

金融法務の現代的課題

中京大学法科大学院教授
法曹養成研究所企業法務センター長
峯 崎 二 郎

[はじめに]

初めに、金融法務を少し概観した上で、最近の金融法務の話題を雑誌等の中から6つ取り上げて検討してみたい。

まず、金融法務に関する法律雑誌としては、「銀行法務21」、「金融・商事判例（DVDあり）」、NBL、商事法務もあり、その他の法律雑誌でも金融法務を採り上げてはいるが、銀行法務21（DVDなし）は、金融機関の一般職員向けの雑誌としては適切であり、金融・商事判例は、判例研究には適しているものの、総合的に見ると、金融法務事情（DVDあり）が適当であると考えられる。これらの雑誌は、毎年、年末頃になると、1年間の立法や判例を整理して掲載していることが多い（「金融法務この1年 金融法務事情1694号9～24頁」）ので、これに目を通しておけば、1年分を見ることができる。金融法務全体についての判例集としては、1972年に、有斐閣から、別冊ジュリストとして銀行取引判例百選（新版）が出されているが、少し古くなりすぎている。最近のものとしては、2000年に、金融財政事情研究会から、「金融判例100」が出されている。平成に入ってから、立法、判例ともに、変化が激しいので、「金融判例100」と最近の2、3年分の「金融法務この1年」を見ておけば、全体を見ているのに近くなりそうである。

金融法務の範疇は、昔は、預金、貸付、管理、回収、為替、付随業務というように分類していたが、最近では、その他の業務の比重が高くなっている。

証券業務については、今年の12月から、株式売買等を仲介する証券仲介業務が認可制度として解禁される。しかし、既に、直接金融への傾斜の傾向は、昭和30年代から見られており、昭和50年代から、銀行本体の中に、証券部や投資銀行部門を作るようになっていた。平成5年からは、子会社方式による金融機関と証券会社の相互乗り入れと一部の業務の解禁がなされており、日本の金融グループの中でも三菱東京FGは東証1部上場の証券会社を子会社としている。この傾向は急速に進展しているから、それに伴って、金融法務自体も変貌している。金融機関の窓口での保険商品の販売については、2001年から、住宅ローン関係の長期火災保険が認められ、2002年からは、個人年金保険等が認められてきたが、

2007年からは、簡易保険を取扱っている日本郵政公社の民営化を睨んで、金融機関にも全面的に認められる予定である。銀行、証券、保険の壁はなくなりつつある。金融機関の中では、他業の資格獲得（例えば、銀行員は、保険と証券の外務員に関する資格を獲得している）が盛んに行われている。

また、金融法務の当事者が、企業である事が多いので、企業法務との境界線は曖昧であり、絡み合っている。銀行の付随業務の範囲（銀行法10条2項の「その他付随業務」）も、昔は、銀行が、M & Aの手数料を取ることを禁止されていたのである（三菱銀行は、昭和40年代から、情報開発部を作って、M & A業務等を推進していたが、手数料はとっていなかった）。しかし、最近では、金融庁も、事務ガイドラインやノーアクション・レター制度における回答の形で、その他付随業務を、コンサルティング業務、ビジネス・マッチング業務、M & A業務、事務受託業務等にまで拡大して解釈している（金融法務事情1683号18頁）。

ノーアクション・レター制度は、平成13.3.27の閣議決定により、企業が行おうとする行為の法令への適合状況について、事前に行政庁に照会できるようにしたものである。照会書が窓口提出された日から30日以内に文書で回答される。回答されない場合は、その理由が回答される。照会内容、照会者名も公表されるので、それなりに注意する必要がある。平成6年から施行されている行政手続法32条以下の行政指導を具体化したものである。従来は、旧大蔵省の行政指導による金融機関の護送船団方式と言うものがまかり通っていたのであるが、最近では、ノーアクション・レター制度が活用されている。

