

ドイツ法人に対する融資と レンダー・ライアビリティ

忍田 卓也*

掘越 秀郎**

原 光毅***

金子 佳代****

I はじめに

日本の金融機関が、海外法人との間で融資取引を実施する場合、融資契約の準拠法の如何にかかわらず、融資の実行、管理及び回収に関して、日本の規制とは別に、借入人所在国法上の規制を受ける。例えば、借入人所在国における貸金業関連規制上の許認可や手続の要否、元利金支払時における外国為替関連規制上の許認可や手続の要否といった点は典型的に問題になる点であり、融資の取組みに先立ち、現地の専門家から規制の存否・内容を確認する必要がある¹。その中で、ドイツ法人に対する融資取引に際して留意すべき点として、財務状況の悪化した法人に対する融資やその継続・管理に関するレンダー・ライアビリティ (Lender Liability) がある。日本においても、融資提供者の責任としてのレンダー・ライアビリティについては議論の集積があり、金融機関に対する損害賠償請求に関する多様な判例の整理が試みられているが、日本の判例においては、既存の他の法理の適用や解釈が問題になるのが通常であり(例えば、信義則上の説明義務違反等)、実務上、レンダー・ライアビリティが一義的に意識されることは少ないと思われる²。これに対して、上記ドイツのレンダー・ライアビリティは、財務状況の悪化した法人に対する新規融資や既存

融資の継続に際して常に問題となり、ドイツの法律事務所からは明確な注意喚起がなされるものであり、ドイツ法人との間で融資取引を行う金融機関にとって規制に準じて留意すべきものであるといえる。特に、日本の金融機関は、融資先との取引関係に鑑み、財務状況が悪化した場合でも融資取引の継続を検討することも多く、この場合、日本とは異なるドイツのレンダー・ライアビリティのリスクにどう対処するかは重要な問題になる。

本稿は、財務状況の悪化したドイツ法人との間で融資取引を行うに際してのレンダー・ライアビリティの概念及び実務上の留意点について論じることを目的とする³。なお、本稿で示される意見は、専ら筆者ら個人のものであり、筆者らの所属する事務所のものではない⁴。

II ドイツ法上のレンダー・ライアビリティ

1 概念

本稿で対象とするレンダー・ライアビリティは、銀行その他の金融機関等が、財務状況の悪

— も く じ —

- I はじめに
- II ドイツ法上のレンダー・ライアビリティ
- III レンダー・ライアビリティと救済的資金供与に関する留意点
- IV ワークアウト・オピニオン
- V プリッジローン
- VI 終わりに

*おしだたくや, 西村あさひ法律事務所弁護士

**ほりこしひでお, 西村あさひ法律事務所弁護士

***はらこうき, 西村あさひ法律事務所弁護士

****かねこ かよ, 西村あさひ法律事務所弁護士

化した事業体に対して与信をすることによって発生した損害に対する責任である⁵。資金供与を行ったものの、借入人が再建せず、結局、法的倒産手続が開始した場合において、当該資金供与がなされたことによって、行われるべき法的倒産手続の開始が遅延し、他の債権者等に損害が発生した場合には、その責任を負担すべきという法理である。具体的な効果としては、レンダー・ライアビリティを認定された金融機関等の損害賠償義務が認められる。この法理は、ドイツ連邦裁判所 (*Bundesgerichtshof*, BGH) が、ドイツ民法 (*Bürgerliches Gesetzbuch*) 138条や826条に基づく公序良俗違反を根拠として、金融機関の責任を認めてきたものである⁶。

