

Trust Sixty Foundation

信託及び資産の管理運用制度に 関する法的諸問題

トラス60研究叢書

平成17年 3月

関西信託研究会

はしがき

「関西信託研究会」は、財団法人トラスト60から研究助成を受けて、2002（平成14）年4月から2004（平成16）年9月まで「信託及び資産の管理運用制度に関する法的諸問題の研究」と題する研究プロジェクトを進めることができた。その成果を財団法人トラスト60にお届けしたところ、トラスト60研究叢書として公刊してくださることになった。

本研究プロジェクトは、信託という制度が資産の運用のための制度として有効に利用されるという理解を前提にして、信託とそれ以外の資産管理運用制度の規制に関する解釈論と制度論に立脚した検討を進め、資産運用の効率性と資産保有者の利益の保護の可能性と限界を解明することを目的とした。また、信託の特色が法形式と法実質を分離しているところにあるという視点に立って、このような分離から生じる利点と欠点を考察し、利点を生かしつつ欠点に対処する方策を理論と実際の両面から明らかにすることも目的とした。これまでの関西信託研究会の研究活動の成果は、「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」（トラスト60研究叢書、1995（平成7）年2月）、「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、1998（平成10）年3月）、「法形式と法実質の調整に関する総合研究Ⅱ」（トラスト60研究叢書、2000（平成12）年3月）、「資産の管理運用制度と信託」（トラスト60研究叢書、2002（平成14）年6月）として発表されている。これまで4期にわたる研究プロジェクトの名称が示す通り、今回の研究プロジェクトは、「関西信託研究会」の研究活動の成果を踏まえ、それを展開しまた深化させようとするものである。

本研究プロジェクトを進めるにあたり、最初に、各研究者が研究関心・研究分野にしたがって、研究課題の候補を選択し、それを研究会合に持ち寄り、相互に調整し、意見交換を行なったうえで、各研究者の研究課題を設定した。引き続き、各研究者が、それぞれの研究課題について、個別に研究を進め、その中間的な成果を、研究会合で報告し、共同で討議を行なった。さらに、各研究者が、共同討議の内容をとりいれて研究を進め、その研究の成果として、最後の半年間、最終報告を執筆した。最終段階で、報告原稿草稿を、研究会合に持ち寄って、調整と意見交換を行なった。個々の研究課題及び検討分析の結果は、報告書が示すとおりであるので、それを直接ご参照いただきたい。研究会の会合に岩藤美

智子助教授（岡山大学）をお招きし、「委任契約における受任者の委任者に対する忠実義務」と題するテーマで報告して頂くことができた。在外研究に旅立たれる直前多忙な時期に、同名の論文の原稿をいただいた同助教授にはこの場を借りてお礼を申し上げたい。

最後に、この研究プロジェクト遂行につき多大のご支援をいただいた方々にお礼を申し上げます。まず、財団法人トラスト60にあらためて深甚の感謝の意を表したい。大阪まで研究会会合に足を運んでくださり、関西信託研究会の活動につきいろいろご配慮をいただいた同財団法人の二宮廣副理事長、および、役職員の方々にもお礼を申し上げます。さらに、住友信託銀行法務部の久保淳一さんには、研究会の会合に毎回参加いただき、貴重な知見をご教示いただいたことに、お礼を申し上げます。なお、本研究会の研究会合は大方、大阪にある弁護士法人淀屋橋・山上合同の会議室をお借りして開催することができた。極めて快適な会場で会合を開催することができたことにつき、格別の便宜を図ってくださった同弁護士法人とりわけ同法人所属弁護士の上武司氏及び田積司氏には記して感謝したい。

2004年11月

研究会メンバーと共に 神戸大学 安永 正昭

目 次

はしがき (安永正昭)	i
信託宣言について——その解釈論および立法論—— (植田 淳)	1
信託をめぐる相殺 (山田 誠一)	17
受託者の自己執行義務についての序章的考察 (佐久間 毅)	27
「預かり金の預金口座の差押え等と信託成立の抗弁」 (安永正昭)	55
Beyond Fiduciary Duty —— 信任義務の内容と実現について —— (木南 敦)	83
信認関係として見た法定訴訟担当 (山本克己)	101
委任契約における受任者の委任者に対する忠実義務 (岩藤美智子)	151

関西信託研究会の構成

代表	安永正昭	神戸大学教授
	植田淳	神戸市外国語大学教授
	木南敦	京都大学教授
	佐久間毅	京都大学教授
	山田誠一	神戸大学教授
	山本克己	京都大学教授
	久保純	住友信託銀行

岩藤美智子 岡山大学助教授

(本報告書刊行に際し、ご寄稿いただきました。)

(順不同、敬称略。所属は研究会開催当時)

信託宣言について
—その解釈論および立法論—

植 田 淳

目次

- 1 はじめに
- 2 信託宣言の利便性
- 3 信託法1条の文言——形式論その1——
- 4 信託法の他の規定との整合性——形式論その2——
- 5 立法の経緯——形式論その3——
- 6 義務履行の不完全——実質論その1——
- 7 法律関係の不明確さ——実質論その2——
- 8 執行免脱の懸念——実質論その3——
- 9 検 討
- 10 立法的手当の必要性
- 11 立法論
- 12 おわりに

1 はじめに

信託宣言 (declaration of trust) とは、財産権者 (委託者) が自らが受託者となるべく、その財産を他人のために管理・処分する旨を宣言する方法によって、信託を設定することをいう。

わが信託法 1 条は、「本法ニ於テ信託ト称スルハ財産権ノ移転其ノ他ノ処分ヲ為シ他人ヲシテ一定ノ目的ニ従ヒ財産ノ管理又ハ処分ヲ為サシムルヲ謂フ」と規定する。この「他人ヲシテ」という文言のゆえに、通説は、信託宣言による信託の設定は、許されないと解している¹。さらに、通説は、その実質的理由として、債権者を害するおそれ、すなわち「執行免脱の懸念」を強調する²。

これは、立法者の意思でもある。信託法立法過程の最終段階で、債権者詐欺のおそれを理由に、信託宣言は削除された³。

しかし、わが信託法の母法である英米法のもとでは、信託宣言は、きわめてポピュラーな信託設定方法であり、およそ信託宣言を認めない信託など考えられない、と言ってよいほどである。信託宣言には、それ特有の利便性があるからにほかならない。

近時、わが国においても、信託宣言否定説 (通説) に対して、信託宣言肯定説が有力に主張されている⁴。肯定説の説くところには、きわめて説得力がある。ここで改めて、信託宣言を認めることによるマイナス面とプラス面 (利便性、ないし「使い勝手のよさ」) とを十分に比較検討する必要があるように思われる。

本稿では、これまでの学説の対立点を整理しつつ、肯定説の立場から、信託宣言を有効と解しうる可能性を探ってみたい。

さらに、立法論の立場からも、信託宣言の問題について提言を試みたい。

(補論) 英米法における信託宣言

米国の信託法第 2 次リステイトメント 17 条 (a) は、次のように規定する。「財産所有者は、第三者の受託者として自ら当該財産を保有する旨宣言することによって、信託を設定することができる」と。その例証として、次の二つが挙げられている。「債券の所有者 A が自己を、特定の受益者のための当該債券の受託者である旨宣言すると、A は、当該債券につき当該受益者のための受託者となる⁵。」「土地所有者 A が特定の受益者のための受託者と

して、自己に当該土地を譲渡する捺印証書を作成・登録すると、Aは、当該土地につき当該受益者のための受託者となる。」

他方、英国の「リステイトメント」ともいうべきアンダーヒル（Underhill）とヘイトン（Hayton）の教科書によれば、次のように記述されている。「信託設定者が彼に帰属する特定の財産が今後ある特定の信託に基づき彼によって保有される旨宣言することによって、完全な信託が成立する」と⁷。ただし、1925年財産法（Law of Property Act）53条(1)(b)は、「土地またはそれに係る権利についての信託宣言は、かかる宣言をなしうる者により署名された書面によって明示され、かつ証明されなければならない」と規定する。

2 信託宣言の利便性

(1) 緒 論

前述のように、英米法系諸国において、信託宣言がポピュラーな信託設定方法となっているのは、信託宣言が固有の利便性を備えているからにほかならない。信託宣言の有効・無効を論ずる前提として、まず信託宣言がもつ利便性について見ておこう。

(2) 簡易性

信託宣言は、他人信託（委託者と受託者とが異なる信託）のように、受託者となるべき他人を必要としない⁸。つまり「信託設定の簡易性」ともいうべき利便性がある。このことから、具体的に、次のようなメリットが生ずる。

(i) 資産流動化スキームにおける利便性

わが国において、信託宣言が一般に認められていないことが、資産流動化スキームを構築する際に、英米法系諸国と比べた場合の大きな障害となっている⁹。例えば、いわゆる「住宅ローン債権信託」においても、他人信託であれば、貸出金融機関がいったん信託会社にローン債権を信託することによって流動化を図らねばならない。ところが、信託宣言が認められれば、貸出金融機関は、自ら受託者となりうる。

(ii) 二重信託の法的構成の容易化

年金信託において、受託した金銭を、信託銀行が、例えば自社の貸付信託で運用する場

合、いわゆる「二重信託」の問題を生ずる。現在、実務界では、四宮和夫教授の「信託財産実質的法主体説」に則って処理されている¹⁰。すなわち、年金信託（A信託）の受託者甲が、自社の他の信託（B信託）の運用口に再信託する場合には、B信託における委託者甲は、実質的には、A信託財産の代表として行為するのであって、同一人がB信託の委託者かつ受託者になるのではない、と説かれる。しかし、この法的構成は、あまりに技巧的すぎて、明快ではない¹¹。素直に「信託宣言による再信託」であると説明すべきであろう。

（iii）信託銀行が委託者となる適格退職年金信託・公益信託等の設定の容易化

信託宣言が一般的に認められていないことから、実務界では信託銀行が自社の退職者を受益者とする適格退職年金信託の受託者となっていない。わざわざ他の信託銀行に信託しているのが現状である。信託宣言が認められれば、自らこのような信託の受託者となりうる。また、信託銀行が委託者となって、公益信託を設定する場合においても、信託宣言が可能ならば、自ら受託者となりうる。

（3）贈与代替機能

1000万円の定期預金債権をもつAが、未成年の子Bにその1000万円を贈与したい場合、直ちに贈与したのでは、Bがたちまちそれを費消するおそれがあるし、また、Bが成年に達したならば、当然に贈与されたことにする旨の期限付贈与をするにしても、期限未到来の間にAの債権者によって、その定期預金債権が差し押さえられ転付されたりすれば、Bの利益は害されることになる¹²。Aは、Bのために他人信託を設定することも可能であるが、「親子の情愛からするなら、他人ではなく、ほかならぬ親である自分が、その定期預金債権を保存しておいて——比喩的な表現をすると——直接自分の手から、立派に成人した子に渡すことにしたいというサイコロジカルな欲求」¹³を尊重するとすれば、Aによる信託宣言を認めるべきであろう。すなわち、信託宣言には、このような「贈与代替機能」がある。

（4）譲渡禁止財産への実質的譲渡可能性付与機能

信託宣言は、贈与が禁止されている財産についても、これを行うことができる¹⁴。例えば、（3）の設例で定期預金債権につき譲渡禁止特約が付されていても、Aは特約を解除してもらうまでもなく、Bのために信託宣言をなしうる。すなわち、信託宣言によって、

譲渡禁止財産につき、実質的に譲渡性を付与することが可能となる。

(5) 他人の金銭を自己名義の預金として保有する法律関係の 説明の容易化

例えば、テニスサークルの会計係は、サークルの会費たる金銭について、信託の受託者と看做することができる¹⁵。このような場合、会計係が自ら会費を納付する行為をどう見るか。これは、信託宣言と見ざるを得ないであろう。すなわち、私見のように、他人の財産を管理する法律関係に、幅広く信託法理を適用する立場に立てば、信託宣言を認めざるを得ないのであり、そのことによって、他人の財産を管理する者をめぐる法律関係を明快に説明することが可能になるのである。

同様に、損害保険代理店と損害保険会社、あるいは、弁護士と依頼人との間の法律関係を信託と構成すべき場合があるが¹⁶、受託者とされるべき者（代理店や弁護士）が第三者から本人（受益者）のために金銭を受領する場合に、信託法1条に言う「財産権ノ移転其ノ他ノ処分」ありとどういうかについて法律構成が困難となる。この場合にも、受託者による信託宣言と構成すれば、問題は明快に解決しよう。

(6) 小 括

以上、信託宣言の利点について概観した。おそらくこれら以外にも信託宣言が認められることによってもたらされるメリットは、数多いものと推察される。いずれにせよ、信託宣言が認められることによって、信託という制度は、はるかに使い勝手のよいものになるであろう。このことは、信託宣言肯定説に、重要な実質的論拠を付与するものと言えよう。

以下では、信託宣言をめぐる諸論点につき、従来の学説を整理しつつ、私見を述べることにしたい。信託宣言に関する論点として、形式論が3つ（3、4、および、5）と実質論が3つ（6、7、および、8）ある。順次考察する。

3 信託法1条の文言——形式論その1——

(1) 財産権の移転

信託宣言否定説の根拠の第一は、信託法1条によると、信託の設定には「財産権ノ移転其ノ他ノ処分」を要するとされているにもかかわらず、信託宣言には、財産権の移転がない、というものである¹⁷。

しかし、信託宣言によって財産の性質が固有財産から信託財産へと振り替わるのであるから、このことが「其ノ他ノ処分」に該当すると言ってよいであろう¹⁸。

(2) 「他人ヲシテ」

信託宣言否定説の第二の根拠は、信託法1条によると、信託は「他人ヲシテ」財産の管理・処分をさせるのに、信託宣言では、委託者自らが受託者となって管理・処分をなすことになり、「他人ヲシテ」という要件に合致しない、というものである¹⁹。否定説の形式論に基づく最も強力な論拠であろう。

これに対する肯定説側の反論は、次のようなものである。すなわち、「わが信託法第1条にいうところの『他人』は、信託設定後に信託財産の管理処分をなさしむるための他人と解することは決して不自然ではな」く、「従って、わが信託法第1条の『他人』の解釈も、委託者からみた他人であることを要するのではなしに、受益者より見て他人であれば足りると解すべき」²⁰である。このように考えると、信託法が明文をもって信託の当事者の兼併を禁じているのは、受託者と受益者の兼併であって（信託法9条）、それ以外の当事者の兼併は認める趣旨だと解しうるのである²¹。

4 信託法の他の規定との整合性——形式論その2——

信託法1条以外の規定に、信託宣言を予定した規定が見出せない。これが、否定説のもうひとつの論拠となっている²²。しかし、反面において、信託宣言を禁止する趣旨の規定も見当たらないのであるから、信託宣言が認められない論拠とはなりえないであろう。

また、否定説は、信託設定に関する信託法1条および2条の規定によれば、信託の設定は、契約による設定と遺言による設定に限定されており、単独行為による設定としては遺言による設定だけを認め、信託宣言のような生前の単独行為による設定は認めない趣旨と解すべきである、と主張する²³。生前の単独行為たる信託宣言が認められないと結論づけることに問題があることは、これまで述べてきた通りである。

5 立法の経緯——形式論その3——

信託法立法過程の研究は、信託法起草者が明確に信託宣言を削除したことを明らかにしている。山田昭博士によれば、大正8年12月案までは、一応信託宣言は削除されなかったが、「財産隠匿を容易ならしめる弊害」を理由として、大正10年12月案において正式に削除された²⁴。

当初の原案に取められていた信託宣言が削除されたのは、信託宣言が論理的に成立しえないと考えられたからではなく、それが財産隠匿あるいは執行免脱に利用されるかもしれないという懸念からであった。信託法が起草された大正中期は、米騒動などの社会問題が噴出した時期であって、「信託は富豪の財産隠匿に助力する手段だ、という非難を国民一般から受けないように配慮するようになり、その結果、非難のいとぐちとなりそうなものは極力カットする方針」²⁵がとられた。このような特殊事情は、今日存在しないし、むしろ信託を重要な財産管理制度のひとつとして有効活用したいというのが国民のニーズである。よって、信託法制定当時の経緯が今日の解釈論を拘束すると考えることはできないであろう。

6 義務履行の不完全——実質論その1——

信託宣言は、利益を他人に与える者と執行する義務者の資格が同一人に存するから、義務履行が不完全になりやすいと言われる。このことは、信託宣言否定説を採る論者の多くが指摘する点である²⁶。ある論者は、次のように言う。「(信託宣言)の場合に受託者の有

する信託財産は本来受託者自らの固有財産であるから、その間に信託関係の成立を認めたとしても、受託者は結局自己の利益を擁護するに急にして信託の目的を達することを得ざる虞れ」²⁷がある、と。

確かに、信託宣言の場合には、信託法が予定している委託者の受託者に対する監督権能²⁸を期待することはできない。しかし、信託法には、受託者の義務履行を促す規定が十分に用意されており（20条、22条、27条、28条、29条、31条、39条など）、その「虞れ」のみを理由に信託宣言を否定することはできないであろう。

7 法律関係の不明確さ——実質論その2——

信託宣言は、委託者の一存で、しかも自己を相手方とする意思表示のみによってなされるので、どのような内容の意思表示がなされたのか、そもそも意思表示がなされたのかどうか分かりにくく、ひいては法律関係が不明確になりやすい、と言われる²⁹。

確かに他人信託に比べて、そのような懸念は否定できない。しかし、この点は、信託宣言をなす者が注意すれば防止できるし、かりに不注意から内容が不明確になって、信託宣言が無効と認定され、または所期の内容と異なる内容の信託宣言が認定されたとしても、それは仕方がない³⁰。法律関係が不明確であると紛争が生じやすいことは事実であるが、それを理由に法律行為を認めないとすれば、他の多くの法律行為も認めないとしなければならなくなろう³¹。

8 執行免脱の懸念——実質論その3——

（1）否定説の論拠

信託宣言否定説は、「執行免脱の懸念」をその実質的根拠として強調する。すなわち、その主張は、次の2点に集約できる。①信託宣言の場合、委託者＝受託者の全くの一存でたやすく信託が設定されてしまい、したがって、他人信託の場合に比べて、執行免脱のための利用がはるかにしやすい。②問題の財産の名義が終始委託者の名義にとどまっていな

がら、しかも執行を排除するのだから、執行債権者にしてみると、名義を変更した場合以上に、承服できない。以上の2点が理由となって、執行免脱のための利用に対する懸念が強く抱かれる³²。

(2) 最判昭45・4・10³³の趣旨

この判例は、金融機関を債務者とする譲渡禁止特約付定期預金債権を差し押さえて転付命令を取得した債権者が、当該金融機関に対して転付預金の支払いを請求した、という事案である。最高裁は、大審院判例³⁴を変更して、譲渡禁止特約の付された債権であっても、執行債権者の善意・悪意にかかわらず、転付命令によって移転することができ、これについて民法466条2項は適用されない旨判示した。判旨は、同項は債権の任意譲渡についてのみ適用されるべきであり、強制移転について同項を準用ないし類推適用すべきだとする見解は合理性を欠くとしたうえで、もし同項の準用が認められるなら、法律の定める差押禁止財産でもない財産について執行の排除を許すことになり、私人が随意に執行免脱財産を作出することを許すことによって、債権者を害する結果を招来する、と述べた。

信託宣言否定説は、この判例の趣旨を援用して、私人がその意思表示によって随意に執行免脱財産を作り出すことは許されず、よって、私人が一存で執行免脱財産たる信託財産を作り出すことになる信託宣言も認められない、と論じる³⁵。

次項では、信託宣言否定説があげる「執行免脱の懸念」という問題について、肯定説の立場から検討する。

9 検 討

(1) 「執行を空振りさせる」という批判に対して

「名義が変わらないのに執行客体でなくされるのでは執行債権者は闇討ちにあうようなもの」³⁶であるとの批判がありえよう。信託宣言によって執行が空振りに終わるという懸念である。

しかし、登記・登録すべき財産については、その登記・登録をしなければ、信託を第三者（執行債権者を含む）に対抗しえないのであるから³⁷、信託宣言の場合も当然、執行債

権者は、信託の登記・登録をあらかじめ確認することによって、空振りを防ぐことができるはずである。

ただし、指名債権については、空振り防止のための特別な考慮を必要とするであろう。思うに、民法467条を類推適用し、委託者兼受託者は、当該指名債権の債務者に対して、確定日付ある証書をもって、信託宣言をした旨の通知をするか、または、債務者が同様の承諾をするのでなければ、委託者兼受託者は、執行債権者に対し信託を対抗しえないと解すべきであろう³⁸。こうすることによって、執行債権者は、執行に先立って第三債務者に債権の存否・内容について問い合わせるであろうから、空振りは防止できるであろう³⁹。

動産、金銭については、空振り防止の有効な方策は存在しない。しかし、これらについては、第三者を受益者とする信託宣言を行う場合と、第三者に贈与し贈与者が占有改定により占有を継続する場合とでは、執行債権者にとって実質的に違いはないことになろう。

(2) 「私人の一存で執行免脱財産を作出する」という批判に対して

執行の対象財産を減少させるという点については、信託宣言固有の問題ではなく、他人信託であろうと贈与であろうと事態は同様であろう（信託宣言においては、財産権者が単独でこれをなしうる、という違いはあるが）。かりにその法律行為が債務者の責任財産を不当に減少させ債権者を害するのであれば、債権者は、詐害行為取消権（民法424条）を主張すればよいのである。米倉明教授は、次のように指摘する。「民法によれば、財産の処分行為は、たとえそれが詐害行為にあたる場合であっても、当然に無効だとはされておらず、せいぜいのところ、詐害行為取消の対象にされるにとどまることに思いをいたすべきである。財産権の保有者の処分の自由という利益と一般債権者の擱取の利益との調整は詐害行為取消によってはかられているというべきであり、信託宣言の場合とても同断であろう。」⁴⁰

さらにまた、執行免脱のみを目的とする信託宣言は、執行の機能麻痺を狙った公序に反する法律行為として無効と解されるべきであろう（民法90条）⁴¹。

前掲の最高裁判決は、私人間の特約によって指名債権を執行免脱財産となしうることを否定した。しかしそれは、私人の意思によってある財産を執行の対象外とすることを一切否定したものと解することはできない（贈与や他人信託を想起せよ）。前掲最高裁判決が問題としているのは、本来債務者自身に帰属する財産が、特約によってその譲渡性を奪わ

れ、それが執行債権者への転付の障害となるという点である。その点、信託宣言の場合は、当該財産の実質的権利（受益権）は、もはや債務者（委託者兼受託者）に帰属しているわけではなく、第三者（受益者）に帰属している（この点で、贈与や他人信託と同様）。このように考えるならば、信託宣言は、前掲最高裁判決の射程外の問題であるといえよう。

ただし、撤回権を留保した信託宣言は、実質的財産権を債務者（委託者兼受託者）が留保することになるから、前掲最高裁判決の法理の類推適用によって、無効とされても仕方がないであろう。

10 立法的手当の必要性

かつて昭和50年代に四宮和夫教授を座長とする「信託法研究会」が『信託法改正試案』を公表した⁴²。そのなかのひとつの目玉が「信託宣言の承認」であった。同試案2条2項は、次のように規定した。「信託は、公益を目的とする場合または他人の扶養もしくは教育を目的とする場合には、信託宣言によっても設定することができる」と。このように試案は、信託目的を限定した「部分的承認」であった。しかし、当時に比べると、今日、信託は国民生活の中にいっそう浸透したし、信託を重要な財産管理制度のひとつとして活用したいというニーズもはるかに高まった。信託という制度をグローバル・スタンダードに適合させるためにも信託宣言の承認は不可欠であろう。

本稿で述べてきたように、私見では、現行信託法のもとでも信託宣言は有効と解しうる。しかし、信託宣言肯定説は、近時有力となりつつも、未だ少数説であろう。そこで、立法的解決が不可欠になる。近々予想される信託法の改正時には、是非とも信託宣言の承認が盛り込まれるべきであると考ええる。

そこで、信託宣言に関する立法論について若干考察してみたい。

11 立法論

(1) 信託法 2 条の改正

現行信託法を前提とすると、信託宣言に関する規定は、第 2 条第 2 項に規定することが望ましいであろう。例えば、第 2 項として、「信託ハ信託宣言ニ依リテモ之ヲ設定スルコトヲ得」とすべきである。

(2) 信託宣言による信託の設定方法

信託宣言による信託の設定が、意思表示のみでなしうるとすると、委託者の意思が不明確になりやすい。そこで、何らかの手当てが必要になろう。

前述の『信託法改正試案』では、委託者兼受託者から受益者に対する書面による通知、または（受益者が不特定もしくは多数の場合は）公告をもって、あるいは、公正証書の作成または信託宣言証書に対する公証人の認証付与をもって、信託宣言は効力を生ずるものとされている¹³。これによって、信託宣言をなす委託者の意思の明確さを担保しようとしている¹⁴。このような外形的な効力発生要件を課すべきであろう。

(3) 撤回可能信託の禁止

同試案は、また、撤回可能な信託の宣言を禁ずる¹⁵。執行免脱に用いられる危険性をあらかじめ封じるためである¹⁶。撤回可能な信託の宣言を禁ずることは、至当であろう。

(4) 対抗要件

現行信託法の対抗要件（3 条）を要求するとしても、問題となるのは、不動産を信託財産とする場合の登記である。現行不動産登記法のもとでは、信託宣言は想定されておらず、信託登記は、所有権移転登記という形をとる（同法98条）。不動産登記法について立法措置を講ずる必要がある¹⁷。

指名債権を信託財産とする信託宣言の場合の対抗要件については、民法467条 2 項に倣って、委託者兼受託者から債務者に対する、信託宣言についての確定日付ある証書による通知、または債務者の同様の承諾を要求すべきであろう。

12 おわりに

信託宣言は、信託にとって不可欠の設定方法であり、これを認めることによって、信託は格段に使い勝手のよい制度となるであろう。わが国の信託制度が、グローバル・スタンダードに近づくためには、信託宣言の承認は不可欠である。来るべき信託法改正時には、信託宣言が明文規定によって承認されるべきであると考えている。

〔注〕

- 1 例えば、四宮和夫『信託法（新版）』84頁；新井誠『信託法』117頁。
- 2 四宮・前掲注1、84頁；新井・前掲注1、118頁。なお、能見善久教授は、「信託宣言によってつくり出される信託財産を執行免脱財産と呼ぶのは正確ではない」とされる。能見善久『現代信託法』17頁。
- 3 山田昭『信託立法過程の研究』218頁。
- 4 田中實＝雨宮孝子「いわゆる『信託宣言』の問題について」信託100号、39頁以下；米倉明「信託宣言の解釈論的可能性——とくに執行免脱の懸念に対して——」『民法・信託法理論の展開』335頁以下。
- 5 Restatement (Second) of Trusts, s.17, Comment on Clause(a).
- 6 Ibid.
- 7 Underhill & Hayton, Law Relating to Trusts and Trustees (16th ed.), p.144.
- 8 米倉・前掲注4、338頁
- 9 例えば、大垣尚司『ストラクチャード・ファイナンス入門』68頁参照。
- 10 四宮・前掲注1、86-87頁；四宮和夫「退職年金信託における二重信託の問題について」信託49号、18頁以下。
- 11 田中＝雨宮・前掲注4、51-52頁。
- 12 米倉・前掲注4、338頁。
- 13 米倉・前掲注4、338頁。
- 14 米倉・前掲注4、339頁。
- 15 田中實＝山田昭『改訂信託法』54頁；植田淳「信託法理の適用および類推適用について」関西信託研究会『資産の管理運用制度と信託』1頁以下参照。
- 16 本書・安永論文参照。
- 17 田中＝雨宮・前掲注4、42頁が引用する諸論文参照。
- 18 大阪谷公雄「退職年金信託と信託宣言」商事法務269号、2頁以下；田中＝雨宮・前掲注4、43頁；米倉・前掲注4、341頁。
- 19 田中＝雨宮・前掲注4、42頁が引用する諸論文参照。
- 20 大阪谷・前掲注18、4頁。
- 21 米倉・前掲注4、341頁。
- 22 米倉・前掲注4、340-341頁。
- 23 青木徹二『信託法論』61頁。
- 24 山田・前掲注3、218-219頁。
- 25 米倉・前掲注4、348頁。
- 26 田中＝雨宮・前掲注4、42頁。
- 27 田中＝雨宮・前掲注4、42頁に引用されている呉博士の指摘。
- 28 「生前の他益信託では、特別の事情のないかぎり、委託者としても履行請求権を留保するものと

解するのが、当事者の意思に適合するであろう。」四宮・前掲注1、343頁。

- 29 米倉・前掲注4、341頁。
- 30 米倉・前掲注4、343頁。
- 31 米倉・前掲注4、343-344頁。
- 32 米倉明「信託の意義及び設定」『シンポジウム信託法改正問題』信託法研究10号13頁。
- 33 民集24巻4号240頁。
- 34 大判大4・4・1民録21・423頁。
- 35 青山義允（発言）「シンポジウム信託法改正の基本問題」私法47号、58-59頁参照。
- 36 米倉・前掲注4、353頁。
- 37 信託法3条1項。
- 38 米倉・前掲注4、353頁。
- 39 米倉・前掲注4、353-354頁。
- 40 米倉・前掲注4、356頁。
- 41 米倉・前掲注4、356頁。
- 42 信託法研究10号。
- 43 信託法研究10号、123頁。
- 44 米倉・前掲注32、19頁。
- 45 信託法研究10号、123頁。
- 46 米倉・前掲注32、19-20頁。
- 47 米倉・前掲注32、22頁。

信託をめぐる相殺

山 田 誠 一

目 次

1 はじめに

- (1) 信託法17条について
- (2) 信託法16条について
- (3) 本報告の対象

2 信託が負う債務

- (1) 信託が負う債務（信託受益権を除く）との相殺
- (2) 信託が負う債務と他の信託が有する債権との相殺
- (3) 信託が負う債務と固有財産に属する債権との相殺
- (4) 信託が負う債務（信託財産に責任財産が限定）と信託が有する債権との相殺
- (5) 信託が負う債務（信託財産に責任財産が限定）と他の信託が有する債権との相殺
- (6) 信託が負う債務（信託財産に責任財産が限定）と固有財産に属する債権との相殺
- (7) 検討

3 信託が有する債権との相殺

- (1) 信託が負う債務と信託が有する債権との相殺
- (2) 他の信託が負う債務と信託が有する債権との相殺
- (3) 固有財産に属する債務と信託が有する債権との相殺
- (4) 検討

4 信託受益権との相殺

- (1) 信託受益権と信託が有する債権との相殺
- (2) 信託受益権と他の信託が有する債権との相殺
- (3) 信託受益権と固有財産に属する債権との相殺

1 はじめに

(1) 信託法17条について

信託法17条は、「信託財産に属する債権」と、「信託財産に属しない債務」とは、相殺をすることができないと定めている。これは、民法505条との関係に着目しつつ理解する必要がある。甲と乙との間に、2つの同種の反対向きの債権債務があるとき、いずれもが弁済期にあれば、2つの債権債務は相殺することができる旨を、民法505条は定めている。しかし、信託法17条は、この505条の要件をみたまず場合であっても、例外的に、相殺をすることができない旨を定めているものである。すなわち、甲がある信託の受託者である場合、甲が債権者となる債権には、信託財産に属するものと、信託財産に属しないものがあり、同様に、甲が債務者となる債務にも、信託財産に属するものと、信託財産に属しないものがある。このうち、債権が信託財産に属するもので、債務が信託財産に属しないものである場合は、民法505条の要件をみたしていても、相殺をすることができない旨を定めたものである。甲がある信託の受託者である場合の全体は、次の表1の通りである。なお、甲（受託者）が債権者となる債権で信託財産に属するものと、甲が債務者となる債務で信託財産に属しないものとを相殺することができないことは、①甲が相殺の意思表示をしても、効力が生じないことと、②乙（甲が債権者となる債権の債務者であり、甲が債務者となる債務の債権者）が相殺の意思表示をしても、効力を生じないことを意味する。

(表1)

	甲が債権者となる債権	甲が債務者となる債務	信託法17条
1	信託財産に属する	信託財産に属する	
2	信託財産に属する	信託財産に属しない	相殺無効
3	信託財産に属しない	信託財産に属する	
4	信託財産に属しない	信託財産に属しない	

(2) 信託法16条について

この信託法17条の規定は、同法16条との関係も視野にいれて、その趣旨を理解する必要

がある。信託法16条は、信託後に成立した権利であれば、信託事務の処理について生じたもののみが、信託財産に対して強制執行をすることができ、そうでない（信託事務の処理以外により生じた権利）は、信託財産に対して強制執行をすることができないと定めている。これは、信託財産は、信託の事務処理について生じた債務のみの責任財産とする趣旨である。なお、ある信託の受託者に対する債権者による受託者に対して強制執行を行なう場合の全体は、次の表2の通りである。

(表2)

	債権者の権利（信託後のもの）	強制執行する財産	信託法16条
1	信託事務の処理により生じたもの	信託財産	強制執行可
2	信託事務の処理以外により生じたもの	信託財産以外の財産	
3	信託事務の処理以外により生じたもの	信託財産	強制執行不可
4	信託事務の処理以外により生じたもの	信託財産以外の財産	

相殺は、受働債権という財産をもって、自働債権を回収するという機能を有する。したがって、ある信託の受託者に対する債権者が、信託財産に属しない債務をもって（自働債権とし）、信託財産に属する債権を（受働債権として）、相殺することは、信託事務の処理以外により生じた権利をもって、信託財産に対して強制執行をすることと同様の意味をもつ。それゆえに、信託法16条による強制執行不可の趣旨（表2の3）と、信託法17条による相殺不可の趣旨（表1の2）のうち、乙（受託者が債権者となる債権の債務者で、受託者が債務者となる債務の債権者）による相殺に関する部分（(1)の②）とは、同等のものと考えられる。

信託法17条による相殺不可の趣旨のうち、甲（受託者）による相殺に関する部分（(1)の①）はどのように考えるべきか。受託者は、信託事務の処理以外により生じた債務を弁済するために、信託財産を用いることはできないと考えられる。それは、善良なる管理者の注意をもって信託事務を処理する義務（信託法20条）の内容であると解される。したがって、もし仮に、信託法17条の規定がなかったとすると、その違反に対する効果として、受託者は損失填補財産復旧の義務を負い（信託法27条）、さらに、信託法31条により、その定める要件をみたせば、処分の取消が可能となるようなものであると考えられる。このことから、受託者は、信託事務の処理以外により生じた債務を受働債権として、信託財産に属する債権を自働債権とした相殺をすることができない旨を定める信託法17条の趣旨を

説明することができる。

(3) 本報告の対象

本報告では、以下のものを対象としたい。まず、①信託が有する債権との相殺である。次に、②信託が負う債務との相殺である。ただし、信託が負う債務には、受託者が信託事務処理により負担した債務とともに、信託受益権が含まれるが、信託受益権は、特別の性格を有すると考えられ、別に扱うこととする。また、受託者が信託事務処理により負担した債務には、信託財産に責任が限定されるものがある。これも別に扱うことにする。そこで、③信託受益権との相殺、および、④信託財産に責任が限定される信託が負う債務との相殺を扱うことにしたい。

以上の債権債務を軸として、それらが、他の信託が有する債権、他の信託が負う債務、また、固有財産が有する債権、固有財産が負う債務との相殺の可否を検討することを、本報告の目的とする。

2 信託が負う債務（信託受益権を除く）との相殺

(1) 信託が負う債務と、信託が有する債権との相殺

特に検討すべき問題はない。民法505条を制限する規律はないからである。受託者からする相殺も、相手方からする相殺も有効である。その後、特に求償などの問題も生じない。

(2) 信託が負う債務と他の信託が有する債権との相殺

信託法17条により相殺できない。信託をA信託、他の信託をB信託とする。B信託に着目すると、B信託の信託財産に属する債権（甲債権）と、B信託の信託財産に属しない債務（乙債権）との相殺であり、信託法17条が適用され、相殺は無効である。もし、仮に、この相殺ができるとすると、B信託は、甲債権を失う。同時に、A信託は、乙債権の債務を免れる。そのため、B信託は、A信託に対して、補償請求権を取得する。しかし、A信託の資力が十分でなく、甲債権の債務者の資力が十分な場合がありうる。そのような場合、B信託は、経済的価値が額面通りある甲債権が消滅し、経済価値が額面通りはない補償請

求権を取得することになり、経済的な損失を被る。そのようなことが生ずることがないよう、信託法17条が適用されると考えられる。

(3) 信託が負う債務と固有財産に属する債権との相殺

信託法17条の適用はなく、相殺することができる。固有財産に属する債権（甲債権）と信託が負う債務（乙債権）を相殺すると、固有財産は、信託財産に対して、補償請求権を取得する。信託の資力が十分でなく、甲債権の債務者の資力が十分な場合がありうる。そのような場合、固有財産は、経済的な損失を被る。しかし、受託者が相殺をする場合は、自ら、固有財産が経済的な損失を被ることとなる相殺をしたのであるから、それを無効とする必要はない。乙債権の債権者が相殺する場合は、どうか。信託法16条との関係を考慮すべきである。信託法16条は、信託が負う債務の債権者が、固有財産に対して強制執行を行なうことを禁止していない。固有財産に対して強制執行をすると、固有財産は、信託財産に対して、補償請求権を取得する。しかし、信託財産の資力が十分でないと、固有財産は、経済的な損失を被る。このように考えるならば、乙債権の債権者がする相殺も許されて良い。

(4) 信託が負う債務（信託財産に責任財産が限定）と信託が有する債権との相殺

特に検討すべき問題はない。民法505条を制限する規律はないからである。受託者からする相殺も、相手方からする相殺も有効である。その後、特に求償などの問題も生じない。(1)と同様である。

(5) 信託が負う債務（信託財産に責任財産が限定）と他の信託が有する債権との相殺

信託法17条により相殺できない。信託をA信託、他の信託をB信託とし、B信託に着目すると、信託法17条が適用され、相殺は無効である。(2)と同じである。

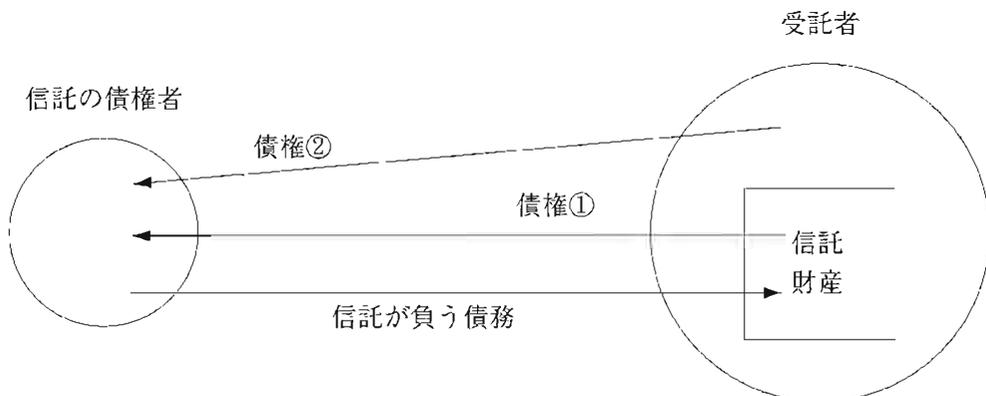
(6) 信託が負う債務（信託財産に責任財産が限定）と固有財産に属する債権との相殺

受託者が負う債務の責任財産が信託財産に限定されるのは、その債務を成立させた契約の約定による。一般には、その債権をもって、強制執行をするのは、信託財産に限定する趣旨である。したがって、固有財産には、強制執行をすることができない旨が、契約で約定される。この趣旨にもとづくならば、相手方からは相殺することはできない。仮に、相殺自体を禁止する約定がなくても、信託が負う債務は、信託財産のみをもって引き当てとする趣旨が明確であれば、相殺は禁止され、無効となると解すべきである。受託者からは相殺をすることができるか。もし、仮に相殺をすることができたとする。そうすると、固有財産に属する債権（甲債権）が消滅し、信託財産が負う債務（乙債権）も、同時に消滅する。その結果、固有財産が、信託財産に、補償請求権を取得する。信託財産の資力が十分でないと、固有財産が経済的な損失を被る。しかし、受託者が、自ら、固有財産が損失を被ることとなる相殺をしたのであるから、それを無効とする必要はない。

(7) 検討

基本的には、(1) から (6) のように考えられる。しかし、次のような問題がある。信託が負う債務があり、その債権者を債務者とする、2つの債権があり、それぞれが、信託が有する債権（債権①）と固有財産に属する債権（債権②）である場合が考えられる（下記図1参照）。このとき、個別にみるならば、(1) の通り、信託が負う債務と信託が

(図1)



有する債権とは、相殺をすることができ、また、(3)の通り、信託が負う債務と固有財産に属する債権とも、相殺をすることができる。しかし、その債権①と債権②の共通の債務者が資力不足であると、信託が有する債権（債権①）と、固有財産に属する債権（債権②）の両方が全額回収できないことがあり、この場合、受託者は、どのような回収をすべきかが問題となる。相殺に限られた問題ではないが、忠実義務にもとづく解決として、受託者が行なう相殺に一定の制約が加えられることが考えられる。