株主総会や代表訴訟も問題になる。株主総会は、総会屋の排除とIT化の進展で様変わりになりつつある。代表訴訟の制度自体は、昭和25年から商法267条で認められていたが、提訴する原告株主には、直接の利益がないために（役員から会社への損害賠償）、ほとんど利用されてこなかった。しかも、訴訟費用が、通常の訴訟と同じに考えられていたために、提訴が抑制されていた。平成4年12月末現在の代表訴訟は、31件に過ぎなかった。しかし、旧日興証券代表訴訟において、請求金額が、470億円と大きかったのに、原告の貼用印紙額が8200円であったことから、東京地裁が、2億3537万円の追加納付命令を出し、東京高裁が、8200円でもよいとした事、平成5年の商法改正で、代表訴訟については、商法267条5項、民事訴訟費用法4条2項が適用（印紙額は8200円）される事が明らかになったこと等を契機として、代表訴訟が急増した。これに対して、役員側は、商法267条6項による担保提供申立てで対抗した。又、役員側が求めていた会社の補助参加も平成13年の改正で認められた（商法268条8項）。これにより、役員が会社側代理人の弁護士を自分の代理人にもする道が開かれた。このような状況下で、役員の責任の軽減措置（商法266条）も取られたのであるが、これは、あまり採用されていないように見える。むしろ、稟議書が代表訴訟において提出の対象になるのかということの方が問題になった。最1決平成12.12.

14金融法務事情1605号32頁は、代表訴訟においても、稟議書は、文書提出命令の対象にならないとしたが、最2決平成13.12.7金融法務事情1636号51頁は、倒産した金融機関を承継した整理回収機構に対して、金融機関の稟議書の提出を命じた。取引先に対する製造物や環境汚染についての責任追及も問題になる。製造物責任法は、平成7年に施行されたが、当初予想されたよりも事件数は多くはない様である。土壌汚染対策法は、平成14年に成立しているが、汚染物質が、既に全国に広がっているという「ストック汚染」の特色を有しており、高度成長期の排出物質の後始末という面もあり、この問題は、大手ゼネコン等でも不動産取引時の取締役会等での議論の対象になっているようである。米国では、汚染地域の土地を担保にとった金融機関の責任も、問題になったが、日本では、そこまで追及される事はないものの、金融機関にとっても担保価値の減少ということにはなる。

最近の金融法務のテーマとしては、預金者の認定についてのものが多く、金融法務各誌の編集者達の中には、出捐説が変わったのではないかと言う人もいるが、出捐説が常に適用できるわけではなく、適用し難いケースでは、客観的に預金を支配しているものは誰であるのかという観点から考えるのである。裁判所は、事案を見て判決を書いているのであり、必ずしも、出捐説を変更したとは言えない。なお、出捐説とは、無記名定期預金について、最1判昭和32.12.19金融法務事情164号12頁が採用して以来の確立した判例と考えられている。自らの出捐により、自己の預金とする意思で、銀行に対して、本人自ら、又は、使者もしくは代理人を通じて預金契約をした者を預金者とする見解である。先端的な金融商品については、よく見ると、基礎的な債権譲渡とか倒産隔離（債務者への出資者が倒産しても、その影響を受けないようにする仕組み）とかを利用したものが大半であるから、よく調査してみる必要がある。基礎的な知識があれば理解できるのである。

ここでは、「定期預金の中途解約時の金融機関の注意義務」（金融法務事情1708号1頁）、「預金払戻しの印鑑照合をオンライン照合の形でしたケース（判例タイムズ1146号53頁）」、「空リース・空クレジットを保証した場合の要素の錯誤（法律時報86巻7号120頁）」、「役員の実任の責任の減免の構造（商法266条）」、「稟議書の提出命令（民訴法220条）」、「みなし弁済規定についての判決が証券化実務に与える影響（銀行法務21.633号66頁）」という6つを取り上げて見たい。

最後の証券化の問題は、消費者ローンの利息付債権を信託銀行に信託して、信託銀行から取得する優先受益権を特定目的会社に譲渡し、その特定目的会社が、その優先受益権を裏付として社債を発行する。これを要約すれば、消費者ローンの利息収入で社債の利息等を支払うということになる。その社債の売却代金で、優先受益権の譲受代金を支払うのである。消費者ローン債権の回収は、貸金業者がサービサー（債権管理回収業に関する特別措置法により法務大臣の許可を受けた債権管理回収業者）として行う。問題になっているのは、最高裁が、貸金業者の利息制限法超過利息（出資法の制限利息以下なら厳格な要