2 要件

判例を踏まえ、レンダー・ライアビリティが認められる場合の要件は、以下のように整理されることが多い。

- (i) 借入人が財務的に危機状況（財務危機）に陥っており、借入人がこれを認識していたこと。
- (ii) 借入人が財務危機の状況にある時点において、金融機関が資金供与を行ったこと。この「資金供与」には、新規の融資のみならず、既存融資の期限延長も含まれる。
- (iii) 資金供与を行った金融機関が、借入人が財務危機に陥ったことを知っており、当該資金供与により、他の関係者が影響を受け、損害を被る可能性を了知していること。「他の関係者が影響を受け、損害を被る」の典型例として、借入人の取引先が、（借入人と金融機関の間の取引の事実を知って）借入人の信用力について誤解し、新たな取引に入った後に、借入人が倒産して損害を被る場合が挙げられる。
- (iv) 資金供与が、客観的に借入人の財務危機の解決に適切ではなく、資金供与の結果、借入人の倒産の遅延により、当該資金供与者が特別の利益を受けたこと。「特別の利益」とは、経済的な対価（手数料等）のみならず、既存融資について信用補完（追加担保・保証）を受けたことも含まれる。

- (v) 資金供与を受けた後、借入人が、支払不能や債務超過に陥ったこと。

3 責任の範囲

上記各要件を充足し、借入人の債権者が、資金供与を行った金融機関に損害賠償を求める場合、損害賠償の範囲としては、請求を行う債権者の属性に応じて、以下のように考えられている⁷。

- (i) まず、資金供与の時点で、債権者が借入人との間で既に取引関係に入っており、債権を保有している場合には、法的倒産手続開始の遅延による損害が対象となる。具体的には、資金供与が行われたことにより、借入人の法的倒産手続開始が遅延し、受領できた配当額が減額したことが証明された場合には、当該減額相当額を損害賠償として請求できる。
- (ii) これに対し、債権者が、資金供与の後に、借入人との間ではじめて取引関係に入り、債権を取得した場合には、当該資金供与の結果、債権者が借入人の信用を誤解したことによる損害が賠償の対象となるため、借入人に対する債権額から受領した配当額を控除した金額を請求しうる。

III レンダー・ライアビリティと救済的資金供与に関する留意点

日本の金融機関にとって、このレンダー・ライアビリティが問題になる場面として、日本の金融機関が、①自ら、又はそのドイツ支店やドイツ子会社を通じて、ドイツ企業との間で融資取引を行っている場合や、②取引先である日本法人のドイツ子会社との間で融資取引に入っている場合が考えられる⁸。そして、これらのドイツ企業が、業績悪化時に、追加融資や、既存融資の期限延長を依頼してくる場合である。このような場合、日本の金融機関は、取締役の忠実義務・善管注意義務に抵触しないように事業計画を精査し、融資判断をする必要があるが⁹、他方、日本の金融機関（特にメインバンク、準メインバンク）の通常の発想として、一定の継続した取引関係のある融資先が苦境に陥った場

合には、その要請に、何とか協力できないかを検討することが想定される。また、上記②の場合においては、ドイツ子会社の破綻は、日本の親会社の信用や財務にも影響し、連結ベースで貸倒れ額を増やすこともありうる。かかる観点からも協力する必要がある場合もありうる。しかし、ドイツのレンダー・ライアビリティは、このような検討に対する障害となり、金融機関は資金供与協力に対して慎重・消極的にならざるを得なくなる。資金供与を行ったにもかかわらず融資先が再建に失敗した場合には、自己の融資債権の一部が貸倒れになるにとどまらず、他の取引先からの損害賠償をも負担し、損害額が大きくなるリスクがあるからである。このようなリスクがある以上、融資判断にかかる取締役の忠実義務・善管注意義務違反のリスクもより慎重に検討せざるを得ない。さらに、苦境に陥った融資先に対する与信を追加・継続する場合には、金融機関としては、リスクとの兼ね合いで、担保等の信用補完を受けたり、一定水準の手数料等の対価を収受することが必要になりうるが、上記Ⅱ 2 (iv) でみたとおり、これらが、レンダー・ライアビリティを認定する根拠にもなりかねない。このように、ドイツのレンダー・ライアビリティの法理と、日本の金融機関が通常考える救済融資の実施は相容れないところがある。

