慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	国際信託の成立及び効力の準拠法(2・完)
Sub Title	Laws governing validity and effects of international trusts (2)
Author	島田, 真琴(Shimada, Makoto)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2009
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.13 (2009. 3) ,p.21- 81
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20090325-0021

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

国際信託の成立及び効力の準拠法（2・完）

島　田　真　琴

はじめに
1．信託準拠法の決定基準に関する学説及び外国法
2．通則法７条及び８条の意義及び解釈（以上10号）
3．信託の法的性質
4．通則法７条及び８条による信託準拠法決定に関わる諸問題
5．ハーグ信託条約と日本の信託準拠法（以上本号）

3　信託の法的性質

3．1　通則法７条及び８条適用説と信託の法的性質

信託法は、「信託」を、(i) 委託者と受託者との間の信託契約、(ii) 委託者による遺言、又は (iii) 委託者による自己信託の意思表示の３つのうちのいずれかにより、「特定の者が一定の目的に従い財産の管理又は処分及びその他の当該目的の達成のために必要な行為をすべきものとすること」と定義している（信託法２条１項及び２項）。これによれば、信託を設定する行為（信託行為）が委託者と受託者の契約、又は委託者の意思表示によってのみ行われること、つまり法律行為であることは明らかであり、学説上もこの点については争いがない[154]。

154）四宮「信託法新版」（前掲注78）５頁他、新井誠「信託法第３版」（有斐閣、2008）117頁他。なお、国際私法における単位法律関係の法的性質の決定基準について、準拠法を基準とする見解（準拠法説）、法廷地の実質法（つまり、日本法）を基準とする見解（法廷地法説）、国際私法独自の立場から新たな基準を定めてこれを適用する見解（国際私法独自説）の３つがある。理由は別稿（「国際信託に関わる法律問題の準拠法決定基準」慶應法学11号）にて論ずるが、私は法廷地法説が正しいと考える。以下の議論はこの考え方を前提とするものである。

信託の法的性質が法律行為であるとすれば、契約その他の法律行為の成立及び効力に関する準拠法の決定基準を定めている通則法７条及び８条は、信託の成立や効力に関する準拠法を決定する際に適用すべきことになりそうである[155]。しかし、通則法７条及び８条は、すべての法律行為の準拠法決定に適用されるわけではない。たとえば、物権の設定や移転は法律行為であるが（民法176条）、これによって設定された物権の準拠法は、通則法７条や８条ではなく、同法13条によって決定される。わが国の民法は物権法定主義を採っており、設定者が自己の意思で法律に定めのない種類や内容の物権を創設することは許されない。したがって、当事者による準拠法指定を認める趣旨の規定である７条及び８条は妥当しないのである。また、会社その他の法人設立行為も、合同行為という法律行為であるが、後述するように、法人に関する法律問題の準拠法は、日本の会社法の趣旨に従って設立準拠法と一致させるべきであり、通則法７条及び８条を適用すべきではない[156]。さらに、遺言の成立や効力の準拠法は、通則法７条及び８条ではなく、通則法37条に基づいて遺言時における遺言者の本国法とされている。

このように、法律行為の成立や効力の準拠法は、それぞれの法律行為の趣旨や目的に応じて、通則法７条及び８条、13条、37条、又は通則法以外の法律の規定や原理原則など、その制度目的に最も適合する単位法律関係に関するルールを適用して決定される。よって、信託の準拠法決定基準として適用すべき通則法の規定を選ぶ際は、通則法の各規定の趣旨を考察した上で、信託制度の趣旨に一致すると考えられる規定を適用又は類推適用すべきである。

通則法７条及び８条の趣旨は、「当事者自治主義に基づく制度においては当

155）澤木＝道垣内「国際私法入門第６版」（前掲注77）217頁は、通則法が特別な規定を設けていない以上、法律行為である信託には当然に通則法７条及び８条が適用されると解している。しかし、前述のとおり、通則法の立法担当者もそのようには考えていなかった（上記１．１参照）。

