

Trust Sixty Foundation

# 変革期における信託法

トラス60研究叢書

平成18年2月

東北信託法研究会



## はしがき

私たちは、平成13年度から15年度にかけて、財団法人トラスト60からの研究助成を受け、東北大学において、信託法をテーマとする定期的な研究会を開催した。「東北信託法研究会」と称するその研究会の会合においては、研究会メンバー又はゲストスピーカーによる報告がなされ、引き続きそれに基づく議論がおこなわれた。研究会の統一テーマ・キーワードは、「変革期における信託法」であった。日本の信託法制度の改正を間近に控え、また世界各国において信託法に関する変革の動きがあることを踏まえて、これら内外の動きを視野に入れて信託法の将来を展望しようという観点から、さまざまテーマの報告が行われた。

研究会が開催された期間は、ちょうど法科大学院の設立準備の時期と重なっていたため、研究会メンバーの多くはそのための心労の多い仕事に忙殺されていたが、そのような時期であるからこそ、学問的・知的な刺激に満ちたこの研究会は、私たちにとって、砂漠の中のオアシスのような貴重な存在であった。研究会において、毎回毎回、熱気に満ちた報告・議論がおこなわれたのも、不思議ではない。

この論文集は、この研究会の成果物として編まれた。ここにおさめた論文には、研究会会合における報告そのものをもとにしたものもあるし、それとは一応独立に書かれたものもある。また、研究会開催期間に東北大学大学院法学研究科博士課程に在籍し、民法・信託法の研究に従事していた川副加奈・金沢大学助教授には、この論文集のために、河上教授の論文と対をなす素材についての論文を寄稿していただいた。各論文のテーマや方法は多岐にわたるが、いずれの論文も信託法の将来を展望するための基礎的な検討材料を提供するものであるといえよう。

最後になったが、世話人である私の不手際のためこの論文集の刊行が予定より遅れたことにつき、関係各位にこの場を借りてお詫びを申し上げるとともに、この研究会に惜しみなく支援と激励を与えてくださった財団法人トラスト60に深甚なる感謝の意を表したい。

東北信託法研究会・世話人

早川眞一郎

## 東北信託法研究会・研究会委員

東北大学大学院法学研究科・法学部

早川 眞一郎 教授（現 東京大学大学院総合文化研究科）

河上 正二 教授

芹澤 英明 教授

水野 紀子 教授

森田 果 助教授

吉原 和志 教授

（順不同、敬称略）

本報告書には、

金沢大学法学部法政学科助教授 川副加奈先生にご寄稿頂きました。

# 目次

## 組織法の中の信託

- Henry Hansmann & Reinier Kraakman, *The Essential Role of Organizational Law* をめぐって—— (森田 果) …………… 1

## ルクセンブルクの信託に関する

- 最近の法律（2003年7月27日の法律）について (早川眞一郎) ……………31

## 信託契約の成立について

- 最高裁平成14.1.17判決をめぐって—— (河上正二) ……………57

## 他人のために預けられた預金の帰属法理と信託構成について

- 最高裁平成15年6月12日判決  
(民集57巻6号563頁)を素材として—— (川副加奈) ……………81

## 信託と相続の相克

- とくに遺留分を中心にして—— (水野紀子) …………… 103

# 組織法の中の信託

—— Henry Hansmann & Reinier Kraakman, *The Essential Role of Organizational Law* をめぐって——

森 田 果

# 目次

- 1 はじめに
  - 1.1 問題設定
  - 1.2 Hansmann/Kraakman 論文への道標
- 2 組織法の「本質的」機能
  - 2.1 はじめに
  - 2.2 分析枠組み
  - 2.3 積極的資産分離
    - 2.3.1 積極的資産分離の機能
    - 2.3.2 組織法なくして積極的資産分離は実現可能か？
  - 2.4 防衛的資産分離
    - 2.4.1 防衛的資産分離の機能
    - 2.4.2 組織法なくして防衛的資産分離は実現可能か？
  - 2.5 組織法のその他の機能
    - 2.5.1 他の機能は「本質的」か？
    - 2.5.2 「本質的」ではない機能の位置づけ
- 3 組織法の中の信託
  - 3.1 組織法の意義
  - 3.2 組織法の中の信託

# 1 はじめに

## 1.1 問題設定

実務においては、「困ったときの信託」という表現がしばしば使われると言われる。これは、何らかのスキームを現行法の下で実現しようとしても、株式会社などの現行の組織フォーマットを利用する形では何らかの障害がある場合であっても、「信託を使えば何とかかなるのではないか」と考えて信託を利用してスキームをアレンジすると何とか実現できることが多いという状況を指し示している。このような現象の背景には、もちろん、わが国の信託法が、基本法としての性格を強く持つもので、細部についての規定を十分に有しておらず、当事者によるアレンジメントの余地を広く残している、ということがあろう。けれども、信託がしばしばこのような動機で利用されているのだとしたら、アレンジメント実現の“vehicle”の一つという視点で信託を相対的に——他の組織形態との比較という形で——位置づける作業を行っておくことが望ましいと考えられる<sup>1</sup>。特に、近時、信託が様々な投資商品の器として活発に利用され始めていることから、現時点でこのような作業を行っておくことには意味がある。

つまり、法が「組織」のフォーマットとしてさまざまなものを用意しており、信託もその中の一つとして位置づけられるのであれば、なぜ他のフォーマットではなく信託を選ぶべきなのか、そしてその際に考慮されるべき要素は何か、ということを考えておかなければならない。例えば、債権流動化法の近時の改正によって、従来のSPC（特別目的「会社」）方式に加えて信託を利用する方式が解禁されたけれども、それは果たしてどのような意義を持つのだろうか？ また、日米の投資信託を比較すると、わが国では——近年まで存在していた規制との関係もあって——もっぱら信託形態が用いられているのに対し、アメリカでは半数が会社形態（ミューチュアル・ファンド）を採っている<sup>2</sup>。なぜこのような違いがあるのだろうか？ これらの問いを考察する際の基本的視点を設定するために、組織法としての信託の位置づけに関する検討は有益であると考えられる。

この点、Hansmann 教授と Kraakman 教授が 2000 年に公表した論文 *The Essential Role of Organizational Law*<sup>3</sup> は、多様な標準書式を提供する法としての組織法<sup>4</sup>の「本質的」な要素とは何かを検討したものである。逆に言えば、様々な組織法は、この「本質的」要素に他の要素を追加していくことでそのヴァリエーションを生んでいることになる。そ

ここで、信託法を組織法として捉えることができるなら、信託法をこのような「本質的」要素 +  $\alpha$  という形にいったん分解した上で組織法の中に位置づけることが可能になる。従って、前述した点の考察にあたって、このような Hansmann/Kraakman 論文の分析をふまえることによって、他のフォーマットと信託の差異を照らし出すことができるだろう。そこで、本稿は、Hansmann/Kraakman 論文の紹介を通じて、組織法の中に信託を位置づけ、もって組織法としての信託法に期待されるべき役割を明らかにすることを目指す<sup>9</sup>。

## 1.2 Hansmann/Kraakman 論文への道標

両教授は、法と経済学の立場から会社法等を分析する論者として著名であり、かつて「不法行為債権者に対して株主は無限責任を負うべきだ」という興味深い主張を展開した<sup>10</sup> ことでもよく知られている<sup>9</sup>。しかし、各種組織形態の比較対照という本論文のテーマからすると、Hansmann 教授の従来の研究の延長線上に本論文を位置づけることが理解の助けになろう。そこで以下では、本論文に関連する Hansmann 教授の 2 つの論文の簡単なレビューを試み、彼のこれまでの軌跡をたどっておきたい。それは、組織形態論について扱った 1996 年の *The Ownership of Enterprise*<sup>8</sup>、および、Mattei 教授との共著で信託法の果たす機能について扱った 1998 年論文<sup>9</sup>とである。

**組織形態論** 非営利法人から自らの研究をスタートし、後に（事業）会社へとその研究対象を拡大していった Hansmann 教授<sup>10</sup>は、さまざまな企業形態の比較を行った。その成果として位置づけられる本書は、Ronald Coase 教授に始まる<sup>11</sup>「組織の経済学」のいわば集大成となっている<sup>12</sup>。ここでは、彼の分析枠組みを簡単に紹介する。

Hansmann 教授は、企業の「所有」を、①企業をコントロールする権利と、②残余損益を享受する権利という、2 つの形式的な権利を同時に保有することと定義した上で<sup>13</sup>、このような「所有」をどのような主体に配分することが最も効率的かを検討する。企業とは、市場との間でさまざまな要素のアウトプット・インプットを取引する存在であり、それらの取引のうち一部を市場取引ではなく「所有者」としての取引としてアレンジすることで、そのような取引にかかるコストは増減する。そこで、全ての取引にかかるコストの総和を最小にするような企業形態が、当該事業にとって最も効率的なものとなる<sup>14</sup>。その際には、次のようなコストを考慮しなければならない。

まず、市場取引についてのコストは、①市場支配力による過少取引、②ロックインによる過小取引、③長期契約に伴う過大なリスクの負担、④非対称情報による過小取引、⑤戦略的な交渉行動による交渉コストの増大、⑥取引者の私的情報の伝達コストの存在、⑦多様な（潜在的）取引相手のうちの限界的な者としてしか取引できないリスク、⑧市場取引の対立構造に由来する心理的圧迫感、などがある。これらのコストは、いずれも、そのコストが発生する原因となっている取引相手に対し企業の所有を割り当てることで緩和される。例えば、取引相手に所有を割り当てた場合、①②④⑤⑥については、コスト発生原因である取引相手と企業との間の利益相反関係が消滅するし、③については、取引相手と企業のリスクがヘッジされる。⑦については、多数の取引相手全てに所有を割り当てることで、その取引相手のメディアンを取引の対象にすることができるようになるし、⑧も、取引相手への所有の割当によって解消されよう<sup>16</sup>。

しかし、所有の割当は、以上のようなプラスの側面だけからなるわけではない。所有の割当はさまざまなコストをも発生させる。そのうち主要なものは、①エージェンシー・コスト、②集団的意思決定に伴うコスト、③所有の残余的性格に伴うリスク、である<sup>16</sup>。①のエージェンシー・コストは、モニタリング・コストと経営者の機会主義的行動によるコストからなる。前者は、所有者と企業の間での取引の質や量・所有者の数などの影響を強く受けるし、後者は、法やモラルなどの影響を強く受ける。②の集団的意思決定のコストは、所有者の平均的意思と決定された意思とが異なるというコスト、集団的意思決定を行うのに必要なコスト、voting paradoxが発生することによるコストなどからなる。③の残余リスクのコストとは、所有が残余請求権を含むが故に発生するリスクを、当該リスクをより負担しやすいクラスの取引相手に負担させないことによって発生するコストである。

そして、以上のような所有の割当に伴うベネフィットと所有に伴うコストとを考慮し、どのクラスの取引相手にどのような形で所有を配分すれば、コストの総和が最小になるか（ベネフィットが最大になるか）を考えるべきである、というのが本書の分析枠組みである。

**信託の機能** 以上の企業形態論においては、信託が明示的に扱われていなかったためか、Hansmann教授は、Mattei教授と共著で信託の経済的機能を検討する論文を1998年に公表した。この論文のうち、経済分析を行った部分<sup>17</sup>はHansmann教授の手によるものと推

測されるので、その部分の概要だけを簡単に紹介したい。

Hansmann/Mattei 論文の分析によれば、信託法において最も重要なのは、信託義務などではなく、受託者の下での資産分離にあるという。すなわち、受託者の債権者は信託財産をその債権の引き当てとすることができないというルールは、2つの意味で有用である。第1に、委託者・受益者よりも受託者の債権者の方が受託者の信用状況をモニターしやすいのでモニタリングの総コストが最小になるし<sup>18</sup>、委託者も受託者への報酬としては担保の提供よりも直接的な報酬を望むのが通常である。第2に、信託法がない場合に同様のスキームを実現するには、受託者が債権者と取引する毎に引当財産限定特約を締結する（かつ、受託者がそうするように委託者が特約してモニターする）必要があるが、そのためには非現実的に高いコストがかかる。信託財産の所有者を受益者にしたり、受益者に優先権（担保権）を設定したりすることも、信託法に比べれば高コストである。

そして、以上のような資産分離を効率的に実現するために、自らが受託者である旨を明示して取引をしなかった受託者に第三者に対する責任を負わせるという、いわゆる penalty default rule<sup>19</sup>を採用して、受託者が債権者に対して信託の存在を伝達するインセンティブを与えている<sup>20</sup>。そして、信託財産の管理について委託者・受益者の個人責任を排除しているが、それは、信託法なくしては——例えば代理を使う——実現に高いコストがかかる。

このような観点<sup>21</sup>からすると、信託法と会社法とは類似した存在と捉えられる。そして、信託法の特徴が会社法に比較した柔軟性にあるとすると、なぜ信託法に加えて会社法までもが必要なのかという問題が出てくる<sup>22</sup>。

## 2 組織法の「本質的」機能

### 2.1 はじめに

96年論文（組織形態論）が「なぜ、組織のための法形態としてさまざまなものが用意されているのか」という問いを扱ったものであるのに対し、Hansmann/Kraakman 論文は「多様な組織法に共通する本質的機能は何か」という、その裏側の問いを扱ったものである<sup>23</sup>。他方で、アプローチの仕方については、Hansmann/Kraakman 論文には98年論文（信託の機能）との共通性が多く見受けられる。

このことを念頭に本論文の主張を以下で概観していくが、その問いに対する答えは次の

通りである。組織法の「本質的」機能とは、他の方法では実現できない権利パターン＝資産分離を提供することである。すなわち、組織の所有者等の債権者と組織の資産を分離することにあり、その意味で、組織法は契約法ルールとしてよりも所有権法ルールとして重要な側面を有していることになる<sup>24</sup>。

## 2.2 分析枠組み

企業は契約の連鎖として把握することが可能であるけれども、そのような企業が実効的に活動するには、2つの要素を具備していなければならない。一つが、企業を契約にコミットさせるための意思決定主体であり、ここではそれを「経営者」と呼ぶ。もう一つが、企業による契約の履行を保証する、企業に所属する資産プールであり、ここではそれを「拘束資産」と呼ぶ。自然人も法人もこの2つの要素を具備しているが、法人が自然人と異なるのは、その拘束資産が企業の所有者・経営者の資産から（少なくとも部分的に）分離されている点——それが後に見るように組織法の中核的機能を形成する——である<sup>25</sup>。

このような資産の分離は、2つの段階からなっている。第1段階が、企業所有者・経営者の個人資産から独立した、企業に付随する資産プールの設定であり、第2段階が、法人の形成に伴って出現する複数の資産プール<sup>26</sup>に対し債権者の優先権を割り当てることである。そして、この後者の優先権の割当については、2つのクラスのものゝを区別する必要がある。企業の資産に対しては企業債権者が優先する「積極的」資産分離と、所有者の個人資産に対しては所有者の個人債権者が優先する「防御的」資産分離とである（図1）<sup>27</sup>。

積極的資産分離は、weak form/strong form/super strong formの3つのクラスに区分される（表1）。weak formにおいては、企業債権者は企業資産に対する優先権を持つだけだが（例えばパートナーシップ）、strong formにおいては、所有者が支払不能に陥っても所有者の個人債権者は会社資産の払出を求めることができない（例えば株式会社）。さらに、super strong formにおいては、受益者（所有者）の個人債権者が受益者の持分利益に対して何ら請求権を持たないという意味で、企業債権者に優先権を超えた排他的な権利が割り当てられている（例えば浪費信託・公益信託）。

同様に、防御的資産分離にも、最も強力な有限責任——企業債権者は所有者の個人資産から隔離されている——という形態からそのような分離が全くない形態（例えばジェネラル・パートナーシップ）までの間に、さまざまなバリエーション——按分比例、多重責任

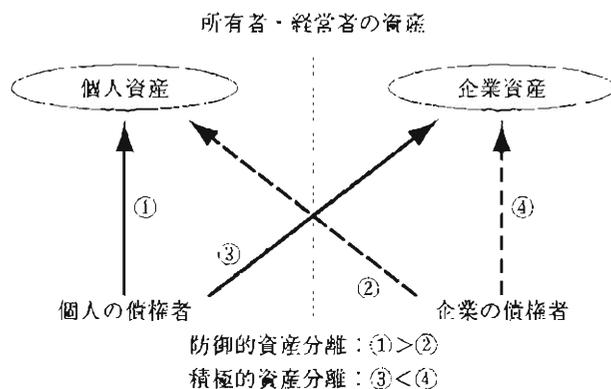


図1：積極的資産分離と防御的資産分離

クラス	内容	具体例
weak form	企業債権者は企業資産に優先権を持つのみ	パートナーシップ
strong form	所有者の個人債権者は企業資産の払戻を請求不可能	株式会社
super strong form	所有者の個人債権者は企業資産に対する持分について何ら請求権なし	浪費信託

表1：積極的資産分離のクラス

など——が存在している<sup>28</sup>。

他方、経営者の資産分離については、以上のような積極的・防御的という点での違いはなく、どの組織法においても、排他的な積極的・防御的資産分離が設定されている<sup>29</sup>。

## 2.3 積極的資産分離

### 2.3.1 積極的資産分離の機能

まず、積極的資産分離がどのような機能を果たしているのかから見ていこう。なお、防御的資産分離は、企業所有者の個人債権者の観点からすれば積極的資産分離でもあるから、積極的資産分離と防御的資産分離は同じことの裏返しにすぎないと見ることも可能である。このため、以下で述べることの多くは防御的資産分離にも妥当することになる<sup>30</sup>。

積極的資産分離は、さまざまな形でモニタリングコストの節減に貢献する。まず例えば、ある一企業の中に複数の事業が存在した場合、それを当該企業内で全て完結させるよりは、それぞれ別の法主体にした方が、債権者——特に取引債権者——によるモニターが容易になり<sup>31</sup>、結果的にクレジットコストが低下する。もっとも、このような資産分離には、

債権者の引当となる資産プールの減少・均一化による倒産コストの増大、当該企業による機会主義的行動のリスク（資金の恣意的な移動など）といったコストも存在する。このため、両者を衡量してネット・ベネフィットがプラスになる場合にのみ、資産分離を行うべきことになる。一般論としては、複数の事業の間の異なりが大きければ大きいほど、分離する方が効率的になる<sup>32</sup>。

第2に、所有者が多数の個人であるような場合、積極的資産分離は、企業債権者による所有者に対するモニタリングのコストを節減するし、所有者相互のモニタリングコストも節減してくれる。なぜなら、積極的資産分離は、法人の事業には無関係な、所有者の個人・事業リスクを切り離し、法人の事業のリスクだけに集中する手段を与えてくれるからである<sup>33</sup>。さらに、積極的資産分離によって資産プールを事業毎にバラバラにすることで、所有者・債権者の間で最適なりリスク分配を実現することも可能になる<sup>34</sup>。

もっとも、積極的資産分離が以上のようなモニタリング・コストの節減のためだけにあるのであれば、weak form のそれだけで十分なはずである。では、なぜ、積極的資産分離には、weak form 以外にも、strong form および super strong form のものがあるのか。

この点、weak form の積極的資産分離においては、所有者の個人債権者が企業の部分的ないし完全な清算を求めることができ、それによって継続企業価値の減損が発生してしまう可能性がある。そうすると、そのような事態を避けるために、所有者に対するモニタリングがわずかながらでも必要になる。strong form の積極的資産分離ではそのような事態が発生しないので、今日では strong form の方が普及しているのである<sup>35</sup>。

また、排他的な積極的資産分離—— super strong form ——については、パターナリズム、および、受益者の権利の評価が極度に困難で執行がほとんど不可能であることによるものと説明することができる<sup>36</sup>。

### 2.3.2 組織法なくして積極的資産分離は実現可能か？

では、以上のような有益な機能を持つ積極的資産分離は、組織法の助けがなくとも、所有権法・契約法・代理法の利用のみで実現可能であろうか。実現可能であるなら、それは組織法の「本質的」な機能とは言えなくなるので、この点の検討が必要になる。

まず、単独の所有者の下での事業において積極的資産分離を実現しようとする場合はどうか。この場面における所有権法・契約法のデフォルト・ルールは、当該所有者のあらゆる

る資産について各債権者が共同して権利を有する、というものである。従って、積極的資産分離を実現するには、当該所有者が、分離される事業の債権者に対して、「現在・将来の全ての他の債権者から、分離される事業の債権に対して債権を劣後させる旨の合意を得る」ということを保証してやらなければならない。しかし、全ての場面でそのような合意を得るには非現実的なコストがかかる。加えて、所有者がこのような合意を現実取得しているかを分離された事業の債権者が実効的にモニターすることができないため、所有者のモラル・ハザードが発生してしまう。これに対し、組織法を利用すれば、このような取引費用とモラル・ハザードを回避できる<sup>37</sup>。

次に、所有者が複数存在する場合はどうか。この場合にも、契約法・所有権法のデフォルト・ルールでは、共同所有者の債権者が共同所有者の共有持分を引当財産とできるから、積極的資産分離を実現するためには、単独の所有者の場合と同じ問題が発生する。これに加えて、所有者が複数存在する場合には、所有者間でのフリー・ライダー問題も生じる。さらに、strong formの積極的資産分離も、所有権法だけでは実現することが困難である。なぜなら、共同所有者は共有物分割請求権を持ち、それを制限する契約を締結しても、期間制限があるし、そもそも共有者の債権者にその合意を対抗できるのかも疑わしいからである<sup>38</sup>。

以上では契約法による積極的資産分離の実現を検討したが、それ以外の法理を利用した場合はどうだろうか。まず、代理法の活用はどうか。積極的資産分離を実現するには、事業資産の所有権を経営者に移転し、経営者を代理人とした上で契約でその行動を拘束することが考えられる。しかし、この手法には、事業資産が経営者の個人資産と混合してしまう、というコストが発生する<sup>39</sup>。このため、組織法を利用した場合ほど、積極的資産分離の実現は容易ではない。

では、担保権を利用した場合はどうだろうか。この場合に積極的資産分離を実現するためには、全ての企業債権者に対して現在・将来の全ての事業資産について債権割合に応じた担保権を設定する契約が必要だが、そのためには、(a)担保設定する全ての財産、および、(b)将来・現在の全ての企業債権者が特定されなければならない。現行UCC article 9のルールでは、このうち、(a)はクリアできるけれども、(b)については担保権者の特定が要求されている。さらに、米国の倒産法では、担保権の優先性がときに否定されることがあり、企業債権者の優先性は完全なものにはなり得ていない。従って、担保権を利用して

も、不完全な積極的資産分離しか実現できないことになる<sup>40</sup>。

以上のように、積極的資産分離を組織法を利用せずして実現することは、不可能であったり多大なコストがかかったりするから、積極的資産分離は組織法の本質的機能であると言えることができる。

## 2.4 防御的資産分離

### 2.4.1 防御的資産分離の機能

防御的資産分離には、さまざまなヴァリエーションが存在しているけれども、そのことは、防御的資産分離には、コスト・ベネフィットの双方が存在していることを示唆している。防御的資産分離のコストは、企業所有者が企業債権者に対し機会主義的に行動するインセンティブを生じさせることであるが<sup>41</sup>、ベネフィットには次のようなものがある<sup>42</sup>。

第1に、防御的資産分離を通じて企業所有者の個人資産が企業債権者から分離されることによって、企業所有者の個人債権者による企業資産に対するモニタリング・コストが節減される<sup>43</sup>。さらに、所有者が複数存在する場合に、所有者同士が互いにモニターしあう必要性もなくなる。

第2に、所有者の利益を同質的にすることで集団的意思形成を容易にし、企業的意思決定コストを低下させる。

第3に、経営者をモニターする負担を、所有者から企業債権者に対し部分的に移転する効果を持つので、所有者のモニター能力が不十分な場合には効率的なモニタリング・スキームとなる<sup>44</sup>。

第4に、所有者が多数存在する場合、個別の所有者に対する判決を得て執行するには多大なコストがかかる。このため、プレミアムを払ってでも防御的資産分離を実現した方が効率的である<sup>45</sup>。

第5に、所有者の地位の流通性を容易にする、という機能がある。もっともこれは、上述のモニタリングの問題と意思決定の問題の反映にすぎず、副次的なものである。

第6に、企業債権者と所有者の間のリスク分配、所有者相互間のリスク分配について、各人のリスク負担能力に応じた適切なリスク分配を達成できる潜在的な可能性を持つ。

もっとも、以上のような防御的資産分離のベネフィットの多くは、有限責任まで行かない無限按分責任のようなルールでも実現できる。このため、今日では、完全な有限責任と、

無限連帯責任という両極端しか残っておらず、しかも両者の差は拡大しつつある。これは、防御的資産分離のコスト——所有者の機会主義的行動のリスク——を節減するメカニズムが発達したこと、および、会社法の柔軟化によって小規模企業にも会社形態が利用しやすくなったことによる<sup>16</sup>。

## 2.4.2 組織法なくして防御的資産分離は実現可能か？

では、以上のような機能を持つ防御的資産分離は、組織法なくしても実現可能だろうか。

契約法のデフォルト・ルールは無限連帯責任であるから、防御的資産分離を実現するためには、全ての企業債権者との間で、所有者の個人資産を引当財産から外す契約を締結する必要がある。そのためには取引コストがかかるが、ただし、そのコストは、積極的資産分離を契約で実現しようとする場合よりはるかに小さい。なぜなら、この場合には、所有者とその全ての個人債権者との間の契約を修正する必要はないし、モラル・ハザードの問題も発生しないからである<sup>17</sup>。

従って、組織法は、確かに防御的資産分離実現のための取引費用を節減しているが、積極的資産分離の場合ほど重要な役割を果たしているわけではないということになる。

## 2.5 組織法その他の機能

### 2.5.1 他の機能は「本質的」か？

では、以上の資産分離以外に組織法が提供している機能は、組織法なくしては実現できないものなのだろうか。

まず、配当制限や最低資本金など、企業所有者を拘束する機能については、有限責任同様、債権者との契約で容易に実現できる。所有者と経営者の間の規律（善管注意義務・信認義務など）についても、同様のことが言える。企業所有権の譲渡可能性については、所有者間の契約、および、企業と債権者との間の契約にその旨を規定すればよい。それには確かに取引コストがかかるが、実現不可能というわけではない<sup>18</sup>。「法人格」のもたらす重要な機能の一つである、権利義務の帰属点の創出という点についても、契約法や代理法による対処は十分可能であるから、「本質的」ではないという評価が下されることになろう。

これに対し、退出権については、退出禁止契約の実現は困難である<sup>19</sup>。これはむしろ、第三の資産分離と捉えるべきである。すなわち、資産分離とは、独立した資産プールの設

定とそれに対する優先権の付与であったが(2.2)、退出禁止ルールは、所有者自身による払戻請求からの隔離であるからである<sup>50</sup>。

また、非営利法人や公益信託に見られる分配禁止ルールも、契約での実現は困難であり<sup>51</sup>、その意味では「本質的」である。しかし、分配禁止が適用される組織形態は相対的に少ないし、契約でも類似のルールが実現できる一方、資産分離に類似した資産拘束的な性格を持つものである。従って、資産分離のみが組織法の本質的機能であるという本論文の主張に対する致命的な反論となるわけではない。

### 2.5.2 「本質的」ではない機能の位置づけ

以上のように、組織法の「本質的」機能は資産分離にあるけれども、それは、資産分離以外の機能がなくてもよいということの意味するのではないことに注意する必要がある<sup>52</sup>。

法が組織形態のための標準書式を提供することで、①定款の起草を容易にする、②組織形態の詳細部分の設定に当たってのミス回避を助ける、③標準的でない規定について全当事者に情報を与える<sup>53</sup>、④所有者相互間、所有者・企業債権者間に信頼できるコミットメントを作り出す手段を提供する、⑤公共財としての性格も持つ標準書式の効率的発達を促進する、⑥現行ルールが非効率だと判明した場合に、企業内の当事者の既存の関係を当事者の明示の同意なくして変更できる、といった利点がある。

従って、「本質的」でない機能も、企業活動の効率性を促進していることは確かである。

## 3 組織法の中の信託

### 3.1 組織法の意義

**組織法の意義** 従来、「株式会社の最も基本的な特徴は何か、なぜ株式会社形態を選択するのか」という問いに対しては、株主の有限責任であるという回答が与えられることが多かったように思われる<sup>54</sup>。そのような捉え方は必ずしも適切ではないという指摘はこれまでもなされてきたけれども<sup>55</sup>、組織法の「本質」は、資産分離（特にそのうちでも積極的資産分離）にあり、そのような資産分離のもたらす効率性について理論的な分析を行って明らかにした点で Hansmann/Kraakman 論文は興味深い貢献を行ったと評価できる。そこで以下ではまず、組織法の意義という点について、本論文およびそのインプリケーショ

ンについていくつかコメントしておきたい。

第1に、本論文の指摘する資産分離が、日本法の下でも「本質的」か否かを確認しておこう。

まず、積極的資産分離について。単独所有の場合に企業債権者のための優先性を取り付ける約束に実効性を期待できない点、所有者複数の場合の共有物不分割特約に制限がある点<sup>66</sup>は、米国と変わらない。経営者に資産所有権を移転した上で代理権を付与する手法も、経営者の個人資産と企業資産が混合してしまう欠点は共通する。担保法を利用したアレンジに至っては、UCCよりもわが国の担保法の方が硬直的であり<sup>67</sup>、積極的資産分離の実現への道は遠い。また、防御的資産分離については、米国の場合と同様、企業の債権者との契約によって実現できる。さらに、米国において「本質的」ではない機能は、日本法の下でも「本質的」ではないであろう。従って、本論文の分析は、わが国においても基本的に妥当すると考えてよい。

第2に、本論文における「本質的機能」という言葉は、かなり特殊な意味で使用されていることに注意しなければならない。そこに言う「本質的」とは、「その法ルールなくしては実現不可能ないし著しく困難な」という意味である。従って、組織法の持つ他の機能が「本質的」ではないとしても、それらの機能が重要ではないということを決して意味しない<sup>68</sup>。その意味では、「本質」的機能とそうでない機能との違いは、その代替的な実現のために必要なコストの点にあるのであり、相対的なものだと言える。

第3に、「本質的」機能がどの組織法にも共通して存在する属性であるのだとすれば、「本質的」ではない機能こそが多様な組織法を区別していく特徴だということになる。本論文は、そのように裏側から眺めることによって、さまざまな組織法の存在理由を考察する基礎的な視点の一つを与えてくれている。すなわち、本論文、および、Hansmann教授のこれまでの業績を通して見る組織法とは、さまざまな機能（を実現するルール）の集合体のようなものである。その中核に、全ての組織法に共通な「本質的」＝必要不可欠な機能——積極的・防御的資産分離——を実現するためのルールがあり、その他の機能が必要に応じて追加される、というイメージである。どのような機能を追加すべきかは、その組織法が利用されようとしている企業の性質に依存する。ある機能を追加することが効率的であるのならば（ベネフィットがコストを上回るのであれば）、その機能を果たすルールを組み込んだ組織法を標準書式として用意するのが好ましいことになる<sup>69</sup>。

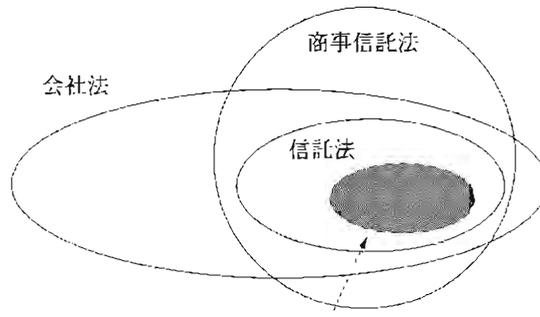
**法人格の意義** この点で、本論文は、わが国における「法人格」の果たす機能を検討した江頭教授の先行研究<sup>60</sup>と接点を持つ。江頭教授は、わが国において、①法人にしか存在せず、権利能力なき団体には絶対に存在しない属性があるのか、および、②法人である以上、最低限具備している属性は何か、という2つの問題を検討した。

そして、①については、法人と権利能力なき団体との間にはほとんど差が見られないという。すなわち、債務・責任の帰属関係、訴訟当事者能力、強制執行関係、持分払戻の可否については、両者の間にほとんど差がない。確かに積極財産の帰属関係については、登記・登録実務上の違いはあるけれども、実質的效果は大きくは違わない。とすれば、法人にしか認められない属性は、もはや存在しないと言ってよい。他方、②については、その名において権利を取得し義務を負うという属性（ただし限定付）、訴訟当事者能力、その名義の債務でしか強制執行を受けないという属性、の3つが各法人に最低限度共通して備わっている属性だとした。

特に、江頭教授の問題提起の①は、本論文における組織法の「本質的」機能と共通の視点を持つ。江頭教授においては、法人との比較検討の対象として採用したものが民法上の組合や権利能力なき団体であったため、法人格の本質的な機能は存在しないという結論に至っている。本論文の枠組みからすれば、民法上の組合や権利能力なき団体は、むしろ「組織法」の一つとして位置づけられることになる。このことを逆から言えば、わが国における「法人格」制度は、組織法に属するか否かの区別の基準としては必ずしも十分に機能しては来なかったということになる<sup>61</sup>。

### 3.2 組織法の中の信託

**組織法としての信託** 以上に見てきたように、Hansmann/Kraakman 論文から捉えられる組織法のイメージとは、「本質的」機能を中核に、その他の機能を必要に応じて追加したものである。このような観点からすると、信託法もそのような組織法の一つとして位置づけることができる（図2参照）<sup>62 63</sup>。なぜなら、積極的資産分離についてみると、信託法は、少なくとも weak form のそれを用意しているからである<sup>64</sup>。すなわち、信託においては、信託財産については信託債権者が優先し、委託者・受益者（Hansmann/Kraakman 論文の枠組みにおける「所有者」）の債権者は信託財産にかかっていくことはできない<sup>65</sup>。わが国には存在しないが、浪費信託のような信託においては、super strong form の積極的



資産分離＝組織法の本質的機能  
 図2：組織法の中における信託法のイメージ

資産分離まで認められる<sup>66</sup>。さらに、受託者（Hansmann/Kraakman 論文の枠組みにおける「経営者」）について見ても、信託債権者からの防御的資産分離はわが国ではデフォルトルールとしては実現されていないものの<sup>67</sup>、受託者の個人債権者からの積極的資産分離は実現されている<sup>68</sup>。

このように、組織法の一つとして信託を位置づけると、信託の特殊性が浮かび上がる<sup>69</sup>。

第1に、組織法としての本質的機能以外に信託が有する機能である。他の組織法においては、典型的には株式会社に見られるように、本質的機能以外の多数の機能が付与されて、一つのパッケージを形成している<sup>70</sup>。これに対し、信託においては、本質的機能以外の追加的機能は、ごくわずかしかな存在しない。公益信託に関する監督のルールなど特殊なルールを除外すると、そこに残るのは、信託の設定に関するルール（信託1条・2条・5条など）、受託者・受益者間の義務・管理等に関する最小限度のルール（信託8条・20条～29条・34条～55条など）、信託の終了に関するルール（信託56条～65条）、公益信託に関するルール（信託66条～73条）等しか残らない<sup>71</sup>。つまり、信託法は、もっぱら資産分離に関するルール（＝「組織法の本質的機能」）からなり、ガバナンス・メカニズムに関するルールは、ほとんど提供していないことになる<sup>72</sup>。

第2に、日本法において Hansmann/Kraakman 論文に言う組織法の本質的機能を有している組織フォーマットとしては、種々の法人の他、権利能力なき団体および民法上の組合（の一部）がある<sup>73</sup>。信託とこれらの組織フォーマットを比較すると、次の3つの違いが浮かび上がる。まず、法人に比較すると、ガバナンス関係のルールが少ない。他方で、権利能力なき団体や民法上の組合と比較すると、ガバナンス関係のルールは同様に少ないが、より確実な資産分離を提供してくれる<sup>74</sup>。とすれば、他の組織フォーマットと比較し

た信託の特徴は、①確実な資産分離を提供しつつ、②それを最小限の付属的な機能パッケージで実現している点にあると言えよう。いわば、「組織法の本質的機能」に特化して付属物を削ぎ落としたフォーマットとして信託は理解されるのである<sup>75</sup>。

第3に、信託は、江頭教授が指摘した「法人格に最低限共通する機能」を一応は具備している。すなわち、そのような機能は、①その名において権利を取得し義務を負うという属性（ただし、限定付）、②訴訟当事者能力、③その名義の債務でしか強制執行を受けないという属性、であった。信託は、これらの属性をいずれもある程度具備している<sup>76</sup>。ことによると、四宮教授が唱える「実質的法主体説」<sup>77</sup>は、このことを裏側から把握したものと言うことができるのかもしれない。

**信託の存在意義** 信託を以上のように捉えると、信託の存在意義は、「ニーズはあるのだけれども、他の組織法では実現できないスキームを実現する」ところにあると捉えることができるのではないだろうか。

すなわち、現存する多種多様な組織法は、それぞれ、特定のクラスの事業について効率的な追加的ルールを組み合わせたものである。Hansmann/Kraakman 論文において指摘されていたように、本質的機能以外の機能が不要なわけではない。本質的ではない機能も、より効率的な組織フォーマットの利用のために大きな貢献を行っている（2.5.2 参照）。もっとも、それらの追加的な機能パッケージのうち、どれが適切なのかは、組織フォーマットを利用しようとする組織形態毎に異なる<sup>78</sup>。とすれば、——その組織フォーマットが適切に設計されているのであれば——その組織フォーマットが対象とした事業のクラスについては、信託のような比較的単純な組織フォーマットを採用した上で追加的パッケージを当事者間の契約でアレンジするよりも、その組織フォーマットの提供する標準書式をそのまま採用した方が、低コストである。そのような場面では、信託法の存在意義は小さい。

けれども、それまで存在しなかった新しい企業ニーズが社会に発生した場合——例えば資産流動化——、既存の組織法の提供する追加的パッケージを利用したのでは高コストになってしまうことがある<sup>79</sup>。そのような場合には、いったん信託という組織フォーマットを利用した上で、必要な追加的ルールを契約でアレンジすることの方が低コストであることがあり得る<sup>80</sup>。そのような場合の緊急避難的な組織フォーマットとして、信託の存在意義が認められるのではないか。本稿の冒頭に掲げた「困ったときの信託」という表現は、

このような意味を持っているものと捉えることができるのである<sup>81</sup>。

すると例えば、「わが国の投信は信託中心なのに、米国の投信は会社中心なのはなぜか？」という問いに対する回答を準備できる可能性が出てくる。すなわち、米国においては、投資信託という集団的資金運用のためのスキームとして、そもそも州会社法を利用することが可能であり<sup>82</sup>、そうであれば州会社法の方が信託法よりも多くのガバナンスに関するルールを持っているから、集団的投資スキームのアレンジのためのコストが低かったのであろう。もっとも、州会社法では、通常の事業会社よりも経営者の権限濫用の危険が大きいことに対処がなされていないなど投資家保護が不十分であることから、1940年投資会社法が制定されて会社型投資信託の環境整備が進んだ<sup>83</sup>。

