

日本の法制度における信認関係と 契約関係の交錯

——注意義務と忠実義務の横断的考察——

田 村 陽 子

- 第1章 はじめに
- 第2章 アメリカにおける信認関係と契約関係の概念の比較検討状況
- 第3章 信認関係の意義
- 第4章 信認関係における守秘義務と情報提供義務
- 第5章 アメリカ・イギリス信託法における受託者の忠実義務と善管注意義務
- 第6章 日本の信託法における受託者の義務をめぐる状況
- 第7章 日本の会社法における取締役の地位および職務・義務
- 第8章 日本の破産法における破産管財人の地位および職務・義務
- 第9章 信託法理の概括
- 第10章 おわりに

第1章 はじめに

1 本稿の契機——弁護士が関わるさまざまな職務の様相

日本のみならず諸外国においても、いわゆる弁護士は、依頼者に委任されて当事者の代理人となるだけでなく、通常業務として、例えば、株式会社の社外取締役、倒産手続における管財人、遺言信託の受託者、遺言執行者、相続財産管理人など種々の実体法上の法的地位を得てその法的地位および職務に合った法的サービスを提供している。

しかし、元来いかなる法的地位に基づいて、種々の法律業務を行っているのか。それぞれの職務の法的地位およびそれに基づき負う義務は、もとより同じに解せるのか、またどのような法的根拠および法的関係から派生するものなのか。弁護士法が定める義務と会社法・倒産法・民法・信託法などの規律にお

ける義務がある場合、例えば注意義務もしくは忠実義務に関する規定が重複するとしていかなる差異があるのか。弁護士資格がない者もなりうる会社の社外取締役といった職務の場合、弁護士としての注意義務と取締役としての注意義務の両方が関わりうるが、弁護士が取締役になると例えば取締役の義務は重くなるのか、弁護士の身分と各種職務とはどのように関連するのかしないのか。

実は、弁護士の関わる専門的な職務をめぐる法的地位そしてそれに基づく義務については、個別の実体法ごとに問題にされることはあっても、統一的な視点により横断的に研究されることは、法曹倫理や実務の実証の視点からはともかく理論的にはほぼ皆無であった。弁護士が上記に挙げたような各種業務に就く際には、それぞれの実体法で具体的な法的地位およびそれに基づく義務は、個別に立法時に検討され、その後も固有の法のうちで解釈に関し議論がなされ続けてきているが、日本の法制度における状況を統一的な視点から横断的にかつ具体的に考察したものはほぼ見当たらない。

そこで、本稿は、日本の弁護士が関わる各種業務の法的地位および義務のあり方に関する疑問を一つの契機として、改めて契約関係と信託法理という二大法理に着目して、弁護士といった身分的地位を有する者が課せられる注意義務および忠実義務といった規定に関する日本のいくつかの各種法制度状況につき、英米法の世界と比較しながら、俯瞰的かつ横断的に考察することを試みることを目的とする。

2 本稿の問題意識——英米法と大陸法の交錯状態

本稿が、契約関係と信託関係に着目するのは、そもそもイギリス・アメリカをはじめとする英米法もしくはコモン・ローの諸国では、信託 (trust) およびその根底に流れる信託法理 (fiduciary)¹⁾は、契約法理と同じか（時としてはそれ以上に）重要な法原理であるとされ、これらの国での弁護士の法的地

1) 四宮和夫教授が、fiduciary という用語の訳として、「信任」ではなく「信託」という漢字を用い始めたようである（四宮和夫『信託法 [新版]』（有斐閣、1989年）参照）。

位は、信認法理により理解されているところに起因する。

日本は主として大陸法の国であり、弁護士の地位も基本的には契約関係によるものと考えられており、英米法のような発想には基づいていないはずである。しかしながら、例えば、アメリカ法の内容を主に継受している昨今の日本の会社法制度・信託法制度・倒産法制度などにおいては、知らず知らずのうちにアメリカやその母法のイギリスの信認法理を根底にしている制度を受け入れてきてしまっている。問題は、大陸法にはない法原理に基づく制度を継受したにも拘わらず、その由来を深く考慮することなく、弁護士が関わるこれらの制度における業務上の義務についても、大陸法の発想のみで本来の理念・枠組みとは異なるさまざまな解釈及び運用が各種法制度においてなされ、しかも相互の法の統一性を考えることなく、それぞれの法制度で独自の発展的解釈・運用がなされているきらいがあることである。

現在の大陸法と英米法の理念が入り交じったハイブリッドな日本法制度全体について、大陸法の理念のみで統一的に解釈しきれるのであれば、英米法の理論および解釈を離れて日本独自に規定の内容を解釈することも問題ないのであろうが、はたして大陸法には基本的には存在していなかった英米法的な価値観および理念に基づく信認法理に基づく制度を、大陸法的発想を根幹とする日本法制度に読み替えることに成功しきれているのかは疑問である。しかも、そもそも英米法固有の信認法理を継受する際、信認法理の基本的内容すら正しく理解していたかにつき、疑問なしとは言えないところである。

そこで、英米法固有の信認法理そしてそこから派生する信託制度というものはいかなるものか、これを出発点として検討したい。本稿は、日本の法制度が置かれている現況を原理原則に戻って捉え直すところから分析し、問題点を明らかにして、今後の日本の各種法制度における注意義務および忠実義務といった同種の義務の捉え方、改正の視点および方向性に示唆を得ることを目的とするものである。

3 英米法における信認関係と信託の理論的背景

では、英米法の世界に固有の信認法理とは何か、信託とは何であろうか。イギリスやアメリカでは、一般に「信託」とはどのようなものと説明がされているか。例えば、以下のような説明がある。

「信託は受託者と受益者の継続的な関係の上に成り立つ。受益者は契約の当事者ではなく、対価を提供するわけでもない。しかし、設定者と受託者の契約である信託証書によって、受託者には強制力のある広範な権利が与えられる。そのほか信託証書は受託者に対し、信託基金の保有と管理を引き受ける条件として、信託報酬や必要経費を信託財産から受け取る権利を明示的に与える。イギリスの法律で契約の実行を強制できるのは、相手方の約束に対価を支払った契約の当事者に限られる。信託の概念は、このような契約概念の弱点を克服するものといえる。その上、まだ生まれていないか特定できない者でさえも、彼らを受託者とする信託によって、一定の権利を取得することができる。信託はこのように、利用価値のすばらしく高い制度である。信託は、会社とは違って、いとも簡単にかつ弾力的に設定し、運用し、終了させることができ、終了させずに海外に移転することも可能である。このような融通性を利用して、今世紀には多数の投資家の資金を合同して運用する契約型の信託が次々に誕生した。ユニット・トラスト、社債信託、年金基金信託などがそうである。」²⁾

そして、信託法に関する古典的なイギリスの著書をひもとくと、おおむね「法学の分野でイギリス人が残した業績の中で、最も偉大で特徴的なものは何かと問われたら、信託の概念を幾世紀もかけて発展させてきたことだ、と答えるしかあるまい」という、イギリスの偉大な法律家メイトランドの記述を最初に

2) デイヴィッド・ヘイトン（新井誠監訳）『信託法の基本原理』（勁草書房、1996年）5頁。イギリスの信託そしてそれを継受したアメリカの信託は、基本的に民事信託と公益信託（非営業信託）を基礎に発展してきたものである（能見善久『現代信託法』（有斐閣、2004年）5頁以下参照）。

引用していることが判る。そして、かのメイトランドは、外国法、例えばドイツ民法典のどこにも信託が存在しないことは、「イギリスの法律実務家から見ると、大きな欠陥である」とすら言ったという記述に遭遇することになる。

他方で、ドイツをはじめとする大陸法系の法律家は、英米法が考えるような信託および信託法理がなくとも、大陸法に欠陥が存在するとは考えて来なかった。ドイツのギールケは、かつて「私はあなた方（イギリス）の信託がよく分からない（I don't know your trust）」とメイトランドに語った有名な一節がある³⁾。私権を債権と物権とに二分化する大陸法諸国においては、債権のようでありながら物権の性質も有する「信託」は、理解しがたいと言ったのである。

19世紀になり、大陸法系の国でも、信託制度が有用であることは次第に認識されてきたが、主に金融関係における商事信託を中心に発展してきた。ドイツの「トロイハント (Treuhand)」しかり、フランスの「フィデュシー (fiducie)」しかり、日本の「信託」しかりである。日本の「信託法」は「信託業法」と並び、商事信託ないし営業信託などの特定の財産管理のスキームのための狭い意味の法となっている⁴⁾。

信託およびその根底に流れる信託法理は、とりわけイギリスにおいては、「アングロ・サクソンの守護天使であり、揺籠から墓場まで分け隔てなく何処にでも従っていく。…老人をその最後の日まで支え、その後は墓場の陰で見守り、さらにその孫たちに優しい保護の手を差しのべる」⁵⁾と称されるような重要な

3) F. W. Maitland, *Equity*, 23 (Cambridge Univ. Press 1936). メイトランド (トラスト60・エクイティ研究会訳) 『エクイティ』 (有斐閣、1991年) 25頁。

4) なお、日本にも公益信託があり、これは「公益信託ニ関する法律」が規律する。また、信託特別法として、貸付信託法、投資信託法、資産流動化法、確定給付企業年金法等がある (神田秀樹=折原誠『信託法講義』(弘文堂、2014年) 13頁など参照)。金融分野においては、信託は広く普及している。しかも、梅澤拓「『フィデューシャリー・デューティー』をめぐる議論と金融機関の今後の課題」金法2033号 (2016年) 30頁以下によると、金融庁の平成27事務年度金融行政方針などにおいて「フィデューシャリー・デューティーの浸透・実践」が具体的重点施策として掲げられており、日本の金融業界においては、信託法理の浸透についても、政策的に推進されているようである。

固有の原理であり、「信託法」という金融分野などの特定の法にのみ存在するものではなく、イギリス法のすべての法領域の根底に流れる重要な原理なのである。そして、アメリカ法も、イギリスのような自負はないものの、イギリス法を継受する際、信託法理の理念を基本的にそのまま引き継いでいる。

信託法理というものは、近代市民革命で認められた対等な私人間の契約法理よりも前に、中世イギリスの騎士たちの身分社会において「ユース」という名で当初発達してきたものであり、むしろ歴史的には、身分法的な信託法理は、対等な私人間の一般契約法理よりも古い法原理であるともいえること（ただし契約法理自体はローマ法の時代からあることは言うまでもないが、万人に等しく関係し共通する原理としての近代的契約法理との比較においてという意味である）、また、すべての法分野において、各職業的身分に対して与えられる裁量の広さや報酬の高さに見合った責任を加重する重要な原理であること⁶⁾は、大陸法とりわけ日本の法律家には、その価値はほとんど知られていない。これは、特にイギリスの法律家からすれば驚愕の事実と言えよう。

それにも拘わらず、本来大陸法の日本において、金融・商事分野の特別法としての信託法を制定する際⁷⁾や、憲法・会社法・倒産諸法など各基本法分野においてアメリカ法を継受した改正がなされる際に、その意義・価値というものをほとんど検討することなく、知らず知らずのうちにこれらの日本法に断

5) ヘイトン・前掲注 (2) 2頁に、フランスのピエール・ルポールがイギリスの信託を称賛した旨が書かれている。Pierre Lepaulle, *Traité théorique et pratique des trusts, en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, 114 (Rousseau, 1932).

