

第三者に対する損害賠償請求権を行使しないと判断した 取締役につき善管注意義務違反が認められなかった事例

吉 行 幾 真

東京地裁平成一六年七月二八日判決

平成一四年(ワ)第二二〇三七号

損害賠償請求(株主代表訴訟)事件

請求棄却【控訴棄却、上告棄却および上告不受理】

金融法務事情一七五九号六一頁

一 事実の概要

本件は、甲社の株主であるXが、甲社の取締役あるいは元取締役であるY1～Y10(以下、「Y1ら」とする)に対し、Y1らが乙社の代表取締役社長であったAに対する損害賠償

請求(本件損害賠償請求1)およびB銀行に対する損害賠償請求(本件損害賠償請求2)を行わず、一切の回収行為を行わなかったことにつき、取締役の善管注意義務に違反するとして、甲社への賠償金約四〇億円の支払を求めた株主代表訴訟である。

甲社は、江戸時代に創業した呉服店にその沿革を有し、百貨店業を主たる業務とする株式会社である。

乙社は、戦後まもなくに設立された資本金三億円の千葉県を地盤とする建設会社であるが、平成一〇年六月に千葉県裁判所に自己破産を申請し、破産宣告を受けた。負債総額は約七八〇億円で、千葉県内では過去最大の倒産であった。な

お、乙社のメインバンクであったB銀行は、乙社の経営状態が悪化する中、平成五年二月から平成七年五月まではB銀行の従業員Cを、平成七年一〇月から（乙社が自己破産申請する前月の）平成一〇年五月まではB銀行の従業員Dを、それぞれ、乙社に出向させ、CおよびDは乙社の常務取締役の地位にあった。

Xは、遅くとも、昭和三十九年ころから甲社の株主であり、甲社の株式約二六〇万株を有する個人筆頭株主である。なお、Xは、平成三年から平成一一年まで、甲社の取締役を務め、平成四年から平成八年までは甲社の常務でもあった。

Y1～Y3は、Xが甲社に対して訴訟提起の要請を行った平成一三年一二月から、Y1らが訴訟提起をしないと決定した平成一四年五月までの間、甲社の代表取締役であった。Y4～Y10は、平成一三年一二月から平成一四年五月までの間、甲社の取締役であった。

甲社は、昭和六三年五月に、乙社との間で、「乙社が千葉県におけるゴルフ場（本件ゴルフ場）の用地買収を行い、その完成後に甲社が本件ゴルフ場を引き継ぐこと」を内容とする覚書を取り交わし、その後、甲社の一〇〇パーセント子会社である丙社は、乙社に対して多額の貸付を行うようになり、

平成一〇年三月末現在、貸付残高は約五二一〇億円であった（平成八年三月から平成一〇年三月までの間の貸付合計額は約四〇億円）。

なお、乙社破産管財人は、本件ゴルフ場計画に投下された資金について調査した結果、資金使途に疑問が生じたもののその解明に至らなかったため、千葉県警察本部刑事部第二課（以下、「千葉県警」とする）と協議の上、公認会計士の資格を有する警部補を長とするチームによる内定調査を依頼した。千葉県警は、平成一〇年七月、乙社についての多額の使途不明金（約六〇億円～約二〇〇億円程度）が存在し、資産隠しとして別会社に当該使途不明金が流れているとして、捜査を進めた。その後、千葉県警は平成一一年一月、Aを含む乙社経営陣に対する特別背任（乙社からAに対する総額約三九億円の仮払金・貸付金の存在とAの自己目的による使用）及び丙社の抛出金に係るAの横領（Aによる用地買収等に係る資金の自己目的による使用）等の容疑が存在するとして、さらに捜査を進めた。しかしながら、捜査の結果、刑事被疑事件の立件が困難であるとし、Aの犯罪事実の立件には至らなかった。

このような状況の下、平成一三年一二月・平成一四年一月・

平成一四年二月の三回にわたり、Xは甲社に対してB銀行および乙社の代表者であったAに対して損害賠償請求をするよう求めたが、甲社は、いずれも、それには応じられない旨の回答を行った。

そこで、Xは平成一四年四月、甲社に対して、B銀行およびAに対して損害賠償をするよう求めるとともに、甲社が損害賠償請求をしない場合には株主代表訴訟を提起する手続に入る旨の通知を行い、平成一四年一〇月に本件提訴。

二 判旨

請求棄却。

「取締役は、会社に対し、善良なる管理者の注意を以て」会社の業務を執行すべき義務を負い（商法二五四条三項、民法六四四条）、また、「会社の為忠実に其の職務を遂行する義務」を負うところ（商法二五四条の三）、上記善管注意義務及び忠実義務の内容として、会社の財産を適切に管理・保全し、このような会社の財産が債権である場合には、適切な方法によりこれを管理し、その回収を図らなければならぬ義務を負っているといふべきである。したがって、会社が特定の債