これに対し、わが国では、伝統的には会社法は強行規定からなっていると理解されてきており、それを集団的投資スキームのアレンジの組成に活用することは必ずしも容易ではなかったものと考えられる。また、法人として組成するといわゆる二重課税がなされることになるのに対し、信託として組成すれば二重課税を回避するルートを切り開きやすい(所得税法13条・法人税法12条参照)。このため、組織フォーマットとして会社の利用よりも信託の利用の方が低コストであったのであろう。

では、わが国においても会社型投信が解禁されて会社と信託との違いが極小化されている今日、会社型投信が将来的には大勢を占めるに至るのだろうか、というと予測は難しい(現時点では、J-REITやETFが会社型投信が利用されている数少ない場面である)。これまで長い間、信託型の投資信託のみが利用されてきており、それに伴う信託の「成長」によって信託型の投資信託に関する問題点はそれなりに解消されてきているからである。かえって、新しい制度である会社型投信の方が不明確性が残っている可能性すらある<sup>84</sup>。

第2に、組織フォーマットとしての信託は「成長」する、という予測もできる。すなわち、以上のように信託が「緊急避難」的に使われる組織フォーマットだとしても、常にそのままであり続けるわけではない。組織フォーマットして信託を使うことが効率的であるケースが存在するといっても、それはあくまで既存の組織フォーマットの利用と比較した場合の話である。前述したように、信託自体は、組織法の本質的機能に純化した組織フォーマットであるから、それを特定のクラスの事業に適合させるためには、様々な契約を通じたアレンジが必要となり、そのための契約コストを伴う。とすれば、そのようなクラスの事業に十分に幅広いニーズが存在するのであれば、何らかの方法で追加的パッ

ケースの標準書式を新たな組織フォーマットとして提供した方がより効率的であることがあり得るだろう。そのような場合には、信託は「成長」して、当該事業に適した新たな組織フォーマットへと移行する。

わが国に典型的に見られる、いわゆる「商事信託」<sup>86</sup>は、まさに信託のそのような「成長」形態であると理解することができる。貸付信託・投資信託などについては、詳細なルールがそれぞれ個別法として提供されているのは、それらのルールを個別に契約で提供するよりも、機能パッケージを標準書式として提供する方が効率的であるからに他ならない。特に、受益者が多数存在するような集団的な信託においては、個別の契約の締結・利用<sup>86</sup>に伴うコストが多くなるから、法律等を通じて機能パッケージの標準書式を提供することで社会的効率性が大きく改善されるだろう。

これに対し、民事信託（典型的にはエステイト・プランニング）については、組織法（資産分離）としての機能より、財産権の転換機能を通じた遺言相続制度の代替物として発展してきたこと、および、個々の被相続人のニーズの多様性の幅が広いこと、から商事信託において多く見られるような「成長」は多くは観察されないと予測される。民事信託においては、ガバナンス関係について契約によるアレンジを準備する必要性が少なく、信託法の用意するデフォルト・ルールだけでほぼ足りてしまうため、新たな組織フォーマットを標準書式として提供する必要性が小さいのである。

**信託法ルール設計の際の視点** そして、以上のような組織法としての信託の位置づけからは、信託法ルールを設計して行くにあたって次の2点の示唆が得られる。

第1に、実務において、あるスキームについて信託が用いられている場合、それは、既存の組織法では当該スキームを低コストでアレンジできないことの徴憑である可能性がある。その場合、当該スキームをアレンジするに当たって効率的な追加的ルールの組み合わせからなる組織法を新たに立法して提供することが、社会的なコストの節減に資するかもしれない<sup>87</sup>。なお、その際に作られた新たな組織法に、「信託」という名前を付けるか否かは、本質的な問題ではない。投資信託や資産流動化において、信託を使うか会社を使うかは、それほど本質的な問題ではない<sup>88</sup>。この点は、租税法上、信託を会社（法人）と連続したものとして扱っていかうとする提案<sup>89</sup>にも共通するところである。

第2に、信託法が前述したように「緊急避難」的に利用されるのだとしたら、信託法白

体のルールを検討するに当たっては、緊急避難目的に利用しやすいようなルールのパッケージとすることが望ましい。そのためにはまず、「過剰な」ルールを解消する必要がある<sup>90</sup>。他方で、緊急避難目的に反しない範囲で、どのような企業にとっても効率的でありそのようなルールはできるだけ取り入れることが望ましい<sup>91</sup>。

いかなるルールがそのようなルールに該当するかの検討は難しいが、例えば、信託に「法人格」を与えるという立法について検討する余地も十分にあるのかもしれない<sup>92</sup>。また、受益者が多数存在する場合の意思決定方法について多数決等一定のデフォルトルール<sup>93</sup>を用意しておくことは、受益者多数の場合における意思決定コストを低下させる一方で、受益者が少数の場合には何らの障害も与えないから、そのようなルールを信託法の中に加えておくことは有益であると考えられる。

しかし、例えば、現行信託法において批判の多い受託者の忠実義務に関する規定（信託22条）について、受託者の行為規範としての詳細なルールを設けることは、将来、信託がどのような事業ニーズに対して使用されるのか分からない以上、潜在的な障害となることを回避するために、詳細なルールを設定しておくべきではなく、一般条項レベルに止めるべきであろう<sup>94</sup>。そのような詳細なルールは、むしろ信託の「成長」に委ねるべきものである。

[付記] 本稿の執筆にあたっては、東北信託法研究会および日本銀行金融研究所法律セミナーの参加者から多くの有益なコメントを頂いた。深く御礼申し上げます。

(注)

- 1 このような先行業績としては例えば、新井誠「財産管理制度と民法・信託法——序説的素描——」法学研究60巻2号289頁(1987)やSteven L. Schwarcz, *Commercial Trusts as Business Organizations: Unraveling the Mystery*, 58 BUS. LAW. 559 (2003)がある。
- 2 John H. Langbein, *The Secret Life of the Trust: The Trust as an Instrument of Commerce*, 107 YALE L. J. 165, 171 (1997).
- 3 Henry Hansmann & Reinier Kraakman, *The Essential Role of Organizational Law*, 110 YALE L. J. 387 (2000).
- 4 ここで言う「組織法」とは、事業会社、相互会社、非営利法人、地方自治体、パートナーシップ(組合)、信託、婚姻共同体等を規律する法などからなる。  
Hansmann/Kraakman論文における、「組織法」の定義として明確なものは与えられていない。循環した定義になってしまうが、本文で以下で紹介するような「本質的」機能を有するものが、Hansmann/Kraakman論文に言う「組織法」だと理解すべきことになろう。両教授の基本的な問題意識は、'contract'では必ずしも容易には実現しきれないものを実現する存在としての'property'というところにあると思われ(Hansmann & Kraakman, *infra* note 7も参照)、同論文の「組織法」も、'contract'では実現困難な、'property'に属するルールと理解されるのであろう。
- 5 このため、本稿は、一般的・抽象的記述に終わるところが多く、具体的な分析・提言を十分に展開することはできなかった。
- 6 Henry Hansmann & Reinier Kraakman, *Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts*, 100 YALE L. J. 1879 (1991). もちろん、彼らの議論には反対論も成り立ちうるし(例えば、Joseph A. Grundfest, *The Limited Future of Unlimited Liability: A Capital Market Perspective*, 102 YALE L. J. 387 (1992)を参照)、現在までの米国における会社法の展開は、彼らの主張とは逆に、LLCやLLPに見られるような「有限責任の拡大」の方向(ただし必ずしも無限定の拡大ではない)に向かっている。
- 7 なお、両教授の近時の論稿として、物権法定主義と様々な公示制度の意義について検討したHenry Hansmann & Reinier Kraakman, *Property, Contract, and Verification: The Numerus Clausus Problem and the Divisibility of Rights*, 31 J. LEGAL STUD. S373 (2002)がある。
- 8 Henry Hansmann, *The Ownership of Enterprise* (1996).  
本書の紹介としては、藤田友敬「企業形態と法」岩波講座現代の法7企業と法35頁(1998)、神田秀樹「〔学界展望〕Henry Hansmann, *The Ownership of Enterprise* (Harvard University Press, 1996, 372p.)」国家学界雑誌112巻5・6合併号631頁(1999)がある。
- 9 Henry Hansmann & Ugo Mattei, *The Functions of Trust Law: The Comparative Legal and Economic Analysis*, 73 NY U. L. REV. 434 (1998).  
本論文の紹介としては、沖野貞巳「私益信託の場面における信託法の機能」トラスト60研究叢書グローバルな視点での信託と信認関係17頁(2000)がある。
- 10 Hansmann, *supra* note 8, at ix.

- 11 Ronald Coase, *The Nature of the Firm*, *Economica* n.s. 4 (1937).
- 12 もちろん、1996年以後も、特に不完備契約理論を援用した「組織の経済学」の研究は進展しているが（サーベイとしては例えば柳川範之・契約と組織の経済学（2000）がある）、それを法律学との関係で体系的に整理した研究は未だ出ていない。ちなみに、筆者は、90年代半ば以降の経済学において多用されている不完備契約理論は、裁判所と当事者の能力に関して恣意的な仮定から出発しているなど、法ルールの分析としては必ずしも適切なツールとはなり得ていないと考えている。この点については、Eric A. Posner, *Economic Analysis of Contract Law After Three Decades: Success or Failure?*, 112 *YALE L.J.* 829, 855-63 (2003) および Ian Ayres, *Valuing Modern Contract Scholarship*, 112 *YALE L.J.* 881, 892-97 (2003) も参照。
- 13 Hansmann, *supra* note 8, at 11-12.
- 14 そのような意味での効率的な企業形態が、①起業家による意識的な模倣、②競争市場での自然淘汰によって、産業毎に支配的になっていくという (*id.*, at 22-23)。
- 15 *Id.*, at 24-33.
- 16 *Id.*, at 35-45. このほか、起業のコスト、組織形態変更のコストなども存在する。
- 17 Hansmann & Mattei, *supra* note 9, at 445-66.
- 18 わが国の信託法を前提としたこの問題についての詳細な分析として、大阪谷公雄「信託の公示方法に就て」[同（二・完）] 信託協会会報 12 卷 1 号 24 頁、12 卷 2 号 23 頁（1938）を参照。
- 19 この概念については、Ian Ayres & Robert Gertner, *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, 99 *YALE L.J.* 87 (1989) を参照。
- 20 Hansmann & Mattei, *supra* note 9, at 459-61.
- 21 もちろん、信託で最重要な要素は信託財産の分離であるという主張は、信託利用者の立場からするとある意味当たり前のことではあるけれども、それがなぜ効率的であると言えるのかを理論的に解明したところに Hansmann/Mattei 論文の重要な貢献がある。
- ただし、本論文の分析が持つ射程には注意が必要である。筆者は、モニタリング・コストの観点からは、受託者の債権者の方が受益者よりも優れた立場に常にあるとはいえないこともあり、特に次の2つの場合がそうであると考えられる。第1に、受託者の取引相手からの区別が困難なケース。例えば、貸付信託等の受託者が破産した場合の第三者の相殺期待が挙げられる（金融法委員会「信託法に関する中間論点整理」（2001）を参照）。第2に、業として信託を行っているのではないケース。この場合には、受託者の債権者は、信託財産の存在を必ずしも知り得ない一方、受益者の方が受託者に対するコントロール・モニタリング能力を有することがあると考えられるからである（信託法3条の解釈としては、登記登録のない財産権については、公示なくして信託を第一者に對抗できるとするのが通説である）。
- 22 Hansmann & Mattei, *supra* note 9, at 472-78.
- 23 同様の問題意識を持つ先行研究として、江頭憲治郎「企業の法人格」現代企業法講座 2 企業組織 55 頁（1985）がある。
- 24 Hansmann & Kraakman, *supra* note 3, at 390.

25 *Id.*, at 391-93.

26 少なくとも、個人資産と企業資産との、2つの資産プールが出現することになる。

27 *Id.*, at 393-94.

28 *Id.*, at 394-96.

ちなみに、婚姻については次のような資産分離がなされている (at 397 n. 16)。米国では、州毎に婚姻共同体に関する法ルールが異なっている。例えば、Wisconsin や Arizona においては、婚姻共同体に対する債権者は婚姻財産に対して排他的な権利を持ち、配偶者の個人債権者は婚姻財産を引当にできない super strong form の積極的資産分離がなされているのに対し、California においては、配偶者の個人債権者が婚姻財産全てを引当とでき、積極的資産分離という点では通常の共有 (所有権法) 以下の保護しか与えられていない。

29 *Id.*, at 398. なお、ジェネラル・パートナーシップのジェネラル・パートナーは、ここでいう経営者ではなく、所有者に区分して捉えるべきであろう。

30 *Id.*, at 398.

31 当該事業のリスク等についてもっとも多くの情報を有しているのは、取引債権者であるのが通常だからである。

32 *Id.*, at 399-401.

33 *Id.*, at 401-03.

34 *Id.*, at 404.

35 *Id.*, at 403-04.

36 *Id.*, at 405.

37 *Id.*, at 406-09. なお、本文で述べたような組織法のルールは強行規定でなければならない。任意規定だとすると、モラル・ハザードの問題が再燃するからである。また、積極的資産分離の持つ効率性促進効果が存在する場合にのみ、所有者が組織法を利用するインセンティブを持つ (at 409-10)。

38 *Id.*, at 410-12.

39 *Id.*, at 414-17. そのコストの発生メカニズムは、単独所有者の積極的資産分離を契約で実現しようとする場合のコスト発生メカニズムと同様である。なお、この点で、信託法は組織法に区分されるのだという。

40 *Id.*, at 417-21. もっとも、この不完全さは、担保法の展開によって将来的には解消されるかもしれないし、優先性の不完全さは、倒産法の不備だと位置づけることも可能である。その意味で、担保方途組織法は類似する性格を有しており、担保法の柔軟化が進めば、組織法に代替できる日が来る可能性がある (at 422-23)。

41 防衛的資産分離の一態様である有限責任の場合の詳細については例えば、Richard A. Brealy & Stewart C. Myers, *Principles of Corporate Finance* Ch. 18 (6th ed. 2000) を参照。

42 Hansmann & Kraakman, *supra* note 3, at 424-27.

43 もっとも、わが国の中小企業に多く見られるように、経営者が法人の債務について人的保証をしている場合には、資産分離は現実には発生していないことになる (そして、後に述べる意味で組織

法の「本質的」機能を十分には具備していないことになる)。この意味で、法の予定する理念的な資産分離形態と、その現実的な発現形態の間には、しばしばギャップがあることに注意が必要であろう。

44 ただし、このような効果が期待できるのは、完全な有限責任制の場合だけである (*id.*, at 425)。

45 ただし、このメリットは、資産分離がそもそも存在しない場合との比較であることに注意。

46 *Id.*, at 427-28.

47 *Id.*, at 429.

なお、確かに、不法行為（企業）債権者との関係では事前に契約を締結できないから防衛的資産分離を契約で実現することはできないように見える。しかし、そもそも不法行為については有限責任制の効率性は疑わしく、按分無限責任でも会社持分の市場性は十分に確保できる (Hansmann & Kraakman, *supra* note 6)。

48 Hansmann & Kraakman, *supra* note 3, at 433-34.

49 所有者複数の場合の積極的資産分離の実現を参照。

50 *Id.*, at 433-35.

51 *Id.*, at 436 n. 77. 分配禁止を合意したとしても、その合意を再修正しないというコミットメントをアレンジすることができないからである。

52 *Id.*, at 437.

53 penalty default rule に近い機能だと言えよう。

54 例えば、金本良嗣＝藤田友敬「株主の有限責任と債権者保護」三輪芳郎＝神田秀樹＝柳川範之（編）・会社法の経済学 191 頁（1998）など。

55 例えば、江頭・前掲注 23。

56 民法 256 条 2 項。規定の仕方から見て、強行規定であろう。

57 道垣内弘人・担保物権法・第 6 章第 3 節第 4 節（1990）を参照。

58 例えば、有限責任などが株式会社法の提供する重要な機能であることは否定しがたい。Hansmann 教授と Kraakman 教授のように、不法行為法については有限責任を否定すべきだという立場に立つと、有限責任の持つ機能はさほど大きいものではないかもしれない（「全ての契約に不動文句を印刷しておけばよい」。しかし、経営者が有限責任特約を締結し忘れる危険は常にあり、しかもそこから派生する責任の大きさが事前に予測不可能である以上、法が（少なくともデフォルト・ルールとして）有限責任を設定しておくことの有用性は大きいだろう。

59 その際、どの機能がどのクラスの企業にとって効率的かを検討するには、Hansmann, *supra* note 8 が参考になる。

60 江頭・前掲注 23。さらに、その先行研究として、星野英一「いわゆる『権利能力なき社団』について」民法論集第 1 巻 227 頁（1970）も参照。

61 よく知られているように、ドイツ法においては、人的会社にはわが国と異なって法人格が認められていない。比較法的に見た「法人格」の付与対象の範囲の設定のこのような恣意性も、「法人格」概念が必ずしも機能的・理論的な裏付けを持ったものではないことを示唆するものと捉えることが

できる。

もっとも、このことは、わが国固有の問題ではない。例えば、Douglas G. Baird & Robert K. Rasmussen, *The End of Bankruptcy*, 55 *STAN. L. REV.* 751, 757-77 (2002).

62 本稿とは異なり、新井・前掲注1・301頁以下は、信託に有限責任特約を追加することで、法人と同様の役割を営む存在になる、と位置づける（なお、四宮和夫・信託法〔新版〕287頁（1989）も参照）。しかし、このような分析は、法人の機能的特徴が有限責任にあるという誤解を除いたとしても「法人の中で有限責任が認められるのは、株式会社・有限会社等のみであって無限責任の法人は多数あるし、有限責任を原則とする株式会社であっても、中小企業の実態は無限責任となっていることは周知の通りである）、本稿の立場からは不十分なものとして映ることになる。なぜなら、有限責任＝防衛的資産分離に信託の組織法としての特質があるのではなく、積極的資産分離を実現している点にこそ本質的特質があるからである。

63 これに対し、Schwarcz, *supra* note 1, at 574 は、会社と比較した商事信託（commercial trust）の特色として、全ての商事信託が独立した法的存在としては認識されないことを挙げる。しかし、本稿の観点からすると、独立した法的存在として認識されないものは「信託」ではなく、Schwarcz 教授の定義する「商事信託」は、本稿で言う「信託」以外のものをも包含していることになる。

64 これに対し、防衛的資産分離については、信託受益者の有限責任は必ずしも認められているわけではない（信託36条2項参照）。四宮・前掲注62・293頁以下。

65 信託法上に明文規定はないが、いわゆる「倒産隔離機能」である。なお、倒産隔離機能が認められない場合もあり得ることについては、能見善久「現代信託法講義(2)」信託200号87頁、88頁以下（1999）などを参照。もっとも、倒産隔離機能が否定されるのは、典型的には信託設定が詐害行為に該当するようなケースであり、そのような場合には他の組織法においても積極的資産分離が否定されることはあり得よう。

66 なお、わが国の信託法が提供する積極的資産分離の程度については、争いがある。

例えば、委託者の債権者については、能見・前掲注65・89頁以下は、①撤回権が留保されている信託においては委託者の債権者が信託財産にかかっていけると考えるべきであり、②委託者に運用指図権が信託では、原則として委託者の債権者は信託財産にかかっていけないが、委託者が受益者の地位をも兼ねているときは、委託者の債権者は、信託解除権を代位行使して（民執155条1項、最判平成11年9月9日裁時1251号2頁参照）委託者に戻ってきた信託財産にかかっていけるとする。また、受益者の債権者の側については、新井誠・信託法202頁以下（2002）は、原則として受益者の債権者は受益権に対して強制執行をすることが可能だが、一部の受益権（例えば、特別障害者扶養信託の受益権や適格退職年金信託の受益権）については、信託目的・受益権の内容からして、民事執行法の定める差押禁止財産に該当するために差押が許されないことがある、という。

67 四宮・前掲注62・287頁。受託者の個人資産に対して信託債権者の執行を制限するという防衛的資産分離を実現するためには、信託債権者との間で個別に責任財産限定特約（責任財産を信託財産に限定する）を締結しておく必要がある。もっとも、前述したように（2.4.2参照）、このような特約の利用に要するコストはさほど大きなものではなく、その実現は十分に現実的である。

- 68 いわゆる、「信託財産の独立性」(信託 16 条・17 条・31 条など)。
- 69 ちなみに、本文で以下に挙げる特殊性の他、信託においては、委託者と受益者が一致する自益信託の他に、委託者と受益者が分離しうる他益信託を構成しうるのに対し、通常の法人においては、資金の抛出者と利益の享受者が等しくなる自益型のものしかない、という点も信託の特殊性に見えるかもしれない。しかし、これは、信託が贈与的に利用される場面があるというだけのことであり、同様のことは、法人にあっても、公益法人のようなケースにはあり得るのだから、信託の特殊性と捉える必要はないと考える。
- 70 さしあたり条文数を見よ。
- 71 その他は、信託法 10 条・11 条・12 条など、一般条項的なルールが主である。
- 72 これに対し、Schwarcz, *supra* note 1, at 575-80 は、株式会社では経営者を株主価値最大化を図る存在として位置付けることによって積極的にリスクテイクすることが可能になっているのに対し、信託法においては優先受益者と劣後受益者との強い利害対立が想定されており安定的な信託財産の管理運用が予定されているから公平義務による利害調整がなされている、と指摘する。さらに、このことが、19 世紀に企業形態として広範に利用されていた事業信託 (business trust) が、積極的なリスクテイクが必要となった今日には適合せず、会社形態に取って代わられることにつながった、という (*id.*, at 585)。

確かに、信託において異なるクラスの受益者に対して同時に信託義務を負うという multiple principals 状況とそれに由来する公平義務は、円滑な信託財産の管理運用を妨げることがあり、積極的なリスクテイクを困難にしかねない。しかし、信託法上の公平義務はデフォルト・ルールにすぎないのであって、当事者が自由に信託契約で変更修正することが可能だから、信託法が公平義務を有していることは追加的な契約アレンジメントにかかるコストにしか影響しないはずである。それゆえ、この点が、信託法と会社法とを決定的に区分するメルクマールであるとは考えにくい。なお、信託法上の公平義務についてのより詳細な検討については、拙稿「受託者の公平義務 (上) (下)」NBL780 号 35 頁、781 号 54 頁 (2004) を参照。

- 73 江頭・前掲注 23 参照。
- 74 権利能力なき団体や民法上の組合においては、必ずしも資産分離が実現されるとは限らないことについては、江頭・前掲注 23 を参照。
- 75 この点は、「会社法と比較した信託法の最大の特徴は、その柔軟性にある」というかつてからなされてきた指摘 (例えば、Hansmann & Mattei, *supra* note 9, at 472) の裏側であると言えよう。
- 76 ①については、信託財産「名義」での権利義務の取得ではないが、責任財産が信託財産に限定されるという意味で、具備している。②については、確かに信託自体の名義で訴訟当事者になりうるわけではないが、名義上の所有者である受託者が信託財産のために訴訟当事者となりうるから、実質的に具備していると評価できる。③については、委託者・受益者・受託者に対する債務名義では、原則として信託財産に対する強制執行はできない (なされても第三者異議の訴え (民執 38 条) 等が提起できる) から、具備している。このように見ると、②の属性が、具備の「程度」が低い。このことは、3 つの属性のうち、①②が重要な存在であり、それに比べると③は付随的な属性だとい

うことを示唆するものとも捉えうる。

77 四宮・前掲注 62・79 頁以下。

78 この問題を扱ったものの一つが、Hansmann, *supra* note 8 であると言えよう。

79 例えば、①既存の組織フォーマットの提供する追加的機能の一部が、新たな事業ニーズにおいては適切なものではないにもかかわらず、それを契約で排除するには多大な取引コストがかかったり、あるいは、②解釈上、当該機能が強行規定と捉えられており、そもそも契約による排除が認められなかったりするかもしれない（特に税法関係ではそのような場合が多いかもしれない）。また、③新たな事業ニーズにおいて必要とされる追加的機能が既存の組織フォーマットにおいては提供されておらず、かつ、当該機能を当事者間の契約で実現することには多大な取引コストが発生することもあり得る。

80 なお、Hansmann & Mattei, *supra* note 9, at 473 は、「会社法があるのに信託法があるのはなぜか」という問いではなく、「信託法があるのに会社法があるのはなぜか」という問いの方がより本質的な問いであるとしていた。その根拠は、標準書式を州が提供するよりも私的に供給される方が好ましい、というところにある。しかし、筆者は、そのような私的な標準書式の提供が十分になされるか、また、国家による提供とどちらが好ましいか、という点については Hansmann/Mattei 論文とは見解を異にする。

81 この意味で「信託は、契約・法人その他の制度と競争する」という表現は、ややミスリーディングなものであると考える。競争するのではなく、補完するのである。

82 3 Thomas Lee Hazen, *Treaties on the Law of Securities Regulation* 685 (4th ed. 2002). もっとも、これは、州会社法の規定を使って投資信託をアレンジすることに会社法上の障害が小さいというだけのことである。実際に州会社法を投資信託として活用するためには、いわゆる二重課税がなされないような租税法上の手当があったのであろうと推測される（会社という方向からではなく、信託の方向からのアプローチだが、佐藤英明・信託と課税（2000）を参照）。

なお、米国における投資信託形成期の概観については、三谷進・アメリカ投資信託の形成と展開：両大戦間期 1960 年代を中心に（2001）も参照（ただし、会社と信託の使い分けについての記述は少ない）。

83 3 Hazen, *supra* note 82, at 685-86.

ただし、「投資会社」法という名称が付されてはいるものの、同法は、発行者が会社であるか信託であるかを問うてはいない（The Investment Companies Act of 1940 § 3(a) (15 U.S.C.A. § 80a-3(a)）。本文で後述するように、組織フォーマットがある特定のクラスの事業に適合するように「成長」してしまえば、それを「信託」と呼ぶか「会社」と呼ぶかは本質的な問題ではなくなってくるのである。

84 ただ、いわゆるネットワーク外部性（Michael Klausner, *Corporations, Corporate Law, and Networks of Contract*, 81 VA. L. REV. 757 (1995)）はさほど強くはなく（従来から裁判所で処理される信託事件はごくわずかであったため）、現状の均衡としての安定性がさほど強いものとは思われない。

85 わが国における様々な商事信託のあり方については、鴻常夫（編）・商事信託法制（1998）、および、将来的な「成長」方向の一つの提案として、商事信託法研究会・商事信託法の研究 商事信託法要綱案およびその説明（2001）を参照。

86 ここで言う「利用」には、契約内容・履行に対するモニタリングに関する、コスト（＝取引コスト＋エージェンシー・コスト）を含む。

87 なお、フランスにおいて簡易株式会社（société anonyme simplifiée）制度の創設（1994年）の際に指摘されたように（拙稿「株主間契約(4)」法協119巻10号1952頁以下（2002）を参照）、いたずらに組織フォーマットの数を増やすと、混乱を招く可能性がないでもない。ただし、そのようなコストが現実にとどこまで障害になるかはかなり疑わしい。

第1に、組織フォーマットの多様性が認められることと、ある特定の組織フォーマットの任意法規化が進むこととの間の違いは、実ははっきりしない。ある特定の組織フォーマットの任意法規化（例えば近時のわが国の株式会社法）が進むと、その組織フォーマットが利用されているという事実だけから、当該対象に関して直ちに演繹できる情報の量は少なくなる。すると、結局は、当該対象の内部構造等についてより詳細な調査が必要になりかねない。そのような場合と組織フォーマットが多様である場合と比べると、後者の方が類型化の度合いが進んでいるという点で情報収集コストの面では有利かもしれないからである。

この意味で、上記のような疑念が投げかけられたのは、会社法の強行法規性が強固なものとして捉えられてきたフランス法（このような事情に関しては、拙稿・前掲「株主間契約(4)」を参照）に特有の事情が背景にあったのかもしれない。そうだとすると、わが国には必ずしもそのままでは妥当しない可能性が強い。

第2に、組織フォーマットの多様性が増すとしても、そのことが投資家や債権者に及ぼす影響の度合いは大きいものではないかもしれない。投資家や債権者にとって最も重要な考慮要素は、投資対象のリターンであるが、リターンに影響を及ぼす要素として組織フォーマットのあり方は、当該事業の profitability というそれ自体複雑なものに比べて矮小なものにすぎないかもしれないからである（もちろん、組織フォーマットのあり方が最終的なペイオフに影響するという意味では、backward induction の形で事前の行動に大きな影響を及ぼす場合もあり得ることに注意しなければならないが、See, Mark J. Roe, Corporate Reorganization and Bankruptcy: Legal and Financial Materials 2-3 (2000).)。この点については、Hansmann & Kraakman, *supra* note 7, at S380-82も参照。

第3に、組織フォーマットの多様性による混乱のコストが最も典型的に発生するとしたら、それは、投資商品として見た組織フォーマットを理解しにくくなる（一般投資家においてであると考えられる（銀行のような債権者は契約による自衛をするであろうし、取引債権者もそれなりの自衛が可能であろう）。それは、情報開示に関する市場ルールや投資家保護ルール（適合性原則・説明義務等）によって解決されるべき問題であり、組織法の方で対処すべき問題ではないのかもしれない。

88 ただし、重要ではないというのは、生み出された組織フォーマットに対して「信託」という名称を付けるか「会社」という名称を付けるか、という問題であり、どのような組織フォーマットの内

谷が適切かという問題については、また別のレベルの議論である。この点についてのより詳細な議論については、藤田友敬「組織法から見た金融システム改革諸法」商事1637号36頁（2002）も参照。

89 佐藤・前掲注82を参照。

90 何が「過剰」かについてはもちろん議論があるが、さしあたり、商事信託研究会・前掲注85や金融法委員会・前掲注21を参照。

なお、近時、信託業法の改正プロジェクトが進行しているけれども、このような動きと、本文において述べた「過剰なルールの解消」とは、やや次元が異なる。すなわち、日本法の下においては、信託とは典型契約の一つにすぎない。信託を利用すること自体によって何らかの業法的規制のニーズが発生するのではなく、信託を利用して営む事業に応じて多様な業法的規制のニーズが発生してくるべきもののはずである（この点については、拙稿「米国における信託会社規制——イリノイ州を中心に——」金融庁金融研究研修センター ディスカッションペーパー2号を参照）。信託を業として活用するだけで業法的規制を施さなければいけないのだとしたら、極論すれば、「株式会社業法」も必要になることになりかねない。その意味で、信託業法の改正プロジェクトと、本文で述べた信託「私法」における「過剰なルールの解消」とは、次元が異なるのである。

91 例えば、善管注意義務・信認義務といったルールは、今日、ほとどの国の信託においても見られる。これは、それらのルールが本質的な機能を提供するものではないけれども、契約でアレンジするよりは標準書式の形で提供した方がはるかに効率的であり、しかも、そのようなルールを標準書式が設定することによってさまざまなアレンジの障害になることは特にないためであると考えることができる（この点については、Ian Ayres, *Making a Difference: The Contractual Contributions of Easterbrook and Fischel*, 59 U. CHI. L. REV. 1391 (1992)を参照）。もっとも、これらの義務が過度に広範な形で設定されているなどすれば非効率的であることは明らかであり、解釈論（・立法論）としては、そのような障害とならない必要最小限度の範囲に抑えるべきだ、ということになる。

92 もっとも、信託が「法人格」を持つことに伴う機能の多くを既に具備していることに鑑みれば、信託に「法人格」を認めることの実益は、限定的なものとなる。

なお、このような主張は、四宮和夫教授の実質的法主体説（四宮・前掲注62・79頁以下）をサポートする趣旨ではない。実質的法主体説は、理論（theory）というよりも法理論（doctrine）レベルのものであり、本稿の議論とは次元を異にする。この問題についてはさしあたり、道垣内弘人・信託法理と私法体系（1996）も参照。

93 もっとも、ある特定の集団的意思決定方法が全てのビジネス・ニーズに対して最適であるとは限らないから、このルールは強行規定であってはならない。

94 例えば、信託法改正試案（第4試案）22条参照（信託法研究10号123頁）。もっとも、少なくとも信託法22条を強行規定と解釈しなければならないようなルールとすべきではない。

なお、受託者の忠実義務（信託22条）を任意規定であると解釈する見解が近時の信託法学説の中で有力になりつつあるように見受けられるが、その主張にはやや荒っぽさを感じることもある。任意規定説の中には、事前に信託行為で約定されていれば忠実義務を排除できるとする見解がある

が、一概にそうとは言えない。確かに、排除される忠実義務違反該当行為が事前にある程度特定されていれば、それを放棄する約定には一定の合理性が認められることが多かろう。しかし、忠実義務を事前に一般的に排除するような約定には合理性を認めることは難しく、そのような約定を適法と認めるには慎重でなければならないと考えるからである。

ルクセンブルクの信託に関する最近の法律  
(2003年7月27日の法律) について

早 川 眞 一 郎

## 目 次

はじめに

I 2003年7月27日の法律の概要

- 1 ハーグ信託条約の批准（2003年法第1節）
- 2 信託契約に関する規定の整備（2003年法第2節）
- 3 雑則等（2003年法第3節）

II 新立法によって示唆される問題点など

おわりに

◆資料1◆「信託及び信託契約に関する2003年7月27日の法律（loi du 27 juillet 2003 relative au trust et aux contrats fiduciaires）」の邦語訳及び原文

◆資料2◆「金融機関の信託契約に関する1983年7月19日の大公国規則（règlement grand-ducal du 19 juillet 1983 relatif au contrats fiduciaires des établissements de crédit）」の邦語訳

## はじめに

ルクセンブルクでは、2003年に、信託に関する新しい法律が制定された。「信託及び信託契約に関する2003年7月27日の法律」(loi du 27 juillet 2003 relative au trust et aux contrats fiduciaires)である<sup>1</sup>。

この法律は、ルクセンブルクが、「信託の準拠法及び承認に関する1985年7月1日の条約」(Convention du premier juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance; Convention of 1 July 1985 on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition : 以下、「ハーグ信託法条約」ということがある)の締約国となることを認めるとともに、それまで1983年7月19日の大公国規則によって規律されてきた信託契約について法律を定めることにより、広い意味での信託に関する法制度を整備しようとするものである。

本稿では、ルクセンブルクのこの法律の概要を紹介するとともに、この立法がハーグ信託法条約の今後のあり方について提起する問題点等を指摘することにする。

なお、本稿において用いる用語(訳語)についてあらかじめ一言しておきたい。混乱を避けるため、以下では特にことわらない限り、「信託」という用語は、広い意味で(すなわち trust も contrats fiduciaires も含む意味で)用いることとし、trust を指す場合は「トラスト」、contrats fiduciaires を指す場合は「信託契約」という用語をそれぞれ用いることにする。また、信託契約における fiduciant (トラストにおける委託者に相当する者)は「信託委任者」、信託契約における fiduciaire (トラストにおける受託者に相当する者)は「信託受任者」とそれぞれ呼ぶこととする。

## I 2003年7月27日の法律の概要

### 【01】序

この2003年7月27日の法律(以下、「2003年法」ということがある)は、全部で15条の簡潔な法律であり、第1節「信託の準拠法及び信託の承認」、第2節「信託契約」及び第3節「雑則、租税及び法令廃止に関する規定」の3つの節からなる(邦語訳及び原文は本稿末

尾添付の資料1を参照されたい)。以下では、この法律の要点を概観する。

## 1 ハーグ信託法条約の批准（2003年法第1節）

### 【02】ハーグ信託法条約の承認

まず、第1節「信託の準拠法及び信託の承認」は、ルクセンブルクが、ハーグ信託法条約の締約国となることを定めるとともに、それにとりなう若干の規定を置いている。

ルクセンブルクは、ハーグ信託法条約につき、1985年7月1日に、イタリアおよびオランダとともに最初の署名国として署名をしたが、その後、批准はしないままになっていた。この間、条約は、英国、イタリアおよびオーストラリアの3カ国が批准したことによって、1992年1月1日に発効した。その後、カナダおよびオランダが批准をし、マルタが加入をしたため、この条約は、2003年7月末の段階で、これら6カ国に香港を加えた7カ国の間で効力を有する状態であった。

2003年法第1条は、この条約を承認することを定めているが、これに基づいて、ルクセンブルクは2003年10月16日に実際に批准手続を行った。その結果、この条約は2004年1月1日にルクセンブルクについても発効した。

### 【03】受託者の法的地位<sup>4</sup>

大陸法系に属するルクセンブルクの法体系は、伝統的に、トラストという概念を知らない。ハーグ信託法条約の締約国になれば、同条約第3章が定めるところにより、コモンロー諸国の法を準拠法とするトラストを承認する必要性が生じるが、その際、種々の混乱が生じるおそれがある。特に問題となるのは、トラストの受託者（trustee）の権利・権限をどのように取扱うかということであって、この点が不明確なままでは、受託者がいかなる行為をなするか等をめぐって争いが生じる可能性がある。

そこで、2003年法第2条1項は、この点に関して、ルクセンブルクに所在する信託財産については、受託者を所有者として扱うことを定めている。同条2項は、それを前提としたうえで、信託財産は受託者の所有にかかるものではあるが、ハーグ信託法条約第11条の定めにしたがい、受託者の個人的財産とは区別されて取り扱われることを規定している。

#### 【04】 宣言と留保<sup>5</sup>

ハーグ信託法条約は、締約国に、3点についての留保、および1点についての宣言をすることができる可能性を認めている。すなわち、留保としては、①第三国の強行法規の適用を認めないようするための留保（第16条3項）、②信託の有効性の準拠法が非締約国の法律である場合には第3章（承認）の規定を適用しないとするための留保（第21条）、および③条約の発効日より前に設定された信託にこの条約を適用しないこととするための留保（第22条）が用意されており、また、宣言としては、④当事者の意思によるのではなく裁判所によって設定される信託にもこの条約を適用するという宣言（第20条）が用意されている。

2003年法第3条は、ルクセンブルクが、これらの選択肢のうち、①の留保、および④の宣言をすべき旨を定めている。これによって、②および③の留保はしないことが、（消極的な形でではあるが）示されている。実際に、ルクセンブルクは批准に際して、この法律の定めたとおりの留保および宣言を行っている<sup>6</sup>。