具体的な規律は、単純な内容として示すことは困難であるが、商法311条の2第2項が定める社債管理会社の責任に関する規律が参考になる。

3 信託が有する債権との相殺

(1) 信託が負う債務と信託が有する債権との相殺

既に、2.(1)で検討した通り、相殺することができる。

(2) 他の信託が負う債務と信託が有する債権との相殺

既に、2.(2)で検討した通り、信託法17条により相殺できない。信託財産を保護し、受益者の利益を保護する趣旨である。

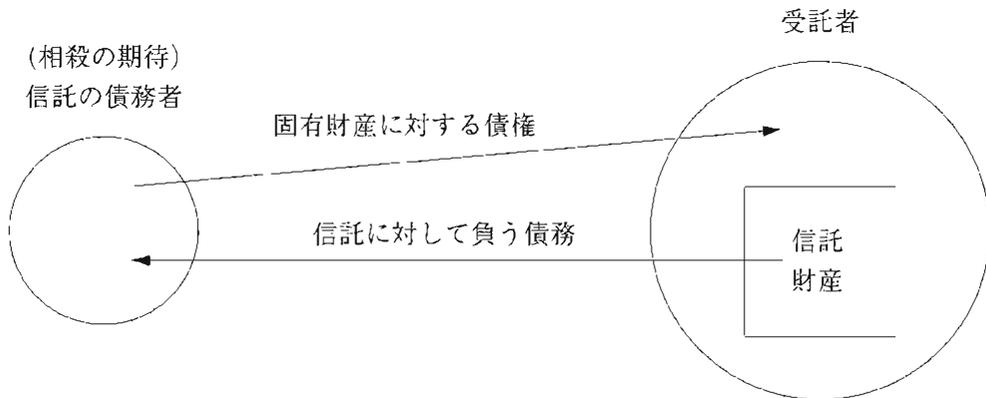
(3) 固有財産に属する債務と信託が有する債権との相殺

信託法17条により相殺できない。既に、1.(1)で検討した通りである。信託財産を保護し、受益者の利益を保護する趣旨である。

(4) 検討

基本的には、(1)から(3)のように考えられる。しかし、次のような問題がある。他の信託に対する債権者((2)の場合)や、固有財産に対する債権者((3)の場合)は、信託に対して負う債務と相殺することができるとの期待を有している場合が考えられる(下記図2参照)。そのような期待を保護する必要はないかが問題となる。民法478条(債権の準占有者に対する弁済)の類推適用の考え方を、もし、推し及ぼすことができる

(図2)



ならば、信託に対して債務を負った後、将来の相殺を期待して、他の信託に対する債権を取得する（貸し付ける）か、固有財産に属する債権を取得する（貸し付ける）場合で、相殺が無効であることを知らず、そのことに過失がない場合は、相殺はできるとする解決が考えられる。しかし、相殺できるとすると、信託財産の保護はその分弱まり、受益者の利益が害される場合が生ずる。信託と取引をした相手方の信頼の保護と、受益者の利益の調整問題である。

4 信託受益権との相殺

(1) 信託受益権と信託が有する債権との相殺

特に検討すべき問題はない。相殺することができる。

(2) 信託受益権と他の信託が有する債権との相殺

信託受益権も、信託が負う債務であり、したがって、2.(2)と同じく、信託法17条により相殺できない。

(3) 信託受益権と固有財産に属する債権との相殺

受益者からする相殺は、信託法19条との関係が問題となる。なぜならば、受託者が受益者に対して負う信託受益権債務は、信託財産の限度で履行責任を負うにとどまるからであ

る。受益者は、信託財産受益権にもとづき、固有財産に対して強制執行をすることができないと考えるならば受益者からする相殺はできないと解するべきであろう。

受託者からする相殺は、信託法19条によっては、制約は受けないものと考えられる。なぜならば、受託者は、信託受益権債務の履行について、固有財産から出捐することは、なんら制約を受けないからである。固有財産からの出捐の後、求償が生ずるととどまる（信託法36条の適用範囲からはずれるとしても、基本的な関係は共通すると考えられる）。受託者からする相殺は、受託者の忠実義務に抵触する可能性が指摘されることがある。しかし、忠実義務は、信託事務の処理ではない場面で、受益者の利益と無関係のことには、及ばないと考えられる。信託受益権と固有財産に属する債権との相殺は、受益者の利益を害することはなく、また、信託事務の処理ではない場面のものであり、忠実義務によるテストには服さないものと考えられる。

信託受益権に対する受益者の債権者の差押えと、受託者の相殺の優劣問題がある。しかし、以上の通り考えるならば、一般の差押えと相殺の問題にもとづいた解決が適当であると考えられる。

受託者の自己執行義務についての序章的考察

佐久間 毅

目 次

- 1 はじめに
- 2 任意代理における復任に関する規律の意味
 - (1) 任意代理における復任と、それ以外の委任（準委任）における復任を区別して考える必要性
 - (2) 任意代理の復任に関する民法の規定
 - (3) 任意代理における復任に関する規律の根拠
 - (4) 許された復任がなされた場合の法律関係
- 3 （準）委任（代理を除く）における復任に関する規律の意味
 - (1) 復代理に関する規律との意味の違い
 - (2) 復代理に関する諸規定の類推適用の当否
 - (3) 小括
- 4 遺言執行者の復任に関する規律の意味
 - (1) 法律行為の復任
 - (2) 事実行為のための復任
- 5 寄託における復寄託に関する規律の意味
- 6 受託者の「自己執行義務」についての若干の考察
 - (1) 考察の前提
 - (2) 受託者の自己執行義務に関する若干の考察
- 7 おわりに

1 はじめに

信託法26条1項は、受託者が自己執行義務を負うことを明らかにしているとする理解が、一般的である¹。受託者の自己執行義務の根拠は、信託が委託者の受託者に対する個人的な信頼関係に基づくことに求められている。そのため、受託者は、信託事務を自らおこなうのが原則であり、ごく限定的にのみ例外が認められるとされている²。

もっとも、そのうえで、この規定を厳格に解することに対しては、主として次の三点から、疑問が出されている。第一に、信託事務をすべて一人でおこなわなければならないとすることは、實際上不可能である、ということである。第二に、信託事務の効率的執行、あるいは信託財産にとってより有利な執行という観点からすると、他人に執行させるほうがよい場合もある、ということである。こういった観点から、たとえば、次のような場合について、信託法26条1項の制限に違反することにならないかどうか、論じられている。すなわち、①受託者が営業受託会社その他の法人である場合に、自己の機関のほか職員を使用すること、②他人の意見を聞いたり、他人に相談したりすること、③信託事務処理の手段たる行為について、補助者として弁護士・弁理士・銀行家・ブローカー等を使用すること、④信託財産管理の手段として、営業受託会社へ再信託すること³、⑤商業用ビルの建設・賃貸を目的とする土地信託の場合において、ビル建設、テナント募集事務やテナント管理事務、ビルの清掃などを他人に委ねること⁴、⑥投資判断や投資運用を他人に委ねること⁵、⑦カストディアンによる信託財産の保管、とくに、外国の有価証券に投資する場合に、グローバル・カストディアンに保管を委託し、そこからさらに投資先各国のサブ・カストディアンに委託がなされること⁶、などである。

これらのうちの多くについては、何らかの理論（たとえば代人と履行補助者の区別や、信託事務処理と信託事務処理の手段の区別）によって、受託者は他人を使用することができるとされている。そこでの論調は、これらの事務も受託者は自らおこなわなければならないとすると大変だから、その不都合を何とか避ける必要がある、というものである。

こういった議論に対しては、次の三点の疑問がある。

第一に、これほどまでに雑多な事例について、受託者は自ら執行するのが本来であると本当に予定されているのか、という点である。

第二に、そのように広範に及びうる自己執行原則が、委託者と受任者の個人的信頼関係という、非常にあいまいな概念によって根拠づけられている点である。

第三に、他人を使用することができる・できない（受託者自ら執行する義務がある・ない）というのは、いったい何を狙った議論なのか、義務違反の効果は何であるのかが、明確に意識されたうえでの議論とは思われない点である。

これらの疑問は、受託者の自己執行義務に関する議論が、任意代理人の復任権に関する規定及びそれに関する議論を参考にして（あるいは、手がかりにして）おこなわれているように見える⁷ことにも起因している（あるいは、それによって増幅させられている）。すなわち、受託者の自己執行義務に関しては、体系書や注釈書などで、一般的に次のような議論がなされている。

まず、信託法26条1項は、受託者に自己執行義務があることを定める規定であるとされる。そして、自己執行義務の根拠が、委託者の受託者に対する個人的な信頼関係にあると説かれた上で、そうではあるけれども、この規定を厳格に解することは現代の社会状況に合わないのではないかという疑問が出される。これを受けて、受託者はどのような場合であれば、信託事務の処理を他人に任せることができるかが、検討される。そして、多くの見解は、信託事務自体の全部又は一部を「代人」（「独立の所見をもって事務を処理、決行する者」）に行わせることは原則として禁止されるが、補助者を自己の責任をもって使用することは許される、と説く。そのうえで、代人使用が例外的に許される場合としての、「信託行為に別段の定めある場合」、「やむことを得ざる事由ある場合」とはどのような場合かが、論じられる。そして、これに反する代人選任の場合の効果（代人のした（法律）行為は「無効である」⁸とか、その効果は個人としての受託者を拘束するにとどまり、「信託財産に及ばない」⁹などとされる）、代人選任が許される場合において受託者が負うべき責任（信託法26条2項）、信託法26条3項の意味（民法107条2項と同じかどうか。すなわち、代人が負う「受託者と同一の責任」とは何か。代人は信託財産ないし受益者に対して権利を有しないのか）といったことが、論じられる。

こういった議論の仕方は、任意代理における復任に関する一般的な議論の仕方と、ほぼ同じである。しかも、個別の問題についての解釈も、任意代理における復任に関する解釈を参考にして展開されている（多くは、同じような結果にしようとしてされているとすら、いえるかもしれない）。

確かに、信託法26条は、任意代理人の復任権に関する民法上の諸規定によく似ており¹⁰、実際、任意代理に関する諸規定に依拠して定められたのだらうと思われる¹¹。そのため、同条に関する議論（したがって、受託者の自己執行義務に関する議論）が、任意代理に関する復代理の議論と比較しておこなわれることは、無理もない。しかしながら、そのような論じ方が妥当であるかどうかには、疑問がある。それは、とくに、民法104条違反の場合と信託法26条1項違反の場合とでは、復任禁止のもつ意味に違いがあると思われることによる。そこで、本稿は、この意味の違いを明らかにし、それを通して、受託者の自己執行義務を考察する際の基本的視点を得ることを目的とする。また、民法には、代理以外の場合についても、事務の処理を委ねられた者が、事務処理に際して他人を使用することができるかどうかについて、規定があり、あるいは、議論がなされている。それらの若干のものについて、具体的には、(準)委任者による代理以外の場面での復任、遺言執行者による復任、受寄者による他人の使用についても、代理における復任の議論をそのまま信託に持ち込むことが適当でないことを明らかにするという観点から、取り上げることとする。

信託法については、すでに改正作業が進められており、信託法26条が改正の対象になる可能性も、十分ある。したがって、現時点において、現行信託法の条文を前提とする議論を細かく検討することに意味があるとはいえない。そこで、本稿では、信託法26条に関するこれまでの議論のあり方について問題点を指摘し、上述のように、受託者の自己執行義務に関する今後の議論のための基本的視点を得ることを、目的とする。

2 任意代理における復任に関する規律の意味

(1) 任意代理における復任と、それ以外の委任（準委任）における復任を区別して考える必要性

はじめに、任意代理における復任に関する諸規定の意味について考える¹²。

たとえば、ビルの建築・管理・処分や投資取引に関して任意代理人が登場する場合、任意代理人はそれらの取引をおこなうよう本人から委任を受け、通常、この委任を遂行するために必要となる法律行為について、代理権を与えられる。ここで、まず注意すべきは、

民法104条は、この法律行為の実行に関するものであって、委任の遂行全体に関わるものではない、という点である。しかも、代理を除く委任（準委任を含む。以下、同じ。）については、民法上、そもそも復任に関する規定が存在しない。したがって、委任における復任に関する諸規定の意味を考える際には、復代理とそれ以外の復任を、分けて考える必要がある。

（２）任意代理の復任に関する民法の規定

任意代理人は、本人に法律効果を生じる契約などの法律行為（ビルの建築契約、賃貸契約、売買契約、株式購入契約など）を、原則として自らおこなわなければならない。これを他人に復任することができるのは、本人の許諾あるときか、やむを得ない事由のあるときだけである（民法104条）。

ここで、復任「できる（してよい）」・「できない（してはならない）」ということの意味には、次の二つがありうる。一つは、復任することが、代理人の義務違反にならないかどうか、という意味である。もう一つは、復任を受けた者が、本人に直接効果帰属する法律行為をなしうる地位を認められるかどうか、である。

民法104条は、このうちの後者に関する規定である。このことは、民法が、代理と委任を区別して、代理に関する規定においては、他人のおこなった法律行為の本人への効果帰属（本人の対外的法律関係）に関して規律するものとし、代理人と本人との間の内部的法律関係については、委任に関する規定において規律する、という構成をとっているからである。したがって、民法104条は、復任を受けた者がどのような場合に本人のために行うことができるか「でき」、あるいは「できない」のか、すなわち、復任を受けた者の法律行為の効果は、どのような場合に本人に帰属し、どのような場合には帰属しないのかを、定めているとみるべきことになる。

民法は、この104条を前提にして、ついで、復任できる場合（つまり、復任を受けた者のした法律行為の効果は本人に帰属するものとされる場合）に必要となる法律関係を、105条及び107条において整備している。すなわち、復代理人の法律行為の効果は本人に帰属する場合、本代理人自身の法律行為によって本人に損害を生じることがあるように、復代理人の法律行為によって本人に損害を生じることもある。そこで、この場合の本代理人の責任をどうするかが問題になるので、これが定められている（民法105条）。また、復任で

きる場合、復代理人は、本人のために行為できることになるが、本来は本代理人の受任者であるので、本人と直接の法律関係が生じるかどうか、本人のためになどのように行為すべきかが問題になる。そこで、これに関する規定が設けられている（民法107条）。

以上のように、任意代理における復任に関する民法の諸規定は、復任された者の法律行為の効果が本人に帰属するかどうかという規範（以下、「効果帰属決定規範」という）を出発点として、それに応じて必要となる規律を定めるものということができる。

（3）任意代理における復任に関する規律の根拠

（i）復任の原則禁止の根拠

では、任意代理人は、なぜ原則として復任できないものとされているのだろうか。

（a）本人からの信頼付与

これについて、一般に言われている理由は、任意代理人は本人から個人的信頼を得て代理人となっており、復任することは本人の信頼を裏切ることになる、ということである¹³。しかしながら、本人からの個人的信頼が、任意代理人が自分で法律行為をすることにだけ及び、任意代理人が選んだ者によって行為させることにまで及ばないのはなぜなのか、明らかでない。この点で、興味深いのは、フランス民法においては、委任一般について復任の自由が原則とされているが、これについて、本人が受任者を信頼して事務の遂行を委ねていることをその根拠とする見解があることである¹⁴。これは、本人から個人的に信頼を受けているということだけでは、復任の原則的禁止の根拠として説得力に乏しいことを示している。

（b）本人の意思と代理権授与の本旨

任意代理人に対する原則的復任禁止の根拠は、積極的には、本人の意思の尊重と、復任自由を認めることが代理権授与の契約を無意味にする（復任自由は、代理権授与という契約の本旨に反する）こと、消極的には、復任の原則禁止が任意代理人に過大な負担を課することにならず、また、任意代理制度の有用性を損なうものでもないことにあると、考えられる。

私的自治の原則によると、人は、自己の法律関係を自らの意思で形成することができる。この形成の自由は、法律関係の形成方法にも及ぶ。この自由を実現する方法の一つが、任意代理である。本人は、任意代理人を選任したからといって、法律関係形成の自由を失う

わけではない。任意代理人は、本人の意思に基づいて与えられた代理権の範囲内でのみ、法律行為の効果を本人に帰属させることができる。代理権を授与する行為も法律行為であるから、本人のために他人に代理を委ねる権限を与えられていなければ、代理人がこれを行うことができないのは、私的自治の原則からすると、当然のことである。

また、任意代理の場合、代理権は、本人 A と代理人 B との間の代理権授与行為によって授与される。この代理権授与行為は、ある法律行為を B にさせるために、おこなわれるものである。A は、その法律行為を誰か別人（C とする）におこなわせてもよいと考えるならば、B に対して代理人選任のための代理権を与えるか、C との間で代理権授与行為をする。そうであるのに、B が、委ねられた法律行為を他人に代わりにさせることができるとするならば、A にとって、B との間で代理権授与行為をした意味がなくなってしまう¹⁵。この点からも、任意代理人の復任自由は認められない。

もっとも、復任の原則的禁止が、任意代理人に不当に重い負担を課すものであるならば、任意代理人を保護する必要があるし、また、（重い負担を嫌って任意代理人の成り手がなくなるなどして）任意代理制度の有用性が害されないようにする必要も出てくる。しかしながら、その心配はない。任意代理人は、復任禁止が負担であるならば辞職すればよい（民法651条1項）からである¹⁶。

（ii）例外的に復任が許容される場合とその根拠

民法104条は、「本人の許諾」があるときと、「やむを得ない事由」のあるときにかぎって、任意代理人は復任することができるとしている。

（a）「本人の許諾」がある場合について

本人の許諾は、一般に、明示・黙示のいずれでもよいとされている。その上で、どのような場合に、本人の許諾ありとしてよいかについては、次の二説の対立がある。

一つは、代理事項が、その性質上、代理人自身の行為によって処理される必要のないものである場合（たとえば、一定の物品を定価で買い受ける場合）であって、とくに復代理を禁止する旨の意思表示がないときには、許諾があるものとしてよい、とする見解である¹⁷。

もう一つは、単に代理の性質上、代理人その人の技量を必要としないことだけをもって、許諾ありということとはできない、とする見解である¹⁸。

(i) にまとめた復任禁止の根拠からすると、本人が誰にさせてもよいと認め、そのことを表示していると認められるかどうか、問題になる。誰がしても同じだからといって、当然に許諾を含むとすることにはならないだろうが、委任において細かいことは任せるといふ趣旨が認められるならば、そのような行為については他に代理人を選ぶための代理権が与えられているとみることもできるだろう。また、そうでなくても、復任についての許諾ありとみることができよう。

(b) 「やむを得ない事由」がある場合について

「やむを得ない事由」については、一般に、代理人自身が代理行為をなすことに「やむを得ない故障」があるだけでは足りず、本人の許諾を受け、または本人に対して辞任を申し出る暇がないという事情まで必要だと、されている¹⁹。

可能であるならば本人の許諾を受けなければならないのは、(i) にまとめた復任禁止の根拠からすると、当然である。

本人の許諾を受けられる状況にない場合も、「やむを得ない故障」のあるときにだけ、復任は許される。問題は、「やむを得ない故障」とは何か、である。これについて詳しく論じるものはないようであるが、これは、当該の代理人が事務処理にあたってどういった基準で行動するよう求められているかによって、変わってくると思われる。リスクを避けることが第一だというならば、復任しなければ本人に積極的に不利益を生じると考えられる場合だけが、「やむを得ない故障」に当たるだろう。本人の利益になりそうだと見込まれる場合には万一のリスクをとることも許されているとするならば、復任したほうが本人の利益になりそうと思われる程度でも、「やむを得ない故障」になることがあるかもしれない。

代理人が事務処理に際して従うべき基準は、本人と代理人の間の関係を解釈して、個別に確定するしかない。

(4) 許された復任がなされた場合の法律関係

(a) 復任をした任意代理人の本人に対する責任

適法に復任をした任意代理人は、原則として、復代理人の選任監督上の過失についてのみ責任を負う(105条1項)。

これは、復任を許された任意代理人の責任を、一般原則からすると軽減するものである。

すなわち、自己のなすべき事務に他人を使用する者は、その他人の故意・過失について全責任を負うのが原則である²⁰。ところが、任意代理人が復任するのは、本人に認められた場合か、緊急のやむを得ない事情がある場合である。そういった場合に、厳格に責任を問うと、必要な復任を妨げる恐れがあり、かえって適当ではない。ただ、代理人は、自らが適正を判断して復代理人を選び、使用する。そこで、この自らの行為についての過失、すなわち、復代理人の選任監督上の自己の過失についてのみ、責任を負うとされている。

(b) 復代理人と本人の間の法律関係

適法に復任がなされた場合、復代理人は、民法107条1項によって、本人を代表することになる。この規定は、復代理人への代理権付与規定である。この規定がなければ、復代理人の行為の効果は、(復代理の委任者たる)任意代理人に帰属するだけになる。そこで、この規定が置かれている。

民法107条2項は、復代理人が、本人及び第三者との関係で、代理人と同一の権利義務を有する旨を定めている。このうち、第三者との関係に関する規定は、107条1項から当然に出てくるものといえることができる。本人との関係については、復代理人と本人の間に直接の法律関係はない。しかしながら、復代理人の法律行為の効果が本人に直接帰属する(本人は、復代理人の行為によって、自己の権利義務に直接の影響を受ける)ことから、本人と本代理人の間に認められるのと同じ法律関係を認めるのが便宜だという理由で、このように規定されている²¹。

3 (準) 委任(代理を除く)における復任に関する規律の意味

(1) 復代理に関する規律との意味の違い

以上、復代理に関する諸規定は、効果帰属決定規範である民法104条を前提にしていることを、述べた。ついで、これと比較する形で、受任者が、受任事務を遂行するために自らの代理人を選んで法律行為をおこなう場合と、法律行為以外の事項の処理を他人に委ねる場合の規律について、考える。

たとえば、物の取得を委ねられた受任者が、自己の名で売買を結ぶために、自己の代理人を選任することがある(たとえば、物品購入を委託された問屋が代理人を使う場合)。

また、ビル管理の委任には、テナントとの賃貸借契約の締結のような法律行為のほか、ビル清掃業務のような事実行為を伴うだろう。さらに、投資取引の委任には、実際に取引をおこなう前に、投資判断が必要になるだろう。こういった場合についての他人使用に関して定める規定は、民法には存在しない。

こういった代理以外の委任についても、民法104条等の復代理に関する規定を類推するという見解²²が、通説であるといわれている。しかしながら、これ以外の見解をとることができないわけではない。たとえば、わが国の民法における委任に関する規定の母法たるフランス民法は、委任一般についての復任について定めているが、そこでは、受任者は、自己の責任をもって復任しうるのが原則であるとされている（仏民1994条）。わが国は、これをとらなかつたと言われているが²³、それは、任意代理人による復任についてにすぎない。委任全体については、何も規定がないのであるから、そのように言い切ることはできない。また、民法104条等を類推するにしても、その法的意味は、代理の場合と異なってくると考えられる。

たとえば、問屋に関して、商法552条2項は、問屋と委託者の間に委任及び代理に関する規定を準用するものとしている。ところが、復代理に関する民法107条2項は、「その本質が単なる委任であつて代理権を伴わない問屋の性質に照らし再委託の場合にはこれを準用すべきでない」とするのが、判例である²⁴。これは、問屋が再委託を適法になした場合でも、委任者と再受託者の間に直接の法律関係を生じさせる必要はないとするものであり、問屋がどのような場合に適法に再委託をなしうるかについて、触れるものではない。しかしながら、適法な再委託の場合にも、委任者と再受託者の間に直接の法律関係を生じさせる必要がない理由は、「問屋への委託の本質が単なる委任」であり、代理ではないから、である。これはつまり、問屋は、受託した事務を自らの事務としておこなうものであるから、ということである。ところで、自らの事務をおこなうに際して、自己の費用と責任で他人を用いてはならないとする理由は、基本的にないはずである。そうであるならば、問屋の場合、代理人とは違って、受任事務の遂行を自己の費用と責任で他人に委ねることができてよいはずである。つまり、民法104条も、問屋に準用されることはないと考えられる。

問屋による再委託には、先に見た任意代理における復任の原則的禁止の根拠も、妥当しない。任意代理における復任禁止の根拠は、代理行為が直接本人に効果帰属するために、

それをどのようにおこなうかは本人の意思に基づいて決められるべきであること、また、本人の意思に基づかない復任は代理権授与契約そのものを無意味にすることにある。ところが、問屋の場合、委任者は法律行為を問屋に問屋自身の行為としておこなうよう委託している。ここでは、問屋に再委託を禁じることは、代理の場合とは反対に、自らに効果帰属する法律行為を自由におこないうるはずの問屋から、その自由を奪うことを意味する。また、問屋の場合、再委託を認めても、問屋への委任そのものを無意味にするわけでもない。したがって、問屋は、自己の費用と責任で、自由に再委託をなしうると考えられる。

清掃業務や投資判断のような事実行為について、受任者は、それを他人に委ねる契約をするための代理権を与えられている場合には、これを有効に他人に委任することができる。この場合、本人が、相手方と直接の法律関係に立つことになる。

それに対して、その代理権を有しない場合も、受任者は、自己の費用と責任で、他人を使用することができる。受任者は、自己の事務として、それをすればよいからである。そして、ここでは、復任「できる（してよい）」・「できない（してはならない）」ということは、復受任者が、行為を本人に効果帰属するものとして「できる」・「できない」という違いになって現れることは、およそない。復受任者がおこなうのは、事実行為だからである。したがって、ここでの復任に関する規律は、効果帰属決定規範ではない。

これらの場合に、復代理の規定の類推を論じる意味は、受任者はどういった場合に本人の費用で事務処理者を使うことができるのか、受任者が他人の行為の責任を負うべき場合を限定するべきか（どのように限定するべきか）、本人と復受任者との間に（代理関係が成立しないにもかかわらず）直接の法律関係を認めるべき場合があるか、復任が受任者の義務違反となり、損害賠償の根拠となるか（なお、委任は、原則として解除自由であるから、解除の原因としての意味はもたない）、といった問題にある。そうだとすると、仮に民法104条等の規定を類推するにしても、「本人の許諾」や「やむを得ない事由」など、民法104条の定める例外的に復任を可能とする事由のもつ意味は、代理の場合と異なるはずである。代理の場合、それらは、他人のした法律行為の効果を、本人に直接帰属させるための要件である。それに対して、代理以外の場合の委任においては、受任者の債務履行方法の選択に伴って生じる本人・受任者・事務処理者の利害関係を、適切に調整するための要件になるからである。

(2) 復代理に関する諸規定の類推適用の可否

もっとも、狙われている効果が違っても、要件は同じでよいということもありうる。そこで、以下では、上述の任意代理における復代理に関する諸規定の根拠と内容に照らして、それらの規定を、代理以外の委任における本人・受任者・復受任者（事務処理者）間の利害調整に利用することの可否ないし意味を、考える。

(i) 効果帰属規範としての類推適用

まず、民法104条について、である。

この規定は、上述のように、効果帰属決定規範である。ところが、代理以外の（準）委任においては、復受任者がおこなうのは、受任者に効果帰属する法律行為か、事実行為である。したがって、本人に効果帰属する法律行為をなす権限を他人に与えることができるかという意味での類推は、そもそも問題にならない。受任者は、自らが当事者となる契約を結ぶのであるから、自己の費用と責任で、これをおこなうことができる。

(ii) 復任をした受任者の責任限定法理としての類推適用

ここで問題になるのが、受任者は、どのような場合に、他人使用のための費用を本人負担とすることができるのか、使用した他人の行為による責任を限定できるのか、である。

他人使用のための費用を本人負担とすることができるかどうかは、その費用が委理事務処理費用と認められるかどうかの問題である。これについては、民法650条が定めている。それによると、受任者は、「必要と認められる」費用の償還（1項）や債務の自己に代わつての弁済（2項）を、求めることができる。「必要と認められる」とは、当該事情のもとで受任者が相当の注意（善管注意）をもって判断して必要と考えたことをいうと、されている⁴⁵。

使用した他人の行為による責任については、民法105条を類推することも考えられる。民法105条は、復代理人という他人を使用した代理人の責任を定める規定だからである。この類推を認めることは、民法104条の定める「本人の許諾」や「やむを得ない事由」という要件に、代理人の責任を選任監督上の義務違反がある場合に限定する要件としての意味をもたせる、ということである。これはつまり、この場合には受任者が他人を使用したか

らといって、そのことが債務不履行になるのではないが、選任監督に過失があるならば債務不履行責任を負う、ということである。

しかしながら、代理以外の（準）委任の場合に、他人使用について本人の許諾があれば一般的に責任制限を認めてよいといえるかどうかは、疑問である。事務執行方法を一任する趣旨が委任契約から読み取れたとしても、受任者自身の責任で復任することは妨げないと考えていることも、十分ありうるはずだからである。それに対して、他人の使用とともに、受任者の責任限定も認める趣旨が委任契約から読み取れるならば、責任限定を認めてよい。しかしながら、これは、民法104条の類推を待つまでもなく、当然のことである（ただし、この場合も、使用すべき者を本人が指定したときには、受任者の責任は105条2項と同様のものにとどめることが考えられる。本人による危険の引き受けを考慮することができるからである）。そうすると、民法104条を類推するにしても、残るのは、「やむを得ない事由」がある場合だけである。

やむを得ない事情から復任するのであれば、責任限定を認めてよさそうである。しかしながら、先に民法104条に関して述べたとおりでよいかどうかは、問題である。民法104条の「やむを得ない事由」とは、「やむを得ない故障」があり、かつ、本人の許諾を得る（あるいは、辞任する）暇がない場合をいうと、されていた。しかしながら、任意代理の場合にこのようにされているのは、あくまで、復任が本人の意思に反し、また、代理権授与行為を無意味にする恐れがあるからである。これに対し、代理以外の（準）委任における復任には、そのような恐れが一般的に認められるわけではない。しかも、やむを得ない場合の他人使用にも本人の許諾を要するとするならば、かえって、受任した事務の処理が停滞しかねない。したがって、この場合には、「やむを得ない故障」があるといえるかどうかだけが、判断基準となるべきである。

したがって、代理以外の（準）委任の場合、民法105条とその前提としての民法104条の類推は、適当とはいえない²⁶。そして、復任を禁じられていない場合に、やむを得ない事情があるのに復任しないならば、受任者は、善管注意義務に反することになる可能性が高い。復任は、この義務違反を避けるためのものということができるから、受任者の責任限定は当然であるといえることができる。

以上より、他人使用による費用負担及び責任の問題については、当該委任において受任者に要求される善管注意義務が、判断基準になると思われる。

(iii) 委任者と復受任者（事務処理者）の間の法律関係への類推適用

最後に、委任者と事務処理者（復受任者）との間に、どういった場合に直接の法律関係を認めるか、委任者から事務処理者に対して事務処理や計算報告を求めたり、反対に、事務処理者から委任者に対して費用償還や報酬を直接請求したりすることを、どういう場合に認めるべきか、という問題についてである。

この問題についても、民法107条2項の類推適用を説く見解がある²⁷。この見解は、その理由を、民法107条2項は「代理に伴う内部関係に関するものであって、ここに類推しなければ存在意義がないものだから」としている。しかしながら、この見解がまさに指摘しているように、民法107条2項は、「代理に伴う」内部関係、つまり、復代理人（事務処理者）のした行為の効果が、本人に直接に帰属する場合に必要となる規律である。ところが、代理以外の事項については、そのような効果は生じない。したがって、この規定の類推は必要がなく、適当でもない²⁸。むしろ、次のように考えるべきではないかと、思われる。

受任者が事務処理者との間で結んだ契約は、委任者の名において結ばれているか（民法99条）、委任者のためであると事務処理者が知り、または知ることができた場合（民法100条参照）において、受任者の有する代理権がその契約をすることも含んでいたときには、有権代理であり、受任者と事務処理者は直接の委任関係に立つ。そうでないときには、無権代理であり、そのようなものとして処理すればよい。本人は、直接の請求をしたければ、追認をすればよい。事務処理者は、表見代理が成立するならば、本人に直接請求できる。

契約が受任者自身のものとして結ばれた場合には、委任者と事務処理者の間に直接の法律関係を認めることは適切ではない。その契約が受任事務処理のためであっても、受任者との契約であるという事務処理者の信頼を保護する必要がある。そのため、委任者から事務処理者に対する直接請求を認めることは、適切ではない。反対に、事務処理者に望外の利益を与える必要もないから、事務処理者から委任者への報酬請求も、認めるべきではない。不当利得法理や事務管理法理によって処理すればよい。以上を原則としつつ、委任者・受任者・事務処理者の三者の交渉に原則として委ね、そこでの各人の行動を信義則によって律することで十分である²⁹。

(3) 小括

以上、代理とそれ以外の委任について、復任に関する規律の意味を考察した。それらの結論だけをまとめると、次のようになる。

任意代理の場合、復任が許されるかどうかは、復任を受けた事務処理者のした法律行為の効果が本人に及ぶかどうかの問題となる。ここでは、復任不可が原則とされている。これは、法律関係は、本人の意思に基づいて形成されるべきだという考慮と、ここで復任を認めることは、本人・代理人間の代理権授与行為を無意味にするという考慮による。

それに対して、代理以外の（準）委任の場合、復任が許されるかどうかは、復任を受けた事務処理者の行為の効果が本人に及ぶかどうかの問題を生じない。他人の使用は、委任者と受任者の委任契約上どのような効果を有するものとされるのかが、問題になるだけである。すなわち、他人使用が許されていない場合に他人を使用することは、それだけで直ちに債務不履行になる。したがって、他人の使用によって委任者に損害が生じたならば、受任者はその損害を賠償しなければならない。また、委任者が、債務不履行を理由とする解除をなしうる場合も出てくる。それに対し、他人の使用が許される場合には、受任者が他人使用のために負担した費用をどのような場合に本人に求償できるのか、事務処理者の行為に対する受任者の責任制限がどのような場合に認められるのかが、問題になる。この問題について、契約の効果の本人帰属が認められるかどうかという観点から置かれている民法104条等の規定を類推適用することは、適当ではない。復任が、当該委任契約上要求されている行動規準に従ったものであるかどうかの観点から考えるべきである。費用負担については、650条に規定があるからそれによればよく、善管注意にしたがって他人使用が適切であると判断されるならば、その費用は、本人負担となる。事務処理者の行為に対する責任については、委任者本人と受任者の間に他人使用の責任について合意が認められるときは、それによる。この合意が認められない場合であっても、受任者は、他人を使用しなければ善管注意義務違反に問われるようなときには、些細なことでも不本意なら辞任すればよいとするわけには行かないので、他人の選任監督に関する自己の過失についてのみ責任を負う。委任者と事務処理者の間の法律関係は、受任者の有権代理によって両者の関係が創設された場合を除き、直接の法律関係の成立を認めるべきではない。

4 遺言執行者の復任に関する規律の意味

(1) 法律行為の復任

受託者の自己執行義務については、委任との対比においてだけでなく、信託と遺言執行の類似性から、遺言執行者の復任権に関する民法1016条との対比が説かれることもある³⁰。

民法1016条1項は、「遺言執行者は、やむを得ない事由がなければ、第三者にその任務を行わせることができない……」と定めており、「任務」の理解しただけでは、委任について述べたことと、大きく異なってくることになる。しかしながら、同条は、起草者によると、「法定代理人」たる遺言執行者について、民法106条の特則として設けられたものであり、復代理に関して定めるものである³¹。そうすると、民法1016条1項は、効果帰属決定規範の一つと理解することができる。そのうえで、遺言執行者による復任についても、関係当事者間の法律関係を調整するための規範が必要になる。民法1016条2項は、その一つである。もっとも、この規定は、復任を正当化する特別の事情（遺言における、復任可能の定め〔民法1016条但書〕）がある場合に関して、遺言執行者の責任限定を定めるにすぎない。これ以外の事柄については、法定代理人による復任に関する民法106条本文と民法107条が、相続人を本人として、類推適用されると考えられる。

(2) 事実行為のための復任

遺言執行者は、遺言執行事務の処理に際して、事実行為をおこなうことも多い。これに関して、現在の学説には、「遺言執行者がたまたま農民であったとしても、管理に付された相続農地を自ら管理し耕作する必要はなく、履行補助者を使用できる、とするものがある³²。これは、民法1016条に関連して述べられているが、農地の管理や耕作のような事実行為については、その法律効果の本人への帰属が問題になるわけではない。したがって、この場合に、効果帰属決定規範である民法1016条は適用されない。民法は、この場合については、特別の規定を置いていないのである。事実行為について、問題の性質は、代理以外の（準）委任における復任についてと全く同じであるといっておかろう。したがって、この問題は、代理以外の（準）委任における復任に関して述べたのと同じように規律されると考えられる。

5 寄託における復寄託に関する規律の意味

民法は、寄託についても、他人の使用に関する規定を置いている。

民法658条は、受寄者が第三者に寄託物を保管させること（復寄託）を、原則として禁じている。ただし、寄託者の承諾があるときは、この限りではない。

保管は、事実行為であるから、民法658条は、効果帰属決定規範としての性格を有しない。民法658条は、受寄者の債務履行の方法に関する規範を定めるものである。

復寄託の原則禁止の根拠は、任意代理における復代理の原則禁止と同様に、寄託者と受寄者の間の人的信頼関係にあると説明されるのが、一般的である³³。しかしながら、人的信頼が、なぜ、保管方法について受寄者の裁量に広く委ねることにまで及ばないものとされるのかは、明らかではない。

むしろ、次のように考えるべきである。すなわち、物の保管は、寄託契約の本来的内容である。そのため、受寄者が保管を自由に他人に委ねられるとすると、本人にとって、その受寄者と寄託契約を結んだ意味がなくなる（復寄託の自由は、寄託契約を無意味化する）。そこで、復寄託は原則として禁じられ、ただ、本人の承諾があるときは例外であるとされているのだと、考えられる³⁴。

ここで、復寄託を「できる」・「できない」とは、本来的には、復寄託をすることが寄託者と受寄者の寄託契約上どのような効果を有するのかを、問題とするものである。

復寄託を「できない」とされているのに、受寄者が他人に保管させた場合、それだけで債務不履行になる。この場合、受寄者は、寄託者に対して、実際の保管者のもとで生じた損害の賠償責任を当然に負う。なお、寄託者は、いつでも寄託物の返還を請求することができるので、許されない復寄託は、契約解除の原因として独自の意味を有しない。

それに対し、他人に保管させることが許される場合には、復寄託それ自体が債務不履行を構成するわけではない。そこで、受寄者が復受寄者の使用のために負担した費用をどのような場合に本人に求償できるのか、復受寄者の行為に対する受任者の責任制限がどのような場合に認められるのかが、問題になる。

復受寄者の行為に対する受任者の責任について、民法658条2項は、任意代理における復代理に関する民法105条を準用している。これは、民法105条が、適法ないし正当な復任

(義務違反にならない復任)の場合に広く準用ないし類推適用されうる規定であることを示すものと、みることもできなくはない。しかしながら、許される復委託の場合は、他人の使用によって契約内容を無意味にしないよう、とくに本人の承諾を得ている点で、復代理との類似性が認められる。この類似性のために、復代理の規定が類推適用されるのだと考えることも可能である³⁵。

復委託の費用の負担については、民法665条が民法650条1項及び2項を準用しているから、それによればよい。すなわち、受寄者の負う注意義務に照らして、他人使用が適切であると判断されるならば、その費用は、本人負担となる。

寄託者と復受寄者の関係については、民法658条2項が、民法107条2項を類推適用している。これも、復受寄者の行為に対する受寄者の責任の場合と同様に、民法107条2項が、適法ないし正当な復任の場合に広く準用ないし類推適用されうる規定であることを示すものとみることも、できなくはない。しかしながら、この準用は、立法過程においてすでにその当否が論じられ、復代理の場合とは状況が違うけれども、準用するのが便宜だともいえるからとして、なされているものである³⁶。また、物所有者が寄託者の場合については、寄託者と復受寄者は、所有権と占有権、留置権などを介して、すでに直接の法律関係に結ばれているといえる。ここに、便宜的に直接の契約類似の法律関係を認める素地があるということもできると思われる。

6 受託者の「自己執行義務」についての若干の考察

(1) 考察の前提

以上の検討から明らかになった主な点をまとめると、次のとおりである。

第一に、民法上、事務を委ねられた者が、他人の使用を禁じられる場合には、二つある。他人の使用が、本人に委ねられている決定の自由を害する場合と、契約の意味を失わせる場合である。これ以外には、一律に他人の使用を禁じる規定はない。

第二に、他人の使用を禁じることの意味にも、二つある。その他人の行為の法律効果が本人に帰属しないとすること、他人の使用が債務不履行になるとすることである。

第三に、復代理に関する諸規定は、復代理人の法律行為の効果が本人に直接に帰属する

ことを前提として設けられているものである。

第四に、そのために、復代理に関する諸規定は、代理以外の法律行為の委任や、事実行為の準委任、寄託などには、便宜を理由とする一部の例外を除き、類推適用されない。

第五に、他人の使用が債務不履行になるかどうかの判断については、受任者等に事務処理にあたっての行動基準を与える善管注意義務が重要な判断基準になる。

(2) 受託者の自己執行義務に関する若干の考察

以上を前提にして、受託者の自己執行義務に関して、次のことを指摘することができる。

(i) 自己執行義務違反の効果について（信託法26条1項の効果帰属決定規範性について）

信託法26条1項によると、受託者は、原則として、「信託事務」を自ら処理しなければならないが、他人に代わってさせてはならないとされている³⁷。

ここでは、代わってさせてはならないということの意味を、考える必要がある。

これには、二つの意味がありうる。一つは、代わってさせた場合、他人のした行為の効果は信託財産に帰属しないという意味である。もう一つは、代わってさせることは、受託者の信託事務処理の仕方として適当ではないという意味である。

前者の意味が問題になりうるのは、法律行為に関してだけである。したがって、冒頭に挙げた例で言えば、④と⑥の運用については、この意味における「代わりにさせることができるかどうか」が問題になる。それに対し、②⑤⑦及び⑥の投資判断で問題になるのは、債務履行の仕方としての当否である。①は何をさせるかによるが、受託法人が機関や職員を使用して信託財産に効果帰属させる法律行為を行うことは、信託行為において特段の異なる合意（誰それにだけ行為させる）のないかぎり、法人はそれらの者を使用する権限を信託行為上当然に有するはずである。③は、弁護士等に何をさせるか（法律行為をさせるかどうか）による。

