

Trust Forum Foundation

民法法の改正と信託・財産管理

トラスト未来フォーラム研究叢書

令和7年8月

公益財団法人 トラスト未来フォーラム

はしがき

東北信託法研究会（第2期）は、公益財団法人トラスト未来フォーラムより支援を受け、東北大学の民事法（実体法および手続法）の研究者が集まって、「民事法改正期の信託法に関する研究」というテーマで、2022年6月からおよそ2年間自主研究を進めた。本書は、その研究成果をとりまとめ、トラスト未来フォーラム研究叢書の1つとして刊行していただくものである。

信託法そのものについては、すでに第1期研究会で取り上げており（その成果としてトラスト未来フォーラム研究叢書93号『信託の理論と活用』（2023年））、今回は、少し視点を変えて、近時の民法、商法・会社法および手続法の改正を整理し、これらの改正が信託法やそれを含む財産管理法に与える影響等について考察するというテーマを掲げ、研究会では、まずは一巡目となる前半の1年間で、改正の著しい民事法の内容を整理した。そして二巡目となる後半の1年間では、前半の検討も踏まえながら、各参加者が関心をもったテーマをそれぞれに報告した。

なお、研究テーマのうち「信託法・財産管理法への影響」という部分はゆるやかなものでよいものとした。このため、本報告書の目次も、例えば信託法上の関連する条文順などとするのではなく、①実定法研究を基礎法研究の前に、②一般法を特別法の前という方針で配列することとした。

なお、最後に加えた公益信託法改正に関する「資料」は、この研究会に続いて進行中の東北信託法研究会（第3期）における報告をもとにしたものである。異なる研究会の成果をこちらに移して公表することにしたのは、法改正に関する内容ということでこちらの報告書に親和的であること、改正内容について整理したものをいち早く公刊することが多少とも学界・実務に資するのではないかと考えたことなどが理由であり、トラスト未来フォーラムのご了解も得て、異例ながらもこのような形とした。

大学の内情を明かすこととなるが、この第2期研究会の立ち上げから研究期間中の時期というのは、若手から中堅の研究者が相次いで他大学に移籍する一方、残ったメンバーも、学部・研究科の要職につく者が多く、研究会の運営には非常に苦労が大きかった。トラス
ト未来フォーラムにもずいぶんご迷惑とご心配をおかけしてしまったことをこの場でお詫
びし、また、それでも温かいご支援を継続してくださったことに深く感謝を申し上げる。

2025 年 6 月

研究会メンバーを代表して
吉永 一行

「『民事法改正期の信託法』に関する研究
(東北信託法研究会第2期)」
メンバーリスト

吉 永 一 行 (よしなが かずゆき) 教授

久保野 恵美子 (くほの えみこ) 教授

森 田 果 (もりた はつる) 教授

石 川 真 衣 (いしかわ まい) 准教授

今 津 綾 子 (いまづ あやこ) 准教授

脇 田 将 典 (わきた まさのり) 准教授

(順不同、敬称略)

目 次

親権についてのノート

- 所有・委任・信託との対照のために (久保野恵美子) …………… 1

養育費債権の管理回収のための信託

- 「訴訟信託」は許されるか？ (今津綾子) …………… 15

消費者契約法 4 条における「困惑」類型の拡張と詐欺・強迫拡張理論

- (吉永一行) …………… 71

顧客本位の業務運営に関する令和 5 年金融商品取引法等の改正についての覚書

- (石川真衣) …………… 89

上場 REIT に対する敵対的買収

- (脇田将典) …………… 105

個人化された法をめぐる諸問題

- (森田果) …………… 123

〔資料〕公益信託に関する法律の改正

- (吉永一行) …………… 145

親権についてのノート
——所有・委任・信託との対照のために

久 保 野 恵 美 子

目 次

1 問題意識

- (1) 親権者ができること・できないことへの関心の高まり
- (2) 民法の親権規定の改正と課題

2 考察

- (1) 考察の手がかり
- (2) 所有権と親権
- (3) 委任又は信託と親権
- (4) まとめ

1 問題意識

(1) 親権者ができること・できないことへの関心の高まり

親権者の子に対する体罰等の禁止を定める規定を設けた 2022 (令和 4) 年の民法改正 (令和 4 年法律第 102 号による) に前後して、親権者が行うことのできる具体的な行為の内容やその判断基準への関心が高まっている¹。例えば、幼児に注意を与えるためにその頬をつまんで振り向かせた事案、柔らかいヘアバンドを引っ張って乳児の額にパチパチと当てた事案において、刑事責任が肯定されたのを機に、それらの当否を巡って活発な議論がなされている²。刑事法学者からは、限界が問われる事例として、子と同居する室内での喫煙等が例示される³。他にも、乳児がはちみつを食べること⁴や割りばしに絡めた綿あめを食べながらの歩行⁵など、危険のある行為を親権者がさせることはどのように評価されるのかなど、様々な例を思い浮かべることができる。

具体的な個々の行為につき親権者がそれを行うことが許されるのか否かを判断する思考の枠組みを明らかにすることが目指されているといえる。

(2) 民法の親権規定の改正と課題

親権については、2011 年、2022 年に法改正が実現しているが⁶、従前の議論においては、親権者がすることの許される具体的な行為の限界を画するための思考の枠組みは十分に展開されてこなかったように思われる。

(a) 2022 年改正まで

(i) 学説の傾向とその限界

学説は、親権の性質を考察する際に、国家・親・子の三者間関係の中で、親権者の国家に対する権利及び義務に重点を置く傾向があり、国家との関係での権利義務と私人間の関係における権利義務との分化が必ずしも徹底していないきらいがある。私人間関係についての検討としては、「権利」面につき、第三者との関係が主として想定され、親権者は、第三者に優先して子に対する権限を行使することができ、第三者に対して妨害排除請求が

できることが論じられてきた。これに対し、「義務」面については、効果が必ずしも明らかでないこともあり、議論が低調であり、子に対して損害賠償責任を負うことが指摘されてはいる⁷が、考察は必ずしも深められていなかった。「子の利益」に着目して積極的子の利益と消極的子の利益との区分によって公法私法を通じて親権者の権利義務を分析する理論が提示されていたが⁸、私人間関係に即しての具体的な展開にはつながっていなかった。

（ii）限界の背景にある民法の親権の規定の特徴

学説において親権者の子に対する義務の検討が十分でなかったことの背景として、次のような民法の親権の規定の特徴があることを指摘できる。

2011年の改正までは、親権者ができること、つまり権限が列挙されており、できないことの定めは、子の行為を目的とする債務を生じさせる法定代理権の行使（民法⁹ 824条ただし書）や利益相反規定（826条）などに限られていたうえ、後者の規定の趣旨は、子の利益のために親権者の権限を限定する点にあったわけではないことが知られている¹⁰。義務については、財産管理について注意義務が定められるも、求められる水準は自己の財産におけると同一の注意であるため、できることを限定する機能はなかった。また、親権を喪失させる制度（834条）は、私人間の権利義務の規律というより、国家が後見的に権利を失わせるものであり、児童福祉法による介入に近い性格であるといえた。同改正前にも「子の利益」の文言が親権又は子の監護に関わる条文に記されていたが、それらの「子の利益」は、家庭裁判所が私人間の権利義務関係に介入する要件として定められていたにとどまった¹¹。以上から、親権者による権利の行使及び義務の履行について、何ができて何ができないのかを明らかにする指針となるような定めはなかったといえる。

2011年改正では、親権者の監護教育の権利義務が「子の利益のために」行使又は履行されなければならないことが明記され（改正後の820条）、「子の利益」が監護教育のために行うことのできる具体的な内容を画する基準として働くこととされた（改正後の822条）が、抽象的な基準であり、具体的な帰結を導く機能は期待できなかった。

（b）2022年改正以降

（i）具体的な義務の定めの新設

親権者による監護及び教育の権利義務について、「子の利益のために」行わなければならないという抽象的な基準に加え、新たに、「子の人格を尊重する」こと、子の「年齢及

び発達の程度に配慮しなければなら」ないこと、及び「体罰その他の子の心身の健全な発達に有害な影響を及ぼす言動をしてはならない」ことが定められた（821 条）。

（ii）新設規定の解釈の課題

821 条は、してはならない具体的な行為を親権者に対して初めて明示したことから、親権者が行うことができる行為とできない行為の限界づけが問われ、また、親権者が負う義務の具体的な内容について考察する必要が高まっている。この課題に対応するために、先行する学説の議論を振り返ってみると、次のような観点が提示されていたことが確認できる。

親が負う義務については、財産管理について自己の財産におけるのと同じの注意義務が定められていることを参照したうえで、身上監護については条文上の定めはないが、解釈として善管注意義務が課されるというべきとの学説が有力であった¹²。もっとも、注意義務の水準設定という問題の立て方を疑問視し、「身上監護については、その性質上、許容された親権の裁量の範囲を逸脱する場合には外部からの介入が許容される」のであって、注意義務の水準としてではなく裁量の範囲として論じるべきことを示唆する学説も有力である¹³。2011 年改正で「子の利益のため」という目的が定められたことは、親権者の義務の範囲に影響を与えるはずであるが、「子の利益」は抽象的であり、具体的な基準の形成につながりにくい。

このように、親権の義務的側面については、親権者は「善管注意義務」を負う、親権者が「裁量」を有する、親権者は「子の利益のために」監護教育をしなければならない、などの観点から論じられるが、それぞれの概念がどのような意味を有し、それらからどのように義務の具体的な内容を導くことができるのかは明らかでない。少なくとも、これらの概念が用いられる意味を考察するための視角を考えてみるのが有益であろう。

2 考察

（1）考察の手がかり

親権の義務的側面を検討し、親権者がなしうる具体的な行為の内容を画する思考枠組みを考察するために、本稿では、親権の権利義務が依って立つ根拠を他の民事法上の概念を参照しつつ検討することを試みたい。

学説を振り返ると、まず、親権は支配権的な性質を持つと評されることが多く、親権と所有権との比較対照の可能性が存したところ、近時の法改正の動向を踏まえて、その有用性が注目されている¹⁴。

もっとも、結論の先取りとなるが、所有権は、その公共の福祉による制約を觀念しうるとはいえ、あくまでも権限を中核とする概念であって、親権の義務的側面や親権者がなしない行為を検討するための参照先としては最適ではないと思われる。

善管注意義務など注意義務の水準が論じられていることからすれば、委任又は準委任契約上の義務が想起される。現に、幼児が住宅地内の造成池で溺死したことについて隣人間で損害賠償請求がなされたいわゆる隣人訴訟において、判決が、準委任契約の成立を否定することで善管注意義務を課すことを回避する一方で、「幼児を監護する親一般の立場からしても、…適宜の措置をとるべき注意義務があった」として過失に基づく不法行為責任を肯定し、割合的な責任を認めており¹⁵、幼児の監護について準委任契約を参照しつつ注意義務の水準を論じることに意味があると考えられる。別の裁判例では、生存配偶者である母とその子がお世話になっている父の兄弟（おじ）の経営する会社の負う債務の担保のために母が子の法定代理人として子の所有不動産に抵当権を設定した事例について、親権者の「裁量」に言及しつつ親権者の代理権濫用の有無を判断する基準が提示されていた。委任又は準委任契約では受任者は受託事務の遂行について裁量を有するとされており¹⁶、この点でも同契約類型との対照には意味があると考えられる。

さらに、学説の中には、親子関係法の婚姻関係法との違いという文脈において、未成熟子が適切な監護・教育を受ける権利があることを前提として、親といった適当な者にいわば信託されているという信託的な構成を取り込んだ権利論の観点に言及するものがあり¹⁷、また、より具体的に、何人の名義をもってするを問わず財産管理によって利益を受けることはできないと定めていた当時の信託法9条（現8条に相当）を参照して親権者の義務を明示する可能性を示唆するものがある¹⁸。

これらの裁判例や学説を手がかりとして、所有、委任又は信託との対照から、親権者の権利及び義務を考察する枠組みを探ってみたい。いずれか一つの法律構成で親権をすべて説明し尽くすことを目標とするということではなく、所有権や委任又は信託と対照しつつ、分析を進めることが有用である可能性があるかどうかを考えたい。

(2) 所有権と親権

(a) 予備的検討

親権の支配権的な側面は克服されるべき歴史的な性質であることからすれば、現代において親権と所有権とを対照することは不当であるとも思われる。しかし、所有権の標準的な説明として、所有権者といえども絶対的な自由が認められるわけではなく、制約を受けるものであることに力点が置かれるようになっている。民法上の制度の基本的内容を解説するある学習書では、所有権とは、物を自由に使用・収益・処分することができる権利であり、所有権者には広範な権限が認められることは確かであるが、しかし、所有権も、社会の中に存在する権利である以上、政策の実現や他人の権利の尊重のために、一定の制約を受けることがあるのであり、206条も、「法令の制限内において」という制約をつけていると解説したうえで、農地法3条や民法1条3項（権利濫用）、相隣関係の規定を挙げている¹⁹。さらに、2021年の法改正（令和3年法律第24号、25号による）で導入された所有者不明又は管理不全の土地・建物の管理等に関する新たな制度を加味すれば、親権との対比の不当性はさらに低減した可能性があることも指摘される²⁰。所有権を参照して親権を考察することに意味がないとは即断できない。

(b) 所有権の構成による親権の理解

親権はその沿革をたどれば、子の生殺与奪の権利を含む支配権として存在していた時代があり、その時代における親権は、今日の物に対する支配権としての所有権に類比できる性質を持っていたといえる。明治民法以降の親権は、子の財産管理と身上監護の両面にわたる権限を内容とし、子は親権に「服する」（818条（令和6年法律第33号により本条が改正され、この表現は削除された））とされる。生殺与奪の権利を含まないことは当然としても、財産と身上の両面について包括的な権限を有しており、どのように子を監護教育し、その財産を管理するかを自由に判断し、行動することができるという点では、対象との関係において事項に制限なく自由に判断のうえ行為することができる意味において、所有権と共通する性格が認められる。親権は子という個人に関するものであり、物に対する支配とは異なるものである。しかし、伝統的な解釈によれば、幼少で意思能力を欠く状況にある子の意思を直接的に拘束して親権者の意思に服従せしめる意味で親権は支配権的な性

質を有し、さらに、意思能力を備える子に対しても監護教育目的のために親権者は指示に服従することを要求する請求権を持つとされ²¹、意思による個人の自律に基づく権利義務関係とは異なるという意味で支配権的な性質があるといえる。

所有権については、法令の範囲内という限定がかけられており、より一般的には公共の福祉による制約及び権利濫用法理による権利行使の否定がありうる。親権について、2011年改正までは、親権喪失の事由として権利の「濫用」が明記されており、また、学説には親権喪失制度等によって子の利益のために裁判所の介入がありうることを、権利に対する公共の福祉による制約（1条2項）と位置づける見解²²があった。

（c）検討

所有権に対する法令及び公共の福祉による制約を参照すると、親権は、原則として認められる包括的な権限に対して、子の利益の確保という公共の利益のために法令による制約が課せられているものであると整理できる。所有権に対する制約は、所有権が認められる根拠から内在的に導かれているのではなく、所有権をいわば外側から制約するものであるといえそうである。つまり、所有権が認められる根拠に従って、権利をどのように行使しなければならないかに関わる義務が導かれ、その義務によって権利の外延が自ずと画されるという構造にはないように思われる。親権についても、2011年改正によって、子の利益の目的が明記されるまでは、たとえ子の利益のために認められる権利であるとの見解が通説であったとしても、親権喪失制度等による制約はいわば外側からの制約と捉えられていたと思われ、そのような捉え方に基づいて親権者が行うことのできる具体的内容の考察を深めることには限界があったと考えられる。

（3）委任又は信託と親権

（a）委任

（i）委任の参照可能性

独立の別人格である個人との関係においてある個人がどうして権限を持ちうるのかという問いへの応えとして、成人同士の関係であれば委任契約が考えられるが、未成年の子との関係では、少なくとも子が意思能力を備えない間は委任契約の締結を観念することはで

きない。しかし、委任関係が法律の規定に基づいて設定されているとの理論構成を探索してみることが考えられる。

（ii）法定委任構成による親権の理解

委任構成によるとき、親権者の権限は、委任者たる子のために、委任の本旨の範囲内で与えられたものと解されることとなる。

受任者には事務の執行について裁量が認められる。その根拠として、将来起こりうる事態を網羅する詳細な契約を締結するのではなく、当事者の一方が他方を信頼して、自己の身体や財産に関する事柄をその裁量に委ねる関係であることが挙げられる²³。このような説明からは、親権者の裁量について、幅広く判断させることに積極的な意義があるから認められているということではなく、身体や財産に関わる複雑な事務を長期にわたって行わせるために必要な手段にすぎないとの説明可能性が見出される。

親権を委任者たる子からの委託により授与される受任者の権限と見ることは、子が成熟して判断力が高まるにつれて、親権者の権限が縮減していくという説明を容易にすると考えられる。現行法上、15歳に達した子は、普通養子縁組を自ら締結することができる。このことは、縁組という自らの意思に基づく合意を養親との間で行うことによって、実父母の親権を消滅させ、子の意思に沿った権限等の行使が期待できる養親に、子が自らに関わる事務を委託する手段が与えられていると説明することができよう。

親権を委任契約に基づいて構成することは、親権者の義務違反の効果の説明にも関わる。親権者が子に対して負う義務の違反に基づく損害賠償義務の性質について、学説上、不法行為責任とするものもあれば、特殊な債務不履行責任と説明するものもあった²⁴。性質の捉え方は、義務違反の判断枠組みとして、ハンドの定式による過失判断の採用の適否や擬制的な面があるとしてもまずは委任者から委託された事務やそれに伴う義務の確定を目指すかといった思考方法に影響を与えうる。

医療過誤訴訟における医師の過失判断が参考になる可能性があり、応召義務によって契約締結を義務づけられ、受任者が行政的規制に服していることから、診療契約との対照は、親権者が負う義務の内容の検討にとって意味のあることと思われる。

(b) 信託

(i) 信託の参照可能性

現行法において親権者の財産管理面での権限について子の利益のための解釈を基礎づけるに十分ではないとの問題意識から、立法論として信託法の条文を参照することを示唆する学説があることは先述の通りである。信託を参照して親権を分析しようとするとき、受託者として親権者、受益者として子を想定できるとして、委託者は誰か、国家なのかという問題は残る。この問題に留意しつつも、受託者の義務の内容と構造に関する議論の参照の意味が探られるべきだと考える。

(ii) 信託構成による親権の理解

受託者の職務及び義務の内容を規定するのは「信託の目的」であり、親権の場合、これに相当するのが「子の利益のため」ということになる。

受託者の負う義務のうち、善管注意義務（信託法 29 条 2 項）は、受託者が行うことのできる具体的内容を決める機能を有するとされている²⁵。そして、受託者は、善管注意義務と別に、忠実義務を負うところ、その意義については、受益者の利益を専ら図らなければならない義務との見解²⁶に対して、受益者の最善の利益を図る義務との異説がある²⁷。これらの受託者の義務に関しては議論の蓄積が厚く、本稿ではその検討に及び得ないが、それらの議論や信託の目的はどの程度具体的なものであることが求められ、受託者の負う義務の具体化において信託の目的がどのように考慮されるか²⁸等、受託者の義務内容及び義務違反の効果を判断する構造の分析が親権の義務の具体化に資するものとなりうると考えられる。

(4) まとめ

本稿では、国家・親・子の三者関係に関わる概念である親権の構造を分析するための方法の模索として、所有権、委任又は信託と対照することが有益である可能性を探ってみた。

所有権的構成は、親権者が他者との関係で優越することを説明するのに適しているが、親権者が負う義務を具体化するための比較対象としては限界があると考えられる。これに対し、委任又は信託を参照することは、親権者の義務を具体化し、親権者が行うことの具体的内容を検討する思考の枠組みとして有用である可能性がより高いと思われる。例えば、

受託者が善管注意義務と忠実義務という二種の義務を負う点へ着目することを通じ、親権者の義務について、次のような二つの観点を導き出すことができそうである。まず、どのような注意を払って財産管理及び監護教育を行うべきか、より具体的には、何を食べさせるか、何を学ばせるか等の判断を、どの程度の専門的知見に基づいて行う必要があるかといった観点である。これとは別に、親権者は専ら子の利益を図らなければならないか、親の喜びや嗜好をどの程度考慮してよいかという観点を見い出すことができる。

親権には喪失制度があり、関係する私人の意思にかかわらず国家により喪失させられることがあるという特性がある。所有権、委任又は親権との対照により、喪失制度を含めた親権の全体の構成を説明することができるか否かなど、本稿のアプローチには、課題が残る。アプローチ自体の適否を含めて、検討を続けたい。

〔注〕

- 1 石綿はる美「懲戒権規定の見直しをめぐる——親権者が「できないこと」、「なすべきこと」、「できること」」法セミ 814 号（2022 年）67 頁、木村敦子「子の監護教育に関する規定の改正とその意義」ケース研究 348 号（2023 年）4 頁等がある。
- 2 久保野恵美子「懲戒権規定の削除と子の人格の尊重等——2011 年改正から 2022 年改正へ」法の支配 210 号（2023 年）70 頁以下、79-80 頁。
- 3 深町晋也『家族と刑法』（有斐閣、2021 年）86 頁以下参照。
- 4 日経新聞電子版 2017 年 4 月 7 日付「乳児ボツリヌス症で初の死亡例 ハチミツ与える」
(https://www.nikkei.com/article/DGXLASDG07HFV_X00C17A4CC1000/) 参照。
- 5 診療した医師の民事責任が問われた事例についてのものであるが、東京高判平成 21 年 4 月 15 日判時 2054 号 42 頁を参照しての例示である。
- 6 2011 年の改正（平成 23 年法律第 61 号による）から 2022 年改正への経緯、改正内容の概要については、久保野・前掲注 2）を参照。親権については、さらに 2024 年にも法改正が実現しているが（令和 6 年法律第 33 号）、本稿では、主題との関連性が相対的に低いため、検討の対象としていない。この改正については、立案担当者による解説として、北村治樹＝松波卓也「父母の離婚後の子の養育に関する「民法等の一部を改正する法律」の解説（1）、（2・完）」家族の法と裁判 52 号 108 頁、53 号 109 頁（ともに 2024 年）がある。
- 7 松川正毅・窪田充見編『新基本法コンメンタール 親族〔第 2 版〕』（日本評論社、2019 年）243 頁〔田中通裕〕。
- 8 横田光平「子どもの意思・両親の権利・国家の関与——「子の利益」とは何か」法時 83 巻 12 号（2011 年）10 頁以下。
- 9 以下では民法の条文の引用時には「民法」の表記を省略している。
- 10 沖野眞已「民法 826 条（親権者の利益相反行為）」広中俊雄＝星野英一編『民法典の百年Ⅳ』（有斐閣、1998 年）160 頁。
- 11 許末恵「児童虐待防止のための親権法改正の意義と問題点——民法の視点から」曹時 65 巻 2 号（2013 年）1 頁、大村敦志『民法読解親族編』（有斐閣、2015 年）251-252 頁。
- 12 我妻栄『親族法』（有斐閣、1961 年）330 頁、於保不二雄＝中川淳編『新版 注釈民法（25）〔改訂版〕』（有斐閣、2014 年）70 頁〔明山和夫・國府剛〕。
- 13 窪田充見『家族法〔第 4 版〕』（有斐閣、2019 年）291・296 頁。
- 14 石綿はる美「親権の辞任などをめぐって（上）——親権者の地位の特徴と所有権との比較」法セミ 831 号（2024 年）95-97 頁。
- 15 津地判昭和 58 年 2 月 25 日判時 1083 号 125 頁。
- 16 最判平成 4 年 12 月 10 日民集 46 巻 9 号 2727 頁。
- 17 中田裕康編『家族法改正』（有斐閣、2010 年）所収、「座談会 家族法の改正に向けて」296 頁、303 頁〔山本敬三発言〕。
- 18 前掲注 10）沖野・161 頁。

- 19 水津太郎ほか著『Start Up 民法②物権 判例 30 ! 〔第 2 版〕』47 頁。
- 20 石綿・前掲注 14) 95 頁。
- 21 於保＝中川・前掲注 12) 77 頁〔明山・國府〕。
- 22 於保＝中川・前掲注 12) 69-70 頁〔明山・國府〕。
- 23 中田裕康『契約法〔新版〕』（有斐閣、2021 頁）52-53 頁。
- 24 於保＝中川・前掲注 12) 156 頁〔中川淳〕参照。
- 25 道垣内弘人『信託法〔第 2 版〕』（有斐閣、2022 年）180-181 頁。
- 26 道垣内・前掲注 25) 219 頁。
- 27 道垣内弘人編著『条解信託法』（弘文堂、2017 年）198-199 頁〔沖野眞已〕。
- 28 道垣内・前掲注 25) 248 頁参照。

養育費債権の管理回収のための信託
——「訴訟信託」は許されるか？

今 津 綾 子

目 次

- 1 はじめに
- 2 令和6年民法等改正による手当て
 - 2.1 現行法の規律
 - 2.2 令和6年民法等改正
 - 2.3 残された課題
- 3 養育費の支払確保に向けた方策
 - 3.1 問題の所在
 - 3.2 養育費債権を第三者が肩代わりする方法
 - 3.3 養育費債権を第三者に回収させる方法
 - 3.4 小括
- 4 養育費債権を信託する方法
 - 4.1 養育費債権信託
 - 4.2 養育費債権の信託財産適格
 - 4.3 訴訟信託の禁止
 - 4.4 養育費債権信託の許否
 - 4.5 養育費債権信託の仕組み
- 5 おわりに

1 はじめに

未成熟子のいる父母が離婚した場合、一方が他方に「子の監護に要する費用の分担」（民法 766 条 1 項）としての金銭、つまり養育費の支払をする必要が生ずる。離婚によって父母（夫婦）間の婚姻関係は解消されるが、父子及び母子間の親子関係はそのまま続くのであるから、離別した父母の双方が子の監護費用を分担するのは当然のことである。しかしながら、現実には、養育費の必要性についての理解が乏しく、支払に係る合意をしないケースや、合意をしたにもかかわらずそれが履行されないケースも少なくなく、養育費の不払いとそれに起因するひとり親家庭の貧困が深刻な社会問題であると認識されて久しい。

筆者は、以前、養育費の支払確保の一つの手段として信託の仕組みが活用できるのではないかを論じたことがある¹。そこでは、養育費を支払う側の父母（非監護親）の有する財産、例えば現預金や不動産、給与債権などを信託財産とする信託を設定し、そこから養育費を受け取る側の親（監護親）に月々の養育費相当額を得させる、という仕組みを念頭に置いていた。ただ、このような仕組みは、非監護親にある程度まとまった財産がなければ実現しえないほか、資力があっても支払う意思のない非監護親について強制的に信託財産を拠出させることにも困難が伴う。

そこで、本稿では、発想を転換して、監護親のイニシアティブで信託を組成し、支払確保のために活用することができないか、を考えてみることにした。養育費の支払確保については、後述のように、立法面でも大きな動きがあり（2.2 参照）、監護親にとって実体的にも手続的にも権利行使が容易になったことは疑いがない。もっとも、これだけで問題が一挙に解決できるかは不透明であり、より強力に監護親の権利行使を援護する方策があってもよいのではないか。本稿では、こうした問題意識のもと、養育費の不払解消という目的での信託の活用可能性と実現に向けた課題について論じたい。

2 令和6年民法等改正による手当て

2.1 現行法の規律

民法上、「成年に達しない子は、父母の親権に服する」が（民法 818 条 1 項）、成年に達しない子をもつ父母（夫婦）が離婚する際には、父母間の協議か、それが調わなければ裁判所が、「その一方を親権者と定めなければならない」とされている（同 819 条 1 項・5 項）。法律家以外の一般の人々には誤解されやすいのであるが、親権者とされなかった側の父母もそれによって“親”でなくなるわけではない。親権はなくとも、子にとっては引き続き法律上の父母であり、したがって従前と変わらず子を扶養すべき義務を負う（同 877 条 1 項）。ただ、その扶養義務の履行方法が、離婚前（同居時）は子を現実に監護養育すること（身の回りの世話、費用の支出の双方を含む意味である）であるのに対して、離婚後（別居時）はもっぱら養育に必要な費用を分担する形に変わるというだけである。

父母の離婚によっても引き続き双方が子の扶養義務を負うことを前提として、民法は、父母が離婚するに際しては「子の監護に要する費用の分担」について定める旨の規定を置く（民法 766 条 1 項・2 項）。ここにいう「子の監護に要する費用の分担」として一方が他方に支払うべき金銭を、一般に養育費と称する（以下、この意味での養育費の支払を目的とする金銭債権を、「養育費債権」という）²。養育費債権は、法形式としては監護親に帰属する金銭債権であるものの、そこで支払われる金銭は監護親自身の生活ではなく、子の養育にこそ充てられるべきものである。

養育費債権の履行を確保することの必要性はかねてより指摘されてきたところであり、これまでも数次にわたって法改正を経てきた。とくに、民事執行法においては、金銭債権一般に比して権利者による権利行使を容易にするような種々の方策が講じられおり³、例えば、養育費債権の一部に不履行が生じた場合、履行期が到来していない部分についても債権執行を開始でき（民事執行法 151 条の 2）、また直接強制（金銭執行）の方法のみならず間接強制の方法による強制執行も可能である（同 167 条の 15）。さらに、令和元年改正により導入された第三者からの情報取得手続では、債務者の給与債権に係る情報（勤務先情報）の取得が認められている（同 206 条。これは、養育費債権を始めとする扶養義務に係る請求権と、「人の生命若しくは身体の侵害による損害賠償請求権」にのみ特別に

認められた手続である)。

もっとも、執行方法をいくら強化しても、実体法上の位置づけ、つまり父母間の合意（又は裁判所の審判）によって初めて具体化する権利であって、無担保の一般債権であることに伴う問題点、すなわち合意を欠くために権利自体が存在しない例が少なくない、一般債権であるため強制執行のためには債務名義の獲得が必要である、といった問題点は解消されないままであり⁴、不払問題が解消されるには至っていなかった。

2.2 令和6年民法等改正

令和6年5月に成立した「民法等の一部を改正する法律（令和6年法律第33号）」（以下、この法律を「令和6年民法等改正法」といい、この法律による改正後の各法律を指して「改正〇〇法」という）では、実体法、手続法の両面から、養育費の支払確保のための新たな仕組みが導入された⁵。

実体法では、①「子の監護の費用」によって生じた債権に一般先取特権を付与したこと（改正民法306条3号）⁶、②「父母が子の監護に要する費用の分担について定めをすることなく協議上の離婚をした場合」の特則として、「子の監護に要する費用の分担として、父母の扶養を受けるべき子の最低限度の生活の維持に要する標準的な費用の額その他の事情を勘案して子の数に応じて法務省令で定めるところにより算定した額の支払を請求することができる」とされたこと（同766条の3。いわゆる法定養育費）⁷、が注目される。

手続法では、上記①の一般先取特権の付与に伴って、③債務名義なしで執行手続を利用することができるようになったこと（担保権の実行としての競売や差押えのほか、第三者からの情報取得も可能となった。改正民事執行法206条2項）、④1回の申立てで複数の執行手続を利用できるようになったこと（同167条の17）⁸、が挙げられる。

2.3 残された課題

上記2.2でみたように、令和6年民法等改正法は実体、手続の両面から画期的な仕組みを導入しているのであるが、これらの規定はあくまで債権者自身による権利行使を容易化するものである。ただ、先取特権やそれによる担保権の実行という仕組みは法律になじみ

のない監護親にはなかなか理解しにくいであろうと思われるから、施行に向けて丁寧な情報提供と十分な周知活動が不可欠である。

また、これまでより容易化するとはいえ、実際に強制的な債権回収を図る際にはやはり少なからず負担や困難が伴う。というのも、養育費債権の場合、原資となるのは非監護親の収入（給与所得者であれば、月々の給与）や預貯金であることが多いが、これらを強制的に養育費の回収に充てる手続は債権者にとって負担が大きいからである。すなわち、債権に対する執行手続においては、基本的に執行機関は対象財産の換価・満足の過程に関与せず、債権者自身が第三債務者（勤務先や金融機関）から債権を取り立てる仕組みとなっている（民執 155 条 1 項・193 条 2 項参照）。それゆえ、たとえ非監護親の勤務先情報の取得や差押命令の発令が容易になったとしても、その先にある債権回収が依然として債権者にゆだねられているのでは、監護親の負担は決して軽いとはいえない。

さらに、より根本的な問題として、監護親の中には、非監護親との接触を嫌って、権利があっても行使したくないと考える者が相当数いる。そのような監護親には、いくら権利行使が容易化したと説明しても、給付の実現のために行動しようという動機づけにはなりにくいであろう。

したがって、令和 6 年民法等改正法によって養育費の支払確保がこれまでより容易になることは間違いないものの、それをもって不払問題が全面的に解消されるとまで期待できる状況にはないといわざるをえない。

3 養育費の支払確保に向けた方策

3.1 問題の所在

監護親の立場からみれば、養育費債権が容易に行使できるようになることよりも、端的に金銭の給付を受けられるようになることのほうがありがたいというのが本音であろう。例えば、児童扶養手当のように、ひとたび支給要件に該当する旨の認定を受ければそれ以降は自動的に支給を受けられる仕組み（児童扶養手当法 7 条参照）であれば、監護親にとっての負担はかなり低減される。

しかしながら、私人である非監護親による義務の履行である以上、公的機関のなす給付

のようにはいかないのであって、現実には養育費の支払は往々にして不履行に陥る。そのたびに、権利者は履行を催告したり、場合によっては裁判手続の利用により強制的に債権を回収したりすることを余儀なくされるのであるから、債権管理の負担は、それが長期にわたり継続するという点もあいまって、監護親にとってきわめて重いものとなる。加えて、監護親の中には、婚姻中から離婚に至るまでの間に非監護親に対して否定的な感情を強く抱くようになっている者も少なくなく、非監護親と関わり合いになること自体が心理的に重い負担となりうる（現に、最近の調査によれば、離婚した父母の4割近くが「離婚した相手と関わりたくなかった」との理由から養育費の支払について何ら取決めをしていない）⁹。

養育費をめぐる問題は、形式上は確かに私人間の金銭問題にすぎないが、実質上は子の養育にかかわる問題である。未成熟の子は社会的弱者であり、第一義的には父母が養育の責任を負うにせよ、社会がそれを支えていくべきことは当然である（こども基本法1条・3条5号参照）。そして、権利者である監護親にいくら「権利行使をせよ」といってみても、それができない、あるいはしたくないと考える監護親はなお存在するであろうこと、換言すれば、監護親任せにしているだけでは問題の全面的な解決が期待できないであろうことは、これまでの実情に照らせば明らかである。

そこで、子の利益保護という観点からは、監護親自身による権利行使の容易化という方向性と並んで、監護親を権利行使の負担から解放することにより養育費の支払を確保する方向での検討も行われるべきであろう。具体的には、権利者である監護親に代えて第三者を関与させることが考えられるが、どのような法律構成により、いかなる法的地位において第三者を関与させるのが迅速かつ確実な支払確保のために最も適当であろうか。

第一に考えられるのが、非監護親が支払うべき養育費を第三者が肩代わりするという方法である。ここでは、第三者が養育費相当額を監護親に支払い、その後第三者が非監護親から当該金額を回収する、という仕組みが想定される。

第二に、第三者が監護親の委託を受けて養育費債権の回収を行う方法が考えられる。監護親は、第三者に一定の手数料を支払う代わりに、回収にかかる手間とコストを自ら負担することを回避できる。

そして、第三の方法が、養育費債権を信託財産とする信託を設定し、第三者（受託者）にその管理をゆだねることである。

これらのうち、第一の方法についてはすでに一部で実践例があるものの、実施にあたっては課題も少なくない。また、第二、第三の方法については、実現可能性がないわけではないが、権利者以外の他人に債権の管理回収をゆだねることとなる点においてわが国の既存の法制と抵触しうするため、解釈論として、また立法論として検討すべき点が多くある。

以下では、まず、第一及び第二の方法について現在の利用状況や課題を整理する（次の3.2以下）。その後、それらとの比較も踏まえて、本稿の中心的な問題関心である第三の方法、すなわち養育費債権を信託する¹⁰という方法の実現可能性について検討したい（後述4）。

3.2 養育費債権を第三者が肩代わりする方法

（1）公的機関による立替払い

第三者による肩代わりとして、一つには、公的機関による立替払いという方法が考えられる。これは、諸外国での実践例¹¹を参考に、研究者の間でも、また与党のPTや法務大臣主宰の勉強会等においても繰り返し議論の俎上に載せられてきたものである。直近では、上記2.2で触れた令和6年の民法等改正に際しても、導入について検討すべきとの声が上がっていた（が、実現には至っていない）¹²。

国レベルではこうした仕組みは実現していないのであるが、地方公共団体における実践例として、兵庫県明石市における公的立替事業が知られている¹³。ここでは、父母間に養育費の取決め及び債務名義（審判書や公正証書）があることを条件として、①支払を受けない権利者の申込みにより、②市が義務者に対して履行を促し、③それでも履行されない場合は市が養育費を立て替えたうえ、④義務者から回収する、という仕組みがとられている。当初、新型コロナウイルス感染症の影響による養育費不払いの深刻化に対応するための緊急措置という位置づけで行われたものであるが、その後、立替えの期間を拡充して再度実施されている¹⁴。

このような公的立替制度には、権利者たる監護親が養育費の回収にかかる経済的、時間的及び心理的負担から解放されるという大きな利点がある。監護親は、制度の利用開始時に公的機関の窓口で申請すれば、その後は自ら義務者たる非監護親と連絡を取ったり、支払が遅れた場合に督促したりするという負担を要せず、適時にかつ確実に公的機関から支払を受けることができるのである。

他方で、公的立替制度を導入するにあたっては、課題も多い。第一に、立替え後の非監護親からの債権回収（求償）について、どのような権利とみるか（公債権か、私債権か）、他の債権との間の優先関係はどうなるか、求償事務をいずれの機関が担うのか、といった制度設計の問題がある¹⁵。第二に、財源をどうするかである。立替え及び求償事務に係る運営経費の問題もあるが、最大の課題は、義務者から回収できなかった立替金の処理であり、最終的には公的機関（公費）で負担せざるをえないであろう。上記の実践例をみると、公的立替制度における非監護親からの回収率は決して高くはなく¹⁶、立替払いを受ける制度対象者が増えれば増えるほど、公費負担は増大していく関係にある。さらに、公的支援のあり方として、とくに既存の制度との間での役割分担という観点から、新たに立替払いという仕組みを導入することの可否については慎重な検討が求められる¹⁷。

令和6年民法等改正法の審議過程では、衆参両院の法務委員会において「公的機関による養育費の立替払い制度など、養育費の履行確保のさらなる強化について検討を深めること」とする附帯決議もなされており、将来的に公的機関による立替払い制度が導入される可能性はなお残っている。ただ、これを導入するとしても、まずは上で紹介した明石市の実践例におけるような部分的な立替払い、すなわち一定の期間や金額の範囲内での立替払いから始めるというのが現実的な選択肢となろう。その場合には、公的立替制度の趣旨は、養育費の支払を受けられない監護親及び子について当面の生活を保障すること、及び公的機関が非監護親から養育費を取り立てることを契機として以降の任意の支払を促すことに尽きるのであって、子が自立するまでの全期間にわたって自動的に支払を受けられるという上に述べた立替払いの利点は必ずしも妥当しなくなる。

（２）民間保証会社による保証

現在、複数の民間保証会社により、いわゆる養育費保証サービスが提供されている。会社ごと、プランごとに違いはあるものの、基本的には、①権利者が保証会社に利用を申し込み、②保証会社と義務者が保証委託契約を結んだ後（プランによっては、義務者の関与が不要なものもある）、③義務者の不払いがあれば保証会社が代わって権利者に支払をし、④保証会社が義務者から回収する、という流れが一般的である。

このようなサービスを利用することで、権利者は、義務者と対峙する必要がなくなり、また不払いのリスクを回避することができる。また、上記（１）にはない利点として、申

込みから利用期間中の連絡、不払い時の立替えの申請等、ほぼすべての手続きがオンライン（ウェブサイトやSMSの利用）で完結するという点も挙げられる。

他方、欠点や課題もいくつか挙げられる。第一に、上記（１）におけるのと異なり、利用にあたっては権利者が保証料を負担しなければならず¹⁸、その分だけ養育費が目減りする。もっとも、最近では、初回利用料等を助成する地方公共団体も増えており¹⁹、そうした助成を活用すれば初期費用はかなり低減されるであろう（ただし、サービスによっては更新時に追加の費用を徴収するところもあり、その種の費用負担の問題は残る）。第二に、多くのサービスでは、養育費について取り決めた文書のほか、義務者の本人確認書類や収入証明を要求しており、それらを揃える手間や費用もかかる（取り決めの文書が債務名義でない、あるいは義務者に関する書類が提出できない場合に利用できるサービスもあるが、それらは保証料が相対的に高く設定されている）。第三に、いずれのサービスにおいても、保証の上限額が設定されており、全期間にわたる保証ではなく、あくまで一時的、部分的な不払いへの対応策というにとどまっている。

さらに、第四の問題として、養育費保証会社に対する規制の不存在も挙げられる。これにより、①非監護親との関係では、保証会社が求償する局面において過酷な取立てが行われるリスクを指摘できる。債権回収の態様については、「人を威迫し、又は…人の私生活若しくは業務の平穩を害するような言動をしてはならない」といった規制がかかっている例もあるが（貸金業法 21 条 1 項柱書参照）、保証会社に対しては現在のところその種の規制は存在しない²⁰。また、②監護親との関係でも、経済的窮境や制度の不知につけこんで契約を結ばせて、法外な保証料を要求する等の悪質な業者が現れる危険もあるが、これについても（消費者契約一般に対する規制を超える）特別の法整備は行われていない。

とはいえ、保証会社が養育費の立替えと求償を行うという営業自体が禁止されているわけではなく、監護親にとって選択可能な手段が増えることはむしろ望ましい。近時は、養育費保証会社、保険会社、地方公共団体の三者を巻き込むスキームも開発されているようであり²¹、養育費保証サービスは今後いっそう利用が広がっていくことも考えられる。ただ、そうであればなおさら、上述の課題、とくに第四に挙げた①②のようなリスクへの手当ては不可欠であろう。

3.3 養育費債権を第三者に回収させる方法

権利者が養育費の支払を受けるための方法として、第三者に自己に代わって債権を取り立ててもらおうという選択肢もありうる。上記 3.2 (1)、(2) における公的機関や民間会社とは異なり、ここでの第三者は債権を立て替えるわけではなく、債権者の委託を受けて債権を回収し、回収できた金銭を債権者に交付する、という役割を果たすことが想定される。

