

第6章 金融 ADR と銀行取締役の善管注意義務

神 作 裕 之

1 問題の所在

金融 ADR 制度は、平成 21 年 6 月 24 日に公布された「金融商品取引法等の一部を改正する法律」(平成 21 年法律第 58 号)により、銀行法のほか、金商法、保険業法、金融機関の信託業務の兼営等に関する法律など金融関連の 16 業法において導入され、平成 22 年 4 月 1 日から実施されている。金融 ADR 制度は、訴訟に比べより簡易、迅速かつ安価な裁判外紛争解決手続により紛争を解決しようとするものである。この制度は、利用者の納得感のあるトラブル解決を通じて利用者保護を図るとともに、金融商品・サービスに関する利用者の信頼性を向上させることが重要であるという観点から導入されたものと説明されている⁽¹⁾。具体的には、金融 ADR 制度においては、金融機関側には、①苦情処理・紛争解決手続の応諾義務、②事情説明・資料提出義務、および③特別調停案の受諾義務が課されており、顧客に有利な取扱いがなされている。金融 ADR 制度においては、一定の要件を備えた苦情等受付機関が、内閣総理大臣の指定を受け、指定紛争解決機関(銀行法 52 条の 62 第 1 項。以下「指定 ADR 機関」という)として紛争解決等業務を行う(同法 52 条の 65)。もっとも、そのような指定を受けるために申請することは、法的義務ではなく、申請するかどうかは苦情等受付機関がそれぞれ任意に判断するものとされている。

全国銀行協会は、平成 21 年 7 月 21 日の理事会において、銀行法および農林中央金庫法上の指定 ADR 機関としての指定取得を目指して取り組んでいくことを機関決定し、翌 22 年 7 月 21 日に金融庁および農林水産省に対して指定紛争解決機関の指定申請を行い、同年 9 月 15 日に指定を受けた⁽²⁾。指定紛争解決機関は、手続実施基本契約の内容に関する事項および紛争解決等業務の実施に関する事項等に関する業務規程を定めなければならない(銀行法 52 条の 67 第 1 項)。当該業務規程においては、①指定紛争解決機関または紛争解決委員は、加入銀行に紛争解決手続に応じるよう求めることができ、加入銀行は求めがあったときは正当な理由な

(1) 中沢則夫＝中島康夫「金融分野における裁判外紛争解決制度(金融 ADR 制度)の概説」金法 1873 号 23 頁(2009 年)。なお、本稿においては、基本的に銀行法の条文のみを引用する。

(2) 大坂元一「金融 ADR 制度の導入と『指定紛争解決機関』としての全銀協の取組み」金法 1911 号 26 頁以下(2010 年)参照。導入後の実態については、大坂元一「『指定紛争解決機関』としての業務開始後半年間の運営実績と『あっせん委員会』利用にあたっての留意事項」金法 1926 号 30 頁以下(2011 年)にくわしい。

くこれを拒んではならないこと、②指定紛争解決機関または紛争解決委員は、加入銀行に対し報告・帳簿書類その他の物件の提出を求めることができ、当該加入銀行はその求めがあったときは、正当な理由なくこれを拒んではならないこと、③紛争解決委員は紛争の解決に必要な和解案を作成し、当事者に対しその受諾を勧告することができること、および④紛争解決委員は、和解案の受諾の勧告によっては当事者間に和解が成立する見込みがない場合において、事案の性質、当事者の意向、当事者の手続追行の状況その他の事情に照らして相当であると認めるときは、紛争の解決のために必要な特別調停案を作成し、理由を付して当事者に提示することができること等を規定しなければならない（同法同条2項）。苦情処理手続と紛争解決手続との連携を確保するための措置が講じられている必要もある（同法同条4項1号）。

金融ADRにおいて全銀協のあっせん委員会からあっせん案が提示され、銀行と顧客との間に和解契約が締結された場合において、銀行の顧客に対する債権の一部放棄や金利の減免等が当該和解契約に含まれているとき、または銀行が法的には本来支払う必要のない金員を支払う結果になるときは、銀行取締役の銀行に対する善管注意義務違反のおそれが生じ得る。たしかに、銀行ひいてはその株主からすれば、対価を得ることなく顧客に対する債権の放棄や支払う必要のない金員の支払がなされることにより、銀行の資産ひいては企業価値が減少することになる。さらに、銀行においては、預金者保護の観点も重要である。たとえば、預金者の存在等に着目して銀行取締役には一般事業会社の取締役よりも高度な注意義務が課されるという近時有力な議論によるならば、この問題についてどのように考えるべきことになるのであろうか。

本稿では、始めに全銀協の金融ADR制度において、あっせん委員会が提示するあっせん案に基づき和解契約が締結された事案について、あっせん委員会にどのような紛争が持ち込まれ、主としてどのような争点整理がなされているかなど、紛争類型と争点について類型化を試みる（2）。続いて、銀行取締役の善管注意義務と一般事業会社の取締役の善管注意義務との異同に関する議論があることを紹介し、仮に銀行取締役の善管注意義務が一般事業会社の取締役のそれよりも高度であるとしたら、そのことが本稿のテーマに何らかの影響を与え得るかについて検討する（3）。本稿のテーマが直接争点となった裁判例は存在しないようであるので、冒頭の紛争類型および争点の整理から、従来の裁判例の中で本稿のテーマに参考になると考えられる債権放棄等を行った取締役の善管注意義務違反の有無が争われたいくつかの裁判例を紹介し、和解に承諾した銀行取締役の責任の参考に供する（4）。もっとも、和解契約に基づく支出については、単なる債権の一部放棄や金利の減免とは異なる法的意味があると思われ、その法的性質を明らかにする必要があるため、和解契約に基づく出損に固有の問題について検討する（5）。最後に、和解契約に基づく出損が、損失補てんが禁止されている場合において、それに該当するかどうかに関連して、現行法の取扱いと残された解釈論上の問題点を指摘する（6）。

2 あっせん委員会における紛争解決の実態－統計と分析－

(1) あっせん申立て事案の特徴

一般社団法人全国銀行協会／全国銀行協会相談室・あっせん委員会事務局「全国銀行協会紛争解決等業務の実施状況（平成24年度）」によると、あっせんの新規申立件数は805件であった⁽³⁾。平成24年度中、あっせん委員会において紛争解決手続が終結した件数は1,065件と過去最高であった⁽⁴⁾。新規申立ての業務分類別内訳は、デリバティブ取引関係が512件（63.6%）、投資信託関係が164件（20.4%）であり、両者を合わせると、全体の約84.0%に達する⁽⁵⁾。

平成24年度中に終結した1,065件についてみると、あっせん案提示後、和解により終結した件数が694件で⁽⁶⁾、終結に至る最も多いパターンであり、その割合は65.2%である。和解により解決する割合は、増加傾向にある。ちなみに、平成22年度中は、終結件数が137件で、そのうち51件があっせん案提示後、和解が締結されており、その割合は37.2%であった⁽⁷⁾。平成23年度は、終結した765件のうちあっせん案提示後、和解により終結した件数は449件で、その割合は58.7%であった⁽⁸⁾。

もっとも、金融ADRは非公開であるということもあり、銀行が実際にどの程度あっせん和解を応諾しているかは不明である。また、和解したことにより銀行取締役の任務懈怠責任が認められた例は存在しないということである⁽⁹⁾。

(3) 一般社団法人全国銀行協会／全国銀行協会相談室・あっせん委員会事務局「全国銀行協会紛争解決等業務の実施状況（平成24年度）」4頁図表5。< http://www.zenginkyo.or.jp/adr/conditions/index/conditions01_2400.pdf >

(4) 「実施状況（平成24年度）」・前掲注(3)5頁図表7。

(5) 「実施状況（平成24年度）」・前掲注(3)4頁図表6。なお、デリバティブ取引関係512件のうち為替デリバティブ関係が494件と大半を占めている。もっとも、デリバティブ取引関係に係るあっせんの新規申立件数の割合は、平成23年度に対比すると31.6%の減少であったのに対し、投資信託については7.9%増加しており、傾向は正反対である。この傾向は、最新の統計において、さらに顕著となっている。平成25年度第3四半期のあっせんの新規申立件数59件中、デリバティブ取引は22件で37.3%に低下しているのに対し、投信関係は17件と28.8%に上昇している。一般社団法人全国銀行協会／全国銀行協会相談室・あっせん委員会事務局「全国銀行協会紛争解決等業務の実施状況（平成25年度第3四半期）」10頁図表7。< http://www.zenginkyo.or.jp/adr/conditions/index/conditions01_2503_1.pdf >

(6) 「実施状況（平成24年度）」・前掲注(3)5頁図表7。紛争解決手続の打切りが253件、申立人による申立ての取下げが63件、適格性審査による不受理が45件、あっせん案の提示後不調による終結が8件、特別調停案の提示後和解がなされた件数が2件である。

(7) 一般社団法人全国銀行協会／全国銀行協会相談室・あっせん委員会事務局「全国銀行協会紛争解決等業務の実施状況（平成22年度）」5頁図表9。< http://www.zenginkyo.or.jp/adr/conditions/index/conditions01_2200.pdf >

(8) 一般社団法人全国銀行協会／全国銀行協会相談室・あっせん委員会事務局「全国銀行協会紛争解決等業務の実施状況（平成23年度）」5頁図表9。< http://www.zenginkyo.or.jp/adr/conditions/index/conditions01_2300.pdf >

(9) 本研究会事務局からのご教示による。

以下では、全銀協のあっせん委員会における紛争類型の8割を超えるデリバティブ取引と投資信託の販売に関し、投資者ないし顧客と銀行との間で紛争が生じた場合において、最も多い紛争解決に至るパターンである、あっせん委員会により提示されたあっせん案に基づき和解契約が締結されたケースを対象に、検討を進めることとする。

(2) 紛争の類型化

本稿がとりあげるデリバティブ取引と投信に係る紛争の特色について、一般社団法人全国銀行協会が公表している「(別冊) あっせんの申立て事案の概要とその結果」⁽¹⁰⁾に基づき、主として平成24年度のデータを紹介し、分析する。

デリバティブ取引に係るあっせん申立事案においては、申立人が法人であるケースがほとんどであること、および主たる争点が定型化されている点に大きな特徴がある。あっせんにおける主たる争点は、ほぼ次の4類型に集約される⁽¹¹⁾。

