

受託者の忠実義務の本質的内容と受託者が負う 他の義務との概念的関係についての一試論

国士館大学法学部准教授 田 岡 絵理子

目 次

はじめに

一 コモンウェルス圏における忠実義務と注意義務の一般的理解

- 1 忠実義務
- 2 注意義務

二 Lionel Smith の見解

- 1 忠実義務が禁止規範であり、予防的義務であることの意味
- 2 Smith の忠実義務の理解
 - (一) 行為者の意思決定過程を規律する義務
 - (二) 権限行使の制約理論としての忠実義務

(三) 忠実義務と、利益相反行為の禁止準則及び利益取得の禁止準則との関係

三 日本法への示唆

- 1 意思決定を規範づける義務という理解について
- 2 具体的にいかなる行為が忠実義務違反となるか
- 3 忠実義務が予防的であることの意味
- 4 忠実義務と他の義務との関係

おわりに

はじめに

受託者の善管注意義務は、民法上の善管注意義務と同義に解されている⁽¹⁾。そこで、民法上の受任者の善管注意義務を見ると、受任者は、委任の本旨に従い委任事務を処理すべき義務（以下、委任事務遂行義務）を負うところ、民法644条の「委任の本旨」は同415条の「債務の本旨」と同義であり、委任事務遂行義務として具体的にすべき事務処理の内容は、委任契約により定まる。委任事務遂行義務が受任者の本然の義務であり、善管注意義務は、委任事務遂行義務の履行の際に求め

られる合理的注意の標準を示す⁽²⁾。これと同様に受託者も、委任事務遂行義務に相当する信託事務遂行義務（信託法29条1項）を負い、善管注意義務（同条2項）は、信託事務遂行義務を履行する際に合理的注意を払うことを求めるべく、一般的・客観的に要求される注意能力の標準を示す。時に、受託者はより高度な注意義務を負うと言われることもあるが、善管注意義務より高度な注意義務が課せられているわけではない。受託者は、通常いわゆる専門家であるため、問題とされる受託者に類型的に要請される合理的注意の標準に従うと、結果的に、その者に要求される具体的行為の内容が高度になることが多いとい

う意味である⁽³⁾。

これに対して、受託者の忠実義務は、一般に以下のように説明される。すなわち、忠実義務の基礎には、他人の事務を処理する者は、その他人の最善の利益のためにのみ行為すべきという原則があり、この原則のコロラリーとして、信託事務処理に当たり、受益者の利益を犠牲にして、自己又はその利害関係人の利益を図ることが禁じられる⁽⁴⁾。このように、忠実義務には、他者の最善の利益のために行為するという積極的行為規範（以下、忠実義務の積極的側面）と、自己または第三者の利益を図ってはならないという消極的禁止規範（以下、忠実義務の消極的側面）の双方が含まれると解されている。民法上の受任者の忠実義務についても同様に「受任者は、積極的には、『委任の本旨』—委任者の意思と利益—に従って行動すべく…消極的には、自己または第三者の利益をはかってはならない義務を負」い、これらを「総称して《忠実義務》と呼ぶことが許されよう」⁽⁵⁾との指摘もある。しかしながら、忠実義務の積極的側面が示す規範とは、要は、善管注意をもって信託事務遂行義務を履行することと同義であり、善管注意義務でカバーされる領域である⁽⁶⁾。とすれば、これを敢えて忠実義務と捉える意義はないし、また、積極的側面においては忠実義務と善管注意義務が重複し、両義務の概念的相違が不明瞭なままに残されている。

この点に関連しては、会社法におけるいわゆる異質説が、善管注意義務と忠実義務の差異を主張してきた。しかしながら、異質説に応答するところの同質説にあっても、両義務は異なる義務として認識することが可能とされ、その意味では両義務が「異質」であることが認められている⁽⁷⁾。そのため、異質説と同質説に実質的に大きな差異はなく⁽⁸⁾、忠実義務と善管注意義務の概念的相違及び両義務の関係は、同質説・異質説の理論対立とは異なる次元で改めて問われるべき問題として残っている。

善管注意義務と忠実義務の差異が認識されつつも、忠実義務の積極的側面において両義務が重複し、両義務の概念的関係が不明瞭なままとなっている原因の一つには、「忠実義務は善管注意義務を敷衍・具体化した義務である」とのテーゼが存することで、忠実義務と善管注意義務の差異が捨象されていたことにあるのかもしれない⁽⁹⁾。しかし、忠実義務が、仮に、善管注意義務を敷衍・具体化した義務であるとしても、それ自体で固有の内容を有する義務のはずであり、善管注意義務と同義ではない。そして、善管注意義務との重複が存することで、その忠実義務の固有の内容が不明瞭なままに残されているのであるから、敷衍・具体化した義務というだけでは、忠実義務を説明したことにはならない。

加えて、信託法には、善管注意義務（29条2項）と別に忠実義務規定（30条）が存し、忠実義務違反には損害の推定規定（40条3項）もある。そのため、受託者がどちらの義務に反しているかにより、適用条文も責任法理も異なる。とすれば、一つの行為が、善管注意義務違反と忠実義務違反の双方を構成すると解しうる場面が存することは、実際上も問題がある。そこで、本稿では、忠実義務の内容を明らかにすることを通じて、忠実義務と善管注意義務との差異・概念的関係を考察する。

この点に関連して、カナダ McGill 大学の Lionel Smith が興味深い理論を提示している。Smith が示すのは、コモンウェルス圏における信認義務の本質についての見解である。彼の見解と本稿の問題意識の関係は、彼の見解が示されるに至った背景事情から示すことができる。コモンウェルス圏における忠実義務は、一般に消極的側面のみを意味し、注意義務とは明確に区別される。そのため忠実義務と注意義務の概念関係が直接問題とされることはない。しかし、コモンウェルス圏においては、信認義務が多様な義務を取り込む概念として拡大し、中でも、信認義務が注意義務をも包含する義務として用いられる場

面が現れた(信認関係の拡大現象)。この拡大現象を契機に、「信認義務はなんであるか」という問いが立てられ、信認義務の本質を明らかにする試みの中で、信認義務と注意義務との概念的異同・関係が活発に論ぜられるようになった。また、信認義務は伝統的には忠実義務と同義と解されることが多かったため、信認義務と注意義務の概念的異同を考察することは、信認義務概念を媒介に、忠実義務と注意義務の概念的関係を問うことにもつながる。そのため、信認義務という概念を介在させるものの、受託者の忠実義務と注意義務の関係につき、興味深い議論が展開されているのである。そこで以下では、まず、コモンウェルス圏における受託者の忠実義務と注意義務の内容を概観し、その後Smithの見解を紹介し、日本法への示唆を得たい。

