

広渡清吾

1.

本書の著者・新井誠氏は、大陸法（ドイツ法）の民法理論についての学殖をふまえて、英米法に由来する信託法の研究にアプローチする学者として、日本の法学界で貴重な存在であり、本書はまずもってそのことを示したといえる。本書の「はしがき」で著者は、その企図を、〈現代社会における新しい類型の財産管理制度を視野に収めつつ、信託制度の機能を現代的に再認識し、信託法と民法との体系的整合性を維持しながら、財産管理制度という統一的概念（ないし理論）を樹立すること〉として表明している。財産管理制度の体系的、理論的把握の試みは、従来、於保不二雄博士、四宮和夫博士によって行なわれてきたところであるが、新井氏の抱負は、これらの理論的試みの現代的継承・発展にある。於保、四宮両博士の仕事がいずれもドイツ民法理論への深い造詣に支えられていたことはよく人の知るところであり、新井氏の問題関心が信託法を媒介にしつつ財産管理法の検討に収斂していったことも、この事情と関連づけられるかもしれない。また、新井氏は日本の現行信託法の解釈学的理解に際して、有力説（海原文雄、木下毅、田中實、中野正俊）とは反対に、それを英米法のトラスト概念に依拠して行なうことに批判的である（57頁註5参照）。これは、〈信託法と民法との体系的整合性を維持する〉という視角、やや敷衍すれば、大陸法的民法と英米法的信託法を、日本の実定信託法と財産管理の現代的諸課題を所与に、独自に日本的な財産管理の法理論のなかに結合せしめようとする氏の抱負——評者の推測もまじえつついえば——と関連するもののように思われる。

本書は、著者も自ら認めるように、このような企図・抱負を全面的な説得力をもって展開しきったものとは必ずしもいえない。とはいえ、著者の出発点は、それ自体が問題提起として重要なものであり、確認しておくに値すべきものである。

2.

本書は、最近5年間の既発表の論文をもとにした論文集であるが、一書にまとめるに際して大幅に加筆・修正され、全体の統一がはかられている。構成は、4編に分けられ、

第1編「財産管理制度の基礎理論」、第2編「財産管理制度の比較法的考察」、第3編「高齢化社会における財産管理制度」および第4編「財産管理制度としての土地信託の法理」が配されている。第3、第4編は、それぞれ、日本の現代社会がかかえる政策的課題（高齢社会への対策、土地の「有効利用」の促進）に対して、財産管理の法理論がなしうべき寄与について論じたものであり、とくに信託制度の現代的活用の方途と可能性が吟味され、これ自体としてすでに貴重な論稿となっている。基礎理論→比較法→現代的課題の検討という構成は、方法的にみても成功しているが、望むらくは、本書全体の結びを置き、現代的課題の検討を通じた、基礎理論へのフィードバックを明示し（第1編第1章で提示されているとも考えられるが）、また、著者の今後の仕事の見取図（著者の企図・抱負に関連して）に簡潔にでも言及されていれば、もっとよかったのではないかという印象をもった。

### 3.

では本書の内容にたち入ってみよう。

(1) まず第1編について。第1章「財産管理制度と民法・信託法——序説的素描」は、財産管理制度に期待されている現代的機能をさぐることを通じて、あらためて「財産管理制度」の概念と位置づけを検討する。素材として、信託に関してドイツの問題状況を整理するコーイング、コモンロー諸国の問題状況を整理するウォーターズの所説がそれぞれ吟味され、またわが国の問題状況として土地信託がとりあげられる。これら現代的問題状況から、著者が共通の特徴としてみいだすのは、〈信託〉の法形式と〈法人〉の法技術とが同一の機能を営んでいるということである。同一の機能を営む2つの法形式（法技術）に共通の属性は、一つは利益帰属主体と管理者（会社であれば会社法人と取締役、信託では受益者と受託者）との間に存する *fiduciary relation*（信認関係）であり、他の一つは一定の目的拘束性を伴う特別財産（会社の所有財産、信託財産）の存在である。著者は、法人、信託を財産管理制度のハードコアとして位置づけながら、結論としてより一般的な財産管理制度の不可欠のメルクマールとして、①財産的事務処理に関わる〈フィデュシャリー・リレーション〉と、②それを必要とする前提要件としての〈財産の所有と管理の分裂〉を導きだしている。こうして財産管理制度の具体的諸類型は、①フィデュシャリー・リレーションのいわば強弱と、②財産の所有と管理の分裂の具体的形態（財産の所有名義が移転するかしないか、財産が法主体性をもつか否かなど）に応じて、成立するものとされる（たとえば、信託は、代理に比して、名義が移転することに応じて信認関係もより一層強い）。