第1は、ヘッジニーズに関する不満から解約し、解約清算金等の負担を銀行側に求めるといふ紛争類型である。具体的には、「ヘッジニーズがないにもかかわらず締結させられたデリバティブ取引を中途解約し、解約清算金等を負担することを求める」ケース、「不十分なヘッジニーズの検証で締結させられたデリバティブ取引を中途解約し、解約清算金等を負担することを求める」ケース、「過大なヘッジ比率で締結させられたデリバティブ取引を中途解約し、解約清算金等を負担することを求める」ケースである。

第2は、説明義務違反に基づく損害賠償請求や解約清算金等の負担を求めるケースである。具体的には、「説明不十分で締結させられたデリバティブ取引を中途解約し、解約清算金等を負担することを求める」ケースである。当該デリバティブ取引の具体的なリスクや解約清算金についての説明がなかった、あるいは不十分であったとして説明義務違反が主張されるケースも少なくない。

第3に、適合性原則に違反したデリバティブ取引により生じた損害賠償請求に係る事案である。具体的には、財務耐久力を超えて締結させられたデリバティブ取引に係る損害賠償請求の事案がある。

第4は、優越的地位の濫用により締結させられたデリバティブ取引に係る損害賠償請求である。投信契約についてあっせん申立てがなされた事案についても、紛争が定型化されているとい

(10) 一般社団法人全国銀行協会「(別冊) あっせんの申立て事案の概要とその結果」参照。< <http://www.zenginkyo.or.jp/adr/conditions/index.html> >

(11) その他の紛争類型として、無権限者が締結したデリバティブ取引に係る損害賠償請求、契約期間が長期にすぎる為替デリバティブ取引の解約要求の案件などがある。

う点ではデリバティブ取引の場合とまったく同様であるが、こちらは紛争類型がより集中している。その大多数が、説明義務または適合性原則に関する紛争である⁽¹²⁾。すなわち、その多くが「説明不十分で購入させられた投資信託の元本割れ相当額の損失補てんを要求」するものである。他には、「誤った損失額の説明にもとづいて解約した投資信託に係る損害賠償を請求する」ものおよび「不十分な検証で購入させられた投資信託の元本割れ相当額の損失補てんを要求する」ものなどがある。前者は、解約に関する説明不足に端を発する紛争であり、後者は業者側に一定のタイプの投信を推奨するよう依頼していたところ期待に沿わない商品が推奨されたことに起因する紛争である。

このように、デリバティブ取引についても投信販売についても、全銀協のあっせん委員会に申し立てられた紛争は、その争点が単純化され定型化されている傾向が強い点で共通した特徴がある。しかし、両者の間には、次のような違いがあると思われる。

第1に、デリバティブ取引に係るあっせん事案においては、為替リスクのヘッジの必要性和検証すなわち商品の適合性が主たる争点とされているのに対し、後者すなわち投信販売に係る事案では、説明義務違反の有無が主たる争点とされている。適合性原則違反を含む説明義務違反が争点となったケースにおいては、和解契約の締結は、当該争点に係る紛争を解決し、終了させる目的の下に締結されたものであり、通常の経営判断原則の判断枠組みでそのような和解契約を締結した銀行取締役の善管注意義務を判断すれば足りるのであろう。その際、投信販売の場合は、元本割れ相当額を損害としてどちらが負担すべきかが問題となっており、現在の法制度および判例を前提にすれば、説明義務違反に基づき元本割れが生じていれば、元本欠損額が損害額と認められやすいことが有力な基準となろう⁽¹³⁾。

第2に、デリバティブ取引の中途解約に係る解約清算金等について、和解によりその縮減や放棄がなされたときは、銀行資産の毀損にはかならず、その決定に関与した銀行取締役の善管注意義務違反が問題となる可能性がより高まるであろう。もっとも、そもそも中途解約に係る解約清算金支払請求権とデリバティブ取引の債務不履行に基づく「損害」との関係については、議論があるところである⁽¹⁴⁾。さらに、そもそも解約清算金支払請求権が銀行資産といえるのかどうか、解約清算金の定め効力等について議論がある。中途解約に係る解約清算金に

(12) 投資信託に関連するその他の紛争類型として、たとえば投資信託を誤って解約されたことによる損害賠償請求や、優越的地位の濫用により購入させられた投資信託の元本割れ相当額の損失補てんの要求等がある。

(13) 金融商品販売法に基づく重要事項についての説明義務違反または断定的判断の提供等の禁止に違反した場合には、元本欠損額が顧客に生じた損害の額であると推定されている（金融商品販売法6条1項）。

(14) スワップ契約の解除と顧客の損害賠償義務が争点となった東京高判平成9年5月28日判タ982号166頁およびその原審判決である東京地判平成7年11月6日判タ982号171頁参照。道垣内弘人「スワップ取引に関する私法上の問題点（上）（下）」金法1343号11頁、同1344号15頁をも参照。

関する法律関係は、それ自体検討を要する問題であるが、以下では、中途解約に係る解約清算金等が有効に発生することを前提に議論を進めることとしたい。

3 金融 ADR と銀行の取締役の善管注意義務

(1) 緒論

1 に述べたように、本稿のテーマは、全銀協の金融 ADR においてあっせん委員会からあっせん案が提示され、銀行と顧客との間に和解契約が締結された場合において、当該和解内容に、銀行の顧客に対する債権の一部放棄や金利の減免等が含まれ、または銀行が法的には本来支払う必要のない金員を支払うことになるときは、銀行取締役の銀行に対する善管注意義務違反に基づく責任が生じるかどうかを検討することである。ところが、この点が直接争われた裁判例は、少なくとも公表された範囲内では存在しないようである。

そこで、2 で検討したあっせん委員会に申立てられた事案を紛争類型および争点の観点から整理した上で、従来の裁判例の中で本稿のテーマに参考になると考えられる裁判例を取り上げ、本稿のテーマを検討する際の参考に供したい。具体的には、もっぱら経営判断原則の適用の有無とその適用のあり方という観点から、本稿のテーマに関連すると考えられる裁判例、すなわち銀行の債権放棄や融資先が破たんした場合の債権届出の取下げ等に係る取締役の責任が追及された裁判例を紹介する。裁判例の紹介に先立ち、本節では、銀行取締役の注意義務が一般事業会社の取締役の注意義務よりも高度であるという判例および有力説による場合、本稿のテーマに関する議論に何らかの影響が生じ得るかどうかを検討する。

(2) 判例・学説

判例は、銀行取締役の注意義務は一般事業会社の取締役の注意義務よりも高度であるとす。最決平成 21 年 11 月 9 日⁽¹⁵⁾は、刑事事件であるが、次のように判示する。「銀行の取締役が負うべき注意義務については、一般の株式会社取締役と同様に、受任者の善管注意義務（民法 644 条）及び忠実義務（平成 17 年法律第 87 号による改正前商法 254 条の 3、会社法 355 条）を基本としつつも、いわゆる経営判断の原則が適用される余地がある。しかし、銀行業が広く預金者から資金を集め、これを原資として企業等に融資することを本質とする免許事業であること、銀行の取締役は金融取引の専門家であり、その知識経験を活用して融資業務を行うことが期待されていること、万一銀行経営が破たんし、あるいは危機にひんした場合には

(15) 最決平成 21 年 11 月 9 日刑集 63 卷 9 号 1117 頁。

預金者及び融資先を始めとして社会一般に広範かつ深刻な混乱を生じさせること等を考慮すれば、融資業務に際して要求される銀行の取締役の注意義務の程度は一般の株式会社取締役の場合に比べ高い水準のものであると解され、所論がいう経営判断の原則が適用される余地はそれだけ限定的なものにとどまるといわざるを得ない。」

学説においても、銀行取締役の注意義務は一般事業会社の取締役の注意義務よりも高度であり、裁量の幅が制限されているとする説が有力に主張されている⁽¹⁶⁾。その論拠として、①公共的な性格のある銀行業務を営む銀行には大きな社会的責任があること、②金融監督の手法として健全性維持などの銀行法上の規制が取締役の注意義務に組み込まれていると解すべきこと、③銀行経営は大きな外部性を有しているため、経営の裁量の幅を狭めることにより外部性の内部化が困難になる事態を回避する必要があることなどが挙げられている。

本稿のテーマとの関連でいえば、金融 ADR 手続においてあっせん委員会が提示したあっせん案に基づき和解契約が締結されたときは、一般事業会社が ADR 手続において同様の和解をした場合よりも高い水準の注意義務に服し、経営判断の原則が適用される余地は限定されるのかどうかの問題となる。

前掲平成 21 年最決は、銀行取締役はより高い水準の注意義務を負い経営判断の原則が適用される余地は一般事業会社のそれに比べ限定的であるとするが、決定要旨は本稿のテーマに当然に及ぶのであろうか。前掲平成 21 年最決の事案は、銀行の固有業務である融資業務に基づき多額の損失が発生し、当該銀行自体が破たんし追い込まれた場合である。固有業務である融資業務の失敗により銀行が破たんに至った場合に関する決定要旨が、金融 ADR 手続におけるあっせん案の提示を受けて締結した和解契約に基づく債権の縮減や支払の局面にそのまま妥当すると解することにはやや飛躍があるように思われる。前掲平成 21 年最決の決定要旨は、銀行取締役が高い水準の注意義務を負う理由として、銀行の融資業務には専門性があること、およびその失敗は預金者および融資先を始めとして社会一般に広範かつ深刻な混乱を生じさせることを指摘している。ところが、ADR 手続を通じた和解契約に基づく債権放棄や支払は、銀行に限らず一般事業会社にも生じ得るし、本業である融資業務の失敗により銀行が破たんする場合と比べると、銀行の存立に与える影響も限定的であろう。前掲平成 21 年最決の決定要旨が、金融 ADR 手続に起因する和解契約に基づく支払について適用されるかどうかは、ブラン

(16) 岩原紳作「金融機関取締役の注意義務—会社法と金融監督法の交錯」落合先生還暦記念『商事法への提言』（商事法務、2004 年）173 頁以下、とくに 215 頁以下、山田剛志「金融業務と行政：業際問題と金融機関の破綻」弥永真生＝山田剛志＝大杉謙一編著『現代企業法・金融法の課題』（弘文堂、2004 年）284 頁、森田果「わが国に経営判断原則は存在していたのか」商事法務 1858 号 9～10 頁（2009 年）等参照。詳細な判例分析を行った文献として、神吉正三『金融機関役員の融資決済責任』（酒井書店、2005 年）がある。また、より広く金融機関が破たんした場合の責任法制全般を扱った文献として、吉井敦子『破綻金融機関をめぐる責任法制』（多賀出版、1999 年）参照。

