

〔研究報告〕

自己執行義務と代人使用について

川北 清道

目 次

1. はじめに
2. 受託者の自己執行義務
3. 代人と履行補助者との概念区分
 - (1) 代人と履行補助者を区分する意義
 - (2) わが国の学説
 - (3) 英米国における考え方
4. 代人の選任
5. 代人の地位
6. 代人使用の場合における受託者の責任
7. おわりに

1. はじめに

最近、信託目的も多様化し、信託機能の有用性が社会的にも大きな関心事になっている。⁽¹⁾この現象に伴って、受託者に要請される財産管理能力は、ますます高度なものになってきている。⁽²⁾それ故、受託者は、信託事務を円滑に処理するために、自らの信託事務処理能力のレベルアップを計ることはもとより、必要に応じて、他人の能力を効果的に結合させ、信託事務を円滑に運営することが要請されている。しかし、一方において、信託法上、受託者は、自己執行義務を課せられている(信託法26条1項)。この点について、実務面からみると、受託者に対する自己執行義務の要請と信託事務の円滑な運営のために必要な他人の使用とに関して、どのように調和させるのか、きわめて重要な問題である。

法律面からみると、受託者に代わって信託事務の執行を代行する他人といわゆる狭義の履行補助者との区分は何を基準にして定めるのか、また、受託者の義務に関して規定する信託法上の各条文について、どの程度受託者の代行者として信託事務を執行する他人に類推適用できるのか等、解明されるべき重要な問題が山積している。しかしながら、受託者の自己執行義務と代人の使用については、従来、あまり深く研究されていない。そこで、受託者の自己執行義務と受託者の代人の特性を明らかにし、信託実務上、履行補助者を使用する場合の問題点を整理し検討することは、きわめて必要であると考えらる。

したがって、本稿では、上記のような状況を踏まえ、受託者の自己執行義務の特性を概観した後、代人と履行補助者との区分概念を検討し、さらに、いわゆる代人の法律上の地位等を中心に論述してみたい。

- (1) 昭和60年10月15日の経済対策関係会議において、内需拡大に関する対策の一環として、国有地に土地信託を導入することの促進が決定され、国有財産法地方自治法が改正された。

昭和62年10月の株式相場暴落以降の証券市場立て直しの為、生保の特定金銭信託による運用比率の緩和が行われた。週刊金融財政事情、63.1.18号、14頁参照。

昭和63年、国際決済銀行（B I S）の自己資本比率規制の導入に伴い、金融機関の有する住宅ローン債権を信託銀行に信託し、その受益権を売却する方法で、債権の流動化を図る途が開かれた。週刊金融財政事情、63.7.25号、38頁参照。

- (2) 信託法4条は、受託者の職務に関し、「受託者ハ信託行為ノ定ムル所ニ従ヒ信託財産ノ管理又ハ処分ヲ為スコトヲ要ス」と規定している。

本条に関しては、松本崇・信託法41頁が、「受託者の負担する各種の義務の基本観念を示したものと解する説（入江真太郎・信託法原論296頁、三淵忠彦・信託法通釈60頁、青木徹二・信託法論ほか）と、信託の目的たる財産権に対する受託者の権限を規定したものであるとする説（岩田新・信託法新論）とが対立している」と述べている。

2. 受託者の自己執行義務

受託者の自己執行義務については、信託法上、「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ザ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」と規定する(26条1項)。受託者に代わって信託事務を処理する者について、信託法学者は、講学上、民法上の広義における履行補助者から区別する意味で、いわゆる代人と呼んでいる⁽¹⁾(以下、受託者に代わって信託事務を処理する者を「代人」と呼ぶ)。

ところで、前述したように、信託法は、代人の使用が認められる2つの場合を定めている。すなわち、「信託行為に別段の定めのある場合」と「已むことを得ざる事由のある場合」とである。これを裏返してみると、信託法に定めている場合を除き、代人の使用を禁止し、受託者が自ら信託事務を処理しなければならない、と解することができる。したがって、信託法上、受託者の自己執行義務を直接規定した条文が存しないにも拘らず、第26条1項の規定によって、間接的に受託者の自己執行義務を規定していると考えられ得るのである。かかる意味で、民法の任意代理人⁽²⁾(104条)・遺言執行者⁽³⁾(1016条)についても、その性質上、自己執行義務を負わされているにも拘らず、条文上、直接、自己執行義務の規定はなく、復任権を制限する規定を設けることによって、間接的に自己執行義務を負わせていると解することができる⁽⁴⁾。

以下において、受託者と同様なる自己執行義務を負わされている「任意代理人」・「遺言執行者」の特性を明らかにするために、上記三者の有する信頼関係の特質、選任および辞任の方法、各財産に対する管理権限の特質を比較検討してみる必要がある。なぜなら、任意代理人・遺言執行者・受託者の各三者間には大きな差異がみられるからである。

はじめに、信頼関係の特質について、任意代理人の場合、本人が代理人に対して置いた信頼関係が代理権成立の基礎であり、代理権存続の不可欠な要件となっている。したがって、本人または任意代理人の一方が死亡すれば、代理権は消滅する⁽⁵⁾(民111条1項, 1号, 2号)。このことは、任意代理の場合、本人と

代理人との間における信頼関係が純粋な個人間の信頼関係にとどまっているからである。⁽⁶⁾ 遺言執行者の選任に関しても、遺言者（被相続人）が遺言執行者に置いた信頼関係に基づいて、遺言執行者が指名される。しかしながら、遺言執行者は、遺言者の最終の意思として表明した意思内容に従って、相続財産の管理等遺言執行に必要な一切の権利義務を有する者である。⁽⁷⁾ 遺言執行者のなした遺言執行の結果として、その効力が直接相続人に及ぶのである。このことは、遺言者が遺言執行者に置いた信頼関係について、その信頼関係がより客観的な遺言者の意思表示の内容と相続財産に結びついた信頼関係に転化していることを意味しているといえる。信託における信頼関係については、信託制度が遺言執行制度と歴史的にも深い関連性があり、⁽⁸⁾ したがって、委託者・受益者と受託者との間における信頼関係も、遺言者と遺言執行者との間の信頼関係にきわめて類似する。⁽⁹⁾ すなわち、信託においては、委託者が受託者に置いた信頼関係が信託成立の前提条件となっているが、⁽¹⁰⁾⁽¹¹⁾ 信託成立後はより客観的な信託目的と結びついた関係となる。それ故、仮に受託者が欠けた場合であっても、受託者の欠陥を理由にして、信託は終了することはない。このように、信頼関係が当事者間の個人的レベルのものから、より客観的な関係に転化しているのである。この点は、信託における一つの特色である。

任意代理人・遺言執行者・受託者の辞任および新しい事務処理者の選任方法に関しても、信頼関係の特性が分ち難く結びついているといえる。すなわち、任意代理人⁽¹²⁾ に関しては、特殊な代理権を除き、本人による解任・代理人の辞任の双方とも、各々任意に行うことができる。また、代理人が欠けた場合には、代理権は消滅し、代理関係は終了する。この点に関し、民法は、代理権の維持について、裁判所の関与等の特別な配慮を認めていないのである。これに対して、遺言執行者の辞任については、正当な事由の存在と家庭裁判所の許可が必須の要件となっており（民1019条）、一定の制約がある。受託者の辞任方法については、私益信託の場合（信託法43条、46条）・公益信託の場合（信託法71条）のいずれであっても、受託者は任意に辞任することはできない。このように、受託者・遺言執行者が欠けた場合については、利害関係人の請求に基づき、裁判所