権を有し、ある一定時点においてその全部又は一部の回収が可能であったにもかかわらず、取締役が適切な方法で当該債権の管理・回収を図らずに放置し、かつ、そのことに過失がある場合においては、取締役に善管注意義務違反が認められる余地があるといふべきである。

もっとも、債権管理・回収の具体的な方法については、債権の存在の確度、債権行使による回収の確実性、回収可能利益とそのためのコストとのバランス、敗訴した場合の会社の信用毀損のリスク等を考慮した専門的かつ総合的判断が必要となることから、その分析と判断には、取締役に一定の裁量が認められると解するのが相当である。

そして、不法行為に基づく損害賠償債権や取締役の任務懈怠に基づく第三者への損害賠償債権については、一般に裁判外において債務者が債権の存在を認めて任意に弁済を行うということは期待できないため、その管理・回収には特段の事情なき限り訴訟提起を要するところ、取締役が債権の管理・回収の具体的な方法として訴訟提起を行わないと判断した場合に、その判断について取締役の裁量の逸脱があったというためには、取締役が訴訟を提起しないとの判断を行った時点において収集された又は収集可能であった資料に基づき、

当該債権の存在を証明して勝訴し得る高度の蓋然性があつたこと、債務者の財産状況に照らし勝訴した場合の債権回収が確実であつたこと、訴訟進行により回収が期待できる利益がそのために見込まれる諸費用等を上回ることが認められることが必要といふべきである。

これに加えて、取締役の善管注意義務違反に基づき会社に損害が発生したというためには、訴訟提起を行った場合に会社が現実に回収し得た具体的金額の立証も必要である。」

「本件……には、破産宣告前の乙社の決算において多額の使途不明金を計上した記載……などが存在し、なるほど、これらの記載は、原告の主張に係るAの本件違法行為の存在を一定程度疑わせるものといふことができる。」

しかしながら、……破産管財人による調査及び千葉県警において公認会計士の資格を有する警部補を長とするチームによる捜査が行われたにもかかわらず、結局本件使途不明金の資金の流れを解明するに至っておらず、……Aが自己のために費消したのか、あるいは何らかの形で本件ゴルフ場計画のために使用したのか明らかにするに足りる資料はない……したがって、本件基準時において、Aの本件違法行為を前提とする本件損害賠償請求権1の存在を証明できる高度の蓋然性

1についてAに対する訴訟を提起しないと判断した判断について善管注意義務違反があつたといふことはできない。また、被告らが訴訟提起を行った場合に現実に回収し得た具体的金額についての立証もないから、被告らの本件損害賠償請求権1の不行使によって甲社に損害が発生したということもできない。

したがって、いずれの点からみても、被告らが本件損害賠償請求権1を行使しなかつたことについての善管注意義務違反に基づき損害賠償請求は、理由がない。」

「B銀行の任意の履行を期待すべき特段の事情は認められず、債権回収のためには訴訟提起を要するといふべきである……Xは、Dが乙社の取締役としてAの本件違法行為を防止すべき義務を負っているにもかかわらず、これを故意又は過失により放置するといふ不法行為を行ったから、その使用者であるB銀行は甲社に対する損害賠償責任を負つて主張するが、……本件基準時において、Aの本件違法行為の存在を証明できる高度の蓋然性があつたと認められない以上、これを前提としたDの不法行為についても証明できる高度の蓋然性があつたと認めることはできない。」

念のため、原告が、Aの不法行為を前提とせず、Dが甲

があつたとは認めることはできない……（また）本件基準時において収集可能であつた本件収集資料によつても、本件損害賠償請求権1の存在を証明できる高度の蓋然性を認めるに足りない以上、善管注意義務違反を認める前提を欠いている。」

「Aは乙社の債務を連帯保証していたが、その債権者らがAに対して破産申立てをする等の責任追及を行つていないこと、Aの個人資産も調査したと考えられる破産管財人も、Aから回収を図つた形跡がないこと……を考慮すれば、本件基準時においてAが資力を有していたと認めることはできず、本件基準時においてAに対する本件損害賠償請求権1を行使すれば債権回収が確実であつたといふことはできない。」

また、Xは、Aが平成一六年一月まで丁電鉄の代表取締役を務めており、同人がその間報酬を受領していたと考えられるから、報酬相当額の回収可能性があつたと主張するが、Aの報酬受領の有無及びその額は不明であり、他に現実に回収可能であつた具体的金額についての立証はない。」

「……以上によれば、本件基準時において、本件損害賠償請求権1の存在を証明して勝訴し得る高度の蓋然性があり、かつ、Aの財産状況に照らし勝訴した場合の債権回収が確実であつたと認めることはできず、被告らが本件損害賠償請求権