6) メイトランド・前掲注 (3)、ヘイトン・前掲注 (2) をはじめ、信託法の基本書には必ず歴史的経緯および信託の基本概念が紹介されている。

7) 実は、例えば、米倉明『信託法・成年後見の研究』（新青出版、1998年）3頁以下によると、日本にも歴史上、空海の綜芸種智院の創設に始まり、信長信託、秋田感恩講、家督相続および戸主制度等、公益信託・私益信託にあたるものが存在していたようである。

しかしながら、1898年（明治31年）に、大陸法的な所有権絶対原則に基づく民法典を施行したことにより、自生的な信託の概念が下火となっていった。他方で、1922年（大正11年）、信託会社を育成するために、アメリカ信託法を母法とした信託法・信託業法が併せて成立したようである（新井誠『信託法【第4版】』（有斐閣、2014年）25頁以下）。

片的に取り入れてしまってきたこと⁸⁾かつ継受後においては、本来の性質を看過して、大陸法の発想・理念の下で無理な解釈的運用を行っているおそれがあることは問題であろう。歴史的にイギリスとの接点が多かったドイツやフランスでは、英米法の信託および信託法理という発想を基本的に取り入れないよう封じてきたが、それはイギリス・アメリカが信託および信託法理を価値ある英米法固有の原理として特色を誇っていることを良く判った上でその影響を警戒してのことである。これに対し、日本は、英米法の法世界観をほぼ理解することなく、日本の各種法制度の構築・改正の際、信託および信託法理に裏打ちされた英米法の各種制度を、経済的に便宜なものとしてかはともかく、多方面で継受してしまったのである。日本では、英米法を研究する一部の先学を除き、信託または信託法理の持つ重要な根元的価値を理解するための努力すらしようとしてこなかったことは否めないだろう⁹⁾。

本稿は、このような英米法の信託および信託法理というものを、アメリカにおける契約法理との比較的検討の議論状況をも参照しながら、いくつかの日本の法制度状況における英米法と大陸法の発想の交錯状況を、とりわけ注意義務および忠実義務を中心に検討するものである。具体的には、主に、その人的関係たる「信託関係」(fiduciary relationship)を、「契約関係」と対比し、英米

8) 最たる例は、言うまでもなく、第二次世界大戦後アメリカ GHQ 草案に基づいて成立(形式的には改正)した現行日本国憲法前文の、「そもそも国政は、国民の厳粛な信託(sacred trust)による」という一節である。日本の国家と日本国民の関係は、信託関係によることが明文で明らかになっている。

9) ちなみに、ドイツでの英米法のトラストとドイツのトロイハントとの比較理解の試みとして、ハイン・ケッツ(新井誠監訳)『トラストとトロイハント—イギリス・アメリカとドイツの信託機能の比較』(勁草書房、1999)があり、日本でも翻訳紹介されているが、ドイツでも、一般的にはトラストの概念は浸透しておらず、トラストとトロイハントとは別物であるとして距離が置かれているようである。フランス信託法の紹介としては、小梁吉章『フランス信託法』(信山社、2011年)がある。フランスのフィデューシーは、契約によってのみ成立し(仏民法典2011条)、遺言によってフィデューシーを形成することはできず、また自己信託は認められていないが、自己信託類似の有限責任個人事業制度(EIRL)が2011年から施行されているようである(小梁・同7頁以下参照)。

法の下で、弁護士を含む専門家が、契約のみならず信認関係に基づいたさまざまな権利・義務を負っていることを紹介・検討し、現在の日本法の信認法理の継受に関する法制度状況の確認と、日本の法制度全体の調和を踏まえた今後の改正の方向性およびあり方などについての示唆を得ることを目的とする¹⁰⁾。

第2章 アメリカにおける信認関係と契約関係の概念の比較検討状況

1 信託も契約関係の一つにすぎないか

日本の法制度を俯瞰する前提として、アメリカの法制度状況を確認しておきたい。

アメリカは、基本的にイギリス法全体を継受していることは言うまでもないが、継受した法制度全体のうちに信認法理というものが「所与」のものとして含まれていたためか、英米法固有の重要な原理であるとの意識は、イギリスに比べるとかなり希薄のようである。歴史的にアメリカは、近代市民革命以降の自然権および基本的人権思想に基づき、イギリス「王」国と決別して対等な私人間の契約法理を中心に独自の途を歩んできた経緯からすれば当然とも思われるが、中世の身分法的な沿革・色彩を持つ信認法理は、意識的に周辺的なものとして捉え、特定の職業的地位にのみ限定的に発生するものとしてきたからのように見受けられる。

その中で、近時アメリカでも、改めて固有の価値ある理念として信認法理を捉え直そうとする議論が現れている。それに関して、信託は契約かあるいは特別の法理かという議論も昨今ではなされているようであり、アメリカの信託理論に関する学説の中には、信託を契約と捉える説（ラングバインの信託契約説）が登場してきている¹¹⁾。信託の設定に際し、委託者と受託者との間で契約を結

10) 以下では、樋口範雄『フィデューシャリー時代〔信認〕の時代—信託と契約』（有斐閣、1999年）121頁以下を基に、イギリス発祥の信託の現代的発展に寄与したアメリカで生じた「信託は契約か否か」という論争を概観し検討する。なお、最近、タマール・フランケル（溜箭将之監訳）『フィデューシャリー「託される人」の法理論』（弘文堂、2015年）が出版され、こちらの218頁以下にも詳しい議論状況が説明されている。

ぶことが多いことを理由とする。

しかし、この信託契約説は、アメリカで定説になることはないと言われている。この説では、信託宣言の場合を説明できないこと、受託者破産の場合の信託財産の特別扱いを説明できないこと、契約で免除できない義務が受託者にあることを説明できないこと、などの弱点があるからである。

ラングバインの信託契約説に対し、フランケルは、信託を契約と呼ぶか否かは言葉の問題にすぎず、真の問題は、信託がアメリカの伝統的な契約モデルとは異なることを認識することであり、そうすれば、やはり、契約法と異なる信託法という特別なカテゴリーを立てる必要性が理解できるはずだとして、信託法理の固有の意義について論じている¹²⁾。

2 信託法理という特別な法カテゴリーを立てる理由

(1) 信託関係に属する取引の例

アメリカでは、信託関係に関する例として良く挙げられるのは、①遺産の管理運用、②会社の取締役、③医者 of 医療行為、④守秘義務関係（弁護士等）などである¹³⁾。

(2) 代理と4つの例の関係に共通する特色と信託法の役割

代理関係と上記の4つの例とが共通する性格として、「裁量を認めながら、濫用を防止する」必要があるというディレンマを抱えている点が指摘されている

11) John Langbein, *The Contractarian Basis of the Law of Trusts*, 105 *Yale L. J.*, 625 (1995).

12) Tamar Frankel, *Fiduciary Law*, 71 *Cal.L.Rev.* 795 (1983). ラングバインの信託契約説をみるに、ラングバインが英米法の信託の「構造」を大陸法の人々にも分かるような契約法理で説明しようと試みた努力は評価しうるが、信託の原理の「根本的必要性」および「有用性」を説明しておらず、かえって英米法の最大の産物とも言われる信託の良さを、埋没させる結果になっているように思われる。フランケルの主張は、信託を中心とした信託法理という法理論の根本的有用性を解明し、その理論の利点を広く知らしめるところにあって、ラングバインとは論ずる目的がそもそも違っている点にも注意が必要と考える。

13) 樋口・前掲注 (10) 126頁以下。

る。すなわち、①一方の当事者は他方に対し、何らかのサービスの提供を依頼し、そのために何らかの財産または権限を付与しているが、②依頼した人（trustor）は、相手方の受認者（もしくは受託者（trustee））が他の目的で財産を費消したり権限を行使したりしてしまうというリスクにさらされることになるので、このディレンマを解消すること、端的には、代理やその他の専門的職位にある者の横領を防ぐことに信託法理（fiduciary law）の役割があるとされる¹⁴⁾。

そして、信託法理のあるべき内容として、以下の点が言われている¹⁵⁾。

- ① 委託者には、受認者が義務を十分かつ正直に果たすことを期待してよい権利がある。これに対し、受認者には、忠実義務（duty of loyalty（「誠実義務」とも訳される））と善管注意義務（duty of reasonable care, duty of prudence）という基本的信託義務が課される。
- ② ただし、信託義務の内容は、委託者のリスク（権限・財産の委譲）の程度の違いによって変わってくる。
- ③ 個々の受認者の義務内容が明確でないことが効率的である。なぜなら、明確な指針があると、受認者はそれだけ容易に潜脱し易くなるからである。
- ④ 信託法理の適用対象は、新規参入が困難な一定の高度の専門的サービスに限られる。そのため、例えば自動車の修理など、多くのサービスは通常の契約法理の問題に留まる。

14) 前掲128頁以下。

15) 前掲130頁以下。なお、英語「duty of loyalty」の訳語とされる忠実義務は、誠実義務（duty of good faith）と同義であり、用語としては誠実義務の方が日本語でのイメージとして適当であるとして、誠実義務と呼ぶ者がある（例えば、田中實『信託法入門』（有斐閣、1992年）108頁参照）。また日本法には、忠実義務として規定するものと誠実義務として規定するものがある点に注意されたい。とはいえ、忠実義務と呼ぼうが、誠実義務と呼ぼうが、内容がどこまでの義務を指すのかが問題であり、信託義務を意味するのか契約上の義務を意味するのかも含めて、アメリカでも常にその内実が問題となっており、用語だけで意味が確定するわけではない点に注意が必要である。例えば、アメリカでの議論状況につき、フランケル・前掲注（10）231頁など参照。

