メインバンクの救済融資に関する

法　的　研　究

筑波大学審査学位論文（博士）

１９９８年

神 吉　正 三

筑波大学大学院

経営・政策科学研究科 企業科学専攻

論　文　概　要

本論文は、メインバンク・システムの下で、メインバンクが経営危機に陥った企業を救済するという行為に含まれる法的諸問題について考察し、この行為に含まれる法的諸問題の全体像を明らかにすることを目的とするものである。問題状況からみるならば、この問題は、銀行の内部的問題と対外的問題とに分けて認識することができる。本論文は、メインバンクによる経営危機企業の救済に関する法的諸問題の全体について考察を試みるものであるが、とりわけ銀行の内部的問題、つまり、会社法の下で、株式会社たる銀行取締役が、救済を決断する際の判断の枠組みを提示することに重点を置く。

銀行法によって公共性を有することを明定されている銀行にとって、経営の健全性を維持する必要性はとりわけ高い。救済の典型的な行為類型である救済融資は、融資先の経営が健全でないと知りつつ、銀行取締役が貸倒リスクの高い貸出資産を積み増す行為である。融資先の経営再建が奏効すれば貸出資産は健全化するが、経営再建が失敗した場合には、救済融資に応じた分だけ、銀行の被る損失が拡大する。経営の健全性を維持すべき銀行にとって、経営危機企業を救済するという行為は、銀行にとって許されない行為なのではないかという疑問が生じる。ところが、このような疑問に答える法律学からの研究は、これまで、わが国ではほとんど行われてこなかった。

以上のような問題意識に立って、本論文は、従来、金融論の領域で扱われてきたメインバンク論や銀行経営の特徴に関する検討を踏まえつつ、メインバンクが経営危機企業を救済するという行為に含まれる銀行の内部的法律問題を中心に、対外的な法律問題をも含めて考察したものである。

本論文は、五部から構成する。第一部では、メインバンクの救済融資に関する問題状況を明らかにするために、主に金融論の領域で検討されてきた問題を中心に検討する。

わが国企業の資金調達構造は、主要国と比較してみた場合においても、銀行借入を中心とする間接金融に依存する割合が高い。間接金融優位の経済システムが構築されてきた結果、銀行の中でも最も多くの資金を提供している銀行、つまりメインバンクが企業に対して強い発言力を持ってきたものと考えられる。

次に、銀行経営の特徴について検討する。銀行は株式会社形態をとる営利法人ではあるものの、他の株式会社とは異なるいくつかの重要な特徴を有する。さらに、メインバンク・システムの機能についてみると、わが国ではメインバンクが、モニタリング機能と経営危

機の処理機能を通じて、企業経営に重要な役割を果してきたことを指摘することができる。

近年、銀行経営を巡る経営環境は、急速に変化している。わが国の金融政策は、従来の護送船団行政が180度転換され、金融機関経営は金融機関の自己責任に委ねられるとともに、金融機関経営の監視を市場規律に委ねることとなった。このような変化は、メインバンクの救済融資を抑制させる要因として機能するものとみられるが、メインバンク・システムは形を変えながらも、なおわが国経済社会で機能する場を有するものと考えられる。

第二部では、メインバンクの救済融資について、その全体構造を明らかにする。

まず、これまで必ずしも厳密には定義されてこなかった「救済融資」の定義付けを行う。本論文では、救済融資を、「赤字の発生またはその累積により、資金調達能力が低下して流動性が欠如し、倒産の危険が高まった企業に対して、銀行が倒産を回避すべく行う融資」と定義する。

次に、メインバンク関係の法的性質について検討する。メインバンク関係の特徴として、黙示契約性と継続的取引関係性の二点を指摘できる。救済融資は、メインバンク先の経営が悪化した場合においても、従来からの取引を継続して、銀行が取引先に資金を供給する行為であると理解することができる。本論文では、メインバンクが一定の条件の下では、経営危機に陥ったメインバンク先に対して、融資義務・救済義務を負う場合のあることを明らかにした。つまり、メインバンクは、インバンク先が経営危機に陥った場合に、一定期間以上にわたって株式持合いを継続しており、かつ、メインバンクの取締役経験者がメインバンク先の取締役に就任している場合であって、メインバンク先がメインバンクに対して救済を要請しているとともにメインバンク先の経営基盤が崩壊していない場合には、メインバンク先に対する融資義務・救済義務を負うと考えるべきである。

次に、わが国経済社会において銀行が高い地位を占めており、企業が銀行に従属する関係にあることを検証するために、手形交換制度、とくに取引停止処分制度について検討する。さらに、メインバンクの救済融資に伴って生じるメインバンクの対外的な法律問題について、民法、倒産処理法、独占禁止法の観点から、それぞれ検討を加える。

第三部では、比較法研究として、アメリカ法を取り上げる。アメリカ法を取り上げた理由は、現在わが国で進められている金融ビッグ・バンにおいては、多くの点でアメリカの諸制度が念頭に置かれており、アメリカの現状やこの問題に対する考え方を理解しておくことが、重要であると考えられるからである。

結論から言えば、アメリカでは経営危機に陥った企業を救済するということが行われに

くい経済システムが構築されている。この要因は実に複合的である。本論文では、アメリカの銀行制度、銀行と顧客との関係、倒産制度、衡平的劣後、支配責任に関する問題を個別に取り上げて検討した。

第四部では、わが国会社法をベースとして、メインバンクが経営危機企業を救済する際に必要となる、会社法をベースとした銀行取締役の判断の枠組みについて検討する。

初めに、銀行の通常の融資や経営危機企業に対する救済の是非が問題とされた６つの裁判例について検討を加える。裁判例の検討をとおして、救済融資を含めた経営危機企業の救済、さらには銀行取締役の融資判断に際して明らかにされなければならない法的問題点を抽出する。まず、銀行取締役が負う注意義務に関する問題である。本論文では、銀行経営の特徴を踏まえた上で、銀行取締役は専門家と同様に高度注意義務を負っているとの考えを提示する。このことを具体的に言えば、取締役の負う注意義務を絶対的尺度で捉えた上で、銀行取締役の注意義務を高度であると位置付けた。

本論文は、経営危機企業を救済する行為が、会社法上、銀行取締役に認められているとの立場をとる。経営危機企業の救済に必要な措置を決断する銀行取締役が高度注意義務を負うと解釈することによって、銀行取締役に一定の裁量を認めるとともに、銀行経営における健全性維持を実現しようとするものである。このように解してはじめて、銀行経営の健全性の要請と間接金融主体のわが国金融構造の下において、銀行が企業活動に伴うリスクを負担することに伴う役割との両立が可能となるのである。

次に、銀行取締役が経営危機企業に陥った企業を救済することが、会社法上許されるのかどうかという点について検討する。そもそも銀行は、融資をとおして企業活動に伴うリスクを負担することを業としており、リスクを負担することを禁止することは、銀行業の存在そのものを否定することにつながる。ただし、銀行取締役が救済融資の実行を認められるとしても、一定の制約のあることは当然である。基準としては、犠牲となる銀行の短期的利益よりも、救済融資の実行によって実現される中長期的利益の方が多いと判断される場合に限られるべきであろう。このような判断を銀行取締役が下す際には、経営危機企業の経営再建が確実に見込まれることが前提条件となる。そして、実行の限度を示すならば、銀行取締役は常に銀行全体の貸倒リスクを把握し、救済融資の実行を含めた各種の救済策の実行によって仮に貸倒リスクが現実化した場合においても、安定した配当を継続できるだけの利益を計上する必要がある。

次に、救済融資の実行に際して問題となる銀行内部における法的問題点を個別に検討す

る。本論文では、経営判断の原則、救済融資と情実融資や不良貸付との異同を巡る問題、銀行取締役が救済融資を行う際の権限委譲に伴う問題、救済融資の実行に際して必要な銀行の内部手続、救済融資の目的や根拠について問題となるケース、救済融資に伴う利益相反問題について個別に検討した。

第四部の最後に、経営危機企業の救済について、救済対象別と行為類型別に検討を加える。

第五部では、本論文のまとめと残された課題について簡潔に述べる。比較法としてのドイツ法に関する研究の必要性は高い。本論文で取り上げたそれぞれの論点は、どの一つをとっても一つの法律論文のテーマとなりうるテーマである。今後とも研究を続けたい。

以　上

内　　容　　目　　次

第一部　問題の提示と銀行経営の現状　　１～６７

第一章　問題の提示と本論文の構成　　２～１２

第一節　問題の提示　　2

第二節　わが国における研究の現状と検討の必要性　　4

第三節　考察の順序と本論文の構成　　6

第二章　わが国金融構造の特徴　　１３～２２

第一節　わが国金融構造の特徴とその国際比較　　１３

第二節　銀行の規模の比較と銀行の社会的地位　　１５

第三節　わが国の金融構造と銀行のモニタリング機能　　１９

第三章　銀行経営の特徴　　２３～３６

第一節　公共性　　２３

第二節　預金者の保護　　２４

第一款　金融機関のディスクロージャー　　２４

第二款　預金者のリスク認識と預金者保護の必要性　　２６

第三節　銀行業務への専念　　２７

第四節　株主による経営監督機能の後退　　２８

第五節　行政当局による監督と規制　　２９

第六節　「信用」　　３０

第四章　メインバンク・システム　　３７～５２

第一節　メインバンク・システムの概観　　３７

第二節　メインバンク・システムの機能　　３８

第一款　モニタリング機能　　３８

第二款　経営危機の処理機能　　３９

第三節　経営危機企業に対するメインバンクの救済　　４１

第一款　非資金的支援　　４１

第二款　資金的支援　　４３

第四節　メインバンクが救済に当たる根拠　　４４

第五節　メインバンクと「名声」　４５
第六節　小括　４６
第五章　銀行経営を巡る環境の変化　５３～６７
第一節　護送船団行政の終焉と新たな金融規制　５３
第一款　護送船団行政　５３
第二款　自己責任原則　５４
第三款　市場規律型の金融監督　５５
第四款　新たな金融規制下における金融機関経営　５５
第二節　早期是正措置の導入　５７
第一款　制度の概要　５７
第二款　自己査定制度　５８
第三節　金融ビッグバン　６０
第四節　小括　６２

第二部 メインバンクによる経営危機企業の救済とその法的検証　６８～１３５

第一章　救済融資の定義　６９～７６
第一節　「救済融資」に関する既存の概念　６９
第一款　概観　６９
第二款　破産法上の救済融資　７０
第三款　会社法上の救済融資　７０
第二節　倒産と経営危機の定義　７１
第一款　倒産の定義　７１
第二款　倒産の原因と経営危機の定義　７２
第三節　本論文における「救済融資」の定義　７３
第二章　メインバンク関係の法的性質　７７～９３
第一節　黙示契約性　７７
第一款　銀行と融資先との契約関係　７７
第二款　メインバンクと融資先との契約関係　７８

内容目次

第二節　継続的取引関係性　７８
第一款　メインバンク関係の形成過程　７８
第二款　メインバンク関係の継続的取引性　７９
第三節　メインバンク関係の法的分析　８１
第一款　法社会学からのアプローチ　８１
第二款　わが国の伝統的規範概念からのアプローチ　８２
第三款　経済合理性からのアプローチ　８３
第四款　メインバンク関係の新たな分析枠組みの提示　８４
第四節　メインバンクの融資義務・救済義務　８６
第三章　手形交換制度と経営危機企業の救済との関係　９４～１０５
第一節　統一手形用紙制度の検証　９４
第一款　手形交換制度と統一手形用紙制度の概観　９４
第二款　統一手形用紙制度の検証　９５
第二節　取引停止処分制度の検証　９６
第一款　取引停止処分制度の概観　９６
第二款　取引停止処分制度をめぐる法律論　９７
第三款　取引停止処分制度の改革・廃止をめぐる議論　９９
第四款　取引停止処分制度と救済融資との関係　１０１
第四章　経営危機企業の救済に関する法的検証　１０６～１３５
第一節　民法からのアプローチ　１０６
第一款　検討　１０６
第二款　裁判例の検討　１０９
第二節　倒産処理法からのアプローチ　１１４
第一款　否認権の概観　１１４
第二款　裁判例の検討　１１６
第三節　独占禁止法からのアプローチ　１１９
第一款　概観　１１９
第二款　優越的地位の濫用規定の検討　１２０
第三款　審決の検討　１２６
第四節　小括　１２９

内容目次

第三部　アメリカにおける経営危機企業の救済　１３６～２５２

第一章　銀行制度とその特徴　１３７～１４８

第一節　序説　１３７

第二節　アメリカの銀行制度の特徴　１３８

第一款　二元銀行制度（Dual Banking System）　１３８

第二款　単店銀行制度（Unit Banking）と州際業務の禁止　１４０

第三款　コルレス銀行（correspondent bank）制度と協調融資体制　１４２

第四款　銀行持株会社（Bank Holding Companies）　１４３

第五款　銀行による株式保有の禁止　１４４

第六款　小括　１４５

第二章　銀行と顧客との関係（bank-customer relationship）　１４９～１６６

第一節　序説　１４９

第二節　債務者－債権者関係（debtor-creditor relationship）　１５０

第三節　信認的関係　１５１

第一款　概説　１５１

第二款　信認関係（fiduciary relationship）　１５２

第三款　信頼関係（confidential relationship）　１５４

第四節　裁判例の検討　１５５

第一款　信認的関係の存在が認められた事例　１５５

第二款　信認的関係の存在が否定された事例　１５９

第五節　小括　１６０

第三章　アメリカの倒産制度　１６７～１７３

第一節　連邦破産法の概要　１６７

第二節　連邦破産法の特徴　１６８

第三節　わが国の倒産制度との対比　１６９

第四章　衡平的劣後（equitable subordination）　１７４～２０７

第一節　制度の概観　１７４

第二節　劣後化の要件　１７６
第三節　非内部債権に対する適用　１７９
第四節　裁判例の検討　１８２
第一款　不実表示を根拠とする劣後化の事例　１８３
第二款　「支配」を根拠とする劣後化の事例　１８７
第五節　わが国への示唆　１９５
第一款　わが国における債権の劣後的処理の現状　１９５
第二款　アメリカにおける経営危機企業の救済と衡平的劣後との関係　１９６
第五章　「支配」に伴う責任―　支配責任（control liability）　２０８～２４１
第一節　序説―　「支配責任」を検討する意義　２０８
第二節　「支配（control）」の概念　２１０
第一款　「支配」の意義　２１０
第二款　「支配責任」の理論的根拠　２１２
第三節　「支配責任」を基礎づける法理論　２１４
第一款　道具理論または分身（alter ego)の理論　２１４
第二款　代理理論　２２１
第三款　不法行為　２２７
第四節　小括　２３４
第六章　アメリカにおける銀行による経営危機企業の救済　２４２～２５２
第一節　第三部のまとめ　２４２
第二節　わが国への示唆　２４６

第四部　経営危機企業の救済と会社法　２５３～３６７

第一章　裁判例の検討　２５４～２７９
第一節　通常の融資にかかる事例　２５４
第二節　経営危機企業に対する金融支援の事例　２６９
第三節　裁判例のまとめと問題点の抽出　２７５

内容目次

第二章　銀行取締役の責任と救済融資　２８０～３１６
第一節　銀行取締役の責任　２８０
第二節　銀行取締役の注意義務　２８１
第一款　注意義務の程度と内容をめぐる議論の検討　２８１
第二款　銀行取締役の注意義務に関する考察　２８７
第三款　小括　２９２
第四款　銀行取締役の注意義務の具体的発現　２９３
第三節　救済融資を実行することの可否を検討するための基礎作業　２９７
第一款　収益を犠牲にする行為の当否　２９７
第二款　株主の利益　２９８
第四節　銀行取締役が救済融資を実行することの可否　３０１
第一款　救済融資を実行することの可否とその根拠　３０１
第二款　救済融資の実行が許容される範囲　３０３
第三款　救済融資の実行に伴う銀行取締役の義務　３０５
第三章　救済融資に含まれる法的問題点　３１７～３５３
第一節　経営判断の原則　３１７
第一款　経営判断の保護の必要性　３１７
第二款　経営判断の原則の内容とその検討　３１８
第三款　経営判断の原則と救済融資　３１９
第四款　裁判例の検討　３２１
第二節　救済融資と不良貸付との異同　３２３
第三節　株主に対する利益供与の禁止規定との関係　３２５
第一款　商法294条ノ２の法意と救済融資　３２６
第二款　株主に対する融資規制の必要性　３２６
第四節　権限委譲に伴う問題－救済融資と内規との関係　３２８
第一款　権限を委譲する側の問題　３２８
第二款　他の取締役の問題―　とくに監視義務との関係　３３１
第五節　救済融資に際して必要な内部手続　３３２
第一款　検討を加えるべき点　３３２
第二款　稟議手続　３３３

第六節　救済の目的と根拠　３３５
第一款　不良貸出資産の顕在化を防ぐために行う融資　３３５
第二款　社会的責任に基づく救済融資　３３６
第三款　行政指導に基づく救済融資　３３７
第七節　救済過程における利益相反問題　３３８
第一款　銀行と経営危機企業との利益相反－とくに人材派遣と利益相反　３３８
第二款　銀行と他の債権者との利益相反　３４１
第四章　救済融資の類型別考察　３５４～３６７
第一節　救済対象別考察　３５４
第一款　銀行の子会社、関連会社の救済　３５４
第二款　メインバンク・システムに基づく救済　３５７
第二節　救済行為別考察　３５９
第三節　救済の過程と救済方法の選択　３６３

第五部　本論文のまとめと残された課題　３６８～３７０

主要参考文献　３７１～３９６

第　一　部

問題の提示と銀行経営の現状

第一章　問題の提示と本論文の構成

第一節　問題の提示

金融機関にとって経営の健全性を維持する必要性は、他のどのような産業に属する企業よりも高い。これが、本論文を貫く最も重要な基本認識である。本論文は、金融機関経営に要請される健全性とは一見矛盾するように思われる、金融機関による経営危機企業の救済という行為を取り上げて、そこに含まれる法的諸問題の解明を試みるものである。考察に当たっては、この問題のよって立つ真の意味を明らかにするために、メインバンク・システムを含め、このような行為がわが国で行われる要因や金融機関経営の特徴についても考察する。金融機関による経営危機企業の救済に伴う法的問題について、本論文はその一部を扱うのではなく、全体を明らかにすることを目的としているが、金融機関経営の健全性を維持しつつ、わが国会社法の下で金融機関がどのような法的枠組みに従って経営危機企業の救済に当たるべきかを明らかにすることを主要な目的とするものである。

1997年11月に起こったわが国を代表する都市銀行の一行である北海道拓殖銀行の経営破綻は、大銀行でさえもが倒産という経済現象の埒外に置かれた存在ではないことを明らかにした。同時に、相前後して起こった三洋証券、山一証券の経営破綻を含めた一連の金融機関の経営破綻は、それまでは極めて堅固に見えた金融機関の経営基盤が、いかに脆く崩れ去るものであるかということをも明らかにした。金融機関はそれまでに営々と築き上げてきた営業基盤を、信用の失墜とともにいとも簡単に失ってしまうものなのである。逆に、これまでなぜわが国に「金融機関はつぶれない」という、いまや牧歌的とも言える神話が存続しえたのかという疑問を人々が強く抱くようになったとしても不思議ではない。不信は不信を呼ぶものである[1]。そして、そうであるからこそ、金融機関の経営には信用の維持、そして信用を維持していく上での経営の健全性を維持する必要性が何よりも高いのである[2]。

近年相次いで起こっている金融機関の経営破綻は、不良債権の増加による貸出資産の質的劣化が大きな要因となっている。バブル経済の崩壊とその後の景気低迷が、金融機関に融資先の経営破綻による多額の不良債権を生じさせるとともに、その予備軍とも言える多くの融資先の経営悪化をもたらしているのである[3]。経営悪化は融資先に限らない。「住宅金融専門会社」や「系列ノンバンク」と言われるような、いわば金融機関の身内の企業に

おいても例外ではない極めて深刻な事態が続いていることは、「住宅金融専門会社」の破綻処理過程をみれば明らかである。

このような状況の下で、金融機関が経営の健全化に向けて資産内容を健全化し、堅固な経営体質を構築すべく、不良債権の償却に努める必要のあることは当然である。資産内容を健全化し、良質な貸出資産を構築するためには、不良債権の発生を未然に防止する必要のあることまた当然である。そのためには、審査機能を強化し、経営悪化の兆候の現れた融資先から債権の早期回収に努めることが何にも増して重要ということになる。

ところが逆に、わが国金融機関は、わが国経済システムを特徴づけるメインバンク・システムを背景として、経営の悪化した融資先を救済するために、「救済融資」と呼ばれる支援をはじめとする各種の金融支援を行うことがある。救済融資は、経営危機に陥った取引先に対する融資であるため、通常の融資に比べて融資先の倒産の危険性が高く、貸倒リスクも高い。救済に成功すれば、既存の銀行債権は健全化するが、金融機関の思惑に反して融資先が倒産すれば、救済融資に応じた分だけ金融機関の損害は拡大する。救済融資をはじめとする金融機関による経営危機に陥った企業に対する救済行動は、金融機関にとって、言わば火中の栗を拾う危険な行為となることもある[4]。

金融機関の取締役は、本来、回収が確実な融資先に融資して安定した収益を実現し、預金者への金利の支払いや株主配当を行う経営責任を負っていると考えられる。このような考えに立てば、救済融資の実行をはじめとする経営危機企業に対する救済は、このような金融機関の取締役の義務に反する行為に当たるのではないのかという点が問題となる。また、救済融資は金融機関の貸出資産の質的な劣化を招来する行為であり、場合によっては貸倒の発生による償却負担の発生や、救済先からの金利支払いの停止による収益の減少を発生させる危険性のある行為であるから、金融機関の取締役が救済融資を行うことは、預金者や株主の利益にも反する行為であるようにも思われる。

本論文はメインバンク・システムを背景として、わが国金融機関が行う経営危機企業に対する救済について、最も代表的な行為類型である救済融資をベースとして、会社法の観点から、金融機関の取締役が救済策を実行する際に必要となる判断の枠組みを提示することを主要な目的とするものである。金融機関が経営危機企業を救済する行為に含まれる法的諸問題は、金融機関内部の問題に限定されない。金融機関と経営危機に陥った企業との間、さらには金融機関と経営危機に陥った企業のステークホルダーとの間にも数多くの法的な問題が生じる。本論文は、経営危機企業を救済するという行為に、金融機関にとって

どのような対外的法律問題が含まれるのかについても考察を試みる。

次に、本論文における考察の範囲や対象について限定をしておきたい。

金融機関による融資先の救済方法には、資金的な救済の他に、役員の派遣や販売先の斡旋といった非資金的な救済がありうる。資金的救済は、非資金的救済と行為の性質が異なる。資金的な救済は、金融機関の貸出資産の構造や収益に直接影響を与える問題であり、金融機関の経営に与える影響が大きい。非資金的救済は、基本的には金融機関に経済的な負担の生じることのない救済方法である。金融機関経営に大きな影響を与えうる点を勘案し、本論文では主として資金的救済を対象として検討する。

考察の対象となる「金融機関」には、銀行（普通銀行のほか、長期信用銀行、信託銀行を含む）、信用金庫、信用組合、農林漁業系協同組合といった民間の預金取扱機関全体を含めている[5]が、これらの金融機関が株式会社の形態をとるか否かによって、問題の発現の仕方が異なることも事実である。信用金庫、信用組合、協同組合形態の金融機関にあっては、組合員や会員の相互扶助をも組織運営の基本理念としている[6]ため、営利を前提に経営する銀行とは、融資判断の枠組みが必ずしも同じとはいえない側面があるからである。そこで本論文では、経営危機企業の救済に伴う問題が最も先鋭に現れる、株式会社である「銀行」を前提として議論を進める[7]。

第二節　わが国における研究の現状と検討の必要性

ここでは、この問題に関するこれまでのわが国における検討の状況を概観しておきたい。

第二次大戦後のわが国の金融機関には、預金者への金利支払いが滞ったり、預金の払戻しが困難になったケースは起こっていない[8]ので、救済融資の結果、預金者が損害を被ったとして銀行取締役の責任を追及した事例はない。株主が銀行取締役を訴える事例についても数年前まではほとんどなかった[9]。これまで、金融機関が経営危機に陥った企業を救済することの法的な是非が問題とされたケースも、ごく限られた件数にとどまる[10]。銀行取締役は、株主や預金者の利益に配慮しているとは言いつつも、結局のところ彼らの利益にそれほど配慮することなく経営危機に陥った企業を救済するか否かを判断してきたものとも思われる。

ところが、平成５年の商法改正により代表訴訟を容易に提起できることとなったため、金融機関の取締役が株主から訴えられるケースが増えてきている[11]。バブル経済の崩壊過程

で明らかとなったいわゆる金融不祥事が、金融機関経営に対する社会的な関心を高めていることがこの一因であると考えられる。場合によっては金融機関に大きな損失をもたらす経営危機企業に対する救済を、銀行取締役が何の規制に服することなく実行できるとは考えられない。規制がないとすれば、株主や預金者の利益は無視されているということになろうし、場合によっては救済の失敗に伴う巨額の不良債権の発生により、金融機関の経営破綻の原因ともなりかねない。

しかし、救済融資における銀行取締役の行為規制に関する問題は、これまで金融機関経営に関する法的問題がそれほど研究されてこなかったことからも明らかなように、これまでほとんどといってよいほど法律学の研究者によって採り上げられてこなかった問題である[12]。金融機関が行う融資判断の是非をめぐる問題、さらにはそこから発展して金融機関経営の健全性をめぐる法的問題については、法律学の研究対象としては、ほとんど空白領域に近い状態が続いてきたのである。

このような状態が続いてきたのは、従来わが国では、金融に関する研究は経済学の一領域である金融論の領域で専門的に扱われてきたことに加え、金融機関経営については金融当局の厳格な監督下におかれていることもあって、金融機関の経営や金融機関の意思決定の是非が裁判で争われるという事例がこれまでほとんどなかったことから、研究の題材とすべき裁判例もなかったため、法律家の関心を呼び起こさなかったことに原因があるものと思われる。金融機関を対象とした法律学の研究対象としては、「金融法務」という言葉で総称される独立した領域があるが、これは金融機関の営業の現場で生じる預金や貸出の担保・保証に関連した実務的な問題が研究の対象となっており、金融機関の経営や金融機関としての意思決定の是非を研究の対象とするものではない[13]。

さらに、経営危機に陥った企業を金融機関が救済するという行為を法律学の立場から検討するに際しては、法律学の論文であるとはいえ、関連する多くの学問領域に踏み込まざるをえない。金融機関経営の特徴、金融行政の歴史や現状といった金融論の領域、わが国企業の資金調達構造や戦後のわが国の高度経済成長を支えてきた「日本的経済システム」とよばれる制度的枠組み、その中でもメインバンク・システムに対する理解や考察といった経済学・経営学の領域、さらには不良債権の償却をめぐる企業会計の領域、といった学問領域に対する理解と考察が、問題の全体像を明らかにする上で必要となってくる。研究の対象となる法も、銀行法、民・商法、手形・小切手法、倒産処理法、独占禁止法、税法や行政法に属する数多くの法が関連する。この問題は、多くの法と多くの学問領域が複雑

に交錯する中に位置付けられるのである。このような複雑な問題状況も、これまで研究が進んでこなかった一因であると考えられる。

本論文は、この問題に関する法律学の立場からの先行研究が存在しないという点を踏まえ、この問題の全体構造を明らかにするために、幅広い視野に立って問題の解明を行う。

第三節　考察の順序と本論文の構成

本論文は五部からなり、次のように構成する。

第一部では、本章での問題の提示を受けて、メインバンクの救済融資に関する問題状況と問題の背景を明らかにするために、従来主に金融論の領域で検討されてきた問題を中心にして検討を加える。

まず、わが国企業の資金調達構造が、銀行借入を中心とする間接金融に依存する割合の高いことを主要国と比較しつつ検証した上で、わが国経済社会において、銀行が重要な地位を占めていることを明らかにする（第二章）。わが国においては、銀行は企業に対して株主以上に多くの資金を提供しているため、結果的に、企業経営に対する発言権は株主以上に強くなる。このことが、銀行の中でも、最も多くの資金を提供している銀行、つまりメインバンクが企業に対して強い発言権を持ってきた原因である。

次に、銀行経営の特徴について検討する（第三章）。銀行は株式会社形態をとる営利法人であるものの、他の株式会社とは異なるいくつかの重要な特徴を有する。第四部では、銀行取締役の負う注意義務について検討するが、この検討に際しては、銀行経営の特徴について理解しておくことが重要である。さらに、メインバンク・システムの機能について検討する（第四章）。企業にとって株主以上に多くの資金を提供するメインバンクが、モニタリング機能と経営危機の処理機能を通じて、企業経営に重要な役割を果していることを明らかにする。

最近目まぐるしく変化する銀行経営を巡る経営環境について検討しておくことも、メインバンクの救済融資の将来を占う上で重要である（第五章）。金融当局の護送船団行政のもとで、わが国金融機関は金融当局の庇護の下にあったが、金融自由化を背景に、その政策が180度転換され、金融機関経営は金融機関の自己責任に委ねられるとともに、金融機関経営の監視は市場規律に委ねられることとされた。このような銀行経営を巡る環境の変化は、メインバンクの救済融資を抑制させる要因として機能するものと考えられるが、わが

国企業の資金調達構造を踏まえれば、メインバンク・システムは形を変えながらも、なおわが国経済社会で機能するとの認識に立って、第二部以降の検討を行う。

第二部では、メインバンクの救済融資について、銀行にとっての対外的な法律問題を含めて、その全体像を明らかにする。

まず、これまで必ずしも厳密には定義されてこなかった「救済融資」の定義付けを行う（第一章）。本論文では、救済融資を「赤字の発生またはその累積により、資金調達能力が低下して流動性が欠如し、倒産の危険が高まった企業に対して、銀行が倒産を回避すべく行う融資」と定義する。次に、従来、法律学の立場から検討されてこなかったメインバンク関係の法的性質について検討する（第二章）。メインバンク関係は、契約に基づく関係ではない。メインバンクが経営危機に陥った取引先企業を救済するのは、契約に基づく義務の履行として行われるのではないのである。救済が行われる場合もあれば、行われない場合もある。そうすると、銀行の取引先は、なぜ銀行から必ず救済が得られるという保証のないままに銀行との間でメインバンク関係に入るのかという疑問が生じる。メインバンク関係の法的性質を明らかにするとともに、この点に関する分析を試みる。さらには、一定の条件を満たした場合に、メインバンクがメインバンク先を救済する義務を負うとすべき場合のあることを明らかにした。

次に、わが国経済社会おいて銀行が高い地位を占めることを手形交換制度、とくに取引停止処分制度に関する検討をとおして明らかにする（第三章）。取引停止処分制度は、企業の死命を制する極めて重大な効果を持つ。わが国金融機関は、取引停止処分制度の運用当事者として、企業の生殺与奪の権を握っている。この制度は、わが国企業を金融機関に依存させる要因となったと言える。経営危機に陥った企業が取引停止処分を回避するには、銀行の救済融資に望みを繋ぐほかないからである。

さらに、メインバンクの救済融資に伴って生じる対外的な法律問題について、民法、倒産処理法、独占禁止法の観点から検討を加える（第四章）。第一部と第二部における検討をとおして、メインバンクの救済融資について、その背景や行われる要因、そして会社法を除く法領域からの検討が終わったことになる。

第三部では、比較法研究として、アメリカ法を取り上げる。アメリカ法を取り上げた理由は、わが国の金融システム改革においては、多くの場合、アメリカの制度が参考にされており、金融システム改革の動向ともあいまって、アメリカの金融制度や経営危機企業の救済に対する考え方を研究する意義が大きいと考えたからである。

結論から言えば、アメリカでは経営危機に陥った企業を救済するということが行われにくい経済システムが構築されている。この要因は実に複合的である。まず、銀行が他の業種の企業との比較において、相対的に小規模なものに止められてきたことである。アメリカの銀行制度の検討をとおして、まずこのことを明らかにする（第一章）。

次に、銀行と顧客との関係、とくに信認関係（fiduciary relationship）について検討する（第二章）。銀行と顧客との関係が信認関係とされた場合、銀行は受認者として重い責任を課される。銀行が受認者となると、自らの利益を取引先企業の利益に優先させた場合、厳しく責任が問われる。経営危機企業の救済に際しては、ある程度、相手方企業の経営に関与せざるを得ないが、この関与の程度が高くなると銀行は受認者となり、銀行の行動は大きな制約を受ける。さらに、倒産する企業にとって有利といえる倒産制度も存在する（第三章）。自由競争の理想を追及すれば、全員が勝者となることはできない。敗者が生まれるのは、自由競争の必然的結果である。アメリカでは、敗者を敗者のままにせず、敗者に復活の機会を与えることこそが、自由競争を促進する上でも重要と考えられたのであろう。わが国では、倒産という事態は、極めて不名誉なものと考えられているが、アメリカでは、容易に倒産の道を選択することができ、自らの意思に基づいて再建のための道筋をつけることができるのである。銀行取引停止処分制度という厳しい制裁もないため、企業は倒産を回避するために銀行の救済融資にすがる必要もない。

次は衡平的劣後の法理の存在である（第四章）。衡平的劣後は、倒産手続において、衡平を実現するために、特定の債権者の権利を債権本来の順位よりも劣位に扱う理論である。倒産企業の経営に関与した者の債権は、衡平的劣後の適用により、劣後的に処遇される可能性がある。つまり、倒産企業の経営に関与した者の倒産責任が、債権の劣後的処遇によって追及されるのである。この責任を回避するには、経営危機に陥った企業の経営に関与すること、つまり経営危機企業を救済することに消極的な態度をとる以外に方法はない。

さらに、企業を支配したことに伴う責任について考察する（第五章）。繰り返しになるが、経営危機に陥った企業を救済しようとすれば、程度の差はあれ、相手方企業の経営に関与することとなる。経営に関与した結果、第三者に損害が発生すると、経営に関与した者は第三者から厳しく責任を追及されることになる。本論文では、責任の根拠として、道具理論、代理理論、不法行為の３つの側面から検討する。わが国では、メインバンクが経営危機に陥った企業の経営再建に関与した結果、損害を被ったとして銀行を訴えた事例は皆無に近い。ところが、アメリカでは経営再建に関与した企業の責任を追及する多くの事

例がある。経営危機に陥った企業の再建に関与する銀行は、常に多くのステークホルダーから訴えられるというリスクを覚悟しなければならない。そして、敗訴した場合に命じられる損害賠償は、わが国の常識では考えられないほど高額になる場合もある。訴訟のリスクを回避するには、経営危機企業の再建には関与しないということにつきるのである。

第四部では、わが国会社法をベースとして、メインバンクの救済融資について、銀行の意思決定の際に検討を必要とする銀行内部の法律問題について検討する。何を根拠として銀行取締役は救済融資の実行が認められ、どのような判断の枠組みに従って救済融資の実行を決断する必要があるのかについて明らかにする。第四部は、本論文の中核をなす部分である。

まず、銀行の通常の融資や経営危機企業に対する救済の是非が問題とされた６つの裁判例について検討を加える。裁判例の検討をとおして、救済融資を含めた経営危機企業の救済、さらには銀行取締役の融資判断に際して明らかにしなければならない法的問題点を抽出する（第一章）。裁判例で抽出された法的問題点を踏まえた上で、本論文では次のような問題について検討する。

まず、銀行取締役が負う注意義務について検討する（第二章第二節）。銀行取締役が負う注意義務については、そもそも他の会社の取締役から区別して議論すること自体に異論がある。本論文では、銀行経営の特徴を踏まえた上で、銀行取締役は専門家と同様に高度注意義務を負っているとの考えを提示する。次に、銀行取締役が経営危機企業に陥った企業を救済することが会社法上許されるのかどうかという点について検討する（第二章第三節）。本論文では、一定の条件のもとにそれが許されるとの立場に立って、その条件について検討を加えるとともに、救済融資の実行に伴う取締役の義務についても検討する（第二章第四節）。

次に、救済融資の実行に際して問題となる法的問題点を個別に検討する（第三章）。取り上げた問題は、経営判断の原則、救済融資と不良貸付との異同、権限委譲に伴う問題点、救済融資を実行するまでに必要な銀行の内部手続、個別に検討する必要のある救済の目的と根拠、救済融資に伴う利益相反問題である。

第四章では、経営危機企業の救済について、救済対象別と行為類型別に検討を加える（第四章）。対象別では、第一に銀行の子会社・関連会社を救済する場合、第二に一般企業を救済する場合について、メインバンクとしての救済と一取引銀行として救済する場合を分けて考察する。行為別では、救済融資の他、金利減免、利息棚上げ、返済繰延べ、債務肩

代わり、債務免除について考察する。

第五部では、本論文のまとめと残された課題について簡潔に述べる。

金融を巡る問題が、これほど多くの人々の関心を集めるとともに、時々刻々と状況の変化する時代はかつてなかった。本論文を準備するここ数年、さらにはここ数ヶ月の間にも、金融を巡る状況は一変している。現状認識と参考とした資料については、最新のものとするように心掛けたが、締切り前に筆者の思いも掛けない大きな変化が起こるとも限らない。そこで、本論文における基本的な事実認識と参考とした資料は、1998年６月末現在を基準とすることを明記しておきたい。それ以降に生じた変化については、本論文に重大な影響を与えると筆者が考えた事項についてのみ論文に折り込むこととした。

---

[1] 竹内昭夫「銀行取引と法律」鈴木竹雄編『新銀行実務講座　第14巻　銀行取引の法律関係』（有斐閣、1967）２頁は、銀行業が公共的であることの根拠として、預金者保護の必要性と信用秩序の維持を挙げ、後者について、「銀行間の信用関係が複雑に入り組んでいる現在においては、一銀行の破綻は、他のすべての銀行の経営に直接影響を及ぼし、さらに、銀行に対する一般的な不信を招くことになる。」と指摘する。1997年11月以降のわが国銀行の置かれた状況は、竹内教授の指摘のとおり、「銀行に対する一般的な不信を招いている」状態にあるものと言える。

[2] 銀行経営に対する不信が消えないのは、銀行の経営内容、とくに銀行の抱えた不良債権に対する社会の不信感が一因である。

銀行経営に対する社会の不信を払拭し、経営の透明性を確保するために、銀行の不良債権に関するディスクロージャーの範囲が広げられることとなり、全国銀行については1998年３月期決算から、不良債権情報の開示が米国ＳＥＣ基準並みとなった。従来は、①破綻先債権、②延滞債権、③金利減免等債権、④経営支援先債権を公表してきたが、これに加えて⑤３カ月以上延滞債権（②に該当するものを除く）と⑥貸出条件緩和債権（①②は除き、③④は含まれる）を開示の対象として、①②⑤⑥の合計を「リスク管理債権」と定義して開示することとした。開示の経緯については、全国銀行協会連合会調査部「リスク管理債権情報の開示について」金融（全国銀行協会連合会）98年４月号10頁～14頁参照。

[3] 1998年３月期の都市銀行９行の不良債権であるリスク管理債権の合計は、12兆8202億円である。従来の開示基準である破綻先債権、延滞債権、金利減免等債権、経営支援先債権の合計額は９兆546億円であり、前期対比１兆8419億円減少している。ただしこれは、７兆5970億円もの実に多額の不良債権処理を実施した結果である。多額の不良債権処理の結果、９行全行が経常赤字に転落し、96年３月期決算を上回るかつてない赤字決算となった。1998年３月期の都市銀行の決算については、金融財政事情1998.6.1号42頁～45頁参照。毎期かなりの額の償却を実施したにもかかわらず、不良債権の残高がなかなか減少していないのは、不良債権が新たに発生したことによる。

1998年３月期の金融機関のリスク管理債権の状況については、1998年７月20日付け日経金融新聞参照。

[4] 金融機関の融資先企業に対するモニタリング機能を強調すること、さらには金融機関による取引先企業の救済を預金者保護の観点から問題視する見解として、日本私法学会商法部

会シンポジウム「株主構成の変化と会社法制のあり方」私法60号（1998）125頁～ 127頁〔前田重行発言〕参照。

[5] 預金取扱金融機関については、日本銀行金融研究所編『新版わが国の金融制度』11頁（日本銀行金融研究所、1995）参照。

[6] 西原寛一『金融法』（有斐閣、1968） 45頁参照。

[7] 本論文では、貸付（金）、貸出（金）、融資、与信、授信といった用語について、次のように考えている。まず、手形貸付、証書貸付、当座貸越を総称して貸付金と言い、貸付金と割引手形を総称して貸出金と言う。これに貸付有価証券と金融機関が行う債務保証である支払承諾とを加えて融資と言う。さらに融資と外国為替を総称して、与信あるいは授信と言う。ただし、これは一応の基準であって、厳密に使い分けているわけではない。なぜなら、これらの用語の異同を明確にすることが本論文の主旨ではないこと、文献を引用した場合に、原文の著者がどの程度これらの用語の違いに配慮して執筆したかが明らかでないこと、慣例として使われている用語の用法との関連から厳密な使い分けがそもそも困難であることによる。例えば、「救済融資」は、新たな融資という意味だけでなく、他の金融支援を併用した場合であっても、救済融資という表現で総称するのが一般的であるように思われるし、「不良貸付」についても、不良融資や不良与信という表現は一般的ではない。以上の点を踏まえて、本論文では「融資」、「貸付」、「貸出」という用語は、銀行が取引先に対して行う与信（授信）全般を想定して用いることとする。

[8] 北海道拓殖銀行の経営破綻に際しても、日本銀行の特別融資による同行への流動性の供給により、預金の払戻は円滑に行われている。ただし、親銀行とともに経営が破綻した同行の関連会社である抵当証券会社から抵当証券を購入した顧客については、投資額は保護されないため、北海道拓殖銀行の看板を信用して預金をするつもりで抵当証券に投資した顧客の間には、大きな混乱が生じている。

[9] ジュリスト1062号(1995)41頁～45頁に掲載されている主要な株主代表訴訟事例集によれば、1993年の商法改正前では、金融機関の取締役が被告となっている事例は長崎銀行の１件（長崎地判平成3.2.19判時1393号138頁）のみである。この事件もバブル経済崩壊後の平成に入ってからの事件であり、昭和の時代には１件もない。

[10] 銀行に限定してみてみると、東海銀行が系列ノンバンクの不良債権を肩代わりしたことの是非を巡る株主代表訴訟の２事件（名古屋高決平成7.3.8判時1531号134頁、名古屋地決平成7.9.22資料版商事法務139号208頁） と、三菱銀行（現在の東京三菱銀行）が経営危機企業のM&Ａに際してメインバンクとして行った債権放棄の是非をめぐる株主代表訴訟（東京地判平成8.6.26金融法務事情1457号40頁） の３件のみである。最近の株主代表訴訟事件の動向については、資料版商事法務166号(1998)141頁～145頁の一覧表参照。

[11] 前掲注10 資料版商事法務166号によれば、平成５年の商法改正後に提訴された金融機関に関する代表訴訟は、東海銀行の２事件、東京三菱銀行事件のほか、伊予銀行、東京商銀信用組合〔組合員代表訴訟〕、大和銀行の２事件、熊取町農業協同組合〔組合員代表訴訟〕、八王子信用金庫〔会員代表訴訟〕、和賀中央農業協同組合〔組合員代表訴訟〕、第一勧業銀行があり、増加のペースは著しい。

[12] 金融機関が行う救済融資に関しては、近藤光男「金融支援と取締役の責任」金融法務事情1424号(1995)６頁～12頁（近藤光男『取締役の損害賠償責任』(中央経済社、1996) 39頁～51頁所収。）が、数少ない文献の一つである。ほかに、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1995.4.25号82頁～90頁は、本論文のテーマを正面から扱うが、比較的簡単な検討に終わっている。また、1996年の金融法学会では、「金融機関の健全性維持および破綻処理について」のテーマによるシンポジウムが開催され、前田重行、宍戸善一、松下淳一、伊藤眞の４名の研究者から報告が行われた。このシンポジウムの記録が金融機関経営の健全性に関する法律学の立場からのまとまった形での数少ない文献である。金融法研究13号

(1997) １頁～59頁、金融法研究資料編12号(1996)2頁～73頁参照。

ほかに、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、1995)469頁～498頁、落合誠一教授の銀行ディスクロージャーの観点からの銀行経営の健全性に関する一連の研究（落合誠一「銀行のディスクロージャー規制のあり方」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、1995)499頁～528頁、同「銀行ディスクロージャーの立法論的検討」金融法研究12号(1996)83頁～105頁）がある。これらの文献は、いずれもここ数年のうちに相次いで発表された研究業績である点は強調しておきたい。

なお、企業が他企業を救済するという局面に問題を置き換えると、主に親会社が子会社を救済することの是非に関する問題について、近年、論文が相次いで発表されている。中村直人「代表訴訟とグループ子会社救済」ＪＩＣＰＡジャーナル448号（1992）46頁～48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25巻１号(1995)169頁～189頁、手塚裕之「子会社・グループ会社救済と取締役の責任」江頭憲治郎・梶川融・柏木昇・春日川和夫・北博行・小林啓文・手塚仙夫・手塚裕之『子会社救済と取締役の責任－保証類似行為を中心として』(別冊商事法務172号）（商事法務研究会、1995）16頁～29頁、志谷匡史「親子会社と取締役の責任」小林秀之・神田秀樹編『株主代表訴訟体系』（弘文堂、1996）82頁～113頁、近藤光男「グループ企業救済融資と取締役の責任」代行リポート（東洋信託銀行証券代行部）117号(1997)１頁～８頁、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1491号(1997)37頁～46頁、弥永真生「子会社救済と取締役の会社に対する責任」受験新報97年12月号19頁～22頁。

[13] このことは、金融法務と呼ばれる研究領域を代表する実務解説書である島谷六郎・香川保一・味村治・石井眞司監修『銀行窓口の法務対策2500講（上巻）（中巻)(下巻)』（金融財政事情研究会、1993）の解説項目をみれば明らかである。この書物では、金融機関の営業現場で直面する法律問題のテーマを2500件抽出して、個別に対応方法を解説している。関心は、あくまでも営業の現場で生じる法律問題の解決にある。

第二章　わが国金融構造の特徴

救済融資は、第四章で検討するように、メインバンクが経営危機に陥った取引先に対して行う場合が多い。これは、経営危機企業を取り巻く多くのステークホルダーのうち、メインバンクが経営再建のイニシアティブをとることを意味する。企業活動に資金を提供する主要な者は、株主、社債権者、銀行、仕入先であるが、これらの中から銀行、とくにメインバンクが経営再建のイニシアティブをとる理由の一つとして、わが国の間接金融優位の金融構造を挙げることができる。わが国では株主以上に銀行が企業に対する重要な資金提供者としての地位を占めているのである。本章では、わが国の金融構造の特徴を概観するとともに、わが国経済社会において銀行が極めて重要な位置を占めることを、銀行の規模の国際比較をも交えつつ明らかにする。

第一節　わが国金融構造の特徴とその国際比較

わが国企業の資金調達は、銀行借入に依存する割合が高い。ここでは、「間接金融優位」として知られるわが国の金融構造の特徴を、企業部門の負債構造から明らかにするとともに、わが国企業が資金調達に際して銀行に依存してきたことを明らかにする。

わが国の企業部門（金融を除く）の負債構造は、銀行借入の比率が50％以上の高い割合を占めているばかりか、この比率は上昇傾向にある（表１）。この比率は、1995年に

表１　法人企業部門の負債構造　　負債に占める比率:％

		1970	1975	1980	1985	1990	1995
日本	銀行借入	52.2	55.4	53.9	58.3	58.8	59.2
	有価証券	10.9	8.2	8.5	8.5	16.3	15.8
米国	銀行借入	28.9	25.6	25.8	27.5	22.2	21.1
	有価証券	46.5	45.3	40.9	37.4	41.0	46.6
ドイツ	銀行借入	62.7	57.5	60.5	59.8	59.9	57.3
	有価証券	12.9	10.3	8.2	7.7	9.4	23.2

（注）１．日本銀行「経済統計月表」により作成。

２．各数値については、日本が３月末、米国とドイツが年末の値。また、ドイツの直近値は1994年末の値。

３．負債の中には企業間信用が含まれている。

（資料出典）経済企画庁編『平成８年版 経済白書』（大蔵省印刷局、1996）290頁

はドイツをも上回っている。一方、有価証券の比率は、1980年代半ばまで極めて低く、1995年においても15.8％を占めるに過ぎない。

わが国と対照的な構造を示すのがアメリカである。アメリカでは、有価証券の比率が40％を超えており、銀行借入は20％台を占めるに過ぎない。また、銀行借入の比率は低下傾向を示している。アメリカでは、企業が社債や株式の発行によって、市場から直接資金を調達するという資金調達方法が主流であることは明らかである。

わが国において間接金融優位の金融構造が形成された要因は、金利規制の下で政策的に預金金利が低く設定され、銀行が低利で資金を調達できたため、利ざやを上乗せした上でもなお低利で企業に資金を供給できたことが指摘されている[1]。 間接金融市場は、企業への低利資金の供給によって、企業の資金調達における重要な担い手となってきたのである。

また、間接金融優位の金融構造は、直接金融市場が育ってこなかったことの裏返しの現象である。社債市場では、投資家保護のために、社債の発行を優良企業に限定するという政策がとられてきたことや、株式市場では、株式持合いが進み、安定的に株式を保有する傾向のみられたことが、その要因である[2]。 持合いを維持しつつ株式発行によって資金調達をするには、持合いの相手方に経済的負担をしいる結果となるため、そこには一定の限界が生じる。広く大衆から資金を集めるという株式市場が本来果たすべき機能は実現されないこととなる[3] 。

さらにわが国では、戦後の高度経済成長期に、銀行が集めた預金以上の貸出を行うオーバーローンの状態が続き、1960年代には盛んにオーバーローンの是正が論議された[4]。高度経済成長の下で、企業の資金需要が非常に強かったことが背景である。銀行は、不足する資金について、日本銀行からの借入に依存した。オーバーローンの下では、貸出の原資を預金以外の外部負債に依存する結果、銀行の資金調達コストは高くなる。さらに銀行は、その是正を金融当局から厳しく求められていた。当然のこととして、銀行は企業の資金需要に自由に応じられる状態ではないため、資金の配分について選別の姿勢を強める結果となる。企業の側からみても、需給の逼迫した金融情勢の下では、別の銀行に資金調達窓口を求めることは容易なことではないし、ましてや未成熟な直接金融市場から資金を調達することも期待できないということになる。

メインバンク・システムは、このような高度経済成長期における超過需要の発生した金融構造の下で、企業が銀行と親密な関係を形成することにより、銀行が企業に対して安定した資金調達パイプを提供するという重要な役割をも担った。メインバンクがメイン先の

資金需要に優先的に応じることを実質的に保証してきたのである[5]。

企業が経済活動をする際には、必ず資金が必要となる[6]。企業が経済活動を開始するには、まず資金を調達しなければならない。高度経済成長を背景に、銀行の貸出市場に超過需要が生じた時期には、安定した資金調達ルートを確保しようとする企業側には、銀行との間にメインバンク関係を構築することに対する強いインセンティブが働いたと考えられる[7]。企業はメインバンクの意向に沿った行動をとることにより、資金調達の安定度を増そうとする。たとえば、メインバンクを中心とする取引銀行に対して業況・業績に関する定期的な説明を行うことによって、自企業に対する銀行の深い理解を得ようとすること、さらには設備投資の内容や時期、金額、収支計画といった点について、メインバンクの意向を確認しながら計画を進めるというような行動をとることである。銀行の審査機能が十分に機能していれば、その過程で設備投資にかかる収支計画が厳しく審査されるため、過大投資が回避されたり、計画の変更が行われたりする。これが結果的に企業経営のモニタリングとしての機能を果たすことになる。企業の資金調達手段が制約され、メインバンクを中心とする間接金融に依存する割合が高ければ、銀行のモニタリング機能は非常に強い機能を発揮することになる。メインバンクの同意の得られない限り、企業は資金調達の道を実質的に閉ざされているので、銀行は企業活動全体を十分に統制しうる存在となり得る。

以上のように、間接金融優位の金融構造は、直接金融市場の未成熟、つまり直接金融市場からの資金調達の困難性という反面の事実と、銀行が企業の資金需要に全て応じられないような超過需要の発生する時期においては、銀行の企業経営に対する影響力を増す効果を伴うこととなる。

第二節　銀行の規模の比較と銀行の社会的地位

銀行が経営危機に陥った企業を救済するに際しては、銀行は通常の取引先に対する融資に比して多くのリスクを負担することになる。経営再建が失敗し、経営危機企業が倒産した場合には、銀行が負担したリスクが貸倒損失の形で実現する。経営危機企業と共倒れになることは避けなければならないので、銀行にはその貸倒損失を吸収しうるだけの規模が求められる。貸倒損失を負担しうるだけの利益、あるいは利益の蓄積が必要となる。共倒れを避けるには、銀行の規模が相手方の企業よりも十分に大きいこと、別の言い方をすれば、銀行の規模は大きければ大きいほどよいということになる。

表２　世界の大銀行（９７年３月末の総資産ランキング）

順位	銀行名	国籍	本店所在地	総資産 百万米ﾄﾞﾙ
1	東京三菱銀行	日本	東京	648,161
2	Deutsche Bank, AG	ドイツ	ﾌﾗﾝｸﾙﾙﾄ	575,072
3	Credit Agricole Mutuel	フランス	ﾊﾟﾘ	479,963
4	第一勧業銀行	日本	東京	434,115
5	富士銀行	日本	東京	432,992
6	三和銀行	日本	大阪	427,689
7	住友銀行	日本	大阪	426,103
8	さくら銀行	日本	東京	423,017
9	HSBC Holdings, Plc.	イギリス	ロンドン	404,979
１０	農林中央金庫	日本	東京	375,210
１１	Dresdner Bank	ドイツ	ﾌﾗﾝｸﾌﾙﾄ	358,829
１２	Banque Nationale de Paris	フランス	パリ	357,322
１３	日本興業銀行	日本	東京	350,468
１４	ABN-AMRO Bank, N.V.	オランダ	ｱﾑｽﾃﾙﾀﾞﾑ	341,916
１５	Societe Generale	フランス	パリ	341,867
１６	Chase Manhattan Corp.	アメリカ	ﾆｭｰﾖｰｸ	333,777
１７	Union Bank of Switzerland	スイス	ﾁｭｰﾘﾋ	326,190
１８	NatWest Group	イギリス	ロンドン	317,295
１９	Credit Lyonnals	フランス	パリ	311,747
２０	Barclays Bank Plc.	イギリス	ロンドン	308,710

(資料)アメリカン・バンカー　　(資料出典)金融財政事情1997.8.25号53頁

(注)換算レート　１円＝0.008066 として四捨五入

第三部第一章ではアメリカの銀行制度の検討をとおして、アメリカの銀行が他産業の企

業との比較において、相対的に小規模なものに止められてきたことを明らかにする。ここでは、第三部での検討に先立って、銀行の規模を国際的に比較することにより、わが国の銀行が国際的にみても規模の大きいことと、アメリカの銀行の規模が国際的にみても、他産業との比較においても小さいことをみておきたい。

世界の銀行を総資産規模でランク付けすると、1996年のデータでは世界最大の銀行はわが国の東京三菱銀行である（前頁表２）。そして、上位20行の中には日本の銀行が８行と、最も多くを占めている。日本の都市銀行のうち、６行が上位20位以内にランキングされる。日本の銀行は、国際的にみても規模が大きいということは明らかである。それに対して、アメリカの銀行は、20位以内にわずかにチェース・マンハッタン銀行１行が顔を出すにすぎない。国力の差を考慮すれば、アメリカの銀行の数は明らかに少ない。

一方、一般の企業についてはどうか。世界の企業を売上高順にランク付けすると、アメリカのゼネラル・モータースが世界最大の企業である（次頁表３）。上位20社にはアメリカの企業が８社を占める。そこには、銀行のランク付けとは全く異なる結果が見られる。日本の企業も10社を占めるが、うち６社は総合商社である。わが国の多段階の流通構造の頂点に立つ総合商社は、周知のとおり日本に独特の企業形態である。総合商社は、メーカーと問屋の二者の取引に介在することにより、保証機能、代金回収機能、金融機能を提供する。総合商社は伝票上の取引をするだけで、商品は総合商社を経由することなく、メーカーから問屋、場合によっては直接小売店に配送される。総合商社は、取引に介在することにより、実質的には提供した機能に見合う手数料を得ているにすぎないが、取引上は仕入と売上の両方が計上されるため、利益の額に比して売上規模は極端に大きくなるのである。このように、売上規模が肥大化する総合商社を除けば、日本の企業は実質的に４社とみることができる。

また、銀行のランキングとを対比するならば、アメリカの銀行は、他の業種の企業に比して規模が明らかに小さいといえよう。

さらに、日本とアメリカの金融構造と両国の銀行の規模の格差を前提とすれば、それぞれの国における銀行の社会的な地位は大きく異なるものと考えられる。わが国における銀行は、企業活動に必要な資金を供給する重要な主体としての地位を占めている。現実にはわが国の多くの企業が、銀行なしには企業活動に必要な資金を調達することができない構造にある。銀行は社会において重要な地位を占め、社会における銀行の地位も必然的に高くなる。一方、アメリカ社会における銀行の地位は、わが国と対比すれば低くなる。銀行

に依存しなくとも、直接金融市場から随時資金を調達することができるからである。

表３　世界の大企業（９６年の売上高ランキング）　単位　百万ドル

順位	会社名	国名	売上高
１	ゼネラル・モータース	アメリカ	168,369.0
２	フォード	アメリカ	146,991.0
３	三井物産	日本	144,942.8
４	三菱商事	日本	140,203.7
５	伊藤忠商事	日本	135,542.1
６	ﾛｲﾔﾙ ﾀﾞｯﾁ ｼｪﾙ ｸﾞﾙｰﾌﾟ	英国・オランダ	128,174.5
７	丸紅	日本	124,026.9
８	エクソン	アメリカ	119,434.0
９	住友商事	日本	119,281.3
１０	トヨタ自動車	日本	108,702.0
１１	ウォール マート	アメリカ	106,147.0
１２	ゼネラル ｴﾚｸﾄﾘｯｸ	アメリカ	79,179.0
１３	日商岩井	日本	78,921.2
１４	日本電信電話	日本	78,320.7
１５	ｲﾝﾀｰﾅｼｮﾅﾙ ﾋﾞｼﾞﾈｽ ﾏｼｰﾝｽﾞ	アメリカ	75,947.0
１６	日立製作所	日本	75,669.0
１７	AT&T	アメリカ	74,525.0
１８	日本生命保険	日本	72,575.0
１９	モービル	アメリカ	72,267.0
２０	ダイムラー ベンツ	ドイツ	71,589.3

（資料）THE FORTUNE GLOBAL 500　1997年８月４日号

以上の検討を踏まえれば、銀行をめぐる法律問題を比較法的に考えるに際しては、それぞれの社会における銀行の地位の差を認識しておくことが肝要であると言えよう。それぞれの国において銀行が法律上有する権利と義務は、それぞれの社会における地位や役割を反映して構築されていると考えられるからである。従って、このような違いを考慮することなく、アメリカの銀行が有する権利や義務について議論したり、あるいはそれをそのままわが国に導入しようとすることには慎重な態度が必要であると考えられる。

第三節　わが国の金融構造と銀行のモニタリング機能

現在の金融情勢は高度経済成長期とは大きく変化しており、直接金融市場も大きな機能を果たすとともに、間接金融市場においても金融緩和を背景として、企業はメインバンクからの資金調達に依存しなくとも、どの銀行からでも自由に資金を調達することが可能な時代を迎えている。このような時代背景を考えれば、銀行のモニタリング機能[8]が銀行の意思とは無関係に低下することは、ある意味で避けられない現象であると思われる。

私見は、企業の資金調達方法が多様化したとはいえ、未だ間接金融が大きな比率を占めるわが国において、銀行がその審査機能をベースとして企業のモニタリング機能を果たすことがわが国で無意味であるとは考えていない。企業の資金調達方法が多様化した中で、銀行のモニタリング機能に大きな期待をかけることには無理があるとしても、銀行は、企業に対する資金供給の可否判断をとおして、企業活動を監視しうる役割を果している点に変わりはないと考えられる。銀行は、直接金融市場における資金の出し手以上に、企業が調達する資金計画の全体を厳しく審査しうる主体であるからである[9]。

直接金融市場における資金の出し手にとっては、自らが投下した資本は市場での債券の売却によって比較的容易に回収できるため、短期的には投下資本の安全性という以上に、投下した資本に対するリターンに主たる関心が向く。もちろん、わが国企業の株式の保有構造は、株式持合いを前提とした長期かつ安定的な保有が主体である。しかし、これら持合い株主の関心は、乗っ取りの防止[10]と持合い先の経営に口出ししないことと引換えに自社の経営にも口出ししてほしくないという互恵取引にあるため、持合い株主に持合い先の経営監視機能を期待することには無理がある。社債権者についても、転売市場が整備され、かつ担保付き社債が主流であれば、株主と同様である。元本の安全性は担保で保全されて

おり、換金性は市場が保証してくれるのであれば、社債権者の主たる関心は、投下資本に対するリターンである。

ところが銀行は、わが国に銀行貸出債権流動化の市場が未整備であることから明らかなように、銀行が融資の決断を下すに際しては、元本の安全性に細心の注意を払わざえるを得ない。一度投下した資本は、最終的に相手先の企業から回収されるまで、銀行自身が回収する以外に回収の道がないからである。判断ミスは貸倒に直結するため、企業の設備投資計画に無理があり、その結果、投資した元本の回収に懸念がある場合には、融資を拒否する、あるいは、計画の問題点を相手企業に伝えた上で回収に懸念のない計画が再提出されたならば、融資に応じるという決断をすることになる。このように銀行は、審査機能をとおして取引先企業に対する経営の健全化を果たすことのできる存在なのである。

また、私見は、銀行が経営危機企業を救済するという行動を、現時点で全面的に禁止してしまうような法解釈の態度をとることにも賛成できない。銀行が経営危機に陥った企業を救済してきたのは、間接金融市場の担い手である銀行が企業活動に伴うリスクを集中して負担してきたわが国経済システムの一つの帰結であり、わが国の倒産制度や倒産は極力回避すべしとする社会認識と密接に結びついた問題でもある。直接金融市場の一層の発展と市場を支えるに足るだけの投資家（投資者）の育成、取引停止処分制度の見直しを含む銀行の救済融資に期待しなくともよい倒産制度の整備、さらには企業倒産に伴うリスクは社会全体で広く負担して当然であるという社会認識の醸成といった多くの改革、つまり銀行を中心に構築されてきたわが国経済システムの全体を見直すことが必要となる。このような作業を進めることなしに、銀行による経営危機企業の救済だけを抑止するような制度の運営をすれば、混乱が生じることは避けられまい。

本論文では、わが国の経済システムを基本的に維持しながら、その中で銀行が経営危機に陥った企業を救済するという役割を果たす際の条件を明らかにしようとするものである。銀行を主体に構築された経済システムを変更していくには、すでに述べたように実に多くの制度の改革が必要である。銀行が社会からの非常に高い信頼を前提として構築してきた多くの権限や権益に対して、バブル経済期にとった銀行の行動を踏まえれば、その権限や権益に疑問を感じるものである[11] が、現実に銀行がわが国社会に果たしている機能や役割を無視したり、あるいは軽視したりすべきではない。

その意味で、本論文が銀行による経営危機企業に対する救済というシステムとそこに含まれる多くの問題を容認しているものとして受け取られることは筆者の本意ではない。わ

が国において銀行が果たすべき機能、あるいは銀行が果たすべきであると期待される機能と、銀行の経営監視のためのシステムがどうあるべきかという問題とは分けて考えなければならない。わが国においては、企業が企業活動を展開する上で、銀行借入に依存する割合が高いという無視しがたい現実があるからである。まずもって、この現実を直視しなければならない。大幅かつ急激な制度改革を避けて、これまでわが国の銀行が果たしてきた役割を基本的に維持しながら、銀行による経営危機企業の救済という手続の透明性を高めるためには、判断の枠組みを明らかにする必要があると考えられる。そして、わが国社会が銀行に依存した経済システムからの脱却を指向するというのであれば、そのための制度改革を実行していかなければならない。現在進められている金融ビッグ・バンは、そのための準備作業なのである[12]。

---

[1] 経済企画庁編『平成８年版経済白書』（大蔵省印刷局、1996）289頁～290頁。
[2] 経済企画庁・前掲注１『経済白書』291頁～292頁。
[3] Juro Teranishi, *Loan Syndication in War-Time Japan and the Origins of the Main Bank*, *in* THE JAPANESE MAIN BANK SYSTEM －ITS RELEVENCE FOR DEVELOPING AND TRANSFOMING ECONOMIES 79 (MASAHIKO AOKI & HUGH PATRICK eds., 1994)　では、わが国で間接金融優位の金融構造の生まれた背景として、長期資金の供給を意図して導入された株式市場の未成熟、社債市場に対する種々の制約、短期資金を中心に機能すべき間接金融による長期資金の供給メカニズムの導入の３点に求める。
[4] オーバーローン問題については、伊藤修『日本型金融の歴史的構造』（東京大学出版会、1995）228頁～231頁、238頁～239頁参照。
[5] 鹿野嘉昭『日本の銀行と金融組織』（東洋経済新報社、1994）139頁は、銀行が取引先企業に対する資金配分について、当該企業がメインバンク先であるかどうかを重要な基準として対処してきたとの考えを提示している。
[6] 龍田節「企業の資金調達」竹内昭夫・龍田節編『現代企業法講座３　企業運営』（東京大学出版会、1985）３頁は、「貨幣経済の下では、資金が経済活動の源である。」とする。
[7] 鹿野・前掲注５　186頁参照。
[8] わが国の銀行が果たしてきたモニタリング機能は、直接的には銀行の融資判断を通した審査機能をいうのであって、それが企業活動に対する監視機能を果たしたのは、審査機能の間接的効果であることは明記しておかねばならない。わが国の銀行は、企業に対するモニタリング機能を直接果たすということは意識してこなかったのではないだろうか。企業活動にとって不可欠な資金調達の是非を巡る銀行の判断が、企業活動を適正化する上で一定の効果を果たしたのであり、これは銀行の審査機能が間接的な形で、しかも結果的に企業活動の監視機能を果たしてきたに過ぎない。さらに、自己資本比率の低いわが国企業の財務構造を勘案すれば、株主の経営監視機能も強くは機能しない。企業に対する最大の資金提供者であるメインバンクの融資判断を通じた経営監視の効果が、株主の経営監視機能以上に強く機能したというのは、銀行の意図とはかかわりのない事象である。また、企業活動に対する銀行のモニタリング機能といった場合、それは企業活動の全般に及ぶものでは

ないし、及ぶことが可能であるはずもない。銀行のモニタリング機能について論ずる場合には、このような視点が重要であるように思われる。

[9] バブル経済期の銀行は、本来果たすべき審査機能を放棄したともいえる貸出行動をとった。しかし、このような貸出行動をとることが、銀行の経営破綻に直結することを銀行経営者はここ数年の事例から学んだはずである。

[10] 伊藤邦雄「株式持ち合いーその螺旋型ロジック・シフト」伊丹敬之・加護野忠男・伊藤元重編『日本の企業システム 第一巻 企業とは何か』（有斐閣、1993）155頁は、外国資本による乗っ取りに対する危機感を株主持合いの発生原因として指摘する。

[11] その一つが、第二部第三章で検討する銀行取引停止処分制度である。銀行は、なぜ企業の死命を制する強い権限を行使しうるのか、その権限の行使に問題はないのかという疑問である。また、銀行の相殺権を最大限に擁護する判例理論もその一つである。

[12] 平成10年６月に公表された「新しい金融の流れに関する懇談会「論点整理」」は、１．金融システム改革と基本的な問題意識　（１）「新しい金融の流れ」をどう捉えるか ①資金余剰基調の定着と個人金融資産の蓄積 において、「需給双方のニーズを結び付け、広範な主体が自らの判断によってリスクテイクすることを可能とし、経済全体としてのリスク配分の効率化とリスク負担能力の向上を促すような、新しい金融仲介チャネルを整備・拡充していくことが「新しい金融の流れ」として重要になると考えられる。」としている。

本報告の全文は、金融98年７月号11頁～56頁（引用部分13頁）参照。

第三章　銀行経営の特徴

銀行経営には、他の一般企業とは異なるいくつかの重要な特徴がみられる。この点に関する理解なくして、銀行による経営危機企業の救済の持つ真の意味を理解することはできない。本章では、銀行経営の特徴について概観する[1]。銀行取締役の責任や経営危機に陥った企業に対して銀行が支援を行う際の銀行取締役の注意義務を検討する際には、他の企業には決して見られない銀行経営の特徴を理解しておくことが肝要である。本章における検討は、本論文全体にかかる問題でもある。

第一節　公共性

銀行の経営原則の一つに、「公共性」がある。銀行法１条は、銀行法の目的を規定する際に、「銀行業務の公共性にかんがみ」と、銀行業務が公共性を有することを前提とする規制をおいている。また、金融制度調査会の昭和54年６月20日答申「普通銀行のあり方と銀行制度の改正について」では、「銀行は、（中略）国民経済的・社会的に重要な諸機能を担っていることにかんがみ、公共性の高いものとしてとらえられている。」とした上で、「銀行は一般企業に比し社会的責任が重いものであるといえる」としている[2]。銀行は、会社の中でも保険会社と並んで「公共性」を有することを法律によって明定された数少ない業種である[3]。ところが、そもそも銀行業の公共性とは何かとなると、必ずしも定義は明確ではない[4]。

竹内教授は、預金者保護の必要性と信用秩序維持の２つの特徴をもって、銀行業を公共的であるとされる[5]。木内教授は、金融取引における普通取引約款の著しい利用と金融取引が国民経済活動の中核をなしていることから、金融取引法が公共的性格を持つとされる[6]。金融論の立場からは、①前述の昭和54年6月20日金融制度調査会答申に示された考えに従って「信用秩序の維持と預金者保護を図るためその経営の健全性を維持すること」とする見解[7]、②不特定多数の預金者を擁すること、預金通貨の供給機関であること、決済機関であることの３つの特徴により、影響の及ぶ範囲が一般私企業に比べて極めて高いことが銀行の公共性であるとする見解[8]のほか、③そもそも金融機関の公共性を強調することに否定的な見解もある[9]。これらの見解をとおしてみると、これらの見解は、いずれも銀行業務の公共性を正面から定義付けておらず、銀行業務の公共的性格の特徴を述べているものと言え

る。正面から定義付けた見解としては、「経済社会の要請に応じて、銀行が家計や企業に対し適切な貯蓄手段、資金運用手段を提供したり、国民経済的な観点からみて適正と考えられる経済各分野への資金供給につとめる」[10]こととされているのが数少ない例である。

銀行業務の公共性を巡る議論は、究極的には銀行を特殊なものとみるか否かという議論に行き着く[11]。銀行業務の公共性を肯定する論者は、その公共性を金融機関に課せられた各種の金融規制の根拠と考えるのである。私見は、銀行が社会に対して提供している決済機能と、不特定多数の預金者を擁し、かつこれら預金者の利益を保護する必要があるために、銀行業務は公共性を有すると考える[12]。次に、公共性を正面から定義すれば、銀行経営に際して、営利性を向上させることのみを目標とすることなく、社会全体の利益を増進させることに一定の配慮をすべきことであると考えている。

銀行は株式会社の形態をとっており（銀行法５条）、営利を目的とする点において他の株式会社と変わらない（商法52条）。したがって、銀行経営には、収益を度外視しても行われる公益事業とは異なり、一見矛盾するように思える営利性と公共性の両方の観点が要請されていることとなる。私企業としての利潤の最大化のみを目的として銀行経営が行われると、経済システムの運営に支障をきたすのである[13]。地域的、業種的、あるいは企業規模からみて偏った形でしか資金供給が行われないならば、経済全体の発展は望めないことは明らかであろう。さらに、金融機関は、預金者への金利支払いと経済各分野への適正な資金供給を行うために、どのような経済環境下にあっても安定した収益を実現することが必要である。金融機関は、一般の事業法人以上に、経営の安定性と健全性を維持する必要性が高いのである。金融機関経営における公共性と営利性の調和は、このような銀行経営における健全性に求めるべきであろう[14]。

第二節　預金者の保護

第一款　金融機関のディスクロージャー

預金者は、法的には銀行に対する債権者たる地位を有している（民法666条）。債権者は貸倒リスクを負担する[15]ので、債権者が債務者に信用を供与する場合には、事前に債権者が債務者側の信用状態を調査するのが通常である。そのためには、債権者が債務者の信用状態を判断するに足るだけの情報を入手できることと、債権者が自らの意思で信用を供与するか否かを決断するというシステムが必要である。ところが、預金者と銀行との関係をみ

てみると、このようなシステムは完全ではない。

わが国では、戦後長く、いわゆる「護送船団行政」[16]の名の下に、大蔵省による強力な銀行行政が行われ、ほんの数年前まで金融機関は倒産しないということが国民の間での暗黙の了解となっていた[17]。また、預金者が金融機関の資産の健全性について判断しうる情報は、長い間ディスクロージャーの対象とはされてこなかった。護送船団行政が転換を迫られる中、今後の金融行政は、大蔵省による保護行政から、金融機関の自己責任原則をベースに、市場が銀行経営をチェックする市場規律型の金融規制に180度方向を転換された[18]。金融機関のディスクロージャーは、市場の参加者がその情報に従った反応をすることによって銀行の行動に影響を与える点で、つまり、銀行が過度のリスク負担に走ることを防止しうる点で、市場規律型の金融規制にとって必要不可欠の重要性を有するものと考えられる[19]。

銀行経営のディスクロージャー、特に、銀行の資産の健全性に関する情報の開示は、このような金融行政の転換の過程の中で段階的に実施されてきた。まず、平成４年12月４日付けの金融制度調査会金融機関のディスクロージャーに関する作業部会中間報告「金融機関の資産の健全性に関する情報開示について」[20]の趣旨を踏まえて、平成５年３月期から、都市銀行、長期信用銀行、信託銀行、農林中央金庫、商工組合中央金庫、全国信用金庫連合会において「破綻先債権額」および「延滞債権額」の開示が行われ、地方銀行、第二地方銀行において「破綻先債権額」の開示が行われた。そして、この実施から約２年が経過して公表された、平成７年５月15日付けの金融制度調査会金融機関のディスクロージャーに関する作業部会報告「金融機関の資産の健全性に関する情報開示範囲の拡大について」[21]では、都市銀行、長期信用銀行、信託銀行、農林中央金庫、商工組合中央金庫、全国信用金庫連合会においては、経済的困難に陥った債務者の再建・支援を図るために当初の約定条件を変更して金利減免、棚上げ等の措置を講じた債権である「金利減免等債権」についても平成８年３月期決算から開示することが望ましいとされた[22]。この報告と金融機関に対するディスクロージャーに対する要請の高まりとをうけて、全国銀行協会連合会では、都市銀行、長期信用銀行、信託銀行については、「金利減免等債権」に加えて、経済的困難に陥った債務者の再建・支援のため、損金経理について税務当局の認定を受けて債権放棄等の支援を実施し、経営支援している債務者に対する貸出金額である「経営支援先に対する債権額」についても開示することとした[23]。

以上により、都市銀行、長期信用銀行、信託銀行については、資産の健全性に関する情報開示はかなり充実することとなったものの、業態の違いによって開示の対象となる情報

の種類は異なっている。このように開示の基準に違いが生じたのは、地域金融機関（地方銀行、第二地方銀行）については、営業地域が限定されているために、情報開示が信用秩序に不測の影響を与える懸念に対して配慮が行われたこと、協同組織金融機関については、組合員・会員の相互扶助を目的とする非営利法人である点に一定の配慮が行われたことによるものである。しかし、前述の平成７年５月15日付け金融制度調査会金融機関のディスクロージャーに関する作業部会報告「金融機関の資産の健全性に関する情報開示範囲の拡大について」では、地域金融機関については、海外支店・海外現地法人を設けて銀行業を営む金融機関は延滞債権額の開示を行うことが望ましいとし[24]、協同組織金融機関については、平成８年３月期から実体に即した資産の健全性に関する情報開示が行われるようにする必要があるとしている[25]。

わが国の金融機関のディスクロージャーの現状は、上にみたように一律の基準によって行われているわけではなく、業態によって開示する情報内容が異なるものとなっている。従って、全ての預金者が同じ立場に置かれているとは言えない状態にある[26]。

第二款　預金者のリスク認識と預金者保護の必要性

わが国では、預金は元本が保証されていると認識されている[27]。元本のみならず預金の利子についても同様であろう。預金の中でも、普通預金、当座預金といった要求払預金については、「預金通貨」と呼ばれるように、現金と同様に、決済機能という重要な役割を果たしている[28]。預金に対する国民の信頼が揺らぐことは、信用秩序の根幹にかかわる重要な問題である。そこで、預金に対する信用を維持することは、中央銀行や行政当局の重要な政策課題であると同時に、当事者である銀行取締役の重要な責務と言えよう。

このような預金を巡る環境により、わが国の預金者には、自らの無担保の預金債権が本質的には貸倒リスクを内包しているという認識はほとんどないし[29]、金融機関に預金をするという行為が本質的には金融機関に対する信用の供与であるという認識もほとんどないと言えよう。

銀行法４条は、銀行業が内閣総理大臣の免許を必要とする旨を定めている[30]。このような参入規制が、銀行経営に対する信用維持に果たす役割は大きい。現在の預金者は、行政当局から認められた金融機関の看板そのものを信用供与の判断材料としているのである。つまり、多くの預金者は、ごく最近まで金融機関が倒産する危険性の存在を認識し、金融機関を選別した上で預金をしているわけではなかったというのが実情である[31]。また、預金者

は極めて小口に分散しており、預金者間の連絡もないため、小口の預金者がそれぞれにコストを投下して金融機関の経営をモニターしなければならないとするならば、全体としてみると、きわて膨大なコストがかかることとなるばかりか、小口の預金者にそのようなことを期待することにはそもそも無理がある。預金という無担保の資金調達手段を金融機関に限って認めた限りは、預金者を保護する必要性は金融制度自体を維持するためにも必要であると言える[32]。

従って、銀行経営においては、これら多数の預金者の利益保護の観点が必要となる[33]。

第三節　銀行業務への専念

銀行法は、10条と11条において銀行が営むことのできる業務について具体的に規定した後、12条において、10条と11条に規定された業務と他の法律で認められた業務を除いて、他の業務を営むことを禁止することを規定している。12条の他業禁止規定により、銀行は銀行業務に専念する義務を負っていることとなる。銀行法10条１項が規定する業務は、①預金、②貸付、③為替の３つであり、銀行の三大業務と言われる銀行の固有業務である。同２項が規定する12の業務は付随業務と呼ばれる業務である。さらに11条は、10条第１項各号に掲げる業務の遂行を妨げない限度において、銀行が証券業務を営むことができることとしている。なお、この他業禁止規定の違反に対して、銀行法65条は罰則をもって臨んでいる。

このように銀行が株式会社でありながら他業に進出することを厳しく規制されているのは、銀行がリスクの高い他業に進出することによって、銀行経営の健全性に悪い影響を及ぼすことを事前に抑止することを目的とするものである[34]。

さらに、銀行法７条は、銀行の常務に従事する取締役は、内閣総理大臣の認可を受けた場合を除いて他の会社の常務に従事してはならないとの規定をおき、銀行取締役の兼業を禁止している。つまり、銀行取締役は職務に専念する義務を負っている。この規定は、株式会社の取締役に関する善管注意義務（商法254条第３項、民法644条）　や忠実義務（商法254条ノ３）、競業避止義務（商法264条）　の規定を加重した規定である。また、この規定は、前述の銀行法１２条が定める銀行の他業禁止規定を人的に補強したものと解されている[35]。銀行取締役の兼業規制は、銀行取締役の他業への就業を内閣総理大臣の認可を条件として認めるものであって、絶対的に禁止するものではないが、この規定の存在により、実

際上、内閣総理大臣の認可を受けている取締役は稀であって、兼業の事例は極めて少ないとされる[36]。

銀行取締役にこのような兼業規制がおかれたのは、情実貸付を防止することを目的とする[37]。つまり、銀行の取締役が他の会社の常務に従事すれば、銀行取締役たることの地位を利用して他の会社に銀行の資金を安易に貸付け、その結果、銀行の資産内容の悪化や貸倒という事態を招来しやすいからである。

このように銀行は、組織的側面からも人的側面からも銀行業務に専念することを義務付けられている点で、他の業種の企業には見られない特徴を有する。このように、銀行が銀行業務に専念することを求められるのは、銀行経営の健全性を確保する必要性にあるものと考えられる[38]。

第四節　株主による経営監督機能の後退

銀行法23条は、銀行の株主が帳簿閲覧権を有しない旨の規定を置いている。株主にとって、代表訴訟の提起権（商法267条）や取締役の解任請求権（同257条３項)を行使する前提として、会計帳簿・書類を調査する意義は大きい。取締役による不正、あるいは違法な行為は、会計処理に痕跡が残ることが多いからである。銀行の株主に帳簿閲覧権が認められていないことは、銀行経営における株主による経営監督機能が大きく後退していることを意味している。銀行の株主に帳簿閲覧権が認められない理由として、行政官庁による厳格な監督の存在と、預金者等の秘密を守ることの二つが挙げられている[39]。

ただし、銀行の守秘義務については、それを基礎付ける明文の規定がない。そこで、銀行の守秘義務の根拠を何に求めるかについては、①プライバシー権の保護として理解する立場、②信義誠実の原則に求める立場、③銀行と顧客との間に個別的な取引契約のほかに包括的な取引関係を形成する一般銀行契約の成立を認めた上で、顧客が銀行との交渉を開始する段階から契約関係を肯定する立場、④契約締結上の過失理論によって基礎付ける立場がある[40]。

このように、銀行の所有構造においては、預金者の秘密保護の利益が、株主の所有にともなう諸権能に優先するという、特異な構造をなしている[41]。実態はともかく、「会社は株主のもの」とする理解が一般的なわが国において[42]、大きな例外をなす構造といえる。

第五節　行政当局による監督と規制

銀行業に対しては、行政当局による監督と各種の規制が行われている。この行政当局による監督と規制の存在も、他の業種の企業には見られない銀行経営を特徴付ける大きな点である。

銀行法24条は、内閣総理大臣が銀行に対して業務または財産の状況に関する報告または資料の提出を求めることができることを規定し、同25条は内閣総理大臣がその職員をして銀行店舗に対して立入検査をさせることができると規定している。また、同26条は内閣総理大臣の銀行に対する業務の停止命令権限について規定し、同27条は同じく免許の取消権限について規定している。

さらに、このような行政当局による監督の前提として、銀行業に対する各種の規制が存在する。銀行規制には、大きくは予防的規制と事後的保護規制の二つがある。

予防的規制は、銀行の経営破綻を未然に防止することを目的とするもので、参入規制や業務分野規制といった競争制限的規制と自己資本比率規制や大口融資規制といった健全経営規制がある。競争制限的規制は、競争制限によるカルテル的な利益の提供によって、銀行収益を下支えする効果を持つ。健全経営規制には、バランスシート規制の多くが含まれ、バランスシート上の諸比率や、営業活動上の数値に一定の目標を設定することにより、銀行経営の健全性を確保するものである。

事後的保護規制は、銀行の経営破綻が顕在化した時点で、これが信用秩序の崩壊に繋がることを断ち切るための対策であり、経営が破綻した銀行の預金者保護を目的とする預金保険制度と中央銀行による経営破綻銀行に対する最後の貸手機能がある[43]。

銀行免許の取消を含む強大な行政当局による銀行経営全般にわたる監督や各種の規制が、銀行経営の健全化に資する役割は極めて大きい。これらは、金融機関の取締役に対する実質的な行為規制として機能している[44]。

なお、銀行業に対する監督と規制の根拠を何に求めるかについては、見解の相違がみられる。預金者の保護と信用秩序の維持の２点を挙げる見解が支配的である[45] が、異説もある[46]。私見は、預金者保護と信用秩序の維持の２点に加えて、後退した株主による経営監督機能を補完することに根拠があると考えている。預金者保護と信用秩序維持の観点は、銀行業に対する監督と規制についての、いわば対外的な要因によるものである。私見は、銀行が私企業であり、株主によるモニタリング機能が後退している以上、それを補うシステ

ムが必要となるという銀行の内部的要因にも監督と規制の根拠があると考えている。

第六節　「信用」

手形交換制度や内国為替決済制度といったわが国の決済システムは、中央銀行たる日本銀行を頂点とした金融機関によって運営されている。情報化時代の到来とともに、各金融機関はコンピューター・ネットワークを通して縦横につながっている。各金融機関には、決済システムの運営に際して、相互に貸借関係が発生する。従って、一つの金融機関に発生した信用不安は、システムを構成する全金融機関に有形・無形の形で即座に波及する危険性がある。これが、システミック・リスクと呼ばれる金融システムの抱えたリスクの一つである。また、預金者が金融機関の信用に対して不安を感じた時、預金者にとってその無担保の預金債権を保全する有効な方法は、預金の払戻しであるとされる[47]。したがって、金融機関の経営においては、「信用」を維持することが極めて重要である。ここに言う「信用」とは、経営の健全性という言葉に置き換えられよう。

このように、金融システムに内包されたシステミック・リスク、つまり、一面における金融機関経営の脆弱性は、銀行経営の健全性を維持するための「装置」としても機能している[48]。

---

[1] ここでの検討は金融論と銀行論の研究成果を踏まえているが、記述は必要最低限のものとした。どの項目にも膨大な文献が存在するが、ここでは、わが国の金融制度全般について簡潔に紹介した最も基本的な文献として、日本銀行金融研究所『新版　わが国の金融制度』（日本信用調査、1995）を挙げておく。

[2] 金融制度研究会編『普通銀行のあり方と銀行制度の改正―金融制度調査会の答申―』（金融財政事情研究会、1979）５頁～６頁 。

[3] 保険業法１条は保険業法の目的を規定するに際して、銀行法１条と同様に、「保険業の公共性にかんがみ」という文言をおいているが、証券取引法１条には、この文言はみられない。

公共的性格を有すると考えられる他の事業についてみると、電気事業法１条は「この法律は、電気事業の運営を適正かつ合理的ならしめることによつて、電気の使用者の利益を保護し、及び電気事業の健全な発展を図るとともに、電気工作物の工事、維持及び運用を規制することによつて、公共の安全を確保し、あわせて公害の防止を図ることを目的とする。」と規定している。ガス事業法１条は、「この法律は、ガス事業の運営を調整することによつて、ガスの使用者の利益を保護し、及びガス事業の健全な発展を図るとともに、ガス工作物の工事、維持及び運用並びにガス用品の製造及び販売を規制することによつて、公共の安全を確保し、あわせて公害の防止を図ることを目的とする。」と規定している。鉄道事業法１条は、「この法律は、鉄道事業の運営を適正かつ合理的なものとすることにより、鉄道等の利用者の利益を保護するとともに、鉄道事業等の健全な発達を図り、もつて

公共の福祉を増進することを目的とする。」と規定している。
　このように、銀行業と保険業を除いて、事業自体の公共性が法律で明定されている事業はない。
[4] 西脇廣治『規制と銀行行動の理論』（多賀出版、1993）46頁。
[5] 竹内昭夫「銀行取引と法律」鈴木竹雄編『新銀行実務講座第14巻　銀行取引の法律問題』(有斐閣、1967)１頁～２頁。
[6] 木内宜雄『金融法(現代法律学全集41)』（青林書院、1989）17頁～18頁。
[7] 吉野昌甫「効率性と公共性・社会的公正との調和をめぐって」金融1979年8月号14頁。白石博之「銀行法等の改正について」商事法務909号(1981)３頁。なお、白石氏の論文は、大蔵省銀行局調査課課長補佐としての肩書き付きで書かれたものである。岩田規久男・堀内昭義「日本における銀行規制」経済学論集51巻１号(1985)２頁。
[8] 後藤新一「銀行の公共性と信用秩序の維持」金融経済研究5号（1993）55頁。三木谷良一「銀行の公共性と社会的責任」金融1992年３月号８頁は、基本的に同様の立場に立ちながら、取引決済勘定を創設できること、流動性を供給できること、金融政策の波及経路を提供することの３つの機能を公共性の根拠とする。
[9] 三輪芳朗『金融行政改革「役所ばなれ」のすすめ』(日本経済新聞社、1993)は、金融機関の特殊性について否定的な考えに立つ。
[10] 池尾和人・金子隆・鹿野嘉昭『ゼミナール　現代の銀行』52頁〔鹿野嘉昭〕（東洋経済新報社、1993）　。
[11] 鏡味徳房・竹内昭夫・土田正顕・浜田宏一・蝋山昌一「セミナー　金融に関する法と経済」鈴木禄哉・竹内昭夫編『金融取引法大系 第一巻 金融取引総論』（有斐閣、1983）351頁［土田発言］は、「日本の場合はとにかく国民感情として金融機関は一般の企業とは違うという意識があります。」とする。
　アメリカにおいても同様の議論がある。たとえば、E. Gerald Corrigan, *Are Banks Special?*, Annual Report , Federal Bank of Minneapolis (1982)5-18。ここでは、銀行に固有の機能として、①取引勘定（transaction accounts）の創設、②他のすべての機関(institutions)、金融業・非金融業に対する流動性の裏付け、③金融政策の伝達の帯（transmission belt）　、の３つを挙げている。
[12] このような考えは、金融機関の決済機能の特質に着目したものである。このような考えから派生して、金融機関の信用仲介に伴うリスクが決済機能に影響を与えることを回避し、金融システムの安定性を確保するために、決済機能と信用仲介機能を分離するという考えがある。これがナローバンク論と呼ばれる考えである。ナローバンク論については、吉田暁「金融システムの安定性とナローバンク論」金融1993年10月号４頁～10頁、岩村充「金融システム活性化のために」金融研究14巻１号（1995）20頁～26頁参照。
[13] 三木谷・前掲注８　５頁。
[14] 山下邦男『銀行論』52頁～53頁（東京大学出版会、1972)参照。小谷雅貴「銀行の公共性と信用秩序－米・英・独の国際比較に基づく考察」金融経済研究５号(1993)52頁は、「銀行が自らの役割と機能を十分認識し、健全性を確保しつつゴーイング・コンサーンとしての経営に努めること、すなわち銀行が自らの商品・サービスを自己責任原則と競争原理に基づいて提供するとともに、自らの行動に伴うリスクとリターンを正確に判断して、節度ある経営を行うことが信用秩序の維持につながる」としている。
[15] 実際は、預金保険制度によって1,000万円を限度として小口預金者の預金は保護されている。
[16] 池尾和人「金融自由化以後のプルーデンス政策」貝塚啓明ほか編『90年代の金融政策』（日本評論社、1993）　151頁によれば、護送船団行政とは、行政当局による競争制限的規制を中核とした規制体系により、既存の金融機関を保護し、収益機会を保証することで、経営破綻の生じる可能性をなくそうとするものであるとしている。詳しくは第一部第五章第一

節第一款参照。

[17] 鏡味・竹内・土田・浜田・蝋山　前掲注11 330頁［土田発言］は、わが国の金融の特徴として間接金融絶対優位を挙げ、その理由の一つとして、金融機関に対する信認が高いこと、具体的には、何十年もの間破綻を起こしたことがないため、金融機関に対する預金や取引は安全なものとして信頼されていることを挙げている。

バブル経済の崩壊を契機に、1994年12月に起こった東京協和、安全の両信用組合の経営破綻以降、相次いで起こった金融機関の経営破綻は、この了解を過去のものとした。この動きを決定的なものとしたのは、1997年11月の北海道拓殖銀行の経営破綻である。都市銀行である北海道拓殖銀行が資金調達難から経営破綻したということにより、金融機関の経営破綻が大銀行においても決して例外ではないこととなった。

[18] 詳細は第一部第五章第一節で検討する。

[19] 落合誠一「銀行のディスクロージャー規制のあり方」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、1995）501頁、511頁参照。

より具体的に言えば、資産の健全性に関するディスクロージャーが進めば、預金者による資産内容の良否の程度に関する判断をとおして預金金利が形成され、その結果、資産内容の良い銀行と悪い銀行の間で預金金利に格差が生じる。銀行にとって、より低いコストで資金を調達しようとすれば、資産内容を健全化しようとするインセンティブ、つまり、過度のリスク・テイクに走ることを抑止し、資産内容を健全化するためのインセンティブが働くことになる。池尾・金子・鹿野　前掲注10 152頁〔鹿野嘉昭〕参照。

[20] 報告については、商事法務1307号(1992)28頁～33頁参照。

[21] 報告については、金融579号（95年６月)73頁～75頁参照。報告の解説として、乙部辰良「金融機関の不良債権に関する情報開示―「金融機関の資産の健全性に関する情報開示範囲の拡大について」報告書の概要」商事法務1390号（1995)２頁～６頁がある。

[22] 同報告２(1)。

[23] 開示の経緯については、全国銀行協会連合会調査部「「金利減免等債権額」等の情報開示について」金融589号(96年４月)24頁～28頁参照。

なお、1997年11月に相次いだ大手金融機関の経営破綻とそれを契機とする金融システム不安に対して実施された銀行に対する公的資金の導入といった一連の流れを背景として、銀行に対するディスクロージャーの要請が一層高まることとなった。このような動きを受けて、全国銀行協会連合会では、平成１０年３月期決算から、米国SEC並みの不良債権情報の開示を行うことを決定した。具体的には、従来から開示されている「破綻先債権」、「延滞債権」、「金利減免等債権」、「経営支援先に対する債権」に追加するかたちで、「３ヵ月以上延滞債権」と「貸出条件緩和債権」を開示することとした。「３ヵ月以上延滞債権」とは、「元金または利息の支払が、約定支払日の翌日を起算日として３ヵ月以上延滞している貸出金で、破綻先債権および延滞債権に該当しないもの」をいい、「貸出条件緩和債権」とは、「経済的困難に陥った債務者の再建・支援を図り、当該債権の回収を促進することなどを目的に、債務者に有利な一定の譲歩（金利の減免、金利の支払猶予、元金の返済猶予、債権放棄、現金贈与、代物弁済の受入など）を与える約定条件の改定等を行った貸出金」をいう。（開示の経緯と開示債権の定義については、全国銀行協会連合会調査部「リスク管理債権情報の開示について」金融98年４月号（613号）10頁～14頁参照。

このように、ここ数年で金融機関のディスクロージャーは大きく前進し、銀行については、本論文が考察の対象とする救済融資を含めた経営危機企業に対する支援の全体が情報開示されることとなった。ただし、このような幅広い情報開示が開始されたのは、今回が初めてであり、開示された情報を市場がどのように評価し、その評価を踏まえて銀行がどのような行動をとるかは、今度見極めなければならない問題である。また、銀行以外の業態については、不良債権に関する情報開示の態度は、いまだバラツキがある。

[24] 同報告２(2)。
[25] 同報告３。
[26] そもそも銀行のディスクロージャーについては、証券取引法上のディスクロージャーと銀行法21条に基づくディスクロージャーがある。ディスクロージャーについて論じるには、これらを分けた上で、それぞれの機能や目的について検討を加えるという作業が必要であるが、本論文は金融機関のディスクロージャーそのものを研究対象とするのではないため、検討は簡潔なものとした。
　なお、本文で言及した金融制度調査会金融機関のディスクロージャーに関する作業部会報告は、銀行法21条に基づくディスクロージャーを検討の対象としたものである。そもそも、銀行法21条に基づくディスクロージャーは自主的に行われているものであり、法的な強制手段のない制度である。金融機関のディスクロージャーが自主的に行われるものであることは、平成７年５月15日付けの金融制度調査会金融機関のディスクロージャーに関する作業部会報告「金融機関の資産の健全性に関する情報開示範囲の拡大について」（同報告４）で述べられているほか、同報告の中間報告第二の３では検討の過程で自主的に行う方法が選択されたことが明らかにされている。
　落合誠一教授は、このような金融機関の資産の健全性に関するディスクロージャーの現状を「不徹底な状態」と評価され、市場の規律を銀行監督規制に活用する情報開示型監督規制をベースに今後の金融規制を展開すべきとの認識から、市場の規律を有効に作動させるための強制的フル・ディスクロージャーと同時に、それによって信用秩序に動揺が生じた場合に対処する仕組みを用意することの必要性を提唱される。落合誠一「銀行ディスクロージャーの立法論的検討」金融法研究12号(1996)84頁～105頁、とくに86頁、90頁、91頁、95頁、97頁参照。
　また、神田秀樹教授は、ディスクロージャーに関する議論に際して、①誰に対して、②何を、③どのように（特にどの程度の頻度で）ディスクローズするかを具体的に議論する必要性を強調した上で、金融機関のディスクロージャーの基礎を預金者の保護あるいは預金者の自己責任ということに求めることは妥当でなく、金融機関の経営者に全資産・全負債の適切な管理を行うインセンティブを与えるような金融規制の中に、ディスクロージャーを位置付けることの重要性を唱えられる。神田秀樹「金融機関のディスクロージャーの将来」にちぎんクォータリー39号(1995)15頁・17頁参照。
　なお、平成７年８月６日大蔵省「金融システムの機能回復について」によれば、「ディスクロージャーの拡充は、預金者の自己責任原則確立のための基礎としても重要である。」（二　ディスクロージャーの拡充　参照）としており、金融当局はディスクロージャーを預金者の自己責任原則の基礎としても位置付けている。
[27] 1995年５月にまとめられた「預金を考える懇談会報告書」では、預金については、元本保証があるものという国民のコンセンサスが形成されている、としている。同報告について、金融95年７月号（580号）41頁～48頁〔43頁〕参照。
[28] 預金の機能について検討した最近の文献として、翁百合「預金の機能と銀行業」Japan Research Review(日本総合研究所)　５巻７号(1995)４頁～31頁参照。
　預金が通貨としての性格を持つことについて、池尾・金子・鹿野　前掲注10　82頁～84頁〔鹿野〕参照。
[29] 実際には、金融機関によって運営されている預金保険制度により、金融機関の経営が破綻した場合には、預金者一人当たり1,000万円を限度に保険金が支払われる。
　預金保険制度の概要について、日本銀行金融研究所・前掲注１　123頁～ 126頁、134頁～136頁、井出野敦弘「わが国の預金保険制度の概要－米国の制度との比較」金融95年５月号（578号）36頁～57頁参照。
[30] 銀行法は平成９年１２月に改正された。銀行を含めた金融業界に対する監督権限は、従来、大蔵省が握っており、銀行法４条に基づく銀行業の営業免許権者も大蔵大臣であった。

しかし、一連の金融制度改革の中で、金融業界に対する監督権限は、大蔵省から平成１０年６月に新設された金融監督庁に移されることとなった。平成９年の銀行法改正は、これを受けたもので、条文上は総理大臣が銀行に対する監督権限を持つが、改正銀行法５９条１項は、内閣総理大臣が銀行法に基づく権限を金融監督庁長官に委任することを規定している。従って、以下の銀行法に関する記述に関して、内閣総理大臣とある事項に関する実際上の権限の行使者は、金融監督庁長官である。

[31] 竹内・前掲注５　１頁～２頁には、銀行に対する無担保債権者である預金者としては、銀行の資産・経営の状態に注意を払わなければならないはずであるが、実際には、そのような意味での銀行の選別はまったく行われていないとの指摘がある。また、落合・前掲注19 513頁は、「大部分の預金は、銀行の所在場所の便宜性、サービスの種類・程度あるいは窓口にいる行員との面識性等、リスクとは関係がない要素を、むしろ決定的要素として銀行を選択しているのが実状」であるとしている。

ただし、1997年11月の北海道拓殖銀行の経営破綻を契機として、預金者のリスク認識は急速に高まっている。ここで詳細に紹介することはしないが、各銀行では、預金残高の減少する銀行、あるいは残高の伸びの減少する銀行と預金残高が増加する銀行が見られるようになり、預金者による銀行の選別行動が強まっているようである。

[32] 銀行法１条は、預金者保護が銀行法の目的の一つであることを明定している。池尾和人「信用秩序と銀行規制」堀内昭義編『講座・公的規制と産業５　金融』（ＮＴＴ出版、1994）49頁は、「預金者保護は、それ自体の（消費者保護と同様の）意義に加えて、信用秩序の維持が達成されるための前提条件でもあると言える。」としている。

[33] ただし、第一第五章第一節で検討するように今後の金融行政は、従来の護送船団行政から市場規律型の金融規制に移行するため、それに合わせて預金を巡る環境にも大きな変化が生じる。つまり、今後は市場規律に任せて破綻すべき金融機関は破綻すべきこととなるので、預金保険制度でカバーされない預金については、預金者が損失を負担することとなる。預金者にも自己責任原則が求められることとなるわけである。

ただし、直ちに預金者に自己責任原則を求めても、金融機関の資産の健全性に関するディスクロージャーは漸進的に実施されている段階であり、預金者に損失の負担を求めることに対するコンセンサスも形成されていないといった点から、大蔵省は平成７年６月の時点で、５年以内に預金者に自己責任原則を問いうる環境整備を完了するものとしている。逆にいえば、平成７年６月から５年間は、ペイオフ、つまり預金保険金の支払による金融機関の破綻処理は行われないこととされているのである。以上の点につき、平成７年６月８日付け大蔵省「金融システムの機能回復について」（内容については、金融95年７月号（580号）49頁～53頁参照。）を参照。とくに五２(3)。

[34] 神崎克郎「金融取引」竹内昭夫・龍田節編『現代企業法講座第４巻　企業取引』（東京大学出版会、1985）426頁は、他業禁止規定の根拠を銀行経営の健全性を確保することに求める。河本一郎・龍田節・神崎克郎・根岸哲・江頭憲治郎・森本滋・岩原紳作・神田秀樹「(座談会)子会社をめぐる法的諸問題（中）」商事法務1240号（1991）20頁～21頁[岩原発言]は、他業禁止規定の意義について、①他業を営むことによって生じうる損失を避けるという、金融仲介機関の財務の健全性を守るためのリスク遮断、②他業を兼業した場合に生じうる利益相反行為の防止、③金融規制の効率性、実効性確保、④免許規制を受けている金融仲介機関に他業進出を許すと、他業に関し競争上有利な地位を与えることになるという競争政策上の考慮、の４点を指摘する。詳しくは、岩原紳作「金融制度改革と保険会社の業務」岩原紳作編『(竹内昭夫先生還暦記念)現代企業法の展開』(有斐閣、1990)45頁～122頁、同「保険会社の業務と資産運用」ジュリスト948号（1990）95頁～102頁参照。

[35] 小山嘉昭『全訂　銀行法』（大蔵財務協会、1995）124頁。

[36] 小山・前掲注35　125頁。

[37] 小山・前掲注35　124頁。木内・前掲注６　121頁。

[38] 昭和54年６月20日金融制度調査会答申「普通銀行のあり方と銀行制度の改正について」では、銀行の他業禁止と取締役の兼業規制を、第一部第四章の「銀行経営の健全性」の第２「銀行経営の健全性を確保するための方策」の中で取り上げている。
[39] 鈴木竹雄＝竹内昭夫『会社法』（有斐閣、第三版、1994）387頁。
[40] 詳しくは、河本一郎「銀行の秘密保持義務」金融法務事情744号（1975）７頁～11頁、木内・前掲注6　145頁～147頁参照。小山・前掲注34　455頁は、守秘義務の根拠を銀行業務の公共的性格に求めている。
[41] 1994年の日本私法学会商法部会では、コーポレート・ガバナンスがシンポジウムのテーマとして取り上げられている。また、1997年９月には自由民主党から「コーポレート・ガバナンスに関する商法等改正試案骨子」が、経済団体連合会から「コーポレート・ガバナンスのあり方に関する緊急提言」がそれぞれ公表されており、近年はこの問題を巡る議論が非常に活発である。しかし、特異な構造をなす金融機関に論点を絞って検討した文献はほとんどない。
　落合誠一「銀行ディスクロージャーの立法論的検討」金融法研究資料編(11)（1995）115頁～141頁は、ディスクロージャーの観点から、この問題に迫る数少ない文献である。
[42] 江頭憲治郎「コーポレート・ガバナンスを論ずる意義－シンポジウムのねらい」（日本私法学会商法部会シンポジウム資料）　商事法務1364号(1994)３頁では、「会社法のタテマエはともかく、実態論としては、大会社は（中略）「従業員」の利益を最優先に運営されているという認識において、ほとんどの商法学者の見解は一致してきたと思われる。」とされる。また、神田秀樹「企業法制の将来－欧米のコーポレート・ガバナンスから何を学ぶか」月刊資本市場87号(1992)34頁では、制度は制度、実態は実態という日本的な発想を見直す必要性を提示しており、「会社は株主のもの」とする理解にも確実な変化がみられる。
[43] 銀行規制の全体について解説した文献として、堀内昭義「日本経済と金融規制－変遷と課題」堀内昭義編『講座・公的規制と産業５　金融』（ＮＴＴ出版、1994）　７頁～43頁、西脇廣治『規制と銀行行動の理論』（多賀出版、1993）、池尾・金子・鹿野　前掲注10 149頁～ 168頁〔鹿野〕参照。
　池尾和人「金融自由化と信用秩序維持」金融91年９月号11頁～18頁は、金融規制について検討するとともに、今後の金融規制の方向として、競争制限的規制から健全経営規制に移行すべきことを早い段階で指摘している。金融規制政策が大きく転換されることについては、第一部第五章第一節参照。
[44] ただし、東京協和信用組合と安全信用組合の経営が破綻した事例では、行政当局による監督が充分に機能しなかったことを証明している。このような点からも、金融機関のコーポレート・ガバナンスについて、活発な議論が必要であろう。
[45] 竹内・前掲注５　３頁。池尾和人「信用秩序と銀行規制」堀内昭義編『講座・公的規制と産業５　金融』（ＮＴＴ出版、1994）　45頁～52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・江頭憲法治郎・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、1995）481頁。池尾文献、前田文献は、預金者保護に、より重点をおく点で共通している。MATHIAS DEWATRIPONT & JEAN TIROLE, THE PRUDENTIAL REGULATION OF BANKS §2.2.1(1994)も小口預金者の保護に根拠を求める。
　ただし、前田・484頁～485頁は、銀行監督法および監督行政においては、預金者保護と銀行自体の保護とが分かち難く結びついてきたとし、預金者保護と銀行自体の保護を分離して考える必要性を指摘する。預金者保護を図る場合の問題点であると言える。
[46] 落合誠一「銀行のディスクロージャー規制のあり方」落合誠一・江頭憲法治郎・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、1995）510

頁は、信用秩序の維持・安定に根拠を求める。岩原紳作「銀行の決済機能と為替業務の排他性」落合誠一・江頭憲法治郎・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、1995）554頁は、銀行規制の根拠を預金通貨の通用力、そして預金通貨による決済（為替）システムの保護に求める。

アメリカにおける銀行規制の根拠に関するある見解は、①銀行と金融システムの安全性と健全性の確保、②信用の公平かつ公正な割当ての確保、③銀行の巨大化と経済力・政治力の抑止の３点を指摘する。*See*, REBERT E. LATAN, WHAT SHOULD BANKS DO? 11-12 (1987). 第三点は、銀行の巨大化を抑止してきたアメリカに固有の歴史と背景によるものである。この点に関しては、第三部第一章参照。

[47] 池尾和人『銀行リスクと規制の経済学』(東洋経済新報社、1990)17頁～18頁・107頁 参照。特定の金融機関や決済システムをも含めた金融システムの全体に信用不安が発生した場合、「取付け」という形で預金の払戻し請求が相次ぐことは歴史の証明するところでもある。1930年代に各国で発生した金融恐慌がこの例である。さらに、最近では1995年７月29日付け毎日新聞の１面で自主再建が困難と報じられたコスモ信用組合や、同年８月30日に業務の一部停止命令が出された木津信用組合でも、多くの預金者が預金の払戻しに金融機関の窓口に殺到する事態となった。同年７月31日付け、同年８月31日付け日本経済新聞参照。

[48] 預金保険制度や日本銀行による最後の貸し手機能といったセイフティー・ネットの存在が、銀行経営の安定に寄与している。しかし、セイフティー・ネットの存在により、銀行経営を監視する役割が期待されている預金者や株主が銀行の経営破綻に伴う損失の負担を免れるため、彼らに対する経営監視の動機付けを弱め、ひいては銀行の経営者が過度のリスク選択に走ることを防止できなくなるというモラル・ハザード（倫理観の欠如）を招く危険性が指摘されている。堀内昭義『金融システムの未来－不良債権問題とビッグバン』（岩波新書、1998）61頁～99頁、115頁～116頁参照。

第四章　メインバンク・システム

わが国の銀行が経営危機に瀕した企業を救済するのは、日本型経済システムを特徴付けるメインバンク・システムの下で行われると考えられる。メインバンク・システムは、間接金融優位のわが国金融構造の下で、特定の銀行と取引先企業との間に親密な取引関係が形成されたものである。この親密な関係が、平常時に止まらず取引先が経営危機に陥った時にまで及び、銀行が経営危機に陥った取引先の面倒をみるというケースの一つのパターンが救済融資の実行であると考えられる。 救済融資の行われる要因を理解する上で、メインバンク・システムに関する理解が欠かせない。そこで、ここではメインバンク・システムについて概観する。

第一節　メインバンク・システムの概観

「メインバンク」の定義は、必ずしも明確に確立されているとはいえない。現在の代表的な見解によれば、メインバンクは次のような特徴を満たす銀行であるとされる[1]。

①企業と長期的・総合的な取引関係を維持している[2]。

②その企業に対する最大の融資シェアをもつ。

③重要な貸手であると同時に、その企業の主たる株主でもある。

④資本関係以外にも、役員を派遣するなど、企業と人的結合関係をもつ。

⑤企業が経営危機に陥ったときには、企業再組織化（再建、救済、解散など）のイニシアティブをとる。

メインバンク・システムとは、このような特徴を満たす銀行と企業との関係を指す言葉であり、株式持ち合いや終身雇用制、間接金融中心の金融構造といった特徴と並んで、日本型経済システムとして総称されるわが国の企業システムを特徴付ける制度的枠組みの一つである[3]。メインバンク・システムは、メインバンク制やメインバンク関係という言葉で表現される場合もある。本論文とのかかわりの深い⑤の点に関しては、メインバンクは融資先企業の再組織化に深くかかわり、企業経営に支援を与えるとともに、倒産による費用の多くを積極的に負担してきたとされている[4]。メインバンクは、倒産処理の過程で自らの法的権利をそのまま主張することなく、関係当事者に生じる損失の多くを引き受けてきたとされているのである。

そもそもメインバンク・システムは、第二次世界大戦中の1944年１月に発足した軍需融資指定金融機関制度にまで歴史をさかのぼるとされる[5]。1944年１月に発足したこの制度は、軍需会社への融資を「適時、簡易、迅速且適切ニ」行うとともに、「産業及金融ノ緊密ナル連繋ヲ期」すため、大蔵省の指定する金融機関が各軍需会社向け融資を一本化して担当することを内容とするものである[6]。ただし、メインバンク・システムについては、存在そのものについて疑問を呈する有力な見解がある[7]。この見解は、固定的とされているメインバンクと企業との取引関係がそれほど固定的でないとする実証研究や、企業が経営危機に陥った場合にメインバンクが必ずしも救済行動をとっていない点を根拠として、メインバンク・システムの存在に疑問を呈している[8]。しかし、現在では、メインバンク・システムの存在を認めた上で[9]、その機能を実証的に分析する研究や、なぜ銀行が自らの収益を犠牲にして融資先企業に対する救済行動をとるのか、といった分析を試みる研究が活発に行われている[10]。

第二節　メインバンク・システムの機能

メインバンク・システムの機能については多くの議論がある。メインバンク・システムの機能をどのように理解するかということ自体が難しい問題だが、ここではモニタリング機能と経営危機の処理機能という二つの機能を抽出して検討する[11]。

第一款　モニタリング機能

メインバンクは、相手方の企業にとって大口の債権者であると同時に主要な株主でもある。メインバンクは、企業に対する信用供与の際に行う審査や、メインバンクに集中された取引内容をチェックすることにより、企業の経営状態を他の債権者以上に知りえる立場にある。また、メインバンクは自らの大口の債権を保全するため、融資先企業の経営動向を監視する必要性の程度が他の債権者に比して高い[12]。また、メインバンクにとっては比較的容易に収集できる融資先企業に関する情報も、他の多くの債権者にとってはなかなか集められないという情報の非対称性という問題がある。そこで、多くの債権者はメインバンクに企業のモニタリングを委託し、メインバンクが委託された監視者[13]として企業のモニタリングに当たっているとするのが、メインバンクの果たすモニタリング機能である[14]。

なぜメインバンクが代表してモニタリング機能を果たしているとみるのか。例えば、メ

インバンク以外の取引銀行についても、融資先企業の経営をモニタリングする必要性は存在するし、実際にモニタリングを放棄しているわけではない。ただ、多くの債権者が、それぞれに多くのコストを投じて同じ作業を繰り返すよりも、誰かが専属してこの作業をすれば、全体のコストと時間が節約できるために合理的であるとみるのがこの根拠である。つまり、協調融資における幹事銀行の機能と同じ機能を果たしていると理解できる。メインバンクのみがモニタリング機能を果たしているのではなく、メインバンクがモニタリングの中心的な役割を果たしていると理解すべきである。

メインバンクのモニタリング機能の内容についてみてみよう。企業は、設備投資や新たな事業分野への進出に際して、必要となる資金をメインバンクを中心とする銀行から調達することに決定する。メインバンクでは、計画の妥当性、つまり事業計画から生まれる収益が妥当であり、融資の回収に問題がないかどうかを検討した上で融資の可否を決定する。否と決定を下した場合、これは、計画が適切ではなく、事業計画を中止すべきであるというメインバンクの意思表示となる。可と判断して融資が実行された場合には、メインバンクは継続的に事業計画の進行動向をチェックし、計画どおりに事業が進行しない場合に、必要に応じて計画の修正を助言したりする。仮に、計画が失敗して、企業が経営危機に陥った場合には、企業に人材を派遣して経営の建て直しを支援したり、販売先の紹介や営業情報の提供といった営業支援活動、さらには必要に応じて金融面からの支援を行う。モニタリング活動は、このように３つの段階に分けて認識することができる。これらを「事前的モニタリング」、「中間的モニタリング」、「事後的モニタリング」と呼ぶ見解がある[15]。

このようなモニタリング機能は、間接金融主体の金融構造のもとで、より有効に発揮される。企業が市場から必要な資金を直接調達するようになれば、メインバンクが企業の新たな事業計画の妥当性について検討する機会が減少するので、メインバンクのモニタリング機能は後退せざるを得ないことになるからである[16]。

メインバンク制のもとにおいて、メインバンクが経営危機に陥った企業の再組織化にイニシアティブを発揮し、場合によって自らの収益を犠牲にして金融支援を行うのは、事前モニタリングと中間モニタリングの失敗に対する責任の履行とみられなくもない。

第二款　経営危機の処理機能

この機能については、最も議論の分かれる問題であり、論者によって表現の仕方もまちまちである。

一つの見方が、保険提供機能、あるいはラストリゾート（最後の拠り所）機能として理解する見解である。この見解によれば、メインバンクは融資条件の変更を通して、暗黙のうちに企業の業績を安定させる役割を果たしているとする[17]。企業が、業績悪化や経営危機に瀕した時のために、銀行と一種の保険契約を締結しているとする考え方である[18]。ただし、「保険提供」の意味合いには、企業の業績悪化時にメインバンクが金利を低くすることにより業績安定に寄与するものとする理解[19]や、企業が経営危機に陥った時にメインバンクが各種の救済措置を講じることとする理解[20]まで、論者によって理解の仕方には違いがある。この見解によれば、メインバンクが経営危機に陥った企業を救済するのは保険金の支払であり[21]、逆に企業側は、メインバンクに取引を集中させることによって保険料を支払っているものと理解する。メインバンクに集中された取引から得られるメインバンクのメリットを保険料と考えるわけである。

しかし、最近では、メインバンクの機能をより精緻に理解するために、企業が通常の経営状態にある場合と経営危機に陥った場合とが区別して認識されている[22]。銀行も営利企業である以上、融資先企業の収益性が一時的に悪化したにすぎない場合にまで、金利を低くすることによって融資先企業の業績安定に寄与しているとする理解には賛成しがたい。また、ラストリゾート機能を強調すれば、メインバンクが経営危機に陥った全ての企業を救済するわけではないことをもって、メインバンク・システムの存在を否定する理解につながりやすい。メインバンクは一定の条件のもとに、経営危機に陥った企業を救済していると理解すべきであろう[23]。

次は、第一節で検討したメインバンクの５番目の機能をそのまま理解しようとする見解である。この見解は、第一款でみたモニタリング機能の側面から、メインバンクが経営危機に陥った企業に対する企業再組織化のイニシアティブをとる要因を理解しようとするものである。つまり、メインバンクが代表的監視者、または委託された監視者として企業再組織化に当たると理解する[24]。企業が経営危機に陥った場合に、メインバンクは一任された残余決定権に基づいて、最小の費用で企業の危機を処理し、できるだけ企業価値の保全に努めることがメインバンクに期待された機能であるとする[25]。そして、企業の経営危機が一時的な要因に基づいており、長期的にみた収益能力が失われていないと判断されるときにはその企業を救済するが、長期的にみた収益能力までもが毀損されてしまったとみられる場合、つまり再建の見込みのないと判断される場合には救済することなく、合併相手を斡旋したり、倒産手続に移行するといった他の方法で危機処理に当たると理解する[26]。そし

て、メインバンクが残余決定権の一任を得るに際しては、自己の利益を優先することによっては一任が得られないため、メインバンクの債権を実質的に劣後したものとするという合意とセットで行われる必要があるとしている[27]。

この見解によれば、メインバンク・システムの存在を否定する論者の論拠であるメインバンクが経営危機に陥った企業を必ずしも救済するとはかぎならいという点を矛盾なく説明できるだけでなく、倒産手続に移行した場合に、メインバンクが自らの債権を劣後させる理由についても理解することができる。なお、これまでにメインバンクが経営危機に陥った企業に対して、救済措置の実施を含めた各種の支援措置を講じてきた事例のあることは間違いのない事実である[28]。必ずしもメインバンクが経営危機に陥った会社の再建を支援しないからといって、メインバンク・システムの存在を否定的に捉えることには賛成できない[29]。

第三節　経営危機企業に対するメインバンクの救済

メインバンクによる経営危機企業に対する救済は、非資金的な側面と資金的な側面に分けて認識することができる[30]。ここでは、それぞれについて検討する。

第一款　非資金的支援[31]

第一は、経営再建計画の策定である。これは、資金的支援におけるメインバンクの役割とも密接に関連している。まず、経営危機に陥った企業が、自ら現状を正しく分析した上で、経営危機を脱するための方法について資金的な側面を含めて立案する。遊休資産の売却や人員の削減をはじめとする諸経費の削減といったリストラ策がその中心的な内容となる。経営危機の度合いが高ければ高いほど、リストラ策には関係当事者に経済的な負担を求める内容が加わる。金利の減免、返済繰延べや支払条件の変更といった内容がそれである。誰にどれだけの負担を求めるか、という点も計画の重要なポイントとなる。経済的負担を相手方に求める以上、同意を円滑に得るには明確な再建ビジョンを示す必要があるところから、経営再建計画の立案は、経営再建に際して非常に重要な作業であると同時に、最初に必要となる作業でもある。

メインバンクは、立案された経営再建計画を検討し、必要に応じて内容の変更を申し入れたり、場合によっては再作成を要請したりする。多くの場合、メインバンクは経営再建

計画の承認と同時に、第二款で検討する資金的な支援を相手方企業に対して実施する。メインバンクをはじめとする支援に応じる関係当事者の同意が得られた場合には、経営危機に陥った企業が上場企業であれば、再建計画の概要が発表される[32]。

なお、経営再建計画には、会社を経営危機に陥らせた責任者である役員陣の退陣が同時に盛り込まれる場合もある。これは、企業を経営危機に陥らせた責任当事者である従来の役員が経営に当たっていたのでは、再建が円滑に進まないのではないかとの危惧が関係当事者の間にもたれるため、関係当事者の支援を得ることと引換えに、旧経営陣が退陣を表明するということが行われるのである。経営危機の程度が著しく、関係当事者に求める負担が大きくなればなるほど、役員の退陣が同時に行われると言える。ただし、銀行が支援に応じる条件として経営陣の更迭を相手方企業に要求することは、独禁法上の問題を生じさせる点には注意が必要である[33]。

第二は、役員をはじめとする人材の派遣である[34]。この場合の人材の派遣は、企業が経営危機に陥る前の通常の経営状態の下で行われている人材の派遣とは別途行われる。メインバンクが経営危機に陥った企業に対して役員を派遣するということは、メインバンクが経営を支援するというメインバンクの態度を対外的に表明するシグナルとしての効果と、メインバンクの支援表明による関係当事者の支援を円滑に引き出す効果を期待して行われる[35]。ただし、派遣は銀行の一方的な意思に基づいて行われるわけではなく、あくまでも銀行に支援を仰ぐ企業からの要請に応える形で行われる。メインバンクは、多くの場合、当該企業の主要な株主でもあるので、役員を派遣する法的な根拠を有することも、役員派遣が行われる要因と考えられる。

派遣された人材の中心的な役割は、経営再建計画の進行度合いを監視するという、企業のモニタリングにある。この場合のモニタリングには、銀行派遣の役員が第三者として当該企業をモニタリングすることによって、再建計画が厳正に遂行されるであろうという安心感を関係当事者に与える効果が期待されている。

第三は、合併先の斡旋である。これは、自主再建が困難と判断された場合に、合併の相手先をメインバンクが自行の取引先や、あるいは情報網を駆使して選定し、斡旋するものである[36]。

第四は、営業活動や再建計画の遂行に際しての側面的支援である。これは、メインバンクが取引先網を活用して、新たな商品販売先の斡旋、在庫処分に必要な販売先の斡旋、遊休資産の売却先の斡旋、削減される人員の雇用先の斡旋といった活動を行うことにより、

売上増加やリストラの遂行を側面から支援するものである。

第二款　資金的支援

資金的な支援は、非資金的な支援と並行して行われる。

融資先企業を資金的に支援する方法の最も典型的なものが新規融資の実行である。企業が経営危機に陥るという状態は、流動性が枯渇して支払資金が不足する状態を言うため、新規融資の実行には、経営危機に陥った企業に不足した流動性を供給するという直接的な効果がある[37]。

資金的な支援方法は、新規融資に限らない。金利減免、利息棚上げや返済繰延べ、債務免除、場合によっては債務肩代わり、さらには出資の引受といった方法によっても目的が達せられる[38]。これらが、何らかの形で融資先に資金的な余裕をもたらすからである。これらの方法のうち、金利減免、返済繰延べ、利息棚上げは、相手方企業の支出を削減することにより、間接的に流動性を確保する効果をもたらす反面、銀行に新たな資金負担は生じないという特徴がある。

債務免除は、銀行による債権の放棄であり、企業側の返済負担は、銀行による放棄額に応じて改善され、流動性も確保される。ただし、支援方法の中では、銀行の負担は最も大きく、銀行の利益と相手方の利益の相反する度合いは最も大きい。

債務肩代わりは、その行為自体では相手方の企業に新たな流動性が供給されるわけではない。ただし、肩代わりの対象となる相手方企業の借入金の現状の適用金利を下回る金利を適用したり、返済期間についても延長する方法を組み合わせたり、新規融資分を上乗せして実行することによって、流動性供給効果を発揮させることが可能である。さらに、メインバンクが債務を肩代わりする行為には、メインバンクがより多くのリスクを負担するという意味を含んでいるため、相手先企業を救済するという明確な意思を関係当事者に表示するシグナル効果がある。このメインバンクの意思表示により、関係当事者の支援を引き出すことが期待できるため、相手先の経営再建が円滑に遂行できるという効果も期待できる。

以上に述べた方法は、銀行が本業として行う「融資」またはそれに付随する行為として理解することができる。

次に、出資の引受けは、相手方に返済負担のない新たな流動性を供給する効果のほか、自己資本の充実により財務体質を強化する効果、通常であれば引受け手のいない状態の相

手先の株式を取得することにより救済に対する銀行の明確な意思を対外的に表示する効果がある。ただし、出資の引受けは、株主として相手先に資金を提供する行為であり、相手方が倒産した場合には、出資した資金は無価値となる。この点で、場合によっては担保付きで債権者として資金を提供する「融資」とは大きく性質の異なる行為である。債権者としての立場から一歩踏み込んで、株主として経営再建に当たるというメインバンクの意思を表明する効果も伴う。

そこで本論文では、銀行による経営危機企業に対する資金的な支援方法のうち、銀行が本業として行う融資（救済融資）をベースとして、それと密接に関連した行為類型である金利減免、利息棚上げ、返済繰延べ、債務肩代わり、債務免除の６種の行為類型を対象として考察を進める。

第四節　メインバンクが救済に当たる根拠

次に問題となるのは、融資先企業が経営危機に瀕した時に、メインバンクはなぜ救済するのかという点である。

間接金融優位の金融構造のもとで、わが国の銀行は多くの企業にとって、株主以上に重要な資金提供者である。その中でも、メインバンクは企業に対する最大の資金提供者である。経営危機企業の再建には、大口債権者の支援、ことに資金的な支援が不可欠である。メインバンクは、多く場合、企業に対する最大の資金提供者として、経営危機企業の経営再建を奏効させ、既存の貸付金債権を健全化するために、経営危機企業の経営再建にイニシアティブを発揮する強いインセンティブを持つ存在であると言える。

銀行が経営危機に陥った企業を救済しなければ、他に救済に応じる主体が現れない限り当該の企業は倒産を余儀なくされ、その時の銀行の債権は全額が貸倒となる。しかし、銀行が救済し、経営再建が奏功すれば、銀行の債権は健全化する。このように、再建の見込みのある企業を救済することは、銀行にとって合理的な行動でもあると考えられる。

ただし、メインバンクも営利企業である以上、救済の費用と便益を比較衡量して、最終的に便益の方が費用を上回ると判断した場合に、救済措置を講じるのである[39]。また、別の観点からは、企業の経営危機が一時的なものであって、長期的にみた収益能力は失われていないと判断されるときには、その企業を救済するが、長期的にみて収益能力までが毀損されてしまったとみられるときには、救済を行わないのである[40]。要するに、メインバン

クによる融資先企業の救済行動は、銀行による冷静で合理的な判断に立って行われていると考えられる。

また、わが国では、銀行が取引先に信用を供与する際に、担保を徴求することを原則とする有担保原則[41]も、銀行による経営危機企業の救済を行われやすくする要因の一つと考えられる。すなわち、多くの場合、メインバンクの不動産担保の順位は上位であるとともに信用貸しは行っていないとされており[42]、担保に枠空きのある限り、救済融資に応じやすいと考えられるからである。経営危機企業に対する融資は貸倒リスクの高い融資ではあるものの、担保という裏付けのある限り、最終的な回収懸念がないとすることによって、救済融資を実行するという判断を下すことが可能となるからである。

第五節　メインバンクと「名声」

では、融資先企業の救済によって、メインバンク側に生じる便益とは何なのか。

この場合の便益は、①メインバンクとしての名声の維持、②預金・貸出残高でみた営業基盤の維持・拡大、③銀行に課された社会的・公共的使命の達成、といった中長期的観点（下線は引用者による）に立った便益であると解されている[43]。確かに、経営危機に陥った融資先企業に対する支援を一切行わず、自らの債権回収にのみ奔走する銀行が仮にあったとしても、企業側からみれば、このような銀行と取引する動機付けは乏しい。なぜなら、どのような企業も、経営危機に瀕する可能性があるからである。経営危機の兆候の現れた企業に対して新規融資にいっさい応じないだけでなく、回収方針で臨む銀行があったとしても、このような銀行は、銀行が経営危機企業を救済するという事例の存在するわが国においては、中長期的にみて顧客を喪失することになる。

メインバンク・システムにおける「名声」についての定義付けは難しいが、企業の救済において自己の債権を放棄したり、劣後させるといった方法でリスクを負担しつつ、銀行を含む各種の債権者間の利害を調整して、企業再組織化のイニシアティブをとることであると考えられる[44]。企業の救済には、取引銀行各行の協力が欠かせない。名声が高まれば高まるほど、取引銀行の協力が得やすくなり、資金提供が円滑に行われる。さらに、メインバンクとしての名声が高まれば、従来は取引のなかった企業からの取引の依頼が増加するという中長期的な営業基盤拡大効果も期待できるのである[45]。

第六節　小括

メインバンク・システムは、本章で検討したような銀行と融資先企業との長期的で総合的な取引関係をいう。ただし、メインバンク・システムに関するわが国の法律学者による研究は、皆無に近い[46]。この要因は、メインバンク・システムを巡る法律問題が具体的な訴訟にはなっていないことに起因するものと考えられる。近年はコーポレート・ガバナンスを巡る議論の盛り上がりによって、経済システムや企業システムといった問題は、法律学者の研究対象とされ始めてはいるものの、メインバンク・システムは未だ法律論文のテーマとなってはいない。

以上のような研究状況にはあるものの、メインバンク・システム、さらには銀行による融資先企業の経営危機の処理には、銀行と融資先との関係そのものにも起因する多くの法律問題を含んでいる。メインバンクが経営危機の処理に当たることは、法的な手続によらない企業の破綻処理を意味する。処理手続の不透明さや、手続に公正さが確保されるのかという問題、さらには、当事者間の利益相反や銀行による相手方企業への経営干渉といった問題を多数内包している[47]。このような問題が具体的な法律問題として訴訟の場に持ち出されてこなかったのは、問題が具体化した時には、すでに当該の企業が倒産してしまった後であったり、たとえメインバンクの対応を違法、不当であると企業の経営者が感じたとしても、メインバンクの支援を取り付けるためには、メインバンクの意向に添う決断をせざるを得ないという企業側の事情のあることが要因であるとも考えられる。経営危機に陥った企業は、倒産を選択するか、メインバンクの意向に添った支援を受け入れるかという二者択一の厳しい選択を迫られるわけである。

メインバンクによる経営危機の処理には、このような経営危機に陥っているという通常の状態ではない状態、つまり、当事者間の関係が対等とは言えないばかりか、当事者間の立場の不均衡の著しい状態において、潜在的に生じている非常に多くの問題をどのように解決するかという極めて困難な問題を数多く含んでいることになる。本論文の基本的な立場は、メインバンク・システム、つまり銀行による経営危機に陥った企業に対する救済というシステムを維持しながら、メインバンクによる経営危機の処理手続の銀行内部における透明性と公正性を高めるために、銀行取締役にとって必要となる判断の枠組みを提示することにある[48]。

[1] 池尾和人「金融のミクロ経済学　第五回　メインバンク制」経済セミナー457号(1993)95頁。なお、この論文は、池尾和人・金子隆・鹿野嘉昭『ゼミナール　現代の銀行』（東洋経済新報社、1993）　72頁～79頁に再録されている。堀内昭義・随清遠「メインバンク関係の経済分析：展望」金融経済研究３号（1992）　８頁では、①と②を一つにして４つの特徴を抽出している。藪下史郎『金融システムと情報の理論』（東京大学出版会、1995）　113頁～114頁、首藤恵・松浦克己・米澤康博『日本の企業金融　変化する銀行・証券の役割』（ 東洋経済新報社、1996）69頁〔松浦克己〕では、①を長期的取引と総合的取引の２つの特徴に分解し、６つの特徴を抽出している。

[2] 総合的な取引関係とは、メインバンクに対する銀行取引の集中をも意味している。

[3] 経済企画庁編『平成８年版　経済白書』（大蔵省印刷局、1996）　は、第三章「転換期にある日本的経済システム」288頁～435頁で、日本型経済システムを長期的・継続的な取引関係と安定が重視されるシステムとして捉えた上で、日本的経済システムを特徴付ける制度的枠組みとして、①メインバンク、固定的な主幹事証券を中心とした金融仲介システム、②年功賃金、長期雇用に代表される雇用システム、③「系列」、株式持合いにみられる企業グループの存在、④経済の様々な分野におけるきめ細かい公的規制の４つを採り上げる。そして、最近の世界経済の一体化・ボーダーレス化、人々の価値観の変化といった要因により、日本的経済システムが従来のように必ずしも有効に機能しなくなってきているのではないかとの問題意識から、４つの枠組みについて個別に検討している。

なお、近年、日本型経済システムや企業システムに関する研究が多数公表されている。これは、敗戦後50年が経過して、わが国の高度経済成長を支えてきた日本型経済システムに限界がみられるようになったこと、日米貿易摩擦問題に代表されるわが国経済の国際化に伴い、わが国経済システムの特殊性や閉鎖性といった点が国際的にも批判の対象とされ、見直しの必要に迫られていることから、改めてわが国経済システムの特徴や機能を検証することによって、どこにどのような問題があるのかを明らかにしようとする動きの高まっていることがこの背景であるものと思われる。日本型経済システム、企業システムに関する文献として、ここでは、伊丹敬之・加護野忠男・伊藤元重『日本の企業システム　第１巻 企業とは何か　第二巻組織と戦略　第三巻人的資源　第四巻企業と市場』（ 有斐閣、１９９３）、 MASAHIKO AOKI & RONALD DORE, eds., THE JAPANESE FIRM-Sources of Competitive Strength (Oxford University Press,1994)（邦訳として青木昌彦＝ロナルド・ドーア編 ＮＴＴデータ通信システム科学研究所訳『国際・学際研究　システムとしての日本企業』(NTT出版、1995)）、貝塚啓明・植田和男編『変革期の金融システム』（東京大学出版会、1994）を挙げておく。

[4] 堀内昭義・随清遠「メインバンク関係の経済分析：展望」金融経済研究３号（1992）20頁。

[5] 伊藤修『日本型金融の歴史的構造』（東京大学出版会、1995）　93頁。

[6] 伊藤・前掲注５ 83頁。ただし、同書94頁によれば、現在イメージされているメインバンク・システムの機能が整うのは戦後、それもドッジ・ラインをへた1950年以降であるとする。また、Juro Teranishi, *Loan Syndication in War-Time Japan and The Origins of The Main Bank System, in* THE JAPANESE MAIN BANK SYSTEM, at 51-88 (Masahiko Aoki & Hugh Patrick eds., Oxford University Press 1994)は、企業モニタリング・システムの源流を1934年～41年に起こったローン・シンジケーションに求める。なお、THE JAPANESE MAIN BANK SYSTEMの訳書として、青木昌彦＝ヒュー・パトリック編『日本のメインバンク・システム』（ 東洋経済新報社、1996）がある。

[7] この代表的文献として、三輪芳朗「メインバンクとその機能」中村隆英ほか編『現代日本の経済システム』170頁～199頁（東京大学出版会、1985）、同「メインバンクと日本の資

本市場」金融91年８月号（533号）11頁～19頁参照。

[8] 三輪・前掲「メインバンクとその機能」は172頁～178頁で、まず、メインバンク関係の固定性の程度について実証研究をもとに疑問を提示する。融資シェア第１位の銀行をメインバンクと定義した上で、1973年７月現在の東京証券取引所第一部上場企業888社のなかから、銀行・証券・保険と調査が困難な企業を除いた743社について、83年３月と10年前の時点でメインバンクが交代したか否かを調査したデータによれば、メインバンクが交代しなかった企業の割合は66.8％であったとする。

187頁～193頁では、メインバンクによる経営危機企業の救済機能（救済機能については本章第二節第二款参照。）について実証データをもとに疑問を提示する。週刊東洋経済（84年８月１１日号）に掲載された「危ない会社」（利払後利益が84年３月期までの３期間にわたって赤字の上場企業）134社をもとに、73年と84年時点での融資シェア１位の銀行のシェアの増減を比較した結果、メインバンクの融資シェアが上昇する企業数よりも、下降する企業数の方が多いとしている。

これに対して、鹿野嘉昭『日本の銀行と金融組織』（東洋経済新報社、1994）176頁～180頁は、これまでのメインバンクに関する議論を整理した上で、融資シェア１位の銀行をメインバンクと定義して検証作業や議論を進めることを問題とし、すべての銀行取引において最大のシェアを誇る銀行をメインバンクとして捉える必要性を唱える。銀行借入のない企業にメインバンクがないと言えるのかということを考えれば、この見解は十分に説得的である。また、融資シェア１位の銀行が替わったといっても、同一グループ内に属する銀行間での変更、たとえば住友信託銀行から住友銀行に替わった場合に、果たしてメインバンクが替わったと言えるのかというような問題もある。明確な定義が確立されていない以上、論者によって認識が相違したり、議論がかみあわない面がみられるという難しさがメインバンク論にはある。

また、前掲注３『平成８年版　経済白書』305頁によれば、1990～95年の間に２期以上、赤字決算を計上した企業の場合、メインバンクが融資シェアを上昇させたケースは相対的に少なく、融資シェアを低下させたケースの方がかなり多いとしている。ただし、白書はメインバンク・システムの存在を否定することはせず、これをモニタリング（モニタリングについては、本章第二節第一款参照。）の過程でメインバンクが取引先を選別した結果と評価している。

なお、他のメインバンク・システムに関する代表的な文献でとられているメインバンクの定義としては、次のようなものがある。カーミット・シェーンホルツ＝武田真彦「情報活動とメインバンク制」金融研究４巻４号(1985)14頁は、借り手の収益性についての事前的、事後的情報を生産し、発信する主体、つまり、中心的な情報機関をメインバンクとしている。堀内昭義・福田慎一「日本のメインバンクはどのような役割をはたしたか？」金融研究６巻３号(1987)４頁は、特定の企業に対して特定の銀行が最近の３年間、またはそれ以上連続して最大の融資額を供給している場合に、その銀行をメインバンクとしている。

[9] 経済白書にメインバンク・システムが取り上げられたことが一例である。経済企画庁編『平成４年版　経済白書』 253頁～ 259頁（大蔵省印刷局、1992）。

[10] 本章で個別に引用した文献以外に、次のような研究がある。カーミット・シェーンホルツ、武田真彦「情報活動とメインバンク制」金融研究４巻４号(1985)１頁～24頁。藤原賢哉「企業倒産とメインバンク制」金融経済研究４号(1993)37頁～48頁。

[11] 富士総合研究所『「メインバンク・システムおよび株式持ち合い」についての調査報告』（平成四年度通商産業省委託調査）（富士経済研究所、1993）　18頁～22頁は、①資金供給機能、②金利リスクシェアリング機能、③モニタリング機能、④シグナル機能の４つの機能を挙げている。①の資金供給機能には、企業の戦略投資を支える資金の供給のほか、企業が経営危機に陥った場合の救済融資といったラストリゾート（最後の拠り所）的な資金供給をも含めて説明している。

金利リスクシェアリング機能は、メインバンクが貸付金利を安定的なものにすることによって、企業の金利変動リスクの一部を負担する機能である。ただし、ラストリゾート機能や金利シスクシェアリング機能は、他の見解によれば「保険提供機能」として理解されている。

このように、メインバンク・システムの機能をどのように把握し、理解するかということ自体がメインバンク・システムに対する評者の価値判断を反映しているため、メインバンク・システムの機能をどのように認識するかということ自体が一つの難しい問題でもある。なお、シグナル機能は、メインバンクの融資態度が他の銀行の融資判断基準として、あるいは投資家の投資判断基準としての役割を果たしているとする機能である。

[12] メインバンクは通常の場合は担保を取得しており、企業が倒産した場合にも担保でカバーされない部分が実損害となるのが原則だが、担保があるからといって監視の必要性が低くなることはない。なぜなら、融資先企業が倒産した場合、担保処分によって債権回収を進めること自体が、約定どおりに回収を進める場合に比してコストも時間も要する上、本節第二款で検討するように、メインバンクは融資先企業の倒産に伴う損失の多くを負担してきたとされることからみて、法的な権利を倒産手続で原則どおりに主張していないとみられるという側面もある。

また、自らがメインバンクである企業の破綻が相次ぐこと自体が、銀行の信用失墜につながることにもなる。

[13] 「委託された監視者」には、企業が経営危機に陥った場合に「残余決定権」を一任された者という意味合いが含まれる。首藤恵・松浦克己・米沢康博『日本の企業金融　変化する銀行・証券の役割』82頁〔松浦克己〕参照。

[14] Masahiko Aoki, *Monitoring Characteristics of The Main Bank System: An Analytical and Development View*, *in* THE JAPANESE MAIN BANK SYSTEM, at 113 (MASAHIKO AOKI & HUGH PATRICK eds., Oxford University Press 1994)は、モニタリングがメインバンクに専属的に委任されているとする。モニタリング機能の全般については、池尾・前掲注１(経済セミナー) 95頁～96頁、首藤・松浦・米澤前掲注１ 72頁～73頁〔松浦克己〕も参照。

なお、銀行のモニタリング機能はあくまでも銀行の融資判断、つまり審査機能をとおした間接的なものであって、モニタリング自体を目的とした直接的なものではないことには十分な注意が必要である。

[15] Aoki, *supra* note 14,at 111-112.