その理由として考えられるものの1つとして、両国の倒産に関する制度や発想の相違が挙げられるように思われる。重要な点として、ドイツ倒産法 (*Insolvenzordnung*) では、日本法とは異なり、債務者の取締役に、罰則付の倒産申立義務が法定されており、財務危機に陥った企業は、支払不能状態 (*Zahlungsunfähigkeit*) 又は債務超過状態 (*Überschuldung*) になった場合には、遅くとも当該支払不能・債務超過状態となってから3週間以内に、法的倒産手続を開始しなければならないとされていることが挙げられる (ドイツ倒産法15a条1項)¹⁰。また、ドイツにおいては私的整理よりも法的倒産手続が志向されるともいわれる。

もっとも、ドイツでも、苦境に陥った企業が金融機関に資金供与を求めることに全く冷淡な

訳ではない。レンダー・ライアビリティの法理においても、再建可能な企業に対する資金供与は許容するという考え方が採られている。これを実務上可能としているのが、レンダー・ライアビリティを回避するワークアウト・オピニオンと、ワークアウト・オピニオン完成までの期間許容されるブリッジローン (つなぎ融資) であるといえる。以下、それぞれについて論じることとする。

Ⅳ ワークアウト・オピニオン

ドイツ法のレンダー・ライアビリティの文脈におけるワークアウト・オピニオンとは、会計士等の独立した外部の専門家による、債務者が持続的かつ長期的な態様で再建を達成することが可能か否かに関する専門家意見をいう。この点、ドイツ倒産法上、倒産申立の要件の一つである債務超過とは事実上、企業継続の予測—いわゆる“*positive Fortführungsprognose*”—があるかどうかという極めて曖昧なものである。清算価値ベースやゴーイング・コンサーンベースで債務超過が発生している場合やその発生が予測される場合において、企業継続の予測があると判断して、取締役が倒産を申立てないと判断することや、金融機関が融資を行うことは、その後倒産状態が生じた場合に負う責任との関係でもハードルが高い。従って、かかる専門家意見は、取締役や金融機関が債務者の企業継続の可能性に関して十分な検討を行ったことの一つの証左として利用されるものである。

かかるワークアウト・オピニオンは、実務上、ドイツ会計士協会 (*Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland*) の策定するIWD S6スタンダードと呼ばれる準則 (以下「S6準則」という。) に従って作成されることが一般的である¹¹。S6準則は、過去の裁判例等を参照のうえ、企業継続の可能性の検討に必要と一般的に考えられている要素を広くカバーする形式で作成されており、ドイツの最高裁判決も、S6準則に従って再建可能性ありとされた場合には、原則として、企業継続の可能性を認めうるとしている¹²。具体的には、S6準則には、再建コンセプトの中心要素として以下の点が掲げられて

おり、ワークアウト・オピニオンも基本的にこれらの点をすべて盛り込むように作成される。

- (i) 債務者の現在の経済的及び法的な状況・環境
- (ii) 債務者を取り巻く危機及びその原因の分析
- (iii) 債務者の再建ビジネスモデルにおける基本綱領
- (iv) 再建のための総合的なビジネスプラン
- (v) 再建可能性についての評価

債務者に対して融資の実行又は既存融資の期限延長を行うにあたって、再建可能性につき肯定的なワークアウト・オピニオンを金融機関が取得し、かつ、金融機関自らが、当該ワークアウト・オピニオンの情報も踏まえて、債務者の財務状態及び再建の見通しを総合的、かつ詳細に検討した結果、企業継続の可能性があると判断しており、そのことが証拠から証明できる場合には、仮に債務者がその後倒産状態に陥ったとしても、当該金融機関は十分な注意義務を払ったとして、レンダー・ライアビリティが認められる可能性が低くると理解されている。この点を踏まえて、ドイツの実務においては、苦境に陥った企業に対する取引を行う上で、かかるワークアウト・オピニオンを取得することが一般的であるとされる。

