

論 説

銀行取締役の注意義務再論 (2)

神 吉 正 三

序 章

第1章 銀行業と株式会社としての銀行の特徴

- 第1節 銀行業務の公共性と銀行経営の健全性
- 第2節 金融仲介機能
- 第3節 預金者の存在
- 第4節 銀行の財務構造
- 第5節 破綻回避の必要性和公的資金の注入制度
- 第6節 銀行の專業義務と取締役の兼職制限
- 第7節 株主権の縮減と変容
- 第8節 内閣総理大臣の銀行役員の解任命令権
- 第9節 預金者に対する銀行取締役の責任
- 第10節 本章のまとめ (以上、龍谷法学41巻3号)

第2章 銀行取締役の注意義務をめぐる議論の現状

- 第1節 銀行取締役と善管注意義務
- 第2節 融資決裁における銀行取締役の注意義務の特徴
- 第3節 判例の検討
- 第4節 学説の動向

第3章 銀行取締役の注意義務－その基礎的展開

- 第1節 高度注意義務とその内容
- 第2節 銀行取締役と専門家との類似性
- 第3節 高度注意義務の効果
- 第4節 銀行の融資と一般企業が行う融資との対比
- 第5節 銀行取締役の注意義務と経営判断の原則との関係
- 第6節 関連する解釈論
- 第7節 予想される反論とそれに対する再反論
- 第8節 私見が否定された場合の対応 (以上、本号) (未完)

第2章 銀行取締役の注意義務をめぐる議論の現状

第1節 銀行取締役と善管注意義務

銀行は、銀行法4条の2の規定に基づき、株式会社であることを求められる⁸¹⁾。銀行の取締役・執行役と株式会社たる銀行との関係は、会社法330条および402条3項の規定に基づき、委任に関する規定に従う。したがって、銀行取締役は民法644条に基づいて善管注意義務を負う。

民法644条は、「受任者は、委任の本旨に従い、善良な管理者の注意をもって、委任事務を処理する義務を負う。」と規定している。ただし、銀行の取締役は、会社法355条に基づいて忠実義務を負うから、法令および定款並びに株主総会の決議を遵守する義務をも負う。善管注意義務と忠実義務とが同質か異質かという議論は別として、会社法355条は、取締役の善管注意義務の内容について、法令および定款並びに株主総会の決議を遵守する義務として具体化していると考えることができる。しかし、会社法と銀行法には、銀行取締役の負う善管注意義務の内容について、これ以上具体的に規定した条文は存在しない⁸²⁾。

81) 銀行が株式会社でなければならないこととされたのは、旧銀行法（昭和2年法律第21号）3条1項の規定を現行の銀行法（昭和56年法律第59号）が受け継いだことによる。銀行が株式会社でなければならないとされたのは、株式会社として営利を追求することを目的としたものではなく、むしろ堅実な経営を助長することにあったことは強調しておかなければならない。この点については、拙稿「銀行株式会社とその株主権に関する序論的考察」流経法学4巻2号（2004年）5頁～14頁参照。

82) 長期信用銀行法7条は、「長期信用銀行は、長期資金に関する貸付等に基づく債権については、その特殊性にかんがみ、その保全及び回収の確保を図るため、確実な担保を徴し、又は分割して弁済させる方法をとる等特別の考慮をしなければならない。」と規定している。これは、長期信用銀行が、その特性上、普通銀行よりも担保の徴求、弁済の方法等について慎重な手続をとり、債権の管理・保全に特に意を用いなければならない旨を述べていると説明されている。大蔵省銀行局編『金融関係法Ⅱ』（日本評論新社、1953年）124頁参照。

長期資金の場合、融資実行時点でいくらか慎重に審査を実施しても、その後の経済情勢や国際情勢の変化の影響を受けて、融資先企業の企業努力の範囲を超えて業績が想定外に大きく変動し、銀行の貸出金債権に価値の毀損の生じる可能性を否定できない。本条は、このような長期資金をめぐる審査の限界を補い、銀行が不測の損害を蒙ることを回避する機能を果たすとともに、長期信用銀行の取締役の負う善管注意義務の具体的内容の一つを明定した例と考えられる。なお、銀行法には、このような規定は存

善管注意義務違反に基づく会社に対する責任を銀行取締役に対して追及するためには、取締役が委任の本旨に従って善良な管理者として委任事務を処理しなかったことを立証する必要がある、そのためには、善良な管理者としてどのように委任事務を処理しなければならなかったかという銀行取締役が負っている善管注意義務の内容を具体的に明らかにする必要がある⁸³⁾。

それでは、銀行取締役が取締役への就任に際して、善管注意義務の内容を具体化するに足るだけの個別具体的な委任事項を明らかにした契約を銀行と締結しているかとなると、そうではないであろう。取締役候補者は、取締役を選任する株主総会において取締役の候補者となることの打診を受け、候補者の側がそれを受諾し、株主総会での選任手続を経て当該の者が就任承諾書⁸⁴⁾を銀行に提出するという手続がとられるものと思われる。会社経営に関して会社と取締役との契約内容を具体的に定めた契約書は存在しないということである⁸⁵⁾。これは、わが国株式会社の取締役の大半が社外取締役を除いて従業員出身であり⁸⁶⁾、

在しない。

分割返済を求めた場合、定期的な返済の履行状況を観察することによって、融資先の信用状態の悪化を早期に把握できる。そのため、銀行が債権保全に向けた行動に早期に移ることができることにもなるので、期日一括返済の場合に比して、万一の場合の実損額を減らせることとなる。

83) 前掲注9) 参照。道垣内弘人「善管注意義務をめぐって」法学教室305号(2006年)40頁～41頁は、善管注意義務違反が、善良な管理者の注意という基準によって具体的に定まった委任事務処理義務・行為義務の内容に受任者が違反している場合のことでありと指摘する。

84) 商業登記法54条1項により、被選任者の就任承諾書は商業登記にも必要となる。

85) 実務解説書である経営法友会会社法問題研究会編『取締役ガイドブック [全訂版]』(商事法務、2006年)3頁では、株主総会で取締役に選任された者が取締役に就任するのは、会社の意思を受けて被選任者との間で委任契約が締結された時であると説明したうえで、「この委任契約は、株主総会での選任決議を条件として、あらかじめ締結しておくことも可能です。実務も、通常、これに従い、あらかじめ就任承諾書の提出を受けている例が多いようです。」と説明しており、会社と取締役との間の契約関係を明示的に定めた契約書は存在しないものと思われる。商事法務編『ハンドブックシリーズ③ 取締役・執行役』(商事法務、2004年)57頁～58頁も同旨。

86) 江頭憲治郎『株式会社法 [第2版]』(有斐閣、2006年)46頁。なお、本稿は、分割して公表しているため、同一文献を繰り返し引用する場合であっても、章ごとの初出時に完全に文献名を表示することとする。

個別具体的に経営委任事項を明示しないまでも、当該の候補者にとってどのように会社を経営すべきかは自明であるとの判断が会社側にあることにもよるものと思われる。

結局、銀行取締役の負う善管注意義務の内容については、解釈によって明らかにする必要があるということになる。

第2節 融資決裁における銀行取締役の注意義務の特徴

銀行取締役は、会社法355条に基づいて法令遵守義務を負っている。そして、最判平成12年7月7日民集54巻6号1767頁（野村証券株主代表訴訟事件最高裁判決）は、「取締役がその職務遂行に際して会社を名あて人とする法令を遵守することも、取締役の会社に対する職務上の義務に属するというべき」であると判示している⁸⁷⁾。銀行が違法行為をすることは許されないから、銀行取締役が銀行に違法行為をさせることが許されないこともまた当然であり、取締役が法令・定款違反行為を行えば、任務懈怠となる⁸⁸⁾。取締役が違法行為をする裁量のないことは、会社法355条からも明らかである。

それでは、融資の決裁に当たる銀行取締役からみて、決裁してよい融資と決裁することが許されない融資とが法令遵守義務の観点から明確に区別できるかとなると、決してそうではない。

融資自体が個別の法令に違反することによって違法となる融資としては、大口融資規制に関する銀行法13条および52条の22に違反する融資⁸⁹⁾、売春防止法

87) このような捉え方に対して、すべての法令を遵守して経営を行うことが株主の通常の合理的意思ないし期待であることに求める見解として、神田秀樹『会社法〔第10版〕』（弘文堂、2008年）218頁の注2参照。なお、法令遵守の根拠を株主の意思に求める見解に反対する見解として、上村達男『会社法改革』（岩波書店、2002年）47頁がある。また、龍田節『会社法大要』（有斐閣、2007年）91頁は、会社の経営にあたりあらゆる法令を守るべきことは会社が社会の一員として存在する以上当然であるとする。私も、会社が社会の一員として存在する以上、会社は当然に法令を遵守すべきであると考えている。

88) 取締役が会社に違法行為をさせた場合、当該取締役は直ちに債務不履行における不履行要件を充足する。最判平成12年7月7日民集54巻6号1767頁（野村証券株主代表訴訟事件最高裁判決）における1779頁～1780頁の河合伸一裁判官の補足意見参照。

89) 地裁レベルの判例では、大口融資規制違反の融資を違法と評価しないものが見受け

13条に違反する融資⁹⁰⁾、会社法120条に違反して株主の権利行使に関する利益の供与として実行される融資⁹¹⁾、会社法965条の応預合い罪に当たる仮装払込みのための融資⁹²⁾があげられるものの、ほとんど見当たらない。さらに法律の

られる。その例として、信用組合に関する事例であるが、①大阪地判平成12年9月8日判時1756号151頁、②大阪地判平成13年5月28日判時1768号121頁がある。

学説においても、大口融資規制をもってザル法であると評価する見解がある。森田章ほか「シンポジウム 取締役の義務と責任」私法68号(2006年)59頁〔山下友信発言〕。私は、このような判例・学説は大口融資規制の歴史とブルーデンス政策におけるその意義を理解しないものであると考えたとともに、大口融資規制が銀行法という法令に基づく規制である以上、大口融資規制に違反する融資は違法であり、当該の融資を決裁した取締役は善管注意義務に違反するか否かを問うまでもなく、ただちに任務懈怠に当たると考えている。詳細は、拙稿「大口信用供与規制の遵守と銀行取締役の責任(1)(2・完)」流通経済大学法学部開校記念論文編集委員会編『法学部開校記念論文集』(流通経済大学出版社、2002年)125頁～176頁、流経法学2巻1号(2002年)1頁～42頁参照。

なお、リスクの分散を図ることは信用リスク管理の要諦であるから、特定の先に信用供与が集中することは、信用リスクが高まっていることを意味する。したがって、大口融資が見られることは、大口融資規制を待たずとも、銀行取締役の負う善管注意義務の観点から、義務違反を導くことも可能であると考ええる。

金融機関のリスク管理は、①リスクの正確な認識、②適切なリスク管理体制の確立、③有効なリスク管理手法の導入の3つがそろってはじめて可能になり、具体的なリスク管理手法として、①リスクの分散、②リスクのヘッジ、③リスクテイクの制限、④リスクの圧縮の4つが挙げられる。横山昭雄(日本銀行監事)監修『金融機関のリスク管理と自己資本－1990年代の金融機関経営の原点』(有斐閣、1989年)26頁・31頁～37頁参照。

なお、上記②判決の控訴審判決である大阪高判平成14年3月29日金判1143号16頁は、信用組合の理事が大口融資規制に違反する融資を決裁した場合、「理事の任務に違反した違法な行為である」と判示した。

90) 個室付浴場業者にソーブランド開業資金を融資した信用金庫の支店長に、売春防止法13条1項の資金提供罪の故意があるとされた事例として、大阪高判平成7年7月7日判時1563号147頁がある。

91) 都市銀行の会長・頭取が総会屋に対し、系列ノンバンクを経由して合計117億8200万円を迂回融資して利益供与を行ない、執行猶予付実刑判決が言い渡された事例として、東京地判平成11年9月8日判タ1042号285頁(第一勧銀利益供与事件)がある。本件は、総会屋に銀行が迂回融資の形をとって多額の融資を実行し、当該総会屋が株式を取得することによって経済社会に広く害悪がまき散らされた重大な事件であると考えられる。

92) 著名な事件として最判昭和42年12月14日刑集21巻10号1369頁があるが、本件は、一

一般条項について見ると、わが国の銀行では考えにくい、合成麻薬や武器の密造資金を銀行がそれと知りつつ融資すれば、当該の融資は、民法90条により公序良俗に反する融資となろう⁹³⁾。このように、融資自体が個別の法令に違反することによって違法となるケースは、ほとんど見当たらないというのが実状である。なお、銀行取締役が個別の法令に基づいて違法性を帯びる融資をそれと知りつつ決裁することが許されないことは、銀行法7条の2の趣旨に照らすまでもなく当然である。

以上の融資に対して、銀行取締役が回収困難な融資について、それを認識しつつ決裁する融資については、取締役が会社法960条に基づいて特別背任罪に問われうる⁹⁴⁾。特別背任罪の構成要件の一つが図利加害目的であり、融資を決裁する取締役の動機⁹⁵⁾が問題とされるからである。また、上に挙げた合成麻薬や武器の密造資金を銀行取締役がそれと知りつつ決裁するケースについては、取締役は同時に特別背任罪にも問われうると考えられる。ただし、銀行取締役が図利加害目的をもって銀行の業務を執行するということは、わが国では異例なケースであろうから、このような融資もほとんど見当たらないということになる。

以上の考察から、融資自体が個別の法令に違反する融資と、融資を決裁した銀行取締役が特別背任罪に問われうる融資を除くと、銀行の融資は、当該融資を決裁した取締役が善管注意義務に違反して決裁した場合にはじめて違法性を

審・二審が応預合罪の成立を認めたものの、最高裁が原審判決を破棄し、高裁に差し戻した。応預合罪の成立が認められたものとして、最三小判昭和35年6月21日刑集14巻8号981頁、東京地判昭和36年4月27日下刑3巻3・4号346頁、長野地松本支部判昭和39年2月21日下刑6巻1・2号90頁、東京高判昭和54年2月20日判時940号133頁。

93) なお、麻薬及び向精神薬取締法68条は、情を知って、麻薬の製造資金を提供した者を懲役刑に処することを規定している。

94) いわゆる「不良貸付」である。多くの判例があるが、①東京地判昭和36年4月27日下刑3巻3・4号346頁（千葉銀行事件）、②東京地判昭和40年4月10日判時411号35頁（第一相互銀行事件）、③東京高判昭和62年12月8日高等裁判所刑事裁判速報集121頁（大光相互銀行事件第二審判決）、④札幌高判平成18年8月31日判タ1229号116頁（拓銀特別背任事件第二審判決）を挙げておく。なお、④については、本章第3節で検討する札幌地判平成16年3月26日判タ1158号196頁（拓銀ソフィア事件第一審判決）を決裁した銀行の元取締役が特別背任罪に問われた事件である。

95) 西田典之編『金融業務と刑事法』（有斐閣、1997年）134頁〔上瀧一高〕。

帯びることとなる。

ここまで検討したように、個別の法令に基づいて違法となる融資はごく限られたものである。そして、銀行取締役の負う善管注意義務の具体的内容としての委任事務処理義務・行為義務の内容は自明ではないから、善管注意義務の内容を最も緩やかに捉えれば、上に例示した以外のどのような融資を決裁しても、銀行取締役が善管注意義務違反に問われることはないということになる。善管注意義務の内容を最も緩やかに捉えるとは、取締役の経営判断における裁量の幅を最も広く認めるということである。これとは逆に、融資決裁における銀行取締役の負う善管注意義務の内容を最も厳格に捉え、銀行に決して損害を与えない義務と解するならば、銀行取締役は保全を完全に、あるいは過剰に充足した融資⁹⁶⁾しか決裁することが許されないということになる。しかし、銀行は保全の範囲内で融資を行う担保金融会社ではないし、銀行取締役の負う善管注意義務は、銀行の経営を必ず成功に導くことを内容とする結果債務ではなく、経営に最善を尽くす手段債務である⁹⁷⁾。また、融資は銀行が信用リスクを負担する行為であり、信用リスクのない融資は存在しないから、融資の貸倒の発生を完全に回避することはできない。したがって、上のどちらの場合の結論も、適切ではないと考えられる。

上にあげた個別の法令に違反する種類の融資と、個別の法令に違反することがなく、かつ完全にあるいは過剰に保全を充足している結果、銀行に決して損害が生じない類型に属する融資は、銀行取締役の善管注意義務からみた場合、両極端に位置するが、大半の融資は、これらの中間に位置する。そして、そこにはかなりの広がりがあることがわかる。

近年、明確に法令で禁止されているのでなければ、どのような行為をすることも許されるという風潮が社会に見られるようになった。個別の法令に違反する融資を銀行が実行することができないことは当然として、個別の法令に違反することのない融資を決裁しているかぎり、銀行取締役が善管注意義務違反を

96) 将来の担保価値の減少に備えるため、融資実行時に、融資額以上の価値を有すると評価される担保を徴求することである。

97) 結果債務と手段債務については、平井宜雄『債権総論 [第2版]』(弘文堂、1994年) 16頁～17頁参照。

問われることはないということにもならない。たとえば、個別の法令に違反することのない無担保の融資について、審査を実施することなく決裁し、当該の融資が貸倒となった場合には、銀行取締役は善管注意義務違反を問われる。また、銀行の融資は、確実に回収されて営利性のみを実現できればそれでよいということにも決してならない。そのような融資の例として、反社会的勢力⁹⁸⁾に対して、それと知りつつ確実な担保を徴求して高金利で実行する融資があげられる。このような融資は、回収に懸念がなく、かつ銀行に高い収益をもたらす。しかし、このような融資を銀行取締役が決裁することは、銀行の債務者としての適格性を決定的に欠く先に対する融資を決裁したことを根拠として、善管注意義務に違反するというべきである⁹⁹⁾。

以上の考察から明らかなとおり、融資決裁における銀行取締役の善管注意義務の具体的な内容は、解釈によって明らかにする必要があることとなる。結局、この作業は、銀行取締役が融資決裁において、どのような点に注意して融資を決裁すれば注意義務を尽くしたといえるのかを明らかにすることである。次節では、判例を題材として、融資決裁における銀行取締役の注意義務について考察する。

98) 犯罪対策閣僚会議幹事会申合せ「企業が反社会的勢力による被害を防止するための指針」(平成19年6月19日)によれば、反社会的勢力は、「暴力、威力と詐欺的手法を駆使して経済的利益を追求する集団又は個人」と定義されている。<http://www.moj.go.jp/KEIJI/keiji42-01.html>参照。

99) 保全を完全に、あるいは過剰に充足した融資は、銀行に損害が発生しない。したがって、このような融資については、会社法423条に基づく取締役の株式会社に対する損害賠償責任を追及することができないこととなる。融資実行後には、取締役に当該の融資について早期に回収を図る是正義務を課す以外に解決の方法がない。そして、その是正義務の法的根拠は、善管注意義務に求めるしかない。このような融資をそれと知りつつ決裁した銀行取締役は、銀行法7条の2の適格性要件を満たさないことは明らかであり、当該の融資を決裁したことをもって、会社法上も解任の正当事由になると解すべきである。

なお、前掲注98)「企業が反社会的勢力による被害を防止するための指針」では、反社会的勢力による被害を防止するための基本原則の1つとして、「裏取引や資金提供の禁止」を挙げ、反社会的勢力による被害を防止するための基本的な考え方の1つとして、「反社会的勢力への資金提供は、絶対に行わない。」としている。

第3節 判例の検討

(1) 融資決裁における銀行取締役の一般的な注意義務

融資決裁における銀行取締役の一般的な注意義務について判示する地方裁判所の判例から検討する。

大阪地判平成14年3月13日判時1792号137頁（住友信託銀行事件）では、「取締役は、営利を目的とする会社の経営を委ねられた専門家として、長期的な視点に立って全株主にとって最も利益となるように職務を遂行すべき善管注意義務及び忠実義務を負っている（商法254条3項、民法644条、商法254条ノ3）。もっとも、営利の目的を実現するためには、取引先、顧客、従業員、近隣の住民、地域社会等、会社をめぐる関係者に対する配慮を欠かすことができないから、取締役は、会社を経営するに当たっては、上記関係者に対する適切な配慮を行いつつ、営利の目的を実現すべきこととなる。」と判示する。

札幌地判平成14年9月3日判時1801号119頁（拓銀ミヤシタ事件第一審判決）では、「銀行が、その業務として融資を行うに当たっては、株式会社としての営利性の観点に立って利潤の追求を図ることは当然のことではあるけれども、他方で、大衆から受け入れた莫大な資金を背景に免許を受けて貸付業を行うという側面からは、その業務内容そのもののほか、その業容や業績も公共の利害に深く関わっているというべきであり、このためその健全かつ適正な業務の運営が求められる結果、一般の企業と比べて安全性や確実性の要請が一層強く働くことは否めないところであるし、また、銀行業の免許を受けたわが国の代表的な金融業者としては、広く国民経済の健全な発展に寄与することが期待されているものということができる。特に全国規模でその営業活動を行っている都市銀行においては、そのような期待が一層強く寄せられており、銀行の側でもそのような期待に応えるべく、業務の健全性と信用の維持に務めてきたところと考えられる。そして、そのような役割が期待される銀行の取締役としては、当然、委任者である銀行が受けるそのような期待に応えるべく、その職務を行うことが求められていることはいうまでもない。」と判示する。

札幌地判平成16年3月26日判タ1158号196頁（拓銀ソフィア事件第一審判決）では、「銀行の取締役は、このような銀行法の目的に反することのないようにその職務を遂行していくことが職責上要請されているということができ、その

限りにおいて、他の一般の株式会社における取締役の注意義務よりも厳格な注意義務を負い、そのことによって、経営判断における裁量が限定されるような場合もあり得るというべきである。」と判示する。

次に、高等裁判所の判例を検討する。

信用組合に関する判例であるが、大阪高判平成14年3月29日金判1143号16頁（大和信用組合事件控訴審判決）では、「信用組合が、協金法〔協同組合による金融事業に関する法律を指す。引用者注〕等により種々の規制を受けるのは、不特定多数の者から預金を集めることが予定されているため、これら預金者を保護する必要があるほか、身近な金融機関として地域住民や企業に信用の供与等をしているため、万一、これが破綻すれば、信用秩序の混乱をもたらし、地域社会に甚大な悪影響を及ぼすことになるので、その経営の健全性を保つ必要が高いためであると解される。」とした上で、「このような点から、信用組合には特殊な社会的責任があると考えられるから、その経営者たる理事は、出資者のみならず、預金者及び地域社会、さらには、国に対し、経営（財務体質）を健全に保つ法的義務を負うと解される」と判示する。国に対する義務を認める点を踏まえれば、現時点では、経営危機対応の公的資金注入制度などを意識した判旨であると読みなおすことができる¹⁰⁰⁾。

札幌高判平成18年3月2日判タ1257号239頁（拓銀ミヤシタ事件控訴審判決）では、「銀行は、収益性に基づき、株式会社としての利潤の追求を図るだけではなく、公共性の観点から、広く大衆から受け入れた莫大な資金を社会的に有益な事業等に運用していくことも期待されているのであり、銀行法は、このような銀行業務の公共性に鑑み、宣言的に上記目的〔銀行法1条1項に規定された事項を指す。引用者注〕を掲げたものと解される。したがって、銀行の取締役は、このような銀行法の目的に反することのないようにその職務を遂行していくことが職責上要請されているということができ、その限りにおいて、他の一般の株式会社における取締役とは異なる観点からの経営判断が求められ、その経営判断における裁量が限定されるような場合もあり得るというべきであ