もっとも、債権者に代わって債権回収を担うというのは、親族等が無償で引き受けるような場合はともかく、個人や会社が営利事業として行う場合には、弁護士法違反の疑いが生ずる。

(1) 弁護士法違反のおそれ

弁護士法では、(ア) 非弁護士が「報酬を得る目的で訴訟事件、非訟事件及び審査請求、再調査の請求、再審査請求等行政庁に対する不服申立事件その他一般の法律事件に関して鑑定、代理、仲裁若しくは和解その他の法律事務を取り扱うことを「業とすること」を禁じ(弁護士法 72 条)、また(イ)「何人も、他人の権利を譲り受けて、訴訟、調停、和解その他の手段によつて、その権利の実行をすることを業とすることができない」とされており、弁護士を含むすべての者について、報酬を得る目的であるかどうかを問わず、他人の権利を譲り受けて行使することを業とすることを禁じている(同 73 条)。

このうち(ア)は、判例によれば、弁護士資格を持たない者が「みずからの利益のため、みだりに他人の法律事件に介入することを業とするような例…を放置するときは、当事者その他の関係人らの利益をそこね、法律生活の公正かつ円滑なとなみを妨げ、ひいては法律秩序を害することになるので」、非弁護士によるそうした行為を禁止する趣旨で設けられているとされる²²。そして、同条にいう「一般の法律事件」とは、「法律上の権利義務に関し争いや疑義があり、又は、新たな権利義務関係の発生する案件をい」い²³、条文に例示された「訴訟事件、非訟事件」などのほか、それと「同視し得る程度に法律上の権利義務関係に問題があって、争訟ないし紛議の生じるおそれのある案件も含まれる」とされる²⁴。判例における適用例をみると、「債権者が通常の状態ではその満足をうることの出来ない」債権、具体的には、①「額について争があり、…取立て困難な状況にあつたも

の」、②「成立等について争があり…その請求に困惑していたもの」、③「債務者においてその支払を遅延し回収困難の状況にあつたもの」、④「こげつき債権として回収困難の状況にあつたもの」について、「報酬をうる目的で…取立方の委任をうけ、その取立のため請求、弁済の受領、或は債務の免除等の諸種の行為をなした」場合には弁護士法 72 条違反と認定されている²⁵。

また、(イ)について、文言上は行為主体に限定はないものの、その趣旨は「主として弁護士でない者が、権利の譲渡を受けることによって、みだりに訴訟を誘発したり、紛議を助長したりするほか、同法 72 条本文の禁止を潜脱する行為をして、国民の法律生活上の利益に対する弊害が生ずることを防止するところにある」というのが判例の理解である²⁶。

上記(ア)(イ)に違反した場合、いずれも刑事罰に処せられるほか(同法 77 条 3 号・4 号)、違反行為の私法上の効力も否定されると解されている²⁷。

このような弁護士法の規定に照らすと、養育費の支払が順調に行われている段階でこれから履行期が到来する部分について債権回収を委託することはともかく、不払いが発生した後にその回収を非弁護士に委任したり、債権自体を非弁護士に譲渡したりする行為は、違法となりうる。そうであれば、養育費の支払を確保する手段として、第三者に養育費債権を取り立ててもらおうという方法はとりえないのではないかが問題となる²⁸。

(2) 解釈上の例外

判例によれば、形式的には弁護士法の各規定に違反する行為であっても、禁止の趣旨に反しない限りでは、違反に問われないとされている²⁹。

判例は、弁護士法 72 条について、「私利をはかつてみだりに他人の法律事件に介入することを反復するような行為を取り締まれば足りるのであつて、…たまたま、縁故者が紛争解決に関与するとか、知人のため好意で弁護士を紹介するとか、社会生活上当然の相互扶助的協力をもつて目すべき行為までも取締りの対象とするものではない」とする³⁰。

また、同法 73 条についても、「形式的には、他人の権利を譲り受けて訴訟等の手段によってその権利の実行をすることを業とする行為であっても、上記の〔国民の法律生活上の利益に対する〕弊害が生ずるおそれがなく、社会的経済的に正当な業務の範囲内にあると認められる場合には、法 73 条に違反するものではないと解するのが相当である」とする³¹。具体的には、例えば、「ゴルフ会員権市場…から、会員権取引における通常の方法

と価格で会員権を購入した上、ゴルフ場経営会社に対して社会通念上相当な方法で預託金の返還を求め」る行為³²や、「正常な経済取引として社会的に認知されている」「金融機関が行う不良債権処理のためのバルクセール」（債権の大量一括売却）として、「政策金融機関として公的な存在であった」商工組合中央金庫が行った債権譲渡の「〔譲受人〕が…債権を実行する行為」³³について、弁護士法 73 条違反には当たらないとの判断が示されている³⁴。

これに従えば、弁護士でない者や団体が委託を受けて養育費債権を回収する行為についても、それが「社会生活上当然の相互扶助的協力をもつて目すべき行為」であり、あるいは「社会的経済的に正当な業務の範囲内にあると認められる」行為であれば、弁護士法違反に問われることはないといえよう。

（３）法律上の例外

上記（１）（ア）（イ）については、さらに、法律上の例外も設けられている。債権管理回収業に関する特別措置法（以下、「サービサー法」という）では、「弁護士法…の特例」として、①「弁護士…以外の者が委託を受けて法律事件に関する法律事務である特定金銭債権の管理及び回収を行う営業」を営むこと、及び②「弁護士…以外の者が…他人から譲り受けて訴訟、調停、和解その他の手段によって特定金銭債権の管理及び回収を行う営業」を営むことを認めている。①は弁護士法 72 条に、②は同法 73 条に定める行為にそれぞれ相当するが³⁵、これを「法務大臣の許可を受けた株式会社」である「債権回収会社」（以下、「サービサー」という）に限って、許容しているのである。

サービサーが取り扱うことのできる債権の範囲は、立法者が法文で明示している（同法 1 条各号。これを「特定金銭債権」という）。本稿で扱っている養育費債権はサービサー法上の特定金銭債権とはなっていないため、その回収業務をサービサーが行うことはできない³⁶。もちろん、サービサー法を改正すれば適用対象を拡大することは可能であり、現にこれまでも法改正により特定金銭債権の範囲を拡げることは行われている。ただ、もともと同法は弁護士が独占していた債権管理回収業を民間会社にも解放し、債権回収を進めることで「国民経済の健全な発展に資することを目的とする」法律である（サービサー法 1 条）。そのため、当初この法律の適用対象とされたのは主として金融機関の有する貸付債権（同法 1 条 2 項 1 号イ参照）であり、これを早期に処理することで金融機関の与信

枠を回復させ、経済の再生につなげる狙いがあった。その後、平成 13 年の改正に際しては、金融機関以外の、資金供給を業とする者の有する債権が特定金銭債権に加えられたのであるが、それはこの種の債権回収を促進することで市場への新たな資金供給が期待でき、経済発展に資すると考えられたためである³⁷。

翻って、養育費債権についてみれば、サービサーが「管理及び回収を行うことができるように」なったからといって「国民経済の健全な発展に資する」とはいいにくく、サービサー法の趣旨にはなじみにくいであろう。

仮に、サービサー法（又はそれとは別の個別法）により養育費債権の回収業務が解禁されたとして、次の課題はそれが営利事業として成り立つかどうかである。サービサーの債権管理回収業は、一括大量処理により管理回収コストを抑えることで利益を上げるビジネスモデルであって、多数の債権を保有する債権者（金融機関等）から一括して委託を受けるのが通例である。しかし、養育費債権の場合は監護親から個別に委託を受けることになろうから、コストが膨大となり、しかも個々の養育費債権は一般に月額数万円程度と低額であることから、債権回収事業としての採算性はほとんど見込めない。

ただ、サービサーに関しては、近時、再生系サービサーと呼ばれる事業モデルが登場している点が注目される。再生系サービサーとは、（厳密な定義があるわけではないが）短期的な利回りだけを重視して債権回収を図るのではなく、より積極的に債務者の弁済計画等に関与してその経済的再生を後押しするようなサービサーを指している³⁸。ここでは事業者たる債務者の事業再生が想定されているのであるが、養育費の支払確保の場面についていえば、非監護親の生活再建を支援する形での再生系サービサーを構想することもできるのではなかろうか。非監護親の中には、配偶者及び子との離別、それに伴う転居や転職を機に経済的に苦境に陥る者も少なくないとされ、そうした非監護親に対して単に債務を履行せよと求めるだけでは回収の実は挙がらない。むしろ、非監護親に寄り添い、経済的な立ち直りを支援することの方が、長期的にみて養育費の安定的な支払につながり、監護親、非監護親双方にとって利益になるようにも思われる。一般に、養育費の支払確保というと監護親への支援に重点が置かれがちであるが、長期にわたる支払という養育費の性質に照らせば、支払原資となるべき非監護親の稼働能力の回復・向上も重要である³⁹。ただ、そうした伴走型支援は、既存の民間サービサーにおいて必ずしも得意とするところではないと思われるため、担い手の育成、確保が課題となる。

3.4 小括

上記 3.2 にみた第三者による肩代わりという方策と、上記 3.3 の第三者による債権回収という方策との優劣は、結局のところ、これまで監護親が負担してきた（ア）債権回収コストと（イ）非監護親の不払リスクをどこに付け替えるかという問題に帰着する。すなわち、これまで監護親は自ら債権回収コストを支払わなければならない、かつ、非監護親の資力が乏しく回収不能であれば養育費の支払を受ける余地はなかった。これに対して、第三者による肩代わりの場合は、当該第三者が（ア）（イ）を負担することになり、監護親にとっては最も望ましいといえるが、その半面、第三者の負担は大きく、現実問題としては利用場面を限定せざるをえない。他方、第三者による債権回収の場合は、（ア）は第三者が負担するが、（イ）は依然として監護親が引き受けることになる。

いずれの方策によるにせよ、第三者が引き受ける負担に見合うだけの対価を監護親から徴収することが適当でないとするれば、公的機関が主体となって公費でまかなうか、民間事業者が主体となって寄付や公的助成等を受けることを前提とした制度設計にならざるをえない。また、民間保証会社による保証であれ、第三者への回収委託であれ、事案によっては既存の法制（とくに、弁護士法）との抵触が生じうるため、その点も慎重に検討する必要がある。

4 養育費債権を信託する方法

4.1 養育費債権信託

本稿が想定するのは、監護親を委託者、第三者を受託者とする信託契約を締結し、養育費債権を信託財産として譲渡したうえで、第三者において当該債権を管理・回収し、得られた金銭を子の養育に充てるという仕組みである（以下、便宜上「養育費債権信託」と称する）。

この場合、監護親は、自ら債権の管理・回収を行うことなく養育費を手にすることができる代わり、一定の手数料（信託報酬）を支払うことになる。法律構成の違いはあれど、経済的にみれば、上記 3.2（２）における保証会社による保証や、上記 3.3 における債権

回収の委託の場合とほとんど異ならないから、これらと並ぶ選択肢となりえよう。

養育費債権信託という方法の実現可能性を探るために、以下では、養育費債権は信託財産となりうるのか（4.2）、債権回収を行わせることを目的とした信託が許されるのか（4.3、4.4）、さらに、仮に信託が許されるとして具体的な仕組みをどう設計するか（4.5）、という複数の課題について、順に検討したい。

4.2 養育費債権の信託財産適格

（1）信託可能な財産

信託に際しては、「財産」⁴⁰の処分が予定されている（信託3条1号・2号。3号の自己信託はこの限りでない）。信託法上、どのようなものが信託財産となりうるだろうか⁴¹。

まず、信託財産は金銭に見積もることができるものでなければならず、積極財産でなければならないとするのが通説である⁴²。

次に、財産の「処分」をなすこととの関係上、信託財産は委託者の財産権から分離することができるものでなければならない⁴³。そのため、譲渡が禁止されている財産を信託財産とすることはできず⁴⁴、また、譲渡に他人の同意を要する場合（例えば、賃借権の譲渡における賃貸人の同意。民法612条1項）には当該同意を得なければならないと解されてきた⁴⁵。

もっとも、譲渡を禁止・制限する旨の特約の付された債権（譲渡制限債権）の扱いについては、平成29（2017）年民法改正により「当事者が債権の譲渡を禁止し、又は制限する旨の意思表示…をしたときであっても、債権の譲渡は、その効力を妨げられない」（民法466条2項）との規定が設けられたこととの関係で、これを信託財産とすることも「当然に認められる」と解されるに至っている⁴⁶。同年改正では、さらに、「債権の譲渡は、その意思表示の時に債権が現に発生していることを要しない」との規定も設けられており（同法466条の6第1項）、未発生 of 債権（将来債権）であっても有効に譲渡できることが民法上明確になった。そのため、信託との関係でも、譲渡が可能である以上、未発生 of 債権を信託財産とすることは可能であると解されている⁴⁷。

(2) 養育費債権の「処分」禁止？

上記(1)にみたように、ある財産を信託財産とする信託を設定するには、当該財産につき委託者の財産からの分離可能性が認められることを要する。

ここまで、本稿では、養育費債権が譲渡可能であることを暗黙の前提として論を進めてきたが、そもそも養育費債権は、その性質上、監護親の財産権から切り離し、第三者に移転(譲渡)させることができるのだろうか。

民法には、「扶養を受ける権利は、処分することができない」との規定がある(民法881条)⁴⁸。ここにいう「扶養を受ける権利」とは、親族間の扶養義務(同法877条1項・2項)に係る権利を指しているが、これは「親族関係に基づく一身専属権であり、かつ、要扶養者の生存の確保を目的とする「公的性格をもつ」権利であるから、「譲渡、質入れ、債権者の代位行使、相殺、相続などの対象にならない」のだという⁴⁹。本稿で想定している養育費債権は、父母間の監護費用の分担義務に係る権利であり(上記2.1参照)、上記の「扶養を受ける権利」(扶養請求権)とは異なるが、子の扶養(養育)のための費用を内容とする点で実質において共通する以上、同様に「処分」の禁止が妥当するはずである⁵⁰。仮に、養育費債権について「処分」が禁じられるのだとすれば、信託を通じて受託者に移転することもできないのではないかという疑義が生ずる。

この点については、信託財産としての養育費債権をどのような権利として捉えるかにより、結論が異なりうる。(ア) 監護親と非監護親の間の協議や審判を経る前の、抽象的な意味での権利(監護親が非監護親に監護費用を請求しうる地位ないし状態)を想定する場合、これが処分できないことは異論のないところであろうから、信託の設定も不可であると解される。それに対して、(イ) 協議や審判により金額が具体的に定められたものとしての養育費債権についてはどうか。民法の学説には、「扶養義務者に対する請求によって債権として具体的に形成された後の扶養料の給付を求める権利については、処分禁止の対象にはならない」とする見解があり⁵¹、これに従えば、具体化された金銭債権としての養育費債権を受託者に移転させることは、民法881条に抵触しないといえよう。

さらに、学説には、民法881条の趣旨が権利の処分による要扶養者の困窮(その結果として「社会や国の負担となる」こと⁵²)の防止であるとするれば、十分な対価さえ取得されれば処分行為を絶対的に禁止しなくてよいのではないか、という指摘もある⁵³。この指摘が正当であるとすれば、養育費債権の処分が要扶養者である子の困窮につながりうる場合

は民法 881 条により禁止される半面、そうでない場合には禁止には触れないものと解する。例えば、履行期が到来した養育費債権を券面額で譲渡することは、基本的には問題がないと考えられる。他方、履行期が到来していない養育費債権を譲渡することは⁵⁴、たとえ券面額であっても、問題がある。養育費は日々の監護費用をまかなうための金銭であり、履行期前に現金化することは必要性に乏しいうえ、本来の用途以外に費消してしまうリスクも伴うからである。しかし、履行期が到来していない養育費債権の処分であっても、それを信託財産として受託者に管理させるのであれば、監護親自身にゆだねておくよりも回収可能性が高まり、また子の監護養育とは別の用途に費消されるリスクも回避できるため、要扶養者である子にとって利益となる。そうであれば、こうした仕組みに民法 881 条の趣旨に反するところはなく、信託の設定は同条により禁じられる「処分」にあたらないとすることが可能である。

なお、令和 6 年民法等改正法により、新たに法定養育費の制度が導入されている（上記 2.2 参照）。監護親（法文では「父母の一方であって離婚の時から引き続きその子の監護を主として行うもの」）が、非監護親に対して、「子の監護に要する費用の分担として」一定額の「支払を請求することができる」という制度であるが（改正民法 766 条の 3 第 1 項本文）、これは「子の監護に要する費用の分担の定めがない場合の特例」との位置づけであって（同条見出し参照）、父母間の協議や審判で定められる養育費と実質において異なるものではない。そのため、法定養育費の「処分」の可否については、上で述べたところがそのまま妥当すると考えてよいであろう⁵⁵。

（3）養育費債権を譲渡した場合の一般先取特権の帰趨

上記（2）にみたように、養育費債権を処分（信託、譲渡）することも民法 881 条の趣旨に反しない限りで可能であると解する場合、次に問題となるのが、養育費債権を担保するために付与されている一般先取特権（「子の監護の費用」の先取特権。改正民法 306 条 3 号。上記 2.2 参照）の帰趨である。

一般に、担保権者が被担保債権を譲渡した場合、担保権もそれに伴って移転すると考えられている（随伴性）。そうであれば、養育費債権信託が設定された場合、養育費債権とともに一般先取特権も受託者へと移転し、以降は受託者において一般先取特権の行使が可能になるものと解される。

もっとも、民法の学説には、一般先取特権について随伴性を否定する見解もある。一般先取特権のうち「雇用関係」の先取特権（民法 306 条 2 号）を念頭に、「まさに使用人の保護を目的としたものであり、随伴性がないというべきではないか」というのである⁵⁶。令和 6 年改正前の規律を前提とした叙述であるが、一般先取特権は立法者が特定の債権を有する者にのみ優先権を与えたものであるから被担保債権には随伴しないという上記の考え方は、養育費債権の先取特権にも妥当するといえないであろうか。

確かに、「雇用関係」の先取特権は債権者（使用人）保護を目的として付与されたものであり⁵⁷、使用人でない債権者にまで優先権を与える必要は乏しいから、上記のような学説の立場にも相応の理由がある。他方で、養育費の先取特権は、債権者（監護親）本人の保護というよりは、債権者による権利行使の容易化を通じて子の利益を守ることを目的として導入されたものである⁵⁸。その意味で、「子の監護の費用」として生じた債権は、「雇用関係」により生じた債権とは異なり、債権者の属性はさほど重要ではなく、誰が行使するのであれ、確実に履行されさえすればよいともいえる。したがって、「雇用関係」の先取特権についてどのように解するかはともかく、養育費の先取特権に関する限り、担保権一般に妥当する性質としての随伴性を否定しなければならないほどの理由があるとは考えにくい。本稿では、養育費債権信託が設定された場合には受託者において先取特権を行使し、他の債権者に優先して養育費を回収することができるものと解する⁵⁹。

4.3 訴訟信託の禁止

信託法は、「信託は、訴訟行為をさせることを主たる目的としてすることができない」と定めている（訴訟信託の禁止。信託 10 条）。ここにいう「訴訟行為」の意義については議論もあるが、判例によれば、「破産申立、強制執行をも含む」とされている（後述 4.4（1）参照）。

本稿にいう養育費債権信託では、監護親自身による債権回収の負担を軽減することがその眼目であるから、受託者が養育費債権の回収を行うことが当然に予定されている。養育費債権の回収とは、具体的には、非監護親からの履行の有無の確認、履行がない場合の非監護親への（裁判外での）履行請求のほか、養育費の支払を求める給付訴訟の提起やそれに続く強制執行、さらには令和 6 年改正により新設された一般先取特権の行使としての債

権の差押えなどを指しており、これらの多くは「訴訟行為」に該当する。そうであれば、このような債権回収を当初から意図して組成される養育費債権信託は、信託法 10 条により禁じられる訴訟信託であって許されないのではないかという疑義が生ずる。

他方で、上記 3.2 (2) にみたように養育費債権の保証（及びそれに伴う求償）が禁止されていないこと、また上記 3.3 にみたように債権回収の委託が一定の範囲では解釈上及び法律上許容されていることに照らすと、経済的にみて同様の効果をもつ信託構成だけがおよそ許されないというのは不均衡であるようにも思われる。

そこで、以下ではまず、そもそも信託法がなぜ訴訟行為を主たる目的とする信託が許されないとの定めを置いているのか、また当該定めが具体的事案においてどのように適用されているのかを整理することで、養育費債権信託の許容性を検討する際の手がかりとしたい。

（１）旧信託法下の議論

旧信託法（大正 11 年法律第 62 号）11 条は、「信託ハ訴訟行為ヲ為サシムルコトヲ主タル目的トシテ之ヲ為スコトヲ得ス」と定めていた。

この規定の趣旨について、伝統的には、（ア）三百代言の跳梁の防止⁶⁰、（イ）濫訴・健訟の弊の防止、の 2 つが挙げられてきた。ある文献によれば、（ア）訴訟信託の禁止は「三百横行の現代に於て所謂三百取締法以上に實際的効果の大なるものがある」とされ、また（イ）「国民の権利思想の発達という事は、一面喜ぶべき現象ではあるが、徒らに又は濫りに訴訟の方法に依て争を続けるということは淳朴なる風俗を害すること甚しく、国民精神上決して好影響を与えるものではない」く、「殊に…裁判所へ持出しさえすれば何とか和解するだろうという風な考え方で訴訟をする事は善良の風俗を害すること夥しい」のであり、「訴訟信託は此の弊を一層助成せしむるから信託法 11 条は正に此の弊を一掃せんとする点に其の真精神を存置せしむるものと解すべきである、という⁶¹。

しかし、（ア）については、三百代言が横行していたという信託法の立法当時（大正 11 年）の社会情勢を背景としてであれば別論、「三百代言がいまだ政策的な取締りの対象たるべき存在として跳梁跋扈しているとは認められ」なくなった近年の状況に照らすと、制度趣旨として十分な説得力をもちえない⁶²。また、（イ）についても、「国家の総力を挙げて戦争目的に集中化するという」時代であればともかく、裁判を受ける権利が保障された日本

国憲法下において、紛争解決のために裁判所に訴訟を提起することは「社会的悪弊として法的禁止の対象になるものとは考えられない」のであって、これを制度趣旨に掲げることは「全く理解に苦しむ」と批判されており⁶³、これらを本質的な制度趣旨と解することはもはや困難であろうと思われる。

そこで、学説では、「訴訟信託がそれ自体としては当然に信託制度の趣旨を逸脱するものではない」との理解のもと、旧信託法 11 条の趣旨を「他人の権利について訴訟行為をなすことが許されない場合に、それを『信託』の形式を用いて回避することを、禁止する」ことにあるとする見解が現れた。具体的には、信託を通じて（i）非弁護士が弁護士代理の原則に違反すること、（ii）非弁護士が弁護士法 72 条に違反すること、（iii）司法機関を利用して不当な利益を追求すること、が問題視された。

（i）弁護士代理の原則に違反すること

民事訴訟法 54 条 1 項本文は、「弁護士でなければ訴訟代理人となることができない」と定めている。これを弁護士代理の原則といい、劣悪な代理人によって当事者の利益が損なわれるのを防ぐとともに、手続の円滑な進行を図る趣旨の規定であるとされる⁶⁴。非弁護士である受託者が他人から信託財産として譲渡された財産について訴訟を提起する場合、受託者の訴訟上の地位は訴訟当事者であって訴訟代理人ではないから、民事訴訟法 54 条が直接に適用されることはない。ただ、もともと委託者に帰属していた信託財産について受託者が訴訟を提起するという点で非弁護士による他人間の訴訟への介入にはかならず、同条の脱法的行為ではないか、との疑義が生じうるのである。

もっとも、民事訴訟法においても、権利主体以外の非弁護士による訴訟追行がおよそ許されないわけではなく、他人（弁護士である必要はない）が権利主体本人からの授權を得て、当事者として訴訟を提起・追行することを一定の範囲で認めており、これを任意的訴訟担当という。昭和 45 年大法院判決⁶⁵によれば、「本来の権利主体からその意思に基づいて訴訟追行権を授与されることにより当事者適格が認められる…いわゆる任意的訴訟信託については、…民訴法が訴訟代理人を原則として弁護士に限…〔っ〕ている趣旨に照らし、…このような制限を回避、潜脱するおそれがなく、かつ、これを認める合理的必要がある場合には許容するに妨げない」という。そこで、訴訟行為⁶⁶をなすことを主たる目的とする信託行為については、民事訴訟法学説にいう任意的訴訟担当が許容されない場合

に限って、旧信託法 11 条違反に問うべきものとする考え方が示された⁶⁷。

もっとも、このような考え方に対しては、信託法 11 条が民事訴訟法の規定（及び上述の判例法理）の趣旨を確認しただけのものになり独自性や意義が失われるとの批判があり⁶⁸、少なくとも（i）のみによって訴訟信託の禁止の趣旨を説明することは適当でない。むしろ、弁護士代理の原則の潜脱防止は禁止の趣旨ではなく禁止によって得られる効果であるという説明⁶⁹のほうがふさわしいように思われる。

（ii）弁護士法に違反すること

弁護士法 72 条は、「弁護士…でない者」が「一般の法律事件に関して…法律事務を取り扱」うことを禁じる規定であり、「報酬を得る目的で」、「業とする」との要件が課されている。また、同法 73 条にも、「業とする」要件が存在する（また、条文には現れていないが、主として非弁護士を取り締まりの対象とするものと解されている）⁷⁰。これに対して、旧信託法 11 条では、主体が非弁護士に限定されず、報酬目的等の要件も課されていないのであるが、学説では、訴訟信託の禁止を認定するには弁護士法の禁止規定の要件を充足することが必要であると説かれてきた⁷¹。

また、違反行為の私法上の効果について、弁護士法 72 条に違反して非弁護士に法律事務の処理を委任する行為や、同法 73 条に違反して訴訟等による権利実行のために他人に債権を譲り渡す行為は、無効と解される（上記 3.3（1）参照）。他方、旧信託法 11 条違反の行為も無効と解されており⁷²、いずれの場合も効果に違いはない（ただし、前者はさらに刑事罰の対象ともなる。弁護士法 77 条 3 号参照）。

このように、適用の要件も効果も共通するのであれば、弁護士法とは別に信託法上の禁止規定を置くことの実益は乏しい。上記（i）におけるのと同じく、弁護士法違反行為の抑止は、旧信託法 11 条の趣旨としてではなく、同条の禁止によりもたらされる効果と位置づけるのが適当であろう⁷³。

（iii）司法機関を利用して不当な利益を追求すること

訴訟信託の禁止の趣旨を説明するのに上記（i）（ii）では十分でないとすれば、より重要なのは（iii）である。

論者によれば、司法機関を利用した不当な利益追求の禁止を制度趣旨とみることの意味

については、次のように説明される。「信託という形式をかりて他人のあいだの紛争に介入し、合法的な権利主張という法のカラクリを利用し、しかも裁判所その他の国家機関を通じて社会観念上不当な利益を貪ろうとするところに、強度の反公序良俗性が発現するのであり、法はとうていこれを認容しえないとして、訴訟信託の禁止を宣言した」、と⁷⁴。より具体的には、①財産管理の手段としてではなく、他人間の紛争に介入する手段として信託的譲渡がなされており、②社会観念上不当な利益を得る目的としており（「信託管理によつて手数料その他の報酬を受けることは…ゆるされる」が、「社会観念上とうてい妥当視できない程度のものであるときには…反公序良俗性が帯有する」し、「譲渡人または譲受人にほとんど実質的な利益が生じないけれど、紛争の相手方にたいして特別な損害を与えることを企画している場合にも、同じく反公序良俗性がある」という）、かつ、③上記①②を裁判所その他の国家機関を通じて追求しているという3点が、「法的禁止に値する反公序良俗性の表現たるべき事実」であるとされる⁷⁵。

ただ、ここでも、上記（i）（ii）について述べたのと同様、既存の法令、とくに民法90条との関係をどう理解するかという問題が生じる。これについて、（a）「公序良俗…の基準に従って違法と判断される」場合に旧信託法11条違反に問う、という見解⁷⁶がある一方、（b）反公序良俗性を帯びる行為のうち、民法90条の「公の秩序又は善良の風俗に反する法律行為」とまでは評価できないものを禁止するのが旧信託法11条（現行10条）の意義であるとして両者の要件を区別する見解⁷⁷もある。また、（c）公序良俗違反の法律行為は「無効」となるが（民法90条）、訴訟信託の禁止に反する信託行為は必ずしも無効とはならず、効果面で違いがある、と説明する見解もある⁷⁸。これら（b）（c）の見解に依拠することが許されるのであれば、信託法が（iii）の趣旨で民法90条とは異なる独自の禁止規定を置くことには十分な理由があると評価することができよう。

（2）現行信託法の制定過程での議論

現行信託法（平成18年法律第108号）10条は、「信託は、訴訟行為をさせることを主たる目的としてすることができない」と定めている。改正に関する議論の中では、訴訟信託の禁止に関する規定を維持するかどうかについて消極の方向での考え方もないわけではなく、例えば、脱法信託の禁止の規定（旧信託法10条。現行信託法9条に相当）を「信託行為は、法令による禁止を免れるためにすることができない」という表現に改め、訴訟

信託についてはそちらで対処可能であることを前提に、訴訟信託の禁止の規定（旧信託法 11 条）を廃止する、などとする提案もみられた⁷⁹。ただ、最終的には、旧信託法 11 条の規定をそのまま引き継ぎ、10 条として残すこととなった。

もっとも、上記（1）にみたように、学説も裁判実務も、訴訟行為をさせることを目的とする信託行為のすべてに旧信託法 11 条を適用すると考えていたわけではなく、そのうちの一部、例えば、既存の法律を回避・潜脱するような行為や反公序良俗性のある行為のみが禁止されるものと解していた。そこで、立案担当者は、こうした理解を条文にも反映させるべく、旧信託法 11 条と同様の文言に続けて、「ただし、訴訟信託をすることについて正当な理由がある場合は、この限りでない」、との一文を設けることを提案した。なお、提案理由としては、民事訴訟において任意的訴訟担当（権利義務の帰属主体以外の者が訴訟当事者となるもの）が一律に排除されているわけではなく、共同の利益を有する多数のものについて認められているほか（民訴 30 条）、判例上も合理的必要がある場合には許容されている現状を踏まえ、信託法上も受託者となった者による訴訟追行が認められる場合がある旨を明示したものである、と説明されている⁸⁰。

これに対しては、しかし、①訴訟信託の禁止の問題（信託行為の実体法上の効力の問題）と、訴訟追行権ないし当事者適格の問題（訴訟上の問題）とは次元を異にする問題であり、任意的訴訟担当が許容される範囲によって訴訟信託が容認される範囲を画することは合理性に乏しい、②「正当な理由」の中身について判例の蓄積もなく、類型化の分析も進んでいない状況において、提案のような但書を設けることは、何らかの正当性さえあれば訴訟信託が許されるという誤解を招きかねない、③但書がなくても、「主たる目的」の解釈を通じて、あるいは既存の法規に対する脱法性・潜脱性又は反公序良俗性にかんがみ個別判断により信託法 11 条の適用を排除すれば足りる、などとする反対意見が述べられた⁸¹。その結果、上記提案に係る但書は設けられないこととなり、上述のとおり旧信託法 11 条をそのまま引き継いで「信託は、訴訟行為をさせることを主たる目的としてすることができない」とのみ規定されるに至った。

以上のような立法の経緯を踏まえると、問題の信託（財産移転）行為が訴訟行為を「主たる目的」とするものかどうかを検討したうえで、さらに「正当な理由」の有無を検討する、という解釈論はなじまない。現行信託法 10 条においては、条文の文言に忠実に、問題の信託行為が「訴訟行為をさせることを主たる目的と」するかどうか、という判断枠組

みを採用すべきであろう。このとき、脱法性や反公序良俗性の有無という観点はすべて「主たる目的」性の判断に組み込まれることになる。

このような理解を前提として、立案担当者は、ある信託が信託法 10 条に抵触するかどうか、すなわち「訴訟行為をさせることを主たる目的」とするものか否かの判断について、第一義的には「当事者の意思により判断されることになる」が、それだけではなく、「当該信託がされた経緯、信託契約の条項、受託者の職業、委託者と受託者の関係、対価の有無、受託者が訴訟を提起するまでの時間的なへだたり等、諸般の事情を総合的に考慮して判断される」、と説明している⁸²。

なお、学説においては、条文にいう「主たる目的」は信託行為をした動機・目的といった「主観的要件をその射程とすると解するのが自然である」としつつ、それとは別に「不当性」の要件を定立し、そこで脱法性や反公序良俗性の有無を吟味すべきであるという考え方も主張されている⁸³。確かに、文理上は「目的」要件の中で当事者の主観以外の事情を考慮することは不自然であるが、だからといって（上述の改正の経緯に照らすと）条文にない要件を追加することが現行信託法の素直な解釈ともいいがたいから、本稿では「主たる目的」要件の下で一元的判断を行うという立場を支持したい。もっとも、いずれの理解においても、考慮すべき要素や導かれる結論において大きな差異があるわけではなく、要件の整理の仕方の違いにとどまる。

（３）裁判例における判断枠組みと具体例

旧信託法下の裁判例をみると、古くは上記（１）（イ）にいう濫訴の弊にのみ着目する裁判例も存在するが⁸⁴、その後、学説の展開を踏まえて、上記（１）（i）ないし（iii）の観点を取り入れた判示がみられるようになった⁸⁵。ただ、「解釈上、他人間の法的紛争に介入し、司法機関を利用しつつ不当な利益を追求するとみられる場合等に無効とされるべき訴訟信託を限定しようという学説」の存在に触れながらも、そのような限定解釈は条文の文言とは整合しないと指摘する裁判例も存在しており⁸⁶、必ずしもすべての裁判所（裁判体）が学説と歩調を合わせてきたというわけではない。

現行信託法制定後の裁判例に目を転ずると、「主たる目的」の判断において当事者の意思（主観）を重視するものがある一方、かねてより学説で重視されてきた「不当な利益」を得ようとしているかどうかという観点（上記（１）（iii）参照）に触れる裁判例もある（詳

細は後掲裁判例（a）ないし（h）を参照）。

最近では、昭和 45 年大法院判決（上記（1）（i）、注 65 参照）に依拠して訴訟信託の許否を判断する裁判例も登場している⁸⁷。確かに、同判決は「任意的訴訟信託」の語を用いているが、これは「自己の名で訴訟を進行する当事者適格」すなわち任意的訴訟担当について述べたものであり、信託法 10 条にいう訴訟信託として禁止されるかどうか（実体法上の効力を否定されるかどうか）とは別個の問題を扱っている。にもかかわらず、同判決の法理をそのまま訴訟信託の許容性の判断に流用するというのは乱暴である。受託者（財産の譲受人）が訴訟以外の手続（執行、保全、破産など）を進行する場面では通用しない考え方でもあり、信託法 10 条の解釈論としては支持できない⁸⁸。

このように、現在もお裁判例の態度は一貫せず、実務における判断枠組みは確立されていないようである。そこで、以下では、どのような場合に信託法 10 条違反に問われ、どのような場合ならば問われなかったかという個々の裁判例における判断内容の検討を通じて、それらに共通する傾向を探ってみたい（なお、旧信託法の適用事例についても、便宜上、とくに断りなく「信託法 10 条」の問題として叙述する）。訴訟において信託法 10 条の適用が争われるのは、ほとんどの場合、形式上（信託としてではなく）債権譲渡又は手形取引としてなされた行為についてであり、譲受人が権利者として訴訟を提起し、義務者が「債権譲渡は訴訟信託の禁止に反し、無効である」と主張して争う⁸⁹、という構図が典型的である。以下で取り上げる（a）ないし（d）及び（f）も、そのような事案である（他方、（e）は、債権ではなく不動産の売買が問題となっており、また譲受人が権利行使のために提訴したわけでもないという珍しい事案である）。

（a）適用否定例 1——大阪高判昭和 39・6・15 民集 21 卷 2 号 363 頁

訴外 B 社から約束手形の交付を受けた X が、振出人である Y に対して手形金を請求した事案である。Y はもともと訴外 A 社を経営していたが、後に同社は倒産し、Y は夜逃げした（ただし、その後居所を発見されて連れ戻されている）。その際、Y は、日ごろ付き合いのあった B 社に迷惑を掛けることがないように、A 社で使用していた機械類を B 社に譲渡しようと考え、① A 社から B 社へ機械類を売り渡す旨の売買契約書（代金及び日付は空欄）と、② A 社と B 社の共同振出し名義の約束手形（振出日、受取人、金額欄、支払期日は空欄）を B 社に送付していた。B 社は、①の空欄を補充して機械類が B 社の A 社に対する貸金の代物弁済に供されたと仮装し、それを理由とする保全処分の手続を

経ていたが、さらに A 社の大口債権者であり債権者の代表のような存在であった X を抱き込み、X が当該機械類の所有権が B 社にあることを他の債権者に認めさせる代わりに、B 社が X に上記②の約束手形を交付する、との密約を交わすに至ったようである。

裁判所は、X が弁護士に委任して訴訟を提起していることから「手形債権を譲り受けて自ら訴訟を進行することにより、弁護士代理の原則…を潜脱しようとしたものとは認められ」ず、また、「X の B 社からの手形の譲受けは、これによつて、A 社の債務の保証の趣旨で手形の共同振出人となつた Y 個人に対する債権者となり、X の A 社に対する債権の回収を図ることを目的としたものであつて、けつして、B 社のため代わつて本件手形金を取り立てることを目的としたものではなく、又 Y と B 社間の法的紛争に立ち入つてその解決について不当な利益を追求することを目的としたものでもない」として、手形の譲受けは信託法 10 条に違反しないと判断した。

(b) 適用否定例 2——東京高判昭和 46・8・30 金判 284 号 15 頁

X が「任意交渉により確実に回収しうるものと考えて、訴外 A の申入れを容れ、本件売掛代金債権の譲渡を受け、Y 社に請求したところ、債権の成立を否認され、譲歩して和解案を提示したが、交渉がまとまらず、そこでやむを得ず、B 弁護士らを訴訟代理人として本件訴訟を提起するに至った」という事案である。

裁判所は、「債権譲渡は、訴訟行為をなさしめることを主たる目的となされたものと確認することはできない」から、信託法 10 条に違反しないと判断した。

(c) 適用肯定例 1——岐阜地判昭和 46・10・22 判時 654 号 79 頁

X が訴外 A から手形を譲り受け、給付訴訟を提起した事案である。もともと譲渡人である A 自身が「紙屑同然」と考えていた手形であり、(X は対価を支払ったと主張するが、裁判所の認定によれば) 代金の支払なしに又は極めて少額の代金と引き換えに X に譲渡されていた。また、譲受人である X は刑事事件（債権取立てに関する弁護士法違反事件）で実刑判決を受けて服役したという経歴の持ち主であるところ、AX 債権譲渡はその刑事事件と同時期になされており、X が「暴力団風の男」とともに「種々の脅迫的言辞を述べて債権譲渡の承認…を強制した」結果、Y は AX 債権譲渡につき異議をとどめない承諾（平成 29 年改正前民法 468 条 1 項）をしていた、という事情もあった。

裁判所は、「債権の売買というのは、形式に過ぎず、実質は、暴力的に債権取立をする X をして、回収の不能もしくは著しく困難な債権を取立させるため A は訴訟行為を為さ

しめることを主たる目的として、債権を信託的に移転したことが推認される」とした。そのうえで、訴訟提起に至る前に任意の債権回収が予定されていた点については、「訴訟行為をする前にたとえ、債権の取立行為があったとしても、それが」「暴力団員風の者に債権の取立を依頼する様な…違法或は社会的相当性を欠いた手段」である場合は「債権の譲渡を訴訟信託として無効にすることの妨げとなるものではない」と判示した。

(d) 適用肯定例 2——東京高判昭和 48・3・29 判時 701 号 72 頁

訴外 A が、次男 Y に対して有していた債権を他人である X に譲渡した後、X が Y に対する給付訴訟を提起したという事案である。

裁判所は、「〔A が〕 A からではその回収ができないが、他人である X の名義ですれば別であろうと考え、X が Y を相手に訴訟をするにいたるべきことは熟知して右譲渡を依頼し」ていること、また「X は…債権譲渡の通知到達の翌日…内容証明郵便で Y に対し…全額を弁済すべき旨を催告し、これに続いて…弁護士に依頼して Y に対し…仮差押の手続をするとともに、…本件貸金請求の訴を提起し」ていることを指摘し、「A は当時紛争中の Y に対する各債権を自ら取立てることを回避し、他人である X に対し訴訟行為をなさしめることを主たる目的として X 主張の各債権を譲渡したものと認めるのほかはなく、右債権の譲渡は信託法第 11 条〔現行 10 条〕に違反し無効であると解するのが相当である」とした。

(e) 適用肯定例 3——仙台高判平成 23・5・12 判時 2164 号 69 頁

この事案は、①土地所有者 A らから土地の譲渡を受けた Y らが、②土地上に建物を建設しようとしていた X に対して工事続行禁止仮処分申立てをしたところ、③仮処分命令が発令されたが、抗告審で命令が取り消された（ただし、X は任意に工事を中止した）。その後、④ Y らが X に対して工事差止めの本案訴訟を提起するも敗訴したため、⑤ X が Y らに対して不法行為にもとづく損害賠償請求訴訟を提起した、という経過をたどっており、ここで扱う判決は⑤に対するものである。上記 (a) ないし (d) のように、債権譲渡の効力が正面から問題となったものではなく、不法行為責任の成否を判断する前提として被保全権利（土地所有権にもとづく妨害予防請求権）が存在すると信じたことについての Y の「過失」の有無が問題となり、その中で AY の所有権譲渡の効力が争われたのであった。紛争の発端は、X が産業廃棄物処理場の設置許可を受けたことであり、X が事業用地の取得を進めて工事に着工していたところ、設置に反対する近隣住民 Y らが未買収の土

地の所有者である A らを説得して土地を買い受けた後、直ちに（契約後わずか 18 日で）工事の差止めを求める訴えを提起するに至ったという経緯がある。

上記③の保全手続では、いったんは仮処分命令が出たものの、抗告審において、（ア）譲渡代金が著しく廉価であるうえ、譲渡の形態（複数人に持分を譲渡）も不自然であること、（イ）A らから所有権を取得する以外には、Y らが本案（建設工事差止）訴訟を提起するための「即効性のある有効な手段が見当たらない」こと、（ウ）A らが「処分場を作っ
て欲しくないのが本心であり、そのために本件土地を Y らに譲渡した」旨を陳述していること、（エ）A らは処分場の敷地とするために X に土地を賃貸し、すでに多額の金銭を X から取得しているため、今になって A ら自身が工事の差止めを求めることは「信義則〔違反〕あるいは権利の濫用として認められない可能性が極めて高い」こと、を挙げて、「〔A ら自身が〕有効な法的手段を採ることが困難であったために、Y らをしてそれらの法的手続を採らせる目的で本件土地を譲渡したものであることが優に推認できる」として、AY 譲渡が信託法 10 条違反と認定されていた⁹⁰。