①の留保は、ルクセンブルクが、契約債務の準拠法に関するローマ条約についても同様の留保（同条約第7条1項）を行っているため、それと平仄を合わせる形で規定されたものである。④の宣言は、当事者の意思による信託（任意信託）だけではなく裁判所の決定によって設定される信託にも条約を適用することによって、ルクセンブルクの裁判所が涉外的な信託の処理を求められたときに、当該信託が任意信託か否かを判断することなしに（この点の判断は場合によっては難しいことがある）、広く条約を適用できるようにしようという配慮に基づくものである。

他方、②および③の留保をしないこととしたのは、できるだけ広い範囲で信託を承認するようにするのが望ましいとの考慮によるものである。

## 2 信託契約に関する規定の整備（2003年法第2節）

#### 【05】 信託契約に関する新法

ルクセンブルクでは、「金融機関の信託契約に関する1983年7月19日の大公国規則」（*règlement grand-ducal du 19 juillet 1983 relatif aux contrats fiduciaires des établissements de crédit*: 以下「1983年規則」ということがある<sup>7</sup>）によって、信託契約（*contrat fiduciaire*）

についての規律が導入され、この制度は金融機関によって広く利用されて来た。2003年法（とくにその第2節「信託契約」）は、この1983年規則に代わる法令として<sup>5</sup>、この規則のルールを基本的に受け継ぎつつ、そこに以下に記すような若干の修正を加えたものである。

#### 【06】 信託契約の定義及び信託受任者の法的地位

2003年法第5条によれば、信託契約とは、「信託委任者 (fiduciant) が信託受任者 (fiduciaire) との間で締結する契約であって、信託受任者が両当事者の定めた義務を負いつつ信託財産を構成する財産の所有者になることを、合意するものをいう」と定義される。この定義は、基本的には1983年規則による定義と同じであるが、同規則が信託受任者の法的地位を「財産権の権利者 (titulaire)」としていたのに対し（同規則第2条）、2003年法は、「財産の所有者 (propriétaire)」として、明確に所有権を認めたところに特徴がある。

また、2003年法は、信託受任者になりうる者の資格を一定の範囲に限定するという方針においても1983年規則と軌を一にするが、より具体的な資格の範囲は1983年規則に比して拡大されている<sup>6</sup>。すなわち、1983年規則が信託受任者をヨーロッパ共同体の基準によって認められた金融機関に限っていたのに対し、2003年法は、ヨーロッパ共同体の基準によるという要件をはずし、また保険会社などをも含むより広いカテゴリーの機関に信託受任者たり得る資格を与えている（2003年法第4条参照）。この結果、信託受任者となりうる者の範囲はかなり広がった<sup>7</sup>。

#### 【07】 信託財産の独立

1983年規則においても、信託財産（信託契約の対象たる財産）が信託受任者の個人財産から区別されることは規定されていたが（同規則第3条1項）、2003年法は、この1983年規則の規定を受け継ぎつつ、信託財産の独立性をさらに明確に宣言している。すなわち、2003年法第6条は、信託財産が、信託受任者の個人財産から独立であること、及び、他の信託財産（すなわち、同一の信託受任者が他の信託契約に基づいて所有する財産）からも独立であることを明確に規定している。1983年規則においては、信託財産の独立性それ自体は明記されていなかったし、また、他の信託財産との関係はそもそも規定されていなかった<sup>8</sup>。

## 【08】担保目的の公認<sup>12</sup>

2003年法は、信認契約の果たしうる機能について、1983年規則よりも踏み込んだ規定を置いている。すなわち、1983年規則には、信認契約を実際にどのような経済的・社会的目的で使うことができるのかに関する規定はなかった。そこで、同規則の解釈をめぐって、不明確さが生じていた。特に問題となったのは、信認契約を債権担保の目的で利用しうるか否か<sup>13</sup>という点であった<sup>14</sup>。そこで、2003年法第8条は、担保目的で信認契約を締結しうることを正面から認め、あわせて、その場合の信認契約の内容について若干の規律を定めた。具体的には、同条は、当事者の合意によってできるだけ自由な設計が可能ないようにしつつ、被担保債権の金額より大きな価値をもつ担保財産を実行する場合にその差額の清算を免除することはできない旨を定めている。

## 【09】当事者によるルール選択明示要件の削除

また、2003年法は、これとは別の観点からも、1983年規則に比べて信認契約が広く用いられるように工夫をしている。すなわち、1983年規則においては、当事者がこの規則によることを明示した場合に限ってこの規則が適用されることとされていたが（同規則第1条）、2003年法においては、このような要件は削除された。これは、1983年規則が制定された当時は、信認契約がまだなじみがないものであったため、当事者がはっきりとこの規則のもとでの信認契約を結ぶのだということを意識して行動することを促す必要があったが、その後、信認契約の実務がその後順調に発展したため、とくに当事者に対して適用法令への明示の言及を要求する必要はなくなったこと等による。

## 【10】信認委任者と信認受任者との関係等——委任の規定の適用をめぐって——<sup>15</sup>

1983年規則は、信認委任者と信認受任者との関係について、原則として委任の規定を適用することを定めていた（同規則第3条4項は「委任の規定は、代理に基づくものでなく、またこの規則又は当事者の意思によって排除されない限り、信認委任者と信認受任者との関係に適用される。」と規定していた）。2003年法も、基本的にこの1983年規則のルールを受け継いでいる（2003年法第7条：「委任の規定のうち代理に基づくもの以外は、本節の規定又は当事者の意思による別段の定めがない限り、信認委任者と信認受任者との関係に適用される。」を参照）が、次のような若干の修正を加えている。

まず、1983年規則は、信認受任者に信認委任者を代理する権限を与えることを禁じていたが（同規則第3条3項は、「信認契約は、信認受任者に信認委任者を代理する権限を与えることはできない。」と規定していた）、2003年法は、このような代理禁止の規定を設けず、信認受任者が信認委任者の代理人となることを禁じていない（2003年法第7条、とくにその第2項を参照）。1983年規則の代理禁止の規定は、もし信認契約においても代理権限授与が許されるとすると、信認契約と委任契約との区別が判然としなくなり、無用の混乱が生じるのではないかというおそれがあったために設けられたものであった。2003年法においてこのような代理禁止規定を排したのは、1983年規則のように、信認受任者が代理人となることを禁じると、それだけ信認契約の当事者による自由なアレンジが制約されることになるが、それは信認契約の使い勝手をできるだけよくするという観点からは望ましくないと考えられ、また、信認契約が定着した現状に照らせば、1983年規則の制定時に考えられた上記のような無用の混乱のおそれという理由はそれほど強い根拠をもたないと判断されたためである。

また、2003年法では、信認契約がいったん締結された場合には、その信認契約が、単なる委任契約と比べて、より強い安定性を持つように工夫されている。すなわち、信認契約においては、信認委任者が信認受任者に対する指示権限を放棄することができ（2003年法第7条4項）、また信認委任者も信認受任者も期間の定めのある信認契約を一方的に終了させることはできない（同法第7条5項）とするのである。これによって、信認契約締結後には、信認受任者の地位や権限が信認委任者の意思によって一方的には左右されず、また期間の定めのある信認契約が信認受任者又は信認委任者によって期間満了前に一方的に終了させられることのない仕組みを確保することができる。しかし、そのように、当初の信認契約の拘束力を強固なものにすると、場合によっては不適切な状況が生じるおそれがある。そこで、そのような状況に対応するために、2003年法は、「信認契約の信認委任者、信認受任者、又は第三受益者は、重大な理由があるときには、信認受任者の一時的又は確定的な変更若しくは信認契約の期間満了前の終了を、裁判所に請求することができる。」と定め（同法第7条6項）、裁判所による調整の道を導入した。

### 3 雑則等（2003年法第3節）

#### 【11】登記・登録<sup>16</sup>

2003年法の第10条及び第11条は、信託受任者及びトラスの受託者が、不動産登記及び所有権者として記録される登録において、信託受任者・受託者としての資格を表示すべきことを定める。これによって、登記・登録のなされる信託財産及びトラスの財産については、所有者が通常の所有者ではなく信託受任者又は受託者であることが登記・登録において示され、これらの財産についての法的状況が明瞭になる。

#### 【12】その他

2003年法には、以上のほか、税に関する規定（第12条）、1983年規則の廃止を定める規定（第13条）、本法の名称に関する規定（第14条）、本法発効前に1983年規則に基づいて締結された信託契約の取扱に関する経過規定（第15条）等が含まれている。

2003年法は信託契約に関する1983年規則を廃止してこれにとってかわるものであり、この新しい法をできる限り広く適用することが望ましいと考えられたために、1983年規則に基づいて2003年法の発効以前に締結された信託契約も爾後は原則としてこの2003年法によって規律されることとされた<sup>17</sup>。但し、その例外として、2003年法の発効から6か月以内に当事者が書面で意思表示をした場合には、依然として1983年規則によらしめることができる（2003年法第15条）。

## II 新立法によって示唆される問題点など

#### 【13】大陸法系の国にとってのハーグ信託法条約

ルクセンブルクのこの2003年法は、大陸法系の国が信託をどのように取り扱うかという問題、とりわけその中でも、大陸法系の国がハーグ信託法条約についてどのような態度で臨むかという問題について、一つの重要な参考資料を提供するものである。

ルクセンブルクは、上述のように、この法律に基づく批准によってハーグ信託法条約の第8番目の加盟国となった。これら8カ国の加盟国のうち、大陸法系の国は、イタリア、

オランダ及びルクセンブルクの3カ国のみである。

ハーグ信託法条約は、その起草過程の最終段階にいたるまでは、コモンロー諸国のトラストを対象として、これが国境を越えて外国（とくに大陸法系諸国）においても効果を認められるようにすることを主たる狙いとしたものであった。すなわち、この条約のための特別委員会において、議論の結果、「明示の規定はおかないものの、予備草案は『アングロ・アメリカンの信託』を対象を限定することとし、この限定は、のちに起草される前文の中で明らかにすることにされ<sup>14)</sup>」ていた。しかし、その後、この条約を採択する外交会期（ハーグ国際私法会議の第15外交会期）において、この点は軌道修正を受けて、結局、「2条の基準に合致する限りそれらのコモンロー諸国の信託以外の法制度であっても条約の対象の含むこととされた<sup>15)</sup>」のである。ちなみに、この外交会期の議論のなかで、「日本及びルクセンブルグの代表は、自国の法制度も条約の対象となることを希望した<sup>20)</sup>」とのことであり、このことも上記のような軌道修正のひとつの原動力になったようである。

#### 【14】ハーグ信託法条約に対するルクセンブルクの対応

ルクセンブルクの2003年法は、上述したように、一方で、①ルクセンブルクがハーグ信託法条約の締約国になることを定めるとともに、他方で、②1983年規則に基づいて利用されてきた信託契約制度を受け継いでそこに若干の修正を加えている。この立法は、大陸法系の国がハーグ信託法条約にいかにか臨むかという観点からは、次のようなものとして位置づけることができる。

第1に、ハーグ信託法条約の締約国になることによって、ルクセンブルクが、コモンロー諸国のトラストについて同条約によって定まる準拠法を適用すること、またそのトラストを「承認<sup>21)</sup>」することを定めたことになる。たとえば米国のある州において設定されたトラストがルクセンブルクの裁判所において問題となった場合に、ルクセンブルクの裁判所は、そのトラストの準拠法を条約第2章の定めるルールに従って決定・適用し、また、そのトラストを条約第3章の定めるルールに従って承認することになる。その結果、条約第13条に該当する等の例外的な場合を除いて、そのトラストは、ルクセンブルクにおいても尊重され十全の効果を持つようになる。

第2に、ハーグ信託法条約の対象の範囲が、上述のように、コモンロー諸国のトラストに限らず、条約第2条の要件を満たすその他の制度も含むこととされたことにともない、

ルクセンブルクの信託契約制度も、条約第2条の要件を満たせば、この条約の対象たる「信託」に含まれ、締約国において条約の適用を受け、「信託」として承認されることになるはずである<sup>22</sup>。ルクセンブルクとしては、1983年規則による信託契約制度もすでにハーグ信託法条約という「信託」に該当すると考えていたものと推測されるが（上述【13】の外交会期におけるルクセンブルクの発言を参照）、2003年法が、①信託財産の独立性を1983年規則に比べてさらに明確に規定し（法第6条）、また②信託契約の定義を1983年規則に比べてさらに条約第2条に明確に適合するように修正した（法第5条）ことによって、ルクセンブルクの信託契約制度がハーグ信託法条約のもとで確実に「信託」とされるようにしたものといえよう。

以上のような2003年法のポリシーは、一方でコモンロー諸国で設定されたトラストの効果を自国内で認めるとともに（いわば「外国製トラストの輸入」）、他方でトラスト以外の信託制度（ルクセンブルクにおいては信託契約制度）が自国で使われてきた場合にその制度をこの条約の枠組に乗せることによって他国で信託として承認してもらう（いわば「自国製信託の輸出」）という仕組みとして理解することができる。

#### 【15】ハーグ信託法条約に対する、他のありうる対応

2003年法による以上のような対応、すなわち「外国製トラストの輸入」と「自国製信託の輸出」の組み合わせは、大陸法系諸国がハーグ信託法条約に対してどのような対応をするかという観点から見ると、大変興味深い。

大陸法系諸国のハーグ信託法条約に対するありうる対応としては、もちろん第1に、この条約の締約国にならないという選択肢がある。実際のところ、これまでこの条約の締約国となった大陸法系の国は、イタリア、オランダ、ルクセンブルクの3カ国のみであり、他の大部分の大陸法系諸国は、いまのところこの第1の選択肢をとっている。なぜ大陸法系諸国の締約国が少ないのか<sup>23</sup>は、たしかに興味深い検討対象であるが、本稿では触れることができない。本稿において、問題点として指摘したいのは、むしろ、大陸法系諸国がこの条約の締約国となる際にどのような対応をするかについてである。

ハーグ信託法条約の締約国になるからには、「外国製トラストの輸入」は必ず実現しなければならないことであるから、問題は、「自国製信託の輸出」についてどのような態度をとるかである。この点に関しては、まず、「信託」に該当する制度が自国に存在するか

否かによって場合分けがなされる。そのような制度が存在しないのであれば、そもそも「自国製信託の輸出」は問題にならないからである。

「信託」に該当しうる制度が存在する場合には、大別して2つの方向が考えられる。一つは、(a) ルクセンブルクの2003年法のように、信託に該当する制度すなわち自国製信託を積極的に条約の枠組にのせて他の締約国においても効力を認められるようにするという方向である。もう一つは、(b) そのような「自国製信託の輸出」はさしひかえて、むしろ、渉外的な要素を持つ信託については自国でそれを設定する場合でもむしろトラストを活用する道を探る<sup>24</sup>という方向である。現在の締約国のうちでは、イタリアにおいてはこの(b)の方向の議論が優勢であるようである<sup>25</sup>。これらの2つの方向が、それぞれ、より具体的にどのような法制度として構想されるのか、またどのような事情や背景に基づいて主張され推進されるのか<sup>26</sup>について検討することができれば、ハーグ信託法条約の今後を占う意味でも、また、我が国における国際信託法の将来を考えるうえでも、有用であろう。本稿では問題点の指摘にとどめざるを得ないが、締約国になっていないフランス及びドイツについての研究をあわせて、これらの点は別の機会に検討することとしたい。

## おわりに

本稿では、信託に関する最近のルクセンブルク法の概要を紹介するとともに、この立法がハーグ信託法条約の今後のあり方等について提起する問題点を指摘した。国際信託法に関する今後の研究になんらかの参考になれば幸いである。

〔注〕

- 1 André Prüm et Claude Witz, *Trust & Fiducie; La Convention de la Haye et la Nouvelle Législation Luxembourgeoise* (Paris, 2005) に、この法律に関するコロック（研究集会）における報告記録のほか、起草過程資料、関連条文等が収められている。本稿執筆に際しては、この書籍、とりわけその151頁～248頁の起草過程資料（法律草案の説明書等）を参考にした。
- 2 この条約に関する邦語文献として、道垣内正人＝新井誠＝木村恒式「国際信託法の諸問題——信託の準拠法及び承認に関するハーグ条約について／比較信託法の問題点について／実務上の問題点」信託法研究12号65頁（1988年）、池原季雄編『国際信託の実務と法理論』（有斐閣、1990年）、アルフレッド・E・フォン・オーヴェルベック（道垣内正人訳）「信託の準拠法及び承認に関するハーグ条約についての報告書（翻訳）」信託153号4頁（1988年）、新井誠「ドイツ法の信託と英米法のトラスト——ハーグ信託条約の観点から——」國學院法学30巻4号207頁（1993年）、ハイン・ケッツ（新井誠訳）「国際的法律関係における信託——信託の準拠法とその承認に関するハーグ条約——」信託185号64頁（1996年）、早川真一郎「信託の国際的調和」信託法研究23号49頁（1998年）等を参照。
- 3 香港は、1997年に英国から中国に返還されたが、その際の中国の宣言によって、この条約は香港については引き続き適用されることになっている（ハーグ国際私法会議のウェブサイト（[http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=conventions.statusprint&cid=59](http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.statusprint&cid=59)）による）。
- 4 この点につき、André Prüm et Claude Witz, *op. cit.*, *supra.* note 1, pp.162-163参照。
- 5 これらの宣言と留保につき、André Prüm et Claude Witz, *op. cit.*, *supra.* note 1, pp.59-63, p.163参照。
- 6 前掲注3のハーグ国際私法会議のウェブサイトを参照。
- 7 この1983年規則については、伊藤典夫『欧州諸国における信託制度』（伊藤論文刊行会、1988年（非売品））111頁以下に紹介がある。
- 8 1983年規則は、2003年法によって廃止された（2003年法第13条参照）。
- 9 この点につき、André Prüm et Claude Witz, *op. cit.*, *supra.* note 1, pp.68-72参照。
- 10 なお、2003年法第4条は、制定後、「証券化に関する2004年3月22日の法律」（*loi du 22 mars 2004 relative à la titrisation*）第88条によって修正され、信託受任者になりうる者の範囲に、証券化ファンドの管理会社も加えられた。
- 11 分別管理義務に関しても、1983年規則は、信託受任者の個人財産との分別のみを規定していたが、2003年法においては、他の信託財産との分別をも規定している。
- 12 この点につき、André Prüm et Claude Witz, *op. cit.*, *supra.* note 1, pp.72-74参照。
- 13 債権担保目的の信託契約の最も単純な例としては、債務者＝信託委任者が自己所有の財産を債権者＝信託受任者に委ねて、信託受任者は債務の弁済がなされるとこの財産を債務者に返し、債務不履行の場合にはこの財産を処分して債務の弁済にあてるといった内容の信託契約が考えられる。
- 14 なお、2001年に制定された譲渡担保法（*loi du 1<sup>er</sup> août 2001 relative au transfert de propriété a titre de garantie*）が、信託契約によるものも含めて、譲渡担保を認めたと、この法律によってカバーさ

- れる譲渡担保取引はかなり限定されていた (André Prüm et Claude Witz, op. cit., supra. note 1, p.73)。
- 15 この点につき、André Prüm et Claude Witz, op. cit., supra. note 1, pp.80-86参照。
- 16 この点につき、André Prüm et Claude Witz, op. cit., supra. note 1, pp.168-169参照。
- 17 これは、旧法の下で締結された契約は法改正があっても依然として旧法によるという原則に対する例外を形成するものである。André Prüm et Claude Witz, La nouvelle fiducie luxembourgeoise, in André Prüm et Claude Witz, op. cit., supra. note 1, p.67参照。
- 18 アルフレッド・E・フォン・オーヴェルベック (道垣内正人訳)・前掲注2、14頁。この引用文中の「信託」は本稿の用語法によれば、「トラスト」にあたるものである。
- 19 アルフレッド・E・フォン・オーヴェルベック (道垣内正人訳)・前掲注2、14頁。この引用文中の「信託」も本稿の用語法によれば、「トラスト」にあたるものである。
- 20 アルフレッド・E・フォン・オーヴェルベック (道垣内正人訳)・前掲注2、14頁。ここにいう、ルクセンブルクの「自国の法制度」は、1983年規則に基づく信託契約を指すものであろう。
- 21 この「承認」がより具体的にいかなるものであるかについては、早川・前掲注2を参照されたい。
- 22 ハーグ信託法条約は、いわゆる普遍主義を原則としたうえで、第21条においてこの点の留保（すなわち、有効性の準拠法が締約国の法律である信託のみに第3章（承認）の規定を適用する権利の留保）の権限を定めているため、この留保を行っていない締約国においては（なお、ルクセンブルクを含めて現在の8カ国の締約国はいずれも、この点の留保を行っていない）、ルクセンブルク法が準拠法とされる信託契約は、たとえルクセンブルクが締約国になっていなくても、承認される。
- 23 また、フランスが条約に署名をして特別法の準備までしたのに中途で途絶したのはなぜか、さらには、コモンロー諸国でも締約国になった国が比較的少ないのはなぜか、なども興味深い検討対象であるが、これも本稿では触れられない。
- 24 より具体的には、たとえば、自国において、外国（コモンロー諸国のうちのいずれかの国）の法律を準拠法とするトラストの設定をすることを認めるなどの方法である。
- 25 André Prüm Thierry Revet et Claude Witz, La ratification de la Convention de La Haye par le Grand-Duché de Luxembourg, in André Prüm et Claude Witz, op. cit., supra. note 1, pp.56-57. なお、イタリアの国際信託については、早川眞一郎「舶来仕様の信託——『イタリア人のための信託』序説——」関西信託研究会編『法形式と法実質の調整に関する総合研究Ⅱ』37～50頁（トラスト60研究叢書、2000年）及びそこに掲げた文献を参照されたい。
- 26 ルクセンブルクの2003年法についていえば、1983年規則に基づく信託契約制度が成功をおさめて金融立国の一つの重要な柱になっていることが、上の（a）の方向をとる背景になっていることは容易に推測される。つまり、ルクセンブルクにとっては、自国の信託契約制度をハーグ信託法条約の枠組にのせて外国においても尊重されるものとすることによって、信託契約制度の国際競争力を強化し、より一層広く活用される制度とすることが自国の経済的発展に資することになるのである。

## ◆資料1◆

「信託及び信託契約に関する2003年7月27日の法律（loi du 27 juillet 2003 relative au trust et aux contrats fiduciaires）」

（資料1の1）

【邦語訳】（訳・早川眞一郎）

### 第1節 信託の準拠法及び信託の承認

#### 第1条 1985年7月1日ハーグ条約の承認

1985年7月1日にハーグにおいて署名された、信託の準拠法及びその承認に関する条約を承認する。

#### 第2条 受託者の一般的な地位

- （1） 信託の準拠法及びその承認に関する条約の適用にあたり、信託の対象となりかつルクセンブルクに所在する財産に関しては、受託者（trustee）の地位は所有者の地位によって決するものとする。
- （2） 所有者の地位によって決することは、信託財産によって構成される財産と受託者の個人的な財産とを1985年7月1日条約第11条にしたがって区別するという原則を妨げるものではない。

#### 第3条 宣言及び留保

批准書の寄託に際して、ルクセンブルク大公国は、以下の宣言及び留保を行うものとする。

ルクセンブルク政府は、条約第16条3項にしたがい、条約第16条2項を適用しないことを宣言する。

ルクセンブルク政府は、条約第20条にしたがい、裁判所の判決によって設定された信託についても条約の規定が及ぶことを宣言する。

## 第2節 信託契約

### 第4条 適用範囲〔2004年3月22日の法律により修正されたもの〕

本節の規定は、信託受任者が以下の者である信託契約にのみ適用される。

信用供与機関、投資企業、可変（又は固定）資本投資会社、証券化会社、証券化において代表信託受任者を務める者、合同投資ファンド又は証券化ファンドの管理会社、年金ファンド、保険又は再保険の企業、金融部門で活動する公的性格を有する国家的又は国際的な機関

### 第5条 定義

本節において信託契約とは、信託委任者（fiduciant）が信託受任者（fiduciaire）との間で締結する契約であって、信託受任者が両当事者の定めた義務を負いつつ信託財産を構成する財産の所有者になることを合意するものをいう。

### 第6条 財産の独立

- （1） 信託財産は、信託受任者の個人財産、及び他の信託財産から独立である。信託財産を構成する財産を差し押さえることができるのは、その信託財産に関して生じた債権の債権者のみである。信託財産を構成する財産は、信託受任者の清算、破産、その他個人的な債権者との競合が生じるすべての状況において、信託受任者の個人財産を構成しない。
- （2） 信託受任者は、信託財産を、個人財産及び他の信託財産とは分別して管理しなければならない。

### 第7条 信託委任者と信託受任者との関係

- （1） 委任の規定のうち代理に基づくもの以外は、本節の規定又は当事者の意思による別段の定めがない限り、信託委任者と信託受任者との関係に適用される。
- （2） 信託委任者及び第三者は、信託契約を知っている場合であっても、その信託契約を利用して自分たちの間に直接の関係を設定することはできない。
- （3） 信託受任者の権限の契約による制限は、そのことを知っている第三者に対して対

抗することができる。但し、対抗力に関する規律（とりわけ信託財産に含まれる財産の性質に基づくもの）の適用は妨げられない。

- (4) 信託委任者は、信託受任者に対して指示をする権限を放棄することができる。
- (5) 信託委任者及び信託受任者は、期間の定めのある信託契約を一方的に終了させることはできない。
- (6) 信託契約の信託委任者、信託受任者、又は第三受益者は、重大な理由があるときには、信託受任者の一時的又は確定的な変更若しくは信託契約の期間満了前の終了を、裁判所に請求することができる。

#### 第8条 担保の目的で締結された信託契約

- (1) 信託契約は、現在又は将来の債権を担保するために締結することができる。当事者は、信託財産が、担保の合意又は当事者の選択したその他の要素に応じて変動することを合意することができる。
- (2) 信託受任者が、信託委任者又は第三受益者に対して、担保を構成する財産の実行日における価値と被担保債権の金額との差額を支払うことを免除することを目的とし又はそのような効果を持つ規定は、すべて無効である。

#### 第9条 証拠及び第三者への対抗

- (1) 信託契約の証拠は、文書によらなければならない。
- (2) 移転される財産の性質に基づいて適用される、方式及び対抗力の規律にしたがうことを条件として、信託契約は、その締結時から、第三者に対抗しうる。
- (3) 債権の信託譲渡は、その締結時から第三者に対抗しうる。但し、債務者は、その譲渡について善意の場合には、信託委任者に対する弁済によって債務を免れる。

### 第3節 雑則、租税及び法令廃止に関する規定

#### 第10条 不動産登記に関する1905年9月25日法の修正

不動産登記に関する1905年9月25日法第1条最終項の後に、つぎの項を加える。

「信託財産又は1985年7月1日にハーグにおいて署名された信託の準拠法及びその承認

に関する条約による信託に含まれる不動産、又は含まれる予定の不動産について、証書によって、所有権を移転し、又は登記すべき権利を設定、移転、変更し、若しくは消滅させるときは、登記にはそれぞれ『信託受任者』又は『受託者』という表示を付する。」

## 第11条 登録

信託受任者及び受託者は、どのような原因であれまたどのような場合であれ、所有権者として記録されるすべての公的登録において、所有権者としての資格の後に信託受任者又は受託者としての資格が表示されることを請求しなければならない。

## 第12条 登録及び相続税

- (1) 信託契約の締結及び修正、並びに1985年7月1日にハーグにおいて署名された信託の準拠法及びその承認に関する条約による信託を設定し又は修正する行為は、ルクセンブルクに所在する不動産、ルクセンブルクで登録された航空機、船舶、又は国内水路用の船、又はこれらの財産に関する権利であって登録又は登記されるべき権利に関するものでないときには、公的文書による、又は裁判所その他の公的機関における登録の方式を、公的文書又は裁判所その他の公的機関を利用する場合であっても、必要としない。但し、任意に登録の方式をとることはできる。
- (2) ルクセンブルクに所在する不動産について、所有権を受託者に移転する行為、又は、受託者のために権利を設定し、移転し若しくは修正する行為の登録簿記載のための登録に関しては、これらの行為がこの法律の発効前に行われた場合には、いかなる期限も付されない。航空機、船舶、又は国内水路用の船について、所有権を受託者に移転する行為、及び、受託者のためにこれらの財産について物権を設定し、移転し又は修正する行為の登録簿記載のための登録に関しても、同様である。
- (3) 信託受任者又は受託者が30年を超えては保持しないとされる財産又は権利に関する信託契約の締結又は修正及び信託の設定又は修正は、登録の方式を経た場合には、固定的な税に服する。この期間内に財産又は権利が信託委任者又は委託者に返還されることを確約する行為についても、同様である。信託契約又は信託が固定的な税に服するものとして登録された場合には、一般法に基づき、信託受任者又は受託者に請求により、彼らに移転された財産又は権利の、信託契約又は信託の期間中

及び終了時における最終的な分配を登録しなければならない。

- (4) 信託受任者又は受託者から第三受益者に対して無償で財産又は権利が移転された場合には、その第三受益者と信託委任者又は委託者との間の親等に応じて、贈与税が課される。死亡による相続税及び移転登録税の算定についても同様とする。

#### 第13条 1983年7月19日規則の廃止

信託契約に関する1983年7月19日の大公国規則は廃止する。

#### 第14条 本法の名称

この法律の引用は、「信託及び信託契約に関する2003年7月27日法」という名称（略称）で行うことができる。

#### 第15条 経過規定

この法律が官報に公示されてから6か月以内に当事者が書面で別段の意思表示をしない限り、この法律は、この法律の発効より前に1983年7月19日の大公国規則にもとづいて締結された信託契約の将来の効力について、適用される。

以上

(資料 1 の 2)

【原文】

## Titre I. De la loi applicable au trust et de sa reconnaissance

### Art. 1.- Approbation de la Convention de la Haye du 1<sup>er</sup> juillet 1985

Est approuvée la Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, signée à La Haye le 1<sup>er</sup> juillet 1985.

### Art. 2.- Situation générale du trustee

(1) Pour la mise en oeuvre de la Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, quant aux biens faisant l'objet d'un trust et situés au Luxembourg, la situation du trustee est déterminée par référence à celle d'un propriétaire.

(2) La référence à la situation d'un propriétaire ne préjudicie pas au principe de séparation entre le patrimoine formé par les biens du trust et le patrimoine constitué par les biens personnels du trustee, conformément à l'article 11 de la Convention du 1<sup>er</sup> juillet 1985.

### Art. 3.- Déclaration et réserves

Lors du dépôt des instruments de ratification, le Grand-Duché de Luxembourg fera les déclarations et réserves suivantes:

Le Gouvernement luxembourgeois déclare, conformément à l'article 16 alinéa 3 de la Convention que le Luxembourg n'appliquera pas son article 16 alinéa 2.

Le Gouvernement luxembourgeois déclare, conformément à l'article 20 de la Convention que les dispositions de celle-ci sont étendues au trust créé par une décision de justice.

## Titre II. Des contrats fiduciaires

### Art. 4.- Champ d'application

(Loi du 22 mars 2004) «Le présent titre ne s'applique qu'aux contrats fiduciaires dans lesquels

le fiduciaire est un établissement de crédit, une entreprise d'investissement, une société d'investissement à capital variable ou fixe, une société de titrisation, un représentant-fiduciaire agissant dans le cadre d'une opération de titrisation, une société de gestion de fonds commun de placement ou de fonds de titrisation, un fonds de pension, une entreprise d'assurance ou de réassurance ou un organisme national ou international à caractère public opérant dans le secteur financier.》

#### Art. 5. Définition

Un contrat fiduciaire au sens du présent titre est un contrat par lequel une personne, le fiduciaire, convient avec une autre personne, le fiduciaire, que celui-ci, sous les obligations déterminées par les parties, devient propriétaire de biens formant un patrimoine fiduciaire.

#### Art. 6. Autonomie patrimoniale

(1) Le patrimoine fiduciaire est distinct du patrimoine personnel du fiduciaire, comme de tout autre patrimoine fiduciaire. Les biens qui le composent ne peuvent être saisis que par les créanciers dont les droits sont nés à l'occasion du patrimoine fiduciaire. Ils ne font pas partie du patrimoine personnel du fiduciaire en cas de liquidation ou de faillite de celui-ci ou de toute autre situation de concours entre ses créanciers personnels.

(2) Le fiduciaire doit comptabiliser le patrimoine fiduciaire séparément de son patrimoine personnel et des autres patrimoines fiduciaires.

#### Art. 7. Relations entre fiduciaire et fiduciaire

(1) Les règles du mandat, à l'exclusion de celles reposant sur la représentation, sont applicables aux relations entre le fiduciaire et le fiduciaire dans la mesure où il n'y est pas dérogé par le présent titre ou par la volonté des parties.

(2) Ni le fiduciaire, ni les tiers, même s'ils ont connaissance du contrat fiduciaire, ne peuvent s'en prévaloir pour créer un lien direct entre eux.

(3) Les limitations contractuelles des pouvoirs du fiduciaire sont opposables aux tiers qui en ont connaissance, sans préjudice des règles d'opposabilité applicables notamment en raison

de la nature des biens faisant partie du patrimoine fiduciaire.

(4) Le fiduciaire peut renoncer à son droit de donner des instructions au fiduciant.

(5) Sauf convention contraire, ni le fiduciant, ni le fiduciaire ne peuvent mettre fin unilatéralement au contrat fiduciaire conclu pour une durée déterminée.

(6) Le fiduciant, le fiduciaire ou un tiers bénéficiaire du contrat fiduciaire peuvent demander en justice, pour motifs graves, le remplacement provisoire ou définitif du fiduciaire ou l'extinction anticipée du contrat fiduciaire.

#### Art. 8. Fiducie conclue à des fins de garantie

(1) Le contrat fiduciaire peut être conclu pour garantir des créances nées ou à naître. Les parties peuvent convenir que le patrimoine fiduciaire évoluera en fonction des engagements garantis ou d'autres facteurs de leur choix.

(2) Est nulle toute stipulation ayant pour objet ou pour effet de dispenser le fiduciaire de verser au fiduciant ou au tiers bénéficiaire le solde net résultant de la différence entre la valeur, au jour de la réalisation, des biens constituant la garantie et le montant des créances garanties.

#### Art. 9. Preuve et opposabilité aux tiers

(1) La preuve du contrat fiduciaire doit être rapportée par écrit.

(2) Sous réserve des règles de forme et d'opposabilité applicables notamment en raison de la nature des biens transmis, et sous réserve des dispositions de l'article 7, paragraphe 3, ci-avant, le contrat fiduciaire est opposable aux tiers dès sa conclusion.

(3) Le transfert fiduciaire de créances est opposable aux tiers dès sa conclusion. Néanmoins, le débiteur se libère valablement entre les mains du fiduciant tant qu'il n'a pas connaissance du transfert.

### TITRE III. Dispositions complémentaires, fiscales et abrogatoires

Art. 10. Modification de la loi du 25 septembre 1905 sur la transcription des droits réels immobiliers

Après le dernier alinéa de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 25 septembre 1905 sur la transcription des droits réels immobiliers est ajouté l'alinéa suivant:

“Lorsqu'un acte transfère la propriété, constitue, transfère, modifie ou éteint un droit qui doit être transcrit sur un immeuble inclus dans un patrimoine fiduciaire ou un trust relevant de la Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, signée à La Haye le 1<sup>er</sup> juillet 1985 ou destiné à intégrer un tel patrimoine fiduciaire ou trust, la transcription s'accompagne respectivement de la mention “fiduciaire” ou “trustee” .”

#### Art. 11. Inscription

Dans tout registre public sur lequel est inscrite la qualité de propriétaire, pour quelque cause et à quelque occasion que ce soit, le fiduciaire et le trustee doivent demander que soit mentionnée leur qualité, après l'indication de celle de propriétaire.

#### Art. 12. Enregistrement et droits de succession

(1) La conclusion et la modification d'un contrat fiduciaire ainsi que les actes constitutifs ou modificatifs d'un trust relevant de la Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, signée à La Haye le 1<sup>er</sup> juillet 1985 ne sont pas soumis aux formalités de l'enregistrement, même lorsqu'il en est fait usage, par acte public, en justice ou devant toute autre autorité constituée, toutes les fois qu'ils n'affectent pas un immeuble situé au Luxembourg, des aéronefs, des navires ou des bateaux de navigation intérieure immatriculés au Luxembourg ou des droits devant être transcrits, immatriculés ou enregistrés portant sur un tel bien. Toutefois ils peuvent être présentés à la formalité de l'enregistrement.

(2) L'enregistrement, aux fins de transcription, des actes transférant à un trustee la propriété d'un immeuble situé au Luxembourg ou ceux constituant, transférant ou modifiant à son profit un droit devant être transcrit sur un tel immeuble n'est soumis à aucun délai, lorsque ces actes ont été conclus avant l'entrée en vigueur de la présente loi. Il en est de même pour l'enregistrement, aux fins d'immatriculation, des actes transférant à un trustee la propriété d'un aéronef, d'un navire ou d'un bateau de navigation intérieure et de ceux constituant, transférant ou modifiant à son profit un droit réel sur un tel bien.

(3) La conclusion et la modification d'un contrat fiduciaire ainsi que les actes constitutifs ou modificatifs d'un trust, portant sur des biens ou des droits que le fiduciaire ou le trustee ne doivent pas conserver plus de trente ans, sont soumis au droit fixe lorsqu'ils sont présentés à la formalité de l'enregistrement. Il en est de même des actes assurant le retour des biens ou droits au fiduciant ou au constituant dans ce délai. Au cas où le contrat fiduciaire ou le trust ont été enregistrés au droit fixe, l'attribution définitive au fiduciaire ou au trustee, en cours ou à l'issue du contrat fiduciaire ou du trust, des biens ou des droits qui leur ont été transférés doit être enregistrée, à la demande du fiduciaire ou du trustee, dans les conditions du droit commun.

(4) En cas de transfert, à titre gratuit, d'un bien ou d'un droit par un fiduciaire ou un trustee à un tiers bénéficiaire, les droits de donation seront dus suivant le degré de parenté entre le bénéficiaire et le fiduciant ou le constituant. Il en est de même pour le calcul des droits de succession et des droits de mutation par décès.

Art. 13. Abrogation du règlement grand-ducal du 19 juillet 1983

Le règlement grand-ducal du 19 juillet 1983 relatif aux contrats fiduciaires est abrogé.

Art. 14. Intitulé de la loi

La référence à la présente loi pourra se faire sous une forme abrégée en utilisant les termes de "loi du 27 juillet 2003 relative au trust et aux contrats fiduciaires" .

Art. 15. Disposition transitoire

Sauf volonté contraire des parties, exprimée par écrit dans les six mois de la publication de la présente loi au Mémorial, celle-ci s'applique aux effets futurs des contrats fiduciaires conclus avant son entrée en vigueur, sous l'empire du règlement grand-ducal du 19 juillet 1983.