## 文献紹介

著者は、この定式化の上にとって、さらに財産管理制度の類型化に重要なメルクマールとして、〈財産管理人が行なう財産の管理・処分は誰の利益のためになされるか〉ということをおげている。つまり、財産の管理を委託したく本人のためか、あるいはそれ以外の〈第三者のため〉か、という指標である。著者によれば、前者の場合と後者の場合では、財産管理の機構が実際上も法律上も異なりうるのである。以上から著者は、民法と信託法を横断・総合した財産管理制度が構想可能なものであるとし、これを分類して、他益信託型財産管理機構を有する財産管理制度（民法上の法人・遺言執行者・相続財産法人など、信託法上の他益信託）および自益信託型財産管理機構を有する財産管理制度（民法上の委任・請負・代理など、信託法上の自益信託）に大別している。

第2章「わが国信託法の基本構造」では、〈英米信託法の沿革に拘泥することなく、またヨーロッパ大陸法の理論構成に固執することなく、しかも信託といわれる法制度の独自の機能を的確に把握〉することを目標にした、信託法の解釈論が提示される。前提として、英米信託法とドイツ信託法の基本構造がそれぞれ検討され、前者においては〈fiduciary relation と信託財産の独立性という2つのメルクマールが本質的特徴〉であること、これに対して後者では、ローマ法的信託構成（受託者には名義とともに完全権が移転し、受益者の権利は債権的なものとどまる）が通説であり、判例法理によって委託者に強制執行法上の異議権と破産法上の取戻権が承認されることによって、辛うじて信託財産の独立性が存在するといいうるにすぎないこと、が指摘される。これらをふまえた日本信託法の解釈において、著者は、従来の有力説たる四宮理論（信託財産の法主体性——もちろん不完全な——と受益権の物的性格の承認を特徴とする）を批判し、かつての通説たる「債権説」に与することを示している。著者の主張によれば、①受益権の法的性格を〈物権か債権か〉として教義学的に議論するのは不毛であり、たとえば受益権の消滅時効や譲渡の対抗要件に関して民法の債権、物権のいずれに関する規定を類推すべきかを合目的的に考量・判断することこそ重要であり、この場合、債権に関する規定の類推が適当であると考えるが故に、自分の立場を〈債権説〉と表示するのである、②四宮説のように信託財産の法主体性を承認することは、体系上の必要性に乏しく、実際にも信託財産の独立性が担保されれば十分であり、理論的にみても法人と信託の法形式上の区別を曖昧にするので不適当である、とされる。ここで著者は、新しい解釈指針として、財産管理制度の類型化の場合に用いた〈他益信託〉と〈自益信託〉の区分をもちだしている。四宮説が意図した、日本信託法の英米のトラスト的構成＝理解は、債権説的立場を基礎にしながらもこの2つのものを区分した上で、他益信託においてより多く活かされうる、というのが著者の趣旨のようにかがえる。著者はまた、民法に対