その後、⑤においても、裁判所は、「本件売買契約締結当時、買主である Y らが…訴訟を提起することが予定されていたものと考えざるを得ず、A らと Y らは、本件工事を中止させるために Y らに本件本案訴訟の提起及び本件仮処分申立てを含む訴訟行為をさせることを主たる目的として本件売買契約を締結したものであることが明らかな」と認定し、AY 間の売買契約は信託法 10 条に違反する無効なものであると判示した。

（f）適用肯定例 4——福岡高判平成 29・2・16 判タ 1437 号 105 頁

X が妻 A 所有の車両を運転中、Y1 運転の車両と衝突する事故が生じた。それから 1 か月も経たないうちに、X が B 所有の車両を運転中、Y2 運転の車両と衝突する事故が生じた。その後、X は、A から Y1 に対する損害賠償請求権の、B から Y2 に対する損害賠償請求権の譲渡を受けて、Y らに対する損害賠償請求訴訟を提起した。なお、当初 X は、A 及び B から委任を受けて自らが当事者として訴訟を提起したが、第一審の弁論準備手続期日において Y らが X の当事者適格を争う姿勢を示したため、第一審係属中に上記各請求権の譲渡を受けるに至った⁹¹。

裁判所は、「所有者〔A 及び B〕が原告とならず、X が原告となって訴訟を提起した理由は、X が加入する自動車保険の弁護士費用特約を使うためであったというのであり、X への債権譲渡は、X を原告にして訴訟を行わせることを目的として行われたものであるか

ら、信託法 10 条により禁止されている訴訟信託にあたり無効といわざるをえ」ないとした。

(g) 適用否定例 3——東京高決平成 31・2・14 金判 1564 号 28 頁

X は訴外 A 社の株主であり、代表取締役であったが、その後、X が取締役を辞任し、代わって Y が代表取締役に就任したとする登記がなされた。A 社の実権を握った Y は、A 社名義の財産を自己に移転する行為を繰り返したため、X は、A 社が Y に対して有する不当利得返還請求権の譲渡を受けたものと主張し、Y の債権者としての地位において Y の破産手続開始を申し立てるに至った。

裁判所は、信託法 10 条の趣旨を「弁護士代理の原則や弁護士法 72 条に反する脱法的な行為、すなわち、他人間の法的紛争に介入し、司法機関を利用しつつ不当な利益を追求する行為について信託の形式を利用して行うことを禁止するもの」とした。そして、X が A 社の創業者の長男であり、また株主でもあることから「無関係の他人の法的紛争に介入するものでも、不当な利益を追求する行為ともいえないこと」、債権譲渡から破産手続開始の申立てまで約 3 年が経過していることなどを挙げて、XA 間の債権譲渡は「訴訟行為（破産手続開始の申立てを含む。）をさせることを主たる目的としてされたものであるとも、信託法 10 条により禁止される不当な目的ないし利益の実現を企図するものとも認められない」と判示した。

(h) 適用否定例 4——東京地判令和元・12・4LEX/DB25582285

X が、自己の所有する土地に Y が無断で雨水を排出しているとして平成 19 年から平成 29 年まで 10 年分の土地使用料相当額の不当利得返還請求訴訟を提起した事案。このうち平成 19 年から平成 27 年までの期間については、前主 A に生じた不当利得返還請求権の譲渡を受けたと主張していたことから、Y が XA 間の債権譲渡の無効を主張し、X の当事者適格を争った⁹²。

Y は、「以前の所有者である A が原告とならずに…X が本件訴訟を提起した合理的な理由は存在」しないから、XA 債権譲渡は信託法 10 条に違反すると主張した⁹³。それに対し、裁判所は、XA 譲渡には X に訴訟行為をさせる以外の目的（A が X に対して有する債務の弁済に充てること）があり「他人間の紛争に介入する目的を有しているとは考えられないこと」、また X の請求には理由があり「社会通念上許容することができない不当な利益の獲得を目的としているとも認められないこと」から、「本件債権譲渡が信託法により禁止されている訴訟信託に当たるとはいえない」とした。

(i) 検討

上記の裁判例のうち、信託法 10 条の適用を否定した (a) (b) (g) (h) のほか、適用を肯定した (c) ないし (f) でも、訴訟代理人として弁護士が選任されており、信託（形式は譲渡）を許しても民事訴訟法 54 条の趣旨に反しない状況ではあった。ただ、判例は、「訴訟行為をさせることを主たる目的として債権が譲渡されたときは、譲受人がみずから訴訟を進行せず、弁護士に本件訴訟の委任をした場合でも、〔信託法 10〕条の適用をさまたげない」としており⁹⁴、現実の訴訟追行を弁護士にゆだねたというだけでは、訴訟信託の禁止に触れるという評価を回避できない。

適用否定例の (a) (b) をみると、譲渡の時点において譲渡人が訴訟行為をさせることを目的としていたわけではなく、譲受人に他人の紛争に介入する意図があったわけでもない、という当事者の主観面が重視されている。例えば、上記 (a) における X は自社の債権回収を図るため手形を譲り受けたのであり⁹⁵、(b) における X も AY 間の紛争を解決するためではなく自己のために譲受債権を行使した。これらの事情から、上記否定例では、訴訟行為をさせることが信託（譲渡）の「主たる目的」であるとの認定を免れている。

他方で、適用肯定例の (c) ないし (e) においては、債権者自身による裁判外の回収が不能又は困難であることを前提として債権が他人に譲渡された点、換言すれば取立行為によらず直ちに訴訟行為に出ることが譲渡時点から予定されていた点が指摘されている。また、(f) に至っては、譲渡が譲受債権に係る訴訟の係属中に行われており、訴訟追行を目的としていることは明らかである。裁判所がこれらの例において信託法 10 条違反を肯定したのも、当事者にとって訴訟行為をさせることが信託（譲渡）に至る動機づけや目的になっていたか否かを重視した結果といえよう。

このようにみると、これらの裁判例においては、「主たる目的」という文言を字義どおりに解釈しようという意識が強すぎるように思われる。上記 (2) で述べたように、信託法 10 条違反かどうかは、当事者の主観面のみならず、信託行為が脱法性や反公序良俗性を有するかどうかという観点から判断されるべきであって、当事者が信託（譲渡）行為時から受託者（譲受人）による訴訟行為を予期していたとしても、それだけで直ちに同条の適用を肯定することには慎重になるべきである。

そのような観点から、上記の各裁判例について改めて検討すると、(c) のように過去に繰り返し暴力的な取立てを行っていた者にそれと知りつつ債権を譲渡する行為は、譲受人

による違法不当な行為を通じて利益の実現を図ろうとするものであり、社会観念上是認しえず、これを禁止することには異論のないところであろう。また、(e)のように、権利者自身による権利行使の途が閉ざされている場合⁹⁶に、信託の形式を利用することで別人による権利行使という外形を備えようとする行為も、本来得られない（法秩序に照らして、得てはいけない）はずの利益を得ようとする点で不当性を見出しうるから、やはり禁止の対象とみるべきである。

また、適用否定例である（g）では、譲受人 X が譲渡人 A 社の株主であったこと、つまり X にとって A 社の紛争は実質的に自分自身の紛争ともいえるのであって、無関係の他人の紛争に介入して不当な利益を得ようという意図はなかった点が考慮されており、譲渡当事者がどのような目的を有していたかのみによって結論を得たわけではない。同じく否定例である（h）においても、譲渡当事者が訴訟以外の目的を有していたことのほか、不当な利益の獲得を目的としていたわけではないことを併せて考慮しており、主観的要素が判断を決定づけたものとはいえず、その判断に不合理な点はない。

他方、適用肯定例である（d）の事案については、本稿の立場によれば、信託法 10 条の適用を否定する余地も十分にあったように思われる。この事案では、上記（e）におけるのと異なり、元の債権者 A による権利行使が法的にできなかったわけではなく、A の次男 Y に対する債権であるという事情から「Y は…肉親である A からの請求には応ずる気配がなかった」（裁判所の認定による）というにすぎない。また、X が「債権…289 万円（但しいずれも元本額面という）の債権を、取立の費用を見込み代金合計 175 万円で譲渡を受けることにした」というのであるが、券面額より低い価額で債権の譲渡を受けることが直ちに不当とはいえない。さらに、X は「もし Y から上記債権の全額を回収することができたときは、譲受代金 175 万円を超える分については A…にこれを返還し」ように考えていたというのであるから、過酷な取立てによってより多くの利ざやを稼ごうというインセンティブが働くわけではなく、債務者 Y に損害を与えようという意図も見出しがたい。判決文をみる限り、他に X の不当性を基礎づける事情も見当たらないから⁹⁷、そうであれば、たとえ譲渡当事者間で訴訟を含む民事手続の利用が想定されていたからといって、それだけで信託法 10 条違反と認定するのは、同条を正しく適用したものとはいえないであろう⁹⁸。

また、(f) の事案については、結論として信託法 10 条違反とすることに問題はないが、

その理由づけをもう少し付け加えるべきであったように思われる。この事案では、X が A 車両での事故から 1 か月も経たないうちに B 車両で同様の事故を起こしていることに加え、(第一審の認定によると) X には過去 8 年足らずの間に 15 件以上の事故歴があり、合計 900 万円以上の保険金を受領していること、それらの事故の多くが他人名義の車両によるものであること、車両所有者の委任により訴訟を担当し、さらには係属中に債権譲渡を受けるという異例かつ不自然な経過をたどっていること、等の事情があり、いずれの事故も保険金目的の自招事故であったことが推認される。そして、A 及び B から X への債権譲渡は、X による Y らに対する当たり屋的行為の一環としてなされたものといえ、反公序良俗性や不当な利益追求という目的を認めうるから、信託法 10 条違反であり無効であると判断することには違和感はない。しかし、そうした事情がなく、単純に自己の弁護士費用特約を使いたいという目的で他人(しかも、妻など近親者)の債権を譲り受け、訴訟を提起していた場合には、(保険会社との間での契約違反等の問題を生ずるかどうかは別として)反公序良俗性を有する行為とまではいえず、それだけをもって信託法 10 条違反と断ずるのは行き過ぎであろう⁹⁹。

4.4 養育費債権信託の許否

上記 4.3 の検討を前提としたとき、本稿で想定する養育費債権信託は、訴訟信託の禁止を定める信託法 10 条に反し、許されないといえるであろうか。以下では、(1) 養育費債権の管理回収を目的とすることは、「訴訟行為」をさせることを目的とするといえるか、(2) 養育費債権信託は、訴訟行為をさせることを「主たる目的」としているといえるか、の 2 点を順に検討する。

(1) 「訴訟行為」をさせることを目的とするか否か

信託法 10 条にいう「訴訟行為」の意義について、判例は、訴訟の提起や追行といった行為に限定せず、執行や破産といった民事手続における行為をも含むものと解している¹⁰⁰。他方で、更生債権の届出は「訴訟行為」に含まれないとする判例もあり¹⁰¹、区別に合理性があるとは思えないとも指摘されている¹⁰²。

学説では、判例と異なり、(ア) 訴訟の提起や追行といった判決手続上の行為のみを「訴

訟行為」とみる見解がある。ただし、理由づけには複数あり、①訴訟信託の禁止の趣旨は濫訴の防止であると理解したうえで（上記4.2（1）（イ）参照）、「既に確定した権利の実行について迄も干渉すべきで無い」から執行行為は含まれないとするもの¹⁰³、②信託法10条の適用範囲をなるべく限定する（それにより信託の利用可能性を拡げる）べきであるとの立場から「訴訟行為」を狭く解そうとするもの¹⁰⁴、がある。これと反対に、（イ）判例が適用を認める執行手続や破産手続上の行為はもちろん、判例が否定する更生手続上の行為をも「訴訟行為」に含ませる見解もあり、論者は「主たる目的」の認定を厳格に行う限り「訴訟行為」を広く解しても構わないと考えているようである¹⁰⁵。

本稿は、「訴訟行為」の意義については判例の立場を踏襲し、訴訟（判決手続）上の行為のみならず、執行や破産、あるいは審判といった民事手続上の行為を含む概念であると位置づける。もっとも、上記（ア）②が指摘する適用範囲の限定についてはまったく異論のないところであり、この点については、（イ）の論者がそうであるように、「主たる目的」の判断において十分に考慮すべきものと解する。

（2）訴訟行為をさせることを「主たる目的」とするか否か

養育費債権信託が「訴訟行為」をさせることを目的としていることは否定できないとして、次の問題は、それが信託の「主たる目的」かどうかである。裁判例をみると、信託行為に至った当事者の動機や目的といった主観的要素が判断を決定づけているが、現行法の解釈として必ずしも適当とは思われない（上記4.3（3）（i）参照）。学説で主張されてきたように、信託行為が脱法性や反公序良俗性を帯びている場合に限って「訴訟行為をさせることを主たる目的として」なされたものとして効力を否定すれば足りよう。また、その判断に際しては、当事者の意思のほか、信託がされた経緯、信託契約の条項、受託者の職業、委託者と受託者の関係、対価の有無、受託者が訴訟を提起するまでの時間的なへだたりといった諸般の事情を考慮した総合的な検討が求められる（上記4.3（2）参照）。

以下では、考慮すべき事情や判断に際して重視される観点のいくつかを取り上げて検討する。

（ア）当事者の意思

養育費債権信託において、信託の目的は養育費債権の管理であり、例えば、「受託者が

信託財産である養育費債権を適正に管理することにより、受益者の財産管理の負担を軽減し、子の健やかな成長を支えること」などと定めることが考えられる。このような目的の定め方であれば、少なくとも信託契約の条項上は、訴訟行為を主たる目的としているようには読めない。

もっとも、「主たる目的」の判断に際しては、契約条項における記載だけが手がかりとなるわけではなく、当事者の具体的な意思（動機や目的）を考慮することが必要となる。養育費債権を信託しようという監護親の意思は、自身で債権を管理・回収することが困難又は不可能であるため、より適切な第三者の管理にゆだねたい、というものであると推測される。そして、そこにいう債権の管理には、①訴訟外での行為と、②「訴訟行為」（執行手続上の行為も含む）の双方がありうる。①は、履行期に履行があるかどうかを確認し、金額の不足や入金が遅れがあれば債務者に状況を確認し、必要に応じて任意の履行を促すといった作業である。②は、債務名義の取得及び強制執行の実施のほか、担保権が存する範囲では担保権の実行としての競売等の手続を実施することである。訴訟信託の禁止との関係で重要なのは、②をさせる目的を有していたか否かであるが、養育費債権信託においては、②よりも①をさせる目的の方が監護親にとっては重要であろう。すなわち、養育費債権は一般に長期にわたって履行が続く性質のものであり、しかも履行の有無はその時々債務者の経済状況に大きく依存するから、履行の遅れや金額不足もまれではないと考えられ、①には相応の手間がかかる。そのうえ、監護親の中には、非監護親と連絡を取ること自体に苦痛を感じる者も少なくなく（上記3.1にみたように、「関わり合いになりたくない」という理由で権利行使自体を断念する監護親が4割近くいるのである）、心理的な意味での負担もかなり大きい。他方で、②であれば非監護親と対峙する必要はないし（訴訟や審判の手続は別として、執行に限っていえば、債権者は基本的に裁判所や第三債務者との関係で手続を進めることで足りる）、令和6年民法等改正法により権利行使自体が容易化されてもいるから（上記2.2参照）、心理的にも、また手続的にも、負担は軽くなっている。そうであれば、養育費債権信託においては上記①のような裁判外の行為を受託者にさせることが監護親にとって中心的な動機づけとなっており、②はそれに付随して必要となるにすぎないから、「訴訟行為をさせることを…目的として」行われるものではない、という評価も可能であるように思われる。

（イ）信託がされる経緯

養育費債権信託に至る経緯として、非監護親による履行の有無という観点から類型化すると、（i）養育費に関する合意の直後又は順調に履行がされている段階で信託する場合と、（ii）すでに一部でも不履行に陥った段階で信託する場合とが考えられよう。このうち、（i）の場合は、少なくとも当面は上記（ア）にいう①裁判外の行為をさせることが予定されていると考えられるのに対して、すでに不履行が生じている（ii）の場合は、当初から②「訴訟行為」をさせることが予定されているといえ、「訴訟行為をさせることを主たる目的として」いるのではないか、との疑義が生じうる。

ただ、一般論として、債務不履行が生じたからといっていきなり執行手続を申し立てるわけではなく、まずはより穏やかな手段である任意の履行を実現するための働きかけを試みるのが通例であろうから、（ii）の場合であっても上記①をさせようという動機づけの存在は十分に肯定しうるものであり、必ずしも②の目的の方が主であるとはいえない。また、仮に上記②の「訴訟行為」をさせることが監護親の内心における主たる目的であったとしても、そのような当事者の主観面をもって直ちに信託法 10 条違反であると認定するのは早計である。同条違反の有無は、主観面のみならず諸般の事情の総合的な考慮により決せられるのであり、とりわけ養育費債権信託においては、その社会的意義を正しく評価したうえで結論を下すべきであると考え（後述（エ）参照）。

（ウ）脱法性

すでに述べたように、信託法 10 条は、信託の利用を通じて受託者に訴訟行為をさせることを全面的に封ずる趣旨ではなく、脱法性や反公序良俗性を有するもの（「正当な理由」があるもの）のみを訴訟信託として禁止する（上記 4.3（2）参照）。もともと訴訟行為は予定していなかったが財産管理の必要上それが必要になったという場合はもちろんのこと、当初から当事者の主観において訴訟行為が目的（の一つ）とされていたとしても、それが他の法令の趣旨や公序良俗に反するものでない限り、信託法 10 条違反に問われることはない。

脱法性に関しては、①民事訴訟法 54 条、②弁護士法 72 条・73 条の規律を潜脱・回避するものでないかが問題とされる。

①民事訴訟法 54 条は弁護士代理の原則を定めたものであり、非弁護士たる受託者が他

人である委託者の財産に係る訴訟を進行することが同条の潜脱に当たるのではないかが懸念される（上記 4.3（1）（ii）参照）。もっとも、受託者が訴訟を提起する際には弁護士を訴訟代理人として選任するのが通例であり、実務上これが深刻な問題となることは少ない（上記 4.3（3）で紹介した裁判例（a）ないし（g）でも、受託者はいずれも弁護士に委任していた）。

②の弁護士法 72 条は非弁護士による法律事務の取扱いを、同法 73 条は（主として非弁護士による）譲り受けた権利の実行を、それぞれ禁ずるものである。受託者が委託者から譲り受けた財産について訴訟行為をなすことは、形式的には自己に帰属する権利の行使であるものの、実質においてこれらの規定の趣旨に反するのではないかが問題とされる。これについては、しかし、「社会生活上当然の相互扶助的協力をもつて目すべき行為」である場合、あるいは「社会的経済的に正当な業務の範囲内にあると認められる場合」には違反に問われないとするのが判例である（上記 3.3（2）参照）。養育費債権信託においても、それが社会的にみて正当性を有する行為である限り、脱法性に対する疑義は払拭され、信託法 10 条違反の問題は生じないと考えることができよう。

（エ）社会的正当性及び意義

学説では、かねてより、公序良俗に反する信託行為は信託法 10 条に違反し、無効であると解されてきた。

加えて、信託の活用を進めていくという観点からは、これまでのように反公序良俗性を認定して不当な信託を排除する方向での解釈のみならず、実務上の意義や要請が認められる信託を積極的に取り入れていく姿勢も必要である。例えば、債務者が複数の債権者のために担保権を設定しようとするとき、各別の担保権を設定することに代えて、特定の誰かとの関係ですべての債権者のための担保権を設定することができれば便宜である。これを可能にするのが担保権信託（セキュリティ・トラスト）であり、現行信託法はこれを明文で認めている¹⁰⁶。受託者による担保権の実行を予定した信託であるという点において訴訟信託の禁止に触れるとされてもおかしくないところ、学説では典型的に信託法 10 条違反にはあたらないと解されており¹⁰⁷、その解釈を支えるのが実務におけるニーズ¹⁰⁸である。このように、ある類型の信託に実務上の意義や要請が認められることは、信託法 10 条にいう「主たる目的」の判断に際しての重要な考慮要素となり、同条違反を否定する方

向に強く作用するものと考えることができる。

そこで、養育費債権信託についてみると、この信託には子の利益を図るという社会的意義がある。養育費債権は、すでに述べたように、子の養育にとって欠かせない権利でありながら、種々の事情から監護親自身による回収が必ずしも容易でなく、履行されないままになっていることが少なくない（上記 3.1 参照）。そうした事態を改善するための一つの方策としての養育費債権信託には、子の経済的困窮を回避し、健やかな成長を支援するという社会的意義を見出すことができるのであるから、類型的にみて「訴訟行為をさせることを主たる目的として」はいない、すなわち訴訟信託の禁止に触れないと考えることができる。このことは、たとえ監護親の主観面において受託者に「訴訟行為」をさせようという動機や目的を認めうるとしても、異ならない。

もっとも、類型的一般的な判断として信託法 10 条違反に問われないといっても、個々の信託行為における契約条項、契約に至った経緯、受託者の属性や委託者との関係等によっては、同条違反に問われる可能性はある。殊に、子の経済的困窮を回避し、その成長支援につながるという上述の社会的意義を疑わせるような信託が組成された場合には、訴訟信託の禁止に触れるものとして無効と解すべきである。

例えば、受託者の属性について、過去に違法な債権回収によって刑事罰を受けたり、消費者被害を生じさせたりした経歴がある者が受託者となる場合には、受託者による不当な利益追求目的、ひいては反公序良俗性が強く疑われる（上記 4.3（3）の裁判例（c）参照）。そこまで極端な例でなくとも、債権の管理や回収について実績やノウハウを有しない者が受託者となる場合には、当該受託者に財産管理をゆだねるに至った経緯や信託契約の内容の妥当性をより慎重に吟味する必要がある。

また、対価の設定についても重要な考慮要素となる。一般に、養育費の金額を定めるうえで債権の管理・回収費用は考慮されていないから、監護親が信託報酬を支払う¹⁰⁹ことはその分だけ養育費が目減りすることを意味する。したがって、養育費債権信託は無報酬であることが望ましいといえるが、持続可能な仕組みとするには一定の報酬の発生はやむをえないところであり、合理的な範囲の金額であれば信託報酬を受ける旨の定めも許容されよう。どこまでなら合理的な報酬といえるのか、具体的な金額や割合を論ずることは困難であるが、留意すべき点としては、①金銭債権信託一般における報酬と比べると、割高になることはやむを得ない、②信託報酬のうち一定額は、公的助成によりまかなわれる可能

性もあること、が指摘できる。①について、金銭債権信託は大量の債権を一括で譲渡する形で行われるのが一般的であるところ、養育費債権信託においては個別かつ少額の債権を対象とすることになるから、前者に比して後者の方が受託者における管理の負担も重くならざるをえず、報酬が割高になることもやむをえないと考える。したがって、金銭債権信託における標準的な報酬額よりも高額であることをもって、直ちに不当な利益追求であり信託法 10 条違反ということにはならない。また、②については、すでに公正証書作成費や強制執行の手続費用、さらには養育費保証サービスにおける保証料のための助成金を設けている自治体が少なくないことを考えると（上記 3.2（2）参照）、養育費債権信託の信託報酬についても、同等の公的助成が期待できる。仮にそのような公的助成制度が整えば、それによる負担減を考慮に入れたうえで報酬額の妥当性を検討することも許されよう。

4.5 養育費債権信託の仕組み

上記 4.4（2）で検討したとおり、養育費債権を信託してその管理・回収をゆだねることは基本的に信託法 10 条に抵触しない、というのが本稿の立場である。その理解を前提に、以下では養育費債権信託の仕組みをもう少し具体的に考えてみたい。

（1）信託の設定

信託は、財産を保有する者が、「特定の者との間で、当該特定の者に対し財産の譲渡、担保権の設定その他の財産の処分をする旨並びに当該特定の者が一定の目的に従い財産の管理又は処分及びその他の当該目的の達成のために必要な行為をすべき旨の契約」すなわち信託契約を締結する方法によって、行うことができる（信託法 3 条 1 号）。養育費債権信託においては、監護親が、第三者との間で、養育費債権を譲渡し、その管理回収をゆだねる旨の契約を締結することになる。目的の定めとしては、例えば、「受託者が信託財産である養育費債権を適正に管理することにより、受益者の財産管理の負担を軽減し、子の健やかな成長を支える」などとすることが考えられよう（上記 4.4（2）（ア）参照）。

なお、信託の設定は、これ以外に、遺言によること（同条 2 号。遺言信託）、意思表示によること（同条 3 号。信託宣言）も可能であるが、養育費債権信託においてこれらの方法はなじまない。

（２）信託の当事者

（ア）委託者及び受益者

養育費債権信託は、養育費債権を信託財産とするものであるから、委託者となるのは当該権利の権利者、すなわち監護親である。他方、受益者となるのは、①監護親、②子、の２通りが考えうる。

養育費が子の養育に充てられる金銭であることを考えると、②のように子を受益者とするのが理念的には最もふさわしいように思われる。ただ、子が成年に達しないうちは、親権者が「子の財産を管理し、かつ、その財産に関する法律行為についてその子を代表する」こととされているところ（民法 824 条本文）、子の親権者は子を監護する側の親であるのが通例であるから、上記①②のいずれにおいても受益者として現実に権利を行使するのは監護親であることになる。そうであれば、①②に実質的な差異はほとんどないから、法律関係の複雑化を避ける意味で、①の監護親を受益者とする仕組み（自益信託）のほうが望ましいであろう。

さらにいえば、令和 6 年民法等改正法によりいわゆる共同親権が導入されたため¹¹⁰、同法施行後は監護親と非監護親がいずれも子の親権者となりうる。この場合において、上記②の仕組みによるとすれば、非監護親は、信託財産たる債権の債務者であると同時に、当該信託の受益者（子）を「代表」する地位をも有することになる。後者は、信託法上の制度でいえば受益者代理人（信託 138 条 1 項）に類似するが、受益者代理人が本人の意思にもとづかない権利行使を許されないのに対して、法定代理である親権者による代理においてはそうではない¹¹¹。そのため、非監護親に受益者としての権利（とくに、受託者に対する監督権限）を適切に行使することを期待するのは構造上困難であるし、場合によっては非監護親が信託の妨げとなる行為に出ること、例えば、裁判所に対して理由なく受託者の解任（信託法 58 条 4 項）や信託の終了（同法 164 条・165 条）を申し立てたりすることも考えられないではない。そのような事態を回避するには、上で述べたように、①の監護親を受益者とする仕組みとするのが適切であろう。

（イ）受託者

養育費債権信託が営業としてなされることを前提とすると、受託者として想定されるのは、「信託会社」（信託法 2 条 2 項。同法所定の基準に適合するものとして内閣総理大臣の免許

を受けた者)か、信託兼営金融機関(金融機関の信託業務の兼営等に関する法律1条。信託業務を遂行することができるものとして内閣総理大臣の認可を受けた金融機関)である。

いずれにおいても、現状では、個人の金銭債権を信託財産とする信託の引受けは行っていないものと思われる。信託会社等も営利企業である以上、信託の引受けを通じて利益を上げる必要があるが、少額金銭債権を個々の監護親から引き受けるという養育費債権信託の仕組みは採算性に乏しい(第三者[サービサー]に債権回収を委託する場合と同様である。上記3.3(3)参照)。仮に、こうした信託の引受けを行う事業者が現れたとしても、信託報酬は割高にならざるをえないであろうが、それに対しては公的助成も検討されるべきである(上記4.4(2)(エ)参照)。

別の選択肢として、公的機関が受託者となって債権の管理回収を担うということも考えられる。公的機関にそうした役割を担ってもらうには、根拠となる法令の整備や予算措置等が必要となるため、直ちに実現するというのは容易でないが、監護親からみれば公的機関が運営する制度であることによる安心感は大きい。信託を運営するのに適した公的機関を見出すのが困難であれば、公的機関を窓口としつつ、運営に際しては民間のノウハウを活用する等の方策もありえよう。

(3) 信託財産

信託財産は、養育費債権である。すでに述べたように、養育費債権を信託財産とするにあたっては、父母間の協議又は調停・審判において金額及び期間が定められていることを要する(上記4.2(2)参照)。

他方、令和6年民法等改正法により導入された法定養育費については、「子の数に応じて…算定した額」の金銭債権が法律上当然に発生する仕組みとなっており(改正民法766条の3第1項本文)、父母間に協議等がなくとも具体的権利として発生する。したがって、同法の施行後は、この意味での養育費債権を信託財産とすることも可能である。

養育費債権は、いったん父母の協議等で金額が定まったとしても、事情の変更があれば再び父母間で協議等を行って金額を増減することができる(民法766条3項。同880条も参照)。監護親によって養育費債権が信託されると、養育費債権は受託者に帰属し、受託者が管理することになるが、その場合であっても監護親と非監護親の二者限りで当該債権の存否や内容を変えることはできるだろうか。

仮に、養育費債権信託の設定後は事情変更が生じても養育費額の見直しができなくなるとすれば、適正な金額の養育費を受けられないという意味で子の利益を害するおそれがあり、かえって信託の目的に反する。養育費の支払は相当程度長期にわたることが少なくなく、監護親、非監護親双方に事情の変更が生ずることは当然に予期されるのだから、信託においてもそのような事情変更を反映させることができるような仕組みが求められる。

金銭債権のうち長期にわたる支払が予定されている債権について、支払期間の途中で支払条件を変更する必要があるというのは、養育費債権に限った話ではない。とくに、住宅ローン債権を始めとする個人ローン債権については、債務者の事情を踏まえた柔軟な条件変更を行うことが（債務者自身から、監督官庁である金融庁から、あるいは社会的に）要請される。そのため、この種の債権を信託財産とする金銭債権信託においては、条件変更の可能性を見込んで、あらかじめ委託者に変更権限を付与することで対応しているという。すなわち、金銭債権の信託（実務上、債権者の資金調達手段として行われることが多い）において、信託財産である債権の条件変更は禁止されるのが通例であるところ、住宅ローン債権については、信託の設定後であっても柔軟な条件変更が可能となるよう、あらかじめ委託者（元の債権者）に変更権限を付与しておくことがあるという¹¹²。このような実務の工夫は、養育費債権信託においても取り入れる余地があろう。

（４）信託の終了

信託は、「委託者及び受益者」の合意により、終了する（信託 164 条 1 項）。自益信託である養育費債権信託においては、委託者兼受益者である監護親の意思表示のみによって終了させることができる¹¹³。

また、信託は、一定の事由が生じた場合に終了するとされている（同 163 条 柱書）。例えば、「信託の目的を達成したとき」（同条 1 号）であり、これにより信託は満足的に終了する。養育費債権の場合、協議や審判等において「子が成年に達した日の属する月まで」、「子が 22 歳に達した後の最初の 3 月まで」などとする支払の終期が定められているから（なお、法定養育費の場合は「子が成年に達した日」が終期となる。改正民法 766 条の 3 第 1 項 3 号）、この終期を迎えれば、信託の目的を達成したものとして養育費債権信託は終了する。ただし、非監護親が定められた終期に支払をしない場合には、その回収事務が完了するまで、信託も存続することになろう。

「信託の目的を達成することができなくなったとき」(信託 163 条 1 号)としては、例えば、養育費の支払期間中に親の一方もしくは双方、又は子が死亡した場合が挙げられる。他方、子が非監護親以外の者(典型的には、監護親の再婚相手)と養子縁組をした場合でも、それにより直ちに養育費債権信託が終了することにはならない。この場合、養子縁組により子の養育については監護親と養親(監護親の再婚相手)が第一義的な責任を負うことになるから、以降は非監護親(血縁上及び法律上の親)は二次的な責任を負うにとどまる¹¹⁴。しかし、監護親との間の協議や審判手続により養育費の支払をしない旨の合意又は審判(民法 766 条 3 項参照)を得ない限り、非監護親は引き続き定められた額の養育費を支払う義務を負うものと考えられるから¹¹⁵、養子縁組の事実のみをもって信託目的の達成不能とは評価できないと解される。

5 おわりに

本稿では、養育費の不払いという社会課題に対して、信託が一定の解決策を与えることができるのではないかという観点から検討を試みた。一般に、子の養育のための信託としては、最初にまとめた財産(金銭等)を拠出してそこから一定額ずつ子に受益させていくというスキームが想定されるが、本稿ではあえてそれと異なる信託の形を模索してみた。最大の課題は、訴訟信託の禁止規定(信託 10 条)との関係であるが、それに対しては一定の解答を用意できたと考えている(上記 4.4)。他方、具体的な信託の仕組みについては、甚だ不十分な検討にとどまった(上記 4.5)。これについては、今後の課題としたい。

なお、養育費と同じように長期にわたる支払が行われるものとして、不法行為にもとづく損害賠償としての定期金¹¹⁶がある。保険会社が関与する場合はともかく、個人間で賠償が行われる場合には、加害者からの支払が遅れたり止まったりするリスクがあり、どのようにしてそのリスクを低減させるかは大きな課題である。債権者(ここでは被害者)保護のため確実な支払が強く要請されるという点において、養育費の場合と共通する面があり、本稿の提示する養育費債権信託はこの種の債権の履行確保のためにも応用できるかもしれない¹¹⁷。この点も含め、信託の活用可能性についてさらに検討を進めたい。

〔注〕

- 1 今津綾子「養育費の支払確保における信託の活用可能性」久保野恵美子編『信託の理論と活用』（トラスト未来フォーラム、2023）123 頁以下。
- 2 養育費は、本文で述べた①監護費用の分担（民 766 条 1 項・2 項）のほか、②夫婦の協力扶助義務（同 752 条）、③婚姻費用の分担（同 760 条）、あるいは④直系血族間の扶養義務（同 877 条）の履行としての金銭と構成する余地もある（なお、②③は根拠となる条文こそ異なるが、実務上は同一のものと扱われているようである。二宮周平編『新注釈民法（17）親族（1）』（有斐閣、2017）201 頁〔神谷遊〕）。ただ、法制上、①ないし④は同列に扱われているため（この点は、本文 2.2 で取り上げた令和 6 年民法等改正法でも変わらない）、本文の叙述は①で代表させている。
- 3 本文で述べたもののほか、金銭債権一般でみられる債務者保護のための措置が適用されないという形でも、債権者による迅速な権利実現が図られている。具体的には、給与債権が差し押さえられた場合に、差押禁止の範囲変更のための時間を確保する趣旨で取立権の発生や転付命令確定までの期間が 4 週間に伸長されているのであるが、執行債権が扶養義務に係る請求権である場合にはこの規定の適用は除外される（民執 155 条 1 項・159 条 6 項）。
- 4 本文の問題点を解消すべく、父母間の合意形成や債務名義の作成を容易にしようという方向での法改正もみられる。令和 5 年の ADR 法改正により、認証 ADR 機関における和解によっても債務名義を獲得できるようになった（裁判外紛争解決手続の利用の促進に関する法律 2 条 5 号・27 条の 2。なお、同 27 条の 3 第 3 号において「人事に関する紛争その他家庭に関する紛争」は一律に適用を除外されているが、例外的に扶養義務に係る紛争には適用があるものとされている）。
- 5 令和 6 年民法等改正法の内容について、詳細は、今津綾子「養育費の支払確保をめぐる展望と課題——近時の改正を踏まえて」法学 88 卷（2024）3 号 98 頁以下参照。
- 6 「共益の費用」、「雇用関係」の先取特権に続く第三順位の一般先取特権である。なお、この先取特権は、民事執行法 151 条の 2 に掲げる各種の義務（夫婦の扶助義務、婚姻費用分担義務、子の監護費用の分担義務、扶養義務）に係る定期金のうち「子の監護に要する費用として相当な額」の限度で存在することとされている（改正民法 308 条の 2）。
- 7 具体的な金額の定めは法務省令に委任されているが、「子の監護に要する費用の分担として、父母の扶養を受けるべき子の最低限度の生活の維持に要する標準的な費用の額」を勘案して算定した額とされている。
- 8 従来は、執行手続の種類ごとに各別の申立てを要していたところ、1 個の申立てによりそれに続く別の執行手続に係る「申立てをしたものとみなす」と規定し、債権者の手続負担の軽減を図っている。
- 9 法制審議会家族法制部会における参考資料 2－2（令和 2 年度の法務省委託調査の結果概要である。https://www.moj.go.jp/MINJI/minji07_00244.html）参照。厚生労働省による調査でも同様の結果が示されており、養育費の取決めをしていない理由として母子世帯の 5 割超、父子世帯の 3 割超が「相手と関わりたくない」を挙げている（厚生労働省「令和 3 年度全国ひとり親世帯等調査結果報告」（<https://warp.da.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/12862028/www.mhlw.go.jp/content/11920000/001027808>）。

pdf) 58 頁)。

- 10 「信託する」という用語法（信託法 152 条 5 項・156 条 5 項・160 条 5 項。会社法 449 条 5 項・627 条 5 項なども同様）については批判的な意見もあるが（道垣内弘人『信託法〔第 2 版〕』（有斐閣、2022）424 頁**参照）、以下の本文では、便宜上、養育費債権を信託財産とする信託を設定することを単に「養育費債権を信託する」と表現することがある。
- 11 海外で採用されている立替払いの方法としては、①公的機関が権利者に全額を立て替えた後、義務者から回収する方法（スカンジナビアンモデル）、②公的機関がまず義務者から回収し、回収できた限度で権利者に交付する方法（アングロサクソンモデル）、の 2 種類がある。本文にいう立替払いは、①を念頭においている（他方、②は本文後述 3.3 で述べる第三者への債権回収の委託と同様の仕組みである）。諸外国における①の実践例としては、例えば、ドイツにおける養育費の立替制度が挙げられる。導入は 1980 年だが、2017 年になって対象となる子の年齢上限の引上げや給付期間の制限撤廃により救済範囲が大幅に拡大されている（なお、ドイツでは、養育費の支払は父母間の義務ではなく子に対する親の義務であると位置づけられており、日本とは前提が異なる）。制度の導入の経緯及び法律の概要について、詳細は、泉眞樹子「ドイツにおける非同居親の扶養義務と養育費立替法——ひとり親家庭への養育手当支給制度——」外国の立法 284 号（2020）81 頁以下参照。
- 12 法制審議会家族法制部会における調査審議の過程で、一部の委員から本文のような意見が述べられたものの、民事法制の見直しという当該部会の役割を超えるとの理由から取り上げられなかった。
- 13 公的立替えについては、さいたま市でも、令和 6 年度から実施されている（本文の明石市の例と同じく、不払いが発生した段階で権利者が市に申請をし、市が立替え後、義務者から回収する仕組みであり、債務名義を取得済みであることが条件となっている）。なお、立替払いには民間保証会社によるものもあり、多数の地方公共団体で補助事業が実践されているが、こちらについては本文 3.2（2）で扱う。
- 14 令和 2 年 7 月の事業では 1 か月分、令和 4 年 8 月の事業では最大 3 か月分の養育費を立て替えるとされていた。前掲注 13）で紹介したさいたま市の例でも、最大 3 か月分（子 1 人あたり月額 5 万円まで、かつ、市の予算の範囲内）とされている。
- 15 本文に挙げた点に関しては、令和 2 年に法務省と厚生労働省が共同で「不払い養育費の確保のための支援に関するタスクフォース」を設置し、制度面での論点整理を行ったことがある（<https://www.moj.go.jp/content/001341513.pdf>）。
- 16 本文に挙げた明石市の例では、令和 2 年 7 月の事業における立替払いの合計額およそ 60 万円のうち回収額はおよそ 35 万円であり、回収率は 6 割に満たない。諸外国の実践例では、それよりさらに低調であり、例えばドイツ政府が公表している年次データによれば、州ごとに多少の差異はあるものの、償還率はいずれも 10% から 20% 台にとどまっている（<https://www.daten.bmfsfj.de/daten/daten/unterhaltsvorschussgesetz-uv-g-einnahmen-ausgaben-und-rueckgriffsquoten-134716>）。
- 17 ひろ親家庭に対しては、児童扶養手当（児童扶養手当法 4 条以下）が支給される所、現行制度では、「〔監護する子の〕養育に必要な費用の支払として〔子の父又は母から〕受ける金品その他

の経済的な利益」つまり養育費を手当ての支給制限（所得制限）にあたって考慮することとしており、「100分の80に相当する金額」が所得に上乗せされる（児童扶養手当法施行令3条1項・4条1項参照）。立替払いの制度を導入する場合、立替金について上記の取扱いを維持するのかが問題となる。加えて、ひとり親支援としては児童扶養手当を拡充すれば足り、あえて養育費の立替えなどという複雑な仕組みを設けることは不要なのではないかという疑義も生ずる（監護親にとってはいかなる名目であれ金銭が得られればよいであろうし、立替えと回収よりも給付に一元化するほうが公費負担は抑えられる可能性もある）。

- 18 初回到養育費1か月分の保証料を支払い、年次更新のタイミングで養育費月額1割から5割を支払う、といったものが多いようである。
- 19 例えば、筆者の居住する宮城県仙台市では、保証会社と1年以上の養育費保証契約を締結したひとり親に対して、支払った保証料を補助している（上限5万円）。なお、同市ではこれ以外にも養育費に係る債務名義（公正証書、調停調書）作成費用の補助（上限5万円）も行っている。
- 20 本文の点は、養育費債権の保証のみならず、保証事業一般に生じうる問題である。とりわけ家賃保証事業については、本文のリスクがすでに顕在化しており、2010年には悪質な取立てを防ぐための規制法案が国会に提出され（ただし、廃案）、また2017年には国土交通省が登録制度を設けて業務の適正化を図るなど、対応が進んでいる。
- 21 保険会社のプレスリリースによれば、「養育費保証 自治体モデル」と称して、①地方公共団体が権利者に代わって保証会社と保証契約を結び、②地方公共団体が保証料を負担し、③不払いが発生すると保証会社が立替払いを行い（上限は1年分）、④保証会社が義務者から回収を図るが、⑤回収不能金（の一部）については保証会社との間で保険契約を結んでいる保険会社が填補する、というスキームを想定しているようである（https://www.tokiomarine-nichido.co.jp/company/release/pdf/240719_01.pdf）。権利者が自ら保証契約を締結する必要がなく、保証料の支払も不要であること（上記①②参照）を利点として掲げているが、その分、自治体の負担は大きく（保証料負担、契約締結事務負担のほか、制度対象者への案内・申込受付業務も自治体が担うもののようである）、このモデルがどこまで広がるかは未知数である。
- 22 最大判昭和46・7・14刑集25巻5号690頁。
- 23 東京地判平成29・2・20判タ1451号237頁。
- 24 大阪高判平成30・9・21LEX/DB25564782。ただし、学説では、実定法上「事件」と呼ばれているものと同視しうる程度のものであること（事件性）の要件は不要であるとの見解が主張されている。高中正彦『弁護士法概説〔第5版〕』（三省堂、2020）345頁。
- 25 最判昭和37・10・4刑集16巻10号1418頁。
- 26 最判平成14・1・22民集56巻1号123頁。
- 27 日本弁護士連合会調査室編著『条解弁護士法〔第5版〕』（弘文堂、2019）665頁。裁判例では、最判昭和38・6・13民集17巻5号744頁（弁護士法72条違反行為につき「民法90条に照し」無効とする）、鹿児島地判昭和38・10・10下民集14巻10号1994頁（同法73条は公益的規定であるから違反行為は無効）、東京地判平成3・6・27判時1396号60頁（同法73条は72条と同趣旨である

