

# 日中比較信託法講義(3)

東京大学大学院法学政治学研究科教授 道垣内 弘 人

## — 目 次 —

### 【序言】

#### 第1章 信託法の成立

1. 信託の起源と特徴
2. 日本における信託法の制定——既存のルールの不十分さ
3. 信託法の制定という選択
4. 信託法のとらえ方

#### 第2章 信託の設定

1. 条文の確認
2. 日中に共通する事柄
3. 日中で異なる事柄（その1）
4. 日中で異なる事柄（その2）
5. 信託の目的
6. 詐害信託

(以上、273号)

#### 第3章 信託財産

1. 当初信託財産
2. 信託財産の変動
3. 信託財産の独立性
4. 信託財産に属する財産であることの第三者への対抗

#### 5. 相殺をめぐって

#### 第4章 受託者の権限と取引のメカニズム

1. 受託者の行為
2. 信託財産への効果の帰属

#### 第5章 共同受託者

1. 共同受託の意義
2. 信託事務の処理

(以上、274号)

#### 第6章 限定責任信託、受託者の費用償還請求権等

1. 限定責任信託
2. 受託者の費用償還請求権等

#### 第7章 受託者の義務

1. 善管注意執行義務
2. 第三者への委託
3. 公平義務
4. 分別管理義務
5. 忠実義務（その1）：総説
6. 忠実義務（その2）：利益相反行為
7. 忠実義務（その3）：競合行為
8. 受託者の義務違反に対する責任

(以上、本号)

## 第6章 限定責任信託、受託者の費用償還請求権等

### 1. 限定責任信託

(1) ここまで、私は、折に触れ、受託者が信託財産の限りでしか第三者に責任を負わ

ないとする中国信託法の特徴に言及し、若干の違和感を述べてきました。

すでに述べたところですが、違和感の根本を繰り返します。

信託事務執行においては、受託者は自分の名前で相手方と契約をします。中国信託法2

条もそのことを認めており、「自己の名義をもって」としています。

そうなりますと、相手方は、その契約が、その効果を固有財産に帰属させるつもりで受託者が締結したものなのか、信託財産に帰属させるつもりで受託者が締結したものがわからない、というのが原則となります。Aという名前の人が受託者であるならば、Aは「A」として取引をするだけです。

にもかかわらず、後になって、「それは信託事務執行としてされたものだから、責任財産は信託財産だけになる」と言われたのでは、相手方にとって困ります。

(2) もっとも、受託者として、責任財産を信託財産に限定したい、と思うことはあります。そのためには、個別的に、責任財産限定特約を相手方と締結することも考えられますが、日本の信託法は、このような受託者の希望を実現するために、限定責任信託という制度を導入しました。

限定責任信託については、『信託法入門』にくわしく説明しています<sup>(1)</sup>ので、ここではあまり述べません。重要な点を2点だけ述べます。

第1は、日本信託法219条です。

「受託者は、限定責任信託の受託者として取引をするに当たっては、その旨を取引の相手方に示さなければ、これを当該取引の相手方に対し主張することができない。」

責任財産が信託財産に限られることを、相手方にきちんと伝えなければならないわけです。

第2は、日本信託法225条です。

「限定責任信託においては、受益者に対する信託財産に係る給付は、その給付可

能額（受益者に対し給付をすることができる額として純資産額の範囲内において法務省令で定める方法により算定される額をいう。以下この節において同じ。）を超えてすることはできない。」

受益者に多額を給付しておいて、債権者に対して、「信託財産はなくなりました」ということは許されない、ということです。

(3) 私としては、中国信託法37条によって、受託者が、その責任が信託財産に限られることを主張するためには、少なくともこの2つの要件を満たしている必要があるように思います。

## 2. 受託者の費用償還請求権等

(1) 関連して、受託者の費用償還請求権等についても一言しておきます。

日本信託法と中国信託法の違いのポイントは、日本信託法のもとにおいては、信託債権者との関係で、受託者の費用償還請求権に優先権が与えられていないことにあります。これに対して、中国信託法37条は、受託者の補償請求権について他の債権者に対する優先権を認めています。

(2) 日本信託法においては、受託者は、信託財団に属する財産によってだけでなく、固有財産に属する財産も用いて、信託債権者に対して債務を弁済する義務を負います。このようなとき補償請求権について、いったん受託者に優先権を認めても、受託者が優先権行使の結果として取得した財産も信託債権者に対する債務の引き当てになりますから、意味がないのですね。

これに対して、中国信託法では、受託者は信託財産限りでしか信託債権者に弁済義務を負いませんから、補償請求権について優先権

を行使して、信託財産に属する財産を固有財産にすれば、確定的に信託債権者に優先することができるわけです。

## 第7章 受託者の義務

### 1. 善管注意執行義務

(1) ここから受託者の義務の話に移ります。

まず、日本信託法29条を見てみましょう。

「1 受託者は、信託の本旨に従い、信託事務を処理しなければならない。

2 受託者は、信託事務を処理するに当たっては、善良な管理者の注意をもって、これをしなければならない。ただし、信託行為に別段の定めがあるときは、その定めるところによる注意をもって、これをするものとする。」

というわけです。当然のような規定ですが、いくつかお話ししておくべき点があります。

(2) 実務上問題となっているのは、受託時の義務です。つまり、受託者となるべき者は、委託者と信託契約を締結し、あるいは、委託者が遺言を作成するにあたって受託者への就任に同意するわけですが、その時点で、信託行為の内容の妥当性や当初信託財産の適格性などについて、委託者に助言する義務を負うか、ということです。

受託者となるべき者が専門家であるときには、そのような助言義務が発生することはあり得るでしょう。しかし、信託法上の義務ではありません。なお、日本信託業法25条・26条は、信託契約の締結にあたって、信託会社は、委託者に対し内容を説明し、書面を交付する義務を定めています。また、信託会社が行う信託契約であって金利、通貨の価格、金

融商品市場における相場その他の指標に係る変動により信託の元本について損失が生じるおそれがある契約（特定信託契約）においては、勧誘規制等について金融商品取引法の条文が広く準用されています（日本信託業24条の2）。

次に、日本信託法29条1項の「信託の本旨に従い」ということの意味です。これは、個々の具体的な信託行為の内容とは別の、抽象的な「信託理念」、つまり「およそ信託たるもの」を念頭に置いているようにも読めます。しかし、あくまで、「当該信託によって達成しようとした目的」であり、具体的な内容は個々の信託ごとに決定されると解されています。ただし、信託行為の文言の形式的な解釈によるのではなく、当該信託が設定された目的を達成するように信託事務を処理する義務を負う、ということ、「本旨」という言葉で表わしているのです。民法644条における「委任の本旨」についても、個々の委任契約と離れた基準としては理解されていません。