件下で認められており、グレーゾーン金利とも言う) について、極めて厳格な判断をしたために、このスキームに影響があるのではないかという点である。大手金融グループも、リテール重視の傾向を強めており、これまで敬遠してきた消費者金融についても、消費者金融会社を傘下に入れる事で、そのノウハウを吸収しようとしている。三菱東京FGは、アコムを傘下に入れ、三井住友FGは、プロミスを傘下に入れた。

[解約時の注意義務]

銀行預金の中でも、定期預金の解約時の銀行の注意義務は、普通預金の払い戻しの場合の注意義務よりも加重されるというのが、最3判昭和54.9.25(金融法務事情912号34頁)が肯定した大阪高判昭和53.11.29(金融法務事情885号29頁)の見解であり、この判例が今でも生きていると考えられている。金融機関の中では常識化している判例である。

金融法務事情1708号1頁の筆者は、金融機関の預金規定に変更があったかのような書き振りであるが、金融機関の定期預金規定は基本的には変更されていない。この最高裁判決当時から、現在に至るまで、中途解約自体を禁止する規定もない。ある都市銀行は、定期預金規定の中の「利息」の規定の中で、「当行がやむを得ないものと認めて満期日前に解約する場合、その利息は、預入日(継続をしたときは最後の継続日)から解約の前日までの日数について次に掲げる預入れ期間に応じた利率(小数点第 位以下は切り捨てます)によって1年複利の方法により計算し、この預金とともに支払います。」と規定している。

それにもかかわらず、最近の銀行は、定期預金の中途解約に、あまり、こだわってはいないし、顧客も、0.1%に満たない金利であるから、「満期まで預金を継続しよう」という意欲はないのである。このような状況を反映して、「定期預金の中途解約時の金融機関の注意義務の程度は、普通預金の払い戻し時の注意義務と程度の差はない」とする裁判例も現れてきている(東京高判平成16.1.27、福岡地判平成16.1.27金融法務事情1704号59頁)。この裁判例の変化は、最近の金利情勢下での実務の変化に基づくものであり、それは、それで納得できるが、基本的に、「注意義務が加重される」といっても、具体的にどのように加重されるのかということになると、明確な回答はし難いのである。「定期預金の用途を聞く」と言っても、「ダイヤを買いたい」とか「子供の入院代を支払う」とか適当に答えられたら、それが真実かを追求する事は難しい。また、どうして、普通預金の払戻ではなく、「普通預金の解約」(普通預金を解約する例は少ない)と比較しないのかという問題もある。

[オンライン照合]

金融機関では、「印鑑（取引開始時に届けられるもの）」「印影（印章を押捺したもの等）」「印章（判子そのもの）」を一応区別している。金融機関の印鑑照合について、オンライン照合というのは、金融機関が取引の初めに取引先から提出してもらう印鑑票を電子化して、その情報を、本支店間で共有し、どの本支店からでも、その情報を使って、印鑑照合ができるようにしているものである。オンライン照合にも、印鑑票の印影を電子化して各店に設置されている印影検索モニターの画面に映し出して、その画面と払い戻し請求書の印影とを照合するものから、顧客の払い戻し請求書の印影と機械的に照合までしてしまうものまであるようである（金融法務事情1572号13頁、同誌1660号42頁）。顧客が、どの本支店でも、預金の払い戻しを受けることができるようにするものである。

従来、預金通帳に取引印章を押捺しておいて、どの本支店でも、その副印鑑と照合して払い戻しをしていたが（副印鑑制度）、窃盗犯人が、通帳を盗んだ場合に、副印鑑が押捺してあると、金融機関の払い戻し請求書に、その副印鑑を使用して、パソコン等で印影を作り出して、預金を払い戻すという事件が頻発したために、この副印鑑制度に代えて、オンライン照合をするようになったのである。副印鑑制度もオンライン照合制度も、全店払いによる顧客の利便性を考えて考案されたものである。最近では、キャッシュ・カードの暗証番号確認に加えて、手の平を読み取り機にかざして本人と確認されなければ預金の払い戻しが出来ないようにしようとする銀行も現れている。人間の静脈パターンは、指紋と同じく本人識別機能がある。なお、指紋によることとすれば、指を切断する等の方法も考えられるために、犯罪に悪用される事を少なくする趣旨で、静脈パターンを使ったということである。