なお、本稿での考察にあたっては、コモンウェルス圏における各国の個別準則の差異には、特段焦点を当てない。コモンウェルス圏での信託法は、イギリスを模範としつつ相互に影響を与えながら発展してきたのであり、基本的な枠組みにおいて共通すること、加えて、Smithは、信認義務概念を明確にすることを通じて、注意義務・忠実義務の概念的異同・関係を問う概念論を展開するため、検討対象となる義務をコモンウェルス圏という枠組みで捉え、各国の個別準則における差異は、その限りで捨象されているからである。

一 コモンウェルス圏における忠実義務と注意義務の一般的理解

1 忠実義務

受託者の忠実義務につき、コモンウェルス圏に共通する大綱を抽出すれば以下ようになる。忠実義務は、受託者は自己が負う義務と相反するあるいは相反するかもしれない私的利益を追求してはならないという義務であり、具体的には、利益相反行為の禁止及び利益取得の禁止という二つの準則からなる義務

であると説明される。どちらの準則も、受託者がしてはならない行為を定める禁止規範であり、一般に、利益相反行為の禁止準則が第一次的準則をなすと解されている⁽¹⁰⁾。利益相反行為の禁止準則は、利益相反行為を禁ずるといっても、具体的には、受託者の義務と受益者の利益が相反する状況で行うことを禁ずる。例えば、受託者が信託財産を自己の固有財産とする行為の禁止がその例である。受託者が信託財産を譲り受ければ、それだけで忠実義務違反を構成する。公正な取引条件で譲り受けたか、信託財産に損害が発生したか、受託者が信託財産に損害を及ぼす意図を有していたか等は、忠実義務違反の判断には関わらない⁽¹¹⁾。

利益取得の禁止準則とは、受託者は信託の事務処理から、あるいは受託者の地位を利用して利益を得てはならないという規範である。本準則が適用される多くの場合は、問題とされる利益の取得を試みることで、受託者が利益相反の地位に付く場合である。そのため、何が取得を禁じられる利益であるかの一つの判断基準は、当該利益の取得を試みることで受託者が利益相反の地位につくか否かである。その結果、受託者による利益取得が問題となる場合の多くは、利益相反行為の禁止準則も適用されるため、両準則を厳密に区別しない裁判例も多い⁽¹²⁾。

しかし、一般に両準則は区別されている。というのも、利益相反が存せずとも一定の利益の取得が禁じられる場合があるとされているからである。例えば、リーディングケースの一つである *Keech v Sanford* がそうである。本件は、受託者Yが信託財産として建物賃借権を有していたところ、当該賃貸借契約の終了時期が近づき、契約更新を申し入れるも賃貸人が拒絶したため、その後、Yが自己の資格で賃貸人から当該建物の賃借権を取得したことが問題とされた事例である。たとえ賃貸人が信託財産のために契約更新する意思を全く有していなかったとしても、Yが自

己の資格で賃貸借契約を結ぶことは許されないとし、Yが取得した賃借権に擬制信託が成立すると判示されている⁽¹³⁾。仮に、本事例の事実関係を、受託者の交渉次第では、賃貸人の意思を翻意させ信託財産のために賃貸借契約を結ぶことが可能であったとみるならば、受託者が交渉を頓挫させて、賃貸借契約の機会を横取りした事例と評価することもできる。かく評価するなら、利益相反が存する状況で受託者が利益を得た事例と評価されるだろう。しかし本事例は、信託財産のために賃貸借契約を結ぶ可能性は存しなかった事例であるため、受託者が賃貸借契約締結の機会を個人の資格で得ても利益相反の可能性はなかったと一般に評価されている。この評価に従うと、本事例では、利益相反がない状況での利得が禁じられたこととなり、利益相反行為の禁止準則は適用されず、利益取得の禁止準則のみが適用された事例となる。

利益相反行為の禁止準則と利益取得の禁止準則という二つの準則の関係をいかに解するかについては、まず、利益取得の禁止準則のみが適用される場面があるか否かで、大きく考え方が分かれる。利益相反が存しない状況での利得であれば忠実義務違反は構成しないと考えるなら、利益相反行為の禁止準則さえあれば足り、利益取得の禁止準則に独立の意義はない。利益取得の禁止準則は、利益相反行為の禁止準則に包含されることになる⁽¹⁴⁾。しかし多くの見解は、Keech v Sanfordのように、利益取得の禁止準則のみが適用される場面があることを肯定し、利益取得の禁止準則に独自の意義を認める⁽¹⁵⁾。もっとも、かく解した場合に、禁じられる利得の範囲をいかに限定するか、また、両準則の関係については議論が錯綜している。

2 注意義務

受託者は、信託設定合意に従い権限を行使する際に、合理的注意を払うことを求める注意義務を負う。注意義務として要求される標

準は、信託合意に別段の定めがあれば格別、そうでなければ、問題とされる状況において客観的・合理的に要求される注意と能力を用いることを要する⁽¹⁶⁾。

コモンウェルス圏では注意義務と忠実義務は、明確に異なると認識されている。例えば、受託者が、自己が経営する会社に信託財産を投資することは、合理的な投資であれば注意義務違反はない。しかし忠実義務違反は問題とされる。また、単なる不注意でなされた信託財産の不適切な管理は、注意義務違反となっても、忠実義務違反は構成しない⁽¹⁷⁾。しかし、信認関係の拡大現象により、注意義務を信認義務と呼ぶ場面が登場し、信認義務が注意義務を含む義務であるかのように肥大した。そのため、信認義務概念の明確化が志向され、その中で信認義務と注意義務の差異・両義務の関係が問われる。そして、信認義務と忠実義務は同義と解されることが多いため、信認義務の明確化を志向することは、同時に、忠実義務の明確化につながる。それに併せて、信認義務を媒介に、忠実義務と善管注意義務との概念的関係もまた考察対象となる。Lionel Smithも、信認義務の明確化を通じて、他2つの義務との関係を論じる。

二 Lionel Smithの見解

Smithは、まず、信認義務と忠実義務は歴史的に同義に用いられてきたことを理由に、両義務を同義であるとする。もっとも、コモンローと大陸法に共通する概念は忠実義務であることから、忠実義務の方が信認義務よりもニュートラルな概念であるとし、信認義務ではなく忠実義務の用語を用いて考察を進める。以下でも、Smithの用語法に従い、忠実義務を信認義務の意味で使い、関連当事者については、受託者（受託者及び取締役が主な対象）及び本人（受益者及び会社）として述べる。

Smithの目的は、忠実義務（信認義務）の

本質的内容を明らかにすることである。そのため、彼が採った分析手法は、忠実義務に特有の性質を抽出し、その性質を分析する手法である。具体的に着目したのは、忠実義務が禁止規範であり、ゆえに予防規範であると説明される点である。これが忠実義務の特徴なら、その意味を明らかにすることで、忠実義務の本質を明らかにできると考える⁽¹⁸⁾。

