

# 銀行取締役の注意義務

## はじめに

銀行にとって経営の健全性を維持する必要性は、他のどのような産業に属する企業よりも高い。決済機能と信用仲介機能という国民経済にとってのインフラストラクチャーを提供する主体であるとともに、負債構造は極めて小口に分散した多数の預金者からの預金を中心に構成されており、また経営を監視すべき株主には帳簿閲覧権が認められていないという社会的にみて極めて特異な構造をとる経済主体が、銀行である。銀行の経営が破綻した場合の社会的混乱がいかに大きいものであるかは、ここ数年相次いで起こっている大銀行の経営破綻をみれば明らかである。銀行経営の健全性を維持すべきことは、銀行自らの責務であるとともに、社会からの強い

銀行取締役の注意義務（神吉）

要請でもあると言える。

銀行経営の健全性を維持するためには、銀行に対するモニタリングを行わなければならない。銀行に対するモニタリングは、三つの側面に分けて考えることができる。一つ目は銀行自身による内部的モニタリング、二つ目は市場によるモニタリング、三つ目は行政当局による監督である。一九九八年六月に金融監督庁が誕生するまでの大蔵省によって銀行監督が行われていた時代は、護送船団行政という言葉が示すとおり、銀行のモニタリングは公的監督に過度に依存する状態にあったといえる。護送船団行政が終焉を告げる中で、金融行政は、金融機関の自己責任原則をベースとして、金融行政に高い透明性を確保するための市場規律型の金融監督に切り替えられることとなり、行政当局の役割は金融機関が自己責任原則の下で創造的経営を行いうる環境を整備すること

神吉正三

となつた。

今後は、護送船団行政の下ではその機能が必ずしも十全には発揮されていなかったといえる前二者のモニタリングを強化することが、望まれる。

三つのモニタリングのバランスを今後どのようにとっていくのかという問題もあるが、三つの中でも内部的モニタリングは、いわば銀行が自己責任原則を十分に果たしていく上で、とくに重要であると考えられる。ここにいう内部的モニタリングは、銀行にあつては会社法上の経営監視・監督のためのシステムをいうのであり、取締役や取締役会制度、監査役や監査役会制度、さらには株主による経営監督機能がいかにあるべきかを論じるべきこととなる。

しかし、さらにさかのぼって考えるならば、銀行経営の健全性を維持するためには、銀行の機関として行爲する銀行取締役の行爲規制について考えなければならぬであらう。銀行取締役も株式会社取締役である以上、会社に対して善管注意義務と忠実義務を負っている。銀行取締役の負っている注意義務についてどのように考えるかという問題こそが、明らかにされねばならない根本的な命題であると考えられる。ところが、わが国では、銀行取締役の注意義務違反が裁判で争われた事例は極めて少ないこともあつて、銀行取締役の注意義務に関しては、これまでほとんど論じられていない問題

である。

本論文は、銀行の本業である融資実行をベースとして、銀行取締役の注意義務について考察し、もつて銀行取締役が高度注意義務を負っていることを明らかにしようとするものである。

## 第一節 銀行取締役の責任

まず、銀行の取締役が株式会社取締役として、銀行に対してどのような責任を負っているのかをみておく。

株式会社の形態をとる銀行の取締役と会社との関係は、商法二五四条三項の規定にしたがつて一般の株式会社と取締役との関係と同様に委任を基本としており、取締役が善管注意義務や商法二五四条ノ三に基づく忠実義務を負うことに変わりはない。また、信用金庫や信用組合といった株式会社以外の形態をとる金融機関においても、株式会社取締役の義務に関する規定と同様の規定が個別におかれている。株式会社である銀行の取締役は、商法二六六条の規定に基づき会社に対する責任を負うと同時に、同二六六条ノ三の規定に基づき第三者に対する責任をも負う。この点も、一般の株式会社取締役の責任と同様である。

つまり、わが国においては、銀行の取締役に対して、会社

法上特別の責任が課されているということはない。

一つ注意すべき点は、取締役が会社に対して負っている債務が、結果債務ではなく手段債務と解されている点である。<sup>7)</sup>取締役は経営を成功させる義務を負っているのではなく、経営を成功に導くという目的のもとに、会社のために最善の努力をする義務を負っているのである。誠実に、かつ最善の努力を会社経営に傾注した取締役が、自らの経営判断の結果、会社に損害が発生した場合に必ず会社に対する責任を負担しなければならぬなら、取締役に就任を希望する者は誰もいなくなってしまう。事業経営にリスクはつきものである。株主は、商法二五七条の規定に基づいて、適任でない取締役に対する解任権を行使することはできても、取締役の決断の一つひとつに干渉することはできないのである。<sup>8)</sup>それが、所有と経営を分離した現行法の主旨でもある。

以上のことは、銀行取締役についても同様に当てはまる。銀行が行う融資業務はリスク負担をその本質としており、融資を実行するという行為には貸倒の発生を不可避免的に内包している。つまり、多数の融資先に対する多数の融資の集合である銀行の融資をみた場合、貸倒の危険性の全く発生しない融資など存在しないのである。このことから、貸倒の発生が銀行取締役の注意義務違反を直ちに導き出すものではないことも、また当然なのである。従って、銀行取締役が銀行に対

して負っている注意義務の内容を特定した上で、どのような融資を銀行取締役が行った場合に銀行取締役に注意義務違反があったと言えるのが明らかにされなければならない。以下では、銀行取締役の注意義務について、一般企業の取締役の注意義務と対比させつつ検討する。

## 第二節 注意義務の内容と程度をめぐる議論の検討

### 一 わが国における議論

#### 1 株式会社取締役の注意義務

わが国においては、取締役の負う善管注意義務と忠実義務との異同をめぐることは、非常に活発な議論が展開されてきたが、取締役が負う注意義務の内容や程度については、これまでそれほど熱心に検討が加えられてきたとは言えない。<sup>9)</sup>取締役は、商法二五四条三項、民法六四四条の規定によって、「善良なる管理者ノ注意」をもって職務を遂行する義務を負うことは、条文から当然導き出されるものの、そこからさらに踏み込んで、取締役が負う「善良なる管理者の注意」の具体的な内容や注意義務の基準については、わが国法学会では従来ほとんど議論されてこなかった。<sup>10)</sup>

ここで生じる疑問は、職務の遂行に際して取締役の負う注

意義義務の基準について、具体的にどのように考えればよいのかという点である。わが国の株式会社には、実質的に個人商店に近い会社から世界に冠たる巨大企業まで、企業規模には相当の隔たりがあることは周知のとおりである。また、それぞれの企業について、事業の内容も異なる。このような千差万別のわが国の株式会社の取締役について、善良な管理者の注意という基準で、全ての問題が十分に解決されるのだろうかということが、疑問として生じる。<sup>12)</sup>

取締役の負う注意義務の内容や程度について検討した文献を整理すると、以下のようになる。

ある見解によれば、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している。<sup>13)</sup> 別の見解によれば、取締役に、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識見が求められるとしている。<sup>14)</sup>

次に、取締役と会社との関係が民法上の委任とされることから、受任者の負う善管注意義務を規定する民法六四四条の規定をめぐってはどのような解釈論が展開されているのかをみる。善良なる管理者の注意は、ローマ法の「良家父の注意」(diligentia boni patris familias)を淵源とし、フランス法の「善良なる家父の注意」やドイツ民法の「取引に必要な注意」に相当するものとされる。<sup>15)</sup>そして、受任者の注意義

務は、受任者の職業・地位・知識等において一般的に要求される平均人の注意義務を指す点で抽象的ではあるものの、各具体的場合の取引の通念に従い、相当と認めべき人がなすべき注意の程度をいうとされている。<sup>16)</sup>つまり、個々の受任者が負う注意義務の程度は、受任者の委任事務の内容によってそれぞれに異なりうるものであると考えられていることになる。

## 2 銀行取締役の注意義務

では、銀行取締役の注意義務については、わが国ではどのように考えられているのだろうか。わが国では、銀行取締役の注意義務について、一般の株式会社取締役と区別して議論するという態度はみられない。わが国における銀行取締役の注意義務に関する文献を整理すると以下のようになる。

金融機関の取締役の注意義務について詳細に検討を加えた研究業績は、わが国にはこれまでにほとんど存在しないものと思われる。<sup>17)</sup> 裁判例としては、名古屋地判平成九年一月二〇日金融法務事情一四七五号一四頁(中京銀行事件判決)

がある。この判決では、銀行取締役の職務執行における善管注意義務違反があったか否かを判断するに際して、「通常の企業人として看過し難い過誤、欠落があるかどうか」を基準として判断すべきこととしている。そこでは、「通常の企業人」という業種の違いや企業の規模を超越した抽象的な形で、

企業経営に当たる人物像が想定されていることになる。

金融機関の取締役の注意義務について言及した数少ない邦語文献として、一九九六年の金融法学会シンポジウム「金融機関の健全性維持および破綻処理について」がある。<sup>18</sup>このシンポジウムでは、金融機関の取締役であるからといって、一般の会社の取締役よりも注意義務の程度が高度であるとは考えられていないことが宍戸教授、前田重行教授によって明らかにされている。宍戸教授は、「注意義務の内容はソルベンシーの段階によって異なりうると思われます。」とした上で、「金融機関の取締役は、他の株式会社の取締役に比較して考えるべきことは多いだろうとは思いますが、注意義務の程度自体が無条件に高くなることはないと思います」とされる。注意義務の内容の違いは認められるものの、内容の違いを程度の違いとして認識することを否定する考え方である。

さらに前田教授は宍戸教授の回答を補足され、「株式会社取締役として、金融機関であろうと他の事業会社であろうと、基本的には商法上の注意義務は同じとみざるをえない。

損害賠償責任を追及されるという段階では同じようにみざるをえないのではないかと思います。」とされた上で、金融機関の経営破綻に伴って生じる預金者が受ける不利益に対する取締役の責任は、「基本的には銀行監督責任の問題のなかで捉えざるをえないのではないかと思います。」とされる。株

式会社の取締役の負う注意義務は、株式会社の取締役である以上、同じと考えるべきとの考え方をとられているものと思われる。

また、取締役の義務違反があった場合の損害賠償を処理する際の法的枠組みである不法行為法の領域では、行為者の過失の有無を判断する際に、あるべき行為と現実の侵害行為との喰い違いを判断するに当たって、個人的特性を考慮すべきかどうかという点が議論されている。平井教授によれば、損害発生を「予見できるか否かを判断するには、行為者の知識・経験・技能等を考慮することを要し、またこれらを当然に要求される職業（専門的職業）に従事している場合には、その職業を考慮することとなり、これらの要素は行為義務を判断する際の最も重要な特性である。」として、医師の行為義務の基準が「危険防止のために実験上必要とされる最善の注意義務」であることの説明を加えた上で、「医療行為に関する以上の準則は、必要な変更を加えた上で、知識・経験・技能を高度に要求される職業一般（弁護士、弁理士、司法律士、建築家、金融業者、不動産業者等）にも準用されるべきであると考えられ、今後の判決例の蓄積を待つべきである。」とされる。<sup>19</sup>つまり、専門的な知識を要求される職業に従事する者には、そうでない者と比較して高度の注意義務が要求されるとの考え方をとられているものと思われる。

## 3 私見

ここで株式会社の取締役の注意義務の内容や程度に関する私見を言えば、次のようになる。

取締役は、それぞれの会社の規模や業務の内容に従った注意義務を具体的に負っている。会社の規模が異なれば、取締役による行為の効果や影響の度合いは、社会的にみて全く異なるものである。従って、各取締役の注意義務の内容がそれぞれに異なるのは当然である。そして、わが国の株式会社の場合、全ての取締役の注意義務の程度を絶対的尺度でみるならば、各取締役の行為の効果や影響が、より大きく、より広く及ぶに従って、取締役の用いるべき注意義務の程度は高度なものになると解すべきである。年商数兆円の巨大企業の取締役の負っている注意義務の程度は、株式会社の状態をとる年商数千万円の商店街の商店の取締役の負っている注意義務の程度よりも、自ずから高度なものになると解すべきである。<sup>20)</sup>