[16] モニタリング、とくに銀行の審査を情報の生産としてとらえた上で、モニタリング機能について検討した文献として、藪下史郎『金融システムと情報の理論』（東京大学出版会、1995)119頁～132頁がある。

[17] この機能は、暗黙的契約仮説としても理解されている。堀内＝随・前掲注１ 13頁～14頁参照。

[18] 中谷巌「企業集団の経済的意味と銀行の役割」金融経済202号(1983)73頁が、この見解を代表する文献である。

[19] 中谷・前掲注18 73頁がこのような理解に立つ。これに対し、堀内昭義・福田慎一「日本のメインバンクはどのような役割をはたしたか？」金融研究６巻３号(1987)19頁～20頁では、このような意味の保険提供機能の存在を否定する。

[20] 広田真一「日本におけるメイン・バンクの保険提供機能について―　実証的分析―　」経済学論叢（同志社大学経済学会）41巻３号(1990)155頁～178頁は、貸出金利の変動のほか、経営危機に陥った融資先に対する救済措置を含めて検討している。

[21] 広田・前掲注20 173頁。

[22] 池尾・前掲注１ 96頁は、この点を強調する。

[23] 池尾・前掲注１ 98頁は、「メインバンクが「倒産救済保険」を提供しているかのような

とらえ方は正しくないと思われる。」としている。
[24] 池尾・前掲注１ 96頁が、この立場を代表する見解である。首藤ほか・前掲注１ 83頁～83頁は、この見解を、メインバンクの機能という点で、今日、通説的地位を占めているとしている。
[25] 池尾・前掲注１ 96頁。
[26] 池尾・前掲注１ 96頁。
[27] 池尾・前掲注１ 96頁。
[28] Paul Sheard, *Main Banks and The Governance of Financial Distress*, *in* THE JAPANESE MAIN BANK SYSTEM, at 213-226 (Masahiko Aoki & Hugh Patrick eds., Oxford University Press 1994)には、上場企業のリストラをメインバンクが支援した42の事例が年代順に整理されている。
[29] 本章を執筆した1997年中に報道されたメインバンクによる経営再建の支援事例として、次のようなものがある。
　第一は、受注戦略の失敗で業績が悪化した千代田化工建設に対する、大株主である三菱商事と東京三菱銀行による、役員派遣と資金協力による再建の支援（1997年１１月14日付日本経済新聞１面)。同社では、あわせて会長が辞任している。第二は、注文住宅の受注低迷により、赤字幅が拡大する見通しとなった殖産住宅に対する主力三和銀行はじめ３行と系列の不動産会社による、人材の派遣と受注の支援（1997年11月14日付け日本経済新聞15面）。第三は、子会社３社の清算、不良資産・再建の一括処理を柱とする経営計画を発表したハザマに対する主力第一勧業銀行の副社長含みでの人材派遣（1997年10月30日付け日経産業新聞21面）。第一勧業銀行は、頭取が「当行はハザマが本日発表した新経営計画を高く評価し、主力行として従来同様、資金面、営業面等で最大限の支援を継続している方針だ。また、同社からの要請に基づき、経営支援の一環として、新たに人材を一名派遣することにした」とのコメントを発表している（同日付け日経産業新聞21面）。第四は、含み損を抱えた不動産の売却や系列ノンバンクの支援を柱とする経営再建計画を発表した大京に対する三和銀行をはじめとする主要取引銀行４行の支援(1997年9月12日付け日本経済新聞11面）。第五は、グループで１兆円を超える債務を抱え経営危機に陥っていた飛島建設に対する主力富士銀行を初めとする取引銀行による債務保証の一部免除（1997年３月26日付け日本経済新聞１面)。
　これらの事例では、当事者のメインバンクがこのような報道を事実に反するとして、否定する見解を発表していないため、メインバンクが新聞報道のような支援を行う決定を下していることは事実であろう。
　なお、本論文は、メインバンク・システム自体を研究の対象とはしていないので、ここで紹介した事例は、1997年中に新聞報道された全ての事例を網羅するものではない。
[30] 前掲注３・『経済白書　平成８年版』305頁が指摘するように、赤字企業に対しては、事前モニタリングとリスク選別の結果、メインバンクが融資シェアを低下させた場合の方が多いとされる点には注意が必要である。なお、メインバンクによるこのような行為を「救済」とみるか「支援」とみるかについても、議論の余地がある。メインバンク・システムが強く機能し、銀行が強い力を持ち、融資先にも大きな影響力を行使できた時代には「救済」という表現がより適切であったように思われる。しかし、次章で検討するように、現在、わが国の金融環境を大きく変化しており、銀行と融資先との関係も大きく変化しようとしている。
　従って、現時点で「救済」という表現を用いることには異論があるかもしれないが、本論文ではメインバンクの諸行動を表現する際に、「救済」という表現がなお機能していると判断した上で、原則としてこの表現を用いることとする。両者の違いは、銀行の相手方企業の経営再建に対する積極性の程度の違いによるものと考えられる。「救済」と言った

場合は、銀行が再建に対して、より主体的にかかわる意味合いが含まれ、「支援」と言った場合には、その意味合いは低くなる。一方で、「支援」という表現を用いた場合には、「救済」という表現を用いた場合を含めて、経営再建に対するより広い関わりをも含まれることとなる。本節で、「非資金的支援」、「資金的支援」という表現を用いるのは、このような「支援」という表現の意味を勘案した上で用いている。

[31] Sheard, *supra* note 28, at 193-204が資金的支援を含めて全体を的確にまとめている。ここでの記述は、同文献と筆者の実務経験をベースにするものである。

[32] 注29における新聞報道参照。

[33] Sheard, *supra* note 28, at 202は、メインバンクの役割として、経営陣の更迭を挙げるが、独禁法の観点からは問題を含む。

なお、メインバンクをはじめとする協調融資団が経営再建中の企業に、融資の条件として銀行側が提示する役員人事を行うよう求めたことが、不公正な取引方法の一般指定（旧）９号（現在の一般指定14項５号が定める優越的地位の濫用）に当たるとされた事例として、公取委昭和28年11月６日勧告審決（審決集５巻61頁）（日本興業銀行事件）がある。

[34] 根岸哲「銀行と競争政策」同『規制産業の経済法研究』（成文堂、1984）252頁～253頁は、銀行による役員派遣について、企業支配的効果を有することから規制すべきとする。

[35] たとえば、再建に際して経済的な負担は求められてはいない関係当事者が、継続して商品や材料を供給する、あるいは購入するといったことも、経営危機に陥った企業が経営再建を進める上では、重要なポイントとなる。

[36] 第四部第一章で検討する東京三菱銀行事件は、経営危機におちいった企業が合併するに際して、合併の相手先からメインバンクに対して債権放棄を求められ、それに応じた取締役が、銀行に損害を与えたとして株主から訴えられた株主代表訴訟の事例である。

[37] 市場からの資金調達が困難となり、流動性の不足が経営破綻の原因となった北海道拓殖銀行の例をみれば、このことは明らかである。1997年11月17日付け日本経済新聞夕刊１面参照。一般企業だけでなく、銀行においても流動性の枯渇が経営の破綻要因となることを証明した事例である。

[38] このような視点に立つ文献として、河本一郎ほか「座談会・金融取引と株主代表訴訟対策」金融法務事情1372号（1993）　38頁～39頁〔吉原発言〕参照。また、志谷匡史「親子会社と取締役の責任」小林秀之・近藤光男編『株主代表訴訟体系』（弘文堂、1996）110頁の注45には、子会社の救済策としてこのような方法を指摘するが、子会社ならずとも同様である。

[39] 鹿野嘉昭『日本の銀行と金融組織』（ 東洋経済新報社、1994）189頁参照。

[40] 池尾・前掲注１　98頁参照。ただし、これは原則であって、融資先が公共的性格を有する事業を営む場合や、救済しないことによって生じる社会的影響が極めて大きい場合には、銀行の公共性の観点から救済を行う場合もあろう。

[41] 有担保原則は、社債発行、銀行貸出、インターバンク取引といった金融取引について、担保付きを原則とする金融慣行である。この慣行は1920年代の金融恐慌の際に、無担保社債のデフォルトが相次いで、社債権者が多くの損失を被ったことを契機とする社債浄化運動の中で社債について有担保原則が確立されたことが始まりである。

有担保原則については、日本銀行金融研究所編『新版　わが国の金融制度』（日本銀行金融研究所、1995）21頁～22頁・156頁、木下正俊「わが国の有担保原則の評価と今後の在り方－社債発行を中心に－」金融研究３巻３号（1984）33頁～61頁参照。また、有担保主義は、近年急速に崩れつつあることも事実であり、有担保原則が修正されつつあることを前提に担保の機能について考察した文献として、神田秀樹「担保法制の理論的構造と現代的課題」金融研究12巻２号（1993）37頁～51頁参照。

[42] 藤原賢哉「企業倒産とメインバンク制－メインバンクの救済機能について」金融経済研究４号（1993）39頁。同論文では、メインバンクの倒産企業に対するコミットメントが強

い場合ほど、再建型の整理形態をとるケースが多いとしている。

[43] 鹿野・前掲注39 190頁。

[44] 松浦克己「メインバンクの選択と行動―　銀行と企業からみたメインバンクの選択、メインバンクの危機処理行動」証券経済186号(1993) 134頁によれば、メインバンクになり得る要件として、①委託された監視者になり得るだけの情報生産力、②自己の債権を劣後させ得るリスク負担力、③企業の再組織化を行い得るだけのコーディネート力、の３点を指摘する。また、池尾・前掲注１ 98頁では、メインバンクに期待されていることは、できるだけ費用の少ないかたちで企業の危機を処理し、できるだけ多くの企業価値の保全をはかることであるとする。

[45] 鹿野・前掲注39 191頁参照。

[46] 龍田節「コーポレート・ガバナンスと会社法」商事法務1364号(1994)30頁～31頁は、私企業たるメインバンクがモニタリング機能を発揮するのが望ましい状態なのかという疑問や、モニタリングの限度を超えて銀行による産業支配に至ることを防止するのに独占禁止法だけで十分かという疑問、さらには、銀行自身のガバナンスをどうするかという問題から、メインバンク制に関する問題を提示しておられる。

吉原和志「敵対的企業買収と資本市場」商事法務1466号（1997）27頁では、「メインバンクの存在は、経営者に対する規律づけとして機能する。」とごく簡単な評価が行われている。また、吉原助教授が報告者を務められた1997年の日本私法学会商法部会シンポジウムでの質疑応答の中で、吉原助教授は、メインバンク制そのものやメインバンクのモニタリング機能の将来について、悲観的な見方を否定する見解を提示しておられる。その根拠としては、メインバンクのモニタリングにより、監視費用を軽減しうることから、制度に一定の合理性が認められることを挙げられる。私法60号(1998)127頁～128頁[吉原発言]参照。

このように、法律家がメインバンク・システムをどのように評価しているかということを本格的に論じた文献は皆無に近いというのが実状である。

[47] 井澤裕司「メインバンク制はどこへ行くか」小泉進・本間正明『日本型市場システムの解明』（有斐閣、1993）58頁は、「メインバンク関係を維持するコストをメインバンクから利益を得ている者だけではなく、一般預金者やメインバンク関係をもたない「雨のときに傘を取り上げられる」（引用者注　雨を資金不足、傘を資金に例えて、銀行が融資先の経営が順調な時には資金を潤沢に供給しようとし、経営状態が悪化した時には資金を引き上げようとすることや、メインバンクが企業を必ずしも救済しないことを揶揄した言葉である。）企業が負担している可能性もある。」とした上で、「メインバンクという制度の社会的費用を明示的に考えるとき、メインバンクの「公正性」という視点が不可欠である。」としている。

[48] マーク・ラムザイヤー『法と経済学－日本法の経済分析』（弘文堂、１９９０）123頁は、銀行による援助として説明された事件は銀行の法的権力をもとにした支配として説明できること、さらには脅迫と解釈することもできることを指摘する。人材派遣を含めた銀行による経営危機企業に対する支援や援助は、企業の営業を銀行にとって有利な方向へ誘導できることから、相手方企業に協力的とみえて、実は非協力的なものである可能性を示唆している。

経営危機に陥った企業にとって救世主にみえた銀行が、まかり間違えば死刑執行人にも、火事場泥棒にもなる可能性が潜在的にあるのであり、手続の透明性と公正性を確保する必要性は今後とも高まるものと思われる。

第五章　金融機関を巡る経営環境の変化

バブル経済の崩壊後、金融機関を巡る経営環境は、これまでになく大きく変化しようとしている。当然ながら、そのことが金融機関の融資姿勢やメインバンクの経営危機企業に対する救済にも影響を与えることは避けられない。そこで、バブル経済の崩壊から平成 9 年度までの金融機関を巡る経営環境の変化を後付けておく。

第一節　護送船団行政の終焉と新たな金融規制

第一款　護送船団行政

バブル経済崩壊後、それまでには決して考えられなかった金融機関の経営破綻が現実のものとなった。それまでは、金融当局たる大蔵省は、金融機関は一行たりとも倒産させないという方針を貫いてきた。仮に経営不振に陥る金融機関があっても、当該金融機関の経営に直接介入して経営再建の努力を払わせたり、大手の金融機関との合併を斡旋することにより、金融機関の経営破綻を回避してきた[1]。そもそも、参入規制による新規参入の排除や店舗行政による金融機関の店舗新設に対する規制、業務分野規制、預金金利規制といった各種の競争制限的金融規制は、業界内の競争を事前に回避して既存の金融機関を保護するとともに、どのような規模の金融機関にも一定の利益を確保するためのシステムとして機能してきた[2]。このような金融機関の経営破綻の防止を目的とする競争制限的金融規制は「護送船団行政」と呼ばれる。

護送船団行政とは、「もっとも速度の遅い船（もっとも経営効率の悪い銀行）の速度（経営効率）に合わせて、一隻（行）の落伍者も出さないように船団（業界）全体の進行がコントロールされてきたということ」[3]と定義されている。護送船団行政に対しては、金融機関の経営破綻を回避することによって、結果的に金融システムの安定に寄与したとする積極的な評価がある一方で、競争力が劣る経営効率の低い金融機関を温存させたとの批判や、行政当局が法的根拠もあいまいなまま、微に入り細にわたった日常の監督・指導を行うことに対する行政手続としての不透明性、不公平性に対する批判がある[4]ほか、金融システムの安定性の確保を最優先すれば、銀行の側からみれば、ずさんな経営をしても経営が破綻することはないというモラル・ハザードの生じる危険性が高いとの指摘がある[5]。

護送船団行政は、敗戦後の約 50 年にわたってわが国において良く機能してきた。ところ

が、バブル経済期に金融機関がとった不動産業向け融資の拡大は、その後のバブル経済の崩壊による不動産価格の大幅な下落に伴う貸出資産の深刻な劣化と、融資先の経営破綻の増加による金融機関の収益の減少をもたらし、経営不振に陥る金融機関が相次ぐところとなった[6]。このような状況の中で、従来の救済合併の手法による金融機関の救済に限界が生じたことが、同時に護送船団行政の終焉を意味した。業界全体が疲弊した中では、合併による経営不振銀行の救済に限界が生じることはむしろ当然である。また、昭和 50 年代から徐々に進められてきた金融自由化は、そもそも競争制限的金融規制とは相いれない性格をもつ。1984 年５月の日米円ドル委員会報告書による金利自由化[7]が、規制金利時代に構築されてきた金融機関の収益基盤を弱めることとなったため、各金融機関では収益基盤の拡大に躍起になって取り組み、経営不振銀行を合併するだけの経営体力のある金融機関が少なくなっていたことも護送船団行政崩壊の原因の一つと考えられる[8]。

第二款　自己責任原則

護送船団行政が終りを告げた後、金融行政に求められるのが、高い透明性である。そして、それを支える大きな柱の一つが、金融機関経営における自己責任原則である。平成４年１月 17 日付けの金融制度調査会制度問題専門委員会報告書「金融システムの安定性・信頼性の確保について　金融制度改革と金融機関経営のあり方」[9]は、冒頭の「第１　金融不祥事の反省と金融機関経営のあり方」で、バブル経済崩壊後に相次いで露呈した金融・証券不祥事の原因と背景について分析した上で、「３．行政の透明性の向上等」の中で、「金融機関の業務運営に対する各般の指導が行われてきたために、金融機関の自主性と自己責任意識が十分に育たなかったという面がみられる。今後、規制緩和など競争促進的な観点からの行政運営を行い、金融機関の自主性と自己責任意識を高めていく必要がある。」と述べるとともに、「今後は、金融機関の個々の業務運営に対する指導や規制は、金融機関の公共性や社会的責任を確保していく上で不可欠なものを除き極力簡素化し、内外の金融機関や利用者からみてわかりやすい透明性の高い行政とすることが必要である。」としている。

このように、この答申では金融の自由化、国際化の時代背景の中で、金融当局が従来の護送船団行政からの訣別を明言するとともに、金融政策を 180 度転換して、金融機関に対して自己の責任で自らの経営に当たるべきことを宣言したのである。さらに、バブル経済期の金融機関の行動の反省を踏まえ、金融自由化時代のリスク管理体制のあり方と、市場、行政の役割について検討した平成６年６月１２日付け金融制度調査会基本問題検討委員会

の中間報告「金融自由化と金融機関の経営の健全性確保について－自己規律による創造的経営を目指して」[10]では、「第１ 基本的考え方」の「４ 金融機関、市場及び行政の役割」の中で、「金融自由化のメリットを最大限活かすためには、金融機関の経営の健全性確保のためと言えども、行政当局が規制や監督の強化という形で臨むことは適当ではない。金融自由化の意義を踏まえれば、金融システムの中で金融機関が自己責任の原則の下で創造的経営を行いうる環境を整備していくことが肝要であり、この方向に沿って、金融機関、市場及び行政がそれぞれの固有の特性に応じた役割を果たすべきである。」としている。

上述の平成４年１月１７日付けの報告書の態度から、さらに一歩を進めて、金融機関の経営の健全性確保のためであっても、金融当局が規制・監督の強化の姿勢で臨むことを抑止的に考えるということを明らかにすることにより、金融当局は、今後、金融機関が自己責任原則の下で創造的経営を行いうる環境を整備する役回りに徹することを明らかにしているのである[11]。

第三款　市場規律型の金融監督

金融行政の高い透明性を確保するための二つめの柱が市場規律型の金融監督である。

金融当局自身が金融機関の経営に介入して金融システムの健全性を維持することの限界が明らかになったため、これに代わって市場のチェック機能を活用して、金融システムの健全性を確保しようとするものである。平成７年 12 月 22 日付け金融制度調査会答申「金融システム安定のための諸施策－市場規律に基づく新しい金融システムの構築」[12]では、「今後は金融機関や預金者の自己責任原則の徹底と市場規律の十分な発揮を基軸とする透明性の高い金融システムを早急に構築していく必要がある。」としている[13]。

市場規律型の金融監督を実現する上で必要となるのが、ディスクロージャーの推進である。金融機関のディスクロージャーについては、すでに述べたとおりである[14]。

第四款　新たな金融規制下における金融機関経営

私企業としてみれば、言わば当然のことではあるが、これからの金融機関経営には自己責任の原則が求められるとともに、経営の成果は市場での厳しいチェックを受けることとなる。金融機関経営における自己責任原則とは、経営に失敗した金融機関は、市場からの退出を迫られるとともに、経営者の経営責任もより一層厳しく追及されるということを意味する。金融機関においては、今後、経営の健全性を自らの努力で確保することが求めら

れる。

金融機関の経営の健全性を確保する上で重要な点は、金融機関自らが経営に伴う種々のリスクを正しく認識し、それを適切にコントロールすることである。金融機関は、リスク負担機能をその重要な機能の一つとしている[15]。リスクを全く負担しないというのでは銀行業としての自己否定となる。信用リスクを例にとれば、貸出案件に含まれるリスクを分析、評価した上で、リスクが現実化した場合に、自らの体力でそのリスクの負担が十分に可能か否かを判断材料として、そのリスクを負担するか否かを決定するという手順を踏むことになる。

このような適切なリスク管理を実行するには、金融機関における経営管理、審査、内部検査といった内部管理体制の構築と、その不断の充実、点検を図ることが必要である。前記平成４年１月 17 日付け金融制度調査会報告書は､適切な内部管理の実施が金融機関経営の基本であることを指摘した上で、内部管理体制が十分に機能していなければ、個別に金融機関の経営の健全性が確保されないだけでなく、金融システム全体の安定性・信頼性の低下を招くことにもなりかねないとしている[16]。さらに、前記平成６年６月２１日付け金融制度調査会の中間報告によれば、金融機関のリスク管理体制において、経営幹部の役割が従来にも増して重要となることを指摘した上で、金融機関が行うべきリスク管理の具体的内容について、「リスクがどこに、どのような形態で、どの程度存在するか、また、各種リスクが相互にどう関連しているかを的確に把握し、その上で、自らのリスク管理の能力に応じて、どの程度更なるリスクを許容しうるかを正確に認識しておくことは、適切な経営判断を行い、創意工夫を発揮した独自の経営戦略を構築するための前提であると考えられる。」とする[17]。これは、金融機関のリスク管理の基本的な手法を金融当局が示したものと言える。さらに続けて、報告書は「経営判断がもたらす結果については経営幹部及び株主が自ら責任を負うという原則が徹底される必要がある。すなわち、適切なリスク管理を行った金融機関の経営幹部及び株主が高収益、高配当という形で報酬を受ける一方、リスク管理を怠った金融機関は、市場から排除される可能性を含め、その結果について自ら責任を負わなければならない。」[18]としており、金融機関経営者に厳しく自覚を促している。

以上にみたように、市場規律と自己責任原則の下における金融機関経営とは、経営の自由度の高まった環境下において適切なリスク管理を行い、自らが選別したリスクを積極的に負担することによって収益の向上を図る一方で、リスク管理の失敗、つまり経営判断の失敗については、経営者や株主の責任が厳しく問われるということを意味している。一言

でいうならば、今後の銀行経営は、信賞必罰の時代を迎えることとなる。そして、自己責任原則のもとで、リスク管理を徹底しつつ救済融資を実行することは、金融制度上は、預金者や株主に対するディスクロージャーの徹底が図られている限り、基本的に各金融機関の自由な判断に委ねられているというべきである。

第二節　早期是正措置の導入

第一款　制度の概要

第一節でみたように、今後の金融行政は、市場規律型に移行することとなった。このような流れの中で、金融行政の透明性を高めつつ、金融機関経営の健全性を確保する金融監督のための手段として平成 10 年４月から新たに導入されることとなったのが「早期是正措置」である。早期是正措置は、前述の平成７年 12 月 22 日付け金融制度調査会答申「金融システムの安定化のための諸施策－市場規律に基づく新しい金融システムの構築」においてその導入の必要性が答申され、この答申をうけて制定された、いわゆる「金融三法」[19]の中の「金融機関等の経営の健全性の確保のための関連法律の整備に関する法律」で制定されたものである。具体的には銀行法 26 条に早期是正措置の内容が盛り込まれた。

早期是正措置は、アメリカにならった制度[20]であり、自己資本比率という客観的な指標に基づいて、問題のある金融機関に対して業務改善命令等の措置を適時・適切に講じていくことにより、早めに金融機関経営の健全性を促すための金融監督手法である。具体的には、金融機関の自己資本比率が公表されている一定の値を下回った場合に、金融当局の主観によることなく、事前に定められた措置を金融当局が講じるというものである[21]。たとえば、自己資本比率が０％未満となれば、一部の例外を除いて、業務の一部または全部の停止命令が発動される[22]。

早期是正措置の優れている点の第一は、金融機関の破綻処理を早期に行える点である。また、自己資本比率が一定の値を下回った場合に、金融当局からどのような措置が講じられるかを金融機関が事前に明確に認識できるため、金融機関の側に自己資本比率を改善しようとするインセンティブが働くという効果が期待できる。金融機関に経営の健全性を確保する自助努力を促す効果が期待できるため、自己責任原則の下での金融監督手法として優れていると言える。金融機関の破綻処理は、遅らせれば遅らせるだけ、処理コストが増加することが指摘されている[23]。

第二は、金融行政の透明性確保に寄与する点である。早期是正措置は、自己資本比率という客観的な指標に基づき、金融当局の主観的判断を排除して一連の措置が講じられるため、護送船団行政の下での金融行政に対する不透明性に対する批判を抜本的に改善できると言える[24]。

第二款　自己査定制度

早期是正措置の導入に際して、その前提条件として必要となるのが、金融機関自身による資産査定、つまり自己査定制度である。大蔵省銀行局長の私的研究会である「早期是正措置に関する検討会がまとめた「早期是正措置に関する検討会中間とりまとめ」（以下、中間とりまとめという。）は、この点について、「早期是正措置の導入に当たっては、まず金融機関が自らの責任において企業会計原則等に基づき適正な償却･引当を行うことにより、資産内容の実態を出来る限り客観的に反映した財務諸表を作成することが前提となる」[25]と述べている。つまり、適正な財務諸表を作成し、正確な自己資本比率を算出する前提条件として、適正に償却・引当が実施されている必要があり、さらに適正に償却・引当を行う前提条件として、金融機関が資産の自己査定を行い、資産内容の健全性を的確に把握する必要があるのである[26]。

資産の自己査定とは、「各金融機関が有する資産を個別に検討･分析して、回収の危険性または価値の毀損の危険性の度合に従って分類区分すること」である[27]。自己査定は、基本的には自己責任原則に則って各金融機関の判断によって行われるものの、同一企業に対する貸付金の査定結果が金融機関ごとに大きく異なることとなっては、各金融機関の自己資本比率の信頼性に影響を及ぼすため、適度の統一性が確保されていることが望まれる。この中間とりまとめを受けて､平成９年３月５日付けで大蔵省金融検査部は、「早期是正措置制度導入後の金融検査における資産査定について」（蔵検第 104 号平成９年３月５日）と題する通達と、これまでの金融検査の実務を踏まえた上で資産査定のガイドラインを示した「資産査定について」を発出している[28]。

資産査定は、次の基準に従って資産を四段階に分類することによって行う[29]。

①正常先債権については、原則としてⅠ分類とする。

Ⅰ分類：下記Ⅱ、Ⅲ及びⅣ分類以外の資産

②要注意先債権については、原則としてⅡ分類とする。

Ⅱ分類：債権確保の諸条件が満足に充たされていないため、あるいは信用上疑義が

存する等の理由により、その回収について通常の度合を超える危険を含むと認められる債権等の資産

③破綻懸念先債権については、担保等で保全されている部分を除き、原則としてⅢ分類とする。

Ⅲ分類:最終の回収について重大な懸念が存し、従って損失の発生の可能性が高いが、その損失額について合理的な推計が困難な資産

④実質破綻先債権については、担保等で保全されている部分を除き、原則としてⅣ分類とする。

Ⅳ分類：回収不可能または無価値と判定される資産

⑤破綻先債権については、担保等で保全されている部分を除き、原則としてⅣ分類とする。

Ⅳ分類:同上（なお、Ⅱ～Ⅳに分類された債権を分類資産といい、分類されない資産、つまりⅠ分類の資産を非分類資産という。）

分類概念の基本は、従来の金融検査において用いられてきた概念をほぼ踏襲する内答になっていると言える。自己査定を行う頻度については、適正な償却・引当の準備作業としての制度の性格から、中間とりまとめでは、中間決算期を含む各決算期に実施することが適当であるとしている[30]。なお、中間報告ではこの「ガイドラインは、あくまでもスタンダードとして位置付けられるべきものであり、各金融機関においては、このガイドラインをベースに創意・工夫を十分に生かし、それぞれの実情に沿ったより詳細な自己査定に関する基準を自主的に作成することはむしろ望ましい。」としている[31]。

自己査定制度の導入に伴い、金融検査や会計監査のあり方も大きく変化する。金融当局は、この点について「会計監査人は、財務諸表監査に際し、金融機関が行う自己査定等内部統制の状況についてもその有効性を評価することになる。金融検査における資産査定においては、通常、このようにして行われた金融機関の自己査定及び会計監査人による監査を前提とし、自己査定結果の正確性等をチェックすることとなる。」としている[32]。従来の金融検査では、金融当局が自ら各金融機関の資産査定を実施する「主」たる役割を果たしてきたが、今後実施される金融検査では、金融機関が実施した資産査定の結果をチェックする「従」たる役割に変化する[33]。

さらに、自己査定制度の導入に伴い、従来実施されていた金融証券検査官による不良債権償却証明制度、つまり、金融証券検査官が「回収不能又は無価値と判定した債権、もし

くはこれに準ずる債権」として証明した金額が、原則として税務当局の認定によらずに税務上も損金として無税での償却が容認される制度[34]は、廃止されることとなった[35]。

以上の検討から明らかなように、今後は、金融機関の資産の健全性は、金融機関自らの手によって主体的に維持されることとなる。経営体力のある金融機関は、より積極的に問題債権を分類し、償却・引当を増やすことによって資産内容の健全性を向上させ、市場の信頼を得ようとするであろうことが予想される。つまり、今後の金融機関経営においては、経営格差の拡大が予想される[36]。

第三節　金融ビッグバン

バブル経済崩壊後のわが国金融界は、不良債権の処理と従来の金融システムに代わる新たな金融システムの構築のために多くの時間をとられてきた。しかし、このような、どちらがといえば内向き、かつ積極的でない活動に多くの時間をとられている間に、わが国金融市場は、世界の中心的な金融センターの地位から大きく後退してしまったという問題が浮上した。わが国金融市場に数多くの規制が存在し、他の金融センターに比して相対的に金融活動の自由度が低いことも原因と考えられる[37]。

このような流れを阻止し、わが国金融市場の活性化を目指して、わが国金融業における大幅な規制緩和を基本とする金融システム改革を目指すのが、金融ビッグバンである。金融ビッグバン構想は、Free、Fair、Globalという三つの改革の原則を掲げて、わが国金融市場をニューヨーク、ロンドンと同レベルの世界の金融センターに再生させることを目標としている。改革の分野は、銀行・証券・保険の全ての金融分野に及ぶもので、1996 年 11 月に総理大臣の指示を受けて検討が開始され、2001 年までに改革の完了を目指す[38]。時限付きの改革であることも際立った特徴である。銀行部門の改革プランは、平成９年６月 13 日付けの金融制度調査会答申「我が国金融システムの改革について－活力ある国民経済への貢献」において示された[39]。

金融ビッグバン構想は、世界の金融制度・ルールを取り入れることにより、わが国の金融制度とルールを国際標準（グローバル・スタンダード）に近づけようとするものであるが、この国際標準という際には、多くの場合、金融の技術革新をいち早く経験したアメリカの金融制度とルールが意識されている。その意味で、アメリカの金融制度について研究する必要性は、従来になく高まっている。第三部においては、比較法研究としてアメリカ

を取り上げるが、それはこのような問題意識によるものである。

金融制度調査会答申について、本論文との関わりの深い部分について内容をみておく。

第一は、金融持株会社制度の導入である。これは、わが国が敗戦後 50 年以上にわたってとってきた持株会社の禁止政策が、第 140 回国会における独占禁止法改正法案の成立によって 180 度転換されたことを受けたものである。金融持株会社制度のメリットとしては、同一持株会社の傘下にある兄弟会社間では、親子会社間に比してリスク遮断効果に優れていることと、分社化を通じた専門性の高い高度な金融サービスの提供が可能となる点が挙げられる。反面、問題点としては、①他業禁止を強制されている銀行の持株会社が、一般事業法人を子会社化することを認めるべきか否か、②銀行と持株会社または兄弟会社との間に利益相反が生じる危険性、③ディスクロージャーや金融監督の対象を持株会社単位としなければ、それぞれの実効性が阻害される点、④銀行による産業支配を抑制するために設けられた銀行による株式保有制限（５％ルール）を持株会社と傘下の兄弟会社間でどのように考えるか(合算して何%までの保有を認めるか。)、といった問題が指摘されている。

本論文との関わりにおいては、持株会杜に傘下の子会社の監督責任があるのかどうか、という問題を指摘できる。

第二は、銀行商品の多様化である。ＡＢＳ（資産担保証券)、デリバティブ、証券投資信託、保険商品、普通社債の発行といった金融商品について、銀行での取り扱いを認める答申がなされている。

第三は、組織形態や金融制度の自由化である。ここでは、業態別子会社の業務範囲の見直しと、長短分離制度にかかる規制の撤廃、具体的には普通銀行による普通社債の発行についてみておく。

1993 年に実施された金融制度改革により、銀行は業態別子会社を設立して証券と信託業務に進出できることとなった。ただ、金融機関間の競争条件の公平性を確保するため、これら業態別子会社の業務範囲には、一定の制約が課されてきた。答申では、証券子会社、信託銀行子会社の業務制限を 1999 年下期中に全面的に解禁することが適当としている。

銀行による普通社債の発行については、普通銀行の長期貸出の増加に対応する長期資金の調達手段の多様化が、普通銀行の一層のリスク回避という面からも必要であること、普通銀行の市場からの資金調達手段が多様化されることにより、普通銀行に対する市場による監視機能が一層充実することが期待できるとの認識に立って、1999 年度下期中に普通銀行による普通社債の発行を解禁することが適当であるとしている。これにより、戦後続い

てきた短期金融と長期金融を分離する長短分離規制が撤廃されることとなる。

以上のように、金融ビッグバンが実施されると、戦後続いてきたわが国金融システムそのものが大きく変化することは、誰の目にも明らかであろう[40]。

第四節　小括

本章のまとめとして、本論文における視点をもとに、今後のわが国の金融制度や金融システムにどのような変化が予想されるかについて、まとめておく。

第一は、従来は元本保証の商品しか販売してこなかった銀行が、今後は元本の保証されない金融商品を販売することに伴う変化である。銀行に対して持つ預金者のイメージは従来になく変化することが予想される。元本保証の金融商品のみを販売することによって預金者が銀行に対して抱いてきた安心感というものが、確実に変化すると思われるからである。元本の保証されない商品を購入する顧客の側でも、当然ながら、自らの負うリスクに敏感にならざるを得ないし、販売する銀行の側でも顧客にリスクを正しく認識させようとするであろうから、銀行と顧客との関係は、従来とは違って一種の緊張感を伴う関係に変化するものと予想される。銀行と顧客との関係は、真の意味で、より対等な関係に移行するとも言えよう。このことは、銀行と融資先との関係にも同様に当てはまる。円貨ベースで元本の変動する融資商品が、今後とも活発に利用されるからである。

第二は、銀行の業務内容の多様化・自由化によってもたらされる、銀行が負担するリスクの多様化・複雑化に伴う変化である。経営の自由度が増すということは、自己責任の原則に基づいて、銀行自身が行うリスク管理の重要性が、従来以上に増すことを意味する[41]。経営の自由度が増すと同時に責任も増すという、いわば当然のことが起こるといえるが、この変化は重要である。リスク管理に失敗した銀行は、破綻を免れないのだから、金融機関の経営者の責任は従来になく重いものになるのは当然である。具体的な変化としては、銀行側で自らが負担するリスクを選別する行動が強まることが予想される。融資に関して言えば、融資先の経営状況に応じて、融資を継続するか否かを従来にない早い段階で決定することにより、リスクを軽減する行動が強まるものと思われる。融資先の経営が悪化すると、自己査定制度によって資産を分類する必要が生じるからである。

第三は、このようなわが国金融システムの根幹にかかわる大幅な金融規制緩和が、メインバンク・システムにどのような影響を及ぼすかという点である。第二点とも関連するが、

ビッグバン実施後も、引き続きメインバンク・システムは維持されるのか、という問題である。メインバンク・システムの下では、銀行による金融支援の実施可能性がシステムそのものの存続する前提条件と考えられる。銀行が経営の悪化した融資先に対して、一切金融支援を実施しなくなれば、それはメインバンク・システムの終焉を意味する。金融機関経営における自己責任原則の徹底や自己査定制度は、経営の悪化した融資先に対する金融支援の抑止要因として機能するとも考えられる。

私見は、仮に大幅な規制緩和が実施されたとしても、そのことが同時にメインバンク・システム自体の終焉を意味するとは考えていない。なぜなら、直接金融と間接金融とではその機能や役割が異なるからである。従来の間接金融優位のシステムが放棄され、いっせいに直接金融優位の新しいシステムが導入されるわけでもない。また、仮に直接金融優位のシステムが構築されたとしても、全ての企業が市場から直接、資金を調達できるようになるとも考えられない。企業が経営危機に陥った場合、市場から資金を調達できる可能性はないが、銀行借入にはその可能性が残る。このように考えれば、わが国では、依然として間接金融がその機能を発揮する場を有するものと考えられ、そして、メインバンク・システムも、その中で機能する場を有するものと考えられる[42]。

ただし、上にみたように銀行と融資先との関係は変化すると思われるため、金融機関が経営不振に陥った融資先を救済する局面は、現在とは異なったものに変化することも予想される。このような大きな変革の時代の中にあって、本論文は研究の価値なき研究であるとの批判もありえよう。しかし、本論文における主要な課題は、金融機関が経営危機企業を救済する場合における金融機関内部の判断の枠組みの提示、さらには当該行為に伴う対外的法律問題の解明という、これまでわが国でほとんど研究されてこなかった法的問題にある。銀行が融資業務を行う限り、本論文における検討は価値を有するものと考えられる。

---

[1] 池尾和人「信用秩序と銀行規制」堀内昭義編『講座・公的規制と産業５金融』（ＮＴＴ出版、１９９４）７３頁。植田和男「転換期の金融行政」堀内編前掲書１３７頁～１３８頁も参照。

[2] 伊藤修『日本型金融の歴史的構造』（東京大学出版会、１９９５）１７９頁～１８０頁は、競争制限的規制が金融機関に超過利潤を保証するとともに、事実上の補助金の供与であると指摘する。

[3] 池尾・前掲注１　６７頁。護送船団行政という言葉に代表される従来の金融監督規制の概要については、平成８年の金融法学会シンポジウム「金融機関の健全性維持および破綻処理について」の前田重行教授の報告も参照。金融法研究第１３号（１９９７）１３頁～１４頁。

[4] 池尾和人・岩佐代市・黒田晃生・古川顕『 金融（新版)』(有斐閣Ｓシリーズ）（有斐閣、１９９３）４６頁［岩佐］参照。池尾和人『金融産業への警告　金融システム再構築のために』(東洋経済新報社、１９９５）４８頁～５２頁では、護送船団行政のデメリットとして、①日本の金融業のイノベーション能力を衰退させてしまった点、②融資を希望する企業への資金配分が非効率となる点、③金融機関の経営者の責任が不明確になる点、④規制によってもたらされる超過利益の存在が金融業に過大な資源を引き寄せる結果になった点、の４点を指摘している。

[5] 経済企画庁編『平成８年版　経済白書』(大蔵省印刷局、１９９６）４０１頁。

[6] バブル経済の発生・崩壊と、この過程における金融機関の行動、さらには、その崩壊の日本経済に及ぼす影響について検討した文献は多数にのぼるが、ここでは最も手近な文献として、経済企画庁編『平成５年版　経済白書－バブルの教訓と新たな発展への課題』(大蔵省印刷局、１９９３）１１３頁～２０３頁を挙げておく。

[7] 金利自由化を含めた金融自由化の歴史については、池尾・岩佐・黒田・古川前掲注４　６６頁～７０頁〔岩佐〕参照。とくに、６８頁には金融自由化の流れが時系列的に表に整理されている。

[8] 金融機関の新規出店を厳しく規制する店舗行政のもとでは、経営不振銀行を合併することによってもたらされる店舗網拡充のメリットが合併銀行にはあった。しかし、金融自由化の下で、店舗行政自体が緩やかなものとなりつつあったことや、各金融機関が国際決済銀行（Ｂｉｓ）による自己資本規制の下で、量的拡大路線の修正を迫られている時期が重なったことも要因として指摘できる。店舗行政に関する文献として、全国銀行協会連合会調査部「店舗行政の変遷と店舗配置（上）（下)」金融８５年１１月号１５頁～３３頁、８５年１２月号２６頁～３５頁、全国銀行協会連合会調査部「店舗規制の推移（昭和 60 年度以降)」金融９６年１２月号１７頁～２５頁、伊藤修・前掲注２　１８９頁～１９５頁がある。

[9] 報告書については、金融９２年２月号４１頁～４９頁参照。

[10] 報告書については、金融財政事情１９９４．７．４号４１頁～４７頁参照。

[11] 金融機関経営に自己責任原則が求められるとの指摘は、かなり早い段階でみられる。吉野昌甫「効率性と公共性･社会的公正との調和をめぐって」金融１９７９年８月号１５頁は、銀行経営における私企業性と、公共性および社会的公正の要請との調和をどのように達成するかという問題に対する解決方法として、「解決方法は、銀行経営の自己責任の原則や創造的な工夫を基調に、できるだけ金利機能や競争原理を活用しながら、銀行がその機能を適切かつ公正に発揮する自主的な努力の追求にもとめられる。」としている。

[12] 答申については、金融財政事情１９９６．１．１５号２２頁～２８頁参照。

[13] １．「不良債権問題の早期処理と今度の金融システムのあり方」の（２）参照。

[14]堀内昭義「銀行経営と自己資本規制および市場規律」金融９２年１２月号４頁～１０頁は、平成４年という早い段階で、後述する早期是正措置の前提となる自己資本比率規制と市場規律の意義を検討し、金融当局の役割と市場規律の機能との適切なバランスの重要性を指摘する。

[15] 前記平成６年６月２１日付け金融制度調査会の中間報告は、金融機関の業務の基本が預金者に代わってリスクを引受け、それを適切に管理することであることを明言している。第１　基本的考え方　２　金融機関の経営の健全性とリスク管理 参照。

[16]第３．金融システムの安定性・信頼性の確保のための諸方策等　１．内部管理体制の充実等　参照。

[17] 第２　金融機関のリスク管理の今後の方向　１リスク管理体制　（１）経営幹部の役割参照。

[18] 第２　金融機関のリスク管理の今後の方向　１リスク管理体制　（３）金融機関経営と市場機能の関係　参照。

[19] 金融三法の概要については、榊原隆「金融三法の概要」金融法務事情１４５７号（１９９６）６頁～１５頁参照。
[20] アメリカにおける金融機関の破綻処理については、翁百合『銀行経営と信用秩序』（東洋経済新報社、１９９３）の第２章（３２頁～５７頁）、第３章（５８頁～８１頁）が詳しい。とくに、アメリカにおける早期是正措置の概要とその評価については、同書６１頁～６５頁参照。
[21] 伊藤・前掲注２　２３７頁は、今後の金融行政を「効率化行政」といい、経営諸比率の成績を含む経営成果に応じて優勝劣敗を明確化するように規制を差別化する金融行政を「格差行政」と呼んでいる。
[22] 早期是正措置の運用基準については、平成９年９月３日付けで「早期是正措置の運用基準について」と題する通達が大蔵省から発出されている。平成９年９月３日蔵銀第１９９２号。通達の内容については、金融財政事情１９９７．９．１５号５１～５３頁参照。
　なお、早期是正措置の導入開始をにらみ、おりからの株価低迷による自己資本に算入できる株式含み益の減少という事情もあって、１９９７年度下期から各金融機関では自己資本比率を押し上げるため、総資産の圧縮、つまり貸出資産の圧縮に乗り出した。そこに、山一証券、北海道拓殖銀行といった大型の経営破綻による信用不安の拡大による信用収縮も加わって、金融を受けられないために倒産する企業が出始めた。このような事態に対処するため、政府は海外での営業活動をせず、国内の営業活動に専念する銀行について、早期是正措置の導入を１年延期することとした。
[23] 池尾・前掲注１　７５頁。また、答申においては、「最近の一連の金融機関の大規模な経営破綻は、金融機関の場合はその財務内容が極度に悪化し実質的に破綻に陥っていたとしても流動性が確保される限りは営業を継続でき、また経営者もそれを強く望む事情があるため、結果として破綻処理が遅れ処理コストが拡大しやすいという問題があることを強く認識させた。」としている。「１．不良債権問題の早期処理と今度の金融システムのあり方」の（２）　参照。
[24] なお、翁百合「金融監督政策の新潮流－インセンティブ・コンパティブル・アプローチ、機能別アプローチ、市場規律主軸型監督のあり方」Japan Research Review　１９９７．６号１７頁～２１頁は、早期是正措置の欠点として次の３点を指摘している。第一は、規制が画一的で、金融機関の自主的なリスク管理努力との整合性が欠如する面を持ち合わせていること、第二は、連結ベースでの自己資本比率を基にする手法であるため、セーフティネット（引用者注　中央銀行による最後の貸し手機能や預金保険制度といった、金融システムを事後的に保護するための仕組み）の適用範囲を必要以上に拡張する結果となること、第三は、自己資本比率規制自体が、金融当局による資本市場への介入であるため、市場規律を重視するという考え方と矛盾することの３点である。また、堀内・前掲注１４の７頁は、早期是正措置の下では、投資家にとって銀行経営をモニターする誘因が失われ、監視の役割が全面的に規制当局に委ねられることを指摘している。
[25] 中間とりまとめの「はじめに」参照。中間とりまとめについては、金融９７年２月号２５頁～３１頁のほか、金融財政事情１９９７．１．２０号６２頁～６７頁に全文が掲載されている。なお、この中間とりまとめを受けて、平成９年３月５日付けで大蔵省金融検査部は、「早期是正措置制度導入後の金融検査における資産査定について」（蔵検第１０４号平成９年３月５日）と題する通達を発出している。
[26] 自己査定制度が適正な財務諸表を作成するための作業であるほかに、資産内容の実態把握によるリスク管理にも活用しうる点について、日本銀行考査局「信用リスク管理の高度化に向けた自己査定の活用について」日本銀行月報１９９７年１０月号１～１６頁参照。
[27] 中間とりまとめの「１．適正な財務諸表の作成に当たっての基本的考え方」の「３．資産の自己査定について」（２）参照。
[28]これらの内容についは、金融財政事情１９９７．３．１７号６５頁～７０頁参照。

[29] 資産査定のガイドラインは、前述の「資産査定について」に示されており、各金融機関がそこで定められた基準に従って独自の査定基準を作成し、その独自の基準に従って資産の自己査定を実施する必要があるが、ここでは、より簡潔に分類の基準を理解することができる中間とりまとめに示された基準を記載する。中間とりまとめ「１．適正な財務諸表の作成に当たっての基本的考え方」の「３．資産の自己査定について」（２）参照。
[30] 中間とりまとめの「１．適正な財務諸表の作成に当たっての基本的考え方」の「３．資産の自己査定について」（５）参照。
[31] 中間とりまとめの「１．適正な財務諸表の作成に当たっての基本的考え方」の「３．資産の自己査定について」（３）参照。
[32] 注２５の「早期是正措置制度導入後の金融検査における資産査定について」通達参照。
[33] 新しい金融検査・監督にあり方について、その骨格を示した報告として、金融検査・監督等に関する委員会「今後の金融検査・監督等のあり方と具体的改善策について」があり、金融検査方法の変更は、基本的にこの報告内容に沿うものである。報告について、金融９６年２月号２０頁～２２頁参照。
[34] 高橋洋一『新版 ケース・スタディによる金融機関の債権償却』（金融財政事情研究会、１９９４）３２頁。
[35] 蔵検第２９６号平成９年７月４日「「不良債権償却証明制度等実施要領について」通達の廃止について」。同通達については、金融財政事情１９９７．７．１４号４３頁参照。
[36] なお、自己査定制度導入後の会計監査人による監査のためのガイドラインとして、日本公認会計士協会が平成９年４月１５日に公表した「銀行等金融機関の資産の自己査定に係る内部統制の検証並びに貸倒償却及び貸倒引当金の監査に関する実務指針（銀行等監査特別委員会報告第四号）」がある。内容については、金融財政事情１９９７．４．２１号３４頁～３７頁参照。この実務指針について解説した資料として、西川郁生「早期是正措置制度における外部監査－銀行等監査特別委員会報告第四号「実務指針」の背景と概要」金融財政事情１９９７．６．９号２６頁～３０頁がある。
[37] 池尾前掲注４『金融産業への警鐘』　３１頁～４５頁は、いち早くこれらの問題を的確に指摘した。
[38] 橋本総理が提示した金融改革の基本方針は、「我が国金融システムの改革－2001 年東京市場の再生に向けて」（１９９６年１１月１１日）と題するものである。基本方針には、Free、Fare、Global という改革の三原則が示されている。Free は市場原理が働く自由な市場を、Fare は透明で信頼できる市場を、Global は国際的で時代を先取りする市場を意味している。この基本方針については、「（資料）橋本首相による金融システム改革案」金融財政事情１９９６．１１．１８号５９頁参照。
[39] 答申については、金融９７年７月号１８頁～３７頁参照。証券と保険分野についても、同日付けで各審議会から改革プランが公表されている。証券市場については、平成９年６月１３日付け証券取引審議会答申「証券市場の総合的改革－豊かで多様な 21 世紀の実現のために」金融９７年７月号３９頁～５１頁参照。保険市場については、平成９年６月１３日付け保険審議会答申「保険業の在り方の見直しについて－金融システム改革の一環として」金融９７年７月号５２頁～５９頁参照。ビッグバン構想の概要について金融当局が解説した文献として、石田晋也「金融システム改革の概要」ファイナンス１９９７．７号３２頁～３５頁がある。また、金融制度調査会答申の概要について金融当局が解説した文献として、松村武人「金融制度調査会答申「我が国金融システムの改革についての概要－活力ある国民経済への貢献」」ファイナンス１９９７．７号５４頁～６２頁がある。
[40] 本章で扱ったテーマに関する最近の優れた研究の成果として、細田隆『転換期の金融システム－グローバル・スタンダードと日本版ビッグ・バン』(金融財政事情研究会、１９９８)がある。
[41] 今後、銀行経営においては、銀行自身による自己規律が従来になく重要となる。その意

味で、バーゼル銀行監督委員会が１９９８年１月に公表した「内部管理体制の評価のためのフレームワーク」は、銀行の内部管理体制を確立する上での、チェックポイントを網羅的に検討した非常に有益な報告書である。なお、この報告書は、日本銀行のインターネット上のホームページに、日本銀行による仮訳が公開されている。日本銀行のホームページアドレスは、「http:/www.boj.or.jp/」である。

[42] 首藤恵・松浦克己・米澤康博『日本の企業金融　変化する銀行・証券の役割』(東洋経済新報社、１９９６）１０７頁〔松浦〕は、このような観点からメインバンクシステムが一定の意義を待ち続けるとする。

ポール・シェアード『メインバンク資本主義の危機』(東洋経済新報社、１９９７)は、わが国のコーポレート・ガバナンスの構造を、株式持合いを核心として、メインバンクがガバナンスの中心的担い手となっている点を特徴として捉え、これをインサイダー型システムと名づけ、非常に多数の者がガバナンスの担い手となるオープン型と名づけられたアメリカのコーポレート・ガバナンスの構造とを対比する。そして、ビッグ・バンによる金融構造の変化をも踏まえたうえで、今後のあるべきガバンナンス・システムとして、オープン型への移行ではなく、現状のわが国のシステムを再構築したうえで、再活性化を図るべきことを提唱する。同書２７頁～６３頁、２１３頁～２２５頁参照。

寺西重郎「日本型経済システムの転換と金融」金融９５年９月号（５８２号）２２頁は、「メインバンクは従来のごとく長期・短期をすべて含んだ総合的モニタリング・システムとしてではなく、短期的モニタリングに徹するかたちで継続されうると考える。」としている。

広田真一「９０年代のメインバンク関係」金融９７年１２月号（６０９号）１１頁は、「企業経営を脅かすテークオーバーと経営悪化による倒産の可能性がなくならない限り、たとえ企業のメインバンクへの借入の依存が低下しようとも、真の意味での「企業のメインバンク離れ」は簡単にはおきそうにない。」としている。

第　二　部

メインバンクによる経営危機企業の救済とその法的検証

第一章　救済融資の定義

本章では、メインバンクによる経営危機企業の救済の中の代表的行為類型である「救済融資」の定義を明らかにする。一章を充ててこの問題を扱うのは、わが国でこれまでに「救済融資」の厳密な定義付けが行われていないからである。

金利減免や金利の棚上げ、返済繰延べといった行為は、融資先が当初の約定どおりに返済条件を履行できないことに対応して行う行為であるため、これらの行為は行為そのものが融資先の経営悪化という事実と密接に結びついている。ところが、救済融資については、健全な企業に対する融資も経営危機に陥った企業に対する融資も、融資という行為の性質そのものに違いはないため、通常の融資と救済融資にはどのような違いがあるのか、ということを特に明確にしておく必要もあるからである。

第一節　「救済融資」に関する既存の定義

第一款　概観

まず、領域を問わず既存の文献において、「救済融資」という言葉がどのように定義付けられているかをみてみる。既存の文献においては、「救済融資」に明確な定義付けを行ったものは少ない。「救済融資は、すでに多額の融資をうけた者が経営上の苦境におち入っている（ママ）場合に、その経営上の苦境を救うために融資を追加する場合など、一般に倒産に瀕した企業の経営の改善のための資金として貸し付けられるものである」とするもの[1]、「借り手企業の資金状態が悪化したとき、放置したり融資引き上げを行なって倒産するままにしておくのではなく、金融機関、とりわけメインバンクが緊急に流動性を供給して支援することである。」とするもの[2]、「銀行の貸付先が相当の経営危機に陥っており、そのままでは既存の貸付金の回収が不能となるおそれがあるので、当該貸付先に資金繰りをつけてその経営危機を回避させ、既存の貸付金の回収を可能ならしめる目的でさらに貸付を行うということがある。」とするもの[3]が、数少ない例である[4]。使い方にも論者によって違いがある。既存の文献をみるかぎり、「救済融資」に関する明確な定義は確立されていないと言える。

救済融資が法的に問題とされる局面は、否認権との関係で破産法の領域があり、特別背任罪との関係で商法の領域がある。以下では、破産法と商法の領域で、「救済融資」という言

葉にどのような定義が行われているかをみてみる。なお、理論上は、レンダー・ライアビリティーとの関係で民法の領域においても救済融資が法的に問題となりえる。例えば、メインバンクが支援を表明しておきながら必要な支援を行わず倒産した企業があったとしよう。取引解消を計画していたものの、メインバンクによる支援表明を信じて取引を継続した経営危機企業の取引先は、場合によっては、メインバンクが必要な支援を行わなかったことによって損害を被ったといえる場合もありえよう。ただし、このような問題について、わが国では具体的に訴訟として争われた事例はほとんどない[5]。そこで、現時点では民法上、救済融資は研究の対象とはされていないため、民法の領域からの検討は省略する。

第二款　破産法上の救済融資

破産管財人は、破産者による詐害行為や偏頗行為の効力を否定する「否認権」を行使できる（破産法72条、76条）。否認権は、責任財産から失われた財産を破産財団に回復し、破産債権者に対する公平な配当を実現するために認められた権利である。否認権の対象となる行為に、担保の供与がある（72条２号・４号）。経営危機に瀕した企業が、銀行から融資を受ける際に行った担保の提供行為は、否認権行使の対象となる可能性がある。

破産法関連の文献では、否認権行使の対象となる担保提供の前提となる当該企業の借入、つまり、経営危機に瀕した企業が受ける融資を救済融資と呼んでいる[6]。また、経営危機を回避するための最低限必要な融資とするものもある[7]。しかし、意識して「救済融資」という用語に明確な定義付けを行っている文献は見当たらない。

第三款　会社法上の救済融資

会社法の領域では、商法486条が規定する発起人・取締役等の特別背任罪の規制対象となる不良貸付と、救済融資との区分が問題となる。銀行取締役は、融資先の利益を図る目的で、無担保や担保の不十分な融資を行い、貸付金の回収が困難となる危険を生じさせた場合は、その任務に違背して会社に財産上の損害を生じさせたと認められ、背任罪が成立するとされているからである[8]。

この領域の文献では、「救済融資」という用語には、破産法の領域以上に積極的な定義が行われていない。倒産の危機に瀕した融資先に対する融資という意味で使われているもの[9]や、既存債権を保全し貸付金の回収をはかるために行う必要最低限の融資とするもの[10]、あるいは全くこの用語が使われないもの[11]もある。

既存の文献においては、おおむね、経営危機に瀕した企業に対する救済を目的とした融資を「救済融資」と呼んでいる。しかし、定義は必ずしも明確ではない。明確な定義付けが行われないままこの用語が使われてきた理由は、この用語が関連する法領域においては、救済融資を行うこと自体の当否が問題とされたのではないため、そもそも厳格な定義付けを行う必要がなかったことによるものと考えられる。救済融資は、否認権行使の対象となる担保提供の原因となる融資や特別背任罪の対象となる不良貸付に該当する可能性のある融資であると同時に、通常の融資とも性格の異なる融資である。救済融資は、既存の法領域で問題となっている否認権行使の対象となる担保提供の原因となる融資や特別背任罪の対象となる不良貸付よりも広い概念として捉える必要がある。

第二節　倒産と経営危機の定義

既存の文献における「救済融資」という言葉の定義、つまり「経営危機に瀕した企業に対する救済を目的とした融資」とする定義には、企業の経営危機とは何なのかということが明らかにされていないという大きな問題がある。経営危機は企業が倒産に至る前段階と考えられる。本節では、救済融資の定義付けを行う前作業として、倒産と経営危機の意味を明らかにする。

第一款　倒産の定義

経営危機の意味を明らかにするには、まず「倒産」とは何なのかを明らかにする必要がある。わが国には、倒産について定義した法律は存在しない[12]。つまり、実務では頻繁に用いられる「倒産」という言葉は、法律用語ではない。

そこで、倒産とは何かについて定義する必要が生じる。特定の事実が発生した場合や、企業が一定の状態に陥った場合を「倒産」とするのが一般的だが、どのような事実、どのような状態を含めるかには見解の相違がある。

法的な倒産処理手続には、清算型として破産、特別清算があり、再建型として和議、会社整理、会社更生の５つがある。また、実務上は、企業が手形交換所の取引停止処分を受けたときにも倒産として取り扱われる[13]。さらに、倒産処理に裁判所が関与しない私的整理がある。このような状態を倒産と呼ぶことに、まず異論はなかろうが、例えば1997年11月に自主廃業を決定した山一証券や、同年同月に北洋銀行に営業譲渡を決定した北海道拓殖銀行の

事例では、上に述べたどの手続にも当てはまらない手続がとられている。そこで、これらの企業も倒産したと考えるのかどうか、倒産したとするならば、倒産についてどのような定義を行うべきかという問題が生じる[14]。

ある見解によれば、企業が経済的に破綻し、弁済期にある債務の支払いが困難となり、ひいては企業が経済活動をすることができなくなる状態に立ち至ることを倒産と定義する[15]。倒産に関する最近の最も進んだ研究によれば、倒産を経済活動の持続が何らかの原因で困難、もしくは不可能な状態と定義した上で、経済活動に対する制約要因として経済的制約要因、法的制約要因、社会的制約要因の３つを挙げている[16]。この見解によれば、山一証券、北海道拓殖銀行とも経営活動の持続が困難あるいは不可能な状態に陥ったために、自主廃業や営業譲渡という手続がとられたのであるから、倒産したと認識することができる。

私見は、後述のように、倒産の要因について資金調達の不能による支払不能という資金的側面を重視している。経済活動の制約要因を３つに分けることには倒産原因を、より厳密に理解するのに役立つものの、３つの要因の中で原因と結果の関係があるようにも思われる。つまり、企業の社会的信用失墜や極度の販売不振の結果、法的倒産手続に移行するというように。そこで、私見では、倒産とは経済活動の持続が何らかの原因で困難、もしくは不可能な状態であると定義すれば足りると考える。

なお、会社更生や和議といった再建型の倒産手続が選択されれば、再建される場合もある。そこで、これらの事実の発生を指して、「実質的に倒産した」という場合もある。また、経営が「破綻」したという場合の破綻の意味は、実質的に倒産状態に陥っていることを意味すると理解してよい。

第二款　倒産の原因と経営危機の定義

企業の倒産は多くの要因が複雑に絡み合って生じるが、倒産を引き起こす直接的な原因は、企業が資金不足に陥り、手形の決済や買掛金の支払といった債務の支払ができない事態となることに集約される[17]。つまり、倒産は流動性の欠如によって引き起こされる[18]。

流動性の欠如は、赤字経営や資金繰り計画の失敗によってもたらされる。

資金繰り計画の失敗とは、今日、入金を予定していた売掛金の入金がないため、支払資金の調達に支障をきたすという場合が典型例である。資金繰り計画の失敗は、今日予定していた入金が何らかの理由で入金にならず、支払資金が不足するといったように、事故としての性格を持つので、どのような優良企業においても発生の可能性を否定できない。これに対し

て赤字経営は、企業が収入で仕入決済を含めた経費の支払を賄えない状態に陥ることであり、特定の企業においてのみ生じる。当期利益の赤字は自己資本によって補填されるが、赤字決算が続くと赤字額が自己資本を食いつぶし、ついには債務超過に陥る。債務超過に陥ると、当該の企業に信用を供与する者が慎重になり、市場からの調達や金融機関からの借入もしだいに困難になるため、資金調達の手段が制約されてくる。調達不能が確定し、債務の支払ができなくなった時点で倒産という事態が生じる。

このように企業は、赤字決算が継続される限り、倒産の危険性が高まる。本論文では、企業が赤字決算に陥って資金調達能力が低下し、流動性が欠如することによって倒産の危険性が高まった状態を、企業が「経営危機に瀕している」、あるいは「経営危機に陥っている」と言うこととする。債務超過に陥った状態は、とくに経営危機が進行した状態である。この定義で資金的側面を重視するのは、企業は借入、増資、企業間信用のいずれを問わず、資金が調達できる限り倒産しないからである[19]。ただし、赤字決算を続け、経営危機に瀕している企業に対する融資が、どの時点から救済融資と呼ぶべき融資となるかは難しい問題である。どの程度赤字が累積した段階で企業が倒産するかは、ケース・バイ・ケースだからである。蓄積の少ない企業であれば、一回の取引について生じた赤字により、倒産に至る場合もある。いずれにせよ、企業は、スイッチがオフからオンに切り替わるように、ある時突然に経営危機に瀕したと呼べる状態に陥るわけではない[20]。そこで本論文では、赤字の発生、またはその累積（債務超過状態を当然に含む）によって流動性が欠如し、倒産の危険が高まった状態を「経営危機」と言うに止める。

第三節　本論文における「救済融資」の定義

次は、救済の意味である。これは、銀行が融資先企業が経営危機に瀕していることを認識した上で、倒産を回避すべく必要な資金的措置を講じることである。たとえ赤字に陥っていても、その赤字が一時的な要因によるもので、資金調達能力を喪失していないために流動性の欠如を生じる心配が少なく、倒産の危険が少ない場合、当該の企業に対する融資は救済融資と呼ばない。そうでなければ、赤字企業に対する融資が全て救済融資となるからである。

さらに、救済「融資」と言えば、救済の手段として新規融資をすることを意味する。また、銀行に融資先企業が経営危機に瀕していることの認識が必要である。銀行の不注意でこの認識を欠く場合を含めて、この認識が銀行にない場合は通常の融資となる。どのような融資に

も貸倒れの危険はあり、救済融資と通常の融資の違いは、貸倒リスクの程度の差に求められるからである。救済融資であることの認識は、融資を行う銀行側に存すれば足り、融資を受ける企業側の意思の如何を問わない。そうでなければ、銀行が融資先に対して融資を行う都度、救済融資であることの確認を求めなければ、救済融資とならなくなるからである。経営危機の認識と救済融資であることの認識は、通常の場合は同時に存在する。

以上の検討から、本論文における「救済融資」は、赤字の発生またはその累積により、資金調達能力が低下して流動性が欠如し、倒産の危険が高まった企業に対して、銀行が倒産を回避すべく行う融資であると定義する。本論文で考察の対象とするメインバンクの経営危機企業に対する救済は、資金的救済を対象とするとともに、資金的救済の中でも、救済融資のほかに、それと密接に関連した救済行為である金利減免、利息棚上げ、返済繰延べ、債務肩代わり、債務免除の６種の行為類型を対象として考察を進める。

なお、救済融資を含めた経営危機企業に対する救済は、わが国におけるメインバンク・システムの下でメインバンクによって行われることが多い。本論文のタイトルを「メインバンクの救済融資に関する法的研究」としたのも、このような事情によるものである。しかし、メインバンク以外の銀行も、経営危機に陥った企業に対して救済融資を実行することが全くないとは言えない。経営危機企業からの要請に基づいて、メインバンクに足並みを合わせて支援に応じる銀行のあることを考えれば、このことは明らかである。わが国においては、経営危機企業の救済はメインバンクのみが行うものではないのである。本論文では、救済融資をメインバンクが行う場合を救済融資の一つの典型として捉えてはいるが、本論文における検討はメインバンク以外の取引銀行にも基本的に妥当する。また、救済融資を受ける側についても、銀行の主力取引先である場合もあれば、下位取引先である場合もあり、さらには銀行の関連会社である場合もある。本論文では、銀行が行う救済融資に関して、行為の主体と客体を限定することなく検討するとともに、主体と客体の類型別考察については、第四部第四章で細かく検討を加えることとする。

---

[1] 藤木英雄「銀行役職員の刑事責任」鈴木竹雄編『新銀行実務講座第14巻　銀行取引の法律問題』（有斐閣、1967）360頁。
[2] 日向野幹也「社債発行規制とメインバンク制」貝塚啓明ほか編『90年代の金融政策』（日本評論社、1993） 52頁。
[3] 神崎克郎「銀行取締役の融資上の注意義務－大光相銀判決の検討」商事法務1138号（1988）

17頁。
[4] 他の定義としては、次のものがある。香川保一・徳田博美・北原通貫編『金融実務辞典』（金融財政事情研究会、新版、1986）　281頁は、「経営難に陥った企業を救済するための融資である。金融機関にとっては、救済融資により当該企業が経営再建に成功すれば従来からの貸付金を焦付かせなくてすむが、もし失敗すれば、傷を大きくする結果となるというリスキーな融資であり、貸付の採算というより政治的判断でなされる場合が多い。昭和40年、日銀が信用制度の保持のため行った山一証券㈱に対する特別融資が有名である。」とする。ただし、この説明では、民間銀行が行う経営危機企業に対する救済融資は前提とされていないようにも読める。
　金融法務事情876号(1978)34頁のコラム「本号のことば」は、「業況悪化、資金繰り難等から、支払不能、倒産の危機に瀕している債務者に対し、その債務者の事業の存続を図り、これを前提として緊急の支払資金を供与する融資。」と説明している。
　他に、使用例は少ないものの、「管理融資」という言葉を定義している文献がある。金融法務事情743号（1975）40頁のコラム「本号のことば」は、「実務上のことばで、定義もまちまちだが、「危機状態にある企業に対して、金融機関が、その企業の資金繰りなどを管理しながら実行する融資のこと」と考えておくのが、実体に即しているようである。」としている。
[5] 第二部第二章第三節第一款でわが国で唯一と思われる事例を検討する。
[6] たとえば、伊藤眞『破産法』（有斐閣、新版、1991）　では、 279頁から280頁に注を含めて４カ所、 287頁と293頁に各１カ所、「救済融資」という用語が使われているが、定義については明らかにされていない。霜島甲一『倒産法体系』（勁草書房、1990）　317頁では、倒産者の破綻が顕在化してから、金融機関がその救済にのり出して行う貸付を救済融資としている。
[7] 谷口安平『現代法学全集33　倒産処理法』（筑摩書房、第二版、1986）254頁。
[8] 上柳克郎・鴻常夫・竹内昭夫編『新版注釈会社法(13)』（有斐閣、1990）　568頁〔芝原邦爾〕。
[9] 藤木英雄『刑法』（弘文堂、1971）373頁、上嶌一高「特別背任罪の類型」商事法務1265号（1991）25頁。
[10] 上柳・鴻・竹内　前掲注８　568頁～569頁〔芝原〕。
[11] 大塚仁『刑法概説（各論）』（有斐閣、増補二版、1980）　252頁～259頁の背任罪の項には、「救済融資」の語は見当たらない。伊藤榮樹ほか編『注釈特別刑法第五巻Ⅰ』（立花書房、1986）　140頁〔伊藤榮樹〕　も同様。
[12] 中小企業倒産防止共済法２条２項は、中小企業者が共済金の貸付けを受けるための条件としての「倒産」について、①破産、和議開始、更生手続開始、整理開始又は特別清算開始の申立てがされること、②手形交換所において、その手形交換所で手形交換を行っている金融機関が金融取引を停止する原因となる事実についての公表がこれらの金融機関に対してされること、の２つの規定をおいている。しかし、これは「倒産」そのものを直接的に定義したのではなく、各号の規定に該当する事態を「倒産」として取り扱うという規定の体裁をとっており、法が積極的に「倒産」の定義を行った規定とはみられない。規定の主旨は、共済金の貸付を受ける条件を定める必要性から、外部的に確認が可能な一定の事実を倒産として取り扱うということにある。
[13] 取引停止処分を倒産とみる実務処理の例として、形式基準による債権償却特別勘定の対象となる事実（法人税基本通達9-6-5）や、銀行取引約定書による債務者の期限の利益喪失事由（銀行取引約定書５条１項２号)、中小企業倒産防止共済制度において共済契約者たる中小企業が共済金の貸付を受ける要件（中小企業倒産防止共済法２条２項２号）がある。
[14] 1997年１２月１３日付け日本経済新聞３面には、民間の調査機関である帝国データバンクが集計した同年11月の企業倒産に関する集計値が報道されている。この報道によれば、

11月の企業倒産にかかる負債総額は２兆174億円とされており、この中には北海道拓殖銀行や山一証券は含まれていないとされている。

[15] 田村諄之輔「企業の倒産」竹内昭夫・龍田節編『現代企業法講座第二巻　企業組織』（東京大学出版会、1985）145頁。

[16] 太田三郎『企業倒産の研究』（同文館、1996）27頁～28頁。経済的制約要因としては、極度の販売不振、支払不能、債務超過あるいは過度の累積赤字に陥ることが挙げられており（同書21頁～22頁）、法的制約要因としては、前述の５つの法的倒産手続が挙げられている（同書22頁）　。そして社会的制約要因としては、企業が社会的な批判を浴びて信用を喪失し、存立基盤を失うことが挙げられている（ 同書22頁）。なお、同書22頁～27頁には、研究者、信用調査機関、裁判所、全国銀行協会連合会に分けて、それぞれが行う倒産の定義がまとめられている。

[17] 田中亀雄『倒産・再建と会計』（商事法務研究会、1989）　６頁～８頁参照。

[18] 1997年11月に倒産した山一証券と北海道拓殖銀行のケースにおいても、海外格付け機関の格付けの引下げを原因として､市場から必要な資金を調達することができなくなったことが倒産の直接的原因である。しかし、これは倒産の真の原因ではない。これら２企業の事例では、格付け引下げの根拠、つまり経営内容の悪化を引き起こした原因が、倒産の真の原因である。

[19] 鹿野嘉昭『日本の銀行と金融組織』194頁（東洋経済新報社、1994）参照。
　このことは、本論文の全体をとおして極めて重要な意味を持つ。

[20] 同様の議論に、いわゆる「契約の熟度」として、契約法で議論されている契約の成立時期に関する問題がある。この問題につき、河上正二「銀行取引における契約の成立段階の諸問題」金融法研究・資料編(10)(1994)２頁～42頁参照。

第二章　メインバンク関係の法的性質

メインバンクが経営危機企業を救済するという行為を法律的に分析すると、この行為はどのような意味を持つのであろうか。本章では、メインバンクと融資先との関係について、第一部第四章で行ったメインバンク・システムに関する検討をも踏まえながら、その法的性質を明らかにすることを試みようとするものである。メインバンク・システムについては、従来、経済学や金融論からの研究が多数見られるものの、法律学の立場からの本格的な研究は見られない。これは、メインバンク・システムに起因する法律問題が、従来は具体的な事件や訴訟になってこなかったことによるものと思われる[1]。メインバンク関係について法律的に検討することは、メインバンクと融資先との関係にとどまらず、ひろく銀行と融資先との関係そのものについて法律的に検討することに他ならない。検討に先立って、まずこの点を明らかにしておきたい。

第一節　黙示契約性

第一款　銀行と融資先との契約関係

主力銀行と融資先との間のメインバンク関係は、法律的にはどのような性質を有するのだろうか。融資取引においては、取引に先立って銀行と融資先となるべき企業や個人との間で、銀行取引約定書に基づく銀行取引契約が締結される。銀行取引約定書は約款であり、銀行取引に当たっての基本約定書と位置付けられ、双方の一般的な権利義務を定めている。ただし、銀行取引約定書が銀行側に有利な内容であるという点と、銀行取引約定書の内容を承諾しない限り、相手方が銀行からの信用供与を受けられないという問題のある点は、周知のとおりである[2]。銀行は住宅ローンや消費財購入のためのローンといった消費者向けの一部の融資を除いて、営業性の資金を融資する際には、例外なく融資先との間でこの契約を締結する。銀行取引約定書は約款であるので、融資先ごとに銀行取引約定書に定められた権利義務の内容が異なることはない[3]。そして、銀行取引約定書は、融資先から銀行に対して差し入れられる差し入れ方式が採用されており、銀行が銀行取引約定書に署名することはない[4]。

この銀行取引約定書を基本約定書として、与信形態に応じて必要となる個別の契約が締

結される。与信形態が証書貸付であれば、金銭消費貸借契約証書[5]によって金銭消費貸借契約が締結され、この契約に基づいて融資が実行される。さらに、融資の見返りに融資先が不動産担保を銀行に差し入れる場合には、（根）抵当権設定契約証書によって（根）抵当権設定契約が締結され、不動産に対して担保権が設定される[6]。

第二款　メインバンクと融資先との契約関係

では、メインバンクと融資先との間の契約関係（メインバンク関係という）はどうなっているのであろうか。

メインバンクと融資先との間には、上に述べた契約以外に特別な契約関係は存在しない。メインバンクと融資先との間に、メインバンク・システムを前提とする特別な契約が取り交わされているということはないのである。そこで、メインバンク関係は、メインバンク・システムに関する経済学、金融論の研究者によって「黙示的契約」であるとされている[7]。救済融資の実行は、メインバンクと融資先との間に締結された特別な契約に基づいて行われるのではなく、メインバンク関係にない他の融資先と同様に、証書貸付ならばあくまでも金銭消費貸借契約に基づいて実行されるにすぎない。このようなメインバンク契約の黙示性ゆえに、メインバンク・システムの存在自体を否定的に捉える見解のあることは、すでにみたとおりである。メインバンクは、事前の契約によることなく経営危機に陥った融資先を救済するのであるから、基本的には銀行の負っている契約上の義務に基づく行為として行われるものではないということになる点には注意が必要である。

このように、メインバンク関係には明確な契約関係が存在しないため、法律的には分析しづらい性質をもっている。しかし、メインバンク関係が特別な契約に立脚していないということは、メインバンクが行う経営危機企業の救済が、救済の相手先が大企業であろうと中小企業であろうと、メインバンク先であるか否かの判断をベースとはするものの、「基本的には」銀行が行う通常の融資判断と同じ枠組みに従って行われていることを意味しているとも考えられよう。

第二節　継続的取引関係性

第一款　メインバンク関係の形成過程

メインバンク関係について視点を変えてみてみよう。メインバンク関係そのものは特別

の契約関係に立脚していないものの、メインバンクと融資先との取引の継続性に着目するならば、メインバン関係には継続的取引関係という特徴が導き出せる。なお、銀行と運転資金を中心とする営業性資金を融資する融資先との間には、仮に銀行がメインバンクでない場合であっても、融資が繰り返し実行される点で、継続的取引関係の存在が認められる。

メインバンク関係は、取引を継続することによって、ある程度時間をかけて徐々に形成される。銀行側は、当該融資先について一定の時間をかけてじっくりと審査し、メインバンクになるという決断を下した上で融資残高と融資シェアを増加させ、同時に相手先企業の株式を保有したり、場合によっては相手先企業に人材を派遣したりすることによって取引銀行の中でのメインバンクの地位を確立するのである[8]。融資先の側には、これと全く逆の判断が繰り返されることはいうまでもない。特定の銀行を自社のメインバンクとするに相応しい銀行と認めた上で、融資の申込みをしたり持ち株の要請をする。また、特定の銀行をメインバンクとすることを決断した企業は、メインバンクに銀行取引を集中していく[9]。手形の決済や買掛金の支払い、売掛金の回収、外国為替、流動性預金のプールといった事項である。

第二款　メインバンク関係の継続的取引性

近年、法学のみならず経済学や経営学の領域においても、継続的取引に関する関心が高まっている[10]。継続的取引に関する関心の高まりの背景は、アメリカが日本の取引慣行が閉鎖的であるとの指摘を行った日米構造問題協議にあるとされる[11]。日本的継続取引の特色として、次の４つの点があげられている[12]。

①特定の相手ときわめて長期にわたって取引を行う。

②契約書を重視しない（書面化しないことも少なくない）。

③契約の締結に際して決めた契約条件も、事後的に柔軟に修正する。

④紛争にさいしては、契約書を援用せず、当事者どうしの話合いで解決しようとする。訴訟を嫌う。

これら継続的取引に関する特色は、銀行と融資先との関係をベースとするメインバンク関係にも基本的には適合的であると考えられる。銀行取引に関して個別に検討するならば、各項目について次のようにいえよう。

①については、銀行取引にも問題なく妥当する。一回限りの融資についても、貸倒リスクを回避するには時間とコストを投下して融資の相手方を審査する必要性がある。この手

続は、基本的に継続反復して融資を行う場合と同様である。審査に投下した時間とコストを削減するために、継続反復した融資を行うことが銀行にとって合理的である。あるいは長期信用銀行のように、長期の設備資金を主体として融資業務を展開している銀行にあっては、短期資金を繰り返し融資する銀行に比べて、融資の回数は少なくなる。そこで、審査に要したコストは、短期資金に比して金利を高めに設定することによって回収することになる。メインバンク関係が、長期の取引を前提とすることはすでにみたとおりである。

②については、銀行取引に際して銀行取引約定書という約款が用いられるため、妥当しないとも思われる点である。しかし、銀行取引約定書がわずか１６カ条から構成される点から明らかなように、銀行取引約定書が双方の権利と義務の大枠を決めるにすぎないことから、基本的には妥当するものと考えられる。つまり、銀行取引においても、具体的な問題は実際に取引関係に入ってから個別に解決しようとする傾向が見られるのである。例えば、銀行の融資先は個別の融資の申し込みを融資実行希望日の何日前までに銀行に対して行う必要があるのか、という銀行取引に入れば即座に相手方が直面するであろう問題について、銀行取引約定書は何ら規定を置いていない。このような問題は、取引関係に入ってから、個別に双方の交渉で解決されている問題である。

③については、銀行取引約定書に定められた銀行の有する権利について、銀行取引約定書が約款である点からみたとしても銀行が権利を放棄することは、ないというのが原則である。しかし、銀行取引約定書に定められた銀行の権利について個別にみると、銀行取引にも適合的と考えられる事項がみられる。融資に際して適用される利率がその適例である。銀行取引約定書第３条は、銀行が適用利率の変更権を有することを定めている。しかし、適用利率は銀行と相手方の利害が最も対立する重要な取引条件であるため、銀行が一方的に適用利率を変更できるかとなると、相手方との力関係の如何によっては、必ずしもそうではない。この条項は、金融の引締め期には銀行の「権利」と考えてよかった。しかし、現代のように金融緩和が進むと同時に、市場原理が有効に機能する銀行間競争の激しい時代にあっては、優良な相手方に対してこのようなことを銀行が一方的に行えば、相手方は自らが希望する利率を提示する銀行に取引銀行を変更するという行動をとることによって、自らの希望する利率を実現することができる。つまり、適用利率の変更権を銀行側が一方的に行使する際には、銀行には顧客を失うかもしれないという覚悟が必要となる。従って、この条項を銀行の「権利」であるとみること、逆にいえば、融資の相手方が銀行の提示する利率を受け入れる「義務」があるとみるには、銀行取引の実情からみて無理がある。こ

の条項は、銀行が金利の変更交渉を進めるに際して、理念的規定としての機能を有するにすぎない場合が多い。

④については、レンダー・ライビリティーが、近年、銀行にとっての重要な法務問題になっているとはいえ､銀行が訴訟の当事者になることは従来あまりなかったことからみて、適合的である[13]。

ここでは、メインバンク関係の法律的性質を明らかにするに止め、明らかになった性質からどのような問題が生じるかについては、第二部第四章で検討する。

第三節　メインバンク関係の法的分析

第一款　法社会学からのアプローチ

継続的取引に関する従来の研究アプローチの方法は、次の３つに分類されるとの指摘がある[14]。第一は、川島武宜教授に代表される「日本的契約観」をベースにする「法文化論」的アプローチである。このアプローチはその多くがジャーナリスティックな文章のなかで印象論風に語られるとの批判的なコメント、つまりは学問たりえていないという極めて厳しい批判が追加されている。第二は、経済合理生を強調する経済学からのアプローチであり、第一のアプローチに対するアンチテーゼとしての役割を果たしているとされる。第三は、法学の立場からする継続的契約関係の特殊性を明らかにすること、とくに契約終了時の問題を解明しようとするアプローチである。

ここでは、以上のような指摘や批判を踏まえつつ、メインバンク関係の法的性質について検討を加える。

わが国では、当事者の法律関係については、契約で内容を確定させるというより、当事者間の話し合いで決する傾向のあることはつとに指摘されているところである[15]。川島博士は、このような「権利」意識を欠く日本人の法意識を、「遅れたもの」あるいは、「近代的でないもの」として否定的に捉えたのである[16]。西洋近代型の法システムは、社会関係および紛争について、権利を中心とした考え方に立って組み立てられている[17]。このような西洋近代型の法システムに基づく尺度を、歴史も伝統も異なるわが国にそのまま当てはめて、わが国の現状を否定的に理解することには問題があるように思われる。それは、歴史や文化の否定、ひいては価値観の多様性の否定につながるからである。現在のような制度がわが国で現に機能していること自体に積極的な意義を見いだし、わが国の文化的理想

を体現しているものとして捉えることこそが重要であるように思われる[18]。そうでなければ、世界規模で情報が行き交い、かつ変化の激しい現代にあってもなお、わが国のシステムが根強く維持されていることを理解することは困難であるからである[19]。

このような考えに立脚して、次に、銀行取引を含めた継続的取引関係について検討してみる。わが国のような比較的同質性の高い社会においては、取引関係に入るに際して、発生が予想されるあらゆる問題について詳細にお互いの権利義務を事前に定めた上で取引関係に入るという手順を踏むよりも、取引に際してはお互いの権利義務の大枠を決めた上で取引に入り、実際に問題が生じた場合には話し合いで問題解決に当たっても十分に納得できる問題解決が図れてきたと思われる点を認識しておく必要があろう[20]。もしそうでなければ、わが国においても、契約関係に入る際に、事前に双方の権利義務を明確に定めようとする動きが強まったものと思われる。また、問題が生じなければ、時間と費用をかけて事前に詳細な契約書を作成すること自体が無駄でもある。このような事前の契約に全面的に依存するのでない問題解決の手法も、同質性の高い社会にあっては十分に合理性を有するものと考えられる。

また、このことを別の側面からみれば、わが国においては、取引当事者はお互いを信頼することによって継続的な取引に入ることが一般的であると言える。取引に際して事前に自らの権利義務を明確にしようとするのは、取引関係に入ってから後の相手方の行動が予想できない場合に自らの利益を擁護するための自衛手段であり、それは相手に対する信頼を欠くことの結果とも考えられる[21]。メインバンク関係は、相互の信頼関係を前提として存在している。

そこで、メインバンク関係には明確な契約が存在しないことや、メインバンクが必ずしも経営危機に陥った企業を救済するとは限らないことをもって、その存在を否定するという捉え方をするのではなく、わが国銀行取引における一つの取引慣行と捉えればよいのではなかろうか。取引慣行であるがゆえに、時代の変化とともにその内容はある程度柔軟に変化するのである。

第二款　わが国の伝統的規範概念からのアプローチ

では、経営危機に陥ったとしても必ずしも銀行からの救済が保証されていないにもかかわらず、銀行の融資先はなぜ特定の銀行とメインバンク関係に入るのだろうか。この理由を理解する上で、一つの参考となる考えが、わが国の伝統的な規範概念である「義理」で

ある。従来のメインバンク論における検討においては、筆者のみるかぎり経済的合理性の観点からメインバンク・システムの仕組みを考察したり実証分析を行う研究が中心であり、このような視点を提唱する見解はみられない。ドイツにおけるハウスバンクの制度を除いて、世界に類例をみないメインバンク・システムが、わが国においてのみ生成・発展した理由を解明する上で、このような視点も有益であると考えられる。

六本博士は、義理の具体的性質として次の４点をあげる[22]。

第一は、「義理においては、規範遵守を監視する側（引用者注　銀行取引に当てはめれば銀行）が規範の具体的な内容を明確に特定し、また規範遵守を明示的に要求するということは、規範貫徹過程の前提とされない。規範の受益者（引用者注　銀行取引に当てはめれば銀行の融資先）が、そのような要求をすることは、はしたない行為とされ、行為者に対する不信頼をあらわすものとして排斥される。」

第二は、「行為者の側は、規範の監視者ないし受益者が遵守を要求する必要にせまられないよう配慮し先手をとって義務を履行しなければならない。（中略）関係当事者の間には、利害の一致が、さらに、好意的な関係（「和」）があるものと想定されているのである。」

第三は、「実際には、そのような一致や好意が常に存在するとは限らない。」ことである。

第四は、「社会秩序が以上のようなプロセスをへて維持される結果、社会規範が、具体的・明示的な準則として客観化され、それ自体として自立的な拘束力を獲得する機会を持たない。（中略）人々の意識において法と道徳とが明確に分離されないことにつなが（る）」。

第一の性質からすれば、銀行の融資先が経営危機に陥った場合に救済が受けられるか否かを明確にしないままで、取引関係に入る要因を矛盾なく理解することができる。銀行の融資先が銀行に対して救済融資に応じることの言質をとるということは、銀行に対する不信頼を示すことになる。同質性の高いわが国にあっては、契約関係、とくに継続的契約関係は相互信頼を基本としており、欧米社会における権利・義務が支配する契約関係とは異なる側面を有しており、上に述べた「義理」の概念からメインバンク関係を理解することも、メインバンク関係を理解する上での一つの手助けとなるものと思われる。

現在のわが国社会は大きく変化しつつある。地域社会の崩壊や、都市部を中心とする社会の同質性の崩壊現象は、かつてわが国社会に強く見られた「義理」の概念の希薄化を進めていると考えられる。わが国社会も、当事者の関係は、契約に基づく権利・義務をベースとする関係へと急速に変化しつつあるように見られる。メインバンク関係の固定性の程度が低いという指摘は、わが国社会の変化、つまり「義理」の概念の希薄化や、直接金融

市場の成長に伴う企業の資金調達方法の多様化とも密接に関連した現象であると考えられる[23]。

第三款　経済合理性からのアプローチ

必ず救済を受けられるという保証のないまま企業がメインバンク関係に入るもう一つの要因として、わが国における間接金融優位の金融構造の存在を指摘することができる。第一部第二章で検討したように、わが国では、直接金融の市場が未発達で、銀行が経済活動に伴うリスクを集中して負担する金融システムが長い間選択されてきた。企業は、市場から直接資金を調達することが困難であるため、銀行との間でメインバンク関係を形成することによって、平常時の資金調達パイプを確保すると同時に、経営危機時における資金調達パイプをも確保しようとしたものと考えることが可能である。

そして、救済を受けられるか否かとは関わりなく、まずメインバンク関係を構築することこそが、救済を受けるための前提条件となり、実際に経営危機に陥った企業に対して銀行が救済策を講じるのをみて、企業はメインバンク関係を構築したとみることができよう。

株式の持合いやメインバンクからの人材派遣の受入れをとおして、メインバンクとの間で親密な取引関係を構築しておくことは、これらの行為に伴うコストの負担を伴うとしても、メインバンク先の側からみれば、それらのコストは経営危機に陥った際にメインバンクから救済を受けるための保険料であると考えることができる。メインバンクによる経営危機企業の救済というシステムが存在する以上、それを受けるためのコストを企業側が負担することは合理的である。

また、メインバンク・システムの機能が、企業が経営危機に陥った場合に限定されず、平常時にも発揮されるということも、企業側にとってメインバンク関係を構築する際の大きな動機付けとなるものと考えられる。平常時における機能とは、銀行の株式保有による乗っ取りの防止や自社内の人材不足を補うためのメインバンクからの人材派遣といった経営安定化に資する機能である。銀行の融資先が銀行との間でメインバンク関係を構築するのは、平常時に確実に期待できる経営安定化効果と経営危機時の救済に対する期待とが相合わさった結果であると考えられる。仮に経営危機時に救済が受けられなくとも、平常時の経営安定化効果は、特定の銀行との間でメインバンク関係を構築する上で、企業にとって十分に魅力的な機能であると考えられる。

第四款　メインバンク関係の新たな分析枠組みの提示

メインバンクによる経営危機企業の救済は、法律的には、継続的取引の終了に関する問題と密接に関連する問題であることを指摘することができる。

メインバンクと融資先との銀行取引を継続的取引関係として理解すれば、融資先は、事業に必要な資金について、銀行から安定、継続して供給を受けられる法律的な地位を有すると構成することができる。このような理解を前提にすれば、メインバンクによる救済融資の実行は、融資先の経営悪化後も、メインバンクが融資先に資金を供給し続けた結果であると理解することができる。逆に、融資先の経営が悪化したことを理由として取引を解消したり、救済融資を拒否したメインバンクがあったとすると、この問題を融資先の側からみた場合には、融資先の経営悪化という要因が、継続的取引関係の終了要因として正当化されるのかという問題になる。

わが国にはおいては、メインバンク関係を含めた銀行と融資先との関係を継続的取引関係として捉え、継続的取引関係をベースとして銀行に融資先に対する資金供給義務を認めようとする見解はないものと思われる[24]。これは、銀行経営の健全性を強調するとともに、銀行の利益擁護を重視すれば、経営の悪化した融資先に対する銀行の融資義務を認めることに消極的な解釈の態度をとらざるを得ないからではないかとも考えられる。つまり、銀行経営の健全性を確保することによる預金者保護の利益と、銀行の一取引先の利益を比較考量した場合に、預金者保護の利益の方が重いと判断された結果であると考えられる。

しかし、銀行経営の健全性を強調する立場に立ったとしても、銀行が常に、どのような場合にも融資を拒否する権利を有するという結論にはなるまい。銀行が融資先に対してあたかも融資に応じるような態度をとった場合や、銀行が融資に応じてくれるであろうという銀行側の言動に対して融資先が合理的な信頼を寄せ、この信頼を根拠に融資先が計画を実行に移すのを銀行が放置しているような場合、さらには長年取引を継続してきたにもかかわらず、銀行が突然何の理由もなく取引解消を通告してきた場合、銀行が対外的に支援を表明しているといった例においては、銀行に融資義務を認めるべき場合がある。

銀行の融資先の経営悪化がどのような内容であり、そしてどの程度のものかによって結論は異なることになるものと思われるが、融資先の経営悪化を継続的銀行取引契約の正当な終了事由に当たると解釈すれば、銀行は経営の悪化した企業に融資を継続する義務は負わないこととなる[25]。しかし、経営悪化を一般的に継続的取引の正当な終了事由に当たると解釈しても、期間を定めて一定の金額を融資する約束を銀行が行っている場合には、銀

行は期間中、融資義務を負うのであり、融資義務から逃れられるものではないこともまた当然である。

第四節　メインバンクの融資義務・救済義務

メインバンク・システムの存在を前提としつつ、メインバンクがメインバンク先に対して融資義務・救済義務を負う場合があるのかという問題に対する一つの解決策として、次のような視点を提示することができよう。それは、メインバンク先が経営危機に陥った要因を分けて考えてみることの必要性である。

例えば、メインバンク先がメインバンクからのたびたびの経営改善要請にもかかわらず、経営者の放漫経営によって経営危機に陥ったような場合には、経営状態の悪化をもってメインバンク関係の正当な終了事由とみ、メインバンクは融資義務・救済義務を免れると解釈することができよう。この場合には、メインバンク先がメインバンクの経営改善要求を無視したことをもって、メインバンク関係自体がすでに崩壊していると解釈することができるからである。

しかし、メインバンク先の経営者が誠実に経営に当たり、メインバンクの意向をも踏まえて懸命に経営改善努力を続けてきたにもかかわらず経営危機に陥ったような場合には、銀行の利益を擁護すべきとの立場に立ったとしても、メインバンクの融資義務・救済義務の認めるべき場合があろう。このような場合にも、経営危機の程度を分けて考えるべきである。つまり、メインバンク先が経営危機に陥ってはいるものの、メインバンク先の営業基盤はいまだ崩壊するに至っておらず、経営再建が可能な場合と、営業基盤がすでに崩壊しており、経営再建が困難であると判断される場合である。前者の場合にはメインバンクの救済義務が認められるべきであるが、後者の場合には、銀行経営の健全性を維持するために、救済義務を認めるべきではない。ただし後者の場合には、基本的にメインバンク関係が維持されているので、メインバンク先の企業としての価値が認められる場合においては、メインバンクはメインバンク先に対してM＆Aの斡旋を行い、価値が認められない場合には解散に向けたイニシアティブを発揮するというように、救済以外の方法によって企業再組織化のイニシアティブをとるべき義務を負うこととなる。

なお、メインバンクの融資義務を認めるに際しては、メインバンク関係をより厳密に定義する必要がある。私見は、①銀行がメインバンク先の株式を独占禁止法上の株式保有規

制の上限に近い割合、少なくとも 4.5%以上を保有しているとともに、融資先も同時に銀行の株式を当該企業の企業規模からみて相当程度高い割合で保有するという関係が一定期間継続していること、②メインバンクの取締役経験者が、メインバン先の取締役に就任していることに関して、定義付けを行う必要があると考えている。より具体的に言えば、①に関しては、メインバンク先の側からみて、銀行がメインバンク先の株式保有に投じている資金的負担と同程度の資金的割合で銀行の株式を保有していることと、このような状態が少なくとも５年以上にわたって継続していることを条件として提示したい。このような状態が１０年以上にわたる場合には、メインバンクの融資義務・救済義務がより強く認められるべきである。なお、経営危機に陥る過程で、メインバンク先は流動性を確保するために銀行の株式を手放すこともあろう。経営危機に陥った段階で銀行株式を手放したとしても、メインバンク関係が存続しているとみるべきことは当然である。②に関しては、メインバンクの取締役経験者がメインバンク先の代表取締役に就任している場合に、メインバンクの融資義務・救済義務が、より強く認められるべきである。この場合のメインバンクの取締役経験者とは、メインバンク先の取締役に就任した者が、就任前３年以内の期間においてメインバンクの取締役であった者とするといった案が考えられる。

また、メインバンク関係にあることを示す指標の一つとして用いられる最大の融資シェアを持つ銀行という指標については、メインバンクの融資義務・救済義務の要件を定める際には、必要ないと考えられる。なぜなら、通常の場合、メインバンク先からみた場合に、メインバンク関係にない銀行から取締役経験者を取締役として受け入れるということは考えられないからであり、銀行の取締役経験者を取締役として受け入れたということが、当該企業からみた場合に、当該取締役の出身銀行をメインバンクとしていると考えられるからである。従って、②の要件に関しては、メインバンクがどの銀行かを定義しないため、経営危機企業の取締役に、就任前３年以内に当該企業の取引銀行の取締役経験者であった者が就任していること、とすれば足りる。

さらに、メインバンクの融資義務・救済義務を認める前提条件として、メインバンク先がメインバンクに救済を要請していることが必要である。メインバンク先がメインバンク以外の、例えば主要取引先に対して支援や救済を要請し、当該取引先主導のもとで経営再建に着手したような場合には、もはや経営危機企業を救済するという局面でのメインバンク関係は終了したとみるべきであり、メインバンクに融資義務・救済義務を認める余地はない。企業がメインバンクや取引銀行、さらには取引先といった複数の先に救済のイニシ

アティブをとるように要請した場合はどうか。このような場合、イニシアティブをとる主体を調整する作業が行われるはずであり、メインバンクが救済のイニシアティブをとるのでない限り、メインバンクの融資義務・救済義務は認められない。救済のイニシアティブをとらないメインバンクが、仮に支援に応じる場合があったとしても、それはメインバンク関係に基づくメインバンクとしての支援ではない。

現在のわが国において、メインバンク関係を黙示的な契約関係に止めることなく、銀行と相手方との明確な権利義務関係に移行させようとする動きが見られるようになっていることも事実である。コミットメント・ライン契約と呼ばれる契約の広がりがその一例である[26]。コミットメント・ライン契約は当座貸越契約の一種である。この契約は、銀行が融資先に対して常に一定の貸越し枠を提供するとともに、融資先は銀行に対して貸越し枠の提供に見合う一定割合のコミットメント・フィーと呼ばれる手数料を支払う点に特徴がある。また、銀行が融資を拒否できるのは、融資先が法的な倒産手続きに入った場合にほぼ限定されており、銀行が融資先に対して明確な融資義務を負っているという点で、従来のわが国銀行取引にはみられない契約である。つまり、銀行の融資先は、明確な契約に基づいて、経営危機に陥った場合の資金調達手段を確保することが可能となるのである。

現時点においては、コミットメント・フィーが利息制限法上も出資法上もみなし利息に当たると解釈されている[27]ため、銀行は最低貸越残高に関する規定を設けたり、貸越残高が一定金額を下回った場合に契約を解除するといった違法とならない一定の措置を講じた上で契約を締結している。しかし、契約が違法とならないための措置が、契約の相手方によっては、独占禁止法上の銀行による優越的地位の濫用に当たる可能性を生じさせるため、現在のところ、この契約の利用先はわが国においてはごく限定されたものとなっている。しかし、規制緩和の一環として、この契約が合法化される予定である[28]。そうなれば、わが国におけるメインバンク関係は、より明確な契約に立脚した関係へと急速に移行するということになる可能性がある。

第四部における検討は、問題を銀行の融資義務や救済義務とは切り離して、銀行が経営危機企業を救済する場合の銀行内部の法律問題について会社法をベースに検討するものであるが、メインバンク関係と銀行の融資先に対する融資義務・救済義務との関係については、さらに検討を必要とする問題である。

[1] 筆者の知る事例である東京地判昭和６３年５月２６日金融・商事判例８２３号２７頁については、第４節で検討する。
　ほかの事例として、札幌地裁平成９年５月２６日判例タイムズ９６１号１８５頁は、北海道拓殖銀行がかつてのメインバンク先であったカブトデコム株式会社に対して貸金返還請求訴訟を提起した事例である。この事例は、メインバンク関係の破綻に伴い、メインバンクがメインバンク先に貸金返還を求めたもので、被告側は金融支援を表明しておきながらメインバンクが貸金の返還請求を求めるのは権利の濫用である等の主張をおこなった。メインバンクとメインバンク先との関係が、アメリカ法上の信認関係であると主張している点でも注目される。このように、メインバンク関係に起因する訴訟と裁判例は、しだいに見られるようになってきており、今後とも増加するものと思われる。
[2] 河上正二『約款規制の法理』（有斐閣、１９８８）６頁～７頁は、「約款の設定者は、通常は、より強い交渉力を持った企業者もしくは企業者団体であり、勢い約款内容も企業（約款使用者）側にとって有利なものとなり易い。営利追求をその本質にもつ企業者が、自己に有利な約款を使用して取引に臨むのは、いわば必然的傾向であり、一方的な、不公正な約款条項が企業者の経済的地位の維持・強化のために利用されるのは、決して単なる「病理現象」などではない。」としている。竹内昭夫「銀行取引と法律」鈴木竹雄編『新銀行実務講座第１４巻　銀行取引の法律問題』（有斐閣、１９６７）１６頁は、銀行が経済的優越性に基づいて、自己の欲する条項を約定書に挿入したとしても、裁判所による条項の効力の否定という事態を招く結果となるので、優越性に頼ることは極めて危険であるという指摘を早くも１９６７年の時点でされている。
[3] 約款による契約には、契約交渉時間の節約効果がある。石原全『約款法の基礎理論』（有斐閣、１９９５）２頁参照。融資先ごとに内容が異なれば、銀行にとっては、融資管理コストの増加要因となるだけでなく、多数の顧客を個別にその契約内容に応じて管理していくことは、およそ不可能である。
[4] 山下友信「銀行取引と約款」鈴木禄弥・竹内昭夫編『金融取引法体系第１巻　金融取引論』（有斐閣、１９８３）９３頁～９４頁は、銀行取引約定書の問題点として、差入方式が採用されている点と、内容の妥当性の２点を挙げている。差入方式は、債務者の一方的約束の形をとるため、このこと自体が契約の理念に反することに加えて、銀行の義務に関する条項が抜け落ちやすいことが指摘されている。内容の妥当性については、昭和５２年に銀行取引約定書の内容が改定されたとは言え、各種免責条項に行き過ぎた内容のある点が指摘されている。
[5] 金銭消費貸借証書に記入されている契約条項についても約款としての性質をもつ。山下・前掲注４　９２頁。
[6] 銀行取引約定書の抱えた法的問題、つまり約款論はそれだけで一つの独立した研究テーマを構成している。ここではごく簡単な検討に止めたが、約款論に関する文献については、川上・前掲書４３９頁～４５８頁にあるように、膨大な量の先行研究業績が存在する。
　なお、銀行取引約定書の検討、ひいては銀行と融資先との法律関係がどうあるべきかという問題は、現在の銀行取引法において検討を必要とするテーマの一つである。私の問題意識は、わが国において、銀行と融資先との関係が arm's -length ではないのではないかという疑問、さらには銀行の利益が擁護されすぎているのではないのかという点にある。たとえば後者の典型的な例として相殺の担保的効力に関して銀行の利益を最大限に擁護する結果となった最大判昭和４５年６月２４日民集２４巻６号５８７頁について、銀行による反社会的な行動が問題となる現代において、果してこの判例の結論が妥当であるのかどうか、さらには銀行が現代までに形成してきた法務権益の全体について、現状のままでよいのかという点を個別に検討する必要があるように考えている。
　このような問題意識の根底にあるものは、銀行経営の公共性と営利性との調和をどのように図るべきかという点にある。銀行が自らの営利を優先させることは、公共性の原則に

反する結果となるからである。現代までに銀行が形成してきた法務権益は、この公共性と営利性がわが国社会でうまく調和してきたところで形成されてきたと考えられる。つまり、銀行が自らの権利行使に際して、相手方の利益に一定の配慮を加えることによって両者の利益の調和がとられてきたと考えられる。ところが、今後の銀行経営は、第一部第五章で検討したように、自己責任原則の下で大きな変化が予想される。銀行経営には、これまでのような金融規制下での一定の利益が確保されるシステムはなくなるため、営利の追求に奔走せざるを得ない状況も予想されるのである。このような変化の中で、これまで形成されてきた銀行の法務権益を、現在の状態のままで保護し続けてよいのかという問題があるように思われる。

なお、相殺の担保的効力とそれに関する問題点、判例の形成過程については、林良平「相殺の機能と効力」加藤一郎・林良平編『担保法体系第５巻』（金融財政事情研究会、１９８４）５３２頁～５６４頁、塩崎勤「相殺判例の形成と発展」加藤一郎・林良平編『担保法体系第５巻』（金融財政事情研究会、１９８４）５６５頁～６０８頁参照。

[7] J. Mark Ramseyer, *Explicit Reasons for Implicit Contracts :The Legal Logic to The Japanese Main Bank System*, *in* THE JAPANESE MAIN BANK SYSTEM 231,231 (MASAHIKO AOKI & HUGH PATRICK eds.,Oxford Univ. Press １９９４)邦訳として、青木昌彦=ヒュー・パトリック編『日本のメインバンク・システム』（東洋経済新報社、１９９６）がある。堀内昭義・随清遠「メインバンク関係の経済分析：展望」金融経済研究３号（１９９２）１３頁では、「暗黙的契約」仮説として紹介されており、この理論は、労働経済学の分野で注目された雇用に関する「暗黙的契約」理論を金融に応用しようとするものであるとされる。

[8] 銀行がメインバンクでない場合であっても、メインバンクになるという決断をしないまでも、銀行にとっての一つの資金運用先として、つまり貸倒の危険性の少ない安全な資金運用先であるとの判断をし、取引を継続するという決断をした上で、融資を継続するというのが銀行の融資判断である。この判断過程は、基本的にはメインバンクとしての判断過程と同じである。

[9] Masahiko Aoki, Hugh Patrick and Paul Sheard, The Japanese Main Bank System: An Introductory Overview, *in* THE JAPANESE MAIN BANK SYSTEM at 14 (MASAHIKO AOKI & HUGH PATRICK eds.,Oxford Univ. Press １９９４).

