつたものというべきである。」と判示しており、費用便益分析の実施、当該融資の信用リスクに応じた適切な保全措置を講じることを求める。

大阪地判平成一六年七月二八日判タ一一六七号二〇八頁（幸福銀行事件）では、「貸出業務等の与信業務を行うに当たっては、信用リスクを適切に管理し、安全な資金運用を行うことが求められている」と判示し、銀行取締役に健全な融資運営を求める。高知地判平成一七年六月一〇日資料版商事法務二六〇号一九四頁（四国銀行事件）も同旨である。前掲・札幌地判平成一四年一二月二五日（拓銀カプトコム事件第一審判決）も同様に、元本回収の確実性を重視する判断を示している。

第二に、高等裁判所レベルの判例では、札幌高判平成一八年三月二日判タ一二五七号二三九頁（拓銀ミヤシタ事件控訴審判決）は、「銀行の取締役が融資判断をするに当たっては、一面において、利息収入、取引機会の拡大、既存融資の回収可能性の増加等の融資から得られる利益を最大期待し、他面において、融資先の倒産等によって回収不能になるなどの融資の持つ損失のリスクを極力回避しようとするものであり、専門性と将来予測を伴う総合判断が要求されるから、その裁量の幅は、相当広くなり得るといふべきである。しかし、他方、前記のとおり、銀行業務の公共性および不特定多数から借り入れた資金を他に融資するという特殊性からすれば、銀行が引き受けることのできるリスクにはおのずと限界があるといふべきである。」と判示する。札幌高判平成一八年三月二日（判例集未登載）（拓銀ソフィア事件控訴審判決）も同旨である。

同日同一裁判官により判決が下された札幌高判平成一八年三月二日判時一九四六号一二八頁（拓銀エスコリース事件控訴審判決）は、「銀行の取締役が融資判断をするに当たっては、一面において、利息収入、取引機会の拡大、既存融

資の回収可能性の増加等の融資から得られる利益を確保、拡大することが期待されているが、他方、銀行の健全経営の確保、預金者等の保護の観点からすると、銀行の取締役が融資の可否を決するに当たっては、確実性（安全性）の原則（回収が確実な融資の実行）および収益性の原則（銀行にとって収益のある融資の実行）を道守することが要請されているのであって、これらの原則および前記の銀行業務の公共性から銀行の取締役の裁量の幅は制限されるものといふべきである。」と判示する。裁量の幅が限定される根拠として、確実性の原則などの融資の基本原則と銀行業務の公共性に求める点で、拓銀ミヤシタ事件控訴審判決とは異なる判断を示したものである。私見であるが、公共性を重視した点では、本事案の参考となろうか。

第三に、最高裁判例では、平成九年経営破綻した北海道拓殖銀行旧経営陣に対するRCC（整理回収機構）の三件の損害賠償請求事件につき二〇〇八年一月二八日最高裁判所第二小法廷判決がある。一件は、旧商法二六六条一項五号に基づく損害賠償請求権の消滅時効期間に関する判断が示され、²⁸残る二件は融資決裁における銀行取締役の善管注意義務および忠実義務の違反に関するもので、この問題に関する初の最高裁判例である。二件の判例について最高裁判所は銀行取締役が融資を決裁する際の一般的な注意義務について判示しておらず、あくまでも当該融資を決裁する際の善管注意義務および忠実義務の違反の有無について判断を示した事例判決と評価せざるをえない。この意味では、本事案の控訴審判決と親和性がある。

最二小判平成二〇〇一年一月二八日（判時一九九七号一四三頁・判タ一二六二号六三頁・金判一二九一号三三頁・金法一八三八号四八頁―拓銀栄木不動産事件最高裁判決）において、最高裁判所は次のように判示してRCCの請求を認める。「本件追加融資は、このように健全な貸付先とは到底認められない債務者に対する融資として新たな貸出リスクを生じさせ

るものであるから、本件過振りの事後処理に当たって債権の回収および保全を第一義に考えるべき被告らにとって、原則として受け容れてはならない提案であったというべきである。それにもかかわらず、本件追加融資に依る判断に合理性があるとすれば、それは、本件追加融資の担保として提供された本件不動産について、仮に本件追加融資後にその価値が下落したとしても、その下落が通常予測できないようなものでない限り、本件不動産を換価すればいつでも本件追加融資を確実に回収できるような担保余力が見込まれる場合に限られるというべきである。：本件追加融資決定時において、本件不動産は、本件追加融資の担保として確実な担保余力を有することが見込まれる状態にはなかったというべきである。：そうすると、栄木不動産に対し本件不動産を担保とすることを条件に本件追加融資を行うことを決定した被告ららの判断は、：著しく不合理なものといわざるを得ず、被告らには取締役としての忠実義務、善管注意義務違反があったというべきである。」

最二小判平成二〇年一月二八日（判時一九九七号一四八頁・判タ二二六二号六九頁・金判一二九一号三八頁・金法一八三八号五五頁―拓銀カブトデコム事件最高裁判決）では、最高裁は原判決のRCC敗訴部分を破棄し、第一融資および第三融資とも、RCCの請求を認める判断を示した。第一融資については、「銀行が融資先の関連企業の業績および株価のみに依存する形で一九五億七〇〇万円もの巨額の融資を行うことは、そのリスクの高さにかんがみ、特に慎重な検討を要するものというべきである。：融資先が弁済期に担保株式を一齐に売却すれば、それによって株価が暴落するおそれがあることは容易に推測できたはずであるが、その危険性およびそれを回避する方策等について検討された形跡はない。：拓銀が当時採用していた企業育成路線の対象としてカブトデコムを選択した判断自体に疑問があるといわざるを得ないし、：あえて第一融資のようなリスクの高い融資を行ってカブトデコムを支援するとの判断に合理性

があつたとはいひ難い。そうすると、第一融資を行うことを決定した被上告人らの判断は、第一融資が当時拓銀が採用していた企業育成路線の一環として行われたものであつたことを考慮しても、当時の状況下において、銀行の取締役が一般的に期待される水準に照らし、著しく不合理なものといわざるを得ず、被上告人らには銀行の取締役としての忠実義務、善管注意義務違反があつたといふべきである。」と判示した。第三融資に関しては、「第三融資はその大部分につき当初から回収の見込みがなかつたことは明らかである。：エイペックス事業自体の採算性について大きな疑問があり、中長期的にも、エイペックス事業を独立して継続させることにより第三融資に見合う額の債権の回収が期待できたといふことはできない。：第三融資は、カブトデコムを再建、存続させるためのものではなく、もはや同社は存続不可能との前提でその破たんの時期を数か月おくらせるためのものにすぎなかつたのであるから、第三融資を実行してカブトデコムを数か月延命させたとしても、それにより関連企業の連鎖倒産を回避できたとも、共同信用組合の破たんおよび拓銀に対するその支援要請を回避することができたとも考え難い。したがって、関連企業の連鎖倒産のおそれや共同信用組合の破たんにより拓銀にその支援要請が来るおそれがあつたことをもって、第三融資を行うとの判断に合理性があるといふことはできない。そうすると、第三融資を行うことを決定した被上告人Y1および同Y2の判断は当時の状況下において、銀行の取締役が一般的に期待される水準に照らし、著しく不合理なものといわざるを得ず、被上告人Y1およびY2には銀行の取締役としての忠実義務、善管注意義務違反があつたといふべきである。」と判示した。私見であるが、銀行取締役の注意義務を一般事業会社の水準とは区別し、かつ「著しく」の文言がある点では、本事実の控訴審判決とは異なるものといえよう。

拓銀栄木不動産事件の二件の融資は、銀行の内部事故を糊塗するための融資である。当日他券過振りは、当日入金

の他店券を見合いとする稟議手続を踏まない翌営業日までの当座貸越であり、通常は他店券が決済されて貸越が解消されるが、本件では連日繰り返され、四八億四〇〇万円もの巨額に達した事案であり、通常起こりえない銀行の内
部事故に起因する融資で、しかも見合いとなった他店券は売上回収にかかる小切手・手形でなく、栄木不動産振出し
の小切手で当日他券過振りの対象とはなりえないものである。巨額の当日他券過振りが副支店長により連日繰り返さ
れ、拓銀の内部統制システムに重大な欠陥があったもので、内部事故により銀行が被る損害が不祥事として表面化せ
ず、通常融資に切り替える行為自体が問題と考える。行員の巨額の使い込みを同人への融資として処理すること同
視できる事件といえる。最高裁は、銀行取締役の責任の根拠につき、結局十分な担保を徴求しなかったことに求め、
十分な担保さえ徴求すればいかなる融資決裁も認められることになりかねない点に、銀行実務上の問題が残りがねず、
また銀行取締役の融資の注意義務を銀行に損害を与えない義務と置換し、担保徴求義務として矮小化しかねない。他
方で、拓銀カブトデコム事件最高裁判決は、巨額の融資金額のため銀行に生じた損害も大きく、取締役の対会社責任
を限定すべき立場からは、最高裁が元取締役の対会社責任を認めた点について、取締役に厳しい責任を課することに
疑問を呈する見解もある³⁰。しかし、預金者に対して元本保証を表明した預金を原資として融資が行われ、融資判断に
は厳格さが求められる。バブル期の融資とはいえ、第一融資は、融資先中核企業発行の株式のみを担保としており、
担保取得に關しても疑問がある。また二年分利息を含めて融資し、そもそも融資先企業の収益では弁済できないこと
を当初から銀行が認め、回収は主として担保処分によることを予定したともいえる。右肩上がりの経済を前提とする
杜撰な融資と評価される。第三融資は、融資先のリゾート開発事業と拓銀が一体化し、銀行法一二条の他業禁止規定
の趣旨からは、そもそも融資先との関係のあり方自体に問題があった事案であり、厳正な融資審査を実施できるはず

もない。最高裁は、融資決裁における銀行取締役の注意義務に関して、あくまでも個別融資における義務違反を認め、融資決裁における銀行取締役の注意義務違反に関する一般的判断基準は示してはいない。但し、二件の最高裁判決は、原審の結論を覆し、取締役責任を認める厳しい判断を示している点は強調されるべきであろう。

3. 銀行取締役の高度注意義務を巡る理論 銀行取締役の注意義務を高度注意義務とする見解が提唱される⁽³¹⁾。高度注意義務とする根拠は、銀行法上の銀行経営の健全性維持の要請、預金者保護の必要性や専門家責任との類似性などで、具体的な内容として銀行取締役に慎重な判断を求める。一方、注意義務の高低を議論する必要はなく、注意義務の内容を議論すべきとの見解⁽³²⁾、預金者等の関係で高度な注意義務が肯定できても対株主（会社）の注意義務も高度になることが明らかでないとする見解⁽³³⁾が唱えられる。

近時は銀行負担のリスクと銀行取締役の経営判断の裁量の観点から銀行取締役の注意義務を説明する見解もある。銀行取締役に慎重な調査・検討、リスクの小さい意思決定が求められ、一般企業の取締役より裁量の幅が狭くなるとする見解⁽³⁴⁾、金融監督法の金融機関経営の健全性維持の要請が会社法にも反映され、融資等の業務執行の判断において一般事業会社の経営者に比べリスク回避が求められるとする見解⁽³⁵⁾、経営の健全性および安全性に格段の配慮を払うことが求められるとの判例を支持する見解もある⁽³⁶⁾。銀行の経営破綻に関して、銀行取締役は特別法上銀行を破綻させない義務を負うとする見解⁽³⁷⁾、銀行を一般企業より健全かつ安定的に経営するという特殊な義務が生じるとする見解⁽³⁸⁾、銀行法一条一項の規定する預金者保護と金融の円滑を踏まえ、破綻をしないような銀行業務の運営が求められるとする見解⁽³⁹⁾がある。

最二小判平成二〇年一月二八日（拓銀栄木不動産事件最高裁判決）以前は、銀行法により銀行に課された経営の健全

性維持の要請に基づき、銀行取締役は業務の執行に際して、より慎重な判断、よりリスクを避けることが求められるとするのが多数説とみられる。近時は、他方で、①会社が事業の特徴を踏まえて経営されるべきは当然であって、事業の公益性に基づいて取締役に重い義務と責任を課すると考える必要はない、②銀行法上の規制を取締役の法令遵守義務とみて注意義務に反映させるのであれば、信用秩序の維持や金融行政の運営上の政策的考慮を銀行取締役の裁量に反映させなければ均衡を失する、との指摘もされる⁴⁰。各々の業や株式会社は、他からみれば全て特殊であり、銀行だけを特別なものとみる必要はなく、銀行取締役の義務や責任を厳格化して裁量の幅を限定する解釈は、銀行経営上の制約要因となるだけとの認識が根底にあると思われる。取締役の経営判断における裁量の幅が業界、会社規模により差が生じることは当然で、金融機関の取締役として責任の厳格化に結びつけることなく、個別・具体的な事案に即した判断が必要とする指摘もある⁴¹。

私見であるが、東和銀行控訴審判決は銀行取締役の注意義務に関する一般論を示しておらず、即ち、北海道拓殖銀行の旧経営陣に対するRCC提訴による二件の二〇〇八年一月二八日最高裁判所第二小法廷判決を踏襲した考え方に立つものとも捉えられようか。

下級審判例においても、銀行取締役が厳格な注意義務を負うことを否定するものがある。静岡地判平成一九年九月二二日（平成一五年（ワ）第一二三号）判例集未登載（中部銀行事件）は、「取締役の善管注意義務等は、個々の会社の具体的な業務内容その他の事実関係の下で個別具体的に判断されるべきものであるから、業務内容が異なる銀行と一般の会社とを比較してそれぞれの取締役の注意義務の程度の軽重を抽象的に論じることには意味はなく、本件で問題とされている被告らの善管注意義務等違反の有無は、本件支払承諾および本件各手形貸付けがされた各時点における中部

銀行の経営状況その他同行を取り巻く諸情勢を踏まえ、被告らが銀行の取締役としてどのような注意義務を負担していたのかの問題に帰着する。」と判示する。個別・具体的な事案に即した判断の必要性を強調する学説に近い考えを示したものとみられる。こうした考え方に立つ場合、一層のこと、具体的注意義務の基準を示すことが重要性を持つ。この点は、後述の融資原則の関連で述べてみたい。

一〇・銀行取締役の注意義務基準に関する米国と我が国の比較法的考察

事例判決となる最高裁判例を除き、我が国判例は銀行法上の預金者保護、銀行経営の健全性維持の要請を根拠に銀行取締役の注意義務を厳格なものと捉える傾向がある。⁽⁴²⁾

従前の判例の検討として、銀行は預金を原資とし、業として融資を実行するため、原則として融資には確実な回収可能性がなければならず、融資実行により合理的な利益が期待できなければならない。リスクのない融資は存在せず、銀行取締役は預金者に対する預金返還債務を確実に履行できるように安全かつ健全な資金運用を基本としつつ、負担する信用リスクを分析・評価して適用金利を設定し、適切に保全措置を講じるとともに、銀行全体の信用リスクを統制し適正化を図り、負担範囲を超える信用リスクを含む融資は否決することが求められる。また銀行が融資の相手方につき、当然ながら、銀行の債務者としての適格性について調査・判断しなければならない。銀行の債務者としての適格性は、銀行業務の公共性から、一定の制約がある。以上から、既述の通り、融資決裁における銀行取締役の注意義務は、融資申込先の銀行の債務者としての適格性に関する審査、当該申込先に関する企業調査を通じた信用状態に関する審査、当該融資案件自体に関する審査、銀行全体の信用リスクの統制の四つの側面から認識できよう。⁽⁴³⁾

