

Trust Sixty Foundation

信託法と民法の交錯

トラス60研究叢書

平成10年10月

財団法人 トラス60

目 次

は し が き	米倉 明 (1)
後見と信託	樋口 範雄 (5)
譲渡担保と信託	角 紀代恵 (23)
預けられた金銭について	中田 裕康 (41)
贈与の信託的構成——譲渡法理からの考察	小賀野晶一 (67)
婚姻住宅の処分制限と信託	大村 敦志 (95)
遺言執行者の職務・権限および義務における 信託法と民法との交錯について	竹下 史郎 (121)
専門家の責任	寺尾 美子 (145)
経済的効率性の観点よりする信託と大陸法上の類似 制度との比較——Ugo Mattei, Comparative Law and Economics, ch. 6 の紹介と検討	道垣内弘人 (185)

はしがき

このたび「信託法と民法の交錯」をまとめることができた。同題を冠した研究会がスタートして2年半、その間、原則として毎月1回の研究会を開催し、参加者一同、活発な討論を重ねた。年長というだけの理由で座長を務め、もっぱら進行係に徹した私にとっても気持ちのよい、そしてもちろん得るところが大きかった研究会であった。参加された諸教授に対して深く敬意を表する。

研究会がスタートした時点における共通の問題意識は、民法上の問題処理にさいして、信託法理（現行信託法の条文として表現されている法理を含む）の類推適用を試みるべきではないか、試みるとして、それはどこまで可能なのか、というところにあった。この「類推適用」の可否いかんという問題は従来からも意識され、かつ、いくらか試みられてきてはいたものの、そういう作業をより自覚的に、かつ、未開拓の局面について積極的に試みてみようというのが、私どもの当初の問題意識であった。しかし次第次第に、「類推適用」といっても、その可否を決する基準はやはりあいまいであるということの確認から始まって（もっとも、こういうことは私としては当初から予想はしていた）、信託法理の類推適用にあえて訴えなくても、民法（場合によっては商法、以下同じ）の法理でほとんどの場合は処理できるのではないかと（ただ、両法理のいずれを基準にするかによって差異を生ずる問題があり、その場合にはいわば歩みよりをはかるべきであろう）、しかし、「ほとんどの場合は処理できる」とはいえども、信託法理を基準にしてこそ適切な処理が可能になる問題が存することは否定し得ず、そのような問題に関しては、無理に民法の法理によって処理することをしないで、信託法理によるべきではないか、以上のようなことが判明してきた。本書に収録された諸論稿のうち、その論稿が上記の指摘のいずれにあたるかをここで逐一記することは省略させていただき、読者の御判定に待つことにしたい。

ともあれ、私どもとしては、討論の過程を通じて、信託法・民法の解釈論・立法論をくり返し試みることになり、その結果、たとえば民法上の諸問題についても新しい観点導入の必要性を痛感させられたり、新しい問題点の発掘に行き着いたりしたことがしばしばあった。こういう次第で、研究会をもててよかったということが許されるであろうと、私はひそかに思っている。

収録された8編の論稿の主題は多岐にわたっていて、そこに統一テーマがあるわけではない。上述した問題意識のもとに、各執筆者の内発に促されてものされた論稿ばかりである。これまで、「信託法と民法の交錯」なる問題意識のもとに論じた論稿はおそらく見当たらず、私どもとしては、私どもの論稿が契機となって、多くの御教示が寄せられ、さらには、新たな研究が登場することを切願している次第である。

末尾になってしまったが、長期間の研究会設営その他の事務処理につき、財団法人トラスト60の方々の献身的なお世話を受けた。ここに私ども一同、心より謝意を表したい。

1998年7月22日

研究会を代表して

米倉 明

信託法と民法の交錯研究会 参加者

委員長	米 倉	明	早稲田大学教授
委員	新 井	誠	千葉大学教授
	大 村	敦 志	東京大学教授
	小賀野	晶 一	秋田大学教授
	角	紀代恵	立教大学教授
	芹 澤	英 明	東北大学助教授
	竹 下	史 郎	千葉商科大学教授
	寺 尾	美 子	東京大学教授
	道垣内	弘 人	東京大学助教授
	中 田	裕 康	一橋大学教授
	早 川	眞一郎	東北大学教授
	樋 口	範 雄	東京大学教授

(順不同、敬称略)

後見と信託

樋口 範 雄

目 次

一 はじめに

- 1 本稿の課題
- 2 わが国における禁治産後見の問題点
- 3 英米法における後見

二 アメリカ法における後見と信託

- 1 信託法第二次リステイトメント
- 2 後見に対する信託の優位性
- 3 アメリカにおける後見法の改革
- 4 信託の利便性を高める工夫－Uniform Custodial Trust Act
 〈Uniform Custodial Trust Act〉
 〈Uniform Gifts to Minors Act, UGMA〉

三 結びに代えて

- 1 アメリカ法についての小括
- 2 日本法とのつながり

一 はじめに

1 本稿の課題

わが国の後見制度は、未成年後見・成年後見の2種に分けることができる。このうち、未成年者については、法律上当然に法定代理人かつ親権者としての大きな権限がその親に認められている。これに対し、成人の場合は、禁治産宣告（または準禁治産宣告）の申立を家庭裁判所になし、慎重な手続きをへて後見人（または保佐人）が任命される。今日、前者については親権の規定の見直し、後者については新たな成年後見制度の創設が議論されている。

本稿は、後見制度の中で身上後見を除く財産管理の側面だけを対象とし、主としてアメリカ法を素材としながら、後見と信託の相違を考察し、アメリカにおける後見法の改革論議の一端を伝えることを目的とする。いずれもわが国における現在の議論と一定の関連性をもつと考えるからである。

2 わが国における禁治産後見の問題点

わが国の禁治産制度は、以下のような点で批判されている（たとえば参照、遠藤浩・川井健・原島重義・広中俊雄・水本浩・山本進一編『民法（8）親族』274頁（第3版増訂版・有斐閣・1988年））。

1) 禁治産宣告が戸籍に記載され、戸籍を重視する人たちからは、耐えられないステイグマ（恥辱）と意識される。ステイグマという点では、従来、戸籍閲覧の制約が、実際に必ずしも厳密に実行されていなかったことから、禁治産宣告の情報が広く流布するおそれがあったことも見逃すべきでない。

2) 家庭裁判所において慎重な手続きのもとで行われる禁治産宣告は、それだけに費用と時間の点で安価とはいえない。

3) 後見人は家庭裁判所で任命されるから、裁判所による監督に服するはずである。また民法は後見監督人の制度を備えて、後見人の忠実な職務執行を確保しようとしている。だが、後見人の監督は十分でないといわれ、関連して、後見人の職務内容があまりに包括的であり、あるいは不明確であると批判される。

4) 家庭裁判所の任命手続きも、実際に誰も後見人になり手のない場合に対する対処法を備えているわけではない。

たとえば、権利擁護センターすてっぷで、長年の間、心身障害者の権利擁護に尽くしてきた吉田弁護士は、効果的な成年後見制度のイメージを次のように語っている（吉田勸「成年後見制度はどのような場面で必要とされているか——権利擁護センターすてっぷの経験から」自由と正義1996年7月号46頁）。

それは、まず第1に、安価で気楽に利用できるものでなければならない。第2に、家族等への負担とならないものであり、さらに第3として、後見事務の範囲の明確化が望まれるという。

より具体的には、効果的な成年後見制度が実際に必要な諸状況とは、以下のような場合だとされる。

- ①年金・預貯金の管理
- ②医療費・水道光熱費等の支出
- ③賃借不動産の契約更新、解除等
- ④住居の選定
- ⑤不動産の管理
- ⑥医療行為に対する同意
- ⑦相続に関する事項
- ⑧消費者被害の防止
- ⑨その他

一見して明らかなように、これらの事項の大半は、被後見人の財産管理である。そして、信託が財産管理の一手段であることから、これらを信託を利用して行うことも一策ではないかと考えれば、そもそも財産管理について、後見と信託との異同如何という問題が強く意識されることになる。

3 英米法における後見

英米の後見制度は中世イギリスに始まる（参照、伊藤正己「親子・親権・後見・扶養」

『イギリス法研究』472頁（有斐閣・1978年）（初出は中川善之助編『注釈親族法』（上下）（有斐閣・1950年・1952年））。だが、中世封建法の下での後見とは、領民にとって封建的付随負担の一種であり、後見人となる領主のための後見制度であった。中世から近代にかけて、後見制度も被後見人のための制度に変わっていくが、それとは別に、当時、信託の発展によって、このような後見制度の不備が補われたという事実もまた見逃すべきではない。

「信託は、後見権を含めたかかる負担を脱れるために、その発展に拍車かけられたことは周知のごとくである」（伊藤、前掲論文の487頁）。

もっとも18世紀の末に独立したアメリカ合衆国においては、後見制度には、初めから封建的要素は存在しなかった。したがって、後見は被後見人のための制度であり、また信託は受益者のための制度であるという出発点には、被後見人と受益者とが同一人である場合を考えると、差異がなかった。後見と信託という2つの異なる制度が、財産管理という同様の機能を果たす場合に、いかなる特色・相違点をもつかが直ちに問題となる。以下、次節でまず、アメリカにおける後見と信託の異同を探ることにする。

二 アメリカ法における後見と信託

1 信託法第二次リステイメント

現行の信託法第二次リステイメント7条は、「後見は信託ではない」と明示し、この2つの制度をはっきりと区分する。主としてそのコメントにより、2つの相違点および共通点をまとめると以下のようになる（典拠として Restatement (Second) of Trusts §7 and Comments (1959) を参照されたい）。

まず、後見と信託とは、その核心が信託関係 (fiduciary relation) である点で共通性をもつ。後見人と被後見人の関係は、受託者・受益者の関係と同様に、信託関係であるとされる。その意義は、たとえば次の判例に明らかである。

◆ In re Estate of Swiecicki, 477 N.E. 2d 488 (Ill. 1985)。

この判決は、1985年のイリノイ州最高裁判決である。事案は以下の通り。

1977年6月に、Daniel Swiecickiの両親が死亡する。Danielは当時8歳であり、遺産管理人兼後見人として、Farmers and Merchants Bank of Highland (以下、銀行)が1978年6月に選任され、親戚の後見人が選任される1981年1月までの2年半その職にあった。その間、6万ドルの遺産の大半は、銀行の自行預金（普通預金および定期預金）の形で運用され、所定の利息をもたらした。後継の後見人から、この計算報告書への異議が出され、1審で異議が退けられたが、2審は反対意見つきながら異議を認め、最高裁も原審を維持した。要するに、銀行の忠実義務違反が認められ、自行預金にともない銀行があげた収益は返還しなければならないものと判示されたのである（ただし、返還部分是不遡及的に適用するとされたことに留意する必要がある。この点はすぐ後に述べる）。

銀行は、3つの主張をした。第1に、イリノイ州のProbate Actが、解釈上、自行預金を認めている。だが、裁判所は、制定法の解釈は厳格であるべきだとして、このような解釈を認めなかった。

銀行側の第2の主張は、信託部門と銀行部門は別個の人格で自行預金とならないというものである。後見人としての職務は、信託部門が行っており、それが銀行部門へ預金をしただけのことだというのである。だが、裁判所は、銀行が1つの取締役会、一団の株主に

よって支配される一体のものであり、別個の人格といえないとして、この議論を一蹴した。

第3点として、銀行は、イリノイ州法の信託業法によれば、運用待ちの資金は自行にとどめおくことができるとの主張をした。これに対し、裁判所は、本件の自行預金が2年半にわたるものであり、運用待ちといえないと指摘した。

このようにして最高裁は、すべて銀行側の主張を排斥したが、後見人としての銀行の立場をこれほど明確にしたのはこの判決が初めてであることに配慮して、銀行のあげた利益を吐き出させるのは、1985年6月1日以降の分に限ると判示した（判示事項の遡及適用を認めなかった）。

この判決には2つの異なる反対意見が付けられている。

1つは、遡及適用を認めて、銀行に不当利得金を返還させるべきだとするものである。

これに対し、本件で銀行のとった手段に非はないとする反対意見があった。それによれば、遺産の人格代表者と比べて、後見人は同じく受認者＝信認義務を負う者（fiduciary）といっても差異がある。後見人は、財産について権原をもたず投資権限しかない。しかも、裁判所の強い監督下にある。裁判所の許可があれば、自行預金も可のはずであり、本件は、事後に許可を求めたケースと解すべきではないかというのである（後継の後見人から訴えられているという事情の下では、銀行が進んで事後に許可を求めたケースと解するのは苦しいように思われるが）。

ともかくこのように銀行の行動を是とする反対意見が主張される背景には、本件の自行預金において、市場金利で預金がなされ付利されており、被後見人の財産にその意味での損失はなかったことがある。銀行も永久的に後見人となるのではなく、後継の後見人が決まるまでということであり、それが結果的に2年半に及んだという状況である。したがって、銀行は合理的な行動をとっており、責任がないと論ずるものであった。

しかしながら、多数意見は、イリノイ州法上、後見人と被後見人の間には法律上当然に信認関係が存在し、その内容は信託の受託者と受益者の間に存在する関係と同じであるとされた。信認義務の1つに忠実義務があり、それによれば後見人は被後見人の財産を自らの利益のために利用してはならない。自行預金で預けた金銭は何らかの投資に回っており、それによって銀行が利益を得ている以上、その利益を吐き出させるのは当然ということである（もっとも、先のような事情に配慮して、不遡及的に適用する形で銀行をも救った。

なおイリノイ州議会は、同じ1985年に後見法を改正し、後見人たる銀行の自行預金を認める規定をおいた。これについては、Deborah A. DeMott, *Fiduciary Obligation, Agency and Partnership* 20 note 3 (West Publishing Co. 1991)。

以上の判例が、後見と信託の共通点を強調したものとすれば、逆に、両者の相違点は次のように多岐にわたる（これについても、*Restatement (Second) of Trusts §7 and Comments* (1959) を参照されたい）。

1) 受託者は信託財産の権原を有するのに対し、後見人はそうではない。財産につき一定の権限と義務をもつだけで、権原はあくまでも被後見人の許にある。

2) 上記の点に対応して、受益者はエクイティ上の権利をもつのにに対し、被後見人はコモン・ロー上の権利をもつ。

3) 受益者は、能力者である場合もあり、そうでない場合もある。後見人は、被後見人が無能力者の場合にのみ、それから無能力者である限りにおいて、任命される。

4) 後見人は裁判所によって任命されるが、受託者は、そうでない場合も多い。

5) 後見人の権限および義務は制定法によって定まる。受託者の権限および義務を定めるものは、第一次的には信託条項であり、補充的に判例法および制定法が規律する。

6) 多くの州で、後見人の投資権限を受託者より狭いものとしている。裁判所の許可がなければ、いっさい投資はできないとする州すらある。

7) 受益者が無能力者の場合に、収益の支払を（当該受益者に後見人がつけられているそのケースで）後見人に対して行う場合もある。しかし、信託条項によっては、後見人を無視して、直接受益者の利益を図る行為を行う場合もある（この点については、*Restatement (Second) of Trusts §182 Comment d* (1959) を見られたい）。

要するに、以上のような差異が何を示すかといえ、両者を比較すると、後見は制度としての性格が強く、信託は任意の取り決めとしての性格が相対的に見て強いということである。後見の場合、被後見人の監督機能（モニタリング）はほとんど期待できないので、財産権の権原を移転することがないばかりでなく、後見人の権限一般が制定法の規制の下におかれている。

〈参考図一後見と信託の相対比較〉

	後 見	信 託
(被後見人または受益者による) 監督の可能性	小さい	大きい
(後見人または受託者の) 権限	小さい	大きい
裁判所や法律で規定される部分	大きい	小さい

2 後見に対する信託の優位性

後見と信託の間に以上のような相違点が存在することから、財産管理の手段としては、信託の方が後見に勝るとの議論がなされている。その主張は、次のように要約することができる。

1) 後見人が財産の権原をもたないために、取引の相手方は警戒せざるをえない。そのために、財産の効率的な運用の妨げとなる場合がある。

2) 多くの州で、後見人の投資権限に制約があること、さらに裁判所の許可なしに投資ができない場合もあることは、信託に比べて、財産管理制度としての後見の意義を損なう点だと考えられている。

3) 未成年後見の場合、後見は、未成年者が成年に達すると終了する。だが、実際には、その後も別の人が財産管理をした方がよい場合もある。それが後見ではできない。これに対し、信託は、受益者が成年に達しても自動的に終了することはない。より柔軟な対応が可能である。

4) 成人に対する後見の開始には、厳しい裁判手続を要する。時間・費用が高い。信託においては、受益者が無能力である旨の確認や宣言はまったく不要である。そもそも、裁判手続も要らず、口頭で設定することもできる。

5) 後見は裁判によって開始することから、公開の手続がとられ、秘密にするわけにはいかない。信託は、私的な取り決めであり、受益者を秘密にすることも可能である。

6) 後見人は、原則として保証金を積む必要がある。受託者については、信託条項に定めのない限りその必要はない。

7) 後見人は定期的に裁判所へ会計報告を行う義務がある。受託者の報告義務は、信託条項で軽減することができる。

3 アメリカにおける後見法の改革

以上のように、アメリカにおける後見制度にはさまざまな問題がある。被後見人が無能力者であり、そこからの監視機能（モニタリング）が期待できないことから、制定法によって、後見人に対する規制がおかれているが、そのことは2つの異なる問題を生む。

第1に、その制約が過剰であれば、後見人がその役目を十分に果たすことを阻害することにもなる。それは被後見人にとっても利益ではない。たとえば、投資権能が制約され、またそもそも財産の権原が後見人にないために、取引相手が警戒して取引に入れないようであれば、大きな問題となる。したがって、これらの問題点に対処する方策が一方で望まれることになる。

実際、統一遺産管理法典 (Uniform Probate Code) は、次のような対処法を定めた。

まず、後見人も受託者と同様に権原を保有すると定め、かつ取引の相手が善意の有償取得者 (bona fide purchaser) である場合には保護されると明示した。これは、信託の受託者とその取引相手方についてのルールと同じものを後見にも適用しようということである。次に、後見人にも従来よりもはるかに広い投資権限を認めた。

第2に、しかしながら、そのような傾向は、後見人の義務違反行為をいかに防止するかという問題をさらに先鋭化する。そもそも、制定法によって信託の受託者よりも厳しい制約がおかれていたということは、実際にも厳しい監視が行われてきたことを意味しない。過去10年の間、アメリカにおいてなされた後見制度改革のもう1つの柱、あるいはより大きなポイントは、このような批判に基づくものであった（以下の記述について、Judith McCue, *The States are Acting to Reform their Guardianship Statutes*, 131 *Trusts & Estates* 32-37 (July 1992) を参照されたい）。

1987年、後見人の職権濫用に関する広範なAP調査が行われ、さまざまな不祥事の一端が明らかにされた。翌1988年には、後見人の行為に関する連邦基準を定める連邦法の提案がなされ、成立こそしなかったものの、それに対応した形で州法を改正する動きを促進した。

これら州法レベルでの後見法の改正のポイントは、以下のように整理することができる。

- 1) 無能力者の呼称の変更 (incompetent → incapacitated person)

- 2) 無能力者（後見に付されようとしている人）への手続通知
- 3) 後見人選任手続への、無能力者の参加権
- 4) 後見人選任手続での、弁護人の付与
- 5) 手続での立証要件を高めること
- 6) 裁判所調査官の報告書
- 7) 制限的後見の創設
- 8) 一時的後見、緊急後見（それぞれ90日、72時間）制度の創設
- 9) 後見人を要することの定期的再審査

これらの項目を一見してわかるように、これらの改革は、第1に、後見の開始手続をより厳重にし、手続的デュー・プロセスを厚くしようとするものである。弁護人の付与のほか、被後見人とされる者の参加権、立証要件の加重や裁判所調査官による報告書の添付を要求するなど、いずれもより慎重な手続を志向する。また、上記には掲げられていないが、陪審審理を受ける権利の尊重や公開審理をあらためて確認することもこれと軌を一にする。

第2点として、さらにいったん後見が開始された後も、定期的再審査により、後見を継続する必要があるかをチェックし、定期報告を要求し保証金を積ませて、後見人のその後の権限濫用を防止する体制を整えている。

第3に、後見を柔軟に多様化しようとする点があげられる。あらゆるケースで後見人がすべての権限をもつのではなく、一部の権限しかもたない一部後見や、時間軸で限定した一時的後見または緊急後見という対応を可能にする。これは、いわゆる部分的能力者に対応する制度を備えようということである。だが、多様化は、その反面で、ある人をどの種類の後見に付すかを判断し認定する手続を増加させることにもなる。

したがって、これらの制度改革は、すべて後見制度のコストを上昇させる契機を含むことになる。

このように、アメリカにおける後見法の改革は、後見人が被後見人の財産を管理するにあたり、過剰な制約となるような点を排除する一方、他方では、そもそも後見を開始する際の手続その他でデュー・プロセスの強化を求める。単純に安価な後見制度を目指す改革

であるとはいえない状況にある。

これでは、先に述べた後見に対する信託の優位性を覆すどころか、両者の格差が拡大することにもなりかねないように見える。しかし、よく考えてみれば、後見法の改革でデュエー・プロセスの強化を図る方向を打ち出すことができるのは、同様の関係を「任意に」形成する手段である信託が存在するからだと考えることも可能である。後見と信託とは、競争関係にある制度ではなく、それぞれ異なる需要に対応するための制度と見ることができる。

すなわち、ある一定の財産からあがる利益を（財産管理能力のない）Aに帰属させようとする場合、当該財産の所有者Bが受託者Cに信託譲渡し（または信託宣言によって自ら受託者となり）、Aには受益権を認めて、それを実現することができる。これは、Bによる任意の取り決めで可能であり、これが信託である。

これに対し、すでに何らかの理由でAに財産の権原が帰属している場合、または無遺言相続その他の理由によりAに財産が帰属する場合、その後の対処法は以下のようになる。

まず、Aが当該財産を信託し、自らが受益者となる方法。これはまさに信託を利用すればよいことであり、Aが後見人の選任を求める必要はない。

次に、Aに信託能力が認められない場合、そこにこそ後見制度の働く場面がある。もはやAの財産をA自身が処分できない、もちろん管理もできないというわけであるから、裁判手続により、誰かが後見人となって、財産管理を行う必要が生ずる。この場合、本人であるAは、自己の利益を合理的に判断できる存在ではないから、Aの意思によるのではなく、Aの保護のために後見制度を発動する。それだけに慎重な手続が必要とされ、最近の改革はその強化であった。

4 信託の利便性を高める工夫

アメリカにおいて、後見に比べ信託はさまざまな点で安価に利用できる制度だと考えられていることはすでに述べた。だが、信託それ自体もまた安価かといえ、弁護士の手を煩わせるなど一定の費用がかかる。

そこで、いわば出来合いの安価なタイプの信託を提供する試みが現れている。ここではその例を2つ紹介する。

〈Uniform Custodial Trust Act〉

1つは、統一保護信託法（Uniform Custodial Trust Act）である。その特色を箇条書き的に列挙すれば、以下ようになる（なおこの統一法については、新井誠「アメリカにおける高齢者財産管理信託法制の新しい動向：信託制度の成年後見的役割（1）—（3）」ジュリスト1105号—1107号（1997年）を参照されたい）。

1）出来合いの信託（ready made 信託）であること。

出来合いの書式が用意され、必要なことは、Uniform Custodial Trust Actに基づく信託を設定すると宣言するだけでよい。面倒な信託条項を弁護士に起案してもらう必要はなく、まさに信託のセット・メニューが提供される。

2）生前信託の形で設定（信託宣言も可能）するが、自らの能力喪失後も効力を持続すること。

自らがしっかりしている間は、受益者たる自らが財産の支配権をもつ。それが自らの能力喪失によって、受託者の裁量信託へ移行する。

3）能力喪失の判断プロセスが簡易に行われること。

能力を喪失したか否かの判断が問題になるが、原則は、一定の指標の下で、受託者が判断できるとする。ただし、誰かがそれを問題視した場合は、裁判所へ行く道も残されている。

4）第三者保護も用意し、信託財産の取引に支障が出ないようにしていること。

無能力者への弁済も効力をもち、第三者は保護される。さらに信託財産について受託者と取引を行うに際し受託者の権限上問題のある場合も、第三者が善意なら保護されることが明記されている。

5）受託者の財産管理の柔軟性が確保されていること。

受託者の財産管理については、いわゆる prudent investor rule 以外に規制はない。会計報告義務はあるが、受託者は保証金を積む必要がない。

以上のような保護信託法の狙いは、明らかに安価な信託を利用者に提供するところにある。問題は、受託者が信託違反をすることを監視し防止するシステムを備えているかという点である。

条文を見る限り、統一保護信託法は、この面では、一般信託法による保護に頼っていると思われる。すなわち、受託者の信託違反に対しては、救済として受託者の得た利得の吐き出しを求めることが認められることや、懲罰的損害賠償もありうるということで対処しようとしているように見える。

<Uniform Gifts to Minors Act, UGMA>

いま1つの例は、未成年者に対する贈与に関する統一州法（Uniform Gifts to Minors Act, UGMA）または未成年者に対する財産移転に関する統一州法（Uniform Transfers to Minors Act, UTMA）における管理者（custodianship）制度である。いずれも未成年者が財産を取得した場合、その適正な管理を行うために管理者を設ける。

これらの法律のうちどちらを採用しているかは州毎に異なるが、ともかくいずれかを50州全部で採用しているところに特色がある。1983年に成立した後者は、贈与に限らず広く財産権移転を対象とするので、たとえば不法行為に基づく賠償金にも適用される。

UMGAまたはUTMAは、信託で行うことを、より安価に単純に実現しようとしたものだといわれる。未成年者への財産権移転の際に、UGMAまたはUTMAと書くだけで、当該財産に関する適正な管理制度が定まることになる。ちょうど統一保護信託法（Uniform Custodial Trust Act）と同様に出来合いの仕組みを提供する。

管理者は、受託者ではないとされるが、現実には裁判所も受託者と同視する場合が多いという。

管理者の性格については、次のような指摘がなされる。

1) Custodianは、通常、限定された権限を持つ者の意である（たとえば、custodian bankは、単に証券を保有し、そこからの収益を受け取るだけで、売買権限はない）。ところが、この場合の、custodianは、大きな権限を有する。その結果、UTMA上は、信託権能を持つ銀行しか、custodianになれない。

2) 受託者との差異として掲げられるものとして以下のような点があるが、大きな重要性をもたない。

イ 権原を保有しているか否か。だが、これは実質的にあまり意味はないとされる。

ロ 取引相手は、信託と同様に善意有償取得者（BFP）であれば保護され、管理者との取引に支障がないようになっている。実際に、取引相手は、custodianとの取引に躊

踏しないといわれる。

ハ 信託の場合、共同受託者が普通に見られるのに対し、管理者は1人とされる。管理者は、裁判所の手続きによらずに辞任も可能であり、後継の管理者を選任することもできる。

ニ 信託の場合、委託者＝受託者の場合（信託宣言による場合）は報酬を得ることが可能であるのに対し、贈与者＝custodianの場合は不可とされる。ただし、信託の場合も、受益者の家族が委託者兼受託者である場合、報酬は放棄することが普通であり、この点での相違も大きくない。

ホ custodianは受託者と同様、保証金を積む必要はなく、定期的な会計報告もない。

ヘ きわめてよく似ているので、裁判所は往々にしてこれらを同視し、UMGAの解釈にあたって信託法理を用いる場合がある。例として、cutodianship funds（管理者の管理する財産）を親（＝custodian）が、自らの扶養義務の履行にあてることができるかが論点とされた。条文上は可能と読むこともできそうだが、裁判所は不可と判示した。これは、信託の場合の忠実義務と同様のものが、ここでも働くからだと考えているからである。

これらの法律は、未成年後見の欠陥を避けるために制定された。イギリスでは、故人の人格代表者が、受託者を選任し、遺言または無遺言法の下で、未成年者に将来財産を移転する責任を負わせることができた。そのために、イギリスでは、未成年者の後見は消滅してしまったという。Custodianは、結局のところ受託者と同様の存在であるから、イギリスと同様に、アメリカにおいて未成年者の場合の後見を消滅させる可能性があるという指摘がある。

三 結びに代えて

1 アメリカ法についての小括

以上に略述したアメリカにおける後見と信託の関わりおよび後見法の改革の動向を、あらためて簡単にまとめると以下のようなになる。

1) 後見と信託は、ともに信認関係を構築して一定の保護対象者を保護し利益を与える枠組みである点は共通するが、多くの点で異なる。最大の相違点は、後見が任意のものでなく、裁判所の手続をへて、保護対象者（被後見人とされる者）の同意をえずに、その所有する財産を後見人に管理させる仕組みを強制するところにある。これに対し、信託は、財産の所有者たる委託者が任意で作る仕組みであり、やはり受益者の同意をえる必要はないが、この場合は、受益者は信託財産の利益をえるだけで、信託設定前に彼に権利があるというものではなかった。要するに、ある人の財産を強制的に信託に付すという要素はない。

2) 後見と信託のこのような基本的な相違点は、後見人および受託者の権限と義務の内容に大きな影響を与える。受託者に比べ、後見人の権限と義務は法定されている部分が多い。後見開始にも慎重な手続がとられ、制度運用のコストが信託に比べて高い。

3) 近年、アメリカでは後見制度に対する批判が行われた。1つには、管理を任された財産の管理運用に対する制約が厳しすぎるために、かえって被後見人の利益にならないというものがああり、いま1つには、後見人に対する監視が十分でないという指摘がなされた。そこで、アメリカ法は、一方で、後見人の財産管理権限を広げ取引相手の安全を図って効率的な管理運用を可能にするとともに、他方では、後見開始手続におけるデュー・プロセスを強化し、定期的再審査や一時的または一部後見の制度を創設して、適正かつ柔軟な利用を可能とする方向での改革を図っている。

4) 未成年者が財産権を取得する場合、後見に付すのではなく、より安価で効率的な財産管理が可能のように、レディメイドな custodian（管理者）の制度を利用できるようにとの工夫や、信託にしてもやはり出来合いの custodial trust（保護信託）の制度を提供するなど、より安価で気楽に利用できる制度が考案されているところも注目すべきである。

したがって、アメリカにおける後見と信託の現状を見る場合、後見制度については、デ

ュー・プロセスによる手続保障を厚くする一方、任意の仕組みとしての信託や custodianship（管理者制度）では、より安価に利用しやすいものにしようとする傾向が明らかである。

では、これらのアメリカにおける動向は、わが国の現在の後見制度をめぐる議論とどのような関わりをもつだろうか。

2 日本法とのつながり

わが国においては、近年、新たな成年後見制度の創設が議論されている。法務省民事局内に置かれた成年後見問題研究会は、これまで議論したところを1997年9月末日付で公表した（成年後見問題研究会『成年後見問題研究会報告書』ジュリスト1121号87頁（1997年））。

この報告書を見ると、成年後見人の義務については、成年後見人が何をなすことができるかという点と、何をなさねばならぬかという点が曖昧なままで論じられているような印象を受ける（前掲報告書、ジュリスト1121号93頁）。あらためて後見人が受認者として負う義務 (fiduciary duty) が、他の受認者（たとえば信託の受託者、代理人、遺言執行者、破産管財人など）と比較して、どう違うか、あるいは違わないかを議論すべきである。

第2に、研究会の中で議論が分かれているとされている点に、身上監護を成年後見の事務に含むか、法定後見の他に公的機関の監督を伴う任意後見制度を作るかという問題がある。本稿では、財産管理の側面だけを抽出して考察しているので、前者の問題に直接答えるところはない。信託は財産管理制度であり、身上後見に代替させることはできない。もっとも受益者への収益の支払が、受益者の入院中の費用として直接病院に支払われるケースなどを考えると、まったく身上後見の問題と切り離すことのできない場面もあると思われるが、受託者の行うことは、原則として信託財産の効率的運用と信託目的に則った元本収益の配分である。

これに対し、任意後見制度の創設の是非という問題は、本稿のテーマとより密接に関連する。アメリカにおいて、信託はまさに任意後見制度の役割を果たしている。しかもわが国は信託法を知っている国であるから、信託の活用を図ればよいということになりそうである。

だが、そのためにはいくつかのハードルを越える必要がある。第1に、信託そのものが

まだまだ身近でないという現実があろう。第2に、受託者の信託違反をどのように監視するか、不幸にして信託違反が生じた場合の実効的救済をいかに実現するか、さらに、どのようにしたら人々が受託者を引き受けるようになるかという問題がある。そこには、後見人の場合と同じように、受託者の権利義務の明確化という要請があり、それが満たされることは、信託制度が身近なものに変わっていくということにもつながるであろう。第3に、しかし、それでも財産の名義を受託者に移転することを躊躇する向きもあろう。その場合には、財産権は移転せずに、しかも実質的に受託者と同様の義務を負う *custodianship* というものがある。

とりあえず、わが国において後見制度の改革の方向が、安価な後見制度だとすれば、アメリカにおいて保護信託と *custodianship* は同じ目的を担う制度であり、それが実際にどのように機能し、あるいは機能していないかを探ることが重要になろう。だが、遺憾ながらその最も大切な部分に本稿は答えることができない。別の機会をもちたいと思う。

譲渡担保と信託

角 紀代恵

目 次

- 一 はじめに
- 二 四宮博士の譲渡担保論
- 三 譲渡担保と信託
- 四 信託法の譲渡担保への類推可能性
- 五 さいごに

一 はじめに

権利移転型担保である譲渡担保においては、担保目的物の所有権は、いったん債権者に移転され、債務が履行されれば所有権は設定者に戻るが、債務不履行が生ずると所有権は確定的に債権者に帰属するという法形式をとる。このように譲渡担保が設定された目的物については、法形式上は、譲渡担保権者が所有者となる。しかし、譲渡担保にあつては、その実質は担保にあることから、形式と実質の乖離がみられるために、この形式と実質の乖離を埋める必要性が生じる。さて、他方、信託においても、受託者は、信託財産の所有者となるが、所有者となるのは「一定ノ目的ニ従ヒ財産ノ管理又ハ処分」(信託法1条)を行うためである。すなわち信託においても、受託者は所有者ではあるが、当該財産を他人のために管理等を行うという意味において、形式と実質の間に乖離がみられ、まさに、この点において、譲渡担保と信託の交錯の可能性が生ずる。ところで、四宮和夫博士は、「信託は英米法で育成された制度であり、大陸法系に属するわが私法のなかでは、水の上に浮ぶ油のように異質的な存在である」(1)と記述されておられる一方で、譲渡担保の法的構成について信託的譲渡説を主張しておられる。そこで、譲渡担保と信託の交錯を模索する本稿においては、信託的譲渡説を主張された四宮博士の考えを概観することから始めたい。

二 四宮博士の譲渡担保論

(1) 四宮博士は、まず、その著書である総合判例研究叢書民法(17) 譲渡担保のはしがきにおいて、「本稿では、わたくしがかつて明らかにした『信託行為』の理論をできるだけ利用した(しかし、同時に、本稿はこの理論をわが国の譲渡担保判例法について実証しようとする試みでもあるが)」と述べておられる(2)。この「はしがき」の記述からもうかがわれるように、四宮博士は、「譲渡担保判例法を支配する究極的な理論は『信託行為』の理論である」と述べておられる。そして、それに続けて、「信託行為は、経済的目的(譲渡担保の場合は債権担保)を越える法的手段(譲渡担保の場合は所有権の移転)に訴える行為である。だから、当初は、法的効果と経済的目的とのあいだにいちじらしい矛盾が見られるわけだが、信託者は受託者を信じて、あえて経済的目的を越える法的権能を受託者に与えるのである。譲渡担保にあっては、債権者が『所有権』者とみられ、ただ、その所有権を担保目的以上に行使してはならない『債権』的拘束を受けるにすぎない、ということになる。だが、信託行為はかような状態にそのままとどまるのではなく、上の矛盾を原動力として運動を開始する。そして、その結果、信託行為の目的とされる経済的需要が社会的承認を得るにつれて、次第に経済的目的に適合した法的効果を認められるようになる。そして、最後には、立法によって、経済的目的に即応した法的制度が確立されることになるのである。——したがって、わたくしが信託行為の理論といったのは、信託行為の発展法則にはかならない。……(中略)……信託行為は、最初の発展段階では、かような債権制限説=所有権的構成によって把握されるのにふさわしいものであるが、次第に、そのような構成によって把握しきれない法的効果、すなわち、信託行為の経済的目的(債権担保)に適合する法的効果を与えられていくのである」と述べておられる。そして、判例に対しては、一応、「判例は信託行為の理論にみちびかれて、担保制度にふさわしい法的効果を譲渡担保に与えることに努力してきた」との評価を与えられている。しかし、判例が、対第三者関係においては、依然として、担保目的物の所有権が担保権者に移転されているという法形式に拘束されていることをとらえられて、「譲渡担保がとっている法的形式(所有権の移転)はなお譲渡担保の『担保』としての完成をはばんでいる。わが判例上、譲渡担保はまだ十分に担保制度としての醇化をとげているとはいえない状態である」

との評価を下されるとともに、対第三者関係における問題(3)について、「判例は信託行為の理論にしたがった努力をつづけていくであろうが、いずれは立法による明確な解決を必要とするであろう」と述べられている。

(2) (1) で述べたように、四宮博士は、「譲渡担保判例法を支配する究極的な理論は『信託行為』の理論である」と述べておられる。ところで、ここで、注意しなければならないのは、四宮博士は、信託行為と信託を区別しておられることである。博士によれば、両者の差異は、以下の通りである(4)。すなわち、

- 一 信託行為とは、相手方に対して、当該行為の経済上の目的を超過した権利を与え、かつ、その目的の範囲内においてのみその権利を行使せしめようとする法律行為をいい、ローマ法に起源を有し、ドイツで発展した(5)。これに対して、信託は、まさに、信託法1条の定義にあてはまる行為であって、英米法にその源を有している(6)。
- 二 信託行為は目的の公示を欠く。これに対して、信託にあっては、目的は公示されており、したがって、信託行為におけるような目的超過の現象は生じない。
- 三 信託法が認めている信託財産の追求権(信31条)や信託財産の独立性(信15条)は、信託行為に対しては拒否される。

このように、四宮博士は、信託行為と信託は異なるとされるが、信託行為と信託に対して異なる法的処遇を与えることに反対され、結論として、信託行為に対しても、信託法の適用を認められる。したがって、譲渡担保は、信託ではなく、信託行為であるとされる一方、信託法の適用を主張される。たとえば、担保権者が目的物を処分した場合、信託法31条但書を類推適用され、少なくとも動産に関する限りは、悪意の譲受人に対する設定者の追求権を認められる(7)(8)。

三 譲渡担保と信託

二で述べたように、四宮博士は、譲渡担保は信託ではないとされるが、信託行為理論を媒介とすることによって、譲渡担保に信託法の条文を類推適用する理論的基盤を与えておられる。しかし、譲渡担保を信託と同視する考え方も存在する(9)。それでは、譲渡担保は、果して、信託なのだろうか。この問題を考えるに際して、よく引き合いにだされるのは、信託法9条である。同条は、受託者は共同受益者の場合以外は、信託の利益を享受してはならないと定めている。信託法9条が受託者の受益者兼任を禁止しているのは、そのような場合には、信託に本質的な管理者と利益享受者の分立がない以上、信託の成立を認めるべきではないからである。したがって、同条が禁止している受託者の受益者兼任は、単独受託者が単独受益者を兼ねる場合に限られることになる(10)。それでは、譲渡担保においては、単独受託者による単独受益者の兼任という状況は生じているだろうか。

まず、譲渡担保が信託であるとしたら、譲渡担保における受益者は誰なのだろうか。これについては、譲渡担保権者のみが受益者になるという考え方と、設定者、譲渡担保権者ともに受益者になるという考え方が対立している。後者によれば、譲渡担保にあっては、設定者は、債務が履行されれば、担保権者に移転した目的物の所有権を返還してもらえることから、委託者たる設定者は、債務が履行されれば、信託財産が自己に帰属するという利益を有しているから受益者であるという。これに対して、前者によれば、譲渡担保において目的物の所有権を担保権者に移転するのは債権担保のためであるから、担保による利益を受けるのは担保権者だけである。したがって、譲渡担保においては、設定者は受益者にはならないという。確かに、設定者は、債務が履行されれば、いったんは担保権者に移転した目的物の所有権が再び自己に帰属するという利益を有してはいるが、当該利益を受けられることができるか否かは、債務が履行されるか否かという事情に係っている。そこで、このように設定者が利益を受けられることができるか否かが偶発的な事情に係っている状況では、設定者は、共同受益者として、初めから、受益者になっているとは考えられないという。

譲渡担保においては、設定者も、実行前は、第三者に目的物を処分されないという利益を有していることから、共同受益者として初めから受益者になっているととらえることも

不可能ではなかろう。しかし、信託においては、たとえ、受託者が受益者を兼任していても、財産管理者としての受託者の地位と利益享受者としての受益者の地位は截然と区別することができる。これに対して、譲渡担保にあっては、受託者としての地位と受益者としての地位（担保権者的地位）は不可分に結合して一つの財産上の地位を構成している(11)。換言すれば、信託にあっては、受託者は、信託財産の管理者として、自己に有利・不利にかかわらず、信託財産の所有者としての役割を担わなければならない。そのため、信託法は、受託者以外には、信託財産の所有者としての役割を担う者を予定していない。ただし、信託財産は、実質的には、他人に帰属すべきものである。そのため、信託法は、この観点から、受託者が所有者であることから導かれる結果に対して、修正を加えているわけである（対外関係については、たとえば、16条、31条、対内関係については、たとえば、23条、26条、27条、28条等）。これに対して、譲渡担保にあっては、確かに、担保権者に対して目的物の所有権は移転されるが、それは、担保権者に、まさに担保権者としての利益を享受せしめるためであり、目的物の管理者としての役割を期待してのことではない(12)。したがって、譲渡担保は、信託ではないと結論付けるべきであろう(13)。

四 信託法の譲渡担保への類推可能性

(1) 三で述べたように、譲渡担保は信託ではない。しかし、二で述べたように、四宮博士は、信託行為理論を媒介とすることによって、譲渡担保に信託法の条文を類推適用する理論的基盤を与えておられる。そこで、ここでは、譲渡担保をめぐる諸問題のいくつかを選んで、それらの問題の解決に際して、信託法中に類推適用が可能な条文が存在するか否かを検討することにする。なお、その際、譲渡担保について担保的構成に立った場合の処理についても言及することにする。ここで、担保的構成とは、譲渡担保の実質を重視して、譲渡担保権者を完全な所有者とせず、他方、設定者にも目的物について何らかの物権が帰属していると解する考え方である。なお、同じく担保的構成といっても、担保目的物の所有権の所在をめぐる大きく二つに分けることができる。すなわち、一つは、担保目的物の所有権は譲渡担保権者に移転することを認めたとうえで、ただ、それは担保の目的に応じた部分に限られ、残り（これを「設定者留保権」という）は設定者に留保されているとする考え方（「設定者留保権説」）であり、他の一つは、所有権はあくまでも設定者のもとにあり、譲渡担保権者は担保目的物について担保権を取得するにとどまっているとする考え方（「担保権説」）である。信託にあっては信託財産の所有権は受託者に移転することから、信託法の類推適用による処理と対比させる意味で、本稿においては、担保的構成のうち設定者留保権説に立った処理について述べることにする⁽¹⁴⁾。