## 二 アメリカにおける議論

## 1 株式会社における注意義務

アメリカにおいては、取締役が負う注意義務の内容や程度について、活発な議論が展開されている。<sup>21)</sup> 例えば、アメリカにおける取締役の責任について、実務的視点に立つて全般に検討した最もポピュラーな文献と言えるアメリカ法曹協

会ビジネス・ロー部会が編纂した『会社取締役ガイドブック』<sup>22)</sup>をみて、そこでの検討は実務的視点に立つとともに、詳細かつ具体的に取締役の注意義務の内容を規定しようとする態度が強くみられるところである。<sup>23)</sup>

取締役の負う注意義務については、コモンロー上、過失の程度を含む三つの基準が存在することが指摘されている。<sup>24)</sup> つまり、①単に重過失 (Gross negligence) を回避するために必要な注意の程度、②同様の地位にある通常の思慮分別ある取締役が類似の状況の下で期待される注意、③通常の思慮分別ある人物が個人的な事業上の業務を行う際に用いる注意、の三つである。ただし裁判所は、注意義務の基準を適用する際に、客観的な考慮と同様に主観的な考慮をしてきたとされ、常勤と非常勤の別、報酬の有無、健康状態や精神状態といった点が、取締役の過失認定に際して考慮されてきた。<sup>25)</sup>

制定法の多くは、②の「類似の状況の下で同様の地位にある通常の思慮分別ある取締役」の基準を採用しており、<sup>26)</sup> 模範会社法典 (MODEL BUSINESS CORPORATION ACT) もまた、この基準を採用している。<sup>27)</sup> 模範会社法典八・三〇条は、取締役は、委員会の委員としての義務を含め取締役としての義務を (一) 誠実に (in good faith)、(二) 同様の地位にある通常の分別を備えた人間 (an ordinary prudent person in a like position) ならば類似の状況の下で払うべ

ある程度度の注意をもって、かつ、(3) 会社の最善の利益 (in the best interest of the corporation) であると合理的に信ずる方法で、果たさなければならぬとしている。

学説には、会社の種類や規模によって、取締役の負う注意義務の基準は異なるものがある。<sup>28</sup>

アメリカ法律協会 (American Law Institute. 以下ALI という) が、一九九二年五月に採択した「コーポレート・ガバナンスの原理・分析と勧告」(PRINCIPLES OF CORPORATE GOVERNANCE: ANALYSIS AND RECOMMENDATIONS) 四・〇一条 (a) 項柱書は、「取締役又は役員は、会社に対し、誠実に、会社の最善の利益に合致すると合理的に信ずる方法で、かつ、通常の慎重な者が同様の地位において類似の状況の下で尽くすことを合理的に期待される注意をもって、その職務を遂行する義務を負う。」と規定し、模範会社法典と同じ立場をとっている。また、四・〇一条 (a) 柱書の詳細なコメントを見れば、アメリカの法学会が、取締役の注意義務基準について、いかに多くの精力を注いで検討を加えてきたかが分かる。<sup>29</sup>

## 2 銀行取締役の注意義務

銀行取締役の負う注意義務についても、アメリカでは多くの判例や文献で検討が加えられている。中心的な論点は、銀行取締役の負う注意義務が一般の株式会社の取締役の負う注

意義務に比して高度なものかどうかという点である。学説、判例とも、この考えに賛成するものと反対するものとに分かれる。まず、学説の状況からみても。

銀行を含めた金融機関の取締役が、他の会社の取締役に比して高度な注意義務を負うとする見解をとる有力な研究者として、アイゼンバーグ教授を挙げることができる。アイゼンバーグ教授は、その理由を三つ挙げる。<sup>31</sup> 第一は、会社が、伝統的な債務者—債権者関係とは違った特別の関係を会社に対して持つある種類の人 (預金者のような人) から現金や資産を常時受領することを含む事業に従事する場合、そのような種類の人は、株主と同様に取締役の注意義務に関して、受益者 (beneficiaries) となり得ることである。そして、そのような関係は、金融機関に限定されるものではないが、金融機関により多く見いだされ得るとする。第二は、巨額の流動資産を保有する会社の取締役は、そのような資産によって引き起こされる特別なリスクや誘惑に関与しなければならぬことである。そして、この要素は、他の会社においても時には存在するが、金融機関には常時存在するとしている。第三は、会社以外の種々の制定法が、特定の種類の会社の取締役に特別の義務を課しており、それらの制定法のいくつかは金融機関に関連していることである。これらの義務は、特別の制定法によって課せられるとは言え、会社法の問題として取

締役の注意義務の一部となりうるとしている。

アイゼンバーグ教授の挙げる三つの根拠は、銀行取締役に高度注意義務を課す根拠を十分に説明している。他にも、銀行取締役が高度な注意義務を負うとする立場をとる研究者がある。<sup>32)</sup>

一方で、銀行取締役の注意義務の基準を一般の会社の取締役の注意義務の基準と区別しない見解もある。この立場を代表する研究者の一人として、バラントイン教授を挙げることができる。取締役が誠実に行動し事業に注意を払うならば、責任は十分な経験と会社の事業経営に対する健全な判断について取締役を選任する株主にある、というのがその根拠である。<sup>33)</sup>他にもこの立場をとる研究者がある。<sup>34)</sup>

次に判例の態度をみてみよう。銀行取締役の注意義務に関する先例として頻繁に引用される事例にBriggs対Spaulding事件がある。この事件で判決は、銀行取締役の注意義務に関して次のように述べた。

「取締役は、銀行業務の執行 (administration) に関して、通常の注意と分別 (ordinary care and prudence) を用いなければならぬ。そして、このことは長たる人物 (figure-heads) として職務を遂行する以上のものを含んでいる。彼らは、銀行業務を委ねる法の下で定義付けられたように、正式に権限を持つ役員 (officers) に対して資格を与えられて

いるが、このことは、合理的な監督義務から彼らを放免することはないし、違反行為 (wrong-doing) に関する知識の不足のために、その不知 (ignorance) が重大な不注意 (gross inattention) の結果であつても、責任から保護されることを認められることのないことも当然である。」<sup>35)</sup>

Briggs対Spaulding事件判決は、銀行取締役が業務執行に際して「通常の注意と分別」を用いることを述べていることから、銀行取締役に高度注意義務を課すことを否定する立場に立つと考えられており、この判決と同様の立場をとる判決もある。ただし、Briggs対Spaulding事件判決により、銀行取締役に他の会社の取締役に適用される注意義務の基準に比して多くのものを要求する判決が存在するとも指摘されており、この判決に対する評価は分かれている。

一方で、銀行取締役が他の株式会社取締役に比して高度注意義務を負うとする判決がある。<sup>36)</sup>近年の判決には、この立場をとるものがあると指摘されている。<sup>37)</sup>

次に、ALIの「コーポレート・ガバナンスの原理」分析と勧告<sup>1)</sup>においてはどのように考えられているかをみてみる。第四・〇一条の明文上は、銀行取締役に対する言及はない。ただし、第四・〇一条 (a) 項柱書のレポートーズ・ノートでは、金融機関の取締役が他の会社の取締役に比して高度な注意義務を負うことを否定的に解している。レポートーズ・



ノートは次のように理由を述べている。

「一般的に今日、銀行とほかの金融機関は、しばしば、預金を預かるという以上に広範囲の活動に従事する複雑な経済主体である。事業会社 (Industrial corporation) は、しばしば少なくともその一部が金融機関である。「事業」会社に相對する存在としての「金融」会社というラベルを基礎に、明確な区分を引くことはできない。もちろん、注意義務の基準によって取締役と役員に必要とされるものは、特定の会社の事業に関する本質と特徴の一部に依存するのであって、金融の会社と同様に産業に従事する会社にとっても真実である。」<sup>41)</sup>

金融機関の業務が複雑多岐にわたっていることと、一般の会社も程度の差はあるものの事業活動の一部に金融を扱っており、金融機関とそれ以外の会社との間に明確な区分をつけることが困難になっていることがこの見解の根拠である。

この点に関して、「コーポレート・ガバナンスの原理・分析と勧告」の首席報告者であるアイゼンバーグ教授は、教授が来日された際の質疑応答の中で、「多くの判例は、金融機関の取締役が事業の性質の故により大きい責任を負うものと判示していることは正しい。」と述べたうえで、このレポートーズ・ノート<sup>43)</sup>を次のように変更するつもりであると発言されている。「もちろん、注意義務の基準から取締役または役

員に何が要求されるかは、ある程度、特定の会社の事業の性質および特徴によって決まるが、そのことは、金融会社についてと同様に事業会社についてもあてはまる。加えて、第四〇一条 (a) 項に定める基準を金融機関の問題となる取締役に適用する場合、その取締役に事業会社の同様の地位にある取締役より多くのものが要求されることになるであろう。」

結局、両者の立場の違いは、金融機関、とくに銀行の業務の本質や特徴をどのようなものであると理解するかという考え方の違いに帰着するように思われる。<sup>42)</sup>つまり、銀行業という業務を特殊であるとみるのかどうかの違いである。確かに金融自由化の進展により、どのような事業会社であっても金融業に類似した事業を展開することが可能であるかもしれない。しかし、銀行が預金業務を行いうるごく限られた主体である点を軽視したり、過小評価すべきではないのではなからうか。

さらに一言するならば、この問題に関してアメリカ法の考えを検討するに際しては、そもそも銀行という存在が、アメリカ社会において占める地位や役割の重要性とわが国社会におけるそれとの違いについて十分な検討を加える必要があるという点である。つまり、間接金融中心の金融市場が形成されてきたわが国においては、銀行の経済社会に占める位置や役割の重要性は、直接金融を中心とする金融市場が形成され

ているアメリカとは全く異なるものであるという点である。<sup>45</sup>銀行業という業が両方の社会にともに存在するという事実をもって、それぞれの社会で銀行取締役の注意義務がどのように考えられているかという結論だけを単純に比較することには慎重であるべきである。

一つ事実として言えることは、少なくともわが国社会と比較した場合、社会全体からみて銀行に依存する程度の低いと考えられるアメリカ社会においてさえ、銀行取締役の注意義務を一般の事業会社の取締役の注意義務と比較し、銀行取締役の注意義務を高度であるとする見解が存在するという点である。

### 第三節 銀行取締役の注意義務に関する考察

#### 一 銀行経営の特徴から導き出される特徴

結論から言えば、私見は、銀行取締役の負う注意義務は、銀行業務を執行する者に求められる注意義務であつて、その注意義務の程度を他の業種に属する企業の取締役が負っている注意義務の程度と比較すると、高度なものであると考える。銀行取締役の注意義務が高度であるとは、注意義務の内容に、そうでない場合以上に多くの事項を含んでいるとともに、専門的かつ注意深い判断が求められるということの意味する。

銀行取締役は、一般の株式会社の取締役が負う注意義務に比して、特別な内容の注意義務を負っていることが、私見を根拠付ける一番目の点である。そして注意義務の内容の違いは、注意義務の程度の違いとして認識できると考えられる。その根拠を以下に検討する。