(3) 日本信託法29条2項は、受託者は、信託事務を処理するにあたって、善良な管理者の注意をもって、これをしなければならない、としています。

これをもって、信託法上、受託者は通常の契約における当事者よりも高い注意義務を負うのだ、という見解がありますが、これは明らかに誤りです。

「善良な管理者の注意」は、個々の債務者の具体的な能力と切り離して客観的義務水準を定めるものであり、日本民法上、債務不履行・不法行為を通じた原則的な注意水準なのです。ポイントは、客観的な基準であって、主観的基準ではない、つまり、自分の能力に応じた注意を尽くせばよい、というのではな

く、およそ受託者となった以上、受託者として客観的に求められる水準の注意をしなければならないということです。「善良な管理者の注意」が定められているからといって、受託者の義務水準が当然に高いわけではありません。もっとも、どのような「善良な管理者」を想定するかは、専門家に資産運用を委ねているのか、死亡にあたり親友に遺児のための資産管理を委ねているのかで、異なってきます。したがって、専門家は高い注意を払わなければならないわけですが、これは、「善良な管理者の注意」という言葉からそうなるわけではなく、当該「信託の本旨」に鑑みてそうなる、というだけです。

さらに、日本法上、しばしば「善管注意義務」といわれますが、「注意を払う」という行為義務が存在するわけではありません。「善良な管理者の注意」というのは、信託事務執行にあたって、行われるべき具体的な行為内容を決定する基準として作用する概念です。

(4) その上で、実務上は、受託者の義務をなるべく軽減しようとします。

ただ、この点では、少し注意しなければならないことがあります。

実務で求められている別段の定めというのは、「自己の物と同一の注意で足りる」とするといったように注意の水準を下げるという定めではないのですね。日本信託法29条2項ただし書において、「信託行為に別段の定めがあるときは、その定めるところによる注意」をもって信託事務執行をすることを求めていますから、注意の水準を下げることも完全に自由なように思われるかもしれませんが、しかし、その定めには合理性が要求されるのであり、私人が友人のために受託者となるといった例では、「自己の物と同一の注意で足りる」

とすることも許容されますが、信託という制度がいやしくも他者の利益のために受託者が財産の管理等を行うものである以上、その実体を消失させてしまうような定め、たとえば、「何らの注意も要しない」とすることは許されません。また、受託者につき、善良な管理者の注意を定める日本信託業法28条2項には、ただし書はなく、信託行為の定めによる軽減は認められないと考えられています。注意水準そのものを下げるということは、実務上は考えられないのです。

実務で行われているのは、受託者の権限の縮減、受託者の行為義務の具体化、軽過失免責の定めです。

まず、権限の縮減から見ておきます。つまり、善良な管理者の注意による信託事務執行は、信託行為によって受託者に与えられた権限を行使するにあたり求められるものですから、受託者の権限範囲内でしか問題になりません。そこで、たとえば、受託者が投資をするにあたって、特定の投資顧問業者の投資判断に従って投資をするように指示されているのであれば、受託者には自ら投資判断をする権限はなく、したがって、投資判断にあたって善良な管理者の注意を払うことは問題になりません。逆に、特定の投資顧問業者の投資判断に従う義務を負うことになるのです。

たしかに、信託法上、受託者がその信託事務を信託行為で指名された第三者に委ねた場合でも、当該第三者が不適切であることを知ったときなどには、受益者への通知、第三者への委託の解除等の措置をとらなければならないとされています（日本信託法35条3項）。しかし、第三者への委託についての信託法の規律は、信託行為によって信託事務とされた内容を第三者へ委託する場合についてのもの

であり、上記の投資顧問業者の例におけるように、指図権者が定められているときには、当然には同様の規律は妥当しないのですね。運用判断権限は受託者に帰属しておらず、信託事務とされていないわけですから。

また、複数の受託者が選任され、職務分掌の定めがあるとき、信託行為の解釈として、各受託者が他の受託者の職務執行について監視義務を負うことが、善良な管理者の注意をもってする信託事務執行義務の内容とされることもあります。そして、そのように解すると、各受託者の行為が相互にチェックされて、受益者の利益を守ることになり、とてもよいことのように思うかもしれません。しかし、相互のチェックには、一定の費用と時間を要します。慎重にすることはよいことばかりではなく、費用と時間がかかり、また、行為は機動性を欠くことになってしまいますので、費用や時間の支出を避けるために職務分掌が定められていることも多いのです。そのような場合は、慎重な相互チェックを求めることは、職務分掌の目的に反するのであり、受託者の明白な義務違反を現実知っているときに限って、他の受託者は何らかの手段を講じる必要があるにとどまるというべきでしょう。

(5) 次に、具体的な義務内容が、信託行為に定められることがあります。たとえば、借入権限の行使にあたって、「2つの都市銀行と交渉をしたうえで、より低い金利の方で借入れをする」といった信託行為の定めです。これは、費用対効果を考えて義務内容を限定しているものであり、このとき、受託者はより多くの銀行と交渉をする必要はありません。

また、軽過失免責、つまり受託者に重過失

がある場合だけ責任を負う、という信託行為の定めもあります。しかし、軽過失免責特約とは、結局、受託者が行為をするにあたって、そのチェックのレベルを低下することを認める特約に他ならず、権限の縮小の話に吸収されることになると思います。

さらに、実務上、受託者が、ある行為をするに際して、受益者と協議し、その同意を得ることによって、受託者が責任を免れようとすることも多く見られます。受益者が同意をしたときは、受託者は責任を免れる、という定めを置くわけです。

しかし、このような定めについては、私は批判的です。とりわけ、受益者に専門的な知見が欠けるとき、受益者が同意をしたからといって、信託行為により事務執行を委ねられている受託者の責任が解除されることにはならないと思います。あくまで、善良な管理者の注意をしているか否かの判断のプロセスにおいて考慮されるにとどまるというべきでしょう。

(6) さて、以上を踏まえ、中国信託法を見てください。25条です。

「受託者は、信託書面の規定を遵守し、受益者の最大の利益のために信託事務を処理しなければならない。

受託者は、信託財産の管理において、職務を遵守し、誠実、信用、慎重及び有効管理の義務を履行しなければならない。」

とされています。

この規定が、任意規定なのか強行規定なのか、任意規定だとしても、どこまでの緩和が認められるのか、は1つの問題です。

しかし、注意すべきなのは、先ほど述べましたように、受託者の権限の縮減、および、

受託者の行為義務の具体化は、中国信託法25条の定める義務の軽減ではないということです。受託者が、「受益者の最大の利益のために」、「職務を遵守し、誠実、信用、慎重及び有効管理の義務」を負うのは、あくまで、受託者の権限の範囲内のことなのです。そうであるならば、受託者の権限を縮小したり、受託者のすべきことを具体化したりする取り決めは、中国信託法25条に反するものではないというべきです。