する信託法の独自性についても分析し、<法的帰属>と<経済的利用可能性>という概念（これは英米法のトラストにおける legal title と equitable title との区分を想定したものとされる）を用いて、民法では両者が同一人格に帰属することが原則であるのに対して、信託法では両者が別人格に属する点にその特徴が示されることを論じている。なお、本章の最後の節では、1985年のハーグ条約（「信託の準拠法および承認に関する条約」）について、紹介が行なわれている。

(2) 第2編について。第1章「ドイツ法における財産管理制度としての信託」は、財産管理制度としての信託の利用がなお定着しているとはいえない日本の現状に対して、ドイツ法はどのような示唆を与えうるかを検討する。コーイングの研究によるとドイツ法における財産管理制度は、法律上の規定の不備を大きな特徴とする。すなわち、①民法典・商法典のいずれにも財産管理に関する契約類型は存在せず、②委任の無償性の原則への固執がみられ、③任意的に物権的管理権を設定する途は閉ざされている、など。また、私的財産管理のための業務部門もアメリカと比較するとほとんど発達していない。アメリカの財産管理制度として最も有効に機能しているトラストは、ドイツにはみられず、ドイツの財産管理は代理権授与と結びついた管理契約によってまかなわれざるをえない。コーイングによると、ドイツ法のこのような状況は、私的財産管理のサービスの必要性の増大にともなって、急いで改善されるべきものとされる。しかし、かれの処方箋は、立法によるトラスト法の導入ではなく、判例・学説を通じて信託法的関係を発展させていくこと、および、遺言執行者の地位をモデルにした排他的（物的）管理権の法律行為による創設を承認していくことに求められている。著者は、以上のようにコーイングの所説を紹介したのち、ローマ法的信託構成が優勢なドイツの理論状況（前出参照）にもふれつつ、実務の世界で信託が利用されている具体例を広くとりあげている。そこにみとめられるのは、財産権の完全な移転をとまなういわゆる信託（狭義の信託）のほか、担保、代理、委任、ファクタリングなど多種多様なものが<信託>としてとり扱われているという実情である。この状況は、著者によれば、狭義のトラストよりも広い範囲の財産管理業務を fiduciary service として<信託業務>としてとり扱っているアメリカと同一のものではないかとされる。とすれば、ドイツの法状況はトラストの立法的導入によって一挙に変革されるべきものというより、私的自治＝実務の努力を判例・学説によって支持していくことこそが望ましいものといえよう。著者はこのようにして、コーイングの結論を説得的なものとしてうけとめている。