また、信認関係と契約関係の差異については、以下の4つの点が挙げられている¹⁶⁾。

- ① 依頼された仕事を果たす上での専門的裁量の幅が異なる。
- ② 裁量の程度の大きさは、仕事の内容に対する依頼人の監督が容易か否かによる。
- ③ 依頼の内容の重要性が異なる。(例：自動車 vs. 身体・生命)
- ④ 職業への参入の容易さが異なる。(例：自動車修理工 vs. 医者)

ただし、どれも程度の差によるので、技術の進歩などにより、自動車修理が一般人には理解し得ない非常に高度なものになってくれば、自動車修理工にも信認義務が将来課されうることになるの説明されている。

すなわち、樋口教授によると、①通常のサービスは契約関係とするが、選りすぐりのサービス関係だけ信認関係とする、②「選りすぐり」基準は、高度の専門性、監督困難性、社会的影響性を考慮した法政策的判断である、③契約と信認とどちらのラベルを貼るかは、義務内容の差と義務違反に対する救済の差を考慮した、機能実践的な判断によるとする。これを言い換えれば、自己責任・自己利益の追求を認めてよいものを契約とし、義務違反自体を防止しなければならない取引や関係を信認関係とするにすぎないことになる¹⁷⁾。

信認関係というカテゴリーを契約関係とは別異に立てる目的については、①契約とは別個の救済(利得の吐き出し)を認めること、②裁判所の介入が期待される程度が契約よりも大きいこと、が挙げられる¹⁸⁾。

第3章 信認関係の意義

信認関係の意義は、以下のようにまとめられている。

「信認関係とは、契約関係がもつ取引の自由と身分関係の特色である権力と依存の関係を修正して組み合わせたもの」で、それぞれのいいところをとった

16) 前掲 133 頁以下参照。

17) 前掲 136 頁以下。

18) 前掲 137 頁以下。

関係であり、現代の分業の時代、専門家の時代においては、この信認関係の重要性が増加している¹⁹⁾。

「英米法では、信認義務は、通常、一方の当事者が相手方である受認者を信じざるを得ないという状況に限って発生する。受認者が財産や権限を託されるのは、託す人の利益のためであり、受認者による財産や権限の利用をコントロールしようとする、かえって受認者の提供するサービスの利便性を享受する妨げとなるような状況がそこにある。英米法では、託す必要がない場合や、託す人が（託した財産や権限を）合理的にコントロールすることができる場合には、信認法は適用されない可能性が高い。約束に違反した場合などは、契約などの他の法分野が適用されることもある。」「託す人が負うリスクは、社会にとってもリスクとなりうる。託すことによって損失を被る危険性があれば、託す人は受認者のサービスに頼ることを思いとどまるかもしれない。自らが信頼に値することを保証するコストが高くなれば、受認者はサービスの提供をやめるかもしれない。その結果、人々は相互に信頼関係を構築することをやめ、社会は損失を被る。信認法はこのような状況下で、関係に介入していくことになる。」²⁰⁾

結局、信認関係とは、「信託を越えて、一方の他方に対する信頼を基礎とする法律関係において、義務者に対して信託の受託者に類似する義務を課すための概念として機能している」のであり、これを信託法理の「義務均質化機能」と呼ぶものもある²¹⁾。また受託者の義務違反に対する「救済均質化機能」もあることが指摘されている²²⁾。

信認関係は、歴史的・内容的に、他の法律関係とはまったく異なるものと

19) 前掲38頁以下。かつて19世紀は「身分から契約へ」の時代と言われたが、アメリカの20世紀は「契約から信託へ」の時代だとする。ただし、契約と信託は相併存するものであるとす。

20) タマル・フランケル（樋口範雄監訳）「信認法原則の統一に向けて（上）・（下）」信託263号（2015年）36頁以下、同264号（2015年）71頁以下。Tamar Frankel, *Toward Universal Fiduciary Principles*, 39 (2) *Queen's L.J.* 391 (Spring 2014).

21) 道垣内弘人『信託法理と私法体系』（有斐閣、1996年）19頁以下、54頁参照。

22) 前掲59頁以下参照。

【身分関係、契約関係、信認関係の相違】²³⁾

	身分関係	契約関係	信認関係
関係へ入る入口	運命	締結の自由あり。	締結の自由あり。
関係内容	規定済み	両当事者の自由	委託者の自由
当事者間の力関係	生来的強者・生来的弱者(絶対的な力関係) 権力者に制裁と奪権あり。	対等	知的強者・知的弱者(限定的な力関係) 受認者に裁量権あり。
相互の関係	依存関係。弱者は強者に支配される。	相互独立	依存関係。ただし、受益者は義務なし。
相手方への配慮	権力者は、弱者を殺さぬ程度に配慮する。	なし(自己の注意義務はあるが、自己利益のため。)	受益者のためだけに行動すべき忠実義務がある。
需要	両当事者が満足。	両当事者が満足。	一方のみを満たす。

して捉えられるのである。また、英米法上は、受認者が財産の法的な（コモンロー上の）所有者であり、権限を行使する法的な権利を有するものの、財産や権限から受益する（エクイティ上の）権利は託す人にある。それゆえに、受認者は不注意な行動をしてはならず、託す人の利益に相反する行動をとってはならないとされている。さらに、アメリカの裁判所は、信認義務違反に関し、道徳性の問題を強調する。弁護士の信認義務違反を訴える場合には、非道徳的な行いがあったことが必要となる。信認義務は、「最も高く、最も真なる道徳の原理」を呼び起こすものとされる。そのうえ、信認法違反に対する救済は、契約違反に対するものよりもはるかに広範であり、受託財産の横領に対する救済としては、受認者に対し、横領したものを委託者に返還させるとともに、不正な利益の吐き出しを命じたり処罰したりする。ただし、相手方の利益のために行動するという義務は、受認者となったときのみ発生し、受認者になるか否かについては、契約同様、個人主義的なものである²⁴⁾。

これに対し、大陸法では、市場取引を円滑にするべく誰が真の所有者なのかを明らかにするため、財産の所有権を二分する（二重の所有権）という英米法の考え方を認めず、一度所有者になれば常に所有者であり、所有権の移転は完全でなければならないとする²⁵⁾。大陸法の信認関係に関する規律は、契約と特

23) 樋口・前掲注(10) 45頁を参考に加筆・修正した。

別な制定法をベースにしており、信認義務違反についても、合意内容に焦点をあてる²⁶⁾。また、契約法理がそもそも高度な道徳性を帯びており、裁判所は公正さや道徳性を契約条項や契約の結果に対し考慮することができる。両法制度間には、以上のような差異があると説明されている²⁷⁾。

第4章 信認関係における守秘義務と情報提供義務²⁸⁾

信認関係から一般に生じるとされている守秘義務と情報提供義務についてここで検討しておくことにする。

1 アメリカ法の解釈

代理人・パートナー・受託者は、それぞれ一定の守秘義務と情報提供義務を負う。アメリカ法の下では、これらは契約に基づいて発生する義務ではなく、むしろそれぞれの信認関係から当然に生ずるものとされる。ただし、当事者間の特約で制限したり排除したりすることも不可能でないことに留意する必要がある²⁹⁾。

しかし他方で、日本では信託も契約だとされている。情報に関連した義務の場面で、それが意味するところは何か。

2 日本法への示唆

日本の情報提供義務（説明義務）をめぐる論稿のほとんどが、「契約」によ

24) フランケル・前掲注(20)(上)38頁以下。受託者になる者は限定されておらず、開かれた分野である。①財産または権限を託すことを必要とするサービスが必要で、かつ②託す人が託した財産や権限をコントロールすることはできず、それをすればサービスの利点を損なうという矛盾を抱える関係には、信認法理が妥当すべきことになる(同41頁以下)。

25) 前掲37頁以下。

26) 前掲41頁以下。

27) 前掲43頁。

28) 樋口・前掲注(10)142頁以下参照。

29) 前掲164頁。

るものとしたうえで、契約締結「上」もしくは契約締結「前」の問題だけを念頭におき、契約が成立した「後」の説明義務につき論究しないのはなぜか。

日本では、一般に、契約成立後の説明義務については、個々の条文で格別に定めている。

例えば、委任契約（民法（以下「民」という。）645条）では、「委任者の請求があるときは」受任者は委任者に事務処理状況の報告義務があり、また委任終了後には、遅滞なく報告する義務があると定められている。また、組合（同671条）、組合員（同673条）、事務管理（同701条）でも委任の規定を準用している。

問題は、委任者の利益のために必要があれば、委任者の請求を待たないで報告する義務まであるかである。

アメリカの信認法理では、そのような義務はあるとされているが、日本でも、民法645条の委任契約の一般的内容として、そのような報告義務があると解されている³⁰⁾。日本でも、民法644条の起草趣旨を踏まえれば、「委任の本旨に従い」というのは、「受任者は、委任者の信頼に依って、誠心誠意、忠実に、委任者のために委任事務を処理すべきであって、委任の目的に反する行動をしてはならない」との意味を含む広範なものだから、と説明されている。だとすると、情報提供義務は、善管注意義務（民644条）よりも、忠実義務と密接な関係を持つものであるといえよう。また、委任に記録の具備や閲覧に関する定めが存在しないが、組合契約では、組合員の検査権（同673条）などがある。

他に守秘義務についても同様であるが、このように明文規定が不存在でも、委任が信認関係の一態様であるという視座を持つと、いろいろ見えてくる。日本の委任でも、記録の具備や開示義務、守秘義務を構想すべきことになると解されてくるのである³¹⁾。

第5章 アメリカ・イギリス信託法における受託者の忠実義務と善管注意義務

第5章以下では、信託法理の受託者にあたる者の義務を個別法ごとに検討していく。

ここでは、信託法の受託者の義務について比較法的に検討したい。

30) 幾代通＝広中俊雄編『新版注釈民法（20）』（有斐閣、1989年）238頁、潮見佳男『基本講義債権各論I【第2版】』（新世社、2009年）247頁以下など参照。また、大陸法系の契約法では、もともと契約類型ごとにその性質に着目して定型的な義務を設定することが、信義則や衡平などによって可能であり（大陸契約法の義務補填機能）、委任の性質上、信託義務を伴うべきものと考えられるのであれば、明示の合意がなくとも、当該契約の性質から信託義務が発生すると考えることが可能になるとし、ただし「信託義務を認めるためには、それを可能とする契約概念が存在するだけでは不十分なのであり、実質的な正当化の根拠が求められ」、「そして、ここでいう実質的な根拠は、委任契約の性質と関連づけられたものでなければならない」が、「委任は高度の信頼関係を基礎としている」ことを一般的な根拠とし、そのうち高度の信頼関係に基づく委任につき信託義務が課されるとの説明もなされている（大村敦「現代における委任契約」中田裕康＝道垣内弘人『金融取引と民法法理』（有斐閣、2000年）102頁以下）。