上記のとおり、レンダー・ライアビリティの要件として、借入人が財務的に危機状況（財務危機）に陥っていたことのほか、金融機関において自らの資金供与により他の関係者が影響を受け、損害を被る可能性を了知していたこと、金融機関の行為が客観的に借入人の財務危機の解決に適切ではないことなどが求められており、ワークアウト・オピニオンは、独立した外部の専門家による持続的な再建が可能であるとする意見が示されることで、これらの要件充足を否定する上でも重要な働きを有する。ワークアウト・オピニオンは、その取得により直ちにレンダー・ライアビリティの成立を否定するようなセーフハーバー・ルールとしてドイツ法で認められているものではなく、また、反対に、金融機関がワークアウト・オピニオンを取得せずに財務危機にある企業に対して融資等を行った場

合であっても、その当時において当該金融機関が正確かつ適切な前提事実の下に客観的かつ合理的に当該企業の再建可能性を認める判断を行っていた場合には、理論上、レンダー・ライアビリティの成立が否定されることもありうる。もっとも、定着した実務に反して、ワークアウト・オピニオンを取得せずに財務危機にある企業と融資等の取引を行い、結果的に当該企業が倒産した場合には、かかる取引の判断及びその判断の前提とした事実認識の是非を裁判所において厳しく審査されることになるものと理解されており、レンダー・ライアビリティの成立を否定することは容易ではないものと考えられる。

なお、ワークアウト・オピニオンの作成にあたっては、債務者及びその事業についての広範な監査が行われることになり、必要な検討資料を揃えてからワークアウト・オピニオンの完成までに通常数ヶ月ほどの期間を要するものとされている。財務危機に陥った企業にとって、緊急な資金調達が必要となることも多く、ワークアウト・オピニオンの取得まで時間的猶予がないことも往々にしてありうる。このような場合、ブリッジローンを実施することが検討される。

V ブリッジローン

ここでいうブリッジローンとは、ワークアウト・オピニオンを将来取得することを前提に、その取得までの間に必要なつなぎの資金を供与することをいい、リストラクチャリングローンとは明確に区別される。金融機関は一般的に借入人の情報を入手しやすい立場にあり、また入手した情報を用いて、適切に与信判断を行うノウハウや能力を有することから、金融機関が、当該時点で入手しうる資料に基づき企業継続の可能性があると判断し、かつワークアウト・オピニオンを取得する予定であれば、その取得までの短期間に限定してブリッジローンを行うことは、金融機関として払うべき注意義務は尽くされており、企業継続の可能性があるような外観を不当に作出して倒産を遅延させたとはいえ、レンダー・ライアビリティは認められにくいと考えられているようである。実務上の留意点として、ブリッジローンの契約において、

ワークアウト・オピニオンの取得までの短期間に限り資金供与されることを明確にし、ローン期間は、ワークアウト・オピニオンの取得・検討とその内容を踏まえて通常の中長期ローンの条件を交渉するために必要な期間と同じになるよう設定するべきであるとされる。また、仮にワークアウト・オピニオンを所定の期限に取得できなかったり、その内容が借入人の再建に否定的な見解を示すものとなった場合には、金融機関がローンを終了させる解約権を有することを規定することが望ましいとされる。

VI 終わりに

債務者の危機的状況下における資金供与に際してのレンダー・ライアビリティは、日本とドイツの倒産に関する制度の相違にも起因して日本では今まであまり議論されていないように思われるが、上記のとおり、ドイツ法人に対する融資を検討するに際しては、顕在化しうるリスクであり、その対応方法を含め実務上重要と思われる、本稿で紹介させていただいた次第である。他の国の法人に対する融資を検討するに際しても、このようなレンダー・ライアビリティリスクの存否を確認しておくことも検討に値するようと思われる。