から、違反の効果も同じく無効)。

- 28 弁護士法違反の問題については、本文3.2(2)の養育費保証会社による立替払いにおいても生じうる。保証会社は、保証債務の履行とそれに伴う求償として非監護親から債権を回収するのであるが、経済的な実態としては監護親から取立ての委任を受けているのと異ならない。そのため、日弁連からは、非監護親が滞納を始めてから保証契約を締結することは弁護士法73条に抵触するおそれがあるとの指摘もなされている(日本弁護士連合会・2020年11月17日付「養育費の不払い解消の方策に関する意見書」13頁参照)。
- 29 本文では、形式的には該当しても趣旨に反しない限り違反としない、との解釈論を紹介したが、これとは逆に、形式的には該当しないが趣旨に反する場合には違反を認定する、との判断を示した裁判例もある(東京地判平成17・3・15判時1913号91頁。弁護士が主体となって、債務整理の委任を受けた依頼者から別の依頼者へ不当利得返還請求権を譲渡させ、訴訟上行使させていた事案につき、弁護士法の直接適用はできないが、「実質的に見れば」弁護士法の「趣旨に抵触する」から「公序良俗に反して無効」とした)。
- 30 最大判昭和46・7・14前掲注22)。
- 31 最判平成14・1・22前掲注26)。
- 32 最判平成14・1・22前掲注26)。これに対して、別の裁判例では、「ゴルフ会員権業者ではなく、自らゴルフ会員権の売買を手がけてきた実績もな」く、また「ゴルフ会員権を買い取るような資金を自前で調達する資力はまったくなかった」Xが、「預託金が戻ってきたら一括でも分割でも、随時自由に返済すればよい」との条件で訴外Aから借り入れた金銭で訴外Bの仲介の下でゴルフ会員権を繰り返し買い受け、時間的に接着して6件もの預託金返還請求訴訟を提起したという事案においては、「弁護士法72条本文が禁止する取立代行業務の潜脱行為に当たる疑いが強く、…同法73条の趣旨に照らすならば、およそ社会経済的に正当な業務の範囲内の行為といえるものではない」として、無効と判示されている(大阪高判平成14・9・19判時1815号99頁。会員権や預託金返還請求権の金額が相場から逸脱しておらず、また弁護士を訴訟代理人として選任していることは、結論を左右しないとされた)。
- 33 東京地判平成21・12・25金判1333号60頁。
- 34 高中・前掲注24)363頁も、ファクタリングやバルクセールについては、「〔弁護士法〕73条違反の有無を形式的に判断するのではなく、実質的な違法性の有無を観察することが必要となろう」と述べている。他方、日本弁護士連合会調査室編著・前掲注27)685頁は、ファクタリング等の法規制が十分でないことを指摘したうえで、「それらの業務は営利を目的とし、多数の包括的な債権を譲り受けるものであるから、様々な手段で債権を取り立てる場面において本条〔弁護士法73条〕の懸念する弊害が生ずるおそれがないかどうかということについて、極めて慎重な検討が必要とされよう」とする。
- 35 サービサーによる債権管理回収業には、本文①(委託を受けて行うもの)と本文②(譲渡を受けて行うもの)とがあるが、取扱債権数及び額に占める割合は前者が圧倒的に高く、全体のおよそ9割を占めている(法務省「令和5年12月31日時点における債権回収会社(サービサー)の業務状況

について（概要）」(<https://www.moj.go.jp/content/001415504.pdf>) 3 頁参照)。そのため、本文は①の方法による債権回収を念頭に記述している。なお、②については、民法上の処分禁止に該当するおそれがある（後述 4.2（2）参照）。

- 36 ただし、サービサーは債権管理回収業（本業）以外の業務についても、「債権管理回収業を営む上において支障を生ずることがないと認められるものについて、法務大臣の承認を受けたときは」それを営むことができるとされている（兼業。サービサー法 12 条柱書但書）。兼業の典型は、債権についての管理及び回収にあたらぬ業務、すなわち集金代行（全国サービサー協会の自主ルール上の定義によれば、「特定金銭債権以外の事件性、紛争性のない金銭債権について、債権者から委託を受けて行う弁済金の受領業務、弁済用口座の管理業務、対象債権の残高管理業務及び支払案内業務の全部又は一部」をいう）であり、養育費債権についてもこの集金代行の限度であればサービサーが担うことは可能である。
- 37 黒川弘務＝石山宏樹著『実務サービサー法 225 問〔改訂 2 版〕』（商事法務、2008）43 頁。
- 38 具体的な取組みの例については、「特集 サービサーと取り組む事業再生・廃業支援」事業再生と債権管理 179 号（2023）4 頁以下参照。また、近時は経済産業省なども「再生系サービサー」の活用を打ち出している（「中小企業活性化パッケージ NEXT の概要と中小企業への総合的支援策についての解説」金法 2199 号（2022）87 頁参照。なお、同パッケージにいう「再生系サービサー」は、中小企業活性化協議会との連携の取組み〔サービサートライアル〕に申し込んだ事業者を指しており、本文の定義とはやや異なる）。
- 39 今津綾子「養育費の支払確保に向けて」論究ジュリ 32 号（2020）12 頁以下参照。
- 40 旧信託法では、信託とは「財産権ノ移転其ノ他ノ処分」をするものと定義されていたが（同法 1 条）、現行信託法では、信託の定義上、「財産権」の語は用いられていない。
- 41 信託法の問題とは別に、信託業法上の規制もありうる。旧信託業法（大正 11 年法律第 65 号）は、信託会社は「金銭」、「有価証券」、「金銭債権」、「動産」、「不動産」、「土地及其ノ定着物」、「地上権及土地ノ賃借権」以外のものの信託を引き受けることができない旨の規定を置いていたが（同法 4 条 1 号ないし 6 号）、平成 16 年の改正により受託財産の制限は撤廃された。
- 42 四宮和夫『信託法〔新版〕』（有斐閣、1989）133 頁。これに対して、新井誠『信託法〔第 4 版〕』（有斐閣、2014）341 頁は、消極財産を含む信託設定も有効とみるべきとする。
- 43 四宮・前掲注 42）137 頁、新井・前掲注 42）342 頁・344 頁。
- 44 新井・前掲注 42）342 頁。「譲渡禁止特約が付されている場合も含む」とする。
- 45 四宮・前掲注 42）138 頁、新井・前掲注 42）342 頁。
- 46 道垣内・前掲注 10）35 頁。
- 47 道垣内・前掲注 10）36 頁。
- 48 旧民法では「養料トシテ無償ニテ設定シタル終身年金権ハ当然譲渡スコトヲ得ス且差押フルコトヲ得サルモノナリ」と定めており（同法財産取得編 169 条 3 項）、法律上の扶養を受ける権利について規定はないが、譲渡及び差押えが許されないことを当然視していたためと解されている。その後、旧民法では「扶養ヲ受クル権利ハ之ヲ処分スルコトヲ得」との明文規定を設けるに至った（同法

- 963条)。なお、「譲渡」ではなく「処分」の語が用いられたのは、権利の放棄も含める趣旨とされる（ドイツでは、将来について扶養を放棄〔verzichten〕することはできない旨の規定が置かれている。民法1614条1項）。この規定が現在まで受け継がれている（於保不二雄＝中川淳編『新版注釈民法（25）〔改訂版〕』（有斐閣、2004）811頁〔床谷文雄〕）。
- 49 二宮周平『家族法〔第6版〕』（新世社、2024）287頁。
- 50 於保＝中川・前掲注48）814頁〔床谷〕。扶養的意味を有する夫婦間の扶助義務、婚姻費用分担義務及び監護費用分担義務（これらは法制上同列に置かれている。民事執行法151条の2、改正民法308条の2参照）のいずれにも適用されうるとする。
- 51 於保＝中川・前掲注48）813頁〔床谷〕。
- 52 二宮・前掲注49）287頁。
- 53 於保不二雄編『注釈民法（23）』（有斐閣、1969）419頁〔明山和夫〕、於保不二雄＝中川淳編『新版注釈民法（25）』（有斐閣、1994）555頁〔明山〕。生活保護法上の譲渡禁止規定（同法59条）を引き合いに、生活保護のような公的扶助制度にあっては「一般的防止措置を所要とする」のに対し、親族扶養においては「不相当な対価での処分行為のみを相対的に無効なものと解してよい理由がある」とする。
- 54 なお、学説には、扶養請求権の処分は「履行期の到来した債権」に限って可能であるとの見解もある（松岡久和＝中田邦博『新・コンメンタール民法（家族法）』（日本評論社、2021）285頁〔冷水登紀代〕）。これによれば、履行期末到来の養育費債権の信託は一律に民法881条違反に問われることになる。ただ、本稿では、履行期が到来しているかどうかの一つの考慮要素になることは否定しないが、信託の仕組みを全体的に考察して子の利益となる限り、民法881条違反の問題は生じないと解したい。
- 55 令和6年民法等改正法の調査審議の過程でも、「法定養育費〔が〕金額として確定して債権になりますと、もはや一身専属権でもないということになって、代位弁済とかそういうことが可能になる」、との発言があった。法制審議会家族法制部会第32回議事録PDF版43頁〔小粥太郎委員発言〕。
- 56 道垣内弘人『担保物権法〔第4版〕』（有斐閣、2017）82頁。もっとも、民法学説においても、「特定の債権を有する債権者に専属する担保物件であると考えるべきではない」として随伴性を肯定するのが通説であるとされており（林良平編『注釈民法（8）』（有斐閣、1965）88頁〔林〕）、それに従う限り、以降の本文の検討はそもそも不要ではある。
- 57 雇用関係の先取特権には、①使用人（被用者）の生活の保障のほか、②急に資産を失った使用者が必要な労働力を得ることができるようにするという趣旨もある（沖野眞已「先取特権制度の意義と機能」角紀代恵ほか編『現代の担保法』（有斐閣、2022）70頁）。
- 58 令和6年民法等改正法の制定過程では、一般先取特権を付与する根拠につき、「ひとり親家庭の子の生活の保護という観点から、その養育に必要な費用を保護するという社会政策的考慮」にもとづくとの説明がなされていた（商事法務編『家族法制の見直しに関する中間試案』（商事法務、2022）79頁）。
- 59 本文で述べたことは、本文3.2（2）で紹介した養育費保証会社による立替払いに際しても、同様

に妥当するものと考えられる。すなわち、非監護親に不払いが生じ、保証会社がそれを立て替えた場合、保証会社は「債権者に代位」して「債権の効力及び担保としてその債権者が有していた一切の権利を行使することができる」とされる（民法 499 条・501 条 1 項）。本文の理解に従えば、代位債権者（保証会社）が原債権（養育費債権）に付された一般先取特権を行使することにも問題はないといえる。

- 60 「三百代言」とは、三百文（安価な費用）で雇われた質の低い代言人（訴訟における代理人。弁護士の前身）を指す。また、「濫訴」とは正当な理由なく（濫用的に）訴訟を起こすこと、「健訟」とは訴訟が盛んにおこなわれる状態を指す。岡仲浩『信託法理の展開と法主体：会社法・民事訴訟法・倒産法との交錯』（有斐閣、2019）148 頁・156 頁。
- 61 大阪谷公雄『信託法の研究（上）理論編』（信山社、1991）317 頁〔初出 1935〕。
- 62 四宮・前掲注 42）142 頁は、旧信託法 11 条は「大正初期の特殊事情を背景にもつ政策的規定」であると評する。ここにいう「大正初期の特殊事情」としては、①無資格かつ悪質な代言人が「社会に弊害をもたらす排除すべき存在として認識されて」いたことや、②当時の「信託会社」（実態は高利貸し）が「訴訟事件の代理を行い、相手方の無知を利用し、不正を行っていた」ため、取締り・監督の強化が要請されていたこと等が挙げられる（岡・前掲注 60）156 頁以下）。
- 63 田中實「訴訟信託について：戦後の判例を中心に」法學研究 32 卷 4 号（1959）3 頁（本文の引用部分では、旧字体を新字体に改めた。以下の引用に際しても同じ）。四宮・前掲注 42）144 頁、新井・前掲注 42）181 頁、岡・前掲注 60）173 頁も同旨。
- 64 三木浩一ほか編『民事訴訟法〔第 4 版〕』（有斐閣、2023）118 頁〔垣内秀介〕。
- 65 最大判昭和 45・11・11 民集 24 卷 12 号 1854 頁。
- 66 ここでは、弁護士代理の原則が適用されるもののみをいい、執行や破産といった訴訟以外の民事手続は含まない。四宮・前掲注 42）144 頁・147 頁注 27。
- 67 四宮・前掲注 42）144 頁。
- 68 田中・前掲注 63）4 頁。新井・前掲注 42）180 頁も、本文（i）の趣旨を重視するなら訴訟行為への規制として民事訴訟法に規定を置くべきであると指摘する。
- 69 現行信託法下におけるものであるが、岡・前掲注 60）196 頁。
- 70 弁護士法 72 条及び 73 条の趣旨については、本文 3.3（1）参照。
- 71 四宮・前掲注 42）144 頁。反対、岡・前掲注 60）199 頁。
- 72 四宮・前掲注 42）143 頁。
- 73 岡・前掲注 60）200 頁
- 74 田中・前掲注 63）17 頁。同 16 頁において、「多くの判例を通観して共通的に見出される本質的なもの」として本文後掲の①ないし③を挙げたうえで、それを「訴訟信託禁止の法理的根拠」として要約したのが本文の表現である。
- 75 本文の①ないし③のような「本質的」な事実と対比する形で、論者は、「現象的事実」を挙げる。例えば、債権譲渡と訴訟提起とが時間的に接近している、譲受人が法律関係の職務に従事していて過去に同種の経歴がある等の事実（本文後述のように、これらは立案担当者の解説や裁判例におい

- て考慮すべき事情として挙げられる)は、禁止される訴訟信託においてしばしば随伴して現れる事実ではあるけれども、それ自体が「本質的なもの」ではない、という。田中・前掲注 63) 17 頁。
- 76 四宮・前掲注 42) 144 頁。
- 77 現行信託法下におけるものであるが、道垣内・前掲注 10) 53 頁。「信託法 10 条は公序則の具体化である」としつつ、同条により禁止されるべき訴訟信託は「民法 90 条の適用によっても無効になることが多〔い〕」とも述べており、信託法 10 条違反行為がつねに民法 90 条違反となるとまでは考えていないようである。
- 78 本文 4.3 (1) (ii)、注 72 にみたとおり、訴訟信託の禁止に抵触する信託行為は一般に無効と解されている。もっとも、道垣内弘人編著『条解信託法』(弘文堂、2017) 63 頁〔大村敦志〕は、形式的にみれば訴訟行為を「主たる目的」とする信託であっても、本文 4.3 (2) にいう「正当な理由」の有無が争われるような「微妙な事例に関しては、信託そのものを無効としてしまってよいかの問題になりうる」とし、「その場合には、信託の効果は維持しつつ、訴訟提起のみを否定することが必要になろう」と述べている。道垣内・前掲注 10) 53 頁も、「禁止されている訴訟信託に該当すれば、…受託者による訴訟追行等が認められなくなるが、信託自体は当然に無効になるわけではない」とする。
- 79 「シンポジウム 信託法改正問題」信託法研究 10 号(1986) 25 頁〔米倉明〕。本文の提案(一案)と、「現行〔旧信託〕法第 11 条を存置する」という二案を併記しつつ、旧信託法 11 条が従来から「非弁活動を抑止するために活用されてきた」ことを踏まえ、「これまで非弁活動抑止のための専用の条文があったのに、それが削除されると、あるいは、思わぬ誤解が生じないとも限らない」として二案が適当ではないかとする。
- 80 小野傑＝深山雅也編『新しい信託法解説』(三省堂、2007) 152 頁〔深山〕。
- 81 日本弁護士連合会 2005 年 1 月 21 日付「現行信託法第 11 条(訴訟信託の禁止)の改正についての意見書」4 頁以下、小野＝深山編・前掲注 80) 152 頁〔深山〕参照。
- 82 佐藤哲治編著『Q & A 信託法』(ぎょうせい、2007) 72 頁。
- 83 岡・前掲注 60) 219 頁以下。四宮・前掲注 42) 146 頁も、(旧信託法 11 条に関する叙述であるが)「主たる目的」要件とは別に、「訴訟信託をとくに正当化するような特別の事情の存しないこと」を要求している。
- 84 大阪地判昭和 28・6・6 下民集 4 巻 6 号 813 頁。大阪地判昭和 30・1・18 判時 54 号 18 頁も同旨。
- 85 大阪高判昭和 39・6・15 (本文 4.3 (3) の裁判例 (a))。現行信託法下の裁判例であるが、広島高判平成 29・3・9 判時 2338 号 20 頁、東京高決平成 31・2・14 (本文 4.3 (3) の裁判例 (g)) も参照。
- 86 仙台高判平成 23・5・12 (本文 4.3 (3) の裁判例 (e))。判決年月日は現行法施行後であるが、旧信託法適用事例)。「〔旧信託 11 条は〕無効とされるべき訴訟行為をさせることを主たる目的とする信託に、文言上特段の限定を付してはいない」としたうえで、本文のように学説の考え方を取り上げ、そのような「限定解釈」に依拠するとしても事案における契約が同条違反でないとは断定できない、という論じ方をしている。
- 87 東京地判平成 26・9・30 判タ 1414 号 349 頁。明示的に参照しているわけではないものの、東京地

判昭和 49・12・25 判タ 322 号 198 頁も同旨。

- 88 東京地判平成 26・9・30 前掲注 87) は、訴外 A から債権を譲り受けた X が債務者を被告として給付訴訟を提起した事案であるが、① XA 間の債権譲渡は「A が自ら原告となって本件訴訟を提起、追行することを殊更に回避するために…対外上 X の名をもって訴訟を提起、追行する手段として行われたもの」と認定し、これは「訴訟信託にはかならない」と述べたうえで、②昭和 45 年大法廷判決（前掲注 65）の判旨を引用しつつ「訴訟信託を認める合理的必要があるなどといえないことは明らかであり、本件が上記判例上許容される訴訟信託と認めることはできない」とし、③「A の X に対する債権譲渡は訴訟信託に該当して無効というべきである」、と結論した。これについて、①で債権譲渡を無効とした以上、②の検討は不要であったとする評釈もあるが（加藤新太郎「判批」NBL1133 号（2018）109 頁）、①②はいずれも信託法 10 条該当性の検討であって、それを経て③の結論に至ったと読むのが適当であるように思われる。すなわち、この判決は、まず①債権譲渡が訴訟行為を目的としていたかどうか（訴訟信託かどうか）を検討し、さらに②信託法 10 条により禁じられる訴訟信託か否かを検討したのであり、②の判断基準として昭和 45 年大法廷判決の法理が用いられた、と読むべきであろう。
- 89 本文に述べたように、形式上は債権譲渡として行われた行為でも、譲受人による履行請求に対して債務者から「信託法 10 条違反により無効である」として履行を拒まれれば、その段階で信託法上の問題が生ずる（たとえ問題の財産移転行為を信託法上の信託と性質決定できなくとも、同法 10 条の類推が可能である。四宮・前掲注 42）143 頁）。譲受人の提起した訴訟においては、原告たる譲受人は①譲受債権（信託でいえば、信託財産）の発生原因、②譲渡人（元の債権者）と譲受人の間の売買契約を、被告たる債務者は③上記②の売買契約の信託法 10 条（の直接又は類推適用による）違反を、それぞれ主張し、立証することになる。ただ、信託法 10 条違反か否かの判断は諸般の事情の総合考慮によると考える限り（本文 4.3（2）参照）、③については譲受人も無関心ではいられず、訴訟行為をすることが当該債権譲渡の「主たる目的」ではなかったことを基礎づける事情についての積極的な立証活動が求められよう。最終的に信託法 10 条違反と認定されれば、譲受人が譲受債権の帰属主体であることが否定されるから、請求棄却に至る。
- 90 仙台高決平成 15・3・31 LEX/DB25482980。なお、原審が仮処分命令を発した理由は、AY 売買契約が「訴訟信託のための譲渡である」と一応認めるに足りる疎明がなく、Y らの所有権が「一応認められる」からであった（福島地裁いわき支決平成 14・3・8 LEX/DB25483022）。
- 91 第一審は、債権譲渡が有効であることを前提に、X による損害賠償請求権の行使は権利濫用として許容されないことを理由に請求を棄却した（久留米簡判平成 27・9・28 LEX/DB25547093）。続く控訴審では、Y らの過失を否定して請求に理由がないと結論しつつ、傍論として（なお書きにおいて）「[X と A らとの] 債権譲渡は、X が訴外 A らに代わって訴訟追行することを目的として行われたものであると認められるから、信託法 10 条で禁止されている訴訟信託に当たる」と述べ、昭和 45 年大法廷判決を参照している（福岡地判平成 28・4・14 LEX/DB25547094）。
- 92 もっとも、たとえ債権譲渡が無効であって X が不当利得返還請求権を有しないとしても、それによって X の当事者適格は否定されないから（「給付の訴えにおいては、自らがその給付を請求する権

- 利を有すると主張する者に原告適格がある」。最判平成 23・2・15 判時 2110 号 40 頁)、その意味では本文の Y の主張は失当である。
- 93 Y の主張は、昭和 45 年大法廷判決の法理を用いて信託法 10 条該当性を判断するという近時の裁判例(前掲注 87) 参照) に依拠するものであると思われる。
- 94 最判昭和 48・12・25 集民 110 号 825 頁。学説でも、「たとえ弁護士であろうとも、その介入に実質的な反公序良俗性がみとめられるかぎり、訴訟信託の禁止にふれるべきことは、いうまでもない」とされる(田中・前掲注 63) 18 頁)。
- 95 譲受人が「債権回収のためである」と主張しているだけでは、当然ながら信託法 10 条の適用を回避することはできない。例えば、広島高判平成 29・3・9 前掲注 85) では、譲受人から、譲渡人に対する反対債権の回収のために譲渡を受けたとの主張がなされたものの、反対債権の発生を基礎づける証拠がなく、本人尋問での譲受人の供述も要領を得なかったため、債権回収目的であると認定されなかった。
- 96 本文 4.3 (3) の裁判例(e) は、信義則違反や権利濫用に問われるという意味で権利行使が不可となっていた。これに対して、権利者自身の責任によらず事実上権利行使ができない場合に、それを可能にするため信託(譲渡)により他人をして権利行使させるというのであれば、必ずしも不当性は認められない。例えば、大阪地判昭和 28・6・6 前掲注 84) は、権利者が保全手続をとろうとしたところ、たまたま法務局が商業登記簿の改製作業中で商業登記に関する資格証明書の交付を停止していたため、交付を待っていたのでは保全の時機を逸すると考えてやむなく手形の裏書をして被裏書人に保全手続をとらせたという事案であるが、これはまさに上述の権利者自身の責任によらない権利行使の障害があったものといえ、信託による権利の譲渡を不当な利益追求であるとみることが適当でなかろう。同判決も、「債務保全の為に仮差押申請の必要上止むを得ず」行ったものであり「何等〔旧信託法 11 条〕の意図する目的を阻害するものではない」と述べて適用を否定している。
- 97 なお、本文 4.3 (3) の裁判例(c) の事案では、譲受人 X は Y を債務者として破産宣告(破産手続開始)の申立てをしており、その目的は「Y の一般的清算を求めるというよりも、本件債権の弁済を強制するにあった」と認定されているが、この点は信託(譲渡)の不当性を基礎づけることにならないか。X がこのような目的で破産申立てを行ったことは、破産法との関係では問題となりえようが(同法 30 条 1 項 2 号参照)、訴訟信託の禁止における不当性判断を左右する事情とみる必要はないと考える。
- 98 四宮・前掲 42) 148 頁注 30 も、本文 4.3 (3) の裁判例(c) の事案において X による取立てを認めるべきであるとする。
- 99 反対、棚橋洋平「判批」速判解 22 号(2018) 150 頁。弁護士費用特約の利用という目的は「他人間の紛争に介入する理由として是認できるものではない」から、「かかる事情が判明した時点で、訴訟信託の禁止に触れることは確定的なものとなる」という。
- 100 最判昭和 36・3・14 民集 15 卷 3 号 444 頁。譲受債権につき執行証書が作成されており訴訟の提起は必要なかったとの事情があっても、債権譲渡が「訴訟行為をなさしめることを目的としてなした

信託行為である」との認定は妨げられない、と述べている。

- 101 最判昭和 44・3・27 民集 23 卷 3 号 601 頁。
- 102 道垣内・前掲注 10) 52 頁。
- 103 大阪谷・前掲注 61) 324 頁。
- 104 井上聡編『新しい信託 30 講』(弘文堂、2007) 9 頁、みずほ信託銀行／堀総合法律事務所編『詳解信託判例 信託実務の観点から』(金融財政事情研究会、2014) 91 頁〔秋山朋治〕。
- 105 道垣内・前掲注 10) 52 頁。
- 106 信託法 3 条 1 号・2 号は信託の設定方法として「担保権の設定」を明示し、また同法 55 条は「担保権が信託財産である信託」において受託者が担保権を実行する場合について規律する。ただ、これ以上の規定は設けられておらず、解釈にゆだねられている部分も多い。
- 107 新井・前掲注 42) 182 頁。
- 108 債権者が被担保債権（ローン債権）を譲渡する場合、通常は担保権の移転についても対抗要件を具備しなければならないが、とりわけシンジケート・ローン（複数債権者による協調融資）の場合には多くの手間やコストがかかる。そこで、担保権信託を設定し、ローン債権の債権者を受益者と定めておくことで、個々の担保権について移転のための手続をとることが不要となり、ローン債権の流動性を向上させる効果が期待できる。山田誠一「特集 新信託法とその利用——担保的利用を中心に〈金融法学会第 24 回大会資料〉2 セキュリティ・トラスト」金法 1811 号（2007）17 頁、佐野吾一「セキュリティ・トラストを活用したファイナンスアレンジの実務」金法 1881 号（2009）18 頁。
- 109 信託法上は、①商法 512 条（「商人がその営業の範囲内において他人のために行為をしたときは、相当な報酬を請求することができる」）の適用がある場合、②「信託行為に受託者が信託財産から信託報酬…を受ける旨の定めがある場合」に限って「信託財産から信託報酬を受けることができる」と定められている（同法 54 条 1 項）。②にいう「信託報酬」は「信託事務の処理の対価として受託者の受ける財産上の利益」と定義され（同項括弧書）、受託者はこれを「信託財産から」受け取ることとされている。養育費債権信託においては、監護親が委託者であり受益者であるから、受託者が信託財産から報酬を受け取るにより、本文に記載のとおり監護親が受け取ることのできる利益がその分だけ少なくなる。
- 110 改正民法 819 条 1 項・2 項。離婚時に父母の「双方…を親権者と定める」ことが可能となった。
- 111 道垣内編著・前掲注 78) 612 頁脚注 6〔佐久間毅〕。
- 112 小柏光毅「金銭債権の真正譲渡取引」片岡総合法律事務所編『金融法務の理論と実践』（有斐閣、2023）78 頁。具体的には、一定の範囲を超えて条件変更をしてはならないという不作為義務の形式を取り、違反の効果としてオリジネーター（委託者）に対象債権の買戻義務を課すという。
- 113 信託 164 条 1 項の適用か、同項の「趣旨からの当然解釈」かは考え方が分かれうるが、いずれにせよ本文の結論に異論はなく、どちらの法律構成によっても具体的な違いは生じない。道垣内弘人編著・前掲注 78) 702 頁〔沖野眞巳〕。
- 114 東京高決平成 30・3・19 LEX/DB 25560772。子を監護する母が再婚し、子と再婚相手が養子縁組

した事案。養子縁組により非監護親（実父）の支払義務は「いったん消失」し、「養子縁組が解消されたり養父が死亡したりするなど養父が客観的に扶養能力を失った場合等に限り、未成熟子を扶養するため養育費を負担す」る、と判示した。

- 115 東京高判令和2・3・4判時2480号3頁。事情変更（養子縁組）による養育費額の変更を認めるにあたって、その始期は裁判所が「合理的な裁量」により決定すべきものとしたうえで、非監護親が養育費減額調停申立てをした月以降の支払義務のみを否定した（養子縁組以降申立て前にすでに支払っていた養育費の返還請求は認めなかった）。
- 116 民法上、損害賠償は「金銭をもってその額を定める」こととされているが（民417条・722条1項）、支払方法についての定めはない。実務上は一括払いが通例であるが、定期金払いとすることも可能である。最判令和2・7・9民集74巻4号1204頁参照。
- 117 本稿とは別の切り口からであるが、裁判所により定期金賠償が命じられた場合に信託法理を用いてリスク・コストの低減を図る試みとして、吉永一行「賠償方式を転換するスキームに関する素描～交通事故被害者に対する定期金賠償を素材として～」久保野編・前掲注1）1頁以下。

消費者契約法 4 条における
「困惑」類型の拡張と詐欺・強迫拡張理論

吉 永 一 行

目 次

- 1 序
- 2 消費者契約法における取消原因の改正履歴
 - (1) 概要
 - (2) 誤認類型の改正履歴
 - (3) 困惑類型の改正履歴
 - (4) 「過量契約」類型の新設
- 3 消費者契約法制定以前の学説との接合
 - (1) 序
 - (2) 消費者契約法制定以前の議論
 - (3) 制定時消費者契約法における強迫の拡張とその後の審議会・委員会における議論
 - (4) 新たに追加された取消事由の異質性
- 4 むすびに代えて

1 序

平成 12 年に制定された消費者契約法（法律 61 号。平成 13 年 4 月 1 日施行）は、数次の改正を経ながら、今日まではほぼ四半世紀の時を経てきた。改正の中で消費者契約法 4 条が定める契約の取消権に関係するものを挙げると以下のとおりである（なお本稿脱稿日である令和 6 年 9 月 30 日現在の消費者契約法を以下単に「現行法」と呼ぶ。そこでは下記改正はすべて反映されている。）。

平成 28 年法律 61 号（平成 29 年 6 月 3 日施行）

平成 30 年法律 54 号（令和元年 6 月 15 日施行）

令和 4 年法律 59 号（令和 5 年 6 月 1 日施行）

令和 4 年法律 99 号（令和 5 年 1 月 5 日施行）

以下では、まず、これらの改正によって取消原因はどのように改正されてきたのかを整理する（→ 2）。次に、そのなかでも困惑類型における取消事由の追加に着目する。というのも、困惑類型においては、制定時消費者契約法が予定していた強迫行為の拡張型とは性質の異なるものが現れていると指摘されているからである。これについて、消費者契約法制定以前の議論と結びつけながら分析を行う（→ 3）。

消費者契約法改正をめぐっては、すでにいくつかの論文も公表されているところ、この小稿はその屋下に屋を架すものである。それでも、すでにできあがった条文を基礎としてその解釈論や不足する部分の立法論を展開することを主眼とするものではなく、消費者契約法制定以前の時期に論じられた詐欺・強迫の拡張理論に一度立ち返るという点に、わずかながら特徴があると考えている。今日の消費者契約法の姿は、消費者契約法という実定法規範がない中で立法論・解釈論の理論的基礎を提供した議論に照らしたときに、どのようなものとして映るのかを分析することは、意義あるものと考えてのことである。

この分析はまた、ひるがえって、人はなぜ、あるいはどのような条件が満たされればその意思に拘束されるかという、私的自治の原則に関わる問題に、いわば裏側からアプローチすることにもなり、財産管理法學にも一定の示唆を与えうるものとする。

2 消費者契約法における取消原因の改正履歴

(1) 概要

消費者契約法 4 条は、消費者契約締結の勧誘の場面に関連させて当該契約の取消事由を定める。制定時消費者契約法では、誤認類型（4 条 1 項および 2 項）と困惑類型（同条 3 項）のみが設けられていたところ、平成 28 年法律 61 号の改正により、過量契約（同条 4 項。旧 4 項以下は繰り下げ）という新たな類型が設けられている。以下、類型ごとに改正（ないし新設）の内容を簡単に述べる。

(2) 誤認類型の改正履歴

制定時消費者契約法は、誤認類型として、重要事項の不実告知（4 条 1 項 1 号）および断定的判断の提供（同項 2 号）、ならびに重要事項に関する不利益事実の不告知（同条 2 項）の 3 つの取消事由を定めていた。

その後、以下のような 2 回の改正が行われているが、いずれも新たな取消事由を追加するものではない。

(a) 平成 28 年法律 61 号による改正：「重要事項」の改正

平成 28 年法律 61 号による改正では、消費者契約法 4 条 5 項（制定時消費者契約法では 4 項だったものが、同じ改正で過量契約に関する 4 項が新設されたことに伴い繰り下げられたもの）の定める「重要事項」の定義が変更された。「重要事項」は、不実告知（同条 1 項 1 号）と不利益事実の不告知（同条 2 項）に関わるものであり、改正前は、「当該消費者契約の目的となるもの……の内容」（1 号）および「当該消費者契約の目的となるもの……の取引条件」（2 号）がこれに当たると定義されていた。改正によって、不実告知との関係でのみ、「当該消費者契約の目的となるものが当該消費者の生命、身体、財産その他の重要な利益についての損害又は危険を回避するために通常必要であると判断される事情」も重要事項に当たるとする 3 号が設けられた。これにより、事業者が消費者の運転する自動車について「あなたの自動車のタイヤがすり減っていて危険だ」と告げて新しい

タイヤを購入させたというケースについて、不実告知を理由とする取消権が生じることとなる¹。

(b) 平成 30 年法律 54 号による改正：不利益事実の重過失による不告知

不利益事実の不告知（4 条 2 項）について、改正前は「故意に告げなかった」ことが要件とされていたところ、平成 30 年法律 54 号による改正によって、「故意又は重大な過失によって告げなかった」と拡張された。事業者の「故意」の立証が消費者にとっては困難であること、裁判例において故意要件を事案に則して柔軟に解するものがみられたことから行われた改正である²。

(3) 困惑類型の改正履歴

制定時消費者契約法は、困惑類型として、不退去（4 条 3 項 1 号）および退去妨害（同項 2 号）の 2 つの取消事由を定めていた。

その後、以下の 2 回の改正で、現行法 4 条 3 項 3 号から 10 号までの 8 つの事由が追加されている。

(a) 令和 4 年法律 59 号による改正：退去困難な場所への同行および相談連絡妨害の追加

改正が行われた順序とは前後するが、現行法の号の順序に従って、まずは令和 4 年法律 59 号による 3 号および 4 号の追加を取り上げる（これに伴い次に取り上げる平成 30 年法律 54 号で新設された 3 号以下が繰り下げられている）。この改正では、さらに、現行法 4 条 3 項 9 号（平成 30 年法律 54 号で新設された当時の 7 号）の一部改正が行われているが、それは次項で同号の新設について取り上げる際に言及する。

3 号は、消費者を退去困難な場所に同行して勧誘を行うというケースについて定めるものである。2 号の定める退去妨害の脱法的な行為への対応をするという趣旨から、新たに取消事由とされたものである³。

4 号は、消費者が契約締結の相談を行うための連絡をすることを威迫する言動を交えて妨害するというケースについて定めるものである。もともとは消費者が検討する時間を制限したり、広告と異なる内容の勧誘を行って不意を突いたり、長時間の勧誘で疲弊させた

りするなどして消費者が慎重に検討する機会を奪う行為を規制する必要があるとの問題提起⁴を契機とするものであり、誤認や困惑という心理状態とは区別されたものであったが、消費者を困惑させる場合との区別が難しいとの指摘を踏まえて、困惑類型における一事由と位置付けられたものである⁵。

(b) 平成 30 年法律 54 号による改正：つけ込み型および心理的負担創出型の追加

平成 30 年法律 54 号では、現行法 4 条 3 項 5 号から 10 号（改正当時 3 号から 8 号として新設されたものが、前述の令和 4 年法律 59 号による改正で繰り下げられた。以下では、現行法の号数で示す）に当たる取消事由が追加された。そこで追加された取消事由は、「つけ込み型」（5 号から 8 号）と「心理的負担創出型」（9 号および 10 号）に分けることができる（なおこれと対置して、1 号から 4 号は「強迫行為の拡張型」と分類する）⁶。

(i) つけ込み型

つけ込み型の要件は、細部において相当の違いがあるが、「不安」につけ込むもの（5 号、7 号、8 号）と「恋愛感情その他の好意の感情」につけ込むもの（6 号）に分けることができる。

前者のうち、5 号は、消費者が、①「社会生活上の経験」の不足により、②社会生活上の重要な事項（進学、就職、結婚など）または身体の特徴または状況に関する重要な事項（容姿、体型など）について、③過大な不安（一般的・平均的な消費者に比べて過大に受け止められている不安をいう⁷）を抱いているときに、④それをあおり、つけ込むものである。7 号は、①加齢や心身の故障により判断力が著しく低下していることにより、②生計や健康などについて現在の生活を維持することについて、③過大な不安を抱いているときに、④それをあおり、つけ込むものである。

これに対して、8 号は、いわゆる靈感商法を対象とするものであり、「靈感その他の……特別な能力による知見として……告げる」という行為態様に特徴がある。そこでは、①消費者側の属性・脆弱性は特に掲げられていない。②不安の内容については、平成 30 年法律 54 号による改正では、「当該消費者に重大な不利益を与える事態が生じる」ことと定められていたが、令和 4 年法律 99 号（令和 5 年 1 月 5 日施行）⁸により、③消費者本人だけでなくその親族の利益も対象とし、④将来生じる不利益のみならず現在生じているも

のも対象とした上で、㉔「重大な不利益」について、「生命、身体、財産その他の重要な事項について」の重大な不利益と具体的な表現に変更されている（さらにそうした不利益を「当該消費者契約を締結することにより確実に」回避できる旨を告げるという文言から、「回避するためには、当該消費者契約を締結することが必要不可欠である」に変更されている）。もっとも、そこでいう不安は㉓「過大」である必要はない。さらに、㉔平成 30 年法律 54 号による改正では不安をあおることが要件とされていたが、令和 4 年法律 99 号では、消費者が不安を抱いていることに乗じたという場合にも取消権が生じることとされている。

以上に対して、6 号はいわゆるデート商法を念頭に置いたもので、消費者が勧誘者に対して恋愛感情その他の好意の感情を抱き、かつ、勧誘者も当該消費者に対して同様の感情を抱いているものと誤信しているという人間関係を、事業者が濫用するという点に規制の根拠を見出している⁹。なお、5 号と同様、「社会生活上の経験」の不足という消費者の属性・脆弱性に関する要件が定められている。

（ii） 心理的負担創出型

心理的負担創出型は、契約締結前における契約上の義務等の実施（9 号。平成 30 年法律 54 号改正当時 7 号）と、契約締結を目指した事業活動による損失補償請求等の告知（10 号。同 8 号）に分かれる。

前者は、契約締結前に、契約上の義務を実施することで一定の既成事実を作出して、消費者に心理的負担を生じさせるケース（例：注文を受ける前に消費者の自宅の物干し台の寸法に合わせてさお竹を切断してしまうケース）を念頭においた規定である¹⁰。さらに、その後の令和 4 年法律 59 号による改正で、契約上の義務の実施だけでなく、契約目的物の現状を変更し、変更前の原状の回復を著しく困難にすること（例：訪問購入において消費者から指輪などの貴金属を見せられた事業者が、切断しないと十分な査定ができないと言って切断したケース）も取消原因に加えられた。契約締結前の義務実施と同程度の不当性を有し、また、その脱法的な行為であるとして、対応することとされたものである¹¹。

後者は、事業者が契約締結を目指した事業活動を実施したことにより生じた損失を補償するように消費者に告げて契約締結を勧誘するケース（例：事業者からのマンション投資の勧誘の電話で「会って話だけでも聞いてほしい」と言われたために、消費者がこれに応

じて会ったところ、「契約をしないならせめて交通費を払え」と告げられたというケース)を念頭においている。ここでも、事業者から告げられた損失の補償を避けるためには、契約の締結を免れることができないという心理的負担が生じることに焦点があてられている¹²。

(4) 「過量契約」類型の新設

以上のような、制定時消費者契約法にすでに定められていた誤認・困惑類型の改正に加えて、平成 28 年法律 61 号の改正により、新たな類型として、過量契約に関する消費者契約法 4 条 4 項が設けられた（「重要事項」について定めるそれまでの 4 項が 5 項に繰り下げられている）。

消費者契約法 4 条 4 項前段は、物品・権利・役務などの契約の目的となるものの分量・回数・期間などが消費者にとっての通常の分量等を著しく超える契約について、事業者が勧誘にあたって通常の分量等を著しく超えるものであることを知っていたこと、および消費者契約の締結が当該勧誘によるものであることを要件として、消費者が取消権をもつ旨を定めている。同項後段は、当該契約だけでは「過量」にあたらないところ、当該契約と同種のものを目的とする契約がすでに行われており、両契約を合算すると消費者にとっての通常の分量等を著しく超えるという場合に、事業者の認識を要件として、同じく取消権が生じる旨を定めている。以下では、この 2 つの類型を特に区別せず、単に過量契約と呼ぶこととする。

すでに平成 20 年法律 74 号による特定商取引に関する法律の改正によって、新たに 9 条の 2 が設けられ、訪問販売における過量販売について申込者等にクーリングオフが認められていたところ¹³、これを消費者契約の取消権として拡張したものが消費者契約法 4 条 4 項の規定であると位置付けられる¹⁴。

過量契約は、契約の「過量性」すなわちその内容に着目して、当該契約の効力を否定しようとするものである。今日の一般的な議論では、契約の内容が社会的妥当性を欠くことを理由とした契約の効力の否定は、公序良俗違反（あるいはその下位類型と位置付けられる暴利行為）として、契約の「無効」の問題ととらえられてきた¹⁵。これに対して、過量契約は、契約の「取消し」の原因とされている。これについては、消費者が過量内容の