クであって、むしろ、その射程が当然に及ぶものではないと考えるのが素直であるように思われる。

第2に、しかしながらそもそも和解契約の要件として「互譲性」が法定されており、それを字義通りにとらえるならば、そこには、債権の縮減や金員の支払等の要素が入り得る。そこで、一般事業会社の取締役よりも厳格な注意義務が銀行取締役に課されるという前掲平成21年最決の決定要旨が、仮に金融ADR手続による和解により債権の縮減や支払に適用されると解するとした場合に、経営判断の原則がこの局面でどのように適用されることになるかを検討する必要がある。とくにデリバティブ取引に係る紛争に係る和解契約においては、事業再生的な要素があると指摘されている⁽¹⁷⁾ことに留意する必要がある。というのは、そのような場合には、銀行が破たんしたあるいは破たんのおそれのある企業に対し与信を継続し、または追加与信をする場合と同様に、デリケートな判断が求められるため、経営判断原則の適用が問題となる余地が大きいからである。したがって、破たん企業に対する銀行および一般事業会社の与信に係る取締役の注意義務に関する判例を検討の対象に加える必要がある。

第3に、学説上の上記論拠②にあるように、銀行監督法令の実効性を確保するためには、それに違反した場合に会社法上の善管注意義務に該当することが前提にされているとすると、デリバティブ取引や投信の販売勧誘における業法上の行為規制との関係が問題となり得る⁽¹⁸⁾。ここでは、金融ADR手続における和解契約の締結とそれに基づく支払の端緒となった銀行の行為に、法令違反とくに金融監督法違反が含まれていたかどうかによって区別する必要が生じると思われる。

金融ADR手続に係る事案の紛争類型には銀行の支配的地位の濫用に基づくデリバティブ取引の強要という類型がある⁽¹⁹⁾。優越的地位の濫用は、銀行法および独禁法が禁止する法令違反の行為である。平成17年12月に、公正取引委員会は、変動金利で新規融資や継続融資を申

(17) 池永朝昭＝臼井徹＝金井仁雄＝神作裕之＝桜井建夫＝谷健太郎「＜座談会＞金融ADRの現在」金融法務事情1946号（2012年5月）6頁以下参照。

(18) 金融監督規制との関係からは、法的拘束力はないものの、金融庁の監督指針は事実上の拘束力を有している面が否定できない。現在では、デリバティブ取引を締結する場合における監督のポイントが、相当詳細かつ厳格に規定されている。金融庁「主要行等向けの総合的な監督指針」（平成26年4月）Ⅲ－3－3－1（2）①イにおいて、a. 当該デリバティブ取引の商品内容やリスクについて、例示等も入れ、具体的に分かりやすい形で解説した書面を交付して、適切かつ十分な説明をすること、b. 当該デリバティブ取引の中途解約および解約清算金について、具体的に分かりやすい形で解説した書面を交付して、適切かつ十分な説明をすること、c. 提供するデリバティブ取引がヘッジ目的である場合、（イ）顧客の事業の状況（仕入、販売、財務取引環境など）や市場における競争関係（仕入先、販売先との価格決定方法）を踏まえても、継続的な業務運営を行う上で有効なヘッジ手段として機能すること、（ロ）契約終期まで継続すると見込まれること、（ハ）顧客にとって今後の経営を見通すことがかえって困難とすることにならないことを確認するとともに、その確認結果について、具体的に分かりやすい形で、適切かつ十分な説明をすることが求められている。

(19) 2（2）の第4類型を参照。

し込んだ企業に対し、金利デリバティブ商品を中心に勧誘を行い、購入を事実上強要していたことが不公正な取引方法にあたるとしてある銀行に排除勧告を出した。銀行法は、とくに与信業務との関係で、優越的地位が濫用されるおそれ大きいとして、各種の行為規制を課している。すなわち、銀行は、顧客に対し、当該銀行またはその特定関係者その他当該銀行と密接な関係を有する者の営む業務に係る取引を行うことを条件として、信用を供与し、または信用の供与を約してはならない（銀行法13条の3第3号）。銀行法もまた、①抱合わせ販売の禁止（同法52条の45第3号）、②銀行代理業者としての取引上の優越的地位を不当に利用する行為（銀行法施行規則34条の53第3号）等を禁じている。

これに対し、適合性原則違反または説明義務違反に関する紛争類型については、監督法違反の面もあるけれども、民事法上の救済を図ることが可能な領域である。この点について特に検討を要するのは、金融庁の監督指針において、デリバティブ取引の勧誘説明に関し詳細な事項が定められていることである⁽²⁰⁾。金融庁の監督指針は、実務に対し強い影響力と規範性を有しており、それに従わないことが銀行取締役の注意義務違反になるとすることにより、銀行監督の実効性が確保されることが目指されているという議論があり得るかもしれない。しかし、監督指針には法的拘束力がないから、その定めのみから当然にそのような結論を導くことはできない。当該監督指針の定める内容が民事法上も銀行取締役の注意義務として規範化していると認められる場合に初めて、その違反について民事責任が生じ得ると解すべきであろう。

いずれにせよ、優越的地位の濫用により締結されたデリバティブ取引について金融ADR手続を通して和解契約が締結された場合には、銀行監督法の実効性確保という観点から銀行取締役に高度の注意義務が課される場合があり得ることは指摘しておく必要がある。

4 関連裁判例

(1) 緒論—経営判断の原則

本節では、従来の裁判例の中で、一見すると、会社にとって損害が生じるとされる取締役の作為または不作為について取締役の善管注意義務が問われたケースを概観する。裁判例は、明示的または黙示的に、経営判断の原則を適用しているものと考えられる。経営判断の原則について詳細に論じた下級審裁判例である東京地判平成16年9月28日⁽²¹⁾は、次のように判示する。「企業の経営に関する判断は不確実かつ流動的で複雑多様な諸要素を対象にした専門的、予測的、政策的な判断能力を必要とする総合的判断であり、また、企業活動は、利益獲得をそ

(20) 前掲注(18)参照。

(21) 東京地判平成16年9月28日判時1886号111頁。

の目標としているところから、一定のリスクが伴うものである。このような企業活動の中で取締役が萎縮することなく経営に専念するためには、その権限の範囲で裁量権が認められるべきである。したがって、取締役の業務についての善管注意義務違反又は忠実義務違反の有無の判断に当たっては、取締役によって当該行為がな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、文化等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、前提としての事実の認識に不注意な誤りがなかったか否か及びその事実に基づく行為の選択決定に不合理がなかったか否かという観点から、当該行為をすることが著しく不合理と評価されるか否かによるべきである。」

もっとも、経営判断の原則とは何かについて、判例法理は必ずしも一致しているわけではないとされる⁽²²⁾。学説では、経営判断についてのプロセスと判断内容の2つの側面に分け、前者は当時の状況に照らして合理的な程度に情報収集・調査・検討等をしていただどうかを審査し、後者については取締役としての通常的能力・識見を有する者の立場からみて当時の状況に照らし明らかに不合理でないかどうかを審査するという二重の基準を提唱する見解が有力である⁽²³⁾。しかし、最判平成22年7月15日は⁽²⁴⁾、事業再編計画の一環としてA社の株式を1株当たり5万円の価格でB社が買い取る旨の決定をしたことにつき、B社の取締役に善管注意義務違反があるとして、B社の株主が提起した株主代表訴訟において、「本件取引は、A社をB社に合併して不動産賃貸管理等の事業を担わせるという参加人のグループの事業再編計画の一環として、A社をB社の完全子会社とする目的で行われたものであるところ、このような事業再編計画の策定は、完全子会社とすることのメリットの評価を含め、将来予測にわたる経営上の専門的判断にゆだねられていると解される。そして、この場合における株式取得の方法や価格についても、取締役において、株式の評価額のほか、取得の必要性、参加人の財務上の負担、株式の取得を円滑に進める必要性の程度等をも総合考慮して決定することができ、その決定の過程、内容に著しく不合理な点がない限り、取締役としての善管注意義務に違反するものではないと解すべきである」と述べ、決定の過程と内容につき同一の基準を採用するものと解される。この最高裁判決を含め、判例の総合的な分析の結果、現在の判例は、意思決定の過程と内容を共に審査するのが主流であると評価されている⁽²⁵⁾。

前掲平成23年最判は、グループ会社の完全子会社化に際しては、株式の評価額のほか、取得の必要性、財務上の負担、株式の取得を円滑に進める必要性の程度等をも総合考慮して決定

(22) 近藤光男編『判例法理 経営判断原則』（中央経済社、2012年）3頁。

(23) たとえば、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 [新版]』（弘文堂、2002年）96頁等。

(24) 最判平成22年7月15日判時2091号90頁。

(25) 近藤編・前掲注(21)12頁。

することができ、その決定の過程、内容に著しく不合理な点がない限り、取締役としての善管注意義務に違反するものではないと判示し、過程と内容を共に審査するとともに、その際の基準が「著しく不合理」かどうかである点でも注目される⁽²⁶⁾。

なお、経営判断の原則が適用されない場合についても、議論がなされている。本稿との関係では、利益相反関係が存在する場合かどうかが問題となる。理論上は、利益相反関係が存在するケースでは、経営判断の原則は適用されないと解すべきであるとの主張が有力であるためである。企業グループ内の取引に関連して取締役の責任が問われるケースが存在し、利益相反関係が存在するとみる余地もある。ところが、判例は、形式的な利益相反取引に該当する場合は除き、単なる役員の兼任関係や資本関係を通じて同一のグループに属しているという事実関係だけに基づいて利益相反関係があるとして、経営判断原則の適用を排除しているわけではないように思われる。