100) ただし、学説では、このような義務を認めることに疑問を呈する見解がある。小柿徳武「本件判批」私法判例リマークス26号（2003年）96頁、岩原紳作「本件判批」ジュリスト1283号（2005年）232頁参照。

る。」と判示する。同日に同一の裁判官によって判決が言い渡された札幌高判平成18年3月2日(判例集未登載)(拓銀ソフィア事件控訴審判決)も同様のことを判示し、札幌高判平成18年3月2日判時1946号128頁(拓銀エスコース事件控訴審判決)も、ほぼ同様のことを判示する。

これら札幌高等裁判所の判例からは、銀行取締役の経営判断における裁量の幅は限定される場合があり、引き受けることのできるリスクには限界があるとの考えを読み取ることができる。

(2) 融資決裁における銀行取締役の具体的な注意義務

ここでは、融資決裁における銀行取締役の注意義務の具体的な内容について判示する判例を検討する。まず、地方裁判所の判例を検討する。

東京地判平成14年10月31日判時1810号110頁(国民銀行事件)では、「銀行の取締役は、融資の判断にあたっては、リスクを勘案の上、当該融資により合理的な利益を期待し得る場合にのみ融資を行うべきであるが、不特定多数から借り入れた資金を他に融資するという業務の特殊性及び金融システムの根幹を担うという公共性からして、引き受けるリスクにはおのずと限度があるというべきである。」とした上で、「融資から期待される利益の検討のみならず、融資の持つリスクを的確に分析・評価し、その適正化を図ることが必要である。」と判示する。銀行の引き受ける信用リスクには限界があり、銀行取締役には、信用リスクの統制が求められるとする。

東京地判平成16年3月26日判時1863号128頁(日債銀ジェイ・トップ事件)では、「本件融資から得られる利益と本件融資に伴う危険とを的確に把握した上で、本件融資が適法、適切であるか、本件融資に伴う危険に応じた適切な債権保全措置が採られているか等の観点から本件貸出申請の可否ないし本件融資の可否の判断を行うべき注意義務があったものというべきである。」と判示する。いわゆる費用便益分析を実施することと、当該融資の信用リスクに応じた適切な保全措置を講じることを求める。

大阪地判平成16年7月28日判タ1167号208頁(幸福銀行事件)では、「貸出業務等の与信業務を行うに当たっては、信用リスクを適切に管理し、安全な資金運用を行うことが求められている」と判示し¹⁰¹⁾、銀行取締役に健全な融資運営

を求める。札幌地判平成14年12月25日（判例集未登載）（拓銀カプトデコム事件第一審判決）も同様に、「このような銀行の公共性に鑑みて、従来から、その重要業務の一つである融資（貸付）は、公共性の原則（利害関係に立脚した情実融資の禁止等）、確実性（安全性）の原則（回収が確実な融資の実行）、収益性の原則（銀行にとって収益のある融資の実行）、流動性の原則（自行の特性、経済情勢に応じた融資の実行）等の下に行われるべきであるとされており、拓銀における貸出業務取扱規定も、以上の4原則に従った融資の励行がなされるように定められているものと解される。／〔改行を省略したことを示す。以下、本稿において同じ。引用者注〕そして、拓銀の投融資会議や経営会議のように取締役による審議により融資の可否・金額・融資条件等が判断される際にも、上記4原則が順守されるべきは当然であり、銀行における健全経営の確保の趣旨に照らすと、とりわけ融資についての確実性と収益性の判断は合理的になされるべきである。」と判示し、元本回収の確実性を重視する判断を示す。

次に、高等裁判所の判例を見る。札幌高判平成18年3月2日判タ1257号239頁（拓銀ミヤシタ事件控訴審判決）は、「銀行の取締役が融資判断をするに当たっては、一面において、利息収入、取引機会の拡大、既存融資の回収可能性の増加等の融資から得られる利益を最大限期待し、他面において、融資先の倒産等によって回収不能になるなどの融資の持つ損失のリスクを極力回避しようとするものであり、専門性と将来予測を伴う総合判断が要求されるから、その裁量の幅は、相当広くなり得るというべきである。しかし、他方、前記のとおり、銀行業務の公共性及び不特定多数から借り入れた資金を他に融資するという特殊性からすれば、銀行が引き受けることのできるリスクにはおのずと限界があるというべきである。」と判示する¹⁰²⁾。

これと同日に同一の裁判官によって判決が下された札幌高判平成18年3月2日判時1946号128頁（拓銀エスコリース事件控訴審判決）では、「銀行の取締役が融資判断をするに当たっては、一面において、利息収入、取引機会の拡大、既存融資の回収可能性の増加等の融資から得られる利益を確保、拡大すること

101) 高知地判平成17年6月10日資料版商事法務260号194頁（四国銀行事件）も同旨。

102) 札幌高判平成18年3月2日（判例集未登載）（拓銀ソフィア事件控訴審判決）も同旨。

が期待されているが、他方、銀行の健全経営の確保、預金者等の保護の観点からすると、銀行の取締役が融資の可否を決するに当たっては、確実性（安全性）の原則（回収が確実な融資の実行）及び収益性の原則（銀行にとって収益のある融資の実行）を遵守することが要請されているのであって、これらの原則及び前記の銀行業務の公共性から銀行の取締役の裁量の幅は制限されるものというべきである。」と判示する。裁量の幅が限定される根拠として、確実性の原則などの融資の基本原則と銀行業務の公共性に求める点で、拓銀ミヤシタ事件控訴審判決とは異なる判断を示す。

(3) 最高裁判例

平成9年に経営が破綻した北海道拓殖銀行（以下、「拓銀」という）の旧経営陣に対するRCCによる3件の損害賠償請求事件について、2008年1月28日に、最高裁判所第二小法廷で判決が言い渡された。うち1件は、旧商法266条1項5号に基づく損害賠償請求権の消滅時効期間に関する判断が示されたものである¹⁰³⁾。残る2件は、融資決裁における銀行取締役の善管注意義務および忠実義務の違反に関するものである。これら2件は、この問題を扱うわが国初の最高裁判例である。そこで、これら2件の判例について検討する。

ただし、最高裁は、銀行取締役が融資を決裁する際の一般的な注意義務について判示しなかった。これら2判例は、あくまでも当該融資を決裁する際の善管注意義務および忠実義務の違反の有無について判断を示した事例判決であると評価せざるをえないため、事実関係を含めて紹介する。

1) 最二小判平成20年1月28日（判時1997号143頁・判タ1262号63頁・金判1291号32頁・金法1838号48頁－拓銀栄木不動産事件最高裁判決）

本件は、拓銀が株式会社栄木不動産に対して実行した当日他券過振り48億4000万円を手形貸付けに切り替える（以下、「本件手形貸付け」という）とともに、切り替えに際して担保を取得するために実行した追加融資20億円（以下、

103) 最二小判平成20年1月28日民集62巻1号128頁・判時1995号151頁・判タ1262号56頁・金判1291号24頁・金法1838号46頁。「商法266条1項5号に基づく会社の取締役に対する損害賠償請求権の消滅時効期間は、商法522条所定の5年ではなく、民法167条1項により10年と解するのが相当である。」と判示した。

「本件追加融資」という)の貸倒にかかる損害賠償請求事件である。48億4000万円は全額が回収不能である。ＲＣＣは、当該融資を決裁した投融資会議の構成員である元取締役らに対して、本件追加融資20億円にかかる回収不能分を合わせた未回収残高約61億円のうち、10億円の賠償を求めた。

第1審の札幌地方裁判所(札幌地判平成14年7月25日判タ1131号232頁)は、本件追加融資にかかる元取締役らの責任を認め、本件手形貸付けにかかる元取締役らの責任を否定するとともに、遅延損害金請求の一部を棄却したものの、本件追加融資にかかる回収不能額がＲＣＣによる請求額10億円を上回るため、ＲＣＣの請求を認容した¹⁰⁴⁾。これに対し、原審の札幌高等裁判所(札幌高判平成17年3月25日資料版商事法務255号205頁)は、ＲＣＣの請求を棄却し、元取締役らの責任をいっさい認めなかった¹⁰⁵⁾。そこでＲＣＣが上告した。最高裁判所は、次のように判示して、ＲＣＣの請求を認めた。

「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被上告人らにとって、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た本件不動産について、仮に本件追加融資後にその価値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が見込まれる場合に限られるというべきである。～～～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。～～～/そうすると、柴木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被上告人らの判断は、～～～著しく不合理なものといわざるを得ず、被上告人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。」

104) 詳細は、拙著『金融機関役員の融資決裁責任』(酒井書店、2005年)130頁～139頁参照。

105) 詳細については、拙稿「判批」流経法学6巻1号(2006年)1頁～48頁参照。

2) 最二小判平成20年1月28日(判時1997号148頁・判タ1262号69頁・金判1291号38頁・金法1838号55頁－拓銀カプトデコム事件最高裁判決)

本件は、拓銀が企業育成路線の対象企業の1社としたカプトデコム株式会社とその関連企業12社に対して実行した第1融資から第3融資までの計1144億7000万円の融資にかかる未回収額約876億円のうち50億円の賠償をRCCがこれらの融資を決裁した投融資会議ないし経営会議の構成員である元取締役らに対して求めた損害賠償請求事件である。第1融資は、カプトデコムが行う第三者割当増資に際して、その関連会社12社に対して引受資金と2年分の利息、総額195億7000万円を融資したもので、担保は発行されるカプトデコムの株式のみである。第2融資は、カプトデコムに対するプロジェクト資金160億円および平成4年度中に500億円を限度に融資するとの方針に基づいて実行された380億円の計540億円の融資である。第3融資は、カプトデコムが推進した洞爺湖近くの山上にホテルを中核とする会員制リゾート施設¹⁰⁶⁾を建設するための総工費515億円のプロジェクトに関連する融資であり、カプトデコムの存続が不可能と判断される中で、事業完成まで同社を延命させるための409億円の融資である。

第3融資に際しては、カプトデコムが破綻した場合、カプトデコムグループに多額の貸出をしている道内の共同信用組合の破綻の可能性と、拓銀への同信組への支援要請が予想されることも考慮された。第1審の札幌地方裁判所(札幌地判平成14年12月25日平成10年(ワ)第3160号(判例集未登載))は、RCCの請求を認容した。原審の札幌高等裁判所(札幌高判平成17年3月25日資料版商事法務256号85頁)は、第2融資についてRCCの請求を認容したものの、第1融資および第3融資については、RCCの請求を棄却した¹⁰⁷⁾。そこでRCCが上告した。最高裁は、原判決のRCC敗訴部分を破棄し、第1融資および

106) 2008年7月に北海道で開催されたサミットの主要会場となった洞爺湖湖畔の山上にあるホテルである。

107) 判例評釈として、岩原紳作「銀行融資における取締役の注意義務〔上〕〔下〕－カプトデコム事件高裁判決を中心として」商事法務1741号4頁～14頁、1742号(以上2005年)4頁～16頁。

第3融資とも、RCCの請求を認める判断を示した。

第1融資に関しては、「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堪がみ、特に慎重な検討を要するものというべきである。～融資先が弁済期に担保株式を一齐に売却すれば、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。～拓銀が当時採用していた企業育成路線の対象としてカプトデコム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、～あえて第1融資のようなリスクの高い融資を行ってカプトデコム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被上告人らの判断は、第1融資が当時拓銀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、被上告人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。」と判示した。

第3融資に関しては、「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。／～エイペックス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、エイペックス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。／～第3融資は、カプトデコムを再建、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おく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融資を実行してカプトデコムを数か月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、共同信用組合の破たん及び拓銀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共同信用組合の破たんにより拓銀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被上告人Y1及び同Y2の判断は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、被上告人Y1及びY2には銀行の取締役としての忠実義務

務、善管注意義務違反があったというべきである。」と判示した。

3) 検討

拓銀栄木不動産事件における2件の融資は、私の理解によれば、銀行の内部事故を糊塗するための融資である。当日他券過振りは、当日入金の他店券を見合いとする稟議手続を踏まない翌営業日までの当座貸越である。通常は、他店券が決済されて貸越が解消されるが、本件では、それが連日繰り返され、48億4000万円もの巨額に達したという事案であり、通常では到底起こりえない銀行の内部事故に起因する融資である。それも、見合いとなった他店券は、売上回収にかかる小切手・手形ではなく、栄木不動産振出しの小切手であり、そもそも当日他券過振りの対象とはなりえないものである。これだけ巨額の当日他券過振りが副支店長によって連日繰り返されたということは、現時点で評価すれば、拓銀の内部統制システムに重大な欠陥があったといえる。私は、内部事故によって銀行が被った損害を不祥事として表面化することなく、通常の融資に切り替えるという行為自体が問題であると考えている。行員による巨額の使い込み事件を同人に対する融資として処理することが許されるかということと同視できる事件である。

このような事案において、最高裁は、銀行取締役が責任を負うべき根拠を、結局のところ十分な担保を徴求しなかったことに求めている。逆にいえば、十分な担保を徴求しさえすれば、どのような融資を決裁することも認められるという判断を示したことになりかねない点に、銀行実務上、大きな問題を残す。また、読み方によっては、銀行取締役の融資における注意義務を、銀行に損害を与えない義務に置き換えるばかりか、担保徴求義務に矮小化しかねないものである。すでに述べたように、銀行は担保価値の範囲内で融資を行う担保金融会社ではないし、そうであってはならないものである。なお、不健全な融資は保全の有無と無関係に不健全なのであって、たとえば、反社会的勢力に対する融資が保全を完全に充足することによって健全な融資となることは決してない¹⁰⁸⁾と私は考えている。

次に、拓銀カブトデコム事件最高裁判決については、融資金額が巨大であるところから、銀行に生じた損害も巨大であり、取締役の会社に対する責任を限

定すべきとの立場からは、このような結論に強い異論があるかもしれない。実際に、最高裁が元取締役の会社に対する責任を認めた点をとらえて、取締役に厳しい責任を課すことに疑問を呈する見解がある¹⁰⁹⁾。しかし、銀行が預金者に対して元本保証を表明して預金を集め、その預金を原資として銀行の融資が行われるからには、融資判断に厳格さが求められることは当然である。バブル経済の時期における融資とはいえ、第1融資は、融資先中核企業が発行する株式のみを担保とする巨額の融資であり、果たして担保を取得したといえるのかに疑問があるところである。また、2年分の利息を含めて融資するということは、そもそも融資先企業の収益では弁済できないことを当初から銀行が認めたものであり、回収はもっぱら担保の処分によることを予定したものといえ、右肩がりの経済を前提とする杜撰な融資であったと評価できる。第3融資に関しては、融資先が行うリゾート開発事業と拓銀とが一体化していたものであり、銀行法12条の他業禁止規定の趣旨を踏まえれば、そもそも拓銀と融資先との関係のあり方自体に問題があったといえるものである¹¹⁰⁾。銀行と融資先の事業とが一体化すれば、当該事業を推進するための融資は銀行自身のためにも必要となるから、銀行が厳正な融資審査を実施できるはずはない。

以上に見たように、最高裁は、融資決裁における銀行取締役の注意義務に関して、あくまでも個別融資における義務違反を認めたものであり、融資決裁に

108) 本判決に関する私見の詳細については、拙稿「判批」龍谷法学41巻1号(2008年)121頁～152頁参照。

また、本判決の評釈として、稲葉威雄「批判」金融・商事判例1296号(2008年)2頁以下、志谷匡史「批判」判例時報2014号(2008年)190頁以下がある。

109) 無認可の添加物入り肉まんを販売したことを契機とするダスキンの株主代表訴訟事件について、最高裁第三小法廷は、平成20年2月12日に上告棄却判決を言い渡し、旧経営陣13人に対する53億4000万円の損害賠償を命じた大阪高裁判決が確定した。「(スクランブル)最高裁決定によるダスキン事件の終結」商事法務1825号(2008年)58頁は、ダスキンの株主代表訴訟事件の終結を主な題材とした記事であるが、蛇の目ミシン工業事件、拓銀カプトデコム事件を含む一連の拓銀事件についても、役員に対して厳しい責任を課すものであると捉えている。

110) 拓銀では、他にも他業禁止規定に違反すると考えられる事例が見受けられる。詳細については、拙著『金融機関役員の融資決裁責任』(酒井書店、2005年)236頁参照。

また、本判決の評釈として、志谷・前掲注108)がある。

における銀行取締役の注意義務違反に関する一般的な判断基準を示してはいない。ただし、これら2件の最高裁判決は、原審の結論をくつがえして取締役の責任を認める厳しい判断を示しており、その結論の重みについては強調されるべきであろう。

(4) まとめ

事例判決となった最高裁判例を除き、判例では、銀行法上の預金者保護、銀行経営の健全性維持の要請といった点を根拠として、銀行取締役の注意義務を厳格なものと捉える傾向が認められる¹¹¹⁾。

ただし、アメリカにおいても、銀行取締役の注意義務をめぐる判例は、周期的に循環する傾向の見られることが指摘されている¹¹²⁾。金融機関の破綻が続けば注意義務の基準を引き上げ、それが落ち着けば緩やかに解するということがある。わが国においても、近年は、金融機関の経営破綻が相次ぐ時期を脱して金融機関の不良債権処理問題も終息し、金融システムは安定しているように思われた。しかし、2008年9月に起こったアメリカのリーマン・ブラザーズの経営破綻に端を発する全世界的かつ金融恐慌以来と言われる未曾有の金融危機の発生により、再び金融情勢は予断を許さない状況となっている。このような中で、銀行取締役の注意義務の基準を緩和するような解釈をとることの是非が問われよう¹¹³⁾。

また、判例の分析結果から、次のような点を読み取ることができる。まず、銀行は預金を原資として、かつ業として融資を実行するから、原則として、融資には確実な回収可能性がなければならず、融資実行によって合理的な利益が期待できなければならない。また、リスクのない融資は存在しないから、銀行取締役は、預金者に対する預金返還債務を確実に履行できるように安全かつ健

111) 判例の詳細な分析として、岩原伸作「金融機関取締役の注意義務－会社法と金融監督法の交錯」小塚莊一郎＝高橋美加編『落合誠一先生還暦記念 商事法への提言』（商事法務、2004年）202頁以下参照。また、拙稿「判例および銀行法における銀行業の特徴と銀行取締役の注意義務」流経法学5巻1号（2005年）7頁以下も参照。

112) Jonathan R. Macey & Maureen O'Hara, *The Corporate Governance of Banks*, FRBNY Economic Policy Review April 2003 91, 100.

113) 私は、金融情勢の変化によって私自身の考え方を変えていない。

全な資金運用を基本としつつ、負担する信用リスクを分析・評価して適用金利を設定し、必要に応じて適切に保全措置を講じるとともに、銀行全体の信用リスクを統制してその適正化を図り、負担できる範囲を超える信用リスクを含む融資については、否決することが求められる。

なお、上記判例には現れないが、銀行が融資の相手方について、銀行の債務者としての適格性について調査・判断しなければならないことは当然である。たとえば暴力団を典型とする反社会的勢力には、業務の「公共性」を明定された免許業たる銀行の債務者としての適格性はない。また、総会屋も、当該の総会屋が銀行の株主である場合に、その者に対する融資が会社法120条に基づく利益供与の禁止の対象となることとは別に、そもそも銀行の債務者としての適格性がない。これらの者を典型として、銀行の債務者には金利を支払うとともに元本を確実に返済できる者ならば誰でもなれると考えるべきではない。このように、銀行の債務者としての適格性には、銀行業務の公共性から、一定の制約があると考えられる¹¹⁴⁾。

以上の点をまとめると、融資決裁における銀行取締役の注意義務は、①融資申込先の銀行の債務者としての適格性に関する審査、②当該申込先に関する企業調査を通じた信用状態に関する審査、③当該融資案件自体に関する審査、④銀行全体の信用リスクの統制の4つの側面に分けて認識できよう。

第4節 学説の動向

(1) バブル経済の崩壊までの状況

平成5年の株主代表訴訟制度に関する商法改正前には、取締役の注意義務の具体的な内容について判示した判例の少なさのゆえか、取締役の注意義務の具

114) 第1章で述べたように、銀行取締役は仮に反社会的勢力に対して融資を実行しても、その事実を株主や預金者、さらには社会に対して説明・開示することは求められていない。しかし、融資の原資を提供している不特定多数の預金者の意思がどうであるかを考えると、預金者がこのような融資を歓迎するとは到底考えられない。銀行業務の公共性を根拠とするまでもなく、このような融資を決裁することが銀行取締役の善管注意義務に違反するとの結論を導くことができよう。株主に対する関係においても、高い配当さえ受け取ればこのような融資を推進すべきとする株主はむしろ少数であろう。

体的な内容について商法学者の関心が向けられることは少なかった¹¹⁵⁾。取締役が業務執行に際して用いるべき注意義務の内容や程度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する見解¹¹⁶⁾や、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見識が求められるとする見解¹¹⁷⁾が見られるものの、銀行取締役の注意義務に限定した見解はほとんど見当たらない¹¹⁸⁾。

そのような中で、神崎克郎教授は、刑事事件である大光相互銀行事件¹¹⁹⁾を題材とした論稿において、預金者保護と信用秩序維持を根拠として銀行経営の健全性を確保する必要があるとした上で、銀行経営の健全性を確保するためには銀行の資産構成が安定していることと、資産運用が安全であることが必要であるとし、「銀行の資産運用が安全であるためには、銀行の融資において、審査を通じてその適否が的確に判断され、融資の回収のために必要とされる担保または保証が適切に徴求され、特定の債務者に対する信用供与の集中が抑制されることが必要である。したがって、銀行の取締役は、融資業務の遂行に当たっては、審査を通じて、融資先の営業および財産の状態、資金の使途、返済計画等を把握して融資の適否を的確に判断し、担保または保証を必要とする場合にはこれを確実に徴求し、危険の分散に必要な特定の債務者に対する信用供与の集中を避けることを要する。」と融資業務の遂行における銀行取締役の注意義務について具体的に述べておられる¹²⁰⁾。

115) 著名な判例である最大判昭和45年6月24日民集24巻6号625頁（八幡製鉄政治献金事件）は、株主代表訴訟による事件であるが、この判例に基づく研究者の関心は、①会社の権利能力が定款に定めた目的によって制限を受けるか、②会社の政治献金能力、③忠実義務は善管注意義務と同質か異質か、という3つの重要な学問的法律問題に向けられた。

116) 大森忠夫ほか編『注釈会社法（4）』（有斐閣、増補版、1980年）443頁〔本間輝雄〕。森本滋「会社役員責任」判例タイムズ408号（1980年）19頁も参照。

117) 神崎克郎「取締役の注意義務」私法42号（1980年）79頁。

118) 渋谷光子「企業倒産と経営責任」ジュリスト662号（1978年）44頁が、「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。」とするのが数少ない例である。