第一は、銀行業務が、銀行法一条によつて「公共性」を有すると規定された非常に限定された事業である点である。銀行取締役も株式会社の取締役として、商法二六六条一項五号の規定に従つて、法令を遵守すべき義務を会社に対して負っていることは言うまでもない。そして銀行法一条の規定の主旨に鑑みれば、株式会社である銀行取締役が負う注意義務の内容には、営利性を実現することに加えて、銀行経営における公共性を実現することが含まれていると考えざるを得ない。<sup>46</sup>つまり、一般の会社の取締役であれば、営利性を実現すれば会社に対する責任を尽くしたといえるが、銀行取締役は、営利性の実現に加え、銀行経営における公共性をも実現する義務を負っていることとなる。このように考えれば、銀行取締役の負う注意義務には、他の業種に属する会社の取締役には見られない特別な義務を含んでいると言える。

ただし、銀行法においても銀行経営における公共性の意味を定義していないことからすれば、どのような場合に銀行取締役が銀行経営における公共性を実現する義務に違反したか

を明確にすることには困難を伴うことも事実である。私見は、銀行経営における公共性の意味を、営利性を向上させることのみを目標とすることなく、社会全体の利益を増進させることに一定の配慮をすべきことであると解するとともに、銀行経営における公共性と営利性との調和を銀行経営の健全性の確保に求めるべきであると考えている。従つて、銀行経営の健全性を維持することが、銀行取締役が銀行に対して具体的に負っている義務の一内容であると考えている。

第二は、銀行法七条が銀行取締役の兼職規制を規定しており、この規制の間接的な効果として、銀行取締役が銀行業務に専念する義務を負っていると考えられる点である。銀行取締役の銀行業務に対する専念義務は、株式会社取締役の負っている善管注意義務、忠実義務、競業禁止義務の規定を加重する規定であると考えられている。銀行法七条の規定の主旨は、銀行取締役が他の会社の常務に従事すれば、銀行取締役たることの地位を利用して他の会社に銀行の資金を安易に貸し付け、その結果、銀行の資産内容の悪化や貸倒の発生という銀行経営の健全性に悪い影響を与えかねない事態を未然に抑止することにある。私見は、上にみた考え方に加えて、銀行業という職務の専門性のゆえに、銀行法七条は銀行取締役を銀行業務に専念する義務を課していると考えている。つまり、銀行業務の遂行には複雑かつ高度の判断が要求

される結果、兼任を自由に認めただのでは業務の遂行に際して十分に慎重な判断を期すことができなくなるおそれがあるからであり、銀行取締役が銀行業務に専念すべきことは、十分に時間をかけて慎重に判断した上で銀行業務の遂行に当たるべきことを、法が制度として担保した結果であると考えられる。

銀行取締役は、この点でも他の株式会社の取締役には見られない特別の義務を負っていることになる。

第三は、銀行株式会社においては、株主の帳簿閲覧権が否定されていることから明らかなように、株主の経営監督機能が後退していることである。銀行の株主は銀行経営に関する監督是正権を行使する上で非常に重要な権利である帳簿閲覧権をそもそも有していないのである。これも、銀行という株式会社のみ特有の現象である。銀行取締役が、他の業種に属する企業の取締役と同じ程度の注意義務を負うとするならば、銀行取締役は株主からの経営監視を受けることが少なくともなる分、結果的に会社に対する責任が軽減されることとなりはしないだろうか。金融当局による銀行監督には、後退した株主による経営監督機能を補う機能を実質的に果している。しかし、金融当局による銀行監督の目的は、本来、預金者の利益のために行われるべきものであり、後退した株主による経営監督機能を補うには、まず金融機関自らによる自己規

律を厳格に図るべきであるというのが私見である。

第四は、銀行が預金者という不特定多数の債権者を常時保有することである。これほど多くの小口に分散した債権者を有する業種は、金融機関を除いて考えにくい。しかも、これら預金者の大半は小口の債権者に過ぎず、銀行経営の健全性について監視する能力もなければ、インセンティブにも欠ける。また、預金保険制度や中央銀行による最後の貸手機能といったセーフティ・ネットを充実させることは、市場による監視機能を低下させるため、市場規律を麻痺させて、結果的に銀行経営者にリスク負担を誘発する効果を持つことが指摘されている。通常の企業であれば、会社が債権者からの信用を失えば会社経営が困難になることが多いが、銀行の債権者である預金者の多くは、各銀行の信用状態について常に厳しくチェックを働かせているとは言えないため、銀行にあつては債権者による経営チェック機能が他の業種の企業に比して十分に機能していないという側面を持つ。金融当局による銀行に対する監督の目的は、市場規律の低下によつてもたらされる銀行経営者のモラル・ハザードを監視することにもあるが、一九九七年に露呈した銀行からの大蔵省高級官僚に対する贈賄事件は、銀行経営を監督すべき立場にある金融当局が、銀行と癒着していたことと、金融当局の監督が、必ずしも預金者の利益を保護するために行われてこなかった

ことを証明してみせた。預金者の利益を保護し、銀行経営の健全性を確保するためには、まず銀行取締役自身が高度注意義務を負うとすることによつて、銀行経営の健全性を確保することが必要であると考えられる。

## 二 銀行の経営破綻構造の特殊性

六戸教授は、ソルベンシーの程度が落ちてきた場合には、銀行取締役の注意義務の内容が異なりうると指摘される。ソルベンシーが落ちてくると、銀行取締役は平常時の注意義務とは異なつた内容の注意義務を負うとされている。しかし、銀行が経営破綻に至る原因と過程、さらには銀行の資金運用上の特徴を考え合わせると、銀行取締役は平常時から高度な注意義務を負っていると考えなければ、銀行経営の健全性を維持することが困難であることが二番目の根拠である。

銀行は、小口に分散した貸出資産から安定して得られる利息収入を大きな収益の源泉としている。特定の業種や特定の融資先に対する融資の集中を排除し、貸出資産の分散を図ることが銀行経営の健全性を維持する上で肝要である。銀行法一三条は、特定先に対する銀行の信用供与の集中を防止するための規定であり、この大口融資規制は、銀行経営の健全性を確保することを大きな目的としている。

大口融資規制の存在や、銀行自身によるリスクを分散しよ

うとする内部努力の結果、多くの銀行にあっては、貸出資産は分散した構造になっている。従って、銀行の経営破綻は、取付けやシSTEMICK・リスクの健全化といった当該の銀行にとって予測しがたい突然の危機が現実となる場合を除いて、貸出資産の劣悪化によってもたらされる。貸出資産の劣悪化は、リンゴがしだいに腐っていくように、徐々に進む。人間の病気に例えれば、慢性病のような形で貸出資産の劣悪化が進行し、ついには経営破綻が現実化するのである。<sup>66</sup>大口融資規制の精神を守っているかぎり、心臓疾患のような形で短期間のうちに銀行の経営破綻が現実化することはない。そして、このことを逆に見れば、一度貸出資産の劣悪化が進むと、それを改善することも、慢性病の治療が容易でないのと同様に非常に困難であることを意味している。

銀行の経営破綻の進行過程を以上のように理解すれば、ソルベンシーが低下した時点で銀行取締役の注意義務の内容に平常時と異なるものを求めてみても、もはや手遅れとなることが強く懸念される。ソルベンシーが落ちた時点で、銀行取締役が資産の健全化を進めようとしても、その努力には相当の時間と相当の困難が伴うのである。銀行経営においては、通常の経営状態にある時から、つまり融資一件ごとの決裁に求められる取締役の注意義務の程度を高度なものとする事によつてはじめて、資産内容の健全化、ひいては銀行経営の

健全化が実現できるのである。  
銀行取締役は、融資判断の一件ごとに慎重な判断が求められるのである。

### 三 専門家の責任と対比した場合の特徴

銀行取締役の注意義務が高度であると考える第三の根拠は、銀行取締役と専門家の類似性である。

医師や弁護士を代表的な例として、異論はあるものの、専門家は高度注意義務を負っていると考える考え方がある。<sup>67</sup> 専門家の負う注意義務は、専門家であるがゆえに専門家以外の人を負っている注意義務と分けて議論されているのである。これは、専門家としての特殊な責任構造に着目された結果にほかならない。<sup>68</sup>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する法律はそもそも存在しない。<sup>69</sup> 専門家が高度注意義務を負うとされるのは、現行法の解釈の結果なのである。

専門家の負う注意義務が現行法の下で明文の規定なく高度であると解されているのと同様に、銀行取締役の負う注意義務についても高度であると解することが可能であると考えられる。以下では、銀行取締役と専門家との責任構造の類似性について検討する。

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。<sup>60</sup>この見解によれば、会社役員は、上場企業の平均  
 的な会社役員を前提として、厳密な意味ではフル・プロ  
 フェッションとしての専門家ではないが、準専門家といつて  
 よいとされる。<sup>61</sup>私見は、専門家は専門家たること、つまり  
 独占的に当該の業務を社会に提供することを許された者とし  
 て、依頼人、ひいては社会全体から高い信頼を得ているがゆ  
 えに、委任業務の遂行に際して高度な注意義務を負っている  
 と考える。専門家が高度注意義務を負う根拠は、多くの場合、  
 盲目的とならざるをえない依頼人を含めた社会からの信頼自  
 体に求められるものである。以下では、銀行取締役が、専門  
 性を有することを明らかにする。

まず、前述の①と②について検討する。銀行業には、銀行  
 法四条によつて行政当局による厳しい参入規制が設けられて  
 おり、銀行を開業するには、金融再生委員会による免許が必  
 要である。銀行業に免許制がひかれているのは、銀行経営の  
 基礎的要件を確保することによつて、不健全な銀行の設立を  
 排除し、信用秩序の維持と預金者の保護を図ることを目的と

している。<sup>62</sup>専門家の業務を専門家の資格を保有する者に限  
 定する意味も、当該業務を遂行する者を一定の見識と能力を  
 備えた者に限定することによつて、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点で共通してい  
 る。

そして、銀行にあつても、わが国においては、役員は従業  
 員出身者の占める割合が極めて高い。<sup>63</sup>銀行の取締役になる  
 ためには、数の限られた銀行に従業員として入社し、その中  
 で教育訓練を繰り返し受ける必要がある。その結果、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。銀行が行う融資業務は、預金者から  
 預かった預金を原資の一つとし、資金を安全確実に運用して  
 安定した収益を実現し、預金利息の支払いや預金元本の預金  
 者に対する確実な返却、さらには株主に対する安定した配当  
 を行うことが中心となる。預金者は、どういう先にどれだけ  
 の資金を融資するかという銀行の判断には一切関与しない  
 し、預金者はそもそも、銀行の資金運用状況に異議を唱える  
 ということはできない。預金者は、銀行取締役が安全確実に  
 預金を運用するであろうことを信頼した上で、いわば盲目的  
 に銀行に預金を預けているのである。また、取締役に経営を

委任した株主についても、経営監督機能が後退しているのので、経営監督権能を発揮して、資金運用が適正に行われているかどうかをチェックすることには困難を伴う。銀行の株主は、取締役が高度な資金運用能力を有することと、適正な資金運用が行われることを信頼して、取締役に経営を委任せざるを得ないのである。

このようにみても、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言えるところに、このような構造は専門家と依頼人との関係とほとんど同視できるものであると言える。

以上の検討から、銀行の取締役は専門家を有すると結論せざるを得ない。経営監督機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考えると、銀行取締役が、専門家と同様に、高度注意義務を負うものと考えられる。

#### 四 銀行の利益に対する特別な保護

銀行を中心とするわが国の金融機関は、間接金融主体の金融構造の下で、企業活動に伴うリスクを集中して負担してきた。このような金融構造の下では、金融機関が負担したリスクが他に波及すること、とくに預金者に波及することは、なんと避けては避けなければならない政策課題である。戦後のわ

#### 銀行取締役の注意義務（神吉）

が国の護送船団行政は、経営効率の悪い金融機関にも一定の収益を確保することによって金融機関経営を安定させるとともに、金融機関の負担したリスクが預金者に波及することを阻止する機能を果たしてきたことは疑いない。