1 忠実義務が禁止規範であり、予防的義務であることの意味

忠実義務が禁止規範であり、ゆえに予防的規範であるということの既存の説明につき、Smithは以下のように分析する。忠実義務は、利益相反行為の禁止準則と利益取得の禁止準則であると説明されるため、禁止規範であると考えられている。両準則の関係については様々な議論があるが、両準則が忠実義務の内容をなすことは所与の前提とされている。しかし、仮に、両準則が忠実義務を構成すると解すると「明らかに尋常ではないことが起きている。」⁽¹⁹⁾その理由は以下の通りである。

利益相反行為の禁止準則を例に見れば、本準則は、受託者の利益と彼が負う義務が相反する地位に就くことを禁じる。この禁止の理由は、受託者の利益と彼が負う義務が相反する状況では、この傍点を付した義務の違反が起きる可能性があるからであり、その義務の違反を防止するためである。それゆえ、忠実義務は予防的であると説明される。傍点を付した義務がいかなる義務を意味するにせよ、一般には、一定の義務違反を防止するため、義務違反が起きる可能性のある状況に身を置くことを禁じるのが忠実義務であると説明される。しかし、かような意味での予防的性質が「尋常ではない。」というのも、一定の行為をなす義務を負う者が、当該義務に反してはならないと規範付けられるのは、当該義務を負うことの必然の結果である。この意味で、一定の義務を負う者には、すべからず、その義務に反してはならないとの予防規範が課せ

られている。しかし、ここで予防的性質として説明されるところのものは、「義務者は義務に反してはならない」という意味ではなく、「義務に反するかもしれない状況に身を置くだけで、実際に義務違反はなくとも、敢えて義務違反を認定する」という意味だからである⁽²⁰⁾。

上記の意味での予防的性質が存する理由としては、これにより忠実義務に反しないようにするインセンティブを、問題とされる受託者だけでなく、すべての受託者一般に与えることができるという政策的理由が挙げられることが多い。例えば、受託者が信託財産を固有財産とする行為を例にすると、受託者が信託財産を固有財産とただけで、価格の公正さに関わらず、忠実義務違反を認定する。それによって、受益者は、価格が不公正であったことの証明をせずとも、換言すれば、実際に忠実義務違反があったことの証明をせずとも、一定の状況の存在（信託財産の固有財産化）を証明しさえすれば、忠実義務違反と認定される。このようなルール設計によって、受託者一般に対して忠実義務に反しないよう動機づけを与えることができる、というわけである。しかし、Smithによれば、一般予防という政策的理由は説得力のあるものではない。というのも、そもそも禁止される利益相反状況で受託者が行為していること（例：信託財産を固有財産としたこと）が発覚しない可能性がある以上、一般予防効果は不完全にしか働かないからである。例えば、仮に、信託財産を固有財産として取得したことが発覚する確率を70%とした場合、発覚すれば取得方法如何に関わらず一律に忠実義務違反責任を問われるとのルールがあったとしても、発覚しない30%の可能性にかけて、当該行為を行おうとする受託者が現れることは容易に想像できるようにである。そうであれば、忠実義務違反か否かが判然としない場合も含めて広く忠実義務違反を認めるというルールを設計しても、その一般予防効果には、さほど期

待はできない。また、問題とされる当事者間での矯正的正義を超えて、一般予防として当事者以外の他者の将来の行動を規律することは、公法が果たすべき役割であって、私法の領域を超えている⁽²¹⁾。

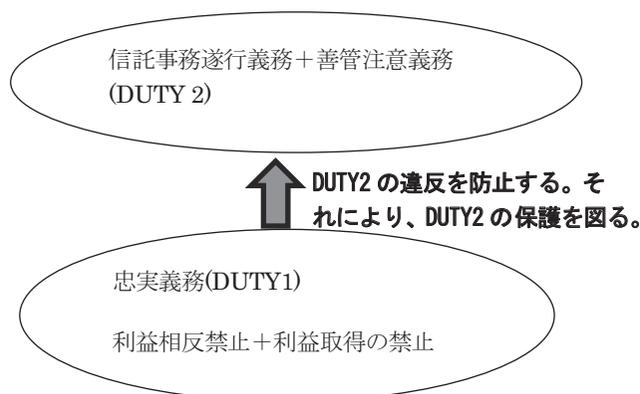
そこでSmithは、利益相反行為の禁止準則に焦点を当て、予防的性質の意味を問い直す。本準則は、受託者の利益と彼が負う義務が相反する状況に身を置いてはならないという規範として説明される。ここで、利益と相反が認められないところの義務(傍点を付した義務)をDUTY2とし、かような「利益相反状況に身をおくことを避ける義務」をDUTY1とすると、本準則は「受託者の利益とDUTY2が相反する状況に身を置いてはならない」というDUTY1を課す規範ということになる。仮に、DUTY1とDUTY2が同じ義務—例えば忠実義務—を意味するならば、本準則は「受託者は、自己の利益と忠実義務が相反する状況に身をおいてはならないという忠実義務を負う」という意味になり、これでは意味が通らない。とすれば、DUTY1とDUTY2は異なる義務を指すと解さなければならない⁽²²⁾。では、DUTY1とDUTY2のどちらが忠実義務であるか。

この点、DUTY1を忠実義務と解することも可能である。仮に、DUTY1を忠実義務と解すなら、DUTY2は忠実義務以外の義務を指

す。具体的には、受託者であれば、DUTY2は信託事務遂行義務及び注意義務となろう。この理解によれば、忠実義務の予防的性質は以下のように説明される。受託者は、合理的注意を払い信託事務遂行義務を履行すべきところ、私的利益が存することで、合理的注意を払い信託事務を遂行すべき義務(DUTY2)の適切な履行をしないよう誘惑される恐れがある。かような誘惑を除去すべく、忠実義務(DUTY1)は、受託者の利益と彼が負う合理的注意を払い信託事務を遂行する義務が相反する状況に身を置くことを禁じる。受託者が信託財産を固有財産とする場合を例にすれば、「より安く買いたい」という私的利益が存すると、受託者は、より高値での売却を求める信託事務遂行義務に反したいとの誘惑に駆られる恐れがある。そこで、信託事務遂行義務違反を防止するため、受託者の利益と彼が負う信託事務遂行義務が相反する状況を禁じるのが忠実義務である。こうして忠実義務は、信託事務遂行義務の違反の防止を目的とし、もって、信託事務遂行義務を保護する義務として位置づけられる(図1参照)。

しかしSmithは、以下の理由から、DUTY1を忠実義務と解すことは妥当でないという。図1の理解によれば、忠実義務により守られるDUTY2は、要は「一定の行為をする・しない義務」である。この義務は、ある者が、