第2章「英米法の遺言執行、遺言信託と大陸法の遺言執行」では、前章で排他的管理権のモデルと目された遺言執行者の法的地位に焦点をあて、英米法、ドイツ法の比較分

## 文献紹介

析が試みられる。またこの際、1985年のハーグ条約の諸規定も参照される。まず、英米法について、そこでは遺言法につき清算主義がとられ、遺言により遺言執行者がおかれる場合には executor と称せられるその者に、そうでない場合には administrator (遺産管理人) とよばれる者に被相続人の権利義務関係は移転し、清算の結果、残余財産が相続人等に承継される。executor と administrator は総称して personal representative とよばれる。英米法においては、以上とならんで、相続に関しても信託が利用される。この場合には、遺言によって信託が設定される遺言信託と生前信託がある。著者は、相続に際して、遺言の他に、信託が利用される理由として、①遺言の検認という裁判所の介入を回避しうる(遺言信託の場合にはこのメリットはない)、②検認のための時間とコストが節約される、③遺言の場合には、不動産は管理人に帰属しないが、信託の場合には統一的処理が可能である、④節税ができる、⑤被相続人の意思による財産へのコントロールが持続的に(死亡後も信託条項によって)可能である、という5つのメリットをあげている。この上で著者は、executor と trustee の法的地位の類似性(財産の名義の移転、不適法処分の場合の相続人・受益者の物権的追及効、裁判所の広汎な監督的関与)を指摘する(イギリスの1925年の trustee Act はエグゼキューターはトラスティであると規定する)。英米法に対して、ドイツ法は、遺産の当然承継主義をとり、遺言執行者は遺産の名義人となることはない。かつまた、遺産は特別財産を形成するものでもない。しかし、著者によると、ドイツ法上の遺言執行には、短期間に遺産分割によって任務を終了する<遺産の清算 Nachlaßabwicklung>の場合と、たとえば相続人の死亡時に至るまでも遺産を管理する<長期間の執行 Dauervollstreckung>(日民2209条参照)の場合もある。後者の場合には、遺言執行者の管理権は相対的に強いものとなり、そのかぎりでは信託に接近する。とはいえ名義の移転はないから、トラストではありえない。ここに英米法とドイツ法の遺言執行者の本質的差異がみられる。ドイツ法の遺言執行者は、したがってハーグ条約の信託には含まれない。著者はさらに、アメリカとドイツの渉外関係において、アメリカ法上のエグゼキューター、ないしトラスティがドイツ法上の遺言執行者とみとめられるか否か(あるいはその逆)について、いくつかの興味ぶかい判例を検討している。最後に著者は、日本の遺言執行者は<相続人の代理人>とみなされているが(日民1015条)、相続財産に関する排他的管理権を与えられているから(日民1013条)、むしろ機能的には信託の受託者と同一となろうと指摘する。コーイングが、任意的な排他的管理権のモデルとしたのは<長期間の執行>の場合の遺言執行者の地位であり、今後のドイツ信託法がいかなる展開をみせるかに注目したいと著者は結んでいる。この章は、比較法の論文として、小品ながらすぐれたものだと思う。

(3) 第3編では、高齢者の財産管理の形態として、代理制度（第1章「高齢者の財産管理と民法」）および信託制度（第2章「高齢者の財産管理と信託法」）の活用可能性と問題点が検討される。第1章では、痴呆高齢者のために無能力制度（＝法定代理）を利用することは、現状においては種々の難点をともない、また必ずしも適切でなく、たとえば「高齢者のための成年後見制度」のような独自の法制度の創設が必要だと指摘される。参照されうる立法例としてオーストリアの「障害者財産管理法 Sachwalterrecht für Behinderte」(1984年施行)、あるいはドイツの連邦政府法律草案「成人後見・監護法＝世話と支援法 Betreuungsgesetz」(1989年5月)が紹介されている。法定代理制度が十分な発展をみていない英米では、高齢者の財産管理のために信託とならんで、「持続的代理権授与」の方式が近年になって利用されはじめた（イギリスの1985年「持続的代理権授与法」、アメリカの1979年「統一持続的代理権授与法」）。これは、本人が能力者たる時点で設定した任意代理権について、本人が無能力者になった場合にも、その存続を認めて、無能力者の財産管理（アメリカでは身上監護も含む）を行なわせようというものである。この制度は、英米法では、代理は本人の死亡・無能力によって終了するとされていたので、この原則の修正を意味する。ドイツ法では、本人の死亡・無能力による代理権消滅は、その基礎的法律関係に関わると解釈されており、これを根拠にミュラー＝フライエンフェルス教授は「老後に予め備える代理権 Altersvorsorge-Vollmacht」の概念を主張しているという。著者は、日本法の下でも、このような文脈での任意代理の活用が可能か否かを立法資料をも参照しながら検討し、「本人の能力喪失は任意代理権を消滅させ、法定代理に移行すべきものという原則的考え方の上で、存続は特約による例外的な場合とし、その濫用の危険を防止するための方策をとること」を提言している（たとえば、代理人を公的機関としたり、そうでないときには複数の代理人をおくことなど）。