(2) (貸付) 債権の一部放棄や金利の減免・放棄

和解とは、当事者が互いに譲歩をしてその間に存在する争いをやめることを約する契約であり、その要件として「互譲性」が法定されている（民法 695 条）。和解契約の法的効力として、和解した結果と反対の証拠が出てきたとしても和解の効力が覆らないとされ（民法 696 条）、講学上、和解の確定効と言われる。互譲性の要件を字義通りに理解するならば、そこには債権の縮減や放棄の要素が入り得る。「互譲性」の要件は、一般に相当緩やかに解釈されているため⁽²⁷⁾、銀行側が一方的に譲歩するよう見えるケースも生じ得る。和解契約が、実質的・経済的には債権の一部放棄や金利の減免に近い効果をもたらすケースが存在するのである。

そこで、始めに、貸付債権の一部放棄や金利の減免・放棄に係る取締役の善管注意義務に係る裁判例について検討する。もっとも、互譲における相互の有償性に着目するならば、貸付債権の一部放棄や金利の減免とパラレルにとらえきれない部分がある。というのは、独立当事者間の和解契約であれば、単なる債権の一部放棄や金利の減免ではなく、紛争の蒸返しを防ぎ紛

(26) 田中亘・判批・ジュリスト 1442 号 103～104 頁参照。

(27) 法制審議会民法（債権関係）部会の資料は、次のように学説の状況をまとめている。「和解の要件の存否は、確定効を与えるのが適当かどうかという観点から、緩やかに判断すべきであると解されている。そして、このことから、当事者の互譲についても、広く認められていると言われている。例えば、裁判上の和解については、一方当事者の主張を無条件に認める場合であっても、他方当事者が訴訟費用を負担する旨の合意があれば互譲が認められるとする見解や、他方当事者が訴訟費用を負担する旨の合意が無くとも、訴訟係属の消滅により他方当事者の譲歩があると言えるとして、当事者の互譲が認められるとする見解がある。また、この他、一方当事者の主張を無条件に認める内容でも、『他に債権債務が無いことを確認する』旨の条項が規定されていれば、これにより当事者の互譲が認められるという見解もある。」民法（債権関係）部会資料 18-2 「民法（債権関係）の改正に関する検討事項（13）詳細版」 38 頁。< <http://www.moj.go.jp/content/000057431.pdf> >

争を解決するという要素があるからである。和解契約に基づく支払いと（貸付）債権の一部放棄や金利の減免との間のこのような異同に留意しつつ、まず、銀行が借入人に対する債権を縮減した場合を扱い、次に同一の企業グループ内において（貸付）債権が縮減された場合を紹介する。

（イ）銀行取締役

【参考裁判例1】東京地決平成8年6月26日金法1457号40頁

[事案の概要]

A銀行はB社グループに対し合計162億円の融資を行っていたところ、142億円は大蔵省検査の際に将来回収不能に陥る懸念があるとされ、A銀行はB社グループのメインバンクとして、B社の再建を進めるか清算をするか検討の上、95億円の債権を放棄してC社グループにB社の再建を委ねた。A銀行の株主（正確には、A銀行とD銀行が合併して成立したE銀行の株主）Xは、銀行取締役Yに対し、本件債権放棄は忠実義務違反および特別背任に該当し、それらに基づく損害賠償義務があると主張し、株主代表訴訟を提起した。これに対し、Yは、担保提供を求めた。本件訴えは、Yが申立人として、Xの主張は不十分であるとして、担保提供命令を求めたものである。

[決定要旨]

「X（被申立人・原告）は、本件債権放棄が取締役としての善管注意義務・忠実義務違反や商法486条違反になるとする根拠として、A銀行にB社の経営破綻に対する法的な責任はなく、同行とC社グループとの間にも、債権放棄を正当化できる法的な関係がない旨抽象的に主張するだけで、それ以上にY（申立人・被告）らの責任を基礎づける具体的な事実を主張しないし、また、Yらの責任は右主張自体で明らかで特段の立証をする必要は認めないとしている。

しかしながら、一件記録によれば、A銀行はB社グループに対し、合計162億円の融資をしていたが、そのうち142億円は大蔵省検査において将来回収不能に陥る懸念のある貸出として分類された潜在的な不良債権であったところ、A銀行は、いわゆるメインバンクとして、B社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、A銀行は、右融資のうち95億円の債権放棄をしてでもC社グループにB社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。

・・・Xの本訴請求は、十分な事實的・法律的な根拠を持った主張と解することはできず、独自の見解に基づきYらの責任を追及するものであって、請求原因の重要な部分に主張自体失当な点があり、主張を大幅に補充又は変更しない限り請求が認容される可能性が極めて低いものというほかはなく、Xの悪意を認めるべき場合に当たる」として、3000万円の担保提供を命じた。

本決定に対しXが控訴したが、東京高決平成9年6月2日は控訴を棄却した⁽²⁸⁾。

(ロ) 非銀行—グループ会社等への貸付債権の一部放棄や金利の減免・放棄

【参考裁判例2】大阪地判平成14年1月30日判タ1108号248頁〔ロイヤルホテル事件〕

[事案の概要]

Aホテルは、平成11年3月31日現在でその発行済株式総数の約36.6%をBホテルが保有し、Bホテルの代表取締役であるYがAホテルの代表取締役を兼任し、その他Bホテルの役員および従業員がAホテルの役員を兼務するなど、Bホテルグループに属するグループ会社であった。Aホテルの再建のために3か年計画が策定され、それに基づき、BホテルからAホテルに対する貸付金の放棄がされるとともに、Bホテルの子会社を経由してAホテルに対し引続き融資を行うこととした事案において、Bホテルの株主XがBの取締役であるYらを相手に株主代表訴訟を提起した。

[判旨]

「3ヶ年計画策定前の融資が実行された時点において、Aホテルが倒産することが具体的に予見可能な状況にあり、3ヶ年計画策定前の融資によって経営の建て直しが見込める状況になく、そのため同融資金が回収不能となる危険が具体的に予見できる状況にあったとまでは認められないものというべきである」と述べた上で、債権放棄については、次のように判示した。「3ヶ年計画策定後の融資及び本件債権放棄等については、これを実行するという経営判断を行った時点において、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あったとは認められず、また、Bホテルと密接な関係にあるAホテルの倒産を防止し、出資金の無価値化、保証債務の履行、金融機関からの融資引揚げ、企業イメージの低下による売上げの減少等といったBホテルの損失を回避する必要がある状況で、Bホテルに過重な負担とならない範囲内において、外部の意見も聴くなど慎重な手続を経て決定し、実行したものであり、実際にAホテル及びBホテルの経営改善に一定の効果を有したのであって、その意思決定の過程、内容が企業経営者として特に不合理、不適切なものであったともいえないから、Yらに取締役として認められた裁量の範囲を逸脱するものではなく、したがって、Yらに善管注意義務違反及び忠実義務違反となるべき任務懈怠を認めることはできない。」

(28) 東京高決平成9年6月2日資料版商事法務166号159頁。

【参考裁判例 3 - 1】 東京地判平成 7 年 10 月 26 日金法 1436 号 38 頁 [東京都観光汽船株主代表訴訟事件第 1 審判決]

[事案の概要]

内陸水運送業等を事業目的とする A 社は、かつては Y 1 が代表取締役であったが、その後は Y 2 が代表取締役に就任しており、他に Y 3 および Y 4 が取締役である。B 社は、モーターボート、ヨット等の販売・修理、会員制ヨットクラブの営業を営んできた。Y 1 は B 社の代表取締役、Y 3 は B 社の取締役でもあった。Y 1、Y 3 および Y 4 の 3 名は、A 社の発行済株式の約半数を、B 社の発行済株式の過半数を所有していた。A 社と B 社の間には、直接の資本関係はなかったが、事業基盤および運営の面等で密接な関係があり、外部からもグループ企業とみられていた。A 社は B 社に対し多額の貸付けおよび連帯保証をしてきたが、B 社が破産したため、約 3 億 800 万円の破産債権が回収不能となった。B 社の破産手続において A 社は同金額を届け出たが、破産管財人の要請に基づき当時の A 社の代表取締役 Y 2 が届出を取り下げた。これに対し、A 社の株主である X が、株主代表訴訟を提起し、Y らの善管注意義務・忠実義務違反に基づく損害の賠償を求めた。

[判旨]

「X は、Y 2 が B 社の破産手続において、A 社の代表取締役として B 社の A 社に対する貸付債権及び代位弁済に基づく求償債権の元利合計 3 億 778 万 6706 円を破産債権として届け出ながら、その後これを取り下げた行為が取締役の忠実義務に違反すると主張する。

しかし、・・・Y 2 本人によれば、A 社は、B 社の債権者のうちで最も届出債権額が多かったこと、A 社が破産債権の届出を取り下げたのは、破産管財人からその旨の要請があり、これを社内で十分に検討した上での決断であること、その結果、B 社の破産事件の最終配当時の破産債権額は合計 2 億 7466 万 7422 円となり、配当金額は 7673 万 1073 円（配当率 27.91%）となったことが認められる。

右認定事実に、・・・A 社と B 社とは、役員及び株主の人的構成の面においても、事業運営の面においても密接な関係にあり、対外的には、グループ企業と見られる状態にあったことを併せ考えると、破産管財人が B 社の一般の債権者の配当率を上げるために、同社の最大の債権者であり、かつ同社のグループ企業と見られる A 社に対して破産債権の届出を取り下げるよう求めたことは、日本の経済社会における一般の企業意識に適合した合理的な要請というべきであって、Y 2 が A 社の代表取締役としてこの要請に応じたことをもって取締役の忠実義務に違反するということとはできない。」

【参考裁判例 3 - 2】 東京高判平成 8 年 12 月 11 日金商 1105 号 23 頁 [東京都観光汽船株主代表訴訟事件第 2 審判決]

[判旨]

「Xは、A社とB社を『グループ企業』という特別な関係にあるものと考えすることはできないし、また、破産債権届出の取下げが合理的であったと評価することもできない旨主張する。

しかしながら、・・・A社とB社は、役員及び株主の人的構成の面においても、事業運営の面においても密接な関係にあり、対外的には『グループ企業』とみられる特別な関係にあったものということができるのであって、我が国における一般の企業意識に照らせば、Y2が、A社の代表取締役として、破産管財人の要請に応じて破産債権の届出の取下げをしたことをもって、取締役の善管注意義務・忠実義務に違反するということができない。したがって、この点に関するXの主張は、採用することができない。」

なお、本判決に対し、Xが上告したが、最判平成12年9月28日金商1105号37頁は、上告を棄却した⁽²⁹⁾。

【参考裁判例4】東京地判平成12年7月27日判タ1056号246頁

[事案の概要]