米国においては、銀行取締役の注意義務をめぐる判例は、金融機関の破綻が続けば注意義務の基準を引き上げ、それが落ち着けば緩やかに解しており、周期的に循環する傾向の见られることが指摘されている。⁴⁴

我が国では、近年金融機関の不良債権処理問題も一段落し、金融システムは安定しているようにみえるが、二〇〇八年九月リーマン金融危機や欧州債務危機など世界的な金融危機の中で、米国ドッド・フランク法⁴⁵やバーゼルⅢ⁴⁶など新たな国際的金融規制の強化⁴⁷が図られる現在、銀行取締役の注意義務の基準を緩和する解釈をとることの是非は問われることになろう。関連する米国との比較法的考察については後述したい。

一一・銀行取締役の高水準の注意義務に関する考察

1. **銀行取締役の高水準の注意義務** 銀行取締役の高水準の注意義務に関して、関連判例も含め、改めて検討したい。東和銀行事件第一審判決は、既述の通り、銀行の取締役の善管注意義務、忠実義務に関し、銀行法四条（免許事業）、一条（銀行業務の公共性等）、金融取引の専門家としての融資業務遂行の期待、銀行が破綻した場合の社会的影響などの要素を挙げ、銀行の取締役に対し「融資業務に際して要求される注意義務の程度は、一般の株式会社における取締役の場合に比べて高い水準のものが要求される」との見解を述べる（第三の二⁴⁸）。最三小決平成二一年一月九日刑集六三卷九号一一一七頁（北海道拓殖銀行事件）における銀行取締役の注意義務の水準の説示を踏襲したものと見える。

銀行取締役は一般株式会社の取締役より高水準の注意義務が要求される点については既に述べたが、学説には金融機関の取締役といっても、一般の事業会社の取締役より注意義務の程度が高いとは考えられないとするものもある。⁴⁹

米国では一九三四年ブロデリック対マーカス事件のニューヨーク州裁判所判決において、「銀行取締役は他の一般事業会社の取締役より、より注意深く判断する義務を負う」とされ、理由として、銀行取締役は「預金者の資金が安全にかつ注意深く運用されているか監視する責任がある」と判示する。

北海道拓殖銀行事件最高裁決定以前のもので、札幌地判平成一六年三月二六日（判例タイムズ一一五八号一九六頁）判決で、「銀行は、営利性に基づき、株式会社としての利潤の追求を図るだけではなく、公益性の観点から、広く大衆から受け入れた莫大な資金を社会的に有益な事業等に運用していくことも期待されているのであり、銀行法は、このような銀行業務の公共性に鑑み、宣言的に上記目的を掲げたものと解される。したがって、銀行の取締役は、このような銀行法の目的に反することのないようにその職務を運行していくことが職責上要請されているということができ、その限りにおいて、他の一般の株式会社における取締役の注意義務よりも厳格な注意義務を負い、そのことによつて、経営判断における裁量が限定されるような場合もあり得るといふべきである」との見解が示される。経営判断原則適用も前提にしていると史料されようか。私的利益の調整を目的とし、株主利益の最大化を基本とする会社法と、金融機関の健全性を守り、取付などを防止し、経済全体のインフラとしての決済システムを守ることに主目的がある銀行法など金融監督法との関係も視野に入れる必要がある⁵⁰。

学説においても、金融機関の公共的役割等から、経営者は一般の事業会社の経営者よりも重い注意義務を負うとする研究が公表され、さらに金融監督法との関連において金融機関経営者の注意義務を論じることが指摘されている。岩原紳作教授は、銀行法や金融検査マニュアルがコーポレート・ガバナンスに介入する規定を設けたのは、銀行監督手法として、私企業である銀行の自主的なコーポレート・ガバナンスの中に、リスク管理その他、監督目的を達成す

る仕組みをビルトインしたもので、規制のコスト・パフォーマンスを上げる上では極めて有効で、私人による法のエンジニアリングの活用例と述べられる。^{⑤1}

本件東和銀行事案については、第一審判決・控訴審判決の認定事実を前提とする限り、銀行取締役の高い水準の注意義務を持ち出すまでもなく、Y1およびY2に著しい忠実義務、善管注意義務違反が認められることは明らかであるといえよう。現に控訴審判決は、銀行取締役が求められる注意義務の水準について格別に論じていないが、Y1につき「融資業務にあたって銀行の代表取締役が負うべき忠実義務、善管注意義務の違反があった」と述べ、Y2につき「銀行の取締役としての業務の執行に關し積極的に会社に損害を与えるおそれがある行為を行ったものとして、取締役としての忠実義務、善管注意義務違反がある」と述べ、水準論は別としても、銀行取締役に特有の注意義務が觀念されることは前提として^{⑤2}いるとの指摘もあり得よう。この点では、判決が特有の注意義務を念頭に置いているかにつき、議論となるであろうか。いずれにしても、一般的な株式会社における注意義務レベルですら、事案における被告の義務違反は明白である。

2. 高水準の注意義務と事案の特殊性 本件は株主代表訴訟でなく、銀行であるX自らの提訴であるが、控訴審判決が補正・引用する第一審判決によれば、Xは平成一九年三月期決算において四期ぶりに赤字となり、同年二月二十七日から六月二十日までに金融庁の立入検査を受け、同年八月二四日特定与信先について債務者の実態から乖離した不適切な融資判断や融資管理が行われた事例が認められ、背景には一部に代表取締役Y1の主導・関与が認められるなどを理由に、経営管理態勢および法令遵守態勢が極めて不十分との検査結果通知を受け、さらに同年一〇月一二日付けで関東財務局から、銀行法二六条一項に基づき、問題の原因となった経営責任の明確化（客観的な検証体制の構築および

び過去の事案に問題があった場合の改善措置、責任追及を含む）などを内容とする業務改善命令を受けるに至ったことから、株主代表訴訟提起を待つまでもなく、Xが本件訴訟を提起したのも当然ということになるのであろう。本事案に関しては、こうした銀行取締役の高水準の注意義務の議論はさほどの影響を持たないともいえる。

十二．信頼の法理と高度注意義務に関わる考察

第一審の争点一におけるY1らの主張において、取締役の信頼保護のルールが述べられる。第一審・控訴審判決においては、特段この点に関する言及はされていないが、当然に注意義務違反を認めているものであろう。以下では、信頼の法理について付言してみたい。

銀行では稟議制度を用いる意思決定システムが採られ、銀行取締役が融資審査の作業を自ら直接全てを行うことは善管注意義務の内容ではない。⁵³ 経営組織を編成し組織的に銀行業務を遂行しており、銀行取締役は経営組織体制の下で融資業務を執行すればよい。会社法では、内部統制システム（会社法三四八条三項四号・会社法施行規則九八条、会社法三六二条四項六号・会社法施行規則一〇〇条、会社法四一六条一項一号ロ・会社法施行規則一二二条）が構築されていけば、取締役は構築された内部統制システムが健全に機能することを信頼して日々の業務を執行することができる。⁵⁴ 具体的に、決裁権限を有する融資案件について、提出された稟議書を対象に審査を実施し決裁することが銀行取締役の職務の内容となる。原則として、担保評価を含め直接調査に当たり稟議を起案し、担保徴求などを含む融資実行手続を履践することは職務内容とならず、こうした作業は融資先を管理する営業店担当者の職務である。

銀行取締役が職務執行する際には、信頼の原則が妥当する。同原則は、経営判断原則同様に、米国判例法により発

展してきた考え方である。⁽⁵⁵⁾

我が国において同原則について判示するものに東京地判平成一四年四月二五日判時一七九三号一四〇頁（長銀初島事件）があり、「取締役の行った情報収集・分析、検討などに不足や不備がなかったかどうかについては、分業と権限の委任により広汎かつ専門的な業務の効率的な遂行を可能とする大規模組織における意思決定の特質が考慮に入れられるべきであり、…意思決定権者が、自ら新たに情報を収集・分析し、その内容をはじめから検討し直すことは現実的でなく、下部組織の行った情報収集・分析、検討を基礎として自らの判断を行なうことが許される…専門知識と能力を有する行員を配置し、…重畳的に情報収集、分析および検討を加える手続が整備された大銀行においては、取締役は、特段の事情のない限り、各部署において期待された水準の情報収集・分析、検討が誠実になされたとの前提に立って自らの意思決定をすることが許されるというべきである。…特段の事情の有無は、当該取締役の知識・経験・担当職務、案件との関わり等を前提に、当該状況に置かれた取締役がこれらに依拠して意思決定を行なうことに当然に躊躇を覚えるような不備・不足があったか否かにより判断すべきである。」と判示する。⁽⁵⁶⁾

銀行取締役は部下が作成した稟議書に基づき意思決定ができるが、取締役の融資決裁に関する職務内容は、稟議書の形式の点検、決裁印押印でないことは当然である。銀行取締役としての実質的経営判断のための作業を行わなければならない、部下や関係部署が行った判断は銀行取締役の経営判断に当然には代替せず、そのいいなりに職務を執行しても善管注意義務を尽くしたことはないこと、株主から個人的資質である経営能力を評価されて取締役に選任されること、銀行法七条の二の趣旨などが根拠となる。

従って、銀行取締役が負うべき高度注意義務の内容を具体的にみると、⁽⁵⁷⁾融資審査と決裁において、融資がリスク負

担能力の低い預金を原資とすることを十分に認識し、企業調査の結果を的確に把握して銀行全体の信用リスクの統制を図り、申込金額、資金使途、融資期間、返済方法を的確に判断して適用金利を的確に設定し、必要に応じ適切な保全措置を講じることが求められる。

本件東和銀行事件では、銀行取締役としての実質的な経営判断のための作業を行ったとは到底いえるものでなく、部下や関係部署が行った判断が銀行取締役の経営判断に当然に代替する事例でもない。Y1自らが、悪性なる指示を部下に出しており、信賴の法理の適用も考えられない。⁽⁵⁸⁾

一三．銀行取締役の注意義務と経営判断原則に関する考察

1. 銀行取締役の融資判断と経営判断の原則 銀行取締役の融資判断に経営判断の原則が適用されるかも問題となる。経営判断原則は、周知の通り、経営判断を行った取締役に善管注意義務違反が認められるかについて、裁量権の逸脱の有無の観点により裁判所が審査する判断基準である。⁽⁵⁹⁾ 一般的定式化としては、経営判断の前提となった事実の認識に重要かつ不注意な誤りがなかったかどうか、その事実に基づく意思決定の過程・内容において企業経営者として著しく不合理・不適切なところがなかったか、である。⁽⁶⁰⁾ 誤りや不合理がなければ、当該経営判断は裁量の範囲を逸脱するものでなく、取締役としての善管注意義務ないし忠実義務に違反するものでないと判断される。同原則は、①経営判断の前提となる事実認識の過程における不注意な誤りに起因する不合理さの有無、②事実認識に基づく意思決定の推論過程および内容の著しい不合理さの有無を裁判における審査対象とする。⁽⁶¹⁾ 最近の判例では、経営判断に至る過程の適正さを重視する傾向が指摘される。⁽⁶²⁾⁽⁶³⁾⁽⁶⁴⁾

融資決裁は銀行取締役による経営判断の一つであり、決裁に当たる取締役の負う善管注意義務に違反する結果として違法性を帯びる。善管注意義務を尽くしたかに関する裁判上の審査基準として経営判断の原則を用いることは有益であるが、最高裁レベルで必ずしも定式化・統一されているとはいえない。

この点において、最近の学説では、我が国の判例状況を以下の通り要約するものもある。①取締役には経営者として広範な裁量権限がある。②取締役の経営判断における過失の有無は、当該判断がなされた時点を基準にして、当該判断そのものにつき検討されなければならない。③取締役の経営判断につき無過失が認定されるためには、以下の要件が満たされなければならない。(a)当該判断に関する前提事実に関し、その情報収集手続きと事実認識において著しい不合理がないこと、(b)当該判断に関し、その決定手続きと決定内容において著しい不合理がないこと。④「著しい不合理」とされるか否かは、当該業界における通常の経営者の判断を基準にして判定される。結局、これらの要件は、取締役が善管注意義務をつくしたか否かの判断基準そのものに関する判例法理であり、これとは別の独自の内容を備える判例法理が「経営判断の原則」として存在するわけではない。⁶⁵⁾

2. 判例における銀行取締役の注意義務と経営判断原則

(1) 経営判断原則の適用 融資の貸倒につき銀行取締役の対会社責任の関連判例をみると、東京地判平成一六年三月二五日判時一八五一号二二頁（長銀ノンバンク支援事件第一審判決）で、「本件各支援行為について取締役の責任を問うためには、取締役の判断に許容された裁量の範囲を超えた善管注意義務違反があったか否か、すなわち、意思決定が行われた当時の状況下において、原告と同程度の規模を有する大銀行の取締役に一般的に期待される水準に照らして、当該判断をするためになされた情報収集・分析、検討が合理性を欠くものであったか否か、これらを前提とする判断

の推論過程および内容が明らかに不合理なものであったか否かが問われなければならない。」と判示し、一定の定式化が行われている。

個々の判例を検討すると、定式化には相違もあり、札幌高判平成一七年三月二五日判タ一二六一号二五八頁（拓銀カプトデコム事件控訴審判決）では、「各取締役について、その予測や判断の基礎となった資料の収集・検討において杜撰であつたとか、あるいは、当該案件について取締役が会社と利益相反する客観的事情があつたというような著しく不合理なものが認められ、当該取締役の予測や判断そのものが不誠実であつたと認められるような場合」に限って注意義務違反を認める。この判旨に対し、不誠実性という新たな基準で経営判断原則を理解し、取締役は悪意に近い事情でもない限り責任を負わない考え方をとると共に、バブル期の取締役の行為について、原則として責任を問わない方向を打ち出したと評価できるとの批判もある⁶⁶。

経営判断原則を適用する場合、取締役の責任を否定する判例が多くみられるが、銀行融資の貸倒の関連判例においては、経営判断原則の観点から取締役の責任を認める判例も存在する⁶⁷。今後は、最高裁による定式化の確立が望まれるよう。

経営判断の原則に照らして取締役の責任を認める判例が存在することは、経営判断の原則が注意義務に関する審査基準として機能していることを示すものである⁶⁸。

銀行取締役の注意義務違反の有無を判断する際に、基準となる人物の知見・経験の問題がある。銀行という業種の特徴、銀行取締役の適格性要件について規定した銀行法七条の二の規定の趣旨を前提に、銀行取締役を基準として、期待される注意義務を尽くしたか否かが判断されるべきで、業種を超越した取締役を基準とすることは認められない。

多くの判例は銀行取締役に求められる注意義務を基準として判断するが、最高裁判例を含め、取締役を基準とする判例もみられる。⁽⁶⁹⁾⁽⁷⁰⁾

私見であるが、東和銀行事件において、第一審判決は銀行の取締役の前提で判断しているが、控訴審判決では、取締役を基準とするものであり、従来の最高裁の流れにあらう。

融資自体が個別の法令に違反する融資と、融資を決議した銀行取締役が特別背任罪に問われうる融資を除くと、銀行の融資は、当該融資を決議した取締役が善管注意義務に違反して決議した場合にはじめて違法性を帯びることとなる。銀行取締役の善管注意義務からみた場合、大半の融資は中間に位置し、かなりの広がりのあることがわかる。融資決議における銀行取締役の善管注意義務の具体的な内容は、やはり解釈などによって明らかにする必要が あることとなる。⁽⁷¹⁾