第2章では、アメリカ法における信託の活用事例を紹介し、日本における高齢者財産管理における信託の活用方法について、理論的、実務的な検討が行なわれる。とくに活用が望ましいものとして、その普及上の問題点が論じられているのは、①不動産管理信託、②信託利用不動産担保年金式融資（形式上は不動産管理信託の形をとっているが、実質的には信託が融資についての担保的機能を営んでいる形態。「世田谷シルバー資金融資制度」が具体例として紹介される）、③老人ホームの信託（老人ホームを管理処分方式型による設備信託ないし建物信託の対象とすること。⇒老人ホーム建設者は、老人ホームを直接にユーザーに分譲売却するのではなく、信託銀行に信託する。信託銀行はユーザーに賃貸し、賃貸料を受益者に交付、ユーザーは貸借期間満了時に残存価格で設

## 文 献 紹 介

備を買い取り所有権を取得する。受益者は、受益権を売却して投下資本の回収を行なうこともできる)、④特定贈与信託 (=浪費者信託。受益者の扶助・生活維持を目的とするもので、受益者は受益権を譲渡できず、受益者の債権者も差押えできない。日本では<差押え禁止>の部分は公序良俗に反し無効であると解されているが、著者は、高齢者福祉の見地から、この信託形態の制度趣旨の拡大を主張する)、⑤個人年金信託・財産形成年金信託、⑥遺言信託、⑦遺言執行、である。著者は、結びとして、高齢者福祉の分野における信託の活用は、<与えられる福祉>から<買う福祉>への意識の転換が必要であること(「自立・自助」)、他方で、高齢者の利益のために信託管理人の活用をはかること、あるいは、信託(財産管理)と身上監護の関係についての検討も課題として残ることを指摘している。

(4) 第4編では、「土地信託の仕組みと問題点」(第1章)および「土地信託の役割」(第2章)について論じられる。土地信託は、地価高騰を現象とする土地問題の深刻化のなかで「有効利用」促進の法的手法として注目されてきたものであり、1986年ごろから急増し、1989年9月末現在で受託件数1282件、受託総面積549万9943平方メートルであるという。いわゆる土地信託の特徴は、事業執行型信託である点にあり、著者は土地信託の基本類型として<建物建設賃貸型>をあげている。この場合、受託者は、借入行為を行ない、信託された土地の上に建物を建設し、その建物の賃貸事務を行ない、その配当を受益者に交付する等の信託財産に関する一連の事業を執行し、信託が終了したときには、受益者(委託者)に土地および建物を現状有姿のまま返還するのである。著者は、第1章で土地信託のメリットとして、①委託者(受益者)である土地所有者が信託法の仕組みによって信託財産としてのセーフガードをもつ(これは信託一般のメリット)、②土地所有者は資金やノウハウの準備なしに自己所有地の開発ができる(事業執行型信託のメリット)、③土地の所有と利用を分離し、住宅・宅地の供給の促進に資する(土地政策に対するメリット)を示した上で、土地信託が事業執行型信託である点に関連して、信託法上の解釈問題を論じている(①<事業執行>は信託法1条の<財産ノ管理又ハ処分>を超えないか、②受託者の借入行為の方法、③信託法上の受託者の自己執行義務と、建設事業や賃貸管理事務の第三者への委託の関係、④複数の土地所有者=委託者がある場合の分別管理義務のあり方)。いずれも、土地信託の実務化に際して重要な問題である。

第2章では、著者は、土地信託のメリットとしてあげた第3の点、すなわち土地信託の土地政策上の役割について、より詳細に検討する。著者は、近年の土地政策が、土地の資産的保有の傾向に対して<有効利用>を進めるために、<所有と利用の分離>――

所有権レベルの移動をとまわずに、利用の変換を生ぜしめる——のシステムを必要としていることを指摘し、この観点から、種々の方式（①借地方式、②農住組合方式、③総合請負方式、④等価交換方式、⑤土地信託方式、⑥地価インデックス債＝債権交付方式）を比較・検討するなかで土地信託を位置づけている。さらに、住宅供給策としての土地信託の役割が、①複数地権者を共同化して住宅開発を行なう場合、②土地区画整理事業に導入する場合、③公共的事業分野で活用する場合について論じられ、最後に土地信託そのものの活用の一条件として、受益権の流動化のためのシステムが考察されている。