(2) ① 譲渡担保の実行

譲渡担保の実行手続を考える場合には、以下の二点が重要である。すなわち、第一に、目的物の価額が被担保債権額を上回るときには、担保権者には清算義務が生ずるという点と、第二に、設定者は、被担保債権の弁済期到来によって、ただちに目的物の所有権を失うわけではなく、一定の時期まで被担保債権を弁済して目的物の所有権を受け戻すことができるという点である。判例・学説は、この清算義務の履行の確保方法および受戻権の存続時期について考慮を払いながら、譲渡担保の実行手続を構築してきた。しかし、信託法の条文中には、この局面において設定者の保護に資する条文は見当たらない。というよりも、信託法22条は、受託者が信託財産を固有財産とすること——譲渡担保に則していえ

ば、帰属清算方式による実行——を禁じているので、このような条文がないのは当然と言えよう(15)。

② 設定者と第三者との関係

(i) 担保権者による私的実行前の目的物の処分

譲渡担保の目的物が不動産の場合、所有権の登記名義は担保権者にあるため、担保権者が、自己の所有物であるとして、目的物を第三者に処分することがある。このとき、担保の構成に立つと、担保権者の所有権は、設定者留保権による制限を受けているので、第三者は、原則として設定者留保権のついた所有権を取得するにとどまる。そこで、第三者は、債務者が被担保債権を弁済すれば、所有権を失う。ただし、担保権者名義の登記を信頼した第三者は、民法94条2項によって保護される。

さて、信託法にあっては、このような状況にある設定者の保護に資する条文としては、同法31条が考えられる。同条によれば、受託者が信託の本旨に反して信託財産を第三者に処分した場合には、受益者は、相手方または転得者に対して、その処分を取り消すことができる。しかし、信託財産が信託の登記・登録制度のある財産の場合には、信託の登記・登録がないと、処分が信託の本旨に反したものであることに対する相手方または転得者の主観的態様にかかわらず、受益者は、当該処分を取り消すことはできない。すると、現実には、不動産譲渡担保の設定に際して、信託の登記がなされるということはありませんので、信託法31条を譲渡担保に機械的にあてはめると、設定者は、当該処分を取り消すことはできないことになる。したがって、不動産譲渡担保の場合には、信託法31条によっては、担保権者による不当処分から設定者を保護することはできないと言わざるを得ない。

(ii) 担保権者の一般債権者による差押え

譲渡担保の目的物が不動産の場合、所有権の登記名義は担保権者にあるため、担保権者の一般債権者が目的物を差し押さえることがありうる。この場合、設定者留保権説によれば、設定者は、設定者留保権に基づいて、第三者異議の訴え(民執38条)を提起することができる。しかし、一般債権者が登記名義を信頼して差し押さえた場合には、民法94条2項により保護されるとされている。

さて、信託にあっては、信託財産の所有権は完全に受託者に移転する。すると、受託者

の個人債権者であっても、信託財産を差し押さえることができるという帰結が導かれる。しかし、信託財産は、実質的には、他人に帰属すべきものであることから、信託法16条は、この帰結を修正すべく、その1項で、信託財産について信託前の原因によって生じた権利または信託事務の処理について生じた権利に基づく場合以外は、信託財産を差押えることはできない旨、また、2項で、1項に反して差押えがなされた場合には、委託者、受益者および受託者は、第三者異議の訴えを提起することができる旨、定めている。したがって、譲渡担保について、信託法16条を類推適用すると、設定者は、担保権者の一般債権者による差押えに対して、第三者異議の訴えを提起することができる(16)。ただし、信託法3条によると、信託の登記・登録制度のある財産については、信託の登記・登録を行わないと信託を第三者に対抗することができない。すると、この場合も、(i)で述べたと同様に、設定者は、現実には、信託法16条の類推適用によって、第三者異議訴訟を提起することはできないと言わざるをえない。

③ 譲渡担保権者と第三者

(i) 設定者による処分

動産の譲渡担保にあつては、目的物の占有は、通常、設定者の下にあるので、設定者が自己の所有物として、目的物を処分することがありうる。この場合、設定者留保権説によれば、相手方は、設定者が所有権者であることについて善意・無過失であれば、即時取得(民192条)によって、何ら負担のない所有権を取得する。これに対して、相手方が悪意あるいは善意であっても過失がある場合には、負担のない所有権ではなく、設定者留保権を取得するとどまと解される。

信託法は、委託者あるいは受益者による信託財産の処分の問題を、無権利者による処分一般の問題としてとらえられており、その解決を、民法等、信託法の外に委ねている。すなわち、信託法中には、委託者あるいは受益者による信託財産の処分を想定した条文、換言すれば、設定者による目的物の処分という状況に類推適用できる条文は、存在しない。信託にあつても、委託者あるいは受益者が信託財産たる動産を処分した場合には、即時取得の問題となり、相手方は、即時取得が成立すれば目的物の所有権を取得するが、成立しない場合には、何らの権利も取得しないことになる。

(ii) 設定者の一般債権者による差押え

動産の譲渡担保にあっては、目的物の占有は、通常、設定者の下にあるので、設定者の一般債権者が目的物を差し押さえることがありうる。この場合、設定者留保権説に立つと、担保権者は、第三者異議の訴えを提起できるのか、あるいは、配当要求ができるにとどまるのかについては、議論があるところである。

ところで、信託にあっては、信託財産の所有権は完全に受託者に移転することから、委託者あるいは受益者の一般債権者は信託財産を差し押さえることはできないという帰結が導かれる。そして、(i)で述べたと同様に、信託法は、委託者あるいは受益者の一般債権者が信託財産を差し押さえることに伴う問題を、信託法に固有の問題としてはとらえていないので、委託者あるいは受益者の一般債権者による信託財産の差押えを想定した条文は有していない。この場合、受託者は、民事執行法38条にしたがって、債権者に対して、第三者異議の訴えを提起することができる。

④ 設定者の倒産

担保権者が目的物の所有者であることを重視すれば、設定者について開始された破産あるいは会社更生手続において、担保権者は、目的物について、取戻権（破87条、会更62条）を有することになりそうである。しかし、担保的構成によれば、譲渡担保権者は、担保権者として処遇すれば充分であることから、他の担保権者と同様に、破産においては別除権者（破92条）、会社更生においては更生担保権者（会更123条）として処遇すればよいと解されている⁽¹⁷⁾。なお、別除権は、破産手続外で行使できるので、破産の場合には、譲渡担保権者に対して、取戻権（87条）ではなく、別除権しか認めなくても、實際上、あまり差はない。これに対して、会社更生の場合には、更生担保権者は更生手続内では権利行使が許されないので、取戻権か更生担保権（123条）かによって、大きな違いがもたらされる。これに対して、信託法中には、委託者あるいは受益者が倒産した場合に関する条文は存在しない。信託にあっては、委託者あるいは受益者が倒産しても、それによってただちに、受託者の権利義務に変動が生ずることはない。

⑤ 担保権者の倒産

担保権者について、破産手続が開始された場合、破産法88条は、破産者に対する譲渡が

担保目的であったことを理由として、目的物を取り戻すことはできないと規定しており、会社更生法も同様の規定をおいている（63条）。しかし、担保的構成は、これらの規定は、譲渡担保権者は、目的物の完全な所有権を取得するとする古い考え方に立脚するものであり、譲渡担保権者が倒産しても、設定者の地位には何らの変動もなく、設定者は被担保債権を弁済することによって、目的物を取り戻すことができると解している。

さて、受託者が倒産した場合、信託財産は受託者個人の倒産財団を構成するか、それとも、受託者個人の倒産財団に属することはなく、取戻権に服するのか。信託法は、この点に関して明文の規定をおいていない。しかし、信託法16条は、受託者個人の債権者による信託財産の差押えを禁止していることから、信託法は、信託財産が受託者個人の債権者の引当となることを否定していると解することができる。したがって、受託者が倒産した場合も、信託財産は、受託者個人の倒産財団に属することはないと解される。ところで、受託者の破産の場合、信託法によれば、受託者の任務は終了する（42条1項）ので、受託者は信託財産の所有者ではなくなる（50条）。しかし、次に、誰が、信託財産の所有者となるかについては、信託法からは判然としない。この点、信託が継続する場合には、新受託者が選任されるので（49条1項）、その者が、信託財産の所有者となる。これに対して、信託自体が終了する場合には、信託財産の帰属権利者（61条、62条）が信託財産の所有者となる。これを、倒産法に引きなおして言えば、新受託者あるいは信託財産の帰属権利者が取戻権者となるということになる。

さて、今、述べたように、受託者の倒産に際して、信託が終了しない場合には、新受託者が取戻権を有することになる。そこで、受託者の倒産に際して、信託が終了しない場合の信託法の処理を譲渡担保にあてはめると、次のようになる。すなわち、新担保権者が選任され、この新担保権者が取戻権を行使することになる、と。しかし、譲渡担保にあっては担保権者が倒産しても、担保権者（債権者）と債務者間の債権債務関係に変動が生ずることはないことから、この結果は、非常に奇妙と言わざるをえない。

五 さいごに

四でみたように、信託法の条文中には、譲渡担保をめぐる問題について類推適用可能なものは存在する。すなわち、信託においては、受託者に、その経済目的以上の権利を与えており、実質と形式が乖離していることからこの乖離を埋めるための条文が存在している。それらは、受託者あるいは受託者側の第三者が、受託者が実質的にも所有者であるとの前提に立って行動した場合に関する規定である。譲渡担保をめぐる問題に類推適用可能なのはこれらの規定である。しかし、反対に、信託法は、委託者、受益者あるいは委託者、受益者側の第三者が、委託者、受益者が信託財産の所有者であるとの前提に立って行動した場合に関する条文は有していない。したがって、信託法は、設定者と担保権者側の第三者間の紛争の解決には役立つが、担保権者と設定者側の第三者間の紛争の解決のためには役立たない。すなわち、信託法の条文で、譲渡担保に関するすべての問題がカバーできるわけではない。さらに、四⑤のように類推適用すると、かえって、奇妙な結論が導かれる条文も存在する。そのため、信託法の条文の類推適用によって譲渡担保に関する問題を解決しようとする、「この条文は類推適用すると便利だから類推適用しよう。しかし、あの条文は、類推適用するとまずいから、やめておこう」という具合に、きわめて、便宜的な処理を行わざるをえなくなる。このことは、わが国において、信託は実定信託法を越えた法理として存在しているのか、あるいは、信託とは何かという根源的な問題を提起している。筆者は、現在のところわが国においては、信託は、あくまでも、所有権の移転を伴う財産管理という一つの制度として他からの独立性を有しており、したがって、私法の様々な局面において法理として機能するものではないと考えている。そこで、三でみたように、譲渡担保は信託ではない以上、信託法の条文の類推適用によって、譲渡担保に関する問題を解決しようとするのは妥当ではないと言えよう。確かに、譲渡担保にあっても、担保という経済的目的のために、所有権の移転という過大な法形式がとられているために、信託と同様に、両者の調整が必要になる。しかし、その調整は、信託行為という中間概念を介在することなく、端的に、担保としてどのように構成したらいいのかという、担保物権法の枠内で処理すべきであろう。

四宮博士は、信託行為理論を媒介とすることで、譲渡担保に関するかつての所有権的構

成——譲渡担保権者は、目的物の完全な所有権者となり、設定者に対しては、目的物を担保の目的を越えて行使しないという債権的拘束を負うにすぎない——を打破しようとした。すなわち、信託行為理論は、古い所有権的構成から担保的構成に至る過程における過渡期において、その役割を果たしたと評価することができる。しかし、担保的構成が正面から認められた今日においては、信託行為理論は、その役割を終えたというべきであろう。譲渡担保は、端的に担保として、その法的処遇を考えるべきであり、信託行為という不明確な中間概念を介在させる必要は、もはやない、否、妥当ではないというべきであろう。

〔注〕

- (1) 四宮和夫・信託法（旧版）はしがき3頁。
- (2) 以下は、四宮和夫・総合判例研究叢書民法（17）譲渡担保からの引用であるが、わずらわしいので、一々の引用は省略する。
- (3) 具体的には、たとえば、設定者による目的物の処分（動産譲渡担保の場合）、担保権者による目的物の処分（不動産譲渡担保の場合）、設定者の一般債権者による目的物の差押え（動産譲渡担保の場合）、担保権者の一般債権者による目的物の差押え（不動産譲渡担保の場合）あるいは設定者または担保権者の倒産の場合に、設定者または担保権者にいかなる権利が与えられるかという問題である。

なお、四宮博士が総合判例研究叢書民法（17）譲渡担保を執筆された後の判決である、最判昭和41年4月28日民集20巻4号900頁は、設定者について会社更生手続が開始された場合、担保権者は更生担保権者（会更123条1項）として処遇されるとして、その取戻権（会更62条）を否定した。また、下級審判決ではあるが、東京高裁昭和46年7月29日判時640号45頁は、担保権者が目的物を処分した場合、悪意の譲受人は、完全な所有権ではなく、譲渡担保権を取得するととどまると判示した。さらに、東京高判昭和50年4月24日金法457号15頁は、譲渡担保権者が目的物を処分した場合、譲受人は、悪意でない限り、目的物の所有権を取得すると判示した。
- (4) 信託行為の詳細については、四宮・信託の研究4頁以下、101頁以下参照。なお、信託行為という語は、信託を設定する当事者の行為の意味で用いられることもある（例 信託法4条、7条、8条1項但書）。
- (5) ドイツにおける信託行為理論は、譲渡担保を機縁として発展した。すなわち、ドイツにおいては、かつて、譲渡担保（買戻付売買）は質権の脱法行為として無効とされていたところ、コーラー（Kohler）は、担保目的で行われる買戻付売買を分析し、これは、経済目的のためにある法形式が用いられたものであって、虚偽行為とは区別されるべき隠匿行為であるとして、その有効性を主張した。その後、レーゲルスベルガー（Regelsberger）は、この隠匿行為について、一定の経済的・社会的効果を得るために過大な法形式が採用されたものであり、当事者はこの法形式を約定目的のためにのみ使うという義務を負っている関係にあるものとなし、この関係を、ローマ法の*fiducia*に因んで、信託行為（*Fiduziarisches Geschäft*）と名付けた（近江幸治・担保物権法313頁）。ドイツにおいては、信託行為理論は、今、述べたように、まず、譲渡担保を有効視する手段として機能し、次いで、譲渡担保の担保権純化のための機能を果たした（近江・担保制度の研究104頁）。
- (6) 本稿において「信託」とは、信託法1条の定義にあてはまる行為をいう。
- (7) 四宮・信託法〔新版〕10頁。
- (8) 譲渡担保の法的構成に関する諸見解を整理するに際して、四宮博士の信託的譲渡説は、所有権的構成に分類されている。確かに、博士は、譲渡担保の設定によって、担保目的物の所有権は債権者たる譲渡担保権者に移転すると考えておられることから、博士の信託的譲渡説は、所有権的構成に分類することができよう。しかし、本文で述べたように、博士は、譲渡担保権者は、設定者に対して、債権的拘束を受けるにとどまるものではないと考えておられる。さらに、博士は、譲渡担保

は、最終的には、担保という実質にふさわしい法的処遇が与えられるべきであり、したがって、所有権的構成を譲渡担保の法的構成についてのあるべき姿ではなく、単に、過渡的状況として位置づけておられる。

- (9) たとえば、遊佐慶夫・信託法制評論15頁以下、岩田新・信託法新論32頁・102頁以下。
- (10) 四宮・前注(7)123頁。
- (11) 四宮・前注(7)13頁。
- (12) たとえば、工作物責任の場合、信託であれば、受託者は、民法717条1項但書が定める工作物責任を免れることはできないであろう。これに対して、譲渡担保の場合、担保権者に717条但書の責任を負わせるべきか否かは、一個の問題となる。なお、この問題を考えるに際しては、登記は、担保権者名義になっていることから、被害者に被告探しの負担を負わせることは妥当か否かということも考慮に入れる必要がある。
- (13) フランスの信託法案においては、信託の核心は、受託者の資産中において、財産の独立した集団を構成することにあるととらえられている。したがって、譲渡担保は、担保のための信託として信託利用の一形態とされている。さて、担保のための信託にあっては、担保権者は受託者と受益者を兼ねるために、信託法案2062条は、「信託が担保の目的のために締結されたときは、受託者は、契約で定められた条件にしたがって受益者となることができる」と定めている。
- (14) 設定者留保権説にも、所有権はまず、債権者に移転し、その後、所有権マイナス担保権が設定者に移転すると構成する説と、当初より、債権者には、所有権マイナス設定者留保権のみが移転すると構成する説がある。本稿においては、後者の説に立って、論を進めることにする。
- (15) 本文とは異なり、担保のために、目的物の所有権を、債権者ではなく、第三者に移転することが考えられる。たとえば、Aが、自己所有の甲不動産を担保にして、Bから融資を受けようとするに際して、通常の譲渡担保であれば、Aは、Bに、甲不動産の所有権を移転する。これに対して、Aが、甲不動産の所有権を、Aが債務を完済すればAに戻し、逆に、完済できないときには、Bに移転するという定めの下に、Cに移転することが考えられる。この場合は、Aを委託者兼受益者、Bを受益者、Cを受託者とする信託としてとらえることができる。この場合、担保の実質に沿って、信託の内容を変容させることができるかが問題となる。たとえば、信託条項において、単に、「Cは、甲不動産の所有権を、Aが弁済期までにBに対して債務を完済した場合には、Aに移転し、Aが弁済期を待過した場合には、直ちに、Bに移転する」と定めてあった場合に、Aに清算金を確保させ、また、弁済期後も、Aの受戻権を存続させるべく信託条項を変更することができるかである。しかし、AとBは両方とも受益者であるため、信託の枠組みの中で、Bの犠牲において、一方的にAを保護することは可能であろうか。
- (16) 信託法16条は、受託者にも第三者異議の訴えの提訴資格を認めている。そこで、信託法16条の類推適用によると、設定者だけではなく、担保権者も、第三者異議の訴えを提起できる。すなわち、受託者は、個人としては債務者であるため、第三者異議の訴えを提起することはできないが、四宮博士の言を借りれば、機関としての受託者の資格によって、第三者異議の訴えの提起が許されるというわけである。これに対して、設定者留保権説によれば、担保権者は受託者のような二重の資格

を有しないため、担保権者が第三者異議の訴えを提起することは許されないと解される。
(17) 最判昭和41年4月28日（行（3））参照。

預けられた金銭について

中 出 裕 康

目 次

- 一 はじめに
- 二 当事者間の問題
 - 1 検討の対象と視角
 - 2 金銭を預かった者の義務——民法上の諸類型と信託
 - 3 考 察
- 三 第三者との関係
 - 1 当事者間の法律関係と対外関係
 - 2 保管者が現金で保管する場合
 - 3 保管者が金銭を預金した場合
- 四 結 び

一 はじめに

谷口知平教授は、かつて「委任関係における受領物とくに金銭の所有帰属」について、次のように述べられた。①AからBがCに渡すために受け取った金銭や、Aの委任事務を行う過程でBがCから受け取った金銭の所有権の帰属は、委任や寄託の従来法理では、ABCの意思を基準にして決められる。②しかし、金銭の所有は占有に伴うという今日一般的な学説によれば、それは占有者であるBに帰属することになる。そこで、ABCのいずれかが破産した場合、A又はCに所有を認めようとするときには、Bは占有補助者にすぎないと認める解釈技術が用いられる。③これに対し、信託法理によれば、Bの所持する金銭について、Bは legal ownership を、A又はCは beneficial right をもつということで処理される。これは「法解釈への信託法理の応用」の一例である(1)。

このような信託法理は、金銭が価値の体現者であることを強調する学説(2)に対し、金銭の「物」的な面を再評価する近年の学説(3)の方向を支持することになる。つまり、③の指摘は、②の学説を相対化するとともに、これに代わる、金銭の性質に関する新たな学説を援護する機能をもつ。ところで、②の学説も新たな学説も、いずれも金銭の性質に着目し、そこから論を進める(金銭アプローチ)。これに対し、③によって指摘された②の問題点を解決するためのもう一つの方法として、①の「従来法理」を再評価することも考えられる。金銭は価値か物かという議論は確かに興味深いが、どちらかに決定し、そこから全ての問題について演繹的に考える方法は一面的になりがちである。まず当事者の法律関係を検討し、その中で③の法理を活かしようとする場面を考えるという方向もあるのではないか(法律関係アプローチ)。

本稿は、預けられた金銭に関する法律問題について、金銭の性質論だけではなく、金銭の授受された当事者間の法律関係を重視すべきであるという観点から、いくつかの検討を試みる。預けられた金銭というのは、本人Aから保管者Bが預かった金銭だけでなく、AのためにBが第三者から取得し保管する金銭をも含む。ところで、従来、議論が集中しているのは、Bからの転得者やBの債権者とAとの利害の対立である。それが重要な問題であることは間違いない。しかし、本稿では、本人Aと保管者Bとの間の問題に重点が置かれる。前述の問題意識からすれば、まずは当事者間の法律関係を検討し、次にそれが第三

者にも及ぶのかという順序で論じるのが適当だと考えるからである。

二 当事者間の問題

1 検討の対象と視角

当事者間の法律関係による相違は、金銭を預かった者の義務と責任において端的に現れる。民法典は、本人のために金銭を預かる者の義務と責任について、委任・後見・寄託等の部分で若干の規定を置いている。保管者の義務・責任はそれぞれ少しずつ異なるが、その横断的な比較検討は、最近になって一般的な形でなされ始めたばかりである⁽⁴⁾。本稿は、各種の法律関係における金銭の保管について、3つの視角から検討したい。第1は、保管者が預かった金銭を本人に引き渡す義務とその不履行に対する責任である（引渡義務）。第2は、保管者が預かった金銭を自己のために消費した場合の責任である（消費責任）。第3は、保管者が預かった金銭を適切に管理し運用する義務とその不履行に対する責任である（管理運用義務）。これらの視角を設定することにより、各種の法律関係の相違を示しうるとともに、3つの義務・責任の性質の相違をも示しうるのではないかと考えている。まず、委任についてやや詳しく検討し、他の諸類型も検討した後、信託に進む。

2 金銭を預かった者の義務——民法上の諸類型と信託

(1) 委任

a 引渡義務 受任者が保管する金銭の引渡義務は、民法646条1項が規定するが、これに違反した場合についての特別規定はない。受任者は、債務不履行の一般原則により損害賠償義務を負う（同415条）が、金銭債務なので賠償額は法定利率により定まる（同419条1項）。損害金がいづから付されるかは、履行期がどうであるかによって定まる（同412条）。

ここでは保管金が滅失した場合が問題となる。古い大審院判決に、受任者が第三者から受け取った金銭につき、当事者間では特定した物と同視すべきだから、受任者の帰責事由の有無によって異なるというものがある（大判明治34年3月5日民録7輯3巻13頁）。しかし、学説はこれに批判的であり、受任者は帰責事由の有無にかかわらず受け取った金額

を返還する義務を負う、但し民法650条3項の類推により免責される場合がある、という見解が有力である(5)。

結局、引渡義務は委任特有のものではなく、受任者は単なる金銭債務を負っているにすぎないが、若干の免責の可能性があるというに留まる。

b 消費責任 受任者が自己のために金銭を消費した場合、民法647条により、受任者は消費した日以後の利息を支払い、なお損害があればその賠償責任を負う。本条については、いくつかの問題があり、議論が錯綜している。まずは、条文の沿革を検討しよう。

民法647条は、旧民法財産取得編242条を経て、フランス民法1996条1文に遡る(6)。但し、1つ違いがある。それは、日本民法は、委任者に利息相当額以外に損害がある場合、それをも賠償させることである(647条2文)。この点を少し詳しく検討しよう。これはボアソナードが創設した規定が維持されたものである。ボアソナードは、次のように説明する。受任者が委任者の計算においてある金額を受領したときは、受任者はそれを寄託によって、少なくとも不規則寄託によって保有すると考えられるので、その金額を自己の利益に使用してはならない。もし使用した場合は、受任者に弁済能力があり、信賴を濫用したという疑いが排斥される場合であっても、その利息の支払義務があるというのが自然である。一般原則では、金額に対する利息は合意によってしか課せられないが、他人の金銭の使用において非行(faute)がある場合には、法律によって合意が補われ、使用の時から当然に利息が付けられる。利息は、原則として法定利息であるが、会社や寄託におけるのと同様、例外として、資金の違法な使用が委任者に通常の利息の喪失以上の多大な損害をもたらしたと委任者が証明する場合には、より十分な損害賠償が付与されうるだろう(7)。旧民法財産編391条1項は、金銭債務の遅延賠償は法定利息によるが、法律の特例ある場合はこの限りでないとしていた。会社・寄託・委任の各規定は、この特例にあたる。責任が加重される理由は次の通りである。会社の社員が自己の営業のために会社資本から引き出した金額(財産取得編135条2項)については、会社が社員の共通の利益を実現するために形成されるものであることが理由とされる(8)。受寄者が故意に受寄物を消費した場合(同214条3項)については、故意という非難すべき態様によることが強調される(9)。委任の場合の加重責任はむしろ当然視されている。

法典調査会における起草者の説明も同様である。まず、利息については、受任者が期限内に消費したが本人に損害を及ぼさない場合でも、支払が求められる。その理由は、受任

者が自分のために使うことは通常許されない（富井）、期限には返せると思っても当てが外れることがあるので、両替は良いが消費は許されず、その金額はいつも保存しておかなければならない、受寄財物費消は刑法でも悪いことになっている（梅）、消費してはならないということが本条の裏にあり、消費した場合にはその日から利息を払わなければならない（穂積）からである。次に、損害については、消費の有無を問わず、期限に履行しないことによって初めて生じるという意見に対し、期限前には損害が生じていなければ賠償は起こらないというに過ぎない（梅）、実際に本条が適用されるのは期限が来たのに返せないときだが、その原因が消費である場合の規定である（穂積）と説明する。なお、本条は、受任者が忠実に義務を履行しなければならないことに基づくが、別段の定めを許すものであり、委任者が承諾すれば、受任者はその金を使ってもよいという（富井）。これに対し、金銭はその性質上どの金銭かは問題とならないから、受任者が使用しても期限に支払さえすれば義務違反にならないという意見が出された（横田國臣・土方寧）。しかし、起草者は消費自体が悪いとして斥けた⁽¹⁰⁾。このように、ボアソナード及び現行民法起草者は、受任者は自己のための消費が禁じられていて、それに反した場合、常に利息の支払義務を負い、更に損害賠償義務を負うこともあったと考えていた。

ところが、その後、これとは異なる理解をする学説が有力になる。即ち、「自己ノ為メニ消費スル」というのは、受任者の資産その他の事情からみて、同額の金銭を委任者に返還し、又は委任者のために支出することが不能もしくは困難となる事情がある場合に限定されるという見解である。この見解は、647条が「金額」という語を用いているのはそれを示唆するともいう⁽¹¹⁾。

しかし、このような限定は、起草者やボアソナードの見解とは異なるものであり、本条の趣旨を却って不鮮明にすると思う。起草者たちの説明を素直に受け止めると、本条の根底にある一つの思想が浮かび上がってくるように思う。それは、受任者の忠実義務と呼びうるものではないだろうか。従来、民法典の委任の節には忠実義務に関する直接の規定はないといわれてきた⁽¹²⁾。しかし、忠実義務の内容が、本人の利益と保管者の利益とが衝突するような地位に身を置かないこと、保管者が事務の処理に際して自ら利益を得てはならず、また、第三者の利益を図ってもならないこと⁽¹³⁾であるとすれば、受任者が保管金を自己のために消費してはならないということは、まさにこの義務の現れであるといえよう。金銭を消費した受任者が民法419条の原則よりも加重された責任を負うことも、この

義務によって説明できる。法典調査会における富井委員の「受任者ハ第一ノ義務トシテ忠実ニ義務ヲ履行シナケレバナラヌ」という発言は、起草者が忠実義務という言葉善管注意義務と厳密に区別して用いているわけではないので、それだけでは決め手とはならないが、ポアソナードの説明を参照し、また、梅博士が本条は自己の為に消費した受任者に対する「制裁ヲ定メタルモノナリ」と言っていること(14)をも併せ、このように解したい(15)。647条が「金額」という言葉を用いている点は、特に重視する必要はない(16)。

c **管理運用義務** 民法646条1項2文が収取した果実も委任者に引き渡すべきことを規定していること、644条が善管注意義務を規定していることから、受任者が保管する金銭を管理するだけでなく、適切に運用すべき場合もありうるということが伺われる。管理方法については、一般的な善管注意義務を定めた644条が適用され、適切に運用すべきであるのに箚筭預金をしていた場合には同条違反として債務不履行責任を負うと解するのが、起草者以来の通説である(17)。つまり、預金をしなかったということは、647条の消費責任とは別の問題である(18)。具体的な管理方法は、契約によって定まる。この義務に違反した場合には、一般の債務不履行の規定によって損害賠償義務が発生する。

d **小括** 以上をまとめると、委任において、引渡義務は単なる金銭債務であり、消費責任は忠実義務により加重された責任であり、管理運用義務は善管注意義務の一態様である、ということになる。

なお、委任に関する規定のうち民法644条、647条等は、不在者の財産管理人等、家庭裁判所の選任する財産管理者に準用される(家事審判法16条)。

(2) 後見

a **引渡義務** 後見人が被後見人に返還すべき金額には、後見の計算の終了した時から利息をつけなければならない(民法873条1項)。本条は、弁済期を明確にするための規定であり(19)、明治民法940条1項、旧民法人事編210条に遡る。更に、フランス民法474条にも同様の規定がある。これは金銭債務であり、民法419条の適用を受ける(20)。

b **消費責任** 後見人が被後見人の金銭を消費した場合については、民法873条2項が、同647条とほぼ同じ規定を置く。本条は明治民法940条2項で初めて規定されたものである。起草者はこういう。これは「事理ノ当然」のことだが、規定がないと、後見人が消費した場合も1項によって後見の計算終了の時から利息を付せば足りるとの解釈が生ずる恐

れがあるので明示した。この場合につき、旧民法第1草案・第2草案はベルギー民法草案に倣って利に利を付けることとし、また、プロシア後見法は通常よりも重く8分ないし2割の利率とするが、それらは酷に失する。損害賠償は別として、利息としては通常通りでよく、ドイツ民法草案等に倣い、このようにした⁽²¹⁾。損害賠償については、後見人が金銭を消費したため、被後見人の不動産を廉価に売って一定の費用に当てることを余儀無くされたという場合に、不動産の相当価格と売買価格との差額がそれに当たるといふ例があげられる⁽²²⁾。この責任は、債務不履行責任ではなく不法行為責任であるといわれる⁽²³⁾。

金銭消費による損害賠償の性質について、委任においては忠実義務が根底にあると述べた。後見では不法行為責任であるとしても、過失の前提となる行為義務について、やはり後見人の忠実義務を観念しうると考える⁽²⁴⁾。

c **管理運用義務** 民法869条は、後見人に644条の善管義務の規定を準用する。ここから適切な管理運用をすべき義務が導かれよう。

なお、旧民法人事編191条・明治民法927条は、被後見人のために得た金銭を寄託する義務を後見人に課していた。これは、危険を免れ、かつ、利息を生ぜしめるためであった⁽²⁵⁾。しかし、昭和22年改正の際、この規定は削除された。後見事務の監督を定める現863条の運用に委ねるといふ趣旨である⁽²⁶⁾。

(3) 寄託

a **引渡義務** 受寄者は、返還時期に受寄物を返還しなければならない。返還時期の定めがある場合も、寄託者はいつでも返還請求できる（民法662条）が、信義則が働く⁽²⁷⁾。寄託でも委任の規定が準用され、受寄者は受け取った金銭等を寄託者に引き渡す義務を負う（665条,646条）。引渡義務の不履行については、特則はなく、委任と同様、一般原則による。

b **消費責任** 寄託においても、委任と同様、金銭を消費した受寄者は、消費した日以後の法定利息を支払うほか、なお損害があるときは、その賠償をしなければならない（民法665条,647条）⁽²⁸⁾。本条は、旧民法財産取得編214条,215条を修正したものである⁽²⁹⁾。

もっとも、委任とは次の2つの相違がある。第1は、本人が消費を認めた場合の帰結である。委任の場合には、別段の合意が認められる（富井。前掲(1)b）が、寄託にあっては、受寄物の使用に関する民法658条1項が適用されるのではなく、消費寄託に性質が変

わる。金銭を特定物（封金）として寄託した後に寄託者が処分の承諾をしたときは、その時から消費寄託に変更すると解されている⁽³⁰⁾のもその帰結である。つまり、委任においては消費の許諾は委任という契約類型の内部で処理されるのに対し、寄託にあっては異種の契約（消費寄託は消費貸借の規定がほとんど準用される）になる。第2は、受寄者の金銭消費の場合に民法419条の原則よりも責任を加重する根拠がはっきりしないことである。旧民法では、受寄者の加重責任の根拠として、その故意という態様の非難可能性が強調されていた（前掲(1) b 参照）が、現行民法でその要件がはずされた。また、委任では、受任者の裁量の広汎性から忠実義務を導きうるとしても、債務内容が具体的に明確な寄託においてもそういえるか微妙である。起草者の説明もなく⁽³¹⁾、明らかでないが、ここでも寄託者が受寄者を信頼して寄託することから、なお弱い忠実義務の存在を認めうるのではなかろうか。

○ **管理運用義務** 民法644条の善管注意義務は、寄託には準用されていない。有償寄託又は商法上の寄託では善管注意義務が課せられ（民法400条、商法593条）、無償寄託では自己の財産におけると同一の注意義務が課せられる（民法659条）が、他方、寄託者の承諾がなければ受寄者は第三者に保管させることもできない（同658条1項）。従って、寄託契約からは管理義務は生じるが、運用義務は当然には生じないと解されよう。

（4）消費寄託

a **引渡義務** 消費寄託においては、ほぼ消費貸借の規定が準用される（民法666条）ので、履行期に返還すべきことになる。それを怠った場合については、一般原則による。

b **消費責任** 消費寄託では、消費できることが前提となるので、消費したことによる責任はもちろん生じない。

もっとも、民法666条の成立過程には、紆余曲折があった。このような規定は、当初の起草者原案にはなかった。しかし、法典調査会で寄託に関する起草者原案が審議された際、金銭についてそれを適用するのは適当ではないということになり、起草者は新たに次の条文案を作成した。「代替物ヲ以テ寄託ノ目的ト為シタルトキハ消費貸借ニ関スル規定ヲ準用ス（但書省略）」。富井委員が趣旨を説明し、寄託は借主の利益を予想する貸借とは異なるが、目的が代替物である場合には、それを使用してよいというのが当事者の意思であると述べた。しかし、梅委員は、補足して、代替物であってもそのまま保存しておく

というのが当事者の意思である、従って、ここで代替物という言葉を使うことには自分は不賛成である、それはドイツ民法草案の代替物⁽³²⁾の概念とは異なり、当事者の意思が消費してもよいという場合を意味するつもりであると述べた。この説明に対し、原案の文言からは梅委員のいうようには読めない、代替物の寄託であっても、受寄者が消費することは、刑法上の問題があり、日本の慣習に反するという意見が出た。また、金銭の寄託の場合については、受寄者の消費を許すという見解と許さないという見解が対立した。そこで、原案の表現にもともと不賛成であった梅委員が、目的物の性質から規定するのではなく、当事者の意思を基準とする修正案を提出し、これが支持されて現行規定のようになった⁽³³⁾。

この規定に先立ち、旧商法（明治23年法32号）617条は「契約又ハ商慣習ニ依リ使用権又ハ処分権カ受託者ニ属ス可キ方法ヲ以テ代替物ヲ寄託シタ」場合には、所有権及び喪失・毀損の危険は全て受託者に移転すると規定し、同619条は「反対ノ明約ナキトキハ封セサル金銭又ハ貴金属ノ寄託物ハ常ニ受託者ノ所有物ト看做シ（後略）」と定めていた⁽³⁴⁾。つまり、従来、目的物の代替性、当事者の合意、慣習、所有権の帰属等の概念が錯綜し複雑になっていたのであり、法典調査会原案も同様であったが、梅修正案は、当事者の意思のみを基準とすることにし、簡潔にしたわけである⁽³⁵⁾。

しかし、その後の学説では、消費寄託においては、受寄者が目的物の所有権を取得することを強調することが再び有力となった。その結果、寄託においては、寄託者は物権的請求権をもつが、消費寄託においては債権的返還請求権を有するに留まるといわれるようになる⁽³⁶⁾。この見解と、金銭の所有は占有と一致するという学説とが交錯し、議論は再び複雑になった。「封金」という概念は、それを解決するために用いられる⁽³⁷⁾が、その内容は曖昧であって、本質的な解明をなすものではない。666条が当事者の意思を基準としたことの意味を再評価すべきではなからうか。

- **管理運用義務** 管理運用義務は、どの立場をとっても生じない。

(5) 信託

以上の民法上の諸制度に比べると、信託法の規定は独特である。

a **引渡義務** 信託においては、信託存続中の受益者に対する給付義務の問題と、信託終了の際の帰属権利者への信託財産の移転の問題とが明確に区別されている。後者につい

て、信託法は、帰属権利者への信託財産の移転につき63条を置くが、その遅滞については明確ではない(38)。恐らく、2つの局面を通じて、受託者の違法な行為について、受託者個人が責任を負うと解されよう(39)。その内容は、民法上の債務不履行責任である(40)。なお、アメリカでも、受託者の利息支払義務が認められている(41)。

b 消費責任 信託法22条は、受託者が信託財産を固有財産とし又は信託財産について権利を取得することを禁じている。これは忠実義務を表明するものであり、信託財産たる金銭を借り入れることは、信託の本質上絶対に許されないといわれる(42)。これに反する規定は無効というのが従来通説であり(43)、受託者は信託財産に対し不当利得返還義務を負う(44)ほか、損失填補義務(同27条)(45)、裁判所・主務官庁の処分(信託法41条2項・69条2項)、解任(同47条)等の効果が生じうる。但し、損失填補義務と民法419条との関係は明確ではない。

c 管理運用義務 受託者は善管注意義務を負い(信託法20条)、適切な管理運用をする義務を負う。それを怠ると損失填補義務を負う(同27条)。金銭については具体的な方法が規定されている(同21条、勅令5条、信託法28条但書。更に信託業法等で詳細な規定がある)(46)。

3 考 察

以上の分析をまとめたのが別表(次頁)である。これを参照しつつ検討しよう。まず、3種の義務・責任のそれぞれについて、各種の法律関係を横断的に比較して考察する。次に、3種の義務・責任の性質自体を比較し考察する。

(1) 各種の法律関係の比較

a 引渡義務 保管者が金銭を引き渡す義務は、法律関係の継続中と終了時に問題となりうる。委任・後見・寄託・消費寄託においては、この区別は必ずしも明確にされず、主として後者について検討されている(後見は条文も「終了」の節にある)。信託では、両者は明確に区別され、前者に関する検討も進んでいる。継続中と終了時とでは現れる問題にも違いがあり、民法においても区別することが有益であろう。もっとも、この義務の違反は、いずれにせよ金銭債務の債務不履行という一般的なものであり、法律関係いかに

【別表】

	委任	後見	寄託	消費寄託	信託
引渡義務 引渡義務 不履行責任 起算点 割合	民646 損害賠償 民415 民412 法定利率 民419, 404	民873 ① 利息 民873 ① 計算終了時 民873 ① 法定利率 民419, 404	民665, 646 損害賠償 民415 民412, 民662, 1 ② 法定利率 民419, 404	民666 損害賠償 民415 民412, 民666 但書 法定利率 民419, 404	信託19, 63等 受託者の債務 不履行責任・ 信託法上の措 置
消費責任 利息 損害	消費日以後 民647 制限なし 民647	消費時から 民873 ② 制限なし 民873 ②	消費日以後 民665, 647 制限なし 民665, 647	—	不当利得返還 信託22 損失填補 同27 解任 同47等
管理運用義務 管理義務 運用義務	善管注意義務 民644 善管注意義務 民644	善管注意義務 民869, 644 善管注意義務 民869, 644	有償か商事か で異なる 民400, 659, 商593	— —	善管注意義務 信託20, 21, 勅 令 5, 信託28 但書, 業法 善管注意義務 信託20, 21, 勅 令 5, 業法

よる本質的相違はない。

b 消費責任 これに対し、保管者が預かった金銭を自らのために消費した場合の責任は、法律関係によって大きく異なる。その相違は、金銭の所有権の帰属と必然的に結びつくものではない。そのことは、寄託と消費寄託に関する旧商法の規定から法典調査会を経て現行法へと至る議論の過程に現れているし、消費寄託と信託とはいずれも所有権が保管者に移転するのに、保管者の消費責任が全く異なることから明らかである。保管者の金銭消費責任は、金銭の性質やその帰属からではなく、当事者の意思によって定まる問題であるといえよう。

他方、いくつかの法律関係を通じて共通することもある。委任・後見・寄託において、

通常の金銭債務の不履行（民法419条）とは異なる重い責任が保管者に課せられていることの理由として指摘した、忠実義務の存在がそれである。ここからは、受託者が忠実義務を負う信託においても、民法647条を類推適用することが考えられる。この点は、(2)で更に検討する。

○ **管理運用義務** 管理運用義務は、善管注意義務の一態様として説明することができる。その具体的内容は、法律の規定又は合意によって定まる。旧民法・明治民法下の後見人に関する規定や信託法は、これを法定する。他に、保険代理店の保険料保管について、かつてそのような規定があった（1996年の新保険業法施行以前の募取法12条）が、現在では行政指導の下での合意に委ねられているようである⁽⁴⁷⁾。外国では、フランスにおいて、弁護士や公証人など顧客の資金を取り扱う一定の職業的受任者について、顧客の資金を分別し、自己の財産及び自己の債権者から分離するため、特別の預金に払い込むことを義務づけるデクレがある⁽⁴⁸⁾。その義務が合意によって発生することもある⁽⁴⁹⁾。また、ドイツ民法は、後見人の金銭投資義務について具体的に規定する（1806条以下）。この問題は、第三者との関係にも影響する。法律関係の種類に応じて、基本的な金銭の管理運用方法の基準を設定し、それを一定の要件の下に第三者にも及ぼすという解釈の方向が望ましいと思う。そのためにも、類型ごとの基準の具体化が求められる。信託に関する諸法規はその参考例となる。

(2) 義務・責任の比較

a **性質の違い** 保管者の義務・責任を比較すると、その性質の違いがわかる。従来、保管者による金銭の消費の問題と管理運用の不適切の問題とは混同されることもあったが、比較してみると、違いは明らかである。前者は、保管者がなすべからざることをした場合の問題であって、忠実義務違反として説明できる。後者は、保管者がなすべきことをしなかった場合の問題であって、善管注意義務違反として説明できる。前者は、保管者が金銭の代替性を利用してはいけないという問題であり、後者はこれを利用すべきであるという問題である。両者は区別されるべきである。他方、引渡義務は純然たる金銭債務であって、その不履行については民法419条が適用される。これもまた別の問題である。

b **分析の意味** 保管者の義務・責任をこのように区別できるとして、そこから何を導けるのだろうか。

その実際面での意味は、それほど大きなものではないかもしれない。金銭を消費した者は、多くの場合、引渡義務も不履行とするだろうし、善管注意義務違反ともなるだろう。効果の違いも次のように比較的マージナルな点に留まる(50)。①引渡義務が遅延した場合、一般的には、本人は履行期以降の法定利率による損害金を受けることができるだけだが、保管者の消費が原因で遅延したときは、消費日以降の法定利率による損害金のほか、本人の実損害がより大きければその賠償を受けることができる。②善管注意義務違反があったとしても、本人の損害が証明されないと賠償はされず、また、実損害額が法定利率相当以下であれば、それが賠償されるだけだが、保管者の消費があれば、法定利率相当の金額が支払われる。③本人は、保管者が消費したことさえ証明できれば、善管注意義務違反を証明する必要がない。