(2) 経営判断原則の適用事例の更なる検討―北海道拓殖銀行栄木不動産事件、北海道拓殖銀行カブトデコム事件における経営判断原則適用―旧北海道拓殖銀行破綻に伴い、拓銀から資産を譲り受けたXから、拓銀の取締役に対し、当該融資が取締役の善管注意義務に違反するとして、責任（会社法四三四条一項）を追及する提訴が多くなされ、①北海道拓殖銀行栄木不動産事件（最判平成二〇年一月二八日判タ二二六二号六三頁）、②北海道拓殖銀行カブトデコム事件（最判平成二〇年一月二八日判タ二二六二号六九頁）もその一環である。⁽⁷²⁾

松嶋隆弘教授・弁護士は、両事件に関して、以下のように述べられている。「本件①②事件においては、いずれもいわゆる経営判断の原則が問題とされている（前掲札幌高判平成一八年八月三一日において争点とされた特別背任罪も、経営判断と裏表の関係の問題である）。本件①②事件のいずれの場合も、拓銀と融資先（栄木不動産、カブトデコム）との間に

特段の癒着や特別利害関係などなかった事例である（癒着があったことが窺われるケースとして、盛岡地判平成一九年七月二七日判タ一二九四号二六四頁）。それにもかかわらず、ある時点から、相手方に交渉のイニシアティブを握られ、ズルズルと資金を供与せざるを得なくなってしまうている。その意味では、融資先に弱みを握られ、「ミスを隠したり、先延ばしするため」ズルズルと融資を継続してしまっていることと、両事件のいずれにおいても、当初の融資時における審査の厳格さに問題があったことを併せ考えると、本件①②事件におけるYらの判断が、いずれも「経営判断」などといえるものでないことは明らかであると言えよう。いずれにせよ、融資が注意義務違反に当たる条件を明示した本件①②事件は、銀行がどこまで取引先に関わるかの試金石となる判例群である。」

銀行融資における取締役責任につき、経営判断原則適用の観点から論及すると共に、定式化を試みておられ、破綻懸念先に対する銀行融資判断としても関連して、今後の判例の動向にも大きな影響をもたらすものと評されよう。

十四．破綻懸念先に対する銀行の融資判断の具体的考察

1. 回収可能性の合理性の判断

(1)救済融資と銀行取締役の注意義務 我が国の学説において、既述の通り、金融機関の公共的役割から、経営者は一般事業会社の経営者よりも重い注意義務を負うとする見解が多く示され、金融監督法の関連において経営者の注意義務を論じること学説の傾向である。⁽⁷³⁾ さらに本事案におけるように、銀行の継続的貸借取引において貸付先に回収不能懸念がある場合の追加融資に着眼し、⁽⁷⁴⁾ 銀行取締役の負う善管注意義務および注意義務の具体的基準について、議論を展開していきたい。

救済融資実行における銀行取締役の注意義務には、事業会社の取締役と比較して慎重かつ詳細に事前の検討が必要な事項が含まれる。救済融資に関する経営判断の妥当性を検討する場合、経営判断原則適用の前に、銀行取締役に課せられた高度な注意義務が経営判断にいたる過程を含め十分に果たされたかが慎重に吟味され、取締役の側で同原則による免責を一方的に主張することは許されない。救済融資を実行した銀行取締役の経営判断の妥当性に関しては、同原則の機能する局面は限定されてこよう。救済融資が金融機関の利益を図ることを主たる目的として行われる限り、取締役の任務違背は否定され、融資先の業績回復が確実に見込める融資のみが銀行取締役に許される救済融資である。⁷⁵

(2) 本事案と追加融資の善管注意義務の具体化の検討 東和銀行事件を振り返ってみると、既述の通り、第一審判決(判時二一〇〇号一五三頁)において、融資業務に関する銀行取締役の注意義務の程度は一般の株式会社における取締役の場合に比べて高い水準のものであるとし、継続的な貸借取引において回収不能という事態が生じるおそれがある場合には、当該融資による回収額の増加の見込みの有無・程度、その変動要因の有無、程度等を勘案して、いつの時点で融資を打ち切るかなどを検討し、当該融資を実行した方がそれ自体回収不能となる危険性を考慮しても、既存の融資を含む融資全体の回収不能額を小さくすることができるとして、そのように判断したことについて合理性が認められる場合に限って融資を決定することが許される旨を判示している。また、融資の決定権限を有しない取締役に對しては、回収不能となることを予見し得た場合には、「これを等閑視することなく、決定権限を有する取締役に對しその旨を伝えるなど、必要かつ適切な手段を講じて当該融資を承認又は実行しないよう監視、監督する義務がある」と説示した。そして、Y1については、本件融資当時T産業が実質的に破綻状態であったことに加え、回収を図る上で唯一の方策といえたKホテル事業が頓挫したことを了知しており、本件融資が回収不能となるおそれが高いことを

十分に認識していながら、審査担当者等の反対を押し切って本件融資を承認し実行させたことは、銀行の取締役（特に代表取締役頭取）の注意義務に反し合理性を欠くと判示し、また、融資の決裁権限がないY2についても、回収不能となるおそれを十分に認識しながらそのような事態の回避措置をとらず、かえって関係者に対し積極的な関与・働きかけを行って、銀行取締役としての注意義務に違反したと判断した。

控訴審（資料版商事三三四号八三頁）も、Y1につき、「ビジネスホテルとしての収支計画が本件融資の承認を得るための辻褃合わせに過ぎず根拠のないものであることも十分認識していた」こと等を述べて、銀行の代表取締役が負うべき忠実義務・善管注意義務の違反があったとし、Y2の取締役としての忠実義務・善管注意義務違反も認め⁷⁶た。第一審判決は、継続的な貸借取引において貸付先に回収不能懸念がある場合の追加融資について善管注意義務の内容をかなり具体的に判示しているところに特徴があることは述べた。

2. 東和銀行事件と四国銀行事件における追加融資の回収可能性の合理的判断ならびになみはや銀行事件の特段の事情の考察

(1) 東和銀行事件と四国銀行事件における追加融資の回収可能性の合理的判断 本事実を具体的にみると、償還財源であるKホテル事業の実効性の有無、つまり貸付けに対する回収可能性の合理的判断が注意義務の是非を分けると考える。検討を深めるため、先の四国銀行株主代表訴訟上告審判決（最二判平成二二年一月二七日金判一三三五号二〇頁）を改めて、参照⁷⁷したい。

事実の概要を要約して再掲すると、「S銀行（四国銀行）は、県の観光名所で闘犬事業を行っていたBまたはその会長であるCに対して、経営支援のための県融資（本件県融資）が実行さえるまでのつなぎ融資を要請されたのを契機

として、その後の追加融資との合計一八億余円の貸付けを行ったが、この後、Bは民事再生手続の開始決定を申し立て（その後、Sの反対により同手続は廃止された）、相当部分が回収できない状況となった。そこで、Sの株主であるX1・X2（原告・被控訴人・上告人）は、Sが行った本件各融資は回収見込みがないにもかかわらず実行されたものであつて、本件各融資の決裁当時いずれもSの取締役であつたD（被告・控訴人。原審口頭弁論終結後に死亡したため、D1—D3〔被上告人〕が訴訟継承）およびD4—D9（被告・控訴人・被上告人）には、本件各融資の実行の決裁等に関与し、または、取締役の監視義務を怠つた点でそれぞれ善管注意義務違反があるとし、Sに対する損害賠償を求めて株主代表訴訟を提起した。なお、本件各融資のうち、実質的には無担保融資でなされた本件つなぎ融資（九億五〇〇〇万円）については、担当専務であつたD4および担当部長であつたD7が、本件追加融資1（二億九七〇〇万円）および本件追加融資2（一億六五〇〇万円）については担当副頭取であつたD5および担当部長であつたD9が各々の実行を承認する決裁を行い、本件追加融資3（三億九三五〇万円）については取締役会において、各々の実行を承認する旨の決議をし、取締役会に出席した代表取締役Dら取締役は各決議に賛成した。第一審判決（高知地判平成一七年六月一〇日資料版商事法務二六〇号一九四頁）は、県が融資を実行する意向を表示しているとしても実現される蓋然性は相当低く、Bの経営は実質的に破綻しておりBの営業利益から貸付金を回収できる状況ではなく善管注意義務違反があつたとし、X1らの請求（弁済分を除く）を一部認容した。原審判決（高松高判平成一九年三月一六日資料版商事法務三一〇号二六〇頁）は、Bに再建可能性ありとのD1らの判断には合理性が認められ、SはBの倒産回避のため融資せざるを得ず、そのための必要最小限で、金額、時期ともに合理的な融資であるとしてX1らの請求を棄却した。最高裁判決は、一部破棄差戻し、一部棄却としている。⁷⁸⁾

四国銀行最高裁判決は、本件追加融資の評価に関して、融資金相当額を「ほぼ確実に」回収することができるかと判断することに合理性が認められる場合に「限られる」とし、厳格な基準を掲げている。つまり四国銀行最高裁判決においては、本件県融資を償還財源として考えると考えられる。本件県融資の実行の条件であるC会長一族をBの経営から排除が困難な状況であり格別な進展が見られないこと、四国銀行から県に対する二度目の融資実行要請の期限を超過したこと、資産査定によるBの債務者区分を要注意先から破綻懸念先に変更することを決定したこと等を鑑みると本件追加融資³については、決裁関与取締役の本件回収見込判断は、著しく不合理であったものといわざるを得ないと判断した。

東和銀行事件判決と共通していることは、銀行取締役における追加融資の注意義務に関して、回収不能懸念がある貸付先に対する回収可能性の合理性を見出すことができる点である。具体的には、償還財源の合理性である。金融機関の融資が問題となるケースは、大半が融資業務においてであり、しかも貸付先に回収懸念がある場合が多いように思われる。そのような条件での融資、殊に継続的な貸付取引である追加融資についての注意義務の程度を償還財源の合理性に置くことは、複雑な融資判断が迫られる銀行取締役において現実的かつ明確であると考えられる。このように継続的な貸付取引において回収不能という事態が生じるおそれがある貸付先に対しては、融資に対する償還財源の合理性が明らかに消失した状況下では、直ちに追加融資を停止すべきであり、なおも追加融資を継続した経常判断は著しく不合理であり善管注意義務違反とされるべきであろう。従って、銀行取締役にはその時々状況に応じてきめ細かい判断が要求されるのであり、融資業務を業務の根幹とする銀行業における債権保全を含むリスク管理の重要性からは、銀行取締役の善管注意義務として当然に要求される内容であると理解される。

(2) なみはや銀行事件の特段の事情の考察 もつとも、大阪地判平成一四年一〇月一六日判タ一一三四号二四八頁（なみはや銀行（福徳銀行）事件）にあるように、「銀行取締役は融資を行うに当たり、その資金使途、返済原資、担保状況等の諸事情を踏まえ、回収できないことが具体的に予見できる場合であっても、例えば、当該融資を行うことによつて、銀行がすでに実行していた貸付金の回収額が増加し、今回実行する新規貸付金による回収不能額を控除してもなお、全体としての回収額が増加し、当該融資を行うことが銀行にとつて利益となり、全株主にとつても利益となるなど特段の事情があるときは、当該融資を行うことが許される」と判示している。ここにおいて「特段の事情」があれば、宥恕される可能性が想定されるが、決して銀行が担保主義になることを助長しているわけではない。⁷⁹ 本件事案において、この特段の事情を認める余地はないことは明らかである。

私見であるが、この点は正しくコーポレート・ガバナンス⁸⁰における株主とステイク・ホルダーに関わる議論の現出の場でもある。最終的には適切な米国の内部統制議論における統制環境の下での従業員に対する内部統制と経営陣に対するガバナンスの組み合わせにより、弛まぬ経営規律を醸成していくほかない。

一五・米国判例との比較法的考察ほか―銀行取締役の注意義務の具体的基準、独自の調査義務と融資基本原則の調和、経営判断原則などの比較法的考察ならびに信託の原則に関する高鍋信用金庫会員代表訴訟事件判決との比較考察ほか―

1. 継続的貸借取引において貸付先に回収不能懸念がある場合の追加融資の注意義務の基準ならびに本件事案の具体的考察 本件事案について一審判決および控訴審判決の認定事実を前提とする限り、あえて銀行取締役の高い水準の

注意義務を論ずるまでもなく、Y1およびY2に著しい忠実義務、善管注意義務違反が認められることは明らかであると捉えることもできる。現に控訴審判決は、銀行取締役に求められる注意義務の水準については格別に言及していない。もつとも同判決は、Y1につき「融資業務にあたって銀行の代表取締役が負うべき忠実義務、善管注意義務の違反があった」と述べ、Y2につき「銀行の取締役としての業務の執行に關し積極的に会社に損害をあたえるおそれがある行為を行ったものとして、取締役としての忠実義務、善管注意義務違反がある」と述べていることから、水準論はともかく、銀行取締役に特有の注意義務というものが觀念されることは前提として⁸¹いるとの見解もあり得よう。そこで、銀行が行う「継続的な貸借取引において貸付先に回収不能懸念がある場合の追加融資」という点に着眼し、銀行取締役の負う善管注意義務および注意義務の具体的な基準について、さらにみていきたい。

本事案においては、償還財源であるKホテル事業に着眼すべきである。実際のところ、Kホテルの事業計画が立ちあがった当初は、同ホテルの建築予定地について、ラブホテルの建築が禁止される区域に該当しないので、建築確認を申請する前に周辺住民との協議および高崎市ラブホテル建築審議会の調査審議を経て、高崎市長からの事前同意と建築確認を得られれば、これを建築することができたのである。ところが、T産業は、高崎市長に対し、高崎市旅館建築計画届出書と共に本件誓約書を提出してしまった。そして、Y1も平成一五年一〇月二八日の役員昼食会にて、その事実を知った。その事実を知った上で、Y1は、T産業に対し、Kホテル事業を中止するよう伝達した。この流れからも、T産業が本件誓約書を高崎市に提出した時点で、本件リスケジュールにおける償還財源の合理性は破綻したといえる。かつ、Y1も、そのことを認識していたことが窺える。仮にT産業が本件誓約書を提出していなかったならば、回収可能性の合理性を議論する余地が少なからず残ったであろう。継続的な貸借取引において貸付先に回収

不能懸念がある場合の追加融資において、貸付先の償還財源の合理性こそ、銀行取締役の注意義務の基準であることを改めて示したい。このことを含め、銀行の融資判断原則の調和について述べていきたい。

2. 回収可能性の判断ならびに融資基本原則の調和と本事案に関わる考察 融資基本原則について、既述したが、考察を深めたい。銀行の融資業務において重視されるのは、安全性、流動性、収益性、公共性、成長性という五つの原則である。⁽⁸²⁾

安全性は、融資が確実に回収されることであり、派生して、融資が地域別、業種別、企業別等のポートフォリオの観点から適度に分散していることでもある。流動性は、預金の払戻しに備えるため、ある程度手元に現金化可能な資産を準備しておかなければならないことであり、資金調達と資金運用の期間構成の調整である。収益性は銀行の収益・利潤を生むこと、公共性は融資に当たり公共の利益ということを勘案しなければならないこと、成長性は融資により貸付先の成長に寄与せねばならないことである。