受託者が他人に法律行為を代わりに行わせる場合、その他人は、いずれにせよ受託者の代理人である。したがって、その他人が第三者とおこなった法律行為の効果は、受託者に帰属する。問題は、それが信託財産にも及ぶか、である。これについては、信託法26条1項の認める例外を除いて及ばないとする見解がある³⁸。それに対して、第三者からみれば受託者が信託財産の権利者であるから、受託者の代理人との行為は信託財産にも及ぶとす

る見方もありうるはずである。

前者の見解によるならば、信託法26条1項は、他人のおこなった法律行為の効果の信託財産への帰属を問題とする規範（効果帰属決定規範）であり、同条2項と3項は、その帰属が認められる場合の調整規範を含むことになる。つまり、同条は、代理に関する民法104条等と同じ意味をもつことになる。しかしながら、信託法26条1項を、民法104条と全く同じ趣旨の規定であると解することはできない。なぜならば、信託法26条1項にいう「信託事務」は、法律行為に限定されていないからである。したがって、信託法26条1項は、純粹の効果帰属決定規範であるということとはできない。受託者の自己執行義務の範囲を考えるに際しては、このことを十分意識しておく必要がある。

（ii）自己執行義務の対象となる事務（信託法26条1項の「信託事務」）について

つぎに、信託法26条1項の「信託事務」の意味について、本稿のこれまでの検討を前提にすると、次のことを指摘することができる。

信託法26条1項の「信託事務」は、かなり広い範囲の事務を含む概念と捉える見解が一般的である⁷⁹。しかし、この解釈は、少なくとも民法上の復任（他人使用）禁止規定と均衡を失する。民法上原則的に禁止されている復任は、事務処理を委ねる契約を無意味にするような復任だけだからである。民法と異なるからといって、その解釈が不当であることにはならない。しかしながら、民法における類似の場合と異なることは意識しておく必要があるし、また、なぜ異なるのかを明らかにする必要があるはずである。その際、他人使用の禁止が、事務処理を委ねられた者にどの程度の負担となるのかにも、十分留意する必要がある。

民法上の明文規定で他人使用を禁じているのは、任意代理人が他人に代理行為をさせることと、受寄者が他人に保管をさせることだけである。他人使用の禁止は、代理行為や保管に関して必要なその他の行為には及ばない。そして、それらの行為については、代理人や受寄者は、善管注意を尽くして行動しておれば責任を負わないと解せられる。これによって、他人使用の禁止は代理人や受寄者にとって過大な負担とならないのが通常であり、代理制度や寄託制度の有用性を揺るがす恐れを生じさせることもない。

「信託事務」を、当該信託の本旨から受託者自身による遂行が要求される事務に限る場合には、上記の民法の他人禁止規定の場合と、ほぼ同様の評価が可能である。それに対し、

「信託事務」を緩やかに解するならば、受託者は、他の事務処理者に例を見ない過大な負担を背負わされることになる。この場合、そのことによって信託制度の有用性が損なわれる恐れがないのかも、慎重に検討する必要がある。

(iii) 受託者が「信託事務」の処理に他人を使用できる場合について

(a) 信託法26条1項の効果帰属決定規範性を認める場合

信託法26条1項は、それが効果帰属決定規範としての側面も有すると認める場合も、単純に民法104条と比較することができない点がある。

信託法26条1項も、民法104条も、やむを得ない事由がある場合には、他人を使用することができるとしている。このほかに、民法104条は、本人の許諾があるときにも、復任を認めている。これは、次の二つの意味で、復任禁止を解く事由となる。第一に、この場合の復任は、法律行為の効果を受けるべき者（本人）の意思に反することにならない、という意味である。第二に、この場合の復任は、特定人への代理権授与を無意味することにもならない、という意味である。

これに対し、信託法26条1項は、信託行為に別段の定めがあることを、例外的に他人の使用を可能にする事由としている。この場合、信託を設定する行為において他人使用が許されるのであるから、他人を使用しても信託の設定を無意味にすることにならないという意味で、他人使用の原則禁止に対する例外事由となる。ところが、これは、他人のした法律行為によって影響を受ける者の同意によって他人使用の禁止を解くという意味はもたない。信託の場合、他人のした法律行為によって影響を受けるのは信託財産、実質的には受益者だからである。そうすると、信託法26条1項は、それを効果帰属決定規範であると理解したとしても、民法104条とこの点で異なっていることになる。ここでは、この違いの理由が何であるかが問題になるとともに、その理由が必ずしも説得的なものでない場合には、受益者の同意によって他人使用が許されるとすることも、考えられてよいはずである。

(b) 信託法26条1項の効果帰属決定規範性を否定する場合

受託者から委任を受けた他人が第三者とした法律行為の効果は信託財産にも及ぶとするときには、信託法26条1項は、効果の帰属・不帰属に関しては意味をもたないことになる。この場合、信託法26条1項は、受託者の債務の履行を巡る問題（費用負担、事務処理者の

行為に対する責任、信託財産と事務処理者の間の法律関係)に関する調整ルールを定める2項及び3項の要件を設定するものということになる。ここでは結局、問題の表れ方は違う(ここでは、効果が信託財産に当然に直接帰属する。しかし、他人を利用した場合、その点で受託者に債務不履行が認められる可能性があり、どういった場合に、債務不履行とし、どういった場合に債務不履行としないかが、問題になる)が、つぎに述べる場合(信託財産への直接の効果帰属はおよそ問題にならない。しかし、受託者が他人を利用することが債務不履行になることがあり、どういった場合に、債務不履行とし、どういった場合に債務不履行としないかが、問題になる)と同じことが問題になる。

他人を使うことが、受託者の義務の履行方法として適当ではないという意味が問題になるときは、信託法26条は、受託者の債務の履行を巡る問題(費用負担、事務処理者の行為に対する責任、信託財産と事務処理者の間の法律関係)に関する調整ルールとして適切かどうか、どのように理解すれば適切ということになるか、という観点から議論する必要がある。

費用負担に関しては、他人を使用したことが、信託法26条1項に照らして、信託法36条にいう「自己(受託者)の過失」にあたるかどうか、問題になる。これに関しても、信託法26条1項によると、実際上の費用負担者である受益者の負担了承の意思が意味を待たない点が、問題になる。同条の起草過程では、当初、他人使用が例外的に認められる場合として、「信託行為に別段の定めある場合、受益者の承諾ある場合又は已むことを得ざる事由ある場合」(大正7年9月19日信託法案、大正7年11月1日信託法案)となっていた。受益者の承諾ある場合が削除された理由は明らかでないが、費用負担の調整ルールとしては、この場合もあってよいと思われる。

また、「已むことを得ざる事由」は、委任等の場合と対比するならば、当該事情のもとで受託者が相当の注意(善管注意)をもって判断して必要と考えたことと解するのが適当であると思われる。

事務処理者の行為に対する受託者の責任の軽減事由についても、受益者が責任限定の上で他人を使用することを了承したことによる軽減を認めてよいように思われる。「已むことを得ざる事由」の有無は、受益者の同意を問題とせず(受託者に任せておけるのが信託だから。なお、受託者には受任者のような辞任の自由がないから、「辞任の暇がない」という受任者について問題となりうる事情は、ここでは問題にならない)、「やむを得ない故

障」の有無のみによって判断すればよい。

(iv) 事務処理者と信託財産の間の法律関係について

最後に、事務処理者と信託財産の間に直接の法律関係を認めるかどうかについて、信託法26条3項の「受託者に代わりて信託事務を処理する者」とは、同1項で使用を認められた者のことであるとされている（ただし、同3項の文言は、同1項を受ける形になっているわけではない）。しかしながら、事務処理者がおこなうのが事実行為である場合、その行為によって信託財産に生じる影響は、受託者が他人の使用を許されていたかどうかによって異なるものではない。むしろ、事務処理者は受託者との契約関係に基づいて、受託者に対して責任を負うのが原則であって、ただ、事務処理者が信託の存在を知って代行する場合には、責任の引き受けがあるとみることと十分であると思われる。

7 おわりに

以上、信託法26条について、任意代理における復代理に関する民法104条等の規定と異なることに加えて、民法上の類似の問題に関する諸規定との比較から明らかになる若干の問題点を指摘した。信託法については、改正作業が進行中であり、信託法26条も改正対象になるかもしれない。そのため、本稿では、信託法26条について具体的な解釈論を展開するのではなく、受託者の自己執行義務を考える場合の一般的視点を得ることに重点を置いた。本稿の考察を前提に、信託法の改正後、受託者の自己執行義務についてもう一度検討することを考えている。

〔注〕

- 1 四宮和夫『信託法（新版）』（1988年、有斐閣）236頁、能見善久『現代信託法』（2004年、有斐閣）107頁など。
- 2 注1に掲げた文献参照。
- 3 以上の①～④について、四宮和夫『信託法』236頁以下。
- 4 新井誠『信託法』（2002年、有斐閣）143頁。
- 5 樋口範雄『フィデューシャリー〔信託〕の時代』（1999年、有斐閣）201頁以下。
- 6 能見・前掲書114頁以下。
- 7 山本敬三「受託者の自己執行義務と責任の範囲―復代理制度と履行補助者責任論の再検討を手がかりとして」道垣内弘人ほか編『信託取引と民法法理』（2003年、有斐閣）137頁は、信託法26条をめぐる従来の議論は、民法の復代理制度と伝統的な履行補助者責任論に依拠して展開されてきたと指摘している。
- 8 入江真太郎『全訂信託法原論』（1933年、巖松堂書店）303頁。
- 9 四宮・前掲書237頁。
- 10 信託法26条
受託者は信託行為に別段の定めある場合を除く外、自己の責任を負うことを得る。前項の場合においては、受託者は選任及び監督に付いてのみ其の責に任ず。信託行為に依り他人をして信託事務を処理せしめたる時亦同じ。
受託者に代りて信託事務を処理する者は受託者と同様の責任を負う。
民法
104条 委任による代理人は、本人の承諾を得たとき、又はやむを得ない事由があるときでなければ、復代理人を選任することができない。
105条 1項 代理人は、前条の規定により復代理人を選任したときは、その選任及び監督について、本人に対してその責任を負う。
107条 2項 復代理人は、本人及び第三者に対して、代理人と同一の権利を有し、義務を負う。
- 11 山田昭『信託立法過程の研究』（1981年、勁草書房）110頁。
- 12 民法上の制度と信託法上の制度を比較検討する場合、信託法上の制度から民法上の制度をみていくことも、もちろん可能である。ただ、自己執行義務に関する問題は、信託における議論が代理における議論を参考にしながらおこなわれてきているという上記の経緯がある。ここでは、そのような議論の仕方の当否をも問題にしているので、まずは任意代理における復任からみていく。
- 13 我妻栄『新訂民法総則（民法講義Ⅰ）』（1965年、岩波書店）366頁。
- 14 『ボアソナート氏起稿再閣修正民法草案注釋第三編・特定名義獲得ノ部・下巻』284頁。
- 15 於保不二雄編『注釈民法（4）』（1967年、有斐閣）58頁〔太田武男執筆〕も、任意代理人による復任は、委任ないし代理の「本旨ニ悖ル」としている。
- 16 任意代理人の原則的復任禁止を、以上のように根拠づけられることは、法定代理人の復任自由と

の比較からも明らかになる。

法定代理人の復任自由は、しばしば、任意代理人の復任禁止を前提に、次の事情を考慮して特に認められるものとされている。すなわち、①代理人は本人が選任するわけではないから、復任をしても本人の意思や信頼に反しない、②法定代理人の代理権は一般に広範である、③復任について本人に許諾能力がないことが多い、④法定代理人には辞任の自由がない、といった事情である。

しかしながら、②については、限定的な代理権しか有しない法定代理人も多く（例：代理権を付与された保佐人や補助人、民法830条に基づいて第三者が選任する財産管理人）、一般的な理由になりえない。③も、許諾能力がないのは、意思無能力者くらいである（ただし、不在者も、能力はともかく、現実許諾を与えられない）。④は、それ自体としては、確かにそのようにいえる。しかしながら、信頼について言えば、法定代理人も、選任権者から、その適性判断のすえに、具体的信頼（例：家庭裁判所や本人以外の者によって選任される法定代理人）ないし一般的信頼（例：親権者）を受けて、代理人になるものである。したがって、復任は、この信頼を裏切ることになるといえないでもないだろう。そうすると、以上のうちで残るのは、法定代理人は、本人の意思によって代理人になるのではない（法定代理の場合、本人への法律行為の効果帰属根拠は、本人の意思にあるのではない）。したがって、本人は、自己のために行為をする者を限定することについて、保障されるべき法的利益を有しないことと、辞任の自由を有しない法定代理人にとって、復任禁止は過酷な負担となる（その結果、代理人への成り手がなくなる恐れも場合によっては生じる）ことにあると、考えられる。

17 『注釈民法（4）』58頁以下（太田）。

18 嶋山秀夫『法律行為乃至時効』（1922年、巖松堂書店）302頁。

19 嶋山・前掲書303頁、我妻・民法総則355頁、『注釈民法（4）』59頁以下（太田）。

20 そのため、復任を自由になしうる場合、代理人は、復代理人の行為について一切の責任負うものとされている。法定代理に関する106条は、そうである。また、旧民法は、任意代理についても復任自由を原則としつつ、復任した場合、「代理人ハ自己ノ管理ニ於ケル如ク其復代人ノ管理ノ責ニ任ス」としている（旧民法財産取得編235条1項）。

21 梅謙次郎は、法典調査会において、寄託についての民法658条に関する議論の中で、この理を再三強調している。『法典調査会民法議事速記録4』（1984年、商事法務）746頁及び749頁の梅謙次郎発言。また、同747頁の富井政章発言においても、同様のことが述べられている。さらに、『注釈民法（4）』71頁〔太田〕。

22 我妻栄『民法講義・債権各論（中Ⅱ）』（1962年、岩波書店）673頁

23 岡松参太郎『注釈民法理由総則編』（1899年、訂正12版、有斐閣書房）233頁、富井政章『民法原論第一巻』（1922年、増訂17版合冊、有斐閣）506頁。

24 最判昭和31・10・12民集10巻10号1260頁。

25 我妻・債権各論（中Ⅱ）682頁、幾代通＝広中俊雄編『新版注釈民法（16）』（1988年、有斐閣）271頁〔明石三郎〕。

26 山本・前掲論文は、復代理禁止原則や代行禁止原則が対象とするのは、他人を利用することが許

されるかどうか、どのような場合に許されるかという問題であり、この問題において他人使用が許されると決まっても、他人使用者がどのような責任を負うべきかという問題に対する答えは直ちには決まらない旨を、強調している（同論文100頁、128頁、138頁等）。ここでの「許されるかどうか」は、本稿にいう効果帰属決定の問題である。したがって、効果帰属決定規範を前提とする他人使用者の責任に関する規律も論理必然でないとするならば、効果帰属決定規範を前提としないところに、その他人使用者の責任に関する規律を持ち込むことには、全く理由がないことになるだろう。

- 27 我妻・債権各論（中Ⅱ）674頁。
- 28 最高裁判決にも、問屋に関して民法107条2項の類推適用を否定したものがある（前掲最判昭和31・10・12）。
- 29 ただし、物の保管に該当する事務については、寄託に関する民法658条2項（これは、民法105条と同107条2項を準用している。）を類推適用することが考えられる。
- 30 川北清道「自己執行義務と代人使用について」信託法研究13号5頁以下。
- 31 梅謙次郎『民法要義卷之五（相続編）』（1913年、第21版、有斐閣書房）399頁以下。
- 32 『新版注釈民法（28）』（1988年、有斐閣）344頁〔泉久雄〕。
- 33 『新版注釈民法（16）』323頁〔明石〕。
- 34 以上の趣旨からすると、やむを得ない場合の復寄託は、許される余地があるものの、それには本人の承諾を得られない状況のあることが必要であると考えられる。
- 35 『法典調査会民法議事速記録4』749頁における梅謙次郎発言も参照。
- 36 『法典調査会民法議事速記録4』747頁以下参照。
- 37 なお、信託業法は、平成16年度の改正によって、その22条1項において、同項に定める3つの要件が充たされる場合にのみ、信託会社は「信託業務の一部を第三者に委託することができる」ものとした。そのうえで、信託会社から委託を受けた者に信託会社と同一の義務を幾つか負わせ（法22条2項）、また、信託会社に、委託先の行為について信託法26条2項における受託者と同様の責任を負わせている。したがって、信託業法における信託会社の自己執行義務は、依然として、信託法における受託者の自己執行義務に関する一般的理解の延長線上にあるということができる。
- 38 入江・前掲書303頁（受託者が同意又は追認（民法116条）していても「無効」とする）、四宮・前掲書237頁。
- 39 信託業法22条1項は、その典型例であるということができる。

「預かり金の預金口座の差押え等と
信託成立の抗弁」

安 永 正 昭

目次

- 1 問題の所在
- 2 最判平成14年1月17日の述べる信託成立要件の検討
 - (1) 判決の内容
 - (2) 預金者は誰か
 - (3) 信託成立の要件についての検討
- 3 保険代理店の保険料徴収専用口座
 - (1) 問題の所在
 - (2) 信託構成の可能性について
 - (3) 検討
 - (4) 信託構成をとる場合の決着の方法
- 4 弁護士の預り金専用預金口座
 - (1) 問題の所在
 - (2) 信託構成の可能性
 - (3) 検討
- 5 マンション管理会社の管理費用等専用口座
 - (1) 問題の所在
 - (2) 信託構成の可能性の検討
 - (3) マンションの管理の適正化の推進に関する法律
- 6 結語

1 問題の所在

(1) この論稿では、以下のような問題について検討をする。すなわち、「Aがある事務処理のためBにお金を預け、Bはこれを自分名義の預金としつつ預かり金と分かる識別をして銀行預金（ここでは、通常、普通預金である）をし、これを受託事務を処理する目的で管理する。しかし、その後、Bが事実上倒産をし、又は、倒産手続が開始した。そこで、Bの債権者Cがこの預金をBの責任財産に属するBの預金として差し押さえ取り立てる、あるいは、破産管財人が預金を取り立てる、または、銀行DがBへの貸金と相殺する。このような場合、Aがこれは自分の預金だとして、異議を申し立てるなどした場合、AとC（又はD）との間で預金の帰属等につき争いが生ずる。A、C（又はD）いずれの主張が、いかなる法的な根拠により、優越するか」、という問題である。

(2) この問題についてはまず、預金者は名義人のBなのか、預金の原資の実質の出捐者であるAなのかという預金者の確定の問題が先行する。

この預金者の確定に関しては、対立する2つの考え方があり得る。第1は、この預金が、名義はともかく、原資の実質の出捐者であるAの預金であるとするものであり、これによれば、Cに対する関係では、Aは預金の債権者として第三者異議を主張することができるとする解決となろう（なお、預金債務者Dが差押え債権者等の請求に応じて支払った又はAに対して貸付債権がありそれを自働債権として相殺をした場合については、Dにつき民法478条適用の可能性がありうる。もっとも、諸般の事情からふつうはDは悪意又は過失が認定されよう）。これは、預金者認定についてのこれまでの判例・多数説において、「客観説ないしは出捐者説」が採用されてきたところを単純に演繹した結論である。こう考えるのであれば、上記利害の対立は、Aの利益を優先するかたちで決着が図られることになる。

預金原資が経済的には委託者Aに帰属すると見られるから、このような利害調整の結論は妥当であると感じられる。

他方、第2は、名義人たる受任者Bを預金者とする考え方である。近時、上記の設例のような事案で、そのような考え方を述べる最高裁判所の判決が相次いでだされている。す

なわち、損害保険代理店の保険料徴収専用普通預金口座の預金債権が損害保険代理店に帰属するとした最2小最判平成15年2月21日民集57巻2号95頁、弁護士預り金普通預金口座の預金債権が弁護士に帰属するとした最1小判平成15年6月12日民集57巻6号563頁である。このような判断に従えば、上記利害の対立は、単純には、C又はDの利益を優先するかたちで決着が図られることになる。

預金者の帰属問題に関する第2の考え方を採用し、それを基準として利害関係の調整をする場合の上記結論には違和感がある。B名義の預金に姿を変えているとはいえ預金はAからの「預り金」の性格を有するところ、それが実質的に帰属すべき者Aから取り上げられ、Bの債権者の利益に配分されるという点は、利害の調整としてただちには納得しがたいからである。もちろん、預金がB名義である故にBの責任財産であると信頼してBと取引に入った者の保護も配慮しなくてはならないが、Bの預金であると判断されると直ちに自動的にBの債権者が優先するとの結論には問題がある。

(3)ところで、このような問題を解決する有力な法律構成として、近時、このような関係における預金を信託財産とみる構成が提案されている。すなわち、この預り金についてAを委託者兼受益者、Bを受託者とする信託が成立し、名義はB名義の財産となつてはいるがそれはAとの間で設定された信託目的を遂行するための信託財産であるとの構成である。信託の成立が認められることになるといわゆる倒産隔離が働き(信託法16条)、責任財産としてはBの財産から分離され、B固有の債務の引き当てとはならず、したがって、信託と関わりのないB固有の債権者C等はこの信託財産には強制執行することができないし、またBが破産した場合もこれはBの破産財団には属さない事になる。さらに、受託者B固有の債権者の有する債権(例えばBに対するDの貸付金債権)と信託財産に属する債権(上記B名義預金)とは相殺することができない(信託法17条)。これによりこの信託の受益者(A)が保護されるとの結論を得ることができる。

このような議論のきっかけとなったのは、最1小判平成14年1月17日民集56巻1号20頁であり、これは、類似の関係につきAB間でBを受託者とする信託の成立を認め、当該預金が破産したBの破産財団に組み込まれない旨を判示したものである。

(4)そこで、以下では、設例のような事実関係が生ずるとみられる3つの具体的な事

例をあげ、預金債権の帰属者、及び、信託成立の可能性を検討する。検討対象とする具体的事例としては、近時議論の俎上に載せられている以下のものである。すなわち、①弁護士が顧客依頼者から依頼された事件に関連して金銭を預かる場合の専用預金口座、②損害保険会社の保険料徴収等のため、保険代理店名義で開設される専用口座、③マンションの管理費、長期修繕積立金についての管理委託会社名義での専用口座預金である。検討の手順としては、最判平成14年1月17日を参考に、このような預金について何がそろえば信託が成立しようとしているのか（成立要件）を考察したうえで、①から③までの事例において、それぞれ、まず、預金債権の帰属をどのように考えるべきかを論じ、ついで、信託が成立するための要件が満たされていると考えてよいかどうかを検討する。

2 最判平成14年1月17日の述べる信託成立要件の検討

(1) 判決の内容

公共工事の請負人Bが保証事業会社Yの保証のもとに発注者・地方公共団体Aから支払を受けた前払金について、地方公共団体Aと請負人Bとの間の信託契約の成立を認め、請負人Bが破産した場合において、前払金（預金）はその破産財団に組み入れられないとして、破産管財人Xの組み入れられるとの主張を退ける判断をしたものである。

事実関係の概略は、次のようなものである。すなわち、公共工事の請負人B建設工業は、保証事業会社Yから、「公共工事の前払金保証事業に関する法律」に基づく前払金保証（AのためにするB Y間契約）を得て、地方公共団体A（愛知県）から発注工事の前渡金の支払いを受け（完成時支払いでは請負人が資金難で工事を完成できないおそれがあるので、工事代金の一部前払いを認める仕組みがおかれている）、その前払金を金融機関Cの別口普通預金口座に預金していたが、その後、Aから、請負契約をBの営業停止により解除され、倒産した。BがAに、前払金から工事既済部分に対する代価相当額を控除した残額の返還をしないので、Yが保証債務の履行としてAにそれを支払った。こういう事実関係で、Yは、上記C金融機関にある前払金預金から求償債権の支払いを受けようとしたところ、Bの破産管財人Xが、これを破産財団に属すべき預金と主張し、Yに対しその確認を、Cに対しその支払いを求めた。

最高裁判所は、「本件請負契約を直接規律する愛知県公共工事請負契約約款は、前払金を当該工事の必要経費以外に支出してはならないことを定めるのみで、前払金の保管方法、管理・監査方法等については定めていない。しかし、前払金の支払は保証事業法の規定する前払金返還債務の保証がされたことを前提としているところ、保証事業法によれば、保証契約を締結した保証事業会社は当該請負者が前払金を適正に使用しているかどうかについて厳正な監査を行うよう義務付けられており（27条）、保証事業会社は前払金返還債務の保証契約を締結しようとするときは前払金保証約款に基づかなければならないとされ（12条1項）、この前払金保証約款である本件保証約款は、建設省から各都道府県に通知されていた。そして、本件保証約款によれば、前記1（3）記載のとおり、前払金の保管、払出しの方法、被上告人保証会社による前払金の用途についての監査、用途が適正でないときの払出し中止の措置等が規定されているのである。したがって、BはもちろんAも、本件保証約款の定めるところを合意内容とした上で本件前払金の授受をしたものというべきである。」。

以下要旨として、「このような合意内容に照らせば、本件前払金が本件預金口座に振り込まれた時点で、AとBとの間で、Aを委託者、Bを受託者、本件前払金を信託財産とし、これを当該工事の必要経費の支払に充てることを目的とした信託契約が成立したと解するのが相当であり、したがって、本件前払金が本件預金口座に振り込まれただけでは請負代金の支払があったとはいえ、本件預金口座からBに払い出されることによって、当該金員は請負代金の支払としてBの固有財産に帰属することになるというべきである。」、と。

「また、この信託内容は本件前払金を当該工事の必要経費のみに支出することであり、受託事務の履行の結果は委託者であるAに帰属すべき出来高に反映されるのであるから、信託の受益者は委託者であるAであるというべきである。そして、本件預金は、Bの一般財産から分別管理され、特定性をもって保管されており、これにつき登記、登録の方法がないから、委託者であるAは、第三者に対しても、本件預金が信託財産であることを対抗することができるのであって（信託法3条1項参照）、信託が終了して同法63条のいわゆる法定信託が成立した場合も同様であるから、信託財産である本件預金はBの破産財団に組み入れられることはないものということができる（同法16条参照）。」、と判示した。

(2) 預金者は誰か

預金はB名義でなされているが、それは厳格な手続の下でのみBのなす工事のために必要な経費の支払いに充てられるのであるから、それはAからの「預り金」といえなくもないので、本稿冒頭の設例の範疇に含まれる。しかし、本件では預金者が誰かについて当事者が争っていない事もあるが、その点の判断はなされず、預金はBに帰属するという前提で信託構成が検討されている。また、実質的にも、工事代金の一部が前払いされた関係であり、それがB名義の普通預金口座とされているのであるから、預金がAに帰属するという結論は導きづらいところであろう³。

(3) 信託成立の要件についての検討

(i) 検討すべきは、このような事実関係において、本判決は、信託成立の要件についてどのように考えているかである⁴。

信託法1条は、「本法ニ於テ信託ト称スルハ『(1) 財産権ノ移転其ノ他ノ処分ヲ為シ』『(2) 他人ヲシテ一定ノ目的ニ従ヒ財産ノ管理又ハ処分ヲ為サシムル』ヲ謂フ」と規定されているが、要件(1)については、AからBへの「前払金の振込み」がこれに該当するとされる。また、要件(2)については、A B間の明示的合意では、移転された「前払金」はBにより当該工事の必要経費の支払に充てることを目的とする(愛知県公共工事請負契約約款によるA B間の合意)とされるにとどまるが、信託で特に問題とすべき「前払金の保管方法、管理・監査方法等」については、B Y間契約を律する前払金保証約款で「前払金の保管、払出しの方法、被上告人保証会社による前払金の用途についての監査、用途が適正でないときの払出し中止の措置等」が定められ、「BはもちろんAも、本件保証約款の定めるところを合意内容とした上で本件前払金の授受をした」のであるから、これにより、Bに「一定ノ目的ニ従ヒ財産ノ管理又ハ処分ヲ為サシムル」(＝合意で、他人に一定の目的にしたがって財産管理をさせる義務を負わせる)という要件が満たされたと判断したものと理解することができる。すなわち、分別管理義務及びそれを確保する具体的方法についての合意がなされていることを信託成立の要素としている、と見ることができる⁵。受託者が倒産した場合に、受託財産については受託者の責任財産から除かれるとの効果(信託法一六条)を期待しているわけであるから、責任財産となる自分の財産とそうは

ならない受託財産との分別管理義務及びその具体的方法が合意により明確とされていることを信託契約成立の重要な要素とすることは妥当であろう。

(ii) 成立に関して、検討すべき問題点

①第1に、本件では、当事者の中で信託を設定するという意思が明示的には示されていない⁶。のみならず、そもそも信託法にしたがって信託を設定するとの主観的意図も（判決がだされた今後においてはともかく、この事案の当事者間では）おそらくないといつてよい⁷。上記のように客観的に信託法1条の要件を満たす事実関係が発生している事を根拠に、信託の成立を認めたことになる。

信託法1条との関係での説明が問題となるところであるが、一部の学説では、英米法にいわゆる擬制信託が認められたものとの理解もある⁸。本件では、信託の成立を認める実際上の意味は、最初の問題設定に明らかなように、倒産隔離の効果をえるためにほぼ限定されており、信託構成を便宜的に（救済法理として）使っているからでもある。もともと、擬制信託を認める根拠は信託法文上にはないから、そのことと整合させようとする客観的要件が具備されるときには黙示的な信託設定意思があるとでもいうことになるだろうか。

②第2に、客観的な要件の具備として重要なのは、対象たる財産に特定性・独立性があり、それが公示されることは必要である。本件信託財産は金銭、預金であるので、本件判決の述べるように公示は不要である（信託法3条）。

③第3に、本件では、信託委託者はAであり、受託者はBであり、形式的に見ると、受託者であるBが利益を享受しており（Bの個人債務の弁済）、受託者は信託の利益を享受することができないとする信託法9条に反するとの懸念がある。そのように捉えた上で、信託受益者を、下請業者、資材納入業者と解すべきであるとの理解がある⁹。しかし、判決は、受益者を発注者であるAと見ており（「受託事務の履行の結果は委託者であるAに帰属すべき出来高に反映されるのであるから、信託の受益者は委託者であるAであるといふべきである。）、そう理解することが妥当であると考える。

④第4に、公共工事前払金保証制度にのつとる本件のような場合にのみ信託成立が認め

られるのか、設問のような事例一般で問題となりうるのかということについてどうか。これについては、限定する考え方¹⁰、一般的に可能であるとの見方がある¹¹。信託法の趣旨、信託法1条の規定から考えると、非限定説が筋がとおっていると思われる。

もともと、信託法1条に加わるに、管理方法として、「分別管理の合意」を要求するのみでは、十分ではない。本件では、官製の財産管理の仕組みが厳格であるからよいが、そうでない場合には、倒産隔離について濫用の危険があり得るのではないか。

そこで、財産管理の内容が類型的に明確であり、分別管理の仕組みが（規定等により）客観的に存在し、当事者がそれによることが合意により明示され（信託法1条）、かつ実際の管理においても、分別管理が具体的に実行されている（預金名義の表示を含め）、すなわち、倒産の時には、分別管理されている部分には、倒産者の一般債権者は手を付けてはならないという実質的な判断をしてもよいような財産管理がなされていることが前提となると考えるべきである。

以上の検討結果からして、下記預かり金口座事例はどのように解すべきであろうか。すなわち、①弁護士が顧客依頼者から依頼された事件に関連して金銭を預かる場合の専用預金、②損害保険会社の保険料徴収等のため、保険代理店名義で開設される専用口座、③マンションの管理費、長期修繕積立金についての管理委託会社名義での専用口座預金、である。

3 保険代理店の保険料徴収専用口座

(1) 問題の所在

(i) 最判平成15年2月21日民集57巻2号95頁の内容

事実関係は以下のとおりである。損害保険会社Aの損害保険代理店Bが、保険契約者から收受した保険料のみを保管するための専用普通預金口座を、A社代理店B社名義で、C金融機関に開設した。なお、損害保険代理店委託契約では、「保険契約の代理締結、保険料の收受」「保険料の分別保管、流用の禁止」「Aへの遅滞なき納付、納付方法」が取り決められ、具体的には、「募取法」（平成7年廃止）、「同法施行規則」（平成8年廃止）、「損害保険会社の業務運営について」（平成8.4.1大蔵省通達）、及び、「財団法人日本損害保険

協会の損害保険募集関係規定」に沿って、「代理して保険契約の締結、その保険料を収受し、収受した金銭を専用の金庫ないし集金袋で保管し」「保険料として収受した金銭をすべて本件預金口座に入金する。」(本件では、保険料以外の金銭を入金したことはない)、「毎月15日締めで前月分代理店手数料の額が記載された保険料請求書が送付される」「口座から前月分の保険料相当額の払い戻しを受け代理店手数料を控除した額の金銭をAに送金する」、「口座に生じた利息はBが取得する」、との規定がある。平成9年5月6日Bが事実上倒産した。通帳、届出印はAに交付され、A(原告)がC(被告)に対し、支払いを請求した。これに対し、Cは、貸出金と対当額で相殺したと主張した。争点としては、預金者は誰かが問題となった。1審、2審(札幌高判平成11.7.15)は、ここでもいわゆる客観説(出捐者説)が機能するとして、損害保険会社Aを預金者とした。原則として実質的な財産帰属者Aが救われる結果となる理論構成が採用されたわけである(原則、相殺は許されないこととなるが、但し、例外的に、民法478条が適用される可能性が残る(本件ではCは善意ではない))。Cが上告した。

これに対して、最高裁判所は原審判決を破棄して以下のように自判した。

「前記事実関係によれば、金融機関である上告人Cとの間で普通預金契約を締結して本件預金口座を開設したのは、Bである。また、本件預金口座の名義である「富士火災海上保険(株)代理店矢野建設工業(株) b(社長名)」が預金者としてBではなくAを表示しているものとは認められないし、AがBにCとの間での普通預金契約締結の代理権を授与していた事情は、記録上全くうかがわれない。そして、本件預金口座の通帳及び届出印は、Bが保管しており、本件預金口座への入金及び本件預金口座からの払戻し事務を行っていたのは、Bのみであるから、本件預金口座の管理者は、名実ともにBであるというべきである。」

「さらに、受任者が委任契約によって委任者から代理権を授与されている場合、受任者が受け取った物の所有権は当然に委任者に移転するが、金銭については、占有と所有とが結合しているため、金銭の所有権は常に金銭の受領者(占有者)である受任者に帰属し、受任者は同額の金銭を委任者に支払うべき義務を負うことになるにすぎない。そうすると、Aの代理人であるBが保険契約者から収受した保険料の所有権はいったんBに帰属し、Bは、同額の金銭をAに送金する義務を負担することになるのであって、Aは、BがCから払戻しを受けた金銭の送金を受けることによって、初めて保険料に相当する金銭の所有

権を取得するに至るというべきである。したがって、本件預金の原資は、Bが所有していた金銭にはかならない。」

「したがって、本件事実関係の下においては、本件預金債権は、Aにではなく、Bに帰属するというべきである。Bが本件預金債権をBの他の財産と明確に区分して管理していたり、あるいは、本件預金の目的や用途についてBとAとの間の契約によって制限が設けられ、本件預金口座がAに交付されるべき金銭を一時入金しておくための専用口座であるという事情があるからといって、これらが金融機関であるCに対する関係で本件預金債権の帰属者の認定を左右する事情になるわけではない。」

(ii) 預金者の確定の問題

これまで、本件のような争いについては、預金者は誰かというレベルでの判断を通して、利害調整を図ろうとしていたといえる。すなわち、これまでの下級審での解決手法は、実質は損害保険会社が収受すべき保険料が、事務処理上、預金名義としては「S損保会社・損害保険代理店D」とされ、しかも専用口座であるということから、多くは、客観説を採り、預金者を損害保険会社と確定するものが多かった¹²。

しかし、本件では、このような考え方をとらなかった。これまで使用してきた、「出捐者」という判断基準を使わないで、預金者は誰かの判断をしている。すなわち、本判決は、上記のように、(1)預金開設者、名義、代理権の有無、(2)口座管理の実態、(3)委任契約の場合の金銭所有権の帰属、の3点を判断の基準として設定し、事例判例ではあるが、損害保険代理店を預金者と確定した。再整理すると、要するに、普通預金については、次のような諸事実が存在する場合には「甲」が預金者であるとしている。すなわち、①自己(甲)に帰属する財産をもって、②甲が預入行為者として(他者の代理人としてではなく)、③甲の名義で、預金口座を開設し、④その後も甲が当該口座を管理しているという諸事実である。

このような事実がそろると、預金者は甲と判断されるべきとする結論には賛成である。このことについては別の機会に論じたので、ここでは以下の点を指摘することにとどめる¹³。

第1は、これまで出捐者説(または、客観説)を基準として預金者の確定をしてきたのは、定期預金の預金者のケースであり、本件のような普通預金の預金者の判断について、

この基準が同様に妥当するかは問題である。一回的な預金行為のみがある定期預金とは異なり、一般に口座開設後も預金の預け入れ払戻しが随時自由に行われるという特徴があるからである。すなわち、一般的には個々の預入ごとにその原資の出捐者を特定し区分して預金債権の帰属を決めるということにはなじまないと言える¹⁴。

第2は、それにも拘わらず、出捐者説と矛盾する結論が採用されているわけではないと思われる。すなわち、出捐者説というのは、資産の現実の拠出者という観点からのみ判断されたのではなく、厳密には、出捐者が自分の預金とする主観的意図（他人を使者・代理人として預金するという意思）を有していることが必要と考えられていたのであり、本件判断も矛盾するわけではない。

第3に、付け加えて述べるならば、今日においては、普通預金、定期預金いずれにおいても出捐者説は維持すべきではないのではないかという点である。すなわち、出捐者説は、煎じ詰めれば、出捐者Sが自分の預金とする意思で他人Tに金銭を交付し、TがT名義で定期預金をした場合も、Sを預金者と確定するという考えである。これは、預金契約締結の際にSの顕名がなくとも、SがTを代理人として預金するとの事実関係さえ確認できれば、Sを預金者（預金契約の当事者）とするということであり、民法100条の規定の適用を排除する結論となっている。いわば、名義Tは払戻に際してそれを照合して事故のないようにするための単なる符合の意味しか与えられていない。このような一般契約法理の当事者論の例外を認める結論は、「銀行は預金者が何人であるかにつき格別利害関係を有するものではない」という預金契約における特殊な実情を前提として成り立っている。しかし、近時は、金融機関による預金者本人の確認が次第に厳格になされるようになり、また、マネーロンダリング防止の趣旨で「金融機関等による顧客等の本人確認等に関する法律」（平成一四年法律第三二号）が施行され、本人確認は一層厳しくなっている。したがって、右のような「預金契約における特殊な実情」なるものは今日においてはもはや妥当しない。このような時代においては、出捐者説はその適用できる範囲がきわめて狭くなっているか、あるいはもはや維持することができない状態となっているというべきではないか。そうすると、記名定期預金においても、結局、契約法の基本に立ち返って預金者の認定をすべきであるように思う¹⁵。

(iii) 判決の持つ意味とその影響

損害保険代理店を預金者と確定せざるを得ないとすると、それから導かれる各種の結論は、落ち着きが悪いものとなる。すなわち、損害保険代理店が破産した場合等において、実質的に損害保険会社に帰属すべき財産を、損害保険代理店の債権者に持って行かれること、とりわけ、本件の様な、この専用口座についての実情を熟知している金融機関に持って行かれることが、妥当な結論であるとは受け止め難いことによる。それは、まさに本判決が最後に述べている「Bが本件預金債権をBの他の財産と明確に区分して管理していたり、あるいは、本件預金の目的や用途についてBとAとの間の契約によって制限が設けられ、本件預金口座がAに交付されるべき金銭を一時入金しておくための専用口座であるという事情があるから」である¹⁶。

(2) 信託構成の可能性について

このような結論を回避する法律構成として、このような事実関係において信託の成立を認めることができないかが論じられている。もちろん、信託の成立が認められると、問題設定のところで述べたように倒産隔離が働き、損害保険代理店の破産管財人、債権者による回収、差押え、相殺が許されないこととなるからである。学説として、次のように説くものがある。「保険料債権を対象とし、代理店を受託者とする信託関係が設定されていると考えうるとすれば、信託法16条より、信託財産は受託者の責任財産ではないと考えられるから、委託者であり受益者である保険会社が取戻権を行使できるのは当然である（この場合、代理店が保険料を受領することは保険料債権の管理・処分にあたりと考え、受領金銭は信託法14条により信託財産に属することになる）。一見擬制的であるが、具体的には信託の要件を満たしうる。すなわち、預金名義が代理店であり、代理店が通帳・印鑑を保管していることは、代理店が財産権の名義人となっていることやその管理・処分権が排他的であることを伺わせる。又、委託者たる保険会社が専用口座預金の引出しについて指示することも、信託であることを妨げない（四宮・信託法〔新版〕9頁）。そして本判決（（注）損害保険会社を預金者と認める東京地判昭和63年3月29日判時1306号121頁）の結論は信託関係の存在を認めれば、より明快に説明できる。」¹⁷。

(3) 検討

先に検討した信託の成立要件から見て、本件のような事例で信託の成立が認められる余地があるか。

(i) 「財産権ノ移転其ノ他ノ処分ヲ為シ」

損害保険会社を委託者（受益者は委託者たる損保会社とみて）、損害保険代理店を受託者とする信託とみた場合財産権が移転しているといえるか。上に引用した信託構成を提案する弥永説では、「保険料債権」が移転したと説明することになる。しかし、損害保険代理店は委任を受けて代理人として（損害保険契約を締結し、それにより生じた）保険料債権を行使しているため、契約の効果は直接損害保険会社に帰属し、保険料債権も保険会社のものとして行使しているため、保険料債権が移転したとは構成しづらい。多数は、そういう意味で、この事案では、財産権は移転していないという¹⁴。そうすると、そもそもの要件が満たされないことになってしまう。