なお、大村教授は、「日本法においては、忠実義務を善管注意義務から導くことも十分可能だ」とも述べておられるが、この点については、信義則や衡平から忠実義務が認められるということと、善管注意義務から導かれるということは根拠が異なるはずであり、善管注意義務を高度化すれば足りるという点についても、対等な私人間の契約法理とは異なる身分的な関係を根拠とする信託法理から派生する忠実義務の性質・内容（他人のためにもっぱら職務に専念する義務を始め様々な義務がある）・違反の効果（利得の吐き出し）などが、なにゆえに通常人の善管注意義務（合理的な範囲の注意で足りるという、自己のための義務と過失責任）から様々に派生しうるのかについての説明および理解を尽くされているにつき、疑問が残るように思われる。「委任の本旨」からは、善管注意義務のみならず忠実義務も別途発生すると解すれば良いとも思われるからである。他方で、契約も制度により支えられているものであり、「契約の制度（組織）化」により契約を社会的に強化することが必要である旨が述べられており、専門家や他の社会団体などに対置する知的弱者を保護するような衡平の発想を有しておられる点では、むしろ信託法理と発想の方向性を同一にすると思われる。

31) 樋口・前掲注（10）169頁以下。

1 アメリカの信託法第三次リステイトメントにおける受託者の義務の状況³²⁾

170条「忠実義務（duty of loyalty）」

171条：自己執行義務。第三次リステイトメントで緩和された。

172・173条：記録具備と報告義務、情報提供義務。

174条「善管注意義務（duty to exercise reasonable care and skill, duty of prudence³³⁾）」

175～178条：善管注意義務の具体的例示

179条：分別管理義務。（忠実義務と善管注意義務の両方に関連）³⁴⁾

（180条以下省略…）

アメリカ法において、忠実義務と善管注意義務との関係は、車の両輪にあたると言われている³⁵⁾。すなわち、信託とは、一定の財産につき受託者を信頼し所有権まで移して管理運用を委託する制度であるため、第1に委託者の財産を「きちんと」管理運用してもらう必要があるため、受託者に善管注意義務が発生し、第2に受託者には私利私欲や第三者の利益を図らないで「すべて」を委託者のために管理運用してもらうため、忠実義務が別途発生すると考えられている。

善管注意義務は、受託者が信託の管理運用する際の義務であり、この違反は過失責任である。善管注意義務を尽くせば免責されうる。これに対し、忠実義務は、受託者が受益者のためだけに行動する義務であり、その違反は外形的に判断され、責任の範囲も自己が利得を得たすべてに及ぶ。情報提供義務は、善管注意義務と忠実義務が履行されていることを確認するために必要とされる義

32) 前掲178頁以下による。

33) Prudence もしくは prudent の意味は、「慎重」もしくは「慎重な」と訳されることが多いが、用語としては、reasonable と互換的に使われており、むしろ受託者として「合理的な」注意義務を尽くすことを意味する点に留意が必要である。樋口範雄『アメリカ信託法ノートⅡ』（弘文堂、2003年）40頁以下。

34) 樋口・前掲注（10）181頁参照。

35) 前掲183頁以下。

【善管注意義務と忠実義務】

	善管注意義務（duty of care）	忠実義務（duty of loyalty）
意義	きちんと注意義務を尽くすこと	すべて委託者のために行うこと
損害の存在立証	必要。違反は不法行為。	不要。私欲分が不当利得。
義務違反の証明	必要。注意義務の基準や具体的内容、違反の存在の証明が必要。	不要。自己利益を図ったことや利益相反関係の証明でよい。
損害賠償	履行利益の賠償	利得の吐き出し

務であり、2つの義務を実質的に支えるものである³⁶⁾。

2 イギリスの信託法の受託者の義務をめぐる状況

ここで、念のため、アメリカ法の母法たるイギリス信託法およびイギリスの信託法理の状況について簡単に確認しておくことにする。アメリカの信託法の起源はやはりこの国にあるところ、基本的理念の理解については母法にその鍵があり、かつアメリカとは異なる独自の理論の発展もあろうことから、比較および参考に値すると思われるからである。

そして重要な点は、一般に、イギリスの判例・学説は、善管注意義務をそもそも信託義務の一種としては位置づけない旨を明らかにしていることである。イギリスでは、善管注意義務はコモン・ロー（制定法）上の制度であり、エクイティ（衡平法）上の信託義務の一部と観念される必要性がないとしている。善管注意義務は受託者が負う義務の一つであるが、受託者の地位にあるが故に負う信託義務の中身としては基本的には考えられていないのである³⁷⁾。ただし例外として、受託者の善管注意義務違反が、コモン・ロー上の訴訟によって救済されない特殊な事例³⁸⁾においては、信託義務としての善管注意義務が認

36) 樋口・前掲注(33) 35頁。

37) 植田淳『英米法における信託関係の法理』（晃洋書房、1997年）36頁以下。

38) Nocton v. Lord Ashburton [1914] A. C. 932 ; [1914-15] All E. R. Rep. 45, HL. コモン・ロー上故意の不実表示についてのみ責任が生じるとされていたが、エクイティ上、過失の不実表示についても責任を負うことが信託義務違反として認められたものである（事件については、植田・前掲207頁以下に紹介がある）。

められている。従来、コモン・ロー上、無償の受託者は、自己の取引と同程度の一般通常取引人 (ordinary prudent man of business) の注意義務でよいとされていたが、2000年イギリス信託法で、特に当該受託者が特別の知識や経験を持つような場合および一般に取引や職業として特別の知識や経験を使うことが期待されるような場合は、合理的な範囲で「高度の注意義務」を負うとされたのである³⁹⁾。注意義務の高度化の根拠が信託法理にあるとされているのである。

そして、その場合とは、①投資権限や投資の見直しや助言を得るために課された新しい義務の行使、②土地の取得や取得した土地をめぐる権限の行使、③代理、匿名受益者、管理人を選任するための取り組みに入ること、④和解その他の権限の行使、⑤保険の権限の行使、⑥将来の利益への合意あるいは信託に影響するような信託財産の価値の固定およびそれに準ずる行為の権限の行使の6種類が限定列挙されている⁴⁰⁾。

しかし、当事者が信託証書で注意義務の免除を意図しているような場合 (in so far as it appears from the trust instrument that the duty was not meant to apply)、制定法上の高度の注意義務が免除される。この点、「免除の意図」というものが曖昧であり、紛争を生じかねないとの批判がある⁴¹⁾。

また、以下の場合には、制定法上の高度の注意義務が免除される。

(i) 受託者の信託財産を取得する義務は常に絶対的なものとされており、コモン・ローの原則や制定法の注意義務の規定により変更され得ない⁴²⁾。こ

39) The Trustee Act 2000

§ 1 (1) Whenever the duty under this subsection applies to a trustee, he must exercise such care and skill as is reasonable in the circumstances, having regard in particular-

(a) to any special knowledge or experience that he has or holds himself out as having, and
(b) if he acts as trustee in the course of a business or profession, to any special knowledge or experience that it is reasonable to expect of a person acting in the course of that kind of business or profession.

40) Parker & Mellows, *The Modern Law of Trust* 574-75 (Sweet & Maxwell, 2008).

41) *Id.*, at 574.

のことが意図されていることは明らかな基本原則と言える。

（ii）信託財産の保管・管理については限定列挙事由に入れていないことから、制定法上の高度の注意義務が免除されることになる。また、2000年イギリス信託法では、受託者に代理人や管理人を選任する権限については、③の限定列挙事由に入れていても拘わらず、これらの者を選任しなかった場合の信託財産の注意義務違反の責任の性質について規定がない。さらに、土地の管理については、②の限定列挙事由であり制定法上の注意義務の範囲内であるが、動産（chattels）の管理については注意義務の範囲外である。その上、受託者が会社の場合、コモン・ロー上の義務の方がより厳しくなっているからか、制定法上の注意義務が免除されている⁴³⁾。しかし、コモン・ロー上の義務が課せられるとしても、何が意図されているかは明らかではない。

（iii）信託のために行う訴訟手続関連も、土地以外については制定法上の注意義務の範囲ではないようである。訴訟費用については、受託者が責任を負うはめになりそうな訴訟の場合であれば、受託者は前もって裁判所に将来の信託財産の費用を承認してもらい防御すると考えられるからである。問題は、ある訴訟を行うか否かを決定する義務についての責任である。それぞれ一定範囲で制定法上の義務もコモン・ロー原則も適用されるべきであるが、何が意図されているか、ここでも明らかではない⁴⁴⁾。そのため、受託者になる者は気を付けないと、受益者により後で訴えられてしまう可能性がある。

また、コモン・ロー上の義務と信託法上の受託者の受益者の最善のために行為する義務と抵触する場合にも注意が指摘されている。この場合、信託法上の最善義務が優先するからである。たしかに、受託者に裁量権はあるが、売り物に対して第1の申込み50万ポンドと第2の申込み55万ポンドの申込みがあったら、受益者のため（たとえ自分の財産の場合でも同様であろうが）、特別の理由（第一の申込みにより契約の履行まで済んでいたときなど）がない限り、

42) *Id.*, at 575.

43) *Id.*, at 575-76.

44) *Id.*, at 576.

55万ポンドの申込みをした方と契約を結ぶべきであるとされる⁴⁵⁾。

第6章 日本の信託法における受託者の義務をめぐる状況

日本の信託法の現状を検討する前提として、ドイツやフランスが固有の信託的制度を保有しているのと異なり、日本の信託法は基本的にアメリカ信託法を継受して制定され、現在、信託は契約のみならず遺言や宣言によっても設定できることを確認しておく（信託法3条）。

1 受託者の義務一般

日本の信託法によると、受託者とは、信託行為の定めに従い、信託財産に属する財産の管理または処分およびその他の信託の目的の達成のために必要な行為をすべき義務を負う者とされている（信託法（以下「信」という。）2条5項）。日本の信託法上でも、受託者には様々な義務が課せられている。第1に、信託事務遂行義務（信29条1項）が、第2に、「善管注意義務」（同29条2項）が、第3に、2006年（平成18年）改正により、明文で課された「忠実義務」（同30条）が課されている。信託法は、そのほか、自己執行義務および第三者の選任・監督義務（28条・35条）、合手的行動義務（同32条）、公平義務（33条）、分別管理義務（同34条）、事務処理状況報告義務（同36条）、帳簿作成等・報告・保存義務（同37条）などの義務を、受託者に課している。なお、受託者は信託の利益を享受することはできない（同8条）。

日本でも現物による原状回復を認めている以上、現在の時価で評価しうるので、現在の利益（利得）分での損害賠償をアメリカ同様に認めているといえる。

また、2004年（平成16年）12月に改正された信託業法28条は、信託法上の義務を先駆けて明文化しており、同条1項で「忠実義務」を、同2項で「善管注意義務」を、同3項で「分別管理義務」および「その他信託財産に損害を生じさせ、または信託業の信用を失墜させることのない体制を整備」する義務、

45) *Id.*, at 575-77.