〔注〕

- 1 西村あさひ法律事務所編著『ファイナンス法大全(上) [全訂版]』(商事法務, 2017) 473頁以下参照。
- 2 山下丈『銀行の貸手責任(レンダー・ライアビリティ)』(新・裁判実務大系 第29巻 銀行関係訴訟法 [補訂版]) (青林書院, 2009) 212頁参照。同文献においては、米国におけるレンダー・ライアビリティにおいても、信義則や説明義務といった各種の法原則の集合体であり、一個の特別の法理が存在するわけではないとの指摘もある。この点に言及した他の文献として、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)」NBL610号(1997) 8頁参照。
- 3 ドイツでも、レンダー・ライアビリティの議論として、日本と同様、融資提供者の責任が問題となりうる様々な行為類型が議論されているが(例えば、Johannes Tieves, 『Acquisition Finance in Germany: Overview』(Practical Law), 川地宏行『ドイツにおける融資者責任』(現代企業取引法)(税務経理研究会, 1998) 参照。), 本稿の対象は、

この狭義の意味におけるレンダー・ライアビリティについてである。

- 4 本稿の作成に当たっては、同僚のLars Markert 弁護士(ドイツ法)及びドイツの法律事務所である Hengeler Mueller から有益なアドバイスを受けており、この場を借りて感謝したい。文章の内容に関する責任は専ら筆者らにある。
- 5 レンダー・ライアビリティが問題になるのは主に金融機関であるが、後述のとおり、新規融資のみならず、既存融資の期限延長も責任の対象になることから、融資債権を取得する事業体においても問題になりうる。
- 6 ドイツ連邦裁判所による1953年7月9日付判決(BGH, *Urteil vom 9.7.1953 - IV ZR 242/52*)が、ドイツ民法138条に基づきレンダー・ライアビリティを認めたリーディングケースとされ、銀行が、財務状況の悪化した会社に対して、専門家による再建可能性の評価を取得することなく、再建目的の与信を行った行為が、債務者の信用状況に関して他の債権者を騙す行為であるとして、締結した担保契約が無効であると判示している。また、連邦裁判所による1969年12月9日付判決(BGH, *Urteil vom 9.12.1969 - VI ZR 50/68*)は、ドイツ民法826条に基づくリーディングケースであり、与信行為により、財務状況に関する虚偽の外観が作出されたことが、サプライヤーに対する公序良俗違反であるとして責任を認めている。なお、ドイツ民法138条と826条は、いずれも公序良俗違反に関する規定であり、前者は公序良俗違反の法的取引が無効であることが規定され、後者は公序良俗違反に基づく損害賠償請求権を認める規定である。
- 7 なお、上記 II 2 (iv) の特別の利益の受領により、日本と同様、ドイツの法的倒産手続において否認権を主張されることもありうるが、かかる否認権とレンダー・ライアビリティとは異なる概念である。
- 8 日本の金融機関が取り組む融資契約その他の融資取引の準拠法を仮に日本法と指定したとしても、レンダー・ライアビリティが公序良俗に関わる問題として不法行為の領域において捉えられていることからすると、当該融資契約等の準拠法条項によって、レンダー・ライアビリティに係るドイツ法の適用を排除することには必ずしもならないものと考えられる。なお、日本の国際私法である法の適用に関する通則法は、外国法を適用すべき場合であっても、日本法によれば不法とならなるときは、外国法に基づく損害賠償その他の請求を行うことができないとして、いわゆる特別留保条項を定める(同法第22条第1項)。ドイツ法においてレンダー・ライアビリティが認められる行為について、日本法上「不法」となるかは議論となり

得、直ちに日本法上不法性を導けないこともあるように思われる。もっとも、ドイツ法のレンダー・ライアビリティが問題となるケースでは、債務者は通常ドイツに所在していると考えられるし、ドイツ支店やドイツ子会社を擁する日本の金融機関は、現地に財産を有しているであろうから、訴訟は基本的にドイツにおいて提起されるものと考えられる。その場合には、上記の法の適用に関する通則法の議論とはならず、法廷地であるドイツの国際私法の問題となるが、かかるドイツの国際私法上、(仮に融資契約等の準拠法が日本法とされていたとしても、)レンダー・ライアビリティの成否について、日本法を適用することにはならないと推察される。ドイツの確定判決が下された場合に、当該確定判決を日本において執行することができるか否かについては、日本法における公序や不法行為法にからみ別途問題となりうるが、本稿の主題と直接関連せず、ここでは論じない。