このことの認識は重要であると思います。

## 2. 第三者への委託

(1) 次に、受託者が、その職務を第三者へ委託する場合について考えてみたいと思います。

受託者は委託者に自らが信頼されて信託事務を委ねられたのですから、その信頼に応えるように、自らがその事務を処理しなければならない、とも考えられます。日本民法104条は代理人について、そのような考え方をとっており、旧信託法26条1項も受託者について同様の規定を置いていました。

しかしながら、現在では、専門分野は種々に分かれ、それぞれに専門家が存在する状況になっています。誰が受託者になったからといって、その者が、外国株式市場における投資から不動産投資、さらには、土地信託におけるビル建設を自分でできるわけではなく、かえって適切な専門家に頼むことこそ、受益者の利益を図ることになります。

そこで、日本信託法28条は、次のように規定しました。

「受託者は、次に掲げる場合には、信託事務の処理を第三者に委託することができる。

1 信託行為に信託事務の処理を第三者に委託する旨又は委託することができる旨の定めがあるとき。

2 信託行為に信託事務の処理の第三者への委託に関する定めがない場合において、信託事務の処理を第三者に委託することが信託の目的に照らして相当であると認められるとき。

3 信託行為に信託事務の処理を第三者に委託してはならない旨の定めがある場合において、信託事務の処理を第三者に委託することにつき信託の目的に照らしてやむを得ない事由があると認められるとき。」

というわけです。

しかし、その認められる範囲、委託の場合の法律関係など、いろいろ問題は残っています。

(2) まず、どのような場合を「信託事務の処理を第三者に委託」している、ととらえるべきか、という問題です。

先ほど述べましたように、日本の旧信託法26条1項は、「受託者ハ信託行為ニ別段ノ定アル場合ヲ除クノ外已ムコトヲ得サル事由アル場合ニ限り他人ヲシテ自己ニ代リテ信託事務ヲ処理セシムルコトヲ得」として、信託行為に別段の定めがないときは、やむを得ない事由がない限り、受託者は自分で職務を執行する義務があるとされていました。しかし、このような規定のもとでも、学説上は、受託者の手足として使用される者を用いることが許されるのはもちろん、独立的な裁量的判断に基づいて事務を執行する者以外のもの、さらには、弁護士、弁理士、会計士、宅建業者などの専門家を用いることも当然に許されると解していました。

そして、このような解釈は新信託法の下でも妥当するという主張があります。たとえば、土地信託において、ビルを建築するといった事柄は、そもそも「信託事務」の範囲に入らず、適切な建築業者に依頼することが受託者のすべき信託事務であり、建築業者への依頼は信託法28条にいう「第三者への委託」には該当しない、というわけです。法律問題についての弁護士への依頼も同様とされます。

他方で、やむを得ない事由のある場合に限定していた旧信託法とは異なり、現在の日本信託法28条2号は、「信託事務の処理を第三者に委託することが信託の目的に照らして相当であると認められるとき」には信託事務を第三者に委託することができるとしているのだから、旧法下と異なり、「信託事務の処理を第三者に委託すること」の意味を狭く解する必要はない、という見解もあります。受託者である会社の従業員のような狭義の履行補助者は「第三者」に該当しないけれども、専門的な事務を委託する場合、たとえば、弁護士・会計士なども、また、機械的な事務を委託する場合、たとえば、信託財産に属する財産の運送についての運送業者も、委託を受けた者は原則としてすべて「第三者」にあたるかと解して差し支えない、なぜなら、そのような者に委託することは「信託事務の処理を第三者に委託することが信託の目的に照らして相当であると認められるとき」に該当するから、というわけです。

信託法上は結論の差異が生じるわけではありません。いずれにせよ、弁護士や建築業者を必要に応じて用いることは認められるのです。しかし、信託行為の解釈として、「第三者へ委託すること」が受託者のすべき信託事務内容となっており、委託を受けた者がすべ

き行為が信託事務とはなっていないと考えるべき場合はあるように思われます。

また、たとえば海外の有価証券運用を行う場合、そもそも受託者自身が当該有価証券の保管を行うことは想定されておらず、「海外のカストディアンが保護預りをする証券への投資」がされていると解すべきであるとも指摘されており、賛成すべきだと考えます。

(3) さて、中国信託法30条を見てみましょう。

「受託者は、自ら信託事務を処理しなければならない。ただし、信託書面に別段の定めがあるとき又はやむを得ない事由があるときは、第三者に処理を委託することができる。」

委託者は、法により信託事務を第三者に委託して代理させるときは、第三者による信託事務の処理行為について責任を負う。」  
というものです。

ここには、自己執行義務が定められ、例外としては、「別段の定めがあるとき」と「やむを得ない事由があるとき」だけが定められています。日本の旧信託法26条と同様の定めです。

しかし、すでに述べたように、日本では、旧信託法の時代から、どのような場合を<信託事務処理が第三者に委託されている>ととらえるべきか、が議論され、受託者の手足として使用される者を用いることが許されるのはもちろん、独立的な裁量的判断に基づいて事務を執行する者以外の者、つまり、建築のための建築業者や信託財産に属する財産の修理のための修理業者、さらには、弁護士、弁理士、会計士、宅建業者などの専門家を用いることも当然に許されると解されていまし

た。中国でも同様の考え方がとられるべきように思います。

### 3. 公平義務

(1) 日本信託法33条は、受益者が2人以上ある信託においては、受託者は、受益者のために公平にその職務を行わなければならないことを定めています。

これは、同等のものは同等に扱わなければならないというだけであり、異種の受益者間、たとえば、信託行為において、受益者B1には毎月10万円を交付し、受益者B2には毎月5万円を交付する、とされていたときに、それに従うべきは当然です。

(2) 問題は、異種の受益者間の利益が対立する場合どうすべきかです。たとえば、受益者の中に優先受益権を有する者と、劣後受益権を有する者がいて、前者に1,000万円を交付して、残りがあれば後者に給付する、ということになっているところ、現在、信託財産が1,100万円相当あるとします。このままでは劣後受益者には100万円しか給付されませんが、優先受益者には1,000万円満額が確保されています。したがって、優先受益者の利益を考えれば、危険な投資をせず、1,100万円を維持するのがよいこととなりますが、劣後受益者の利益を考えると、ハイリスク・ハイリターン投資を試みるべきかもしれません。これを、公平の観点からどのように考えるべきか、が問題になるわけです。

難問ですが、私は、受託者としては、いずれにせよ信託財産が最大になるよう行動すればよく、その際には、各受益者にどのように配分されるかは原則として考慮しなくてよいのではないかと考えています。例外となるのは、たとえば上記の事例であると、劣後

受益者にも最低でも200万円の給付を維持することが求められるとか、逆に、優先受益者にはぜひとも1,000万円を給付することが求められるとか、当該信託の目的に照らすとき、別の基準が妥当する場合ですが、それ以外は、単純に信託財産を最大化すればよいと考えています。