[10] 内田貴「共同研究・継続的取引の日米比較（１）継続的取引に関する実証的研究の目的と意義」ＮＢＬ６２７号（１９９７）６頁。なお、このような問題意識の高まりを先取りするような形で、継続的取引に関して、継続的売買の解消の側面から継続的取引の法律問題を検討した優れた研究業績として中田裕康『継続的売買の解消』（有斐閣、１９９４）がある。

[11] 内田・前掲注１０　６頁。なお、日米構造問題協議は、流通分野における商慣行や系列関係に関する問題に止まらず、平成５年の商法改正にも少なからぬ影響を与えている。この点について、「（特集）日米構造問題協議と商法改正」民商法雑誌１０８巻４・５号（１９９３）４７９頁～５９８頁に掲載された諸論文参照。私の理解によれば、日米構造問題協議は継続的取引に関する今日の研究熱の高まりの一つの契機にすぎない。あえて言えば、これまでの法学会が実務の現場で生じている具体的な法律問題を、より抽象化・一般化して捉えようとしてきたこと、学会にはその時々に実務会で生じている法律問題が必ずしも十分に伝わらないことといった点に真の要因を見いだすべきである。本学の経営政策科学研究科における研究には、学会と実務会との間の架橋を果たすべき役割が期待されていることは明らかである。

[12] 内田・前掲注１０　９頁。

[13] 従来の銀行を当事者とする訴訟は、預金者の確定や不動産担保の効力といったどちらかといえば手続的な問題に関する争いが圧倒的に多かったといえる。銀行が貸したこと、あるいは貸さなかったことによって損害を受けたといって訴えられるということは、つい１０年ほど前までは考えられないことであった。

金融法務界の重鎮であった第一勧業銀行の堀内仁氏の監修によって昭和５０年代前半に刊行された「金融取引に関する主要な判例・先例を総覧」という副題のつけられた『判例先例金融取引法』（金融財政事情研究会、１９７９）に取り上げられた１４６のテーマをみれば、このことを理解することは容易である。例えば、同書８４頁～８５頁の鈴木正和「融資契約と融資義務」によれば、「銀行の融資取引では、通常の場合、融資の申込みに対して銀行が承諾すると、直ちに貸出しがなされるので、融資義務が問題となることはほとんどない」とされており、融資交渉過程で銀行が融資義務を負う場合のあることや、交渉が挫折した結果、相手先に生じた損害に対して、銀行が損害賠償責任を負う場合のあることは意識されていない。

また、北山修悟「共同研究・継続的取引の日米比較（２）継続的取引に関する国内アンケート調査の結果（1）」ＮＢＬ６２７号（１９９７）１６頁、１８頁は、綿密なアンケート調査を基に、継続的取引において基本契約がないとする回答の理由として、仕入取引、販売取引とも、問題が発生しても慣行や常識、話合いで解決できるとする回答が多いと総括している。

[14] 内田・前掲注１０　７～８頁。

[15] 北山修悟「共同研究・継続的取引の日米比較（２）継続的取引に関する国内アンケート調査の結果（1）」ＮＢＬ６２７号（１９９７）１６頁、１８頁は、綿密なアンケート調査を基に、継続的取引において基本契約がないとする回答の理由として、仕入取引、販売取引とも、問題が発生しても慣行や常識、話合いで解決できるとする回答が多いと総括している。

[16] 川島武宜『日本人の法意識』（岩波新書、１９６７）には、日本人の法意識の前近代性、つまり、そのことを恥ずべきこと、改めるべきこととして捉える否定的記述が多数みられる。

[17] 六本佳平『法社会学』（有斐閣、１９８６）２０９頁。

[18] 六本・前掲注１７　２２１頁。

[19] 六本・前掲注１７　２２１頁。

[20] 北山・前掲注１５のアンケート調査は、このことを裏付ける結果を示している。

また、石井紫郎「近世の法と国制」石井紫郎編『日本近代法史講座』（青林書院新社、1972）12 頁は、幕藩体制下での法の特徴を説明するに際して、「人間の思想・信条が個人によって違っている、という意識がなく、みなが同じ考え方をもっているはずだ、という前提が支配している。この前提に立てば、人間社会に本来対立・紛争はありえず、それが生ずるのはだれかの「不徳の致すところ」だということになる。」としている。このような日本人のもつ特性は、大きく変容しているとはいえ、基本的には維持されていると考えられる。

[21] 六本・前掲注１７　２０９頁は、「相手方に対して自己の権利を主張し、裁判所などの第三者に客観的な規範に基づく判断を求めることは、相手方との関係を敵対的なものと見ることを意味する」としている。

[22] 六本・前掲注１７　２２３頁～２２５頁。「義理」の概念については、石井・前掲注 20　13～16 頁も参照。

外国人による日本人論の代表的文献であるルース・ベネディクトの『菊と刀』に関する研究である川島武宜「義理」思想 327 号（1951）27 頁は、わが国の協同体的社会関係について次のように言う。

協同体的社会関係「のもっとも顕著な例は、商人と顧客との商取引関係である。人は、商取引関係においても、継続的な身分階層的な（顧客はダンナの地位にある）・箇箇の取引

を越える人身的関係（「お出入り」・「おとくい」）を設定しようとする（八百屋や魚屋や肉屋や呉服屋等との関係、大工・植木屋・土建請負業者との関係、散髪屋・髪結・美容院との関係、料理屋ないしその板前・女中・女将等との関係等々。戦争中のやみ米の買出しの場合も同様であった）。そうして、一度び設定された取引関係の相手方を変える（義理はそれを禁止する）ことは、その相手方に対する重大な侮辱、節操感の欠如、或は、裏切りを意味するのであり、そのような感情や価値判断に支えられて義理がこの関係を維持するのである。したがって、日本では経済取引の世界において自由競争が、きわめて限られた限度においてしか行われず、言いかえれば、義理は経済法則の支配をゆがめるのである。」（下線は引用者による。なお、引用に際しては、旧字体を新字体に改めた。）

メインバンク関係を上に引用した協同体的社会関係の一つとしてみてみると、メインバンク関係の特徴を理解するのに有益であるように思われる。

23 ごく最近のメインバンク論の文献では、実証分析の結果を踏まえて、９０年代以降もメインバンク関係は安定的であると指摘している。広田真一「９０年代のメインバンク関係」金融９７年１２月号５～６頁参照。

24 現在わが国で議論されているのは、融資案件一件ごとに銀行が融資義務を負う場合があるか否かという議論である。椿寿夫「銀行の融資拒絶・打切りと法的責任」ジュリスト１０３０号（１９９３）１０頁～１５頁参照。また、中田・前掲注１０の文献は、売買取引に関する検討であって、金融取引については残念ながら検討されていない。

なお、ここで継続的取引の終了に関する問題に言及すると、以上に述べてきたメインバンク関係の分析については、結局、従来から指摘されてきた継続的取引に関する分析の観点に従ったもので、新たな分析の観点を提示していないとも言えよう。ただ、改めて言うならば、メインバンクによる救済融資を、継続的取引の終了の観点から考察した文献はわが国には存在しないものと思われる。

25 現在のわが国においては、銀行の法的利益が手厚く保護されている結果、銀行に融資義務を認めることに消極的である。例えば、有担保原則のもとで、メインバンクは融資先から不動産担保を徴求している場合が多い。この場合の不動産担保は、多くの場合、根抵当権である。銀行は、担保の徴求交渉に当たって、長期間の継続的取引を前提に、将来の与信額の増加を見越して、先順位で極度額を多めに設定したいと考える。融資先の側も、設定した極度に見合って融資が受けられるとの期待があることもあり、銀行側の要請に応じる場合がある。特定の銀行が過剰な担保を取得した場合、融資先は当該銀行以外からの資金調達に際して不利益を受ける。第二順位では担保価値がないため、別の銀行から融資を受けられず、さりとて、別の不動産もないという場合が典型である。過剰な担保を取得した銀行が、相手方企業の資金需要に全て応じる限り、問題は生じない。過剰な担保を取得したにもかかわらず、例えば業績が悪化したことをもって、当該の銀行は融資に消極的な態度をとることが許されるのだろうか。

過剰な担保を取得した銀行に、取得した担保に見合うだけの融資に応じる義務がいっさいないのかとなると、疑問があろう。銀行にいっさい融資に応じる義務がないとするなら、銀行には担保を開放する義務があると考えるのが当事者の公平に資するのではないだろうか。さらに言えば、銀行が過剰な担保を取得した上で、融資を拒否し、担保を開放したとしても、すでに他からの資金調達が困難な場合も生じる。私見は、担保取得の経緯、つまり担保が過剰となった原因如何によっては、融資先の経営悪化後も、銀行が担保に見合う融資に応じる義務を負うべき場合もあるのではないかと考えている。過剰な担保の取得と、銀行の融資約束の存否、あるいは相手方の融資に対する合理的な期待の法的保護の可能性が検討されなければならない。現在のわが国には、このような問題に関する議論もほとんどみられない。

この問題に関する文献として、野田和裕「過剰担保の規制と担保開放請求権」民商法雑誌１１４巻２号（１９９６）２６頁～６２頁参照。

[26] コミットメント・ライン契約については、小田徹「シティバンクがシ団方式による新しいコミットメントライン契約を開発」金融財政事情 1998・5･18 号 15 頁～17 頁参照。
[27] 現行法のもとでも、コミットメント・フィーがみなし利息にあたらないとする見解として、菅原雅晴「コミットメントラインの方的性格とその有効性」金融法務事情 1522 号(1998) 87 頁～91 頁参照。
[28] 『規制緩和推進３カ年計画』（平成１０年３月３１日閣議決定）７５頁は、コメットメント・ライン契約について、「出資法、利息制限法におけるコミットメントライン契約の取扱いについて、平成１０年末までに結論を得て、平成１１年度中に所要の法的措置を講ずる。」としている。また、1998 年６月５日付け日本経済新聞第１面も参照。

第三章　手形交換制度と経営危機企業の救済との関係

銀行の融資先が手形を振り出している場合、手形の決済はメインバンクに集中される傾向がある[1]。本章では、手形交換制度の下において、経営危機に陥った企業が手形決済をとおして銀行、とくにメインバンクに企業存続に関する生殺与奪の権を握られている点を明らかにしたい。ひいては、現行の極めて厳しい制裁を伴う手形交換制度の存在が、メインバンク関係を構築する上での大きな要因の一つとなったと考えることも可能である。取引停止処分制度について検討する前に、手形交換制度運用上の重要な制度である統一手形用紙制度についても検討を加えることにより、手形法上は誰でもが利用できるはずの手形制度が、わが国においては銀行がその利用を承認する権限を実質的に持つ結果となっている点、ひいてはわが国経済社会で、銀行が極めて重要な地位を占めている点を明らかにしたい。

第一節　統一手形用紙制度の検証

第一款　手形交換制度と統一手形用紙制度の概観

手形交換制度は、一定の地域内にある多数の銀行が、相互に取り立てるべき手形・小切手類を一定の場所（手形交換所）に持ち寄って呈示・交換し、交換差額だけを授受して、取立および支払を完了させる制度である[2]。わが国において、手形交換所が設立されたのは、１８７９年（明治１２年）１２月、大阪に「大坂手形交換所」が設立されたのが始まりである[3]。手形交換への参加は、手形交換所の構成員である銀行と他の金融機関に限って行うことができる[4]。そして、現在わが国で流通している手形に用いられる手形用紙は、金融機関がその当座預金の預金者に対して交付する「統一手形用紙」が用いられている。

統一手形用紙は、昭和４０年に全国銀行協会連合会（全銀協）が定めた統一的な規格・様式に従って各銀行が作成した手形用紙であり、銀行を支払場所とする手形を振り出すときは、統一手形用紙を使用する必要がある[5]。紙質についても統一されているため、機械を用いた大量の手形交換処理に適した用紙の構造となっている。実務上は、統一手形用紙を用いていない手形は、支払場所に指定された銀行が決済しないため、金融機関への取立委任や預金口座への入金もできない。つまり、統一手形用紙を用いない手形は手形の資金化ができないため、わが国では事実上、手形としての経済的機能を有しない結果となる。

そもそも、統一手形制度が導入された背景は、制度導入前には手形用紙の選択が振出人の自由に任されていたため、不渡手形の増加によって手形取引の秩序が乱れたことによる[6]。つまり、手形を決済する当座預金口座のない銀行を支払場所として振り出される手形が増加し、「当座取引なし」、「取引なし」、「解約後」の三事由、つまり広義の「取引なし」を理由とする不渡手形が増加したことが原因である[7]。そこで、大蔵省から全銀協に対して対策の立案が提案され、全銀協では具体策として、統一手形用紙制度の採用と取引停止処分制度の強化を決定し、昭和４０年１２月から新制度の導入が開始されたのである[8]。この制度は、手形制度の利用を金融機関の当座預金の預金者に限定することにより、取引のないことを理由とする不渡りを撲滅することを目的とするものである。支払の予定された手形のみが手形交換にかけられるということが予定されているのである。

手形法上は、どのような用紙を用いていようと、手形法に定められた手形要件を満たした手形が手形となる。現に統一手形用紙制度が開始される前は、市販の用紙が用いられていた。統一手形用紙制度を運用することにより、わが国で流通している手形は、その信用度が格段に向上したと言える。しかし、このことを別の側面からみると、手形法上は誰でもが利用できる手形制度の利用が、事実上大きな制約を受けていることを指摘することができる。ただし、このような目的をもった統一手形用紙制度は、独禁法上も問題ないとされている[9]。

第二款　統一手形用紙制度の検証

手形が主要な資金決済手段であることは、改めて指摘するまでもない[10]。統一手形用紙制度は、信用取引の純化という目的を達成するために導入されたものである[11]。しかし、金融機関と手形制度の利用を希望する者との関係をみると、統一手形用紙制度の下では、金融機関が手形制度の利用を承認する権限を事実上持つこととなるため、経済的な意味においては、独禁法上問題ないとされてはいるものの、金融機関が「主」、手形制度の利用希望者が「従」たる地位に位置付けられる効果を伴う側面を有することを否定できない。また、手形の振出しという行為は金融的側面からみれば、資金の調達行為である。手形の利用者に制限を設けることは、資金調達手段に制約を設けるという経済的な効果をも伴う結果となることも指摘できる。

第二節　取引停止処分制度の検証

第一款　取引停止処分制度の概観

取引停止処分は、不渡手形を出した者に対する手形交換所による一種の私的な制裁である[12]。取引停止処分制度の目的は、不渡手形を出した者に制裁を課すことにより、手形取引の信用を維持することにある[13]。わが国における取引停止処分制度の歴史は古く、明治２３年に遡り、明治２７年には資金不足で不渡となった場合には持出銀行から不渡届を提出し、加盟銀行が不渡を出した者と取引をしないという現行の取引停止処分制度の原型が出来上がった[14]。取引停止処分制度の内容は次のようなものである。

支払銀行（交換持帰銀行）が手形交換所から持ち帰った手形の中に、支払に応じがたい手形（不渡手形）がある場合は、手形の形式不備といった適法な提示でないことを不渡理由とする場合を除き、支払銀行と持出銀行はともに不渡届を手形交換所に提出する。不渡届の提出があると、手形交換所は、異議の申立てまたは不渡届の取消がないかぎり、交換日から起算して４営業日目に不渡を出した者を不渡報告に記載して、交換所参加銀行に通知する。最初の不渡手形の交換日から起算して６カ月以内の日を交換日とする手形について２回目の不渡届が提出されたときは、交換所は、この交換日から起算して４営業日目に取引停止報告に掲載して交換所参加銀行に通知し、この通知を発した日から取引停止処分が発効する。取引停止処分の内容は、交換所参加銀行が処分を受けた者に対して、処分日から起算して２年間、当座勘定取引および貸出取引ができなくなるというものである。ただし、債権保全のための貸出は認められている[15]。

取引停止処分は、手形交換所参加銀行に対して不作為義務を課すものと考えられており[16]、不渡手形の発行者の受ける不利益は、あくまでも手形交換所の措置に伴う反射的効果にすぎないものと理解されている[17]。このような取引停止処分制度は、台湾で同様の制度がみられるものの、欧米諸国を含めてほとんど例をみない[18]。しかし、取引停止処分の経済社会において果たしている意義をみると、企業の存続自体が否定される効果を伴う非常に厳しいものである。つまり、銀行取引約定書５条１項２号は、破産、和議開始、会社更生手続開始、会社整理開始、特別清算開始といった企業の法的な倒産事由と並んで、取引停止処分を期限の利益喪失事由と定めている。つまり、取引停止処分を受けるということは、企業の倒産を意味しているのである。取引停止処分が、企業の倒産を意味する極めて厳しい効果を伴うという点は、取引停止処分に関する論文において例外なく指摘されているところである[19]。

第二款　取引停止処分制度をめぐる法律論

このような効果をもつ取引停止処分の有効性については、従来２つの観点から議論されている。第一は憲法の人権規定や民法１条、９０条との観点からみた適法性の観点であり、第二は独禁法からみた有効性の観点である。

第一の点については、まず、東京高判昭和２７年１２月４日下民集３巻１２号１７１７頁が、取引停止処分の違憲性を否定する判断を下している。判旨は次のようなものである。「右不渡の届出にはじまり取引停止処分に及ぶ一連の手続は、要するに手形交換の円滑な運用を担保するとともに、手形支払の義務ある者が故なくその義務を尽くさないときはこの者の信用について一応の疑いを生ずるのでこの者との取引を互いに警戒するためのものであることは明らかであつて、契約自由の原則の存する以上被控訴協会の社員銀行が信用について疑のある者との取引を拒むことはもとより当然のことであり、なんら憲法の条項に反するものではない。」結局のところ、判旨は契約自由の原則の下で、銀行が取引の相手先を選択する自由を有すると述べるに止まり、詳細な理由づけはなされていない。

民法との関係については、大判昭和６年１０月２０日法律新聞３３３２号１６頁がある。判旨は次のように述べて、取引停止処分は違法行為ではないとしている。「手形交換所ニ加入スル銀行間ニ於テ手形ノ決済カ同手形交換所ノ規則ニ従ヒ処理セラルル慣習ノ存在スルコトハ一般公著ノ事実ナレハ斯ル銀行ヲ支払場所又ハ支払人ト指定シテ手形ヲ振出シ又ハ引受ヲ為シタル者ハ叙上ノ慣習存在ノ事実ヲ知リ且之ニ依ルノ意思アリト推認セラルヘキモノトス〔１７頁〕（中略）惟フニ手形ノ不払アリタル場合ニ當該銀行並手形交換所カ手形義務者ノ承認ノ下ニ如上ノ如キ順序ニ於テ処理スルコトハ寧ロ手形取引助長ノ為適法ノ措置トシテ是認セラルヘキモノニ属シ手形義務者カ之カ為ニ或ハ不利益ヲ被ルコトアリトスルモ并ハ究寛自己ノ手形不払ニ職由スルモノトシテ之ヲ甘受スルノ外ナク其ノ責ヲ當該銀行又ハ手形交換所ニ転嫁ス可ラサルモノト為スヲ相當トス〔１８頁〕」（引用に際しては、旧字体を新字体に改めた。）つまり、取引停止処分制度の公知性を認め、取引停止処分を受け入れる支払義務者の意思を擬制した上で、取引停止処分の違法性を否定する判断を下している。

竹内教授は、取引停止処分が不渡手形の濫発・横行を防止するという公共的機能を果たしている点と、銀行が取得した手形の支払を同業者の団体による経済的圧力を用いて強制するための手段ではない点を理由に、憲法や民法、刑法には違反しないとされる[20]。前田

重行教授は、取引停止処分を公序良俗に反しないと言いうるためには、処分による不利益を与えることもやむをえないとする程度の目的の正当性ないしは公益性が必要であるとした上で、取引停止処分が手形取引の信用維持という公益性を有する制度である点、異議申立、不渡報告・取引停止処分に対する取消、取引停止処分の解除等の救済措置のある点から、公序良俗に反しないし、不法行為となることもないとされる[21]。

各論者の見解は、結論として取引停止処分が手形取引の信用維持という公共的機能を果たしている点を踏まえた上で、適法性に問題はないとしている。しかし、前田教授が上述のように取引停止処分の目的の正当性、公共性を強調されるほか、竹内教授は、「適法な慣行として承認されるためには、処分の内容が合理的な限度をこえてはならないだけでなく、最終的な取引停止処分に至るまでの諸手続についても、支払義務者の利益を不当に侵害することのないよう十分配慮が必要なことはいうまでもない。」[22]とされ、支払義務者の利益に対する配慮の必要性を強調しておられる。つまり、取引停止処分を無条件に支持しておられるのではない点に注意が必要である。

第二の点については、独禁法８条１項５号は事業者団体が事業者に不公正な取引方法に該当する行為をさせるようにすることを禁止しており、不公正な取引方法の一般指定１条は共同の取引拒絶を不公正な取引方法としているところから、取引停止処分が共同ボイコットに当たるか否かが問題となる。ただし、手形交換所の業務については、独占禁止法適用除外法２条３号イで、手形法・小切手法の規定によって指定されている事業者団体たる手形交換所に対して、固有な業務を遂行するのに必要な範囲に限定して、事業者団体の競争制限的行為を禁止し公正取引委員会への届出義務を定めた独禁法８条の適用を除外することを定めている。取引停止処分は独占禁止法適用除外法２条３号イが規定する手形交換所の固有な業務と言えるのか、あるいは固有の業務を遂行するのに必要な範囲に当たるのかが問題となる[23]。

この問題に関する唯一の裁判例として、東京高判昭和５８年１１月１７日金融商事判例６９０号４頁・金融法務事情１０５０号４３頁がある[24]。事案は、取引停止処分をうけたＸ（原告・控訴人）が、Ｙ１（東京銀行協会）（被告、被控訴人）による取引停止処分は、手形交換所の事業に参加する「共通の利害関係を有する事業者」が結合して第三者に対して行う取引拒絶であり、独禁法８条１項５号が事業者団体に対して禁じている「不公正な取引方法」に該当し、違法・無効であることを理由として、Ｙ１、Ｙ２（第一勧業銀行）（被告・被控訴人）に対して取引停止処分を受けていないことの地位の確認と、不法行為

に基づく損害賠償とを求めたものである。取引停止処分制度が独禁法に違反するか否かについて、判旨は次のようにいい、取引停止処分は独禁法に違反しないとした。

「取引停止処分は、金融機関自身の取引の安全を図る私的な利益保護のための便宜的な制度ではなく、手形、小切手による信用取引を行う者（金融機関も含む。）全体のために、経済界において広く行われている右信用取引の安全を守り、手形制度の信用維持を図る公益目的に資するものとして、手形交換業務と密接に関連し、相伴って重要な役割を果しているものということができる。しかも、取引停止処分は独占禁止法および適用除外法制定前手形交換所の創設当時から行われ、わが国経済界において手形交換業務と並ぶ手形交換所の主要業務として定着した制度であることは顕著な事実である。

これらの点からすれば、手形交換所に固有な業務を遂行するに必要な範囲に限つて交換所に対し独禁法第八条の適用を排除することを定めた適用除外法第二条の規定は、手形交換所が取引停止処分制度を運用する場合も含めて適用されると解するのが相当である(。)」

取引停止処分制度をめぐる法律論を整理すると、取引停止処分制度は、その効果が極めて厳しいものであるため、法的な有効性が問題となるものの、この制度が信用秩序維持という公共的機能を果たしていることを根拠として違憲でもなく、違法でもないとされているということになる。私見は、取引停止処分制度が信用秩序維持という目的を果たしていることは認められるものの、その制裁効果があまりにも強いがゆえに、以下で検討するように法律的にみた場合にも問題があると考えている。信用秩序の維持という目的を達成するために、不渡を出した当事者にどのような不利益を課すこともできるという結論にはならないはずである。比較法的にみても、取引停止処分制度なしに、手形制度を運営している国が大半である。わが国手形法もまた、手形を用いた取引における信用純化をこれほどまでに求めてはいない。

第三款　取引停止処分制度の改革・廃止をめぐる議論

ここでは、取引停止処分制度の改革・廃止を主張する各論者の主張を順にみてみることとする。

取引停止処分制度の廃止を早い段階から提唱される水田耕一氏の主張は次のようなものである[25]。まず手形交換制度の目的や機能から取引停止処分制度の目的や機能が引き出されるわけではなく、手形交換所が手形の信用を維持すべき根拠が見出せないとされ、取引停止処分の目的が共同ボイコットにほかならないとされる。そして、信用調査は専門の機

関に担当させた上で、その提供する情報に基づいて誰と取引するかを決定するのは、各金融機関の判断に委ねるべきであって、罰則をもってボイコットを強制するべきではないとされる。本来は、各金融機関の自主的判断に委ねられるべき融資先の選択が、取引停止処分の内容となっている点を問題視されることが、上のような主張の根拠とみられる[26]。

独占禁止法の観点から取引停止処分の見直しを提唱される根岸教授の主張は次のようなものである[27]。まず、取引停止処分制度を手形交換所加盟金融機関の共同ボイコットであるとした上で、取引停止処分制度を採用する国が極めて稀であり、わが国のような取引停止処分制度を採用することが多くの国で独占禁止法上許容されないものであるとされる。そして、取引停止処分制度がわが国で長期にわたって定着してきたのは、独占禁止法がわが国社会に定着するまでに長期間を要したことの反映に過ぎず、長期にわたって経済界に定着していることが合法性の根拠となるのであれば、違法行為を既得権として半永久的に温存することを許容することとなるとされる。わが国では、取引停止処分が企業の倒産という極めて厳しい経済的効果をもつため、手形の支払義務者の側で、不渡を回避しようとする傾向が非常に強くなるが、根岸教授は、この点について、不渡を出すことが経営不振に陥ることであるとした上で、経営不振に陥ることは自由競争経済秩序の下では当然に起こりうることであり、それ自体自由経済社会における倫理に反することでもないし、不渡手形を出した事業者の中にも、なお将来性があり、競争へ参加する機会を与えるべき事業者が含まれている可能性を指摘される。あえて根岸教授の主張を読み込めば、信用取引の純化という目的のために、制度の効果が過度に行き渡った結果、経営不振に陥ることや不渡を出すことを罪悪視するとでも言える傾向と、制度の効果が再生可能な企業をも殺す結果となっている点を示唆しておられるともみられる。根岸教授は、現行の取引停止処分に代わる代替案として、不渡を出した事業者に関する情報を手形交換所加盟金融機関相互に情報交換し、この情報に基づいて、取引を停止するか否かを各金融機関の自主的判断に委ねる方法を主張される[28]。

伊沢教授は、制度の運用上の観点から取引停止処分制度の廃止を提唱される。つまり、処分に当たって最も重要な点である手形の振出人が支払義務を負うか否かが交換呈示の時点において簡単には判断できないことと、依頼返却を例にとって抜け道が比較的容易であることとを指摘した上で、取引停止処分制度は信用情報機関の整備をまって廃止すべきであるとされる[29]。

また、吉原省三弁護士は制度の目的が手形取引の純化から拡張している点と、与信判断

は本来的に金融機関の自主的な判断に委ねるべきことを根拠に、廃止の必要性を述べられる[30]。また、取引停止処分が貸出取引の禁止を含む点を問題とみる指摘も多い[31]。

以上の主張を最大公約数として要約すれば、次のように言うことができよう。手形交換所が不渡を出した者に対して私的制裁として貸出取引を共同でボイコットすることは、信用取引純化という制度目的を超えるものである。そして、長期的には、取引停止処分制度は廃止する方向が望ましい。その際、信用調査機関による情報提供制度の確立をもって現行の制度に代えるべきである。

第四款　取引停止処分制度と救済融資との関係

ここでは、以上のような取引停止処分制度の現状とそれに対する批判を踏まえた上で、取引停止処分制度の持つ意味を別の側面から明らかにしたい。取引停止処分制度に関して検討を加えた研究者は、ほとんど例外なく、取引停止処分制度が企業にとって致命的な影響を及ぼす極めて厳しい制裁である点を指摘する。現行の取引停止処分制度の果たしている機能をさらに分析することによって、取引停止処分制度の抱えた問題点が明らかになる。

取引停止処分制度が企業の倒産を意味することと、そのような効果を伴うために取引停止処分が手形の支払義務者に決済を強制する力を有する点はすでにみたとおりである。このこととメインバンク・システム、さらにはわが国における銀行と融資先との関係とを合わせて考えてみると、次のような点が浮かび上がる。メインバンク関係にある融資先がメインバンクを手形の支払場所とし、融資先の経営状態が悪化して資金調達能力が低下した場合には、当該の企業は、手形の決済資金を銀行からの借入に依存せざるを得ない状態となる[32]。そのような状態では、金融機関が融資を実行するか否かの判断が、手形を決済できるか否かの分かれ目となる。金融機関が当該の企業に手形の決済資金を融資しないという判断をした場合、それは当該企業の倒産を同時に意味することとなる。つまり、手形や小切手を振り出している企業にとっては、取引停止処分制度の効果として、金融機関が融資に応じるか否かの判断をとおして、企業を倒産させるか否かの最終的な決定権限を握っていることとなるのである。わが国では、金融機関が取引停止処分制度の下で、企業の死命を制する権限を実質的に持っていると言える[33]。

さらに言えば、企業の側では、取引停止処分によって当座預金の利用ができなくなることが企業の再建過程における大きな障害となるため、再建を望む企業にあっては、手形を決済するための資金調達の不能が確定し、取引停止処分の対象となる２回目の不渡発生が

不可避となった時点で、取引停止処分を避けるために、会社更生手続開始の申立や和議開始の申立という再建型の法的な倒産手続を進める必要が生じてくる[34]。なぜなら、取引停止処分を受けると、金融機関に当座預金取引に応じてもらえなくなることの効果として、手形と小切手による決済が利用できなくなるため、仕入にかかる代金の決済は、相手方が買掛金の状態（相手方からみれば売掛金の状態）で決済を猶予してくれるのでない限り、仕入と同時に現金や振込で決済する必要が生じる。同時に、金融機関からの貸出を受けることもできなくなるので、当該の企業にとっては、金融機関以外の再建を支援するスポンサーが現れない限り、手持ち現金の範囲内でしか営業活動が継続できなくなる。これは、企業の再建にとっては大きな障害となるのである。

手形交換高が減少傾向にあるとは言え、手形や小切手による決済は、わが国では広く利用されている。そのことと、わが国の金融が金融機関の貸出による間接金融を中心に形成されている現象とをあわせて考えると、取引停止処分制度を前提として、金融機関が企業の死命を制する権限を持つことの意味は非常に大きい。わが国の企業の多くが、生かすも殺すも金融機関の意向しだいという状態に置かれていることになるわけである。

取引停止処分制度の効果から明らかに言えることは、このような厳しい制裁を含む手形交換制度の存在が、わが国において、銀行に企業経営に対する経営監視機能を与えるとともに、銀行を頂点とする経済システムを構築する一因となってきたのではないかという点である。厳しい取引停止処分制度からメインバンク先を守るために、また、みずからの貸出債権が確定的に不良化することを回避するために、銀行は企業に対して救済融資を実行し、また、救済融資の実行によって不渡を回避した企業のあることが、企業側に対してメインバンク関係を構築するための強力なインセンティブとなり、メインバンクに対して取引を集中させたり、経済的には全く不合理な歩積両建預金に応じるという要因ともなってきたのではないだろうか。

---

[1] 企業にとって手形の決済に充当する手元流動性を分散して用意するよりも、集中したほうが資金効率がよい上、資金を分散させた場合に比して資金移動の手間隙が削減できることから判断しても、このことは明らかであろう。

メインバンクの保険提供機能を提唱する論者は、メインバンクによる経営危機企業の救済が保険金の支払であり、企業の側は、メインバンクに対して優遇的な取引条件を提供することによって保険料を支払っているとみるのである。池尾和人・広田真一「企業の資本構成とメインバンク」堀内昭義・吉野直行編『現代日本の金融分析』（東京大学出版会、１９９２）５８頁参照。

企業にとって手形の決済を行う銀行を決定することは、経常取引に利用する銀行を決定することを意味する。なぜなら、手形を決済するには決済資金を事前に準備する必要があり、そのために、売掛金の回収や受取手形を取り立てに回すのに、当該の銀行を利用することになるからである。つまり、企業の手元流動性が、支払に充当されるまでプールされることによる。このことを銀行からみると、当該企業に対する貸付に伴う銀行側の実質的資金負担は当該企業が預金口座にプールしている資金との差額となるため、企業が特定の銀行に手元流動性の集中度合いを高めれば高めるほど、銀行の実質的資金負担が小さくなるというメリットを銀行側にもたらすのである。また、集中された手元流動性を振込によって移動させたり、支払に当てる場合には、為替手数料という副次的収入が銀行にもたらされる。また、注９に引用した文献も参照。

[2] 北沢正啓「手形交換」鈴木竹雄・大隅健一郎『手形法・小切手法講座 第４巻　支払』（有斐閣、１９６５）２２１頁。

[3] 井上俊雄（全国銀行協会連合会事務部長）「手形交換制度の沿革と現状」金融法務事情９８０号（１９８２）７３頁。

[4] 神崎克郎「手形交換」鈴木禄弥・竹内昭夫編『金融取引法体系 第２巻　預金取引』（有斐閣、１９８３）１９４頁。

[5] 酒巻俊雄・庄子良男編『手形法・小切手法』（青林書院、１９９６）８２頁［酒巻俊雄］。統一手形用紙制度の制定を全銀協が加盟銀行に通知した通牒「信用取引純化のための対策について」全国銀行協会連合会４０．１．１９通牒（通牒の全文については、金融３９６号（１９６５）３５頁参照。）「一　統一手形用紙の採用」の（４）は、「銀行は、銀行交付の手形用紙を用いない手形については、これを引落さないこととする。」としていることの効果である。堀内仁・鈴木正和「統一横書手形取扱いの問題－もし実施されたら窓口ではどんな注意をすべきか」金融法務事情４０６号（１９６５）１８頁も参照。

規格・様式の詳細については、昭和４０年４月２６日付昭４０全業第５０号全銀協事務部通ちょう「統一手形用紙の採用について」金融法務事情４０６号（１９６５）１６頁～１８頁、２１頁参照。また、統一手形用紙制度全般に関する解説書として、青木源一郎・上田尚武・岡田昭三・樫原実・坂本康・里芳昭八・鈴木保秋・平山雄三・福原克麿・山田豊『統一手形用紙制度の解説（金融法務事情特集号）』（金融財政事情研究会、１９６５）がある。

[6] 中林哲太郎（全銀協業務部長）「統一手形用紙の採用」金融法務事情３９７号（１９６５）１９頁。

[7] 中林・前掲注６　１９頁。

[8] 中林・前掲注６　２０頁。

[9] 柿沼幸一郎（公正取引委員会事務局取引部長）「手形用紙統一独禁法上の問題点」金融法務事情４０７号（１９６５）１８頁。

[10] 平成９年度のわが国の手形交換高は、277,738 千枚、1,516.1 兆円（前年度比 -11.6%）である。ちなみに、内国為替取扱高は、106,780 万件、2,310.9 兆円（前年度比 5.5%）である。金融９８年５月号Ｓ３頁参照。近年、わが国では印紙負担の軽減や、手形の管理事務負担軽減の観点から、手形による資金決済が減少傾向にあり、手形交換金額は平成７年度に内国為替取扱金額を初めて下回っている。しかし、手形がわが国において主要な資金決済手段であることに変わりはない。

[11] 前掲注５・全国銀行協会連合会４０．１．１９通牒「信用取引純化のための対策について」は、冒頭で、「信用取引純化の見地から手形取引の正常化を強力に推進するため次の措置をとることとする。」とし、統一手形用紙制度の目的が、信用取引の純化であることを明言している。

[12] 竹内昭夫「不渡手形」鈴木竹雄・大隅健一郎編『手形法・小切手法講座第５巻　不渡・訴訟・その他』（有斐閣、１９６５）２６頁。

[13] 前田重行「不渡と取引停止処分」鈴木禄弥・竹内昭夫編『金融取引法体系第２巻　預金取引』（有斐閣、１９８３）２１５頁参照。
[14] 柴崎純之介（全国銀行協会連合会調査部参与）「取引停止処分制度の変遷と現伏」金融法務事情９８０号（１９８２）８９頁。
[15] ここまでの記述は、酒巻・庄子・前掲注５　２１０頁〔塚本和彦〕を参考とした。
[16] 竹内・前掲注１２　２５頁。
[17] 西原寛一『手形交換論』（岩波書店、１９４２）１２３頁。ただし、水田耕一「新取引停止処分制度の運用上の法律問題（上）」金融法務事情６３０号（１９７１）６頁は、取引停止処分の対象者が受ける不利益は、取引停止処分制度が直接の目的とするものであるとする。
[18] 世界３０カ国の不渡制度を解説した疋田直幹『各国別・不渡対応の法と手続き』（商事法務研究会、１９９２）を調べると、わが国と同様の制度も持つのは台湾にほぼ限られる。ただし、チリでは期間の定めがないものの、１０回不渡を出すと銀行は取引を停止するとされている（同書１０１頁）ほか、インドネシアでは小切手で６カ月に３回不渡を出すと中央銀行のブラック・リストに載り、銀行取引口座が閉鎖され（同書６６頁）、ブラジルでは小切手が２回目の呈示でも不渡となったときと、同一支払銀行で６カ月に６回不渡を出すと取引銀行から中央銀行に報告され、事実上銀行取引停止になるとされている（同書１０５頁）ように、取引処分制度の類似性の範囲を拡大してみてみると、上述のような対応をとる国がみられる。なお、アメリカ（７７頁）、イギリス（１１０頁）、フランス（１２１頁）、ドイツ（１１６頁）には不渡を出したこと自体に制裁はないとされている。
[19] 竹内・前掲注１２　２６頁は、「企業にとってはまさに致命的なものである。」とされる。前田・前掲注１３　２４２頁、伊沢和平「手形交換における取引停止処分」遠藤浩・林良平・水本浩監修『現代契約法体系第５巻　金融取引契約』（有斐閣、１９８４）２９９頁も同様の表現でとらえられている。
[20] 竹内・前掲注１２　２６頁～２７頁。
[21] 前田・前掲注１３　２４３頁。
[22] 竹内・前掲注１２　２７頁。
[23] この問題について、制度の運用当事者側である全国銀行協会では、「独禁法との関係では、必要のつど意見照会をしてきた経緯があり、いまさら疑義があるといわれても困るという気持ちがある。」としている。柴崎・前掲注１４　９２頁。
[24] 本件に関する評釈として、武久征治「銀行取引停止処分と独占禁止法等」法律時報５６巻１２号（１９８４）１２１頁～１２４頁、井上俊雄「取引停止処分制度に独禁法８条違反の点はないとされた事例」手形研究２８巻１号（１９８４）１４頁～１５頁、馬川千里「東京手形交換所事件－取引停止処分と適用除外法２条３号の限界／共同の取引拒絶」駿河台法学４巻２号（１９９１）１９５頁～２０８頁、奥島孝康「取引停止処分と独占禁止法」手形小切手法判例百選（有斐閣、第五版、１９９７）１４８頁～１４９頁がある。
[25] 水田耕一「取引停止処分の廃止論」金融法務事情３６２号（１９６４）９頁～１１頁参照。
[26] 水田耕一「新取引停止処分制度の運用上の法律問題（上）」金融法務事情６３０号（１９７１）７頁参照。
[27] 根岸哲「手形交換所の取引停止処分制度と独占禁止法」岸田雅雄・森田章・森本滋編『（河本一郎先生古稀祝賀）現代企業と有価証券の法理』（有斐閣、１９９４）２９９頁～３００頁参照。
[28] 根岸・前掲注２７　３０２頁～３０６頁には独占禁止法適用除外法からみた問題点の指摘、つまり、取引停止処分制度が適用除外法２条３号イにいう「固有の業務を遂行するに必要な範囲」に当たるか否かに関する問題点の指摘があるが、ここでは省略する。
[29] 伊沢和平「手形交換における取引停止処分」遠藤浩・林良平・水本浩編『現代契約法体

系第５巻金融取引契約』（有斐閣、１９８４）２９９頁～３００頁。遠藤美光「銀行取引停止処分に対する独占禁止法適用除外に関する一考察－独占禁止法適用除外法二条三号但書の解釈と独占禁止法上の評価に関する一試論」千葉大学法経研究１８号（１９８５）１０２頁は、取引停止処分制度は公正競争阻害性を有しないとする９０頁～９１頁の結論を踏まえたうえで、同様の提言を行う。

[30] 高窪利一・前田庸・好美清光・吉原省三・石井眞司・井上俊雄・川田悦男・柴崎純之介・鈴木正和「(座談会) 手形交換制度の再検討－その現状と問題点」金融法務事情９８５号（１９８２）２９頁［吉原発言］。

[31] 高窪利一他・前掲注３０「(座談会) 手形交換制度の再検討一その現状と問題点」金融法務事情９８８号（１９８２）３２頁～３３頁［好美発言・高窪発言］参照。

前田庸教授は、信用純化という目的を達成するにはいろいろの制度の組合せが必要であり、取引停止処分のみによってこの目的を達成しようとすることの問題点を指摘された上で、現行の取引停止処分制度を相当問題のある制度であるとされる。そして、現実に取引停止処分が機能を果たしている点を評価した上で、あまり弊害がない形で運用していくためにはどのような方法があるかを検討すべきであるとされる。高窪利一他・前掲注３０「(座談会) 手形交換制度の再検討一その現状と問題点」金融法務事情９８６号（１９８２）４６頁、９８７号（１９８２）２６頁［前田庸発言］参照。

[32] たとえ上場企業であっても、経営危機に陥った場合には、市場から資金を調達することは不可能である。首藤恵・松清克己・米澤康博『日本の企業金融　変化する銀行・証券の役割』（東洋経済新報社、１９９６）１０７頁〔松浦克己〕は、「資本市場とメインバンク取引の最大の違いは、企業が経営危機におちいったときに、資金を新たに調達できるかどうかというとことにあ（る。）（中略）資本市場では、企業が追加的に緊急な資金援助を必要とするような事態では、企業は資金を調達することはできない。」とする。

[33] Paul Sheard, *Main Banks and The Governance of Financial Distress, in* THE JAPANESE MAIN BANK SYSTEM at 207(MASAHIKO AOKI & HUGH PATRICK eds., Oxford University Press 1994)は、「企業が倒産するかしないかは、実際上、債務を返済するために必要な資金提供を行うかどうかを決定するメインバンクの決定にかかってくる。」としている。

[34] 法的な倒産手続が開始されると、財産を保全するために法律上弁済が禁止される。このため、手形が銀行に支払呈示されても、手形は会社更生法による財産保全処分中といった事由によって不渡となるものの、不渡届は提出されないため、取引停止処分を受けることはなくなる。前田・前掲注１３　２２０頁。不渡を避けるために、約束手形の期日直前になって和議の申立てと保全処分の申立てをする場合のあることを指摘する文献として、田中康久「最近における東京地裁派破産部の現状と課題（１）」NBL５２５号（１９９３）１６頁、氣賀澤耕一・三木昌之「最近の法的倒産処理手続の特徴－企業倒産を中心に」ジュリスト１０３６（１９９３）号９頁。

第四章　経営危機企業の救済に関する法的検証

本章では、メインバンクをはじめとする銀行による経営危機企業の救済について、関連する法領域から分析を加え、銀行による経営危機企業の救済にどのような法律的問題が含まれているのかを明らかにする。ここで検討する問題は、メインバンクが経営危機企業を救済する際に生じるさまざまな対外的問題に関するものである。検討はメインバンクによる救済をベースとするものの、メインバンクではない下位取引銀行が支援に応じる場合にも同様に妥当する。会社法をベースとする銀行内部における問題の検討は、第四部で詳細に検討することとする。

なお、ここでの検討は、銀行が経営危機企業を救済するという行為に、銀行と融資先や第三者との間において、どのような法的問題が含まれており、どのような問題が生じうるのかを明らかにすることを目的として行うものであり、以下で検討する問題が、現在のわが国で具体的な法律問題として、裁判で頻繁に争われているとは必ずしも言えない。ただし、今後の金融機関を巡る経営環境の変化と、それに伴う銀行の行動の変化によって、問題が表面化するという可能性は否定できない。

また、ここで検討するそれぞれの問題は、それぞれが独立した論文のテーマとなりうる大きな問題でもある。その意味で、ここでの検討は、銀行による経営危機企業の救済に含まれる法的問題の全体像を明らかにするという目的を達成するためにおいてのみ行うものである。

第一節　民法からのアプローチ

第一款　検討

メインバンクによる経営危機企業の救済は、関係当事者間の話し合いと合意に基づいて行われる。通常は、企業が作成した経営再建計画に基づいて、主要な債権者がそれに合意する形で進められる。銀行は、第一部第四章第三節で検討した各種の資金的な支援を中心に、場合によっては非資金的な支援をも行う。間接金融中心のわが国においては、多くの場合、銀行が主要な債権者であるため、銀行がどのような資金的支援を行うかが再建計画の動向を大きく左右する。比較的小規模な会社であれば、銀行だけが再建計画に関与、同意し、再建のために必要な資金の手当てがつけば、再建が奏功するという場合もあろう。

銀行以外の債権者に協力を求める場合には、他の債権者は、銀行が再建に必要な支援を行うということを見極めた上で、再建計画に同意するということとなろう。資金的な裏付けがなれば、経営再建は困難であるからである。その意味で、銀行が再建計画に同意することが、再建計画を開始する前提条件と言える。

再建に当たるのは、あくまでも経営危機に陥った企業自身である。再建計画の責任ある遂行を期すためにも、再建計画は当該の企業自身によって作成される必要があろう。また、再建計画に対する合意の形成過程は個別の事例ごとに異なる。そもそも再建計画の策定をどのように進め、関係当事者の合意をどのように形成するかということが個別に異なりうることは容易に理解できよう。そして、合意の結果が書面にされる場合もあろうし、口頭での合意に止まる場合もあろう。

民法からみた場合に問題となるのは、銀行が関係当事者に対して支援を表明したものの経営再建が結果的に奏功せず、支援を受ける企業が倒産した場合である。銀行の支援表明によって経営再建が奏功するものと信じて支援に応じたり、取引を継続した債権者は、銀行による支援表明の前後で債権額が増加していれば、損害を被ったといえる場合があろう。また、支援を受けて経営再建を進めるはずであった当該の企業に対しても、銀行は支援を表明した時点で、表明した内容に基づく支援行為を行う義務を負うのかどうかという問題がある。つまり、民法からみた問題としては、レンダー・ライアビリティー[1]と言われる問題が生じうる。より具体的に言えば、銀行による支援表明は、法律的にみた場合、契約上の義務を伴う行為と言えるのかどうか、あるいは不法行為責任が生じることがあるのかという問題である。

ただし、このようなケースにも多くの場合が考えられる。まず、銀行が表明どおりの支援を実施した場合と、実施しなかった場合に分けて考える必要があろう。銀行が支援を表明したとしても、経営危機に陥った企業の再建を必ず奏功させる義務を伴うような支援表明、つまり経営再建が奏功するまで必要な資金を無制限に融資し続けるというような表明を行うことは考えにくいので、銀行が支援を表明した場合であっても、通常の場合、銀行は経営再建を成功させる義務を負うものではあるまい。従って、表明どおりの支援を実施した場合、銀行に責任が生じるとは考えにくい。ただし、表明された支援が抽象的である場合には、銀行が表明どおりの支援をしたのかどうかについて、判断が分かれる場合もあろう。

問題は、銀行が表明どおりの支援を実施しなかったと評価される場合である。これも場

合を分けて考える必要がある。第一は、銀行が、自らの支援表明によって関係する債権者の支援を引き出した上で、自らの債権回収を進め、その結果、流動性の枯渇から企業が倒産に至ったような場合で、銀行の支援表明の真意が自らの債権回収にあるような場合である[2]。他の債権者の犠牲のもとに銀行が自己の債権回収を有利に進めたことが明らかに認められる場合には、銀行の行動によって損害を被った相手方に対して、不法行為による損害賠償義務を負う場合もあろう。また、支援を表明した時点で、銀行が表明どおりの支援を行う義務を負うと認められる場合には、債務不履行責任をも負う[3]。

第二は、第一の場合のような極端なケースではなく、支援表明後の事態の変化によって支援表明当時とは異なる状況に立ち至り、銀行が当初表明した支援を躊躇することとなったような場合である。企業の経営再建は、当初の計画どおり進行することのほうが、むしろ稀であろう。経済情勢の変化という、当事者が想定することのできない要因によって状況が一変する場合もある。当事者の思惑の違いから、支援の足並みが乱れるという事態も考えられる。事態は時々刻々と変化するというのが現実であろう。このような場合にも、銀行は当初表明した内容に基づく支援を継続する義務があると言えるのか、という問題である。当初表明した支援の内容とその後の事情の変更をどの程度勘案すべきか、という問題でもある。当初の合意内容がどうであったかという点が重要であり、銀行は無条件に支援を表明したか、一定の条件のもとに支援を表明したかで、場合を分けて考える必要があろう。

また、これらの問題は、合意内容が書面にされている場合と、そうでない場合とで効果に違いがあるのかという問題をも含む。つまり、支援の表明は、銀行に道義的責任を課すに止まるのか、法的な義務を課すものとなるのか、という問題である。もちろん、全ての支援表明に法的な義務が認められることはないであろうが、銀行に法的な義務を課すような支援表明とはどのようなものなのか、という問題である。当事者の合意内容が書面にされ、銀行が行う支援の内容についても書面にされておれば、銀行が支援を行うという契約が成立しているとみることが可能となる場合もあろう。さらに、銀行が支援行為を行う義務を負っているとしても、誰に対して義務を負っているのかという問題もある。

この問題に付随して、再建計画のとりまとめに際して、誰がイニシアティブをとったかという点も重要である。銀行がイニシアティブをとって再建計画をまとめあげ、支援を表明したようなケースでは、銀行に表明した支援行為を行う契約上の義務が発生することとなろう。

このようなケースが裁判で事件が争われる場合には、銀行が融資義務や各種の支援行為を行う法的義務を負うのか否か、銀行の支援表明の結果が他の債権者に損害をもたらしたと言えるのか否かという点に関しては、裁判所の事実認定が重要な意味をもつことになろう。

第二款　裁判例の検討[4]

経営危機に陥った企業に対する銀行の支援が民法上問題となった珍しい裁判例として、東京地判昭和63年５月26日金融・商事判例823号27頁がある。裁判所の事実認定には、経営危機企業の再建過程や、再建における銀行の役割が詳細に含まれている。メインバンクによる経営危機企業に対する支援の概要を知る上でも貴重な事例である。

〔事実の概要〕　合板製造業を営む訴外会社（Ａ社）は、７０数億円の負債を抱えて資金繰りが逼迫し、昭和５８年８月当時、倒産寸前の経営危機に陥っていた。Ａ社のメインバンクである被告、商工組合中央金庫は、Ａ社の事業を継続させるためにＡ社に対する木材の供給会社である原告らにＡ社の経営に関与し、生産管理の指導をすることを要請するとともに、Ａ社の経営を引き受ける会社を探したものの、Ａ社の経営を引き受ける会社はなかなか見つからなかった。そこで、被告と原告を含むＡ社の主要債権者である関係７社が協議し、５８年８月３１日にＡ社の再建支援に関して、概ね次のような内容の覚書（本件覚書）を締結した。

①関係７社は昭和５８年８月３１日現在のＡ社に対して有する手形債権を同年１０月３１日まで棚上げするとともに、Ａ社に対する合板代金の支払を取引約定どおり行う。

②関係７社と被告は、Ａ社の現状を調査した上で、再建見通しの判断を行い、昭和５８年１０月３１日までにＡ社の再建計画を策定する。

③棚上げされた手形債権および利息の支払方法は、再建計画に明示する。

④再建計画策定までの期間中にＡ社が必要とする事業資金については被告が融資に応じる。

⑤再建計画樹立後の事業継続を支援するため、生産面については債権者団が指名した者が助言、指導を行い、被告は財務管理の適正を期するためにＡ社に人材を派遣する。

その後の被告の努力にもかかわらずＡ社の経営を引き受ける会社は見つからず、関係７

社の手形債権の棚上げ期間は１２月末日まで２回延期された。この間、Ａ社は７社の手形債権についての支払方法を含む再建計画案を作成し、この再建計画は１２月６日開催の債権者会議において了承された。そして、同年１２月から翌１月にかけて、Ａ社と関係７社との間で、返済計画に基づく手形債権を目的とした準消費貸借公正証書が作成された。

結局、Ａ社の経営を引き受ける会社が見つからないため、被告と関係７社は、１２月２７日に債権者としての立場に立ってＡ社の再建をはかるため、委員会を発足させることで合意し、下記内容の協定（本件協定）が締結された。

①委員会は８社をもって構成し、Ａ社の再建のため、Ａ社が策定する事業計画の円滑な遂行を期すため、Ａ社に対して助言を行う。

②委員会の委員長、副委員長３名は債権額の順位に応じて選出する。

③関係７社は、棚上げ中の手形債権を引き続き昭和５９年１１月末まで棚上げし、同期日以降の償還方法については、Ａ社が作成する再建計画の中に明示する。

その後、被告はＡ社に人材を派遣し、１名がＡ社の常務取締役に就任して経理関係を担当するとともに、他の１名は顧問として営業関係を担当した。しかし、当時の不況もあってＡ社の再建は進まないため、被告派遣の常務取締役は原材料を低級材に切り換えるよう指示していた。しかし、高級材の在庫が増えることとなったため、被告派遣の経理担当常務取締役が昭和５９年８月の役員部長会議で、当分の間、原木の仕入を停止するよう指示し、その旨が関係７社を含むＡ社の仕入先に連絡された。この決定をうけて、関係７社のうちの１社である原告は、８月末の買掛金2000万円の支払を拒否したため、Ａ社の再建は困難となり、９月２５日にＡ社は会社更生手続開始の申立てをして倒産した。

原告は、Ａ社による原木の引き取り拒否により、原木（高級材）を他に転売せざるを得なくなったため、Ａ社への販売約定価格と転売価格との差額分相当の損害を被り、この損害はＡ社が必要な仕入決済資金の調達ができなくなったこと、つまり被告がＡ社に対する融資を打ち切ったことによるとして、被告に対して債務不履行による損害賠償を請求したのが本件である。

原告の主張は、被告がＡ社の仕入先である原告に対して融資義務を負っており、被告がその融資義務を履行していないという点が請求の根拠となっている。原告はこの点について、Ａ社の再建には関係７社が原材料を継続して供給することが不可欠であったものの、Ａ社には代金支払能力がなかったため、その支払が確実になされることを担保するために、本件覚書において被告が仕入決済資金をＡ社に融資することを確約したのであって、被告

の融資義務は実質的に関係７社に対するものであると主張している。さらに、原告は、被告の負う融資義務はＡ社の経営再建の見通しがたたなくなるといった合理的理由があれば融資を打ち切ることも是認されるが、そのような場合にも、被告には関係７社に対して事前に融資打切りを通知する義務があり、この点を本件協定によって関係７社と合意しているものの、融資打切について事前に何ら連絡を受けていないと主張した。

〔判決〕　　請求棄却（確定）

「本件覚書による合意は、訴外会社の倒産を当面回避するための措置としてなされたと認められる（。）」

「訴外会社は本件覚書の当事者になっていないのであり、結局訴外会社の債権者が、債権者の立場から、当面の訴外会社の倒産を回避するための、また、訴外会社の再建に向けての基本的方針や方策について本件覚書により合意したものというべきで、右合意によって直ちに被告が原告ら関係７社に対し何らかの債務を負担するものとは解することはできない。」

「本件協定を結んだ際被告が関係７社に対し従前どおり訴外会社に融資することを確約したとしても、これにより直ちに被告が原告ら関係７社に対し債務を負担したとは認め難く、また、本件協定により、被告が訴外会社への融資を打ち切る際その旨を原告ら関係７社に通知する義務があるとは認め難いところである。」

〔考察〕　　(1)　認定された事実から判断すれば、被告が原告に対して融資義務を負うものではないという判断と、融資打切りを原告ら関係７社に事前に通知する義務を負うものではないという判断とは、ともに妥当な結論であると言えよう。被告が原告に対して、Ａ社に融資すべき義務を負っていると解釈することはできないからである。また、Ａ社は本件覚書、本件協定の当事者とはなっていないため、仮にＡ社が被告の融資義務違反で倒産したとして損害賠償請求をしたとしても、被告がＡ社に対しても融資義務を負っているとは言えまい。原告が主張した事実からすれば、被告が原告ら７社に対して融資義務を負っているという原告の主張自体、認められる可能性は少なかった事例であるとも言える。しかし、事実を細かくみていくと、原告の一方的な言いがかりとも言えない状況が見いだされる。

(2)　経営危機企業の再建は、本件の再建過程におけるように、主要な債権者の一致した協力なしに成功はありえない。一部の者の債権回収行動が引き金となって、倒産という事態に陥る危険が再建過程には常に存在する。債権者は実損を回避するために、それぞれの

支援役割を決め、それぞれがそれぞれの役割を誠実に果たすとの信頼のもとに、再建に協力しているのである[5]。

本件では、被告から派遣された常務取締役によって、原木仕入を停止する旨が指示されたという問題が訴訟提起の背景として存在するように思われる。被告派遣の取締役によって行われたこの決定が、原告にすれば被告による一方的な支援の打切り、つまり原告の被告に対する信頼の裏切りと解釈されたのではないかと思われるからである。支援を打ち切るならば、このような一方的な形ではなく、事前に協議すべきであるとの思いが原告にはあったのではないだろうか。

(3)　一方、原材料を低級材に切替えるという方針決定や、高級材の在庫が増加したため当分原木の仕入を停止するという決定は、A社の再建を進める上では、必要な意思決定であったと一応は評価できよう。ただし、高級材の在庫増加と原木仕入の停止決定には、関係当事者の利害の対立が背景として存在するともみられる。

A社が通常の経営状態にあれば、当然、仕入コストの低減に努めるはずであり、仕入コストの高い先からの原材料の購入は中止するはずである。ところが、A社は経営危機に陥っており、支援を受けている７社以外からの原材料の調達は、まず不可能であったものと考えられる。仕入コストよりも、原材料の調達そのものを優先せざるを得ない状況にあったわけである。関係７社としてみれば、リスクの高い商売を継続する以上、A社に対して利幅の高い商売をしていたのではないかとも考えられる。つまり、原告に生じた損害は、そもそも販売時期のずれによる相場変動に起因するのか、転売先との力関係の違いによって生じたのかという問題がある。

さらに、被告にとってみれば、A社の仕入決済資金を融資する以上、公正に形成された市場価格を上回る仕入決済資金を融資することは、必要以上に与信が増加することを意味するため、それが累積することは被告にとって看過できない問題となる。なぜなら、被告の犠牲に立って、関係７社が利益を得ることになるからである。原材料を低級材に切替えるということと、高級材の在庫を削減するということは、被告の立場に立てば与信の増加を抑えるためにも必要であったと言える。

また、原材料を低級材に切り換えるという選択が、A社にとって真に正しい選択であったのかどうかという問題もある。仮にA社が高級材を用いた製品によって市場での評価を得ていた企業であるならば、原材料の低級材への切替えは、市場におけるA社の評価そのものを変える重大な問題である。A社が原材料コストを抑えることは、被告の新規与信の

削減につながるため、被告にとっては利益にかなう選択となるが、果たしてこの選択がＡ社にとって正しい選択であるかどうかについては、被告とＡ社との間に利害の対立が存在する。

このように、一見、共同歩調で再建に当たっているようにみえる債権者間、さらには債権者と経営再建に当たる企業との間には、深刻な利害の対立が存在することが分かる。企業の経営再建は、このような当事者間の利害の対立をいかに調整するかという困難な問題を含んでいるとともに、この利害対立を法的手続によらずに、当事者の話し合いと合意によって解決するという、これまた非常に困難な問題なのである。

(4)　本件の事実認定においては、Ａ社が国の中小企業高度化助成を受けて千葉県木更津市の木材工業団地に工場を移転して操業していたことから、国や中小企業事業団、千葉県等からの強い要請を受けて、被告がＡ社の事業を継続させて再建する方向で主要な債権者らと折衝したとされている。つまり、被告は必ずしも独自にＡ社の経営再建の可能性について判断した上で、Ａ社の経営再建に乗り出したとは言えない。また、Ａ社が主体的に経営再建に着手したというよりも、被告を含む主要債権者に促される形で、経営再建に着手したのが本件である。そこで、本件には、国や中小企業事業団、千葉県等の要請に応じる形で被告が支援したという点をどのように評価すべきかという問題がある。

この問題は、法的根拠もないまま、国や中小企業事業団、千葉県が被告にＡ社に対する支援を要請したことに対して、これらの者は何らかの責任を負うのかという問題があるものの、実際上、被告は自らの判断でＡ社の支援に乗り出した以上、これらの者に責任を問うことはできまい。むしろ、これらの者の支援要請に応じた結果、被告に損害が生じたことによって、被告内部の責任問題が生じえよう。これは会社法上の問題として第四部で検討するため、ここでは指摘するに止める。なお、本件では被告が銀行ではない点、つまり株式会社ではない点で、銀行をベースに検討を進めている本稿のテーマとの整合性が問題ともなるが、被告が金融機関である点では、銀行と共通する問題である。

(5)　本件の事実認定において、被告以外の金融機関の借入はすべて決済され、被告のＡ社に対する融資は累積していったとされている。つまり、メインバンクとして、被告はＡ社に対して他金融機関の借入返済資金を支援したものとみられる。被告はＡ社に返済資金を支援することによって、結果的に他の金融機関の債務を肩代わりしたことになる。この点も、メインバンクの機能を明らかにする上で、有益な事実認定を含むと言える。

(6)　本件では、Ａ社自らが中心となって経営再建が進められたというよりも、被告が経

営再建のイニシアティブをとったとみられる。A社による経営再建計画策定前に、被告が関係７社に働きかけて、本件覚書を結んだことからも明らかである。このように、本件ではA社を抜きにして主要債権者が再建方法の大枠を決定し、人材派遣を行っている。あるいは、A社にとっては不本意な内容であったかもしれない。その意味で、独占禁止法からみた問題が生じうる。この点は第三節で検討する。

第二節　倒産処理法からのアプローチ

第一款　否認権の概観

経営危機企業に対する銀行の救済を倒産処理法からみた場合に問題となるのは、銀行が支援の見返りに取得した担保と否認権との関係である。本節では、否認権について検討を加える。

(1)否認権の概観　　破産法 72 条は破産管財人による否認権について規定する[6]。否認権は、債権者全体に対する責任財産を絶対的に減少させる詐害行為と債権者平等の原則に反する偏頗行為の効力を否定することにより、いったん責任財産から失われた財産を破産財団に回復し、破産債権者に対する公平な配当を可能にするための制度である[7]。詐害行為を対象とする点で民法上の詐害行為取消権（民法 424 条)と共通の起源を持つとされる[8]。

(2)否認の種類　　否認には、①故意否認（72 条 1 号)、②危機否認（72 条 2 号ないし 4 号)、③無償否認（72 条 5 号)の３類型がある。故意否認は、破産者が破産債権者を害することを知った上で行った行為を否認するもので、否認理由を破産者の詐害意思におく[9]。危機否認は、破産者が支払停止または破産申立の後、場合によってはその 30 日前に行った担保供与や弁済その他債務の消滅に関する行為を否認するもので、否認の理由を破産者の財産状態が悪化した危機時期における行為であることにおく[10]。破産者の詐害意思にかかわりなく、一定の行為が破産債権者にとって有害な行為とされる[11]。危機否認には、破産者がその義務に基づいて行った行為を対象とする否認（72 条 2 号 3 号)と、破産者が義務に基づかず行った行為を対象とする否認（72 条 4 号)とがある。無償否認は、破産者が支払停止もしくは破産申立後またはその前 6 月内に行った無償行為またはこれと同視すべき有償行為を否認するもので、否認の理由を行為の無償性におく[12]。3 つの否認類型について、破産者の詐害意思の要否をもとに、故意否認を「純主観主義」、危機否認を「緩和された主

観主義」、無償否認を「客観主義」として理解することが可能である[13]。

(3)否認の一般的要件　　否認の要件については、否認の類型ごとに固有の要件が規定されているが、各否認類型に共通する要件として次の要件がある。

(a)有害性　　否認の要件として、まず、有害性を挙げることができる。有害性は、否認の対象となる行為が破産債権者にとって有害なものでなければならないとするものである[14]。債務免除のように、一般財産を減少させて全債権者への分配を減少させる行為、および一部の債権者に担保を提供するように、他の債権者に対する不公平を招来する行為の両方を含み、前者を全債権者を害する行為、後者を偏頗行為という[15]。

有害性をめぐって問題となる行為類型として、適正価格による不動産の売却、危機時期以前の本旨弁済、担保物による代物弁済といった行為があるが、ここでは指摘するに止める。

(b)不当性　　不当性は、破産債権者の利益と受益者の利益とを比較考量して、問題となる行為が是認できないと評価されることで、具体的には行為の内容、目的、動機といった諸般の事情を考慮し、公平の理念に照らして判断されるとされる[16]。

不当性を有害性と並ぶ否認権行使の独立した要件とするか否かについては見解の対立がある[17]。これを否定的に解する見解の一つに、不当性の判断基準が明確ではない点と有害性の要件との重複を指摘した上で、当事者の主観的態様・詐害行為の客観的態様、および詐害行為後の状態といった一切の事情を総合的かつ相関的に判断すべきことを指摘する見解がある[18]。

別の見解は、不当性については、正当性を受益者の抗弁事項とすれば足りるとしている[19]。不当性を否認権行使の独立した要件と解さない見解は、当該の行為が他の要件を満たした場合にも、なお不当でなければ否認権の行使が否定されるという否認権行使の阻却要件と解する点に特徴がある[20]。

不当性を独立の要件とする見解と否認阻却要件とする見解とでは立証責任に違いが生じる。独立の要件と解する見解では、相手方（受益者）に不当でないことの立証責任を負わせるが、危機時期以前の本旨弁済の否認と適正価格による資産の売却については、管財人に不当なことの立証責任を負わせる。否認阻却要件とする見解では、相手方に立証責任を負わせる。

破産債権者に対する公平な配当を可能とするという否認権行使の目的のためには、各行為について吟味することが必要となるが、その際に有害性の要件のみでは十分に説明しき

れない場合が生じてくることが指摘されている[21]。多くの関係者の利害が複雑に交錯する倒産処理においては、各債権者をどのように扱うかは難しい問題である。とくに、破産法40条は、同一順位にある債権者を平等に取り扱うべしとする債権者平等の原則の規定をおいている。これに対して会社更生法では、229 条で債権者平等原則の規定をおいてはいるものの、同条で小額債権について特別な取扱を認めるほか、228 条には更生計画に「公正、衡平な差等を設けなければならない」としており、破産手続に較べれば柔軟な取扱が認められている。否認の要件としての「不当性」は、上に述べた破産手続に「公正、衡平」概念を認めるべきか否かという問題に帰着すると言えよう。

(c)破産者の行為　　否認の第三の要件として、破産者の行為が問題となる。否認に破産者の行為の存在が必要かどうかについては争いがある。相殺や代物弁済の予約完結のように破産者の行為はないが、破産債権者を害する行為類型が存在するからである。破産者の行為がある場合に限られるとする説、破産者の行為の有無を問わないとする説、故意否認においては破産者の行為を要するが、危機否認においては不要とする折衷説の 3 つの説があり、最近では折衷説が多数説とされる[22]。

第二款　裁判例の検討

ここでは、経営不振に陥った企業に対して、長年の主力取引銀行が新規融資に応じる見返りに、既存融資分を含めて新たに担保を徴求した行為を破産管財人が否認した事例である仙台高判昭和 53 年 8 月 8 日下民集 29 巻 5～8 号 516 頁金判 566 号 36 頁について検討する。

［事実の概要］　Ａ建設会社の主力銀行で 20 年前から融資取引のあったＹ銀行は、経営不振に陥ったＡ社に対して運転資金の融資を継続し、経営再建に協力してきたものの、Ａ社の負債はＹ銀行からの借入金債務約５億円を含めて９億円にも達し、債務超過に陥った。なお、Ａ社の破産管財人Ｘの主張によれば、Ｙ銀行は行員をＡ社に派遣している。

その後、Ａ社からの諸経費支払資金としての１億 500 万円の融資申込みを受けたＹ銀行は、当初難色を示したものの、Ａ社の有力取引先であるＢ社のほか７社の要請もあって、融資に応じることにした。その条件として、Ｙ銀行は既存債権を含む貸付金債権を保全するため、Ａ社の有する工事代金債権に対して質権設定もしくは債権譲渡の手続をとることを求めた。Ａ社は、工事代金債権１億 3000 万円強の上に質権を設定するとともに、別口の１億 2000 万円の工事代金債権に対して、譲渡担保契約を締結した。Ｙ銀行はＢ社ほか７社

の 4000 万円の共同保証も得て、新たに総額 8900 万円を融資したが、Ａ社は破産申立をして倒産した。Ｙ銀行は担保に徴求していた工事代金債権から１億 1600 万円強を回収するとともに、共同保証していたＢ会社等からは、遅延損害金を含めて 4000 万円強の代位弁済を受けた。

A 社の破産管財人Ｘは、工事代金債権に対する質権設定と債権譲渡は債権者を害する行為であるとして、破産法 72 条１号により否認し、Ｙ銀行に対して工事代金債権から回収した金額の返還を求めた。一審はＸの主張をほぼ全面的に認めた。それに対してＹ銀行が、救済融資相当額または当該金額から代位弁済受領額を控除した金額相当額については否認の対象とすべきではないとして控訴したのが本件である。

［判決］　控訴審判決はＹ銀行の主張を認め、担保債権による回収額のうち、既存債務の回収に充当された金額と代位弁済額に見合う 6803 万円余の返還を命じた。

［判決要旨］　「資産状態の悪化した債務者が、既存債務のため特定の債権者に担保を提供する行為は、他の一般債権者の利益を害することになるので、後に債務者が破産宣告を受けた場合これが破産法72条第1号に基づく否認権行使の対象とされるのは当然であるが、右債務者があくまで事業の継続を図り、これを前提として緊急の支払資金を得べく他から借入れをなし、これに担保を提供する行為は借入額と担保物件の価格との間に合理的均衡が保たれている限り、一般債権者の利益を害するものではなく、従って前記法条に基づく否認権行使の対象とはならないものと解せられる。」

［考察］　(1)　本判決では、救済融資と既存融資の見返りに銀行に差し入れられた担保について、救済融資の担保と見合っている金額については否認の対象とならないとした。そもそも救済融資の見返りに担保を設定する行為をどのように考えるかは、非常に難しい問題である。既存債務のために担保を提供する行為については、破産者が担保の設定義務を負っている場合であっても、当該の担保提供が危機時期以後に行われる限り破産法 72 条 2 項ないし 4 項の規定から危機否認の対象とされる。債権者平等の原則が担保提供義務に優先するからである[23]。なお、ここでいう担保の供与は、それと見合いに行われるであろう金銭の借入と一体として考察されるべきである[24]。

我妻教授は、新たに担保権を設定して借り入れることは詐害行為にならないとする。その理由として、相当な代価による不動産の売却行為が債権者の干渉しえないものと解して詐害行為の対象とならないことと同視すべきことを挙げられる。譲渡担保については、目的不動産の価格が被担保債権額を超過する場合にだけ詐害行為となるとする[25]。我妻教授

の見解を代表として、わが国では救済融資のための担保の供与は否認権の対象とならないとするのが通説・判例である[26]。通説・判例が救済融資に対する担保提供を否認の対象としないのは、債務者にあえて救済の手をさしのべた銀行、取引先の「善意」を保護すること、つまりは経営危機に陥った企業の救済をより円滑に進めるための法的な支援に求める見解がある[27]。

これに対して、一部の見解は救済融資と担保の設定との関係をより厳密に捉えようとしている。つまり、経営危機に陥った企業に対する融資に際しては、金融機関が既存の債務についての担保設定またはその積増しを要求することが多いことを理由に、一定の要件のもとに否認権の消極的要件と認めるべきであるとする[28]。挙げられた要件は、①救済融資であること、②その融資によって、融資前の融資者の当該債務者に対する債権の担保権の行使、相殺または取立てを有利に行ったことがないこと、③担保権、相殺または取立てについて自己の地位が有利になることがないことの3点である。

私見は、担保提供を画一的に否認の対象外とする見解には賛成できない。そもそも、このような局面には破産債権者の満足の拡大、債権者平等の要求、相手側の取引の安全、事業や生活の自立的公正を図る債務者の保護といった矛盾対立する政策目標が交錯しており、画一的な基準で判断することには慎重でなければならない[29]。本件で否認が認められたのは、既存融資の見返りとする担保提供である。これに関しては、銀行側が既存融資と救済融資の見返りに十分な担保を得たにもかかわらず、新たに融資に応じる以外の有形無形の救済行動をとったとは遂に主張できなかったことに根拠の一つを求める指摘がある[30]。この見解が指摘するように、重要なのは「動的な過程自体の公正さ」[31]である。

なお、このように解する結果、事例ごとに画一的な結果が生じないこととなるため、否認の要件における「不当性」に関する議論と同様に判断基準が明確でなくなるとの批判がありえよう。しかし、この批判に関しては、多数の債権者の利害が複雑に交錯するこのような破産処理の局面で、画一的な結論を導出しようとの思考自体が、かえって一部債権者の利益のみを絶対的に擁護する結果につながりかねないこととなり、かえって不当な結果をもたらす場合もあるように思われる。

（2）　このことは、親会社・支配株主・経営者といった破産者と特別の関係にある者の債権を債権者平等の名の下に、そのままで弁済の対象としてよいのかという議論ともつながる。破産法72条3号は危機時期以後の偏頗行為の否認について、受益者が破産者の親族または同居者である場合に、危機時期についての善意の証明責任を受益者に課している。

学説は、この根拠をこのような者が破産者の財務状態を知っていることが普通であることに求めている[32]。この規定を、破産者が会社の場合の関連会社あるいは支配株主にも類推することが、解釈論、立法論ともに主張されている[33]。私見は、破産者が法人の場合には、72 条 3 号の規定は関連会社あるいは支配株主にも及ぶと解する[34]。法人破産の場合にこのことを認めなければ、親会社や支配株主の債権を結果的に優遇することになり、破産者の人格が個人か法人かの違いによって、同じ立場にある当事者について違った扱いを放任する結果となるからである。

破産法が制定されたのは、大正11年である。制定当時と現在とでは、法人による事業活動の社会全体に占める重要性の程度は格段に増している。制定当時に、法人について個人破産と同旨の規定を置く配慮が欠けたのはある意味でしかたのないこととも言えようが、法人による事業活動が破産法制定当時とは比較にならないほど重要性を増した現代にあって、類推適用を認めるべきことと、法律の改正が急務であることは当然である。私見は、債権者の画一的な平等の実現よりも、衡平を実現することこそがより重要であると考える[35]。

第三節　独占禁止法からのアプローチ

第一款　概観

銀行による経営危機企業の救済を独占禁止法からみた場合に問題となるのは、「不公正な取引方法」の一般指定１４項が規定する優越的地位の濫用と救済との関係である。

銀行が経営危機に陥った企業を救済するのは、経営危機に陥った企業の再建が可能であると銀行が判断した結果である。銀行が再建可能と判断するのは、企業側が作成した経営再建計画が実現可能であると銀行が評価したことを意味する。経営危機に陥っている企業に救済融資を含めた各種の資金的な支援を行う場合、銀行は、健全な企業に対する取引に比してリスクの高い取引を余儀なくされるため、自らの債権がより確実に回収されるような手段を講じる必要性を強く感じることも当然である。

救済に応じるに際して銀行がとる行動としては、資金的支援の見返りに保全を強化することが典型であり、この点に関しては第二節で検討した。銀行にとって、これがいわば受け身的、間接的な対策であるのに対して、銀行が経営再建計画の内容にかかわって、企業側が作成した再建計画の内容を銀行が再建可能と判断する内容に変更させ、再建の実現性を高めるということ、つまり、経営再建を銀行自らが考える、よい確実なものに変更する

ということ、さらには、銀行が考える再建のために必要となる手段を講じることを相手方の企業に何らかの方法で強制することが、銀行の能動的、直接的な対策である。

例えば、売却を予定していない資産を売却させる、人員削減の幅を企業側の計画以上に拡大させる、生産規模を計画以上に縮小させるといった点に加えて、計画の実現をより確実にするための手段として、役員人事への介入、さらには再建計画の遂行を監視あるいは直接遂行するための銀行からの役員受入れの強要といったことがそれである。

ただし、銀行が経営危機企業の経営再建に介入する場合も、大きく２つのケースが考えられる。第一は、文字通り銀行が相手方の企業に対して、支援に応じる条件として、相手方企業にとって不本意な行為を応諾させる場合である。第二は、銀行が相手方の自主的な決定を尊重するという外形はとられているものの、結果的に銀行が考える再建案を応諾させるという場合である。つまり、企業側が作成した再建計画を銀行が拒否し、企業側は何とか支援を得ようとして計画に修正を加えることによって結果的に銀行の意向に添う再建計画、逆に言えば企業側からは不本意な内容の再建計画が作成される場合である。第二の場合については、企業側が自主的に決定しているという外形がとられるため、とくに問題となろう。

経営危機に陥った企業と銀行との関係は、企業が通常の経営状態にある場合の銀行の関係に比して優劣の差が著しい。通常の経営状態の企業であれば、企業側は銀行の要求を拒否し、他の金融機関と取引するという方法が選択できるが、経営危機に陥った企業にこのようなことは不可能である。現在のわが国に、自ら進んで倒産を望む企業はまずないであろうから、企業は銀行からの支援を得ることの見返りに、銀行側の要求を受け入れざるを得ない弱い立場にある。このような、当事者間の力関係の圧倒的な格差という問題状況において、銀行による優越的地位の濫用が問題となるのである。

第二款　優越的地位の濫用規定の検討

(1)　独占禁止法１９条は、事業者が不公正な取引方法を用いることを禁止している。そして、「不公正な取引方法」の一般指定１４項は、次の５つの行為を優越的地位の濫用として指定することにより、優越的地位の濫用を不公正な取引方法としている。

①継続して取引する相手方に対し、当該取引に係る商品又は役務以外の品又は役務を購入させること。

②継続して取引する相手方に対し、自己のために金銭、役務その他の経済上の利益を提供させること。

③相手方に不利益となるように取引条件を設定し、又は変更すること。

④前三号に該当する行為のほか、取引の条件又は実施について相手方に不利益を与えること。

⑤取引の相手方である会社に対し、当該の会社の役員の選任についてあらかじめ自己の指示に従わせ、又は自己の承認を受けさせること。

一般指定１４項の指定の根拠となっているのは、独占禁止法２条９項５号が「自己の取引上の地位を不当に利用して相手方と取引すること」を、不公正な取引方法として規定した上で、９項本文が公正取引委員会に具体的な行為の指定を委ねていることにある。公正取引委員会による不公正な取引方法の指定の前提条件としては、①当該の行為が独占禁止法２条９項各号の一つに該当する行為であるとともに、９項本文の規定によって、②公正な競争を阻害するおそれのある行為、つまり当該の行為が公正競争阻害性を有する必要がある。

このように、優越的地位の濫用が不公正な取引方法として独占禁止法上、禁止されるのは、優越的地位の濫用が公正競争阻害性を有するからである。独占禁止法２条９項各号に掲げられた行為は、それらが「不当な」行為、あるいは「不当に」行われた行為である必要があり、ここでいう行為の不当性とは、公正競争阻害性と同義であると解されている[36]。さらに、一般指定１４項が優越的地位の濫用を定義するに際して、「自己の取引上の地位が相手方に優越していることを利用して」、「正常な商慣習に照らして不当に」各号の行為を行うことと定義する際の不当性も、公正競争阻害性と同義と解されている[37]。つまり、独占禁止法は、優越的地位の使用行為を全面的に禁止しているのではなく、公正競争阻害性を有する優越的地位の使用行為を禁止しているのである。

(2) 以上のように、不公正な取引方法について理解する上で、「公正競争阻害性」がどのような概念であるかを理解することが決定的に重要である。そして、公正競争阻害性に関する理解の仕方の違いが、優越的地位の濫用を独占禁止法上、どのように位置付けるかという理解の違いとなって現れる。公正競争阻害性の概念については、周知のとおり見解の対立がある。以下では、主要な３つの見解についてみておく。

第一の説は、公正な競争を「同じような規模の競争者が多数存在し、その間において、

純粋な、能率による競争（良質廉価な商品又は役務の提供を唯一の手段として、顧客を獲得しようとすること）が行われる状態を指す」[38]と定義し、このような能率競争を阻害するおそれを公正競争阻害性とみる。この説に立てば、独占禁止法２条９項５号が規定する取引上の地位の不当利用は、直接には競争秩序に影響を及ぼすことのない行為であり、不公正な取引方法の一つとして定められていることには十分な理由付けがなされていないということになる[39]。そこで、取引上の地位の不当利用を独占禁止法上、どのように位置付けるかという問題が生じる。この説は、取引上の地位の不当利用規定の存在意義を全面的に否定することなく、「第一に、自己の取引上の地位を不当に利用して相手方と取引することは、自己の競争者としての地位を不当に強化することであり、第二に、それによって、中小企業の健全な発展を妨げることは、その者の競争者としての地位を弱めることであるから、結局において、公正な競争を阻害するおそれがある」[40]と解することによって解決を図っている。

第二の説は、公正な競争を「競争参加者に、①競争の要因たるべき事項について、自主的な判断に従って事業活動を行いうる状態、すなわち競争機能を自由に発揮しうる状態が保たれると同時に、②企業性を前提とした、企業の能率、製品の価格・品質などをめぐって行われる競争行為によって構成される自由な競争の状態をいうもの」[41]と定義し、２つの条件のいずれか、あるいは両者が制限されている場合を公正競争阻害性と定義する。第一説と第二説は、能率競争の阻害を公正競争阻害性と理解する点で共通するが、第二説は、さらに競争機能制限の要件を追加するとともに、この要件を重視する点で第一説と異なる[42]。第二説は、独占禁止法を「従属関係を成立させ、またそれを前提としてさらに加重される競争秩序に対する侵害を除去することによって、取引主体間の取引上の地位の実質的平等を確保することをその内容とする」[43]法であると理解する。この説に立てば、取引上の地位の不当利用は、取引主体間の取引上の地位の実質的平等を確保する上で重要な意味を持つとともに、この規定は、独占禁止法の目的を実現するに際しての本質的な規定として位置付けられることとなる。

第三の説は、第一と第二の説を対立的にとらえるのではなく、両説を有機的に結合させて、「①自由な競争、②競争手段の公正さ、③自由競争基盤の確保の三つの条件が保たれていることをもって公正な競争秩序と観念し、このような競争秩序に対し悪影響を及ぼすおそれがあることをもって公正競争阻害性とみる」[44]立場である。この説は、自由競争基盤の侵害を公正競争阻害性の一つとして理解するため、取引上の地位の不当利用は、自由競

争基盤の侵害の一態様として位置付けられる[45]。

公正競争阻害性を巡る見解の対立は、独占禁止法の目的をどのように理解するかという独占禁止法の目的の理解に関する根幹的な見解の相違に帰着する問題である。独占禁止法がわが国の法体系の中で、何を目的として、どのような機能を担うべきかは難問である。私見は、現実に独占禁止法が取引上の地位の不当利用を規制に組み込んでいるという事実と、第一説に立てば、取引上の地位の不当利用規定が独占禁止法の規制体系上、異質な規定として位置付けられるということから、第一説は支持できないと考える。第一説によっては、独占禁止法の全体を円滑に説明することができなくなるからである[46]。

では、第二説と第三説とで、どちらを支持すべきか。第二説は、取引主体間の取引上の地位の実質的平等を直接的に標榜するとともに、独占禁止法の目的の理解において、消費者の利益の確保、つまり経済的弱者の利益確保に重点を置く[47]。しかし、自由経済社会において取引当事者間に何らかの形での力関係の優劣があること自体は通常の姿である[48]。そのことからすれば、自由競争基盤の確保を重視する第三説を支持すべきものと考える。

(3)　優越的地位の濫用に関する一般指定１４項は、５つの行為が優越的地位の濫用となる要件として、①「自己の取引上の地位が相手方に優越していることを利用して」、②「正常な商慣習に照らして不当に」各号の行為をすること、という２つを規定している。

第一の要件である自己の取引上の地位が相手方に優越しているとは、市場において絶対的な優越的地位を有している必要はなく、相手方に対して相対的に優越していればよい[49]。また、優越的地位を相手方に対して行使しうるのは、相手方が他の取引先に取引を変更できないような状態におかれている場合である。そこで、優越的地位を利用するのは当事者間に依存関係がある場合が対象となり、依存関係の有無は、実質的な取引先転換の容易性から判断される[50]。銀行が経営危機に瀕した企業を救済するケースにおいては、相手方の企業は取引銀行を変更することができないばかりか、銀行からの救済を得るためには、銀行側のどのような要求にも応じざるを得ない弱い立場に置かれている。従って、経営危機に陥った企業に対する銀行の救済は、銀行による優越的地位の濫用が問題となる典型的なケースの一つと考えられる。

第二の要件における「正常な商慣習」とは、独占禁止法の趣旨に合致した商慣習でなければならない[51]。つまり、公正競争阻害性を有する商慣習は、正常な商慣習に含まれない。独占禁止法は、企業間格差の存在を否定していないから、「正常な商慣習」には、経済力に優劣の差のある当事者間で成立する商慣習をも含むとともに、優越的地位の利用自体は

悪性を有しないため、優越的地位の利用行為は濫用に至らないかぎり正常な商慣行と認める余地を残しているとされる[52]。このように、優越的地位の濫用行為の違法性は、公正競争阻害性の観点から判断されるため、「正常な商慣習」という要件を追加する必要はないとする見解[53]もある 。

第二の要件における「不当に」についてはどうか。優越的地位の濫用は、相手方に不当に不利益な条件で取引することであると解されている[54]。一般指定14項３号と４号は「不利益」を明確に要件としているが、それ以外の各号についても、それぞれの行為が相手方に不利益を強制することに変わりはない[55]。優越的地位の濫用を規制するのは、相手方に対する抑圧性の除去を目的としている[56]。ここにいう「不当」とは、すでに述べたように公正競争阻害性と同義であり、この場合の不利益も公正競争阻害性の観点から判断されることが基本となる。つまり、相手方の不利益が一定限度を超えた場合に、当該の不利益は不当性、つまり公正競争阻害性を帯びることとなる。

では、相手方のどのような不利益が不当と評価されるか。この点については、各号ごとに検討を要する問題だが、本来、相手方の自主的な判断によって決定されるべき事項について行為者が介入する行為は、性格上、不当なものと言える[57]。

また、この場合の不利益は「その形態のいかんや、明示であると黙示であると、契約上のものであると事実上のものであると等を問わず、また、相手方の主観的評価のいかんを問わず、当該取引における優越的地位がなければ行われなかったであろうことが、合理的に認められれば、当該取引の条件としての不利益と解すべきである」[58]とされているほか、「たとえ形式的には相手方の合意があるように整っていても、それが不当に強要された、実質的な合意と評しえないものである場合に、その不利益は不当性を帯びることになる。」[59]とされている。つまり、不利益の内容は実質的に判断される。

（4）　金融機関は融資先に対して優越的地位に立つ場合が多い。これまでに金融機関の行為が優越地位の濫用とされ事例は、①役員選任に関する不当干渉と、②歩積両建預金の２つの形態がある。歩積両建預金は、間接金融主体のわが国の金融構造と、戦後長く続いた金融の逼迫状態の下において金融機関が融資先に対して圧倒的に優越的地位にあったという点に起因するもので、融資先の経営状態のいかんにかかわらず、潜在的には金融機関の融資先すべてに対してこの問題が生じえた。ここでは、多くが経営危機に陥った企業との間で問題になると考えられる役員選任に関する不当干渉について検討する。

役員選任に関する銀行の干渉が優越的地位の濫用となるのは、相手方の経営の自主独立

性に対する侵害が不当性を有するからであるとされる[60]。銀行が相手方の役員選任に干渉する要因は、相手方の経営が思わしくない状態にあり、銀行が債権回収に懸念を抱いていることによる。つまり、相手方企業の経営実態の把握や経営改善・再建策の立案・遂行を監視する、場合によっては直接遂行する必要があると銀行が判断した結果、それを実現するに相応しい人物を役員に選任するよう強制したり、場合によっては銀行が派遣する人物を役員に就任させるよう強制するということによるものである。ここに、銀行の債権保全の要請と、相手方企業の経営の自主性を確保するという２つの目的が対立することとなる。銀行が債権保全の目的のためと言えども、相手方企業の役員選任に不当に干渉することは、独占禁止法上、禁止されることとなる。

銀行が融資先に役員を派遣する条件で融資するのは、債権の管理および回収上、それが真に必要であり、従来の役員のままでは、債権の回収につき困難や不安が感じられる事が、経済社会の取引通念上、是認される場合であること、および、それが公正競争の維持の目的に反しないことを証明すれば、行為の違法性は阻却されるとする見解がある[61]。ただし、債権の管理・回収上、役員派遣の条件付きで融資するのが銀行にとって真に必要な場合であり、かつ役員派遣が経済社会の取引通念上も是認される場合とはどのような場合かとなると、容易に回答を見いだしがたい難問である。私見は、メインバンク制をもとにメインバンクが経営危機に陥った企業に支援を行う場合が、正にそのような場合であると考えるが、その場合であっても、相手方企業の経営の自主性は確保されている必要があると考えている。

問題は、経営危機に陥った企業の経営の自主性ということをどのように考えるべきかという点に帰着する。企業は経営危機に陥った時点で、企業経営の存続を望むかぎり、ある程度経営の自主性を放棄せざるを得ないこととなる。なぜなら、自主的な経営を続けた結果、経営危機に陥ったのだから、経営再建に向けた債権者の支援を得るには、従来の経営路線を変更せざるを得ないからである。路線変更をしないかぎり、支援を受けることはできないであろうから、経営路線を変更しない場合には倒産という事態にもつながる。支援を得るために経営路線を変更することは、銀行が不当干渉した役員選任を受け入れる場合をも含めて、経営の自主性を放棄することにおける程度の差の問題である。どの程度、経営の自主性が侵害された場合が優越的地位の濫用となるのか、という問題については、事例の積み重ねから判断するほかはない。

上のようにみると、銀行と経営危機企業との間における銀行の優越的地位の濫用に関し

ては、役員選任に関する不当干渉以外にも、経営再建策の具体的内容について不当に干渉する場合には、一般指定３号との兼ね合いで問題となるケースも生じるように思われる。また、経営危機企業に対する銀行の救済の過程における銀行の優越的地位の濫用は、相手方に「不利益」が生じていると言えるのか、という疑問も生じる。経営再建という目的の実現は、相手方にとって利益と評価される場合もあろう。

経営危機企業に対する銀行の救済と銀行の優越的地位の濫用との関係については、先行する研究業績はないものと思われる。上にみたように、多くの未解決の問題があり、今後の研究が進むことを期待するものである。

第三款　審決の検討

公取委昭和２８年１１月６日勧告審決（審決集５巻61頁）―日本興業銀行事件[62]

〔事実の概要〕　昭和２８年５月頃から大企業を中心とする不渡手形発行の問題が深刻化し、日本冶金工業の受取手形中にも不渡処分を受ける手形を生じていたところに、主要製品の市況価格の下落といった要因も重なって、同社の資金繰りは逼迫し、経営危機に陥った。同社は、同年６月15日期日の支払手形を決済する目途がたたなくなったため、日本銀行を通じて融資を懇請した結果、日本興業銀行をはじめとする取引銀行から決済資金の融資を受けて決済を切り抜けた。しかし、その後も資金不足が続いたため、日本銀行の斡旋により取引銀行から所要資金の融資を受けることとなった。

日本興業銀行は７月６日に日本冶金工業の経営実態を把握するため、人材を派遣して調査に当たらせたが、同社の資金繰りはますます逼迫した。同社が不渡手形を出すことは、経済界に及ぼす影響が大であるとして、同社の救済と再建を目的とする救済融資が日本銀行の斡旋によって６行の協調融資の下にまとまった。ただし、日本興業銀行は、融資に応じる条件として、役員の人事刷新を融資銀行団を代表して同社に申し入れ、同社に了承させた。その内容は次のようである。①日本冶金工業のライバル企業である鴨川化工の社長を日本冶金工業の社長とし、日本興業銀行が派遣した人物を副社長とすること。②退任社長を代表権のない会長とすること（その後、代表権のある会長となることとなった。）。③定時総会で任期満了となる３常務を解任し（その後、円満退職させることとなった。）、他の２名の常務を平取締役とすること。④社長に就任する鴨川化工の社長が推薦する人物１名を常務とすること。

〔審決要旨〕(1)法の適用　「興銀は、日本冶金に対する強調融資銀行団の実質上の幹

事銀行として、協調融資に際し役員の選任については、あらかじめ自己の指示に従うべきことおよびその範囲は社長以下常務取締役全員におよぶべきことを条件とするものであつて、かかる行為は、金融機関の債権保全の見地からする正当な行為とは認められぬものであり、したがつて（中略）不公正取引方法の九に該当し、同法第十九条の規定に違反するものであり、更に日本冶金と現に競争関係にある鴨川化工の役員を日本冶金役員として兼任せしめるとともに興銀側から二名の代表取締役を選任せしめることは、融資に際して日本冶金に対する自己の優越せる取引上の地位を利用して金融機関の通常の債権保全の目的ならびに限度に照し不当に不利益な条件を付するものであり（中略）不公正取引方法の十に該当し同法第十九条の規定に違反するものである。」

(2)排除措置　日本興業銀行は、次の３つを除いて、日本冶金工業の役員任免に関して指示してはならない。① 鴨川化工の社長を、同社の社長と兼任しないことと、在任期間を貸付金完済に見合う期間とするとともに、日本冶金の社長を代表権ある会長とするとの条件付きで、日本冶金の社長とすること。②代表権なき副社長１名の選任。③任期満了の常務取締役３名を退任させること。

〔考察〕　(1)　昭和２０年代の古い事例ではあるものの、メインバンクによる経営危機企業の救済の過程で生じた一つの典型的な事例であると言える。

この事例では、日本興業銀行側から、救済融資に応じる条件として役員の更迭を日本冶金工業に申し入れた点、つまり、役員選任に関する干渉が動かし難い事実である点、そしてライバル企業の社長をもって再建に当たらせようとした点、つまり日本冶金工業側の自主的判断では到底ありえない役員人事が申し入れられた点で、極めて明確な干渉であるとともに、日本冶金工業の経営の自主性を侵害する程度も極めて高いということができる。本件のような事例こそが、最も典型的な不当干渉の事例と言える。

しかし、少し視点を変えて銀行の立場からみてみると、銀行は、日本冶金工業を経営危機に陥らせた最高責任者である社長の責任を代表権の返上というかたちで会社側に求めるとともに、経営再建を実現しうる経営能力を持った人物を社長に就任させることによって経営再建を奏効させることにより、日本冶金工業の倒産による経済的混乱を回避したいと考えたとも言えよう。経営危機に陥らせた張本人が代表権を持ち続けていたのでは経営再建は覚束ないと外部からは判断されたとしても、あながち間違いではないようにも思える。経営危機に陥らせた者の責任を棚上げにしたままでは、支援に応じられないというのは、支援に当たる側の当然の論理と言えなくもない。

ここで想起されるのは、譲渡担保、所有権留保、仮登記担保という非典型担保における清算の問題である。資金に窮した債務者に、わずかの現金を提供することと引き換えに、高額の債務者所有の物件を自分のものにしてしまうような暴利行為は許されないのである。つまり、担保法の領域においても、相手に金融をつけるという名目で、債務者の窮状に乗じて、どのような行為をしてもよいことにはなってはいないのである[63]。もちろん、銀行は救済融資に際して暴利行為を働いているわけではない。しかし、経営危機に陥った企業を救済するという名目であっても、相手方企業の経営の自主性を奪ってはならないということである。節度ある行動が求められているということになろう。また、このようなことを認めれば、銀行業務に専念する義務を負う銀行に一般企業の経営を認めたことに等しい結果ともなる。

本事例においては、銀行側が経営者の代表権の返上が支援の前提条件と考えるなら、経営者が自主的に責任をとらない以上、支援に応じないという決定を下すべきこととなる[64]。

(2)　本件では、「金融機関の債権保全の見地」、「金融機関の通常の債権保全の目的ならびに限度に照し」と、役員選任に関する干渉が債権保全の目的の範囲で認められるとも解釈できる審決を下している。この点に関しては、「債権者側の必要ということが、何故、正当な理由を根拠付けることとなり得るかは、必ずしも、明らかではない。」[65]とする見解がある。

この問題は、企業側の経営の自主性を確保するという目的と、銀行の債権保全という目的をどのように調和させるかという問題である。役員を派遣すること自体を不当と解することはできない[66]。債権保全の目的を大きく後退させると、支援に応じる金融機関がなくなり、企業は倒産を余儀なくされるという結果ともなろう。そこで、「正常な商慣習」が両者の調和点を示す基準であるとする見解がある[67]が、相手方に対する抑圧性が一定限度を越えた場合に不当性を帯びると解せばよいと考える。

(3)　第一部第四章第三節で検討したように、メインバンクによる経営危機企業に対する救済に際して、企業側が作成した経営再建計画に同意するかたちで銀行が支援に応じるのは、支援に応じる過程で、銀行による優越的地位の濫用が問題となることを回避することをも意図したものであると思われる。

第四節　小括

以上の検討によって、メインバンクを始めとする銀行による経営危機企業の救済という行為には、銀行と融資先や第三者との間に、潜在的に実に多くの法律問題を内包していることが明らかになった。ところが、現在のわが国では、ここで検討したような法律問題が具体的な事件になった事例はごくわずかしかない。それぞれの法領域における事例の現われ方を決して過小評価していないにもかかわらず、検討の対象となる事例はごく限られたものに止まるのである。このことをどのように理解すればよいのだろうか。

確かに、銀行が経営危機企業の抱えるリスクの全てを丸抱えで負担した場合には、その行為の当否をめぐって銀行内部で法律問題が生じることを別とすれば、ここで検討したような問題の起こる可能性は少なくなろう。しかし、これまでのわが国において、特定の銀行だけが全てのリスクを負担してきたとも考えられないし、全ての経営再建事例について、再建のイニシアティブをとった銀行の行動に全く不手際がなく、また、全ての当事者に再建計画に応じたことによる損失がいっさい発生していないというようにも思われない。メインバンクが救済に乗り出した全ての事例において、一件の例外もなく再建が奏効したというはずもあるまい。

そうであるならば、わが国では、現在までのところ、経営再建に当たった銀行を当事者が訴えるということ自体が稀であると理解せざるを得ない。この第一の理由として、社会全体からの銀行に対する高い信頼を挙げることができよう。救済に乗り出した銀行の行動は、たとえ経営再建が失敗した場合であっても、銀行の最善の努力の結果なのであって、被害は被害として認識されてこなかったということを意味するように思われる。たとえ被害として認識されたとしても、社会の同質性が高く訴訟社会ではないわが国においては、経営危機の救済に乗り出した銀行の責任を厳しく追及すれば、追及した側は、逆に自らが経営危機に陥った時には、誰からも救済を得られないということを覚悟する必要があったのではないかと考えられる。

第二の理由として、間接金融優位の金融構造の下では、経営危機に陥った時に救済を期待できる最も有力な主体は、常に銀行であるという点である。この意味においても、銀行に対して厳しく責任を追及すれば、自らが経営危機に陥ったときに、銀行からの救済は得られないということを覚悟する必要があるのではないかと思われる。さらにわが国では、銀行が取引停止処分制度を通じて企業の死命を制する権限を握っていることは第二部第三章で検討したとおりである。このことも、企業の倒産に関連して損失を被った企業の側に、

銀行の責任を厳しく追及することを思いとどまらせる抑止力となったものとも考えられる。そのようなことをすれば、みずからが経営危機に陥った時に、銀行からのしっぺ返しを覚悟しなければならないからである。

ここで検討したような問題について、銀行の責任が厳しく追及されるようになれば、それは、当然のことながら銀行による経営危機企業の救済に対する抑止要因として作用することは間違いない。第三部では、アメリカにおける経営危機企業の救済について考察する。アメリカ法の下では、わが国と違って、企業の倒産に関して損害を被った者は、倒産に関与した者の責任を厳しく追及するという態度が顕著に見られる。このことは、倒産に関与した者が銀行であっても例外ではない。以下では、法的側面に止まらず、社会的側面をも含めて、アメリカにおける経営危機企業の救済について多角的に考察する。

---

[1] レンダー・ライビリティーに関する文献には多くのものがある。わが国に初めてアメリカでの問題状況を紹介した文献として、ナンシー・ヤング＝ヴィクター・Ｃ・ブッシェル＝柏木昇(訳)「レンダー・ライアビリティ（融資者責任）とは何(上)(中)(下)」ＮＢＬ４７９号１２頁～１７頁、４８０号４６頁～５０頁、４８１号４４頁～５２頁と、ナンシー・ヤング＝ウィリアム・テニス＝柏木昇(訳)「米国におけるレンダー・ライアビリティ法理のその後の発展」ＮＢＬ５０７号４頁～７頁がある。

斎藤治「金融機関の法的責任論の新展開」金融研究（日本銀行金融研究所）１２巻２号（１９９３）５３頁～１０１頁、椿寿夫「銀行の融資拒絶・打切りと法的責任」ジュリスト１０３０号（１９９３）１０頁～１５頁も参照。

[2] １９９７年１２月１０日付け日本経済新聞１面の特集記事「信用収縮」には、次のような事例が紹介されている。銀行に新規融資を申し込んだ企業が、借入金のうちの一部を繰上返済すれば、それ以上の新規融資をするとの銀行の申し出を信じて、何とか資金繰りをつけて返済したものの、銀行は融資の決裁が本店に移り、融資が下りなくなったとして新規融資を断った結果、当該の企業は資金繰りが破綻して倒産したというものである。経営危機企業に対する支援にかかる事例ではないものの興味深い。この事例は、銀行が当初から貸付金の回収を目的としていたのではないか、とも言える。同時に、銀行に対する信頼の裏切りの事例でもある。

しかし、このような事例では、銀行は新規融資を行うことを書面にして約束しているわけではないので、当該の企業が銀行を訴えるとしても、銀行が新規融資を行うと言ったことを立証することには大変な困難を伴うというのが実際であろう。ただし、経営危機企業に対する支援のケースでは、銀行の支援表明や関係当事者の経営再建計画に対する同意には、多数の債権者が関与するため、銀行が自らの支援表明や同意自体をなかったものであると主張しても、その主張が認められる余地は少ないものと思われる。

[3] 公共性を有する銀行が、自らの債権回収のために支援を表明するというような行為は、現在のわが国では考えにくいことではあるが、銀行も営利企業である以上、このようなケースの発生する可能性も否定できない。また、経営危機に陥った企業が大企業であり、銀行の支援表明が新聞に報道されたような場合には、銀行が支援行動をとるということが衆

人監視のもとにおかれるため、銀行がそれに反するような行動をとる可能性は少ないものの、経営危機に陥った企業が中小企業であり、銀行による支援の表明の範囲も関係当事者に止まる場合には、当事者の信頼を裏切っても、債権回収を進めた方が、銀行の利益になると銀行が判断する場合もあろう。なお、過去の裁判例には、銀行の債権確保、取立行為が不法行為を構成するとされた事例として、神戸地判昭和４７年４月１２日判例時報 692 号 75 頁がある。極めて悪質で、銀行の行為としてはあるまじき極めて珍しい事例であり、掲載誌の冒頭に要約して紹介された事実関係を再掲しておく。

「ＡはＸ１からその子Ｘ２の所有不動産（第一物件）の権利証を寸借名下に借り出し、Ｂとともにこれを利用して昭和２８年６月頃Ｙ相互銀行から８０万円を借受け、Ｘらに無断で第一物件にＹのため根抵当権を設定し、その登記を経た。これを知ったＸ１は、直にＹに対して右抵当権設定がＸらの意思に基づくものでないことを説明し、登記抹消を要求したが、Ｙは銀行としての立場を理由に、裁判によってＡらの横領、専断行為が明らかにならない限り右要求には応じられないと主張し、かえって昭和３１年９月右根抵当権の実行に着手した。そこで、Ｘ２は競売開始決定に対する異議の申立をし、根抵当権無効の主張が容れられて、昭和３３年６月１２日競売開始決定取消の裁判を得た。ところが、右異議事件の審理が進行し、証拠によって事態が次第に明白になり、情勢が自己に不利に展開するのを知ったＹは、右異議事件の裁判で根抵当権無効の判断がされるのに対抗しようとして、Ｘ１に対し「Ｙの銀行としての立場上、抵当権の放棄などに応じるためには代わりの担保が必要である。しかし、これもＡに対する第一審の有罪判決によって根抵当権の無効が確定するまでの形式的な書類操作にすぎない。」と説明して、これを信頼したＸ１との間で、Ｙが右根抵当権の放棄、登記抹消に応じる代償として、Ｘ１がＹに対し８０万円の貸金債務を負担していることを確認し、Ｘ１所有の不動産（第二物件）に抵当権を設定することを内容とする約定書を取り交わした。そして今度は右約定書をたてに取り、第二物件に対する抵当権実行をほのめかしながら、執拗かつ強引にＸ１に右債務の返済を迫り、約５万円の支払を受けただけでなく、昭和３７年９月頃には貸金請求訴訟を提起、右約定書の無効を理由に請求棄却の判決を受けると、更に控訴したが、昭和４１年９月控訴棄却の判決があった。この間昭和３８年３月にはＡに対し横領等による有罪判決があったので、Ｘ１がＹに対し右訴訟を取り下げるよう求めたが、Ｙは「民事事件と刑事事件の判断は別である。」等と主張して、右要求に応じなかった。」

「判決では、右一連のＹの行為は、著しく社会的道義に悖る、反社会的、反倫理的なもので、銀行業務としての債権確保のためにとり得る手段の範囲を逸脱した違法なものであるとし、Ｙ代表者に過失があったとして、Ｙに対し、前記取立金、前記訴訟の応訴ならびに訴訟追行に要した弁護士費用の賠償および慰謝料の支払を命じた。」というものである。

例外中の例外に属する事例ではあろうが、銀行に対する社会的な信頼を悪用したとも言える極めて悪質な事例である。

[4] 本裁判例は、1996 年度の金融法学会北海道地区シンポジウム「金融機関の貸手責任（レンダー・ライアビリティ）」の質疑応答において、山田誠一教授の質問に対する報告者瀬川信久教授の回答の中で言及されたものである。金融法研究 13 号(1997)162 頁参照。判決年月日、裁判所名、掲載誌に関する情報は、筆者が瀬川教授に直接、ご教示頂いた。瀬川教授には、改めてこの場を借りてお礼を申し上げる。

なお、ここで検討したような事例の起こる原因は、銀行と融資先や関連当事者との間の信頼関係の喪失に起因するものと考えられる。バブル経済期に行った銀行の過剰な融資と、その後のバブル経済の崩壊に起因する銀行による債権回収行動や、融資先の経営破綻は、銀行と融資先や関連当事者との間に、従来には見られない事例を生む結果となっている。札幌地判平成９．５．２６判例タイムズ９６１号１８５頁は、原告の北海道拓殖銀行がメインバンク関係にあった被告の不動産開発会社カブトデコム株式会社に対して貸付金の返還と代表者に対する保証債務の履行を請求した事例である。この事例では、カブトデコム

側が北海道拓殖銀行の債権回収行動を権利の濫用であると主張した。被告の主張の根拠は、メインバンク関係の下で原告と被告との間に信認関係（信認関係については第三部第二章で詳しく検討する）が形成されており、原告は自らの利益を優先することはできず、被告との利益の調和を図らなければならないから、被告に対して必要な資金を供給すべき義務を負うほか、債権回収行動を差し控えなければならないというものである。

これに対して判決は、「金融機関の企業に対する金融支援が、金融機関においてその企業を育成すべき対象としている場合であっても、親が子をはぐくむように無条件で行われることはありえない。金融機関においては、金融支援に値する企業かどうか、金融支援すべき状況にあるのかどうか、どのような内容の金融支援をするのが効果的かなどの点について、変化する経済情勢の中で適時、的確な経営判断をすることが当然に要求されるのであるから、金融支援の意思表示がされたことをもって、具体的な諾成的消費貸借契約や消費貸借の予約が成立したものと認めることはできない。」として、被告の主張を退ける判断を下した。この判決では、銀行の内部事情については深い配慮がなされているものの、融資先が融資を受けられる地位に対する配慮はほとんどなされていない。つまり、一言で判決の結論を要約するならば、「貸すも貸さぬも銀行の勝手」ということになろう。現在のわが国では、銀行の利益と融資先の利益が対立した場合には、銀行の利益が優先されるという状況にあると言えよう。しかし、銀行と融資先との関係を継続的取引関係としてとらえれば、融資先の融資を受ける地位というものが、いっさい法律的な保護に値しないのかという問題が生じ得よう。

この事例のように、従来のわが国にない裁判例が、バブル経済崩壊の後始末をする過程で、今後数多くみられるようになるものと思われる。

[5] 当事者の支援の足並みの乱れから、再建が頓挫し、倒産した企業の事例として、江口一樹「倒産事例に学ぶ企業の見方養成講座〔第 11 回・完〕バブル処理のむずかしさ、住管機構とのトラブルにメーンバンクは―　東建設㈱」金融法務事情 1499 号(1997)52 頁～53 頁がある。企業倒産の詳細な経緯が文献の中で紹介されることは少ない。この事例では、経営再建における銀行の関わりについても触れられているので、事例の概略を紹介しておく。

支払利息を仮払金として資産計上する手口で実態は赤字経営が続き、経営危機に陥っていた九州所在の東建設㈱の取引銀行６行は、同社の存続が可能と判断して協調融資体制を組んだ。再建の過程で、メインバンク主導で建設部門の営業権と商号をグループ企業のトーケン工業に譲渡し、東建設は新東企画に商号変更することとなった。営業権譲渡によって得た代金から、協調融資団の６行が回収した金額に対して、旧住宅金融専門会社の地銀生保住宅ローンからの借入金を引き継いでいた住宅金融債権管理機構の回収分が少なかったため、住宅金融債権管理機構は採算のとれる建築部門の切り離しは債権回収の妨害であるとして、新東企画が取引先に対して持つ工事請負代金請求権の仮差押を申し立てた。その後、新・旧の東建設が連帯して債務を負担することで和解が成立し、仮差押も取り下げられたものの、新東企画の債務を東建設が引き受けたことによる支援額の増加を嫌ったメインバンクが資金的支援を拒否したため、結局、東建設は自己破産を申請して倒産した、というものである。

この事例では、協調融資銀行６行が、他の債権者の意向を無視して、自らの債権回収に走ったことが経営再建の失敗の原因と言えよう。再建過程における債権者間の利害調整の困難さを理解することができる。

なお、この事例では、破産管財人が住友銀行ほか６つの銀行を相手どって弁済金返還請求訴訟を提起しており、住宅金融債権管理機構がこの訴訟に補助参加を申し立てたことが報道されている。１９９８年７月２８日付け朝日新聞夕刊一面参照。

[6] 会社更生法 78 条各号が規定する否認権も本条と同旨の規定であるが、本稿では破産法上の否認権を対象として検討する。

[7] 伊藤眞『破産法』(有斐閣、新版、1991)285 頁。
[8] 伊藤・前掲注７ 296 頁。詐害行為取消権と否認権との異同については、霜島甲一『倒産法体系』（勁草書房、1990)304 頁～307 頁参照。
　同書によれば、民法上の詐害行為取消権は必ずしも債務者の倒産を前提としていないという利用される局面の違いと、否認権が破産・会社更生という強力な倒産手続にのみ備わっているのに対して、詐害行為取消権は個々の債権者による行使を主として念頭においた制度であるという機能面の違いが指摘されている。
[9] 山木戸克己『破産法』（青林書院、1974)179 頁。
[10] 山木戸・前掲注９ 179～180 頁。
[11] 伊藤・前掲注７ 299 頁。
[12] 山木戸・前掲注９ 180 頁。
[13] 林屋礼二・上田徹一郎・福永有利『破産法』（青林書院新社、1977）［福永］168 頁。
[14] 伊藤・ 前掲注７ 288 頁、290 頁。
[15] 谷口安平『倒産処理法』(筑摩書房、1976)247 頁～248 頁。
[16] 伊藤・ 前掲注７ 290 頁。
[17] 不当性を独立した要件とする見解として、山木戸・前掲注９ 190 頁。
[18] 林屋・上田・福永『破産法』（青林書院新社、1977）［福永］171～172 頁。なお、この見解が不当性の観点を完全に否定するものではない点には注意が必要である。
[19] 霜島・前掲注８　316～317 頁、谷口安平『倒産処理法』(筑摩書房、1976)254 頁、鈴木正裕「否認権をめぐる諸問題」鈴木忠一・三ケ月章監修『新・実務民事訴訟講座 13』(日本評論社、1981)99 頁。
[20] 斉藤秀夫・麻上正信『注解破産法』(青林書院、改訂第二版、1994)［宗田親彦］354 頁。
[21] 鈴木正裕・前掲注１９　99 頁。
[22] 伊藤・前掲注７ 292 頁。
[23] 伊藤・前掲注７ 301 頁。
[24] 山木戸克己「救済融資と否認」銀行取引判例百選（1966、旧版)188 頁
[25] 以上、我妻栄『新訂債権総論』（岩波書店、1964)188 頁。
　なお、譲渡担保について破産法 72 条 1 号の否認権を行使するためには、目的物件の価格と被担保債権額との間に合理的均衡が存しないことを要するとした判例として、最二小判昭和 43 年 2 月 2 日民集 22 巻 2 号 85 頁がある。
[26] 我妻教授と全く同じ内容の見解として、中田淳一『破産法・和議法』(有斐閣、1959)156 頁がある。谷口・前掲注１５ 254 頁では、否認できないとする方が社会通念に合致するとする。山木戸・前掲注９ 210 頁によれば、債務負担につき不当性が認められれば否認を認めるべきであるとされるものの、借入金の使途が営業の継続、生活維持、既存の担保付債務や優先的債務の弁済などのためであるときには、通常は不当性を欠き、否認権は成立しないとされる。伊藤・前掲注７ 298 頁～299 頁によれば、融資と同時に担保を設定する行為には、責任財産の実質的減少がないため、融資金を費消する目的など特別の事情が認められなければ否認は成立しないとされる。判例として、最判昭 44 年 12 月 19 日民集 23 巻 12 号 2518 頁がある。
[27] 鈴木正裕・前掲注１９ 110 頁～111 頁。
[28] 霜島・前掲注８ 317 頁。
[29] 井上正三「借入れのための担保権の設定と否認」新倒産判例百選（有斐閣、1990)80 頁。本件に関する判例評釈である。
[30] 井上・前掲注２９ 81 頁。
[31] 井上・前掲注２９ 81 頁。
[32] 霜島・前掲注８ 322 頁、伊藤・前掲注７ 302 頁。伊藤教授は、さらにこれらの者が倒産について何らかの責任があることも多いことを根拠として追加される。

[33] 伊藤・前掲注７ 302 頁、霜島・前掲注８ 324 頁。谷口・前掲注１５ 259 頁は立法論として認める。
[34] 松下淳一「結合企業の倒産法的規律(三)」法学協会雑誌 110 巻 3 号（１９９３）4 頁も同旨であり、近時の多数の見解によって支持されている。
[35] 倒産法制における債権者平等の原則と衡平との関係について、高橋宏志「債権者の平等と衡平」ジュリスト 1111 号(1997)156 頁～161 頁参照。更生計画における公正と衡平の必要性を強調する文献として、田村諄之輔「会社更生計画における「公正、衡平と遂行可能」についての一考察」三ヶ月章編集代表『菊井先生献呈論集 裁判と法（下)』(有斐閣、1967) 741 頁～777 頁（田村諄之輔『会社の基礎的変更の法理』(有斐閣、1993) 141 頁～174 頁に再録。）がある。
[36] 今村成和・丹宗昭信・実方謙二・厚谷襄児編『注解経済法（上巻)』(青林書院、１９８５）167 頁〔金子晃〕。
[37] 金子晃・実方謙二・根岸哲・舟田正之『新・不公正な取引方法』(青林書院新社、１９８３） 232 頁〔金子晃〕。実方謙二『独占禁止法』(有斐閣、第三版、1995） 332 頁。
[38] 今村成和『独占禁止法』(有斐閣、新版、１９７８）９６頁。
[39] 今村・前掲注３８ １４６頁、１４８頁。
[40] 今村・前掲注３８ １４８頁。
[41] 正田彬『全訂独占禁止法Ⅰ』（日本評論社、1980）３０８頁。
[42] 今村成和・丹宗昭信・実方謙二・厚谷襄児編『注解経済法（上巻)』(青林書院、1985) 171 頁〔金子晃〕。
[43] 正田・前掲注４１ １１１頁。
[44] 独占禁止法研究会報告書「不公正な取引方法に関する基本的な考え方」公正取引 382 号（１９８２）３４頁。
[45] 上記の３つの説以外にも多くの説が展開されているが、ここでは検討しない。
　公正競争阻害性に関する学説については、今村成和・丹宗昭信・実方謙二・厚谷襄児編『注解経済法（上巻)』(青林書院、1985）１７０頁～１７２頁〔金子晃〕、正田彬「不公正な取引方法と公正競争阻害性」経済学会編『独占禁止法講座Ⅴ　不公正な取引方法（上）』（商事法務研究会、1985）１４頁～３２頁、戸塚登「取引上の地位の不当利用」経済学会編『独占禁止法講座Ⅴ　不公正な取引方法（上）』（商事法務研究会、1985）２５８頁～２６３頁参照。
[46] 田中誠二・菊地元一・久保欣哉・福岡博之・坂本延夫『コンメンタール独占禁止法』(勁草書房、1981）２９９頁〔久保欣哉〕は、第一説には賛成できないとした上で、「二条九項五号にこそ、むしろ競争政策の基本方針が読みとられなければならない。」とする。今村成和・丹宗昭信・実方謙二・厚谷襄児編『注解経済法（上巻)』(青林書院、1985）２５４頁〔奥島孝博〕は、一般指定１４項を理解する上で、競争基盤の侵害という観点に立つ立場を支持すべきとする。
[47] 正田・前掲注４１　１２１頁～１２４頁参照。
[48] 佐藤一雄・川井克倭・地頭所五男編『テキスト独占禁止法』（青林書院、1995）１４９頁〔中山武憲〕。実方・前掲注３７　３４２頁は、対等な取引と考えられない場合をすべて規制の対象とするのは過大な介入となるとする。金子・実方・根岸・舟田前掲注３７　２２４頁〔金子〕は、対等な当事者を想定し、取引上の地位の格差から生じる不利益を是正し、当事者間に利益の配分を行うことは、市場機能を否定することになるとする。
[49] 田中誠二・菊地元一・久保欣哉・福岡博之・坂本延夫『コンメンタール独占禁止法』（勁草書房、1981）３００頁〔久保欣哉〕。
[50] 実方・前掲注３７　３４０頁。
[51] 正田・前掲注４１　４１７頁。
[52] 戸塚・前掲注４５　２７５頁。

[53] 金子・実方・根岸・舟田　前掲注３７　２３２頁〔金子〕。
[54] 今村・丹宗・実方・厚谷編　前掲注３６　２５７頁〔奥島孝康〕。
[55] 戸塚・前掲注４５　２７６頁。
[56] 実方・前掲注３７　３３８頁。
[57] 実方・前掲注３７　３４２頁。
[58] 正田・前掲注４１　４１８頁。
[59] 戸塚・前掲注４５　２７７頁。
[60] 今村・丹宗・実方・厚谷編　前掲注３６　２６０頁〔奥島孝康〕、実方・前掲注９２　３４２頁。
[61] 田中誠二『新版 経済法概説』（千倉書房、再全訂版、１９７８）２９９頁。
[62] 本審決に関する評釈として、奥島孝康「銀行による融資先会社の役員選任の不当干渉」『独禁法審決・判例百選』（有斐閣、第四版、１９９１）２０２頁～２０３頁、土田和博「銀行による融資先会社の役員選任の不当干渉」『独禁法審決・判例百選』（有斐閣、第四版、１９９７）２０４頁～２０５頁、丹宗昭信「日本興業銀行事件」２１０号３０頁～３２頁がある。
　本審決のほかに、公取委昭和３２年６月３日勧告審決（審決集９巻１頁）－三菱銀行事件がある。この事例は、労働争議に端を発した役員選任に関する不当干渉の事例である。ここでは、経営危機企業に対する支援の過程で問題の起こった日本興業銀行事件のみを検討する。
[63] １９９５年の私法学会民法部会シンポジウムでは、担保法がテーマに取り上げられた。報告論文である加藤雅信「非典型担保法の体系」別冊ＮＢＬ３１号（１９９５）５７頁は、「現在の非典型担保の現状を一言でいえば、種々の非典型担保につき、私的実行の可能性は確保したうえで、清算義務による対価的均衡を図りつつ、これらの担保をより制限物権的なものに再構成していく方向にある」としている。
[64] 日本銀行の斡旋によって救済融資のための協調融資団が組成されとされる本件にあって、一切支援に応じないということが当時の金融情勢の下で可能であったかどうかという問題はあるが、現代では、このようにいえる。
[65] 今村・前掲注３８　１５０頁。正田・前掲注４１　４０７頁も同旨。
[66] 実方謙二「銀行取引と独禁法」鈴木禄弥・竹内昭夫編『金融取引法大系 第１巻 金融取引総論』（有斐閣、１９８３）３１３頁は、「金融機関が融資先の経営再建のために役員を送り込むことは一般的に行われており、それが有能な人材を送り込むことによって相手方の経営能力を強化し、あるいは、放漫な経営が行われないように経営方針を健全化させるために必要な範囲内のものであれば、相手方の競争単位としての活力を増大させることにもなるから、（中略）不当とされることはないであろう。」とする。
[67] 戸塚・前掲注４５　２７６頁。

第　三　部

アメリカにおける経営危機企業の救済

第一章　銀行制度とその特徴

第一節　序説

現在わが国で進められている日本版ビッグ・バンは、わが国金融制度を国際標準、つまりグローバル・スタンダードに合わせることを目的として行われている。このグローバル・スタンダードには、金融技術で世界を大きくリードするアメリカの基準が意識されることが多い。日本の金融を研究する際に、アメリカの金融制度や金融システムに対する理解が不可欠になっている。さらに、日本の金融制度や金融システムが日本の国内事情や歴史を反映して構築されているように、アメリカの金融制度や金融システムにはアメリカの国内事情や歴史が反映されているのであり、その理解が必要である。本稿は金融法をも研究の対象としており、ここで行うアメリカの銀行制度に関する研究は、広い意味で比較法研究に含まれるものである。

さらに言うならば、比較法研究を行うには、対象国について、研究対象とする項目に関する制度や仕組みの全体を、その歴史や成り立ちにまで遡って研究する必要のあることは、ここで改めて言うまでもない。比較法研究は、対象国の制度や仕組みの現状の、そのよって立つ思想や歴史的背景を明らかにすることに究極の目的があるといって過言ではないのである[1]。

わけても、本稿のテーマとする経営危機に陥った企業に対する銀行による救済という法律問題は、一国の金融制度や経済システムと密接に関連した問題である。また、そもそも「金融」という領域自体が、経済と法が広く、かつ深く絡み合う領域でもある。問題は、当該の地域において企業がどのように生成し、どのような思想に基づいて経営され、どのような手段で資金を調達して企業活動を行っているのか、ということから始まるであろう。企業と経営者との関係、さらには、株主、銀行を始めとする債権者、従業員、仕入・販売先、地域社会といったステークホルダーとの関係はどのようなものなのか。企業活動の監視は、誰によって、どのように行われているのか。企業が経営危機に陥った状態、つまり、ある意味で企業活動の失敗とも言える状態に企業が立ち至った場合、企業はどのように行動しようとし、また、ステークホルダー達は、その時、企業がどのように行動すべきものと期待し、かつどのような行動をとるのか。企業が倒産するとは、どのような状態をいい、社会的に倒産はどのようなものであると受け止められているのか。そして、これらの裏付

けとなる「法制度」はどのようなものか。最後に、以上に述べてきたことの理由とその背景は何なのか。これらのことを明らかにすることなしに、経営危機に陥った企業に対する銀行による救済という行為が、当該の地域で法律的にどのように処理されているのか、という一点に問題を限定して答えを求めようとしても、真の回答は見いだせないものと思われる。

本論文が取り上げたテーマに関する比較法研究は、金融システムや経済システムを踏まえた研究を必要とする問題である。第三部では、第一部第二章における検討、つまり、わが国とは大きく異なるアメリカの金融構造をも踏まえた上で、アメリカにおける経営危機企業の救済に関する問題を考察するものである。従って、第三部における検討は、日本法に関する研究である第二部、第四部における検討とは表面上の対応関係を形成していない。これは、アメリカ法に関して、より根源的な問題についての考察を試みた結果でもある。

第二節　アメリカの銀行制度の特徴

アメリカの銀行制度には、わが国との比較においても、また世界的にみても、いくつかの大きな特徴がある。アメリカの銀行制度を特徴付けるこれらの点は、アメリカにおいて、経営危機企業に対する銀行の支援の有無を理解する上でも重要である。ただし、ここでの検討は、第三部の全体をとおしてアメリカにおいて銀行による経営危機企業の救済が行われにくい理由について多角的に検討を進める上で、銀行制度そのものが一つの制約要因となったことを明らかにするために、それを明らかにするのに必要な特徴に絞って検討を加える。このような観点に立つため、銀行と証券との分離政策や、複数の中央銀行を多数持つことを意味する連邦準備制度といった点については、検討していない。

第一款　二元銀行制度（Dual Banking System）

１．二元銀行制度の概要

二元銀行制度とは、州法に基づく州法銀行および州銀行当局と、国法（連邦法）に基づく国法銀行および通貨監督官局（Officer of the Comptroller of the Currency ;OCC)とが併存し、両者が銀行免許と銀行監督を互いに排他的に行う仕組である[2]。つまり、州と連邦がそれぞれに銀行に対する免許権限と監督権限を有する二体系の銀行制度となっている。なお、当然ながら、州法銀行制度は州ごとに異なりうる

ものである。また、アメリカ人にとって、国法免許のほうが州法免許より格が高いという考え方はほとんどないとされ[3]、両者は完全に並立する存在である[4]。

このように一見複雑な二元銀行制度がアメリカで生まれた理由は、アメリカが連邦国家であることに求められる。州はアメリカ全体の統治のために必要と考えた権限のみを連邦に委譲し、それ以外の権限は州に留保したのであって[5]、連邦と州との関係は、わが国における中央政府と都道府県との関係とは全く異なり、むしろ基本的には独立国家の集合体であるＥＵと加盟各国との関係に類似しているものと理解すべきである[6]。 二元銀行制度は、連邦主義と反連邦主義とのせめぎあいの中で、生まれたものと理解できる。現在の国法銀行制度成立前にできた合衆国銀行[7]は、存続期間を20年とされた当初の銀行免許の更新ができずに終わっている[8]。 第一合衆国銀行の誕生に際しては、反連邦主義者は、憲法が連邦政府のものと明記していない権限はすべて州に付託されるとの立場から、銀行の設置認可は州が行うべきものであり、議会が合衆国銀行の認可を行うのは憲法に違反すると主張した。これに対して連邦主義者は、憲法が認めている国家の貨幣鋳造権を拡大解釈する立場から、貨幣を鋳造し、その価値を維持するための必要なことをなすのは国家の当然の権限であるとして譲らなかったとされている[9]。また、国法銀行制度に関する法案審議において、連邦に法人認可の権限があるかどうかは、何回も蒸し返されたテーマである[10]。

現在の国法銀行制度は、1863年２月の「1863年全国通貨法（National Currency Act of 1863)」の成立と、翌年、同法を改正した「1864年国法銀行法（National Banking Act of 1864）」によって始まった。国法銀行制度の発足は、1861年に起こった南北戦争を契機とするものである。当時の財務長官であるチェイスが、「連邦議会に対して、通貨を統一してその減価を防ぎ、かつ戦時財政に必要な国債への需要を増大させるため、銀行が国債預託による全国共通の銀行券を発行できるように、新しい法律を成立させるべきであると提案した。」[11]ことによる。つまり、国法銀行制度は、南北戦争の戦費調達のための連邦による統一通貨発行の必要性の認識があって、ようやく実現したものと言える[12]。

２．二元銀行制度存続の背景

二元銀行制度が現在まで維持されてきた理由としては、第一に、すでに述べた連邦主義と反連邦主義の対立、つまり、州は連邦に決して従属する存在ではないという国家体制をまず指摘できる。第一および第二合衆国銀行が設立されたのは連邦主義の勝利であり、反対に、ともに20年で消滅することとなったのは、反連邦主義の勝利である。そして、このような連邦と州との関係は基本的には現在も持続しているのである。

第二は、アメリカ国民の中の、反独占感情である[13]。第二合衆国銀行は、20年の期限が到来する前の1832年に上下院で期限の更新を可決したものの、当時のジャクソン大統領は拒否権を発動し、第二合衆国銀行が憲法違反であることと、この銀行が東部や外国に居住する少数の特権階級を利する制度であるとして非難した[14]。金権は民主主義の敵と考えられ、大衆、とくに西部の人々は、銀行を金権の象徴とみなしていたのである[15]。ことに、第二合衆国銀行は、当時モンスターとして恐れられており、州境を越えた全国支店網[16]を持つ銀行に対する恐怖感は、その後も長く続いたとされる[17]。 第二合衆国銀行の存続を巡る連邦主義と反連邦主義の熾烈な争いは「銀行戦争(Bank War)」と呼ばれ、アメリカ金融史上の重大事件とされている[18]。

３．国法銀行の業務上の制約

国法銀行は、最低資本金額を５万ドルと定められていたため、比較的規模が大きく、かつ都市部に立地した[19]。また、国法銀行は、不動産担保貸付が禁止されるとともに、一貸出先に対する貸付限度が資本金と剰余金の合計額の10分の１とされていた（大口融資規制）。このことは、国法銀行の融資業務に２つの制約を課すこととなった。つまり、前者は、土地を担保とする農民への融資を閉ざし、後者は大口融資を必要とする大企業との絶縁を意味した[20]。

このように、国法銀行は州法銀行を排除するものではなく、両者の間には機能的にも地域的にも分業関係が成立していたとされている[21]。

第二款　単店銀行制度（Unit Banking）と州際業務の禁止

１．単店銀行制度

わが国では、銀行は全国、あるいは特定の地域に複数の店舗を配置して営業しており、都市銀行では国内の店舗数が400を超えるところもある。ところがアメリカでは、銀行の支店設置に制約をおく州があり、支店の設置を全く認めない州もある。銀行の支店開設に対する州法の対応は、①単店銀行制度、②限定支店銀行制度、③州全域支店銀行制度の３種に分かれる[22]。

単店銀行制度は、銀行に支店設置をいっさい認めない１銀行１店舗の経営方式である[23]。このような銀行を「単店銀行（Unit Banks）」という。限定支店制度は、州内をいくつかの銀行区（banking district または banking region)に分けて、本店所在の銀行区内に支店設置を認めるものである[24]。 州全域支店銀行制度は、州内であれば支店設置に制

約をおかないものであり[25]、わが国と類似した制度である。単店銀行制度のもとでは、銀行数は当然ながら多くなる[26]が、単店銀行は支店設置を禁止していない州にも存在しており、単店銀行はアメリカでは珍しくない形態とされている[27]。

このような、わが国の常識では理解できない単店銀行制度の生まれた理由は、建国以来のスモール・タウンを重視するアメリカの伝統と、金融力の集中をきらう風潮が指摘されている[28]。教会と銀行はスモール・タウンに必要な存在であり、運輸と通信が未発達の状態での支店経営の困難さ[29]、銀行の設立が容易であったため、地元の人々が設立して運営する銀行は地域に密着したものとなったこと、さらには、二元銀行制度が維持されているのと同様に、デモクラシーを背景とする独占に対する反感がその背景である[30]。アメリカ人民の反独占感情は、世界で初めての独占禁止法であるシャーマン法を生んだことからも明らかであろう[31]。 このような反独占と、金融独占に対する反感の伝統を理解しておくことは、アメリカの金融制度の背景を理解する上で、極めて重要である。

２．州際業務の禁止とその自由化

アメリカにおける銀行の支店設置に関する規制から明らかなように、アメリカでは、州法銀行、国法銀行ともに、支店の設置が認められる場合においても、銀行が州を越えて支店を設置することはできないという伝統が長く続いた。これが、州際業務の禁止（Interstate Banking）である。なお、この規制は支店の設置に限って行われるものであり、州を越えた営業活動自体を禁止するものではない[32]。

一般企業の経済活動は州の境を超えて広域的に行われている。銀行が州際業務を禁止されていることは、単店銀行制度とあいまって、広域的な企業活動を銀行が金融面で支える上での制約要因として作用することは当然である[33]。そのためアメリカでは、後で検討するように、これを克服するためのいくつかの工夫がなされている。

ところが、長く続いた州際業務の禁止は、1994年に「1994年リーグル・ニール州際銀行および支店効率化法（Riegle-Neal Interstate Banking and Branching Efficiency Act of 1994[34]、以下「リーグル・ニール法」という。） が成立したことによって、大きく自由化されることとなった。リーグル・ニール法では、２つの方法を新設することによって、州境を越えた支店の開設が可能となった。第一は、進出する州法が認めている場合に、直接、州境を越えて支店の開設を認めるものである。これはマクファーデン法の規定（12 U.S.C. §36(g)）を州法銀行にも適用するものである（12 U.S.C. §1828(d)(4)）。第二は、相手先の州法が認めている場合に他州の銀行と合併す

るという方法である。

このように、リーグル・ニール法は、アメリカにおいて頑なまでに規制され、堅持されてきた州際業務の禁止政策が180度転換され、銀行による州を越えた広域的な金融業務の展開が可能となるという点で、アメリカの金融史上、極めて重要な意義を有する法律である。また、広域的な業務展開の進展により、今後、銀行への資本集積が促進されるという可能性も生じえよう。ニーグル・リーグ法による銀行の州際業務の展開は、アメリカにおける新たな金融の時代の幕開けを意味するものと言える。

第三款　コルレス銀行（Correspondent Banks）制度と協調融資体制

１．コルレス銀行制度

コルレス銀行（correspondent banks）は、他行からインターバンク預金を受入れ、これと引換えに小切手交換や送金といった各種のサービスを預入れ銀行に提供する銀行をいう[35]。わが国においても、国内の手形交換業務について、各地の手形交換所の社員銀行または準社員銀行が委託金融機関の委託を受けて、手形交換業務を委託金融機関に代わって行う、代理交換がこれに類似した機能を果している[36]。もっとも、わが国でコルレス銀行と言えば、外国為替取引に関して、各種のサービスを国内の銀行に提供する外国銀行を指す場合が一般的である。

アメリカでは、広大な国土をカバーした広域的な金融サービスを提供する必要性と、州際業務の禁止を遵守しつつ顧客のニーズに対応する必要性から、コルレス銀行制度が発達した。一大金融センターであるニューヨークにある大銀行は、各地の銀行からコルレス銀行業務を受託している。

２．協調融資体制

単店銀行制度や州際業務の禁止、さらには強い反独占思想にも裏付けられた相対的な銀行への資本の蓄積と集中の立ち遅れにより、アメリカでは、銀行の規模は他の一般企業の規模に比して比較的小さいものとなった。そのため、大企業の資金需要を単一の銀行で充足するには、大口融資規制の存在もあって無理が生じる。これを克服するための制度が、複数の銀行が融資団を組成して、企業の大型の資金需要に対応する協調融資体制である。

協調融資の形態としては、まず融資シンジケートを結成し、このシンジケートに参加する銀行間で貸付額を分割し、参加銀行が一定比率の貸付の割当てを受けると同時に、貸倒リスクも融資比率に応じて分担する「プール協定（pool arrangements）」と呼ばれるも

のが一般的である[37]。この方法では、参加銀行の中の１行がプールのためのエージェント・バンク（agent bank）となり、融資先との融資条件の交渉や参加銀行のとりまとめといった融資事務を参加銀行を代表して行う。エージェント・バンクにとっては、自らの取引先である大企業に対する資金需要を自らが主体的に対応して充足することにより、融資先との関係を維持・強化できるというメリットや、参加銀行数を調整することによるリスク分散効果が期待できる。参加銀行側では、融資条件の交渉や事後管理に係るコストを大幅に削減できること、融資参加銀行には統一した金利が適用されるので、銀行によっては個別に交渉する以上に高い金利を設定できる可能性のあること[38]、といったメリットがある。

コルレス銀行は、融資の面でもレスポンデント銀行の業務を補完しているとされる[39]。つまり、小規模な銀行では、大口融資規制により、１企業に対する需資対応の限界が早い段階で生じる。この場合に、レスポンデント銀行は、競合他行に顧客を奪われるのを甘受することなく、コルレス銀行の資金を活用するのである。つまり、協調融資体制は、コルレス銀行制度と密接に結びついている。参加銀行をコルレス銀行から募ったり、融資限度額を超える部分をコルレス銀行に引き受けてもらうといったことが行われているからである。また、協調融資体制においては、エージェント・バンクが、わが国のメインバンクに相当する機能の一部を果しているとみることも可能である。

第四款　銀行持株会社 (Bank Holding Companies)

アメリカでは他社を支配するための持株会社の設立は規制されていない[40]。銀行持株会社（Bank Holding Companies＝ＢＨＣ）は、州際業務の禁止を潜脱するために用いられた方法であり、銀行を支配する目的の持株会社を設立し、子会社銀行を他州に設立することによって実質的に他州に支店を設置するのと同様の効果を得ようとするものである[41]。

銀行持株会社には、子会社銀行が１行である「単一銀行持株会社（one-ＢＨＣ）」と、複数行である「複数銀行持株会社（multi-ＢＨＣ）」とがある。また、銀行持株会社と同様の効果をもつ制度に、「連鎖銀行制度（chain banking)」がある。連鎖銀行は、１人または複数の個人が銀行グループを支配することにより、各銀行は法的には独立していても、実質的に支店として機能するという効果を持つ[42]。ただし、銀行持株会社と連鎖銀行との区別は困難である。

銀行持株会社に対する規制は、「1956年銀行持株会社法（Bank Holding Company Act of 1956）」による。まず、この法律では銀行持株会社を連邦準備制度理事会の管轄

権に服すべきものとした。そして、銀行持株会社を用いた州際業務への規制対策として、州を越えた銀行持株会社による銀行買収は、被買収銀行の州法が認めていない限り禁止されることとなった。これが、いわゆる「ダグラス修正条項（Douglas Amendment)」である。また、銀行業以外を目的とする子会社の保有が禁止された。ところが、1956年銀行持株会社法は単一銀行持株会社を規制の対象外としたため、単一銀行持株会社を用いた規制の潜脱が行われるようになった。とくに、非金融業を子会社とすることにより、わが国の「財閥」と同様のコングロマリットの形成も可能となる点が懸念された。そこで、「1970年銀行持株会社法改正法（Bank Holding Company Act Amendment of 1970）」は、単一銀行持株会社を複数銀行持株会社と同様に規制することによって、単一銀行持株会社を用いた規制の潜脱に網を被せた。

このように、アメリカでは、銀行持株会社を用いた単店銀行制度や州際業務の禁止規制を克服する工夫が重ねられてきたものの、ダグラス修正条項が州際業務の展開に対する大きな規制として存在している点は見逃せない。ただし、前述したリーグル・ニール法は、ダグラス修正条項を廃止した点に注意が必要である。

第五款　銀行による株式保有の禁止

わが国では、独占禁止法１１条の規定により、銀行は国内の会社の発行済み株式総数の５％を超えて、株式を所有することを禁止されている。この規定は、金融機関による産業支配を防止することを目的としている[43]。

アメリカでは、銀行による株式の保有規制はさらに徹底されている。つまり、国法銀行と連邦準備制度（federal reserve system）加盟の州法銀行は、株式の保有を全面的に禁止されているのである[44]。この規制の背景は、銀行による産業支配を徹底して排除しようとする思想の現れであることは明らかである。ただし、この規制は、銀行による企業支配を排除しえたであろうが、反面、銀行と企業との関係をわが国における企業と銀行との関係に比して、希薄なものとしたことを意味する[45]。アメリカにおいては、企業の資金調達に占める銀行借入の割合は低い。企業の債権者の中に占める銀行の地位は、融資先企業の株式を保有するとともに、企業の所要資金の多くを供給するわが国の銀行とは比較にならないほど低くなることは当然である。アメリカにおいては、銀行は企業にとって一債権者であるに過ぎないのである。

わが国の銀行、とくにメインバンクは、企業の大口債権者として、また株主として企業

経営を監督するというモニタリング機能を果たしてきた。しかし、アメリカでは、銀行が融資先企業の経営をモニタリングすることを含めて、企業経営に関与することを徹底して排除するシステムが構築されているのである[46]。

第六款　小括

アメリカの銀行制度に関する検討をとおして明らかになったことは、銀行が経営危機に陥った企業を救済する上で、銀行制度自体が一つの制約要因となったと考えられることである。つまり、単店銀行制度に代表される厳しい出店規制や、強い州権思想に立脚した州際業務の禁止という営業活動上の制約、さらには民主主義思想に立脚した反独占感情や金融独占に対する嫌悪感により、銀行への資本の蓄積と集中が他産業との比較において相対的に進まなかった結果、アメリカにおける銀行の規模は、他産業との比較において小さなものとなったことである[47]。つまり、アメリカにおいては分散化された銀行システムがとられたのである[48]。

また、アメリカの銀行の企業に対する資金提供者としての地位は、多くの場合、株主に対して従たる地位を占めるにすぎない。アメリカの銀行は日本の銀行とは違って、企業に対して必要な資金の一部を提供しているにすぎないのである。このことは、銀行がイニシアチブをとって経営危機に陥った企業の経営再建に乗り出すよりも、事態を静観したり、場合によっては債権の回収行動をとることが得策となる場合が多いことも同時に意味するであろう。アメリカの銀行は、企業の主要なステークホルダーではないのである。

さらに、経営危機企業の救済という行為には、相手方企業の経営再建が失敗した場合、債権を劣後させるということ以上に、通常以上の貸倒リスクの負担を伴う銀行にとって危険な行為である。万一の場合の貸倒リスクを負担できるだけの規模と体力がなければ、そもそも銀行は経営危機に陥った企業の救済に踏み切ることはできないものと考えられる。

銀行の規模が他産業の企業との比較において相対的に小さいということは、貸倒リスクの負担能力という経営危機企業の救済に際して本質的に必要となる要件が欠如することを意味する。相手方企業の倒産による銀行の共倒れを避けるためにも、銀行が支援できるのは、自らが貸倒リスクを十分に吸収しうる、自らに比して小規模な相手方に限られるのである。巨大企業のひしめくアメリカでは、銀行以外の企業の規模は、銀行の規模をはるかにしのいで大きい。このような銀行と巨大企業との規模の格差、さらには銀行が企業にとって主要なステークホルダーではないことが、アメリカにおける銀行による経営危機企業

の救済を行われにくいものとする要因の一つと考えられる。

---

[1] 比較法研究において、このような視点を重視する見解として、野田良之・奥田昌道・伊藤正己・田中英夫「日本における外国法の摂取」伊藤正己編『岩波講座現代法14　外国法と日本法』（岩波書店、1966）311頁[田中英夫]がある。

[2] EDWARD L. SYMONS, JR. & JAMES J. WHITE, BANKING LAW　TEACHING MATERIALS 45 (3d ed. 1991)

[3] 高木仁『アメリカの金融制度』（東京経済新報社、1986）102頁。

[4] 数の上では、歴史的にみても州法銀行は常に国法銀行の数を上回っている。WILLIAM A. LOVETT, BANKING AND FINANCIAL INSTITUIONS LAW IN A NUTSHELL 13(4th ed. 1997). また、国法銀行よりも州法銀行を望ましいとする見方のあることについて、SYMONS & WHITE, *supra* note 2, at 65. なお、アメリカでは銀行は、「商業銀行（commercial bank)」と呼ばれるが、ここでは「銀行」と表現することとする。

[5] 田中英夫『英米法総論　上』（東京大学出版会、1980）　33頁。

[6] 田中・前掲注５　35頁参照。

[7] 1791年に発足した第一合衆国銀行と、1816年に発足した第二合衆国銀行とがあり、これらは、準中央銀行的性格を有する銀行であった（高木・前掲注２　35頁～38頁。）。これらの銀行は、連邦議会に提出された法案の議決によって設立されたものであり、現在のように、準則主義によって設立された銀行ではない。

[8] アメリカでは、第一および第二の合衆国銀行の解散により、1913年12月の「連邦準備法(Federal Reserve Act of 1913)」の成立によって1914年に連邦準備制度（Federal Reserve System）が発足するまで、中央銀行のない状態が続いた。

[9] MARGARET G. MYERS, A FINANCIAL HISTORY OF THE UNITED STATES 67 (1970). 訳書として、吹春寛一訳『アメリカ金融史』（日本図書センター、1979）がある。

[10] 高木・前掲注3　40頁～41頁。

[11] 高木・前掲注3　39頁。より詳しくは、西川純子・松井和夫『アメリカ金融史　建国から1980年代まで』（有斐閣選書、1989）28頁～31頁参照。

[12] Geoffrey P. Miller, *The Future of The Dual Banking System*, 53 BROOK. L. REV. 1, 13 (1987).