自己執行義務と代人使用について

又は主務官庁が新受託者及び新遺言執行者の選任を予定しており、信託関係・遺言執行関係の維持には特別の配慮がなされている。

管理権の特性に関しては、任意代理人の有する管理処分権は通常の場合、本人も競合的に管理・処分権を有するものと解されている。これに対して、遺言執行者が相続財産に対して有する管理・処分権は、遺言執行に必要な範囲で一切の行為をなし得る権利であり（民1012条）、たとえ相続人であっても、相続財産を任意に処分したり、遺言執行者の行為を妨げるような行為はできないことになっている（民1013条）。このことは、相続財産に対する管理・処分権は、すべて遺言執行者に専属することを意味するものである。信託財産に関する管理・処分権については、信託の基本的構造に関して種々の見解がみられるが、⁽¹⁴⁾債権説、物権説のいずれの見解に立脚しても、⁽¹⁵⁾受託者が信託財産に対して専属的な管理権を有し、⁽¹⁶⁾委託者・受益者は競合的に管理権を有しないのである。このように、遺言執行者と受託者は、その有する管理・処分権の帰属権者についてもきわめて類似するが、次の点について、相違がある。すなわち、遺言執行者⁽¹⁷⁾の管理・処分権の範囲は、受託者の管理・処分権の範囲と比較して、きわめて狭い範囲に限定されている。というのは、遺言執行者の管理・処分権は、遺言文言にしたがって、受遺者・相続人に相続財産を移転することを主たる目的としているからである。この点に関し、判例は、「遺言の内容が定期給付である場合、受遺者は直接相続人に対して債権を取得し、遺言執行者が債務を負担するものではない」と判示している（大判昭和 12.6.7 判決全集4-11-14）。したがって、遺言執行者の有する管理・処分権は、遺言文言にしたがって、一定の期間内に相続財産を移転するという一定の限定された権限である。これに対して、⁽¹⁸⁾信託においては、その実現すべき目的が多種多様であり、遺言執行者の管理権のように、適用範囲や期間の制約はない。また、名義の帰属に関しても、相違がある。すなわち、相続財産の名義は遺言執行者に帰属することはなく、受遺者への移転登記は、被相続人から直接受遺者に対してなされるのである⁽¹⁹⁾（大決大正 3.8.3 民録 20, 641）。信託においては、委託者から受託者に対して、財産権の移転その他の処分がなされるのが不可欠であり、信託財産の名義は受託者

に帰属する。このことは、委託者からの信託財産の名義移転は、排他的な管理権の確保と受託者と取引する第三者の信頼に対する裏付けという意義がある。⁽²⁰⁾

前述したように、受託者に負わされた自己執行義務は、法律行為の当事者間における個人的信頼関係かまたは単なる個人間の信頼関係にとどまらず、より客観的な関係へと転化されたなかで課せられた義務であるといえる。そして、信託における信頼関係は、超個人的な要素をもちながら、一方において、財産権の名義の移転と専管的管理権を伴った信頼関係であって、個人的要素を除外しては考えられないものである。⁽²¹⁾

- (1) 代人の用語を用いる学者には、遊佐慶夫・信託法制評論93頁、入江真太郎・信託法原論240頁、四宮和夫・信託法（増補版）106頁等があるが、「代理者」青木徹二・信託法論251頁。「代理人」栗栖赴夫・信託綱論177頁。「代行者」田中實・会報信託113号、95頁という用語を使用する学者もあり、必ずしも、統一的な使用がなされていない。
- (2) 四宮和夫・民法総則（第4版）236頁によれば、任意代理人の自己執行義務について、「代理人は、補助者は使用してよいが、代理行為自体についてまで他人をして行わせうるわけではない。代理権の譲渡は、とくに許された場合のほかは認められないし、代理権の設定的移転、すなわち、復任は、法定代理の場合は別として、一般に許されないのである。民法は、復任についてだけ規定している（民法104条～106条なお特殊な代理人につき55条・1016条）」と述べている。
- (3) 中川善之助編・注釈民法（26）相続（3）「遺言の執行」泉久雄280頁によれば、遺言執行者の自己執行義務について、「遺言執行者は相続人の代理人だといっても、相続人との契約にもとづいて執行者の地位に就くのでないから、解釈論としては、一種の法定代理人といわなければならないが、その職務内容は被相続人の意思によって決っており、就職も被相続人との信頼関係にもとづいて、あるいは家庭裁判所の判断によって決定される。すぐれて一身専属的職務である。この意味では、遺言執行者の職務を第三者に委ねることは、一般には、許されないとわなければならない。しかし、被相続人が遺言で執行者の判断で第三者に職務を代行させることを認めることは遺言執行者の職務の一身専属性

自己執行義務と代人使用について

と矛盾しない。また、たとえば、疾病とか長期不在のために執行がのびのびになる危険があるような場合には、遺言執行者は、職務の遂行を、一時、第三者に委ねるのが自己に忠実であるともいえる。したがって、きわめて限られた範囲においてではあるが、遺言執行者に復任権を認める余地を残さなければならないことになる」と述べている。

- (4) 民法では、任意代理人、遺言執行者の他にも、受任者、被備用者等に自己執行義務があるとされる。

受任者に関して、中川善之助・遠藤厚之助編・基本法コンメンタール(新版)債権各論154頁によれば、「受任者は、原則として、みずから委任事務を処理し他人に任せてはならない。民法には直接の規定はないが、対人的信用関係に基礎をおく委任においては当然の事由である」と述べている。

被備用者に関して、於保不二雄編・注釈民法(4)総則(4)太田武男51頁によれば、「雇用・委任または組合などにあつては、被備用者・受任者または、組合の業務執行者は、その委託せられた事務を自分自身において処理しなければならないのを原則とするが……」と述べている。

- (5) 幾代通・現代法律学全集5 民法総則(第2版)350頁によれば、「任意代理権は代理人に対する本人個人の信任に基礎をおき、このような基礎は本人の死亡とともに消滅する(ゆえに代理権は消滅する)とみることは、通常の場合の授權者(本人)の意思に合致する。ゆえに、左のような例外は、合理的なものとして肯認されよう。第一に、授權行為において、右原則と異なって本人の地位の相続性を認める旨の別段の定めをした場合には、それによるべきである。したがって、代理人の利益のために与えられた代理権ないしは撤回しえない代理権の場合には、通常は、右のような定めがあったとみられる。第二に、授權行為に明示の定めがなくとも、本人・任意代理人間の内部関係(委任など)が、委任者など(本人)の死亡にかかわらず一定の応急措置をとることを受任者など(代理人)に義務づけ、そのかぎりにおいては暫時内部関係の相続を生ずる場合には(民654条参照)、右義務の遂行の手段として必要な資格である代理権のほうも、なお右の限度において存続する(本人の相続人のための代理人である)、と解しなければならない」と述べている。

- (6) 幾代通・前掲書351頁によれば、「商法506条は、『商行為ノ委任ニ因ル代理権』は本人の死亡によって消滅しないものと定め、民法の原則に対する例外を示す。——中間略——このような商事代理関係は、本人・代理人間の純粹の個

人としての信任関係というよりは、より客観的な、営業と不可分に結びついた信任関係であり、本人の営業を承継した相続人のために引き続き代人となるとみる方が適当だからである。」

- (7) 民法1012条参照。
- (8) 四宮和夫・信託法の研究 142頁以下によれば、信託と遺言執行制度との歴史的な関連について、教授は、信託と遺言執行は、「信託行為による信託関係」の発展法則上で、発展段階を異にする制度であり、遺言執行制度はゲルマン法における終意的信託関係としての発展を終了し、受益主体が所有者的地位を回復した後においてドイツ法から継受したものとされる。一方、信託法上の信託は、法的効果の点では既に発展を遂げ終ったにもかかわらず、法的構成の点でいまだ *jus in personam* 説の支配していた当時の Trust を輸入したもの、と述べられ、両制度が発展段階を異にする類似の制度であることを明らかにしている。
- (9) 家族法大系 VII 相続(2)「遺言執行者」田中實 235頁によれば、「遺言執行者と受託者とを全く同一のものだと解するつもりはないが、すくなくとも、解釈学上、遺言執行をめぐる疑問については可能なかぎり、信託法の規定の類推をみとめてもよいのではないかと考える」と述べ、両者の強い類似性を指摘する。
- (10) 四宮和夫・信託法(増補版) 20頁以下によれば、同教授は、信託は委託者の受諾者に対する信頼を出発点とするが、信託は信頼を受けた特定の受託者の脱落によって消滅することはない。信託における信頼はもはや個人と個人との関係を基礎づける個人間の心理的事実ないし原理と考えるべきでなく、受託者の更迭にもかかわらず存続する信託財産と、その機関たる受託者との関係を規律する原理として理解しなければならない、と述べている。
- (11) 中野正俊「カリフォルニア州信託法の問題点」会報信託 129号 7頁によれば、委託者と受託者間は、信任関係(Confidence)、受益者と受託者間は、信頼関係(Fiduciary relationship)が存在する、と述べている。
- (12) 於保不二雄編・注釈民法(4)総則(4)「前注」於保不二雄 14頁によれば、「代理については、これまで、代理行為の転帰という変則的な異常現象に眼を奪われて、外面的な法律行為の問題の中だけで理解しようとし、財産管理とは無縁のものとして取り扱われてきた。ところが、近時、代理における行為をする者と効果をうける者との分離は財産の帰属と財産の管理とが主体的に分離したことと密接な関連をもつものであることが認識されるようになってきつつあ