## ◆資料2◆

金融機関の信託契約に関する1983年7月19日の大公国規則 (règlement grand-ducal du 19 juillet 1983 relatif au contrats fiduciaires des établissements de crédit)

〔この規則は2003年7月27日の法律によって廃止された〕

【邦語訳】(訳・早川眞一郎)

### 第1条 適用範囲

この規則は、契約当事者がこの規則によることを明示的に示した信託契約であって、かつ、その契約における信託受任者が、ヨーロッパ共同体理事会の1977年12月12日の第1指令(金融機関の活動へのアクセスおよびその実施に関する立法、規律、行政的な諸規定の調整を目的とする)が適用される1981年4月23日の法律第1条1項にいう金融機関であるものにのみ適用される。

### 第2条 定義

この規則において信託契約とは、ある者(信託委任者(fiduciant))が、ある金融機関(信託受任者(fiduciaire))との間で、信託受任者を財産権(信託財産)の権利者にするが、その財産権の行使は、その信託契約の定める義務(信託義務)によって制限される旨を合意する契約をいう。

### 第3条 法制度

(1) 信託財産は、信託受任者の集合的清算の場合において清算財団に含まれない。信託財産を差し押さえることができるのは、その信託財産に関して生じた債権の債権者のみであって、信託受任者の個人的な債権者はそこから除かれる。

信託受任者は、信託財産および信託債務を、自己の他の財産とは区別して管理しなければならない。

(2) 信託契約の終了に際して、信託受任者は、信託契約の履行につき信託委任者が信託受任者に対して負う債務のすべての支払を受けるまでは、信託財産につき先取特権及び留置権を有する。

(3) 信認契約は、信認受任者に信認委任者を代理する権限を与えることはできない。信認委任者も第三者も、たとえ信認契約について知っている場合であっても、信認契約を用いて、この両者の間の直接の関係を作り出すことはできない。

(4) 委任の規定は、代理に基づくものでなく、またこの規則又は当事者の意思によって排除されない限り、信認委任者と信認受任者との関係に適用される。

第4条 自己資本比率〔1999年4月29日の法律によって削除〕

第5条 施行と公布

国務大臣は、この規則を施行し官報に公布しなければならない。

以上

信託契約の成立について  
—最高裁平成14.1.17判決をめぐって—

河 上 正 二

# 目次

はじめに

## 1 事件の概要など

- (1) 事実の経緯
- (2) 裁判の経過
- (3) 関連裁判例と問題の所在
  - a 公共事業の前払金関連
  - b 他人のために預けられた預金

## 2 検討

- (1) 「信託契約」成否の認定を左右する要素
  - a 信託法上の定義規定（信託法1条）から
  - b 財産の管理形態
  - c 経済的・実質的機能
  - d 当事者の意思的契機（明示の意思が無い場合）
  - f 公共工事請負代金であることの特殊性
- (2) 契約の法的性質決定をすることの意味
- (3) 結びに代えて

## はじめに

本稿は、最高裁平成14年1月17日判決（民集56巻1号20頁＝判時1774号42頁）を契機として、「信託契約」の成立について検討しようとするものである。信託法（大正11年法62号）に基づく信託契約という契約類型が、「有名契約」の一つとして存在することは疑いのないところであるが、そのような契約の成立の認定を可能とするものが一体何であるか、とりわけ如何なる場合に（契約書や当事者間での明示的な言及がない場合を含めて）「信託」を語る事が可能であるかは、必ずしも明らかでない。信託法第1条の定義規定も、「本法ニオイテ信託ト称スルハ財産権ノ移転其ノ他ノ処分ヲナ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」と述べるのみで、「移転其ノ他ノ処分」・「一定ノ目的」・「管理又ハ処分」などの実質的な内容まで十分に踏み込むものではない。しかし、一定の財産がひとたび「信託財産」と認定された場合には、種々の法的効果が発生し、とりわけ、委託者の財産から分離されたり、受託者となった債務者の破産財団への帰属を否定されるなど（倒産隔離）、それぞれの債権者に及ぼす影響がきわめて大きいことから、信託契約の成否は極めて重要な意味を持つ。受益者のために、いったんは委託者の手許から処分された財産であるからといって、完全にそのコントロールを免れているわけでもなく、受託者の支配下に入っているにもかかわらず、その財産を受託者が自由に使用・収益・処分できない法的拘束を受けている「信託」そのものが、大陸法にとっては整合的理解に困難なものであるだけに、議論は錯綜し、安易な便宜主義に陥る危険も大きい。

## 1 事件の概要など

### （1）事実の経緯

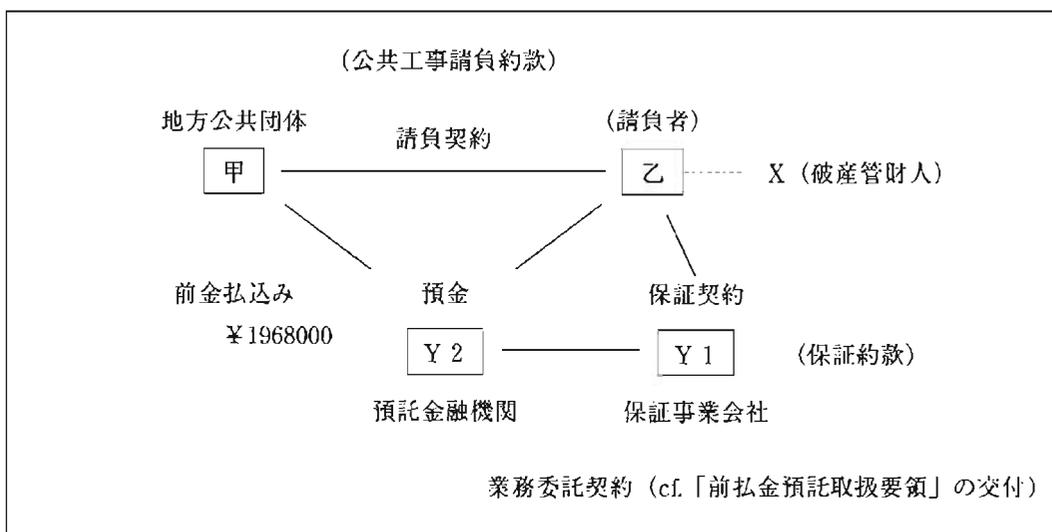
事実の経緯は、次のとおりである。

平成10年3月27日： 地方公共団体である甲（愛知県）は、乙（N建設）との間で、本件工事（水源森林総合整備事業第2号工事）の請負契約を締結した。地方自治体が発注す

る公共工事については、「公共工事の前払金保証事業に関する法律」所定の前払金保証事業を営む保証事業会社によって、前払金保証がなされた場合には、請負業者に対し、その工事に要する経費につき前金払いをすることができるとされている（地方自治法 § 232ノ5Ⅱ、同施行令附則 § 7。国の場合も同じ：会計法 § 22、予算決算及び会計令臨時特例 § 2③号）。甲の公共工事請負契約約款においても、これを敷衍し、工事経費の4割につき、保証事業法の規定する保証契約を前提とした前金払いの制度を認め、請負者は前払金を必要経費のためにのみ支出できるものと定めている。もっとも、この前払金の保管方法、管理、監査方法などについては規定がない。この前払保証制度のねらいは、①公共工事の適正施工の確保、②請負者の着工資金調達、③下請け業者等への確実な代金支払、④前払残金の返還請求権の確保にあるといわれている。

平成10年4月2日： 乙は、Y<sub>1</sub>（保証事業会社）と、保証事業法及び本件保証約款に基づき、乙が甲に対して負担する前払金返還債務につき、Y<sub>1</sub>が保証する旨の保証契約を締結した。この保証契約の法的性質は、甲を受益者とする「第三者のためにする契約」である。その際、乙は、前払金の預託金融機関として、Y<sub>1</sub>が予め業務委託契約を締結しているY<sub>2</sub>（T信用金庫）を選定した。

平成10年4月20日： 甲から、金融機関Y<sub>2</sub>の「別口普通預金口座（前払金専用口座）」に、本件前払金196万余円が振込まれた（なお、保証事業法13条1項は、「振込」が甲による本件保証契約の受益の意思表示とみなすものとしている）。【法律関係図参照】



しかし、その後、乙の経営状態が悪化し営業停止により、本件工事の続行が不能となっ

た。

平成10年6月29日： 甲は、本件請負契約を解除したが、乙は前払金残金の返還を履行しなかった。

平成10年7月31日： 甲は、Y<sub>1</sub>から、本件保証債務の履行として前払金から本件既済工事部分に対する対価相当額を控除した残額相当額の支払いを受けた。

平成10年8月7日： 乙は、破産宣告を受け、Xが破産管財人に選任された。

Xは、本件預金債権が破産財団に属することを主張し、Y<sub>1</sub>に対し、Xが債権者であることの確認、Y<sub>2</sub>に対し本件預金の支払いを求めて提訴した。これに対して、Yらは、本件預金が、発注者甲を委託者兼受領者とし、請負者乙を受託者とする信託契約上の信託財産と極めて類似したものと位置づけ、乙の破産によっても、本件預金は破産財団に帰属しないと主張して争った。

問題は、「本件預金が、発注者甲を委託者兼受領者とし、請負者乙を受託者とする信託契約上の信託財産と極めて類似したもの」として乙破産財団への帰属を免れるかにある。

預金の性格や拘束性を判断するに当たっては、乙Y<sub>1</sub>間の保証契約の内容が重要な意味を持つことから、「保証約款」の主な内容を確認しておきたい。この内容は、各地方自治体の関係部署に建設省から通知されているものと同一である。

①§15Ⅲ：請負者は、前払金を受領したときは、これをY<sub>1</sub>が予め業務委託契約を締結している金融機関の中から、請負者が選定した金融機関に、別口普通預金として受け入れなければならない。

②§15Ⅳ：請負者は、前払金を保証申込書に記載した目的に従い、適正に使用する責を負い、預託金融機関に適正な用途に関する資料を提出して、その確認を受けなければ、別口普通預金の払出しを受けることができない。

③Y<sub>1</sub>は、前払金の用途を監査するために、請負契約に関する書類及び請負者の事務所、工事現場などを調査し、請負者及び発注者に対して報告、説明又は証明を求めることができる。

④Y<sub>1</sub>は、前払金が適正に使用されていないと認められるときには、預託金融機関に対し別口普通預金の払出しの中止その他の処置を依頼することができる（cf.業務委託契約書§6）。

なお、保証事業法§12Ⅰは、「前払保証約款に基づく契約」を、同§27は、「保証事業会

社の適正払出管理・使途監査義務」をそれぞれ定めており、業務委託をなす形をとっている。

## (2) 裁判の経過

第一審判決：名古屋地裁豊橋支判H12. 2. 8（金商1087—40）は、次のように述べ、本件前払金の預託に、信託類似の関係を認めた。

①公共工事の請負契約による工事代金の原資は国民の税金であり、その前払いは法律によって特別に認められたものであること、②公共工事の前払金の枠組みと規制、公共工事の前払金への発注者の関与、保証会社と請負人との保証契約などの制度を前提とすると、乙が破産したことによって、甲は取戻権を有することになり、Y<sub>1</sub>は弁済により甲の右取戻権を代位行使すること、③別口普通預金は普通預金の一種ではあるが、通常の普通預金とは異なり、一定の目的にのみ使用される専用口座で、一般財産からの独立性の強い預金であること、④少なくとも実質的にみて信託関係と解される法的関係が認められることから、「信託法16条の趣旨を類推適用して、本件預金については、受託者に相当する破産会社の破産によって、これが破産財団に帰属することはないものと解するのが相当である（すなわち破産宣告前に発注者である訴外甲に代位したY<sub>1</sub>には、本件預金につき実体的に信託法類似の関係に基づく取戻権があることになる。）」

### 〈X控訴〉

原審判決：名古屋高判H12. 9. 12（金商1109—32）もまた、Xの控訴に対して、以下の通り判断し、Yによる別除権の行使を認めた。

①本件預金の払い戻しにつき、保証事業会社の委託を受けた金融機関によって嚴重にその用途が規制されているほか、同会社の監査を受けること、②同会社が代位弁済した場合には工事会社に対して求償権を取得するほか、地方自治体に代位することが予定されていること、③業務委託契約との関係上、金融機関において工事会社に対して反対債権を有する場合であっても本件預金をもって相殺を行使する余地もないことを総合判断すると、「Y<sub>1</sub>は、自己の保証債務の履行の確保のため、右預金債権を指名債権質又はこれに類似する担保として破産会社（乙）から取得し、破産

会社は、前記本件保証約款、……公共工事請負約款の内容を承諾して本件保証契約を締結したとみるべきであるから、右預金債権が前記のような拘束を受けるものであることを承知していたものと認められ、これを右同様の担保に提供する合意があったものと認定するのが相当である。」そこで、工事会社が破産するに至った後は、これに基づく別除権の行使が認められる。

〈X上告〉

最判日14. 1. 17（民集56巻1号20頁；判時1774—42）は、更に一步を進めて、次のように述べて信託契約の成立を認め、Xの上告理由を退けた。

「本件保証約款によれば、……前払金の保管、払出しの方法、Yによる前払金の使途についての監査、使途が適正でないときの払出中止の措置などが規定されている……。乙はもちろん甲も、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。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、甲と乙との間で、甲を委託者、乙を受託者、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いがあったとはいえず、本件預金口座から乙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乙の固有財産に帰属することになる」

「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甲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甲である」

「本件預金は、乙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、委託者である甲は、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」（信託法§3）、「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乙の破産財団に組み入れられることはない」（信託法§16）。

### (3) 関連裁判例と問題の所在

#### a 公共事業の前払金関連

参考までに、公共工事の前払金の扱いをめぐる従来の関連裁判例を見ておこう。最上級審での判断は、本件が初めてであるが、下級審では次のようなものがある（本件における第1審、原審判決は除く）。

①大阪地判平成7年8月23日（判タ900—240；判時1562—94）：

工事会社倒産後、工事完成保証人が工事を完成した場合について、保証事業会社が保証債務を履行して、工事完成保証人が前払金の支払を受けた事案で、保証事業会社による工事請負会社の預金債権への法定代位を肯定し、破産管財人からの預金支払請求を排斥。

②大阪地判平成10年9月3日（③の原審：金法1577号39頁）：

前払保証金制度のもとで、請負業者Aに前払金が支払われたが、Aの破産申し立てがなされたために、A名義の前払金預金口座から、前払金保証会社Y名義に預金を移管し、その後発注者Bが本件請負契約を解除した。Y名義に移管された預金について、Aの破産管財人Xが否認権を行使し、Yを相手取って訴訟提起。判決は、Xの否認権行使を認め、請求を認容。（破産管財人の否認権を認めた唯一の例であるが、控訴審③でくつがえった。）

③大阪高判平成11年4月30日（②の控訴審：金判1073号27頁、金法1577号36頁）：

公共工事請負会社から保証業務会社に対する前払金移管につき、保証会社において商事留置権を有することを理由に、破産管財人からの否認権行使を否定。

④東京地判平成11年11月29日（⑤の原審：金商1087号40頁）：

本件と同様の事案で、公共工事請負会社が破産した場合、地方自治体と工事会社の間にも前払金についての信託の成立を理由に、破産管財人の払戻請求を棄却した。公共工事の前払金保証契約に関する法律関係は、発注者を委託者兼受益者、請負業者（保証契約者・破産者）を受託者とする信託類似の関係とし、信託法16条の趣旨を類推適用した。

⑤東京高判平成12年10月25日（④の控訴審：判時1753号38頁；金商1109号32頁）

前払金の用途が厳格に制限され、前払金専用口座を開設して、請負業者の固有財産と

分別管理されていることから、前払金は未だ請負代金の支払いとはいえず、その用途を工事の必要経費に限定した信託財産として移転したものと解されること、また、預金債権は破産した請負業者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いるから、請負業者の一般債権者は、信託財産の差押えができないとした（これは登記・登録が不可能な財産であるから、分別管理されていることによって、破産管財人を含めた第三者にも対抗できる）。

これらの裁判例は、それぞれに以下のような課題を抱えている。そして、それは、本件における、第1審、原審、最高裁のそれぞれについても当てはまる問題である。

第1に、前払金が請負業者（破産会社）に帰属するとした上で、破産法上の否認権の問題として処理する場合に、破産財団が、前払金にたいする権利をなぜ保持し続けていられるのか、その根拠が必ずしも明確でない。第2に、取引関係の全体を信託（類似の）関係と捉えて、前払金に対する実質的権利者は発注者であるとして、破産者や執行者からの取り戻しを認める場合には、「信託的」とであると言えれば、安易に執行免脱財産や倒産隔離財産を作ってしまう結果にならないかが問題となる。第3に、質権類似の担保権、商事留置権などの成立を認めた上で、別除権の問題として処理する場合にも、破産財団への前払金の帰属根拠が不明であるほか、果たしてそこに担保設定合意を認定すること自体が可能なのか、公示のありかた、要物性、第三者対抗要件などの面で、通常の質権等の担保や留置権などと著しく制度間バランスを欠くことにならないかという疑問がある。

## **b 他人のために預けられた預金**

今ひとつ、「預かり金」に関する預金者の認定をめぐる近時の最高裁判例から、本件判例の理解にとって重要と思われる2件を取り上げておこう。「他人のために預けられた預金」の性質や帰属をめぐる、そこに信託と接点があることはしばしば指摘されたとおりである。実は「金銭の占有と所有が一致すべきである」との命題は、預金者の認定における出損者の確定が（少なくとも）客観説による場合には、あまり意味を持たない。とりわけ普通預金に関しては、そもそも真の「出損者」が誰かは必ずしも自明ではなくなり、むしろ、「暫定的・中間的な帰属状態」を観念しつつ、実質的な取引当事者・預金口座管理者を問題とせざるを得ない場面が生じ、その背景では、効果をにらんだ信託契約の成否判断に近い考慮が働いていることが指摘されよう。

①第1は、損保代理店Aが保険契約者から受領した保険料のみを入金する目的で開設したY金融機関の普通預金口座の預金債権は、保険会社Xにではなく、損害保険代理店Aに帰属するとしたものである（最判平成15年2月21日民集57巻2号95頁<sup>2)</sup>。判決は、

「金融機関であるY信用金庫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、訴外A社である。……そして、本件預金口座の通帳及び届出印は、A社が保管しており、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、A社のみであるから、本件預金口座の管理者は、名実ともにA社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過ぎない。そうすると、X社の代理人であるA社が保険契約者から收受した保険料の所有権はいったんA社に帰属し、A社は、同額の金銭をX社に送付する義務を負担することになるのであって、X社は、A社がY信用金庫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、A社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、X社にではなく、A社に帰属するというべきである。A社が本件預金債権をA社の他の財産と明確に区分して管理していたり、あるいは、本件預金の目的や使途についてA社とX社の間の契約によって制限が設けられ、本件預金口座がX社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Y信用金庫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。／以上によれば、本件預金債権はX社に帰属するとは認められないというべきである。」（福田裁判官の反対意見あり）

保険料保管のための専用預金口座の帰属に関しては、従来下級審の判断が分かれ、保険会社に帰属するとしたもの（東京地判昭和63・3・29金法1220号30頁、東京地判昭和63・7・27金法1220号34頁）と、保険代理店に帰属するとしたもの（千葉地判平成8・3・26金法1456号44頁）があったが、これにより最高裁の判断が示されたことになる。

本稿が主たる検討対象としている最高裁平成14年1月17日判決との違いは、金銭が保険会社から保険代理店に移ったものでないこと、預金管理のあり方がX社と損保代理店A社あるいは保険契約者とA社の合意で定まったものでないこと、X社自身が、入金された金銭の管理に直接の支配を有していないところにある。ここでは、損保代理店が口座の実質的管理をなしていることと、金銭所有権が占有者に帰属することが、ひとまず出損者の客観説的認定に合致していることが一応の理由となって、X社からの介入を排斥しているわけである。もし、かかる結論を回避しようとするれば、A社を一貫してX社の代理人として処遇し、預金口座の開設、預金の管理等を名実ともに「代理人」として行わせる必要があることになる。

②第2は、X<sub>1</sub>社の債務整理事務の委任を受けた弁護士X<sub>2</sub>が、委任者からその事務処理費用にあ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ついての預金債権が、委任者ではなく、弁護士に帰属するとされた事例である（最判平成15年6月12日民集57巻6号563頁）。一番、原審がそれぞれ預金者をX<sub>1</sub>社（実質の出捐者）と認定したのに対し、最高裁委は、次のように述べて預金のX<sub>2</sub>への帰属を認めた。すなわち、

「前記事実関係によれば、X<sub>2</sub>はX<sub>1</sub>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、X<sub>2</sub>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条に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、清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、X<sub>2</sub>がX<sub>1</sub>社から交付を受けた時点において、X<sub>2</sub>に帰属するものとなったのであり、本件口座は、X<sub>2</sub>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、開設したものというべきである。これらによれば、本件口座は、X<sub>2</sub>が自己に帰属する財産をもって自己の名で開設し、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、X<sub>2</sub>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、X<sub>2</sub>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、X<sub>1</sub>社の滞納税の徴収のためには、X<sub>1</sub>社のX<sub>2</sub>に対する債権を差し押さえることはできても、X<sub>2</sub>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。」

なお、補足意見は、「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。……（そして、信託の諸）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。……もともと、このような場合でも、信託財産に属する金銭を弁護士が預金した場合の預金者が弁護士であるという結論は、委任契約の場合と異なるところがないから、本件の結論には影響を及ぼさない。そして、本件においては信託等について何らの主張、立証もないので、その可能性を指摘するにとどめることとする」という。

この事案は、金銭管理に関するX<sub>1</sub>とX<sub>2</sub>の合意や了解の存在を含めて、平成14年1月17日判決の事案に比較的近い財産の移転・管理が問題となっており、現に補足意見では、信託に近い性質が語られている。ただ、結果において、X<sub>1</sub>の債権者の差押えを免れるだけであれば、本件預金がX<sub>1</sub>の財産から分離していること（X<sub>2</sub>の預金となっていること）のみを語る事ができれば良かったため、委任事務処理における前払費用の帰属の在り方を前提として、預金者の認定における客観的的判断以上のことが問題になっていない。もしこれが、X<sub>2</sub>の債権者からの差押えや、X<sub>2</sub>の倒産の場面であったなら、信託かどうかにより厳密に争われたに違いない。なお、この②事件に類似の事案で、A会社から債務整理事務の委任を受けた弁護士Xが委任事務処理のために受領した金銭等を実質的な原資として開設した貯蓄預金口座にかかる預金債権を、国が、委任者であるA会社の財産として租

税滞納処分による差押えをなして租税債権に充当したことについて、Xからの国賠法1条1項に基づく損害賠償請求が争われた際、最判平成15・6・26（金法1685号53頁）は、『依頼会社A代理人弁護士X』名義の預金をAに帰属すると判断して差押えを適法と判断している。つまり、「代理人」名義であると判断される場合には、本人Aの預金と認定される余地があることを示している。

いずれの判決も、金銭の帰属、預金の名義、預金の管理の3点を中心に、預金の帰属問題として問題を処理しており、信託契約の成否には直接踏み込んでいない（6月判決の補足意見がこれを示唆するのみである）。しかも、別口預金の独立性が、委託者の指示によって確保されたものとはいえ、本件における前払金専用口座の「分別管理」と「払出制限特約」や発注者の適正払出監督の存在の特殊性に比肩するものを、両事案の中に見いだすことは困難である。しかし、他人のために事務を処理する者が、その目的遂行のために、自己の財産とは別に、財産を管理しているという状況をみれば、そこに信託的要素が含まれていることは否定できない。他者のために、その者から実質的に出捐された金銭を一定の事務遂行のために管理しているような局面で、何が「信託」とそうでない場合を分かつことになるのだろうか。

## 2 検討

本件最高裁判決の理由中で最も注目されるのが、本件預金が乙の破産財団に組み入れられないこと的前提として、当事者間の「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、甲と乙との間で、甲を委託者、乙を受託者、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るとした点であることは明らかである。つまり、本判決により、黙示的ではあっても、合意内容（および預金管理の実態など）の全体から判断して、「信託」と法的性質決定される契約の成立を語る事が可能であることが明らかにされたわけである。

以下では、まず、事案に関連すると思われる幾つかの要素をについて、「信託」としての法的性格決定に、どのように関わっているのかを検討しよう。

## (1) 「信託契約」成否の認定を左右する要素？

### a 信託法上の定義規定（信託法1条）から

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成シ他人ヲシテ一定ノ目的ニ従ヒ財産ノ管理又ハ処分ヲ成サシムルヲ謂フ」と定め<sup>3</sup>、これに付随した主要な効果として信託財産の公示（信託3条）や、受託者の分別管理義務（信託28条）、善管注意義務（同20条）、受託者の忠実義務（同22条）が定められている。もともと、「信託」に付随する諸義務は、信託契約の標準装備であって、これらの全てが必要である必要はないし、これらの義務に限定されているわけでもない。しかも強行法規に見える受託者の忠実義務でさえ、当事者が別段の定めをおけば、そちらが優先するといわれる（樋口範雄・フィデューシャリー [信託] の時代（有斐閣1999）114頁）。ときに、特定贈与信託や公益信託（同66条以下）のように、信託目的における社会的・公益的要素が加わることもあるが、原則として民事信託契約そのものは営利性に関して中立的である。

このことから、一般には、「ある者（委託者）が、法律行為（信託行為）によって、ある者（受託者）に財産権（信託財産）を帰属させつつ、同時に、その財産を一定の目的（信託目的）に従って、社会のためにまたは自己もしくは他人—受益者—のために、管理・処分すべき拘束を加えることによって成立する法律関係」（四宮・信託法 [新版]（有斐閣1989）7頁）とされる。つまり、最低限、必要なことは、①特定の委託者・受託者・受益者の存在と、②委託者から受託者への財産権（信託財産）の移転・処分（＝信託目的遂行に必要な管理・処分権などの移転）、そして、③当該財産に付随する目的的限制（信託目的への拘束）の存在であって、それ以外は、きわめて柔軟である<sup>4</sup>。似たような法律関係は、委任と第三者のためにする契約の組み合わせによっても実現可能であるが、委託者から受託者への目的的限制を伴った特定の財産権の移転・処分が見られるところに、特色がある。受託者は純粋な財産権帰属者として行動することができず、そこから自由に自己の利益を得られない（道垣内・後掲①25頁は、この点を強調する）。つまり、目的財産が、委託者の所有を離れるとともに（＝その意味では用途を定めて処分された）、受託者のもとでなお一定の経済目的のためだけに管理されることになり（＝その意味では受託者の固有財産ではない）、そこには、あたかも財団法人ができたかのような状況が生み出されているわけである。

## b 財産の管理形態

受領された財産が、受託者の下で現実にかなる管理を受けているかは、信託契約の成否と直接には関係がないというべきである。しかし、ひとたび当該財産が「信託財産」であると評価される場合には、結果として、当該財産に対して、特定目的（信託目的）の遂行にとってふさわしい管理がなされていることが要求され、義務違反には一定の制裁が用意される。また、一定の効果も演繹的に導かれる。具体的には、①当該財産を特定し、受託者の他の財産から独立させるための分別管理、②信託財産であることの公示、③用途管理（特定目的への拘束）、④受託者としての当該財産運用上の諸義務および有限責任、⑤信託関係終了に伴う委託者・受益者への財産の帰属などである。

逆に言えば、そのような効果や制約を伴って管理されている財産がある場合には、当事者の意思解釈上、「信託財産として」管理されている可能性が高く、そのような制約のない財産の場合には、そうでない可能性が高いことになる。信託の成否が問題となる裁判例において、金融機関等による厳重な用途管理の有無や、受託者の他の財産からの分別管理の有無がしばしば問題とされるのは、このような判断材料が摘示されているためである。本件判決理由でも、「本件預金は、乙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」との理由が示されている。

もちろん、管理方法の特定や分別管理があるからといって、ただちに信託を語るができないことは、ある者が、借金をして、その金銭を用途ごとに小袋に分けてタンスにしまい込んだとしても個人財産としての性格に何ら変化を生じないことを考えれば容易に理解されるところである。預金の場合にも、この理は変わらない（後掲、最判平成15年2月21日民集57巻2号95頁の議論も参照）。しかし、信託である以上、究極的には受益者の物権的救済を認めるために当該財産の特定性が確保されていることが必要であり、かかる救済を失わせる形での管理が容認されていることは信託法を適用することの意味の大半を失わせることにもなる。したがって、その意味では分別管理は、受託者のきわめて重要な義務であること（信託28条）も明らかである。つまり、管理形態そのものというよりも、そのような管理形態が採られているという事実について、これをもって、委託者によって企図された、特定目的を実現するための受託者の法的な義務としての用途管理拘束が実現されていると見るべきかどうか重要というべきであろう。

### c 経済的・実質的機能

取引関係の有する全体としての経済的・実質的機能からみて、当該財産が、通常の個人財産としてではなく、一定の目的に従って管理・処分されるべく、必要な取引関係に結合され、かつ、当事者がそのような了解のもとで経済活動を行っている場合には、そこに現れた経済的・実質的な信託機能を追求する当事者意図を読み取ることは容易である。本判決理由中で「乙はもちろん甲も、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」とは、かかる当事者意図の認定を意味している。これは、賃貸の法形式を利用したリース契約が、その果たしている機能や実質においてファイナンスであったり、割賦販売であると評価できるのと同じである。このような場合、採用された法形式のもたらす最低限の制約に服す必要があることは当然としても、その範囲内では、当事者によって追求された（と推測される）経済的・実質的目的を実現するような効果を付与することが解釈上期待されよう。

### d 当事者の意思的契機（明示の意思が無い場合）

「信託財産とする意思」、もしくは、そのような意思を忖度させる間接的事実の存在は、譲渡・処分された財産の性格を考える上で、不可欠の判断材料である。「信託行為」は、一般に、委託者の信託を設定する意思（信託設定意思）と受託者の信託を引き受ける意思（信託引受意思）の合致によって生じ、どのような場合に、当事者のかような信託意思を見て取ることが可能かは、意思表示の解釈、信託設定行為の解釈問題にはかならないからである。この場合、他の契約類型においてもそうであるように、当事者が信託法上の「信託」とか「受託者」といった用語を契約上明示的に用いていなくとも、そこに信託設定意思をみてとることは全く可能といわねばなるまい（古いものながら最判昭和29・11・16裁判集民事16号467頁＝判時41号11頁＝判タ45号30頁がこれを認める）。この際に重要なことは、設定者が、自分自身や財産受領者に対し、他者の利益ために当該財産を適正に取り扱うフィデューシャリー（fiduciary）としての一群の「義務を課す」意思を表明していると判断できるかどうか、受託者がその点を了解していると評価できるかどうかである。

とりわけ、特定目的で他人に金銭を預託したような場合（金銭は占有の移転とともに原則としてその帰属先を変える）、これが信託と評価されるかどうかは、その目的に含まれる義務の法的評価にかかっている。たとえば、マンション管理組合が管理会社に預託し

た金銭（東京高判平成11・8・31金判1558号24頁、東京高判平成12・12・14金法1621号33頁）<sup>7</sup>や、弁護士が依頼された委任事務を遂行するために依頼者から預託を受けた金銭などが、とくに問題となりやすいわけである（道垣内弘人『『預かること』と信託』ジュリスト1164号81頁（1999）参照）。預けられた金銭が、金融機関への預金として管理されている場合、裁判所は、当該「預金の帰属」の問題として処理しているようにも見えるが（最判平成15年6月26日金法1685号53頁など）、それによって導かれた倒産隔離や差押排除などの効果からすると、その背後にある信託財産としての評価を読み取ることも不可能ではない。確かに、委託者自身が受託者に対して一定の義務づけをなす意思を有していたか否かが明らかでない場合は、この判断は微妙である（道垣内「存在認定」17頁は、平成14年判決と平成15年2月判決の違いは、受託者が負うべき義務内容の認識の有無にあったと見ている）。

#### e 結果としての法的効果の社会的妥当性と公示の要請

法律関係を「信託」と法的性質決定することによって、委託者・受託者の債権者による差押を免れさせ、委託者・受託者破産の場合に各々の破産財団へ帰属を否定させるということは、一面で、財産管理者や財産拠出者の倒産リスクから拠出財産を守るという目的（倒産隔離）を実現することになり、周知のように、これが信託の魅力とされている。しかし、他面では、当該財産を与信の基礎とした委託者・受託者の債権者を犠牲にする結果ともなる。そこで、せめて委託者・受託者の債権者等が不測の損害を被らないようにするには、責任財産の内容や拘束が、債権者等にあらかじめ認識可能であることが最低限要求されることになろう。また、かりにかかる要求を満たすことが技術的に困難である場合にも、そのような犠牲を凌駕するだけの理由、たとえば強力な公益目的の実現要請等がなければなるまい。このことは、他の法制度（法人制度・担保制度など）との制度間バランスからも言えることである。なるほど、公示方法のない銀行預金債権も信託財産となりうることは、前掲最判昭和29年11月16日（判時41号11頁）の認めるところではあるが、これを手放しで認めることが適切であるかは、かなり疑問である。

関係者の合理的期待に反しないことを考えると、本件における前払金を信託財産と性質決定するにあたっては、前払金保証制度の社会的周知度や法整備状況、補充的な公示措置の在り方などについての評価が、大いに関係するというべきであろう。弁護士会が依頼人

からの預かり金の取り扱いについて内規を公表していることも無関係ではあるまい。つまり、信託財産である可能性についての公示や一般への周知が、どの程度に行われているか、一定の犠牲を伴ってその法的効果を受け入れざるを得ない利害関係者の間で、どの程度まで認識可能であったのかが問われるのではあるまいか。

なお、委託者からの財産分離が完全になされていない白益信託の場合には、①委託者からの信託撤回の可能性、②信託終了時の元本回収の可能性、③信託受益の取得、④受益内容に対するコントロール可能性などから、委託者への所有権の実質的帰属を説く余地もあり、この場合には委託者の債権者は、当該財産が委託者に属するものとして債権回収行動をとることもあり得よう。

#### f 公共工事請負代金であることの特異性

本件で、信託財産と評価された財産権は、公共工事請負代金の前払金であったが、この「公共」工事用資金であることにどの程度の意味があるだろうか。別の形で問題とするなら、一般的な工事請負契約における前払金についても、信託（信託類似）の関係を認めることが可能であろうか。確かに、公共工事代金については、法律を前提とした厳格な管理体制が存在する。しかも、税金が、破産財団に流れ込み、破産債権者に配当されることへの違和感も否めない。しかしながら、国税債権のような公的債権であっても破産者所有不動産の競売代金から直接の交付を受けることができない場合があること（最判平成9年11月28日民集51巻10号4172頁）を考え併せると、まだ工事代金の支払を受けていない下請け会社が登場したような場合にも、公共団体が前払金の返還について、あくまで破産手続外の優先権を貫けるとするのには問題があろう（青山善充＝小山万里絵「債権流動化におけるサービサー・リスクについて」金融法研究15巻2号55頁も参照）。

以上、検討してきたところによれば、信託においては、目的財産が、委託者の所有を離れるとともに、委託者の設定意思に従って、受託者のもとでなお一定の経済目的のためのみに当該財産が管理されることが重要であり、しかも、受益者の究極的な物権的支配を確保するには、特定性や分別管理が行われていることが重要である。しかも、この点を第三者に対抗するには、技術的な可能な形で、公示されるか、関係者に了知可能な形態がとられていることが必要ではないかと考えられる。

## (2) 契約の法的性質決定をすることの意味

ひるがえって、信託と法的性質を決定することの意味はどこにあるかを考えてみよう。

第1は、法的性質決定の手段的性格である。

法的性質決定の手段的性格は、そのことから帰納的に一定の法的性質を導こうとする場合と、ある法的性質から演繹的に一定の法的効果を導こうとする場合とで解釈者の態度決定に差が出てくる可能性のあることから明らかである。法的性質決定の議論の形は「帰納型」であることが多いが、個々の効果を総合して帰納していったとき、びたりと「典型契約」の一つ（例えば「信託契約」）にたどり着くことは、むしろまれであって、そこに一定の裁量の幅が生じる。（その当否はともかく）あらかじめ具体的な問題に即した実質的利益衡量から効果を確定する作業が先行している以上、そのような効果にとって障害のない（無難な）法的性質が語られればよいことになる。しかし、いったんある効果を論理の上で正当化する以上、「賃貸借」や「消費貸借」、「売買」、「信託」といった有名契約の規範群とそのロジックを借用して整合性を保たなければならない。逆に、有名契約に結びつけて法的性質決定をしている場合の多くは、解釈者の狙った（あるいは主要であると考えた）特定の効果を演繹もしくは正当化するためであって、全ての点で典型契約の効果を妥当させようとするものではないこともあろう。問題は、具体的事実の中からどの要素に着目するか、どの効果を基本的なものとするか、どのような場面での紛争処理を念頭において法に依拠した規範を策定するかであり、一般的な法的性質決定そのものは手段的、戦略的な事柄でしかないと割り切った方がよいのかもしれない。しかも、その場合にも、当該契約類型にとっての強行法的性格を伴った規範の存在や、全体として実現しようとした権利・義務の公平を無視することは許されまい。

第2は、法的性質決定による判断過程の明確化である。

個々の問題処理の中では、共通して解釈者の頭の中で、いくつかの類似した契約類型との比較とフィードバックが試みられる。これは体系的バランス維持への配慮によるもので、類似の利益状況にあるものには類似の法律効果を与えるのがふさわしいとの判断に基づく。その結果、構成の多様性にも関わらず、導き出される結果はさほどに違っていないことが多い。しかし、そこに当該契約の法的性質決定を介在させることにより、判断のプロセスを明らかにし、周辺問題の処理への筋道や指針を提供することになることの意味は

大きい。例えば、信託法を前提とした信託契約を範型に据えることで、あるべき「信託」に近づけた、明確な解釈上の判断過程が示されることになる。当面の効果のみを問題として、この本質を蔑ろにすることも許されまい。

第3は、法的性質決定が、契約内容の一括した正当性保障と国家的介入可能性の予告として機能することである。例えば、本件法律関係を「信託契約」と性質決定することで、預金の分別管理や、用途についての監督、最終的な残金の帰属関係、強制執行との関係といった契約上の仕組みや効力の合理性と正当性を、その都度主張する必要がなくなるのは、信託契約に付随したルール群の秩序形成機能による。当該契約関係において予定された権利義務の分配は、一定のバランスの上に成り立っており、契約としての一定の正当性を保障している。ただし、このことは逆にも作用するもので、決定された性質に矛盾する合意内容に対しては、積極的に国家が介入する根拠を提供することにもなる。例えば、一定の契約類型に基本的な義務を一方的に免除するような免責条項は無効と評価されることになる（法律関係の秩序付け機能）。