行政当局による金融機関に対する保護政策とは別に、銀行の負担したリスクが銀行内部で十分吸収できるよう、銀行の法律上の利益は判例上も極めて手厚く保護されてきたと言える。その代表的な例が、銀行の相殺権の擁護である。

相殺が担保的機能を有する点と、相殺権が判例によって順次拡大・強化されてきたことは、ここであらためて論じるまでもなからう。最大判昭和四五年六月二十四日（民集二四卷六号五八七頁）は、「第三債務者は、その債権が差押後に取得されたものでないかぎり、自働債権および受働債権の弁済期の前後を問わず、相殺適状に達しさえすれば、差押後においても、これを自働債権として相殺をなしうるものと解すべきである」とし、相殺権者の利益を最大限に擁護する判断を下したのである。また、私人間の特約にすぎない銀行取引約定書が規定する相殺予約の対外的効力までもが、同時に判例によって認められてきたのである。

この結果、銀行の融資先が銀行に預けた預金は、融資先の意思とかかわりなく、銀行に対する実質的な担保となっているのである。融資先の経営破綻時に、銀行は担保権の行使に

先立つて相殺権を行使することによって、確実な債権回収が可能となり、銀行が被る実損額は確実に減少することとなる。銀行と融資先との間に債権・債務が相対立して存在するのは、銀行が決済機能と信用仲介機能を同時に果たす限られた経済主体であるという銀行業の本質と、これらの機能なしには経済活動を展開できないということに起因するものである。

つまり、銀行をはじめとする金融機関は、債権回収に際して競合関係にある融資先の差押債権者、一般債権者の不利益の上に、みずからの債権を確実なものとするのが判例上認められた特別な存在なのである。銀行にこのような権利行使が認められた理由は、銀行の債権回収を確実なものとすることによって銀行の利益を擁護し、ひいては多数の預金者の利益を擁護するという社会的要請に裏付けられたものであると考えられる。銀行の債権回収が保護されない結果、銀行経営に影響が出た場合、それは預金者の利益を損ない、結果的に社会全体の利益を損なう結果となるからである。相殺判例とそこに流れる銀行の利益擁護の思想は、社会全体からみて、銀行融資先の差押債権者、一般債権者の利益と銀行の預金者の利益とを比較衡量した場合、預金者の利益をこそ、より手厚く保護すべきであり、預金者の利益を体現する存在が、銀行という存在であると考えられてきたということになる。

一連の相殺判例の意味を上のように読み解いた場合、このような相殺権の行使を認められた主体としての銀行には、そもそも相殺権を行使する機会を極力少なくして銀行経営を遂行すべき義務、つまり差押債権者や一般債権者が不利益を被る可能性を極力少なくするべき義務、別の言い方をすれば慎重に検討した上で融資を実行することによって融資の健全性を維持すべき特別の義務が課せられていると見るべきなのはなからうか。相殺判例によって銀行に特別の法的保護が与えられ、債権回収が容易に進められるからといって、銀行の利益が銀行融資先の差押債権者や一般債権者の不利益の上に成就されている以上、リスクに対する感覚を麻痺させ、銀行がさまざまな融資を実行することは社会的に容認できないものである。特別の利益を享受している以上、それに見合った特別の責任が発生することもまた当然なのではなからうか。

このような観点からも、銀行取締役は特別な内容の注意義務を負っていると考えるべきであり、銀行取締役の注意義務は高度であると考えられる。<sup>7)</sup>

#### 第四節 注意義務に関する二つの立場

銀行取締役の注意義務を高度なものと考えるか否かは、株式会社取締役の注意義務を絶対的なものとして捉えるの



か、相対的なものとして捉えるのかという考え方の違いに帰着するものと言えよう。このように考えれば、前者の立場を注意義務絶対説、後者の立場を注意義務相対説とも呼ぶことができる。

注意義務相対説の立場は、当該企業の業種や規模を勘案し、それぞれの業務を処理する人にその時々々に求められる注意義務を尽くしたか否かを基準として、注意義務違反の有無を判断しようとするものである。従つて、銀行取締役が銀行経営における公共性を実現する義務を負つていたり、銀行業務に専念する義務を負つている点も、銀行取締役であれば等しくこの義務を負つているため、銀行取締役としての注意義務の程度を高める理由とは考えないのである。つまり、それぞれの取締役が負う注意義務の違いは、全て内容の違いとして見るのであつて、程度の違いとは見ない考え方である。この立場は、専門家責任についても、専門家は専門家としての注意義務をそれぞれ負つているのであるから、それぞれの専門家としてみれば当然のことであつて、専門家の注意義務の程度を高度であることに否定的な結論を導く立場と共通する。

これに対して注意義務絶対説の立場は、銀行取締役の注意義務の内容を他の業種の取締役の注意義務の内容とも比較検討した上で、他の業種の取締役が負つていない銀行取締役の

注意義務の特徴を、業種を超越した形で取締役の注意義務という一つの尺度の中で絶対的に位置付けた上で、特別であり、高度であると考えられるわけである。専門家の負う注意義務を高度であるとする考え方と共通する考えである。

二つの立場の違いをより深く理解するには、なぜ銀行取締役の注意義務を一般企業の取締役の注意義務と比較して論じる必要があるのかを明らかにする必要がある。このことは、専門家の注意義務をそうでない人の注意義務と比較して高度であると言うことの必要性の有無と同じであると考えることができる。

銀行取締役の注意義務を一般企業の取締役の注意義務と比較して論じるべき根拠は、わが国では、銀行に対する社会からの高い信頼が存在することに求められる。このような信頼は、他のどのような業種の企業にも見られないものである。わが国においては、社会からの信頼を背景に、銀行という存在は特別であり、特殊であると考えらるべきである。また、社会からの高い信頼を具体化するために、銀行は経営の健全性を維持すべき必要性が極めて高いと考えらるべきである。社会からの高い信頼に対する銀行の責任、つまり経営の健全性を維持すべき責任に見合つて、銀行取締役は高度注意義務を負つていのである。なお、このような考え方に対しては、銀行の社会的責任と銀行取締役の会社に対する責任とを混同

しているとの批判がありえようが、銀行の社会に対する責任を果たしていくことこそが、銀行取締役の会社に対する責任を構成する一要素であるというべきである。

注意義務絶対説と相對説の考え方の違いを上のように理解すれば、相對説の論者が絶対的な尺度の存在を認めない以上、この問題はこれ以上議論のしようがない問題であると言える。また、實際の問題解決に際しては、どちらの立場に立つたとしても、結論が大きく異なることにはならないものと考えられる。なぜなら、注意義務相對説に立つたとしても、銀行取締役の負っている注意義務の内容自体を、注意義務絶対説の論者と全く別に考えようとしているわけではないからである。両者で議論する実益のある点は、銀行取締役が業務執行に際して、具体的にどのような点に注意すれば注意義務を尽くしたといえるのかという、注意義務の具体的内容である。私見は、注意義務絶対説に立っており、銀行取締役の負う注意義務は、銀行業務を執行する者に求められる注意義務であつて、その注意義務の程度を他の業種に属する企業の取締役が負っている注意義務の程度と比較するならば、高度であると解すべきであると考ええる。

## 第五節 銀行取締役の注意義務の具体的発現

### 一 高度注意義務に関する要件

銀行取締役の業務執行、とくに融資判断に関して注意義務違反の有無を検証する際には、銀行取締役の負っている注意義務の特質を具体的に踏まえた上で、銀行取締役に注意義務違反がなかったかどうかを検証すべきこととなる。

ところで、わが国において銀行取締役を含めた株式会社取締役が会社に対する責任を認められた事例は少ないものと思われる。これは、取締役の注意義務の具体的内容を確定することの困難さと密接に関連した問題であるように思われる。<sup>75</sup>ここでは、銀行取締役の負う高度注意義務の具体的内容を確定するための作業の一つとして、銀行取締役の負う注意義務について、善管注意義務と忠実義務の側面から、どのような融資を銀行取締役が行った場合に注意義務違反となるのかについて検討する。

### 1 善管注意義務違反の類型

銀行取締役は銀行経営において、営利性と公共性をともに実現する義務を負っている。このような銀行取締役の注意義務の特徴から、銀行取締役は銀行の融資運営に際して、①公共性、②安全性、③収益性、④成長性の4つの点に留意する義務を具体的に負っているというべきである。それぞれの点

についてみれば、公共性は、(a) 特定の業種や特定の企業に偏重することなく幅広い分野に資金を配分すること、(b) 売春防止法一三条が禁止するような違法な融資を行わないことは当然として、法が明確に禁止していない融資であっても、社会的にみて問題のある融資を行わないこと、といった点が含まれる。安全性については、(a) 融資先の営業上の収益で融資が確実に回収できること、(b) 必要に応じて融資に対する保全措置を講じることといった点が含まれる。収益性については、銀行業が慈善事業ではなく、株主に対する配当や預金者に対する利息の支払を安定して実施するために、安定した収益を計上する必要性が高い以上、提供した資金に見合う正当な対価を融資先から実現することが、銀行経営の健全性を維持するためにも必要となる点である。成長性については、銀行が安定した収益を将来にわたって実現するために、成長の見込める企業に融資すべき点である。

これらの点を踏まえて、銀行取締役の善管注意義務違反を構成する融資の類型を挙げる。

第一は、短期的値上がり益を目的とした投機的資金需要に対する融資である。このような資金は値上がり益を返済原資とするので、値上がりが実現しない場合、銀行の貸出資産は固定化するとともに、場合によっては不良化することになる。銀行の貸付金は、事業から得られる収益で弁済されるのが原

則である。投資・投機を目的とする資金であるとともに本業からの収益弁済ができないような融資は、そもそも返済不能な融資であり、このような融資を銀行取締役が実行することはできない。

第二は、不動産担保を代表例として、担保の価値に全面的に依存した融資である。銀行は、担保価値の範囲内で資金を融資し、担保の換価処分によって資金の回収をはかる担保金融会社ではない。銀行の融資は融資先の事業収益で弁済されることが原則であって、担保からの回収は原則として融資の失敗を意味する。健全な事業を営む収益力ある企業に融資するのが、銀行融資のあるべき姿である。融資実行の当初から担保処分によって回収することを予定したような融資は、銀行業の予定しない融資である。

第三は、過大・過剰な融資である。資金需要がないにもかかわらず、融資先に不必要な資金を過大・過剰に融資する例が典型である。このような融資は、融資した当初は問題となることはないものの、融資した企業の業績が悪化した場合に銀行の資産が大きく劣化する可能性がある。銀行の表面的な業績や短期的な収益目標のために、このような融資が行われることもあり、極めて問題である。本来の資金需要を超えて融資するわけであるから、銀行が貸付金の流用を容認していることにもなり、株主や預金者の利益にも反する融資である。

第四は、赤字企業や業績悪化企業に対する漫然とした融資である。通常の場合、融資先企業の経常利益が三年以上赤字である場合、銀行取締役には、当該企業の経営が重大な局面に立っているとの認識が必要であり、経営改善策の策定を求めたり、保全強化策の検討や新規与信を抑制的に運営すること、経営改善策の提示がない場合には返済交渉を進めるといった対策を講じるべきである。このような措置が講じられていない場合には、取締役の注意義務違反となる。なお、与信取引を開始する純新規先が赤字企業である場合、銀行は銀行であることもって相手方からの与信の要請に応じなければならぬ一般的な義務を負うものでは決していないから、このような与信は通常の場合、取締役の注意義務違反を構成するものである。このことは、上に述べたとおり、担保の有無とはかわりないことであり、赤字企業に対する純新規与信は、担保の有無にかかわらず、取締役の注意義務違反となる。赤字企業に収益弁済ということは、そもそもありえないからである。