A社は、B社・C社に対する債権を有していたが、それを放棄する旨、取締役会決議により決定した。A社の代表取締役Yは、B社の代表取締役であるとともに、B社に対し80%の出資者であった。A社の株主Xは、代表訴訟を提起し、Yは、B社・C社に対する債権放棄等により会社に損害を与えたと主張して、その損害の賠償を求めた（なお、本件の主要な争点は、有利発行により会社に生じたと主張された損害賠償請求権の存否であるが、債権放棄の論点についてのみ取り上げる）。

[判旨]

「C社との取引については、・・・C社との取引を原因とする損害賠償請求権は、既に10年以上が経過したことにより時効により消滅している。したがって、C社との取引を原因とするXの請求は、そのほかの点について判断するまでもなく、理由がない。

B社との取引については、・・・昭和55年、A社の製品の販売先であったB社（旧B社）が倒産したため、Yは、A社の販売先と旧B社の商権を確保するため、同年、同名のB社を設立し、Yが代表取締役に就任したが、B社の・・・総販売元であったC社が販売を中止したため、A社独自で販売促進活動をする一方、A社は、B社に工場を賃貸し、資金を貸し付け、売掛金を回収しないなどの資金援助を行ったが、A社はこれらの債権について、B社は物的施設を所有していなかったため、担保を徴求するなどの債権保全措置はとっておらず、最終的に7億4719万4594円の債権が回収不能となった事実が認められる。

しかし、企業活動とは、本来的に、経営上の危険を冒しながら利潤の追求をすることによっ

(29) 最判平成12年9月28日金商1105号37頁。

て初めて営利を実現することができる性質の活動であるから、会社の取締役の責任を判断するに当たっては、取引先や商権の確保のために密接な関係にある取引先企業に対して金融支援をすることは、担保を徴求しなかったために結果的に貸付金等を回収することができなくなったとしてもそのことだけから直ちに会社に対する右の義務違反があるということとはできないのであって、支援先企業が倒産し、債権回収が不能となる危険が具体的に予見できる状況にあったなどの特段の事情が認められない限り、取締役としての裁量権の範囲内にある行為として会社に対する善管注意義務・忠実義務に違反するものではなく、取締役が会社に対して損害賠償責任を負うものではないと解するのが相当である。

本件においては、右の具体的な予見可能性を認めるべき的確な証拠はなく、A社は、不動産の含み益で償却可能な範囲で支援を行ってきたものであるから、このようなYの行った企業活動が、本来危険を冒して利潤を追求する企業の性質に照らしても、なお取締役の義務違反であるといえるまでの特段の事情があったとまではいえず、ほかにYの義務違反を基礎づけるに足りる事実は認められない。」

「Xは、B社・C社に対する債権放棄は取締役と会社の利益相反行為が取締役会の承認を得ないでされたものであるとして、(平成17年改正前)商法266条1項4号に基づく損害賠償も請求している。

しかし、・・・B社及びC社に対する債権は回収不能であったためA社には債権放棄による損害が発生していないこと、B社はYが80%を出資し、Yが代表取締役を務め、A社が資金援助を行っていた関連会社であったため、A社の責任で債務整理することはやむを得ない経営判断であったこと、債権放棄額は損金計上し土地売却益で損失の償却が可能であったこと、及び、A社は、平成9年9月12日、取締役会を開催し、B社に対する債権放棄を追認したこと、以上の事実が認められるから、B社・C社に対する債権放棄を理由とする損害賠償請求は、いずれにしても理由がない。」

(3) 持株会社の役員が子会社の役員を責任を追及しない場合

子会社の役員が任務懈怠により子会社に損害を与えた場合には、親会社は、その保有する子会社株式の価値の毀損等により損害を被る可能性がある。子会社が当該役員を責任を追及しない場合において、親会社が株主代表訴訟を提起してその責任を追及しないことが親会社役員に任務懈怠にならないかどうか問題となり得る。責任を追及しないことが、実質的には会社資産の毀損を放置することになりかねない点で、本稿のテーマと共通性を有するので、以下にこの点について論じた下級審裁判例を紹介する。さらに、同判決は、和解契約の効力についても論じており、興味深い。

【参考裁判例5】大阪地判平成15年9月24日判例時報1848号134頁

[りそなホールディングス株主代表訴訟事件]

[事案の概要] 銀行持株会社であるA社の株主であるXは、A社の取締役・監査役であったYらを被告として株主代表訴訟を提起し、A社の銀行子会社であるB銀行およびC銀行が、それぞれの海外支店における不祥事に伴い支出することとなった課徴金や弁護士報酬に相当する金額の損害や、D銀行の第三者割当増資に応じてその新株を引き受けたことにより生じた損害について、取締役・監査役らの責任を追及する株主代表訴訟を速やかに提起すべき善管注意義務・忠実義務を負っていたのにこれに違反したなどと主張して、損害賠償を請求した。なお、別件の代表訴訟において、別件原告および別件参加人と別件被告らとの間で、平成13年12月10日、大阪高等裁判所において、B銀行を利害関係人として、訴訟上の和解（以下「別件和解」という）が成立していた。別件和解により、B銀行は別件被告らおよび別件原告との間で、当該事件に関する紛争が一切解決したことが確認された。判旨は、B銀行・C銀行の取締役に対する債権は和解により縮減されているか、そもそもB銀行およびC銀行の取締役には任務懈怠がないため債権が存在しないとして、Xの請求を棄却しているが、訴訟上の和解においてなされた利害関係人であるB銀行による免除の意思表示の法的意義に関する判示など興味深い点が含まれているので、以下、B銀行に係る判旨部分に絞って紹介する。

[判旨]

「訴訟上の和解においては、利害関係人である会社による免除の意思表示は、訴訟当事者であるX及びYが行う訴訟行為としての訴訟上の和解と不可分一体のものとしてされており、単なる実体法上の免除の意思表示とは性質を異にする。そして、（平成17年改正前）商法266条5項は、昭和25年の商法改正（昭和25年法律第167号）時に、株主代表訴訟制度を導入するにあわせ、同条4項として設けられた規定であり、同改正前は、株主総会の特別決議によって取締役等の責任を免除できるとしていたところ（同改正前商法245条1項4号）、総株主の同意を要求するに至った趣旨は、株主代表訴訟提起権が単独株主権とされていることから、一人でも株主が代表訴訟を提起しようとしたとき、会社又は他の株主が取締役の責任を免除して提訴を妨害することを防止することにある。しかるに、訴訟上の和解においては、既に代表訴訟が提起され、他の株主は、当該訴訟に共同訴訟参加することができるのであるから、たとえ総株主の同意を得ることなく和解による責任免除を認めたとしても、そのことによって株主の提訴権が奪われることにはならない。したがって、以上のような行為の性質及び（平成17年改正前）商法266条5項の趣旨に照らすと、訴訟上の和解における免除の意思表示については、同項は適用されないと解するのが相当である。

なお、X、Y及び会社の間で、会社の権利ひいては他の株主の利益を害する和解がされた場

合には、(平成17年改正前)商法268条ノ3の規定の類推適用によって、他の株主の利益保護を図ることができる。と解される。

そこで本件について検討するに、・・・別件和解において、B銀行が、別件被告らに対する損害賠償請求権のうち少なくとも2億5000万円を超える部分については、免除の意思表示をしたものであり、これについて(平成17年改正前)商法266条5項の適用はないから、別件和解によって、B銀行の別件被告らに対する損害賠償請求権は最大でも2億5000万円にまで減額されたものと認められる。したがって、B銀行は、別件被告らに対して、もはや上記2億5000万円を超えて損害賠償請求権を有していないのであるから、その余の点について判断するまでもなく、A社の取締役兼代表取締役であったYらが、A社を代表して別件被告らに対する株主代表訴訟を提起しなかったことが善管注意義務違反及び忠実義務違反を構成しないことは明らかである。」

「その他の主張についても、そもそも代表訴訟の対象となる役員の本会社に対する損害賠償責任は認められず、したがって、代表訴訟を提起しないことが役員の本会社の善管注意義務となり得ない。」

「B銀行の当時の取締役らがD銀行増資引受けを決定した時点において、その判断の前提となった事実の認識に重要かつ不注意な誤りがあったとは認められず、また、その意思決定の過程、内容が企業経営者として特に不合理、不適切なものであったともいえないから、同行の当時の取締役らに取締役として認められた裁量の範囲を逸脱するものではなく、したがって、同行の当時の取締役らに善管注意義務違反及び忠実義務違反となるべき任務懈怠を認めることはできない。

したがって、その余の点について判断するまでもなく、Yらが、A社を代表してB銀行によるD銀行増資引受当時のB銀行の取締役ら及び監査役らに対する株主代表訴訟を提起しなかったことについて、善管注意義務違反及び忠実義務違反があるとは認められない。」

(4) 銀行による追加融資

銀行による追加融資については、銀行取締役の注意義務違反に基づく損害賠償責任が肯定された例がある。銀行が破たんした場合において、整理回収機構が提起した株主代表訴訟において責任が肯定される例は複数存在していたが、近時、破たんしていない銀行の一般株主が提起した株主代表訴訟において銀行取締役の注意義務違反を認めた例があり、注目される。銀行取締役の責任を肯定した主要な判例・裁判例を紹介する。

(イ) 整理回収機構が株主代表訴訟を提起した事案

【参考裁判例6】最判平成20年1月28日判時1997号143頁〔北海道拓殖銀行栄木不動産事件

上告審判決]

[事案の概要]

経営破たんした A 銀行から役員に対する損害賠償債権を含む資産を譲り受けた X（整理回収機構）が、A 銀行の取締役であった Y らを被告として代表訴訟を提起し、A 銀行が B 社に対し融資を行うに際し、Y らに忠実義務・善管注意義務違反があったと主張して、損害賠償を請求した。Y の責任を認めた第 1 審判決を破棄し Y の責任を否定した第 2 審判決を破棄し、Y の控訴を棄却した。

[判旨]