119) 東京高判昭和62年12月8日高等裁判所刑事裁判速報集（昭62）121頁。

120) 直接の引用部分を含めて、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年）15頁～16頁。

(2) バブル経済崩壊後の状況

その後、バブル経済の崩壊による金融機関の不良債権問題の発生や金融機関経営の健全性に対する疑念の高まりにより、議論が活発化する。その嚆矢となったのが、「金融機関の健全性維持および破綻処理について」をテーマする1996年の金融法学会のシンポジウムである。ここでは、銀行取締役の注意義務が銀行の取締役であることによって高度なものとなることはない、銀行取締役も株式会社の取締役として商法（現時点では、会社法を意味する）上の注意義務は他の事業会社の取締役と同じとみざるを得ないとの見解が示される¹²¹⁾。

これと前後して、銀行取締役の注意義務を高度注意義務であるとする見解が提唱される¹²²⁾。高度注意義務であるとする根拠は、銀行法上の銀行経営の健全性維持の要請、預金者保護の必要性や専門家責任との類似性など、論者によって異なる。この見解は、高度注意義務の具体的な内容として、銀行取締役に、慎重な判断を求めるところに特徴がある。この見解に対して、注意義務の高低を議論する必要はなく、注意義務の内容を議論すべきであるとの見解¹²³⁾や、

121) 前田重行ほか「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年）53頁〔穴戸善一・前田重行発言〕。

122) 吉井敦子『破綻金融機関をめぐる責任法制』（多賀出版、1999年）268頁、山田剛志「金融機関の破綻と取締役の責任」法政理論32巻3・4号（2000年）44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5巻（1996年）239頁・同「銀行取締役の注意義務」筑波法政28号（2000年）106頁。

123) 山田剛志「金融機関の破綻と銀行取締役の注意義務」ジュリスト1237号（2003年）222頁。北村雅史「判批」判例時報1993号（2008年）195頁、和田宗久「判批」金融・商事判例1304号（2008年）22頁・25頁、志谷・前掲注108）196頁も同旨。とくに、和田准教授は、このような考えを繰り返し強調される。山田准教授は、前掲注122）記載の論稿公表後、銀行取締役の注意義務を高度注意義務とする立場を改められた。

なお、判例においても、札幌高判平成18年3月2日判時1946号128頁（拓銀エスコース事件控訴審判決）では、「銀行の取締役が負う注意義務の内容は一般の営利企業の取締役が負う注意義務の内容とは異なるものであるところ、企業の営む業務の違いによって取締役の負う注意義務の内容に違いが生じるのは当然のことであるから、銀行の取締役の負う注意義務の程度と一般の営利企業の取締役が負う注意義務の程度を比較して、いずれが重いかを議論することは意味がない。」と判示し、この学説と同様の考えを示す。後掲注134）における潮見教授の見解も同旨。これに対する私の考えは、第3章で述べる。

預金者などとの関係で銀行取締役に高度な注意義務が肯定できたとしても、株主（会社）に対する注意義務も高度になることは明らかでないとの見解¹²⁴⁾が唱えられる。なお、注意義務の程度の高低だけを抽象的に議論してみても無意味であることはいうまでもない。

さらに、近年では、銀行の負担するリスクと銀行取締役の経営判断における裁量の観点から、より具体的に銀行取締役の注意義務を説明しようとする見解が見られるようになった。銀行取締役には、より慎重な調査・検討と、よりリスクの小さい意思決定が求められる結果、一般企業の実業取締役認められるより裁量の幅が狭くなるとする見解¹²⁵⁾、金融監督法における金融機関経営の健全性維持の要請が会社法にも反映され、銀行取締役は融資等の業務執行における判断に当たって、一般の事業会社の経営者に比べ、よりリスクを避けることが求められるとする見解¹²⁶⁾である。また、銀行取締役が経営の健全性および安全性に格段の配慮を払うことが求められていることを判示する判例を支持する見解も見られる¹²⁷⁾。

さらに、銀行の経営破綻に関しても踏み込んだ主張が見られるようになった。銀行取締役は特別法上銀行を破綻させない義務を負うとする見解¹²⁸⁾、銀行取締役には銀行を一般企業より健全かつ安定的に経営するという特殊な義務が生じるとする見解¹²⁹⁾、銀行法1条1項の規定する預金者保護と金融の円滑を踏まえ、銀行は破綻をしないような銀行業務の運営が求められるとする見解¹³⁰⁾である。

124) 川口恭弘「事業の公共性と取締役の責任」商事法務1740号（2005年）11頁。

125) 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『新版株主代表訴訟大系』（弘文堂、2002年）119頁。同「判批」会社法判例百選（2006年）123頁も参照。青竹正一「判批」判例時報1876号（2005年）201頁、同『新会社法』（信山社、2006年）259頁、藤原俊雄「判批」金融法務事情1775号（2006年）39頁も同旨。また、中村信男「判批」監査役506号（2005年）39頁は、リスクを合理的に小さくすることが要求されると解している。

126) 岩原・前掲注111）214頁。岩原・前掲注107）商事法務1742号4頁も参照。

127) 青竹正一「判批」判例時報1876号（2005年）199頁。

128) 山田剛志「判批」判例タイムズ1209号（2006年）53頁。

129) 松井智予「判批」ジュリスト1286号（2005年）121頁。

130) 今井克典「銀行の貸出業務における公共性に基づく義務の存否」法政論集（名古屋大学）214号（2006年）68頁～69頁。

以上のように、近年、銀行取締役の注意義務をめぐる学説は、決済システムの担い手であるとともに間接金融の中心的存在である銀行の果たす金融仲介機能や銀行経営の特徴、さらには銀行法に基づく銀行に対する各種の公的規制の存在や銀行法と会社法との関係を踏まえて、より精緻に議論されるようになっていく。最高裁判例の2007年までの状況については、銀行法によって銀行に課された経営の健全性維持の要請に基づき、銀行取締役は、業務の執行に際して、より慎重な判断と、よりリスクを避けることが求められるとするのが、学説にみられた見解の大勢であったと思われる¹³¹⁾。

(3) 最近の状況

ただし、以上のような学説に対して、①会社が事業の特徴を踏まえて経営されるべきは当然であって、事業の公益性に基づいて取締役に重い義務と責任を課していると考える必要はない、②銀行法上の規制を取締役の法令遵守義務と見て銀行法上の規制を銀行取締役の注意義務に反映させるのであれば、信用秩序の維持や金融行政の運営上の政策的考慮を銀行取締役の裁量に反映させなければ均衡を失する、との指摘がなされた¹³²⁾。これは、それぞれの業や株式会社は、他から見ればすべて特殊なのであって、銀行株式会社や銀行業だけを特別なものと見る必要はないとの認識と、銀行取締役の義務や責任を厳格化して裁量の幅を限定する解釈は、銀行経営上の制約要因となるだけであるとの認識が根底にあるものと思われる。

また、取締役の経営判断における裁量の幅が業界や会社の規模によって差が生じるのは当然であり、ことさら金融機関の取締役として責任の厳格化に結びつけるのではなく、個別・具体的な事案に即した判断が必要であるとする指摘も見られる¹³³⁾。この見解は、上記最高裁の2判例を掲載する判例集において、

131) 2008年1月28日の最高裁判例を契機として、多くの研究者によって判例研究が公表されているところから、今後、学説の状況に変化が生じることも考えられる。

132) 森田ほか・前掲注89) 59頁～60頁〔山下友信発言〕。

133) 小林俊明「銀行取締役の注意義務と経営判断原則」ジュリスト1314号(2006年)150頁。これは、株主代表訴訟の判例である水戸地裁下妻支部判平成15年2月5日判時1816号141頁(つくば銀行事件)の判例評釈である。またこの見解は、銀行取締役の注意義務の内容を検討すべきとする前掲注123)の立場にも通じるであろう。

解説文中に引用された見解であることと、最高裁が銀行取締役の注意義務に関する一般論を示さなかったことからみて、最高裁もこのような考えをとったのではないかとも考えられる。

さらに、最近の下級審判例においても、銀行取締役が厳格な注意義務を負うことを否定する判断を示すものが見られる。静岡地判平成19年9月21日（平成15年（ワ）第123号）判例集未登載（中部銀行事件）は、「取締役の善管注意義務等は、個々の会社の具体的な業務内容その他の事実関係の下で個別具体的に判断されるべきものであるから、業務内容が異なる銀行と一般の会社とを比較してそれぞれの取締役の注意義務の程度の軽重を抽象的に論じることには意味はなく、本件で問題とされている被告らの善管注意義務等違反の有無は、本件支払承諾及び本件各手形貸付けがされた各時点における中部銀行の経営状況その他同行を取り巻く諸情勢を踏まえ、被告らが銀行の取締役としてどのような注意義務を負担していたのかの問題に帰着する。」と判示する。これは、個別・具体的な事案に即した判断の必要性を強調する上記の学説に近い考えを示したものである。

これらの判例・学説は、銀行取締役の注意義務を厳格に解釈して高度注意義務であるとする私見の立場、さらには最近の学説の動向に対して異なる考えを示したものと評価できる。このような考えに対する私の考えは、第3章で詳細に述べる。

(4) 民法学者の立場

民法の立場からは、善管注意義務とは、「委任契約の本旨に従い合理的な注意を尽くして事務を処理すべきこと」であり、取締役に要求される注意の程度や取締役に残される裁量の幅は契約類型ごとに確定されるべき問題であると指摘されている¹³⁴⁾。

134) 潮見佳男「民法からみた取締役の義務と責任」商事法務1740号（2005年）35～36頁。また、潮見教授は、日本私法学会におけるシンポジウムで、「私は、義務の水準がベストエフォートか合理的な注意かなんていうことを議論することは生産的でないし、注意義務の程度が高いか低いかなんていうことを言う意味が一体どこにあるのかというのは理解できません。むしろ、取締役の義務の設定の仕方にとどのような特徴を見ることができているのかが重要なのではないかと考えています。」と発言しておられる。森

ただし、前述のように、銀行取締役が取締役への就任に際して、銀行との間で詳細な条項を含む契約を締結しているケースはないように思われるところであり、委任の本旨と契約内容を確定するためには、やはり銀行取締役の注意義務に関する解釈を必要とする¹³⁵⁾。

第3章 銀行取締役の注意義務－その基礎的展開

第1節 高度注意義務とその内容

(1) 銀行取締役の注意義務を高度注意義務であると解釈することの意義

第1章で述べたように、銀行は無担保債権者である多数の預金者からの信託の上に成り立っている。預金者の信託が揺らいだ状態で、銀行は存続しえない¹³⁶⁾。したがって、銀行は、銀行法による規制を待つまでもなく、主体的かつ自律的に経営の健全性を実現し、維持する必要があると考えられる。現代の銀行が泡沫銀行ではない以上、銀行が経営の健全性を実現し、維持すべきことは、銀行業という業に内在した基本的かつ根源的な要請であると考えることができる。そして、銀行経営の健全性は、銀行取締役の職務の執行をとおして実現され、維持される。銀行経営の健全性を実現し、維持するためには、銀行のために職務を遂行する銀行取締役に対する具体的な規律付けが必要となる。そこで、私は、銀行取締役の注意義務、とくに融資決裁における銀行取締役の注意義務を高度注意義務であると解し、かつ主張する必要があると考えている。私は、これまでに公表してきた論稿¹³⁷⁾においてこの考えを明らかにしてから、現時

田ほか・前掲注89) 74頁。

135) 道垣内・前掲注83) 40頁～42頁は、善管注意義務における債務不履行について、善良な管理者の注意を標準として定める「行為義務」、債務者の負っている債務内容がポイントであることを強調する。

136) 金融論の領域でも、「預金者が不利益を被らないように保護されていると信じられる状態を保つことは、銀行が正常な状態で活動を続けていくための前提条件となる。」と指摘されている。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年）49頁参照。

137) 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5巻（1996年）238頁～239頁でこの考えを表明し、同「銀行取締役の注意義務」筑波法政28号（2000年）97頁～132頁でさらにこの考えを発展させた。

点においてもこの考えを変えていないし、むしろこのような考えを堅持すべきであると考えている。

また、私は、銀行取締役が高度注意義務を負うという考えを、商法の研究者に向けてのみ発信するつもりはない。商法学者に対しては、銀行取締役は銀行取締役としての注意義務を負っているとだけ言えば十分である。私は、銀行取締役が高度注意義務を負うという考えを、むしろ銀行のために職務を遂行する銀行取締役に向けて発信しているつもりである。銀行取締役に対して、銀行取締役の負う注意義務を高度注意義務であると簡明に説明することには、経営の健全性維持が強く求められる銀行のために職務を遂行する銀行取締役に対する具体的な規律付けの点で一定の意義があると考えられる。さらに、融資決裁における銀行取締役の注意義務を高度注意義務であると解釈することには、銀行融資の貸倒に基づく銀行取締役の銀行に対する責任を追及する訴訟が現実にも多数提起されているところから、この問題に関して、裁判上の規範を定立する点でも意義があると考えられる。

このように、私は、取締役に対する行為規範の定立、より具体的には取締役に対する規律付けと、裁判上の規範を定立することの2つを目的として、融資決裁における銀行取締役の注意義務を高度注意義務であると主張している¹³⁸⁾。また、本章および第四章で詳述するように、抽象的に銀行取締役の注意義務を高度注意義務であると主張しているのではなく、融資決裁における銀行取締役の注意義務について具体的にその内容を明らかにした上で、それを高度注意義務であると主張している。

なお、バブル経済の時期に、多くの金融機関が目先の収益拡大に目を奪われ、リスク感覚を完全に麻痺させて横並びで不動産融資にのめり込んだ結果、その後、多くの金融機関が破綻するとともに、巨額の公的資金が注入されたことは、ここであらためて説明するまでもない周知の事実である¹³⁹⁾。このような過去の

138) 川島武宜『『法学』の現代的問題点』同『川島武宜著作集第五巻法学1』(岩波書店、1982年) 209頁は、法学は何のためにあるのかという問いに対して、第一に裁判をコントロールするため、第二に裁判を正当化するためであるとする。そして、裁判は社会生活をコントロールすると説明する。

139) 私は、バブル期に銀行が融資審査を放棄したともいえるように不動産担保融資に過剰にのめりこんだ原因の一つが、審査部門を廃止し、営業推進部門と審査部門を同一

事実からも、銀行取締役に対して、自らが負う注意義務の内容について正確かつ簡潔に理解を促す必要があると私は考えている。これは、銀行が株式会社としての私企業性を十分に発揮する上での前提条件であるとも考えられる。

また、株主利益最大化原則という会社法上の命題が、商法学者にとっては単純に短期的利益を最大化することではないことは自明であっても、銀行取締役の間にバブル経済の時期と同様の短期的利益の最大化を目指す行為が再び広がらないという保証はどこにもない。歴史は繰り返されるものである。さらに、株主利益最大化原則における「株主利益最大化」という日本語としての言葉の持つ意味が、深い思慮なく表面的に捉えられ、それが銀行取締役に伝達されて理解されることを私は非常に恐れている¹⁴⁰⁾。

以上を踏まえて、預金者からの銀行に対する信認の維持を図りつつ、銀行経営の健全性を維持するためには、銀行取締役に対する具体的な規律付けが必要であると考えられるところから、私は、現時点においてもなお、銀行取締役の注意義務を高度注意義務であると主張する必要があると考える¹⁴¹⁾。

の部門で運営する事業部制を導入したことにあとを思っている。審査部門の廃止は、住友銀行がコンサルタント会社のマッキンゼー社の提言を受けて実施されたことに端を発するもので、業界内の過当競争の下、それを見た多くの銀行が横並びに審査部門を廃止した。組織的に独立した審査部門を廃止した上で融資審査の基準を緩和し、融資実行後の一定期間内の純新規融資先企業の倒産に対して内部的にペナルティーを課すといったように、融資の質をいっさい問題とせずに融資額の増額のみを営業推進部門の行員に対するノルマとすれば、不健全な融資が採択されることは避けられない。住友銀行が破綻に至ることはなかったが、多くの金融機関が破綻に至ったことは、ここであらためて説明するまでもないことである。なお、経営状態が健全でない企業ほど、資金を必要とするものである。

銀行における事業部制採用の経緯と審査部門の地位の低下については、齋藤壽彦『信頼・信認・信用の構造 [第3版]』(泉文堂、2007年) 190頁～192頁参照。

140) 会社法の実際の使い手である企業経営者に対する会社法の理解に資する広報活動を行うことは、実務家とされる弁護士の仕事であるとするのが、学界内での暗黙の了解とされてきたのではなかろうか。

141) 第2章前掲注123) で引用した論者も指摘するように、注意義務の高低を抽象的に議論することは無益であり、注意義務の内容を具体的に検討すべきであることは当然である。しかし、その検討の結果について、高度注意義務であるとして、程度を付した表現をすることになお意義があると私が考えるのは、本文で述べたとおりである。

(2) 高度注意義務の具体的内容

1) 緒言

高度注意義務の具体的な内容は、銀行取締役が厳格な注意義務を負い、その結果、融資決裁という経営判断において慎重な判断が求められることである¹⁴²⁾。第1章で述べた銀行業および銀行の特徴に関する諸点に加えて、銀行の経営の健全性維持に対する要請の程度が特に高いことが、このように考える根拠の一つである。

これに対しては、どのような企業も経営の健全性を維持する必要があるとの反論があろう。しかし、経営破綻を公的資金をもって回避する仕組みが準備されているのは預金保険法上の金融機関だけである¹⁴³⁾。このことから、経営の健全性維持に対する要請の重みが、銀行の場合には銀行以外の企業と根本的に違っており、その要請の程度が特に高いと見ることができる。

また、融資業務を執行する際の銀行取締役の注意義務は、一般企業の実業取締役が融資を決裁する際の注意義務と比較して、高度になると考えられる。融資は銀行のみが行うものではないことはすでに述べた。しかし、銀行の融資は、預金という無担保の預り金を原資として行われる点で、一般企業が行う融資と決定的に異なる¹⁴⁴⁾。銀行取締役には、一般企業において融資を決裁する取締役に

142) このように考えることの必要性は、第2章で検討した多数の経営破綻金融機関の旧経営陣に対する損害賠償請求訴訟に関する判例に加えて、東京都が2004年4月に1000億円を出資して設立し2005年4月に開業した新銀行東京が、過大な拡大志向と杜撰な融資基準から大量の不良債権を抱えるに至り、経営難に陥って2008年4月に東京都から400億円の追加出資を受けたものの、金融庁の検査で100億円規模の不良債権に対する引当不足を指摘され、2009年3月期には早くも追加出資分が毀損する見通しとなっている事態からも明らかであると考えられる。新銀行東京の経営動向については、日本経済新聞2008年6月3日付け朝刊7面、同2008年10月22日付け朝刊1面参照。

143) 保険契約者保護機構は、破綻保険会社に係る保険契約の移転等における資金援助は行いが、保険会社に対する公的資金の注入を行うことはない。保険業法259条および266条以下参照。

144) 工藤昭四郎『新銀行実務叢書第3巻 貸付』（物価調査会、1951年）13頁では、「銀行は国民資本の蓄積を最も効率的に運用する点に於いて公共機関的性格を有し、茲にその本来の使命があるのであつて、この点他の金融業者例えば高利貸や一般質屋の如く自己資金を効率的に運用することのみを目的とするものとは根本的に異なる。」と、この点について、すでに昭和26年の時点での確に指摘している。そして、この記述を

求められるよりも高度な注意義務が課せられていると考えるべきである。これは、銀行が銀行法によって預金業務を特に認められていることや、預り金を禁止する出資法の趣旨に照らしても明らかである。一般の企業も行う可能性のある行為であるという融資の客観的性質に基づいて、銀行が行う融資と一般企業が行う融資とを同視してはならない。

なお、私見のような考え方に対して、注意義務の高低を論じることには意味はないとの見解¹⁴⁵⁾や、一般企業が行う融資と銀行の融資とを比較することは少なくとも現状の裁判実務では有意義ではないとの見解¹⁴⁶⁾が示されている。これらの見解について、若干考察する。

前者の見解については、裁判実務のみを考えれば、銀行取締役の注意義務の具体的内容のみを議論すればよいという考えが支持されるであろう。しかし、銀行の潜在的な預金者である国民に対してこのような考え方に基づく説明を実施して、銀行に対する高い信認を維持できるのかについて、私は自信が持てない。私は、銀行に対する国民の信認を維持するために、端的かつ明解に銀行取締役の注意義務の特徴を説明しなければならないと考えている。法律とその解釈が、法律の専門家のみに理解されていればよかった時代はすでに過去のことである。預金者の無担保の債権が銀行取締役の厳格な高度注意義務の下で実質的に保全されていると説明すれば、そのような説明を実施しない場合と比較すると、預金者の銀行に対する信認が維持される可能性が高まると考えられる。預金を原資として行われる融資の決裁における銀行取締役に善管注意義務違反があったか否かは、すべて事後的に裁判所の個別的な判断によって決せられるとともに、当該の融資決裁において負っている銀行取締役の注意義務の具体的内容については、すべて原告側の主張・立証の巧拙にかかっており、銀行取締役であるからといって高度な注意義務を負うことはないし、融資決裁における裁量の幅が特に制約されることもないという説明で、財産を銀行に預託する国

踏まえれば、銀行の融資が一般企業の行う融資と決定的に異なることは、銀行業界で古くから明確に意識されてきた歴史的事実であるといえる。

145) 前掲注123) 参照。とくに、和田准教授は、銀行取締役の注意義務の高低を抽象的に論じることには意味はないと繰り返し強調される。

146) 澤口実『新しい役員責任の実務－最近10年間の裁判例の分析』（商事法務、2005年）84頁。

民の納得が得られるかということである。そして、預金者が銀行取締役に対して会社法429条に基づく第三者に対する責任を追及することが實際上ほとんど不可能であることは、第1章で述べたとおりである。

次に、後者の見解は、「融資に関する善管注意義務違反の有無は、これがいわゆる規範的要件であることから、善管注意義務違反を基礎づける、あるいはこれを阻害する多数の具体的事実（個別事情）により判断される性格のものであるところ、事業会社の融資局面と金融機関の融資局面では、これらの個別事情が多く、点で異なる以上、比較は容易でない。」¹⁴⁷⁾と指摘する。裁判実務では、取締役の責任を追及する原告の側が、委任の本旨に従って善良な管理者として委任事務を処理しなかったことを主張・立証しなければならない。そこでは銀行取締役が融資決裁においてどのような注意義務を負っていたかという善管注意義務の具体的な内容が重要なのであって、一般企業の取締役が融資を決裁する際に負っている善管注意義務の内容とを対比して主張・立証する必要はないのであろう。しかし、融資決裁における銀行取締役の注意義務について主張・立証する上で、第1章で検討した諸点、端的に言えば、銀行業と株式会社としての銀行の特徴は、それらを一般企業と対比することにより、その違いがよりいっそう際立ったものとして理解されうると考える。さらに、私は、融資決裁における銀行取締役の負う注意義務を高度注意義務であると主張する意義を、銀行取締役に対する規律付けにも置いているので、銀行取締役に対する具体的な規律付けに際して、一般企業が行う融資との違いを明らかにすることには、十分な意義が認められると考える。また、銀行が行う融資を一般企業が行う融資と対比してその違いを説明することは、古くから銀行業界においても行われてきたことである¹⁴⁸⁾。