[13] SYMONS & WHITE, *supra* note 2, at 64は、金融資本の非集中に対する歴史的で民主主義的な理想に二元銀行制度の根拠を求める。

[14] 西川＝松井・前掲注11　６頁。ジャクソン大統領の声明の全文は、SYMONS & WHITE, *supra* note 2, at 14-19 参照。

[15] 高木・前掲注3　38頁。

[16] アメリカで全国に支店網を有した実例は、第一および第二合衆国銀行だけであり（高木・前掲注２　15頁）、後で検討するように、アメリカの銀行は州を越えて業務を展開することはできない。

[17] 高木・前掲注3　101頁。

[18] Miller, *supra* note 12 , at 14-15では、Scott, *The Dual Banking System: A Model of Competition in Regulation*, 30 STAN. L. REV. 1(1977) を引用しながら、経済効率(economic efficiency)に二元銀行制度の現代的な存在意義を見いだす。つまり、多様な銀行制度を用意することにより、銀行の開設者は、自らにとってより適切と考える制度を利用することが可能となるからである。

[19] 西川＝松井・前掲注11　36頁。

[20] 西川＝松井・前掲注11 31頁～32頁。
[21] 西川＝松井・前掲注11 36頁。
[22] 国法銀行については、マクファーデン法(McFadden Act of 1927 ,12 U.S.C.§36(c))の規定により、本店の所在する州の州法が州法銀行に支店設置を認めている場合には支店の設置が認められる。なお、マクファーデン法のこの規定は、逆に国法銀行に州外支店開設を禁止する規定であると解釈されてきた。JONATHAN R. MACEY & GEOFFREY P. MILLER, BANKING LAW AND REGULATION 430 (2d ed. 1997)
[23] 高木・前掲注3 109頁。
[24] 高木・前掲注3 110頁。
[25] 高木・前掲注3 110頁。
[26] 単店銀行制度の下では、小規模の銀行が多数存在することになる。アメリカにおける小規模銀行の増加を説明するもう一つの要因として、1864年国法銀行法が国法銀行に支店設置を禁止していたことが指摘されている。LOVETT, *supra* note 4, at 12.なお、アメリカではニューヨーク市内の大銀行への銀行業務の集中が著しい。この点に関して、松井和夫「アメリカの主要産業と金融機関－60年代以降の銀行と産業との「結合」に関する一研究」海外証券経済分析（日本証券経済研究所）２号（1975）３頁～20頁参照。
[27] 高木・前掲注3 106頁。
[28] 高木・前掲注3 106頁。 MACEY & MILLER, *supra* note 22,at 14では、小規模銀行は、巨大金融センターとしての銀行からの競争の脅威に由来し、小さな地域社会の金融の必要性を満たすことに、その存立基盤を求めている。
[29] SYMONS & WHITE *supra* note 2 ,at 84.
[30] 高木・前掲注3 106頁。
[31] シャーマン法の成立が、農民運動を背景とするものである点について西川＝松井・前掲注11 61～79頁参照。とくに77頁は、「農民の目に移った独占とは、東部の産業と金融が一体化したものであり、それはウォール街という名称で一括されるのであった。」としている。
[32] 高木・前掲注3 115頁。
[33] 鏡味徳房・竹内昭夫・土田正顕・浜田宏一・蝋山昌一「（座談会）セミナー 金融に関する法と経済」鈴木禄弥・竹内昭夫編『金融取引法大系 第一巻 金融取引総論』（有斐閣、1983）332頁［鏡味（座談会が開催された1982年６月当時の大蔵省大臣官房参事官）発言］は、「州際業務の禁止をしていたということは、企業に大量の資金を銀行が供給するというときの致命的な欠陥になる」と指摘している。
[34] 概要については、MACEY & MILLER, *supra* note 22,at 33,433.参照。
[35] 高木・前掲注3 117頁。
[36] 代理交換について、神崎克郎「手形交換」鈴木禄弥・竹内昭夫編『金融取引法体系第２巻　預金取引』（有斐閣、1983）206頁～207頁参照。
[37] 西川＝松井・前掲注11 208頁。
[38] 西川＝松井・前掲注11 302頁～303頁は、協調融資体制と安定した利鞘を確保するプライムレート・システムとが不可分の関係にあると指摘する。つまり、協調融資体制は、銀行間の競争を回避し、銀行に安定確実な利鞘を確保するシステムとして機能したのである。この点に関する詳細は、松井・前掲注26　17頁参照。
[39] 高木・前掲注3 119頁～120頁。
[40] わが国においては、独占禁止法９条が持株会社を全面的に禁止していたが、1997年の改正により、「事業支配力を過度に集中することとなる」持株会社を禁止するというかたちに改正された。この改正にともない、わが国においても金融持株会社の設立が可能となるが、この問題については第四部で検討する。

アメリカの銀行持株会社に関する詳細な研究として、馬淵紀壽『アメリカの銀行持株会社』（東洋経済新報社、1987）がある。

[41] MACEY & MILLER, *supra* note 22,at 26. 銀行持株会社は、「集団銀行（group banking)」と呼ばれることもある。

[42] MACEY & MILLER, *supra* note 22,at 19.

[43] 今村成和『独占禁止法』(有斐閣、新版、1978)168頁。

[44] 12 U.S.C.§ 24, §335 (1994). See also MACEY & MILLER, *supra* note 22,at 174-178.

[45] Jonathan R. Macey & Geoffrey P. Miller, *Corporate Governance and Commercial Banking: A Comparative Examination of Germany, Japan and the United States*, 48 STAN. L. REV. 73, 94 (1995) は、ドイツと日本の銀行が、議決権をとおして企業がリスクを伴う投資に必要な資金を調達することを抑止しながら、外部の資金調達源に会社が接近することをコントロールできることを指摘する。

[46] Id. at 73 は、株式保有を禁止する法律と、借り主に対する経営上の支配を及ぼすことに対して銀行に責任を課す法的なルールによって、アメリカの銀行がコーポレート・ガバナンスにおける積極的な役割を果たすことを遮られていると指摘している。

[47] アメリカにおいて銀行への資本の蓄積と集中が進まなかったということは、あくまでも相対的な意味である。アメリカにおける銀行への資本集中の歴史を検討した文献として、呉天降『アメリカ金融資本成立史』（有斐閣、1971）がある。また、アメリカでは国法銀行の規模が州法銀行のそれに比して大きいことは先述したが、同書７頁によれば、国法銀行に比して、生命保険会社を代表として、その他の金融機関の集中は相対的に進んでいたとする。

第一部第二章第二節も参照。

[48] MARK J. ROE, STRONG MANAGERS,WEAK OWNERS: THE POLITICAL ROOTS OF AMERICAN CORPORATE FINANCE,59(1994). なお、同書の邦訳として、マーク・ロー/ 北條裕雄・松尾順介（訳）『アメリカの企業統治　なぜ経営者は強くなったのか』(東洋経済新報社、1996）、同書の紹介として、大杉謙一「（著書紹介）MARK J. ROE, STRONG MANAGERS,WEAK OWNERS: THE POLITICAL ROOTS OF AMERICAN CORPORATE FINANCE, Princeton University Press,1994, pp. xvi＋324」アメリカ法1997Ⅱ189頁～197頁がある。

銀行が分散化された理由として、ロー教授は次のことを挙げる。①連邦主義と世論によって分散化された。②分散化した銀行が、通信コストの高い時代には地域的に独占していた。③保険会社は地域的独占をおびやかすようになり、分散化した銀行は地域的独占を守ろうとした。④地方銀行は、非地方銀行を分散化させるだけの政治力を有していた。⑤銀行は金融機関の分散化を支持した。*Id.* at 79.

松浦克己「メインバンクの選択と行動－銀行と企業からみたメインバンクの選択、メインバンクの危機処理行動」証券経済186号（1993）134頁は、メインバンクになりうる要件としては、①委託された監視者になりうるだけの情報生産力、②自己の債権を劣後させ得るリスク負担力、③企業の再組織化を行いうるだけのコーディネート力の３つを指摘するされている

第二章　銀行と顧客との関係（bank-customer relationship）

第一節　序説

本研究は救済融資を主要課題とするものであるが、この問題は、銀行と顧客との法律関係の理解の仕方とかかわりをもっている。この点についても、アメリカ法は日本法と異なっている。

わが国においては、銀行と顧客との関係は、両者の間で締結された契約を基本として理解されており、両者の間の具体的な法律関係は、取引種別ごとに交わされた契約の内容によって規律されていると考えられている[1]。従って、銀行と顧客は、それぞれに契約内容に従った権利と義務を有することになる。融資取引における金銭消費貸借契約を契約内容のとおりに解釈すれば、銀行は貸す義務を負わないと考えられていることが一つの例である。金銭消費貸借契約は要物契約であるから、銀行は貸付金返還請求権という権利のみを有し、金銭を借りた融資先は貸付金の返済義務という義務のみを負うという結果となるからである。このような理解に立てば、要物契約である金銭消費貸借契約においては、金銭を貸す側の銀行は契約成立の時に金銭の交付を完了するので、契約成立の前後を通じて、相手方にいっさい義務を負うことはなく、銀行は融資先に対してもっぱら「権利」のみを有するということになる。

ところが、契約法を巡る近年の状況は、このような理解をすでに過去のものとしていることは周知のとおりである。契約が締結に至らず、当事者に何らかの損害が生じた場合には、たとえ契約が成立していなくとも、相手方にその損害を賠償する義務を負う場合がある。このような問題解決を可能とするための理論の一つが、契約締結上の過失理論である[2]。また、契約が成立する前の段階において、説明義務に代表されるように、当事者は一定の義務を相手方に対して負っていると考えられるようにもなっている[3]。銀行は金銭消費貸借契約において、義務をいっさい負わないということには決してならないのである。

つまり、契約成立前の段階で、当事者はすでに契約関係にあるのと同じように考えられているのである[4]。契約が成立し、給付が完了した後の段階についても、同じように契約関係が拡張される傾向がみられる[5]。契約はある時突然に成立し、給付の履行が完了した後は、当事者は見ず知らずの他人になるというような契約法が想定する契約像[6]にみられるような、つまり、１回限りの、ある意味で古典的な契約像は、現実に社会で行われている契約

の姿とは異なるものである。むしろ、契約は何度かの交渉と一定の時間を経た上で締結に至り、同一当事者間で同じような内容の契約が繰り返し継続的に締結されるという場合が多く観察される。企業を相手とした銀行取引においては、そのほとんどの取引が継続的であるとともに、銀行と企業との関係そのものが重視される。

継続的な取引関係には、契約書が直接定めた当時者の契約関係を超えた関係が形成される。継続的な取引関係に入った後は、片方の側は次回も相手方が取引に応じてくれるものと期待している。次回の取引が成立するであろうという信頼を前提に、営業計画や資金繰りを立てるであろう。銀行取引においても同様である。銀行は、継続反復して実行してきた融資先企業に対する営業資金の融資を、いつでも自由に拒否できるのだろうか。拒否できるとして、どのような条件の下で、どのような手続を経ることによって可能となるのだろうか。つまり、顧客の側の期待や信頼は法的な保護に値しないものなのだろうか。答えを銀行取引約定書の契約条項に見いだすことはできない。

以上は、融資先企業が健全な経営状態にある場合について言えるのであって、経営危機に陥った融資先に対する銀行による救済については、さらに別の問題が生じる。銀行による経営危機企業に対する救済が、特別な「契約」に基づいて行われるものではない点である。第二部で検討したように、メインバンク関係は黙示契約性を有する。銀行が経営危機企業を救済するのは、契約に基づく義務の履行として行われるわけではないのである。従って、銀行と経営危機企業との関係は、契約関係によっては規律できないこととなる。

そこには銀行と融資先との関係を、法律的にどのような関係であると構成すべきかという問題が生じていると理解できる。英米法では、銀行と顧客との関係を法的にどのように理解するかということが議論されている。以下では、イギリス法の考えをも参考としつつ、アメリカにおいて「銀行と顧客との関係（Bank-Customer Relationship）」がどのように考えられているかについて考察する。

第二節　債務者－債権者関係（debtor-creditor relationship）

まず、アメリカ法の母法であるイギリスでは、「銀行と顧客との関係」について伝統的に熱心に研究が重ねられており、銀行法の教科書においては１章を割り当てて解説が加えられている[7]。銀行と顧客との関係を論じる場合、銀行からの信用供与の有無によって、顧客には、預金・為替取引のみの顧客と、これらに加えて融資取引をも有する顧客の２種に

分けて考えることが有益であろう。融資取引を伴うか否かで、主客が転倒するからである。イギリス法の下では、顧客とは銀行に口座を置く者とする定義が行われているに過ぎず[8]、厳密な定義付けはなされていない。また、融資取引を伴うか否かで区別して議論するという態度もみられない[9]。

アメリカの銀行法の教科書では、「銀行と顧客との関係」について章を立てて論じるということは行われていない。アメリカでは、よく利用される小切手勘定（checking account）については、銀行と顧客との関係は一般的に債務者－債権者関係であるとされている[10]。また、融資取引における貸主－借主関係（lender-borrower relationship）は、伝統的には対等な当事者間の取引を前提とした債務者－債権者関係（debtor-creditor relationship）であると考えられてきた[11]。債務者－債権者間の合意は、基本的に契約であり、債務者－債権者関係の存否は、当事者の表示意思のいかんによることとなる[12]。債務者－債権者関係においては、当事者の関係は対等であり、両者の具体的な権利と義務は契約によって定まるとともに、お互いはお互いの利益を擁護するという積極的な義務を負うことはない。自らの利益は自らで守るというのが、債務者－債権者関係の原則である。

第三節　信認的関係

第一款　概説

銀行取引における当事者間関係は、原則的に債権者－債務者関係である。ところが、アメリカ法では当事者に一定の関係が認められると、両者の関係は債権者－債務者関係ではなく、異なった関係とされる場合が出てくる。

貸主が、困難に陥った借主の経営や事業運営に、ある程度関与することはアメリカにおいてもわが国と同様である[13]。貸主側からみれば、自らの債権を確実に回収するために、常日頃から借主の経営状態に関心をもたざるを得ない。借主が経営危機に陥り、返済や利払いが滞ってくると、貸主はただ手をこまねいて見ていることはなく、貸主に状況の説明を求めたり、約定どおりの返済が可能となるような経営改善要求をすることにもなる[14]。経営危機が進行してくれば、資金調達を特定の銀行に依存せざるをえない状態も進行してくる。

このように、借主の経営が悪化する過程では、程度の差はあるものの、貸主は借主の経営に関与する結果となる。関与の程度が高まると、貸主による借主の支配と言える状態も起こる。このような状態において、銀行と顧客との関係を、本来は原則とされた独立当事者間の関係である債務者－債権者関係とみることができるのかについては、わが国においても大いに疑問があろう。このような場合にアメリカでは、裁判所は当事者の関係を債務者－債権者関係とすることなく、当事者に信認関係（fiduciary relationship）や信頼関係（confidential relationship)の存在を認めた上で、当事者に一定の責任を課すことによって問題の解決を図ってきた。信認関係や信頼関係が認められると、自分の利益は自分で守るという債権者－債務者関係ではなくなり、債権者は債務者の利益に配慮する必要が生じる。

このような信認関係、信頼関係という当事者間の法的関係に関する考え方は、わが国には見られない考え方である。以下では、信認関係（fiduciary relationship）と信頼関係（confidential relationship)の内容について検討する。

第二款　信認関係 (fiduciary relationship)

１．信認関係の内容

英米法においては、信認義務違反は、不法行為、契約違反と並ぶ三大民事違法行為類型のひとつとして位置付けられている[15]。信認義務は重要な概念ではあるものの、信認義務を生じさせる信認関係については、本格的な研究の比較的少ない領域である[16]。受認者の例としては、代理人(agents)、共同出資者（partners）、取締役と役員（directors and officers）、受託者(trustees)、遺言執行者と遺産管理人（executors and administrators）、管財人（receivers)、受寄者（bailees)、後見人（guardians)が挙げられている[17]。

企業経営に関連して、より具体的に言えば、従業員と斡旋業者(agent)、共同出資者(partner)と役員（officer)、受託者(trustee)と投資アドバイザー、主要株主(majority shareholder)と取締役、親会社とその株主を支配するグループといった関係が該当する[18]。裁判所は、多くの関係を信認関係と定義することによって信認関係法を発達させてきた[19]が、信認関係そのものを厳密に定義することはしてこなかった[20]。裁判所は、特定の当事者の関係を信認関係とすることにより、受益者にエクイティー上の保護を与え、柔軟に問題を

解決してきたのである。

信認関係を直接定義することは極めて困難である。信認関係は、受認者が信認関係の範囲内の事象に関して、他の者の利益のために行動するという義務を含んでいると理解する立場がある[21]。信認関係は、受益者が受認者に寄せる信頼（confidence）をベースとする関係である。また、信認関係にある一方当事者は、他方当事者に依存する関係にある[22]。信認関係は、法によって命じられるものではなく、受認者はそのような関係への出入りが自由である[23]。ただし、いったん信認関係ができると、受認者であるかどうかの分類と法的結果は、法によって決定される[24]。裁判所は、当事者がそのような関係の法的結果を意図したかどうかということではなく、当事者によって作成された取決めが受認者としての分類基準に合致するかどうかを調査する[25]。このように、当事者の関係が信認関係であると裁判所が認めると、受益者の受認者に寄せる信頼が保護される。両者の関係は両者の契約の内容によって確定されるというよりも、信認関係の法理そのものによって規律されることになるのである。

以上のように、具体的にどのような関係が信認関係とされるかは、事例ごとの裁判所の判断一つにかかっている[26]。受認者の例として本節の冒頭に挙げたのは、過去の判例によって受認者であることが確立された類型の一例であり、受認者がこれだけに限定されるというわけではない。裁判所が当事者の関係を調べ、信認関係の存在を認めることにより、受益者の利益を保護するという柔軟な問題解決が図られてきたと言える。銀行と融資先との関係が信認関係とされる場合のあるのも、このような柔軟な問題解決のための枠組みの一つである[27]。

２．受認者の義務

信認関係の下では、受認者は受益者の信頼を利用して、受認事項に関していつでも自らの権限を自らの利益のために行使し、受益者の利益を害する結果を招くことが可能な状態にある[28]。このような受認者による権限濫用を規制することが、信認関係法理の中心的な課題である。

受認者による権限濫用を禁止するため、受認者は信認義務を負う。第二次代理法リステイトメント387条は、「他の合意のない限り、代理人は本人に対して、代理に関する全ての事項に関して、本人の利益のためにのみ行動すべき義務に服する。」[29] と規定している。また、第二次信託法リステイトメント170条は、受託者の忠実義務について次のように規定している。「(1)受託者は、信託事務の処理にあたっては、もっぱら受益者の利益のために

なすべき義務を負う。(2)受託者は、自己の計算において受益者と取引をなすにあたっては公正を旨とし、かつ取引に関し受託者が知りまたは知り得べかりしすべての重要な事実を告知する義務を負う。」[30]。このことを信認関係一般について言い換えるならば、受認者は受認事項に関して、受益者の利益のためにのみ行動すべき義務を負っていることとなる[31]。この受認者の忠実義務は、信認義務の根幹をなす受認者の義務である。

受認者は受益者の利益のためにのみ行動すべきであるとする信認義務の原則から派生して、受認者は受認事項に関して知っている重要な事実を受益者に開示すべき義務をも負うこととなる。受認者が知っている事実の不開示は、結果的に受益者の利益を減殺する結果となるからである[32]。

ただし、信認義務は上述の２つの具体的な義務に止まるものではない。信認義務は、多くの点で多様であり、異なりうるものとされる点[33]には注意が必要である。

第三款　信頼関係 (confidential relationship)

信頼関係は信認関係の一つの類型とされるものの、代理でも信託でもないため、信認関係ではないとして議論がある[34]。一方が他方に信頼をおき、合理的な信頼の期待(expectation)が濫用された場合に、そのような関係の違反に対して救済が与えられることになる。信認関係は存在しなくとも、信認概念が実質的に投影されるのである[35]。

第二次信託法リステイトメント２条の注ｂでは、信頼関係を次のように説明している。「二者間の関係が信認関係ではないが、なお、信頼関係（confidential relation）であるといえるものがある。例えば家族関係・医者と患者・僧侶と信者の関係がそうである。甲が乙と信認関係ではなく、信頼関係にある場合、甲乙間でなされた取引は、事実上甲が乙を信頼していた場合に乙がその信頼を、詐欺または不当威圧（undue influence)或いはその他の方法によって濫用したというのでない限り、一方の申立によって取り消すことはできない。」[36]

このような問題解決は、信頼関係の存在を認めて信頼を寄せられた者に信認義務を課すことにより、被害者の救済範囲を実質的に拡げる効果をもたせることにある。信認関係と信頼関係の違いは何か。信頼関係の概念は、裁判所がそこに契約は存在しないけれども、賠償を必要とすると感じるために造られたのであり、信認関係が期待利益（expectation interest）を保護するのに対して、信頼関係はそのような信頼や現状回復利益

（restitution interests）のみを保護するという救済範囲の違いに求められる[37]。

裁判によって信認関係や信頼関係が認められる基準として、次のような点が挙げられている。

①一定の期間を超える借主による貸主との取引の繰り返し

②貸主に対する借主による信用（trust）と信頼（confidence）の存在

③貸主が借主を支配(dominate) したり影響を与える立場にある場合に、借主の業務について貸主が借主に対してアドバイスを行うこと

④借主の損害と貸主の利得に対する貸主のアドバイスに関する借主による信頼（reliance）

⑤借主が他のいかなる出所からも合理的に発見できず、取引に関して借主の決定に影響を与える情報に関する貸主の優越した知識[38]

第四節　裁判例の検討

ここでは、これまで説明してきたアメリカ法の理論が現実にどのような形で用いられているのかを理解するために、銀行と顧客との関係について信認関係や信頼関係の存否が争われた事例を検討する。抽出した事例は代表的な事例ばかりであり、信認関係に関してはたびたび引用される事例である。ここで注意すべきことは、銀行と顧客との関係は、両当事者が対等な関係である債務者－債権者関係とされるのが原則であって、信認関係や信頼関係とされるのは例外的なケースである点である。裁判所は、多くの銀行と顧客との関係に信認概念を適用することに対して、一般的には慎重であるとされている[39]。

信認関係や信頼関係の存否について裁判所の考え方を理解するには、裁判所の行った事実認定と、その事実認定を受けて行った裁判所の判断が重要な意味を持つ。そこで、ここで検討する判例は、事実と判旨について詳しく検討することに努めるとともに、ここでの関心が銀行と顧客との関係に関する裁判所の判断にあるため、検討は銀行と顧客との関係に関する部分について行うこととする。

第一款　信認関係・信頼関係の存在が認められた事例

１．Stewart対Phoenix National Bank　事件[40]

〔事実の概要〕　1937年のアリゾナ州最高裁判所の判決である。被告の銀行は、23年間にわたり農場主の財務アドバイザーとして行動するとともに、農場主に無担保で融資することを常としていた。1931年に銀行は、農場主に対して、既存融資の担保となっている不動産に関して譲渡抵当権を設定することを求めた。その際銀行は、この譲渡抵当権が単に形式として取得するにすぎず、担保権実行手続をとることはないと農場主に話した。それにもかかわらず、銀行は担保権を実行した。そこで、農場主が担保権実行に伴う損害の回復を求めて銀行を訴えたのが本件である。

本件は信認関係、信頼関係に関する代表的な事例であり、以下に判決の内容を少し詳しくみてみる。判決は、現在の商取引の本質と、それを踏まえた銀行と顧客との関係について、次のように述べる。

〔判旨〕

「当事者の一方が他者の信用に特定の信頼（reliance）　をおくことにより、当事者間に信用の関係（relation of trust)や信頼関係が存在するところでは、信頼を寄せられた者は全ての具体的事実を完全かつ誠実に開示する義務を負うとともに、不実表示(misrepresentation)や隠匿（concealment)に対して責任があるとともに、そのような事例においては、過去の事実に関してだけではなく、将来の条件に関する表示に対しても救済（redress)がなされるということが、法の一般的原則である。」[41]

「銀行と単なる預金者との関係は、債務者－債権者関係の範囲に入り、原則として、信頼関係はそのような状況からは生まれない。しかし、本件においては、請求は、原告と被告の関係が単なる債務者－債権者関係を超えるものであった。われわれが真実であると考える訴状の十分性（sufficiency）をテストする目的のために、23年の間、原告が銀行の顧客であっただけでなく、銀行の役員と取締役は原告の金融アドバイザーであったということ、原告は原告に対する被告銀行の親交を繰り返し語られ、銀行のアドバイスに対して信頼を寄せたこと、そしてそのような関係によって、原告は銀行が原告から金融上の利得を得ることはないと信じたことが主張されている。

「大抵の商業取引が現金で行われていたり、売手と買手の個人的な最低の債務で成り立っていたり、複雑な現代の信用構造と企業担保は存在しなかった時、人が金銭と貴重品を預ける根源的に安全な場所である銀行が、他の２人のビジネスマンとの間における関係以上に、銀行の顧客との間でより深い信頼関係（confidential relations）　を持つこともなかったのは、数世代も昔のことである。しかし、時代は変わったのである。金銭を保管

するための安全な場所としてだけでなく、事業をするための融資を確実にする場所としても銀行を利用することなく、人がどのような規模であろうと金融取引に従事することはほとんど思いもつかない。現在の銀行が、融資実行前に顧客の事業と、融資の上に成り立っている事業に使われる融資の目的について厳正な調査を行うということは、通例である。大半の事例ではなくとも、多くの事例においては、投資家は自らを危うくする前に、誠実にアドバイスを与えてくれる存在として、銀行取締役のアドバイスを信頼する権利を持つと信じて、銀行に意見を聴くということもまた通例である。多くの業務を、受託者、遺言執行者、遺産管理人などと同様に、彼らとともに事業をする者のために常に本質的に信頼に足るように保ちながら業務を遂行することが望まれるということを通告することは、銀行にとって実際上は普遍的な行いではないとしても、一般的になった。銀行が弁護士（attorney）と依頼人（client）の関係に関するそのような業務を拡げようとする多くの事例では、このことは慣行になるとともに、多くの州ではこれを防止するための立法を必要としている。銀行は長年、預金者の一人に対する金融アドバイザーとして行動してきたと主張されており、預金者がアドバイスに依存していたということを無視することはできない。そして、金融に関して信頼関係（confidential relationship）　が存在し、もし証明されるならば、銀行が一般的に信頼関係に適用されるルールに従うべきであるということは有効な主張である。もちろん、このことは、銀行が依頼人から合理的で適法な利益（profit）を得ることが許されないということを意味しないのではなく、買い主をして注意せしめよ（caveat emptor）の原則に訴えることができないということと、彼の行動に関して彼に影響すると考えられるであろう全ての事実を依頼人に公平かつ正直に開示しなければならないということを意味する。」[42]

〔考察〕　判決では、銀行と預金者との関係からは、「普通は信頼関係（confidential relations）は生まれない」としながらも、本件のもとでは、単純な債権者と債務者の関係を超えた関係が存在したとした。そして、判決は、信認関係が特定の銀行と顧客との関係に適用されると述べた上で、信頼関係が存在したことと、銀行は担保に関する銀行の真の意向を開示する義務があるとしたのである。

本件では、銀行が23年間にわたりアドバイザーとして行動してきたこと、さらには、助言に対する信頼が形成されるように、親密な関係が構築されていたことが信頼関係の存在が認められた理由であろう[43]。

２．Atlantic National Bank of Florida対Vest事件[44]

〔事実の概要〕　1985年のフロリダ州控訴裁判所の判決である。自動車事故で被害にあった自動車運転者と彼の配偶者が、運転者で車の共有者である継息子と共有者の継父であるベストを訴えた。継父は、銀行に対して賠償を求めるため、被告引込訴状（third party complaint)を提出した。継父の主張は、継息子の事故に対する継父の責任について、車の名前の法的効果に関する誤った銀行の助言が過失ある不実表示であったという点と、信認義務の違反という点であった。

ベストは継息子の車の金融を手助けするために、約束手形に共同署名することに同意しており、銀行は融資に消極的だったが、長年の顧客であるベストが共同署名することを条件に融資を承諾した。ベストは、車の名前を「Lee or Vest 」とした場合に、彼に法的な責任があるかどうかについて、銀行のローン・オフィサーに質問していたが、彼女は専門的知識を有せず、正しい回答をしていなかったというのが、事件の背景である。本判決では、銀行とベストとの間に信認関係・信頼関係が存在したとして、銀行の信認義務違反を認めた。

〔判旨〕

「「信認関係あるいは信頼関係」という用語は非常に意味の広いものである。それは、影響がもたらされたり濫用されたりした場合と、信頼（confidence）　がおかれ、裏切られた場合の全ての事例に存在し、救済が与えられる。信頼の本質は、精神的なものである。その原則は、ある者が他者を信用したり信頼するところに存在する非公式な関係と専門的な信認関係の両方を含む。

「信認関係の非公式なタイプは、（中略）公平(equity)と良心(good conscience) のある人が誠実に、そして信頼をおく人の利益を考慮する義務を負って行動する際に、特別の信頼がある事例に存在する。事実、信頼が一方の側におかれ、他者に優位性と影響をもたらすところにそれは存在する。その関係と含まれた義務は、法的である必要はないが、道徳的、社会的、地域的、そして単に個人的であるかもしれない。

「われわれの前のこの事例には、信認関係がベストと銀行の間に生まれたとする適切に見いだされた陪審のために十分な証拠がある。ローン・オフィサーは、どのような専門的な知識も持ち合わせていなかったけれども、ベストは法的な質問をローン・オフィサーにすることと、その結果、情報提供に際して銀行の構成員に関する優位性と影響の立場が形成されることによって、銀行に信頼をおいた。ローン・オフィサーが答えたとき、彼女はベストの質問に関する答えを知らなかったとは言え、銀行の信認義務は満たされた。」[45]

〔考察〕　融資先からの法律的な質問に対して、正しく答えなかったことが銀行に責任が認められた直接的な要因である。交通事故の責任を間接的なかたちで銀行が負うこととなった判決については、銀行にとって非常に厳しい内容であると評価することも可能であろうが、アメリカにおける信認関係や信認義務による問題解決方法について知る上で、貴重な事例であろう。

第二款　信認関係・信頼関係の存在が否定された事例

Klein対First Edina National Bank事件[46]

〔事実の概要〕　1972年のミネソタ州最高裁判所の判決である。原告は、原告の従業員に対する融資のため担保差入れしていた株式について、取引銀行が担保権を実行したことに対して、株式の回復を求めて銀行を訴えた。原告は最近離婚し、飲酒問題を抱えており、事業に関する判断を下すことができなかった。専門家の証言によれば、彼女は楽しみを求め、暗示に動かされやすいと記されている。原告は、ローン・オフィサーを医者や法律家として信頼しており、担保契約や他の書類を彼女の前に誰かが置けば署名させるということはなかったし、彼女が書類を読むこともなかったと供述した。銀行は、従業員が9,250ドルの別の融資を受けており、株式が両方の融資の担保であるということを原告に知らせなかった。原告は20年近く銀行の顧客であり、その間、小切手勘定や貯蓄勘定を持ったり、貸金庫を借りたりしていたが、判決は、原判決を支持し、銀行が情報の開示に関する信認義務を負わないとした。ローン・オフィサーは、従業員の負債に関する銀行の特別の利益を説明すべきことに関して、原告が彼を信頼しているということを知らなかった。原告は原告の利益を考慮したり、原告にアドバイスすべき銀行には依存していなかったために、特別の関係を認めるのに必要な条件に欠けているとされたのである。

〔判旨〕

「一般原則として、取引の一方当事者は他方当事者に重要な事実を開示する義務を負わない。しかし、特別の状況では、そうではなく開示が命じられる。たとえば、

(a)ある者は、彼の言葉が他方当事者を誤って誘導することを防ぐのに十分なだけのことを語らなければならない。

(b)他方当事者が近づけない重要な事実に関する特別な知識を持つ者は、他方当事者に対してそれらの事実を開示する義務を負う。

(c)特定の取引に関して他方当事者に対して信頼関係や信認関係に立つ者は、重要な事

実を開示しなければならない。」[47]

「預金者や他の顧客との間で、銀行が業務を処理する際に顧客に助言したり、取引―　銀行の動機や取引に加わる重要なものであっても―　に関連する重要な全ての事実を彼に知らせる特別の義務は、顧客が銀行に対して信用（trust）と信頼(confidence)をおくとともに、銀行に助言と知らせることを依存しているということを銀行が知っていたり、知るべきであるような特別の状況があるのでないかぎり存在しないということが、あるべき正しい原則であるとわれわれは信じる。」[48]

「この原則を我々の事例に適用すると、原告は、被告が原告と信頼関係にあったという一応の（prima facie)事実を明らかにしていないということを事実審裁判所は正しく結論付けたということをわれわれは考える。原告が被告に信用と信頼をおいていたということと、原告の利益に配慮すべき被告に原告が依存していたということを被告が知るべきはずであったということを示す証拠は、記録の中には見あたらない。原告が20年近く被告と取引してきたという事実は、そのことのみによっては被告が原告に対して信頼関係にあったということにはならない。」[49]

〔考察〕　本件では、Stewart対Phoenix National Bank　事件と同様に20年近く取引関係にある銀行との間に生じた事件である。しかし、両事件で裁判所の判断は分かれた。本件については、ローン・オフィサーが原告の信頼を知っていたなら、銀行は信認義務を負ったであろうと思われる[50]。

第五節　小括

現代社会は身分関係から契約関係、さらには信認関係を基本とする社会に移行しているとの指摘がある[51]。社会の複雑化・高度化が進む状況の下では、人は他者に対する信頼を前提に、他者に助言を求めたり、問題の処理を委ねたりする。その際に、人が他者に寄せた「信頼」を保護する必要性は高いのである[52]。その意味で、アメリカ法における信認関係、信頼関係に関する考えは、わが国においても非常に参考となろう。

わが国では、人々の銀行に対して寄せる信頼は、バブル経済の崩壊を契機に生じた実に数多くの金融不祥事によって大きく揺らぎつつあるとはいえ、アメリカとは比較にならないほど高い。銀行はわが国社会の中で特別な存在であり、銀行が顧客の利益をないがしろにして自らの利益を優先するというようなことがあろうとは、つい最近まで人々は全く思

いもかけないことだったのである[53]。このような社会の意識構造を背景にすれば、わが国において、銀行と顧客との関係が、独立当事者関係であって、一方が他方の利益を考慮する必要のない債務者－債権者関係が原則であると言えるのかどうかについては、大いに疑問のあるところである。連邦主義と金融支配を極端に嫌う風潮から、銀行を小規模なものにおしとどめてきたアメリカにおける銀行とわが国の銀行とでは、銀行の社会的な位置付け、さらには社会が銀行に寄せる信頼の程度は全く異なるものと考えられる。

経営危機に陥った企業を銀行が救済するという行為をベースに、銀行と顧客との関係をみてみるならば、そこには顧客からの銀行に対する強い信頼の存在なくして顧客側の救済の受入れはあり得ない。顧客の側は、銀行に助言や指導を求めたり、救済を引き出すためにあらゆる経営改善策を実行する。顧客は、銀行に完全に依存していることになる。このような状態を前提とすれば、わが国においても経営危機企業とその企業を救済しようとする銀行との間の関係を信認関係とし、銀行に受認者としての信認義務を認める意義は大きい[54]。救済過程で生じる銀行と経営危機企業との利益の相反を、銀行に信認義務を課すことによって解決することが可能となるからである。銀行と経営危機企業との関係に信認関係が認められると、銀行は経営危機企業の利益のためにのみ行動すべきこととなる。経営危機企業の犠牲に立って、銀行が債権回収を進めるということは許されないこととなる。

当事者の信頼をめぐる日本と英米社会との違いについて、次のような指摘がある。

「イギリスやアメリカ合衆国の社会を、法を通してみる限り、それらは概して、受認者に対して厳格な社会であると言えよう。イギリスやアメリカ合衆国における受認者の忠実義務の厳格さを示すおびただしい数の判例は、これを示している。（中略）これに対して、わが国は、伝統的に受認者（と看做されるべき者）に対して寛容な社会であったように思われる。法制度のみならず法意識のレベルにおいても、そのような特徴を備えてきたように思われる。受認者が大きな権限を付与され、自由に行動しうるシステムは、ある状況のもとでは、社会的・経済的に効率性に合致することがあろう。しかし、受認者に対する寛容度は、時代とともに変化すべきものであろう。」[55]。

上の指摘は、受認者に関して性善説に立つのか性悪説に立つのかの違いに問題点が集約できることを示すものである。わが国では、受認者について性善説に立つとともに、受認者はそのような高い信頼を得るに相応しいと社会から認知された者、そして、信頼を決して裏切ることはないであろう者に限定されてきたと言えないだろうか。経営危機企業に対して支援を行う銀行も、その一例であると言えよう[56]。

受認者に対して厳格に責任を追及するアメリカでは、そもそも厳格な信認義務に伴う責任を回避するためには、受認者となること、さらには受認者のような振る舞いをすること自体が避けてこられたのではないだろうか[57]。一方が他方に寄せた信頼を保護しようとする考えと厳格な信認義務の存在が、銀行による経営危機企業に対する救済を法律的側面から抑止する一要因として機能してきたと言えるのではないかとも考えられる。

---

[1] 田中誠二『新版銀行取引法』（経済法令研究会、再全訂版、1979）36頁。

[2] 契約締結上の過失理論については、北川善太郎「契約締結上の過失」契約法大系刊行委員会編『契約法大系Ｉ（ 契約総論）』（有斐閣、1962）221頁～236頁、本田純一「「契約締結上の過失理論」について」遠藤浩・林良平・水本浩監修『現代契約法体系第一巻現代契約の法理(1)』（有斐閣、1984）193頁～ 215頁、藤田寿夫「契約締結上の過失責任」『（北川善太郎先生還暦記念）契約責任の現代的諸相（上巻）』（東京布井出版、1996） 131頁～166頁参照。

[3] 内田貴『契約の再生』（弘文堂、1990)42頁は、「責任の拡大現象」と言う。

[4] この点に関して、内田貴「現代契約法の新たな展開と一般条項(3)」ＮＢＬ 516号(1993)が多くの有益な示唆を与える。

この論文では、契約をめぐる責任の拡大現象を信義則の機能の発現として捉える。そして、信義則をめぐる新たな契約法の流れを、内在的規範の実定契約法への吸上げとして理解し、吸い上げられた契約規範を、契約当事者間の「関係」を基に理解する関係的契約モデルを中核とする新たな契約法として解釈学的に構成することを提案する意欲的な論文である。また、わが国の「義理規範」のなかから、契約原理として定式化が可能なものを法解釈学的に構成しようという試みでもある（32頁）。

まず、契約準備段階における信義則上の注意義務違反を理由とする損害賠償を肯定した最判昭59・９・18判時1137号51頁について、「意思表示の合致による「契約の成立」前に、すでに契約「関係」による拘束を肯定する規範が想定されており、伝統的な契約原理に対する大きな挑戦を投げかけている。」(24頁）とする。また、「契約交渉破棄に関する裁判例が示しているのは、相手方を信頼させ相手方の費用支出や法的地位の変化をまねいた者は、その信頼を裏切ったことによる損害を賠償すべきであるという一種の信頼責任の法理が契約当事者間だけではなく契約締結過程においても妥当することである。」(25頁）とする。

内田教授によれば、契約交渉過程で生じる多くの義務について、「関係的契約という観点からみると、これらの義務は、いずれも、情報や専門的知識のアンバランスを背景に一種のfiduciary relationshipが成立した場合に、その「関係」から生ずる説明・情報提供・助言義務を具体化したものとして理解できる。」(25頁） としている。

[5] 銀行取引に関する契約責任の拡張現象について、河上正二「銀行取引における契約の成立段階の諸問題」金融法研究11号(1995）１頁～32頁参照。河上教授は、「民法587条は、もっぱら借手の返還債務を発生させるための前提として消費貸借契約の成立要件を定めた規定であ（る）」（13頁）とされる。

[6] デパートで商品を購入するような売買契約が典型的である。

[7] MARK HAPGOOD QC, PAGET'S LAW OF BANKING,110-119 (11th ed. 1996). ROSS CRANSTON, PRINCIPLES OF BANKING LAW,137-178 (1997).

[8] HAPGOOD, *supra* note 7,at 106.
[9] HAPGOOD, *supra* note 7では、むしろ預金取引を中心に銀行と顧客との関係について論じられている。
[10] Edward L. Symons, Jr., *The Bank-Customer Relation: Part I －The Relevance of Contract Doctrine*,100 BANKING L. J. 220, 222 (1983). サイモンズ教授は、この論文で、銀行と顧客との関係は契約をベースに確定すべしとの立場に立ち、小切手勘定についても、債務者－債権者関係と契約関係の両方であると指摘する。債務者－債権者関係は寄託された金銭に関する関係であり、契約関係は振り出された小切手の支払に関する関係であるとされる。
[11] ANDREA BLOOM, LENDER LIABILITY: PRACTICE AND PREVENTION, 2 (1989). Perker Hood, *Lender Liability under English law* ,in BANKS, LIABILITY AND RISK, 15,18 (Ross Cranston ed. 2d.1995)は、アメリカと同様に、イギリス法の下においても、債権者と顧客との関係は債務者－債権者関係の一種であるとする。
サイモンズ教授は、純粋に債務者－債権者関係に分類される銀行と顧客との関係は、議論の余地はあろうけれども、無担保貸付 (unsecured loan) であるとされる。*See*, Symons, supra note 10, at 223.
[12] Symons, *supra* note 10, at 223.
[13] *See*, Special Project Note, *Lender Liability : A Survey of Common-Law Theories*, 42 VAND L. REV.855, 862(1989).
Jeffry John Hass, *Insights Into Lender Liability: An Argument For Treating Controlling Creditors As Controlling Shareholders*, 135 U. PA. L. REV. 1321,1323(1987)は、「債権者による、ある程度の支配は必要であるとのコンセンサスが存在する。」とした上で、「債権者は、債務者の財務面の強さの減退と、債務者の不適切な行いの可能性から債権を守るために、債務者に対して支配を行う必要がある。」と指摘している(*Id.* at 1328.)。
[14] 契約社会であるアメリカにおいては、金銭消費貸借契約に盛り込まれる条項の内容は、わが国とは比較にならないほど詳細である。*See*, Nassberg, *Loan Documentation: Basic but Crucial*, 36 BUS. LAW. 843 (1981).
例えば、わが国では債務者が会社の場合、決算期ごとに貸借対照表、損益計算書、利益処分計算書といった財務関係書類を銀行に提出するのは、会社が銀行から資金を調達する際のいわば常識であって、特に銀行と債務者会社との間で、それらの書類を決算期ごとに銀行に提出するということは、契約条項には含まれていない。ところが、アメリカでは財務関係書類の提出についても、契約条項に入れておかなければ債務者に提出を求めることはできない。ロバート・モリソン(通訳)松尾翼「(講演) 米国における債権保全と回収」金融法務事情986号(1982)23頁～24頁。
本文で述べた借主に経営に対する貸主の関与は、契約条項に基づいて行われる場合もある。アメリカで詳細に契約条項を規定する理由については、①移民社会であるアメリカでは、相手が自分と同じ価値観を共有しているという保証がないため、書面で契約条件を確定しておくことへのインセンティブが高いこと、②陪審制との関係で、契約条件を書面で確定しておくことにメリットがあること、の２点が指摘されている。内田貴「現代契約法の新たな展開と一般条項(2)」ＮＢＬ 515号(1993)14頁～15頁参照。
なお、アメリカでは、わが国の銀行取引約定書に相当する一般取引約款は存在せず、融資取引に用いる契約書は各銀行がそれぞれに作成したものが用いられる。『欧米銀行取引約款の現状と課題－1978年欧米銀行取引約款専門調査団報告』（金融財政事情研究会、1980）38頁、48頁〔吉原省三〕参照。
[15] 植田淳『英米法における信認関係の法理―　イギリス判例法を中心として』(晃洋書房、

1997）i頁）。

[16] 代表的な研究業績として、Tamar Frankel, *Fiduciary Law*, 71 CALIF. L. REV.795 (1983).木下毅教授によるこの論文の紹介として、アメリカ法1986Ⅰ 151～154頁があるほか、この論文を素材の一つとして用いながら信託法について解説した文献として、樋口範雄「信託的関係と受託者の責任－アメリカの議論を参考に」信託170号(1992)99頁～115頁がある。樋口範雄『アメリカ契約法（アメリカ法ベーシック１）』（弘文堂、1994） 80頁～81頁も参照。また、信認関係に関する先行研究業績を知る手がかりとして、*See*, Frankel, *supra* , at 796 note 9.

植田・前掲注15の文献は、本格的研究が少ない分野であるという現状を踏まえて、英米における信認関係とそれを規律する法とをわが国で本格的に研究したものである。

[17] Frankel, *supra* note 16 ,at 795. また、第二次代理法リステイトメント１条１項と13条は、代理人が受認者であることを明定している。RESTATEMENT (SECOND) OF AGENCY, §1(1), 13 (1958).

[18] Stanley A. Kaplan, *Fiduciary Responsibility in the Management of the Corporation*, 31 BUS. LAW.883,887 (1976).

[19] Frankel, *supra* note 16, at 804. Kaplan, *supra* note 18, at 887は、「受認者の概念は、信託の根幹をなす(seminal) 概念に対する類推によって、新たな、あるいは拡張された義務の発達に刺激を与えるために、有益な法的虚構(legal fiction)として機能したかもしれない。」とする。

[20] 植田・前掲注15 12頁は、「信認関係という要素が、コモン・ロー上の法律関係に対する信託法理の介入のための媒介項としての機能を果たしているがゆえに、信託法理の柔軟な適用を可能にしておくために、イギリスの裁判所は、信認関係の概念を意図的に曖昧なものにしてきたとさえ言えるのである。」としている。

[21] AUSTIN WAKEMAN SCOTT, THE LAW OF TRUSTS §2.5 (4th ed. 1987).

[22] Frankel, *supra* note 16 ,at 800.

[23] *Id.* at 820.

[24] *Id.*

[25] *Id.* at 821.

[26] ただし、再度言うならば、銀行と顧客との関係は、原則としてarm's-lengthな債権者－債務者関係とされ、信認関係が認められるのはあくまでも特別な場合であることには注意が必要である。Hass, *supra* note 13 ,at 1337は、最近の判例法は、貸手と債務者との通常の関係が信認関係ではないということを認めていると指摘している。

なお、銀行と預金者との関係を準信認関係であるとするCommercial Cotton対United California Bank事件判決（Commercial Cotton v. United California Bank, 163 Cal. App. 3d 511 (1985).）がある。この判決は、銀行業務の公共性をベースに、預金者が銀行の資金運用を委ねているといった点から、銀行と預金者との関係を少なくとも準信認関係(at least quasi-fiduciary) であるとの結論を導いている（*Id.* at 554.）。しかし、この判決は、その後のCopesky対Superior Court of San Diego County事件判決(Copesky v. Superior Court of San Diego County, 280 Cal. Rptr. 338 (Cal. App. 4 Dist. 1991).)によって否定されている(*Id.* at 347-48.)。このことについては、楠本くに代「米国レンダー・ライアビリティ判例の特徴と最近の動向」長尾治助編『金融業者の法的責任　レンダー・ライアビリティ』（悠々社、1996）40頁に取り上げられている。

[27] イギリス法、とくにイングランド法をベースに、銀行と顧客との関係における信認関係の問題を検討した文献として、道垣内弘人「海外金融法の動向：銀行と顧客との間の法律関係－イングランド法の展開」金融法研究10号(1994) 1頁～27頁がある。

[28] Frankel, *supra* note 16,at 809.
[29] RESTATEMENT (SECOND) OF AGENCY,§387(1958).
[30] RESTATEMENT (SECOND) OF TRUSTS,§170(1959).訳文は、慶應義塾大学信託法研究会訳『アメリカ法律協会　米国信託法リステイトメント（第２版)〔上〕第１条～260条』（トラスト60研究叢書）(財団法人トラスト60、1996) による。以下も同様。
[31] *See*, Hood, *supra* note 11, at 21.
[32] わが国においては、そもそも信託の歴史が浅く、信託法に関する研究はこれまで比較的少ない領域に属してきた。（代表的研究として、四宮和夫「受託者の忠実義務」同『信託の研究』（有斐閣、1965)208頁～233頁がある。）ところが、近年は英米信託法の比較法研究が活発に行われている。受認者の義務については、それらの研究業績を参照することが有益である。
　例として、G.W.キートン＝L.A.シェリダン著（海原文雄、中野正俊監訳、日本信託銀行信託法研究会訳）『イギリス信託法』（有信堂、1988）34頁～47頁（GEORGE W. KEETON & L.A. SHERIDAN, DIGEST OF THE ENGLISH LAW OF TRUSTS (1979)の訳書である。）、メイトランド著（トラスト60・エクイティ研究会訳（代表・大阪谷公雄))『エクイティ』(有斐閣、1991)103頁～115頁（イギリスの信託法の権威、F.W.Maitlandの Equityの講義録の翻訳である。）、ディヴィッド・ヘイトン著（新井誠監訳、三菱信託銀行信託研究会訳）『信託法の基本原理』（勁草書房、1996）151頁～166頁（DAVID J. HAYTON, THE LAW OF TRUSTS, (2d ed. 1993) の訳書である。)がある。
[33] Kaplan, *supra* note 18, at 887. 企業経営の分野で挙げられた義務の例としては、(1)有能である義務、(2)合理的に告知する義務、(3)適切な監督を行う義務、(4)利益の相反を開示する義務、(5)業務に関して会社の情報資料を示す義務、(6)故意の違法行為を避ける義務、(7)過失による違法行為を避ける義務、(8)会社の利益を第一として行動すべき義務、(9)会社が関係する全ての取引において公正である義務、(10)会社と競争関係に立つことを控えること、(11)会社の機会(corporate opportunities)を奪うことを避ける義務、(12)忠実、かつ正直(honest)であり、誠実(good faith)に行動すべき義務、(13)合理的な時間と義務の履行に対する努力を捧げる義務、(14)会社の財務状態を保持する義務、(15)会社の出来事に関して疑わしい状況を調査すべき義務。Id. at 887-88.)
[34] Symons, *supra* note 10, at 233.
[35] Id. at 234. 当事者の契約や意思に従って当事者の関係を確定すべきとの立場にたつサイモンズ教授は、信頼関係をもって「意思的関係（volitional relation)の範囲とその存在を確定する際に、裁判所が契約的基礎を用いることに失敗した代表的事例である。」とする。Id.
[36] RESTATEMENT (SECOND) OF TRUSTS, §2 comment b(1959).
[37] Symons, *supra* note 10,at 235.
[38] Bloom, *supra* note 11, at 9-10.
[39] Edward L. Symons, JR., *The Bank-Customer Relation: PartⅡ －The Judicil Decisions*, 100 BANKING L. J. 325, 331(1983).
[40] Stewart v. Phoenix National Bank, 49 Ariz. 34, 64 P.2d 101 (1937).
[41] 64 P. 2d at 106.
[42] *Id.*
[43] Hass, *supra* note 13, at1337-38は、「金融機関による単なる助言の言渡し(rendering)や忠告は、通常の場合、そのような関係（信認関係）を確立するには不十分である。」とする。
[44] Atlantic National Bank of Florida v. Vest, 480 So.2d 1328 (Fla. App. 2Dist. 1985).
[45] 480 So. 2d,at 1332-33.

[46] Klein v. First Edina National Bank, 293 Minn. 418, 196 N.W.2d 619 (1972).
[47] 196 N.W.2d at 622.
[48] *Id.* at 623.
[49] *Id.*
[50] Symons, *supra* note 39,at 335.
[51] Frankel, *supra* note 16,at 798.
[52] 契約の解釈において、当事者の契約の具体的内容よりも、当事者の信頼を基本とする「関係」を重視する傾向の見られることは、すでに指摘されている。例えば、木下毅『英米契約法の理論』（東京大学出版会、第二版、1985）　59頁～77頁（第四節）は「契約から関係へ」としてこの問題を扱う。内田・前掲注3『契約の再生』は、英米法や大陸法の現状を広く捉えた上で、当事者の関係を基礎に契約を解釈すべしとする「関係的契約理論」を提唱する。
[53] 鏡味徳房・竹内昭夫・土田正顕・浜田宏一・蝋山昌一「（座談会）セミナー　金融に関する法と経済」鈴木禄弥・竹内昭夫編『金融取引法大系 第一巻　金融取引総論』（有斐閣、1983)330頁には、大蔵省銀行局長経験者の土田氏が、わが国金融の特徴として、「金融機関に対する国民の信認が高い」点を指摘している。
[54] わが国において、説明・情報提供・助言義務の根拠を信認関係に求める見解として、内田・前掲注4　ＮＢＬ516号25頁参照。
[55] 植田・前掲注15 237頁～238頁。イギリス（イングランド）における受益者保護に関する思想や歴史的背景について考察した邦語の文献として、森泉章（編著）・青嶋敏・大野英夫・金城秀樹・篠田昌志『イギリス信託法原理の研究―　Ｆ・Ｗ・メイトランドの所説を通して』（トラスト60研究叢書）（学陽書房、1992)79頁～91頁〔金城秀樹〕がある。
[56] メインバンクの委託された監視者としての機能は、メインバンクに対する信頼を前提とする。
[57] Douglas-Hamilton, *Troubled Debtors: The Line Between Controlling*, in CLASSICS IN COMMERCIAL BANK LENDING 398, (1981) は次のように言う。「もしあなたが、財務危機に瀕した債務者を支配する立場の貸主であるなら、融資を時間をかけて返させるということをしないことによって、あなたは悩むという以上に、より大きな損失に対して身をさらしている。あなたは「単純な」債権者と債務者の関係に帰ることによって、困難な状況から抜け出すことができる。」

第三章　アメリカの倒産制度

本研究が主要課題とするのは救済融資であり、救済融資は企業が倒産に近い状態に陥った場合に必要となる。この点に関連して、「倒産」というものの考え方について、アメリカ法はわが国とは多少異なっており、この側面についても検討が必要である。

わが国の倒産制度のもとでは、取引停止処分が倒産原因とされ、取引停止処分を受けた者に極めて厳しいペナルティーが課されるように、倒産に対する社会的な制裁が極めて厳格であることが一つの大きな特徴として指摘できる。そこには、倒産という事態を決してあってはならないこと、社会的に許されないこととして捉える風潮の存在も指摘できよう。倒産前歴のある者には落伍者としてのレッテルが貼られ、一度このレッテルが貼られると、社会的信用の回復はなかなか容易ではない。従って、企業の側では、厳しい社会的制裁を伴う倒産を回避するために、あらゆる努力を傾注することになる。銀行による経営危機企業に対する救済は、倒産に対する厳しい社会的制裁を回避することを目的として実施されているとも考えられる。アメリカの倒産法制がどのような特徴を有するかを概観することは、銀行による経営危機企業に対する救済がアメリカでどのように考えられ、運用されているかを理解する上でも有益である。

アメリカの倒産法制の特徴をわが国の制度と比較すると、債務者にとって利点の多い制度である点をまず指摘できる。さらには、そこから遡って、倒産という事態に対する基本的な考え方の相違も浮かび上がってくる。

第一節　連邦破産法の概要

倒産制度に関する立法権限は、合衆国憲法第１章第８条第４項の規定により、連邦議会に賦与されている。従って、連邦破産法の規定は、競合する州法の規定に優先するため、倒産処理に関しては、連邦法のもとで連邦としての統一的な処理が行われる。また、現行の1978年連邦破産法（Title 11 The Bankruptcy code of 1978）は、清算型（７章)と再建型（11章）　の両制度を合わせもった統一的な倒産法の形態をとっている[1]。

破産裁判所が衡平法裁判所であるとされている点には注意が必要である[2]。破産事件が衡平法裁判所で取り扱われるということによって、柔軟な問題解決が可能となっている。Pepper 対 Litton事件[3]判決で最高裁判所は、「破産裁

判所は本質的に衡平法裁判所である」[4]と述べた上で、「破産裁判所は、破産者の財産管理から起こる幅広い問題を処理する際に、衡平法上の権限を行使する。」[5] とした。

また、連邦破産法105条(a)項は次のように規定している。「裁判所は、本法の規定を実施するために必要または有益な決定、令状、判決を発することができる。利害関係人が問題を提起できるとする本法の規定は、裁判所が職権により、裁判所の命令や決定を実施または実行し、手続の濫用を防止するために、必要または適切な行為をなし、または決定することを排除するものではない。[6]」

破産裁判所には、破産事件を処理するために、強い権限が与えられている。

第二節　連邦破産法の特徴

債務者にとって有利といえる連邦破産法の特徴について、次の点を指摘できる[7]。

第一点は、清算型、再建型を問わず、債務者自らが申し立てる自己申立手続（voluntary petition）においては、支払不能や債務超過といったinsolvencyであることを立証する必要のないことである。つまり、連邦破産法301条は自発的手続（voluntary cases)について、「本法の各章による自発的手続は、それぞれの章の手続について債務者適格を有する者が、各章の手続の申立書を裁判所に提出することによって、開始される。本法各章による手続の開始は、その章における救済命令を構成する。[8]」と規定しているため、債務者は自らが支払不能や債務超過であると否とにかかわらず申立ができると解されるからである。わが国における破産宣告、開始決定という手続を経ることなく、申立がそのまま救済命令（order for relief）となるのである。

破産手続の申立に支払不能や債務超過であることの立証を必要としないアメリカにおける倒産制度は、逆に言えば債務者の意思一つによって容易に利用することが可能な制度であることを意味する。このことは、倒産制度の積極的な利用を促進するとともに、倒産制度が濫用されているとの指摘が生まれる根拠ともなっている。

第二点は、強力な自動的停止（automatic stay）の効力である。破産の申立が行われると、債務者自らが行う自発的手続であると、債務者以外の者が行う非自発的手続（involuntary cases)[9] であるとを問わず[10]、債務者の財産あるいは財団財産に対する債権回収行為や担保権の実行手続が自動的に停止される[11]。362条(a)項は８つに分けて自動的停止の対象となる行為を規定しており、その範囲は広い。申立前の資産に対する強制執

行や徴税、債務者の資産や財団財産に対する担保権の設定、対抗要件の具備および執行、相殺および米国租税裁判所係属の訴訟といったものが自動的停止の対象となる。自動的停止の目的は、債務者を取立行為から保護し、破産申立の原因となった経済的圧力から救済することにあるとされる[12]。

自動的停止は、一部の債権者による抜け駆け的な債権回収行為を防止し、結果的に債権者平等原則を実現することに役立つと同時に、破産の申立によって自動的にこのような効力が発生する点で、債務者の保護に厚い制度であると言えよう。

第三点は、再建型の破産手続においては、占有継続債務者（debtor-in-possession）が事業運営に当たることが原則である点である[13]。占有継続債務者の概念は、1978年の現行破産法によって新設されたものであり、通常は、債務者がその資産および営業を継続して占有する占有継続債務者となる。占有継続債務者は、管財人と同一の権利と権能、および義務を有する。つまり、連邦破産法11章の下における再建手続は、破産管財人の下で進められるのではなく、原則として債務者本人の手によって進められる。そして、占有継続債務者には、独占的に再建計画を提出できる特別期間が与えられている。この特別期間は、救済命令の日から120日間である[14]。

このように、チャプター・イレブンによる再建型の破産申立を行うと、債務者は経営権を維持したまま、自働的停止の効力を享受しながら、自らの意向に添った経営再建を余裕をもって進めることが可能となる[15]。

第三節　わが国の倒産制度との対比

自由主義経済の下では、市場における競争に参加した者の全てが勝者になることはできない。敗者となる者の生じることは、自由競争の必然的結果とも言える。倒産とは、自由競争市場における敗北の結果でもある。このような敗者に対して、どのような態度で望むべきかは、それぞれの国の立法政策の問題である[16]。アメリカの倒産制度は、倒産を自由競争の必然的結果として捉え、早い段階で債務者を経済的圧力から開放するとともに、債務者の経済的再生を促すのに優れた制度であると評価できよう[17]。債務者は、誰に頭を下げることも、誰の支配を受けることもなく、自らの意思で破綻処理に着手できるのである。また、倒産にかかる社会的な処理コストも、問題が先送りされることのない分、小さくすることの可能な制度であると考えられる[18]。

翻ってわが国における状況はどうか。わが国では、経済的な破綻を罪悪視するような傾向の強く見られることは、個人の多重債務問題に象徴的にみられる[19]。借りたものを返すのは当然とする意識が、借りた側にも貸した側にも極めて強く存在する。さらに、借りた側には他人に迷惑を掛けることは許されないという強い倫理観もあって、元利金支払いのための高利資金導入の繰り返しが、問題発見を遅らせるとともに、被害を一層深刻なものにする[20]。会社を経営するのも、本質的にこのような思考をもった日本人であるから、会社の倒産についても本質的に同じ問題を抱えていると言えるようにも思われる。わが国においては、倒産は何が何でも避けなければならない、極めて不名誉なものと考えられてきたと言えよう。

ただし、企業倒産に関して言えば、規制緩和が進む以前の金融市場に典型的にみられるように、数多くの規制の存在するわが国の市場が、果たして真の意味での自由競争市場であったのかとなると疑問の余地があろう[21]。規制の存在は、新規参入を排除するとともに、業界内競争を回避し、業界内の共存共栄を図ることを意味する[22]。多くの規制の存在と、規制の下で守られてきた既得権益の存在によって、同業者が既得権益の中で生じる超過利潤を分配しあうシステムの下では、倒産という事態は、例外的な出来事である。規制に守られて、安定した利潤が確保されているため、よほどの失敗のないかぎり、業界内の既存企業は破綻しないのである[23]。さらにそこに、高度経済成長というパイの拡大要因とメインバンクによる経営危機企業の救済システムが用意されていれば、倒産という事態はますます例外中の例外ということになろう[24]。このようなわが国の状況の下では、例外的な事例に属する倒産という事態に対して、決してあってはならないことであるとする感情や、倒産を罪悪視する感情が生まれたとしても不思議はあるまい[25]。

また、銀行からみて、仮に経営危機企業を救済した場合においても、規制に守られた産業構造の下では、経営危機の原因となった問題さえ取り除けば、当該の企業には安定した将来の収益が期待できるため、経営再建が容易に進められるとみることもできる。わが国は、自由競争が徹底された市場構造にある国や地域において、銀行が経営危機企業を救済する場合とは比較にならないほど、経営危機企業の経営再建が奏功しやすい経済構造にあったのではないかとも言えよう。

以上のように、自由競争を市場の基本原理とするアメリカとわが国の倒産法制や、それを支える思想的背景は、全く異なるものである[26]。

アメリカの倒産制度の検討をとおして得られるわが国への示唆は、次のような点であろう。

わが国では、企業活動に伴うリスクは銀行が集中して負担してきた。銀行が救済融資を実

行して倒産の回避措置を講じてきたことも、その一つの現われである。しかし、バブル経済の崩壊過程で多額の不良債権を抱えた銀行が、今後とも従来どおりに経営危機企業の救済に当たれるか否かは、銀行の体力自体が衰えている現状を考えれば、定かではない。銀行に経済活動に伴うリスクを集中することの是非が、改めて問われていると言えよう。いくら日本の銀行の規模が大きいとは言え、銀行のみがリスクを集中して負担することには早晩限界がくるものと言える。アメリカでは企業活動に伴うリスクは、企業のステークホルダーが広く負担するシステムが選択されている。わが国もアメリカのように、社会全体が企業活動に伴うリスクを自己責任原則の下で認識した上で、広く厚く負担するという方向が模索されるべきであるとも考えられる。

自由競争の必然的結果である倒産という経済現状に対する社会の認識についても変えていく必要のあることも当然である。その意味で、経営危機に陥った企業を銀行からの金融に依存させる結果となる取引停止処分制度の見直しは避けて通れない問題であるように思われる。

---

[1] わが国の倒産法の体系は、各種の倒産手続を別個の法律で規定しているが、清算型と再建型を合わせもった統一的な単一法で規定するのが近年の世界的潮流になっている。アメリカ以外の国で単一法の倒産法体系をとる国の例として、フランスの1985年倒産法、イギリスの1986年倒産法、ドイツの1994年倒産法がある。

わが国の倒産法制については現在改正作業が進められているが、法的整理の手続を再建型と清算型の二つに統合する必要性とその優れている点について、佐藤鉄男「各国国内倒産法の比較」石黒一憲・貝瀬幸雄・佐藤鉄男・弥永真生・真船秀郎・土橋哲朗『国際金融倒産』（経済法令研究会、1995）24頁、36頁参照。何らかの形での統合が必要とする点については、青山善充・伊藤眞・菅原胞治・田原睦夫・広瀬寿勇・松嶋英機「（座談会）倒産法改正に何を望むか」ジュリスト1111号(1997)８頁～11頁における出席者各氏の発言参照。倒産処理手続の統合に関する問題を考察した文献として、福永有利「倒産法一本化の是非と問題点」ジュリスト1111号(1997)29頁～39頁参照。

なお、現在進められているわが国の倒産法制の改正作業においては、会社更生法は存続させながら、中小企業や株式会社でない法人等について、従来の代表者が引き続き業務を執行することを原則とする新しい再建型の倒産手続を創設することが検討されている。ただしこれは、再建型倒産手続の一本化を否定するものではなく、近年の倒産事件の増加傾向から、改正を可及的速やかに行いたいとする法務省が、重要性・緊急性の高い事項から改正しようとする意向の現れと考えるべきである。法務省民事局参事官室編『倒産法制に関する改正検討課題　倒産法制に関する改正検討事項とその補足説明』（別冊ＮＢＬ№46）（商事法務研究会、1997）改正検討事項19頁、補足説明41頁～42頁参照。

[2] Local Loan Co. v. Hunt, 292 U.S. 234, 240 (1934) ; Miller v. Borton (*In re* Bowman Hardware & Elec. Co.), 67 F.2d 792, 794 (7th Cir. 1933).

[3] Pepper v. Litton, 308 U.S. 295 (1939).

[4] *Id.* at 304.

[5] *Id.*
[6] 11 U.S.C. §105(a). 条文の訳は、高木新二郎『アメリカ連邦倒産法』（商事法務研究会、1996）による。以下の引用についても全て同様。
[7] この部分の記述については、国際金融情報センター『主要国の倒産法制』（国際金融情報センター、1991）中のアメリカの倒産法制の特徴について記述された第一部〔佐藤鉄男執筆担当〕「主要国(米英独仏)倒産法制の特徴」の６頁～９頁の記述をベースとして、アメリカの倒産法制全般について解説した23頁～67頁を参考とする他、アンドリュー・Ｐ・ディナタレー＝カレン・Ｂ・カミングス（梅島修訳）「米国破産法ガイド(1)～(6・完)」国際商事法務21巻６号660頁～667頁、７号827頁～831頁、８号993頁～997頁、９号1089頁～1100頁、10号1223頁～1227頁、11号（以上1993)1282頁～1288頁と、高木新二郎『アメリカ連邦倒産法』（商事法務研究会、1996）を参考としてまとめたものである。なお、前述の『主要国の倒産法制』第一部（佐藤鉄男執筆担当)は、佐藤鉄男「各国国内倒産法の比較」石黒一憲・貝瀬幸雄・佐藤鉄男・弥永真生・真船秀郎・土橋哲朗『国際金融倒産』(経済法令研究会、1995)21頁～51頁のベースとなった論文である。
[8] 11 U.S.C. §301.
[9] 11 U.S.C.§303.
[10] 申立には、これらのほかに、夫婦が共同して行う夫婦共同手続（joint cases.11 U.S.C. §302.）がある。
[11] 11 U.S.C. §362 (a).
[12] ディナタレー＝カミングス＝梅島（訳）前掲注7 21巻９号1089頁。
[13] 11 U.S.C.§1107.
[14] 11 U.S.C.§1121(b).
[15] 宮川知法・日比野泰久「和議法はどのように運用されているか　和議手続の利用と運用（上）実態調査の総論的分析」ＮＢＬ 531号(1993)18頁は、わが国において、法的整理手続としての和議が選択される理由として、債務者の管理処分権・事業経営権が継続されることを理由の一つに挙げている。
[16] ディナタレー＝カミングス＝梅島（訳）前掲注7 21巻６号660頁は、アメリカの倒産制度を評して、「正直な、窮地に追い込まれた債務者を破産の汚名から救済する傾向にある。」としている。
[17] 谷口知平『倒産処理法』（筑摩書房、第二版、1986）15頁は、「免責制度は、破産は反社会的犯罪行為として非難すべきものではなく、債務者が誠実であっても経済活動に不可避的に伴う病理現象であり、不運にしてこれに遭遇した債務者に対しては、これを助けて一日も早く立直らせるのが全体の利益であるとの思想に基づく。免責はアメリカにおいて最も徹底しており、自己破産の制度と相まって債務者救済のための制度としての破産（下線は引用者による）という特色を濃厚にしている。」と指摘する。
[18] 破綻処理を先送りすることが倒産処理コストを増加させるということは、わが国の住宅金融専門会社の破綻処理問題、さらにはアメリカにおけるＳ＆Ｌの破綻処理問題をみれば明らかである。
[19] 佐藤鉄男「多重債務と消費者破産」ジュリスト979号(1991)31頁は、「おそらく、これまでの破産者のイメージでは、債務から開放される代償として、言わば社会のアウト・サイダーとされてしまった者という印象を拭いきれない。」とする。
[20] このような見方については、異論もあろう。宇都宮健児「消費者破産の現状と問題点」金融法務事情1475号(1997)62頁は、わが国における多重債務者の発生要因について、「消費者信用市場の急速な拡大と消費者信用業界の過当競争を背景とする、消費者信用業界の過剰与信および消費者信用業者の高金利営業は、わが国において大量の多重債務者を経済構造的に発生させる大きな要因となっている。」とするとともに、日弁連消費者問題対策委員会が全国２１の地方裁判所で実施した調査結果によれば、借入原因としては、借金返済が

56.2%（複数回答あり）と最も高い割合を占めるとともに、奢侈品購入、遊興、ギャンブル、レジャー、飲食といった遊興型の破産原因は約１割を占めるに過ぎないとしている（同64頁）。また、佐藤鉄男・前掲注19　31頁の注4は、金利支払のための借入の繰り返しが巨額の累積債務となるのは、国家の場合も個人と驚くほど似ているとする。

[21] わが国の市場が新規参入を排除し、極めて閉鎖的な市場であることは、日米構造問題協議に象徴的に現れている。日米構造問題協議については、松下満雄「日米構造協議と競争制限的慣行の規制」ジュリスト950号(1990)32頁～38頁、同「日米構造問題協議と経済制度調整」ジュリスト965号(1990)15頁～21頁、並びに、ジュリスト950号と965号に掲載された日米構造問題協議に関連する諸論文参照。

[22] わが国における規制の現状、規制緩和の必要性とその具体策については、経済企画庁総合計画局編『規制緩和の経済理論』（大蔵省印刷局、1989）参照。

[23] 規制がなくとも、わが国ではたびたび報道される談合が、業界内で利益を分配しあうシステムとして機能している。

[24] カーティス・Ｊ・ミルハウプト／ジェフリー・Ｐ・ミラー＝久保大作／笠原武朗(共訳)「日本における住専問題（３・完）」ジュリスト1136号（1998）89頁は、規制カルテルが戦後のわが国に長く存続し得た要因として、高度経済成長を挙げる。なぜなら、カルテルが存在しても、パイが拡大しているときには、カルテルの外にいる人の取り分も増加するため、カルテルの外にいる人の怒りがカルテルの存在に向かう可能性が少ないからである。そして、経済成長率が鈍化した場合には、人々がカルテルの存在とその中においてのみ利益の分配に与れるという特権に厳しい目をむけることをも指摘している。

[25] 宇都宮・前掲注20　69頁は、破産法の改正に当たって、「破産者」「破産宣告」という表現を廃止するよう提言する。

[26] 債務者に利点の多い倒産法制を用意するアメリカにおいても、手続の迅速性、費用の低廉性といった点から、わが国の任意整理に相当する裁判外の手続であるワークアウト（workout）による倒産処理も多いとされている。ワークアウトに関する邦語の文献としては、渡邉光誠『最新アメリカ倒産法の実務』（商事法務研究会、1997)109頁～127頁、田作朋雄『アメリカのワークアウト』（近代文芸社、1996）がある。

第四章　衡平的劣後（equitable subordination）

救済融資について考察するには、倒産に関与した者の責任が倒産処理の過程でどのように追及されるのかを考察することが重要である。倒産に関与した者の責任が厳しく問われるならば、経営危機に陥った企業の経営再建に関与する者も、経営再建が失敗した場合に備えて慎重にならざるを得ないからである。わが国においては、管財人による否認権の行使に際しても、すでに第二部第四章第二節で検討したように、救済融資が行われやすい法解釈の態度がとられおり、そもそも倒産に関与した者の責任を厳しく追及しようとする態度はそれほど強く見られない。

この点で、アメリカ法は日本法と大きく異なっている。アメリカ法では、倒産の過程で経営危機企業の経営に関与した者の債権を債権本来の順位どおりに取り扱わないという処理を行うことにより、倒産に関与した者の責任が厳しく追及されるのである。これが、衡平的劣後と呼ばれるものである。

第一節　制度の概観

銀行は、融資先企業が赤字経営に陥って貸付金債権が約定どおり返済されない可能性が生じると、融資先に対する監視を強める。監視の程度が高まって、融資先企業の意思決定に介入したり、日々の支払いを管理するといった行動をとることによって、自らの債権保全を図るという場合もありえよう。そのような行動を銀行がとった後に融資先企業が倒産した場合、倒産手続において、銀行の債権が債権本来の順位どおりに取り扱われない可能性がある。これが、債権を劣後的に処遇する衡平的劣後である。

連邦破産法は、４種の劣後債権について規定している。

①債務者とともに債権者に対して債務を負担する者（共同債務者）の求償債権(509条(c)項)

②劣後に関する合意がある場合（510条(a)項)

③債務者の証券取引の取消から生じた債権、当該取引による損害賠償債権、またはそれら債権に基づく求償権もしくは分担金請求権（510条(b)項)

④衡平的劣後（510条(c)項）

①と③は明文によって劣後の要件が規定されており、②は契約による劣後であるから、劣後の要件は契約の内容によって定まる。 510条(c)項は、衡平的劣後について、次のように

規定している。

「本条(a)項・(b)項にもかかわらず、裁判所は、通知と審問の手続を経て、

(1)衡平の原則に基づき、ある認容された債権あるいは権利の全部または一部を、他の認容された債権あるいは権利の全部または一部に対して、配当の関係において劣後させることができ、

(2)そのように劣後させた債権を担保する担保権を財団に移転するように命ずることができる。」

条文では、どのような債権が衡平的劣後の対象となるのかについて、何ら具体的に規定していない。

衡平的劣後（equitable subordination）とは、倒産手続において、衡平を実現するために、特定の債権者の権利を債権本来の順位よりも劣位に扱う理論である。この概念は、請求権の認容（allowance)に対するエクイティー上の抗弁(equitable defense）として、倒産手続における債権の審査過程で発達したものである[1]。破産裁判所が劣後を認めるのは、破産裁判所が本質的に衡平法裁判所であり、倒産手続が本来的に衡平を実現することにあるからである[2]。

破産に係る債権は、法的側面と衡平の側面の２つのレベルから審査、認容される[3]。裁判所は、まず州法に従って債権の適法性を審査し、次に、適法な債権について、債権を劣後化する衡平法の原則の適用、あるいは債権者間の関係に基づいて衡平を実現する判決を下すことについて検討を加える[4]。このように、衡平的劣後は、破産裁判所の持つエクイティー上の権限（equitable power)を根拠とするものである。衡平的劣後は、一定の条件をみたす債権を劣後的に処遇することによって、衡平を実現することを目的としているのであるから、救済のために行われるのであって、懲罰を目的として行われるのではない[5]。衡平的劣後は、矯正的正義（corrective justice）の実践に努めるものであるとの指摘がある[6]。また、債権者が不衡平な行為によって被った特定の損害を補うのに必要な範囲に限って適用される[7]。

衡平的劣後の法理は古くから判例によって認められてきたものであり、連邦破産法510条(c)項の規定は、1978年の連邦破産法制定時に、それまでの判例理論を成文化したものである[8]。衡平的劣後に関する代表的先例として、Taylor対Standard Gas & Electric Co.事件判決[9]とその直後に出たPepper対Litton事件判決[10]がある[11]。Taylor対Standard Gas & Electric Co. 事件では親会社の債権が、Pepper対Litton事件では支配

株主の債権が、それぞれ衡平的劣後の対象債権とされた。

両事件にみられるように、当初、衡平的劣後は、倒産会社の取締役、役員、親会社、主要株主といった倒産会社の内部者（insider）[12] が倒産会社に対して有する債権（内部債権）を劣後化するための理論として発達した[13] 。ところが、判例は衡平的劣後の対象となる債権を内部債権に限らず、非内部者の有する債権にまで拡張したのである[14] 。劣後の対象となる非内部者の債権には、銀行の債権も当然にその対象として含まれる。そして、アメリカにおける衡平的劣後に関する最近の研究は、内部債権の劣後化に関する理論研究をベースとして、非内部債権を対象としたものに移るとともに[15] 、銀行をはじめとする非内部債権が劣後的処遇を受けるという点が非内部債権者に対する倒産責任の追及としての機能をも果たすため、レンダー・ライアビリティーに関する研究においても多く採り上げられるようになっている[16]。このように、衡平的劣後の法理は、倒産手続における衡平の実現という制度本来の目的を踏まえつつ、別の機能を果たすようになってきているのである[17] 。

第二節　劣後化の要件

内部債権が劣後的に処遇されることには、多くの場合、異論はなかろう。本来は内部者が資本の形で提供すべき資金が貸付金として提供されている過少資本（under capitalization）の場合や、経済的実態が親会社の一部門であるにすぎない子会社に対する親会社の債権について、債権の順位どおりに処遇するならば、一般債権者はこのような処遇によって損害を被ったと言えるからである。しかし、非内部債権についてはどのように考えるべきか。衡平を実現するために非内部者の債権が劣後的に処遇されるのは、非内部者がどのような行為を行った場合か、ということが問題となる。

衡平的劣後は、判例によって発達した法理であり、制度の目的が衡平の実現にあるため、条文では劣後化の要件をあえて明確に定めることなく、裁判所に制度の運用を任せることによって、事例ごとの柔軟な問題解決を可能としているとみることができる。衡平的劣後について理解するには、判例研究が重要な意味を持つことになる。ここでは、まず、内部債権の劣後化を中心に発達してきた衡平的劣後に関する理論の中心的問題をなす、要件論について検討する。

過去の判例理論を集大成し、衡平的劣後の要件を明確にした判例として極めて重要な意味を持つのが、Mobile Steel事件判決[18] である。判決は次のように述

べて、衡平的劣後の３つの要件を提示した。

「衡平的劣後の力をはたらかせるのが適当である前に、３つの条件が満足されねばならない。

(1)原告が何らかの種類の不衡平な（inequitable)行為にかかわっていなければならない。

(2)違法行為(misconduct)が破産者の債権者を害するか、原告の不公正な利得をもたらしていなければならない。

(3)債権の衡平的劣後は、破産法の条項と矛盾があってはならない。」[19]

Mobile Steel事件判決で示された３つの要件は、その後多くの判例の引用するところとなった[20]。以下、非内部者の債権を劣後させる場合にもこの要件が適用されるため、３つの要件について検討する。

１．不衡平な行為の存在

第一の要件としての原告による不衡平な行為の必要性については、不衡平な行為の定義をめぐって非常に難しい側面を有する問題である。どのような行為が不衡平な行為と言えるのかについて、基準を明確にすることは困難であり、正確な定義付けは不可能であるとの指摘もある[21]。不衡平な行為の最も明確な例は、完全な詐欺（outright fraud）であるが、最低限の水準については、裁判所によるケース・バイ・ケースの判断にかかっている。

不衡平な行為について、次のように定義する判決がある。

「不衡平な行為とは、合法的であるかもしれないが、人の良心（good conscience)に衝撃を与えるものである。それは、非良心的（unconscionable)で、不正義(unjust)で、不公正（unfair）で、隠されていて(close）、二重取引(double dealing)で、汚い行為(foul conduct）によってもたらされた他者の多くの損失ではなく、なかんずく隠された、あるいは明らかな詐欺、つまり、信用（faith)あるいは受認者による保護の欠如、多くの不正義（unjust enrichment)、良い機会（bon chance）の少ないこと、抜け目なさ(astuteness）あるいは事業上の洞察力（business acumen)を意味する。」[22]

過去の判例分析によれば、債務者の過少資本（under capitalization)[23]、違法取引（illegal transaction)[24]や信認義務違反[25]も不衡平な行為に該当するとされる[26]。結局のところ、不衡平な行為とは、詐欺またはその他の不衡平な行為として理解するほかはない。

銀行債権に関しては、信認義務違反が劣後化の対象となる点に注意が必要である。銀行と

融資先との間に信認関係が形成され、銀行が融資先に対して受認者と認められるようなケースでは、銀行は融資先の利益のために行動しない限り、信認義務違反となり、債権が劣後的に処遇される可能性が生じる。

２．他の債権者の損害または行為者の利得

衡平的劣後は、債権者が被った損害の回復のために、救済を目的として行われる。従って、この第二の要件は、第一の要件と一体の関係をなすものである。第一の要件に該当する不衡平な行為が行われた場合、他の債権者に損害が発生するのは、むしろ当然であると考えられる。そのため、損失には、詐欺と不衡平な行為の効果の全てを含むとされている[27]。

損失は債務者の債権者によってもたらされればよく、債務者本人によってもたらされる必要はない[28]。裁判所は、債権者の行為の効果を審査する際に、既存債権者に関する効果について考慮しなければならず、将来の債権者についても同様である[29]。

３．破産法の条項との整合性

第三の要件については、裁判所が原告による不衡平な行為と債権者に対する加害を見いだした時に、破産法との矛盾を理由に救済を否定した事例はないとされている[30]。その意味で、裁判所はこの要件を無視するか、法との矛盾がないという原則の適用を見いだすかのどちらかであるとされている[31]。なぜなら、1978年連邦破産法は、それまでの判例理論である衡平的劣後を成文化したものであるから、成文化した時点で、破産法との矛盾は生じえなくなったからである。

ただし、次の２つの点には注意が必要である。第一は、裁判所が結果が不衡平であることを認めたことのみを根拠として、誠実に債権を主張する罪のない（innocent）当事者の、法的に正当な請求を調整する(adjust)ことは許されないということである[32]。第二は、連邦破産法によって適切な救済が与えられている場合には、衡平的劣後を適用することはできないということである[33]。管財人は、まず偏頗行為（preferences)や詐害的譲渡(fraudulent conveyances)による救済を求め、それが認められない段階で、衡平的劣後の主張をすべきこととなる[34]。

第三節　非内部債権に対する適用

銀行債権をはじめとする非内部債権に衡平的劣後が適用されるのは、他の債権者を害する何らかの不衡平な行為があった場合であって、その不衡平な行為について、①銀行が何らか

の詐欺的行為（fraudulent conduct）にかかわっている場合、②銀行が債務者を支配したことによって銀行が負うこととなった主要株主の信認義務に違反した結果、一般債権者を害した場合、の２つの場合である[35]。これら２つの要件は、①「ひどい違法行為」基準（egregious misconduct standard）、②受認者基準（fiduciary standard）と言い換えることができる[36]。いずれかの行為に銀行がかかわった場合には、内部債権が劣後化されるのと同様に、銀行債権についても劣後化されるのが衡平に合致すると裁判所が判断した結果である。この２つの要件は、Mobile Steel事件判決が明らかにした第一要件、つまり、不衡平な行為の存在という要件を、非内部者について、より具体化したものである。以下では、２つの要件について検討する。

１．「ひどい違法行為」への関与

非内部者がどのような行為に関与した場合に債権の劣後的処遇を受けるかは、Mobile Steel事件判決で明らかにされた衡平的劣後の第一要件を明確にするのが困難であるのと同様に、統一的な基準を確立しにくい側面を有する困難な問題である。

判例の分析によれば、要求される違法行為の水準は、①「公平（fair play）と良心(good conscience）の原則に関する多くの違反」、②「詐欺、それを上回るもの（overreaching）、あるいは他者の不利益（detriment）に関する証拠隠滅（spoliation）」と同等以上の重大な違法行為、③他の債権者が損害について欺かれたことによる背徳（moral turpitude）、義務違反、あるいは不実表示、④重要な違法行為（substantial misconduct）といった点が抽出されている[37]。とくに重要な要素としては、詐欺と不実表示である[38]。

銀行に関して特に注意すべき点としては、不実表示である。債務者の負債の種類、あるいは債務者の財務状態について、直接、間接を問わず他の債権者に対して不実表示を行った場合、銀行の債権は、当該の不実表示によって損害を被った債権者の債権に対して劣後することとなる[39]。債務者に対する将来の財務的支援の提供に関する不実表示も同様である[40]。銀行の不実表示に依存したり、不実表示を信頼した結果、他の債権者に生じた損害に対して救済が与えられるためであり、不実表示の被害者の表示に対する信頼が保護されることとなる。

「ひどい違法行為」に関しては、債権者と債務者との関係が問題となるのではなく、ひどい違法行為を働いた債権者と、他の債権者との関係が問題とされることとなる[41]。そして、被害を受けた他の債権者の信頼は、そのような状況の下で合理的なものでなければならない[42]。ここでは、債権の劣後的処遇という形で、銀行が他の債権者に対する責任を問われていることになる。なお、銀行と融資先との関係

が債権者－債務者関係に止まる場合には、管財人や他の債権者が非内部者の有する債権を忌避し（challenge）、異議を申し立てる当事者が重要で不衡平な行為についての挙証責任を負う[43]。

２．信認義務違反

衡平的劣後において銀行の信認義務違反が問題となるのは、銀行が債務者に対して一定レベルを超える「支配（control)」を及ぼした場合である[44]。債務者の経営状態が悪化すると、銀行は債権を保全するために債務者に対する監視を強める。監視しているだけでは具体的な債権の保全にならないため、経営状態の悪化の程度に合わせて、融資先に一定の行為を要求したり、日々の現金の入出金を含めた財務活動を銀行の管理下においたり、意思決定に干渉したりするという場合が生じうる。銀行が債務者を「支配」する場合とは、融資先の経営悪化の過程で生じると言える。

ただし、債権者は、自らの債権回収に際して、他の債権者に対して信認義務や契約上の義務を何ら負っていないのが原則であり[45]、債務者や債務者の他の債権者と公平に取引すべき何らの義務も負ってはいないとされる[46]。そして、銀行と融資先との関係は、第三部第二章で検討したように、債権者－債務者関係であるのが原則である。また、アメリカにおいても、債権者によるある程度の支配が必要であることに関する合意は存在すると指摘されており[47]、「貸手は、担保の価値を高め、支払いの可能性を増加させるために、債務者に関して一定の条件を課す権利を有する。それが、融資の本質である。」[48]とも指摘されている。

このような原則論からすれば、非内部債権者が信認義務を負うのは、どのような考えに基づくものなのかという点と、「支配」がどのようなレベルに達した場合に信認義務を負うのか、という疑問が生じる。

(1)　非内部債権者が信認義務を負う根拠

まず、非内部債権者が信認義務を負う根拠について、会社法の観点から検討する。非内部債権者が信認義務を負う場合があるのは、主要株主が信認義務を負うのと同様に、非内部債権者が主要株主と同じ扱いをされる結果であると考えられている。

上に述べた債権者と会社との関係に関する原則論を別の観点からみると、債権者が自己の利益のために行動することは違法ではなく、このことは普通株主についても同様である。大多数の債権者は、詐欺や他の非行（vice）　が行われているのでないかぎり、自己の利益のために行動することが認められているということになる[49]。しかし、株主が会社を支配した

場合には、支配株主は、少数株主の犠牲の上に、会社に損害をもたらすように権限を行使する可能性があるため、会社の利益のために権限を行使する義務を負うこととなる[50]。

支配株主が会社に対する関係において受認者(fiduciary) であることについて、Pepper対Litton事件判決は次のように述べる。「取締役は受認者である。支配株主 (dominant or controlling stockholder) や株主のグループもそうである。彼らの権限は、信託に内在する権限 (powers in trust)である。彼らの会社との取引は厳格な審査の対象となる。彼らの会社との契約や約束(engagements) が忌避された場合には、取締役と株主に関しては、取引に関する誠実(good faith)を証明するだけでなく、会社とそれらの中に利害を有する者の観点から、固有の公正さ(inherent fairness) をも示すことが義務である。そのテストの本質は、全ての状況の下で、その取引が独立当事者間交渉(arm's length bargain) の特徴を有するかどうかということである。[51]」また、Taylor対Standard Gas & Electric Co. 事件判決は、「 (信認) の原則は、多数株主 (majority stockholder) による少数株主の不法な (wrongful) 損害に対して少数株主に対して救済を与えるために、適切な状況の下で適用されてきた。」[52] と述べている。

そして、Pepper対Litton事件判決の記述は、債権者が支配株主に類似する場合には、相当の信認義務を負うべきであることを述べたものであると指摘されている[53]。具体的には、債務者に対する支配に関して、債権者が次の二つの指標を満たした場合、債権者は支配株主と同様に扱われることになる[54]。第一は、債権者が債務者の業務運営に対して、重要な資金を提供している場合であり、その資金が根源的に資本の一部に相当する場合である。第二は、担保として取得された議決権株式に関する誓約(pledge)、あるいは融資契約の合意に含まれた制限条項、あるいはその両方を用いて、債務者に対する権限を取得した場合である。

第一の点に関しては、負債資本比率が重視される[55]。この比率は、債権者に帰属すべき債務者の資産の割合を示す。この比率が100 %を超えると、債務者に対してとられた主要債権者の行動は、株主によってとられた行動と類似してくる[56]。債務者の総資本に対する債権者の寄与度が、株主の寄与度を上回るからである。この場合の債務者の財務構造をみると、資本の多くが株主の出資以上に、債権者からの負債によって調達されていることになる[57]。このようにして、支配株主の信認義務が、支配債権者に対して拡張されるのである。

(2)　「支配」の具体的レベル

次は、非内部者に信認義務が課される「支配」の具体的レベルである。衡平的劣後が行わ

れるために、どのような行為が「支配」に当たるのかという点に関しては、簡単で正確な回答は不可能であり、個別の事例における事実を注意深く観察する必要があるとされている[58]。破産裁判所は、非内部債権者と債務者との関係が、arm's-lengthなものであるかどうかという前提から審査を始める[59]。債務者の株式議決権による支配に向けた現実の権限(actual power to control)を取得したかどうか、債務者の経営機能(management function)を巧妙な方法で、事実上奪ったり、威圧したりしたかどうかという観点から審査されることになる[60]。

(1)での検討をもあわせて考えると、非内部債権者について債務者に対する「支配」に伴う信認義務が問われるのは、当該債権者が大口債権者、主要債権者である場合である。小口債権者が債務者に影響力を行使することができるとは考えられない。このことは、少数株主が会社に対して影響力を行使することができないのと同様である。

一つ注意すべき点としては、「支配」の存在のみによって債権者の債権の劣後化が行われるわけではないことである。支配の行使によって、当該債権者が利得するか、他の債権者に損失が発生するという関係が成り立っている必要がある[61]。

第四節　裁判例の検討

これまで検討してきた理論が、裁判の場で実際にどのように適用されているのかを理解するために、ここでは、非内部債権に衡平的劣後が適用された事例の中から、銀行債権について適用される可能性の高い不実表示と支配に関する事例を採り上げて検討する。いずれの事例も、たびたび引用される代表的な事例である。

なお、裁判例の検討に際しては、どのような事実関係の下で裁判所が衡平的劣後を認めたか、あるいは認めなかったかという意味において、事実関係が重要な意味を持つ。そこで、各事例とも、事実関係については、少し詳しく検討を加える。なお、各事例の検討に際しては、本論文における関心事である衡平適劣後に関する部分を中心に検討することとする。

第一款　不実表示を根拠とする劣後化の事例

１．Bowman Hardware & Electric Co.事件[62]

〔事実の概要〕　Bowman事件判決は、Pepper対Litton事件判決が出される６年前の1933年における第七巡回区控訴裁判所の判決であり、衡平的劣後を非内部債権者の債権に適用し

た先例として位置付けられる、注目すべき判決である。衡平的劣後を非内部債権に適用する本判決の立場は現在も維持されている。

上告人のミラーは、倒産会社のBowman Hardware & Electric（以下Bowman社という）に対して、融資を絶対に秘密にするように指図した上で、Bowman社に融資を行っていた。Bowman社ではミラーからの借入は簿外で処理されており、決算書にも表示されていなかった。ただし、このような決算書を債権者は誰も信頼していなかった。ところが、被上告人だけは、Bowman社がミラーに対して負債を負っていないことを根拠として、Bowman社に対する与信を拡大していた。本件は破産手続における審理人による債権の認容手続をめぐる争いである。

Bowman社が倒産したため、ミラーはBowman社に対する隠された債権についても届け出て、他の無担保債権者と同等の配当を要求した。被上告人は、Bowman社がミラーの要請に基づいて誤った決算報告をし、損害を被ったと主張した。争点は、ミラーがBowman社の倒産手続において権利を主張することが禁反言に当たるかどうかという点であった。被上告人は、与信担当者をとおして、ミラーに対する負債が存在することを知らなかったこと、Bowman社の帳簿を調べたこと、Bowman社が他の負債の存在を否定したこと、Bowman社に対する与信が拡大されていないということを負債に関して知ったことをそれぞれ立証した。破産裁判所と原審は、他の債権者が完全な弁済を得られるまで、ミラーの債権は認容されないとした。そこで、ミラーが上告したのが本件である。本判決は、劣後化を認める判断を下した。

〔判旨〕破棄自判

「破産者に対する一般債権者の権利が認容され、その地位が劣位に置かれる前に、上述の債権者は、他の債権者が損害に関して惑わされた背徳的行為（moral turpitude）を含む何らかの行為、何らかの義務違反、何らかの不実表示に関して、有責であるということが証明されなければならない。」[63]

「破産手続は衡平の下にあり、疑いもなく「不衡平をはたらいた者は衡平を得ることはない」という一般原則に従う。」[64]

「全ての証拠を見、われわれが求められていることとして、審理人（referee)の事実に重み付けをするならば、われわれは、（ 被上告人）に対する破産者の誤った決算報告が上告人の融資を表示しないという上告人との合意によって生じたということと、上告人は破産者の誤った決算報告の結果に対して義務がある、と結論する。上告人の債権は、（被上告人）の債権に対して劣後されなければならない。」[65]

〔考察〕　この事例は、「ひどい違法行為」基準に区分され、大きくは不実表示に該当する事例である。不実表示は債権者が直接行ったのではなく、債務者をとおして行われている。その意味で、不衡平な行為は、債権者が他の債権者に対して直接行う必要はないことになる。直接、間接に不衡平な行為が行われ、それが他の債権者に損害をもたらしたならば、債権の劣後的処遇が行われることとなる。

判決が、①詐欺的な計画や債権者の義務に違反する証拠はないとしている点、②債務者がミラーに対して金銭債務を負っているという事実を公にする法的義務はないとしている点、③ミラーの債権を損害を被った債権者に対してだけ劣後させただけであり、全ての債権者に対する優先権を与えることは認めなかった点には注意が必要である。③の点に関しては、衡平的劣後が救済のために行われるのであって、懲罰を目的としたものではないということを示すものである。

この判例の射程について銀行債権を例にとって考えてみる。銀行が、融資先の財務状況について不実表示を行い、与信の拡大や取引量の拡大によって損害を被る債権者がでた場合、銀行の債権は当該債権者に対して劣後的に処遇されることとなるものと思われる。

２．Osbone事件[66]

〔事実の概要〕　1984年のウィスコンシン州地方裁判所の判決である。

肉牛の飼育業者であるOsboneは、連邦破産法７章の下で破産した。破産に際して、Bank of New Richmond（以下Ｎ銀行という）、New Richmond Farmers Union Co-op Oil Company（以下Cenexという）、General Feeds Inc.(以下Generalという)の三者が、Production Credit Association （以下ＰＣＡという）の債権の劣後化を求めて提訴したのが本件である。CenexとGeneralはOsboneにとって飼料や諸資材の仕入先に当たり、ＰＣＡは金融業者である。破産裁判所は、ＰＣＡの債権の劣後化を認めた。そこでＰＣＡが上訴した。

事実関係は複雑であるが、破産裁判所が認定した事実は概ね次の内容である。

①最大の債権者であるＰＣＡの債権は、Osboneの生牛の少なくとも90％を含む担保によって保全されていた。

②ＰＣＡの担当者は、CenexのマネージャーにOsboneの負債が通常どおり返済されていると話した。CenexのマネジャーがOsboneとＰＣＡの担当者にOsboneの支払期日が到来することを話したところ、ＰＣＡはOsboneのために直接、支払いを行った。その後、ＰＣＡはGeneralに対してもOsboneに代わって直接支払いを行った。

③ＰＣＡは、Ｎ銀行にOsboneに協力するよう要請し、Ｎ銀行はOsboneに5000ドルの手形と引換えに融資した。

④ＰＣＡはGeneralとたびたび話し合い、ＰＣＡはGeneralにOsboneの勘定に関するＰＣＡの支払いをGeneralに求めた。

⑤その後、Osboneの経営はさらに悪化し、ＰＣＡの代理人がOsboneに代わって銀行に対して3500ドルの小切手を手渡すことと、Osboneの負債とみなされるＰＣＡの義務について話すために銀行に行った。同じ日にＰＣＡの代理人はCenexに行って、ＰＣＡがOsboneの勘定に1000ドルを超える資金を提供できない旨を話した。

⑥GeneralはOsboneに対する飼料の供給を停止するとＰＣＡに伝えたので、ＰＣＡはOsboneに代わって小切手をGeneralに送り届けることに同意した。ＰＣＡは、Osboneの牛を占有するとともに、それを売却した。ＰＣＡは、CenexとGeneralがOsboneの事業に対する与信拡大を継続することの強要と感じることについて、現実の、あるいは推定的知識を有していた。

〔判旨〕一部上訴棄却　一部取消　差戻し

本判決は、破産裁判所の判決がＮ銀行とCenexの債権に対してＰＣＡの債権を劣後させたという点で誤りがあるとして、この部分の原判決を取り消すとともに、ＰＣＡの債権は、次回の支払いに関連してＰＣＡが断定的な不実表示を行ったGeneralの債権に対して劣後するのが適切であるとして、この部分については原判決を認容して上訴を棄却した。

まず、ＰＣＡのOsboneに対する支配について、判決では次のように述べて、信認義務を認めるに足る支配の存在を否定した。

「内部者や受認者ではない債権者は、他の債権者の不利益に関して、債務者に十分な支配を保持したり、用いたりしたなら受認者として扱われる。債権者は、受認者として扱われるべき完全な支配を事実上履行しなければならない。」[67]

「これらの事実のどれも、ＰＣＡがAmerican Lumber(判決) とTeltronics Services(判決) で必要とされた支配のタイプを履行したとする結論を支持していない。Osboneの資産の大半にＰＣＡが担保権を有したということと、Osboneが継続的に資金を必要としたことの結果として、ＰＣＡはOsboneに対して疑いもなく重要な権限(considerable power)を有した。しかし、記録には、その権限の履行に関する隔てられた例以上のものは含まない。」[68]

次に判決では、ＰＣＡのＮ銀行とCenexに対する行為については、不衡平なものではない

とし、ＰＣＡによるGeneralに対する不実表示に関して次のように述べた。

「問題は、Generalに関してＰＣＡの行為が、重大あるいは、ひどい違法行為のレベルに当たるかどうかという点である。私は、Generalに対するＰＣＡの行為は、（「他の債権者に損害をもたらす不実表示」）の基準を満たすと結論する。ＰＣＡは、支払いの見込みに関してGeneralに対して繰り返し不実表示を行った（下線は引用者による。）。ＰＣＡはOsboneの支払能力に関して優越した知識と、Osboneの全資産に事実上、担保権のための優越した地位の両方を有した。（中略）ＰＣＡの債権は、Generalの債権がＰＣＡの違法行為から生じた範囲に限って、Generalの債権に対して劣後する。」[69]

〔考察〕　支配の存在は否定されたものの、認定された事実をみるかぎり、非常に限界的な事例である。問題は、ＰＣＡがOsboneに代わって支払いを行っていた点をどのように評価するか、という点である。破産裁判所の判決では、ＰＣＡとOsboneの取引は独立当事者間の債権者－債務者関係を超えるとするとともに、価値の維持に日々の管理が必要な生きた牛という担保の特徴と、ＰＣＡのジョイント・ベンチャーの地位との類似性を指摘している[70]。「支配」をどのように定義するかという問題に帰着するが、「支配」の存在を認めて、信認基準を適用してもよい事例であるとも考えられる。

なお、Ｎ銀行の債権に対するＰＣＡの債権の劣後化が否定されたのは、Ｎ銀行がOsboneの財務状態について知っていたことから、5000ドルの追加貸付がＮ銀行の独自の判断によるとされたこと、さらにＰＣＡがOsboneの手形の支払いを保証したという証拠がないことである。同様にCenexの債権については、ＰＣＡがCenexに対する支払いを保証していないことと、債権者は債権回収あるいは債権保全のために合法的な行為をなすことができるとするのが根拠である。

本論文のテーマとの関係では、債務者の支払いの見込みに関する債権者の不実表示が劣後化の認められる根拠とされた点に注意が必要である。

第二款　「支配」を根拠とする劣後化の事例

１．Process-Manz事件[71]

〔事実の概要〕　1964年のイリノイ州地方裁判所の判決である。「支配」を根拠とする劣後の事例として著名な判決である。破産会社のProcess-Manz Press, Inc.（以下、Manzという）は、シカゴで90年にわたって印刷業を営む会社であり、本社工場を兼ねた大きなテナントビルを保有している。Manzの最大の債権者である

Armstrongは、ニューヨークの金融業者である。本件は、破産手続において、審理人によって審査手続が命じられた事件に関するものである。

Manzの株式の90％以上を保有する主要株主３名は、保有する普通株と優先株の全てをProcess Lithographers(以下、Lithographersという）に売却することとした。Lithographersはそれらの株式を取得し、Manzの役員にはLithographersの役員と同一人物が就任した。その後、Lithographersは財務危機に陥り、負債を通常どおり支払えない状態となった。

Armstrongは、レバレッジド・バイ・アウトのための資金を２回にわたってManzに融資した。第一回が1,000,000ドル（ただし、二回目の融資によって返済された。）、第二回が2,500,000ドルであった。第二回の融資実行の前に、Manz、Lithographers 、Armstrongの３者間で、LithographersがArmstrongに担保権の全てを第二回の融資の担保として譲渡する旨の合意が成立し、Manzの株式（発行済み株式の約90％）はArmstrongが取得するところとなった。その後、実行された第二回の融資には、さらにManzの不動産の信託証書(trust deed）、個人資産を含む動産抵当（chattel mortgage)が担保となった。第二回の融資が実行されてから、Manzの資金繰りは悪化し始めていた。

その後、ArmstrongはManzに優先株式を消却するように助言し、282,000株が約2,000,000ドルで消却され、Lithographersに同額が支払われた。LithographersはManzの前の株主に支払った分との差額、約600,000ドルを得た。ただし、この資金負担によってManzの資金繰りは悪化し､おりからの業績不振もあって２年間で約500,000ドルの赤字が生じる事態となるとともに、Manzの無担保債権者に対する負債は約600,000ドルとなった。

Manzの財務状態は月を追うごとに悪化し、ついにArmstrongとの貸付契約書の条項に定められた財務制限条項を維持することができないこととなり､支払停止状態に陥った｡Manzは､売掛金の全て､保有するビルのテナントからの賃料､その他種々雑多の債権をArmstrongに譲渡しており、税金の支払いをも含めて、金融は全面的にArmstrongに依存する状態となった。

その後、Manzの主要債権者間でManzの再建について協議が重ねられたものの、協議はまとまらなかった。Armstrongは、Manzのビルに貼り紙をして、印刷設備、個人資産を含めてビルの占有を開始した。そして、ついにManzは非自己申立手続(involuntary petition)によって破産した。

本件は、破産手続において、審理人によって審査手続が命じられた事件に関するもので、

破産裁判所は、Armstrongの信託証書に関する先取特権（lien）　と動産抵当が詐害的譲渡として無効であり、Armstrongの全債権が無担保債権者の全ての債権に対して劣後するとの判決を下した。そこで、Armstrongが上訴した。本判決は、上訴を棄却し、原判決を維持する判決を下した。つまり、ArmstrongのManzに対する債権の全額が、Manzの他の無担保債権者の全ての債権に対して劣後するとされた。

〔判旨〕　上訴棄却（原判決認容）

「劣後は、破産者ManzがArmstrongの分身（alter ego)であったという審理人(Referee)の事実認定に基づく。Armstrongは担保付きの債権者というよりも、株式の90％以上を保有するとともに、収入の全てを管理することによるManzの事実上の所有者であった。さらに劣後の根拠は、審理人の命令（order)の中で、債権者の不利益と損害に対するManzとの取引における不公正、不衡平、非良心的（unconscionable）で詐欺的なArmstrongの行為に関して叙述されている。」[72]

「審理人は、上述のように、（第二回目の）取引が債権者に対する妨害、遅延、搾取を意図して行われたこと、ArmstrongがManzの稼働資本を奪い取る結果となった株式の不法な消却に関与し、指示したこと、Manzと他の債権者に対するArmstrongの行為と行動は不公正、不衡平、非良心的であったと認定した。（中略）そのような事実認定が劣後の命令を完全に支持することは、適用される判例から明らかである。」[73]

「Armstrongの支配、抑圧（domination）、証拠湮滅（spoliation）、所有権（ownership）、信認義務の違反に関する証拠は、記録から明確に立証され、Armstrongの全債権に関する審理人の劣後の命令を完全に正当化する。」[74]

〔考察〕　この事例では、債権者は債務者の90％を超える株式を取得することにより、議決権支配をつうじて債務者に対する支配権を取得した。この時点で、ArmstrongはManzの内部者となったこととなる。判決では、Armstrongが多数株主として信認義務を負う点については何らコメントしていないが、信認義務違反のあったことを認めているころから、自明と考えられたものと思われる。

また、本判決では、議決権による会社支配が行われたことにとどまらず、Manzの資産のほとんど全てを担保にとって売掛金からの回収現金も全て受け取っていたこと、Manzが税金の支払いさえ容易でない状態に陥ったことや、ManzにとってArmstrongが唯一の資金調達源であったことから明らかなように、財務面についても、ManzはArmstrongに支配されていた点には注意が必要である。衡平的劣後を適用するための「支配」は、抽象的なもので

は足りず、具体的でなければならないと言える。

Mobile Steel判決で示された衡平的劣後を適用するための第二要件についてみてみる。本件では、Armstrongの行為によって、Armstrongの利得、あるいは他の債権者の損失が発生したといえるのだろうか。優先株式の消却については、Manzから現金が流出したという点で、その行為がなかったならば支払いを受けていた債権者が支払いを受けられないこととなったために、損害を被ったと言えよう。しかし、融資については、Armstrongの利得も他の債権者の損失も生じていないのではないか。他の債権者に生じた損害額を認定することなく、Armstrongの債権全額が劣後の対象となったということからすれば、第二要件の空洞化が生じている、あるいは、救済が目的であって懲罰を目的として行われるのではないはずの衡平的劣後が、懲罰的に適用されているとみることもできよう[75]。

２．American Lumber事件[76]

［事実の概要］ 1980年のミネソタ州地方裁判所の判決で、銀行による債務者支配を代表する事例である。本件は、被告銀行がAmerican Lumber Company（以下ALC）の棚卸資産と設備に設定した約定担保権（security interest）の被告銀行への譲渡が、否認されるべき偏頗行為を構成するとして、ALCの破産管財人が提起した訴訟である。

U.S. Lumber Companyは、ミネアポリスとミネソタで倒産した木材卸売会社である旧American Lumberの経営資産を購入して1975年1月17日に営業を開始し、社名をAmerican Lumberに変更した。購入資金2.5百万ドルは、旧American Lumberの主要な貸し手である被告銀行からの借入金によって調達された。うち１百万ドルについては、ALC従業員株式保有トラスト（ESOT）と呼ばれる団体に貸し付けられた。

その後赤字経営に陥ったALCは、キャッシュフローを確保するために1975年9月19日に新たに10万ドルを借入れたものの、ESOTとともに債務不履行（default）状態に陥った。同年10月17日にALCの社長は、銀行の取締役と面会してALCの債務不履行を通知し、銀行は10月20日にALCの一般勘定と給料支払勘定（payroll account）の貸越を不払いとし始めた。翌日、銀行とALCはともに弁護士を伴って会い、銀行はALCの貸付を回収していることを告げるとともに、棚卸資産と設備に対する担保権の設定の可否について協議したが、ALC側は設定に同意しなかった。この時点で、銀行はALCの倒産の可能性を考慮していたとされている。

10月23日の会合では、銀行がALCに対して、今後、前払い（advance）を行わないことと、ローンは債務不履行であり、銀行が保管するALCの全ての財産はALCの負債と相殺するために使われるであろうと語った。この銀行側の発言を受けて、ALCは棚卸資産と設備に対する担

保権を銀行に譲渡した。そして、銀行はALCの破産手続に着手し、売掛金と契約上の権利に対する約定担保権の実行手続を開始した。

以後、銀行によるALCに対するさまざまな支配行動が開始される。ALCの事務所で全内部文書を受け取って開封し、後に中止されたもののALCの預金勘定を「担保」あるいは「支配」勘定とした。全従業員は1975年10月24日に解雇され、破産手続に必要なメンバーのみが銀行の認可と給料支払の小切手の引受承認に関して1980年10月31日に再雇用された。銀行はALCのミネアポリスの資材置き場を管理するために、保管管理会社と契約を締結してもいる。さらに銀行は、支払いのための小切手を検査し、支払われるべきか否かについて、自らが約定担保権を持つALCの売掛金の価値を高めるかどうかを基準として決定を下した。売上税も支払いを認められなかった。

銀行取締役は、アメリカ木材卸売業者与信協会（American Lumbermen's Credit Association）からの二度の照会に対して、ALCが倒産状態（bankrupt situation）にはないこと、現行の契約が履行されるであろうこと、ALCの清算は秩序正しく行われるであろうこと、といった事実に反する回答を行い、協会はこの回答を広めている。

1975年10月28日と31日には、ALCは銀行の強要（insistence）によって、木材の在庫とミネアポリスにある木材の製品在庫を安い価格で処分した。さらに、11月21日に銀行はALCの棚卸資産と設備に対する担保権の実行手続を告知し、ALCの役員は12月4日に辞任した。翌5日に、銀行はALCのミネアポリスにある在庫の一部を売却するとともに、設備を競売にかけ、これらによって得られた全ての収益は、銀行に対するALCの負債に充当された。

［被告銀行の主張］ 破産裁判所は、次の4点に関する事実認定を行った。第一は当時の連邦破産法60条の否認されるべき偏頗行為、 第二は67条(d)(2)の詐害的譲渡、第三は67条(d)(3)の詐害的譲渡、第四は請求権の劣後である。これに対して、被告銀行は、おおむね次のような認定をすべきであると主張して争った。ALCが倒産状態にはなかったこと。銀行はALCを破産させる構想に関与していないこと。譲渡は既存の金銭債務を保全するために行われたものでも、他の債権者を害するために行われたものでも、銀行がより多くの分配を得る目的で行われたものでもないこと。銀行はALCの財務と経営に関して支配を行っていないこと。銀行は、ALCと他の無担保債権者に対して公正かつ公平に（fairly and impartially）振る舞う義務を負っていないこと。

［判決］　判決では被告銀行の主張する4つの争点のそれぞれについて詳細な事実認定を改めて行い、第一の争点については、「譲渡が否認されるべき偏頗行為を構成するという破

産裁判所の結論は、支持されねばならない。」[77]と結論した。第二の争点については、「譲渡はALCを破産させるための目的の一部であり、ALCと銀行は債務者が支払うことのできない債務を負ったということと、譲渡がALCの既存の債権者を妨げ、遅らせ、欺くことを意図してなされたということを知っていた。」[78]と結論した。第三の争点については、「譲渡が既存の、あるいは将来の債権者にとって、67条(d)(3)の意味において詐欺的であることは明らかである。」[79]と結論した上で、「(原) 判決は全ての点で承認される」[80]と判決した。

本論文のテーマと関係の深い(4)の争点に関する結論部分については、さらにくわしくみてみる。まず判決は、「エクイティーはこのような (ALCの経営に対する銀行支配) 状況下で、銀行請求権の劣後を求めるということは、さらに明らかである。」[81]とした上で、「「詐欺的あるいはさもなければ不衡平な原告による行為の成就を抑止するために」請求権を劣後させる破産裁判所の力について銀行は争っていない。」[82]と述べ、劣後の目的と破産裁判所による劣後の正当性を明らかにしている。次に、判決はMobil Steel事件判決を引用して、劣後のための3つの条件を述べる。

その上で、「不衡平な行為を構成する無担保債権者に対する有害な方法で、ALCの経営に対する銀行の支配の行使があった。」[83]とする。銀行によるALCに対する支配については、次のように述べる。「ALCの経営に対する銀行支配の証拠とその支配の不衡平な履行は、抵抗できないものであった。第一に、銀行は銀行に対するローン債務に関してESOTが債務不履行となった後、ALCの株式を支配する利益に関する権利を持った。第二に、銀行はALCの唯一の資金調達源であったので、ALCの給料支払小切手を引き受けないという決定は、ALCを銀行の高圧的な力の中に置いた。売掛金と契約上の権利に対する約定担保権の実行は、ALCから事業を行うのに必要な唯一の源泉である準備現金を奪った。「ローン」はその時以降、全ての支払いに必要であった。第三に、銀行は、厳格な尺度で銀行の願望を完全に応諾させた。清算のために必要な人を再雇用することは認めたものの、全従業員を解雇させた。銀行は木材置き場を監視するために保守管理会社と契約を結んだ。銀行は、会社の取締役の月給を総額の1/6カットした。銀行は、ただ一つ残っている資産に関する担保契約を完成させ、後にALCの役員の一人は、彼が銀行の行為に不賛成なら辞任することになると話した。最後に、銀行はALCのどの債権者が支払われるかということを決定し、そして支払われる唯一の当座勘定は、銀行の地位を増すと思われることは明らかであった。」[84]

「ALCの一般無担保債権者に生じた損害は明らかである。銀行は1975年10月24日以降、彼らに対する支払いを拒絶しただけでなく、さもなければ彼らに支払可能であったであろう

ALCの棚卸資産と設備の売却手続によって488,744.65ドルを受け取った。」[85]「銀行請求権の劣後は、破産法の条項と矛盾しない。もちろん、この事例で劣後を怠ることは目標に反する。」[86]「銀行がしたことは破綻からALCを救おうとしたことではないし、ましてや合法的に損失を回復することでもなかった。銀行はALCの一般無担保債権者をあざむき続けることに努めた。この種類の行為は勝訴することが許されない。」[87]

〔考察〕　融資先の経営悪化の過程で、銀行がとった債権回収のための行動が、財務支配、さらには経営支配にまで及んだという点で、銀行による融資先支配の適例である。

銀行による支配の内容をみると、①内部文書の開封、②銀行の利益のために銀行口座を管理し、支払うべき経費とそうでない経費を峻別していたこと、③従業員の解雇、といった、債務者本人の意思と責任において行われるべき事項を銀行が債務者に代わって行っている点で、銀行による支配の程度はかなり高い。

銀行が、American Lumberにとって唯一の資金調達源であったと判決が述べている点には注意が必要である。他からの資金調達が可能な状態であれば、債務者は、債権者からの支配を受忍する必要はない。債務者にとって、資金調達源が限られてくるところに、債権者による支配の成立する可能性が生じるのである。取引銀行の数が少なくなればなるほど、銀行が信認義務を負う可能性が高まると考えられる。

３．W.T. Grant事件[88]

〔事実の概要〕　1983年の第二巡回区控訴裁判所の判決である。連邦破産法11章のもとで1975年10月に倒産した巨大企業、W.T. Grant（以下、Grantという）の破産処理にかかる事例である。Grantは店舗数数百を擁する小売業者であり、債権者数も銀行だけでも140を超える大型倒産となった。本件は、破産管財人が劣後転換社債の社債権者の有する債権の清算と和解の申し出の終了を命じる判決を求めて申請した事件である。銀行による融資先に対する支配の存在が否定された事例である。

Grantの管財人、取引銀行、劣後社債証書の規定による受託者であるUnited States Trust Company（以下U.S. Trustという）、社債権者の代理人は、社債の清算(settlement)について協議した。しかし、U.S. Trustは、銀行の行為は、合意による劣後（contractual subordination)条項が無視され、劣後社債権者は銀行の地位に優先する地位を認められるべきであると主張した。U.S. Trustの主張の根拠は次の４点である。

① Grantの取引銀行は、Grantとの間で融資と保証契約に基づくGrantの無担保債務の支払いを保全するために担保契約を締結したが、この契約締結時に銀行は、

Grantが支払能力のない（insolvent）状態であったこと、さらに、担保権の承諾がGrantの仕入先にGrantに対する与信の拡大を停止させたり制限する原因となることと、Grantの店舗に搬入される商品の総量を減少させたことを知っていたか、信じるに足る合理的な原因があった。

② 銀行は、銀行の在庫に対する担保権について、仕入先に参加を申し出ようとするGrantの経営者に対して、支配と抑圧の立場を行使した。その結果、銀行は、担保上の利益をより多く取得するとともに、在庫に対する先取特権をも取得した。

③ 銀行は、GrantにBeneficial Finance Corporationに対するGrantの売掛金１億ドルの売却計画を中止させた。売却代金はGrantの社債の償還に使われるべきであり、外部負債が減少されるべきであった。

④ 銀行は、連邦破産法の下での迅速な救済を求めることを妨害するために、Grantの経営者に対する支配、抑圧、手段(leverage)の地位を行使した。そして、約12カ月の間に、銀行は担保権とGrantの事実上全ての資産に対する先取特権を完全なものにした。Grantは数百の店舗を経営していたが、銀行が運営に必要な資本、なかんずく適切な在庫購入に必要な資本を貸さなかったために、２億ドルの赤字が発生した。これは結果的にGrantの体力を弱め、仕入先による与信に損害を与え、顧客への誠実を破壊した[89]。

〔判旨〕　原判決認容

判決は、次のように述べて、銀行によるGrantに対する支配はなかったとして、社債権者側の劣後の主張を認めなかった。

「われわれは、「債権者は、債権の回収に際して、債務者や他の債権者に対して信認義務を負わない」とする彼の結論に全面的に同意する。（中略）債務者から回収を求めるための債権者の努力に関する許容できない要素（parameters）は、一般的には破産法によって排除された否認すべき偏頗行為と、詐害的譲渡の観点にかかわるものである。これらは別として、債権者が彼の取引上の地位（position）―　彼の現債権の状況を改善するために、債務者が必要とする貸付の拡大を拒否する可能性を含む―　を行使することに対して、一般的に反対はない。」[90]

「彼ら（社債権者）の債権を立証するためには、上告人は、銀行が経営者にとって嫌なものであった助言をGrantに対して申し出たということ、その助言には、助言が受け入れられないかぎり、さらなる融資は実行されないであろうという黙示の脅迫（threat）　を含んで

いたことを証明しなければならない。彼らは少なくとも、彼らの債権が社債権者に対して優先した負債を構成するという合理的な信頼(belief)を考慮しつつ、銀行が自らの利益のためにのみ行動したということを証明しなければならない。」[91]

「われわれは、銀行が長期の劣後負債を購入するために当座資産（quick assets. 訳者注―　現金・預金、売掛金、受取手形、証券市場で流通する一時的保有の有価証券といった、流動資産の中でも、とくに換金性の高い資産をいう。）に関する収益（proceeds）の使用を含んだ取引の一部分に反対しないかどうかということが、驚くべきことであるということを考える。銀行は、彼らの債権は社債に優先するということを合理的に考えた。（ 中略）Grantの目前の問題は、短期という点にあった。必要なものは、時勢が変わるまで浮かんでいるために、短期融資を得て、財源を確保することであった。われわれは証拠がそれだけであっても、Grantが劣後長期負債を償還するために当座資産を利用することを望んだのかどうかに関して、銀行が立場を取得する際に、不衡平なものは何ら見いだせない。」[92]

〔考察〕　融資先の経営悪化の過程で、どのような行為までが債権者に認められた適法な債権回収行動なのかを知る上で、重要な意義を有する貴重な判決である[93]。U.S. Trustが主張した４つの主張の内容と、裁判所の判断とを合わせてみるならば、われわれは裁判所が考える境界線を、ある程度知ることができる。

債権者による債務者に対する支配が認められた２つの事例と本件判決とをあわせてみてみると、債務者自らがその意思に基づいて行わなければならないような行為、債務者自らが判断しなければならないような行為に対して債権者の支配が及んだ場合、つまり、債務者の自己管理権や自己決定権に支配が及んだ場合には、債権者は信認義務を負い、信認義務違反を認められていると考えられる。ただし、このような場合には、道具理論との競合についてどのように考えればよいかという問題が生じえよう。２つの事例では、道具理論による解決が図られていないことからすれば、衡平的劣後の場合における支配の程度は、道具理論の場合に比して軽くともよいということになるように思われる。いずれにせよ、グレー・ゾーンは残る。衡平的劣後が、エクイティーを法源とする以上、止むを得ないことでもあろう。

本判決は、「債権者は、債権の回収に際して、債務者や他の債権者に対して信認義務を負わない」と明確に述べた上で、否認されるべき偏頗行為や詐害的譲渡に当たるかどうかが、まず吟味されるべきであるとしている。銀行が信認義務を負わない状態では、銀行は他の債権者との関係で、自らの権利の行使について譲歩する必要はないということを示したものである。当然ともいえようが、債権者は権利を行使する際に、怯える必要はなく、債務者や他

の債権者に対して萎縮した態度をとる必要はないということを宣明した点で、非内部債権者にとっては、有益な判断である。毅然とした態度で権利を行使できる。

第五節　わが国への示唆

第一款　わが国における債権の劣後的処理の現状

米国では、衡平的劣後の法理を適用することによって、倒産処理にかかる債権者間の衡平が柔軟に実現されている。ひるがえってわが国では、劣後債権は会社更生法121条、破産法46条に見られるように限定的に列挙されているのが特徴である。会社更生手続では、会社更生法228条が「更生計画においては、左に掲げる権利の順位を考慮して、計画の条件に公正、衡平な差等を設けなければならない。」と規定し、公正と衡平の原則を明定しているが、破産法には類似の規定はなく、むしろ破産法40条の規定により、「債権者平等の原則」が機能する。そのため、破産手続における公正と衡平の実現は、否認権の行使による個別的な行為の否定によるほかはない[94] ため、柔軟に問題を処理することは困難と言えよう。

会社更生手続では、親会社、支配株主、経営者といった内部者の債権を劣位においた事例として、福岡高決昭和56年12月21日判時1046号127頁[95] 、東京高決昭和40年2月11日下民集16巻２号240頁[96] がある一方で、劣後的処理を否定した名古屋高金沢支決昭和59年9月1日判時1142号141頁[97] がある[98] 。

明文の規定を欠く破産手続において、親会社の債権の劣後化が争われた事例として、東京地判平成3年12月16日金融・商事判例903号39頁がある。この事例では、親会社の債権について、破産法46条各号所定の劣後的破産債権に該当しない以上、劣後的に取り扱う法的根拠がないとして、劣後的処理を否定している[99] 。

では、わが国では、非内部者である銀行の債権はどのように扱われているのだろうか。わが国には銀行が融資先の経営再建に関与し、関与したことを根拠として銀行の債権の劣後的処理の是非が裁判で争われた事例は存在しないものと思われる。銀行主導で経営再建に着手したものの、再建に失敗して倒産に至った場合には、そもそも銀行が債権の届出をしないのではないかともみられるが、このことに言及した文献は見当たらない[100] 。仮に、このような銀行が債権の届出をしなかったならば、債権の届出をしないことによって銀行は責任をとり、アメリカ型の公正と衡平が実現できているとみることもできる。

銀行の債権は、多くの場合、担保付きであることには注意が必要であろう。担保付の債権

は、破産手続では別除権、会社更生手続では更生担保権として、一般の債権とは違った特別の地位が与えられている。会社更生計画の分析結果からは、更生担保権者としての金融機関が、更生計画遂行過程における資金支援の必要性の観点から、他の担保権者に比べてむしろ優遇されているとの指摘がある[101]。担保付きでない債権についてはどうか。破産手続においては、内部債権においてすら明文を欠くとして劣後的処理が否定される事例があるのであるから、ましてや非内部債権については、債権者があくまでも権利を主張すれば、劣後的に処遇するというような処理はできないと考えられる。再建型の倒産手続においても、更生計画の分析結果から、一般更生債権者としての金融機関が他の一般更生債権者に比して優遇されていると指摘されている[102]。以上のように、銀行の債権は法的な倒産手続においては、優遇されているとみるのが妥当であろう。仮に銀行が不衡平な行為に関与していたとしても、そのことに対する責任を倒産手続において追及することは行われていないということになる。

第二款　アメリカにおける経営危機企業の救済と衡平的劣後との関係

アメリカにおいて銀行主導による企業の救済が行われない法的な根拠を、衡平的劣後に求める見解がある[103]。一方で、このような見方に疑問を呈する見解もある[104]。

たしかに衡平的劣後の法理は、経営危機企業の再建に関与した銀行の責任を追及する理論として機能する。蓄積された多くの事例をみれば、銀行は経営危機企業の再建に関与することに消極的にならざるを得ないであろう。銀行に警告を促す指摘も多い[105]。衡平的劣後は、倒産手続における他の救済手段との関係で、簡易な救済として機能しているとの指摘もあり[106]、債務者の他の債権者の保護に優れた制度であるとも言えよう。

ただし、銀行が経営再建に関与して結果的に企業が破綻した場合の、わが国とアメリカにおける責任追及の態度を比較すると、アメリカが訴訟の場で銀行債権を劣後的に処遇することによって厳格に行われるのに対して、わが国では、金融機関に対する責任を追及するという態度がそもそも欠落しているということを指摘できる。アメリカにおいて、銀行主導による経営危機企業に対する経営再建が行われにくい要因を、衡平的劣後の法理の存在に求めることには疑問を感じる。私見は、第三部において検討する事項の全てが複合的に作用する結果、アメリカにおいては、銀行が主導する経営危機企業の救済が行われにくいと考えている。

衡平的劣後の法理に関する検討から得られる最大の教訓は、アメリカにおいては、当事者間の「関係の質」が厳しく問われるという点であろう。裁判例を検討すると、当事者の関係

はarm's-lengthが原則とされ、また、arm's-lengthであるべきであるとする考え方が強く見えてくる。当事者の関係がarm's-lengthであることによって、社会を構成する各主体は、それぞれの利益を自分で守ることができるのである。各自が社会の中で自らの尊厳を維持する上で、arm's-lengthな取引関係を維持する必要性は高い。支配や隷属を排除するところに、各人の独立と尊厳があるからである。このような社会は、仮に当事者の関係がarm's-lengthなものではないと判断されたならば、なぜarm's-lengthでない関係が構築されたのかが問われる社会であるとも言えよう。

銀行と融資先との関係をみると、arm's-lengthではない関係が構築されるのは、銀行による「支配」の結果ではないかという点が吟味される。銀行による支配が認められれば、銀行は信認義務を負い、信認義務違反の有無が厳しく問われるのである。連邦破産法が自己申立を容易に認めるのは、経営危機が進行する過程での債権者による債務者支配の排除を実現することを目的としているようにも考えられる。

ひるがってわが国には、銀行が経営危機に瀕した企業の経営に関与したことに対する責任を、倒産手続において厳しく問うという思想はそもそも存在しない。第三部第二章で述べたように、わが国は受認者に寛容な社会である。このことは、経営危機に瀕した企業と銀行との関係にも同様に当てはまる。経営危機企業の処理に当たる銀行に寛容であるために、銀行主導による経営危機企業の経営再建がスムーズに行われうるのである。経営再建に失敗した銀行の責任を厳しく追求するシステムが存在していては、銀行は経営危機に瀕した企業の再建に関与することに慎重にならざるを得ない。わが国では、社会全体が銀行に寛容な態度をとり、銀行に経営危機企業の救済を促すことによって企業の倒産を回避し、場合によっては社会に広く及ぶ倒産の不利益を回避するというシステムが選択されたと考えられる。つまり、わが国では、銀行が経営危機企業の救済に当たることによって、企業倒産に伴うリスクを集中して負担するシステムを構築してきたと言える。企業倒産のリスクを銀行が集中して負担することによって、企業倒産のリスクが社会に広く及ぶことが回避されてきたのである。

わが国社会における銀行に対する寛容な態度は、銀行に対する社会からの信頼、つまり、債務者や他の債権者の利益を犠牲にして、銀行が不正な利得を得るということはないであろうという銀行に対する社会全体からの信頼がベースにある。ただし、今後、自己責任原則の下で厳しい競争にさらされる銀行業界が、これからも、これまでと同様に社会からの高い信頼を得られる存在であり続けられるという保証はない。また、レンダー・ライアビリティの観点から、銀行の債権に衡平的劣後の法理を適用する必要性や適用の可能性を指摘する見解

もみられるところである[107]。

ただし、衡平的劣後の原則をわが国に導入し、相手方企業の経営に関与した銀行に適用するには、なお慎重な見極めが必要であろう。銀行の行動について、注意深い観察が必要である[108]。多くの金融不祥事で、銀行を見る社会の目は、今、大きく変化している。その意味で、わが国においても、銀行に対する社会からの信頼は大きく揺らいでいる。銀行の行動を見極めた上で、銀行に対して厳しい態度で社会が臨むという方法が選択されるならば、逆に、社会の側では、企業倒産にかかるリスクを社会全体で広く負担するという覚悟が必要となる。それとともに、破産者の利益に配慮したアメリカ型の倒産法制を準備することも必要となろう。さらには、厳しい制裁措置を伴う取引停止処分制度の見直しも必要となろう。取引停止処分を回避するために、経営危機に瀕した企業が銀行に依存する関係が構築されやすいことはすでに指摘したとおりである。企業が銀行に依存することなく、市場から資金を調達できる直接金融市場の整備も急務である。

このように、経営危機企業の経営再建に関与した銀行に対して、アメリカのように厳しく責任を追及するということが行われるならば、同時に、システム全体の再構築を行う必要がある。そうでなければ、経済的な混乱が生じよう。

銀行が社会のリスクを広く負担してきた一つの例として、担保付社債の発行会社が倒産した場合のメインバンクによる処理を挙げることができる。担保の受託会社、現行法における社債管理会社、つまり多くの場合は倒産会社のメインバンクが、未償還社債を買い取ってきたとされる[109]。このようなメインバンクの行動は、契約に基づくものではないため、義務なき行為である。これまでわが国で発行されてきた社債の多くは担保付きであるため、銀行が買い取ったとしても最終的には担保による回収が可能であるとは言え、メインバンクによるこのような行動は、社債発行会社の倒産に伴う多数の社債権者間に広がる動揺や不安を一挙に解消する効果を伴う。しかし、このような行動にも、社債の買取りによって債権者としての地位を一層高め、更生計画の立案・推進に主導的役割を果して、社債権のほか融資額についても有利な回収をはかりうること、買取りにより受託会社は銀行としての社会的信用を高めうることといったメインバンクのメリットが指摘されている[110]ところからすれば、銀行の行動はしたたかな計算の結果によるものであって、メインバンクとしての責任を履行したと単純に見ることはできないようにも思われる。確実に銀行に損失が発生する無担保社債について、今後も銀行が買い取るかどうかについては疑問とされている[111]。

銀行に対する社会からの責任追及の態度が強まることは、今後、銀行がこのような行動を

とることを思いとどまらせる要因となろう。当然のことながら、責任を追及する社会の側にも、企業活動に伴うリスクを応分に負担する覚悟が求められるのである。

---

[1] Andrew DeNatale & Prudence B. Abram, *The Doctrine of Equitable Subordination as Applied to Nonmanagement Creditors*, 40 BUS. LAW. 417, 421(1985).