しかし、かかる五原則は、必ずしも揃って提唱されるとは限らず、ケースにより意味に違いが生じることもある。札幌地判平成一四年一二月二五日(判例未登載)(拓銀カブトデコム事件第一審判決)では、銀行の「重要業務の一つである融資(貸付)は、公共性の原則(利害関係に立脚した情実融資の禁止等)、确实性(安全性)の原則(回収が确实な融資の実行)、収益性の原則(銀行にとっての収益のある融資の実行)、流動性の原則(自行の特性、経済情勢に応じた融資の実行)等の下に行われるべきであるとされて」いると判示し、公共性、确实性(安全性)、収益性、流動性の四原則を挙げている。

いずれにせよ、融資判断原則の中でも重視されるのが、安全性の原則であると考えることができる。融資は、銀行

が元本を保証した預金を原資とする以上、原則として確実な回収可能性がなければならない。銀行取締役が回収可能性の融資を認識しつつ決裁することは、背任に当たるとおそれもある。また回収可能性が全くない融資は、融資とは呼ばず、贈与性質を帯びかねない。ただし、回収可能性は、あるかないかの問題ではなく、程度の問題である⁸³。回収不能懸念が高くなれば、程度に応じ適正金利への反映が行われ、保全措置が講じられるなどする。融資資金が元本・金利とともに確実に回収されてはじめて、流動性や収益性といった他の融資原則も満たされていくと考えられる。従って、やはり安全性の原則が、銀行の融資業務における核をなす存在であるといえよう。保全措置を完全に講じれば、貸倒損失が発生する危険性は低下するが、担保処分によって貸付資金の回収を図ることは、融資・審査からみれば失敗であり、担保処分は基本的には債務者の信用補完の手段として実行されることを述べてきた⁸⁴。

上記を踏まえた上で、次に融資原則は、各々が矛盾する側面を持つため、各原則の調和を図ることが重要となる。収益性の原則に偏重すれば、高い金利を掲示する取引先から優先的に融資を実行すべき結論になるが、利潤最大化のみを目的とする融資業務遂行は、預金を原資と行われる点からは社会的批判を浴びる可能性もある。公共性の原則を強調すれば、社会的に有用であつても収益の見込めない事業に優先的に融資し、経営危機に陥るが社会的重要性がある事業に対する継続的融資を選択するなど、社会的重要性に応じて融資を実行することになりかねず、銀行破綻に繋がる懸念が発生する。

融資原則は、銀行の融資業務のあり方、融資の執行方法にも影響を与え、銀行のアイデンティティーにもかかわる重要な問題である。継続的貸借取引において貸付先に回収不能懸念がある場合の追加融資については、安全性の原則、公共性の原則をより考慮すべきである。回収不能可能性がある貸付先には収益性や成長性は見込めず、安全性（確実

性)の原則、公共性の原則を重視せざるを得ない。平時の融資における安全性の原則、公共性の原則に求められる水準よりも、他の原則を補填するための高水準が要求されよう。

本事案に敷衍して考察すれば、第一審判決のXの主張において、「本件融資は赤堀ホテル改修費用を口実としながら、実質はKホテル事業を断念したことの見返り融資であり、その用途は不明であつて公共性の原則に反する違法な融資である。」⁽⁸⁵⁾と言及している。また、「本件融資は回収可能性を欠き、安全性ないし確実性の原則に反する違法な融資である。」⁽⁸⁶⁾とある。両者ともにXの主張ではあるが、的を射ていると感ずる。付け加えると、T産業とX(殊にY1)は古くから関係があり、親密な間柄であつた。その上、Y1は「Tに対し、Mホテルの買収を検討しよう助言していたところ、Mホテルが第三者に売却されることになり、T産業はいわば売値を上げる当て馬として利用された形になつた。」⁽⁸⁷⁾という背景を勘案すると、情実融資の性格があることは否めないであろう。結果として、本事案は安全性(確実性)の原則・公共性の原則に著しく反する融資であるように思料される。

3. 合理性基準、信頼の権利と取締役の独自の調査義務に関する米国との比較法的考察

先に回収可能性の合理性と述べたが、具体的に、合理性とはなにか。銀行取締役に関する米国の判例と近時の宮崎地判平成二三年三月四日(判時二一一五号一一八頁)(高鍋信用金庫会員代表訴訟事件)も参考にしつつ、合理性について考えていきたい。

(I) *FDIC v. Castetter* 判決と合理性の考察 先ずは、米国の判例である *FDIC v. Castetter* 判決(以下、米国判例判決)をとりあげる。⁽⁸⁸⁾ 同判決では銀行取締役を経営判断原則適用が認められている。事実の概要は以下の通りである。

一九八三年二月カリフォルニア州において上席銀行検査官等、二六年の経験を有する銀行員PはB銀行を設立し、

同行社長兼最高経営責任者に就いた。Pは被告四人を銀行の社外取締役を迎えたが、四人の中には銀行業務を経験を有する者は一人も存在しなかった。Pは銀行の自動車ローンを運営すべく、Bank of America 自動車ローン部門において豊富な経験を有するCを従業員として雇用了。一九八四年一月時点でB銀行の経営に問題はないとするOCC（通貨監督局）の報告の後、Pは取締役らに対し、「銀行の経営は順調であり、貸出延滞利息も銀行業界の平均を相当程度下回るものであった。」と知らせた。同年五月Pが急死し、取締役会は別の人物を社長兼最高経営責任者に就任させ、経営状態を評価すべく銀行コンサルタントを雇用了。同コンサルタントはB銀行が深刻な経営問題を抱えていることを確認し、OCCも同様のことを検・通知した。これを受け、取締役会はCredit Quality Action Plan（請求書の作成発送の適切な措置、延滞資料の報告および融資担当役員の実行検査）の実行、融資ガイドラインの改訂と自動車ローンの引受書類を検査する新しいコンサルタント雇用、および取締役会の定期的開催等を通じて、銀行の経営改善に乗り出した。同年一二月OCCは特段の措置を講じるよう命じる排除命令を発し、従業員Cの解雇、会計事務所雇用等、様々な措置が講じられた。一九八六年から一九八七年にかけてB銀行は深刻な経営危機に陥り、貸倒引当金を適正と分析していた会計事務所の報告は誤りと判明して間もなく、B銀行は支払不能の宣告を受け、FDIC（連邦預金保険公社）の財産保全管理処分に置かれた。FDICは、B銀行取締役らに対して過失責任追及の訴訟を提起し、取締役らはカリフォルニア州の経営判断原則を援用して、軽過失について責任を負うものではない旨を主張した。

地区地方裁判所は、陪審によるFDIC勝訴の評決を取り消し、取締役らの再審理の申立てを認める判決を下した。第九巡回区控訴裁判所は、再審理を認めた地方裁判所の決定を追認する判決を下し、原審に差し戻した。差戻審において、地方裁判所は取締役らの申立てを認める略式判決を下した。第九巡回区控訴裁判所は、「上席銀行検査官とし

ての経歴を含め、二五年以上の経験を有するPおよび会計事務所による分析が、取締役らの判断に誤りを生じせしめた。取締役らは外部の銀行コンサルタントの助言に従ったり、個人的に資金を投じたりするなどしたにもかかわらず、銀行の破綻を回避することができなかった。従って、取締役らは、カリフォルニア州の経営判断原則により過失責任を負うものではない」として、地方裁判所の決定を追認する判決を下している。以下、判旨を記述する。

F I R R E A（金融機関改革救済執行法）一八二一条(k)項は、連邦付保国法銀行の取締役・役員は、重過失、全ての類似の行為、あるいは故意の不法行為を含む、重過失よりも注意義務を懈怠する行為について個人的に金銭的損害賠償責任を負うと規定する。しかしアサートン判決⁸⁹において連邦最高裁判所は一八二一条(k)項を解釈し、単純過失のような州法上の注意義務基準が連邦法上の注意義務基準に比して厳格である場合には州法上の注意義務基準が適用すると判示した。本件米国判例法でも、カリフォルニア州法は一八二一条(k)項の定める重過失基準に比して厳格な注意義務基準を定め、連邦付保国法銀行の取締役であるか否かを問わず、被告取締役らの責任はカリフォルニア州法によって決定される。

本件米国判例判決において、F D I Cは取締役らが不注意にも銀行の財務状態について自ら調査し、報告を行わなかったことから、経営判断原則を適用して保護を受けられるものではないと主張する。しかしながら、カリフォルニア州法は一九三三年証券法一条のような調査義務を課すものではなく、むしろ同法は、特段の事情のない限り、取締役がさらなる調査を行うことなく会社の従業員やアドバイザーを信頼することを認める。かかる抗弁に依拠するため、取締役は自身が誠実に行動したことを証明し、相当な調査について一応の (prima facie) 証明を立証しなければならぬ。もつともカリフォルニア州法の下では、取締役会が過半数の社外取締役で構成され、独立のコンサルタン

トから助言を得ている場合、誠実性と相当な調査に関する一応の証明は立証される。本件米国判例判決では、上記要件を満たし、*prima facie* を立証した。これに対してFDICは、①取締役らは自身が得ていた情報を理解しなかったこと、②情報に基づいて適切に行動しなかったこと、③貸出し、資本適正、回収、内部統制に関して適切な政策を採用しなかったこと等を主張するが、こうした主張は反証に關係するものではない。むしろ、情報に基づく取締役の行為の妥当性に關係するものであり、FDICは反証できなかつた。従つて、経営判断原則の保護の権利が与えられる。本件米国判例判決は、①連邦法（一八二条(k)項）の注意義務基準とカリフォルニア州法の注意義務基準のいずれを適用するか、②取締役らが不注意にも銀行の財務状態について自ら調査しなかつたことを理由に過失責任を追及できるか、との点があるが、後者の争点に着目する。

後者の争点では、自ら調査をしなかつたことを理由に経営判断原則の適用を認めるべきでないとの主張があるため、取締役の信頼の権利を定めるカリフォルニア州会社法三〇九条(b)項が重要な判断基準となる。同項は、模範事業会社法八・三〇条(b)項およびALI（アメリカ法律協会「コーポレート・ガバナンスの原理・分析と勧告」四・〇二条に倣っている。⁹⁰）しかし、模範事業会社法八・三〇条(b)項各号およびALI四・〇二条各項では「信ずる」という文言の前に「合理的に」という文言が挿入されている。「合理的に信ずる」ことを取締役に要求することは、自身が信頼する役員、弁護士あるいは会計士等の誠実性や有能性に関する独自の調査義務を取締役に負わせるであろう懸念があつたことから、同項では「合理的に」という文言が削除されている。従つて、カリフォルニア州法の下では、自身が信頼する役員またはその他の者の誠実性や有能性に疑いを生ぜしめるような状況がない限り、取締役はその者が誠実かつ有能であると信じて、その問題を調査する必要がないとしたものである。

本件米国判例判決でも、経験豊富なP、銀行コンサルタントおよび会計事務所の誠実性や有能性について取締役らの内心に疑いを生じせしめる状況は見受けられず、被告取締役らに信頼の権利が認められ、自ら調査する必要がなかったものと解された。もつとも一般的に、取締役の信頼の権利が認められるためには、取締役らは自身が誠実に行動したことを証明し、相当な調査について一応の証明を立証しなければならないが、かかる明文規定はカリフォルニア州法にはない。従ってFDICの反証もなく、裁判所は経営判断原則を認める決定を下している。

(2)米国判例と本事案との関連性の考察 この米国判例判決で注目すべきは、「合理的に」の文言を用いることにより、取締役の独自の調査義務を生じさせるとの考え方である。カリフォルニア州法では調査義務を取締役に負わせなために、「合理的に」の文言を削除する。「合理的に」の意味するところは独自の調査義務を指すことになる。

この点に注目し、本件東和銀行損害賠償等請求判決において主張した「回収可能性の合理性」の「合理性」という言葉が持つ効用を「取締役自らの独自調査」を要することであることと提起したい。但し、この言葉の射程は手続きの段階に留まるのであり、具体的な作為または不作為の判断基準とはまた別で、判旨中にもあるが、正に情報に基づく取締役の行為の妥当性という別の判断基準が必要である。つまるところ、「回収可能性の合理性」を満たす要件の一部として、取締役の独自の調査義務の遂行が必須となることを主張する。また米国判例判決は信頼の権利にも触れている。東和銀行損害賠償等請求判決（第一審判決）でも、Y1の主張で「企業は、組織体として広範囲な事業を行うことを前提としているから、取締役が業務執行を行うに当たっては、使用人等から提供された情報および調査結果等に特に疑うべき事情がない限り、これを信頼してした行為については、忠実義務ないし善管注意義務違反に該当しない」と取締役の信頼保護のルールを主張している。

4. 信賴の権利と取締役の調査義務—高鍋信用金庫会員代表訴訟事件と本事案の検討—

従って、今度は我が国の判例において、信賴の権利と取締役の調査義務の関連を検討するため、近時信賴の権利について言及する高鍋信用金庫会員代表訴訟事件（宮崎地判平成二三年三月四日判時二二一五号二一八頁）について触れたい。事案の概要は、以下の通りである。

当該信用金庫のB社、C社、D社に対する融資に関し、信用金庫の理事であったYらに善管注意義務、忠実義務違反があったとして、当該信用金庫の会員であるXが二億円余の賠償を求めた。裁判所は、請求の一部を認容した。

裁判所は、信用金庫の理事として融資を行うべきか否かの判断は、「融資によって信用金庫が得る利益と負担するリスク等を総合的に判断して行うものであって、専門的な評価・判断を伴う経営判断事項として一定の裁量が認められる⁹²⁾」とし、「しかし、その判断が、当時の具体的状況下における信用金庫の理事の判断として著しく不合理なものであるときは、善管注意義務・忠実義務に違反するものとして、損害を賠償する責任を負うものとする⁹³⁾」として、最決平成二十一年一月九日（刑集六三卷九号一一七頁）（旧拓銀特別背任事件）に沿ったものとみなすことができる。

次に、判旨は信賴の権利についても言及している。つまり、「原則的には営業店・審査部による情報の収集・分析が、それぞれの基準に従って誠実に行われたものと信賴してその判断をすることが許されるとして」いる。続いて、「判断の基礎となる資料および情報収集の内容や営業店・審査部の判断が適切にされたことについて疑問を生じさせる事情が存在するときには、安易にこれを信賴して、判断の前提となった事実の認識に看過し難い誤りを来したような場合については、理事としての善管注意義務・忠実義務に違反するものとして、損害を賠償する責任を免れない」と一般論を述べた。

以上の前提の上で、裁判所は、土地購入・建物建築資金を目的として行われたB社への融資において、担当支店が見積りの提出を受けているものの建築の着工予定を裏付ける資料を徴求していないこと、入居予定であるEに対する確認をしていないことから、担当支店の審査部の調査は不十分であったとした。また、常務審査会に提出される書類には裏付け資料が存在せず、理事は調査が不十分であることを認識し得たから、経営判断原則は適用されず、理事の義務違反をも認めている。

この判例に鑑みても、信託の権利を主張する際には、「疑問を生じさせる事情」がある場合、取締役は十分な調査義務を負うものと捉えることができる。

本件東和銀行損害賠償等請求判決においても、被告取締役らがT産業に対する融資はリスク過多であることを認識しており、本件融資反対の意思を示す審査部長のレポート提出もされているにもかかわらず、むしろ、積極的に融資決行を進めた取締役らは信託の権利を主張するには、かけ離れた状況にあったといえる。