2) 注意義務の内容

高度注意義務の具体的な内容である厳格な注意義務とは何か。これは、経営判断において、慎重かつ十分に情報収集をし、それを基に経営判断の選択肢を

147) 澤口・前掲注146) 83頁～84頁。

148) 前掲注144) 参照。

まとめあげ、その中から、より安全かつ健全な選択肢を抽出し、それらの選択肢を対象として慎重な考慮を加え、最終的な意思決定を行う必要があるということの意味する¹⁴⁹⁾。一般企業の取締役が融資を決裁する場合と比較すると、選択肢の幅の点で異なる。銀行取締役は、銀行にとって、より安全かつ健全な選択肢の中から意思決定を行う必要がある。このように解する結果、銀行取締役の経営判断における裁量の幅が狭くなることは、すでに述べた¹⁵⁰⁾。また、銀行融資の決裁においては、銀行内部に長年にわたって蓄積されてきた融資審査に関するノウハウを活用して、融資審査を行う必要がある。銀行は融資のプロである。費用便益分析を実施することや、銀行全体としての信用リスクの統制を図る必要もある。ただし、融資は信用リスクを負担する行為であるから、信用リスクの最小化を求めるものではないこと¹⁵¹⁾は、強調しておかなければならない¹⁵²⁾。

なお、判例における銀行取締役の「注意義務の厳格化」という表現に対して、

149) 実際の銀行の融資審査は、可決か否決かという二者択一ではなく、営業店の担当者が相手方と交渉して、銀行にとってより望ましい内容に融資条件を変更した上で採択するということも含まれる。

150) 一般企業が行う融資と銀行の融資との違いについては、本章第4節で詳述する。ここで、若干補足的に説明すると、資金用途に関しては、銀行は企業に対しては健全な事業性資金を、個人に対しては健全な消費性資金を融資するのが原則である。いわゆる仕手筋に資金を提供することができるかを例として考えてみればよい。一般企業の場合は、このような資金を融資することも営利性が実現されるならば認められる場合があるが、預金を原資として行う銀行の融資の場合、このような不健全な資金用途に対する融資を決裁することは、取締役の善管注意義務違反となりうる。

151) 松井秀樹「銀行取締役の融資判断と損害賠償責任」J I C P A ジャーナル569号(2002年) 61頁は、リスク管理とはリスクのある案件からただ逃げるのではなく、リスクとリターンの大小を慎重に計量・分析し、当該銀行の規模・収益力等を考慮して、合理的なリスクであればリスクをテイクすることをとも包含するとする。また、佐藤隆文編著『パーゼルⅡと銀行監督』（東洋経済新報社、2007年）5頁は、「銀行経営にとって重要なことは、(リスク・テイクを行わないことではなく) 直面しているリスクを評価・計測し、銀行全体のリスク量が自行の保有する損失吸収能力の範囲内に収まるよう、常時適切なリスク管理を行うことである。」とする。

152) 信用リスクの最小化を強調すれば、いわゆるナロウバンク論に行き着く。ナロウバンク論については、吉田暁『決済システムと銀行・中央銀行』（日本経済評論社、2002年）179頁～191頁参照。

これを銀行全体の健全性維持に関する注意義務の厳格化を意味するならば、個別融資判断の適否の判断の指針として有用でなく、個別融資の厳格化を意味するならば、単なる裁量権の否定を招くことになりかねないとの主張がみられる¹⁵³⁾。すでに述べたように、厳格な注意義務とは、銀行取締役の経営上の裁量を否定して、融資決裁において必ず十分な担保を徴求すべき義務であるとしたり、回収にわずかでも不安があれば当該の融資を否決すべき義務であるとするものではない。厳格な注意義務の下でも、融資決裁における銀行取締役の裁量は存在する。そして、銀行経営の健全性は、個別の融資決裁を厳格な注意義務の下で行うことを原点とし¹⁵⁴⁾、銀行全体の信用リスクを適切に統制することによって実現されることは明記しておきたい。

3) 信頼の原則との関係

銀行では、稟議制度を用いた意思決定システムが採られているから、銀行取締役が融資審査のための作業を自ら直接すべて行うことが善管注意義務の内容とならないことは当然である¹⁵⁵⁾。わが国の銀行は、経営組織を編成して組織的に銀行業務を遂行しているから、銀行取締役は、編成された経営組織体制の下で融資業務を執行すればよい。さらに、会社法の下では、当該の会社に求められる内部統制システム（会社法348条3項4号・会社法施行規則98条、会社法362条4項6号・会社法施行規則100条、会社法416条1項1号ロ・会社法施行規則112条）が構築されていれば、取締役は構築された内部統制システムが健全に機能することを信頼して日々の業務を執行することができよう¹⁵⁶⁾。具体的には、自らが決裁権限を有する融資案件について、提出された稟議書を対象として審査を実施して決裁することが銀行取締役の職務の内容となる。当該融資

153) 松井智予「破綻銀行の元取締役の融資決裁と善管注意義務」ジュリスト1286号（2005年）122頁。

154) 個々の融資決裁を杜撰に行って、銀行全体として経営の健全性が維持できないことは明らかである。

155) たとえば、不動産担保付きの融資の場合に、担保不動産の実地調査を行うことが融資を決裁する取締役の義務となるものではない。このような作業は、当該融資先を担当している営業店の行員の職務である。

156) 神崎克郎「会社の法令遵守と取締役の責任」法曹時報34巻4号（1982年）14頁。

案件について、担保評価を含めて自らが直接調査に当たった上で稟議書を起案し、実際に担保の徴求手続の実行を含む融資実行のための手続を履践するということが職務の内容となることは原則としてない。このような作業は、融資先を管理する営業店の担当者の職務である。したがって、銀行取締役が職務を執行する際には、いわゆる信託の原則が妥当する¹⁵⁷⁾。

信託の原則は、経営判断の原則と同様、アメリカの判例法によって発展してきた考え方である¹⁵⁸⁾。わが国の判例においても、この信託の原則について詳細に判示するものが見られる。東京地判平成14年4月25日判時1793号140頁（長銀初島事件）では、「取締役の行った情報収集・分析、検討などに不足や不備がなかったかどうかについては、分業と権限の委任により広汎かつ専門的な業務の効率的な遂行を可能とする大規模組織における意思決定の特質が考慮に入れられるべきであり、下部組織が求める決裁について、意思決定権者が、自ら新たに情報を収集・分析し、その内容をはじめから検討し直すことは現実的でなく、下部組織の行った情報収集・分析、検討を基礎として自らの判断を行なうことが許されるべきである。特に、原告のように専門知識と能力を有する行員を配置し、融資に際して、営業部店、審査部、営業企画部などがそれぞれの立場から重疊的に情報収集、分析及び検討を加える手続が整備された大銀行においては、取締役は、特段の事情のない限り、各部署において期待された水準の情報収集・分析、検討が誠実になされたとの前提に立って自らの意思決定をすることが許されるというべきである。そして、上記のような組織における意思決定の在り方に照らすと、特段の事情の有無は、当該取締役の知識・経験・

157) いわゆる信託の原則の詳細については、拙稿「取締役の『信託の権利』に関する一考察」流経法学2巻2号（2003年）1頁～62頁参照。信託の原則は、制定法を根拠とするものではないため、呼称は必ずしも統一されておらず、信託の権利、信託の抗弁と呼ばれることもある。

158) MODEL BUS. CORP. ACT § 8.30 (1998). THE AMERICAN LAW INSTITUTE, PRINCIPLES OF CORPORATE GOVERNANCE: ANALYSIS AND RECOMMENDATIONS § 4.01(a)(2)・(b), § 4.02, § 4.03. アメリカ法に関する詳細な比較法研究としては、畠田公明『コーポレート・ガバナンスにおける取締役の責任制度』（法律文化社、2002年）40頁～78頁参照。

わが国では、神崎克郎教授が中京銀行事件株主代表訴訟事件の判例評釈で信託の原則に関する見解を示している。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」金融法務事情1492号（1997年）78頁～79頁。

担当職務、案件との関わり等を前提に、当該状況に置かれた取締役がこれらに依拠して意思決定を行なうことに当然に躊躇を覚えるような不備・不足があったか否かにより判断すべきである。」と判示する¹⁵⁹⁾。

判例から明らかなように、銀行取締役は部下が作成した稟議書に基づいて意思決定を行うことができる。しかし、取締役の融資決裁における職務の内容が稟議書の形式を点検して決裁印を押印すること¹⁶⁰⁾ではないことは当然である。銀行取締役は銀行取締役としての実質的な経営判断のための作業を行わなければならないと考えられ、部下や関係部署が行った判断が銀行取締役の経営判断に当然に代替することはない¹⁶¹⁾。言い換えれば、部下や関係部署のいいなりに職務を執行しても、善管注意義務を尽くしたことにはならないということである¹⁶²⁾。銀行を経営しているのは銀行取締役であって行員ではないことから、

159) はば同様の判断の枠組みを示す判例として、東京地判平成14年7月18日判時1794号131頁（長銀E I E第一次訴訟第一審判決）、東京地判平成14年10月31判時1810号110頁（国民銀行事件）、東京地判平成16年3月26日判時1863号128頁（日債銀ジェイ・トップ事件）、札幌地判平成16年3月26日判タ1158号196頁（拓銀ソフィア事件第一審判決）、札幌高判平成18年3月2日判タ1257号239頁（拓銀ミヤシタ事件控訴審判決）、札幌高判平成18年3月2日判時1946号128頁（拓銀エスコリース事件控訴審判決）がある。

160) 中村直人「役員の責任」久保利英明＝中村直人＝菊地伸『取締役の責任』（商事法務研究会、1999年）100頁は、会社の上下関係に基づくタテの職務分担において、取締役が稟議書類の形式をチェックし、それが内部規則どおりに手続されていることを確認した上で決裁すれば注意義務を尽くしたことになると主張する。このような中村弁護士の見解に沿う主張を訴訟において被告側が行う事例がみられる。信用組合の事例であるが、大阪地判平成12年5月24日金判1097号21頁（三福信用組合事件）、大阪地判平成13年5月28日金判1125号30頁（大和信用組合事件第一審判決）参照。

161) 神崎克郎「取締役の注意義務と担当部門での検討－中京銀行事件を素材として」林良平先生献呈論文集刊行委員会編『現代における物権法と債権法の交錯』（有斐閣、1998年）95頁～96頁は、「取締役が経営判断を行うに当って、社内の担当部門が収集した情報だけを基礎に、あるいは社内の担当部門が立案したということでその内容どおりに経営判断をすることによって当然に善管注意義務を尽したということになるものではない。」と指摘する。

162) 札幌地判平成14年12月25日（判例集未登載）（拓銀カプトデコム事件第一審判決）では、被告の取締役が融資判断に当たり、担当部署から提出された資料や担当部署の説明等に見て明らかな不備がない限り、これに依拠して判断すれば足りると主張したのに対して、「取締役は、銀行における健全経営の確保の趣旨に照らし、融資の確実性と収益性の有無については客観的、合理的に判断することが求められるから、事

このことは当然である。取締役が株主からその個人的な資質である経営能力を評価されて取締役に選任されていることや、とくに銀行取締役の場合には、銀行法7条の2の趣旨からも、このように考えられる。

4) 高度注意義務の具体化

以上を踏まえ、融資決裁における銀行取締役が負う高度注意義務の内容を具体的に述べれば、次のとおりである。

銀行取締役は、融資審査において、融資が無担保の預り金であるとともにリスク負担能力の低い預金を原資とすることを十分に認識した上で¹⁶³⁾、融資先に関する企業調査の結果を的確に把握し¹⁶⁴⁾、銀行全体の信用リスクの統制をも図りつつ¹⁶⁵⁾、申込金額¹⁶⁶⁾、資金使途¹⁶⁷⁾、融資期間¹⁶⁸⁾、返済方法¹⁶⁹⁾の適否を的確に判断して¹⁷⁰⁾適用金利を的確に設定し¹⁷¹⁾、必要に応じて適切に保全措置を

情のいかんによっては、担当部署に対し、追加報告させたり、調査をさせたりしなければならない場合があることは否定できず、担当部署の提出資料や説明に一見して明らかに不備がないからといって、常にこれに全面的に依拠して判断すれば足りるというものではない。(。)」と判示する。

163) 具体的には、リスク負担の許容度の低い資金を原資とすることを認識することである。

164) 事業内容、事業環境、企業内容、財務分析といった分析項目を含むほか、申込先が反社会的勢力であったり、それらとつながりがなかったといった銀行の融資先として相応しい先であるかに関する調査を含む。

165) 業種別、地域別、融資期間別といったさまざまな観点からの信用リスクの分散を図ることが基本である。

166) 不必要な資金を融資することは、資金の流用を許すことになるから、所要資金を超える過剰な融資は認めないことが原則である。

167) 事業法人に対する融資の場合は、健全な事業性資金が原則である。また、プロジェクト資金や設備資金であれば、当該プロジェクトや事業の収益性について分析・検討することも含まれる。

168) 設備資金を例にとれば、減価償却費や事業収益を返済原資と考えるならば、法定耐用年数を超えない範囲で融資期間を設定することが原則である。逆に、設備資金について短期融資とすることは、借り換えが避けられないことともなる。

169) 売上回収までのつなぎ資金や保有物件の売却代金による返済を予定している場合などを除けば、融資の事後管理を厳格に実施する上でも、分割返済条件を付することが原則である。特に、長期資金について期日一括返済とすることは異例と考えるべきである。

講じて¹⁷²⁾ 融資を決裁することが求められる。なお、融資決裁に当たる銀行取締役は、銀行法7条の2の趣旨を踏まえれば、本稿第1章で検討した銀行業の特徴について深く理解していることが前提となる。

このような私見の立場は、すでに検討したように、これまでにわが国で蓄積されてきた多数の判例のとり立場と基本的に一致するものである。

第2節 銀行取締役と専門家との類似性

(1) 銀行取締役と専門家との対比

銀行取締役の注意義務を高度注意義務と考える根拠となるべき点として、銀行取締役と専門家との類似性がある。以下では、これについて検討する。なお、本稿では、専門家責任の議論の対象となる専門家として、どのような立場から専門家と見ることに異論のない医師と弁護士を想定する。

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、の三点を指摘した上で、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¹⁷³⁾。専門家が高度注意義務を負う根拠は、多くの場合、情報の非対称性の下で、白紙委任とならざるをえない依頼人を含めた社会からの信頼自体に求められる。

それでは、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、上述の①と②について検討する。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は、当該業務を遂行する者を一定の見識と能力を備えた

170) 場合によっては、金額の減額、融資期間の短縮など、当初の申込み内容の修正を営業店に指示し、申込先との再交渉に当たらせることも求められる。

171) 信用状態に見合った水準の金利を適用することが原則である。

172) 信用状態によっては、無担保・無保証の融資を決裁することも認められる。ただし、長期融資については、融資先の信用状態の変動に備えるため、保全措置を講じるのが原則となる。なお、短期と長期の別は、ワンイヤールールに基づき、融資期間が1年を超えれば、長期融資となる。

173) 西嶋梅治「総括」専門家責任研究会編『専門家の民事責任』別冊NBL28号(1994年)129頁～130頁。

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。銀行業には、第1章で述べたように、免許制が敷かれているから、この点で銀行業と専門家の業務とは共通している。

そして、長年の終身雇用制を背景として、企業社会に途中で人材を供給するための市場が十分に発達していないわが国においては、銀行にあっては、社外取締役と社外監査役を除いて、役員は従業員出身者の占める割合が高いことはすでに述べた¹⁷⁴⁾。銀行取締役になるためには、数の限られた銀行に行員として入社し、その中で教育訓練を繰り返し受ける必要がある¹⁷⁵⁾。さらに、非常に厳しい内部選抜を経たうえで、銀行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の要件にそのまま当てはまるものと言えよう。

③についてはどうか。預金という金融商品が預金を原資として行われる融資に対して預金者の干渉をいっさい許さないものであることは、第1章で述べた。預金者は、銀行取締役が安全かつ健全に預金を運用するであろうことを信頼した上で、いわば白紙委任の状態で行き預金を預けざるを得ない。また、株主についても、株主権が縮減しているので、取締役が高度な資金運用能力を有することと、適正な銀行経営が行われることを信頼して、取締役に経営を委ねざるを得ない。このように、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も言えるとともに、このような構造は専門家と依頼人との関係と同視できるものである¹⁷⁶⁾。

174) 前掲注86) 参照。

175) 花田光世「日本の人事制度における競争原理」伊丹敬之＝加護野忠男＝伊藤元重編『日本の企業システム第3巻 人的資源』（有斐閣、1993年）276頁～299頁は、わが国においては、同期入社の従業員の中から極めて厳しい選抜を経た一握りの者のみが部長、さらには役員候補者となることを実証的に明らかにしている。

176) 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年）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

以上の検討から、銀行取締役は専門家性を有すると考えられる。

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する考え方がある¹⁷⁷⁾。これは、上に述べたように、専門家としての特殊な責任構造に着目した結果にはかならない¹⁷⁸⁾。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した法律はそもそも存在しない¹⁷⁹⁾。ただし、専門家責任を論じること自体に対して、異論が存在することも事実である¹⁸⁰⁾。何をもって専門家というかという定義に関する問題、さらには、専門家は専門家としての責任を負っていることを確認しておけば十分であるとの考えである¹⁸¹⁾。

専門家が高度注意義務を負うとの考えに否定的なこのような見解に対して、近年、複雑な事務処理を委任するためには、受任者に幅広い裁量権を認める必要があるが、そのためには、受任者に対する高度の信頼が存在することが前提となり、この信頼を確保するためには程度と内容の両面における義務の高度化

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、そして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ない。

177) 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年）16頁～17頁、能見・前掲注176）6頁～7頁参照。

178) 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年）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」と表現する。ただし、鎌田教授は、専門家の注意義務が高度であるとの考え方否定的である。

179) 弁護士法1条2項は、弁護士が「誠実にその職務を行（う）」べきことを規定しているが、このいわゆる弁護士の誠実義務が単なる倫理規定なのか、注意義務を加重する規定であるのかについては争いがある。しかし、この規定も弁護士の注意義務が高度であることを直接規定したものではない。

180) 河上正二「『専門家の責任』と契約理論」法律時報67巻2号（1995年）6頁～8頁がその一例である。

181) このような見解をも踏まえつつ、専門家責任を論じる意義と専門家責任の特質を論じる文献として、川井健「専門家責任の意義と課題」川井健＝塩崎勲編『新・裁判実務大系 専門家責任訴訟法』（青林書院、2004年）3頁～14頁がある。

が必要であるとする見解が提唱されている¹⁸²⁾。このように、専門家責任の領域においても、義務の高度化を提唱する見解が存在する。

ただし、専門家の注意義務を高度注意義務であると解する見解は、受任者に対する信頼を確保する上で、幅広い裁量権を認める必要があることを根拠として義務の高度化を提唱している。私は、銀行取締役が高度注意義務を負う結果、銀行取締役の裁量の幅は制約されると考えており、裁量の幅の点で上記の見解とは反対の結論となる。これは、銀行業と専門家の業務との違いにあると考える。銀行取締役が高度注意義務を負うと解するのは、安全かつ健全な融資運営の根拠とする点にある。銀行取締役に幅広い裁量を認めれば、そもそも安全かつ健全な融資運営を期待することはできないし、銀行取締役に幅広い裁量権を認めるということは、銀行取締役が不健全な部類に属する融資を決裁する可能性を広げる効果を必然的に伴うからである。そして、預金者・株主とも、銀行取締役の融資運営に対して法律上、同意を与えるべき立場にない。これに対して、専門家の場合、あくまでも本人の同意のあることが委任事務を処理する上での前提である。医師を例にとれば、全身麻酔の下で本人の同意を取り付けられない状態であっても、手術前に本人からの包括的な同意を取り付けたうえで、手術中に適宜適切な医療行為を個別具体的な本人の同意なしに行う必要がある。そのためには、幅広い裁量権を認めるべき必然性が認められる。このように、専門家の注意義務を高度化する必要があると考えられるのは、あくまでも本人の利益のために専門家に最善を尽くさせる必要があるからである。

また、専門家の注意義務を高度注意義務と考える論者は、訴訟における専門家の注意義務だけを意識して主張をされているのではないと考えられる。なぜなら、訴訟においては、専門家としての注意義務を尽くしたか否かが争点となるのであって、それを一般人の注意義務と対比して主張・立証することは、一般人が専門家の業務を行わないところからも無意味であるからである。なおかつ高度注意義務であると主張される理由は、専門家に対する規律付けに加えて、

182) 大村敦志「現代における委任契約」中田裕康＝道垣内弘人『金融取引と民法理論』（有斐閣、2000年）136頁。また、内田貴『民法Ⅱ〔第2版〕』（東京大学出版会、2007年）273頁は、「受任者の注意義務の水準が高いのは、委任という契約の性質に由来する。」と説明している。

専門家に対する社会からの信頼の醸成とその保持にあるように思われる。このように考えれば、銀行取締役の注意義務を高度注意義務と考える私見と共通点があると思われる。

次に、後述のように、取締役は株主に対して注意義務を負うとするのが通説であり、取締役の第三者に対する責任が問題となる場合を除いて、会社法上、取締役の債権者に対する注意義務が問題となることはない。しかし、銀行は、多数の預金者からの高い信頼なくして存続することができない。預金者に対する高い信頼を保持して銀行取締役が銀行経営に当たることが、株主の意思であると考えることができよう。

このように、経営監督権能が大きく後退した銀行の株主、さらには不特定多数の預金者と銀行取締役との関係を踏まえれば、銀行取締役が、専門家と同様に、高度注意義務を負うとの考えが成り立つと考えられる。

(2) 銀行取締役の注意義務の特質

上述のように、専門家責任の分野において、専門家が高度注意義務を負うとの考えを否定する見解がある。専門家と依頼人との関係はあくまでも個別的な一対一のものであり、専門家が善管注意義務に違反したか否かは契約内容の確定を含めて事後的に裁判によって明らかにすれば十分なのであって、わざわざ専門家が高度注意義務を負うと解釈する必要はないとの考えは、十分に成り立つ。また、複雑な現代社会においては、職業はそれぞれ高度かつ専門的に分化しているとともに、一般人が専門家の業務を行うことはないから、専門家の注意義務と一般人の注意義務とを対比すること自体が無意味であるとの考えも成り立つ。専門家が一般人とは異なる専門家としての注意義務を負うことは当然であり、専門家は、それぞれの資格に応じた専門家としての注意義務を負うことを確認しておけば十分であるとの考えである。これを銀行取締役に当てはめれば、銀行取締役は銀行取締役としての注意義務を負うことだけを確認しておけば十分であるとの考え方となる。

専門家の注意義務については上に述べたような考えが成り立つとしても、銀行取締役の注意義務については、これと同じように扱えない問題を含む。その根拠をあげる。

まず、第一に、通説に従って銀行取締役が株主に対して注意義務を負うと解すると、銀行取締役と株主との関係は、専門家と依頼人との関係のような一对一の個別的な関係とはならないことである。株主間の利害が対立しうることは、最近の企業買収と企業側の買収防衛のための諸行動を見れば明らかである。一对多数の非常に複雑な関係となる。また、株主代表訴訟の提訴権は単独株主権であるから（会社法847条）、たとえ大多数の株主が会社に生じた損害について問題としていなくとも、一人の株主がその損害を問題視すれば、取締役は損害賠償責任を追及される可能性がある。したがって、銀行取締役の立場から見ても、銀行取締役の注意義務について事前にその内容を明らかにしておく必要性が認められる。