### （3）結びに代えて

本件においては、①甲から乙の預金口座に前払金が振り込まれたこと、②本件預金口座は、乙が乙自身の名義で開設し管理していることから乙が預金者と認められることから、（仮に、従来判例法に従って預金者認定における「客観説」を前提としたとしても）「財産権の移転」があったと見られることは、ほぼ疑いがない。さらに、③この財産の管理・監督に関しては、甲乙間の請負契約を規律する県公共工事請負約款および、法の予定する乙Y<sub>1</sub>間の保証約款の中で定められ、当該保証約款は旧建設省から各地方公共団体に周知されていたなどの事情が認められている。しかも、④受託者が、特定性をもって、当該財産を分別管理している等の事情がある。⑤実質的にも、本件の預金は、本件工事の必要経費以外に支出されない仕組みが構築され、乙の一般債権者が前払金の残金を乙の責任財産として期待する余地に乏しい（もっとも、建設会社の倒産が相次ぐ中、破産処理の上で公共団体が常に優先権を持つとすることにも問題はあり、とりわけ当該建設工事にかかる下請業者の未払金確保との関係では、再考の余地もあろう）。

以上のような前提の下でにせよ、本件が、信託の成立を正面から認めたことは、それ自

体画期的なことである。しかし、そこには、双方当事者の信託的合意の要素のみならず、公共工事の前払金をめぐる様々な管理体制が法的裏付けをもって用意され、それが信託法のシステムに比肩しうるものであること、前払金制度の持つ公益的使命などが大いに関わっていると考えるのが適当であり、現時点でこれを安易に一般化することは危険であるように思われる。たとえば、本件のような財産管理システムの採られていない民間工事の前払請負代金にまで射程が及ぶと考えるのは、なお困難とみるべきではあるまいか。

〔本件の評釈など〕

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72頁

新井誠・判評519号28頁（判時1776号200頁）

宮川不可止「公共工事の前払金保証制度における前払金専用口座の法的性格」金法1627号42頁

道垣内弘人「最近信託法判例批評8」金法1598号44頁

同「（時の判例）最判平成14・1・17」法学教室263号198頁

兩宮孝子（最判平成14・1・17）判例評論525号（判時1794号）199頁

佐久間毅・ジュリスト1246号（平成14年度重要判例解説）73頁

中村也寸志（時の判例）・ジュリスト1229号61頁

同（最高裁判所判例解説）・法費時報55巻8号2297頁

岩藤美智子・金融法務事情50巻29号13頁

金融庁HP：杉浦＝徐「信託の成立要件をめぐる一考察—最判平成14・1・17を起点として」

〔注〕

- 1 能見善久・現代信託法（有斐閣2004）10頁以下は、「信託を契約類型の一つとして位置づけるのは狭すぎる」として、信託の使われ方のモデルを遺言信託のような「信託＝財産処分型」モデル、土地信託や企業年金信託のような「信託＝契約型」モデル、集合投資スキームや債権流動化スキームのように制度としての信託を構築する「信託＝制度型」モデルが存在するとし、その共通した基本的要素として、信託目的・信託財産・受託者・受益者の存在を指摘する。

ちなみに、「信託」による財産帰属の在り方も一様でなく、例えば、ドイツ法上の「信託（Treuhand）」は、英米法上の「信託（trust）」とは相当に様相を異にしており、trustは、受益者と受託者との間に財産権が分属する形となるが（受託者はコモン・ロー上の所有者、受益者はエクイティ上の所有者）、Treuhandは受託者への単一の帰属を考える点で日本の信託法上の信託に近いように見受けられる。また、いわゆる「信託行為（fiduzialisches Rechtsgeschäft）」もまた、相手方に経済的目的をこえる権利を与えて、その目的の範囲内でのみその権利を行使すべき義務を負わせる債権的行為であって、譲渡担保や隠れた取立委任裏書きなどを説明するために用いられるに過ぎない（ローマのfiduciaに由来する「ローマ法的信託理論」）。物権と債権を峻別した大陸法においては、財産権の「分属」ということは、財産法体系そのものを崩壊させる危険をはらんでいるからである。

なお、本稿は、原則として「民事信託」を念頭に置くものであるが、「商事信託」の場合には民事信託とはかなり異なった要請が作用しており、財産の移転や委託者の意思的要素は後退し、むしろ何らかの商事性を有するアレンジメントの管理・実行任務を引き受ける受託者と当該アレンジメントの実質的出演者・利益享受者が受託者となる場合が多い。財産に関する消極的な管理・処分以上に、その運用に重心が移行しているといえよう。商事信託については、神田秀樹「商事信託に関する法制のあり方」ジュリスト1164号19頁（1999、10）など参照。

- 2 最判平成15年2月21日については、角紀代憲・判タ1128号83頁、鶴藤倫道・判評1815号176頁、今井克典・法教276号88頁、雨宮啓・金判1168号2頁、御膳隆裕・銀法622号10頁、中原建夫・銀法622号4頁、田爪浩信・保険学雑誌583号128頁、潮見佳男「損保代理店の保険料保管専用口座と預金債権の帰属(上・下) 金法1685号43頁、弥永真生「取戻権の対象一代理店が收受した保険料が専用口座に保管された場合の預金債権」ジュリスト995号107頁などの研究がある。
- 3 預金者の認定と信託法理については、とくに、天野佳洋「預金者の認定と信託法理(上・中・下) 銀法622号14頁、623号46頁、625号30頁、渡辺博己「専用普通預金口座の預金者と」預金者破綻時の預金の帰属」金法1690号67頁、道垣内弘人「最近信託法判例批評(1)~(9)」金法1591号40頁、1592号19頁、1593号18頁、1594号69頁、1595号46頁、1596号70頁、1597号66頁、1598号42頁、1600号81頁など参照。
- 4 最判平成15年6月12日については、宮川不可上「弁護士預り金の専用預金口座の法的性格」金法1678号47頁、出原睦夫「弁護士の依頼者からの預り金口座の預金とその帰属」金法1662号4頁、高岡信男「弁護士預り金口座取扱いの実務」金法1686号47頁。
- 5 わが国の信託法の立法過程に関しては、山田昭・信託立法過程の研究(頸草書房、昭和56年)、同編・日本立法資料全集2信託法・信託業法(信山社、平成3年)のほか、金城秀樹「わが国の信託法における信託の概念」札幌法学15巻1号17頁以下(2003)参照。
- 6 「信託」の概念については、大村敦志「遺言の解釈と信託」財団法人トラスト60・実定信託法研究ノート(1996)37頁、道垣内弘人「信託の設定または信託の存在認定」道垣内=大村=滝沢編・信託取引と民法法理(有斐閣、2003)1頁以下所収(道垣内①)、道垣内弘人・信託法理と私法体系(1996)(道垣内②)、参照。
- 7 今日では、マンションの管理の適正化の推進に関する法律7条、同法施行規則87条2項によって、マンション管理業者は修繕積立金などの金銭を自己の財産および他の管理組合の財産と分離し、管理組合等を名義人とする口座で管理すべきことを規定する。

他人のために預けられた預金の  
帰属法理と信託構成について

—最高裁平成15年6月12日判決  
（民集57巻6号563頁）を素材として—

川 副 加 奈

# 目次

- I はじめに
- II 事案の概要と裁判の経過
- III 検討
  - 1 問題の所在（預金債権の帰属に関する2つの視点）
  - 2 預金者の認定に関する問題
  - 3 専用普通預金の帰属に関する従来の裁判例
  - 4 判決の論理構造
  - 5 本判決における預金帰属者の判断基準としての考慮要件
  - 6 信託財産としての可能性
    - (1) 信託法理の意義
    - (2) 信託関係と捉えることが可能な事案類型
    - (3) 信託が成立するための要件
  - 7 判旨の評価
  - 8 本判決の射程
- IV 残された課題 —結びにかえて—

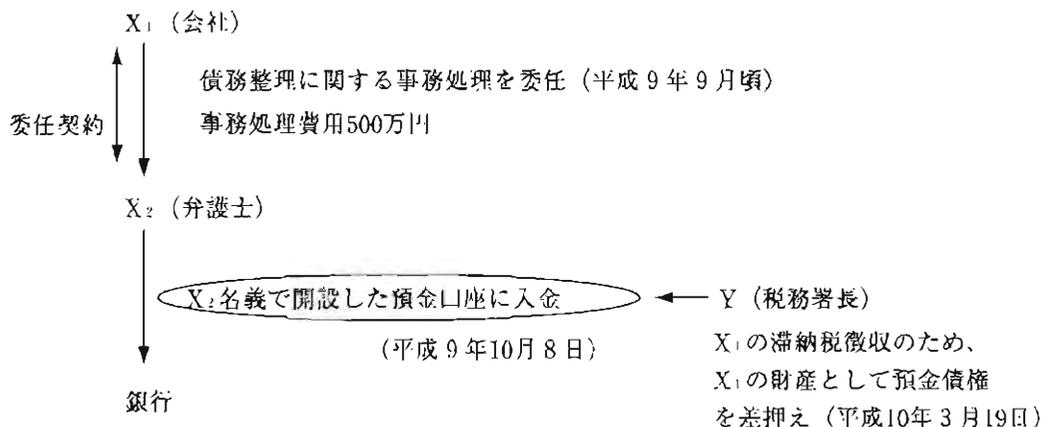
## I はじめに

近時、預金の帰属をめぐる最高裁判例が複数出ているが、そこにおける預金者認定法理には、その枠組みを、従来のそれ以外にも求めようとする傾向が一つの特色として看取される。そこで、本稿では、【最高裁平成15年6月12日判決（民集57巻6号563頁）】（以下、本件とする）を素材として、以下の2つの点について、若干の検討を行うこととしたい。一つは、本判決で用いられた預金者認定法理を分析し、従来の枠組みとの関係を検討すること、そして今一つは、本件法律関係を信託として構成する可能性を検討することである（信託に関する詳細な検討は、河上論文に委ねることとし、本稿では、その対象を最高裁平成15年6月12日判決に限定することを予めお断りしておきたい）。では、さっそく、事案の概要から見ていくことにする。

## II 事案の概要と裁判の経過

【事実】弁護士X<sub>2</sub>（原告、控訴人、上告人）は、平成9年9月頃、委任者X<sub>1</sub>から債務整理事務の委任を受け、これに関する事務処理委任契約（本件委任契約）を締結した。同年10月8日、X<sub>2</sub>は自己名義の口座（本件口座）を開設し、X<sub>1</sub>から預った500万円を入金、本件口座の預金通帳及び届出印は、当初よりX<sub>2</sub>が管理していた。その後本件口座には、株式の代金20万円（同年12月22日）や、役員報酬に対する市民税、所得税に相当する13万2000円（平成10年2月27日）が振込まれた他、X<sub>2</sub>の依頼により、X<sub>1</sub>が所有する不動産及び動産の売却代金、X<sub>1</sub>の売掛金及び請負代金等が振込まれた。また、本件口座からは、X<sub>1</sub>の債権者に対する配当金及びその振込手数料、X<sub>1</sub>の従業員の給料、社会保険料、税金等が出金されている。ところで、X<sub>1</sub>は消費税等を滞納しており、平成10年3月19日、税務署長YがX<sub>1</sub>に対する租税債権に基づき、本件預金債権を差押え、これにより、X<sub>1</sub>とYの間で、預金の帰属が争われたのが本件事案である。X<sub>1</sub>らは、本件預金債権は、X<sub>1</sub>に帰属するのではなく、X<sub>2</sub>に帰属するものであるから、本件差押えは滞納者（X<sub>1</sub>）の財産でないものに対してされたものであり、違法であると主張したのに対し、Yは、本件預金債

権は、 $X_2$ の出捐によるものではなく、 $X_1$ の出捐によるものであるから $X_1$ に帰属すると主張した〔法律関係図参照〕。



第一審（宮崎地裁平成11年6月25日）は、「……当該預金（本件預金）の出捐者、すなわち当該預金に係る資産の現実の抛出者は原告会社（ $X_1$ ）であると認められるから、本件預金債権は、原告会社（ $X_1$ ）に帰属すると認めるのが相当である」として $X_2$ の請求を棄却した。

$X$ らの控訴に対し、原審（福岡高裁宮崎支判平成13年7月13日）は、「任意整理を受任した弁護士は、その前払費用として委任者から弁済資金を受領したとしても（民法649条）、委任者の債務の弁済を委任者の代理人として行うことが委任の目的であって、その目的以外に同弁護士がその弁済資金を自由に処分できるものではなく（その資金を任意整理事務の趣旨に反し自己の財産とすることはできない。）、善良なる管理者の注意義務をもって同弁済資金を管理し（民法644条）、委任契約が解約されたときはその返還義務を負うものである。前記事実関係（本件事実関係）と任意整理目的の委任契約の内容を考慮すると、本件預金は控訴人会社（ $X_1$ ）の預金とする意思で、控訴人宮田（ $X_2$ ）を使者・代理人として預金契約をしたと認めるのが相当であり、本件預金債権は $X_1$ に帰属すると言ふべきである。 $X_2$ は「……控訴人会社（ $X_1$ ）のために本件預金を管理・保管したと言ふべきであって、委任者たる控訴人会社（ $X_1$ ）の弁済資金が控訴人宮田（ $X_2$ ）の所有となると解することはできない。」として、一審判決の大部分を引用し、控訴を棄却した。

そこで、 $X$ らが、（1）多重債務者を悪質業者の取立てから保護するために、負債処理に必要な金員の管理権を弁護士に帰属させるべきである点、（2）前払費用自体を受任者に帰属させることによって、受任者が預金すると、その出捐者は受任者となる点、（3）弁

護士が依頼人から費用の前払いとして受領した金銭の所有権は、弁護士に帰属するのであり（金銭所有権概念）、弁護士は、受領した金銭と同額の金員を返還すべき義務を負うに過ぎない点等を主張し上告した。

【判旨】「上告人X<sub>2</sub>は、上告会社X<sub>1</sub>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、上告人X<sub>2</sub>名義の本件口座を開設して、これを入金し、以後……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。……そうすると、本件においては、上記500万円は、上告人X<sub>2</sub>が上告会社X<sub>1</sub>から交付を受けた時点において、上告人X<sub>2</sub>に帰属するものとなったのであり、本件口座は、上告人X<sub>2</sub>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、上告人X<sub>2</sub>が自己の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、上告人X<sub>2</sub>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、上告人X<sub>2</sub>の銀行に対する債権であると認めるのが相当である。」として、原判決を破棄し、第一審判決を取消して、本件差押えを取消した（なお、本件第一審及び原審においては、本案前の争点として、X<sub>1</sub>に差押え取消を求める法律上の利益があるか否かが掲げられているが、本稿では、この点に関する判断の適否については触れない）。

### Ⅲ 検討

#### 1 問題の所在（預金債権の帰属に関する2つの視点）

本判決は、一瞥したところ、従来の預金者の認定に関する問題の延長線上にあるかに見えるが、実際には、異なる性質の二つ問題を内包している。一つは、最高裁平成15年2月21日判決（民集5巻2号95頁）に関して潮見教授が指摘されているように、「預金者が誰であるか」という契約当事者（預金者確定）レベルの問題であり、今一つは「当該預金債権が誰の責任財産に属するか」という責任財産レベルのそれである<sup>1</sup>。本件においては、補足意見という形で信託構成採用の可能性が示唆されており、責任財産レベルの問題も意識されていると言える。そこで、本稿においては、先ず、預金者確定レベルの視点からの検討を行い、次に、責任財産レベルの視点、すなわち本件預金債権の信託財産としての可能性についての検討を行うこととする。

#### 2 預金者の認定に関する問題

周知のように、預金の帰属者認定に関しては、学説上、客観説、主観説、折衷説などが唱えられている。初期においては、金銭の所有権は原則として占有とともに移転するという金銭所有権概念<sup>2</sup>や、法律行為理論において表示を尊重する考えを根拠として、現実の預入行為者ないし預金名義人を預金者とする主観説が有力に主張された<sup>3</sup>。他方で、無記名定期預金（昭和63年3月以降、新規の受入は廃止されている）に関する最高裁昭和32年12月19日判決（民集11巻13号2278頁）を嚆矢として、「出捐者」をもって預金者とする客観説が採用され、以後、複数の最高裁判例によって踏襲され<sup>4</sup>、確立した判例とされている。無記名定期預金において確立されたこの理は、その後、記名式定期預金に関しても採用されている<sup>5</sup>。これは、無記名定期預金については、その制度趣旨からして、客観説を採用する必然性があった（つまり、税法上の「実質所得者課税の原則」に基づく租税実務との調和を保つ必要があった）という、いわば特殊な要請下において構築された理論を記名式預金にも拡大適用してきた結果でもある。このような流れと軌を一にして、学説においても次

第に客観説が多数説を形成するに至った<sup>6</sup>。

このように判例法理としては客観説で確定しているが、その対象はもっぱら定期預金であり、本件のような普通預金の場合に、同様の考え方を維持し得るかが問題となるが、そもそも、本件のようないわゆる「専用口座」に関しては、振込金の原資の出捐者もしくは帰属先が特定しているという性格を有するため<sup>7</sup>、預金者の認定に際して両タイプの預金を区別する必要性の有無それ自体についても一個の問題であり、一般の議論における定期預金と普通預金の対立枠組とは別個に検討すべきと解することも許されるのではないだろうか。

### 3 専用普通預金口座の預金の帰属に関する従来の裁判例

専用普通預金口座の預金の帰属が問題となる場合として、本件のような弁護士預り金タイプの他に、以下の類型を指摘することができる<sup>8</sup>。

第一は、損害保険代理店が収受した損害保険料を損害保険会社に引渡すまでの間、「損害保険会社 代理店 損害保険代理店 (A代理店 B)」名義で専用普通預金口座に保管していたケースであり、客観説に依拠して、預金を損害保険会社に帰属させている<sup>9</sup>が、後に最高裁によって覆された<sup>10</sup>。

第二は、マンションの区分所有者又は管理組合から収受した当該マンションの修繕積立金等がマンション管理会社名義の専用普通預金口座に保管されていたケースであり、客観説に立ち、区分所有者又は管理組合に帰属すると判断している<sup>11</sup>。

以上を要するに、専用普通預金口座の預金者認定に関する下級審の判断には客観説に拠る傾向が看取されるところであるが、必ずしも統一的な判断基準があるとは言えない状況である。流動性を有するという性格上、普通預金への客観説の適用は困難であることは既に指摘されており<sup>12</sup>、本件は、先頃出た【最高裁平成15年2月21日判決（民集57巻2号95頁）】（以下、平成15年2月事案とする<sup>13</sup>）による普通預金の帰属に関する最高裁として初の判断に続く2例目であるとともに、弁護士預り金口座の預金債権の帰属については初の最高裁判決である。

なお、平成15年2月事案は、保険契約者から収受した保険料のみを保管する目的で損保代理店が開設した普通預金口座の預金債権が、損保会社と損保代理店のいずれに帰属する

かが争点となった事案である。普通預金口座の開設及び預金の目的が他者（損保会社）への交付である点で、本件のそれが他人の事務処理のためであった点と事案の類似性を有する。また、専用口座に分別管理し、預金者に対しては、依頼者との関係で口座管理に一定の制約が課されている点も類似している。さらに、両事案とも原審においては客観説に立ち、委任者を出捐者とし、委任者を預金者と認定しているのに対し（本件ではX<sub>1</sub>会社、平成15年2月事案では損保会社）、最高裁では、受任者が預金原資に対する法律上の支配を有する点に根拠を求め、受任者（本件ではX<sub>2</sub>会社、平成15年2月事案では損保代理店）を預金者と認定した点で、共通点を有するものと解される（但し、金銭所有権理論の援用の有無においては違いがあるが、ここでは、同理論自体もまた検討すべき課題の1つであることを指摘するにとどめる）。

#### 4 判決の論理構造

本判決の原審と最高裁の判断構造を分解してみると、両判決ともに、交付された金銭が民法649条に言う「前払費用」である点は一致しているが、「前払費用」の性格決定においてその判断を大きく異にしている。すなわち、原審においては、「本件預金は、控訴人会社（X<sub>1</sub>）の出捐により、控訴人会社の預金とする意思で、控訴人宮田（X<sub>2</sub>）を使者・代理人として預金契約を締結したと認めるのが相当」であるとし、本件預金はX<sub>1</sub>会社に帰属し、差押えは有効である、と判断している。これに対して、最高裁は、「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」とした上で、斯かる金銭を「自己の名義（X<sub>2</sub>）で開設し、その後も自ら管理していたのであるから…（本件）預金契約を締結したのは、上告人宮田（X<sub>2</sub>）であり、……上告人宮田の銀行に対する債権であると認めるのが相当」であるゆえに、差押えは無効である、と判断している。これを敷衍するに、最高裁の判断は、X<sub>1</sub>会社がX<sub>2</sub>に対して金銭交付を行った「意思」と「趣旨」、すなわち、当該金銭が交付後どのように管理されるかを認識した上で（＝「意思」）、任意整理を目的として（＝「趣旨」）交付した点を重視した帰結であると考えられる。「金銭交付の意思」は後述する信託構成の適否及び「出捐」の捉え方にも影響を及ぼしたと思われるが、ここでは伏線を張るにとどめる。

一般に「委任」における事務処理費用の前払として受任者に交付された金員の帰属は、金銭所有権理論により、常に現実の受領者である受任者に帰属するものとなり、受任者は、これと同額の金銭を委任者に支払うべき義務があるに過ぎないと解されており<sup>1)</sup>、最高裁の考え方は、この通説に合致するものである。

原審は、預金債権の帰属判断は客観説に拠ることを明示しているが（民集57巻6号591頁）、最高裁は客観説や主観説の観点、あるいはその対立に直接触れることなく、まず、金銭が受任弁護士（X<sub>2</sub>）に帰属するとした上で、預金者が誰であるかを導いているものと思われる。

## 5 本判決における預金帰属者の判断基準としての考慮要件

本判決は、その結論を導くにあたって、①X<sub>2</sub>がX<sub>1</sub>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ており、②口座開設に際して預け入れられた金銭（500万円）は、民法649条に言う前払費用に当たり、X<sub>2</sub>がX<sub>1</sub>から交付を受けた時点においてX<sub>2</sub>に帰属し、③X<sub>2</sub>が口座を開設し、以後、預金通帳及び届出印を管理し、預金の出し入れを行い、④預金口座の名義がX<sub>2</sub>である点を考慮要件として掲げている。

判文を読む限り、預金者認定のメルクマールを本件は必ずしも明確にしているわけではないが、上記の考慮要件のうち、②はおそらく客観説の観点、④は主観説の観点と親和的であろう。しかしながら、注意すべきは、「出捐」の捉え方である。従来、客観説において唱えられた「出捐」が意味するところ自体、必ずしも判然としなかったきらいはあるものの<sup>2)</sup>、少なくとも、そこでいう「出捐」とは「預金原資を拠出すること」であり、金銭所有権の帰属にかかわらず、経済的・実質的帰属者としての把握がなされていた。本件の原審はまさにこのように「出捐」を解し、委任者たるX<sub>1</sub>を預金者と認定している。ところが、最高裁の「出捐」の捉え方には、預金原資の「法律上の帰属と支配」が前提となっており、法律上X<sub>2</sub>に帰属し支配権を有するがゆえに、その者が「出捐」した預金はX<sub>2</sub>に帰属するというわけである。こうして見てみると、本判決は、その論理構造上、至極当然の判断をしていると言えるだろう。したがって、本件の場合、客観説・主観説の対立構造のみを考察視角とするよりはむしろ、「預金債権の帰属と支配」言い換えると、委任関係における前払費用の交付及びそれに連動する受任者への権利移転という法律効果が重要なポイント

となっていると考えられる<sup>16)</sup>。

## 6 信託財産としての可能性

### (1) 信託法理の意義

本判決はその補足意見において、信託構成の可能性が示唆されており、責任財産レベルの預金債権の帰属法理の視点に基づき、この点についても触れておく必要があるだろう。

翻って、先に、預金者認定法理としては客観説が定着・確立していると述べたが、同説が唯一の拠り所とされてきたわけではなく、むしろ、それより早い段階においては、信託構成が採用されていた裁判例が存在していたことは注目に値する<sup>17)</sup>。つまり、客観説にはこのような信託的構成を凌駕する要因があり、結果として、客観説が通説・判例の地位を獲得したのである。その要因としては、信託構成の場合、「財産権の移転」が要求されるため、無記名定期預金の場合はこの点がハードルとなり立ちほだかったと推測される他、滞納処分による差押えの免脱や、強制執行の免脱目的で援用される可能性がある点を指摘することができる。

しかし、それでもなお、「預金が信託的に帰属している」という処理が求められる場合がある<sup>18)</sup>。それは、例えば、まさに本件のように、「B名義」でなされた預金があるが、それは実質的には、BではなくAの利益を意図して行われているという場合である。

この場合、信託構成を採ると（本件の法律構成に倣って、ここでは、預金名義人Bを「受託者」、Aを「委託者兼受益者」預金債権を「信託財産」と構成する。ただし、これが考える得る唯一の当事者関係ではないが、本稿ではこの点については触れない<sup>19)</sup>）、財産権（信託財産）が、委託者から受託者へと移転するものの、受託者は自由に処分することができず、信託目的に拘束されることになる。したがって、本判決の補足意見が指摘する通り、「会社の資産は、弁護士に移転する（信託法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）……」ることになる。また、本件との関係では、受託者の分別管理義務規定がある（信託法28条）。このような処理法は、受託した金銭を隔離することができ、結果として、受益者の保護を図ることができるメリットを有している。こうして、ここに、受託者に「帰属」はしているが、使用目的が制限さ

れ、その責任財産を構成しない、いわば「宙に浮いた財産」が生まれる（「信託は財産の安全地帯である」と称されるのも、まさに信託のこの点を比喩したものである）。つまり、「信託とは、所有者でない者に所有者と同様の物権的救済を認めるという法理<sup>26</sup>」なのである。

## （２）信託関係と捉えることが可能な事案類型

直接に信託の成立が争われた、公共工事前払い金が請負業者名義の専用普通預金口座に保管されていた事案である最高裁平成14年1月17日判決（後掲）と同様に、他人のために金銭を預りそれを保管していた事案としては、専用普通預金口座の預金の帰属に関する裁判例として指摘の通り、④損害保険代理店が収受した損害保険料を損害保険会社に引き渡すまでの間専用普通口座で保管していた事案、⑥マンションの区分所有者やマンション管理組合から収受した修繕積立金等がマンション管理会社名義の専用普通預金口座に保管されていた事案、そして、本稿の素材となった③弁護士預り金の事案、などいくつか見受けられる。ただし、これらは、直接信託の成立が争われたわけではなく、預金者が誰であるかが争われたものであるが、信託的要素を含むという共通点を見出すことができる。

さて、それぞれの類型の信託関係としての可能性についてであるが、先ず、③に関しては、信託によって説明することが可能な法律関係であることに対する異論はほとんどないようである<sup>27</sup>。次に、⑥に関しては、信託成立に肯定的な見解がある一方、これを否定的に解する高裁判決が存する。最後に、④に関しては、信託成立に肯定的な見解と否定的なそれとが存する<sup>28</sup>。

ここで、信託の成立を認めた事案として耳目を集めている公共工事前払保証金制度に基づく請負人名義の専用口座に関する前掲【最高裁平成14年1月17日判決（民集56巻1号20頁）】（以下、平成14年1月事案とする）について簡単に見ておこう。

この事案は、公共工事請負業者・乙が地方公共団体・甲から公共工事を請け負い、保証事業会社Y<sub>1</sub>の保証の下、前払い金を受領し、それを乙名義の普通預金口座に預け入れた。その後、乙が破産し（破産に先立って本件請負契約は解除されている）、破産管財人XとY<sub>1</sub>との間で本件預金の帰属が争われた事案である。Xは、本件預金は破産財団に帰属するとして、本件前払い金に対する優先権を主張、他方、Y<sub>1</sub>は、本件預金債権は、甲を委託者兼受益者とし、乙を受託者とする信託契約が成立しており、乙が破産しても信託財産で

ある本件預金債権は破産財団に帰属することはないと主張した。1審・原審ともにXの請求を棄却し、Xが上告した。最高裁は、本件前払い金について、信託契約の成立を認め、乙が預け入れていた口座の預金債権は、信託財産となり、乙が破産しても破産財団に組み込まれることはない旨判示してXの上告を棄却した。本判決は、信託法16条を受託者が破産した場合に類推適用することで、信託財産を受託者の倒産リスクから切り離す機能を有するものと解される。

以上を要するに、結局のところ、いずれの場合にも、信託の成立を認めるか否かは、信託の成立要件を満たしているか否かにかかってくるわけである。そこで、以下では、信託が成立していると認められるための要件は一体何なのか？という観点から若干の整理を行う。

### (3) 信託が成立するための要件

信託の成立要件としては、最低限、信託法1条を満たす必要がある（つまり、①財産の移転、②一定の目的に従った管理処分）。平成14年1月事案の場合、当事者の意思を補う第3番目の要件として、③分別管理義務の存在、が指摘されている<sup>29</sup>。

以上を本件について見るに、①財産権の移転については、委任者から弁護士に前払費用が交付されており、②債務整理事務の費用に充てるために金銭を管理することが信託目的となり、③本件預り金口座は、弁護士会の規定により、弁護士自らの金銭とは分別管理すべきとされており、信託構成を採用することに支障のない事案であると考えられる。また、委託者のための信託である点に着目すると、本件は、かねてから指摘のある通り、信託構成に相応しい事案であると言える。平成14年1月判決と同様の機能を、本件のような場合にも実現し得ることを本判決は示しているのだろう。さらに、信託構成の採用はまた、多重債務者を保護する目的にも適うものであり、(「信託」という言葉こそ用いていないが、恐らくは実質的信託であるとの見方に立ちながらも)最高裁が信託構成の可能性を示唆するにとどめたのは、単に、当事者から主張立証がないことに加え、本件が受託者たる弁護士が破綻した事例ではなかったからではなく、むしろ、一定の管理義務が課されている弁護士という職務上の特性をも考慮してのことだった（つまり、敢えて信託構成を用いる必要がなかった）のではないだろうか。信託契約の成立を認めた平成14年1月判決において明確にされることのなかった信託成立のための要件は、本判決においても依然として、し

こりを残している。これは、終局的には「信託設定の意思」要件の捉え方の問題に帰着することになるが、この点については、大別すると意思必要説と意思不要説がそれぞれ主張されており<sup>24</sup>、学説上一致をみていない。信託設定の意思表示を要件とすることなく信託の成立を認めた平成14年1月判決に対しては、擬制信託を認めたとする見解<sup>25</sup>や、客観的に見て信託関係と認め得る場合には信託の成立を認めて良いとする見解<sup>26</sup>、「分別管理義務」の存在をもって当事者の信託設定の意思を補充しようとする見解<sup>27</sup>など、その評価は様々である。本判決の論理構造の特徴を、先に指摘したように、X<sub>1</sub>会社がX<sub>2</sub>に対して金銭交付を行った「意思」と「趣旨」に求めることが肯定されるとの前提に立つならば、X<sub>1</sub>会社が自ら交付した金銭の管理方法、つまり、X<sub>2</sub>により分別管理されることを認識していたことでもって信託設定意思に置換され得るものとする。この論理は、通達等によって地方公共団体が前払い保証金の保管システムを認識していた平成14年1月判決とも整合性を保つことが可能である上に、損保代理店に対して自らが支払った保険料の保管方法など保険契約者が知る由もない平成15年2月事案においては信託への言及がなかったことに対しても説得的である<sup>28</sup>。ちなみに、「弁護士預り金」に関しては、依頼者との間で預り金に関する紛争を未然に防ぐべく、各弁護士会単位で規定が設けられている<sup>29</sup>。規定の文言の違いはあるが、①弁護士自身の金銭と区別して保管すること及び②その保管方法は金融機関の口座に入金の上行うことが規定の骨子とされている<sup>30</sup>。

## 7 判旨の評価

結論から言うと、本判決は、客観説の枠組みを完全には捨てていないものと考えられる<sup>31</sup>。その根拠としては、「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、委任者に帰属するものとなる」として、「帰属点」を一度押さえており、預金原資の帰属者を意識した最高裁の姿勢がうかがわれるからである。もっとも本件の場合、「出捐」の捉え方如何により、考慮要件の④（預金口座名義がX<sub>2</sub>である）から、主観説に接近しているとの見方もあり得ようが、判文から、受任事件に関して弁護士が委任者たる依頼人から金銭の交付を受けると、その時点で弁護士に帰属すると解されるため、仮に、本件のように口座が弁護士単独名義でない場合であっても、結論の違いは生じないものと思われる

(但し、代理人であることを明示する口座名義の場合には、代理の効果として本人に帰属させるべきであろう<sup>42</sup>)。このことは、最高裁が預金者認定のメルクマールを「預金原資の法律上の帰属と支配」に集約し、かつ、そこに根本を求めた表れであると言えるだろう。とは言うものの、判文を見る限り、本判決が言うところの「支配管理」や「帰属」の意味するところは、用語上、若干微妙であるとの諍りを受ける可能性は否定できない。つまり、本来、X<sub>2</sub>の社会一般との関係における問題と、X<sub>1</sub>との関係におけるそれとは次元が異なるのであるが、判文の用語法からは、この点を明確に区別する意図があったか否かを読み取ることは困難である。

客観説・主観説の対立構造の観点からは、主観説は、一般契約理論にも逆らわないが、客観説は、預金契約を一般契約理論と区別しているとの批判を免れない<sup>43</sup>。この点を本件について見ると、X<sub>2</sub>は、自らに交付されることによって自らに帰属した金銭を、自ら当事者になろうという意思の下で預金契約を締結しているのであるから、一般契約理論にも矛盾することなく、むしろ親和的である。したがって、本判決に対して、客観説の枠組み内にあるとの評価を与えても、これまで客観説に対して投げかけられてきた一般契約理論との矛盾は生じない。また、弁護士預り金の性格を考慮し、入金自体の趣旨を考慮要素として媒介させ、実質的に誰に利益が帰属するのかを判断し、さらにその主体（委任者たるX<sub>1</sub>会社）をいかにして保護するかに着目した本判決は結論としても妥当であると考えられる。そして、既に指摘したように、通常、委任者または第三者の利益のためになされ、受任者が受領した金銭は、金銭所有権理論により、常に現実の受領者である受任者に帰属するものとなり、受任者は、これと同額の金銭を委任者に支払うべき義務があるに過ぎないと解される委任に関する一般的な理解<sup>44</sup>に照らしても、その評価に変わりはない。本判決は、客観説・主観説といった従来の議論枠組みにのみとらわれることなく、むしろ、本件において「出捐」は、唯一絶対の要素ではないが、しかし依然として、考慮要素のうちの一つであると位置づけ、相互補完的な考慮要素として、前払費用としての預り金の性格をも介在させて判断したものであると評価する。いずれにしても、このように「現実の支配と管理」から「出捐」を捉えた本判決は、客観説に修正を加えたとも見ることができ、今後、客観説そのものにも影響を及ぼすことが予想される。

## 8 本判決の射程

本件は、銀行もしくは出捐者のいずれを保護するかという観点の事案とは異なっている。つまり、これまで預金者の認定が問題となってきた場面は、一般に、預金者であると銀行が把握している者と、預金債権を主張する者とに齟齬をきたすという銀行の利害に関わる場合であったが、本件は、金銭の提供者に対して滞納処分としての差押えをした税務当局と金銭の提供者（X<sub>1</sub>）及び金銭を受領して委任事務処理を行っていた預金名義人（X<sub>2</sub>）との間の争いであり、事案の類型が異なる。本件においては、X<sub>1</sub>とX<sub>2</sub>の内部関係（委任）をも重視されている点は大きな特徴であり、さらに、それが社会的使命を負うとともに、専門家として高度の善管注意義務を負う弁護士との間でなされた委任関係である点は看過できないだろう。つまり、弁護士は専門家として高度な注意義務を負うわけであり、教えて信託構成をとる必要がないため、安んじて前払い費用と構成したと考えることができるのである。最終的には、民法649条の解釈論にも帰着するとも言えるこの点は、判文上、考慮要件としての前記4要件（①～④）を認定した上での判断であることに表れており、射程は限定的に、狭く解すべきであると考ええる。つまり、本判決の補足意見が信託構成を示唆するにとどめ、本件預金を信託財産ではなく、前払費用としたのも、上記の特性を有する上に、一定の管理義務が課されている弁護士との委任関係である点を重視したからに他ならず、他の一般的な委任関係については本件の射程の及ぶところではないと考えられる。

なお、可能性としては本件を租税の特殊性という観点から捉える余地もある。差押と相殺に関しては、戦前の有力説を覆して、租税であっても特別視しない旨の判決がなされているが<sup>35</sup>租税の地位に鑑みて、差押えを誰が行うかによって預金の帰属先が変わる可能性は否定できず、また、政策的にこれを区別して把握することも可能である。この点については、別途、検討する必要があるが、本判決の示した思考枠組それ自体は、預金の帰属が争われる他類型の事案にも、それが、他人（委任者）のために受任者が預金債権という形で金銭を分別管理する場合には重要なメルクマールとなり得る示唆的な要素を含んでいると言えよう。

#### IV 残された課題 —結びにかえて—

第一に、預金者認定法理の帰趨についてである。これに関しては、従来の判例・学説の流れを汲んで、預金の種類（講学上の対立構造に倣うと、定期預金と普通預金など）を峻別すべきか否かという問題が残されている。両タイプの預金を比較すると、確かに、流動性の有無に違いがあり、普通預金に関しては、出捐を異にする入金があった場合<sup>46</sup>、出捐者が誰であるかという点に根拠を求める客観説の採用は困難である。従来の判決において示された「出捐者（すなわち、経済的・実質的帰属者）」に基づいて客観説を把握する場合、両タイプの預金を峻別することに一定の意義が見出されるが、本件のように、「出捐」を「法律上の帰属と支配」から捉え、さらに、弁護士預り金に基づく契約性質決定論に拠り所を求める場合には区別する実益は乏しいように思われる。さらに、いわゆる「専用普通預金口座」に関しては、「純然たる普通預金口座」としての性格に乏しいのではないかと、より具体的には、定期預金に類似したものであるとの評価を与えた上で、斯かる観点から改めて考察する必要があるものと考えられる。

したがって、今後は、従来のように、主観説・客観説の対立枠組みにおいてのみ預金者認定を論じるのではなく、本判決で見られたように多様な考慮要素を総合的に判断して預金者を認定してゆく方向へと傾くのではないだろうか。その具体的な内容については今後の裁判例の蓄積が待たれるところである。例えば、地裁判決ではあるが、普通預金口座の帰属に関する青森地判平成16年8月10日（金融・商事判例1206号53頁）は、誰が出捐者かという観点だけではなく、口座開設の意図、開設者、口座名義人、口座管理人などの複数の考慮要素を総合的に判断して結論を導いている。この事案の結論は、そのような複数の考慮要素の総合的判断によってのみ導きうるものではなく、客観説に拠っても可能であったと推測されることに鑑みても、預金者認定法理として地歩を固めたかに見えた主観説・客観説といった従来の判断枠組みから、当事者の内部関係の考慮、ひいては契約の性質決定へと、歩みを新たに行っていることの表れであると思われる。なお、本判決後、弁護士が依頼人から受任した業務にかかる預り金の帰属に関して、客観説に立つことを明示した上で、本件と同様に弁護士に帰属するものと判断した裁判例（東京高判平成15年7月9日（金融法務事情1682号168頁）；「弁護士X Y預り口」名義の事案）が出ており、依然と