このように、我が国も取締役の独自調査というものが求められる場面がある。米国判例判決と比べると、カリフォルニア州法との比較となるが、信託の権利適用において、高鍋信用金庫会員代表訴訟判決の方が、より厳しい適用基準であるともみることができよう。

小括すれば、私見であるが、米国判例判決を参照するとすれば、経営判断原則が適用される場合の合理性⁹⁴には、手続き段階での取締役の独自の調査が含意されると提起できるのではないか。また高鍋信用金庫会員代表訴訟判決では、信託の権利を主張する際、疑問を生じさせる事情が存在するときは、取締役の十分な調査を要することが求められることが示された。あくまで、こうした理解の上に立って初めて、継続的な貸借取引において貸付先に回収不能懸念が

ある場合の追加融資という場面で、これまで述べてきた融資に対する償還財源の回収可能性存在が基準となるものと主張できよう。

十六．米国ドッド・フランク法と銀行取締役の融資責任

1. 米国金融危機と経営判断原則 米国では金融危機に関連して、取締役の合理的判断を推定する経営判断原則 (Business Judgment Rule) を補強する判例が相次ぎ⁽⁹⁵⁾⁽⁹⁶⁾⁽⁹⁷⁾、代表的なものに二〇〇九年シティグループ判決がある (デラウェア平衡裁判所)⁽⁹⁸⁾。最高リスク責任者 (CRO) が取締役会・監査委員会の下部組織でリスク管理担当の A R M 委員会へ報告するプロセスの存在を裁判所が認めている。システムミック・リスクを有する金融機関取締役に対しても事業会社取締役同様の経営判断原則を適用するシテイ基準により、多くの株主訴訟が却下され、変動リスクの高い金融資本市場における平時の経営判断原則適用に対しては批判的な見解も出され⁽⁹⁹⁾、経営者団体と議会・機関投資家間の対立色が強まっていることが述べられる。

米国シテイ判決に関しては、法令遵守といいつつ、内容はリスク管理、効率性など種々の要素が混在し、再検討する必要性が指摘される。取締役の法令遵守義務と同体制構築義務の関係について、前者は個別の裁判所の判断に馴染みやすが、後者は企業風土による企業間の相違もあり、裁量の幅が広く、裁判所審査には馴染みにくい面がある。私見であるが内部統制・リスクマネジメント、E R M (Enterprise Risk Management 全社的リスクマネジメント) の統制環境 (Control Environment) に関わる部分でもあり、結局はガバナンス機能との一体的運営如何にかかってこよう。リスク委員会について、リスク管理専門家を最低一人を配すること以外、平均的取締役の個人の資質は問われていない

など、形式基準に流れ、実体的な前提を欠いていることも経営判断原則適用の判例との相似として問題視される⁽¹⁰⁰⁾。

2. 銀行取締役が担う注意義務の細分化 銀行取締役が担う注意義務の内容等について、米国、一般企業、さらに銀行でも業態間の相違と細分化して考察する必要もある⁽¹⁰²⁾。プロジェクト・ファイナンス(PF)対象企業の融資審査の場合、直ちに異同を生じるものではないともみられるが、担保保全、収益性確保など、最終的決定の合理性を検討する場合、取締役の裁量の幅は一般融資の場合より狭くなり、注意義務違反を問われやすい面がある⁽¹⁰³⁾。

私見であるが、米国の金融規制改革法であるドッド・フランク法(Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act)により、ユニバーサルバンク後退、銀行持株会社化進展、業務多様化の縮小に向かう場合、PF等における銀行取締役責任の加重と平仄を合わせれば、より緩和の方向に働くことになろうが、単純な融資形態であれば免責の余地は逆に乏しくなるともいえる。複雑な融資形態だからこそ専門性が必要になり、シテイ基準が効果を発揮するともみられる。個別・具体的な融資状況に応じて考えていくことになろう⁽¹⁰⁴⁾。

十七. 詐害的会社分割における詐害行為概念との整合性

1. 濫用的な会社分割に関する裁判例 近年、濫用的会社分割⁽¹⁰⁵⁾に関する裁判例が相次いで出され、残存債権者保護の観点から、詐害行為取消権(民法四二四条)行使(大阪高判平成二二年二月二二日金法一九一六号一〇八頁ほか)、破産管財人の否認権(破産法一六〇条)行使(福岡地判平成二二年一月二七日金法一九一一年八四頁)、法人格否認法理の適用(福岡地判平成二二年一月一四日金判一三六四号四二頁)、会社法二二条一項類推適用(東京地判平成二二年七月九日金法一九〇三号一四頁)、免責的債務引受につき債権者承諾・同意を必要とする民法一般原理の適用(大阪地裁堺支判平成

二二年九月一三日金判一三五二号三七頁)などの積み重ねがされている。

会社分割に詐害行為取消権の行使を認めた裁判例としては、上記のほか、大阪地裁平成二二年八月二六日判決(金法一九一六号一三三頁)、東京地裁平成二二年五月二七日判決(金判一三四五号二六頁、判時二〇八三号一四八頁)、東京高裁平成二二年一〇月二七日判決(金判一三五五号四二頁、金法一九一〇号七七頁)、名古屋地裁平成二三年七月二二日判決(金判一三七五号四八頁)、福岡高判平成二三年一〇月二七日判決(金判一三八四号四九頁)など多数ある。

詐害行為取消権の要件につき、福岡高判平成二三年一〇月二七日金判一三八四号四九頁(オリックス債権回収会社事件)を例示すると、①会社分割に詐害行為取消権の行使を認めることを前提に、その対象について、会社分割自体か、それとも会社分割に伴う権利ないし資産かという点に議論があるが、本判決はいずれも含んでいるかにみえる。②要件について、本判決は、本件の株式譲渡および増資と一連一体の本件会社分割が、債務者Y1の責任財産の減少を招いたとし、債権者Xを害する行為(客観的要件を充足)と認定した。債務者・受益者が詐害の事実を知っているか(主観的要件)については、本件は新設分割であることから、受益者たる新設会社Y2は分割以前には存在しないため、受益者の主観を問題にする前提がないとの見方もありうるが、本判決は、Y1が詐害性を認識していたと認めたと、Y1とY2(各々の代表者が親子)とが互いに意を通じていたと構成している。③行為の詐害性について、本判決は、詐害行為と詐害の意思を分けるかつての二元説を採らず、両者の要因を重視しながらも、それぞれを独立の要件とは捉えず一連の行為と把握し総合的に判断しており、多数説(相関関係説)に立っているようである。⁽¹⁰⁶⁾⁽¹⁰⁷⁾

2. 濫用的会社分割と詐害行為取消権 上記の通り、紛争類型としては、①会社分割(ないしは会社分割により生ずる権利義務の承継)の効力を否定することによる解決(詐害行為取消権(民四二四条)、破産法上の否認権(破産法一六〇条

―一六二条）、②承継会社・新設会社に対する責任追及を認めることによる解決（会社法二三条の類推適用、法人格否認の法理）に分類される。濫用的会社分割と詐害行為取消権¹⁰⁸につき、詐害性に関して、特に破産法上の否認権との関係から類型化し、①財産の減少、②財産隠匿等のおそれ（財産の質的変容・劣化）、③債権者間の不平等（偏頗行為）の三タイプに分ける見解がある。

詐害行為取消権に関しても、①―③の類型に分けて分析・検討を行い、濫用的会社分割実質的問題点を分割会社の資産／負債比率の低下により生じる残存債権者と承継債権者間の不平等（偏頗行為性）とする見解が出される。その上で、実質的な問題意識を偏頗行為性に求めるとしても、判断枠組みとしては詐害行為性（財産の絶対的減少ないしは財産の質的変容・劣化）に求め、会社分割対価として分割会社に交付される新設会社株式の価値の相当性の評価の問題であると述べる¹⁰⁹。この場合、偏頗性を主観的要素、客観的要素のいずれに振り分けるのが課題となろうが、主観的要素とするのであろうか。

本件東和銀行損害賠償等請求判決に関してみると、債務者の①詐害行為（債務者の無資力、行為の詐害性）、②詐害の意思、について相関的に判断する点は同様である。贈与による無償行為として詐害性の大きい行為は、主観的要件は単なる認識で足り、控訴審判決は総合的かつ相関的に判断していると思料される。濫用的会社分割では、実質的な問題意識を偏頗行為性に求めるとしても、判断枠組みは詐害行為、即ち詐害性の点で判断しているともみられる。東和銀行事件は会社分割のような債権者保護が全面に出る事案ではなく、比較検討する意味合いは多くはないにせよ、客観的な面からの考察を重視する傾向のある点で、近時の判例のと同じ流れにあるといえようか。

さらに敷衍して、松嶋隆弘教授・弁護士は、法人格を利用した倒産隔離を詐害行為として否定する会社分割などの

近時の裁判例の検討を通して、法人格否認の法理を詐害行為取消権と同様の機能を有する「特則」的位置づけを有するとし、将来の債権者保護法制への重要な示唆を示しておられる¹⁰⁾。本事案の控訴審判決も、一審判決と異なり、詐害行為取消を認めた背景を慮ると、債権者保護の観点に立ち、こうした判例の大きな流れの中にあるともいえよう。

十八・東和銀行事件判決と今後の展望

1. 問題意識―スジ論からの疑問― 控訴審判決で詐害行為取消請求を認めた判断は基本的には妥当と考える。事実および状況を精査し、総合的・相関的に判断する柔軟性があり、判例・学説の流れに沿っていると考えられる。一審判決は少々杓子定規な傾向があると感ずる。もつとも控訴審判決については、若干のもの足りなさも感じるところである。客観的要素である詐害性と悪性度を示す主観的要素の相対性から検討する立場を貫くと、控訴審判決のように、損害賠償債務の認識、無資力になるとの認識の各々の有無から判断する立場とは少し異なるものがある。後者の概念はかなり大きく、相手を詐害して始めて詐害性があるといえよう。この点は裁判所は判断しておらず、私見であるが、客観的な事実である贈与により、どの程度の詐害をXが受けたかについて、きちんと言及すべきであったのではないか、との感を抱くものである。

さらに、一方でXが退職慰労金一億五〇〇〇万円を贈呈する総会決議を行い、二次的に取消権行使による抹消登記請求を行っていること、しかも被担保債権は将来債権たる損害賠償請求権であること、損害賠償請求金額は八四〇〇万円に留まること等に対しては、若干の違和感も禁じ得ない。損害賠償請求権の有無、金額自体も不確定な未認定段階であり、取消権が成立したとしても弁済期到来等も問題となる。控訴審判決において、無資力要件の継続性、債務

超過等の認定ならびに無資力の認識の有無も述べられない。客観的に詐害行為といえるのか、次段階として詐害意思に關しても、認定に当たって十分な検討はされていない。取消請求が認められた場合も、六六〇〇万円はY1の手に残り、個人資産は上積みされる。当事者間の親密な関係は十分には認定されていない。翻ってスジ論として、そもそも詐害行為取消請求を認めるべき案件であったのか、一抹の疑問を留保せざるを得ない。

2. 損害賠償債務の認識と無資力の認識 控訴審判決は損害賠償債務の認識において、本件融資の時点で回収不能となる可能性が高いと認識していたとする。償還財源として想定されたKホテル事業が事実上頓挫し、代替償還財源も見込めない状況が挙げられる。その上、贈与時点で要管理先から破綻懸念先、さらに実質破綻先に変更され、贈与は引責辞任の直前に行われた。金融庁から不適切な融資判断や管理を指摘されたことも勘案すれば、損害賠償責任を問われる可能性を認識していたと認めるのが相当であるとした。

ただ債務者の無資力要件について、疑義が生じかねない面もある。無資力の認識は、損害の認識よりも広い概念である。前者は客観性、後者は主観性が強い要因となる。無資力要件については、無資力の客観性、即ち詐害行為時から口頭弁論終結時まで無資力の継続性が必要であり、主観性としての無資力の認識も必要となる。控訴審判決では、無資力の客観性は認定されておらず、無資力の認識を認定することに若干の疑問なしとしない。六月一二日総会において、Y1に対し、退職慰労金一億五〇〇〇万円を贈呈する決議がされている。退職慰労金の有効を前提とする、この事実は債務者の無資力要件に反するのではないかと考える。債務者の無資力は詐害行為時から口頭弁論終結時まで継続する必要がある。詐害行為の具体的事実レベルでは、相関関係説を基礎としている控訴審判決を支持するが、前提状況である債務者の無資力の観点からは、にわかに賛同し難い面もなしとしない。

スジ論からは取消権行使を認める必然性に乏しく、加えて無資力要件に関して継続性を欠き、控訴審が取消権行使を認めることに直ちに首肯しかねることともなる。それでも控訴審では、賠償認定額と退職慰労金の金額の突合から取消権を認めた可能性もある。賠償認定額は七七九万五六一三円であるが、T産業に対する実際の回収不能額は、弁済された一六六万五〇〇〇円を引いても二億一六三四万五〇〇〇円残り、本件賠償額を差し引いても一億三三三四万九三七円残ることになる。仮定のことであるが、一億五〇〇〇万円の退職慰労金が有効だと前提とするとき、回収不能額を見越して、裁判所が詐害取消権を認めた可能性もある。

3. 事案の背景と特性―当事者間の親密な関係― 事案の特性を勘案すると、X、Y1、T産業の三者につき、T産業とXの長年の取引関係が記される。XとY1については、Y1が旧大蔵省出身でX入行の経緯が述べられる。Y1、T産業については、親密な頭取銘柄であったと認定され、Y2とT産業の個人的親密関係も認定される。XとY1の関係が十分な認定がされていない嫌いがある。入行の経緯に留まらず、普銀への業態転換以後の業務拡大など、監督官庁から転じてたY1の果たした事実上の役割が大きかったか、それ故に退職慰労金の交付を決議した上で、内数である被担保債権たる八四〇〇万円の損害賠償請求権に基づく取消請求という、ややバランスを欠いた請求をしたのかどうか、かかる認定が控訴審ではされていない点も、ややもの足りなさを感じるところである。

4. 実務上の留意点 私見であるが、東和銀行事件では、形式的には融資のプロセス自体は経ているものの、実質的にはそのプロセスの内実面において、上司からの圧力が加えられるなど、大きく逸脱しており、正しく経営判断の過程の適正さが問われているものといえよう。もつとも、特に控訴審では①銀行取締役の責任の重責化（注）、②経営判断原則の適用の有無、に関して特段の考察・判断を加えているというよりも、むしろ③経営トップたるY1らに

対するコーポレート・ガバナンスによる直接的な責任として問題視している節がある。第一審判決では明白に銀行の取締役の前提で判断しているが、控訴審判決では、取締役を基準として判断している節もあり、そのことが窺える。④株主代表訴訟でなく、銀行自身が提訴しており、この面からも事案の悪性度の高さが窺えよう。⑤そして、破綻懸念先に対する銀行融資の善管注意義務の内容を第一審判決は具体的に示した点にも大きな特徴がある。