他方、理論的には、保管者の義務の分析は、次のようないくつかの解釈論につながるという意味が認められよう。

第1に、保管者の金銭消費の責任は、委任に関する有力説とは異なり、保管者の資力の如何を問わずに発生すると解すべきことになる。ここでの帰責の根拠は、本人に損害を及ぼす恐れのあることをしたからではなく、保管者がなすべからざることをしたことからである。

第2に、信託においては、受託者の金銭消費の場合に民法419条よりも責任を加重する直接の規定はないが、受託者の忠実義務に鑑み、同647条の類推適用を認めるという解釈が成り立つであろう。この場合、受託者は悪意の受益者として704条による損害賠償義務を負うと構成することも考えられるが、損害の証明ができない場合や受託者が善意の場合も考えると、647条の類推適用の方がよい。信託管理人や信託財産管理人には同条が準用される(非訟事件手続法71条ノ6)こともそれを裏付ける。こう解することにより、信託法27条の責任を債務不履行責任と解する立場(債権説)でも、民法419条を超える損害賠償を無理なく認めることができるようになるだろう(51)。

第3に、寄託において、金銭を消費した受寄者の責任が重いことの根拠がやや不明確なことが、逆に、民法419条自体の解釈にも影響を及ぼしうると考える。同条は厳格に解するほかないという解釈の理由として、同条の特則たる民法647条、665条、669条等の存在が指摘されることがある(52)。特則が規定されている以上、それがない場合には原則が厳格に適用され、金銭債務の不履行について法定利息以上の損害賠償義務を認めることは、困

難であるという考え方である。しかし、特則たる665条の根拠がそれほど強固なものではないとすると、寄託以外の場合でも同程度の理由さえあれば、419条の例外を認めてよいということになるのではなかろうか。

ｃ 合意との関係 保管者の義務・責任を分析することは、当事者の合意の機能を明確にする意味もある。引渡義務においては、合意は履行期や約定利率という面で機能するに留まる。消費責任においては、合意は法律関係の性質又は内容を決定するという役割をもつ。管理運用義務においては、合意はその具体的内容を明確にする。

(3) 預けられた金銭と当事者間の法律関係

ここで預けられた金銭の保管の態様を具体的に考えてみよう。(a)保管者の利用の可否という面では、①保管者が現金をそのままの状態に保管すべき場合、②特定性は維持しつつ両替だけはしてもよい場合、③保管者の金銭と混和してもよいが預かった金額は常に保有しているべき場合、④保管者が消費してもよく履行期に支払いさえすればよい場合などがある。(b)管理運用の面では、①銀行に預かり金であることを示して預金すべき場合、②これを示さずとも預金すればよい場合、③現金で保管してよいが分別はすべき場合、④制約のない場合などがある。委任契約なら、(a)は②③が通常だが合意によって①④もありうる。(b)は合意による。後見なら、(a)は②③で、(b)は①が原則となろう。寄託なら、(a)は①②であり④だと（恐らく③も）消費寄託になる。(b)は寄託なら合意により、消費寄託なら④である。信託では、(a)は②③で、(b)は法定されている。つまり、預けられた金銭についての当事者間の法律関係は、当事者の選択した法律関係の類型と当事者の個別的合意によって定まる。金銭の所有権留保も可能だし、保管者が第三者から取得した金銭を直ちに本人の所有とすることも可能である。例えば、封金というのは、当事者の意思により、金銭の所有権を本人に留保し、保管者は現金をそのままの状態に（両替もせずに）保管すべき義務を負うという法律関係であって、そのことが外形的にも表示されている場合だといえよう。

これに対し、金銭の性質論を重視し、それにより、預けられた金銭の帰属をまず決定するという方法が有効に見える場合もある。第三者との関係がそうであるし、当事者間でも、保管者の占有する金銭の滅失、本人の保管者に対する引渡請求権の消滅時効、当事者の合意によらずに金銭の占有が移転した場合の自力救済の可否、本人の返還請求権の法的

性質、保管者が自己のために消費した場合の横領罪の成否等の問題がそうである。しかし、これらを通じて、金銭の所有は占有に伴うというドグマで解決する必要はない。保管金の滅失については、既に指摘されているように、金銭の所有権を問題とするのは妥当ではなく(53)、危険の負担は法律関係の内容(契約なら合意の内容)で決まる。時効及び意思によらない占有の移転については、物権的に考えて差し支えなく、ただ、金銭の場合には、占有者の下での混和により本人の所有権が失われることが多いというにすぎない。横領罪の成否は、刑法252条の趣旨によって決すればよいし、現にそうされているようである(54)。少なくとも、当事者間においては、その法律関係を捨象して金銭の性質から考えるのではなく、特に、所有＝占有論から演繹するのではなく、法律関係に応じて判断し、金銭であることの特性は問題ごとに考えるという方向が適当である。

三 第三者との関係

1 当事者間の法律関係と対外的関係

それでは、第三者との関係はどうか。保管者が預けられた金銭を第三者に譲渡した場合、本人は第三者に対して返還を請求できるか、保管者の債権者が保管者の預かっている金銭を差し押さえた場合、本人は第三者異議の訴え（民事執行法38条）を提起できるか、保管者が破産した場合、本人は取戻権（破産法87条）を有するかなどの問題がある。ここでは、金銭の性質論から帰結される、金銭の所有帰属の確定がやはり重要だということにもなりそうである。しかし、有体物の場合であれば、本人の有するのが物権的請求権か債権的請求権かで区別することに意味があるとしても、金銭の場合には、特に所有と占有が一致するという考え方（前注(2)参照）をとれば、本人はほとんど常に債権的請求権しか有しないことになり、バランスの悪い結果となる。そこで、結果の妥当性を得るために、占有補助者や管理占有の概念を用いたり(55)、封金の場合の例外を認めたりする(56)。不当利得法の要件の操作による解決（最判昭和49年9月26日民集28巻6号1243頁）や金銭の「物」としての面の再評価（前注(3)参照）も、このような修正作業としての機能をもつ。

しかし、これらの努力にもかかわらず、なお問題が多い。金銭の物的な面を評価する見解も、具体的には不明確な部分が少なくない。例えば、金銭の特定性を基準とする見解では、特定性と公示性との関係が不明確である。特定されていても公示のない場合（保管者の下で分別されているが本人から預かった金銭である旨の表示がない場合など）もあれば、公示されていても特定のない場合（保管者の消費が認められる場合など）がある。また、第三者の善意・無重過失を基準とする見解は、保管者から第三者への譲渡については妥当するとしても、差押えや破産の局面でも有効に機能するかは、なお詰める必要がある(57)。恐らく、根本的原因是は、修正作業にではなく、金銭について占有と所有とが一致するという考え方自体にある(58)。本稿では、全面的な解決をすることはできないが、問題となる局面の整理をし、議論の進むべき方向を探りたい。そのためには、当事者間の法律関係だけでなく、紛争の局面によっても、分けて考えるべきだと思う。まずは、保管者が預かった金銭を現金で保管する場合と預金した場合とを分けたい(59)。金銭と金銭債権

とでは、生じる問題も異なるからである。

以下、本人をA、保管者をB、Bからの転得者をC、Bの債権者又は破産管財人等をD、預けられた金銭が預金された場合の銀行をEと表示する。

2 保管者が現金で保管する場合

(1) 保管者からの譲受人との関係

Aから預けられた金銭（その金銭自体でなくともよい）をBがCに交付した場合については、Cによる金銭の即時取得を問題とするのではなく、Bがその金銭を保管する原因となったA B間の法律関係とそれに対するCの認識によって決するのがよい。Cの認識は、A B間の法律関係の類型とA Bの個別的合意のそれぞれについて吟味し、前者だけの認識のある場合には、そのような類型のものとして処理する。認識の程度は、金銭の代替性に鑑み、民法94条2項・192条との均衡から、Cに悪意又は重過失があるかどうかを基準とすべきである。

(2) 差押え・破産の場合

Bがその債権者Dから差押えを受け、又は、Bが破産した場合についても、A B間の法律関係を反映させる処理がよい。しかし、金銭の代替性・執行妨害の可能性を考えると、その法律関係に基づいて保管する金銭であることの公示及び特定が必要である。但し、それを欠く場合でも、差押えの局面では、差押債権者Dに悪意又は重過失があれば、AはDに優先しようと解してよい。「封金」は、前述の通り、本人に所有権が帰属し保管者はそのままの状態に保管する義務を負うという当事者の意思が外形的にも表示されている場合であるから、原則として、その法律関係の類型の公示と特定があると認められることになろう。「封金」でなくとも、同様の結果が認められるべき場合がありえよう。

3 保管者が金銭を預金した場合

(1) 銀行との関係

Aから預けられた金銭をBがE銀行に預金した場合、預金債権はAとBのいずれに帰属

するのか。まず、A B間での結論とEとの関係での結論を区別する相対的構成もありうるが、法律関係が錯綜するだけで実益に乏しい(60)ので、A B E間の問題として一体的に考えることにする。ここで生じる問題は、A Bのいずれが払戻しを請求できるか、銀行Eが誤ってA Bのうち預金者でない者に払い戻した場合に免責されるか、EがA Bのうち預金者でない者に対する債権と預金とを相殺した場合の効力はどうかなどである。第1の問題は、預金者の確定と呼ばれる問題の一部であり、いわゆる「客観説」「主観説」が対立する。主観説(預人行為者説)が契約の一般法理から契約当事者を確定すべきであるという(61)のに対し、客観説(出捐者説)は、より実質的に考える(62)。もっとも、この論争は、主としてAがBに金銭の預入を委託した事例について展開されたものであり、客観説・主観説のいずれにせよ、すべての場合に及ぶものではない(63)。A又はBからのEへの払戻請求訴訟においては、A B間の法律関係、資金の内容、預金契約成立の経緯、預金名義、届け出られた印鑑の種類、預金通帳・届出印鑑・カードの管理、払戻しの状況等の諸般の事情によって、債権者が決定される(64)し、それが妥当である。銀行の免責の要件や相殺の可否は、その次の段階の問題であって、区別して論じられるべきものである。

(2) 第三者との関係

a 譲受人との関係 現金と異なり、預金債権の譲渡が問題となることは少ないだろうが、原則として、A B E間において定まった預金者がこれを譲渡することができる。債権であるので即時取得の規定は適用がなく、譲受人は、民法94条2項などによって保護されることがあるに留まる。

b 差押え・破産の場合 A又はBの債権者の差押えの可否、A又はBの倒産時の処理についても、基本的には、A B E間における預金者の確定基準と同様に考えてよいが、ここでは、A又はBの債権者のどちらがその預金を自己の債権の責任財産として期待してよいと考えるべきかという判断が加わる(65)。この判断に際しては、A B間の法律関係の類型、当該預金の種類・名義、A Bがそのような類型の法律関係及び預金の形態を選択したことの合理性、保管についての法的規制等が考慮要素となりえよう(66)。その際、損害保険代理店の保険料保管専用口座の預金の帰属に関する近年の下級審判決とその研究が参考になる(67)。そこでは、金銭の性質論からではなく、より実質的な判断がなされているし、それが妥当である。

四 結 び

預けられた金銭に関する法律問題については、金銭の性質論だけでなく、当事者間の法律関係を重視すべきである。各種の法律関係において、保管者による金銭の引渡義務・消費責任・管理運用義務は異なっている。また、これらの義務・責任の性質も異なっている（消費責任の根底には忠実義務がある）。当事者の法律関係は、当事者の選出した法律関係の類型と当事者の個別的合意によって定まる。第三者との関係については、当事者間の法律関係だけでなく、紛争の局面も分けて考える。また、現金と預金とは別に考える。各局面において、当事者間の法律関係の類型と個別的合意、金銭の保管形態、当事者がそのような法律関係と保管形態を選出したことの合理性、当該法律関係に基いて預けられた金銭であることの公示、金銭の特定性、第三者の認識、第三者が保管者のした預金を自己の債権の責任財産と期待することの当否等により、実質的に判断することが望ましい。金銭の性質論は、各問題を考える際の一要素として位置づけられるべきである。

〔注〕

- (1) 谷口知平「日常生活における信託法理」信託法研究2号(1978)3頁。同『不当利得の研究』(1949)482頁参照。
- (2) 末川博「貨幣とその所有権」経済学雑誌1巻2号(1937)、同『民法論集』(1959)25頁所収、川島武宜「新版 所有権法の理論」(1987)178頁(初版1949、その基礎は1942-44)、我妻栄『物権法』(1952)145頁、同『債権各論下巻一』(1972)1022頁、井橋諄一『物権法』(1960)224頁、235頁、鈴木祿弥『物権法講義 四訂版』(1994)351頁。なお、次注と併せ、能見善久「金銭の法律上の地位」『民法講座別巻1』(1990)101頁を参照。
- (3) 金銭の特定性・同一性の識別可能性により物として扱うかどうかを区別する説(好美清光「判批」金商73号(1967)2頁、同『注釈民法(7)』(1968)98頁)、占有の移転の態様と特定性によって例外を認める説(広中俊雄『物権法 第二版増補』(1987)184頁、257頁、同『債権各論講義 第六版』(1994)281頁、406頁)、価値の物権的返還請求権を考える説(加藤雅信「判批」判評198号(1975)23頁、同「類型化による一般不当利得法の再構成(5)」法教92巻8号(1975)1頁、同「財産法の体系と不当利得法の構造」(1986)653頁、四宮和夫「物権的価値返還請求権について」『私法学の新たな展開』(1975)183頁、同「事務管理・不当利得」(1981)77頁、197頁、好美清光「騙取金銭による弁済について」一橋論叢95巻1号(1986)12頁、埜野英一「いわゆる『預金担保貸付』の法律問題」金融法研究3号(1987)、同『民法論集第七巻』(1989)167頁所収)がある。
- (4) 安永正昭「代理・委任における代理人・受任者の行動準則」関西信託研究会「財産管理における受託者及びそれに類する者の行動基準」(1995、トラスト60研究叢書)3頁、道垣内弘人『信託法理と私法体系』(1996)147頁以下。
- (5) 我妻栄『債権各論中巻二』(1962)678頁、明石三郎『新版注釈民法(6)』(1989)241頁。
- (6) フランス民法1996条は次の通りである。「受任者は、自己の便途のために利用した金額については、その利用の日から利息を支払わなければならない。受任者が借り越した金額については、受任者が遅滞に付される日から利息を支払わなければならない。」(法務大臣官房司法法制調査部・法務資料441号訳)。本条1文は、2文の例外規定として、利息支払義務の起算点を遅滞時から使用時へと早めたものだが、委任者は受任者が利用により得た収入に対する権利を持たず、法定利息分のみを得る(Pétel (Ph.), Le contrat de mandat, Dalloz, 1994, p.62)。なお、2文は引渡義務に関する規定である。旧民法財産取得編242条2項には同様の規定があったが、現行法に修正される際、通則の適用に過ぎないからという理由で削られた。廣中俊雄編著『民法修正案(前三編)の理由書』620頁、『法典調査会民法議事速記録四』(日本近代立法資料叢書4)622頁[富井]参照。この段階で付遅滞制度(旧民法財産編384条)が削られたことの影響もあろう。

ドイツ民法668条も利息支払義務のみを規定するが、受任者が善管注意義務に違反する場合、委任者は実損害の証明をすれば、その賠償を請求できるといわれる(右近健男編『注釈ドイツ契約法』(1995)495頁[今西康人])。
- (7) Code civil de l'Empire du Japon accompagné d'un exposé des motifs, t. 3.1891, p.435.

- (8) Id., p.259. なお、組合員の金銭出資の遅滞に関する現行民法669条の元になる規定としては、旧民法財産取得編121条2項がある。
- (9) Id., p.397.
- (10) 法典調査会四・前掲622頁～627頁。
- (11) 我妻・前掲債権各論中二681頁、能見善久『民法講義5契約』（1978、稲本洋之助他著）270頁、明石・前掲246頁。
- (12) 安永・前掲10頁、道垣内・前掲154頁。
- (13) 四宮和大『信託法〔新版〕』（1989）231頁、同『信託の研究』（1965）208頁参照。
- (14) 梅謙次郎『民法要義卷之三』（訂正増補33版、1912）737頁。
- (15) 他方、三宅正男『契約法（各論）下巻』（1988）969頁以下は、有力説の理解を批判しつつ、利息と損害賠償を区別し、単純な流用は許された行為であり果実としての利息支払義務を生じさせるのみだが、横領による場合には不法行為としての損害賠償義務を生じさせるという。しかし、単純な流用と横領との区別は、起草者の見解でもないし、基準としても不明確であり採りえない。
- (16) 引渡義務に関する旧民法財産取得編241条は「金額」だったが現行646条で「金銭」となり、消費責任に関する旧民法同編242条1項は「元本」だったが現行647条で「金銭」となった。しかし、法典調査会や民法修正案理由書ではこの点に触れられていない。起草者等による民法典仏訳では、646条・647条のいずれにも *sommes* という語が用いられている（Code civil de l'Empire du Japon, traduction par Motono(I.) et Tomii(M.), 1898）。他方、後見については、引渡義務に関する旧民法人事編210条1項・明治民法940条1項・現行民法873条1項は「金額」、消費責任に関する明治民法940条2項・現行民法873条2項は「金銭」を用いるというねじれ現象が見られる。「金銭」と「金額」とが一定の基準で意識的に使い分けられているわけではなさそうである。
- (17) 法典調査会四・前掲623頁〔高井〕、梅・前掲735頁、能見・前掲講義270頁、星野英一『民法概論IV』（合本新訂5刷、1994）286頁。
- (18) 梅・能見講義・星野概論・各前掲は明言する。これに対し、広中・前掲債権各論281頁、内田勝一『債権各論講義ノート』（1994）166頁は、預金しないことは「自己ノ為ニ消費」を推定させるというが、異質な問題と理解すべきであろう。
- (19) 『法典調査会民法議事速記録七』（日本近代立法資料叢書7）107頁〔梅〕。
- (20) 宮井忠夫『新版注釈民法(25)』（1994）463頁。
- (21) 法典調査会七・前掲106頁〔梅〕、『民法修正案理由書』（日本立法資料全集別巻32）202頁。
- (22) 梅謙次郎『民法要義卷之四 親族編』（1899）505頁。このように、委任においては不明確であった金銭消費による損害の内容が、後見では明確にされている。委任は特定の事務を処理するための契約であるため、金銭消費があれば直ちに契約目的との関係で債務不履行と評価されることが多く、独立して論じる必要が少なく、また、委任では契約目的の達成の有無が重視され、その過程はそれほど注目されないという事情がある。これに対し、後見は、広汎な管理が相当期間にわたって継続的に行われる制度であるため、その過程における損害が独立して認識されやすいという事情があるからだろう。

- (23) 梅・前掲要義四504頁、宮井・前掲463頁（明らかに後見事務の範囲外の行為であり、受任義務違反というよりむしろ不法行為であるという）。
- (24) 安永・前掲22頁は、民法860条から後見人の忠実義務を觀念する。本稿は、忠実義務は同条にも873条2項にも現れていると考える。
- (25) 梅・前掲要義四476頁。
- (26) 我妻栄編『戦後における民法改正の経過』（1956）366頁。
- (27) 打田峻一＝中馬義直『新版注釈民法(10)』（1989）349頁。
- (28) ドイツ民法698条は、利息のみ規定するが、それを超える損害も証明されれば賠償されるといわれる。右近・前掲565頁 [松井安興]。
- (29) 廣中編・前掲633頁。
- (30) 我妻・前掲債権各論中二715頁、明石・前掲324頁。
- (31) 法典調査会四・前掲817頁、梅・前掲要義三779頁。
- (32) 第1草案618条（民法700条に至る）の vertretbare Sachen であろう。
- (33) 法典調査会四・前掲817～821頁。
- (34) 岸本辰雄『商法正義第四卷』（日本立法資料全集別巻50（1995）復刻版）629頁は、金銭は代替物だが、封金としたときは特定物となり、寄託者の意思がその使用を許さないことは明らかであり、所有権を受託者に移したものとといえないが、封しない場合は反対の明約なき以上は受託者の所有物とみなすという。
- (35) 梅・前掲要義三779頁は、本条の参照条文としては、旧商法615、617、619、620、622条のみを挙げ、また、消費寄託と消費貸借との差異は当事者の意思によって生じるといふ。
- (36) 我妻・前掲債権各論中二727頁、打田＝中馬・前掲386頁。
- (37) 我妻・前掲債権各論中二715頁。
- (38) 中田裕康「信託終了の場合の財産帰属の指定」『実定信託法研究ノート』（1996、トラスト60研究叢書）142頁以下。
- (39) 四宮・前掲信託法67頁。
- (40) 四宮・前掲信託法260頁、278頁。
- (41) A.Scott, 2A Law of Trusts §182 (4th ed. 1987)。
- (42) 四宮・前掲信託法233頁、235頁注（七）。
- (43) 四宮・前掲信託法233頁、松本崇『信託法』（1972）147頁。
- (44) 四宮・前掲信託法281頁。
- (45) 松本・前掲147頁。
- (46) 四宮・前掲信託法47頁、217頁。
- (47) 黒沼悦郎「判批」金法1492号（1997）6頁。
- (48) ex. D.27 nov. 1991, art.240.
- (49) V.Cass.com.14 mai 1991, D.1992.13（租税法により外国会社の税務代理をするA会社が各顧客のために「項目別」口座を開いたが倒産し、銀行がA会社の固有勘定と融合した。銀行の顧客に対す

- る不法行為責任を肯定した)。Pétel, op.cit., p. 61; Malaurie (Ph.) et Aynès (L.), Droit civil, Les contrats spéciaux, 10^e éd., 1997, p.330.
- (50) 金銭を消費した者の責任として、利得の吐き出しまで認められれば、大きな違いとなるが、伝統的な損害賠償論によればそれは認められないだろう。
- (51) 四宮・前掲信託法279頁参照。但し、同281頁注(一)は忠実義務違反の側面を省いている。
- (52) 米倉明『ブレップ民法 第二版』(1993)125頁、同「どういう論文が『よい』のか」tâtonnement 1号(1997)14頁。
- (53) 我妻・前掲債権各論二678頁参照。
- (54) 最判昭和26年5月25日刑集5巻6号1186頁は、用途を限定して寄託された金銭は、特別の事情のない限り、受託者にとって「他人ノ物」であるという。判例理論及び多数の学説は、民事法上の所有権の帰属にかかわらず、刑事法上の判断をしているといわれる(藤木英雄『経済取引と犯罪』(1965)43頁、伊東研祐「判批」別冊ジュリ刑法百選II [4版](1997)108頁)。
- (55) 末川・前掲書32頁以下。
- (56) 鈴木・前掲351頁等。
- (57) 例えば、広中・前掲物権法261頁は、破産宣告時に本人の「物権的価値返還請求権」について善意無重過失の破産債権者が1人でもいれば、本人は代償の取戻権又は別除権を破産財団に対抗できず、財団債権になるというが、基準としての有効性に疑問を感じる。
- (58) 占有-所有理論を徹底する説(川島・鈴木)では、直接占有の有無のみで区別する結果の硬直性があり、占有補助者の概念もそれを是正するために有効に機能しない。結果の硬直性とは、金銭の共有の場合、保管者が金銭を預金した場合(特に出捐者説をとる場合に問題となる)、封金の例外との関係、信託法16条との関係、自力救済の可能性の低下などで現れる。同理論を徹底しない説(末川)では、不徹底による理論的不明確性がある。特に、占有と意思との関係が不明確である。
- (59) 道垣内・前掲205頁。
- (60) 黒沼・前掲6頁。
- (61) 安永正昭「預金者の確定と契約法理」『金融法の課題と展望』(1990)161頁。
- (62) その意味につき、早野・前掲論集七巻183頁以下を参照。
- (63) 黒沼・前掲9頁。
- (64) 最近の例として、千葉地判平成8年3月26日金法1456号44頁(損害保険会社は、代理店の専用口座にある預金の返還を請求できないとされた例。岩崎憲次「判批」リマークス15号(1997)120頁〔預金は代理店に帰属し保険会社は預金債権の譲渡請求権をもつとの構成で結論支持〕、黒沼・前掲「判批」〔破産の局面との区別から結論支持〕、東京地判平成8年5月10日判時1596号70頁(マンションの管理業者甲が管理委託費用の剰余金等を甲の名前に各マンション名を付した名義で銀行に定期預金をしてしたが、甲が破産した場合において、預金債権者は各管理組合ではなく甲であるとされた例。平田健治「判批」判評464号(1997)29頁〔判旨に疑問を示す〕)がある。
- (65) 星野・前掲論集七巻186頁、山下友信「判批」ジュリ929号(1989)46頁等。
- (66) 山下・前掲48頁は、募取法の規定が結論を導く直接の根拠となりえないと述べる。その通りであ

るが、債権者の期待の当否を判断する際の考慮要素とすることまで否定する趣旨ではなからう。

- (67) 損害保険代理店破産の場合、預金債権は保険会社に帰属するとされた例として、東京地判昭和63年3月29日判時1306号121頁（伊藤真「判批」判評372号（1990）61頁〔破産管財人が募取法上の公法上の義務に拘束されることから結論支持〕、弥永真生「判批」ジュリ995号（1992）107頁〔結論支持。保険会社が預金債権の譲渡請求権を持ちそれが取戻権の基礎になるし、信託関係の存在を認めればより明快に説明できるという〕、黒沼悦郎「判批」別冊ジュリ損保白選〔2版〕（1996）86頁）、東京地判昭和63年7月27日金法1220号34頁（山下・前掲「判批」）。両者につき、石田満「保険代理店専用口座預金とその帰属」金法1229号（1989）9頁、山田二郎「判批」金法1232号（1989）11頁（問屋の法理の観点から結論支持）。なお、千葉地判平成8年3月26日前掲参照。

贈与の信託的構成——譲渡法理からの考察

小賀野 晶 一

目 次

- 一 はじめに
- 二 前提となる考察
 - 1 民法典の規定など
 - 2 贈与契約の解消とその法的構成
- 三 贈与の信託的構成の可能性
 - 1 信託的構成の必要性——信託的譲渡から信託的構成へ
 - 2 比較参照すべき構成
 - 3 贈与の信託的構成 —その要件と効果
- 四 おわりに

一 はじめに

贈与契約の規定・解釈については素朴な疑問がある。例えば、私人から絵画の寄贈を受けた町は、法形式上は所有者としてそれを自由に処分することができる（民法206条）。また、事業運営のために多額の金銭の寄付を受けた福祉施設が間もなく解散してしまった場合でも通常は、寄付者はその寄付金の返還を求めることができない。しかしこのような原則的処理に対して、一定の寄付・贈与（以下、まとめて贈与という）類型にあっては受寄者・受贈者（以下、まとめて受贈者という）は贈与の趣旨に沿って目的物（絵画、金銭など）を維持・管理すべきであり、勝手な処分等は許されないとすべきではないか。それが受贈者がとるべき常識ある態度ともいえるが、贈与及び所有権の法理に反しないだろうか。また、贈与の性質に適合するだろうか。町や福祉施設には一定の処分が禁止されるとすると、いかなる法的根拠に基づくのか。贈与者は適切な管理を町や福祉施設に請求することができるか。目的物の返還を求めるとはどうか。

右の疑問については、権利濫用（民法1条3項）、公序良俗（民法90条）、不当利得（民法703条以下）などの規定や、法人格否認法理などを用いて解決することも不可能ではない。しかし、解釈論の順序としては、まず第1次的に贈与法のうちの問題としてとりあげ、贈与者はどのような権利を有するか、受贈者はどのような義務を負うかが検討されるべきではないだろうか。この問題は、契約の拘束性の貫徹（履行の確保）と、拘束性からの離脱（契約の取消・解除・撤回）の、双方に係わる。これを契約の目的ということでは、そもそも贈与の目的とは何か、その目的が実現されない場合に履行を請求することができるか、目的に反して目的物が処分されてしまった場合、契約の解消、損害賠償、目的物の返還を請求することができるか、などが論点となる。そして、それらの検討にあたっては、所有権等の権原の移転をどのように考えるかが明らかにされなければならないと考える。

本稿では、問題が最も先鋭的に現れる贈与契約（民法549条以下）の解消の場合をとりあげ、その法的構成を中心に基礎的検討を行う。検討にあたり、贈与を債権法の視点よりはむしろ、権原の移転に関する法理論、すなわち譲渡法理に着目し、そこから信託的構成の可能性を探りたい⁽¹⁾。なお、以下、権原は財産権の典型例である物（動産又は不動

産)の所有権のみを考え、その他の財産権や贈与の目的物の一つとなる金銭及び金銭に特有の問題については割愛する。

二 前提となる考慮

1 民法典の規定など

本論に入る前にまず民法典における贈与法の考え方を概観しよう。贈与は典型契約の一つであり、549条は、「贈与は当事者の一方が自己の財産を無償で相手方と与える意思を表示し、相手方が受諾をなすことによってその効力を生ずる」旨を規定する。

単純贈与に係る民法の規定をみると、履行前は、各当事者は書面によらない贈与は取り消すことができ（550条）、書面による贈与は取り消すことができない（550条本文の反対解釈）。また、履行後は、たとえ書面によらない贈与であっても、贈与契約の履行が終了した部分については取り消すことができない（550条但書）。ここに取消とは、意思表示の効果を将来に向かって消滅させること、すなわち、講学上の撤回をいう（以下、撤回という）。

負担付贈与も贈与であるが、実質的には有償、双務契約の性質を有することから、双務契約に関する規定が適用される（553条）。すなわち、負担付贈与では、受贈者は負担の履行義務を負い、売主と同様の担保責任を負う（551条2項）。また、贈与の規定のほか双務契約に関する規定が適用される（553条）。負担付贈与では負担を伴うことにより贈与の無償性が希薄になるため、独自の性質を有することに留意する必要がある。

ちなみに、死因贈与（贈与者の死亡によって効力を生ずべき贈与）は、遺贈に関する規定に従う（554条）。そこで、遺言者はいつでも遺言の方式に従いその遺言の全部又は一部を取り消すことができる（1022条）。また、負担付遺贈を受けた者がその負担した義務を履行しないときは、相続人は相当の期間を定めてその履行を催告し、もしその期間内に履行がないときは、遺言の取消を家庭裁判所に請求することができる（1027条）。死因贈与も贈与の一類型であるが、死亡を停止条件とすることから贈与法とは異なる独自の特徴がみられる。

前述のように本稿では寄付・贈与を一括して贈与というが、寄付の概念、性質を明らかにすることは有益な作業である。民法典上に寄付の規定は存在しない。学説は、寄付とは、「公益ないしは公共のためになされる無償の出捐」という⁽²⁾。一般に寄付といわれるものには、次の二つの類型がある。すなわち、寄付者、受寄者（募集者、発起人、主催

者)、受益者の三当事者が存在する場合(狭義の寄付類型)と、寄付者と受益者とが一致する場合(広義の寄付類型)、である(3)。大判大12・5・18刑集2巻419頁は、「通常寄附金ト称スルハ公共的性質ヲ有スル一定ノ事業ニ付其ノ創設維持等ニ要スル資金を弁スルカ為ニ不特定多数ノ人カ無償的ニ出捐スル金銭」といい、限定的にとらえていた。

寄付にもいろいろあり、その目的や形式は同じでない。日常的には公益の有無を厳密に考えずに、無償の出捐であれば「寄付」と称することもある(金銭の場合は「募金」あるいは「義援金」などとも呼ばれる)。寄付は日常用語としても用いられてきた。寄付を独立した契約類型としては認めないとする考え方もあり得る(4)。寄付の法的性質は、贈与又は負担付贈与ととらえることができる。あるいは、無償の信託契約説、受益者保護のために「第三者のためにする契約」の成立を認めるべきであるとする説もある(5)。このように、寄付と贈与とは重なっている。本稿では、寄付の意義をあまり厳密に解さず、非公益(私益も含まれる)であっても寄付に含め(6)、また、寄贈は寄付又は贈与と同義に解することとする。

2 贈与契約の解消とその法的構成

次に、贈与契約の解消に係る主たる裁判例及び学説を概観、整理する(7)。この部分は以下三(本論)の基礎となるものである。

(1) 裁判例

①信義則、責に帰すべき背徳的事由(履行の拒否、解消。本件事案は消極)

大阪地判昭45・5・9判例時報620号70頁

Xは、その夫から書面により土地・家屋の贈与を受けたが、所有権移転登記がなされないうまま夫が死亡し、相続を原因としてYらが各自に9分の2の割合の持分移転登記がなされた。そこで、Xが贈与を原因として9分の2の持分について持分移転登記手続を求めた。Yらは抗弁として、忘恩行為を理由に本件土地・建物に対する贈与の撤回を主張した。

判決はまず、本件問題の所在を一般論として述べた。すなわち、当事者間に贈与契約が成立した後、受贈者が贈与者を虐待し、強迫し、侮辱し、傷害を加え、あるいは殺害したという場合に、受贈者が贈与者ないしその相続人に対して贈与契約の履行として贈与物の引渡や所有権移転登記を請求してきたのに対し、これを認容し受贈者に法的保護を与える

ことは、受贈者のなした行為の動機、態様、結果などを考慮したときには場合によっては感情的かつ本能的に抵抗を感じることもあるが、このような感情を反映した法制度がドイツ（独民530条～532条）、フランス（仏民955条ないし959条）等では忘恩行為による贈与の撤回として明定されているのに、わが民法には規定がないので、かかる感情を保護するため受贈者の履行請求を許否し得るか否かが問題となる、と。

次に判決は、「贈与は贈与者に対して無償で財産権を移転することを約するものであり、その動機には利他的な場合ばかりでなく、利己的な場合も多いのであるが、その基礎にはいずれの場合にも贈与者が贈与意思を形成するに当っては、贈与者と受贈者との間に存する特別の人間関係が影響を与えている場合が多いであろう。そして、特別の人間関係が影響して贈与意思が形成され、その実行として贈与がなされたような場合には、贈与者の意思としてはその人間関係を維持、発展させる一環として贈与意思を形成したのであるから、その人間関係がその履行前に受贈者の責に帰すべき背徳的事由によって解消された際には、いったん形成された贈与意思もそれに伴い解消され、贈与者において受贈者の履行請求に応じる気持になれないのも無理のないところである。そこで、このような贈与者の意思を考慮し、贈与者が贈与意思を形成するに至った動機とその後受贈者がなした行為の動機、態様、結果などを総合的に判断し、贈与意思を形成する基礎となった人間関係が受贈者の責に帰すべき背徳的事由によって解消されたと認められる場合には、そのような受贈者において贈与の履行を求めることが信義則に反するものとして、贈与者ないしその相続人において履行の請求を許否しえると解するのが相当であり、Yらのなした忘恩行為による贈与の撤回の主張のなかにはこの趣旨が含まれていると史料される。」と述べた。

結論として、本件については、Xが贈与意思を形成する基礎となったXと夫の夫婦としての人間関係をその責に帰すべき背徳的事由によって解消したとはいえないと認めた。

②動機の錯誤（無効）

福岡地判昭46・1・29判例時報643号79頁

血統のつながるXを家の後継者とし、祖先祭祀にあたらせるために必要があるとの動機のもとにAからXに土地・家屋が贈与されたが、贈与の履行がなかったため、XがAの相続人Yに対して家屋明渡請求をした。

判決は、その契約は動機の錯誤を理由に無効であると認めた。すなわち、「Aが本件贈

与契約を締結するに際し、Aにおいて祖先祭祀をXにさせることが正当かつ必要でそれがためにはその地位にふさわしいだけの財産をXに授受する必要があるとした動機に錯誤があり、しかも右動機は——本件贈与契約証書上に表示されていて、Xにおいても十分にそれを了知しているものであることが認められ、したがって本件贈与契約は所謂動機の錯誤によって無効といわざるを得ない。」と判断した。

③信義衡平の原則、信義則（履行後の解除）

（1）新潟地判昭46・11・12判例時報664号70頁

養親子間で、実質的に養親子関係が形成されることを期待し、自己の労力と費用で造成し、自己の生活の基盤として使用している宅地の贈与がなされた。X及びYは昭和31年4月14日縁組届出をした養親子でありながら今日迄嘗て一度も同居したことはなく、昭和41年以降本件土地の使用や所有をめぐる争い、昭和42年以降互いに離縁を求め訴訟を提起し養親子関係の解消を希望していた。縁組当時Yは11歳で、諸事情からYがもう少し成長するまで同居しないこととし、同居するきっかけがないまま、養親子関係が破綻してしまったので、Xが贈与を撤回、解除し、Yに土地の返還を請求した。

判決は、解除の認容基準として、「親族間の情誼関係の破綻」を掲げ、贈与物返還請求を認めた。その理由をもう少し詳しくみることにする。

第1に、土地の贈与の撤回については、贈与に基づく本件土地の所有権移転登記がなされた事実を認定し、「この事実によれば右贈与の申込は既に受諾されたことになるから、X主張のような理由での撤回はできない。」と述べた。

第2に、土地の贈与の解除について。本件贈与が負担付贈与かどうかに関しては、「XがYに本件土地を贈与したのはX主張のとおりX及びYが終生にわたって養親子関係を維持し、Yが養子としてXの老後の扶養をしてくれることを期待してのことであったと認められる。然し右のような期待は養子縁組をする以上は当然のことで、養親が右のような期待のもとに養子に物を贈与したからといって、右の期待が贈与の負担となることはない。従って本件土地の贈与が負担付であることを前提とする解除の主張は理由がない。」と述べた。

その上で、「贈与が親族間の情誼関係に基づき全く無償の恩愛行為としてなされたにも拘わらず、右情誼関係が贈与者の責に帰すべき事由によらずして破綻消滅し、右贈与の効

果をそのまま維持存続させることが諸般の事情からみて信義衡平の原則上不当と解されるときは、諸外国の立法例における如く、贈与者の贈与物返還請求を認めるのが相当である。」と述べた。

(2) 大阪地判平元・4・20判例タイムズ705号177頁

Xはその娘と婚姻をしたYに対し、情誼に基づき生活費等の援助として大学在学中の6年間にわたり計758万余円贈与したが、Yは歯科医師試験に合格し、Xの経済的援助が不要になるや否や、自らの不貞の事実を明らかにし離婚してほしい旨を申し出て夫婦関係を破棄した。

判決は、信義則に基づき贈与の撤回を認め、その返還を認めた。

「贈与が親族間の情誼関係に基づきなされたにもかかわらず、右情誼関係が贈与者の責に帰すべき事由によらずして破綻消滅し、右贈与の効果をそのまま維持存続させることが諸般の事情からみて信義則上不当と認められる場合には、贈与の撤回ができると解するのが相当である。」

④条理、背徳的な忘恩行為、非情極まりなき忘恩行為（履行後の撤回）

東京地判昭50・12・25判例時報819号54頁、判例タイムズ335号288頁

Yに対する本来の相続分以外の所有権の移転が、MとY間の特別の情誼関係に基づいて、Y以外の他の全部の相続人からYに対し、相続放棄の形式をとって各相続分の贈与がなされた場合において、Mの包括受遺者であるXからYに対し、土地所有権持分移転登記等が請求された。

判決は、一般論として、「贈与が、親族関係ないしはそれに類する継続的な特別の情誼関係が、受遺者の背徳的な忘恩行為によって破綻消滅し、ために贈与者が、右贈与なかりせば遭遇しなかったであろう生活困窮等の窮状に陥り、右贈与の効果を維持することが諸般の事情に照らし条理上不当と解されるような場合には、贈与の撤回ができると解するのが相当である。」と述べた。そして、本件について、「前記贈与の基礎となっていた情誼関係が、Yの非情極まりなき忘恩行為によって完全に破綻消滅し、ために老後をYに託しその全財産を贈与して生活基盤を失っていたMは、たちまちのうちに生活危難に陥り、——村一番の資産家の未亡人の身から転じて生活保護を受けざるを得ない立場に陥ったもので

あって、かかる場合には、Mに、前記贈与の撤回権が発生し、贈与の目的物の取戻ないし撤回権行使の時点における価格の返還請求ができる」と認めた。

⑤贈与意思形成の要素を重視（履行後の解除）

東京地判昭51・6・29判例時報853号74頁

Xは、自己及び内妻（松子）の老後の生活の世話及び亡き後の墓守、法事等の供養を引き受ける旨の約定を養子夫婦から得て所有建物を同夫婦らの娘Yに贈与したが、夫婦の約束違反を理由に贈与の解除を主張し、建物所有権移転登記の抹消を請求した。

判決は、一般論として、「贈与は無償で財産権を移転することを約するものではあるがその動機は利他的に出るものばかりとは限らないのであって、贈与意思を形成するにあたってはその背景にある人間関係が重要な影響を与える場合が多く、その人間関係を形成・維持していくことを目的として贈与意思の形成が行われうるのである。そうして贈与をする際の贈与意思形成にあたって重要な要素となった関係が存し、それについて合意がなされた場合にあっては特段の事情がない限りこの合意について法律的效果を認むべきものと考えられるのである。」と述べた。

そして、本件について、「約定のうち松子の生活の世話及び死後の墓守については本件贈与の負担として当然法律的效果を認めるのが相当であり、又Xの生活の世話及び死後の墓守については通常の養親子間にあつては当然のことであつて右の約定をもって直ちに贈与の負担と解することはできないが、養親子関係にあるとはいえ、前記認定のような本件におけるXと次郎及び花子の関係のもとにおいては、贈与の負担として前記約定に法律的效果を認めるのが相当である。」と認めた。

⑥死因贈与の撤回（積極、消極）

(1) 東京地判昭63・6・27判例時報1306号56頁

X1は亡きAの後妻であり、X2及びYの義母であるが、老後の扶養を依頼するために自己の死亡を条件としてX1所有の建物の共有持分権をX2、Yに各2分の1贈与した。しかし、Yが扶養義務を尽くさず、背信行為を繰り返したとして、右負担付死因贈与契約を解除又は取り消す、などと主張した。

判決は、「Xは、負担付死因贈与を解除したと主張するが、死因贈与については、遺贈

の規定に従うものとされており（民法554条）、双務契約に関する民法の規定は適用されない。そして準用される遺贈の規定の中には、遺言の取消に関する民法1022条（その方式に関する部分を除く。）の規定にも含まれると解される。」と述べ、取消の事実があったかどうかを検討し、死因贈与の取消の意思表示をしたと認めた。

（2）東京地判平5・5・7判例時報1490号97頁

X（女・88歳）は夫の死亡後、妹（竹子）と一緒に自宅で暮らしていたが、建物が古く老人二人には広すぎるため、Y（姪の夫）に対し、その土地のうち譲渡所得税がかからない範囲で売却した。Yはその上に自己の退職金で建物を新築しXらに住んでもらい、Xが死亡するまでの間、土地代金等として毎月30万円（上地代金毎月50万円から建物賃料毎月20万円を控除した額）を支払い、売買代金支払完了後もXが健在である限り30万円の支払を継続すること（負担の内容）、及び、残りの土地はXからYに死因贈与することにした。しかしその後、Xは、本件売買契約及び死因贈与契約は自己の判断力のなさに乗じて僅かな代償で取得したものであるとして無効であると主張した。