[2] Herzog & Zweibel, *The Equitable Subordination of Claims in Bankruptcy*, 15 VAND. L. REV. 83, 84 (1961). Local Loan Co. v. Hunt, U.S. 234,240 (1934); Miller v. Borton (*In re* Bowman Hardware & Elec. Co.), 67 F. 2d 792, 794 (7th Cir. 1933)は、破産裁判所がエクイティ法理を使った事例である。 後者の事例は第四節で検討する。

[3] DeNatale & Abram, *supra* note 1,at 419.

[4] Note, *Equitable Subordination and Analogous Theories of Lender Liability: Toward a New Model of 'Control'*, 65 TEX. L. REV. 801,804 (1987).

[5] Herzog & Zweibel, *supra* note 2 ,at 86.

[6] Robert Charles Clark, *The Duties of the Corporate Debtor to Its Creditors*, 90 HARV. L.REV. 505,531 (1977).

「矯正的正義」は、アリストテレスが『ニコマコス倫理学』で展開した「配分的正義」と対をなす概念で、アリストテレスの正義論の根幹をなす概念である。アリストテレスは二つの正義を次のように定義する。

「特殊的な「正義」の、ないしはこれに即した「正しい」ということの一種は、名誉とか財貨とかその他およそ国の公民の間に分かたれるところのものの配分におけるそれであり、他の一種は、もろもろの人間交渉において矯正の役割を果たすところのそれである。そして後者はまた二つの部分に分かたれる。

「けだし、人間交渉というなかには、随意的なものもあれば、不随意的なものもある。たとえば販売・購買・貸金・質入・貸与・寄託・雇傭のごとき性質のものは随意的であり、不随意的に持たれる交渉には、たとえば窃盗・姦淫・投毒・誘拐・奴隷誘出・暗殺・偽証のごとく隠密のうちに行われる性質のものと、たとえば侮辱・監禁・殺人・強奪・残害・罵詈・虐使のごとく露骨に暴力的な性質のものが存する。」（アリストテレス『ニコマコス倫理学』1130b-1131a 。訳文は、高田三郎訳『（岩波文庫）ニコマコス倫理学（上）』（岩波書店、1971）によった。同書の邦語訳としては、他に加藤信朗訳（岩波書店、アリストテレス全集13巻、1973） があるが、この訳本では、矯正的正義の訳語に別の語が当てられているため、文庫版からの引用とした。）

そして、アリストテレスは、配分的正義は幾何学的比例に従い、矯正的正義は算術的比例に従うとする。矯正的正義における算術的比例については、次のように説明する。

「一方が殴打され他方が殴打するという場合とか、ないしは一方が殺し他方が殺されるという場合にしても、するとされるとで不均等に区分されることになる。だからして、裁判官は、一方から利得を奪うことによって罰という損失でもってその均等化を試みるのである。（中略）過多と過少との「中」が「均等」ということであるのに対して「利得」と「損失」は、それぞれ反対的な仕方における「過多」と「過少」にほかならない。これら両者の「中」がここにいうところの「均等」であったのだし、もともとわれわれは「均等」ということが「正」であるとなしているのである。かくて匡正的な「正」とは、利得と損失との「中」でなくてはならない。」（アリストテレス『ニコマコス倫理学』1132a）

西欧哲学の世界では、「正義」を定義することは、正義を実践する権力、そして権力によって作られた法の正統性を根拠づける作業であると考えられてきた。そのため、正義論は西欧哲学において中心的なテーマの一つとなっている。なかでも、アリストテレスの正義論は、

ギリシャからローマ、さらには、中世教会法を経て、１８世紀までヨーロッパの不法行為法に強い影響を持ちつづけた。不法行為法におけるアリストテレスの正義論が与えた影響について、James Gordley, *Tort Law in the Aristotelian Tradition*, in PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF TORT LAW, at 131-58 (David G. Owen ed. 1995). アリストテレスの正義論については、高田三郎「ギリシアの法思想」尾高朝雄・峯村光郎・加藤新平編『法哲学講座第二巻』（有斐閣、1956）29頁～48頁参照。

[7] DeNatale & Abram, *supra* note １ ,at 423.

[8] *See*, DeNatale & Abram, *supra* note 1,at 419.なお、1978年連邦破産法は、1898年連邦破産法を改正したものではなく、全く新たに作られた制定法である。高木新二郎『アメリカ連邦倒産法』（商事法務研究会、1996）8頁参照。

[9] Taylor v. Standard Gas & Electric Co., 306 U.S. 307 (1939).

[10] Pepper v. Litton, 308 U.S. 295 (1939).

[11] 両事件については、すでにわが国でも詳細に紹介されている。両事件を紹介する代表的な文献として、江頭憲治郎『会社法人格否認の法理』（東京大学出版会、1980）296頁～301頁。

[12] 連邦破産法101条31項は、内部者(insider) について次のように定義している。

「(b)債務者が会社 (corporation)であるときは、

(i) 債務者会社の取締役、

(ii) 債務者会社の役員、

(iii) 債務者会社を支配している者 (person in control) （高木新二郎・『アメリカ連邦倒産法』の訳文原文は、「債務者会社の管理者」となっているが、変更した。）、

(iv) 債務者会社が無限責任組合員となっている組合、

(v) 債務者とともに無限責任組合員となっている者、または

(vi) 債務者の取締役、役員、管理者、または、債務者と共に無限責任組合員となっている者の親族。

(e)関連者 (affiliate)、または関連者が債務者となった場合の関連者の内部者 (insider) 。

(f)債務者を管理する者 (managing agent) 。」（a号は債務者が個人、c号は債務者が組合、d号は債務者が自治体である場合の規定であるため、記載を省略した。）

[13] この理論は、会社の支配株主・親会社あるいは姉妹会社がその会社に対して有する債権を劣後的に処遇するための理論として、Taylor対Standard Gas & Electric Co. 事件におけるTaylor社の子会社の名前から、ディープロック理論とも呼ばれる。江頭・前掲注11 292頁参照。衡平的劣後の問題が江頭教授の会社法人格否認に関する研究で扱われるのは、Taylor対Standard Gas & Electric Co. 事件が、それ以前の同種の事件においては法人格否認の法理によって解決されてきたところ、この事件が債権の劣後的処遇によって解決する方法を初めてとったことによる。内部債権を劣後的に処遇するディープロック理論が、法人格否認の法理と密接な関係を有するためである。

ディープロック理論に関するわが国の文献としては、須藤茂「子会社の破産と親会社債権(1)(2)― ”Deep Rock” Doctrineを中心として」国学院法学２巻１号(1964)97頁～ 114頁、４巻3号(1967)45頁～67頁（全体がディープロック理論を詳細に検討した論文である。）、伊藤眞「結合企業の倒産処理― 倒産処理手続における公平の理念」同『債務者更生手続の研究』（西神田編集室、1984)277頁～329頁（とくに295頁～321頁)、片木晴彦「過少資本会社とその規制(1)(2・完) 」法学論叢111巻５号(1982)36頁～59頁（とくに47頁～59頁）、112巻２号(1982)77頁～96頁。

[14] 拡張の事例として、*In re* Bowman Hardware & Electric Co., 67 F 2d 792(7th Cir.

1933).

Helen Davis Chaitman, *The Equitable Subordination of Bank Claims*, 39 BUS. LAW. 1561 ,1561-62 (1984) は、衡平的劣後は、①不適切な資本構成や信認義務違反を原因とする株主の有する債権の劣後化と、②他の債権者を害する何らかの不衡平な行為を原因とする非株主の有する債権の劣後化という２つの異なった領域で発展してきたとする。

[15] 早い時点で倒産手続における衡平的劣後の適用について銀行に対して注意を促した文献の例として、George Ashe, *Subordination of Claims－Equitable Principles Applied in Bankruptcy*, 84 BANKIGN L.J. 778 (1967).銀行債権の劣後化に関する文献として、Chaitman, *supra* note 14 .ＬＢＯの局面での衡平的劣後の適用に関する文献として、Peter M. Rehon, *The Law of Equitable Subordination: New Risks for LBO and Non-LBO Lenders*, 108 BANKIGN L.J. 536(1991) がある。他に、本節で引用する衡平的劣後に関する英語の文献はすべて、非内部者債権を主たる考察の対象としたものである。

[16] Note, *supra* note 4 は、レンダー・ライアビリティーの側面から衡平的劣後について考察した文献である。小林秀之・畑宏樹「倒産事件における貸手責任―米国における「衡平に基づく債権の劣後化」法理」ＮＢＬ589号(1996)18頁～25頁は、レンダー・ライアビリティーの観点から衡平的劣後の法理を紹介した文献である。

[17]本章において非内部者とは、連邦破産法101条31項が定義する「内部者 (insider)」以外の者の意味として用いる。

[18] Benjamin v. Diamond (*In re* Mobile Steel Co.), 563 F. 2d 692 (5th Cir. 1977).この事例は、内部債権、つまり発起人、取締役、役員、およびその家族と、彼らの中の一人が支配している会社の債権の劣後化が問題となった事例である。本論文では銀行債権を中心とする非内部債権を考察の対象としているので、本判決の内容については、裁判例を検討する第四節においても個別には採り上げない。

[19] *Id.* at 699-700.

[20] 引用判例については、Note, *supra* note 4,at 810 参照。

[21] DeNatale & Abram, *supra* note 1, at 423.

[22] *In re* Harvest Milling Co., 221 F. Supp. 836, 838 (D. Or. 1963).

[23] Note, *supra* note 4, at 811. ただし、Mobile Steel事件では、管財人の過少資本の主張が認められていないため、過少資本それのみによっては債権の劣後化には有効ではないとしている。*See also*, *Mobile Steel*, 563 F. 2d 692,702- 03. Costello v. Fazio, 256 F. 2d 903, 910 (9th Cir. 1958) では、「被上告人は、債権が劣後化される場合、単に過少資本であること以上のものが示されなければならないということを主張する。単なる過少資本以上のものがここに示されている。」と述べる。

[24] Herzog & Zweibel, *supra* note 2,at 100-101.

[25] Hary S. Gleick, *Subordination of Claims in Bankruptcy under the Equitable Power of the Bankruptcy court*, 16 BUS. LAW. 611,612 (1961).Herzog & Zweibel, *supra* note 2, at 101-02. DeNatale & Abram, *supra* note 1,at 424.

[26] Note, *supra* note 4, at 811.

[27] DeNatale & Abram, *supra* note 1, at 426.

[28] *Id.*

[29] *Id.*

[30] Note, *supra* note 4,at 813-14.

[31] *Id.* at 814.

[32] DeNatale & Abram, *supra* note 1, at 428.

[33] Note, *supra* note 4,at 855.

[34] *Id.* at 804,856. Clark, *supra* note 6,at 517-36は、衡平的劣後が詐害的譲渡と同じ機能を果たす点を指摘する。
[35] Chaitman, *supra* note 14,at 1561-62. ②に関して、「主要株主の信認義務」とされている点については本節の２．で検討する。
[36] *See* Note, *supra* note 4 ,at 814.
[37] *Id.* at 815.　*See also*, Bank of New Richmond v. Production Credit Association (In re Osborne), 42 B.R. 988,996(D.C.1984).
[38] *See* Note, *supra* note 4 ,at 814. DeNatale & Abram, *supra* note 1 ,at 430-32も、詐欺と不実表示を第一に挙げる。
[39] DeNatale & Abram, *supra* note 1, at 430.
[40] Note, *supra* note 4,at 817.
[41] *Id.* at 818.
[42] *Id.* at 819.
[43] *Id.* at 815.
[44] Note, *supra* note 4,at 820. また、Stanley A. Kaplan, *Fiduciary Responsibility in the Management of the Corporation*, 31 BUS. LAW. 883 , 907(1976)は、「会社の支配は、その中に信認原則（fiduciary doctrine）の適用に関する多くの可能性を内在している。」と指摘する。
[45] *See* DeNatale & Abram, *supra* note 1,at 430.
[46] *Id.* at 424.
[47] Jeffery John Hass, *Insight into Lender Liability: An Argument for Treating Controlling Creditors as Controlling Shareholders*,135 U. PA. L.REV. 1321, 1323 (1987).
[48] James P. Koch, *Bankruptcy Planning for the Secured Lender*, 99 BANKIGN L.J.788,799(1982).
[49] Hass, *supra* note 47,at 1349-50.
[50] *Id.* at 1350.
[51] *Pepper*, 308 U.S. at 306-7.　ただし、訳出に際しては、引用判例名の表示を省略した。また、この判決よりも古いSouthern Pacific Co. v. Bogert, 250 U.S. 483, 487-88 (1919) も「多数株主は、支配権を有する。しかし、支配権が行使された時、会社と役員・取締役との間におけると同様に、少数株主との間は信認関係が支配する。」と述べている。*See also* ,*id* at 492.

HARRY G. HENN & JOHN R. ALEXANDER, LAWS OF CORPORATIONS 654 (3d ed.1983) は、支配株主に課される信認義務について、二つの点に根拠を求める。第一の直接的なアプローチは、少数株主に対する支配株主の関係が信認関係である点を含め、他者の利益に対して優越的で影響を与えうる地位を占める者は、受認者であるという衡平の原則に基礎を置き、第二の間接的なアプローチは、役員と取締役が信認義務を負う場合の効果に関するアプローチであり、取締役や役員に対する影響力をとおして会社を支配する支配株主は類似した義務に従うというものである。

支配株主の信認義務に関する邦語の文献としては、青木英夫「支配株主の信認的義務」同『結合企業法の諸問題－現代株式会社法の課題』（税務経理協会、1995）363頁～426頁がある。

[52] *Taylor*,306 U.S. 307,322.
[53] Hass, *supra* note 47, at 1351.
[54] Hass, *supra* note 47,at 1351-52.
[55] 負債資本比率は、次の算式で求められる。負債資本比率＝〔（長期負債＋リースの価値）

÷自己資本〕×100
[56] Hass, *supra* note 47,at 1347.
[57] Oliver Williamson, *Corporate Governance*, 93 YALE L. J. 1197, 1212 (1984) は、「この比率が高まれば、債権者は、一層、株主に類似してくるとともに、経営者と主要債権者の結果(results) との間により大きな協議を形成する。」とする。
[58] DeNatale & Abram, *supra* note 1,at 432.
[59] Note, *supra* note 4, at 851.
[60] DeNatale & Abram, *supra* note 1,at 432-33.
[61] *Id.* at 430.
[62] *In re* Bowman Hardware & Electric Co., 67 F.2d 792 (7th Cir. 1933).
[63] *Id.* at 794,
[64] *Id.*
[65] *Id.* at 795.
[66] Bank of New Richmond v. Production Credit Association (*In re* Osbone), 42 Bankr. 988 (W.D. Wis. 1984).
[67] 42 Bankr.988,997(W.D.Wis. 1984).
[68] *Id.*
[69] *Id.* at 1000.
[70] *Id.* at 991.
[71] *In re* Process-Manz Press, Inc.,236 F. Supp. 333 (N.D.Ill. 1964), *rev'd on other grounds*, 369 F 2d. 513 (7th Cir. 1966), *cert. denied*, 386 U.S. 957 (1967).
[72] 236 F. Supp. at 348.
[73] *Id.*
[74] Id. at 349
[75] この場合の劣後が懲罰的である点に関しては、Chaitman, *supra* note 14 ,at 1570　参照。また、DeNatale & Abram, *supra* note 1,at 436は、Armstrongが他の債権者に対する関係で利得していない点を踏まえた上で、本判決が衡平的劣後を適用したことに関して、Armstrongの行為を全体として考え、そして破産に関して他の債権者への衝撃をもたらしたのならば、Armstrongの債権の劣後は、違法行為によって損害を被ったManzの債権者の補償問題に対する衡平な解決であった、と指摘する。
[76] *In re* American Lumber Co., 5 Bankr. 470 (D. Minn. 1980).
[77] 5 Bankr. at 476.
[78] *Id.* at 477.
[79] *Id.*
[80] *Id.* at 479.
[81] *Id.* at 477-78.
[82] *Id.* at 478.
[83] *Id.*
[84] *Id.*
[85] *Id.*
[86] *Id.*
[87] *Id.* at 478-79.
[88] Cosoff v. Rodman (*In re* W.T. Grant Co.) 4 Bankr. 53 (Bnakr. S.D.N.Y. 1980), *aff'd*, 20 Bankr. 186 (S.D.N.Y. 1982), *aff'd*, 699 F. 2d 599 (2d Cir.), *cert. denied,* 464 U.S. 822 (1983).
[89] W.T.Grant, 4 B.R. at 60-61, 699 F. 2d at 605.
[90] 699 F. 2d at 609-610.

[91] *Id.* at 610-11.
[92] *Id.* at 611.
[93] DeNatale & Abram, supra note 1, at 442は、「不幸なことに、債務者の資産に対する債権者の立場を保つ際の適切な行為と、衡平的劣後の危険に身をさらすように債務者の事業に対する支配についての不適切な僭越（assumption）との間に境界線を引くということに関して、判例法は債権者に対して具体的なガイドラインをほとんど示していない。」としている。
[94] ただし、和議法33条の和議手続における否認権は、和議手続開始申立て後の一部債権者への弁済といった和議債務者の義務違反の効果を個々の債権者が否定する制度である。和議手続申立て前の行為については、民法上の詐害行為取消権を行使する必要があることとなる。
[95] 親会社債権の事例。本件の評釈として、伊藤眞「親会社の有する株式・更生債権を他より劣位に扱う更生計画と公正・衡平」判例タイムズ505号(1983)282頁～284頁。
[96] 支配株主と旧経営者債権の事例。本件の評釈として、高橋宏志「代表取締役たる更生債権者と他の債権者との平等」倒産判例百選（有斐閣、1976)154頁～155頁。
[97] 支配株主と旧経営者債権の事例。本件の評釈として、松下淳一「更生計画の条項と「平等、公正、衡平」の意味」ジュリスト888号（1987)111頁～ 114頁。松下淳一「結合企業の倒産法的規律(3)」法学協会雑誌110巻３号(1993)18頁は、この事例で劣後的処理が否定されたのは、取締役に対する多額の損害賠償請求事件が別訴で係属しており、本件で債権の劣後的処理を認めると、取締役に対する二重の不利益を課すこととなる可能性があることによるものであると指摘する。
[98] 高橋宏志「債権者の平等と衡平」ジュリスト1111号(1997)158頁～159頁は、支配会社や株主が従属会社に対して支配力を不当に行使した場合または従属会社を搾取した場合の劣後化について、不当行使等による損害額と支配会社・株主の債権額との間に関連がないという問題点を指摘した上で、立法論としては、従属会社の支配会社・株主に対する損害賠償請求の実体権を規定すべきとされ、債権の劣後的処理による問題解決には否定的である。
[99] 本件の評釈として、石黒一憲・貝瀬幸雄・佐藤鉄男・弥永真生・真船秀郎・土橋哲朗『国際金融倒産』(経済法令研究会、1995)322頁～328頁[佐藤鉄男]、松下・前掲注97 法学協会雑誌110巻３号24頁～25頁参照。
　本件は、アメリカの会社が日本の会社を100 ％子会社として支配し、子会社が倒産した事例である。子会社側が親会社の債権は他の一般債権者に劣後すると主張したのに対して、親会社が子会社に債権の順位どおりの弁済を求めた珍しい事例であり、国際倒産としての側面をも有する。
[100] 内部債権については、江頭憲治郎『会社法人格否認の法理』（東京大学出版会、1980)404頁が、「支配株主等には債権の届出をすることすら躊躇させるような実態があることが、争いを少なくしている原因ではないかと思われる。」と指摘する。また、西川昭「（金融商事判例研究）グループ企業の破産手続において多額の届出破産債権の取下などをした代表取締役の会社に対する責任と株主代表訴訟」金融・商事判例996号(1996)51頁の〔付記〕によれば、飯塚勝弁護士の指摘として、破産会社の親会社が債権の取下げをすることは実務上よくみられる対応策であるとしている。根拠としては、配当率を高めることが倒産をもたらしたグループ経営者の責務であるという一般の意識、取下げによるグループ企業の社会的、経済的な信用・評判を確保し、その事業活動に著しい支障の生じないようにする必要のあることなどであるとする。高橋・前掲注98 158頁は、最高裁事務総局編『破産事件執務資料』(1991)91頁を引用して、「旧経営者・支配株主からは届け出られること自体が少なく、届け出られても破産管財人の勧告で取り下げられることが多いのが実情のようである。」とする。
[101] 鈴木竹雄・三ヶ月章・青山善充・霜島甲一・前田庸・田村諄之輔「（日本私法学会シンポジウム）会社更生計画の実態」私法29号(1967) 215頁〔前田庸発言〕は、「現実には、

日本で金融機関からその後も借金したいという場合には、更生計画において、（中略）金融機関を優遇することがしばしばあります。しかし全体として見ますと、金融機関は一般にほかの担保権者に比べると優遇されている。そういうような形でその後の融資をつなぐということが、少なくとも現在の日本で行われている方法ではないかという感じがいたします。」としている。

[102] 霜島甲一・田村諄之輔・前田庸・青山善充「会社更生計画の分析(6)」ジュリスト390号(1968) 112頁。前掲注101・日本私法学会シンポジウムの報告である霜島甲一「報告Ⅲ」私法29号(1967)174頁。

[103] 鹿野嘉昭『日本の銀行と金融組織』（東洋経済新報社、1994)195頁～196頁は、次のように述べる。「アメリカの場合には、銀行主導による企業救済は、企業の再建が失敗に帰したときには再建に関与した者の債権は全額他の債権に劣後するという「衡平的劣後化学説」により事実上その途が閉ざされている。銀行が自らの判断で企業危機に瀕した企業の救済に乗り出した場合、この学説に基づき本来弁済順位の高い貸付金の返済が劣後したり、銀行は自行の貸付債権の安全性を確保すべく当該企業に働きかけたとして他の債権者から訴えられ、貸付金額を大幅に上回る損害賠償を請求されるおそれがあるからである。そうした銀行の関与を立証するうえで株式の保有は有力な証拠とみなされる可能性が高いため、銀行としても銀行持株会社による借入企業の株式取得については消極的にならざるを得ない立場にあるといえよう。」

[104] J. Mark Ramseyer, *Explicit Reasons for Implicit Contracts: The Legal Logic to the Japanese Main Bank System*, in THE JAPANESE MAIN BANK SYSTEM － ITS RELEVANCE FOR DEVELOPING AND TRANSFORMING ECONOMIES, 231-257, at 247-252 (Masahiko Aoki & Hugh Patrick eds., 1994) は、衡平的劣後が救済融資の抑制要因となるとする考えに懐疑的である。衡平的劣後は、銀行による救済を不可能にしているのではなく、救済のコストを引き上げるのだと指摘する（*Id.* at 250.）とともに、連邦破産法11章の規定に基づく申立てを待って救済すれば安全である（*Id.* at 252.）と指摘する。

[105] DeNatale & Abram, supra note 1, at 432は、「債権者は、債務者に対する支配権の行使によって、他の債権者に対して支配を公正に行使する義務を負う」とする。Margaret Hambrecht Douglas-Hamilton, *Creditor Liabilities Resulting from Improper Interference with the Management of a Financial Troubled Debtor*, 31 BUS. LAW. 343, 365 (1975) は、「債権者が財務危機に陥った債務者の経営に関係しようとするときには、「ディープ・ポケット」について考えなければならない」とする。Note, supra note 4, at 852-53は、債権者は、財務危機に陥った債務者に対して、担保付きでない債務者の資産に対する担保上のいっそうの利益というような債務者の譲歩や、債務者のキャッシュ・フローを監視する権利を得ようとして、財務上の手段を用いるかもしれないが、このような行いは高い買物にほかならないとしている。

[106] 松下淳一「結合企業の倒産法的規律(1)」法学協会雑誌107巻11号(1990)50頁～73頁。衡平的劣後の法理が、受けた損害を回復する範囲で認められるのが原則でありながら、判例の大半は、不衡平な行為から生じた損害の額について、具体的な認定をせずに届出債権額の全額を劣後化している点が根拠の一つである。

[107] 必要性を指摘する文献として、畑宏樹「倒産債権の劣後的処遇について(2・完）」上智法学論集40巻３号(1996)141頁参照。可能性を指摘する文献として、高木新二郎「整理案の実際」判例タイムズ904号(1996)18頁参照。なお、現在進められているわが国倒産法制の改正作業においては、内部債権の劣後化が改正検討事項に挙げられている。法務省民事局参事官室編『倒産法制に関する改正検討課題　倒産法制に関する改正検討事項とその補足説明』（別冊ＮＢＬ46号）（商事法務研究会、1998）改正検討事項54頁、補足説明100頁～101頁参照。

[108] 野崎幸雄「更生計画における権利の取扱いをめぐる諸問題」鈴木忠一・三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟講座13』（日本評論社、1981)225頁は、管財人による更生計画案策定に関して、「わが国の現状では、優位の権利を有する者は、金融機関、商社、メーカー等経済的強者であって、あるいは株主として、あるいは経済的支配者として、更生会社の倒産に深くかかわってきたものも少なくない。下請けや、小口の取引先を中心とする一般債権者に対し、その絶対的優位を常に主張しうるとすることは、必ずしも好ましいことではない。場合によっては、優位の権利者自身がその優位を主張することを差し控えたいと考える場合も稀ではない。」としている。倒産に深く関与した金融機関が、権利の行使を自主的に差し控えるというのであれば、結果として、銀行が倒産の責任をとったと評価できる場合もあろう。

[109] 藤井俊雄「社債権者」『新版・会社更生法』（金融・商事判例719号）（1985)181頁。

[110] 藤井・前掲注109 183頁。

[111] 藤井・前掲注109 181頁。1997年に会社更生法手続を申し立てたヤオハンジャパンの倒産においては、国内の公募無担保社債として戦後初めてのデフォルトの事例となった。この事例では、メインバンクは義務なき行為である社債の買取りをしなかった。この事例を踏まえて社債管理会社の役割を検討した文献として、田頭章一「社債のデフォルトと社会管理会社の役割－近時の事例を踏まえて」商事法務1490号（1998）６頁～13頁参照。

ヤオハンジャパンの事例では、経営悪化がかなり進行した時点で、主要店舗を売却し、売却益で銀行借入の返済が行われるとともに、社債償還金の一部が社債管理会社に引き渡されたとされる（同10頁）。社債権者と預金者の利益は激しく対立する。この問題については、第四部第三章第七節で検討する。

第五章　「支配」に伴う責任―　支配責任 (control liability)

救済融資について考察するには、倒産に関与した者の責任が倒産処理の過程でどのように追及されるのかを考察することが重要である。第四章では倒産に関与した者の責任が、アメリカ法の下でどのように考えられているかを知る手掛かりの一つとして、衡平的劣後について検討した。衡平的劣後は、倒産に関与した者の債権を債権本来の順位どおりに取り扱わないことによって、倒産に関与した者の責任を追及する制度であるのに対して、第五章で検討する支配責任の考え方は、倒産の過程で倒産企業を支配したことに伴う責任を、より直接的に追及しようとする考え方である。このような考え方において、アメリカ法は日本法と大きく異なっている。アメリカ法の考え方を知ることは、わが国における倒産に関与した者の責任のあり方を理解する上でも有益である。

第一節　序説―「支配責任」を検討する意義

第四章では、銀行の債権をはじめとする非内部債権に衡平的劣後を適用する際に、非内部債権者による債務者に対する「支配」の有無が重要な判断要素となっていることをみた。アメリカでは、衡平的劣後の法理を適用する場合に限らず、他者を支配する者が支配権を不当に行使して損害が発生した場合には、発生した損害に対して責任を負うという、支配責任（control liability）ともいうべき法律論が展開されている。支配のあるところ責任ありといういうべき事態がみられる。

支配を根拠として非内部債権に衡平的劣後が適用されるのは、倒産に至る過程で債務者を支配した者が支配権を不当に行使した結果、他の債権者に発生した損害について、倒産手続において債権の劣後的処遇という形で責任が追及された結果にほかならない。融資先が経営危機に陥る過程では、銀行が融資先の財務や経営に関与する場面が増える。銀行が行った行為が支配に当たると判断される可能性もそれだけ増すこととなる。そこで、本章では、この「支配責任」について検討する。

この「支配責任」の概念は、わが国には未だ詳細には紹介されていないものと思われる[1]。アメリカでは、「支配責任」はレンダー・ライアビリティーに関する研究の中で扱われることの多いテーマである[2]。

アメリカのレンダー・ライアビリティーの動向を、わが国にいち早く紹介された柏木昇教授の最近の論文によれば、教授は支配責任について検討を加えることを実益がないとされる[3]。しかし、金融機関による経営危機企業の救済という本稿のテーマから支配責任の問題を眺めると、柏木教授とは異なった見方ができるように思われる。支配責任は、確かに独立の体系をもつ法理ではなく、支配という現象に対して適用される種々の法理論の集合体にすぎない[4]。また、要件や程度も個々の理論で異なるかもしれない[5]。しかし、わが国とアメリカとで根本的に異なるのは、支配に対する責任を厳しく追及しようとする態度がアメリカ社会に厳然と存在する点であり、現実に貸手が責任を問われた判例が存在するという点である。わが国とは全く異なるこのような問題状況を前にすれば、この問題に大きな関心を持たざるをえない。他者を支配したことによって、支配した側がどのような根拠に基づいて、どのような責任を負うことがあるのかを理解することが、アメリカにおける金融機関による経営危機企業の救済について考察する上で、有益であるからである。

支配責任が問われる局面は、企業間の商取引、中でも金銭の貸付けに起因する場合が多い。物品の販売やサービスの提供を介しても、一方の企業に対する他方の企業による支配が生じえるが、この領域で生じた支配に対しては、独占禁止法による規制が支配された側の利益を擁護している上、支配を受けた場合には、物品の購入先やサービスの提供を受ける先を別の主体に変更することによって、支配からの離脱が比較的簡単にできる[6]。

ところが、金融取引においては、貸手による支配が生じるのは借り手の経営が悪化した場合である。貸手は、借手の経営状態が悪化した場合に必要な措置を講じるため、債権保全の一貫として借手の経営状態をモニタリングしている。モニタリングの結果、借手に対してとった貸手の行動が通常の債権回収のための行動の範囲を超える場合に、貸手による借手に対する「支配」と呼べる状態が創出される。借手の経営状態は悪化しているので、借り手の側で資金の調達先を変更するということが行いにくい状態になっている場合が多い。そこで、借り手は貸手による支配を受け続けるということにもなる。支配した側に支配責任を課すことによって支配を受けた側の利益を擁護するという必要が生じたものとも考えられる。

支配責任がレンダー・ライアビリティーの中で扱われる背景として、アメリカにおけるレンダー・ライアビリティー問題が、周知のように銀行と企業を含めた企業間取引がベースとなっている点に注意が必要である[7]。金融機関と消費者との間の取引について問題が取り上げられているわが国とは、問題状況を大きく異にするのである。消費者に対して金融機関の支配責任が問われるということは、考えにくい。個々の消費者を金融機関が支配してみたと

ころで、そこから金融機関がどのような利益を得られるかについて考えてみれば自明であろう。消費者を支配してみても、支配に要するコストの方が、支配から得られる利益よりも大きいという場合が圧倒的に多いと考えられる。ところが、企業向けの融資については、金融機関は融資先企業を支配する実益が大きい。融資先企業が経営危機に陥った時に、金融機関には、相手企業を支配することによって債権回収を有利に進められるであろうという支配に対する誘因が働くからである。とくに、大口の融資先についてはそうである。これが、アメリカにおいて、支配責任の問題がレンダー・ライアビリティーの一領域として研究されている理由であるものと思われる。

わが国では、銀行と企業との取引において、銀行の責任を厳しく追及しようとする動きは、未だ小さいものに止まるように思われる。近年、相次いで起こった金融不祥事で、銀行に対する社会の信頼は大きく失墜したとは言え、アメリカ社会における銀行の立場と、日本における銀行の立場には、大きな違いがある。

私見は、その違いは銀行に対する社会からの信頼の程度の差であると考えている。わが国には、銀行が取引先である企業や消費者の利益を害して、自ら利得しようとは決してしないであろうという、銀行に対する最低限の信頼は根強く存在する。arm's-lengthが取引の基本であるアメリカでは、第二章で検討したように、仮に銀行が取引の相手方であっても、このような信頼は特別な場合を除いて存在しない。自分の利益は自分で守る、また自分で守らなければならない社会がアメリカである。わが国で銀行に対する信頼のなくなった時、まさにその時こそが、銀行が社会から厳しく責任を問われる時であり、支配責任が問題となる時である。

以上のような理由で、経営危機に陥った企業の救済をテーマとする本稿において、支配責任について考察する意義は非常に大きいのである[8]。

第二節　「支配（control)」の概念

第一款　「支配」の意義

「支配」がどのような概念であるかを明確に定義付けるのは、困難な問題である。連邦破産法や各州の会社法には、支配に関する定義規定は見あたらない。証券取引法の領域には、５つの異なった定義規定がある[9]。しかし、これらの定義は、それぞれの法の目的に従ったものであって、２つと同じものがない[10]。判例もまた支配について明確に定義していない[11]。

そこで、判例の分析によって、「支配」の概念を明らかにするとともに、有責とされる支配の程度を抽出するほかないこととなる。ただし、適用される理論の違いもあるため、重要なグレー・ゾーンが存在するとも指摘されている[12]。支配の形態についてはどのように考えればよいか。会社法の一般原則の下では、①議決権支配（voting control）、②経営支配（management control）、③財務支配（financial domination）を通じた支配、の３つのタイプの「支配」の存在が指摘されている[13]。

議決権支配は、取締役の多数を選出しうるだけの議決権を支配することによる会社の支配である。このような議決権支配は、議決権信託（voting trust）の受託人（trustee）たる債権者、取消不能委任状の保有者たる債権者、債務者会社を支配しうる量の議決権を伴う株式の質権者（pledgee）たる債権者に成立する[14]。債務者の株式を保有することは信認義務を生じさせる債権者の支配を暗示するが、株式の保有という事実だけからでは債務者に対する支配を構成することはなく、保有に伴う支配権の不衡平な行使のあることが支配責任を生じさせる上で必要となる[15]。

経営支配は、融資契約の条項に基づいて、債務者を支配する場合に問題となることが多い。融資契約の条項は、債務者の特定の行動を要求することと、他の行為を禁止することによって表示（representations）と保証（warranties）の前提を維持する機能があり、肯定的条項と否定的条項の２つがある[16]。

肯定的条項の目的は、債務者に対する債権の価値を維持したり、債務者の資産・事業・権利を保存したりすることである[17]。具体的には、必要な修理を行うことを含めて、債務者の保有する在庫、設備、不動産といった資産を良好な状態に保つこと、滞納することなく税金を支払うこと、といった事項が内容となる[18]。

否定的条項は、債権者の利益の観点から、債権の価値を維持する上で有害な債務者の禁止される行為を列挙したものである[19]。具体的には、主要資産の取得と売却、事業分野の変更、純益を超える利益配当、株式の買戻し、過度の役員報酬支払といった行為を禁止することが内容となる[20]。この否定的条項は、債権者側からみれば、債権の安全性を一定に保つ機能を果たしている。否定的条項に対する違反を期限の利益喪失事由とすれば、債権者側からみた債権の安全性はいっそう増すこととなる。しかし、否定的条項が債務者に対する債権者の支配を招きやすいことも事実であり、競合する債権者と株主の両方の損失に関して、金融機関が債務者を支配したという主張を引き起こす可能性があると指摘されている[21]。また、債権者に対して、誰に債務者の会社を運営させるかを決定する権利を与える融資契約におけ

る条項は、債権者に対して債務者の経営支配権をも与えるものである[22]。

財務支配は、債務者の日々の入出金を管理したり、支払ってよい経費とそうでない経費を峻別するといった方法で、債務者の財務面を支配することである。売掛金を担保にとって、債務者の営業活動から生じる回収資金を全て債権者が押さえている場合や、取引銀行が一行しかない場合にも、他の要因と結びつくことによって「支配」の存在が認められる場合もある。また、財務支配は、経営支配とともに存在する場合も多い。

第二款　「支配責任」の理論的根拠

債権者が財務危機に陥った債務者の業務運営に関与したことによって債務者や第三者に対する責任を問われるのは、①破産手続、会社更生手続において、債権者の債権が衡平法上の調整にかかわる場合、②証券取引法と他の規制法の下での責任にかかわる場合、③権利の回復に関するコモン・ロー理論の下での責任にかかわる場合、の３つのカテゴリーが指摘されている[23]。支配責任は、債権者の債務者に対する支配の結果生じた被害について、種々の法理論や制定法を適用することによって被害の救済を図ることを目的とする。支配責任に適用される法理論や制定法には次のようなものがある。

(1)道具理論または分身（alter ego）理論
(2)代理理論　(Agency)
(3)不法行為　(Torts)
　(a)詐欺　(Fraud)
　(b)強迫　(Duress)
　(c)不法行為的干渉　(Tortious Interference)
(4)信認義務違反　(Breach of Fiduciary Duty)
(5)ジョイント・ベンチャー (Joint Venture)
(6)制定法に基づく責任
　(a)税法
　(b)証券取引法
　(c1)連邦倒産法に基づく衡平的劣後 (equitable subordination)
　(c2)連邦倒産法に基づく「内部者」としての責任

本章では、上の理論や制定法の中から、(1)から(3)までを個別にとり上げて、判例を紹介することを中心に検討することとする。個別にとり上げない理論や制定法について、その

理由や内容を簡単にみておく。

まず、(4)については第三部第三章で、(6)－(c1)については第三部第四章で検討したとおりである。とくに、信認義務については、衡平的劣後とも密接なかかわりをもつ法理論であることは強調しておきたい。第三部第三章では、信認義務一般について検討したため、必ずしも支配を前提としてはいなかったが、第三部第四章における衡平的劣後に関する検討の中で、支配の側面から信認義務について検討した。

(5)のジョイント・ベンチャーは、道具理論や代理理論と同じように、債権者が債務者の事業そのものに深くかかわった場合に適用される可能性がある[24]。しかし、ジョイント・ベンチャーの理論の下で債権者が有責とされるには、①当事者間の明示または黙示の契約関係の存在、②利益と損失の共有、③資産、技能（skill)、知識の結合（combination)の３つの観点からの債権者と債務者の共謀（collusion）が必要とされている[25]。このことからみれば、ジョイント・ベンチャーの理論が金融機関に適用される可能性は少ないと考えられる。そこで、本稿では、検討の対象とはしない。

(6)－(a)と(6)－(b)については、基本的に制定法の解釈にかかる問題である。さらに、投資者保護を目的の一つとする証券取引法[26]や、税の確保を目的とする税法[27]について検討を加えても、本稿のテーマとの関連性は多くは見いだせないものと思われる。そこで、ここでは考察の対象としないこととする。

(6)－(c2)は、連邦破産法547条(b)項(4)号(B)（11 U.S.C.§547 (b)(4)(B)(1982).）の規定によるものである。この規定は、内部者（連邦倒産法にいう「内部者」の定義については、第三部第四章第一節参照。）たる債権者に対して資産が詐害的に譲渡された場合に、管財人による当該偏頗行為の否認しうる期間を、破産開始前の90日から１年に延長するための規定である[28]。また、同法547条(f) 項（11 U.S.C. §547(f).）は、「本条の目的のためには、申立書提出日の90日前、および申立書提出日前90日間は、債務者は債務超過であったものとみなされる。」と規定しており、破産開始前90日以内の行為は、債務者が債務超過にあるとみなされる結果、内部者以外に対する権利の移転も否認の対象となるのである。そして、この場合の「内部者」には債務者会社を支配している者（person in control)が含まれる[29]。従って、債務者を支配している債権者が、当該債務者から既存債務の弁済のための財貨の移転を含む財産上の権利の移転を受けた場合には、破産開始前の90日から１年以内になされた行為について、管財人から否認されることとなる[30]。

なお、本稿は、債権者に支配責任を課す根拠となる法理論そのものや、最新の判例動向に

ついて研究することを目的としてはいない。本稿での明らかにしなければならないのは、どのような事実関係の下で債権者に責任が課せられてきたかという点である。以下では３つの法理論のそれぞれについて、代表的な事例を数例ずつ採り上げて、事実の概要と判決要旨を中心に検討してゆく。

第三節　「支配責任」を基礎づける法理論

第一款　道具理論または分身（alter ego）の理論

１．Chicago Mill & Lumber対Boatmen's Bank事件[31]

〔事実の概要〕　1916年の第八巡回区控訴裁判所の判決であり、道具理論を根拠に支配責任を追及した古典的な代表事例である。本件は、Boatmen's Bank（以下Boatmen's銀行という）が２万５千ドルの約束手形に関して、イリノイ州法に基づいて設立されたChicago Mill & Lumber Co.（以下Chicago Mill & Lumber社という）に手形の支払を求めて訴えた事件である。

Tiger Tail Company（以下Tiger Tail社という）は額面100ドルの株式250株、資本金２万５千ドルをもって1892年に設立された会社である。設立当初は、全株式がBagby夫妻によって保有されていたが、その後125株についてLuther H. Conn（以下Conn氏という）が保有することになった。Bagby氏は1906年までTiger Tail社の社長を務めたが、その間、会社のためにBoatmen's銀行から時々財務アシスタントを招いていた。Tiger Tail社は1906年７月時点で、Boatmen's銀行から総額11万５千ドルの負債があった。その頃、Boatmen's銀行は金融当局からTiger Tail社に対する融資を批判されたこともあり、Bagby氏の下でのTiger Tail社の経営に不満を示し始めた。

その後、Bagby氏による経営を成功させるとともに、銀行の投資を保全するために、Boatmen's銀行の副支配人（assistant cashier）であるHubbard氏が社長に選出されるとともに、工場の業務運営を担当する人物としてRichards氏が雇用された。 Tiger Tail社はその後、代理人のPaepcke-Leicht Lumber Company（以下Paepcke社という）をとおして被告との間で、全製品を被告に販売するとの内容の契約を結んだ。この契約により、事業は成功したものの、大幅な資金需要が発生し、Boatmen's銀行は28万３千ドルまで必要資金を融資することとした。

被告は手形上の責任を認めたが、原告に対して次のような反主張（counterclaim）を行った。①銀行はTiger Tail社の大口債権者の一人であり、その資本の大きな割合を保有しており、銀行の利益と目的のためにTiger Tail社の事業と資産に関する支配と経営を掌握していた、②別会社のPaepcke-Leicht Lumber Company(以下Paepcke社）は被告の代理人であった、③代理人として、その会社はTiger Tail社の名前で銀行に貸付をさせ、木材を購入させることに同意していた。④Paepcke社はその後代理人として行動し、テネシーにあるTiger Tail社の製粉工場の全製品をPaepcke社に引き渡すことに銀行が同意するという内容の条項で、Tiger Tail社の名前で銀行と契約を結んだ、⑤被告は、Tiger Tail社の木材製品の代金として前払いをすることに同意していた、⑥被告は原告からTiger Tail社の名前で木材の輸送品を受け取っていた。

これに対して銀行は、主張された契約や同意は銀行としての権限を超えるものであると主張した。論点は、銀行が道具理論の下でTiger Tail社を支配したかどうかという点であった。

〔判決要旨〕　原判決認容

判決は次のように述べて、道具理論の適用を否定した。

「一つの会社が、他の会社の全資産を保有・支配し、自らの事業の一部門または分身（alter ego）として他社の施設を運営するとともに、事業を指揮する時は、そのようにするに際して生じた債務に対して責任を負うということは真実である。」[32]

「彼らは銀行の副支配人（assistant cashier)がTiger Tail社の社長になったということのために、銀行による会社の支配が目的の一つであったということが明らかになったということを争う。この議論は、銀行は大きな債権者であり、会社の繁栄に大きな関心を持っており、債務者の行動に対する監視を続けることを望むのは当然であるという事実を見落としている。」[33]

「包括的に言えば、彼らは、簡単かつ自然に、疑問のある支払能力に関する債務者の事業、経営、業務運営に対して、債権者による監視を続けることの適正で習慣的な実行のせいにする。この事例の全ての事実は、（中略）Boatmen's銀行が、銀行自身の一部門としてTiger Tail社の事業を遂行したということも、被告にTiger Tail社への要求に報いることを約束したということもないという事実における陪審を正当としている。」[34]

〔考察〕　被告は、Tiger Tail社が銀行の道具、あるいは藁人形であったと明確に主張していないものの、道具理論による支配責任に関する古典的判例として、次に検討する

Krivo対National Distiller事件判決においても引用されている著名な事例である。

被告の主張する銀行による支配行為は、銀行が債権を保全するために、債務者の社長として銀行の副支配人を選出させたこと、さらには銀行が債務者の資産を管理していたという点である。しかし、道具理論を適用するには、債権者がその一部門として債務者の事業を遂行することが必要との前提に立って、本件の事実関係の下においては、道具理論の適用を否定した。

道具理論に対する判旨は、詳細に論理を展開するKrivo対National Distiller事件判決に比べて理論的な詰めが甘いとの印象も持たれるが、1910年代の判決であり、理論的な発展は、その後の判例の積み重ねを待たなければならなかったものと言える。

２．Krivo対National Distiller事件[35]

1973年の第五巡回区控訴裁判所の判決である。本件は債務者の主要債権者である仕入先企業による典型的な企業救済の事例である。アメリカにおいても、債権者が債務者の救済に乗り出すことがあり得るということを知る上でも、有意義な事例である。金融機関による救済の事例ではないものの、救済（rescue）を目的として債権者から債務者に対する各種の支援策が実施された貴重な事例であるため、詳しく検討することとする。

〔事実の概要〕　カリフォルニアのBrad's Machine Products社（以下Brad's社という）は、従業員約25名の機械の販売会社で、販売店の収益をもとに、競争馬、競艇、飛行機、オレンジ農園、油井などへの投資を行っていた。1966年にBrad's社は軍需産業への参入を企画し、そのためにArnold Seitmanを雇い入れ、高性能のヒューズ2.7百万ドルの納入契約に成功し、その後、この製品はBrad's社の花形製品となった。1966年にBrad's社は、カリフォルニアから別の場所に本拠地を移し、1970年に財務危機に見舞われるまでの間に、社員500人を擁する企業に成長した。

問題は、Brad's社の広範囲の投資事業への多額の資金流出が、Brad's社を1968年の終わり頃に財務危機に陥れたことであった。

Brad's社のヒューズには材料に大量の真鍮棒を必要とし、Brad's社は３社から真鍮棒の仕入を行っていた。中でも、本件の被告であるNational Distillers & Chemical Corporation（以下National Distillers社という）の一部門であるBridgeport Brass Company（以下Bridgeport社という）は、Brad's社にとって最大の仕入先であるとともに、 Bridgeport社にとってもBrad's社は主要販売先の一社として位置付けられ、Brad's社は毎月およそ40万ドルから50万ドルの仕入をBridgeport社から行っていた。1969年３月にBrad's社はBridgeport

社に対する未払金100万ドルを、Brad’s社の唯一の株主とその妻の個人保証と、Brad’s社の関連会社の保有する不動産を担保として、約束手形で支払うこととした[36]。

この支援を契機に、Bridgeport社、さらにNational Distillers社は、Brad’s社に対する各種の支援を行うこととなる。とくに、1969年９月には、Brad’s社は政府から、財務状態が悪化し続けるならば、契約を打ち切るとの通告を受けたため、Brad’s社の財務支援問題が緊急の課題となった[37]。そこで、Brad’s社はBridgeport社の要請に従って、National Distillers社に対して支援を仰ぐこととなった。Brad’s社はNational Distillers社との間で次のような内容の口頭の合意(oral agreement)に達した。①Brad’s社のコストを削減するため、内部的な財務面の経営支援(management assistance)を行う、②Brad’s社に現金で60万ドルを貸し付ける、③売掛金63万ドルの支払を延期する、④Brad’s社に資本を提供するために、Brad’s社とそのオーナー経営者が無駄な保有財産を整理するのを手助けする、⑤現行のヒューズの契約を解約しないよう政府に働きかける。

その後Brad’s社は、National Distillers社が工場と建物、工場の備品に対する担保を取得することによって、現金で60万ドルの手形と未払勘定63万ドルを決済した。また、Brad’s社とそのオーナー経営者は、National Distillers社にBrad’s社の全株式、他の会社の株式の一部といった資産を譲渡した。それらの資産は売却され、収益はBrad’s社の稼働資本として返却された。さらに、National Distillers社の内部監査役の一人であるLeon RuddがBrad’s社の財務を監督し、現金と投資を管理するために派遣された。

Rudd氏が派遣されていた間に、National Distillers社はBrad’s社に対して新たに16万９千ドルを融資するとともに、Bridgeport社に対する約67万ドルの支払を延期した。しかし、Brad’s社は1970年12月に業務を停止した。支払を受けていない10人の債権者は、National Distillers社がBrad’s社を支配し、Brad’s社はNational Distillers社の道具であったとしてNational Distillers社に対する支払を求めて訴えたのが本件である。原判決は、原告の主張を認めなかった。そこで、10人の債権者が上訴した。

〔判決要旨〕　原判決認容

判決は、道具理論に関して詳細に検討を加えた上で、本件の事実関係の下では、道具理論は適用されないと判断した。道具理論に関する判決の考え方は次のとおりである。

「会社は、他の会社の負債に対して二つの方法で責任がある。第一は、明示または黙示に、それらの負債の背後に保証人として立っているということを他の会社の債権者に示すことによって、それらの負債に対して責任を負う場合がある。（中略）第二は、支配会社の目的

のための単なる事業の導管として扱い、用いることによって、その会社を誤用した時に、他の会社の負債に対して責任を負う場合がある。」[38]

「道具理論の原則の下で有責であるためには、２つの要素が必須（essential）であるということに、われわれは同意する。第一に、支配会社は被支配会社を支配していなければならない。第二に、支配会社は支配の誤用によって、直ちに原告に損害を引き起こしていなければならない。」[39]

「株式の保有と同様に、債権者－債務者関係もまた、道具理論の原則の下でそれ自体では支配を構成しない。一つの会社が他の会社に、ただ金銭を貸し付けているというだけでは、貸主は借主の行動や不作為に対して自動的に有責とされるということはない、というのが一般原則である。」[40]

「債権者－債務者関係を含む道具理論の事例に関する検証は、裁判所が、債権者が債務者に関する現実（actual）、かつ直接参加（participatory）、かつ絶対的な（total）支配を掌握したという強い弁明を必要とするということを示している。ただ債務者会社の経営の積極的な部分を握ったというだけでは、道具理論の下で用いられるような支配を自動的に構成することはない。」[41]

「要約すると、道具理論の原則の下での責任に必要とされる支配（control）とは、被支配会社がそれぞれの会社の利益と支配会社の目的を達成するための機能とを証明しない範囲において、被支配会社に対する絶対的支配（total domination）であるということになる。」[42]

「被支配会社の現実、かつ全体的な支配のほかに、道具理論の原則は、詐欺や不正（injustice）が支配会社による支配の誤用から直ちに引き起こされるということを必要とする。」[43]

道具理論について上のように述べた後、判決では次の４つの観点から本件について判断し、本件においては、 National Distillers社による支配は存在せず、道具理論は適用されないとの判断を下した。第一はBrad’s社に対するNational Distillers社の株式保有による多数支配、第二はNational Distillers社とBrad’s社との関係、第三はNational Distillers社のBrad’s社に対する支配、第四は支配権の濫用によるBrad’s社に対する搾取である。

判決の判断は、事実認定の評価とも深く係わる問題である。判決は４つの論点のそれぞれについて、本件には道具理論は適用されないとの結論を導き出している。特に、第三点に関

しては、Rudd氏が小切手に署名をしていた点が問題とされたが、Rudd氏はBrad’s社の意向に沿わないことを押しつけていないこと、さらに、Rudd氏はBrad’s社のコストの削減と機械販売店の経費削減が仕事であって、小切手にはBrad’s社側の担当者もともに署名していたといったことを根拠に、道具理論に必要とされる支配を構成しないとした。

判決の結論部分は、次のとおりである。

「最も好意的な観点に立って原告の証拠を考察してみても、Brad’s社がNational Distillers社の道具には決してなっていないということは明らかである。主要債権者としてのNational Distillers社が、大きな圧力と影響力を及ぼす力を持ってBrad’s社に投資したことは疑いないけれども、われわれは、そのような力は債権者－債務者関係に固有のものであり、そのような力の存在とその履行は、それのみでは道具理論の原則に関する目的のための支配は構成しないとする原審に同意する。」[44]

〔考察〕　道具理論の下で必要とされる支配について、裁判所の考え方を明確かつ詳細に述べた画期的な判決として位置付けられる判決である。道具理論の下で必要とされる支配は、抽象的なものでは足りず、現実、かつ直接参加、かつ絶対的である必要があるとする部分が注目される。

本件では、National Distillers社はBrad’s社に人材の派遣を行っている。それにもかかわらずNational Distillers社のBrad’s社に対する支配が否定されたのは、道具理論の下で必要とされる支配の程度が高いと考えられることに加えて、 National Distillers社がBrad’s社への経営に対する関与の過程で、結局のところ利得していないという点、つまりNational Distillers社はBrad’s社に対して誠実に行動した点がポイントであるように思われる。 National Distillers社は最後までBrad’s社に融資を続けていること、担保物件であるBrad’s社の資産を処分したものの収益はBrad’s社に返却していること、Rudd氏はBrad’s社の経費削減を支援するために行動したこと、といった点がその裏付けである。

アメリカでは、債権者から債務者に派遣された人材は、誰の利益のために行動していると考えられているのであろうか。そもそも人材の派遣は、当該の債権者の債権を保全することを究極の目的として派遣されることからすれば、当該債権者の利益のために行動するとみるのが妥当であろう。そして、債権者の利益と債務者の利益とは相反する場合が多い[45]。債権者間の利益も激しく対立する[46]。派遣された人物は、債権者と債務者との間、さらには債権者相互の間で利益の相反する立場に身を置いていると理解すべきである。債務者側からすれば、他人が自分の利益を守ってくれるということはないのであり、自分の利益は自分で

守らなければならない。このような考えに立てば、人材を派遣することは、債務者に対する支配の外見を成立させる重要な要素となるように思われる。

アメリカという社会は、信認関係において受認者に厳しい責任を課すように、利益の相反する立場に身を置くこと自体を許さない、あるいはそのような者の行動が厳しく検証される社会である[47]。とは言え、本件では、派遣された人物の派遣先での行動や役割を詳細に検証して、派遣された人物が債務者を支配していた事実はないと結論付けた。このように考えれば、アメリカの裁判所は、債権者が債務者会社を救済すること自体を全面的に否定するようには考えていないように思われる。

本件においては、他の債権者が、主要債権者による支配の結果、債務者が倒産し、支払を受けられないこととなったのだと考えたことがそもそもの訴訟の原因である。アメリカにおいては、銀行を含めた債権者が経営危機に陥った会社を救済することは、そのこと自体が否定的に考えられているわけではないものの、救済に乗り出す債権者にとっては、相当慎重にならざるを得ないということになろう。救済に乗り出した債権者は、再建に失敗した場合、誰から訴えられるかわからないからである。そして、訴訟によって、結果的に責任が否定されたとしても、応訴に要する費用や時間は決して小さいものではない。

なぜNational Distillers社はBrad’s社の救済に乗り出すことにしたのだろうか。Bridgeport社が主要販売先を失うことは、同社の大きな損失になることと、同社のBrad’s社に対する債権回収を図るということが救済の動機であることは間違いない。この点は、本件訴訟上の論点とは全く関係のない問題だが、わが国における金融機関による経営危機企業の救済について考える場合に参考となるような事実認定が行われている。つまり、Brad’s社の本業は好調であり、財務危機に陥った原因が、Brad’s社の広範囲の投資事業にあったとされる点である。どの程度の資金が投資部門に流出したのか、そしてBrad’s社の総資本の額についても不明であるが、投資部門を整理して本業に専念していれば、Brad’s社が破綻することはなかったのではないかと考えられることである。得られる手掛かりは少ないものの、 National Distillersの本業が好調であるということが、Brad’s社が救済を決断した大きな要因であるように思われる。

３．道具理論の下での支配責任

道具理論の下で支配責任が認められるには、①債権者が債務者に対して絶対的な（total）支配を行っていること、②債務者が独立した会社の目的を保持していないこと、③詐欺（fraud）や不衡平（inequity）が債権者の過度の関与から生じていること、の３つの要

素が必要とされている[48]。絶対的な支配とは、Krivo対National Distiller事件判決で示された「現実（actual）、かつ直接参加（participatory）、かつ絶対的な（total)支配」[49]を指す。

しかし、道具理論の下での支配責任を成立させる支配の程度を定義するのは非常に困難である[50]。Krivo対National Distiller事件の事実関係の下で支配責任が否定されたところからみて、道具理論の下で必要とされる支配の程度はかなり高いと考えるべきであろう。Krivo対National Distiller事件判決で認定された事実では、道具理論の適用に必要とされる「支配」には達しないとされていることからも、このように考えることができる。裁判所は道具理論に基いて責任を課すことにかなり慎重であるとも指摘されている[51]。

第二款　代理理論

１．Prima事件[52]

〔事実の概要〕　1938年の第七巡回区控訴裁判所の判決で、代理理論、道具理論を用いて管財人が銀行の支配責任を追及した古典的事例である。破産法の下での自主的再建手続（voluntary reorganization proceeding）から生じた訴訟事件である。管財人は、債務者に生じた損失は、債務者の事業に関する上告人の不当経営（mismanagement)の結果であると主張し、救済を求めた。

債務者のPrima社は、シカゴでビールの製造・販売を営む大手業者であった。禁酒法の時代が終わると、ビール市場への新規参入が増えて競争が激化するとともに、樽よりも瓶ビールが売れるという債務者の目論見が外れたこともあって、Prima社は大きな損失を抱えることとなった。Prima社は従来からFirst National Bankと取引していたが、同行の懇請により、1932年３月にHarris Trust and Savings Bank（ 以下Harris銀行という)とも取引を始めた。

Prima社の業績悪化には歯止めがかからず、２銀行はPrima社への融資を続けた結果、1934年４月時点でPrima社の２銀行からの借入残高はそれぞれ20万ドルに達していた。同年５月にHarris銀行はPrima社の経営に不満を示し、支配人（manager)としてGarnett C.Skinnerを雇い入れる提案を行った。1934年６月にSkinner氏はPrima社に雇い入れられた。Skinner氏は、総支配人として、Prima社の金融、製造、販売、従業員の雇用と解雇を含むPrima社の事業の全てを掌握するようになった。しかし、Prima社の赤字は継続し、ついに1936年９月に破産法による再建申立を申請し、倒産した。

管財人の主張は、Prima社に生じた損失のうち、Skinner氏が雇用された1934年６月から1936年９月までに生じた分は、Skinner氏の不当経営（mismanagement）の結果であって、銀行がその責任を負うべきであるということと、Skinner氏がPrima社に２銀行あてに合計33,325ドルを不当に支払わせたというものであった。そして、管財人の主張の根拠は、Skinner氏はPrima社の事業を支配、運営する目的のための銀行の代理人（agent）であり、道具（instrumentality）であったというものである。

〔判決要旨〕　原判決取消

判決は次のように述べて、管財人の主張を認めなかった。

「債務者と上告人との間にあった関係は、単に債務者と債権者とのそれであって、その時、彼らの間に信認関係が存在したということは見いだされない。」[53]

「争いのある証拠は、Harris銀行がSkinner氏、あるいはErnst家（訳者注－ Prima社のオーナー一族）にとって同意しうる他に相応しい人物を推薦したということと、Ernst家は誰も推薦しなかったものの、長年いっしょにいた古い支配人を解雇することには消極的だったということである。どちらの上告人も契約を履行させるために脅迫を用いたという事実も主張もない。（中略）契約に関する債務者の履行のために存在する裁判所によって見いだされた唯一の誘因は、それに対する拒否(Skinnerの雇用の拒否）が、銀行に貸付を回収させる原因となるとともに、債務者と保証人から支払を求めるために努力させる原因となるであろうというErnst兄弟の思い込み(belief)であった。銀行がその時そのような脅迫を用いたという請求も事実もないし、もちろん、支払は、支払期日が到来するまで、どのような手形についても強制されえない。」[54]

「破産法の条項は別として、債権者は支払期日の到来した貸付を回収し、合法的に回収を強制する権利を有する。（中略）法は、債権者による債権の強制履行のための一定の手段を提供する。それらの権利を行使することは、本質的に違法ではない。」[55]

「もちろん、債務者は、期日の到来した債務を処理することができないために、Harris銀行の推奨に黙って従ったが、このことは、われわれの考えによれば、債務者の意思に関する支配（domination）　を構成するには不十分である。」[56]

「主張された過度の影響(undue influence）と、本人と代理人に関する主張された関係に関して銀行に負わせようとしているSkinner氏の不当経営は別として、銀行が違法なことをしたということは、主張されても、証明されてもいない。」[57]

〔考察〕　1930年代のアメリカに、既にこのような形で管財人が銀行の責任を追及した

事例が存在するという点で非常に興味深い。業績悪化の過程で、債務者の経営改善のために銀行が各種の助言をすることは、わが国においても多くみられるところである。

注目すべき点としては、２銀行が、Prima社の業績悪化の過程で融資を継続し、融資残高を増加させていることである。特に、後発のHarris銀行は、Prima社が瓶ビールに関する見込み違いによる損失を被った後で取引を開始しており、Harris銀行との取引開始以降、Prima社の業績は悪化の一途をたどっている。このことからみれば、２銀行からの融資が、本稿で取り上げる救済融資としての機能を結果的に果たしたという側面は否定できない。判決の中にも、Skinner氏と契約を結ぶ前の段階において、Prima社が財務危機（financial stress)に陥っていたと認めた上で、「上告人が債務者の救済(rescue)に乗り出し、債務者に40万ドルを貸し付けたのは、1933年10月23日から1934年４月３日までの期間であった。」[58] と述べている。救済(rescue)という表現が判決文に用いられていることからすれば、アメリカにおいても、銀行による救済のための融資が存在する、あるいは存在したことが裏付けられよう。

本判決において管財人の主張が認められなかったのは、Skinner氏の雇用を拒否した場合に、銀行が貸付を回収するとPrima社を脅迫したという主張・立証に管財人側が成功しなかったこと、Prima社はSkinner氏との契約を自主的に行ったことが要因と考えられる。つまり、Skinner氏の雇用は、あくまでも銀行の助言に基づくPrima社の自由意思によるものであって、銀行のPrima社に対する強制の結果ではなかったと判断された点が指摘できる。

この事例から得られる最大の教訓は、わが国で行われているメインバンクからの経営危機企業に対する人材派遣をどのように考えるかという点である。仮に、本件でSkinner氏が銀行の派遣した人物であった場合に、果たしてどのような結論になったであろうか。派遣された人材が、派遣先企業でどのような部門において、どのような業務を担当するか、さらにはその役職によっても結論は異なろうが、本件のように全業務を支配下においたという事例であれば、管財人の主張が認められる可能性もあろう。

２．Gay Jenson Farms対Cargill事件[59]

〔事実の概要〕　1981年のミネソタ州最高裁判所の判決である。原告である農業を営む86の個人・パートナーシップ・会社が、原告と締結した穀物の売却契約に関するWarren Grain & Seed Co.（以下Warren社という）の代金の不払いに対して、Cargill, Inc.(以下Cargill社という）とWarren社を被告として、支払を求める訴えを提起した事件である。本件では、代金支払の不履行が生じたのはWarren社の財務破綻（financial collapse）が

原因であるとして、Cargill社について、代理理論を根拠としてWarren社に対する支配責任を認めた。。

Hill氏親子が経営するWarren社は、ミネソタの穀物エレベーター運営会社であり、その関係で、穀物市場での転売を目的に農家から穀物を購入するとともに、農家に対して農薬、肥料、種子といった商品を売却していた。1964年にHill氏はCargill社から金融を受けることとした。Warren社とCargill社は、17万５千ドルの融資枠を設定された当座勘定（open account）　を開設する契約を締結した。契約によれば、Warren社は資金を受け取ると同時に、ミネアポリスの銀行をとおしてCargill社に対して手形を振り出すこととされ、手形にはWarren社とCargill社の両方の名前が印刷されていた[60]。また、Warren社の売上代金はCargill社に預けられ、Cargill社の勘定に記帳された。Warren社は融資の見返りに、Cargill社をCommodity Credit Corporationとの取引の代理人に指名するとともに、Cargill社はWarren社が末端市場に売却する市場穀物の購入について先買権を取得した。

その後、両社の融資契約は30万ドルに拡大された。同時に、Warren社はCargill社に年次決算報告書を提出するとともに、Cargill社はWarren社のために勘定を確保すること、Cargill社がWarren社の帳簿を検査する権限を有することなどが合意された。そして、Warren社の調査に訪れたCargill社の担当社員は、「この組織は、非常に強い温情主義的（paternal）指導を必要とする。」と記載したメモを作成している。

1970年には、新しいプロジェクトのためのCargill社の代理人として、Warren社はCargill社の名前で小麦の種子栽培のために農家と契約を締結した。農家はCargill社から直接支払を受けた。同様にヒマワリの種子についても複数の農家と契約した。Warren社は、Cargill社の種子事業に関する代理人として、種子を洗浄してCargill社の袋に梱包する業務を担当した。また、Cargill社はWarren社の業務運営と経費を調査し続け、必要な措置を講じるように勧告した。Warren社では、Cargill社からCargill社の社名の印刷された各種のビジネス・フォームを購入して使用していた。その後、両者の与信取引はますます拡大し、1972年には融資枠75万ドル、76年には125万ドルとなった。Warren社はその当時、市場外で直接買い付けた穀物（cash grain）の90％をCargill社に輸送していた。Warren社の売上高の約25％は穀物の種子であった。

その後もWarren社の負債は増加を続けたため、Cargill社はWarren社の財務に関する業務を日々監視することとした。また、Cargill社の首脳は、Warren社に対して、月次の計画会議と同様に、毎日Warren社で仕事をすると話した。1976年にはWarren社が小切手を振

り出せるようにWarren社の名前で銀行口座が開設された。その口座は、地方銀行がCargill社に対して振り出した手形で資金が準備された。

1977年にはWarren社は重大な財務問題を抱えるに至る。Warren社の小切手が支払われていないと聞きつけた何人かの農家は、Cargill社に代理人を通じてWarren社の状態について照会させたところ、Warren社に何の問題もないとの回答を得た。ところがWarren社の監査役の一人がWarren社が400万ドルの負債を抱えていることを暴いたため、Cargill社はWarren社の決算報告書に粉飾があったことを知り、以後のWarren社に対する融資を拒否した。Warren社が営業を停止した時点で、Warren社はCargill社に対して360万ドル、原告に対して200万ドルの負債を負っていた。

原告の主張は、Cargill社が穀物エレベーターの営業に関して本人として振る舞ったために、Warren社の債務に対して連帯して責任があるというものである。

〔判決要旨〕　原判決認容

判決は次のように述べて、原告の主張を認めた。

「代理とは、他の人が本人に代わって行為し、本人の支配に服し、そのように行為する他の人によって同意するというように、ある人が他の人に行った同意の表示の結果から生じる信認関係である。（引用判例名略）代理となるためには、同意がなければならないが、当事者間に契約は必要ない。（中略）代理の存在は、二当事者間の取引手段を示す状況証拠(circumstantial evidence)によって証明される場合がある。（引用判例名略）代理関係が状況証拠によって証明された場合、本人は人が他の人の代理人となりうるのであるから、代理人の同意ある場合を除き、代理に同意したことを示さなければならない。」[61]

「エレベーターに関する事実上の（de facto）支配を構成するWarren社の内部業務にCargill社が干渉したことによって、代理関係が確立された。」[62]

「債務者の事業に支配力を及ぼす債権者は、事業に関連した債務者の行為に対して、本人として有責である場合がある。」[63]

次に判決では、Cargill社のWarren社に対する支配行為を９つ指摘する。「①Cargill社のWarren社に対する電話による不断の勧奨、②Cargill社の穀物先買権、③Warren社がCargill社の認可なしに、在庫の購入や配当の支払いを行うために抵当に入れることができないこと、④Warren社に対して定期的に検査・監査を行うための、Cargill社のWarren社内部への立入り権、⑤Warren社の金融、役員報酬、在庫に関するCargill社の対応と批判、⑥Warren社が「強い温情主義的指導」を必要としているとするCargill社の判断、⑦Cargill

社の名前が印刷された手形と書類のWarren社への供給、⑧Warren社の全ての穀物の購入と経費支出に関する金融、⑨Warren社の経営のための金融を中止するCargill社の権限。」[64]
そして、次のように言う。

「Cargill社が主張するように、これらの要素は通常の債権者－債務者関係に見られるということにわれわれは同意する。しかし、これらの事実は個別に考察されるべきではなく、むしろCargill社のWarren社に対する積極的な金融を取り巻く全ての状況の観点から観察されなければならない。

Cargill社とWarren社との関係が販売先－仕入先というより、本人－代理人の関係であったということはCargill社の地位についても同様である。」[65]

〔考察〕　債権者による債務者の財務と経営に対する支配がともに存在した事例である。本件原告は代理理論の適用を主張し、裁判では詳細な事実認定を行った上で、債権者に代理理論に基づく本人としての責任を課したものである。

Prima事件と本件とで結論が異なり、本件で債権者の支配責任が認められたのは、債権者による支配が広範囲に及んだことが理由であることは両事件の事実関係からみて明らかである。道具理論の適用が問題となったKrivo対National Distiller事件と本件とで、結論に違いが生じた理由は何か。Krivo対National Distiller事件では、債権者による債務者に対する関与は財務面が中心になっており、経営面にはそれほど及んでいないように見られる。

さらに、本件では、認定された一つ一つの事実を積み上げて、それらを全体として判断する「累積基準（cumulative test）」[66]を採用している点でも注目される。

３．代理理論の下での支配責任

第二次代理法リステイトメント14条0項[67] は、「債権者自身と債務者の相互的な便益(mutual benefit)のために、債務者の事業に関する支配（control)を及ぼす債権者は、その事業に関連して債務者の行為と取引に対する責任を負う本人となることがある。」と規定している[68] 。この規定が代理理論に基づく債権者に対する支配責任の根拠となる。

問題となるのは、代理法リステイトメントの下で要求される「支配」の程度が、道具理論の下で要求される「支配」の程度と同じなのかどうかという点である。道具理論は、そもそも親子会社間や会社と株主との間の人格の同一性をめぐって発達した理論であり、代理理論とはその歴史や機能する局面も異なる。とくに道具理論は、法人格の存否を問題とする理論であり、法人としての法的な存立基盤そのものを検証するという理論の側面からすれば、裁

判所がその適用には慎重にならざるを得ないのも当然であろう。そうでなければ、会社の法人格の賦与に準則主義をとることの否定につながるからである[69]。

Gay Jenson Farms対Cargill事件を例にとって、代理理論の下で必要とされる支配の程度は、道具理論の場合と比較すると、より小さいとする指摘がある[70]。Krivo対National Distiller事件とGay Jenson Farms対Cargill事件における認定された事実を比較してみると、後者の事件における支配の程度の方がより高いように思える。Gay Jenson Farms対Cargill事件において、原告が道具理論の適用を主張していた場合にどのように判断されたであろうか、という興味深い疑問が残ることとなる。

原告は、事実関係と裁判所の考え方を踏まえ、自らの主張が認められる可能性の高い法理論を選択した上で、訴訟に臨んでいると考えるべきであろう。

第三款　不法行為

１．Melamed対Lake Country National Bank事件[71] ―　不法行為的干渉（Tortious Interference）の事例

〔事実の概要〕　1984年の第六巡回区控訴裁判所の判決である。破産者の資産に関する詐害的譲渡（fraudulent transfer）と破産者との事業上の関係に関する不法行為的干渉に対して、破産管財人が銀行からの取戻しを求めた事例である。

破産者Terminal Equipment, Inc.（以下Terminal社）は、「鉄鋼スリッター」という特殊機械のメーカーで、1975年に財務上の問題を抱えていた。1976年２月にTerminal社はLake Country National Bank（以下Lake Country銀行）から12万５千ドルの融資を受けた。その融資は、90％が小事業管理運営機構（Small Business Administration.以下ＳＢＡ）によって保証されるとともに、Terminal社の機械、設備、定着物（fixtures）に対する先取特権で担保されていた。ＳＢＡの保証を得るに際して、Terminal社のオーナー２名はＳＢＡに対して彼らの住居を二番抵当に入れた。また、Terminal社の既存債権者はＳＢＡの債権者に対する債権に劣後させるという合意をＳＢＡに対して伝えていた。

1976年後半にはTerminal社は、ＳＢＡを通じて保証付きの与信枠20万ドルを銀行から取得した。この融資は、Laffery Steel Company（ 以下Laffery社）のビル資金に当てられる目的で、Terminal社の売掛金、在庫、Laffery社向けに生産された製品に対する約定担保権で保全されていた。1976年12月、ＳＢＡ保証付きの２件の融資は債務不履行となり、1977年９月９日にTerminal社は破産宣告をうけた。

1977年１月にCentral States Stamping Company(以下Central States社）はTerminal社にスリッターを注文し、３万ドルの支払をしていた。Central States社の社長は、契約締結前に、Lake Country銀行の副社長にTerminal社の財務状態とTerminal社の主要役員の信頼性について話していた。Lake Country銀行は、Central States社がTerminal社の契約の履行能力に懸念を抱いていることを知っていた。Terminal社が受け取った３万ドルは、機械の製造に使われることなく、Lake Country銀行に預金され、既存の負債の返済に充当された。管財人は、この返済が詐害的譲渡に当たると主張した。陪審審理（jury trial）の後、原告は、詐害的譲渡の請求に関する３万ドルの判決と、不法行為的干渉の請求に関する47万５千ドルの判決を裁定された。銀行のTerminal社に対する支配行為については、判決要旨の中で述べられている。

〔判決要旨〕　取消

管財人の詐害的譲渡の主張は認められず、不法行為的干渉の主張については、認められた。

「Central States社は、詐欺的不実表示の請求を基に、３万ドルの回復のために銀行を訴え、われわれは回復のための判断を肯定した。記録されたように、売掛金に関する約定担保権の適法性により、その譲渡は債権者に役立つ債務者の資産を減少させることはない。本件の状況の下では、３万ドルの譲渡がTerminal社の債権者について効果を有しないという銀行の主張にわれわれは同意する。（中略）差戻し（remand）によって、請求は却下される。」[72]

「不法行為的干渉の請求が基礎をおく事実は、資産の譲渡で損をするという債務者の不利益（detriment)、究極的には債務者の債権者についての不利益の原因を含むTerminal社の業務を監督するために、銀行がTerminal社に対する支配（dominance）を用いたという事実認定を立証するために必要とされる事実と同じである。」[73]

「銀行は、管財人の不法行為的干渉の主張を立証する際に、管財人によって主張された証拠に関連する証明を行う。第一に、銀行は、許せない（impermissible)干渉に関する証拠が不十分であり、示された評決に権限が与えられるということを主張する。銀行は、それが銀行の利益を守るために先取特権者が行うであろうことにほかならず、その行為はTerminal社の全ての債権者を助けるために試みられ、それは典型的なワーク・アウトの状況であったと主張する。銀行がTerminal社の社長に50％の報酬削減を要求し、会計係を銀行が選んだ人物に代えることを要求し、銀行の認可(approval)がTerminal社による全ての支払に求められたという証拠がある。Terminal社の社長は、全ての支払に関する銀行の監

督が「会社の経営に非常に困難な(severe)問題」を生み出したこと、銀行が彼に話さないので、どれくらいの金銭が利用できるかを知ることなく経営することを余儀なくされたこと、顧客によって使われるマンションに関する支払をすることを銀行が拒否したことを証言した。追加して、銀行によって準備されたメモが紹介された。「13-point　プログラム」と呼ばれたこのメモは、銀行による行為の方法を記述しており、Terminal社の事態から「可能なものは何でも回収を促進する」ために企画されたものである。管財人によって主張された解釈によれば、このメモは許せない干渉を含む計画として読むことができる。ここに細部が明らかにされた証拠は、銀行が家主にTerminal社によって占有された家屋敷の鍵を取り替えることを提案するという争われない事実を付け加える。証拠は陪審に対するこの主張を理解するのに充分であったとわれわれは信じる。」[74]

〔考察〕　①社長に対する役員報酬の50％削減、②会計係を銀行の選んだ人物に交代させること、③経費の支払に関する銀行の承認の３つを理由に、銀行の行為は典型的なワーク・アウトであるとの銀行側の主張を退けて、不法行為的干渉を認めた点で注目される事例である。

ただし、この事例では、銀行による個々の行為そのものを不法行為的干渉であると判断しているのであって、銀行の行為を「支配」であるとした上で、その支配が不幸行為的干渉であるとしているのではない。しかし、本件における銀行の行為は、「支配」という概念で呼ぶことができるだけの内容を含んでいる。

２．Farah事件[75] ―　詐欺、強迫（Duress）、不法行為的干渉の事例

〔事実の概要〕　1984年のテキサス州控訴裁判所の判決である。銀行の利益に適わない経営者の変更を債務不履行（event of default）とする内容の経営者変更条項（management change clause）が盛り込まれた銀行の融資契約をめぐって生じた事件で、銀行に高額の損害賠償を命じたことで、アメリカのレンダー・ライアビリティー問題を象徴する極めて有名な事例である。判例集に掲載された判決全文は39頁にもわたる長いもので、判旨事項の数も56にも及ぶ。

Farah Manufacturing Company(以下ＦＭＣという）は1919年創業されたアパレル会社で、1964年にオーナーのFarah氏が最高経営責任者（Chief Executive Officer.以下ＣＥＯという)に就任し、1967年に公開企業となった。ＦＭＣは、1970年にはテキサスと海外に工場を有する年商１億3600万ドル規模の大きな会社であったが、1972年にストライキと全国的なボイコット運動に見舞われ、1972年から76年の税引前利益は約4400万ドルの赤字

となった。1976年春には、その損失を埋め合わせるために、3000万ドルの資金を調達しようとしていた。

1976年７月に、ＦＭＣのＣＥＯは、Farah氏から役員会のメンバーの一人であるLeone氏に交替した。1977年２月にＦＭＣと３つの取引銀行は融資契約を修正し、経営者変更条項を追加することとした。経営者変更条項の内容は、「理由が何であれ、どの２つの銀行であっても、銀行が銀行の利益のために不利と考えるＦＭＣの社長とＣＥＯの変更または、ＦＭＣの執行役員(executive management)のその他どのような変更」も債務不履行となるというものであった。この経営者変更条項の目的は、Farah氏の復帰を禁ずるところにあった。しかし、Leone氏の下でもＦＭＣの業績は回復しなかった。

1977年３月に、Farah氏はＣＥＯへの復帰を画策した。取締役会は、Farah氏の復帰が経営者変更条項の下で債務不履行を構成するところから、難色を示した。そして、ＣＥＯに選任されたのは、ＦＭＣの取引銀行の取締役とＦＭＣの取締役を兼務していたConroy氏であった。Conroy氏の就任後、３名がＦＭＣの取締役に選出されているが、うち２名は銀行の取締役や退任役員であった。しかし、Conroy氏の下でも業績回復は実現せず、７月にはConroy氏に代わってコンサルタントのGalef氏がＣＥＯに選出された。なお、Galef氏は、雇い入れられる前に銀行と面談を済ませた上で、ＦＭＣのコンサルタントとして雇い入れられた人物である。しかし、Galef氏のアパレル業界での経験が乏しいこともあって、ＦＭＣは、注文のキャンセルに見舞われ、過剰在庫を抱えることとなり、経営再建は実現しなかった。

1978年の１月には、Farah氏はＣＥＯへの復帰のために、委任状合戦を開始した。その後、ＦＭＣと取引銀行は融資を再構築する（短期融資の長期融資への切替え）とともに、経営者変更条項も削除された。Farah氏は1978年３月に再びＣＥＯに復帰し、Farah氏の下で、ＦＭＣは劇的な業績回復をなし遂げ、再び利益を計上するようになった。

ＦＭＣの業績回復後、Farah氏が銀行に対して損害賠償を求めて訴訟を提起し、取引銀行の１行が控訴したのが本件である。訴訟でFarah氏は、銀行は債務不履行を宣言しようとしたのではなく、Farah氏の復帰を阻止したことと、このような銀行の行動は事業関係(business relations)に関する詐欺、脅迫、干渉に当たると主張した。陪審はこれに同意し、約1900万ドルの損害を認める評決を下し、地裁はそれを認容した。

認定された事実は実に詳細なもので、Farah氏や各銀行のとった行動、Conroy氏やGalef氏の下で行われたＦＭＣの経営、Farah氏の復帰の動きを阻止したＦＭＣ内部の状況といっ

た点がこと細かく認定されているが、ここでは到底紹介しきれない。ここで紹介した事実関係は、事実の概略にすぎないということは断っておく。

〔判決の概要〕　本件判決は、Farah氏の詐欺、脅迫、不法行為的干渉の主張を全て認め、損害額を減額させた上で、銀行を敗訴させた。

Farah氏の詐欺と強迫の主張の根拠となったのは、Conroy氏がＣＥＯに就任する前日に、銀行の顧問弁護士が作成し、取引銀行各行が署名した手紙である。判決文に引用された手紙の内容は次のとおりである。

「会社の社長にFarah氏が選出されることを含み、かつ、会社の経営と業務を一般的に監督し、支配するための権限をFarah氏にもたらす経営者の変更は、銀行には受け入れられないということと、銀行はそれに基づいて債務不履行をただちに宣告するであろうということを取締役会に忠告したい。しかし、社長の社内での変更が会社の最大の利益であると取締役会が決断するなら、銀行は債務不履行条項を放棄することを考慮する用意がある。状況を反対に大きく変更するならば、銀行は、会社の発展に基づくどのような債務不履行をも放棄しないし、躊躇もしない。・・・・銀行は、彼らに注意を促す出来事である彼らの地位について、まだ考慮している。」[76]

なお、銀行は融資の回収とＦＭＣの破産を招く債務不履行の宣告を行うことを望んではいなかったとの証言が行われている[77]。

詐欺に関する判旨は次のような内容である。

「詐欺は不実表示によって生じる。」[78]

「文字通り正しい表示(representation)は、本質的に誤った印象を創るならば、訴因となる。（中略）その手紙は、Farah氏がＣＥＯに選出された場合、債務不履行となるという印象を創りえた。」[79]

「貸手は誤った重要な表示を行った。その表示は、貸手が誤っていると知っており、Farah氏と他の取締役会の構成員によって信用され、行動された。」[80]

強迫に関して判旨は次のように述べる。

「強迫は、脅迫の当事者（threatening party）が、自らの経済的利益を増そうとして抑圧的に行動する時に、証拠立てられうる。」[81]

「経済的強迫（事業上の威圧）は、好ましくなく費用のかかる状況―　例えば、強迫に対する屈伏あるいは倒産への直面、資金調達利率に関する損失、あるいはベンチャーから得られる損失と利益―の中で犠牲を伴う選択を強制することによって証拠立てられうる。」[82]

「ＦＭＣに対する融資は貸手が、３月22日と23日に注意を与えたその時に、債務不履行状態にはなかったという証拠がある。」[83]

「かくて、脅迫に関して起訴できる請求の要素があったという証拠がある。」[84]

Farah氏の脅迫の主張を裁判所が認めたのは、債務者の意思を圧倒しようとして、誤りと知りつつ誤った表示、つまり、Farah氏がＣＥＯに就任した場合には債務不履行を宣言するという表示を手紙の中で行ったことによるものである。

不法行為的干渉に関して、判旨は次のように述べる。

「第三者との別の事業関係（business relations）についての干渉は、その干渉が悪意（malice）によって動機付けられ、誘われた当事者の有効な目的が役立たない場合にのみ、提訴できる。」[85]

「ＦＭＣは、命じられた立証責任の方法によらず、法的に充分な証拠によって干渉に関する一応の事例を証明した。」[86]

「ＦＭＣの事例に関する中心的なテーマは、貸手がＦＭＣ自身の事業関係に干渉し、権利を保全したという点である。貸手は、正当な法的権利を行使したり、正当と認められる事業上の利益を守るために行動するかもしれないけれども、彼らの行為は公正な行為（fair play）の基準に適合しない。当事者の個人的利益と社会の有用性を考えれば、貸手の利益を許すことから予想される損害は、貸手の利益を許すことから得られる社会の便益より明らかに重大である。」[87]

〔考察〕　判決文全体が非常に長く、３つの論点に関する裁判所の判断についても長文であるため、裁判所は結局何を根拠にFarah氏の主張を認めたのかを理解するのに非常に困難を伴う。それぞれの論点に関する裁判所の判断は、おおよそ次のようになる。詐欺については、銀行は債務不履行を宣言するつもりがないのに不実表示を行い、ＦＭＣにFarah氏をＣＥＯに選出すると債務不履行を宣言されると思わせたことである。強迫については、ＦＭＣが債務不履行状態にないのに、Farah氏がＣＥＯに選出された場合に債務不履行を宣言すると言って、ＦＭＣに犠牲的行為を強制したことである。不法行為的干渉については、銀行によるＦＭＣのＣＥＯの人事に対する干渉が、公正な行為の基準に合致しないと裁判所が判断したことである。

裁判所の判断には、銀行の顧問弁護士が作成した手紙が重要な判断材料となっているが、長々と書かれた判決文からみると、理由はそれだけではない。むしろ本件における問題は、経営者変更条項を前提とした、銀行のＦＭＣに対する対応にあるように思われる。裁判所は、

経営者変更条項の存在を前提としたとしても、銀行のとった行動が不法行為に当たると判断したのである。つまり、本件では銀行は、ＦＭＣが決定した役員人事の結果に対して賛否を表明するという受動的態度をとったのではなく、より積極的に役員人事に介入し、ＦＭＣに雇用される前に銀行が面談した経営コンサルタントや銀行取締役をＣＥＯにしている。銀行が他にも経営陣を送り込んでいることも事実の概要でみたとおりである。判決文には書かれていないものの、このような銀行の行為がＦＭＣの経営の自主性を奪い、結果的に銀行によるＦＭＣの「支配」状態が創出されたと裁判所は考えたのではないかと思われる。

経営者変更条項は、経営危機に陥った企業が資金調達する際に、支援と見返りに、銀行が相応しいと判断する人物以外が経営者となることを防止し、結果的に銀行が有能と判断した人物の下で企業の経営再建を図らせて、銀行債権の回収確実性を高めるという目的を持つことは明らかである[88]。つまり、経営者変更条項は、債権保全の効果を有する。しかし、契約に基づくとはいえ、このような条項を債務者が受け入れるのは、債務者の経営状態が健全でない場合にほぼ限定されると考えられるため、債権者が権限を行使するには充分な注意が必要であることを本判決の結論は示している。銀行からすれば、経営者変更条項による権限の行使と考えたであろう行動が、不法行為を構成することとされ、結果的に経営者変更条項の債権保全効果が否定されているからである。

銀行の行動に問題があったかもしれないが、それにしても、債権者にとって債権保全効を有する当事者間の約定の効力を実質的に否定し、銀行に高額の損害賠償を課すこのような判決が存在することは、銀行による経営危機企業の救済の大きな制約要因となることは明らかである。

３．不法行為責任の下での支配責任

不法行為を法的根拠とする支配責任に関する裁判例をみると、債権者による債務者に対する「支配」という概念は意識されていない。債権者の個々の行為が不法行為法上の詐欺や強迫、不法行為的干渉に該当すればよいのであって、それらの行為が「支配」であると認識されるのは、各行為の側面的観察の結果にすぎない。「支配」が訴訟原因ではないことの必然的結果である。ただし、支配責任の観点から各事例を眺めてみると、やはり債権者の債務者に対する「支配」が過度なものになればなるほど、不法行為責任が課される結果となっていることは明らかであろう。また、不法行為に関する訴訟原因の中でも、強迫の主張は認められにくいと言われている[89]。

第四節　小括

わが国では、経営危機に陥った企業を、銀行が「救済する」ということを認識しつつ救済するという行為が行われている。力の均衡した当事者どおしでは、共倒れの危険があるため、一方が他方を救済するということには、力の格差や地位の上下の存在が前提となる。そして、一方が他方を「救済する」という行為を営利行為の一貫として行う限り、「救済」と相手方に対する「支配」とは分かちがたく結びついていると考えられる。経営危機に陥った企業を救済することは、義務なき行為であるとはいえ、自己犠牲的行為ではない。救済する側に何からの形での利得がある。救済される側は、何らかの形で自らの意思を曲げて、救済する側の意向に添った行動をとらねばならない。自らの意思に従って経営した結果、経営危機に陥ったのだから、救済を受ける代わりにそれまでの経営を変えることが必要となる。救済する側の意向に従う程度が高まれば、救済する側の「支配」という状態が創出される。

ところが、アメリカでは銀行を含めた債権者が、経営危機に陥った債務者を「救済する」ということが事例の表面には現れてこない。債権者が銀行の場合であれば、あくまでも債権回収行動の一貫として問題が表面化してくるだけである。判例の検討から明らかなように、銀行は場合によっては経営危機に陥った企業に新規融資を実行している場合もあるが、それは「救済」を意図したものではない。アメリカでは銀行が取引先企業を「救済する」という概念自体が存在しないように思われる。

その根拠の一つとなるのが、本章で検討した債務者を支配したことに伴う債権者の責任の観点である。経営危機に陥った企業を支配したことに伴い、コモン・ローや制定法上の責任が課される可能性があるほか、債権を劣後的に処遇されるというリスクも存在する。このような支配に伴う責任の存在は、債権者に債務者に対する直接的な支配行動をとることを回避させるのに十分である[90]。

さらに、このことを具体的にみていくと、次のような点を指摘することができる。まず、アメリカ社会が徹底してarm‘s-lengthな取引を指向している点である。ここで改めて指摘するまでもなく、arm‘s-lengthはアメリカ社会における取引の原則である。ところが、経営危機に陥った企業を支援する、あるいは救済するという行為は、そもそも力の格差や地位の上下を前提として始めて成り立つ行為であり、このような行為がarm‘s-lengthの理想に反することは明白である。arm‘s-lengthの理想を社会として追求していけば、一方が他方を救済するという行為はそもそも成立しないのではないだろうか。

次は、アメリカという社会が、発生した被害に対して必ず責任を追及する社会である点である。被害を受けたと感じた側が、被害を受忍したままではいない社会なのである。受けた被害に対する損害賠償を法廷闘争によって勝ち取ることを目指す社会がアメリカなのである。被害を受けた側は、相手が銀行であろうと誰であろうと躊躇なく訴える。経営危機に陥った企業の経営に関与すること自体が、相手方の経営再建が奏功するしないにかかわらず、多くの訴訟のタネを自らまく行為にほかならないのである。

検討した裁判例の中には、債権者の責任を否定する事例もある。また、柏木教授によれば、アメリカにおけるレンダー・ライアビリティーの現状は、包括的環境対処責任法（ＣＥＲＣＬＡ）を中心とした制定法に基づくレンダー・ライアビリティーを除けば、沈静化していると分析されている[91]。では、そのような現状が、経営危機に陥った債務者の経営に関与し、経営再建を支援しようという債権者に対する動機付けとなるであろうか。答えは、やはり否定的に考えるべきであろう。債務者を支配したということと、そこから生じた損害について債権者に責任を課す裁判例が厳然と存在する以上、債権者としては、そのような行為に慎重にならざるを得ないであろう。また、銀行に極めて高額の損害賠償責任を課したFarah事件や、金融実務を大きく混乱させたDiprizio事件にみられるように、どのような判決が現れるか分からない国がアメリカという国である。

債権者が自己を防衛するには、多くの場合、経営危機に陥った企業と通常以上の関係を持たないという道を選択せざるを得ないのである[92]。

---

[1] 楠本くに代「米国レンダー・ライビリティ判例の特徴と最近の動向」長尾治助編『金融業者の法的責任　レンダー・ライアビリティ』（悠々社、1996） 30頁～31頁には、J.J.Norton, Lender Liability Law and Litigation, 1.4-7 (1993)を引用しつつ、代表的な判例の一つであるJenson v. Cargill, 309 N.W. 2d 285 (Minn. 1981) を紹介している。

[2] 一例として、Special Project Note, *Lender Liability: A Survey of Common-Law Theories*, 42 VAND. L.REV. 855. 862-67(1989).この文献では、信認義務違反の中に支配（control）を位置付ける。

[3] 柏木昇「アメリカのレンダー・ライアビリティと日本法への示唆(1)」ＮＢＬ 610号(1997) ９頁には、次のような記述がある。「レンダー・ライアビリティに共通する要素として貸手の借手に対する支配力に注目し、コントロール・ライアビリティということが論じられた（下線は引用者による。過去形が用いられている点が注目されよう。）ことがある。しかし、このコントロール・ライアビリティも独立の体系をもつ法理ではない。レンダー・ライアビリティに関する前記の個々の理論で支配が共通して要求されるとしても、その要件や程度は個々の理論で異なる。また、支配力は独自の訴訟原因（cause of action)ではない。したがって、レンダー・ライアビリティにおける貸手の支配力に目を付けてこれを統一的に論じる実益がない。」（注の引用は省略した。）

[4] 種々の法理論の集合体である点では、レンダー・ライアビリティーも同じである。
[5] Special Project Note, *supra* note 2,at 867は、「代理、道具理論と他の支配理論によって示された様々な基準は、より明確な指針（guidelines）を必要とすることを示している。危機に陥った債務者を援助する際に伴うリスクを測ることがあまりに難しいことに気付く貸手は、救済の手を差し延べることを全く拒否するかもしれない。この拒否は、債務者の再生(recover) の機会を奪うだけでなく、下位債権者が債権のより大きな部分を受け取る機会を減少させることにもなる。」と述べている。これは、支配責任に関する理論間の整合性をとる必要性を訴えるだけでなく、アメリカ社会においても、貸手に対するレンダー・ライアビリティーを厳しく問うことが、結果的に経営危機企業の救済に対する債権者の消極的態度を招き、ひいては債権者全体の利益にもつながらない場合のあることを意味していると言えよう。
[6] ほとんど独占的に物品の供給やサービスの提供が行われている企業による支配の場合には、このような問題解決は困難であるが、そのような場合はまれであろう。
[7] このことは、楠本くに代「米国レンダー・ライビリティ判例の特徴と最近の動向」長尾治助編『金融業者の法的責任　レンダー・ライアビリティ』（悠々社、1996）　26頁～45頁、柏木昇「アメリカのレンダー・ライアビリティと日本法への示唆(1)～(８・完)」ＮＢＬ　610号６頁～12頁、614号27頁～33頁、616号45頁～51頁、631号（以上1997）27頁～32頁、633号52頁～56頁、637号47頁～52頁、638号45頁～50頁、640号（以上1998）60頁～67頁をみれば明らかである。また、柏木・前掲「アメリカのレンダー・ライアビリティと日本法への示唆(7)」ＮＢＬ638号(1998)46頁～47頁は、このことを明確に指摘している。
　私見は、アメリカのレンダー・ライアビリティーに関する研究は、企業向け金融の領域における比較法研究として有効なのであって、アメリカにおいて、銀行がレンダー・ライアビリティーと総称される責任を追及されていることをもって、わが国において、消費者向け金融の場でも、同様に銀行が責任を負うべきであるということには決してならないと考えている。アメリカのレンダー・ライアビリティーに関する研究は、本稿がテーマとする金融機関の企業向け金融においてこそ有効であると考えられる。
[8] 私見は、「支配責任」という概念をわが国において新たに創設し、そのことをとおして、企業向け金融における金融機関の責任論を声高に展開しようとするものではない。本章のタイトルを「「支配」に伴う責任」とした理由もそこにある。ここでの主たる関心は、アメリカにおいて他者を支配するということがどのように考えられており、支配の結果、損害が発生した場合に、支配した者がどのような責任を負うのかというところにある。ただ、このような支配に伴う責任を、「支配責任（control liability)」と総称した方が便利であるため、この言葉を用いる。
[9] William H. Lawrence, *Lender Control Liability: An Analytical Model Illustrated with Applications to the Relational Theory of Secured Financing*, 62 S. CAL. L. REV. 1387, 1391 (1989).　具体的には、Securities Act of 1933, 15 U.S.C. §77a-77aa(1982)、Securities Exchange Act of 1934,15 U.S.C. §78a-78kk(1982)、Public Utility Holding Company Act of 1935,15 U.S.C. §79-79z-6(1970)、Trust Indenture Act of 1939, 15 U.S.C. §77aaa-77bbb(1970) 、Investment Company Act of 1940, 15 U.S.C. §80a-1 －80a-52(1970)。　たとえば、15 U.S.C. §80a-1-80a-52 (1970) Section 2 (a)(9) は、支配を「会社の政策や経営に対して支配的な影響を行使する権限」と定義している。
[10] *Id.* at 1391-92.
[11] Note, *Equitable Subordination and Analogous Theories of Lender Liability: Toward a New Model of 'Control'*, 65 TEX.L.REV.801, 820 (1987).
[12] Jeffery John Hass, *Insight into Lender Liability: An Argument for Treating Controlling Creditors as Controlling Shareholders*, U. PA. L. REV.1321,

1331(1987).
[13] Margaret Hambrecht Douglas-Hamilton, *Creditor Liabilities Resulting from Improper Interference with the Management of a Financially Troubled Debtor*, 31 BUS. LAW. 343, 343-45(1975).
[14] *Id.* at 344.
[15] Special Project Note, *supra* note 2, at 865.
[16] Richard T. Nassberg, *Loan Documentation: Basic But Crucial*, 36 BUS. LAW. 843, 850(1981).
[17] *Id.*
[18] *Id.*
[19] *Id.*
[20] Hass, supra note 12, at 1328.
[21] *Id.*
[22] Douglas-Hamilton, *supra* note 13, at 345.
[23] *Id.* at 343. *See also*, Hass, *supra* note 12, at 1330-31.
[24] Hass, *supra* note 12 は、これら３つの理論を「債権者の債務者との過度のかかわり(Excessive Involvement of a Creditor with Its Debtor)」と名付けられた節の中で検討している。*Id.* at 1339-1345.
[25] Id. at 1339-40.
[26] 例えば、 Securities and Exchange Act of 1934のSection20 (15 U.S.C.§77t(1982)は、次のように規定している。
「(a)連帯あるいは各自の責任; 誠実な弁護(defense)　　直接であると間接であるとを問わず、この章、あるいはそれに従った規則や規定の条項の下で有責である人を支配する者もまた、支配する者が誠実に行動したかどうか、直接または間接にその行動、あるいは違反や訴訟の原因を構成する行動を生じさせたかどうかにかかわらず、そのように支配された者が有責である者に対して、そのように支配された者とともに、かつ同じ範囲で、連帯して、またそれぞれに有責である。」
ほかに、証券取引法上、支配責任が問われる可能性のある条文として、Securities Act of 1933のSection 15 (15 U.S.C.§77o(1982).) 参照。
[27] *See*, 26 I.R.C.§6672 (1954).
[28] 連邦破産法547条(b)項は次のように規定している。
本条(c)項に定める場合を除き、管財人は、債務者の次の財産上の権利の移転を否認することができる。
(1) 債権者に対し、またはその利益のためになされたものであるとき。
(2) その移転がなされる以前から債務者が負担していた債務のためになされたとき。
(3) その移転が債務者が債務超過となっている間になされたものであるとき。
(4) (A) 申立書提出日の前90日以内になされたか、または、
(4) (B) その移転を受けた債権者が、移転を受けた当時に内部者 (insider)であった場合には、申立書提出日の90日以上前であって１年以内になされたものであるとき。
(5) その債務者が次の場合に受領し得るであろう以上のものを取得することを可能とするものであったとき。
(A) 手続が本法第７章の手続によるものであったとして、
(B) もし、その移転がなされなかったならば、
(C) その債権者が本法の規定により、その債務の弁済として、受領したであろう配当額。　　(訳文は、高木新二郎『アメリカ連邦倒産法』(商事法務研究会、1996)による。以下も同様である。))。

この規定の主旨は、内部債権者は、権利の移転を受けた時、債務者が債務超過(insolvent)状態にあることを知っていると考えるのが合理的であることによるものである(K. Thor Lundgren, *Liability of a Creditor in a Control Relationship with its Debtor*, 67 MARQ.L.REV.523,at 552-553(1984). Notes, The *Term Insider Within Section 547(b)(4)(B) of the Bankruptcy Code*, 57 NOTRE DAME L. REV. 726,734(1982).)。

[29] *See*,11 U.S.C. §101 (31)(B)(iii).

[30] なお、連邦破産法547条(b)(4)(B) をめぐっては、有名なDiprizio事件 (Levit v. Ingersoll Rand Fin. Corp., 847 F. 2d 1186 (7th Cir. 1989).) がある。事件の概要は次のとおりである(事案の概要については、高木新二郎・前掲注28　147頁～148頁を参考とした。)。

債務者会社は破産申立前90日以上１年以内の期間内に、その代表者が保証人となっている租税債務を納付した。条文上は偏頗行為とならないが、管財人は、その弁済によって内部者であり求償権者でもある保証人たる代表者が利益を得たので、なお偏頗行為としてその納付が否認の対象となると主張した。第７巡回区裁判所は、管財人の請求を認容した。この結論は、連邦破産法550条(a)項(1)号を根拠とするものである。

Diprizio事件の理論を銀行債権に適用すれば、代表者の個人保証付きで融資を行っている銀行が、債務者会社の破産開始90日から１年以内に既存債務の弁済を受けた場合、当該の弁済は否認の対象となるということになる。この判決を受けて、銀行では、保証契約書を改定し、保証人は主たる債務者に対して求償権を有しないとの条項を挿入したとされる (高木・前掲注28 148頁。)。債務者を支配したわけではないにもかかわらず、破産開始前１年にさかのぼって内部者を保証人としている会社からの弁済金の受領が偏頗行為となるとされたのでは、金融機関からすれば保全を強化するつもりで保証人をとったにもかかわらず、保全の強化にならないばかりか、破産開始前１年間に受領した弁済金全額を吐き出さねばならないこととなるため、実務が相当混乱したことは想像にかたくない(高木・前掲注28　18頁は、本判決を「悪名高いディプリッツォ判決」という。)。１年以内に倒産しないということが明らかではない限り、弁済金を受領してはならないと裁判所から言われているに等しいことになるからである。金融機関全体への深刻な影響も懸念された (判決後、金融機関の対応策を含めて、この問題を扱う文献として、David I. Katzen, *Deprizio and Bankruptcy Code Section 550: Extended Preference Exposure Via Insider Guarantees, and Other Perils of Initial Transferee Liability*, 45 BUS. LAW. 511 (1990).)。この混乱は、1994年の連邦破産法の改正に際して、550条に(C)項を挿入し、破産開始前90日から１年以内の間の移転について、内部者を利する偏頗行為であることを理由に否認された場合には、内部者でない相手方に対しては、その移転された財貨の返還を求めることができないとすることによって、立法的解決が図られた。550条(C)項の条文は次のとおりである。

(c)移転が申立書提出日前90日と１年の間になされた場合であって、次に該当するときは、管財人は、内部者ではない移転の相手方に対しては、(a)項に基づく取戻しを請求することができない。

(1) 本法第547条(b)項によって否認され、かつ

(2)その移転がなされた当時内部者であった債権者の利益のためになされたものである場合。

[31] Chicago Mill & Lumber Co. v. Boatmen's Bank, 234 F. 41 (8th Cir. 1916).

[32] *Id.* at 45.

[33] *Id.* at 45-46.
[34] *Id.* at 46.
[35] Krivo Industrial Sup. co. v. National Distill. & Chem. Corp., 483 F. 2d 1098 (5th Cir. 1973).
[36] 判決には、その後のヒューズの政府への納入契約実績が触れられていない。政府からの回収条件にもよるものの、仕入代金が未払のまま滞るということは、出血受注をしない限りありえないことであり、Brad's社のかなりの資金が本業以外に流出していたことが窺える。
[37] 政府への資材の納入や工事の受注には、一定の財務内容を有する企業に入札資格が与えられるということは、わが国にもみられる。例えば、公共工事の受注では、赤字の建設業者は受注できない。これは、責任ある契約の履行を、受注企業の財務面から担保することを目的とするものと考えられる。
[38] *National Distill.*, 483 F. 2d at 1102.
[39] *Id.* at 1103.
[40] *Id.* at 1104.
[41] *Id.* at 1105.
[42] *Id.* at 1106.
[43] *Id.*
[44] *Id.* at 1114.
[45] 生産設備を整理縮小して、それで負債を削減することが債権者にとっては利益となる場合が多いが、債務者の側からみれば、そのような行為は企業活動自体を縮小均衡に向かわせ、市場での優位性を致命的に喪失してしまうという場合もある。
[46] 上の例では、生産設備の売却代金で、全ての負債を返済することが困難な場合に、どの負債を返済するかという点で、債権者間の利害は激しく対立する。
[47] タマール・フランケル＝樋口範雄「信託モデルと契約モデル―　アメリカ法と日本法」法学協会雑誌115巻２号(1998)６頁～７頁〔樋口〕は、受託者の忠実義務に関する判例であるMagruder v. Drury, 235 U.S. 106 (1914)の判旨を引用して、「受託者と信託財産との関係が問題であり、利益相反の立場に身をおくこと自体がゆるされない。」としている。
[48] Hass, *supra* note 12, at 1344.
[49] *National Distill.*, 483 F. 2d at 1105.
[50] Hass, *supra* note 12, at 1344.
[51] Lundgren, *supra* note 28,at 533.
[52] *In re* Prima Co.,98 F.2d 952 (7th Cir., 1938), *cert. denied* 305 U.S. 658 (1939).
[53] *Id.* 98 F.2d at 964.
[54] *Id.*
[55] *Id.* at 965.
[56] *Id.*
[57] *Id.* at 966.
[58] *Id.* at 964.
[59] A. Gay Jenson Farms Co. v. Cargill, Inc., 309 N.W.2d 285 (Minn.1981).
[60] Cargill社はその取引銀行からWarren社に対する貸付資金を調達していたものと考えられる。
[61] *Cargill*,309 N.W.2d at 290.
[62] *Id.* at 291.
[63] *Id.*
[64] *Id.*
[65] *Id.*

[66] DeNatale & Abram, *The Doctrine of Equitable Subordination as Applied to Nonmanagement Creditors*, 40 BUS.LAW. 417, 442(1985).
[67] RESTATEMENT (SECOND) OF AGENCY§14 0 (1958) .
[68] 14条0項のコメントaは、「明記された量を超える仕入や販売を防止することによって、債務者の営業活動に対する拒否権を行使するにすぎない株式保有者は、それによって本人となることはない。しかし、もし彼が自ら、あるいは代理人をとおして債務者の経営を握った（take over）り、どのような契約が履行され、あるいは履行されないかを指示したならば、彼は本人となり、彼の代理人となる債務者による事業の通常の方法から生じた債務に対して、本人として有責となる。債権者が本人となるポイントは、彼の債務者との間の公の契約用語がどうであれ、彼の債務者の行為に対する事実上の（de facto）支配を及ぼした時点である。」(RESTATEMENT (SECOND) OF AGENCY §14 0 comt. a (1958).)としている。
[69] Lundgren, *supra* note 28,at 538は、「道具理論は、被害を被った当事者に救済を与えることに、あまりに限定的であるかもしれない。」とする。
[70] Special Project Note, *supra* note 2, at 864.
[71] Melamed v. Lake Country National Bank,727 F. 2d 1399(6th Cir. 1984).
[72] *Id.* at 1402.
[73] *Id.* at 1403.
[74] *Id.* at 1403-04.
[75] State National Bank v. Farah Manufacturing Co.,678 S.W.2d 661 (Tex.App.8 Dist. 1984).
　この事件については、柏木昇「アメリカのレンダー・ライアビリティと日本法への示唆(3)」ＮＢＬ 616号(1997)49頁～51頁に、事実関係を含めて詳細な検討が加えられている。ほかにこの事件を紹介した文献として、楠本くに代『金融機関の貸手責任と消費者保護』(東京経済新報社、1995)46頁～48頁、楠本くに代「米国レンダー・ライアビリティ判例の特徴と最近の動向」長尾治助編『レンダー・ライアビリティ―　金融業者の法的責任』(悠々社、1996) 33頁～34頁参照。
[76] *Farah*, 678 S.W.2d at 672.
[77] *Id.*
[78] *Id.* at 680.
[79] *Id.* at 681.
[80] *Id.*
[81] *Id.* at 685.
[82] *Id.* at 686.
[83] *Id.*
[84] *Id.*
[85] *Id.* at 688.
[86] *Id.* at 690.
[87] *Id.*
[88] Fishelは、「借主の行動の事由を制約する契約メカニズム(bonding mechanisms) は、どのような意味のある感覚においても、借主にとって「不公正(unfair)」ではないということを理解することが重要である。」という (Danniel Fischel, *The Economics of Lender Liability*,99 YALE L.REV. 131, 136(1989).)。このような契約条項を用いることにより、借主にとっても、より大きな金融を得ることが可能となるからである。Fishelは、「Farah事件の裁判所は、経営者変更条項の目的を理解していない。」と言っている(*Id.* at 145.) 。
[89] Hass, *supra* note 12,at 1333.

[90] Robert E. Scott, *A Relational Theory of Secured Financing*, 86 COLUM.L.REV. 901,935(1986).
[91] 柏木・前掲注7　ＮＢＬ619号(1997)９頁。
[92] 柏木・前掲注7　ＮＢＬ640号(1998)66頁は、銀行に対するレンダー・ライアビリティーの帰責事由を、①過度に過酷な貸手の権利行使、②借手に対する過度の支配、③借手からの過度の信頼、④融資契約上の銀行の権利義務を外れたり、未確定の融資や猶予を口頭または書面でコミットすること、の4点に要約する。さらに、銀行が責任を負わないようにするためには、融資関係を契約関係的なものとすることを避け、できるだけ独立取引（discreet contract）にとどめる努力が効果的であるとする。しかし、このような銀行と取引先との関係が、「望ましい借手貸手の関係を築いていくものか、慎重に検討する必要があろう。」と指摘している。
　金丸光明「対米不動産投資向け与信に対する回収交渉の留意点　「不当な経営介入」との指摘を回避するために」金融財政事情1994.6.13号19頁は、アメリカでの債権回収上の留意点として次の4点を指摘する。
　①再建交渉を始める前に取引先の実態把握を徹底して行い、銀行の対応方針を固める。
　②再建策は経営陣に自ら作成してもらう。銀行の助言は問題点の指摘を中心とする。
　③再建策は書面の形で提示してもらう。
　④プロジェクトへの対応策は資産処分の時期・方法が中心となる。
　とくに、②の再建案の作成に関しては、銀行が主導権をとらずに行うことを強調する。銀行が主導して再建策を作成し、支援を約束したにもかかわらず再建を放棄した場合、最終的に事情変更が認められたとしても、債務者側に銀行の契約違反の主張の根拠を与えることとなること、銀行主導で再建策を作成しても、取引先の納得が得られなければ再建に成功する可能性は低く、再建に失敗した場合に経営への過剰介入を理由に貸手責任訴訟が成立することに留意すべきとする（同20頁）。

第六章　アメリカにおける銀行による経営危機企業の救済

第一節　第三部のまとめ

第三部においてアメリカの状況を検討した本論文の結論は次のようになる。アメリカにおいては、日本のメインバンクが相手方を救済するということを明確に意識して経営危機に陥った企業を救済するように、経営危機に陥った企業を救済するということは行われていない。ただし、銀行の融資が、結果的に経営危機に陥った企業を救済する効果を持つという場合はある。このことは、アメリカにおいて、わが国の「救済融資」に相当する用語が存在しないことからも裏付けられる[1]。また、倒産という事態が、わが国のように何がなんでも回避しなければならないことであるとは受け止められてはいないため、経営危機に陥った企業の側からみても、倒産を回避するために救済融資を受けることの必要性の程度がわが国とは格段に低いのではないかとも考えられる。

経営危機企業の救済と、救済に乗り出す者による支配とは、分かちがたく結びついていると考えるべきである。営利を前提とする経済社会にあっては、自己犠牲的救済は本来ありえない。救済する側にとって、救済によって得られる何らかのメリットがあるからこそ、救済に乗り出すのである。そのメリットを確実にする方法が、相手方に対する支配ということになるものとも考えられる。また、支配が先行し、その結果として救済に乗り出すという構図もあり得よう。ところが、アメリカには、金融機関が企業を支配するということが行われにくい経済システムが構築されている。

第三部の総括として、アメリカにおいて経営危機に陥った企業を銀行が「救済する」ということが行われない理由については、経済的・社会的側面と法的側面にわけて、以下のようにまとめることができる[2]。

まず、経済的・社会的側面から、次の３つの観点を抽出できる。

第一の観点は、銀行制度である。そもそも、一方が他方を「救済する」ということは、救済する側が救済される側に対して優位な地位を占めているということが前提条件として必要である。そこには、両者の力の格差がなければならない。両者に力の格差がなければ、共倒れになるからである。また、救済を確実に成功させるためには、両者の力の差は大きければ大きいほどよい。つまり、経営危機に陥った企業を銀行が救済するという行為を成立させるには、銀行は巨大であればあるほど望ましい。より有効な手段を講じることが可能である

し、仮に救済に失敗しても、発生した損失を銀行内部で十分に吸収できるからである。

ところが、アメリカには、力の格差を嫌悪する風潮が極めて強く存在することは、独占禁止法を世界で始めて実現させた国であることからも明らかである。アメリカにおける銀行は、巨大化を阻止するための各種の施策を講じられた結果、例えて言えば、手足を縛られた状態での事業活動を余儀なくされてきた。連邦主義と反連邦主義のせめぎ合いの中で反連邦主義的色彩の強い銀行制度が維持されてきたのは、銀行の巨大化と銀行による産業支配に対する大衆の恐怖感が背景にあった。このような銀行政策の結果、アメリカにおける銀行の規模は、世界に冠たる巨大企業を擁する他産業との比較において、相対的に小さなものに止まった[3]。小が大を救済するということは、そもそも不可能なのである。

第二の観点は、企業の資金調達構造、さらにはステーク・ホルダーの構成である。銀行への資本集中と巨大化を抑制する代わりに、アメリカで発達したのが資本市場である。企業は資本市場から広く資本を集め、事業活動を展開してきた。事業活動に伴うリスクも、当然ながら一般投資家が広く負担するシステムが構築されてきた。事業活動に伴う資金も、事業の失敗に伴うリスクも、社会全体で広く分散して負担するというシステムである。企業が、一般投資家からの投資を得るために企業内容のディスクローズに早くから取り組んだのは当然である。不特定多数の投資家から資金を調達するには、企業内容をできる限り開示して投資家の投資判断を促すとともに、企業経営においては、投資家の投資に見合う高い収益を維持する必要性が生じることも当然である。

では、企業業績が悪化した場合には、どのような事態が生じるか。業績の悪化した企業に追加して資本を投資しようという既存の株主は、少数に止まろう。株主構成が小口に分散していればいるほど、株主からの出資に期待することはできなくなる。次は、銀行である。銀行が主要な債権者であれば、銀行を説得して追加的な融資を受けるということになる。銀行にとっても、その時の債権全額が貸倒となるよりも、追加的な支援を実施して企業の再建が奏功するならば、債権の健全化が実現できるため、追加的に融資を実行するインセンティブが働く。しかし、当該企業の銀行借入が、総資本に対して比較的小さい割合に止まり、しかも小口に分散しているならば、銀行に多くを期待することはできなくなる。当該企業の経営状態にもよるが、銀行にとってみれば、追加してリスクを負担するよりも、その時の債権で損失を確定した方が得策と判断できるし、小口に分散している取引銀行中の特定の銀行が、進んでリスクの多くを負担することにも限界がある[4]。

最後に支援を期待できるのは、当該企業の仕入先や販売先である。仕入先は、経営危機に

陥った企業にとっては債権者に当たるため、債権を回収する必要性や、場合によっては仕入先にとっての主要な販売先を確保するという必要性があることもあり、支援に応じるインセンティブが働く場合がある。しかし、仕入先が小口に分散していたり、仕入先と経営危機に陥った企業との企業格差が小さい場合や、仕入先からみた場合の経営危機に陥った企業に対する販売割合が小さい場合には、支援に乗り出すインセンティブは働かない。当該企業の販売先はどうか。販売先からみた場合には、経営危機に陥った企業は仕入先に当たる。また、販売先は、経営危機に陥った企業に対して債務を負っているのであって、多くの場合、債務を弁済してしまえば、それで両者の関係は終了する。販売先にとって支援に乗り出すインセンティブが働くのは、経営危機に陥った企業以外に、容易に仕入先を見つけることができない場合にほぼ限られる。つまり、経営危機に陥った企業の独占が進んだ市場においてしか販売先からの支援を受けることは期待しにくい。

このようにみてくると、アメリカでは、経営危機に陥った企業の救済に乗り出すことに積極的なステーク・ホルダーは極めて限定された存在であることになる。それは、企業に対する出資者や債権者が小口に分散していることに構造的な原因がある。そこで、経営危機に陥った企業にとっては、ステーク・ホルダーからの支援が得られない場合、資産と負債を比較して、資産が負債を上回る状態にあれば、新たな投資家に企業を買い取ってもらい、新たな投資家の下で再建に取り組むという方法が最後の選択肢となる。

第三の観点は、アメリカ社会に系列やグループ化のみられない点である[5]。グループ化がみられる企業システムの下では、グループの全体がうまく機能して初めて物の生産やサービスの提供が滞りなく行われる。トヨタのカンバン方式が典型例である。組織内の企業が破綻すると、全体のシステムが機能不全に陥ることにもなりかねないため、仮にグループ内の企業が経営危機に陥ったとしても、グループのリーダー格の企業が当該の企業に対する救済に乗り出すということが行われる。アメリカには、周知のようにわが国にみられるような企業のグループ化はみられないのであるから、経営危機に陥った企業が、仕入・販売先から支援を仰ぐということは、あまり期待できないという結論になるものと思われる。お互いがお互いを支え合うというシステムは、アメリカには存在しないのである[6]。

次に、法的側面から、以下の５つの観点を抽出することができる。

第一の観点は、破綻した企業にとって有利とも言える倒産法制の存在である。アメリカ社会は自由競争の理想を徹底して実現した国である。競争を促進すれば、敗者の生じることも当然である。また、経営危機に陥った企業を救済するスポンサーをステーク・ホルダーの中

から見つけにくい企業システムが構築されていることからみても、倒産法制を整備し、経営危機に陥った企業が自らの事業活動に幕を引くことが容易に行われるシステムが選択されたのは、徹底した自由競争の必然的結果とも言える。自らが申立てを行うには、insolvencyの立証を要しない。つまり、企業は自らの意思のみによって倒産という道を選択できるのである。取引停止処分制度という、わが国において企業倒産と密接に結びついた、倒産に極めて厳しいペナルティーを課す制度も存在しない。問題を先送りして損失を拡大させることなく、問題をいち早く解決し、債務者に再生の可能性を提供するというシステムであると考えられる。企業は、経営危機に陥った場合、倒産を回避するために、いたずらに他者に支援を要請する必要はなく、連邦破産法11章の手続を選択し、企業の再建を自らの手で図ればよいということである。

第二の観点は、信認法理の下で、受認者とされた者の行動が厳しく吟味されることである。どのような者が受認者であるかは、裁判所による事例ごとの判断によって決まる。経営危機に陥った企業を救済するという行為には、実に数多くの具体的行為が含まれる。再建に向けた各種のアドバイスをする、必要な資金を融資する、新たな販売先や仕入先を斡旋する、資産の売却先を斡旋する、さらに大きく踏み込んで、相手方に資金を供給するために、製品やサービス、さらには相手方の資産を直接購入する、相手方に適切な人材を斡旋したり直接人材を派遣する、といった行為がその例である。このような行為が積み重なれば、受認者とされる可能性も高まる。そして、経営危機に陥った企業を救済するという行為は、そもそも自らの利益を図りつつ、経営危機企業の利益を図るという、受認者が厳しく禁じられた利益相反の渦中に身を投じるに等しい行為でもある。自らの利益を無視し、もっぱら相手方の企業の利益のために行動すれば、利益相反状態は解消できるが、自らの利益を犠牲にするようなことがあった場合には、自らの株主から責任を追及されることにもなる。利益相反を避けつつ救済を奏功させるということは、それ自体が非常に困難な行為である。受認者の行動が厳しく吟味される社会にあっては、経営危機に陥った企業を救済するという、あえて火中の栗を拾うような行為には、消極的にならざるを得ないであろう。

第三の観点は、エクイティーを思想的背景とする衡平的劣後という制度の存在である[7]。企業が倒産した場合、倒産に関与した者の債権は、債権の順位にかかわらず、まず確実に劣後的に処遇されることになる。倒産に関与したことに伴う責任を厳格に問うシステムが構築されているのがアメリカという社会である。銀行が倒産に関与しても、法的な責任を負うことのないわが国とは全く異なる。経営危機に陥った企業を救済しようとすれば、高い順位で

担保権を設定していたとしても、常に、回収不能の生じることを覚悟しなければならない。債権の順位を順位どおりに確保したければ、経営危機に陥った企業とは、通常の商取引以上の関係を持たないという以外に方法はない。

第四の観点は、企業を支配したことに伴う責任が厳しく問われることである。この責任は、経営危機に陥った企業の再建が奏功する、しないにかかわらず問われる可能性がある。企業の救済が、力の格差を前提として成り立つ以上、救済の過程で、救済する側が救済される側を支配したと呼べる状況が創出されることは、ある意味で止むを得ない側面がある。経営危機に陥った企業の側からみても、一切の支配を望まないというなら、倒産の道を選ぶほかないということになる。

第五は、アメリカが訴訟社会であることである[8]。これは、第二から第四の観点とも重なりあう問題である。多民族社会であるアメリカでは、同質的な社会であるわが国とは違って、自分以外の人が自分と同じ価値観や考え方を持っているということはそもそも期待できない。当事者どおしの話し合いで問題を解決しようにも、価値観や考え方が違えば、話し合いがまとまる可能性は少ない。裁判が当事者の話し合いに代わる日常的な問題解決手段となったとしても不思議ではない。書かれた法に従って物事を決め、書かれた法に従って問題解決を図ることが、話し合いを続けるよりも効率的な社会なのである。経営危機に陥った企業を救済するということは、相手方の経営にある程度関与することにほかならない。経営危機企業の救済に失敗した場合、損害を受けたといって訴える人は、倒産企業の管財人だけではない。ありとあらゆるステーク・ホルダーから訴訟を提起されることを覚悟しなければならない。金融機関が救済に乗り出して失敗したとなれば、債権の回収が十分にできなかった人は、金融機関をディープ・ポケットと考えるかもしれない。経営再建に失敗した場合の、非常に多数の訴訟を処理する覚悟がなければ、救済に乗り出すことはできない。多数の訴訟を処理するには、多くのコストや時間がかかるのもまた当然である。

第二節　わが国への示唆

アメリカで、銀行が経営危機に陥った企業を救済するということが行われにくい理由を以上のように考えるならば、わが国の状況は次のようにまとめることができる。

わが国では、銀行に資本を集中させ、銀行が基幹産業や大企業に優先的に資金を配分するという銀行を中心とする企業金融システムを発展させた。そして、企業の事業活動に伴うリ

スクも銀行が集中して負担してきたのである。メインバンクによる経営危機企業に対する救済融資の実行は、銀行、とくにメインバンクによって企業活動に伴うリスクが集中的に負担された結果であるとも言える。救済融資がなければ、倒産によって多くのステークホルダーがリスクを分散して負担しなければならないが、これらの者に代わって銀行、とくにメインバンクがリスクを負担する行為が救済融資であると考えられる。

また、銀行、とくにメインバンクは、株主以上に企業に対する主要な資金供給者としての地位を占め、企業に対する資金供給を通じて企業活動を監視してきた。一方、政府は銀行を強い監視下に置くことによって産業全体を間接的に監視してきた。このような意味で、大蔵省、日本銀行は日本のコーポレート・ガバナンスシステムの頂点に立つ存在であったと言われている[9]。

企業の資金調達は、銀行借入に対する依存度が高いため、銀行は企業業績の良否にかかわらず、企業に対して資金供給を続けるということが行われた。とくに、高度経済成長期においては、特殊な要因によって少々企業業績が悪化していても、金融を継続すれば、市場拡大効果によって業績の回復を図ることが可能であるという見込みも充分に成立した。経営危機企業に対するメインバンクの救済は、この究極の姿である。

わが国では、救済を受ける以上、救済される側が救済する側の意向に沿った行動をとるのは当然と考える風潮もある。救済に当たる銀行は文字どおり救済に全力を尽くすのであって、救済に際して銀行が救済される側の利益を犠牲にして利得するということは絶対にないと思われている[10]。救済された側が救済した銀行を訴えるなどという行為は、恩知らずな行為と考えられよう[11]。

つまり、わが国では、銀行に対する社会からの高い信頼と間接金融優位の金融構造を背景に、銀行が企業活動に伴うリスクを集中して負担するシステムが選択され、経営危機に陥った企業に対する銀行による救済が行われてきたものと考えられる。以上の比較から、両国の金融システムは、全く異なる思想に立脚して設計されていると言える。

では、経営危機企業の救済に関するアメリカ法研究の結果から、わが国に得られる示唆は何か。これは、金融の自由化が急速に進む中で、間接金融を中心とする金融構造を維持することには限界があり、直接金融市場の一層の活性化による企業の資金調達ルートの多様化が強く求められるということに尽きよう。銀行が企業活動に伴うリスクを集中的に負担する金融システムは、金融自由化の下では、早晩限界がくるものと予想される[12]。問題は直接金融と間接金融とのバランスにある。いくら金融自由化を進めたところで、わが国は数年のうち

に、アメリカと同様に直接金融中心の金融構造に移行するとは思われない。業績の悪化した企業に対しても、なお資金の供給が可能であるという間接金融の長所を活かした上で、直接金融の市場を育成することが肝要であろう。

直接金融市場の育成のためには、企業活動に伴うリスクの発生とその負担は避けられないということを国民が幅広く認識する必要がある。リスクというものから遮断された銀行預金に慣れきった国民の意識改革が強く求められる。

法律的な側面からはどうか。この点も、アメリカ法から学ぶべき点は実に多い。なによりもわが国において、銀行と取引先との関係を、より対等なものとしていく必要がある。

わが国では銀行がリスクを集中して負担する存在であったため、銀行の利益は手厚く保護されてきた。わが国には、倒産処理の過程で経営再建に関与した銀行の責任を厳しく追及した事例は皆無に近いし、銀行の相殺権を最大限に擁護する判例理論の存在することからも銀行の利益が手厚く擁護されてきたことを理解することは容易である。銀行の利益を擁護することは、間接的に預金者の利益を保護することにも結びついてきたのである。しかし、銀行経営の失敗による銀行の経営破綻が現実化するに及んで、銀行の利益を擁護することは、無軌道な経営を行ってきた銀行経営者のモラル・ハザードを容認することにもつながりかねなくなってきている。銀行の無軌道な経営が社会的に許されなくなっている以上、法的側面からも、預金者にもリスクの認識が強く求められるのである。

アメリカ法における銀行と顧客との関係、衡平的劣後、支配責任の考え方は、いずれも銀行と取引先との関係が基本的に対等であることを前提とした考え方である。信認関係についてみると、本来対等であるべきはずの銀行と取引先との間に信認関係がみられれば、銀行の行動は厳しく吟味されるのである。衡平的劣後についてみると、倒産の過程で倒産に関与し、不衡平な行為をして利得した者の責任が厳しく追及されるのであり、責任追及の対象としては、銀行とて決して例外的存在ではない。支配責任についてみると、当事者の関係の対等性を否定するものとして、支配そのものが強く嫌悪される。支配した者の行動は厳しく吟味されるのである。

このようなアメリカ法の考え方は、わが国において間接金融に対する依存度が低くなる過程で、銀行と取引先との対等性が真に確立されていくことを検証しつつ、段階的に導入されるべきであろう。第三部で検討したアメリカ法の考え方の全てを急にわが国に導入したとするならば、銀行は経営危機企業の救済を止めてしまうことが懸念される。銀行に対する国民の高い信頼を背景として、銀行を社会の中の特別な存在として扱い、銀行を厳しい法的責任

の追及の外に置いてきたのがわが国である。このことが、経営危機に陥った企業を銀行が救済するという行為の制度的裏付けともなってきたのである。アメリカ法の考え方は、法制度としてみた場合に、わが国における制度に比して明解であるとともに合理的である。倒産に関与した者の責任を明確にするという目的を達成することに着目したならば、当事者の地位の対等性の如何を問わず債権の劣後的処遇の形で責任を追及するとした方が明解であり、合理的である。

しかし、明解で合理的な制度であっても、歴史や伝統、さらには経済システムも大きく異なるわが国にそのまま導入したとしても、母法の国におけると同様の明解で合理的な結果が社会全体として実現できるかとなると疑問がある。関連する制度の改革を進め、新しい考え方を受けいれられる素地を作った上でなければ、母法が発揮したと同様の効果が得られないと考えられるからである。

アメリカ法の考え方を導入する前に、少なくとも、銀行が企業の死命を制する権限を持つことを意味する取引停止処分制度を廃止するとともに、現行の倒産法制を改革して制度の上でも国民の意識の上でも倒産企業の再生が図られやすいシステムを構築する必要がある。取引停止処分制度と現行の倒産法制は、企業を銀行の金融に制度的に依存しなければならなくさせている大きな要因であると考えられるからである。このような改革を経ることなくアメリカ法の考え方を導入すれば、倒産に関する法的責任の追及を恐れた銀行が、経営危機企業の救済に消極的になる結果、経営危機に陥った企業の多くは銀行から資金を調達できずに破綻を余儀なくされる事態が予想される。いまだ間接金融優位の金融構造にあるわが国で、そのようなことになれば、経済的な混乱は著しいものとなることが懸念される[13]。

---

[1] 日本語から直訳すれば、「rescue finance」あるいは、「relief finance」ということにでもなろうが、このような言葉は用いられない。「new money 」という言葉が、わが国における「救済融資」に近い意味で使われることがあるようである。

[2] Mark J. Roe, *Political and legal restraints on ownership and control of public companies*, 27 JOURNAL OF FINANCIAL ECONOMICS, 7 (1990) は、歴史的視点を踏まえて、銀行制度と政治制度の両側面から、アメリカ社会で企業の支配が行われにくい要因について分析する。Roe教授は、この論文を次のように要約している。「私の議論には二つの段階がある。第一の段階は、法的システムが金融機関による支配 (control)を制約したことである。制約は３つのタイプに由来する。 (i) (銀行による) 株式保有の制約、 (ii) 金融機関の分断(fragmentation) 、(iii) 機関としてのポートフォリオの分断(fragmentation) 。第二の段階は、これらの制約と制限が、政治的な弁明(explanation) を有することである。」(*Id.* at 39.)