「A 銀行は、本件過振りの結果、B 不動産に対して 48 億 4000 万円の無担保債権を有することとなり、その保全を図る目的で B 不動産から本件不動産の担保提供を受けようとしたところ、担保を提供する条件として B 不動産に対する総額 20 億円の本件追加融資を求められたものであるが、B 不動産は、本件過振りによって得た 48 億 4000 万円を株の仕手戦等に費消して、過振りが継続されるか別途融資を受ける以外にはこれを返済する見通しがなかった上、資金繰りが悪化して近日中に不渡りを出すことが危ぶまれる状況にあったというのである。本件追加融資は、このように健全な貸付先とは到底認められない債務者に対する融資として新たな貸出しリスクを生じさせるものであるから、本件過振りの事後処理に当たって債権の回収及び保全を第一義に考えるべき Y らにとって、原則として受け容れてはならない提案であったというべきである。それにもかかわらず、本件追加融資に応じるとの判断に合理性があるとすれば、それは、本件追加融資の担保として提供される本件不動産について、仮に本件追加融資後にその価格が下落したとしても、その下落が通常予測できないようなものでない限り、本件不動産を換価すればいつでも本件追加融資を確実に回収できるような担保余力（以下、このような担保余力を「確実な担保余力」という。）が見込まれる場合に限られるというべきである。したがって、A 銀行の取締役であった Y らとしては、本件不動産について、総額 20 億円の本件追加融資の担保として確実な担保余力が見込まれるか否かを、客観的な判断資料に基づき慎重に検討する必要があるというべきである。

ところが、本件会議の席上で示された本件不動産の担保評価に関する判断資料としては、C 鑑定士による評価額が約 155 億円であり、B 不動産自身による評価額が 200 億円であるとの口頭の報告があったにすぎない。しかも、C 鑑定士による評価額は、地上げ途上の物件も含めてすべてを更地として評価した場合の本件不動産の時価であって、およそ実態とかけ離れたものであり、また、B 不動産自身による評価額についてもその根拠ないし裏付けとなる事実が示された形跡はうかがわれない。それにもかかわらず、Y らは、他に客観的な資料等を一切検討することなく、安易に本件不動産が本件追加融資の担保として確実な担保余力を有すると判断し

たものである。そして、前記認定事実によれば、本件追加融資の決定からわずか5か月後には、本件不動産の実効担保価格は約18億円～22億円程度にすぎなかったというのであり、この間、本件不動産について本件追加融資決定時には通常予測できないような価格の下落があったこともうかがわれないので、本件追加融資決定時において、本件不動産は、本件追加融資の担保として確実な担保余力を有することが見込まれる状態にはなかったというべきである。なお、原審は、平成2年6月に実施されたA銀行の内部調査でも本件不動産に約35億円の担保価値が認められていたというが、上記2(4)の経緯に照らせば、これが客観的な実効担保価格を示すものでないことは明らかである。

そうすると、B不動産に対し本件不動産を担保とすることを条件に本件追加融資を行うことを決定したYらの判断は、本件過振りが判明してから短期間のうちにその対処方針及び本件追加融資に応じるか否かを決定しなければならないという時間的制約があったことを考慮しても、著しく不合理なものといわざるを得ず、Yらには取締役としての忠実義務、善管注意義務違反があったというべきである。」

【参考裁判例7】 最判平成20年1月28日判時1997号148頁 [北海道拓殖銀行カプトデコム事件上告審判決]

[事案の概要]

経営破たんしたA銀行から役員に対する損害賠償債権を含む資産を譲り受けたX（整理回収機構）が、A銀行の取締役であったYらを被告として代表訴訟を提起し、A銀行がB社に対し融資を行うに際し、Yらに忠実義務・善管注意義務違反があったと主張して、損害賠償を請求した。問題となった融資は3件であるが、原審がYらの責任を否定した2件について、最高裁は、原判決を破棄し次のように自判した。

[判旨]

「第1融資は、B社の発行する新株を引き受ける予定の関連企業に対し、引受予定の新株を担保としてその引受代金を融資し、弁済期に当該株式を売却した代金で融資金の弁済を受けることを予定したもので、保証人となるCの資産も大部分はB社の株式であったから、第1融資に係る債権の回収は専らB社の業績及び株価に依存するものであったといえる。株式は不動産等と比較して価格の変動幅が大きく、景気動向や企業の業績に依存する度合いが極めて高いものであることに加えて、融資先はいずれもB社の関連企業であり、いったんB社の業績が悪化した場合には、B社の株価すなわち担保価値の下落と融資先の業績悪化とが同時に生じ、たちまち債権の回収が困難となるおそれがあるから、上記のように、銀行が融資先の関連企業の業績及び株価のみに依存する形で195億7000万円もの巨額の融資を行うことは、そのリスクの高さにかんがみ、特に慎重な検討を要するものというべきである。しかも、第1融

資は、当時の発行済株式総数が518万5000株であったB社が新たに350万株を発行するに当たり、そのうち109万5000株の引受代金等として融資されるものであったから、新株発行後のB社の発行済株式総数に占める担保株式の割合等に照らし、融資先が弁済期に担保株式を一斉に売却すれば、それによって株価が暴落するおそれがあることは容易に推測できたはずであるが、その危険性及びそれを回避する方策等について検討された形跡はない。一般に、銀行が、特定の企業の財務内容、事業内容及び経営者の資質等の情報を十分把握した上で、成長の可能性があると合理的に判断される企業に対し、不動産等の確実な物的担保がなくとも積極的に融資を行ってその経営を金融面から支援することは、必ずしも一律に不合理な判断として否定されるべきものではないが、B社については、第1融資を決定する以前の昭和60年調査及び昭和63年調査において、その財務内容が極めて不透明であるとか、借入金が過大で財務内容は良好とはいえないなどの報告がされていたもので、このような調査結果に照らせば、A銀行が当時採用していた企業育成路線の対象としてB社を選択した判断自体に疑問があるといわざるを得ないし、B社を企業育成路線の対象とした場合でも、個別のプロジェクトごとに融資の可否を検討するなどその支援方法を選択する余地は十分にあったものと考えられ、あえて第1融資のようなリスクの高い融資を行ってB社を支援するとの判断に合理性があったとはいえない。

そうすると、第1融資を行うことを決定したYらの判断は、第1融資が当時A銀行が採用していた企業育成路線の一環として行われたものであったことを考慮しても、当時の状況下において、銀行の取締役に一般的に期待される水準に照らし、著しく不合理なものといわざるを得ず、Yらには銀行の取締役としての忠実義務、善管注意義務違反があったというべきである。」

〔(第3融資は) 大幅な債務超過となって破たんしに瀕したB社に対し、もはや同社の存続は不可能であるとの認識を前提に、甲事業が完成する予定の平成5年6月まで同社を延命させることを目的として行われたものである。〕

第3融資に際し、B社の所有する不動産等に新たに担保が設定されたが、その実効担保価格は約110億円にすぎず、また、同月までの間に未登記の担保権について登記手続がされたが、その実効担保価格も合計約53億円であって、これらを合わせても、第3融資の額である409億円に到底見合うものではなく、第3融資はその大部分につき当初から回収の見込みがなかったことは明らかである。

もっとも、A銀行は、既に甲事業のために多額の資金を融資し、その大部分が未回収となっていたから、甲事業が完成した後に独立して採算を得られる見込みが十分にあったとすれば、第3融資を実行してでも甲事業を完成させ、そこから債権を回収することによって、短期的に

は損失を計上しても中長期的には A 銀行にとって利益になるとの判断もあながち不合理なものとはいえない。しかし、前記認定事実によれば、経営会議において第 3 融資を行うとの方針を決定した時点では、既に甲会員権の販売不振や相次ぐキャンセルに加え、甲会員権の売上金約 334 億円のうち約 153 億円を B 社が流用していた事実が判明していた上、B 社がその流用資金を返還したとしても、甲事業の完成には更に 307 億円が必要となると報告されていたというのであって、これらの事実を照らせば、甲事業自体の採算性について大きな疑問があり、中長期的にも、甲事業を独立して継続させることにより第 3 融資に見合う額の債権の回収が期待できたということとはできない。なお、A 銀行の総合開発部の調査の結果として、甲事業の完成に伴う担保物件の価値の増加により保全不足が 417 億円減少することが見込まれるとか、甲事業について、金利逋減等の措置を用いれば 10 年後には単年度決算が黒字に転換するなどの報告がされているけれども、・・・そのような報告内容が十分な資料の検討に基づく合理的なものといえないことは明らかである。

また、・・・Y 1 及び同 Y 3 は、関連企業の連鎖倒産を避ける必要があること、B グループに巨額の資金を貸し付けている D 組合が破たんするおそれがあることなどを考慮して、B 社の延命のために追加融資を行うとの方針を決めたというのである。しかし、第 3 融資は、B 社を再建、存続させるためのものではなく、もはや同社は存続不可能との前提でその破たんの時期を数か月遅らせるためのものにすぎなかったというのであるから、第 3 融資を実行して B 社を数か月間延命させたとしても、それにより関連企業の連鎖倒産を回避できたとも、D 組合の破たん及び A 銀行に対するその支援要請を回避することができたとも考え難い。したがって、関連企業の連鎖倒産のおそれや D 組合の破たんにより A 銀行にその支援要請が来るおそれがあったことをもって、第 3 融資を行うとの判断に合理性があるということとはできない。

そうすると、第 3 融資を行うことを決定した Y らの判断は、当時の状況下において、銀行の取締役になら一般的に期待される水準に照らし、著しく不合理なものといわざるを得ず、Y らには銀行の取締役としての忠実義務、善管注意義務違反があったというべきである。」

(ロ) 一般株主が株主代表訴訟を提起した事案

【参考裁判例 8】 最判平成 21 年 11 月 27 日最高裁判所裁判集民事 232 号 353 頁 [四国銀行株主代表訴訟事件]

[事案の概要]

A 銀行は、県から要請を受け、県が再建資金を融資することを計画していた B 社に対し、上記融資が実行されるまでの間、つなぎ融資をした。B 社は、県の観光振興上重要な事業として位置付けていた事業を業とする株式会社である。A 銀行の株主 X は、B 社に対するつなぎ融資の決裁に関与した A 銀行の取締役を被告として株主代表訴訟を提起し、善管注意義務違

反に基づく損害の賠償を求めた。

[判旨]

「補助参加人 A 銀行が、B社に対する追加融資を実行しなければ、上記のような経営状態にあったB社が破綻、倒産する可能性は高く、そうなれば、B社が本件県融資を受けることができなくなり、本件県融資により回収を予定していたB社に対する本件つなぎ融資の融資金9億5000万円までもが回収不能となるおそれがあった。