消費者契約を締結してしまうのは、「当該消費者に、当該消費者契約を締結するか否かについて合理的な判断をすることができない事情（例えば、加齢や認知症による判断能力の低下、知識・経験の不足、事業者による断りにくい状況の作出等）がある場合であると考えられる」¹⁶ からと説明されている。すなわち、内容の不当性が、消費者の判断力の低さの徴憑と理解されている。

3 消費者契約法制定以前の学説との接合

(1) 序

以上のような消費者契約法における取消事由の改正履歴の中で、本稿は、困惑類型の中の取消事由の拡大に注目する。というのも、もともとは、民法における強迫の拡張類型とされていたところが、それとは性質の異なるものが現れていると指摘されているからである¹⁷。まずは、消費者契約法制定以前の議論に立ち返り、続出する消費者被害を前にして、民法理論をどのように拡張して対処しようとしたのか、その議論を振り返ることとし（→(2)）、制定時の消費者契約法はそれをどのように実現しようとしたのかを振り返る（→(3)）。そのうえで、困惑類型に新たに追加された取消事由がどのような意味で「性質が異なる」と言われるのかについて検討する（→(4)）。

(2) 消費者契約法制定以前の議論

消費者契約法制定以前、不当・悪質な取引方法による契約締結が社会問題となる中で、その契約の効力を否定するという形の救済方法についての議論が展開した¹⁸。そこでは、民法上の契約の効力否定原因である錯誤・詐欺・強迫を理由とした取消し、公序良俗違反による無効、さらに契約締結上の過失を理由とした解除（情報提供義務違反を念頭におく）について理論的な探究が行われた上で、拡張・再構成が行われ、後の解釈論・立法論に大きく貢献した。

そのなかで、本稿の関心に関係するのは、消費者が契約締結に際して効果意思（「当該商品をいくらで金額で購入する」との意思）は形成しているものの、相手方事業者からの

不当な干渉があるためにその意思形成過程に「瑕疵」が生じ、それを理由に契約の取消しが問題となる場面をめぐる議論である。

民法ではこうした意思形成過程の瑕疵に対応する制度として詐欺と強迫がある¹⁹。このうち、詐欺は、「ゆがんだ情報と消費者の軽率な意思決定から商品・サービスの必要性・緊急性について誤った判断をした場合」²⁰あるいは「表意者の真実に反する誤った表象（錯誤）をその共通要素とし、かかる錯誤によって『明確な意思』を欠くことによって『合意の瑕疵』をもたらす」場合²¹ととらえられる一方、強迫は、「實際上、拒絶を期待できないような状況に追い込まれたような場合」²²ないし「事実の認識は正確であるが、『自由な意思』を欠くという点で『合意の瑕疵』とされるもの」²³と分類されてきた。この自由を欠くという特徴はまた、「欲しない契約を締結するか、契約を締結せずに害悪を受けるかという二つの選択肢を前にして、害悪をおそれるあまり嫌々ながらセカンド・ベスト（むしろ、セカンド・ワースト）として、契約締結を選択する」²⁴と説明されている。

続出する消費者被害に対する対応の1つとして、こうした意思形成過程の瑕疵に対する救済制度としての詐欺・強迫の拡張を指向する理論の展開が試みられる。詐欺については、情報提供義務（さらに適合性原則）をめぐる議論への展開が見られるが²⁵、強迫の拡張については、不当・悪質な取引方法だと評価される（それゆえ救済が必要だと評価される）根拠が、顧客側の意思的要素だけでなく、事業者の非良心的・不誠実な行為態様、さらに取引内容の客観的な不当性（給付の均衡の欠如）へと重心を移しつつあると指摘されている²⁶。こうした指摘はまた、契約の無効・取消しをめぐる伝統的な概念整理にも一石を投じることになる。すなわち、契約の効力の問題について、伝統的には、成立過程に対する規制と内容に関する規制を分けた上で、成立過程に対する規制については、さらに効果意思を欠くがゆえに法律行為が無効となる意思の欠缺と、効果意思はあるが動機形成過程に問題がある場合ために取消権を生じさせる意思表示の瑕疵を区別し²⁷、内容に関する規制については、その内容が社会的妥当性を欠くがゆえに無効になるという概念的な整理が行われていた。強迫の拡張理論は、それに対して、その中間的な、あるいは諸要素の累積的な（柔道になぞらえて「合わせて一本」とも表現される²⁸）評価を目指すものであるともいえる。

(3) 制定時消費者契約法における強迫の拡張とその後の審議会・委員会における議論

もっとも、以上のような議論は、制定時の消費者契約法においては、十分に反映されていなかったといえる。

制定時消費者契約法においては、強迫の要件を緩和したものとして困惑類型を置き、ここでは前述のとおり不退去と退去妨害の2つの取消事由が定められていた。要件の緩和というのは、①いわゆる2段の故意を不要とし、②事業者の行為を具体化・明確化することで消費者の立証負担を軽減し（なおそこでは「害悪の告知」も要求されていない）、③消費者は必ずしも畏怖まではしなくても困惑に陥りさえすれば取消権が生じるという点を指している²⁹。もっとも「害悪の告知による畏怖」までは要さないとはいえ、そこで問題となっているのは、威圧感を背景とした不安の惹起であって、「セカンド・ワーストとしての選択」（前述(2)）という強迫との共通性を残している。

これに対して、「合わせて一本」ともなぞらえられたような強迫の拡張理論は、制定時の消費者契約法には取り込まれていない。

こうした状況に対して、国民生活審議会消費者政策部に設置された消費者契約法調査検討委員会は、2007年8月に「消費者契約法の評価及び論点の検討等について」と題する報告書³⁰において、消費生活相談事例において、不退去や監禁以外にも電話による執拗な勧誘、断れない状況下での契約締結のほか、高齢者や認知症の傾向が見られる者などに対するいわゆるつけ込み型の勧誘が見受けられると指摘し、困惑類型の対象として拡張すべき勧誘行為の類型化を検討することが継続課題であるとし、消費者の属性をも考慮しつつ検討すべきであると指摘する（15頁）。さらに、つけ込み型の中には、不必要とも思える量および性質の商品を購入させているものと思われる事例が見受けられるとして、一方で金融取引の分野の行政規制として進展してきている適合性原則を引き合いに出しつつ、他方で暴利行為論の具体化といった方法も示しながら、困惑類型の対象の拡張を検討するべきであると指摘する（26-27頁）。

こうした課題については、2009年9月に消費者庁とともに設置された消費者委員会に議論の場を移すことになった。2014年10月に消費者委員会の下に設けられた消費者契約法専門調査会は、その中間取りまとめ（2015年8月）³¹において、「合理的な判断を行う

ことができない事情を利用して契約を締結させる類型」について、暴利行為に関する準則を参照しながら、一定の手当を講ずる必要性があることを指摘した（20-23 頁）。しかし、適用範囲を明確にしなければ、事業者の事業活動を過度に制約したり、事業活動を萎縮させたりすることにもなりかねないとの反対意見が対立し（22 頁）、結局、報告書（2015 年 12 月）³²では、過量契約に当たるもののみが速やかに法改正を行うべきものとして取り上げられたにとどまる（平成 28 年法律 61 号の改正による過量契約に関する規定の新設につながっている）。

消費者契約法専門調査会は、その後も審議を継続し、2017 年 8 月には、最終報告書³³を取りまとめた。そこでは、「合理的な判断をすることができない事情を利用して契約を締結させる類型」として、「判断力や知識・経験の不足、不安定な精神状態、断りきれない人間関係など、当該契約の締結について合理的な判断を行うことができないような事情を事業者に不当に利用され」たというケースについて、「消費者の不安を煽る告知」と「勧誘目的で新たに構築した関係〔の〕濫用」という 2 つの行為類型に分けて規定を新設することが提案されている（5-6 頁）。さらに、これに加えて「心理的負担を抱かせる言動等による困惑類型の追加」が提案され、事業者が契約締結前に当該契約上の義務の全部又は一部を先行して履行してしまうという行為、および事業者が契約締結を目的とした行為を実施した場合において、契約が締結されなければ事業者に損失が生じると告げる行為について、規定を設けることを提案している（6-8 頁）。これらは、平成 30 年法律 54 号による改正で、現行法 4 条 3 項の 5 号、6 号、9 号および 10 号（改正当時の 3 号、4 号、7 号および 8 号）として定められることになる³⁴。

その提案に際して強調されたのは、取引実務を混乱させることがないようにするために、できる限り客観的な要件をもって明確に定める必要があるということである。前述した 2015 年 8 月の中間取りまとめで指摘された反対意見との妥協・調整の中で提案された条文であることがわかる。

（4）新たに追加された取消事由の異質性

（a）「強迫」の特徴

消費者契約法 4 条 3 項が定める「困惑」類型は、民法における強迫の要件を緩和するも

のとして、当初は不退去と退去妨害が定められていたが、平成 30 年法律 54 号により、「つけ込み型」に当たる 5 号から 8 号と「心理的負担創出型」に当たる 9 号および 10 号が追加された。これらは前述した通り、消費者契約法専門調査会においても、別個の行為態様として検討されたものであるが、その性質の違いはどのようにみたらよいであろうか。

強迫の特徴については、前述の議論を要約すれば、事実の認識は正確であるものの、欲しない契約を締結するか契約を締結せずに害悪を受けるかという状況に置かれて、嫌々ながらセカンド・ベスト（むしろセカンド・ワースト）を選択せざるを得ないという点で、自由な意思を欠くという点に見出されていた。

制定時消費者契約法が定めていた不退去と退去妨害は、この特徴に当てはまる部分が多い。当てはまらないのは「害悪を受ける」ことの告知による「畏怖」までは生じていないという点であるが、しかし、不退去・退去妨害という威圧的な状況において消費者が不安をおぼえ（あるいは疲労困憊し、諦めを感じ）、その状況を回避するための「セカンド・ワースト」として契約締結を選択せざるを得ないという点ではなお（要件が緩和された上での）共通点があるといえる。これはまた、令和 4 年法律 59 号による改正で追加された退去困難な場所への同行（3 号）および相談連絡妨害（4 号）でも共通する。

(b) 心理的負担創出型

「事実の認識は正確である」が「セカンド・ワースト」として契約締結を選択してしまうという状況は、心理的負担創出型についても当てはまる。ただしそこでは、そのような自由な意思への干渉は、「害悪の告知による畏怖」の要件を緩和したもの（上述したような、不安、疲労、諦め）とは異なる内容をもっている（これらと併存することは否定されないが）³⁵。すなわち、事業者が一定の既成事実を作出することで、消費者の側に「一定の行為をしてもらった」「それに報いなければならない」という負い目が生じ、それによって消費者の「自由な意思」が妨げられてしまうというところに重点がある。民法が前提とする契約観の基礎にある近代経済学は、自己利益という目的のために合理的に行動する人間像を基盤とするが、実際には、行動経済学の知見として指摘されているように、人間が例えば公平性（ここではその表れとしての返報性の原理）にしたがって「非合理的に」行動することがあるといわれており、心理的負担創出型は、そうした人間の「非合理性」を事業者が利用しているという点で、民法の強迫との性質の違いがあるといえる³⁶。

(c) つけ込み型

以上に対して、つけ込み型においては様相が異なってくる。そこでは、消費者は「セカンド・ワースト」として契約締結を選択しているのではなく、主観的には「ベスト」の選択をしていると認識している（例えば、就職に関する過大な不安につけ込まれて就職セミナーを申し込んだ消費者は、当該セミナーを受講することが就職に向けた最善の手段と考えている）。ここで契約の効力を否定する方向で働く要素は、契約締結にあたって消費者が「ベスト」と判断する過程において、事業者が消費者の「不安」や「好意の感情」（あるいは人間関係）を不当に利用したという点にある。

当事者が主観的にも契約締結を欲していた場合の契約の取消しについて、民法が念頭においているのは、その主観的な意思ないし動機の形成過程で相手方が虚偽の情報を提供したことを理由とする詐欺であり、消費者契約法においては、その要件を緩和したものとして誤認類型が設けられている。しかし、つけ込み型においては、虚偽の情報の提供は（併存することはありうるが）要素となっておらず、詐欺や誤認類型のもとに位置付けることはできない。前述で紹介した消費者契約法制定以前の議論で「詐欺と強迫の中間的な類型」と呼ばれていたものである³⁷。

そしてそこでは、①消費者側の意思（や意思形成過程）という要素だけでなく、②事業者の非良心性・不誠実な行為態様、さらに③取引内容の客観的な不当性や給付の不均衡といった要素の累積的・総合的な評価として契約の効力が論じられるべきであると指摘されていた（「合わせて一本」論）。そしてそれら諸要素の間には、例えば消費者の意思の自由さが制約されていればいるほど、契約内容の公正さ（給付の均衡）は高いものが求められるといった相関性が指摘されており³⁸、このため、一般条項による対応が強く提案されてもいる³⁹。確かに、一般条項による規制は、事業者にとっての法的安定性を失わせ、その事業活動を萎縮させるおそれがある。これまでの消費者契約法改正によって設けられた規定が文言を尽くして要件を絞り込んでいる（そのため読みにくく、また適用範囲の狭い文言となっている⁴⁰）のもそのためである。しかし、明確性は事前の行政的規定にはあてはまるものの、事後的な民事規制において強く当てはまるものではなく、むしろ「事前規制から事後規制へ」というスローガンのもとで行われた新自由主義的な改革の要となる法律の一つである消費者契約法は、十分な紛争解決規範としての機能を果たさなければならないとする指摘もある⁴¹。

4 むすびに代えて

以上にみてきたとおり、消費者が被害者となる不当・悪質な取引方法については、消費者契約法制定以前から、これに対応するための私法上の法理について議論が重ねられてきた。制定当時の消費者契約法では十分にカバーできなかった事例についても、近時の改正で困惑類型が、従来とは性質の異なる取消事由に幅を広げながら拡充されてはいるが、そこで新設された規定は、適用範囲の狭い複雑な文言となっており、消費者被害を十分に救済することができないと批判されている。

消費者契約法制定以前から行われてきた議論では、消費者の意思的要素、事業者の非良心性・不誠実な行為態様という要素、そして取引内容の客観的な不当性や給付の不均衡という要素の累積的・総合的な判断が必要であると指摘されてきたのであり、それに応えた規制を行うためには、個別的な取消事由をいくつも並べるのではなく、包括的な受け皿条項ないし一般条項を設けることが必要だと指摘されている。

もっとも一般条項は、事業者にとっての法的安定性を失わせ、事業活動を萎縮させるおそれがあるとして、近時の改正でも導入されなかったものである。当面は、設けられた消費者契約法の解釈論の枠内でできる消費者の救済を検討する必要がある、実際に、各要件の相関的判断を通じて、消費者救済を拡大することを図る主張も出されている。

そうした解釈論の展開においては、動的システム論⁴²を念頭においた条文の解釈も検討に値するだろう。すなわち、消費者契約法上の各取消事由に関する規定を、消費者の意思、事業者の非良心性、そして取引内容の不当性という要素に分解し、立法にあたって念頭に置かれていた典型事例を基礎評価と位置付けた上で、諸要素間の共同作用を認めた解釈を展開するのである。とりわけ取引内容の不当性が大きいときには、それでもそのような契約に应じてしまうところに、消費者の判断力の弱さ（「過大な」不安）や事業者の非良心性（不安を「あおり」）も現れていると解釈して⁴³、後二者にかかる要件の判断を緩和するということは十分に考えられる。

〔注〕

- 1 須藤希祥「消費者契約法の一部を改正する法律の概説」NBL1076号（2016年）4頁〔7頁〕。
- 2 上野一郎＝福島成洋＝志部淳之介「消費者契約法改正の概要」NBL1128号（2018年）58頁〔60頁〕。
- 3 福島成洋＝上野一郎＝玉置貴広＝杉田香穂「消費者契約法改正の概要」NBL1224号（2022年）68頁〔70頁〕。
- 4 消費者契約に関する検討会報告書（2021年9月）7頁。同報告書は消費者庁ウェブサイト内のhttps://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer_system/meeting_materials/assets/consumer_system_cms101_210910_01.pdf〔最終閲覧：令和6年9月30日〕で閲覧できる。
- 5 福島ほか前掲注3・70頁。
- 6 宮下修一ほか『消費者法（有斐閣ストゥディア）』（2022年、有斐閣）102頁（2024年刊行の第2版111頁も同様）。
- 7 上野ほか前掲注2・61頁注7。
- 8 いわゆる旧統一教会問題などに対する社会的関心の高まりから、法人等による寄附の不当な勧誘の防止等に関する法律（令和4年法律105号）が制定された際に、同法に合わせる趣旨で消費者契約法の規定を改正するものである。消費者庁消費者政策課寄附勧誘対策室・消費者制度課「『消費者契約法及び独立行政法人国民生活センター法の一部を改正する法律』及び『法人等による寄附の不当な勧誘の防止等に関する法律』の解説」ジュリスト1585号（2023年）34頁。
- 9 上野ほか前掲注2・61頁。
- 10 上野ほか前掲注2・63頁。
- 11 福島ほか前掲注3・71頁。
- 12 上野ほか前掲注2・63頁。
- 13 同じ改正で割賦販売法35条の3の12が設けられ、訪問販売における過量販売にかかる個別信用購入あっせんも同時にクーリングオフが可能である旨が定められている。
- 14 消費者契約法における過量契約に関する規定の新設と同じタイミングで、特定商取引に関する法律も改正され、過量販売に関する規制が電話勧誘販売にも及ぼされることとなっている（平成28年法律60号による特商法24条の2の新設）。
- 15 四宮和夫＝能見善久『民法総則（第9版）』（2018年、弘文堂）306-307頁、310-311頁。佐久間毅『民法の基礎1（第5版）』（2020年、有斐閣）181頁、192-193頁も参照。
- 16 消費者庁消費者制度課『逐条解説消費者契約法（第5版）』（2023年、商事法務）105頁。
- 17 宮下ほか前掲注6・101-102頁（第2版110-111頁）。
- 18 ここでは主として、その到達点として、河上正二「契約の成否と同意の範囲についての序論的考察（1）～（4・完）」NBL469号6頁〔ただし6～13頁は星野英一「連載にあたって」〕、470号44頁、471号34頁、472号36頁（1991年）および森田宏樹「『合意の瑕疵』の構造とその拡張理論（1）～（3・完）」NBL482号22頁、483頁56頁、484号56頁（1991年）、さらにこれらの論文を踏まえながら、消費者契約法の立法直前の時期に日本私法学会シンポジウム資料として公刊された沖野眞已「契約締結過程の規律と意思表示理論」河上正二ほか『消費者契約法——立法への課題——（別冊NBL54

号)』(1999年、商事法務研究会)23頁に依拠する。

- 19 さらに動機の錯誤も問題となり、議論の中でも言及があるが、相手方からの干渉を念頭においた場面では詐欺・強迫が中心となるので、以下は詐欺・強迫に関する議論を取り上げる。なお、平成29(2017)年の民法(債権関係)改正以前、民法の条文上、錯誤の効果は「無効」とされており、ただし、判例上、錯誤による意思表示の無効は原則として表意者のみが主張できるとして取消しに近い解釈が行われていた。
- 20 河上前掲注18・(1)15頁。
- 21 森田前掲注18・(1)23頁。
- 22 河上前掲注18・(1)15頁。
- 23 森田前掲注18・(1)23頁。
- 24 沖野前掲注18・33頁。
- 25 河上前掲注18・(4)39頁、森田前掲注18・(2)58頁。
- 26 河上前掲注18・(4)39-40頁(44頁も参照)、森田前掲注18・(3)59頁、64頁。
- 27 さらに十分な判断力を有しないことに着目した意思無能力による無効、制限行為能力による取消しという制度が予定されてもいる。
- 28 河上前掲注18・(4)41頁。
- 29 消費者庁消費者制度課前掲注16・102-103頁。
- 30 <https://warp.da.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/11217418/www.consumer.go.jp/seisaku/shingikai/hokokusyo/hokokusyo.html>〔最終閲覧：令和6年9月30日〕
- 31 https://www.cao.go.jp/consumer/history/03/kabusoshiki/other/meeting5/doc/201508_chuukan.pdf〔最終閲覧：令和6年9月30日〕
- 32 https://www.cao.go.jp/consumer/iinkaikouhyou/2015/doc/20151225_shoukei_houkokul.pdf〔最終閲覧：令和6年9月30日〕
- 33 https://www.cao.go.jp/consumer/history/04/kabusoshiki/other/meeting5/doc/20170808_shoukei_houkoku.pdf〔最終閲覧：令和6年9月30日〕
- 34 現行消費者契約法7号および8号(改正当時の5号および6号)は、内閣提出法律案には含まれておらず、衆議院における審議中に、被害事例の多さに鑑みて追加修正されたものである。
- 35 沖野前掲注18・50頁。
- 36 西内康人「行動経済学と契約規制」NBL1273号(2024年)4頁〔13頁〕。同論文は、この心理的負担創出型に限らず、契約締結過程規制および契約内容規制のいずれについても、契約当事者に合理的な意思決定を妨げるバイアスがはたらくことを指摘し、経済学者との対話が有用だと提案する。
- 37 比較法的見地も踏まえて、こうしたつけ込み型(論者自身は「状況の濫用」と呼ぶ)を、詐欺とも強迫とも異なる第3の類型と位置付ける可能性を述べるものとして、沖野前掲注18・54-59頁。ここでは、消費者の判断能力の問題として民法の能力制度の拡張として論じる可能性(ただし沖野自身は、能力制度には定型性・画一性が必要だとしてこの方向性に否定的)とともに、暴利行為論を参照する方向性が示される。

- 38 森田前掲注 18・(3)64-65 頁。
- 39 河上前掲注 18・(4)42 頁、沖野前掲注 18・50 頁など。改正後の論評の中では、鹿野菜穂子「消費者契約法における契約締結過程の規律——2016 年・2018 年改正の意義と課題」消費者法研究 6 号（2019 年）159 頁〔172 頁〕が、具体的な不当勧誘リストに加えて、それを包括し、隙間のない対応を図ることができるような受け皿規定を置くことの必要性を主張する。他方で大澤彩「いわゆる『つけ込み型』勧誘をめぐる私法法理の構造——フランス法の現状（1）——」法学志林 117 巻 1 号 1 頁〔逆綴じ〕以下〔3 頁〕は、こうした方向性には賛同しつつも、多くの論点を克服しなければならないと指摘する。
- 40 窪幸治「つけ込み型勧誘における消費者の属性の位置づけ——『社会生活上の経験の乏しい』要件に着目して——」総合政策 21 巻（2020 年）13 頁以下〔13-14 頁〕。
- 41 山本敬三「2022 年消費者契約法改正と今後の課題（4・完）」NBL1234（2023 年）10 頁以下〔15-16 頁〕。
- 42 動的システム論については山本敬三「民法における動的システム論の検討——法的評価の構造と方法に関する序章的考察——」法学論叢 138 巻 1 = 2 = 3 号（1995 年）208 頁以下。
- 43 過量契約の立法にあたっては、そのような契約に応じてしまうこと自体から、消費者が合理的な判断をすることができない事情があり、事業者がそれを利用したと考えられることが根拠として指摘されている。注 16 とそれに対応する本文を参照。

顧客本位の業務運営に関する令和5年 金融商品取引法等の改正についての覚書

石 川 真 衣

目 次

1. はじめに
2. 改正に至るまでの経緯
3. 令和5年改正による最善利益勘案義務の法定
4. 最善利益勘案義務の法定の意義と課題
 - 1) 最善利益勘案義務の法定の目的
 - 2) 最善利益勘案義務の明文化とその方法
5. むすびに代えて——最善の利益を図るべき対象となる顧客像

1. はじめに

令和5年11月に第212回国会で成立した「金融商品取引法等の一部を改正する法律」(以下、「令和5年改正」という)の内容は多岐にわたり、顧客本位の業務運営の確保、国民の金融リテラシーの向上、企業開示制度の見直し(四半期報告書制度廃止など)のほか、デジタル化の進展等に対応した顧客等の利便向上・保護に係る施策が含まれている¹。金融サービスの顧客等の利便の向上・保護との関係でとくに注目されたのが、「金融サービスの提供及び利用環境の整備等に関する法律」(以下、「金融サービス提供法」という)における顧客本位の業務運営に関するルールの明文化である。

「顧客本位の業務運営に関する原則」(以下、「顧客本位原則」という)は、金融庁により2017年に策定され、2021年に改訂されたものであり、金融事業者を対象とする、以下の7つの原則から成る。

顧客本位原則の内容

- 1 【顧客本位の業務運営に関する方針の策定・公表等】
- 2 【顧客の最善の利益の追求】
- 3 【利益相反の適切な管理】
- 4 【手数料等の明確化】
- 5 【重要な情報の分かりやすい提供】
- 6 【顧客にふさわしいサービスの提供】
- 7 【従業員に対する適切な動機づけの枠組み等】

顧客本位原則の背景にあるのは、「フィデューシャリー・デューティー」の理念であり²、わが国において顧客本位原則の準備作業のなかでも、受託者責任の明文化の例である、米国ERISA法(Employee Retirement Income Security Act)の例(1974年)がとくに注目された³。もっとも、顧客本位原則と信託法理との関係性が見いだされるとしても、わが国において同原則が策定されるに至った背景には、国内において金融サービスの提供をめぐるトラブルへの対応策が必要とされた事情⁴がある。令和5年の改正により顧客本位

原則の一部が金融サービス提供法において明文化された背景も、業者による採択状況が芳しくないという国内事情が関係する⁵。

明文化にあたり、令和5年改正において金融サービス提供法の改正が選択されたことは、EUのMiFID II（第二次金融商品市場指令）第24条（1）により投資業者に対して顧客の最善の利益を図る義務を課していることと重なる対応であるように見える。ただし、EUにおいては、保険業者はMiFID IIの対象ではなく、IDD（保険販売指令）第17条において保険販売業者について同様の義務が定められる形となっている⁶。これに照らすと、令和5年改正後の金融サービス提供法は、金融事業者一般に関する包括的な義務を設けたことを一つの大きな特徴とするように思われる。

令和5年改正を受けての動きも活発化し、2024年度内には顧客本位原則のさらなる見直しを行い、個人向け投資信託などの商品組成に関わる原則の策定についての報道もなされている⁷。このような動きは、資産運用立国実現プランの家計に向けた取組み（NISAの抜本的拡充・恒久化、顧客の立場に立ったアドバイザーの普及・促進に向けた検討、金融経済教育の充実）及び金融商品の販売会社等に向けた取組み（顧客本位の業務運営の確保のためのモニタリング等の実施、金融事業者に対する顧客の最善の利益を勘案した誠実かつ公正な業務遂行の義務付け）からも読み取れるように⁸、個人投資家のより手厚い保護を図ることを念頭に置くものである。本稿は、顧客本位の業務運営に関する令和5年改正を題材に、金融サービス提供法を通じた今後の投資者保護、とりわけプロ以外の投資家保護のあり方について若干の考察を行うものである。

2. 改正に至るまでの経緯

令和5年改正は、金融庁が2017年に策定した顧客本位原則を基にし、前述したように金融事業者一般を対象とする規定を新設したが、顧客本位原則自体はプリンシプルベースのルールであり、金融事業者の任意で採択する形とされていたものである⁹。金融事業者による主体的な創意工夫の発揮を求めること¹⁰を前提としていた状況から、顧客本位原則の内容の一部を金融サービス提供法に法定する判断に至るまでにいかなる経緯があったのか¹¹。

2017年に顧客本位原則が策定された背景には、かねてから指摘されているように、日本の家計金融資産の過半が現預金であり、英米等と比べて株式・投資信託等が占める割合が低い状況がある¹²。2016年4月19日の金融審議会総会において、金融担当大臣により「情報技術の進展その他の市場・取引所を取り巻く環境の変化を踏まえ、経済の持続的な成長及び国民の安定的な資産形成を支えるべく、日本の市場・取引所を巡る諸問題について、幅広く検討を行うこと」との諮問がなされたことを受け、金融審議会に市場ワーキング・グループが設置された。2016年12月22日に公表されたワーキング・グループ報告書のなかで、顧客本位の業務運営に関する原則に盛り込むべき事項についての提言がなされたことを受け、2017年3月30日に顧客本位原則が策定されるに至った。

その後、策定後の進捗状況を受けて、2019年10月から市場ワーキング・グループが再開され、2021年1月15日に顧客本位原則が改訂された。この改訂により、原則によって求められる具体的な取組みの内容として、①顧客のライフプラン等を踏まえた業横断的な金融商品の提案及び商品提供後の適切なフォローアップの実施、②金融商品の組成に携わる金融事業者による想定顧客の公表、③顧客が同種の金融商品と比較することが容易になるように配意した資料（重要情報シート）を用いた分かりやすい情報提供¹³が追加された。2021年4月12日には顧客本位原則を採択する金融事業者の金融庁の報告様式が改訂され、顧客本位原則の内容ごとに取組み方針等における記載内容との対応関係が明示されることとされたことから、運用面での充実が図られたものと評価できる。もっとも、前述したように顧客本位原則は金融業者の任意採択であったことから、原則を採択していない業者が存在する状況、そして原則を採択していても、そこで求められている方針等を公表していない業者が存在した場合、十分な是正を求めることができない可能性があった。

「経済成長の成果の家計への還元促進」について、「経済財政運営と改革の基本方針2022」等も踏まえて、その具体策を専門的に検討するため、2022年9月に市場制度ワーキング・グループの下に顧客本位タスクフォースが設置されるに至った。2022年12月9日に公表された「金融審議会市場制度ワーキング・グループ顧客本位タスクフォース中間報告」において、「『原則』に定められている金融事業者は顧客に対して誠実・公正に業務を行い、顧客の最善の利益を図るべきであることを広く金融事業者一般に共通する義務として定めることなどにより、『原則』が対象とする金融事業者全体による、『原則』に沿った顧客・最終受益者の最善の利益を図る取組みを一步踏み込んだものとするを促すべ

きである」¹⁴とされた。令和5年改正はこの提言を踏まえ¹⁵、顧客本位の業務運営の水準の統一・底上げ及び横断化を図ったものである¹⁶。

3. 令和5年改正による最善利益勘案義務の法定

令和5年改正は、「顧客本位の業務運営に関する原則」の原則2【顧客の最善の利益の追求】の内容を一部明文化した。ここでは、令和5年改正のなかで最も重要な改正の一つ¹⁷ともされるこの改正にとくに着目する。

原則2は、次のようなものである。

原則2. 金融事業者は、高度の専門性と職業倫理を保持し、顧客に対して誠実・公正に業務を行い、顧客の最善の利益を図るべきである。金融事業者は、こうした業務運営が企業文化として定着するよう努めるべきである。

令和5年改正は、上記原則2の内容を明文化したが、その明文化の場所を金融商品取引法ではなく、「金融サービスの提供及び利用環境の整備等に関する法律」（以下、「金融サービス提供法」という）とし、次のような形で業者の最善利益勘案義務を規定した。

金融サービス提供法

第二章 顧客等に対する誠実義務

第二条 金融サービスの提供等に係る業務を行う者は、次項各号に掲げる業務又はこれに付随し、若しくは関連する業務であって顧客（次項第十四号から第十八号までに掲げる業務又はこれに付随し、若しくは関連する業務を行う場合にあっては加入者、その他政令で定める場合にあっては政令で定める者。以下この項において「顧客等」という。）の保護を確保することが必要と認められるものとして政令で定めるものを行うときは、顧客等の最善の利益を勘案しつつ、顧客等に対して誠実かつ公正に、その業務を遂行しなければならない。

令和5年改正は、金商法36条の規定（顧客に対する誠実義務）を削除し、金融サービス提供法で「顧客等の最善の利益を勘案」することを含む、誠実公正義務を横断的に規定する見直しを行った。金融サービス提供法の新規定は、金融サービスの提供等に係る業務を行う者に関する一般的・包括的规定であり¹⁸、義務の範囲に含まれる業務を広く捉えている。また、金融サービスの提供等に係る業務を行う者は、金融サービス提供法2条2項1号ないし19号に定められているように、金融商品取引業者から銀行、信託会社・信託契約代理店、保険会社・保険代理店、貸金業者等と幅広い¹⁹。年金積立金の管理運用業者・年金基金もこの顧客等に対する誠実義務の名宛人とされていることも、注目される²⁰。このような広範囲の業者を義務の対象とする形が採用されたことは、年金資産の管理・運用に関わる者に最終受益者である年金受給者に対してフィデューシャリー・デューティーを負わせる際に、ERISA法が、年金の運用・管理に関わるフィデューシャリーを広く定義した（3条（21）A）こと²¹を想起させる。令和5年改正の目的は、金融事業者全体による顧客本位の業務運営の取組みの定着・底上げを図ることにあるとされる²²。

4. 最善利益勘案義務の法定の意義と課題

1) 最善利益勘案義務の法定の目的

金融事業者が顧客の最善の利益を図るべきことを法定したことの狙いは、金融事業者が売りたい金融商品を組成し、それに適合する顧客を探すという姿勢から、まずは顧客の金融資産全体の状況を把握し、それを最適化する金融商品を探し出して提供する、またはそのような金融商品を組成するという方向への転換にあると説明される²³。ここで想定されているのは、金融商品の組成・販売の場面であるが、最善利益勘案義務の法定については、それとは別に、アセットオーナー（企業年金等）に関する異なる性質の問題への対応が挙げられている。これは「金融審議会市場制度ワーキング・グループ顧客本位タスクフォース中間報告」において、「個人の資産管理・運用等に重要な役割を果たしている企業年金についても、運用の専門家の活用不足や運用機関の選定プロセス、加入者への情報提供に課題があるとの指摘」²⁴が挙げられたことを基礎とするものである。この背景には、運用機関の選定基準の不透明性の問題があり、年金加入者の利益が損なわれるだけでなく、競

争が働かないことにより運用機関の運用力向上が阻害されるおそれがあることが指摘されている²⁵。

このように最善利益勘案義務の法定の背景には、性質の異なる複数の目的の実現があると思われるが、後述するように、これを金融サービス提供法の条文にまとめた点にわが国の特色があると思われる。

2) 最善利益勘案義務の明文化とその方法

i) 最善利益勘案義務の明文化の理由

最善利益勘案義務の明文化が前述した形でなされた理由については、顧客の最善の利益を勘案することが金商法の金融商品取引業者等の誠実公正義務に含まれるのかについて明確ではないとされたことが挙げられている²⁶。この点を踏まえて、令和5年改正は、金商法の誠実公正義務に「顧客等の最善の利益を勘案しつつ」を付け加えたうえで、金融サービス提供法に条文を移動させた。

顧客本位原則は、一般的に「ソフトロー」に分類されるが、ソフトローの定義には諸説あり、どの点に重点を置くかに応じてソフトローに含むことができるものの範囲は大きく異なり、一律に定義することが困難である²⁷。仮にこれを国家の直接的管轄の下にないものの²⁸（具体的には立法手続を経ていないもの）を主たる特徴とするとしたうえで、機能面に着目した分類を仮に試みるとすると²⁹、いわゆるソフトローには、一般的に、①いわゆるハードローと同等の機能を果たすソフトロー、②ハードローと異なる機能を果たすソフトロー（後述③を除く）、③ハードローに最終的に吸収される内容の一時的受け皿としてのソフトロー³⁰があるようにも思われる³¹。「顧客本位原則」は、前文の目的によると、金融事業者が顧客本位の業務運営におけるベストプラクティスを目指すうえで有用と考えられる原則を定めるものであるため³²、②に分類されると考えられる一方、令和5年改正の流れからいえば、③に分類される要素を含むとも言えよう。

法律における明文化により大きく異なる点は、エンフォースメントにおける変化である。ソフトローのエンフォースメント方法として、ルールに違反した者の氏名を公表する制裁措置である「ネーム・アンド・シェイム（name and shame）」（または naming and shaming）の効果が過去に注目されたが³³、法定の義務違反となれば、さらに強力なエン

フォースメント手段を検討することができる。もっとも、令和5年改正は、この点を金融サービス提供法において必ずしも明確にしていなかったため、後述するように、金融サービス提供法という法律の位置づけを手掛かりに検討することになる。

ii) 金融サービス提供法の選択とエンフォースメントの問題

金融サービス提供法という法律が新规定の受け皿となったことは、どのように捉えるべきか。法律における明文化がなされたことについては、令和5年改正前の2021年1月15日の顧客本位原則の改訂と合わせる形で、「金融商品取引業者等向けの総合的な監督指針」に誠実公正義務が新たに規定されたことに照らせば³⁴、すでに義務の強化の予兆はあったと考えることができるのかもしれない。しかし、金融商品取引法ではなく、金融サービス提供法が選択されたことは、金融サービス提供法の原点からすれば、必ずしも自明のことではないように思われる。

金融サービス提供法の前身となる金融商品販売法は、当初、10カ条からなる短い法律であった。同じ機能を有する金融サービスは、できるかぎり同様な規制をすべきであるといういわゆる機能的規制の発想に基づくものであるが、その適用範囲は当初極めて限定的であり、金融商品販売法2条が列挙する金融商品の販売についてのみ適用があり、規制も販売のみに限定されていた³⁵。「金融インフラ3法」の一つとして制定されたこの法律の背景には、ワラントや変額保険などで損失を受けた投資家が多数の訴訟を提起し、金融商品の販売のあり方が問題となった状況がある³⁶。内容は民事ルールを中心とし、違反があった場合には民事責任が追及されることとされ、行政官庁による積極的な介入等はないものと捉えられていた³⁷。これは、同法が規定するルールは業者ルールではなく、取引ルールであるものと位置づけられていたことにより説明される³⁸。

ところが、令和2年の法改正で金融サービス提供法として改正された後、その位置づけ、とくに金融商品取引法に対するものに変化がみられる。金融商品販売法の制定当初は、業法上のルールは金商法の前身である証券取引法に、取引ルールを金融商品販売法にそれぞれ置くという構図が念頭に置かれていたが³⁹、現在の金融サービス提供法は、金商法より「やや基本法になりかかっている」ともされ、今後の傾向として、金融サービス提供法のほうが基本法的な色彩を帯びていくのではないかとの見解も示され、行政法規としての性格が強調されている⁴⁰。このような過程のなかで誠実公正義務の規定が金商法から金

融サービス提供法に移されたが、これにより、エンフォースメントの方法として業法的発想に基づくものを用いることの説明がより容易になったと考えられる。金商法上の法的義務とされてきた誠実公正義務違反は、法令違反として行政処分事由とされ⁴¹、実際、金融サービス提供法に規定が移動された後の違反についても、行政処分の可能性が指摘されている⁴²。そして、このような対応は、EU の MiFID II において行政上の制裁 (administrative sanctions) をエンフォースメントの手段として位置付けていることと整合的でもある (MiFID II 第 70 条)⁴³。このような状況において、行政処分の内容も問題となるが、それ以前に、iii で取り上げるように、いかなる場合に顧客の最善の利益が図られなかったことになるかと解するかが問題となる。

iii) 明文化による解釈への影響

「顧客の最善の利益」について、令和 5 年改正後の条文においては、「顧客等の最善の利益を勘案しつつ、顧客等に対して誠実かつ公正に、その業務を遂行しなければならない」と定められた。2021 年改訂後の原則においては「顧客の最善の利益を図るべき」(原則 2)と表現されていたところ、「勘案」の表現が用いられたことについては、義務を弱める意図はなく、主体が義務を負うという従来の理解が維持されていると説明されている⁴⁴。もっとも、「顧客の最善の利益の勘案」をいかに解するかは、令和 5 年改正後も明確ではない。

状況を複雑化させているのが、ESG 投資の普及である。ESG 投資と伝統的な信託法理の非整合性はすでに指摘されていたところであるが⁴⁵、ESG 要素の考慮を認める方向での議論が進んでいる。ここでは、予め受益者が ESG 投資を行うことを認める形での対応⁴⁶や米国では ERISA 法以外の分野において資産運用者のフィデューシャリー・デューティーが一定の範囲で任意規定であることを基礎に、最善の利益 (best interest) のなかに ESG 要素の考慮が含まれ、フィデューシャリー・デューティー違反とならないと解されていることを基礎に、わが国においても顧客の同意または顧客への情報開示とともに取引条件の公正さを要件とするなど、一定の条件のもとで最善の利益に関するルールのなかにこれを認めることができる⁴⁷と説明されている。

むしろ問題となるのが、いかなる場面において「顧客の最善の利益」に反する行為がなされたといえるのかである。令和 5 年改正がなされるまでも、誠実公正義務違反が認定された事例がほとんどないことが指摘されているように⁴⁸、すでに事例の少ない条文に、

「顧客の最善の利益」の表現が加わったことがいかなる影響を及ぼすのかが注目される⁴⁹。

わが国の最善利益勘案義務に相当する顧客利益擁護義務（顧客の最善の利益に従い、誠実公正かつ職業専門家として行動する義務）⁵⁰を定めるEUのMiFID II第24条については、適用範囲が限定的な行為規制が機能しない場合にその欠落部分を補完する規定であるだけでなく、MiFID IIが定める業務運営についてより顧客保護に手厚い解釈を監督当局及び裁判所が行うことを正当化できる規定とも説明される一方で、提供される投資サービス・行為のフィデューシャリー関係の程度が低いほど当該義務の発生を予測することが困難であることを指摘する見解がある⁵¹。この見解は、投資助言または個別のポートフォリオ管理（individual portfolio management）であれば古典的なフィデューシャリー関係が認められ、MiFID II第24条の適用があるが、フィデューシャリー関係にあるわけではない対等な当事者の取引関係がある場合には異なる扱いがなされることを指摘する⁵²。実際、MiFID IIの下では適格性のある相手方（eligible counterparties）と取引する場合には24条の義務を免れるとする適用除外規定がある（MiFID II第30条）。

わが国の金融サービス提供法においては、説明義務については適用除外規定が設けられ、顧客がプロである場合には説明義務にかかる規定は適用されないとされているが（金融サービス提供法4条7項）、これに相当する最善利益勘案義務に関する規定は置かれていない。もっとも、この違いは、フィデューシャリーの概念の捉え方により部分的に説明できると思われる。わが国において、「フィデューシャリー・デューティー」の言葉は本来の受託者責任よりも広範な意味で用いられ、フィデューシャリー関係がある場合だけでなく、情報や能力の面で金融事業者との間に大きな格差のある投資家を保護する要請がある場合にも用いられることが指摘されている⁵³。前述したEU指令及びその解釈は、フィデューシャリー・デューティーをわが国より狭く捉えており⁵⁴、顧客利益擁護義務の射程範囲（対象業者・対象業務）を、投資業者（investment firms）を対象として、より詳細に論じる基盤がある。これに対し、わが国では金融サービス提供法の最善利益勘案義務の範囲に含まれる業務を広く定義し⁵⁵、これにより広く金融事業者一般に共通する義務の存在が明確となり、それぞれの金融事業者が対応の水準を高めて包括的な投資者保護を図ることが期待できる一方、その内容自体についての議論が先送りとなったきらいがある。今後、エンフォースメントのあり方に関する議論のなかで、最善利益勘案義務の射程が明確となることが期待される。