法律時報八四巻七号（二〇二二年六月）一〇八頁では、後述の通り、第一審・控訴審判決を、共に銀行取締役の注意義務を一般事業会社よりも高いとするものと位置づけるが、控訴審判決については、むしろそうした判断を避けたもので、銀行取締役の注意義務に関する一般論を示しておらず、北海道拓殖銀行の旧経営陣に対するRCCによる二件の二〇〇八年一月二八日最高裁判所第二小法廷判決を踏襲したと考えられるのではなからうか。取締役の経営判断における裁量の幅が業界や会社の規模によって差が生じるのは当然で、金融機関の取締役として責任の厳格化に結びつけるのではなく、個別・具体的な事案に即した判断を行うもので、こと本件に関しては事案の悪質さから、銀行取締役の責任の軽重、経営判断を持ち出すまでもなく、仮に一般事業会社のケースであっても、当然に責任追及が認められるべき事案であった事案であったとみることができよう。その前提では、かなり射程度の狭い事案ともいえようか。

5. 注意義務の水準となる裁判規範などの形成 融資原則、経営判断原則、債務者区分等の検討を本事案の具体的事実や関連判例と共に進め、考察してきた。何れも最大の眼目は融資判断の合理性の判断に集約されるといつても過言でない。米国や我が国において、銀行取締役の善管注意義務ないし忠実義務の水準は、一般の株式会社の取締役より高いとするものが多数説を占め、銀行の事業の性質や社会へ影響を鑑みると、あるいは当然のようにも思える。仮にそうした場合に、課題としては、銀行取締役と他の一般の株式会社の取締役を区別する根拠規定は存在せず、注意

義務の水準を決めているのは裁判所の裁量に委ねられる。これまでの多くの判例をみても、注意義務の水準となるような裁判規範は形成途上ともいえ、必ずしも一義的に明確ではない嫌いがあるともいえよう。裁判所の判断のみで注意義務の水準が決められ、予見可能性を欠き、銀行取締役は一般の株式会社の取締役よりも狭い経営判断原則が適用されることとなってしまう可能性があることにもなりかねない。銀行業務を執り行うことに少なからず影響はあり、ソフトローにせよ、早急に銀行取締役と他の一般の株式会社の取締役を区別するような規定面の整備の必要があるのではないか。裁判規範の形成を待つことはもちろんであるが、英国の最善行動規範 (Best Code of Conduct)、あるいはコモンローなどを有しない我が国において、銀行融資関連事案は各時代の背景を含め、個別の特殊性もあり、法規制自体には馴染まない側面もあるが、何らかの規範の定立が求められようか。一石を投じたい。個別・具体的な事案に即した微妙な判断⁽¹¹⁾が必要なものだけに難しい面もあるが、企業活動の健全化・活発化に向けて、今後判例等の蓄積と相俟って、取締役の注意義務の性質や内容がより一層明らかにされ、注意義務違反の判断基準も明確化されていくことが望まれる。一方、金融機関でない一般の株式会社でも、社会インフラなどの必要不可欠なものを事業対象にしていく株式会社の取締役の注意義務の水準を個人の利潤のみを追求する株式会社の取締役と同じと考えてよいのか、その点についても判例の蓄積は今後期待できようが、銀行取締役の注意義務の水準と合わせながら、考察を進める必要もあるだろう。

〔追記〕 本稿は、二〇二一年度日本大学法学部研究費（共同研究）の研究成果の一部である。

- (1) 日本大学法学部商事法研究会の研究報告(二〇一〇年十二月一日)を基にしている。
- (2) 判例時報二二七号一〇五―一二三頁(二〇一一年二月)。
- (3) 資料版商事法務No.三三四号八三―一九頁(二〇一二年一月)。
- (4) 弥永真生「ジュリストNo.一四三九」(二〇一二年四月)一二三頁。
- (5) 弥永・前掲三頁。
- (6) 前掲・(注3)八三―八四頁。
- (7) 業績が良好で財務内容にも特段の問題がない債務者。全国銀行協会「不良債権と自己査定」参照、以下同。
- (8) 元本返済もしくは利息支払いが事実上延滞しているなど履行状況に問題がある債務者のほか、業績が低調ないしは不安定な債務者または財務内容に問題がある債務者など今後の管理に注意を要する債務者。金融再生法においては、要注先債権のうち三ヶ月以上延滞債権および貸出条件緩和債権について要管理債権とされる。
- (9) 現状経営破綻の状況にはないが、経営難の状態にあり、経営改善計画などの進捗状況が芳しくなく、今後経営破綻に陥る可能性が大きいと認められる債務者。
- (10) 法的・形式的な経営破綻の事実は発生していないものの深刻な経営難の状態にあり、再建の見通しがなく、今後経営破綻に陥ると認められるなど実質的に経営破綻に陥っている債務者。
- (11) 法的・形式的な経営破綻の事实在発生している債務者。
- (12) 金融・商事判例No.一三三五(二〇一〇年三月一日)二〇―三〇頁、判例時報三〇六三号一三八―一四七頁。
- (13) 第三・二(争点二)、前掲・(注2)一二三頁下段一。
- (14) 内田貴『民法Ⅲ債権総論・担保物権(第三版)』東京大学出版会(二〇〇五年)三〇二頁以下。
- (15) 内田・前掲三〇四頁。判例・通説も同様である。
- (16) 飯原一乗『詐害行為取消訴訟』悠々社(二〇〇六年)五〇―六四頁、一〇六―一二三頁参照。詐害行為取消訴訟全般について、詳しく論じられる。同『詐害行為取消権・否認権の研究』日本評論社(一九八九年)、佐藤岩昭『詐害行為取消権の理

論』東京大学出版会（二〇〇一年）。

(17) 飯原・前掲『詐害行為取消訴訟』一〇八頁。

(18) 従前の判例は行為の詐害生の強さとの相関で主観的要件を判断するという柔軟な枠組みを採用していたが、改正破産法が、従来は主観的要件との相関で詐害行為になりうるかと解されていた弁済・担保供与・相当価格での不動産売却について明確な判断基準を示し、影響を受けざるを得ないとみられる。

(19) 客観的要件を厳しくする説は、民法四二四条の「知って」につき、債務者の主観的要件は詐害の意思でなく詐害の認識で足りるとし、客観的要件としては一般に要求されるもののほか、債務者の行為に不当性を必要とすると考える。下森定『注釈民法（一〇）』有斐閣（昭和六二年）七九五頁、片山直也「相当価格による財産売却と詐害行為」森泉教授還暦記念論集『現代判例民法学の課題』法学書院（昭和六三年）五五九頁、竹内康夫「不動産の処分詐害行為」小川英明・長野益三編『現代民事裁判の課題①不動産取引』新日本法規出版（平成元年）一四六頁他。この説によると、弁済、代物弁済および担保の供与は、判例のいう通謀や詐害意思がある場合も義務の履行またはそれに繋がる行為として、不当性がなく詐害行為は成立しないことがある。板木郁郎「詐害行為取消権に関する研究」『否認権に関する実証的研究』立命館出版部（昭和一八年）三九六―四二二頁。他方で、主観的要件を厳しくするもの説は、詐害行為成立の客観的要件として、債権者の立場から、担保力の減少があれば常に債権者を害するとし、主観的要件として債務者が認識していることのほか、さらに誠実義務違反の認識を必要とする見解がある。この立場では、債務者が隠匿または浪費目的で不動産を売却すると詐害行為となるが、債務弁済の目的では詐害行為は成立しない。有泉亨・判民昭八年七四事件、松坂佐一「債権者取消権」浅井清信・大場茂行・松坂佐一『総合判例研究叢書（民法七）』有斐閣（昭和三二年）二〇四頁。

(20) 沢井裕「判批」法学論集（関西大学法学会）八巻六号八四頁、好美清光「判批」民集五二巻六号九〇二頁。

(21) 詐害行為取消要件を主観的要件と客観的要件から総合的にみていくと、訴訟で当事者が主張・立証の命題とすべき主要事実である要件事実が問題となり、債権者を詐害する行為とすれば、詐害の意思のように一般条項と同様な扱いを受け、学説の挙げる具体的事実はその間接事実となる。法律行為の目的・動機が正当なもの認められるとき、例えば弁済資金獲得のため

誠意をもってした不動産売却（大判大正一三年四月二五日）、生計費および子女教育費の捻出のための財産処分（最判昭和四二年一月九日）、営業継続のためやむなくした担保提供行為（最判昭和四四年二月一九日）などの事実は、詐害性を阻却するために被告のなすべき間接反証事項となると考えられるが、民事訴訟では間接反証の概念は一般的でなく、抗弁と解すべきであるといわれる。船越隆司「詐害行為取消権」『実定法秩序と証明責任』尚学社（平成八年）五〇〇頁、飯原・前掲『詐害行為取消訴訟』一一〇―一一二頁。

(22) 第三・二（二）ア・イ、前掲・（注3）一一七―一一八頁。

(23) 第三・一（争点二）、前掲・判時一二三頁。

(24) 第二・一（二）、前掲・判時一〇六一―一〇七頁。第三・一（二）、前掲・判時一一四頁。

(25) Xは一九八九年二月普通銀行に転換、株式会社東和銀行に商号変更した。Y1の原告への入行時期は一九九二年であり、代表取締役副頭取就任は翌年の一九九三年六月、一九九四年六月から二〇〇七年五月まで代表取締役頭取を務める。この間は、公表資料を見る限り、二〇〇一年五月五日経営破綻した新潟中央銀行の一部営業を譲渡、二〇〇六年四月二四日セブン銀行とATM利用提携開始以外にはさしたる業容拡大は見当たらない。もっとも二〇〇七年五月一日前期最終赤字が二七四億円となり、責任を取ってY1が頭取が辞任し、その後は副頭取が頭取に就任する。二〇〇七年一月二日金融庁から改善命令、二〇〇九年二月二八日には金融機能強化法に基づく公的資金三五〇億円が資本注入される。この結果、原告は経営破綻は免れており、退職後にも何らかの影響を持ち得たのか、こうした点は不明である。

(26) 経済犯罪として実務上問題となり、株式会社Aの取締役等の特別背任罪（会社法九六〇条）を例にして、保護法益の観点から検討を行うものとして、北沢義博「経営判断における「前提となる事実の認識の不注意」―さいたま地判平成二二年三月二六日の検討」大宮ローレビュー第七号（二〇一二年二月）一二七―一三八頁参照。特別背任罪に関して、最決平成二二年一月九日刑集六三卷九号一一一七頁（北海道拓殖銀行事件）は、都市銀行の代表取締役頭取が実質倒産状態にあるグループ企業に対して実質無担保での追加融資を行った行為について、任務違背行為として特別背任罪の成立を認めた。銀行取締役と経営判断原則の関係について、「銀行の取締役が負うべき注意義務については、一般の株式会社取締役と同様に、受任者の善

管注意義務（民法六四四条）および忠実義務（平成一七年法律第八七号による改正前の商法二五四条の三、会社法三五五条）を基本としつつも、いわゆる経営判断の原則が適用される余地がある。しかし、銀行業が広く預金者から資金を集め、これを原資として企業等に融資することを本質とする免許事業であること、銀行の取締役は金融取引の専門家であり、その知識経験を活用して融資業務を行うことが期待されていること、万一銀行経営が破たんし、あるいは危機にひんした場合には預金者および融資先を始めとして社会一般に広範かつ深刻な混乱を生じさせること等を考慮すれば、融資業務に際して要求される銀行の取締役の注意義務の程度は一般の株式会社取締役の場合に比べ高い水準のものであると解され、所論がいう経営判断の原則が適用される余地はそれだけ限定的なものにとどまるといわざるを得ない。」としている。特別背任罪における任務違背行為の成否については、経営判断の尊重による刑事処罰の限定が問題となるが、本決定においては、銀行取締役についても経営判断の原則が適用され得るものの、限定的であるとされ、銀行業が他の会社とは異なるものであることや、預金者や融資先を含めた社会一般への影響の大きさが指摘されている。会社法の特別背任罪（会社法九六〇条以下）は、一般的には刑法の背任罪の加重類型と理解され、本人である株式会社に財産的損害を与える財産犯となる。株式会社の取締役は会社の受任者としての立場にあり、株主利益のために行動すべきことは当然であるが、資本主義が高度に進展した現代経済社会においては、株式会社に期待される役割は、株主や従業員の利益を超えて社会公共的な要素を含んでいる。会社法その他の法令は、会社経営や組織の自由度を高める一方で、内部統制システムや各種の情報開示につき積極的な規制を行っている。株式会社の役割と法規制の要請に照らすと、株式会社の経営を担う取締役は、国民が株式会社に対して期待する役割や社会的使命に沿う行動に出ることが求められ、取締役の会社に対する裏切り行為は社会公共の利益を危殆化する。銀行業の特殊性について述べられているが、特別背任罪の罪質についての以上のような理解とも整合するものといえるであろう。そして、このような理解は、特別背任罪の罪質が、財産犯である刑法の背任罪とは異なり、社会公共的なものということを意味する。

(27) 銀行取締役の注意義務に関する先駆的研究として、神吉正三「銀行取締役の注意義務再論（二）」龍谷大学法学会四一巻四号（二〇一〇年一月）九三（七三七）―一七五（八一九）頁に詳説される。以下、参照した。

(28) 最二小判平成二〇年一月二八日民集六二巻一号一二八頁・判時一九九五号一五一頁・判タ一二六二号五六頁・金判

一二九一号二四頁・金法一八三八号四六頁。「商法二六六条一項五号に基づく会社の取締役に対する損害賠償請求権の消滅時効期間は、商法五二二条所定の五年ではなく、民法一六七条一項により一〇年と解するのが相当である。」と判示している。

(29) 神吉正三・前掲(注27)一〇九(七五三)一一八(七六二)頁。

(30) ダスキン株主代表訴訟事件について、最高裁第三小法廷は平成二〇年二月二日上告棄却判決を言い渡し、旧経営陣一三人に五三億四〇〇〇万円の損害賠償を命じた大阪高裁判決が確定した。「(スクランブル) 最高裁決定によるダスキン事件の終結」商事法務一八二五号(二〇〇八年)五八頁は、ダスキン株主代表訴訟事件終結を主な題材とし、蛇の目ミシン工業事件、拓銀カブトデコム事件を含む一連の拓銀事件についても役員に対して厳格な責任を課すものと捉えている。

(31) 吉井敦子『破綻金融機関をめぐる責任法制』多賀出版(一九九九年)二六八頁、山田剛志「金融機関の破綻と取締役の責任」法政理論三二卷三・四号(二〇〇〇年)四四頁、同「取締役の善管注意義務を巡る二つの最高裁基準」金融・商事判例一三八九号(二〇一二年四月)二一五頁、

神吉正三「金融機関の救済融資における取締役の行為規制」企業法学五卷(一九九六年)二三九頁、同「銀行取締役の注意義務」筑波法政二八号(二〇〇〇年)一〇六頁。

(32) 山田剛志「金融機関の破綻と銀行取締役の注意義務」ジュリスト一一三三七号(二〇〇三年)一一三二頁。北村雅史「判批」判例時報一九九三号(二〇〇八年)一九五頁、和田宗久「判批」金融・商事判例一三〇四号(二〇〇八年)一一三頁・二五頁、志谷・「批判」判例時報二〇一四号(二〇〇八年)一九六頁。札幌高判平成一八年三月二日判時一九四六号一二八頁(拓銀エスコリース事件控訴審判決)は、「銀行の取締役が負う注意義務の内容は一般の営利企業の取締役が負う注意義務の内容とは異なるものであるところ、企業の営む業務の違いによって取締役の負う注意義務の内容に違いが生じるのは当然のことであるから、銀行の取締役の負う注意義務の程度と一般の営利企業の取締役が負う注意義務の程度を比較し、いずれが重いかを議論することは意味がない。」と判示する。神吉正三・前掲(注27)一一八(七六二)頁以下参照。