156）従前の学説も、法人の準拠法はその設立準拠法や本店所在地の準拠法によるべきものと解しており、法律行為に関する法例７条を適用するとは考えていなかった（山田「国際私法第３版」（前掲注75）227頁以下）。

事者の意思を準拠法決定の基準とする」ということである（上記2．2．3及び2．2．4参照）。よって、信託の準拠法をこれらの規定によって決定すべきかどうかは、信託が契約と同じように当事者自治に基づく制度なのかどうかという問題である。この問題は、信託制度の法的性質をどのように考えるべきかという問題と密接に関連している。信託が民法上の契約に類似する性質を有する制度であるとすれば、契約自由の原則は信託にも類推され、信託の種類や内容はできるだけ設定者の意思を反映したものとすべきことになるのに対し、これを法人に類似する性質を持つ制度と解する場合は、できる限り団体法的な規制の下に置くべしとの解釈原理に繋がるはずである。そこで、本稿の主題から若干わき道に反れることになるが、信託の法的性質論に関する諸学説を検討する。

3．2　信託の本質について

3．2．1　信託本質論に関する諸学説

信託の法的性質に関して、信託は受託者を債務者とする委託者及び受益者の人的な請求権、すなわち債権であるとする見解（債権説）が通説であり、これに対し、信託とは、信託財産という一種の法主体を中心とした制度であるとする見解（実質的法主体性説）が有力な反対説であるといわれてきた。しかし、昨今では、信託は債権か法主体かというような画一的議論をせず、両方の性質を併有している特別な法制度であるとする見解が主流になっているようである[157)]。本稿の主題との関係において、ここでの関心は、信託に当事者自治が認められているのか否か、すなわち、信託を設定する当事者は、その種類や内容（受託者の義務、権限や受益者の権利など）を自由に決定することが認められているのか、それとも団体法理その他何らかの法原理によって、当事者の自由な意思を制約されるのかという点である。この観点から、信託本質論に関する主要な学説を分類すると以下のようになる。

157）信託本質論に関する学説は、新井誠「信託法（第3版）」（有斐閣、2008）39頁以下に整理されている。

（1）債権説（通説）

信託は、委託者が財産権を完全に受託者に与え、受益者のためにその財産を信託目的に従って管理処分すべき債務を受託者に負わせる制度であると捉える立場である[158)]。この見解によれば、受託者が信託財産の法律上の所有者となってこれを完全に支配・管理し、これに対する受益者の権利は、受託者による義務負担の約束によって発生した債権に過ぎない。ただし、信託法には、受益者に、単なる債権者を越える権限を与える内容の規定が少なからず存在する。たとえば、受益者の取消権（旧信託法31条）、信託財産の独立性（旧信託法15条、16条、17条、18条、30条など）、信託財産の物上代位性（旧信託法14条）に関する規定などである。債権説は、これらの規定は、信託財産が特別財産であることなどを根拠に、信託法が特別に認めた例外規定であると解している[159)]。

（2）実質的法主体性説（四宮説）

四宮教授は、通説では信託の法的効果を完全には説明できないことを批判し、信託は、その歴史的発展法則に基づいて、受託者に対する信頼を基礎とする個人的要素と信託財産の独立性を認めるべき超個人的要素とが互いに作用しあって、全体として調和を保っている制度であるとする。そして、信託財産は受託者に帰属するものではなく、信託は、独立した法主体たる信託財産（ただし、信託の個人的要素による制約を受けるので不完全である。）を中心とし、信託財産に対する受託者の義務と信託財産に対する受益者の権利とを両翼とする法律関係であると説明する。したがって、信託法の規定の意味を考えたり、信託に関する諸問題を解決したりする場合は、常に信託財産の不完全な実質的法主体性を念頭に置くべきことになる[160)]。この考え方を採った場合、信託に関する諸問題の解決は、当事者自治を基盤とする契約法理ではなく、原則として、法主