図1



一定の行為をなすことを契約等により引き受けたことに由来する義務である。一定の場合には、任意の引受がなくとも課されることもありうる。いずれにしろ、受認者以外の様々な者に課せられうる行為義務である。一定の行為義務を負う者であれば、誰であれ、その義務に反したいとの誘惑に駆られる状況は想定し得る。それにも関わらず、受認者以外の者が直面しうる誘惑には、法が特段注意を払うことはない。ではなぜ、受認者が引き受けた行為義務についてのみ、その義務違反をする誘惑に駆られる局面に着目し、特別な予防策を講じる必要があるのか。この点については、確かに、本人は受認者との関係で脆い vulnerable 地位に着くことを理由に、受認者が引受けた行為義務には、その違反を防止するための保護を要するという正当化も試みられるかもしれない。しかし Smith によれば、これも理由とはならない。信認関係において本人が常に脆い地位に着いているとは限らない反面、信認関係以外の関係でも、一方が他方との関係で脆い地位につく場合があるからである。例えば、15名の取締役を有する大企業が、そのうちの1人の取締役との関係で、特段弱い地位にあるとは言えない。しかし、取締役の事務執行義務には違反防止という特別な保護、すなわち、忠実義務が与えられる

ことになる。これに対し、歩行者は自動車運転者との関係では弱い地位に着く。だからといって、運転者が負う「歩行者に傷害を与えない」という行為義務につき、その違反を防止する特殊な保護は与えられていない⁽²³⁾。

加えて、ある義務が他の義務の違反を防止するという機能が仮に存するとすれば、それは、予防する側の義務 (DUTY1) の特殊性ではなく、予防される側の義務 (DUTY2) の特殊性のはずである (図2斜体部分参照)。というのも、私法上の義務は、通常、その違反に対しては損害賠償請求等の救済手段を相手方に与えることで、義務違反が間接的に防止されているに過ぎないのであり、義務違反を防止するために別の義務を従えて存在するという特殊性は有していないからである。仮に、忠実義務が、合理的な注意を払い信託事務を遂行する義務の違反を防止するというなら、その予防的性質は、守られる側の義務、すなわち、善管注意義務と信託事務遂行義務の特殊性として存しなければならない。しかし、善管注意義務及び信託事務遂行義務には、自らの義務違反を防止することを正当化できるような特殊性はない。これらの義務は、受認者以外の者も負うことがある義務だからである⁽²⁴⁾。

図 2



2 Smithの忠実義務の理解

そこで、Smithは、発想を転換し、DUTY2を忠実義務と捉えることを提唱する。確かに、利益相反状況に身を置くことで忠実義務違反と判断されるとすれば、DUTY1が忠実義務を指すようにも思われる。しかし、利益相反状況に身を置くことを禁じるのは、厳密には、利益相反行為の禁止準則が求めるものであって、忠実義務の内容ではないというのである。すなわち、Smithによれば、利益相反行為の禁止準則とは、自己の利益と忠実義務(DUTY2)が相反する状況に身を置いてはならないという一つの準則であり、忠実義務の内容をなすものではない。そして、忠実義務は、受託者が私的利益との相反を避けるべき対象となる場所の義務である⁽²⁵⁾。とすると、忠実義務の内容は、利益相反行為の禁止準則の内容を分析しても捉えることはできない(図3参照)。

(一) 行為者の意思決定過程を規律する義務

ここでSmithは、忠実義務を「本人の利益を促進することを目的として意思決定をなす義務」と捉えるべきことを提唱する。この点で、忠実義務は消極的規範ではなく、積極的規範を提供する義務である。もっとも、忠実義務を積極的規範と捉えても、合理的注意

を払い引受けた事務をなす義務とは、以下の点で区別されている。彼の定義による忠実義務は、本人の利益を促進するという行為を求める義務ではなく、受託者の意思決定過程を統制する義務である⁽²⁶⁾。具体的には、本人の利益を促進するという「一定の方向性で動機付けられた意思決定をなす義務」⁽²⁷⁾である。「一定の行為をせよ(するな)」という外部に現れる行為を要求する義務ではなく、行為をする際の動機を規範づける。そのため、外部的にいかなる行為がなされたかは、忠実義務違反の判断基準とはならない。忠実義務違反が認定されるのは、一定の作為又は不作為が、本人の利益を促進するためという動機に基づいていない場合である。

Smithは、特にコモンロー圏では、私法上の義務は行為義務として観念されてきたため、義務者の意思決定過程を統制する義務は、特異な義務に見えるかもしれないとして、以下のように自己の主張を補強する。仮にコモンロー圏ではそうであっても、大陸法に目を向ければ、義務者に一定の動機を有することを規範付ける義務は、特段奇異なものと認識されていない。大陸法上、信義則が適用される場合に、行為者の動機を調べるのは、その例である⁽²⁸⁾。また、コモンロー圏における信義誠実も、大陸法におけるような一般原則と

図3



この二つの準則は、忠実義務の内容ではない。

して存在するわけではないものの、一定の法的文脈においては行為者の動機を問う個別準則を発展させている⁽²⁹⁾。私法上に行為者の動機を問う準則が存し、一定の動機を有する・有しないよう要求する規範が存するなら、意思決定過程を統制する義務が存することを法が認めていることを意味する⁽³⁰⁾。

加えて、Smithは、ある者の権限行使の仕方を規制する理論を見れば、権限を行使する者の主観に焦点を当てて権限行使を規制する理論が存することを指摘し、これも、行為者の主観の在り方を規範づける義務が存することの証左であるとする。例えば、受託者の権限行使に適用される fraud on a power 理論である。この理論は、受託者の行為の外部的効力に関する理論であり、受託者が不適切な動機で権限を行使した場合に、当該行為の効力を否定する理論である。例えば、受託者が、信託財産から生じる収益から、未成年者である受益者の教育・生活に必要な額を受益者に給付する権限を有している場合、受託者は「受益者の最善の利益を考慮に入れなければならない。」⁽³¹⁾そのため仮に、受益者の父が給付金を浪費していたにも関わらず、受託者が漫然と給付を続けていた場合、たとえ当該給付が形式上は信託条項に従っており、ゆえに受託者の権限内の行為であっても、かような給付は、不適切な動機でなされていることを理由に効力を否定される⁽³²⁾。

Fraud on a power 理論に類する理論は、取締役の権限行使についても存する。こちらは proper purposes 理論といわれ、定められた目的と異なる目的・動機で取締役が権限を行使した場合に、権限行使の効力を否定する理論である。例えば、買収対象となった企業の取締役が、当該買収を阻止するために新株を発行する場合、新株発行が会社の最善の利益のために行われているなら、取締役の権限行使は適切な目的のために行使されているが、取締役が自己の支配権維持を目的とする場合は、不適切な目的であると判断される。

Smithは、両理論を以下のように評価する。fraud on a power 理論も、proper purposes 理論も、利益相反が存せずとも適用されるため、忠実義務と直接関係する理論ではない⁽³³⁾。しかし、どちらの理論も、受託者が正当な動機でもって行為していない場合には、為された行為の効力を否定する。かような理論が私法上存することを正当化しようとするれば、受託者には、一定の定められた動機でもって行為すべきことが規範付けられていると解さなければならない。かような規範が存しないなら、不適切な動機で権限行使されたことが法的非難を受ける理由はないからである。従って、fraud on a power 理論及び proper purposes 理論は、反射的に、受託者は一定の定められた動機で行為すべきとの規範を提供している⁽³⁴⁾。