5. むすびに代えて——最善の利益を図るべき対象となる顧客像

令和5年改正以降、「最善の利益」及び「最善利益勘案義務」の位置づけについては、多くの見解が示されている。ここでは、最善の利益を図るべき対象となる「顧客」について最後に若干触れておきたい。家計の安定的な資産形成を実現することを念頭に進められてきた改革のなかで、顧客像はわが国において変わりつつあり、より広い範囲の者を含むことが期待されている。「顧客の最善の利益」を図ることにつき、令和5年改正前から顧客の意向・ニーズを把握することが重要であることが指摘されていたが⁵⁶、業者が顧客の属性を把握する体制整備とともに顧客側からの情報提供が十分になされる措置をとることも今後の顧客層の拡大の可能性に照らして重要となると考えられる。この点に関連して、EUにおいてはリテール投資家保護のための施策⁵⁷とともに、「オープンファイナンス」と名付けられた横断的な顧客データの利用枠組みの準備が進行中であることが注目される⁵⁸。安定した水準のサービスを保障するための顧客情報の取得体制の構築により「顧客」像の明確化が進めば、金融サービス提供法の最善利益勘案義務の運用に寄与するとともに、顧客本位原則の他の原則、とくに原則6【顧客にふさわしいサービスの提供】の運用の充実につながることになろう。

[追記] 本稿脱稿後、2024年9月26日に顧客本位の業務運営に関する原則が改訂された。

〔注〕

- 1 金融庁「金融商品取引法等の一部を改正する法律案の概要」（令和 5 年 3 月 14 日提出）。
（<https://www.fsa.go.jp/common/diet/212/01/gaiyou.pdf>〔2024 年 9 月 25 日最終閲覧。以下すべてのウェブサイトについて同じ〕）
- 2 「顧客本位の業務運営（フィデューシャリー・デューティー）」という表現が「顧客本位の業務運営に関する原則」において用いられている。金融行政において、フィデューシャリー・デューティーの用語が初めて使用されたのは、2014 年 9 月の金融庁の「平成 26 事務年度金融モニタリング基本方針（監督・検査基本方針）」においてであるとされている（皆川純子「金融事業者等による顧客本位の業務運営をめぐる現状と課題」立法と調査 459 号 192 頁（2023 年））。
- 3 金融庁総務企画局「事務局説明資料（市場・取引所を巡る諸問題に関する検討）」（平成 28 年 4 月 19 日）。
（<https://www.fsa.go.jp/news/27/sonota/20160513-4/01.pdf>）
- 4 桜井健夫ほか『新金融商品取引法ハンドブック（第 4 版）』（日本評論社、2018 年）383 頁。
- 5 有吉尚哉「顧客本位の業務運営に関する実務と 2023 年金融商品取引法等改正のねらい」後藤元ほか編『動き出す「貯蓄から投資への」——資産運用立国への課題と挑戦——』（金融財政事情研究会、2024 年）207 頁。
- 6 得津晶「保険販売における 2 つのコンバージェンス——IDD と保険業法改正」生命保険論集第 202 号（2018 年）148 頁。
- 7 日本経済新聞「顧客本位の金融商品開発を 金融庁が原則策定を検討」（2024 年 5 月 23 日）
（<https://www.nikkei.com/article/DGXZQOUB23BV90T20C24A5000000/>）、
日本経済新聞「金融商品開発も顧客本位で 金融庁、原則見直しへ」（2024 年 6 月 20 日）
（<https://www.nikkei.com/article/DGXZQOUB202KZ0Q4A620C2000000/>）。
- 8 金融庁「資産運用立国について」（令和 6 年 12 月 14 日・令和 6 年 8 月 28 日更新）。
（<https://www.fsa.go.jp/policy/pjlamc/20231214.html>）
- 9 顧客本位原則を採択する場合は、顧客本位の業務運営を実現するための明確な方針を策定・公表した上で、当該方針に係る取組状況を定期的に公表するとともに、当該方針を定期的に見直すこととされていた（金融庁「顧客本位の業務運営に関する原則」（2017 年 3 月 30 日（2021 年 1 月 15 日改訂）2-3 頁）。規制化を実施しなかった理由は、Fiduciary Duty が①受託者責任ととらえられていて販売業者には必ずしも適合しないこと、②コモンローに固有の概念ととらえられがちなこと、③Duty では義務的な色彩が強いこと、が挙げられている（中島淳一＝信森毅博「インタビュー 顧客本位原則の究極的な目的は、将来に備えた国民の資産形成」〔中島発言〕信森毅博『顧客本位の業務運営 Ver2——『見える化』を通じた実践に向けた工夫』128 頁（金融財政事情研究会、2023 年））。
- 10 金融庁「顧客本位の業務運営に関する情報」。
（<https://www.fsa.go.jp/policy/kokyakuhoni/kokyakuhoni.html>）
- 11 「顧客本位の業務運営に関する原則」の策定に至る経緯については、大越有人＝岩井宏樹「誠実公正義務（中）」金法 2222 号 63 頁以下（2023 年）、今泉宣親＝寺川和真「顧客本位の業務運営と『最善

- の利益』の法定」商事 2359 号 16 頁以下（2024 年）、神田秀樹「金融サービス提供法における顧客の最善の利益」民商 76 巻 4 号 974 頁以下等（2024 年）、黒沼悦郎「近年の金融商品取引法・金融サービス提供法改正の概要とその評価」現代消費者法 63 号 5 頁以下（2024 年）、今川嘉文「顧客等の最善利益義務を内包する誠実公正義務として求められるもの」現代消費者法 63 号 13 頁以下（2024 年）。
- 12 金融審議会市場ワーキング・グループ「金融審議会市場ワーキング・グループ報告～国民の安定的な資産形成に向けた取組みと市場・取引所を巡る制度整備について～」（平成 28 年 12 月 22 日）1 頁。
(https://www.fsa.go.jp/singi/singi_kinyu/tosin/20161222-1/01.pdf)
- 13 金融庁は、「『重要情報シート』を作成・活用する際の手引き」を同年 5 月に公表している。
- 14 金融審議会市場制度ワーキング・グループ「金融審議会市場制度ワーキング・グループ顧客本位タスクフォース中間報告」（2022 年 12 月 9 日）2 頁。
(https://www.fsa.go.jp/singi/singi_kinyu/tosin/20221209/01.pdf)
- 15 今泉＝寺川・前掲注（11）15 頁。
- 16 齊藤将彦「金商法の改正案を含む最近の市場行政の動きについて」金融商品取引法研究会研究記録第 80 号 5 頁、15 頁（2024 年）。
- 17 松尾健一「令和 5 年金融商品取引法等の改正——顧客本位の業務運営、四半期報告書の見直し、デジタル化への対応」ジュリ 1598 号 104 頁（2024 年）。
- 18 齊藤・前掲注（16）10 頁。
- 19 GPIF 等は制度の対象から除外されている。これは、政府のガバナンスにより加入者保護が図られると考えられているためである（齊藤・前掲注（16）10 頁）。もっとも、金融サービス提供法 2 条 1 項の適用対象は登録業者等であるため、適用範囲が狭いともみることができることにつき、黒沼・前掲注（11）6 頁。
- 20 この点は、「金融審議会市場制度ワーキング・グループ顧客本位タスクフォース中間報告」を踏まえたものであり、金融事業者のほか、企業年金制度等の運営に携わる者等も加えることにより、広くインベストメント・チェーンに関わる者を対象として、顧客・最終受益者の最善の利益を考えた業務運営に向けた取組みの一層の横断化を図るべきであることが指摘されていた（金融庁金融審議会市場制度ワーキング・グループ・前掲注（14）2-3 頁）。顧客本位原則においては、金融事業者を定義せず、「顧客本位の業務運営を目指す金融事業者において幅広く採択されることを期待する。」（顧客本位原則・前掲注（9）2 頁）とされていた状況から、大きく状況が変わったものと評価できる。
- 21 また、英国の例としては、2012 年のケイ・レビューにおいて、エクイティ・インベストメント・チェーンに参加する者はすべて、顧客（clients）及び消費者（customers）との関係でフィデューシャリー基準（fiduciary standards）を遵守しなければならないとされた（The Kay Review of UK Equity Markets and Long-Term Decision Making Final Report, July 2012, p.65）。
(<https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a7cccdbed915d6b29fa8bea/bis-12-917-kay-review-of-equity-markets-final-report.pdf>)
- 22 桑田尚ほか「金融商品取引法等の一部を改正する法律等の解説——『成長と資産所得の好循環』の実現に向けて」商事 2348 号 30 頁（2024）。

- 23 松尾・前掲注 (17) 104 頁。
- 24 金融審議会市場制度ワーキング・グループ・前掲注 (14) 2 頁。
- 25 松尾・前掲注 (17) 105 頁。
- 26 金融審議会市場制度ワーキング・グループ・前掲注 (14) 2 頁注 2、今泉＝寺川・前掲注 (11) 19 頁、齊藤・前掲注 (16) 10 頁。
- 27 ソフトローの定義について、清水真希子「ソフトロー——民事法のパースペクティブ (一)」阪法 67 巻 6 号 1344 頁以下参照。
- 28 ソフトローは、国家以外の主体がその内容を定めるルールであるとする事について、森田果「ソフトローの基本概念」自正 67 巻 7 号 36 頁 (2016)。
- 29 ソフトローを分析する枠組みとして、藤田友敬「規範の私的形成と国家によるエンフォースメント——商慣習・取引慣行を素材として——」ソフトロー研究 6 号 (2006 年) 1 頁は、「形成」(国家が形成するものか)と「エンフォースメント」(国家がエンフォースするものか)を基準とした規範の分類方法を提示する。
- 30 外国の例となるが、フランスの say on pay 制度について、事後的に法律で明文化される内容が過渡的なものとしてコードに取り込まれることがある。この点について、拙稿「フランスにおけるコーポレートガバナンス・コードの見直しについての覚書」早法 91 巻 1 号 50 頁 (2015 年)。
- 31 この分類は筆者による暫定的なものであり、今後さらなる検討を通じてその妥当性を検証したい。
- 32 顧客本位原則・前掲注 (9) 2 頁。
- 33 例えば、フランスのコーポレートガバナンス・コードの一つである AFEP-MEDEF コードの不遵守に対して用いられた (拙稿・前掲注 (30) 44 頁)。
- 34 この点を指摘するのは、神田・前掲注 (11) 6 頁以下。
- 35 落合誠一「消費者契約法と金融商品販売法の施行に寄せて」安田火災ほうむ 47 号 1 頁以下。
- 36 神田秀樹「金融インフラ 3 法について——金融商品販売法を中心として——」月刊資本市場 181 号 80 頁 (2000)。
- 37 落合・前掲注 (35) 6 頁。
- 38 神田・前掲注 (36) 80 頁。
- 39 神田・前掲注 (36) 81 頁。
- 40 齊藤・前掲注 (16) 35 頁、38 頁。
- 41 大越＝岩井・前掲注 (11) 60 頁。
- 42 神田・前掲注 (11) 994 頁、今川・前掲注 (11) 19 頁、今泉＝寺川・前掲注 (11) 20 頁。
- 43 MiFID II 第 69 条は、加盟国が金銭的損失等の回復を図る措置を採る権限を定めるにとどまる。
- 44 齊藤・前掲注 (16) 26 頁。
- 45 後藤元「ESG と信託」信託 286 号 14 頁 (2018 年)、神田・前掲注 (11) 994 頁。
- 46 有吉・前掲注 (5) 182 頁。
- 47 神田・前掲注 (11) 995 頁。
- 48 梅澤拓「『顧客等の最善の利益』の義務化は金融商品の販売の在り方を根本的に変えるか」金法 2223

号 5 頁（2023 年）、大越＝岩井・前掲注（11）60 頁、松尾直彦『金融商品取引法（第 7 版）』（商事法務、2023 年）465 頁。

49 今後、誠実公正義務違反を直接的な理由とする行政処分が増加する可能性を指摘するのは、大越＝岩井・前掲注（11）61 頁。

50 第 16 回金融審議会市場制度ワーキング・グループ「資料 2 事務局説明資料（顧客本位の業務運営の確保と金融サービスの向上）」（2022 年 3 月 29 日）16 頁。

(https://www.fsa.go.jp/singi/singi_kinyu/market-system/siryou/20220329/02.pdf)

51 Luca Enriques and Matteo Gargantini, *The Expanding Boundaries of MiFID's Duty to Act in the Client's Best Interest: The Italian Case*, 3 ITALIAN L. J. 485-510, 491 (2017).

52 *Id.* at 491-492.

53 松元暢子「国民の資産形成に関する制度設計と金融事業者の『フィデューシャリー・デューティー』」ファイナンシャル・レビュー 142 号（2020 年）72 頁以下。

54 わが国において誠実公正義務のほかには善管注意義務・忠実義務が課されており、金商法は幅広く誠実公正義務を課したうえで、一方が他方の判断に頼る関係が典型的に認められる場合には善管注意義務や忠実義務を課しているとする説明として、神田秀樹ほか『金融商品取引法コンメンタール 2 業規制』（商事法務、2014）221 頁〔河村賢治〕。

55 金融サービスの提供及び利用環境の整備等に関する法律施行令第二条の規定に基づき業務を定める内閣府令案参照。

56 黒沼悦郎＝太田洋編著『論点体系金融商品取引法 2〔第二版〕』（第一法規、2022 年）113 頁〔有吉尚哉〕。

57 この施策については別稿において検討を行っている（拙稿「EU におけるリテール投資家保護をめぐる取組みにみるリテール投資家像」神田秀樹責任編集・公益財団法人資本市場研究会編『企業法制の将来展望——資本市場制度の改革への提言——2025 年度版』掲載予定）。

58 European Commission, Press release “Modernising payment services and opening financial services data: new opportunities for consumers and businesses” Jun 28, 2023.

(https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_3543)

上場 REIT に対する敵対的買収

脇 田 将 典

目 次

序

I 投資法人について

- 1 投資法人の仕組み
- 2 投資法人と税
- 3 上場 REIT に対する敵対的買収と買収防衛策

II 株式会社に対する敵対的買収

- 1 事前警告型買収防衛策
- 2 裁判例
- 3 学説
- 4 買収防衛策を認める根拠

III 投資法人に対する敵対的買収の検討

- 1 上場 REIT の敵対的買収を認めるべきか
- 2 買収防衛策を認めるべきか

結語

序

投資家から集めた資金で、オフィスビルなどの不動産を取得し、その賃料収入や売却益から投資家に分配を行う仕組みを一般に REIT (Real Estate Investment Trust) という¹。日本における上場 REIT 市場の拡大の中で²、近時上場 REIT に対する敵対的買収が試みられている。株式会社については、敵対的買収に関する議論が活発に行われているが、上場 REIT については、組織形態が投資法人という株式会社とは異なる形態をとっていることもあり、敵対的買収に関してほとんど議論がなされていない。そこで本稿は、上場 REIT に対する敵対的買収について検討を行う。

本稿では、まず上場 REIT が一般に採用している法形式である、投資法人の仕組みを紹介した後 (Ⅰ)、一般の株式会社に対する敵対的買収に関する議論を紹介する (Ⅱ)。それを踏まえて、上場 REIT に対する敵対的買収についての検討を行う (Ⅲ)。その際には、上場 REIT に対する敵対的買収をそもそも認めるべきかという問題と、敵対的買収を認める場合に上場 REIT 側に買収防衛策を認めるべきかという問題を検討する。

Ⅰ 投資法人について

1 投資法人の仕組み

投資法人は、投資信託及び投資法人に関する法律 (以下、「投信法」という) において規定されている資産の運用のみを行う組織形態である (投信法 63 条 1 項)³。投資法人が資産の運用を行うためには、内閣総理大臣の登録を受けなければならない (投信法 187 条)。投資法人は資産を主として特定資産 (投信法施行令 3 条) に対する投資として運用する (投信法 2 条 12 項)。特定資産は、不動産に限定されているわけではないため、投資法人の利用は REIT に限定されてはいないが、以下 I では REIT を念頭に説明を行う。REIT の場合、主たる投資対象となるのは不動産や不動産の賃借権である。そして、REIT のうち投資口が上場しているものが、上場 REIT である⁴。

投資法人には、オープン・エンドとクローズド・エンドの区別がある。前者は、投資口

の払戻が投資法人からなされるものを指し、後者は投資口の払戻をしないものを指す。REIT を上場するためには、上場規則上クローズド・エンドである必要があるため、実務上、上場 REIT はクローズド・エンドとなっている⁵。

投資法人の主要な法律上の構成要素は、投資主・投資主総会、執行役員・監督役員・役員会、資産運用会社、資産保管会社、一般事務受託者である。また、投信法上の組織ではないもののスポンサーが実務上は重要な役割を果たしている。以下、この順に、株式会社と比較しながら紹介する。

（１）投資主・投資主総会

投資主とは、投資口を保有し、投資法人の社員である者であり（投信法 2 条 16 項）、株式会社における株主に相当する。投資主から構成される会議体が、投資主総会であり（投信法 89 条以下）、株式会社における株主総会に相当する。

株式会社と異なり、投資主総会は毎事業年度ごとに召集する必要はない⁶。計算書類の承認は役員会の権限であり投資主総会の権限ではない（投信法 131 条 2 項）。ただし、任期が 2 年を超えることができない執行役員を選任するために（投信法 99 条）、投資主総会は 2 年に一度は開催される必要がある⁷。

また、投資主総会には、みなし賛成制度（投信法 93 条 1 項）があることが株式会社との大きな違いである⁸。同制度によれば、投資法人は、規約によって、投資主が投資主総会に出席せず、かつ、議決権を行使しないときは、当該投資主はその投資主総会に提出された議案について賛成するものとみなす旨を定めることができる。ただし、複数の議案が提出された場合において、これらのうちに相反する趣旨の議案があるときは、当該議案のいずれもみなし賛成制度の対象から除かれる。

（２）執行役員・監督役員・役員会

執行役員は、投資法人の業務を執行し、投資法人を代表する者であり（投信法 109 条 1 項）、株式会社における代表取締役者に相当する者である（投信法 109 条 5 項参照）⁹。ただし、後述するように、投資法人の業務は広く外部に委託しなければならないため、執行役員の職務は、後述の資産運用会社との資産運用委託契約の締結や投資主総会の招集（投信法 90 条 1 項）等に限定される¹⁰。執行役員の任期は最長 2 年であり（投信法 99 条）、投資

主総会によって選任される（投信法 96 条 1 項）。

監督役員は、執行役員の職務の執行を監督する者である（投信法 111 条 1 項）。執行役員や、執行役員と利害関係を有する者等は監督役員になることができない（投信法 100 条）。このように、監督役員の執行役員からの独立性が図られている。他方で、監督役員は執行役員とともに役員会を構成するので（投信法 112 条）、株式会社の社外取締役役に相当する者といえる¹¹。投資法人には、少なくとも執行役員の員数より 1 名多い監督役員が必要である（投信法 95 条 2 号）。監督役員の任期は原則 4 年である（投信法 101 条 1 項）。

すべての執行役員と監督役員で構成する会議体が役員会である（投信法 112 条）、投信法および規約に定める権限を行うほか、執行役員の職務の執行を監督する（投信法 114 条 1 項）。役員会は、執行役員が以下の 3 つの事由のうちいずれかに該当するときは、その執行役員を解任することができる。すなわち、①職務上の義務に違反し、又は職務を怠ったとき、②執行役員としてふさわしくない非行があったとき。③心身の故障のため、職務の執行に支障があり、又はこれに堪えないときである（投信法 114 条 2 項）。役員会は、株式会社における取締役会に相当する機関であるといえる。

（3）資産運用会社・資産保管会社・一般事務受託者

投資法人においては、業務が広く外部委託される仕組みがとられている。まず、投資法人の資産の運用に係る業務は、資産運用会社（投信法 2 条 21 項）に委託されなければならない（投信法 198 条 1 項）。投資法人が資産運用会社と委託契約を締結する場合及び解約するには、役員会と投資主総会の承認を得なければならない（投信法 109 条 2 項 6 号、198 条 2 項、206 条 1 項）。資産運用会社は、金融商品取引業者でなければならず（投信法 199 条）、投信運用業者として金融商品取引法（以下、「金商法」という）の規制を受ける（金商法 28 条 4 項 1 号、2 条 8 項 12 号イ）。

次に、投資法人の資産の保管にかかる業務は、資産保管会社（投信法 2 条 22 号）に委託しなければならない（投信法 208 条 1 項）。REIT に関する実務では、信託銀行が資産保管会社となっている¹²。

最後に、投資法人はその資産の運用及び保管に係る業務以外の業務にかかる事務を一般事務受託者（投信法 2 条 23 号）に委託しなければならない（投信法 117 条）。実務上は、一般事務の内容に応じて、複数の一般事務受託者に事務の委託がなされている¹³。

このように投資法人の業務は広く外部委託することが、投信法上義務付けられており、投資法人は、本店以外の営業所を設けたり、使用人を雇用することもできないことになっている（投信法 63 条 2 項）。株式会社においては、上記のような委託契約を締結することは求められていない。

（４）スポンサー

投信法上の組織ではないが、実務上は重要な役割を担っているのがスポンサーである。スポンサーとは、資産運用会社の株式を保有する会社またはそのグループ会社であって、資産運用会社及び投資法人にサポートを行う会社である¹⁴。投資法人に対して、物件供給や物件情報提供等を行っている¹⁵。スポンサーが利害関係人等（投信法 201 条 1 項）に該当する場合には、スポンサーと投資法人との間の不動産の取引等には、利益相反取引規制が課される（投信法 201 条の 2）¹⁶。

（５）小括

投資法人の業務は、資産運用会社、資産保管会社、一般事務受託者が担うことが法律上要求されている。そのため、投資法人は執行役員という執行機関を備えてはいるものの、実質は投資のための器であると言える¹⁷。

しかし、投資法人においては、投資主総会や役員会によるガバナンスによって、投資家の利益の保護や投資法人の効率的な運用が図られることが期待されており、投資法人の内部機関に何らの役割も期待されていないというわけではない¹⁸。

2 投資法人と税

投資法人にとっては、税制も重要な役割を果たしている¹⁹。特に、いわゆる導管性が重要である。導管性とは、一定の要件を満たすと、投資法人の利益の配当金額を法人税法上の損金の額に算入できることである²⁰。

導管性が認められるための要件のうち、主要なものは以下のものである（租税特別措置法 67 条の 15）。配当等の金額が配当可能利益の額の 90% 超であること、投資主の 1 人およびこれと特殊の関係のある者が、発行済み投資口総数または議決権の 50% を超えて投

資口を保有していないこと、投資法人が他の法人の発行済み株式又は出資の総額の 50% 以上を有していないこと、発行済投資口が 50 人以上の者によって所有されている、または、機関投資家のみによって所有されていることである。

3 上場 REIT に対する敵対的買収と買収防衛策

(1) 上場 REIT の敵対的買収

投資法人の仕組み上、従来上場 REIT については、敵対的買収は生じにくいと考えられていた²¹。上述したように、投資法人自体は運用のための器であり、実際の資産の運用は資産運用会社が担っている。そのため、買収者が自ら運用をしようとする場合には、資産運用会社との委託契約を解約して新たな資産運用会社と委託契約を結ぶ必要があり、取締役を変更すれば済む株式会社に比べると時間や費用がかかると考えられる。また、税法上の導管性を維持するためには、投資主の 1 人およびこれと特殊の関係のある者が 50% を超えて投資口を保有してはならないので、これも敵対的買収を阻害する要因となると考えられる²²。確実に投資法人の支配権を得るためには 50% 超の投資口を保有して役員の変更を確実にできるようにする必要があるが、そうすると税法上の利点を失ってしまう²³。このように、投資法人の仕組み自体に敵対的買収を阻害する要素があると言える。

しかし、近時、上場 REIT に対する敵対的買収の実例が現れるようになった。2019 年には、スターアジア不動産投資法人が、さくら総合リート投資法人の合併を目指して、投資主総会で現執行役員の解任、現投資運用会社（さくら不動産投資顧問）との委託契約の解約、新投資運用会社（スターアジア投資顧問）と委託契約の締結を提案し、可決された²⁴。2021 年には、スターウッド・キャピタル・グループが、インベスコ・オフィス・ジェイリート投資法人に対する敵対的公開買付け²⁵を行い、非公開化を目指したが、インベスコのグループ会社が対抗公開買付けを行い、スターウッド側の公開買付けは失敗した²⁶。

株式会社において敵対的買収を行う場合には、公開買付けによって株式を買い集めることが一般的である²⁷。本稿は株式会社における議論を踏まえて、上場 REIT の敵対的買収について検討するため、以下では、上記の事例のうち公開買付けを行う形での上場 REIT の敵対的買収について検討を行う。

（２）買収防衛策

上場 REIT においては、敵対的買収に対してどのような買収防衛策を導入することができるのか。株式会社においては、後述するように、事前警告型買収防衛策が導入されることが多い。しかし、上場 REIT に関しては、実務上、事前警告型買収防衛策を導入することはできないと考えられている。投資法人にも、株式会社の新株予約権に相当する新投資口予約権という制度はあるが、ライツオフアリングに用途が限定されているからである²⁸。そこで、買収された場合に資産運用会社に多額の報酬を支払う旨を規約に定めるといった形の買収防衛策が考えられる²⁹。

Ⅱ 株式会社に対する敵対的買収

上場 REIT に対する敵対的買収について検討する前提として、上場株式会社に関する敵対的買収に関する議論を紹介する。以下では、対象会社株式に対して公開買付けを行う形での敵対的買収を念頭に議論を行う。

株式会社における敵対的買収を全面的に禁止すべきとする主張は、近時はほとんど見られないように思われる。株式会社における敵対的買収において問題となっているのは、どのような敵対的買収防衛策をとることが可能かという点である。以下では、現状において多く用いられている事前警告型買収防衛策を紹介し、裁判例と学説の現状を紹介する。

1 事前警告型買収防衛策

敵対的買収に対しては、事前警告型買収防衛策と呼ばれる防衛策が導入されることがある³⁰。事前警告型買収防衛策は、次のような内容である。まず、買収者は、大規模買付行為等を行う 60（営業）日前に、対象会社に通知すること求められる。大規模買付行為は、市場買付や公開買付けによって議決権の 20% を取得することと定められていることが多い³¹。通知がなされると、株主の判断に資するために、対象会社が買収者に対して情報提供を求める。

買付者がこの防衛策の手続に従わない場合、対象会社は、差別的行使条件付きの新株予

約権の無償割当てを行う。買付者が手続きに従った場合でも、取締役が必要と認めた場合には、株主総会の承認を経て差別的行使条件付きの新株予約権の無償割当てが行われる。取締役会の判断の公正さを確保するために、独立委員会が設置される。

防衛措置として無償割当てがなされる差別的行使条件付き新株予約権は次のような内容である。買収者以外の者は、同新株予約権の行使が可能であり、行使がなされると株式が与えられる。また、対象会社が同新株予約権の取得と引き換えに株式を交付する旨の条項が付されていることが一般的である。これに対し、買収者は同新株予約権を行使できないこととされている。ただし、当該新株予約権と交換で別の新株予約権（第2新株予約権）が与えられることがある。第2新株予約権は、買収者が保有する対象会社の議決権が20%といった一定の閾値未満でないと行使できない。また、第2新株予約権は、一定期間後には、対象会社が金銭と引換えに取得できるとされている。第2新株予約権は、買収者の利益に配慮することが目的である。

このような事前警告型買収防衛策の主たる目的は、株主が情報に基づいた判断をするための情報や期間を確保することにあるとされている³²。

裁判例では、事前警告型買収防衛策に基づく差別的行使条件付き新株予約権の無償割当ての差止めが争われているが³³、裁判所は、事前警告型買収防衛策自体は適法としたうえで、個々の事案において防衛措置としての差別的行使条件付き新株予約権の無償割当てに差し止め事由があるかどうかの審査を行っている³⁴。

2 裁判例

裁判例において、どのような場合に買収防衛策が適法になるかの一義的なルールは未だ形成されていないが³⁵、学説における一般的な裁判例の理解においては、事前警告型買収防衛策を含む買収防衛策が認められるためには³⁶、買収防衛策の必要性和相当性が必要であると考えられている³⁷。そして、必要性を認めるうえでは買収防衛策の導入や発動について株主の承認を経ているかどうかが重要な要素になると考えられている³⁸。また、この株主の承認は、会社法上の株主総会決議だけでなく、勧告的決議でもよいと考えられている³⁹。

3 学説

裁判例においては、株主の承認があるかどうか重視されていると評価できるが、学説においては、敵対的買収に強圧性がある場合に、防衛策を認めるという見解が有力となっている⁴⁰。強圧性とは、買収が成功した場合に、買収に応じなかった株主が応じた場合よりも不利に扱われると予想されるときには、買付価格に不満のある株主も、事実上買収に応じるように圧力を受けるという問題である⁴¹。もっとも、学説においては、強圧性への対応は、本来公開買付規制で行われるべきであり、買収防衛策で強圧性に対応するのは、次善の策であることが指摘されている⁴²。

4 買収防衛策を認める根拠

以上の紹介からは、買収防衛策を認める根拠としては、次のものを挙げることができる。第1に、近時用いられている事前警告型買収防衛策の目的からは、投資家に判断のための情報と期間を与えることを防衛策を認めるための根拠としてあげることができる。第2に、裁判例からは、投資家による承認を受けていることを、買収防衛策を認める根拠として挙げることができる。最後に学説からは、買収防衛策を認める第3の根拠として、敵対的買収の強圧性を挙げることができる。

Ⅲ 投資法人に対する敵対的買収の検討

1 上場 REIT の敵対的買収を認めるべきか

株式会社については、敵対的買収を全く否定するという立場は近時ほとんどみられない。しかし、上場 REIT は株式会社とは法的仕組みが異なるので、上場 REIT については、敵対的買収を否定すべきと言えるかもしれない。まずは、この点を検討する。

上場 REIT に対する敵対的買収を否定する根拠としては、上場 REIT の運用のコストが増加する点を挙げることができる。敵対的買収が成功すれば、資産運用会社等に変更されることが予想される。そうすると、資産運用会社等は、敵対的買収がありうる場合、事前

に報酬をより多く要求することが考えられる。このようにして上場 REIT の運用コストが上がれば、投資家の収益も低下するので、投資家としても敵対的買収がなされないほうが望ましいといえるかもしれない⁴³。

反対に、敵対的買収を肯定する理由としては、投資主総会によるガバナンスを働かせることが投資法人制度を設けた理由の一つであり⁴⁴、投資主総会によるガバナンスは、敵対的買収があつてこそ働く面があるということを挙げることができる⁴⁵。上場株式会社の株主と同様、上場 REIT の投資主も合理的無関心のために平時は議決権といった権利行使は期待できず、敵対的買収が行われることによって、はじめてガバナンスが機能するということができる⁴⁶。特に、投資法人については、みなし賛成によって、議案が可決する方向に制度が構築されており、平時の投資主による牽制は株式会社の株主に比しても弱いと考えられる。

以上を踏まえると、運用コストが上昇するというマイナス点を考慮しても、敵対的買収を一切認めるべきではないとは言えないと思われる。そこで次に問題になるのは、買収防衛策は認められるべきかということである。以下では、第Ⅱ章で挙げた3つの視点から上場 REIT において買収防衛策を認めるべきかを論じる。

2 買収防衛策を認めるべきか

買収防衛策を認める根拠としては、投資家に判断のための情報や期間を与えること、投資家による承認があること、買収手法に強圧性があることを挙げることができた。以下では、そのそれぞれが上場 REIT による買収防衛策を支持するのかを検討する。以下では、事前警告型買収防衛策といった特定の防衛策を念頭に置かずに、一般的な議論を行う。

(1) 投資家の判断のための情報と期間

最初に、投資家に判断のための情報と期間を与えるという視点を検討する。これに関しては、株式会社の事業内容はさまざまであるのに対して、上場 REIT の事業内容は、不動産に関する投資に限られるということが指摘できる⁴⁷。そのため、上場 REIT の投資家が敵対的買収の可否の判断に必要な情報と期間は、株式会社に比べれば限定的であると言え、投資家に判断のための情報や期間を与える必要性は、上場 REIT については小さいと考え

られる⁴⁸。投資家に判断のための情報と期間を与えることは、投資法人についてはそれほど重要ではなく、公開買付規制における規制以上に情報や期間が必要であるとは言えないのでないかと思われる⁴⁹。

（２）強圧性

公開買付けによる投資口の取得にも強圧性が生じうる点は、株式の公開買付けと変わらない。また、公開買付けによって多くの投資口の取得をした後に、少数投資主をキャッシュアウトすることがありうるが、投資法人については、投資口を併合した際に、買取請求権が認められないという点で、キャッシュアウトにおける少数派の保護の仕組みが会社法ほど整備されていない⁵⁰。それゆえ上場 REIT の買収のほうが株式会社の買収よりも強圧性が生じやすいということもできるかもしれない。ただし、合併の対価となる投資口を端数にすることでキャッシュアウトを行う場合には、投資口買取請求権が認められ（投信法 149 条の 3）、株式会社に関する実務においては、株主が対価に対する異議を申し立てることができるキャッシュアウト手法が用いられてきたことから⁵¹、投資法人においては合併を利用してキャッシュアウトがなされることも考えられる。そのため、投資口併合に買取請求権が認められないことをあまり強調するべきではないかもしれない⁵²。

したがって、強圧性の問題は、上場 REIT についても少なくとも株式会社と同程度に認められる。そのため、強圧性を理由に買取防衛策を導入することは、上場 REIT においても認められうる。しかし、立法論を視野に入れるならば、株式会社について指摘されていたところであるが⁵³、買取防衛策を認めるよりは公開買付規制の改善の方が、強圧性の問題に対して直接的な対応であり、望ましいといえよう⁵⁴。

（３）投資家による承認

投資家による承認、上場 REIT についていえば、投資主による承認があれば、買取防衛策を認めてよいであろうか。上場 REIT について問題となるのは、投資主の承認が投資主総会で行われる場合に、みなし賛成制度が規約で導入されている場合である。この場合、議決権を行使しない投資主の議決権は賛成とみなされるので、買取防衛策の導入が承認されやすくなる⁵⁵。このようなみなし賛成制度は、買取防衛策を念頭に設けられたものではなく、平時の運営が滞りなく行われるために設けられたと考えられる⁵⁶。そのため、敵対

的買収という執行役員が保身を図るおそれが大きい場面で用いることが予定されていたわけではないと考えられ、また、用いられることは適切ではないと考えられる。そこで、投資主総会で承認されたとしても、みなし賛成制度が採用されている場合には、投資主によって当該買収防衛策の導入が承認されたと考えるべきではないであろう。このことは、買収防衛策の承認が、勧告的決議の形をとった場合でも同様である。

このように、投資家による承認は、それを理由に防衛策を認めるのであれば、少なくともみなし賛成制度を用いるべきではない。さらに、立法論を視野に入れると、みなし賛成が使われていなくとも、投資主の承認で買収防衛策を導入してよいとは必ずしも言えない。投資主に対して買収防衛策の承認を問うことは、究極的には買収に対する賛否を問うていると言ってもよい。そうすると、上記の強圧性の対策がなされるのであるならば、投資家による買収の賛否は、買収防衛策の承認という形ではなく、公開買付けに対する賛否という形で行えば十分であると考えられるからである⁵⁷。

(4) 小括

投資家に判断のための情報と期間を与える要請は、上場 REIT においてはそれほど大きくないので、このことを理由に買収防衛策を認めることはできないであろう。強圧性の問題は、上場 REIT においても株式会社と少なくとも同程度に生じるが、そのために買収防衛策を認めるよりは、強圧性が生じないように公開買付規制を改善すべきであろう。買収防衛策の導入の承認にみなし賛成制度は用いるべきではない。そして、強圧性について改善がなされれば、投資主は公開買付けに応じる形で買収に対する賛否を表明すればよいので、投資主の承認を理由に買収防衛策を認める必要はないと考えられる。

結語

本稿は、上場 REIT に対する敵対的買収の問題を扱った。投資法人の仕組みと株式会社に対する敵対的買収に関する議論を簡単に紹介したのち、上場 REIT の敵対的買収に対する防衛策を認めるべきかを、投資家の判断のための情報と期間、強圧性、投資家による承認という視点から検討を行った。本稿の検討は初歩的なものにとどまっているが、投資法

人制度に関する議論の深化に貢献できていれば幸いである。

〔注〕

- 1 段磊「不動産投資信託（REIT）買収・再編の比較考察：日本法とアメリカ法（1）」法協 136 巻 6 号 1315 頁、1316 頁（2019）。
- 2 段・前掲注（1）1316 頁以下（2019）、日本経済新聞「きょうのことば REIT 不動産の収益を分配」2024 年 6 月 25 日朝刊 2 頁。
- 3 投資法人について詳しくは、森・濱田松本法律事務所編『投資信託・投資法人の法務』（商事法務、2016）、澤飯敦ほか編『投資信託・投資法人法コンメンタール』（商事法務、2019）、段・前掲注（1）1325 頁以下等参照。
- 4 REIT を上場するための要件の詳細は、森・濱田松本法律事務所編・前掲注（3）338 頁以下参照。
- 5 森・濱田松本法律事務所編・前掲注（3）302 頁。
- 6 森・濱田松本法律事務所編・前掲注（3）350 頁。
- 7 森・濱田松本法律事務所編・前掲注（3）350 頁以下。
- 8 みなし賛成制度の批判的検討として、藤田友敬「組織法からみた金融システム改革諸法」商事 1637 号 36 頁、38 頁以下（2002）。
- 9 神作裕之「会社型投資信託の導入——証券投資法人制度——」月刊資本市場 165 号 41 頁、45 頁（1999）、森・濱田松本法律事務所編・前掲注（3）358 頁。
- 10 資産運用会社との資産運用委託契約を締結する場合には、投資主総会の承認（投信法 198 条 2 項）と役員会の承認（投信法 109 条 2 項 6 号）も必要であり、投資主総会の招集には役員会の承認（投信法 109 条 2 項 1 号）も必要である。
- 11 神作・前掲注（9）45 頁以下参照。ただし、監督役員が株式会社の監査役に相当する機関であると説明されることもある（森・濱田松本法律事務所編・前掲注（3）367 頁）。
- 12 森・濱田松本法律事務所編・前掲注（3）408 頁。
- 13 段・前掲注（1）1332 頁以下。さらにプロパティ・マネジメント会社について、段・前掲注（1）1332 頁参照。
- 14 森・濱田松本法律事務所編・前掲注（3）303 頁。
- 15 森・濱田松本法律事務所編・前掲注（3）415 頁。
- 16 また、金商法上の特定関係法人に該当するスポンサーは、インサイダー取引規制の対象となる（金商法 166 条 1 項）。森・濱田松本法律事務所編・前掲注（3）413 頁以下参照。
- 17 森・濱田松本法律事務所編・前掲注（3）301 頁、神作・前掲注（9）43 頁。
- 18 神作・前掲注（9）42 頁、前田雅弘「証券投資法人制度」証券取引法研究会編『金融システム改革と証券取引制度』233 頁、235 頁（日本証券経済研究所、2000）、藤田・前掲注（8）36 頁以下。
- 19 詳しくは、段・前掲注（1）1334 頁以下、森・濱田松本法律事務所編・前掲注（3）316 頁以下。
- 20 ベイスルーと呼ばれる（段・前掲注（1）1335 頁）。
- 21 上場 REIT の敵対的買収については、段・前掲注（1）1363 頁以下。
- 22 段・前掲注（1）1366 頁以下。
- 23 ただし、みなし賛成制度が規約によって導入されている場合には、事実上は 50% 以下の投資口でも

支配権は取得できると考えられるので、この点がどこまで敵対的買収を阻害するのかははっきりしない。

- 24 日本経済新聞電子版「REIT 初の敵対的 M&A 「みなし賛成」に疑問の声 30 日に 2 つの総会、さくら総会はみらいとの合併模索」2019 年 8 月 21 日

<https://www.nikkei.com/article/DGXMZO48750850Q9A820C1000000/> (2024 年 8 月 13 日最終閲覧)、日本経済新聞電子版「REIT、初の敵対的買収が成立 スターアジア、さくらと合併へ」2019 年 8 月 30 日 <https://www.nikkei.com/article/DGXMZO49224890Q9A830C1EA5000/> (2024 年 8 月 13 日最終閲覧)。

投資主総会での議案の成立後、スターアジア不動産投資法人与さくら総合リート投資法人の合併は実施された (スターアジア投資法人「さくら総合リート投資法人との合併成立に関するお知らせ」2020 年 8 月 3 日 <https://starasia-reit.com/file/info-92ccae231992e070842d2d58711c2fddef327fcf.pdf> (2024 年 8 月 13 日最終閲覧) 参照)。

- 25 投資法人の投資証券が金商法 27 条の 2 第 1 項の株券等に該当するため (金商法施行令 6 条 1 項 3 号)、投資法人の投資口についても公開買付規制が適用される。
- 26 日本経済新聞電子版「米投資ファンド、インベスコ O への TOB 不成立」2021 年 6 月 16 日 <https://www.nikkei.com/article/DGXZQOUB09ACY0Z00C21A6000000/> (2024 年 8 月 13 日最終閲覧)。
- 27 市場内買付によって敵対的買収が行われることもあったが (例えば、東京機械製作所事件・後掲注 (33))、令和 6 年金商法改正 (令和 6 年法律第 32 号) によって、市場買付けにも公開買付規制が課されるようになるため、今後は敵対的買収は公開買付けによって行われることになると考えられる。
- 28 森・濱田松本法律事務所編・前掲注 (3) 567 頁、井上正範ほか「第 2 回 J-REIT 買収の留意事項と買収の対応策」BUSINESS LAWYERS 2019 年 3 月 4 日 <https://www.businesslawyers.jp/articles/501> (2024 年 8 月 13 日最終閲覧)。

ただし、条文中明確に買収防衛目的で発行することが禁じられているわけではなく、事前警告型買収防衛策を導入できるとする見解もある (段磊「不動産投資信託 (REIT) 買収・再編の比較考察——日本法とアメリカ法 (2)」法協 136 巻 8 号 1881 頁、1874 頁以下 (2019))。