しかし、そう考えなくてはならないか？ いずれにしろ、ここでの信託構成は、委任を受けて「預り金」を分別管理している関係がある事例において、受任者が倒産等をした場合に、委任者に実質的に帰属すべき財産であって、受任者の債権者にもっていかれることが利益衡量上妥当ではないと見られるものを、信託特有の倒産隔離の手法を便宜援用して委任者の下に保持しようとするものである。そうであるとすれば、次のような考え方はとることができないであろうか。すなわち、Aに帰属する保険料債権がAの委託に基づいてB（受任者）により收受され、收受現金は一旦Bに帰属する、それをBの専用口座に預金すること（あるいは、保険契約者からこの専用口座宛に振り込まれること）、これをもって法的にAからBへの「財産権移転」があるといえ、そのときからその財産の信託的管理が開始していると考え、信託が成立する、と（損害保険契約の締結、保険料債権の收受は委任契約上の義務の遂行（代理権の行使）と考えることになる）。

上記の考え方をかりにとることができるとして、さらに、以下の点を検討しておく。

(ii) 「他人ヲシテ一定ノ目的ニ從ヒ財産ノ管理又ハ処分ヲ為サシムル」

損害保険契約の締結を含めた事務処理全体につき信託を問題とするのではなく、收受し

た保険料についての財産管理が問題とされ、その部分につき信託が成立したと構成するとして、目的とは、預託を受けた保険料を損保会社に確実に引き渡すということになる。財産管理の方法についても、募取法、同法施行規則等に定められ、それを前提に代理店契約が締結されており、1条の2つの要件が満たされていると言える。

(iii) 分別管理

前述のように(2)(3)(ii)④)、財産管理につき、分別管理の仕組みが(規定等により)客観的に存在し、当事者がそれによることが合意により明示され(信託法1条)、かつ実際の管理においても、分別管理が具体的に実行されている(預金名義の表示を含め)ことが必要と考えるところ、本件についてはどうか。

本件では、損害保険代理店委託契約では、「保険契約の代理締結、保険料の収受」「保険料の分別保管、流用の禁止」「Aへの遅滞なき納付、納付方法」が取り決められ、具体的には、「募取法」(平成7年廃止)、「同法施行規則」(平成8年廃止)、「損害保険会社の業務運営について」(平成8.4.1大蔵省通達)、及び、「財団法人日本損害保険協会の損害保険募集関係規定」に沿って、「代理して保険契約の締結、その保険料を収受し、収受した金銭を専用の金庫ないし集金袋で保管し」「保険料として収受した金銭をすべて本件預金口座に入金する。」「毎月15日締めで前月分代理店手数料の額が記載された保険料請求書が送付される」「口座から前月分の保険料相当額の払い戻しを受け代理店手数料を控除した額の金銭をAに送金する」、「口座に生じた利息はBが取得する」、との規定があり、「富士火災海上保険(株)代理店矢野建設工業(株)b(社長名)」という別口預金が開設されて分別管理が行われていた、ということである。

上記の基準からして、この点はクリアーされていると考える。

以上、結局、本件においては、上記の(i)の点についてどう解されるかが信託の成否の鍵となる。肯定できると考えるべきではないか。

(4) 信託構成をとる場合の決着の方法

なお、信託が成立しているとすれば、受託者が事実上倒産した場合、自益信託であるから委託者Aが信託を解除することになり(57条)、分別管理されている残存財産はすべからず委託者Aに帰属する(62条)。すなわち、預金はAに帰属し、Aはその払戻をCに請

求する。

4 弁護士の預り金専用預金口座

(1) 問題の所在

(i) 最判平成15年6月12日民集57巻6号563頁の内容

本件は、債務整理事務の委任を受けた弁護士が委任者からその事務処理費用に充てるために交付を受けた金銭を管理するために自己名義で開設した銀行預金口座に係る預金債権が、委任者ではなく弁護士に帰属するとされた事例、である

事実関係は、会社Aは弁護士Bと、「A社の債務整理に関する事務処理契約」を締結。Bはこの事務遂行のためB名義の口座を開設し、A社から預かった500万円を本件口座に入金した。預金通帳及び届出印は、当初からBが管理していた。その後、この口座には、A社の代表社員の個人資産20万円、A社の金13万2000円が振り込まれた。そのほか、本件口座には、A社の不動産及び動産の売却代金、A社の売掛金及び請負代金、A社への公租公課の還付金等が振り込まれた。これは、上告人Bが、弁済資金をA社が保管していたのでは取捨がつかなくなり、弁護士が保管する必要があるとして、A社の債務者に対し、本件口座に振込送金することを依頼したので、債務者がこれに応じて本件口座に売掛金や請負代金を送金したものである。

他方、本件口座からは、A社の債権者に対する配当金及びその振込手数料、A社の従業員の給料、社会保険料、税金等が出金された。A社は税を滞納し、国Yは、徴収のため、本件預金債権（払戻請求権）を差し押さえた。これに対する、処分取消訴訟が提起された。

原審は、預金契約は、A社の出捐によりA社の預金とする意思でBを使者ないし代理人として締結されたもので、本件預金債権はA社に帰属するというべきである。委任者たるA社から預かった弁済資金は、受任者たるBの所有となるとは解されない。本件差押えは適法とした。

最高裁判所は、破棄自判して、「前記事実関係によれば、B(X)は、A社から、適法な弁護士業務の一環として債務整理事務の委任を受け、同事務の遂行のために、その費用として500万円を受領し、B名義の本件口座を開設して、これを入金し、以後、本件差押え

まで、本件口座の預金通帳及び届出印を管理して、預金の出し入れを行っていたというのである。このように債務整理事務の委任を受けた弁護士が委任者から債務整理事務の費用に充てるためにあらかじめ交付を受けた金銭は、民法上は同法649条の規定する前払費用に当たるものと解される。そして、前払費用は、交付の時に、委任者の支配を離れ、受任者がその責任と判断に基づいて支配管理し委任契約の趣旨に従って用いるものとして、受任者に帰属するものとなると解すべきである。受任者は、これと同時に、委任者に対し、受領した前払費用と同額の金銭の返還義務を負うことになるが、その後、これを委任事務の処理の費用に充てることにより同義務を免れ、委任終了時に、精算した残金を委任者に返還すべき義務を負うことになるものである。そうすると、本件においては、上記500万円は、BがA会社から交付を受けた時点において、Bに帰属するものとなったのであり、本件口座は、Bが、このようにして取得した財産を委任の趣旨に従って自己の他の財産と区別して管理する方途として、開設したものであるべきである。これらによれば、本件口座は、Bが自己に帰属する財産をもって自己の名義で開設し、その後も自ら管理していたものであるから、銀行との間で本件口座に係る預金契約を締結したのは、Bであり、本件口座に係る預金債権は、その後に入金されたものを含めて、Bの銀行に対する債権であると認めるのが相当である。したがって、A会社の滞納税の徴収のためには、A会社のBに対する債権を差し押さえることはできても、Bの銀行に対する本件預金債権を差し押さえることはできないものというほかはない。』、とした。

(ii) 預金者の確定問題

本件は、受任者（弁護士）が、自分の名義で、委任された特定の委任事務処理のための（専用の）銀行普通預金口座を開設し、委任者から当該事務処理のため交付された金銭を預け入れた場合、その預金債権は受任者、委任者のいずれに帰属するかが争われたものである（税務署が委任者に帰属するとして国税徴収のためこの預金債権を差し押さえたので訴訟となった）。

弁護士の預り金預金口座の預金債権の帰属に関する下級審判決として、これまで、委任者を預金者とするもの（本件下級審判決）の他に、受任者である弁護士を預金者とするもの（東京地判平成14年3月15日金法1657号34頁）があり、下級審レベルでは判断が分かれる問題であった（なお、上の東京地裁平成14年判決に対する控訴審判断は本最高裁判決後

に出され（東京高判平成15年7月9日金法1682号168頁）、一審判断を維持している）¹⁹。

本判決は、受任者が預金契約の当事者でありそれ故預金債権はその後入金されたものを含めて受任者に帰属すると判断したが、それに際し次のような事実の存在を重視している。すなわち、判決理由から整理すると、本件は、①自己（弁護士B）に帰属する財産をもって、②Bが預入行為者として（他者の代理人としてではなく）、③Bの名義で、預金口座を開設し、④その後もBが当該口座を管理していたということである。

指摘されている諸事実は前掲の損害保険代理店のケースと全く同じであり、これらの事実が備われば、受任者である弁護士に預金債権が帰属すると判断することは妥当と考える²⁰。

（iii）検討すべき問題点

本判決の事案そのものは、ここまでで検討してきた事例と異なり、受任者Bの債権者が差し押えて、実質の預金の帰属権利者（委任者）が異議を申し出ているのではなく、委任者Aの債権者が差し押さえている。したがって、弁護士Bが預金者とされれば、とりあえず、委任者の債権者に押さえられないで、受任した事務の遂行を継続できる。

もっとも、懸念されるべきは、本判決のような判断が任意整理を装った委任者の資産隠しを誘発しはしないかということである²¹。確かに、そのような危険は十分考えられる。このことに関しては、預金者の確定についての判断という面からは受任者を預金者とする他ないことを理解した上、委任者の債権者の保護として、①まず一般的に言えることは、委任者が受任者に対して有する事務処理費用残額の返還請求権を差し押えたうえ、委任者に代位して委任契約を解除することによりそれを現実化させること、②委任者の受任者への金銭の移転が詐害行為となる場合、それを理由に金銭の移転を取り消し受任者（又は、詐害行為取消権行使者）にその引渡を求める、③さらにはとりわけ本件のような任意整理の事案では委任者につき法的な倒産手続きに移行させるなどがあることを指摘できよう。

他方、本件のような関係で、受任者である弁護士が倒産することも、昨今見受けられる。そのような場合においては、弁護士を預金者とするのであれば、弁護士個人の債権者の差し押え等から実質の財産帰属者である委任者を保護する手当の必要性があり、問題性は、前掲の損害保険代理店の倒産の事例と同様である。そこで、本件のような事例において、信託構成が可能かどうかについて検討しておく。

(2) 信託構成の可能性

じつは、本判決には、以下のような深澤武久、島田仁郎両裁判官の補足意見があり、信託構成を示唆している。すなわち、「さらに、会社の資産の全部又は一部を債務整理事務の処理に充てるために弁護士に移転し、弁護士の責任と判断においてその管理、処分をすることを依頼するような場合には、財産権の移転及び管理、処分の委託という面において、信託法の規定する信託契約の締結と解する余地もあるものと思われるし、場合によっては、委任と信託の混合契約の締結と解することもできる。この場合には、会社の資産は、弁護士に移転する（同法1条）が、信託財産として受託者である弁護士の固有財産からの独立性を有し、弁護士の相続財産には属さず（同法15条）、弁護士の債権者による強制執行等は禁止され（同法16条1項）、弁護士は信託の本旨に従って善管注意義務をもってこれを管理しなければならず（同法20条）、金銭の管理方法も定められており（同法21条）、弁護士は原則としてこれを固有財産としたりこれにつき権利を取得してはならない（同法22条1項）など、法律関係が明確になるし、債務者が債権者を害することを知って信託をした場合には、受託者が善意であっても債権者は詐害行為として信託行為を取り消すことができる（同法12条）のである。これらの規定が適用されるならば、授受された金銭等をめぐる紛争の生ずる余地が少なくなるものと考えられる。」と。

すでに、このような弁護士預り金の関係で信託構成を示唆する見解もあった²⁹。

(3) 検討

本件、及び、本件のような弁護士預り金について信託が成立すると考えられるか。

(i) 「財産権ノ移転其ノ他ノ処分ヲ為シ」

これについては、問題がない。

(ii) 「他人ヲシテ一定ノ目的ニ従ヒ財産ノ管理又ハ処分ヲ為サシムル」

本件では、「債務整理」という目的があり、「財産管理の在り方」についてもその目的に沿って行うことが（弁護士に任せている部分大きい）合意されている。

(iii) 分別管理

前述のように、財産管理につき分別管理の仕組みが（規定等により）客観的に存在し、当事者がそれによることが合意により明示され（信託法1条）、かつ実際の管理において

も、分別管理が具体的に実行されている（預金名義の表示を含め）ことが必要と考える（上掲の補足意見は、分別管理義務、及びその具体的方法については、必ずしもふれてはいない）。

一般に、弁護士の業務上の預り金の取り扱いについては、各単位弁護士会の会規で、分別管理を義務づけているようである²³。しかし、分別管理は弁護士会での内部規範（モラル）にとどまっており、各事件の受任契約において必ずしも合意の対象とはなっていないようである。そこで、弁護士の委任事務処理に伴う預り金について、一般的に、委任者との関係で分別管理義務が明確となっているというわけにはいかないと考えられる。従って、弁護士の預り金について一般的に信託が成立するというわけにはいかない（委任契約中に何らかのかたちで、会規に従った財産管理方法をとるとの合意が含まれる必要がある）。各個別具体的なケースで、上記基準が満たされているかどうかを判断する必要があり、それが肯定できる場合にのみ信託契約の成立を認めることができ、預り金が受任した弁護士の固有の債権者に対する責任財産とはならないという効果が認められるというべきであろう。

本件では、預金口座は弁護士個人のものとは別のものとなっているようではあるが、専用口座との表示が明確ではなく（弁護士の名義である）、分別管理について必ずしもはっきりしない（合意の対象となっているかもはっきりしない）ので、信託の成立を肯定できるかについては、やや問題があるのではないか。

5 マンション管理会社の管理費用等専用口座

（1）問題の所在

東京高判平成12年12月14日金法1621号33頁を参考に問題点を指摘する²⁴。マンションの管理委託契約を締結したマンション管理業者Bは、C銀行に、各マンション毎に管理業者B名義で普通預金口座を開設し、Bが通帳、印鑑を保管し、管理し、その口座にマンションの区分所有者Aらが支払うべき管理費、修繕積立金等を振り込ませ、その口座から管理業務に必要な金銭を支払い、管理報酬を支出し、管理費の剰余金や修繕積立金がある程度多額になると、これを定期預金（B名義）にしていた。Bが倒産し（破産管財人D）、定期

預金に質権を設定していたC銀行が質権を実行した。一審は預金者をBとして質権の実行を認めた。しかし、本高裁判決は、出捐者説に従い、預金者は管理組合Aとし、質権を行使することを許さなかった。

高裁判決のように、この預金が管理組合に帰属すると考えれば問題はない（但し、478条で金融機関保護の可能性はあり得るが、具体的には否定されよう）。

しかし、預金者確定問題については、これまで紹介してきた損害保険代理店の口座、及び弁護士の預り金専用口座に関する2つの最高裁判例からすると、上記事実関係のようなかたちのマンション管理費用専用口座も、受任者（マンション管理業者）に帰属するものとされることになるのではないか。すなわち、2判例では、普通預金については、①自己（甲）に帰属する財産をもって、②甲が預入行為者として（他者の代理人としてではなく）、③甲の名義で、預金口座を開設し、④その後も甲が当該口座を管理しているという諸事実がそろえば、「甲」を預金者としており、このマンションの管理業者の事例でも、この諸事実が存在しているからである。そうすると、管理業者の倒産の場合、その債権者にこの預金は持って行かれることになってしまうおそれがある。

そこで、そうはさせないために、ここで信託の成立が認められるかという問題設定が同様に浮上する。

（2）信託構成の可能性の検討

第1の、「財産権ノ移転其ノ他ノ処分ヲ為シ」、第2の、「他人ヲシテ一定ノ目的ニ従ヒ財産ノ管理又ハ処分ヲ為サシムル」については、要件が具備されている。

第3の、管理委託契約の中で、分別管理しつつ財産管理すべきことが義務づけられていると見ることができるかである。上記裁判例の事案における管理方法〔仕組み〕を見てみると、以下のようなものである。マンションの「管理規約」では、（1）Bが「管理者」となる、（2）各区分所有者は、……通常の管理費をその持分に応じて負担し、定められた管理費を毎月「管理者」に支払う、（3）各区分所有者は、……、定められた修繕積立金を毎月「管理者」に支払う、……、（4）各区分所有者は、保証預り金を「管理者」に預け入れる、等の規定があり、AB間での「管理委託契約」においては、（2）区分所有者は、管理費、修繕積立金をBに支払う。……（4）Bは、毎年年末において当該年度の会計報告をする、等とされていた。そして、Bは、右管理規約及び管理委託契約に従い、各区分所有

者から管理費等の支払いを受けるため、各マンションの近くに所在する銀行にB名義の普通預金口座を開設し、右普通預金口座は、各マンション専用とされ、他のマンションの管理費等やB固有の資金が入金されることは一切なかった。他方、各区分所有者は、右管理規約及び管理委託契約に従い、マンション毎に開設されたB名義の普通預金口座に保証預り金のほか毎月の管理費、修繕積立金等を送金して支払っていた。

分別管理の明確な合意があるわけではないようだが、事柄の性質として、管理委託の際の暗黙の合意があったと解釈することはできよう。したがって、信託財産のなかに、Bへの管理報酬分（15%）が入っている点の問題は残るが、この事案では、信託が成立しているといつてよいのではないか。

（3）マンションの管理の適正化の推進に関する法律

もっとも、マンションの修繕積立金等の財産の管理については、その後、大きな法制上の事情の変化があった。というのは、「マンションの管理の適正化の推進に関する法律（平成12.12.8）」が制定され、管理業者に対し、次のようなかたちでの、分別管理が義務づけられたからである。すなわち、その法律の第76条では、「（財産の分別管理）マンション管理業者は、管理組合から委託を受けて管理する修繕積立金その他国土交通省令で定める財産については、整然と管理する方法として国土交通省令で定める方法により、自己の固有財産及び他の管理組合の財産と分別して管理しなければならない。」とされ、これを受けて、「マンションの管理の適正化の推進に関する法律施行規則」第87条（財産の分別管理）第2項は、「法第七十六条に規定する国土交通省令で定める方法は、修繕積立金等が金銭の場合にあつては、修繕積立金等金銭を、マンション管理業者が受託契約を締結した管理組合又はその管理者等（以下この条において「管理組合等」という。）を名義人とする口座において預貯金として管理する方法とし、修繕積立金等有価証券の場合にあつては、……」としている。

この法に従って、管理組合名義で預金される限りにおいては、普通預金については、最高裁判所2判例の事実関係（①自己（甲）に帰属する財産をもって、②甲が預入行為者として（他者の代理人としてではなく）、③甲の名義で、預金口座を開設し、④その後も甲が当該口座を管理している）のうち、少なくとも、③が満たされないことは明らかである。そうすると、振込支払いであるから、①の事実もないことになり、むしろ、管理業者は、

他人、すなわち管理組合の預金を、受託業務遂行のために管理しているという構図になるものと思われる。したがって、法に従った預金名義の運用がなされている限り、信託的構成の話をするまでもなく、妥当な結論を導くことができる。

6 結語

本稿では分析したことは以下のようなことである。すなわち、委任契約関係において、委任事務処理のための金銭を預り、その預り金を受任者名義の普通預金として管理中に、受任者が倒産する等の事情が発生した場合、実質的に委任者に帰属すべき預り金が受任者の債権者に押さえられてしまう危険が生じる。実質的な利益衡量からすると、委任者に当該預り金を取り戻させることが妥当であると考えられるが、しかし、いかなる法律構成によりその結論を導くか。

預金者の確定のレベルで、預金者を預金の名義等にかかわらず実質的な出捐者である委任者と確定できれば、この結論にたやすく到達することができる。しかし、紹介したように、近時の判例は、普通預金につきそのような構成の可能性を否定している。これは、このような普通預金の契約締結の事情、名義、管理の実体等を総合して、預金者を受任者としており、結論は妥当なものといわざるをえない。

そうすると、マンションの管理費、修繕積立金の預金の場合のように、特別法で、名義規制を含めた分別管理を求め、預金契約締結の実体をかえるなどのことがあれば別であるが、預金の現状を維持するというのであれば、受任者倒産の場合に生じうる危険を避けるための構成たりうる信託的構成を検討する必要がある。本稿では、信託の成立を認めることができることを主張している議論を紹介し、それに賛成した上で、その成立のための要件について、なお検討を加えた。

いかなる場合に信託の成立を認めるかについて、信託法1条に即して自分の考えは述べたが、特に述べておきたいことは、これらの諸事例では、信託の受け皿としての仕組みがしっかりとはいできあがっていない場面で受任者を信託の受託者とすることになるわけであるから、成立要件については、やや厳格に考えるべきであり、とりわけ、分別管理の仕組みが用意され、それにしたがって当該委任事務処理の預り金の管理をなすとの義務づけ合

意がなされることが重要であるとの考えに与したい。

〔注〕

- 1 最1小判平成15年6月12日民集57巻6号563頁については、判例評釈を執筆し、Bを預金者とする結論に賛成した（民商法雑誌130巻4・5号830頁参照）。
- 2 この論稿のもととなった研究会報告は、2003年7月15日開催の研究会で行った。今日までに、同種の分析としてすでに、大野佳洋「預金者の認定と信託法理（上）（中）（下）」銀行法務21・622号、623号、625号（2003年9月、10月、11月）、金融法務研究会『預金の帰属』第2章「信託的に帰属する預金」（2003年10月）があり、他に各個別判例につき多数の評釈があり（網羅的ではないが、以下で引用する）、この論点に触れている。本稿執筆に当たって、参考にした。
- 3 佐久間毅「本件判批」ジュリスト1246号74頁。
- 4 これまでの下級審裁判例で「信託構成」を採用したものがある（東京高判平成12年10月25日判時1753号38頁、その原審東京地判平成11年11月29日金商判1087号40頁、本件第1審名古屋地裁豊橋支判平成12年2月8日金商判1087号40頁）。
- 5 道垣内弘人「本件判批」法学教室263号199頁、佐久間毅・前掲注（3）74頁、岩藤美智子「信託契約の成立と受託者破産時の信託財産の帰趨」金法1659号16頁、天野佳洋・前掲注（2）銀行法務21・622号20頁。なお、道垣内は、これを、（1）、（2）の要件プラスアルファの要件を必要とする判例は言ったと見るようである。すなわち、「Aの利益のために用いられるべき別種の財産として保有されることになっている仕組みが存在することを認定し、これを、本事案において信託の成立が認められる……理由としている。そしてこの仕組みにのっとっていることをもって、両当事者の合意内容を「信託」であると性質決定していると見られる。すなわち、ここでは、「信託設定意思」の存在を認定し、①②の要件のほか、信託の成立にはそのような意思が必要である、としているとも解しうる」「信託設定意思」の具体的中身とは……（信託義務を課す意思があるかどうかのポイントであるとする見解もあるが）……わが国の信託法における信託の特異性を、受託者の義務内容ではなく、信託財産について受益者に所有権が帰属していないにもかかわらず、受益者に物権的救済が認められることにおいて考える立場からは、当該財産が受託者の他の財産から分別して管理されるべき義務が課されているか否かをポイントとすべきだ、と。
- 6 四宮和夫『信託法〔新版〕』106頁は、信託設定の趣旨が窺えるものであれば、「信託」の語を使う必要がないと述べる。
- 7 新井誠『信託法』120頁以下。
- 8 新井誠・前掲注（7）124頁は「推定的信託」の成立を認める。なお、天野佳洋・前掲注（2）銀行法務21・622号17頁、金融法務研究会・前掲注（2）12頁参照。
- 9 道垣内弘人「最近信託法判例批評」（8）金法1598号42頁以下。
- 10 亀井洋一「公共工事請負業者が工事未成のうちに破産した場合の前払金の帰属—東京高判平成12.10.25を素材に—」銀行法務21 593号75頁は、「民間の工事であっても、公共工事前払金に相当する制度や公示の手段が確保されていれば、公共工事の場合と区別される理由はないようにも思われる。」「しかし、判例が保証会社の権利を優先させる傾向にあるのは、公共公示の公共性を重視する価値判断も働いている可能性もあり、又、民間工事について、公共工事と同様の保証制度ができた

としても、資金使途の監督や公示機能が公共工事の信用保証制度と同様であるとは限らない。したがって、今回取り上げた判例は、あくまで現行の公共工事前払金保証制度を前提とするものと理解すべきであろう。」という。新井誠「本件第一審判批」判例評論519号（判例時報1776号）198頁も、「本件のような公共工事の前払金に関する限り、当事者間に推定的信託関係（推定的信託の成立）を認めてもよいかと思われる。」と。

- 11 岩藤美智子・前掲注（5）16頁は次のように述べる。「信託契約の成立が認められるためには、公共工事前払金保証制度の仕組みの存在は不可欠かという問題がある。本件事案では、A・B間の明示的合意内容（……公共工事請負契約約款）は、前払金を当該工事の必要経費以外に支出してはならないということのみであることから、このような仕組みの存在が、A・B間の合意内容となるという契約解釈が行われたと考えることができる。「一定の目的に従った財産の管理・処分」を義務づけることが、A・B間の合意内容として、直接、認めうる場合には、本件事案におけるような公共工事前払金保証制度の仕組みがなくても、信託契約の成立は認められるべきであろう。」「……総合的に判断せざるを得ないものと考えられるが、信託財産を分別管理する義務の存在が、重要な判断要素となると思われる」（道垣内・金法1600号84頁を引用）。「なぜならば、本件事案からも明らかのように、信託の効果としては、受託者倒産の場合の信託財産の倒産隔離が重要であり、……具体的に倒産隔離の効果が生じるための条件を整えることが、受託者の義務として重要であり、そのことが当事者の合意内容に明確に含まれていれば、受託者をして「一定の目的に従った財産の管理・処分」を義務づけていると判断することができるからである。」
- 12 東京地判昭和63年3月29日判時1306号121頁（弥永真生・ジュリスト995号107頁判批）、東京地判昭和63年7月27日金法1220号34頁（山下友信・ジュリスト929号46頁（賛成判批））、倒産事例でないものにつき代理店帰属としたものとして、千葉地判平成8年3月26日金法1456号44頁（黒沼悦郎・金法1492号6頁〔金融判例研究7号〕（反対判批））。
- 13 詳しくは、安永正昭・前掲注（1）830頁参照。
- 14 雨宮啓「損保代理店専用口座預金者の認定について」銀行法務21・549号27頁。
- 15 升田純「預金帰属の主観説、客観説、折衷説」金法1686号34頁。
- 16 この、不都合を解消する法律構成として、これまで提案されているものとして、第1に、問屋（代理権はない）の破産において委託者が商品代金既払いのときは、その商品が問屋に存しても、実質的な利益衡量から、債権者は責任財産と期待すべきではないので、委託者に「取戻権」を認めた（最判43年7月11日民集22巻7号1462頁）扱いを準用することが提案されている。もちろん、今後は、本判決を前提に、（代理権を与えて）「名義を損保会社に」という解決をする実務を考えることになるが、あまり現実的ではないとされる（預金口座の管理、貸借対照表の作成など）。
- 17 弥永真生・前掲注（12）107頁以下110頁。他に、本判決を紹介する判例時報（1816号47頁）の無署名（調査官）コメントも「預金債権は代理店に帰属するとしつつも、信託等別個の法理により保険会社の利益を保護すべきであるとする説があるが、その当否は、将来に残された問題である。」との指摘をしている。
- 18 天野佳洋・前掲注（2）銀行法務21・623号51頁。

- 19 宮川不可止「弁護士預り金の専用預金口座の法的性格」金法1687号47頁以下参照。
- 20 安永正昭・前掲注（1）830頁以下。
- 21 宮川不可止・前掲注（19）54頁。
- 22 田原陸夫「判例解説（東京地判平成14年3月15日金法1657号34頁）」金法1662号5頁は、「預金口座がA（委任者）に帰属すると認めるべきでないとしても、本件預金が設定された趣旨からすれば、X（弁護士）に帰属しXの債権者の引き当て財産となっていると解することは……妥当性を欠くことは明らかである」「本件預金は、委託者をA、受託者をX、受益者をXら他の弁護士（着手金等）およびAの刑事事件の被害者（被害者弁償金の受取人）とする信託がなされ、その信託財産の管理のために設定されたものと解するのが一番自然である」、と述べる。
- 23 第二東京弁護士会では、「業務上の預り金の取扱いに関する会規」がある（東京地判平成14年3月15日金法1657号34頁）。すなわち、
- 第2条（預り金口座開設義務）
- 1 会員は、受任事件につき依頼者から又は依頼者のために預かった金銭（以下「預り金」という。）を自己の金銭と区別し得るよう預り金であることを明確にする方法で記帳若しくは記録して保管しなければならない。
- 2 会員は、預り金について、これを預け入れる銀行、郵便局その他の金融機関の預り金口座に遅滞なく入金して保管しなければならない。但し、……
- 上掲東京地判平成14年3月15日の事件は、弁護士B（他）が依頼者Aから詐欺被告事件の弁護を受任、着手金2000万円の支払いを受けることとし、C銀行に100円預け「三井安田法律事務所弁護士戸谷雅美（＝B）角田豊潤（＝A）預り金」名義の普通預金口座を開設し、着手金、被害者に対する弁償等の委任事務処理費用管理することとした。口座の名義は、会規にしたがって、専用口座であるとの表示が外部からも明確なものである。
- 24 東京高判平成12年12月14日金法1621号33頁（原審：東京地判平成10年1月23日金判1053号37頁）を参考に問題点を指摘する。なお、同じ管理業者の事件で、東京地判平成8年5月10日判例時報1596号70頁、その控訴審＝東京高判平成11年8月31日金法1558号24頁がある。

Beyond Fiduciary Duty
——信任義務の内容と実現について——

木 南 敦

目 次

- 1 はじめに
- 2 義務の内容
- 3 義務の実現
- 4 むすび

1 はじめに

信託の受託者の負う義務は文献でよく取り上げられるようになった¹。この種の文献の多くでは、しばしばアメリカにおける状況に言及しながら議論が展開される。本稿もその例外ではなく、信任義務に関するアメリカの最近の文献で展開されている議論を参照しながら、信任義務の内容とその実現について若干の考察を進めることにする。

信託の受託者（以下、受託者ということがある）が fiduciary と呼ばれる者の代表例であり、受託者が引き受けた信託の執行に関して負う義務は fiduciary duty の代表例である。信託の受託者のほかにも fiduciary duty を負うとされる者がある。本稿ではこの fiduciary duty の訳語として信任義務をあてるが、信託義務という訳語があてられることもある。信任義務を負う者一般に言及する必要がある場合は、信任義務を負う者ということがある。

信任義務に関する文献をあたると、受託者の行動基準は高い基準であるという記述に出会う。その例が *Meinhard v. Salmon*²におけるベンジャミン・カードーズの法廷意見である。このカードーズの意見は信任義務を説明するに当たってしばしば引用されている³。

この意見は、カードーズがニューヨーク州の最上級裁判所の裁判官であったときに執筆した意見である。この事件では、二人のホテル経営共同事業者のうちマネージャーの地位にある共同事業者が忠実義務に違反したとして責任を問われた。ニューヨーク州最上級裁判所は、4対3でマネージャーの地位にあるとされる共同事業者に責任があると判断した。以下に引用する部分はカードーズの執筆した法廷意見の一部である。

共同事業者は、パートナーシップにおけるパートナーの間と同じく、事業継続中は最高の忠実義務を相互に負っている。信任という絆で結ばれている者において、互いに対等な立場で行動している人たちに日常許容されている行動のうちの多くの形態のものは許容されない。受託者は市場における品行よりも厳格なものに拘束される。それに加えて、誠意のほか、名誉それも最も敏感なものの求める細かな気配りが基準である。これに関しては、確固たる深く根づいた伝統が発展してきている。衡平法裁判所は、完璧な忠実という原則を特定の例外を設け原則を崩壊させるよう侵食してこの原則を害するよう求められたとき、妥協なき厳格な態度を示してきた⁴。

このカードゾの表現には過剰な修辭があると評される⁵。ラングバインによれば、裁判所が信任義務違反について語る際に道徳的な表現を使うのは、信任義務違反が見苦しい状況を生じさせることから自然なことである。信任義務が契約によって負われるとしても、信任義務は受託者やその他の信任義務を負う者にふさわしい行動に関する深い道徳上の教訓を体現している。信任義務には道徳上の基盤がないというイースターブルックとフィッセルの言い方⁶はあまりに素っ気ないが、ひっきりなしに引用される *Meinhard v. Salmon* におけるカードゾの意見に例証される、信任関係に関する法における修辭の過剰に反対するのは正しいことであると、ラングバインはいうのである⁷。

信任義務違反に直面して憤慨した裁判所が、カードゾにならって、その分析を信任関係の基準が、「受託者は市場における品行よりも厳格なものに拘束され、名誉それも最も敏感なものの求める細かな気配りという基準である」というだけであれば、特定の者が信任義務を負う者であるのか、なぜそうなのか、信任関係が特定の状況のもとでどのような基準を意味するのか、そして、背後にある当事者間の取引が裁判所の引き合いに出している信任義務の水準を支持するものであるのかについて議論することを怠ることになると、ラングバインは指摘する⁸。

信任義務を負う者は他者のために決定する。それゆえ、厳格な行動の基準に服するとされると考えられる⁹。この行動基準は、信任義務を負う者が対等な立場で行動する人たちが相互に負うものよりも厳格であるとされる。信任義務を負う者が他人のために決定するということは、両者との間で、信任義務を負う者がその他人との関係で、その他人のために決定する地位におかれるということである。信任義務を負う者がこの地位におかれるのは、イースターブルックとフィッセルやラングバインの指摘どおり¹⁰、両者がおかれている状況を踏まえてその間で取引の内容を明確に特定することなく、信任義務を負う者とされる側にある者に裁量を与えて状況の変化に応じて対応できるようにすることによる。そして、信任義務はこの裁量の行使にかかわるのである。

まず、他人のために決定する者も、自分のために決定する者におけると同じく、その決定の根拠になる何らかの権限をもっている。この権限の行使に裁量がある。他人のために決定するときには、決定者は権限を行使するに当たり他人の利益をはかることが要請される。他人の利益をはかるという要請を満たすには、自分の利益より他人の利益を優先する

ことが求められる。自分の利益より他人の利益を優先することが求められると、互いに対等な立場で行動している人たちに日常許容されている行動であっても、他人の利益を優先するためには、ある種の行動が許容されないことになる。この種の行動を許さないということが、忠実義務が求めることである。

他方、あることを決めると、その決定によって達成しようとする目標があると想定できる。そして、この目標を達成するために決定するためには、そのために必要な情報を収集し、収集した情報を利用に適したものに加工し、加工されたデータに基づいて目標を達成するために手段が選択されると見ることができる。この過程自体は、だれのために決めるのかということとは独立である。他人のために決定するときでも、自分のために決定するときでも、この過程は同じことであると考えられる。この手段の選択に至る過程で、決定者がおかれている状況と同じ状況のもとで適当と考えられる注意が払われることが必要である。信託もまた一連の決定を通じて実行される。そして、信託の執行に際して受託者が適当な注意を払うことが求められることである。この適当な注意を払うように求めるのが、受託者の注意義務である。このことは、信任義務を負う者に一般についてあてはまることである。

受託者についていえば、受託者は信託執行にあたり、信託の執行に関して受益者のために決定することが求められる忠実義務を負い、また、信託の執行にあたりそれぞれの局面において適当な注意を払うという注意義務を負うことになる。これらが、信託執行を規律する法における二つの主要な要素である。信任義務を負う者についていえば、忠実義務と注意義務が信任義務の二つの主要な要素である。以下では、信任義務を負う者という場合に、信託を例にとり述べることにする。

受託者が義務を負わせるのは、受託者が受益者のために決定し、その結果、その受益者が利益を享受するように確保するためである。けれども、受託者に義務があるというだけでは十分ではない。信託の執行の実際で、受託者の負う義務に対応した基準にかなうように受託者が現に行動を確保されなければならない。それには、受託者が負う義務の内容を示して、その義務に対応した基準にかなう行動を確保する方策をとることが必要である。受託者の義務を唱えられさらに義務内容が示されたとしても、それに応じた基準にかなった行動が確保されなければ、それによって受益者に利益が確保されることにつながらない恐れがあるからである。

受益者に受託者が受託者として負う義務にしたがって行動すれば享受する利益を享受させるには、信任義務が求める行動の基準が達成されるようにしなければならない。これが本稿の題名を Beyond Fiduciary Duty とした理由である。信任義務が遵守されたと評価できる内容を備えた行動を確保すること、および、受益者が現実的に信託の利益を享受するよう確保することが大切であるということである。

以下、2では、簡単に信任義務の内容を見ることにする。3では、義務の実現が重要であることを論じる。4では、実現の若干の方策に言及して本稿をむすぶこととする。

2 義務の内容

信任義務の主要な内容が忠実義務と注意義務であることはよく知られている。このうち、アメリカの文献では、受託者に関して注意義務には duty of prudence ということが当てられている。我が国では prudence に対して慎重という日本語をあてることもあるが、ここでは思慮分別ということばを選択することにする¹¹。

忠実義務は、受託者はもっぱら受益者のために信託を執行することを求める。忠実義務は、受託者が信託財産について自己取引をすることと、信託にとって不利な利益相反取引をすることを禁じる。忠実義務の厳格な適用は予防策として作用する。たとえば、受託者が自己のために信託財産を取得した場合、その財産に公正な価格を支払ったとしても、利益を信託に帰属するように吐き出さなければならないとされる¹²。

これに対して、思慮分別のある信託執行の義務は相当性または合理性を基準とする規範であり、この点を捉えて不法行為における相当な人間という原則になぞらえられる¹³。思慮分別という概念には次のような注釈が加えられることがある。

裁判例や立法に現れる思慮分別という概念は、その本質をみれば、関係づけまたは比較に基づくものである。この点で、不法行為法にいう相当な人間 (reasonable person) に似ている。思慮分別のある受託者は、類似した状況にあるほかの受託者が行動するのと同じように行動するものである。それゆえ、この基準は主観的ではなく客観的である¹⁴。

この注釈のいうように、思慮分別というのは相当性または合理性を表わす別のことばであると指摘される¹⁵。

思慮分別義務は、しばしば信託財産の投資という場面において取り上げられる。思慮分別義務を理解するには、信託財産の投資における思慮分別義務の展開をみることが有益であると思われる。そのため、ラングバインの解説にしたがって、信託財産の投資に関する法の展開の概要を紹介することにする。

1719年、イギリス議会は、受託者が信託財産を南海会社の株式に投資することを承認する法律を制定した。ところが翌年、バブルが崩壊し、その結果、同会社の株式の価値は9割下落した。大法官はこれに驚いて、適切な投資と推定されるものを示す限定的なりストを明らかにしていった。それは当初、政府債だけであったが、のち十分に担保されているモーゲッジも含まれることになった。その後、1859年には、法律によって東インド会社株式がそれに追加され、小刻みに法律によって投資適格とされる証券が追加されていくという状態が1961年まで続いた。アメリカ合衆国でも州によっては、19世紀から20世紀にかけて、裁判所または立法部が投資適格と認めた証券からなる適法投資対象リストを展開していた。1830年に、マサチューセッツ州で、適法投資対象リスト方式から離脱する道が開けた。そのきっかけは、Harvard College v. Amory¹⁶という判決である。この判決では、思慮分別のある人が、投機を顧慮するのではなく、投資する元本の予想される安全性と予想される収益に顧慮して、自分の仕事を処理する方法を遵守しなければならないといわれた。この立場に依拠すると、思慮分別のある投資の基準は類似の状況にある受託者がしていたこと、すなわち、業界の慣行ということになる。この原則において、投機が何を意味するのかは別として、投機の回避という部分が強調されていた。これが強調されることによって、たとえば、新規かつ未経験の事業に投資することはそれ自体で、投機であって思慮分別を欠くと判断されることがあった。思慮分別義務が思慮分別ある投資者という姿をとって信託財産の投資に適用される場合、受託者は投機を回避することを求められていたが、この義務自体は、投資に当たって類似の状況にある受託者がする投資を求めるものである¹⁷。

信任義務が大変な義務であるといわれることは、先に引用したカードーズの意見に現れている。それでは、信任義務は本当に大変な義務であろうか。再び、ラングバインの見解を紹介する。ラングバインは、受託者、特に法人受託者のように職業として受託者となる

ものが、あらゆる信託の取引について信託受託者を規律する法の潜在的な責任を引き受けるのをいとわないことに着目する。そして、その理由は、受託者を規律する法を遵守することがふつう大変なことではないことにあると指摘する。思慮分別ある投資家をもって義務遵守の基準とする原則は、投資業界の基準にしたがって行動していた受託者を保護することになることを例示としてあげる¹⁸。ラングバインは、忠実義務はふつう遵守するのが十分容易であるとする¹⁹。

ラングバインはさらに、忠実義務に関して以下のように指摘する。忠実義務はありふれた自己取引では十分円滑に機能する。受託者は常に十分警告されているうえ、ほぼいつも自己取引を禁止する原則を遵守している。たとえば、受託者が信託財産を購入または自己財産を信託に販売する誘惑に負けたことが判明した場合には、責任が生じ、利益を吐き出すことになる。これに対して、ラングバインは、忠実義務は利益相反状況においては同程度の明白な成功をあげてきたとはいえないとする。忠実義務という原則は、機関受託者と対置される個人受託者が関わる場合において特に広範囲に及び過ぎる。その理由は、設定者が受託者となる個人に対して受託者を引受けるように依頼するようにさせた関係そのものなかに利益相反の種があるからである²⁰。ラングバインは、軽度の利益相反は家族の一員が受託者とされる場合に特に蔓延していると指摘する。ラングバインがあげる例は、ある父親がその子を受託者とし、その配偶者が生存中は配偶者を信託財産の収益について受益者とし、その死後はこの子を含む家族の構成員が受益者となるが、配偶者の受益権がその安楽な暮らしを支えるのに不足するならば信託財産をそのために処分して当てる権限を受託者に与えているという場合である。この場合に、父親は、利益相反になるわが子を受託者に選任することに固執し、この子が自分の利益を図るために母を困窮させないものと信頼するという判断をしていることが示されていると指摘する²¹。