ここに挙げた融資については、実行すること自体が銀行取締役の善管注意義務違反を構成する。なお、注意義務相對説に立った場合には、例えば銀行業界全体として以上のような融資を行うことが多くみられ、平均的な銀行取締役であれば誰もが同様の融資の決裁をしているという事情があれば、注

意義義務違反を厳しく問うことは難しくなるものと考えられる。その時々平均的な銀行取締役からみて、そもそもこのような融資を回避する義務を導き出すことができない場合が生じる可能性があるからである。反対に、注意義務絕對説に立った場合には、取締役が業界横並びに行動した場合であっても、注意義務違反を導くことができよう。注意義務相對説と相對説との具体的な違いは、このような点に見出すことができる。注意義務絕對説に立った場合の方が、銀行取締役の注意義務違反を、より広く導くことができると考えられる。

次に、融資決裁の過程に関する善管注意義務についてみる。銀行の融資が貸倒れとなる場合には、当該融資先が計画的に倒産したり、資金繰り計画の失敗によって倒産するのでない限り、当初の与信からある程度の時間の経過があり、かつその間に融資が繰り返される場合が通常である。貸倒れが発生した場合に、銀行取締役が十分に注意義務を尽くしていたか否かを検証する際には、次の点を明らかにする必要がある。

第一は、融資先企業が倒産するという危険性を、銀行取締役が認識していたかどうかである。銀行取締役は、倒産の兆候を検出するプロフェッションである。過去の経験に基づいてみた場合、企業が倒産に至る過程には多くの場合、共通してみられる事象がある。企業が赤字に陥ることが、その最も

顯著で代表的な指標である。倒産の兆候に対する認識があったか否か、認識がなかった場合には、なぜ認識できなかったのかが問われるべきである。前述の中京銀行事件判決においては、倒産した企業の自己資本比率を金融業としてみた場合に、なお信用良好と判断する余地があったと述べているが、自己資本比率を業種平均と比較して水準であることのみをもって倒産の兆候なしと判断しただけでは、銀行取締役は高度注意義務をつくしたことはならない。経営指標との単純な比較でもって倒産の兆候なしと判断して免責されるのであれば、誰が判断しても同じ結果が得られるのであって、そもそも責任を負うような銀行取締役は存在しないということにもなりかねない。この点においても、注意義務絶対説と相對説とは、結論に違いの生じる可能性がある。つまり、銀行の審査機能がパブル経済期の小さな融資の結果、崩壊あるいは大幅に低下したとみるならば、銀行取締役の倒産兆候の検出能力も平均的には低下すると言えらるため、相對説に立つた場合には、仮に倒産兆候を検出できなかったとしても、注意義務違反の認められない場合の生じる可能性がある。

第二は、倒産の兆候の表れた先に対して、銀行取締役が倒産に至るまでの間にどのような措置を講じたかである。損失の発生を回避するために、具体的な措置が講じられていなければ、仮に倒産の兆候についての認識があったとしても、善

管注意義務を尽くしたことにはならないといふべきである。損失の発生を回避するための措置には、融資を圧縮したり、保全を強化することだけが含まれるのではない。経営改善を申し入れたかどうかということも含まれる。

## 2 忠実義務違反の類型

取締役の忠実義務は、業務執行に際して、取締役が取締役自身や第三者の利益を図ってはならない義務である。忠実義務違反の類型に属する融資としては、次のようなものがある。

第一は、分散貸出である。これは、特定の融資先に対する融資の集中を避けるために、意図的に融資先を分散する融資である。特定の融資先と関連のある企業や取引関係にある企業に融資して、当該特定の企業に融資させる場合が典型的である。表面的にみれば分散しているように見える銀行の貸出資産が特定先に集中し、銀行の貸出資産の安全性が当該特定企業の信用状態に依存する結果となる点で極めて問題である。大口融資規制の脱法行為として、あるいは銀行の内部規定を潜脱するために行われる場合が典型である。銀行取締役の側から、融資先の事業部門を別会社社化させた上で、分散貸出を実行するといった悪性の強い場合も考えられる。このような融資は、取締役個人が自らの利益のためや自らの保身のために、あるいは融資先の利益を図るために行われる場合が多い。

第二は、迂回融資である。迂回融資は、特定の融資先の資金需要に応えるために、別の企業を経由して資金の供給を続ける融資である。大口融資規制の脱法行為として行われる場合もある。真の融資先や真の需資要因を隠蔽し、融資を行うものである。

第三は、ペーパーカンパニーに対する融資である。実際に事業を行っていない会社に対する融資であり、迂回融資との組合せで行われる場合が通常である。事業実態のない企業に資金需要はそもそも存在しない。つまり、資金需要は偽りである。事業実態がないということは、全く事業経営を行っていないという場合だけでなく、ごくわずかの事業を行っている場合や、外形を取り繕うために便宜的に事業を行っているように見せかけている場合も含めるべきである。不良債権が顕在化するのを隠蔽するために、担保不動産を融資先企業から別の企業に市場実勢と乖離する高価格で売却させ、購入先企業に購入資金を融資するような行為も、多くの場合は事業実態のない企業を受け皿とするため、この行為類型に当てはまる。

第四は、担保評価の水増しである。担保に全面的に依存する融資を銀行が行えないことはすでに述べた。この行為は、最終的に銀行が回収不能になる金額を銀行に誤認させる行為であるとともに、自己の裁権権限を実質的に拡大する効果を

伴う。担保価値に見合つて、代表取締役から委譲される融資決裁の権限が、通常の場合、拡大するからである。権限いっぱいには融資を実行すると、実質的な意味で無権限実行となる。これも、担保価値を水増しした特定先の利益のために行われる場合が多い。

忠実義務違反の類型に属する融資に関しては、取締役が銀行の利益と取締役自身または第三者の利益のうちのどちらの側の利益を優先させたかが義務違反の尺度となるので、注意義務絶対説と相對説のどちらに立ったとしても、義務違反を導くことが可能であり、両説に実質的な違いはない。

ただし、忠実義務違反の類型に属する融資については、通常の場合、銀行の利益を図るために行われるということは、考えられない点に注意が必要である。つまり、この類型に属する融資が実行された場合、銀行取締役の注意義務違反が即座に導き出される。なぜなら、これらの融資を銀行の利益のために実行したとする銀行取締役の抗弁は、銀行の利益のために行われたものではなく、みずからの保身のために行われたと考えられるとともに、これらの行為が行われないようにすることこそが、銀行取締役の義務の根幹をなしていると考えられるからである。

## 二 高度注意義務に関する効果

銀行取締役の負っている高度注意義務に対する違反の効果は、注意義務絶対説と相對説とで違ひはない。注意義務違反の認められる銀行取締役の責任自体が重くなることはない。

つまり、注意義務絶対説に立った場合に、損害賠償額が高くなるということはない。注意義務絶対説に立つ私見は、取締役の責任自体を加重すべきであるとは考えていない。

つまり、兩説の違ひは、銀行取締役の責任の認められる行為の範圍を、注意義務絶対説に立った場合に、注意義務相對説に立った場合に比して広く捕えることができるという点である。

銀行取締役は、銀行業務に専念する義務を負うとともに、銀行経営における公共性を実現する義務をも負っている。融資判断に当たる銀行取締役を例にとつて言うならば、他の業種の取締役が経営判断に当たる場合に比して、考えるべき点が多いということを意味する。

一方で、銀行取締役は、金融業務に従事する専門家であるから、専門家としての高度な判断能力が要求される。銀行取締役が高度注意義務を負っている以上、仮に銀行取締役自らが、担当業務に関して高度な判断能力を持ちあわせていないと判断したなら、自ら進んで退任すべきである。

## むすび

本論文は、銀行経営の健全性を維持するためには、銀行取締役の注意義務の具体的内容について明確にする必要があるとの問題意識に立つて、融資実行における銀行取締役の注意義務について考察し、もつて銀行取締役が高度注意義務を負うことを明らかにしようとしたものである。専門家責任の領域においても、専門家の注意義務を巡っては諸説があり、専門家の注意義務が高度注意義務であるとする考えが異論なく支持されているとは言えない現状を考えれば、本論文に対しても多くの批判がありえよう。近年の相次ぐ銀行の経営破綻により、破綻銀行の取締役は民事・刑事の両面から法的責任を追及される状況にあり、今後、銀行取締役の注意義務を巡る議論は、裁判の過程においても避けておれない問題となることが予想されるところである。従来、わが国法学会であり検討されてこなかったこの問題が、本論文を一つの契機として、今後盛んに検討されることを望むものである。

銀行取締役の注意義務に関する問題の根底には、銀行取締役の責任について、他の業種企業の取締役と区別して論じなければならぬ理由は何なのかという問題がある。この根拠

について、本論文では、間接金融優位の金融構造の下での銀行に対する社会からの高い信頼の存在に求めるべきとの立場を示した。現時点でも、わが国においては、いまだ銀行という存在は社会的にみて特別であると考えられる。

ただし、今後とも銀行が特別な存在であり続けるかどうかについては、むしろ否定的に考えるべきであろう。そして、銀行が社会的にみて特別な存在でなくなれば、銀行取締役の注意義務を高度であると考えるべき必然性もまた、なくなるかもしれない。

本論文は、銀行取締役の注意義務が高度であるということの論証を中心課題としたため、融資実行に際しての銀行取締役の注意義務として問題をみた場合、融資の書類審査の過程において銀行取締役がどのような点に留意すれば注意義務を果たしたといえるのか、稟議制度をとる銀行の審査実務において、作成された書類に対する取締役の信頼は保護されるのかといった点や、融資実行と経営判断の原則との関係については、いっさい検討していない。

これら本論文で論じなかつた諸点を含め、今後とも研究を継続したい。

注

(1) 前田重行「六戸善一」松下淳一「伊藤眞一」シンポジウム「金融機関の健全性維持および破綻処理について」金融法研究二二号(一九九七)八頁～九頁「前田重行報告」参照

(2) 本論文は、銀行法五条一項によって株式会社であることを要請される銀行を考察の対象としているが、必要に応じて銀行を含む「金融機関」という言葉を用いる。本論文において金融機関とは、民間の預金取扱金融機関を指している。

民間の預金取扱金融機関を含むわが国の金融組織については、日本銀行金融研究所「新版 わが国の金融制度」(日本銀行金融研究所、一九九五)二頁の図表参照

(3) 平成七年二月二日付け金融制度調査会答申「金融システム安定のための諸施策」市場規律に基づく新しい金融システムの構築」の「1.不良債権問題の早期処理と今後の金融システムのあり方」の(2)では、「今後は金融機関や預金者の自己責任原則の徹底と市場規律の十分な発揮を基軸とする透明性の高い金融システムを早急に構築していく必要がある。」としている。答申については、金融財政事情1996.1.15号「二二頁～二八頁参照」

(4) 平成六年六月一二日付け金融制度調査会基本問題検討委員会の中間報告「金融自由化と金融機関の経営の健全性確保について」自己規律による創造的経営を目指して」の「第1 基本的考え方」の「4 金融機関」市場及び行政の役割」参照。報告書については、金融財政事情1994.7.4号「四一頁～四七頁参照」