(二) 権限行使の制約理論としての忠実義務

Smithは、忠実義務の定義づけを試みる既存の見解を、以下のように批判する。これまでは、利益相反行為の禁止準則と利益取得の禁止準則が忠実義務の内容を為すことを所与の前提とし、両準則だけに着目した分析に終始してきた。そのため、fraud on a power 理論や proper purposes 理論のような、受託者の権限行使の外部的効力に関する諸理論と関連付けて忠実義務を考察する視点に欠けていた。しかし、忠実義務は、受託者の権限行使の外部的効力に関する諸理論とも関連付けて理解されなければならない。なぜなら、受託者は、他者のために一定の権限を行使する存在であるがために、法は受託者の権限行使の仕方を制約する様々な理論を発展させてきたのであり、権限行使の外部的効力に関する諸理論と併せて、忠実義務や善管注意義務もまた、受託者の権限行使の仕方を制約する理論の一つだからである⁽³⁵⁾。

そこでSmithは、受託者の権限行使を制約する諸理論が適用される場面を概観し、次のように分析する。受託者を例にすれば、受

託者が信託設定行為に定められた条項に従って行為していない場合、それは権限外の行為として効力が否定される。そして、受託者の権限外の行為は、受益者との内部関係では、客観的な注意の標準に従った行為であったか否かという事後審査に服する。この内部関係上の事後審査が、受託者の注意義務として捉えられている。また、受託者が利益相反行為の禁止準則に反して権限を行使した場合、対外的には当該行為は取消しようと解されており、内部関係においては、利益相反行為の禁止準則による事後審査に服する。しかし、受託者の権限行使が事後審査に服するのは、上記の場合に限られない。先述の通り、受託者の権限行使であれば fraud on a power 理論、取締役の権限行使であれば proper purposes 理論が、受託者の動機を理由に行為の効力を否定する。とすれば、受託者は、本人との内部関係でも、権限行使に当たり不適切な動機で行為してはならないとの規範に服しているはずである。しかし、受託者の義務の中には、この規範を提供する義務が観念されていない。Smith は、この点に欠缺があるとし、この規範を忠実義務として捉えるべきことを主張するのである⁽³⁶⁾。

(三) 忠実義務と、利益相反行為の禁止準則及び利益取得の禁止準則との関係

Smith の見解によれば、利益相反行為の禁止準則と利益取得の禁止準則は、忠実義務の内容を構成していない。彼は、両準則を忠実義務から派生した準則であると捉えて、以下のように説明する。受託者が信託財産を自己の固有財産とした場合を例にすれば、忠実義務違反となるということの究極的な意味は、その行為をするという受託者の意思決定が、受益者の利益を促進するという動機に基づいていないことにある。もっとも、忠実義務は、利益相反行為の禁止準則を派生準則として従える。本準則は、私的利益と忠実義務が相反する地位に身を置いてはならないという

規範を提供する。本準則が禁止対象とするのは、上記の例でいえば、信託財産を取得するという私的利益により、受益者の利益を促進するという動機で意思決定すべきことを要求する忠実義務の違反があると合理的に疑わしい状況、すなわち信託財産の固有財産化という行為である。かような行為を禁じることで、本準則は忠実義務違反の防止を図る機能を担う⁽³⁷⁾ (図3参照)。

利益相反行為の禁止準則は忠実義務違反の防止という役割を担うため、受託者が、実際には受益者の利益を促進する動機で行為していたとしても (例えば、公正な価格で信託財産を固有財産としていても)、利益相反行為の禁止準則に反していることに変わりはない⁽³⁸⁾。一般に忠実義務違反と呼ばれているのは、厳密には、この利益相反行為の禁止準則の違反であって、忠実義務違反ではない。

利益取得の禁止準則について、Smith は独立に取り上げて検討していない。その理由として、Smith は、自らが明らかにしようとしているのは、利益相反行為の禁止準則と利益取得の禁止準則の根底にあって、両準則を結びつける存在としての忠実義務の本質であり、利益取得の禁止準則を別個に考察しても、これまでの分析が変じるわけではないからであるという⁽³⁹⁾。とすれば、利益取得の禁止準則もまた、利益相反行為の禁止準則と同様に説明されることになる。つまり、利益取得の禁止準則も、利益取得という局面において、忠実義務違反か否か—すなわち、受託者が本人の利益を促進するという動機で行為しているか否か—が合理的に疑わしい状況を禁じた準則である。かような状況での利得を予め一律に禁じることで、受託者が本人の利益を促進するという動機以外の動機に基づき意思決定をすること、つまり忠実義務違反を防止する。

このように、両準則とも忠実義務違反の予防を目的とし、忠実義務を保護するための保護層を形成する⁽⁴⁰⁾。この保護層は、忠実義

務から派生しており、忠実義務が有する特殊な自己保護機能である。では、なぜ忠実義務は、自己保護機能として予防準則を従えることができるのか。Smithはこれを、忠実義務が意思決定過程を統制する義務であるという特殊性から正当化する。彼の忠実義務の定義によれば、受託者の忠実義務違反を実際に証明しようとする、本人は、受託者の動機の証明という極めて困難な証明を強いられる。義務違反の証明にこのような困難が強いられるのは、忠実義務が意思決定過程を統制する義務だからこそである。この忠実義務の特殊性ゆえに、予防準則が必要とされるのであり、予防準則の存在が正当化される。つまり、予防準則は、受託者が本人の利益を促進するという動機で行為しているかが合理的に疑わしい状況を捉え、かような状況に受託者が身を置くだけで、受託者に責任を負わせる準則として存在する。この予防準則により、本人は、受託者の動機を証明せずとも、受託者に忠実義務違反の責任を問うことができる。予防準則が「予防的である」との実際上の意義は、本人が、受託者の忠実義務違反責任を問う際に、受託者の動機を証明する責任から解放される点にある。もっとも、予防準則の意義は、単なる訴訟上の証明の利益に留まらない。忠実義務がかような予防準則を従えることで、本人は、受託者がいかなる動機で行為しているかを心配する必要がなくなり、ひいては受託者を利用することに対する制度的信頼が確保されることにも資する⁽⁴¹⁾。

また、忠実義務の自己保護機能は、受託者がなす約束からも正当化される。すなわち、受託者は本人の利益を促進する行為を行うことを任意に引受ける以上、その前提として、本人の利益を促進するという動機で意思決定するという忠実義務を任意に引受けているといえる。このように一定の動機づけで意思決定することを自らに義務付けた者が、その義務に反している状況において、相手方たる本人に対し「自己の義務違反を証明したくば、

自己の動機が正当でないことを証明せよ」と要求することは、禁反言に悖る。その証明が困難であれば尚更である。そうであれば、予防準則が、忠実義務違反が合理的に疑わしい状況を一律に禁じるのは、受託者が、本人の利益を促進するという動機で意思決定することを任意に引受けたことに由来するとも説明できる⁽⁴²⁾。