以上のような状況の下で決裁関与取締役が本件各追加融資の実行を決裁したことに合理性が認められるのは、本件つなぎ融資の融資金の回収原資をもたらす本件県融資が実行される相当程度の確実性があり、これが実行されるまでB社の破綻、倒産を回避して、これを存続させるために追加融資を実行した方が、追加融資分それ自体が回収不能となる危険性を考慮しても、全体の回収不能額を小さくすることができるかと判断すること（以下、この判断を「本件回収見込判断」という。）に合理性が認められる場合に限られるものというべきである。」

「A 銀行が、県から要請を受け、県において再建資金の融資を計画していたB社に対し、上記融資が実行されるまでのつなぎ融資として9億5000万円を融資した後に、B社に追加融資をしてもその回収を容易に見込めない一方で、これをしなければB社が破綻、倒産する可能性が高く、県のB社に対する融資により回収することを予定していた上記つなぎ融資まで回収不能となるおそれがある状況の下で、B社に対し、約3年の間に数十回にわたり合計8億5000万円余りの追加融資をした場合において、（1）上記追加融資を続ける過程で、A 銀行は、県の担当者から、知事がB社の創業者であるC及びその親族をB社の経営から排除することを県のB社に対する融資の条件とする意向を示している旨の連絡を受けたこと、（2）その当時、法的手続を通じてC及びその親族をB社の経営から排除することは困難な状況にあり、その後も、同人らを排除することができない状況が続いたこと、（3）その間、A 銀行は、県に対し、2度にわたり期限を定めて県のB社に対する融資の実行を求めたにもかかわらず、県は2度目の期限も徒過し、その時点で、上記（1）の連絡を受けてから10か月以上が経過していたこと、（4）上記時点までには、A 銀行自身も、資産査定において、B社の債務者区分を要注意先から破綻懸念先に変更するに至っていたことなど判示の事情の下では、上記時点以後は、A 銀行の取締役らにおいて、上記つなぎ融資の回収原資をもたらす県のB社に対する融資が実行される相当程度の確実性があり、その実行までB社を存続させるために追加融資をした方が、追加融資分が回収不能になる危険性を考慮しても全体の回収不能額を小さくすることができるかと判断することは、著しく不合理であり、上記時点以後の3億500万円の追加融資については、これを決定したA 銀行の取締役らに善管注意義務違反がある。」

なお、非銀行におけるグループ会社への債権放棄と追加与信を行った他のグループ会社の役員取締役の注意義務違反を否定した裁判例として、前述した【参考裁判例2】大阪地判平成14年1月30日判タ1108号248頁〔ロイヤルホテル事件〕がある。

(5) 小括

株式会社が債権の放棄や債権届出の取下げなどを行った場合における、当該決定に関与した取締役の善管注意義務違反について争われた【参考裁判例1～8】について、本稿のテーマにとって興味深い点をまとめた後、どのような示唆が得られるかを検討する。

【参考裁判例3】の事案では、第1審から第3審まで一貫して、破産管財人の要請に応じて行った、直接の資本関係はないもののグループ会社と認められる会社に対する債権届出の取下げが注意義務に違反するものということとはできないと判示した。そこでは、破産管財人の要請が一般の企業意識に照らして合理性を有していたことが前提とされている。

【参考裁判例4】は、「取引先や商権の確保のために密接な関係にある取引先企業に対して金融支援をすることは、担保を徴求しなかったために結果的に貸付金等を回収することができなくなったとしてもそのことだけから直ちに会社に対する右の義務違反があるということとはできないのであって、支援先企業が倒産し、債権回収が不能となる危険が具体的に予見できる状況にあったなどの特段の事情が認められない限り、取締役としての裁量権の範囲内にある行為として会社に対する善管注意義務・忠実義務に違反するものではない」とし、取引先への金融支援であることを前提に、特段の事情として債権回収が不能となる危険の具体的な予見可能性がなければ、取締役の裁量権の範囲内であると判示している。興味深いのは、【参考裁判例4】の事案では、Yが代表取締役を兼任している会社に対する債権を放棄したことが善管注意義務に反しないかどうかとも問題となり、利益相反を前提にした判断が示された点である。判旨は、①B社は破たんしているためB社に対する債権は回収不能でありA社に損害はないこと、②YはB社の大株主でもあったため、A社の責任でB社を整理することは経営判断として是認されること、および③債権放棄額をA社が保有する土地の売却益により償却可能であったことの3点を指摘して、債権放棄は取締役の善管注意義務に違反するものではないとしたが、③の事情が必須の要件と解しているとしたら、かなり慎重な判断がなされているといえよう。

【参考裁判例2】は、グループ内子会社に対し親会社が債権放棄および別子会社を通じたグループ内融資を主導した事案において、親会社自身の損失を回避する必要性を認定した上で、決定の手続および意思決定の過程が特に不合理とはいえず、一定の効果もあったとして、Yの注意義務違反が否定された。グループ内の取引が問題となっている点では、広義の利益相反関係があるケースであるが、判旨は特段その点については言及していない。決定の手続と意思決

定のプロセスを重視するとともに、結果的にも子会社の再建に効果があったと認定されている。金融 ADR 手続に基づく紛争の解決により、破たんのおそれのある企業が結果的にそれを回避できたような場合には、本判旨の考え方は参考になるものと思われる。

【参考裁判例 5】では、子銀行による他の銀行の株式取得が問題とされた。株式は債権に劣後するものであるが、ここでは、経営判断の原則に関する一般的な枠組みの範囲内で取締役の裁量が広く認められている。

一般事業会社については、債権放棄や追加融資に係る取締役の責任が問われる例は少ないが、債務者は子会社や関連会社であることが多く、むしろ債権放棄等を行うことが期待されているという事情があるように思われる。

これに対し、銀行が信用不安を抱えた貸付先に対し追加融資を行う場合について、銀行取締役の責任が肯定されることがある。貸付けを業とする専門性の高い銀行による債権放棄がなされた場合について、【参考裁判例 1】は、債権放棄等がただちに銀行取締役の善管注意義務違反となるわけではなく、経営判断の原則が適用され、個別に判断を要すると判示した。では、経営判断の原則は、債権放棄等について、どのように適用されるのであろうか。

信用に不安がある貸付先に対する追加融資が銀行取締役の善管注意義務に当たるとした裁判例は少なくない。【参考裁判例 6】は、過振りが継続されるか別途融資を受ける以外にはこれを返済する見通しがなかった上、資金繰りが悪化して近日中に不渡りを出すことが危ぶまれる状況にあった貸付先に対する追加融資は、すでに実行された過振りの事後処理に当たって債権の回収および保全を第一義に考えるべき銀行取締役らにとって、確実な担保余力があるような場合を除き、原則として受け容れてはならないと判示した。

【参考裁判例 7】は、特定の企業の財務内容、事業内容および経営者の資質等の情報を十分に把握した上で、成長の可能性があると合理的に判断される企業に対しては、不動産等の確実な物的担保がなくとも積極的に融資を行ってその経営を金融面から支援することはあり得るが、同事案の下では、追加融資の回収可能性が十分な資料の検討に基づき合理的に判断されていないとして取締役の善管注意義務違反を認めた。

【参考裁判例 8】は、つなぎ融資の回収原資をもたらす県から融資が実行される相当程度の確実性に関する判断の誤りが認められ、破たんしていない銀行の取締役の追加融資に係る責任が肯定された。

【参考裁判例 6～8】によれば、一般に破たんのおそれがある企業に対し銀行が与信を行う場合には、回収可能性の判断、そのリスクに応じた担保等の回収確保の方策などについて十分な情報に基づいて合理的な判断を行ったかどうか厳格に判断されているといえよう。

銀行が、金融 ADR 手続により和解契約を締結する場合における、同判断に係る銀行取締役

の義務と責任について、上記裁判例からどのような示唆を得ることができるであろうか。和解契約が実質的には債権放棄や支払う必要のなかった金員の支払に該当するとしても、そもそも和解契約には紛争解決という目的があり、その点について当然に考慮がなされるべきことを確認した上で、参考裁判例から示唆を得たい。

第1に、下級審裁判例の検討からは、具体的・個別的な適用のレベルにおいても⁽³⁰⁾、一般事業会社における債権放棄や追加融資に係る取締役の注意義務に比べて、銀行取締役の注意義務が高度の水準で判断されているように思われる（【参考裁判例5～8】参照）。反対に、一般事業会社の場合には、グループ会社への債権の放棄やグループ会社倒産の場合における債権届出の取下げが、取締役の善管注意義務に違反するかどうかの問題となるケースがあるものの、一般事業会社における債権放棄や積極的な与信取引等に係る取締役の判断については、銀行におけるよりも取締役の裁量が広く認められているように思われる（【参考裁判例1】参照）。

第2に、しかしながら、たとえ和解契約が銀行の債権放棄等を含む場合であっても、それだけで取締役の善管注意義務違反が問われることはない。経営判断の原則が適用され、案件ごとに審査がなされることになる（【参考裁判例1】参照）。

第3に、したがって、なんら検討を行うことなく、あっせん案を鵜呑みにし、債権回収の努力を怠ったような場合には、善管注意義務違反を問われる可能性がある。なお、株式会社が子会社の親株主である場合には、子会社の役員の仕事懈怠について代表訴訟を提起しないことが親会社取締役の善管注意義務違反になる可能性があるという前提の下に判断を示している裁判例がある（【参考裁判例5】参照）。

第4に、銀行による信用不安のある貸付先に対する追加融資については銀行取締役の善管注意義務違反を認めたケースはあるが、銀行による債権放棄や債権届出の取下げについて仕事懈怠を認めたケースは存在しないようである。とくにデリバティブ取引に係る紛争は、顧客の債務（解約清算金等）の額が巨額に達することがあり、和解により顧客の財務状態が改善し、または破たんを回避できる場合には、それによりデリバティブ取引以外の与信取引を含めた取引を継続していくことによるメリットが経営判断原則の枠組みの中で勘案されることになろう（【参考裁判例1・2】参照）。

第5に、利益相反規制が適用される場合には、経営判断原則の適用が厳格ないし制限的になされる可能性がある（【参考裁判例4】参照）。

第6に、金融ADRにおいては、あっせん委員会が示すあっせん案に基づき和解契約が締結され実行される。【参考裁判例3】では、破産管財人からの債権届出の取下げの要請に応じた