判決は、負担付死因贈与契約の効力について、「XとYとの間には本件負担付死因贈与契約を締結、維持するための信頼関係が培われていた」と述べ、同契約を取り消すことができないと認めた。判旨は次のとおり。

「本件負担付死因贈与契約がなされたのは、もともと快適な住まいで老後を送りたいと願うX及び竹子の要望に基づくものであり、右契約締結の動機においてXにその必要がなかったということとはできないこと、のみならず本件負担の内容は、X及び竹子が死亡するまでXらが本件建物に居住でき、しかも、毎月30万円の現金がXらに支払われるというもので、この内容はXにとっても利益と認められること、これに加えて前記認定のとおり本件負担付死因贈与契約締結当時における本件乙土地の前記評価額とYが現実に弁済した金額とを比較しても、なお本件負担の価値とXの贈与財産の価値の相関関係は右贈与財産の方が圧倒的に大きいとまではいい得ないばかりか、前記（略）認定のとおり、Yは、Xの夫太郎の姪春子の夫であるという関係にあり、Y夫婦が、太郎の死亡に際し相続税の申告等の手助けをしたり、家事手伝いの人の世話等、Xや竹子の日常生活等につき物心両面において世話をしてきたこと、YがXの依頼に基づき丙田との関係についても処理していること等の事実を徴すると、Xらが何かとY夫婦を頼りにして来たものといわなければなら

ず、かかる事実を併せ考えると、XとYとの間には本件負担付死因贈与契約を締結、維持するための信頼関係が培われていたものというべきであり、Yの本件負担の前記履行状況にもかかわらず、本件負担付死因贈与契約を取り消すことがやむを得ないと認められる特段の事情があるということとはできない。」

以上のように、判決は、Yが負担を履行していたことを理由に、Xの請求を否定した。

⑦負担付贈与と認定し、義務ないし負担の不履行（履行後の解除）

（1）最判昭53・2・17判例タイムズ360号143頁

養親（一審の途中で死亡）からその財産のほぼ全部の贈与を受けたが、養親に忘恩的態度をとり貧窮に陥れた養子Yに対し、養親の包括受遺者で訴訟を承継した者Xから贈与契約の解除に基づく受贈財産の返還が請求された（養親子関係は訴提起後に解消）。負担の内容は、Yは養親の扶養、平穏な老後の保障、及び円満な養親子関係の維持を図り、養親から受けた恩愛に背かない、というものであった。

判決は、「負担付贈与において、受贈者が、その負担である義務の履行を怠るときは、民法541条、542条の規定を準用し、贈与者は贈与契約の解除をなしうるものと解すべきである。そして、贈与者が受贈者に対し負担の履行を催告したとしても、受贈者がこれに応じないことが明らかな事情がある場合には、贈与者は、事前の催告をすることなく、直ちに贈与契約を解除することができるものと解すべきである。」と述べ、本件について贈与の解除を認めた。

以上のように、判決は、Yが忘恩的態度をとりXを貧窮に陥らせたことを理由に、Xの請求を認容した。

（2）東京高判平6・7・19判例タイムズ870号189頁

父親Xが長男Kに農地を負担付贈与したが、その後Kが死亡し、その相続人である妻及び娘（Yら）が贈与の負担を履行しなかったため、Xが贈与を解除し、所有権移転登記抹消登記手続を請求した。負担の内容は、X夫婦と同居して農業を助け、X夫婦を扶養し困窮に至らせない、というものであった。

判決は、本件贈与は、Kの家族による長年にわたる家業への貢献に対する報償の趣旨が含まれており、また、Kへの贈与とはいえ、Kの家族の生活を維持することをも目的とし

ており、Kの急死によってそのような家族の生活維持の必要は増大しており、かかる贈与の趣旨・目的を考慮すると、贈与の負担が履行されない原因がYらのみの責任に帰すべきでない場合には、贈与契約を全面的に解除することを認めるのは相当ではなく、解除の効力が生じるのは、贈与物が負担の履行に利用されるべき範囲を限度として、双方の今後の生活を考慮に入れて決定すべきものと考えられると述べ、贈与の解除の効力は一部についてのみ生じたと認めた。

以上のように、判決は、負担の不履行を理由に、Xの請求を一部認容した。

(2) 学説

贈与契約の解消について、学説は判例法をも参考に、背信的行為、事情変更の原則、信義衡平など、一般条項の適用を示唆し(8)、また、贈与の目的の不到達(9)、解除条件付贈与(10)、負担付贈与(11)の構成などを指摘する。それらの各構成について、それぞれの要件が充たされれば、それぞれの効果が導かれる。

さらに、贈与法に独自の見解として、受遺欠格の規定の類推適用説と忘恩行為説とを挙げることができる。

①受遺欠格の規定の類推適用説

民法の受遺欠格の規定(965条、891条(相続欠格事由))を類推適用すべきであるとする(12)。891条は相続人となることができない者として、5つの場合を掲げている。それらは、条理上はもちろん法的にも、相続人、受遺者となるべきでない極めて悪質な例といえることができる。類推適用説は、贈与の撤回が認められる場合と受遺欠格の場合とを同レベルにとらえるものである。

この説によると、受遺欠格に相当する場合にのみ撤回が認められることになる。この説に対しては、受遺欠格の類推適用では狭すぎるとし(13)、受贈者の有責による離婚・離縁なども含めるべきであるとする批判がある(14)。

②忘恩行為説

贈与の態様によっては、当事者間に高度の信頼関係が認められ、それを保護する必要がある。忘恩行為説は、かかる信頼関係が破壊された場合を忘恩という視点から法的に評価

しようとするものである⁽¹⁵⁾。裁判例のなかにも忘恩行為の考え方によって解決するものがある。これは、信義則（民法1条2項）の適用ととらえることもできるが、信義則をより具体化していることから、独立の概念を形成するものととらえることが可能である⁽¹⁶⁾。

忘恩行為説は、紛争処理の具体的妥当性を図るものとして有効であり、その基本的考え方は比較法的にも支持されるといえよう⁽¹⁷⁾。しかし、忘恩の内容が必ずしもはっきりしないことに加え、忘恩行為では撤回が認められる範囲が逆に広すぎるのではないかとする批判がある。これに対しては、加藤教授が忘恩行為説の立場から、「履行の拒否または贈与物の返還を認めるに足りるだけの忘恩行為があったかどうか」という基準を示し、その効果に一定の実質的しほりをかけておられる⁽¹⁸⁾。裁判例（④東京地裁昭和50年判決）も、忘恩行為論の適用に際し、「背德的」「非常極まりなき」という限定をしている。

（3）小 括

以上を要約しよう。単純贈与型の場合、贈与の撤回に係る民法の規定（550条）をそのまま適用すると、撤回が認められる場合と否とを問わず、ケースによっては不合理な場合が生ずる。右に概観したように、判例・学説は妥当な解決をめざして解釈上の工夫をし、一定要件のもとに撤回を肯定し、あるいは逆に、撤回を否定してきた。かかる判例・学説の態度については特に異論をみない。問題はどのような場合に撤回を肯定しあるいは否定するかであり、その基準を明らかにすることである。

贈与の法的構成の考え方には、次のように違いがみられる。①大阪地裁昭和45年判決は、独・仏民法の忘恩行為に係る規定を贈与当事者の感情を反映した法制度ととらえ、わが民法の解釈としても贈与意思を形成する基礎となった人間関係に着目する。贈与意思形成を重視する考え方は、②福岡地裁昭和46年判決や、⑤東京地裁昭和51年判決も採用する。さらに②判決は契約の動機を重視し、動機の錯誤を認めた。錯誤が認定されると契約自体が無効となり、強力な効果をもたらされる。③新潟地裁昭和46年判決は信義則等の法理を用いて履行後の解除及び贈与物（宅地）の返還を認めたこと、④東京地裁昭和50年判決は忘恩行為論を用いて履行後の撤回と、目的物（土地所有権の持分等）の取戻ないし撤回権行使時における価格の返還請求とを認めたことに意義がある。かかる裁判例の法理は、負担付贈与における忘恩的態度を重視した⑦最高裁昭和53年判決にも踏襲されてい

る。⑥の2判決は負担付死因贈与の事案である。このうち、東京地裁昭和63年判決は民法の関係規定に従い、死因贈与契約の撤回があったどうか、東京地裁平成5年判決は当事者間に当該契約を締結、維持するための信頼関係が存在したかどうかを判断した。

上記裁判例において贈与者からの撤回が認められたものの多くは、事実関係において受贈者側の背徳、忘恩の程度が著しく、契約関係をそのまま維持することが信義則に反するような場合であった。かかる異常状況の場合に、信義則、条理、忘恩行為などを理由に撤回を認めることは具体的妥当性を実現することとなり、ここに判例法の意義を認めることができる。

裁判例及び学説における一般条項の適用は、柔軟な紛争処理を凶るものであるが、一般条項ゆえの曖昧さが残る。受遺欠格の規定の類推適用は一般条項と比べると明確であるが、受遺欠格と贈与との適用場面、その性質は同一でなく、贈与についてはその適用範囲がやや狭いように思われる。この点、前述のように学説が指摘するところである。忘恩行為説は柔軟な結論を導くことができるが、一般条項と同様にその基準がやや曖昧であることは否めない。贈与を恩ととらえることについては、抵抗感も示される⁽¹⁹⁾。忘恩（行為）という概念は法的にはなじまないようにもみえる⁽²⁰⁾。同説は日本人の常識あるいは感情に訴えるところがあり、その結論を支持することができるが、法解釈の基準となるべく、より客観化、具体化されることが望ましい。なお、契約解消という異常状況に至らない前に適切に対処することを可能にするための法的構成が明らかにされなければならない。

三 贈与の信託的構成の可能性

1 信託的構成の必要性——信託的譲渡から信託的構成へ

結論を先にいうと、贈与の解消を認め、目的物の返還請求権を認めるための法的根拠を明らかにする必要がある。しかし、民法の贈与法は、典型的な贈与のタイプを規定するにとどまる。一定類型の贈与については、その実質を法の効果の上に貫徹するために、信託的譲渡の趣旨をより徹底すべきである。すなわち、形式から導かれる効果を修正するために、信託的構成がなされなければならないと考える(21)。

かかる信託的構成の必要論については、少なくとも二つの問題を考えておかなければならない。第1は、仮に民法の解釈(民法レベルの狭義の解釈)で同じ効果が導かれるなら、わざわざ信託法理などといわなくてもいいし、いわない方がすっきりしているではないか、という問題である。信託法理導入論一般に対して注意すべきこととして主張されるとともに、具体的に譲渡担保の法的構成論において指摘されてきたものである(22)。そして、この問題は本研究会のテーマの一つとされ、これまで種々の項目のもとに検討が重ねられてきた。はたして贈与法ではどうか。先に概観したように、贈与に係る従来の判例法をみると、民法解釈論のなかで妥当な解決が導かれていたように思われ、あえて信託法理をもちださなくてもよさそうである。しかし、そこに一般条項が適用された事案をみると、判例法を動かしたものは当該贈与を支えていた信頼関係であり、それが破壊されたという異常状況が考慮された。そして、規定の文言が基本的に修正されたのである。このような解釈は信託法理とは一見別次元で解決されたようにみえても、実はその背後に信託法理が作用していたものと考えられる。このことは、裁判所におけるわが民法の解釈論の特徴としてもっと強調されてよいと思われる。忘恩行為論に依拠した解決例は一般条項を具体化したものといえるが、そこに明確に信託法理を看取することができる。このことを考慮すると、そのような類型の贈与については、信託法理を前面にだして法的構成をした方が明快ではないかと考える。さらに、信託法理を用いることによってそれに独自の解決が可能となる。

第2は、贈与法が有する無償性の壁である。無償契約は有償契約と比べて契約の拘束力が弱いものとされている。無償契約の典型である贈与について、たとえそのなかの一定類

型のものに限定されているとしても、信託法理を導入して契約の拘束力を高めることは、無償契約の理論として統一性を欠き、許されないのではないだろうか、という問題がある。確かに、伝統的な無償契約論からみると、信託的構成は契約の拘束力を高める点において突出しており、贈与法の解釈、適用の限界を超えているようにもみえる。また、信託法理に依拠したいのなら、当事者は信託を設定すればよいではないか、あるいは、そこまでできなくても何らかの特約をすべきではないかともいえる。そのような考え方もあり得るが、贈与について実際にそのようなことを期待しあるいは要求することができるだろうか。贈与には類型の違いがあることを考えると、類型の違いを適切に考慮した法的効果を与えることが適切である。当該契約の実質を重視することこそ重要であり、一律に無償契約論を適用すべきでない。実定法の規定が抱える基本的問題であり、法解釈論のスタンスが問われるところであるが、この問題については法解釈論の有する規範定立の機能を最大限にひきだすことが重要ではないかと考える(23)。

以上のように解することにより、民法解釈論のなかに信託法理が導入される契機が与えられ、ひいては私法秩序を全体としてとらえることに貢献することができる(24)。また、かかる視点は、贈与法の実務において、後にみるように要援助者の支援、公益の追求などの場面で有効に働くものと考えられる(25)。

2 比較参照すべき構成

(1) 負担付贈与

負担付贈与では双務契約に関する規定が適用されるから(民法553条)、受贈者が負担を履行しないときは贈与者は契約を解除することができる(同541条、542条の準用)、受贈者の不履行の意思が明らかな場合は即時に解除することができる(26)。ここでは、単純贈与の場合と違い、あえて忘恩行為をもちだす必要はない。しかし、「不履行の意思が明らかな事情」は、実際にはかなり限定された場合にしか認められないのではないだろうか。不完全な履行がなされた場合に適切に対応することができるかどうかも疑問である。

贈与が負担付贈与の性質を有する場合には、契約を締結することにより目的物の所有権は形式上は完全に移転している。あるいは、ノーマルな状況ではその返還を予定しないという意味において、受贈者に完結的に譲渡がなされたということが出来る(27)。しかし、

贈与が受贈者からの負担の履行を条件に行われた場合など当事者間に信頼関係を認めることができる場合のなかには、その所有権移転は実質的には完結的でない、ととらえることができる場合があるのではないだろうか(28)。特に、贈与そのものや、そこに付された負担が公益的性質を有し、あるいは、社会的弱者保護などの政策的配慮が求められる場合には、そこにおける信頼関係はより高度かつ一般的に保護される必要があり(これは政策的判断でもある)、そこでの所有権移転を完結的なものとして処理することが妥当でない場合が考えられる。以上を譲渡法理からまとめると、一定の客観的状況が認められる場合には、そこにおける所有権移転は完結的譲渡ではなく、信託的譲渡ととらえるべきではないだろうか。

負担は契約上に明示されないこともあるが、当該贈与の性質、内容、あるいは当事者の合理的意思を推測し、負担付贈与と構成できる場合があると考えられる。相手方に利益を与えるために特定の人が出捐する場合において、我妻説(29)は、例えば一定の宗教団体・学校・学会・慈善施設などに個人がする寄付は贈与ととらえ、寄付者が特に使用目的を指定した場合には負担付贈与となり、受贈者は寄付をその目的に使用する義務を負うと指摘する。一例を示したものとして参考にすることができる。

以上、負担付贈与におけるかかる当事者の義務は、一定要件のもとにより強化されるべき場合があり得るであろう。そのために、信託的構成がなされるべき要件を明らかにすることが必要である。

(2) 「第三者のためにする契約」

贈与における法律関係を、「第三者のためにする契約」ととらえることができるか。例えば、Cの受益のためにAからBに贈与がなされる場合に、「第三者のためにする契約」(民法537条)の成立を認めることは、受益者Cが直接債務者Bに対して給付を請求する権利を取得することから、Cの保護に貢献する。我妻説(29)は、「寄付の利益を受けるものが発起人に対して直接に請求する権利を取得するかどうかは、寄付が第三者のためにする契約を含むかどうかで定まる」と述べ、その根拠として、寄付者自身が権利を行使することは極めて困難だから発起人の責任を重くすることが至当であろう、と指摘する。「第三者のためにする契約」の適用範囲を拡大させても、受益者に特に不利益を及ぼすことはなく、不合理でもないと考えられる。

或る贈与の類型を「第三者のためにする契約」として認めることができるとした場合、第三者は受益の意思表示をせずに当然に権利を取得する、とすることは可能か。これは「第三者のためにする契約」に固有の問題でもある。民法537条が受益の意思表示を求めた理由としては、「人情ト實際ノ便宜」(30)、あるいは、「受益者として指定された者の保護」(利益といえども意思に反して強制されないこと)、などが指摘される。判例(大判大5・7・5民録22 1336)は受益の意思表示を要求する(ただし、商法改正前の第三者を受取人とする保険契約に関する)(31)。

この問題について、学説にはふみこんだ指摘がみられる。我妻説は、「利益といえども意思に反して強いられない」ということを無視することは許されまい、と述べた上で、「結局、保険、郵便年金、信託、供託などのように、当然に権利を取得する旨など法律に別段の規定がある場合を除いては、当事者の契約で第三者は当然に権利を取得させることは許されないと解する判例・少数説が妥当であると思う(但し、債務免除のように受益者の意思を顧慮しないものは例外とすべきであろう)。ドイツ民法は、一方、第三者の権利は当然に生ずるものとし、他方、第三者の拒絶によって、遡及的に権利は消滅するものと定める。立法として妥当なものであるが、わが民法の解釈で同様の趣旨を認めることはできないであろう」と指摘する(32)。表現を若干異にし、「当該契約の性質によっては、特に、当事者の明示の意思表示がなくとも、第三者が当然に権利を取得するものと解すべき場合があり得る」と指摘し、その例として、当座口振込における被振込人、電信送金の送金受取人など(立法において明示した例として、商法648、675、簡保10、郵年7、信託7)を掲げるものがある(33)。そこに挙げられた有効例は通説の挙げるものと変わらない。しかし、「当該の契約の性質によっては、特に、当事者の明示の意思表示がなくとも」と述べる部分を重視し、一定類型の寄付については「受益の意思表示を要しない」(信託法7条)ということができるならば、信託的構成を認めることに一步近づくものであると考えることができる(34)。

(3) 信託的譲渡

贈与における所有権移転は通常、完結的な譲渡と認められる。このほかに、当事者間に高度の信頼関係が存在するものうちには、一定の目的のために信託的譲渡がなされたものと認められるものがある。ここに信託的譲渡とは、高度の信頼関係のもとになされるA

からBへの所有権移転をいい、所有権は完全にBに移転するが、BはAに対して所有権をその目的以外には行使しない義務を負う。この義務に違反すれば所有権はBからAに復帰する。第三者との関係ではBは完全な所有権者となるから、Bが目的物をCに処分した場合、原則としてCは有効にその所有権を取得することができ、他方、AはCに追及することができない。

学説のなかには一定類型の贈与を信託的譲渡ととらえるものがある。我妻説は、ある特定の公共的目的のために数名の発起人が多数の人から寄付を集めるような場合には、発起人はそれによって利益を受けるのではないから、贈与とみるのは不適當で、むしろ募集の目的に使用すべき義務を伴う信託的譲渡と解するのが適當であると指摘し、また、「各寄付者は発起人に対して募集の目的に使用すべき旨を請求する債権を有することは疑いない」とし、「信託的譲渡と解しても、寄付者が無償の出捐をする点では贈与と同じだから」550条・551条を準用することができるとする⁽³⁵⁾。星野説も、第三者が発起人となって一定の目的のために寄付を募集する場合は、発起人に対する贈与でなく、通常はその目的に使用すべき義務を伴う所有権移転（信託的譲渡）と解されると述べ、ほぼ同様の見方をするが、加えて、特に特定の者に寄付することが予めはっきりしている場合にはその者のためにする発起人に対する寄付と解される、と指摘する⁽³⁶⁾。

このような解釈は実質を重視するものである。贈与の類型によっては、「受益者」の立場をより厚く保護すべき場合があり得る。そのために、受贈者が「受益者」に対して負うべき「所有権をその目的以外には行使しないという義務」を、単なる債権的拘束にとどめず物権的拘束に高め、「受託者」に対して一定の物権的義務を求めることができないだろうか。そのために、信託的構成の可能性が検討されなければならない。

3 贈与の信託的構成——その要件と効果

(1) 要件

前述のように、贈与は、通常の所有権譲渡である完結的譲渡型と、そうでない信託的譲渡型の、二つのタイプに分けることができる⁽³⁷⁾。それぞれの譲渡の効果について、両型の違いを法的効果に的確に反映させることが妥当である。

信託的譲渡を進め信託的構成とするためには、一定の要件が必要となる。すなわち、信託が設定されるためには信託設定の合意が必要である（信託法1条）が、かかる合意を認

めるまでに至らなくても、その合意の内容が信託の重要な特徴を備えている場合には、信託的構成を認めることができる、と解すべきであろう(38)。

信託法における信託の典型的特徴としては、次の4点を指摘することができる。

- ①財産の管理を目的とすること
- ②当事者間に高度の信頼関係が認められること
- ③受益者(特定の者、公益)の保護を図る必要があること
- ④所有権の移転が信託的譲渡と認められること

以上の4点が全て満たされた場合には、信託の設定そのものがなされたと認められることがあろう。しかし、信託の設定が認められるためには信託法1条(さらには2条)の要件が充足されなければならないから、上記4点が満たされても、つねに信託が設定されたものと認められるわけではない。贈与の形式がとられたものを信託とみことはしばしば無理を伴う。ただ、信託の典型的特徴が認められる場合は、実質は信託であるから、可能な限りで信託法の類推適用(あるいは信託法理の応用)がなされるべきである、ということになる(39)。

なお、四宮博士は、受寄者介在型寄付(狭義の寄付類型)にあつては、受寄者は直接的には何らの利益を受けるものではないから、贈与ではなく信託的譲渡というべきであり、信託法1条に該当するからには信託法上の信託と構成すべきである、と指摘された(40)。そこでは、信託的譲渡が認められる場合において信託と構成される要件として、信託法1条に該当すること、が挙げられている。信託法1条に該当するなら信託と構成される。四宮説の趣旨は信託法1条に該当する場合だけに限定されるものではなく、より弾力的に、信託的譲渡を信託的構成に導く可能性を示唆している(41)。そして、かかる可能性を解釈論として追求することが有益である。

以上を要約しよう。贈与には種々の態様があり、基本的性質を異にすると考えられるものもあることから、それらを一律に扱うことは妥当ではなく、むしろ各類型の特徴を考慮すべきである。贈与には、単純な類型のもののほか、介護等を見返りに高齢者が贈与する例、歴史的・文化的遺産の保護を目的にする例など、今日特有の態様を有するものとして関心がよせられているものがある。贈与のうち、公益を目的とする公益追求型や、特別の行為を要求する特別配慮型では、しばしば上記①～④の要件の充足が認められるであろう。ここに公益とは、公益信託における公益(信託法66条)と同義に解してよいであろう

(42)。特別配慮型の例としては、高齢者が現在又は将来における介護等の援助の見返りに行う贈与、などを挙げるができる。

(2) 効果

上記①～④の要件を全て満たすものについては、以下のように信託法理の応用が考えられる(図1、次頁参照)。贈与の場合と対照しつつ、応用が可能な信託法の規定を掲げよう。

① 履行について。負担付贈与ではAは負担の履行請求(契約法上の請求)が可能であり、売主の担保責任が問題となる(民法551条2)。これに対し、信託では信託法に基づく信託目的の履行請求となる。その場合、Bには例えば、信託法の分別管理義務(28条)、受託者の相続財産からの独立性(15条)、信託財産に対する執行等の禁止(16条)、などの規定の類推適用が考えられる。

② Bの不当処分について。贈与、負担付贈与では、かかる処分は形式的には合法と解される。これに対し、信託目的に反する処分は信託違反となり、その処分行為を取り消すことができる(31条)。

③ A(受益者)の利益保護について。贈与の場合は信義則、忘恩行為等を理由とする撤回が、負担付贈与ではさらに解除(民法541条、542条の準用)が考えられる。他方、贈与の背景となった当事者間の高度の信頼関係がその後破壊された場合には、契約の解消が認めべきである。信託では、受託者の義務が明確にされているから、義務違反の状況も明確になり、受託者の損失補償(27条)や、解除による目的物の取戻し(57条～65条)が可能になる。

贈与の受贈者が一定の履行義務を負う場合、状況によってはその義務は信託法上の義務に高められるべきである。これを受託者の義務ととらえることによって、信託法の規定を類推適用し、あるいは、それら規定の趣旨を参考にすることができる。換言すれば、信託的構成をとる場合には、受贈者は受託者又は受託者に類似する地位にある者として一定の義務を負担しなければならず、このことは当事者の信頼関係を安定的に継続させることに貢献するであろう(43)。

以上の信託法の規定の類推適用は、当事者間では原則として貫かれるべきであるが、取引安全との関係から第三者については問題がある。上記規定のなかには、「信託の公示」

を前提にするものがあるが（例えば、31条）、贈与の場合は「信託の公示」がなされていないから、その限りで第三者との関係において効果が制限されなければならない。もっとも、かかる場合でも、信託の公示の趣旨を考慮すると、悪意の第三者に対しては信託法の効果を貫徹してよい場合があり得るように思われる(44)。このような解釈は、民法レベルだけでも可能にみえるが、外形ないし形式ではなく実質を実現しようとする点において信託法理を考慮したものと考えられる。

〈図1 信託法理应用到あたり参考となる信託法規定〉

- | | |
|--------|---|
| 履行 | ・ 分別管理義務（28条）
・ 相続財産からの独立性（15条）
・ 信託財産に対する執行等の禁止（16条） |
| Bの不当処分 | ・ 受託者の損失補償（27条）
・ 信託違反の処分行為の取消（31条） |
| 解消 | ・ 解除（57条、58条）
・ 残余財産（61条、62条） |

四 おわりに

贈与の形式が用いられたもののうち、民法典の単純贈与や負担付贈与ととらえることができるものについては、当然にその関係する規定が適用される。他方、信託的構成をとることができるものについては、解釈にあたり、信託法の趣旨を参考にし、あるいは、信託法の規定を類推適用すべきである。もっとも、そのように主張するためには、贈与を債権法の視点からとらえるだけでは限界がある。そこで本稿では譲渡法理から問題をとらえ、贈与法における信託的構成の必要性を指摘し、信託的譲渡から信託的構成を導くための要件と、信託的構成の効果について検討、提案をした。かかる提案は、当事者が贈与という文言を用いていること、及び、民法典の贈与の規定を修正することから、解釈論として困難のようにみえなくはない。しかし、実質を尊重するために規定の文言を修正することは不自然なことではなく、解釈論において従来より行われてきたものである（一例を挙げれば、「制限超過利息を任意に支払った場合」における利息制限法1条の解釈など）。自覚的に贈与法に係る規範が定立されるべきである。

譲渡法理からの検討は、債権法としての贈与の検討ではみえにくかった部分を鮮明に照射することができる。信託法理の応用は、贈与の当事者の権利・義務関係を実質的に扱うものであり、本稿でとりあげた贈与の解消の場合だけでなく、その履行の解釈についても参考に値する。これらを総合的に検討することにより、贈与の当事者の保護を図り、また、贈与が一層普及するための条件ができあがるものと考え(45)。かかる提案は、法解釈論の基本に係わる問題を含んでおり、法解釈論における別の立場（伝統的立場）からの批判があり得る。この問題について議論が深められることが期待される。

〔注〕

- (1) 拙稿「信託における信託的譲渡の特徴」『実定信託法研究ノート』21頁（(財)トラス60、1996年）は、信託法1条における信託的譲渡の特色を明らかにするために、財産権の譲渡法理に言及した。それを受け本稿では、寄付・贈与について検討を加えるものである。
- (2) 我妻栄『債権各論中巻一』237頁（岩波書店、1957年）。
- (3) 加藤永一「寄付——一つの覚書」『契約法大系II』2頁（有斐閣、1962年）、来栖三郎『契約法』224頁（有斐閣、1974年）、柚木馨・高木多喜男編『新版注釈民法（14）』14頁（有斐閣、1993年）（柚木馨・松川正毅）。
- (4) 加藤（永）・前掲「寄付——一つの覚書」9頁-10頁参照。
- (5) 加藤（永）・前掲「寄付——一つの覚書」9頁-10頁。
- (6) わが国で行われてきた伝統的な寄付・贈与の特色については、加藤永一「贈与および遺言の研究（一）（二）日本における無償行為法の現実的機能について」法学34巻1号1頁以下、2号1頁（1970年）、加藤（永）・前掲「寄付——一つの覚書」11頁以下が参考になる。
- (7) 升田純「高齢者と遺言・贈与をめぐる諸問題」判例地方自治162号4頁以下（1997年）、柚木・高木編・前掲書『新版注釈民法（14）』33頁以下参照（柚木・松川）。
- (8) 大村須賀男「民法学5（契約の重要問題）」78頁（有斐閣、1976年）。
- (9) 平井一雄「贈与物の返還請求が認められた事例」独協法学6号171頁（1975年）。ただし、新潟地判昭46・11・12について指摘されたものである。
- (10) 加藤一郎「忘恩行為と贈与の効力」法学教室16号72頁、74頁（1982年）。ただし、その問題点を指摘する。
- (11) 柚木・高木編・前掲書『新版注釈民法（14）』36頁（柚木・松川）。
- (12) 広中俊雄『民法論集』56頁以下（東京大学出版会、1971年）（「贈与」民法演習IV（有斐閣、1959年）初出）。
- (13) 加藤（一）・前掲75頁、後藤泰一「忘恩行為に基づく贈与の撤回——ドイツ法を通して」民商法雑誌91巻6号1頁（1985年）、後藤泰一「忘恩行為と贈与の撤回」信州大学教養部紀要19号1頁（1985年）、岡本詔治「無償契約という観念を今日論ずることには、どのような意義があるか」椿寿夫編纂『現代契約と現代債権の展望』（日本評論社、1990年）など。
- (14) 来栖・前掲書『契約法』243頁。加藤（一）・前掲75頁も同旨。
- (15) 加藤（一）・前掲「忘恩行為と贈与の効力」69頁。
- (16) 後藤・前掲「忘恩行為と贈与の撤回」3頁は、信義則よりも忘恩行為による方が要件・効果がより明確であることを示唆する。理論的には信義則と忘恩行為とで基本的内容に違いはないように思われるが、実際上の適用の場面では論旨のような指摘が妥当するのかもしれない。実定法上の原則と、そこから導かれた法理との効果の違いを述べるものとして興味深い。
- (17) 独民530条～532条、仏民955条～959条は、忘恩を理由とする贈与の撤回を認めている。
- (18) 加藤（一）・前掲75頁。
- (19) 中川淳「最新判例批評（75）」判例時報679号128頁（判例評論165号20頁）（1972年）参照。

- (20) 加藤（一）・前掲75頁参照。
- (21) 拙稿「譲渡担保と法的構成——信託法理の応用可能性を求めて」信託法研究9号45頁以下（1985年）では、譲渡担保について信託的譲渡から信託法理応用の可能性について述べたが、十分な論証ができなかった。本研究会においていただいた様々なご教示を受け、再考したいとする気持ちが高まっている。
- (22) 米倉明「信託法のがが国における素地（4・完）」信託164号23頁以下（1990年）参照。
- (23) 高嶋平蔵「民法解釈学の性格と方法——実用科学としての民法解釈学について」早稲田法学46巻2号1頁（1971年）、同「科学的民法解釈学の形成について」同47巻1号123頁（1971年）、同「民法解釈学の諸要素について」同47巻3号45頁（1972年）、同『民法学の歳月』（敬文堂、1981年）、同『思想の中の民法学』（敬文堂、1997年）参照。なお、信託法理の問題ではないが、かかる限界線上の問題は、民法のいくつかの規定にみることができる（例えば、共同不法行為など）。
- (24) この問題に関する基礎的研究を行うものとして、道垣内弘人『信託法理と私法体系』（有斐閣、1996年）。
- (25) 負担付贈与方式を利用した高齢者の資産活用のあり方を提案するものとして、大田区福祉公社『高齢者のための資産活用制度のあり方——高齢者在宅福祉の一環として』がある。
- (26) 加藤（永）・前掲「寄付——一つの覚書」10頁。
- (27) 拙稿・前掲「信託における信託的譲渡の特徴」では「終局」の語を使用したか、「完結」に改める。
- (28) 拙稿・前掲「信託における信託的譲渡の特徴」18頁でこの点に触れた。
- (29) 我妻・前掲書『債権各論中巻一』237頁-238頁。
- (30) 青木徹二『信託法論』302頁-303頁（財政経済時報社、1926年）、四宮和夫『信託法〔新版〕』102頁（有斐閣、1989年（初版1958年））。
- (31) 松本・前掲56頁。
- (32) 我妻栄『債権各論上』122頁（岩波書店、1954年）。
- (33) 『注釈民法（13）』342頁（有斐閣、1966年）（中馬義直）。我妻・前掲書121頁は鳩山、末川の各学説を引用する。
- (34) 木下毅「受益者の準物権的権利——第三者のためにする契約と信託との関係」信託研究127号7頁以下（1981年）参照。
- (35) 我妻・前掲書『債権各論中巻一』238頁。
- (36) 星野英一『民法概論IV（契約）』109頁（良書普及協会、1986年）。
- (37) 我妻・前掲書『債権各論中巻一』237頁-238頁参照。
- (38) 米倉・前掲「信託法のがが国における素地（4・完）」23頁以下参照。
- (39) 研究会では、上記4点を備えるものは信託そのものであるから、信託法の類推という必要はない、との教示を得た。或る法律行為が信託法1条（2条）に該当するかどうかの問題として、ひきつづき課題とさせていただきたい。
- (40) 四宮・前掲書『信託法〔新版〕』25頁。末広敏太郎『民法雑記帳（下）』（第2版）72頁（日本評論

社、1980年（初版1953年）は、公募寄付金について、寄付目的の達成が不能となった場合の処置として、民法72条による処理を指摘するとともに、以下の問題につき、信託法理による説明の妥当性を示唆する。第1、世話人等が寄付金を横領私用した場合など、信託目的に反してなされた場合の効力如何。有効なら債務不履行による損害賠償の問題が起こるが、その賠償請求権は誰が行使するのか。無効なら、その無効を主張して処分財産を取り戻す権利は誰にあるか。第2、一定の目的のために寄付金を公募したところ後に至ってその目的の達成が不能になった場合、世話人としてとるべき処置如何。

- (41) 譲渡担保について述べる四宮・前掲書『信託法（新版）』10頁参照。
- (42) 公益の概念については、田中実『公益信託の現代的展開』66頁以下（勁草書房、1985年）、田中実編『公益信託の理論と実務』8頁以下（田中実執筆）（有斐閣、1991年）、能見善久「公益的団体における公益性と非営利性」ジュリスト1105号50頁（1997年）。
- (43) 信託における意思凍結機能が働く。新井誠『財産管理制度と民法・信託法』192頁（有斐閣、1990年）。
- (44) 信託の公示に関する最近の研究としては、新井誠「信託の公示と信託財産の保全」N B L 635号20頁以下（1998年）がある。
- (45) このことについては少子・高齢社会における贈与の活用可能性を政策的に探ることも有益であろう。

婚姻住宅の処分制限と信託

大 村 敦 志

目 次

序 言

一 分析枠組みの設定——ドイツ法・フランス法を参照して

I 事実の側面からの考察

II 価値の側面からの考察

中間考察

二 イギリス法からの示唆——判断基準の析出へ

I イギリスにおける婚姻住宅の処分制限

II イギリス法からの示唆

結 語

序 言

(1) **問題状況** 婚姻住宅（婚姻中の夫婦が居住の用に供する建物等）の保護については、1975年に公表された法制審民法部会身分法小委員会の中間報告において問題提起がなされた。しかし、80年の法改正においては「夫婦財産制」には手がつけられず問題は先送りとされた。これを受けて、今回の「婚姻法」改正の作業においてはこの点も審議の対象とされたが、中間報告には盛り込まれたものの、将来の検討課題ということにされて要綱案からは落とされた⁽¹⁾。

その原因としては、現行法の下でも保全処分等の利用により居住を確保することは一定程度まで可能ではないかという意見（中間報告のa意見）が存在したという事情があるが⁽²⁾、別産制のもとでなぜこのような処分制限が可能なのか、あるいは、処分制限の対象をどのように画するか、といった原理面・技術面での詰めがなお十分でないということを挙げることもできる。確かに、婚姻住宅の保護の必要性は以前から指摘されてはいたが、検討は必ずしも十分であったとは言えない状況なので、このような結果となったことはやむを得ないといえる。

ところで、この問題に関しては、信託との関連が語られることがある。実質的に見て、婚姻住宅が夫婦共同の財産であるならば、たとえそれが一方の名義で登記されていても、名義人は非名義人たる自己の配偶者に対して、受託者であるかのごとくに行動すべきである、具体的には非名義人の利益を損なうような処分をすべきではない（することはできない）といった議論が聞かれるのである。たとえば、ドイツの夫婦財産制における処分制限に関する最近の研究などにもこのような見方は提示されている⁽³⁾。そこで、本報告では、今後の解釈論ないし立法論としてこの問題を検討する際に、「信託との関連」という視点をもたらすものがあるかどうかを検討してみることにはしたい。

(2) **考察の性質** ところで、「信託との関連」という本報告の視点について、予め少し敷衍しておく必要があるだろう。本研究会の趣旨は、「信託法と民法との交錯」ということだが、一口に「交錯」と言っても、そこには次のような異なる局面が含まれているように思われるからである。

第一に、いわば視線の方向についてであるが、一方で、信託法から出発して民法上の諸問題を考えるというアプローチ（信託起点型）が可能であるが、他方、民法から出発して信託法上の諸問題を考えるというアプローチ（民法起点型）も考えられる。研究会ではどちらかというところ前者のアプローチが優越していたように思われ、本報告もまた、このような立場から問題設定を行っている。信託（法）から出発するという場合には、次の二点に留意する必要がある。一つは、そこで参照枠とされている信託は、「制度」としてのそれか「原理」としてのそれかということである。信託法理を活用するという場合、対象たる法律関係はまさに信託なのだから信託法を適用しようということなのか、信託そのものではないが信託の考え方が有益であるということなのかを区別する必要があるだろう。これとも関連するが、もう一つ、解釈論としての議論なのか立法論としての議論なのかにも注意が必要だろう。本報告でも以上の二点には留意するように努めたい。

第二に、対象となる問題の状況についてである。程度の差はあれすでかなりの程度まで処理方式が定まった問題については、これを再検討に付すということが課題となるだろう（再検討型）。これまでに報告のあった譲渡担保や権利能力なき社団というテーマはこのタイプに属すると言える。これに対して、新しい問題について処理方式を模索するという場合もある（模索型）。本報告の対象である婚姻住宅の保護というテーマはこちらに属すると言ってよい。再検討型の場合には、構成を変えても大きく状況は改善されないのならば、新たな法律構成に移行するメリットは少ない。ところが、模索型の場合には、未解決の問題に対する何らかの解答が導けるならば、当該法律構成にはそれなりに価値があるということになるだろう。その意味で、「婚姻住宅の保護と信託」という問題設定にはおそらく一定の意味があるはずである。

（3）対象の限定 次に検討対象の限定をしておく必要がある。婚姻住宅の保護という問題はかなりの広がりを持っている。たとえば、時期の問題がある。一口に保護と言っても、それは婚姻継続中の保護か婚姻解消時の保護かによって、議論は異なりうる。また、住居の性質も問題になる。自己所有の建物か借家かで分けて考える必要があるだろう。さらに、保護の仕方についても、他方配偶者に同意権・取消権を認めるのか、法定賃借権の成立を認めるのかといった問題がある。しかし、すべての場合について検討を加えるというのが本報告の目的ではないので、以下においては、配偶者が、婚姻継続中に自己

所有の建物を処分するのに制限を加えるかという問題（これは中間報告のb意見の可否ということになる）に限定して考えてみるにとどめたい。

具体的な検討の視点としては、次の二つを立ててみたい。

一つは、夫婦の財産関係の現実をいかに見るかという視点（事実の側面からの検討＝「一」Ⅰ）であり、もう一つは、夫婦の財産関係を規律する制度をいかに正当化するかという視点（価値の面からの検討＝「一」Ⅱ）である。このような考察をふまえて、「二」では別の観点からの検討を加えるが、これについては、「一」の考察を終えたところで改めて述べることにしよう（中間考察）。

一 分析枠組の設定——ドイツ法・フランス法を参照して

1 事実の側面からの考察

まず、事実の面から検討を加えていこう。ここでは、保護の対象として想定されている婚姻住宅の実質的な所有関係に応じて、次の三つの類型を設定し、順に検討を加えていくことにしよう。三つの類型とは、完全共有型、完全固有型、不完全共有型（中間型）である。

(1) 完全共有型　ここで完全共有型というのは、登記の問題を除いて考えるならば、婚姻住宅は完全に夫婦の共有に属するというものである。たとえば、婚姻に際して、夫婦がそれぞれの親から贈与された資金を出し合って住宅を購入したという場合はこれにあたる。また、婚姻中の夫婦に共に収入があり、この収入のうちからなされた貯蓄を資金として住宅を購入したという場合もこれにあたるだろう。これらの場合には、夫婦共有の登記がなされるのが一般であろう。この登記は、実体から大きく離れた共有持分が定められていない限り、税法上も特に問題を生じさせない。

このような場合に、何らかの事情により、夫婦の一方の単独名義で登記がなされることもないわけではないだろう。しかし、その場合にも、資金の出所がはっきりしているならば、単独名義の登記が贈与の意思を表象すると見られる特別な場合を除いて、実質的な権利関係のレベルでは婚姻住宅が夫婦の共有に属することには異論はないだろう。

そして、現在の一般的な考え方に従うならば、この場合の登記は実体的な権利関係を反映しない虚偽の登記と扱われることになるだろう。ただし、周知の通り、民法94条2項の類推適用法理により、登記を信頼して取引関係に入った第三者（名義人からの処分を受けた者）は、一定の要件を満たす限り保護を受けることになる。

この局面で、登記を有する一方配偶者は、他方配偶者に対して信託の受託者の地位に立つと考えることはできないわけではない。夫婦間に信託設定の意思表示があればもちろん、はっきりとした意思表示がなくとも黙示の意思表示があったとの構成が可能な状況であれば、この考え方をとることができる。この場合には、解釈論のレベルで信託法を適用するということが可能なわけである。特に、31条が適用される結果、悪意か重過失のある

第三者に対しては受益者の地位に立つ他方配偶者は取消権を行使することができることになる。なお、民法94条2項類推と信託法31条の適用とでは結果は微妙に異なりうるが、この点には立ち入らない。94条2項の類推適用が可能であれば信託法31条の適用にはそれほど大きなメリットはないということだけを述べておこう。

(2) 完全固有型　これとは逆に、婚姻住宅は完全に夫婦の一方に属すると言ってもよい場合がある。たとえば、婚姻直後の夫婦が、婚姻前から一方が所有する住宅に居住しているという場合、あるいは、婚姻中の夫婦の一方が第三者（親など）から住宅そのものを贈与された場合、あるいは、資金を贈与されて住宅を購入した場合などには、経済的・実質的な関係に着目する限り、婚姻住宅は夫婦の一方のみに帰属すると言ってもよいように思われる。このような場合に、実質的な所有者でありかつ登記名義人である夫婦の一方が婚姻住宅を処分したとしても、他方配偶者にはこの処分に容喙する権限があるとは言にくい。少なくとも、婚姻住宅は実質的には夫婦の共有財産であるからという理屈は成り立ちにくい。そして、この場面では、信託法理の出る幕もなさそうである。