自己執行義務と代人使用について

る」と述べたうえで、他人の財産を管理する権能を理論的に考えれば、(a) 本人の名において管理するもの(代理)、(b) 自己の名において管理し、直接本人の財産的権利・義務に変動を及ぼすもの、(c) 財産を法律上いちおう自己に帰属させ、自己の名前において管理するもの(一種の信託)の三つの場合があると指摘し、任意の代理人の場合においても、その代理権の内容によっては、財産権に対して管理、処分権を有する可能性を示唆する。

- (13) 浜上則雄「撤回しえない任意代理について」民商法雑誌第40巻1号34頁によれば、「代理人が単に本人の利益だけを目的とするのではなく、同時に代理人の利益をも目的としたり、もっぱら代理人の利益もしくは、第三者の利益を目的として行為する場合には、事情が異なる。かかる利益状態が、剝奪しえない権限が代理人に与えることを正当づけるのである」と述べている。
- (14) 信託の基本的構造に関する学説については、大阪谷公雄「日本における信託学説の展望」復刊信託24号～26号参照。
- (15) 受託者の完全権を承認する債権説の立場からは、信託財産は、受託者に、形式的にも、実質的にも帰属し、受益者は受託者に対して、債権を有するに止まる。この説に立てば、受託者は信託目的に拘束され、信託財産を管理・処分する義務を負うが、自己の財産を自ら管理することになり、財産の帰属主体と管理主体は一体であり、その分離は問題とならない。

物権説においても、その学説は必ずしも一致を見ていない。四宮説に立てば、受託者は信託財産の名義と管理・処分をなす権限を有するにとどまり、完全権が減縮されるとする^{(*)1}。受託者の有する管理権については、広義の管理権である点において、代理権と同様であるが、代理権が人に対する関係において捉えられた管理権であるのに対して、受託者の管理権は特定の財産に対するいわば物的管理権であること、受託者の有する管理権は、委託者、受託者が競合的に保持しえない排他的管理権であると述べられる。四宮説に立てば、信託財産は実質法主体たる信託財産に帰属し、管理権は、実質法主体たる信託財産の機関である受託者に帰属することになる^{(*)2}。田中教授は、受託者の信託財産に有する地位を完全権とする説に反対される点において^{(*)3}、四宮説と同一であるが、信託財産に対して実質法主体を認めることには否定的である^{(*)4}。

田中説では、財産権は機能的に管理権と価値支配権に分解され、管理権が受託者に帰属し、残りの価値支配権が受益者ないし、委託者に帰属するとされる。信託財産は受託者という法主体に帰属し、名義が管理権を表象する。財産権よ

り生ずる利益を収束する実質は、受益者ないし委託者に帰属し、その価値支配権こそが、受益者の本体であるとする。信託財産に対する受託者の地位については、信託財産の管理権者として構成し、その対象となる財産を直接的に支配して排他的に管理できる意味で、「物的管理権」と述べられる。そして、管理権は信託によって成立する権利と言うよりも一種の法的地位であり、受託者の信託上の義務履行の為に与えられたもので、その権限は受託者の負うべき信託上の義務によって限界づけられると論ぜられる。

(*1) 四宮和夫・信託法(増補版)17頁によれば、完全権の意味について、「受託者に名義の帰属している財産権それ自体を意味するもの。所有権、債権、質権の名義が受託者に帰属している場合なら、その所有権、債権、質権の単なる管理権や担保権でなしに、所有権、債権、質権が全面的に受託者に帰属していることを指す」と述べている。

(*2) 四宮和夫・信託法(増補版)37頁注2参照。

(*3) 田中實「信託法講義」会報信託113号92頁参照。

(*4) 田中實「信託法講義」会報信託108号112頁参照。

(*5) 田中實「信託法講義」会報信託113号92頁参照。

(*6) 田中實「信託法講義」会報信託113号92頁によれば、物的管理権は民法上の物権、債権というような財産権の性質に基づく分類ではなくして、財産権における経済的な価値享受権能に対する観念で、いわば財産権そのものの機能的な一側面である、と述べている。

(16) 大判昭和13.9.21 民集17.20.1854(中野・信託法判例研究〈増補版〉225頁以下参照)。

(17) 島津一郎編・判例コンメンタール(7)民法V(増補版)日野原昌「遺言の執行」586頁以下によれば、「遺言執行者は、被相続人の意思を実現する為に、一切の行為をすることができ、そのためには相続財産の管理および処分をし、ときには相続債務を弁済する権限をも有する。——中略——しかし、遺言執行者の右権限は無制限ではなく、遺言を実現するために必要とする限度にとどまるべきである。したがって遺言の内容によって限定される」と述べる。また、遺言内容別に見た遺言執行者の職務権限について、遺言が身分事項であれば、諸届出がその職務権限で遺言執行者は相続財産を管理処分する権限を有さず、相続財産に関する遺言であれば、その主たる権限は相続財産を関係人(相続人、受遺者、被相続人の債務者)に移転する処分権であり、管理は、処分を行うま

自己執行義務と代人使用について

での管理権にすぎない。判例（大判昭 12.6.7 判決全集 4-11-14）においても、遺言の内容が毎月一定額の生活費を給付するような定期給付を内容とするときは、受遺者は、直接相続人に対して、その旨債権を取得したのものとして、遺言執行者の履行義務は免れると判示していると述べている。

同様の趣旨で、Restatement of The Law of Trust 6注 bは、「遺言執行者の義務は故人の遺産の清算終了までという限定がなされていて、その性格は、一時的なものである。制定法にこれと反対の規定がない場合は、遺言執行者の義務は以下のようなものである。①遺言者の動産の占有を帰属させる。②遺言者の債務の支払をなす。③遺贈の支払をなす。④残余財産がある場合、それを遺言者の最近親者へ配分する」としている。

(18) 四宮和夫・信託法（増補版）8頁参照。

(19) 大阪谷公雄「遺言信託の問題点について」龍谷法学10巻4号438頁によれば、「英米の相続法の理論が日本と違って清算相続でありまして、相続人は当然に全遺産を取得するわけではないのであります。まず、遺言執行者、あるいは遺産管理人が遺産の全部を取得し、その遺産の中から債務を弁済する。

葬式等の負債はもちろんこの債務に入るわけです。そして、残りがあれば、それを Distribution Act（分配法）の規定に従って、妻、それから子供というふうに分けていくわけです」と述べている。

このように日本と英米では相続財産の名義の移転方法が異なる。

(20) 四宮和夫・信託法（増補版）22頁以下参照。

(21) 四宮和夫・信託法（増補版）19頁以下参照。

3. 代人と履行補助者との概念区分

(1) 代人と履行補助者を区分する意義

前述したように、受託者は、信託事務の遂行にあたり、自己執行義務を負っているのであるが、一定の条件を具備する場合、代人の使用が認められ、自己執行義務が免除されている（26条1項）。

そこで、信託法26条1項に規定する「代人」とは、如何なる範囲の者を指すのかについて、検討してみよう。代人の範囲について検討する意義は、受託者

が信託事務を処理するに際し、他人を使用した場合の責任分担を明らかにする点にある。なぜなら、使用を制限されている「代人」を受託者が使用した場合と自由に使用することができる「狭義の履行補助者」を使用した場合とでは、受託者の責任に差異が存在するからである。もっとも、民法学者間においては、債務者が債務の履行に際して使用する者の用語の使い方についてはまぢまぢで⁽¹⁾ある。たとえば、代用者、代行者、履行補助者等である。

本稿においては、債務者が債務の履行に際して使用する者を以下のように区分する。すなわち債務者が債務の履行に際して使用する者すべてを含む概念として、広義の履行補助者という用語を用い、債務者に代わって債務を代行する者を代行者、さらに、広義の履行補助者から代行者を除いた概念である狭義の履行補助者を便宜上、履行補助者と呼ぶことにする。

受託者の責任分担については、後述するが、受託者が代人を使用した場合、受託者が負担すべき責任は、代人の選任および監督責任に縮減される。このように、受託者の責任が代人の選任および監督責任に縮減されるのに対して、代人は受託者と同一の責任を負担することになっている。これに対して、履行補助者の使用であれば、履行補助者のなした行為は、受託者の行為とみなされる。したがって、たとえば、履行補助者の過失は、受託者自身の過失とみなされることになるのである。受託者の責任を考えるうえで、履行補助者と代人の区分は、前述したように実務上も重要な問題を含んでいる。