以上みたように、信任義務を遵守することはふつう大変なことではない。忠実義務は大部分の場合に違反されることはない。思慮分別義務は業界の標準を遵守して行動しているとそれに違反することはない。

それでは、最初に引用したカードゾの意見が信任義務を説明するときに絶えず引き合いに出される理由は何かという疑問について、ラングバインは次のように説明する。受託者が信託財産を食い物にしたため、受益者である残された家族の困窮状態を目の当たりに

することを想像すればわかるように、受託者の義務違反は見苦しい光景となりうる。裁判所がこのような行動を描写するのに善悪観を全面に出したことをばを使うのは自然なことである²²。

Meinhard v. Salmon のカードゾの法廷意見は信任関係に基づく義務を説く際に絶えず引用される。ラングバインは、ここには修辞上の行き過ぎがあることを指摘する。忠実義務と思慮分別義務とに適合して行動するとき求められることに照らせば、この指摘は適切である。信託設定時に、忠実義務も思慮分別義務も負わないと取り決めるはありえないとしても、忠実義務と思慮分別義務に関する事柄を信託条項によって定めることができるのであることからみても、この指摘は適切である。

ラングバインによれば、信託を設定するときに、設定者が取引を信託と呼ぶか信託であると扱われるようにすれば、忠実義務と思慮分別義務を主要な要素とする信託法の内容が標準契約条項として選択されることになる²³。当事者が信託という形式をとると決めると、信託のデフォルトルールセットを選択したと扱われ、このデフォルトルールセットも適用されるが、当事者が取引時点で予想される事態に対応する必要があると判断するときには、デフォルトルールを必要な範囲で別段の合意によって変更することができることになる。

忠実義務と思慮分別義務の内容は、事態の変化に適応するのに有効なものである。前者は、変化後の状況下でも受益者が信託の利益を享受することを確保することができる。また、後者は、変化後の状況におかれた他の受託者の行動を基準として受託者が行動することを求める。

それでは、信託の利用という観点から、信任義務という義務の実現について見ることにする。

3 義務の実現

信託は家族構成員の間の富の移転に用いられてきた。信託はその始まりから、このために使用されてきたことはよく知られている。今日でもこの用法は見られる²⁴。このような場合では、受託者は個人であると予想される。しかし、この種の信託はアメリカにおける

信託の利用状況を見ると、その重要性は低下しつつあることが指摘される²⁵。それにかわって、法人が受託者となり、信託財産を投資のために運用する信託が重要になってきているといわれる²⁶。これは、日本における信託制度の利用状況に近づいてきているといえる。日本では、個人が受託者という信託は見あたらず、信託といえば、信託業法に基づく免許を受けた法人が受託者である、信託が資産の運用に用いられているのを思い浮かべる。

信託法の信任義務が一組のデフォルトルールであるという性質は、資産運用を目的として法人が受託者となっている信託の利用によく適合すると考えられる。資産運用を目的とする取引は相当期間継続することが予定されているのが普通である。資産運用を取り巻く状況の変化からその期間内に生じうる事態を予想し、そのうえで、そのような事態に対処するのに必要な方策すべてについて取り決めることは困難である。信託という形式を選択すれば、予想と取り決めに要する労力と時間が節約でき、困難を緩和し軽減することができる。また、信任義務と関連することではないが、信託には受託者の破産が信託財産に波及しないという利点がある。

このように、信託という形式の選択は、デフォルトルールのセットの選択である。信託という形式は、相当長い期間にわたって他者のために財産を投資するという事務に関して決定をする時に、この他者をもっぱらその利益を享受するように確保するために適当な方式を提供するということができる。たとえば、ERISA法にみられるように、信託法が発展させてきた信任義務をプランの運営者に負わせているという方法によって、法律が従業員の福利や退職者の年金を提供する使用者のプランの運営を規制することが、信託という形式の特色によって説明できる²⁷。

資産運用に用いられる信託はしばしば、多数の受益者を抱える。そのうえ、受益者が、受益権を譲渡して交代することもある。従業員福利や退職者年金のプランについても、プランの受益者は多数にのぼる。これに対して、信託が家族間の富の移転に用いられる場合は受益者の数は少数に限定される。この間の違いは、受託者の負う義務の実現における違いにもつながると考えられる。

信託が家族間の富の移転に用いられて個人が受託者であるという場合には、ラングバインが指摘するように、設定者は、潜在的な利益相反の種になりうるような状況にある者を

受託者に選任することがある⁴⁸。これは受託者と受益者が利害関係において近いことを意味する。この近さゆえに、受益者は、受託者の活動について身近に情報を得ることができるということができる。また、大方の場合、信託財産の内容も明確であり、それに対応して受益権の内容も明確であることを考慮すれば、信託財産の内容の変化自体や受益者の受益の状況の変化自体が受託者の活動の変則さを示唆することが考えられる。

このような場合には、受益者が、受託者の活動を監視しようと思いついたとき、そのために費用が非常にかさむことはなく、容易であるともいうことができる。また、受託者の活動内容が込み入って複雑であるということは考えにくい。そのうえ、受益者の数は少数に限定されている。監視が必要と思った時に、ある受益者がみずから監視を控え、他の受益者の監視を当てにしても、他の受益者が確実に監視するとは限らない。このように他の受益者の監視を当てにすることは危険が大きく、受益者は監視が必要と思ったら自ら監視する誘因があるということができる。複数の受益者の関係も近いと考えられるので、受益者間に情報が交換されることや監視に協力することが考えられる。しかし、その関係が近ければ受益者の間に利害の対立があることもあるので、このような情報交換や監視における協力は必ずしも期待できないことも予想される。

これに対し、受益者数が多く資産運用を目的とする信託では、信託が家族内の世代間の富の移転のために利用されるときのように考えられない。資産運用に用いられる手法には、比較的単純なものから高度に複雑なものまである。法人が引き受けている信託であれば、法人受託者は、信託財産について個人では普通できない投資に従事していることが予想される。この種の信託は、個人では普通はできない投資手法を提供していると考えられるからである。このような信託の多くでは、分散運用の利点を生かすために多数の個人の資産がひとつの信託財産に取り込まれ、このような多数の個人は同じ信託の受益者であるということのほか、特にそれ以前から関係があるということは考えられない。そのうえ、同一の個人は、同じく分散という観点から投資に充てる全財産をひとりの受託者に託することなく、複数の信託にすなわち、複数の受託者の間でそのような資産を分散して運用していると考えられる。この分散は、一人ひとりの受益者が受益権をもっている信託について関心を持つとしても、その関心を薄めることにつながる。このような個別の信託に関する関心の薄れには、受託者の活動に関する関心の薄れも含まれると考えられる。

第一に、この種の信託の受託者の投資活動は複雑な投資手法が用いられるとそれだけ、

受益者には簡単に理解することができるものではなくなっている。第二に、この種の信託の受益者は投資における危険回避のため投資を分散する結果、個々の受託者の活動への関心が薄れている。第三に、この種の信託の受益者の個々の信託に関する利害が自分で監視するほど小さくなく、自分で監視しないで他者による監視を当てにすることが予想される。受益者が普段から、受託者の活動に関する情報を収集し、それを用いて受託者を監視し、信任義務にかなうように行動しているか確かめるとは考えにくい。受託者が信任義務に違反したとして受託者の責任を追及する訴訟を提起することは、訴訟に要する費用の負担を勘定に入れれば、よほど特別な理由のある場合にしか考えられないといつてよからう。

受益者が信託の利益を享受するためには、受託者が信任義務を主要な内容とする義務を遵守するよう確保することが欠かせない。信任義務は、遵守することが大変なものではないことはすでに指摘したとおりである。それでも、受託者が義務違反することは考えられる。このような義務違反があっても責任が問われることなく放置されるのでは、受益者に信託の利益を享受させることにならない。これにはいろいろな対応策が考えられるが、開示、公的規制と評判に基づく対応策を取り上げることにする。

第一は開示である。

受託者に活動内容を開示させることができれば、受益者が監視のために情報を収集する手数を省略することができる。開示によって情報が入手しやすくなれば、受益者はやろうと思えば、業界標準を基準として個々の受託者の行動を評価することができる。ある受託者の成果が他の受託者のあげている成果と比較して劣っていることがはっきりと示されれば、その受託者の行動は思慮分別義務の求める行動に必ずしもかなっていなかったことが示唆されると考えられる。このような逸脱から義務違反があると主張して、受託者の責任を追及することができることになる。

しかし、こうして責任を追及するまでもないことがある。信託の受益権を取引する市場が存在するならば、受益者はその市場で受益権を売買することができる。受益権の基礎となる信託財産の状況に関する情報が十分に開示されている場合には、受益者は、自分の信託の成果と類似している信託の成果と比較し、受益権を売却して成果の優れていると判断した類似の信託に乗り換えることも可能である。このような受益権の取引ができる市場環境が整えることができれば、受益者は受託者に対して声をあげなくても、受益権の売却に

よって売却して買替えた分について受託者を交替させることができると見ることができ
る。

受益者が開示された情報を収集し整理し分析して、信託間の比較検討をする時間がない
場合もある。開示された情報などの必要な比較判断材料を収集し整理し分析した結果を比
較可能な形で提供するのを仕事としている人たちが存在するから、このような状況にある
受益者は、このアナリストが提供する情報が信頼できるとして、それを参考にして比較検
討することができると考えられる。

開示に基づく評価が働くには、まず、判断をする材料として重要な情報が開示されるこ
とが必要である。開示は公的規制によって要求することができる。現行信託業法を全面改
正する信託業法²⁹27条は、信託財産の計算期間ごとにその受託する信託財産状況報告書
を作成して受益者に対し交付することを求めているのは、このような開示の要求の一種であ
ると考えられる³⁰。信託業法29条2項は、信託契約におこなう旨が定められその概要も定
められて、かつ、信託財産に損害を与えるおそれがない場合を除いて、自己取引と利益相
反取引を禁止し、29条3項は、信託会社が同条2項に規定されている取引をした場合には、
信託財産の計算期間ごとに当該取引の状況を記載した書面を作成して受益者に対し交付す
ることを求めているのも、このような開示の要求の一種であると考えられる³¹。

第二は、受託者の活動を対象とする公的規制である。

個々の人びとが適切に対処することができない事態が生じ、その事態が数多くの人たち
に害を及ぼすことが予測されまたは現実に及ぼしている場合、このような事態に対処する
ために、政府が規制することに十分な理由がある。多数の者から信託を引き受けることを
業として営む者の資格を定め、その活動を規制するという方策は信託業の規制として採用
されている³²。この公的規制が信託業法による規制である。

信託業の公的規制において、信託受託者が負う信任義務の内容を規制の内容に取り込ん
で、信託業を営む者を規制することができる。こうすれば、信託の受託者が信任義務を遵
守するように受託者を監督することができ、信任義務が遵守されていることを確かめるた
めに受託者を検査することもできる。信託業法28条1項は、「信託会社は、法令及び信託
の本旨に従い信託財産に係る受益者のため忠実に信託業務を行わなければならない」と規
定し、同2項は、「信託会社は、信託の本旨に従い善良な管理者の注意をもって信託業務
を行わなければならない」と規定する³³。28条1項は信任義務のうち忠実義務に対応する

規定であり、28条2項は信任義務のうち通常の注意をもってすることを求める点で思慮分別義務に対応する規定であると考えられる。

また、信託業法29条は、信託財産に係る行為準則を定める。それによれば、信託会社は、その受託する信託財産について、次に掲げる行為をしてはならないとされる。そのような行為とは、

- 1 通常の取引の条件と異なる条件で、かつ、当該条件での取引が信託財産に損害を与えることになる条件での取引を行うこと、
- 2 信託の目的、信託財産の状況又は信託財産の管理若しくは処分の方針に照らして不必要な取引を行うこと、
- 3 信託財産に関する情報を利用して自己又は当該信託財産に係る受益者以外の者の利益を図る目的をもって取引（内閣府令で定めるものを除く。）を行うこと、
- 4 その他信託財産に損害を与え、又は信託業の信用を失墜させるおそれがある行為として内閣府令で定める行為、

である。ここで掲げられる行為もまた、受託者の負う信任義務に違反すると考えられる行為に該当すると解することができる。

信任義務の内容が公的規制の内容に盛り込まれると、受託者の行動は規制の執行を担当する政府機関による監督と検査に服することになる。そして、この監督と検査を通じて、信任義務の内容が実現される。

信託業の公的規制によって、受託者が信任義務にかなうように行動するように、義務違反に該当する行動を違反が起こる前にも防止することができる。違反が具体的に起こってから、受益者が義務違反に対する制裁を加えることもできるが、受益者にとってそうすることが容易であるとは限らないので、公的規制は受託者の信任義務遵守の確保のため重要な役割を果たすと考えられる。

第三は、評判を通じたサンクションである。

受託者は評判が大切である。個人であってもそうであるが、法人であって信託の引受を業としているのであれば、評判は事業の成功にとって不可欠である。信任義務を遵守しているか否かはいうまでもなく、信託の引受を業としている職業受託者にとり評判は事業の成否を決する重要性を持つ。受託者が行動基準を逸脱すると正確に消極的な評価が流れるという仕組みが用意されるならば、評判を大切に受託者は、義務を遵守する方策を整

えることが期待できる。受託者の行動について評判が利用できるようにする仕組みは、受託者に関わる情報の経路によっていろいろなものがありうる。評判の提供を事業とする者も出現する。そしてまた、悪評に対する対抗策は、正確かつ迅速な情報提供であることも重要である³⁾。

4 むすび

受託者が信任義務を遵守するよう確保する方策はいろいろある。裁判をはじめとする争いを処理する仕組みを通じて受託者の信任義務の内容を実現するという方法はいくつも考えられる選択肢のうちの一つにしか過ぎない。

政府による規制は重要な方策である。日本では、ある時期まで、営業として信託を引受ける資格を有する法人の数を少数に限定し、さらに、投資のための信託財産の運用に関わることができるものの数も限定されてきた。このような状況においては、規制者は、こうして限定されていた少数の受託者の活動を事前事後に監視して、信託財産の運用における望ましくない行動を排除するという方式を用いることができたと理解可能である。現在までに、この公的規制の方式は大方放棄されている。新しい規制方式がこのようなインフォーマルな要素の多い公的規制の方式にとって代わっていると見られる。

評判による制裁を活用することも期待できる。これは、情報の自由な流通が前提条件として必要となる。また、その情報の適切な評価に依存する。正確な情報はいうまでもなく、受託者の手元にある。評判による制裁が活用されるようになれば、受託者が手元にある正確な情報を適時に開示することも期待できる。この情報はまた、受託者の退出を促すようにも用いられることが期待される。

受託者が義務を遵守するよう確保する目標は、受益者による信託利益の享受をはかることである。このことは、第四の義務実現の方策を示唆する。それは、受託者による義務違反の有無を個別に問うことなく、法律によって、受益者に受託者の負う義務が遵守されているならば受益者が享受する利益を受ける権利があると定めることである。いいかえれば、受託者が業界の慣行に従い、かつ、もっぱら受益者のために行動すれば受益者が享受する利益を受益者が権利として受けることができると法律で定めることである。当然のこ

とながら、これは信託法の範囲を超える事柄である。しかしながら、受益者による信託利益の享受の確保という信託法の基本目標と、公的規制の目標を延長していけば、これは、そのような延長線上それほどかけ離れたところにあるものではなかろう。

〔注〕

- 1 筆者も約10年前に、木南敦「信託受託者の思慮分別 (Prudence) と忠実 (Loyalty) について—アメリカ法を手がかりとして—」という論文を発表した (信託法研究18号41頁 (1993年))。これは1992年6月に開催された信託法学会の研究発表会における報告に加筆訂正したものである。
- 2 164 N.E. 545 (NY 1928).
- 3 See, e.g., Marsha Garrison & Carl E. Schneider, *The Law of Bioethics: Individual Autonomy and Social Regulation* 40 (2003).
- 4 164 NE at 546.
- 5 John Langbein. *The Contractarian Basis of the Law of Trusts*, 105 *Yale L. J.* 625, 658 (1995).
- 6 Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel. *Contract and Fiduciary Duty*, 36 *J. L. & Econ.* 425, 427 (1993). イースターブルックとフィッセルは、信頼関係は、契約内容の特定と契約の履行の監視に異常な高費用を要するという特徴がある契約に基づく関係であるとする。例えば、忠実義務は詳細な契約条項に代わるものであり、裁判所は、当事者自身が、取引が安価ですべての約束が完全に履行されるとすれば選んだであろう行動を処方することによって忠実義務に肉付けするとする。Id.
- 7 Langbein. *supra* note 5, at 658.
- 8 Id.
- 9 Garrison & Schneider, *supra* note 3, at 40.
- 10 Easterbrook & Fischel, *supra* note 6, at 427; Langbein, *supra* note 5.
- 11 木南、前掲注1参照。
- 12 Langbein, *supra* note 5, at 655.
- 13 Id. at 656.
- 14 Uniform Prudent Investment Act section 1 . cmt.
- 15 John H. Langbein. *The Uniform Prudent Investor Act and the Future of Trust Investing*, 81 *Iowa L. Rev.* 641, 644 (1996).
- 16 26 *Mass. (P Pick.)* 446 (1830).
- 17 Id. at 644.
- 18 Langbein, *supra* note 5, at 657.
- 19 Id.
- 20 Langbein, *supra* note 5, at 664.
- 21 Id. at 667.
- 22 Id. at 658.
- 23 Id. at 660.
- 24 John H. Langbein. *The Secret Life of the Trust: The Trust as an Instrument of Commerce*, 107 *Yale L. J.* 165, 165 (1997).
- 25 Id. at 166.

- 26 Id.
- 27 See John H. Langbein, What ERISA Means By “Equitable”: The Supreme Court’s Trail of Error in Russell, Mertens, and Great-West, 103 Colum. L. Rev. 1317 (2003).
- 28 Langbein, *supra* note 5, at 658.
- 29 信託業法の改正の背景については、金融審議会金融分科会第二部会『信託業のあり方に関する中間報告書』（平成15年7月28日）参照。
- 30 信託業法27条1項は、「信託会社は、その受託する信託財産について、当該信託財産の計算期間ごとに、信託財産状況報告書を作成し、当該信託財産に係る受刑者に対し交付しなければならない。ただし、信託財産状況報告書を受益者に交付しなくても受益者の保護に支障が生ずることがない場合として内閣府令で定める場合は、この限りでない」とする。
- 31 信託業法27条2項がいう取引には、自己又はその利害関係人（株式所有関係又は人的関係において密接な関係を有する者として政令で定める者をいう。）と信託財産との間における取引と、一の信託財産とそれ以外の信託財産との間の取引が該当する。
- 32 このような信託の引受の規制のほかに、信託という方式を使用して提供される金融商品を規制する方法も採用されている。投資信託及び投資法人に関する法律がその例である。
- 33 信託業法28条3項は、信託財産を分別管理する体制を整備するよう求める規定である。これは、信託法が定めている分別管理義務に対応する規定であると考えられる。
- 34 評判と情報について簡単に説明した日本語の文献として、例えば、ロナルド・J・マン（木南敦訳）「ITと融資取引における法によらないサンクション」ジュリスト1193号72頁（2001年）参照。

信認関係として見た法定訴訟担当*

山 本 克 己

目 次

- 1 はじめに
- 2 ドイツの遺産管理機関とその訴訟上の地位
 - (1) 遺産管理人
 - (2) 遺産保護人
- 3 法定訴訟担当という法技術の意義と機能
 - (1) 法定代理人と法定訴訟担当の境界設定の基準
 - (2) 帰属者が原告と被告を兼ねる可能性
 - (3) 帰属者の訴訟上の地位
- 4 日本の相続財産管理人の訴訟上の地位
 - (1) 予備的考察
 - (2) 指定相続人廃除手続またはその取消手続中の相続財産管理人
 - (3) 熟慮期間中の相続財産管理人
 - (4) 限定承認があった場合の相続財産管理人（その1）——単独相続の場合
 - (5) 限定承認があった場合の相続財産管理人（その2）——共同相続の場合
 - (6) 相続放棄があった場合の相続財産管理人
 - (7) 財産分離の請求があった場合の相続財産管理人
 - (8) 相続人不存在の場合の相続財産管理人
 - (9) 遺産分割前の遺産管理者
- 5 法廷訴訟担当論の再検討のための予備的考察
 - (1) 法定訴訟担当の分類論
 - (2) 代位債権者、債権質権者や取立訴訟における差押債権者
 - (3) 職務上の当事者と一定の資格に基づく法的訴訟担当者
- 6 おわりに

* 本稿は同じタイトルで既に法学論叢154巻4・5・6号（2004年3月刊行）に公表されている（ただし、今回の掲載に当たって、形式的なミスの修正を行った）。また、筆者は、日本民事訴訟法学会平成16年大会シンポジウム（於名古屋大学）において、本稿をベースとする研究報告（「法定訴訟担当論の再検討」）を行った。筆者の報告を含むこのシンポジウムの記録は、民事訴訟雑誌51号（2005年3月刊行予定）に収録される予定である。

1 はじめに

本稿は、法定訴訟担当関係を信認関係（fiduciary relationship）¹として見ること（その含意するところは後述する）を通じて、法定訴訟担当という法技術の意義と機能の一端を明らかにし、また、従来の法定訴訟担当論のあり方についての筆者なりの評価を試みることを目的とする²。

前者の法定訴訟担当の意義と機能の検討作業について付言しておく、この作業は、法定訴訟担当と訴訟上の法定代理の間の境界設定についての基準を立てることを兼ねている。法定訴訟担当制度と訴訟上の法定代理制度とが別個の制度として設計されている以上、両者は異なった制度目的を有していると考えざるを得ない。ここでの法定訴訟担当の「意義」とは、目的論的な観点から見た場合において、法定訴訟担当制度が訴訟上の法定代理制度から差別化される要因である。したがって、この「意義」を明らかにすることは、両者の境界設定の基準を明らかにすることにほかならない。他方、「機能」とは、法定代理構成ではなく法定訴訟担当構成を採った場合に、副次的にもたらされる効用のうち有用なもの、つまり、副次的な機能のことである。

このように、本稿における法定訴訟担当の「意義」と「機能」は、法定訴訟担当と訴訟上の法定代理とに共通のものを除いた、狭い範囲のものに限定されている。このように「意義」と「機能」を限定するのは、従来の議論においては、個々の法定訴訟担当制度の趣旨として、法定代理構成によっても達成できるものも掲げられており、そのことが両者の境界設定のあり方をめぐる論議を混迷させているのではないか、という問題意識に基づいている。

さて、法定訴訟担当をめぐる議論における重要問題の1つが、実体法上、他人の権利義務その他の法律関係について、その他人の授権によらずに管理処分権ないしそれに類する権限を有する者が、訴訟法上、法定訴訟担当者として法定代理人のいずれとして扱われるべきか、という問題（前述の境界設定の作業）であることは、言うまでもないところである（以下では、当該の法律関係が帰属する他人を「帰属者」、管理処分権等を有する者を「受認者」と呼ぶことにする。なお、「受認者」という用語を用いる理由は、後に述べるように、問題となる法律関係を信認関係であると捉えていることにある）。

具体的な論証は後の本論に譲るが、筆者は、右の境界設定の基準を立てるに当たっては、そこで問題となる法律関係を帰属者と受認者の2当事者関係と捉えるだけでは不十分であると考えている。というのも、他人の財産の管理制度には、帰属者以外の者の利益のための財産管理を予定しているものがあるからである。例えば、破産管財人は所有秩序上は破産者に帰属している破産財団（もっとも、破産財団法人説を採れば別論である）の管理処分権を有するのであるが、破産管財人による破産財団の管理処分は破産債権者一般の利益のためにされることが予定されているのである（ただし、破産者の利益擁護の観点を中心に捨象できるかどうかについては、免責制度の位置付けなどの点で、議論の余地が残されている）。

そこで、以下では、受認者がその権限に基づいてした行為の利益を享受することが予定されている者を受益者と呼ぶこととし、法定訴訟担当と法定代理のいずれであるかが問題となる場合の法律関係を、帰属者と受認者と受益者の3当事者関係（ただし、帰属者が受益者を兼ねる場合も多い）として捉える、という枠組み（「3項図式」と呼ぶことにする）の下に議論を進めることにする（なお、法定訴訟担当があることが一般に承認されている制度の中には、担当者が訴訟上の権限しか持たないものもあるが、この場合の担当者も「受認者」と呼ぶことにする）。

もちろん、法定訴訟担当者に対して誰の利益を擁護することが求められているかという観点は、5（1）で見ると、従来の法定訴訟担当をめぐる議論においても意識されていた。本稿で3項図式を採用することの狙いは、この観点を意識化し徹底することにある。

なお、ここで言う「受益者」の概念は、言うまでもなく、信託法から借用しており、また、以下の本論（5（2））では信託法の規定を参照することもある。しかし、信託法の規定を参照するのは、本稿で問題にする法律関係が信認関係の一種であるとの認識と、信託関係が信認関係の代表例であるとの認識に基づいているが、本稿で問題にする法律関係が信託関係そのものであるとまでは考えていない⁹。というのも、日本の信託法上の信託関係においては、委託者から受託者への実質権の移転が予定されているが、本稿で問題とする法律関係においては、実質権の主体は帰属者であり、受認者はあくまでも管理処分権ないしそれに類する権限だけを有している。また、本稿に言う受益者は、信託受益者の受益権に相当する実質権を持たないからである。

信認関係についての説明はこのくらいにして、本稿での検討作業の手順を明らかにして

おく。

まず、右の3項図式を用いながら、ドイツ法上の裁判所選任にかかる遺産管理機関（日本の相続財産管理人に相当する）の訴訟上の地位の概要を紹介・分析した後に、それとの比較において、筆者なりの訴訟上の法定代理と法定訴訟担当の境界設定の基準を明らかにしたい。前述のように、かかる境界設定の基準を提示する作業は、法定訴訟担当制度の意義を明らかにする作業でもあるが、それと併せて、法定訴訟担当が果たし得る機能についても検討を加えることにする。

次に、そこで提示された境界設定の基準を日本の各種の相続財産管理人に適用して、相続財産管理人の訴訟上の地位についての私見を明らかにする。

最後に、これまでの検討の結果を踏まえて、従来の法定訴訟担当をめぐる議論のあり方について、筆者なりの批判的な検討を加えることにしたい。もっとも、この作業は不十分なものであり、法定訴訟担当論の再検討のための予備的な考察に止まる。

2 ドイツの遺産管理機関とその訴訟上の地位

ドイツ民法典（BGB）は、日本の相続財産管理人に相当する、裁判所選任にかかる遺産管理機関として、遺産保護人（Nachlasspfleger）と遺産管理人（Nachlassverwalter）の2種類を予定している。以下では、まず、遺産保護と遺産管理の制度の概要と、遺産保護人と遺産管理人の訴訟上の地位をめぐる学説・判例⁴を紹介することにする。

しかし、紹介に入る前に、ドイツ法の関連条文を訳出しておく⁵。

民法典（BGB）

1793条1項 後見人は、被後見人の身分及び財産に配慮すること、特に被後見人を代理することについて、権利及び義務を有する。〈以下、省略〉

1915条1項 保護については、法律に特別の定めがない限り、後見に関する規定が準用される。

1922条1項 人の死亡（相続開始）により、その財産（相続財産）は、全体として、1名ないし複数名の相続人に移転する。

1936条1項 相続開始の時に被相続人の血族も配偶者もないときは、死亡の時点

で被相続人が属していた州の国庫が法定相続人である。被相続人が複数の州に属していたときは、これらの州の国庫は、相続について等しい持分を有する。

2項 被相続人がドイツ人ではあるが、どの州にも属していなかったときは、連邦の国庫が法定相続人である。

1942条 1項 相続財産はその資格がある相続人に移転するが、相続を放棄する権利を失わせることはない（相続財産の帰属）。

2項 国庫は、法定相続人として帰属する相続財産を放棄することができない。

1943条 相続人が相続を承認し、又は放棄のために定められた期間が徒過したときは、相続人は、もはや相続を放棄することができない。この期間が徒過したときは、相続の承認があったものとみなす。

1958条 相続の承認前は、遺産に対する請求権を相続人に対して、裁判上、行使することができない。

1959条 1項 相続人が相続放棄までの間に相続の事務を処理するときは、相続人は、相続になる者との関係で、事務管理をする者と同じ権限を有しかつ義務を負う。

2項 相続人が相続放棄までの間に遺産に属する財産を処分した場合において、その処分を後に行えば遺産に不利益が生ずるときは、処分の効力は、放棄によって害されることはない。

3項 相続人に対してされるべき法律行為は、相続放棄前に放棄者に対してされたときであっても、相続放棄後も効力を有する。

1960条 1項 相続の承認までの間、遺産裁判所は、必要があれば、遺産の保全に努めなければならない。相続人が不明であるとき、又は相続人が相続を承認したかどうか確実でないときも、同様である。

2項 遺産裁判所は、特に、封印を施すこと、金銭、有価証券及び高価品を供託すること、並びに遺産目録を作成することを命じ、又は相続人になる者のために保護人（遺産保護人）を選任することができる。

3項 第1958条の規定は、遺産保護人には適用しない。

1961条 遺産裁判所は、第1960条第1項の場合において、遺産に対する請求権の裁判上の行使のために、権利者が選任を申し立てたときは、遺産裁判所は、遺産保護人を選任しなければならない。

1962条 遺産保護は、後見裁判所ではなく、遺産裁判所が行う。

1964条1項 事案との関係で相当と認められる期間内に相続人が調査されないときは、遺産裁判所は、国庫以外に相続人がいないことを確認する。

2項 前項の確認は、国庫が法定相続人であることを推定する。

1966条 遺産裁判所が他に相続人がいないことを確認するまでは、法定相続人としての国庫がする権利行使及びこれに対する権利行使は、することができない。

1967条1項 相続人は、遺産債務について責任を負う (haften)。

2項 被相続人から承継された債務のほか、相続人として負担すべき債務、特に遺留分権、遺贈及び負担 (Auflage) に基づく債務が、遺産債務に属する。

1975条 遺産債権者の満足のための遺産保護 (遺産管理) が命じられ、又は遺産の倒産手続が開始したときは、相続人の遺産債務についての責任は、遺産に限定される。

1981条1項 相続人が発令を申し立てたときは、遺産裁判所は、遺産管理を命じなければならない。

2項 相続人の行為又は財産状態によって遺産から遺産債権者が満足を受けることが危険に晒されていると認める理由があるときは、遺産債権者の申立てにより、遺産管理が命じられなければならない。相続の承認から2年が経過したときは、この申立てをすることができない。

3項 第1785条の規定は、適用されない。

1982条 費用を償うに足りる財団 (Masse) がないときは、遺産管理の命令を拒絶できる。

1983条 遺産裁判所は、その周知のために指定された新聞により、遺産管理の命令を公告しなければならない。

1984条1項 遺産管理の命令により、相続人は、遺産を管理し処分する権限を失う。倒産法第81条及び第82条の規定が、準用される。遺産に対する請求権は、遺産管理人に対してしか行使できない。

2項 遺産債権者でない債権者のためにする遺産に対する強制執行又は仮差押えは、することができない。

1985条1項 遺産管理人は、遺産を管理し、かつ、遺産から遺産債務を弁済しなけ

ればならない。

2 項 遺産管理人は、遺産の管理について、遺産債権者に対しても責を負う (verantwortlich sein)。第1978条2項、第1979条及び第1980条の規定が準用される。

2013条1項 相続人が遺産債務について無限責任を負うときは、第1973条から第1975条まで、第1977条から第1980条まで、及び第1989条から第1992条まで条までの規定は適用されない。相続人は遺産管理の命令を申し立てることができない。ただし、相続人は、後に第1994条第1項第2文又は第2005条第1項の事由が生じたときは、第1973条又は第1974条によって生じた責任の制限を援用することができる。

2 項 第1977条から第1980条までの規定、及び相続人の遺産管理の命令を申し立てる権利は、相続人が個々の遺産債権者に対する関係で無限責任を負うことによって、排除されない。

2018条 相続人は、実際にはその者に帰属しない相続権に基づき何かを相続財産から取得した者 (遺産占有者) に対して、取得した物の返還を求めることができる。

2032条1項 被相続人が複数の相続人を残したときは、遺産は相続人の共同所有財産となる。

2 項 遺産分割がされるまでは、第2033条から第2041条までの規定が適用される。

2038条1項 遺産を管理する権限は、相続人に共同的に帰属する。各共同相続人は、通常の管理に必要な措置を協力して行う義務を相互に負う。各共同相続人は、他の共同相続人の協力を得ずに、保存のために必要な措置を講ずることができる。

2039条 請求権が遺産に属するときは、義務者は、相続人全員に対して共同的にしか給付することができず、かつ、各共同相続人は相続人全員に対する給付しか求めることができない。各共同相続人は、義務者が相続人全員のために給付すべき物を供託すること、又はその物が供託に適さないときは、裁判所が選任する保管者に引き渡すことを求めることができる。

2058条 相続人は、共同の遺産債務について連帯債務者として責に任ずる。

2059条1項 各共同相続人は、遺産が分割されるまで、遺産の持分以外に有する財産から遺産債務を弁済することを拒絶することができる。遺産債務について無限

責任を負うときは、共同相続人は、相続分に応じた債務の部分について、この権利を有しない。

2項 共同相続人全員に対して未分割の遺産からの満足を求める遺産債権者の権利に、影響を及ぼさない。

2062条 遺産管理の命令は、相続人が共同してしか申し立てることができない。遺産が分割されたときは、この申立てをすることができない。

民事訴訟法典 (ZPO)

53条 訴訟能力ある者が、訴訟事件において、世話人又は保護人 (Pfleger) によって代理されているときは、その者は、その訴訟事件においては、訴訟能力がない者とみなされる。

116条 1項 次に掲げる者は、申立てにより、訴訟救助を受ける。

1 管理されている財団 (Vermögensmasse) から費用を償うことができず、かつ、訴訟事件の対象に利害を有する者に費用を支払うことが期待できない場合の職務上の当事者

780条 1項 債務者の相続人として給付判決を受けた被告は、判決中でそれが留保されたときに限り、責任の制限を主張できる。

2項 国庫が法定相続人として給付判決を受けるとき、又は遺産管理人その他の遺産保護人若しくは遺産の管理権を有する遺言執行者に対して判決が下されるときは、留保は必要ない。

土地登記法 (GBO)

39条 1項 登記は、登記上の権利を有する者が権利者として登記されている場合にしか、することができない。

40条 1項 登記上の権利を有する者が登記上の権利者の相続人である場合において、権利の移転若しくは消滅が登記される時、又は登記申請が被相続人若しくは遺産保護人の同意により、若しくは被相続人若しくは遺産保護人に対する債務名義に基づくときは、第39条 1項の規定は適用しない。

倒産法典 (InsO)

1条 倒産手続は、債務者の財産を換価して換価金を配当し、又は特に企業を維持するために倒産計画においてそれとは異なる定めをすることによって、債務者の

債権者に共同的な満足を与えることを目的とする。誠実な債務者には、残債務から解放される機会が与えられる。

60条 1項 責に帰すべき事由により本法により課せられた義務に違反したときは、倒産管財人は、全ての利害関係人に対して損害賠償の義務を負う。倒産管財人は、標準的で誠実な倒産管財人が払うべき注意を払わなければならない。

80条 1項 倒産手続の開始により、倒産財団に属する財産の管理処分権は、債務者から倒産管財人に移転する。

81条 1項 倒産手続の開始後に債務者が倒産財団に属する財産を処分したときは、この処分は効力を生じない。民法典第892条及び第893条、登記された船舶及び船舶ドックに関する法律第16条及び第17条、並びに航空機上の権利に関する法律第16条及び第17条の規定は、その適用を妨げられない。相手方は、処分により財団が利得した限度で、倒産財団から反対給付を返還することを求めることができる。

3項 債務者が手続開始の日に処分したときは、処分が手続開始後にされたと推定される。

82条 債務が倒産財団のために履行されるべきであるにもかかわらず、倒産手続の開始後に債務の履行のために債務者に対して給付がされた場合には、給付者は、給付時に手続の開始を知らなかったとき、免責される。公告の前に給付をしたときは、給付者が手続の開始を知らなかったものと推定される。

317条 1項 相続人各人、遺産管理人その他の遺産保護人、及び遺産の管理権を有する遺言執行者、並びに遺産債権者各人は、遺産についての倒産手続の開始を申し立てることができる。

319条 相続の承認から2年を経過した後は、遺産債権者は、倒産手続開始の申立てをすることができない。

320条 遺産についての倒産手続の開始原因は、支払不能及び債務超過である。相続人、遺産管理人その他の遺産保護人、又は遺言執行者が手続の開始を申し立てるときは、支払不能のおそれも開始原因である。

(1) 遺産管理人

法典上の順序とは逆になるが、まず、その訴訟上の地位についてほとんど争いが無い、遺産管理人の紹介・検討から始めることにする。

遺産管理人は、遺産裁判所⁶が遺産管理を命じた場合に選任される。そこで、遺産管理の制度の概要を説明しておく。

遺産管理を申し立てることができるのは、まず、相続人である (BGB1981条1項)。ただし、共同相続の場合には、遺産分割までに、共同相続人全員が共同して申立てをしなければならない (BGB2062条第1文)。相続人の申立てにより、遺産管理命令が発令されるための要件は、相続人 (共同相続の場合には共同相続人全員) が一部の遺産債権者との関係だけではなく遺産債務一般について無限責任を負っていないことである (BGB2013条1項本文第2文・2項)。なお、反対説も有力であるが、相続を承認する前の相続人も遺産管理命令の申立てができると解されている。

また、相続の承認から2年を経過するまでの間は、遺産債権者も遺産管理命令の発令を申し立てることができる。この場合には、遺産債権者が遺産から満足を受けることが危ういことが、発令の要件になる (BGB1987条2項)。相続人の申立権の制限を定める BGB2013条1項本文第2文は、債権者には適用がない。

遺産管理が命ぜられると、遺産倒産の場合と同様に、相続人の遺産債務についての責任財産は相続財産に限定される (BGB1975条)。また、遺産は相続人の固有債権者のための責任財産ではなくなる (BGB1984条2項)。遺産の管理処分権限は、実体法上も、遺産管理人に移転し、遺産管理人は遺産から遺産債務を弁済しなければならない (BGB1984条1項、1985条1項)。

遺産管理制度の説明は以上で終るとして、本題である遺産管理人の訴訟上の地位の紹介に移ることにする。

BGB1975条が遺産管理を遺産保護の特殊事例として捉えていることから、基本的には、遺産管理の性質に反しない限り、遺産保護の規定が遺産管理にも適用される。そして、2で述べるように、通説・判例によると、遺産保護人は実体法上も訴訟法上も法定代理人であるとされている。しかしながら、通説⁷・判例 (RG Urt. v. 4.1.1932, RGZ 135, 307) は、遺産管理人は、遺産保護人と異なり、実体法上は、法定代理人ではなく、「職務の担い手」

であり、訴訟法上も、職務上の当事者として自らの名で訴訟を進行する権限を有する（法定訴訟担当者である）と解している（この見解は、破産管財人の地位についての職務説に相当する見解であり、ここでも職務説と呼ぶことにする）。

その理由として通説が挙げる論拠は、遺産管理と遺産倒産の間には、BGB1975条による責任限定の効果が共通であるだけでなく、次のような類似点があるため、遺産管理人の地位は倒産管財人のそれと同様のものであると考えらるべきである、という点にある。その類似点とは、BGB1971条が InsO317条 1 項・319条に対応するものであること、BGB1984条 1 項が遺産管理開始の効果について倒産手続開始の効果を定める InsO81条・82条を準用していること、BGB1985条 1 項が InsO80条 1 項と同様に管理処分権の移転を定めていることなどである。

このように遺産管理人は、制度趣旨や手続構造が遺産倒産と類似していることから、倒産管財人と同様に扱うべきである、と解されている。本稿の関心からは、遺産管理の遺産倒産との類似性のうち、BGB1975条が遺産管理の制度趣旨を遺産債権者を満足させることに求めていること（InsO 1 条第 1 文に対応する）、そして、BGB1985条 2 項が遺産管理人による遺産の管理は遺産債権者の利益を守るためのものであると定めていること（InsO60条 1 項第 1 文の「利害関係人」には倒産債権者が含まれるから、ほぼこれに対応する）に興味を惹かれるところである。

遺産管理人が受認者であるとの前提の下に、1 で述べた 3 項図式にこれらの規定の趣旨を当てはめると、帰属者は相続人、より正確には、相続承認前は暫定相続人（*einstweiliger Erbe*）、承認後は終局相続人（*endguldiger Erbe*）であり、受益者は相続人（より正確には、終局相続人）と遺産債権者である、とすることができる。なお、暫定相続人と終局相続人の関係については、(2) で述べるところを参照されたい。

ところで、相続人が受益者に含まれると考えるのは、遺産が BGB1985条 2 項が「遺産債権者に対しても」と定めていることに基づいている。同項の趣旨とするところは、遺産管理が遺産保護の一種である以上、遺産管理人が相続人のために管理するのは当然であり、また、遺産倒産の場合とは異なって、遺産管理人が遺産債務を完済した後に残余財産がある蓋然性が高い、という点にあると考えられる。

(2) 遺産保護人

遺産保護人は、相続開始後、①まだ相続が承認されていないとき、②相続が承認されたかどうか不確かであるとき、または、③相続人が知れていないときに、遺産裁判所が選任する遺産管理機関である（BGB1960条、1961条）。遺産保護人の選任は、遺産裁判所が職権であることが原則であるが（BGB1960条2項後段）、遺産に対して権利を有する者の申立てがある場合にも選任される（BGB1961条）。