(30) 抽象的・一般的な議論については、3(2)参照。

点が考慮されているが、金融 ADR 制度に基づくあっせん委員会が示すあっせん案が不合理なものでない場合には、銀行取締役の注意義務違反の判断に際し、当該あっせん案に則った和解契約が締結された場合には、当該あっせん案に対する信頼とその尊重が、義務違反を否定する要素として考慮される可能性があることが示唆される。

5 和解契約に起因する問題

有効な和解契約に基づき紛争が解決され、しかも当該和解契約の内容が指定 ADR 機関のあっせん案に基づくものである場合には、当該和解が「互譲性」の要件を欠いている⁽³¹⁾、あるいは錯誤無効であるといった事情がない限り⁽³²⁾、たとえ銀行取締役には経営判断原則が適用される余地が狭いとする見解によるとしても、多くの場合、銀行取締役の善管注意義務違反が認められることはないように思われる。金融 ADR 制度に基づき指定紛争解決機関が提示したあっせん案については、法的には銀行に応諾義務はないものの、業務規程においてあっせん案の提示を受けた銀行はこれを尊重し、正当な理由なく拒否してはならないとされている⁽³³⁾。さらに、あっせん委員会は、和解案の受諾の勧告によっては当事者間に和解が成立する見込みがないときには、特別調停案を提示することができる⁽³⁴⁾。特別調停案が提示された場合、顧客がそれを受諾しない場合や、顧客がその特別調停案を受け入れたことを知ってから1ヶ月以内に当該請求に係る訴訟が提起された場合等、銀行法が定める所定の場合を除き、銀行には応諾すべき義務がある（銀行法 52 条の 67 第 6 項）。このような応諾義務に違反して、特別調停案はもとより、あっせん案を応諾しないことを正当化するためには、顧客の主張に明らかに法的理由がないことなど特段の事情が必要とされよう。

いずれにせよ、和解契約に基づく支払や負担は、相手方に対して有する債権を単に減免したり放棄したりすることとは異なり、支払をすべき法的義務を負う一方、和解の要件である「互

(31) 前掲注(27) 参照。

(32) 判例は、争いの目的である事項の前提または基礎とされていた事項について錯誤があった場合（大判大正6年9月18日民録23輯1342頁等）、ならびに、争いの目的である権利の存否または内容とは無関係の事項について錯誤があった場合（最判昭和33年6月14日民集12巻9号1492頁等）に錯誤無効を認めるのに対し、争いの目的となった事項について錯誤があっても錯誤無効は認めない（最判昭和38年2月12日民集17巻1号171頁〔裁判上の和解の事案〕等）。

(33) 業務規程において、あっせん案の提示を受けた場合には、加入銀行はこれを尊重し、正当な理由なくあっせん案を拒否してはならず、当該あっせん案を受諾しない場合には、その理由を書面（様式任意）によりあっせん委員会に説明しなければならないと定められている（「苦情処理手続および紛争解決手続等の実施に関する業務規程」（以下、たんに「業務規程」という）33条3項<<http://www.zenginkyo.or.jp/adr/rules/index/rule01.pdf>>）。

(34) 業務規程・前掲注(33) 34条。

譲性」により一方的に債務を負担するわけではなく双方に有償的に債務を負担するものである。したがって、和解契約に基づく支払が銀行取締役の善管注意義務に反するとされる場合は、そもそも和解契約自体に瑕疵があるような例外的な場合と、次に述べる出損自体が違法であるような（6参照）、例外的な場合に限られると考えられる。

和解契約に瑕疵がある場合には、そのような瑕疵ある和解契約を締結し、それに基づき金員を支払ったために善管注意義務違反が認定される可能性が生じる。具体的には和解契約の要件を欠いている場合と錯誤無効であった場合が想定される。

典型契約である和解契約の要件として、民法695条は、紛争の存在と「互譲性」の2つの要件を掲げている。金融ADR制度が利用されている局面であるから、紛争の存在については形式的には争う余地がないであろう⁽³⁵⁾。もっとも、金融ADRは、顧客にとっての簡便性・迅速性を旨としているので、訴訟を提起する場合と異なり、低いハードルで申し立てることができ、言いがかり的な申し立てを行い易いという問題があると推測される。業務規程では、紛争が形式的に定義されているため、実際には「紛争」が存在していないのに、金融ADR手続が開始されてしまい、それに基づいて和解契約が締結されても、本来、和解契約は要件を欠くこととなる。そのような和解契約に基づき出損をした場合には、善管注意義務に違反するとされる可能性がないではない。もっとも、和解契約は無効であるから、会社には原状回復請求権が認められ、損害が発生していないとされる場合も少なくないであろう。

これに対し、「互譲性」の要件については、より一般的に問題となり得る。民法695条は、和解契約の要件の1つとして「互譲性」を挙げている。「互譲性」の意義については、たとえば次のような説明がなされている。すなわち、「お互いに不利益を忍ぶ場合であってはじめて、たとえ真実に反しても合意に従うべき義務を認めることができる」⁽³⁶⁾。この説明は、和解契約には、和解された結果と反対の証拠が出てきたとしても和解の効力が覆らないという確定効（民法696条）という強い効力を認められるところ、そのためには、「互譲」という形で当事者双方にとって有償性が認められることを要すると解するものであると考えられる。ところが、近時は、「互譲性」を不要とする見解や、その意味を極めて希薄なものとして把握する見解が支配的となっている⁽³⁷⁾。その背景には、そもそも「互譲性」という要件が和解との関係でどのような意義を有するのかが必ずしも明らかでないという問題意識がある。なお、「互譲性」

(35) 「業務規程」では、紛争とは、加入銀行が営む銀行業務等に関して、加入銀行に対する不満足 of 表明のうち、加入銀行と顧客との間では解決ができず、顧客または加入銀行からあつせん委員会のあつせんにより解決を図りたいとの申し出があるものをいうと定義されている（業務規程・前掲注(33)2条(4)）。

(36) 我妻栄『債権各論（中巻2）』（岩波書店、1962年）872頁。

(37) 民法（債権関係）部会資料48「民法（債権関係）の改正に関する争点の検討（20）」第2参照。

については、民法の母法であるフランス民法において、通説がそれを必要としていることに由来するとされる⁽³⁸⁾。

次に問題となるのが、和解と錯誤の関係である。和解の確定効により、紛争の蒸し返しが防止されることになり、この点に和解契約の大きな効用が認められる。しかし、他方で、理由のいかんを問わず和解の確定効が認められるのは適当でないため、どの範囲で錯誤による和解の無効を主張（民法第95条）できるかという形で議論がなされてきた。通説は、争いの目的となっていた事項については錯誤による無効主張は認められない一方、争いの目的である事項の前提または基礎とされていた事項等については錯誤による無効主張を認め得るとしており、判例も同様に解していると理解されている⁽³⁹⁾。

金融ADRとりわけあっせん委員会の争点整理は、定型化・単純化される傾向がある点に特徴があった（2参照）。しかし、そうであるからといって、あっせん委員会から提案されたあっせん案に基づき和解契約が締結された以上、争いの目的である事項の前提または基礎とされていた事項等について錯誤がある場合は、ほとんど考えられないように思われる。すなわち、金融ADRに係る紛争類型の場合には、人身損害が生じた場合になされる示談と異なり、争いの目的である事項の前提や基礎とされていた事項等について錯誤があり、確定効をめぐって争いが生じるケースは通常はあまり想定できないと思われる。

そうであるとする、4で紹介した裁判例の事案の場合以上に、和解契約に従って出捐したことについて、銀行取締役の善管注意義務違反が問われる場合は少ないと考えられる。とりわけ、和解契約が、金融ADR手続によるあっせん委員会の提示したあっせん案に準拠して作成された場合には、一層、善管注意義務違反となる可能性は減少するであろう（4参照）。

6 損失補てんの禁止との関係

指定ADR機関の紛争解決業務により提示されたあっせん案に基づき締結された和解契約は、単なる債権の一部放棄や金利の減免とはその性格が異なるのみならず（5参照）、指定ADR機関の関与なしに締結された和解契約に基づく出捐とも異なる法的効果が認められている。

すなわち、金融ADRの対象となる商品やサービスの提供に際し、損失補てんの禁止が課される場合（銀行法13条の4〔特定預金契約の締結〕）、または金商法の適用により損失補てん

(38) もっとも、フランス民法典においては、互譲を和解契約の要件とする明文規定は存在しない。以上につき、くわしくは、垣内秀介「裁判官による和解勧試の法的規律（3）」法協122巻7号1137頁以下（2005年）参照。

(39) 最判昭和33年6月14日民集12巻9号1492頁。

が禁止されるデリバティブ取引等の場合には（金商法 39 条 1 項）、金融 ADR における和解が損失補てんの禁止にあたらぬかが問題となり得る。もし、金融 ADR 手続における和解契約に基づく出損等が損失補てんに当たるとすると、公法上のサンクションが課されるほか、そのような違法な出損を行った銀行取締役の善管注意義務違反に基づく損害賠償責任などの民事制裁が認められる可能性もある。

そこで、損失補てんとの関係を整理し明確化するために、金商法上の手当てがなされた。すなわち、デリバティブ取引や投信等に係る紛争について、銀行法上の指定 ADR 機関である全銀協のあっせん委員会の紛争解決手続（あっせん）によって和解が成立すれば、財務局の確認を要せずに損失補てんができることとされた⁽⁴⁰⁾（金商業等府令 119 条 1 項 4 号・金商法施行令 19 条の 7 第 1 号参照）。

もっとも、解釈論としては、事業再生 ADR において、デリバティブ取引に基づく債権を放棄または金利を減免することが、金商法の禁止する損失補てんに該当しないかが問題となる。事業再生 ADR については、事故の確認を要しない場合として条文上掲げられていないからである。事業再生 ADR の中で金融 ADR を介在させることなく為替系デリバティブ取引に基づく債務をカットするニーズもあり得るように思われ、何らかの工夫が求められるところであろう。

(40) なお、全銀協が金商法上の認定投資者保護団体であった時代には、損失補てんができる例外は、金利スワップや通貨スワップなどの「有価証券関連を除くデリバティブ取引」に係る紛争に限定されていた。