【日米信託法上の「忠実義務」の相違】⁴⁶⁾

日本（信30条）	アメリカ（第三次リステイメント）
任意規定	任意規定
違反の救済：損失填補信託財産復旧（信40条1項） 受託者の利得が損失と推定（同3項）	違反の救済：利得吐き出し（no profit rule, unjust enrichment）。損害の立証不要。損害賠償の内容が受益者に有利。
履行期（売却時）の損害 or 現物による現状回復	売却時または判決時の利益分を損害賠償

同29条で「利益相反防止義務」・「書類設置義務」などを定めている。

したがって、日本の信託法上、受託者にも、一般的に善管注意義務のみならず忠実義務その他の具体的義務が課せられていることは、日本の信託法・信託業法から明らかである。

それでは、これらの義務間の関係は、どのようなものと解されているか。

この点、信託法上、これらの義務は並列的な関係にあるのではなく、基本的義務である信託事務遂行義務（信29条）を除くと、一般的義務と特別義務とに区別されると言われている。そのうち、受託者の一般的義務としては、「善管注意義務」および「忠実義務」の2つの義務が、性質の異なるもの（異質なもの）として明文で別に定められている。

2 日本の信託法における善管注意義務の内容

善管注意義務の法的性質については、以下の3つの特徴が指摘されている⁴⁷⁾。

第1に、受託者の行動が「合理的であるか否か」によって善管注意義務違反の存否が決まる。すなわち受託者の行動の合理性が個別事件の状況ごと（ad hoc）に判断される。

第2に、信託財産の管理処分の結果、受益者に損害が発生しても直ちに義務違反となるわけではない。受託者が合理的な行動を行っていたのであれば注意義務違反はないため、損害との因果関係がないことになる。ただし、通常は損

46) 樋口・前掲注（10）212頁以下。

47) 星野豊『信託法理論の形成と応用』（信山社、2004年）250頁以下。

害が生じれば、受託者が合理的な管理処分を怠っていることが多いことが指摘される。

第3に、受託者の行動が「合理的行動」であったか否かは、事後的に裁判所が判断するため、受託者が事前に義務違反を回避するための対処方法としては、情報開示を行って、投資判断の合理性について受益者の承諾を得ておくことが考えられている。

3 日本の信託法における忠実義務の内容

忠実義務は、受託者の一定の行為を典型的に禁止することにより、かかる行為による損害の発生を未然に防止しようとするものである。忠実義務は、受託者や第三者が実際に不正・不当な利益を得たか否かを問わず、また信託財産ないし受益者が受託者の行為によって損害を被ったか否かを問わず、一律の規制をかけることにより、受託者や第三者が不正・不当な利益を受けたり、信託財産ないし受益者が損害を被ったりする危険性を未然に排除し、信託財産の管理処分に関する適正さを確保することを目的とする⁴⁸⁾。

現信託法は受託者の忠実義務を30条で正面から規定し、31条で自己取引の禁止、図利加害の禁止、信託財産との利益相反行為の禁止等を規定している。

第7章 日本の会社法における取締役の地位および職務・義務

アメリカでは、会社の取締役などについても、信認法理が適用されているが、そのようなアメリカ会社法の多くの内容を継受している日本の会社法では、取締役について、どのような規定になっており、どのように解されているのか。

アメリカでは、取締役が受託者として株主および会社（会社は株主の総体として観念的な所有者とされる）に対し信認義務を負うことは、会社制度の創世記から承認されているようで、取締役は取締役会の構成員として会社の財産および事業について支配力を有する一方、株主は株主総会決議事項を除き、会社

48) 前掲242頁以下。

の運営に対する影響力を原則として有しないことから、取締役と株主の関係が、信託における受託者と受益者の関係に擬せられている。会社と取締役の関係は信託法理の中の委任代理（agent）の関係と言われる⁴⁹⁾。

また、取締役の信託義務は、忠実義務と注意義務を中核とし、経営判断の原則は注意義務違反の問題に関わり、忠実義務違反の領域には適用されないのが大原則である⁵⁰⁾。

翻って日本の会社法をみるに、日本の会社の取締役の地位も、会社との委任関係にあるとされ（会社法（以下「会」という。）330条参照）、取締役は、委任に基づく善管注意義務（民644条）を負うとされているが、そのほか、明文で忠実義務（会355条）も定められている。また、忠実義務から派生する義務として、利益相反防止（競業禁止）義務（会356条）、報告義務（会357条）、リスク管理体制の構築義務（大阪地判平成12年9月20日判時1721号3頁）なども認められてきている。

しかし、忠実義務がアメリカの信託法理によるものか否かについては、日本

49) 工藤敏隆「アメリカ合衆国連邦倒産法第11章手続におけるDIPの職務遂行規範—取締役の信託義務を中心に—」法学研究87巻12号（2014年）54頁以下が、アメリカにおける株主および会社と取締役などの関係が信託関係にあること、取締役の信託義務の内容が忠実義務と注意義務の二つを中核とすること、並びに倒産手続に入った後の管財人の信託義務とDIP型での取締役の信託義務の内容については詳しいのでそちらを参照されたい。

なお、平常時の会社では、株主こそが受益者であり、債権者は利害関係者ではあるが、受益者ではないとされる。債権者は、会社に対し契約上の請求権を有するにすぎず、また他の方法で自らの権利を護ることができる（信託法理適用の要件である一方が他方に一方的に依存する関係にはない）ことが挙げられている（同55頁）が、会社が倒産したときの取締役には、会社債権者に対する信託義務も一定の範囲で認められるケースは散見されるようであり、アメリカでも議論が若干揺れているところではある（同61頁以下、70頁以下）。付言すると、実際には倒産時の財団価値最大化原則の中で利害関係者の調整問題が別途あり、そこで債権者の利害は調整されるところではあるが、DIP型の第11章手続下では、存続会社の取締役は、管財人と同種の役割を負うため、直接の信託義務が債権者に対してもあるかという議論があり、ここでは肯定的な判例も見受けられなくはないようである（同73頁以下参照）。

50) 同上60頁。

の裁判所や会社法関連の学説は、否定的に解してきた経緯がある。すなわち、日本では、善管注意義務と忠実義務とは異なる概念かが争われ、判例上は同質のもの（同質説）と解されてきたのである（最判昭和45年6月24日民集24巻6号625頁⁵¹⁾）。判例の見解によれば、忠実義務の規定の存在意義は、委任関係に伴う善管注意義務を強行規定とする点にあるに過ぎないと解されている⁵²⁾。

これに対し、学会の有力説（異質説）は、戦後、アメリカのGHQの影響下で昭和25年（1950年）の商法改正により導入された取締役の忠実義務関連の規定は、アメリカ会社法（信認法理を含んでいる）の沿革によること、取締役・会社間に利害対立の可能性のある忠実義務の領域とそれが無い注意義務の領域とを峻別すべきことから、やはり契約法理とは異なる異質の義務であると解すべきであること、別の条文でわざわざ日本法でも定めているのに同質とするならば、忠実義務の条文は不要なはずであること、などを理由とする⁵³⁾。

詳しい学説上の議論は会社法関連の解説書に委ねるが、従来、異質説に対する同質説からの主な批判としては、異質説によるならば、善管注意義務は過失責任であり忠実義務違反は無過失責任となるはずだが、日本の会社法の規定は、過失に基づく損害賠償責任となっており、総株主の同意により会社に対する責任を免除できないわけではないこと（会424条⁵⁴⁾）が指摘されている。また、アメリカの場合であれば、社外取締役として会社との利害対立が生じやすい立場の取締役が多いので、「忠実義務」違反に厳しく注意義務違反に甘くという法理が受け入れられやすいのに対して、日本の取締役の実態を前提とすると、

51) 忠実義務は、会社法330条（旧商法254条3項）、民法644条に定める善管義務を敷衍し、かつ一層明確にしたに留まり、通常の委任関係に伴う善管義務とは別個の高度な義務を規定したものではない」と判示された。

52) 江頭憲治郎『株式会社法【第6版】』（有斐閣、2015年）430頁。

53) 例えば、神田秀樹『会社法【第16版】』（弘文堂、2014年）222頁、北沢正啓『会社法【第6版】』（青林書院、2001年）412頁、赤堀光子「取締役の忠実義務（4・完）」法協85巻4号（1968年）532頁。

54) 江頭・前掲注（50）430頁以下。

アメリカのような截然たる二分法は不自然・不必要なものであると解されていたようである⁵⁵⁾。

しかし、この立法がもともと母法たるアメリカの原理をよく理解してなされたものか、当時の昭和45年頃の最高裁の見解および従来の学説の見解が今なお妥当なものかについては、現在の日本で改めて検討する必要はあろう⁵⁶⁾。もしアメリカの制度を導入しながら、その原理を曲解して解釈・運用していたようなことが他の法領域と横並びに改めて検討する中で明らかになれば、それに見合った修正が、解釈上または場合により立法上必要になりうるし、社会の変化に伴い、新しい問題が今後現れたときのために、これからの解釈・改正の方向性・視点を改めて検討しておくことには意味があると思われるのである。

第8章 日本の破産法における破産管財人の地位および職務・義務

会社法と同じく、アメリカ法の影響を多分に受けて、平成16年の破産法改正はなされている。また平成11年新設の民事再生法が、アメリカ連邦倒産法第11章手続を範としていることはとに有名であるが、破産管財人や再生債務者の地位についても、アメリカ法では信認法理に基づいたものになっていることは意識されていないまま継受したと思われるので、日本の破産法の立法状況および解釈の現状についても、確認しておくことにする。