して、裁判所は客観説の視点を没却していないものと考えられる。

第二に、金銭所有権理論についてである。本判決においては、結果的には金銭所有権理論に合致しているが、同理論を用いることなく結論を導いている。これに対し、平成15年2月事案においては、同理論が用いられているが、根拠の一つとしているにすぎず（同判決が掲げる他の根拠としては、①口座開設者が損保代理店である点、②口座開設に係る代理権授与を行っていない点、③口座管理者が損保代理店であった点）、その位置付けはむしろ消極的とも解される。同理論の援用に関わらず同一の結論に帰着する本件の場合、敢えて同理論に拠る必要がなかったと解すべきであろうが、同理論に対しては、最判昭和49年9月26日（民集28巻6号243頁）を受けた反対学説が唱えられており、今後、金銭所有権理論がいかなる帰趨を辿るかという点もまた残された課題の一つであろう<sup>37</sup>。

第三に、信託構成採用の適否についてである。信託成立の要件を緩和する方向へと近時の判例が傾いているのは恐らく否定し得ない事実であるが<sup>38</sup>、そもそも、大陸法系の我が国に、不可侵財産の創出を許す英米法系の信託法の発想を持ち込むことが果たして妥当であるかという根源的な問題が解決されないままの状態である点については今後検討の余地がある。処理の方法として信託の成立を認めることが妥当な場面が存するのは確かであるが、そこには、結果の妥当性を求めて信託的に解する途が選択される側面があるようにも見受けられる。また、本稿で対象とした事案は、いずれも預金に関するものであったため、直接的に、民法の規定との抵触を検討する必要性は生じなかった。しかし、信託制度の利用が拡大する傾向にある中においては、例えば、扶養目的の信託の場合には、民法の相続制度との関係が問題となるのは必至であり<sup>39</sup>、本稿の検討対象以外にも、信託制度が克服しなければならない問題は多いと言わざるを得ない。

なお、本件において、例えば、債務者たるX<sub>1</sub>会社が自らの債務免脱を意図して信託構成が指向される場合については、債権者として講じ得る手段が皆無なわけではなく、民法上は、債権者による委任者の契約解除権の代位行使（民法423条）や詐害行為取消権（民法424条）が想定される。さらに民法424条に関しては、これに一部修正をかける形で信託法上も委託者の債権者を保護すべく、詐害信託取消権を認め（信託法12条1項）、詐害的信託行為に対する介入権を債権者に付与している。また、私的整理を終了させるべく法定の倒産手続き（破産など）を申し立てる道もある（破産法18条）。但し、判文には「X<sub>2</sub>がX<sub>1</sub>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」とあるので、詐

害行為取消ができないことが暗に包含されていると考えられる。

このように、本件が投げかけた論点は預金者認定の問題にとどまらず、信託構成の可能性、さらに、本稿では触れなかったが、税法上の観点からの問題にも及ぶものであり、残された課題も含め、今後の動向が注目される。

〔本件の評釈など〕

石毛和夫・銀行法務21・630号42頁

呂藤美智子「他人のために所持する金銭を原資とする専用口座預金」NBL785号42頁

内田貴・佐藤政達・NBL808号14頁、同809号18頁

大橋寛明「時の判例」ジュリスト1262号141頁

尾島明「預金の帰属—古くて新しい問題—」金融・商事判例1170号1頁

片山直也・金融法務事情1716号11頁

阪口彰洋「預金債権の帰属」金融・商事判例1211号10頁

佐藤秀勝・横浜国際経済法学13巻2号159頁

須田晟雄「判例研究」北海学園大学法学研究40巻2号221頁

角田美穂子・法学セミナー589号123頁

中倉寛樹・私法判例リマックス29（2004・下）22頁以下

萩野豊・TKC税研情報12巻6号56頁

馬場潤「他人のために預け入れられた預金の預金者」銀行法務21・638号34頁

安永正昭・民商法雑誌130巻4・5号232頁

渡邊博己「専用普通預金・口座預金の帰属—問題解決への2つのアプローチ—」

京都学問法学2004年第1号・29頁以下

〔注〕

- 1 潮見佳男「損害保険代理店の保険料保管専用口座と預金債権の帰属（上）（下）—契約当事者レベルでの帰属法理と責任財産レベルでの帰属法理—」金融法務事情1683号39頁以下、1685号43頁以下参照。
- 2 我妻栄『債権各論（中巻二）』（岩波書店、1962年）734頁参照。
- 3 斎藤睦馬・金融法務事情464号6頁、田中誠二『新版銀行取引法（再全訂版）』（経済法令研究会、1979年）91頁など。
- 4 最判昭和35年3月8日（金融法務事情244号4頁）、最判昭和40年10月22日（金融法務事情427号6頁、最判昭和40年12月10日（金融法務事情433頁9頁、最判昭和48年3月27日（民集27巻2号376頁））。
- 5 最判昭和52年8月9日（民集31巻4号742頁）、最判昭和53年2月28日（金融法務事情855号27頁）、最判昭和53年5月1日（金融法務事情861号33頁）、最判昭和57年3月30日（金融法務事情922号38頁）、最判昭和57年4月2日（金融法務事情966号67頁）。
- 6 預金者の認定に関しては多数の文献があるが、平出慶道「預金者の認定と預金の払戻し」鈴木祿弥（ほか）（編）『金融取引法大系2』（有斐閣、1983年）所収88頁、吉原省三・金融法務事情690号19頁、高木多喜男「預金者の認定」『銀行取引法講座（上）』（金融財政事情研究会、1976年）所収151頁など参照。

- 7 中田裕康＝道垣内弘人『金融取引と民法法理』（有斐閣、2000年）139頁参照。
- 8 「専用口座」の法的意義については、青山善充＝小川万理絵「債権流動化におけるサービサー・リスクについて」金融研究15巻2号45頁以下参照。
- 9 東京地判昭和63年3月29日（金融法務事情1220号30頁）、東京地判昭和63年7月27日（金融法務事情122号34頁）。
- 10 最一小判平成15年2月21日（民集57巻2号95頁）。
- 11 東京高判平成12年12月14日（金融法務事情1621号33頁）。このタイプに関しては、藤瀬裕司「マンション管理会社・管理組合の預金の帰属と金融取引上の留意点」金融法務事情1555号37頁、篠原みち子「マンション管理組合預金の実務」金融法務事情1686号53頁参照。
- 12 森田宏樹「誤振込取引の法的構造—「誤振込」事例の再検討—」中田裕康＝道垣内弘人『金融取引と民法法理』（有斐閣、2000年）所収138頁、角紀代恵「損害保険代理店が保険料保管のために開設した専用口座の預金債権の帰属」判例タイムズ1128号83頁以下、雨宮啓「損害保険代理店専用口座預金者の認定について」銀行法務21・549号21頁など。
- 13 この事案に関する研究としては、潮見・前掲注（1）、角・前掲注（12）、雨宮・前掲注（12）のほか、例えば、甘利公人・判例評論540号201頁、石毛和夫・銀行法務21・623号66頁、今井克典・法学教室276号88頁、田爪浩信・保険学雑誌583号128頁、中原建夫「預金の帰属をめぐる金融取引上の諸問題—最高裁平成15年2月21日判決の実務への影響—」銀行法務21・622号4頁、御田隆裕「損害保険会社からみた平成15年2月21日判決に関する実務対応」銀行法務21・622号10頁、弥永真生「取戻権の対象—代理店が収受した保険料が専用口座に保管された場合の預金債権」ジュリスト995号107頁など。
- 14 幾代通＝広中俊雄（編）「新版 注釈民法（16）」241頁参照。
- 15 例えば、一方で、東京高判平成15年7月9日（金融法務事情1682号168頁）の原審である東京地判平成14年3月15日（金融法務事情1657号34頁）（刑事事件の弁護士が100円を出捐して弁護士名義の口座を開設し、その後、滞納者から7700万円が当該口座に振り込まれ、弁護士名義預金の帰属が争われた事案）では、振り込まれた7700万円は、弁護士費用の着手金の支払いと委任事務処理費用の前払いとしてであるから弁護士に帰属し、弁護士自身が100円を「出捐」して開設した口座に振り込まれたから弁護士に帰属すると判断。他方で、東京高判平成11年8月31日（金融法務事情1558号24頁）は、当該預金の原資である管理費等は、管理会社がマンション区分所有者から徴収して保管しているものであり、管理を行うべき管理組合に帰属するものであるから、当該預金の「出捐者」は区分所有者全員であり、その預金者は区分所有者の団体である管理組合である、と判断。出捐者の捉え方は必ずしも一致していないことがうかがわれる。
- 16 秦光昭「預金者の認定と客観説の行方」金融法務事情1681号4頁以下は、本件における原審と最高裁の「出捐」の捉え方に着目し、その差異を指摘するとともに、本件のような「出捐」の捉え方をするのであれば、むしろ、預金原資の帰属点ではなく、タイレクトに、契約解釈によって解決すべきだったとする。
- 17 例えば、最三小判昭和29年11月16日（判時41号11頁）では、客観説ではなく信託構成を採用して

いる。

- 18 金融法務研究会『預金の帰属』（2003年）9頁以下参照。
- 19 つまり、これ以外にも、Bを「委託者」、預金先銀行を「受託者」、銀行が管理する金銭を「信託財産」と構成する余地もある。これについては、金融法務研究会・前掲注（18）11頁以下参照。
- 20 道垣内弘人『信託法理と私法体系』（有斐閣、1996年）217-218頁。
- 21 従前から信託構成に格好の法律関係であると言われてきた。能見善久「信託の現代的機能と信託法理」ジュリスト1164号16頁、天野佳洋「預金者の認定と信託法理（中）」銀行法務21・623号49頁も信託構成での把握が十分可能であると指摘する。
- 22 ④、⑤については、金融法務研究会『預金の帰属』（2003年）9頁以下16-18頁、渡辺博己「専用普通預金口座の預金者と預金者破綻時の預金の帰属」金融法務事情1690号67頁以下72-73頁に詳しい。
- 23 道垣内弘人・法学教壇263号198頁。
- 24 意思必要説としては、道垣内弘人「最近信託法判例批評（9）」金融法務事情1600号84頁、意思不要説としては、新井誠「信託法」（有斐閣、2002年）124頁。
- 25 雨宮孝子・判例評論525号199頁。
- 26 亀井洋一・銀行法務21・593号72頁。
- 27 道垣内・前掲注（23）。
- 28 なお、本件を含め、信託構成については、道垣内弘人＝大村敦志＝滝沢昌彦（編）『信託取引と民法法理』（有斐閣、2003年）1-25頁、天野佳洋「預金者の認定と信託法理（上）・（中）・（下）」銀行法務21・622号14頁以下、623号46頁以下、625号30頁以下、宮川不可止「弁護士預り金の専用預金口座の法的性格—委任、委託、信託譲渡の関係分析を手がかりに—」金融法務事情1678号47頁以下参照。
- 29 田原陸夫「弁護士の依頼者からの預り金口座の預金とその帰属」金融法務事情1662号4頁以下参照。
- 30 高岡信男「弁護士預り金口座取扱いの実務」金融法務事情1686号47頁以下参照。
- 31 本件における預金債権帰属の認定法理については、客観説の枠組みを捨てたと評価するものや（例えば、升田純「預金帰属の主観説、客観説、折衷説—二つの最高裁判例の検討と今後の動向—」金融法務事情1686号32頁以下）、客観説の枠組みを完全に捨て去ったわけではない、客観説の延長線上にある、あるいは客観説の立場と整合的であると評価するもの（例えば、道垣内弘人ほか「座談会・預金の帰属をめぐる最新判例と実務対応」金融法務事情1686号9頁以下、渡辺隆生「預金の帰属に関する2つの最高裁判決と銀行実務」金融法務事情1686号41頁以下、岩藤美智子「他人のために所持する金銭の原資とする専用口座預金—預金者の認定と預金者の責任財産への預金債権の帰属」NBL785号48頁）など、多様な見方が示され、議論はやや混迷の様相を呈している。この点については、中倉寛樹・私法判例リマークス29号（2004・下）23頁参照。
- 32 例えば、最判平成15年7月26日（金融法務事情1685号53頁）は、「A代理人X」名義の預金はAに帰属すると判断している。

- 33 例えば、安永正昭「預金者の確定と契約法理」石川喜久夫・西原道雄・高木多喜男先生還暦記念論文集『金融法の課題と展望（下）』（日本評論社、1990年）所収161頁以下175頁、升田純「預金の帰属をめぐる裁判例の変遷」金融法務事情1555号21頁以下参照。
- 34 幾代＝広中・前掲注（14）。
- 35 嚆矢となった事案として、最判昭和27年5月6日（民集6巻5号518頁）。
- 36 東京高判平成7年3月29日（金融法務事情1424号43頁）〔普通預金口座に出捐者が異なる入金があった場合の預金者の認定が争われた事案〕普通預金においては、預け入れられた金額は既存残高と合計された一個の債権としての扱いを受け、個々の預入金毎に格別の預金債権が成立するのではなく、一個の包括的な契約が成立しているものと見るべきとの通説的見解に立ち、「普通預金契約においては、口座開設当初の預金者がその後の預入金についても預金者となるといわざるをえない」旨を判示。
- 37 金銭所有権理論に関しては、能見善久「金銭の法律上の地位」星野英一（編）『民法講座 別巻1』（有斐閣、1990）所収101頁以下、加藤雅信『新民法大系Ⅱ物権法（第2版）』（有斐閣、2005年）262頁以下など参照。
- 38 杉浦宣彦＝徐熙錫「信託の成立要件をめぐる一考察 ―最一小判平14・1・17を基点として―」金融庁ホームページ参照。
- 39 信託制度が民法に与える影響について述べたものとして、能見善久「信託と物権法定主義―信託と民法の交錯」西原道雄先斗古稀記念『現代民事法学の理論（上）』（信山社、2001年）所収29頁以下。

信託と相続法の相克  
—とくに遺留分を中心にして—

水 野 紀 子

# 目 次

- I 大陸法体系と信託
  - II 相続法における公序と信託との衝突
    - (1) 従来の日本相続法学の傾向
    - (2) 最高裁判例に見る遺留分の意義
  - III 相続法の公序を破る手段としての信託法への期待
    - (1) 学説にみられる期待
    - (2) 判例にみられる信託という性質設定
  - IV フランス国際私法における信託の扱い
    - (1) 信託法の公序
    - (2) フランス国際私法における信託の扱い
- さいごに

## I 大陸法体系と信託

「メイトランドはギールケに、全力を尽くして、トラストとは何かを説明した。しかしこの偉大なドイツの法律家は『さっぱりわからなかった』と告白した。ここにメイトランドは、誇りをもって、次のような信念を持つにいたった。トラストこそ法の歴史へのイギリスの最大の貢献である。民法法学者たちは二つの法理論を作り上げてきた。トラストはイギリス法の特徴と緊密に結びついた産物であるから『翻訳』は不可能な領域である。いずれにせよトラストの特性は民法典の国々に導入することは不可能なものである、と。』。ギールケですら理解不能であったとすると、ましてしがたい日本の民法学者である私が信託制度をなかなか理解できないのも無理はないと自嘲したくなるこの文章は、マウリツイオ・ルポイ『トラストの比較法研究』と題された本からの引用である。この本は、このように大陸法の民法をもつ国には翻訳不可能であるといわれたトラスト制度も、やがて1984年のハーグ条約によって相互に翻訳されて国際私法的な調整が可能となったし、民法典をもつ国においてもトラストを自国法のもとで形成できる国がでてきたことを紹介する。日本についても3頁を費やして紹介し、投資目的の信託制度は「民法体系との対立はさげられなかったが、理論的なものにとどまってきた。なぜなら日本のトラストは日常生活でまったく用いられてこなかったからである。ファミリー・トラストは存在しないし、また絶対的な優先権が与えられたのは、投資目的であって、従って一般に短期のものである<sup>2)</sup>」としている。

民法をはじめ大陸法系の法体系をもつわが国において、信託とそれらの法体系との間の相克は、問題にならないのだろうか。大陸法型の民法典国であると同時に信託法をもっている我が国では、法体系的に言えばこの両者の両立は難しいはずであるが、マウリツイオ・ルポイが紹介するように、信託の実際は信託銀行が業として行うものにほとんど限られていたので、これまで民法との衝突はあまり実際問題になってこなかった。しかし彼が言うように、はたして「理論的」には、民法体系との対立が問題になってきたのだろうか。もちろん大陸法系の法体系と信託との間に相克が存在するという問題そのものは、あまりにも自明であり、新しい問題意識ではない。四宮和夫『信託法』はしがきにある「水に浮かぶ油」という有名な表現に代表されるように、指摘されてすでに久しい。しかしその相克

を実際にどのように克服するのかという議論は、実は学説においても十分には論じられてこなかったのではないだろうか。

外国法研究が得意で豊富なわが国の法学界では、信託法の研究には、一定の蓄積がある。ギールケですら理解不能であった信託法を、日本語文献で紹介する業績は、枚挙にいとまがない。アメリカ法の信託、イギリス法の信託それぞれについて、歴史的な紹介もなされてきた。それらの学説には、大陸法体系に信託法が立法された事実を、単純に信託法が特別法として民法などの体系と別個に成立すると理解し、英米信託法を紹介して日本法の信託の解釈論に導入して足りるとする姿勢を示すものも少なくないが、さらに進んで、道垣内弘人『信託法理と私法体系<sup>3)</sup>』のように従来の民法の法的な仕組みと信託法の仕組みを対比する高度な研究も達成されている。しかしあくまでもそれは両者の機能的な「対比」研究であって、両者の存在がそもそも相互に「両立」可能なのか、矛盾や相克はないのか、矛盾があったときにそれをどのように解消するのか、という視点からの研究は、あまりみうけられないように思われる。たしかに『信託法理と私法体系』も物権的救済手段肯定の「副作用<sup>4)</sup>」について記述するが、そこでの分析は、大陸法体系の救済手段と信託法の救済手段との「類似性」の検討の周到さとは比較にならない付言にすぎない。また機能的な類似性があることと、信託法理と大陸法との相克・矛盾を乗り越えることとは、論理的には直結しない。

そのような研究があまり行われなかった一つの理由は、これから信託法を立法するのならともかく、すでに日本の現行法として民法と同時に信託法が存在することであろう。後発的にせよ、信託法がわが国の私法体系に組み入れられた以上は、それを『水の上に浮かぶ油のように異質的な存在である』<sup>5)</sup>ととらえるのは妥当でない<sup>6)</sup>といわれるように、日本法は、そもそも全体が寄せ木細工のような存在である。私法領域だけにおいても、寄せ木細工であることはいなめない。信託法が存在して信託実務が行われているほかにも、商法の議論も英米法化している。公法であるとはいえ、民法との関係で論じられることの多くなった憲法も周知のように英米法の視点から議論されている。他方では、民法典は大陸法であり、民法の研究者はドイツ法やフランス法の議論を研究して、民法を私法の一般法として解釈する。また日本人の固有の法意識があちこちでもととの母法を修正する<sup>6)</sup>。そのような寄せ木細工の法社会において、大陸法の体系の立場に立ってその相互間の相克について問題にするのは、ある種の硬直な大陸法原理主義(?)ともいべき体系至上の考え

方であると批判されるかもしれない。

しかし少なくとも寄せ木細工であるとはいえ、一国の法制度であるのだから、どのように寄せ木を組み合わせて矛盾なく適用できるように解釈するのかは、説明できなければならぬであろう。まして民法を私人間の諸利益調整の基本法として位置づけるのであれば、これまでの諸利益・諸価値の調和を達成している民法体系に整合的に、信託法の位置づけを考えなくてはならない。このような問題意識は『信託法理と私法体系』においてもすでにモチーフとして自覚されていたものであった。「わが国の私法体系上に、それが沿革的には異質の要素を含むものであっても、信託法は厳として存在している。そのような私法体系を前にしたとき、それを異質なものを含むモザイク的な体系としてとらえることも一つの道である。しかし、現存する法規範の体系化・論理化を法学の重要な目的の一つと考えるとき、われわれは信託を含む私法体系を矛盾のない整合的な規範体系・論理体系としてとらえる努力をすべきではないか」、と。しかし危惧されるのは、この両者を矛盾なく解釈しようとしたときに、両立し得ない概念を矛盾なく立論するために、どちらに譲歩させるかということである。もし信託が厳として存在することを理由に民法体系が無原則的に崩されることになったとしたら、その波及効果は想像の及ばない悪影響をもたらす危険がある。極端に言えば、信託が立法されたことによって、民法はその意義を失ったと解する解釈もありうるのである。とりわけ民法が存在することの意義と果実が十分には根付いていないわが国では、その危険はフランス社会の比ではないであろう。

それぞれの社会は、さまざまな要素が複雑系に関連しあって動いている。ある国の制度を導入する際に、その制度が前提としている条件をすべて備えることはもちろんあり得ない。同時に明治時代に法制度を継受して日本が法治国家となったように、制度を導入することは必要な改革であることはいままでもないから、われわれにできることは、制度の導入が副作用を起こさないように、その制度が前提としている条件をできるかぎり想像してそれが果たしている機能を補えるように準備することだけである。とはいえ、もちろん完全な準備もまた、とても不可能である。明治時代の法継受は、前提となる条件が異なりすぎ、いわば法体系のない社会に一から作り出すものであったから、かえってそれなりに新しい制度を移植することが可能であったのだろう。しかし日本の私法体系は、民法立法から100年あまりを経てそれなりに安定して運営されてきた。立法作業が進行している信託法改正が、このような私法体系の安定にどのような副作用をもたらすのか、大きな危惧を

抱くものである。

民法そのものにおいても、母法の社会に前提となっていることが日本には欠けているために、困難が生じている問題は、少なくない。たとえば民法176条と177条が母法とは異なる条件下にあること、つまり、不動産取引や相続に公証人がかかわらないために、日本では登記が母法のような安定した力を持たないことが、実際の不動産取引に大きな問題をもたらしている<sup>1</sup>。しかし信託はより根本的に異なるものであり、物権法の領域でも、信託は、所有権の排他性・絶対性、一物一権性と信託との衝突に関連するものである。信託は、一物にそれぞれ独立した legal rights と equitable rights が二重に成立する制度を前提とする。しかし大陸法の民法は、これらの権利が二重に成立するシステムと整合しない。ただ不動産については、一元的な登記システムがあるために、現行信託法は、第三条に「登記又ハ登録スヘキ財産権ニ付テハ信託ハ其ノ登記又ハ登録ヲ為スニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ対抗スルコトヲ得ス」という規定を設けて、登記を優先しているので、この衝突がかりうじて表面化していないだけである。登記システムも英米法は大陸法とまったく異なっている。「英米法の登記制度は大陸法経諸国のそれに比べて、制度としては遅れているし非合理的な側面を残しているといえよう。それでもなお近代資本主義社会における土地取引を保障し得たのは、伝統的な私的不動産譲渡方法の存在とそれを支える専門法曹の存在（アメリカでは、さらに title insurance company や abstract company などの title 産業にかかわる企業の存在）であると考えられる<sup>2</sup>」。このような登記制度のもとで、所有権の排他性も相対化して、非常に柔軟な信託という制度があり得たのかもしれない。そしてその破綻を防ぐ対抗原理として、きわめて強力な信託法理が機能してきたのだろう。

信託がその母法においては、『信頼』とそれに応える『誠実』が信託の基本思想<sup>3</sup>であり、「信託の経営者が求められる第3の資質は、生まれながらに備わった正直さである。行為が正直であるだけでなく心が正直であり、正直さが顔を照らし、すべての点で輝いていることである。態度や行動、言葉や表情、その他何事にも正直であるとの印象を装っている人がいる。そうした人は、正直でなければいけないと思ったり、不正直であることをおそれたり、正直に見せることが最良の策であると考えて正直であるとの印象を作っている。このような人は、信託会社のトップになるべきではない<sup>4</sup>」といわれるのは、それが担保されるなんらかの伝統の力があるのだろう。しかし大陸法体系は、必ずしも「正直」ではない人間が取引関係にはいることを前提として、しかもそれによって生じた紛争を裁く

裁判官が必ずしも「正直」の見せかけと本物を見抜けるような全能者ではなく、ただ裁判官が法の条文を適用すれば、法益が適切に守られるという構造を民法を基礎にして形成してきた。日本法は、この大陸法を受け継いでいるのであって、信託制度を設定時の自由さと便利さだけで考えては、「正直」ではない受託者が現れたときに対抗するだけの力を持たない。

信託では、受託者の財産の中に独立した財産ができ、それには債権者たちはかかっているが、受益者のみが受託者の債権者となるが、その受益者もその財産に物権を持たない。これでは、責任財産の統一性が失われることになり、法人格の延長としての責任財産という概念にも反する。信託は同一の財産に、さらに同一の責任財産の総体に、二つの権利が重複して存在することを意味し、これは legal rights と equitable rights の区別があるコンローでは可能であるが、この区別のない大陸法体系では非常に困難となる。このような観点からは、日本私法学会シンポジウムを機会に公表された横山美夏「財産：人と財産との関係から見た信託<sup>11)</sup>」が、民法の責任財産制度と信託制度の内在的矛盾について指摘し考察する業績として、特筆される。この業績は、フランス法の patrimoine 概念の理解から、誰のものでもない財産を作り出す信託は、大陸法体系への位置づけが難しいことを分析する。

フランスでは、物権法定主義、所有権の絶対性、追求効の遮断、相続法の規制などをもつ民法体系との整合性から、多数説は、フランス法と信託は両立不可能だと考える。両立不可能性が特に強調されるのは、次の2点、信託に出された財産の差し押さえ不可能性（法的に受託者に属しても個人的な債権者の責任財産とはならず、差し押さえることができない）と、設定者が課しうる財産の不可譲渡性（きわめて厳格な条件下でなければ解除できない）である。これに対して、P. Lepaulle に代表される少数説は両立可能と解し、四宮理論が参照したのはこの少数説であった。近年、大村敦志「フランス信託学説史一斑<sup>12)</sup>」によって新たに詳しく紹介されている。大村教授は、Lepaulle の少数説が Motulsky の「フランス法の下でのアングロ・サクソンの『信託』成立の法的不可能性について<sup>13)</sup>」という論文によって退けられて以来、退潮していった経緯も正確に紹介しつつ、「独立財産性」によって信託を説明しようという Lepaulle 説を、夫婦間に法人格を有する夫婦組合を概念したカルボニエの夫婦財産論と対比して評価し、フランスの最近の学説にもみられる「先駆的形態」と位置づける。しかしこのような大づかみの概念構成の類似性によって、信託

と大陸法体系の相克は、説明可能なものだろうか。法人やカルボニエの夫婦財産が「独立財産性」をもつからといって、私人の意思のみで簡単に「独立財産性」を設定できる信託とは、根本的に異なるのではないだろうか。

上記の大村教授の論文も認めるように、フランス法の通説的見解は、フランス法と信託の異質性、両立不可能性を認めている。フランス法において信託がどのように評価されているのか、その一例として、2003年に出版された『法文化辞典』をみてみよう。この辞典の「信託」の項（Denis TALLON による）は、フランス法と信託の関係について、次のように解説している<sup>14</sup>。「責任財産の単一性の原則への違反と、責任財産が法人格の延長であるという概念への違反がある。『便利な金融手段』として考えられ、租税当局から不信の日で見られているので、信託はまだ我々の法では自立した制度として認められていない。まだなにか攪乱要因として見られている。信託（trust）は、同じ財産かあるいは同じ財産全体へのふたつの権利の重複を前提としている。コモンロー体系では、この異なる権利の重複が、legal rights と equitable rights の区別という事実から可能となっている。このような区別がないところでそれを実現するのは遙かにずっと困難である。見つけられた代替物で、ローマ法から蘇生された信託的譲渡（fiducie）は、信託（trust）のすべての機能を満たすことはできないはずであり、大陸法体系の中にその位置を見つけることは困難である。一方で信託（trust）は、責任財産と法人格の伝統的な理論を混乱させることは確かである。その元々の文脈を離れてモデルを流通させようとしても、ここで技術的な障壁にぶつかってしまう。」「たしかにトラストはとても便利かもしれない。しかしフランスの法体系と矛盾なく両立するのは難しい。信託は、コモンロー体系の特徴と結びついたものであるからである。トラストを実現するために必要な技術的手段をもたないので、フランス法に従ってトラストを構成するのが不可能なことは明らかである。トラストは、一つの同じ物の上に独立した二つの権利を重ねて成立させることを前提とする。legal rights と equitable rights、この区別に当たるものはフランス法には全くない。この重複は、たしかに用益権者と（用益権の負担のある）所有権者との関係を思わせる。しかし受益権者は、物権を持たない。フランス法のように組織化された法においては、信託の多面性と同一ものはあり得ない。そうであったからこそ、信託の準拠法とその承認に関する1985年7月1日のハーグ条約が、任意信託に限定した上で、委託者が選んだ法をトラストに適用し、それがなくなるときには、信託ともっとも密接な関連を有する法を適用することとして、その手がかりと

なる特徴のリストを提示する、という非常に複雑なシステムをとったのである。さらに、デブサージュも認められている。最後に、このようにして決められた法が、トラスト制度か、問題となったトラストのカテゴリーを知らない場合には、条約は適用されない。したがって、条約の適用範囲は、大変限られたものになるのである。さらにそもそもフランスはこの条約を批准していない。そこで、フランスはこの異質な制度に直面してなんとかやっけていかなくてはならない。フランス法のカテゴリに同一視できるものをさがすことになる。しかしこの同一視できるものは、近似するものを探すしかない。そこで、委任、遺言執行、負担付き贈与、間接贈与、代理、信託的継伝処分などについて述べる判例がある。ぴったりのものがないので、いつでもいわば間に合わせ仕事である。しかし裁判官はそのトラストがフランスにおける公序則にふれるかどうかを検証しなくてはならない。とりわけ相続領域において公序則への抵触があり得る。無償譲与の受益者の決定ではないか、禁じられた継伝処分か、将来の相続に関する契約ではないか」。

このような相続法の視点は、従来、あまり紹介されてこなかった。そしてフランス法は信託との両立可能性を認めない多数説も、認める少数説も、相続法の公序性による信託の制限については、一致して認めていた。本稿は、主としてこの問題について検討するものである。フランス法においては、国際私法の領域でしか生じない「異質な制度に直面して何とかやっけていく」苦勞であるが、日本法では同じ法体系の中に民法と信託法という異質な両者の調整を図らなくてはならないという一層の難問を抱え込んでいる。信託法の改正によって、民事信託の領域が拡張されるとすると、少なくとも相続における公序則との調整は、あらかじめ立法的に解決しておく必要があるであろう。

## II 相続法における公序と信託との衝突

### (1) 従来の日本相続法学の傾向

わが国の相続法学は、民法の他領域に比べて「幼いままの状態」(伊藤昌司教授)にとどまっている。この民法学の状況について、もう少し伊藤教授の痛烈な表現力を借りてみたい。「概ねのところでは、わが国の民法学は依然として総則学に留まっていて、契約の

各論や相続・遺言の領域に属する議論への関心は、大学に籍を置く研究者の間ではきわめて薄く、これらの領域の議論は実務界の論客たちのかなり粗っぽい議論に席卷されているという印象さえある。つまり、この一〇八年間に輩出した民法学研究者の多くは、総則・法律行為論ほどには相続や遺言の法には目を注がず、相続編までの民法全編を通覧した末に総則を論じたのではなかったのである。民法の研究者たちは、先ずは総則で頭を固め、大半はそこで終わるか、あるいはせいぜい総則編から債権編までのいわゆる財産法部分にまで視野を広げたところで理論を仕上げる。そして、第四編や第五編は、どのみち民法の付けたりに過ぎないのだから、いわゆる財産法の常識があれば何とでも対応できると考える。中川善之助によって別世界に囲い込まれた親族法に敬遠気味の民法学者たちも、相続法なんぞは所詮財産法の延長にすぎないと考えるので、総則編ないし財産法一般の議論の中で作り上げた先入観や図式に当てはめて相続法の規定を解釈する。もしそういう『常識』に合わない相続の議論があるなら、それはきっと間違っているのである。たとえば、意思表示・法律行為の自由、契約の自由のコロラリーとしては、遺言の自由こそが当然であり、それを制限する議論は根本的におかしいのである。しかし私は、民法学がこのように幼い状態のままではいけないと思う<sup>15)</sup>。

この痛烈な表現に共感するかどうかはともかくとして、伊藤教授の言うように、相続法の研究業績の蓄積があまりにも少なかったことは、おそらく誰にも否定できないであろう。そしてそのことを理由として、民法の相続法自体の中に盛り込まれている、「被相続人の意思の尊重」以外の法益保護の数々を汲み上げることができない解釈論や立法論が行われる。

政治的な情勢に流されたためかあわただしく立法された平成11年の遺言法改正は、その一例であった。嚙唾者が公正証書遺言を利用できるようにする改正であったが、公正証書遺言を利用できないという不便を遺言をする時点でのみ判断してはならない。遺言制度の面倒な要式性の要求は、遺言者を守るためのものでもあるからである。遺言は、それがたしかに遺言者の意思によるものであることを死者の証言によって確かめることはできないから、厳格な要式性をもたせることによって遺言者の意思であることを確保する制度である。しかし遺言時に「できる」ことがただ肯定的に重視され、遺言が実行されるときの問題は十分に考えられなかった<sup>16)</sup>。

また要式が保たれていれば、遺言が無条件に肯定されるものでもない。まず高齡の遺言

者自身の意思決定が大変危ういものである。これについても、伊藤教授の表現力を借りることにしよう。「日本経済の高度成長期に高率の雇用と高額報酬に恵まれてかつての他のいかなる世代よりも多くの資産を形成した人々がいまや高齢者の厚い層を形成していて、彼らの財産管理能力が低下するのにつけこんで財産を狙う手合いが、これから大いに勇み立ち、悪知恵をしぼるに違いないのであるから、遺言と銘打った文書でさえあれば単純に死者の意思であると信じ込むほど愚かなことはない。そして他方では、どのような個人にも、本人や近親者に対し、金融業者が仕掛けるカード決済の誘惑、高利で高リスクの取引への勧誘、詐欺まがいの商品販売や詐欺そのもの、健康食品を装う麻薬の罠などが、チラシ広告や通信販売や電話やEメールに乗って手を伸ばしてくる。現代社会においては、堅実で平凡に暮らしてきた個人でも、その近親者の誰かが忽ちに金策に追いつめられる可能性と危険性がつねに存在し、本人または近親者がオカルト集団や暴力団の標的になる可能性や危険性と無縁な人はいない。財産をかすめたり搾り取ったりするためには殺人・傷害・暴行・脅迫・詐欺などをさえも犯すほどの手合いが、遺言書の偽造や遺言者本人またはその近親者への直接・間接の威圧を行使する程度のこと、少しでもためらうであろうか<sup>17)</sup>」。

ここで強調されている、現在の日本の高齢者の危険な状況はいうまでもないが、それなら壮年の意思のしっかりした遺言者がした遺言ならば実現されるべきかということ、それもまた各国相続法の採用するところではない。遺言自由の原則をとっている英米法も、その後、遺言自由の弊害が大きかったため、被相続人が家族的な義務を果たさない遺言については、裁判官が大幅に修正する裁量権を立法的に与えてきた。具体的に言えば、イギリスでは、1938年まで完全な遺言の自由が認められていたが、その弊害が無視できないとして、Inheritance Family Provision Act (1938)、次いで Inheritance (Provisions for Family and Dependents) Act (1975) による制限が加えられるようになった。アメリカでは、直系卑属は保護しない州法がほとんどであるが、未亡人には遺言からの保護を与えるのが大勢である。遺留分を持つ大陸法は、それによって遺言自由へ制限を加えていることはいうまでもない。

日本相続法の母法であるフランス相続法は、とりわけ強力な遺留分を設計している。フランス民法立法当時のフランスでは、被相続人は現在のように高齢者ではなく、多くが壮年期であったから、その意思が不安定であることを危惧したためではない。むしろ被相続

人の処分の自由に対抗する法益は、法定相続人たちの間の公平が主たるものであった。そこで働いたのは、カルボニエの表現によれば「遺言の自由こそ無限の不平等」という判断であった。もちろんナポレオン法典の時代の相続法が現在までそのまま維持されているわけではなく、大幅な修正が行われてきた。しかしそれは遺言の自由の方向に拡大するものでは必ずしもなかった。もっとも顕著な変化は、配偶者相続権の拡大である。時代が移って産業構造が変わり人口が高齢化するにつれて、相続の果たす機能が、これから生きていく子供たちに生活の資を与えることよりも、残った生存配偶者の老後の生活を保障するものになっていったからである。とくに最近の非嫡出子の相続分差別を撤廃したことで有名な2001年12月3日法の相続法改正（Loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001）は、配偶者相続権を一挙に強化した。とくにその強化を被相続人の意思に反しても強化したことが特筆される<sup>18</sup>。これまでも自由分を利用して配偶者相続権を法定相続分よりも拡大する被相続人の処分は実際には多かったのであるが（したがって配偶者相続権の拡大が一定範囲にとどめられていても支障がなかったのであるが）、被相続人の自由処分に頼るのではなく、強制力を持って配偶者相続権を拡大したのであった。家族生活を送ってきた被相続人の財産処分は、被相続人個人の意思に完全に自由にゆだねていいものではないという判断は、日本でももちろん共通の立法政策がとられる合理性がある。

日本の相続法および相続法学には、法定相続と自由相続との間に母法がもっていた考え方と異なる特徴がある。すなわち、遺言による自由相続について、受遺者を家族外の第三者と措定して考えて制限をかけることは必要と考えるものの、法定相続人内での均分については、制限する必要がないと考える傾向である<sup>19</sup>。Iで書いたように、日本法は寄せ木細工となっている。信託法が存在することや商法の英米法化のほかに、民法の相続法内部にも母法である大陸法と矛盾する日本独自の立法が入れ込まれている。全体として均分相続を強制するフランス法が日本相続法の母法であるが、明治民法の家督相続制度は、当然、均分相続という哲学とは対極にあるものであったし、現行民法の中にも、均分相続の概念と矛盾する制度、たとえば遺産分割基準の柔軟性、指定相続分、遺留分の放棄、寄与分などが創設されていて、相続法体系との矛盾を相続法内部でも抱え込んでいて、解釈的な難問を生じている。