現状では、すべての金融機関が、このオンライン照合制度を導入しているわけではなく、副印鑑制度のままの金融機関もあるし、副印鑑制度を廃止しても、旧通帳を顧客が保存しているケースもある。東京地判平成14.3.22金融法務事情1660号42頁の事案は、東京都民銀行の事件であるが、同銀行は、副印鑑制度を廃止していたのに、顧客が、副印鑑が押捺された旧預金通帳を廃棄せずに、本件預金通帳と一緒に保管していたために、この旧預金通帳の副印鑑が悪用されたという事件である。導入されている金融機関のオンライン照合制度も同じものではない。そこで、問題になるのが、印鑑照合についての金融機関の過失の認定基準をどうするかということである。金融機関の印鑑照合については、最1判昭和46.6.10金融法務事情618号50頁がある。この判決は、「折り重ね照合〔払い戻し請求書の印影の真中から折って、パタパタとやり、残影を使って照合するものである〕や拡大鏡（払い戻し請求書の印影と印鑑票の印影を8倍程度にして重ね合わせる）等による機械照合をする必要はなく、肉眼による平面照合をすればよい」「その平面照合は、銀行の照合

事務担当者に対して社会通念上一般に期待されている業務上相当の注意をもって慎重に行う事を要し、かかる事務に習熟している銀行員が相当の注意をもって熟視するならば肉眼をもって発見し得る印影の相違があったときは銀行に過失がある」旨判示している。

オンライン照合を行っている金融機関についても、この46年判決が適用されるのかということが問題になる。オンライン照合にも色々な種類があるし、その精度も異なる。

一つの考え方としては、たとえ、オンライン照合制度を導入していても、印鑑照合のヴェテラン行員が、熟視しても発見できない程度の相違であるか否かで判断するということになる。この見解に従えば、オンライン照合を導入した金融機関と、導入していない金融機関との間に不公平は生じない事になる。

もう一つの考え方としては、その金融機関の印鑑照合制度を前提にして、ヴェテラン行員が熟視しても発見できない程度か否かを基準とするというものである。この見解に従えば、精度の高い制度を導入した金融機関に不利になるという問題が生じる。機械で照合までする場合をどう考えるかという問題も残る。現実の問題としては、その他の事情として、払い戻し請求者に不審な点はなかったのかという問題もある。本人であれば知っているはずの「暗証番号」「本籍」「生年月日」を聞かせてもらうということも考えられるが、代理人や使者の場合、本人の自宅や職場に電話してみることまでやれるかということ、激しい競争をしている客商売の金融機関の現状では、かなり難しそうである。払い戻しの実績のない僚店で、それまで実績のない全額に近い払い戻しということになれば、事後的に見たら、「おかしい」と言えるが、金融機関としては、短時間に、大量の預金払い戻しに応じなければならないという事情もある。

[空リースの保証]

正常なリースでは、ユーザー（レッシー）が必要とするリース物件を、リース業者（レッサー）が供給者（サプライヤー）から購入して（売買契約）、代金を支払い、ユーザーと賃貸借契約を締結して引き渡す（リース契約）。実際には、物件は、供給者から、ユーザーに直接引き渡される。ユーザーは、物件に瑕疵がない事を確認し、「リース物件検収完了証（物件借受証）」を（借受）日付も記載して、リース会社に提出する。この日から、物件の所有権は、供給者からリース会社に移転し、リース会社の供給者に対する支払義務が発生し、リース会社は、ユーザーに対してリース料債権を取得する。

空リースは、このリース物件の直接引渡制度を悪用して（引渡をしなくても、リース業者には分らない）、リース業者から供給者に支払われるリース物件の代金を詐取するのである。既に、他のリース業者からリースを受けて使っている機械について、ユーザーが供