この類型についても婚姻住宅の保護を認めるとすると、実質的共有という論理以外の論理に依拠した正当化が必要となるが、それについてはII（2）で改めて述べることにしよう。

(3) 不完全共有型　以上の二つの類型の中間に、不完全共有型あるいは中間型と呼ぶことができるような場合がある。いわゆる「内助の功」を考慮すべき場合である。住宅購入の資金は夫婦の一方（通常は夫）が負担してはいるが、この資金獲得のために、長年にわたり他方配偶者（通常は妻）が家事労働等に従事してきたという場合である。

この場合にも、家事労働が金銭タームに換算可能であるという前提に立つならば、この類型は完全共有型に還元されることになるが、通常はそのようには考えられてはいない。妻の家事労働を金銭に換算して、夫の収入からなされた貯蓄もその相当部分を実質的には妻に支払われるものであったとして、この貯蓄によって購入された住宅を実質的に共有に属すると見る考え方はとられていないのである。しかし、そうは言っても、この場合に全く妻の寄与・貢献を無視してよいとの考え方も取りにくい。「内助の功」とはこのような事情を示すための表現にほかならない。

この内助の功の考慮の仕方としてまず考えられるのは贈与である。たとえば、夫が妻の内助の功に報いるために、貯蓄した資金の一部を、あるいは、貯蓄により購入した住宅の一部を、妻に贈与するということが可能である。贈与ということになると贈与税を負担しなければならないのが原則であるが、税法はこの点に一定の配慮をしており、現行法の下では、婚姻の期間が20年以上の夫婦であれば、居住用住宅そのものおよびその取得に供される金銭については、2000万円までの控除がなされることとされている（相続税法21条の6第1項）。したがって、贈与の手続と贈与税控除の手続をとるならば、この限度で、内助の功に配慮することは可能である。首都圏の中心部に立つ豪邸以外ならば、これによって妻は一定程度以上の持分を確保することができるだろう。

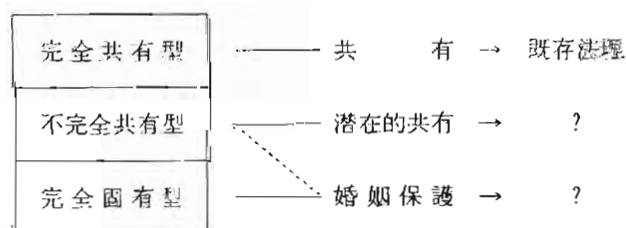
問題は明確な贈与の意思表示がなされていない場合である。そのような場合にも、他方配偶者に何らかの権利を認めることはできないか。たとえば、名義は夫の単独所有でも妻に実質的な共有持分を認めることはできないかというわけである。

信託法理援用のありうる一つの場面はこの場面であろう。もっとも、この場合、明示にはもちろん黙示にであっても、夫婦間に信託設定行為があったと見るのは困難であろうから、信託法を直接に適用するというのは難しいだろう。考えられるのは、このような夫婦間には信託に類似した関係があるといえないかという主張である。つまり、ここで援用されるのは、制度としての信託ではなく原理としての信託なのである。

しかし、ここで原理としての信託を援用するには一つの障害がある。それは別産制の原理である。日本民法は法定財産制として夫婦の財産的独立を基本原理とする別産制をとっているという理解に立つとすると、信託法理の援用はこれと両立しがたいのではないかと、少なくともこれとの間にある種の緊張関係を生じさせるのではないかと疑問が生ずるのである。そこで出てくるのが潜在的共有論であるが、これについては項を改めてII(1)で検討することにしよう。

ここで、これまでの議論を図示すると次のようになろう。

☒



II 価値の側面からの考察

ここで、価値の面からの考察に転じることになるわけだが、婚姻住宅の保護を正当化する議論としては、さしあたり次の二つが考えられる。一つは、潜在的共有論と呼ぶべき議論であり、もう一つは婚姻保護論と呼ぶべき議論である。順に見てみることにしよう。

(1) 潜在的共有論 先ほど、日本民法における法定夫婦財産制は別産制であるという理解に立つと、夫婦間には信託類似の関係があるとの議論は成り立ちにくいと述べた。この難点の克服のために考えられるのは、前提を変えるということ、すなわち、日本の法定財産制は別産制ではなく潜在的共有制なのだという理解をとるということである。

夫婦の財産は、婚姻継続中は夫婦のそれぞれの単独所有に属するとしつつ、婚姻解消時には何らかの形で夫婦財産の調整が行われ、一方から他方に向けて財産の移転が生じるとするのはありうる考え方である。たとえば、ドイツ法では婚姻中に獲得された財産（後得財産）については、あたかも共有財産であるかのごとき分割がなされる。日本法でも、配偶者の相続分や離婚時の財産分与を考慮に入れるならば、同様の分割がなされると見ることもできないわけではない。現にそのように主張する学説が存在することは周知の通りである。そうだとすると、婚姻中は単独所有に属する財産も、婚姻後には分割（移転）の対象となる可能性を帯びているという意味で、当該財産は夫婦の潜在的共有に属するものであると性格づけることも不可能ではない。そして、婚姻住宅についてもこの議論は適用可能である。

しかし、単に「潜在的共有」と言っただけでは、当該財産の処分制限を認めるという結論は必然的には出てこない。また、処分制限の対象を婚姻住宅に限るというのには、さらに別の理屈が必要となる。

処分制限を導くための理屈として考えられるのは、婚姻解消時に顕在化する共有持分を保全するための措置は婚姻継続中であっても講ずることができるべきであるというものである。そうでなければ、「潜在的共有」の実質が失われるというわけである。このような主張は日本でも見られるが、これに対しては、現行法の下でも保全処分等である程度までの対処が可能ではないかという批判が向けられることになる。現行法の用意している法的手段がはたして十分なものであるかどうかはなお検討を要するところではあるが、保全の必要だけを理由に、婚姻住宅に限っては常に処分が制限されるとすることは困難であ

るように思われる。なお、ドイツ法の下では配偶者の全財産の処分には制限がかけられているが、婚姻住宅の処分制限の提案は立法過程で退けられたと言われている。

いずれにしても、ドイツでは、処分制限は民法の規定によって導入されており、解釈論によってこれが実現されているわけではない。仮に、日本で、信託法理を導入して婚姻住宅の処分制限をはかるとしても、その前提として立法が必要だろう。一定の価値判断に基づいて立法がなされたならば、婚姻中の一方配偶者の財産が処分制限を受けるという状況を信託財産の状況と対比して議論するということが可能であろう。しかし、この局面で信託法理にそれ以上の役割を期待することは困難ではなかろうか。

(2) 婚姻保護論 以上の議論とは別に、婚姻住宅に限って、しかし、当該住宅に関しては、その由来（だれが資金を出したか）や処分の時期にかかわらず処分を制限するという処理を正当化する議論としては、婚姻生活の保護の必要性に訴える議論が考えられる。夫婦が婚姻生活を営むには、安定した共同の住居（婚姻住宅）が必要であるので、婚姻住宅の処分は制限されるというわけである。

この議論は日本でも見られるが、たとえば、フランス法の婚姻住宅保護規定などは、この議論によって正当化されている。法制度そのものについては、すでに先行の研究によってすでに紹介されているが⁽⁴⁾、その基本的な考え方を紹介しておこう⁽⁵⁾。その際、二つの保護を分けて考える必要がある。

フランスの法定夫婦財産制は所得共通制（婚姻後に有償で獲得された財産は共有財産となる）であるが、この制度の下では、共有財産はいくつかのカテゴリに区別され、それぞれについて異なる管理方式が定められている。不動産の処分は共同管理（*cogestion*）に服するものとされており（仏民1424条）、夫婦の一方は他方の同意なしに不動産の処分を行うことができない。ドイツでも夫婦財産契約によって共有制が採用された場合には、同様の処理がされることとなっているようであるが、いずれにせよ、別産制（あるいは潜在的共有制）の日本法のもとでは直ちには採用できない考え方である。

これとは別に、フランス法では、婚姻の効果として、婚姻住宅の処分制限が定められている。フランス民法215条は、その1項で「夫婦は相互に共同生活（*communauté de vie*）の義務を負う」、2項で「家族の居所は夫婦の合意によって定められる」とし、これを受けた3項では「夫婦はいずれも、それによって家族の住宅が保護されているところの権利

またはその住居に附属する家具を処分することができない。夫婦のうち処分に同意を与えていない者は当該処分行為の無効を主張しうる。」と定めている。

この規定については、次の点が重要である。第一に、婚姻住宅の処分制限は同居義務のコロラリーとして認められているということ。夫婦はそれぞれ他方配偶者と相談の上で家族の居所を定めるべき義務を負っているが故に、自己の所有に属するものであれ勝手に婚姻住宅を処分してはならないというわけである。第二に、婚姻の効果として定められているので、この規定はすべての夫婦（夫婦財産契約によって別産制を採用した夫婦も含めて）に適用されるということ（第1次財産制と呼ばれる）。別産か共有かといった夫婦財産制の種類とは独立に、婚姻住宅の保護はなされるわけである。

つまり、財産関係はどうであれ、夫婦は一緒に住むものなのだから婚姻住宅を勝手に処分してはいけないというのが、この規定の論理である。もっとも、それだけでは同意なき処分の無効を主張できるという帰結は導かれぬ。それゆえ、215条3項は、1項・2項を実効あらしめるための制度的保障として理解されなければならない。フランス法は、このような保護を婚姻に与えているということになる。

もっとも取引の安全に対する配慮もなされていないわけではない。それは、この規定の適用範囲に現れている。具体的に言うと、215条でいう処分には、売却のほか抵当権設定など任意の処分行為はすべて含まれるが、債権者による差押は含まれないというのが判例の立場である。これに対しては、①確かに配偶者は処分をしてはいけないという義務を負うが、借金をするというのは処分をするということではない、また、②差押によって住宅から追い立てられるというのは結果に過ぎず、相手を追い出そうという意図によるものではない、という説明が与えられている。

このような制限がある結果、215条3項によって婚姻住宅に与えられる保護は、必ずしも強力なものではない。しかし、夫婦財産制の種類にかかわらず婚姻の効果として与えられる保護としては、このあたりが限度ではないかとも思われる。この程度の保護であれば、日本法の下でも立法による導入は考えられるのではなかろうか。逆に、これ以上の保護を与えるためには、共有制へと踏み出す必要があるように感じられる。別産制をとりつつ婚姻住宅についてのみ厚い保護を与えるというのは、首尾一貫しないという観を免れない。

このような立法を行った場合には、婚姻住宅は、夫婦の一方の財産でありつつ、処分制

限（しかも第三者に対抗可能な）を受けることになる。この場面でも、「処分が制限された財産」が生じるという点では、信託類似のものが生まれることになるということはあるだろう。しかし、ここでもやはり、信託を媒介としてこの帰結が導かれるとは考えにくいように思われる。

中間考察

(1)「一」のまとめ 「婚姻住宅の処分制限と信託」という本報告のテーマに即して、ここまでの議論をまとめてみよう。

冒頭で本報告のテーマは「模索型」にあたるとしたが、細かく言えば、「再検討型」と「模索型」を含んでいたというべきであった。本報告のいう「完全共有型」の場合には、既存の法理による処理が可能であり、改めて信託法理を援用する必要は乏しいように思われたからである (I (1))。この場合を除くと、「模索型」の問題群が残るわけであるが、それらについては、一見すると信託法理の出番はないように見えた (I (2)、(3))。そこで、「潜在的共有制」「婚姻保護」という論理を持ち込んだ議論の当否を検討してみたが、それぞれの議論にはそれぞれの正当化のポイントがあり、それらは直接には信託法理に関係しないように思われた (II (1)、(2))。

では、「婚姻住宅の処分制限」という問題は「信託」とは無関係なのだろうか。以上にまとめた限りでは「あまり関係はない」ということになりそうだが、だからといって「全く無関係である」というわけではない。ひとたび立法によって婚姻住宅の処分制限が認められた場合には、その法律関係には信託類似の要素が見い出されることになるだろう。「自己の名義でありつつ何らかの理由によってその処分が制限される」というケースとして、婚姻住宅の処分制限と信託とはあわせて列挙されることになると思われるのである。しかし、婚姻住宅の所有関係に信託類似のものが見いだせるから、こうなるというものはなかろう。あくまでも、結果として類似性が発見されるということに過ぎないのではなかろうか。

もっとも、この点は異論のありうるところである。たとえば、英米法ではこのような問題は信託法理で解決しているといった反論があるかもしれない。英米ではそうかもしれない。しかし、日本ではそうではなさそうである。なぜかという問いに確定的に答えることは、本報告の範囲を超えるが、一言だけ述べるならば、日本では、信託という概念に英米におけるほどの説明力がないということだろう。どこの国でも法律家は、新しい問題に対応する際には自らになじみの深い基本概念を動員する。未知の問題を既知の概念に還元するというのが問題を分析するというにほかならない。英米における信託は、そのよう

な分析に際して頼るべき基本概念中の基本概念なのであろう。しかし日本ではそうでない。むしろ、日本で必要なのは、信託を問題としてとらえて、われわれの持つ基本概念に還元することであるように思われる。すなわち、視線は、信託法から民法へ（信託起点型）ではなく、民法から信託法へ（民法起点型）と向けられるべきではないか。信託をなじみの概念とするには、遠回りが必要なかもしれないのである。

（２）「二」の課題 「一」の議論の概略は以上に述べた通りであるが、そこにはなお不十分な点が残されている。なかでも次の二つの点が重要である。第一は、問題の整理を重視したために、図式的な議論にとどまったということである。争点となる類型を中間型として一括するだけで、その中における線引き——どのような場合に処分制限をすべきか・処分制限をなしうるか——の可能性については立ち入ることはしなかったわけである。第二に、発想源として利用した外国法は、主としてフランス法、従としてドイツ法であり、英米法には触れていない。このことによる制約は二重の意味で重大であると言える。一方で、フランス法・ドイツ法においては法定夫婦財産制が別産制ではないため、別産制をとる日本法やイギリス法とは問題状況が完全には一致しないという事情がある。フランス法については別産制を選択した夫婦にも適用される第一次財産制をとりあげたが、議論が全体として共有制的な偏差を有していたことは否定できない。他方、フランス法・ドイツ法においては、信託法理は必ずしも十分な説明力を有していないため、信託との関係を論ずる素材はそもそも見つけにくかったということも軽視できない。もちろん、このことを、日本においても信託法理の援用にはあまり見込みはないことの傍証とすることはできる。しかし、この問題につき信託法理が援用されている国があるのであれば、その実状に触れないのはやはり適当ではなからう。

そこで、「二」においては、夫婦財産制につき別産制をとり、その上で、婚姻住宅の処分制限に信託法理を用いているイギリス法を、検討のための素材としてとりあげて、以上に述べた欠点を補うことを試みたい。

具体的な検討の手順は次の通りである。まず、イギリス法において、婚姻住宅の処分制限につきどのような考え方がとられているか、より特定して言えば、信託法理はどのような使われ方をしているかをごく簡単に紹介する（Ⅰ）。その上で、イギリス法の考え方から何を引き出すことができるかを考えてみたい（Ⅱ）。そして、最後に、「一」「二」をあ

わせふまえて、「日本法における婚姻住宅の処分制限」につき、一応の見通しを述べてみたい（結語）。

なお、イギリス法に関する資料としては、夫婦財産法については坂本圭右教授の研究(6)を、婚姻住宅の処分制限については棚村政行教授(7)の研究を、もっぱら利用させていただいた。したがって、「二」は、これらの研究を要約し（I）、感想を述べた（II）という域を出るものではない。ただ、「一」から得られた若干の知見に立脚することによって、イギリス法に焦点をあわせた上記の研究とはやや異なる見方を示すことができるかもしれないと考えている。

二 イギリス法からの示唆——判断基準の析出へ

1 イギリスにおける婚姻住宅の処分制限

イギリスにおける婚姻住宅の処分制限について述べるには、その前提として、イギリスの夫婦財産法に簡単に触れておく必要がある(1)。その上で、婚姻住宅の処分制限のためになされている信託法理の利用の状況を見ていくことにしよう(2)。

(1) **イギリスの夫婦財産法** まず、歴史から始めよう。かつてコモン・ローにおいては、「夫婦一体の原則」がとられ、この原則のもと、妻の財産は夫の支配(と同時に保護)に服していたという。もっとも、これには例外がないわけではなかった。長い年月をかけて19世紀の半ばころまでには、夫の支配権の及ばない妻の特有財産が認められるようになったのである。この法理の担い手となったのはエクイティ裁判所であり、法的構成としてはユースの法理が用いられたという。ただ、これも妻の権利を確保するというよりは、妻の親族の家産を保護するという色彩の強いものであった。そのことを端的に示すのが、19世紀の初めから用いられるようになった期前処分禁止条項であるとされている。この条項によって、妻自身による婚姻期間中の財産処分は禁じられたのである。

そこで、19世紀の半ば以降、新たな考え方に基づく制定法の導入が試みられた。まず、1857年の「離婚ならびに婚姻関係事件訴訟法」は、裁判上の別居判決を得た妻を無夫女(unmarried woman)とみなすこととした。ただし、このような地位が妻に与えられたのは、夫の婚姻上の義務違反に対する救済としてであった。実際のところ、より一般的な改革のためにその後成立した1870年の「有夫女(married woman)財産法」は、先に触れたエクイティ上の特有財産の制度の延長線上に、妻が婚姻中自己の労働によって得た財産をその「特別財産」とするにとどまった。この法律に対して数次に及ぶ改正が重ねられた末に、「法律改革(有夫女及び不法行為者)法」によって、エクイティ上の特有財産の観念は払拭され、夫婦の(地位と能力の)平等・財産の別有・責任の分離を柱とする「別産原理」が確立されたのは、1935年になってからのことであった。

以上のように、イギリス法における夫婦別産の原理は、比較的最近に至って、妻の権利確保のために確立されたものであった。しかし、財産のない妻にとって、別産原理の導入

による平等は形式的な平等に過ぎない。そこで、より実質的な夫婦の平等の確保のための改革が企てられた。1950年代前半に、モートン委員会と呼ばれる委員会（「婚姻と離婚に関する勅命委員会」）が、この点の審議検討に従事したが、報告書の結論は、夫婦の全財産についてももちろん住居と家財についても、共有制の導入は行わないというものであった。これは、イギリス法において、別産原理が確固たる原理として定着していることを示しているといえる。そのため、この報告の前後を通じて、イギリス法においては、別産原理を維持した上で、それに修正を加えることにより不平等を除去するという方向が、主として判例により、場合により立法案により、追及されることとなった。

（2）信託法理の利用 　では、「修正」として、どのような企てがなされたのか。次に、この点を見てもみる必要がある。ただし、本報告の目的からして、参照の対象とするのは、婚姻住宅（matrimonial home）（家族住宅 family home と言われることもある）の処分に関するものに限り、かつ、信託法理を利用しているものを中心とすることにする。

まず、判例から見ていこう。すでに述べたように、イギリス夫婦財産法の原則は別産原理である。婚姻関係という特殊な状況の下にあっても、夫または妻に対して適用されるルールは一般の財産法のルールにほかならない。Pettit 事件判決（Pettit v. Pettit [1970] A.C.777）が、妻所有の住宅を売却して購入した不動産に夫が材料・労力を提供して改良を加えたとしても、夫は当該不動産につき権利を有さないとしたのは、このような考え方に立つものであるとされている。より技術的に言うと、夫の請求は、1882年の有夫女（既婚婦人）財産法17条——これは大略次のように定めていたという。「財産権の権限もしくは占有にかんする夫婦間の紛争においては、いずれか一方の当事者は、召喚状または簡易方法によるその他別段の方法により、高等法院もしくは県裁判所の裁判官に対して申請をなすことができ、裁判官は係争財産権にかんして彼が適当と考えるように決定をなすことができる」——の定める裁判官の自由裁量権に訴えるものであったが、貴族院は、この規定は手続規定であり当事者の財産関係を変更する権限を裁判所に与えるものではないとの解釈を示して、夫の請求を認容した原判決を破棄した。

続いて現れた Gissing 事件判決（Gissing v. Gissing [1971] A.C.886）もまた、基本原則に関しては同じ立場を踏襲した。ただ、次のような趣旨の判示をしたとされている。すなわち、明示の信託宣言がなされていなくとも、相手方に対して土地につきエクイティ上

の権利を有するという信頼を生じさせて、損害を与えた場合には、コモンロー上の権利者に復帰信託・黙示信託・構成信託が課され、相手方にエクイティ上の権利が認められる可能性がある。しかし、この事件では、妻にエクイティ上の権利を付与するに足りる事情はないというのである。

では、どのような事情があれば、これら各種の信託が認められるのだろうか。棚村教授は、判例を分析すると、次のようなガイドラインを抽出することができるという。①財産が売買代金の提供者以外の者の名義に譲渡されている場合には、現実の代金提供者のために復帰信託の成立が推定される。したがって、たとえば、妻が100ポンド、夫が900ポンドを出して不動産を購入した場合には、妻は拠出額の割合に応じたエクイティ上の権利を有することになる。復帰信託の成立には、当事者の信託設定意思が推認されることが必要であるが、実際には、裁判所は合理的な意思の探究を行っているという。ただ、その場合にも、あくまでも意思の存在は必要であるとされており、意思の擬制は許されない。そして、②夫婦の双方が不動産の取得に直接的に寄与している場合には、両者の間には持分が存するという意思が推定されてきた。間接的な寄与（たとえば、自己の収入から家計費を支出して相手の支出を軽減させるなど）に関しても、たとえば、妻の収入がなかったならば夫は不動産購入のための借金の返済ができなかったであろうことが証明されれば足り、意思の存在が推定される。さらには、家計費への寄与があることさえ証明すれば、夫婦は共有の意図を有していたと推定することができるとする見解もある（デニング卿）。③しかし、家事育児など単に妻が家庭の福利のためにサービスを提供しているというのでは足りないといわれているという。

いずれにせよ、復帰信託の成立のメルクマールたる意思の探究には擬制の色彩がつきまとう。そこで、より端的に、当事者の意思に依存しない構成信託による処理がクローズアップされることになる。特に、デニング卿による「新しいモデルの構成信託」が注目を集めたという。それは復帰信託と構成信託の差異を相対化するものであったが、この考え方に対しては、賛否両論があるとされている。

次に、制定法であるが、ここでは1964年の有夫女財産法と1967年の「夫婦の住まい法」に、簡単に言及しておけばよいだろう。前者は、夫の収入から妻が節約により捻出した金銭（いわゆる「へそくり」）及びそれによって取得した財産は、別段の合意のない限り平等の持ち分で夫婦に帰属するものとした。したがって、この要件を満たして妻に帰属する

こととなった資金によって不動産が取得された場合には、妻に直接的な貢献があったことになり、持ち分が認められることになるだろう。後者は、その居住家屋につき、夫婦の一方が利用権限を有し他方は有しないという場合、権限を有しない者（多くの場合には妻）もまた、当該家屋に居住を続ける権利（「享有権」right of occupation）を有することとした。この権利は登録を要件に第三者にも対抗可能であるとされている（8）。したがって、婚姻住宅に対しては、一定の制限のもとにおいてではあるが、利用権の保護という形での保護ははかられているということになる。

II イギリス法からの示唆

イギリス法からの示唆に関しては、まず、法律構成としての「信託法理」の導入の可能性という面から考えてみる必要がある（1）。同時に、「信託法理」によって実現されている実質判断の仕方を参照するということも考えられる（2）。

（1）法律構成の面から　すでに見たように、確かに、イギリスでは、信託法理を用いて婚姻住宅の処分制限が行われている。ただ、そこで用いられているのはまさに「法理」としての信託である。すなわち、明示的に信託が設定されたとは言いがたい状況において、復帰信託さらには構成信託の成立を認めることによって、配偶者の一方が名義を有する不動産につき他方配偶者に権利を認めているのである。

これはある意味では当然のことである。名義を有しない配偶者の権利が明らかに存在し、その部分につき明示的に信託が設定されているのであれば、そもそも問題は生じないからである（「一」の分類で言えば、完全共有型）。「法理」としての信託を援用するというのは、性質のはっきりしない夫婦間の財産関係（「一」の分類で言えば、不完全共有型）に「信託」を投影することによって、一方で、名義を欠く配偶者の権利を観念する、他方で、この権利について信託の効果を生じさせる、という操作を同時に行っているということにほかならないのである。

このように、イギリス法における信託には、分析概念としてのパワー（説明力）と価値概念としてのパワー（説得力）とが備わっている。もっとも、これは信託という法制度に固有のことからではなく、法制度一般に言えることである。たとえば、われわれは、様々な法律関係の中に「対抗問題」を見いだすし、また、「過失」を見いだす。そして、そこ

に「対抗問題」なり「過失」を見いだすことが可能であるということになれば、直ちに、177条あるいは709条の予定している効果が導かれることになる。

そこで、問題となるのは、日本法における信託にそれほどのパワーが備わっているかということである。この間に「イエス」と答えるのであれば、「婚姻住宅の処分制限」という問題に関して、「信託」の関係が見いだせることを指摘しさえすればよいことになる。しかし、「一」でも述べたように、この問いに対する答えは、おそらくは「イエスとは言えない」というものだろう。

ここで戦略は二つに分かれる。一つは、直接に信託法理を援用することは断念するという戦略をとるということであり、いわば「ノー」を前提とした考え方である。この場合、信託法理は問題発見のための隠れた道具として利用されることになる。イギリスには信託法理によって処理されている「婚姻住宅の処分制限」という問題があって、一定の内容の妥当な解決が与えられているということを認識する、そして、それと同じ問題が日本にあるならば、日本においても同様の解決を何らかの手段によって得ることができないかと考えるわけである(9)。もう一つの戦略は、発見された問題に適用されるべきは「信託」であるとより積極的に主張するという戦略である。いわば「イエスとは言えない」を「イエス」に転化させようという考え方であるが、これもあながち不可能とは言えない。たとえば、先に挙げた「対抗問題」にしても、何が対抗問題であるかはア・プリオリに決まっているわけではない。ある問題を対抗問題であるか否かを見ることのできるか否かは「見方」の問題である場合も少なくない(たとえば「取消と登記」の場合)。

このように、二つの戦略が可能ではある。しかし、現時点における信託概念のパワーを考えるならば、第一の戦略が少なくとも短期的には有効な戦略であるように思われる。これによるとすると、重要なのは、イギリス法が実際に与えている解決であるということになる。

(2) 実質判断の面から　そこで、法律構成から実質判断に目を転ずるが、先に見たイギリス法の示す判断基準は、われわれにとっても興味深いものであると言えるように思う。

一言で言うならば、イギリス法が取り組んだ課題は、当然には共有とは言えない一方配偶者名義の財産につき、他方配偶者の持分を認めることができるのはどのような場合かと

いうものであったと言えるだろう。そして、これに対するさしあたりの解答は、一方で、他方配偶者の「寄与」を考慮する、より具体的には、直接的な寄与（不動産取得のための金銭提供）だけでなく間接的な寄与（その他の支出軽減のための金銭提供）をも考慮するが、家事育児などのサービスは考慮しないというものであり（判例）、他方、一方配偶者の所得から他方配偶者が節約により捻出した金銭についてはこれを夫婦で折半するというものであった（制定法）。

「一」での分類によるならば、前者は、不完全共有型のケースにおいて、他方配偶者を保護しようというのではなく、完全共有型と不完全共有型の境界領域について「線引き」を行おうとするものであると言える。完全共有型であることが自明とは言えないケースであっても、完全共有型と性質決定できるのはどのような場合か、その基準を示そうとしていると見ることができるのである⁽¹⁰⁾。これに対して、後者は、不完全共有型のケースの一部について、例外的に立法によって、夫婦の共有に属する財産を作り出すものと見ることができるだろう。

やや観点を変えて見ると、いわゆる「内助の功」は、それが金銭的なものに反映している場合（「へそくり」の場合）には法的な意味を持つが、非金銭的なものにとどまっている場合（家事育児の場合）には法的な意味を持たないという処理をされていることになる。

あくまでも別産制を原則とするイギリス法において、このあたりの線でとどまらざるを得ないのは、ある意味では当然のことでありかつ妥当なことであるように思われる。そして、日本法もまた別産制を原則として維持していると見るならば、イギリス法のこの解決は、実質的に見て参照に値するものであるように思われるのである。なお、イギリス法に示唆を受けつつ問題を考える際には、すでに日本法に存在する「寄与分」の考え方も参考になる。「(被相続人の) 事業に関する労務の提供又は財産上の給付、被相続人の療養看護その他の方法により (被相続人の) 財産の維持又は増加につき特別の寄与をした」(904条の2) という基準は、参照に値するものであるように思われる。

結 語

(1)「婚姻住宅の処分制限」問題の考え方 以上、「婚姻住宅の処分制限」という問題につき、ごく簡単にはあるが比較法的な考察を行ってきた。英独仏の3国でとられている解決を図式的にまとめると、次の表のようになる。これをふまえて、最後に、では日本ではこの問題をどう考えるべきかということについて、一言だけ述べておきたい。

表

	対象	構成	根拠
フランス法の法定財産制 (共有制)	不動産	共同管理 (共有)	立法
フランス法の第一次財産制 (共有制・別産制に共通)	婚姻住宅	同意権	立法
ドイツ法の法定財産制 (潜在的共有制)	全財産	同意権	立法
イギリス法 (別産制)	婚姻住宅	信託	解釈
日本法の法定財産制 (別産制or潜在的共有制)	婚姻住宅	?	解釈? 立法?

まず、問題に対応する際のスタンスが問題となるだろう。解釈論で対応しようとするのか、それとも立法論を提示しようとするのか。後者の場合にも、現行法的前提（夫婦財産別産制）を大きく動かすことまで考えるのか否か。ここでは、現行法をあまり大きくは動かさない穏健な立法論というスタンスで考えてみたい。解釈論でできることはごくわずかなことであり、逆に、制度を大きく動かす立法論にはさしあたり現実性がないからである（ただし、私自身は共有制の導入に魅力を感じており、少なくとも夫婦財産契約法の整備充実によって共有制の採用可能性を拡大することは必要であろうと考えている）。

そう考えると、参照に値するのは、「一」でとりあげたフランス法の第1次財産制がとる「同居義務」論か、「二」でとりあげたイギリス法の「寄与」論であるということになる。どちらも別産制を前提としても成り立つ議論だからである。

確かに、同居義務を定める規定は日本法にも存在するし（752条）、寄与分は別にして

も、寄与の考え方は日本法の解釈論においても十分に考慮に入れることができる考え方である。しかし、どちらの考え方を採用するにしても、やはり立法が必要だろうと思われる。前者については、仮に同居義務から婚姻住宅保護を導くことができるとしても、この保護を第三者に対して対抗可能なものとするには、明文の規定が必要だろう。また、後者についても、明文の規定を設けないと、財産法の論理により当然に認められ清算の対象となる範囲を超えて、「寄与」を認めることは困難だろう。相続法において寄与分の定めがなされているのも、同様の趣旨によるものだろう。

では、立法を行うとして、「同居義務」論と「寄与」論との得失はどうか。結論だけを述べるならば、現在の日本では後者の方がより容易であろうが、それは、同時に後者の方が影響が小さい（意味が乏しい）ということの意味する（もっとも、家事労働を金銭化して評価するという大きな一歩を踏み出すならば、話は別である）。

（２）「信託」法理の意義　ところで、本研究会のテーマは「信託法と民法の交錯」であり、本報告も、単に「婚姻住宅の処分制限」の問題を論ずるというのではなく、この問題と「信託」の関連を問うことを目的とするものであった。「交錯」という観点から見た場合、本報告での考察を終えるにあたってつけ加えておきたいのは、次のことである。

まず、「交錯」の消極的側面についてである。「一」および中間考察（１）では、「婚姻住宅の処分制限」問題に関して、仮に、英米において信託法理がある一定の解決をもたらすとしても、そのことから直ちに日本でも同様の解決をとるべきだという結論は出てこないだろうという見通しを述べた。信託法理は、英米においてそれが持つ説明力を日本では持っていないというのが、その理由であった。「二」および結語（１）では、さらに、信託法理を導入すれば、非常にドラスティックな解決をもたらすことができるかといえば、必ずしもそうではなく、別産制を原則とするイギリスで信託法理によって実現されている解決は、かなり控えめなものであること——そうであるがゆえに参照に値する——ということを述べた。一言でいえば、少なくとも、「婚姻住宅の処分制限」問題に関する限り、信託法理は「特効薬」のような働きをするわけではない。

しかし、以上のことは「交錯」の積極的側面を見いだすことができないということの意味するわけではない。信託法理の援用・参照には、問題発見の機能があるということは疑いのないところであるように思われるからである。「婚姻住宅の処分制限」問題について、

イギリスならば信託法理の援用が可能なのではないか（現に援用されているのではないか）という問いかけを発することの意義を過小に評価すべきではない。また、そのような問いを立ててイギリス法の検討することによって得られる実質的な判断基準は、日本法について考えるに際しても大いに参考になる。この点も重要な点である。

つまり、信託法理の参照は、問題や解決の「発見」には有益であるが、解決の「正当化」の面では十分な威力を発揮しないというわけである⁽¹¹⁾。

{注}

- (1) 立法的な観点からの検討としては、たとえば、鈴木隆史「夫婦の居住の確保」ゼミナール婚姻法改訂(1995年)を参照。
- (2) 保全処分の利用については、長谷部由起子「配偶者の居住権保護」ジュリスト1059号(1995年)を参照。
- (3) 常岡史子「ドイツの附加利得共通制における処分制限規定(3・完)」民商108巻4=5号710頁(1993年)
- (4) 高橋朋子「夫婦の居住用不動産の処分制限について——フランスの例」判タ813号(1993年)。その後、同「夫婦の居住用不動産の処分制限に関する一考察」星野古稀・下(1996)が現れている。
- (5) 主として、Grimaldi (M.), *Les limites de la protection du logement familial*, in *Indépendance financière et communauté de vie*, sous la direction de Dekeuwer-Defossez (F.), 1989による。
- (6) 坂本圭右・夫婦の財産的独立と平等(成文堂、1990年)、特に、第1編「イギリス法における別産原理の生成とその展開」による。
- (7) 棚村政行「イギリスにおける夫婦財産紛争と信託法理——Resulting Trusts, Constructive Trustsの適用事例の検討を中心に」信託法研究11号(1987年)、同「イギリスにおける家族財産紛争と信託法理」青山法学論集28巻2号(1986年)による。なお、その後、大川裕紀子=森泉章「イギリスの家族住宅をめぐる信託法理の展開」青山学院法学論集38巻3=4号(1997)が現れている。
- (8) その後、1983年の法改正によって、権限を有する配偶者の死亡後にも、この権利は認められるようになったという(川淳一(『夫婦の財産』と第三者)幾代追悼(1993)511頁)。
- (9) 道垣内弘人・信託法理と私法体系(1996)が採用するアプローチはこれにあたるだろう。
- (10) 性質決定については、大村・典型契約と性質決定(1997)を参照。
- (11) なお、ここでの「発見」と「正当化」の区別は、法律論において重要なのは「発見」ではなく「正当化」であるという主張を全く含まない。むしろ信託法理が「発見」の局面でいかに役立つかを、具体的に指摘していくことには大きな意味がある。それは非合理的なプロセスとして括弧に括られ、学問的意義を否定されるようなものでは決してない。

遺言執行者の職務・権限および義務における
信託法と民法との交錯について

竹 下 史 郎

目 次

- 一 はじめに
- 二 遺言執行者の法的地位をめぐる交錯
- 三 遺言執行者の義務面での交錯（信託関係との関係から）
- 四 遺言執行者の職務権限面での交錯（権限拡大による信託への接近）
 - （1）遺言執行者が遺産分配に関わる場合
 - （2）遺言執行者へ包括受遺者の指定の委託をした場合
 - （3）不特定物遺贈に遺言執行者が置かれた場合
 - （4）契約（委任）で遺言執行者に権限を付与した場合
- 五 遺言信託と遺言執行の係関係での交錯
 - （1）遺言信託
 - （2）遺言に基づく信託契約（準遺言信託）
 - （3）遺産承継のための信託（処分型信託）
- 六 まとめと今後の課題

一 はじめに

この研究会の目的は信託法と民法の交錯を探究してみるというものであった⁽¹⁾。一般に、信託法と民法の交錯が考えられるのは、ひとつは実体権のレベルで、ある者がある財産権を侵害された際に、その財産権の回復を図る場合に、その財産権に自己の名義をもっていないために、民法上ではその物権的な回復が困難なときに、当事者は「信託」という言葉こそ使っていないが、その法律関係の実体は信託であるとして権利の回復を図ろうとする場面であり、もうひとつは、管理権のレベルで、ある者が他人に財産を管理させている際に、管理の失当により損害を被った場合に、民法上では責任を追及することが困難なときに、信託の法理を適用ないしは準用して責任を負わせようとする場面であろう。

さて、私の選んだ課題は、遺言執行者についてこのような交錯の場面があるかどうか、ある場合にどのように処理するのが妥当であるか、について検討することであるが、交錯をこのような意味に捉えると、遺言執行者について交錯が考えられるのは主として後者の場面であるということができよう。しかしながら、交錯の意味を少し拡大して、信託法と民法の適用をどこで線を引くかという問題をも含めて考えると、遺言執行者には、遺言信託が設定された場合に、遺言執行者が遺言信託の受託者へ遺産を引き渡す職務があり⁽²⁾、そこにそのような交錯の場面がある。更に、遺言執行者の職務権限の内容・範囲は議論の分かれるところであるが、遺言執行者の機能を積極的に評価して遺言執行者の職務権限を広く捉えようとする場合に、その一つ手がかりとして信託法理が使えないかという観点からの交錯の場面もある。

本稿では、信託法と民法の交錯の意味を前述のように様々に拡大し、そこから遺言執行者を捉え、その職務・権限や義務を多角的に検討することによって、遺言執行者の法的な解明を図ってみたい。

二 遺言執行者の法的地位をめぐる交錯

田中實教授は遺言執行者の地位についての論文で⁽³⁾、信託受託者との、いわば、交錯の問題に触れておられる。すなわち、民法は遺言執行者を相続人の代理人とみなす(民1015)としているところから、遺言執行者を相続人の代理人とみる相続人代理説をとることにあきたらないとする学説として、遺言者代理説、任務説(職務説)を紹介した後で、「要するに、私[田中]は、遺言執行者の地位をめぐる諸説……も、いずれも問題の一面のみしかみないものであり、その意味で、それぞれ部分的には正当なものを有しながらも、しかも全体としては、いずれも不十分な理解でしかない、と考えるものである。……これらの学説のいずれが正当であるかという論議よりも、これらの学説それぞれの一面的正当性のみをみとめておくことの方が、遺言執行者をめぐる多くの法律問題を解決するためにむしろ効果的ではあるまいか」と従来学説を批判する。そのうえで、信託の視点から、「遺言執行者にみとめられた専管的な権限・任務からみると、遺言執行者の地位は、かの信託法上の受託者のそれに、はなはだ近いようである」と指摘する。その根拠として、信託の場合には、委託者は遺言により信託を設定することができ(信2)、その信託により受託者は信託財産に対する管理権が与えられるが(信1)、遺言執行者は遺言者の指定により(民1006 I)、受託者と同様な相続財産に対する専管的な管理権が与えられること(民1012 I、信4)。もっとも、管理財産について、遺言執行者は名義をもたず、実質的な権利をもたないが、信託受託者も名義こそ形式的にはもつものの実質的な権利はもつわけではない⁽⁴⁾。管理権者が欠けたとき、遺言執行者は家庭裁判所により選任されるが(民1019)、信託受託者の場合もそれを欠く場合には裁判所(信49)または主務官庁(公益信託の場合)(信72)により選任されること。委任の場合には委任者が死亡すれば、委任は終了する(民653)のに対し、遺言執行者は遺言の効力が発生して初めて遺言執行者として存在しうるので、遺言者の死亡により効力が消滅しないのは当然であるが、信託は委託者が死亡しても信託は存続するという共通性があること。無能力が欠格事由となるのも共通していること。その他、なお両者に類似の規定があるものとしては、遺言執行者・受託者の復任権(1016・信26)、報酬(1018・信35)、解任・辞任(1019・信46、47)、費用の負担(1021・信36)、などを挙げる。

そのうえで、「もとより、以上のようにこの両者のあいだに多くの共通点があるからといって、私には、遺言執行者と受託者とをまったく同一のものだと解するつもりはない。だが、すくなくとも、解釈学上、遺言執行をめぐる疑問については、可能な限り、信託法の規定の類推をみとめてよいのではないかと考える」、とされる(5)。そして、そのような場合の例として、相続人は遺言執行者となりうるかの問題について、「信託制度にアナロジーを求め」、受益者は受託者になれるかについて、信託法の「受託者ハ共同受益者ノ一人タル場合ヲ除クノ外何人ノ名義ヲ以テスルヲ問ハス信託ノ利益ヲ享受スルコトヲ得ス」(信9)の規定しているのを類推適用して、なりうるとの結論を導いておられる(6)。

また、松本崇氏は遺言執行者の地位ないし具体的な職務権限について法の不備・欠缺がある場合に、それをどのように補充していくかについて論じるなかで、一般には民法・商法で補充するほか、近年は信託法の類推適用する学説があるとして田中教授の論文(7)を挙げておられるが、それと併せて私の論文、「遺言執行者の受託者としての地位」(8)も代表的な文献として紹介して下さっている。そして私の論文の主眼を次のように二つの視点に整理される。「第一は、遺言執行者の制度を遺産の管理という財産管理面から採りあげる視点にたつて、同じく財産管理制度としての信託と遺言執行者制度を比較して、受託者としての地位を明らかにしようとするものである。第二は、遺言執行者をほとんど受託者としてとらえ、理論的にも実務上もそれで差し支えないとする考え方のようである」とし、それに対して次のように論評を加えている。「第一の視点、すなわち財産管理制度の諸類型中の二つとして、遺言執行制度と信託制度とを把握し、その共通点を明らかにすることについては異論がない。しかし、第二の視点のように、両者をほとんど同一視する立場については、異論がありうるであろう。筆者は、財産管理制度の一つとしての信託と同じく遺言執行制度を排他的管理権という点では共通点のあることを認めつつ、基本的な法律構成という点で異質の側面があることを無視できないと考える。法律構成上の異質とは、遺言執行制度が民法上の委任ないし代理の類型に属するのに対し、信託制度が民法の特別法としての信託法に基礎をもつ独特の法制度だという意味である。このような基本的差異を認めたらうと、遺言執行制度の不備を補うために、信託法の規定を類推適用すべき場合がありうることを否定するわけではない」と(9)。ところで、私はその論文を執筆するに当たって、当初は松本氏が述べておられるような問題意識をもっていたのであるが、

執筆を進めるうちに、信託法の類推適用ということに、いささか疑問をもったこともあり、そこまで踏み込むに至らず、遺言執行者を遺産管理者と位置づけるにとどまった。松本氏は法律構成上、形式的には民法は遺言執行者を相続人の代理人とみなすとし（民1015）、委任の規定を準用している（民1012II、1020）ように、遺言執行者の制度と信託制度とは別個の類型に属するものであって、異質のものであるとみるが、そのことについては私にも異論はない。しかしながら、松本氏が異質のものであるとしながらも、そこに類推適用すべき場合がありうるのであれば、どのような場面で適用しうるのか、その適用をどのように説明するのかについて述べてはしなかったように思う。