社の負担の下でB銀行の債権回収を図つたという不法行為をも主張するものであると善解して検討すると、B銀行は乙社のいわゆるメインバンクであつて、乙社の経営状態が悪化する中で、平成五年二月から平成七年五月までCを、同月から平成一〇年五月までDを乙社の常務取締役として出向派遣していたこと、本件分割計画は、平成八年三月ころB銀行本店会議室で協議されたこと……（B銀行が破産宣告に至るまで乙社の経営状況の把握に努めていたこと、乙社の破産手続におけるB銀行の債権届出書ではB銀行が平成九年から平成一〇年六月までの間に一〇億円を超える回収を行った計算となる）が認められ、これらは一応Xの主張に沿うものといふことができる。しかしながら、同時に上記債権届出書ではB銀行は平成九年に乙社に対し合計約一三九億円余りの貸付けを行った計算となることも合わせ考えれば、上記一〇億円余りの回収が甲社の出捐に基づいてなされたことと即断することはできず、これらの事実から直ちにXの主張に係るDの不法行為を推認することができるとはいえないし、その他本件収集資料を精査しても、Nの不法行為の存在を証明できる高度の蓋然性を認めることはできず（……Y1らが本件損害賠償請求権2についてB銀行に対する訴訟を提起しないとした

判断について善管注意義務違反があったということはできない。」

三 研究

1 はじめに

本件は、パブル期に行われたゴルフ場開発の事後処理に関する問題である。取締役は、会社財産である債権につき、適切な形で管理・回収する責任を負っているが、その具体的方法については一定の裁量を有している。もっとも、債権の内容によっては、その裁量の程度に相違があると考えられよう。

この点、本判決は、会社が有する債権、とりわけ、損害賠償請求権を行使しなかったときに、いかなる場合であれば取締役の責任が追及されて然るべきか、につき明瞭な基準を示しており、取締役の債権管理・回収局面における取締役の責任を論じる上で注目に値する事例判断であると考ええる。

2 検討

取締役がいかなる方法で債権管理・回収を行うかは、債権の存在の確度、債権行使による回収の確実性、回収可能利益

とそのためのコストとのバランス、敗訴した場合の信用毀損のリスク等を考慮した専門的かつ総合的判断が必要となることから、いわゆる経営判断原則が妥当し、その分析と判断には、取締役に一定の裁量が認められる。

なお、経営判断原則については、経営判断当時の状況に照らし合理的な情報収集・調査検討などが行われたか、および、その状況と取締役に要求される能力水準に照らし、不合理な判断がなされなかったかを基準に、善管注意義務違反を判断する原則として理解する説が支配的である²⁾。

本判決では、不法行為に基づく損害賠償債権や取締役の任務懈怠に基づく第三者への損害賠償債権については、一般に裁判外において債務者が債権の存在を認めて任意に弁済を行うということは期待できないこと、すなわち、その管理・回収には特段の事情がある場合を除き訴訟提起を要すること、に着目している。

その上で、取締役が債権の管理・回収の具体的な方法として訴訟提起を行わないと判断した場合（以下、「債権（損害賠償請求権）を行使しなかった場合」ともいうこととする）に、その判断について取締役の裁量の逸脱があったというためには、取締役が訴訟を提起しないとの判断を行った時点におい

て収集された、または、収集可能であった資料に基づき、以下の三要件が必要であるとしている。

すなわち、「当該債権の存在を証明して勝訴し得る高度の蓋然性があったこと」「勝訴し得る高度の蓋然性」の要件）、

債務者の財産状況に照らし勝訴した場合の債権回収が確実であったこと（「債権回収の確実性」の要件）、訴訟進行により回収が期待できる利益がそのために見込まれる諸費用等を上回ることが認められること（「回収期待利益と回収コストとのバランス」の要件）」である。

なお、本判決では、取締役の善管注意義務違反に基づき会社に損害が発生したというためには、訴訟提起を行った場合に会社が現実回収し得た具体的金額の立証も必要であるとしているが、これは、債権回収の確実性を判断する前段階として、通常、債務者の財産状況を調査する過程で確認可能なマターであると思われる。それゆえ、基本的には、上記の要件に包含されよう。

そこで、以下、本件損害賠償請求権1および2それぞれにつき、要件の観点から検討を加えた後に、各要件のベースとなっている経営判断原則に言及していく。

（1）損害賠償請求権1

本件損害賠償請求権1とは、乙社の代表取締役社長であったAに対して甲社が有していた損害賠償請求権である。

「勝訴し得る高度の蓋然性」の要件

本件のように、債務者が任意に弁済することができない状況下においては、債権回収を図るには、原則として、訴訟提起が必要であり、勝訴の見込みが薄いにも関わらず、取締役に債権回収のための訴訟提起を義務づける必要性を認めることは極めて困難である。

それゆえ、「勝訴し得る蓋然性」の要件の意義は認められうるが、はたして、それが高度に高められた「勝訴し得る高度の蓋然性」まで必要なのであるか。

「勝訴し得る高度の蓋然性」とは、典型的には、たとえば、債務者が刑事事件において既に有罪が確定し、債権者に損害が発生していることが明確な場合等がイメージされよう。

この点、本件においては、乙社の破産管財人は、本件ゴルフ場計画に投下された資金について調査した結果、資金使途に疑問が生じたもののその解明に至らなかったため、千葉県警と協議の上、千葉県警による内定調査を依頼した。千葉県