(2) わが国の学説

代人と履行補助者とを如何なる基準に基づいて概念区分するかについては、学者によって種々に説明されており、統一した見解は存在しない。この点に関して、わが国の代表的な見解は、概観して、四説に分けることができる。すなわち、第一説は、代人は受託者の代理人であるが、受託者は代理人として信託事務を処理するものではないから、復代理人ではなく、また26条の規定は、代理人の選任に関する規定であると主張する。この説によれば、受託者の代理人すなわち代人と解し、履行補助者の中には受託者の代理人を含まない、と解して

自己執行義務と代人使用について

いると思われる。この見解に対しては、信託事務の処理に際して、受託者の代理人として使用される司法書士、弁護士も代人に該当することになり、不合理であるといえることができる。第二説は、代人とは独立の所見をもって事務を処理⁽³⁾執行する者、履行補助者とは、受託者の命に従い、その手足となって働く者、であるとし、独立の所見の有無をもって、両者の区分の基準としている。この説に対しては、代人が信託の事務処理をなす場合、独立の所見を有さずになしうる事務処理がどれほど存在するかという疑問が生ずる。たとえば、受託者が自己の有せざる専門的能力に着目して他人を使用する場合、他人による一定の専門分野の事務処理に関しては、他人（専門家）が自らの判断で事務処理をなすのが一般的であろう。そうだとすれば、第二説の基準によって代人と履行補助者を区分すれば、他人の専門的能力に着目して使用する場合は、ほとんどすべてが「代人」ということになってしまう。このことは、代人の使用を原則として禁止する現行法の下では、専門家の使用に制約を加え、信託事務の高度化に受託者が対処できなくなる懸念を生じさせる。したがって、この説が独立の所見の有無をもって代人の基準とする点は注目に値するものの、その結論には、前述したように、不合理な点があるといえよう。第三説は、26条1項の立法趣旨について、受託者は信託事務の処理そのものを自らなすべきことを定めたもので、信託事務の手段たる各種の行為については、補助者を用いることを禁じたものではない。従って、信託事務の補助者として、弁護士、弁理士、銀行家、技術者、周旋人、その他各種の専門家を必要に応じて受託者の責任において使用することは可能である、と主張する。すなわち、信託事務そのものを受託者に代わってなすべき者が代人に該当し、信託事務の手段たる各種行為をなす者が履行補助者になるのである、この説においては、「信託事務の処理そのもの」と「信託事務の処理の手段たる各種行為」の二つの区分概念が示されているが、信託事務の処理そのものと処理の手段たる各種行為の具体的区分基準は示されておらず、信託事務の処理の手段たる各種の行為を列挙するにすぎない⁽⁴⁾のである。第四説は、信託事務処理の手段たる行為について、補助者として、弁護士、弁理士、銀行家、ブローカー等を、必要に応じて、受託者の責任

において、使用することは差し支えなく、禁止されるのは、信託事務自体の全部または一部を代人、すなわち独立の所見をもって事務を処理、決行する者に行わせることである、と主張する。この説では、信託事務自体の一部を独立の所見をもって事務処理を行う者に委ねることも、代人の使用に該当すると指摘する点が注目され得よう。なぜなら、受託者が有する信託事務処理の権限の範囲と代人の有する信託事務処理の権限の範囲とが必ずしも一致せず、受託者の有する権限の一部が代人に移転する場合のあることを示唆するからである。

(3) 英米国における考え方

つぎに、英米国において、受託者の自己執行義務と補助者の使用とがどのように考えられているかについて、概観してみよう。たとえば、リスティメントによれば、自己執行義務が正面から規定されており、「受託者は自ら処理することが相当と認められるべき信託事務について、他人に代理させてはならない義務を受益者に対して有する」と規定する。そして、特約のないかぎり、受託者は信託の管理一切をまかせる行為およびある種の行為については、他人に委任することはできない。ある行為が他人に委任できる行為か否かは委任する行為に含まれる自由裁量の幅、財産の価値、性質、信託財産の所在地、受託者が信託事務に関する専門的技量を有するか否か等の諸状況によって定まる」とコメントしている。また、スコット博士によれば、「受託者が受益者に負う基本的な義務として、信託の管理 (Administration) および受託者自身が個人的に行わなければならない信託の管理上の履行行為 (Performance of Act) は他人に委任 (Delegate) できない」と述べ、特定行為を行う権限の委任については、「受託者自身で行わなければならない行為と代理人 (Agent) を使用できる行為とがある」と指摘している。そして、受託者が使用することのできない行為の代理人として、たとえば、投資を選択する代理人、売却信託において、受託者の同意なしに売却を行うことが容認されている代理人をあげている。さらに、イギリスでは、1925年の受託者法23条1項⁽⁸⁾が「受託者ないし人格代表者は、自ら行動する代わりに、金銭の受領および支払を含む、信託の執行、もしくは、遺言

自己執行義務と代人使用について

者ないし無遺言死亡者の遺産の管理において、処理ないし従事するように求められる業務を処理し、あるいは事にあたらせるため、その者が弁護士、銀行業者、証券仲立人、あるいはその他の者であるかを問わず、代理人として雇用し、給与を支払うことができる」と規定する。このように、同条を見るかぎり、イギリスの受託者法は広範な代理人の使用を認めている。しかしながら、マーシャル博士によれば、⁽⁹⁾「受託者法23条1項の規定は、特定の行為に対する代理人の使用を認めたもので、信託のすべてに対して、代理権の授与を認めたものではない」と説明している。このように、英米国においても、信託の事務を処理するに際して使用される代理人と原則として使用が禁止される代理人とが存在する。⁽¹⁰⁾英米国において使用が許される代理人の場合が、わが国でいう、履行補助者に該当し、原則として、その利用が禁止される代理人の場合が、代人にほぼ該当すると思われる。⁽¹¹⁾

ところで、代人と履行補助者との区分概念に関して、さらに判例上検討してみると、信託法にいう代人と履行補助者との区分に関する直接の判例を思い出すことはできないが、受託者と強い類似性を有する遺言執行者の復任権に関するものがある。代人の範囲を考える上で参考になるので紹介すると、大審院は、「民法 1016 条における復任権の制限が意味するところは、遺言執行者が遺言執行の権利義務のすべてを他人に移すことを禁ずるものであって、ある特定の行為もしくはある範囲の行為について第三者に代理権を与えることを禁じたものではない」と判示している。⁽¹²⁾

同判示は、さらに、「復任権の制限となるのは、遺言執行者たる地位そのものを移転することに等しい総代理人のような者を任命することである」という。この判例は、代行者と履行補助者とを区分する基準として、債務者の債務履行行為のすべてを債務者に代わって行うか否かに求めている。したがって、判例は、先に学説を紹介したように、代人を受託者の代理人とする説や独立の所見の有無をもって、代人と履行補助者とを区分する基準とする説とは立場を異にしている。この大審院判例は、代理人と代行者とは異なる概念で、代理人が履行補助者に該当する場合もあれば、代行者に該当する場合もあることを明らか

にしたことは注目に値する。しかしながら、わたくしは、債務者の債務履行行為のすべてを行う者のみが代行者で、履行行為の一部を行う者がすべて履行補助者になるとする考え方には疑問が残る。民法学者のなかにも、「代行者は債務者に代わって債務の履行を行うものであるが、具体的行為義務を全面的に代行する場合にかぎらず、その主要部分の履行を代行する場合も含まれる」とする立場がある。⁽¹³⁾ 信託法26条1項による代人の使用が認められる場合を考えてみると、信託行為による別段の定めがある場合と已むことを得ざる事由（例えば、受託者の病気、海外在住等）のある場合には代人の使用は許される。英米国においても、受託者は特約によって代理人の使用が禁止される特定行為すなわち投資先の決定、売却条件の決定に関する事務を委任する行為等を行うことは許されるし、⁽¹⁴⁾ イギリスの1925年受託者法25条でも、一定の要件を具備すれば信託事務の全部を委任することが許されている。このようなことから、代人のなかには、信託事務の一部を代行する代人と信託事務の全部を代行する代人とが存在すると考えられる。この二種類の代人の存在は、代人を履行補助者から区分する基準について、その基準が信託事務処理の量の問題ではなくして、質の問題であることを示している、と思われる。わたくしは、代人と履行補助者とを区分する基準については、信託事務に関する基本的な判断権限を受託者から委任されているか否かによるのではないかと考える。このように考えれば、受託者の下した判断の枠内で、その信託事務を遂行するために代理権を有して活動する者、たとえば、弁護士、司法書士等はすべて、履行補助者となり、代人ではないことになる。一方、信託事務に関する一部の委任であっても、本来、受託者が自ら判断しなければならない事務を委託された者は、履行補助者ではなく、代人になるということになるのである。