遺言執行者と信託の関係について、泉久雄教授は更に一步進めておられるように思われる。すなわち、遺言執行者の地位に関連して、「遺言執行者を被相続人（もしくは家庭裁判所）によって遺言の実現を委託された受託者と構成することも理論的には不可能ではない。しかし、この構成も基本的には職務説と同じ基盤に立つものといってよく、実際上の結果に違いがあるわけではない」と述べておられる⁽¹⁰⁾。この見解は、遺産を信託財産と捉え、遺言執行者をその財産の管理者、すなわち、信託の受託者として構成するということが不可ではないということを意味しているように思われる。この法律構成は柔軟な解釈ではあるが、どのような場合に信託と構成しうるのか、そして、松本氏が指摘しているような両者が異質であるという問題を遺産を信託と構成するうえでどのようにクリアされるのか、についての具体的な説明はなされていない。

三 遺言執行者の義務の面での交錯（信認関係との関係から）

安永正明教授は信託受託者の負担する諸義務と同様な義務を委任契約の受任者、あるいは、親権者・後見人などにおいても認めることができるのかどうか、とりわけ、信託受託者の場合に、忠実義務と善管注意義務とが分けて論じられるが、信認関係が基礎となるとされる上述の受任者等の場合にも、信託受託者と同様の忠実義務を観念することができるのかどうかを検討され⁽¹¹⁾、次のように結論される。すなわち、受任者等一般に理解されている者の財産管理の際の義務を信託受託者のそれとを比較して、「信託受託者においては、善管注意義務の他に忠実義務が認められていることがとりわけ注目される。忠実義務は、しかしながら、英米法においては、信認関係に立つ当事者に一般的に認められる義務であって、信託受託者特有の義務ではないのである。……かかることを参考に、翻って、委任契約における受任者、親権者・後見人などの地位を考察してみると、そこには、自己契約・双方代理の禁止及び利益相反行為規制が存在する。それを足掛りとして考えを進めてみると、わが法の下におけるこれらの者についても、忠実義務を観念することができるし、観念することが諸関係を理解する上で適切であるということができるとと思われる」⁽¹²⁾と。同教授の検討には法人の理事とあわせ遺言執行者が除外されているが、それは上記研究会が、上記のような行動基準は法人の理事等にまた相続財産を管理する者にも対比すべき問題としたが、理事や遺言執行者は「法人制度、相続制度に奉仕するという側面をもつため」に将来の課題として残したことによるものとされる⁽¹³⁾。遺言執行者を相続財産の管理者と位置付けることができれば受任者等と同列に考えてよいものと考えられるが、遺言執行者の管理権をどのように捉えるかについては議論の分かれるところであろう。すなわち、もっとも管理権を狭く考える立場からは、遺言執行者は遺言の内容を実現させる者であるが、財産に関する事項は遺言が効力を生じれば、権利は直ちに実現されるので、登記法で特に遺言執行者の介入を必要としている場合を除き遺言執行者が関与するものはないから、特段、管理というものは考えなくてもよいとする考え方もあるかもしれない。しかし、私は、遺言執行者の職務範囲には、権利の実現とし対抗要件を具備させることのほか、当該物件の引き渡しを妨害する者があればそれを排除し、当該権利について争いがあれば訴訟の当事者になること、目的物が不特定物であればそれを特定し引き渡す

ことまでも含まれるものとする。このことは、本論の前提となる重要な問題ではあるが、四で改めて取り上げるので、ここでは、これ以上は触れないこととする⁽¹⁴⁾。

さて、財産管理における受任者等に信認関係を基礎とした善管注意義務や忠実義務が觀念されると、それぞれに共通した解釈基準を認めることができるとされるが、遺言執行者もそのような財産管理者における受託者であるとする、その場合の信託との交錯は、どのようなようになるのであろうか。おそらく、遺言執行者を信託受託者であると擬制するのではなく、受託者等と基礎を同じくした共通の義務を解釈基準として認めようとするのであって、信託法理を適用するというべきものではないように思われる。そうであるなら、「信託受託者には重い責任が課せられる」⁽¹⁵⁾ということがよくいわれるが、重い責任は信認関係から出てくることであり、それぞれの類似の事柄について、遺言執行者よりも信託受託者が特に重い責任を負わされるというものではなく、両者の間に差異はないと理解すべきものではなかろうか。

四 遺言執行者の職務権限面での交錯（権限拡大による信託への接近）

被相続人が死亡して、被相続人に遺言がない場合、遺産は相続人に承継されるが、相続人が複数存在するときは遺産分割により、個々の財産が相続人に帰属するまでは、遺産共有状態にあり、共同相続人により管理される。この際の管理については民法に十分な規定の用意がなく、共同相続人の中に連絡のつきにくい者がいたり、ことに共同相続人間で遺産分割をめぐる争いがあると、遺産管理の上で様々な問題が生じる。また、遺言があっても、遺言執行者の指定がないと、遺言の執行には共同相続人全員の協力が必要となるので、同様の問題が生じる。遺産の承継を円滑に行うために、遺言があつて遺言執行者が指定されている場合には、遺言執行者の権限をできうるかぎり広く解釈して、遺産管理人としての役割を果たせるのが適当であるという考え方が採りうるものと思われる⁽¹⁶⁾。また、遺言執行者には、このような遺産管理のほかに、被相続人の意思を補充して遺産分配そのものに関わることが期待されることがある。このように、遺言執行者の役割・権限が、通常考えられる遺言執行者の職務・権限よりも拡大されたときに信託受託者に接近ないしは交錯することが考えられうる。そのような場合の事例をいくつか採り上げ、それらにおける信託法と民法の交錯を以下に検討してみることにする。

（1）遺言執行者が遺産分配に関わる場合

遺言者は遺言で、相続分の指定を第三者に委託することができる（民903III）。遺言執行者が、その指定の委託を受けた場合には遺産分配に関わることになる。すなわち、その場合には、管理者としての遺言執行者は相続分を指定することができるという大きな権限（裁量権）が与えられることになるのである。

また遺言者は遺言で、遺産分割方法の指定を第三者に委託することができる（民908）。遺言執行者が遺産分割方法の指定の委託を受けた場合には、遺言執行者は相続分の指定ほどではないが、金額的には同額でも、どの遺産が誰に帰属するかは損得に影響を与えるので、大きな権限（裁量権）が与えられて遺産の分配に関与することになる。

いわゆる「相続させる」旨の遺言は、最高裁判決（最判 平3・4・19 民集45・4・477）が出されて、特段の事情がない限り、遺言の性質は遺産分割方法の指定であり、当該遺産

は遺言の効力発生と同時に当該権利者に帰属するとして、このような遺言の性質と権利の帰属をめぐる争いに決着をつけたが、その判決が出る以前に、「相続させる」旨の遺言を遺産分割方法の指定と解する立場から、「相続させる」旨の遺言で権利が最終的に帰属するには遺産分割を要するが、遺言執行者が指定されている場合には、そこに遺言者は遺言の実現（当該相続人への特定財産の帰属）を委ねたものと解する、とする有力説があった(17)。この問題は判例によって解決されたが、相続分の指定や包括遺贈の遺言があるときには、遺言執行者を置くことは可能であるし、これらの場合に遺言執行者が指定されれば、それは遺産分割実行の委託をしたものと解し、遺言執行者は、遺言の趣旨に則して遺産分割を行う義務と権限を有する、という説(18)についてはその判例の射程は及んでいないものと思われる。一律にそのように解することには疑問なしとはしないが、遺言者に委託の意思の存在が明確であれば、遺産分割実行に関与することもありうるといえよう。

以上は、相続人間の遺産分割について、遺言執行者に遺産分配に関与するの権限を持たせるものであるが、更にその権限を拡大して、遺産を第三者に分配する裁量権を遺言執行者に与えることができるか否かの問題が次にある。

(2) 遺言執行者への包括受遺者の指定の委託をした場合

遺言者が、遺言で包括受遺者の指定を遺言執行者に委託することについて、これを有効とした事例がある（最判 平5・1・19 民集 47・1・1）。事案を簡単に紹介すると次のようなものである。遺言者は、遺言書に「1.発喪不要 2.遺産は一切の相続を排除し、3.全部を公共に寄与する」と記載し、別途の遺言書で遺言執行者を指定した。遺言を無視して相続登記をした相続人に対し、遺言執行者は遺言の執行を妨げるものとして当該登記の抹消を請求をした。いくつかの争点のうち、本稿との関係でいうと、受遺者の選定を遺言執行者に委託する旨の遺言が有効か、が問題となる。

一審は、この遺言を寄付行為と解しても、包括遺贈と解しても、受遺者が相続人に対して権利の移転登記を請求すればよく、遺言執行者が登記手続きに介入する余地はないとした(19)。二審は、この遺言を寄付行為ないしは公益信託とは認め難いとし、その遺言を公益的包括遺贈と認定した。そのうえで、遺言執行者の指定は、受遺者の選定を遺言執行者に委託したものとして、遺言執行者の請求を認容した。そして、最高裁はこの原審の判断を支持した。ところで、この判決は、最高裁が一般論として包括受遺者の指定を遺言執行

者に委託することは有効である、と判断したものではなく、あくまでも有効であるとする場合があるとの判断を示したにとどまるものとみるのが妥当と思われる(20)。その意味で今後は判例の射程が問題となろう。

この点に関する従来からの学説をみると、被選定者の範囲が明確に限定されているか、選定によるべき明確な基準が示されている場合は勿論、そうでない場合にも、被相続人が遺産処分の大綱を定めた上で受遺者の選定を第三者に委任した場合は、その遺言を有効としてもよい、とする制限付き有効説が多数説である。それに対し、受遺者が誰であるかは、遺贈者が決すべきであり、遺贈義務者や遺言執行者に受遺者の決定を委託する遺言は、遺言代理を許すのと異ならないから無効であるとする反対説がある(21)。

さて、この判決については、いくつかの判例批評が出されているが、本稿との関係で信託と重ね合わせ、信託法との交錯に触れているものについて採り上げてみたい。一つは新井誠教授のもので、遺言執行者に受遺者の選定を委託することの可否について、新井教授は、「遺言者が遺言書作成の時点では受遺者を具体的には特定しえないような場合、遺言者の死亡した時点における諸般の事情を勘案しつつ、しかも遺言者の意思に沿いながら、受遺者を選定することは遺言執行の一部でもある。遺言執行者の職務範囲を遺言の執行に直接必要な行為および遺産の管理行為に限定する必要はなく、遺言執行者は遺言者の意思に沿って遺言の内容を補完することもできるものと解すべきであろう。従って、受遺者の選定を遺言執行者に委託する旨の遺言は有効であるとした本判決の判断は妥当である」とする。そして更に、英米法においては、遺言信託受託者がその裁量権に基づいて受益者を選定する裁量信託が一般的に認められていることを挙げて、本判決によって、我が国の「民法上の遺言執行者もこのような役割を果たすことができるようになったのであり、その機能が拡張されたことを意味している」とされ、遺言執行者の権限の拡大を評価しておられる(22)(23)。英米の遺言信託の受託者に適用される法理が、我が国の遺言執行者に影響を与え、遺言執行者の権限（機能といわれるが、権限と理解してよいものと思われる）が拡張されたと指摘されているが、この点についていうと、遺言執行者が受遺者の選定権を得るのは遺言によって、受遺者選定の委託を受けたことに基づくものであって、遺言執行者がその権限を本来的にもっているものではないであろう。英米の遺言信託の法理の適用を根拠にするのであれば、まず、裁量信託の法理が我が国の信託法に適用しうるか否かを検討し、その上で、我が国の信託法の法理を遺言執行者に適用しうるか否かを検討するこ

とが必要になると思われる。したがって、直ちに、そこまで拡張的に理解してよいものかどうか疑問に思われる。

次は、伊藤昌司教授の批評である。伊藤教授は、本判決がこの遺言を包括遺贈と解したことについて疑問を呈される。その理由として、受遺者が決まるまで権利関係が浮動状態になること、包括遺贈の受遺者選定の委託は相続人選定の委託ということになるが、そのような相続人選定の委託は認められないということを挙げておられる。今、私がここで採り上げたいのは、伊藤教授がこの判例批評のなかで、付加的に述べられた部分である。すなわち、本件解決の別の筋道として、『遺言執行者』の文字が使われているから、X〔原告〕は遺言執行者以外の者ではありえないというふうに固定的に考えない解釈が可能ならば〕として、「Xを受託者とする遺言信託〔公益信託〕がなされた」と構成して、信託の枠の中で効力を判断する道も開かれるのではないかと指摘しておられることである⁽²⁴⁾。このことは、包括受遺者の指定を遺言執行者に委託することは民法の枠内では不可能であるにしても、信託の枠の中でなら、すなわち遺言執行者を公益信託の受託者とみて、公益信託の目的の具体化を受託者の裁量に委ねたものと解するのであれば、受託者（遺言執行者）にそのような権限を認めることは可能であるとする余地のあることを指摘したもので、まさしく信託法と民法との交錯を考えておられるということができよう。

（3）不特定物遺贈に遺言執行者が置かれた場合

特定物遺贈の場合には、遺言執行者の管理権は、その特定物に限られる。それに対し、種類物や金銭を遺贈の目的物とした不特定物遺贈の場合には、遺言執行者は、まず、所定の種類物ないし金銭を特定することが必要になり、それらが遺産の中に存在しないか、もしくは不足する場合には、それらを調達することが必要になる。そこでこのような不特定物遺贈の場合には、遺言執行者の管理権は相続財産の全部に及ぶと解される⁽²⁵⁾。もっともこの解釈には反対論もあろう。すなわち、遺言執行者の存在が外部から知りえない場合が多いから、遺言執行者の管理権の範囲はなるべく制限的に解釈されるべきであり、不特定遺贈の場合の管理権を、先のように解すると、相続財産額に比して僅少額の不特定物遺贈があるに過ぎないのに、相続人は全財産につき、一時、処分がなしえなくなり、取引の安全を害することになる。そこで、不特定物遺贈の履行の範囲外の相続財産を遺言執行者の管理権からはずし、相続人の自由な処分に服させるべきであるとする⁽²⁶⁾。しかし、相

続財産中の何が履行の範囲内にあるとすべきかについての具体的基準がない以上、遺言執行者の管理権に服する財産が何かについて外部からは窺知し得ないから、かえって混乱を生じるであろう(27)。したがって、やはりそのような場合には遺言執行者が全遺産に管理権をもつと解するのが妥当であろう。

このように解すると、遺産管理権の範囲は極めて広い場合があるが、そのみならず、目的物を調達するために、遺産の処分権をもつことがあり、その際に、遺言執行者は何を処分するかについても裁量権をもつのでその権限は極めて大きく、信託の管理権の内容に近くなっているように思われる。

(4) 契約(委任)で遺言執行者に権限を付与した場合

民法は委任の終了原因として委任者の死亡を挙げているが(民653)、この規定は強行規定ではなく、反対の特約によって、委任者が死亡しても、なお委任関係を継続させることができる(28)。そこで、遺言執行者に、受遺者の決定を委託するというような、実体権を付与する権限を与えるのではなく、遺産の管理権を生前の契約(委任)で与えることはできないかについて考えてみる。

「相続させる」旨の遺言で、遺言執行者が登記に関与する権限があるか否かが問題となっている(29)、実際の登記手続きにおいて関与を拒否されない対策として、遺言執行者に指定されている者ないしは遺言執行を予諾している者に執行内容を委任しておくことが考えられ、当該遺言の中で権限を与える旨を記すことが、すでに公証人の勧めで一部で行われているようである。このことについては、次のような反論が予想される。すなわち、死後のことは遺言でしか決められず、しかも決めることのできる内容は法律で決められているから(遺言法定事項)、死後の遺産管理を契約で取り決めることはできない。委任の終了の規定が任意規定で、委任者が死亡しても特約があれば存続しうるとするのは、生前に発生・継続していた委任関係を、特約によって、委任者が死亡した後も、当然には終了させないで、継続させようとする趣旨であり、本件のように、死亡によって初めて委任の内容が現実化するものについては適用がないと。しかし、遺産の清算を行なうことは法定事項として明示されていないが、遺贈の場合に、判例は、遺言者が遺言執行者に遺言で清算だけを指示することは無効(大判大6・7・5 民録23・1276)であるが、包括遺贈の前提として清算を指示することは有効としている(大判昭5・6・16 民集9・550)。本件

の場合、遺言内容の実現は登記を以て完了するが、遺言で登記の権限だけを与えるのではなく、遺言の実現のための手段としてその登記権限を与えるものであるから、それが法定事項として明示されていなくても、そのことだけを以て無効とするのは適当でないように思われる。

遺言者の遺産について、内容が財産の管理とはいえ、契約で遺言執行者に指示が与えられるということができれば、遺言信託に類似した実体が観念されるので、ここに信託法との交錯があるといえなくはない。

五 遺言信託と遺言執行の連係関係における交錯

(1) 遺言信託

遺言者が遺言で信託を設定するのが遺言信託であるが(信2)、この場合には遺言執行が必要となり、遺言執行者が指定されていれば、遺言執行者が受託者との間を「橋渡し」することになる。そこで遺言執行者と受託者と間に連係関係が必要となる。両者は同一人が兼ねることがあろうが、法的地位としてはそれぞれは別個の存在である。両者を兼ねると、両者が自己取引ないしは双方代理の地位に立つようにみえることから、兼ねることに疑問も生じようが、両者は遺言者によって与えられた地位であり、実質的に利害の対立はないので問題はないものと考えられる(30)。

實際上、信託設定手続きの時期は相続の発生と同時にいうわけにはいかず、ずれることになるので、この間の権利関係が問題となろうが、ここは民法の宣言主義がかぶってきて、信託は遡及的に相続の発生時に設定されたことになろう(31)。

(2) 遺言に基づく信託契約(準遺言信託)

松本氏はこの遺言信託とは別に、これを代替するものとして「遺言に基づく信託契約〈準遺言信託〉」という形態を考えておられる(32)。松本氏はこの〈準遺言信託〉を表で説明しておられるので必ずしも明確でないが、私なりに理解したところで述べると、遺言者が遺言で、①例えば、特定の遺産を売却してその代金で債務を弁済し、残金をもって相続人への分配を明示し、②相続人に対して信託の利用を指示し、③遺言執行者兼信託受託者を指定する[理論的には別個の存在でよいと思うが、単純化するためか、実際には兼任となるということからか、兼任のものを例示している]。別個に、あらかじめ、その遺言を前提にして、遺言者は遺言で指定した遺言執行者兼信託受託者と、その遺言執行と信託の受託についての予諾契約を締結する。遺言者の死亡により、遺言の内容に基づいて遺言執行者が信託契約を締結する。その場合の委託者は相続人・遺言執行者となる、という。このような準信託契約について、松本氏は、当事者・効果の点で遺言信託と区別されるべきだが、遺言内容が確定性の要件を満たし、同一人が受託者および執行者になることが当事者間で予諾され、または遺言書に示されている場合は、可能な限り遺言信託に準ずる効果

を付与すべしとする。なお、その場合に、「遺言執行と遺言信託との先後関係、相互補完関係、実質的同一性、執行の許容範囲、信託法上の問題」が指摘されているが、具体的説明はなされていない(33)。

この法律構成を考えてみる。遺言執行者が遺言に基づいて遺産の分配を前提に清算のできることはすでに述べた。清算したあとの信託契約を締結するのは誰か。信託契約は遺言の効果か、それとも相続人や遺言執行者の意思によるものであろうか。仮に、遺言で信託の利用を指示したことが実体的効果をもつものであれば委託者は遺言者になるのであろう。すなわち、清算という事務手続きが入るが、それは準遺言信託としてではなく、遺言信託そのものといってよいであろう。そうではなく、遺言者が遺言で相続人に信託の利用を指示したのは単なる希望であるが、相続人の信託利用を確実なものとするために遺言執行者にたいし、信託の利用を指示したものであるとみるならば、言い換えれば、遺言執行者が、当該相続人に清算後の財産を引き渡すについて、その形態を指示したものとみるならば、その場合の信託の設定は契約によるものとなる。この信託の委託者(兼受益者)は当該相続人であり、遺言執行者は相続人の代理人の地位に立つものであり、信託の設定権限を遺言によって与えられたものとみるべきであろう。いずれにしても、松本氏は、遺言執行者が委託者になりうるように述べておられるが、遺言執行者は実体権をもつものではないから、委託者にはなりえないであろう。

もっとも、遺言執行者に負担付遺贈したものと法律構成することは可能であろう(松本氏はこのように考えておられるのであろうか)。すなわち、清算の後の残余財産を遺言執行者に遺贈し、遺言執行者に対し遺言に基づく相続人へその財産を分配するという負担を負わせたとするものである。この場合には、確かに委託者は遺言執行者となるが、相続人の保護に欠け現実的ではない。

なお、遺言執行者と受託者が同一人となることの問題点については、先に遺言信託のところで述べたとおりである。

(3) 遺産承継のための信託(処分型信託)

遺言執行者による清算と清算後の残余財産による信託の設定、そして次に、信託設定の負担付で遺言執行者へ遺贈することを考えてきたが、それならば更に一步進めて、遺産承継を目的とした遺言信託が考えられないであろうか。すなわち、遺言者(委託者)が受託

者に対し遺言で遺産分配を指定した方法により実行させるを目的として遺言信託を設定し、信託は遺産分配が終了することにより終了するという処分型の信託である(34)。前述のように、遺言執行者が信託受託者への橋渡しをすることになるが、信託受託者が遺言執行者を兼ねることは可能であろうから、これを兼ねるとすると、機能的には、遺言執行者が信託受託者の名において遺産分配の事務手続きをするのと同じこととみることができ、遺言執行者は信託受託者という資格をもつので、それによる事務手続きを円滑に運ぶことが期待できる。その場合の信託の当事者・関係者は信託設定者：遺言者、受託者：実質上の遺言執行者、受益者：相続人・受遺者となる。

ここで問題となるのは、相続財産には消極財産が含まれるということである。債務の信託は勿論のこと、債務を含む包括財産の信託も債務の部分については無効と考えられているので(35)、このような遺産承継のための包括的信託は成立し得ないこととなる。しかし、このような信託の場合は債務の清算を行うものであるから、債務者を害することはなく、あえて無効とすべき理由はないように思われる。債務の信託にこだわりがあるとするならば、債務を除いた積極財産だけを信託することが考えられるが、これは次のような理由で考えにくい。すなわち、相続人については、債務だけが残ることになるが、信託による遺産分配の結果を総合して、債務を上回る遺産の取得があれば問題はないし、下回る場合には、放棄ないしは限定承認で対応すればよく、相続人に不利益になることはない。一方、被相続人の債権者にとっては、信託が設定されること分配手続きが終了するまでは積極財産が相続人に移転しないから、そのこと自体不利益となる。相続人の債権者にしても同様になる。

なお、包括的な信託が可能となると、遺産分割を経ずに遺産の清算や遺産の分配・移転が可能となる。またこれにより、相続の形態が、宣言主義から、英米型の移転主義に転換させられることになる。

六 まとめと今後の課題

これまで、様々な場面で、そして様々な意味での交錯をみてきたが、その交錯を次のような三つの類型に整理できると思われるので、そのように整理したうえで、それぞれについて、交錯の意味を検討し、今後の課題を述べてみたい。

①遺言執行者が遺産管理をしていくうえで、信託受託者との間に財産管理者として類似性があり、管理者としての共通の行動基準を適用するうえで交錯が認められるとするもの。

②清算型の遺贈がある場合のように、遺言者が「信託」という言葉を使わなくても、それがあたかも遺産分配を目的とした信託が設定されているようにみえる場合がある。そのような場合に、遺言執行者と信託受託者の間に認められる交錯である。

③遺言信託がなされた場合に、遺産が遺言信託の信託受託者に移転する過程で、遺言執行者の介入が必要になるが、その際に、遺言執行者と信託受託者の間で、職務権限のうえで重なり合う、ないしは衝突する場合がある。そのような意味での交錯である。

この交錯を、民法上の制度である遺言執行者に信託法理を類推適用することができるか否かの観点から、今挙げた三つの類型について検討を加えてみると、①は管理者として共通するものであり、そこに共通的な行動基準を観念しようという考え方から、信託法理の類推適用する余地を見いだそうとするものである。

さて、この場合に、信託法理を類推適用する余地があるかについて考えてみると、前にも述べたように、いささか疑問を感ぜざるをえない。遺言執行者と信託受託者を比較してみよう（文末別図を参照されたい）。まず第一に大きな相違は遺言執行者は、遺産についての実体権は持たないが、信託受託者は信託財産に実体権をもつということである。遺言執行者の主たる目的は遺言に則して財産を受遺者に移転させることであり、この目的達成のため、相続人の遺産に対する管理・処分権を剝奪させ、遺言執行者に排他的な管理・処分権が与えられている（民1013）。この場合の受遺者保護で重要なことは、遺言執行者が存在することで相続人による遺産の管理・処分権を喪失させたことである。その他のことは、遺言執行者がいなければ相続人が行えばよく、また相続人はそのような義務を負うものであり、それを怠る場合には、受遺者は相続人に対し権利移転請求をすることができ、

さほど重要なものではない。それに対し、信託では、形式的には委託者から受託者へ実体権が移転しており、しかも実質的には権利は受益者にあるというところに特色がある。そこで信託法は、実質的な権利者である受益者を保護するために、分別管理義務、忠実義務などの管理義務に関する規定、信託違反の際の責任、受益者による追及効などの規定を設けている。すなわち、信託法の規定は自分の名義になっている財産を、他人名義の財産として管理するように手当てされたものであり、さらに、他人の財産が自分の名義になっていることで、管理義務違反に陥るのを防止するために、信託特有の管理責任を課している。したがって、同じ管理者ではあっても、遺言執行者に関する民法の規定と、信託法の規定とでは規制の場面を異にしたものということができる。したがって、他人名義の財産を管理する遺言執行者についての規定に不備がある場合には、民法の枠内で解決を図るべきであり、そもそも他人名義の財産を管理することを想定していない信託法を類推適用する余地はないと考えるのが妥当なのではないかと思われる。

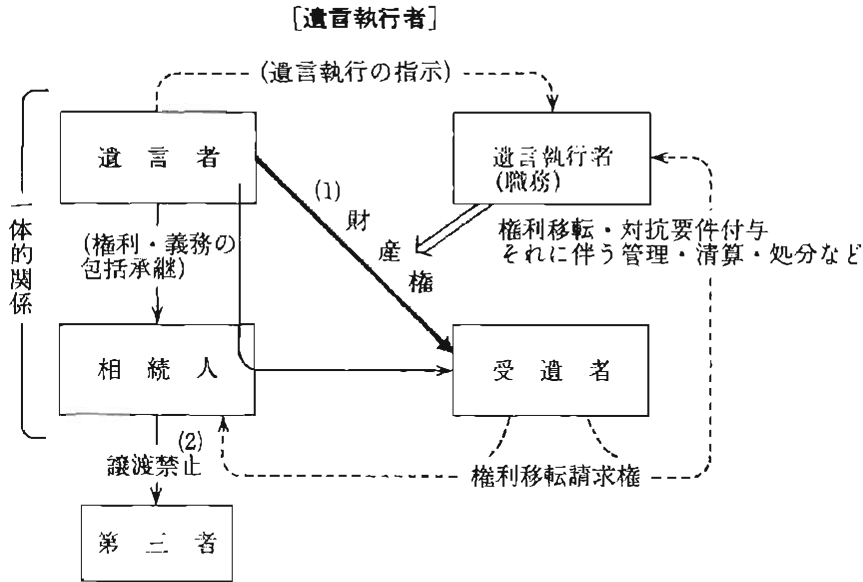
②は遺言者が「信託」という言葉を使わなくても、それが「信託」であるといえなくはない場合があり、その場合には信託法を適用ないしは類推適用する余地があるのではないかとする問題である。ただ、この場合には、民法か信託法のどちらを適用ないしは類推適用するかによって結果が異なるから、要件と効果について比較検討することが必要となろう。ところで、このような場面がどこでみられたかという点、ひとつは、遺言執行者に受遺者の選定権を認めることの可否に関するもので、遺言執行者にそれを認めるとなると、それは民法で認めていない遺言の代理になるから認められないという議論になるが、信託ならそれが認められるから、その遺言を信託であると認められうるのであれば遺言執行者（受託者）に受遺者選定権が認められる余地があるというものである。ところが、信託でも受託者に受遺者の選定権が認められるか否かの議論はあり、それは信託法が一般法である民法の制約を受けるか否かにかかっているわけである。全面的に制約を受けるとすれば、信託法と民法とのあいだに矛盾はないということになるが、必ずしも制約を受けるわけではないという考え方に立つと、信託法によって一定範囲において受託者に受益者の選定権を認めてもよいという結論が出されてもおかしくはないということになる。それならば、同じような状況にある遺言執行者についても受益者選定権を認めてもよいのではないかとはいえよう。そうであるなら、結局は同じ結論に達するということになる。しかし、結論を導き出す過程で、信託法理が用いられるのであるから、信託法理が民法の解釈に影

響を与えたということは、いえなくはないであろう。

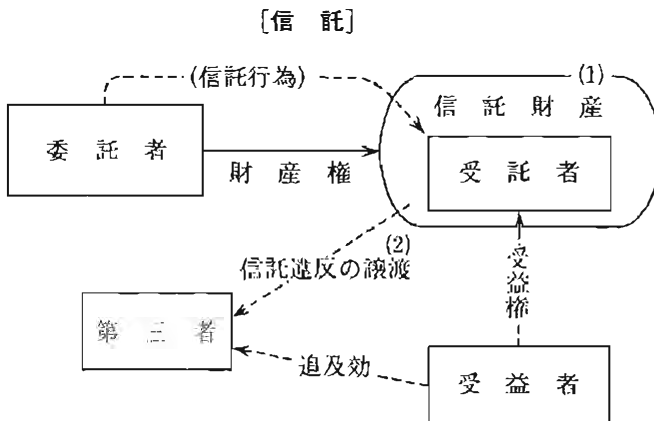
③は、遺言執行者の職務権限と信託受託者のそれとの間における衝突であるから、両者の間で職務権限の線引をどのように行なうかの問題であって、信託法と民法との衝突とか、信託法理の類推適用とかの問題が生じる場面ではないように思われる。

以上述べてきたことは、この研究会に参加させて頂いて考えてきたこと、そして報告させて頂いた際に、ご教示頂いたことなどから得られた一応の結論であり、理解の足りないところ、先達の業績を十分に消化しえていないところ、なおよく検討を要すべきところなど多々残されているが、とりあえず、中間報告として纏めさせて頂いた次第である。今後、これを基礎としてこの問題について、なおよく研究を深めていきたい。

付図



- (1) 財産権は観念的には直接に受遺者に移転するが、手続き的には相続人・遺言執行者が移転手続きを行う。
- (2) 遺言執行者を置くことにより、相続財産の散逸するのが防止される。



- (1) 受託者は他人の財産を自分の名義で管理するので、受託者と信託財産との関係が重要となる。信託財産の独立性、受託者の管理義務（分別管理義務・善管注意義務・忠実義務など）が規定されている。
- (2) 受託者が信託財産を信託違反により第三者に譲渡するのを防止することから、受益者による追及効の規定を設けている。

[注]

- (1) このような視点からのこれまでの研究として、道垣内弘人・『信託法理と私法体系』（有斐閣、1996）、関西信託研究会（代表・林良平）『財産管理における受託者及びそれに類する者の行動基準』（トラス60研究叢書）（〔財〕トラス60・平7）などがある。
- (2) 遺言執行と遺言信託との連携を論じたものとして、松本 崇『遺言信託の理論と実務』（トラス60編）p.105以下（〔財〕トラス60、平7）を参照。
- (3) 田中 實「遺言執行者」『家族法体系Ⅶ』P.234（有斐閣・昭35）
- (4) 四宮和夫『信託法』p.19（有斐閣、昭33）（同〔新版〕p.63・有斐閣・平元）、田中實=池内慶四郎「受託者の権利」法学研究31・6・45
- (5) 田中・前掲注(3)「遺言執行者」p.234。
- (6) 田中・前掲注(3)「遺言執行者」p.237
- (7) 田中・前掲注(3)「遺言執行者」
- (8) 竹下史郎「遺言執行者の受託者としての地位」信託法研究9（1985）
- (9) 松本・前掲注(2)「遺言信託」p.118
- (10) 泉 久雄『新注民〔28〕』p.340〔中川他編〕（有斐閣、昭63）
- (11) 安永正明「代理・委任における代理人・受任者の行動準則」・関西信託研究会・前掲注(1)『財産管理』p.6
- (12) 安永・前掲注(11)「代理」p.25
- (13) 林良平・前掲注(1)『財産管理』の「はしがき」p.2
- (14) 竹下史郎「『相続させる』旨の遺言の最高裁判決は遺言執行者の関与を排除したものか」判タ823（1993）p.28、「特定の不動産を相続させる旨の遺言と遺言執行者の登記手続き義務〔最小判平7・1・24〕」の解説部分〔仮名〕判時 1523・82・81参照
- (15) 四宮・前掲注(4)『信託法〔新版〕』p.232、田中『信託法入門』p.5（有斐閣・1992）、安永・前掲注(11)「代理」p.5
- (16) 竹下・前掲注(8)「遺言執行者」p.103、同・前掲注(14)「相続させる」p.32、解説・前掲注(14)p.82
- (17) 泉・前掲注(10)『新民法』p.318
- (18) 鈴木祿弥『相続法講義』p.135（創文社・昭61）
- (19) この論理には異論を唱えたいところがあるが、遺言執行者の職務権限の捉え方の問題であるので、ここでは立ち入らず、別の機会に論じることとしたい。
- (20) 『最高裁判所判例解説民事編（上）平成5年度』p.15（法曹界、平8）
- (21) 阿部浩二・前掲注(10)『新民法』p.172
- (22) 新井 誠「受遺者の選定を遺言執行者に委託した遺言の効力」別冊ジュリストNo.132 p.225（1995）
- (23) 新井教授は、本判決の結論について、遺言執行者の裁量権を広く解釈することを評価しておられるので、賛成となるようにみえるが、この遺言が遺言執行者の受遺者選定権の濫用を防止しうる程

度までには、被受遺者の「特定性」の要件を具備していないので、反対であるとされる。

- (24) 伊藤昌司「受遺者選定の委託と遺言執行者を指定した有効な遺言があるとされた事例」別冊ジュリスト No.132 p.100
- (25) 鈴木祿弥=唄孝一「人事法II」p.25（有斐閣・昭50）
- (26) 泉教授は、このような考え方から反対をなされたが（家族法判例百選【初版】）、その後、説を改めておられる（泉・前掲注(10)『新民注』p.328）。
- (27) 鈴木=唄・前掲注(25)p.25
- (28) 明石三郎『新注民【16】』p.293（有斐閣、平元）
- (29) 竹下・前掲注(14)「相続させる」、同注の「判例解説」を参照されたい。
- (30) 松本・前掲注(2)「遺言信託」p.109
- (31) 松本・前掲注(2)「遺言信託」p.128別表2 No.1。なお、遺言執行と遺言信託との併存関係について、松本氏は事務的には、「遺言執行と遺言信託を厳格に使い分ける立場をとるにしても、必ずしも時系列的に、一方が終わったところで他方が始まるという形にする必要はな[く、]……時間的に並列関係に立つこともありうる。……管理という形で、信託関係・遺言執行関係を継続的に存続させ、最終的に目的を達成した時点で法律関係を一齐に終了させるという場合も考えられる。具体的にいえば、遺言執行と遺言信託とを契約の上でも同じ日付でスタートさせ、最終的な事務の終了（契約期限）も同一日付とする方法も考えられる。」と述べておられる（同上・p.121）。松本氏が具体的にどのようなことを想定しておられるのか理解できないが、遺言信託について契約とする根拠は何か、それは措くとしてスタートは両者同一日付はよいとしても、事務の終了が同一というのはどのようなことであろうか、遺言執行が終了しても信託は残るのが一般的な姿なのではないだろうか。
- (32) 松本・前掲注(2)「遺言信託」p.123, p.128別表2 No.2
- (33) 松本・前掲注(2)「遺言信託」p.128別表2 No.2 備考
- (34) 処分型信託の例として、たとえば動産信託の場合に、信託財産を売却せず、信託期間終了までユーザーに貸貸する「管理方式」の他に、信託設定と同時にユーザーに売却する「処分方式」、一定の貸貸期間経過後ユーザーに売却する「管理処分方式」がある。
- (35) 四宮・前掲注(4)『信託法【新版】』p.133

専門家の責任

寺尾美子

目 次

はじめに

一 「専門家の責任」の意義

- (1) 「専門家」の意義
- (2) 「専門家の責任」の意義
- (3) 信託法と民法の交錯

二 アメリカ法にみる信託法理の応用領域としての信認／信託関係の法理

- (1) 信託法の応用としての信認／信託関係の法理概観
- (2) 判例にみる信認／信託関係の法理

三 「専門家の責任」と信認／信託関係の法理：民法と信託法の交錯

- (1) 「専門家の責任」への信認／信託関係の法理の応用可能性とその効用
- (2) 「専門家の責任」と信託法：信託と民法の交錯

はじめに

本稿は、アメリカ法にみる信託法理の応用領域としての信認／信賴関係の法理のあり方を考察することにより、「専門家の責任」に関連する分野において、広義での信託法理、いかえればエクイティがどのような対応をしているかを分析することを目的としている。一では、まず、「専門家の責任」の意義を明らかにするとともに、わが国の契約法や不法行為法による課題へのアプローチにどのような困難が存在するかを概観する。次に、二では、アメリカ法における信認／信賴法理の内容を概観した後に、判例をいくつか詳細に紹介する。このことを通じて、専門家＝依頼人関係の特色である当事者の非対称性の問題が、具体的にどのような問題となって現れるか、そして、この法理に含まれている、いくつかのルールや救済方法が、相互にどのような関係に立ちながら、具体的にどのように機能しているかの理解を試みる。最後に三では、信認／信賴関係の法理が、「専門家の責任」に関する法理論を構築する上で、どのような意味で参考になるか、あるいはどのような点において有益な示唆を与えてくれるかの分析を試みる。

一 「専門家の責任」の意義

(1) 「専門家」の意義

川井健教授は、『専門家の責任』(1)において、同書に収められた諸論稿を貫く「専門家」概念を、「法律に基づいて一定の資格が認められ、契約の相手方である依頼者に対し、特殊領域に関する高度に専門的な技能や情報を提供することを業とする者」(2)と定義しておられる。

また、川井教授は「専門家の民事責任」と題する第58回日本私法学会のシンポジウムの資料とされた「専門家の民事責任」(3)では、「専門家」の特色として、次の点を指摘している。第一に、通常、国家試験制度等に基づく資格が必要とされ、かつ専門家集団毎に強制または任意加入の団体が存在し、それが職業倫理維持のための自律的集団として機能している。第二に、通常その仕事は、特殊な領域についての判断を核とするものであり、このため顧客の信頼を受け、高度の裁量が委ねられている。第三に、特殊な教育や訓練によって習得した特殊な技能を活用する仕事であるため、それに対する対価が比較的高額となる。第四に、通常その社会的地位は高く、人々の信頼に応えるべき地位にある(4)。

西嶋梅治教授は「科学または高度の知識に裏づけられ、それ自身一定の基礎理論をもった特殊の技能を、特殊な教育または訓練によって習得し、それに基づいて不特定多数の市民の中から任意に呈示された個々のクライアントの具体的要求に応じて具体的活動を行ない、よって社会全体のためにつくす職業である」(5)と専門家を定義している。また、能見善久教授は、R. Jackson & J. Powell, Professional Negligence (6)が挙げる、専門家ないし専門的職業の次の4つ特徴が、出発点として参考になるとする。第一に仕事の性質が高度で専門的であり (skilled and specialized)、マニュアルな作業よりも精神的・判断的作業が中心となる (mental rather than manual)。第二に、高い職業的倫理、顧客との信頼関係が重視される。第三に、専門家集団によってレベルが維持され、資格を要求されることも多い。第四に、高い社会的身分を享受している(7)。

では、「専門家の責任」といった場合、具体的にはどのような分野の専門家が想定されているのであろうか。通常専門家の責任を問題にする際まず念頭に置かれるのは、医師や弁護士であろう。このほかにどのような職業が「専門家」とされているのであろうか。た

たとえば、前述の『専門家の責任』でその法的責任が個別に論じられている「専門家」は、弁護士、公証人、鑑定人、公認会計士、司法書士、土地家屋調査士、宅地建物取引主任者、建築士である。(なお、医師は通常「専門家」に含まれるが、「法律学と医学の両面から独特の研究を必要とする」⁽⁸⁾ことを理由として、同書は医師の責任を個別には取り上げていない。)また、Warren Freedman, *Malpractice Liability in the Business Professions* (1995)では、(不動産)権原調査士 (abstractors of title)、公認会計士、会計監査士、広告やマーケティングの代行者 (advertising agency executives)、不動産鑑定人、建築士、美術品分野の専門家 (鑑定人およびディーラー等) (art experts and dealers)、銀行家、建築請負業者、会社取締役、エンジニア、投資顧問 (financial planners)、就職斡旋者 (human resource consultants)、保険にかかる専門家 (insurance professionals)、不動産取引斡旋業者 (realtors)、証券ディーラー、証券ブローカー (securities dealers and brokers)、同業組合 (trade association)、トラベル・エイジェントが挙げられている。さらに同じシリーズである Warren Freeman, *A Guide to Malpractice Liability for Legal and Law-Related Professions* (1995) では、弁護士とならんで、裁判官、法律司書、ロビースト、調停人、仲裁人が挙げられている。以上挙げられた専門的職業については、そのほとんどについて、専門家集団が組織されており、職業倫理規定が存在している。(以上2冊の著書には、それらが収録されている。)さらにまた、Ray Hodgkin, *Professional Liability: Law and Insurance* (1996) では、建築士、エンジニア、競売人 (auctioneers)、公認会計士、会計監査士、バリスタ、不動産取引仲介業者、保険仲介業者 (insurance intermediaries)、医師、ソリシタ、不動産測量士、鑑定人が取り上げられている。

(2) 「専門家の責任」の意義

今日のように社会組織・経済組織が専門分化し、複雑化した社会にあっては、多くの人々が、通常人が平均的にもっているとは言えない知識や技能をもった、ある分野の専門家になっているとも言えよう。しかし、「専門家の責任」を論じる際の専門家とは、そこまでの広い射程を持ったものではない。また、それぞれの国や社会によって、職業の専門分化のあり方は異なっているため、わが国に、たとえば上でみたアメリカやイギリスと同じような形で、専門家的職業が存在し、社会的に認知されているわけではない。

民法法の領域において、通常の私人間の法的関係とは区別される形で、「専門家の責任」を論じる前提は、「専門家」と一般人との法的関係が、民法が予定する対等な市民間におけるそれとは、法の間から見て何らかの意味で異なっており、それゆえ、これとは区別された異なる法理、少なくともこれを修正した法理によって規律されるべきではないかという認識である。この前提に立ち、(1) でみた「専門家」の定義のあり方を参考にしつつ、その法的責任を一般の場合と区別した形で論じる必要のある「専門家の責任」の特徴を抽出するためには、能見教授の次のような整理が有用であろう(9)。