### 4. 分別管理義務

(1) 受託者は、信託財産に属する財産につき、自らが利益帰属権者として行動することはできず、受益者の利益のために、それについて管理・処分等を行うこととなります。そのため、日本信託法34条は、受託者は、信託財産に属する財産につき、固有財産に属する財産や他の信託の信託財産に属する財産と、分別して管理しなければならない、としています。

具体的な分別管理の方法は、後に述べるように、一定の範囲で信託行為によって別の定めをすることができますが、4つに分けて規定されています。『信託法入門』<sup>(2)</sup>に書いてあります。

① ④に定める財産を除き、信託法14条の登記又は登録をすることができる財産、つまり、「登記又は登録をしなければ権利の得喪及び変更を第三者に対抗することができない財産」については、当該信託の登記または登録をする方法（日本信託法34条1項1号）、

② ①および④に定める財産を除き、金銭以外の動産については、信託財産に属する財産と固有財産及び他の信託の信託財産に属する財産とを外形上区別することができる状態で保管する方法（同項2号イ）、

③ ①、②、④に定める財産以外の財産については、その計算を明らかにする方法（同

号口)、

④ 法務省令で定める財産については、法務省令で定める方法（同項3号）、です。

なお、④にいう「法務省令」とは、信託法施行規則というものであり、その第4条は、信託法14条の規定によって信託の登記または登録をすべき財産を除いて、信託法やその他の法令で、「当該財産が信託財産に属する旨の記載又は記録をしなければ、当該財産が信託財産に属することを第三者に対抗することができないとされているもの」については、その記録または登録をするとともに、その計算を明らかにする方法が、「法務省令によって定める方法」となる、としています。振替社債や振替国債などがそれにあたります。それぞれの登録簿に信託財産であることを記載し、計算を明らかにしなければならぬわけです。

(2)さて、分別管理義務が課されるのには、2つの理由があります。

第1は、当該財産が信託財産に属する財産であることを第三者に対抗するためです。日本信託法14条は、「登記又は登録をしなければ権利の得喪及び変更を第三者に対抗することができない財産」について、信託の登記または登録がなければ、その財産が信託財産に属することを第三者に対抗できない、としています。そうすると、①の財産については、そこで定められた分別管理の方法が、対抗力を具備する要件ともなっていることとなります。また、④が対象とする財産も、「当該財産が信託財産に属する旨の記載又は記録をしなければ、当該財産が信託財産に属することを第三者に対抗することができないとされているもの」であり、分別管理の方法として「信

託財産に属する旨の記載または記録」が要求されることには、同じ意義があることとなります。

ところが、②の財産については、固有財産や他の信託の信託財産に属する財産と外形上区別することができる状態で保管されていなければ、分別管理義務を履行していることにはなりません。当該財産が信託財産に属する財産であることを、何らかのかたちで証明できれば、そのことを第三者に対抗しうると考えられています。つまり、対抗できるか否かの問題と分別管理の問題が別になっているわけですね。もっとも、分別管理は、当該財産が信託財産に属する財産であることの証明を容易にする機能を有しています。

さらに、③の財産は、信託財産にどれだけの数量・額の財産が存するかが計算上だけ明らかになっても、信託財産に属する財産が含まれる財産の一团が、物理的に独立していなければ、その数量・額が信託財産に属する財産であることは第三者に対抗していくことができないと解すべきだとされています。より具体的に申しますと、私のようなだらしな者は、いろいろなところに現金を持っています。たとえば、机の抽斗に450元、ブレザーのポケットに32元、カバンの中に43元、財布に2,350元というわけですが、そのとき、私が受託者として1,500元の現金を信託財産に属する財産として有していると計算上明らかになっても、どの1,500元かははっきりしませんね。これではダメで、たとえば、財布に入っている2,350元のうち、1,500元は信託財産に属する財産である、といったように、信託財産に属する財産が含まれる財産の一团が他の財産から物理的に独立していなければ、1,500元は信託財産に属していることを

第三者に対抗できない、というわけです。なお、受託者の固有財産たる金銭と信託財産たる金銭とが1つの預金債権とされていても、その割合が明らかであれば、その割合分が信託財産に属することを第三者に対抗できると解されています。これは、まさに一団になっているのですね。

第2は、分別管理がされることによって、それが受託者の義務違反に対する心理的な制約となり、また、受益者等が、受託者を監視することが容易になるということです。固有財産と混在していると、受託者はついついそれを自分のために用いることになってしまいますし、また、受託者がそのような行為をしても、受益者等にはわかりにくい、ということです。

(3)このように、それぞれの財産について、分別管理がどのような意味を有するかを理解しておくことは、実は、どこまで、信託行為の別段の定めが許容されるか、ということの解釈論に関係してきます。

日本信託法34条1項ただし書は、分別管理の方法について、信託行為の別段の定めを認めています。しかし、同条2項は、①の財産につき、登記・登録義務の免除はできないとしています。信託財産に属する財産であることについての第三者対抗要件が欠けると、受託者による権限外処分の場合や受託者につき破産手続が開始された場合や当該財産の差押えの場合に、受益者は救済を受けられないこととなりますが、これは信託財産の独立性という信託の本質に反することになるからです。したがって、免除ができないわけです。

そうすると、④の財産についても、「信託財産に属する旨の記載または記録」は免除できないと解すべきでしょう。

さらに、信託法34条1項の定める方法についても、②の財産についても、当該財産が信託財産に属する財産であることを証明することが困難な場合での管理は認められず、また、③の財産について、信託財産に属する財産が含まれる財産の一団の物理的な独立性を確保せず、ただ数量・額のみで管理することは許されないと解すべきだと思います。

(4)中国信託法に移りましょう。

中国信託法29条は、

「受託者は、信託財産と固有財産とを分別して管理し、記帳し、かつ、委託者の異なる信託財産についても分別して管理し、記帳しなければならない。」

としています。

中国信託法にはこれ以上に詳しい規定はないようですが、具体的な分別管理の方法については、日本信託法の規律と解釈論が参考にされるべきでしょう。

また、ここでも、中国信託法19条と同じく、「委託者の異なる信託財産」という言葉が用いられていることも気になります。第19条について申し上げたように、委託者が同一であっても、受益者が異なるときには、利益が帰属する主体が異なるわけですから、分別管理が要求されるはずで、問題があるように思います。

(5)なお、報告義務・帳簿作成義務については、『信託法入門』に譲り<sup>(3)</sup>、省略します。

## 5. 忠実義務（その1）：総説

(1)受託者の忠実義務の話に移ります。

日本信託法は、その第8条で、「受託者は、受益者として信託の利益を享受する場合を除き、何人の名義をもってするかを問わず、信託の利益を享受することができない」と規定

したうえ、第30条において、

「受託者は、受益者のため忠実に信託事務の処理その他の行為をしなければならない。」

と規定しています。忠実義務とよばれるものです。

中国信託法25条2項も、「受託者は、信託財産の管理において、職務を遵守し、誠実、信用、慎重及び有効管理の義務を履行しなければならない」としており、さらに、第26条1項が、「受託者は、この法律の規定に従って報酬を得る場合を除き、信託財産を利用して自己のために利益を追求してはならない」としています。第25条2項にいう「誠実、信用」というのが、日本信託法30条にいう「受益者のため忠実に」に該当し、第26条1項が日本信託法8条に該当すると思います。