55) 森本滋「取締役の善管注意義務と忠実義務」民商81巻4号（1980年）476頁、鈴木竹雄＝竹内昭夫『会社法【第3版】』（有斐閣、1994年）289頁注1など参照。

しかしながら、社外取締役が増えた現在の日本では、アメリカと状況が近接してきたとも言えるし、社外取締役の方がそもそも会社と利害対立し忠実義務違反を起こしやすいという発想の前提自体が、現在の社会状況に即しているのかといった点についても、再検討が必要であろう。

56) 例えば、近時、敵対的企業買収に際し現職取締役が対抗措置をとることが「忠実義務」の領域の問題と分類されるか否かで結論が大きく左右されることが指摘されるなど、アメリカ法の特色をどう捉えるかが改めて重要な課題となっている（徳本穰『敵対的企業買収の法理論』（九州大学出版会、2000年）51頁）。

1 破産管財人の地位（破産法74条以下）

(1) 従来の学説

破産管財人の地位につき、当初、破産債権者代理説または破産債務者代理説が主張されたが、これはどちらも管財人の地位の一面しか捉えられていないと批判された。そこで、破産財団に法主体性を認める破産財団代表説というものが現れ、実定法の全趣旨から財団に法人格が推定され（法人格はないので暗星的法人）、管財人は代表者というような説明がなされた時期もあった⁵⁷⁾。しかし、法人格を定める法規定がないことから、これも通説には至らなかった。

(2) 近時の通説

近時は、破産財団の法人格（法主体性）を前提にせず、管財人を主体とする管理機構人格説が通説となっており、この説によると、破産管財人には独立した法主体性があり、破産債務者の法的地位を受け継ぐ側面と破産債権者の利益を代表する側面の二面性を持つものと解されている⁵⁸⁾。

しかしこれも、破産管財人の地位およびそこから派生する義務を説明しきれるものではなかった。

(3) 近時の有力説

そこで、アメリカ法の解釈に倣い、管財人を受託者とする説（信託型管理機構説または法定信託説）が有力になってきている。すなわち、信託構成を採ると説明がしやすいとして、債務者は委託者で、管財人は受託者で、債権者は受益者であると捉えるのである⁵⁹⁾。

しかし、この説に対しては、①法定信託を認めることになるが日本の信託法に規定がないこと、②破産財団組成財産等の帰属換え（信託移転）が前提にな

57) 一般的な説明として、例えば、山本和彦ほか『倒産法概説【第2版補訂版】』（弘文堂、2015年）371頁以下参照。

58) 同372頁参照。

59) 例えば、山本克己編著『破産法・民事再生法概論』（商事法務、2012年）38頁以下〔佐藤鉄男〕。

るにも拘わらずそのような規定がないことが批判として言われている。

他方で、この批判に対する反論としては、私的整理における債権者委員長の地位は信託の受託者の地位にあたりと一般に解されているのと同様に解することができるはずであることなどが挙げられている。

（4）小括

破産法の管財人の地位に関しても、母法たるアメリカ・イギリスの信託法理という職業的身分に基づく特別な法原理を無視して、対等な当事者間の債権・物権関係に分けた契約法理的な発想で日本法独自の解釈を試みてきたひずみが見受けられる。アメリカでは、管財人は文字通り「trustee」であり、倒産制度における「trustee」は、法定信託における受託者として、破産者の財産を管理処分する権限を受託して職務を行うのであり、倒産制度は信託および信託法理をそのまま体现した制度になっているにも拘わらず、日本ではこのことにはほぼ触れられず、日本において管財人の地位をめぐる独自の解釈が厳然となされてきている。

しかしながら、管財人の地位を大陸法の発想ではうまく説明できずきたことは今までの学説状況からは明らかであろう。近時の有力説である信託型管理機構説もしくは法定信託説は、平成16年改正以降のアメリカ法継受による改正と相伴ってとりわけ浮上してきたものであるが、継受からみれば理論的に一番素直であると思われる。また、信託法上で従来法定信託を認めてこなかった日本法において、この説をとるには、日本でもそもそも法定信託というものを広く認めるかが一つの理論的前提課題にはなっていたが、平成17年改正信託法63条は法定信託を一応認めており、さらには、他の法分野でも法定信託なるものの成否が問題になっており、すでに判例上認められたケースがないわけではないことからすると、日本において法定信託が認められないという時代は終わった、すなわち、法定信託は、現在の日本では認められうると考えてよいのではないかと（法定信託の是非については、本稿ではこれ以上立ち入らない）⁶⁰⁾。

2 破産管財人の職務・義務

破産管財人については、破産法上（以下、条文表記の際は「破」という。）、善管注意義務（破85条）および労働債権者に対する情報提供義務（破86条）、裁判所および財産状況報告集会または債権者集会への報告義務（破88条、破157条ないし破159条）が定められているものの、忠実義務に関する一般規定がない。信託法の受託者や会社の取締役と同様に信託関係に立ち、信託的構成を採るのであれば、破産管財人が忠実義務をも負うことが素直に帰結されうるが、そうでなくても、破産者から独立して裁量権を広く持ち、破産債務者のためのみならず総債権者のためにも職務に専念する義務があることから、やはり破産管財人には特別な義務として忠実義務が認められてしかるべきであるところ、アメリカ連邦倒産法第7章手続を参考にしてなされた平成16年の破産法改正では、忠実義務に関する一般規定は定められなかった。ドイツ破産法を範としていた旧法下の解釈においては、むしろ特に明文がなくとも忠実義務の存在に言及しているものも見受けられた⁶¹⁾が、現在の解説書では、忠実義務の存在につき沈黙しているものが多い⁶²⁾。破産管財人の義務として、公正中立義務や忠実義務などが挙げられることがあると言及しているものも見受けられるが、具体的な義務の存否については曖昧なままである⁶³⁾。

しかしながら、管財人に善管注意義務のみを負わせることで足りるかという問題が残る。たしかに、管財人には弁護士または弁護士法人が選任されることがほとんどなので、弁護士としての忠実義務または誠実義務があれば事実上足りるとの考えもありうるが、特定の依頼人のための本来的な弁護士業務と、総

60) 判例でも、公共工事の前払金保証制度の下での前払金支払いについて、法定信託らしきものを認めているものが見受けられる（最判平成14年1月17日民集56巻1号20頁、判時1774号42頁、判タ1084号134頁）。

61) 東京地裁破産・和議実務研究会編『破産・和議の実務（上）』（民事法情報センター、1998年）85頁、竹下守夫編代『大コンメンタール破産法』（青林書院、2007年）362頁〔管家忠行〕。

62) 例えば、山本ほか・前掲注（50）372頁以下。

63) 例えば、伊藤眞『破産法・民事再生法【第3版】』（有斐閣、2014年）193頁以下。

債権者のための業務も関わる破産管財人の忠実義務とでは、具体的内容が異なることは当然に予想され、破産管財人としての忠実義務規定が欠如していることは、他の法律と比較しても問題がないとは思われない。

他方で、近時、産業廃棄物の処理に関し、破産管財人には公益配慮義務が認められるとする見解が出てくる⁶⁴⁾など、これが注意義務からの派生的なものか否かの議論はさておき、破産管財人の義務の発展的な内容が問題になってきているので、信認法理に即してみると、日本の破産法上は、アンバランスな議論状況が見受けられるとやはり言えそうである。

また、アメリカの第11章手続を範として新設された民事再生手続でのDIP型における民事再生債務者は、手続前の債務者とは別の第三者的地位を取得するとされ⁶⁵⁾、私法上の職務として公平誠実義務（民事再生法38条2項）および円滑進行・情報開示責務（民事再生規則1条1項・2項）が課せられている⁶⁶⁾と説明されている。アメリカ連邦倒産法1107条aでは、DIP型の再生債務者は、管財人選任型の再生管財人と同じ地位にあるとされ、再生手続において管財人と同じく忠実義務を負い、否認権の行使もまた債務者自身が行使でき

64) 伊藤眞「破産管財人の職務再考—破産清算による社会正義の実現を求めて」判タ1183号（2005年）35頁、谷口安平監修『レクチャー倒産法』（法律文化社、2013年）43頁〔高田賢治〕、山本和彦『倒産処理法入門【第4版】』（有斐閣、2012年）68頁など。

65) 園尾隆司=小林秀之編『条解民事再生法【第3版】』（弘文堂、2013年）189頁以下〔河野正憲〕。

66) 日本でも、再生債務者が法人である場合における再生債務者の公平誠実義務の実質について、業務執行機関である取締役の義務を射程に入れたさらなる検討が進んでいるが、例えば、伊藤眞「再生債務者の地位と責務（上）（中）（下）」金法1685号12頁以下、同1686号113頁以下、同1687号36頁以下（いずれも2003年）、高田賢治「DIPの法的地位—公平誠実義務を負う主体とは何か」『最新倒産法・会社法をめぐる実務上の諸問題』（民事法研究会、2005年）172頁、森まどか「会社法から見た再生債務者の誠実義務—理論的検討」『民事特別法の諸問題・第5巻（上巻）』（第一法規、2010年）241頁以下、村田典子「民事再生法上の公平誠実義務と会社役員の影響」神作裕之ほか『会社裁判にかかる理論の到達点』（商事法務、2014年）635頁、641頁、加藤哲夫「日米における『再生債務者・DIP』論の一断面—公平誠実義務と信認義務をめぐる理論状況—」民訴雑誌61号（2015年）1頁以下。

るとされている（同544条a・b、547条、548条）⁶⁷⁾のに対し、日本の民事再生法では、アメリカの第11章手続を継受する際、再生債務者には自身の利害関係があることを無視しえないとして、管財人とまったく同じ義務を負わせることは厳密には難しいとの立法者判断から、忠実義務ではなく公平誠実義務という文言が入れられ⁶⁸⁾、その上、再生債務者は否認権を行使できず監督委員または管財人が選任されていればそれらの者がこれを行行使することが規定された（民事再生法135条1項参照）。そのため、日本のDIP型民事再生手続では、監督委員または管財人が選任されない限り、否認権者はいないという状態が生じてしまっている。

公平義務は、原則として、同等の地位にある債権者を公平に扱う義務のことを言う。誠実義務は、一般に、自己または第三者の利益と債権者の利益が相反する場合に、自己または第三者の利益を図って債権者の利益を害することは許されない義務のことで解されている⁶⁹⁾。再生債務者の公平誠実義務と同旨の規定は、特別清算手続の清算人（特別清算人）についてもみられる（会523条）が、これは、特別清算人の場合は、特別清算の開始によって清算人の性格が一変し、