第二に、銀行取締役と預金者との関係をどのように考えるかという問題がある。すでに述べたように、会社法上、取締役は債権者に対しては注意義務を負っていないと解されており、債権者は、自己責任原則の下で自衛することが原則であるとも考えられる。そして、会社法上、取締役が債権者に対する責任を問われるのは、同法429条に基づく場合に限られる。また、預金契約を消費寄託契約であると解する通説によれば¹⁸³⁾、寄託物の所有権は受寄者に移り、寄託者は債権的返還請求権を有するにとどまるから、預金契約上も、銀行取締役が預金者に対して注意義務を負うことはないとの考えが成り立つ。

ただし、銀行取締役の場合、銀行取締役が不特定多数の預金者に対して行っている元本保証の表明をどのように考えるかという問題がある。

免許業たる銀行の取締役が元本保証を表明して広く社会から預金を集めているからには、銀行取締役が預金者に対していっさい何の注意義務も負わないとはいえないのではなからうか。銀行取締役が会社に対する責任に関する会社法の枠組みの下で、RCCによって預金者に対する責任を追及されうることは、第1章で述べた。銀行取締役の会社に対する責任には、債権者たる預金者に対する責任を含んだ構造となっていると解さざるをえない。また、預金契約の法的性質についても、現代の銀行経営に伴って生じた特殊の契約であり、消費寄

183) 我妻栄『債権各論中巻二』（岩波書店、1962年）729頁、西原寛一『金融法』（有斐閣、1968年）79頁、田中誠二『新版銀行取引法』（経済法令研究会、再全訂版、1979年）67頁。

託の要素も見出されれば消費貸借の要素も見出されるとする見解¹⁸⁴⁾や、預金は銀行経営に伴って発達した特殊の契約であり、単純な典型契約をもって一樣に律することはできず、当事者間の協定や慣習により、その足らざるところは寄託や消費貸借ないし委任の規定の類推適用によって補うべきであるとする見解¹⁸⁵⁾がある。このように、預金の法的性質を消費寄託であるとすることに学説が完全に統一されているわけではない。

第三に、専門家の注意義務をめぐる問題が当該専門家と依頼人との間の個別の法律問題であって、それ以上に広がらないのに対して、銀行取締役の注意義務をめぐる問題は、場合によっては銀行に対する公的資金の注入という形で、国民全体に影響の及ぶ問題となることである。公的資金が注入された後で、裁判で事後的に銀行取締役の銀行に対する責任が認められたとしても、そのような問題解決では遅きに失する。公的資金の注入を回避するためにも、銀行取締役の注意義務について、事前に明解な解釈を確立しておく必要がある。

第四に、取締役という職務の性質に関する問題である。専門家の業務を一般人が行わないのに対して、取締役という職務自体はすべての株式会社に共通するから、銀行取締役の注意義務を銀行以外の株式会社の取締役の注意義務と対比して議論する必要性が十分に認められる。一部の学説に従い、個別・具体的な事案に即した判断を事後的に行うことによって、金融機関の破綻を回避し、さらには公的資金の注入という国民経済的な無駄を回避することが十分に可能となるのかが問われなければならない¹⁸⁶⁾。

184) 末川博「銀行預金に関する若干の問題」同『債権〔末川博法律論文集Ⅲ〕』（岩波書店、1970年）442頁～443頁（初出は銀行研究25巻5号（1933年））。

185) 中馬義直「預金契約」契約法大系刊行委員会編『契約法大系V特殊の契約(1)』（有斐閣、1963年）35頁～36頁。木内宜彦『金融法』（青林書院、1989年）160頁～161頁は、このような見解を踏まえつつも、消費寄託という契約類型自体が目的物の保管と受寄者による利用という寄託と賃貸の二つの経済的目的を達成させるために認められた混合類型である点に着目し、「預金契約をもって消費寄託であるとすることは必ずしも妥当性を欠くとはいえないのではないか。」とする。

186) 1995年12月に公表された住宅金融専門会社の処理方策に6850億円の公的資金投入が盛り込まれたが、民間企業に対する公的資金の投入に強い国民の反対がみられた。鹿野嘉昭『日本の金融制度〔第2版〕』（東洋経済新報社、2006年）162頁参照。わが国国民は、民間企業に対する公的資金の投入を決して歓迎していないとみられる。

第五に、融資は銀行のみが実行するものではないことである。すでに述べたように、与信業務は貸金業者、保険会社、総合商社など、多くの企業が行う。企業は、商取引に関して、取引先企業などの他の企業に対して、売掛金をはじめとする信用を必ず供与している。銀行取締役が行う融資（与信）決裁について、銀行の融資が金融機関にのみ認められた預金を原資として行われる点を踏まえつつ、一般企業の取締役が与信を決裁する場合と区別して検討する実益があると考えられる。

以上の点を踏まえ、銀行取締役の注意義務については、裁判で事後的かつ個別的に解決が図られればそれで十分であるとすることはできず、銀行経営の健全性を銀行によって主体的かつ自律的に実現し維持するために、事前にその具体的内容を明らかにしておく必要のある問題であると考ええる。

第3節 高度注意義務の効果

銀行取締役が高度注意義務を負うことの法的効果は、高度注意義務を負わない場合と比較して、義務違反に関する責任を認められる可能性が高くなることである。

RCCによる金融機関の旧経営陣に対する責任追及に関する判例を見ると、その多くが旧経営陣の責任を認めるものであり、銀行取締役の融資業務にかかる経営判断における裁量の幅は結果的に狭められたものと考えられる。銀行取締役には、より安全かつ健全な選択肢の中から経営判断を行う必要があるということであり、経営判断における裁量を広く認める場合と比較して、責任が認められる可能性が高くなる。

ただし、このように考える結果、銀行取締役に加重な責任を課すことにはならないことは強調しておかなければならない。また、銀行取締役に融資の貸倒に対して結果責任を課すことを主張するものではないし、銀行取締役を責任の脅威の下に置くことを意図するものでも、銀行取締役の経営判断を委縮させることを意図するものでも決してない。

RCCによる金融機関の旧経営陣に対する責任追及に関する判例を見ると、事案の多くは、大口融資規制違反に関するものや、明らかに杜撰な融資審査が行われたものである。銀行取締役が高度注意義務を負うことを踏まえて、十分

かつ慎重に検討を加えて融資を決裁すれば、杜撰な融資は排除されるから、そもそも善管注意義務違反が認められることは少なくなる。銀行取締役が高度注意義務を負うと解することの実際の効果は、銀行取締役が注意義務を尽くすことによって、法令に違反する融資や、杜撰な融資審査によって銀行に損害が発生する可能性を減らせること、そして銀行経営の健全性が銀行によって主体的に実現され、維持されることである¹⁸⁷⁾。

第4節 銀行の融資と一般企業が行う融資との対比

(1) 判例の検討

ここでは、①福岡高判昭和55年10月8日判時1012号117頁（福岡県魚市場事件）、②最一小判平成12年9月28日金判1105号16頁（東京都観光汽船株主代表訴訟上告審判決）、③東京地判平成12年11月16日資料版商事法務202号211頁（日本新都市開発事件第一審判決）、④大阪地判平成14年1月30日金判1144号21頁（ロイヤルホテル事件第一審判決）の4件の判例を題材として検討する。検討に際しては、各事件における争点のいかんにかかわらず、一般企業が融資を行う場合の取締役の善管注意義務および忠実義務に関する問題に限定して検討する¹⁸⁸⁾。

これら4件は、グループ企業¹⁸⁹⁾や、自社の事業遂行上の必要性から自社に

187) 神崎克郎「取締役の注意義務」商事法務847号（1979年）5頁～6頁は、取締役の注意義務を確保する重要な方策として、注意義務に違反した取締役に対して法的責任が追及されることであるとし、それにより、取締役が法的責任を免れるために、会社の取締役として一般に要求される注意を尽くすこととなり、結果として違法または不当な業務執行が阻止されると指摘する。

188) 検討の題材とする判例の抽出に恣意性を働かせれば、検討の結果には偏向が生じる。一般企業は融資を業とはしていないため、一般企業が実行した融資が貸倒となって当該融資を決裁した取締役の責任が追及された事件で、かつ判例集に掲載された判例は意外に少ない。これは、資料版商事法務291号（2008年）103頁～115頁に掲載された「主要な株主代表訴訟事件一覧表」からも明らかである。判例の抽出に恣意性がないことを明言しておく。

189) 本節において「グループ企業」とは、会社法2条3号・4号の規定に基づく親会社および子会社のほか、会社計算規則2条3項19号・23号に基づく関連会社および関係会社、さらには中小企業に典型的に見られるように、オーナー経営者またはその親族が出資することにより実質的に支配している会社を含む、緩やかな企業群としての意

代わって業務の一部を担当させるために協定を締結した他企業に対して、融資、債務保証、債権放棄といった金融支援を実行したことによって会社に生じた損害の賠償を取締役に求める訴訟であり、いずれも一般企業が実行した融資の貸倒が問題となった著名な事例である。なお、③の日本新都市開発事件については、控訴審の東京高判平成14年3月27日（判例集未登載）で、第一審判決とは逆に株主側の請求が一部認容された。控訴審判決が判例集に未登載であるところから、地裁判決を対象として検討した。

1) 福岡高判昭和55年10月8日判時1012号117頁（福岡県魚市場事件）

訴外A会社はX会社（福岡県魚市場株式会社）の荷揚げ高を増大させるために設立されたX会社の子会社であり、X会社が資金・人的側面を通じて同会社の実権を掌握していたが、融通手形を濫発して破産に瀕する経営状態であることが判明した。そこでX会社の代表取締役社長であったYは、X会社名義の約束手形60通（額面総額金6630万円）を交付して融資を継続したものの、A会社が市中の闇金融から高利の金融を得ていたことが発覚したこともあり、倒産した。X会社はA会社から約240万円の返済を受けたものの、融通手形の決済のために、損害を被った。そこでX会社がYに対して損害賠償を求めた。本件は、裁判所が経営判断の原則を適用したとされる初期の著名な判例である。

福岡高裁は、次のように判示してYの責任を否定する判断を示した。

「当時一審原告会社の専務取締役として実質的に会社業務の執行に関与した～～Mは、調査室に対し訴外会社に対する管理、監督を強めるとともに対応策を立案するように指示した。調査室からは、～～その対応策として訴外会社に対する援助を直ちに打ち切り、同会社を他社に身売りするなどして自社の投、融資分を幾らかでも回収し、蒙るべき損害を極力おさえるという消極策と、それに対して、～～豊漁期まで会社運営のためのつなぎ資金を融資し、豊漁に遭遇して一気に経営の好転を計ろうとする積極策の二案が提出された。～～積極策にでることはかなり危険をとまなうものであったが、一審原告としては、すでに訴外会社の〔ママ〕多額の融資をしているのにそれに見合う物的担保を確保しうのような状況でもなかったので、消極策をとって直ちに訴外会社を破産に

味で用いる。

至らせた場合の膨大な損失をおそれ、また営業部門では強気の意見が多数を占めていたことをも参酌し、訴外会社に対する管理を強化すると共に残った船舶や動産などの担保もできるかぎり徴する方針のもとに積極策を採択し、～～融資を継続した。～～／～～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ち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。」

本判決は、積極策をとることの危険性と、Yの「経営判断の甘さを指摘される余地があるにしても」と指摘しつつも、調査室において立案・検討された消極策と積極策、さらには社内の意見を踏まえて行われた融資継続の決定という経営判断に対して、取締役の裁量を幅広く認めた。そもそも、一次産業に属する水産会社は、予測がなかなか困難な自然環境の下で業績動向が変動するものであり、常に不漁を前提とした経営判断をしなければ取締役が善管注意義務・忠実義務に違反すると解したのでは、借入金で漁船を購入することもできない。

本件では問題とされていないが、X会社自体の経営状態の良否、訴外A会社に対する支援を必要とする金額の大小といった点を考慮することも、融資を決裁する際に取締役が注意義務を尽くしたか否かを判断する上で必要となろう。

2) 最判平成12年9月28日金判1105号16頁(東京都観光汽船株主代表訴訟事件 上告審判決)

A会社(東京都観光汽船株式会社)は内陸水運送業等を目的とする会社、B会社はレジャー・スポーツ用品の販売等を目的とする会社で、両社は役員構成が類似しており、両社の間に出資関係はないものの、被告Y1が両社を実質的に支配していた。B会社は赤字経営が続き、A会社とその子会社であるC会社が

B会社に対して融資、債務保証、経費の負担等の金融支援を行ったものの、結果的に経営が破綻し、A会社は損害を被った。そこで、A会社の株主Xが株主代表訴訟を提起し、Y1らに損害賠償を求めた。第一審の東京地判平成7年10月26日判時1549号125頁は、B会社の倒産が予見可能である時期の前後を分けてA会社が行った金融支援の是非を判断した。B会社の倒産が予見可能である時期をヨットハーバーの占有許可が更新されなかった段階とし、それ以前の金融支援についてはYらの責任を否定し、それ以降の金融支援については責任を認めた。これを不服としてX、Yらが控訴し、原審の東京高判平成8年9月29日金判1105号23頁は、B会社の倒産が予見可能である時期を第一審判決よりも後にずらしてB会社の融通手形の交換先が倒産した段階とし、第一審と同様の判断を示した。Yらが上告したが、最高裁は原審判決を支持し、控訴を棄却した。そこで、原審判決を検討する。

東京高裁は、まず、A会社とB会社との関係を詳細に認定し、「A会社とB会社は、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、一審被告Y1の意識においてはもとより対外的にも『グループ企業』とみられる特別な関係にあったものといえることができる。」としたうえで、「会社の取締役が、相互に資本関係がないにしても、人的構成及び事業運営の面において密接な関係にあり、『グループ企業』とみられる関係にある他の営利企業の経営を維持し、あるいは、倒産を防止することが、ひいては自己の会社の信用を維持し、その利益になるとの判断のもとに、右企業に対して金融支援をすることは、それが取締役としての合理的な裁量の範囲内にあるものである限りは、法的責任を追求（ママ）されるべきことではない。このような観点からして、会社の取締役が、自らの会社の経営上特段の負担にならない限度において、前記のような関係にある他の営利企業に対して金融支援をすることは、担保を徴しない貸付け又は債務保証をした場合であっても、原則として、取締役としての裁量権の範囲内にある行為として、当該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、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して、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。しかしながら、支援先の企業の倒産することが具体的に予見可能な

状況にあり、当該金融支援によって経営の建て直しが見込める状況にはなく、したがって、貸付金が回収不能となり、又は保証人として代位弁済を余儀なくされた上、弁済金を回収できなくなるなどの危険が具体的に予見できる状況にあるにもかかわらず、なお、無担保で金融支援をすることは、もはや取締役としての裁量権の範囲を逸脱するものというべきであり、当該会社に対する善管注意義務・忠実義務に違反するものとして、当該取締役は商法266条により、右行為によって当該会社の被った損害を賠償する責任があると解するのが相当である。」と判示した。

そして、B会社の融通手形の交換先の倒産以降については、B会社が倒産することが具体的に予見可能であったとの判断の下、それ以前の金融支援については、グループ企業に対する無担保の金融支援の実施も取締役の裁量の範囲内にあるとしてY1らの責任を否定し、それ以後の金融支援については「昭和58年10月以降は、B会社に対し、新たに多額の金銭の貸付けや債務保証を行うことは、A会社の取締役としては差し控えるべきであり、仮に貸付け等をするにしても、B会社が倒産する事態に備えて確実な担保を徴するなどの十分な債権保全措置を講ずるべきであったというべきである。」と判示して、Y1らの責任を認めた。

中小企業では、オーナー経営者およびその親族や関係者による出資の下で複数の企業が経営される場合があり、各企業間に資本関係がなくとも、対外的には、これらの企業はグループ企業とみなされる¹⁹⁰⁾。本判決は、このような中小企業経営の実態を踏まえつつ、金融支援を実行した企業とそれを受けた企業とを資本関係がなくともグループ企業と認めたうえで、グループ企業に対する金融支援であれば、支援実行企業の対外信用を維持するためには、たとえ保全措置が講じられていなくとも、回収不能の危険性が具体的に予見できる状況にない限り、取締役の善管注意義務に違反しないことを示したものである。さらに、

190) 布井千博「批判」金融・商事判例1111号65頁。なお、これらのグループ企業の代表者、あるいは、代表権のいかんにかかわらず実質的なオーナーと判断される人物から個人保証を徴求したうえで融資に応じるのが、銀行の実務慣行である。小出篤「中小企業金融における人的保証の機能」黒沼悦郎＝藤田友敬『江頭憲治郎先生還暦記念企業法の理論（下巻）』（商事法務、2007年）493頁、531頁、536頁の注98参照。

倒産の危険性が具体的に予見できる状況の下での金融支援については、確実な債権保全措置を講じることなく金融支援行為を行うことは、取締役の善管注意義務および忠実義務に違反することを明らかにした。

3) 東京地判平成12年11月16日資料版商事法務202号211頁（日本新都市開発事件第一審判決）

東京の不動産デベロッパーであるA会社（日本新都市開発株式会社）は、土地勘のない宝塚市にある土地の開発事業を行うに当たり、過去に同様の提携実績のあるB会社（エコー産業株式会社）との間で、B会社が当該土地を取得して宅地造成工事を行って造成完了後の土地をA会社に譲渡し、A会社はB会社に必要となる事業資金を融資するとの協定を締結し、A会社がB会社に100億円を貸し付けた（第1回融資）。さらに、隣接地について開発範囲を拡大することとし、上記協定を変更した上で、130億円を貸し付けた（第2回融資）。しかし、境界紛争のために開発が進捗しないため、A会社がこの問題解決に当たる100%子会社のC会社を設立してB会社に対する債権を譲渡し、B会社からC会社に要請のあった紛争解決とB会社の資金繰り改善のための資金3億7500万円をC会社に貸し付けた（第3回融資）。B会社は、開発を行わないまま2回目の不渡りを出して倒産し、A会社の貸付金は回収不能となった。そこで、A会社の株主Xが、A会社の取締役および取締役であったYらに善管注意義務または忠実義務違反に基づく損害賠償を求めた。

東京地裁は、次のように述べて、Yらの責任を否定する判断を示した。

まず「取締役による企業の経営に関する判断は、当該会社の事情、業務の性質、当該業界の状況、国内外の社会、経済、文化の状況等の諸事情に応じて流動的であり、しかも複雑多様な諸要素を勘案してされる専門的かつ総合的な判断であり、殊に利潤を追求する決定をなす際には相当程度リスクを伴うことは不可避といえる。このような点に鑑みると、結果的に損害を生じた経営判断が、（当否は別として）常に取締役の善管注意義務等の違反を構成し、法的責任を生じると解することは経営者をいたずらに委縮させるものであって妥当ではなく、取締役による判断は広い範囲に裁量が認められるべきである。」と判示して、取締役の経営判断に幅広い裁量を認める判断を示した。

次に、「右の善管注意義務等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、当該行為をするにつき、その目的に社会的な非難可能性がないか否か、その前提としての事実調査に遺漏がなかったか否か、調査された事実の認識に不注意な誤りがなかったか否か、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などの観点から、当該行為をすることが著しく不当とはいえないと評価されるときは、取締役の当該行為に係る経営判断は、裁量の範囲を逸脱するものではなく、善管注意義務又は忠実義務の懈怠がないというべきである。」と、経営判断の原則の定式化を行ったうえで、第1回融資および第2回融資と、第3回融資の2つに分けて、それぞれ詳細な根拠を示し、「B会社に融資を行い開発対象土地を取得する方法を選択したことや被告らが本件境界紛争が存在したことを知らずに第1回、第2回融資を行ったことについて経営上の裁量の範囲の逸脱があるとまでは認められない。」「右事情に鑑みると、第3回融資を決定した判断が経営上の裁量の範囲を逸脱したものとまで断ずることはできない。」と判示して、Yらの責任を否定する判断を示した。

本件は、大規模な不動産開発というA会社自体が行う事業をB会社を介して遂行しようとしたものであり、B会社に対するA会社の融資は、融資の形態をとるものの、A会社の事業遂行の過程で生じた事業資金であると考えることができる。協定締結先としてのB社の業務遂行能力、選定された開発対象地の対象地としての適切性、B会社に対する監督について、どのように考えるかという問題があるものの、大規模開発が可能となる土地が少なくなるなかで選定された土地であり、確実に開発が完了するという十分な見込みのないかぎり開発計画に着手できないとするならば、同業他社に事業機会を奪われる結果となり、そもそも不動産開発事業を営むことはできない。また、B社との協定によって遂行した開発事業が一度成功している点も、再びB社と協定を締結する際の根拠として考慮されなければならない。したがって、開発計画が途中で頓挫することが具体的に予見できるといった特別の事情のないかぎり、基本的には、取締役の経営判断における裁量を幅広く認める必要がある。

4) 大阪地判平成14年1月30日金判1144号21頁（ロイヤルホテル事件）

大阪証券取引所第二部に株式を上場するA会社（株式会社ロイヤルホテル）が同社の関連会社であるB会社（株式会社リーガロイヤルホテル小倉）に対して行った融資・債権放棄等の金融支援について、同社の株主が同社に生じた損害の賠償を求めた株主代表訴訟である。A会社は、平成4年6月設立のB会社ほか、ホテル事業を営む計5社（関連ホテル5社）の会社をはじめ、同社および同社の関連会社が出資し事実上支配関係にある会社とともに、A会社グループを形成していた。A会社の経営不振によって関連ホテル5社も開業時から業績不振が続き、A会社はA会社が発行済株式の50%を保有するとともにホテル等の事業に対する投資等を目的とするC会社（株式会社リーガエンタープライズ）を経由して運転資金を融資し、関連ホテル5社が金融機関から受ける融資に対して保証や保証予約をしていた。A会社の取引金融機関は、A会社が抜本的に再建策を講じなければ、支援の継続は困難との強い姿勢を示すようになり、「経営改善3ヶ年計画」（以下、「3ヶ年計画」という）が策定された。この3ヶ年計画の策定前後に、A会社がC会社を経由して行ったB会社に対する融資と当該債権の放棄について、A会社の株主が取締役の善管注意義務および忠実義務の違反などを主張して損害賠償を求めたのが本件である。なお、本件は、上場企業として経営組織を編成し、また組織的経営を可能とするための内部規程を整備した大企業がグループ企業に対して実施した金融支援が問題とされた事件であるという特徴がある。

本判決は、3ヶ年計画策定の前後に分けて取締役の責任について判断している。3ヶ年計画策定前の融資の必要性について、「A社がB社に対する融資をせず、運転資金不足が契機となってB社が倒産するようなことがあれば、出資金の無価値化、貸付金の回収不能等A社自身が多額の損失を被るばかりでなく、～密接な関係を有するグループホテルを開業後間もなく倒産させたということでA社の信用が失墜し、金融機関から融資を引き揚げられるなどの大きな損失を被るおそれがあったことが容易に推認できる。したがって、A社にとって、3ヶ年計画策定前の融資を実行する必要性があったと考えられる。」と融資の必要性について判示する。そして、当該の融資を実行したことについて、「3