(2) さて、忠実義務を理解するのに最も大切なことは、なぜ受託者に忠実義務が課されるのか、ということです。このあたりを、「受託者は fiduciary だから」とか、「そのように頼まれているのだから」とか、そういった理解をしているようではダメだと思います。それでは言い換えているだけです。

私は、受託者に忠実義務が課されるのは、信託財産の独立性を認めることの根拠となっているからだと思います。

日本信託法のもとでは、信託財産に属する財産は受託者に帰属しています。しかし、受託者に対する債権者で、信託債権者以外の者は、それを差し押さえることができません。受託者の破産において、信託財産に属する財産は破産財団に組み込まれません。受託者の死亡時に、相続財産にはなりません。このように、受託者に帰属する財産であるにもかかわらず、信託財産に属する財産は特別扱いさ

れているわけです。

それでは、なぜ特別扱いされるのか。これは、<信託財産に属する財産はたしかに受託者に帰属しているけれども、受託者は、その財産を自分の利益のために用いることができない>ということによって、正当化されているのです。ある財産が、自分の債務の責任財産になるのは、自分の利益のために用いることができる財産だからです。だからこそ、自分の債務の弁済に用いることができるのです。ところが、信託財産に属する財産については、受託者は自分の利益のために用いることができない。だから、受託者の責任財産にならず、特別扱いされるのですね。

<自分の利益のために用いることができない>ということが、信託財産の独立性を支えており、そして、信託財産の独立性というのが信託の本質だから、忠実義務が課されることになるのです。

そうすると、忠実義務を排除して、受託者は、その財産を自分の利益のために自由に用いることができる、ということになっているとどうなるか、もわかります。そのようなときは、信託財産の独立性を認める正当化根拠がないわけですから、信託財産の独立性が否定されることになります。結局、信託としての意味はないことになるわけですね。

中国信託法は、これまで述べてきたように、信託財産に属する財産が誰に帰属しているかは不明確にしています。しかし、信託財産の独立性が認められることは日本信託法と同様であり、その効果を支えるのが、忠実義務だと理解できると思います。

(3) 日本信託法は、先ほど述べたように、同法30条、さらには同法8条で一般的な忠実義務を規定しています。そのうえで、その具

体的な例として、利益相反行為の制限、競合行為の制限について規定を置くというかたちになっています。それぞれ、日本信託法31条、32条ですね。したがって、利益相反行為制限や競合行為制限に抵触しない行為であっても、忠実義務違反にはなることがあります。

中国信託法も、25条2項、さらには26条1項で忠実義務を規定し、27条・28条で利益相反行為の禁止を定めています。競合行為制限を直接に定める条文はありませんが、25条2項による義務に含まれると解することができると思います。

## 6. 忠実義務（その2）：利益相反行為

（1）一般的忠実義務については後に述べることとし、利益相反行為制限から見ていくことにしますが、概括的には『信託法入門』に書いていますので<sup>(4)</sup>、そちらに譲ります。ここではいくつか注意すべきことを述べておきます。

（2）まず、これは日本語の問題にすぎないのかもしれませんが、「利益相反行為」という言葉に注意したいと思います。

「利益相反行為」というのは、一方が不当に得をし、他方が不当に損をする、という評価を意味する言葉ではありません。売主と買主のように、代金が上昇すれば、買主の支出が増え、売主の収入が増加する、といった、一方のプラスが他方のマイナスとなるという関係にあることを意味するものです。売主が適正利潤を上げ、買主もほしいものが比較的やすく手に入った、という状況にあっても、売主と買主とは「利益相反関係」にあります。

そして、日本信託法は、実際として不当かどうかを考慮の外に置いて、「利益相反行為」を把握し、それを原則として禁止した上で、

一定の場合を、例外として許容するというかたちをとっています。日本信託法31条1項は、「受託者は、次に掲げる行為をしてはならない」として、4つの類型の利益相反行為を原則的に禁止して、そのうえで、2項で、「前項の規定にかかわらず、次のいずれかに該当するときは、同項各号に掲げる行為をすることができる」として例外を規定するわけですね。

（3）現在、日本において、実務上、問題となっているのは、情報です。

受託者の通常の営業過程で得られた情報は、当該営業が信託事務執行であっても、それをを用いることは忠実義務違反とはなりません。信託財産から一定額以上の費用を支出して収集した情報、信託の受託者であるが故に取得できた情報が問題となります。そして、信託事務執行として得た情報を自己またはその利害関係人の利益のために用いるときの問題点は、しばしば一般的忠実義務との関係で論じられます。

情報の種類にもよりますが、その情報を第三者に売却することもできるときは、売却による利益は当然に信託財産に帰属します。このことを考えると、受託者が固有財産の利益のためにその情報を用いることは、まさに、信託財産に属する財産である情報を、受託者の固有財産に帰属させていることにほかなりません。したがって、日本信託法31条1項1号に該当する行為であり、原則として禁止されます。また、同条2項の例外に該当すれば、そのような情報の利用も認められることになることは当然です。

また、共同受託者の存在が問題になることもあります。たとえば、甲信託につき T1と T2が共同受託者となっており、甲信託の信

託財産に属する財産を T1の固有財産に帰属させる場合、あるいは、その逆の場合が考えられます。さらに、T1が、乙信託の受託者となっており、甲信託の信託財産に属する財産を乙信託の信託財産に帰属させる場合、あるいは、その逆の場合もあります。

共同受託者が存在すれば、T1が自己の利益を図ろうとすることをストップできるのではないか、また、対象となっている財産あるいは行為について T2が単独で分掌しているときには、実質的には T1と T2の間の取引であり、自己取引として規律しなくてもよいのではないかと、とも思われます。しかし、T2の判断に、T1が影響を及ぼすことも否定できないですし、T2は、甲信託の受託者なので、文言上も、日本信託法31条1項1号・2号に該当することは否定できないと思います。

さらに、受益者の有する受益権を受託者が購入するといった取引においても、受益者と受託者の利益は対立します。もっとも、これは、受託者が信託事務執行としておこなうものではありません。そして、受益者も自由に対価を定めうる地位にあるのですから、形式的には禁止される利益相反行為にはなりません。しかし、受託者が信託事務執行をしているために信託財産の状況について正確な知識を有することを利用して、受益者から客観的価値よりも安価に受益権を購入した場合には、一種のインサイダー取引であり、説明義務違反等の問題が生じます。

(4) 日本信託法は、禁止される利益相反行為の範囲を比較的広く設定しています。しかし、その禁止は受益者の利益を守るためのものですから、受益者の利益が害されるおそれがないときにまで、その禁止を及ぼす必要