給者と結託して、再度のリース契約を締結するケース（多重リースという）もある。又は、機械の引渡しを受けないで、売買契約とリース契約だけを締結する。このような空リースの場合でも、ユーザーは、リース業者に対して、リース料の支払義務を免れる事がないのは、物件借受証をリース会社に提出しているのであるから、信義則（禁反言）上、当然の事である（民法1条2項）。しかし、そのリース料の支払を保証していた者の責任はどうであろうか。この場合は、リース物件が引き渡されていなかった事が、保証人として、要素の錯誤になり保証は無効なのかについて、肯定説と否定説に分かれる（民法95条）。空クレジットの例であるが（理論的には、空リースと空クレジットは、この点では同じと考えられている）、最1判平成14.7.11（金融法務事情1667号90頁）は、空クレジット債務と知らないで保証した場合は、要素の錯誤になるとした。

事案は、平成7年12月に、AがB販売店から購入する300万円の機械を、Xクレジット会社が、B販売店に立替払いし、AがXクレジット会社に対して負担する分割払金の支払債務を、Yが連帯保証したものである。しかし、Aは、この機械を、平成7年11月に、別会社から購入していた。Bは、Xから受け取る300万円をAに交付する事を約束していた。立替払いと保証は、同一書面で締結された。Yは、機械の引渡がないことを知らなかった。

XとB販売店間では、平成10年に、120万円を支払い、残債を免除する訴訟上の和解が成立した。

原審の東京高判平成11.12.9（金融商事判例1159号11頁）は、「Xクレジット会社が、B販売店に代金を立替払いし、AはXクレジット会社から融資を受けるものである。商品は担保として、Xに留保する。」「立替払い金を割賦弁済するもので、金融の性質を有し、実体のあるクレジット契約でも、実体のない空クレジット契約でも同じである。」「機械の引渡の有無は、連帯保証人にとって、さほど重要であるとは考えられず、保証契約の要素の錯誤にはならない。」「Yの錯誤は、動機の錯誤であるが、主債務が機械の代金の立替払いであれば保証するが、単純な消費貸借であれば、保証しないという動機が表示されたものとは言えない（最2判昭和45.5.29金融法務事情588号26頁）。」として、Xの請求を認容。

しかし、本件最高裁は、「保証契約は、特定の債務を保証するものであるから、債務がいかなるものであるかは、保証契約の重要な内容である。」「商品売買契約の成否は、原則として、保証契約の重要な内容になる。」「本件機械の売買契約は存在せず、Yは、そのことを知らなかったので、Yの意思表示は、法律行為の要素に錯誤がある。」として、Xの請求を棄却した。

要素の錯誤の成否に関する見解の対立は、「実質金融である。動機の錯誤の問題である。連帯保証人の利益を著しく害していない。」と見る要素の錯誤否定説と「主たる債務がいかなる契約から生ずるかは、保証契約の前提である。融資とは同視できない。物件の引渡がないことを知っておれば、通常、保証しない。」と見る要素の錯誤肯定説の対立という

事になる。この判決を前提にすれば、保証を受けるクレジット会社やリース会社は、当然のことながら、物件の引渡の事実確認をしなければならないという事になる。

昭和40年代に、各銀行がリース会社を作って、リースが広まった当初の段階では、顧客は、リース物件であることを秘密にする傾向があったようであり、リース会社が、リース物件に、その旨の表示をすることを嫌ったようである。顧客は、リース会社が貼付したシールを剥がしたりしたようである。しかし、最近のように、リースが広がった現状では、本件判決も出た事であるし、リース物件には、その旨の表示を徹底すべきである。そうは言っても、調査費用と効果の問題もあるし、全国に展開しているリース会社の場合は、全国に散在しているようなリース物件を全部点検するという事は不可能に近い。実務上は、高額物件や信用力の弱いユーザー、供給者が関与している物件を重点的に点検して、物件を確認し、シールを貼り、写真を取るというようなことをしているらしい。しかし、リース会社は、基本的には、商談の発生した経緯、ユーザーと供給者の関係、双方の質の見極め、リース物件が中古ではないかというような事を総合的に調査して判断すべきである。そうでないと、ユーザーと供給者が結託した場合の空リースを見破る事は困難である。

[役員の実任の減免の構造]