遺産保護は、不在者の財産管理などと並んで、保護（Pflegeschaft）⁸の一種であり、かつ、その結果、保護制度の総則的規定の1つである BGB1915条によって、他の保護制度と同様に、後見に関する規定の準用を受けるから、遺産保護人の法的地位については、後見人の法定代理権を定める BGB1793条1項第1文が準用されることになる。そこで、通説⁹・判例（BGH Urt. v. 26.10.1967, BGHZ49, 1）は、遺産保護人は後見人と同様に実体法上も訴訟法上も法定代理人であり、そして、これに代理される本人は BGB1960条2項後段に言う、「相続人になる者」、つまり、遺産を相続することが法的に確定した相続人である終局相続人であると解している（法定代理説）。

しかし、遺産保護人を終局相続人を本人とする法定代理人と捉えることには、少なくとも2つの点で疑問の余地を残している（なお、帰属者でない者を本人としていることについては、3（1）で検討する）。

1つ目の疑問点は、次に見るように、遺産保護が行われている時点では、誰が終局相続人であるかわからない点である。

まず、①の場合を検討する。BGB1922条1項、1942条1項により、相続開始により、遺産は相続人に包括承継されることになる。しかし、相続人は相続放棄をすれば相続人ではなくなるから、相続放棄ができる間は、逆に言えば、BGB1943条が定める有効な承認（擬制承認を含む）があるまでは、相続人は終局相続人ではない。

なお、有効に承認（擬制承認を含む）も放棄もしていない相続人は、一般に暫定相続人と呼ばれている。暫定相続人には遺産の所有権が帰属し、遺産の管理をする権限もあるが、暫定相続人が相続を放棄した場合、暫定相続人は、終局相続人との関係では、事務管理者とみなされている（BGB1959条1項）。

次に、②の場合であるが、当然ながら、この場合には、一定の手続を経ない限り、終局

相続人が誰であるかが明らかにならない。

最後に、③の場合を検討する。配偶者または血族である相続人がいない場合には、国庫が法定相続人になる（BGB1936条1項）が、国庫が法定相続人として扱われるためには、一定の期間の経過と遺産裁判所のその旨の確認の裁判が必要である（BGB1964条1項）。つまり、遺産保護が必要であるのは主としてこの裁判があるまでの間であろうが、その時点では、国庫を終局相続人として扱うことはできないのである。しかも、国庫は相続放棄ができない（BGB1936条2項）ため、放棄によって国庫が相続人でなくなることはないものの、国庫が法定相続人である旨を確認する遺産裁判所の裁判は、推定的な効果しか有さない（BGB1964条2項）から、この裁判が効力を生じた後であっても、国庫以外の者が法定相続人として扱われる余地が残されている。

このように、遺産保護が行われる場合には、終局相続人が確定していないばかりではなく、暫定相続人も不明である場合もあるのである。その結果、遺産保護人が法定代理人だとすると、訴訟法上は、訴状や判決書に誰を当事者として表示するか、という問題が生ずることになる。

③の場合について、判例（BGH Urt. v. 5.2.1958, ZZP71 [1958], 471）は、当事者を「被相続人〇〇の知れていない相続人」と表示すれば足りるとしており、通説¹⁰もこれに賛成している。しかし、①と②の場合については、今回調査した限りでは、誰を当事者として表示すべきかについて判示した裁判例も、これに言及した学説も発見できなかった。

もっとも、保護人が訴訟上の法定代理人である場合に、本人が訴訟無能力者として扱われる旨を定めるZPO53条の適用について、通説¹¹は、遺産保護人が法定代理人である訴訟において、暫定相続人が訴訟無能力者であるとみなされるとしている。したがって、通説は訴状や判決書には暫定相続人が当事者として記載されるべきであると考えている、という推測が成り立つ。しかし、この推測が当たっているとすると、まだ放棄をしていない暫定相続人は終局相続人になる蓋然性が高い者であるとは言え、通説の立場は、厳密に言えば、終局相続人が本人であるという前提と矛盾するのではなからうか。なお、通説は、遺産保護人の選任は、暫定相続人の遺産についての管理処分権を奪うものではない、と解している¹²。

本人が不確定ないし不明ではないかという疑問に対応して、少数説ではあるが、遺産保護人の地位については異説が唱えられている。

例えば、Konrad Hellwigは、遺産を特別財産と捉えたうえで、遺産保護人はこの特別財産としての遺産の法定代理人であると考えていた¹³。もっとも、遺産に当事者能力を認めない見解が一般化したため、現時点では、このHellwigの見解に従う者は見当たらないようである。しかし、遺産保護人が特別財産である遺産の管理者であることに着目しつつ、遺産管理人と同様に、遺産保護人は、実体法上は、職務の担い手であり、訴訟法上も、職務上の当事者として自らの名で訴訟を進行する権限を有する（法定訴訟担当者である）と主張する見解（職務説）も、少数説ながら提唱されている。

Ulrich von Lübtowは、訴状や判決書に当事者を具体的に特定して記載する必要があることから、訴訟法上、遺産保護人を法定代理人として捉えることはできず、そして、実体法と訴訟法とで異なった法的構成を採ることは適当ではないという理由から、職務説の立場を主張している¹⁴。また、Matthias Draschkaは、実体法上も、行為の時点で将来の相続人を特定できない以上、法定代理人構成では、顕名の原則を満たすことができないこと、そして、BGB1958条が暫定相続人の被告適格を否定する当事者適格の規定である以上、BGB1960条2項も遺産相続人の被告適格を肯定する規定であると解すべきであることを根拠として、同じ結論を採る¹⁵。

更に、職務説の論者のうちもっとも詳しい理由を述べるAlbert Zieglerは、まず、実体法上の論拠として、遺産保護人の法律行為により取得された財産が、終局相続人の固有財産ではなく、遺産に属すること、そして、遺産保護人の行為により負担される債務が、倒産手続における財団債務と同様に、BGB1967条に言う遺産債務に当たることは、法定代理説よりも職務説による方が容易に説明できることを挙げる。また、訴訟法上の論拠としては、法定訴訟担当構成では自己を相手方とする訴訟（In-Sich-Prozess）を回避できること（この問題点については、すぐ後で検討する）などを挙げている¹⁶。

なお、職務説の論者は、遺産保護人が選任された場合に、暫定相続人は、実体法上、遺産の管理処分権限を奪われ（「職務の担い手」という法律構成はそこまでのインプリケーションを有する、と考えることがドイツでは一般的である）、また、訴訟法上、遺産に関する訴えについて当事者適格を失うと説いている¹⁷。暫定相続人が遺産について管理処分権や当事者適格を有すると、遺産保護人の行為と暫定相続人のそれとの競合関係が生じ、遺産保護制度の目的が危うくなりかねない、というのがその論拠である。

法定代理説に対するもう1つの疑問点は、遺産保護人が暫定相続人を相手方とする訴え

を提起し、または、提起される場合、法定代理構成においては、当該暫定相続人が同一の訴訟上の請求について原告でも被告でもあるという事態が生ずることになりはしないか、という点である。

かかる疑問点が浮上する典型的な場面は、遺産に属する物を相続人であると主張する者が占有する場合において、遺産保護人がその物の引渡しを求めて訴えを提起する場合である。そこで、この点について判示した連邦通常裁判所（BGH）の1982年10月6日の判決（NJW1983, 226）を紹介することにする（なお、判決理由の訳出にあつて、裁判例と学説の引用部分は省略した）。同判決は、結論的には遺産保護人の原告適格を肯定したのであるが、その理由は次のとおりである。

「遺産保護人（BGB1960条2項）の主たる任務は、遺産の確保と維持である。BGHの判例によれば、遺産管理人は、その限りで、相続人の法定代理人である。しかし、遺産保護人の（知れていない）相続人の法定代理人としての地位は、保護人が自らの名で訴訟当事者の役割を引き受けて（ZPO780条2項、GBO40条1項参照）、原告として遺産に属する権利について訴えを提起することを排除するものではない。それどころか、請求の相手方当事者自身が相続人であるときは、そのようにして対処することは、不適法である自分を被告とする訴訟を回避するために、訴訟法上、命ぜられている。それと対応するのだが、遺産保護人は、実体法上、例えば、相続人の権利を代理人として行使することができるに止まらない。むしろ、遺産保護人は、その職務に基づいて、それを越えた権利を有する。遺産保護人は、遺産それ自体を掌握しなければならず、遺産に属する物を占有する者に対してその引渡しを求めることができる。この請求権は相続人に由来するものではなく、直接、遺産保護人としての法的地位から生ずる。かかる請求権がなければ、遺産保護人は、彼に課せられた任務を全うすることができない。相続人であると主張するが、その相続権がまだ終局的に明らかにされていない者に対しても、遺産保護人は同様に対処できる。」

この判決の判旨は、引用文の前半部分にやや曖昧さを残すものの、暫定相続人に対する引渡請求権は、暫定相続人の権利ではなく、遺産保護人に固有の権利であり、それを訴訟物として訴えを提起する場合には、遺産保護人が固有適格者としての原告適格を有する旨を判示する（したがって、法定訴訟担当関係を認めるものではない）ものとして理解できよう。なお、判例（BGH1982年判決の引用文の末尾部分はこの趣旨に理解されている）

は、被告が相続権を有することが遺産相続人との間で既判力をもって確定されていない限り、被告の相続権の有無にかかわらず請求は認容される（被告は相続権の存在を主張できない）としている。したがって、判例によると、実際には暫定相続人である者を被告とする場合でも、請求が認容されることがあることになる。

なお、BGH1982年判決が引用するZPO780条2項は、遺産債務の履行を求める給付訴訟において遺産保護人が、遺産管理人や遺言執行者と同様に、被告適格を有する旨を定めているようにも読めるが、この点を詳しく論究した文献を今回は発見できなかった。

学説に目を転ずると、遺産保護人が行使する請求権については、法定代理説内部で異論が唱えられている。というのも、法定代理説によれば、遺産保護人がいる場合であっても、暫定相続人は遺産の管理処分権を失わないから、遺産を構成する物の占有権原を有すると考えられる。そうなると、遺産保護人は暫定相続人に対して引渡しを求めることができないことになる。そこで、一部の論者は、遺産保護人に独自の引渡請求権を与える必要はなく、遺産保護人にBGB2018条に基づく暫定相続人の相続回復請求権を行使する権限だけを与えれば足りる、との見解を唱えている⁸。

この相続回復請求権を代理行使すべきであるという見解においては、判例とは異なって、被告に相続権がある場合に遺産保護人の請求を認容する余地を認めることができないと考えられる。というのも、実体法的には、BGB2018条の相続回復請求権は暫定相続人に対して成立することがない。また、訴訟法的には、BGB2039条により、暫定相続人が複数いる場合であっても、相続回復請求権を各暫定相続人が単独行使できるものの、遺産保護人が法定代理人となるときには、暫定相続人全員が原告となる結果、同一人が原告でも被告でもある訴訟を回避できないからである。逆に言えば、遺産保護人に固有の実体権を与える判例は、法定代理構成を維持しつつも、法定代理関係とは別個の例外的な法律関係を認めることにより、特定の暫定相続人が原告と被告を兼ねる事態を回避する意味を持っていることになる。

これに対して、職務説においては、被告である暫定相続人が原告を兼ねる必要が一切ないから、遺産保護人が訴えをもって暫定相続人に対して遺産の構成物の引渡しを求めることに、訴訟法上の問題はない。しかし、実体法上は、遺産保護人は誰の権利を行使するのかという問題が、職務説においても当てはまる。なお、この問題点が遺産管理人や遺言執行者についても存在することにも、注意が必要である。

ところで、判例は、既に述べたように、暫定相続人が相続権を有することを遺産相続人との間で既判力をもって確定する余地を認めているが（先に引用した BGH1982年判決を参照）、この場合の遺産保護人の被告適格も固有適格であることになろう。

以上で、遺産保護人の訴訟上の地位についての紹介を終わることとし、遺産保護人が受託者であるとの前提の下に、1で述べた3項図式にこれまでの分析結果を当てはめてみることにする。

まず、帰属者は、国庫以外に法定相続人がいる場合には暫定相続人、いない場合には国庫である。ただし、相続承認の効果が争われている場合や、複数の暫定相続人の一部の者が相続を承認した場合には、国庫以外の終局相続人が帰属者となることがあり得る。なお、相続人が明らかでない場合には、誰が帰属者か不明であることになる。

次に、受益者は、国庫を含む終局相続人である。なお、誰がこの終局相続人になるのか、遺産保護が実施されている時点では明らかでないことに、注意が必要である。

なお、BGB1961条は、遺産に対する権利者（特に債権者）の申立てにより、遺産保護人が選任されることを認めている。これは遺産に対する権利者の権利行使の機会を与える趣旨に出たものである。というのも、BGB1960条3項は、遺産保護人がいる場合に、BGB1958条の適用を排除しているからである。しかし、遺産に対する権利者が提起した訴訟においては、遺産保護人はあくまでも将来の相続人の利益代表者として行為することになる。

更に、BGBには遺産保護人の遺産債権者に対する責任を定めた規定もなく、また、通説（職務説の論者を含む）は、遺産保護人の任務は、遺産の確保・維持と相続人の探索にあり、遺産債務の弁済は一切または例外的にしか認められないと説いている¹⁹。

これらの点を総合すると、通説的見解においては、遺産債権者の受益者性が否定されているとすることができる。

もっとも、v. Lübtow は、将来において遺産管理または遺産倒産による責任限定があり得ることを根拠に、遺産保護人は遺産債権者の利益も擁護しなければならないと説いている²⁰。この v. Lübtow の見解においては、当然ながら、遺産債権者の受益者性が肯定されることになる。

3 法定訴訟担当という法技術の意義と機能

2でのドイツの遺産管理人と遺産保護人についての紹介・検討の結果を踏まえて、法定訴訟担当という法技術が、訴訟上の法定代理との対比において、どのような意義と機能を有しているか、検討することにした。

(1) 法定代理と法定訴訟担当の境界設定の基準

まず、訴訟上の法定代理と法定訴訟担当の境界設定の基準について、筆者なりの考えを述べておきたい。1で述べたように、この作業は、訴訟上の法定代理に対する関係での、法定訴訟担当という法技術の意義についての試論の提示を兼ねている。

既に2(1)で見たように、遺産管理人について職務説が採用されるべき根拠として、ドイツの学説は、遺産管理制度と遺産倒産制度の類似性を挙げている。両者の様々な類似性のうち、1で述べた本稿での筆者の問題意識との関係では、受認者としての遺産管理人によりその利益を擁護されるべき受益者に、帰属者とは異なる範疇の者(遺産債権者)が含まれている点で、倒産管財人の場合と類似している点に関心を惹かれるところである。

というのも、受認者がもっぱら本人=帰属者の利益を擁護することが求められる法定代理という法技術は、受益者が帰属者以外の者である場合には、不適切であると考えられる。かかる場合に、受認者に、法定代理構成におけるよりも、帰属者からの独立性が高い実体法上の地位を与えるために、ドイツにおいては、職務説の言う「職務の担い手」という法技術が考案されたと見ることができ(破産管財人の法的地位についての、債権者代理人説、破産者代理人説及び職務説の対立を想起されたい)、そして、「職務の担い手」としての地位が訴訟法上は法定訴訟担当者として発現するとされているからである。

繰り返しになるが、遺産管理人は、帰属者である相続人の利益以外に、遺産債権者の利益をも擁護する任務を負っている。その結果、遺産管理人の法的地位は、帰属者である相続人から独立したものであるべきであるとされる。しかし、ここでの受益者には範疇を異にする(つまり、利害を異にする)者(終局相続人と遺産債権者)が含まれているから、遺産管理人は、遺産債権者と相続人のいずれかの利益に偏した行動を避けることにも意を用いなければならない。つまり、遺産管理人には、範疇を異にする受益者からの独立性も

要請されているのである。「職務の担い手」という法技術は、この要請に応えるものでもある。ただし、この範疇を異にする受益者からの独立性の要請は副次的なものであって、帰属者からの独立性の要請が本来的なものであると考えるべきであろう。

ところで、遺産保護人を受認者としてみた場合、帰属者と受益者の間には齟齬がある。にもかかわらず、ドイツの通説が法定代理構成を採用していることは、かかる齟齬は生じないことが多く（第1順位の法定相続人全員が相続を承認すれば齟齬は一切生じない）、また、当該時点の暫定相続人と終局相続人が異なる場合であっても、同じ相続人という範疇に括することができるのであるから、両者の利害はほぼ一致していると見ることができる、という観点から正当化することができるかもしれない（もっとも、4（3）で明らかにするように、筆者自身はこのような考え方はとらない）。

しかし、v. Lübtow が遺産保護人についても職務説を採るべき根拠として、遺産保護が実施されている時点では、本人であるべき終局相続人が不確定であり、そのことから法定代理説では訴訟法上の問題点が生ずることを挙げていることは、少なくとも筆者にとって、重要な示唆を含んでいる。

筆者は、かつて、実体法上も訴訟法上も社債権者を本人とする法定代理人である、と一般に解されている社債管理会社の訴訟上の地位について論じたことがある²¹。その際、訴訟係属中に社債の特定承継が生じた場合に、当事者恒定主義ではなく訴訟承継主義を採用する日本の民事訴訟法²²の下では、社債管理会社について訴訟法上も法定代理構成を採用すると、顕名の原則の例外（商法309条ノ5）を設けるだけでは対処できないのではないかと、という疑問を提起した上で、この問題を解決する方途として、社債管理会社は、実体法上はともかくとして、訴訟法上は法定訴訟担当者である、と解すべきではないかという試論を明らかにした。そして、それと関連して、法定訴訟担当という法技術の意義の1つとして、帰属者（この場合には社債権者）を必ずしも特定しなくてもよいこと、換言すれば、帰属者の匿名化を可能とすることにあるのではないかと述べた。

なお、筆者の言う匿名化とは、特定の法主体を訴訟において（特に訴訟当事者として）明示しないことを意味している。したがって、「匿名化」という表現はその実質を表わすにはやや不適切である、との批判が可能であるが、本稿でも、匿名化という用語を使い続けることにする。

さて、v. Lübtow も、右の意味での匿名化の必要性から、遺産保護人について法定訴訟

担当構成を採るべしと説いていると考えることができ、彼の見解には筆者の社債管理会社についての見解と相通ずるものがあるのである。もっとも、v. Lübtowの見解と筆者の見解の間には、あるいは、両者が対象とする法律関係の間には、いくつかの相違がある。以下では、3つの相違点を指摘しておきたい。

まず、匿名化が要求される理由が異なっている。つまり、遺産保護人の場合には、終局相続人が誰であるか法的に不確定であることから、匿名化の必要性が生ずるのであるが、社債管理会社の場合には、社債の流通性が訴訟承継主義との関係で生じさせる問題点を克服するために、匿名化が必要とされるのである。その結果、前者においては、訴訟当事者本人を「知れていない相続人」と表示する便法を用いて、匿名化を法定代理関係に取り込むことによって、訴訟法上の法定代理構成を維持することは可能である。しかし、後者の場合には、同様の便法（商法309条ノ5はそれを明示的に許容している）だけでは対処しきれない。

次に、3項図式に当てはめた場合に、匿名化が必要とされる主体の位置付けが異なっている。つまり、v. Lübtowが匿名化の必要性を説くのは、受益者である（そして、帰属者であるとは限らない）終局相続人であるが、筆者の見解においては、匿名化されるべき主体は帰属者兼受益者である社債権者である。少なくとも日本においては、訴訟上の法定代理における本人、あるいは、法定訴訟担当における被担当者として扱われる者は帰属者である、と考えられてきたと思われる。通説である法定代理人説を含めて、ドイツの遺産保護人に関する議論には違和感を覚えざるを得ない。

ドイツの学説は、BGB1960条2項の「相続人になる者のために」という文言に引きずられていると言ってよからう。このようなドイツの学説の態度からは、「○○のために」という表現が、信認関係という道具立てを知らない伝統的なドイツ法の枠組みにおいては、受認者の行為の効果の帰属者と行為の利益の享受者のいずれを指すのが分明になっていないことを窺い知ることができる。3項図式の導人はこの曖昧さを排除することをも狙っている。

最後の相違点は、帰属者の実体法上・訴訟法上の地位である。v. Lübtowは、訴訟上の必要性から出発して、実体法上も遺産保護人は職務の担い手であると捉えるのであるが、その結果、遺産保護人の選任によって、暫定相続人は遺産の管理処分権を剥奪され、ひいては、暫定相続人は遺産に関する訴訟における当事者適格も失うと説く。これに対して、

筆者は、社債管理会社が設置されている場合であっても、個々の社債権者には社債についての管理処分権と社債に関する訴訟における当事者適格がある、という立場を採っている。なお、v. Lübtow も筆者も、少なくともこの限りでは、実体法上の管理処分権と訴訟法上の当事者適格の対応関係を認めていることに注意されたい。

筆者が社債権者についてそのように考えたのは、社債権者の地位に関する従来の判例・学説との整合性を重視したためである。しかし、受認者と帰属者の当事者適格が並存する法定訴訟担当関係を認めることができるかどうか、社債管理会社についての筆者の見解をめぐる1つの論点となっている²⁵。

確かに、制定法あるいは判例・学説が用意している法定訴訟担当に関連する様々な道具立てが、受認者と帰属者の当事者適格が相互に排他的であることを前提に組み立てられていることは否定できない。その結果、両者の当事者適格が相互に排他的であると考えた方が、訴訟法上の困難な問題は生じない。しかし、筆者としては、両者が並存することに伴う訴訟法上の問題点は解決可能であると考えており、それなりの解決案を提示したつもりである。

なお、社債管理会社の場合には、帰属者と受益者が一致するのに対して、遺産保護人の場合には、帰属者と受益者が一致しないことに注意が必要である。というのも、帰属者と受益者が一致しない場合には、受益者の利益を守るために帰属者の管理処分権を奪う必要性が高いのに対して、両者が一致する場合においては、帰属者に対するパターンリスティックな配慮が必要であるときはともかくとして、帰属者の管理処分権を奪う必要性が低いことに注意しなければならない。

さて、以上の検討の結果を踏まえると、次の2つが法定代理と法定訴訟担当の境界設定をするための基準であると主張できるのではなかろうか。もっとも、この2つ以外に基準があり得ることを否定するものではない²⁴（5（1）での新人事訴訟法14条についての検討も参照されたい）。つまり、第1の基準（基準Ⅰ）は、受益者が帰属者とは異なる場合、あるいは、受益者に帰属者のほかにそれ以外の者が含まれる場合には、法定訴訟担当構成が採用されるべきである、というものであり、第2の基準（基準Ⅱ）は、帰属者について匿名化の必要がある場合にも、同様に、法定訴訟担当構成がとられるべきである、というものである。これが筆者が本稿で提示したい試論である。

以下では、この2つの基準について、少し補足的なコメントを加えることにする。

まず、梅本吉彦教授の見解⁴（相続財産管理人を主たるターゲットとして展開されている）と筆者の見解の異同を明らかにしておきたい。梅本教授は、受認者が「財産主体である特定の個人の利益のために管理する場合」（つまり、帰属者と受益者が一致する場合）が、訴訟上の法定代理であり、受認者が「特定の財産に利害関係を有するすべての人のために管理する場合」が、法定訴訟担当である、という基準を提唱する。この基準は、大筋において、筆者の基準Ⅰと合致する。しかし、「特定の財産に利害関係を有するすべての人のために管理する場合」かどうかをメルクマールとすること³⁶には、いくつかの点で疑問がある。

1つには、「財産主体である特定の個人の利益のために管理する場合」と「特定の財産に利害関係を有するすべての人のために管理する場合」を対立させることの適切性に疑問がある。というのも、帰属者以外の特定人ないし特定の範疇の者のために財産管理をすべき場合（例えば、破産管財人はかかる場合に当たると考えることができる）抜け落ちてしまうからである。

あるいは、梅本教授の見解においては、「財産主体である特定の個人の利益のために管理する場合」でない場合は、全て、「特定の財産に利害関係を有するすべての人のために管理する場合」とみなすべきである、ということが含意されているのかもしれない。しかし、このような考え方は、受益者の範囲を曖昧にするだけであるように思われる。というのも、受益者とは、受認者が管理失当の場合に損害賠償賠償義務を負う相手方（より広く善管注意義務を負う相手方）であり、また、受認者がその者との利害相反状態に陥らない義務を負う相手方（より広く忠実義務ないし誠実義務を負う相手方）であるのだが、かかる受益者の範囲は個々の受認者制度の趣旨から決定されるべきであるからである。

梅本教授は、右の基準の提唱に続いて、「特定の財産に利害関係を有するすべての人のために管理する場合」には、「その財産が現時点でだれに帰属するかは必ずしも明確ではない」と述べる。梅本教授も帰属者の匿名化の必要性が法定訴訟担当構成を要請すると説いていると理解することができ、その点でも筆者の見解と軌を一にしている。しかし、既に述べたことから明らかなように、「特定の財産に利害関係を有するすべての人のために管理する場合」と「その財産が現時点でだれに帰属するかは必ずしも明確ではない」場合とは、常に一致するわけではない。つまり、筆者の基準Ⅰと基準Ⅱはそれぞれ固有の適用範囲を有するのである。

次に、筆者が提示する基準Ⅱを満たすと考えられる、法定訴訟担当の例をいくつか挙げておくことにする（なお、5（1）でも別の例を挙げる予定である）。

おそらく最も適切な例は、信託法8条による信託管理人であると思われる。信託管理人は、同条1項・2項によると、不特定の信託受益者またはまだ存在していない信託受益者の利益を擁護するために、信託受益者に帰属すべき権利を行使する者であり（つまり、帰属者と受益者はともに信託受益者である）、かつ、同条2項により、自らの名で裁判上の行為をすることができるからである。ここでは、信託受益者が不特定であること、または信託受益者が当該時点において不存在であることにより、帰属者の匿名化が要請される結果、信託管理人が法定訴訟担当者とされていると考えられる。なお、この場合には、基準Ⅰが満たされていないことに注意されたい。

立法論的な主張にも射程を広げるなら、アメリカ法的なオプト・アウト型のクラス・アクションを、例として挙げるができる。クラス・アクションを仮に導入するとすると、その射程にはクラスの構成員を列挙することが不可能な場合（例えば、大量消費者被害の場合）が含まれる可能性があり、その結果、少なくともそのような場合には、帰属者の匿名化のために法定訴訟担当構成が採用されることになることが予想される。

（2）帰属者が原告と被告を兼ねる可能性

以上で筆者の試論の提示を終わるが、基準Ⅱに関連する問題点に付言しておく。受認者が帰属者を相手方として訴えを起こしあるいは後者から訴えを起こされた場合に、法定代理構成においては、同一の請求について同一人が原告と被告を兼ねざるを得ないことになるのに対して、法定訴訟担当構成においては、同一人が原告と被告を兼ねる事態は回避できる、と主張されることがある（例えば、2（2）で紹介したZiegltrumの見解）²⁷。仮にその主張が当たっているとすれば、このことをもって法定訴訟担当構成に伴う帰属者の匿名化が果たし得る機能の1つと見ることができる。しかし、この主張については、次の2点を指摘しておかなければならない。

まず、受認者が、その資格において、帰属者と法的な対立関係に立つことは、受認者が代表すべき利益（受益者の利益）と帰属者の利益が対立していることを意味している。したがって、右の問題が生ずるのは、基準Ⅰが適用されるべき場合であることになる。したがって、仮に同一人が原告と被告を兼ねる事態を回避できることが法定訴訟担当構成の利

点であるとしても、それは基準Ⅰを採用した結果生ずる副次的な機能でしかない。

次に、こちらの方がより根本的な問題点であるのだが、2（2）で遺産保護人について検討したように、法定代理構成では同一の請求について同一人が原告と被告を兼ねざるを得ないことになるとされる事例群においては、実は、受認者に固有適格を認めざるを得ないのではないかという点である。つまり、実体法上、帰属者の帰属者に対する権利を承認しない限り、受認者が帰属者の権利を行使するという構成を採ることができないからである。このように考えると、かかる事例群における法定代理構成と法定訴訟担当構成の優劣を問うことは、実は、仮象問題でしかないと言ふべきである。この点は従来あまり意識されていなかったと思われるが、実体法上も訴訟法上も、今後の検討課題であると考えられる。

もっとも、かかる事例群において固有適格（とその前提となる受認者に固有の実体権）を認めるとした場合に、かかる法的地位を与えることが、他の一般的な事例群において訴訟法上の法定代理人と法定訴訟担当者とのいずれの地位を与えることとより整合的か、という問題設定は可能である。既に述べたように、固有適格を認めるべき事例群においては、帰属者と受認者の間に利害対立があるのであるから、他の一般的な事例群においても、かかる利害対立にふさわしい地位を受認者に与えている、法定訴訟担当構成の方が整合性が高いと言つてよからう²⁸。

（3）帰属者の訴訟上の地位

これまでの行論の流れから少し外れてしまうが、帰属者の訴訟上の地位にも付言しておきたい。

筆者は、かつて、帰属者が訴訟能力者である場合について、法定代理人構成においては、帰属者の訴訟当事者としての地位（証拠調べの客体となる場合ではなく、訴訟の追行主体としての地位）が不明確であるのに対して、法定訴訟担当構成において、帰属者は、当事者適格を持たない場合であっても、担当者の側に補助参加すれば、共同訴訟的補助参加人として、当事者である担当者とはほぼ対等の地位で訴訟追行ができることを指摘した。そして、この点で、法定訴訟担当構成は法定代理構成との関係で優位に立つのではないかと述べたことがある²⁹。

このように法定代理構成における帰属者の訴訟法上の地位が不明確であると述べたの

は、法定代理人がした訴訟行為と、訴訟当事者本人である帰属者の訴訟行為とが、矛盾抵触した場合における処理について、制定法（民事訴訟法）が沈黙していること、そして、学説もこの問題点について議論らしい議論をしてこなかったことを念頭に置いてのことである。

既に2（2）で述べたように、ドイツ法は、ZPO53条において、当該訴訟限りで帰属者＝訴訟当事者本人を訴訟無能力者と擬制することによって、この矛盾抵触を解消している。しかし、本来は訴訟能力を有する者を訴訟無能力者として扱うことは、その者の手続保障の観点から、望ましいことではないように思われる³⁰。したがって、帰属者の訴訟能力を否定せず、しかも、帰属者と受認者の訴訟行為の矛盾抵触を解決する方途が探られて然るべきである。

筆者は、法定訴訟担当構成を採ることがかかる方途の1つであると主張したわけであるが、しかし、法定代理構成を採りつつ、受認者＝法定代理人と帰属者＝当事者本人の訴訟行為が矛盾抵触する場合に、民事訴訟法40条1項を類推適用すること、あるいは、法定代理人ないし本人のいずれかの行為を優先させることも、かかる方途として有望である（3つの規律のいずれを採用するかは、個々の受認者制度の趣旨により決定されることになる）³¹。そこで、本稿では、訴訟能力がある帰属者の訴訟上の地位に関する規律については、法定訴訟担当構成と訴訟上の法定代理構成の間に優劣関係はない、と見解を改めたい。つまり、帰属者に当事者に近い地位を与えることができることは、法定訴訟担当に固有の機能ではないと考えるに至ったのである。

なお、実体法上、帰属者から管理処分権が奪われる反面、受認者に排他的な管理処分権が与えられるタイプの信認関係においては、帰属者に（法定訴訟担当構成においては共同訴訟的補助参加人として、法定代理説においては当事者として）、いかなる範囲で訴訟行為を許容するかは、実体法が排他的管理処分権を受認者に与えた趣旨との関係で、慎重に検討されるべき問題であると考えられる。

4 日本の相続財産管理人の訴訟上の地位

以下では、これまでの検討を踏まえて、日本法上の各種の相続財産管理人（家事審判規

則106条1項の遺産管理者を含む)の訴訟上の地位について、筆者の考えを明らかにすることにする。

(1) 予備的考察

これらの相続財産管理人(限定承認の場合に共同相続人の中から選ばれた相続財産管理人を除く)については、不在者の財産管理人に関する規定が準用されているので、各論的な検討に入る前に、まず、不在者の財産管理人について予め考察を加えておくことにする。

結論から先に言うと、筆者は、家庭裁判所の選任にかかる不在者の財産管理人の地位は、実体法上も訴訟法上も法定代理人であると考えている。というのも、不在者の財産管理において、不在者が帰属者兼受益者であると考えからである。むろん、不在者が生死不明である場合(民法26条)においては、不在者が死亡している可能性に着目すれば、帰属者の匿名化の必要性があるとも考えることも可能である。しかし、死亡したことが判明するか、失踪宣告の確定により死亡が擬制されるまでは、不在者が生存しているものとして扱うことが、不在者の財産管理制度の趣旨とするところであると考えられる。

他方、(2)以下の各論においては、ほとんどの種類の相続財産管理人について法定代理構成を採るべきではないとの主張を行う。したがって、私見においては、民法895条2項や918条2項などの規定が相続財産管理人に不在者の管理人に関する規定を準用していることを、説得的に説明する必要性が生ずる。この点について、筆者は、法定代理人構成と法定訴訟担当構成のいずれを採ろうが、相続財産管理人と不在者の財産管理人が特別財産の管理者として受認者の地位を有することに変わりはなく、受認者性が共有されていることが準用を基礎付けていると考えている。

次いで、相続財産管理人の訴訟上の地位について唱えられている見解のうち、いくつかのものに検討も加えておく(なお、梅本教授の見解は既に3(1)で検討した)。

Hellwigが遺産保護人を遺産の法定代理人として構成していたことは、既に2(2)で紹介したとおりであるが、日本でも類似の見解が唱えられている。兼子一博士は、遺産の法主体性そのものを承認するわけではないが、被相続人の法人格が残存することを肯定した上で、相続財産管理人は被相続人の法定代理人であると説く³²。また、山木戸克己博士³³と福永有利教授³⁴は、相続財産管理人が選任される場合のうち少なくとも限定承認があった場合について、相続財産の財団法人性を認めた上で、相続財産管理人は財団法人である

相続財産の代表者であると主張する。

しかし、筆者は、(8)で検討する相続人不存在の場合(民法951条)はともかく、それ以外の場合にまで、相続財産に法主体性を認めることは、無用の構成であると考えている。広く一般的に相続財産の法主体性を認めると、相続財産管理人がいない場合の法律関係の説明に窮する一方、相続財産管理人がいる場合にだけ法主体性を認めるとすると、便宜的に過ぎるとの批判を免れないからである。同様のことは、被相続人の法人格の残存を認める見解に対しても言える。しかし、特別財産に法主体性を認めることが、帰属者の匿名化を可能とする法技術であることは確認されて然るべきであろう³⁵。逆に言えば、法定訴訟担当ないしその基礎となる実体法上の地位(日本においては、ドイツにおける「職務の担い手」に相当する、定着した用語がない)は、特別財産に法主体性を認めることなく、帰属者の匿名化を可能とする法技術であると言うことができる³⁶。

ところで、大多数の論者(右に挙げた論者、梅本教授及び筆者を含む)は、訴訟上の法定代理構成と法定訴訟担当構成との間には、法のルールにより予め相互に排他的なものとして境界が設定されており、訴えにおいて法のルールが予定する構成とは異なる構成が採用された場合には、訴えが不適法になると考えている。これに対して、少なくとも相続財産管理人については、訴えにおいていずれかの構成を任意に選択することができ、いずれの構成が採用された場合であっても訴えは適法であると説く見解も有力である(選択説ないし融通説)³⁷。

選択説が、訴訟上の法定代理構成と法定訴訟担当構成が、帰属者や受認者の訴訟上の地位に関する各論的諸問題(帰属者の証人能力、判決効の主観的範囲など)においてどのような相違をもたらすか、という問題についての検討の深化をもたらしたことは、評価されるべきであると考えられる。

しかし、受認者を取り巻く様々な実体的利益を基礎にして、それに相応しい訴訟上の地位を受認者に与えるべきである、という前提から出発する筆者の立場からは、当然ながら、選択説には賛同できない。これに対して、選択説の論者からは、私見は実体法に対して従属的に過ぎるとの批判がされるかもしれない。しかし、筆者は、当事者適格に関する解釈論を展開するにあたって、制定実体法の構成が絶対的なものであると考えているわけではなく、まだ十分な成果を挙げてはいないものの、訴訟法上の観点をも加味しながら、受認者の実体法上の地位と訴訟法上の地位を統一的に再構成することを目指している³⁸。その

意味では、相続財産管理人がある場合における、帰属者である相続人の管理処分権の問題に立ち入る必要があるが、本稿では十分に検討することができなかった。他日を期したい。

(2) 推定相続人廃除手続またはその取消手続中の相続財産管理人

推定相続人の廃除もしくはその取消しの請求があった後その審判が確定する前に相続が開始したとき、または廃除の遺言があったときは、家庭裁判所は相続財産管理人を選任できる（民法895条）。

まず、廃除の請求があった後、それについての審判が確定する前に、相続が開始した場合について検討する。この場合に、帰属者は廃除請求の対象となっている相続人（それ以外に相続人がいる場合には、これらに加えて、その共同相続人）であり、受益者は当該相続人と当該相続人が廃除されれば相続人になる者またはその相続分が増加する共同相続人（それ以外に相続人がいる場合には、これらに加えて、その共同相続人）であると考えられる。

当該相続人と当該相続人が廃除されれば相続人になる者ないしその相続分が増加する共同相続人は、受益者として、相互に排他的な地位に立つ。例えば、相続財産管理人の管理が失当であった結果、相続財産に損害が生じた場合の相続人に対する損害賠償請求権は、確定した審判の結論に応じて、当該相続人と当該相続人が廃除されれば相続人になる者ないしその相続分が増加する共同相続人のいずれか一方に帰属するのである。この点からも明らかなように、この場合は基準Ⅰの適用事例であると考えべきであり、相続財産管理人の訴訟上の地位は法定訴訟担当者であると考えべきである。

次に、廃除の遺言があった場合の相続財産管理人についても、右で述べたことがそのまま当てはまる。

最後に、廃除の取消しの請求があった後、その審判が確定する前に相続が開始した場合であるが、帰属者が廃除の結果として相続人になった者またはその相続分が増加した相続人（それ以外に相続人がいる場合には、これらに加えて、他の共同相続人）である点を除いて、右の2つの場合について述べたことがやはり当てはまる。したがって、この場合の相続財産管理人の訴訟上の地位も法定訴訟担当者であると言うべきである。

(3) 熟慮期間中の相続財産管理人

熟慮期間中、家庭裁判所は、相続財産の保存のために、相続財産管理人を選任することができる（民法918条2項・3項）。

民法918条1項但書などとの関係で疑義があり得るところであるが、以下では、共同相続の場合において一部の共同相続人が単純承認をしたが、残る共同相続人が熟慮期間中にあるときも、単純承認をした相続人との関係においても、相続財産管理人を選任することができる、という前提の下に議論を進める。

この場合の帰属者は、熟慮期間中の相続人を含む相続人全員であると考えられる。では、受益者は誰であろうか。この点については、熟慮期間中の相続人の注意義務に関する民法918条1項本文が参照されるべきである。同項本文が趣旨とするところは、熟慮期間中の相続人に、白らが相続を放棄した場合に相続人になるべき者またはその相続分が増加する共同相続人との関係で、相続財産の管理について注意義務を負わせている点にあると考えられる³⁹。つまり、この場合の相続人は、帰属者でありながら、相続放棄により相続人になる者またはその相続分が増加する共同相続人を受益者とする受認者性を有しているのである⁴⁰。そして、この場合の相続財産管理人は、この受認者としての性格を引き継ぐべき者であると把握できる⁴¹。したがって、この場合の相続財産管理人にとっての受益者は、熟慮期間中の相続人を含む相続人全員と、熟慮期間中の相続人が相続を放棄した場合に相続人になるべき者またはその相続分が増加する共同相続人であると考えべきである。

そして、この場合の実体法的な利害状況は、熟慮期間中の相続人と当該相続人が相続放棄をすれば相続人になる者ないしその相続分が増加する共同相続人が、受益者として、相互に排他的な地位に立つ点で、(2)の場合と似通っている。したがって、基準Iにより、この場合の相続財産管理人の訴訟上の地位も、法定訴訟担当であると考えべきである。

なお、相続財産管理人を法定代理人として捉えた場合であっても、法定代理人である相続財産管理人に注意義務が課せられることには変わりがないのではないかと、という疑問が提起されるかもしれない。この疑問は、家事審判法16条が準用する民法644条の趣旨に関連する。

家事審判法16条が準用する民法644条が、帰属者である熟慮期間中の相続人に対する関係で、相続財産管理人に善管注意義務を負わせていることには問題がなからう。問題は、

相続財産管理人が相続放棄により相続人になるべき者またはその相続分が増加すべき共同相続人に対して負う注意義務の程度についても、善管注意義務であると解すべきかどうかである。筆者は、帰属者である相続人とは別個に相続財産管理人が負う、後者の固有の義務として、これを肯定したいと考えている。しかし、相続財産管理人を法定代理であると捉えた場合には、相続財産管理人が熟慮期間中の相続人が相続を放棄した場合に相続人になるべき者等に対して負う注意義務の程度は、善管注意義務ではなく、本人である熟慮期間中の相続人と同じ、固有財産における同一の注意を払う義務になってしまうのではなかろうか。

また、相続財産管理人の管理が失当である場合において、熟慮期間中の相続人が放棄をしたときには、放棄によって相続人になった者等に対する損害賠償義務は、法定代理構成においては、放棄をした相続人と相続財産管理人間の内部関係の規律は別として、本人である放棄をした相続人が負うことになるのではなかろうか。

なお、ここで法定代理構成に対して述べた2つの疑問は(4)から(7)までの場合にも妥当する(ただし、(5)の場合のうち、共同相続人の1人が相続財産管理人に選任されたときは、前者の疑問は成り立たない)。

(4) 限定承認があった場合の相続財産管理人(その1)