ヶ年計画策定前の融資については、同融資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、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、被告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、被告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。」と判示して、善管注意義務および忠実義務の違反がなかったと結論付ける。

次に、3ヶ年計画策定後の融資の実行と債権放棄については、「B会社はA会社の商法上の子会社ではないとはいえ、同社と密接な関係にあるところ、B会社が倒産した場合にA会社が被る損失については、まず、①B会社に対する出資金10億7200万円が無価値になるほか、②平成9年3月期のC社経由の残貸付金12億8000万円が回収不能となり、③同期の金融機関に対する保証債務139億6400円の履行が現実化するうえ、④B会社が建物賃貸借契約を解約する際に発生する原状回復費用の負担も問題となる。また、A会社グループの取引金融機関は、A会社がグループ全体の債権放棄を含む抜本的な再建策を講じなければ、A会社グループへの金融支援の継続（融資残高の維持）は困難との強い姿勢を示すようになっており、B会社が倒産することになれば、A会社グループ全体の信用が損なわれ、融資が引き揚げられる具体的な危険性があった。～～B会社とA会社とは、B会社の商号とA会社の主要事業部門が共に『リーガロイヤルホテル』という名前を冠しており、一般のホテル利用客らは前者が後者の地域事業部門であると認識される可能性があることから、B会社が倒産した場合、A会社の企業イメージが低下し、婚礼を含む宴会の利用客が減少し、A会社の営業上重大な悪影響が生じるおそれがあったものと認められる（～～）。そこで、3ヶ年計画策定後の融資及び本件債権放棄等によってB会社の倒産を防止し再建を図ることは、A会社にとってもその必要性があったものと認められる。」と判示したうえで、「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、A会社と密接な関係にあるB会社の倒産を防止し、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A会社の損失を回避する必要がある状況で、A会社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B会社及びA会社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、被告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、被告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。」と判示して、善管注意義務および忠実義務の違反がなかったと結論付ける。

5) 検討

4件の判例に共通しているのは、一般企業が行う融資について、裁判所が取締役に幅広い経営上の裁量を認めていることである。一般企業を前提にすれば、裁判所の判断は当然である。所有と経営の分離を前提とする株式会社制度の下では、取締役に幅広い経営上の裁量を認めない限り会社経営は成り立たない。会社経営は、事業に伴うリスクを適正にとる行為にほかならないし、リスクをとらなければ会社の発展もありえない。そして、取締役が会社に対して負っている債務は、会社経営を必ず成功に導く結果債務ではなく、会社経営に最善を尽くすことを内容とする手段債務である。したがって、取締役の経営判断によって会社に生じた損害に対して結果責任を課すことは適切ではない。また、株主が株主総会において当該の者の資質を判断した上で取締役に選任し、会社経営を委ねた以上、取締役の経営判断によって会社に生じた損害について、その一つひとつをとり上げて責任を追及することには、違法な経営判断が行われていたり、極めて杜撰な経営判断が行われているような場合を除いて、基本的には謙抑的であるべきである¹⁹¹⁾。所有と経営を分離した制度趣旨からもこのように考えられる上、このように考えなければ、取締役会設置会社の株主総会に認められた権限を拡大して、会社法362条4項各号が規定する取締役会で決議すべき事項の全部または一部について、株主総会による承認決議を得ないかぎり、

191) 取締役に対する損害賠償責任の追及という責任のとらせ方以外にも、取締役の解任や再任の拒否による方法、役員報酬の減額といった方法によっても、責任をとらせたといえよう。

会社に対する責任が脅威となって、取締役が安心して会社のために職務を執行することができないことにもなる。

以下では、一般企業が実行する融資に関する判例にみられる特徴のある点について検討する。

第一に、グループ企業であることの認定に関する問題がある。一般企業が行う融資に関する判例において、グループ企業であることの認定は、直接の出資関係のみに基づいて判断することなく、オーナー経営者による実質的な支配関係、事業内容の共通性や補完関係、商号の共通性といった実態に着目して判断している。このような判断は支持されるべきである。経済社会では、このような判断基準に基づいてグループ企業であるか否かが判断されているからである。そして、グループ企業であることが認められれば、金融支援の必要性が幅広く認められている。東京都観光汽船事件において、グループ企業に対する融資が無担保であっても善管注意義務違反としないとする判断が典型である。グループ企業であるか否かに関するこのような判断の枠組みは、一般企業の場合には支持される。しかし、銀行の場合は、グループ企業の範囲の確定に銀行法上の規制が重なるため、十分な注意が必要となる。この点は、第4章で検討する。

第二に、融資の必要性の判断に関する点である。グループ企業に対する融資の場合、融資の目的については、グループの信用の維持を重視している。そして、判例では、融資の相手方企業がグループ企業であると認定されれば、融資の必要性を幅広く認める。逆に、融資に応じる場合と応じない場合の費用便益分析の実施や、負担するリスクを最小化する努力を行ったかといった点については、それほど厳密に実施することが求められていない。費用便益分析については、ロイヤルホテル事件において、リーガロイヤルホテル小倉が倒産した場合にロイヤルホテルが被る損失については厳密に認定されているが、融資を実行することによって、それを上回るどれほどの利益がロイヤルホテルに生じるのかについては認定されていない。リーガロイヤルホテル小倉の倒産を回避し再建する必要性を認めて、ロイヤルホテルの金融支援自体を正当化している。

第三に、倒産の予見可能性に関する点である。判例では、倒産の予見可能性が問題とされており、倒産が予見可能である状態で融資を実行することは、貸

倒となる危険性が具体的に予見できるから、融資の相手方がグループ企業であっても、確実な保全措置を講じない限り善管注意義務に違反するとしている。倒産が確実な状態の相手方に無担保で融資を実行することは、背任に当たる可能性もある。また、当該の融資は、回収可能性がないから、贈与としての性格を帯びる。贈与を実施する場合には、判断の枠組みが融資とは違ってこよう。

ここまでに見たところから、一般企業が行う融資を扱う判例においては、相手方がグループ企業とされる場合に、グループ企業であるか否かの判断と、融資の必要性に関する判断を重視しているといえる。

これに対して、第2章第3節(2)で検討した融資決裁において銀行取締役が負う具体的な注意義務について判示する判例には、次のような判旨が見られた。東京地判平成14年10月31日判時1810号110頁(国民銀行事件)では、銀行の引き受ける信用リスクに限界があり、銀行取締役に信用リスクの統制が求められることを判示する。東京地判平成16年3月26日判時1863号128頁(日債銀ジェイ・トップ事件)では、融資を決裁する銀行取締役に厳密な費用便益分析の実施を求める。大阪地判平成16年7月28日判タ1167号208頁(幸福銀行事件)では、銀行取締役に、信用リスクの適切な管理と安全な資金運用を求め、札幌地判平成14年12月25日(判例集未登載)(拓銀カブトデコム事件第一審判決)では、銀行の融資について4つの基本原則が存在することを示し、とくに確実性の原則を重視すべきことを示す。これらの点は、ここで検討した一般企業が行う融資の場合には、判例上、そもそも取締役の善管注意義務の内容とされていない。

なお、上に引用した銀行の融資に関する判例は、銀行がグループ企業に融資を実行したケースではない。この点を捉えて、比較の対象が異なるとの異論があるかもしれない。しかし、銀行の融資はグループ企業以外に対して実行するのが通常であり、一般企業の融資は、これとは逆に、次の(2)で検討するように、グループ企業や親密取引先に対して実行するのが通常である。両者で通常行われる融資を比較することは無意味ではない。なお、銀行が関連会社に対して融資する場合に関する検討は、判例の検討を含めて、第4章で詳細に行う。

以上のように、融資決裁において銀行取締役が負う具体的な注意義務と、一般企業が融資を行う場合の取締役の注意義務とを対比してみると、銀行取

締役が融資を決裁する場合の方が厳格な注意義務を負うことは、判例の検討結果からも明らかである¹⁹²⁾。

(2) 一般企業が行う融資の特徴

銀行の融資と一般企業が行う融資とを対比すると、そこには大きな違いが認められる。ここでは、(1)での判例の検討結果をも踏まえつつ、両者の違いについて検討する。両者の違いは、①融資の目的、②融資の相手方、③融資の原資、④信用リスク評価のポイント、⑤判断（審査）の基準と審査の手法、⑥債権の保全措置、⑦信用リスクの管理、の7点において認められよう。これら7点について、実務上の視点から順に簡潔に検討する。

なお、上場企業に代表される大企業が融資を行う場合と中小企業の場合とでは違いがあろうし、また長年にわたる確実な知見の蓄積と専門部署の設置等によって組織的に業務を遂行している結果、銀行が行う融資判断に準じた基準で融資判断を実施しているであろう大手総合商社のような企業が存在することも事実であるが、ここではあくまでも一般論として論じる。

1) 融資の相手方

一般企業が行う融資の相手方は、貸金業者が行う場合以外、親密な取引先・業務提携先や、親会社・子会社・関連会社といったグループ企業となる。会社の目的は定款で定められ（会社法27条1号）、会社の権利能力の範囲は定款所定の目的の範囲内に制限されるから（民法34条）¹⁹³⁾、取引先でも子会社・関連会社でもない企業に融資を実行することは、貸金業者でない限り、権利能力の範囲外の行為であるとの評価が成り立つ。これに対して、取引先やグループ企

192) 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年）18頁は、銀行の融資と一般企業が行う融資とを対比し、「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。」とする。

なお、一般企業が子会社を救済・清算する場合の取締役の注意義務について判例・学説を分析した資料として、志谷匡史「親子会社と取締役の責任」小林秀之＝近藤光男編『新版株主代表訴訟大系』（弘文堂、2002年）141頁～153頁がある。

193) もっとも、判例は目的条項を弾力的に解釈し、定款所定の目的を遂行するうえで必要な行為をする能力があるとしている。最大判昭和45年6月24日民集24巻6号625頁。

業に対して行う融資は、営業のためにする行為として、附属的商行為に当たるとともに、定款所定の目的を遂行するうえで必要な行為であるとの評価が成り立つ。したがって、一般企業が行う融資の相手先は、法律上制約を受けると考えられる。

これに対して、銀行の融資は業として行われるから、融資の相手方が上に述べた一般企業の場合のように制約を受けることはなく、一般的には、どのような企業・個人も融資対象となる。ただし、銀行の場合には、反社会的勢力に対する融資のように、一般企業が融資を行う場合以上に、銀行法によって銀行業務の公共性を明定された銀行の債務者としての適格性が厳しく問われる。

2) 融資の目的

一般企業が行う融資は、貸金業を目的とする企業でない限り、本業として行われることはない。したがって、融資を実行する主たる目的は、利息収入の獲得にあるのではなく、判例に見られるように、子会社・関連会社を支援することによるグループ全体の信用の維持、親密取引先に対する支援やその取引関係の維持・強化、あるいは自社事業の遂行の必要性にある場合が一般的である¹⁹⁴⁾。

そして、融資の申し込みを受けた一般企業から見て、融資を業とする金融機関が社会に厳然と存在する以上、融資は金融機関から受けるべきであるとの考えが成り立つ。金融機関からの融資に先立って一般企業が融資を実行する場合がないわけではないが、むしろこのようなことは例外であろう¹⁹⁵⁾。一般企業に融資の要請があるのは、相手方の企業が金融機関から融資を十分に受けられない場合であろうから、貸倒の危険性も通常以上に高いと一応は推測される。そのため、そのような融資の要請には極力応じるべきではないとの考慮が取締役に働くことは当然であり、またそのような考慮を働かせるべきものである。そ

194) グループ企業の場合、グループの中核企業や特定の企業がその信用力を背景に低金利で資金を調達し、グループ内の各企業に資金を供給するという場合もあろうが、ありうべき全てのケースを想定し、網羅的に考察することは困難である。一般企業が行う融資について、ここで考察する以外の融資の目的が存在しうことは否定できない。

195) ただし、売掛金や約束手形の授受等による企業間信用は短期の与信であり、相手方の過去の決済実績や業績の動向を見ながら、与信限度を管理することにより、どのような企業であっても行っている。

ここで、一般企業が融資を実行するのは、特定の企業がグループ全体の資金調達窓口となってグループ各社に資金を供給している場合や業務提携先に資金を提供するような場合を除いて、相手方企業が金融機関から融資を受けられない場合が多いと考えられる。

一般企業が融資に応じるのは、そのような考慮を働かせた上でもなお、融資に応じるべきであるとの合理的な理由が存在する場合である。そのような理由とは、グループ全体の信用の維持、取引関係の維持・強化、自社の事業の遂行の必要性といった目的である。取引関係の維持・強化の目的についてさらに考えると、融資を申し込んできた企業以外からの資材・製品の調達が困難である場合や、相手方の販売力が優れていて代替的機能を果たす企業を他に探すことが容易でないことといった点が根拠として考えられる。これは、相手方企業の存在が非代替的な機能を果たしているため、相手方企業が破綻すると、自社の事業の遂行に重大な支障が生じる場合である。さらに、相手方がグループ企業である場合には、融資に応じなかった結果、相手方企業が破綻に至った場合に、グループ全体の対外的な信用に重大な傷がつく場合である。

そして、仮に一般企業が実行したこのような融資が時間の経過を経て結果的に貸倒になったとしても、取引関係の維持・強化、グループの対外信用の維持といった目的が当面達成できていれば、融資を実行した企業にとって貸倒損失を上回るメリットがあったと評価できる場合があろう。

これに対して、銀行の場合は、融資は本業の一つとして行われ、そして、利息収入を獲得すること自体を主たる目的として実行されるから、銀行の融資を全体として見れば、融資が貸倒になった場合、それを上回る利益が銀行に生じたと評価できる可能性はほとんどないと考えられる¹⁹⁶⁾。銀行が経営危機に陥ったグループ企業に対して融資する場合は、一般企業がグループ企業に融資する

196) メインバンク制の下で、メインバンクがメインバンク先に対して実行する救済融資については、銀行の名声の向上、顧客からの信頼の増大といった副次的なメリットが生じる場合がある。ただし、このような効果は、数値化してとらえにくい。また、株主に対する銀行取締役の説明責任が強調され、株主代表訴訟によって融資の貸倒に基づく会社に対する責任を問われ得る現在では、銀行取締役は、再建可能性がかなり高い確度で見込めるとともに、確実に回収を図ることができるといった場合を除いて、メインバンク先に対する救済融資を決裁することに躊躇を覚えるかもしれない。

場合と共通する考慮要因が存在するが、これについては、第4章で詳述する。

また、一般企業の場合、融資は、当該企業にとっての会社法上の究極的な目的である営利性を実現することを目的として行われる。銀行と違って、営利目的を一步後退させ、「公共性」を実現するために融資が実行されることはありえない¹⁹⁷⁾。取引先企業の破綻を回避するために、「公共性」を根拠として融資が正当化されることもない。

3) 融資の原資

一般企業が融資を行う場合の原資は、銀行借入や自己資金である¹⁹⁸⁾。銀行借入で調達する場合、銀行は転貸資金であることを分かったうえで融資しており、必要に応じて、転貸先の信用状態についても調査し、判断している¹⁹⁹⁾。そして、必要ならば、保全措置も講じられている。自己資金を原資とする場合には、当該の企業がそれをどのように使うかは経営上の裁量の問題となる。ともにリスクをとることを十分に織り込んだ資金を原資としているから、これらの資金は、預金を原資とする銀行の融資と比較すると、より大きな信用リスクを負担できるといえる。

197) 川口恭弘「『株式会社営利性と公益』に関する一考察」同志社法学55巻7号(2004年)136頁は、銀行の場合、営利性を抑えて公益性が重視されてもやむを得ない場面があるとする。

水俣病の原因企業であるチッソに関して、公害訴訟でのチッソの敗訴判決を受けて、メインバンクであった当時の日本興業銀行は、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。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、さらには「公共性」を根拠として行われたと考えられる。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。なお、株主に対する説明責任が厳しく問われ、株主代表訴訟が盛んに行われる現在において、同様の事態が起こった場合に、銀行が同様の支援を決断できるかどうかについては疑問がある。現時点においては、被害の深刻さとその広がりを踏まえれば、民間企業による支援の限界を超えていると考えるべきであろう。

198) 大企業の場合、社債や募集株式の発行による場合もあろう。

199) このような場合、転貸先の信用状態、返済能力に着目して融資を行うか、当該融資先の信用状態、返済能力に着目して融資を行うかという問題もある。銀行が手形割引に応じる場合に、手形の支払人の信用力に着目するのか、割引先の償還能力に着目するのかと同様の問題である。

これに対して、銀行の融資の場合、すでに繰り返し述べたように、原資の多くは銀行が元本を保証している預金である。融資は信用リスクを負担する行為であり、貸倒の発生は回避したいが、預金者のリスク認識は十分ではない。したがって、銀行の融資の場合、融資には確実な回収可能性のあることが強く求められる。このように、銀行の融資は、リスク負担の許容度の低い資金を原資としているから、負担できる信用リスクも低くならざるを得ない。

4) 信用リスク評価のポイント

一般企業が融資を行う場合のリスク評価の最大のポイントは、自社の事業を遂行するための、当該融資の必要性である。これは、自社あるいはグループ企業が営む事業の一つを執行するかしないかという判断がまず存在し、事業を執行するとの判断が合理的になされれば、融資の必要性も認められることとなる。そして、自社あるいはグループ企業の事業は遂行しなければならないし、事業上のリスクをとらなければ、企業としての発展はそもそも期待できない。さらに、リスクのない事業は存在しない。したがって、一般企業が融資を行う場合には、取締役の経営判断に幅広い裁量を認める必要があり、そして、このように考えることは合理的である。

これに対して、銀行の場合には、融資を行うこと自体が事業であり、他業を禁じられた銀行が銀行業以外の事業を遂行するために融資を実行することはない²⁰⁰⁾。したがって、融資先が行う事業のために融資を実行することとなる。こ

200) 銀行と相手方事業とが一体化していたと評価できる事例として、①東京地判平成14年4月25日判時1793号140頁（長銀初島事件）、②札幌地判平成14年12月25日（判例集未登載）（拓銀カプトデコム事件第一審判決）、③札幌地判平成15年9月16日判時1842号130頁（拓銀エスコリス事件第一審判決）、④札幌地判平成16年3月26日判タ1158号196頁（拓銀ソフィア事件第一審判決）が挙げられる。①では、被告取締役側が「本件プロジェクトは原告〔日本長期信用銀行を指す。引用者注〕主導のプロジェクトと認識されていた」と主張している。②では、融資先企業が推進するリゾート開発事業が「拓銀とカプトデコムの共同プロジェクトと内外ともに位置づけられていた。」と認定されている。③では、拓銀の難波支店の支店長室が、取引先企業の事務所として使われていたというものである。④では、拓銀の取締役が地区開発の進め方について第三者と会談し、開発会社に関する拓銀の融資先企業と会談先企業との出資割合について合意したとされる認定が行われている。銀行が融資先企業と一体となって他業を推

の点で、一般企業が融資を行う場合と決定的に異なる。

わが国の金融機関は、特定のプロジェクトの収益性にのみ着目して融資を実行するプロジェクトファイナンス²⁰¹⁾を除いて、融資先の事業リスクの全体を評価し、融資実行の可否を決定している。財務分析を含む企業調査は、相手方の事業リスクを把握し、評価するために実施される。銀行は、非常に多数の第三者の事業リスクを分析するから、過去の知見の確実な蓄積を踏まえて、客観的な分析と評価を実施することが十分に可能となる。そして、この作業は、究極的には、融資先の事業の収益力を見極めて、実行後の融資の回収可能性を判断するものである。

このように、銀行の融資は融資先の事業のために行われ、一般企業の融資は当該企業自らが遂行する事業のために行われる。このような違いを踏まえれば、銀行の融資判断においては、そもそもリスク負担の許容度の低い預金を原資としていることと、相手方の事業リスクの評価を客観的かつ厳密に行うことが可能であるところからも、銀行自体の事業である融資業務を積極的に拡大するために銀行取締役の経営判断における裁量を幅広く認め、負担できる信用リスクの基準を緩和する必要性は少ないと考えられる。

5) 判断（審査）の基準と手法

一般企業は、業として融資を行わないから、当該融資に関する判断を求められる取締役が融資審査に精通していない場合があることは当然である。融資のプロではない以上、どのような点に着目して審査を実施すべきかという判断（審査）の基準が当該の企業内部で明確に確立されているわけでもない。また、財務分析²⁰²⁾や倒産予知分析²⁰³⁾といった銀行で行われている融資審査の手法の

進すれば、融資の実行は他業を推進するうえで銀行自身のためにも必要となるから、客観的な融資判断を行うこと自体が困難となる。また、他業禁止に関する銀行法12条に違反するものである。

201) 全国銀行協会金融調査部編『図説 わが国の銀行』（財経詳報社、改訂版、2003年）102頁。

202) 財務分析は、それを実施する主体によって重視する指標や分析の力点の置き方に違いがある。銀行が行う財務分析においては、財務内容の健全性が重視される。財務分析一般については多数の資料があるが、染谷恭次郎＝木下照嶽『経営分析－基礎と実

実施を一般企業の取締役に要求することは適切でもない。一般企業が行う融資の決裁に際して、取締役が善管注意義務を尽くしたか否かを事後的に審査する場合には、たとえば、貸倒となったとしても当該企業が負担できる合理的な範囲内の金額であったか、これまでの取引履歴を踏まえて相手方企業の決済の実績を勘案したか、売掛金などを含めた与信総額の管理を実施したうえで判断したか、倒産の兆候が具体的に予見できる状況になかったかといった、企業人であれば容易に注意の向く点が基準となりうる。そして、このような点は、経営判断の原則において、十分な情報収集が行われたか否かに関する審査の中で行われることになる。

これに対して、銀行の場合には、融資を本業の一つとする融資のプロであり、融資先としての適格性に関する判断基準を含めて、融資審査の基準と手法は銀行内部で明確に確立されている²⁰⁴⁾。むしろ、確立されていなければならないものである²⁰⁵⁾。銀行取締役には、確立された基準²⁰⁶⁾・手法に基づいて審査を

踐〔改訂版〕』（森山書店、1989年）を挙げておく。

これに対して、証券会社が行う財務分析においては、収益性が重視される傾向がある。詳細については、日本経済新聞社＝日本証券経済研究所編『経営分析ハンドブック』（日本経済新聞社、1987年）参照。

203) 多変量解析を用いて、分析対象企業がどの程度倒産企業の財務内容と近似しているかを判別する手法である。倒産予知分析の詳細については、白田佳子『企業倒産予知モデル』（中央経済社、2003年）参照。

204) 平成19年2月に改訂された金融庁「検査マニュアル（預金等受入金融機関に係る検査マニュアル）」の「信用リスク管理態勢の確認検査用チェックリスト」のⅠ、2.の①および②では、信用リスク管理規程の策定を求めるとともに、信用リスク管理を行う上で営業推進部門が遵守すべき内部規程・業務細則等の周知を求めている。銀行では、融資業務を遂行するための内部規程および業務細則は整備されている必要がある。