- 29 なお、規約の変更には、投資主総会の特別決議が必要である (投信法 140 条、93 条の 2 第 2 項 3 号)。このような形での買収防衛策が導入されたと指摘されている事例として、いちごオフィスリート投資法人の事例がある (日本経済新聞電子版「REIT 買収されたら多額報酬 いちごオフィの規約に審判」2023 年 6 月 15 日 <https://www.nikkei.com/article/DGXZQOUC114VZ0R10C23A4000000/> (2024 年 8 月 13 日最終閲覧))。
- 30 詳しくは、太田洋ほか「東芝機械の「特定標的型・株主判断型」買収防衛策について——いわゆる有事導入型買収防衛策の法的論点の検討——」別冊商事法務編集部編『新しい買収防衛策の考え方』別冊商事 470 号 1 頁 (2022)、脇田将典「敵対的買収に関する近時の裁判例の検討」資本市場研究会編『企業法制的将来展望——資本市場制度の改革への提言—— (2024 年度版)』309 頁、314 頁以下 (財経詳報社、2023) など参照。
- 31 また、大規模買付行為に加えて、株主間で一定の行為を共同で行うことも事前警告型買収防衛策の

- 対象とされることがある。これは、共同協調行為と呼ばれている（脇田・前掲注（30）314頁以下）。
- 32 太田ほか・前掲注（30）6頁。このほかに、経営者と大規模買付行為等を行う者との交渉を確保することも目的として挙げられている。
- 33 名古屋高決令和3年4月22日資料版商事446号138頁（日邦産業事件）、東京高決令和3年4月23日資料版商事446号154頁（日本アジアグループ事件）、東京高決令和3年8月10日金判1630号16頁（富士興産事件）、東京高決令和3年11月9日金判1641号10頁（東京機械製作所事件）、大阪高決令和4年7月21日金判1667号30頁（三ツ星事件）。
- 34 脇田・前掲注（30）316頁。
- 35 これまでの裁判例についての筆者の検討は脇田・前掲注（30）。
- 36 事前警告型買収防衛策の利用が広まる以前には、買収者が現れた時点で、新株予約権の第三者割当（例えば、東京高決平成17年3月23日判時1899号56頁（ニッポン放送事件））や差別的行使条件付き新株予約権の無償割当（例えば、最決平成19年8月7日民集61巻5号2215頁（ブルドックソース事件））が行われていた。
- 37 田中亘「防衛策と買収法制の将来——東京機械製作所事件の法的検討——」別冊商事法務編集部編『新しい買収防衛策の考え方』別冊商事470号77頁、88頁（2022）、久保田安彦「敵対的買収防衛策をめぐる近時の裁判例の動向（下）」501号56頁、60頁（2022）、白井正和「近時の裁判例を踏まえた買収防衛策の有効性に関する判例法理の展開」民商158巻2号283頁、284頁以下（2022）。
- 38 久保田・前掲注（37）60頁、白井・前掲注（37）289頁以下。経済産業省「企業買収における行動指針——企業価値の向上と株主利益の確保に向けて——（2023年8月31日）」も、その第2原則として「株主意思の原則」を挙げ、「会社の経営支配権に関わる事項については、株主の合理的な意思に依拠すべきである」とする（同7頁）。
- 39 白井・前掲注（37）297頁以下。
- 40 田中亘『企業買収と防衛策』45頁以下（商事法務、2012）、飯田秀総「買収防衛策の有事導入の理論的検討——公開買付けの強圧性への対処——」商事2244号4頁（2020）。
- 41 詳しくは、田中・前掲注（40）383頁以下。
- 42 田中・前掲注（40）391頁以下、飯田・前掲注（40）12頁。
- 43 なお、投資法人は業務を外部委託する投資のための器であり、使用人を雇用することはできないので（投信法63条2項）、ステークホルダーの利益を保護することは、上場REITにおいて、敵対的買収を否定する事情としてあげることは難しいと考えられる。段・前掲注（28）1867頁以下も参照。
- 44 前掲注（18）参照。
- 45 田中・前掲注（40）27頁以下。田中亘『会社法（第4版）』734頁（東京大学出版会、2023）。
- 46 田中・前掲注（40）27頁以下。田中・前掲注（45）734頁。
- 47 運用型の商事信託と事業会社の比較として、行岡睦彦「商事信託のガバナンス構造についての覚書——「運用型」と「事業型」の比較——」神田秀樹＝神作裕之編『商事信託法の現代的課題（トラスト未来フォーラム研究叢書）』（トラスト未来フォーラム）1頁、12頁以下（2021）参照。
- 48 井上正範ほか「第1回J-REITの買収防衛の特徴と敵対的買収の方法」BUSINESS LAWYERS 2019

年 2 月 27 日 <https://www.businesslawyers.jp/articles/500> (2024 年 8 月 13 日最終閲覧) も参照。

- 49 公開買付規制によって、買付け期間は 20 営業日以上 60 営業日以内となっており（金商法 27 条の 2 第 2 項、金商法施行令 8 条 1 項）、買い付け期間が 30 営業日未満の場合には、対象法人は買付け期間を 30 営業日にすることを請求できる（金商法 27 条の 10 第 2 項、第 3 項、金商法施行令 9 条の 3 第 6 項）。また、公開買付届出書等による情報開示もなされる。
- 50 森・濱田松本法律事務所編・前掲注（3）566 頁。
- 51 田中・前掲注（45）654 頁。
- 52 森・濱田松本法律事務所編・前掲注（3）566 頁も、投資口買取請求が認められないために「投信法の投資口の併合制度においては、少数投資主の保護が十分に図られておらず公正さに疑問が残ることから、投資口併合による少数投資主の排除は実施しにくいと思われる」と述べる。
- 53 前掲注（42）参照。
- 54 ただし、令和 6 年金商法改正においても、市場買付けに公開買付規制を課すようになる点で、市場買付けの強圧性に対する対応はなされたが、公開買付規制自体に存在する強圧性に対応する改正はなされなかった。
- 55 藤田・前掲注（8）38 頁。もっとも、敵対的買収の場面では、投資主も投資主総会に関心をもち、議決権行使が実際になされる可能性はある。
- 56 みなし賛成制度の導入理由としては、投資法人は投資のための器であり、議決権行使に関心のない投資主が多数にのぼると考えられることが挙げられている（森・濱田松本法律事務所編・前掲注（3）353 頁、澤飯ほか編・前掲注（3）363 頁。
- 57 この点は、株式会社についても同様の指摘がなされている（田中・前掲注（40）435 頁以下、飯田・前掲注（40）12 頁）。

個人化された法をめぐる諸問題

森 田 果*

目 次

- 1 はじめに
- 2 個人化された法とは
- 3 個人化された法のメリット
 - 3.1 個人化された法のメリット
 - 3.2 具体例
- 4 個人化された法と憲法
- 5 個人化された法の実現に伴う制約
- 6 終わりに

1 はじめに

本研究会（東北信託研究会）の前身の10年以上前の研究会において、筆者は、財産権（property right）としての信託の位置づけを、Merrill and Smith（2000、2001a、2001b）を参照しつつ行った（森田、2014）。Merrill と Smith による一連の分析のポイントは、財産権について物権法定主義という形で標準化の制約が設定されているのは、物に関する（*in rem*）権利であり、外部性の大きな財産権は、他者に対して調査コストを発生させるから、そのコストと財産権の持つメリットを衡量する必要があるからだ、という考え方である。森田（2014）は、この考え方を信託に当てはめて分析を行ったものである。

しかし、Merrill と Smith によるオリジナルの研究から20年が経ち、社会は大きく変わった。インターネット、ビッグデータ、生成 AI などの発達により、これまでは入手に大きなコストがかかっていた情報が比較的容易に、低コストで入手できるようになってきた。このような時代の変化に応じて、望ましい法ルールのある方も変わってくるだろうというのは自然な予想である。

実際、Merrill と Smith のように、権利（法ルール）のあり方に対して枠をはめるのではなく、むしろ、より自由な法ルールのある方を認めるべきである、という主張が多くの研究者によって次々に提出されてきている。それらは、「個人化された（personalized）法」という名前を付されている。そのような動きの集大成の一つと言えるのが、Ben-Shahar と Porat が2021年に公表した書籍である（Ben-Shahar and Porat、2021）。同書は、多数の引用がなされてきているほか、既にこれに対する批判的なアイデアも提出されるなど（たとえば Baker and Parameswaran、2023）、非常に重要な業績として位置づけられている。

にもかかわらず、これまでのところ、日本においては、同書の包括的な紹介はなされてきていないようである。そこで本稿は、同書の内容を紹介することによって、今後の信託、さらには法ルール一般のあり方を考えるにあたっての基礎作業を行いたい。

以下では、2 において「個人化された法」とはどのようなものを説明した上で、3 において、「個人化された法」がどのような利点を有しているのかを概観する。続いて、4 において、個人化された法が平等権保障という憲法的価値と矛盾衝突するのかどうか

を検討した上で、5 において「個人化された法」の実現に伴う制約・限界を見る。最後に、6 で簡単なまとめを述べる。

2 個人化された法とは

個人化された法 そもそも、「個人化された法」とは何だろうか？ Ben-Sharar と Porat の（そして他の論者たちも）想定する「個人化された法」とは、一人一人に対して異なる法ルールが適用される世界である。

彼らが挙げる具体例の中で一番分かり易いのが、道路交通法上の速度規制である。今日の道路交通法においては、道路ごとに 40km/h とか 60km/h とかいった制限速度が設定されているが、これらの制限速度は、全ての運転者に対して一律に適用される。運転の上手な運転者であっても、認知能力や反応速度の衰えた運転者であっても、全ての運転者は、同じ道路を走行している限りにおいて、同一の速度制限に服する。しかし、「個人化された法」の世界においては、運転者一人ずつに異なる制限速度が設定されうる。たとえば、運転の上手な運転者については、制限速度が 80km/h となるのに対し、認知能力や反応速度の優れない運転者については、制限速度が 40km/h となることがある。また、運転の上手な運転者であっても、寝不足であって注意力が落ちているような場合には、80km/h の制限速度ではなくて 40km/h の制限速度が適用されることになることもある。もちろん、このような「個人化された法」を実現することは、今日の技術ではまだまだ難しい。運転者一人ずつ、しかもそれぞれの肉体的・精神的な状態などのリアルタイムの情報を取り込みながら、異なる制限速度を適用していくためには、運転者ごとの制限速度を決定するためのアルゴリズムを特定した上で（もちろん、それを法文——法律ではなくて政省令レベルでもよいが——に書き込むことも必要である）、現在走行中の道路に関するベースとなる制限速度、運転者の属性、運転者のリアルタイムな状況、といった多種多様な情報を取り込んで、当該運転者に当該道路状況において適用される制限速度を決定し、その決定された制限速度を運転者に対して知らせるメカニズムが必要である。未来の自動車であれば、そんな制限速度表示機器（ヘッドアップディスプレイのようなもの？）を設置することができるかもしれないが、少なくとも現在の技術・法技術では、そんなことは夢の又夢であ

ろう。

「個人化された法」の具体例としては、道路交通法上の速度規制の他にも、開示規制も分かりやすい。たとえば、現在の医薬品に関する開示規制は、一律の開示規制であり、どのような購入者に対しても、同一内容の開示がなされる。しかし、人によって必要な情報、また、理解できる情報は異なっているはずだ。たとえば、特定の材料に対してアレルギー症状のある人には、当該材料についての情報が必要だが、そのようなアレルギー症状のない人には、そのような情報は必要ではない。また、特定の副作用が問題になる人であれば（たとえば妊娠中の女性）、当該副作用に関する情報が必要であり、当該副作用が問題にならない人には、その旨の情報開示は必要がない。このようにしていけば、医薬品に関する膨大な情報の開示は必要ではなく、個々人に応じた必要最小限の情報開示で足りることになる。このように、「個人化された」情報開示がなされるのであれば、各人は、膨大な情報の中から自分に関する情報を選び出す必要はなくなる。開示された情報が膨大であれば、私たちはそれらを読むインセンティブをなくしてしまうから（膨大な約款の全てを真面目に読む消費者はほとんどいない）、情報開示が「個人化される」ことは、情報開示の実質化にもつながる。

デフォルトルールも、「個人化された法」となりうる。たとえば、現在の日本の臓器移植法では、本人の同意がない限り脳死状態での臓器の移植は原則としてできず、脳死状態における臓器の移植を認めないことがデフォルトルールになっている。これに対し、オランダでは、臓器移植を認めることがデフォルトルールになっている（タック＝デュイースト、2014）。しかし、日本においても、臓器移植を認めたいという人は多く存在するはずである。とすれば、様々な要因——性別、年齢、教育、行動パターンなど——に基づいて、個々人の臓器移植に関する選好を推定し、その推定値に従って個人ごとに異なるデフォルトルールを設定すれば、本人の意思に沿った帰結が導かれる蓋然性が高くなるだろう。

これまでの法律論における類型化論との違い 以上のような「個人化された法」に対する反応として直ちに予想されるのは、そのようなものは、これまでの法学にも存在していた、というものであろう。すなわち、これまでの法学においても、法ルールを一律に適用するのではなく、当事者の様々な属性に応じてルールの内容を変えてきた。

たとえば、株式会社の取締役等は、会社に対して善管注意義務を負っているが、その善

管注意義務の内容は、様々な要因に応じて異なってくる。筆者もかつて、金融機関の取締役は、通常の事業会社の取締役に比べて、その有する最良の幅が狭くなる（から、善管注意義務違反を肯定されやすくなる）、と論じたことがある（森田、2009）。また、内部統制システム構築義務の内容は、会社の規模、業界、過去の不祥事事例、その時点での内部統制論の発展状況などに応じて異なってくることに、異論は少ないと思われる。

不法行為の成立要件である過失についても、「相当な注意を尽くしたか否か」が基準とされるが、どのような注意が「相当な注意」に該当するのかについては、一様ではない。加害者の行為の抱えるリスクなどに応じて、様々な注意水準が「相当な注意」とされるわけであり、多くの判例・研究者が、どのような場合に過失が認められるのかについて類型論を発展させてきた。

これらはいずれも、「スタンダード」と呼ばれるタイプの法ルール（Kaplow、1992）である。スタンダードタイプの法ルールは、法文そのままでは抽象的であり、適用の有無が明確ではないことから、判例や研究者たちが、どのような状況であればこれらの法ルールが発動されるのかについて、類型化による詳細な分析を行ってきた。

では、これらの、伝統的な法学における類型化論と、Ben-Sharar と Porat らが言うような個人化された法とは、どこが同じで、どこが違うのだろうか（Ben-Shahar and Porat、2021、pp. 20-23）。

確かに、伝統的な法学の類型化論も、個人化された法も、全ての者に対して同一の法ルールを適用するのではなく、様々な要因を取り込んでそれぞれの状況ごとに最適な、「正確な」法ルールを適用しようとするものである点では、共通している。しかし、伝統的な法学の類型化論は、人間の直感や近似といった、いわば「雑」な手法に基づいている。これに対し、個人化された法における分類は、膨大なデータとアルゴリズムに基づいてなされているので、伝統的な法学の類型化論に比べて、考慮できる情報の量は多くなるし、より正確な分類ができることになる。

さらに、伝統的な法学の類型化論は、個人の外部的な要因を取り込むことは多いものの、個人の内部的な要因（特定時点の肉体的精神的状態など）を取り込んで類型を判別していくことは減多にない。これに対し、個人化された法においては、個人の外部的な要因のみならず、内部的な要因をも取り込んで分類がなされる。

もちろん、個人化された法が、どこまで「個人化」を行うかについては、いろいろなバ

リエーションがあり得る。たとえば、どのような要因（年齢、性別、居住地、経歴、その他行動パターンなど）まで取り込むかは、様々である。ごく少数の要因だけを取り込む場合もあれば（その場合には伝統的な法学の類型論に近くなる）、無数の情報を取り込んでいく場合もある。また、様々な要因を取り込んだ結果、一人一人に対して異なる内容の法ルールが適用される場合もあれば、いくつかの閾値ごとに段階状になった法ルールが適用される場合もある。

3 個人化された法のメリット

3.1 個人化された法のメリット

では、個人化された法は、個人化されていない法に比べて、どのようなメリットを有しているのだろうか。

個人化されていない、いわば統一的な法ルールは、全ての人に対して同じように適用される。通常は、「平均的な個人」を想定して、最適な法ルールが1個選択され、それが全ての人に対して適用されることになる。しかし、全ての個人は異質であり(heterogeneity)、統一的な法ルールは、平均的な個人に対してはうまく当てはまって、法ルールが達成しようとしている目的（それは、効率性であるかもしれないし、格差縮小かもしれない）を実現することができるものの、それ以外の個人に対しては適切なインセンティブを与えることができず、法ルールが達成しようとしている目的を実現することはできない。もちろん、統一的な法ルールを設定する際には、このようなミスマッチのもたらすコストを最小にするように特定の内容の1個の法ルールが選択されているわけであるが、そうであってもミスマッチによるコストが発生する。

これに対し、個人化された法であれば、全ての異質な個人に対し、それぞれに最適な法ルールが設定されることになる。この結果、法ルールが達成しようとしている目的をより効果的に実現できることになる。すなわち、統一的な法ルールが、全ての人に対し同一の法ルールを適用することで、大きなミスマッチを発生させるのに対し、伝統的な法学の類型化論は、一定のカテゴリごとに異なる法ルールを適用することで、統一的な法ルールがもたらすミスマッチを減少させる試みであり、個人化された法は、この試みをさらに推し

進め、一人一人に対して最適な法ルールを設定していくことで、ミスマッチを解消しようとする試みであると言える。

もちろん、統一化された法にも、単純明快である、というメリットがある。単純明快な法ルールは、法ルールを設計するコストが小さくて済むし、設計するための情報、適用するための情報、法ルールに対応して行動するための情報、といった情報コストが小さくて済む。個人化された法は、一人一人に最適な法ルールを設定しなければいけないから、法ルールの設計・適用のためのコストは大きいし、法ルールの適用される個人の側についても、自分にどんな法ルールが適用されるのかを知るためのコストもかかる。

したがって、個人化された法が、統一化された法よりも望ましいのは、法ルールが個人化されることによってミスマッチが解消されるという正確性のメリットが、個人化された法を生み出すのに必要なコストを上回る場合だということになる。もちろん、現在の情報技術を前提にすると、個人化された法を作り出すのに必要な情報コストは相当大きなものになると予想されるから、個人化された法が望ましくなるためには、ビッグデータや AI などの情報技術のさらなる発展を待たなければいけないようにも思われる。しかし、必ずしもそうではない。

確かに、個人化された法においては、一人一人に対して適用される法ルールの内容は異なってくる。しかし、だからといって、個人は、自分に適用される法ルールについての情報を取得するコストが高まるとは限らない。確かに、法ルールの内容そのものは、無数の要因を取り込んだ上で決定されるけれども、つまり、法ルールの内容を決定するアルゴリズムは著しく複雑になるかもしれないけれども、決められた法ルールそのものは単純なので、それを伝達するためのメカニズムさえ具備されていれば、個人にとっては自己に適用される法ルールを知ることはむしろ簡単になる。このため、個人化された法が望ましくなる条件は、案外容易に実現されるかもしれない。

3.2 具体例

それでは、いくつかの法分野で個人化された法がどのような意義を持つのか、具体的に見ていこう。

不法行為法 まず、不法行為法における注意水準について考えてみよう（Ben-Shahar and Porat, 2021, pp. 61-71）。注意水準を尽くしたと言えるためには、一般通常人に要求される注意を払うことが求められる。ここに言う一般通常人とは、平均的な人であり（もちろん実際には職業などごとにカテゴリ分けされた上での、各グループの平均であることも多いが）、統一化された法ルールが適用されてきた。

これに対し、個人化された法の世界では、加害者一人一人ごとに異なる注意水準が設定される。よりリスクの高い加害者や、より適切に予防できる加害者に対しては、それに応じて高い注意水準が設定される。たとえば、リスクの高い加害者に対しては高い注意水準が設定され、リスクの低い加害者に対しては低い注意水準が設定されるのであれば、各々の注意水準は効率的になる。さらに、過失責任ルールの最大の欠点とされる、行為水準に対するコントロールができないという問題点についても、個人化された法の世界では、統一化された法ではできなかった対応が可能である。すなわち、統一化された法の下では、リスクの高い加害者が、過大な行為水準をとってしまうけれども、個人化された法の下では、リスクの高い加害者は、高い注意水準を要求されるから、過大な行為水準を採用すると、責任を負わされる蓋然性が高まってしまうので、過大な行為水準を採用するインセンティブが減殺される。

もっとも、このような個人化された法を前提とすると、加害者一人一人が直面している注意水準が異なっているから、被害者の側からすると、どのように対応すれば良いのか分からなくなるように思われるかもしれない。確かに、統一化された法の下では、加害者は（均衡経路上では）同一の注意水準で行動することになる。しかし、加害者一人一人のリスクは異なるから、被害者の視点からすると、バラバラのリスクに直面することになる。これに対し、個人化された法の下では、加害者は（均衡経路上では）異なる注意水準で行動することになるが、被害者の視点からすると、同一のリスクに直面していることになる。たとえば、リスクの低い運転者が高速で運転し、リスクの高い運転者が低速で運転していても、歩行者の観点からすると、自分が道路を渡り始めたときに自動車が自分を轢かないでくれるかどうかのリスクは、同じになるから、歩行者の観点からすると、より少ない情報でより効率的な注意を払うことができることになる。

加害者のリスクに着目して法を個人化することは、もう一つの利点がある。リスクが高い加害者ほど、高い注意水準を要求されるということは、自分のリスクを低下させれば自

分に課される注意水準が低下することになる。このため、加害者としては、自らのリスクを低下させようと投資をするインセンティブを持つことになるから、より安全な社会が実現されることになるのである。

不法行為における注意水準に影響を与える要因としては、加害者のリスクだけでなく、加害者の技能もある。加害者のリスクに着目して個人化された法は、前述のように効率性を実現できるのに対し、加害者の技能に着目して個人化された法は、必ずしも効率性を実現できるとは限らない。技能の低い加害者に比べ、技能の高い加害者は、高度の予防措置をより低コストで実施することができるから、技能の高い加害者の方が、技能の低い加害者よりも、高度の注意義務を求められることになる。日本では不法行為ではなく債務不履行の文脈になるが、医療過誤事件における医師の技能レベルを考えてみれば分かりやすいだろう。

もっとも、確かに、このような形で注意水準を個人化することによって、より効率的な注意が尽くされることになるけれども、高度な技能を修得しようとするインセンティブが阻害されるという、加害者のリスクに着目した個人化された法とは逆の投資インセンティブが発生してしまう。

消費者保護法 不法行為法だけでなく、消費者保護法についても、個人化された法は可能である（Ben-Shahar and Porat, 2021, pp. 71-76）。通常の消費者保護法、たとえば、クーリングオフ、不当条項規制、情報開示規制、強制保険などは、統一化された法であり、全ての消費者に対して同一の法ルールが適用される。しかし、実際には、全ての消費者が同じような保護をする必要とするわけではない。それまでの購買経験といった生活歴や教育歴によって、どこまでの保護が必要かは消費者ごとに異なっているはずである。多くの場合、消費者保護法は、最も脆弱な消費者を保護することを目指しているから、統一化された法は、消費者間での内部補助をもたらしたり（脆弱な消費者から強力な消費者への補助の場合もあれば、その逆の場合もある）、一部の消費者の市場からの退出をもたらしてしまったりすることがある。

これに対し、個人化された法の下では、消費者ごとに、本人が求める必要十分な保護が提供される。それに伴い、事業者側は、消費者保護の程度に応じて異なる（個人化された）価格を付することになろう**。このような個人化された法が実現されるのであれば、消費

者間の内部補助はなくなり、全ての消費者がそれぞれ自分にとって最適な保護を受けることができるようになる。もっとも、個人化された法によって直ちに全ての問題が解決されるわけではない。別の消費者に代わって商品・サービスを購入するという裁定行為が行われたり、消費者が自分のタイプを偽るような行動をとったりするような場合には、個人化された法によっても全ての問題が解決できるわけではないのである。

デフォルトルール デフォルトルールについても、個人化された法は大きな利点をもたらす (Ben-Shahar and Porat, 2021, pp. 85-92)。たとえば、遺産相続のデフォルトルールは、相続分に応じた均分相続である。これは、統一化された法であるが、個人化された法の世界では、被相続人一人一人について、そのデモグラフィックな要因や行動歴などに基づいて個別に相続分のあり方が推定・特定されることになる。このような個人化された法の下では、被相続人ごとに最適な相続分が指定されるから、遺言によってデフォルトルールを修正するコストが最小化されることになる。いわゆる多数派デフォルト (majority default) としての統一化された法よりも、取引コストが大幅に減少するわけである。

前述したような脳死状態における臓器移植に関するデフォルトルールも、個人化された法は、大きなメリットがある。単に一人一人の選好を推定することによってデフォルトから逸脱コストを減らすだけでなく、立法時に利益集団からの政治的なプレッシャーを受けにくくする、という利点があるのである。統一化された法は、全ての人に同じ内容の法ルールが適用されることから、利益集団による活発な政治活動が予想される。これに対し、個人化された法では、一人一人に違う内容の法ルールが適用されるので、利益集団の活動の余地が狭まるのである。もちろん、個人に適用される法ルールの内容を決定するためのアルゴリズムについて、利益集団が活動する余地はあるけれども、アルゴリズムが決まったからといって、(立法段階では) 個別具体的にどのような内容の法ルールが各人に適用されるかは明らかにはならない。このため、特定の内容の法ルールの採用を望む利益集団としては、立法への働きかけを行いにくくなるのである。臓器移植のような倫理的にも見解が分かれるような立法には、個人化された法のこのような利点が強く現れる。

年齢 法の個人化にあたっては、年齢が大きな考慮要素として活用されることになる (Ben-Shahar and Porat, 2021, pp. 105-117)。どの程度の消費者保護が望ましいのか、ど

のような内容の情報開示が望ましいのか、どのような注意水準が望ましいのか、どのようなデフォルトルールが望ましいのか、といった法ルールの内容の特定において、年齢は重要な考慮要素である。逆に、年齢が一定の行為を営むための要件になっている場合、たとえば、飲酒可能年齢や運転免許取得可能年齢や成人年齢などについても、個人化された法を導入する余地がある。飲酒可能年齢について個人化された法を導入するのであれば、全ての人に同一の飲酒可能年齢が適用されるのではなく、他の様々な要因をも考慮した上で、飲酒できるかできないかが決められることになる。

このように、年齢を法の個人化に使う、あるいは、年齢に関する法を個人化することは、年齢のもたらすスティグマを減殺するというメリットもある。すなわち、統一化された法の世界では、一定の年齢に達した者に対して一律の法ルールが適用されるから、「この年齢だからこうなのだ」というスティグマが形成されやすい。これに対し、個人化された法の世界では、年齢は、個人に適用される法ルールの内容を決定するための一要因に過ぎないから、年齢の与えるスティグマ効果は小さくなる。

たとえば、昨今の日本で問題になっている、高齢者ドライバーの引き起こす交通事故を例に考えてみよう。高齢であればあるほど、認知能力も反射能力も衰えるので、交通事故を起こしやすくなるのは確かであり、現在の日本法では、70歳を超えると免許の有効期間は短くなるし、免許更新時に高齢者講習の受講が義務づけられる。このような統一化された法ルールは、70歳以上の高齢者に対し、大きなスティグマを与えている可能性がある。これに対し、年齢ももちろん考慮要素の一つに位置付けた上で、他の様々な行動歴などを取り込んだ上で一人一人異なる免許更新ルールが適用されるのであれば、「高齢だから、免許更新手続が厳格になったのだ」というロジックではなく、「認知能力や反射能力が衰えたから、免許更新手続が厳格になったのだ」というロジックになるから、年齢によるスティグマ効果は減少する可能性がある。

4 個人化された法と憲法

以上に見てきたように、個人化された法は、様々な利点を有している。しかし、個人化された法の世界では、人によって適用される法ルールの内容が異なってくることから、平

等権との関係上問題とならないのかを検討する必要がある。

配分的正義との関係 Ben-Shahar と Porat が指摘するのは、まず、個人化された法と統一化された法との違いは、相対的なものに過ぎない、という点である。すなわち、統一化された法であっても、個人の一定の側面に着目して異なる取扱いをすることは多々あるのであり、個人化された法は、それを徹底し、無数の要因を取り込んで個人ごとに違う取扱いをするだけなので、両者の間に質的な違いがあるわけではなく、量的な違いがあるに過ぎない。むしろ、個人化された法は、個々人にどのような法ルールが適用されるのかを決定するためのアルゴリズムの点では一様なのであり、統一化された法よりも平等であると言えるかもしれない。

そうすると結局、人によって適用される法ルールが異なってくるというだけでは、それが平等原則に違反することにはならず、法ルールの個人化を行うために考慮される要素・アルゴリズムによって、平等原則に違反するかどうかが決まってくることになる。そして、一般的には、法が実現しようとしている目的のために人々を異なって取り扱うことは、かえって平等と正義に資するものと言える。そして、統一化された法に比べて、個人化された法は、より多くのパラメタを考慮することができるために、法が実現しようとする目的をより正確に達成することができるのである。

法ルールが複数の目的を実現しようとしている場合 もっとも、法が実現しようとする目的が一つ（たとえば効率性）ではなく、他の目的をも同時に追及しようとする場合には、それらの間に衝突が発生する場合がある。たとえば、不法行為法において、加害者のリスクに応じて注意水準を個人化する場合を考えてみよう。注意水準の個人化によって、より安全な社会を作り出す、という法の目的がより低コストで実現できる。しかし、もし、加害者のリスクの高さが、貧困や教育と相関しているような場合には、社会的弱者ほど高い注意水準を要求される、という帰結を導いてしまうことになる。かかる帰結は、配分的正義とは相容れないであろう。もっとも、このような複数の正義基準の間の衝突の問題は、統一化された法の下でも発生してきたのであり、個人化された法は、特定の目的の実現をより正確に達成することで、複数の正義基準の間の衝突の問題をより明白にしてしまう、という違いがあるに過ぎない。

むしろ、個人化された法は、複数の正義基準の間の衝突が発生している場合に、統一化された法と違って、その衝突を解決したり緩和したりすることができる可能性がある。まず、個人化された法が、単一の法分野ではなく多くの法分野に存在していれば、ある法分野で不利に扱われる要因が、別の法分野では有利に扱われる要因となり得るから、複数の法分野にまたがって評価すれば、必ずしも不平等になるとは限らない。第二に、たとえば技能レベルによって異なる注意水準が適用されるような場合であれば、高い技能を持つ者に高い注意水準が適用され、低い技能を持つ者には低い注意水準が適用されるから、より裕福な者により多くの努力が要求されることになり、配分的正義とは親和的な帰結になる。このように、個人化された法によってもたらされる効果のうち、どの点に着目するかによって、様々な正義基準と親和的な理解も可能となる。最後に、そうはいつでも複数の正義基準が対立している場合には、どの正義基準をどのような形で尊重するかをアルゴリズムの中に直接組み込むことによって、複数の正義基準の間の衝突をより明示的に解決することができる。統一化された法の場合には、複数の正義基準が衝突した場合には、アドホックに、あるいは、曖昧な形で解決を図るしかないのに対し、個人化された法においては、より実効的に・明示的な解決を図ることができる可能性があるわけである。

センシティブな区別の問題 さらに、個人化された法は、統一化された法において問題となってきた、疑わしい区分——たとえば、人種や性別に基づいた区分——の問題も解決しやすい。統一化された法と異なり、個人化された法は、特定の人種や性別といったカテゴリそのものに基づいて区分を行うのではない。特定の人種や性別のカテゴリの中にも様々な個人が存在しているのであり、個別化された法は、それら個人を、当該人種・性別といったカテゴリに属するという理由で異なった取扱いをするのではなく、より多くのインプットに基づいて一人一人を異なって扱うわけなので、人種や性別といったカテゴリに基づいて区別しているわけではない。

また、個人化された法には、アルゴリズムを作成したり動かしたりする際に利用されるデータそのものに歴史的バイアスがかかっているかもしれない、という問題もある。たとえば、日本で言えば、女性は男性に比べて不利な取扱いをされてきたから、過去のデータを使ってアルゴリズムを作成すると、女性に対する不利扱いが再生産される恐れがある。米国でならば、アフリカ系アメリカ人は過去の差別によって社会的に不利な立場に置かれ

てきたから、過去のデータに基づいたアルゴリズムを作ると、アフリカ系アメリカ人が不利に扱われる恐れがある。しかし、このような問題についても、個人化された法は、統一化された法よりも妥当な解決を導きうる。まず、個人化された法で利用されるアルゴリズムは、人間の裁判官——偏見や先入観から自由になることはあり得ない（たとえば Epstein and Lee、2013）——に比べて透明である。しかも、入力データにバイアスがあるのであれば、その影響を統計的に除去するための様々な技術がある。

最後に、個人化された法は、透明性が高いが故に、統一化された法が無意識のうちにもたらしていた不平等な取扱いを解消できる可能性がある。たとえば、統一化された法の下では、法の適用が必ずしも平等になされるとは限らず、しかも、その不平等な適用は人間の裁判官が行うものであるから、どうしても不透明である。これに対し、個人化された法の世界では、アルゴリズムが機械的に適用するから、どのような不平等が存在するかは明白であり、それを解消することも技術的に可能である。また、統一化された法の世界では、法ルールの内容が同一であっても、その法へのアクセスに不平等があれば、結果的に不平等になる。個人化された法の世界では、法へのアクセスの不平等性を相殺するようなメカニズムをアルゴリズムの中に組み込むことが可能であり、そうすることによって、平等性を回復することができる。

平等権との関係 Ben-Shahar と Porat は、さらに進んで、合衆国憲法修正第 14 条、すなわち平等保護条項をめぐる米国判例法理と個人化された法との関係を検討する。個人化された法は、一人ごとに異なる取扱いをすることから、平等保護条項との関係が問題となる。もちろん、平等保護条項といっても、絶対の平等が要求されるわけではなく、適法な目的の実現のための差別は許されているから、個人化された法は、憲法上問題となるような差別をもたらすものなのか、それとも、差別を緩和するものなのか、さらには、集団として差別することが認められなくても個人として差別をすることは認められるのか、といった点が問題となってくる。

まず、特定の集団（たとえば、「若者」「男性」など）を統計的根拠に基づいて切り出して、他の集団と差別して取り扱うことは、合衆国の判例上否定されてきた。当該集団の中にも、様々な個人が所属しているのであり、それらを当該集団に属しているという理由だけで一律に扱ってしまうことは、平等保護条項違反だというわけである。しかし、個人化

された法の世界については、このような批判は当たらない。個人化された法は、人々を特定の集団に属しているからという理由で差別的に取り扱うのではなく、膨大な要因に基づいて個人ごとに異なる取扱いをするので、従来の判例が懸念してきたような問題は発生しないのである。そもそも、個人化された法は、全ての個人を、無数の要因のポートフォリオとして位置付けるので、特定の集団に属しているということは、それら多様な考慮要因の1つにしか過ぎないのである。さらに、個人化された法は、アルゴリズムを工夫することで、必要最小限の差別を実現することも可能である。

そもそも、差別的な取扱いと差別的な効果（保護）は一致しない。個人化された法は、差別的な取扱いをすることによって平等な保護の実現にむしろ資するものだと言える。また、もし、人種や性別と言った要因を考慮すること自体が望ましくないというのであれば、それらの要因をアルゴリズムから除去することも可能である。もちろん、望ましくない要因をアルゴリズムから除去しても、現実世界には無数の代理変数が存在しているから、結果として、望ましくない要因を考慮したのと同じの帰結が導かれることもあり得る。しかし、それが問題なのだとしたら、望ましくない要因が影響しないようなアルゴリズムを活用することも、統計学的には可能である（Pope and Sydnor, 2011）。

結局、個人化された法において考慮される要因のうち、大多数は、憲法的な問題を生じさせない要因であるし、性別や年齢などの中間的な要因であっても、多数の考慮要素のうちの1つとして部分的な影響を与えているに過ぎないし、合理的な範囲で利用されている限りにおいて違憲の問題は生じない。

最後に、人種や宗教のようなセンシティブな要因であっても、統一化された法と違って、個人化された法は、アルゴリズムの工夫によって違憲性の問題を克服できる可能性がある。

5 個人化された法の実現に伴う制約

さて、以上のように、個人化された法は、法の目的の正確な実現という利点を持ち、憲法的にも問題の少ないものであるが、現実の社会でそれを実現していくためには、いくつかのハードルがある。以下では、それらの制約要因について概観していく。

協調行動を阻害する可能性 まず、社会において人々の協調行動を促すためには、人々を同じように行動させなければならない。しかし、個人化された法においては、個人個人に異なる法ルールが適用されるから、人々が同じように行動させることはできないのではないかと、思われるかもしれない。しかし、集団的協調行動において重要なのは、人々の行動を、特定のパラメタに沿って調和させることである。とすれば、個人化された法においても、そのような調和を法の目的の一つに位置付けてアルゴリズムを仕組みれば、集団的協調行動を実現することは可能である。むしろ、統一化された法が、全ての一つに同一の基準を適用することで協調を実現しようとするのに比べ、個人化された法は、より精密に協調を実現できる可能性があるという点で、優れているとすら言うことができる。

たとえば、道路における統一された制限速度ルールは、スピードという点では一様であるけれども、個別の運転手の技能・リスクなどの多様な要因を考慮した場合、走行している自動車のリスクはバラバラである。けれども、個別化された法によって一人一人に異なる制限速度が適用された場合、走行している自動車のリスクという点ではむしろ収斂が発生している。結局、法ルールが統一されていることは、法ルールの適用された結果である人々の行動が統一されることを保証していないのであり、この点ではむしろ、個人化された法の方が優れていることもあるのである。

もっとも、集団的協調行動を促すためには、自分に適用される法ルールの内容や他人の行動に関する情報が必要である。統一化された法に比べると、個人化された法においては、確かに、適切な意思決定を行うために必要な情報の量が多くなってしまう。しかし、この点も、比較サイトや評判システムなどの IT 技術を活用すれば、比較的簡単に克服することができる可能性がある。

また、統一化された法の世界では、特定の社会的活動に参加するための資格要件が設定されている場合がある。この場合には、統一化された法よりも、個人化された法の方が、当該社会活動への参加を促進する傾向がある。なぜなら、統一化された法においては、参加要件がしばしば厳しめに設定されている。これに対し、個人化された法の下では、個人個人に応じた参加要件が設定されることになるから、統一化された法の下では当該社会活動に参加できなかった者が参加できるようになる傾向がある。さらに、公共財の生産活動という側面でも、個人化された法は、統一化された法のように全ての受益者に同一の価格の支払いを求めるのではなく、一人一人に異なる価格を支払わせることになるので、フリー

ライダーの問題を緩和できる可能性がある。

操作に対する頑健性 不法行為法における注意水準の設定に際し、技能レベルに応じて注意水準を変化させると、人々は高い技能を習得しようと人的資本に投資するインセンティブを減少させてしまう、という問題については、前述した。この例に見られるように、個人化された法の下では、人々は、より有利な法ルール適用を受けるために、社会的に見て適切ではない人的資本への投資インセンティブを持つてしまうことがある。もちろん、技能を高めることによる便益が存在するから、投資インセンティブがゼロになるとは限らない。しかし、マージナルには投資インセンティブが社会的に最適なものにならない点は確かである。

事前の投資インセンティブだけでなく、人々は、事後的な操作のインセンティブも持つ。すなわち、より有利な法ルール適用を受けるために、自分のタイプを偽るインセンティブがあるのである。さらには、より有利な法ルール適用を受けるために、他人を活用する（裁定取引）インセンティブもある。もっとも、事前の投資インセンティブの歪みや事後的なインセンティブの歪みは、個人化された法の世界だけでなく、統一化された法の世界においても、歪みの方向性や程度の違いはありこそすれ、既に発生していた問題なので、個人化された法固有の問題だというわけではない。

ともあれ、これらのインセンティブの歪みに対して、個人化された法は、いくつかの対抗手段を持っている。まず、個人が戦略的に変更できない（あるいは、変更するのに大きなコストがかかる）要因に依拠して、適用される法ルールを決定していけば、対操作可能性は強まる。次に、個人の現実の要因ではなく、「当人がもし最適に行動していたならば備えていたであろう」という仮定的な要因を考え、これに基づいて適用される法ルールを決定していくことも、考えられる。

さらに、個人化された法が全面的に採用されている世界においては、無数の要因が適用される法ルールの決定に関与しているから、どの要因をどのように変化させれば自分に適用される法ルールが自分に有利に変更されるかはわかりにくいし、特定の法分野において有利な要因が別の法分野においては不利に働く可能性もあるから、自己に一貫して有利な戦略的行動を見つけることは困難である。したがって、個人化された法の世界では、少数の基準で仕分けのなされる統一化された法の世界と異なって、自己に有利な操作をするこ

とは著しく困難となっている。また、裁定取引についても、個人化された法を実現するようなデータが流通している状態では、アイデンティティを偽ることは困難であり、これを抑止することは難しくはない。

情報の入手可能性 以上に見てきたように、様々な利点を持つ個人化された法だが、それを実現するためには、個人個人に関するデータ、たとえば、物理的属性、精神的・認知的属性、選好、行動様式などに関するデータが必要である。これらのデータのうち、政府が既に保有しているデータもあるが、現在は、これらのデータのうちの多くは商業プラットフォームによって収集されている。そこで、これを立法のために政府が入手することは可能なのだろうか。商業プラットフォームが、自分たちの保有するデータを無条件で政府に差し出すということは非現実的だが、政府と商業プラットフォームの間で、何らかの取引をすることは可能なのではないかと、Ben-Shahar と Porat は指摘している（Ben-Shahar and Porat、2021、pp. 207-213）。

また、個人に関するデータを政府が収集する以上、プライバシーとの関係ももちろん問題になる。しかし、プライバシーに関する選好が人によって違うのであれば、個人化の程度を個人化することで対応できる。また、データの活用によって社会に害が発生する場合であっても、前述したように、データの活用によって社会に発生する便益が大きいのだから、両者を比較考量していくことが望ましい。

6 終わりに

本稿は、Ben-Shahar と Porat の提唱する「個人化された法」のもたらす様々な利点とその限界とを概観してきた。最初に述べたように、「個人化された法」を実現することは、現在の技術レベルでは困難であり、完全な形での「個人化された法」が実現するのは、まだまだ先のことであろう。また、「個人化された法」が、その利点を最大限に発揮できるのは、少数の法分野のみが個人化されるのではなく、多数の法分野が同時に個人化されている世界である。そのような状態に到達するには、単に技術レベルの発展のみならず、政治的にも多くの障害が予想される。

その意味では、「個人化された法」の実現した世界というものは夢物語である。しかし、「個人化された法」の検討が示してきたように、伝統的な法ルールは、情報入手の困難性故に、様々なトレードオフの中での選択（政策判断）をしてこざるを得なかった。今後近い将来において、様々な形で多様な情報が低コストで入手可能になっていく中で、信託法を初めとしてたくさんの法ルールが変化していくことが予想される。本稿が紹介した「個人化した法」の検討が、そのような変化の際のナビゲーション役の一つとして役立てば幸いである。