警は、多額の使途不明金（約六〇億円～約二〇〇億円程度）が存在し、資産隠しとして別会社に流れているとして、Aを含む乙社経営陣に対する特別背任等の容疑が存在するとして捜査を進めたものの、立件するには至らなかった。こうした事實は、「勝訴し得る蓋然性」の端緒になりうるものではある。それゆえ、これは、本件において裁判所がAの違法行為の存在を一定程度疑わせるものであると述べていることから理由づけられよう。しかしながら、上記事実が「勝訴し得る高度の蓋然性」を示すものであると考えるのは極めて困難である。

もっとも、たとえ、本要件が単に「勝訴しうる蓋然性」という、いわば要件が緩和された形で定義づけられていたとしても、本件において、上記事実の他に、「勝訴しうる蓋然性」に関連する事実が確認できない以上、その結果において、重大な相違が生じていたとは結論づけられない。

ただ、「勝訴し得る蓋然性」ではなく、「勝訴し得る高度の蓋然性」を要件としたことは、債権回収を目的とした訴訟提起を検討する取締役に対して、必要以上に、訴訟提起を躊躇する方向へ導くことも懸念されて然るべきであるかもしれない。

度についてはほとんど言及せず、裁判所は「Aは乙社の債務を連帯保証していたが、その債権者がAに対して破産申立てをする等の責任追及を行っていないこと」、「Aの個人資産も調査したと考えられる破産管財人も、Aから回収を図った形跡がないこと」、「戌建設会社が平成二三年三月にAに対する手形債権を無税償却したこと」から、本件においてAが資力を有していたと認めることはできない、としている。

なお、「債権回収の確実性」の要件をクリアするには、既述の通り、債務者の財産状況が調査可能であることが前提となる。

本件のように、債務者が連帯保証している会社が破産したあるいは、債務者である会社が破産している場合には、破産管財人による調査に大きく依存することになるが、債務者が破産していない場合には、通常、債権者である会社の取締役が債務者の財産状況を調査することになるであろうが、調査に際して専門的な知見を必要とする場合を十分考えられ、たとえば、専門の信用調査機関・弁護士・公認会計士等の意見を徴することを検討すべき合理的な理由がある場合には、そうしたプロセスを経ずに債権（損害賠償請求権）を行使しないとの判断を行った取締役の経営判断は、本判決でいうと

「債権回収の確実性」の要件

これは、勝訴した場合におけるその実効性の担保を確保するため、債務者の財産状況を把握することを求めるものである。それゆえ、「債権回収の確実性」の要件をクリアする前段階として、債務者の財産状況が調査可能であることが前提となる。

この点、取締役が債務者の財産状況を調査することは、たとえば、典型的には、取締役の会社が銀行であり、債務者が当該銀行から融資を受けている会社などである場合には、通常、取締役が債務者の財産状況を把握することは取締役の注意義務に包含されており、特段の事情がある場合を除き、取締役は債務者の財産状況が調査可能であるように思える。

他方、本件のように、一般事業会社の取締役が確認しうる債務者の財産状況は、銀行融資における事例と同程度の場合もありえようが、相当程度状況を異にしている場合も少なくないであろう。それゆえ、基本的には、債務者の財産状況の調査がどの程度可能であるか、個々の事例毎にそれぞれ判断せざるを得ないであろう。

もっとも、本件においては、債務者が連帯保証している会社が破産していることもあり、債務者の財産状況の調査の程ころの本来、債権（損害賠償請求権）を行使しないとの判断を行った時点において「収集可能であった資料」（すなわち、専門家の意見）を収集していないことに該当する可能性が高いといえる。それゆえ、そのような場合、取締役の当該経営判断には経営判断原則が妥当しないことにもなりえよう。

とまれかくまれ、そもそも、取締役による債権（損害賠償請求権）を行使しないとする経営判断につき、取締役の裁量の逸脱があったといつための要件として、「債権回収の確実性」がはたして必要なのであろうか。

より厳密にいうと、債権回収をするために訴訟提起を行わないとの経営判断を行った取締役の責任追及をする上で、「勝訴しうる高度の蓋然性」の要件をクリアした後に、さらに、「債権回収の確実性」の要件を課す合理的な理由は、はたしてあるのであろうか。

裁判所は本件におけるような局面で取締役の責任追及をする上での要件については、クリアカットに公式化された形で示しているが、定式化された要件がいかなる理由により合理的であるのかについては、ほとんど示されていない。あえて挙げるとすれば、「債権の管理・回収業務を行うには、専門的かつ総合的な判断が必要とされ、そうした職務を行う取締

役の経営判断には経営判断原則が適用される」といった趣旨の内容が判文から確認できる程度である。つまり、本件における定式化は、経営判断原則を本件における状況につき敷衍させたものと解するのであるが、いわば敷衍の結果のみが示され、(結果に至るまでのプロセスともいえる)敷衍の理由が判然としていない。