依頼者と専門家の間でなされる契約は、通常「与える債務」ではなく「なす債務」であり、「サービス提供契約」である。「なす債務」を内容とする契約にはさまざまなものが含まれるが、たとえば、運送、自動車教習、英語教習等は、既に用意されたメニューの中から一定のサービスを提供する「定型的サービス」であるのに対し、専門家の提供する「なす債務」は、依頼人の多様な要求に応じてそのサービス内容が異なるところにその特徴がある「非定型サービス」である。このことは、専門家に広い裁量権が与えられていることと関係している。専門家と依頼人の間には極めて大きな非対称性があることがその契約の特徴であり、依頼者は相手方である専門家の能力や技量を直接判断することはできず、その者が当該分野の専門家であることをもって、相手を信頼して契約関係に入らざるを得ない。したがってこの信頼を保護することが必要となる。(なお能見教授は、「信頼」を、専門領域の仕事をするについての最低基準を満たす能力を有することに対する信頼と、専門家に委ねられざるを得ない裁量的判断が適切になされるであろうことに対する信頼とに分析される。)

科学技術の発達や社会の複雑化による専門領域の拡大に伴い、自己の財産や身体に関わる事柄についての決定を、他人の判断に頼らなければならない場面は増大している。かつその他人＝専門家との関係において、通常人＝依頼人は、その分野の専門的知識や技能に欠けるから、これを専門家に求めざるを得ないわけで、当事者の関係は、原理的に非対称性を内包している。今日の社会において「専門家の責任」を問題とする意義は、このような非対称的当事者関係の必然性を認識し、弱者であるところの依頼者、専門家に対する一般人をいかに保護するかにあるといえる。この場合の保護法益を語るキーワードが「信頼」である。そして、社会的にみて法によって保護されるべき信頼の範囲は、当該専門領域にかかわるサービスの社会的有用性によって画されてくることになるし、保護が必要と

される程度も、これと深い相関性をもつ。専門家の提供するサービスにつきその公共的性格からの議論がなされるのも、このような文脈において理解できる。

今日多くの専門的知識や技能は、会社等の社会的組織（＝法人）を通じて、商品やサービスという形でわれわれに提供されている。この場合、社会的組織が専門的知識や技能の質を保証する機能を担い、一般市民は、この社会的組織を保証責任を負う主体として捕捉することができる。しかし、一般に専門家と認識される人々は、その知識・技能の性格や資格のゆえに、サービス提供主体としての独立性が高く、それゆえ組織の構成員としてそのサービスについてのチェックを受ける機会が少ない。これに加えて、われわれ一般市民は、組織ではなく、具体の個人と向き合うことになる。この場合、一般市民は、社会的組織等のクッション、言い替えば、使用者責任や製造物責任に代表される、組織化された品質保証を受けることが難しく、非対称的関係において、相手のサービスの適正さをチェックする手段を持つことが必要となるのである。

（３） 信託法と民法の交錯

わが民法の下で、専門家の民事上の責任を問題にする場合、大きく分けて契約法による法律構成と不法行為法によるそれが存在する。専門家の責任が問題とされた裁判例は、従来はその多くが不法行為責任を争う医療過誤訴訟であった。下森定教授は、不法行為責任構成が採られてきたことの原因の一つとして、現行民法典の規定が、無形のなす債務の不完全履行責任について極めて不備であることを指摘しつつ、契約責任論の充実によって、契約が存在する場合の専門家の責任は、原則として契約法責任構成によることの妥当性を提唱される⁽¹¹⁾。能見善久教授も同様の立場を採っておられる⁽¹²⁾。

契約責任の構成がとられる場合、依頼者・専門家間の契約は、請負契約とされる場合もあるが、その多くは委任または準委任に分類され、民法643条以下の、委任に関する規定が適用される。したがって「専門家の責任」においては、「善良なる管理者の注意」、いわゆる善管注意義務をどのように法律構成するかが主たる課題となってくる。

（２）で明らかにしたように、専門家の責任というカテゴリーを立てることの意義は、当事者間の非対称性を如何に克服するかという点にある。一般に民法が予定している私人は、家族法の領域を除き、基本的に平等であり、対等である。これは不法行為領域についても言えるが、特に契約法領域では、「契約の当事者をいわば対等な当事者として扱い、

その一方が専門家であること予定してその者に重い責任を課するという考え方は一般にとられていない」(13)。しかし、委任契約の受任者の負う善管注意義務は、「受任者の職業、地位などにつき通常人を基準として要求される義務を意味する」(14)ので、専門家なら通常払うであろう注意義務が基準とされるのであるから、これを欠いたときには債務不履行が成立することになる。すなわち、当該専門領域の専門家に、通常高度な注意義務が要求されていれば、その内容が契約内容となり、これにより当事者の非対称性の問題は一旦解決されるかにみえる。

しかし、この場合も、依頼者は、当該領域の専門家が通常負っている注意義務がどのようなものであり、かつ当該事例において、相手方である専門家にこの注意義務違反があったこと、すなわち被告側が「債務ノ本旨ニ従ヒタル履行ヲ為ササル」ことを主張・立証できなければ勝訴することはできない。不法行為責任構成と契約責任構成の優劣が議論される中で、加藤一郎教授が債務不履行責任構成の方が被害者に有利であると主張(15)されたのに対し、中野卓一郎教授が、債務不履行責任構成において原告側が負わなければならない証明責任は、不法行為責任構成において過失を立証するのと同じような困難を伴うものであることを指摘した(16)ことに示されているように、実際の訴訟においては、当事者の非対称性の問題は残ることになる(17)。

専門家の責任については、以上でみたような総論的アプローチと並んで、それぞれの専門的職種ごとに、いわば各論的にその責任を明らかにしようとするアプローチがとられている(18)。具体の専門家の領域においては、たとえば弁護士のように、資格とその行為規範が法によって規律されている場合も多い。また、専門家集団が自律的に職業倫理規範を定めている場合もある。それぞれの専門職ごとに、その業務の特徴を具体的に把握することは、契約構成をとるにせよ、不法行為構成をとるにせよ、専門家が負っている注意義務の中味を具体的に確定する上で有意義であり、そのことは、当事者間の非対称性を克服するために有益であろう。

こうしたわが民法の状況に対して、信託法がどのような寄与を成しえるのであろうか。英米において、信託は、対等な当事者を予定する契約とは明確に区別された、独自の法領域を構成している(19)。信託法という法分野の主人公は受託者と受益者である。信託法は、財産の管理・処分について、信託を受けるに足る能力を持つ受託者と、もっぱらそうした受託者のサービスの利益を享受する存在である受益者という、非対称的当事者関係を

原型として構築された法領域である。信託法の予定する受益者は、自己利益の最大化をはかることが予定された契約法における当事者とは異なり、信託設定者の信頼を引き受け、もっぱら受益者の利益の最大化を図ることを予定された存在である。信託法の原風景が予定する受託者は、高い倫理性を備えた高潔な士である。しかし、実際の受託者全てがその予定された役割を果たすとは限らない。そこで信託法は、受託者が信託制度が予定している役割を果たすことを法的に担保すべく、契約法にはみられない様々な義務を受託者に課してきた。

関係の非対称性を前提として、その法的関係を規律するために発達した信託法理は、明示的に信託が設定されてはいないが財産をめぐって信託と同視しうる関係が発生した場合に、更には、財産を媒介とせず、信頼を与えた者と信頼を受けた者の間に、信託法の受託者と受益者の間の関係、すなわち fiduciary relation（信認関係）に準ずる関係を見出し、信託法の応用領域として、信託法理を類推適用し、コモン・ローでは与えられないエクイティ上の救済を与えてきた。こうした法のあり方を理解することは、信頼を中核とする依頼人と専門家の間を規律すべき法のあり方を考える上で何らかの参考になると思われる。

二 アメリカ法にみる信託法理の応用領域としての信認／信賴 関係の法理

(1) 信託法の応用としての信認／信賴関係の法理概観

(a) 信認関係および信賴関係の存在が認められる関係

判例法の蓄積を通じて、fiduciary relation (信認関係) が存在するとされてきた関係としては、代理人=本人、仲立人 (broker)=本人、会社=取締役、(民法上の組合の) 組合員間または (合名会社の) 会社員間 (partner 間)、遺言執行者・遺産管理人=受遺者・相続人、後見人=被後見人、弁護士=依頼人、医師=患者などがある。これらの関係においては、当事者の以上のような法的関係から、当然に信認関係が発生するとされる。これに対し、一方が他方を信賴し、他方がこの信賴を引き受けたという、当事者の事実上の信賴関係を基礎に、信認関係類似の関係、すなわち confidential relation (信賴関係) が認められ、信認関係を前提とした場合と同じような救済が認められる場合がある(20)。なお、事実上の信認関係については、講学上は confidential relation の語が用いられるが、判例法上は confidential relation, fiduciary relation の語は、相互互換的に用いられている場合も多く、以上のような意識的な区別がなされないことも少なくない。

この事実上の信認関係 (以下「信賴関係」) は、一方当事者=与信者が、他方当事者=受信者に対し、受信者の言動が、自らの利益ではなく与信者の利益を第一義としてなされたものであるとの信賴 (trust and confidence) を寄せることが、法的にみて合理的であり、かつ法 (=エクイティ) がその信賴を保護すべきものと判断される場合に認められる。すなわち、法律上の信認関係の場合は、たとえば株主=取締役の関係のように、与信者が受信者を現実に信賴していたかどうかは信認関係の発生に影響を与えないが、事実上の信認関係である信賴関係の場合は、事実としての信賴があり、かつ法 (=エクイティ) がこれを保護すべきと考える場合に認められる。家族構成員間の関係はそのような例として判例に多く登場するが、そのほかに、遺言執行者=不動産鑑定士 (後掲判例④)、銀行=融資を受けた者 (後掲判例⑤)、宗教者=信者(21)などのほか、単なる友人間でも認められる。Aが投資関係のアドバイスにつきBを信賴し、Bがこの信賴を引き受けていた場合には、両者の間に信賴関係が成立していたとされ、Bは、AがBのアドバイスを受け

るために開示した、そうでなければ得られない投資情報を利用し、自己の利益を図った場合には責任を問われうる⁽²²⁾。信託関係の法理は、当事者の事実上の関係が、一般の取引関係とは異なる人間関係を構成しており、法が、信託法理を準用することが適当と判断した場合に適用されるのである。

(b) 受認者または受信者の義務と義務違反に対する救済

信託関係 (fiduciary relation) の受認者や信託関係 (confidential relation) の受信者は、通常の契約関係にある当事者とは異なり、各種の特別の義務を負っているとされる。まず第一に、受認者 (または受信者。以下同様。) は、信託関係 (または信託関係。以下同様。) に立つ相手方とのやりとりにおいて、当該取引に関係する可能性のある事柄については、それが重要な事実 (material fact) である限りにおいて、これをすべて開示する義務を負うとされる。この義務違反が問題となるのは、多くの場合、問題とされた取引によって、受信者がどのような利益を受けることになるかが十分に開示されたかである。受信者は、与信者の同意があれば、与信者と取引をすることを許されるが、その際、その同意が真正なものであるかについて、エクイティは厳しい疑いの目をむけ、これを厳格な基準で審査するのである。重要な情報、特に、受信者がどのような利益を受けることになるかの情報の開示は、与信者の同意の真正さをチェックするに当たって、最も重要とされるポイントである。

通常の対等な当事者関係が予定される契約関係においても、不実表示 (misrepresentation) があった場合や、単なる不作為ではなく相手が知ろうとしたことを妨げるような作為、いかなれば積極的な秘匿行為 (concealment) があった場合には、契約に瑕疵があったとされ、取消が認められる。しかしこれに当たらない場合は、取引に関係する重要な事柄を積極的に開示する義務はないとされるのが原則である⁽²³⁾。こうした開示義務の不在は、消費者保護のための諸立法や、黙示の担保責任の法理 (implied warranty) などによって修正を受けようになってきたし、契約関係においても good faith and fair dealing (誠実かつ公平な取り扱い) の義務があることが認められるようになってきた⁽²⁴⁾。しかしこれらは、あくまでも原則の修正に留まっており、フェア・プレイのためのルールの下で当事者が自己利益の最大化を図ることが予定されている契約モデルの枠内でのことであり、受認者が与信者の利益を第一義的に考慮することが求められている信託

モデルにおいて、受認者に求められる片務的な開示義務は、これとはその性格を異にする(25)。

第二として、受認者は、与信者に知らせることなく、秘密裡に、受認者の地位にあることを利用して、第三者から利益を受けてはならない。与信者の利益に反したり、受認者であるがゆえに知りえた情報を利用して、第三者から利益を受けることを禁止される。

第三として、後見人や遺言執行者・遺産管理人等、与信者の財産を預かっている受認者は、善管注意義務、分別管理義務など、その財産の管理につき、信託の受託者と類似の義務を負うとされる。(後掲判例②参照。)なお、インサイダー取引の禁止の法理もこのルールの適用の例である。

第四として、信託関係にある当事者間で、受認者に有利な取引がなされた場合(典型的には贈与や遺贈)、受認者は、当該取引が、受認者の不当威圧(undue influence)によるものではなく、与信者の自由意思によることを、その有効性を争う利益を有する者(与信者本人や相続人等)に対し立証しなければならず、その証明がなされないときは、当該取引の有効性を否定される(26)。

(2) 判例にみる信託／信託関係の法理

① 弁護士＝依頼人関係における受認義務違反に対し、擬制信託法理による救済が認められた例(27)

[事実]

原告は、免許を得て債権回収の代理業に当たっている会社である。同社は被用者のための信託基金に代わって、支払遅滞にある使用者から年金基金に対する積立金を取り立てる業務を開発し、その顧客である年金基金の数は35以上に上っていた。被告法律事務所は1972年から80年にかけて、原告の法律相談に応じ、原告のための法律業務を担当した。なお被告はこれ以前には信託基金の債権回収業務の経験はなかった。

原告は、信託基金の債権回収遂行に当たって、債権のコモン・ロー上の権原を信託基金から原告に移転させ(信託基金はエクイティ上の権原を留保)、債権の取り立てがうまく行かない場合は、債権譲受人として自らの名前で、被告を訴訟代理人として、債務者を相手取った訴訟を提起するという方法を採用した。この方法は功を奏し高い収益率をあげた。このため原告は、この業務を他の業務と分離し、業務のノウハウの機密性を保持する

ことに努めたという。原告会社は1979年に売却され、このこともあって、1980年には被告との関係は終了した。これとほとんど時を同じくして、原告は、1968年以来初めて、手数料の値上げに踏み切った。こうした状況の中で、1981年の半ば頃から、原告の顧客であった信託基金が、原告との関係を打ち切り、被告会社に債権回収の仕事に依頼するようになっていった。訴訟が提起された1983年の時点では、すでに10の信託勘定が債権回収業務を被告事務所に依頼するようになっており、これらの業務からの収益は年間156,715ドルに上っていた。なお、被告は、原告の顧客に対し、自ら進んで債権回収業務代行の勧誘をしたわけではなく、顧客からの問い合わせに応じて、業務を引き受けたに留まったとのことである。

第一審では、被告に受認義務違反があったとされ、義務違反による収益を全て吐き出すべしとされ、その額は350,000ドルと認定された。なお原告は、正式事実審理前の手続で、弁護士行為規則違反は、法律上当然に (as a matter of law) 民事上の責任を発生させると主張したが、この点についてはこれを否定する決定がなされている。なお、被告が違反したと原告が主張した、弁護士行為規則4-101は、「州弁護士会のメンバーは、依頼人または過去に依頼人であった者から、説明に基づく書面による同意 (informed and written consent) を得ることなく、依頼人または過去に依頼人であった者のためになされた業務の執行中またはそうした業務を原因として、機密の情報 (confidential information) を取得した事柄に関しては、依頼人または依頼人であった者の利害に反する (adverse) 弁護士業務に従事してはならない」と定めていた。また同じく同規則5-101は、依頼人の利害に反する (adverse) 金銭的利益を得るに際しては、(1)その取引が依頼人にとって公平かつ合理的なものでありかつその内容が書面により十分開示されていること、(2)依頼人に別の弁護士に相談する合理的機会が与えられていること、(3)依頼人の書面による同意があること、が必要であると定めていた。

[判旨]

カリフォルニア控訴審裁判所は次のように判示した。

被告は、原審は、原告の顧客であった者からの業務の依頼を引き受けたことのみをもって、受認義務違反があったと判断したのであり、この点につき法的判断の誤りがあったと主張する。そしてそのこととの関係で、原審では、原告の信託基金のための債権回収業務のノウハウが、果たして機密性をもつ情報であるかが争われた。しかし規則4-101が保護

の目的としているのは、機密情報自体ではなく、依頼人＝弁護士間の信頼関係（confidential relationship）である。したがって、実際に機密情報の利用ないし誤用があったか否かが問題なのではなく、信頼に対する違背（breach of trust）の可能性の有無が問題とされるべきである。弁護士は、依頼人との信頼関係に基づいて獲得された情報を、いかなる場合であっても過去に依頼人であった者の不利益に用いてはならないのである。

被告が原告の依頼人からの仕事を引き受けることは、原告の利益に反するであり、被告は原告の機密情報に触れうる地位にあった。それにもかかわらず、被告は、原告の説明に基づく同意を得ることなくそうした業務を引き受けたのであり、明らかな信託義務違反があったと判断される。

被告は、原告の顧客である信託基金は、自らの判断で、その仕事を依頼する相手を選ぶ権利があると主張する。そして、被告事務所は、他の法律事務所と同様、仕事の照会に対し、これに応えることは自由であるべきであると主張する。しかし、被告は原告と過去において弁護士＝依頼人の関係にあり、原告の機密情報に触れる機会があり、実際にもそうした機密情報をえたのであるから、他の弁護士より高い義務を原告に対して負っている。原告の顧客であった信託基金から金銭的利益を得るためには、原告からの同意が必要であったのである。

被告は、原審裁判所が擬制信託（constructive trust）による救済を与えたことが誤りであったと主張する。民事法典は同救済につき、「詐欺、偶然的出来事、錯誤、不当威圧、信託違反、またはその他の不法な行為（wrongful act）によって財産を取得した者」に対して認められると定めており、この救済は裁判官の裁量的で柔軟な判断が許される性質のものである。原審の判断に裁量権の濫用は認められない。

② 弁護士が依頼人に秘密裡に利益を得たことが、依頼人の与えた信託違反であるとされた事例⁽²⁸⁾

（本件は、弁護士の懲戒手続と関係した非訟事件であるが、参考になる判示を含んでいるので取り上げることとした。）

[事実]

1950年9月、R夫妻は、頭金700ドル、売買価格12,000ドルで売りに出された住宅を購入する目的で本件弁護士Gと委任契約を結んだ。Gは、R夫人に、もしGが、売買価格等

が同じ条件の、夫人がもっと気に入るような住宅を見つけてきたら、Gからそうした住宅を購入する気があるかを尋ねところ、夫人はこれに同意した。そこでGは、新聞広告を調べ、最初の住宅近くで10,500ドルで売りに出されている住宅を見つけた。これを見に行ったらR夫人はこの住宅が気に入った。売り手のH夫妻は、売買価格には、冷蔵庫と調理用焔炉が含まれていると告げた。R夫人はGに、H夫妻の住宅の方の購入を希望すると告げた。これを受けてGはH夫妻の代理人と価格交渉に入り、Gが最終的に申し出た価格10,300ドルで話はまとまり、1950年10月3日H、Gの秘書が名義上の譲受人になって売買契約が結ばれた。(H夫妻は、GがR夫人の代理人として交渉に当たっていると理解していた。)

同日事務所を訪れたR夫人に、Gは、抵当権設定による融資の規定を含まない、割賦払いの住宅売買契約書式を渡し、R夫人は、10月6日に正式な契約のために再度訪れるつもりで、600ドルの先日付の小切手を残してGの事務所を辞した。融資の規定のない契約書に不審を抱いたR夫妻は、この契約書を知り合いに見せた。売買価格は12,200ドルで、所有権留保型の売買であり、600ドルの頭金の支払いと、月100ドルの支払いによって、代金完済時に所有権が移転することとされ、未払い代金に対し年利6%の金利の支払いが定められていた。知人からこの契約書に署名しない方が良いとアドバイスされたR夫人が、Gにこのことを伝えると、Gはこれに対し、素人ではなく弁護士に相談すべきであると応酬した。R夫人が先に渡した600ドルの小切手の支払いを停止すると述べると、Gは「この件は全てご破算だ」といったので、R夫人は、R夫妻が自分たちで融資を探してきたら、その分安く売ってくれるか尋ねた。これに対しGは10,650ドルでなら譲渡すると述べた。

10月9日、売買代金10,650ドル、頭金600ドルで、G(名義人は秘書)とR夫人との売買契約は成立し、GはR夫人のために金融機関から7,000ドル、年利4.5%の融資の手続をなし、残金はR夫人の友人が融資することになった。10月31日に物権の移転を受けたGは、翌日Rと最終手続を終了した。

R夫人は、Gが手にする利益は150ドルと理解していたところ、H夫妻宅を訪れ、Gが買った価格は10,300ドルであることを知りGに掛け合ったが、Gは取り合おうとしなかった。R夫人に融資した友人の弁護士は、R夫人からその話を聞き、R=G間の契約は、依頼人=弁護士間のそれであり、取消しうると助言したが、R夫人はそのまま最終手続を行うこととしたのであった。こうしてR夫人が新居に移り住んだところ、売買価格に含まれ

ていたはずの冷蔵庫と調理用焔炉はなくなっていた。Gは、不動産の権原調査費用と、売買、融資等の法律事務代行手数料を請求した。

[判旨]

裁判所は次のように判示した。弁護士倫理規則違反は別にして、Gには明らかに、依頼人から与えられた信頼に対する違背 (breach of trust) があった。Gが問題とされている住宅の売買契約を締結した10月3日の時点において、GはH夫人の代理人 (attorney) であり、Gがみずからの資金で頭金を支払ったことは重要ではない。Gがその依頼人の利益に反する利益を得ることは法の認めるところではないのであるから、どのような利益であろうと、Gが手にする利益は、法が見なす信託 (constructive trust) の受託者として、依頼人のためにこれを保有するに過ぎないと理解するほかないのである。

Gは、10月6日ごろに、GがR夫人に、「弁護士に相談すべきだ」といったこと等を根拠に、弁護士=依頼人の関係は消滅したと申し立てている。しかし、GからRにその旨の正式な通知がなされたわけでもなく、Gは取引に係る弁護士手数料を請求しているのである。「弁護士と売り手という役割を兼ねることは、[どのような場合にも認められない] 常に誤ったことというわけではない。しかし、これは極めて好ましくないことであり、可能な限り回避されるべきである。[たしかに、R夫人はGのしたことを全て知った上で、契約を取り消さず、最終手続を遂行した。] そのような取引においては、受信者が不当な利益を得ようとする危険性が大きいため、法は、弁護士が依頼人に不当な威圧を加えたか否かを審査するに留まらず、彼に要求されているところの、不可分の忠信 (undivided loyalty) を尽すという義務を十分に果たしたかを判断基準とするのである。弁護士は依頼人の受託者なのであり、「受託者は市場におけるそれより厳しい倫理基準に服す」のである。……Gはその利益350ドルと冷蔵庫・料理用焔炉またはそれに見合う額をRに返還すべきである。次の開廷期で行われる懲戒手続においては、この義務が果たされていれば、そのことにはしかるべく考慮されるであろう。」(29)

③ 法律事務所の分裂に際し、パートナーシップのパートナー間の受託義務違反が認められ、擬制信託による救済が与えられた事例(30)

(本件は、弁護士=依頼人間の争いではないが、信託関係を理解する上で有益であるので取り上げることとした。)

〔事実〕

被告法律事務所は、訴訟代理を専門とする規模の大きな弁護士事務所である。原告Aは1959年に、原告Bは71年にそれぞれ事務所に入り、Aは63年に、Bは80年にパートナーに昇格した。ABが事務所を辞めた時点でのそれぞれのパートナーシップに対する持ち分は6%と4.8%であった。

Aは製造物責任等の複雑な不法行為訴訟と合衆国空軍関係の仕事を専門としていた。またBは事務所の、原告を代理する事件をまとめている部（原告事件部）を統括していた。1984年7月1日、事務所の運営に不満を覚えたAとBは、事務所から分離して別の事務所を設立することを決意し、同事務所の上訴事件部を事実上統括していたジュニア・パートナーの原告Cに声を掛けた。ABと共に仕事をし続けたいと考えたCは、8月初め、ABが設立を予定する事務所にパートナーとして参加することに同意した。ABはまた、3名のアソシエイトにも声を掛け、彼らの同意も取り付けた。ABCは、新しい事務所設立のための準備に着手し、早秋、オフィス・スペースを賃借し、オフィス改装のための建築家や、事務所設立に関する法的助言を得るための弁護士を雇い、また、銀行からのローンを確保した。

こうした活動のなかで、ABCは、現在自分たちが関わっている訴訟事件の中で、どの事件を新たな事務所へ移すことができるか、また、それらの事件から見込まれる収入はどれくらいかについて、種々検討を加えていた。11月の終わりにかけて、Bは、被告事務所に分裂のための通知をした後依頼人にすぐに送付できるよう、被告事務所のレターヘッドの入った用紙を用い、新事務所への依頼相手の変更を勧誘する手紙と、変更のための同意書式を準備した。Aらが事務所を辞めるという噂がたち始め、これを聞きつけたパートナー達が、Aにその真偽を尋ねにきた。7月から早秋にかけて、こうしたことが三度あったが、何れの場合にもAは噂を否定した。Aらは、12月1日に分裂の通知をする予定であったが、11月30日、事務所の中心人物であるパートナーに真偽を質され、急遽通知を繰り上げることとし、同日12月31日をもって事務所から分離することを通知した。

Bは翌12月1日（土）から、直ちに新事務所へ移すことを計画した依頼人とコンタクトを開始し、3日には、かねてより準備していた依頼事務所変更のための申入れ書類の送付を開始し、二週間にうちには、計画していた訴訟事件の大多数の依頼人から、新事務所へ移ることについての同意を取り付けた。被告事務所側は、12月3日にこの事態に対処する

ためのチームを設け、Bに事件の一覧表を渡し、新事務所へ移すことを計画している事件を特定するように求めた。これに対し、Bが事件のリストを事務所側に提示したのは12月17日になってからであった。被告事務所のパートナーシップ契約は、パートナーの離脱に対し3ヶ月前の告知を要求していたが、12月19日、事務所側はこの点も含め、原告らの12月31日付の離脱を了承し、原告らは翌年1月1日に法人形式の事務所を設立した。

なお、パートナーシップからのパートナーの離脱は、原理的には組合解散の手続きが必要となるが、この点については契約で次のように定められていた。離脱するパートナーは、その出資に応じた持ち分につき払い戻しを受けるが、法律事務所の主たる資産は事務所がその時点で抱えている事件であるので、それについては次のように分けることとする。すなわち、事務所から離脱するパートナーは、当該パートナーの個人的努力またはその人的関係により事務所に依頼された訴訟事件については、依頼人が新事務所への依頼相手の変更を拒否する権利を留保しつつ、これを、当該事件についてのしかるべき経費(fair charge)の支払いを条件として、移転することを認めるというものであった。なお、成功報酬契約に基づき被告事務所が扱っていた約350件の事件のうち、原告らの事務所に移された事件は142件であったが、そのうち39件については、その依頼に原告以外の弁護士が関係していた。その反面、原告らは、移転の要件を満たす事件の一部を被告事務所に残すことにしていた。

原告は、パートナーシップ契約に基づき被告事務所が原告に支払うべきところの支払いと、原告が新事務所への移転させた事件につき原告らが被告事務所に支払うべき額の確定を求めて出訴し、被告側は逆に、信認義務違反等を理由とする反訴を提起した。陪審による審理の権利が放棄され、裁判官による正式事実審理が行われた原審では、被告の反訴の訴えは全て棄却され、これに対しマサチューセッツ州最高裁判所への飛躍上告が認められた。

[判旨]

裁判所は、まず、このパートナーシップ契約について、次のような解釈を示した。依頼人には、その自由意思に基づいて、訴訟代理を行う弁護士を選択する権利がある。弁護士については、競業禁止約款は、弁護士職業倫理規則に反し無効であるとされてきた。弁護士事務所を離脱する弁護士の関係で被告事務所に依頼されたのではない事件について、離脱する弁護士に対しこれを扱うことを禁じることはできない。したがって、訴訟事件の移

転についてのパートナーシップ契約の上記条項は、離脱するパートナーに信認義務違反のないかぎり、これらの事件についても、同様の条件で（fair chargeの支払）移転を認めていると解釈すべきである。

原告に、他のパートナーに対するパートナーとしての信認義務違反があったという被告の主張に対し、マサチューセッツ州最高裁判所は次のように判示した。まず裁判所は、被告の次の二つの主張についてこれを否定する。被告は、離脱を決意した後の被告事務所における原告の働き方が、自分たちの利益を追求し、他のパートナーの利益を無視したものであったとするが、そうした事実はなかったとする原審判断に、明らかな誤りがあったとすることはできない。また被告は、原告が、被告と競争関係に立つ事務所の設立を企図したことが信認義務違反だとするが、そのこと自体は信認義務違反とはならない。こう判示した後、裁判所は、本件原告には、訴訟事件の移転に対する依頼人からの同意の取り方につき、信認義務違反があったとの判断を示した。

まず第一に、パートナーは、他のパートナーの求めに応じて、パートナーシップに関わる全ての事柄について、真実かつ十全な情報を提供しなければならない。しかるに原告は、3度にわたって、離脱の計画はないと明言し、計画を隠密裡にすすめた。第二に、離脱の通知の後も、信頼と信用が与えられた地位（position of trust and confidence）を事務所の利益に反して利用し続けた。このようにして彼らは、移転を狙う事件の依頼人との接触をいち早く開始すると共に、その大多数から移転の同意を取り付けるまで、彼らが移転を計画している事件のリストを被告側に渡さなかった。

第三に、原告から依頼人に送付された手紙は、被告事務所に不当な不利益をもたらすものであった。アメリカ法律家協会は、弁護士が事務所を移るに当たっての依頼人への通知のし方についてガイドラインを示している。これによれば、こうした通知に際しては、依頼人の側に、訴訟代理人の選任についての決定権があることを明確にすべきであるとされている。このガイドラインは依頼人の利益のために定められたものであるが、これは、弁護士達が、共同で担当する事件をどのように分けるべきかという判断に当たっても、弁護士上の守るべき行動指針として妥当である。原審の事実認定にしたがえば、原告が送付した手紙は、依頼人に、被告事務所に残ることを選択する権利があることを十分に明らかにしたものでなく、こうした内容の手紙を、離脱の通知の直後間髪を入れずに、被告事務所のレターヘッドが入った用紙を用いて送りつけることは、被告側が依頼人に、被告事務所に

留まるよう働きかける機会を奪ったものということができる。原告らは、原告らの離脱の通知によって、被告事務所が混乱状態に陥るのを予期すべきであったのであり、原告らのやり方は、逆にこの混乱に乗じようとするものであったという他はない。原告らには、パートナーは他のパートナーに対して最大限の誠実と忠実を尽くさなければならないという義務 (duty of utmost good faith and loyalty) の違反があったと判断される。

裁判所は、本件で与えられるべき救済につき次のように判示した。原審裁判所は、信認義務違反がなかったことを理由に、被告の反訴の訴えを棄却したが、その補足的理由として、たとえ信認義務違反があったとしても、被告側は、信認義務違反と損害との間の因果関係を立証できていないと述べ、いずれにしても訴えは認められないと判示した。このような下級審の判断に対して、州最高裁判所は、信認義務違反があった場合は、以下のような理由で、立証責任は受認者の方に転換され、受認者は義務違反と損害の間に因果関係がなかったことの立証責任を負うと判示した。受認者に立証責任が転換されるというルールは、先例もあり、他の法域でも採用されているが、このルールは、受認者に、与信者の損害についての情報を保全するインセンティブを与えると共に、受認者がその忠実義務を果たすことを担保する上でも有用である。したがって、本件では、原告は、原告による義務違反がなかったとしても、依頼人は訴訟事件の移転に同意を与えていたであろうことを立証しなければならない。

この立証に原告が成功した事件については、原告は、「しかるべき経費 ("fair charge)"]」の支払い、すなわち、本件では、尊重されるべき原審の判断に従えば、当該事件についてすでに被告事務所が負担した費用と、原告と被告が同意している時間当たりの弁護士料 (rate) に、既に被告事務所の弁護士達が当該事件のために費やした時間を乗じたものを加算した額を支払えば、以後当該事件から得られる収入に対する権利を取得する。なお、この「しかるべき経費」に対しては、パートナー全員がその持ち分に応じて権利を有するので、ABの持ち分である10.8%を減じたその89.2%が、原告が被告に支払うべき負担となる。

これに対し、原告らが、義務違反と損害の間に因果関係がなかったことを立証できなかった事件については、これらの事件から上がる収益につき、パートナーのための信託が設定されたものと見なされる (擬制信託 (constructive trust))。したがって、ABらは、これらの事件についてのその収支を明らかにして、これを報告する義務を負う。信認義務

違反に対して擬制信託法理を適用することの意義は、単に与信者の損害を填補することに留まらず、信認関係にある受認者に与えられた信頼に違背することによって、受認者が利益を得られることがあるという可能性を全てなくすことにある。本件における「利益」とは、パートナーシップ契約にしたがって支払われるべき「しかるべき経費」と、ABらの新事務所が当該事件を終了させるまでに費やした費用（この費用には事務所の利益分は含まれてはならない）を、これらの事件から得られる弁護士報酬から差し引いたものである。この計算は、ABらが被告事務所に留まってこれらの事件を担当し続けたら生じたであろう状況に原告・被告らを置くことを意味している。したがって、被告は、この「利益」につき、ABの持ち分を差し引いた89.2%の割合で権利を有する。なお原告には、彼らがパートナーシップへ出資した出資金の払い戻しを受ける権利がある。

④ 不動産鑑定士と遺言執行者の間に信頼関係が認められ、遺産の売買契約が無効とされた事例⁽³¹⁾

[事実]

Eはその7人の子供を残余遺産受遺者とし、そのうちの一人IIを遺言執行者に指名する遺言を残して死亡した。遺言により、遺言執行者には、その判断で残された不動産を売却する権限が与えられていた。遺言執行者に就職したIIは、Eの残した二筆の土地（市街地内宅地と農場）を売却することに決定し、上告人に、相続税支払いのためにこれらの土地の不動産鑑定を依頼するとともに、宅地の方の売買斡旋も依頼した。上告人の農場についての鑑定価格は、65,000～80,000ドルであった。農場の方の売買交渉には時間がかかり、上告人はたまたまHと購入希望者との電話でのやりとりを耳にし、申入れ価格が75,000ドルであるのを知った。上告人がHに、81,000ドルでの購入を申入れると、Hは彼女が遺言執行につき雇っている弁護士に、申込書を差入れるようにと伝えた。この後、農場についての、別の鑑定士による不動産鑑定が行われ、この時の鑑定価格は145,000～160,000ドルであった。この鑑定価格と上告人の申込み価格との差にもかかわらず、Hは上告人にこの農場を売却することに決定した。この決定に対して、他の受遺者が売買の差止めを求めて訴えを提起したのが本件である。

[判旨]

ペンシルベニア州最高裁判所は次のように判示した。遺言執行についての州制定法の

下では、遺言執行者に不動産を売却する権限が付与されている場合は、裁判所は、詐欺または事故もしくは過誤のない限り、遺産の売買に関わる契約を無効にすることはできないとされている。上告人が引用している判例では、42,000ドルで遺産の売買契約がなされたのに対し、相続人が60,000ドルで購入を希望する人物を捜してきたが、裁判所はこれに介入しなかった。しかし、本件では事情が大きく異なっている。

通常、詐欺の存在は推定されず、詐欺があったと主張する側が、これがあったことを主張、立証しなければならない。しかし、契約や取引の当事者の間に信認関係がある場合にはこの要件は緩和される。「こうした関係において、その影響力において優位にある側(=受信者)が利益を受けた可能性がある場合、エクイティはそうした取引の有効性に疑いの眼を向け、公正で正直な取引がなされたことを立証する責任は、この者に負わされることになる。そこで彼は、信頼につけ込むようなことはしていないこと、彼が誠意を持って行動したこと、そして、彼が利益を得たところの法律行為が、他方当事者の自由な意思に基づき、自発的な、かつ独立の行為であり、その行為の目的と効果についての十分な知識に基づいてなされたものであることを立証しなければならない。その上、契約当事者の関係が、対等なやりとりが交わされることを期待できないような関係である場合で、一方当事者が信認関係の存在を原因として優越した知識を持つようになる場合、あるいは、他方当事者が圧倒的な影響を受けていること、その脆弱さ、依存性、また相手に対して正当に与えられた信頼のゆえに、問題とされている取引において不公正な利益が与えられた可能性が存在する場合には、こうした取引は、取消しうる取引であることが推認される。こうした場合においては、その有効性を主張する側が、その取引が公正なものであったことを示さなければならない。(32)」受認者が、与信者との間で自ら利益を得るような取引をなす場合には、彼は、与信者に対し、「当該取引に自己のどのような利益が関わっているかを知らしめるだけでなく、与信者がその取引対象物である財産の価値を自ら判断する上で重要な情報は、受認者が知る限りにおいて全て提供しなければならない。……取引の当事者間の関係が、信認と信頼に基づくものである場合には、信認と信頼を与えられた当事者は、相手方当事者との取引において、綿密な公正さと正直さを備えて行為しなければならない、信認と信頼を与えられた地位を、相手の不利益に、そして自分自身の利益のために用いることは慎まなければならないのである。(33)」どのような関係が、こうした法理が適用される信頼関係となるかを、定義することは不可能である。一般的に信認関係にある

とされる場合に限定されることなく、取引当事者の相対的關係が、一方が他方を利用したり不当な威圧を加えうるような力や手段を持っているといえるような場合でありさえすれば、こうした法理が適用される関係として認められうるのである。

本件では、不動産鑑定士と遺言執行者の間にそうした信頼関係が存在していたと認められる。信頼義務違反は、コモン・ローにおける詐欺と同視されうる (implied or constructive fraud)。本件では信頼義務違反があったとの推定に対し、上告人側はこの推定を覆すに足る証拠を提示することができなかった。したがって、第一審裁判所のなした、売買の差止を認容した判断は正当なものであった。

なおこの判断に対しては、以下のような有力な反対意見が付されている。反対意見が批判しているのは、多数意見の信頼関係に関する法理の理解そのものではなく、信頼関係法理適用の前提である、当事者間の非対称性が、本件の場合に果たして存在したかについての判断である。同意見は、上告人が不動産売買の仲介をしたのは、宅地の方であり、本件で問題となっている農場については、単にこれを鑑定しただけであること（仲介の場合は代理の関係が発生するので、当然に信認関係の問題となる）、さらに、本件の遺言執行者には、不動産仲介業の免許も持っている弁護士が付いており、かつ、遺言執行者自身もこれまでに不動産売買の経験があるので、両者の間に非対称性があったとはいえない、としたのである。

⑤ 銀行と融資相手との間に信頼関係が認められた例⁽³⁴⁾

[事実]

本件は、原告銀行が被告₁が融資を受ける際に降り出した約束手形に基づいて、被告₁および手形保証をした被告₁の父（被告₂）に手形債務の履行を求めた事件である。

原告銀行は、1964年 Lenox 市内でガソリン・スタンドと軽食店を営む訴外 E に約1,200ドルを融資していた。E はこれらの店の土地建物の所有者ではなく、銀行は、E の営業用動産や売掛債権等に対して動産担保を設定し、financing statement（貸付証書）を登録し、対抗要件を具備していた。2年のうちに、E の商売は左前となり、銀行への返済も滞るようになった。E の苦境に気づいた原告銀行頭取 Z は、同商売を売却した方が賢明であると E に勧めていた。

E は、1966年の終わり頃、その顧客の一人であった被告₁に、その商売を売りたいのだ

がと持ちかけた。そして、被告₁にその気があるのを見て取ったEは、購入に必要な資金についてはZに相談したら良いと告げるとともに、Zには、被告₁が興味を示したことを連絡した。

12月の末、被告₁は母とともにZを訪れた。Zは、Eの商売は順調にいており、被告₁は後を受けて立派にやれるであろうから、資産家である被告₁の父（被告₂）が手形保証をしてくれるならば、銀行は喜んで融資を引き受けるであろうと告げた。この際、原告銀行がEの動産に対して持っている担保権には一切言及がなされなかった。

1967年1月、被告₁は最初の約束手形を振り出し、被告₂は手形保証をした。被告₁に融資された資金4,500ドルのうち4,000ドルはEの当座勘定に入り、原告銀行は即刻約2,500ドルの貸し金を回収している。被告₁は、Eの営業の半分の譲渡を受ける計画であったらしいが、結局両者の取引は正式なものとならなかった。同年7月に約束手形を書き替えた後に、被告₁は初めてEの営業動産に設定された動産担保について知り、Eとの取引を打ち切った。1968年1月に手形の支払日が到来したが、被告らは支払いを拒絶し、同年10月に訴訟手続が開始された。なお、Zは、被告₁がEとの契約を締結すれば、売掛債権を除く営業財産に対する動産担保は、抹消するつもりであったとの証言をした。一番では原告銀行敗訴。

〔判旨〕

被告は、手形取引において詐欺（fraud）があり、手形の振り出しは無効であったと主張した。これに対し、原告の主張は以下のごとくであった。第一に、原告には自らがEの営業財産に設定した動産担保につき、開示する義務はなかった。第二に、当該動産担保は登録されており、したがって被告はこれを知っているものとみなされる。第三に、銀行は顧客（この場合はE）に対し守秘義務がある。第四に、重要な事実についての不実表示（material misrepresentation）は存在しなかった。

これに対し、裁判所は以下のように述べ、原告の訴えを退けた。なお、本訴はコモン・ロー上の訴えとして開始されたが、エクイティにしたがって審理されることにつき、両当事者が同意した。

詐欺の要件はコモン・ローとエクイティで異なっている。コモン・ローでは、詐欺が成立するためには、通常、（1）表示、（2）虚偽性、（3）（虚偽表示された情報の）重要性、（4）不実であることの認識（scienter）、（5）欺罔の意思、（6）相手方がこれを信

じたこと、(7) 結果としての損害の発生、が存在することが必要である。エクイティにおける要件はこれに比べ緩やかである。第一に、コモン・ローでは、詐欺が事実として存在したことを証明することが要求されるのに対し、エクイティにおいては、状況から総合的に判断することが許される。また、エクイティは、scienter や金銭的損害の証明がなされなくても、救済を与えることができる。

本件では手形は第三者の手に渡っておらず、被告は原因行為の瑕疵を主張することが許される。確かに、対等な当事者間の取引 (in arm's length transaction) においては、通常、相手が知ることができる事実については、それが重要な事実 (material facts) であっても、これについて単に沈黙していることは詐欺とはならない。しかし信認や信頼の関係があり、受信者がそうした重要な事実について優位な知識を持っている場合にはそうではない。このような関係においては、知識において優位にある側は、その知り得た全ての重要な事実を、あるいは少なくとも、自分にとって有利であり、相手にとっては不利であるような事実は、これを全て開示する義務を負うのである。