(5) 善管注意義務と忠実義務については、周知のとおり異質が同質かを巡って争いがあるが、本論文ではこの点については触れない。



ただし、以下の記述では、二つの義務の機能する局面が異なる場合のあることも事実であるため、二つの義務を使い分ける。

異質論を代表する文献として、赤堀(渋谷)光子「取締役の忠実義務」(1)(2)(3)(4)法学協会雑誌八五巻一頁一頁六二頁、二頁三四頁六四頁、三頁二〇頁六五頁、四頁四三頁八三頁(以上一九六八年)の他、大塚谷公雄「取締役の責任」田中耕太郎編「株式会社法講座 第三巻」(有斐閣、一九五六)一一一七頁一一九頁があり、同質論の代表的文献として、森本滋「取締役の善管注意義務と忠実義務」民商法雑誌八一巻四号(一九八〇)一頁一三頁の他、鈴木竹雄「竹内昭夫『会社法』(有斐閣、第三版、一九九四)二八九頁一八九〇頁、大隅健一郎「今井宏『会社法論 中巻』(有斐閣、第三版、一九九二)一六五頁、近藤光男「取締役の経営責任」竹内昭夫「龍田節編『現代企業法講座3 企業運営』(東京大学出版会、一九八五)二九五二二九四頁がある。

(6) 信用金庫法三九条、中小企業等協同組合法三八条の二・四二条参照。

(7) 河本一郎「河合伸一」森本滋「森田章」近藤光男「川浜昇」前田雅弘「座談会」取締役の責任「わが国における経営判断原則の具体化」民商法雑誌一〇九巻六号(一九九四)三四頁(川浜昇発言)、川浜昇「米国における経営判断原則の検討(2)」法学論叢一一四巻五号(一九八四)六一頁注二二六参照。

結果債務と手段債務とを区別するのは、フランス民法の考え方である。結果債務は特定の結果の実現に向けられた債務をいい、手段債務は結果の実現に至るまでに注意深く善管を尽くして行為

## 銀行取締役の注意義務(神吉)

する債務である。結果債務と手段債務に関する文献としては、伊藤浩「手段債務と結果債務」立教大学大学院法学研究二巻(一九八二)一六五頁のほか、平井宜雄「債権総論」(弘文堂、第二版、一九九六)一六頁一七頁、山口俊雄「フランス債権法」(東京大学出版会、一九八六)二一六頁一二一八頁参照。

(8) 近藤光男「会社経営者の解任」江頭憲治郎編「鴻先生還暦記念」八十年代商事法の諸相(有斐閣、一九八五)三八三頁参照。

(9) 森本滋「会社役員責任」判例タイムズ四〇八号(一九八〇)一四頁は、「会社役員、とくに、取締役の責任に関しては、これまで、取締役の第三者に対する責任(商二六六ノ三)が、しかも、その要件論が議論の中心であった。取締役の会社に対する責任問題を包括的に論ずるものは、必ずしも多くない。」とする。

わが国商法学会は、二つの義務の異同に関する議論にあまりにも多くの精力を使ったため、取締役が業務執行に際して負っている注意義務の具体的内容という、より実際的な問題に対して取り組む余裕がなかったものと思われる。ただし、両説の論者の主張は、ただ異質か同質かを主張するのではなく、それぞれの説をとった場合に、具体的にどのような差異が存在するかという、より実際的な問題に移ってきている。上柳克郎「鴻常夫」竹内昭夫編「新版注釈会社法(6)」(有斐閣、一九八七)二六一頁(近藤光男)参照。

(10) 鈴木「竹内」前掲注5 二八九頁一三九九頁、大隅「今井」前掲注5 一六四頁一六五頁、二五一頁一二六一頁は、取締役の会社に対する責任を解説するに際して、取締役が善良な管理者の注意をもって職務を遂行すべき義務を負う点を述べた上で、商

法二六六条の条文に従った解説を加えるに止まる。取締役の責任全般について検討した論文である大阪谷・前掲注5 一一一五頁、一三九頁の序説と会社に対する責任について検討した一一一五頁、一三四頁をみても、忠実義務と善管注意義務の異同をめぐる検討や経営判断の原則、監視義務、さらには二六六条における要件論が検討の中心である。

ただし、近年は株主代表訴訟の増加により、どのような場合に、取締役の注意義務違反があったといえるのかについて、とくに経営判断の原則とのかかわりの中で、さかんに検討されるようになってきている。

(11) 株式会社「本来、証券市場から広く大衆資金を調達することによって大企業を経営する機構として利用されることが期待されている会社であり、資本の結合、危険の分散・軽減、および企業の維持の機能を最もよく果たす共同企業形態である」(青竹正一「企業の形態と規模」竹内昭夫・畠田節編『現代企業法講座2 企業組織』(東京大学出版会、一九八五)八頁)ことは、ここで改めて言うまでもない。

一〇〇万社を超える現在のわが国の株式会社の圧倒的大多数が、このような株式会社制度の理想を体現する企業でないこともまた明らかである。

(12) 例えば、ドイツにおいては、株式会社は資本規模の大きい大企業に利用されており、株式会社の数は少ない。(青竹・前掲注11 一九頁参照)わが国においても、このような状態が前提として存在すれば、株式会社の取締役の負う注意義務の内容や程度について細かく議論する実益は、それほど多くないかもしれない。

(13)

大森忠夫・矢沢惇・柳克郎・鴻常夫・竹内昭夫・谷川久編『注釈会社法(4)』(一九八〇、増補版、有斐閣)四四三頁(本間輝雄)は、このことを示した上で、「取締役がその任務を行う

について用うべき注意義務の程度は、抽象的には善良なる管理者の注意、すなわち思慮分別を有する標準人が当該会社の取締役としてその事業を行うについて用うべき注意であって、会社の規模の大小、その目的とする業務の種類によって、その内容に差異が存在することはいうまでもない。銀行の頭取は銀行の頭取として相応しい思慮・経験、貿易商社の社長は貿易事業の経営者に相応しい専門的な知識・経験がそれぞれ標準とされ、従ってまた、資本金一〇億円の大会社と一〇〇万円の小会社の取締役とは自ら具体的な基準を異にする。」とする。また、森本・前掲注9 一九頁は、「善管注意義務は固定的な内容のものではない。会社の規模、役職の軽重により異なりうるものである。」とする。

(14)

神崎克郎「取締役の注意義務」私法四二号(一九八〇)七九頁は、「取締役が会社の業務執行として行った経営上の判断につき、注意義務の違反があったとしてその責任が問われないためには、その判断が、その当時の状況にかんがみて、取締役として会社の業務執行を行う能力および識見を有する者の立場からみてあきらかに不合理でないことが必要である。(中略)業務執行の当時の状況にかんがみ、取締役として会社の業務執行にあたる者に一般的に要求される能力および識見を基準にして、あきらかに不合理であると認められるときは、善良な管理者の注意義務が尽くされなかつたのであって、その業務執行に注意義務の違反があつたこととなる。」とされる。

神崎教授は、中京銀行事件判決の判例評釈の中で、「銀行の取締役の融資決定に善管注意義務の違反があったか否かは、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注意の程度を基準として判定すべきであつて、銀行の融資業務を離れた抽象的な「通常の企業人」に期待される注意の程度を基準に判定することは妥当ではない。」とされ、前述の見解をより具体的に述べておられる。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（名古屋地裁平成九年一月二〇日判決金法一〇七五号一四頁）」金融判例研究七号（金融法務事情一四九二号）（一九九七）七八頁参照。

(15) 幾代通編『注釈民法（16）』（有斐閣、一九六七）一七一頁（中川高男）。ローマ法では、過失の概念は保管責任から生じ、当時すでに故意と過失概念の分化、さらには軽過失と重過失の概念も存在していたとされる。船田亨『ローマ法 第三卷』（岩波書店、改版、一九七〇）五四〇頁、五四一頁参照。

(16) 中川高男・前掲注15 一七一頁。  
(17) 渋谷光子「企業倒産と経営責任」ジュリスト六六二号（一九七八）四四頁は、「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。」としているのが数少ない例である。一九九七年一月の北海道拓殖銀行の経営破綻、広い意味における金融機関である山一証券の同年同月の経営破綻、さらにはその後の日本長期信用銀行をはじめとする相次ぐ銀行の経営破綻とそれらの破綻がわが国経済に与えた実に深刻な影響をみると、金融機関の取締役の責任をめぐる問題について、もっと活発な議論

が展開されてもよいのではないかと考えられる。

本論文は、一九九八年一〇月に筑波大学に提出した学位論文「メインバンクの救済融資に関する法的研究」の一部を加筆修正したものである。なお、この学位論文は、一九九六年一月に筑波大学に提出した修士論文「金融機関の救済融資における取締役の行為規制」を発展させたものであり、銀行取締役の注意義務については、修士論文の中でも検討している。修士論文を要約して公表した文献として、拙稿「金融機関の救済融資における取締役の行為規制」企業法学会編『企業法学一九九六 VOL. 5』（商事法務研究会、一九九六）二二二頁、二二五頁、とくに二二七頁、二二九頁参照。

学位論文提出後の一九九九年二月に吉井敦子「破綻金融機関をめぐる責任法制」（多賀出版）が公刊された。吉井助教の研究は、銀行取締役を含む金融機関の破綻に伴う取締役の責任法制全般について、アメリカ法を詳細に検討した上で、日本法についても検討したものであり、銀行取締役の注意義務について本格的に研究したわが国初の研究業績と位置付けられる。吉井助教は、「金融機関取締役の注意義務は一般事業会社の取締役に比べて高くなる」といえる。（同書二六八頁）とされ、理由を金融システム、預金保険制度の維持の枠組みの中で、金融機関の健全性、安全性維持のための注意義務が課されていると解されることに求めておられる（同書同頁）。

(18) 前田・穴戸・松下・伊藤・前掲注1 一頁、五九頁。特に、五二頁、五四頁（穴戸・前田発言）参照。これは、一九九六年一〇月に開催された金融法学会における「金融機関の健全性維持および

び破綻処理について」と題するテーマによるシンポジウムの席上での、宍戸教授への筆者の質問に対する宍戸教授、並びに前田教授からの回答であり、国内では、この問題に関する数少ない文献である。以下、本論文での引用は、同資料五二頁～五四頁の宍戸教授と前田教授の発言による。

- (19) 平井宜雄「債権各論Ⅱ不法行為」(弘文堂、一九九四(三刷時)に部分補正実施)ここでは一九九七年の五刷のものから引用)五七頁～五九頁。棒線は引用者による。

筆者が一九九七年九月に平井教授に直接口頭で質問したところによると、平井教授は、「金融業者」の中に銀行が含まれると回答された。

- (20) 直近の裁判例である東京地判平成一〇年五月一四日金融・商事判例一〇四三号三頁(野村證券損失補填株主代表訴訟)では、「善管注意義務または忠実義務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」判断すべきことによる。

- (21) 古い文献の例として M.C. Lynch, *Diligence of Directors in the Management of Corporations*, 3 CALIF. L. REV. 21 (1914). また「注意義務の基準について検討した文献の例として」Richard B. Dyson, *The Director's Liability for Negligence*, 40 IND. L. REV. 341, 371-76 (1965) S. J. Stewart R. Cohn, *Demise of the Director's Duty of Care: Judicial Avoidance of Standards and Sanctions through the Business Judgment Rule*, 62 Tex.

L. REV. 591, 607-27 (1983) 参照。また、米国における取締役の注意義務全般を考察した邦語の文献として、伊勢田道仁「米国における取締役の注意義務法理の展開(1)・(2)・完」大阪府立大学経済研究三六巻四号(一九九二)一頁～四八頁、三七巻一・二号(一九九二)一頁～四五頁がある。

- (22) Section of Business Law, American Bar Association, *Corporate Director's Guidebook-1994 Edition*, 49 BUS. LAW. 1247 (1994). 邦訳として「アメリカ法曹協会ビジネスロー部会会社法委員会」池水朝昭・谷健太郎訳「アメリカ会社取締役ガイドブック」商事法務研究会編「日米独における取締役の職責」別冊商事法務一九〇号(一九九六)五八頁～一〇二頁がある。

(23) 『会社取締役ガイドブック』は、後述の模範会社法典八・三〇条が規定する「誠実」「注意」「通常の分別を備えた人間」といった言葉について、具体的かつ詳細に説明を加えている。

See also 3 A.W.FLETCHER, *CYCLOPEDIA OF CORPORATIONS* § 1029-38 (perm. ed. 1986 & Supp. 1990).