- 9 日本の最高裁は、最決平成21年11月9日(判例タイムズ1317号142頁)において、「銀行の取締役は、融資業務の実施に当たっては、元利金の回収不能という事態が生じないよう、債権保全のため、融資先の経営状況、資産状態等を調査し、その安全性を確認して貸付を決定し、原則として確実な担保を徴求する等、相当の措置をとるべき義務を有する。例外的に、実質倒産状態にある企業に対する支援策として無担保又は不十分な担保で追加融資をして再建又は整理を目指すこと等があり得るにしても、これが適法とされるためには客観性を持った再建・整理計画とこれを確実に実行する銀行本体の強い経営体質を必要とするなど、その

融資判断が合理性のあるものでなければならず、手続的には銀行内部での明確な計画の策定とその正式な承認を欠かせない」と判示している。この判決の事案は、会社財産を保護法益とする特別背任罪に関するものであるが、取締役の善管注意義務違反に基づく民事上の損害賠償請求との関係でも、上記最高裁判決と同様の考え方にに基づき、銀行の取締役の責任を肯定している判決がある(東京高判平成29年9月27日金判1528号8頁)。なお、日本法上の取締役の善管注意義務は、当該取締役の会社(自らが取締役となる金融機関等)に対する責任であり、ドイツ法上のレンダー・ライアビリティが認める金融機関等の取引先(借入人)の債権者に対する責任とは異なる。

- 10 なお、かかる倒産手続申立義務に取締役が違反した場合には、3年以下の懲役又は罰金(過失の場合には1年以下の懲役または罰金)の刑事罰のリスクを負う(ドイツ倒産法15a条4項、5項)。また、民事上も債務超過に陥った後の支払い等に関して、補償責任を負う可能性がある(ドイツ有限会社法642条他)。
- 11 ただし、ドイツ連邦裁判所2016年5月12日付判決(BGH, *Urteil vom 12.05.2016 - IX ZR 65/14*)は、企業の規模等の事情もあるため、S6準則に従ったフルスコープの分析に基づくワークアウト・オピニオンを常に必須とするものではない旨判示している。
- 12 前掲脚注11のドイツ連邦裁判所2016年5月12日付判決(BGH, *Urteil vom 12.05.2016 - IX ZR 65/14*)。 IEL

アメリカ法分析

⑰

～アメリカに住んだら、会話で言っはいけないこと～

筆者が、最近、アメリカの友人たちから、頻繁に言われる言葉は、「アメリカ人になれ!」である。米国弁護士として、アメリカの仕事上、活躍するうえで、日本人で不都合は何もないが、なぜか、「タカシ、アメリカ人になれ!」の呼びかけが、近頃多い。正直、驚いている。

ひょっとすると、これまでの人生を通じて、法的にも事実上も常に独身の私に、「タカシは、アメリカに向いているから、アメリカ人女性と結婚しろ」という「からめ手」からの「結婚の勧め」をしているのかもしれない。

だとすれば、光栄だ。別の面から分析すると、日米社会の距離が、非常に接近してきた証しなのかもしれない。そう考えた時、昔、ロースクール留学時代に、アメリカ人友人たちに、「ちょっとの間、日

本に行くかもしれない」と言った時のことが、心に蘇った。世間話だったが、言った途端、アメリカの親しい友人たちの表情が固まった。「日本に行く」と聞かぬや否や、タカシは、2度とアメリカには戻ってこない、アメリカ人たちが誤解したのだった。

日本社会だったら、「いつまで、向こうにいるの?」とか、「ひょっとして、戻ってこないの(笑)?」と、気軽な会話が続くのだが、アメリカ社会では、それが無かった。「日本に行く」がどうしようもなく重い、つまり、日米の距離が遠い——そういう時代だった。「今は昔」となったのであれば、良いのだが。

(ニューヨーク州弁護士 湯浅 卓
ワシントンD.C. 弁護士)