- (1) 我妻栄「履行補助の過失による債務者の責任」民法研究V債権総論 129 頁によれば、「第一に、真の意味の履行補助者と、いわゆる代用者、即ち全く自身に代って履行行為を完成せしめる者、とを峻別することが必要である。そして、履行補助者の過失については、債務者は自己の過失と同様の責任を負う。履行補助者なるものは、給付の実現に当って独立の地位なく、債務者の行為の裡に

自己執行義務と代人使用について

つつまれてしまう」と述べている（引用文中の傍点は筆者が付記した）。

松坂佐一・履行補助者の研究184頁によれば、「履行補助者は債務者と共にその債務の履行に協力するところの単なる補助者なると、債務者に代って債務の全部、若しくはそれ自身に完結せる重要な一部の履行を引受くるところの代行者なるとを問わない」と述べている（引用文中の傍点は筆者が付記した）。

- (2) 岩田新・信託法新論 172 頁参照。
- (3) 青木徹二・信託法論 352～253 頁。同旨、遊佐慶夫・信託法制評論 93 頁参照。
- (4) 入江真太郎・信託法原論 240 頁参照。
- (5) 四宮和夫・信託法（増補版）106 頁参照。
- (6) Restatement of The Law of Trust, 2nd ed. : § 171 参照。
- (7) Austin Warkeman Scott, Abridgement of The Law of Trusts, pp. 338～340 参照。
- (8) イギリスの1925年受託者法の翻訳は、海原文雄教授を中心とした九州大学大学院信託法研究会によって行われ、会報信託 125・127 号に掲載された。23 条 1 項の訳文については、会報信託 125 号 143 頁参照。
- (9) Hayton and Marshall, Cases and Commentary of The Law of Trusts, 8 ed., p. 615 参照。
- (10) J. G. Riddall, The Law of Trusts, 2 ed., p. 192 によれば、「受託者が代理人 (agent) を雇用する場合、受託者は、特定の行為を行う代理人を雇用するのであって、受託者が決定を行う義務を他人に委任 (delegate) することはできない」と述べている。

David B. Parker and Anthony R. Mellows, The Modern Law of Trusts, 5 ed., p. 284 によれば「受託者は基本的な決定を自から行わなければならない。——中略——その一方において、受託者は受託者の決定を履行するための代理人、大部分の定型的な信託の管理を行うための代理人を雇用することができる」と述べている。
- (11) 英米国においては、信託事務をその性質に従って、委任できる行為と委任できない行為に分類し、この分類に従って、受託者が信託事務を遂行するうえで使用することが許される代理人と、原則として使用することが許されない代理人の区別がなされていると考えられる。
- (12) 大判昭和 2.9.17 民集 6-501.

本判例は、島津一郎編・判例コンメンタール(7)民法V（増補版）日野原昌

「遺言の執行」596頁に引用されている。

(13) 奥田昌道編・注釈民法(10)債権(1)北川善太郎「債務不履行」428頁。

松坂佐一・前掲書184頁参照。

(14) Restatement of The Law of Trusts, 2nd ed., § 171, Illustration J 参照。

4. 代人の選任

代人の選任に関する問題点について触れてみると、はじめに、代人の使用が許される場合として「已むことを得ざる事由」のある場合がある。しかしながら、「已むことを得ざる事由」とはどのような状態をいうのかについて、信託法学者は、詳しく説明することなく、単にその例として、受託者の病気・旅行あるいは受託者が信託事務に通じていないこと等を挙げているにとどまる⁽¹⁾。一方、民法学者が任意代理人の復任権に関して、「已むことを得ざる事由」として説明するところによれば⁽²⁾、代理人が自ら代理行為を行うことができない事由があるだけでは足りず、さらに代理人が本人に対して、代用者の使用について許諾を得または辞任を行う余裕がないような状況がある場合であると述べる。また、受託者が海外に1カ月以上滞在する場合には、1年間を限度として、受託者が信託のすべての権限を委任することができる⁽¹⁾と定めている、イギリスの1925年受託者法においても、受託者が無条件で委任を行うことは許していない。すなわち、受託者がすべての権限を委任するには、委任状の作成、証人による証明、新受託者の指名権者・共同受託者に対する書面での通知等、一定の措置を講ずることが必要であるとしている。民法やイギリスの受託者法の態度から考えてみると、信託法26条1項の「已むことを得ざる事由」とは、受託者に信託財産の管理、処分を行うことに対して支障をきたす事由がある場合または恐れがある場合だけでは足りない⁽²⁾と解し得る。受託者は、「已むことを得ざる事由」によって代人を選任する前提として、受益者・委託者に対して代人選任の許諾を得る努力をなし、あるいは、裁判所に対して辞任の申請等の措置を講じなければならぬ⁽³⁾と思われる。かかる措置を取った後に、あるいは、かかる措

自己執行義務と代人使用について

置が取り得ない事由があるとき、はじめて、受託者は、「已むことを得ざる事由」に基づいて代人の選任を許されると考える。

次に、受託者が信託事務に通じていないことをもって、已むことを得ざる事由とする見解の当否について考えてみると、受託者の善管注意義務の程度については、その事務処理に携わっている普通の人の能力を基準として考えられるべきで、受託者個人が有する能力がその基準となるものではない。すなわち、ある信託事務について専門的な能力が要求される場合、受託者は、通常その専門的な能力を要求される仕事に携わっている者の能力を基準とした注意義務を負担するものと解されている。このことは、受託者が信託を引き受ける際には、その信託事務の内容に応じた事務能力を有することを前提として引き受けたことを意味していると考えられる。⁽⁴⁾したがって、受託者が受託後自己の事務処理能力の不足をもって、「已むことを得ざる事由」に該当するとして、代人を選任できるとすれば、委託者が受託者に置いた信頼関係に著しく背反することになる。それ故、信託を引き受けた後に、受託者が自己の事務処理能力の不足をもって、「已むことを得ざる事由」があるとするのは妥当でないと考えられる。もちろん、このことは、受託者が自ら有していない特殊な能力を必要とする信託を引き受けてはならないことを意味するものではない。受託者は、信託行為による別段の定めにより代人の使用についての同意を得れば、受託者の有していない特殊な能力を持った代人を選任することができるからである。つぎに、ここで目を転じて、「信託行為による別段の定め」に基づいて代人を使用する場合の問題点について考えてみると、信託行為によって、委託者が代人使用を認める場合には二方法がある。すなわち、代人の一般的な使用を認める場合と、特定の者を代人に指定する場合である。代人の一般的な使用が認められている場合には、受託者は代人を使用するか否かの自由と、誰を代人に選任するかの自由を有している。したがって、受託者が代人を使用する場合の委託者の許諾は、受託者の代人使用禁止義務を解除する意味をもっていることになる。これに対して、受託者が代人を使用する場合で、委託者が代人を指定したときには、問題がある。まず、委託者が代人を指定した場合、受託者が当該代人を使用する

義務を負うか否かである。また、如何なる根拠によって、委託者によって指名された者が受託者の代人となって、代人の法律行為の効果を受託者に直接帰属させるかについて疑問がある。前者の問題については、ほとんど議論がされていないが、偶然の受益者 (Incidental Beneficiary) に関して規定するリストイメント126条の注によれば、⁽⁵⁾「信託設定者が受託者に、委託者が指名した者に、自分を雇うことを受託者に強制する権利を与えたと明示していたとしても、指名された者は必ずしも受託者に対して、自分を雇用することを強制する権利を有しない」と論述している。そして、その理由については「受託者が自己の選択によらない代理人の忠告に従うことを強制されることになれば、信託の適正な管理が妨げられることになるからである」と説明している。わたくしは、受託者に負わされる信頼関係の特性を考えると、受託者が委託者の指定した代人を使用することが信託事務の適正な管理を妨げることになるかと判断される場合、委託者が指名した代人であっても、受託者はその使用を強制されることはない⁽⁶⁾と考える。このように考えれば、委託者が代人を指名する意義は、特定の代人を使用する場合に限って、代人の使用禁止義務を解除することを意味すると考えることができる。後者の問題点について、委託者によって指名された者が受託者の代人となる理由についても、受託者に代人を使用するか否かの選択の余地が残されているのであるから、受託者は自己の意思に基づいて、代人を使用している⁽⁶⁾と考えることができる。したがって、委託者が指定した代人であっても、受託者がその代人を使用する場合、受託者の代人になるもの⁽⁶⁾と考える。代人の選任に関する問題として、委任者が特約によって、「已むことを得ざる事由」に基づいて受託者の代人選任権を奪うことが可能か否かについて考えてみると、任意代理人の復任権に関して民法学者は、本人が復任行為禁止の意思表示をしている場合、代理人側に「已むことを得ざる事由」が存在していても、絶対的に代理人の復任権を奪うと解している⁽⁶⁾。これに対して、受託者が「已むことを得ざる事由」によって代人を選任する場合には、信託行為の別段の定めによって、代人の使用を禁止したとしても、代人の使用禁止が信託の不能を強いる結果となる場合は、受託者の代人選任権は奪うことができないと考えられてい