日本法の伝統的発想としては、次のようなものがあつたのではないか。相続は、「家」共同体におけるシャドウワークの対価の相続による清算としてとらえられるとき正義と感

じられる。そこで均分相続体制のなかでそれを是正するために「寄与分」というどちらつかずの中途半端な立法がなされ、解釈論の混迷を招いた。また「家」共同体の私的な関係ですべてが解決されるのがよしとされ、家族員の合意による柔軟で自主的な解決が志向される。遺産分割協議の全能性は、そのような発想を基礎にしていると思われる。

立法者のみならず、判例にも均分相続概念と矛盾するものがみられる。最高裁判例は、相続させる旨の遺言を民法908条と性質決定した<sup>24</sup>が、この規定のルーツである母法の尊属分割制度は、均分相続を動かすことはできないというのが大前提であったから、均分相続を動かすことを目的とする相続させる旨の遺言にこの性質決定を行った最高裁判例も、日本の相続法の特徴を表しているものといえるだろう。ただ唯一このような日本法の特徴に反して、母法に由来する相続という権限の本来的な性質に従った最高裁判例は、相続財産に属する不動産につき遺産の分割前に単独所有権移転の登記をした共同相続人中のある者及びその者から移転の登記を受けた第三取得者に対し、他の共同相続人は自己の持ち分を登記なくして対抗しようとした最高裁昭和38年2月22日民集17巻1号235頁であるが、この原則を打ち立てたために、登記に公証人の関与がない日本法では、相続登記の信頼性が著しく低く、相続財産の取引が危うくなっているという問題が生じている<sup>25</sup>。

たしかにこのような特徴を持つ日本相続法の傾向からすると、遺留分減殺請求権は異質なものであったかもしれない。個人の財産処分の自由と残された家族の利益とを調整する遺留分というこの制度は、遺留分を侵害する遺贈や贈与を受けた者に対する意思表示により、自己の遺留分を保全するに必要な限度でこれら侵害行為の効力を失効させ、目的財産を取り戻す制度であり、長い歴史を持つ。ローマ法の不倫遺言の訴が義務分補充訴権として発展し、フランス法はこのローマ法にゲルマン的財産留保を付け加えて、遺留分 (*la réserve héréditaire*) を作り、遺留分侵害部分について処分の効力を失わせ、現物返還請求を認めるものとした。これに対して、ドイツ法は相続権とは別個の権利である義務分権として債権的構成をとった。

日本民法は、明治民法の立法者によると「減殺ノコトハ主トシテ仏蘭西民法ニ依ツテ極メタ」(法典調査会速記録202回3)とされている。フランス民法に範をとった旧民法の考え方をそのまま維持したのである。旧民法は、遺留分について次のように説明していた。まず遺留分について、民法草案獲得編理由書・1707条理由解説は、「我カ帝国ハ則チ其慣習ノ未タ久シク存セス且ツ其成文法ハ未タ曾テ存セサル封土ナリ」といい、自分たちの知

らないまったく異質な制度であることを自覚している。民法草案獲得編理由書・1721条理由解説は以下の通りである。「人トシテ其親族故旧ノ為メ贈与若クハ遺囑ヲ為スノ行為ハ固ヨリ貴重スヘキモノナリト雖モ他ノ一方ニ付テハ又之カ為メ其財産ヲ尽シテ子孫ノ生計ヲ害スルニ至ルカ如キハ法律ノ宜ク禁スヘキモノタルヘシ実ニ人ハ躬ラ生命ヲ与ヘタル子ニ生活ノ途ヲ与フヘキハ天地自然ノ義務ナリ何トナレハ人ハ造化ノ功ヲ仮リ生命ヲ与フルコトヲ得ルト雖モ其生命ヲ与ヘテ之ヲ保ツノ方法ヲ与ヘサルトキハ是レ間接ニ其与ヘタル生命ヲ絶ツモノト謂フヘキヲ以テナリ」。ここには、血族相続権を重視するフランス相続法の発想が描かれている。起草者はそのような相続権のとらえ方を理解し、さらにそれが日本人の伝統的な慣習と異質であるという認識ももっていたようである。民法草案獲得編理由書・1571条理由解説は、配偶者相続権について、次のように解説している。「我国ノ慣習ニ於ケルカ如ク死者ノ卑属親ナキトキハ他ニ血族アルニ拘ラス遺存配偶者ヲシテ直チニ相続人タラシムルトキハ其相続方法ハ只死者親愛ノ情ノ推測ノミヲ以テ相続権ノ最大無二ノ基本ト為シ死者ノ遺産ハ一家血族ノ共同タル基本ヲ除却スルモノト謂フヘシ」。フランス法が配偶者との間は夫婦財産制で処理し、相続権は基本的には血族相続人のものであるという伝統をもっていたのに対し、日本人は、夫婦財産制を知らなかったためもあるが、配偶者相続権を重視してきたという相違の認識がある。しかしここには、遺留分制度が家督相続権と衝突することへの自覚がまったくみられない。この起草者の認識は、法典調査会にもそのまま移行しており、法典調査会の議論では、いささかとんちんかんなやりとりが記録されている。ドイツ民法草案では、遺留分はかえって相続人ではない者もつ規定となっている旨の説明が富井委員によってなされたり、親が年下の子どもたちに遺せるように遺留分を減じるべきだと尾崎委員が主張したりしていた。本来は相続人間の平等を確保することに主眼があった遺留分制度を、起草者たちは、家督相続のもとで非相続人に対する遺贈を法定相続人が減殺するイメージでとらえていた。

遺留分は、ながらく実際には用いられなかった。戦前は家督相続が主であるから均分相続を修正するための遺言は不要であった。戦後改正によって均分相続となると、相続紛争が生じるのではないかと危惧されたものの、立法的には遺留分の事前放棄制度を手当てしただけで、それ以外の対処はなされなかった。しかし実際には、兄弟姉妹である共同相続人たちは、自主的に家庭裁判所で手続きをとって相続を放棄したり、遺産分割などで事実上の相続放棄をすることによって、長子相続を再現してきた。跡取りである長男が相続財

産を独占したとしても、被相続人の生前に無償労働によって家業につくしたり両親の老後をみとったりする彼の負担の対価として、また兄弟姉妹たちは家業を継がないかわりに学費や嫁入り支度などで相応の相続分を取得しているという認識が、共同相続人たちにあったからであろう。しかし高度成長経済の結果、産業構造が変化して、家業として農業に従事する世帯は減少し、都市近郊などでは不動産価格が高騰して学費や嫁入り支度とは比較にならない高額な相続財産となると、それまでのように平和裡に自主的な合意によって家督相続が再現されることは難しくなった。昭和55年の相続法改正は、配偶者相続権を拡大するとともに、寄与分を立法してこの事態に対処しようとしたが、さらに被相続人は自分の死後の相続紛争を予期し、それを避けて自分の老後を委ねる子への対価を確保する手段として、遺言を採用するようになった。こうして遺言習慣を持たない民族といわれた日本人が、遺言になじむようになる。もっとも相続紛争という場面では、遺言があればそれで決着がつくものではなく、共同相続人は遺言の効果を争うのが自然の成り行きである。そしてその遺言に対する反応として、明治民法立法者がその意義を十分に自覚しないまま立法して民法典の中に埋め込んでおいた遺留分減殺請求権が行使されることが増加した。私は以前にこのような遺留分行使を「埋め込まれていた時限爆弾<sup>22</sup>」と形容したことがあるが、遺留分が時限爆弾として爆発を始めたのである。

遺留分がいかに日本人の相続慣行になじまないものであったとしても、相続法には一貫して存在していたものである。厳しい遺留分制度をもっている民法のもとでは、遺留分算定のために遺贈や贈与の受益者を確定しなければならない。また跡継ぎ遺贈や継相続分の禁止の問題など、将来の相続への拘束が可能かどうかも議論のあるところである。遺言そのものも遺言事項は法定されていて、被相続人の意思がどのようなものであれ尊重されるというものではない。

もっともこのような相続法の制約が民法の公序として共通の認識となることは、あまりなかったように思われる。五十嵐清教授は、1961年に次のように書いていた。「わが国においても民法典制定以来ヨーロッパ諸国にならって遺留分の規定を有するのであるが、それはせいぜい一、三の学者のアカデミックな注意をひくことはあっても、現実にどれだけの機能を有しているのか疑問であり、少なくとも国民的問題となったことは一度もない<sup>23</sup>」、と。現在では、学説の議論が蓄積するより先に、埋め込まれていた時限爆弾が爆発し始め、遺留分減殺請求権行使に関する最高裁判例が続出するようになった。学説はこれらの判例

を迫りかけて解説するのに忙しい観があるが、ようやく比較法的視野にたった遺留分制度の認識が一般化してきたともいえるだろう。

最高裁の態度は、一方では、相続させる旨の遺言による判例によって、相続開始時には遺言処分の自由と受遺者が一人で登記書き換えて遺言内容を既成事実化できることを広範に承認する。最高裁は、遺産分割協議書などを偽造して法定相続分と異なる登記をした相続人と取引をした第三者に対しては他の共同相続人は法定相続分の限りで登記なくとも対抗できるとする最高裁昭和38年2月23日判決民集17巻1号235頁以来、法定相続が事実上多いことに依拠して「相続と登記」に関する一連の判例を構築してきた。相続を物権変動だとしたかつての大審院判例は、民法理論上おかしなものであったから、昭和38年最高裁判例は妥当な変更であったとはいえ、不動産登記にフランスのような公証人慣行を持たないことによって、当事者が私的に行う登記の信頼性が低い日本で、相続財産の取引安全は非常に危ういものとなっている。不動産登記の信頼性の低さを民法94条2項の類推適用という超絶技巧の解釈論によって裁判官の裁量権を拡大し、ある種の信義則的解決を図ってきた最高裁判例であるが、相続においては、相続人に虚偽表示の作成にあたる行為が想定し得ないため、この領域では民法94条2項という奥の手を使えない。このような危うい状況は、遺言の指定相続分に従った登記がないときに法定相続分の登記を信頼した第三者は指定相続分に応じた持ち分しか取得できないとした最高裁平成5年7月10日家裁月報46巻5号23頁、特定の不動産を相続させる旨の遺言によって取得した者は、登記なくしてその権利を第三者に対抗できるとした最高裁平成14年月10日裁時1317号4頁などによって、一層激化している。

このように最高裁は、取引の安全も犠牲にして遺言の威力を高める一方で、以下に見るように、遺留分減殺請求では民法に規定された公平の原則を非常に重視している。最高裁は、遺留分という問題を、相続人間の公平の最後の砦としている観がある。このように遺留分に託された相続法の公序は、被相続人の財産処分の自由を日指す立場から言えば、もちろん障害物の最たるものになるだろう。

## (2) 最高裁判例に見る遺留分の意義

遺留分減殺請求権の法的性質については、減殺請求という表現を用いてはいるが、形成

権であると解するのが、判例・通説である。形成権と解した上で、減殺によって遺留分を侵害している限度で侵害行為が失効し、目的物の所有権が当然に遺留分権利者に復帰すると解する物権的形成権説<sup>25</sup>と、減殺によって失効するが、目的物の所有権は当然には遺留分権利者に復帰せず、侵害行為の相手方に目的物の返還義務を負わせるにとどまるとする債権的形成説<sup>25</sup>とに、学説は分かれる。前者の物権的形成権説が、多数説であり、判例も「遺留分権利者の減殺請求により贈与又は遺贈は遺留分を侵害する限度において失効し、受贈者又は受遺者が取得した権利は右の限度で当然に減殺請求をした遺留分権利者に帰属するものと解するのが相当」(最高裁昭和51年8月30日判決民集30巻7号768頁)としてこの立場に立つ<sup>26</sup>。

通常相手方は、侵害行為によって直接利益を受けた受遺者および受贈者、それらの者の包括承継人である。受贈者から減殺の対象となる財産を譲り受けた特定承継人は、民法1040条1項但書によって、譲渡の当時、遺留分権利者に侵害を加えることを知っていたときに限り、請求の相手方となる。つまり遺留分減殺請求が行われる前に、すでに受贈者が減殺を受けるべき贈与の目的物を他人に譲渡している場合には、遺留分権利者は、その他人に対して減殺請求して現物の返還を求めることはできないが(民法1040条1項本文)、これは取引安全のための規定なので、譲受人が譲渡の当時、遺留分権利者に損害を加えることについて悪意であったときには(民法1040条1項但書)、譲受人は保護されず、現物返還に応じなければならない<sup>27</sup>。譲受人が善意であった場合は、遺留分権利者は受遺者に対してその価額の弁償を請求し得るとどまる。そして目的物の価格算定の基準時について、最高裁平成10年3月10日判決民集52巻2号319頁は、「弁償すべき額の算定においては、遺留分権利者が減殺請求権の行使により当該遺贈の目的につき取得すべきであった権利の処分額が客観的に相当と認められるものであった場合には、その額を基準とすべきものと解するのが相当である」と判示している。

減殺請求は、遺贈ばかりではなく、贈与をも対象とする。相続人間の公平という遺留分制度の制度趣旨は、遺贈だけではなく、贈与をも射程に含めざるをえない。対象となる贈与については、民法1030条が相続開始前1年間に行われたものを原則とするが、被相続人が相続人に対して行った特別受益となる贈与がこの1年間の制限に服するかどうかについて、最高裁平成10年3月24日判決民集52巻2号433頁は、次のように判示した。「民法九〇三条一項の定める相続人に対する贈与は、右贈与が相続開始よりも相当以前にされたもの

であって、その後の時の経過に伴う社会経済事情や相続人など関係人の個人的事情の変化をも考慮するとき、減殺請求を認めることが右相続人に酷であるなどの特段の事情のない限り、民法一〇三〇条の定める要件を満たさないものであっても、遺留分減殺の対象となるものと解するのが相当である。ただし、民法九〇三条一項の定める相続人に対する贈与は、すべて民法一〇四四条、九〇三条の規定により遺留分算定の基礎となる財産に含まれるところ、右贈与のうち民法一〇三〇条の定める要件を満たさないものが遺留分減殺の対象とならないとすると、遺留分を侵害された相続人が存在するにもかかわらず、減殺の対象となるべき遺贈、贈与がないために右の者が遺留分相当額を確保できないことが起こり得るが、このことは遺留分制度の趣旨を没却するものというべきであるからである。すなわち、被相続人が相続人に対して行った特別受益に当たる贈与は、民法1030条の期間制限に服さずに減殺対象となる。

減殺の順序については、民法1033条以下により定められ、遺贈から贈与へ、後の贈与から前の贈与へ、そして遺贈や同時の贈与間では価額割合に応じた減殺が行われる。その問題についても、最高裁は最近、共同相続人に対する遺贈が対象となる場合においては、受遺者の遺留分額を超える部分のみが対象となるとする判断を明らかにした。最高裁平成10年2月26日民集52巻1号27頁は、「相続人に対する遺贈が遺留分減殺の対象となる場合においては、右遺贈の目的の価額のうち受遺者の遺留分額を超える部分のみが、民法一〇三四条にいう目的の価額に当たるものというべきである。ただし、右の場合には受遺者も遺留分を有するものであるところ、遺贈の全額が減殺の対象となるものとする減殺を受けた受遺者の遺留分が侵害されることが起こり得るが、このような結果は遺留分制度の趣旨に反すると考えられるからである。そして、特定の遺産を特定の相続人に相続させる趣旨の遺言による当該遺産の相続が遺留分減殺の対象となる場合においても、以上と同様に解すべきである」と判示した。また最高裁平成12年7月11日判決判タ1041号149頁は、各個の財産について受遺者が個別に価格弁償を行うことを認め、遺留分権利者の目的物選択権を否定している。

遺留分減殺の結果として、物権的効果が生じるとしたことから、後の手続きは、家庭裁判所の遺産分割手続きではなく、地方裁判所の管轄する共有物分割請求、目的物返還請求になると解されている。最高裁平成8年1月26日判決民集50巻1号132頁は、減殺請求をしたときに遺留分権利者に帰属する権利は、遺産分割の対象となる相続財産としての性質

を有しないとし、「特定遺贈が効力を生ずると、特定遺贈の目的とされた特定の財産は何らの行為を要せずして直ちに受遺者に帰属し、遺産分割の対象となることはなく、また、民法は、遺留分減殺請求を減殺請求をした者の遺留分を保全するに必要な限度で認め（一〇三一条）、遺留分減殺請求権を行使するか否か、これを放棄するか否かを遺留分権利者の意思にゆだね（一〇三一条、一〇四三条参照）、減殺の結果生ずる法律関係を、相続財産との関係としてではなく、請求者と受贈者、受遺者等との個別的な関係として規定する（一〇三六条、一〇三七条、一〇三九条、一〇四〇条、一〇四一条参照）など、遺留分減殺請求権行使の効果が減殺請求をした遺留分権利者と受贈者、受遺者等との関係で個別的に生ずるものとしていることがうかがえるから、特定遺贈に対して遺留分権利者が減殺請求権を行使した場合に遺留分権利者に帰属する権利は、遺産分割の対象となる相続財産としての性質を有しないと解される。そして、遺言者の財産全部についての包括遺贈は、遺贈の対象となる財産を個々の的に掲記する代わりにこれを包括的に表示する実質を有するもので、その限りで特定遺贈とその性質を異にするものではないからである。」と述べる。相続に関する管轄が、地方裁判所と家庭裁判所で分断されてしまうという構造は、母法であるフランス法にはない問題である。家庭内の紛争は私的に柔軟に解決すればよく、うまくいかない場合は調停で解決するという日本法の構造において、遺産分割は家庭内の紛争として位置づけられている。内容的には、遺留分減殺請求と遺産分割手続きは不可分のものであり、まとめて処理されなければ本来はおかしいのであるが、最高裁の判断は、遺留分減殺請求をするならば家庭裁判所の管轄を離れるとするものであった。遺留分減殺請求の結果、物権的效果を生じるという解釈から帰結する判断であるという要素がもちろんあるとはいえ、この判断の背景には、遺留分減殺という権利行使をするほど、いわば人間関係が崩壊した状態では、家庭裁判所での柔軟な解決にはなじまないという現場の感覚があったのかもしれない。物権的效果が生じるという強力な威力を持つ反面、遺留分の主張は、敷居の低い家庭裁判所における手続きでは主張できないということになり、事実上、その分だけ、権利実現には困難さを増したとはいえるだろう。

遺留分減殺請求権の強力さは、時間が経過してからも主張できる点にもある。民法1042条は、減殺の請求権は、遺留分権利者が、相続の開始および減殺すべき贈与又は遺贈があったことを知った時から1年間で時効消滅するとし、相続の開始時から10年経過したときも同様と定めている。この「知った時」については、それが減殺されるべきものである

ことを「知った時」から起算すると解するのが、通説・判例<sup>76</sup>であるが、この解釈による延長だけではたいしたことではない。時間経過後の主張という点で、それより注目すべきであるのは、贈与の時点から時間が経過してからでも主張できることである。通常、時間が十分に経過すると、取得時効という主張が、譲受人や受贈者の権利を確定する手段として、最後の砦となる。しかし遺留分減殺請求に対しては、この最後の砦も効かない。最高裁平成11年6月24日判決民集53巻5号918頁は<sup>77</sup>、次のように判示して、受贈者が取得時効を援用しても、遺留分権利者への権利の帰属が妨げられるものではないとする判断を示した。

「被相続人がした贈与が遺留分減殺の対象としての要件を満たす場合には、遺留分権利者の減殺請求により、贈与は遺留分を侵害する限度において失効し、受贈者が取得した権利は右の限度で当然に右遺留分権利者に帰属するに至るものであり（最高裁昭和四〇年（オ）第一〇八四号同四一年七月一四日第一小法廷判決・民集二〇巻六号一一八三頁、最高裁昭和五〇年（オ）第九二〇号同五一年八月三〇日第二小法廷判決・民集三〇巻七号七六八頁）、受贈者が、右贈与に基づいて目的物の占有を取得し、民法一六二条所定の期間、平穩かつ公然にこれを継続し、取得時効を援用したとしても、それによって、遺留分権利者への権利の帰属が妨げられるものではないと解するのが相当である。けだし、民法は、遺留分減殺によって法的安定が害されることに対し一定の配慮をしながら（一〇三〇条前段、一〇三五条、一〇四二条等）、遺留分減殺の対象としての要件を満たす贈与については、それが減殺請求の何年前にされたものであるかを問わず、減殺の対象となるものとしていくこと、前記のような占有を継続した受贈者が贈与の目的物を時効取得し、減殺請求によっても受贈者が取得した権利が遺留分権利者に帰属することがないとするならば、遺留分を侵害する贈与がされてから被相続人が死亡するまでに時効期間が経過した場合には、遺留分権利者は、取得時効を中断する法的手段のないまま、遺留分に相当する権利を取得できない結果となることなどにかんがみると、遺留分減殺の対象としての要件を満たす贈与の受贈者は、減殺請求がされれば、贈与から減殺請求までに時効期間が経過したとしても、自己が取得した権利が遺留分を侵害する限度で遺留分権利者に帰属することを容認すべきであるとするのが、民法の趣旨であると解されるからである」。

この強力な効力は、信託を設定する行為に適用されるとどうなるだろうか。信託設定行為は、贈与あるいは遺贈として評価されて、減殺請求の対象となるだろう。信託と性質決定されただけで、遺留分の攻撃から逃れるという解釈は、後述するように、国際的な法解

積の常識からも離れた突飛な解釈であって、とても採用できない。わが国における信託法の基本的な理解については、周知のように諸説が存在するが<sup>30</sup>、信託として行われた行為について、相続法を適用する場合には、この大陸法体系のどこにもびったり落ち着かない信託について、それぞれの場面ごとに民法の条文を適用するためにふさわしい性質を抜き出して適用を考えて対処して行かなくてはならないだろう。

誰が遺留分減殺請求権の行使の相手方となるかという観点から考えた場合、被相続人が委託者として信託設定行為をしたときに、通常は、信託財産の帰属主体として受託者が相手方となると考えられる。受託者を所有権者と考えることは、信託法15条の受託者の相続財産性の否定や同19条や22条などの受託者の責任財産性の限定等と衝突し、いつでも当てはまるわけではないが、遺留分減殺の相手方としては、受託者を帰属主体として考えざるを得ない。もし帰属主体が被相続人すなわち委託者のままであれば、信託財産そのものが全体として相続財産となるために、遺留分権行使の問題にはならない。名義人ではない受益者を相手方とすると解釈するのは、難しいかもしれない。もっとも実体には合致しているので、その必要がある場合には、可能と解する必要もあると思われる。通常は、受託者に対して遺留分権利者が減殺請求した段階で、物権的効力が生じて、信託財産は遺留分を侵害した限度で遺留分権利者の所有となる。

受託者が相続人ではなくても、受益者が相続人であって、実質的には特別受益となる利益を信託から得ている場合には、相続法の条文によっては、受益者を受贈者として、適用を考える必要がある場合も生じるだろう。たとえば、対象となる贈与については、民法1030条が相続開始前1年間に行われたものを原則とするが、被相続人が相続人に対して行った特別受益となる贈与がこの1年間の制限に服さないとした前掲・最高裁平成10年3月24日判決の趣旨からは、対象となる信託については、受託者を受贈者に準じて考えるばかりではなく、受益者を受贈者に準じて考える解釈がふさわしいように思われる。受託者と受益者は、二人とも財産に対する実体権をもっている。要するに、信託は大陸法体系が知らない所有権の分属によって特徴づけられるので、受託者か受益者のどちらかを完全な所有権者として相続法の条文を適用することはできないのである。

そして前掲・最高裁平成11年6月24日判決が示したように、信託が設定されて、たとえ長期間経過した後であったとしても、信託財産が重要な財産であればあるだけ、遺留分の攻撃を受ける可能性がある。遺留分はそれだけ強力な制度である。

最高裁は、遺留分減殺請求では民法に規定された公平の原則を非常に重視して、遺留分という問題を、相続人間の公平の最後の砦としている観がある。遺留分については立法論的には廃止意見もある制度であるが（ただし配偶者相続権については廃止すべきではないだろう）、さらに相続法の基本原則である同時存在の原則については、遺留分より否定できない民法体系を支える原理の一つであるから、最高裁が崩す可能性はまずないものと思われる。

### Ⅲ 相続法の公序を破る手段としての信託法への期待

#### （１）学説にみられる期待

最近の信託への期待は、被相続人の財産処分を信託と性質決定することによって、遺留分を潜脱することにあるようである。遺留分に限らず、相続法の公序を信託によって潜脱することを目指して民事信託への展望を語る言説は、信託法の代表的な権威、能見善久著『現代信託法』において、次のように述べられている。「現代の社会は、複雑な利害関係に対応するために、財産の処分制限を含めたハイブリッドな財産処分形態を求めているのではないだろうか。たとえば高齢者や障害者の扶養に配慮しながら、適切な財産移転を図るために、承継的ないし連続的な財産処分も必要なことがあろう（財産の所有者が信託を設定し、配偶者の生存中は配偶者のみを受益者とし、配偶者の死亡後は子を受益者とするような財産処分。あるいは、企業の経営権を適切な形で承継させる場合にも、信託の活用が考えられる）。このように、信託は、高度の洗練された形で財産を処分することを可能にし、複雑化した社会的ニーズに応えるものである<sup>21)</sup>、と。この能見善久教授による言明は、実務家にも信託の可能性を確認する根拠となっているようであり、たとえば次のような期待が述べられる。「能見教授が指摘されているように、遺言信託は後述の遺言代用の生前信託とともに、委託者の財産処分目的に利用されるが、贈与や遺贈のような単純な財産処分とは異なり、財産処分のプロセス、最終的配分方法等において財産処分者の細かな意思に従った処分を可能とするものであり、更には、高齢者・障害者の扶養、中小企業オーナーの事業承継といった現代社会のニーズに応えうるハイブリッド財産処分形態とし

て有意義な利用が考えうる<sup>31)</sup>」(天野佳洋・当時、住友信託銀行法務部長)。

しかし信託法を民事信託に拡大することによって相続法を潜脱することができると理解することは、すなわち民法の存在を否定する理解であり立法である。民法学者の一人として、とうてい賛成することはできない。では、ぎりぎりで共存を図るのだろうか。それが可能だろうか。相続法の公序と信託法との関係については、いささか無責任に信託への期待が語られる以外、学説の蓄積はまだほとんどない。

遺留分と信託に関して論じた業績としては、新井誠教授の「信託と強制相続分・遺留分を巡る問題<sup>32)</sup>」しか見つけることはできなかった。ほぼ唯一といえる貴重なこの論文は、ロンドン大学のヘイトン教授の指導を得てまとめたものとされ、全体としてイギリスで信託業を営む受託者の立場に立って、渉外的な要素を持つ信託が行われたときに遺留分権利者からの攻撃から受託者をいかに守るかという観点からさまざまな検討がなされている。それでもその検討は、以下にみるように、信託によっては大陸法国の相続法公序を崩すことはできないという前提のもとに行われているのが興味深い。

イギリスでも前述した1975年の Inheritance (Provisions for Family and Dependents) Act (1975) によって、相続人が被相続人の処分を攻撃することができる対象として、死亡前6年以内などの条件を満たす信託も含まれている。イギリスにおいても大陸法の遺留分に類似した機能を持つ1975年法は、当然のこととはいえ、信託によってそう簡単には潜脱できないことがわかる。もっともこの法律では、受託者を守るために受託者は相続人から提訴された日現在における残存価額についてだけ責任を負えばいいという保護規定が設けられている。まして遺留分規定をもつ大陸法の相続法の適用を受けている者が死亡した場合には、その者が信託を設定していたら、信託を生前贈与分として評価して返還しなくてはならない。「被相続人から信託財産として財産の移転を受けていた信託の受託者にとっては、信託事務のために費やした諸費用・諸経費や、信託の受益者に既に分配してしまっている財産や、信託財産の運用過程において生じた投資上の損失などを考慮に入れると、現に信託財産として保有している財産の価額を上回る金額の返還義務を負わされる場合も出てくることになる<sup>33)</sup>」ので、受託者の立場は一層不安定なものになる。要するに、この論文が検討するのは、渉外的に、信託法で設定された信託が、大陸法の相続法を準拠法とされたときに、どのように攻撃を受けるかということであり、そこで前提とされているのは、大陸法の相続法は公序なので、信託はそれを免れることはできないという理解である。た

例えば遺言信託については、次のように印象的な比喩が用いられる。「信託を『ロケット』に喩え、遺言信託をこのロケットの『発射装置』に喩えれば、この発射装置はつねに相続の準拠法国の相続法の制約を受けることになり、この発射装置はこの制約上認められる範囲内においてしかロケットを打ち上げることはできない」、と。従って実践的なプランニングとしては、「実務面においては信託設定者にとっての相続の準拠法となりそうな国や法域の法律に詳しい専門の弁護士の協力を得ることが不可欠である<sup>35)</sup>」という結論になる。この論文で紹介されているイギリス法のヘイトン教授の見解にあるように、遺留分は相続法の公序であるから、遺留分と信託とが衝突すると、遺留分が優先するのが国際私法の常識である。この貴重な業績の成果が十分に学界に了解されていたら、信託法を民事信託に拡大することによって相続法を潜脱することができるという解釈は、これほど簡単に通用しなかったのではないだろうか<sup>36)</sup>。

なぜわが国でだけ、信託によって相続法の公序が潜脱できると解する学説があるのだろうか。もし信託によって遺留分を潜脱できるとすると、遺言の完全な自由を認めていたために弊害があまりにも多かった1938年以前、つまり Inheritance Family Provision Act (1938) 立法以前のイギリスと同じ状況を作り出すことになる。遺留分を潜脱できると解する説は、たしかにまだ示唆の段階にすぎず、正面から論じたら、遺留分を害さないという学説のほうがはるかに多数説かもしれない。しかしそれにしても遺留分と信託の両立が可能だと解する説は、遺留分の意義を十分に理解していないのではないかと思われる。遺留分権利者は、被相続人の生前から被相続人の財産に潜在的な所有権を持っており<sup>37)</sup>、被相続人はその意味では完全に自由な財産処分権をもつことはない。家族が財と私的労働をもちよって家族メンバーの生存を相互に維持する共同体であるから、家族関係を規律する民法は、財を所有する家族メンバーに財を提供させ、また私的労働に従事する家族メンバーの保護をはかっている。相続法が、被相続人の所有する財産に依存して生活している家族メンバーの保護として遺留分をもうけているのは、その一環である。遺留分において、被相続人が自由に財産を処分する所有権者としての権利と家族の一員である義務との調整がはかられているのであり、家族としての義務は、被相続人の生前から将来の遺留分を確保するために被相続人の処分の自由を潜在的に制限しているということができよう。

## (2) 判例にみられる信託という性質決定

大陸法体系のなかに信託という異物を抱え込んでいる現行法において、この両者の両立を求めるとすれば、信託が民法を壊さないように、信託の存在とその影響を立法的に明瞭にしておく必要がある。現行信託法が従来、民法をはじめとする大陸法体系とそれほど衝突を起こさずにきたのは、信託の存在が信託銀行の関与するものに事実上限定されていたこと、また信託法3条が「登記又ハ登録スヘキ財産権ニ付テハ信託ハ其ノ登記又ハ登録ヲ為スニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ対抗スルコトヲ得ス」と定めていたことによるだろう。責任財産制度の例外となる信託財産を作るのであれば、たとえば会社を設立して法人化するように、取引社会からそれが明らかになるように、制度設計する必要があるであろう。そうではない場合に、解釈論として信託という性質決定をすることは、大陸法系の民法を基準として行われてきた社会の中に、突然、異質な予期せぬ効果を持つ制度を入れることになるので、その危険性は大きい。物権法定主義、所有権の絶対性、追求効の遮断、相続法の規制などをもつ大陸法体系の中に、突然それらの規制からすべて自由で異質な「信託」という魔法の威力を持つ性質決定が現れるのであるから。しかし信託法という立法が現存していて、それに事実上の制限が加わっていたにすぎないから、それを乗り越えて解釈論として、信託という性質決定を行う試みは、学説において主張され、ついでついに最高裁も採用することとなった。

学説の試みは、まず遺言の解釈として主張された。信託法そのものが2条において遺言信託の可能性を承認している。そして信託の意思表示は、「信託」の語を用いなくても、対象財産の確定性、目的の確定性、受益者の確定性（私益信託の場合）の要件を満たせばよいと信託法の教科書（たとえば四宮和夫『信託法<sup>36</sup>』）では記述されていた。しかしこのような遺言信託が、相続法体系との衝突をもたらすものであることは、ほとんど指摘されてこなかった<sup>39</sup>が、他方では、遺言を信託と性質決定する具体的な解釈の主張も近年まではほとんど行われなかった。

大村敦志「遺言の解釈と信託—信託法2条の適用をめぐって<sup>41</sup>」がまとめるように、主としてふたつの最高裁判例をテーマにこの解釈が提言されるようになった。まず最高裁昭和58年3月18日判決家裁月報3号143頁は、自筆証書遺言についての解釈が争われたケースである。不動産は妻に遺贈するが、被相続人が経営していた材木店を経営中は「必要付

一応其儘して」、妻の死後は弟や甥などの被相続人の血縁者が分割取得するという遺言である。判旨は、以下のようなものであった。「原審は、本件遺言書の中から第一次遺贈及び第二次遺贈の各条項のみを抽出して、「後継ぎ遺贈」という類型にあてはめ、本件遺贈の趣旨を前記のとおり解釈するにすぎない。(中略) 右遺言書の記載によれば、与作の真意とするところは、第一次遺贈の条項は被上告人に対する単純遺贈であつて、第二次遺贈の条項は与作の単なる希望を述べたにすぎないと解する余地もないではないが、本件遺言書による被上告人に対する遺贈につき遺贈の目的の一部である本件不動産の所有権を上告人らに対して移転すべき債務を被上告人に負担させた負担付遺贈であると解するか、また、上告人らに対しては、被上告人死亡時に本件不動産の所有権が被上告人に存するときには、その時点において本件不動産の所有権が上告人らに移転するとの趣旨の遺贈であると解するか、更には、被上告人は遺贈された本件不動産の処分を禁止され実質上は本件不動産に対する使用収益権を付与されたにすぎず、上告人らに対する被上告人の死亡を不確定期限とする遺贈であると解するか、の各余地も十分にありうるのである。原審としては、本件遺言書の全記載、本件遺言書作成当時の事情なども考慮して、本件遺贈の趣旨を明らかにすべきであつたといわなければならない」。ここで争われた遺言は、「後継ぎ遺贈」といわれるものであり、このケースに典型的に現れているように、生存配偶者の老後生活の基盤となることは期待しつつも、それ以降は配偶者の血縁者にわたるのではなく、自己の血縁者に承継させたいという遺言者のニーズは、少なからず存在するだろう。「後継ぎ遺贈」の可否とその限界についても論ずるべき点は多いが<sup>11</sup>、本稿では触れないこととして、この問題が大陸法体系であるからこそ存在の可否が問題になる難問であることを指摘すれば足りるだろう。被相続人の意思の自由を大陸法よりはるかに柔軟に認める英米法では、後継ぎ遺贈の難問は生じない。信託は、大陸法の相続法や物権法が課す桎梏から自由な制度だからである。

もう一件の最高裁判例は、最高裁平成5年1月19日判決民集47巻1号1頁であり、遺言者が法定相続人に取得させずすべてを公共に寄付するという自筆証書遺言をのこしたケースであった。判旨は次のように述べる。「遺言の解釈に当たっては、遺言書に表明されている遺言者の意思を尊重して合理的にその趣旨を解釈すべきであるが、可能な限りこれを有効となるように解釈することが右意思に沿うゆえんであり、そのためには、遺言書の文言を前提にしながらも、遺言者が遺言書作成に至った経緯及びその置かれた状況等を考慮

することも許されるものというべきである。このような見地から考えると、本件遺言書の文言全体の趣旨及び同遺言書作成時の実の置かれた状況からすると、同人としては、自らの遺産を上告人ら法定相続人に取得させず、これをすべて公益目的のために役立てたいという意思を有していたことが明らかなである。そして、本件遺言書において、あえて遺産を「公共に寄与する」として、遺産の帰属すべき主体を明示することなく、遺産が公共のために利用されるべき旨の文言を用いていることからすると、本件遺言は、右目的を達成することのできる団体等（原判決の挙げる国・地方公共団体をその典型とし、民法三四条に基づく公益法人あるいは特別法に基づく学校法人、社会福祉法人等をも含む。）にその遺産の全部を包括遺贈する趣旨であると解するのが相当である。また、本件遺言に先立ち、本件遺言執行者指定の遺言書を作成してこれを被上告人に託した上、本件遺言のために被上告人に再度の来宅を求めたという前示の経緯をも併せ考慮すると、本件遺言執行者指定の遺言及びこれを前提にした本件遺言は、遺言執行者に指定した被上告人に右団体等の中から受遺者として特定のものを選定することをゆだねる趣旨を含むものと解するのが相当である。このように解すれば、遺言者である実の意思に沿うことになり、受遺者の特定にも欠けるところはない。そして、前示の趣旨の本件遺言は、本件遺言執行者指定の遺言と併せれば、遺言者自らが具体的な受遺者を指定せず、その選定を遺言執行者に委託する内容を含むことになるが、遺言者にとって、このような遺言をする必要性のあることは否定できないところ、本件においては、遺産の利用目的が公益目的に限定されている上、被選定者の範囲も前記の団体等に限定され、そのいずれが受遺者として選定されても遺言者の意思と離れることはなく、したがって、選定者における選定権濫用の危険も認められないのであるから、本件遺言は、その効力を否定するいわれはないものというべきである」。

このように受遺者を選定することまで遺言執行者にゆだねる種類の遺言を、日本の相続法上、有効と見なすかどうかという問題がある。遺言者の意思をできるだけ有効とすることに傾きがちな最高裁の遺言判例について、筆者は一般的に批判的な見解をもっているが、しかしこの問題についても、ここでは触れないこととする。当然のことながら遺言を法定事項に限定して遺言で可能なことを制限するとともに、遺言執行者の権限についても相続法で規律する大陸法系の相続法の下ではじめて、この問題は、問題として成立する。信託は、このような相続法の桎梏から自由な英米法の存在であるので、もし信託と性質決定することが解釈によって可能であるならば、この種の遺言の可否は、問題としては成立しな