- (24) Special Project Note, *An Historical Perspective on the Duty of Care, the Duty of Loyalty, and the Business Judgment Rule*, 40 VAND. L. REV. 605, 607 (1987).

(25) HARRY G. HENN & JOHN R. ALEXANDER, *LAW OF CORPORATIONS* § 234 (3d ed. 1983).

(26) 上の基準を採用する制定法の例として See Special Project Note, *supra* note 24, at 608.

(27) REVISED MODEL BUSINESS CORPORATION ACT § 8.30 (a) (1984).

- (82) Lynch, *supra* note 21, at 28-29. リンチは「①通常の物を生産する企業 (ordinary manufacturing corporations) ②鉄業に従事する企業 ③買収に従事する企業 ④銀行、保険会社といった金融会社 ⑤公共的なサービスを提供する会社 ⑥公益法人 (charitable corporations) ⑦教育産業 ⑧宗教法人 (religious corporations) の四つの分類を提唱する。」
- (83) 邦訳は、証券取引法研究会国際部会訳編『ローボレーナ・ガンス アメリカ法律協会「ローボレーナ・ガンス」の原理：分析と勧告』の研究』（日本証券経済研究所、一九九四）による。以下同様にである。
- (84) THE AMERICAN LAW INSTITUTE, PRINCIPLES OF CORPORATE GOVERNANCE: ANALYSIS AND RECOMMENDATIONS Vol. 1 144-55 (1994) [hereinafter *Governance*].
- (85) WILLIAM L. CARY & MELVIN ANON EISENBERG, CASES AND MATERIALS ON CORPORATIONS 576 (7<sup>th</sup> ed. 1995).
- (86) 3 A W. FLETCHER, *supra* note 23, § 1035.
- (87) HENRY WINTHROP BALLANTINE, BALLANTINE ON CORPORATIONS § 63 a (revised ed. 1946).
- (88) Joseph W. Bishop, Jr., *Sitting Ducks and Decoy Ducks: New Trends in the Indemnification of Corporate Directors and Officers*, 77 YALE L. J. 1078, 1097-99 (1968). Dyson, *supra* note 21, at 343-44. 前者の文獻では「銀行取締役の注意義務をめぐむ事例が、一部は連邦預金保険機構の存在によって実質的に消滅するようになつてゐる」といふ経験が示したやむを得ず人物を銀行取締役に就任せしめる「メカ」がなくなつてゐるを指摘する。後者の文獻では「銀行取締役に言及しても、時には「通常の会社経営の基準を知る機会のない地域の中の、特定の事業上の技能を持たない地方の市民である」を指摘する。」とのよび主張の背景として「アメリカの銀行制度に対する理解が必要となるが、」のりでも触れらる。
- (89) Briggs v. Spaulding, 141 U. S. 132 (1891).
- (90) *Id.* at 165-66.
- (91) Bowerman v. Hamner, 250 U. S. 504, 511-12 (1919); FDIC v. Mason, 115 F. 2d 548, 551 (3d Cir. 1940); Aherton v. Anderson, 99 F. 2d 883, 887 (6th Cir. 1938); Gamble v. Brown, 29 F. 2d 366, 370 (4th Cir. 1928).
- (92) Heidi Mandanis Schooner, *Fiduciary Duties Demanding Cousin: Bank Director Liability for Unsafe or Unsound Banking Practices*, 63 Geo. Wash. L. Rev. 175, 181 (1995). 参考として「Fleishacker v. Blum, 109 F. 2d 543, 547 (9th Cir.), cert. denied, 311 U. S. 665 (1940); Gadd v. Pearson, 351 F. Supp. 895, 903 (M. D. Fla. 1972) (mem.); Billman v. State of Md. Deposit Ins. Fund Corp., 583 A. 2d 684, 697-98 (Md. Ct. Spec. App.), cert. denied, 599 A. 2d 447 (Md. 1991); Barber v. Kolowich, 277 N. W. 189, 191-92 (Mich. 1938); Broderick v. Marcus, 272 N. Y. S. 455, 461 (Sup. Ct. 1934).
- (93) Prudential Trust Co. v. Brown, 271 Mass. 132, 171 N. E. 42 (1930); Greenfield Sav. Bank v. Abercrombie, 211 Mass. 252, 255-56, 97 N. E. 897, 899-900 (1912); Barber v. Kolowich, 283 Mich. 97, 104, 277 N. W. 189, 192 (1938).

- (40) Shooner, *supra* note 38 at 182. 例として、*Billman v. State of Md. Deposit Ins. Fund Corp.*, 593 A. 2d 684, 697-98 (Md. Ct. Spec. App.), cert. denied, 599 A. 2d 447 (Md. 1991).
- (41) *Governance, supra* note 30, at 160-61.
- (42) 日本国内の企業を例にとれば、巨額の手元流動性を有するトヨタ自動車は、別名「トヨタ銀行」とも呼ばれ、金融部門のグループ企業を擁して、自動車を購入する消費者に対するファイナンスの実施や、取引先企業に対する金融をも行っていることは周知の事実である。レポーターはこのような企業が存在することを根拠とするのであろう。
- (43) 証券取引法研究会国際部会・前掲注29 一六四頁。
- (44) アメリカの銀行法の代表的な教科書の二つである JONATHAN R. MACEY, GEOFFREY P. MILLER, *BANKING LAW AND REGULATION* は、一九九七年に出版された第三版において、新たに「役員、取締役、第三者の責任」の項目を立てて、銀行取締役の責任に関して検討を加えている (See JONATHAN R. MACEY, GEOFFREY P. MILLER, *BANKING LAW AND REGULATION* 332-37 (2d ed.1997)).<sup>5)</sup> その「では、銀行取締役の責任を確立する上で必要な過失の基準は、金融機関改革復興執行法 (Financial Institutions Reform, Recovery and Enforcement Act of 1989; FIRREA) 12 U. S. C. § 1821 (k) 項に関する分析が出发点である」としている。この条項は「経営の破綻した預金取扱金融機関の役員・取締役に対して、連邦預金保険公社 (Federal Deposit Insurance Corporation; FDIC) が預金者に代位して訴えを提起する際の役員・取締役の過失の基準を定めるものである。この条項では、重過失 (Gross negligence)
- という言葉を用いて役員・取締役の注意義務基準を定めているが、州法はコモン・ローとの関係で、この基準が絶対的なものなのかどうかについて争いがある。
- この点に関する文献として、Ronald W. Stevens, Bruce H. Nielsen, *The Standard of Care for Directors and Officers of Federal Chartered Depository Institutions: It's Gross Negligence Regardless of whether Section 1821 (k) Preempts Federal Common Law*, 13 ANN. REV. BANKING L. 169 (1994) がある。また、邦語の文献としては、吉井敦子「経営破綻銀行の取締役の注意義務と責任」(1) (2・完) 民商法雑誌一一四巻一号 (一九九六) 一頁～三〇頁、二号 (一九九六) 一頁～二五頁がこの問題に関する詳細な検討を行っているほか、弥永真生「海外金融法の動向」アメリカ (一九九三)「金融法研究二〇号 (一九九四) 九七頁～一〇二頁は、判例を概観している。吉井前掲注17 第一章、第九章も参照。
- (45) わが国が間接金融中心の金融構造にあることをみるために一九九五年の法人企業部門の負債に占める銀行借入の割合についてアメリカと比較してみると、わが国の五九・二%に対してアメリカは二二・一%であるに過ぎないが、反対に有価証券は、わが国の一五・八%に対してアメリカは四六・六%を占めている (経済企画庁編「平成8年版経済白書」(大蔵省印刷局、一九九六) 二九〇頁参照)。わが国の銀行借入の割合はドイツの五七・三%をも上回るものであり、わが国の金融構造が銀行借入に偏重したものであるかを理解することは容易である。
- また、平成一〇年六月一七日に公表された「新しい金融の流れ

に関する懇談会「論点整理」は、「1. 金融システム改革と基本的な問題意識」の「(1) 新しい金融の流れをどう捉えるか」金融機能の役割の変化」の①資金余剰基調の定着と個人金融資産の蓄積の項で、「銀行等による間接金融は、その基本的な構造として、銀行等が預金の元本と利子を保証し、融資等に係る運用のリスクを銀行等がいわば丸抱え的に負担する仕組みである。」としている（「論点整理」については、金融（全国銀行協会連合会）六一六号（一九九八年七月号）一一頁～六〇頁参照。引用部分一三頁）。わが国では企業活動に伴うリスクを銀行が集中して負担してきたこと、別の言い方をすれば、わが国国民は自由主義経済の下で、当然に誰かが負担しなければならぬ企業活動に伴うリスクにさらされることなく、銀行に預金している限り元本の支払いに不安がないとともに利息が確実に支払われるという環境に長年慣れ親しんできたことになる。このことは、法人・個人を含めた国民全体で企業活動に伴うリスクを負担することを意味する直接金融中心の経済社会における銀行の社会的地位や重要度が、決定的に異なることを意味すると考えられる。

MARK J. ROE, *STRONG MANAGERS WEAK OWNERS* 26-49 (1994) は、「アメリカの銀行が小規模な存在に押し止められてきたことを歴史的に述べている（同書の訳書として、マーク・ロー（北條裕雄）松尾順介監訳）『アメリカの企業統治』なぜ経営者は強くなつたか』（東洋経済新報社、一九九六）がある」。

(46) 銀行取締役が営利性を実現する義務のみを負っているとする、極端に言えば、衰退業種に属する企業に対する融資、貸倒リスクの高くなる赤字企業に対する融資（一時的に赤字に陥った企

業に対する融資が典型例）や、低金利での融資を行うことは、取締役の注意義務違反となる可能性が生じる。極端な例として、地域金融機関にあっては、地域内に所在する地場企業の多くが衰退産業に属するという事態に陥ると、銀行としての業務を継続すること自体が、銀行の営利性に反する結果となつて、取締役の注意義務違反を構成するというような結論にもなりかねないこととなる。

パブル経済期における銀行の融資行動は、銀行経営における公共性を軽んじて営利性を徹底して追求した結果であると考えられる。

(47) 小山嘉昭『全訂 銀行法』（大蔵財務協会、一九九五）一三三頁参照。

(48) 鈴木・竹内・前掲注5 三八六頁は、株主が取締役に対して責任追及の訴えを提起する前提として、会社の帳簿・書類を直接調査することが有効かつ必要であるとする。

(49) 銀行監督の目的を何に求めるかは難問である。預金者保護と金融秩序の維持の二つに求める見解が一般的である（前田重行「わが国における銀行監督法とその立法的課題」序説的考察」落合誠一・江頭憲治郎・山下友信編『鴻常夫先生古稀記念』現代企業立法の軌跡と展望』（商事法務研究会、一九九五）四八一頁～四八九頁）。MATHIAS DEWATRIPON & JEAN THOLE, *THE PRUDENTIAL REGULATION OF BANKS* 31 (1994) は、「小口預金者の保護に根拠を求め」。

(50) 銀行監督の有無にかかわりなく、わが国においては元本が保証されていると考えられている預金という形で吸収した資金を、資

金の不足する部門に融資の形で運用するという信用仲介機能を果たすが故に、銀行経営には厳しい自己規律が求められると考えられる。

わが国においてもベイ・オフの実施が間近に迫っているが、わが国においては、預金について元本が保証されているとのコンセンサスが形成されているとの指摘がある。「預金を考える懇談会報告書」金融五八〇号(一九九五年七月号)四三頁参照。