「債権回収の確実性」の要件をクリアするためには、債務者が破産しているなど、特段の事情がない限り、債権者が債務者の財産の状況を調査できることが前提となる。それゆえ、債務者の財産状況について調査が困難であればあるほど、「債権回収の確実性」は低下する。これは、たとえば、債務者が自身の財産を巧妙に隠匿すればするほど、債権者による債権回収の確実性が低下することにもなりかねない。

確かに、「債権回収の確実性」の要件がクリアできればそれに越したことはないが、そうでない場合にも、債権回収を行うべき場合は少なくともはなかるべき。

したがって、「債権回収の確実性」の要件を設けることは、結果的に、債権者に対して財産隠しのインセンティブを与えるおそれがあるほかに、取締役が債権回収を試みようとするインセンティブを必要以上に退行させるおそれもあるように

思える。それゆえ、こうした副作用とも言つべきマイナスの影響を上回る説得的な理由がない限り、この要件を必要とする合理的な理由をみつけることは困難なように思える。

「回収期待利益と回収コストのバランス」の要件

この要件は、端的には、期待利益がコストを上回る場合にのみ債権回収を求めようとするものである。これは、「債権回収の確実性」の要件の前提が債務者の財産状況の調査が可能であることが必要であったロジックと同様に、「回収期待利益と回収コストのバランス」の要件の要件をクリアするためには、回収期待利益と回収コストの比較が可能であることがその前提となる。つまり、いわゆる、債権回収における費用対効果分析が可能でない限り、「回収期待利益と回収コストのバランス」の要件をクリアすることは、基本的には、困難であろう。

この点、本件においては、回収期待利益が全く見込まれておらず、比較することそれ自体が、そもそもしない状況であった。もっとも、仮に、回収期待利益として、Aの丁電鉄代表取締役としての報酬額が特定されていた場合には、回収コストとの比較次第では、この要件をクリアできた可能性

を否定することはできない。ともあれ、Aの当該報酬額につき特定できていない以上、この「回収期待利益と回収コストのバランス」の要件をクリアすることはできない。

なお、確かに、「回収期待利益と回収コストのバランス」を見極めることが可能であれば、当然、そうした作業は行われべきであるが、費用対効果分析を行う際の回収期待利益については、本件の場合、具体的な金額といふことにならうが、回収コストについても、同様に考えることになるのであろうか。

すなわち、回収コストとは、まずもって、訴訟費用が挙げられようが、訴訟提起の結果生ずるその他の有形無形のコスト、たとえば、訴訟を提起した会社側の信用の問題等は回収コストに含まれるのであろうか。この点については、個々の具体的事情に大きく依存することになる。それゆえ、費用対効果分析を行う上で、とりわけ、回収コストを特定することが容易であるケースもありえようが、そうでないケースも少なくないように思える。

この点、後者の場合には、「回収期待利益と回収コストのバランス」の要件があるために、債権回収を行う取締役のインセンティブを必要以上に退行させることにもなりかねない。

これは、結果的には、債務者(本件ではAおよびB銀行)を不当に利する、すなわち、債権者(本件では甲社)の利益を不当に害するおそれをはらんでいるともいえる。

取締役による債権(損害賠償請求権)を行使しないとされる経営判断につき、取締役の裁量の逸脱があったというための要件として、「回収期待利益と回収コストのバランス」を求めることは、債権回収における費用対効果分析を求めることであり、その際、「効果としての「回収期待利益」と「費用としての「回収コスト」を具体的に特定する必要があるが、とりわけ、後者について特定することは、かなりの程度、不特定要素を含みうるがゆえに、実際問題、「回収コスト」を具体的に算出することが困難な場合は少なくないであろう。

したがって、取締役による債権(損害賠償請求権)を行使しないとされる経営判断につき、取締役の裁量の逸脱があったというための要件として、「回収期待利益と回収コストのバランス」を求めることは、取締役が債権(損害賠償請求権)を行使をしないとする経営判断を必要以上に促すことにもつながりかねないとも考えられる。

(2) 損害賠償請求権²

本件損害賠償請求権²とは、乙社のメインバンクであったB銀行に対して甲社が有していた損害賠償請求権である。⁵⁾

本件損害賠償請求権²の存在自体については、Y1らも認めているが、Y1らは「勝訴の見込みが全くないものであり、また、本件損害賠償請求権²にかかる訴訟を提起することについては取締役としての裁量がある」として、本件損害賠償請求権²を行使しないことにつき、Y1らには善管注意義務違反はないと主張した。この点につき、Xは「B銀行の従業員Dが乙社の取締役としてAの本件違法行為を防止すべき義務を負っているにもかかわらず、これを故意または過失により放置するという不法行為を行っているため、その使用者であるB銀行は甲社に対する損害賠償責任を負ふ」と主張した。