三 日本法への示唆

コモンウェルス圏ではSmithの見解は、少数に属する⁽⁴³⁾。しかし彼の見解は、日本法であれば受け入れる余地があるのではない。日本法では、忠実義務は必ずしも消極的禁止規範のみを指すと解されているわけではない。むしろ、忠実義務が積極的規範として説明されることも多い一方で、積極的規範と捉えた場合に、善管注意を払い信託事務遂行義務を履行する義務との差異を示すことができずにいる。Smithの見解によれば、忠実義務を積極的規範としつつ、善管注意を払い信託事務を遂行する義務と区別することが可能である。つまり、受託者の行為について、「受益者の利益のため（換言すれば、信託の本旨に従った行為である）」という動機でもって意思決定をしていたか否かという主観的意図について審査するのが忠実義務であり、同じ行為を客観的・合理的注意の標準により審査する善管注意義務という形で、両義務の差異を明確に示すことができると考えられるからである。

また日本法では、忠実義務を主観的意図を規範付ける義務と捉えていると考えられる場面が複数存する。例えば、信託財産間取引（信託法31条1項2号）につき、仮に双方の信託の受益者から承諾がある等、同条2項の許容事由に該当する場合であったとしても、受託者が意図的に一方の信託にとり有利な取引をした場合は忠実義務違反（30条）となると解されている。これに対し、不注意で、結

果的にどちらかの信託財産にとり有利な取引となった場合は、善管注意義務違反と解される⁽⁴⁴⁾。この点は、31条1項の他の利益相反行為でも同様である。とすると、これらの場合は、受託者が「一方の信託財産を利する意図をもって行為した」あるいは「自己の利益を意図的に図る行為をした」という主観的意図の存否で、忠実義務違反（30条違反）が判断されている。

また、32条1項の競合行為の規定も、信託財産のためにすべきことなのに、それを押しのけて、固有財産のために行うことを禁じた規定と解されており、「信託財産の利益を押しつけて行う」という意味での受託者の意図があることが前提とされた規定と解されている⁽⁴⁵⁾。同条の立法経緯を見ても、当初は、受託者が「自己又は第三者の利益を図る目的でもって取引をした」場合に競合行為の禁止に当たるとし、主観的要件で競合行為の成否を判断することが提案されていたところ、受託者の主観を証明することは困難であること、基準としての明確さに欠けるとして、客観的判断ができるよう現行の規定となったのであり⁽⁴⁶⁾、禁止される競合行為の背後には、受託者の「一定の害意性が要求されている」⁽⁴⁷⁾といえる。そのため、例えばA社株式について、信託財産に帰属させる目的で購入すべきところ、受託者個人の資格で購入するという場合を例に、「仮にパイがたくさんあるときに信託事務の処理として特定の事（A社株式の購入）をしなかった。しかし、自分のためにはした。そして、そのことが受益者の利益に反することになった。これならば、単純な善管注意義務違反の問題なのではないか」とされ、受託者が意図せずして競合行為に相当する行為をした場合は、忠実義務違反と捉えない理解が示されている⁽⁴⁸⁾。とすると、32条1項は客観的要件でもって、受託者の主観的意図の証明を容易にできるよう設計されているだけであり、本条の根底にある忠実義務の理解も、受託者の主観的意図を判断

基準に据えた理解であるといえる。

更に、信託の例ではないが、代理人が代金着服目的で本人の土地を代理して第三者に売却するという、いわゆる代理権濫用の場合、本人との対内関係では忠実義務違反を構成すると解されている。この例で法的非難を受けているのもまた、代理人がなした行為が自己の利益を図る意図により意思決定されている点である。これは、通説の理解に拠れば、代理権濫用行為が「代理人が自己または他人の利益を図るために相手方との間でその代理権の範囲内の行為をすること」と定義され、「代理人の背信目的に即して具体的・主観的に判断される」⁽⁴⁹⁾と解されていることから承服されよう。

このように日本法では、忠実義務違反の判断が義務者の主観的意図にかかることを認める場面が存する。これらは、忠実義務が義務者の内心の意図を規範づける義務として存在していることの証左といえよう。

1 意思決定を規範づける義務という理解について

確かに、忠実義務を受益者の利益を促進するという動機づけでもって意思決定すべき義務とし、意思決定過程を規範づける義務と解することには、若干の違和感もないではない。私法上の義務とは、通常、一定の作為または不作為を規範づける行為義務であると思われるからである。

この点、Smithは、大陸法上は信義則が問題とされる場面など、意思形成の仕方を規範づける準則が存することを指摘し、それゆえに意思形成過程を規範づける義務も存し得るという。確かに、信義則を通じて新たな義務あるいは準則が創設される際、行為者の主観的事情が一定の法的評価を受けることもある⁽⁵⁰⁾。しかし、それにより創設される義務（契約締結上の過失法理における諸義務など）は、通常、一定の行為義務として観念されている。同じく一般条項である権利濫用法理もま

た、権利行使者の主観的事情を考慮には入れるも、それは、権利の行使としての法律効果を生じないとの判断をなす際の一つの考慮要素であり、一定の意思形成をなす義務を課しているわけではない⁽⁵¹⁾。確かに、行為者の一定の主観的事情を理由に、その者の行為が法的に否定的評価を受けるのであれば、翻って、その者には、かような主観的意図を有して行為してはならないとの規範が課せられていると見ることもできる。そのため、意思形成過程を規範付ける義務が存しうるとの一つの理由になりえようが、それだけでは理由として不十分にも思われる。

もっとも、私法上の義務は、必ずしも特定の内容を有する行為義務に限られているわけでもない。善管注意義務が、その例である。善管注意義務は、それ自体は具体的行為内容を有する義務ではない。ある者が為す一定の行為について、その適切性を評価するための客観的基準であり、その注意の標準が「義務」と呼ばれている。そうであれば、同様に、ある者がなす一定の行為について、主観的な基準—すなわち、本人の利益を促進するという動機で意思決定すべきとの標準—でもって評価する際の、主観的標準を「義務」と呼んでも差し支えないとはいえないか。

仮に、以上の理由付けが正当でなかったとしても、受託者に「受益者の利益を促進するという動機で意思決定すべき」、つまりは「信託の本旨にかなうという動機で意思決定すべき」との規範が課せられていることに疑いはない。受託者が信託の本旨に従った行為をする際には、「当該行為は信託の本旨に従った行為である」との動機に基いて意思決定をしていることは、必須の前提だからである。そうであれば、信託の本旨に従い信託事務を処理することを自らに義務付ける者は、当然に、受益者の利益を促進する動機で（信託の本旨にかなう行為だから行うという動機で）意思決定をすべきことを自らに規範付けていると言える。この規範を「義務」と呼ぶことも許