(51) 堀内昭義「金融システムの将来 不良債権問題とビッグバン」(岩波書店、新書、一九九八)四四頁―四五頁。

(52) 池尾和人「銀行リスクと規制の経済学 新しい銀行論の試み」(東洋経済新報社、一九九〇)一二五頁、堀内・前掲注51 七六頁―七七頁。

(53) ここで検討した諸点はいずれも銀行法という特別法上の規定であり、会社法からみた場合の銀行取締役の注意義務は、やはり他の業種の取締役と何ら変わらないのではないかと指摘がある。この点については、銀行取締役は、取締役として商法二六六条一項五号によって法令を遵守する義務を負っているものであり、一項五号には銀行法の諸規定が当然に含まれると解されるところから、銀行取締役は会社法上の解釈としても他の業種の取締役とは異なる特別の義務を負っていると解される。

(54) 実戸教授は、「注意義務の内容はソルベンシーの段階によって異なりうると思われまます。一つの考え方としては、銀行の取締役・経営陣は株主との間でのみプリンシパル・エージェント関係を結んでいるのではなく、預金者との間でもプリンシパル・エージェント関係を持っているという考え方をとったうえで、いわゆるス

テイクホルダー間の利害調整の観点から、ソルベンシーに関係なく、取締役は株主の利益だけを重視するのではなく、預金者の利益をも同じように重視しなくてはならないという考え方をとることも可能かとは存じますが、私はそれにはむしろ反対の意見をきよは述べたつもりでございます。ソルベンシーにまったく関係がない段階におきましては、銀行株式会社の取締役もやはり株主の利益を最大化することにできるだけ集中していただきたいと思ひます」と述べられる。前田「実戸」松下「伊藤・前掲注1 五三頁参照。

銀行経営において預金者の利益をどのように位置付けるかについては、銀行法一条に銀行法が預金者保護を目的の一つとしていることを明確に規定していること、さらに預金者保護を図ることが信用秩序を維持する上で前提条件と考えられていることからすれば、実戸教授の見解には賛成できない。銀行が営利性のみを追求することに問題のあることはすでに述べたとおりである。銀行経営には、営利性と公共性とをともに実現することが強く求められているのである。また、私見はソルベンシーが落ちた段階で銀行取締役の注意義務がさらに高度になるというようには考えていない。銀行経営の健全性を維持する方法は、平常時における融資一件ごとの健全性を維持していく以外にないことを強調しておきたい。貸出資産の質を短期間に大幅に改善するということは不可能なのである。

(55) 小山・前掲注47 三二八頁―三二九頁参照。

(56) 一九九七年一月に経営が破綻した北海道拓殖銀行の破綻に至る経緯は、このことを如実に証明している。破綻の経緯を明らかに



にした資料として、北海道新聞社編『拓銀はなぜ消滅したか』(北海道新聞社、一九九九)参照。また、ここではいちいち引用しないが、日本長期信用銀行や日本債券信用銀行の経営破綻における新聞報道をみても明らかであろう。

- (57) 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、一九九三)一六頁〜一七頁、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NBL二八号(一九九四)六頁〜七頁参照。ただし、このような考え方を否定し、専門家は専門家としての注意義務を負っているにすぎないとする見解のあることについては後述する。

- (58) 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、一九九七)三〇三頁は、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」と表現される。鎌田教授は、専門家の注意義務が高度であるとの考え方に否定的であるが、専門家の注意義務をそうでない人の注意義務から区別して議論すること自体を否定してはおられない。

- (59) 弁護士法一条二項は、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。

弁護士士の誠実義務については多くの文献があるが、最近の文献として、石川明「弁護士の誠実義務について」判例タイムズ九八

## 銀行取締役の注意義務(神吉)

五号(一九九八)六二頁〜六三頁、加藤新太郎「弁護士の責任」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、一九九七)三四一頁〜三七三頁。加藤文献は、専門家責任としての弁護士責任全体を検討したものである。

- (60) 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NBL二八号(一九九四)一二九頁〜一三〇頁。

- (61) 西嶋・前掲注60 一三五頁。

- (62) 小山・前掲注47 八五頁参照。同書では、免許制の根拠として、①信用秩序の維持と預金者の保護 ②銀行経営における公共性を実現するために人的構成について審査する必要性のあること、③地域社会やわが国の金融・経済の効率的運営を図る上で、当該銀行の設立が適当かどうかを審査する必要性のあること、の三点を挙げる。

- (63) 筆者の調査によれば、一九九九年三月期における都市銀行九行の役員総数は二六五名であり、その内訳は取締役二二七名、監査役四八名(うち社外監査役一九名)である。取締役のうち、当該銀行に従業員として勤務したことのない者は、わずか六名である。そして、取締役二二七名のうち、二一〇名が最終学歴卒業の翌月に当該銀行に従業員として入行した者である。

監査役については、社外監査役を除いた二九名全員が、取締役と同様に最終学歴卒業の翌月に従業員として当該銀行に従業員として入行した者である。また、社外監査役一九名については、当該銀行に従業員として勤務したことのある者が五名含まれており、その勤務年数は五名とも二〇年以上であることを注

記しておく。各銀行有価証券報告書参照。

(64) 「預金を考ふる懇談会報告書」前掲注50 四三頁によれば、「預金者は、金融機関が借り手の信用力等に関する情報を収集・分析し、適切なリスク管理を行うという本源的機能を信頼して、自らの資金を金融機関に託している。換言すれば、預金は資金運用に係るリスクが金融機関によって遮断されるところに特徴がある。」とする。預金者は、預金を預ける金融機関を全面的に信頼するか、金融機関の行動に問題を感じた場合に預金を払い出すかの二者択一の行動しかとりえない。

(65) 能見・前掲注57 六頁によれば、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。

(66) 西島教授は、本論文で引用した文献とは別の文献において、専門家の要件として、①その業務について一般原理が確立し、この理論的知識に基づいた技術を修得するのに長期間の高度の教育と訓練が必要であること、②免許資格制が採用されていること、③職能団体が結成され、その団体につき自立性が確保されていること、④営利を第一とするのではなく、公共の利益の促進を目標とするものであること、⑤プロフェッションとしての主体性、独立性を有することの五点を指摘しておられる(西島梅治「プロフェッション・ライアビリティ・インシチュアランスの基本問題」有泉亭監修『現代損害賠償法講座8』(日本評論社、一九七三)一四一頁。すでにみたように、④についても銀行取締役には適合的である。

(67) この問題は、金融機関の経営が他の事業経営に比して特殊であるかという問題に置き換えることができる。金融機関経営の特殊性を否定する見解として、三輪芳朗「金融行政改革 一役所ばなれ」のすすめ(日本経済新聞社、一九九三)参照。また、金融機関の公共性に疑問を呈する見解として、飯田経夫「銀行の社会性・公共性を問う 技術論より基本的な姿勢こそ」日本経済新聞社編『論集・現代の金融問題4 金融システム』九一頁〜一〇二頁(日本経済新聞社、一九八〇)参照。

(68) 池尾和人「金融自由化以後のブルーデンス政策」貝塚啓明ほか編『90年代の金融政策』(日本評論社、一九九三)一五一頁によれば、護送船団行政とは、行政当局による競争制限的規制を中核とした規制体系により、既存の金融機関を保護し、収益機会を保証することで、経営破綻の生じる可能性をなくそうとするもので

あるとしている。

(69) 護送船団行政の徹底により、わが国では金融機関の経営破綻がついで数年前までなかった。わが国において、預金については元本保証があるものという国民のコンセンサスが形成されていると認識されている点について、「預金を考える懇談会報告書」、前掲注50参照。

(70) 相殺の担保的機能と相殺判例の歴史に関する文献にはおびただしい量があるが、ここでは林良平「相殺の機能と効力」加藤一郎『林良平編集代表「担保法体系 第5巻」(金融財政事情研究会、一九八四)五三二頁～五六四頁(林良平「林良平著作選集Ⅱ 金融法論集 金融取引と担保」(有信堂、一九八九)二〇四頁～二三四頁所収)、塩崎勤「相殺判例の形成と発展」加藤『林編集代表前掲同書五六五頁～六〇八頁の二文獻のみを挙げておく。

(71) 相殺判例を典型例として、銀行に認められた法務権益は、戦後経済の立て直し、さらには欧米に比肩しうる経済近代化という政策目標のもとで進められた経済政策を金融面から実現することと、社会に対する円滑な資金供給を進めることに寄与する結果となったものと考えられる。銀行がこのような法務権益を享受することが社会的にも支持されてきた理由は、繰り返しになるが、銀行が預金者の利益、ひいては社会全体の利益を体現する主体であると考えられてきたからである。

現在という時代こそは、バブル期に銀行が行った乱脈融資が不良化した結果、銀行という存在が、社会からの信認を失うと同時に、銀行が社会的にみて特別の権利擁護を受けるに相応しい存在であるのか否かが検証されるべき時代であると見ることができ

る。

(72) たとえば、平沼高明「医師の責任からみた専門家責任」専門家責任研究会編『専門家の民事責任』別冊N B L二八号(一九九四)一六頁、鎌田薫「わが国における専門家責任の実情」前掲別冊N B L二八号七三頁は、このような考えに立つ。

(73) 加藤新太郎・前掲注59 三五二頁は、専門家の注意義務が高度であるというのは、単なるレトリックや倫理規範に止まらないとし、その根拠を「専門家としての研鑽義務」に求める。

(74) 鏡味徳房「竹内昭夫」土田正顕『浜田宏一』蜷山昌一「セミナー」金融に関する法と経済」鈴木隼弥「竹内昭夫編」金融取引法体系 第一巻 金融取引総論(有斐閣、一九八三)「土田発言」は、わが国が間接金融主体の金融構造を形成しえた理由の一つとして「金融機関に対する国民の信認が高いということがあるともいいます。」(三三〇頁)と発言するとともに、金融機関の公共性に関して、「日本の場合はとにかく国民感情として金融機関は一般の企業とは違うという意識があります。」(三五二頁)と発言する。座談会は一九八二年六月二六日のもので、土田氏は大蔵省大臣官房秘書課長(前銀行局銀行課長)として出席されたものである。

バブル経済崩壊後に露呈したバブル期に行った銀行の乱脈融資と相次いで起こった金融機関の経営破綻により、この時の発言が現時点でそのまま当てはまるかについては異論があるかもしれないが、少なくとも金融機関の経営破綻が現実化する以前には、わが国の国民感情は土田氏の発言どおりであったと言える。

(75) 鎌田・前掲注72 六四頁は、医師以外の専門家に対する責任追

及の事例の少ない理由として、専門家に要求される技能ないし注意義務の水準が医療水準ほど明確になっていない点を指摘するが、取締役についても全く同様であると考える。

- (76) 「新しい金融の流れに関する懇談会「論点整理」・前掲注45においては、「1. 金融システム改革と基本的な問題認識」の「(1) 「新しい金融の流れ」をどう捉えるか」金融機能の役割の変化」の①資金余剰基調の定着と個人金融資産の蓄積の項で、「銀行等の金融仲介チャネルのみに偏重したシステムでは、我が国経済が将来を切り拓くだけのリスクを負担しきれないおそれがある。」とするとともに、「広範な主体が自らの判断によってリスクテイクすることを可能とし、経済全体としてのリスク配分の効率化とリスク負担能力の向上を促すような、新しい金融仲介チャネルを整備・拡充していくことが「新しい金融の流れ」として重要になると考えられる。」としており、間接金融に依存する割合の極めて高い金融構造からの決別を提言している。従って、間接金融の中心的な担い手であった銀行のわが国社会における位置付けは、今後確実に変化することが予想される。