[役員の実任減免の全体像] 取締役の会社に対する責任は、商法266条1項1号～5号に定められているが、旧大和銀行ニューヨーク支店の11億米ドル損失事件についての代表訴訟で役員の実任の責任が認められたことを契機として、役員の実任減免を求める声が上がリ、商法の改正に結びついたようである。この訴訟事件は、1審で役員側が巨額の実任減免責任を課されたものの、同銀行が、持株会社に移行するという事になったので、原告もやむなく和解したようである。株式移転による持株会社創設の場合の原告適格喪失については、旧日本興業銀行代表訴訟事件が、リーディング・ケースになっている。銀行の株式が、株式移転の方法によって持株会社に移転した場合は、原告株主は、原告適格を喪失するとするのが、東京地判平成13.3.29金融法務事情1619号54頁であり、旧大和銀行事件(大阪地判平成12.9.20金融法務事情1101号3頁)と旧東海銀行事件(名古屋地判平成14.8.8法学セミナー577号118頁)にも影響を与えている。しかし、旧大和銀行の事件は、同行のニューヨーク進出自体に問題があったとも言えるし、事件処理の過程を見ても、かなり、杜撰なものである。そのような事件を契機として、企業経営のプロの実任をここまで減免する必要があるのか、疑問なしとしない。金融機関に限らないが、役員は、役員保険(D&O保険)で、損失を回避しようとしている者もいる。しかし、D&O保険に加入していても、杜撰な経営をしていた場合の損失は補填されない。免責事由や填補限度額に

も注意しなければならない。結局、D & O保険で、損失補填されるものは、役員が代表訴訟に勝訴した場合の弁護士報酬程度である。代表訴訟で敗訴している役員は、かなり悪質なものに限定されていると考える。役員としては、最低限、Business Judgement Rule (取締役が十分な調査をおこない、その結果を分析したうえで、経営者として合理的な判断をしたのであれば、その結果、会社に損害を与えても、損害賠償責任を負わないとする原則であるが、日本では判例上確立したものとはいえない) 程度は、守ってもらいたいものである。それは、そうであるとしても、役員の責任の減免の構造は、理解しておく必要がある。

1号～3号 (違法配当、株主権の行使に関する利益供与、取締役に対する金銭の貸付) については、「総株主の同意」を得なければ減免できない (5項)。4号 (取締役と会社間の取引行為) については、株主総会の特別決議で、免除し得ることになる (6項)。そして、5号 (法令・定款違反行為) について、免除ではなく、「年収の2～6年分」への軽減措置を取れる事にしている。監査役については、商法280条1項で準用している。

[事前に規定しておく方法] 定款に役員の責任の軽減しうる旨を定めておいて、現実問題が生じた場合は、取締役会が株主総会から授権される形で、軽減措置をとるというものである。その軽減の要件は、事後の責任軽減の内容と同じである (12項)。しかし、この場合は、取締役会の決議だけでは軽減の効果が生ぜず、株主の3%が反対すれば、軽減措置は、無効になってしまう (15項)。

[事後に軽減する方法] 商法266条1項5号の責任についてのみ、その取締役が、職務を行うについて、善意で重過失がなければ、株主総会の特別決議で、一定の金額の範囲内 (年収の2～6年分) に責任を軽減することができる (商法266条7項)。その一定の金額は、1号～3号に定められている。要するに、「基準になる年収」は、報酬その他職務執行の対価として受けた金額である (商法269条)。使用人兼務部分も含む (1号)。会社の単なる取締役は、総務部長、人事部長等の使用人を兼務している事が多い。株主総会で決議される役員報酬の大部分は、常務取締役以上の役員に支給され、単なる取締役には、極一部が支給され、単なる取締役には、兼務部分としての報酬が、別途支給されている。退職慰労金は、在職年数で割って、1年分とする (2号)。ストック・オプション、新株予約権の行使・譲渡による利益も含む (3号)。各営業年度の報酬の中で最高の金額を採用する (1号)。税込みの金額であるから、実際には、役員の手取り金額の3～10年分になる (法文は、手取額とは規定していない)。「責任金額」は、取締役については、この「基準金額」の4年分 (7項1号)、代表取締役については、6年分 (17項)、社外取締役については、2年分 (18項) とされている。決議後に退職慰労金を与えたり、ストック・