〔注〕

- * 東北大学大学院法学研究科教授 (hatsuru@tohoku.ac.jp)
- ** 本文で指摘されているのは、異なる消費者保護に応じて異なる価格を付するということであり、同一の消費者保護について消費者ごとに（その留保価格などに応じて）異なる価格が付されるというシステムのことでない。後者のような価格差別が認められるか否かは、また別の問題である。

〔参考文献〕

- Baker, Scott, and Giri Parameswaran, 2023, “Reasonableness”, SSRN working paper, available at <https://ssrn.com/abstract=4461500>.
- Ben-Shahar, Omri, and Ariel Porat, 2021, *Personalized Law: Different Rules for Different People* (Oxford U.P.).
- Epstein, Lee, and Jack Knight, 2013, “Reconsidering judicial preferences”, *Annual Review of Political Science*, 16 (1) : 11-31.
- Kaplow, Louis, 1992, “Rules Versus Standards: An Economic Analysis”, *Duke Law Journal* 42:557-629.
- Merrill, Thomas W., and Henry E. Smith, 2000, “Optimal Standardization in the Law of Property: The *Numerus Clausus* Principle”, *Yale Law Journal* 110:1-70.
- , and ——, 2001a, “The Property/Contract Interface”, *Columbia Law Review* 101: 773-852.
- , and ——, 2001b, “What Happened to Property in Law and Economics”, *Yale Law Journal* 111: 357-398.
- Pope, Devin G., and Justin R. Sydnor, 2011, “Implementing Anti-discrimination Policies in Statistical Profiling Models”, *American Economic Journal: Economic Policy* 3 (3) : 206-231.
- タック、ペーター・J・P＝ウィルマ・L・J・M・デュイースト（甲斐克則訳）、2014、「オランダの臓器提供法に関する最近の展開」、比較法学 41 巻 1 号 131-148 頁。
- 森田果、2009、「わが国に経営判断原則は存在していたのか？」旬刊商事法務 1858 号 4-13 頁。
- 、2014、「財産権・契約・信託」、水野紀子（編）『東北大学法政実務叢書 2 信託の理論と現代的展開』（商事法務）167-194 頁。

〔資料〕 公益信託に関する法律の改正

吉 永 一 行

目 次

1. 序
2. 新公益信託法の概観
 - (1) 定義
 - (2) 設定
 - (3) 効力発生要件としての認可
 - (4) 効果①——信託法の規定の適用・適用除外・読替え
 - (5) 効果②——事務処理の規制・監督
 - (6) 効果③——税制上の優遇措置
3. 改正の経緯と社会的背景
 - (1) 公益信託法改正に至る経緯
 - (2) 公益信託をめぐる社会的背景
4. 新公益信託法の特徴
 - (1) 総論①——許可制から認可制への変更
 - (2) 総論②——税制優遇措置の判断との一体化
 - (3) 各論①——公益信託認可の基準
 - (4) 各論②——税制優遇措置の要件
 - (5) 各論③——事務処理に関するルール
5. むすびに代えて——今後の検討テーマの候補
 - (1) ガバナンス体制の適切性
 - (2) 公益信託のニーズ
 - (3) 「認可」の法的性質
 - (4) 認可なき公益信託の可能性

1. 序¹

令和6年5月に公益信託に関する法律（新公益信託法）が成立し、公布された。施行は公布から2年を超えない範囲内において政令で定める日とされており（附則1条本文）、立案担当者によれば令和8年4月を目指すとされている²。

本報告では、新公益信託法を概観³した後（→2.）、その改正に至る経緯や社会的背景に触れて公益法人改革との関係を確認した上で（→3.）、新公益信託法の規定がもつ特徴を旧公益信託法および公益法人制度と対比しながら指摘する（→4.）。最後に、こうした概観を通じて、今後研究会での報告（あるいは広く学界における研究）によって検討が進められるべきと感じられたテーマをいくつか指摘する（→5.）。もっとも、本稿において実際の検討に立ち入ることはできず、検討テーマの候補を列挙するにとどまる。本稿を今後の研究のために情報を整理した「資料」と位置付ける所以である。

2. 新公益信託法の概観

（1）定義

新公益信託法に定める「公益信託」は、2条1項1号により、①受益者の定めも受益者を定める方法の定めもない信託であって、②公益事務を行うことのみ⁴を目的とするものと定義されている。そこでいう公益事務とは「不特定かつ多数の者の利益の増進を目的とする事務」であり（同項2号）、別表に列挙されている。

（2）設定

公益信託の設定は、信託法3条が定める3つの方法のうち、信託契約の締結（同条1号）または遺言（同条2号）によって行う必要があり、委託者自ら受託者になる旨の書面による意思表示（同条3号。いわゆる「信託宣言」ないし「自己信託」）によることはできない（新公益信託法4条1項）。

信託行為の内容には、次のような制約が設けられている（同条2項。このほか後述する認可基準との関係でも一定の制約がある）。

- 「公益信託」の文字を名称に含むこと（なお名称独占について5条）
- 受益者の定めおよび受益者を定める方法の定め（2条1項1号かつこ書参照）を設けないこと
- 信託管理人（信託法123条以下）となるべき者を指定する定めを置くこと
- 帰属権利者（信託法182条1項2号）となるべき者を指定する定めを置くこと（8条13号の制約あり）
- その他内閣府令で定める事項を定めること

（3）効力発生要件としての認可

公益信託は、行政庁の認可を受けることがその効力要件とされている（6条）。認可は公益信託の設定のほか、変更（12条）、併合および分割（22条）にも必要となる。

また、認可にあたって、行政庁は合議制機関への諮問を行わなければならない。管轄する行政庁と合議制機関は次のとおりである（3条）。

管轄行政庁	扱われる公益信託	諮問機関
内閣総理大臣	イ 公益事務を二以上の都道府県の区域内において行う旨を信託行為で定めるもの ロ 国の事務又は事業と密接な関連を有する公益事務であって政令で定めるものを行うもの ⁵	公益認定等委員会 （公益法人認定法32条以下）
都道府県知事	内閣総理大臣の扱う公益信託以外のもの	都道府県に置かれる合議制の機関 （公益法人認定法50条・都道府県条例）

認可が行われた場合には、行政庁は、内閣府令で定めるところにより、その旨を公示することが必要である（11条、12条6項、22条7項）。公示はこのほか、行政庁による命令が行われた場合（29条4項）、公益信託認可が取り消された場合（30条4項）、一定の届出があった場合にも行われる（14条2項、15条2項、25条2項、26条2項）。

(4) 効果①——信託法の規定の適用・適用除外・読替え

公益信託が設定され効力が生じたとき、それは信託法上の信託でもあるから（信託法 1 条も参照）、信託法の規定が適用される。ただし、新公益信託法において一部の適用除外(33 条 1 項)や読替え（同条 3 項）が定められているほか、新公益信託法の施行と同時に発効する信託法 258 条 1 項の改正により、信託法 11 章「受益者の定めのない信託の特例」が適用されないものとされている。

このうち、新公益信託法に定められた信託法の規定の適用除外は次のとおりである。

受託者の義務について信託行為で別段の定めをすることを許す旨の規定	信託法 29 条 2 項ただし書（善管注意義務） 信託法 31 条 3 項ただし書（利益相反行為に関する通知義務） 信託法 32 条 3 項ただし書（競合行為に関する通知義務） 信託法 35 条 4 項（信託事務処理の委託における第三者の選任・監督に関する義務） 信託法 37 条 3 項ただし書（貸借対照表等の書類の報告義務。限定責任信託について同旨を定める 222 条 5 項ただし書も適用が除外される） 信託法 47 条 5 項ただし書（検査役から報告を受けた旨の通知義務） 信託法 48 条 3 項ただし書（信託財産から前払いを受ける際の金額・算定根拠の通知義務） 信託法 59 条 1 項ただし書（受託者の任務終了の旨の通知義務。受託者死亡等による任務終了における相続人等の通知義務について同旨を定める 60 条 1 項ただし書も適用が除外される）
その他	信託法 31 条 2 項 3 号（包括承継の場合には信託財産に属する財産を固有財産に帰属させることができるとする規定） 信託法 58 条 2 項（受託者に不利な時期に解任された場合には損害が賠償されとする規定） 信託法 125 条 1 項ただし書（信託管理人が受益者の権利〔→信託目的と読替え〕に関する一切の裁判上・裁判外の権限をもつことについて信託行為で別段の定めをすることができるとする規定） 信託法 183 条（帰属権利者は信託の清算中は受益者とみなすとする規定）

さらに、委託者の地位がその相続人に承継しないことに関して、信託法 147 条の適用が除外され、新公益信託法 33 条 2 項の規定が適用される。前者は、非承継のルールを遺言信託の場合に限り、また、信託行為による別段の定めを許すとされていることに対

して、後者は、信託契約による場合も対象となり、また別段の定めによる例外を許さない。

規定の読替えの主たるものとしては、必要な箇所において「受益者（の利益）」などの文言を「信託の目的（の達成）」に読み替えるものである（例として忠実義務に関する信託法 30 条「受託者は、受益者のため忠実に信託事務の処理その他の行為をしなければならない。」の下線部を「信託の目的の達成のため忠実に」と読み替える）。

（５）効果②——事務処理の規制・監督

このほか、公益信託事務の処理についての規制が適用される（16 条から 21 条。4（5）の一覧表も参照）。さらに、報告徴収・立入検査（28 条）、勧告・命令（29 条）、公益信託認可の取消し（30 条）といった行政庁の監督に服する。

（６）効果③——税制上の優遇措置

さらに、新公益信託法の規定によるものではなく、租税法規（所得税、法人税、地方税）によるものであるが、種々の優遇措置が適用される。代表例として、「公益信託の信託財産とするために支出した当該公益信託に係る信託事務に関連する寄附金」の額は、所得税の計算にあたって、寄附金控除の対象となる（令和 6 年法律 8 号による改正後所得税法 78 条）。

3. 改正の経緯と社会的背景

（１）公益信託法改正に至る経緯

新公益信託法は、旧公益信託法を全面改正するものである。その経緯に触れておく（→末尾の略年表も参照）。

旧公益信託法は、平成 18（2006）年 12 月の信託法改正（形式としては新信託法の制定および旧信託法の表題変更・一部改正）に際して、大正 11（1922）年制定の旧信託法に置かれていた公益信託に関する規定（66 条以下）を最小限の変更を加えただけで残した

ものである。要するに、平成 18 年の信託法改正において、公益信託に関するルールの改正は留保されたということである。これは、公益信託と機能的に共通点が多い公益法人(特に公益財団法人)についての改正が同時並行で行われており、その行方を見極めてから改正すべきものとされたためである。

公益法人に関する制度改革は、平成 18 (2006) 年 5 月に成立、平成 20 (2008) 年に施行され、平成 25 (2013) 年に旧制度下の公益法人からの移行期間が終了した。これを受けて、平成 27 (2015) 年 4 月には、研究者、実務家、関係官庁の担当で構成される公益信託法改正研究会(主催：公益社団法人商事法務研究会)が発足し、同年 12 月に公益信託法改正研究会報告書⁶が取りまとめられている。そして、平成 28 (2016) 年 6 月に、法制審議会・信託法部会において公益信託法改正に関する議論が再開され、平成 31 (2019) 年 2 月の法制審議会総会において公益信託法の見直しに関する要綱が採択されている。

その後、行政庁の調整がつかずに法案の取りまとめが遅れるなか、法案提出の最後の契機となったのは、いわゆる「新しい資本主義」が目指す民間による公益的活動の活性化という観点から、新しい時代の公益法人制度の在り方に関する有識者会議が組織され、その最終報告⁷が令和 5 (2023) 年 6 月にまとめられたことであった⁸。

以上の経緯からも示唆されるとおり、新公益信託法の内容は、旧公益信託法と対比すべきものであるとともに、公益法人に関する制度とも対比すべきものということになる。

(2) 公益信託をめぐる社会的背景

改正の経緯に関連して、公益信託および公益法人をめぐる社会的背景を少したどっておくこととする。

公益信託は、明治 29 (1896) 年民法(財産法) 34 条に規定された公益法人に遅れること四半世紀、大正 11 (1922) 年制定の信託法の中に規定された。もっとも、その後、昭和 52 (1977) 年に外務省と建設省によって各 1 件の公益信託が許可されるまで、50 年という長きにわたって利用されなかった。

その理由については、①すでに公益法人制度があり、普及していたこと、②大陸法の影響を受けた日本の法体系にあって英米由来の信託が異質ととらえられたこと、③日本における信託は商事信託・営業信託(すなわち私益信託)として普及・発展しており⁹、公益

信託の担い手を欠いていたことが指摘されている¹⁰。

1970年代に公益信託に光が当たったのは、2つの契機がある¹¹。1つは、公害の問題などに端を発して（「公害国会」と呼ばれる臨時国会は1970年11月に召集されている）、企業の社会的責任を問う声が高まる中で、企業利潤を公益活動に向ける動きがあったことである（例えば企業設立の公益財団法人の代表例といえるトヨタ財団は昭和49〔1974〕年10月設立である¹²）。

もう1つは、公益法人に関する諸問題が指摘されたことに端を発する制度再検討の動きである。とりわけ、大きく報じられたのが、昭和42（1967）年の通信運輸協会の事案である。同協会は、設立後長らく休眠状態になっていたところ、レジャー産業を営む会社がこの協会をいわば隠れ蓑にして資金を集め、開発事業を進めるなかで倒産をしたというものであるが、当時の佐藤栄作首相をはじめ政財界の有力者が、本人の知らぬ間に協会の理事とされていたということで、国会でも問題となったものである¹³。

こうした中で、昭和48（1973）年には総理府から公益法人協会に公益信託に関する調査が委託され、これを受けて設けられた公益信託制度研究会（田中實会長）が翌年報告書を提出している¹⁴。その後、外務省が省令で、建設省が取扱いの内規で許可監督基準を定め、各1件の公益信託を許可したのが昭和52年であることは前述した¹⁵。

公益信託は、その後平成15（2003）年に受託件数572件でピークを迎えたのちに減少に転じ、令和6（2024）年3月末時点で378件となっている¹⁶。

これに対して公益法人制度は、その後、行政改革の一環として（特殊法人とともに）見直しが進み、小泉純一郎内閣下の平成18（2006）年に公益法人制度改革関連3法¹⁷が成立し、平成20（2008）年12月に施行された。これに伴い、それまでの民法の規定に基づく公益法人（特例民法法人）は、5年間の移行期間中に新しい公益法人認定法に基づく公益法人（公益社団法人・公益財団法人）に移行するべきものとされていた。

公益法人数は、新制度が成立した平成18（2006）年10月1日現在で社団法人が12,572件、財団法人が12,321件であったところ¹⁸、移行期間が終了した直後の平成25（2013）年12月1日現在で公益社団法人が3,810件、公益財団法人が4,818件となった¹⁹。そこから、令和5（2023）年12月1日現在では、公益社団法人が4,162件、公益財団法人が5,549件といずれも微増している²⁰。

4. 新公益信託法の特徴

(1) 総論①——許可制から認可制への変更

新公益信託法を旧公益信託法と比較したときの最大のポイントは、主務官庁による許可制を廃止し、行政庁（内閣総理大臣または都道府県知事）による認可制に切り替えたことにある。

すなわち旧公益信託法では、判断主体は各主務官庁であり、それぞれの官庁が自由裁量による許可の判断を行っていた²¹。これが、新公益信託法では、判断主体は行政庁に集約され、法定された基準が満たされていることについての判断を行うものとされている。

これは、明治29年民法34条では主務官庁による許可制とされていた公益法人の設立が、平成18年の公益法人改革により行政庁による認定制へと改正されたことと軌を一にしている。

(2) 総論②——税制優遇措置の判断との一体化

また、公益信託法の定めによるものではないが、税制優遇措置の判断との関係でも特徴がある。

旧公益信託法（およびそれ以前の旧信託法）による制度下では、公益信託の成立と、税法上の優遇の付与とは別個の判断となっており、公益信託のうちでも特定公益信託・認定特定公益信託についてのみ税制上の優遇措置が与えられるものとされていた。

これに対して、新公益信託法制定を見越した令和6年税制改革においては、新公益信託法上の公益信託については、別途の判断を要することなく税制上の優遇措置が与えられるものとされている。この点も、公益法人制度改革におけると同様である。

(3) 各論①——公益信託認可の基準

認可の基準について、各論的に立ち入ってみてみると、次の表のとおり、公益信託は、概ね公益法人にならって基準が定められているが、異なる点もある。

公益信託（新公益信託法 8 条）	公益法人（公益法人認定法 5 条）
公益事務のみを行うことを目的とするものであること（1 号）	公益目的事業を行うことを主たる目的とするものであること（1 号） 公益目的事業以外の事業（「収益事業等」）が公益目的事業の実施に支障を及ぼすおそれがないものであること（7 号）
受託者が必要な経理的基礎・技術的能力をもつこと（2 号）	法人が必要な経理的基礎・技術的能力もつこと（2 号）
信託管理人が必要な能力をもつこと（3 号）	ガバナンス組織に関する要件（10～13 号、15～17 号）
信託行為・事業計画・収支予算に照らして存続期間中継続する見込みがあること（4 号）	—
委託者、受託者、信託管理人などに特別の利益を与えるものでないこと（5 号）	社員、評議員、理事、監事、使用人などに特別の利益を与えないものであること（3 号）
営利企業や特定の個人・団体に利益を与えないこと（公益信託・公益法人に対する寄附について例外あり）（6 号）	同左（4 号）
投機的取引や高利の融資などを行わないこと、公序良俗に反する事業を行わないこと（7 号）	同左（5 号）
収支の均衡が図られるものと見込まれるものであること（8 号*）	同左（6 号）
公益事務割合が基準割合以上となると見込まれるものであること（9 号*）	公益目的事業比率が百分の五十以上となると見込まれるものであること（8 号）
使途不特定財産額が制限を超えないと見込まれるものであること（10 号*）	同左 ²² （9 号）
報酬等について不当に高額なものとならないような支給の基準を定めているものであること（11 号）	同左（14 号）
他の団体の意思決定に関与することができる株式その他の内閣府令で定める財産が属しないものであること（12 号）	同左（18 号）
—	公益目的事業に不可欠な財産のあるときに、必要な事項を定款で定めているものであること（19 号）

帰属権利者（信託終了時の残余財産帰属者）が類似目的をもつ公益信託・公益法人、学校法人などの法人または国・地方公共団体であること（13号）	公益認定取消しや清算などに際して、残余財産を類似目的をもつ公益信託・公益法人、学校法人などの法人または国・地方公共団体に帰属させる旨を定款で定めていること（20・21号）
---	--

- ＊ 新公益信託法8条柱書かつこ書により特定資産公益信託においては、8号から10号は適用されない。特定資産公益信託とは、「信託行為において信託財産が寄附により受け入れた金銭又は預貯金、国債その他これらに準ずる資産（……）に限られる旨及び当該信託財産（……）について内閣府令で定める方法によってのみ支出する旨を定める公益信託」をいう。

（４）各論②——税制優遇措置の要件

税制優遇措置のうち、所得税の寄附金控除について取り上げると、旧公益信託法下では、前述の通り、公益信託の許可を受けただけでは優遇措置を受けられず、所得税法78条3項の定める認定特定公益信託に該当する必要がある。その要件は、旧公益信託法の定める公益信託のうち、①政令で定める要件を満たすもので、②①について政令で定めるところにより証明がされたもの（①②の要件を満たした公益信託を「特定公益信託」という）であって、③その目的が公益の増進に著しく寄与するものとして政令で定めるものに該当することとされている。

ここで政令（所得税法施行令217条の2）が定めている多くの要件は、新公益信託法に引き継がれているが、引き継がれていないものもある。新公益信託法では要求されていないものを列举すると次の通りである。

- 受託者が信託会社（金融機関の信託業務の兼営等に関する法律により同法第一条第一項（兼営の認可）に規定する信託業務を営む同項に規定する金融機関を含む。）であること（同条1項柱書）
- 当該公益信託の受託者がその信託財産として受け入れる資産は、金銭に限られるものであること（同項3号）
- 当該公益信託の信託財産の運用は、次に掲げる方法に限られるものであること（同項4号）

イ 預金又は貯金

ロ 国債、地方債、特別の法律により法人の発行する債券又は貸付信託の受益権の取得

ハ イ又はロに準ずるものとして財務省令²³で定める方法

- 当該公益信託の受託者がその信託財産の処分を行う場合には、当該受託者は、当該公益信託の目的に関し学識経験を有する者の意見を聴かなければならないものであること（同項6号）
- その目的が同条3項各号に掲げるものであること（掲げられているものは「助成金の支給」「助成」「学資の支給又は貸与」「資金の贈与」と〔主として金銭の〕支給に限られている）

改正の前後を比較すると、改正前の（税制上の優遇を受ける）公益信託とは、①信託会社を受託者として、②安定的に運用される金銭を信託財産として、③そこからの給付・助成を行うという類型のものを指していたのに対して、改正後は、①受託者は信託会社に限られず（規定上は自然人でも構わない²⁴）、②-₁ 信託財産は金銭に限られず（信託された建物を美術館として運営するというような事業型も可能）、また②-₂ 信託財産の運用も制限が緩和され、③金銭給付・助成に限られないことになる。

（５）各論③——事務処理に関するルール

事務処理に関するルールは、概要を一覧の形で示すのみとする。基本的には公益法人と同様の規制がされているが、公益目的事業以外の事業を行うことのできる公益法人与なり、公益信託は公益事務のみを行うとされていることから、異なる点もある。

公益信託（新公益信託法）	公益法人（公益法人認定法）
収支の均衡を図り、公益事務割合が基準以上となるように事務を処理すること（16条）	収支の均衡を図り、公益目的事業比率が百分の五十以上となるように事業を行うこと（14・15条）
使途不特定財産額の保有の制限（17条）	同左（16条）
寄附の募集に関する禁止行為（18条）	同左（17条）
—	公益目的事業財産の使途の制限（18条）
—	公益目的事業・収益事業・法人運営の経理

	の区分経理（19条）
報酬を基準に従って支給すること（19条）	同左（20条）
財産目録を備え置き閲覧に供すること（20条）	同左（21条）
財産目録等を事業年度開始前日までに行政庁に提出すること（21条）	同左（22条）

5. むすびに代えて——今後の検討テーマの候補

最後に、以上のような概観を通じて、筆者が興味を持ち、今後研究が深められるべきと感じたポイントをいくつか列挙して本稿を閉じたい。

（1）ガバナンス体制の適切性

公益信託における当事者の権利（権限）関係全般について、通常の信託と比較しながら明らかにしていく必要があるが、とりわけ適切なガバナンスは働くかという観点からの検討が重要であると感じられる²⁵。というのも、一方では、許可制から認可制へと規制が緩和され、また、法人よりも簡素な組織で（さらに後述〔注34〕するような公益信託でない受益者の定めのない信託の受託者に関する規制もはたらかない）事業を行うことができるとされながら、他方で、従来からの助成型にとどまらない事業型の公益信託も認められるなど、事業範囲は拡大しているからである。

（2）公益信託のニーズ

すでに公益法人（特に公益信託と同様の機能を営む公益財団法人）の制度が定着し、また、公益信託は件数を減らしていた中、制度改革によって、公益信託は再びニーズが集まるのだろうか。

これについては、法人のような組織が不要であるということから、その「軽量軽装備」性に意義があるとの指摘がある。法制審議会・信託法部会に日本弁護士連合会が出した意

見書では多くの具体例が挙げられており²⁶、参考になる。

実際の使われ方によって、受託者・信託管理人を複数とするかどうか、これらの必置機関とは別に運営委員会のような組織を設けるかどうか、スタッフを雇用するのかどうか(あるいはボランティアを募るのか)など、スキームについては具体的に検討する必要があるだろう。そして、事案ごとにさまざまなスキームが考えられるのであれば、それに応じて、関係当事者の法的関係についてもまた事案に照らした検討・検証が必要になるだろう。ケーススタディ的な研究も重要性を増すと考えられる。

(3) 「認可」の法的性質

行政法上の論点となるが、公益信託の設定その他の場面で問題となる「認可」について、その法的性質、効果、その取消しの効果などを検討する必要があるそうである。法制審議会・信託法部会では、第42回会議において東京大学・山本隆司教授が参考人として意見を述べたうえで、部会の委員・幹事との間で質疑応答が行われている²⁷。

(4) 認可なき公益信託の可能性

公益法人(公益社団法人・公益財団法人)の場合には、一般社団法人・一般財団法人として設立したのちに、公益認定を受けて公益法人となるという制度として設計されている。このため、公益認定を申請しないままに(あるいは申請したが認定されなかったというときでも)、一般社団法人・一般財団法人として法人格が認められ、活動をすることができる。

これに対して、公益信託の場合には、条文上「公益信託は、行政庁の認可を受けなければ、その効力を生じない」(6条)と定められるにとどまる。

法制審議会・信託法部会の議論を整理しておくと、まず、行政庁の認可より前の法的関係については、「公益信託法の見直しに関する中間試案」第3の1にかかる補足説明²⁸において、当事者が新たに公益信託を設定する場合には、認可前は公益信託の「準備状態」にあり、目的信託は成立していないものととらえられる一方、当事者が先に目的信託(受益者の定めのない信託)を成立させた上で、これを公益信託に変更する場合も想定されると説明されている²⁹。

次に、認可がおりなかった場合の法的関係であるが、「公益信託法の見直しに関する中間試案」第3の2は、「不認可処分を受けても当該信託を受益者の定めのない信託として有効に成立させる旨の信託行為の定めがあるときは、当該信託は不認可処分を受けた時から受益者の定めのない信託としてその効力を生ずるものとし、当該信託については信託法第11章〔受益者の定めのない信託〕の規定を適用する」と提案しており³⁰、停止条件付の目的信託設定行為が可能であることが明示されていた。もっとも、信託行為に停止条件を付すことができることは、信託法4条4項が定めるとおりであることから³¹、「公益信託法の見直しに関する要綱案」³²においては、「ただし、信託法第258条第1項に規定する受益者の定めのない信託としての効力を妨げないものとする」（第3の1ただし書）とのみ記述されることとなった。さらに、条文化にあたって、このただし書部分も明示されなくなったが、確認的な内容しかもたないため、規定を置く必要がないと判断されたものと推測される。

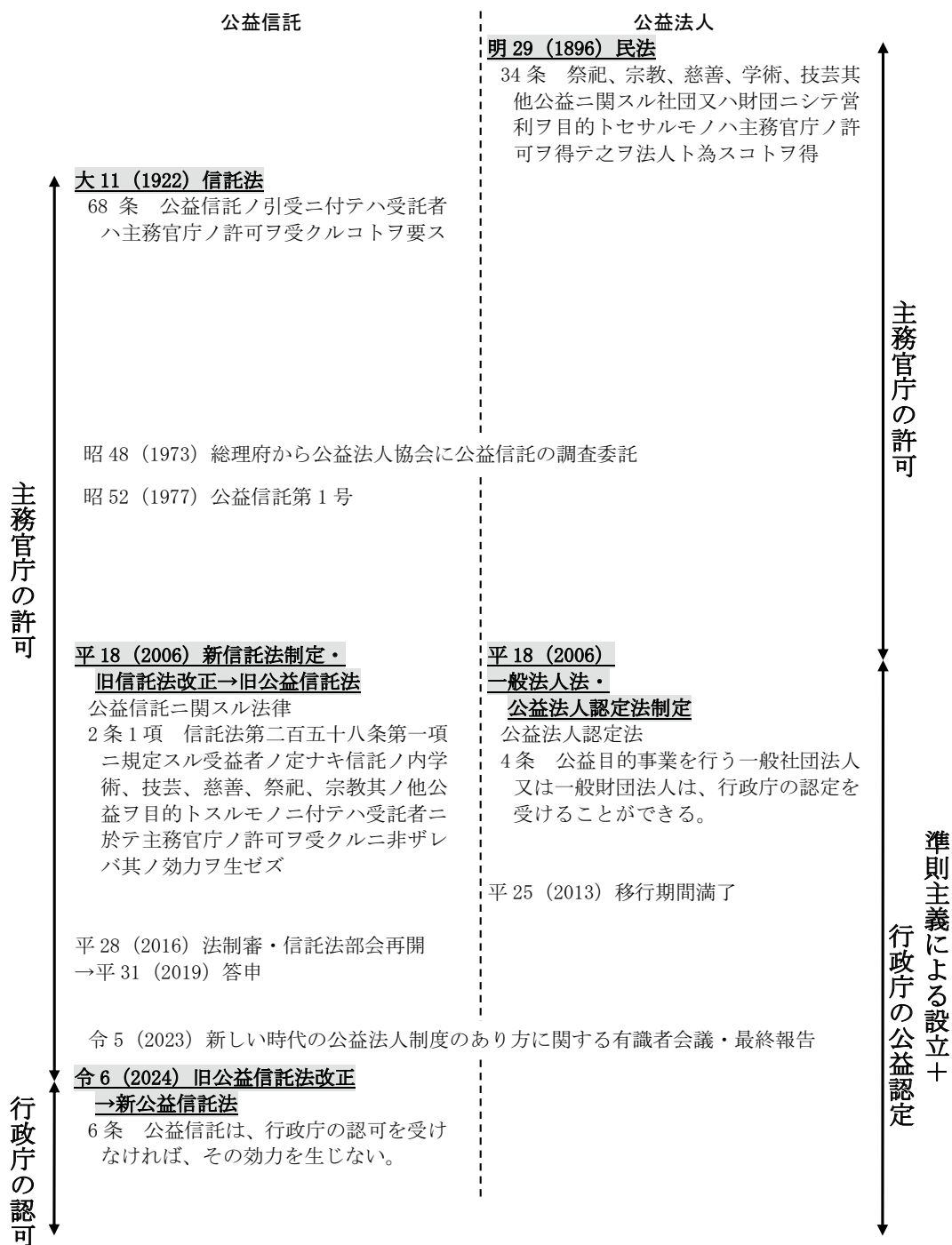
もっとも、実質的に公益を目的としているが、新公益信託法の規定によらない（行政庁の認可を受けていない）信託を、信託法第11章（258条以下）の定める受益者の定めのない信託（目的信託）として設定してよいかということは、もう少し検討が必要であるようにも思われる。

一方では、認可を受けておらず、そのため「公益信託」の名称を使うことはできず、また税制優遇も受けられないとはいえ、「公益」をうたう以上、単なる目的信託よりも厳しい規制に服さしめる必要はないかという素朴な疑問が想起される。例えば、受託者の義務を軽減すること、信託管理人を置かないこと、あるいは信託終了時に残余財産が帰属すべき者として委託者を定めることなどは、「公益」を目的に掲げるにあたって相応しくないように思われる。あるいはまた、公益信託の変更・併合・分割について行政庁の認可を受けなければ私法上の効果を生じないとされている（12条3項、22条4項）ことと比較したときに、設立については、行政庁の認可を受けないままに私法上の効果を生じさせる余地を認めることが整合的であるのかという点も、前述（3）の行政法上の「認可」の性質論を踏まえながら、なお検討されるべきと感じられる。

他方で、公益の担い手をより広げようという政策的な目標³³を念頭に置くならば、上述とは逆に、目的信託の受託者について付されている制約³⁴を緩和・撤廃する方向での検討が行われるべきなのかもしれない。

なお、公益信託については、その利益を享受する者を受益者とするスキームも考えられないわけではない³⁵。新公益信託法の適用を受けないが公益を目的とする信託の受け皿として、どのような枠組みを想定するのがよいかということについては、なお種々の検討が必要であると感じられる。

＜公益信託と公益法人をめぐる略年表＞



〔注〕

- 1 本稿は、東北信託法研究会（第3期）において令和7年3月6日に行った報告に基づいている。東北信託法研究会（第2期）の報告書に掲載することとなった経緯は、はしがきを参照されたい。

本稿における法律の略称は、以下のとおりである。

新公益信託法＝公益信託に関する法律(令和6年法律30号)。旧公益信託法を全面改正するもの。

なお条文番号の摘示にあたっては法令名を省略する。

旧公益信託法＝新公益信託法による改正前の公益信託ニ関スル法律。新信託法制定時に、同法整備法（法律109号）により、旧信託法の公益信託に関する規定部分を一部修正＋法令名改題したもの。

新信託法＝信託法（平成18年法律108号。令和6年法律30号による改正後のもの）

旧信託法＝信託法（大正11年法律62号）

公益法人認定法＝公益社団法人及び公益財団法人の認定等に関する法律（平成18年法律49号。

令和6年法律29号および30号による改正後のもの）

このほか、本稿では、公益社団法人と公益財団法人を合わせて公益法人と呼ぶ。

また、引用されたウェブサイトは、注記のない限り、いずれも2025年3月18日に最終閲覧している。

- 2 古谷真良ほか「公益信託に関する法律の解説」民事月報79巻10号（2024年）129頁〔137頁〕、古谷真良「新しい公益信託法の解説」信託299号（2024年）20頁〔46頁注1〕（以下、後者を「新法解説」として引用する）。
- 3 立案担当者による解説として前掲注（2）掲載の論文（特に「新法解説」は逐条的に説明する）。このほか、法制審議会・信託法部会が平成30（2018）年12月18日に決定した要綱案を部会における議論にも触れながら項目ごとに紹介・解説するものとして、林邦彦「改正公益信託法要綱案の概要」『公益信託法改正案を踏まえた今後の公益信託等の普及に対する展望に関する研究』（トラスト未来フォーラム研究叢書、2024年）1頁。なお要綱案は、平成31（2019）年2月14日開催の法制審議会総会でそのまま要綱として採択されている。
- 4 公益法人が公益目的事業を行うことを「主たる目的」とするものであり（公益法人認定法5条1号）、収益事業を行うことが認められているのに対して、公益信託は、公益事務「のみ」を行うことを目的とするものである必要があるため、収益事業を行うことはできない。ただし、公益事務で収益が出ることは妨げられない（雨宮孝子「新しい公益信託法の成立と期待」信託299号（2024年）4頁〔8頁、9頁〕）。
- 5 公益法人認定法3条1号ハが公益法人について同じ内容を定めるが、同法施行令にはこれに関する定めが置かれていない。
- 6 <https://www.shojihomu.or.jp/public/library/1373/2015-hokoku.pdf>
- 7 https://www.koeki-info.go.jp/content/20230602_houkoku.pdf
- 8 その経緯については、古谷・前掲注（2）「新法解説」24-25頁を参照。
- 9 旧信託法は、「信託会社」を称する業態の取締りのために大蔵省が信託業法の作成を主導する中で、

信託の実体部分の起草権を司法省が得て制定されたという経緯がある。四宮和夫『信託法(新版)』(有斐閣、1989年)2頁。

- 10 田中実「公益法人制度の形成と展開」手塚豊教授退職記念論文集『明治法制史・政治史の諸問題』(慶應通信、1977年)721頁〔741-742頁〕。田中はさらに、立法・行政当局者も、公益信託について不熱心だったと推測する(742-744頁)。
- 11 田中実「公益法人の変容と公益信託の実用化——続・公益法人制度の形成と展開——」法學研究 50 巻 8 号(1977年)1頁〔12頁〕。
- 12 「トヨタ自動車 学術・福祉に「トヨタ財団」 基金 30 億円、来春スタート」朝日新聞(夕刊)東京版、1973年9月21日1面では、自動車生産に着手してから40年にあたることとともに、企業の社会的責任を追及する世論が高まったことが契機になったと報じられている。
- 13 「首相理事の通信運輸協会 倒産業者に悪用される」朝日新聞(朝刊)東京版、1967年8月10日15面。村上尚文「いわゆる睡眠公益法人の整理について」時の法令 627 号(1967年)38頁。
- 14 大石良雄「公益信託制度研究会の発足に寄せる」公益法人 2 巻 8 号(1973年)2頁、田中實「研究会の発足にあたって」同号 4 頁。研究会における議論の概要については「座談会・公益信託制度研究会に参加して」信託 98 号(1974年)13頁も参照。
- 15 この間のより詳しい経緯については雨宮・前掲注(4)5頁。
- 16 一般社団法人信託協会「＜信託資料＞公益信託の受託状況(令和6年3月末現在)」信託 299 号(2024年)305頁。
- 17 一般社団法人及び一般財団法人に関する法律(法律 48 号)、公益社団法人及び公益財団法人の認定等に関する法律(法律 49 号)、一般社団法人及び一般財団法人に関する法律及び公益社団法人及び公益財団法人の認定等に関する法律の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律(法律 50 号)の3法をいう。
- 18 総務省「平成 19 年度公益法人に関する年次報告」(2007年)25頁(<https://www.koeki-info.go.jp/corporations/documents/jsqa3sbqvy.pdf>) (2025年6月10日確認)。
- 19 内閣府「平成 25 年公益法人に関する概況(移行期間の総括)」(2014年)2頁(<https://www.koeki-info.go.jp/corporations/documents/qwndy0mfgg.pdf>) (2025年6月10日確認)。
- 20 内閣府「令和 5 年公益法人に関する概況及び公益認定等委員会の活動報告」(2024年)3頁(<https://www.e-stat.go.jp/stat-search/files/data?sinfid=000040237118&ext=pdf>) (2025年6月10日確認)。
- 21 もっとも官房長クラスで構成される公益法人等指導監督連絡会議が平成 6 年 9 月 13 日に「公益信託の引受け許可審査基準等について」を決定しており、この決定が法制審議会・信託法部会第 31 回会議でも参考資料(<https://www.moj.go.jp/content/001187487.pdf>)とされている。
- 22 新公益信託法と同日に成立した公益法人認定法の一部を改正する法律(令和 6 年法律 29 号)による改正前は、資金滞留を防ぐ観点から「遊休財産」に関する規制として定められていた。詳しくは、古谷・前掲注(2)「新法解説」35-36頁。
- 23 これを受けた所得税法施行規則 40 条の 10 第 1 項は、「合同運用信託の信託(貸付信託の受益権の取得を除く。)」を定めている。

- 24 受託者を法人に限るかという点について、「公益信託法の見直しに関する中間試案」(<https://www.moj.go.jp/content/001244615.pdf>) 2 頁(第 4 公益信託の受託者)においては、公益信託の受託者を法人に限るとする甲案と法人または自然人とする乙案の両論が併記されており、その後、第 54 回会議に提示された「公益信託法の見直しに関する要綱案のたたき台(2)(資料 50)」(<https://www.moj.go.jp/content/001275962.pdf>) 4 頁にいたって、乙案に絞り込まれた。もっとも、受託者は「公益信託事務を適正に処理するのに必要な経理的基礎及び技術的能力を有するものであること」が必要であり(8 条 2 号)、その具体的内容は内閣府令やガイドライン等で規定されることが検討されているという(古谷・前掲注(2)「新法解説」33 頁)。
- 25 法制審議会・信託法部会では、特に第 43 回会議において同志社大学・佐久間毅教授が参考人として意見を述べ、質疑応答が行われている(<https://www.moj.go.jp/shingil/shingi04900328.html>)。また、アメリカにおける議論を紹介しながら非営利団体(法人形態および信託形態)のガバナンスの問題を論じるものとして、樋口範雄「非営利団体のガバナンス序説——公益信託のガバナンスを論ずる前提として」財団法人公益法人協会「公益信託制度の抜本的改革に関する研究プロジェクト報告書」(2003 年)52 頁(『信託と信託法の広がり』〔トラスト 60、2005 年〕141 頁に再録)。
- 26 法制審議会・信託法部会第 38 回会議 参考資料 5「公益信託の受託者の範囲に関する意見書」(日本弁護士連合会)(<https://www.moj.go.jp/content/001218433.pdf>) 4 頁。
「人権擁護活動支援事業、虐待などで親等からの支援を受けられない子どもへの支援事業、親を亡くした遺児の生活費や奨学金等の支援事業、生活保護受給世帯の高等教育分の学費援助事業、子ども食堂、性犯罪被害者の支援事業(ワンストップセンターの設置・運営等)、DV 被害者支援事業、シングルマザー支援事業、養育費の立替事業、面会交流支援事業、離婚等を考えている人への心理的支援事業、高齢者や障がい者の支援事業、災害活動支援事業、空家対策事業への支援事業、地域共生の家のような街づくり支援事業、地域公共施設の保護事業、建造物等の保存事業、更生保護活動支援、DV 加害者・ストーカー加害者を更生させるための教育事業、各種管理人等に選任された場合の無報酬案件の補助事業等が考えられる。」
- 27 資料と議事録は <https://www.moj.go.jp/shingil/shingi04900324.html>。
- 28 <https://www.moj.go.jp/content/001244616.pdf> (12 頁)。
- 29 公益法人のような「設立の後に認定」という枠組をとることの不都合については、古谷・前掲注(2)「新法解説」29-30 頁。
- 30 <https://www.moj.go.jp/content/001244615.pdf> (1 頁)。
- 31 「公益信託法の見直しに関する要綱案のたたき台(1)」(部会資料 49)(<https://www.moj.go.jp/content/001270138.pdf>) 3-4 頁を参照。
- 32 <https://www.moj.go.jp/content/001277775.pdf> (2 頁)。
- 33 前掲注(7)および(8)を参照。
- 34 現在の(令和 6 年法律 30 号による改正前の)信託法は附則 3 項で、「受益者の定めのない信託(学術、^レ技芸、慈善、祭祀、宗教その他公益を目的とするものを除く。)は、別に法律で定める日までの間、当該信託に関する信託事務を適正に処理するに足る財産的基礎及び人的構成を有する者として政

令で定める法人以外の者を受託者としてすることができない。」と定め、受託者を法人に限るとともに、信託法施行令3条1号柱書前段ではさらに、「最も遅い事業年度の終了の日（……）における純資産の額（……）が五千万円を超えること。」という要件を課している。信託法では、こうした目的信託における受託者の制限は、公益を目的とする信託には課されないこととなっている（前掲条文のかっこ書部分を参照）。しかし、新公益信託法制定に伴う信託法改正によって、このかっこ書は「公益信託に関する法律第2条第1項第1号に規定する公益信託を除く」と改正されるため、公益を目的としていても、新公益信託法の規定を受けない場合には、受託者について大きな制約が課されることとなる。

- 35 公益信託を受益者の定めのない信託ととらえることに反対するものとして、新井誠『信託法（第4版）』（有斐閣、2014年）443頁、447頁以下。

(不許複製・禁無断転載)

〔非売品〕

令和7年8月29日印刷

令和7年8月29日発行

民事法の改正と信託・財産管理

発 行 ©公益財団法人 トラスト未来フォーラム

東京都千代田区大手町2-1-1

Tel. 03-3286-8480 (代表)

<https://trust-mf.or.jp>

印刷：(株) デイグ