[3] Roe, *supra* note 2,at 27も、「19世紀末に、巨大企業が技術的に可能となった時、ア

メリカのわずかの銀行しか、巨大組織の資金調達源となりえなかった。」としている。
[4] Stuart C. Gilson, Kose John and Larry H.P.Lang, *Troubled debt restructurings*, 27 JOURNAL OF FINANCIAL ECONOMICS, 315(1990)は、169例の実証分析を踏まえ、アメリカにおいても、銀行借入に依存する割合の高い企業では連邦倒産法11章による手続よりも、私的整理（private renegotiation)によって問題が解決されているとしている。
[5] アメリカが「系列」色のない社会であることについては、第三部では触れなかった点である。アメリカでは、わが国の「系列」という言葉が、そのまま「keiretsu」という言葉を用いて説明されていることは周知のとおりである。系列と企業グループに関する文献としては、ネットワーク論の第一人者である今井賢一教授の次の論文を挙げておく。今井賢一「企業グループ」今井賢一・小宮隆太郎編『日本の企業』（東京大学出版会、1989）131頁～161頁、同「日本の企業ネットワーク　財閥・企業グループ・ネットワーク組織」伊丹敬之・加護野忠男・伊藤元重編『リーディングス　日本の企業システム　第一巻　企業とは何か』(有斐閣、1993)319頁～353頁。
[6] Takeo Hoshi, Anil Kashyap, David Scharfstein, *The role of banks in reducing the costs of financial distress in Japan*, 27 JOURNAL OF FINANCIAL ECONOMICS, 67(1990)は、日本の企業について、系列に属している企業の方が、属していない企業よりも、財務危機をうまく切り抜けていることを実証研究を踏まえて明らかにしている。
[7] Jonathan R. Macey & Geoffrey P. Miller, *Corporate Governance and Commercial Banking: A Comparative Examination of Germany, Japan and the United States*, 48 STAN.L.REV. 73, 106 (1995)は、衡平的劣後が、「コーポレート・ガバナンスにおける積極的な役割を銀行が果たすに際して、マイナスの強い動機付けとなる。」としている。また、MARK J. ROE, STRONG MANAGERS, WEAK OWNERS, THE POLITICAL ROOTS OF AMERICAN CORPORATE FINANCE,194 (1994) は、「株式の保有と支配は、裁判所が破産に際して銀行の貸付を衡平的に劣後させたり、債務者がレンダー・ライアビリティーの理論に基づいて銀行を訴えるというリスクを高める。」としている。これらの文献はいずれも、アメリカの金融機関がコーポレート・ガバナンスにおいて主体的な役割を果たしえない根拠を多角的に分析しており、衡平的劣後をその根拠の一つとして挙げている。
[8] ロバート・L・モリソン＝吉原省三＝松尾翼「米国における債権保全と回収」金融法務事情986号(1982)31頁〔モリソン発言〕は、「現在のアメリカでは、非常に残念なことに、理由もなしに、単に脅かしのためだけに巨額な訴訟を起こすという輩がいるのは事実です。相手方は、非常の大きな会社だとか銀行などです。魅力的な名前、三菱などというのはワッとやられる可能性がある。こういうことをとめられないのが現実なのです。そして、そのような訴訟が起こると、訴訟費用や弁護士費用がとても高くなるのも現実です。
　ですから、私が繰り返し申し上げたいことは、アメリカで商売をしようとして進出なさるときには、アメリカという国はアメリカだと理解してください。そこは日本ではないのです。日本でいうように、訴訟を行ったらあるいは訴訟を提起されたら面子を失うというようなことを考えても、そのようなことはなにもなりません。訴訟というのはドゥイング・ビジネスのなかの一つのコストだと考えてもらわなければ困る、というぐらいにあなた方は考えなければならないのです。」としている。
　わが国においても、銀行の取引先が問題の解決を法的な手続に依存する傾向の高まっていることは、銀行実務家も指摘している。春日川和夫・峯崎二郎・松岡宏明・野村重信「(座談会）金融機関におけるリーガルリスク管理の現状と課題」金融法務事情1375号(1994)62頁［松岡（住友信託銀行法務部長）発言］参照。
[9] ポール・シェアード『メインバンク資本主義の危機』（東洋経済新報社、1997）18頁。
[10] 石井紫郎「近世の法と国制度」石井紫郎編『日本近代法史講義』（青林書院新社、1972）14頁は、「義理」規範をベースとして、「権利が相手方の義務と表裏の関係をなすというわ

けでなく、期待権者に対しては「期待するな」という教えが、義務者には「期待される以上のことを為せ」という教えがなされる。」という。

[11] 法律論文に「恩知らず」という言葉を用いて説明を加えることには、非科学的であるとの強い批判があるかもしれない。しかし、アメリカと違って、わが国において救済された側が救済した銀行を訴えた事例が一件もないということを説明するのに、この言葉ほど適切な言葉はないものと思われる。わが国の銀行が経営危機企業を救済する際に、全く不手際が発生せず、救済される側に対していっさい不愉快な思いも、損をさせられたという思いも抱かせることなく物事を進めているとは到底思えない。

わが国においては、一方が他方を救済するという行為は、受ける側にとっては「救済していただく」ことであって、同時にそれは、通常ではありえないことが行われたという意味で「有難い」ことなのである。救済した銀行は、救済された側にとっては「恩人」ということになる。救済された側が救済した銀行を訴えるということは、救済された側がよほどひどい目にあわされたのではない限り、「恩知らず」な行為となるのである。このような日本人の持つ「恩」の観念については、外国人からみた日本人論を代表する文献であるルース・ベネディクトの『菊と刀』５章「過去と世間に負目を負う者」、６章「万分の一の恩返し」にもとりあげられている。ルース・ベネディクト＝長谷川松治訳『定訳　菊と刀　日本文化の型』（社会思想社、1966）113頁～ 154頁参照。とくに、117頁には、「重大な意義をもっているのは、何世紀もの久しい間にわたって「恩を忘れない」ということが日本人の習性の中で最高の地位を占めてきたという事実である。」という記述があり、日本人を理解するうえで、恩の概念が極めて重要であるとベネディクトはみている。

また、石井・前掲注9 15頁は、「「義理」規範の構造をみれば、訴訟がしばしば人間関係が破壊した後になされるという現象、その反面「内済」（引用者注　幕藩体制下において、領民層内部で紛争を解決すること。同書10頁～11頁参照。）が勧奨される現象もけっして不思議ではない。「義理」規範を前提とすれば、訴訟は「血も涙もない」者と「恩知らず」との間でしか生じないからである。」としている。

[12] 平成10年６月17日に公表された「新しい金融の流れに関する懇談会「論点整理」」では、１．金融システム改革と基本的な問題意識　（１）「新しい金融の流れ」をどう捉えるか～金融機能の役割の変化～ の中で、「銀行等の金融仲介チャネルのみに偏重したシステムでは、我が国経済が将来を切り拓くだけのリスクを負担しきれないおそれがある。」「需給双方のニーズを結び付け、広範な主体が自らの判断によってリスクテイクすることを可能とし、経済全体としてのリスク配分の効率性とリスク負担能力の向上を促すような、新しい金融仲介チャネルを整備・拡充していくことが「新しい金融の流れ」として重要になると考えられる。」と指摘している。報告書の全文については、金融98年７月号11頁～60頁［引用部分13頁］参照。

[13] 1997年11月に発生した大型金融機関の経営破綻は、銀行に不良債権処理を強く迫る要因ともなった。不良債権処理に奔走し、経営体力も低下した銀行には、経営危機に陥った企業に対する救済を実行する経営余力も低下してきている。現在、わが国で生じている大型の倒産事件は、長期化する不況にも大きな要因があるものの、銀行が経営危機企業の救済に消極的な態度をとった場合に、どれほど企業倒産という深刻な事態が相次ぐかということを証明する出来事であるとも言える。

第　四　部

経営危機企業の救済と会社法

第一章　裁判例の検討

第四部では、わが国会社法をベースとして、銀行取締役が救済融資を実行する際の判断の枠組みについて検討する。第四部の導入部分たる第一章においては、具体的な法律問題の検討に入る前に、救済融資を含めた銀行の融資判断の是非が裁判で争われた事例を個別に検討することをとおして、第四部において検討すべき法的な問題点を事前に、そして具体的に明らかにしておきたい。

わが国では、銀行が行った融資が融資先の倒産によって貸倒れになったり、債権放棄をした結果、銀行に損害が発生したことを原因として、これらの行為をした取締役が会社に損害を与えたとして訴えられた事例は極めて少なく、つい数年前までは皆無に近い状態であったというのが現状である。その限られた事例は、バブル経済の崩壊過程で相次いで露呈した金融不祥事と、平成５年の商法改正によって株主代表訴訟に際して株主が裁判所に納付すべき手数料が一律 8,200 円となったことと軌を一にして現れるようになったと言えるであろう。

ここでは６つの事例を検討する。６つの事例は、経営危機企業に対する銀行の金融支援に関する事例３例と、通常の融資が焦付いたことによる事例３例に分けられる。これらの事例はすべて株主代表訴訟にかかるものであり、事例の多くは、取締役側からの株主に対する担保提供の申立てを認めるものであるため、裁判所が取締役の行った金融支援の是非について判断したものとは言いがたい。経営危機企業に対する金融支援の事例以外に通常の融資の焦付けの事例を加えるのは、金融支援事例の少なさを補う意味もある。6 つの事例を個別に検討してみると、銀行による融資先企業に対する金融支援の問題点、さらには銀行が行う融資判断上の問題点が浮かび上がるとともに、それらの問題点に対する裁判所の考え方も見えてくる。

第一節　通常の融資にかかる事例

本論文のテーマからすれば、経営危機企業に対する金融支援の事例から先に検討すべきであるが、金融支援の事例は、いずれも代表訴訟における被告取締役側の原告に対する担保提供の申立てを認めたケースであり、本案判決ではない。そこで、唯一の本案判決が含まれる通常の融資にかかる事例から検討を進める。

１．名古屋地判平成９年１月 20 日金融法務事情 1475 号 114 頁（中京銀行事件）

最近の株主代表訴訟の事例では、被告取締役側の原告株主に対する担保提供命令の申立てが裁判所によって認められ、原告株主が担保を提供しない結果、本案審理に至ることなく訴えが却下されるというケースが増えている。中京銀行事件は、銀行取締役が行った融資判断の妥当性について､裁判所による本案判決に至った初めての事例として注目される。この事件で原告株主が問題とした融資は３件あり、問題となったこれらの融資は救済融資ではないものの、銀行取締役の行った融資判断の是非について裁判所が法的に判断を下した極めて珍しいケースである｡銀行の行う融資判断に関する裁判所の考え方を知る上でも、貴重な事例として位置付けられるため、まずこの事例を取り上げる。

［事実の概要］　原告は、訴外中京銀行（Ａ銀行）の元従業員である株主二名であり、被告はＡ銀行の取締役 11 名である。原告は被告らが訴外ジージーエス（Ｂ社）に対して行った合計 26 億円の３件の融資を問題とした。昭和 43 年設立のＢ社は、当初ゴルフ会員権の売買・仲介業を主な業務としていたが、その後、事業内容を拡大し、ファイナンス業務、海外不動産投資・販売、宝石の輸入販売をも取り扱うようになった企業であり、平成３年７月に倒産している。同社の倒産により、６億 3,800 万円を債権償却特別勘定に組み入れたＡ銀行の取締役の行為が、取締役の善管注意義務と忠実義務に違反するとして、原告株主によって株主代表訴訟が提訴されたのが本件である。

問題となった３件の融資は次のようなものであり、いずれもＡ銀行の常務会で決裁されている。

①平成元年９月頃、Ｂ社が行った米国ジョージア州アトランタ市所在のホテルの買収・増改築費用 12 億円（第一回貸付け）。担保は、米国所在の対象土地・建物に対する協調融資先の保険会社と同順位の抵当権である。このアトランタのホテルの買収は、アトランタオリンピックの開催によるホテル需要の高まりを当て込んだものであった。

②平成２年初め頃、Ｂ社が運用資産として超長期国債を購入するためのインパクトローン極度額５億円の増額（第二回貸付け）。担保は、利札のない国債元本５億円である。

③平成２年頃、Ｂ社の子会社がハワイ銀行から調達した借入金 1,000 万ドルに対するＢ社のためのＡ銀行による債務保証（第三回貸付け）。担保は、利札のない国債元本 10 億円。

原告の主張は、①上記３件の融資を決裁した常務会の意思決定の適否、②常務会の構成

員でない取締役の監視義務、③代表取締役の行為の適否、④これらの融資が東海銀行のＡ銀行に対する支配下に行われたことによる融資の違法性の４点にあった。

［判決の要旨］

(1)銀行取締役の注意義務

判決はまず、融資に伴う銀行取締役の一般的な注意義務として、取締役が善管注意義務と忠実義務を負い、取締役がこれらの義務に違反して会社に損害を与えた場合には、会社が被った損害を賠償する義務のあることを述べた後、次のように言う。

「ところで、取締役は、その職務を執行するに当たって、企業経営の見地から、経済情勢に即応し、流動的で多様な各般の事情を綜合した合目的的、政策的な判断が求められることはいうまでもないが、会社経営は極めて波乱に富むものであり、多少の冒険とそれに伴う危険はつきものである。それ故、取締役が業務の執行に当たって、企業人として合理的な選択の範囲内で誠実に行動した場合には、その行動が結果として間違っており、不首尾に終わったために会社に損害を生ぜしめたとしても、そのことの故に取締役の注意義務違反があったとして責任を問われるべきでない。」

「取締役が右の善管注意義務、忠実義務に違反したとされるかどうかは、当該取締役が職務の執行に当たってした判断につき、その基礎となる事実の認定又は意思決定の過程に通常の企業人として看過しがたい過誤、欠落があるために、それが取締役に付与された裁量権の範囲を逸脱したものとされるかどうかによって決定すべきものである。」

「原告が被告らの善管注意義務、忠実義務違反として主張するのは、いずれも金融機関である訴外銀行が顧客に対してする貸付けに関する事由であるところ、右の理によれば、このような金融機関のする貸付けが結果として回収困難又は回収不能となった場合であっても、当該貸付けを行った取締役の判断をもって直ちに善管注意義務、忠実義務の違反と断ずべきではなく、右判断に通常の企業人としての看過し難い過誤、欠落があるかどうかを、貸付けの条件、内容、返済計画、担保の有無、内容、借主の財産及び経営の状況等の諸事情に照らして判定すべきことになる。」

(2)常務会の意思決定の適否

第一回貸付けについては、次のように言う。「本件建物等は、処分の容易性及び管理の簡便性に欠けるので、そのほかにも担保を徴求すべきであったとし、これをしなかったことが、善管注意義務、忠実義務違反に当たると主張するが、本件建物等の処分が容易でなく、管理が簡便でないと評価すべき根拠について的確な主張立証はないし、（中略）収益還元法

によって鑑定評価すると、第一回貸付け当時の本件建物等の時価は２５億円であることが認められ、本件建物等の担保価値は訴外銀行の被担保債権の価額をも下回るものではないから、本件建物等が第一回貸付けの担保として不相当なものということはできない。」

第二・第三回貸付けについては、次のように言う。「利札のない超長期国債の元本が時価で額面の４割程度の価値しかないことは、常務会においても認識していた。」

「訴外会社を自己資本比率のもともと少ない金融業の基準で評価すると、その信用状態はなお良好であると判断する余地があった。」

「利札のない国債元本を担保として国債元本相当額の融資をすれば、いわゆる担保割れの状態になることは明らかであるが、訴外会社の常務会は右事情を承知の上で、前記認定のとおり、訴外会社の業績、これまでの取引実績、将来性、訴外銀行の国際取引における訴外会社の協力等の政策的判断に基づいて、融資を決定したのである。」

「貸付けの安全性を旨とする銀行業務としては十分な担保を徴求することは望ましいことであるが、右の事情を総合判断して融資を決定した訴外銀行の意思決定の過程には通常の企業人として看過しがたい過誤、欠落があったとは認めることはできない。」

(3) 常務会の構成員でない取締役の監視義務

「金融機関においては融資は通常の業務執行に属することであり、取締役会よりも機動性に富んだ常務会の専決に任せることには、優に合理性を肯定することができる。しかも、常務会には、その構成員でない取締役も参列して意見を述べることも可能であった（当事者間に争いがない。）から、常務会の決定に違法又は不当な点を発見した場合には平取締役といえども取締役会の開催を求めるなどして、これを是正することも可能であったのである。そうであるとすれば、融資案件を常務会に専決させたことが善管注意義務、忠実義務の違反であるという余地はなく、専決を監督する手段が確保されていなかったということもできない。」

(4) 代表取締役の行為の適否

「訴外会社の経営状態が悪化したことが明らかとなった平成三年ころには、訴外銀行は、訴外会社に対し、追加担保を求めたが、担保余力がなかったことは前記認定のとおりであるから、訴外銀行における債権管理の手落ちにより本件各貸付けにつき回収不能が生じたということはできない。」

(5) 東海銀行の支配下に行われた融資の違法性

「本件各貸付けを可とした判断の実体に通常の企業人として看過しがたい過誤、欠落が

あるとはいえないことは先に説示したとおりであるから、そうである以上、仮にその発端や意思決定の過程に第三者の示唆、影響等が介在していたとしても、そうであるからといって右判断に過誤、欠落ありとすべき筋合いはない。」

［考察］

(1)銀行取締役の注意義務と経営判断原則

(a)銀行取締役の注意義務　　本判決では、銀行取締役が融資を行う際に用いるべき注意義務と一般企業の取締役の注意義務とをとくに区別していない。本判決によれば、銀行の取締役についても、善管注意義務違反や忠実義務違反の有無を検討するに際して、「通常の企業人」を基準に判断すべきとしている。

私見によれば、後述するように、銀行取締役の負っている注意義務の程度は、一般企業の取締役の注意義務に比して高度なものである[1]。したがって、私見によれば、裁判所は銀行取締役が高度な注意義務を負っていることを前提として、まず彼らが行った融資判断の適否について判断すべきこととなる。銀行取締役が高度注意義務を負っているとして本判決を読むと、判決には多くの疑問がもたれる。この点については、以下で個別に検討する。

(b)経営判断の原則　　銀行取締役の意思決定にも経営判断の原則が妥当する。ただし、高度な注意義務を負う銀行取締役が、この原則を楯にとって、銀行にどのような損害が生じようとも責任を負わないという結果には決してならないと考えられる[2]。仮に、大口融資の焦付きにより破綻した銀行があったとしよう。少し誇張した例ではあるが、「破綻」という動かしがたい事実がある以上、原因となった融資判断のどこかに不的確な点があったといえるのではないか。これは取締役が、十分に注意義務をつくして、会社のために誠実に、そして合理的に判断をしたといったところで、破綻という重大な事実を前にしては、当該の融資が経営判断の原則の認める合理的な選択の範囲の行為ではなかったと推認できるのではないだろうかということである。融資判断が合理的でなかったがために銀行が破綻したからである。高度注意義務を負う銀行取締役の業務執行に関して、経営判断の原則が機能する局面は、ある程度限定されたものになると考えられる。経営判断の原則の適用を考える前に、まず、取締役が高度注意義務を十分に果たしたかどうかが、詳細に検討されなければならないと考えるからである[3]。

このような考えは、銀行取締役に結果責任を課すものだとの厳しい批判を浴びるかもしれない。また、発生した不利益に対して、裁判所が後付けで判断を加える不都合を是正する機能を果たすべき経営判断の原則の趣旨を没却するものだとの批判もあろう。しかし、

取締役の行為によって生じた不利益が重大なものであれば、誰かが責任を問われなければならないのではないか。経営判断の原則は、無責任経営を容認する論理ではない[4]。

銀行取締役の責任をこのように解することは、専門家の責任を厳しく追及しようとする最近の傾向とも一致するものである[5]。一般的に言えば、専門家は一般人と違って不注意はないものとして高い報酬を得､社会からの高い信頼と高い社会的地位を得ているのである。また、このような社会的な地位と高い報酬を得ていることと裏返しに、生じた結果に対して厳格な責任を負っているのである[6]。このことは、銀行取締役についても、同様に当てはまると考えられる。

さらに、銀行取締役の責任を厳格に捉えるべき必要性を、別の側面からも指摘することができる。本件で取締役会が常務会に融資の決裁権限を委譲したように、銀行では、融資の金額や融資期間、保全の状況といった点に一定の基準を設けて、支店長や従業員である部長に一定条件を満たす融資の決裁権限を委譲している。このような内規に基づいて、特定の従業員が決裁した融資案件が不良債権となった場合、銀行では決裁権限を行使した者や当該の融資に携わった者の責任が行内的に追及される。一定の不都合な結果に対して一定のペナルティーをとる内部体制を構築することが、融資業務を健全に運営するための銀行取締役の義務である。その際に、貸倒れの金額が大きくなればなるほど、銀行の被る損害が大きくなるため、厳しく責任が追及されることは当然である[7]。

ところが、融資の決裁に特定の取締役や代表取締役、さらには常務会が関与した場合、つまり、銀行の経営者が当該の融資に関与した場合には、本来は内部的に責任を追及すべき側にある取締役が融資に関与している結果、取締役は自分で自分の責任を追及するという構造となる。ここに、取締役が関与した経営判断の失敗については、内部的な責任の追及が甘くなる構造がある。つまり、取締役が関与した経営判断の失敗については、内部的な責任が空洞化する危険性があるのである。これは、経営者の判断には誤りがない、という組織内の論理をも前提としている。かくて、従業員に権限が委譲された、会社にとって比較的小さいな判断の失敗については厳格に責任が追及され、逆に、取締役が関与した、会社にとって大きな判断の失敗については、誰も責任を問われないという矛盾した結果を生むことにもなる。このことからしても、取締役の経営判断の失敗については、ある程度厳格に責任を追及すべき理由がある。経営者の経営判断の失敗について、内部的に責任が問われないならば、その責任を問うのは株主をおいてない[8]。

また、銀行の融資が貸倒れとなるのは、融資実行からある程度時間が経過してから後の

こととなることも、取締役の責任があいまいになる要因として指摘できる。なぜなら、融資先の経営破綻までの時間の経過により、通常は多くの融資が繰り返され、融資に関与する当事者も増えるとともに、どの融資が問題なのかがしだいに不明確となり、その結果、責任の所在も不明確となるからである。

以上の考えを本件に当てはめるならば、６億3,800万円という銀行の受けた損害、ひいては本件で問題となった合計２５億円の融資が、Ａ銀行にとってどの程度の重要な意味を持つ融資であったのかにかかっている。本件の損害により、銀行が赤字や債務超過に陥り、銀行経営に重大な問題を招来したのであれば、取締役は融資判断に際して、高度な注意義務をつくしていなかったことが強く推認されると言える。ただし、一応はこのように言えるとしても、全ての貸倒れに対して、取締役が責任を負うべきだとは考えられない。なぜなら、銀行の融資に際しては、常に一定の貸倒れが発生することが経験的に予想されるからである[9]。貸倒れをゼロにすることは不可能なのである[10]。

では、どのような場合に銀行取締役は注意義務をつくしたと言えるのか。それは、取締役が融資先の経営状態を常日頃から十分に把握し、経営状態に不安があれば、金利を高く設定したり担保の徴求を交渉すること、場合によっては返済の交渉を進めること、といったように銀行が最終的に負う損害を軽減する行動を事前にとっていたか否かにかかっていると言える。本判決においても、Ｂ社の経営状態に関する取締役の認識に誤りはなかったとされているが、この点については後述する。

判決が銀行取締役の注意義務と一般企業の取締役の注意義務とを区別していないことと関連して、経営判断の原則について述べた部分についても、私見によれば重大な問題を含む部分がある。それは、判決が「会社経営は極めて波乱に富むものであり、多少の冒険（下線は引用者による）とそれに伴う危険はつきものである。」と述べている点である。読み方によっては、銀行経営に冒険が許されると裁判所が考えているともとれる説示である。一般の企業については、企業経営に多少の冒険は許されると考えられる。それが、企業の発展の契機となり、ひいては株主の利益にもなるからである。しかし、銀行経営に冒険が許されるかとなると、絶対に許されないと考えられる。銀行経営においては、わずかの信用失墜が取付けに発展し、ひいては銀行の破綻、さらには社会全体の大混乱を招来する危険を常に内包しているからである。このような銀行経営の特性を考えれば、銀行取締役が高度な注意義務を十分につくして安全・確実であると判断した上でなければ、どのような意思決定も行われるべきではないと言えよう。銀行経営に「一か八か」の経営判断は決して

許されるものではない。ただし、実際上は、「冒険」と「英断」との間に明確な区別をすることが極めて困難であるところから、銀行経営における冒険とは果たしてどのような行為を指すのかについては、さらに事例の積み重ねを必要としよう。以上述べたように、本判決の総論部分には、多くの問題があると言える。

(2)常務会の構成員たる取締役の責任

判決では、結論として被告取締役全員の責任をいっさい否定している。本件について、果たして被告取締役の責任が全くなかったと言えるのかどうかについては、疑問が残る。まず、銀行を巡る株主代表訴訟においては、銀行法 23 条により銀行株主に帳簿閲覧権が認められていないため、訴訟技術上の問題として、どれほどの大口株主が原告となろうとも、被告取締役の責任を立証することに非常に困難を伴うことが指摘できる。本判決においても、原告株主による第一回貸付けに関する主張・立証について、「本件建物等の処分が容易でなく、管理が簡便でないと評価すべき根拠について的確な主張立証はない」としており、原告株主の主張・立証が十分でなかったことを判決は指摘している[11]。しかし、そもそも主張・立証自体が困難な構造にある銀行の株主代表訴訟において、原告株主側の十分な主張・立証のないことをもって取締役に責任なしと結論できるのであろうか。これでは、株主代表訴訟において責任を問われる銀行取締役は最初から存在しないことになりはしないだろうか。当事者の主張・立証に基づいて判断を下すという現行の裁判制度からすれば、このような結論にならざるを得ないのかもしれないが、制度の改善が求められるべき問題であると思われる[12]。

次に、Ｂ社の倒産原因と銀行取締役の倒産の危険性の認識に関する点が問題となる。判決は、Ｂ社の倒産の直接的原因が「平成二年後半から始まった金融引締め、具体的には不動産融資の総量規制及び金利の上昇によってもたらされたいわゆるバブル経済の破綻や湾岸戦争による米国経済の停滞等にあ（る）」とした上で、「このような経済変動に対応しきれなかった訴外会社の財務体質の弱さにも倒産の原因はあるものの、バブル経済の破綻等の大きな経済変動によって初めて財務体質の弱さが顕在化したともいえるのであって、右財務体質の弱さに配慮しなかったことをもって、判断に過誤があったというべきではない。」としている。バブル期に、多くの銀行が不動産業者に対する融資を増加させ、その後のバブル経済の崩壊によって銀行に多くの不良債権を生じさせたことは周知の事実である[13]。そして、そのことが金融機関の破綻をわが国で現実のものとさせる原因ともなっているのである。

しかし、注意すべきことは、このような状況にあっても不動産融資にのめりこむことなく、健全な経営を続けている銀行が厳然として存在するという事実である。判決のように、融資先の倒産原因を経済情勢の変化に求め、かつその変化が誰にも予測できなかったというなら、融資先の倒産に起因する貸倒れに対して、銀行取締役は絶対的に免責されることになってしまう。本件では３件の融資が原告株主によって問題視されているが、問われるべき問題の本質は、銀行取締役の経営責任なのである。

次に担保の問題が指摘できる。つまり、本件の融資が海外の不動産〈第一回貸付け）や、利札のない国債（第二回・第三回貸付け）を担保としている点をどのようにみるかである。判決では、すでにみたように、第一回貸付けの不動産担保については、処分の容易性や管理の簡便性に欠ける点に関する十分な主張・立証がないことを根拠の一つとして取締役の責任を否定している。しかし、冷静に考えてみれば、担保は貸付金が回収不能となった場合に、現実に処分・換価して貸付金の回収に充当できてはじめて、担保としての機能を果たすのである。このような担保の機能が十分に発揮されるには、担保は原告が主張したように、処分が容易であって、管理が簡便であることが原則である[14]。換金性に富んだ担保、不動産であれば担保権者から遠隔地に所在する物件よりも近隣に所在する物件が担保として、より望ましいと言える。

ただし、このような処分の容易性、管理の簡便性は相対的なものであって、同じ物件であっても、特定の担保権者にとっては十分な担保となりえても、別の担保権者には十分な担保とはなりえないという性質のものである。ジョージア州の法制度やアトランタの不動産市場について精通した者にとっては、あるいは本件担保は適格な担保といえるかもしれない。仮にこのような担保を日本の担保権者が処分するとなると、現地の調査や処分手続を代行する弁護士の選任をはじめとする諸手続のため、国内に所在する担保に比して、その処分手続はかなり複雑であり、かつ費用もかかる。Ａ銀行にとって、海外の不動産を担保に融資することが通例のことであったのかどうか、さらには、Ａ銀行の内規によれば、融資に際してどのような担保を徴求することが原則とされていたのかについても、本件では重要な意味を持つものと思われる。Ａ銀行が一地方銀行にすぎないことを勘案すれば、海外の不動産を担保とする１２億円の融資は、Ａ銀行にとってかなり異例の、しかも大口の融資であったのではないかと思われる[15]。

利札のない国債についてはどうか。判決では、常務会では利札のない超長期国債の元本が時価で額面の４割程度の価値しかないことを認識していたとしている。担保によって保

全が充足しない状態で融資することも、銀行の経営判断として許されると考えられるのではなかろうか。企業の収益力、ひいては企業の優良度を判断して融資することが銀行の社会的機能であるからであり、担保に全面的に依存して融資する担保金融会社ではない銀行の本来的な活動でもあると考えるからである[16]。しかし、どのような企業にも倒産の危険性が皆無でないことと、未来永劫にわたって安定した業績を維持できる企業もないことを考えれば、可能な範囲内で融資先から担保を徴求することが、銀行取締役の基本的な義務であると言える。融資残高の増加に比例して、当該融資先の倒産に伴う銀行の受ける損害は拡大するため、融資残高の増加に見合って担保を徴求すべきことが原則である。安定した経営を維持するとともに、資産の健全性を維持することが、銀行経営にはとくに重要である。

本件では、３件の融資を１件ごとにみれば、仮にそれぞれの担保不足は容認できる範囲のものであったとしても、同一企業に対する３件の融資として一体としてみれば、大幅に保全が不足するまま融資が繰り返されたと言える余地があるのではないだろうか。なお、アトランタの不動産担保については、数字上で担保価値があったか否かということとは別に、そもそもＡ銀行にとって当該の物件が担保として適格であったのかという点からも検討する必要がある[17]。

このようにみていくと、原告の主張するように、本件の融資には多くの問題があったのではないだろうか。そして、そうであったればこそ、原告は本件の融資を根拠に株主代表訴訟を提起したのではないかと思われる。Ａ銀行の取締役の高度注意義務がつくされたか否かについて、さらに詳細に検討する必要があろう。

(3) 常務会の運営

まず、本件融資がＡ銀行の取締役会ではなく、常務会で決裁されている点が問題となる。この点について判決は、「金融機関においては融資は通常の業務執行に属することであり、取締役会よりも機動性に富んだ常務会の専決に任せることには、優に合理性を肯定することができる。」としている。商法２６０条２項は、取締役会で決定すべき事項として、①重要な財産の処分・譲受け、②多額の借財、③支配人その他の重要な使用人の選任・解任、④支店その他の重要な組織の設置・変更・廃止を個別に規定するとともに、その他の「重要ナル業務執行」についても、取締役会で決すべきこととしている。この規定は、会社にとって一定の重要性を持つ事項について、代表取締役の決裁によることなく取締役会で決議することにより、代表取締役の専横を排除し、組織体としての会社の意思決定、ひいて

は公正な会社運営を確保する主旨である[18]。ここにいう財産の処分には、財産の出資・貸与・寄附・貸付・担保の提供・債権の放棄・債務の免除が含まれるとされる[19]ので、融資が財産の処分に当たることは間違いない。「重要」、「多額」の基準については、会社の規模・状況等とその金額、企業組織上の地位、従来の扱いを勘案して判断することとなる[20]。

商法２６０条２項の規定を素直に読めば、法が個別に定めた事項の他、会社にとって重要な業務執行については、取締役会で決する必要があることとなる。ただし、会社事業の通常の経過から生じる事項である日常の業務の決定は、代表取締役に当然委任されたものと推定すべきであるとされている[21]。判決が「金融機関においては融資は通常の（下線は引用者による）業務執行に属することであ（る）」としている点からみて、判決は上述の見解に従って、融資が金融機関にとって日常の業務、つまり日々繰り返して行われる性質の業務であることを一つの根拠として、融資案件を常務会で専決させた取締役らに善管注意義務、忠実義務違反がないとしているのではないか。しかし、上述の見解がいう業務の日常性とは、あくまでも毎日繰り返し行われる範囲内の業務であるものと考えられる。毎日繰り返し行われる性質の行為であっても、一定の範囲を超える行為には、もはや業務の日常性は認められないのではないか。この範囲の確定に際しては、会社にとって重要であるか否かを判断基準とすべきものと考えられる。つまり、取締役会での決議を必要とする事項は、会社にとって通常であるかないかの観点からではなく、当該の業務執行が会社にとって重要であるか否かの観点にそって判断する必要がある。

本判決では、融資が銀行の本業である結果、そこに含まれる取引はどのような取引であっても全て通常の取引であると解釈している。判決のように解釈するならば、融資を本業とする銀行にあっては、取締役会の決議を必要とする融資はいっさい存在しないこととなってしまう。極論すれば、事前に定款を変更してこれから行おうとする重要な業務執行に当たる行為を会社の本業としてしまえば、取締役会の決議は一切不要ということになってしまう。このことからも、判決の考えに問題のあることは明らかであろう。

重要な財産の処分に当たるか否かの判断基準を初めて示した最一小判平成 6 年 1 月 20 日（民集 48 巻１号１頁）は、「商法２６０条２項１号にいう重要な財産の処分に該当するかどうかは、当該財産処分の価額、その会社の総資産に占める割合、当該財産の保有目的、処分行為の態様及び会社における従来の取扱い等の事情を総合的に考慮して判断すべきものと解するのが相当である。」とした上で、判決で問題となった株式の譲渡が「上告人の営業のため通常行われる取引に属さないのであるから」重要な財産の処分に当たらないとす

ることはできないとしている。後半部分を裏返しに読むと、通常行われる取引であれば、重要な財産の処分に当たらないことになるのではないかということになりそうである。しかし、最高裁判決は、株式譲渡という行為の性質が上告人にとって通常であるがどうかを問題としているのか、問題となった株式譲渡の金額的側面を問題としていのかは必ずしも明らかではないため、最高裁が金額的側面を問題として、上告人にとって多額の株式譲渡を重要な財産の処分と考えたと解する余地はある。さらに、Ｂ社に対する合計２６億円の融資が、Ａ銀行にとって「重要ナル業務執行」に当たるか否かの判断に際しては、Ａ銀行の内規がどのように決裁権限を規定しているかを調査することが一つの意味を持つ[22]。

このように解釈した場合に生じる問題が一つある。銀行にとって重要な財産処分に当たる融資案件を取締役会で決裁した場合、当然のことながら、商法２６０条ノ４第１項、第２項の規定に従って、議事の経過の要領と結果については取締役会議事録に記録される。銀行株主には、銀行法２３条により帳簿閲覧権が認められていない。これは、銀行顧客の秘密を保護する必要性によるものである[23]。銀行が融資を取締役会で決裁することとした場合に、株主は取締役会議事録を閲覧することによって、銀行顧客の秘密を知りえることとなる。取締役会議事録の閲覧は、株主が権利を行使するために必要な場合に、裁判所の許可を得て行われるものではあるが、銀行法が銀行株主の帳簿閲覧権を銀行顧客の秘密保護のために一切認めていないことからすると、会社運営の公正性を確保するという利益と、銀行顧客の秘密保護という二つの利益の調整が必要となるように思われる。

この問題については、取締役会議事録の閲覧には、あくまでも裁判所の許可を必要とするため、この要件が顧客秘密の漏洩を防止する機能を果たしていると考えられる。

(4) 常務会構成員以外の取締役の監視義務

原告は、Ａ銀行では「融資案件のすべてが常務会において専決され、取締役会に報告されることもなかった」と主張している。判決では、「常務会には、その構成員でない取締役も参列して意見を述べることも可能であった」として、常務会構成員以外の取締役についても、監視義務を果たせる体制が構築できていることを根拠に、常務会構成員以外の取締役の責任を否定している。

組織体としての合法的な意思決定システムを構築することと、構築されたシステムを制度の趣旨に則って厳正に運用することは取締役の義務である[24]。公共性を有し、経営の健全性を維持する必要性の高い銀行にあっては、ことさらそのように言えよう。銀行の行う意思決定は、独断や偏見を排除し、常に組織的に行われなければならない。もし仮に、Ａ

銀行の取締役会が融資案件の決裁を全て常務会に委任していたとするならば、商法２６０条の主旨からみて、Ａ銀行の意思決定システムに問題があったのは明らかである。

そして、Ａ銀行の意思決定システムを前提とするなら、常務会の構成員以外の取締役について、監視義務違反を厳しく問うことはできまい。なぜなら、わが国では、取締役は従業員の中から社長である代表取締役が候補者を選定し、株主総会ではそれを追認する構造になっており、平取締役が代表取締役の行為を監視したり、代表取締役の決定に異議を唱えるといったことは期待できないというのが現実の姿だからである。本件においても、代表取締役の責任を問題とすることなく、平取締役の監視義務違反のみを厳しく問うことはできまい。

(5) 代表取締役の責任

原告は、代表取締役がＢ社の経営伏態が悪化したにもかかわらず、代表取締役が債権回収の手段を講じなかったことを代表取締役の善管注意義務、忠実義務違反としたが、判決では、銀行が追加担保を求めたことをもって管理に遺漏はなかったとして、代表取締役の責任を否定している。Ｂ社に担保余力がなかったため、結局のところＡ銀行は追加担保を取得するに至らず、実損が発生している。

担保不足のままＢ社に対する融資を継続したことがそもそも問題である点はすでに指摘したが、さらに、Ｂ社に追加担保を求めたことのみをもって代表取締役に責任なしとするなら、これも裁判所の判断はあまりにも甘いと言えるのではないだろうか。すでに述べたように､銀行の被る実損の額を極力少なくするような努力がどれだけ払われたかについて、さらに詳細に判断した上でなければ、代表取締役に責任なしとは言えまい。そうでなければ、責任を問われる代表取締役はほとんどいないこととなってしまうであろう。

(6) 東海銀行の支配と取締役の忠実義務

Ａ銀行では東海銀行出身の取締役が、半数以上を占めていたとされる。そうであれば、被告の取締役らは、その忠実義務に反してＡ銀行の利益に反する行為を繰り返したと言えるのではないか。なぜなら、東海銀行が優良と判断した顧客であれば、大口融資規制の対象となる大口先に対して追加融資をＡ銀行に要請する場合を除いて、東海銀行自身が当然ながら対応するものと考えられるからである。東海銀行が問題であると考え、リスクを分散する必要があると判断しているからこそ、Ａ銀行にＢ社に対する融資を要請してきたと考えられる。このように考えれば、裁判所は、被告取締役らが忠実義務に違反して融資を行っていなかったかについて、さらに詳細に検討を加える必要があったものと言える。

判決は、「仮にその発端や意思決定の過程に第三者の示唆、影響等が介在していたとしても、そうであるからといって右判断に過誤、欠落ありとすべき筋合いはない。」としている。しかし、第三者の示唆、影響が介在した結果、Ａ銀行の利益に反する意思決定を取締役がしたのであれば、忠実義務違反となる。Ａ銀行の利益を犠牲にして、東海銀行の利益が優先されたのではないかが明らかにされなければならない。

なお、取締役に忠実義務違反があれば、経営判断の原則は適用されない。つまり、Ｂ社に対する融資が取締役の忠実義務に違反する融資であるか否かは、本判決の結論全体に非常に重要な影響を与える問題である。その意味でも、判決は被告取締役の忠実義務違反について、十分な判断を行ったとはいえない。

以上に述べたように、本件判決には多くの問題点がある。

２．長崎地判平成 3 年 2 月 19 日判例時報 1393 号１３８頁（長崎銀行事件）

［事実の概要］　融資先の倒産によって銀行に生じた貸倒損失について、取締役に対して損害賠償を求めた株主代表訴訟である。訴訟の提起に対して、被告取締役側は、本件提訴の目的が銀行の損失の回復にあるのではなく、原告の個人的利益と銀行を誹謗中傷することにあることを主張して争った。取締役側の主張は、本件提訴の目的は、原告が問題とした融資にかかる担保物件の私的処分を原告主導の下に行うことや、銀行から融資を名目とする金銭的利益を得ることにあったというものである。本判決は詳細な事実認定を行い、原告株主の提訴の目的を、原告株主の個人的利益の追求と銀行の誹謗、さらには金銭的利益を追求することにあったとしている。

［判決の要旨］　「会社の利益ひいては他の株主の利益の犠牲ないしは侵害の下に、株主たる資格とは関係のない純然たる個人的な利益を追求するための取引き手段として、その権利を行使するならば、それはもはや株主の権利の濫用であって許されないものといわざるを得ない。」

「かかる場合には、訴権の濫用として訴え自体を却下すべきものと解する。」

「被告らに取締役としての責任があるか否かの検討に入るまでもなく、直ちに本件訴えを却下する。」

［考察］　提訴の段階では、融資先の倒産に伴う貸倒損失の発生に伴う取締役に対する責任追及という本論文の目的とする事例となりえたものの、本件はいわゆる「特殊株主」による提訴であり、問題となった融資判断の是非については一切裁判所は判断を下してい

ない。最近では、代表訴訟の提起に対して、取締役が担保の提供を申し立てて提訴に対抗することが一般的であるが、本件は平成３年の判決であり、被告取締役側が、代表訴訟の提起を株主権の濫用であると主張している点で、現在の流れとは異なるものである。

３．高松高決平成７年８月 24 日資料版商事法務 143 号 147 頁（伊予銀行事件）

［事実の概要］　伊予銀行は、大規模住宅開発を企画するマルタホームに対して 47 億円を融資した。その後、常務会で同社に対する追加融資を拒否したため、同社は倒産し、伊予銀行に３８億 7,760 万円の回収不能が生じた。原告株主は、常務会の構成員に対して、貸倒の発生による銀行の被った損害額の賠償を求める株主代表訴訟を提起した。この本案訴訟に対して、取締役側が担保提供命令の申立てを求めた。原決定（松山地決平成 7 年 3 月 27 日資料版商事法務 143 号 149 頁）が申立てを却下したため、取締役側が即時抗告し、即時抗告を理由がないとして棄却したのが本決定である。棄却の理由は、原決定が引用されているため、ここでは、原決定の内容をみる。なお、担保提供命令の申立てに対する決定においては、株主の「悪意」の認定が重要な意義を有する。しかし、本論文は、株主代表訴訟そのものを研究テーマとするものではないので、本事例を含めて、決定が「悪意」の意義に関して下した判断の部分については、検討しないこととする。

［原決定の要旨］　「本案訴訟は、本件追加融資打切決定により同銀行に損害を与えたことについて、同銀行の取締役である申立人らに職務上の義務違反があったというものであるから、同銀行の損害の発生と申立人らの義務違反の有無が争点になる。ところが、現段階では、本件追加融資打切決定による損害発生の有無、すなわち同銀行のため設定していたマルタホーム所有の不動産に対する担保権の実行等によりこれまでの融資金員のうちどの程度のものを回収することが可能であるかどうかについて、一応の判断をするのに必要な疎明がない。また、申立人らの職務上の義務違反の有無を判断する前提として、融資を継続していた場合の同銀行の被ったであろう損害の有無程度を明らかにし、これとマルタホームに対する追加融資打切りによる同銀行の損害の有無程度を比較した上、追加融資打切りと継続のいずれが同銀行の損害の発生若しくは拡大を防止するための手段として適切であったかどうかなどについて判断しなければならないが、これを判断するに足りる疎明もない。」

以上のように述べたうえで、取締役らの義務違反の有無については双方の主張・立証によって判断するのが相当であり、株主が「本案訴訟の請求が容認される見込が低い事情を

知りながらあえてこれを提起したと認めるのは困難である。」として申立てを却下した。

［考察］　原決定は、銀行取締役の注意義務の内容について判断を下していないものの、その前提として、追加融資を継続した場合の損害の有無程度と、追加融資を打ち切った場合の損害の有無程度を比較すべき必要のあることを裁判所が指摘している部分が注目される。

第二節　経営危機企業に対する金融支援の事例

１．名古屋高決平成７年３月８日判例時報１５３１号１３４頁（東海銀行①事件）

［事実の概要］　銀行による系列ノンバンクの支援が銀行に損害を与えるものであるとして提起された株主代表訴訟に対する取締役側からの担保提供申立事件であり、申立てを却下した名古屋地裁の決定に対する即時抗告において、高等裁判所の判断を示したのが本決定である。なお、この事例は次の事例同様、自力で不良債権を償却することのできない系列ノンバンクの不良債権を親銀行が肩代わりしたケースであり、経営危機企業に対する金融支援の事例に分類できる。

本案訴訟における株主側の主張は次の３点である。第一は、取締役らが、東海銀行の系列ノンバンクであるセントラルファイナンスの回収不能な不良債権 111 億 9,700 万円を平成４年度決算期中に肩代わりし、同額を貸倒引当金に繰り入れて償却することにより、銀行に損害を与えたこと。第二は、セントラスファイナンスの子会社であるセントラルサービスに対して 1,100 億円の融資を無担保、無利子同然（減免金利年２％）で行っているが、この融資は元金自体が全く回収困難な貸倒れ見込の不正･不法な融資であること。第三は、第二の融資に関して一般貸出平均金利（年５．５％）との受取利息の差額分３８億 5,000 万円、第一の不良債権の肩代わりと合計で 150 億 4,700 万円の損害を取締役らが銀行に与えたこと。

代表訴訟の提起に対して取締役側は担保提供の申立てを行い、原決定は本件代表訴訟の提起が「悪意」に出たものであることを疎明するに足る証拠がないとして、取締役側の申立てを却下する決定を下した（名古屋地決平成 6･1･26 判例時報 1492 号 139 頁）。

取締役側の即時抗告により、下されたのが本決定である。本決定は、原決定を覆し、株主に担保の提供を命じる決定を下した。

［決定の要旨］　東海銀行による 111 億 9,700 億円の肩代わりの是非に関する第一点目

については、当該の融資が不良債権であることを認めた上で、次のように言う。「右の債権譲受け・償却当時は、いわゆるバブル経済の崩壊に伴う株価と不動産価格の大幅な低下により、不動産業者に融資をしたノンバンクの信用不安が表面化していた時期であり、大蔵省及び日銀の金融当局は、金融システムの崩壊を回避するため、いわゆる母体行（母体銀行）が系列ノンバンクを支援するよう求める行政指導をしていたこと、一方、セントラルファイナンスは、東海銀行が筆頭株主であり、役員の過半数も東海銀行関係者が占めていて、金融界においては、東海銀行系列のノンバンクと認識されていたこと、そして、平成三年下期においては、セントラルファイナンスも、バブル経済崩壊の影響を受けて多額の不良債権を抱えており、自力で不良債権の償却をすることが困難な状況にあったこと、そこで、セントラルファイナンスの母体行である東海銀行としては、セントラルファイナンスに対する信用不安を回避し、さらに、母体行である東海銀行に信用失墜により直接・間接に様々な損害が発生するのを避けるため、やむを得ない措置として、セントラルファイナンスが尾上縫に対して有していた債権 111 億 9,700 万円を譲受け、これを東海銀行の貸倒引当金に繰り入れて償却するという支援策をとったことが認められる。」

「右のような支援策をとることが経営判断として合理性の範囲を逸脱するものかどうかについては、最終的には、本案である代表訴訟において慎重に判断されるべき事柄であるが、右に認定したような経過にかんがみると、抗告人について背任行為ないし取締役としての忠実義務違反の責任が認められる可能性は低いものと考えられる。相手方は、この点に関し、東海銀行がセントラルファイナンスが法的には連結決算の対象となる東海銀行の子会社ではないことからすれば、支援の方法に問題があるとし、第三者割当増資の引受け又は融資枠の拡大の方法をとるべきであったと主張するけれども、これらの支援策が不良債権の引受けに比して適当な方策であったとは認め難く、抗告人の経営判断に著しい誤りがあったと認めることはできない。」

第二点目について。「東海銀行は、セントラルファイナンスサービスに対する 1,100 億円の融資に際し、1,275 億円の不動産担保及び債権担保を取得しているから、相手方の主張するように元金の回収自体が全く不能であるとは認められず（相手方は、右の担保の時価価値は著しく低いと主張するが、これを裏付ける資料はない。）、右の融資が前認定のようなセントラルファイナンス支援策の一環として行われたことをも併せ考えると、抗告人について背任行為ないし取締役としての忠実義務違反の責任が生じる可能性はほとんどないものと考えられる。」

第三点目について。「右の貸付けの金利は、相手方の主張する年２パーセントという固定利率ではなく、公定歩合に連動した利率（貸付け時の利率は、年 4.5 パーセント）であると認められるから、相手方のこの点についての主張は、理由がない。」

［考察］

(1)本決定の意義　担保提供申立事件ではあるものの、金融機関が経営危機に陥った関連会社を救済することができるか否かに関する裁判所の踏み込んだ判断が初めて示されている点と、救済を行う際に銀行取締役が検討すべき事項を例示する内容となっている点が注目される。

第一の点に関しては、金融当局が銀行に対して系列ノンバンクを支援するよう求めた行政指導の存在と、系列ノンバンクの信用不安に起因する母体行の信用失墜によって被る直接・間接の損害とを、銀行が系列企業に対して行う金融支援の根拠として裁判所が詳細に認定していることが重要である。つまり、金融支援を行う場合に、銀行取締役が検討すべき事項が裁判所によって例示されていると言えよう。さらに本決定では、第三者割当の引受けや融資枠の拡大の方法をとるべきとする株主の主張に対して、「これらの支援策が不良債権の引受けに比して適当な方策であったとは認め難(い)」としている。銀行取締役は、金融支援に際して、複数の支援策の中から、どの策を選択することが適切であるかを検討すべきことを示唆している。

(2) 関連する問題　この事件で考えなければならない点として、本案の代表訴訟においても株主は問題としていないが、東海銀行取締役らの系列企業に対する監督責任をどのように考えるかという問題が指摘できる。つまり、系列ノンバンクの信用不安が母体銀行の信用に影響を与える可能性のある点は本決定も指摘するとおりであり、このような両者の相互関係を勘案すれば、母体銀行の取締役には、普段から系列ノンバンクの経営全般について、監督責任を負うのではないかと考えられる。系列ノンバンクが自力で不良債権を償却できない経営状態に陥るまで、経営状態が悪化したことを放置した責任が、母体銀行の取締役にはあるものと思われる[25]。

この監督責任を十分につくした上で、なお系列ノンバンクの不良債権を肩代わりするという経営判断を下したのであれば、銀行取締役に責任の生じる余地はないとも言える。この監督責任の存否を抜きにして、銀行取締役に責任なしと言うことはできまい。肩代わりを決定したことに伴う責任とは別の責任があるように思われる。

２．名古屋地決平成７年９月２２日資料版商事法務１３９号２１０頁　（東海銀行②事件）

［事実の概要］　　本件の本案は、東海銀行①事件と同じ株主が提訴した株主代表訴訟である。事案も①事件とほぼ同じである。原告株主が本件の本案で問題としたのは、東海銀行の被告取締役らが平成６年３月期決算において、株式会社セントラルファイナンスに対する 403 億 8,600 万円の貸出債権を正当な理由なく放棄し、貸倒引当金に繰り入れて償却することにより、東海銀行に同金額の損害を与えたという点である。本決定では、①事件における名古屋高裁の決定と同様に、株主に担保提供を命じる決定を下した。

［決定要旨］　　本決定では、東海銀行がセントラルファイナンスに対する債権を放棄した理由について、①事件以上に詳細な事実認定を行っている。まず、当時の金融情勢と、東海銀行が債権放棄によってセントラルファイナンスを救済した背景について、次のような事実認定を行った。

「当時の金融情勢は、従来の金融不安と異なり、多数の金融機関に膨大な不良債権が発生するとともに金融機関の権利関係が錯綜しており、一つの金融機関が独走してノンバンク社との取引を中止して貸出金の引揚等の行為をすれば金融システム全体に連鎖反応的な影響を及ぼし、その崩壊を招く危険があると認識されていた。そのような中で、金融当局は、金融システム崩壊の回避策として、系列ノンバンクの不良債権を親銀行の不良債権として一括査定した上、系列ノンバンクは、「母体行責任主義」で支えるという方法を指導していた。「母体行責任主義」とは、系列ノンバンクについては、母体銀行が危機に瀕しない限り、全面的に支えるというものであり、母体行であるか否かは、歴史的経緯、社会や金融当局の認識等により判断された。そして、東海銀行とセントラルファイナンスとは、その沿革、資本関係、人事関係等から、金融界のみならず金融当局において、その系列関係にあるものとして認識されており、まさに、東海銀行はセントラルファイナンスの母体行であると認識されていた。」

当時のセントラルファイナンスの経営状況についても次のように詳細に認定し、東海銀行が救済しなければ、セントラルファイナンスの経営が破綻する状況にあったとしている。

「セントラルファイナンスは、当時、多額の不良債権を抱え、自力でその償却を図ろうとすれば、赤字決算、債務超過は必至の状況にあった。他方、一部の金融機関のなかには既にセントラルファイナンスに対する債権回収の動きを示す者も見られ、同社の赤字決算、債務超過が公表されるようになれば、その動きは全金融機関に波及し、同社の資金繰りの

破綻は必然という状態であった。」

次に、東海銀行内部でセントラルファイナンスの救済に際して、どのような検討が行われたかについて、次のような詳細な認定をしている。

「東海銀行としては、系列下のセントラルファイナンスを支援した場合としない場合とのいずれが損害が小さく、結果的に東海銀行の利益に繋がるかについて、銀行内はもとより外部の専門家の意見に照らして判断した。つまり、東海銀行が債権放棄を行った場合の損害は、403 億 8,600 万円であるが、支援をしなかった場合は、セントラルファイナンスに対する出資金、貸出金等の債権が回収困難となるのはもちろん、母体行である東海銀行自身の信用が失墜し、自らの資金調達コストが上昇することと、東海銀行の他の関連会社が倒産に至る虞れがあること、東海銀行の預金残高の減少が必至であること等の損害の発生や経営上の多大の障害が予測された他、日本の金融システムの崩壊の引き金にもなりかねず、その損害は計り知れないものと予測された。このような損失等の考慮を加えた上で、さらに支援に伴う経済的、法律的問題点を検討の上、セントラルファイナンスに対し東海銀行が支援することが東海銀行の利益になると判断し、その一環として本件債権放棄が行われた。」

以上のように判断した上で、取締役らに忠実義務違反、善管注意義務違反の事実が認められる可能性は著しく低いため、本件本案訴訟の提起が、「悪意ニ出デタルモノ」として、株主側に担保の提供を命じた。

［考察］　金融機関がその系列企業を救済する場合に検討を必要とする各種の要因について、①救済の根拠としての救済が必要となった経済情勢、つまり外部的要因、②救済対象となった系列企業の経営状況、③救済を決断した金融機関内部での検討内容の３つの要因に整理した上で、本案判決ではないものの、各要因ごとに詳細に事実を認定している点が極めて注目される。融資先企業を救済する際に金融機関が検討すべき点を余すところなく吟味した決定であると評価できよう。３つの要因ごとに、特に注目すべき点をみてみよう。

第一の要因の中では、東海銀行の債権放棄が、「母体行責任主義」を根拠とする金融当局の指導に基づいて、わが国金融システムの崩壊を回避する目的で行われた点を裁判所が明らかにした点が注目される。さらには、「母体銀行が危機に瀕しない限り全面的に支える」という支援の限界についても明らかにしている。また、銀行と系列ノンバンクとの系列関係を認める要件についても明らかにしている点も注目されよう。

第二の要因の中では、銀行がどの時点で救済に踏み切るべきかという時期的な問題について、債権放棄という行為をとおして、一つの判断基準を示した点が注目される。

第三の要因の中では、救済に際しては、救済する場合としない場合の両方についてシミュレーションを行い、銀行に、より利益となる途を選択すべきとして、救済を決断する上での大原則を示した点が注目される。さらに、支援しなかった場合には、貸出債権や出資金といった債権が回収不能となる直接的な損害のほかに、関連会社の倒産による銀行自身の信用失墜による資金調達コストの上昇、さらには他の関連会社までもが倒産の危険にさらされること、といった二次的、間接的な損害についてもかなり詳細に、かつ踏み込んで検討する必要のある点を明らかにしたことが注目される。

債権放棄をするという判断の妥当性とは別に、系列ノンバンクに対する銀行の監督責任をどのように考えるべきかという問題があることは東海銀行①事件と同じである。

３．東京地決平成８年６月２６日金融商事判例１０１２号１４頁（東京三菱銀行事件）

［事実の概要］　メインバンク・システムをもとに三菱銀行からの経営支援を受けてきた、かつてのオーディオの名門企業、赤井電機が香港の企業グループであるセミテック・グループに再建を目的に買収されるに際して、買収グループから買収の条件として、同行の１６２億円の債権のうち９５億円を放棄するように求め、三菱銀行では債権放棄に応じることとした。原告株主は、三菱銀行が赤井電機に対する法的経営責任がないにもかかわらず、被告取締役らが９５億円の債権を故意に放棄して銀行に損害を与えたとして、株主代表訴訟を提起した。原告株主の主張は、被告取締役らによる債権放棄が、商法２５４条ノ３（取締役の忠実義務）、４８６条（特別背任罪）、２９４条ノ２（株主に対する利益供与の禁止）の各法令に違反する行為であるというものである。この提訴を受けて被告取締役側は、原告株主に対して担保提供の申立てをし、裁判所が株主側の「悪意」を認めて担保提供を命じる判断を下したのが本決定である。

［決定要旨］　債権放棄の妥当性に関して、裁判所は次のように言う。

「三菱銀行は、いわゆるメインバンクとして、赤井電機の再建に引き続き当たる場合には莫大な資金を無担保で更に貸し付ける必要があり、清算するとしても重い負担を負わざるを得ない立場にあったことが認められる。このことを踏まえ、三菱銀行は、右融資のうち９５億円の債権放棄をしてでもセミテック・グループに赤井電機の再建を委ねた方が同行の負担が軽いとの判断を行い、本件債権放棄を行ったものである。したがって、本件債

権放棄が善管注意義務・忠実義務に違反するか否か、特別背任行為に当たるか否かは、当該経営判断の前提となるべき事実の認識や意思決定の過程・内容等に照らして、個別に判断するべき性質のものであり、前記のような抽象的な主張のみをもって、これを違法であると断定することは到底許されないと言わなければならない。」

［考察］　本論文の関心事である債権放棄の妥当性に関する判断は、本判決が株主代表訴訟にかかる担保提供の申立て事件であるため、それほど詳細なものではない。三菱銀行がメインバンクとして赤井電機に対する経営支援を行っていることを裁判所が認めた点と、債権放棄をした場合と放棄を拒否して支援を継続した場合との銀行の負担を比較検討した上で三菱銀行が経営判断として債権放棄を行ったとしている点が注目される。

債権放棄をすることが取締役の善管注意義務と忠実義務に違反するか否か、特別背任行為に当たるか否かについては裁判所が判断を下していないため、結果的には本論文における事例としての意義が少ない決定となった点は誠に残念である。

なお、株主は本決定を不服として、上級審で争いを継続したが、東京高等裁判所は抗告を棄却する決定を下した[26]。

第三節　裁判例のまとめと問題点の抽出

６つの裁判例の検討をとおして、金融機関が救済融資を行う場合、さらに根本的には金融機関が融資判断を行う場合に検討すべき法律問題として、次のような問題点を抽出することができる。

第一点は、金融機関の取締役が負う注意義務の内容、さらにはその程度をどのように考えるべきかという問題である。具体的には、中京銀行事件判決が言うように、銀行取締役の負う注意義務は、一般企業人としての注意義務として捉えてよいのかという問題である。

第二点は、救済融資を実行するという銀行取締役の判断と、経営判断の原則との関係である。銀行取締役の意思決定に経営判断の原則が適用されるのかどうか、適用されるとして、どのような形で適用されるのか、という問題である。

第三点は、救済融資の実行に際して、救済の根拠となるものは何か、という問題である。銀行は、基本的には融資先を救済する法律的義務を負ってはいない。東京三菱銀行事件のおいて株主が問題としたように、何を根拠として銀行は救済融資を実行できるのか、という問題である。救済の対象が銀行の関連会社である場合はどうか、という問題も指摘できる。

第四点は、救済融資に際して、銀行取締役は具体的にどのような事項について検討を加えれば注意義務を果たしたと言えるのか、という問題である。裁判例からは、救済する場合としない場合に銀行の受けるメリットとデメリットとを比較したうえで、取締役は救済融資の実行を決断する必要があると言える。検討を加えるべき事項については、さらに詳細な考察を必要とする。

第五点は、銀行取締役は、どのような内部手続を経て救済融資の実行を決断すれば、注意義務を果たしたといえるのか、という問題である。最終的には、どのような救済行為を行う場合に、取締役会で決議する必要があるのかという問題である。

第六点は、以上にみた問題以外の細かな問題である。救済の対象となる会社と銀行との間に資本関係や人的関係がある場合には、どのように考えるか。救済には各種の方法があるが、それら各種の行為類型ごとにはどのように考えればよいか。さらには、行為類型との組み合わせで、どの行為をどの時期に行えばよいか。銀行の融資と担保との関係をどのように考えるか、といった問題である。

次章以下では、ここに挙げた問題を個別に検討していく。

---

[1] 神崎教授は、「銀行の取締役の融資決定に善管注意義務の違反があったか否かは、融資業務に従事する銀行の取締役に一般に期待される知識・経験を基礎に必要とされる注意の程度を基準として判定すべきであって、銀行の融資業務を離れた抽象的「通常の企業人」に期待される注意の程度を基準に判定することは妥当ではない。」とされる。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」金融判例研究 7 号(金融法務事情 1492 号、1997)78 頁。

[2] 大蔵省が平成７年６月８日に公表した「金融システムの機能回復について」においては、五. 金融機関の破綻処理の中の３. 預金保険制度の資金援助方式の発動要件として、「経営陣の退任を基本とし、更に経営破綻の原因を招いた者については、その責任に応じ、法の枠組みの中で、経営責任が厳格に追及される。」ことを第一の要件としている。

[3] 谷口教授は、倒産企業の経営者の会社に対する責任を、①倒産とは関係なく発生した責任が、たまたま倒産の機会に表面化し、倒産処理の場面でその追及が問題となる「通常責任」と、②責任そのものが倒産との関係で発生したと考えられる「倒産責任」の２つに分類した上で、倒産責任を一種の結果責任と考える必要のあることを指摘される。そして、そのような結果責任は、経営者として自ら利益を追及して管理支配した企業を倒産に導いたことの責任として、報償責任的に根拠づけることが可能であるとされる。また、倒産ないしはそれに近い状態に入ってからは会社債権者に対する関係における注意義務が加重されるので、より厳密な経営判断の基準が適用されるべきではなかろうか、とされる。谷口安平「倒産企業の経営者の責任」鈴木忠一・三ケ月章監修『新・実務民事訴訟法講座 13 倒産手続』（日本評論社、1981）242 頁～243 頁、258 頁～259 頁参照。

[4] 経営判断の原則は、谷口教授のいわれる通常責任の場合に限って妥当するといえるのではないか。さらに私見によれば、倒産に準ずるような一定の重大な損失を会社にもたらすような取締役の経営判断の失敗については、取締役は結果責任を負うこともあるのではな

いかと考える。そのような損失は、取締役が会社の体力もわきまえずに、過度のリスクテイクに走った結果にほかならないからである。取締役の経営判断に経営判断の原則が適用されるのは、会社に生じた損失が利益の範囲で十分にカバーされる場合に限るのではないか。ただし、この場合に取締役が会社に負担すべき責任が会社に発生した金銭的損害の全額であるべきなのか、という問題については、さらに検討を必要としよう。

[5] 鎌田薫「わが国における専門家責任の実情」専門家責任研究会編『専門家の民事責任』（別冊ＮＢＬ№.２８）（商事法務研究会、1994）69 頁は、「司法書士の民事責任は次第に重くなりつつある。」とする。

[6] 能見善久「専門家の責任－その理論的枠組みの提案」専門家責任研究会編『専門家の民事責任』（別冊ＮＢＬ№.２８）（商事法務研究会、1994）９頁は、「依頼者は専門家に多額の報酬を支払うので、過誤があった場合の責任が大きいことはやむをえないというべきである。」とする。

[7] 黒田清彦「株主代位訴訟において銀行の不良債権となった融資につき取締役の善管注意義務・忠実義務違反が認められなかった事例」金融商事判例 1016 号(1997)51 頁。

[8] 近藤教授は、取締役の責任についての免責の必要性を認めながらも、取締役の会社に対する責任を確実に履行させるには、取締役の義務違反に対して十分に責任を追及しうる道を整備しておくことが肝要であると指摘される。また、平成５年に株主代表訴訟制度が改正される以前の状態としてではあるが、取締役の会社に対する責任は、会社債権者等の第三者に対する責任に比べて、実際に追及されることが極端に少ないと指摘しておられる。近藤光男「取締役の経営責任」竹内昭夫・龍田節『現代企業法講座第３巻 企業運営』（東京大学出版会、1985）315 頁～316 頁参照。

[9] 返済が確実でない債務証書という証券を、銀行がリスクを負担することによって安全な預金という証券に変換することが、銀行の資産変換機能とリスク負担機能と呼ばれる機能である。金子隆「銀行の基本機能」池尾和人・金子隆・鹿野嘉昭『ゼミナール 現代の銀行』(東洋経済新報社、1993)23 頁～24 頁。貸付債権の貸倒れや、利払い停止といった銀行の資産に起こる危険を信用リスクという。銀行が行う審査と債権管理は、この信用リスクを回避するために行われている。池尾和人「リスク管理と新しい銀行行動」池尾・金子・鹿野 前掲書 128～129 頁。貸倒の危険がなければ、そもそも銀行は必要とされない。
首藤恵・松浦克己・米澤康博『日本の企業金融　変化する銀行･証券の役割』（東洋経済新報社、1996)86 頁 ［松浦］は、「貸倒れ自体はどんなに審査をしても、確率事象として当然に起こりうる。」とする。

[10] 池尾和人『銀行リスクと規制の経済学』（東洋経済新報社、1990）１頁は、「銀行がその機能を遂行する上で、一定のリスクを負担することは不可欠な面をもっている。」とする。

[11] 銀行株主には帳簿閲覧権がないので、そもそも銀行が誰にどのような内容の融資を行ったかを株主が知る方法はない。本件は、行員株主が原告となって取締役を訴えた事例であるため、これほど詳細な融資の内容を原告が知り得たのである。銀行が行った融資判断の適否を株主が問題とする場合には、多くは新聞報道を訴訟上の資料や証拠とするほかはないこととなる。

[12] 近藤光男「銀行の融資判断と取締役の責任－中京銀行代表訴訟判決をめぐって」金融法務事情 1478 号(1997)13 頁には、「将来的には賠償額を制限した中間的な解決や金銭的損害賠償以外の解決をも模索してもよいようにも思われる。」との指摘がある。
　また、岸田雅雄「商法・証券取引法から見た企業の違法行為のチェックシステム」ジュリスト 1129 号(1998)39 頁は、「不良債権についての明確な法令上の規定がないことは、その会計処理や情報開示を怠っても、必ずしも「法令」違反とならず、会社役員等の責任追及を困難にしている。」としており、不良債権の発生に伴う取締役に対する責任追及の難しさを述べている。

[13] 多数の文献がある。経済企画庁編『経済白書 平成５年版』（大蔵省印刷局、1993）では、

第２章に「バブルの発生・崩壊と日本経済」をテーマに取り上げて、バブル期における金融機関の行動についても分析している。141 頁～143 頁、189 頁～193 頁参照。

[14] 山田春編『新銀行実務講座 第４巻 貸付』（有斐閣､再版、1970）271 頁は、物的担保の要件として、①担保価値の把握が容易で、価値が安定していること、②管理に便利であること､③換価回収が容易であること､の 3 点を指摘するとともに､銀行の貸付においては､資金の効率性を重視するために、確実な担保であることに加えて、換価回収が容易なものであることを強調している。また、永井紀昭・石井眞司・林部實『金融実務手続双書 不動産担保（上)』（金融財政事情研究会、1992）3 頁には、不動産担保の短所として、十分な事後管理が必要であることと、遠隔地担保は管理不在となるので要注意であることを指摘する。

[15] バーゼル銀行監督委員会「内部管理体制の評価のためのフレームワーク」（日本銀行のインターネットのホームページ上に公開された日本銀行による仮訳による。なお、バーゼル銀行監督委員会は、１９７５年にＧ１０諸国の中央銀行総裁会議によって設立された銀行監督当局の委員会である。）３４頁は、「内部管理上の問題から損失を被った銀行の多くは、内部管理体制を有効にモニタリングしていなかった。」としている。中京銀行は、決して経営が破綻した銀行ではない。しかし、この報告書が同頁で次のように述べている点には､注意が必要であろう。「他の多くの事例では､膨大な損失をもたらした組織の部署あるいは業務は、認識されたリスクのレベルに比して不自然な収益性とか、母体組織から地理的に離れた場所における新しい業務活動の急速な成長といった、リスクの高まりを示す多数の特徴点があった。（下線は引用者による)」本件は、本体の企業破綻には至らなかったものの、母体組織から地理的に離れた場所での業務の拡大に多くのリスクが潜んでいることを端的に証明する実例である。

[16] バブル期には、銀行の審査機能が低下し、担保、とくに値上がりを期待した不動産担保に依存した融資を拡大したことが、バブル崩壊後における銀行の不良債権発生の大きな要因である。松浦克己｢金融システムの動揺と企業金融｣首藤恵・松浦克己・米澤康博『日本の企業金融 変化する銀行・証券の役割』（東洋経済新報社、1996)195 頁参照。

[17] 黒田・前掲注５ 51 頁によれば、融資額をはるかに超える担保設定を要求される庶民の立場からすれば、やりきれないとする。

[18] 大隅健一郎＝今井宏『会社法論 中巻』185 頁（有斐閣、第三版、1992)。

[19] 大隅＝今井・前掲注１８　185 頁。

[20] 鈴木竹雄＝竹内昭夫『会社法』275 頁(有斐閣、第三版、1994)。

[21] 鈴木＝竹内・前掲注２０　276 頁。

[22] 黒田・前掲注８ 52 頁は、「銀行の規模との関連において総合的に判断して、総額２５億 9,800 万円強の融資は、取締役会に諮らなくてよい案件とは思われない。」という。近藤・前掲注１３　12 頁は、商法２６０条の規定外の業務については、業務を執行する代表取締役や業務担当取締役に決定を任せることができるとし、銀行の行う融資も、金額によってはそのような業務に入るとする。内規を確認する意義は、最一小判平成６．１．２０がいう「従来の取扱い」を明らかにする上でも重要である。

[23] 小山嘉昭『全訂 銀行法』455 頁（大蔵財務協会、1995)。

[24] 近藤･前掲注１３ 11 頁は、「他の取締役の違法な行為を認識しうるシステムを構築しておくべきことも、取締役の善管注意義務の一つであると考えるべきである。」とする。

[25] 金融規制において、銀行が企業グループを形成している場合、効果的な監督規制を当該銀行のみならず当該銀行を中心とする企業グループ全体に及ぼし、銀行を中心とした企業グループを単一の規制対象とすることの必要性が提唱されている。このような銀行と結合企業からなる企業グループに対する包括的な監督規制は連結監督、ないしは連結監督規制と呼ばれる。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『（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、1995) 497 頁の注 46 参照。このような監督規制を実効性あるものとするには、企業グループの中核企業たる銀行に、グループ全体の監督責任を負わせなければ、規制の実は挙がらないのではないだろうか。

[26] 東京高裁平成９年６月２日決定　資料版商事法務１６６号１５８頁。

第二章　銀行取締役の責任と救済融資

銀行取締役が救済融資を行えるか否かについて検討する際に最も問題となるのは、銀行取締役の責任が果たしてどのようなものであるのかという点である。銀行取締役の責任をどのようなものであると理解するかによって、救済融資を行えるか否かの判断基準が異なると考えられるからである。そこで本章では、銀行取締役の責任の特質について検討を加えた上で、第一部での検討をも踏まえながら、そもそも銀行取締役が救済融資を実行することが、会社法上許されるのか否かについて検討する。

第一節　銀行取締役の責任

株式会社の形態をとる銀行の取締役と会社との関係は、商法254条３項の規定にしたがって、一般の株式会社と取締役との関係と同様に委任を基本としており、取締役が善管注意義務や忠実義務を負うことに変わりはない[1]。また、信用金庫や信用組合といった株式会社以外の形態をとる金融機関においても、株式会社の取締役の義務に関する規定と同様の規定が個別におかれている[2]。株式会社である銀行の取締役は、商法266条の規定に基づき会社に対する責任を負うと同時に、同266条ノ３の規定に基づき第三者に対する責任をも負う。この点も、一般の株式会社の取締役の責任と同様である。つまり、わが国においては、銀行の取締役に対して、会社法上特別の責任が課されているということはない。

一つ注意すべき点は、取締役が会社に対して負っている債務が、結果債務ではなく手段債務と解されている点である[3]。取締役は経営を成功させる義務を負っているのではなく、経営を成功に導くという目的のもとに、会社のために最善の努力をする義務を負っているのである。誠実に、かつ最善の努力を会社経営に傾注した取締役が、自らの経営判断の結果、会社に損害が発生したからといって必ず会社に対する責任を負担しなければならないのでは、取締役に就任を希望する者はいなくなる。株主は、商法257条の規定に基づいて、適任でない取締役に対する解任権を行使することはできても、取締役の決断の一つひとつに干渉することはできないのである[4]。それが、所有と経営を分離した現行法の主旨である。このことは銀行の取締役についても同様である。

第二節　銀行取締役の注意義務

第一款　注意義務の程度と内容をめぐる議論の検討

１．わが国における議論

（１）株式会社取締役の注意義務　　わが国においては、取締役の負う善管注意義務と忠実義務との異同をめぐっては、非常に活発な議論が展開されてきたが、取締役が負う注意義務の程度や内容については、これまでそれほど熱心に検討が加えられてきたとは言えない[5]。取締役は、商法254条３項、民法644条の規定によって、「善良ナル管理者ノ注意」をもって職務を遂行する義務を負うことは、条文から当然導き出されるものの、そこからさらに踏み込んで、取締役が負う「善良な管理者の注意」の具体的な内容や注意義務の基準については、従来ほとんど議論されていない[6]。

ここで生じる疑問は、職務の遂行に際して取締役の負う注意義務の基準について、具体的にどのように考えればよいのかという点である。わが国の株式会社には、実質的に個人商店に近い会社から世界に冠たる巨大企業まで、企業規模には相当の隔たりがあることは周知のとおりである[7]。また、それぞれの企業について、事業の内容も異なる。このような千差万別のわが国の株式会社の取締役について、善良な管理者の注意という基準で、全ての問題が十分に解決されるのだろうかということが、疑問として生じる[8]。

取締役の負う注意義務の程度や内容について検討した文献を整理すると、以下のようになる。

ある見解によれば、取締役が業務執行に際して用いるべき注意義務の程度や内容は、会社の規模や業種の違いによって異なるのは当然であるとしている[9]。別の見解によれば、取締役には、業務執行の具体的状況に応じて、当該の業務執行を行う者に要求される能力と識見が求められるとしている[10]。

では、取締役と会社との関係が民法上の委任とされるところから、受任者の負う善管注意義務を規定する民法644条の規定をめぐってはどのように解釈論が展開されているのだろうか。善良なる管理者の注意は、ローマ法の「良家父の注意」（diligentia boni patris familias）を淵源とし、フランス法の「善良なる家父の注意」やドイツ民法の「取引に必要な注意」に相当するものとされる[11]。そして、受任者の注意義務は、受任者の職業・地位・知識等において一般的に要求される平均人の注意義務を指す点で抽象的ではあるものの、各具体的場合の取引の通念に従い、相当と認めるべき人がなすべき注意の程度をいうとされている[12]。つまり、個々の受任者が負う注意義務の程度は、受任者の委任事務の内

容によってそれぞれに異なりうるものであると考えられていることになる。

（２）銀行取締役の注意義務　　では、銀行取締役の注意義務については、わが国ではどのように考えられているのだろうか。わが国では、銀行取締役の注意義務について、一般の株式会社の取締役と区別して議論するという態度はみられない。わが国における銀行取締役の注意義務に関する文献を整理すると以下のようになる。

金融機関の取締役の注意義務について詳細に検討を加えた研究業績は、わが国にはこれまでに存在しないものと思われる[13]。裁判例としては、第四部第一章第一節で検討した中京銀行事件判決がある。この判決では、銀行取締役の職務執行における善管注意義務違反があったか否かを判断するに際して、「通常の企業人として看過し難い過誤、欠落があるかどうか」を基準として判断すべきこととしている。そこでは、「通常の企業人」という業種の違いや企業の規模を超越した抽象的な形で、企業経営に当たる人物像が想定されていることになる。

金融機関の取締役の注意義務について言及した数少ない文献として、1996年の金融法学会シンポジウム「金融機関の健全性維持および破綻処理について」がある[14]。このシンポジウムでは、金融機関の取締役であるからといって、一般の会社の取締役よりも注意義務の程度が重いとは考えられていないことが宍戸教授、前田重行教授によって明らかにされている。宍戸教授は、「注意義務の内容はソルベンシーの段階によって異りうると思われます。」とした上で、「金融機関の取締役は、他の株式会社の取締役に比較して考えるべきことは多いだろうとは思いますが、注意義務の程度自体が無条件に高くなることはないと思います」とされる。さらに前田教授は宍戸教授の回答を補足され、「株式会社の取締役として、金融機関であろうと他の事業会社であろうと、基本的には商法上の注意義務は同じとみざるをえない。損害賠償責任を追及されるという段階では同じようにみざるをえないのではないかと思います。」とされた上で、金融機関の経営破綻に伴って生じる預金者が受ける不利益に対する取締役の責任は、「基本的には銀行監督責任の問題のなかで捉えざるをえないのではないかと思います。」とされる。共にわが国を代表する二名の商法学者の見解であり、この見解がわが国の通説であると言える。

また、取締役の義務違反があった場合の損害賠償を処理する際の法的枠組みである不法行為の領域では、行為者の過失の有無を判断する際に、あるべき行為と現実の侵害行為との喰い違いを判断するに当たって、個人的特性を考慮すべきかどうかという点が議論されている。平井教授によれば、損害発生を「予見できるか否かを判断するには、行為者の知

識・経験・技能等を考慮することを要し、またこれらを当然に要求される職業（専門的職業）に従事している場合には、その職業を考慮することとなり、これらの要素は行為義務を判断する際の最も重要な特性である。」として、医師の行為義務の基準が「危険防止のために実験上必要とされる最善の注意義務」であることの説明を加えた上で、「医療行為に関する以上の準則は、必要な変更を加えた上で、知識・経験・技能を高度に要求される職業一般（弁護士、税理士、弁理士、司法書士、建築家、金融業者、不動産業者等）にも準用されるべきであると考えられ、今後の判決例の蓄積を待つべきである。」とされる[15]。

ここで株式会社の取締役の注意義務の程度や内容に関する私見を言えば、次のようになる。取締役は、それぞれの会社の規模や業務の内容に従った注意義務を具体的に負っている。会社の規模が異なれば、取締役による行為の効果や影響の度合いは、社会的にみて全く異なるものである。わが国における株式会社の著しい規模の格差を勘案すれば、なおさらそのように言える。わが国の株式会社の全取締役の注意義務の程度を絶対的尺度でみるならば、各取締役の行為の効果や影響が、より大きく、より広く及ぶに従って、取締役の用いるべき注意義務の程度は高度なものになると解すべきである。年商数兆円の巨大企業の取締役の負っている注意義務の程度は、株式会社の形態をとる年商数千万円の商店街の商店の取締役の負っている注意義務の程度よりも、自ずから高度なものとなると解すべきである。このことを金融機関の取締役に当てはめれば、一般的には、都市銀行の取締役が用いるべき注意義務は地方銀行の取締役よりも高度であり、銀行の取締役は信用金庫の理事よりも高度な注意義務を負っているということになる[16]。

２．アメリカにおける議論

（１）　株式会社取締役の注意義務　　アメリカにおいては、取締役が負う注意義務の程度や内容について、活発な議論が展開されている[17]。例えば、アメリカにおける取締役の責任について、実務的視点に立って全般的に検討した最もポピュラーな文献と言えるアメリカ法曹協会ビジネス・ロー部会が編纂した『会社取締役ガイドブック』[18]をみても、そこでの検討は実務的視点に立つとともに、詳細かつ具体的である[19]。

取締役の負う注意義務については、コモンロー上、過失の程度を含む３つの基準が存在することが指摘されている[20]。つまり、①単に重過失（gross negligence）を回避するために必要な注意の程度、②同様の地位にある通常の思慮分別ある取締役が類似の状況の下で期待される注意、③通常の思慮分別ある人物が個人的な事業上の業務を行う際に用いる注意、の３つである。ただし裁判所は、注意義務の基準を

適用する際に、客観的な考慮と同様に主観的な考慮をしてきたとされ、常勤と非常勤の別、報酬の有無、健康状態や精神状態といった点が、取締役の過失認定に際して考慮されてきた[21]。

制定法の多くは、②の「類似の状況の下で同様の地位にある通常の思慮分別ある取締役」の基準を採用しており[22]、模範会社法典（MODEL BUSINESS CORPORATION ACT）もまた、この基準を採用している[23]。模範会社法典8.30条は、取締役は、委員会の委員としての義務を含め取締役としての義務を(1)誠実に(in good faith)、(2)同様の地位にある通常の分別を備えた人間（an ordinary prudent person in a like position)ならば類似の状況の下で払うであろう程度の注意をもって、かつ、(3)会社の最善の利益（in the best interest of the corporation)であると合理的に信ずる方法で、果たさなければならないとしている。「取締役ガイドブック」は、この規定を次のように分解した上で、具体的な説明を加えている。

- 誠実―　正直に行動すること。違法な振舞いをしたり、会社に違法な行為をさせないこと。取締役が真実でないことを知っている情報に依拠したと主張することは誠実に行動したとみなされない。
- 注意―　注意を払う必要があり、勤勉にかつ合理的に行動することが必要であることを表明すること。
- 通常の分別を備えた人間―　常識（common sense）と実利的知恵（practical wisdom）と情報に基づいた判断（informed judgment)の基本的属性の統合体。
- 同様のポジションにいる―　取締役の経歴と資格、事業体の活動の規模と複雑性と場所といった要素により、会社の取締役の役割の性格と範囲が違ってくることを認めている。
- 同様の状況―　会社の関心事と当該事実関係によって、監視の性格と範囲が違ってくることを認めている。
- 合理的に信じる―　行動基準が客観的で主観的でないことを示す。
- 会社の最善の利益―　取締役の会社に対する根本的な義務であることを強調している。[24]

学説には、会社の種類や規模によって、取締役の負う注意義務の基準は異なるとするものがある[25]。

アメリカ法律協会(American Law Institute ： 以下ＡＬＩという)が、1992年５月に採択した「コーポレート・ガバナンスの原理：分析と勧告」(PRINCIPLES OF CORPORATE GOVERNANCE: ANALYSIS AND RECOMMENDATIONS)4.01条(a) 項柱書は、「取締役又は役員は、会社に対し、誠実に、会社の最善の利益に合致すると合理的に信ずる方法で、かつ、通常の慎重な者が同様の地位において類似の状況の下で尽くすことを合理的に期待される注意をもって、その職務を遂行する義務を負う。」[26]　と規定し、模範会社法典と同じ立場をとっている。また、4.01条柱書の詳細なコメントを見れば、アメリカの法学会が、取締役の注意義務基準について、いかに多くの精力を注いで検討を加えてきたかが分かる[27]。

（２）銀行取締役の注意義務　　銀行取締役の負う注意義務についても、アメリカでは多くの判例や文献で検討が加えられている。中心的な論点は、銀行取締役の負う注意義務が一般の株式会社の取締役の負う注意義務に比して高度なものかどうかという点である。学説、判例とも、この考えに賛成するものと反対するものとに分かれる。まず、学説の状況からみてみる。

銀行を含めた金融機関の取締役が、他の会社の取締役に比して高度な注意義務を負うとする見解をとる有力な研究者として、アイゼンバーグ教授を挙げることができる。アイゼンバーグ教授は、その理由を３つ挙げる[28]。第一は、会社が、伝統的な債務者－債権者関係とは違った特別の関係を会社に対して持つある種類の人（預金者のような人）から、現金や資産を常時受領することを含む事業に従事する場合、そのような種類の人は、株主と同様に取締役の注意義務に関して、受益者（beneficiaries）となり得ることである。そして、そのような関係は、金融機関に限定されるものではないが、金融機関により多く見いだされ得る。第二は、巨額の流動資産を保有する会社の取締役は、そのような資産によって引き起こされる特別なリスクや誘惑に関与しなければならないことである。そして、この要素は、他の会社においても時には存在するが、金融機関には常時存在する。第三は、種々の会社以外の制定法が、特定の種類の会社の取締役に特別の義務を課しており、それらの制定法のいくつかは金融機関に関連していることである。これらの義務は、特別の制定法によって課せられるとは言え、会社法の問題として取締役の注意義務の一部となりうる。

アイゼンバーグ教授の挙げる３つの根拠は、銀行取締役に高度注意義務を課す根拠を十分に説明している。他にも、銀行取締役が高度な注意義務を負うとする立場をとる研究者がある[29]。

一方で、銀行取締役の注意義務の基準を一般の会社の取締役の注意義務の基準と区別しない見解もある。この立場を代表する研究者の一人として、バランタイン教授を挙げることができる。取締役が誠実に行動し、事業に注意を払うならば、責任は十分な経験と会社の事業経営に対する健全な判断について取締役を選任する株主にある、というのがその根拠である[30]。他にもこの立場をとる研究者がある[31]。

次に判例の態度をみてみよう。銀行取締役の注意義務に関する先例として頻繁に引用される事例にBriggs対Spaulding事件[32]がある。この事件で判決は、銀行取締役の注意義務に関して次のように述べた。

「取締役は、銀行業務の執行(administration)に関して、通常の注意と分別（ordinary care and prudence）を用いなければならない。そして、このことは長たる人物(figure-heads)として職務を遂行する以上のものを含んでいる。彼らは、銀行業務を委ねる法の下で定義付けられたように、正式に権限を持つ役員(officers)に対して資格を与えられているが、このことは、合理的な監督義務から彼らを放免することはないし、違反行為（wrong-doing)に関する知識の不足のために、その不知（ignorance)が重大な不注意(gross inattention)の結果であっても、責任から保護されることを認められることのないことも当然である。」[33]

Briggs対Spaulding事件判決は、銀行取締役が業務執行に際して「通常の注意と分別」を用いることを述べていることから、銀行取締役に高度注意義務を課すことを否定する立場に立つと考えられており、この判決と同様の立場をとる判決もある[34]。ただし、Briggs対Spaulding事件判決によりつつ、銀行取締役に他の会社の取締役に適用される注意義務の基準に比して多くのものを要求する判決が存在するとも指摘されており[35]、この判決に対する評価は分かれている。

一方で、銀行取締役が他の株式会社の取締役に比して高度注意義務を負うとする判決がある[36]。近年の判決には、この立場をとるものがあると指定されている[37]。

次に、ＡＬＩの「コーポレート・ガバナンスの原理：分析と勧告」においてはどのように考えられているかをみてみる。第4.01条の明文上は、銀行取締役に対する言及はない。ただし、第4.01条のレポーターズ・ノートでは、金融機関の取締役が他の会社の取締役に比して高度な注意義務を負うことを否定的に解している。レポーターズ・ノートは次にように理由を述べている。

「一般的に今日、銀行とほかの金融機関は、しばしば、預金を預かるという以上に広範

囲の活動に従事する複雑な経済主体である。事業会社(industrial corporation)は、しばしば少なくともその一部が金融機関である。「事業」会社に相対する存在としての「金融」会社というラベルを基礎に、明確な区分を引くことはできない。もちろん、注意義務の基準によって取締役と役員に必要とされるものは、特定の会社の事業に関する本質と特徴の一部に依存するのであって、金融の会社と同様に産業に従事する会社にとっても真実である。[38]」金融機関の業務が複雑多岐にわたっていることと、一般の会社も程度の差はあるものの事業活動の一部に金融を扱っており[39]、金融機関とそれ以外の会社との間に明確に区分をすることが困難になっていることがこの見解の根拠である。

この点に関して、「コーポレート・ガバナンスの原理：分析と勧告」の首席報告者であるアイゼンバーグ教授は、教授が来日された際の質疑応答の中で、「多くの判例は、金融機関の取締役が事業の性質の故により大きい責任を負うものと判示していることは正しい。」と述べたうえで、このレポーターズ・ノートを次のように変更するつもりであるとされる[40]。「もちろん、注意義務の基準から取締役または役員に何が要求されるかは、ある程度、特定の会社の事業の性質および特徴によって決まるが、そのことは、金融会社についてと同様に事業会社についてもあてはまる。加えて、第4.01条(a)項に定める基準を金融機関の問題となる取締役に適用する場合、その取締役には事業会社の同様の地位にある取締役より多くのものが要求されることになるであろう。」

結局、両者の立場の違いは、金融機関、とくに銀行の業務の本質や特徴をどのようなものであると理解するかという考え方の違いに帰着するように思われる[41]。

第二款　銀行取締役の注意義務に関する考察

１．銀行経営の特徴から導き出される特徴

結論から言えば、私見は、銀行取締役の負う注意義務は、銀行業務を執行する者に求められる注意義務であって、その注意義務の程度を他の業種に属する企業の取締役が負っている注意義務の程度と比較すると、高度なものであると考える。銀行取締役の注意義務が高度であるとは、注意義務の内容に、そうでない場合以上に多くの事項を含んでいるとともに、専門的な判断が求められるということを意味する。

銀行取締役は、一般の株式会社の取締役が負う注意義務に比して、特別な内容の注意義務を負っていることが、私見を根拠付ける一番目の点である。その根拠の多くは、第一部第三章で検討した銀行経営の特徴に起因する。

第一は、銀行業務が、銀行法１条によって「公共性」を有すると規定された非常に限定された事業である点である。銀行法１条の規定の主旨に鑑みれば、株式会社である銀行取締役が負う注意義務の内容には、営利性を実現することに加えて、銀行経営における公共性を実現することが含まれていると考えざるを得ない[42]。つまり、一般の会社の取締役であれば、営利性を実現すれば、会社に対する責任を尽くしたといえる。しかし、銀行取締役は、営利性の実現に加え、銀行経営における公共性をも実現する義務を負っている。このように考えれば、銀行取締役の負う注意義務には、他の業種に属する会社の取締役には見られない、特別な義務を含んでいると言える。

第二は、銀行法７条の規定により、銀行取締役が銀行業務に専念する義務を負っている点である。銀行取締役の銀行業務に対する専念義務は、株式会社の取締役の負っている善管注意義務、忠実義務、競業避止義務の規定を加重する規定であると考えられ、銀行取締役は、この点でも他の株式会社の取締役には見られない特別の義務を負っていることになる。

第三は、銀行株式会社においては、株主の帳簿閲覧権が否定されていることから明らかなように、株主の経営監督機能が後退していることである。これも、銀行にのみ特有の現象である。銀行取締役が、他の業種に属する企業の取締役と同じ程度の注意義務を負うとするならば、銀行取締役は株主からの経営監視を受けることが少なくなる分、責任が軽減される結果となりはしないか。金融当局による銀行監督には、後退した株主による経営監督機能を補う機能を果している。しかし、この後退した株主による経営監督機能を補うには、金融機関自らによる自己規律を厳格に図るべきであるというのが私見である。そして、銀行経営における健全性を確保するための自己規律の手段として、銀行取締役の注意義務を高度なものと解することは、その前提条件であると考えられる。

第四は、銀行が預金者という不特定多数の債権者を常時有することである。これほど多くの小口に分散した債権者を有する業種は、金融機関を除いて考えにくい。しかも、これら預金者の大半は小口の債権者に過ぎず、銀行経営の健全性について監視する能力もなければ、インセンティブにも欠ける[43]。また、預金保険制度や中央銀行による最後の貸手機能といったセイフティー・ネットを充実させることは、市場による監視機能を低下させるため、市場規律を麻痺させて、結果的に銀行経営者にリスク負担を誘発する効果を持つことが指摘されている[44]。通常の企業であれば、会社が債権者からの信用を失えば会社経営が困難になることが多いが、銀行の債権者である預金者の多くは、各銀行の信用状態につ

いて常に厳しくチェックを働かせているとは言えないため、銀行にあっては債権者による経営チェック機能が他の業種の企業に比して十分に機能していないという側面を持つ。金融当局による銀行に対する監督の目的は、市場規律の低下によってもたらされる銀行経営者のモラル・ハザードを監視することにもあることは明らかであるが、1997年に露呈した銀行からの大蔵省高級官僚に対する贈収賄事件は、銀行経営を監督すべき立場にある金融当局が、銀行と癒着していたことと、金融当局の監督が、必ずしも預金者の利益を保護するために行われてこなかったことを証明してみせた。預金者の利益を保護し、銀行経営の健全性を確保するためには、まず銀行取締役自身が高度注意義務を負うとすることによる銀行経営の健全性を確保することが必要であると考えられる。

２．銀行の経営破綻構造の特殊性

宍戸教授は、ソルベンシーの程度が落ちてきた場合には、銀行取締役の注意義務の内容が異なりうると指摘される。ソルベンシーが落ちてくると、銀行取締役は平常時の注意義務とは異なった内容の注意義務を負うとされる。しかし、銀行が経営破綻に至る原因と過程、さらには銀行の資金運用上の特徴を考え合わせると、銀行取締役は平常時から高度な注意義務を負っていると考えなければ、銀行経営の健全性を維持することが困難であると考えられることが二番目の根拠である[45]。

銀行は、小口に分散した貸出資産から安定して得られる利息収入を大きな収益の源泉としている。特定の業種や特定の融資先に対する融資の集中を排除し、貸出資産の分散を図ることが銀行経営の健全性を維持する上で肝要である。銀行法13条は、特定先に対する銀行の信用供与の集中を防止するための規定である。この大口融資規制は、銀行経営の健全性を確保することを大きな目的としている[46]。

大口融資規制の存在や、銀行自身によるリスクを分散しようとする内部努力の結果、多くの銀行にあっては、貸出資産は分散した構造になっている。従って、銀行の経営破綻は、取付けやシステミック・リスクの健在化といった当該の銀行にとって予測しがたい突然の危機が現実となる場合を除いて、貸出資産の劣悪化によってもたらされる。貸出資産の劣悪化は、リンゴがしだいに腐っていくように、徐々に進む。人間の病気に例えれば、慢性病のような形で貸出資産の劣悪化が進行し、ついには経営破綻が現実化するのである。大口融資規制の精神を守っているかぎり、心臓疾患のような形で短期間のうちに銀行の経営破綻が現実化することはない。そして、このことを逆にみれば、一度貸出資産の劣悪化が進むと、それを改善することも、慢性病の治療が容易でないのと同様に非常に困難である

ことを意味している。

銀行の経営破綻の進行過程を以上のように理解すれば、ソルベンシーが低下した時点で銀行取締役の注意義務の内容に平常時と異なるものを求めても、もはや手遅れとなることが強く懸念される。ソルベンシーが落ちた時点で、銀行取締役が資産の健全化を進めようとしても、その努力には相当の時間と相当の困難が伴うのである。銀行経営においては、通常の経営状態にある時から、つまり融資一件ごとの決定に求められる取締役の注意義務の程度を高度なものとすることによってはじめて、資産内容の健全化、ひいては銀行経営の健全化が実現できるのである。銀行取締役は、融資判断の一件ごとに慎重な判断が求められるのである。

３．専門家の責任と対比した場合の特徴

銀行取締役の負う注意義務が高度であると考えられる第三の根拠は、銀行取締役と専門家の類似性である。

どの範囲の専門家を「専門家」というかという問題はあるものの、医師や弁護士を代表的な例として、専門家は高度注意義務を負っているとされる[47]。専門家の負う注意義務は、専門家であるがゆえに専門家以外の人が負っている注意義務と分けて議論されているのである。これは、専門家としての特殊な責任構造に着目された結果にほかならない[48]。専門家が高度注意義務を負っているという主張や、専門家の責任を区別して議論すること自体を否定する見解は見当たらない。ところが、専門家の負う注意義務が高度であることを規定する法律はそもそも存在しない。専門家が高度注意義務を負うとされているのは、現行法の解釈の結果なのである。

前田重行教授が、銀行取締役の注意義務について、「株式会社の取締役として、金融機関であろうと他の事業会社であろうと、基本的には商法上の注意義務は同じとみざるをえない。損害賠償責任を追及されるという段階では同じようにみざるをえないのではないかと思います。」[49]とされるのも、現行法が銀行取締役の注意義務を加重する規定をおいていないことが根拠とされているものと思われる。しかし、専門家の負う注意義務が現行法の下で明文の規定なく高度であると解されているのと同様に、銀行取締役の負う注意義務についても高度であると解することが可能であると考えられる。以下では、銀行取締役と専門家との責任構造の類似性について検討する。

専門家たることの指標として、①一般の職業とは異なる高度の専門化した長期の教育研究と濃密な技能訓練の必要性、②無資格者の参入排除、③依頼者との間の特別の信頼関係

の存在、の３点を指摘した上で、専門家の民事責任の特色として、専門家の資質確保を目的とする高度注意義務と専門家の背信行為の排除を目的とする忠実義務の二面性を指摘する見解がある[50]。この見解によれば、上場企業の平均的な会社役員を前提として、厳密な意味ではフル・プロフェッションとしての専門家ではないが、準専門家といってよいとされる[51]。以下では、銀行取締役が、専門家性を有することを明らかにする。

まず、①と②について検討する。銀行業には、銀行法４条によって行政当局による厳しい参入規制が設けられており、銀行を開業するには、内閣総理大臣による免許が必要である。銀行業に免許制がひかれているのは、銀行経営の基礎的要件を確保することによって、不健全な銀行の設立を排除し、信用秩序の維持と預金者の保護を図ることを目的としている[52]。専門家の業務を専門家の資格を保有する者に限定する意味も、当該業務を遂行する者を一定の見識と能力を備えた者に限定することによって、当該の業務に対する社会からの信頼を維持することを目的としている点で共通している[53]。

そして、銀行にあっても、わが国においては、役員は従業員出身者の占める割合が極めて高い[54]。金融機関の取締役になるためには、数の限られた金融機関に従業員として入社し、その中で教育訓練を繰り返し受ける必要がある。その結果、取締役としての適性を備えたごく少数の者のみが取締役になることができるのである。このことは①と②の要件にそのまま該当するものと言えよう。

③についてはどうか。金融機関が行う融資業務は、預金者から預かった預金を原資の一つとし、資金を安全確実に運用して安定した収益を実現し、預金利息の支払いや預金元本の預金者に対する確実な返却、さらには株主に対する安定した配当を行うことが中心となる。預金者は、どういう先にどれだけの資金を融資するかという金融機関の判断には一切関与しない[55]し、預金者はそもそも、銀行の資金運用状況に異議を唱えるということはできない。預金者は、銀行取締役が安全確実に預金を運用するであろうことを信頼した上で、銀行に預金を預けているのである。また、取締役に経営を委任した株主についても、経営監督機能が後退しているので、経営監督権能を発揮して、資金運用が適正に行われているかどうかをチェックすることには困難を伴う。銀行の株主は、取締役が高度な資金運用能力を有することと、適正な資金運用が行われることを信頼して、取締役に経営を委任せざるを得ないのである。

このようにみてくると、銀行取締役と株主、そして預金者との間には、特別の信頼関係が存在すると言える[56]。

以上の検討から、金融機関の取締役は専門家性を有すると結論せざるを得ない[57]。経営監督権能が大きく後退した金融機関の株主、さらには不特定多数の預金者と銀行取締役との関係を考えると、銀行取締役が、専門家と同様に、高度注意義務を負うものと考えられる[58]。

第三款　小括

銀行取締役の注意義務を高度なものと考えるか否かは、株式会社の取締役の注意義務を絶対的なものとして捉えるのか、相対的なものとして捉えるのかという考え方の違いに帰着するものと言えよう。このように考えれば、前者の立場を注意義務絶対説、後者の立場を注意義務相対説とでも呼ぶことができよう。

注意義務相対説の立場は、当該企業の業種や規模を勘案し、それぞれの業務を処理する人にその時々に求められる注意義務を尽くしたか否かを基準として、注意義務違反の有無を判断しようとするものである。従って、銀行取締役が銀行経営における公共性を実現する義務を負っていたり、銀行業務に専念する義務を負っている点も、銀行取締役であれば等しくこの義務を負っているため、銀行取締役としての責任を加重する理由とは考えないのである。つまり、それぞれの取締役が負う注意義務の違いは、全て内容の違いとして見るのであって、程度の違いとは見ない考え方である。銀行取締役という平均的な人物像を想定した場合は、公共性の実現や銀行業務に対する専念義務も、銀行取締役として当然のことであって、何ら特別の義務を負っていることにはならないという結論になるわけである。

これに対して注意義務絶対説の立場は、銀行取締役の負う注意義務の内容を他の業種の取締役が負っている注意義務の内容とも比較検討した上で、他の業種の取締役が負っていない銀行取締役の注意義務の特徴を、取締役の注意義務という尺度の中で絶対的に位置付けた上で、特別であり、高度であると考えるわけである。

二つの考え方の違いをこのように理解すれば、相対説の論者が絶対的な尺度の存在を認めない以上、この問題はこれ以上議論のしようがない問題であると言える。また、実際の問題解決に際しては、どちらの立場に立ったとしても、結論が大きく異なることにはならないものと考えられる。なぜなら、注意義務相対説に立ったとしても、銀行取締役の負っている注意義務の内容自体を、注意義務絶対説の論者と全く別に考えようとしているわけではないからである。両者で議論する実益のある点は、銀行取締役が業務執行に際して、

具体的にどのような点に注意すれば注意義務を尽くしたといえるのかという、注意義務の具体的内容である。

私見は、注意義務絶対説に立っており、銀行取締役の負う注意義務は、銀行業務を執行する者に求められる注意義務であって、その注意義務の程度を他の業種に属する企業の取締役が負っている注意義務の程度と比較するならば、高度であると解すべきであると考える。

第四款　銀行取締役の注意義務の具体的発現

１．高度注意義務に関する要件

銀行取締役の業務執行に関して注意義務違反の有無を検証する際には、第二款で述べた銀行取締役の負っている注意義務の特質を具体的に踏まえた上で、銀行取締役に注意義務違反がなかったかどうかを検証すべきこととなる。

ところで、わが国において銀行取締役を含めた株式会社の取締役が会社に対する責任を認められた事例は少ないものと思われる。これは、取締役の注意義務の具体的内容を確定することの困難さと密接に関連した問題であるように思われる[59]。 ここでは、銀行取締役の負う高度注意義務の具体的内容を確定するための作業の一つとして、銀行取締役の負う注意義務について、善管注意義務と忠実義務の側面から、どのような融資を銀行取締役が行った場合に注意義務違反となるのかについて検討する。なお、ここでは通常の融資を前提としており、メインバンク・システムの下で経営危機企業の救済に際して問題となる銀行取締役の注意義務の具体的内容については、第四部第三章で詳細に検討する。

（１） 善管注意義務違反の類型

銀行取締役は銀行経営において、営利性と公共性をともに実現する義務を負っている。このような銀行取締役の注意義務の特徴から、銀行取締役は銀行の融資運営に際して、融資する銀行の資金について、①公共性、②安全性、③収益性、④成長性の４つの点に留意する義務を具体的に負っているというべきである。それぞれの点についてみれば、公共性は、（ａ）特定の業種や特定の企業に偏重することなく幅広い分野に資金を配分すること、（ｂ）売春防止法１３条が禁止するような違法な融資を行わないことは当然として、法が明確に禁止していない融資であっても、社会的にみて問題のある融資を行わないこと、といった点が含まれる。安全性については、（ａ）融資先の営業上の収益で融資が確実に回収できること、（ｂ）必要に応じて保全措置を講じることといった点が含まれる。収益性

については、銀行業が慈善事業ではなく、株主に対する配当や預金者に対する利息の配当を安定して実施するために、安定した収益を計上する必要性が高い以上、提供した資金に見合う正当な対価を融資先から実現することである。成長性については、銀行が安定した収益を将来にわたって実現するためには、成長の見込める企業に融資すべき点である。

これらの点を踏まえて、銀行取締役の善管注意義務違反を構成する融資の類型を挙げる。

第一は、短期的値上がり益を目的とした投機的資金需要に対する融資である。このような資金は値上がり益を返済原資とするので、値上がりが実現しない場合、銀行の貸出資産が固定化するとともに、場合によっては不良化することになる。銀行の貸付金は、事業から得られる収益で弁済されるのが原則である。投資を目的とする資金であるとともに本業からの収益弁済ができないような融資は、そもそも返済不能な融資であり、このよう融資を取締役が実行することはできない。

第二は、不動産担保を代表例として、担保の価値に全面的に依存した融資である。銀行は、担保の価値に着目し、担保価値の範囲内で資金を融資する担保金融会社ではない。銀行の融資は融資先の事業収益で弁済されることが原則である。従って、健全な事業を経営する収益力ある企業に融資するのが銀行の融資のあるべき姿である。融資実行の当初から担保処分によって回収することを予定したような融資は、銀行業の予定しない融資である。

第三は、過大・過剰な融資である。資金需要がないにもかかわらず、融資先に不必要な資金を過大・過剰に融資する例が典型である。このような融資は、融資した当初は問題となることはないものの、融資した企業の業績が悪化した場合に銀行の資産が大きく劣化する可能性がある。表面的な業績や短期的な収益目標のために、このような融資が行われることもあり、極めて問題である。本来の資金需要を超えて融資するわけであるから、銀行が貸付金の流用を容認していることにもなり、株主や預金者の利益にも反する融資である。

第四は、赤字企業や業績悪化企業に対する漫然とした融資である。通常の場合、融資先企業の経常利益が３年以上赤字である場合、銀行取締役には、当該企業の経営が重大な局面に立っているとの認識が必要であり、経営改善策の策定を求めたり、保全強化策の検討や新規与信を抑制的に運営すること、経営改善策の提示がない場合には返済交渉を進めるといった対策を講じるべきである。このような措置が講じられていない場合には、取締役の注意義務違反となる。

ここに挙げた融資については、実行すること自体が銀行取締役の善管注意義務違反を構成する。なお、注意義務相対説に立った場合には、例えば銀行業界全体として以上のよう

な融資を行うことが多くみられ、平均的な銀行取締役であれば誰もが同様の融資の決裁をしているという事情があれば、注意義務違反を問うことは難しくなるのではないだろうか。その時々の平均的な銀行取締役からみて、そもそもこのような融資を回避する義務を導き出すことができない場合が生じる可能性があるからである。注意義務絶対説と相対説との具体的な違いは、以上のような点に見出すことができる。

次に、融資決裁の過程に関する善管注意義務についてみる。

銀行の融資が貸倒れとなる場合には、当該融資先が計画的に倒産したり、資金繰り計画の失敗によって倒産するのでない限り、当初の与信からある程度の時間の経過があり、かつその間に融資が繰り返し行われる場合が通常である。従って、貸倒れが発生した場合に、銀行取締役が十分に注意義務を尽くしていたか否かを検証する際には、次の点を明らかにする必要がある。

第一は、融資先企業が倒産するという危険性を、銀行取締役が認識していたかどうかである。銀行取締役は、倒産の兆候を検出するプロフェッションである。過去の経験に基づいてみた場合、企業が倒産に至る過程には多くの場合、共通してみられる事象がある。企業が赤字に陥ることが、その最も顕著な指標である。倒産の兆候に対する認識があったか否か、認識がなかった場合には、なぜ認識できなかったのかが問われるべきである。第一章第一節で検討した中京銀行事件判決においては、倒産した企業の自己資本比率を金融業としてみた場合に、なお信用良好と判断する余地があったと述べているが、自己資本比率を業種平均と比較して水準であることのみをもって倒産の兆候なしと判断しただけでは、銀行取締役は高度注意義務をつくしたことにはならない。経営指標との単純な比較でもって倒産の兆候なしと判断して免責されるのであれば、誰が判断しても同じ結果が得られるのであって、そもそも責任を負うような銀行取締役は存在しないということにもなりかねない。この点においても、注意義務絶対説と相対説とでは、結論に若干の違いの生じる可能性がある。つまり、銀行の審査機能がバブル経済期のずさんな融資の結果、崩壊あるいは大幅に低下したとみるならば、銀行取締役の倒産兆候の検出能力も平均的には低下すると言えるため、相対説に立った場合には、仮に倒産兆候を検出できなかったとしても注意義務違反の認められない場合が生じる可能性のある点である。

第二は、倒産の兆候の表れた先に対して、銀行取締役が倒産に至るまでの間にどのような措置を講じたかである。損失の発生を回避するために、具体的な措置が講じられていなければ、仮に倒産の兆候についての認識があったとしても、善管注意義務を尽くしたこと

にはならないというべきである。損失の発生を回避するための措置には、融資を圧縮したり、保全を強化することだけが含まるのではない。経営改善を申し入れたかどうかということも含まれる。

（２）忠実義務違反の類型

取締役の忠実義務は、業務執行に際して、取締役が取締役自身や第三者の利益を図ってはならない義務である。忠実義務違反の類型に属する融資としては、次のようなものがある。

第一は、分散貸出である。これは、特定の融資先に対する融資の集中を避けるために、意図的に融資先を分散する融資である。表面的にみれば分散しているようにみえる銀行の貸出資産が、特定先に集中している点で極めて問題である。大口融資規制の脱法行為として行われる場合が典型である。銀行取締役の側から、融資先の事業部門を別会社化させた上で、分散貸出を実行するといった悪性の強い場合も考えられる。このような融資は、取締役個人や融資先の利益を図るために行われる場合が多い。

第二は、迂回融資である。迂回融資は、特定の融資先の資金需要に応えるために、別の企業を経由して資金の供給を続ける融資である。大口融資規制の脱法行為として行われる場合もある。真の融資先や真の需資要因を隠蔽し、融資を行うものである。

第三は、ペーパーカンパニーに対する融資である。実際に事業を行っていない会社に対する融資であり、迂回融資との組合せで行われる場合が通常である。事業実態のない企業に資金需要はそもそも存在しない。つまり、資金需要は偽りである。事業実態がないということは、全く事業経営を行っていないという場合だけでなく、ごくわずかの事業を行っている場合や、外形を取り繕うために便宜的に事業を行っているように見せかけている場合も含めるべきである。

第四は、担保評価の水増しである。担保に全面的に依存する融資を銀行が行えないことはすでに述べた。この行為は、最終的に銀行が回収不能になる金額を銀行に誤認させる行為であるとともに、自己の決裁権限を実質的に拡大する効果を伴う。担保価値に見合って、代表取締役から委譲される融資決裁の権限は、通常の場合、拡大するからである。実質的な意味で無権限実行となる。これも、担保価値を水増しした特定先の利益のために行われる場合が多い。

忠実義務違反の類型に属する融資に関しては、銀行と取締役または第三者のうちのどちらの側の利益を優先させたかが義務違反の尺度となるので、注意義務絶対説と相対説のど

ちらに立ったとしても、義務違反を導くことが可能であり、両説に実際的な違いはない。

２．高度注意義務に関する効果

銀行取締役の負っている高度注意義務に対する違反の効果は、注意義務絶対説と相対説とで違いはない。注意義務違反の認められる銀行取締役の責任自体が重くなることはない。つまり、損害賠償額が通常以上に高くなるということはない。注意義務絶対説に立つ私見は、取締役の責任自体を加重すべきであるとは考えていない。

つまり、両説の違いは、銀行取締役の責任の認められる行為の範囲が、注意義務絶対説に立った場合に、注意義務相対説に立った場合に比して広くなるという点である。

銀行取締役は、銀行業務に専念する義務を負うとともに、銀行経営における公共性を実現する義務をも負っている。融資判断に当たる銀行取締役を例にとって言うならば、他の業種の取締役が経営判断に当たる場合に比して、考えるべき点が多いということを意味する。救済融資の実行に際して銀行取締役が考慮しなければならない事項については、第四部第三章第一節第三款で詳細に検討するが、銀行取締役の経営判断については、慎重かつ詳細な判断が求められるということになる。

一方で、銀行取締役は、金融業務に従事する専門家であるから、専門家としての高度な判断能力が要求される。銀行取締役が高度注意義務を負っている以上、仮に銀行取締役自らが、担当業務に関して高度な判断能力を持ちあわせていないと判断したなら、自ら進んで退任すべきであると言える。

第三節　救済融資を実行することの可否を検討するための基礎作業

第一款　収益を犠牲にする行為の当否

銀行による融資先企業の救済においては、何らかの形で銀行の短期的利益が犠牲になる。つまり、融資先の救済は、銀行に損失を発生させる。金利減免は、当期利益の減少という損失を発生させる典型例であり、救済融資についても、当該の融資を他の健全な企業に対する融資に振り向ければ、確実な収益が得られるという意味において同様である。金融機関による融資先の救済は、金融機関の収益を融資先に移転する行為であると言うこともできる。金融機関から移転された収益によって、融資先に資金的な余裕が生まれ、再建が可能となるのである。以下では、銀行による経営危機企業の救済の典型例である救済融資をベースに、営利法人が収益を犠牲にする行為をすることに、会社法上問題がないのかどう

かについて検討する。

会社が行う収益を犠牲にする行為の当否を検討する際に、有益な示唆を与えるのが八幡製鉄政治献金事件判決（最大判昭和45年６月24日民集24巻６号625頁）である。この事件では、収益が犠牲となる政治献金の効力が、会社の権利能力との関係で問題となった。

判決では、政治資金の寄付が会社の権利能力の範囲内の行為か否かに関して、「会社は、（中略）自然人とひとしく、国家、地方公共団体、地域社会その他の構成単位たる社会的実在なのであるから、それとしての社会的作用を負担せざるを得ないのであって、ある行為が一見定款所定の目的とかかわりがないものであるとしても、会社に、社会通念上、期待ないし要請されるものであるかぎり、その期待ないし要請にこたえることは、会社の当然になしうるところであるといわなければならない。」〔628頁〕としている。そして、このような行為の例として、災害救援資金の寄付、地域社会への財産上の奉仕、各種福祉事業への資金面での協力を挙げている。営利性と矛盾する収益を犠牲とする行為も、会社法上認められないわけではない点に注目すべきである。なお、救済融資は、銀行の本業である融資業務の一環として行われる行為であり、銀行の権利能力上の問題が生じないことは当然である。

さらに判決では、どの程度まで上述の行為をなしうるのかについて、「その会社の規模、経営実績その他社会的経済的地位および寄附の相手方など諸般の事情を考慮して、合理的な範囲内において、その金額等を決すべきであり、右の範囲を越え、不相応な寄附をなすがごときは取締役の忠実義務に違反するというべきである」〔 633頁〕としている。

以上のように八幡製鉄政治献金事件判決では、収益が犠牲となる会社の行為も、会社法上一定の範囲内で認められるとしている。

救済融資は、銀行の本業である融資として行われるものである。そうであれば、救済融資がどの範囲まで行うことができるかについては、寄付よりもさらに一歩踏み込んだところまで行うことができると考えられそうである。そもそも、金融機関の取締役が救済融資を行うこと自体が認められるのかという問題と、認められるとしてどの範囲まで行うことができるかという問題については、本章第四節で検討する。

第二款　株主の利益

救済融資と株主の利益とはどのような関係に立つか。そのためには、まず、銀行経営における「株主の利益」とは何なのかを明らかにする必要がある。

１．短期的利益と長期的利益

融資先の救済によって生じる銀行の短期的利益の減少は、株主にとっては配当の減少という不利益を生じさせる。ところで、メインバンクが融資先を救済するのは、中長期的観点に立った便益が銀行に期待できるからである。具体的には、銀行の名声が高まり、ひいては顧客の増加が期待できること、当該の融資先が経営危機を脱することによって貸付金債権が健全化することといった便益である。

ＡＬＩの「コーポレート・ガバナンスの原理：分析と勧告」は、会社の目的と行為について規定した第2.01条(a)項で次のように言う。

「本条(b)項及び第6.02条（敵対的公開買付けを妨げる効果をもつことが予見される取締役の行為）が定める場合を除き、会社〔第1.12条〕は、会社の利潤及び株主の利益を増進させるために事業活動を行うことを、その目的とすべきである。」

ここでは、会社の目的が営利にあることを明確に宣言している。注意すべき点は、ここにいう営利目的とは、長期的にみて利潤を挙げること（long-run profitability）であり、より大きな長期的利益にかなう行為が仮に短期的にはコストを伴うとしても、営利目的から逸脱するものではないと解されていることである[60]。銀行業が公共性を有することと、ゴーイング・コンサーンとして永続的に営業活動を展開すべきことが当然であることからみても、銀行が目標とすべき利潤と株主の利益は、長期的観点に立つべきことは明らかである[61]。

２．銀行経営における公共性との関係

次に、銀行経営における公共性と株主の利益との関係が問題となる。仮に、銀行業の目的が株主利益の最大化にのみあるとするならば、高い金利収入が得られる企業や成長性の高い特定の業種にのみ融資すべきであり[62]、これ以外の先に対する融資は、株主の利益に反すると同時に、取締役の注意義務違反となる可能性も生じる。「公共性」の意味が、第一部第三章第一節で検討したように、「国民経済的な観点からみて適正と考えられる経済各分野への資金供給につとめる」ことにあるならば、株主の利益は銀行経営における公共性との間で調整を求められることとなる。

銀行は、為替業務に加えて、国民各層から幅広く預金を預かって融資業務を行っている[63]。自己資金や自らが独自に調達した資金を原資とするのであれば、資金を何に使おうと当該企業の勝手と言えるかもしれないが、預金業務は金融機関にのみ認められた業務である[64]。金融機関にのみ預金業務が認められたのは、預金を原資とする融資をとおして、金融機関

が経済各分野に適正な資金配分をし、それによって経済活動全体を活性化させ、豊かな経済社会を構築することを目的とするものであると言える。これを裏返してみると、金融機関には、このような適正な資金配分を行うに相応しい存在であるという社会からの負託が存在することになる。したがって、銀行株主の利益は、短期的利益の最大化をとおして実現されるのではなく、銀行が安定した利益を実現することによって経営の健全性を維持することと、銀行が行う幅広い融資活動を通じて、豊かな経済社会を構築することの両方をとおして実現されることになる。

ＡＬＩの「コーポレート・ガバナンスの原理：分析と勧告」は、第2.01条「会社の目的と行為」の(b)項に、次のような規定を置いている。

「会社は、その事業を行うにあたり、会社の利潤及び株主の利益がそのために増進させられない場合においても、

(1)自然人と同様に、法が定める範囲内において行動しなければならず、

(2)責任ある事業活動にとり適当であると合理的にみなされる倫理上の考慮を加えることができ、並びに

(3)公共の福祉、人道上、教育上、及び慈善の目的に合理的な額の資源を充てることができる。」

ここでは、会社の営利目的が、①法の遵守、②道徳律、③公共の福祉や慈善目的による寄付、の３つの観点の前には後退することを規定している。つまり、会社は経済的な組織であると同時に社会的な主体であるから、営利目的の追求は、社会の命令（social imperatives）によって制約を受けるとともに、社会の要請（social needs）によって制限されるのである[65]。この規定をわが国の銀行に当てはめれば、銀行経営における公共性に基づく経済各分野への資金供給や、救済融資の実行による経営危機企業の倒産の回避と経済の活性化を実現するという目的は、仮に銀行の当期利益が一時的に減少することがあったとしても、間接金融優位の金融構造にあるわが国の銀行が銀行業務を遂行する際に考慮することができると考えることも可能である[66]。

３．従業員の利益や地域社会への貢献の観点

近年、アメリカでは、会社法の条文に、取締役がその義務を遂行するにあたり、株主の利益だけでなく、会社の従業員、顧客、供給者、債権者、地域社会など（ステークホルダーと総称される）の利益を考慮に入れることを許容する明文の条文を設けた州が過半数を超えるに至ったとされる[67]。このステークホルダー条項は、そもそも1930年代に

起こった企業の社会的責任に関するバーリーとドットの論争に端を発するといわれている[68]。直接的には、1980年代のアメリカで急増した敵対的Ｍ＆Ａに関連する攻防の弊害として、従業員の大量解雇や地域社会への深刻な影響が生じたため、これに対する反省に立って規定が新設されたのである。株主利益の最大化が必ずしも会社の利益と一致しないという理解が、この規定の背景として読み取れる[69]。

ただし、このステークホルダー条項の解釈については、現在のアメリカでは、取締役は意思決定に際して、株主以外の利益を考慮できるが、その考慮は株主の長期的利益と一定の合理的関係が存在することが必要であると解されている[70]。株主以外の利益を考慮することが、結果的に株主の長期的利益の実現に寄与すると解することで、ステークホルダー条項を株主の利益と矛盾しない概念としているのである。

救済融資について考察する際にも、株主以外の利益について考慮できると解すべきである。救済融資の実行の可否が検討される際には、実行によって一時的に短期的利益が減少するとしても、救済による信用不安の拡大の阻止によって実現される地域経済や、場合によっては日本経済全体の活性化、さらには信用秩序の維持といった社会全体の利益の向上が実現されるからである。そして、このような考慮を加えることが、銀行の株主の長期的利益の実現にもつながると解される。

間接金融優位のわが国において、銀行の果たすべき役割や機能は何なのか、社会はそのことをどのように考えているのかという点について考えるならば、株主利益の最大化のみにあるのではないという結論になるのではなかろうか。

第四節　銀行取締役が救済融資を実行することの可否

第一款　救済融資を実行することの可否とその根拠

１．救済融資を実行することの可否

そもそも、銀行取締役が経営危機企業を救済すること自体は許されるのだろうか。ここでは、救済行為の典型例である救済融資を例にとって考察する。

銀行取締役は、返済が確実に期待できる融資先に対して、銀行にとって最も有利な条件で融資する義務を負っていると考えられること[71]からすれば、経営危機に瀕している企業

に対して行う救済融資は、このような銀行取締役の義務に違反するようにも考えられる。なぜなら、銀行経営が営利性を有する以上、融資先が赤字決算に陥り、貸付金の回収に懸念が生じた場合には、銀行取締役には、債権の回収に努めたり、それが無理な場合であっても、新たな担保や保証人を求めるといった手段を講じて、保全を強化するといった方法により、融資先が万一倒産した場合にも、銀行の被る損害を最小限に食い止めるべき義務があると考えられるからである。

銀行取締役の負う基本的な義務に一見違反しているようにも思われる救済融資の実行は、次のような点を根拠として、銀行取締役の義務違反とはならないものと考えられる[72]。

第一は、救済融資と通常の融資との違いが、融資先の経営状態と貸倒リスクの程度の違いであり、救済融資も本質的には、銀行が本業として行う融資業務の範疇に含まれる行為であると考えられることである[73]。そもそも貸倒リスクの全くない融資というものは、存在しないのである[74]。

第二は、銀行の果たす金融仲介機能[75]をより機能的なものとし、さらには銀行が産業の各分野に適正に資金を供給する機能を果たすべき点を考えれば、救済融資を行うこと自体が取締役の注意義務違反に直結するとは考えにくい点である。なぜなら、銀行の融資業務は、預金者に代わって企業・事業の将来性を見極めて、自らリスクテイクを行って信用を供与することを本質とするからである[76]。

第三は、銀行がリスクを一切負担しないということでは、運用先を失う結果になる可能性のあることである。わが国において貸倒リスクの最も少ない企業群と考えられる上場企業に対してだけ融資を行うことを決定した銀行があるとしても、そもそも、これらの企業は間接金融に依存する割合が低く、銀行にとって融資の機会は限られたものに止まるうえ、低いリスクに見合って、銀行の得られる収益も少なくなるといった銀行経営上の問題が生じるため、このような決定はあまり現実的ではない。貸倒リスクの高くなる赤字企業や、衰退産業に属する企業に対して一切融資を行わない、あるいは融資先がそのような状態に陥った場合に即座に融資を回収すると宣言した銀行があったとしても、銀行の抱える貸倒リスクは低くなるかもしれないが、多くの融資先は取引銀行を他の銀行に変更してしまうであろう。なぜなら、どのような企業も、真剣に経営努力を重ねても、好不況によって業績の変動は避けられないし、どのような業種も未来永劫成長し続けるという保証はどこにもないからである。銀行から融資を受ける企業側からすれば、少々の業績変動とは無関係に、長期間、安定的に資金を供給してくれる銀行と取引したいと思うのではないだろうか。

第四は、わが国企業のメインバンク・システムに対する期待である。第一部第五章で検討したように、わが国金融機関の経営環境は、近年激変している。しかし、このような中にあっても、アンケート調査によれば、ほとんどの企業がメインバンクの必要性を肯定しているとされる[77]。わが国の金融構造が、全体としてみた場合に、いまだ間接金融に依存する割合が高いため、銀行が社会全体の経済活動に伴うリスクを積極的に負担すること、さらには経営危機処理機能を果たすことが社会の要請でもあると考えられる。

２．救済融資が正当化される条件

では、救済融資が正当化されるのは、どのような条件の下においてか。銀行取締役が高度注意義務を負っていることを前提として考えるならば、次のように言える。

救済融資の実行が正当化されるのは、犠牲となる短期的利益と救済融資の実行によって実現される中長期的利益のバランスにかかっている。つまり、融資先の経営再建の奏効により、当該貸付金債権が健全化することや、銀行の「名声」が高まることによる顧客増加といった営業基盤拡大効果が期待できることにより、犠牲となる短期的利益を上回る中長期的利益が得られると判断した上で実行される救済融資のみが、取締役の義務違反とならない救済融資であると言える[78]。このような観点に立つとき、救済融資は、株主利益の実現やステークホルダー条項の観点とも矛盾することはなくなる。このことは、救済融資以外の救済策の実行についても、同様に当てはまる[79]。

なお、救済融資を正当化する上で、融資先の経営再建の可能性の見極めとともに、犠牲となる短期的利益と、得られる中長期的利益の見通しの二点が重要なポイントとなる。これらの点については、第四部第三章第三款で検討する。

第二款　救済融資の実行が許容される範囲

救済融資は、経営危機に瀕した企業に対する融資であるため、決して健全な貸付金債権とは言えない。つまり、救済融資を実行することは、金融機関が健全でない債権を、それと知りつつ一時的に積み増す行為である。このような理解に立てば、一定の条件のもとで救済融資の実行が許されるとしても、実行は例外的に認められるにすぎないばかりか、実行できる金額にも限度があるのは当然である。救済融資を続けたにもかかわらず、金融機関の思惑に反して最終的に融資先が倒産してしまった場合には、救済融資を実行しないで倒産した場合に比べて、金融機関の受ける損失が大きくなることからも、なおさら限度額に関する問題が生じる。

銀行法13条は、いわゆる大口融資規制として、銀行による同一人に対する信用供与に上限を設けている。救済融資の実行に際しても、一つの融資先にこの規定を超えて支援できないのは当然である。この規定を無視して救済融資を実行した銀行取締役は、商法266条１項５号に基づき、会社に対して責任を負う。

融資先が倒産した場合、銀行の貸付金債権は、担保の処分や保証人からの弁済によって回収できない金額が最終的に銀行の損失となる。そして、損失額が大きくなるに従って銀行経営に与える影響は大きくなる。銀行には経営の健全性を維持する必要性が高いため、最低限度の利益水準を維持する必要がある。対外信用を維持するためには、無配への転落を避け、株主に対する安定した配当を実現できるだけの利益は、損失を処理した後にも最低限確保しておく必要があろう。これが、救済融資を実行する上での、上限額の原則となる。金利減免の場合にも同様であり、減免の結果、安定配当を維持できるだけの利益が計上できなくなるような減免は認められない。

場合によっては、上に示した上限額を越えて救済融資を実行すべき場合もあろうが、当該債権が貸倒となった場合には、銀行は、当期利益で損失が処理できないため、過去の蓄積を取り崩したり、保有する有価証券を売却するといった資産処分による利益捻出で損失を処理するか、赤字決算に転落するほかなくなる。さらに貸倒の金額が大きくなれば、銀行は債務超過に転落する。金融機関経営の健全性を維持するには、債務超過への転落はもとより、赤字決算への転落もぜがひでも回避する必要がある。そうでなければ、金融機関自身が経営危機に陥ることとなるからである。

そこで、金融機関の取締役は、救済融資の実行に際しては、融資先が倒産した場合に最終的に回収不能となる恐れのある金額を見積もり、その金額が、安定した配当を継続できるだけの利益を残した上で、当期利益の範囲内で処理が可能かどうかを見極めて救済融資を実行すべきかどうかを決断する必要がある。救済融資の実行は、一取引先とは限らないので、この作業を常に銀行全体で行う必要があることは当然である。当期利益で処理ができない場合には資産を処分して処理せざるを得ないが、このような場合には、銀行の多額の資産を危険にさらした上で、回収不能を招来させたことに伴う取締役の責任が問われる余地があろう。銀行と融資先が共倒れになるような危険のある多額の救済融資を銀行取締役が実行することは到底許されない。

第三款　救済融資の実行に伴う銀行取締役の義務

救済融資の実行自体は、一定の制約のもとに認められるとしても、金融機関の取締役は、救済融資の実行に際して具体的にどのような義務を負うのだろうか。

まず、銀行が営利法人であるところから、確実な回収の見込みのあることが救済融資を実行する上での条件となる。回収の見込みがあると言うためには、融資先の経営危機が一時的なものであって、経営危機に陥った企業の経営再建策の責任ある実施と、救済融資の実行とによって、経営再建が充分に可能であるという見込みのあることが必要である。明らかに再建の見込みがない先に対して救済融資を実行することは、救済融資を正当化する根拠を欠くこととなり、銀行取締役の義務違反を構成する[80]。

再建の見込みについて判断のつかない場合はどうか。これは、再建の見込みのない場合と同様に、救済融資は行えないものと考えるべきである。救済融資は例外的に実行できる融資であり、救済融資を正当化する根拠を欠く場合に救済融資が実行できないのは当然だからである。また、再建の見込みはどの程度あればよいか。融資先の再建は、事後的にみれば、結局は成功するかしないかの二つに一つの問題である。再建の見込みを数字で現すこと自体困難を伴うが、50％超あれば救済融資を行えると考えるべきではない。かなり高い程度に再建の見込みがないかぎり、救済融資は行えないと考えるべきであろう。

また、救済融資の実行を決断する取締役と融資先との間に、取締役の忠実義務に反するような利益相反関係があってはならないことも当然である[81]。一般的に言って、銀行取締役は原則として兼職を禁止されており、銀行業務に専念する義務を負っているので、銀行取締役と経営危機企業との間に利益相反関係の生じる可能性は少ない。しかし、経営危機に陥った企業が、銀行取締役の親族が経営する企業であったり、銀行取締役の友人・知人の経営する企業である場合の存在する可能性は否定できない。救済融資の実行を決裁する立場にある銀行取締役と相手先企業との間に、このような関係がある場合、銀行取締役は、忠実義務の観点から、当該企業に関する決裁権限を他の取締役に変更するよう銀行に申し出る義務を負うものと考えられる。このような申し出をしないまま決裁権限を行使し、銀行に損害が発生した場合、銀行取締役は忠実義務違反に伴う責任を会社に対して負うこととなろう。

ただし、銀行取締役と経営危機に陥った企業との間にどのような関係があった場合に、銀行取締役の忠実義務違反となるかを一律の条件で事前に決定することは困難である。例えば、銀行取締役の親族の経営する企業であるからといって、銀行取締役本人と当該企業

の代表者との親族関係のみを問えば足りるのか、足りるとして何親等までの関係があった場合とするのかについて、一律に条件を設定することは、逆に条件を緩和する結果となる可能性もある。つまり、銀行取締役とはかなり遠縁であっても、親密な関係にある親族もいれば、逆に非常に近い血縁関係にある親族であっても、疎遠である場合もあるからである。友人・知人の場合にはなおさら条件を設定することには困難を伴う。また、経営危機に陥った企業の代表者と銀行取締役との関係のみを問えば足りるのかという問題もある。経営危機企業の平取締役や、取締役ではないものの実質的な経営者と銀行取締役との関係を問うべき場合もある。

要するに、救済融資は、あくまでも金融機関の利益のために決断されなければならない。そのように決断された救済融資のみが、株主の利益にも合致すると考えられる。

救済融資の実行と同時に、取締役は回収が確実となるような措置をあわせて講じるべき義務を負うか。融資先に役員や従業員を派遣し、経営再建を銀行主導で進めるべきかという問題と関連する。銀行主導で経営再建を進めることには、問題がないわけではない。融資先にとっての最善の措置と銀行にとっての最善の措置とが常に一致するとは限らないからであり、銀行主導による経営再建には、制度的な利益相反関係が存在することが指摘されている[82]。救済融資について、担保や保証をはじめとして保全面に配慮する必要があることは当然としても、救済融資を実行した融資先の経営再建を、銀行主導で進める義務を金融機関の取締役が負うものではない。

救済融資にかかる保全をどのように考えるべきか。救済融資は、貸倒の危険性が高い融資であるから、担保によって保全が充足された状態で実行すべきことが基本となることは当然である。しかし、経営危機に瀕した状態の企業に、保全の充足を要求することはそもそも困難なことが予想される。保全の充足に努めることが取締役にとっての基本的な義務となるが、充足しない状態で救済融資を実行したからといって、それをもって義務違反とすることには問題がある。経営危機に瀕していれば、当然そこに至るまでに、当該の企業は担保を提供して資金を調達しているであろうから、新たに提供できる担保が充分にあるとは考えにくい。保全を充足していない救済融資が、取締役の義務違反を構成するとするならば、経営危機に瀕した多くの企業は、結果的に資金を調達できず、倒産を余儀なくされることにもなる。保全を極力充足することが取締役の基本的な義務であるとは言え、保全の充足を救済融資の条件とするべきではない[83]。

なお、救済融資は通常の融資に比して、危険性の高い融資であるため、金融機関の取締

役は、救済融資を実行した融資先の経営状態について、特別の注意を払って常に把握する義務があるというべきである。とくに、保全不足のまま救済融資を実行した場合には、この義務の程度は高い。経営再建が予定どおりに進まない場合には、追加的な支援措置の実行を検討すべき場合もあろうし、当初の見込みに反して経営再建が実現不可能と判断される場合には、たとえば金利の減免幅をそれ以上に拡大しないといった方法によって、金融機関の被る可能性のある損害を最小限に抑えるような措置を講じる必要があるからである。

また、救済融資の実行を決裁する権限を有する銀行取締役は、一定の期間が経過した場合は、変更されるべきである。銀行取締役が長期間にわたって同一の業務を担当することは、取締役が担当業務に精通するため、業務が円滑に遂行されるという効果が期待できる。しかし、救済融資が銀行にとって問題を含む融資であることからすれば、定期的に担当の取締役を変更することによって、権限の行使を常に公正なものとするような工夫が必要となると言える。同一の取締役が長期間にわたって同一の業務を担当することは、内部牽制を働かせるうえでも問題がある。

---

[1] 善管注意義務と忠実義務については、周知のとおり異質が同質かを巡って争いがあるが、本論文ではこの点については触れない。ただし、以下の記述では、筆者の立場を明らかにすることなく同質説に立って論述するが、二つの義務の機能する局面が異なる場合のあることも事実であるため、必要に応じて使い分ける。異質論を代表する文献として、赤堀（渋谷）光子「取締役の忠実義務(1)(2)(3)(4)」法学協会雑誌85巻１号１頁～62頁、２号24頁～64頁、３号20頁～65頁、４号43頁～83頁（以上1968年）の他、大阪谷公雄「取締役の責任」田中耕太郎編『株式会社法講座　第三巻』（有斐閣、1956）　1117頁～1119頁があり、同質論の代表的文献として、森本滋「取締役の善管注意義務と忠実義務」民商法雑誌81巻４号(1980)１頁～31頁の他、鈴木竹雄＝竹内昭夫『会社法』（有斐閣、第三版、1994）289頁～290頁、大隅健一郎＝今井宏『会社法論　中巻』（有斐閣、第三版、1992)165頁、近藤光男「取締役の経営責任」竹内昭夫＝龍田節編『現代企業法講座第３巻　企業運営』（東京大学出版会、1985）295　～299頁がある。

[2] 信用金庫法39条、中小企業等協同組合法38条ノ２・42条参照。

[3] 河本一郎・河合伸一・森本滋・森田章・近藤光男・川浜昇・前田雅弘「（座談会）取締役の責任―　わが国における経営判断原則の具体化」民商法雑誌109巻６号(1994)34頁〔川浜昇発言〕、川浜昇「米国における経営判断原則の検討(2)」法学論叢114巻５号(1984)61頁注216参照。

結果債務と手段債務とを区別するのは、フランス民法の考えである。結果債務は特定の結果の実現に向けられた債務をいい、手段債務は結果の実現に至るまでに注意深く最善を尽くして行為する債務である。結果債務と手段債務に関する文献としては、伊藤浩「手段債務と結果債務」立教大学大学院法学研究２巻（1981）１～65頁のほか、平井宜雄『債権総論』（弘文堂、第二版、1996）16頁～17頁、山口俊雄『フランス債権法』（東京大学出

版会、1986)216頁～218頁参照。
[4] 近藤光男「会社経営者の解任」江頭憲治郎編『（鴻先生還暦記念）八十年代商事法の諸相』（有斐閣、1985）383頁　参照。
[5] 森本滋「会社役員の責任」判例タイムズ408号(1980)14頁は、「会社役員、とくに、取締役の責任に関しては、これまで、取締役の第三者に対する責任（商266ノ３)が、しかも、その要件論が議論の中心であった。取締役の会社に対する責任問題を包括的に論ずるものは、必ずしも多くない。」とする。
　わが国商法学会は、二つの義務の異同に関する議論にあまりにも多くの精力を使ったため、取締役が業務執行に際して負っている注意義務の具体的内容という、より実際的な問題に対して取り組む余裕がなかったものと思われる。ただし、両説の論者の主張は、ただ異質か同質かを主張するのではなく、それぞれの説をとった場合に、具体的にどのような差異が存するかという、より実際的な問題に移ってきている。上柳克郎・鴻常夫・竹内昭夫編『新版注釈会社法(6)』（有斐閣、1987）　261頁〔近藤光男〕参照。
[6] わが国の代表的な会社法の教科書である鈴木竹雄＝竹内昭夫『会社法』（有斐閣、第三版、1994) 289頁～299頁、大隅健一郎＝今井宏『会社法論　中巻』（有斐閣、第三版、1992）　164頁～ 165頁、 251頁～ 261頁は、取締役の会社に対する責任を解説するに際して、取締役が善良な管理者の注意をもって職務を遂行すべき義務を負う点を述べた上で、商法266条の条文に従った解説を加えるに止まる。取締役の責任全般について検討した論文である大阪谷公雄「取締役の責任」田中耕太郎編『株式会社法講座第三巻』（有斐閣、1956）　1115頁～1139頁の序説と、会社に対する責任について検討した1115頁～1134頁をみても、忠実義務と善管注意義務の異同をめぐる検討や経営判断の原則、監視義務、さらには266条における要件論が検討の中心である。
[7] 株式会社が、「本来、証券市場から広く大衆資金を調達することによって大企業を経営する機構として利用されることが期待されている会社であり、資本の結合、危険の分散・軽減、および企業の維持の機能を最もよく果す共同企業形態である」（青竹正一「企業の形態と規模」竹内昭夫・龍田節編『現代企業法講座２－企業組織』（東京大学出版会、1985）６頁。）ことは、ここで改めて言うまでもない。
　100万社を超える現在のわが国の株式会社の圧倒的大多数が、このような株式会社制度の理想を体現する企業でないこともまた明らかである。
[8] 例えば、ドイツにおいては、株式会社は資本規模の大きい大企業に利用されており、株式会社の数は少ない。（青竹・前掲注７　19頁。）わが国においても、このような状態が前提として存在すれば、株式会社の取締役の負う注意義務の程度や内容について細かく議論する実益は、それほど多くないかもしれない。
[9] 大森忠夫・矢沢惇・上柳克郎・鴻常夫・竹内昭夫・谷川久編『（旧版）注釈会社法(4)』（1980、増補版、有斐閣）　443頁〔本間輝雄〕は、このことを示した上で、「取締役がその任務を行うについて用うべき注意義務の程度は、抽象的には善良なる管理者の注意、すなわち思慮分別を有する標準人が当該会社の取締役としてその事業を行うについて用うべき注意であって、会社の規模の大小、その目的とする業務の種類によって、その内容に差異が存在することはいうまでもない。銀行の頭取は銀行の頭取として相応しい思慮・経験を、貿易商社の社長は貿易事業の経営者に相応しい専門的な知識・経験がそれぞれ標準とされ、従ってまた、資本金10億円の大会社と100万円の小会社の取締役とでは自ら具体的な基準を異にする。」とする。また、森本滋「会社役員の責任」判例タイムズ408号(1980)19頁は、「善管注意義務は固定的な内容のものではない。会社の規模、役職の軽重により異なりうるものである。」とする。
[10] 神崎克郎「取締役の注意義務」私法42号(1980)79頁は、「取締役が会社の業務執行として行った経営上の判断につき、注意義務の違反があったとしてその責任が問われないためには、その判断が、その当時の状況にかんがみて、取締役として会社の業務執行を行う能

力および識見を有する者の立場からみてあきらかに不合理でないことが必要である。（中略）業務執行の当時の状況にかんがみ、取締役として会社の業務執行にあたる者に一般的に要求される能力および識見を基準にして、あきらかに不合理であると認められるときは、善良な管理者の注意義務が尽くされなかったのであって、その業務執行に注意義務の違反があったことになる。」とされる。

神崎教授は、中京銀行事件判決の判例評釈の中で、「銀行の取締役の融資決定に善管注意義務の違反があったか否かは、融資業務に従事する銀行の取締役に一般に期待される知識・経験を基礎に必要とされる注意の程度を基準として判定すべきであって、銀行の融資業務を離れた抽象的な「通常の企業人」に期待される注意の程度を基準に判定することは妥当ではない。」とされ、前述の見解をより具体的に述べておられる。金融判例研究７号（金融法務事情1492号）(1997)78頁参照。

[11] 幾代通編『注釈民法(16)』（有斐閣、1967)171頁〔中川高男〕。ローマ法では、過失の概念は保管責任から生じ、当時すでに故意と過失概念の分化、さらには軽過失と重過失の概念も存在していたとされる。船田亨『ローマ法　第３巻』（岩波書店、改版、1970）540頁～541頁参照。

[12] 中川高男・前掲注11　171頁。

[13] 渋谷光子「企業倒産と経営責任」ジュリスト662号(1978)44頁は、「預金の運用を業とする銀行の経営者は、与信業務の遂行に際しては、一般の会社経営者よりも重い注意義務を負うことに注意すべきである。」としているのが数少ない例である。1997年11月の北海道拓殖銀行の経営破綻、広い意味における金融機関である山一証券の同年同月の経営破綻と、それらの破綻がわが国経済に与えた実に深刻な影響をみるとき、金融機関の取締役の責任をめぐる問題について、もっと活発な議論が展開されてもよいのではないかと考えられる。

[14] 前田重行・宍戸善一・松下淳一・伊藤眞「（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13号(1997)１頁～59頁。特に、52頁～54頁〔宍戸・前田発言〕参照。これは、1996年10月に開催された金融法学会における標記テーマによるシンポジウムの席上での、宍戸教授に対する筆者の質問に対する宍戸教授、並びに前田教授からの回答であり、国内の文献では、この問題に関するほとんど唯一の文献である。以下、この文節での引用は、52頁～54頁の宍戸教授と前田教授の発言による。

[15] 平井宜雄『債権各論Ⅱ不法行為』（弘文堂、1994（三刷時に部分補正実施－ここでは1997年の五刷のものから引用））57頁～59頁。下線は引用者による。

筆者が1997年９月に平井教授に直接口頭で質問したところによると、平井教授は、「金融業者」の中に銀行が含まれると回答された。

[16] 直近の裁判例である東京地判平成10年５月14日金融・商事判例1043号３頁（野村證券損失補填株主代表訴訟）では、「善管注意義務または忠実義務の懈怠があるか否かの判断に当たっては、取締役によって当該行為がされた当時における会社の状況及び会社を取り巻く社会・経済・文化の情勢の下において、当該会社の属する業界における通常の経営者の有すべき知見及び経験を基準として」判断すべきとしている。

[17] 古い文献の例として、M.C. Lynch, *Diligence of Directors in the Management of Corporations*, 3 CALF. L. REV. 21 (1914).また、注意義務の基準について検討した文献の例として、Richard B. Dyson, *The Director's Liability for Negligence*, 40 IND.L.REV. 341,371-76 (1965)のほか、Sruart R. Cohn, *Demise of the Director's Duty of Care: Judicial Avoidance of Standards and Sanctions Through the Business Judgment Rule*, 62 TEX. L.REV. 591, 607-27 (1983) 参照。また、米国における取締役の注意義務全般を考察した邦語の文献として、伊勢田道仁「米国における取締役の注意義務法理の展開(1)(2・完）」大阪府立大学経済研究36巻４号(1992)１頁～48頁、37巻

１・２号(1992)１頁～45頁がある。

[18] Section of Business Law, American Bar Association, *Corporate Director's Guidebook －1994 Edition*, 49 BUS. LAW.1247 (1994).邦訳として、アメリカ法曹協会ビジネスロー部会会社法委員会（池永朝昭・谷健太郎訳）「アメリカ会社取締役ガイドブック」商事法務研究会編『日米独における取締役の職責』別冊商事法務190号(1996)58頁～102頁がある。

[19] *See also* 3A W.FLETCHER, CYCLOPEDIA OF CORPORATIONS §1029-38 (perm. ed. 1986 & Supp. 1990).