205) 安全性の原則などの融資の基本原則がその例である。

206) 内部規程の遵守について札幌高判平成17年3月25日判タ1261号258頁（拓銀カブトデコム事件控訴審判決）では、「拓銀における貸出業務取扱規定等の内規も、以上の4原則〔融資における公共性の原則、確実性（安全性）の原則、収益性の原則、流動性の原則の4つの原則を指す。引用者注〕に従った融資の励行がなされるように定められたものと解され、このことは、拓銀の投融資会議や経営会議のように取締役による審議により融資の可否・金額・融資条件等が判断される際にも妥当する。」と判示する。取締役を構成員とする会議体においても、内部事務規程を遵守した意思決定が求められることは当然である。この点については、第4章で検討する。

施することが求められる。無審査で融資を決裁することや、確立された審査のための手法を実質的に履践しない杜撰な手続で融資を決裁することは、銀行取締役として、貸倒の発生の有無とかかわりなく、善管注意義務を尽くしていないと評価されるべきものである。

6) 保全措置

一般企業の場合、当該の融資に対して担保や保証の徴求といった債権の保全措置をどのように講じるかという点も大きな問題である。融資の決裁に当たる取締役の法律知識が必ずしも十分でなければ、担保や保証が信用リスクに見合っただけで十分に講じられていないことをもって善管注意義務違反を厳しく問うことができない場合もあろう。取引先から要請された融資について、融資に応じなければならない合理的な理由が認められる状況の下で、金融実務に通じていない取締役に、融資を決裁する前に金融実務について十分に学習することを善管注意義務の内容とすることは妥当ではない。法律知識が十分でなければ、弁護士などの専門家の助言と指導を受けて融資を実行したか、といった点をも踏まえて注意義務違反の有無を判断すべきである。

さらに基本的な問題として、金銭消費貸借契約証書の内容をどのように確定すべきかという問題もある。貸し手としての権利を保全するためには、金銭消費貸借契約証書の契約条項が重要である。期限の利益喪失条項を置くのかどうか、置くとしてどのような内容とするかといった点が典型である。市販されている金銭消費貸借契約証書の書式を用いて金銭消費貸借契約を締結し、結果的に当該企業にとって望ましい法的効果が得られないという場合があるかもしれない。

このように、一般企業が行う融資の場合、物的担保や保証人を徴求していないこと、金銭消費貸借契約証書の内容が貸し手の権利を十分に保全するものではないといった点をもって、善管注意義務違反の根拠とすることは必ずしも妥当ではない。基本的には、経営判断の原則を妥当させ、幅広い経営上の裁量を認めるべきであろう。

これに対して、銀行は金融のプロであるから、信用リスクに見合った保全措置を講じることは当然である。融資を決裁する銀行取締役は、融資に必要な法

律知識にも精通していることを前提として、善管注意義務の内容が確定されるべきである。また、金銭消費貸借契約証書については、独占禁止法上の優越的地位の乱用にも十分に配慮した上で、銀行にとって望ましい金銭消費貸借契約証書の書式²⁰⁷⁾が用意されている。

ただし、銀行取締役が融資の実行手続を実際に履践することは、銀行が経営組織を編成した企業である以上、考えられない。銀行取締役が決裁した融資について、内部事務規程を遵守して融資実行に必要な事務処理手続を行うのは、当該融資先を所管する営業店の事務行員である。したがって、事務処理手続上の瑕疵が取締役の責任とされるのは、その瑕疵を銀行取締役が知っていながら放置した場合に限られる²⁰⁸⁾。

7) 信用リスクの管理

一般企業の場合、大企業が多数のグループ企業に融資するといった場合を除けば、当該の企業にとって貸出金債権が多数存在するということは考えにくい。したがって、実行した個別の貸出金債権が確実に回収されるように注意すべきことが取締役の注意義務の内容となろう。分割返済条件付きであれば、分割返済が確実に行われているかどうかに注意を払うとともに、融資先の信用状態が途中で悪化したと判断されれば、保全を強化するといった点が具体的な内容となる。

これに対して、銀行の場合、融資の件数は、銀行全体では膨大な数にのぼる。個々の貸出金債権を管理するとともに、銀行全体で抱えている信用リスクを統制することが求められる。大口信用供与規制を遵守することや、業種別の貸出金残高を統制すること、融資先の内部格付けに応じて銀行全体の貸出金残高を統制することなど、さまざまな観点から信用リスクを統制することが求められる²⁰⁹⁾。これは、信用リスクが銀行の抱える最も代表的なリスクであり、信用リ

207) 小倉文吉『銀行実務詳解』（東京堂、明治42年）134頁～136頁には、明治35年6月に東京交換所組合銀行が決定した借用金証書の雛形が掲載されている。銀行業界では、かなり古くから書式の整備が行われていたことが分かる。

208) 銀行内部の監査部門による営業店に対する臨店検査により、事務ミスの発見と指摘が行われ、それを受けて営業店担当者によって瑕疵の治癒が行われる。

スクを統制することなく経営の健全性を維持することはできないからである。信用リスクの統制は、銀行取締役の重要な職務の一つと考えられる。

ここまで具体的に述べたように、融資について取締役が負う善管注意義務の内容は、一般企業の場合と銀行の場合とで明確に異なるものである。

第5節 銀行取締役の注意義務と経営判断の原則との関係

銀行取締役の融資判断に経営判断の原則が適用されるのか否かが問題となる。

所有と経営が分離した株式会社制度の下では、取締役に経営判断における裁量権を認めないかぎり、会社経営を円滑かつ迅速に行うことは不可能である。逆に、取締役は、この裁量権を適切に行使することが求められる。経営判断の原則は、経営判断を行った取締役に善管注意義務違反が認められるか否かについて、裁量権の逸脱の有無の観点から裁判所が審査する判断基準である²¹⁰⁾。経営判断の原則の一般的な定式化については、判例の分析を基に、「経営判断の前提となった事実の認識に（重要かつ）不注意な誤りがなかったかどうか、その事実に基づく意思決定の過程（・内容）において企業経営者として著しく不合理（・不適切）なところがなかったかどうか」とされている²¹¹⁾。その上で、そのような誤りや不合理がなければ、当該経営判断は裁量の範囲を逸脱するも

209) 金融検査マニュアル・前掲注204)「信用リスク管理態勢の確認検査用チェックリスト」のⅢ.の②【クレジット・リミット】および③【信用集中リスクの管理】参照。

なお、新しい自己資本比率規制であるバーゼルⅡでは、第3の柱で大まかな開示項目を定めている。これを受けた金融庁の「第3の柱に関する告示」に基づいて、銀行の資産内容に関するかなり詳細な開示が行われる。さらに、この開示に基づく市場の規律が働けば、銀行の資産内容の健全化が期待できる。バーゼルⅡ第3の柱については、三澤正明「バーゼルⅡ第3の柱の開示へのわが国銀行の対応状況」金融2008年10月号44頁～58頁参照。

210) 近藤光男「判例に見る他企業支援と取締役の義務」同『コーポレート・ガバナンスと経営者責任』（有斐閣、2004年）116頁〔初出＝金融法務事情1491号（1997年）〕は、経営判断の原則の基礎に、株主が取締役に経営事項について会社のために判断することを一任していることを挙げる。

211) 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『新版株主代表訴訟大系』（弘文堂、2002）117頁。

のではなく、取締役としての善管注意義務ないし忠実義務に違反するものではないと判断されるのである。このように、経営判断の原則は、①経営判断の前提となる事実認識の過程における不注意な誤りに起因する不合理さの有無、②事実認識に基づく意思決定の推論過程および内容の著しい不合理さの存否の2点を裁判における審査の対象とする²¹²⁾。ただし、最近の判例においては、経営判断に至る過程の適正さを重視する傾向が指摘されている²¹³⁾。

本稿の冒頭に述べたように、融資決裁は銀行取締役による経営判断の一つである。そして、すでに述べたように、多くの融資は、その決裁に当たる取締役の負う善管注意義務に違反する結果、違法性を帯びる。そのため、取締役が善管注意義務を尽くしたか否かに関する裁判上の審査基準として、経営判断の原則を用いることが有益である。私は、銀行取締役が融資の決裁に際して善管注意義務を尽くしたか否かを判断する際に、経営判断の原則を適用することを否定しない²¹⁴⁾。

ただし、経営判断の原則について判示する最高裁判例はいまだ見られないため、判例上、その定式化について完全に統一が図られているとはいえない。

銀行の融資の貸倒についての銀行取締役の会社に対する責任に関する判例を見ると、東京地判平成16年3月25日判時1851号21頁（長銀ノンバンク支援事件第一審判決）では、「本件各支援行為について取締役の責任を問うためには、取締役の判断に許容された裁量の範囲を超えた善管注意義務違反があったか否か、すなわち、意思決定が行われた当時の状況下において、原告と同程度の規模を有する大銀行の取締役に一般的に期待される水準に照らして、当該判断をするためになされた情報収集・分析、検討が合理性を欠くものであったか否か、これらを前提とする判断の推論過程及び内容が明らかに不合理なものであった

212) 東京地方裁判所商事研究会編『類型別会社訴訟Ⅰ [第2版]』（判例タイムズ社、2008年）244頁〔佐々木宗啓・森岡康彦〕。

213) 北村雅史「最近の判例に見る株主代表訴訟」小林秀之＝近藤光男編『新しい株主代表訴訟』（弘文堂、2003年）84頁。

214) Joel B. Harris & Charles T. Caliendo, *Who Says the Business Judgment Rule Does not Apply to Directors of New York Banks?*, 118 BANKING L. J. 493 (2001) は、銀行取締役に経営判断の原則の適用を否定した最近の裁判例を踏まえて、銀行取締役に経営判断の原則が適用されることを主張する。

か否かが問われなければならない。」と判示し、おおむね上記の定式化に沿った定式化が行われている。

しかし、個々の判例を検討すると、定式化にはかなりの違いが見られる。とくに札幌高判平成17年3月25日判タ1261号258頁（拓銀カプトデコム事件控訴審判決）では、「各取締役について、その予測や判断の基礎となった資料の収集・検討において杜撰であったとか、あるいは、当該案件について取締役が会社と利益相反する客観的事実があったというような著しく不合理なものが認められ、当該取締役の予測や判断そのものが不誠実であったと認められるような場合」にかぎって注意義務違反を認めるべきとする。この判旨に対しては、不誠実性という新たな基準で経営判断の原則を理解し、取締役はよほど悪意に近い事情でもない限り責任を負わないという考え方をとるとともに、バブル期の取締役の行為については、原則として責任を問わないという方向を打ち出したと評価できるとする強い批判がある²¹⁵⁾。最高裁による定式化の確立が望まれる。

ところで、裁判所が経営判断の原則を適用した場合、取締役の責任を否定する判例がほとんどであると指摘されている²¹⁶⁾。ただし、銀行の融資の貸倒に関する判例においては、経営判断の原則に照らして取締役の責任を認める判例が存在することは特筆すべきである²¹⁷⁾。経営判断の原則に照らして取締役の責任

215) 岩原紳作「銀行融資における取締役の注意義務－カプトデコム事件高裁判決を中心として〔下〕」商事法務1742号（2005年）6頁。なお、拓銀カプトデコム事件について、最高裁は原審の札幌高裁判決についてRCC敗訴部分を破棄し、3つの融資すべてについて取締役の会社に対する責任を認めた。ただし、最高裁は、経営判断の原則について言及していない。第二章第三節（3）2）参照。

216) 北村・前掲注213）84頁。RCCによる金融機関の旧経営陣に対する責任追及のための訴訟においても、同様である。拙稿「金融機関の融資決裁における役員の責任に関する裁判例の検討」流経法学3巻1号（2003年）200頁参照。

217) 大阪地判平成14年3月27日判タ1119号194頁（なみはや銀行（なにわ銀行）事件）、東京地判平成14年4月25日判時1793号140頁（長銀初島事件）、大阪地判平成14年10月16日判タ1134号248頁（なみはや銀行（福德銀行）事件）、東京地判平成14年10月31日判時1810号110頁（国民銀行事件）＊、札幌地判平成14年12月25日（判例集未登載）（拓銀カプトデコム事件第一審判決）、東京地判平成16年3月25日判時1851号21頁（長銀ノンバンク支援事件第一審判決）、東京地判平成16年3月26日判時1863号128頁（日債銀ジェイ・トップ事件）、札幌地判平成16年3月26日判タ1158号196頁（拓銀ソフィア

を認める判例の存在することは、経営判断の原則が注意義務を尽くしたか否かに関する裁判における審査基準として機能していることを示すものである。

なお、取締役が違法行為を行う裁量はない。したがって、取締役が違法であると知りつつ法令に違反する経営判断がなされた場合、経営判断の原則は適用されない²¹⁸⁾。したがって、問題となった融資が大口融資規制に違反する融資である場合や個別の法令に基づいて違法である場合は、経営判断の原則に照らして取締役の責任の有無を判断する必要性は原則としてない。なお、大口融資規制上の信用供与等の限度額を知らないで取締役が当該の融資を決裁した場合、銀行法7条の2の規定の趣旨を踏まえれば、知らないことに過失がなかったといえる場合が存在することは考えられない²¹⁹⁾。

次に、銀行取締役の注意義務違反の有無を判断する際に、どのような人物の見解・経験を基準とするのかに関する問題がある。第1章で詳細に述べた銀行業と銀行株式会社の特徴を踏まえれば、「銀行の取締役」を基準として、尽くすべき注意義務を尽くしたか否かが判断されるべきである²²⁰⁾。業種を超越した

事件第一審判決)、大阪地判平成16年7月28日判タ1167号208頁(幸福銀行事件)、札幌高判平成18年3月2日判時1946号128頁(拓銀エスコリース事件控訴審判決)*、札幌高判平成18年3月2日(判例集未登載)(拓銀ソフィア事件控訴審判決)、平成18年3月2日札幌高判平成18年3月2日判タ1257号239頁(拓銀ミヤシタ事件控訴審判決)がある。

ただし、*印を付した2件の判例は、経営判断の原則の定式化を示して経営判断の原則に則って審査することを判示するものの、取締役の責任を認める結論部分では、定式化に沿った判断を示していない。

218) 吉原・前掲注211) 79頁～80頁・118頁～119頁、北村・前掲注213) 86頁、岩原紳作「大和銀行代表訴訟事件一審判決と代表訴訟制度改正問題〔下〕」商事法務1577号(2000年)7頁。神崎・前掲注187) 3頁も同旨。このことは、経営判断の原則の発祥の地であるアメリカにおいても同様である。THE AMERICAN LAW INSTITUTE, PRINCIPLES OF CORPORATE GOVERNANCE: ANALYSIS AND RECOMMENDATIONS § 4.01(a)。

219) 銀行は組織的に銀行業務を遂行するから、銀行取締役は大口融資規制違反とならないよう、大口融資規制の限度額を下回る範囲で、自主的に与信の限度額に関する内規を定めておく必要があると考えられる。このような内規を定めていなければ、そのこと自体が銀行取締役の任務懈怠と評価されるべきものである。このような限度額を設定することの必要性については、金融検査マニュアル・前掲注204)「信用リスク管理態勢の確認検査用チェックリスト」のⅢ.の②【クレジット・リミット】参照。

220) 注意義務の内容や程度は業種や企業の規模によって異なるはずであるとの理解を前

「取締役」を基準とすることは認められない²²¹⁾。銀行取締役の適格性要件について規定した銀行法7条の2の規定の趣旨からもこのように考えるべきである。本稿で検討した多くの判例は、「銀行の取締役」に求められる注意義務を基準として判断しているが、最高裁判例を含めて、「取締役」を基準とする判例が見られる²²²⁾ことは、非常に残念である。

第6節 関連する解釈論

ここでは、銀行取締役が負う高度注意義務について、関連する解釈論を示す。

(1) 銀行取締役が注意義務を負う客体

銀行取締役の注意義務を誰に対する義務であると考えたかという問題である。これは難問である。取締役の注意義務は会社に対する義務であるが、通説は会社＝株主とみて、取締役の善管注意義務を株主に対する義務であると捉える²²³⁾。銀行が株式会社の形態をとる以上、取締役の注意義務は株主に向けられた義務であると考えないであらう²²⁴⁾。

提に、「当該会社の属する業界における通常の経営者」が基準になると指摘されている。北村雅史「判批」判例時報1993号（2008年）196頁。

221) 神崎・前掲注158) 78頁は、名古屋地判平成9年1月20日判時1600号144頁が、「通常の企業人」を基準とすることを批判し、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程度を基準とすべきとする。上村達男『会社法改革』（岩波書店、2002年）221頁～222頁は、銀行の取締役にしても「平均的企業人」としての経営判断を振り回す裁判例が証券取引法（金融商品取引法）や銀行法といった公的規制対象会社における取締役責任を矮小化していると指摘する。

222) 最二小判平成20年1月28日判時1997号143頁、東京地判平成16年3月26日判時1863号128頁（日債銀ジェイ・トップ事件）。松山昇平「銀行取締役の融資判断における注意義務－最二小判平20.1.28」金融法務事情1833号（2008）35頁は、上記最判が「取締役」を基準としたのは、取締役の判断に裁量的な要素が入らないからであるとする。これについては、事案の本質を行員の背任と見る私見を前提とすれば、行員の背任によって銀行に生じた損害を融資に切り替える裁量は取締役にないと考ええる。

223) 第1章第4節参照。

224) 森田章ほか「シンポジウム 取締役の義務と責任」私法68号（2006年）68頁〔川口恭弘発言〕参照。あるいは、株式会社を株主の集合体と見ることなく、会社自体として存在するものと見る会社観をとれば、違った問題解決が可能となる。森田ほか・前掲書60頁〔山下友信発言〕参照。銀行主要株主に対して認可制が敷かれている点や、

ただし、もともと過少資本体質である銀行株式会社においては、預金者の利益を犠牲にして株主が利得するということが行われやすい²²⁵⁾ から、それを防止するための解釈論が必要となる。これについては、銀行取締役の注意義務の範囲が預金者にも拡張されるとの考え方²²⁶⁾ をとるべきであろう²²⁷⁾。早期は正措置制度は、平常時から預金者という債権者の利益に配慮した経営を行うことを求める制度であるとも考えられるから、銀行が債務超過に陥るかなり前の段階で、具体的には銀行の経営が平常な状態であっても、銀行取締役は債権者に対して注意義務を負っていると考えられる²²⁸⁾。この考え方は、銀行取締役が取締役の会社に対する責任に関する枠組みの中で債権者たる預金者に対する責任を追及されうる点とも整合的である。これに伴って、株主と預金者の利害対立

銀行業が免許業である点、銀行は永続的に存続する企業であると観念されている点などを踏まえれば、このようなアプローチによる問題解決が有益であるのかもしれないが、銀行株式会社だけを特別なものとして考えるのか、すべての株式会社について、同様に考えるのかという別の問題が生じるところから、ここでは、通説に従って考えることとする。

225) 銀行は、株主有限責任制度と預金保険制度という2つのモラルハザードを抱えた業種であることが指摘されている。神田秀樹「協同組織金融機関における出資者の地位」金融財政事情1993・7・19号23頁参照。

また、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年)5頁は、銀行が株主有限責任の下で、預金保険制度やセーフティー・ネットの有無にかかわらず、過度なリスク選択に走る誘因を与えられていると指摘する。さらに、銀行のように負債比率の高い企業では、収益の安定した資産からハイリスク・ハイリターン危険資産へ資産を代替する誘因が取締役に働くとも指摘されている。資産代替問題については、Patricia A. McCoy, *A Political Economy of the Business Judgment Rule in Banking: Implications for Corporate Law*, 47 CASE W. RES. L. REV. 1-80 (1996)参照。

226) Jonathan R. Macey & Maureen O' Hara, *Solving the Corporate Governance Problems of Banks: A Proposal*. 120 BANKING L. J.326 (2003) 参照。

227) わが国においても、取締役が株主と債権者の両方に対して信託義務を負うとする見解がある。前嶋京子「取締役の責任」今井宏＝田辺康平編『蓮井良憲先生還暦記念改正会社法の研究』(法律文化社、1984年)282頁。

228) 後藤元『株主有限責任制度の弊害と過少資本による株主の責任』(商事法務、2007年)568頁注1399は、取締役が株主と債権者の両方に対して誠実義務を負うと取締役が意思決定を行うことが困難になるとの指摘に対して、株主も債権者に対し再交渉の機会を与えることなく資産代替を行わないという義務を負っていると考えればよいとする。

をどのように調整すべきかという別の問題が生じるが、これは、以下の(3)および(5)で述べる。

また、このように解した場合、株主利益最大化原則と銀行取締役の注意義務との関係が問題となるので、これについて考察する。

株主利益最大化原則を提唱する論者は、この原則の重要な機能として、株式会社の経営者に対して経営決定に際しての明確な法的行為基準を提示することにあるとし、この原則に依拠した経営決定をすれば、経営者としての会社に対する善管注意義務・注意義務を尽くしたものと評価されるとする²²⁹⁾。そして、株主利益最大化原則に対比される考え方として、取締役が経営判断に際して株主の利益とともに従業員などの企業を取り巻く関係者の利益を考慮すべきとするステークホルダー論をあげ、ステークホルダー論の問題点として、①株式会社が株主以外の利益を考慮した経営を行えば、投資家が株式会社に投資するインセンティブを減少させる点、②会社の利害関係者間に深刻な利害対立が生じて、関係ステークホルダー間での調整ができないときには会社の経営がデットロックになる点、③取締役の行為規範としての不明確性、の3点を挙げる²³⁰⁾。さらに、わが国会社法は、会社の経営者の選任・解任権を株主に与えているが、従業員・債権者等のステークホルダーには与えていない点、経営者の会社に対する責任を追及する代表訴訟提起権も株主のみが有する点をあげて、株主利益最大化原則がわが国会社法の体系とも整合的であるとする²³¹⁾。

以上のように、株主利益最大化原則は、取締役に対して極めて明快な行為基準を提供する。銀行取締役の注意義務の範囲が預金者にも拡張されるとの考え方に立って、上記の①から③までの各点と、追加で指摘されている2点について検討する。

229) 落合誠一「新会社法講義第5回 第2章株式会社法の基本的特色(2)」法学教室311号(2006年)30頁～32頁。

230) 落合・前掲注229) 31頁～32頁。3点目に関連して、米国で、会社法の中に、取締役がその義務を遂行するにあたりステークホルダーの利益を考慮に入れることを許容する明文の条項を設けた州が増加した点をとらえて、取締役が誰に対しても明確な義務を負わない結果を招くことを懸念する指摘がなされている。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)164頁。

231) 落合・前掲注229) 32頁。

①については、多数の預金者からの信頼を形成し、それを維持しないかぎり銀行経営が成り立たないという点を踏まえるならば、銀行取締役は預金者の利益を考慮した経営を行わざるをえないと考えられる。会社法上の評価は別として、銀行取締役は多数の預金者に対して元本保証を表明している。銀行の株主は、預金者の利益に配慮して経営を行うべきこと、具体的には健全な経営を行うべきことを取締役에게委ねていると考えることができよう。営利を追求すべき株式会社であっても、株式会社という組織形態には、事業目的による株主利益最大化原則に対する制約が自ずから存在すると考えるべきである²³²⁾。