オプション・新株予約権の行使・譲渡をする場合は、株主総会の承認が必要である（10項、11項）。ストック・オプションは、会社の業績に連動する報酬として、役員に、業績向上を目指して努力するインセンティブを与える目的で、平成9年の商法改正により導入されたが、平成13年には、商法280条の19から39で、付与の対象を拡大した新株予約権が導入されたので、役員に対して特別の利益を提供する事になるストック・オプションは、280条の20第1項、同21による有利発行の1形態ということになった。

[社外取締役との契約による方法] 社外役員については、定款に定める条件に基づいて、選任の契約をする際に、「責任軽減契約」をすることができる（19項）。この場合も、商法266条1項5号の責任に限定されているし、職務執行について、善意で重過失のないことが要件とされている。その判定は、誰がするかということになるが、第1次的には、取締役会が行うものの、最終的には、裁判所が判断することになる。株主総会での決議等の必要はない。しかし、会社が社外取締役の行為によって損害を受けたことを知った場合は、最初に招集される株主総会に報告する義務があるし（22項）、社外取締役が、損害賠償責任を負担した後の退職慰労金の支払等についても、10項と11項が準用されている（23項）。なお、責任軽減契約についての19項は、社外監査役には準用されていないので（商法280条1項）、社外監査役については、責任軽減契約をすることは出来ないし、仮に、そのような契約をしても、その効力は認められない。

[3%の株主の反対後の軽減決議の可能性] 事前の定款の規定に基づいて、取締役会が軽減措置をとったとしても、3%の株主が反対すれば、その措置は、効力を生じない。しかし、その場合でも、事後の責任軽減措置は取れることになる。株主総会の特別決議で、2/3の多数による賛成があれば、3%の反対を押し切れるのは当然のことである。

[稟議書の提出命令]

金融機関では、融資の金額や担保等の条件によって、支店長の決済限度が定められており、その限度を超える融資については、支店長から、融資部に対して、稟議をする事になる。支店長の決済権限内の融資は、裁量貸出（支店長の裁量で融資することが可能という意味）と呼んでいる。この稟議には、稟議書が提出される。通常、課員、課長、次長、支店長と回付される。各自、意見を記載する事ができる。一般的には、全員が賛成しなければ、決済はされない。稟議書も本部に送られない事になる。稟議されると、本部の中の融資審査部でも、担当者、課長、副部長、部長と言うように回付され、通常、全員の賛成で、

融資が決定される。稟議書でも、各自、意見を述べる事ができる。昭和40年代の初め頃までは、稟議書は、タイピストが清書していた。しかし、昭和50年代になると、金融緩和基調になり、セールスマン的な融資課員が大事にされ、稟議書も粗雑なものが多くなっていった。一口に、稟議書といっても、色々なものがあるということである。稟議書の自己使用文書性を論ずるよりも、インカメラ [民訴223条6項、裁判官のみの点検] で見てみたら、解決できる事が多いのではあるまいか。

しかし、稟議書は、特段の事情がない限り、民訴法220条4号ニ所定の自己使用文書であるから、文書提出命令の対象にならないとするのが判例である（最2決平成11.11.12金融法務事情1567号23頁）。平成10年から施行された民事訴訟法は、文書提出命令を一般義務化し、その例外の一つとして、「自己使用文書」を認めたが、銀行等の稟議書が、この例外として、提出を免れるかは、施行当時、高裁段階の決定が分かっていたこともあって、大きな問題とされてきた。11年決定は、抗告が許可された初めての事件でもある。この決定は、稟議書の作成目的、記載内容、所持するに至った経緯等に徴し、もっぱら、内部での利用を目的としており、外部に開示することが予定されていない文書であり、開示されると、個人のプライバシーが侵害されたり、銀行・会社内部の自由な意思形成が疎外されたりする等、開示によって、所持者側に、看過できない不利益が生じる場合は、民事訴訟法220条4号に所定の自己使用文書に当たるとした。金融機関にとっては、有り難い判決である。しかし、この決定は、代表訴訟の中で稟議書の提出が求められた事件ではなかったし、「特段の事情」があれば、自己使用文書として提出を免れることが出来ないとされたので、代表訴訟が特段の事情になりうるのかに関する決定の出現が期待されていた。