(33) 川口恭弘「事業の公共性と取締役の責任」商事法務一七四〇号(二〇〇五年)一一頁。

(34) 吉原和志「取締役の経営判断と株主代表訴訟」小林秀之・近藤光男編『新版株主代表訴訟大系』弘文堂(二〇〇二年)

- 一一九頁。同「判批」会社法判例百選（二〇〇六年）一二三頁。青竹正一「判批」判例時報一八七六号（二〇〇五年）二〇一頁、同『新会社法』（信山社 二〇〇六年）二五九頁。藤原俊雄「判批」金融法務事情一七七五号（二〇〇六年）三九頁。中村信男「判批」監査役五〇六号（二〇〇五年）三九頁はリスクを合理的に小さくすることが要求されるとする。
- (35) 岩原紳作・後掲(注42)二一四頁、同「銀行融資における取締役の注意義務」〔上〕〔下〕—カプトデコム事件高裁判決を中心として「商事法務一七四二号四頁。
- (36) 青竹正一「判批」判例時報一八七六号（二〇〇五年）一九九頁。
- (37) 山田剛志「判批」判例タイムズ一二〇九号（二〇〇六年）五三頁。
- (38) 松井智予「判批」ジュリスト一二八六号（二〇〇年）一一二頁。
- (39) 今井克典「銀行の貸出業務における公共性に基づく義務の存否」法政論集（名古屋大学）二一四号（二〇〇六年）六八—六九頁。
- (40) 森田章ほか「シンポジウム取締役の義務と責任」私法六八号（二〇〇六年）五九頁〔山下友信発言〕。
- (41) 小林俊明「銀行取締役の注意義務と経営判断原則」ジュリスト一三二四号（二〇〇六年）一五〇頁。株主代表訴訟の判例である水戸地裁下妻支部判平成一五年二月五日判時一八一六号一四二頁（つくば銀行事件）判例評釈。私見として、この立場をとりたい。
- (42) 岩原紳作「金融機関取締役の注意義務—会社法と金融監督法の交錯」小塚莊一郎Ⅱ高橋美加編『落合誠一先生還暦記念商事法への提言』（商事法務、二〇〇四年）二〇二頁以下。神吉正三「判例および銀行法における銀行業の特徴と銀行取締役の注意義務」流経法学五巻一号（二〇〇五年）七頁以下。
- (43) 神吉正三・前掲(注27)一一二(七五五)—一一二(七五六)頁。反社会的勢力には、業務の「公共性」を明定された免許業たる銀行の債務者としての適格性はない。総会屋も、銀行の株主である場合に、その者に対する融資が会社法一二〇条に基づく利益供与の禁止の対象となることは別に、そもそも銀行の債務者としての適格性がない。
- (44) Jonathan R. Macey & Maureen O'Hara, The Corporate Governance of Banks, FRBNY Economic Policy Review April 2003

- (45) ドッド・フランク法に関して、拙稿「米国ドッド・フランク法における銀行持株会社ならびにM & A取引等にかかる考察」日本法学第七八巻第一号(二〇一二年六月) 六五―九二頁。包括的な金融制度改革を図るため、オバマ政権は二〇一〇年七月二一日ドッド・フランク・ウォールストリート改革および消費者保護法(Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act)を成立させている。
- (46) バーゼル銀行監督委員会のB I S IIIにつき、前掲・拙稿七四頁、八九頁。
- (47) 国際的金融規制の域外適用等と今後の方向性ならびに我が国の対応に関して、前掲・拙稿八五―八九頁。
- (48) 前掲・(注3)三三四号八五―八六頁参照。
- (49) 前田重行ほか「シンポジウム 金融機関の健全性維持および破綻処理について」金融法研究一三号(平成九年) 五二頁以下「前田重行・宍戸善一発言」。私見として、賛成したい。
- (50) 棲み分けあるいは後者から前者への介入。
- (51) 岩原紳作・前掲(注42)一七五頁以下。
- (52) 前掲・(注3)三三四号八六頁。
- (53) 江頭憲治郎『株式会社法(第四版)』有斐閣(二〇一一年) 四三八頁。神吉正三・前掲(注27)一二五(七六九)―一二九(七七三)頁、同「取締役の『信託の権利』に関する一考察」流経法学二巻二号(二〇〇三年) 一一六二頁。
- (54) 神崎克郎「会社の法令遵守と取締役の責任」法曹時報三四巻四号(一九八二年) 一四頁。
- (55) Model Bus. Corp. Act § 8.30 (1998). THE AMERICAN LAW INSTITUTE, PRINCIPLES OF CORPORATE GOVERNANCE ANALYSIS AND RECOMMENDATIONS § 4.01 (a) (2) · (b), § 4.02, § 4.03. 畠田公明『コーポレート・ガバナンスにおける取締役の責任制度』(法律文化社 二〇〇二年) 四〇―七八頁。中京銀行事件株主代表訴訟事件の判例評釈で信託の原則に関する見解を示すものとして、神崎克郎「銀行の取締役が融資の決定をする際の善管注意義務」金融法務事情一四九二号(一九九七年) 七八頁―七九頁。

- (56) この他、東京地判平成一四年七月一八日判時一七九四号一三一頁（長銀EIE第一次訴訟第一審判決）、東京地判平成一四年一〇月三二日判時一八一〇号一〇頁（国民銀行事件）、東京地判平成一六年三月二六日判時一八六三号一二八頁（日債銀ジェイ・トップ事件）、札幌地判平成一六年三月二六日判時一五八号一九六頁（拓銀ソフィア事件第一審判決）、札幌高判平成一八年三月二日判時一二五七号二三九頁（拓銀ミヤシタ事件控訴審判決）、札幌高判平成一八年三月二日判時一九四六号一二八頁（拓銀エスコリース事件控訴審判決）。
- (57) 神吉正三・前掲(注27)一二八(七七二)―一二九(七七三)頁。
- (58) 東京地判平成一四年七月一八日判時一七九四号一三二頁（長銀イー・アイ・イ事件第一審判決）も、「特段の事情のない限り、監督義務懈怠の責めを負うことはない。」としている。神吉正三・『融資判断における銀行取締役の責任』（二〇一一年）中央経済社二一―二四五頁。私見であるが、東和銀行事件について「特段の事情」をみれば、被告に業務経験に欠けることはないが、特定事実について善意でなく、悪性の発信源であり、当然に同理論からも責めを負うことになる。
- (59) 近藤光男「判例に見る他企業支援と取締役の義務」同『コーポレート・ガバナンスと経営者責任』（有斐閣（二〇〇四年）一一六頁。吉本健一『レクチャー会社法』中央経済社（二〇〇八年）二三三頁。前掲・江頭憲治郎『株式会社法（第四版）』（四三八―四四〇頁）。
- (60) 吉原和志「取締役の経営判断と株主代表訴訟」小林秀之『近藤光男編『新版株主代表訴訟大系』（弘文堂（二〇〇二）一一七頁）。
- (61) 東京地方裁判所商事研究会編『類型別会社訴訟（第二版）』判例タイムズ社（二〇〇八年）二四四頁（佐々木宗啓・森岡康彦）。
- (62) 北村雅史「最近の判例に見る株主代表訴訟」小林秀之・近藤光男編『新しい株主代表訴訟』弘文堂（二〇〇三年）八四頁。
- (63) 米国においても、銀行取締役に経営判断原則の適用を否定した最近の裁判例を踏まえ、銀行取締役に経営判断の原則が適用されるべきが主張される。Joel B. Harris & Charles T. Caliendo, "Who Says the Business Judgment Rule does not Apply to Directors of New York Banks?", 118 Banking L. J. 493 (2001)

(64) 米国の経営判断原則などに関して、近藤光男『経営判断と取締役の責任―「経営判断の法則」適用の検討』中央経済社、山田剛志「リーガルリサーチサポートサイト／金融機関の破綻とRCCによる取締役の責任追及」参照。

(<http://www.ln-academic.jp/lexis/lecturesRCC01.htm>)

(65) 石山卓磨・河内隆史・尾崎安央・川島いずみ『ハイブリッド会社法』法律文化社(二〇一二年)一六七―一六八頁。

(66) 岩原紳作・前掲(注42)六頁。拓銀カブトデコム事件について、最高裁は原審札幌高裁判決についてRCC敗訴部分を破棄し、三つの融資すべてについて取締役の会社に対する責任を認めたが、最高裁は、経営判断の原則について言及していない。

(67) 大阪地判平成一四年三月二七日判タ一一一九号一九四頁(なみや銀行(なにわ銀行)事件)、東京地判平成一四年四月二五日判時一七九三号一四〇頁(長銀初島事件)、大阪地判平成一四年一〇月一六日判タ一一三四号二四八頁(なみや銀行(福徳銀行)事件)、東京地判平成一四年一〇月三一日判時一八一〇号一一〇頁(国民銀行事件)、札幌地判平成一四年一二月二五日(判例集未登載)(拓銀カブトデコム事件第一審判決)、東京地判平成一六年三月二五日判時一八五一号二二頁(長銀ノンバンク支援事件第一審判決)、東京地判平成一六年三月二六日判時一八六三号二二八頁(日債事件第一審判決)、大阪地判平成一六年七月二八日判タ一一六七号二〇八頁(幸福銀行事件)、札幌高判平成一八年三月二日判時一九四六号二二八頁(拓銀エスコリース事件控訴審判決)、札幌高判平成一八年三月二日(判例集未登載)(拓銀ソフィア事件控訴審判決)、平成一八年三月二日札幌高判平成一八年三月二日判タ一二五七号二二九頁(拓銀ミヤシタ事件控訴審判決)。国民銀行事件、拓銀エスコリース事件控訴審判決の二件の判例は、経営判断の原則の定式化を示して経営判断の原則に則って審査することを判示するものの、取締役の責任を認める結論部分では、定式化に沿った判断を示していない。

(68) 取締役が違法行為を行う裁量はなく、取締役が違法であると知りつつ法令に違反する経営判断がなされた場合、経営判断の原則は適用されない。岩原紳作「大和銀行代表訴訟事件一審判決と代表訴訟制度改正問題〔下〕」商事法務一五七七号(二〇〇〇年)七頁。THE AMERICAN LAW INSTITUTE, PRINCIPLES OF CORPORATE GOVERNANCE: ANALYSIS AND RECOMMENDATIONS § 4.01 (a)

(69) 最一小判平成二〇年一月二八日判時一九九七号一四三頁、東京地判平成一六年三月二六日判時一八六三号二二八頁(日債

銀ジェイ・トップ事件)。松山昇平「銀行取締役の融資判断における注意義務―最二小判平二〇・一・二八」金融法務事情一八三三号(二〇〇八)三五頁は、上記最判が取締役を基準としたのは、取締役の判断に裁量的な要素が入らないからであるとする。

(70) 吉本健一「融資先企業に対する追加融資を決定した銀行取締役の善管注意義務違反―四国銀行株主代表訴訟上告審判決〔最二判平成二二・一一・二七〕金融・商事判例一三四七号(二〇一〇年八月)七一―一頁。吉本教授は、一五の判例の分析を踏まえ、経営判断原則の適用事例として、大阪地判平成一四・三・一三判時一七九二号一三七頁(住友信託銀行磐梯リゾート開発事件)判決(銀行取締役を基準)、大阪地判平成一四・一〇・一六判タ一一三四号二四八頁(なみはや銀行京都厚生会事件)判決(銀行取締役を基準)、東京地判平成一四・一〇・三一判時一八一〇号一一〇頁(国民銀行事件)判決、札幌地判平成一五・九・一六判時一八四二号一三〇頁(拓銀エスコリース事件第一審判決)判決、東京地判平成一六・三・二五判時一八五一号二二頁(長銀ノンバンク支援事件)、札幌地判平成一六・三・二六判タ一一五八号一九六頁(拓銀ソフィア事件第一審判決)判決(いずれも大銀行取締役を基準)、札幌地判平成一六・三・二六判タ一一五八号一九六頁(拓銀ソフィア事件第一審判決)判決(銀行取締役を基準)、札幌高判平成一八・三・二二判タ一二五七号三三九頁(拓銀ミヤシタ事件控訴審判決)判決(銀行取締役を基準)がある。経営判断原則に触れない事例としては、名古屋地判平成九・一・二〇判時一六〇〇号一四四頁(中京銀行事件)判決(通常の企業人を基準)、松山地判平成一四・二八判タ一一〇四六号三三三頁(伊予銀行事件)判決(通常の経営者を基準)、東京地判平成一四・四・二五判時一七九三号一四〇頁(長銀初島事件)判決(取締役を基準)、最判平成二〇・一・二八金判一二九一号三八頁(拓銀カブトデコム事件)判決(銀行取締役を基準)がある。その上で、四国銀行事件判決では、追加融資³に関する本件回収見込判断は著しく不合理であるとする。第一に、追加融資の必要性とつなぎ融資の回収可能性について、本件³融資の実行可能性の有無を検討し、(ア)原審との相違として、原審では、①本件³融資の実行可能性、②B会社の財務状況の抜本的改善の可能性、がポイントとなっていた。②の可能性は、B会社の経営陣の刷新が不可欠であり、これが実現する場合には、①の実行も行われる可能性が高い。(イ)追加融資の必要性とつなぎ融資の回収可能性については、本件つなぎ融資を本件³融資の実行により回収するためには、それが実行されるまでの間、追加融資によりB会社

の倒産を回避する必要があった（必要条件）。これに対して、追加融資をしても本件県融資が実現しない限りつなぎ融資を回収することはできず、本件県融資の実現こそが本件つなぎ融資を回収するための十分条件であったといえる。したがって、本件県融資の実現可能性こそがポイントとなる。第二に、経営判断原則における融資の実行に関する利害得失の比較衡量の位置付けについて、経営判断原則における手続面（情報収集・調査、検討）と内容を一体的に判断し、詳細な分析を図られる。

(71) 神吉・前掲(注27)九九(七四三)頁。最近の経営判断原則適用が問題となった最三小決平成二一年一月九日刑集六三卷九号一一一七頁(拓銀特別背任事件上告審決定)、最一小判平成二二年七月一五日判時二〇九一号九〇頁(アパマンショップ株主代表訴訟上告審判決)の金融機関、一般株式会社に関する二つの最高裁判例を検討するものとして、神吉正三「金融機関の融資判断と経営判断原則」龍谷大学法学会四四卷四号(二〇一二年三月)一一六三―一一九二頁。株式会社整理回収機構が提訴した破綻金融機関の元役員に対する融資の貸倒による損害賠償責任の追及において、大半の事例で元役員の責任が認められたのは、整理回収機構が豊富な証拠に基づいて訴訟を遂行していることに加えて、バブル経済の崩壊後に破綻した金融機関においては、バブル経済の時期に、融資審査を放棄したともいえる杜撰な融資審査によって業容拡大を優先させたことが大きな原因であると考えられる。融資業務に経営判断原則が適用され、融資判断における裁量が保護されることを前提としつつ、金融機関経営の健全性を実現する方策について、さらに模索すべきである。同一九一―一九二頁。