②と③は難問である。これは、銀行取締役が営利性を徹底して追求する経営を行い、結果的に銀行経営の健全性が損なわれた場合、銀行法26条に基づいて業務停止命令を受ける可能性がある点を指摘できる。また、認可制の下での銀行主要株主は、そもそも一攫千金を狙った海千山千の投資家ではありえない。そして、第1章で検討したように、銀行株主の株主権は縮減している。それを踏まえれば、銀行取締役には、株式会社としての営利性の追求と経営の健全性を維持することの両方のバランスをとることが求められていると考えることができる。このように解する結果、株主利益最大化原則を単純にあてはめた場合に比して、取締役の行為規範としての不明確性が生じることは避けがたい。銀行法7条に基づいて、銀行の常務に従事する取締役に職務専念義務が課せられるのは、この困難な問題に十分に対応できるよう、経営判断に十分に時間を確保し、その根拠を明確にすることを求めるためであろう。

取締役の選任・解任権については、銀行取締役については、銀行法27条に基づいて内閣総理大臣が解任命令権を有することを指摘できる。そして、経営者に対する責任追及に関しては、R C Cが預金者の利益のために破綻金融機関の旧経営陣に対する責任追及を会社法423条の枠組みの中で行う点を指摘できる。

なお、取締役に対して極めて明確な法的行為基準を提示する株主利益最大化原則によったとしても、株主間の激しい利害対立から取締役の意思決定に困難が生じる場合のあることは、近年、M & Aの局面で多数顕在化するに至っており、株主利益最大化原則が取締役に對する常に唯一絶対的な行為基準とはなり

232) 上村達男『会社法改革－公開株式会社法の構想』(岩波書店、2002年) 188頁は、当該企業の目的が株主価値よりも優先することは自明の理であるとする。

えない。とくに敵対的企業買収の局面で、企業価値最大化をいうとき、私の理解によれば、それは実質的にステークホルダー論に基づく利益考量が行われていると考える。

次に、銀行の取締役が負う義務の相手方を会社・株主以外の債権者さらには金融制度そのものにまで広げれば、株主利益と債権者等の利益が対立する場合、株主利益に反する行動をとった銀行の取締役に注意義務違反の責任を逃れさせる途を開くことになりかねないとの指摘がある²³³⁾。これについては、銀行の存在自体が公共的であるとする銀行の企業自体としての「公共性」を観念できるかという問題と、株主の意思と主たる債権者である預金者の意思をどのように考えるべきかという問題に置き換えて考えることができよう。

銀行は私企業である。公共事業として金融業を営んでいるわけではないから、銀行が営利性をいっさい無視して社会的使命・社会的責任のみを根拠として不健全な融資を実行することはできないことを確認しておく必要がある。そして、上記論者のいう銀行取締役が「株主利益に反する行動をとった」場合は、銀行の主たる債権者である預金者の利益にも反する行動であると必ず評価できる。なぜなら預金者は自らの無担保の債権で行われる融資業務について、株主よりも健全な運営を求めており、預金者が銀行取締役に對して融資業務の運営について指示・命令する法的権限をいっさい有しないことは別として、預金者が銀行取締役のそのような行動を容認するはずがないからである。したがって、銀行の存在自体が公共的であり、社会全体の利益のために融資を実行できるという抽象的な意味での「公共性」を観念することはできない。このように考えれば、銀行取締役が注意義務を負う相手方を私見のように預金者にまで広げたとしても、法律の解釈としては、銀行取締役に注意義務違反の責任を逃れさせる途を開くことにはならないと考えられる²³⁴⁾。ただし、この指摘は銀行業務の公共性とも関連する重要な問題であり、銀行取締役の注意義務と金融制度とのか

233) 北村・前掲注220) 195頁。

234) 裁判で取締役側が主張・立証に成功すれば、信用秩序の維持を理由とする不健全な融資を決裁することの正当性が認められる可能性は排除できない。これについては、銀行経営の健全性を犠牲にして不健全な融資を正当化することができないことを繰り返し主張していく以外にないと考える。

かわりを含めて本節の(4)でさらに検討する。

(2) 取締役の法令遵守義務と銀行法との関係

私は、取締役が遵守すべき法令の範囲について、いわゆる無制限説をとっている²³⁵⁾。銀行が経営の健全性を確保するためには、銀行が法令違反をすることは許されないと考えられるから、職務を遂行する銀行取締役が遵守すべき法令の範囲を限定することは、銀行経営の健全性を確保する上で認められないと考えるからである²³⁶⁾。そして、無制限説をとった場合、銀行法や預金保険法の規定が取締役の善管注意義務の内容に取り込まれ、会社法上も、銀行取締役が高度注意義務を負うと解することが可能になると考える²³⁷⁾。また、会社法355条に基づいて、取締役が負う忠実義務は、法令および定款並びに株主総会決議の遵守義務をその内容とするから、銀行取締役が銀行法を遵守しなければならないことは明らかである。また、かりに制限説に立った場合であっても、銀行取締役が銀行法を遵守しなくてよいとの考えは成り立たないと考えられる。

もっとも、会社法423条1項は取締役の会社に対する責任を任務懈怠責任に一本化したから、制限説と無制限説に関する争いの実益はなくなったとされる²³⁸⁾。ただし、銀行法13条および52条の22による大口融資規制に違反する融資を決裁しても、これをもって直ちに取締役の銀行に対する責任に結び付けることなく、慎重に融資判断をすべき一事情にすぎないと判示する旧商法下での判例がある²³⁹⁾。これは、銀行法が明確に禁止する行為を銀行取締役が実行しても違法と評価しないばかりか、善管注意義務に違反しない可能性もあるとの判断を示すものである。会社法の下においても、制限説と無制限説に関しては、何

235) 判例も無制限説をとる。最判平成12年7月7日民集54巻6号1767頁参照。

236) 経営が破綻した唯一の都市銀行である北海道拓殖銀行で、いかに規律を欠いた経営が行われていたかは、拙著『金融機関役員の融資決裁責任』（酒井書店、2005年）で取り上げた同行の元取締役らに対する責任追及に関する5件の判例を見れば明らかである。

237) 拙稿「銀行取締役の注意義務」筑波法政28号（2000年）128頁の注53参照。

238) 森本滋「会社法の下における取締役の責任」金融法務事情1841号（2008年）13頁の注10参照。

239) 大阪地判平成12年9月8日判時1756号151頁（三福信用組合②事件）、大阪地判平成13年5月28日判時1768号121頁（大和信用組合事件第一審判決）。

をもって取締役の任務懈怠と評価するかという問題に置き換えて、なお存続していると考えられる²⁴⁰⁾。

(3) 銀行取締役の注意義務は誰との関係において高度になるか

預金者との関係においては、銀行取締役は多くの預金者に対して預金の元本を保証しているから、注意義務の程度が高度になると考えることができる。さらに、私は、株主との関係においても銀行取締役の注意義務は高度になると考える。

まず、銀行取締役は、銀行業に内在した経営の健全性維持に対する要請の高さを根拠として、短期的利益ではなく、中・長期的利益の最大化に向けた経営を行うべき義務を株主に対して負っていると考ええる。次に、預金者の利益と株主の中・長期的利益の最大化をともに実現するための結節点となるべき概念を「銀行経営の健全性」と考える。経営の健全性を維持しないかぎり銀行株式会社は存続しえないから、銀行経営の健全性を銀行株式会社における株主利益最大化を実現するための具体的な概念であると捉えるのである。銀行取締役が銀行経営の健全性を犠牲にした経営を行って銀行経営の健全性が損なわれた場合、銀行主要株主の有限責任が否定される可能性があるから、銀行経営の健全性を犠牲にした経営を行うことは、株主に対する関係においても注意義務違反が認められると考えられる。

また、銀行の株主の株主権は縮減しており、銀行経営は守秘義務のベールで覆われているため、銀行取締役は株主の監督を受けることなく経営することができる範囲が広がると考えられる。そこで、株主権の縮減に見合って取締役の注意義務を厳格なものと解釈しなければ、銀行取締役の注意義務は結果的に軽減されることになるように考えることもできる。

240) 具体的な法令違反の場合と取締役の善管注意義務違反の場合とで取締役の責任の判断構造を分けて考えるか否かについて、それを分けずに捉える一元説と、分けて捉える二元説をめぐる対立があるが、ここでは扱わない。詳細は、吉原和志「会社法の下での取締役の対会社責任」黒沼悦郎＝藤田友敬編『江頭憲治郎先生還暦記念 企業法の理論（上巻）』（商事法務、2007年）525頁～539頁参照。

(4) 銀行業務の「公共性」と銀行取締役の注意義務との関係

銀行の業務の「公共性」は、銀行取締役の裁量の幅を狭めて責任を厳格化する根拠となるとともに、逆に裁量の幅を広げて責任を軽減する根拠²⁴¹⁾ともなる。この点について、どのように考えるべきか。

銀行の業務の「公共性」は、銀行経営の健全性を維持してはじめて実現されると考えるべきである²⁴²⁾。地域経済の疲弊の防止や社会的責任といった点を根拠として、回収可能性の低い融資を実行する場合には、「公共性」が融資を正当化する根拠の一つとなりうる。しかし、このような判断も、銀行経営の健全性を犠牲にして行うことは許されないと考えるべきである²⁴³⁾。「公共性」を根拠として不健全な融資を正当化し、無秩序にそのような融資を実行することは、銀行の経営破綻につながるからである²⁴⁴⁾。

241) 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」小塚莊一郎＝高橋美加編『落合誠一先生還暦記念 商事法への提言』（商事法務、2004年）220頁は、大阪地判平成14年3月13日判時1792号137頁（住友信託銀行事件）、東京地判平成14年7月18日判時1794号131頁（長銀E I E第一次訴訟第一審判決）、札幌地判平成15年9月16日判時1842号130頁（拓銀エスコリス事件第一審判決）の3つの判例をあげて、この点を指摘する。

242) 岩原・前掲注241) 221頁。

伊藤修『日本型金融の歴史的構造』（東京大学出版会、1995年）217頁～218頁は、「公共性」について、①預金者保護の必要性を有する点、②信用秩序維持の必要性を有する点、③資金配分媒体としての公共性の3つの側面があることを指摘した上で、第一・第二の公共性と第三の公共性とが相反する場合があると指摘し、例として、地方銀行が地元企業への融資を抑制した消極堅実経営を行うことと、潜在的な経済発展の機会を実現させることがトレード・オフの関係に立ちうるとする。そして、行政当局は、一般的には健全性を優先すると指摘する。

243) 今井克典「銀行の貸出業務における公共性に基づく義務の存否」法政論集（名古屋大学）214号（2006年）70頁は、営利性と公共性とが対立する場合、銀行が営利性を考慮せずに公共性に基づいて貸出業務を行うことは許されないとした上で、利潤追求をする中で公共性を考慮するのは、その経営判断として認められるとする。

なお、稲庭恒一「会社の『営利性』について－第三セクター会社をてがかりに」平出慶道＝小島康裕＝庄子良男編『現代企業法の理論 菅原菊志先生古稀記念論文集』（信山社出版、1998年）152頁は、第三セクター会社の「公共性」について、会社の営利性に一定の制約を与えるとする。

244) 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年）50頁は、金融機関が社会的責任を根拠として融資を正当化できるかについて、

また、銀行業務の「公共性」には、金融システム維持の観点や社会・経済全体に対する影響という広義の公共性と、財務の健全性確保という狭義の公共性があり、広義の公共性を重視すると、狭義の公共性を軽視した取締役に責任逃れの途を開くと指摘したうえで、銀行取締役の注意義務の基準に「公共性」を持ち出すことに慎重であるべきであるとの指摘がある²⁴⁵⁾。重要な指摘であるが、銀行取締役の注意義務を考察するに際して、銀行業務の「公共性」を抜きにはできない。銀行取締役は銀行取締役としての注意義務を負うのであるから、銀行取締役が遂行する銀行業務の特徴である「公共性」を無視すれば、銀行取締役の注意義務について考察したことになるからである。すでに述べたように、「公共性」の意義は多義的であるが、「公共性」は、経営の健全性を維持することによって実現され、「公共性」の名の下に、銀行取締役が経営の健全性を犠牲にした融資を決裁することはできないと考えるべきである。

次に、「公共性」と「営利性」とは両立しえない概念なのだろうか。「公共性」は法人が営む事業の性質にかかわる概念であり、「営利性」は法人の目的とは別の座標軸上の概念であるとした上で、業務が公共性を有するとされる株式会社であっても、公共性を犠牲にする業務運営を行えば顧客を喪失し、結果的に営利性にも反するとする見解がある²⁴⁶⁾。銀行経営において、営利性の概念を一定程度後退させて、安全な資金運用に努めるべきことは、銀行業の持続性を踏まえば、当然のことである。

また、銀行法1条が規定する「信用秩序の維持」、「金融の円滑」は、行政当局の政策課題なのであって²⁴⁷⁾、銀行取締役に対して、その実現に向けた義務を

「あくまでも最終的には会社・株主全体の利益に合致するように、取締役は注意を尽くして、経営判断を下す必要があろう。社会的責任という言葉を使えば、取締役に広範な裁量を許すというのではないし、社会的責任を免責事由としていつでも使えるわけではないのである。」とする。

245) 北村・前掲注220) 195頁～196頁。

246) 前田庸ほか『『組織形態と法に関する研究会』報告書』金融研究22巻4号(2003年)40頁。

247) 拙稿「判例および銀行法における銀行業の特徴と銀行取締役の注意義務」流経法学5巻1号(2005年)24頁。金融秩序の維持について、森田章ほか・前掲注224) 67頁〔川口恭弘発言〕も参照。

課すものではないと考えるべきである。これらは、金融制度の維持に関する問題である。このような要素を銀行取締役の融資判断における考慮要因として認めるならば、例えば「金融の円滑」については、融資を実行した方が実行しない場合に比して金融の円滑に資すると常に必ずいえるところから、不健全な融資が正当化されることにもなる。

(5) 株主権と融資業務との関係

株主と預金者の利害は激しく対立する。元本を保証して集めた預金を原資として行われる融資業務において、株主が健全性を犠牲にした融資業務を行うことを取締役に対して指示・命令することは、株主権の濫用であると評価することができる。銀行取締役は、預金者に対する関係においては元本を保証していることを根拠として、株主に対する関係においては健全な運営を基本的な要請とする銀行業を株主が取締役に委ねていることを根拠として、預金者に対しても株主に対しても、経営の健全性を維持すべき義務を負っていると考えることができる。株主と預金者の利害を調整するための結節点となる概念を「銀行経営の健全性」とであるとするのである。

第7節 予想される反論とそれに対する再反論

私見のように考えた場合に、多くの反論が予想される。ここでは、予想される反論とそれに対する再反論を示しておく。

第一に、銀行取締役の責任を厳格化することのみによって、銀行経営の健全性が維持できるとは考えられない、との反論である。銀行取締役の経営責任については、最終的には公的資金注入の形で財政資金に負担を及ぼすところから重い責任を負わせよという考え方と、特別の責任を負わせては銀行取締役のなり手がなくなるという考え方のバランスの問題であり、経営責任の強化だけでは、銀行経営のエージェンシー問題を是正することは困難であるとの指摘がある²⁴⁸⁾。また、銀行取締役の責任の厳格化が、個別の融資の貸倒について、裁量の幅を狭めることによって結果責任を課すことに結びつくことを指摘する見

248) 木下信行『銀行の機能と法制度の研究』（東洋経済新報社、2005年）193頁。

解もある²⁴⁹⁾。いずれも重要な指摘である。

私は、銀行取締役の責任の厳格化をいわば自己目的化して高度注意義務であるというつもりは全くない。本稿の冒頭にも述べたが、私は、バブル経済の時期における銀行の融資行動を踏まえたうえで、銀行取締役がその注意義務について正しく認識していないかぎり銀行経営の健全性を銀行自らによって主体的かつ自律的に実現し、維持することができないと考え、さらに、一般企業の取締役の融資決裁における注意義務とも対比して、銀行取締役の注意義務を高度注意義務であると考えている。また、銀行による自律的かつ主体的な経営の健全性維持に加え、市場による規律と金融監督による銀行経営の健全性維持の3つの枠組みのバランスの上に銀行経営の健全性が実現されるということを否定するつもりもない。さらには、私のような考えを採用したことにより、裁量の幅が結果的に狭まるとしても、取締役に違法経営を行う裁量はないし、杜撰な融資を正当化するために銀行取締役に幅広い裁量を認める必要性もないと考えている。

第二に、株式会社を株主の集合体であると見て、さらにそれを強調する立場からは、私見について、預金者保護を極端に強調しているように見られるかもしれない。私は、預金者保護を強調しているつもりはない。繰り返し述べたように、銀行業は、多数の預金者からの信認なくして成り立たない業である。この点に関して、いっさい異論は存在しない。そして、銀行取締役の注意義務について考察する場合、この点を無視することはできないと考える。預金者に対して元本保証を表明しつつ、融資の運営方針は開示しない状態で、かつ銀行監督や市場による規律に依存することなく、どのようにして預金者からの信認を取り付けることができるかを考えた結果、私見のように考えるに至った。

第三に、銀行の経営が委縮するとの反論が予想される。銀行株式会社は私企業であり、新たな収益源を求めて激しい競争が繰り返されていることは間違いない。しかし、銀行の経営が委縮するという考え方自体が、銀行業と銀行株式会社の特徴に関する理解を欠くものであると反論したい。銀行は、経営の健全性を維持するために、銀行取締役が負う厳格な注意義務の下で経営されるべき

249) 松井・前掲注153) 122頁。

ものである。私が銀行取締役の会社に対する責任の内容を銀行に決して損害を与えない義務であると考えていないことは、すでに繰り返し述べた。私は、銀行取締役が善管注意義務を尽くして銀行経営に当たることを求めているのである。銀行取締役が銀行経営の健全性を維持すべき義務を負うことをもって、経営が委縮するとはいえない。また、銀行は他業を禁止されているから、リスクを積極的にとって果敢に他業に進出することはそもそもできないし、経営の健全性維持に対する要請の強さを踏まえれば、取締役幅広い裁量を認める必要性、つまり、ベンチャー企業のように、積極的により多くのリスクをとって業容を拡大することを認める必要性も乏しいと考えられる。かりに、このようなハイリスク・ハイリターン型の経営を銀行が指向するというのなら、その方針を明確に開示すべきである。開示もないままに、いわば預金者の銀行に対する信認を欺いて、このような経営方針を銀行がとることは許されないと考える。

第四に、「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。」²⁵⁰⁾との常套句の取扱いである。確かに、一般の企業であればこのように考えるべきである。このように考えなければ、企業としての成長も期待できないからである。しかし、銀行経営に当てはめるべきではないと考える。なぜなら、預金者が銀行に託した預金を安全かつ健全に運用することこそが、銀行取締役が負う善管注意義務の内容だからである。かりに上述の常套句を銀行に認めるとするならば、預金者に対してそのような方針で資金を運用することを明確に開示し、預金者の判断と選択を仰ぐべきである。あるいは、運用方針を明示したファンドを一般の融資とは別に組成し、その運用方針に従って運用を図るべきである。このようなことをすることなく、銀行取締役の注意義務だけを緩和するような解釈の態度をとることは、預金者のみならず、公的資金の原資を負担する国民をも欺くものである。

第五に、銀行取締役は多忙であり、厳格な注意義務を課せば、業務が停滞するとの反論がなされるかもしれない。これに対しては、銀行取締役はすでに述べたように、銀行の常務に従事する取締役の兼職が規制されており、十分な時間をかけて慎重に経営判断をするための時間が制度的に確保されていると考え

250) 名古屋地判平成9年1月20日判時1600号144頁（中京銀行事件）の150頁参照。

られる。それでも業務が停滞するというなら、職務権限の委譲についてあらためて慎重に検討し、銀行にとって、より重要な経営判断に限って銀行取締役が行う体制を整備すべきであろう。

第六に、貸し渋りを助長する、あるいは貸し渋りを正当化する根拠になるとの経済実態面からの反論があるかもしれない。経営の健全性を維持するためには、銀行は、経営状態が健全とはいえない先に対する融資に慎重にならざるを得ない。経営状態が健全とはいえない先に対する融資を強制することは、結果的に銀行の経営破綻を招く。また、銀行は私企業であるから、信用リスクの統制を図りつつ、自らの判断で貸すかどうかの判断をしている。まずは、「貸し渋り」といわれる現象について、その現状を究明すべきであろう。経営状態が健全と判断される先に対して融資を拒絶しているなら、それは貸し渋りと評価されてもやむを得ない。しかし、経営状態が健全とは評価できず、貸倒リスクが一定の水準を超えるために銀行の判断で信用リスクを負担できないとされる先に対して銀行が融資を実行しないのは、貸し渋りとはいえないし、また、いうべきでもない。

第8節 私見が否定された場合の対応

最高裁は、すでに述べたように、融資業務を遂行する際の銀行取締役の注意義務に関する一般的な基準を判示しなかった。銀行取締役の注意義務をめぐる問題は、今後とも、事案ごとの個別的判断に委ねられたともいえる。銀行取締役の注意義務を厳格に解する私見のような考え方が裁判所によって否定されるなら、銀行に対する金融監督を強化したり、融資業務に関する銀行法上の規制を強化するという方法のあることは別として、次のような二つの方策を検討すべきことを提案したい。

第一は、銀行に融資業務の運営方針を具体的に開示させることである。預金者の判断と選択とを仰ぐための制度基盤を整えるものである。これはまた、預金者が銀行という看板を頼りに預金をするという現状からの脱却を進めるものでもある。ペイ・オフが解禁された現代では、当然であるともいえようし、投資信託を前提として考えれば、他人から資金を預かって運用方針を開示しないで資金の運用をするということは、到底考えられないことである²⁵¹⁾。

第二は、預金返還請求権という預金者の無担保債権を保全するための立法措置を新たに講じることである。具体的には、前払式証票の規制等に関する法律13条にみられるように預金の一定割合を供託させること、支払準備の額を定めること²⁵²⁾、預金の一定割合に見合う資産を国債などの安全な資産で保有することを義務付けるといった規制を設けることが考えられる。

(未完)

(付記)

校正段階で、政府が公的資金を活用して一般企業に資本注入する制度の創設を発表したとの新聞報道に接した。2009年1月28日付け日本経済新聞朝刊1面参照。

なお、この制度は、2008年秋に発生した世界的な金融危機に対応するものであり、銀行に対する公的資金の注入制度とは違って、当面は2010年3月末までの時限措置として創設されるところから、この制度の創設によっても、本稿において論述した点は、基本的に変わらないと考える。

251) 投資信託及び投資法人に関する法律4条2項6号は、委託者指図型投資信託における当該投資信託契約に係る委託者指図型投資信託約款に、「信託の元本及び収益の管理及び運用に関する事項（投資の対象とする資産の種類を含む。）」を記載しなければならないと規定している。委託者非指図型投資信託における委託者非指図型投資信託約款に関する同法49条2項5号も参照。

252) 旧銀行法（昭和2年法律第21号）が預金の支払準備の額を定めなかったのは、法律による一律の規制では硬直的であることを根拠として、銀行の自覚を促し健全な慣習としてその充実を図ることが適当であると考えられたからである。笹原正志『銀行法通釋』（啓明社、昭和4年）28頁～29頁参照。