自己執行義務と代人使用について

(7) にかかる差異が生ずる理由は、前にも述べたように、任意代理人と受託者の有する管理権限の差異によるものだと思われる。すなわち、信託財産に対する管理権限は任意代理人に比較して強い権限であり、加えて、信託目的による目的拘束性を強く受けて、その拘束を受託者ばかりでなく、委託者にも及ぶからと考えられている⁽⁸⁾。したがって、信託目的の遂行を不可能とするような特約は、無効になると解し得るのである。

「已むことを得ざる事由」に基づく受託者の代人選任権は特約をもってしても奪えないと主張されているが、この主張は他益信託には良く当てはまると言えよう。しかし、自益信託については疑問である。なぜなら、自益信託においては、委託者が信託利益の実質的な帰属者となるので、委託者の意思に反してまでも守らなければならない受益者の利益があるとは思えないからである。これに対して、他益信託においては、受益者の為に、一定の信託目的に従って、信託財産が管理・処分される。したがって、委託者の意思と信託目的とが相入れない状況になった場合には、受益者の利益のために、信託目的の遂行を不可能とするような特約は排除されることが考えられ得るのである。

(1) 已むことを得ざる事由の例示として、「受託者が病氣にて信託事務を処理し得ざる様な場合」(遊佐慶夫・信託法制評論 93 頁)、「病氣、旅行等の場合」(四宮和夫・信託法(増補版) 106 頁)および「受託者の病氣、旅行などのほか、信託事務の処理上、特殊な能力を要求されるが、受託者にそのような能力が欠除している場合」(松本崇・信託法 169 頁)等がある。

(2) 我妻栄・債権各論中巻二(民法講義 V 3) 674 頁によれば、「『已ムコトヲ得ザル』とは、委任者の許諾を得るか委任者をして他の者に委任させるなどの措置をとってはいは委任の本旨に反する事情の存することである」と述べている。

(3) 信託法46条「已ムコトヲ得サル事由アルトキハ受託者ハ裁判所ノ許可ヲ受ケ其ノ任務ヲ辞スルコトヲ得」。

(4) Hayton and Marshall, Cases and Commentary on The Law of Trusts, 8th ed., p. 554 によれば、「受託者は、信託の引受に際して、信託違反の非難から、身からを守る為に、新受託者は、信託条項を確かめ、そして受託者が適法に指

名されているかを調査しなければならない」と述べている。

- (5) リステイトメント126条の注について解説すると、委託者が受託者に対して、受託者の代理人としてある人を指定した場合、指定された者が受託者に対して、自分を雇用するように強制する権利を必ずしも持たない、という意味である。
- (6) 於保不二雄編・注釈民法(4)総則(4)60頁参照。
- (7) 松本崇・信託法167頁参照。四宮和夫・信託法(増補版)106頁参照。青木徹二・信託法論250頁参照。
- (8) 信託の本旨に反する委託者の意思表示と受託者の管理義務に関する判例研究「昭和9年5月29日大審院民事第二部判決(昭和8年(オ)第1337号登記抹消請求事件)」の中において、受託者は、受益者の為に信託設定時に委託者から指示された信託の本旨すなわち信託目的に従って、信託財産を管理しなければならないが、信託の本旨に相違する委託者・受益者の新たな命令、指示があっても、受託者はその命令、指示に従う義務はない、とするのが判旨である、と述べている(中野正俊・信託法判例研究154頁以下参照)。

5. 代人の地位

代人の法律上の地位として、代人の適格要件、権限、責任について考えてみよう。代人の適格要件に関しては、信託法は直接の規定を設けていないが、信託法5条及び26条2項もしくは3項の規定を検討してみると、代人には受託者と同様の適格要件が求められていると思われる。それ故、受託者の適格要件としては、未成年者・禁治産者・準禁治産者・破産者は、受託者たる資格はない(信託法5条)。その理由は、受託者はその職責上委託者の信頼に応え、信託財産の管理者としての任務を達成しうる者でなければならないからだと説明されている。⁽¹⁾ 翻って、代人の職務権限を考えてみると、代人は、後でも述べるように、受託者に類似した職務権限を有している。したがって、受益者の保護の観点からすれば、信託財産の管理・処分に携わる者は、財産の管理能力を有する者に限る方が有利だと考えられる。また、信託法26条2項の規定によって、受託者が代人を選任した場合、受託者の責任は縮減されている。一方、これと対照的に、代人は同条3項の規定によって、受託者と同一の責任を負わされてい

自己執行義務と代人使用について

る。このことは、代人は単なる受託者の代理人とは異なり、個人的責任を負担することになる。仮に代人の適格要件を、代理人の適格要件と同様と解し得るならば、民法の無能力者保護の理念と信託法26条3項の規定による受益者保護の理念が衝突することになってしまう。この二つの理由から、代人の適格要件は、信託法5条に規定する受託者の適格要件の規定が適用されるべきだと考える。

つぎに、代人と受託者の職務権限の差異に関して考察を加えてみると、代人は受託者が有する種々の権限を代行する者で、その権限は概ね、受託者の権限と一致するが、受託者の地位そのものを継承する者ではない。したがって、受託者の有する職務権限のうち、代人が代行しえない受託者固有の権限があると考えられ得る。そこでまず、受託者の固有の権限と目される、信託法26条の復任権、信託財産の名義移転請求権、報酬請求権について検討を加えてみると、代人に対して信託法条の規定が類推適用され、代人がさらに代人を選任しうる⁽²⁾かについては、今までほとんど議論がなされていない。信託目的の遂行に重点を置けば「已むことを得ざる事由」が発生した場合は、受託者に代わって信託事務を行う代人に対しても、26条1項の規定が類推適用できるとする見解が成り立つと考えられ得る。しかしながら、この見解に対しては、信託事務の担当者間で復任行為がなされると、委託者が受託者に置いた個人的な信頼関係がまったく無視される結果になると批判することもできる。イギリスの1925年受託者法25条の規定は、受託者が海外に滞在する場合、一定の手続きを行うことを条件に、受託者が信託事務を全面的に委任することを認めている。受任者は同法の規定によって、受託者から信託事務を全面的に受任するのであるが、この場合においてさえも、受任者は受託者法25条によって認められる信託事務の全面的委任権限だけではないとされている。わたくしは、イギリスの受託者法の趣旨や、委託者が受託者に置いた個人的信頼関係を考えると、代人は更に代人を選任する復任権を有しないと考えたい。

つぎに、代人に対して、信託財産の名義を自己に移転することを請求しうるかについて考えてみると、受託者が代人を選任した場合においても、受託者た

る地位にとどまり、信託財産に対する管理権を放棄するものではない。このことは、「已むことを得ざる事由」によって、全面的に信託事務を代人に代行させた場合においても、受託者の「已むことを得ざる事由」が解消すれば、受託者は当然のことながら、従前どおり、受託者の職務権限を行使することが可能となり、その結果、受託者が「已むことを得ざる事由」によって選任した代人⁽³⁾は解任されることになる。このように、代人の選任は、受託者地位に何ら変更を加えるものでなく、信託財産の帰属形態について何ら変化を与えるものではない。したがって、代人は自己が代人に選任されたことを理由として、信託財産の名義を自己に移転させるべき請求権を有しないと考える。代人が信託財産・受益者に対して直接補償請求権や報酬請求権を有するかについては、学説上対立が見られる。代人に民法107条と同様の権利義務を認めるべしとする説⁽⁴⁾と、26条3項の規定が、「受託者と同一の責任を負う」とだけ規定され、民法107条のように、「同一の権利、義務を有する」と規定していないところから、代人は受託者と同様の義務と責任を負担するが、補償請求権等の権利を直接、信託財産・受益者に対して有しないとする立場等がある⁽⁵⁾。わたくしは、民法107条も信託法26条3項も本来何ら法律関係のない者に対して一定の法律関係の存することを擬制する条文と理解している。したがって、復代理人および代人は、それぞれの条文の規定によって、本来何ら法律関係の存しない、本人や受益者に対して権利・義務を取得することになる。信託法が信託財産・受益者に対して代人の直接請求権を認めない以上、代人は補償請求権・報酬請求権を信託財産および受益者に対して行使することはできないと考えるのである⁽⁶⁾。