されるのではないか。

2 具体的にいかなる行為が忠実義務違反となるか

忠実義務をかく解した場合、忠実義務違反と解しうる行為は、受託者が信託事務処理においてなした作為または不作為が、「受益者の利益を促進するため（信託の本旨にかなう行為であるから）」という動機以外の動機でなされた意思決定に基づく場合である。とすると、具体的に忠実義務違反と解す可能性があるのは、信託事務処理をなす際意思決定について(1) 受託者の利益を図る意図を有していた場合、(2) 第三者の利益を図る意図を有していた場合、(3) 受益者の利益を害する意図を有していた場合である。

忠実義務についての既存の理解を前提にすれば、(1)(2)を忠実義務違反と捉えることには、大きな問題はないだろう。もっとも、受託者が、自己に利益がないにも関わらず、第三者の利益を図るという状況は現実には考え難い。そのため(2)の場合とは、実際上は、受託者が利益を得る意図を有しつつ、同時に、第三者の利益も得ようとする場合であろう。その意味で、(2)は(1)のコロラリーである。問題は、(3)を忠実義務違反と捉えるか否かである。この点、(3)受託者が受益者の利益を害する意図を有して信託事務処理を為した場合とは、要は、故意に信託事務遂行義務に反している場合である。そうであれば信託事務遂行義務違反として評価されれば足り、忠実義務違反と捉えるものではないと考えられる。

そもそも、信託事務遂行義務とは別に善管注意義務が観念され、それゆえ善管注意義務違反が信託事務遂行義務違反と別に観念されるのは、受託者のなす事務処理が非定型的であって、信託契約のみからでは判然としないため、受託者のなした行為を評価する客観的基準が別途必要になるからである。そのため、受託者がなした行為につき、信託事務を適切に遂行している行為であるかが判然としない

場合は、善管注意義務を通じて当該具体的状況において受託者がなすべき行為がなんであったかを見定め、それを評価基準として、受託者が実際になした行為を評価する⁽⁵²⁾。かようにして判断されたところにあるのが、善管注意義務違反である。しかしながら、受託者が意図的に信託事務遂行義務に反している場合であれば、端的に信託事務遂行義務違反を問えば足るのであり、敢えて、善管注意義務を通じた評価を行う必要はない。故に、敢えてこれを善管注意義務違反と捉える必要もない。この思考方法と同様に、(3)受益者を害する意図で信託事務処理がなされている場合は、端的に信託事務遂行義務違反を問うのであり、敢えて主観的評価基準という忠実義務で評価する必要はない。むしろ信託事務遂行義務として、信託事務を処理する義務を負う者は、当該義務の存在ゆえに、その義務に違反する行為を積極的には行わないという消極的規範に既に服している。この消極的規範に意図的に反することは、端的に、信託事務遂行義務違反を構成すると解される。従って、忠実義務違反を具体的に構成する場合は、受託者が(1)受託者の利益を図る意図を有して、あるいは、(2)第三者の利益を図る意図を有して、信託事務処理をなしたあるいは、なさなかった場合と解される。

3 忠実義務が予防的であることの意味

忠実義務を意思決定過程を規範づける義務と捉えるならば、利益相反行為の禁止準則及び利益取得の禁止準則は、忠実義務から派生した準則として正当化できると考える。この点は、Smith が述べたことが、そのまま日本法にも当てはまると考えるからである。また、かく解することで、日本法における「忠実義務が予防的規範である」ことの意味もまた明確になる。

すなわち、日本法でも、忠実義務が予防的性質を有すると指摘される。しかし、その意味は判然としてこなかった。例えば、受託者

が信託財産を固有財産とする場合、受託者が安い値付けをして買ってしまっただけでは、信託財産に損失が生じるため、かような行為を禁ずるのが忠実義務であると説明される⁽⁵³⁾。信託財産の価格を低廉に設定することは善管注意義務違反(あるいは信託事務遂行義務違反)を構成すると考えるため、この説明は善管注意義務違反(あるいは信託事務遂行義務違反)を予防するという意味で、忠実義務の予防的性質を説明しているようにも解される。しかし、安い値付けをして受託者が利益を得る危険を防止するために固有財産とすることが禁じられるというのであれば、忠実義務違反の防止という意味で予防的性質が説明されているとも解しうる⁽⁵⁴⁾。また、忠実義務を「受益者の利益のために信託事務を処理すべき義務」と捉えた上で、受益者の利益を害する行為を防止するために利益相反行為が禁じられると説明するものもある⁽⁵⁵⁾。忠実義務をかく捉えるならば、忠実義務違反の防止のために利益相反行為の禁止という忠実義務が存すると説明していることになる。

このように、日本法では、忠実義務は「何か」を防止する義務として言及されながらも、具体的に何を防止しているかが判然としない。しかし、善管注意義務違反の防止と理解することに対しては、善管注意義務には、その違反を防止するために他の義務を従えるというような特殊性は存しないという、Smith がなした批判が妥当する。また、忠実義務違反の防止とする理解に対しては、「忠実義務違反を防止するために、利益相反行為を禁ずるといふ忠実義務を課している」という説明になってしまうのであって、これでは意味が通らない。これに対して、忠実義務は義務者の意思形成過程を規範付けるといふ特殊性を有するが故に、自己保護機能が必要となり、それゆえに自己保護機能として利益相反行為の禁止・利益取得の禁止という派生準則を従えると説明することは、日本法において、「忠実義務が予防的義務である」との指摘に、

明確な意味を与えることができるのではないか。

4 忠実義務と他の義務との関係

忠実義務を以上のように解した場合、受託者が負う他の義務とはいかなる関係にあると解されるか。まず、受託者の基本的義務として存するのが信託事務遂行義務である。信託事務遂行義務として具体的に為すべき行為は、問題とされる信託行為の解釈を通じて定まる。しかし、信託行為の解釈を通じて明らかにされる範囲は限られており、実際に受託者がなした行為が消極的評価を受けるかは、判然としないことも多い。そこで、善管注意義務は、受託者がなした行為につき、合理的注意の標準でもって、その適切性を評価する客観的基準を提供する。善管注意義務は、信託事務遂行義務を履行する際に機能するのであり、信託事務遂行義務に付随する副次的な義務である。これに対し、忠実義務は、信託事務遂行義務を履行する際に、受益者の利益のため（信託の本旨に従った行為である）という動機で意思決定をするよう規範づける義務であり、受託者の行為を評価する主観的基準を提供する。そのため、忠実義務も、信託事務遂行義務に付随する副次的な義務である。こうして、信託事務処理の履行の仕方について、客観的評価基準と主観的評価基準を提供するのが、それぞれ善管注意義務と忠実義務である。このように整理することで、善管注意義務と忠実義務が、信託事務遂行義務の適切な履行をなさしめ、信託の目的を達成するための両輪として適切に位置づけられると考える。

また、かような忠実義務が課せられる根拠は、信託契約をなす際の当事者の合理的意思に求められると解される。すなわち、信託の本旨に従い行為をする際には、その当然の前提として、「信託の本旨に従った行為だから行う」という動機に基づく意思決定が存するのが前提である。そうであれば、信託の本旨