[20] Special Project Note, *An Historical Perspective on the Duty of Care, the Duty of Loyalty, and the Business Judgment Rule*, 40 VAND. L. REV. 605, 607 (1987).

[21] HARRY G. HENN & JOHN R. ALEXANDER, LAWS OF CORPORATIONS §234 (3d ed. 1983).

[22] この基準を採用する制定法の例として、*See* Special Project Note, supra note 20 ,at 608.

[23] REVISED MODEL BUSINESS CORPORATION ACT§8.30 (a) (1984).

[24] 以上、前掲注18・商事法務研究会編『日米独における取締役の職責』別冊商事法務190号(1996)64頁の邦訳による。

[25] Lynch, *supra* note 17, at 28-29. リンチは、①通常の物を生産する企業（ordinary manufacturing corporations)、鉱業に従事する企業、貿易に従事する企業、②銀行、保険会社といった金融会社、③公共的なサービスを提供する会社、④公益法人（charitable corporations)、教育産業、宗教法人（religious corporations)の４つの分類を提唱する。

[26] 邦訳は、証券取引法研究会国際部会訳編『コーポレート・ガバナンスーアメリカ法律協会「コーポレート・ガバナンスの原理：分析と勧告」の研究』（日本証券経済研究所、1994)による。以下も同様である。

[27] THE AMERICAN LAW INSTITUTE, PRINCEPLES OF CORPORATE GOVERNANCE: ANALYSIS AND RECOMMENDATIONS Vol.1　144-55 (1994)[hereinafter *Governance*].

[28] WILLIAM L. CARY & MELVIN ARON EISENBERG, CASES AND MATERIALS ON CORPORATIONS 576 (7th ed. 1995).

[29] 3A W. FLETCHER, supra note 19,§1035.

[30] HENRY WINTHROP BALLANTINE, BALLANITNE ON CORPORATIONS §63a (revised ed. 1946) .

[31] Joseph W. Bishop, Jr., *Sitting Ducks and Decoy Ducks: New Trends in the Indemnification of Corporate Directors and Officers*, 77 YALE L.J. 1078, 1097-99(1968). Richard B. Dyson, *The Director's Liability for Negligence*, 40 IND. L.J. 341, 343-44 (1965).　前者の文献では、銀行取締役の注意義務をめぐる事例が、一部は連邦預金保険機構の存在によって実質的に消滅するようになるとともに、経験が乏しくだまされやすい人物を銀行取締役に就任させることが少なくなっていることを指摘する。後者の文献では、銀行取締役と言えども、時には、通常の会社経営の基準を知る機会のない地域の中の、特定の事業上の技能を持たない地方の市民であることを指摘する。

[32] Briggs v. Spaulding, 141 U.S.132(1891).

[33] *Id.* at 165-66.

[34] Bowerman v. Hamner, 250 U.S. 504, 511-12 (1919); FDIC v. Mason, 115 F. 2d 548,551(3d Cir. 1940);Atherton v. Anderson, 99 F. 2d 883, 887 (6th Cir. 1938); Gamble v. Brown, 29 F. 2d 366 370(4th Cir. 1928).

[35] Heidi Mandanis Schooner, *Fiduciary Duties' Demanding Cousin: Bank Director*

Liability for Unsafe or Unsound Banking Practices, 63 GEO. WASH. L. REV.175, 181. 挙げられた判例として、Fleishhacker v. Blum, 109 F.2d 543, 547 (9th Cir.), cert. denied, 311 U.S. 665(1940); Gadd v. Pearson, 351 F. Supp. 895, 903 (M.D.Fla.1972) (mem.);Billman v. State of Md. Deposit Ins. Fund Corp., 593 A. 2d 684, 697-98(Md. Ct. Spec. App.), cert. denied, 599 A. 2d 447(Md.1991); Barber v. Kolowich, 277 N.W. 189,191-92(Mich.1938); Broderick v. Marcus, 272 N.Y.S.455,461(Sup.Ct. 1934).

[36] Prudencial Trust Co. v. Brown, 271 Mass.132, 171 N.E.42 (1930); Greenfield Sav. Bank v. Abercrombie, 211 Mass. 252, 255-56,97 N.E. 897, 899-900(1912); Barber v. Kolowich, 283 Mich.97, 104, 277 N.W. 189,192 (1938).

[37] Schooner, *supra* note 35 ,at 182. 例として、Billman v. State of Md. Deposit Ins. Fund Corp., 593 A. 2d 684, 697-98(Md. Ct.Spec. App.), cert. denied, 599 A. 2d 447(Md.1991).

[38] *Governance*, *supra* note 27,at 160-61.

[39] 日本国内の企業を例にとれば、巨額の手元流動性を有するトヨタ自動車は、別名「トヨタ銀行」とも呼ばれ、金融部門のグループ企業を擁して、自動車を購入する消費者に対するファイナンスの実施や、取引先企業に対する金融をも行っていることは周知の事実である。レポーターはこのような企業の存在することを根拠とするのであろう。

[40] 証券取引法研究解国際部会訳編・前掲注26　164頁。

[41] アメリカの銀行法の代表的な教科書の一つであるJONATHAN R. MACEY, GEOFFREY P. MILLER, BANKING LAW AND REGULATIONでは、1997年に出版された第二版において、新たに「役員、取締役、第三者の責任」の項目を立てて、銀行取締役の責任に関して検討を加えている（*See* JONATHAN R. MACEY, GEOFFREY P. MILLER, BANKING LAW AND REGULATION 332-37 (2d ed.1997).)。そこでは、銀行取締役の責任を確立する上で必要な過失の基準は、金融機関改革復興執行法(Financial Institutions Reform, Recovery and Enforcement Act of 1989; FIRREA)12 U.S.C. §1821(k) 項に関する分析が出発点であるとしている。この条項は、経営の破綻した預金取扱金融機関の役員・取締役に対して、連邦預金保険公社(Federal Deposit Insurance Corporation; FDIC) が預金者に代位して訴えを提起する際の役員・取締役の過失の基準を定めるものである。この条項では、重過失（gross negligence）　という言葉を用いて役員・取締役の注意義務基準を定めているが、州法はコモン・ローとの関係で、この基準が絶対的なものなのかどうかについて争いがある。

　この点に関する文献として、Ronald W. Stevens, Bruce H. Nielson, *The Standard of Care for Directors and Officers of Federal Chartered Depository Institutions: It's Gross Negligence Regardless of whether Section 1821(k) Preempts Federal Common Law*, 13 ANN. REV. BANKING L. 169 (1994) がある。また、邦語の文献としては、吉井敦子「経営破綻銀行の取締役の注意義務と責任(1)(2・完)」民商法雑誌114巻１号(1996)１頁～30頁、２号(1996)１頁～25頁がこの問題に関する詳細な検討を行っているほか、弥永真生「海外金融法の動向　アメリカ(1993)」金融法研究10号(1994)97頁～101頁は、判例を概観している。

[42] 銀行取締役が営利性を実現する義務のみを負っているとすると、極端に言えば、衰退業種に属する企業に対する融資、貸倒リスクの高くなる赤字企業に対する融資（一時的に赤字に陥った企業に対する融資が典型例）や、低金利での融資を行うことは、取締役の注意義務違反となる可能性が生じる。バブル経済期における銀行の融資行動は、銀行経営における公共性を軽んじて営利性を追求しすぎた結果であると考えられる。

[43] 堀内昭義『金融システムの将来－不良債権問題とビッグバン』（岩波書店、新書、1998）44頁～45頁。

[44] 池尾和人『銀行リスクと規制の経済学　新しい銀行論の試み』（東洋経済新報社、1990）125頁。堀内・前掲注43 76頁～77頁。
[45] 宍戸教授は、「注意義務の内容はソルベンシーの段階によって異りうると思われます。１つの考え方としては、銀行の取締役・経営陣は株主との間でのみプリンシパル・エージェント関係を結んでいるのではなく、預金者との間でもプリンシパル・エージェント関係を持っているという考え方をとったうえで、いわゆるステイクホルダー間の利害調整の観点から、ソルベンシーに関係なく、取締役は株主の利益だけを重視するのではなくて、預金者の利益をも同じように重視しなくてはならないという考え方をとることも可能かとは存じますが、私はそれにはむしろ反対の意見をきょうは述べたつもりでございます。ソルベンシーにまったく関係がない段階におきましては、銀行株式会社の取締役もやはり株主の利益を最大化することにできるだけ集中していただきたいと思います。」と述べられる。
　銀行経営において預金者の利益をどのように位置付けるかについては、第一部第三章第二節で詳細に検討した。銀行法１条は、銀行法が預金者保護を目的の一つとしていることを明確に規定していること、さらに預金者保護を図ることが信用秩序を維持する上での前提条件と考えられていることからすれば、宍戸教授の見解には賛成できない。銀行が営利性のみを追求することに問題のあることはすでに述べたとおりである。銀行経営には、営利性と公共性とをともに実現することが強く求められているのである。また、私見はソルベンシーが落ちた段階で銀行取締役の注意義務がさらに高度になるというようには考えていない。銀行経営の健全性を維持する方法は、平常時における貸出１件ごとの健全性を確保する以外にないということを強調しておきたい。貸出資産の質を短期間に大幅に改善するということは不可能なのである。
[46] 小山嘉昭『全訂　銀行法』（大蔵財務協会、1995）328頁～329頁参照。
[47] 下森定「日本法における「専門家の契約責任」」川井健編『専門家の責任』（日本評論社、1993）16頁～17頁、能見善久「専門家の責任―　その理論的枠組みの提案」専門家責任研究会編『専門家の民事責任』別冊ＮＢＬ28号(1994)６頁～７頁参照。
[48] 鎌田薫「専門家責任の基本構造」山田卓生編集代表・加藤雅信編『新・現代損害賠償法講座３　製造物責任・専門家責任』（日本評論社、1997）　303頁は、専門家の負う善管注意義務を「善良なる専門家として尽くすべき慎重な配慮を尽くす義務」と表現され、善管注意義務が高度であると表現されていないが、専門家の負う注意義務を一般人の負う注意義務から区別して議論すること自体を否定するものではない。
[49] 前掲注14参照。
[50] 西嶋梅治「総括」専門家責任研究会編『専門家の民事責任』 129頁～ 130頁（商事法務研究会、1994）。
[51] 西嶋・前掲注50 135頁。
[52] 小山・前掲注46　85頁参照。同書では、免許制の根拠として、①信用秩序の維持と預金者の保護、②銀行経営における公共性を実現するために人的構成について審査する必要性のあること、③地域社会やわが国の金融・経済の効率的運営を図る上で、当該銀行の設立が適当かどうかを審査する必要性のあること、の３点を挙げる。
[53] 池尾和人「金融自由化と信用秩序」金融91年９月号12頁は、昭和29年以降、合併や業種転換といったケースを除いて普通銀行の新規免許は交付されていないとする。
[54] 筆者の調査によれば、94年３月期における都市銀行11行の役員総数は486名であり、役員就任直前に５年以上当該銀行に従業員として勤務したことのない役員は、社外監査役を除けばわずか11名に過ぎない。各銀行有価証券報告書参照。
[55] 「預金を考える懇談会報告書」金融95年７月号43頁によれば、「預金者は、金融機関が借り手の信用力等に関する情報を収集・分析し、適切なリスク管理を行うという本源的機能を信頼して、自らの資金を金融機関に託している。換言すれば、預金は資金運用に係るリスクが金融機関によって遮断されるところに特徴がある。」とする。預金者は、預金を

預ける金融機関を全面的に信頼するか、金融機関の行動に問題を感じた場合に預金を払い出すかの二者択一の行動しかとりえない。

[56] 能見善久「専門家の責任－その理論的枠組みの提案」専門家責任研究会・前掲注47　６頁によれば、専門家は依頼者から二重の意味で信頼を得ているとする。第一の信頼は、依頼者が専門家の技量・能力を直接判断できないことに伴う信頼である。そして、専門家との契約は、当事者間にきわめて大きな非対象性があると述べられており、このことは、銀行取締役と預金者、株主との関係においても妥当する。第二の信頼は、専門家が下す裁量的判断についても依頼者の利益のために行動してくれるであろう、とする信頼である。その上で、第一の信頼を高度注意義務の根拠とし、第二の信頼を忠実義務の根拠としている。

これを銀行取締役と株主、預金者との関係に当てはめれば、銀行の取締役が高度な資金運用能力を有するであろうという信頼と、経営監督権能の後退した株主、資金運用状況についてチェックすることのできない預金者の利益に充分配慮した判断をしてくれるであろうという株主と預金者の信頼に相当する。銀行の株主と預金者の、銀行取締役に対するこれら二つの信頼の存在自体を否定することはできまい。

[57] 西島教授は、本論文で検討のたたき台とした文献とは別の文献において、専門家の要件として、①その業務について一般原理が確立し、この理論的知識に基づいた技術を修得するのに長期間の高度の教育と訓練が必要であること、②免許資格制が採用されていること、③職能団体が結成され、その団体につき自立性が確保されていること、④営利を第一とするのではなく、公共の利益の促進を目標とするものであること、⑤プロフェッションとしての主体性、独立性を有することの５点を指摘しておられる（西島梅治「プロフェッション・ライアビリティ・インシュアランスの基本問題」有泉亨監修『現代損害賠償法講座８』（日本評論社、1973）　141頁。すでにみたように、④についても銀行取締役には適合的である。

[58] この問題は、金融機関の経営が他の事業経営に比して特殊であるかという問題に置き換えることができる。金融機関経営の特殊性を否定する見解として、三輪芳朗『金融行政改革－「役所ばなれ」のすすめ』（日本経済新聞社、1993）　参照。また、金融機関の公共性に疑問を呈する見解として、飯田経夫「銀行の社会性・公共性を問う－技術論より基本的な姿勢こそ」日本経済新聞社編『論集・現代の金融問題４　金融システム』91頁～102頁（日本経済新聞社、1980）参照。

[59] 鎌田薫「わが国における専門家責任の実情」専門家責任研究会編『専門家の民事責任』別冊ＮＢＬ２８号（商事法務研究会、1994）64頁は、医師以外の専門家に対する責任追及の事例の少ない理由として、専門家に要求される技能ないし注意義務の水準が医療水準ほど明確になっていない点を指摘するが、取締役についても全く同様であると考える。

列車の運転手についていうならば、列車事故が起こった場合、どのような軽微な事故であっても、事故が現実に発生している以上、過失のないことを立証することはほとんど不可能に近いものと思われる。結果の回避措置を講じなかったがために事故が起こったからである。ところが、銀行取締役の場合には、貸倒が発生して会社に巨額の損害を与えたとしても、必ず責任を負うことにはならない。裁量の余地が大きいため、過失のないことを十分に立証しうるからである。列車の運転手が結果責任に近い形で責任を負担していることからすれば、同じく過失責任の原則のもとで責任が追及されているにもかかわらず、両者の違いはあまりにも大きい。このような違いを容認すべきか否かは、社会政策の問題に帰着するが、取締役の責任が結果的に軽減されているように感じられてならない。

[60] *Governance*, *supra* note 27, §2.01 Comment f at 57.

また、神崎克郎『取締役制度論』（中央経済社、1981）100頁も、「取締役が長期的な判断に基づく企業経営において容認しうる程度の一時的な損失をもたらす取引を行ったとしても、それがために取締役として要請される注意義務に違反したものとして損害賠償の責任を問われることは妥当でない。」としている。

[61] 短期的利益を無視してよいということを意味しない。なお、株主間にも短期的利益と長期的利益を巡って、利害の対立がありうる。
[62] このような会社運営は、金融業者の場合には問題なく支持されるであろう。
[63] 銀行法10条第１項参照。預金、融資、為替は銀行の三大業務と呼ばれる。
[64] 出資の受入れ、預り金及び金利等の取締りに関する法律２条第１項は、「業として預り金をすることにつき他の法律に特別の規定のある者を除く外、何人も業として預り金をしてはならない。」と規定している。この規定と銀行法10条１項、外国為替銀行法６条１項、長期信用銀行法６条１項、金融機関ノ信託業務ノ兼営等ニ関スル法律（第１条は、銀行その他の金融機関が内閣総理大臣の認可を受けて信託業法による信託業を営むことができると規定している。信託業を兼営する銀行、つまり信託銀行は、預金を取り扱えることとなる。）、信用金庫法53条１項、中小企業等協同組合法９条の８第１項といった個別業態ごとに制定された法律によって、預金業務を扱うことができる者は個別に特定されている。
[65] *Governance*, *supra* note 27, §2.01 Comment e at 57.
[66]ＡＬＩの「コーポレート・ガバナンスの原理：分析と勧告」の首席報告者であるアイゼンバーグ教授は、「会社の決断が、そうすることが会社の利潤または株主の利益を増さない場合であっても、倫理上の考慮を根拠に行われるということはしばしば見られるところである。そのような振る舞いは、適当であるばかりか、望ましいことでもある。」、「会社が倫理的な考慮に注意を払い、合理的な資源を公共の福祉、人道主義的、教育的および慈善的目的に捧げることが許されるべきであるならば、会社は、間接的にというよりも、法の明示的な原則を根拠として、公然とそうすることが許され、奨励されるべきである。」としている。*See* Melvin Aron Eisenberg, *An Overview of the Principles of Corporate Governance*, 48 BUS LAW 1271, 1275,1278 (1993).
　なお、同論文の翻訳として、メルビン・Ａ・アイゼンバーグ＝前田雅弘（翻訳）「「コーポレート・ガバナンスの原理」概説（上）（中）（下）」商事法務1368号68頁～73頁、1369号23頁～30頁、1370号（以上1994）30頁～35頁がある。また、アイゼンバーグ教授の役員および取締役の注意義務と経営判断原則に関する見解について考察した文献として、新井修司「アメリカ法律協会「コーポレート・ガバナンスの原理」における取締役及び役員の注意義務と経営判断の原則－メルビン・Ａ・アイゼンバーグの所説を参考に」阪大法学46巻１号(1996) 111頁～140頁がある。
[67] 吉原和志「株主の利益と従業員の利益」判例タイムズ839号(1994) 160頁、中村一彦「企業の社会的責任と会社法―　取締役の社会的責任を中心に」判例タイムズ839号(1994) 151頁参照。
　なお、ステークホルダー条項の内容や制定の背景、さらにはその評価については、高橋衛「アメリカにおける取締役の義務に関する近時の議論」一橋論叢113巻１号(1995)102頁～119頁が的確な分析を加えている。
[68] 高橋・前掲注67 106頁。また、バーリーとドットの論争については、森田章「米国における企業の社会的責任論の展開(1)(2)」民商法雑誌70巻３号(1974)31頁～59頁、４号(1974)66頁～ 106頁が詳しい分析を展開している。
[69] 宍戸善一「経営者に対するモニター制度　従業員主権と株式会社法」伊丹敬之ほか編『日本の企業システム　第一巻企業とは何か』 230頁（有斐閣、1993）は、会社の利益と株主の利益とが必ずしも一致しないことを指摘している。
[70] 高橋衛・前掲注67　109頁、114頁。
[71] 渋谷光子「企業倒産と経営責任」ジュリスト662号(1978)44頁は、銀行取締役について「貸付先の選択、貸付の方法、債権の保全、回収等については、銀行に最も利益になるような措置をとるべきである。」とする。
[72] 神崎克郎「銀行取締役の融資上の注意義務－大光相互銀行事件判決の検討」商事法務1138

号(1988)18頁は、一般事業会社の取締役が取引先に対して救済融資を実行したことの是非が争われた判決とを対比して、「融資業務を主たる事業内容とする銀行とそうでない一般事業会社とでは、救済貸付あるいは救済融資に関する取締役の注意義務については、必ずしも同一に論ずることはできない。銀行の融資においては、預金者の保護と信用秩序の維持の要請からより強い安全性が求められ、またそれが本来的な業務として行われるものであることから取締役により専門的な配慮が求められる。」とされ、銀行取締役が救済融資を実行すること自体が銀行取締役の注意義務違反を構成することはないことを示される。

[73] 神田秀樹「金融リスクの法的コントロール」金融法務事情1226号(1989)６頁は、銀行が負担する信用リスクについて、「銀行が貸付を行えば、銀行は貸付先の信用リスクを負担するが、このことは何も今日に特有な現象でないことは、いうまでもない。むしろそのようなリスクの負担は銀行業務すなわち銀行の金融仲介業務の本質である。」とする。

[74] これは、企業向けに対する融資に限ったことではない。国家に対する融資であっても、財政的な破綻によって国家が返済不能に陥ることはみられることである。

[75] 黒字主体（貸手）向けに自ら債務証書を発行して資金を調達し、その資金で赤字主体（借手）の発行する債務証書を購入し、保有することであり、金融機関の基本機能である。池尾和人・金子隆・鹿野嘉昭『ゼミナール　現代の銀行』（東洋経済新報社、1993）17頁〔金子隆〕参照。

[76] 金融制度調査会基本問題検討委員会報告『金融仲介機能の新たな展開への対応』６頁（1995）。また、金融制度調査会金融システム安定化委員会の審議経過報告では、「金融機関が経済社会のリスクを消化し、融資機能を適切に果していくことは、我が国経済の持続的発展のため不可欠の前提である。」とする。報告につき、金融財政事情1995. 10.9号22頁～26頁〔22頁〕参照。

[77] 経済企画庁編『経済白書　平成８年版』（大蔵省印刷局、1996）330頁は、「ほとんどの企業がメインバンクの必要性を肯定しており、メインバンク制の下で資金と情報の提供を受け、保険も得ながら新たな事業に取り組むということが、依然として一定の経済合理性を持っていることも否定できない。」としている。引用されたアンケート調査は、一部上場319社、二部上場155社、店頭登録11社、非公開547社、合計1,131社に対するもので、全体の88.8％の企業がメインバンクを必要とすると回答している。回答企業の43％が直接、市場から資金調達することが可能な株式公開企業である点と、それらの企業群にあってもなお、メインバンクの必要性が広く認識されている点には注意が必要である。なお、第三部で検討したアメリカにおいては、銀行による企業支配を徹底して排除する経済システムが構築されているのであり、その意味では、銀行が社会から期待されている役割はわが国とは全く異なると言える。

[78] 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1491号(1997)45頁は、「他企業支援の事案では、取締役が自己または第三者の利益を図ったかどうかという角度から責任を考えることは適切ではない。むしろ、正面から当該支援が会社の経営政策上適切なものかどうか、会社の利益に適うかどうかという角度から検討すべきものであると思われる。」とされる。

[79] 渋谷・前掲注71　44頁は、銀行取締役について「債権や投資資産の管理は長期的視野に立ってなされるべきであるから、業績の悪化した企業の支援が直ちに経営者の責任を生ぜしめるわけではない。」とし、長期的利益の観点を重視すべきことを強調する。

[80] 神崎克郎・前掲注72　17頁は、「救済貸付は、既に相当の経営危機に陥っている取引先に対して行われるもので、新規の貸付自体も回収不能となる危険性が大きいものであるから、それによって取引先が経営危機から回復する可能性が相当に見込まれる場合に限り、しかも、既存の貸付金をも含めてその回収を可能ならしめるための相当の措置をとって初めて行われるべきである。」としている。

[81] 近藤光男「金融支援と取締役の責任」金融法務事情1424号（1995）７頁～９頁には、忠

実義務の観点からの検討がある。
[82] 渋谷・前掲注71　45頁。
[83] 神崎・前掲注72　17頁は、「救済貸付を行うに当たっては、救済貸付によって取引先が経営危機から回復する可能性が相当に見込まれるか否かを慎重に判断し、かつ、既存の貸付金および新規の貸付金の回収を可能ならしめるように、当該状況の下でとりうる相当の措置を講ずることを要するものと解される。」とされ、必ずしも保全の充足を救済融資の条件とはしておられない。

第三章　救済融資に含まれる法的問題点

本章では、メインバンクが経営危機企業を救済するという行為に含まれる法的諸問題について、代表的な行為類型である救済融資をベースに考察する。考察をはじめるに当たって明らかにしておきたいことは、ここでの検討が、あくまでも銀行取締役が融資判断を行う場合の法的諸問題全般に対する問題意識をベースとするということである。つまり、ここでの検討は、経営危機企業を救済する際に銀行取締役の服すべき規制という限られた範囲に適用範囲が限定されるものではない。程度の差や適用されない項目はあるものの、通常の融資判断に際しても、本章における考察は妥当する。

第一節　経営判断の原則

第一款　経営判断の保護の必要性

救済融資は、銀行が営利性を追求する経営組織である以上、短期的利益が犠牲となるとしても、あくまでも長期的利益で犠牲となった利益の回復ができることを根拠に行われることが基本となる。問題となるのは、救済によって銀行に利益が生じると判断して救済を行ったにもかかわらず、銀行の思惑に反して融資先が倒産してしまった場合や、当初の計画以上に銀行が投下すべき資金が大きくなるといった形で、銀行に発生する損失が大きくなった場合である。このような場合にも、果して取締役に責任を課してよいものだろうか。なぜなら、リスクのない会社経営はありえないし[1]、ある程度のリスクを負った上で決断を下すことが、企業の将来の発展につながるからである。また、株主が、経営が順調な場合には利益を享受し、取締役の経営判断の失敗によって損失が生じた場合には取締役の責任を追求するというのでは、取締役に結果義務を課したに等しいばかりでなく、本質的にリスクを内包している会社経営上のリスクを、株主が一切負担しないという極めて不都合な結果を許すことにもなる。

このような場合に、取締役の経営判断を保護する理論が、いわゆる「経営判断の原則」(business judgement rule) である。救済融資の実行に際しても、取締役の決定と経営判断の原則との関係が問題となる。

第二款　経営判断の原則の内容とその検討

経営判断の原則は、周知のようにアメリカの判例によって認められた法理であり、その内容は、「取締役が会社および彼の権限内において、ある経営上の決定を下した場合に、その決定に合理的な根拠があり、かつ彼が会社の最良の利益であると誠実に信じた事柄以外には影響を受けず、彼独自の裁量と判断の結果として、当該決定を下したのならば、裁判所は経営内部事項には干渉しないし、裁判官の判断をもって取締役の判断に代替せしめることはない」[2] というものである。経営判断の原則は、その条文化に成功した州は一つもなく、内容についても、各州において微妙に意味が異なっているとされる[3]。そこで、ここではＡＬＩの『コーポレート・ガバナンスの原理：分析と勧告』によって、経営判断の原則の内容をみてみる。

経営判断の原則について定めた第4.01条C項は、次のように規定している。

「取締役又は役員は、誠実に経営判断をなす場合、当該取締役又は役員が、

(1)経営判断の対象に利害関係を有せず、

(2)経営判断の対象に関し、当該取締役又は役員が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、かつ、

(3)当該経営判断が会社の最善の利益に合致すると相当に信じたときは、本条の下での義務を履行するものとされる。」

4.01条C項は、経営判断の原則が適用される場合に必要となる４つの要件を規定している。①ある決定（判断）が行われなければならないこと、②その決定は誠実に行われなければならないこと－取締役または役員が故意に法に違反する場合には満足されない条件、③取締役または役員がその決定に個人的な利害関係を決してもっていないこと、④取締役または役員が、その状況の下で適当であると実際に、そして合理的に信じる程度に、その決定について知識を有していなければならないこと、の４つである[4]。わが国には、C項２号を経営判断の過程ないし手続に関する規定、３号を経営判断の内容に関する規定とみた上で、過程ないし手続については「合理的に（reasonably）」という基準、内容については「相当に（rationally）」という基準を、それぞれ設定したものとみる見解がある[5]。これらの要件を満たす決定を下した取締役の責任が免責されるとしている点には、注意が必要である。

このような経営判断の原則をわが国に導入することについては、その是非を巡って多くの議論がある[6]。第一に、取締役の経営判断の内容について司法審査の対象外としてしまう

ことが問題となる。銀行取締役の職務の内容は専門家性を有する。医師をはじめとする専門家の判断内容については、あくまでも司法審査の対象とされていることからすると、銀行取締役の経営判断を司法審査の対象外とすることは、否定的に解するほかあるまい。そこで、経営判断の原則を、裁判所が取締役の経営判断に介入できないのではなく、相当程度取締役の経営判断を尊重すべきものとする見解が提唱されている[7]。第二に、経営判断の原則が、過失責任の原則を修正するものなのかが問題となる。最近の議論では、経営判断の原則は過失責任の原則を変更するものではない、と主張されている[8]。

以上のように解すると、経営判断の原則の導入に際しては、アメリカにおける議論のように、取締役の意思決定のプロセスを重視するという意味[9]はあるものの、取締役の責任を軽減するといった意味を持たせることはできまい[10]。

アメリカにおける経営判断の原則を巡る状況や、最近のわが国における同原則の導入を巡る議論を踏まえれば、わが国において取締役の経営判断が尊重されるのは、次のような場合となる。第一に、取締役の判断は、十分な情報を集めた上での経営判断であること、第二に、合理的な根拠のある経営判断でなければならないこと、第三に、忠実義務違反の事例には適用されないこと、第四に、法令に違反する経営判断は保護されないこと、第五に、不作為は保護されないこと、の５点である[11]。

第三款　経営判断の原則と救済融資

金融機関が取引先を救済するか否かの判断は、当該の取引先が倒産するか否かという、場合によっては社会的にも極めて大きな影響を伴う判断である。本論文では、救済融資を行う際の銀行の経営判断に関しては、その内容と過程を分けて検討する必要があるとの立場に立っている。ここでは、判断に際して必要となる内容について検討する。なお、銀行が融資判断を行う際の過程ないし手続に関しては、事前に定められた手続そのものの妥当性と、定められた手続が適正に履行されていたかどうかを検討すべきこととなる。この点については、第四節と第五節で検討する。

救済融資を行うか否かを判断する際の経営判断の内容として、次のようなものを検討する必要がある。

まず、経営危機に陥った原因と経営の現状を綿密に分析する必要がある。その際には、銀行自身による分析に加えて、経営危機に陥った企業自身が作成した経営再建計画をも参照する必要がある。企業自身が、どのように現状を分析し、それに対して、どのような対

策を講じようとしているのかを、銀行自身の分析結果と照合するのである。この作業を踏まえた上で、経営再建計画の実現可能性について判断することとなる。その意味で、経営危機に陥った原因分析をしていない経営再建計画に基づく経営再建は、そもそも実現不可能と判断すべきであろう。原因を究明しないまま、的確な対策を講じることは不可能と考えるべきだからである。また、経営危機に陥った原因を取り除く対策を講じなければ、一時的に経営危機を脱しても、再び経営危機に陥ると考えられるからである。

経営再建の実現可能性を判断する際には、第一部第四章第二款で検討したように、経営危機に陥った企業が、長期的にみた収益能力を喪失しているか否かという点、つまり、当該企業のよって立つ経営基盤が崩壊していないかどうかを拠り所として判断すべきである。経営基盤が崩壊していると判断すべき具体的な例として、①主要販売先に対する信用を失墜し、主要販売先が離反してしまっている結果、売上高の回復見込みが極めて乏しい場合、②主力製・商品やサービスに対する市場からの信用が失われ、その回復の目処が立たない場合で、かつ、それに代わる製・商品やサービスも見当たらない場合、③経営陣の経営能力が極めて低く、経営再建を実現しうる能力を有した有能な人材がいないと評価される場合、④赤字額・債務超過額が過大で、資産処分によっても、解消の目処が立たない場合、⑤違法行為の繰り返しにより、社会的な信用回復が容易でない場合、といった事例が挙げられる。逆に、①本業は健全に営まれており、財テクの失敗によって債務超過に陥った場合、②温情主義的経営に偏った結果、高コスト経営に陥って長期間赤字が続いているものの、経営方針の変更や意識改革によって黒字転換が可能であると判断される場合、③主力製・商品やサービスのライフサイクルが衰退期にあって赤字体質に陥っているものの、新しい製・商品やサービスが開発されつつある場合、といった事例では再建可能と判断されよう。しかし、いずれの場合も、複数の要因が複雑に絡み合っているケースが多いため、判断は慎重に行われるべきである。

再建可能と判断した後に、再建計画を実行に移すタイムスケジュールと、再建が奏功するまでに必要となる資金量の総額を正確に見積もる。これは、相手方企業が立案した経営再建計画の妥当性を検証する形で行う。再建に必要な資金は、メインバンクを中心とする関係当事者間で分担して負担するケースが多い。各当事者の負担額が妥当であるかどうかについても検証すべきである。仮に再建可能と判断される場合であっても、再建に必要な資金と再建が奏功するまでのリスクを負担する能力が銀行になければ、救済には応じられないという結論になる。最悪の場合、共倒れになる危険性があるからである。

最後に、次の諸点を検討した上で、救済するか否かを判断する。重要なポイントは、救済によって得られる中長期的利益と犠牲となる短期的利益、さらに救済しないことによって発生する損失である。損失については、当該の取引先を救済しないことによって生じるであろう取引先の倒産によって引き起こされる地域経済への影響[12] や従業員の失業、あるいは関連倒産の発生、消費者への影響、救済しないことによって銀行が浴びる可能性のある社会的な批判やそれに伴う取引先の離反、銀行に対する信用失墜の結果生じる可能性のある資金調達コストの上昇や銀行の格付けの引下げ、株主への影響といった点についても検討すべきである。得られる利益が損失を上回ると判断される場合に、救済融資を実行することが銀行の利益となる。さらに、経営再建の途中で再建が失敗した場合に、銀行に発生する損失がどの程度の規模になるかについても検討すべきである。損失額が大きい場合には、そのような負担に耐える体力があるのか、という点についても慎重に勘案されなければならない[13] 。

これらの諸点を慎重に検討すべきことが、そもそも救済融資の実行を判断する際に、金融機関の取締役に求められるべき注意義務の内容と言える。これらは、通常の事業会社の取締役が経営判断を行う場合と比較して、はるかに慎重かつ詳細に事前の検討を加えるべき事項が含まれていると考えられる。

このように考えれば、銀行取締役の救済融資に関する経営判断の妥当性を検討する際には、経営判断の原則の適用を検討する前に、まず、これらの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て十分につくされているか否かが慎重に吟味されるべきである。取締役の側で、経営判断の原則を楯に、最初から免責を主張することは許されるものではあるまい。したがって、救済融資の実行を決断した銀行取締役の経営判断の妥当性を吟味する際に、経営判断の原則の機能する局面は、ある程度限定されたものとならざるを得ない[14] 。

第四款　裁判例の検討

金融機関の融資判断の是非が争われた事例については、すでに第一章で検討した。ここでは、子会社に対する救済融資について経営判断の原則を適用し、親会社取締役の会社に対する責任を否定した事例である福岡県魚市場事件判決（福岡高判昭和55.10.8高民集33巻４号341頁）を検討する[15] 。なお、この事例は金融機関による救済の事例ではないものの、救済融資と経営判断の原則との関係について本案判決に至った代表的な事例であるところ

から、検討を加える[16]。

１．事案の概要

原告は水産物卸売業を営む会社である。被告である原告会社の専務取締役は、原告会社の子会社が融通手形を濫発して経営危機に瀕していることが判明したため、調査室に対してその対応策を立案するよう指示した。調査室では、子会社に対する支援を打ち切り、他社に子会社を売却して融資を極力回収するという消極案と、盛漁期までつなぎ資金を支援して、豊漁に遭遇して一気に経営の好転を図るという積極案の二案を提出した。被告は、消極案をとった場合の損失の大きさをおそれ、営業部門で強気の意見が多数を占めたことも参酌して、子会社に対する管理を強化するとともに、担保もできるだけ徴求する方針のもとで、積極策をとることとした。ところが、融通手形の濫発、原告会社から禁じられていた闇金融の利用といった子会社の行為が発覚し、子会社は豊漁期を待たずに倒産した。原告会社は、子会社に金融支援として交付していた手形について決済を迫られることとなったため、損害を被ったとして、専務取締役に対して忠実義務違反に基づく損害賠償を請求したのが本件である。

２．判決の概要

判決では、「企業は本来自己の責任と危険においてその経営を維持しなければならないものであるから、親会社の取締役が新たな融資を与えることなくそのまま推移すれば倒産必至の経営不振に陥った子会社に、危険ではあるが事業の好転を期待できるとして新たな融資を継続した場合において、たとえ会社再建が失敗に終りその結果融資を与えた大部分の債権を回収できなかったとしても、右取締役の行為が親会社の利益を計るために出たものであり、かつ、融資の継続か打切りかを決断するに当り企業人としての合理的な選択の範囲を外れたものでない限り、これをもって直ちに忠実義務に違反するものとはいえないと解すべきである。」と述べて、被告取締役に忠実義務違反はないとした[17]。

３．検討

本件では被告の専務取締役の経営判断が、裁判所によって尊重された。ただし、判決を詳細に検討してみると、取締役の経営判断がその独断によるものではない点、つまり、調査室に対応策を検討させ、両案の損得を検討した上での決断であったという経営判断に至る過程と判断の形成方法について、裁判所が一定の評価をしたことが窺える[18]。取締役による経営判断の客観化の努力が評価されたとでも言えよう。また、子会社に対する管理を強化し、担保権を確保するための努力が取締役によって講じられたことに対して、裁判所

が一定の評価をしたことも指摘できる。

ただし、本判決の射程は、あくまでも一般の事業法人に止まるのであって、金融機関が行う救済融資についてそのまま当てはめることには無理がある。金融機関の取締役の負う注意義務の程度が、一般の事業法人の取締役以上に高度なものであること、さらには、金融のプロとして、事業の成否の見通しについても、多くの事例を踏まえた上での専門家としての判断が要求されることから、そのように言えよう。本判決においては、「その経営判断の甘さを指摘される余地があるにしても」と、検討の不十分さを暗に認めているが、金融機関の場合には、経営判断の甘さを指摘されることのないような慎重な検討が求められていると言うべきである。

次に、親会社による子会社の救済が、果してどこまで認められるのかという点が問題となる。子会社といえども、親会社とは法人格は別であり、親会社の取締役がもっぱら子会社の利益を図る行動をとれば、忠実義務違反となって経営判断の原則が適用されないからである[19]。この点についても、金融機関については特別の検討が必要であり、本件の射程は一般の事業法人に限定されると考えられる。この問題については、第四章第一節第一款で検討する。

第二節　救済融資と不良貸付との異同

救済融資は、長年の取引先を救済する場合や、銀行と融資先企業が人的にも資本的にも結びついている場合には、当該企業に再建の目処がないにもかかわらず実行されるというケースも予想される。いわゆる「情実融資」や「不良貸付」である。特別背任罪に該当する融資も、情実融資や不良貸付がしだいに高じて至るケースもあろう。従って、銀行取締役が実行することのできる救済融資と特別背任罪に該当する融資の異同を明確にしておく必要がある。

特別背任罪が成立するには、①発起人、取締役、監査役といった商法486条の主体である者による行為であること、②図利・加害目的のあること、③任務違背のあること、④会社に財産上の損害を加えること、の四つの要件が必要である[20]。本罪は故意犯である。図利加害目的とは、自己または第三者の利益を図る目的（図利）と、会社を害する目的（加害）であり、いずれかがあればよいとされ、本人（会社）の利益を図る目的と自己または第三

者の利益を図る目的が併存する場合は、いずれが主な目的であるかを判断し、主たる目的が後者である場合には背任罪が成立するとされる[21]。また、「第三者」とは、行為者および本人である会社を除いたそれ以外の者を言い、財産上の損害には、積極的損害と消極的損害の両方を含む[22]。

救済融資が特別背任罪との関係で問題となるのは、救済融資が経営危機に瀕した企業に対して行われるため、表面的には特別背任罪の四つの構成要件に該当するように見える点である。とくに③と④が問題となろう。

まず、④の財産上の損害についてはどうか。財産上の損害を加えるとは、会社の全体財産を減少させることをいう[23]。救済融資を実行したものの、経営再建が奏功せず、当該の融資が貸倒となった場合には、銀行に損害が発生する。また、この場合の損害には、既存財産が減少する積極的損害のみならず、得べかりし利益を喪失する消極的損害を含むとされるところからすれば、救済融資の実行そのものが、消極的損害と評価される場合もあるかもしれない。

③の任務違背の点についてはどうか。金融機関の取締役の融資に際しての任務は、裁判例によれば、融資先の経営状態が悪化して貸付金の確実な回収の見込みがない場合には貸し増しを停止し、既存の融資金を回収し、貸し増しについても必要最小限度に絞り、回収確保に万全の措置を講じ、かつ融資先の経営を管理するといったことであるとされている[24]。このような刑事裁判例の理解によれば、経営危機に瀕した企業に対しては、金融機関の取締役は、貸付金の早期回収と保全の確保に努めることが基本的な任務となり、救済融資を行うことは任務違背を構成するようにも思われる。

大光相互銀行事件第一審判決（新潟地判昭和59・５・17判時1123号３頁）では、銀行融資の基本原則として「銀行の業務の中心をなす融資業務においては、銀行が営利を目的とする私企業であるにとどまらず、広く国民大衆から集めた預金を運用するものであること、銀行が今日の信用経済社会の中心に位置し、その業務運営の適否が信用秩序の維持に重大な関係をもっていることなどに照らし、収益性、安全性、公共性等が確保されていなければならないことはいうまでもない。そして、とりわけ銀行の資金源が右のように国民大衆から集めた預金であることを考慮すると、預金者に対する債務は確実に履行されなければならず、そのためには融資は確実に回収されるものでなければならないのであるから、銀行の融資については、安全性が最も強く要求されているといわなければならない。〔26頁〕」としている。

さらに、救済融資に際しての取締役の義務として、「ある取引先に対し既に融資した資金等が当該取引先の業績悪化のために回収困難な状態となったときに、回収不能の結果となることを回避するため更に融資を続ける場合もあると考えられるが、このような場合は、新たな融資自体についても回収不能となるおそれが大きいのであるから、そのような融資が正当な救済融資として許容されるためには、融資をすることにより当該取引先の業績回復が確実に見込まれ、しかも、銀行としても、必要最小限度の融資に絞り、かつ、極力担保の徴求に努め、更には当該取引先の経営に対する有効適切な指導を行うとか、役員を派遣するなど債権確保のための万全の措置がとられることが必要であると考えられる。〔34頁〕」としている。つまり、救済融資が全て取締役の任務違背を構成するとは解していない。

このような裁判例の考え方からすれば、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ることとなろう。ただし、救済融資が金融機関の利益を図る目的で行われたか否かを判断する際には、経営危機に陥った企業の業績回復が可能であるとの確実な見込みのあることが、判断の前提条件となる。融資先の業績回復が確実に見込める先に対する救済融資のみが、銀行取締役に許される救済融資だからである[25]。学説にも、担保物件を保全し、処分するためや、企業の業績回復が確実に見込まれ、貸付金の回収を容易にするために必要な限りにおいては、貸し増しも許されるとする見解があり[26]、救済融資に対する一定の理解が見られる。

ただし、前述の大光相互銀行事件判決では、救済融資の実行に際して、担保の徴求や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ている点には注意が必要である。救済融資は貸倒リスクの高い融資でるあら、その実行に際して保全を重視すべきことが必要であることは、第四部第二章第四節第三款で検討したとおりである。また、人材派遣に伴う問題点については本章第七節で検討する。

以上の検討から、救済融資と不良貸付との異同は、誰の利益を優先して融資が行われたかという、融資の目的の違いによることとなる。

第三節　株主に対する利益供与の禁止規定との関係

メインバンク・システムの下では、銀行は融資先の主要な株主であることが多い。さらに、わが国に特有の経済慣行として、企業がお互いの株式を保有し合う「株式持合い」が

ある[27]。これは、銀行においても例外ではない[28]。そこで問題となるのが、救済融資と、商法294条ノ２が定めた株主の権利行使に関する利益供与の禁止規定との関係である。

第一款　商法294条ノ２の法意と救済融資

商法294条ノ２第１項は、株主の権利行使に関して、会社による利益の供与を禁じている。さらに、第２項では、会社による株主に対する利益供与を、株主の権利行使に関してしたものと推定するという推定規定をおいている。この推定規定の存在により、利益供与が株主の権利行使に関しないものであると主張する者が、そのことに関する挙証責任を負う[29]。株主に供与されるものは財産上の利益とされており、株主等の消極財産を消滅させる形式の行為も財産上の利益の供与に当たるとされている[30]ので、債務免除を銀行が行うことは、利益の供与に該当する。

本条の立法趣旨を会社運営の公正を意図した規定であると解する立場[31]からは、本条は非常に広い範囲の、種々の形式による利益供与を禁止しているとする[32]。金融機関による融資先の資金的救済には複数の行為類型があり、それらは融資先に利益を生じさせる。新規融資についても、他の金融機関が融資に応じない状態にまで経営危機が進行していれば、融資を受けられるということ自体が財産上の利益と評価できる。

以上の考察から、株式を持ち合ったまま金融機関が融資先を救済する場合には、金融機関や取締役の側で、当該の救済行為が株主の権利行使に関して行われたのではない旨の立証を行う必要があることとなる[33]。

第二款　株主に対する融資規制の必要性

この問題をさらに考えると、そもそも株主に対する融資に対して、何らかの規制が必要なのではないかという問題が浮かび上がる。特定人に対する融資規制としては、銀行法では、大口融資規制（13条）と、取締役に対する融資規制（14条）があるのみで、株主に対する融資は、とくに規制対象とはしていない。株主に対する融資が問題となるのは、とくに大口株主に対する融資である。株主に対する融資規制のない現状からは、次のような疑問が生じる。

第一の疑問は、銀行経営に影響力を持つ株主に対する融資が、通常の融資と同様の条件で行われるのかという点である。当該株主に対する融資が、通常の条件に比して銀行に不利益を与えるものとなる可能性が否定できない。金利を低く設定する、担保や保証人に関

する条件を株主でない他の融資先に比して緩く設定する、といったことが考えられる。さらに、そもそも株主でなかったならば救済融資に応じないはずであるにもかかわらず、救済先が株主であることを一つの根拠として、銀行が救済を決断するような場合にも問題となろう。さらには、このような取引条件の緩和は、多くの場合は銀行の経営判断に属する事項であるため、融資するという銀行の決定そのものや、取引条件の妥当性について、外部的に検証することは不可能である点にも注意が必要である。銀行経営の健全性を確保するには、融資条件の公正性を確保する必要があることからも、この問題は重要である。

第二の疑問は、株主に対する融資が、出資の払戻になるのではないかという点である。この点に関しては、ドイツにおいても同様の議論がある[34]。ドイツでは，株式会社組織の金融機関または公法上の金融機関の場合には、充分な担保もなく、かつ、市場金利を下回る社員宛信用は、当該社員が直接的であれ間接的であれ、資本持分の過半数を所有し、当該金融機関がその社員の支配下に置かれている場合に限り、保証自己資本(haftendes Eigenkapital)[35]から控除する、との改革案が提示されている[36]。このように、株主に対する融資規制を行わないことは、会社法上の大原則である資本充実・維持の原則に反することになるのではないだろうか[37]。

第三の疑問は、銀行株主に対して何らかの規制をしなければ、取引先に対する銀行株式の保有が、銀行によって実質的に強制されることに対する懸念である。ここで想起されるべきは、わが国金融機関が長い間「歩積両建預金」という慣行を融資先に実質的に強制してきた点である[38]。銀行の融資先による銀行株式の保有が、融資を受けるための実質的な条件とされることに対する疑問がもたれる。従来の大企業と銀行を中心とする株式の持合い構造は、崩れつつある[39]。大企業との間で進む株式持ち合い解消の結果、市場に放出される株式について、銀行には新たに安定株主対策を進めなければならないという経営課題が浮上する。その際の株式のはめ込み先としては、中小企業や個人取引先が中心となる以外にない。これらの取引先にあっては、銀行との取引上の立場は、大企業に比して明らかに弱い。大企業との持ち合い解消が進めば進むほど、銀行からの強制が働かないまでも、中小の取引先の側で、銀行の意向を受けて銀行の株式を購入するという動きが今後強まるとも予想される。

以上のような問題意識を踏まえて、アメリカにおける規制の現状をみておく。

アメリカでは、大口融資規制（12 U.S.C.§84）、銀行の系列会社に対する融資規制(12U.S.C.§371c)と並んで内部者融資(insider lending) を融資規制の対象としている。

内部者融資については、12 U.S.C §375aと§375bに加えて、連邦規制の12 C.F.R. § 215が規制している。内部者融資規制が対象とする内部者には、社長・副社長といった経営責任者（executive officer)、取締役(director)、議決権ある株式の10%超を保有する主要株主およびそれらの利害関係人が含まれ、これら内部者に対する融資は、外部者に対する融資と実質的に同等な条件である場合を除いて行ってはならないとされている。つまり、わが国の取締役に対する融資規制と同じ局面で、株主に対する融資規制を捉えている点に特徴がある。内部者に対する融資取引は、不当経営の結果としてよくみられる取引であり、しばしば銀行破綻の原因となることが指摘されている[40] ほか、自己取引に該当する内部者融資が権限濫用の危険性を有することも明らかであるとの指摘[41] や、銀行の関係人や関係団体（related individuals or entitles)に対する融資の集中と問題銀行との間の関連についての指摘[42] も見られる。

わが国において株主に対する融資規制に関する議論がみられないのは、行政当局による金融機関に対する強力な監督によって、銀行経営の健全性が確保されているという考えによるものと思われる。しかし、そもそも銀行経営の健全性の維持を、行政当局による監督に大きく依存していてよいのかについての議論が必要なことは、金融機関のコーポレート・ガバナンスがどうあるべきかという議論が必要なことと同様である[43] 。わが国においても、株主に対する融資について何らかの規制が必要であろう。

第四節　権限委譲に伴う問題－救済融資と内規との関係

金融機関では、全ての融資案件の決裁を代表取締役が行うことはなく、申込金額や担保、保証人といった保全面、さらには融資残高に応じて、決裁権限が取締役や使用人である部長、支店長に委譲されているのが一般的である。金融機関の規模が大きくなればなるほど、権限を委譲すること自体は、組織的に業務を遂行する上で必要不可欠なことであると言える[44] 。そこで問題となるのが、救済融資と権限委譲の妥当性に関する点である。救済融資は、融資先の倒産の危険性がとくに高い融資であるため、金融機関に損失が発生した場合に、このような融資に関する決裁権限を他の取締役や使用人に委譲しているからといって、果たして代表取締役が免責されるのかということが問題となるからである。

第一款　権限を委譲する側の問題

１．委譲に際しての全般的問題

金融機関経営の健全性を確保することを目的として、平成10年４月から早期是正措置が新たに導入され、この導入に伴い、金融機関自身が資産の健全性を査定する自己査定制度が開始されたことについては、第一部第五章第二節で述べた。

そこで検討したように、金融機関では、資産を回収の危険性または価値の毀損の危険性の度合に従ってⅠ分類からⅣ分類まで、４つに分類する必要がある[45]。貸付債権の貸倒の危険性は、融資先の経営状況に応じて一律ではないため、金融機関の取締役が貸付債権に対して用いるべき注意義務の具体的な内容も一律ではないと考えられる。通常は、Ⅰ分類からⅣ分類に至るに従って貸倒れの危険性が高くなるので、用いるべき注意義務の内容はそれに応じて異なると言えよう。このように考えれば、代表取締役が融資先の状況を勘案することなく、金額や保全面の条件によって画一的に権限委譲をしたのでは、注意義務を尽くしたとは言えない。

まず、融資先の経営状況に応じて個別の貸付金債権がⅠ分類からⅣ分類のいずれに属するのかを正しく判断する必要がある[46]。赤字の発生している企業は、倒産の危険性が高くなる。Ⅱ分類に属する債権は、赤字先に対する債権が含まれるので、赤字先に対する債権をⅠ分類に属すると判断する場合には、それに見合う根拠が必要であり、そうでない限り注意義務を尽くしたとは言えまい。この判断作業の後、予め取締役会で定められた権限委譲規定に従って、融資先ごと、あるいは個別案件ごとに決裁権限をもった管理責任者を決定することとなる。ただし、その際、Ⅱ分類からⅣ分類に属する分類資産については、代表取締役自らが直接管理に当たったり、一部を権限委譲するにしても、使用人ではなく取締役に委譲するといった体制をとり、債権管理に万全を期す必要がある。このような体制がとられていない限り、代表取締役が注意義務を尽くしたとは言えまい。債権管理に万全を期すことが、銀行取締役の基本的な義務だからである[47]。

また、権限を委譲した後も、管理状況全般について定期的に報告を求めたり、あるいは、融資先の経営状態の急速な悪化といった重要な問題については、個別に状況を報告させた上で、場合によっては管理責任者を変更するといった手段を講じ、管理に遺漏なきを期す必要がある。委譲した権限自体について、場合によっては見直すことも必要である。さらには、ある程度の時間が経過した段階で、担当者を交代させ、権限の行使に問題がなかったかを、人を代えてチェックさせるといった特別の配慮が求められよう。内部管理体

制を確立し、それを厳正に運用するとともに、相互牽制をはたらかせることが、銀行取締役の注意義務の内容をなすと言えるからである。

資産分類と救済融資との関係についてはどう考えるべきか。Ⅳ分類は破綻先債権であるから、Ⅳ分類に分類される債権のある先に対して救済融資を実行するということはありえない。破綻の確定した先に救済を実施することが、ありえないことは明らかであろう。また、Ⅰ分類に分類された債権しかない先に対して、救済融資を実行するということは、分類実施後、経営危機に陥ったのでない限りありえない。Ⅱ分類に分類される債権のある先に対しては、救済融資を実行できると考えるべきである。Ⅱ分類に分類されるような状態にある先に対して救済策を講じることの一つが救済融資であるからである。

最も問題となるのは、Ⅲ分類に分類される債権のある先に対してである。Ⅲ分類に分類される債権のある先は、メンバンク関係にある先に対してメインバンクとしての融資義務・救済義務の履行として救済融資を実行する場合を除いて、新規融資を行うことは取締役の義務に違反するといえる。銀行経営の健全性を維持する上で、このような先に対して新規融資を行うことは、基本的に相容れない行為であることは明らかであろう。メインバンク関係にない先でⅢ分類に分類される債権のある先に対して新規融資を実行することは、基本的には銀行取締役の注意義務違反を構成すると考えるべきである。メインバンク関係にない場合には、仮にメインバンクの支援要請に応じる形で再建を支援する場合であっても、融資残高を維持する方法や、金利の減免割合を高くするといった、新たに銀行の資産が危険にさらされる程度の低い手段によるべきである。なお、この場合には、融資先の経営危機の程度は相当深刻であると言えるが、この場合も、当該企業が中長期的にみた収益力を喪失していないかどうか、つまり経営基盤を喪失しているか否かを基準に判断を下すべきである。経営基盤を喪失していると判断される場合には、メインバンク関係にある先であっても、救済策の実施以外の手段によってメインバンクとしての企業再組織化のイニシアティブを果たすべきである。

２．商法260条との関係

次に、商法260条第２項が規定する取締役会の権限と権限委譲との関係が問題となる。２項柱書によれば、２項各号が規定する事項は、取締役会で決することを要し、取締役に決せしめることができない旨を規定している。各号について検討すると、まず、１号が重要な財産の処分を規定している。重要な財産の処分には、財産の出資、担保の提供、債務の免除も含まれるとされる[48]ので、救済の過程で債務免除を行う場合には取締役会の決議を

要することとなる。ただし、何が重要な業務執行であるかは、会社の規模や業種によっても異なるため、一律に基準を確立することは困難である[49]。次に３号では、支配人その他の重要な使用人の選任・解任に取締役会の決議が必要となる。Ⅲ分類やⅣ分類、場合によってはⅡ分類に属する債権の管理を専門に担当する部門を設けている銀行にとって、その部門の管理に当たる支配人や使用人が、重要な支配人や使用人であることは当然であろう。この規定との関係で、代表取締役でない役付取締役の選任・解任について取締役会決議が必要となるのは当然とされる[50]。４号では、支店その他の重要なる組織の設置、変更、廃止に取締役会決議が必要となる。Ⅲ分類やⅣ分類、場合によってはⅡ分類に属する債権の管理を専門に担当する部門を新設したり、変更、廃止する場合にはこの規定が妥当し、取締役会の決議を要するものと考えられる。

さらに、２項柱書の規定により、その他の重要な業務執行についても取締役会で決する必要がある。取締役会は、例えば取締役会規則をもって、あらかじめ業務の種別・金額等により一般的に重要な業務執行と認める事項を定めておくことができるとされており、重要な業務執行であるかどうかは、究極的には取締役会自らが判断すべき事項であるが、代表取締役がその忠実義務に基づいて重要な業務執行であると認めるときは、すすんで取締役会の決議を求めなければならない[51]。

第二款　他の取締役の問題―　とくに監視義務との関係

権限の委譲を受けていない取締役については、監視義務が問題となる。

商法260条第１項は、取締役会が会社の職務の執行を監督すべきことを規定している。そこで、取締役は善良なる管理者の注意をもって、他の取締役の職務執行が適正に行われているかについて、監視する義務を有することとなる[52]。なお、判例によれば、監視義務の対象となる取締役の職務執行は、取締役会に上程された事項に限定されるものではなく、代表取締役の業務執行一般に及ぶとされている[53]。

組織的な会社運営のためには、取締役会の決議で取締役会において決すべき事項を予め定めておいたり、権限委譲に関する規定を定めておくことをはじめとして、「内規」が必要となろう。そして、業務執行は、この内規に則って行うこととなる。組織が大きくなれば、取締役は、自分の担当領域以外の業務が内規に従って適正に運営されているであろうことを信頼せざるをえないという側面を否定できない。しかし、このような信頼が、取締役の過失認定にあたっての取締役に有利な一つのファクターとなるにすぎないという見解

[54]、さらに、取締役の監視義務は、その性格から、画一的な基準を設けたり、手続的な要件をみたすことで義務を履行したと解することはできないという見解もある[55]。

取締役に期待されているのは、「適正な会社の運営」である。内規に従ったからといって、明らかに存在する他の取締役の不適正な行為を見過ごした場合に責任がないことにはなるまい。監視義務についても、「適正な会社運営」の観点から解釈すべきであり、取締役が日夜他の取締役の監視に明け暮れる結果になるようでは、会社運営に支障を来すし、逆に一律に内規に従ったからといって取締役の免責を認めてしまったのでは、適正な会社運営を期しがたい。取締役が監視義務を尽くしたか否かは、事例に則して判断すべきものと考えられる[56]。

第五節　救済融資に際して必要な内部手続

ここでは、救済融資に際して必要となる内部手続について検討する。どのような点に留意して検討を加え、どのような手続をとれば、取締役が注意義務を尽くしたと言えるのかについて、具体的に検討を加える。

第一款　検討を加えるべき点

救済融資に際して検討すべき具体的な内容については、すでに本章第一節第三款で検討した。再度要点を述べれば、救済融資を実行しないことによって発生する損失、ならびに実行することによって生じるメリットとデメリットを詳細に検討すべきことにある[57]。そして、救済融資の実行が正当化されるのは、メリットがデメリット以上に大きいこと、つまり、中長期的利益で犠牲となる短期的利益の回復が可能と判断できる場合である。

ただし、中長期的利益が数値化して捉えにくい点には注意が必要である。経営危機企業に対する救済の奏功によって金融機関の名声が高まるとしても、これによってもたらされる利益を正確に見積もることは非常に困難である。例えば、経営危機企業を救済したことによって経営危機企業の救済に熱心な銀行であるとの評価が高まって新規顧客が増加すると予想されるとしても、どれだけの顧客が増加するか、そして、その顧客から得られるであろう利益がどれくらいになるかについて、救済の実施前に見積もることはほとんど不可能に近い。そのため、メリットの数値化はあくまでも見込みに過ぎない。確実な数値を計

上するとなると、メリットは過少に評価されやすいこととなる。

一方、デメリットは、当該融資先に対する債権の償却や、金利の減免による利息収入の減少といった形で、容易に、かつ正確に数値化して捉えることができる。デメリットはメリットに比して拡大して捉えられやすいのである。救済することによるメリットとデメリットを数値化して両者を比較すると、デメリットの方が大きいという結果に傾きやすいこととなる[58]。

そこで、救済するかしないかの判断に際しては、企業の経営危機が一時的なものであって、長期的にみた収益能力が失われていないかどうかを重要な判断の拠り所とすべきであろう。長期的にみた収益能力が失われていない限り、金融機関が支援措置を講ずれば経営再建は可能な場合が多いと考えられる。また、経営危機が一時的なものであると銀行以外の者が判断しているにもかかわらず救済しないことが、顧客の離反や金融機関の社会的な評価の低下につながると考えられる。

第二款　稟議手続

金融機関の実務では、融資業務に稟議制度が採用されている[59]。救済融資の実行についても、この稟議制度によって意思決定がなされる。

経営危機に陥った企業との取引窓口にあたる銀行の営業店[60]は、融資先の経営状態、資金需要の要因や申込み金額の妥当性、適用金利、返済期間、返済条件や保全面の条件、返済の可能性、さらには、なぜ当該の案件を採択するのかといった点についての意見を記載した「稟議書」を作成し、各種の説明資料を添付した上で、審査部門に提出する[61]。審査部門では、稟議書に基づいて案件の審査をし、案件採択の可否とその理由を明確に稟議書に記載した上で、決裁権限を有する者が最終的な決裁を下す。内規の定めによっては、常務会や専務会と呼ばれる取締役で構成された組織、さらには取締役会で決裁される場合もある。審査の過程で、金額や返済期間、適用金利、」さらには保全面の条件が変更される場合もある。なお、営業店と本部では、当該融資先に対する情報をそれぞれに、あるいは共有して蓄積しており、当該融資先の事業内容やこれまでの取引経緯、既存与信１件ごとの使途や採択の経緯といった情報の全てを基礎に新規案件を採択すべきか否かを判断する[62]。

このように一見面倒に見える稟議制度は、恣意的な組織運営と融資判断を排除するとともに、審査の過程を明確かつ透明にした上で、当該案件に対する属人的でない組織としての判断を下すことと融資判断を慎重に行うことを確保することにより、貸出資産の健全性

を維持するという機能を果たしている。

したがって、稟議制度に則って救済融資が実行されている限り、取締役の独断専行は排除され、組織的な判断が行われたものと考えることが可能である。経営判断の原則の適用に際して、経営判断のプロセスを重視する見解に従っても、稟議制度が厳格に運用されていれば、十分な検討を加えたことの証明となろう。取締役の背任が介在するのは例外的なケースである[63]。しかし、制度がどの程度厳格に運用されているかによって、制度本来の効果の現れ方は大きく異なる。例えば、本部側に決裁権限がある案件について、本部の審査部門やさらに上位の決裁機関が、営業店の起案した稟議を漫然と形式的に決裁しているにすぎない場合が形式的な稟議制度の典型である。したがって、金融機関の取締役は、相互牽制という稟議制度の趣旨に則って、厳格に制度を運用する義務を負っているというべきである。

決裁権限を有する者は、最終的な判断を下す。長い業務経験と高い判断能力を有することを裏付けとして決裁権限を有する以上、判断の独自性が尊重されるべきことは、決裁権限をもつことの当然の結果だが、自らの判断で、それまでに積み重ねてきた議論の流れとは逆の結論を下す場合には、とくに判断の根拠について明確に記録を残しておかない限り、取締役としての責任を逃れられるものではない。

なお、判断の形成過程で、外部の専門家の意見を参考にすべきか否かが問題とされている[64]。この点については、救済融資においては、金融機関の判断そのものが、金融のプロフェッションとしての判断にあたるため、内部で慎重に検討を加える必要はあるものの、外部の専門家の意見を聴取することは、原則として必要はない。専門家として、自らが自らの責任で下すべき判断を、他者に委ねる結果となるからである。例えば、経営危機に陥った融資先について、経営再建の見込みがあるかないか、救済する場合としない場合についてどのようなメリットとデメリットがあるかといった点については、専ら銀行内部で判断すべき問題である。外部の専門家に意見を求める必要があるのは、救済策の実行を決断する際に、税務上や法律上の問題について明らかにする必要がある場合である。従って、救済融資の実行を決定した銀行取締役の決定は、取締役自身の意思判断の結果なのであるから、外部の専門家に意見を求めたことが、銀行取締役にとっての責任の軽減事由とはなりえても、絶対的な免責事由となるものでないことはもちろんである。銀行取締役は、自らの責任において、救済融資の実行を決定するのである。

また、当初の見通しに反して、救済融資を実行した融資先が倒産して、金融機関に損害

が発生した場合についてはどうか。倒産に至るまでには救済融資の実行や金利の減免といった経過を経る場合が多い[65]。取締役が免責されるには、提出される稟議を漫然と決裁したのではなく、当初の計画と相違した原因や金融機関としての新たな対応、投下すべき資金量や犠牲となる銀行の利益といった点について、その都度明らかにしておく必要があろう。また、状況の如何によっては、決済権限のいかんにかかわらず、取締役には、取締役会に案件を上程するといった態度が必要である。

第六節　救済の目的と根拠

救済融資の目的は、経営危機に瀕した企業を救済することにある。そして、それは究極的には銀行の利益のために行われる。しかし、融資先の利益のために行われるケースがないわけではない。そこで、本節では、救済融資の目的や救済の根拠について、問題となる３つのケースを抽出して検討を加えることとする。

第一款　不良貸出資産の顕在化を防ぐために行う融資

経営危機に瀕した企業に対する金融機関の貸付金が、融資先の倒産に伴って不良化するのを防ぐために融資を行なえるかという問題である。金利が支払えない状態の企業に対して、金利を含めて新たに融資する「追い貸し」と呼ばれる融資が典型例である。企業は資金が調達できる限り倒産しない。つまり、銀行が経営危機に陥った企業に資金を提供し続ける限り、当該の企業は倒産しない。このような融資は、問題を先送りするだけで、融資先が最終的に倒産した場合には、新たに貸し付けた資金を含めた貸付金の全額が不良化するという問題がある[66]。

このような融資が、取締役の注意義務に反する融資であることは明らかであろう。なぜなら、その多くが預金者の預金から構成される貸出資産の健全化に努めることが、銀行取締役の最も基本的、かつ最も重要な義務だからである。追い貸しの実行は、資産が不良化しているのを隠す行為であり、貸出資産の健全化の要請に反するばかりか、それを隠蔽する行為であるため、二重の意味で取締役の注意義務違反を構成する[67]。本来であれば、利益に計上できない金利収入を利益に計上するという意味で、架空利益を計上する行為であると考えることもできる。融資先の救済と不良資産表面化の回避という二つの目的が併存して認められる場合には、目的の主従によって取締役の義務違反の有無を決すべきことと

なる。

なお、融資先の救済という目的を検証する際に、融資先の経営再建の可能性に関する判断の妥当性が重要であることは、すでに繰り返し述べたとおりである。

第二款　社会的責任に基づく救済融資

金融機関の社会的責任を根拠として、救済融資を実行できるかという問題である。

金融機関の経営は、公共性を有する。そして、金融機関も社会の構成員として、個人と同様に社会に対する責任を有する[68]。このように解すれば、金融機関も社会的責任を果たす必要がある。従って、株主の利益との調整を図った上で、社会的責任を根拠として営業活動の一つである救済融資を実行できるという結論になるとも言える。ところが、社会的責任とは何かという問題は、個人の場合と同様に非常に難しい問題である。内容が捉えづらく、明確な定義を確立することが非常に難しいという問題があるからである[69]。

ここに一つの事例がある。水俣病の原因企業であるチッソに対する金融支援問題である。チッソが水俣病患者に対する賠償金支払いにより、実質的に倒産状態にあることは周知の事実である[70]。チッソに対しては熊本県が県債を発行し、国などが引き受け、調達した資金を熊本県がチッソに貸し付けるという方法で倒産を回避するとともに、水俣病患者への賠償金支払いが継続されている[71]。公害訴訟でのチッソの敗訴判決を受けて、メインバンクである日本興業銀行は、莫大な賠償金支払を要するチッソに対して支援継続を表明したとされる[72]。このような企業に対する融資を継続することを自ら進んで望む銀行はないであろうから、日本興業銀行のこのような決断が、社会的責任を一つの根拠として行われたことは明らかである。このような事例において回収を決断し、それを実行した金融機関があったとしても、このような行動が自らの利益確保に奔走する行為として、大きな社会的批判を浴び、ひいては顧客の離反や信用の失墜といった形で、株主の利益に取返しのつかないマイナスの影響を及ぼすことは想像に難くない。この事例においては、社会的責任を根拠としつつも、それが、結局は会社の利益、ひいては株主の利益につながったと考えられる点に注意が必要である[73]。

ただし、社会的責任に基づく経営判断が許されるとしても、社会的責任概念があいまいであるだけに、社会的責任を根拠とする判断には慎重であるべきである[74]。社会的責任を理由に、どのような行為も行える結果となる懸念があるからである。限られた会社の資金を社会的責任の名のもとに、取締役が自己の考える形で自由に利用できるものではないと

する見解もある[75]。このような見解を踏まえれば、社会的責任を根拠とする経営判断も、当該の経営判断が株主の利益、とくに長期的利益の実現に役立つものであるとの条件が必要である[76]。

第三款　行政指導に基づく救済融資

行政指導を根拠とする救済融資が行なえるかという問題である。融資の形態はとられていないものの、東京共同銀行の設立にみる行政当局からの要請による金融機関の出資といった事例が想定される。この事例も、金融機関による他金融機関の救済が、出資という形で行われているからである。

行政指導には強制力はないし、行政指導に従ったからといって、原則として取締役の善管注意義務を免責するものではないとする見解がある[77]。しかし、この見解に対しては、行政当局が銀行に対して通達や行政指導として支援を要請している場合には、銀行としてもそれに従う必要があるし、従うことが最終的に銀行の利益に合致することが多く、行政指導に従った経営判断が善管注意義務違反となる場合は少ないのではないか、とする見解もある[78]。金融機関については、行政当局による監督を含めた強力な許認可行政が行われてきたことは第一部第五章第一節で検討したとおりである[79]。このような状況を勘案すれば、行政指導に全く従わないという金融機関の選択が現実的でないばかりか、このような選択がひいては株主の利益にもマイナスの影響を及ぼす可能性があろうことを理解することは容易である。

また、金融機関経営には、信用秩序維持の観点が不可欠であり、これは業界全体の問題でもある。東京共同銀行の設立経緯をみても、行政指導に応じる形で、全国の銀行が出資しているが、出資応諾が業界全体の利益、ひいては個々の金融機関の利益につながったと考えられる。唯唯諾諾と行政指導に応じて、注意義務違反とならないとするものでは決してない。行政指導に応じることによってどのような利益と不利益があり、応じないことによってどのような利益と不利益があるのかについて検討されている必要があろう。このような検討が行われていれば、取締役の善管注意義務違反を厳しく問うことはできまい[80]。

なお、今後の金融当局による金融規制は、市場規律型の金融規制に移行する。法律の根拠を欠く行政指導自体が今後は廃止される方向にあり、これまでの行政指導の持った金融機関に対する実質的強制力は、大きく変化することが確実である。現時点では、市場規律型の金融規制が実際上、どのような形で運営されるかについて、言及することはできない。

ただ一つだけ明らかに言えることは、行政指導に従う形での銀行の意思決定が、取締役の免責事由となりえる可能性は、格段に小さくなるということである。

第七節　救済過程における利益相反問題

銀行が経営危機に陥った企業を救済する過程では、関係当事者間に利害の対立する場面が数多く生じる[81]。まず、銀行が救済策を実行するに際して、関係当事者に負担を求めること自体に利害の対立がある。仕入・販売先にとっては、新たな負担を求められていない場合においても、取引を継続すること自体を負担であると感じるかもしれない。とくに、経営危機に陥った先と小口に取引をしているにすぎない先であれば、あえてリスクをおかして取引を継続するよりも、ほかの健全な取引先との取引を拡大した方が会社の利益になるとも判断できよう。企業がいったん経営危機に陥れば、経営危機企業を巡る各当事者の利益は、互いに激しく相反するといって過言ではない。

このような激しい利害の対立状況について銀行を中心に整理してみると、問題は、銀行と経営危機企業との利益相反、銀行と他の債権者との利益相反の二点に集約することができる。以下では、利益相反の問題状況を二つに分けて、考察を進めることとする。

第一款　銀行と経営危機企業との利益相反―　とくに人材派遣に伴う利益相反

１．人材派遣に伴う問題

まず、銀行から経営危機企業に派遣された人材、とくに経営危機企業の取締役に就任した者と経営危機企業との利益相反が問題となりうる[82]。

銀行取締役は、銀行法７条の規定により、銀行業務に専念する義務があるので、銀行取締役が経営危機企業に派遣される場合には、銀行取締役を辞任した上で経営危機企業の取締役に就任する場合が多いと考えられる。内閣総理大臣の認可を受ければ、銀行取締役のままで他の会社の常務に従事することも可能であるが、内閣総理大臣に対する認可手続が実質的に兼任への制約要因として機能すると考えられるからである。銀行取締役に関する兼業規制の目的が、情実融資の防止にあることは第一部第三章第三節で述べたとおりである。認可の基準は明らかではないが、認可手続を銀行法が求めるのは、金融当局が例外的に銀行取締役が他社の常務に従事する必要性のある場合をも認めつつ、当事者にそのこと

から生じる危険性に対して厳しく注意を促す意味合いがあるものと考えられるため、経営危機企業の取締役と銀行取締役を兼任する者には銀行と兼任先企業との間の利益相反に対する責任が特に重く課されるものと解釈される。

ところが、銀行取締役を辞任した上で経営危機企業に派遣された場合であっても、当該の人物には、経営危機企業の利益を犠牲にして銀行の利益のために行動するという誘因の働くことが懸念される。当初の派遣目的が経営再建にあっても、経営実態がかなり悪いことが判明した場合には、派遣の目的が途中から銀行の債権保全に変わるという可能性もありえよう。また、銀行から派遣された人物が、任務を遂行した後に銀行に円滑に復帰するには、銀行の利益を犠牲にする行動や銀行の意向に反する行動をとることを回避しようとする誘因が働くであろうし、さらに進んで、経営危機企業の利益よりも銀行の利益のために行動する必要があると感じる場合もあることが予想されるからである。

銀行取締役を辞任した上で経営危機企業の取締役に就任した人物は、経営危機企業の取締役として、もっぱら経営危機企業の利益のために意思決定を行い、かつ行動すべきことは当然である。仮に、当該の人物が経営危機企業の利益を犠牲にして、銀行や第三者の利益のために行動したなら、善管注意義務違反、忠実義務違反として経営危機企業に対して責任を負うこととなるほか、さらに進んで、商法486条が規定する特別背任罪が適用されることもありえよう。

銀行取締役を兼任する取締役については、商法265条の規定に従い、銀行と経営危機企業との取引には取締役会の承認手続が必要となる。つまり、①Ａが銀行と経営危機企業の代表取締役を兼ねているときには、両方の取締役会の承認が、②Ａが銀行の代表取締役で経営危機企業の平取締役を兼ねているときは、経営危機企業の取締役会の承認が、③Ａが銀行の平取締役で経営危機企業の代表取締役を兼任している場合は、銀行の取締役会の承認が、それぞれ必要となる[83]。理論的には以上のように言えるものの、銀行取締役が銀行業務に専念する義務を負っているという銀行法の趣旨と、銀行と経営危機企業との利益相反が極めて深刻であるという問題状況を勘案すれば、経営危機企業の取締役と銀行取締役とを兼任すること自体を禁止すべきものと考えられる。

銀行からの人材派遣は、経営危機企業の利益に対して銀行の利益を優先することを目的として行うことはできないという点に注意が必要である。

２．利益相反の回避

このような銀行からの人材派遣に伴う潜在的な利益相反問題を回避するためには、次の

ような方法が考えられる。

まず、銀行取締役を辞任した上で他企業の取締役に就任した銀行取締役について、立法論として、銀行取締役への復帰を全面的に禁止したり、あるいは一定期間制約するという方法である[84]。この方法は、現在の銀行による経営危機企業に対する救済の枠組みを残しつつ、利益相反問題を解消できるという利点がある。また、他の企業に派遣された経験のある銀行取締役について、取引先の利益を銀行の利益に優先させて融資を決裁するというような行為を防止しうる点で、銀行取締役に課された忠実義務を徹底する意味合いがある。

他の方法として、①銀行や大口債権者といった第三者の利益を優先する可能性の大きい者について、取締役の被選資格を剥奪する方法、②会社の利益を犠牲にして第三者の利益を図った経営者に損害賠償責任を負わせる事後的救済を充実させ、経営者に影響力を行使して自己に有利な取引をさせた第三者の損害賠償責任に関する規定を設ける方法、③銀行管理のような企業支配の必要性を認めつつ、管理の内容を企業間の契約に定めさせて法律関係を明確ならしめるとともに、支配関係の存在する場合につき従属報告書作成等の義務を課すとともに、支配力を行使する者が会社および利害関係人に対して負うべき責任の内容を法律に明記する方法の３点が指摘されている[85]。

それぞれについて私見を述べると次のようになる。

①については、被選資格剥奪の対象となる者の要件を明確に定めることに困難を伴うのではないかと思われることと、銀行が経営危機企業に役員を派遣する道を閉ざすこととなるため、現在のメインバンク・システムの下で、銀行からの人材派遣によるメインバンクの経営危機企業の救済に対する市場に向けたシグナル効果をも否定することとなる点が懸念される。結果的に、銀行による経営危機の救済がスムーズに行われにくくなる可能性がある。②については、このような行為類型についてのみ責任を加重する趣旨と考えられるが、現在の損害賠償法の体系のもとで、このような行為についてのみ特別に規定を設けることの意義について、どのように考えるべきかという問題がある。また、現在の損害賠償法の枠組みの下でも、損害の回復は可能なのであり、実際に現在の枠組みの下で損害賠償を求める者が現れるのを待てばよいのであって、特別な手当ては必要ないものと考えられる。③については、有益な指摘であるが、現在のメインバンク関係が黙示的契約関係であることに特徴がある点を踏まえれば、提案のような明示的契約関係に置き換えることは、制度自体の大幅な変更につながりかねない。銀行とすれば、そもそも経営危機企業に対して契約上の救済義務がない以上、契約関係の下で救済に当たることは、銀行による経営危

機企業の救済という枠組み自体の否定につながりかねない。

以上のように考えれば、銀行と経営危機企業との取締役の兼任を明確に禁止するとともに、経営危機企業の取締役に就任した銀行取締役について、銀行取締役への復帰を規制するという方法によって銀行と経営危機企業との利益相反問題を回避するという方法が、現行の枠組みを維持した中での方法としては最も妥当と考えられる。なお、兼任を禁止される経営危機企業は、銀行における自己査定において分類債権のある先、あるいは、不良債権としてディスクロージャーの対象となる債権のある先といった定義付けを行うことによって、要件を明確にすることが可能である。

第二款　銀行と他の債権者との利益相反

１．問題状況

次に、経営危機企業の再建過程において、救済に当たる銀行、とくにメインバンクと他の債権者との利益相反が問題となる。

経営再建の過程では、経営危機企業が保有する資産を売却して有利子負債を返済し、金利負担や返済負担を軽減することにより、キャッシュフローの改善を図るという手法が用いられる場合が多い。この場合に、最大の債権者であるメインバンクが、自らの債権回収を他の債権者に比して有利に進めてよいかどうかが他の債権者との関係で問題となりうる。

メインバンクは、委託された監視者として行動することを他の債権者から期待されている。メインバンクは他の債権者から契約によって経営危機企業の監視を委託されているわけではないが、メインバンクが債権者を代表して経営危機企業の再建過程を監視する前提として、他の債権者の側には、メインバンクが他の債権者の利益を犠牲にして自らの債権回収を有利に進めるというような行動をとらないであろうというメインバンクに対する信頼が存在する。メインバンクが、自らの債権回収を他の債権者に比して有利に進めることは、他の債権者からみれば、メインバンクによる信頼の裏切りと映ろう。

例えば、メインバンクが担保に徴求している不動産ばかりが売却され、メインバンクが設定された根抵当権の極度いっぱいに債権を回収した場合を考えてみよう。メインバンクに根抵当権の極度に見合う債権があるならば、売却代金で債権を弁済することを条件として根抵当権を解除するというメインバンクの債権回収行動自体は、何ら違法なものではない。しかし、それは、売却物件の選定が、純粋に経営危機企業の意思に基づいて行われた場合に限られる。メインバンクが経営危機企業に対する影響力を行使して自らの債権回収

を有利に進めるために当該の物件を選択させ、債権を回収した後で経営再建が奏効せずに倒産し、他の債権者が結果的に債権回収が不可能となった場合を想定してみれば他の債権者の不利益は明らかである。経営危機企業の主要な生産設備を売却し、メインバンクの借入を中心とする債務の返済に当てたが、生産能力の著しい減退を招いたことから、経営危機企業の存続そのものが脅かされて、ついには倒産したような場合を想定すれば、売却代金からの債権回収にあずかれなかった債権者は、再建のための支援に応じたことによる損害、あるいは、債権が回収できなかったことによる損害が生じたと言える場合もある[86]。

２．社債管理会社の責任との対比

この問題は、メインバンク自身の利益と総債権者の利益との間に相反関係があることに起因するものである。メインバンクが自らの利益追求と総債権者のための利益追求という二つの相反する利益を追求する立場に身を置いていることに原因がある。わが国では、この問題は、社債管理会社が社債発行会社に対して債権を有し、社債発行会社が経営危機に陥ったときに、社債管理会社が自らの債権回収を進めることの是非に関する議論と同根の問題である[87]。

江頭教授は、平成５年の社債法改正前の文献において、社債受託会社による発行会社に対する資金貸付について、社債権者の利益にとって諸刃の剣であることを指摘される[88]。利点は、発行会社のデフォルトの危険を早期に察知して社債権者の保護のために適切な措置を講じうるという点であり、欠点は、受託会社が貸付金を回収することが社債権者に対する義務違反にならないかという点である。

神作助教授は、社債管理会社と社債権者との利益相反の生じうる場面として、①社債管理会社が発行会社に対して債権を有する場合、なかんずく、社債管理会社が銀行取引約定書第４条に基づいて相殺権を行使する場合、②社債管理会社と発行会社との間に支配従属関係、あるいは株式保有、役員兼任等を含む広い意味での企業結合関係が存在する場合の２つを抽出される[89]。社債管理会社は、商法297条ノ３の規定によって誠実義務を負っているが、この誠実義務は社債権者の利益と社債管理会社または第三者の利益が対立する場合には、社債権者の利益のために行動すべき義務とされている[90]。神作助教授は、この誠実義務を理解するに際して、英米法における忠実義務を前提としつつも、「厳格な基準」に基づくものと「緩やかな基準」に基づくものとに区別して考え、社債管理会社に対しては「緩やかな基準」を適用すべきとされる[91]。社会の複雑化、巨大化、情報化の進展に伴って、利益相反状態が増加することと、「厳格な基準」を適用することによって活動の自由

が制約されることを根拠として挙げられる[92]。

私見は、そもそも発行会社に対して債権を有する銀行が社債管理会社となること自体に大きな疑問がある。つまり、神作助教授の指摘されるように、銀行取引約定書第４条が存在するかぎり、社債管理会社たる銀行は社債発行会社が同条所定の状態に陥った場合に、相殺権を躊躇なく行使するであろうからであり、そうであってみれば、社債権者の利益は、常に社債管理会社としての銀行の利益に劣後する結果となるからである。逆に、銀行が相殺権を行使しなかった場合には、預金者の利益が阻害されることとなる。預金者と社債権者のどちらの利益を優先すべきかという極めて難しい問題であり、私見は、どちらの利益も優劣をつけがたいと考える。その結果、発行会社に債権を有する銀行は、社債管理会社になることはできないとすることにより、問題解決を図るべきであると考える[93]。

メインバンクと他の債権者との利益相反については、このような形での問題解決を図ることはできない。このような相反する利益を調整することそのものが、メインバンクに期待された役割だからである。メインバンクとしては、経営再建計画を尊重するとともに、経営危機企業の支援の過程で結果的に債権回収を行うこととなった場合には、支援を応諾している当事者の了解を取り付けた上で回収する必要があろう。銀行が抜け駆け的行動をすることは、経営危機企業の救済に対する債権者全体の支援の枠組みそのものを崩壊させることになるからである。

しかし、銀行の抜け駆け的行動が全くないという保証もまた、どこにもない。銀行がそのように意識していなくとも、一部の債権者には銀行が抜け駆け的行動をとったと映る場合もある。この問題を突き詰めていけば、今後の銀行の行動如何にもよるものの、場合によってはアメリカにならってわが国においても衡平的劣後の考えを導入し、銀行の行為によって第三者が損害を被った場合には、銀行の債権を劣後的に処遇することによって問題を解決するという方法によらざるを得ない場合が生じるかもしれない[94]。

---

[1] 大阪谷公雄「取締役の責任」田中耕太郎編『株式会社法講座第三巻』（有斐閣、1956）1119頁、神崎克郎「取締役の注意義務」私法42号(1980)78頁参照。

[2] 上柳克郎・鴻常夫・竹内昭夫編集代表『新版注釈会社法(6)』（有斐閣、1987)276頁〔近藤光男〕。

[3] アメリカにおける経営判断の原則の状況を紹介した文献として、川浜昇「米国における経営判断原則の検討(1)(2)」法学論叢114巻２号(1983)79頁～ 101頁、114巻５号(1984)36頁～61頁参照。
[4] Melvin A. Eisenberg, *An Overview of the Principles of Corporate Governance*, 48 BUS.LAW 1271,1282.
[5] 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『株主代表訴訟体系』(弘文堂、1996) 55頁。
[6] アメリカでは、この原則は取締役の会社に対する責任に関する事例で問題となっているが、わが国では取締役の会社に対する責任が追求された事例は極めて少なく、この原則が適用されたとする事例の多くは、取締役の第三者に対する責任に関する事例である。このような、経営判断の原則をめぐるアメリカとわが国の環境の違いに言及した文献として、近藤光男「取締役の責任とその救済(4)」法学協会雑誌99巻12号(1982)30頁～33頁、同『会社経営者の過失』（1989、弘文堂）155頁～157頁参照。
[7] 近藤光男「わが国における経営判断の法則の適用」代行リポート（東洋信託銀行証券代行部)109号(1994)４頁。
[8] 河本一郎・河合伸一・森本滋・森田章・近藤光男・川浜昇・前田雅弘「（座談会）取締役の責任－わが国における経営判断原則の具体化」民商法雑誌109巻６号(1994)４頁〔川浜昇発言〕、同６頁〔前田雅弘発言〕参照。
[9] 川浜・前掲注３　114巻５号48頁～55頁参照。
[10] 経営判断の原則に関する最近の研究である吉原・前掲注５　69頁は、「取締役の注意義務は経営判断の過程および内容のいずれにも及び、裁判所の審査に服する。しかし、過酷な責任の脅威によって経営者の裁量の範囲を不当に狭めることのないよう、アメリカの経営判断原則の考え方を参考にしながら、取締役に注意義務違反があったかどうかを判断する際の基準をより明確化させていくべきである。」としている。
　なお、経営判断の原則に関するわが国の学説状況を体系的に整理した文献として、吉原・前掲注５　63頁～69頁参照
[11] 近藤・前掲注７　５頁参照。
[12] 場合によっては、同地域にある当該金融機関取引先の多くを疲弊させることとなる。
[13] 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1491号(1997)43頁は、「会社の資力・能力を超えた支援は、取締役の義務違反となる可能性が高い。」としている。
[14] 近藤・前掲注13　45頁は、経営危機に陥った企業を支援するという行為と経営判断の原則との関係について、一般企業による支援を前提として、他の企業を支援するということが、株主が取締役に判断を任せている経営事項といえるのか疑わしいとされた上で、取締役のある程度の裁量を認めつつも、「経営裁量というよりも、厳格な注意義務による審査が必要ではないかと考える。」とされる。
　銀行は融資を本業として行うので、メインバンク・システムの存在を前提とすれば、銀行の株主は取締役に対して経営危機に陥った企業を必要に応じて支援・救済することを含めて経営を委任していると考えることができなくもない。しかし、銀行にとっても、経営危機に陥った企業に対して救済融資を実行することは、通常の融資とは明確に区別して管理されるべき業務執行であり、これを区別しないで漫然と通常の融資と同様に管理している銀行取締役がいるならば、それだけで、銀行取締役としての注意義務違反を構成すると考えられる。
[15] 本判決の解説として、田村諄之輔「破綻に瀕した子会社に対する融資の継続と親会社取締役の注意義務」判タ472号(1982) 188頁、森田章「経営が破綻に瀕した子会社に対する融資の継続と親会社取締役の忠実義務」商事法務1007号(1984)77頁がある。
[16] 金融機関を含めて、企業が経営危機に陥った企業を支援・救済することの是非に関する

裁判例を整理し、その際に取締役が負う義務について検討した文献として、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1491号(1997)37頁～46頁がある。また、米国における経営判断の原則の適用状況と、わが国の裁判例における経営判断の原則の適用事例を検討した文献として、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1385号(1994)17頁～23頁がある。

[17] 海外の子会社の救済に関する最近の事例であるセメダイン・セメダイン通商株主代表訴訟事件（東京地判平成8.2.8資料版商事法務144号111頁）も、「進むか退くか、市場におけるこうした企業行動の決定は、流動的かつ不確実な市場の動向の予測、複雑な要素が絡む事業の将来性の判定の上に立って行われるものであるから、経営者の総合的・専門的な判断力が最大限に発揮されるべき場面であって、その広範な裁量を認めざるを得ない性質のものである。」と経営判断を尊重する必要性を述べた上で、セメダインの名を冠した海外の会社の株式の全面的な買い取りを決断した取締役の経営判断について、「そ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く、意思決定の過程・内容が企業経営者としてとくに不合理・不適切なものといえない限り、当該取締役の行為は、取締役としての善管注意義務ないしは忠実義務に違反するものではないと解するのが相当である。」として、詳細な事実認定を踏まえて取締役の善管注意義務違反、忠実義務違反はないとの判断を示した。

[18] 吉原和志「取締役の注意義務と経営判断原則」鴻常夫ほか編『別冊ジュリスト　会社判例百選』(有斐閣、第五版、1992)119頁参照。

[19] 近藤光男『経営判断と取締役の責任』(中央経済社、1994) 174頁参照。ただし、近藤教授は一般論としてこのように述べられるのであって、福岡県魚市場事件についても、取締役は親会社の利益のために判断したとして、判決を支持しておられる。

[20] 藤木英雄『刑法』（弘文堂、1971）　368頁～372頁、大塚仁『刑法概説（各論）』（有斐閣、増補二版、1980）252頁～259頁、上嶌一高「特別背任罪の類型」商事法務1265号(1991)22頁～24頁、西田典之編『金融業務と刑事法』（有斐閣、1997）129頁～134頁〔上嶌一高〕参照。

[21] 上柳克郎・鴻常夫・竹内昭夫編『新版注釈会社法(13)』（有斐閣、1992）　564頁〔芝原邦爾〕。小木曽国隆「不良債権発生と取締役等の刑事責任」債権管理76号（金融法務事情1454号)(1996)58頁～59頁は、救済融資についてこのことを指摘している。

[22] 『新版注釈会社法(13)』前掲注21 563頁、564頁〔芝原〕。

[23] 上嶌・前掲注20「特別背任罪の類型」　23頁。

[24] 『新版注釈会社法(13)』前掲注21　568頁〔芝原〕。裁判例として、東京地判昭和36年４月27日下刑３巻４号346頁、東京地判昭和40年４月10日判時411号35頁、後掲の大光相互銀行第一審判決が挙げられている。

[25] 債権回収を容易に進めることを目的に、一時的に経営危機企業に対して融資を積み増すという融資もある。このような融資は、本論文で定義する救済融資ではない。このような融資を行う場合には、金融機関の利益を図ることを主たる目的として行われたかどうかについて判断すべきこととなる。

[26] 西田編・前掲注20　138頁〔上嶌〕。

[27] 株式持ち合いに関する文献は数多い。ここでは、伊藤邦雄「株式持ち合い　その螺旋型ロジック・シフト」伊丹敬之ほか編『日本の企業システム　第一巻企業とは何か』 151頁～189頁、池尾和人「財務面からみた日本の企業」貝塚啓明・植田和男編『変革期の金融システム』（東京大学出版会、1994）95頁～118頁（とくに104頁～108頁）を挙げておく。また、1997年の日本私法学会商法部会シンポジウム「株主構成の変化と会社法制のあり方」において、吉原和志助教授からメインバンク・システムをも視野に入れつつ株式持合いについて報告が行われた。吉原和志「株式の持合い」商事法務1466号(1997)14頁～23頁参照。

[28] 1995年６月６日付の日本経済新聞によれば、多額の借入金を抱えて経営不振に陥った大

手百貨店そごうが、主力銀行である日本興業銀行の主導で再建される旨の報道がある。両社の株式持合い状況は、そごうの1995年２月期有価証券報告書によれば、日本興業銀行はそごうの発行済株式の4.99％に当たる7,483千株を保有するそごう第二位の株主であり、一方、そごうは日本興業銀行の株式を129,132株保有している。

[29] 上柳克郎・鴻常夫・竹内昭夫編『新版注釈会社法(9)』（有斐閣、1988）　244頁〔関俊彦〕。関教授の本条に関する論文に、「利益供与の禁止－問題提起とその解明(上)(中)(下)」商事法務952号２頁～10頁、 953号55頁～61頁、 954号17頁～25頁（各号1982） がある。

[30] 『新版注釈会社法(9)』・前掲注29　239頁〔関〕。

[31] 『新版注釈会社法(9)』・前掲注29 238頁〔関〕、稲葉威雄「商法二九四条ノ二・四九七条に当たる場合」北沢正啓、浜田道代編『商法の争点Ⅰ』（有斐閣、1993）　190頁。また、神崎克郎「利益供与の禁止」民商法雑誌85巻３号（1981）　22頁では、本条の立法趣旨として、総会屋の排除の他に、会社の支配株主との不当な取引の抑制が挙げられている。

[32] 森本滋「違法な利益供与の範囲」月刊監査役167号(1982)７頁～８頁参照。

[33] 実際上は、経営危機に陥った取引先企業は、手元流動性の確保を目的として換金性の高い資産を処分しようとするため、銀行が救済融資を実行する時点では、保有している銀行株も売却される場合が多いと思われる。

[34] 1979年にまとめられた「金融経済の基本的問題に関する調査委員会報告」（ゲスラー報告）にもみられる。日本証券経済研究所『西ドイツの金融・証券制度「銀行構造委員会報告」を中心に』 206頁～ 207頁（日本証券経済研究所、1984）参照。

銀行構造委員会は、1974年のヘルシュタット銀行の倒産を契機として設けられた委員会で、銀行への権力集中問題が検討された。ほかに、ゲスラー報告の概要については、森本滋「いわゆる銀行構造委員会報告書の概要」証券研究（日本証券経済研究所）65巻(1982) 133頁～ 149頁参照。

[35] ドイツ銀行法10条の規定による。資本金や出資金から、金融機関の形態に応じて、自己株式や社員に対する信用を控除した金額である。

[36] 日本証券経済研究所・前掲注34　308頁。

[37] ドイツ株式法上の出資の払戻禁止規定をもとに、この規定に含まれる「隠れた利益配当(verdeckte Gewinnausschuttung 」について検討した大和正史「会社・株主間の取引の規制―　隠れた利益配当を手掛かりにして」六甲台論集26巻４号(1980)24頁～36頁は、この問題について、非常に有益な示唆を含む。

[38] 歩積両建預金の概要とその問題点について、吉田暁「歩積み・両建て預金を考える」日本経済新聞社編『「論集」現代の金融問題４金融システム』（日本経済新聞社、1980） 123頁～141頁参照。

[39] 吉原・前掲注27　14頁～15頁は、1990年代に入って、事業法人および金融機関によって保有される株式の比率は低下する傾向にあると指摘した上で、株式持ち合いの今後の動向について、長期的には衰微するという見方と、バブル期に膨らんだ部分が解消されるにとどまり中核部分は維持されるとの二つの見方のあることを指摘している。

[40] WILLIAM A. LOVETT, BANKING AND FINANCIAL INSTITUTIONS LAW IN A NUTSHELL 161 (4th ed. 1996).

[41] JONATHAN R. MACEY & GEOFFREY P. MILLER, BANKING LAW AND REGULATION 179 (2nd ed. 1997).

[42] EDWARD L. SYMONS, JR. & JAMES J. WHITE, BANKING LAW 199 (2nd ed. 1984).