つぎに、受託者が信託事務を処理するに際して要求されるいわゆる善管注意義務(20条)、忠実義務(22条)、合手的行動義務(25条)および自己執行義務(26条)について、受託者と同様な義務を代人も負わされるかについて簡単に触れてみると、代人の善管注意義務の程度は、基本的に、受託者が有していた善管注意義務の程度と同程度であると解せられる。なぜなら、前にも述べたように、善管注意義務⁽⁷⁾が事務の性質によって定まるとすれば、信託事務の処理を受託者、代人のいずれがなすにしても、同一程度の善管注意義務が要求されるからである⁽⁸⁾。

自己執行義務と代人使用について

もちろん、高度の専門能力を要するために代人が使用された場合には、その事務に携わっている者の通常の注意義務の程度が代人に要求される。忠実義務に関しては、代人の職務内容から考えて、代人も信託財産との間に、利益相反行為を行ってはならない義務を負っていると考える。自己執行義務については、代人も自己執行義務を負担すると考え得るが、先ほども述べたように、26条1項の復任権の規定は適用されない。合手的行動義務に関しては、相当複雑な問題があるが、簡単に述べておくと、まず24条1項は、そもそも代人に信託財産の名義が移転しないので、適用がないと考える。2項の「信託事務の処理は、⁽⁹⁾受託者が共同して行う」とする規定に関しては、代人が信託事務を全面的に代行する型の代人である場合には、⁽¹⁰⁾残りの共同受託者と代人の間で類推適用され得るものと思われる。なぜなら、委託者が受託者間の相互監視を期待している場合には、代人と残りの共同の受託者間で24条2項を類推適用しなければ、委託者の当初の期待を裏切ることになるからである。

つぎに、代人の責任について考えてみると、26条3項は「受託者と同一の責任を有す」と規定しているが、何人に対する責任なのかについて、学説は分か⁽¹¹⁾れている。26条3項の規定が信託の内部関係に対するものか、⁽¹²⁾外部関係をも含むものかについて検討してみると、一般信託理論によれば、⁽¹³⁾受託者は信託財産から生ずる債務や信託事務の処理によって生ずる債務について、信託財産と並んで個人的債務を第三者に負うとされている。その理由は、受託者が信託財産の名義を有し、⁽¹⁴⁾受託者個人の信用が対外的に重視されるからだとされている。これに対して、代人は信託財産に対して名義を有していない。そして第三者と取引を行う際には、⁽¹⁵⁾受託者の代理人として行動するのであるから、第三者に対する債務に関して、受託者のように信託財産と共に個人的責任を負担する必要性はない。したがって、代人が受託者と同一の責任を負担しなければならない⁽¹⁶⁾範囲は、信託の内部関係に限られることになるとと思われる。

代人の求償権の面からも、このことが窺われる。代人が信託関係の内部関係ばかりでなく、外部関係においても、受託者と同一の責任を負担するとすれば、代人の求償権は直接信託財産・受益者に対して認められていないのであるから、

受託者の責任および権利と代人の責任および権利とを比較してみると、代人の方が重い責任を負うことになって、不合理だと思われる。⁽¹⁷⁾

- (1) 松本崇・信託法 47 頁によれば、「信託は受託者の技量と信用を基礎としたものであり、委託者の信頼にこたえ、受益者の権利を保護するためには、民法上の無能力者や破産者が受託者となることは不相当であるとして、受託無能力者とされた」と述べている。
- (2) 於保不二雄編・注釈民法(4)総則(4)太田武男 55 頁によれば、「復代理人はさらに復代理人を選任することが可能なりやの問題である。学者の見解は、積極・消極の両説に分かれている」と述べている。
- (3) イギリスの 1925 年受託者法 25 条 3 項では、「委任状による信託の委任は、その受与者(受託者)の帰国によって取り消されなければならない」と規定し、受託者が帰国すれば、受託者が再び信託事務を行うことを明らかにする。
- (4) 入江真太郎・信託法原論 242 頁参照。遊佐慶夫・信託法制評論 94 頁参照。
- (5) 青木徹二・信託法論 252 頁参照。四宮和夫・信託法(増補版) 108 頁参照。
- (6) 四宮和夫・前掲書 108 頁によれば、代人の請求権について、「代人は、まず、民法の委任等の規定に従って受託者に対して報酬請求権(648 条)や費用償還請求権(650 条)を有し、なお、債権者代位権(423 条)を利用して間接的に信託財産に対する受託者の権利を行使することができるにすぎないであろう」と述べている。
- (7) 「一定の職人としての通常の注意能力を有する者がその場合の事情に応じて当然なすべきだと考えられる程度の注意」(末川博編・全訂法学辞典 623 頁参照)。
- (8) 大阪谷公雄「信託業者の注意義務について」法学論 28-4, 47 頁によれば、「善良なる管理者の注意義務は、その事務を引受ける人の地位、身分によって注意義務の軽重がきめられるのではなく、その事務の性質から見てきめられるべきである」と述べている。
- (9) 共同受託者の設置事由は、大別して、①受託者間の能力を組み合わせ、信託事務を合理的に処理することを目的とするもの。②委託者が単独受託者に不安をいだいた結果共同の状態において受託者を選任する場合の二つに分けられる。
①については、四宮和夫・前掲書 97 頁注(1)参照。

自己執行義務と代人使用について

②については、遊佐慶夫・信託法制評論 89 頁参照。松本崇・信託法 160 頁参照。

- (10) 代人には、受託者の職務を全面的に代行する型の代人と、特定の分野を代行する型の代人が存在する。本報告 18 頁参照。
- (11) 学説は 4 つの説に分かれる。

①受益者に対する責任とする説

「代理者カ法律行為ヲ為ス場合ニハ代理人タル資格ニ於テ本人タル受託者ノ名義ヲ以テス其行為ノ効果タル権利義務ハ受託者ニ帰シ其利害損得ハ受託者ヲ經テ間接ニ受益者ニ帰スヘシ然レトモ代理者ト受益者トハ委任、代理又ハ其他ノ法律上ノ関係アルニ非ス代理者ハ単ニ受託者ニ対シテ受任者タル義務ヲ有スルニ止マリ受益者ニ対シテハ直接ニ義務ヲ負フヘキ位地ニ在ラススケテハ受益者ノ保護十分ナラサルヲ以テ代理者ハ受託者ト同一ノ責任ヲ負フモノトシ以テ直接ニ受益者ニ対スル義務者トセリ」(青木徹二・信託法論 252 頁)と述べている。

②受益者及び第三者に対する責任とする説

「代人ハ受益者以外ノ第三者ニ対シテハ受託者ノ代理人ノ責任ヲ負担スルニ止マル如キモ我信託法ハ特ニ代人ト雖モ受託者ト同ジク受託者ト同一ノ責任ヲ負担スト規定セリ」(入江真太郎・信託法原論 242 頁)と述べている。

信託法 26 条 3 項の解釈に関して、「信託行為に因り受益者に対して負担する義務に就いては有限責任、その他は無限責任を負ふ義である」(岩田新・信託法新論 174 頁)と述べている。

③受益者及び委託者に対する責任とする説

「尚代理人(代人)は受託者と同一の責任を負ふ。蓋し代理人の行為は受託者に対して効力を生じ、更に之は委託者及び受益者にも及ぶが故に外ならず」(栗栖尠夫・信託法綱論 177 頁)と述べている(引用文中の()は筆者の付記したものである)。

④信託財産・受益者及び委託者に対する責任とする説

「代人に『受託者ト同一ノ責任』を負わせる 26 条 3 項の意味は明確でないが、代人は受託者の職務を代行する者だから——受託者と委任等の関係に立ち、信託財産の機関的地位に立つ者でないにもかかわらず——関係者に対して受託者と同一の個人的責任を負わせたものと考えられる。——中略——この責任は、誰に対するかは問題だが、それは信託財産・受益者・委託者に対するもので、