に従い行為するという当事者の意思の合理的解釈として、忠実義務を負う意思が看取できるからである。この点で、忠実義務を、善管注意義務から派生した義務と捉えるわけではない。

おわりに

以上、日本法における忠実義務の内容及び他の義務との概念的関係について一定の理解を示した。この理解の妥当性については、受託者の忠実義務に関する諸規範（信託法30・31・32条）を一貫して説明することが可能であるか、また、民法・会社法上の忠実義務を統一的に説明することは可能であるかといった視点からの更なる検討を要する。そのため、本稿で示した忠実義務の理解は、忠実義務の内容と他の諸義務との関係についての一考察にとどまる。本稿での理解の妥当性を更に検証することを今後の課題としたい。

【注】

- (1) 四宮和夫『信託法〔新版〕』247頁（有斐閣、1989）。
- (2) 道垣内弘人「善管注意義務をめぐって 論点講座民法☆かゆいところ」法教305号44頁（2006）。
- (3) 新井誠『信託法【第3版】』244頁（有斐閣、2008）。
- (4) 四宮和夫「受託者の忠実義務」『信託の研究』213頁（有斐閣、1965）。
- (5) 同「委任と事務管理」『不当利得・事務管理の研究（2）』310-11頁（有斐閣、1971）。
- (6) 新井・前掲注（3）248頁。
- (7) 藤田友敬「忠実義務の機能」法協117巻2号117頁（2000）。
- (8) 森本滋「取締役の善管注意義務と忠実義務」民商81巻4号458頁（1980）。
- (9) 最判昭和45年6月24日民集24巻6号625頁。

- (10) Keech v Sandford (1726) Sel Cas Ch 61, 25 ER 223; Bray v Ford [1896] AC 44, 51; A J McClean, The Theoretical Basis of the Trustee's Duty of Loyalty, (1969) 7 Alta L Rev 218, 227.
- (11) Ex parte James (1803) 8 Ves Jr 337, 348-349 (32 ER 385, 389); Wright v Morgan [1926] AC 788 (PC).
- (12) 例えば「受託者は、明示的に認められていない限りは、利益を得る権利はないのであり、言い換えれば、彼は彼の利益と義務とが相反する地位に自らを置くことは許されない」との判示されるようにである (Bray v Ford, *supra.*, note 10, at 51.)。
- (13) Keech v Sanford, *supra.*, note 10.
- (14) Boardman v Phipps [1967] 2 AC 46, at 123 (Lord Upjohn).
- (15) Charles Harpum, Fiduciary Obligations and Fiduciary Powers: Where Are We Going?, in Peter Birks (ed.), PRIVACY AND LOYALTY (Clarendon Press, 1997) at 145, 147-148.
- (16) David Hayton, Paul Matthews & Charles Mitchell, UNDERHILL AND HAYTON LAW RELATING TO TRUSTS AND TRUSTEES, 18th ed., (LexisNexis, 2010), at 49.57, 49.59, 45.60.
- (17) Bristol and West Building Society v Motthew [1998] Ch. 1, 18 (CA) (Millet LJ).
- (18) Lionel Smith, The Motive, Not the Deed, in Joshua Getzler (ed.), RATIONALIZING PROPERTY, EQUITY AND TRUSTS, (LexisNexis, 2003), at 54-55.
- (19) *Id.*, at 55.
- (20) *Id.*, at 56.
- (21) *Id.*, at 60-61.
- (22) *Id.*, at 56.
- (23) *Id.*, at 61.
- (24) *Id.*, at 60-61.
- (25) *Id.*, at 63.
- (26) *Id.*, at 64, 77.
- (27) *Id.*, at 77.
- (28) 一例として、信義誠実を定めるケベック民法6条、1375条、及び権利濫用の禁止を定める7条を挙げる (*Id.*, at 66, note 56.)。
- (29) 一例として、イギリス1979年動産売買法 §24が言及する買主の信義誠実、カナダの Personal Property Security Act, RSA 200, cP-7, § 66 (1)、アメリカの UCC §1-203の信義誠実を挙げる (*Id.*, at 66, note 57.)。
- (30) *Id.*, at 66.
- (31) In Re Lofthouse (1885) 29 Ch D 921, 932.
- (32) Re Pauling's Settlement Trust (No.1) [1964] Ch 303.
- (33) fraud on a power 理論については、例えば Cowan v Scargill [1985] Ch 270は、受託者個人の政治的見解から一定の投資先(タバコ会社や酒類販売会社など)に投資をしたくないと考えることもあるかもしれないが、個人的見解を理由に、信託のための投資先を判断することは本理論により認められないという。proper purposes 理論については、例えば、取締役の私利を図る目的以外でも、新株発行が特定の株主の支配権を弱めるために行使される場合も適用対象となる (Howard Smith Ltd v Ampol Petroleum Ltd [1974] AC 821, [1974] 1 All ER 1126 PC.)。
- (34) Smith, *supra.*, note 18, at 67, 69-71, 77.
- (35) *Id.*, at 67-68.
- (36) *Id.*, at 68-72.
- (37) *Id.*, at 73.
- (38) *Id.*, at 73-74.
- (39) *Id.*, at 73, 74 note 91.
- (40) *Id.*, at 63.
- (41) *Id.*, at 75.
- (42) *Id.*, at 75-76.

- (43) 類似の見解としては Paul D Finn, FIDUCIARY OBLIGATIONS, (The Law Book Company Ltd., 1977), at [27]; Richard C Nolan, Controlling Fiduciary Power, (2009) 68 (2) Camb LJ 293 くらいである。
- (44) 道垣内弘人『信託法入門』156頁(日経新聞出版、2007)、村松秀樹他『概説新信託法』96頁(金融財政情報研究会、2008)。
- (45) 利益相反研究会編「金融取引における利益相反〔各論編〕」別冊 NBL129号71頁(商事法務、2009)(道垣内弘人発言)。
- (46) 寺本昌広『逐条解説新しい信託法〔補訂版〕』129頁脚注(17)(商事法務、2008)。
- (47) 利益相反研究会・前掲注(45)71頁(道垣内弘人発言)。
- (48) 同・72頁(道垣内弘人発言)。
- (49) 民法(債権法)改正検討委員会編『詳解・債権法改正の基本方針 I 序論・総則』238-239, 242頁(商事法務、2009)。
- (50) 例えば、競業避止義務に関して競業態様の背信性が考慮に入れられる場合など(本田純一『契約規範の成立と範囲』302頁(一粒社、1999))。
- (51) 例えば、借地人が対抗要件を具備していないことを奇貨として、借地の譲受人が借地人になした明渡請求を権利濫用により否定する場合など(最判昭和52年3月31日金法824号43頁)。
- (52) 能見善久『現代信託法』69-70頁(有斐閣、2004)。
- (53) 道垣内・前掲注(44)152頁。
- (54) 新井・前掲注(3)263頁。
- (55) 寺本・前掲注(46)118頁。

(たおか えりこ)