裁判所は、Aの本件違法行為の存在を証明しうる高度の蓋然性が認められない以上、これを前提とするB銀行従業員Dの不法行為について証明しうる高度の蓋然性も認められないとした。裁判所は「高度の蓋然性」を強調することで、Xの主張を退けているのであるが、既に指摘しているように、「高度の蓋然性」の要件は、結果的に、債権回収を目的とした訴訟提起を検討する取締役に対して、必要以上に、訴訟提起を

躊躇する方向へ導くことも懸念されるため、単なる「蓋然性」の証明を求めるに留めるべきであるようにも思える。

もっとも、本件において「高度の蓋然性」ではなく「蓋然性」の証明が求められたとしても、Aの本件違法行為については、(1)で指摘したように、結論的には、「蓋然性」も認められなかったであろう。

ただ、裁判所は、「念のため」と前置きをした上で、「Aの不法行為を前提とせず、B銀行従業員Dが甲社の負担の下でB銀行の債権回収を図ったという不法行為をも主張するものであると善解⁶⁾して検討すると、B銀行は乙社のメインバンクであり、乙社の経営状態が悪化する中で、乙社が破産宣告に至るまで乙社の経営状況の把握に努めていたこと、乙社の破産手続におけるB銀行の債権届出書ではB銀行が平成九年から平成一〇年六月までの間に一〇億円を超える回収を行った計算になること等が認められ、これらは一応原告の主張に沿うものといえることができる」としているが、「B銀行は平成九年に乙社に対し合計約一四〇億円の貸付を行っていることも合わせ考えれば、一〇億円の回収が甲社の出捐に基づいてなされたと即断できない」とし、善解したとしても、B銀行従業員Dの「高度の蓋然性」は認められないとした。

この判断には疑問がある。すなわち、裁判所は、B銀行が乙社から約一〇億円の債権回収をしたとしても、B銀行は乙社に約一四〇億円の貸付を行っているのであるから、甲社が乙社に貸し付けた金額が、甲社の不利益の下、B銀行に移動したのではないとしているのであるが、はたしてそうであるうか。

本件の事実認定によれば、乙社の破産管財人は、乙社の破産宣告当時の乙社代表取締役であったE(Aの子)から「乙社は平成五年五月以降、B銀行の事実上の管理下におかれ、財務経理の一切は同行の管理下におかれていました」との文書の提出を受けている。

この点につき、Y1らは、「B銀行従業員DはB銀行からの出向の形式で、乙社の常務取締役就任しているから、出向元であるB銀行は、特段の事情がない限り、出向者に対して指揮監督権限を有しない」等の主張を行っているが、これは実際における現状とは合致しているのであろうか。B銀行は乙社に多額の貸付を行っており、このような状況で、B銀行から乙社に出向したB銀行従業員Dは、事実上かなりの権限を有し、常にB銀行の利益を強く意識していたと考えるのが合理的ではなからうか。

そうであれば、B銀行が乙社から回収した約一〇億円は、甲社の負担の下でB銀行の債権回収を図ったという不法行為を証明するひとつの材料であると位置づけうる。これは、(甲社の一〇パーセント子会社である)丙社の乙社に対する(平成一〇年四月現在の)残債額が約四七〇億円であることが確認(事実認定)されていること、あるいは、B銀行従業員Dは乙社が破産宣告を受ける前月の平成一〇年五月に乙社の取締役を辞任した後、B銀行に復帰し、乙社の破産後の同年八月には破産裁判所にB銀行の事務担当者として債権届出書を提出していること等の関係事実を踏まえると、なおさう、B銀行の不法行為を肯定する方向に作用するようにも思える。

本判決では、損害賠償請求権¹については審らかに、三要件につき検討を加えていったが、損害賠償請求権²については、三要件のうち、「勝訴し得る高度の蓋然性」の要件、のみにつき検討を加えたのみで、残りの二つの要件については、何ら言及していない。

しかしながら、裁判所が善解し、損害賠償請求権²においては、Aの不法行為を前提とせず、B銀行の不法行為がその出発点であるとしたロジックにつき、残りの要件、すなわち、「債権回収の確実性」の要件、および、「回収期待利益と

回収コストのバランス」の要件につき、それぞれ、裁判所が損害賠償請求権1で行ったのと同様に、審らかに検討を加えていく意味は少なくないであろう。そのためには、まず、乙社とB銀行との関係につき、詳細な事実関係の整理が必要であるが、そうした資料は判文からは確認できないため、本稿ではそれにつき論ずることはできない。

ともあれ、損害賠償請求権2については、Aの不法行為ではなく、B銀行自体の不法行為をXが明らかにしていれば、残りの二つの要件を検討するに際し、B銀行の銀行としての地位に鑑みた場合、本判決の判断に少なからぬ影響を与えた可能性は否定はできないであろう。

(3) 経営判断原則

本判決では、会社が有する損害賠償請求権を行使しないとする取締役の経営判断を正当化するための要件を示しており、実務的には、その関心程度は低くないようにも思える。

ただ、裁判所が示した要件については、既に言及したように、それぞれ問題点が指摘でき、向後、この要件がどの程度の射呈をもちうるかは定かではないが、裁判所が経営判断原則を特定の場面に敷衍させ、かつ、それを定式化するには、