#### 4.

本書が、＜財産管理制度としての信託＞をめぐる諸問題・多様な論点を、比較法的手法を用いながら現在の関心と理論水準から明確にフォローし、整理した上で、読者に成功裡に提示していることは、以上、紹介したところから明らかであろう。本書の＜企図・抱負＞に関連させつつ、評者の感想を述べてみたい。

それは、財産管理の法制度の類型化の問題に関わる。評者の理解によれば、この点について著者は、①管理権構成と信託構成に二分する於保理論、②内部関係としての＜信認関係＞を基礎にしつつ、5つの異なった管理者の対外的地位（受託者の地位、代理権、授權、間接代理権、排他的管理権）に着目する四宮理論に対して、③＜財産の所有と管理の分裂＞および＜信認関係＞を財産管理制度の不可欠の要素とした上で、これを自益信託型財産管理（代理、委任、請負、自益信託など）と他益信託型財産管理（法人、相続財産管理人、遺言執行者、他益信託など）に二分する視点を新しく打ちだした。視点の＜新しさ＞は、於保・四宮理論が、財産の所有と管理が分裂した場合に、＜管理者が財産についていかなる地位・権能を有するか＞に中心的な理論的関心をおいたのに対し、新井説が＜管理がだれの利益のために——委託者か、それ以外の第三者か——行なわれるか＞に類型化の基準（したがって財産管理制度考察に際しての著者の理論的ポイント）を求めたところにある。このような視点の選択は、著者が、従来の受益権の法的性格をめぐる争い（債権か物権か＝いわば＜あれかこれか＞の争い。しかし、このように単純化してよいかについては疑問がある。）に疑問符をうち、受益者の地位の保護規定のそれぞれに応じて、利益状況にしたがった解釈の柔軟性を主張する——とはいえ、著者は総体としては「債権説」をとるが——立場とも通底しているのだと思われる。

財産管理制度の役割からみて、実質においてもっとも重要なものが＜財産管理の利益がだれに帰属するか＞にあるということは確かである。管理者が財産についていかなる

## 文献紹介

地位（権限と義務）を有するか、管理者と委託者あるいは受益者の関係はいかなるものか、という法的構成問題は、利益帰属の実質を媒介する手段的形式といえる。しかし、ここで留意されるべきことは、法技術の役割は、やはりこの手段的形式をめぐって展開することを通じて、利益帰属の実質をコントロールするところにあるのではないか、ということである。利益帰属の実質は、制度の根幹であるが、それは〈生みの基準〉でありすぎるのではなからうか。著者は、信託法の特徴として〈法的帰属〉と〈経済的利用可能性〉の分裂を指摘している。これは正当のこととして、この〈経済的利用可能性〉が英米法におけるように equitable title として法的に表現されえない日本法の下では、この〈経済的利用可能性〉を、〈法的帰属〉と同一レベルで、かつ〈法的帰属〉との関連においてなんらかの〈法的地位〉として構成する理論的必要があるのではないだろうか。評者は、新井説を未だ十分に理解したという自信がないので、的外れとなったかもしれないが、読後感として記しておくことにした。

四宮博士は、信託の機能として、財産の目的の「転換機能」を指摘したうえで、信託応用事例は無数であり、その限界は法律家・実務家の想像力の欠如にしかないと述べている（『信託法（新版）』15頁）。著者が本書で示した、現代的政策課題への信託の応用問題の解決能力は、今後ますます、重要なものとなるだろう。その場合、応用問題を解くに際して、前提となる政策のあり方如何についても、解答者の独自の識見が求められるべきものと思われる。理論的にも、実務的にも、著者に期待されるころは大であり、著者の今後の仕事に一層注目したい。

（東京大学教授）

〔新井誠著『財産管理制度と民法・信託法』有斐閣、1990年、A 5判241頁、定価3,760円〕