[最1決平成12.12.14（金融法務事情1605号32頁）] 次に問題になったのが、代表訴訟の中での稟議書の提出命令の可否であった。しかし、この決定は、「会員代表訴訟において会員から信金の所持する貸出稟議書の文書提出命令が申し立てられたからといって、特段の事情があるということは出来ない」とした。原決定（2審）を破棄し、1審の決定を棄却した。この法廷意見に対する町田顕裁判官の反対意見にも注目すべきである。同裁判官は、信用金庫と会員の関係（貸出は、会員に対してしか行えないし、会員は、出資口数に関係なく、1個の議決権を有する）から、代表訴訟は協同組織体内部の監視機能の発動と見ることができるので、稟議書の利用は予定されている、旨主張している。

[最2決平成13.12.7（金融法務事情1636号51頁）] それでは、「特段の事情」は、どのような場合なのか、ということが問題になる。自己使用文書であっても、提出しなければならない「特段の事情」があるとされたのが、この決定である。この事件は、破綻した信金を引き継いだ整理回収機構が、信金の融資先に対して、貸付金の返還を求めた訴訟事

件の中で、被告側が、整理回収機構の所持する信金の稟議書の提出を求めたものである。この場合は、信金が破綻しているので、稟議書を提出しても、「信金の意思形成過程を保護する」必要性がないことから、この特段の事情ありと判断されたものである。自己使用文書として保護されるためには、営業を継続している必要があるということである。1審、2審も、同意見であった。銀行等が破綻した後で代表訴訟を提起された場合には、稟議書の提出が認められることになろう。

[みなし弁済規定]

貸金業者の融資に関する「みなし弁済規定」の適用について、厳しい判断を示した最2判平成16.2.20（金融・商事判例1188号2頁）の骨子は、

「天引き利息については、貸金業法43条1項（任意に支払った場合のみなし弁済規定）の適用はない」

「43条1項の適用条件たる書面には、17条1項の事項がすべて記載してある必要がある」

「同じ適用条件たる弁済時の書面は、弁済直後に交付する必要あり」

「同じ適用条件たる18条1項の事項が記載された書面の交付は、弁済資金の振込用紙と一体をなしたものであっても、代替する事は出来ない」の4つである。

この判決の影響が懸念される「消費者ローンABS（Asset Backed Securities）のストラクチャー」は、「貸金業者が、オリジネーターとして、消費者ローン債権を信託銀行に信託譲渡し（対抗要件は、債権譲渡特例法の登記のみ）、信託銀行に対して、優先受益権と劣後受益権を取得する。」「貸金業者は、優先受益権のみをSPC（Special Purpose Company）（資産の流動化に関する法律に基づいて設立されるTMK 筆者に照会したところ、特定目的会社のローマ字の頭文字 と呼ばれる会社が利用される事が多いようである）に譲渡する（信託の受益権の譲渡については、信託銀行が異議なき承諾をして、その承諾書に確定日付をとる）」「SPCは、その優先受益権を裏づけとして、社債を発行し、その代金で、貸金業者に優先受益権の代金を支払う。」「貸金業者がサービサー（債権管理回収業に関する特別措置法3条により法務大臣の許可を受けた債権管理回収業者、本件スキームでは、バックアップサービサーも選任される事が多い）として債務者からの回収を行う。」というようなものである。ABSに仕組まないで、信託受益権のまま投資家に販売する事も行われている。このようなABS等は、消費者ローン債権を裏づけにしているために、この厳しい最高裁判決の影響が懸念されるが、筆者は、判決が問題にしているグレーゾーン金利（利息制限法の上限を超えるが、出資法の29.2%以下）は、「利息は天引きでなく、後取りにしていること」「グレーゾーンの金利部分は、原則として、裏付資

産の生み出すキャッシュフローには見込んでいない」ために、ほとんど影響はないと見ている。銀行法務21.633号の筆者は、かつて、住友銀行の法務部に所属しており、現在は、三井住友銀行のストラクチャードファイナンス営業部に所属しているので、本稿に限らないが、その筆者の立場も踏まえて読む必要はある。

(平成16年6月15日脱稿)