本件では、Zは、被告₁の発した質問やZの回答に対する反応から、被告₁がZを信頼していたことを知りまたは知りうべきであったと認定できる。さらにZは、原告銀行とEとの関係につき注意を喚起することを怠り、被告₁に対し、自分は被告₁の利益のみを考えて行動しているであると装ったのである。Zは、したがって原告銀行は、被告にとって重要な情報であるEの現状について、被告よりはるかに良く知っていたのである。原告には、これらの事実についての開示義務があったものと判断される。本件における黙秘は、以上の理由から、不実表示を構成する。

原告は、被告に対する守秘義務の存在を主張し、本件における不開示を正当化できるとする。しかし、守秘義務の対象は、一般に銀行と顧客しか知り得ない事実であり、本件の動産担保の存在は、公示されている事実であった。また、原告は、本件担保権の存在は、登録により公示されていたのであるから、被告はこれを知っていたものとみなされると主張する。しかし、担保権の存在を知っている財産の購入を目的とした融資であることを知った上で、そうした融資を行うことに同意するという銀行の行為は、そうした真の事実を発見するために必要な調査を行うことから、間接的にせよ、被告を遠ざける行為である。おまけに、本件において担保権を持っていたのは、当の銀行自身であった。こうした状況の下では、単に騙された側に不注意があったとしても、そのことのみをもって、彼に詐欺

による無効の主張の機会を奪うことは適當ではない。原告銀行は、被告を利用して、自らがなした従前の劣った融資判断による損失の穴埋めを計ったのである。

被告の手形振り出し無効の主張を認容した原審の判断を支持する。

⑥ 血縁関係にない当事者間に信頼関係を認めた例⁽³⁵⁾

(信頼関係の法理が、事実としての信頼関係を基礎に適用される、柔軟性に富んだ法理であり、かつエクイティの救済が被害者の損害を発見する上でも優れていることを示す例。)

[事実]

本訴訟は、原告が被告に融通した金銭の額を確定するとともにその返還を求めるエクイティ上の訴訟である accounting (清算したうえでの償還) の訴え (信認関係にある者がその義務に違反した場合に、不当に得た利益を清算し償還することを求める訴訟) である。

原告は、1891年にアイオア州で生まれ、95年両親とともにネブラスカ州の Hall カウンティに移り住んできた。彼女は中学までの教育を受け、その後一度も結婚することなく、その一生のほとんどを家政婦の仕事をして暮らしてきた。彼女は、その仕事の性格上安い賃金で働いてきたが、両親および親戚から多くの遺産を相続していた。彼女はビジネスの経験はほとんどなかったが、とてもつましく生活し、相続した財産だけではなく、みずから稼いだ賃金も貯えてきた。

被告夫妻は1940年に結婚し、1944年に農場を購入し、そこで養鶏等を営んでいた。1947年、原告は被告夫婦のところで、週2日働くようになった。原告が働き始めてまもなく、被告は原告に、手元にある材木を使って2つのキャビンを建てモーテルを始めるつもりであることを話すと、原告は自分には多くの蓄えがあり、モーテル建設に役立ててもらって良いと告げた。そこで両者は、口頭で、原告がモーテルの建築費を被告に融通し、その代わりに、原告は死ぬまで被告夫妻の家族として共に夫妻と一緒に暮らすこととし、被告は原告にお金を返すが原告は利子を受け取らないという約束をなした。

原告はその所有する不動産等を売却し、被告にモーテル建設のための多額の資金を用立てたので、近代的設備を備えた13室からなるモーテルが建設された。1947年7月、当事者間に正式の契約書が交わされ、原告はそれまで住んでいた家を売り払い、被告夫妻との

同居を始めた。モーテルの建築は8月に開始され、全てが完成したのは1949年7月になってからであった。

1952年1月に最初のトラブルが発生した。被告夫婦の妻の言動により、原告は被告の家を出ることを余儀なくされた。しかしそのときは、話し合いの結果、一ヶ月後に原告は被告の家に戻った。しかし、1953年6月に、再び同じような出来事が起こり、原告は被告の家を追い出されたのであった。

本件訴訟が提起されたのは53年9月10日であり、その時点での原告の請求額は35,000ドルであり、その額はその後約86,400ドルに変更された。このような大きな変更がなされたのは、原告が貸し金についての記録を一切とっておらず、自身が融通した金銭が一体いくらになるのかほとんど見当がつかなかったからである。原告は被告夫婦の夫Hを信頼しており、彼が記録をつけていてくれたので、自分では記録をしなかった。原告が訴えを提起した9月の段階で、原告は、地元の新聞の広告欄で、被告夫妻がモーテルを売りに出していることを知り、被告が売買を完了して、その代金とともにコミュニティからいなくなってしまう前に何らかの手を打つ必要があることを認識した。そこで、原告の弁護士が、銀行口座に関する記録等から、金額を割り出す作業を完了する前に、とりあえず訴えを提起する必要があったのである。なお、1954年に開かれた正式事実審理の時点で、原告は63歳、被告夫婦の夫は66歳、妻は50歳であった。

訴えが提起されてまもなくの17日、原告は約40,000ドルで被告との和解に応じた。しかしその後、弁護士への調査を経て、原告は和解が無効であると主張し、訴額を、前述のように約86,400ドルに修正した。原審裁判所は、原告の主張を入れ、約56,000ドルの支払いを被告に命じた。被告は、和解無効の判断と、判決額を争って上訴した。

[判旨]

ネブラスカ州の最高裁判所は、まず、被告が原告との契約を破ったこと、したがって貸し金とそれに対する利子を原告に償還する義務があると述べた後で、和解契約について次のように述べた。

和解契約は、通常の契約と同じように、詐欺、錯誤、強迫によらなければ、一般にその無効を主張できない。原告はこれを否定するが、当裁判所は、和解契約は対等な当事者関係においてなされたと認定する。しかし、原告が被告夫妻とともに住み始めた後、原告とHとの間には、信頼関係が形成された。原告は、取引に係る事柄は全てHに相談し、その

アドバイスを信頼し、これに従っていた。貸し金の関係でも、記録は自分がとっておくからというHの言葉を信頼し、自分では記録つけていなかった。(Hは、その言葉に違背して、記録をきちんとつけてはいなかった。) また、原告は取引に必要な事務的な処理も全てHに任せていた。原告はHを信頼しきっており、この件についてはほかの誰にも相談をしておらず、誰にも話さない方が良いというHの言葉に従って、他の誰にも話したこともなかった。

この原告の被告への信頼は、彼女が被告の家を追われた後も損なわれることはなかった。和解がなされたとき、たまたま被告の妻の方はテキサスに出かけており、留守であった。こうした状況を考え合わせれば、原告が、和解で提示された額が、彼女の財産状態を1947年の時点のそれに戻すものであるとのHの説明を信頼し、その結果和解に応じたことは十分に理解できる。

こう指摘した後、裁判所は古い先例を引用しつつ、信頼関係について次のように述べている。『「信頼関係にある受信者は、それがどのような種類のものであるとに関わらず、与信者と交渉 (negotiation) をする場合には、当該取引に関係のある全ての事柄に関する、全ての、きちんとした、真実の情報を提供し、両当事者を完全に等しい条件の下におく義務を負っている。』【信頼関係や信認関係に関する法理は、信頼が一方当事者に与えられたことが法的にみて正当であり、こうして与えられた信頼の結果として、他方当事者が影響力を行使しうる優位な地位や機会を獲得したといった状況が存在すれば、そうしたあらゆるやりとりや関係に適用がある法理である。信頼が与えられたことを相手が知悉している、もしくはそう理解することに合理的理由があるという事実があれば、そうした信頼が、法に基づくものであろうと、道義的または社会的な信頼、あるいは親族的関係や個人的関係に基づく信頼の場合であろうと、エクイティはそうした信頼関係にある当事者間で取引がなされた場合、そこにおいて果たして衡平に反する行為がなかったか、不正義が行われはしなかったかを、厳しく審査するのである。与信者が、その年齢や、意思力、置かれた状況の安定性などの点で弱者である場合には特にそうである。この審査は、一方から他方に圧力や影響力が行使されたことはなかったというだけでなく、可能な限り完全に公平な説明がなされ、かつ、与信者側が、取引に関する知識と理解、[取引の] 意思と[その内容に対する] 同意、そして行為に関する自由を、十分もっていたことを要求する。』(36)』

原告が被告との取引をする以前に持っていた財産の総額と、被告のもとから追い出され時点でのそれを比べ、かつ原告の資金で建設されたモートルから相当の収益が上がっていたことを考え合わせると、原審の認定は少なすぎることはあっても多すぎることはあり得ない。原告と被告Hとの間に存在した信頼関係を考慮に入れると、和解の時点でHはその信頼関係に乗じ、原告を和解契約書に署名させたものと認定される。こうした契約に効力を認めることは非良心的 (unconscionable) である。

以上のように述べて、被告の上訴を棄却した裁判所は、原告の権利を保全するために、被告所有のモートルにエクイティ上の先取り特権 (equitable lien) の成立を認めている。

三 「専門家の責任」と信認／信賴關係の法理

(1) 「専門家の責任」への信認／信賴關係の法理の応用可能性とその効用

(a) 制度としての信賴と事実としての信賴

制度上当然に信認關係が存在するとされる信認關係の法理は、信託はもとより、代理や、③でみたようなパートナーシップ、あるいは会社と取締役の關係など、事実としての信賴ではなく、法制度上の信賴關係を基礎としている。これら信認關係の法理が適用される法律上の關係に特徴的なことは、一方に他方のためにその裁量的判断に基づいて法的行為をなす権限が与えられている点にある。信託においては受託者が受益者のために、代理においては代理人が本人のために、パートナーシップにおいてはパートナーが他のパートナーのために、会社＝取締役關係においては取締役が会社のために、行為する権限と責任とが与えられている。

これらの關係において、信認關係の法理が適用され、受認者に忠実義務が課されるのは、他者に信賴と判断権を預けることによって初めて成り立つ様々な法的仕組み、すなわち信託や代理等の法制度が、社会にとって有用な機能を果たすからである。つまり、信認關係の法理は、制度としての信賴を保護するための法理である。制度としての信賴の保護とは、言い替えれば、受認者に与えられた裁量権が適正に行使されることを担保することを意味する。

これに対し、二(2)で紹介した判例④～⑥で実際にみたように、信賴關係の法理は、事実としての信賴關係の存在に、その法理適用の基礎をおく、具体的妥当性の実現に適した柔軟な法理である。事実としての信賴を保護しようとする信賴關係の法理は、一方が他方を信賴する關係が存在するがゆえに、受信者が与信者に大きな影響力を行使する地位を獲得している關係、言い替えれば、信賴ゆえの当事者關係の非対称性が存在する關係に適用される。また、当事者の情報や判断能力の非対称性ゆえに、一方が他方を信賴することを余儀なくされている關係、すなわち、事実としての当事者の能力の非対称性ゆえに信賴關係が存在する場合にも適用がある。何れの場合も、信賴とは、受信者が、自らの利益を考慮することなく、与信者の利益を考えて行為しているという、一方方向の片務的な信賴である。なお、信賴關係の法理が適用されるためには、受信者が信賴を与えられたことを知

悉しており、こうした信頼を積極的に引き受けた場合、あるいは、そうした信頼が形成されることが自然な状況の中で、これを明示的に否定しなかった場合で、かつ形成された信頼が法的な保護に値するという要件が充たされることが必要である。

以上のように、信認関係の法理は制度としての信頼を保護し、信頼関係の法理は事実としての信頼を保護する法理である。後者の特徴は、当事者関係の非対称性にあるが、では前者の場合はどうであろう。信託や代理等の信認関係に入る当事者は、社会的実体としては、必ずしも、受認者が社会的強者、受益者（または信託設定者）や本人等が社会的弱者であるわけではない。しかし、受認者に与えられた権限ゆえに、両者の間には、法的にみて、やはり非対称性が存在するといえるであろう。この意味で、受認関係の法理と信頼関係の法理には共通性があり、両者は連続的な関係にあるともいえる。このことを端的に示すのが、弁護士＝依頼人の関係である。弁護士＝依頼人の関係は、弁護士が法律上当然に受認者としての義務を負う、信認関係である。依頼人は、依頼人が弁護士に明かす個人的な情報、あるいは営業上の秘密などにつき秘密を守ってくれるという信頼の下に、弁護士に情報を提供し、法的アドバイスを得たり、訴訟遂行等を依頼する。こうした信頼関係が成り立たなければ、依頼人は適切な法的サービスを得ることができない。こうした信頼関係は一方的なものであり、弁護士は、その専門的知識や経験等において素人である依頼人の優位に立つだけでなく、通常知り得ない依頼人についての情報を獲得するという意味でも優位に立つ。こうした様々な意味において、両者の関係は非対称的なものである。

事実としての信頼を基礎とする信頼関係の法理は、信認関係におけるような定型性には欠けるが、当事者間の非対称性ゆえに、優位な地位にある者が与えられた信頼を濫用した場合であって、これに制裁を加えず放置することが衡平（equity）に欠けるとエクイティの裁判所が判断した場合に適用される。すなわち、事実に基づいて具体的に妥当な解決を与えるために適用される法理である。一（２）で考察したように、「専門家の責任」というカテゴリーを立てることの意味は、当事者間の非対称性の克服にあった。⑥の例にみられるように、信頼関係の法理は、柔軟性にゆえその外延のはっきりしない法理である。④の不動産鑑定士や⑤の銀行の例が示しているように、信頼関係の法理は、その柔軟性のゆえに専門家の責任への応用可能性を秘めている。その上、当事者の非対称性を法理の核に置いているがゆえに、以下（b）で考察するように、「専門家の責任」の法的構成を考えるうえで示唆に富む法理であるように思われる。

(b) 信認／信賴関係法理の効用

i) 契約モデルと信託モデル⁽³⁷⁾

コモン・ロー上の詐欺とエクイティ上のその違いについての⑤事件の判決意見でも伺えるように、コモン・ロー上の契約と、エクイティ上の信託は、それぞれ異なった当事者モデルを予定している。契約法が予定するのは、自己利益の実現を意図する対等な当事者が、フェア・プレーのルールが設定する土俵の上で、自己利益最大化を目指して、バーゲンを展開する世界である。これに対し、信託が予定するのは、自己利益の実現を一切考えることのない受託者が、受益者の利益を専一に考え行動し、受益者は勞せずして利益のみを受け取るというモデルである。当事者の関係は、その義務においても権限においても非対称的である。契約モデルが予定する人間関係は、取引と交換による、自己利益最大化を目指す対等な当事者であるのに対し、信託モデルは、利他主義とバスターナリズムに従って、一定の役割を引き受ける高潔な士である受託者と、受動的な受益者という、非対称的人間関係である。受託者は、信託財産に対しコモン・ロー上の権原をもち、これに対し受益者は、弱いエクイティ上の権原を持つに過ぎない。

義務違反に対する救済の面でも、二つのモデルは対照的である。契約モデルは、金銭賠償を中心とし、原則として当事者帰責事由はその法的責任の構成には反映されない。また、当事者に損害が発生しなければ法的責任は発生することはなく、損害の存在と、当事者の義務違反と損害との因果関係の存在は、法的責任を問う側が立証しなければならない。これに対し、エクイティは、義務違反に対しコモン・ローよりはるかに多彩な救済を用意している。損害の立証を必要としない救済や、損害を越えた救済（義務違反者の利得を吐き出させる救済）、さらに、救済を容易にするために、責任を問われている側に収支決算書を提出させる *accounting* の訴えや *tracing* の制度、救済の実現を担保させるための擬制信託 (*constitutive trust*) やエクイティ上の先取り特権 (*equitable lien*) などがある。

信認関係の法理が適用されるのは、制度的信頼の保護のために、信託モデルを信託以外の法的関係に応用適用した領域であり、信託分野においてエクイティが発展させた様々な救済方法もまた適用される。このことは、二でみたように、信認関係の法理が応用適用される信賴関係の法理の場合も基本的に同様である。

ii) 「専門家の責任」において克服されるべき非対称性の内容

ここで、「専門家の責任」における当事者の非対称性について、今一度考えてみたい。依頼人が相手との関係で非専門家である、素人であることが、専門家の責任を問題にすることの原点である。依頼人は、専門的知識や技能に欠けるゆえに専門家のサービスを求める。依頼人は、専門的知識・経験・技能に欠けるゆえに、自らにとって最良な選択は何であるかにつき、自ら判断ができない。このため、自らのために、自らに代わって判断し、行為してもらうことを専門家に求めるわけである。こうした関係において、判断権、裁量権を委ねられた専門家が、これを適切に行使してくれることを如何に担保するかが、「専門家の責任」法理に課された課題である。対等な当事者の関係を予定する契約モデルでは、当事者は、自らにとって何が最良な選択であるか、自ら知ることができる。したがって、相手に期待するところを、具体的に特定し、これを契約の内容として定めておくことができる。さらに、対等な当事者の間では、相手が契約に定めたところを実際に行っているかのモニタリングをする能力もまた、両当事者が対等に備えている。しかしこれに対して、専門家に対する依頼人は、既に述べたように事情から、相手に求めるところ、すなわち、相手が契約によって負うべき義務の内容を、具体的に定めることはできず、当該分野の専門家として期待されているところを果たすといった、抽象的な形でしかこれを特定することはできない。さらに依頼人は、相手の専門家がこの義務をきちんと果たしてくれているかを、モニタリングする十分な能力を持ち得ない。このことが、専門家＝依頼人間の法的関係を、契約モデルで規律することが不十分であり不適切であることの基本的な要因である。

iii) 専門家に裁量権が与えられることによる非対称性の克服

信託関係の法理は、以上のような意味で非対称的關係にある専門家＝依頼人間を規律する法理として、以下のような効用を持っている。

信託関係の法理がその威力を発揮するのは、受信者が、与信者の利益のみを考えて行動してくれるであろうという期待と信託を裏切って、自己利益の実現を図った場合である。

二(2)でもみたように、受信者が自己利益を図った場合においては、①事件、③事件、⑥事件でも示されたように、与信者がどれだけの損害を被ったかを明らかにすることが難しい場合が少なくない。なぜなら、受信者が損害の有無に関する情報や記録を持っているからである。これは当事者の信託を基礎とする非対称性から、いわば当然に予定される事態である。③事件では、損害の有無についての立証責任を受信者側に転換することの理由

として、このことにより、受信者に義務に違反しないためのインセンティブが与えられるとともに、記録をきちんと残すためのインセンティブも与えられるとしている。損害の立証責任を与信者側に負わせることは、記録を保持する側にこれを抹消する、あるいは記録をすることができる側にこれを残さないという、インセンティブを与えることになる。したがって、損害についての立証責任を転換する法理や、与信者側の損害にかかわらず、受信者側の利得を救済の基準とする信頼関係の法理は、当事者の非対称性を前提にした場合には、受信者にその義務を果たさせるために、必要かつ効果的な法理である。

与信者側の損害に着目しない信頼関係の法理の利点はまた、②事件や④⑥事件でみたように、与信者が、なされた取引に合意してしまっている場合に、その合意を基礎に受信者側が法的責任を免れることを阻止することができるということにも現われる。専門家＝依頼人間の関係の非対称性のゆえに、受信者が安易な同意を与えてしまうということがまあり得る。信頼関係の法理は、与信者と受信者が取引を行う際に、受信者に可能な限りの情報の開示を促し、与信者の与える同意が真正なものであることの立証責任を受信者に負わせている。このことは、両者の関係の非対称性ゆえに与信者が与えてしまった、安易な同意の法的効力を否定することを容易にしている。

信頼関係の法理はまた、与信者側の損害立証の困難の克服という課題を越えて、与信者側に損害が生じなかった場合であっても、受信者側に自己利益の追求という義務違反があった場合には、その利益を吐き出させるためにも機能する。たとえば、①事件では、被告である弁護士事務所は、自らは顧客の勧誘は行わなかった。したがって、原告の料金値上げを嫌った顧客は、何れにせよ原告の下を離れていったかもしれない。また、③事件においても、与信者であった被告依頼人は、当初購入を計画した住居よりはより気に入った住居をより安い価格で手に入れることができたのであるから、トラブルはあったものの、結果としては損害は被っていないとも言える。このように、与信者に必ずしも損害があったとはいえない場合であっても、エクイティは制裁を加えるのである。このことは、次のように理解できよう。与信者に損害を与えない限りであれば、受信者に自己利益を追求することを認めるというルールを採用すれば、立証の困難という問題を別にすれば、当該与信者は必ずしも害されたとは言えない。しかし、このルールを採用すれば、自己利益の追求はしないという受信者像は崩れざるを得ない。与信者に損害を及ぼすか否かにかかわらず、一切自己利益を追求してはならないという、より厳しい倫理的ルールを採用すること

で、受信者として行為する専門職全体のモラルを高く維持することを、このエクイティのルールは狙っているように推察される。別の言い方をすれば、受信者に与えられた裁量権の行使が適正なものであるかを直接的にチェックすることは、それが裁量権の行使であるがゆえに本来的に困難である。このため、これを行行使する側の専門家コミュニティのモラル・スタンダードを高く維持することによって、間接的にその適正さを担保する機能を営んでいると理解することができる。

iv) 専門家の義務違反をモニターする能力の欠如という非対称の克服

信頼関係の法理は、素人である依頼人が、専門家が、引き受けた仕事を適正に行っているかをモニターする上で抱えている困難を克服するための武器を提供してくれる。第一に、iii) で触れた損害についての立証責任の転換法理は、受信者である専門家の手元で処理され、記録された事柄を、訴訟の場に持ち出させることによって、依頼者のモニタリング能力不足を補ってくれる。第二に信頼関係の法理は、受信者である専門家に、依頼者との間でなされる取引について広範囲の説明義務を課している。このことは、後に争いが発生する可能性がある事柄に関して、素人である依頼人に、依頼人が理解できるような形で、十分な説明がなされることを促す効果があるといえよう。そしてこのことは、必ずしも十分ではないかもしれないが、素人である依頼人がそのモニタリング能力を高める機会が提供されることを意味している。

(2) 「専門家の責任」と信託法：信託と民法の交錯

以上みてきたように、信認／信頼関係の法理は、契約モデルでは克服が難しい専門家＝依頼者間の非対称性の問題を、一定の範囲で克服できるという意味において有用な法理である。信認／信頼関係の法理は、受認者や受信者が、その与えられた信頼ゆえに得た情報や地位を利用して——一言でいえば信頼に乗じて——自己の利益を得ようとした場合に、その威力を発揮する。これまでわが国でなされてきた「専門家の責任」に関する議論では、こうした場合に関する考察が必ずしも十分ではなかったように思われる。

「専門家」の多くは、国家試験等の資格が要求され、その報酬も比較的に高額であることが少なくない。このことは、専門家が依頼人の利益を専一とし、自己利益の実現を図ってはならないということと矛盾しない。比較的高額な報酬や、相対的に高い社会的地位は、むしろそのことのために与えられているという側面もある。国家試験等の資格試験

や、相対的に高い社会的地位と報酬は、しかし、専門家が、自己利益の実現を図るという誘惑から自由であることを保障してくれるわけではない。専門家には、むしろその与えられている社会的地位の高さや信頼のゆえに、また、依頼人から様々な事柄を委ねられるがゆえに、そして、依頼人と専門家間の非対称性ゆえに、その地位を濫用しようとするればそれが可能となる機会が十分に与えられているという視点は、「専門家の責任」を法的に論じる際に忘れられてはならない視点であろう⁽³⁸⁾。

専門家が自己利益の実現を図ることに対するチェックは、専門家が専門家として求められたサービスを適正に提供することに対するチェックとは、重なり合う場合もあるが、やはりその性質においてその局面を異にしていると言える。後者は、契約法や不法行為法によって処理されることが必要である。依頼者が契約法理や不法行為法理に基づいて専門家の責任を追及していく際の、専門家＝依頼者間の非対称性の問題は、別の方向からの工夫が必要となろう。しかし、専門家が自己利益の追求を図ったようなケースもまた、専門家の責任を考察する際の射程に入れられるべきである。そして、信認／信頼関係の法理が、受信者のモラル・スタンダードを高めることによって、弁護士や医師等の専門家集団内部のモラル低下を防ぎ、このことによって、間接的にはあっても、専門家集団の提供するサービスの質の維持にある程度貢献していることにも留意する必要がある。

なお、一(3)で触れた、それぞれの専門家集団内部での自律的規範としての倫理規定、あるいは法律化された職業倫理規定と、信認／信頼関係法理の関係について触れておきたい。①～③事件でもみられるように、専門家集団のための倫理規定は、当該専門家にどのような行為規範が予定されており、どのような義務違反があったかを明らかにする上では有益である。しかし、それらの規定は、義務違反が民事法上どのような救済を与信者に与えるかに、直接は答えてはくれないことが多い。信認／信頼関係の法理は、両者を結ぶ一般的法理を提供するとともに、職業倫理規定の不備を補う機能をも果たしている。

信託法を民法の特別法として持つわが国の法体系の下で、法解釈論として、「専門家の責任」の分野において、実定信託法にどれだけのことが可能かは大いに議論されなければならないであろう。しかし少なくとも、財産管理や財産の処分がからむ専門家＝依頼人関係には、信託法の類推解釈は可能ではないだろうか。また、本稿で管見したアメリカにおける信認／信頼関係法理のあり方は、信託法が、財産を媒介とする信託関係を越えた存在意義、特別法としてではなく一般法としての存在意義をも持ちうることを示してくれてい

るようにも思えるのだが、こうした見方は、英米法研究者の**最**頂目にすぎないのであろうか。

〔注〕

- (1) 川井健編（日本評論社 1993）。
- (2) 『「専門家の責任」と判例法の発展』『専門家の責任』4頁（川井健編 1993）。
- (3) 別冊 NBL28号（以下「別冊 NBL」として引用）。
- (4) 以上、同上、1-2頁参照。
- (5) 下森定「日本法における「専門家の契約責任」』『専門家の責任』、前掲注2、16頁。
- (6) At 1.
- (7) 能見善久「専門家の責任——その理論的枠組みの提案」専門家責任研究会編「専門家の民事責任」別冊 NBL、前掲注3、4頁参照。
- (8) 同上、4頁。
- (9) 以下については、同上5-6頁参照。
- (10) 鎌田薫「わが国における専門家責任の実情」別冊 NBL、前掲3、64頁、下森定「専門家の民事責任の法的構成と証明」別冊 NBL、前掲注3、101頁参照。
- (11) 下森定、同上、101頁以下、下森定、前掲注5、9頁以下参照。
- (12) 能見、前掲注7、5頁参照。
- (13) 川井健「「専門家の責任」と判例法の発展」『専門家の責任』前掲注2、4頁。
- (14) 同上、5頁。
- (15) 加藤 一郎「医師の責任」我妻還暦記念『損害賠償責任の研究（上）』（有斐閣 1957）503頁以下参照。
- (16) 中野貞一郎「過失の「一応の推定」について」（法曹時報19巻11号12号（1967）、『過失の推認』（有斐閣 1978）58頁以下所収）参照。
- (17) 鎌田、前掲注10、65頁参照。
- (18) 別冊 NBL、前掲注3、および『専門家の責任』、前掲注2参照。
- (19) たとえば、樋口範雄、「信託の関係と受託者の責任——アメリカの議論を参考に」『信託』170号99頁以下（1992）参照。但し、こうした伝統的理解に対して、これを否定する見解もある。樋口範雄「信託と契約」信託法研究21号57頁以下参照。
- (20) See Dan B. Dobbs, 2 Law of Remedies §10.4(1993); George G. Bogert & George T. Bogert, Law of Trusts §96(1973); Scott on Trusts §2.5 (4th ed 1987).
- (21) Nelson v. Dodge, 68 A.2d 51 (R. I. 1949).
- (22) Funderburg v. Shappert, 177 N.E. 2d 845 (Ill. 1961).
- (23) たとえば Harrel v. Popwell, 106 S.E. 2d 160 (N.C. 1958) では、不動産売買において、買い主は、当該不動産の近隣で油田が発見されたことを、売り主に告げる義務はないとされた。
- (24) 樋口範雄、『アメリカ契約法』、259頁; Dobbs, *supra* note 20 §6.12参照。
- (25) Dobbs, *supra* note 20 at 662-663; 後掲判例⑤参照。
- (26) 「専門家の責任」との関係で興味深い判例として、たとえば次のような判例がある。Hewett v. Bullard, 128 S.E. 2d 411 (N.C. 1962)（大動脈瘤関係の慢性疾患の、子供のいない未亡人（58歳）

が、死亡の数日前に、時価4,000ドル以上の価値のある住居を、2年以上同未亡人の主治医であった被告に、死亡の数日前に譲渡した。亡くなった未亡人の相続人がこの取引の有効性を争った。医師側は、譲渡の対価として150ドルを支払ったほか、これまでの治療費の請求を放棄すること、未亡人が死ぬまでの生活費を払うことが約因（consideration）であったと主張した。ノース・キャロライナの最高裁判所は、慢性疾患の患者とこれを見てきた医師の間には信頼関係が発生することを確認の上、下級審でなされた譲渡無効の陪審判断を支持した。）；Ostertag v. Donovan, 331 P.2d 355(1958)（夫の死後、被告医師の所有するアパートに長年居住した未亡人（83歳）は、死亡する前の2年間を病院で過ごした。未亡人は長年被告医師の患者でもあった。被告医師は、未亡人が死亡する1年前に株式の贈与を受けた。遺産管理人がこの贈与の効力を争って出訴し、医師が敗訴。）；Nelson v. Walden, 186 So.2d 517 (Fla.1966)（依頼人が死亡する2ヶ月前に弁護士に対してなされた不動産の譲渡の効力が否定された例。） In re Estate of Novak, 458 N.W. 2d 221 (Neb. 1990)（遺言者の長年の弁護士であった者が、約26万ドルの遺産の主たる受遺者とされた遺言（遺言書は別の弁護士が作成）の効力が問題とされた事例。依頼人＝弁護士間の信頼関係のゆえに不当威圧があったことの推定が働くが、これはあくまで立証責任の問題であり、不当威圧の存否を純粹に法律問題であるとして扱った原審は誤りであり、これは最終的には事実認定の問題であるした判例）。

(27) David Welch Co. v. Erskine & Tuley, 339 (Cal. Rptr. 339) (1988).

(28) In re Goldstein, 85 A.2d 361 (1951).

(29) 85 A. 2d 364-365.

(30) Meeham v. Shaughnessy, 535 N.E. 2d 1255 (Mass. 1978).

(31) In re of Estate of Evasew, 584 A.2d 910 (Pa. 1990).

(32) 584 A. 2d at 912.

(33) 584 A. 2d at 912-13.

(34) First National Bank in Lenox v. Brown, 181 N.W. 2d 178 (Iowa 1970).

(35) Schroeder v. Ely, 73 N.W. 2d 165 (Neb.1955).

(36) 73 N.W. 2d at 169-170.

(37) 患者と医師の関係につき、「恩恵モデル」、「契約モデル」、「信託モデル」を想定し、「信託モデル」の優越性を論じたものとして、樋口範雄「患者の自己決定権」『岩波講座 現代の法14：自己決定権と法』63頁以下（1998）がある。

(38) 専門家＝依頼人間の非対称性を課題と捉えるこうした視点として、たとえば、西鳴梅治、シンポジウム「専門家の責任」『総括』私法57号47頁参照。

経済的効率性の観点よりする信託と
大陸法上の類似制度との比較

—Ugo Mattei, *Comparative Law and Economics*, ch.6
の紹介と検討

道垣内 弘 人

目 次

- 一 はじめに
- 二 Ugo Mattei の議論
- 三 若干の考察

一 はじめに

(1) 英米法と大陸法との比較に際して、英米法上の信託と大陸法上の様々な財産管理制度を比較することは、比較法学のポピュラーな題材の一つであり、いくつかの重要な論文が存在する。本稿は、それらのうちで最も近時のものと思われる Ugo Mattei の議論を紹介し、検討しようというものである。

(2) 「信託法と民法の交錯」と題するこの研究会は、たとえば、いままで民法上の議論として、民法の中にとどまって検討されていた問題に、信託法という観点から光を当てることによって、新たな知見を得ようとすることを目的とする。にもかかわらず、本稿において、英米法上の信託と大陸法上の財産管理制度の比較というテーマを設定したのか。――これは次のようなわけである。

本研究会においては、毎回、ある解決をもたらすにあたって、民法の条文の解釈によるのか、それとも、当該問題を信託法の適用される問題であるとするのか、ということが議論の対象となった。そして、この議論はいつも収束に至らなかった。この議論の対立軸は、近時、早川眞一郎によって見事に整理されている（早川眞一郎『「相続という名の信託」覚書』法形式と法実質の調整に関する総合研究Ⅰ〔トラスト60研究叢書〕24頁（1998年））。

単純化していえば、二つの相対立する傾向が存在するように思われる。一方は、実質的に同一の問題の処理内容が、信託という法的構成を用いた場合と民商法上の法的構成による場合とで大きく異なることは疑問であり、むしろ、双方の法的構成が整合的に説明できるようにすべきであるという見解である。他方は、信託であればこそ可能になる処理というものがあるのであって、同様の結果を民商法上の法的構成によってもたらすように腐心する必要はなく、むしろ、民商法では困難な法的処理を信託という仕組みを活用することによって実現することを積極的に評価すべきであるという見解である。研究会の口頭報告においては、前者の見解を『「信託でできるなら」説』、後者の見解を『「信託ならうまくいく」説』と仮に呼んでみた。

そして、さらにその背後には、信託という制度の比較優位性についての認識の差異があ

と思われる。

そこで、本稿では、信託を大陸法上の財産管理制度と比較した場合の比較優位性の検証のための一つの材料として（比較優位であることを検証するのではない。比較優位であるか否かを検証するのである）、近時、法と経済学的な観点から両制度を比較検討している Ugo Mattei の議論を取り上げることにしたのである。本研究会のテーマ設定からいえば、いわば外堀的なテーマであり、その点で適格性には疑問もあろうが、以上の趣旨を参酌し、ご海容の程をお願いしたい。

（3）以下では、まず、二において、Ugo Mattei の議論を紹介し、三において、若干の批判的な考察を行うことにしたい。

二 Ugo Mattei の議論

(1) Ugo Mattei は、カリフォルニア大学ヘイスティング校の教授、専門は比較法であり、比較法に関して、多くの著書・論文がある。ここで取り上げるのは、その最新の著書である『比較法と経済学 (Comparative Law and Economics)』であり、1997年に The University of Michigan Press から発行されたものである。全体は9章からなり、経済分析的な観点から比較法を行う方法論などについて叙述された後、第6章で、分析対象の第1として「私的信託」が検討されている。

(2) まず、Ugo Mattei は、いくつかの局面について、信託法と大陸法における財産管理制度を比較する。以下、その内容を順に見ていくことにしたい。

(a) 三者関係を創設することについて

信託法の重要な機能として、設定者、受託者、受益者という三者関係を創設することがあると思われがちである。しかし、この点は、大陸法系のもとでも第三者のためにする契約を用いれば可能であるし、アメリカ法においても、1859年以降、契約で三者関係を形成することは可能となったのであるから、重要ではない。イングランド法は、いまだ第三者のためにする契約を制限するが、その制限を取り払うためには、信託法が必要なわけではない。

ただ、信託法について形成されているデフォルト・ルールの豊富さは、スタンダード・フォームに従おうとする限り、その約定に要する費用は少なくて済むという利益をもたらすし、また、スタンダード・フォームを変更することも広く認められているので、デフォルト・ルールが存在することによって窮屈になるわけでもない。そして、スタンダード・フォームを変更する際には、当事者がそれを認識し、考慮した上で行うことになるので、その点でも安全である。

(b) 個人債務の債権者との関係

① 受託者＝財産管理者の個人債権者との関係

信託においては、受託者の個人債権者は信託財産にかかっていくことができない。これに対して、大陸法のもとで、管理財産の所有権の移転を受けて、その管理を行う財産管理者の債権者は、管理財産にかかっていけることが原則である。もっとも、大陸法のもとでも、財産管理者が、個人的な契約をするにあたって、相手方と執行制限特約（「管理財産にはかかっていかない」）を締結することは可能であり、管理委託者と財産管理者との契約によって、財産管理者にそのような特約を締結することを義務づけておくこともできる。

この両者を比較すると、後者は、あきらかにコストがよけいにかかる。また、財産管理者がそのような特約を締結するか否かを、管理委託者や利益享受者が監視していることも困難であり、締結しないというリスクが常に存在することになる。

もっとも、そもそも、受託者＝財産管理者の個人債権者から、信託財産＝管理財産を隔離しておくことが非効率であるならば、大陸法の方が優れていることになる。しかし、一方、設定者＝管理委託者や受益者＝利益享受者が、受託者＝財産管理者の権限濫用を監視しておくことは困難であるし、他方、財産の登録制度を通じて、債権者に当該財産は引き当てにできないものであることをわからせることはたやすい。さらには、善意有償で当該財産に担保権を取得した債権者は保護を受ける。

以上からすると、信託法によるルールの方が、情報・監視のコストを低減させうることになる。そして、大陸法の制度のもとでは、財産管理者として倒産のおそれのない大企業（例・銀行）のみを用いることにつながるが、これは、管理委託者の希望や利益享受者の必要性を十分に理解した者が財産管理者となるのを妨げることになる。

②受益者＝利益享受者の個人債権者

ここでは、浪費者信託が問題になりうる。浪費者信託の有効性については議論があり、イングランド法はこれを認めない。こういった議論が存する理由は、信託財産について、それが受託者に対する個人債権者の引き当てにならないことを公示するのと比べ、受益権が受益者に対する個人債権者の引き当てにならないことを公示することが、困難だからだと思われる。

このように、経済分析からもこの議論は理解可能だが、いずれにせよ、大陸法との比較の問題は生じない。

③設定者＝管理委託者の個人債権者

ここでも、信託法と大陸法の結論は同じになる。いずれにせよ、差押えは不可能である。

(c) 信託財産＝管理財産の債権者

①受託者＝財産管理者の責任

信託においては、信託の事務処理によって生じた債務の債権者は、信託財産だけでなく、受託者の個人財産をも引き当てにできる。これは、一見、不合理なものと思われるし、受託者が臨機応変に取引をすることの詐害要因ともなりそうである。

しかし、個人責任を否定してしまうと、受託者個人と取引をしているつもりで債権者に損害を与えることになる。そして、受託者が個人責任を負いたくないときには、「受託者としてであり、個人的にはない (as trustee and not personally)」という文言を用いれば、相手方に明確にその意味を伝えることができるのである。これに対して、大陸法のもとでは、財産管理者の個人責任を否定するために簡便に用いることのできる手法が存在しない。

②受益者＝利益享受者の責任

受益者＝利益享受者の責任は、信託においても、大陸法においても否定されるが、これは効率的である。それらの者が、実際に、受託者＝財産管理者の行動を監視することは不可能であり、仮に、受益者＝利益享受者の責任を肯定しても、管理のインセンティブにはならないからである。そして、信託財産＝管理財産の名義は受託者＝財産管理者にあるのだから、債権者を誤解させることもない。とはいえ、この点は信託法がなくても同様の結論になる。

③設定者＝管理委託者の責任

信託設定者は個人責任を否定されるが、これは、信託設定者が受益者の一人である場合にも、債権者が設定者と取引を行っていないことについて明確な情報を与えられている限りは、妥当である。そもそも、設定者は財産管理を受託者に委ねたのであり、受託者の財産管理を監視するのは困難だからである。また、債権者は設定者の財産状況を調査し、監視するのに適した地位にはないから、債権者の行動も設定者の財産状況によって左右されるとは思われない。

以上に対して、大陸法においては、管理委託者が利益享受者でもある場合には、使用者

責任等の法理によって責任を負うことが考えられる。この結果は、財産管理者が取引を行う際、管理委託者は責任を負わない旨の約定をすべての契約に挿入することによって避けることができる。しかし、この費用はかなりのものである。

(d) 設定者＝管理委託者の死亡

信託は、遺言によっても設定することができるし、設定者の生存中に設定され、設定者の死亡後も存続させることができる。

これに対して、大陸法上の制度でこれを行おうとすると、様々な面倒が生じる。遺言執行者の制度、負担付き・条件付き遺贈の制度などの利用が考えられるが、遺言は死亡に至るまで撤回可能なので、生存中に安定した関係を作ることはできない。また、負担付き・条件付き遺贈の場合、受贈者はその負担を履行しなかったり、遺贈が取消になるように努めたりする。このような受贈者の行動を制限するために様々な条項をおくことも考えられるが、これにはかなりのコストがかかることになる。

大陸法のメリットは、利益享受者以外の者に、財産管理者に対してその義務の履行を求めうる権限を与えることが可能な点にある。もっとも、信託のように、財産上の利益を有する者にだけ強制権限を与えるという制度と、いずれが効率的かは不明である。

(e) 連続受益者＝連続利益享受者

信託においては、連続受益者の指定が可能であり、他方、大陸法ではそれが不可能であるといわれてきた。ところが、たとえばイタリア法では、かなり柔軟な承継財産設定が認められており、この点では大陸法との違いはないというべきである。

しかし、大陸法には、この設定を無効にするおそれのある法理が多く存する。その点では、信託の方が安定度が高い。

(3) 以上の検討を経て、Ugo Mattei は次のような結論を提示する。

まず、ポイントは、債権者の処遇である。そして、英米において信託が経済的に重要な役割を占めている投資の分野においては、大陸法各国は、財産管理者の債権者が管理財産を引き当てにできないことにするための立法措置を講じており、この点、信託における債権者の処遇が効率的であることを示している。

大陸法でも、信託と同様の結果をもたらすこともできる。しかし、そのためになされる合意のコストは高く、そのための情報コストも高い。

もっとも、以上の点は、ただ信託の存在にかかわるだけではないように思われる。法人の存在をどう考えるか、また、倒産制度をどう考えるかに結びついているのである。

三 若干の考察

(1) 以上、Ugo Mattei の議論を紹介した。全体としてさほど鋭い議論が展開されているとも感じられないが、興味深いのは、受託者＝財産管理者の行動を監視するためのコストの高低や、債権者が財産状態を調査するコストの高低によって、あるべき制度が異なるという視点であろう。

さらには、「大陸法でもできる」としても、それを契約で行うことのコストを重視し、信託の方が簡単だ、と主張する点もおもしろい。

(2) しかし、少なくとも後者は、信託固有の利点ではないと思われる。信託については一連のデフォルト・ルールが形成されている、契約はそうではない、というわけだが、信託については、一連のデフォルト・ルールが長い時間をかけて裁判所によって形成されてきたのであって、最初から形成されていたわけではない。そうすると、特定の契約についても、デフォルト・ルールが形成されてくることは可能である。

もっとも、わが国において、たとえば財産管理義務者の義務内容について、民法の委任の条文よりも、信託法の条文の方が精緻であることはたしかである。そうすると、わが国においても、信託については、すでに一連のデフォルト・ルールが形成されており、他方、委任についてはそうではない、と評することもできそうである。そして、ここから、信託の方が財産管理制度として優れているという結論を導くことも可能である。

しかし、信託制度が存在しても、やはり委任も用いられる。そうであるならば、委任は不完全なので、信託を用いた方がよかった、というだけではすまされない。やはり、委任についてもデフォルト・ルールをより精緻に確立していく必要があり、そうすると、信託の利点は乏しくなる。

いずれにせよ、結論を出すのはまだ早い。今後検討を続けたい。

(禁無断転載)

〔非売品〕

平成10年10月20日第1刷発行

平成12年2月1日第2刷発行

信託法と民法の交錯

報 告 書

発 行 ©財団法人 トラスト60

東京都港区新橋1-18-1

航空会館3階

Tel. 03-3501-7141 (代表)

印刷：(株) ディグ