一 単独相続の場合

単独相続をした相続人が限定承認をしたときは、家庭裁判所は、相続財産管理人を選任することができる(民法926条2項による同法918条2項・3項の準用)。

この場合の帰属者は相続人である。では、受益者は誰であろうか。この点については、限定承認をした相続人の注意義務に関する民法926条1項が参照されるべきである。同項が趣旨とするところは、限定承認をした相続人に、相続債権者や受遺者に対する関係で、相続財産の管理についての注意義務を課す点にあると考えられる⁴²(なお、民法934条も参照)。ここでも、帰属者が受認者性を有するのである。したがって、相続財産管理人を受認者として見た場合の受益者は、相続人のほか、相続債権者と受遺者であると考えべきである(なお、これらの受益者に対する相続財産管理人の注意義務の程度は、家事審判法16条が準用する民法644条により、善管注意義務であると考えられる)。なお、ここでの受益者には、上から相続債権者、受遺者、相続人の順に順位がついている(同法931条参照)。

このように、この場合の相続財産管理人は帰属者以外の者をも受益者とする受認者であり、基準Ⅰにより、その訴訟上の地位は法定訴訟担当者であると考えべきである。

ところで、民法936条2項のような規定がないため、この場合の相続財産管理人の権限は、相続債権者や受遺者への弁済には及ばないと解する余地がある（このように解すると、相続財産管理人は民法934条1項の責任を負わないことになる）。しかし、この権限の限定は、相続財産管理人が法定訴訟担当者として当事者適格を有する訴訟の範囲を限定することはあっても、その権限が及ぶ訴訟において、相続財産管理人が法定訴訟担当者であることに消長をきたすものではない。

（5）限定承認があった場合の相続財産管理人（その2）

—共同相続の場合

共同相続の場合において、共同相続人が全員で（民法923条）限定承認をしたときは、家庭裁判所は、共同相続人の中から相続財産管理人を選任する必要がある（民法936条1項）。周知のように、この場合の相続財産管理人は、訴訟上は共同相続人全員を本人とする法定代理人として扱われる、というのが最高裁の判例である（最判昭和43年12月17日判時545号63頁、最判昭和47年11月9日民集26巻9号1566頁）。

この場合の帰属者が共同相続人全員であることは当然である（したがって、帰属者の1人が受認者である）。また、受益者については、相続財産管理人が相続債権者と受遺者に対する関係で相続財産の管理について負う注意義務の程度が、自己の固有財産における同一の注意を払う義務である（民法926条1項参照）点を除けば、（4）で述べたことがそのまま当てはまる³³。したがって、基準Ⅰにより、この場合の相続財産管理人の訴訟上の地位も法定訴訟担当者であると解すべきである。

次に、共同相続人が全員で限定承認をした場合であっても、家庭裁判所は、共同相続人以外の者を相続財産管理人に選任できる（民法936条3項本文による同法926条2項を経由した同法918条2項・3項の準用）。

この場合については、相続財産管理人が受益者である相続債権者と受遺者に対する関係で相続財産の管理について負う注意義務の程度が、家事審判法16条が準用する民法644条により、善管注意義務である点を除けば、共同相続人の1人が相続財産管理人に選任された場合について述べたことが、そのまま当てはまる。したがって、基準Ⅰにより、この場

合の相続財産管理人の訴訟上の地位も法定訴訟担当者であると言うべきである。

なお、(4)の場合とは異なり、(5)の場合の相続財産管理人(ただし、民法936条3項本文の規定ぶりからは、共同相続人以外の者が相続財産管理人に選任された場合については疑問の余地が残る)は、相続債権者や受遺者に対して弁済をする権限と義務を有する(民法936条2項)。

(6) 相続放棄があった場合の相続財産管理人

相続の放棄があった場合において、放棄により相続人になった者が相続財産の管理を始めることができるまで、家庭裁判所は、相続財産管理人を選任することができる(民法940条2項による同法918条2項・3項の準用)。

(3)の場合と同様に疑義があり得るところであるが、以下では、共同相続の場合において一部の共同相続人が相続放棄をしたが、残る共同相続人が単純承認をしたときも、単純承認をした相続人との関係においても、相続財産管理人を選任することができる、という前提の下に議論を進める。

この場合の帰属者は、相続放棄により相続人になった者を含む相続人全員である。では、受益者は誰であろうか。この点については、相続放棄をした相続人の注意義務に関する民法940条1項が参照されるべきである。同項が趣旨とするところは、相続放棄をした相続人に、相続放棄により相続人になった者との関係で、相続財産の管理についての注意義務を課す点にあると考えられる。この場合には、相続放棄をした相続人は、もはや帰属者ではないから、帰属者以外の者が受認者性を有していることになる(したがって、放棄をした相続人の法的地位をどのように考えるべきであるかも、1つの問題をなす)。そして、相続財産管理人は相続放棄をした相続人の受認者性を引き継ぐと考えられるから、相続財産管理人を受認者と見た場合の受益者には、相続放棄により相続人になった者を含む相続人全員であると考えられる。

このように、相続放棄の場合には、帰属者と受益者の範囲が一致しているのが原則である。しかし、注意しなければならないのは、相続放棄により相続人になった者が熟慮期間中である場合にも、その相続人が相続財産の管理を始めることができるまでであれば、民法940条2項により相続財産管理人が選任され得ることである。このように相続放棄により相続人になった者が熟慮期間中であるときは、(3)の場合と同様に、受益者には、相続

放棄により相続人になった者が更に相続を放棄した場合に相続人になるべき者が含まれると解すべきである。

そして、相続放棄により相続人になった者が熟慮期間中である場合と単純承認した場合とで、ここでの相続財産管理人の法的地位について異なった扱いをすることは、法的安定性を害することになるから、(3)の場合と同様に、ここでの相続財産管理人の訴訟上の地位も法定訴訟担当者であると考えべきである。

付言しておく、基準Ⅰは、帰属者と受益者が異なる場合には、受認者の帰属者からの独立性を確保するために、法定訴訟担当構成を採用すべきである、とするものであって、帰属者と受益者が同一である場合に、法定代理構成を採用しなければならない、ということまでは含意していない。というのも、基準Ⅰが満たされない場合であっても、基準Ⅱによって法定訴訟担当構成が採られるべきであると主張していることから明らかなように、筆者は、帰属者と受益者が一致する場合にも、法定訴訟担当構成が採用されることがあることを否定しているわけではないからである。

(7) 財産分離の請求があった場合の相続財産管理人

相続債権者または受遺者が相続財産の分離を請求したとき（民法941条1項）、つまり、第一種財産分離の請求があったときは、家庭裁判所は、相続財産管理人を選任することができる（民法943条2項による同法918条2項・3項の準用）。相続人の債権者が相続財産の分離を請求したとき（民法950条1項）、つまり、第二種財産分離の請求があったときも、同様である（民法950条2項による同法943条2項を経由した同法918条2項・3項の準用）。

この場合の帰属者は相続人である。では、受益者は誰であろうか。この点については、財産分離があった後の相続人の注意義務に関する民法944条2項・950条2項が参照されるべきである。これらの条項が趣旨とするところは、財産分離後の相続人に、他の利害関係人との関係で、相続財産の管理についての注意義務を課す点にあると考えられる。ここでもまた、帰属者である相続人が受認者性を有しているのである。限定承認に関する民法926条の場合と同様、かかる利害関係人に相続債権者と受遺者が含まれることには問題がなかろう。問題は相続人の債権者であるが、相続財産からの相続人の債権者への弁済について、民法934条1項のような規定がない以上、相続人の債権者はここでの利害関係人に含まれないと解すべきであろう。

したがって、相続財産管理人を受認者と見た場合の受益者は、相続人のほか、相続債権者と受遺者であると考えべきである（なお、これらの受益者に対する相続財産管理人の注意義務の程度は、家事審判法16条が準用する民法644条により、善管注意義務であると考えられる）。なお、ここでの受益者には、上から相続債権者、受遺者、相続人の順に順位がついている（民法947条2項による同法931条の準用を参照）。このように、帰属者と受益者が一致しないのであるから、基準Iにより、この場合の相続財産管理人の訴訟上の地位は、法定訴訟担当者であると解すべきである。

なお、民法944条1項但書、950条2項は、相続財産管理人が選任された場合に、相続人の注意義務が消滅する旨を定めている。このことは、相続財産管理人の排他的管理権を基礎付けるものであると理解する余地があることに注意されたい（ドイツの職務説が念頭に置いている状況に近い）。

また、第2種財産分離の制度目的とこの場合の相続財産管理の受益者の関係について、付言しておく。第2種財産分離は、相続債権者・受遺者が相続人の固有財産から満足を受けることを阻止することによって、相続人の債権者の利益を守ることを制度目的とする。つまり、第2種財産分離制度の1パーツである相続財産管理人によって利益を擁護されるべき者（受益者）は、第2種財産分離制度により保護されるべき者と乖離していることになる。このような例は他にもある。例えば、民事訴訟法35条の特別代理人は、法定代理人のいない訴訟無能力者に対して訴訟行為をしようとする者を保護することを制度目的とするが、受認者としての特別代理人が擁護すべき利益は訴訟無能力者のそれである（訴訟無能力者が受益者である）。

（8）相続人不存在の場合の相続財産管理人

相続人があるかどうか不明である場合には、相続財産は法人とみなされ（民法951条）、かつ、家庭裁判所は、相続財産管理人を選任しなければならない（民法952条1項）。

この場合の帰属者は、法人格を擬制された相続財産であると考えられる。なお、このように相続財産に法主体性を擬制することが、本来的な帰属者（この場合には、あるかどうか不明の相続人）の匿名化するための法技術であることは、既に（1）で述べた。ただし、相続人があることが明らかになった時点から（この時点から、民法955条本文により、法人格の擬制が解ける）、相続の承認がされる時点まで（この時点で、民法956条1項により、

相続財産管理人の権限が消滅する)の間は、相続人が帰属者である。

次に、受益者であるが、相続人があるかどうか不明の段階(つまり、法人格の擬制がある場合)と、相続人があることが判明した後(法人格の擬制が解けた場合)とを分けて考察する必要がある。

相続人があるかどうか不明の段階では、あるかどうか不明の相続人が受益者に含まれることには問題はなかろう。日本法は、ドイツ法とは異なり、国庫が順位が最下位の法定相続人であるという構成を採っていないが、実質的には、国庫を最も順位が低い法定相続人として扱うのと、ほぼ等しい規律をしている(民法959条前段)から、国庫も受益者であると考えてよい。問題は相続債権者、受遺者や特別縁故者(民法958条の3)が、受益者に含まれるかどうかである。

民法957条から958条の2までが予定している、擬制法人である相続財産からする相続債権者と受遺者に対する弁済の手続は、解散法人の法定清算の場合の債務の弁済に類するものとして構築されており、相続財産管理人の地位は清算人のそれに類似していると言ってよい。商法434条は特別清算人が債権者に対して公平誠実義務を負う旨を定めるが、各種の法人の根拠法が定める通常の法定清算の場合の清算人にかかる義務を課している例は、筆者の知る限りではない。このことは、通常の清算人にとっての受益者には債権者が含まれていないのに対して、商法434条が、一面において倒産処理性を有する特別清算手続においては債権者の保護の必要性がより高いことに着目して、特別清算人にとっての受益者に、清算会社の株主に加えて、債権者を含めしめる特別の規定であることを物語っている。したがって、この場合の相続財産管理人にとっての受益者には、相続債権者と受遺者が含まれないと解すべきである。

これに対して、家庭裁判所により、特別縁故者として相続財産の全部または一部を与えられた者(民法958条の3第1項)は、相続債権者と受遺者への弁済が終った後の残余財産の分配を受ける権利を有する者として、国庫と変わるところはなく、受益者性を肯定してよからう。

このように、相続人があるかどうか不明の場合における受益者は、公告による除斥の効果(民法958条の2)が生ずるまでは、あるかどうか不明の相続人であり、除斥の効果が生じた後は、国庫と特別縁故者であると考えられる。しかし、これらの受益者は、相続財産法人の持分権者的な地位に立つから、相続財産法人が受益者であると言っても構わない。

このように、帰属者と受益者が一致し、かつ、擬制法人化によって帰属者の匿名化が既に図られているのであるから、この場合の相続財産管理人の訴訟上の地位は、擬制法人の法定代理人であると考えられる⁴⁹⁾。

なお、擬制法人とは言え、法人である以上、相続財産には代表者が必要であるから、相続財産管理人は代表者である、という主張も一定の説得力を持つが、あくまでも擬制法人であり、本来の意味での法人ではないから、代表者は必要がない、とも言い得る。そこで、本稿では、法定代理人と解しておく。

次に相続人があることが判明した後に相続財産管理人に権限があるのは、当該相続人が承認するまでの間であるから、利害状況は(3)の場合と一致する。したがって、この場合の相続財産管理人の訴訟上の地位は、法定訴訟担当者であると解すべきである。

なお、このように、相続人があることが判明する前後で、何らの手続をかますことなく、相続財産管理人の地位に変化があることは、法的な安定性の点で問題があるから、何らかの立法的な手当てが必要であると考えられる。

(9) 遺産分割前の遺産管理者

家庭裁判所は、遺産分割の審判の申立てがあったときは、家事審判法15の3の保全処分として、遺産管理者を選任することができる(家事審判規則106条1項による同規則23条1項の準用)。家庭裁判所が遺産の競売または換価を命ずる場合には、その選任は必要的である(同規則107条)。

この場合の帰属者は共同相続人全員であり、受益者も共同相続人全員であるから、帰属者と受益者が一致する場合であるかのようにも思われる。しかし、相続をめぐる対外的法律関係が問題になる場合(典型的には、(5)・(7)の場合)には、共同相続人の利害は一致すると見てよいのに対して、遺産分割の審判の申立てがあった場合には、共同相続人相互間に利害の対立があることが定型的に想定されるべきである。そして、このような複数の帰属者兼受益者間での利害対立がある場合は、帰属者と受益者の利害対立がある場合(基準Ⅰの適用場面)に準ずると考えることが許されよう。したがって、この場合の遺産管理者の訴訟上の地位は、法定訴訟担当者であると解すべきである。

最判昭和47年7月6日民集26巻6号1133頁は、第三者が遺産に属する建物を対象とする建物収去土地明渡訴訟を提起する場合に、被告適格者は共同相続人全員である(被告側固

有必要的共同訴訟である) ことを暗黙の前提としつつ、遺産管理者は共同相続人全員の法定代理人である旨を判示している。しかし、筆者の立場からは、この判示は一部の対外関係しか念頭に置いていない、と評することができる。

この場合((5)の場合も同様である)には、遺産の換価を進めるに当たって、遺産管理者が、遺産に属すべき財産を占有している相続人に対して、その財産の引渡しを求めることがあることに、注意が必要であると考えられる(3(2)参照)。

5 法定訴訟担当論の再検討のための予備的考察

以上の検討を踏まえて、法定訴訟担当論の再検討を試みたい。もっとも、現時点の筆者には、ごく限られた範囲の考察をする用意しかなく、以下での検討は予備的な考察に止まる。

(1) 法定訴訟担当の分類論

法定訴訟担当の分類についての見解のうち代表的なもの2つを、批判的に検討してみたい。

まず、三ヶ月章博士による対立型と吸収型という分類を取り上げる¹⁵。三ヶ月博士によると、対立型の法定訴訟担当とは、債権者がかつぱら自己のために、元来の債務者の地位を押しつけて取立権能をむしり取った場合であり、帰属者である債務者と訴訟担当者との利害の対立があるとされる。具体例としては、代位債権者、債権質権者や取立訴訟における差押債権者が法定訴訟担当者となる場合がこれに当たるとされる。これに対して、吸収型の法定訴訟担当の典型例は、破産管財人の場合であるとされる(それ以外に、商法811条2項による船長の場合も例としてあげられている)。この場合には、破産者は完全に権利行使をすることができなくなっており(権限の空白状態)、破産者は破産管財人の行為を全面的に承認せざるを得ない状態になっているから、破産者と破産管財人の利害は対立する関係になく、破産管財人の権限は破産者の権限と同じ方向に向かっており、前者が後者を吸収する関係にあるとされる。

しかし、破産管財人の第三者性を、差押債権者の第三者性とパラレルに考えるのが、最

近の破産法学説の一般的傾向である。そこでは、破産宣告は破産債権者のための包括的な差押えであると見られ（破産債権者の受益者性は、これによって基礎付けられる）、この包括的な差押えの効力として、破産財団の管理処分権が破産者から剥奪され、破産管財人に移転すると考えられている（三ヶ月博士の見解においては、破産者の権限の空白状態を生じさせる根拠についての検討が欠けていると言うべきである）。このように見ると、破産者と破産管財人（正確には受益者である破産債権者）の利害は一致しない（この点において、2で述べるように取立訴訟における差押債権者と破産管財人の地位は類似している）。なお、破産管財人が破産者の利益を必ずしも代表していないことは、破産債権の調査における破産者の異議制度（破産法240条2項、241条1項後段、287条1項、328条、357条）に明確に現われている。

対立型であるとされる法定訴訟担当の分析・検討は（2）まで留保することにするが、右に述べたところからも明らかなように、対立型と吸収型という分類には、大いに疑問が残るところである。なお、対立型と吸収型という分類は、民事訴訟法115条1項2号の解釈において、両者を別異に扱うことを基礎付ける、という実践的意図をもって提唱されている。しかし、本稿では、判決効の主観的範囲に立ち入る余裕はない。

次に、法定訴訟担当を、担当者のための法定訴訟担当と権利義務の帰属主体（本人）のための法定訴訟担当に二分する見解を検討するが、かかる見解の代表例として、新堂幸司教授の見解⁹を取り上げることにする。

担当者のための法定訴訟担当とは、新堂教授によると、自分の利益または自分が代表する者の利益のために、実体法上の管理処分権が与えられた第三者が訴訟進行権限を有する場合であるとされる。帰属者の利益と担当者自身の利益ないしそれが代表する利益が対立する場合において、法定訴訟担当構成が採用されることがある（あるいは、採用されるべきである）という主張を内包しているとしていると理解できるとすれば（ただし、三ヶ月博士の分類論に対する批判という性格を捨象した場合に、新堂教授の分類が分類のための分類なのか、それとも、何らかの実践的意図を含蓄しているのかは、必ずしも明らかではない）、筆者の基準Iと基本的な考え方に相違はない。しかし、（2）や（3）での検討が明らかにするように、担当者自身の利益のための訴訟担当（つまり、受認者が受益者を兼ねる場合）と、担当者が代表する者の利益のための訴訟担当（つまり、受認者以外の者が受益者である場合）を一括りにすることには疑問が残る。

他方、権利義務の帰属主体のための法定訴訟担当とは、新堂教授によると、帰属主体による訴訟追行が不可能、困難または不適當である場合に、それに関する訴訟を可能にするため、法律上一般的にその帰属主体の利益を保護すべき職務にある者が訴訟担当をする関係にあるときであるとされ、その例として、人事訴訟において検察官が被告適格を有する場合（新人事訴訟法12条3項）、同じく人事訴訟において成年後見人ないし成年後見監督人が当事者適格を有する場合（同法14条）、救助料支払に関する船長の場合（商法811条1項）が挙げられている。

権利義務の帰属主体のための法定訴訟担当は、3項図式を用いると、帰属者が受益者である場合の法定訴訟担当であるとパラフレーズできるが、果たして、右の具体例の全てにおいて帰属者が受益者であると言えるかどうか、疑問の余地があるように思われる。

人事訴訟において検察官が被告適格を有する場合の受益者として、帰属者である死者を想定することは適當であろうか。遺言者の意思を実現することを任務とする遺言執行者の場合には、死者である被相続人を受益者として想定することにも一定の合理性があると言えよう。しかし、身分関係の当事者が死亡した場合においては、死者が当該の身分関係に利益を持ち続けるとは言えないのではなからうか。むしろ、強制参加の制度（新人事訴訟法15条）や訴訟係属の通知の制度（同法28条）をも考慮に入れると、当該訴訟の帰趨により相続権に影響を受ける者が受益者であると考えられるように思われる（ただし、これらの者以外に受益者がいないと断言するものではない）。検察官が被告適格を有する人事訴訟事件の制度目的についての考え方によっては、検察官は、親族法秩序の維持や戸籍の記載の正しさの確保といった、個人の利益には還元できない制度的な利益をも擁護しなければならない（公益信託に似た場合であると言うことができる）という把握も可能である。

このように考えると、担当者のための法定訴訟担当（私見においては基準Ⅰに基づく法定訴訟担当）であることになりそうであるが、基準Ⅱも満たしていることに注意しなければならない。というものの、帰属者は死者であるから、法定代理構成を採ると、訴状や判決書には死者を被告として表示しなければならないことになるが、当事者能力のない死者を当事者として扱うことはできない。したがって、この場合には帰属者の匿名化の必要性があることになる。筆者のように身分関係についての死者の利益の存在を否定する場合には、帰属者である死者の利益と、検察官が擁護すべき受益者の利益ないし制度的な利益と

の相克は生じないから、基準Ⅰよりも基準Ⅱを重く見ることになろう。

これに対して、成年後見人ないし成年後見監督人が人事訴訟の当事者適格を有する場合と、救助料に関する船長の場合については、帰属者が受益者であることについて筆者にも異論はない。では、この2つの場合に法定訴訟担当構成が採られる根拠はどのようなものであろうか。

まず、救助料についての船長の法定訴訟担当権限¹⁷は、基準Ⅱの適用事例であると見ることができる。

救助された側の船舶の船長について、商法811条2項の適用があることに争いはない。この場合の帰属者である救助料債務者は救助された船舶の所有者と積荷の所有者（商法812条）であるが、積荷の所有者が多数いることがあり、また、船荷証券が発行されている場合が典型であるが、救助料債権者が積荷の所有者を容易に調査できるとは限らない（商法814条の短期消滅時効のために調査にかけることができる時間にも限りがある）ので、救助料債権者としては、誰が救助料債務者であるかを特定することなく、救助料債権を行使できることについて利益を有する。かかる救助料債権者の利益が、帰属者の匿名化を要求していると言うことができる。

他方、救助をした側の船舶の船長に、商法811条2項の適用があるかどうかについては争いがあるが、通説・判例（大判昭和8年1月24日法学2巻1122頁）はこれを肯定している。この場合の帰属者である救助料債権者は、船舶所有者、船長及び海員である（商法805条1項）。この場合に着目すべきは、救助料が支払われた後に海員に対する分配額が決定されることがあり得るという規律が採られていることである（商法805条2項、806条から808条まで）。その結果、船長が救助料の支払を求める段階では、個々の海員の救助料債権額が確定していないことがあることになる。このことが、帰属者の匿名化を要請していると見ることができる。

次に、成年後見人ないし成年後見監督人が人事訴訟の当事者適格を有する場合であるが、この場合には、受益者と帰属者が一致し（どちらも成年被後見人である）、かつ、帰属者の匿名化を必要とする事情も見当たらない。したがって、基準Ⅰと基準Ⅱのいずれの適用事例でもないことになる。通説的見解によると¹⁸、新人事訴訟法13条1項が民事訴訟法31条の適用を排除しているものの、成年被後見人が意思無能力者である場合には、それが単独でした訴訟行為は無効であるから、成年被後見人に訴訟追行を委ねることができない

一方で、身分行為には代理が許されないという一般原則との関係で、法定代理構成を採用できないことが、法定訴訟担当構成が採用された理由であるとされる。このように帰属者と受益者が一致する場合であっても、代理が許されない法律関係については、法定訴訟担当構成が採用されることがあり得るのである。

なお、最近では、右の通説的見解とは異なり、意思能力の有無を判断することには困難が伴うから、かかる困難な判断を回避することが、成年後見人ないし成年後見監督人に法定訴訟担当者としての当事者適格を認めた理由である（したがって、成年被後見人に意思能力がある場合であっても、成年後見人ないし成年後見監督人の当事者適格が認められることになろう）としつつ、成年被後見人と成年後見人ないし成年後見監督人の当事者適格が並存する（成年被後見人が当事者であり、かつ、意思無能力者である場合には、成年後見人ないし成年後見監督人による法定代理がされることを認めていると推測される）ことを承認する見解も唱えられている¹⁹。成年被後見人は、意思能力を有していれば、自ら有効に訴訟行為ができるから、2（1）で紹介した社債管理会社と社債権者についての私見との関係で、この見解には興味深いものがある。というのも、この見解も私見も、受認者と帰属者が併存的に当事者適格を有し、かつ、帰属者が訴訟能力を有することがあることを承認しているからである。

このように帰属者のための法定訴訟担当とされている具体例には、帰属者が受益者であるとは言えない場合が含まれており、帰属者が受益者である場合においても、訴訟上の法定代理構成ではなく法定訴訟担当構成が採用されている根拠には様々なものがある。

なお、4で示した私見のように、帰属者とそれ以外の者の両方が受認者である場合にも、法定訴訟担当を認めるときは、担当者のための法定訴訟担当と権利義務の帰属主体のための法定訴訟担当という二分法は適切を欠くことになる。

（2）代位債権者、債権質権者や取立訴訟における差押債権者

（1）で取り上げた対立型・吸収型という分類は、主として、代位債権者、債権質権者や取立訴訟における差押債権者の特殊性を強調するための分類であると言える。そこで、これらについて、3項図式を用いた分析を加えておくことにする。

日本の債権者代位制度はフランスの間接訴権制度を継受したものである。よく知られているように、フランスの間接訴権制度は、一般債権者の共同の利益のための制度として把

握されており、そこでは、代位債権者が独占的な満足を得ることはできないものとされている。そこでは、受益者は、代位債権者本人を含む一般債権者全員であると言うことができる。受認者が受益者を兼ねていることに注意が必要である。

日本の債権者代位においても、本来型における受益者は、原則として、代位債権者本人を含む一般債権者全員である。例えば、代位債権者が、債務者が第三者に対してした不動産譲渡の無効を主張して、第三者に対して、債務者から第三者への所有権移転登記の抹消を請求をする場合がそうである。しかし、本来型であっても、代位債権と被保全債権の双方が金銭債権であって、代位債権者が相殺によって独占的な満足を得ることができる場合には、受益者は、事実上、代位債権者だけである。また、転用型の場合には、制度的に、代位債権者だけが受益者であることが予定されている（その限りで、フランスの直接訴権に近いものとなっていると言えよう）。

債権質の場合も、質権者が第三債務者から取立てた金銭が被担保債権に当然に充当されるのが原則であるから、受益者は債権質権者だけであると言うことができる。

これに対して、取立訴訟の場合には、差押債権者を含む配当等を受けるべき債権者が受益者であると言うことができ、最終的に差押債権者だけが受益者となるかどうかは偶然に左右される。もっとも、旧強制執行法よりも配当要求の終期を繰り上げるとともに、配当要求ができる債権者を限定した民事執行法においては、差押債権者だけが受益者となる蓋然性が高まったことは否定できない。

このように債権者代位、債権質や取立訴訟の場合には、受益者に受認者が含まれている。しかし、(1)で述べたことから明らかなように、救助料債権者側に立つ場合の船長も同様に受益者性を有するのであり（なお、この場合には、受認者兼受益者である船長が帰属者の1人でもあるために、船長と他の受益者兼帰属者と利害が一致するのであり、このことが債権者代位等との決定的な相違をもたらしていると考えることができよう。共同相続人全員が限定承認をした場合に、相続財産管理人に選任された相続人についても、対外関係においては、同様である）、受益者に受認者が含まれることは、対立型とされる3つの場合に限定されるわけではない。しかも、基準Ⅰが適用される場合には、常に帰属者と受益者の利害の対立があるのであり、三ヶ月博士の言う対立型だけにかかる利害対立があるわけでもない。この点は、(1)で破産管財人の場合について見たとおりである。

むしろ、代位債権者、債権質権者や取立訴訟の差押債権者の特殊性は、受認者が帰属者

の1人でないことに加えて、受益者が受認者だけであることが制度的に予定されていたり、事実上、受益者が受認者だけになってしまう点にあると言ふべきであろう（救助料債権者側に立つ場合の船長には、そのような事態は生じない）。

ここで注目されるべきは、信託受託者が唯一の信託受益者となる信託を禁止する、信託法9条の規定である。信託法9条の趣旨については見解の対立があり⁶⁶、また、信託法9条が信認関係の一般原則を定めたものと理解できるかどうかについても、検討の余地がある。しかし、受認者が唯一の受益者である場合は、受認者の受益者に対する善管注意義務や忠実義務が問題になる余地がない点で、信認関係として異例の事態であることは否定できないように思われる。

受認者の受益者に対する善管注意義務や忠実義務が問題になる余地がないということは、受認者がひたすら自分自身の利益を追及すればよいことを意味するから、帰属者と受認者の利害対立が非常に可視的なものとなる、と言ふことはできよう。しかし、かかる利害対立は三ヶ月博士の言う対立型以外にも存在することは、既に述べたとおりである（新堂教授の担当者のための法定訴訟担当と帰属主体のための法定訴訟担当という分類も、私見と同じ基礎の上に立っている）。

他方、福永教授の固有適格説⁵¹との関係では、受認者が唯一の受益者である場合に受認者がもつばら自分自身の利益を追及すればよいことが、代位債権者、債権質権者や取立訴訟における差押債権者の固有の利益を肯定することの背景となっている、と指摘できよう。しかし、債権質の場合はともかく、債権者代位と取立訴訟の場合には、代位債権者や差押債権者が唯一の受益者ではないこともあるから、果たして、債権者代位と取立訴訟の全ての場合について、固有適格説が妥当するものかどうか、疑問の余地が残されているように思われる⁵²。

（3）職務上の当事者と一定の資格に基づく法定訴訟担当者

「職務上の当事者」概念について、日本とドイツでは相違があるように思われる。

日本では、職務上の当事者に当たる法定訴訟担当とは、法定訴訟担当権限が実体法上の管理処分権に基づかない場合であり、その範囲は（1）で紹介した帰属主体のための法定訴訟担当に一致する、という用語法が採られていることがある⁵³（商法811条1項が救助料に関する船長の権限に裁判外の行為をすることを含めている関係で、果たして、同条2項

の訴訟担当権限が管理処分権に基づかないと言えるかどうか疑問の余地があるが、ここでは立ち入らない。

他方、ドイツにおいては、遺産管理人や遺産保護人をめぐる議論を紹介した際に見たように、実体法上の「職務の担い手」が訴訟法上は職務上の当事者として当事者適格を有するという議論構造が採られている（ただし、2（2）で紹介した v. Lübtow の見解においては、訴訟上の必要性から出発する点で、議論構造が逆転している）。破産管財人ないし倒産管財人についての職務説も、このような議論構造を前提としたものである。ZPOにおいて、「職務上の当事者」という文言は、訴訟救助に関する116条1項1号で用いられており、そこでは職務上の当事者が特別財産の管理人であることが予定されており、また、学説においては、実体法上の職務の担い手が職務上の当事者となる例として、倒産管財人や遺産管理人のほか、遺言執行者や強制管理人（日本の強制管理・担保不動産収益執行における管理人に相当する）が挙げられるのが通例である。もっとも、人事訴訟において検察官が被告適格を有する場合などは、実体法上の地位に基づかない、純粹に訴訟上の職務上の当事者であるとされている。

かかる相違がどこから生まれてきたのかを探求することも、学説史的な関心の対象となり得るところである。全くの試論の域を出ないが、本稿では次の点を指摘しておきたい。

民事訴訟法124条1項4号は「一定の資格」に基づく法定訴訟担当について定めを置いているが、筆者は、この「資格」は「職務」の原語である“Amt”を翻訳したものではないかと推測している。つまり、同号に相当する規定は、ZPOにも、明治23年制定時点の旧民事訴訟法にもなく（付言すると、オーストリア民事訴訟法典にもない）、大正15年改正後の旧民事訴訟法212条において、はじめてかかる規律が採用されたのであるが、大正15年当時、ドイツの判例・学説において「職務上の当事者」概念は既に成立しており、これが大正15年改正の起草者に影響を与えたのではないかと推測しているのである。

それはともかくとして、民事訴訟法124条1項4号が定める法定訴訟担当者に、代位債権者、債権質権者や取立訴訟における差押債権者は当たらないと説かれるのが通例である。これらの資格によらないとされる法定訴訟担当者は、受認者が受益者である場合のそれである。担当者のための法定訴訟担当という分類が大まかに過ぎることは、ここでも明らかではなかろうか。もっとも、受認者が受益者を兼ねる法定訴訟担当のうち、救助料債権者側の船長の場合（ただし、海難事故後に船長が更迭された場合には、受認者である船

長が受益者でも帰属者でもないことがある)には、民事訴訟法124条1項4号の適用があると考えられることに注意が必要である。つまり、民事訴訟法124条1項4号の適用がない法定訴訟担当は、訴訟担当権限の根拠となる地位が相続可能である場合であり、かつ、この場合は、法定訴訟担当のうち受認者が受益者でありかつ帰属者ではない場合と一致する、と行うことができよう。

なお、ドイツにおいて、債権の差押債権者は「職務上の当事者」であるとは考えられていないようである。網羅的に調査したわけではないが、取立訴訟における差押債権者が職務上の当事者であると述べる文献を見出すことはできなかった⁵⁴。仮に、取立訴訟における差押債権者が職務上の当事者ではないと考えられているのだとすると、このことは「資格」についての推測を補強することになる。

6 おわりに

以上、法定訴訟担当関係を信認関係の一種と見ることを通じて、法定訴訟担当をめぐる議論に新たな視座を持ち込むことができはしまいか、という観点から検討を重ねてきた。もともと、5での検討は感想の域を出ないものであり、判決効の主観的範囲に全く立ち入っていないなど、はなはだ不十分なものに終わっている。また、2から4までにおいても、論証が不十分なところが多々あること(特に4において従前の学説の検討をほとんど経由していないこと)は、自覚しているつもりである。大方のご批判・ご教授を得た上で、これらの課題を更に検討することを期して、この小論を終えることにする。

〔注〕

- 1 信託関係については、道垣内弘人『信託法理と私法体系』（1996年、有斐閣）19頁以下、樋口範雄『フェデューシャリー〔信託〕の時代』（1999年、有斐閣）26頁以下などを参照されたい。
- 2 かかる検討の方向性は、小島武司（司会）「シンポジウム・新民事訴訟法における理念と実務」民事訴訟雑誌48号（2002年）182頁における山本克己発言において提示したことがある。また、次注所掲の山本和彦教授の論稿も、基本的には同様の方向を目指すものであると思われる。
- 3 山本和彦「多数当事者について」民事訴訟雑誌48号133頁は、選定当事者制度における選任行為を訴訟追行権の信託であると捉えるが、本文で述べるように、これには疑問があるように思われる。もっとも、山本和彦教授が信託構成を採用する主たる理由は、被選定者に選定者に対する関係で忠実義務を負わせる点にある。この点については、3（1）や5（2）で述べるように筆者にも異論がない。前掲シンポジウム183頁以下の山本克己発言も参照されたい。

なお、株主代表訴訟における株主の提訴権を信託法理によって説明する試みもされている。この点については、金子宏直「株主代表訴訟における弁護士報酬の問題（一）」民商法雑誌113巻2号（1995年）228頁以下を参照。
- 4 遺産保護人や遺産管理人に類似した法的な地位を有する、遺言執行者の訴訟上の地位をめぐるドイツの議論状況については、福永有利「遺言執行者の訴訟追行権」北大法学38巻論集38巻5＝6号下巻（1988年）1756頁以下を参照されたい。
- 5 ドイツ相続法については、太田武男＝佐藤義彦編『注釈ドイツ相続法』（1989年、三省堂）を参照されたい。本稿も同書に多くを負っている。
- 6 ドイツ非訟事件手続法（FGG）72条、73条1項によると、遺産裁判所は、原則として、被相続人の最後の住所地、それが国内にないときは最後の居所地を管轄する区裁判所である。
- 7 Stein/Jonas. Kommentar zur ZPO, 21. Aufl., Bd.1, 1992, vor § 50 Rdn. 26, 31ff. [Reinhard Bork]; Leo Roseberg/Karl Heinz Schwab/Peter Gottwald, Zivilprozessrecht, 15. Aufl., 1993, S.202 f.; MünchKomm zum BGB, 3. Aufl., Bd.9, 1997, § 1975 Rdn.3 [Gerhard Siegmann]; MünchKomm zur ZPO, Bd.1, 2000, vor § 50 Rdn. 40, 44 [Water F. Lindacher]; Heinrich Lange/Kurt Kuchinke, Erbrecht, 5. Aufl., 2001, S.1244; Soergel. Kommentar zum BGB, 13. Aufl., Bd.21, 2002, § 1985 Rdn.1 [Axel Stein]; Staudingers Kommentar zum BGB, 2002, § 1985 Rdn.1ff. [Wolfgang Marotzke]. しかし、Theodor Kipp/Helmut Coing, Erbrecht, 13. Bearb., 1978, S.563は、法定代理人説を採る。
- 8 Pflegeschafft の訳語としては、「世話」、「看護」など様々なものが用いられているようであるが、太田＝佐藤・前掲書にならって「保護」という訳語を用いることにした。
- 9 Kipp/Coing, a.a.O., S.704, Stein/Jonas, Kommentar zur ZPO, 21. Aufl., vor § 50 Rdn. 48 [Bork]; MünchKomm zum BGB, 3. Aufl., Bd.9, § 1960 Rdn.31, 56 [Dieter Leipold]; Staudingers Kommentar zum BGB, 2000, § 1960 Rdn. 23, 43 [Marotzke]; Lange/Kuchinke, a.a.O., S.990f.; Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl., Bd.21, 2002, § 1960 Rdn.25 [Stein]. なお、Roseberg/Schwab/Gottwald, a.a.O. は、ある箇所では遺産保護人は法定訴訟担当者であるとしつつ（S.235）、別の箇

- 所では法定代理人であるとしており (S.288)、混乱している。
- 10 MünchKomm zum BGB, 3.Aufl., Bd.9, § 1960 Rdn.59 [Leipold].
 - 11 MünchKomm zum BGB, 3.Aufl., Bd.9, § 1960 Rdn.45 [Leipold]; Staudingers Kommentar zum BGB, 2000, § 1960 Rdn. 43 [Marotzke].
 - 12 MünchKomm zum BGB, 3.Aufl., Bd.9, § 1960 Rdn.44 [Leipold]; Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl., Bd.21, § 1960 Rdn.25 [Stein].
 - 13 Konrad Hellwig, System des Deutschen Zivilprozessrechts, I. Teil, 1912, S.154.
 - 14 Ulrich von Lübtow, Erbrecht, 2.Halbband, 1971, S.754f.
 - 15 Matthias Draschka, Gläubigerbefriedigung durch den Nachlasspfleger, Rpfleger 1992, S.282f.
 - 16 Albert Ziegler, Sicherungs- und Prozesspflegeschaft, 1986, S.128ff.
 - 17 v. Lübtow, a.a.O., S.758; Ziegler, a.a.O., S.186ff. なお、前者は実体法上の管理処分権にか言及していない。
 - 18 以上については、MünchKomm zum BGB, 3.Aufl., Bd.9, § 1960 Rdn.47 [Leipold] を参照。
 - 19 Kipp/Coing, a.a.O., S.704; MünchKomm zum BGB, 3.Aufl., Bd.9, § 1960 Rdn.46, 51ff. [Leipold]; Staudingers Kommentar zum BGB, 2000, § 1960 Rdn. 39ff., 44 [Marotzke]; Lange/Kuchinke, a.a.O., S.991ff.; Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl., Bd.21, § 1960 Rdn.26f., 31f. [Stein].
 - 20 v. Lübtow, a.a.O., S.755. なお、法定代理説の論者の中にも、v. Lübtow と同様の見地から、遺産保護人の遺産債権者に対する損害賠償責任を認める者がある。この点に関する争いについては、Staudingers Kommentar zum BGB, 2000, § 1960 Rdn. 54 [Marotzke] を参照。
 - 21 拙稿「社債管理会社および担保の受託会社の訴訟上の地位について」『京都大学法学部創立百周年記念論文集第3巻』（1999年、有斐閣）571頁以下。
 - 22 もっとも、本稿ではこれ以上立ち入らないが、筆者は、訴訟承継としての参加承継・引受承継を認めるべきかどうかについて、根本的な再検討の必要性があると考えている。
 - 23 松下淳・「社債管理制度と社債発行会社の倒産」金融法研究・資料編15号（1999年）50頁。
 - 24 例えば、法定訴訟担当構成と結びついた紛争管理権論に対する態度決定は、筆者にとって今後の課題である。権利能力のない社団としての入会地管理団体が法定訴訟担当者としての当事者適格を有することを認める判例（最平成6年5月31日民集48巻4号1065頁）をどのように位置付けるかについても、今後の検討に委ねたい。
 - 25 梅本吉彦「代理と訴訟担当との交錯」新堂幸司編集代表『講座民事訴訟法3』（1984年、弘文堂）148頁。なお、ややニュアンスの相違はあるものの、梅本教授の見解とはほぼ同趣旨を述べる文献として、鈴木重勝「代理と職務上の当事者」小山昇＝中野貞一郎＝松浦啓＝竹下守夫編『演習民事訴訟法（上）』（1973年、青林書院）162頁以下がある。
 - 26 このメルクマールは、我妻栄『新訂民法総則』（1965年、岩波書店）331頁以下に由来する。なお、本人の利益のための管理処分権者は法定代理人であり、多面的な利益を守るための管理処分権者は職務の担い手であるという基準は、かつてのドイツでは相当に有力であった。例えば、Stein/Jonas, Kommentar zur ZPO, 19. Aufl., Bd.1, 1964, S.305 [Rudolf Pohle] を参照。