[43] 堀内昭義「日本におけるコーポレート・ガバナンスーそのメカニズムと有効性」金融研究13巻３号(1994) 126頁によれば、「企業経営に規律を与えるべき立場にある銀行に対して規律を与えるメカニズムがうまく機能するかどうかは決して解決済の問題ではない。」と指摘する。

[44] 通説は、定款の規定をもって、代表取締役以外の取締役に業務執行の権限を認めて、対外関係を伴わない内部的な業務執行を担当せしめることは妨げないと解している。この場合、代表取締役以外の業務執行を担当する取締役を業務担当取締役といい、その権限の範囲は、通常は取締役会の決議により、またはその決議をもって定めた業務規則によって一般的・包括的に定められるとされている。大隅健一郎・今井宏『会社法論中巻』219頁（有斐閣、第三版、1992）。

[45] 大蔵省が平成６年２月に発表した「金融機関の不良資産問題についての行政上の指針」によれば、大蔵省は金融機関の貸付債権を、①通常の債権、②融資先の業績低下等により、通常に比べて留意を要する債権、③経営上の困難に直面した融資先に対して、金利減免等により支援を行っている債権、④融資先が破綻しているか、または延滞している債権、の４つに分けて認識した上で、それぞれの性格に応じた対応が求められるとしている（銀行局金融年報編集委員会編『銀行局金融年報　平成６年版』（金融財政事情研究会、1994）19頁。）。この指針では、金融機関の不良債権を②から④の３つに分けて認識している。これに通常の債権を加えて、貸付債権の４種類への分類が可能となる。この指針における金融機関の資産を４つに分類する考えは、基本的に自己査定における査定の基準に踏襲されている。

[46] 実質的には、Ⅳ分類は経営の破綻している先に対する資産を分類の対象とするので、分類に際して主観の入り込む余地は小さい。Ⅳ分類の対象となる資産を除いて、Ⅰ分類からⅢ分類のどれに分類するかが分類に際しての問題となる。

[47] 金融制度調査会金融機関のディスクロージャーに関する作業部会中間報告「金融機関の資産の健全性に関する情報開示について」によれば、「金融機関は、安全確実なリスクのない商品（預金）を提供することを業務としている。従って、金融機関は預金という負債に対する資産の運用については適正なリスク管理を行う責務を負って（いる。）」とする。報告について、商事法務1307号(1992)28頁～33頁〔31～32頁〕参照。

[48] 大隅＝今井・前掲注44　185頁。

[49] 鈴木竹雄＝竹内昭夫『会社法』（有斐閣、第三版、1994）　275頁によれば、「重要」または「多額」であるかは、会社の規模・状況等とその金額、企業組織上の地位、従来の扱いを勘案して判断する外なく、すべての会社を通じる画一的基準を定めることができないのはもちろん、同一の会社でも会社の状況や取引の性質等により扱いを異にすべき場合もありうる、とされる。また、最一小判平6.1.20民集48巻１号１頁は、「商法260条２項１号にいう重要な財産の処分に該当するかどうかは、当該財産の価額、その会社の総資産に占める割合、当該財産の保有目的、処分行為の態様及び会社における従来の取扱い等の事情を総合的に考慮して判断すべきものと解するのが相当である。」と判決しており、上述の見解は判例の上でも認められている。

[50] 上柳克郎・鴻常夫・竹内昭夫編『新版注釈会社法(6)』（有斐閣、1987）105頁〔堀口亘〕。

[51] 大隅＝今井・前掲注44　187頁。

[52] 鈴木＝竹内・前掲注49 308頁、大隅＝今井・前掲注44 252頁参照。

[53] 最判昭和48年５月22日民集27巻５号655頁〔656頁〕。

[54] 『新版注釈会社法(6)』・前掲注50 283頁〔近藤光男〕。

[55] 『新版注釈会社法(6)』・前掲注50 282頁〔近藤光男〕。

[56] 神崎克郎『取締役制度論　義務と責任の法的研究』（中央経済社、1981）121頁～122頁は、「会社の営業および財産の状況の監督についての会社の内部統制が信頼しうる組織のもとにあり、変動する会社の業務執行の状況を各取締役が適切に把握するのに必要な頻度で取締役会での報告を通じまたはその他の方法で、そのような内部統制のための組織を通じて作成された会社の営業および財産の状況についての情報が取締役に提供されるときは、そのような内部組織が適切に機能していないと疑うような特段の事業がない限り、会社の業務執行の状況を正確に把握するための取締役の義務は尽くされているものと解され

る。けだし、合理的に信頼しうる内部統制の組織が確立されている場合には、取締役は、それが適正に機能していないことを疑うべき特段の事情がない限り、それに依拠することができるものとするのがますます複雑化する現在の会社機構のもとでは妥当だからである。」とする。

[57] 志谷匡史「親子会社と取締役の責任」小林秀之・近藤光男編『株主代表訴訟体系』（弘文堂、1996）104頁は、救済によって得られるメリットが具体的でなければならないと指摘する。

[58] 近藤光男「グループ企業救済融資と取締役の責任」代行リポート（東洋信託銀行証券代行部）117号(1997)３頁～４頁は、「長期的にみて、具体的にどのような利益がどのような形で会社に生じるのか立証できない限り、取締役は忠実義務違反であると認定されるのであれば、他の会社に対する救済融資に関しては、多くの場合に取締役の責任が認められることになろう。しかし、そのような結果は、企業の経営行動を萎縮させることから、適切でないことは明らかである。」とした上で、「当該救済融資は、会社の経営政策上適切なものかどうか、会社の利益に適うものであるかどうかという角度からその責任を検討すべきであろう。」と指摘する。

[59] 稟議制度は、組織内におけるボトムアップ方式による意思決定システムであり、日本的経営と総称される日本の企業経営における特徴の一つである。稟議制度を含めた日本的経営については、倉田良樹「日本的経営論の展開」大澤豊・一寸木俊昭・津田眞澂・土屋守章・二村敏子・諸井勝之助編『現代の日本的経営』（有斐閣、1982）119頁～164頁と、同論文における引用文献参照。

[60] 銀行では営業店と銀行全体の管理部門である本部が組織上明確に分かれており、各営業店の営業エリア内に所在する各取引先は、原則として当該の営業店が取引の窓口になり、本部部門が営業店を省略して直接の取引窓口となることはない。なお、銀行本店内の営業部門である本店営業部と呼ばれる部門も、組織上は営業店である。

[61] 事前に設定された条件に従って、各営業店長が決裁権限を有する場合もある。銀行にとって比較的小口の案件や小規模な企業に対する融資、あるいは担保の徴求によって貸倒損失の発生する危険性の少ない融資、さらには事前に設定された条件を充足することによってリスクを低減できる消費者向けのローンといった融資の決裁について、各営業店長が代表取締役から決裁権限を委譲される。この条件は営業店の規模や店質によって営業店ごとに設定されることが多く、営業店ごとに異なることは当然である。むしろ、営業店の店質を勘案せず、全ての営業店に対して一律に条件を設定して権限を委譲すること自体が、取締役の注意義務違反となる。なぜなら、基本的には各営業店長の経験や能力に応じて、各人別に権限委譲すべきところを、各営業店の店質に応じて条件を設定し、それぞれの営業店の業務運営を行える能力を有するものと判断した従業員を、それぞれの営業店の支店長として配属しているからである。営業店の規模が大きくなるに従って、長い経験と高い能力を有した支店長が配属され、小規模な営業店に比して、大きな決裁権限を有するのが通常である。

なお、支店長の決裁権限を超える案件について、本部の審査部門に稟議書を提出し、本部で決裁するというシステムは、まず当該案件について営業店における融資判断を加えた上で、本部審査部門やさらに上位の決裁機関で融資判断を加えるという二重あるいはそれ以上に多重の審査を行っていることを意味している。つまり、稟議制度は組織としての意思決定の健全性、意思決定手続を慎重に進めるという機能並びに意思決定における相互牽制機能を果している。従って、本部の審査部門は営業推進部門から独立している必要がある。昭和60年代に、多くの銀行では意思決定の迅速性を高めるという名目の下に、本部の審査部門を営業推進部門と一体化させた。バブル経済期の銀行の過剰融資は、このような銀行の営業体制も一因であると考えられ、この時の過剰融資がその後、銀行に多くの不良債権を発生させることとなった。このような経緯を踏まえれば、銀行の審査部門の独立性

を確保することは、銀行経営の健全性を確保する上で、非常に重要なポイントと言える。

[62] このような取引先情報の蓄積を通じた銀行の情報生産機能、つまり審査能力は、借手の支払能力や支払努力に関する情報の非対象性を解消する上での、銀行の果たす基本的な機能の一つである。情報の非対象性と銀行の情報生産機能については、池尾和人・金子隆・鹿野嘉昭『ゼミナール　現代の銀行』（東洋経済新報社、1993）14頁～15頁、22頁～23頁〔ともに金子隆〕参照。

[63] 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」金融判例研究７号（金融法務事情1492号）（1997）79頁は、「稟議」という言葉を用いていないが、中京銀行事件判決について次のようにいう。

「銀行の融資を認可した常務会の構成員である取締役が善管注意義務に違反しているか否かの判定にあたっては、銀行融資の実務における所管店舗での情報の収集と分析および融資の有利性と危険性、その内容と条件についての検討ならびに本部の融資部の判断等を前提として、取締役が銀行の取締役として一般に期待される注意を尽して行動したか否かを問題とすべきであり、その際、取締役は所管店舗または本部の融資部における情報収集または判断の妥当性を疑うべき特段の事情がない限り、それが融資業務に携わる者の基準に照らして誠実に行われたものとして行動することができるものと解すべきである。」

[64] 河本一郎・河合伸一・森本滋・森田章・近藤光男・川浜昇・前田雅弘「（座談会）取締役の責任－わが国における経営判断原則の具体化」民商法雑誌109巻６号(1994)37頁〔河合伸一発言〕参照。第四部第一章第二節で検討した東海銀行②事件判決においても、東海銀行がセントラルファイナンスを支援する決定をした際に、外部の専門家に意見を求めたことを認定しており、慎重に判断を行ったことに一定の評価をしている。

[65] 救済融資が倒産を回避するために行われる以上、金融機関の思惑に反して融資先が倒産するまでに、多くの場合、金融機関によって複数回の倒産回避措置がとられることを理解するのは容易であろう。

[66] 現在のわが国金融機関が直面している不良債権問題は、早期に不良債権の償却を行わず、経営の悪化した企業に対して銀行が融資を継続してきたことにも原因がある。1997年11月に経営が破綻した山一証券の簿外債務問題の経緯に典型的に見られるように、このようなことが起こるのは、金融機関が金融機関内部に発生した損失や不良債権を、景気や相場の回復によって帳消しにできると見込んで、問題の抜本的解決を回避し、その場しのぎに問題を先送りしてきた結果にほかならない。山一証券の経営破綻に関する社内調査の概要については、1998年４月17日付け日本経済新聞４面参照。

安定した利益を計上する必要性の高い金融機関の場合、不良債権の償却が無税で行えるか有税となるかは、当期利益の大小に大きな影響を与える非常に重要な問題である。この点、従来は「不良債権償却証明制度」によって、無税償却を行うためには、金融証券検査官の証明を必要とした。当時の大蔵省は、金融と財政に関する権限を有しており、国庫に納付される税金の額の大小に無関心ではいられない。金融機関が問題を先送りしたことに加えて、無税償却が抑止的に運用された場合には、金融機関にとって不良債権の償却意欲を削ぐ一因ともなる。つまり、不良債権償却証明制度は、制度の運用しだいによっては、銀行経営の健全性を阻害する要因ともなりえる。この制度が廃止されることとなったのは、第一部第五章第二節第二款で述べたとおりである。

1998年６月１日付け日本経済新聞１面によれば、金融機関の抱える不良債権について、債権放棄を含めた最終処理を促進するため、法人税基本通達を改正し、無税での償却が事実上税務当局の裁量で決まることを改め、無税で償却できる基準を通達に明記することとされる旨が報道されている。

[67] 志谷匡史・前掲注57 104頁には、子会社の救済を例にして、「子会社救済の実際の動機

が子会社の経営の失敗を隠す等の親会社取締役自身の保身または親会社が将来子会社役員に就任することを意図してそのために救済する場合には、親会社取締役の救済行為は忠実義務違反に問われる可能性が高い。」との指摘がある。

[68] 第四部第二章第三節第一款で検討した八幡製鉄政治献金事件判決参照。

[69] 竹内昭夫「企業の社会的責任に関する商法の一般的規定の是非」『会社法の理論Ⅰ』（有斐閣、1984）110頁～119頁、龍田節「企業の社会的責任」商事法務1320号(1993)12頁参照。

[70] チッソは95年３月期において、総資産934億円に対して、債務超過額が1,454億円に達する。同社有価証券報告書参照。

[71] チッソに対する金融支援に関する新聞報道には、かなりの歴史的積み重ねがある。ここではとりあえず、94年８月６日付け日本経済新聞４面を挙げておく。また、チッソは、企業は資金が調達できるかぎり倒産しない、ということの実証例でもある。

[72] 米津稜威雄「熊本水俣病事件と銀行融資」金融法務事情683号(1973)２頁～３頁がこの間の事情を解説している。

[73] 第一部で検討したように、銀行経営をめぐる環境は激変しており、銀行がわが国社会で果たすべき役割や、その前提となる社会からの銀行の果たすべき役割に対する期待も大きく変化しつつある。現時点で同様の事件が発生した場合、つまり、経営破綻が必至の公害問題を起こした企業のメインバンクが、当時とまったく同様の判断の枠組みで当該企業を救済すべきと考えられるか、という点については疑問があろう。時代の変化とともに、判断の枠組みが変化することはやむを得ないことである。

私法の分野では、時代の流れを超越した絶対的な尺度で判断を下しているわけではない。

[74] 河本ほか・前掲注64　30頁〔森本滋発言〕は、行政指導や社会的責任を逃げ場とするような形の意思決定の問題性を指摘する。

[75] 近藤光男「金融支援と取締役の責任」金融法務事情1424号(1995)11頁。

[76] 志谷匡史・前掲注57 105頁は、金融機関による救済行為を議論の前提とはしていないが、社会的責任概念があいまいであることと、取締役はあくまでも会社・株主全体の利益を優先しなければならない立場にあることを理由に、社会的責任に基づく救済行為に否定的立場を表明しておられる。

[77] 米津稜威雄「金融取引における金融機関取締役の責任」金融法務事情1372号（1993）17頁。

[78] 近藤・前掲注75　11頁、12頁参照。また、河本ほか・前掲注64　29頁〔川浜昇発言〕は、行政指導に従わざるを得ないのは事実上のサンクションが大きい点と、行政指導に従ったとしても、会社に対する善管注意義務違反にならない可能性が高い旨を指摘する。

[79] たとえば銀行法８条によれば、店舗の新設や廃止についても、特別の規定のある場合を除いて内閣総理大臣の認可を必要とすることから明らかなように、営業活動に対する制約は大きい。

[80] 志谷匡史・前掲注57 105頁は、親会社による子会社の救済を念頭において、当該の行政指導が親会社の利益にかなうことが明白である場合には、親会社取締役の免責事由となるとされる。川口恭弘「系列会社の救済と取締役の責任ーバブル経済崩壊の後遺症」神戸学院法学25巻１号(1995)187頁は、金融機関に対する行政指導が信用秩序維持を目的として行われる場合の多いことを指摘した上で、行政指導に従うことが、短期的には銀行に負担を生じたとしても長期的に利益をもたらすと考えることが可能であるとする。ただし、盲目的に行政指導に従った取締役が免責されるか否かについては、行政指導に従う方が結果的に良策であるとの経営判断が可能であるとしながらも、行政指導の存在自体を立証することが困難であることを指摘した上で、取締役が免責を勝ち取るのは容易ではないとする。

[81] 渋谷光子「企業倒産と経営責任」ジュリスト662号(1978)43頁～48頁は、銀行を含めた債権者による経営危機企業の経営再建過程における経営危機企業の経営者の義務と責任に

ついて、早くも1978年の段階で銀行の責任についても言及しながら考察した極めて有益な文献である。そこでは、経営再建に当たる債権者の中でイニシアチブをとる者が多くの場合銀行である点を踏まえ、「銀行管理」という状況の下で生じる問題について考察される。
　渋谷教授は銀行管理を、「会社の大口債権者である銀行が、その役員または従業員等を会社に派遣し、かつ、これに経営に関する指示を与える等の方法により、銀行の支配の下に置くことである。」(43頁）と定義される。当時は、メインバンク・システムが十分に機能していた時代であり、銀行管理という用語やその状態に対する社会の受け止め方は、現在とは違ってそれほど違和感や拒否反応はなかったのではないかと考えられる。しかし、すでに述べたように、現代では銀行が経営危機企業を支配下に置いて経営再建を進めるということに対して、当時とは違って社会全体からの拒否反応の程度が高くなっているように思われる。当時は、銀行が経営危機企業の再建に乗り出すのは、「支援」という以上に、さらに踏み込んだ「救済」としての意味合いが強く、社会も銀行管理と呼ばれるような状態を容認してきたのである。現代では、銀行が経営危機企業を支配下に置いたような形での経営再建が行われることはなくなり、その結果「銀行管理」という言葉も文献の中で目にすることはほとんどなくなってきている。

[82] 渋谷・前掲注81　45頁は、銀行経営や銀行の行動に対する法律家の関心がほとんど向いていなかった1978年の時点で、この利益相反問題を的確に指摘し、次のように言われる。「倒産するか生きのびるかの瀬戸際で、会社にとって最善の措置と銀行にとっての最善の措置とが常に一致するとは限らない。銀行管理には制度的な利益相反関係が存在するのであって、銀行の経営者および派遣された会社の経営者は、銀行および会社の双方にとっての公正な処理という、バランスをとることのきわて困難な橋を渡っていることに注意すべきである。」

[83] 上柳克郎・鴻常夫・竹内昭夫編『新版注釈会社法(6)』（有斐閣、1987）233頁〔本間輝雄〕。

[84] これからの銀行経営には、多くの有能な人材が必要とされるため、他企業の取締役経験者の銀行取締役への就任を一律に禁止することは得策ではない。銀行の融資先である企業の取締役に就任した経験のある者を規制の対象とすべきものと考えられる。わが国の銀行は、現在、かなりの償却を進めたとはいえ、未だ不良債権を抱えており、その償却と回収に必死になって取り組んでいる。回収を有利に進めるには、他の債権者や経営危機企業の利益を犠牲にすることが最も手っとり早い方法である。ここで提案したような規制の必要性が生じなかったのは、これまでのところ、銀行が融資先の利益を犠牲にして銀行の利益を図るというような行動をとることは決してないという暗黙の了解が、わが国社会に存在していたことによるものである。しかし、この暗黙の了解が、これまでどおり維持されるか否かは、今後の銀行の行動しだいであろう。

[85] 渋谷・前掲注81　45頁～46頁。

[86] 渋谷・前掲注81　45頁は、「問題は、銀行管理の過程で、銀行その他一部の債権者が有利に扱われる結果、他の債権者を害するという形で現れる。そして、会社の取締役が右行為によって会社または第三者に責任を負う場合には、銀行も、派遣した取締役に指示を与える等の方法で支配力を及ぼし銀行に有利な行為をさせたことにより、会社または第三者に対する損害賠償責任を免れない。」とされ、責任の根拠は民法の不法行為の規定に求められるとされる。

[87] 神作裕之「社債管理会社の法的地位」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、1995）　200頁の注52は、「忠実義務との関係で、メインバンクが受託者になることがそもそも現行信託法のもとで可能かどうか、きわめて問題であると思われる。」としている。

[88] 江頭憲治郎「社債の管理に関する受託会社の義務と責任」江頭憲治郎編『（鴻先生還暦記念）八十年代商事法の諸相』（商事法務研究会、1985）137頁。

[89] 神作・前掲注87　206頁。
[90] 鈴木竹雄＝竹内昭夫『会社法』（有斐閣、第三版、1994）　471頁。
[91] 神作・前掲注87　207頁。
[92] 神作・前掲注87　207頁。
[93] 具体的には、第三者的な立場の管理機構によって管理されるべきであると考えている。上柳克郎・鴻常夫・竹内昭夫編『新版注釈会社法第２補巻』（有斐閣、1996）214頁〔江頭憲治郎〕は、社債管理会社の利益相反問題に関して、「社会管理会社が発行会社に対して貸付けをなすことは、救済融資等社債権者の利益になる場合もあることから、諸外国にも、現行法上そうした規制（引用者注　発行会社に対して貸付債権を有することを社債管理会社の欠格事由とする）をおく国はない。」と指摘する。なお、金融取引における信認関係を多角的に検討した文献として、金融取引における信託の今日的意義に関する法律問題研究会「金融取引における受認者の義務と投資家の権利」金融研究（日本銀行金融研究所）17巻１号は１頁～110頁がある。信認関係自体がエクイティーから発生した概念であるため、この問題は、これまでわが国ではまとまった検討が行われてこなかった。この文献は、前田庸・能見善久・樋口範雄・神田秀樹・道垣内弘人の５名の研究者に日本銀行の９名を加えて研究会を組織し、検討が行われている。とくに82頁～107頁では、受認者の利益相反行為の規整について検討されている。

その中で受任者の忠実義務の内容と効果に関して、次の４つのルールの存在を指摘する。①受任者は、受領権が競合するような立場に立つことを回避する義務を負う。②受任者は、受領権が競合する立場に立つことは禁じられていない。ただし、債務者に信用不安が生じた後に、自分自身への弁済として債務者から受領した金額を、委任者の債権の弁済期日まで分別保管し、優先的に委任者の債権の弁済に充当する義務を負う。③受任者は、受領権が競合するような立場に立つことは禁じられず、また、自分自身への弁済として債務者から受領した金額を分別保管する義務も負わない。ただし、委任者の債権がその後実際に回収不能となった場合には、自己の債権の満足を優先したことが忠実義務違反にならないと認められる「特段の事情」がない限り、自身の受領と因果関係のある回収不能額について委任者に対し損害賠償義務を負う。　④受任者は、同一の債務者に対して固有の債権を有する旨を委任者に開示する義務を負う。（92頁～93頁）

そして、社債発行会社に対して貸付金を有する社会管理会社（銀行）が、当該貸付金の弁済期日（社債の次回利払日の２カ月前で、最終償還日の２年前）に、社債発行会社の財務内容が悪化しつつあるにもかかわらず、社債発行会社の指定に従い、貸付金の弁済として支払を受け、２カ月後の社債の利払いが行われなかったという事例における解決方法は、商法311条ノ２第２項を踏まえて、①誠実に事務を処理すべき義務を怠らなかったこと、②その利益を受けたことと社債権者の損害との間に因果関係がないことを立証しない限り、社債管理会社は、貸付金回収額または貸付金回収額のうち社債権者に按分される額の範囲で、社債権者に対して当該利息相当の損害を賠償しなければならない、としている（95頁～96頁）。社債管理会社たる銀行が、平成５年の商法改正で新設された商法311条ノ２第２項による社債管理会社としての損害賠償責任を、どの程度自覚した上で社債管理会社に就任しているのかという点について、若干の疑問が感じられる。幸か不幸か、未だこの条項に基づいて、損害賠償責任を負った銀行はないので、銀行がこの条項をどのように解釈して社債管理会社に就任しているのかを知る術はない。

田頭章一「社債のデフォルトと社債管理会社の役割－近時の事例を踏まえて」商事法務1490号（1998）10頁は、社債管理会社の利益相反問題について、社債管理会社が財政的に問題ある発行会社に対して債権を有するときは、商法390条ノ4に基づいて、社債権者集会の請求によって裁判所が特別代理人を選任することができるという解釈を支持されるとともに、利益相反状態が長期に及ぶ場合には、社債管理会社が辞任し、必要があれば事務承継社債管理会社を選任するという方法を提唱される。

[94] 第三部第四章第五節第二款で述べたように、私見は、非内部債権を対象として衡平的劣後の原則を直ちにわが国導入することには疑問を感じている。なお、現在検討が進められているわが国の倒産法制の改正について、衡平的劣後の考え方を導入することの是非について、意見照会がなされている。法務省民事局参事官室編『倒産法制に関する改正検討課題　倒産法制に関する改正検討事項とその補足説明』別冊ＮＢＬ46号(1998)改正検討事項54頁、補足説明100頁～101頁参照。

この問題は、結局のところ多くの預金者を擁する銀行の利益を、社会的に特別なものとして扱うべきかどうかという問題に置き換えることができる。銀行が預金者の利益を代表して社会全体の利益のために行動しているという状態の下では、特定の者の利益よりも銀行の利益を優先させることが多くの預金者の利益擁護につながり、ひいては社会全体の利益を向上させることになる。そして、わが国では長い間そのように考えられてきたのではなかろうか。しかし、バブル経済の過程で顕著となった銀行の特定企業や特定の消費者に対する過剰融資と、その後のバブル経済の崩壊による当該融資の不良債権化は、銀行の利益を手厚く保護することが、必ずしも預金者の保護、さらには社会全体の利益保護に直結しないという問題を生じさせた。銀行の行動は明らかに特定の者の利益の実現を通じた銀行の利益の実現にあり、社会全体の利益を実現させようとする視点は欠けていたことは明らかである。銀行の利益を擁護するということの前に、擁護するに足る利益の主体として相応しい行動を銀行がとることを社会が厳しく監視すべきであるというふうに、銀行に対する社会の目は大きく変化しているように思われる。

第四章　救済融資の類型別考察

本論文において検討を加えた「救済融資」は、その主体がメインバンクであることをベースとするが、主体がメインバンク以外の銀行である場合も含めて考察した。本章では、銀行が行う救済融資について、その主体と客体を分類して考察するとともに、救済行為の行為類型別にも考察するものである。本章における考察によって、銀行の行う経営危機企業の救済というものの全体が明らかになるのである。

第一節　救済対象別考察

第一款　銀行の子会社、関連会社[1] の救済

１．銀行の子会社、関連会社に対する規制の概要

銀行が銀行業務に専念する義務（専業義務、他業禁止）を負っていることは、第一部第三章第三節で述べた。銀行の負う専業義務を銀行の子会社や関連会社をとおした業務展開についても徹底するため、銀行については子会社、関連会社で営むことのできる業務についても厳しい制限が設けられている。まず、この規制の概要について検討する。

銀行による国内企業の株式保有には、独占禁止法11条により、いわゆる５％ルールと呼ばれる制限が設けられている。ただし、証券会社と信託銀行の株式については、銀行法16条の２の規定により、内閣総理大臣の認可を条件として発行済株式総数の50％を超えて保有することができる[2]。また、銀行には銀行法10条、11条により、営むことのできる業務について厳しい制限があり、この趣旨を徹底するため、金融機関の関連会社については、①代理店業務、②金融機関の業務の基本に係ることのないもので主として当該金融機関のために行うもの、③付随業務、④周辺業務の４つを行なえるに過ぎない[3]。

②に属する業務の例としては、営業用不動産管理、行員向け福利厚生、銀行事務代行がある。③に属する業務の例としては、信用保証、ファクタリング、クレジットカード、抵当証券がある。④に属する業務の例としては、リース、ベンチャーキャピタル、経営相談、計算受託、共同出資の住宅金融（いわゆる住宅金融専門会社が含まれる。）、貸金業がある[4]。なお、①と②の業務を行う関連会社については、公正取引委員会の認可を条件として銀行全額出資の関連会社に行わせることとされており、③と④の業務を行う関連会社については、銀行の出資は、独占禁止法の11条の規定どおり５％以下の出資に制限されてい

る[5]。

このように、銀行には銀行業務に専念する義務、つまり他業禁止規制を具体化するために、一般企業については自由に行える子会社や関連会社の設立そのものについても厳しく規制されている。このような規制の結果、銀行とその子会社、関連会社との一体性は、必然的に高まることになるものと考えられる。銀行とその子会社、関連会社との関係は、このような規制のない一般の会社と子会社、関連会社との関係とは明らかに異なり、かつ異なった取扱いをすべきものと考えられる[6]。

なお、平成９年の独占禁止法改正により同法９条が改正され、それまで全面的に禁止されてきた持株会社の設立が、事業支配力が過度に集中することとなる持株会社を除いて認められることとなった。金融持株会社が、事業支配力が過度に集中することとならない限り、今後は金融持株会社の設立も可能となる。金融持株会社が設立された場合、銀行とその子会社、関連会社、さらには異業態の金融会社は、金融持株会社の子会社となる。その場合には、銀行が兄弟会社を救済する、あるいは金融持株会社が子会社を救済する必要性の生じる局面が生じうることとなるものの、わが国で金融持株会社制度が本格的に活用されるには、未だ時間を要するものとみられる。そこで、本論文では、金融持株会社制度のもとで生じる救済問題については考察の対象とせず、上に述べた銀行による子会社、関連会社の救済について検討することとする[7]。

２．銀行の子会社、関連会社の救済[8]

銀行経営においては、対外信用の維持が極めて重要である。銀行経営においては、信用こそが金銭に評価することのできない最大の財産である。このことは、親銀行のみならず、その子会社や関連会社についても同様である。銀行の子会社や関連会社が経営危機に陥ったということ自体が、当該親銀行の大きな信用失墜要因となり、万一、子会社、関連会社が倒産するようなことになれば、親銀行には回復しがたい信用失墜が生じる[9]。

一般の事業法人の場合には、子会社といえども法律的には第三者であるため、子会社救済のためというだけで親会社が漫然と財政的負担をすることは許されない[10]とも言えようが、銀行にあっては親銀行と子会社および関連会社との一体性が高いため、このことは妥当しない。銀行の子会社、関連会社が経営危機に陥った場合には、親銀行の取締役には、銀行自身が経営危機に陥っているのと同様の認識が求められるとともに、子会社、関連会社の倒産を回避すべく万全の措置を講じることが求められていると言える[11]。そして、これらが銀行取締役の注意義務の内容をなしていると言える。子会社、関連会社の倒産を回避

することが、親銀行の信用を維持し、ひいては親銀行の株主の利益となることは明らかだからである。

３．一般企業における子会社救済との対比

これまで公表されてきた企業救済に関する文献は、一般企業が子会社を救済することを考察の対象としたものが大半である[12]。

これらの文献の中で親会社が子会社を救済することが取締役の義務違反とならない条件に関して、次のような見解がある。再建の見通しを重視するとともに、救済策の実行に伴って負担するリスクと支援しない場合の損失を慎重に評価すべきことを強調する見解[13]、救済する場合の費用と救済の結果得られる利益を比較することと、利益が具体的であることを強調する見解[14]、親会社の子会社に対する債権の有無によって区別した上で、債権がある場合については、十分な情報収集と保全策の検討と実施を必要とし、債権がない場合には取締役の善管注意義務違反が認められることが多いとする見解[15]、会社の経営政策上適切なものかどうか、会社の利益に適うものかどうかを基準に取締役の注意義務違反の有無を判断すべきとする見解[16]である。

私見は、銀行の子会社、関連会社が経営危機に陥った場合には、経営再建が可能と判断される子会社、関連会社に対しては、救済策の実行によって親銀行自身が経営危機に陥るのでないかぎり、徹底した救済策を実行すべきであると考えている[17]。銀行経営にとって最も重要な親銀行、さらには銀行グループ全体の信用を維持するためには、このような判断を下すことが銀行取締役の責任であると考えられる。親銀行に救済する体力があるにもかかわらず、経営危機に陥った子会社、関連会社を放置し、銀行に損失が生じた場合には、親銀行の取締役は、銀行の信用を失墜させたことに伴い、会社に対する責任を負うというべきである。再建可能と判断される子会社、関連会社について、救済策を実行するかしないかの銀行取締役の判断基準は、救済策の実行に伴う負担に銀行本体が耐えられるか否かという一点に絞られる。銀行が子会社、関連会社を救済する場合には、救済によって得られる銀行のメリットと救済しないことによるデメリットとを比較することを必要とせずに救済策を実行できると考えられる。なぜなら、銀行の信用を維持するためには、救済することによって得られるメリットは、たとえ数値化できなくとも、どのようなデメリットよりも大きいからである。

経営再建が不能と判断した場合には、親銀行が全ての債権者の損失を負担した上で、子会社、関連会社を清算することが必要である。この場合も、親銀行が損失を負担すること

は、銀行の信用を維持するという目的を実現するために、銀行取締役の注意義務違反とならない。親銀行の取締役が、子会社、関連会社の債権者に損失負担を求める決断をする必要があるのは、親銀行に全ての損失を負担する体力のない場合に限られる。

これまで繰り返し強調してきたように、銀行が銀行グループ全体の信用を維持するためには、銀行本体は言うに及ばず、子会社および関連会社の経営の健全性を維持する必要性が極めて高い。このように考えれば、銀行取締役には、子会社、関連会社の経営について監視する義務の程度が、通常以上に高いというべきである。子会社、関連会社が経営危機に陥る前の段階で、適宜適切な措置を講じていけば、最終的に銀行の負担するコストや銀行に生じる損失は小さくなるからである。銀行取締役は、経営危機に陥った子会社、関連会社を救済することによって責任を問われる余地は、まずない。しかし逆に、銀行取締役には、子会社、関連会社が経営危機に陥るまで、通常以上に程度の高い監視義務を怠ったことに伴う責任が厳しく問われるべきである。このことは、責任を問われるべき取締役が異なることを意味する。子会社、関連会社に対して救済策を実行する取締役に原則として責任はないが、子会社、関連会社が経営危機に陥るまで監視義務を怠った銀行取締役は、必ず銀行に対する責任を問われるべきである。

４．関連会社における銀行との関係の濃淡

以上のように考えた場合に問題となるのが、果して銀行の関連会社と銀行との関係は、どの会社についても等しいものなのかという点である。とくに、周辺業務に従事する関連会社と銀行との関係については、銀行との関係には会社ごとに濃淡の違いがあるように思われる。

いわゆる住専処理問題をみれば、このことは明らかである。損失額が巨額にのぼったという特殊事情はあるものの、母体行は損失額の全額を負担していない[18]。住専については、当時の大蔵省の通達に従えば銀行の関連会社として取り扱われるものの、社長が大蔵省のＯＢであったり、母体行が複数ある会社もあるため、親銀行との系列色は他の関連会社に比して、それほど明確ではないと言える。そこで、親銀行１行の傘下にのみ属する関連会社については、これまで述べてきた救済の原則が妥当するが、そうでない場合には、第二款で検討するような救済の態度が求められる場合もあると言えよう。

第二款　メインバンク・システムに基づく救済

１．メインバンクとしての救済

メインバンク・システムを背景とするメインバンクとしての融資先の救済にかかる問題であり、第四部第二章、第三章での検討が基本的にはそのまま妥当する。加えて第二部第二章第四節で検討したメインバンクとしての融資義務・救済義務と関連づけて考察する必要がある。また、メインバンクの決断は、他の取引銀行の決断に影響する上、決断の遅延が融資先の信用悪化に拍車をかけることも懸念されるため、できるかぎり速やかに、かつ明確な態度決定を行う必要がある。

メインバンクとして、金利の減免率を他の取引銀行以上に高くしたり、返済繰延べや利息棚上げの期間を他の取引銀行よりも長くするといった救済策を実施した結果、他の取引銀行に比して救済策の実行にかかる負担割合が大きくなったとしても、他の取引銀行の支援を取り付け、救済策全体を円滑に遂行するためには、このような決断が必要な場合もある。そのため、このような救済策を実行したからといって、ただちに取締役の注意義務違反となると解すべきではない[19]。このような行為は、メインバンク関係にあるメインバンク先に対して、メインバンクの融資義務・救済義務の履行として行われる場合が考えられる。メインバンク関係に基づいて、このような義務の履行として上に述べたような行為が行われるのであれば、メインバンク関係にない銀行が同じ行為を行う場合とは違った判断をするべきだからである。

また、このような決断と、融資先の経営再建の奏効がメインバンクとしての「名声」につながるという点も否定できない。メインバンクとしては、再建可能と判断したにもかかわらず他の取引銀行の支援がえられないため、単独で所要資金の支援や、場合によっては他行融資の肩代わりを行う場合についても、そのこと自体をもって取締役の義務違反となると解すべきではない[20]。このような行為も、同様にメインバンクとしての融資義務・救済義務の履行として捉えることができるからである。

２．取引銀行としての救済

メインバンクとしてではなく、一取引銀行として融資先を救済すべきか否かを検討する場合には、違った角度からの検討が必要である。

まず、メインバンク以外の銀行には、融資先を救済する義務のない点には注意が必要である。救済する義務がない以上、メインバンクではない取引銀行としては、自ら進んでリスクを負担する必要はない。融資先の経営危機が危惧された時点で、いち早く債権の回収と保全の強化に努めることが、銀行取締役の義務である。リスク回避に努めることが、銀行取締役の注意義務の根幹をなすからである。

ただし、メインバンクが取引各行に支援を要請してきた場合や、融資先が取引各行に支援を要請し、メインバンクをはじめとする取引銀行の間に支援の動きが出てきた場合には、異なった対応を検討する必要がある。なぜなら、融資先の経営危機が進行し、流動性が乏しい状態では、一部の銀行の債権回収行動によって、流動性が一層枯渇するとともに、他の債権者にこのような行動が波及して、結局、再建が頓挫する可能性が高くなるからである。メインバンクの対応方針を見極め、独自に融資先の経営再建の可能性について検討を加えた上で、支援を検討すべきこととなる。

メインバンク・システムに基づく取引銀行による融資先の支援は、交渉術における tit-for-tat（ しっぺ返し戦略）にたとえられる[21]。つまり、メインバンクが支援を表明しているにもかかわらず、一部の銀行が支援を拒否すると、逆の立場となったときに、支援を拒否した銀行がしっぺ返しを受けるとされるのである。再建が不可能と判断されるのに支援を強制されるものでは決してないが、自らがメインバンクとして融資先の救済を行う際に救済を円滑に進めるためには、普段から応分の負担をしておくことも必要である。それが当該金融機関が行う救済融資全体を通じて、救済を容易に進められるという便益を銀行にもたらし、結果的に銀行の利益となるからである。

なお、メインバンクが支援を拒否しているにもかかわらず支援を決断する場合には、特別の注意が必要となる。メインバンクが支援を拒否する以上、多くの取引銀行は、同様に支援を拒否するであろうから、支援を単独で遂行する必要が生じるからである。再建が実現した場合の利益も大きいが、投下すべき資金も大きくなり、それだけ負担すべきリスクも大きくなる。再建が実現した場合には、メインバンクの地位を取得でき、メインバンクが見捨てた企業を再建させたという意味で、銀行の「名声」は大いに高まる。負担するリスクが大きいだけに、再建の可能性についての明確な根拠が必要となる。

第二節　救済行為別考察

本節では、救済の行為類型別に検討する。ここで検討する行為類型は、融資およびそれに密接に関連した行為に限定して検討する。そのため、銀行が経営危機企業の増資に応じるという方法、さらには、銀行が救済を目的に他業態の金融機関を子会社化するといった行為については検討の対象としない。後者の例として、東京三菱銀行が日本信託銀行を子会社化したことが挙げられる。

まず、銀行にとって犠牲となる利益の極力小さい救済策、新たに負担するリスクの極力小さい救済策から段階的に実行を検討すべきことが銀行取締役の義務である[22] と考えられる点には注意が必要である。各行為類型ごとの金額[23] については、妥当性を充分に検討した上で、必要最小限となるようにする必要がある[24] 。融資先の経営危機の程度に応じて、複数の行為類型を組み合わせて実施する場合も考えられる。

１．救済融資（新規融資）

救済策の中では、債務肩代わりと並んで、新たに資金を投下する必要のある救済策である。貸倒の危険にさらされる金融機関の資産が増加するという点で、決断には慎重な検討が求められる。

検討に際しては、再建の可能性のあることが基本的に必要である。さらに、何度も述べたように、新たにリスクを負担するのであるから、救済融資の実行によって得られるメリットがデメリット以上に大きいことが必要である。再建が完了するまでに投下すべき資金量についての見積もりを含め、再建計画全体の見通しを明らかにしておく必要もある。

２．金利減免

減免した金利分が、金融機関の収益にとって犠牲となるものの、新たに資金を投下する必要がないだけ、救済策の中では比較的初期の段階で採られるか、または、他の救済策と並行して採られる策である。金利減免が実施された場合、減免された金利分に応じて確実に融資先企業のキャッシュ・フローの改善に役立つものの、改善の程度は融資先が新たに資金を調達する場合に比べて小さい。ただし、負担している債務が巨額である場合には、減免された金利がかなりの金額の資金余剰を生むことも事実である。

銀行の取締役としては、融資先の意思を確認する必要がある。金利減免は、金融機関の短期的利益が犠牲となるため、あくまでも融資先からの要請に基づき、その要請が真に止むを得ない場合にのみ行うことが基本となる。要請のないまま、金融機関の側から減免することは、取締役の注意義務違反となる。株式会社形態をとる銀行の営利性の観点と基本的に相いれない行為だからである。

３．利息棚上げ[25]

利息棚上げは、融資先に利息の支払を一時的に猶予する救済策である。一時的であるにせよ、融資先は利息の支払をしなくともよいため、キャッシュ・フローは改善する。銀行

にとっては、当該の利息収入が未収利息となる。犠牲となる銀行の利益は、約定どおり支払われれば、当該の利息を再投資して得られたであろう利息収入である。融資先の経営再建が奏功すれば、銀行の収益は得べかりし利益を除いて犠牲にならないが、棚上げに応じた分だけ、逆に銀行のキャッシュ・フローは悪化することとなる。利息の棚上げが巨額にのぼると、銀行の収益に与える影響も無視できなくなることのあることは当然である。利息棚上げに際して検討すべき点は、金利減免と同様である。融資先の経営状態によっては、金利減免と利息棚上げを同時に行うという方法も講じられる。

４．返済繰延べ

返済期間を当初より延長して１回当たりの返済金額を減少させたり、返済をしばらく据え置くことにより、融資先に資金的余裕を生じさせる救済策である。犠牲となる銀行の利益は、約定どおり返済された資金を再融資して得られたであろう利息収入である。得べかりし利益が犠牲となり、直接的には犠牲となる利益のない点で、経営危機の比較的初期の段階でとられる救済策である。

融資先からの要請によって繰延べに応じる必要のあることは金利減免と同様である。超長期の融資を除いて、通常の貸付金の返済は、利息の額よりも元金の額の方が大きい[26]ため、この方法は、金利の減免や利息の棚上げ以上に融資先のキャッシュ・フローの改善に役立つ。融資先の経営状態によっては、金利減免、利息棚上げと組み合わせて実施される。

５．債務肩代わり

救済の過程で、他行の融資や金融機関以外からの借入を肩代わりする策である。融資先のキャッシュ・フローの改善に役立つように、通常は、従来の借入よりも金利を低く設定したり、返済期間を長くして実行する場合もある。

債務肩代わりには、メインバンクとしての支援方針を対外的に明確に示すという強い効果が期待できる。そのため、他の取引銀行の支援を引き出すために、支援に応じない金融機関の融資を肩代わりする形で行われることもある。メインバンクが救済に乗り出すとの強い姿勢を示すことで、他の債権者に安心感を与えることが可能である。融資先にとっては、新たに資金を調達できるわけではないが、金融機関からみれば、新たにリスクを負担する行為であるため、新規融資と同様に、慎重な対応が求められる。

６．債務免除

銀行が債権を放棄する救済策である。放棄の程度も、一部に止まるものから全額までが考えられる。ただし、この救済策の実行は、本論文で検討している倒産を回避するために行う救済の観点からすると極めて問題がある。なぜなら、融資先が倒産していない時点で銀行の側から債権を放棄するという行為は、銀行の営利性の観点と基本的に矛盾するばかりか、いたずらに銀行の資産を減少させる危険な行為だからである。取締役にこのような行為を無条件に認めると、預金者の預金を源泉とする銀行の資産が、取締役の恣意の下に費消されることを認めることとなる。さらには、このような行為を一度行うと、経営危機に瀕した他の融資先からも同様の要請が相次ぎ、免除を受けられる先と受けられない先との間に大きな不平等が生じる結果ともなる。銀行の公共性の観点からも認められるものではない。

債務免除を行いうるのは、融資先が会社更生、和議、会社整理という再建型の倒産手続をとって倒産し、再建の過程で債権者が再建案に同意した上で足並みを揃えて債権を放棄する場合や、融資先の倒産が確定した後に限られるとするのが原則であろう。第四部第一章第二節で検討した東京三菱銀行事件では、銀行の行った債権放棄の是非が問題となった。この事件の場合、銀行は債権の一部放棄を行っているが、放棄しなかった場合にはM＆Ａが奏功しないため、融資先の再建のためにさらに巨額の資金を投入する必要があったという特殊事情がある。すでに、自主再建のための努力は長年続けられてきたが、自主再建が奏功しなかったという事情もある。そこで、自主再建を断念し、M＆Ａに再建の可能性をかけたのである。仮にM＆Ａが頓挫し、経営再建が失敗に終わった場合には、銀行債権の全額が貸倒になるため、債権の一部放棄によっても、M＆Ａを成功させた方が銀行の損失が少ないという事情があった。

つまり、債務免除は、一般的に言って、万策尽きた後に止むを得ず行う救済策なのであって、この救済策が最初に選択されるということは、原則としてあり得ない。債務免除には、銀行の損失を確定させるという意味合いがあり、当初から債務免除が行われた場合、銀行が経営危機企業を救済したとは、必ずしも言えなくなるからである。なお、銀行が銀行の子会社、関連会社を救済する場合には、抜本的な問題解決のために、一般企業を救済する場合に比して、比較的早い段階で債務免除を行うことが可能であると考えられる[27]。

第三節　救済の過程と救済方法の選択

次に、銀行取締役は、どのような点に注意して救済方法を選択すべきかが問題となる。

資金的な支援方法は、相手先の経営状態に応じて、適切な方法が選択された上で講じられるべきである。これらの資金的な救済は、結局は銀行の収益を相手方企業に移転する行為であり、基本的には銀行と相手方企業の利益は相反する関係にあるから、銀行取締役が過剰な救済行為を行うことは、銀行に対する責任を生じさせる可能性があるからである。一方の利益が他方の損失を意味することを考えれば、このことは明らかである。

金利減免は最もこのことを理解しやすい行為である。減免相当額が銀行の損失であり、それが相手方の利益となる。新規融資について説明すれば、当該の融資を健全な企業に融資すれば、安定した利息収入が得られ、回収にかかるリスクも少ないことからも明らかなように、銀行の資産をリスクの高い融資に振り向けること自体が銀行にとっての損失であり、相手方にとっては通常では資金が調達できない状態であるにもかかわらず、資金を調達できることを利益と理解できる。

銀行による資金的な救済の意味を、銀行から相手方に対する利益の移転行為であると理解すれば、これらの行為は銀行側からみれば、相手方の経営危機の状況に応じて、必要最低限のものに限って実行する必要があることになる。また、相手方の経営危機は、ある時突然に生じるのではなく、通常は業績悪化、つまり収益の低下とその長期化によってもたらされるため、ある程度時間の経過を伴う。そこで通常は、銀行の受ける損失が小さい方法から段階的に、相手方の経営危機の程度に応じて実行されることになる。

また、銀行が支援に応じる場合には、あくまでも相手方からの支援要請に応じて行うことが前提になる。収益を犠牲にする行為を相手方からの要請もなしに銀行からの申出によって行うことは、銀行の営利性に反する行為だからである。さらに、支援に応じる際には、相手方に対して再建計画の立案を求め、それを銀行側が検証し、その責任ある遂行が可能と判断した上で必要な救済策を実行する必要がある。経営再建に当たるのは、あくまでも相手方企業であって銀行ではない。再建計画なき救済策の実行、つまり、再建の可能性について銀行が検証しないままで救済策を銀行が実行することは、相手方に責任ある経営再建を進めることの必要性を欠く結果を招くことにもつながる。つまり、モラル・ハザードを防止するためにも、経営再建計画の銀行による検証手続が必要になる。

[1] ここにいう関連会社とは、大蔵省通達「金融機関とその関連会社との関係について」平６・６・24　蔵銀第1316号、ならびに同日付け事務連絡にならい、「金融機関が出資する会社で、その設立経緯、資金的、人的関係等からみて、金融機関と緊密な関係を有する会社（銀行法、長期信用銀行法または外国為替銀行法に基づき所有することとなった証券子会社等を除く。）」をいうこととする。

銀行による株式保有は、独占禁止法11条により、個別に法によって認められた場合を除いて被保有会社の発行済株式総数の５％以下に制限されている。５％という出資割合からみれば、銀行が影響力を行使できる数値ではないが、銀行グループ全体からの出資割合を合計すれば、かなり高い割合になる会社も存在するため、銀行本体からの出資割合という規準のみによらず、当該企業の設立経緯や人的関係という実質に着目して銀行の関連会社かどうかが判定されている。なお、大蔵省は明確なルールに基づく透明かつ公正な金融行政への転換を図るため、金融関連の通達を大幅に整理縮小し、必要なものは省令や告示に明記することとした。本通達も、本論文執筆中の平成10年６月８日付けで廃止されることとなったが、廃止前の通達の考え方に従って説明する。なお、通達の廃止から省令や告示に明記されるまでの期間については、大蔵省銀行局が新たに制定した「金融監督等にあたっての留意事項について」と題する事務ガイドラインに従って処理される。このガイドラインは、通達の考え方をベースに、関連会社で行ってよい業務について、より具体的に規定されている。金融関連の通達の廃止については、平成10年６月９日付け日本経済新聞７面参照。

[2] 平成５年の金融制度改革により、銀行がいわゆる業態別子会社方式で証券業と信託業に参入できるようになったことに伴う措置である。平成５年の金融制度改革については、小山嘉昭『全訂銀行法』（大蔵財務協会、1995）　43頁～57頁参照。

[3] 前掲注１　大蔵省通達、ならびに事務連絡参照。銀行の関連会社の規制体系については、金融財政事情研究会編『銀行の周辺業務』（金融財政事情研究会、1985）１頁～19頁参照。銀行業務と関連会社との関係については、龍田節「銀行業務の範囲と種類」鈴木禄弥・竹内昭夫編『金融取引法大系　第一巻　金融取引総論』（有斐閣、1983）　58頁～84頁、吉原省三「銀行取引と周辺業務」鈴木禄弥・竹内昭夫編『金融取引法大系　第一巻　金融取引総論』（有斐閣、1983）211頁～ 246頁参照。

[4] 銀行本体で営める業務については、銀行法による規制があるため、④の周辺業務については銀行本体で営むことはできず、もっぱら関連会社による業務展開をする必要がある。金融財政事情研究会『銀行の周辺業務』・前掲注３　４頁参照。

[5] 注１に記載した大蔵省通達参照。①と②の業務を営む子会社について100 ％出資を強制されることの理由として、他社ではないことを担保することが指摘されている。河本一郎・龍田節・神崎克郎・根岸哲・江頭憲治郎・森本滋・岩原紳作・神田秀樹「（座談会）子会社をめぐる法的諸問題（上）」商事法務1238号（1991）21頁〔根岸発言〕参照。根岸教授は、他社ではないことの要件として、業務面での一体性、出資の一体性、収入面の一体性の３つを指摘される。

[6] 銀行の子会社、関連会社の多くは商号の一部に親銀行名を用いている場合も多い。その場合、それらの子会社、関連会社と取引する者は、親銀行に対する信用、つまり数年前までの銀行は倒産しないという絶大な信用を考慮に入れて取引に臨んでいることは間違いない。

[7] 独占禁止法９条の改正と金融持株会社に関する文献として、公正取引委員会「事業支配力が過度に集中することとなる持株会社の考え方」商事法務1477号（1997）46頁～49頁、公正取引委員会「独占禁止法第11条の規定による金融会社の株式保有の認可についての考え方」商事法務1477号（1997）49頁～50頁、川浜昇「金融持株会社について」ジュリスト1123号（1997）37頁～46頁、およびジュリスト1123号に掲載された諸論文参照。

[8] 法人が子会社等を整理するに際して損失を負担する場合や、子会社等に無利息または通常

より低い利率で金銭を貸し付ける場合には、法人税基本通達九－四－一、九－四－二に基づき、それらの行為が行為を行う側にとって寄附金に当たるか否か、つまり無税で当該の行為を行うことができるか否かという税務上の問題を生じさせるが、本論文では触れない。

なお、法人税基本通達九－四－一、九－四－二は、債権放棄に係る税務上の取扱いを明確にするために、98年６月１日に改正された。これは、政府・与党の金融再生トータルプラン推進協議会がとりまとめた「金融再生トータルプラン」に基づくものである。改正の目的は、金融機関が不良債権の償却を行うに際して、無税で行える範囲を明確にすることにより、不良債権の償却を行いやすい体制を整備することにある。従来は、会社更生法の適用申請といった法的な倒産手続がとられない限り無税償却が認められにくかったが、一定の条件を満たせば無税償却ができるようになるとともに、対象となる会社には子会社に限らず、取引先、役員を派遣している会社、資金を貸し付けている会社といった一定の関係を有する会社も含まれることが明確にされた。９８年６月１日付け日本経済新聞１面および３面、国税庁「（資料）法人税基本通達の一部改正について98年６月１日」金融財政事情1998．6.15号53頁参照。金融再生トータルプランの全文は、98年６月24日付け日経金融新聞参照。

改正後の通達は次のとおりである。

（子会社等を整理する場合の損失負担等）

九－四－一　法人がその子会社等の解散、経営権の譲渡等に伴い当該子会社等のために債務の引受けその他の損失負担又は債権放棄等（以下九－四－一において「損失負担等」という。）をした場合において、その損失負担等をしなければ今後より大きな損失を蒙ることになることが社会通念上明らかであると認められるためやむを得ずその損失等をするに至った等そのことについて相当な理由があると認められるときは、その損失負担等により供与する経済的利益の額は、寄附金の額に該当しないものとする。

（注）子会社等には、当該法人と資本関係を有する者のほか、取引関係、人的関係、資金関係等において事業関連性を有する者が含まれる（以下九－四－二において同じ。）。

（子会社等を再建する場合の無利子貸付け等）

九－四－二　法人がその子会社等に対して金銭の無償若しくは通常の利率よりも低い利率での貸付け又は債権放棄等（以下九－四－二において「無利息貸付け等」という。）をした場合において、その無利息貸付け等が例えば業績不振の子会社等の倒産を防止するためにやむを得ず行われるもので合理的な再建計画に基づくものである等その無利息貸付け等をしたことについて相当な理由があると認められるときは、その無利息貸付け等により供与する経済的利益の額は、寄附金の額に該当しないものとする。

（注）合理的な再建計画かどうかについては、支援額の合理性、支援者による再建管理の有無、支援者の範囲の相当性及び支援割合の合理性等について、個々の事例に応じ、総合的に判断するのであるが、例えば、利害の対立する複数の支援者の合意により策定されたものと認められる再建計画は、原則として、合理的なものと取り扱う。

[9] 子会社、関連会社の救済について検討する際には、子会社、関連会社が経営危機に陥ったことに伴う親銀行の取締役の責任が、責任の有無を含めてまず問題となろう。一般論としては、商法上親会社が子会社に対して指図権や指揮命令権を行使することはできないとされている。

柴田和史「子会社管理における親会社の責任（上）」商事法務1464号(1997)３頁は、親会社が子会社に対して影響力を行使しているのは、事実上の現象であって、法律上、是認されるものではないとして、このことを「子会社独立の原則」と呼ぶ。江頭憲治郎『結合企業の立法と解釈』（有斐閣、1995）　197頁は、支配・従属会社間で直接取引のない場合について、「支配会社に従属会社の取締役等の業務執行を監視する義務を認める見解はとりえないであろう。」とされる。ただし、柴田和史「子会社管理における親会社の責任（下）」商事法務1465号(1997)68頁～69頁は、「親会社において数値として認識可能な損害が発生

した場合、子会社取締役に影響力を行使した親会社取締役は、親会社に対し善管注意義務違反の責任、親会社の株主に対して商法266条ノ３所定の責任が発生すると考えられる。」とする。

[10] 小林啓文「保証類似行為の実務上の論点」江頭憲治郎・梶川融・柏木昇・春日川和夫・北博行・小林啓文・手塚仙夫・手塚裕之『子会社救済と取締役の責任』（商事法務研究会、1995)13頁　。

[11] 金融機関の子会社、関連会社が経営危機に陥った場合、当該の事実を親金融機関の株主に、いつどのように、あるいはどの程度情報開示するかというディスクロージャーに関する問題と、このような結合企業間の支援に関する取締役の利益相反に関する問題が生じる。金融機関のディスクロージャーの現状は、第一章で検討したように、不良債権に関する情報開示がこの数年で格段の進歩を遂げたものの、子会社や関連会社の個別の経営状態に関する情報は開示されていない。親金融機関の株主からすれば、子会社や関連会社の救済のために親金融機関の資金や利益が投下されると知ったとしても、それは寝耳に水の話であり、このようなリスクを認識しているはずもない。したがって、まず子会社や関連会社が経営危機に陥ったことに関する責任が明確にされなければならないが、ここではこの点については検討しない。ただし、このような問題はあるものの、経営危機に陥った子会社や関連会社を救済することは、親銀行の信用維持の観点からは、ぜひとも必要な措置であると言える。

　次に、結合企業間の利益相反取引については、現行の会社法に、グループ企業全体の利益を指向する観点が欠如している点が指摘できる。親銀行による子会社、関連会社の救済は、子会社、関連会社への利益の移転を通じたグループ全体の信用の維持という利益を実現する行為であるため、個社別に利益、不利益を論じるべき問題とは明らかに次元を異にする。この問題に関しては、立法的な手当てが必要であろう。結合企業間の利益相反取引に関しては、野田博「伝統的な会社法と企業結合法－特に結合企業間の利益相反取引を対象として」商事法務1400号(1995)16頁～21頁がある。

[12] 中村直人「代表訴訟とグループ子会社救済」ＪＩＣＰＡジャーナル448号(1992)46頁～48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25巻１号(1995)169頁～189頁、弥永真生「子会社救済と取締役の会社に対する責任」受験新報97年12月号19頁～22頁、志谷匡史「親子会社と取締役の責任」小林秀之・近藤光男編『株主代表訴訟体系』（弘文堂、1996）82頁～113頁、田代有嗣『親会社取締役の子会社破綻責任』別冊商事法務185号(1996)、近藤光男「グループ企業救済融資と取締役の責任」代行リポート（東洋信託銀行証券代行部)117号(1997)１頁～８頁。救済の対象をグループ企業に限定しない文献として、近藤光男「金融支援と取締役の責任」同『取締役の損害賠償責任』（中央経済社、1996）39頁～51頁、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1491号(1997)37頁～46頁、拙稿「金融機関の救済融資における取締役の行為規制」企業法学会編『企業法学 VOL.5』（商事法務研究会、1997)231頁～251頁がある。

[13] 中村・前掲注12　47頁、川口・前掲注12 174頁～175頁。

[14] 近藤「金融支援と取締役の責任」・前掲注12 50頁、志谷・前掲注12　104頁。

[15] 弥永・前掲注12 22頁。

[16] 近藤「グループ企業救済融資と取締役の責任」・前掲注12 ４頁、同「判例にみる他企業支援と取締役の義務」45頁。

[17] 第四部第一章第二節で検討した東海銀行②事件は、このような立場に立つ。

[18] 住専処理問題に関する文献として、小澤徹夫「「住専」処理と銀行の取締役の責任」ＮＢＬ 588号(1996)25頁～36頁、カーティス・Ｊ・ミルハウプト＝ジェフリー・Ｐ・ミラー／久保大作＝笠原武朗（共訳）「日本の金融における住専問題(1)(2)(3・完）」ジュリスト1132号140頁～149頁、1134号86頁～92頁、1136号（以上1998）83頁～89頁参照。

[19] 第四部第一章第二節で検討した東京三菱銀行事件判決参照。
　企業が一つの銀行のみと取引している一行取引であれば、このような疑義は生じえないが、企業規模が大きくなればなるほど、大口融資規制との兼ね合いから、一つの銀行から全ての所要資金を調達することは困難になり、複数行取引に移行せざるをえなくなる。企業側からみても、複数行取引の方が銀行間競争を誘うため、自らに有利な取引条件を引き出しやすいことや、資金調達に伴うリスク（一行取引であれば、当該銀行からの融資拒絶は、借入金による調達不能を生じさせる。）を低減できるといった観点から、複数行取引を選択する誘因が存在する。
[20] 四宮章夫「倒産処理、会社再建と金融機関法務セクションの役割」金融法務事情1375号(1994)37頁は、「金融機関が永年メインバンクとして取引してきた先が倒産した場合、もはや取引先の営業上の債権者等の犠牲のうえに整理することが許されず、メインバンクまたは数個の金融機関が、ある程度の損失を負担して整理を遂行すべき場合がある。」と指摘する。
[21] 松浦克己「メインバンクの選択と行動－銀行と企業からみたメインバンクの選択、メインバンクの危機処理行動」証券経済186号（1993）140頁～141頁参照。
[22] 中村・前掲注12　47頁は、救済策相互を比較検討し、より適切な救済策がないかどうかを確認することの重要性を指摘する。
[23] 金利減免については、減免した利率に応じて銀行に生じる損失の額。
[24] 近藤・前掲注12　「判例にみる他企業支援と取締役の義務」43頁は、救済の規模を重視し、会社の資力・能力を超えた支援は取締役の義務違反となる可能性が高いと指摘する。
[25] 利息棚上げについては、棚上げした利息を損金に参入できるか否かという税務問題が生じるが、ここでは検討しない。法人税個別通達「金融機関の未収利息の取扱いについて」（昭和41.9.5直審（法)72　（例規）国税庁長官発）　９参照。
　なお、前記通達をうけて実施されている利息たな上げ認定制度については、「利息のたな上げ認定制度実施要領の制定について」（平４・11・20　蔵銀第1486号・蔵検第８号一部改正）参照。
[26] 元金均等返済の場合はこのように言える。消費者向けの住宅ローンに見られる元利均等返済がとられた場合には、返済当初の返済は元金よりも利息の額が大きくなる。
[27] 弥永・前掲注12　22頁は、銀行を前提としないものの、子会社に対する債権を放棄することは、取締役の善管注意義務違反にならない場合が多いとしている。

第　五　部

本論文のまとめと残された課題

本論文は、わが国の戦後の経済システムを特徴付けるメインバンク・システムの下で、メインバンクが経営危機企業を救済するという行為に含まれる法的諸問題について、その代表的な行為類型である救済融資をたたき台として幅広い観点から考察し、この行為に含まれる法的諸問題の全体像を明らかにしたものである。考察に際しては、問題の本質を正しく理解するために、伝統的な法律論文の形式にとらわれることなく、わが国の金融構造の特徴やメインバンク・システム、さらには銀行経営の特徴といった、従来、主に金融論の領域で研究されてきた問題についても検討した。また、法律学の立場からは検討されてこなかったメインバンク関係の法的性質についても分析を試みた。

また、銀行取締役が経営危機企業を救済する際の判断の枠組みを明らかにした点は、本論文の成果の一つである。

銀行取締役は、救済を決断するに前に、経営危機企業の経営再建が可能かどうかを判断しなければならない。その際には、企業が中長期的にみた収益力を喪失していないかどうか、つまり、企業の経営基盤が崩壊していないかどうかを判断の拠り所とすべきである。経営危機企業を救済するという行為は、何らかの形で銀行の短期的利益が犠牲となる。救済融資が正当化されるのは、犠牲となる短期的利益に比して、救済融資の実行によって実現される中長期的利益が大きいと判断される場合である。また、救済融資の実行によって、銀行と経営危機企業と共倒れとなったり、銀行自身が経営危機に陥ることを避けるために、銀行取締役は、救済融資の実行によって最終的に回収不能となるおそれのある金額を見積もり、その金額が安定した配当を継続できるだけの利益を残した上で当期利益の範囲内で処理が可能かどうかを見極めて、救済融資を実行する必要がある。

銀行による経営危機企業の救済に関する問題は、銀行の内部的問題と対外的問題とに分けて認識することができる。本論文は、これらの全体を考察したものであるが、内部的問題と対外的問題とでは、解決すべき政策目標を大きく異にする。そのため、本論文では、必ずしも十分に問題の全体を解決するための統一した見解を提示できなかったことは明らかにしておかねばならない。本論文では、銀行経営の健全性を維持する必要性を強調する立場から、内部的問題を解決するための指針を提示することを大きな目的としたため、対外的な視点に立った場合に、メインバンク先の利益擁護に消極的であるとの批判が生じるかもしれないが、銀行の利益のためにメインバンク先の利益を軽視してよいとは考えていないことをも明らかにしておきたい。

本論文で取り上げたそれぞれの論点は、それぞれが独立した論文のテーマとなりうる問題である。従って、それぞれの論点を単独でみた場合には、検討不足の点があるかもしれない。それにもかかわらず、論点を絞ることなく幅広い観点から検討したのは、現在のわが国における法律学の研究の現状を踏まえて、銀行が経営危機企業を救済するという行為に含まれる法的問題の全体を検討する必要性を強く感じたからにほかならない。各論点については、今後とも研究を重ねていきたい。

また、比較法研究では、わが国の金融制度改革の動向を踏まえて、アメリカ法を取り上げた。現在のわが国は、多くの点でアメリカ型の金融制度を指向しているため、アメリカ法の考えを知る意義は大きいと考えたからである。しかし、ドイツにはわが国のメインバンク・システムに類似したハウスバンクの制度があり、銀行による経営危機企業の救済を研究するには、アメリカ法よりもドイツ法をこそ研究すべきであるとの指摘もあろう。ユニバーサルバンク制度をとるドイツでは、銀行と取引先企業との関係はわが国以上に緊密であり、経営危機に陥った企業に対する銀行による救済が行われているようである。ドイツ法に関する研究についても、今後の検討課題としたい。

以　上

主　要　参　考　文　献

【邦語文献】

メルビン・A・アイゼンバーグ（前田雅弘 訳）「「コーポレート・ガバナンスの原理」概説（上）（中）（下）」商事法務1368号(1994)68-73頁、1369号(1994)23-30頁、1370号(1994)30-35頁
青木直幸・水谷貢　「「資産査定について」通達の概要」金融財政事情1997.3.24号29～33 頁
青木源一郎・上田尚武・岡田昭三・樫原実・坂本康・里芳昭八・鈴木保秋・平山雄三・福原克磨・山田豊『統一手形用紙制度の解説』（金融財政事情研究会、1965）
赤堀（渋谷）光子「取締役の忠実義務(1)(2)(3)(4)」法学協会雑誌85巻１号１～62頁、２号24　～64頁、３号20～65頁、４号(以上1968年) 43～83頁
秋山昌廣　「銀行の役割について」金融法務事情787号（1976年）２頁
新井修司「アメリカ法律協会「コーポレート・ガバナンスの原理」における取締役及び役員の注意義務と経営判断の原則―メルビン・Ａ・アイゼンバーグの所説を参考に―」阪大法学46巻１号(1996) 111頁～140頁
荒谷裕子「代表訴訟による取締役の賠償責任」（東京地判平成８年６月20日判時1572号27頁、金判1000号39頁、資料版商事法務 148号64頁）判例タイムズ948 号（1997）90頁～94頁
飯田経夫「銀行の社会性・公共性を問う―　技術論より基本的な姿勢こそ」日本経済新聞社編『「論集」現代の金融問題４金融システム』91～102頁（日本経済新聞社、1980）
幾代通編『注釈民法（16）』（有斐閣、1967）
池尾和人『日本の金融市場と組織』（東洋経済新報社、1985年）
池尾和人「銀行行動の応用ミクロ分析」　館龍一郎、蝋山昌一編『日本の金融Ｉ新しい見方』（東京大学出版会、1987年）57～92頁
池尾和人『銀行リスクと規制の経済学　新しい銀行論の試み』（東洋経済新報社、1990）
池尾和人「金融自由化と信用秩序」金融91年９月号(534号) 11頁～18頁
池尾和人、広田真一「企業の資本構成とメインバンク」　堀内昭義、吉野直行『現代日本の金融分析』（東京大学出版会、1992年）39～71頁
池尾和人「信用秩序維持政策の再編成」金融経済研究５号(1993)59～60頁
池尾和人「財務面からみた日本の企業」貝塚啓明・植田和男『変革期の金融システム』（東京大学出版会、1994）　95頁～ 118頁
池尾和人『金融産業への警告　金融システム再構築のために』（東京経済新報社、1995）
池尾和人「再構築を求められる日本の金融システム」ＪＣＲ格付け1995年11月号２～５頁
池尾和人・岩佐代市・黒田晃生・古川顕『金融』（有斐閣Ｓシリーズ）（有斐閣、新版、1993）
池尾和人、金子隆、鹿野嘉昭『ゼミナール現代の銀行』（東洋経済新報社、1993年）
生駒和夫　「銀行等金融機関の資産の自己査定に係る内部統制の検証並びに貸倒償却及 び貸倒引当金の監査に関する実務指針」の概要」金融法務事情1484号(1997)27～32頁
伊勢田道仁「米国における取締役の注意義務法理の展開(1)(2・完）」経済研究（大阪府立大学経済学部)36巻４号(1992) １～48頁、37巻1･2号１～45頁
伊勢田道仁「アメリカにおける取締役の注意義務法理の展開」私法54号(1992)284-290

井澤裕司「メインバンク制はどこへ行くか」小泉進・本間正明『日本型市場システムの解明』（有斐閣、1993） 45頁～62頁
石井紫郎「近世の法と国制」石井紫郎編『日本近代法史講義』（青林書院新社、1972） ３頁～18頁
石田晋也「金融システム改革の概要」ファイナンス1997.７号32頁～35頁
石山卓磨「事実上の取締役理論の展開」私法42号(1980)185-189
石山卓磨「銀行の融資決定と取締役の善管注意義務」（名古屋地判平成９年１月20日金判1012号14頁）判例タイムズ948 号（1997）86頁～89頁
泉田栄一「過少資本に基づく社員の責任(1)(2)(3)」富大経済論集22巻２号(1976)92～113頁３号(1977)63～95頁、23巻１号(1977)１～32頁
井出野敦弘「わが国の預金保険制度の概要―　米国の制度との比較―」金融578号(1995) 36～57頁
伊藤榮樹『注釈特別刑法第五巻Ⅰ』124 ～146頁〔伊藤榮樹ほか編〕（立花書房、1986）
伊藤修『日本型金融の歴史的構造』（東京大学出版会、1995）
伊藤進「金融取引と取引型不法行為責任」手形研究404号(1987)４～９頁
伊藤乾「本旨弁済と故意否認」（最三小判昭和42年５月２日民集21巻４号859 頁）倒産判例百選（旧版）74～75頁
伊藤浩「手段債務と結果債務」立教大学大学院法学研究２巻(1981)１～65頁
伊藤眞「親会社の有する株式・更生債権を他より劣位に扱う更生計画と公正・衡平」（福岡高決昭和56年12月21日）判例タイムズ505 号(1983) 282～284 頁
伊藤眞「結合企業の倒産処理―　倒産処理手続における公平の理念―」同『債務者更生手続の研究』（西神田編集室、1984）277 ～329頁
伊藤眞「多重・多額債務者の救済と問題点」ジュリスト841号(1985)20頁～26頁
伊藤眞『破産法』（有斐閣、新版、1991）
伊藤眞「コーポレート・ガバナンスと民事訴訟―株主代表訴訟をめぐる諸問題」日本私法学会商法部会シンポジウム資料　商事法務1364号（1994年）18～25頁
伊藤眞・三宅省三・田原睦夫・石黒省治「（座談会）倒産処理実務の現状と問題点」金融法務事情1475号(1997)６頁～29頁
伊丹敬之「株式会社と従業員「主権」」伊丹敬之ほか編『日本の企業システム 第１巻 企業とは何か』（有斐閣、1993年）190 ～210頁
稲葉威雄「商法二九四条ノ二・四九七条に当たる場合」北沢正啓＝浜田道代編『商法の争点Ⅰ』190～191頁（有斐閣、1993）
井上明「取締役の会社に対する責任―忠実義務と善管義務」田中誠二先生追悼論文集刊行会編『田中誠二先生追悼論文集　企業の社会的役割と商事法』（経済法令研究会、1995） 193頁～206頁
井上俊雄「手形交換制度の沿革と現状」金融法務事情980号(1982)73頁～80頁
今中利昭「抵当権・根抵当権」金融・商事判例719号（1985）『新版　会社更生法』144 頁～148頁
今村成和『独占禁止法』（有斐閣、新版、1978）
今村成和「不公正な取引方法（一般指定）改正の背景」公正取引382号（1982)27頁

～33頁
今村成和・丹宗昭信・実方謙二・厚谷襄児編『注解経済法（上巻）』（青林書院、1985）
岩井克人「企業経済論と会社統治機構―覚書」（日本私法学会商法部会シンポジウム資料）商事法務1364号（1994年）７～11頁
岩田規久男・堀内昭義「日本における銀行規制」経済学論集51巻１号(1985) ２～33頁
岩原紳作「金融制度改革と保険会社の業務」岩原紳作編『（竹内昭夫先生還暦記念）現代企業法の展開』（有斐閣、1990）45頁～122頁
岩原紳作「保険会社の業務と資産運用」ジュリスト948号（1990)95頁～102頁
岩原紳作「銀行の決済機能と為替業務の排他性」落合誠一、江頭憲治郎、山下友信編『現代企業立法の軌跡と展望（鴻常夫先生古稀記念）』529 ～582頁（商事法務研究会、1995）
上嶌一高「特別背任罪の類型」　商事法務1265号（1991年)22 ～29頁
植田淳『英米法における信認関係の法理－イギリス判例法を中心として』（晃洋書房、1997）
上村達男「新しい企業像と株式会社制度」日本経済研究センター会報687号(1993年) 42～48頁
上村達男「野村證券損失補填代表訴訟判決の法的検討」商事法務1335号（1993年）２～11頁
上村達男「公開会社法制の確立へ向けて―　大会社立法の政策的視点」判例タイムズ839号(1994年)128～133頁
上村達男「株主総会に期待するものは何か―1994年版「株主総会白書」を読んで―」商事法務1376号（1994年）２～８頁
上村達男「日本航空電子工業代表訴訟判決の法的検討（上)(下）」　商事法務1433号(1996)２～９頁、1434号(1996) ９～16頁
上柳克郎「取締役の第三者に対する責任」商事法務847号(1979)10頁～13頁
上柳克郎、龍田節、神崎克郎、森本滋「経営責任に対する法的検討(1)(2)(3)(4)(5・完）」商事法務908号30～35頁、909号41～46頁、912号36～41頁、914号39～47頁、915号（以上全号1981）24～29頁
上柳克郎・鴻常夫・竹内昭夫編『新版 注釈会社法（６）』（有斐閣、1992）
上柳克郎・鴻常夫・竹内昭夫編『新版 注釈会社法（９）』（有斐閣、1988）
上柳克郎・鴻常夫・竹内昭夫編『新版 注釈会社法（13）』（有斐閣、1990）
上柳克郎・鴻常夫・竹内昭夫編『新版 注釈会社法　第２補巻』（有斐閣、1996）
鵜瀞恵子「持株会社解禁に係る独占禁止法改正の概要」ジュリスト1123号(1997)９頁～14頁
内田貴『契約の再生』（弘文堂、1990）
内田貴「現代契約法の新たな展開と一般条項(1)～(5・完）」ＮＢＬ514号６頁～11頁、515号13頁～21頁、516号22頁～32頁、517号32頁～40頁、518号（以上1993）26頁～32　頁
内田貴「共同研究・継続的取引の日米比較(1)　継続的取引に関する実証的研究の目的と意義」ＮＢＬ627号(1997) ６頁～10頁
宇都宮健児「消費者破産の現状と問題点」金融法務事情1475号(1997)61頁～69頁
梅森徹「「金融システムの機能回復について」の概要」金融580号(1995)24～30頁

江頭憲治郎『会社法人格否認の法理－小規模会社と親子会社に関する基礎理論』（東京大学出版会、1980）
江頭憲治郎「日本の企業支配」『岩波講座　基本法学７　企業』(岩波書店、1983年）73～98頁
江頭憲治郎「社債の管理に関する受託会社の義務と責任」江頭憲治郎編『八十年代商事法の諸相（鴻常夫先生還暦記念）』（有斐閣、1985）105～147頁
江頭憲治郎、岸田雅雄「商法改正追加事項の検討　(11)企業結合」商事法務1068号(1986)36～41頁
江頭憲治郎「社債の財務制限条項の現状とその在り方」吉川栄一・出口正義編『石田満先生還暦記念論文集　商法・保険法の現代的課題』66～83頁(文眞堂　、1992)
江頭憲治郎「社債法の改正」　ジュリスト1027号(1993)34～39頁
江頭憲治郎「コーポレート・ガバナンスを論ずる意義―シンポジウムのねらい」（日本私法学会商法部会シンポジウム資料）商事法務1364号（1994年）２～７頁
江頭憲治郎『結合企業法の立法と解釈』（有斐閣、1995）
江頭憲治郎「純粋持株会社をめぐる法的諸問題」　商事法務1426号(1996)２～７頁
江頭憲治郎「コーポレート・ガバナンスの視点から見た会社法」東京株式懇話会編『東京株式懇話会六十五周年記念講演録』（東京株式懇話会、1997）537頁～568頁
江頭憲治郎「自民党の商法等改正試案骨子と監査役・監査役会」商事法務1470号(1997)17頁～24頁
江頭憲治郎・森本滋・神田秀樹・柴田和史・吉原和志「（座談会）わが国会社法制の課題―　21世紀を展望して」　商事法務1445号(1997)12頁～40頁
江口一樹「倒産事例に学ぶ企業の見方養成講座〔第11回・完〕バブル処理のむずかしさ、　住専機構とのトラブルにメーンバンクは―　東建設㈱」金法1499号(1997)52頁～53頁
遠藤美光「銀行取引停止処分に対する独占禁止法適用除外に関する一考察」千葉大学法経研究18号(1985)35頁～103頁
遠藤美光「財務破綻にある株式会社の吸収合併－債務超過の場合を中心として－(1)(2)」千葉大学法学論集４巻１号(1989)41～73頁、６巻１号(1991)123　～149頁
遠藤博志「欧米主要国の金融行政をめぐる動き―　経団連金融行政調査ミッションに参加して」商事法務1446号(1997)18～21頁
大阪谷公雄「取締役の責任」田中耕太郎編『株式会社講座　第三巻』1115～1139頁(有斐閣、1956年)
大隅健一郎「株式会社における企業自体の思想」『新版　株式会社法変遷論』所収（有斐閣、1987年）　373～441頁
大隅健一郎・今井宏『会社法論 中巻』（有斐閣、第三版、1992）
太田三郎『企業倒産の研究』（同文館、1996）
大武泰南「証券会社の取締役による損失補填と取締役の責任の有無」（東京地判平成９年３月13日資料版商事法務156 号103 頁- 日興証券損失補填株主代表訴訟）金融・商事判例1022号（1997）43頁～51頁

主要参考文献

大塚仁『刑法概説（各論）』（有斐閣、増補二版、1980）

大西武士「銀行取引と信義誠実の原則」田中誠二先生追悼論文集刊行会編『田中誠二先生追悼論文集　企業の社会的役割と商事法』（経済法令研究会、1995）　137頁～148頁

大濱信泉「取締役と取締役会」田中耕太郎編『株式会社講座　第三巻』1029～1088頁(有斐閣、1956年)

大森忠夫・矢沢惇・上柳克郎・鴻常夫・竹内昭夫・谷川久編『注釈会社法（４）』（有斐閣、増補版、1980）

大山廣「取引停止処分制度の現状と課題」金融577号(1995)11～20頁

岡崎竜子、堀内昭義「設備投資とメインバンク」　堀内昭義、吉野直行『現代日本の金融分析』（東京大学出版会、1992年）97～122頁

翁百合「預金の機能と銀行業」Japan Research Review 1995年７月号４～31頁

翁百合『銀行経営と信用秩序　銀行破綻の背景と対応』（東洋経済新報社、1993）

翁百合「アメリカにおける産業金融の潮流とわが国の課題－わが国にはリスクをテイクする投資家はいないのかー」Japan Research Review 1994年10月号4-33頁

翁百合「金融監督政策の新潮流－インセンティブ・コンパティブル・アプローチ、機能別アプローチ、市場規律主軸型監督のあり方」Japan Research Revie1997年６月号９～43頁

小木曽国隆「不良債権発生と取締役等の刑事責任」債権管理76号(金融法務事情1454号)(1996)56頁～61頁

奥島孝康「金融機関による歩積両建の強要」（最二小判昭和52年６月20日民集31巻４号449 頁）独禁法審決・判例百選（第４版）（1991）　204頁～205 頁

奥島孝康「銀行による融資先会社の役員選任の不当干渉」（公取委昭和28年11月６日勧告　審決審決集５巻61頁）独禁法審決・判例百選（第４版）（1991）　202頁～203 頁

奥島孝康「取引停止処分と独占禁止法」（東京高判昭和58年11月17日金判690 号４頁、金法1050号43頁）手形小切手判例百選（第５版）（1997）148 頁～ 149頁

奥村宏「株式相互持合いの実態とその規制」ジュリスト888号(1987)44～49頁

小澤徹夫「「住専」処理の銀行の取締役の責任」ＮＢＬ 588号(1996)25～36頁

織田博子「金融取引における契約責任と不法行為責任」手形研究404号(1987)18～26頁

落合誠一「銀行のディスクロージャー規制のあり方」落合誠一、江頭憲治郎、山下友信編『現代企業立法の軌跡と展望（鴻常夫先生古稀記念）』(商事法務研究、1995）499 ～528頁

落合誠一「銀行ディスクロージャーの立法論的検討」金融法研究12号（1996）83～105頁

貝塚啓明「預金を考える懇談会報告書について」金融580号(1995)20～23頁

貝塚啓明「金融制度調査会答申「我が国金融システムの改革について」」金融97.7月号(604号)４～10頁

貝塚啓明・植田和男編『変革期の金融システム』（東京大学出版会、1994）

柏木昇「アメリカのレンダー・ライアビリティと日本法への示唆(1)～(8・完）」　ＮＢＬ610号６～12頁、614号27～33頁、616号45～51頁、631号（以上1997)27頁～　32頁、633号52頁～56頁、637号47頁～52頁、638号45頁～50頁、640号（以上1998）60頁～67頁

柿沼幸一郎「手形用紙統一化と独禁法上の問題点」金融法務事情407号(1965)18頁～20頁

春日川和夫・峯崎二郎・松岡宏明・野村重信「（座談会）金融機関におけるリーガルリスク管理の現状と課題」金融法務事情1375号(1994)46頁～62頁
片木晴彦「過少資本会社とその規制(1)(2・完）」法学論叢111巻５号（1982）36 ～59頁、112巻２号77～96頁
加藤哲夫「否認制度の検討課題」ジュリスト1111号(1997)123 ～130頁
加藤正昭、フランク・パッカー、堀内昭義「メインバンクと協調的融資」経済学論集（東京大学）58巻１号（1992年）２～22頁
加藤雅信・太田勝造「契約環境の変化と契約遵守―　事例研究を中心に」ジュリスト1096号(1996)41～43頁
金子晃「公正競争阻害性についての考え方」金子晃・実方謙二・根岸哲・舟田正之『新・不公正な取引方法』（青林書院新社、1983）15頁～24頁
金子晃「優越的地位の濫用」金子晃・実方謙二・根岸哲・舟田正之『新・不公正な取引方法』（青林書院新社、1983）　207頁～ 242頁
兼子一・三ケ月章・竹下守夫・霜島甲一・前田庸・田村諄之輔・青山善充『条解会社更生　法（中）』（弘文堂、1973）
兼子一・三ケ月章・竹下守夫・霜島甲一・前田庸・田村諄之輔・青山善充『条解会社更生　法（下）』（弘文堂、1974）
金丸光明「対米不動産投資向け与信に対する回収交渉の留意点―不当な経営介入」との指摘を回避するために」金融財政事情1994.6.13号18～22頁
加美和照「イギリス法における取締役の経営上の注意義務」田中誠二先生追悼論文集刊行会編『田中誠二先生追悼論文集　企業の社会的役割と商事法』（経済法令研究会、1995 ）193頁～206頁
川井健「「専門家の責任」と判例法の発展」川井健編『専門家の責任』（日本評論社、1993）３～８頁
川内克忠「事実上の主宰者と取締役の責任」（京都地判平成４年２月５日）（判時1436号　115 頁、商事1310号1708頁）判例タイムズ 948号（1997）99頁～101 頁
河上正二『約款規制の法理』(　有斐閣、1988)
川口慎二『銀行』（東洋経済新報社、1983年)
川口恭弘『米国金融規制法の研究－銀行証券分離規制の展開』（東洋経済新報社、1989)
川口恭弘「株式保有の規制－銀行による株式保有規制を中心として」岸田雅雄・森田章・森本滋編『（河本一郎先生古稀祝賀）現代企業と有価証券の法理』（有斐閣、1994）　211頁～235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25巻１号(1995)169 ～189頁
川浜昇「米国における経営判断原則の検討(1)(2)」法学論叢114巻２号（1983年）79 ～101頁、114巻５号（1984年)36 ～61頁
川浜昇「金融持株会社について」ジュリスト1123号(1997)37頁～46頁
川嶋真「持株会社関連二法について」金融法務事情1504号(1998)29頁～33頁
川島武宜「義理」思想327号(1951)759頁～766頁
河本一郎「銀行の秘密保持義務」金融法務事情744号(1975)４頁～13頁
河本一郎「取締役の民事責任追及の法的仕組と機能」商事法務847号(1979)14～17頁

河本一郎「株主の権利行使に関する利益供与の禁止（その二・その三）」法学セミナー351号108～111頁、352号110～113頁（ともに1984）
河本一郎「「不良債権」処理と取締役の責任」月刊取締役の法務1996.2.25号４～７頁
河本一郎「株主代表訴訟と担保提供」東京株式懇和会編『東京株式懇和会六十五周年記念講演録』（東京株式懇和会、1997）519頁～535頁
河本一郎・龍田節・神崎克郎・根岸哲・江頭憲治郎・森本滋・岩原紳作・神田秀樹「（座談会）子会社をめぐる法的諸問題（上）（中）（下）」商事法務1238号10頁～28頁、1240号20頁～30頁、1241号（以上　全号1991）15頁～22頁
河本一郎・前田庸・江頭憲治郎・大谷禎男・中川英彦「（座談会）会社法制と企業経営の課題」商事法務1272号（1992年）10～28頁
河本一郎・吉原省三・金融機関法務担当者「（座談会）金融取引と株主代表訴訟対策」金融法務事情1372号（1993年）25～49頁
河本一郎・河合伸一・森本滋・森田章・近藤光男・川浜昇・前田雅弘「（座談会）取締役の責任―わが国における経営判断原則の具体化」民商法雑誌　109巻６号（1994年）１～59頁
河本一郎・田村諄之輔・中川英彦・中村直人「（座談会）最近の会社経営をめぐる法的諸問題」商事法務1354号（1994年）６～25頁
河上和雄「経営者支配の弊害と刑事制裁」（日本私法学会商法部会シンポジウム資料）商事法務1364号（1994年）25～29頁
神作裕之「社会管理会社の法的地位」落合誠一、江頭憲治郎、山下友信編『現代企業立法の軌跡と展望（鴻常夫先生古稀記念）』（有斐閣、1995）183～216頁
神崎克郎「更生手続と社債権者」金融・商事判例554号（1978）『会社更生法－実務と理論の問題点』131頁～133頁、137頁
神崎克郎「取締役の注意義務」（私法学会シンポジウム資料）商事法務847号（1979）２頁～６頁
神崎克郎『取締役制度論―　義務と責任の法的研究』（中央経済社、1981年）
神崎克郎「利益供与の禁止」民商法雑誌85巻３号（1981）17～32頁
神崎克郎「米国における経営判断原則の展開」林良平先生還暦記念論文集『現代私法学の課題と展望　中』（有斐閣、1982年）　255～277頁
神崎克郎「手形交換」鈴木禄弥・竹内昭夫『金融取引法体系第２巻　預金取引』（有斐閣　1983）190頁～213頁
神崎克郎「金融取引」竹内昭夫・龍田節編『現代企業法講座第４巻　企業取引』（東京大学出版会、1985）415～454頁
神崎克郎「銀行取締役の融資上の注意義務―大光相銀事件判決の検討―」商事法務1138号（1988）13～19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1385号（1994年）17～23頁
神崎克郎「銀行の取締役が融資を決定する際の善管注意義務」金融法務事情1492号（1997）76～79頁
神田秀樹「企業法制の将来―欧米のコーポレート・ガバナンスから何を学ぶか―」月刊資本市場87号（1992年）23～35頁
神田秀樹「自己株式取得と企業金融（上）（下）－企業金融の論理、税制の論理、商法の論理」商事法務1291号（1992）２頁～７頁、1292号（1992）７頁～12頁

主要参考文献

神田秀樹「企業法制の将来Ⅱ―ヨーロッパのコーポレート・ガバナンス」月刊資本市場111号(1994)34～49頁
神田秀樹「株主代表訴訟に関する理論的側面」ジュリスト1038号(1994)65～71頁
神田秀樹「金融機関のディスクロージャーの将来」にちぎんクォータリー39号(1995)15～17頁
神田秀樹「日本銀行法の改正」ジュリスト1119号(1997)16～22頁
木内宜彦『金融法』（青林書院、1989）
氣賀澤耕一・三木昌之「最近の法的倒産処理手続の特徴―企業倒産を中心に」ジュリスト1036号(1993) 6 頁～13頁
岸田雅雄「グループ企業に対する多額の融資等と取締役の義務違反」（東京地判平成７年10月26日判タ902 号189 頁、判時1549号125 頁、金判981 号31頁、金法1436号38頁）判例タイムズ 948号（1997）95頁～98頁
岸田雅雄「商法・証券取引法から見た企業の違法行為のチェックシステム」ジュリスト1129号(1998) 34頁～40頁
北川清「株主代表訴訟・取締役の責任制度の現状と問題点―企業法制に関する研究会報告書の概要―」商事法務1396号(1995) ２～９頁
北原道貫、大黒昭編『銀行経営講座(1)銀行経営』（銀行研修社、1978年）
北山修悟「共同研究・継続的取引の日米比較(2)　継続的取引に関する国内アンケート調査の結果(1)　(3・完）」ＮＢＬ627号(1997)11頁～18頁、630号(1997)52頁～60頁
北沢正啓「手形交換」鈴木竹雄・大隅健一郎『手形法・小切手法講座第４巻』（有斐閣、1965） 221頁～ 251頁
北沢正啓『改正株式会社法解説』98～101頁(税務経理協会、改定版、1982）
木下毅『英米契約法の理論』（東京大学出版会、第二版、1985）
金融財政事情研究会編『銀行の周辺業務』（金融財政事情研究会、1985）
アラン・グリーンスパン「金融の国際的統合」金融1992年12月号11～19頁
アラン・グリーンスパン「金融イノベーションと金融機関監督」金融財政事情1995.7.17号14～20頁
アラン・グリーンスパン「グローバル市場における銀行業」金融51997年１月号19～32頁
紅林茂夫「現代銀行論」同氏編集『新銀行実務講座　第一巻』（有斐閣、1968年）
経済企画庁編『平成４年版　経済白書』（大蔵省印刷局、1992年）
経済企画庁編『平成５年版　経済白書』（大蔵省印刷局、1993）
経済企画庁編『平成８年版　経済白書』（大蔵省印刷局、1996）
呉天昇『アメリカ金融資本成立史』（有斐閣、1971）
小谷雅貴「銀行の公共性と信用秩序―　米・英・独の国際比較に基づく考察―」金融経済研究５号(1993)52～54頁
後藤新一「銀行の公共性と信用秩序の維持」金融経済研究５号(1993)55～56頁
小谷野薫「米国のコーポレート・ガバナンス」財界観測（野村総合研究所）1992年５月１日号76～95頁
楠本くに代『金融機関の貸手責任と消費者保護　レンダー・ライアビリティ』（東洋経済新報社、1995）
久保欣哉「信用組合による歩積両建の強要」（最二小判昭和52年６月20日民集31巻４号449 頁）

独禁法審決・判例百選（第５版）（1997）206頁～207 頁
久保利英明「弁護士からみた取締役の現実と課題」商事法務1320号（1993)13 ～23頁
倉田卓次「手形不渡の制裁としての銀行取引停止処分は独占禁止法に牴触するか」金融法務事情1016号（1983）16頁～24頁
黒田清彦「株主代表訴訟において銀行の不良債権になった融資につき取締役の善管注意義務・忠実義務違反が認められなかった事例」金融商事判例1016号(1997)48～55頁
小池和男「人の面からみたコーポレート・ガバナンス」（日本私法学会商法部会シンポジウム資料）商事法務1364号（1994年）11～18頁
小塚荘一郎「東海銀行代表訴訟の担保提供申立事件」ジュリスト1074号(1995）138～140 頁
小林秀之・畑宏樹「倒産事件における貸手責任ー米国における「衡平に基づく債権の劣後化」法理」ＮＢＬ589号(1996)18-25頁
小林秀之編著・薮口康夫/畑宏樹著『貸手責任と金融倒産』（清文社、1997）
小山嘉昭『全訂 銀行法』（大蔵財務協会、1995）
近藤光男「取締役の責任とその救済(1)(2)(3)(4)」　法学協会雑誌99巻６号１～55頁、７号121 ～179頁、９号１～65頁、12号（４号とも1982年）１～72頁
近藤光男「アメリカにおける経営判断原則の適用限界」神戸法学雑誌32巻４号（1983年）747～810頁
近藤光男「商法二六六条ノ三第一項に基づく取締役の責任と経営判断の法則」民商88巻５号（1983年）１～25頁
近藤光男「取締役の経営責任」竹内昭夫、龍田節編『現代企業法講座 第３巻　企業運営』293 ～321頁（東京大学出版会、初版、1985年）
近藤光男「会社経営者の解任」江頭憲治郎編『八十年代商事法の課題』 381～414頁(有斐閣、1985年)
近藤光男『会社経営者の過失』（弘文堂、1989年）
近藤光男「企業防衛と取締役の責任―　片倉工業事件をめぐって」商事法務1252号（1991年）２～８頁
近藤光男「取締役の経営上の過失と会社に対する責任」金融法務事情1372号（1993年）6 ～12頁
近藤光男『会社支配と株主の権利』（有斐閣、1993年）　252頁
近藤光男「わが国における経営判断の法則の適用」　代行リポート（東洋信託銀行証券代行部）109号（1994年）１～10頁
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、1994年）
近藤光男「金融支援と取締役の責任」金融法務事情1424号(1995) ６～12頁
近藤光男『取締役の損倍賠償責任』（中央経済社、1996）
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1491号(1997)37～46頁
近藤光男「グループ企業救済融資と取締役の責任」代行リポート（東洋信託銀行証券代行部）117号(1997) １～８頁
近藤光男「株主代表訴訟の可能性と限界」小林秀之・神田秀樹編『株主代表訴訟体系』(弘文堂、1996）114 ～ 141頁
近藤光男「銀行の融資判断と取締役の責任―　中京銀行代表訴訟判決をめぐって」金融法務事情

1478号(1997) ６～13頁
國井和郎「銀行取引上の損害と銀行の責任（その1）～（その７・完）」金融法務事情1140号(1986)12～15頁、1146号(1987)22～28頁、1153号（同）46～51頁、1156号（同)20 ～27頁、1166号（同）20～24頁、1182号(1988)26～33頁、1185号（同）15～22頁
久保欣哉「チッソ株主総会事件」ジュリスト900号186 ～187頁（1988)
黒沼悦郎「持株会社の法的諸問題(3)(4)」月刊資本市場120号(1995)70～77頁、121号(1995)72～81頁
倉田良樹「日本的経営論の展開」大澤豊・一寸木俊昭・津田眞澂・土屋守章・二村敏子・諸井勝之助編『現代の日本的経営　』（有斐閣、1982）　119頁～164頁
経済企画庁総合計画局編『規制緩和の経済理論』（大蔵省印刷局、1989）
國生一彦「レンダー・ライアビリティとは何なのか（上)(下）」銀行法務21 524号(1996年９月）17～27頁、526号(1996年10月)20 ～30頁
国際金融情報センター『主要国の倒産法制』（国際金融情報センター、1991）
古城誠「持株会社ガイドラインと運用」ジュリスト1123号(1997)30頁～36頁
小林孝好「倒産事例学ぶ企業の見方養成講座　第１回「二代目」社長の暴走―㈱江戸一本舗」金融法務事情1485号(1997)76～77頁
公正取引委員会「事業支配力が過度に集中することとなる持株会社の考え方」商事法務1477号（1997）46頁～49頁
公正取引委員会「独占禁止法第11条の規定による金融会社の株式保有の認可についての考え方」商事法務1477号（1997）49頁～50頁
坂本武憲「融資予約不実行に基づく賠償責任の法的構成」ジュリスト1026号(1993)138 ～142頁
斉藤進「企業倒産」大沢豊ほか編『現代経営学(9)　現代企業の財務』(有斐閣、1984) 281～ 296 頁
斎藤治「金融機関の法的責任論の新展開」金融研究12巻２号（1993）53～101頁
斎藤誠「金融監督庁の組織と機能―　行政法桟敷から見る幕間劇」ジュリスト1119号(1997)９～15頁
榊原英資編『日米欧の経済・社会システム』（東洋経済新報社、1995）
榊原隆「金融三法の概要」金融法務事情1457号６～15頁
佐藤良輔『銀行実務講座第１３巻　手形交換』（有斐閣、1959）
佐藤鉄男「下請業者に対する請負代金弁済の危機否認」（東京地決昭和55年４月22日判例時報978号67頁）ジュリスト 811号(1984)93～95頁
佐藤鉄男「多重債務と消費者破産」ジュリスト979号(1991)26頁～32頁
実方謙二『独占禁止法』（有斐閣、第三版、1995）
ポール・シェアード『メインバンク資本主義の危機』（東洋経済新報社、1997）
カーミット・シェーンホルツ、武田真彦「情報活動とメインバンク制」金融研究（日本銀行金融研究所）４巻４号（1985年）１～24頁
鹿野嘉昭『日本の銀行と金融組織』（東洋経済新報社、1994年）
鹿野嘉昭「銀行、企業間の最適契約としてのメインバンク―　国際比較からみたメインバンク関係の日本的特徴」貝塚啓明・植田和男『変革期の金融システム』（東京大学出版会、1994）65頁～93頁
宍戸善一「経営者に対するモニター制度　従業員主権論と株式会社法」伊丹敬之・加護野忠男・

伊藤元重編『日本の企業システム 第１巻 企業とは何か』211 ～237頁（有斐閣、1993年）
宍戸善一「生命保険相互会社のコーポレート・ガバナンス」落合誠一、江頭憲治郎、山下友信編『現代企業立法の軌跡と展望（鴻常夫先生古稀記念）』（商事法務研究会、1995）605 ～634頁
志谷匡史「親子会社と取締役の責任」小林秀之・神田秀樹編『株主代表訴訟体系』（弘文堂、1996）82～ 113頁
下森定「日本法における「専門家の契約責任」」川井健編『専門家の責任』（日本評論社 1993）９～50頁
四宮和夫「受託者の忠実義務」四宮和夫『信託の研究』（有斐閣、1965）208頁～233頁
四宮章夫「倒産処理、会社再建と金融機関法務セクションの役割」金融法務事情1375号(1994) 36頁～40頁
柴崎純之介「取引停止処分制度の変遷と現状」金融法務事情980号(1982)89頁～97頁
柴田武男「アメリカにおける金融機関破綻のケーススタディ ― S&L問題を中心にして― 」証券資料117号（1992年)73 ～86頁
柴田和史「持株会社による企業組織と商法」ジュリスト1123号(1997)47頁～52頁
柴田和史「子会社管理における親会社の責任（上）（下）」商事法務1464号(1997)2 ～9頁、1465号(1997)68～73頁
渋谷光子「企業倒産と経営責任」ジュリスト662号（1978）43～48頁
島谷六郎「救済融資のための担保供与と否認権」金融法務事情425号４～５頁
清水誠「企業をめぐる信用と担保制度」『岩波講座 現代法９』（岩波書店、1966） 170 頁～211頁
霜島甲一、田村諄之輔、前田庸、青山善充「会社更生計画の分析(5)(6)」ジュリスト388号 163頁～179頁、390号(1968)107頁～131頁
霜島甲一『倒産法体系』（勁草書房、1990）
首藤恵・松浦克己・米澤康博『日本の企業金融 変化する銀行・証券の役割』（東洋経済新報社、1996）
証券取引法研究会国際部会訳編『コーポレート・ガバナンス― 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」の研究』（日本証券経済研究所、1994年）
正田彬『全訂 独占禁止法〔Ｉ〕』（日本評論社、1980）
正田彬「不公正な取引方法と公正競争阻害性」経済学会編『独占禁止法講座Ｖ 不公正な取引方法〔上〕』（商事法務研究会、1985） 14頁～32頁
正田彬「独占禁止法九条の改正について」ジュリスト1123号(1997) ３頁～８頁
白石博之「銀行法等の改正について」商事法務909号(1981) ２～７頁
全国銀行協会連合会調査部「店舗行政の変遷と店舗配置（上）（下）」金融1985年11月 号15頁～33頁、1985年12月 号26頁～35頁
全国銀行協会連合会調査部「店舗規制の推移（昭和60年度以降） 」金融1996年12月 号17頁～25頁
全国銀行協会連合会 調査部「リスク管理債権情報の開示について」金融1998年４月号10頁～14頁
鈴木正和「管理融資の実務と債権保全」金融法務事情743号（1972) ４～16頁

鈴木正和「銀行取引」金融・商事判例719号（1985）『新版　会社更生法』 98頁～101頁
鈴木竹雄＝竹内昭夫『会社法』（有斐閣、第三版、1994）
鈴木竹雄・三ヶ月章・青山善充・霜島甲一・前田庸・田村諄之輔「（ 日本私法学会シンポジウム）会社更生計画の実態」私法29号（1967)157頁～223頁
須藤茂「子会社の破産と親会社債権(1)(2)―“Deep Rock Doctrineを中心として―　」国学院法学２巻１号(1964)97～114頁、４巻３号(1967)45～67頁
須永醇「フランス法における「専門家の責任」」川井健編『専門家の責任』（日本評論社　1993）159 ～ 183頁
関俊彦「利益供与の禁止－問題提起とその解明（上）（中）（下）」商事法務952号２～　10頁、953号55～61頁、954号(全号1982)17～25頁
関一穂「「商法及び株式会社の監査等に関する商法の特例に関する法律の一部を改正する　法律」の概要」金融法務事情1504号(1998)18頁～24頁
高木新二郎「整理案の実際」判例タイムズ904号（1996)10頁～18頁
高木新二郎『アメリカ連邦倒産法』（商事法務研究会、1996）
高木仁『アメリカの金融制度』（東洋経済新報社、1986）
高橋宏志「債権者の平等と衡平」　ジュリスト1111号(1997)156 ～161頁
高橋宏志「代表取締役たる更生債権者と他の債権者との平等」（東京高決昭和40年２月11日下民集16巻２号 240頁）倒産判例百選（有斐閣、1976)154-155頁
高橋衛「アメリカにおける取締役の義務に関する近時の議論」一橋論叢113巻１号（1995）　102 ～119頁
高窪利一ほか「（座談会）手形交換制度の再検討―　その現状と問題点」金融法務事情981号(1982)32～36頁以下
竹内昭夫「不渡手形」鈴木竹雄・大隅健一郎『手形法・小切手法講座第５巻』（有斐閣、1965）　１頁～32頁
竹内昭夫「銀行取引と法律」鈴木竹夫編『新銀行実務講座　第14巻　銀行取引の法律問題　』（有斐閣、1968年）
竹内昭夫「企業の社会的責任に関する商法の一般規定の是非」竹内昭夫『会社法の理論Ⅰ』（有斐閣、1984）107～134頁
竹内昭夫「株主の権利行使に関する利益供与」竹内昭夫『会社法の理論Ⅱ』53～75頁（有斐閣、1984）
武田昌輔「母体行の解除条件付債権放棄と貸倒損失に関する裁決について―　国税不服審判所平9.10.27 裁決の検討」金融法務事情1510号(1998)25頁～35頁
田作朋雄『アメリカのワークアウト 再建回収と倒産処理』(近代文芸社、1996)
龍田節「会社運営のあり方―アメリカ法律協会『会社運営の諸原理：分析と勧告』に学ぶ―」資本市場92号（1993年）21～31頁
龍田節「三井鉱山事件の最高裁判決」　商事法務1334号（1993年）34～39頁
龍田節「企業の社会的責任」　商事法務1320号（1993年）４～12頁
龍田節「コーポレート・ガバナンスと会社法」（日本私法学会商法部会シンポジウム資料)

商事法務1364号（1994年）29～33頁
龍田節「損失補填をした証券会社取締役に対する代表訴訟」（東京地判平成５年９月16日判例時報1469号25頁　野村証券事件）商事法務1454号(1997)28～32頁
田頭章一「社債発行会社のディフォルトと投資家の権利保全・行使（上）（下）」金融法務事情1464号（1996）６頁～12頁、1466号(1996)18頁～27頁
田中亀雄『倒産・再建と会計』　商事法務研究会（1989年）
田中寿「不公正な取引方法（一般指定）の改正について」公正取引382号（1982）19～25頁
田中誠二『新版経済法概説』（千倉書房、再全訂版、1978）
田中誠二『新版 銀行取引法』（経済法令研究会、再全訂版、1979）
田中誠二・菊地元一・久保欣哉・福岡博之・坂本延夫『コンメンタール独占禁止法』（勁草書房、1981）
田中英夫『英米法総論　上 下』（東京大学出版会、1980）
田中康久「最近における東京地裁破産部の現状と課題(1)(2)(3・完）」ＮＢＬ 525号６頁～18頁、526号22頁～29頁、527号（以上1993)16頁～22頁
田村諄之輔「会社更生計画における「公正、衡平と遂行可能」についての一考察」三ケ月章編『菊井先生献呈論集　裁判と法（下）』(有斐閣、1967)741 ～777頁
田村諄之輔「破綻に瀕した子会社に対する融資と親会社取締役の注意義務」判例タイムズ 472号（1982）188～190 頁
田村諄之輔「企業の倒産」　竹内昭夫・龍田節編『現代企業法講座 第２巻 企業組織』（1985）143 ～180頁
谷口安平『演習破産法』（有斐閣、1984）
谷口安平『倒産処理法』（筑摩書房、第二版、1986）
丹宗昭信「日本興業銀行事件」公正取引210 号（1964）30頁～32頁
土田和博「銀行による融資先会社の役員選任の不当干渉」（公取委昭和28年11月６日勧告 審決審決集５巻61頁）独禁法審決・判例百選（第５版）（1997）　204頁～205 頁
円谷峻「日本法における「専門家の不法行為責任」」川井健編『専門家の責任』（日本評　論社　1993）51～73頁
椿寿夫「銀行の融資義務をめぐって」　手形研究473号(1992)１頁
寺西重郎「日本型経済システムの転機と金融」金融582号(1995)12～25頁
ベロニカ・テーラー「日本人の契約意識―オーストラリアからの観察」ジュリスト1096号(1996)71頁～73頁
アンドリュー・P・ディナタレー、カレン・B・カミングス(梅島修 訳)「米国破産法ガイド(1)～(6・完)」国際商事法務21巻6号660-667頁、7号827-831頁、8号993-997頁、9号1089-1100頁、10号1223-1227頁、11号(以上1993)1282-1288頁
ドゥワトリポン,Ｍ／　ティロール,Ｊ（著）北村行伸/ 渡辺努（訳）『銀行規制の新潮流』（東洋経済新報社、1996）
(独占禁止法研究会報告）「不公正な取引方法に関する基本的な考え方(1)(2・終）」公正取引382号（1982）34頁～35頁、383号(1982)56頁～61頁

戸塚登「英法における信認関係（Fiduciary Relationship）の法理と体系（1)(2・完)」信託33号（1957)18-29頁、34号(1958)25-43頁
戸塚登「取締役の忠実義務―　善管義務とは性質を異にする―　」ジュリスト387号（1967年）66 ～72頁
戸塚登「経営判断の法則(1)(2)」阪大法学126号（1983年）１～65頁、127号（1983年）１～66頁
戸塚登「取引上の地位の不当利用」経済学会編『独占禁止法講座Ｖ　不公正な取引方法　〔上〕』（商事法務研究会、1985）　254頁～ 288頁
冨田直樹「アメリカの金融制度改革の動向」東海銀行調査月報1996年10月号1-34頁
中島史雄「株式会社経営機構の立法課題」判例タイムズ839号（1994年)143～148頁
中島弘雅「倒産企業の経営者の責任」　ジュリスト1111号(1997) 58 ～ 64頁
中田裕康「共同研究・継続的取引の日米比較　契約と関係－継続的取引の調査から（上)(下）」ＮＢＬ631号（1997）６頁～15頁、ＮＢＬ 632号（1998）55頁～63頁
中野貞一郎「診療債務の不完全履行と証明責任」同『過失の推認』（弘文堂、1978）67 ～102頁
中野貞一郎「医療過誤訴訟の手続的課題」同『過失の推認』（弘文堂、1978)103～152頁
中林哲太郎「 統一手形用紙の採用」金融法務事情397号(1965)19頁～22頁
長浜洋一『株主権の法理』（成文堂、1980）
中村一彦「企業の社会的責任と会社法―取締役の社会的責任を中心に」判例タイムズ839号（1994年)149～154頁
中村直人「代表訴訟とグループ子会社救済」ＪＩＣＰＡジャーナル448号（1992）46頁～48頁
中村信男「イギリス法上の影の取締役」早稲田大学大学院法研論集51巻(1989)165頁～192頁
中村信男「判例における事実上の主宰者概念の登場－事実上の主宰者への取締役関連規定の適用事例」判例タイムズ917号(1996)108頁～ 123頁
内藤淳一「早期是正措置に関する検討会「中間とりまとめ」の概要」金融法務事情1474号（1997)６～14頁
中谷巌「企業集団の経済的意味と銀行の役割」金融経済（金融経済研究所)202号（1983年）51～75頁
日本銀行金融研究所『新版 わが国の金融制度』（日本銀行金融研究所、1995）
日本銀行信用機構局「金融機関のリスク情報に関するディスクロージャーについて」日本銀行月報1996年11月号49～68頁
日本証券経済研究所『西ドイツの金融・証券制度 「銀行構造委員会報告」を中心に』（日本証券経済研究所、1984）
日本弁護士連合会編『銀行の融資者責任　消費者被害の実態と救済』（東洋経済新報社、1997）
新美一正「わが国企業金融システムの潮流変化と今後の方向性」Japan Research Review 1996年９月号４～43頁
新美一正・米澤康博「株式持ち合いの経済分析―現状と今後の展望」Japan Research Review 1994.5号４～44頁

西川郁生「早期是正措置制度における外部監査ー銀行等監査特別委員会報告第四号「実務指針」の背景と概要」金融財政事情1997.6.9号26～30頁
西川純子『アメリカ企業金融の研究』(東京大学出版会、1980)
西川純子・松井和夫『アメリカ金融史　建国から1980年代まで』（有斐閣、1989）
西田典之編『金融業務と刑事法』（有斐閣、1997）
西川昭「グループ企業の破産手続において多額の届出破産債権の取下げなどをした代表取締役の会社に対する責任と株主代表訴訟」（東京都観光汽船事件）金融・商事判例 996　号（1996)44～51頁
西原寛一『手形交換法論』（岩波書店、1942）
西原寛一『金融法』（有斐閣、1968）
西山忠範「子会社の解散と親会社に対する賃金請求(1)（川岸工業事件）」（仙台地判昭和　45年３月26日労民集21巻２号 367頁）倒産判例百選（旧版)188～189 頁
根岸哲「銀行と競争政策」同『規制産業の経済法研究第Ｉ巻』（成文堂、1984）241頁～254頁（経済法第20号（1977年10月）経済論文の再掲）
根岸哲「独占禁止法と銀行経営」　金融548号(1992)４～10頁
根岸哲「手形交換所の取引停止処分制度と独占禁止法」岸田雅雄・森田章・森本滋編『(河本一郎先生古稀祝賀)現代企業と有価証券の法理』(有斐閣、1994）289～307頁
根岸哲「持株会社解禁」ジュリスト1123号(1997)15頁～20頁
野崎幸雄「更生計画における権利の取扱いをめぐる諸問題」鈴木忠一・三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟講座13』（日本評論社、1981）201頁～240頁
野田博「伝統的な会社法と企業結合法―　特に結合企業間の利益相反取引を対象として」商事法務1400号(1995)16～21頁
野田良之・奥田昌道・伊藤正己・田中英夫「日本における外国法の摂取」伊藤正己編『岩波講座現代法14　外国法と日本法』（岩波書店、1966)159頁～320頁
バーゼル銀行監督委員会「内部管理体制の評価のためのフレームワーク」（1998年１月）（日本銀行仮訳、日本銀行のインターネット上のホームページに公開された資料)
ロバート・M・バージャー「融資申込みと融資約定に関連する銀行等の金融機関側の責任」国際商事法務18巻2号(1990)139-146
早瀬保行「ガバナーとしてのメインバンク機能を検証する」金融財政事情1993.11.8号14～18頁
橋口広明「金融業の規制緩和の影響について」東海銀行調査月報1997年６月号
畑宏樹「倒産債権の劣後的処遇について(1)(2・完）」上智法学論集40巻２号(1996）139～162頁、40巻３号(1996）121～149頁
原田要暢「早期是正措置に関する検討会「中間とりまとめ」の概要について」金融1997年２月号20～31頁
疋田直幹『各国別・不渡対応の法と手続き』(商事法務研究会、1992)
樋口範雄「信託的関係と受託者の責任ーアメリカの議論を参考にー」信託170号(1992）99-115頁
樋口範雄『アメリカ契約法』（弘文堂、1994）
日向野幹也「社債発行規制とメインバンク制」貝塚啓明、原田泰『90年代の金融政策』45～71頁（日本評論社、1993年)

広田真一「日本におけるメイン・バンクの保険提供機能について―　実証分析」経済学論叢（同志社大学経済学会）41巻３号（1990年）　155 ～178頁
広田真一「メイン・バンクの保険提供機能について―　実証的分析―」金融学会報告71号（1991年）40～45頁
広田真一「９０年代のメインバンク関係」金融６０９号（97年12月号）　４頁～12頁
広田真一、福田充男「自己資本、負債、メイン・バンク借入―日本企業の最適資本構成―」金融経済研究７号（1994年）　42～52頁
平井宜雄『債権各論　Ⅱ 不法行為』（弘文堂、1994（部分補正））
平井宜雄『債権総論』（弘文堂、第二版、1996（部分補正））
深尾光洋・森田泰子『企業ガバナンス構造の国際比較』（日本経済新聞社、1997）
富士総合研究所（平成４年度通商産業省委託調査）『「メインバンク・システムおよび株式持ち合い」についての調査報告書』（富士総合研究所、1993）
藤原賢哉「企業倒産とメインバンク制」金融経済研究４号（1993）37～48頁
藤原賢哉「M&Aからみたメインバンクの機能について―　日本的M&Aメカニズムの特徴と評価」経済学論集62巻３号(1996)43～62頁
藤井俊雄「社債権者」金融・商事判例719号（1985）『新版　会社更生法』181頁～183 頁
藤木英雄「銀行役職員の刑事責任」鈴木竹夫編『新銀行実務講座　第14巻　銀行取引の法　律問題』（有斐閣、1968年）
藤木英雄『刑法』（弘文堂、1971）
藤本亮「契約遵守度と権力志向」ジュリスト1096号(1996)64頁～68頁
舟田正之「持株会社の一部解禁について」ジュリスト1123号(1997)21頁～29頁
船田亨二『ローマ法 第三巻』（有斐閣、改版、1970）
タマール・フランケル＝樋口範雄「（講演）信託モデルと契約モデル―アメリカ法と日本法」法学協会雑誌115巻２号（1998）　１頁～28頁
ルース・ベネディクト／長谷川松治訳『定訳 菊と刀－日本文化の型』（社会思想社 1967）
法意識国際比較研究会代表/加藤雅信/　マイケル・K ・ヤング「日本人の契約観」ジュリスト1096号(1996)44頁～59頁
法意識国際比較研究会代表/加藤雅信/マイケル・K ・ヤング「日本人の各国イメージと契約紛争」ジュリスト1096号　(1996)60頁～63頁
細田隆『転換期の金融システム　グルーバル・スタンダードと日本版ビッグバン』（金融財政事情研究会、1998）
堀内昭義「金融機関の機能―　理論と現実―　」館龍一郎、蝋山昌一編『日本の金融Ⅰ新しい見方』（東京大学出版会、1987年）23～56頁
堀内昭義「日本の金融構造に関する展望：銀行借入の機能」証券市場研究委員会報告書『90年代の金融・証券市場』（ 統計研究会、1991）93～111頁
堀内昭義「銀行経営と自己資本規制および市場規律」金融549号(1992) ４ ～10頁
堀内昭義『金融システムの未来－不良債権問題とビッグバン』（岩波書店、1998）

堀内昭義編『講座・公的規制と産業５　金融』（NTT出版、1994）
堀内昭義、福田慎一「日本のメインバンクはどのような役割をはたしたか？」金融研究（日本銀行金融研究所）６巻３号（1987年）１～28頁
堀内昭義、随清遠「メインバンク関係の経済分析：展望」金融経済研究３号（1992年）８～25頁
堀内俊洋編『自由化・国際化時代の企業金融の変貌―　メインバンクの機能と変生』（日本経済研究センター研究報告№75、1991）
堀内仁「救済融資のための担保取得」　金融法務事情876号（1978年）３頁
堀内仁・鈴木正和「統一横書手形取扱上の問題」金融法務事情406号(1965)18頁～20頁
堀口勝「経営判断の原則に関する若干の考察」田中誠二先生追悼論文集刊行会編『田中誠二先生追悼論文集　企業の社会的役割と商事法』（経済法令研究会、1995 ）　193頁～206頁
本間輝雄「株主代表訴訟と経営判断原則」小室直人・本間輝雄・古瀬村邦夫編『（西原寛一先生追悼論文集）企業と法　下』（有斐閣、1995）185頁～218頁
前嶋京子「わが国における経営判断の原則の適用について」下関市立大学論集36巻１・２号（1992）１頁～15頁
前田重行「不渡と取引停止処分」鈴木禄弥・竹内昭夫『金融取引法体系第２巻　預金取引』（有斐閣、1983）　214頁～250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『現代企業立法の軌跡と展望（鴻常夫先生古稀記念）』469 ～498頁（商事法務研究会、1995）
前田重行・宍戸善一・松下淳一・伊藤眞「（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13号（1997）１～59頁
前田雅弘「持株会社の法的諸問題(1)(2)」月刊資本市場118号(1995)36～45頁、119号(1995)51～55頁
前田庸「平成五年商法等の改正要綱について（中）」商事法務1316号(1993)13～25頁
松井和夫「アメリカの主要産業と金融機関－60年代以降の銀行と産業との「結合」関係に関する一研究－」海外証券経済分析2号(1975) 2-33頁
松下淳一「更生計画の条項と「平等、公正、衡平」の意味」（名古屋高金沢支部決昭和59年９月１日判例時報1142号141 頁）ジュリスト888 号（1987)111～114 頁
松下淳一「結合企業の倒産法的規律(1)(2)(3)(4・完）」　法学協会雑誌107巻11号１～88頁、107巻12号（以上1990)70頁～ 125頁、110巻３号１～40頁、110巻４号（以上1993）１～54頁
松浦克己「メインバンクの選択と行動―　銀行と企業からみたメインバンクの選択、メインバンクの危機処理行動―　」証券経済（日本証券経済研究所)186号（1993年)127～150頁
松下満雄「日米構造問題協議と経済制度調整」ジュリスト965号(1990)15頁～21頁
松下満雄「日米構造協議と競争制限的慣行の規制」ジュリスト950号(1990)32頁～38頁
松村武人「金融制度調査会答申「我が国金融システムの改革についての概要- 活力ある国民経済への貢献」ファイナンス1997.7号54頁～62頁

三浦治「取締役の経営判断に対する不履行評価―いわゆる忠実義務論について―」高窪利一先生還暦記念論文集刊行委員会編『高窪利一先生還暦記念　現代企業法の理論　と実務』（経済法令研究会、1993）100頁～127頁
三浦治「わが国における「経営判断」の原則(1)（2 ・完） 」Artes Liberales(岩手大学人文社会科学部紀要)53号(1993)223頁～239頁、54号(1994)177頁～194頁
三ヶ月章「会社更生法の司法政策的意義(1)(2)―　理念と現実の開きの直視と対策の提案」法学協会雑誌83巻５号(1966)１頁～43頁、６号(1966)１頁～68頁
三木義一「貸倒れ損失としての債権放棄の要件」　ジュリスト1066号(1995) 248～250 頁
三木谷良一「銀行の公共性と社会的責任」金融540号(1992)４～10頁
水口宏「日本大企業における「株式会社」の蘇生」財界観測（野村総合研究所）1993年５月１日号2～35頁
水口宏「株式持合いの問題点と今後の対応について」月刊資本市場103号(1994)32～47頁
三隅隆司「資金供給の優先権と企業救済」一橋論叢111巻５号(1994)62～77頁
水田耕一「取引停止処分の廃止論」金融法務事情362号(1964)９頁～11頁
水田耕一「新取引停止処分制度の運用上の法律問題(上)」金融法務事情630号(1971) 4頁～9頁
水谷英夫・斉藤睦男・小島妙子・半沢力「多重債務をめぐる問題とその解決の方向（上）」ＮＢＬ 524号(1993)６頁～10頁
カーティス・Ｊ・ミルハウプト／ジェフリー・Ｐ・ミラー／　久保大作／笠原武朗（共訳）「日本の金融における住専問題－法的分析と経済的分析(1)(2)(3・完)」ジュリスト1132号140～149頁、1134号86～92頁、1136号（全号1998）83頁～89頁
三澤正明「「金利減免等債権額」等の情報開示について」金融589号(1996年４月号)24～30頁
三隅隆司「コントロールメカニズムとしてのメインバンク」ビジネスレビュー（一橋大学）40巻３号(1993)56頁～72頁
三輪芳朗「メインバンクとその機能」中村隆英ほか編『現代日本の経済システム』（東京大学出版会、1985年）　170 ～199頁
三輪芳朗「メインバンクと日本の資本市場」金融533号11～19頁（1991）
三輪芳朗『金融行政改革―「役所ばなれ」のすすめ』(日本経済新聞社、1993年)
宮脇幸彦・井関浩・山口和男『注解会社更生法』（青林書院、1986）
宮川知法・日比野泰久「和議法はどのように運用されているか　和議手続の利用と運用（上）実態調査の総論的分析」ＮＢＬ 531号(1993)16頁～23頁
宮本信彦「「事業支配力が過度に集中することとなる持株会社の考え方」の概要」商事法務1480号（1998）12頁～17頁
元木伸「取締役の責任と経営判断の原則」法曹時報48巻７号(1996)１～27頁
森泉章 編著『イギリス信託法原理の研究－Ｆ．W. メイトランドの所説を通して』（学陽書房、1992）
ロバート・Ｌ・モリソン「米国における債権保全と回収」金融法務事情986号(1982)20-38頁
森本滋「取締役の利害関係取引―競業避止義務に関する立法論を中心として」（私法学会シンポジウム資料）商事法務847号(1979) ６頁～９頁

森本滋「取締役の善管注意義務と忠実義務」民商81巻４号（1980年）　１～31頁
森本滋「会社役員の責任」判例タイムズ408号（1980年）14～22頁
森本滋「違法な利益供与の範囲」　月刊監査役167号（1982）３～９頁
森本滋「経営方針の失敗により会社経営を悪化させた取締役につき商法二六六の三の責任を否定した事例」判例評論279 号（判例時報1034号）（ 1982年）32～40頁
森本滋「企業結合」竹内昭夫・龍田節『現代企業法講座第２巻　企業組織』97～141頁（東京大学出版会、1985）
森本滋「取締役の利益相反取引」石田・西原・高木三先生還暦記念論文集刊行委員会編『金融法の課題と展望　石田喜久夫・西原道雄・高木多喜男先生還暦記念論文集 下巻』311 ～336頁（日本評論社、1990）
森本滋「コーポレイトガバナンスと商法改正」川又良也先生還暦記念『商法・経済法の諸問題』 111 ～ 138頁（商事法務研究会、1994年）
森本滋「大会社の経営機構と取締役の法的地位」法学論叢140巻５・６号(1997) 109頁～154頁
森本茂、岸田雅雄、森田章、川浜昇、洲崎博史「（座談会）子会社による業務展開の法的諸問題―　銀行と証券の相互参入をめぐって」資本市場61号(1990) ５頁～29頁
森本滋・河村貢・橋本孝一・成毛文之・野島? ・豊泉貫太郎「(座談会) メインバンクの救済融資について」月刊取締役の法務1995. 4. 25号82頁～90頁
森本滋・近藤光男・野村重信・木下公明・北川清「（座談会）取締役の責任と株主代表訴訟の現状と問題点（上)（下）」月刊資本市場 121号(1995) ４～32頁、122号(1995)33～59頁
森田章「経営が破綻に瀕した子会社に対する融資の継続と親会社取締役の忠実義務」商事法務1007号(1984)77～82頁
森淳二朗「会社法理論の体系的修正―公正性とフレキシビリティーの会社法システムを求めて」商事法務1400号（1995年） ９～15頁
森田宏樹「結果債務・手段債務の区分の意義について―　債務不履行における「帰責事由　」太田知行・荒川重勝『（鈴木禄弥先生古稀記念）民事法学の新展開』（有斐閣、1993） 109 ～168頁
藪下史郎『金融システムと情報の理論』（東京大学出版会、1995）
弥永真生「海外金融法の動向　アメリカ」金融法研究10号（1994）97～101頁
弥永真生「子会社救済と取締役の会社に対する責任」受験新報97年12月号19頁～22頁
山崎駿、伊東孝、上野昌美、高野一夫、畑幸雄「和議法による和議手続・和議条件・履行状況の実態－札幌地裁10年間の和議事件を素材として」判例タイムズ683号(1989) ４～17頁
大和正史「会社・株主間の取引の規制―隠れた利益配当を手掛かりにして」六甲台論集26巻４号(1980)24～36頁
山田健男「持株会社の解禁に関する独占禁止法の一部改正」　商事法務1464号(1997) 10～19頁
山下友信「銀行取引と約款」鈴木禄弥・竹内昭夫編『金融取引法体系第１巻　金融取引総　論』（有斐閣、1983） 85頁～112頁
山根眞文「レンダー・ライアビリティの概要と事例」手形研究496号(1994) ４～９頁

山本義英「「罰則の整備のための金融関係法律の一部を改正する法律」の概要」
金融法務事情1504号(1998)25頁～28頁
マイケル・K ・ヤング「アメリカ人からみた日本人の契約観」ジュリスト1096号
(1996) 69頁～70頁
山下邦男『銀行論』（東京大学出版会、1972年）
山口幸五郎「アメリカ会社法における取締役の責任」山口幸五郎『会社取締役制度の法的構造』
（弘文堂、1973） ３～34頁
山口俊夫『フランス債権法』（東京大学出版会、1986）
山木戸克己「救済融資と否認」銀行取引判例百選（旧版）（1966）188～189 頁
行澤一人「銀行取引における貸付者責任と手形法との交錯」岸田雅雄・森田章・森
本滋編 『（河本一郎先生古稀祝賀）現代企業と有価証券の法理』（有斐閣、
1994）309～324頁
吉田直「会社法における「長期的利益」重視の傾向について」田中誠二先生追悼
論文集刊行会編『田中誠二先生追悼論文集 企業の社会的役割と商事法』
(経済法令研究会、1995）137頁～148頁
吉田暁「歩積み・両建て預金を考える」日本経済新聞社編『「論集」現代の金融問題４ 金融
システム』 103～141頁（日本経済新聞社、1980）
吉戒修一「平成五年商法改正法の解説(8)」商事法務1332号(1993)25～29頁
吉田暁「金融システムの安定性とナローバンク論」金融559号(1993) ４ ～10
吉田暁「銀行の公共性と信用秩序―ノンバンク問題との関連において」金融経済研究５号(1993)
57～58頁
吉田康英「公認会計士による金融機関の監査のあり方」金融98年２月号（610号） ４頁～16頁
吉野昌甫「効率性と公共性・社会的公正との調和をめぐって」金融389号(1979年８月号)13～
18頁
米津稜威雄「熊本水俣病事件と銀行融資」金融法務事情683号（1973年）２～３頁
吉井敦子「大蔵省銀行局長通達の変遷に見る金融自由化」六甲台論集38巻１号(1991) 175～194
頁
吉井敦子「金融自由化のもとでの銀行規制の新展開(1)(2)」六甲台論集40巻３号(1994)89～112
頁、４号(1994)134 ～166頁
吉野直行「金融ビッグバンの背景と展望」ジュリスト1119号(1997) ３～８頁
吉田直「会社の経営管理機構と会社の非行― アメリカ法を参考に」久保欣哉編『多国籍企業の
法規制』121 ～132頁（中央経済社、1993年）
吉原和志「州による企業買収規制の展開と現況（上)(中)(下) 」商事法務1216号（1990) ９～18
頁、1218号20～28頁、1221号14～22頁
吉原和志「完全子会社による親会社株式の高値買取り― 三井鉱山事件最高裁判決」法学教室
159号（1993）31～37頁
吉原和志「株主の利益と従業員の利益」判例タイムズ839号（1994年)160～165頁
吉原和志「法令違反行為と取締役の責任」法学（東北大学）60巻１号(1996) １ ～55頁
吉原和志「取締役の経営判断と株主代表訴訟」小林秀之・神田秀樹編『株主代表訴訟体系』（弘
文堂、1996）51～81頁

米津稜威雄「金融取引における金融機関取締役の責任」金融法務事情1372号(1993年)13 ～21頁
マーク・ラムザイヤー『法と経済学― 日本法の経済分析』（弘文堂、1991）
マーク・ライザー、森下哲朗「ドイツ・スイスの預金保険制度について」金融566号(1994) 4～15頁
蝋山昌一「日本の金融を考える」館龍一郎、蝋山昌一編『日本の金融Ⅰ新しい見方』(東京大学出版会、1987年) 1～21頁
六本佳平『法社会学』（有斐閣、1986）
我妻栄『新訂 債権総論』（岩波書店、1964）

【外国語文献】
・Aaron, Richard I., *The Bankruptcy Reform Act of 1978：The Full-Employment-for-Lawyers Bill,* 19 UTAH L. REV. 19-56 (1980)
・American Bar Association, *Corporate Director's Guidebook Revised Edition*, 33 BUS. LAW 1595-1644(1978)
・ American Bar Association, *Corporate Director's Guidebook 1994 Edition*, 49 BUS.LAW. 1247-1289 (1994)
・ AMERICAN LAW INSTITUTE, PRINCIPLES OF CORPORATE GOVERNANCE：ANALYSIS AND RECOMMENDATIONS, American Law Institute Publishers (1994)
・ Anderson, Alison Grey, *Conflict of Interest：Efficiency, Fairness and Corporate Structure,* 25 UCLA L. REV. 738-794 (1978)
・ AOKI MASAHIKO & HUGH PATRICK (eds)., THE JAPANESE MAIN BANK SYSTEM: ITS RELEVANCE FOR DEVELOPING AND TRANSFORMING ECONOMIES, Oxford University Press (1994). 訳書として、青木昌彦／ヒュー・パトリック(編)白鳥正喜(監訳)東銀リサーチインターナショナル(訳)『日本のメインバンク・システム』（東洋経済新報社、1996）がある。
・ Arsht, S. Samuel & Joseph Hinsey, *Codified Standard- Same Harbor But Channel：A Response*, 35 BUS. LAW. 947-962 (1980)
・ Ashe, George, *Subordination of Claims – Equitable Principles Applied in Bankruptcy*, 84 BANKING L. J. 778-794 (1967)
・ Austin, John P., *Directors of Financial Institutions: Special Problems*, 31 BUS. LAW. 1243-1258 (1976)
・ BALLANTINE, HENRY WINTHROP, BALLANTINE ON CORPORATION, Callagham and Company (Revised ed. 1946)
・ BARNETT, ROBERT E., RESPONSIBILITIES AND LIABILIYIES OF BANK AND BANK HOLDING COMPANY DIRECTORS, Commerce Clearing House (3d. ed. 1991)
・ Bebchuk, Lucian Arye, *A New Approach to Corporate Reorganizations*, 107 HARV. L. Rev. 775-804 (1988)
・ Bishop, Joseph W., *Sitting Ducks and Decoy Ducks：New Trends in the Indemnification of Corporate Directors and Officers*, 77 YALE L. J. 1078-1103 (1968)
・ Block, Dennis J. & H. Adam Prussin, *Termination of Derivative Suits Against Director on*

Business Judgment Grounds : From Zapata to Aronson, 39 BUS. LAW. 1503-1524(1984)
- BLOOM, ANDREA, LENDER LIABILITY : PRACTICE AND PREVENTION, John Wiley & Sons (1989)
- CARY ,WILLIAM L. & MELVIN A. EISENBERG, CASE AND MATERIALS ON CORPORATIONS, The Foundation Press (7th ed. 1995)
- Chaitman, Helen Davis, *The Equitable Subordination of Bank Claims*, 39 BUS. LAW. 1561- 1572 (1984)
- Campbell, Tim S. & William A. Kracaw, *Information Production, Market Signalling , and the Theory of Financial Intermediation*, 35 J. OF FIN. 863-882 (1980)
- Clark, Robert Charles, *The Duties of The Corporate Debtor to Its Creditors*, 90 HARV. L. REV. 505-562 (1977)
- Cohn, Stuart R., *Demise of The Director's Duty of Care: Judicial Avoidance of Standards and Sanctions through The Business Judgement Rule*, 62 TEX. L. REV. 591-638(1983)
- Compbell, John P. & Robert Zack, *Conflict of Interest in the Dual Role of Lender and Corporate Indenture Trustee : a Proposal to End It in the Public Interest*, 32 BUS. LAW. 1705-1731 (1977)
- Coogan, Peter F., Geprge W. Bermant & Herman L. Glatt, *Panel Discussion : The Problems of the Sinking Ship*, 31 BUS. LAW. 1371-1392 (1976)
- Cook, Robert F. & Stanley H. Pollock, *Bank Director : Understanding Their Role, Responsibility and Liability*, 40 MERCER L. REV. 587-617 (1989)
- CRANSTON, ROSS (ed)., BANKS, LIABILITY AND RISK, Lloyd's of London Press (2nd ed. 1995)
- CRANSTON, ROSS, PRINCIPLES OF BANKING LAW, Oxford University Press (1997)
- Cremer, Jacques, *Arm's Length Relationships*, CX Quarterly Journal of Economics, 275-295 (1995)
- Douglas-Hamilton, Margaret Hambrecht, *Creditor Liabilities Resulting from Improper Interference with the Management of a Financially Troubled Debtor*, 31 BUS. LAW. 343-365 (1975)
- Daniel, Patricia A., *Special Project, Recent Developments Concerning the Duty of Care, the Duty of Loyalty, and the Business Judgment Rule*, 40 VAND. L.REV. 631-662 (1987)
- Davis Jr., Lewis U., M. Bruce McCullough, Eleanor P. McNulty, Ronald W. Schuler, *Corporate Reorganization in the 1990s: Guiding Director of Troubled Corporations Through Uncertain Territory* , 47 BUS. LAW. 1-32(1991)
- Deal, John C., *Liability of Bank Directors*, 39 BUS. LAW. 1033-1040 (1984)
- DEWATRIPONT, MATHIAS & JEAN TIROLE, THE PRUDENCIAL REGLATION OF BANKS, MIT Press (1993). 訳書として、北村行伸・渡辺努（訳）『銀行規制の新潮流』（東洋経済新報社、1996）がある。
- DeNatale, Andrew & Prudence B. Abram, *The Doctrine of Equitable Subordination as Applied to Nonmanagement Creditors*, 40 BUS. LAW. 417-448(1985)
- Dyson, Richard B., *The Director's Liability for Negligence*, 40 IND. L. J.341-376 (1965)
- Eberle, Robert A. & Kevin R. Genirs, *When Change Meets Tradition: The Paradox Of Thrift Director Liability*, 6 ANN. REV. BANKING L.413-442 (1987)
- Effross, Walter A., McCarter, & English, *The Bankruptcy Reform Act of 1994 : Something for*

Everyone, 1994 ASI JNL. (American Bankruptcy Institute Journal)1-30
・ Enstam, Raymond A. & Harry P. Kamen, *Control and The Institutional Investor*, 23 BUS. LAW. 289-325 (1968)
・ Eisenberg, Melvin A., *The Duty of care of Corporate Directors and Officers*, 51 U. PITT. L. REV. 945 (1990)
・ Eisenberg, Melvin A., *An Overview of the Principles of Corporate Governance,* 48 BUS. LAW. 1271-1296 (1993)
・ Eisenberg, Melvin A., *The Divergence of Standards of Conduct and Standards of Review in Corporate Law*, 62 FORDHAM L. REV. 437-468 (1993)
・FDIC, *Civil Litigation Activities of the FDIC and RTC* (JUNE 2, 1992)
・Feldman, Joel S., *Bank Liability for Securities Fraud*, 107 BANKIGN L. J. 100-109 (1990)
・ Fischel, Daniel R., *The Economics of Lender Liability*, 99 YALE L. J. 131-154 (1989)
・ Flick II, Lawrence F. & Dennis Replansky, *Liability of Banks to Their Borrowers：Pitfalls and Protections*, 103 BANKING L. J. 220-258 (1986)
・Frankel, Tamar, *Fiduciary Law,* 71 CALF. L. REV. 795-836 (1983)
・ Gail,Daniel B. & Joseph J. Norton, *A Decade's Journey From "Deregulation" to "Supervisory Regulation"：The Financial Institutions Reform, Recovery, and Enforcement Act of 1989*, 45 BUS. LAW. 1103-1228 (1990)
・ Garten, Helen A., *Banking On the Market：Relying On Depositors to Control Bank Risks*, 4 YALE J. ON REG. 129-172 (1986)
・ Garten, Helen A., *Still Banking on the Market：A Comment on the Failure of Market Discipline*, 5 YALE J. ON REG. 241-251 (1988)
・ Gertner,Robert & David Scharfstein, *A Theory of Workout and the Effects of Reorganization Law*, 46 J. OF FIN., 1189-1222 (1991)
・ Gevurtz, Franklin A. *The Business Judgement Rule：Meaningless Verbiage or Misguided Notion？*, 67 S. CAL. L. REV. 287-337 (1994). 同論文の紹介として、三浦治「論文紹介」アメリカ法1995Ⅱ号 271頁～277頁がある。
・ Gleick, Harry S., *Subordination of Claims in Bankruptcy under the Equitable Power of the Bankruptcy Court*, 16 BUS. LAW. 611-625 (1961)
・ Gordley,James, *Tort Law in The Aristotelian Tradition*, *in* PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF TORT LAW (DAVID G. OWEN ed. Oxford University Press 1995)
・ Gorton Gary & Frank A. Schmid ,*Universal Banking and the Performing of German Firms*, (National Bureau of Econ. Research Working Paper No.5453, 1996)
・ Grundfest,Joseph A., *Subordination of American Capital*, 27 J.OF FINANCIAL ECONOMICS. 89-114 (1990)
・HAPGOOD QC,MARK, PAGET'S LAW OF BANKING, Butterworths (11th ed. 1996)
・ Hansen, Charles, *The Duty of Care, the Business Judgement Rule, and The American Law Institute Corporate Governance Project*, 48 BUS. LAW. 1355-1376 (1993)
・ Hass, Jeffrey John, *Insight into Lender Liability：An Argument for Treating Controlling*

Creditor as Controlling Shareholders, 135 U. PA. L. REV. 1321-1363(1987)
- HENN,HARRY G. & JOHN R. ALEXANDER, LAWS OF CORPORATIONS, West Publishing (3d ed. 1983)
- Herzog,Asa S. & Joel B. Zweibel, *The Equitable Subordination of Claims in Bankruptcy*, 15 VAND. L. REV. 83-113 (1961)
- Horn,Norbert, *The Bank/ Customer Relationship In German and European Law*, Butterworths Journal of International Banking and Financial Law / March 1995 116-121
- Irving Paul H., & T. Hale Boggs, *Financial Institution Directors: Mitigating Risks of Liability in Shareholder Actions*, 109 BANKING L.J. 336-357 (1992)
- Kaplan,Stanley A., *Fiduciary Responsibility in the Management of the Corporation*, 31 BUS. LAW.883-927(1976)
- Katzen,David I., *Deprizio and Bankruptcy Code Section 550：Extended Preference Exposure Via Insider Guarantees, and Other Perils of Initial Transferee Liability*, 45 BUS. LAW.511-537(1990)
- Kearney,Mark A., *The Evolving Standard of Scrutiny Applied to Directors' Decisions,* Butterworths Journal of International Banking and Financial Law / January 1995 30-33
- Kitada,Ted Teruo ,*Emerging Theories of Bank Liability- The Breach of the Covenant of Good Faith and Fair Dealing,* 103 BANKIGN L. J. 80-84,(1986)
- Koch,James P., *Bankruptcy Planning for The Secured Lender*, 99 BANKING L.J.(1982)
- Krueger,George J., *Standing to Sue in Lender Liability Cases*, 107 BANKIGN L. J. 100-107 (1991)
- Lawrence,William H., *Lender Control Liability：An Analytical Model Illustrated with Applications to The Relational Theory of Secured Financing*, 62 S. CAL L. REV. 1387-1447 (1989)
- LITAN,ROBERT E., WHAT SHOULD BANKS DO?, The Brookings Institution(1987)
- LOVETT,WILLIAM A., BANKING AND FINACIAL INSTITUTIONS LAW, West Publishing (4th ed. 1997). 第二版の訳書として、松尾直彦・山西雅一郎（訳）『アメリカ金融機関法』（木鐸社、1994）がある。
- Lundgren, K. Thor, *Liability of a Creditor in a Control Relationship with its Debtor*,67 MARQ. L. REV. 523-556 (1984)
- Lynch, M. C., *Diligence of Directors in the Management of Corporations*, 3 CALF. L. REV. 21-41 (1914)
- Macey, Jonathan R. & Elizabeth H. Garrett, *Market Discipline by Depositors: A Summary of the Theoretical and Empirical Arguments*, 5 YALE J. ON REG. 215-239(1988)
- Macey, Jonathan R. & Geoffrey P. Miller, *Bank Failure, Risk Monitoring, and the Market for Bank Control*, 88 COLUM. L. REV. 1153-1226 (1988)
- Macey, Jonathan R. & Geoffrey P. Miller, *Corporate Governance Commercial Banking：A Comparative Examination of Germany, Japan, and The United States*, 48 STAN. L. REV. 73 (1995)
- MACEY, JONATHAN R. & GEOFFREY P. MILLER, BANKIGN LAW AND REGULATION, Aspen Law Business (2nd ed. 1997)
- Macneil, Ian R., *The Many Futures of Contracts*, 47 S.CAL.L.REV. 691-816(1974)

- MaCoy, Patricia A., *The Notional Business Judgement Rule In Banking*, 44 CATH. U. L. Rev. 1031 (1995)
- Manning, Bayless, *The Business Judgment Rule and the Director's Duty of Attention : Time for Reality*, 39 BUS. LAW. 1477-1501(1984)
- McMurray, Marcia M., et al., *Special Project, An Historical Perspective on the Duty of Care, the Duty of Loyalty, and the Business Judgment Rule*, 40 VAND. L.REV. 605-629 (1987)
- Miller, Geoffrey P., *The Future of The Dual Banking System*, 53 BROOK. L. REV.1-22 (1987)
- MYERS,MARGARET G. A FINACIAL HISTORY OF THE UNITED STATES (1970). 訳書として、吹春寛一（訳）『アメリカ金融史』（日本図書センター、1979）がある。
- Nassberg, Richard T., *Loan Documentation: Basic But Crucial*, 36 BUS. LAW.843-934 (1981)
- Newman, Ira S., *Reducing The Risk of Bank Director Liability*, 96 BANKING L.J.418-436 (1979)
- Note, *The Trust Indenture Act of 1939 : The Corporate Trustee as Creditor*, 24 UCLA L. REV. 131-159 (1976)
- Note, *Avoidance of Preferential Transfers Under the Bankruptcy Act of 1978*, 65 IOWA L. REV. 209-257(1979)
- Note, *The Term Insider Within Section (b)(4)(B) of the Bankruptcy Code*, 57 NORTRE DAME L. REV. 726-740 (1982)
- Note, *Equitable Subordination and analogous Theories of Lender Liability : Toward a new Model of "Control"*. 65 TEX. L. REV. 801(1987)
- Note, *Review of Board Action : Greater Scrutiny for Greater Conflicts of Interest*, 103 HARV. L. REV. 1697 (1990)
- Omar, Paul J., *Thoughts on the Purpose of Corporation*, 1997-4 J. INT'L BANKING L.127-131(1997)
- Rehon, Peter M., *The Equitable Subordination : New Risks for LBO and Non-LBO Lenders*, 108 BANKIGN L. J. 536-544 (1991)
- Roe, Mark J., *Political and legal restrains on ownership and control of public companies*, 27 J. FIN. ECON. 7-41 (1990)
- Roe,Mark J., *Economic Competitiveness and The Law : Some Difference in Corporate Structure in Germany , Japan, and the United States,* 102 YALE L.J. 1927 (1993)
- ROE,MARK J., STRONG MANAGERS, WEAK OWNERS: THE POLITICAL ROOTS OF AMERICAN CORPORATE FINANCE, Princeton University Press (1994). 訳書として、マーク・ロー（著）北條裕雄・松尾順介（監訳）『アメリカの企業統治　なぜ経営者は強くなったか』（東洋経済新報社、1996）がある。本書の紹介として、大杉謙一「著書紹介」アメリカ法1997Ⅱ 189～197頁がある。
- Schooner, Heide Mandanis, *Fiduciary Duties' Demanding Cousin: Bank Director Liability for Unsafe or Unsound Banking Practices*, 63 GEO. WASH. L. Rev.175-220 (1995)
- Shepherd,Jon, *The Liability of Officer and Directors Under the Financial Institutions Reform, Recovery and Enforcement Act of 1989*, 90 MICH. L. REV. 1119-1144(1992)
- SCOTT, AUSTIN WAKEMAN, THE LAW OF TRUSTS, Little, Brown & Company (4th ed. 1987)
- Shleifer, A. & R. Vishny, *A Survey of Corporate Governance* (National Bureau of Econ. Research Working Paper No.5554, 1996)

- Smith, Richard B., *An Underview of the Principles of Corporate Governance*, 48 BUS. LAW. 1297 (1993)
- Sommer, Jr., A. A., *Who's "In Control"? -S.E.C.*, 21 BUS. LAW. 559-593 (1966)
- Special Project Note, *Lender Liability : A Survey of Common-Law Theories*, 42 VAND. L. REV. 855-890 (1989)
- Stevens, Ronald W. & Bruce H. Nielson, *The Standard of Care for Directors and Officers of Federally Chartered Depository Institutions: It's Gross Negligence Regardless of Whether Section 1821(k) Preempts Federal Common Law*, 13 ANN. REV. BANKNG L. 169-232 (1994)
- Symons, Jr., Edward L., *The Bank-Customer Relation : Part Ⅰ Relevance of Contract doctrine*, 100 BANKING L. J. 220-246, (1983)
- Symons, Jr., Edward L., *The Bank-Customer Relation : Part Ⅱ Relevance of Contract doctrine*, 100 BANKING L. J. 325-353, (1983)
- SYMONS, JR., EDWARD L., JAMES J. WHITE, BANKING LAW, West Publishing (3d ed. 1991)
- TSURU KOTARO, THE JAPANESE MARKET ECONOMY SYSTEM: ITS STRENGTHS AND WEAKNESSES, LTCB International Foundation (1995)
- Varallo, Gregory V. & Jesse A. Finkelstein, *Fiduciary Duty of Directors of the Financially Troubled Company*, 48 BUS. LAW. 239-255 (1992)
- Vartanian, Thomas P. & Michael D. Schley, *Bank officer and Director Liability – Regulatory Actions*, 39 BUS. LAW. 1021-1031 (1984)
- Veasey, E. Norman & William E. Manning, *Codified Standard- Safe Harbor or Uncharted Reef? An Analysis of the Model Act Standard of Care Compared with Delaware Law*, 35 BUS. LAW. 919-946 (1980)
- Veasey, E. Norman, *New Insider Into Judicial Deference to Directors' Business Decisions : Should We Trust the Courts?*, 39 BUS. LAW. 1461-1475 (1984)
- Weinstock, Peter G., *Directors and Officers of Failing Banks: Pitfalls and Precautions*, 106 BANKING L. J. 434-471 (1989)
- Weissman, Michael L., *State Legislation Limiting Lender Liability : The Need for Uniformity*, 108 BANKING L. J. 136-143 (1991)
- WHITE, JAMES J. & RAYMOND T. NIMMER, BANKRUPTCY, West Publishing (2nd ed. 1992)
- Williamson, Oliver, *Corporate Governance*, 93 YALE L. J. 1197-1230 (1984)