67) アメリカの第11章手続についてはすでに多くの先学が紹介しているが、例えば、アメリカの立法経緯、判例・学説状況について比較的最近の詳細な論考として、工藤敏隆「アメリカ倒産法における管財機関の生成と信託理論（1）・（2）・（完）」慶應法学28号135頁以下、同29号325頁以下（どちらも2014年）、河崎祐子『企業再建手続運営のプロセスの法理』（信山社、2004年）、村田典子「再建型倒産処理手続の機能（1）・（2）・（完）—アメリカ合衆国における再建型倒産処理手続の発展過程—」民商129巻3号（2003年）50頁、同4-5号（2004年）184頁、松下淳一「米国連邦倒産手続の規律の現状及び立法論の動向—裁判権（jurisdiction）及び手続上の諸問題について—」学法34巻2号（1999年）23頁。

68) 村田・前掲（2）・（完）190頁以下参照。なお、2000年ドイツ倒産法270条1項・3項では、DIP型再建手続を導入する際、再生債務者自身の管理処分を認める場合でも、つねに監督委員の監視のもとに置くとして限定的な第三者的地位を認めるという制度設計がなされているのと比べても、日本の民事再生法は、財産の管理処分に関する責任の所在につき中途半端な制度になっていることから、その正当性を再検討する必要があることが指摘されている。

69) 才口千晴 = 伊藤眞監修『新注釈民事再生法（上【第2版】）』（金融財政事情研究会、2010年）188頁以下〔三森仁〕。

それまで会社のために忠実にその職務を遂行する義務を負っていた清算人が、あたかも特別清算手続開始時に改めて裁判所により清算人として任命されたのと同様に、中立的な立場に立つことを要求され、会社、株主および債権者に対して公平かつ誠実に清算事務を処理する義務が課せられたとされていることから、再生手続における再生債務者の公平誠実義務も同様に考えてよいと解されている⁷⁰⁾ことから、公平誠実義務は忠実義務に関連するものといえる。

そうだとすると、なにゆえに忠実義務に関連する公平誠実義務が、DIP型の再生債務者本人には課されながら⁷¹⁾、管財人には（前述の破産管財人も含む）忠実義務の一般明文規定がないのか、他方で、再生債務者には公平誠実義務のみが課され、善管注意義務の規定が置かれていないのか。大陸法的な解釈を行う見解の中には、公平誠実義務には善管注意義務が含まれていると解せるからよいとの考えもあるようであるが、これらの規定は不揃いな状況であるとの感は否めない。

ただし、忠実義務の一般規定がないとはいえ、再生管財人には倒産手続の専門家として高度な注意義務が課されていると解されており、再建型の会社更生手続における更生管財人の義務と同様の内容となるとされているところ、会社更生法78条では自己取引が禁止され、同79条1項では競業避止義務が、同80条で善管注意義務が更生管財人に認められ、同80条の2では、労働者に対する情報提供協力義務が設けられている。忠実義務に関する一般規定は、破産法と同じく置かれていないものの、その前提として更生管財人は一般的な忠実義務を負っていると解することは一応可能ではあるが、忠実義務を一般的に更生

70) 前掲188頁〔三森〕参照。

71) なお、DIP型の手続においても、管財人はいないとはいえ、実際には、再生債務者（会社）が自身で実際に再生手続をするのではなく、弁護士が再生債務者代理人として再生手続に関与することがほとんどだとすると、その場合は代理人として再生債務者の代理として、債権者に対して公平誠実義務を負う（才口千晴「弁護士の役割と責任」自由と正義51巻2号90頁）のに対し、管財人になるなら善管注意義務はあるが公平誠実義務はないことになるといった形になるが、やはり管理処分に関する責任の所在・範囲としてこのような帰結が妥当か、疑問が残る。

管財人も負うのであれば（本来そうであると思われるが）、立法のあり方としては、一般的な忠実義務に関する規定を、会社更生法および破産法に定め置くのが素直であろう。

また、注意義務を高度化すれば足りるとの解釈もありうるが、管財人の責任が必ずしも適当な範囲に拡大して認められているわけでもない⁷²⁾ことから、一般的な忠実義務規定が本当に不要なのかは疑問である。

なお、日本法の現在の立法状況のように、再生債務者と再生管財人の義務の範囲は異なってしかるべきだというのであれば、再生管財人は、倒産手続の専門家としてDIP型の再生債務者以上の責務を負っていても良いように思われるが、この点も法文上からは必ずしも明らかではない。

このように、破産法・民事再生法・会社更生法における管財人の義務内容は、DIP型の再生債務者の義務内容と併せて、信認法理の視点から俯瞰してみると、立法状況がかなり錯綜していると言えそうである。

第9章 信認法理の概括⁷³⁾

前章までのところで、日本のいくつかの法における信認義務関連の状況を概観してきたが、ここで改めて信認法理全体を概括しておくことにする。

1 信認関係 (fiduciary relationship) の中心に位置するのは信託 (trust) であるが、さまざまな人間関係に適用されている。患者のカルテ開示が問題と

72) 例えば、敷金返還請求権に、質権を設定した貸借人の破産管財人が、破産手続開始決定後の賃料を支払うのに十分な銀行預金を有していたにも拘わらず、賃貸人との間で敷金をもって賃料に充当する旨の合意をして敷金返還請求権の発生を阻害した場合には、質権の目的たる債権の担保価値を維持する義務の違反となるとして責任が認められたが、他方で、この義務と破産債権者のために破産財団の減少を防ぐという破産管財人の職務上の義務との関係について裁判所の許可を得ていることから破産管財人が質権者への義務違反としないと考えるに当たっては、善管注意義務違反の責任を負うことにはならないとして免責されており（最判平成18年12月21日民集60巻10号3964頁）、善管注意義務の構成では一定の場合に免責がありうるため、忠実義務の構成に比べ、責任の範囲が狭くなってしまうことは否めない。

73) 樋口・前掲注(10)240頁以下参照。

なっている医師、依頼人の財産を預かった弁護士、下請けに払うお金を預かった元請業者、後見人となった金融機関などが典型とされている。

- 2 現代のアメリカにおいて、契約関係のみならず信託関係の重要性を考えると、受託者の裁量を尊重しつつ、その濫用や背信をいかにして防ぐかが課題となる。
- 3 アメリカでは、受益者の権利・受益権は、単なる債権ではなく物権的な効力を持ち、受託者のみならず第三者にも効力を及ぼしうる権利である。
- 4 従来、イギリス・アメリカにおいて信託は契約でないとされてきた。信託は、自己責任と自己利益の追求を基軸とする契約とは異なるものであり、第三者にも物権的効力の及ぶような受益権を設定する行為を契約とみることはできないとされてきた。

ところが、ラングバインは、現代のアメリカにおいて信託は契約とみるべきだと論じた。従来のアメリカでの通説は、契約との違いを強調しすぎて倫理性を説いたり、強行規定が多いかのような錯覚を生み出したりしてきたが、今や、当事者の自由の契機を強調し、その意思を尊重する信託法理を構想すべき時だと主張する。

- 5 これに対し、フランケルは、信託関係ゆえに認められる特別な効果（利益吐き出し制度）などを維持するためには、信託関係を契約関係とは別個のものとして立てておくべきであると主張する。
- 6 アメリカにおける契約関係と信託関係との違いは、信託関係においては、受益者の情報を他へ漏らしたり自己のために利用したりしてはならないという意味での守秘義務と、受益者に対する情報提供義務が生じる点にある。

守秘義務は、秘密の事柄・性格を示すと同時に、相手を信頼して打ち明けることも意味する。不用意に漏らせば善管注意義務違反であるが、信頼した受益者のためだけに情報を守り利用するという側面は、忠実義務の性格が強い。

情報提供義務には、受益者の求めがあって提供すべき情報と、求めがなくとも受託者が積極的に提供すべき情報がある。情報提供の態様として、口頭

その他の説明を意味する場合と、記録自体の閲覧・コピーを意味する場合との区分があり、代理やパートナーシップ、信託では、請求があった場合の記録の開示は当然とされている。また、情報提供義務の根拠には、3つの異なる側面があり、①自己決定のための情報提供、②忠実義務の履行を保証するための情報提供、③信頼関係の維持と強化のための情報提供である。①は自己責任へとつながるが、信認関係における情報提供義務は、自己責任を課すための手段ではない。

- 7 忠実義務と善管注意義務は、異なる概念であり、信認義務の両輪とされている。信認関係においては、重要な権限や財産を受認者の裁量にゆだねるために、権限濫用の可能性が大きい分、これらの違反については、外形的に判断し、不当な利得をすべて吐き出させる救済方法が提供される。損害賠償の算定についても、算定基準時を判決時にずらすなどにより厳しく判断されることがある。
- 8 信認関係においては、受認者の背信を防ぐために、契約関係に対するよりも強い公的介入（例えばアメリカでは裁判所の介入）が求められる。
- 9 信認関係と契約関係の相違に注目することが必要ではあるが、類似するものであることを否定するものではない。ある人間関係が、現実の社会において、自己責任法理ではなく、社会的に見て有益な依存関係として把握した方がよいとの法政策的判断が行われると、従来は契約法理で規律していた関係が信認法理に服するようになる。日本でも、公的介入を最小限度にした自己責任原理に基づく契約が支配すべき領域と共に、それと併存して、異なる原理に基づく人間関係の存在も重要であると認めるのであれば、契約法理とは別個の信認法理を確立することが求められることになる。
- 10 信認関係または信認法理に関連し、近時、弁護士の公共的役割に着目し、弁護士は依頼人に対してのみならず、第三者や公益に対しても一定の配慮義務（一般的損害発生回避義務）があることが、アメリカのみならず日本でも議論されるようになってきている⁷⁴⁾。

第10章 おわりに

1 信認関係と契約関係について

信認関係または信認法理というものが日本法の考え方にも広く認められるのであれば、専門家責任もしくは職業的身分に基づく責任は、基本的にはこの理論で統一的に考えることができ、受認した専門家もしくは職業的身分にある者には専門知識を有するがゆえに大きな裁量権限や報酬権限が与えられ、他方で通常一般人とは異なる義務としての忠実義務や誠実義務などを負うこととなる。この理論はまた、国家、公的団体並びに公務員といった公的存在と国民または住民との関係にも該当し、これらも信認関係で説明されうるものである⁷⁵⁾。