(72) 北海道拓殖銀行栄木不動産事件、北海道拓殖銀行カブトコム事件については、松嶋隆弘教授・弁護士が説示される。松嶋隆弘「北海道拓殖銀行栄木不動産事件(最判平成二〇年一月二八日判タ一二六二号六三三頁)／北海道拓殖銀行カブトコム事件(最判平成二〇年一月二八日判タ一二六二号六九頁)」平成二〇年主要民事判例解説(別冊判例タイムズ二五号)一六〇―一六一頁。この他、最一小判平二〇年一月二八日判タ一二六二号五六頁(評釈として大久保拓也・税務事例四一巻六号七一頁)。(73) 岩原紳作・前掲(注42)一七五頁。②は、特別背任罪の成否が争点とされた札幌高判平一八年八月三一日判タ一二二九号一一六頁(ソフィア事件・評釈として大久保拓也・税務事例三九卷一二号六二頁)と共に、拓銀破綻の引き金となった融資事件として注目を集めた。

(74) 金融機関の救済融資に関して、神吉正三「メインバンクの救済融資に関する法的研究」(一九九八年筑波大学学位論文)、

同『金融機関役員の融資決裁責任』酒井書店(二〇〇五年五月)、近藤光男「金融支援と取締役の責任」金融法務事情 一四二四号(一九九五)六一―二頁、同『取締役の損害賠償責任』(中央経済社一九九六年)三九―五一頁、森本滋・河村貢・橋本孝一・成毛文之・野島斌・豊泉貫太郎「座談会」メインバンクの救済融資について」取締役の法務一九九五年四月二五日号八二―九〇頁、前田重行「わが国における銀行監督法とその立法的課題―序説的考察」落合誠一・江頭憲治郎・山下友信編『(鴻常夫先生古稀記念)現代企業立法の軌跡と展望』(商事法務研究会一九九五年)四六九―四九八頁など。破綻先への融資の検討に関して、中村直人「代表訴訟とグループ子会社救済」JICPAジャーナル四四八号(一九九二年)四六―四八頁、川口恭弘「系列会社の救済と取締役の責任―バブル経済崩壊の後遺症」神戸学院法学二五巻一号(一九九五年)一六九―一八九頁など。

(75) 救済融資に対する一定の理解をみせるものとして、大光相互銀行事件判決(新潟地判昭和五九年五月一七日判時一一二三号三頁)は、救済融資の実行に際して担保の徴求、相手先企業への人材派遣による債権保全措置の必要性が指摘され、救済融資は貸倒リスクの高い融資であることが窺える。救済融資と不良貸付との異同は、誰の利益を優先したかという融資の目的の違いによる。近藤光男「判例にみる他企業支援と取締役の義務」金融法務事情一四九一号(一九九七年)三七―四六頁。神崎克郎「取締役の注意義務と経営判断の原則」金融法務事情一三八五号(一九九四年)一七―二三頁。

(76) 法律時報八四巻七号(二〇一二年六月)一〇八頁においては、銀行取締役の善管注意義務については、一般の株式会社を取締役と比べて高い水準のものとする裁判例とこのような相違を特に認めないものに分かれるとし、第一審判決、控訴審判決共に、前者の立場に立つ裁判例の一つと位置づけられる旨を述べる。しかしながら、控訴審に関しては、第一審ほど明白に区別した書きぶりではないと思料されることを述べた。

(77) 四国銀行事件と救済融資について、拙稿「銀行取締役の善管注意義務違反と経営判断原則などに関わる考察―四国銀行株主代表訴訟上告審判決(最二判平成二二・一一・二七金判一三三五号二〇頁)の検討、米国の比較法的観点などを通じて―」日本大学法学紀要第五二巻(二〇一一年三月)四三―一三三頁。

(78) 吉井敦子「取引先に対する追加融資を実行した取締役の銀行に対する責任」ジュリスト一四二〇号一三六頁。

(79) 担保があるから融資を実行するということは、銀行の場合、本末転倒であり、融資審査を放棄すること以外のなにものもない。預金者（債権者保護）、株主（株主利益最大化原則）の利害対立する双方に対する高度の注意義務を負う。株主と預金者の利害を調整するための結節点となる概念は「銀行経営の健全性」である。神吉正三・前掲（注27）一七二（八一六）―一七一（八一五）頁。

(80) ドッド・フランク法においてはマクロ・プルーデンス規制、ボルカー・ルールなど金融機関規制を強化すると共に、金融機関におけるコーポレート・ガバナンス改革の強化を図る内容となっている。バーゼル規制も同様にガバナンス改革を重視する。金融規制とコーポレート・ガバナンスに関して、前掲・拙稿八八頁。

(81) 前掲・（注3）三三四号八五頁。

(82) 神吉・前掲（注58）一三七―一四二頁。

(83) 神吉・前掲（注58）一三七頁以下。融資審査においては、回収可能性の存否を判断することが最も重要な作業である。そして、銀行の融資は、融資先の事業収益で確実に弁済されることが原則である。

(84) 筆者は日本政策投資銀行に長年勤務し、主として融資・審査業務、格付などを担ってきたが、現場の経験としてつとに実感される。

(85) 判時二二七号一〇頁二段目。

(86) 判時二二七号一一頁上段。

(87) 判時二二七号一二頁三段目。

(88) 前原信男「銀行取締役の注意義務と経営判断の原則」近藤光男・志谷匡史編著『新・アメリカ商事判例研究』商事法務研究会（二〇〇一年）二〇二―二〇七頁参照。FDIC v. Castetter, 184 F. 3d 1040 (9th Cir. 1999). <http://bulk.resource.org/courts.gov/c/F3/184/184.F3d.1040.97-56775.html>

(89) Atherton v. FDIC 519 U.S.213. 吉井敦子「破綻金融機関取締役の注意義務と連邦コモン・ロー」岸田雅雄・黒沼悦郎・近藤光男編著『アメリカ商事判例研究』商事法務研究会（二〇〇一年）三〇二―三〇七頁参照。山田剛志『金融自由化の法的構

造』信山社（二〇〇二年）一一〇—一一一頁。

(90) 「取締役は自身の義務を履行するに当たり、(1)信頼に値しかつ有能であると信ずる役員・従業員、(2)職業的または専門的能力の範囲内にあると信ずる事項に関して、弁護士、独立の会計士あるいはその他の者、(3)取締役が信頼に値すると信ずる取締役会の委員会によって備えられたもしくは提示された財務諸表および他の財務上の資料を含め、情報、意見、報告あるいは陳述を信頼する権利を付与される」と規定される。

(91) 判時二二七号一一頁下段。

(92) 松尾健一「平成二三年度会社法関係重要判例の分析〔上〕」商事法務一九七二号（二〇一二年）一〇頁上段。

(93) 前掲・商事法務一九七二号一〇頁中段。

(94) もっとも、日米の経営判断原則には完全な同一の素地があるわけでもない。あくまでも米国の経営判断原則適用を前提とした考察である。日米の経営判断原則について、吉原和志「取締役の経営判断と株主代表訴訟」小林秀之・近藤光男編『株主代表訴訟大系』弘文堂（一九九六年）五三―五五頁、片岡大輔「取締役の負う経営判断に伴う法的責任」立命館法政論集第一号（二〇〇三年）二三―二六頁。アメリカ法律協会（ALI）のCorporate Governance Project 第四・〇一条において取締役の注意義務と経営判断の原則の基本的考え方が明文化される。第四・〇一条a項は取締役の注意義務を規定し、c項で同原則の定式化を試み、「経営判断の対象と利害関係を有しておらず」（一号）、「当該状況の下で適当であると合理的に信ずる程度に知識を有した上で」（二号）、かつ「会社の最善の利益に合致すると相当に信じた」（三号）場合には取締役はa項によって与えられた注意義務を果たしていると推定されるものとして捉える。一号で経営判断対象との利害関係がない事を要求するが、取締役の善管注意義務と忠実義務とを異質なものと考え、注意義務違反に関する事例から忠実義務違反が問題となりうる事例を取り除くためである。その結果、忠実義務違反が問題となりうる取締役の経営判断に関しては、同原則が適用される余地はなくなる。二号・三号の要件は、経営活動を経営判断の過程ないし手続きと内容に分け、合理的（reasonably）か、相当（rationally）かという異なる基準を用いて判断している。

(95) In re Citigroup S'houlder Litig., 964 A.2d 106, 122 (Del.Ch. 2009), Joseph W. Cooch "In re Citigroup Inc. Shareholder

Derivative Litigation: In the Heat of Crisis, Chancery Court Scrutinizes Executive Compensation” 2011

- (96) In re Bear Stearns Litigation, 23 Misc. 3d 447 (N.Y. Sup. Ct. 2008).
- (97) “IN RE THE DOW CHEMICAL COMPANY DERIVATIVE LITIGATION” IN THE COURT OF CHANCERY OF CONSOLIDATED Civil Action No. 4349-CC THE STATE OF DELAWARE Date Decided: January 11, 2010
- (98) 松浦肇「足踏みするアメリカのコポレートガバナンス改革」金融財政事情（二〇一〇年一月八日）三八―四二頁参照。
ドッド・フランク法でも株主権強化は市場再生の手段として重視されず、金融危機以降の米国ガバナンスが進化していない。
- (99) Oppenheimer & Co., Canadian Imperial Bank of Commerce, Fremont General Corp., Morgan Stanley, the Merrill Lynch division of Bank of America Corp., State Street Corp. and Bank United Corp.
- (100) 私見であるが、同原則には簡易判決 (summary judgement) の存在など比較検討の前提が共通するか、議論もある。銀行融資の取締役の善管注意義務違反など、従前の判例では米国は我が国よりも厳格ともみられ、一概に言い切れない。今後の研究課題としたい。
- (101) Caremark 判決と ERM に関して、Stephen M. Bainbridge “Caremark and Enterprise Risk Management” 2009. www.delaawareitigation.com/uploads/file/intB0_1.pdf.
- (102) 内部統制・ガバナンス形態が、業態で異なるとされることが軌を一にしようか。
- (103) ファム・ヴィエト・デユク「プロジェクト・ファイナンスにおける銀行取締役の注意義務」横浜国際社会学研究第一二巻第二号（二〇〇七年八月）一二三―一三九頁。神吉正三・前掲(注58)一四六―一五五頁。
- (104) 私見として、ドッド・フランク法のボルカー・ルールの域外適用により、銀行業務の狭隘化が進めば責任厳格化への収斂、シテイ基準による緩和等が検討されよう。
- (105) 岡正晶「濫用的会社分割」ジュリスト一四三七号六六頁、神田秀樹「会社分割と債権者保護」ジュリスト一四三九号六四頁、山下真弘「事業承継会社責任規制の立法論的検討」阪大法学六〇巻五号二二頁。
- (106) 山下真弘「新設分割に法人格否認の法理の適用が否定され詐害行為取消権が認められた事例」早稲田大学商法研究会

(二〇一二年五月七日) 参照。法人格否認法理の適用による解決に比べ、詐害行為取消権行使による解決では、一般法理と違つて明文規定の適用による解決ができる。分割会社の債権者が新設分割設立会社に請求できる額は、新設会社に移された資産等に制限されるため、新設会社の負担が抑制されるが、請求額を算定する作業が必要となる。本判決も、会計専門家の算定結果にさらに三分の二程度という必ずしも根拠がはっきりしない算定基準を持ち込んでおり、この点が難題といえる旨を指摘される。

(107) 立法的解決の展望として、民法の詐害行為取消権行使(現状維持)、「債務の履行の見込み」要件の復活、残存債権者への異議権付与(会社分割無効の訴えの原告適格付与)、(鳥山恭一「会社分割と残存債権者の権利」金判一三六七号一頁ほか)、個別催告の義務化と違反に連帯責任で対処(森本滋・金法一九二三号三九頁)、「事業」承継の会社分割に債務承継を義務化などが検討される。会社法改正中間試案では、新たな規律として、①民法の詐害行為取消権制度の存在を前提とし会社法に新規律を創設。②主観的要件「残存債権者を害することを知って」について、分割会社と吸収分割承継会社の悪意が共に要件(内容は民法に同じ)、ただし、新設分割設立会社については主観的要件が求められない。③請求の範囲は、承継財産の価額を限度として請求可。④事業譲渡にも同様の規律を創設。

(108) 詐害行為取消権の行使における判断要素として、債務者では、①詐害行為(債務者の無資力、行為の詐害性)、②詐害の意思、受益者では③悪意となる(①と②については判例において相関的に判断)。

(109) 前田修志「分割会社債権者への詐害行為にあたる会社分割の詐害行為取消権による取消し」名古屋高裁平成二四年二月七日判決金法一九四五号一一頁(原審・名古屋地裁平成二三年七月二二日金商一三七五号四八頁) 早稻田大学商法研究会(二〇一二年七月三〇日) 参照。行為自体の詐害性の把握は裁判例上明らかではないが、会社分割における権利義務の承継と新設会社の発行株式の関係に照らすと、(形式的な) 価値の等価性は認めざるをえないのではないか。基本的な理解を前述の②タイプのにとらえる。行為自体の詐害性は高くないが、詐害の意思が強く認められる場合に詐害行為取消を認める(但し、破一六一条の要件との整合性の問題) 旨を述べられる。

(110) 松島隆弘「新しい企業形態における法人格の意義と会社債権者保護」判タ二二〇六号(二〇〇六年) 五四―七二頁。「こ

れらを含めた法人格否認の法理の機能を考えると、同法理は、実質的には民法上の詐害行為取消権（民法四二四条）と同様の機能を営んでいることに気づく。現に、詐害行為取消権の法的性質につき責任説を取れば、事実上法人格否認の法理と同様な効果を導くことも、両者の機能が同じであることの何よりの表れである。法人格否認の法理とは、詐害行為取消権の「特別な位置づけを有する」といつてもよいかもしれない。その意味では、株式会社に対する現物出資を詐害行為として取り消した東京地判平成一五年一〇月一〇日金判一一七八号二頁や、会社が新会社を設立し、右新会社に会社の営業部門の営業全部を承継させる会社分割につき、当該新設分割の無効を認めた名古屋地判平成一六年一〇月二九日判時一八八一号一二二頁といった下級審裁判例も、上記の「傾向」の中に位置付けることが可能となる。以上のとおり、法人格を利用した倒産隔離を詐害行為として否定しようとする裁判例をみてきた。新しい企業形態を法人擬制説の復活とみれば、これは形を変えた法人実在説の復活ということができる。かつての擬制説と実在説とが対立しながら止揚していったように、ここでも両者の調整がなされなければならない。」（六一―六二頁）。同「債務の株式化に関する一考察」石山卓磨・上村達男・川島いづみ・尾崎安史編著酒巻俊雄教授古稀記念論文集『二一世紀の企業法制』商事法務（二〇〇三年）七九三―八〇九頁。他方で株主地位につき、同「会社法における株主の地位と企業承継」『二一世紀の家族と法―小野幸二教授古稀記念論集』法学書院（二〇〇七年）五三二―五四七頁。

(III) ことさら金融機関の取締役として責任の厳格化に結びつけるのではなく、個別・具体的な事案に即した判断が必要である。小林俊明「銀行取締役の注意義務と経営判断原則」ジュリスト一三二四号（二〇〇六年）一五〇頁。私見であるが、基本的には一般企業と同じレベルの注意義務という前提で考えていくことになろうか。同一レベルだからこそ、現状では業種の持つ特性、複雑性等が逆に色濃く反映され、各事案の抱える具体的かつ複雑な内容にに応じて、注意義務に関わる判例が区々多様かつセンシティブな形で現出せざるを得ないともいえよう。