はありません。実際、利益相反行為禁止のルールを厳格に適用すると、非常に不合理な事態も生じてきます。

典型例として問題とされていたのは、次のようなものです。

受託者が、固有財産に属する財産として甲社の株式を保有しているが、他方で、乙社の株式を信託財産に属する財産として保有しているとします。そして、このとき、投資先の適切な組み合わせの観点からすると、受託者の固有財産については甲社の株式を売却し、乙社の株式を購入すべき状態にあり、他方、信託財産については、乙社の株式を売却し、甲社の株式を購入すべき状態にあるとします。このとき、受託者は、固有財産に属する甲社の株式と信託財産に属する乙社の株式を交換すればよさそうなのですが、これはまさに「信託財産に属する財産（当該財産に係る権利を含む。）を固有財産に帰属させ、又は固有財産に属する財産（当該財産に係る権利を含む。）を信託財産に帰属させること」であり、①に該当し、許されない行為となります。しかし、そうだからといって、固有財産については甲社の株式を市場で売却し、乙社の株式を市場で購入する、信託財産については乙社の株式を市場で購入し、甲社の株式を市場で売却する、ということにすると、費用もかかり、不合理な事態になります。これは②の信託財産間の取引についても同様です。そこで、たとえば取引相場が明確なものについては、例外を認めるべきではないか、ということになります。

さらには、取引相場が明確であることも必ずしも必須の条件ではありません。要は、正当な取引であればよいわけであり、このことは、④について禁止の典型例とされている「受

託者個人の債務の担保のために信託財産に担保権を設定する」という場合です。受託者が個人的な債務を支払えなくなると担保権が実行される可能性とそのときの信託財産の負担額との関係で、担保権を設定することの対価として受託者の固有財産から信託財産に対して支払われる額が十分であれば、それは合理的な取引になります。

そこで、日本信託法31条2項は、利益相反行為の禁止について、いくつかの例外を認めるとともに、信託行為に別段の定めがあるときは、それが優先されることも明確にしているわけです。

注意したいのは、日本信託法31条2項4号でして、「当該行為の信託財産に与える影響、当該行為の目的及び態様、受託者の受益者との実質的な利害関係の状況その他の事情に照らして正当な理由があるとき」というものです。

この要件を充足しているか否かの判断は、行為にあたって受託者によってされるわけですが、この判断も信託事務執行であり、受託者の判断に善良な管理者の注意に欠けることがなかったときには、同号への該当性は肯定されると解すべきです。そうしないと、受託者に不当に負担を課し、また、信託事務執行の円滑性をそぐことになります。

関連して、受益者の承認について述べておきます。

利益相反行為制限が受益者の利益を守るためのものであることから、受益者の承認があったときが、例外として認められています。しかし、受益者は、受託者が適正に判断して信託事務を執行することを期待できるのであり、受託者は判断のリスクを受益者に転嫁させることはできません。したがって、承認が

あっても、受託者は、善良な管理者の注意をもって、その行為をしなければならず、また、承認がある行為をおこなっても一般的な忠実義務違反になることもあり得ます。さらには、受託者が受益者に対して承認を求めるにあっても、善良な管理者の注意をもってすることが求められます。不合理な内容の行為について承認を求めることは、そもそも受託者の義務違反であるというべきです。

実務では、受益者の承認があるときは当然に許されると安易に考える傾向がありますが、そうはいかないことに注意すべきです。

(5) 許容されない利益相反行為がされた場合、それによって信託財産に生じた損失について、受益者は、受託者にてん補を求めることができ、また、変更が生じたことについて、受益者は、受託者に原状回復を求めることができます(日本信託法40条)。これは受託者の義務違反一般について認められる救済方法です。しかし、許されない利益相反行為は、受託者の権限外行為ですから、権限外行為がされたときと同様に、その行為の効果を否定することも認められてよいはずですが、その具体的な内容は、第三者が関係するか否かで分けて考える必要があります。

まず、信託財産と固有財産との間で、または、複数の信託財産の間でされた、ある財産の帰属を変える行為です。日本信託法31条1項1号、2号の行為ですね。こういった行為については、その行為の効力を否定するだけで、当該財産の帰属状態は元に戻ります。そこで、日本信託法31条4項は、このような行為は、単純に無効であるとしています。

ところが、たとえば、受託者が信託財産に属する財産を固有財産に帰属させたうえ、第三者にそれを処分すると、当該第三者の保護

の必要性が生じます。固有財産に属する財産が信託財産に帰属した後に第三者に処分された場合や、信託財産に属する財産が他の信託の信託財産に帰属した後に第三者に処分された場合も同様です。そこで、日本信託法31条6項は、禁止される利益相反行為の対象となった財産について、さらに第三者に対する処分等がされたときは、その処分行為は一応有効としたうえ、当該財産について、禁止される利益相反行為がされたことについて当該第三者が悪意または重過失のときのみ、受益者は、受託者と第三者との間の処分行為等を取り消すことができる、としています。

これに対して、第三者との間の取引、つまり日本信託法31条1項3号・4号の取引については、原則的にも無効とならず、当該第三者が、自らと受託者との間の行為が利益相反行為禁止に反することについて第三者が悪意または重過失のときのみ、受益者は、受託者と第三者との間の処分行為等を取り消すことができるとされています。同条7項です。

禁止された利益相反行為につき受託者は無権限であり、権限外処分の取消しと同様に考えるのが原則です。利益相反行為の取消しについては、日本信託法27条2項1号の要件は明記されていないのですが、信託財産に属する財産について登記・登録という対抗要件が欠けているときは、受益者は当該財産が信託財産に属する財産であることを当該第三者に対抗できないのですから（日本信託法14条）、やはり取消しはできません。

なお、実務的には、信託業法においても利益相反行為の規制がされていることが重要です。日本信託業法29条2項を確認しておいてください。

（6）日本信託法に関する最後の問題とし

て、貸付けについて考えておきます。日本において、実務上、重要な自己取引として、信託財産から受託者に金銭を貸し付けること、逆に、受託者から信託財産に金銭を貸し付けることがあります。

前者は、利益相反行為禁止の例外の要件を満たしている限り、有効です。実際には、信託財産のうち、運用の結果の余り金を、信託銀行が銀行勘定に移し、普通預金金利を付ける、ということが行われています。銀行勘定貸しといいます。もっとも、私は、このような手法は、受託者に対する貸付けではなく、信託財産である金銭が銀行勘定で管理されていると見れば足りると思います。また、後者、すなわち、ある信託財産に対して受託者の固有財産または受託者が同一である他の信託財産から貸付けがされたときも、利益相反行為禁止の例外の要件を満たしている限り、有効であることには問題がありません。

難しい問題なのは、そのような取引において、貸付債権を観念することができるか、また、観念することができたとしても、その担保のために抵当権を設定することは可能か、ということです。同一人間の取引であることで問題になります。