とはいえ、個々の専門職もしくは職業的身分の中身に応じて、それぞれ負うべき具体的義務は異なってくるものでもあることから、個別具体的に検討していく必要があることはいうまでもない。そのため、今後、信認法理一般を日本でどのように位置づけるか、また個別法規あるいは職務ごとにその法理をカスタマイズするのであれば、それをどのように行えば良いかは課題である⁷⁶⁾。たしかに、本稿でも検討してきたように、日本の個々の法制度で個別に必要とされる具体的義務と内容を必要に応じて網羅的に定めれば、忠実義務というものを一般的に認めずとも結果としては足りるようにも思われるが、ドイツやフラ

74) アメリカの状況については、フランケル・前掲注(10)157頁以下参照。日本では、加藤新太郎『弁護士役割論【新版】』（弘文堂、2000年）361頁以下が論じている。ただし、第三者ひいては公共に対する義務は、忠実義務の内実の問題ではなく注意義務の問題領域と思われるが、この問題に関する詳細は、他日を期したい。

75) フランケル・前掲注(10)279頁以下。

76) フランケル・前掲注(20)(下)は、英米法の信認法理を大陸法に移植しようとする試みについて検討しているが、フランケルが述べるように、大陸法と英米法とで結論が異なるグレー・エリアも存在するが、異なるアプローチや異なる文化、英米法と大陸法それぞれの価値観を維持しながら、共通の目的を達成するために、同じような不正行為に対し同じような救済を認める共有されたシステムを作ることは可能なはずであろう（同82頁）。

ンスと異なり、日本では、アメリカ法の理念を、大陸法の理念と整合させるための精査および吟味が十分なされないままに継受した各種法律の改正が散見されるため、大陸法理とは本来異質なアメリカの信認法理に基づく規定をすでに導入してしまっているところの交錯状況をまず確認・検討する必要がある。

また、英米法の信認法理といった特別な法原理に基づく統一的視座を持たずに、大陸法型の契約法理のみを念頭に置いて個々の法について解釈・運用および今後の改正を別異に行ってきたので、それぞれに解釈・運用が分かれてしまい、法律相互間の整合性を欠いており、さらには本来の制度趣旨を実現するために理論的に必要とされるにも拘らず不足している法内容を把握しきれず、それぞれの法領域でアンバランスな立法状況を統一的に改善することが難しいまま放置されていることが懸念される。

2 弁護士の専門家責任について

会社法や破産法など他の法領域と共に再検討を行うかはともかく、日本の弁護士の職業的身分に基づく専門家としての責任をどのように規律していくかについても、信認法理の視点でいったん捉え直し、深い専門知識に基づく広範な裁量権を持つ資格職たる弁護士の地位にふさわしい、専門的な職務専念義務としていかなるものが必要か、現在および将来において足りないものは何かなどにつき、再検討することは有益であろう。

弁護士の職域が拡大する今日、例えば、弁護士が本来の法律業務として会社の顧問役を引き受ける場合のみならず、会社の社外取締役、監査役、清算人もしくは管財人または信託の受託者などに就任することがある際に、本来の弁護士の業務としての義務以外に当該兼職の義務をそれぞれどのように負うのかも、新たな難しい課題ではあるが検討しなければならない喫緊の課題と思われる。

信認法理という呼称を用いるか否か、または忠実義務と呼ぶか誠実義務と呼ぶかは別としても⁷⁷⁾、重要なことは、依頼人・弁護士間の契約に基づく善管注意義務とは別に、自らの法の専門家あるいはプロフェッショナルとしての高

い職業的意識に基づき、自律的な特別規範たる弁護士法および弁護士基本職務規定などの立法・解釈により、個々の契約を超えた、弁護士という職業的身分にふさわしい固有の法的義務を、専門的職業としての一般的な義務として課し、そこから各種の法分野での役割に応じた具体的義務が十分に定められることが、社会の変化とともに改めて求められているのではないか。

中世のような生来的な身分社会は消滅したものの、技術の進化に伴い専門家が躍進する現代の社会においては、知的強者たる専門家に知的弱者たる依頼人が依存せざるを得ず、専門家に広範な裁量を与える関係が生じる一方で、知的強者の地位にあるがゆえに裁量権濫用の誘惑も高まる専門家の職業的身分を、社会的に規律し監督する特別な法制度もしくは具体的な特別な義務⁷⁸⁾が、対等な私人間を前提とした契約法の修正原理として、私的にも公的にも求められている。

弁護士については、他の専門職にも増して、司法の担い役および正義の実現者として正義的役割・公共的役割が問われる中、弁護士の忠実義務、誠実義務、公平義務、情報提供義務、守秘義務、利益相反防止義務、ひいては近時説かれ

77) 田中・前掲注(15)の説明参照。また、加藤・前掲注(74)11頁、360頁以下も、弁護士の誠実義務(弁護士法1条2項)は、信認関係の弁護士・依頼者関係の構造に由来する忠実義務であると構成するのが相当とされている。

78) 付言すれば、日本の従前からの大陸法的な法制度の枠組みの中で説明すると、対等な当事者間の契約の建前を採りながら実際には当事者の力関係に偏りがみられる場合には、弱者保護のための社会経済立法がなされていることと同様の修正法理が必要なのだという説明の仕方もありうると思われる。

例えば、民法の雇用契約における労働者保護のための修正として労働三法などがあり、賃貸借契約における借主保護の修正原理として借地借家法があり、消費者保護の修正原理として消費者契約法などがあるように、一般人と専門家との契約においては、知識の偏りによる判断能力の力関係の差に基づき、依頼人と弁護士との委任もしくは準委任契約においては、弁護士法および弁護士基本職務規定を含む特別規定による依頼人保護を厚くするための修正が必要であり、また弁護士には公共的使命もあることから、依頼人のみならず第三者や社会全体の保護までが必要とされるといった説明もできるように思われるが、実は、このような説明の方が、高邁な思想性といったものは後退するものの、日本では一般の法律家の理解が得られやすいのかもしれない。

るようになった公益配慮義務（一般的損害発生回避義務）に至るまで、そのような要請を受けたものとして理解され、法的な内実を伴うものでなければならないと思われる⁷⁹⁾。

3 善管注意義務および忠実義務の関係について

信認関係においては、第1に委託者の財産を「きちんと」管理運用してもらう必要があるため、受託者に善管注意義務が発生し、第2に受託者には私利私欲や第三者の利益を図らないで「すべて」を委託者のために管理運用してもらうため、忠実義務が別途発生する。注意義務は、対等な契約関係や利害関係ある相手方のみならず、第三者ひいては社会に対しても負うことのある一般的な義務であるが、忠実義務は一方が他方に依存せざるを得ない特別の人間関係もしくは力関係にある相手方に対して一方的に負う特別な義務である。

やや雑駁な私見にはなるが、英米法では、契約というものを基本的には結果責任的に考えており、契約内容を履行したか否かが問題とされており、行為責任的な注意義務の発想はほとんど契約行為の内容に入っておらず、契約関係にあるなしを問わず、何か人の不注意で損害が発生した場合は、損害軽減防止義務などを除き、基本的には不法行為の規律で処理するという法制度設計になっている。そのため、注意義務の相手方は元来契約関係の相手方と言うよりも一般を対象にした不法行為制度上の義務となっている。これに対し、大陸法では、契約関係には、特に高度の注意義務が個別に発生するとの観点から、契約内容に行為責任の発想が入っており、個別の注意義務が契約ごとに要請されているという前提になっており、契約不履行に基づく損害賠償の際も、契約が履行さ

79) 折しも、平成27年度の金融庁の重点施策として、金融業界では「フィデューシャリー・デューティー」という概念を浸透・実践することが要請されているように、日本法社会においても、信認法理の本格的な導入について積極的な動きが見受けられる（梅澤・前掲注（4）30頁以下）。ただし、特定人に対する義務を離れた一般的な公益配慮義務については、さすがに過大な義務ともなりうるので、一般不法行為法上の第三者（あるいは一般人）に対する注意義務を超えるものを負わせる必要性がどこまであるかについては、慎重に議論する必要があるだろう。

れたか否かで責任が決まるのではなく、不履行でも注意義務があったかなかったかが問題とされる構造になっているように思われる。ただし、現在の日本の債権法改正は、英米法との折衷から結果責任的に改正の方向が進んでいると言えよう。

忠実義務（ここに誠実義務は含まれるとするのが、アメリカの通説である）は、元来、英米法固有の身分法的な義務であることはすでに詳述してきたところであるが、日本法にある程度なじんではきたものの、注意義務あるいは誠実義務、公平義務といったものとの差異に関し、各種法域で理解がまちまちであるため、実質的な不都合性はさほど大きくはないとしても、また大陸法的に解釈を統一するにしても、この日本での錯綜した立法状況・理論状況につき、日本固有の統合的・整合的な法体系として、今後改善する必要はあるようには思われる。その際、信認法理という発想は、日本法ではこの用語を使うかは別にして、少なくとも、一つの統一の方向性を示唆する道具理論として有益であることは言えると思われる。

4 今後の日本の法制度のあり方に関する示唆について

忠実義務あるいは誠実義務のような身分的な義務があることを認めるのは、万人の平等を謳った市民革命以降の近代国家にとっては、中世の身分制への回帰にも見えなくもないので懸念される向きもあるかもしれないが、冒頭で信認法理の現代的意義を検討してきたように、「20世紀は契約と信認の時代」とも言われ、現代の専門家社会および複雑な技術社会においては、万人が等しくすべての分野に精通しているわけではないことから、社会全体の身分における強者・弱者の関係ではなく、各専門的分野で「知的強者・知的弱者」の関係が生じうることを認識し、誰もが何かの専門家である限り、一般通常人以上の義務を負い、逆に自分の専門分野以外では、素直に知的弱者として専門家からの保護を受けうる社会に発展させることが実質的には豊かな法社会を形成していくのではないかとと思われるのである。英米法で発祥・発展してきた信認法理を、今日の文脈においては、現代の専門家社会を実りあるものにする概念として捉

えるべきだと考えるが、もちろん日本では、そのままの名前の法理として受け入れるかは別にして、その発想・内容を取り入れていくことは推奨されてよいのではないかと思われる。

(たむら・ようこ 筑波大学法科大学院教授)

*本稿は、筆者が平成27年3月19日・20日開催の「法曹倫理国際シンポジウム東京2016『弁護士の本懐—弁護士の職業的役割と責任』」で行った報告に、加筆・修正したものである。

**北秀昭先生には、本学での担当科目や担当業務が重なり、ご在職中に多くのご指導・ご教示を賜り大変お世話になりましたので、謹んでここに厚くお礼を申し上げます。