まずもって、定式化する理由を説得的、かつ、明示的に示す必要があるようにも思える。これは、経営判断原則の方向性が確立されつつあるも、未だ、確定的なポジションが定まっていなことに鑑みれば、なおさらであろう。

なお、経営判断原則については、裁判所に導入されて久しく、大掴みに整理すると、たとえば、高裁レベルにおいては、経営判断原則を定式化せず、合理性や裁量の範囲に照らして経営判断の当否を審査する傾向がある一方で、「総合判断型」、⁹⁾ 地裁レベルにおいては、経営判断原則を定式化する試みが見られ、経営判断の準備面および決定過程に焦点をあてる「過程限定型」と、経営判断の準備面や決定過程だけではなく判断内容の当否についても審査する「過程・内容包含型」¹⁰⁾ がある。本判決は、第三の経営判断原則を採用している。

本判決では、経営判断原則を認めた上で、取締役による債権（損害賠償請求権）を行使しないとする経営判断については、一定の場合）、「勝訴し得る高度の蓋然性」の要件、「債権回収の確実性」の要件、「回収期待利益と回収コストのバランス」の要件の各要件全てをクリアした場合）以外には、経営判断原則の適用が受けられるとしているようであるが、既述の通り、各要件にはそれぞれ問題点が指摘できる。

なお、本件のような「債権（損害賠償請求権）を行使しないという不作為」ではなく、「債権（破産債権）放棄という作為」に基づく取締役の責任が追及された事例において、当該債権放棄は「日本の経済社会における一般的な企業意識に適合した合理的な要請」として裁判所は認めたのであるが、このようなブラックボックス的な理由で債権放棄を容認するのは問題であり、さりとて、本判決のように、会社が有していた債権（損害賠償請求権）を行使しなかった場合における取締役の責任を追及しうる場合のルールをあっさり形成してしまうのも適切であるとはいえないように思える。

もっとも、本件のような「債権（損害賠償請求権）を行使しないという不作為」に基づく取締役の責任と、上記事例のような「債権（破産債権）放棄という作為」に基づく取締役の責任との間にはズレがあり、両者を一緒に扱うことはミスリードであろう。すなわち、取締役が債権放棄の経営判断を行った場合、取締役の当該経営判断は作為の経営判断であり、他方、取締役が債権の不行使の経営判断を明示的に行った場合、取締役の当該経営判断は不作為の経営判断である。両者はともに、取締役が経営判断を行ったという文脈においては、作為ともいえるが、たとえば、取締役が債権の不行

使の経営判断を明示的な意思表示の形で行わず、取締役が経営判断を行ったという外形が客観的に確認できない場合には、そもそも取締役は経営判断を行っていない（不作為）という見方も可能であるかもしれない。それゆえ、両者の経営判断につき、前者を取締役の作為に基づく責任、そして、後者を取締役の不作為に基づく責任といった視点から分けて考える場合、理論上の整理はどのようになるのであるうか。この点については、今後の宿題である。

とまれ、問題を解決する上で、適切な形でルールが形成され、その要件が定式化されるのであれば問題はないが、そうでない場合には、問題解決へ導かれるどころか、さらなる問題を抱えることにもなりかねない。とりわけ、本件においては、裁判所が定式化したことで、向後、取締役の債権（損害賠償請求権）回収のインセンティブが不適切に退化しうるとともに、取締役が債権（損害賠償請求権）を行使しないとする経営判断につき責任追及される場合が不適切に狭められ、結果的に、債権（損害賠償請求権）を行使しないとする経営判断における取締役の裁量の幅を過度に広げることにもつながりかねない。

それゆえ、こうした懸念を回避するためには、本判決の射

程を本件のみにとどめるべきとの考え方もありえよう。

注

(1) 乙社は、いわゆるバブル期以降、大型の民間造成工事の減少を受けて、平成六年九月期以降売上が大幅に減少した。そして乙社は、その最中の平成八年三月、本件ゴルフ場の事業計画等を承継する新会社を設立し、これを乙社から分割する計画を行った。この計画が「本件分割計画」であるが、結局実現しなかった。

(2) 岩原紳作「銀行融資における取締役の注意義務」下「商事法務一七四二号五・六頁(二〇〇五年)。なお、「裁判実務上……経営判断原則は定着しており、後知恵による責任追及は否定されている」との現役裁判官による指摘もある(齋藤毅「株主代表訴訟」金融・商事判例二二二号一四七頁(二〇〇五年))。

(3) 使途不明金につき、Xは平成一五年の甲社の定時株主総会において、「甲社が手がけた」千葉県のゴルフ場開発で使途不明金が多かったのか、再度確認したい」と質問したところ、甲社専務Fは「共同事業者は倒産しており、千葉県にも確認したが把握できない」と改めて答えた、とされる(日経流通新聞平成一五年五月二四日参照)。