第三者に対するものではないと考える」と述べ、26条3項が、外部関係に対して及ばないとする（四宮和夫・信託法（増補版）107頁以下参照）。

- (12) 本稿においては、便宜上、受託者に対して信託法27条に基づく損失補償請求権を有する者——例えば、受益者・委託者・委託者の相続人等——を内部関係者と呼び外部関係者（いわゆる第三者）から区別する。
- (13) 四宮和夫・前掲書22頁参照。
- (14) 四宮和夫・前掲書26頁によれば、「信託財産の機関として行動した受託者は第三者に対して人的債務を負担するが、固有財産から第三者に債務を弁済したときは信託財産・受益者に対して求償することができるのである。したがって、受託者の債務は外部に対する関係で、信託財産の信用能力の不足を補うために、信託財産の名義者であり現実の行為者である受託者に、負担部分のない連帯債務に類似した債務を負わせたものにすぎない、と考えることができる」と述べている。
- (15) 青木徹二・前掲書252頁によれば、「代理者カ法律行為ヲ為ス場合ニハ代理人タル資格ニ於テ本人タル受託者ノ名義ヲ以テス。其行為ノ効果タル権利義務ハ受託者ニ帰シ其利害損得ハ受託者ヲ経テ間接ニ受益者ニ帰スヘシ」と述べている。第三者からすれば、代理者（代人）の行為は、受託者の行為に帰するのであり、かつ代人は信託財産の名義も有していないのであるから、外観を信頼して取引したことを理由して、特別の保護を、三者に与える合理的な理由はないと考えられる。
- (16) 「わが国においては、委託者の地位が英米と異なり、委託者は原則として信託の履行請求権を有し、かつ、委託者にも信託設定者として信託財産ないし受益者を保護する為の諸権能が与えられる」と論ずる。委託者を含め、信託法27条、29条、51条の規定により、内部関係者は、受託者に対して各種の請求権を付与されているが、受益者を除けば、自からの利益を享受する立場にはない。内部関係者に付与された請求権は、もっぱら、受益者ないし信託財産の保護の為に付与されたものと考えられる。代人は受託者に代わって、信託財産を管理するのであるから、内部関係者が、受益者ないし信託財産の保護の為に付与された請求権を代人に有することは当然と考えられる（佐藤仁「委託者の地位について」信託法研究8号16頁参照）。
- (17) 信託法36条1項は、受託者に対して、直接、信託財産に対する求償権を認めるが、代人については、信託財産に対する直接的な求償権を認められていな

自己執行義務と代人使用について

い（本報告 26 頁参照）。受託者と代人の責任が同一であるとすれば、権利の面で代人は受託者に比較して不利となる。

6. 代人使用の場合における受託者の責任

代人の責任は、前述したように、信託の内部関係においては26条3項によって、外部関係において任意代理の法理によって律せられる。そして、適法に代人を使用した受託者の責任は、26条2項によって、選任及び監督について責任を負えばよいとされている。しかし、26条2項の規定についても、3項の規定と同様、何人に対する受託者の責任であるかが問題となる。わたくしは、26条2項の規定も信託の内部関係にのみに適用されるもので外部関係には適用がないものとする。なぜなら、26条2項の規定を外部関係にまで適用するとすれば、取引の安全が阻害されるからである。例えば、代人が権限踰越のときに（民110条）、表現代理の法理によって、第三者を救済するのがあるいは、26条2項を適用して、受託者の責任を軽減するのかが問題になる。26条の立法趣旨からも、内部関係に対する規定であることが窺われる。代人使用の場合における受託者の責任に関する規定は、わが国独特のもので、民法105条1項の復代理人に関する規定を参考として制定されたものといわれている。⁽¹⁾ その草案の中には「受託者の選任及び監督の責任について、受益者に対して其の責に任ず」と規定しているものがある。⁽³⁾ このことは、26条2項の規定が信託の内部関係とりわけ、受益者に対する責任を規定するものであることを示唆しているのである。代人を選任した受託者の責任に関して、一部の学説においては、代人の選任された事情により、26条2項の規定よりも、受託者の責任がさらに軽減される場合があるとしている。すなわち、委託者によって受託者が使用すべき代人を指定している場合には、民法105条2項の規定を類推適用して、受託者が不適任又は不誠実な事を知りながら、委託者に通知し又は解任することを怠った場合に限って、その責任が生ずると解釈している。委託者によって受託者が使用すべき代人が指定されている場合には、受託者の代人使用の選択の幅は、

使用するか否かの限られたものである。さらに、26条2項の立法過程の経緯からして、受託者の代人使用に際しての責任に関して、民法105条2項が類推適用される素地は充分に存在するのである⁽⁵⁾。以上の点から、26条2項の規定にかかわらず、受託者が代人を選任する事情によっては、受託者の責任がさらに軽減されると解する立場の考え方は、妥当なものだと考える。

受託者が代人を選任する事情によっては、26条2項に明文規定が存するにもかかわらず、同条文とは異なった責任を受託者が負担する場合の存することは前述したとおりである。わたくしは、受託者の「已むことを得ざる事由」によって代人が選任される場合、26条2項に規定している受託者の責任のうち、受託者に関する監督責任については、当該責任を免除ないし大幅に軽減してもよいのではないかと考える。なぜなら、「已むことを得ざる事由」に基づく代人の使用の場合には、受託者が病気であったり、海外に滞在中であったりして、実際問題として、信託財産を管理できない状態にあることが少なくないからである。すなわち、受託者は、信託財産の管理ができない為に、わざわざ、緊急避難的に代人を選任するのであるから、かかる状況下にある受託者に対して代人を監督する義務を負担させることはもともと不可能であり、実効も上らないと思うからである。

(1) インド信託法47条においては、受託者の代理執行(代人の使用)を禁止しているが、代人使用についての受託者の責任は規定されていない(中野正俊「インド信託法上の問題点について」会報信託125号48頁参照)。

カルフォルニア州民法典は、代人使用を禁止する内容の規定を有していないようである(中野正俊「カルフォルニア州信託法上の問題点」会報信託129号参照)。

(2) 山田昭・信託立法過程の研究110頁参照。

(3) 山田昭・前掲書308頁によれば、大正7年8月26日付、信託法案23条は、「受託者ハ信託行為ニ別段ノ定アル場合又ハ已ムコトヲ得サル事由アル場合ニ非サレハ他人ヲシテ信託事務ヲ処理セシムルコトヲ得ス但シ完全ノ能力ヲ有スル受益者ノ承諾アリタル場合ハ此ノ限ニ在ラス 前項ノ場合ニ於テ受託者カ他

自己執行義務と代人使用について

人ヲシテ信託事務ヲ処理セシメタルトキハ其ノ選任及監督ニ付テノミ受益者ニ対シ其ノ責ニ任ス」と規定されていた。

(4) 青木徹二・信託法論 252 頁。栗栖起夫・信託法綱論 177 頁参照。

(5) 松本崇・信託法 172 頁によれば、「信託行為で使用すべき代人が指定されているときには、受託者は選任については責任を負わず、不適任または不誠実であることを知って解任しなかったか、解任権を留保する当事者への通知を怠ったときにのみ、責任を負う」と述べている。

同旨、四宮和夫・信託法（増補版）109 頁。

7. おわりに

以上、不十分ながら「受託者の自己執行義務と代人使用について」考察してみた。

とくに、「代人」については、わが民法又は英米国の信託法・信託理論上にもみあたらずわが国信託法特有の制度と思われる。かかる意味で、代人の研究は、理論上・実務上においても、きわめて重要であると思われる。とくに、実務面から言うと、前述したように、信託実務の多様化に伴って、代人使用の意義は今後一層、重要な問題になってくるのではないかと思われる。

附 記

本稿は、第12回信託法学会において発表させていただいた原稿をほぼそのままの内容で掲載させていただいた。本来ならば、更に研究を進め本稿を補充しなければならないところであるが、筆者の怠慢と種々の時間的制約から、発表時のままの内容である。

なお、本学会における研究報告終了後、法政大学安達三季生教授、司会の労を快諾して頂いた、東海大学海原文雄教授他、多数の方々から、貴重なる御質問、御教示を賜わり、深く感謝を申し上げたい。

（日本信託銀行業務部業務課長）