- 27 高橋宏志『重点講義民事訴訟法〔新版〕』（2000年、有斐閣）235頁も参照。
- 28 福永有利・判批・民商法雑誌69巻1号（1973年）111頁は、かかる利害対立がある場合には、法定代理構成を採ることは妥当ではないと説く。
- また、秋山幹男＝伊藤眞＝加藤新太郎＝高田裕成＝福田剛久＝山本和彦『コメンタール民事訴訟法Ⅰ』（2002年、日本評論社）263頁は、遺言執行者について法定訴訟担当構成が採られるべき理由の1つとして、遺言執行者には相続人には許されない行為ができることを挙げる。その趣旨が遺言執行者がかかる行為に係る訴訟を法定訴訟担当として進行できるという点にあるのだとすると、それは疑問であると言わなければならないが、本文での筆者の主張と同旨であるという理解も可能である。
- 29 前掲拙稿589頁以下。
- 30 秋山ほか前掲書278頁も、本人の訴訟行為を有効なものとして認めるべきであるとする。
- 31 秋山ほか前掲書311頁以下、伊藤眞『民事訴訟法〔第3版〕』（2004年、有斐閣）112頁を参照。
- 32 兼子一「破産財団の主体性」（初出1940年）同『民事法研究第1巻』（1950年、酒井書店）470頁以下。
- 33 山木戸克己・判批（初出1973年）同『民事訴訟法判例研究』（1996年、有斐閣）50頁以下。
- 34 福永・前掲判批112頁以下。
- 35 資産の証券化におけるSPV（special purpose vehicle）も、ある意味ではオリジネータの匿名化の手段であると捉えることができよう（資産がオリジネータに復帰することが予定されたスキームにおいては、とりわけそうである）。このような把握が許されるとすれば、社団法人（例えば、資産流動化法上の特定目的会社）や信託（例えば、同法上の特定目的信託）も、匿名化の手段として機能することがあると言うことができる。
- 36 山木戸・前掲判批52頁以下も参照。
- 37 最近では、高橋・前掲書234頁がこれを主張する。
- 38 拙稿「遺産確認の訴えに関する若干の問題」判例タイムズ652号（1988年）27頁以下を参照。
- 39 我妻栄＝唄孝一『判例コメンタール相続法』（1966年、日本評論社）164頁以下は、相続人の管理失当の場合に損害賠償義務を負う相手方として、その後にされた放棄によって相続人になった者等のほか、その後限定承認があった場合の相続債権者を挙げる。後者を含めるべきかどうかについて、筆者は、（8）で述べるように、否定的に解すべきではないかと考えている。
- 40 帰属者が受認者としての性格を有する場合の究極の姿が、管財人がいない場合の再生債務者の地位、つまり、再生手続の機関としての再生債務者である（民事再生法38条2項参照）。
- 41 再生手続において管財人が選任されると、再生債務者の機関性とその背後にある受認者性（前注参照）が失われ、管財人がこれに代わって受認者になることを想起されたい。
- 42 我妻＝唄・前掲書190頁。谷口知平＝久貴忠彦編『新版注釈民法（27）』（1989年、有斐閣）521頁〔小室直人〕は、相続人は相続債権者から相続財産の管理事務を委任されたと同様の地位に立つとするが、これも相続人の注意義務は相続債権者に対する関係で課せられるという理解に立っていると考えられる。

- 43 なお、受益者である相続人には、相続財産管理人である相続人も含まれる（信託法9条参照）。
- 44 最判平成11年1月21日民集53巻1号128頁は、訴訟当事者の表示として「亡〇〇相続財産」という表現を用いている。
- 45 ミケ月章「わが国の代位訴訟・取立訴訟の特異性とその判決の効力の主観的範囲」（初出1969年）同『民事訴訟法研究第6巻』（1972年、有斐閣）4頁以下、同『民事訴訟法〔第3版〕』（1992年、弘文堂）220頁以下、230頁以下。
- 46 新堂幸司『新民事訴訟法〔第2版〕』（2001年、弘文堂）252頁以下。
- 47 その制度趣旨や学説の状況については、石井照久『海商法』（1964年、有斐閣）349頁を参照。
- 48 旧人事訴訟手続法下の学説については、吉村徳重＝牧山市治編『注解人事訴訟手続法〔改訂〕』（1993年、青林書院）87頁以下〔佐上善和〕を参照。
- 49 伊藤・前掲書100頁以下。
- 50 学説の対立については、四宮和夫「信託法9条の意味内容」同『信託法の研究』（1965年、有斐閣）所収を参照されたい。
- 51 福永右利「当事者適格理論の再構成」山本戸克己教授還暦記念『実体法と手続法の交錯 上巻』（1974年、有斐閣）63頁以下。
- 52 なお、前掲シンポジウム183頁の山本和彦発言も参照。
- 53 新堂・前掲書255頁以下、秋山幹男ほか・前掲書264頁以下など。
- 54 例えば、Stein/Jonas, Kommentar zur ZPO, 21. Aufl., Bd.1, vor § 50 R.dn. 25ff. [Bork] は、法定訴訟担当を、職務上の当事者、共同所有権ないし他人の権利に対する権利が基礎となる場合（差押債権者に法定質権が与えられることとの関係で、差押債権者はこのうちの後者に含まれている）、訴訟係属中の係争物の譲渡の場合の譲渡人、民衆訴訟・団体訴訟の4つに分類している。

委任契約における受任者の
委任者に対する忠実義務

岩 藤 美智子

目 次

- 1 はじめに
- 2 忠実義務の具体的規律内容
 - (1) 代理人の利益相反行為の禁止
 - (2) 株式会社の取締役の忠実義務
 - (3) 信託受託者の忠実義務
 - (4) 検討
- 3 委任契約における受任者の忠実義務
 - (1) 委任契約における受任者の忠実義務の基礎づけ
 - (2) 受任者の忠実義務の具体的規律内容①—利益相反行為の禁止—
 - (3) 受任者の忠実義務の具体的規律内容②—利得の禁止—

1 はじめに

今日の社会において、個人の処理すべき事務は、多様なものとなっており、その内容は、複雑かつ高度なものとなっている。例えば、財産の管理・運用、身上監護、訴訟行為などについて、本人の能力だけでは十分に対処することができず、他からの助力を得る必要性のある場合は増大している。そのために、他人の事務の処理を内容とする法律関係の重要性は高まっており、他人のために行動すべき者の義務内容を明らかにし、その行動を適切な法的規律の下に置く必要性は、大きなものとなっているといえることができる。

民法644条は、他人の事務の処理を内容とする委任契約について、「受任者ハ委任ノ本旨ニ従ヒ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ委任事務ヲ処理スル義務ヲ負フ」と規定している。

委任契約に基づいて、受任者は、委任事務を処理する義務を負う。同条は、受任者が委任事務を処理する際に必要とされる注意の程度が、「善良なる管理者の注意」であることを定めるものである。「善良なる管理者の注意」とは、「自己のためにすると同一の注意」（民法827条参照）と比較して、より高い程度の注意を意味し、その具体的な水準は、債務者と同一の職業、地位、年齢等に属する者に典型的に要請されるものであると考えられている。受任者が「善良なる管理者の注意」をもって委任事務を処理する義務は、善管注意義務と呼ばれ、その具体的な内容は、受任者の属性に応じて要請される水準の注意を基準として明らかにされるものである。そして、受任者が、このようにして明らかにされる具体的な義務の内容に違反して、委任者の利益を侵害した場合には、委任者の被った損害を賠償する責任を負うことになる。

しかしながら、このような善管注意義務の規律内容では、受任者の行動に対して、委任者の利益を十分に保護することはできないように思われる。なぜならば、受任者が善管注意義務に違反したか否かを判断し、受任者の債務不履行責任の有無を判断するためには、委任事務処理における受任者の行動によって、委任者の利益が侵害されたか否かを明らかにし、委任者が損害を被ったか否かを明らかにする必要があるが、そもそも、委任事務処理に際して、あるいは、それと関連して、受任者が接する可能性のある種々の利益が、委任者に帰属するのかが明らかでない場合があるからである¹。さらに、後述するよう

に、受任者の行動によって、委任者に具体的な損害が発生するか否かが、当該行動を禁止すべきであるか否かの判断にとって、適切な手がかりとはなりえない場合のあることも考えられるからである。

近時、受任者は、委任事務処理に際して、もっぱら委任者の利益を図らなければならない、自己または第三者の利益を図ってはならないという義務、いわゆる忠実義務を負うとの主張がなされている²。

委任契約においては、委任者の利益が受任者に委ねられており、多くの場合、受任者に裁量を与えられているがゆえに、委任者の利益を適切に図ることが可能となる一方で、受任者による裁量の不適切な行使によって、委任者の利益が危険に晒されるおそれのあることが、本来的に認められるということが出来る。そして、このような危険性を防止する必要性のあることを根拠として、受任者には忠実義務が課せられるとの見解が示されている³。

もっとも、受任者の忠実義務についての理解は、安定したものとはなっておらず、その具体的な規律内容についても、十分に明らかにされているとはいえない状況にある。そこで、本稿では、受任者と同様に、他人（本人）のために行動すべき者である代理人、株式会社の取締役、信託受託者の行動準則として様々な局面で具体化されている忠実義務の規律内容について検討を加え、それを参考として、委任契約における受任者の委任者に対する忠実義務について、考察を行うこととする。

2 忠実義務の具体的規律内容

(1) 代理人の利益相反行為の禁止

民法108条本文は、代理人が法律行為の相手方の代理人となること（自己契約）、及び、当事者双方の代理人となること（双方代理）を禁止している。同条は、代理人が、本人の所有する財産について、自らを買主とする売買契約を締結する場合や、売主の代理人が、買主の代理人を兼ねて売買契約を締結する場合など、本人の利益と代理人または第三者の利益とが相反することとなる典型的な場合について、代理人が利益の相反する立場に身を

置くこと自体を禁止するものである。さらに、主債務者である代理人が、本人を代理して、本人を保証人とする保証契約を債権者との間で締結する場合や、契約の一方当事者によって選任された者が、他方当事者の代理人として、一方当事者の代理人との間で和解契約を締結する場合（大判昭和7年6月6日民集11巻1115頁）など、形式的には同条の禁止する行為に該当しない場合にも、代理人による利益相反行為は禁止される。そして、代理人が、このような禁止に違反して、代理行為を行った場合には、無権代理となり、本人が事前に同意をするか（大判大正12年11月26日民集2巻634頁）、あるいは、事後に追認をしない限り、その効果は本人に帰属しない。

また、民法57条は、法人と理事との利益が相反する事項については、理事は代理権を有さず、特別代理人を選任しなければならないと定めている。さらに、民法826条1項は、親権者と子の利益が相反する行為については、親権者は、子のために特別代理人を選任することを家庭裁判所に請求しなければならないと定めている。同条項は、親権者が数人の子に対して親権を行う場合において、その一人と他の子との利益が相反する行為について、その一方のために準用されており（同条2項）、また、後見人と被後見人の利益が相反する行為について準用されている（民法860条）。これらの規定は、代理人による利益相反行為を、自己契約・双方代理に限らず禁止するものであり、例えば、親権者が、自らの債務のために、子の所有する不動産に抵当権を設定することは、禁止される（最判昭和37年10月2日民集16巻10号2059頁）。代理人が、このような禁止に違反して、代理行為を行った場合には、無権代理となり、原則として、その行為の効果は本人に帰属しない（最判昭和45年5月22日民集24巻5号402頁）。

代理人または第三者の利益と本人の利益とが相反する局面においては、代理人は、本人の利益ではなく、自己または第三者の利益を図る危険性が大きいと考えられる。代理人の利益相反行為の禁止は、このような危険が現実のものとなることを防止する趣旨のものであり、代理人の負う忠実義務を具体化したものであると理解されている¹。

（2）株式会社の取締役の忠実義務

商法254条ノ3は、「取締役ハ法令及定款ノ定並ニ総会ノ決議ヲ遵守シ会社ノ為忠実ニ其ノ職務ヲ遂行スル義務ヲ負フ」と規定している。同条は、株式会社の取締役が、会社に対して忠実義務を負う旨を定める一般的規定であり、商法は、さらに、その内容を具体化し

たものとして位置づけられる、いくつかの規定を置いている。

すなわち、まず、商法264条1項は、取締役が、自己または第三者のために、会社の営業の部類に属する取引をするには、取締役会において、その取引につき重要な事実を開示し、その承認を受ける必要があると定めている。取締役が、このような承認を受けずに競業取引を行うことは、会社に対する義務違反であり、取締役は、それによって会社が被った損害を賠償する責任を負う（商法266条1項5号）。その際に、会社が被った損害額は、取締役または第三者が得た利益の額であると推定される（同条4項本文）。また、取締役が、取締役会の承認を受けずに、自己のために競業取引を行った場合には、取引のときから一年以内に限り、取締役会は、会社のために取引が行われたとみなすこと、すなわち、介入権の行使ができる（商法264条3項、4項）。

取締役が、会社の営業に関する内部情報等を、自己または第三者の営業のために利用することによって、会社の利益が害される危険性があり、このような危険を防止する必要性のあることが、取締役による競業取引を、このような事前の手続的規制に服せしめる根拠であると理解されている⁵。従って、競業取引にあたらぬ場合であっても、取締役が、会社の営業秘密を用いて自らの利益を図ることなどは、会社に対する義務違反であると考えられている⁶。さらに、取締役が、職務上知り得た外部情報を、会社に無断で自己のために利用して、会社による参入の可能性のある事業に自ら参入するなどの、いわゆる会社の機会の奪取も、取締役の忠実義務違反であると、一般に理解されている⁷。

また、商法265条1項は、取締役が、会社の製品その他の財産を譲り受け、会社に対し自己の製品その他の財産を譲渡し、会社より金銭の貸付を受けるなど、自己または第三者のために会社と取引（直接取引）をするには、取締役会の承認を受ける必要があると定めている。取締役が、このような承認を受けずに利益相反取引を行うことは、会社に対する義務違反であり、取締役は、それによって会社が被った損害を賠償する責任を負う（商法266条1項5号）。さらに、取締役が、取締役会の承認を受けずに直接取引を行った場合には、会社は、取締役または取締役が代理・代表する直接取引の相手方に対して、取引の無効を主張することができる⁸。これに対して、直接取引の相手方からの譲受人（最判昭和46年10月13日民集25巻7号900頁）などの第三者に対しては、これらの者が、承認を受けずになされた利益相反取引にあたることについて悪意である場合にのみ、会社は、取引の無効を主張することができる。また、一定の場合には、取締役会の承認を受け

て利益相反行為を行ったとしても、取締役は、会社に対して責任を負うとされている。例えば、取締役が、会社を代表して、他の取締役に対して金銭を貸し付けた場合には、貸し付けを行った取締役は、未だ弁済がない額について、弁済する責任を負う（同条項3号）。また、より一般的に、取締役が、利益相反取引を行った場合には、会社が被った損害額について、賠償する責任を負う（同条項4号）。さらに、取締役が、会社に不利で取締役に有利な内容の利益相反取引を行った場合には、会社に対する忠実義務違反となり、当該取締役は、それによって会社が被った損害を賠償する責任を負う（同条項5号）とされている⁹。

さらに、商法269条は、取締役の報酬について、定款で定めるか、株主総会の決議によって定めると規定している。取締役の報酬についての契約は、会社と取締役との直接取引にあたりと考えられるものの、これを取締役会の決議に委ねたのでは、お手盛りによって会社に不利益を与える可能性のあることを根拠とする規律であると理解されている¹⁰。

（3）信託受託者の忠実義務

信託法22条1項本文は、「受託者ハ何人ノ名義ヲ以テスルヲ問ハス信託財産ヲ固有財産ト為シ又ハ之ニ付権利ヲ取得スルコトヲ得ス」と規定している。同条項は、信託受託者が、自己取引によって、信託財産を取得すること、及び、信託財産について他物権や賃借権などの権利を取得することを禁止するものである。また、同条が直接定める場合ではないものの、受託者に対価を与えて、受託者の固有財産を信託財産とすることや、信託財産に受託者の固有財産に対する権利を取得させることも、禁止されるものと考えられている¹¹。さらに、自己取引にはあたらないものの、受託者が、いったん第三者に信託財産を取得させた上で、その第三者から当該財産を取得して固有財産とすることや、第三者から信託財産についての権利を取得することも、禁止されると解されている¹²。いずれも、受託者の利益と信託財産ひいては受益者の利益とが相反する行為であり、受託者が受益者の利益を害しつつ自らの利益を凶ることを、未然に防止することが、これらの行為を禁止する趣旨であると理解されている¹³。

受託者が、このような禁止に違反して、利益相反行為を行った場合の効果については、信託法の規定からは必ずしも明らかでないものの、無効と解するべきであるとの主張がなされている¹⁴。

このような受託者による利益相反行為の禁止は、受託者は、もっぱら受益者の利益のた

めに行動すべきであるという忠実義務の存在を基礎とするものと考えられている¹⁵。そして、受託者が、このような忠実義務を負うことを前提とすると、さらに、現行信託法には規定がないものの、受託者が、その地位を利用して、報酬以外の利益を得ることは、禁止されるべきであるとの主張がなされている¹⁶。

(4) 検討

以上をみてみると、忠実義務を具体化したものとして位置づけられる行動準則には、二つのタイプのものがあるということができる。

第一は、利益相反行為の禁止である。これは、本人のために行動すべき者が、自己または第三者の利益と本人の利益とが相反する立場に身を置くこと自体の禁止を内容とするものである。利益相反をもたらす取引は、自己契約・双方代理にあたる場合に限らず、また、本人との間で直接になされるものに限らず禁止されており、さらに、それによって本人に具体的な損害が発生するか否かにかかわらず禁止されている。利益相反行為を禁止する規律は、利益の相反する状況の下では、本人のために行動すべき者が、本人の利益ではなく、自己または第三者の利益を図る危険性が大きいことから、このような危険が実現するのを防止する趣旨のものであると考えられる。さらに、本人のために行動すべき者に裁量が与えられ、一定の行動が委ねられていることから、その行動によって、本人の利益が侵害されたか否かを的確に判断することが、困難であるという事情があり、そのような事情の下で、本人の利益を保護する趣旨のあることもうかがうことができる。このような規律は、具体的な損害発生の有無にかかわらず、当該行為を禁止することによって保護されるべき利益があることを前提とするものということができる。

第二は、利得の禁止である。これは、本人のために行動すべき者が、その職務の遂行に際して、あるいは、それと関連して、報酬以外の利益を得ることの禁止を内容とするものである。報酬の決定を、一定の手続的規制に服せしめる規律も、これに属するものと考えられる。禁止される利得には、三種類のものがあるように思われる。

一つめは、本人に帰属する利益の取得である。本人の所有する財産を無償で、あるいは、市場価格よりも廉価で取得する場合などが、典型例である。また、本人に帰属する内部情報を無断で利用する場合なども、これにあたるものと考えられる¹⁷。

二つめは、本人に帰属させるべき利益の取得である。一定の利益が、本人に帰属してい

るのか否かが明確ではない場合があり、このような場合には、本人のために行動すべき者による当該利益の取得によって、本人に損害が生じたか否かの判断を直接行うことは、不可能ないし極めて困難であると考えられる。例えば、財産権の所在等によって、その帰属を明らかにすることができない情報や機会の取得は、これにあたるものということができる。このような利益の取得を禁止する規律は、本人のために行動すべき者の利得に着目して、このような行動に規制を加えるものである。そして、本人のために行動すべき者との関係では、当該利益を本人に帰属するものとして取り扱うことによって、本人を保護する趣旨のものであると考えることができる¹⁸。

三つめは、職務の遂行に影響を及ぼしうる利益の取得である。例えば、第三者からの特別利益（賄賂）の受領などは、これにあたるものと思われる。必ずしも、本人に帰属する利益、あるいは、帰属させるべき利益の取得にはあたらない点で、前二者とは性質の異なるものである。本人のために行動すべき者が、このような利益の取得を禁止されるのは、まさに、その者が、職務の遂行に際して、本人のために行動すべきであることに基づくものと考えられる。このような利益の取得を禁止する規律は、一定の行為を行うこと、あるいは、行わないことと、自己または第三者の利益とが結びつくことによって、その者の職務を遂行する行動が影響を受け、本人の利益が侵害されることを回避する趣旨のものであるということが出来る。

以上のような行動準則に対する違反の効果としては、通常の損害賠償が認められる場合の他に、当該行為によって取得された利益の吐き出しや行為の無効を含む原状回復的な救済手段が、第三者の利益にも配慮しつつ、本人に認められる場合がある。このような規律の内容は、具体的な損害発生の有無や損害額が、本人のために行動すべき者の利得、ないしは、その可能性から独立したものとしては適切に把握できない場合があるという、それぞれの行動準則の内容をも基礎づける事情を反映するものであり、また、そのような事情の下で、本人の利益の保護を実効的なものとする趣旨のものであるということが出来る。

さらに、以上のような行動準則に違反する行動は、これを絶対的に禁止する規律と、本人の承認などの一定の要件が満たされた場合には、禁止を解除する規律のあることがみ分けられる。

3 委任契約における受任者の忠実義務

(1) 委任契約における受任者の忠実義務の基礎づけ

委任契約においては、委任者から事務処理を委ねられた受任者が、裁量を不適切に行使用することによって、委任者の利益が適切に実現されなかったり、侵害されたりする危険性がある。このような危険性は、一般に、受任者の利得（の可能性）と委任者の不利益とが結びつく（可能性のある）局面において、とりわけ高いものとなると考えられる。そして、このことは、本人と代理人、株式会社と取締役、信託受益者と受託者の法律関係と、共通する事情であるということが出来る。従って、利益相反行為の禁止と利得の禁止とを具体的な内容とする忠実義務を、委任契約における受任者の行動を規律するものとしても認める必要性は、大きいように思われる¹⁴。

これについて参考となりうるものとして、安全配慮義務についての最高裁の判決をあげることができる。すなわち、具体的には、会社の従業員が、宿直勤務中に、窃盗目的で侵入した者によって殺害されたという事案について、「雇傭契約は、労働者の労務提供と使用者の報酬支払をその基本内容とする双務有償契約であるが、通常の場合、労働者は、使用者の指定した場所に配属され、使用者の供給する設備、器具等を用いて労務の提供を行うものであるから、使用者は、右の報酬支払義務にとどまらず、労働者が労務提供のため設置する場所、設備もしくは器具等を使用し又は使用者の指示のもとに労務を提供する過程において、労働者の生命及び身体等を危険から保護するよう配慮すべき義務」（「安全配慮義務」）「を負っているものと解するのが相当である」とした上で、使用者である会社が「安全配慮義務の不履行」に基づく損害賠償義務を負うことを認めた最判昭和59年4月10日（民集38巻6号557頁）である。本判決は、労働環境の安全性が確保されていなければ、労働者（労働者）の生命・身体等が危険に晒されることとなる一方で、労働環境を提供するのは使用者であり、労働者は、使用者の指揮・監督下で労務を提供するという特性を、雇傭契約が、本来的に有する（「労務ニ服スル」と規定する民法623条参照）ことを根拠として、使用者の雇傭契約上の義務として、安全配慮義務を認めたものと考えられる。

このような理解を前提とすると、受任者が、自己または第三者の利益を図ることによっ

て、委任者の利益が害される危険性があるにもかかわらず、委任者自らは、その危険に十分に対処することができないという特性を、委任契約が、本來的に有することを根拠として、そのような危険性を防止することを内容とする忠実義務を、受任者の委任契約上の義務として認めることが、可能であるということが出来る³⁰。

以上を前提とした上で、受任者の忠実義務の具体的な規律内容については、以下のような方向で考えるのが、妥当なように思われる。

（２）受任者の忠実義務の具体的規律内容①—利益相反行為の禁止—

受任者が、自己または第三者の利益と委任者の利益とが相反する立場に身を置くことは、自己契約・双方代理にあたる場合に限らず禁止されるべきである。委任者の利益と受任者または第三者の利益とが相反する局面では、受任者が、委任者の利益ではなく、自己または第三者の利益を図る危険性が大きいにもかかわらず、委任者が、このような危険に個別に対処することは、一般に、期待できないと考えられるからである。

もっとも、受任者が、自己または第三者の利益と委任者の利益とが相反する立場に身を置くことが、委任者の意思に沿い、利益にも反しない場合や、委任者の利益を実現するために、より積極的に要請される場合のあることも考えられることから、一定の場合には、利益相反行為の禁止の解除が認められるべきである。解除の要件としては、例えば、委任者による事前の承認といったものが考えられるが、これについては、委任者が、自らの置かれることとなる利益状況を理解して、禁止の解除の当否を判断するために必要な情報を有していることが前提となるということが出来る。従って、それを可能とするために要請される、受任者による委任者に対する情報の提供をめぐる規律の内容も含めて、さらに検討することが必要である。

また、利益相反行為の禁止に対する違反の効果についても、規律の内容を明らかにする必要がある。これについても、さらに検討を要するが、利益相反行為が、具体的な損害発生の有無にかかわらず禁止される趣旨に鑑みると、具体的な損害発生の有無にかかわらず、委任者に当該行為の無効の主張を認めることや、受任者に、損害発生についての過失の有無にかかわらず、利益相反行為に基づいて生じた損害を填補する責任を負わせるといったものを考える余地があるように思われる。

(3) 受任者の忠実義務の具体的規律内容②—利得の禁止—

まず、受任者が、委任者に帰属する利益を取得することは、当然に、禁止されるべきである。このような行動は、善管注意義務の規律内容によっても規制が可能なものではあるが、さらに、例えば、受任者が、委任者の所有する財産を第三者に不当に処分した場合について、受任者による転売利益の取得が許されるのか否かといったことが、問題となる。これについては、忠実義務違反の効果の問題として位置づけた上で、通常の損害賠償を超える効果として、当該利益の委任者への引き渡しを義務づけるのが適切であるように思われるが、それを可能にする法律構成について、さらに、検討することが必要である。

また、受任者が、委任者に帰属させるべき利益を取得することも、禁止されるべきである。もっとも、これについては、忠実義務の具体的な行動準則の内容と、本人に帰属させるべき利益であるとの判断とが、不可分の問題として存在し、どのような利益の取得が禁止され、本人に帰属させるべき利益であると判断されるのかを明らかにすることが必要となる。これについても、さらに検討を要するが、その際には、このような種類の利得として問題となりうる情報や機会の取得・利用は、一般に自由に行うことが認められるものであるということを前提として、どのような範囲で受任者の当該自由を制約し、委任者の利益を保護するのが妥当であるのかについて、慎重に検討する必要性があるものと考え²¹。

さらに、受任者が、委任事務処理に影響を及ぼしうる利益（賄賂など）を取得することも、禁止されるべきである。受任者が、このような利益を取得することによって、委任事務処理が適切に行われなくなる危険性が大きいと考えられる一方で、受任者が、裁量を行使して事務を処理するという状況の下で、委任者が、事務処理の当否についての的確に判断し、不適切な事務処理について、受任者の責任を追及することは、容易ではないと考えられるからである。そして、このような禁止に対する違反の効果としては、受任者に利益の吐き出しを命じることが、事務処理への不当な影響を防止するために実効的であると考えられるものの、当該利益の委任者への引き渡しについては、それが正当化される根拠を明らかにすることが必要となる。これについては、受任者の委任者に対する引渡義務について規定する民法646条が、手がかりとなりうるように思われるが、先に指摘した不当処分に基づく転売利益などと同様の取り扱いをするべきか否かも含めて、さらに検討する必要性がある²²。

〔注〕

- 1 「なす債務」一般についての指摘であるが、『なす債務』においては、『与える債務』以上に履行利益とそれ以外の財産的利益（論者によれば、財産的利益の保護を目的とする完全性利益）との間の区別自体が曖昧であるとも言える。むしろ、『なす債務』の中でも客体の経済的価値に還元することが困難な場合における履行利益概念にこそ、そもそもの問題の根源があると見られなくもない」とする潮見住男『契約責任の体系』（有斐閣・2000年）229頁（初出1996年）参照。
- 2 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』（トラスト60・1995年）10頁以下、道垣内弘人『信託法理と私法体系』（有斐閣・1996年）171頁、金融取引における信託の今日的意義に関する法律問題研究会（以下、法律問題研究会とする）「金融取引における受託者の義務と投資家の権利」金融研究17巻1号（1998年）87頁、岩藤美智子「ドイツ法における事務処理者の誠実義務—日本法における委任契約の受任者の忠実義務を考察するための基礎的作業として—」神戸法学48巻3号（1998年）673頁、同「委任契約における受任者の忠実義務」私法64号（2002年）157頁参照。
- 3 例えば、「信頼して権限を委ねるというのが信認関係の本質であり、そこでは、信頼に応じて適切な権限行使ができるよう、受託者に相当程度の裁量を与えることが前提となっている。かかる仕組みが必然的に持つ課題として、受託者の権限が投資家のために行使されるようにすることが必要となる」と述べた上で、「受任者も他人の信認を受けて財産管理ないし事務処理をするものである以上、利益相反状況における行為基準として、忠実義務を一般的に認めていく必要がある」とする法律問題研究会・前掲注（2）82頁—83頁、87頁、及び、「我が国の委任契約においても、受任者による委任事務処理は、委任者の権利領域への介入を伴い、事務処理に関して受任者に一定の裁量が認められていることから、委任者の利益が危険に晒されるおそれがあり、このようなおそれは、「委任者の利益と受任者または第三者の利益とが相反する局面で、とりわけ大きなものとなることから、このような利益相反を未然に防止し、委任者の利益の危殆化と受任者もしくは第三者の利得（の可能性）とが結びつくタイプの行為を禁止する規律が、要請されるということが出来る」ことを根拠として、「忠実義務を、委任契約における受任者の委任者に対する義務として、積極的に位置づけていくべきである」とする岩藤・前掲注（2）私法156頁—157頁参照。
- 4 「代理人は、もっぱら本人の利益のために行動すべきであり、自己や第三者の利益のために行動してはならない。また、本人の利益と自己の利益が衝突するような地位に身を置いてはならない。これを忠実義務という。双方代理・自己契約の禁止（一〇八条）や利益相反行為の禁止（五七条・八二六条）は、この忠実義務を具体化したものである」とする四宮和夫＝能見善久『民法総則〔第六版〕』（弘文堂・2002年）311頁参照。また、民法108条の起草者の考え方を示すものとして、「代理人ナル者ハ代理ヲ為スニ付テハ忠実ニ其務ヲセネバナラヌ、然ルニ本人ノ利益ト自分ノ利益ト衝突スル場合ニハ一々己レノ利益ヲ先キニシテ本人ノ利益ヲ後ニ仕易イモノデアル、又常ニ自分ノ利益ヲ棄ツテ本人ノ為メニセヨト云フハ人情難キヲ賈ムル最モ濫用ノ恐レアル事柄デアリマスルニ依テ之ヲ禁ズルコトニ致シマシタ訳デアリマス」とする『法典調査会民法議事速記録1』（商事法務研究会・1983年）97頁〔富井政章発言〕参照。

- 5 競争取引についての規制は、「取締役がその地位に基づいて会社の営業に関して取得した知識ごとに得意先の状況に関する知識を、会社と競争関係にある自己または第三者の営業のために利用して、会社に損害を与えることを防止する趣旨である」とする前田庸『会社法 [第9版]』（有斐閣・2003年）312頁参照。
- 6 江頭憲治郎『株式会社・有限会社法 [第3版]』（有斐閣・2004年）340頁参照。
- 7 前田・前掲注（5）336頁参照。
- 8 前田・前掲注（5）320頁参照。
- 9 前田・前掲注（5）320頁参照。
- 10 前田・前掲注（5）322頁参照。
- 11 四宮和夫『信託法 [新版]』（有斐閣・1989年）233頁参照。
- 12 四宮・前掲注（11）232頁—234頁、301頁参照。
- 13 四宮・前掲注（11）232頁参照。
- 14 四宮・前掲注（11）233頁参照。
- 15 四宮・前掲注（11）232頁参照。
- 16 商事信託研究会『商事信託法要綱』（信託協会・2000年10月）第434条3項は、「受託者は、信託契約で定めた報酬のほかは、信託事務の処理にあたり利益を得てはならない。……」と規定する。これは、英米における no profit rule を定めたものであるとされている（同56頁）。なお、樋口範雄『フィデュシャリー [信託] の時代—信託と契約—』（有斐閣・1999年）216頁—218頁では、英米の裁判例における no profit rule の具体的適用例として、信託受託者が、信託のファンドを他に貸し付けることによって得た貸付手数料の受益者への吐き出しが命じられた事例、及び、職務の遂行に際して受領した賄賂の（受益者とされた国による）没収の正当性が認められた事例が紹介されている。また、四宮・前掲注（11）231頁は、「忠実義務とは、受託者はもっぱら信託財産（受益者）の利益のためにのみ行動すべきである、ということである。三つの原則を含むといわれる。第一原則—信託財産の利益と受託者個人の利益とが衝突するような地位に身を置いてはならない。第二原則—信託事務の処理に際して自らの利益を得てはならない。第三原則—信託事務の処理に際して第三者の利益を図ってはならない」と述べており、第二原則は、no profit rule にあたるものと考えることができる。
- 17 情報については、それが本人に帰属するか否かの判断自体が困難な場合のあることも考えられるが、ある情報について財産権が本人に帰属する場合だけでなく、事実上、ある情報を本人が保有しており、少なくとも内部的には、第三者への開示が許されていないといった場合には、当該情報の無断利用等は、ここでいう意味での、本人に帰属する利益の取得にあたるということができよう。なお、不正競争防止法は、秘密として管理されている生産方法、販売方法その他の事業活動に有用な技術上又は営業上の情報であって、公然と知られていないもの（2条4項）と定義される「営業秘密」について、窃取、詐欺、強迫その他の不正の手段により営業秘密を取得する行為（不正取得行為）又は不正取得行為により取得した営業秘密を使用し、若しくは開示する行為（同条1項4号）、営業秘密を保有する事業者（保有者）からその営業秘密を示された場合において、不正の競

業その他の不正の利益を得る目的で、又はその保有者に損害を加える目的で、その営業秘密を使用し、又は開示する行為（同条項7号）などを「不正競争」にあたりとし、不正競争によって営業上の利益を侵害され、又は侵害されるおそれがある者による差止請求を認める（3条）とともに、故意又は過失により不正競争を行って他人の営業上の利益を侵害した者は、損害賠償責任を負う旨を定めている（4条）。

18 英米法上の信託関係における忠実義務について、「忠実義務は、principalに事前に包括的な『財産権』を割り振るものである。その『財産権』は受託者の職務遂行中に発生するであろう、価値のある財産・機会などの総体をカバーしている。一つ一つ権利の設定の可能なものもあれば、そうではない単なる機会、情報のようなものである場合もある」とする藤田友敬「忠実義務の機能」法協117巻2号（2000年）297頁参照。

19 一定の事業者については、忠実義務を負う旨を定める立法がなされている。例えば、投信法は、投資信託委託業者は、委託者指図型投資信託の受益者のため忠実に投資信託財産の運用の指図その他の業務を遂行しなければならないと規定しており（14条1項）、具体的には、投資信託委託業者が、自己又はその取締役若しくは執行役と投資信託財産との間における取引を行うことを受託会社に指図すること（15条1項1号）、その運用の指図を行う投資信託財産相互間において、取引を行うことを受託会社に指図すること（同条項2号）、特定の有価証券等に関し、運用の指図をした取引に基づく価格、指数、数値又は対価の額の変動を利用して自己又は当該運用の指図を行う投資信託財産に係る受益者以外の第三者の利益を図る目的をもって、正当な根拠を有しない取引を行うことを受託会社に指図すること（同条項4号）、投資信託委託業者の利害関係人等（当該投資信託委託業者の総株主の議決権の過半数を保有していること、その他の当該投資信託委託業者と密接な関係を有する者として政令で定める者）の利益を図るため、当該投資信託委託業者が運用の指図を行う特定の投資信託財産に係る受益者の利益を害することとなる取引を行うことを受託会社に指図すること（同条2項2号）、投資信託委託業者の利害関係人等である証券会社等の利益を図るため、投資信託財産の運用の方針、投資信託財産の額又は市場の状況に照らして不必要と認められる取引を行うことを受託会社に指図すること（同条項3号）などを禁止している。なお、委託者指図型投資信託における投資信託委託業者と投資家（受益者）の法律関係が委任契約と解されることについては、行澤一人「投資家保護と法的問題点」蠟山昌一編『投資信託と資産運用』（日本経済新聞社・1999年）86頁参照。また、投資顧問業法は、認可投資顧問業者は、法令及び投資一任契約の本旨に従い、顧客のため忠実に投資一任契約に係る業務を行わなければならないと規定しており（30条の2）、具体的には、認可投資顧問業者が、投資顧問契約又は投資一任契約を締結した顧客相互間において、他の顧客の利益を図るため特定の顧客の利益を害することとなる取引を行うことを内容とした投資判断に基づく投資を行うこと（30条の3第1項5号）、特定の有価証券等に関し、認可投資顧問業者が行った投資に基づく価格、指数、数値又は対価の額の変動を利用して自己または当該顧客以外の第三者の利益を図る目的をもって、正当な根拠を有しない投資判断に基づく投資を行うこと（同条項6号）、許可投資顧問業者の利害関係人（当該認可投資顧問業者の総株主の議決権の過半数を保有していることその他の当該認可投資顧問業者と密接な関係を有する者として政令で定

める者)である投資信託委託業者が運用の指図を行う投資信託財産に係る受益者又は資産の運用を行う投資法人の利益を図るため、当該認可投資顧問業者が締結した投資一任契約に係る顧客の利益を害することとなる取引を行うことを内容とした投資判断に基づく投資を行うこと(同条第2項1号)、認可投資顧問業者の利害関係人である証券会社等又は登録金融機関の利益を図るため、投資判断に基づく取引の方針、取引の額又は市場の状況に照らして不必要と認められる頻度又は規模の取引を内容とした投資を行うこと(同条項2号)などを禁止している。なお、投資顧問業者と顧客との投資一任契約が委任契約と解されることについては、星野孝一「投資顧問業務(新版)」(きんざい・1996年)10頁-11頁参照。

- 20 「契約から4ずる義務は、個別の契約当事者の具体的な合意によってのみ設定可能とされているわけではない。程度の差はあれ、契約類型ごとにその性質に着目して定型的な義務を設定することが、信義則や衡平などによって可能なのである。」「ある契約(たとえば委任)が、その性質上、信託義務を伴うべきものと考えられるのであれば、明示の合意がなくとも当該契約からは当然に信託義務が発生すると考えることが可能になる」とする大村敦志「現代における委任契約—『制度と契約』をめぐる断章—」中田裕康=道垣内弘人編『金融取引と民法法理』(有斐閣・2000年)102頁参照。また、「受任者の忠実義務は、委任契約において本来的に予定されている義務として位置づけるのが適切であるということができ、そうであれば、『受任者ハ委任ノ本旨ニ従ヒ』『委任事務ヲ処理スル義務ヲ負フ』と定めている日本民法六四四条によって、根拠づけることができるものであると考える」とする岩藤・前掲注(2)私法158頁も参照。なお、このように考えると、同様の特性を有する法律関係については、その法形式(組合、会社、信託など)にかかわらず、忠実義務を基礎づけることが可能であり、かつ、妥当であるということが出来る。このような試みの一つである、いわゆる「金融サービス法」に向けた議論を紹介するものとして、中村広樹「金融審議会第一部会『集団投資スキームに関するワーキンググループ』レポートの概要」金法1554号24頁以下参照(同27頁-29頁は、「わが国における『集団投資スキーム』」においても、「スキームの運営は専門家たる金融サービス業者に委ねられており、投資者が投資対象資産を直接支配・管理できない状況にあることから、『受動性』が存在し、『スキームの運営者等による不正行為や利益相反行為が生じやすいのではないか』という問題がある」にもかかわらず、「集団投資スキームの運営者の不正行為や利益相反行為をモニタリングすることは実際には困難が伴うことが考えられる。このため、ピークルの運営者を含む金融サービス業者の受託者責任を具体化・明確化することにより、業者の規律づけを行なっていくことが重要な意味をもつことになる」とする)。
- 21 会社の機会の法理についての指摘であるが、「一律にすべての機会を受託者の『義務』の範囲として、会社と受託者が取引をするように促すのがよいとは必ずしもいえない。このようなルールは、すでに具体的な機会が提供された時点で見れば、効率的な結果をもたらすかも知れないが、受託者の事前の技能形成(人的投資)のインセンティブを損ない、ひいては機会が最初から発見、取得あるいは開発されない結果につながりかねないからである。したがってこの場合には、法(裁判所)は、具体的な機会を取得することについての会社の利益ばかりでなく、受託者側の利益との『比較衡量』を行って、義務の範囲を適切に画す態度が求められると考える」とする田中巨「忠実義務に

関する「考察」機能に応じた義務の設計方針」落合誠一遺稿『商事法への提言』（商事法務・2004年）252頁参照。

- 22 吉永一行「委任契約における利益の吐き出し請求権（二・完）—ドイツ法における受任者の引渡義務についての議論を手がかりとして—」民商126巻6号（2002年）854頁—856頁、860頁—861頁は、「受任者がこの利益を委任者のために実現するべき義務を負っていたかという履行利益も、委任者があらゆる第三者との関係で保護されるべき利益として有する完全性利益も関係がない」ことから「損害賠償とは構成できない真正の利益の吐き出し事例」として「（リベートと構成できない）わいろ事例や不当処分事例」を位置づけ、「委任契約が展開していく中で生じた利益について『配分問題』を論じ、これを『委任事務処理によって生じたか否か』という基準とは異なる基準によって解決することは、わが国の私法体系に矛盾するものではなく、むしろ受任者の権利移転義務の中に内在する考え方といえる」とした上で、「実際に利益の吐き出しを認めるにあたっては、『配分問題』をいかなる基準に基づいて解決するのかという問題が決定的に重要である」と述べ、『委任者に当該利益が帰属すべきこと』からの基礎付けこそが、委任者に利益吐き出し請求権を認めるにあたっては重要となる」との見解を示すものの、『配分問題』がどのような基準で決定されるべきかという点については、残された課題であるとする。

(禁無断転載)

[非売品]

平成17年3月15日印刷

平成17年3月25日発行

信託及び資産の管理運用制度に関する法的諸問題

報 告 書

発 行 ©財団法人 トラスト60

東京都中央区八重洲2-3-1

Tel. 03-3286-8480 (代表)

<http://www.trust60.or.jp/>

印刷：(株) デイグ