(4) なお、取締役の注意義務の内容や程度は会社の規模や業種の違いにより異なると考えられ、この点、銀行の取締役は、融資

業務等の銀行業務に従事する取締役として期待される注意義務を負うと解すべきであろう(岩原紳作「金融機関取締役の注意義務」落合誠一先生遺稿記念「商事法への提言」一八二頁(商事法務二〇〇四年)参照)。

(5) Xが主張するB銀行の甲社に対する責任とは、乙社の常務取締役であった従業員Dの使用としての責任である。

(6) 裁判所がこのような「善解」をするのが通例であるのかは不明であるが、本件における「善解」には、Xに対する何らかのメッセージ、すなわち、今後の訴訟戦略につき、Xに対して(結果的には)サジェスチョンをしていたとも考え得るかもしれない。なお、本件は、控訴棄却、上告棄却および上告不受理となり、結審している。

(7) なお、乙社の負債総額は約七八〇億円であるから、その約六〇パーセントが丙社に対する負債である。他方、乙社のB銀行に対する負債総額は約二〇パーセントであるが、平成一〇年三月期末までに全額が引当済みであった(日本経済新聞平成一〇年六月六日参照)。

(8) B銀行は、昭和二十七年に設立され、昭和四八年以降、東京証券取引所一部に上場している(首都圏をその地盤とする)地方銀行である。なお、平成一七年五月現在のB銀行の資本金は約六〇〇億円、預金量は約一兆八〇〇〇億円であった。

(9) 布井千博「判例研究」金融・商事判例一一五二号六三頁(二〇〇二年)。

第三者に対する損害賠償請求権を行使しないと判断した取締役につき善管注意義務違反が認められなかった事例

(10) なお、学説の経営判断原則に対する理解もとりどりあるが、

たとえば、吉原教授は、本判決と同様に【過程・内容包含型】であり、「過程については、当該判断をするために当時の状況に照らして合理的だと思われる程度に情報収集・調査・検討等をしていかどうか」「内容については、取締役として通常の能力・識見を有する者の立場からみて、当該判断が当時の状況と照らして明らかに不合理でないかどうか」をその判断基準ととしている(吉原和志「取締役の経営判断と株主代表訴訟」小林秀之・近藤光男編著「株主代表訴訟大系」九六頁(弘文堂、新版、二〇〇二年)参照)。吉原教授は、過程については「合理性」の基準で判断し、内容については「明らかに不合理でないかどうか」の基準で判断すべきとし、客観的な基準によりながらも、取締役に相当程度の裁量の幅を与えようとする定式化を試みられている(飯屋広郷「取締役の注意義務と経営判断原則」一橋法學三巻二号一三三頁(二〇〇四年))。

(11) 東京都観光汽船株主代表訴訟事件(東京地判平成七年一〇月二六日(判例時報一五四九号一二五頁))。

(12) 岸田雅雄「判例研究」判例タイムズ九四八号九八頁(一九九七年)。

(13) 加えて、東京都観光汽船株主代表訴訟事件において放棄した債権(破産債権)はグループ企業の親会社の子会社に対して有するものであったのに対し、本件において行使しなかった債権(損害賠償請求権)は第三者に対して有するものであった、との

違いも指摘できる。

(14) ただし、不作為が作為と同視しうる程度のものである場合にはこのズレは相当程度縮小方向に向かうようにも思える。たとえば、典型的には、債権の不行使の結果、債権の消滅時効が成立してしまつた場合等が考え得るが、債権の消滅時効があつても、債権の不行使が債権放棄と同視しうる場合(いわば、黙示の債権放棄とみなしうる債権の不行使の場合)もあり得るようにも思える。

(15) もっとも、一定の場合には、原則的に、取締役は債権を行使することを目的とした訴訟を提起しなければならない、といった行為規範的なルールは取締役の裁量を過度に制約するおそれがある。それゆえ、内容の是非はさておき、本判決のように、一定の場合には、取締役の裁量を逸脱していると認められる、といった形でルールの形成は、取締役が有する裁量に留意したものと見え、経営判断原則の理解を深める上で有意であるように思える。なお、近時の裁判例においては、一定の範囲で取締役の経営上の裁量を尊重し、取締役の善管注意義務違反の責任を否定するものが多くみられており、善管注意義務違反の責任を追及するためには、取締役の経営判断の前提となつた事実の認識に重要かつ不注意な誤りがあつたか、あるいは、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ことを要すると解する裁判例が多いとされている(近藤光男「最新株式会社法」一七六頁(中央経済社、第三版、

二〇〇六年)参照。

(16) ともあれ、裁判所が、経営判断原則からさらに一歩踏み込み定式化されたルールを導出しようとするのであれば、個々のケースにおける事実関係といった具体的事情を踏まえた上で、導出までのプロセスともいふべき、導出に至った理由を敷衍する必要性は常に認められよう。