い。ただそのような万能の異物によって、相続法体系が破壊されるという大問題を引き起こしてしまう。

以上の二つの遺言判例を論じる場面で、いくつかの学説は、この遺言について信託という性質決定をすればよいと主張していた。ここではその代表的な見解として、大村教授の主張を取り上げよう。「1条によれば、「信託」=A「財産権ノ移転其他ノ処分ヲ為し」+B「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」となる。Aは委託者の行為（=処分行為が必要）、Bは受託者の権利義務（=信託目的に沿った管理・処分の権限を持ち義務を負う）をそれぞれ定めているわけである。以上は繰り返すまでもないことであるが、ここで大事なのは、ある行為ないし法律関係が以上の要素を備えていれば（P）、それは「信託法」でいう信託にあたる（Q）ということである。「PならばQである」という構造を持つこの命題については、次の2点を付け加えておいた方がよいだろう。すなわち、第1に、Pにあたるためには（A、Bの要素を満たしているというためには）、当該行為ないし関係がまさにA、Bを伴うものであればよい。当たり前のように聞こえるかもしれないが、次のようにいえば、このことの意味は明らかになるだろう。それは、当事者が「信託」という表現を用いているかどうかは決定的な意味を持たないということである。A、Bの要素を伴うものであれば、「信託」という表現が用いられていなくとも、それは信託にはかならない。第2に、Qであるということの意味であるが、それは「信託法」が適用されるということである。信託法の適用のない信託が可能かどうかという議論はありうる議論ではあるが、ここでは、P（信託）であればQ（信託法の規定が作動する）ということを確認しておけばよい。別の言い方をするならば、Pは信託法に規定の置かれた「信託」という類型の要素であるということである<sup>42</sup>。そして上記の2ケースについてどちらも遺言信託と解釈する（性質決定する）ことは可能であるとし、相続法との関係については、大村教授は次のように分析する。「遺言信託としてならば有効視できるのだから、遺贈ないし遺言としても有効として解すべきだという主張はしていないということである。遺贈・遺言としても有効として信託類似のコントロールをかければよいという方向に向かう見解もあるが（星野豊）、信託によって目的を達成できる以上は、他の処分を認める必要はないという立場もありうる。そして、本稿は後者の立場を是とする。この点は、相続法（遺言法）の基本的な理解にかかわっている。一般に遺言については遺言自由の原則があるといわれるが、その自由とはいったいいかなる自由か。本稿はこれを、民法その

他の法律が用意している遺言事項の中から必要な項目を選択し、その事項について自分の望む内容の遺言をする自由であると解すべきだと考える。法律が掲げる各事項には、それぞれ受け皿があって、遺言が為された場合にはどうするかが決められている。信託の場合もそうである。しかし、そのような受け皿が用意されていない事項を自由に遺言事項に付け加える自由は原則としては認められていないというべきだろう<sup>13</sup>。「本稿で取り上げた問題以外に、信託としての性質決定を行うことが可能であり、そのことによって他の法律構成にともなう問題点を回避できるような問題はないかを調べてみるということである。ただ、何度も繰り返すが、ここで述べているのは、信託法の適用領域を拡張しようということではない。信託とするにふさわしいものを信託とし、それに信託としての解決を与えようというだけのことである。カエサルのはカエサルに、信託法のは信託法に。それ以上でもそれ以下でもない<sup>14</sup>」。

ここにみられる分析は、遺言の解釈については、私見と同様であるが、信託と性質決定することによって信託法に譲ることにより、民法・相続法・遺言法の領域が無傷に維持されると考える点には、賛成できない。カエサルのはカエサルに、信託法のは信託法に、譲ることによって、民法はそのまま体系性を保てるとは思えないからである。神とカエサルは、それぞれ別の次元の存在として両立可能であるとしても、民法と信託法は、同じ次元で同じ事象を扱う存在である。根本には「信託法」という民法にとっての異物が立法されて数十年間、信託法と民法の衝突と両立の可能性について十分に考察を深めてこなかった法学界全体に問題があった、とくに大陸法系の基本法たる民法学に責任があったのかもしれない。

遺言信託の問題については、解釈論の主張に留まっていたが、当事者間の関係に信託という性質決定を認める最高裁判決が最近、ついに下された。最高裁平成14年1月17日判決民集56巻1号20頁である。判旨はいう。「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、愛知県と仲田建設との間で、愛知県を委託者、仲田建設を受託者、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ず、本件預金口座から仲田建設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仲田建設の固有財産に帰属することになるというべきである。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愛知県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愛知県であるというべきである。そして、本件預金は、仲田建設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、委託者である愛知県は、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仲田建設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）。

また最高裁平成15年6月12日判決民集57巻6号563頁の補足意見も次のように信託という性質決定を示唆している。「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ない（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」。

最高裁も信託という性質決定が民法体系にもたらす危険を十分に認識せずにこれの判決を書いたのではなかったろうか。これらの判決について、詳しく検討することは、本稿では控えて、本書に収められる別稿に譲ることとする。またこれらの判決については、信託構成を認めた前掲・最判平成14年1月17日、補足意見が信託構成について触れた前掲・最判平成15年6月12日民集57巻6号563頁とあわせて、信託構成を認めなかった最判平成15年2月21日民集57巻2号95頁について、「どのような要件が満たされれば、信託が設定さ

れたと判断されることになるのか」という観点から、道垣内弘人「信託の設定または信託の存在認定<sup>47</sup>」が詳しく検討している。そして前掲・最判平成14年1月17日の事案では、保証約款は、建設省建設経済局建設業課長から各都道府県主管部長に通知されていたという事実から、委託者となりうべき愛知県が、受託者となりうべき請負業者に対して金銭を交付した際に、請負業者がどのような義務を負うのかを認識していた、つまり愛知県が、そのような拘束の存在を前提として、請負業者に金銭を交付したということができるところを重視し、道垣内教授は、次のようにまとめている。「信託の成立を認めるためには、委託者に信託設定意思が必要だといわれている。そして、信託設定意思の存否を判断するにあたっては、委託者の意思に基づいて、受託者が、信託財産の純粋な財産権帰属権者としては行動できず、そこからの利益は得られないという仕組みが整えられているか否かが基準となるというべきである。そして、このように考えると、既存の最高裁判例の立場も支持できることになる<sup>48</sup>」。しかしここには、委託者の「意思」の内容を、制度的なものにすりかえた論理が見られる。すなわち委託者が、受託者が信託財産の純粋な財産権帰属権者として行動せず、そこからの利益を得ないということを「意思」して、その旨を承諾した受託者と「信託」を約したら、信託が成立するという信託法の枠組みを、「信託財産の純粋な財産権帰属権者としては行動できず、そこからの利益は得られないという仕組み」の存否に置き換えている。信託制度を認めるということは、委託者と受託者がそのように「意思」しただけで、その「そこからの利益は得られない」という拘束が生じるとすることである。これらのケースでは、当事者は自ら「信託」と称する契約を締結していたわけではない。しかし建設省が構築していた客観的な「仕組み」があろうとなかろうと、当事者が、委託者からの財産の離脱があり、受託者が自己取引避止義務や分別管理義務を負う「信託」と称する契約をしていたら、それは信託と性質決定せざるをえないのではないだろうか。そのように当事者の意思によって、客観的には大陸法の民法秩序でまわっている取引社会に異質な特別財産を構築できてしまうのが、信託という制度なのであるから。

しかし結論的には、筆者も道垣内教授の「仕組み」の存在に着目した解釈に期待をつなぎたい。すなわちこの種の事件においては、金銭所有権は占有に伴うという民法の原則を何らかの解釈論で破って、当事者を救済する必要がある場合がある。その原則を破るために、当事者が「信託」契約をしていたかどうかではなく、その原則を破って追求効を認めることが許される場合を周囲の社会的状況から客観的に定型的に構成する必要があるから

である。もっともそれでも解釈論としては、信託以外の何らかのりくつで、価値の上のヴィンディカチオを認めて救済することのほうが望ましかったと考える。信託という構成は、それほど破壊力がある性質決定だからである。

## IV フランス国際私法における信託の扱い

### (1) 相続法の公序

日本相続法の母法であるフランス法の議論を見ながら、相続法の公序を考えてみたい。Jacques HÉRON はフランス相続法と英米法を対比して以下のように述べている。「英米法は、相続法領域において個人に非常に大きな自由を与えている。この点で、この権利はフランス法のそれと完全に対立する概念を保っている。フランスにおいては、相続法によって取り込まれることなく、死の時期を通過することができる財産を計画する法的メカニズムはほとんどない。物事を単純化するために、その行為が死の前に行われたとしても、死が介入したとたんに、相続はそれを相続の管理に取り込んでしまう。たとえば相続分の先渡しや、贈与分配がそうであるように。行為や状況は相続法から生じてその効果を来たるべき死まで拡張する。たとえば先死者の財産の上に設定された生存配偶者の終身年金のように。言い換えれば、相続法は、これらすべての制度の上に強力な刻印を刻む強制的な通行場所となっている。これに対して英米法は、相続の規則に最小限の重要さしか認めていない。処分者の意思が実際には最強である<sup>17)</sup>、と。

フランス法は信託を認めていないから、国内法で信託と相続法が衝突することはない。しかしフランス相続法は、被相続人の自由に対して相続法の公序という観点から制限を加えている。具体的には、遺留分、将来の相続に関する契約の禁止、信託的継伝処分の禁止という制限である。これらの制限は、経済秩序と言うよりも社会秩序に関するものであって、たとえば子供間の平等や財産の自由な流通など、社会にとって基本的だと考えられる原則を防衛するためのものであり、経済的取引を制限しようとするものではないとされている<sup>18)</sup>。

フランス法には、次のように民法791条、民法1130条という相続に関する契約の禁止を

明示する条文がある。

**第791条<sup>46</sup>** 夫婦財産契約によっても、生存者の相続を放棄することも、その相続財産によって得ることがある権利を譲渡することもできない。

**第1130条<sup>50</sup>** 将来発生するものも債務の対象となりうる。しかしまだ開始していない将来の相続を放棄することも、その相続について約定をすることもできない。たとえ相続が起こる者の同意を得ていたとしても、同様である。

日本法には同様に明示的な定めをおく条文はないが、相続放棄を家裁への申述にかからしめた民法938条、遺留分の事前放棄を家庭裁判所の許可にかからしめた民法1043条から、論理的には、同様の原則が相続法に認められると解する。なぜこのような禁止が必要とされるのだろうか。フランス法では次のように説明される<sup>51</sup>。契約を許すと、誰かの死を望むことを奨励してしまいかねない（もっともそれをいうと、相続制度そのものにそういう要素があるけれども）。法が準備しているいくつかの制度や技術、たとえば用益権、生命保険、終身定期金などが反射的に否定されるおそれがある。また法の定めた相続権の移行規則を、とくに相続人間の平等を、危うくする（遺留分で担保されていると言うこともできるけれども）。そして根本的な理由がある。かつてとくに重視されたのは息子が高利貸しに家産を簡単に譲り渡してしまう危険であったが、今日でもまだ、個人の自由を守らなくてはならない、とくに遺言の自由を守らなくてはならないという理由が重視される。将来の相続に関する契約を許すと、遺言の自由、最終意思を実行する自由は失われる。遺言の自由は、近親者が身近にいて関与してくれるために、法が高齢者に与えた「控えめな武器」だともいわれる。そして将来の相続財産に関する契約の禁止はこれらの要請に応じた公序則であるために、絶対無効とされる。

このように一見「自由」を制限することによって、「自由」を守るという構造は、民法典の中にさまざまに組み込まれている。成年後見法改正の議論においても同様の問題が論じられたが、民法の規制を解放して自由を認めることは、それだけ当事者には実際には自由を失う危険が増すことである。契約当事者には高利貸しも不正直者も強欲な人々がかかわる可能性があり、それを何らかの権威者に監視してもらおうという構造は、実際的ではない。

不正義への監視は、信頼できる信託会社だけが当事者になる等、なんらかの安全弁によって代替されていなければ、日本社会に組み込むことは至難である。当初「自由」に設定された契約や信託は、詐欺などの条文によって例外的に無効にする手段はのこされているとはいえ、原則的には、それに従って圧倒的多数の事態は進行していくのであり、またそういう制度の力がなければ社会は動かない。

## (2) フランス国際私法における信託の扱い

フランス法で信託とフランス法との関係について考察することが多いのは、国際私法領域の業績である。フランス法は国内法に信託法をもたないから、国内法では衝突しないので、頭を痛める必要はないが、涉外事件では、信託とフランス法が衝突するからである。前述したように、フランス法と信託の関係については、通説的見解はフランス法と信託の異質性を強調するものであるが、フランス法と信託の異質性を弱く見る Lepaulle の少数説の立場をとる学説もある。しかしどちらの立場をとるにせよ、フランス相続法秩序に反する信託が無効であることは、争いはない。国際相続の場面で、信託がフランス相続法秩序と衝突する場合において、判例の解釈は、信託を無効にする衝突と、有効性は維持するが有効性を限定される衝突に、大別される。後者の、有効性は維持するが有効性を限定される衝突とは、すなわち遺留分の制限のことであり、信託は自由分の範囲内でしか成立されないといわれる。

ここでは、信託を無効にする衝突について、説明する。その第一は、先述したフランス民法791条と1130条違反と見なされ、相続に関する契約の禁止に触れる場合である。

第二は、フランス民法896条が定める継伝処分の禁止に触れる場合である。

### 第896条<sup>52</sup>

継伝処分は禁止される。

受贈者、指定相続人又は受遺者が保持して、第三者に渡すことを負担するすべての処分は、受贈者、指定相続人又は受遺者との関係においても、無効である。

第三は、胎児以外の未出生子は受贈能力のないことを定める、フランス民法906条違反

である。

#### 第906条<sup>53</sup>

生存者間の受贈能力を有するためには、贈与の時点に懐胎されていることで足りる。

遺言の受遺能力を有するためには、遺言者の死亡時に懐胎されていることで足りる。

ただし贈与又は遺言は、子が生育力をもって生まれたときに限り、その効力を有する。

第四は、贈与の不可取消性を定める、フランス民法894条、943条、946条に違反する場合である。

#### 第894条<sup>54</sup>

生存者間の贈与は、贈与者がそれを受け入れる受贈者のために贈与物をその時点で不可撤回的に手放す行為である。

#### 第943条<sup>55</sup>

生存者間の贈与は、贈与者の現存財産でなければできない。贈与が将来の財産を含む場合は、それについては無効である。

#### 第946条<sup>56</sup>

贈与者が贈与に含まれる財物又は贈与財産の一定の金額を処分する自由を留保した場合において、それを処分することなく死亡した場合には、当該財物又は金額は、これに反するすべての条項及び約定にかかわらず、贈与者の相続人に帰属する。

以上の四通りの場合に、フランス民法の規定を潜脱しようとする信託設定は、法律詐欺と見なされて無効と評価される。

Jacques HÉRONによれば<sup>57</sup>、信託とフランス法が両立できないために、フランスとアングロ・アメリカ法がかかわるすべての相続において、拒絶反応「blocage」が生じることになる。もし不動産がフランスにあり、相続の準拠法がイギリス法だと、イギリスの相続法はフランスの物権法に衝突するし、逆に不動産がイギリスにあり、相続がフランス法に従

うことになる、フランス相続法のはるかに制限的な規定故に、イギリスの物権法では許される可能性が利用できないことになる。フランス相続法は、生前の財産行為も遺産分割を越えて行われた行為もすべて相続法の審査対象にし、その審査をパスしないと有効にならない。

フランス国際私法の観点からも、フランス相続法の審査をパスできる信託がないわけではない。生前信託は相続契約違反になり贈与の不可撤回性にも触れるので無効であるから、その信託は遺言信託でなければならず、その遺言信託が、禁じられた継伝処分ではなく、胎児以上の受益者しか指定せず、自由分の範囲でだけ財産を処分するものであれば、それはフランス相続法の審査を通過することができる。「しかしこのような可能性があるからといって、幻想を持つべきではない。信託が組み込まれている法体系の精神は、フランス法を動かしているそれとまったく異質なものである。信託は財産を思うままに処分できる委託者の自由を措定するが、フランス相続法は、不信感をもって眺める」から、「この二つの対立する精神が合致することがあったとしても、ごく希にたまたま生じるにすぎない。基本的に、両立不可能なのである<sup>56</sup>」。

フランス法ではこの両立不可能性に悩むのは、今のところ国際私法の涉外事件においてだけであるが、日本法では、信託法が存在するために、相続法の原則を崩す信託がどこまで可能かという国内法の解釈問題になる。たとえば後継ぎ遺贈の禁止と遺言信託の衝突である。信託法62条63条は、受益者連続を許容しているが、それは相続法とどこまで衝突するのかという問題について、本来ならば自覚的に議論がなされてこなければならなかったろう。たしかに日本民法はこれらのフランス民法と同じ文言の条文こそもないけれども、相続契約の制限について前述したように、内容的には、ドイツ法に由来する1043条以外は、フランス法に由来し、フランス法と重なる体系のもとにできあがっているからである。遺留分の放棄や相続放棄が家庭裁判所の許可にかけられており、事前の遺産分割契約は無効と考えられる。

フランス信託法草案が相続法との調整規定を実に多く起草しなくてはいけなかったのは<sup>57</sup>、この問題がそう簡単に解決できるものではないことを示している。また、信託の準拠法及び承認に関するハーグ条約は、次のような条文をおいている<sup>58</sup>。

## 第15条 1項

この条約は、法定地の抵触法によって定まる法律の規定で、特に、次の事項に関するものの適用を妨げるものではない。ただし、その規定が任意に逸脱できる場合はこの限りではない。

- a 未成年者及び無能力者の保護
- b 婚姻の身分的及び財産的効力
- c 遺言によると否とを問わず、相続権、特に、配偶者等の遺留分
- d 所有権の移転及び担保物権
- e 支払い不能の際の債権者の保護
- f その他、善意の第三者の保護

日本法は、民法と信託法を同一国内にもつので、これらの民法の適用と信託の調整を涉外事件でなくても考慮しなくてはならない。信託で行えば民法の規制を免れるという解釈は、民法典の脱法を広汎に許してしまい、民法の存在意義を喪失させるであろう。

ニューヨーク州法は、信託を設定した時点で生きていた設定者の遺族のうち最後の生存者が死亡した21年後まで信託が継続しうるとしている。つまり遺言信託の場合、被相続人の最後の孫かひ孫が死んだ後21年まで効果を持つということは、おそらく被相続人の死後100年は、設定者の財産上の権利の完全性は回復しないことになる<sup>4)</sup>。このようなことは、大陸法の民法体系といかに相容れないかは、たやすく想像できる。

## さいごに

信託という制度、「信託法」という立法の存在について、民法学者は、十分にその意味を考えては来なかったのかもしれない。民法を破壊する威力のある信託という制度について、その共存の方策を考えるとすれば、信託という領域を限定し、かつ客観的に明示的な制度とし、民法の諸制度を安易に脱法することがないようにするしかない。相続法との相克を克服し、遺留分による攻撃可能性を認識した信託を構築する必要がある。

本稿のもとになった研究報告をしてから3年ほどが経過し、本稿をまとめる段階では、報告時に予想もしていなかった立法作業が進行している。発表された信託法改正要綱試案

は、そのような配慮をしたものとはとても評価できない。信託宣言は、責任財産制度を崩壊させる執行免脱財産をいとも簡単に作ってしまうだろう。要綱試案の「いわゆる民事信託を主として念頭に置いた規律関係」第60以下は、相続法の諸原則との信託の衝突を解決することを考えて提示された提案とは、とても評価できない。論文公表が遅れているうちに、あまりに事態は進行してしまったことに、いささか感慨を禁じ得ない。日本人は法律家でさえ、市民社会の基本法たる民法をまだわれわれのうちに内在化させていなかったのかもしれない。

〔注〕

- 1 Maurizio Lupoi, *Trusts A Comparative Study*, (Cambridge University Press, 2000) p.267.
- 2 Maurizio Lupoi, *op. cit.*, p.278.
- 3 道垣内弘人『信託法理と私法体系』有斐閣（1996年）。
- 4 前掲・道垣内弘人『信託法理と私法体系』219頁以下。
- 5 前掲・道垣内弘人『信託法理と私法体系』216頁。
- 6 家族法の領域にはとりわけ日本人の伝統的な法意識が働いて母法を変型したところが多い。水野紀子「比較法的にみた現在の日本民法一家法」広中俊雄・星野英一編『民法典の百年Ⅰ』有斐閣651-690頁（1998年）参照。本稿が扱う相続法においても、民法内部自体にも矛盾がある。たとえば、相続分指定、遺留分の放棄、寄与分などは、日本人起卓者が現実的な必要性から思いついて創設した制度であるために、母法の体系からは説明できないので、解釈的に困難な諸問題をもたらしている。
- 7 道垣内弘人・前掲『信託法と私法体系』224頁。  
また道垣内弘人「紹介：K. W. Ryan『大陸法における信託の受容』—大陸法系における信託法研究序説（上）（下）」信託176・177号（1993-4年）は、K. W. Ryanの論文を紹介するもので、『信託法理と私法体系』の準備となったと思われる論文である。Ryanの論文は、Lepaulleの理論を前掲として、大陸法系諸国でも特別法によって信託を導入することは可能であるとの立場に立ち、遺留分などとの調整を図る信託立法を提案する。信託を要式行為とすること、遺留分との調整は遺留分権利者が破産している場合などに限ることなど、興味深い提案ではあるが、受託者が所有権者となり受益者のために財産を管理する義務を負うという構成で、はたして大陸法体系との両立が図りうるのか、検討の余地がありそうである。道垣内教授自身の評価も「すべて今後の課題」（177号17頁）であるとし、「私は、信託という制度自体を否定しようとしているのではない。しかし、より率直に歴史をとらえ、実際、信託で達成させねばならない機能は何なのか、をより謙抑的に考えていかねばならないと思うだけである」（177号19頁）と述べる。しかし道垣内教授のこの慎重な態度にもかかわらず、信託法改正に向けて奔流のように動く情勢の中で、民法との両立可能性の慎重な検討は置き去りにされたまま、民法などの脱法行為を可能にする手段としての信託が作り出される事態が進行しているのではないだろうか。
- 8 そのために日本では、一方で登記を信頼した第三者の保護の問題が深刻となり、他方では簡単に書き換えられる登記によって所有権者の所有権が脅かされる問題も生じる。議論の基本が、一物一権主義のもとで第一の譲渡によって無権利となったはずの売主が、第二の譲渡で有効に所有権を譲渡できる構造の論理的な説明をどのようにするかにあったことはたしかであるが、その議論をどのようにつきつめても、日本法の抱える構造的な問題点がそれほど解決できるものでもなかった。すべての物権変動に登記を要求する制度は諸外国に例を見ないにもかかわらず、学説の多くがおそらくは無理を承知で対抗問題たるべきことを主張し、対抗問題の原理枠をはずれた学説は、様々な利益考案から自由な解釈を組み立てるようになり、この領域における奔放な解釈論の展開は、学説が技巧を繰り広げる運動場のような観を呈するに至った。その中でもっとも超絶技巧の解釈論とい

えるのは、民法94条2項の解釈論であつたらう。民法94条2項の解釈論が定着するにつれ、民法176条と177条の議論においても、無権利の法理を前提として公信力で第三者を救済しようという傾向が次第に強くなったように思われる。ドイツ法の公信力は、物権契約とそれに対応した民法体系登記システムを前提とするものであるから、日本法との異質度はさらに大きいので、もちろんただちに輸入できるものではないが、公信力的な考え方は、取引安全を図れるという利点から、支持者を増やしていった。たしかに民法94条2項を利用して取引安全を図る法理は、日本の状況の中で、非常に便利な理論であつたことは否定できない。しかしひとつには民法176条や177条の存在によって物権変動を処理している民法典の体系と整合的な説明ができないこと、また一方では、この規定の適用がいわば信義則的に裁判官の広範な裁量を可能にする規定で、裁判官にとっては便利であるが故に適用規範としては危険で不安定な性質を持つことから、民法94条2項の拡大傾向は、無条件に肯定できるものではない。そしてこの二つの理由は、内在的には深く関連している。所有権は、善意無過失の第三者が現れたことによって、ただちに危うくなるほど弱い概念ではないはずであり、訴訟の場における善意無過失の立証過程における裁判の限界を考えれば、なおさらである。したがって民法94条2項の万能性にいましばらくは頼らざるを得ないとしても、その限界を自覚した上で、将来的にはより根本的な制度的解決を図らなくてはならないだろう。また、学説の民法94条2項への傾倒とは別に、判例におけるこの法理の活用には虚偽表示というもとの性質の拘束から限界が守られており、学説が期待するように活用されてはいない。とりわけ相続財産の承継において、相続人に虚偽表示類似の虚偽登記作成の荷担行為を抑制することができないために、相続財産の取引安全は、深刻に脅かされている。この問題については、水野紀子「相続財産の取引安全における『相続と登記』判例と表見理論」トラス60研究叢書・信託と信託法の広がり（2005年）参照。

- 9 新版注釈民法（6）96頁（吉村伸執筆）（有斐閣、1997年）。
- 10 能見善久『現代信託法』（有斐閣、2004年）4-5頁。
- 11 横山美夏「信託法と民商法の交錯：日本私法学会シンポジウム（資料）（1）財産：人と財産との関係から見た信託」NB L. 791号16頁以下（2004年）。
- 12 大村敦志『フランス信託学説史一斑』信託研究奨励金論集22号（2001年）91頁以下。
- 13 H. Motulsky, "De l'impossibilité juridique de créer un "trust" anglo-saxon sous l'empire de la loi française", Revue 1948, p.451 et suiv.
- 14 Dictionnaire de la culture juridique sous la direction de Denis Alland et Stéphane Rials, PUF, 2003, pp.1489-1490.
- 15 伊藤昌司「民法解釈学と相続法」同志社法学56巻6号（2005年）24-25頁より引用。
- 16 わが国では、この問題を論じる学説がほとんどなかったためであろうか、民法では論外である解釈、つまり外国人が通訳によって公正証書遺言をすることができるという解釈がなぜか行われていた。外国人ができるのであれば、譯者（通訳者）が手話通訳で遺言できてしかるべきであるという議論になってしまい、それが立法された。公正証書遺言の場合は、譯者（通訳者）の遺言者は文字で確認できるから、外国人の場合の支務よりもむしろ問題はないであろう。しかし改正法は、死亡危急者の遺言や船舶遭難者の遺言にまで、通訳人の通訳によってできると規定したから、遺言者はその内容を確か

めることができないまま、それが有効な遺言となってしまう。このような改正はかえって遺言者の権利を害するものと思われる。民法の規定が差別という観点からのみとえられたことと、遺言法についての学説の蓄積が少なかったことがあいまって、このような立法になったのであろう。旧法の条文のままで、フランス法の解釈のように、公正証書遺言はそれを読める遺言者であれば作成できると解釈していれば、それで足りたのであり、そのほうがむしろ遺言者の権利は守られたであろう。水野紀子「後見人の身上監護義務」判例タイムズ1030号（2000年）注30参照。

- 17 伊藤昌司・前掲「民法解釈学と相続法」26-27頁より引用。
- 18 2001年12月3日法の相続法改正（Loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001）については、原田純孝「フランス相続法の改正と生存配偶者の法的地位：2001年12月3日の法律をめぐって（1）～（3）」判例タイムズ1116号、1117号、1120号（2003年）が代表的な紹介文献である。
- 19 水野紀子「『相続させる』旨の遺言の功罪」久貴忠彦編集代表「遺言と遺留分・第1巻遺言」日本評論社159頁以下（2001年）参照。
- 20 最高裁平成3年4月10日判決民集45巻4号477頁。
- 21 救われるべき相続財産の買い手が救われなかった典型的な事例として、最高裁平成7年12月5日判決判時1562号54頁。この問題については、表見法理を検討し直す必要がある。水野紀子・前掲「相続財産の取引安全における『相続と登記』判例と表見理論」参照。
- 22 水野紀子・前掲「『相続させる』旨の遺言の功罪」165頁。
- 23 五十嵐清「遺留分制度の比較法的研究」法協68巻5号453頁（1961年）。
- 24 中川善之助＝泉久雄「相続法・第4版」665頁など。
- 25 鈴木祿弥「相続法講義」152頁。
- 26 最高裁昭和35年7月19日判決民集14巻9号1779頁、最高裁昭和41年1月14日判決民集民集20巻6号1183頁、最高裁昭和44年1月28日判決裁判集民事94号15頁、最高裁昭和51年8月30日判決民集30巻7号768頁など。
- 27 条文では贈与とされているが、この規定は遺贈にも類推適用される。最高裁昭和57年3月4日民集36巻3号241頁。
- 28 最高裁昭和57年11月12日判決民集36巻11号2193頁は、「民法一〇四二条にいう「減殺すべき贈与があつたことを知つた時」とは、贈与の事実及びこれが減殺できるものであることを知つた時と解すべきであるから、遺留分権利者が贈与の無効を信じて訴訟上抗争しているような場合は、贈与の事実を知つただけで直ちに減殺できる贈与があつたことまでを知つていたものと断定することはできないというべきである」と判示している。
- 29 本件については、以下の判例評釈がある。村重慶一・平成11年度主要民事判例解説（判例タイムズ臨時増刊1036）202頁（2000年）、矢尾渉・法曹時報53巻12号240頁（2001年）、伊藤昌司・平成11年度重要判例解説（ジュリスト臨時増刊1179）92頁（2000年）、金山直樹・判例セレクト'99（月刊法学教室234別冊付録）23頁（2000年）、今仲清・税理43巻1号238頁（2000年）、前田陽一・判例評論499（判例時報1715）号201頁（2000年）、潮見佳男・私法判例リマックス（21）86頁（2000年）、副田隆重・月刊法学教室233号148頁（2000年）、矢尾渉・ジュリスト1180号73頁（2000年）、森田宏

樹・家族法判例百選〈第6版〉(別冊ジュリスト162) 202頁(2002年)。

- 30 新井誠『信託法』(有斐閣、2002年) 29頁以下は、信託の債権説(通説)、岩田説(相対的権利移転説)、四宮説(実質的法主体性説)、大阪谷説、田中説、道垣内説、神田説、樋口説に分類する。
- 31 能見善久『現代信託法』有斐閣(2004年) 11頁。
- 32 天野佳洋「遺言信託」ジュリスト1164号93頁(1999年)。引用されている能見教諭の論考は、「現代信託法」のもとになった論文、能見善久「現代信託法講義(1)」信託199号(1999年) 8頁である。
- 33 新井誠「信託と強制相続分・遺留分を巡る問題」國學院法学31巻4号(1994年)。
- 34 新井誠・前掲「信託と強制相続分・遺留分を巡る問題」 5頁。
- 35 新井誠・前掲「信託と強制相続分・遺留分を巡る問題」 19頁。ただし英文の出典に依拠して書かれた部分は本文で紹介したように遺留分は動かさない相続法公序という視点で一貫しているが、新井誠教授自身の文章によると思われる「結論」の部分には、「遺留分制度それ自体を否定してしまう必要はないけれども」といいつつも、信託によってそれをより柔軟にしたいという期待が述べられている。同21頁。
- 36 著者である新井教授ご自身が、この論文に現れた法理解と必ずしも両立しない価値判断をもってしていると想像される。新井誠「高齢社会における信託活用の意義」新井誠編著『高齢社会と信託』有斐閣269頁以降は、「信託を高齢者の財産管理のために用いる際の具体的なメリット」として、「信託の意思凍結機能」「受託者には信託法上厳しい義務が課される」「相続法との関係が明確」「信託目的を遵守しながら信託条項」とし、信託との機能として「意思凍結機能」「受益者連続機能」「受益者裁量機能」をあげ、とくに「受益者連続機能」によって相続法ではできない跡継ぎ遺贈機能が可能になると提言している。しかしこれらの明瞭に相続法と衝突する諸機能について、相続法を完全に無視して相続法を積極的に普脱できることを正面から主張するわけではなく、同284頁は「しかし、だからといって信託が民法上の規定すべてに優先することにはならず、民法上の遺留分の規定に抵触することは許されないし、遺贈の規定が類推適用されることになろう、として、解決のための必要な条件整備として291頁では「信託法理の深化」をあげる。信託法理をいくら「深化」させてもそもそもこの両者の両立は不可能なのではないだろうか。その「深化」が「相続法の否定」であるのならばもちろん話は別であるが。

同様の記述は、新井誠編著『高齢社会と信託』(1995年、有斐閣)における新井教授の記載部分にも、次のように見られる。「信託法による財産承継には、民法によるそれとは異なり、世代間におたる承継を可能にする受益者連続機能があるが、そこにわれわれは民法には見出すことのできない信託法の独自の機能を認めることができるのである。しかし、だからといって信託が民法上の規定すべてに優越することは許されないし、遺言信託であれば民法上の遺贈との類似性を顧慮し遺贈に関する民法上の規定が原則として類推適用されるであろうし、また生前信託(遺言に代わる生前信託)であっても、死因贈与は生前の契約である点で遺贈とは異なるのに、民法が遺贈の規定を準用している(554条)ことに鑑みて、やはり遺贈の規定が類推適用されることになろう」(同284頁)とし、信託を高齢者の財産管理のために用いる際の普及上の問題点の一つとして、信託法理の深化

をあげ、「わが国信託法がそもそもいかなる程度までパーソナル・トラストを許容しているのか。たとえば、アメリカ信託法では許容されている世代間にわたる財産承継はわが国信託法上、はたして可能なのか。可能であるとすれば永久拘束禁止の期間はどの位なのか。これらについては信託法は何らの規定を置いていないので、理論的に詰めていく必要があるように思われる」(同291頁)。信託によれば相続法公序がすべて潜脱できるという主張ではなく、たしかに一面では慎重な記述であるものの、この両者の相克を棚上げにして信託の活用を推進する論旨はかなり明瞭であり、「現行法の解釈論としては、貸借権の存続期間が20年である(民法604条)ことに鑑みて、永久拘束禁止期間を一応20年としておきたい」(同・285頁)と具体的な解釈論も大胆に提示する。

- 37 ただし最高裁判平成13年11月25日判決民集55巻6号1033頁は、「遺留分減殺請求権は、遺留分権利者が、これを第三者に譲渡するなど、権利行使の確定的意思を有することを外部に表明したと認められる特段の事情がある場合を除き、債権者代位の目的とすることができないと解するのが相当である。その理由は次のとおりである。遺留分制度は、被相続人の財産処分の自由と身分関係を背景とした相続人の諸利益との調整を図るものである。民法は、被相続人の財産処分の自由を尊重して、遺留分を侵害する遺言について、いったんその意思どおりの効果を生じさせるものとした上、これを覆して侵害された遺留分を回復するかどうかを、専ら遺留分権利者の自律的決定にゆだねたものということができる(1031条、1043条参照)。そうすると、遺留分減殺請求権は、前記特段の事情がある場合を除き、行使上の一身専属性を有すると解するのが相当であり、民法423条1項ただし書にいう「債務者ノ一身ニ専属スル権利」に当たるといふべきであって、遺留分権利者以外の者が、遺留分権利者の減殺請求権行使の意思決定に介入することは許されないと解するのが相当である。民法1031条が、遺留分権利者の承継人にも遺留分減殺請求権を認めていることは、この権利がいわゆる帰属上の一身専属性を有しないことを示すものにすぎず、上記のように解する妨げとはならない。なお、債務者たる相続人が将来遺産を相続するか否かは、相続開始時の遺産の有無や相続の放棄によって左右される極めて不確実な事柄であり、相続人の債権者は、これを共同担保として期待すべきではないから、このように解しても債権者を不当に害するものとはいえない。」として債権者の代位行使を認めない。この限りでは、遺留分権利者の権利としては、潜在したまま実現しない可能性が高まっているといえるだろう。

38 四宮和夫『信託法(新版)』(有斐閣、1989年)106—107頁。

39 伊藤昌司『相続法』(有斐閣、2002年)131—132頁は、遺言信託が書面なしにさえ成立すると解される余地がある点を問題にするだけである。

40 大村敦志「遺言の解釈と信託—信託法2条の適用をめぐる—」*トラスト60『実定信託法研究ノート報告書』*(1994年)

41 大村敦志『「後継ぎ遺贈」論の可能性!』道垣内弘人・大村敦志・滝沢昌彦編『信託取引と民法法理』(有斐閣、2003年)ほか参照。

42 大村敦志・前掲「遺言の解釈と信託—信託法2条の適用をめぐる—」37頁。

43 大村敦志・前掲「遺言の解釈と信託—信託法2条の適用をめぐる—」40—41頁。

44 大村敦志・前掲「遺言の解釈と信託—信託法2条の適用をめぐる—」41頁。

- 45 道垣内弘人「信託の設定または信託の存在認定」道垣内弘人・大村敦志・滝沢昌彦編『信託取引と民法法理』（2003年、有斐閣）所収。
- 46 道垣内弘人・前掲「信託の設定または信託の存在認定」25頁。
- 47 Jacques Héron, *Le morcellement des successions internationales*, *Economica*, 1986, pp.134-135.
- 48 Michel Grimaldi, *Droit Civil Successions*, Litec, p.257.
- 49 条文の原文は以下の通りである。  
Article 791  
On ne peut, même par contrat de mariage, renoncer à la succession d'un homme vivant, ni aliéner les droits éventuels qu'on peut avoir à cette succession.
- 50 条文の原文は以下の通りである。  
Article 1130  
Les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation.  
On ne peut cependant renoncer à une succession non ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille succession, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit.
- 51 François Terré, Yves Lequette, *Droit Civil Les successions Les libéralités*, 3 e éd. 1997. Dalloz. pp., 486-487.
- 52 原文は以下の通りである。  
Article 896  
Les substitutions sont prohibées.  
Toute disposition par laquelle le donataire, l'héritier institué, ou le légataire, sera chargé de conserver et de rendre à un tiers, sera nulle, même à l'égard du donataire, de l'héritier institué, ou du légataire.
- 53 原文は以下の通りである。  
Article 906  
Pour être capable de recevoir entre vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation.  
Pour être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur.  
Néanmoins, la donation ou le testament n'auront leur effet qu'autant que l'enfant sera né viable.
- 54 原文は以下の通りである。  
Article 894  
La donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire qui l'accepte.
- 55 原文は以下の通りである。  
Article 943  
La donation entre vifs ne pourra comprendre que les biens présents du donateur ; si elle comprend des biens à venir, elle sera nulle à cet égard.
- 56 原文は以下の通りである。  
Article 946

En cas que le donateur se soit réservé la liberté de disposer d'un effet compris dans la donation, ou d'une somme fixe sur les biens donnés, s'il meurt sans en avoir disposé, ledit effet ou ladite somme appartiendra aux héritiers du donateur, nonobstant toutes clauses et stipulations à ce contraires.

57 Jacques Héron, *Le morcellement des successions internationales*, *Economica*, 1986, p.137.

58 Jacques Héron, *op. cit.*, p.142.

59 角紀代恵「フランスにおける信託の動向」*信託法研究*18号（1994年）。

60 道垣内正人・*信託*153号 7-8 頁から引用。

61 このニューヨーク州法の例は、Jacques Héron, *op. cit.*, p.135が挙げるものである。



(禁無断転載)

(非売品)

平成18年2月20日印刷

平成18年2月20日発行

変革期における信託法

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