実は、日本信託法は、同一人間には債権債務関係が成立し得ないことを前提としながら、適切な処理のために必要のあるときは、受託者の有する権利を金銭債権とみなすこととしています。具体的には、日本信託法11条3項・49条4項・50条1項です。

ところが、受託者が信託財産に対して有する貸付契約上の権利については、受託者が他から債権を取得したときを除き（同20条3項）、金銭債権の存在が観念するという明文の規定はありません。また、より一般的に、

信託財産に属する財産を固有財産または他の信託財産に帰属させるときや、固有財産または他の信託財産に属する財産を別の信託財産に帰属させるとき、そこに売買契約を觀念し、代金債権を觀念することにはなっていません。

しかし、金銭債権とみなすという規定がないときも、必要な場合は、解釈論として、契約によって債権・債務関係が発生する場合と同等に扱うことを認めるべきだろうと思います。そうしないと、当該債権を被担保債権とする担保権の設定や、当該債権の第三者による差押えができません。登記実務も、信託銀行である受託者が、信託事務執行として、自行から金銭を借り入れ、信託財産に属する不動産に抵当権を設定し、登記することを認めています。

ただ、このとき、同一人間に債権債務関係の成立を認めるという特殊な状況になっていることには注意してほしいと思います。

(7) 日本信託法について長々とお話しをしてきました。以上を踏まえ、やっと中国信託法に移ることができます。

中国信託法27条は、

「受託者は、信託財産を固有財産に帰属させてはならない。受託者が信託財産を固有財産に帰属させたときは、当該信託財産の原状を回復しなければならない。信託財産に損失を与えたときは、受託者は、賠償責任を負う。」

とし、同28条は、

「受託者は、固有財産と信託財産間の取引又は委託者が異なる信託財産間の取引をしてはならない。ただし、信託書面に別段の定めがあるとき又は委託者若しくは受益者の同意を得た上で公平な市場価

格で取引をするときは、この限りではない。

受託者は、前項の規定に違反して信託財産に損失を与えたときは、賠償責任を負う。」

としています。

日本信託法と比較してみますと、日本信託法31条1項1号・2号の取引だけが規定され、3号・4号の取引が規定されていません。しかし、これは、中国信託法25条で処理することができますので、たいした話ではないかもしれません。

また、中国信託法28条で、「委託者が異なる信託財産」という言い方が気になることは、すでに何度か述べたとおりです。

(8) それよりも気になるのは、中国信託法27条と28条は、どのような区別を前提にしているのだろうか、ということです。

たとえば、信託財産に属する財産を受託者が購入する、という取引をしたとします。このときは、28条だけの問題なのでしょうか、あるいは、信託財産を固有財産に帰属させているのだから、27条の問題にもなるのでしょうか。

28条が「取引(交易)」とし、27条が、「移転(轉移)」としているところから見ますと、27条は、取引行為によらない移転だけを意味しているようにも思えます。しかし、そうすると、27条は、分別管理の話になりますから、利益相反行為の話とは異なることになり、条文の位置が変だということになります。

さらには、28条違反の効果について、損害賠償だけが規定されていることも気になります。それが、不当処分・不当取引であることは明らかですから、中国信託法22条の適用もあると考えるべきように思いますし、固有財

産と信託財産の取引の場合には、単純に無効としてもよいはずですが。

このあたり、もう少ししていねいに考えるべき点が残っているように思います。

(9) また、「委託者若しくは受益者の同意を得た上で公平な市場価格で取引をするとき」という箇所も気になります。

まず、日本信託法よりも優れているのは、受益者の同意だけではダメだとされていることです。日本信託法の解釈としても、受益者の同意があっても、それが公正なものでないときはダメだと述べました。中国信託法は、いずれにせよ、「公平な市場価格で取引をするとき」であることが要求されているわけで、これは妥当であろうと思います。

しかし、日本信託法31条2項4号のような事由があるときも、なお「委託者若しくは受益者の同意」が必要かは、考えてみる必要があると思います。場合によっては、黙示に、「信託書面に別段の定めがある」と解釈すべき場合があるかもしれません。

さらに、また、許される利益相反行為の場合、受託者は債権を取得するのか、という問題は、日本信託法上もはっきりしませんが、この点を詰める必要があります。とりわけ、資産の流動化などにおいて、受託者も信用供与を行うときには、担保権が取得できるかどうかは大きな問題です。

## 7. 忠実義務（その3）：競合行為

(1) 次に、競合行為について考えます。

日本信託法32条は、1項で、「受託者は、受託者として有する権限に基づいて信託事務の処理としてすることができる行為であってこれをしないことが受益者の利益に反するものについては、これを固有財産又は受託者の

利害関係人の計算ではない」という原則を規定し、2項で、信託行為に別段の定めがある場合や受益者の承認がある場合の例外を定めています。その趣旨はわかると思います。

中国信託法には、それを直接に定める条文はないようですが、25条1項から導かれるルールだと思います。

(2) 競業禁止は、会社法にも規定されています。日本会社法356条1項1号です。しかし、そこでは会社の事業の部類に属する取引のみが規制対象となっています。パソコンの製造・販売をする会社の取締役が、自分個人でもパソコンを製造・販売することはできない、というだけです。そのような会社が購入しようとしている土地を自分のために購入した場合などは、競業とはされていません。また、法人は取締役になれませんから、会社の事業の部類に属する取引を行う可能性は、さほど大きくありません。

これに対して、日本信託法32条1項のように、「受託者として有する権限に基づいて信託事務の処理としてすることができる行為」一般に対象を広げ、これに加えて、受託者が法人であることが多いことを考慮に入れますと、日本信託法の定める競業禁止は厳格にすぎるとはいえないか、法人が受託者になることが困難になるのではないかと、という問題が生じます。もちろん、あらかじめ信託行為に別段の定めを置くことはできますが、すべてを予想した信託行為の作成は困難です。

そこで、禁止の範囲を適切に制限する必要が生じます。

この点では、まず、忠実義務、そして、その具体化である競合行為避止義務は、受益者の利益を不当に害して、自己または第三者の

利益を図ってはならないというものであり、自己の利益を犠牲にすることを求めるものではないことが注意されるべきだと思います。競合行為についての日本信託法32条1項は、「信託事務の処理としてすることができる行為」・「これをしないことが受益者の利益に反するもの」という2つの要件が満たされる場合だけを規律しているのですが、これらの要件は実質的に判断される必要があります。

実際、受託者は、「これをしないことが受益者の利益に反するもの」のすべてを行う義務を負っているわけではなく、善良な管理者の注意をもってする判断に基づいて行為をするか否かを決定すればよいのです。そこで、「これをしないことが受益者の利益に反するもの」という要件につき、信託財産が得べかりし利益を失ったという場合を広く包含するものではなく、具体的な状況下において、当該行為を信託事務の処理として行うことが信託の目的や信託行為に照らして、受託者に具体的に期待されるような場合である、とする見解があり、これに賛成すべきです。

(3) 具体例としてよく論じられるのは、債権の回収についてです。

同一の債務者に対して信託財産に属する債権と固有財産に属する債権とがあるとき、後者のみ弁済期が到来していれば、固有財産に属する債権を回収してよいと思います。信託財産に属する債権の回収は、弁済期が到来していないのですから、日本信託法32条1項の「信託事務の処理としてすることができる行為」に、文言上、該当しません。そして、その後には債務者の財産状況が悪化し、信託財産に属する債権が回収できなくなっても、受託者の義務違反が問題になることはありません。つまり、自らの債権の回収を見合わせる

必要はないと思います。

ただし、受託者が固有財産に属する債権を回収した時点で、債務者に破産原因があることを受託者が知り、または、知ることができたときで、信託財産に属する債権の回収のためには破産手続開始の申立てをすべきであった場合に、受託者がその申立てをしないままに固有財産に属する債権を回収することは、一般的忠実義務の違反（日本信託法30条）になるようにも思われます。しかし、債権の回収のために、破産手続開始の申立てをするか、債務者の資力の回復を待つかは、場合によっては微妙な判断になり得るのであり、明らかに破産手続開始の申立てをすべきであるのに、受益者の利益を犠牲にして、自らの利益を図った場合を除き、せいぜい善良な管理者の注意をもってする信託事務執行義務に違反するとしかいいないように思います（日本信託法29条2項）。

これに対して、信託財産に属する債権の弁済期が到来しているのに、その回収を怠ることは、一般には、受託者は善良な管理者の注意をもってする信託事務執行義務に違反していることとなります。さらに、受託者が、固有財産に属する債権の弁済期の到来を待ち、当該債権を優先的に回収すると、競合行為避止義務違反となります。按分比例で回収することも、同じく義務違反です。本来、信託財産に属する債権が先に回収されるべきだったわけであり、競合行為避止義務違反としても、受託者に自己の利益を犠牲にすることを強いていることにはならないからですね。しかし、固有財産に属する債権の弁済期の到来を、あえて待ったのではなく、クロス・デフォルト条項、つまり、債務者の複数の借入れのうち一つについて債務不履行が生じれば、他の借

入れについても返済期日が到来するという条項によって、固有財産の弁済期も到来した場合は、次の「双方の債権の弁済期が同時に到来したとき」に該当するというべきだと思います。

双方の債権の弁済期が同時に到来したとき、債務者に十分な資力がないときには、受託者は、受領した金銭を双方の債権に按分して充当すれば足り、信託財産に属する債権に優先的に充当しなくても、競合行為避止義務違反になりません。按分比例で回収する行為は、受益者の利益を不当に害しているわけではないからです。

細かく見ていけば、まだまだいろいろな事例があるのですが、このように、「信託財産のほうを優先しなければならないわけではない」、「できない行為をしないことは仕方がない」という観点から考えていくべきだろうと思います。

## 8. 受託者の義務違反に対する責任

(1) 一般的忠実義務については、『信託法入門』に譲っておき<sup>(5)</sup>、受託者の義務違反に対する責任を検討します。

受託者の義務違反に対する受益者の救済方法については、すでに受託者の権限違反行為の取消し、禁止される利益相反行為の無効・取消し、競合行為についての介入権がありました。これらは、当該義務違反の特性に基づいて認められていたものです。日本信託法上は、それ以外に、一般的な救済方法として、受託者の損失てん補の責任等および受託者の行為の差止請求権が認められています。前者が40条、後者が44条です。

当然の規定といえますが、いくつかの点を指摘しておきます。

(2) まず、損失てん補の範囲です。

日本民法416条は、債務不履行について、債務者が発生を予見すべきであった範囲に損害賠償を制限しています。そして、受託者の義務違反を債務不履行であると考えた限り、てん補される損失の範囲も、日本民法416条で定まりそうです。

しかし、たとえば、信託財産に属していたA社の株式が誤って売却されたとき、受益者は、受託者に対して、原状の回復、すなわち、A社の株式を信託財産に回復することを求めることができます。そして、そのとき、A社の株式がその後高騰していれば、受託者は、高騰した株式を自らの財産で購入して、信託財産にしなければならないこととなります。ところが、同じ事例で損失てん補請求がされると、A社の株式の高騰が予見不可能なものであるときには、価格高騰分は、日本民法416条を適用しますと、損害賠償の対象にならない可能性が出てくるのです。これは不均衡であり、「損失のてん補」の場合も、高騰分も含めた額の支払いがなされるべきようにも思われます。また、善管注意義務違反と忠実義務違反とで、損失てん補の範囲に差を設けるべきだとの指摘もあります。

受託者の義務違反の効果は、寄託や委任において受寄者・受任者が債務不履行責任を負うとき（その損害賠償の範囲は当然に日本民法416条によって定まります）とのバランスも考えなければならず、結論としては、日本民法416条で損失てん補の範囲を定めることを原則としつつ、原状回復の場合とのバランスは日本信託法40条1項ただし書の解釈により、また、忠実義務違反の場合に損失てん補の範囲を拡大すべきだとの主張に対しては同条3項の推定を重視することによって、調整

を図るべきことになると思います。

(3) もう1つ、日本信託法40条3項について触れておきます。

日本信託法40条3項は、忠実義務違反行為(一般的忠実義務、利益相反行為制限、競業禁止義務違反のすべてを含みます)、があったときは、当該行為によって受託者またはその利害関係人が得た利益の額と同額の損失を信託財産に生じさせたものと推定する、としています。

このような推定規定を置く積極的理由については、受託者による利益取得行為は受託者の固有財産の計算で行われるので、信託財産に生じた損失を受益者が立証するのは困難であるところ、受託者が信託事務処理に際して固有財産で利益を得ているときには、信託財産にこれに対応した損失が生じている蓋然性があり、また、受託者は忠実義務違反行為によって利益を得ているのだから、公平の観点から、立証責任を転換しても差し支えない、と説明されています。

(4)これに対して、中国信託法26条2項は、

「受託者が、前項の規定に違反して信託財産を利用して自己のために利益を得たときは、その得た利益は、信託財産に帰属する。」

としており、いわゆる利益の吐き出し責任を定めています。

日本においても、現在の信託法を制定する際に、「利益の吐き出し責任」を認めようとする見解は有力に主張されていました。私もその主張者の一人であり、中国信託法の規定は適切だと思います。

ただ、信託財産への帰属を主張する側が、受託者の得た利益を証明しなければならないわけですから、どこまで受益者側の保護に資するかはわかりません。

#### 【注】

- (1) 道垣内弘人『信託法入門』119～124頁(日本経済新聞出版社、2007年)参照。
- (2) 道垣内・前掲注(1)143～145頁。
- (3) 道垣内・前掲注(1)147～149頁。
- (4) 道垣内・前掲注(1)150～158頁。
- (5) 道垣内・前掲注(1)161～162頁。

(どうがうち・ひろと)