158）入江真太郎「全訂信託法原論」（巌松堂、1933）150頁以下、入江「信託財産に対する考察」民商16巻５号477頁以下

159）入江「全訂信託法原論」（前掲注158）154頁、261頁

160）四宮和夫「信託法新版」（前掲注78）59頁以下

体性を有する組織に関して適用すべき法人法理や団体法理によるべきことになるはずである。

(3) 折衷説

信託を法主体とまで認めることはできないが、単なる債権には止まらないとする見解として、以下のような学説がある。これらをまとめて、折衷説と呼んでおく。

（A）岩田教授及び中野教授が唱えている相対的権利移転説は、信託法の諸規定を分析のうえ、信託は信託財産の所有権を制限的に受託者に移転する制度であるとしている[161)]。信託財産は、対内的には受益者に、対外的には受託者に帰属することになる。これは、信託行為を一種の制限物権を設定する行為と捉えているのだろうと思われる。

（B）大阪谷教授は、受託者の無限責任を根拠に、受託者は信託財産の管理権者に止まらず、所有者と同様の権利主体性を有していると主張し、四宮教授の説に反対する。また、受益権は対人的な権利、つまり債権に過ぎないが、物の性質に従って変化する、物に対する特殊な債権であるとして、信託法が定めている債権者とは異なる受益者の権限について説明する[162)]。

（C）道垣内教授は、信託の法的性質を債権としながらも、受託者の義務の面においては、会社の取締役、宅建業者、損害保険代理店などと基本的には類似しているので、これらと同じ義務も課されるべきであるし、受益者にはこれらと同等の救済手段を与えるべきであると主張している[163)]。

（D）樋口教授は、信託は、信認関係という契約とは異なる基盤を持つ独自の制度であると位置づけ、受託者の義務の内容や受益者の救済手段などもこの違いに応じて異なってくると主張している[164)]。

161）岩田新「信託法新論」（有斐閣、1933）97頁以下、中野正俊「信託法講義」（酒井書店、2005）18頁以下

162）大阪谷公雄「信託法の研究（上）」（信山社、1991）288頁以下

163）道垣内弘人「信託法理と私法体系」（有斐閣、1996）216頁以下

これらの見解は、信託の基本的な性質について、制限物権的に捉えたり、特別な債権としたり、あるいは契約上の債権とは異なる特徴を与えたりすることにより、受託者の義務や受益権について、通常の債権とは異なる内容や解釈を加えていこうとするものである。このような考え方を採った場合、信託に関する諸問題の解決は、当事者自治主義を基盤とする契約自由の法理がそのまま適用されるのではなく、それ以外の法理による制限が加えられることになるはずである。

（4）分別説

最近の学説には、信託は、さまざまな目的で利用され、多種多様な機能を営んでいることを根拠に、その法的性質を統一的に説明することをあきらめ、その機能や種類に応じて、基本的な法的性質を分けて捉えていこうとする見解が増えている。信託には様々な種類があり、その用途も多様なので、それぞれの種類や用途をきちんと把握し、これに応じた解釈をする必要がある。分別説は、このことを指摘し、信託本質論から説明しようとするものである。代表的な学説としては以下のものがある。

（A）田中教授は、信託を信託財産の内容によって、「不動産信託」と「金銭信託」とに２分し、不動産信託については信託の登記がなされることから、信託財産に対する受託者の帰属度が弱く、受益権を物権的に捉える四宮説が妥当するが、金銭信託では、信託財産は受託者に帰属するので、債権説の方が適合するとしている[165)]。

（B）新井教授は、信託を、委託者自身が受益者となる「自益信託」と委託者と受益者とが異なる「他益信託」とに区分し、特定運用金銭信託、土地信託などに見られるような自益信託の場合は、信託財産の名義が受託者に移転しても、委託者からの支配離脱性が不十分であり、当事者の意識としても「契約」とし

164）樋口範雄「フィデューシャリー［信認］の時代―信託と契約」（有斐閣、1999）246頁以下

165）田中實「信託法入門」（有斐閣、1992）

ての側面が強いので、代理や委任制度に類似するものとして理解すべきであるが、公益信託のような他益信託は、信託財産に対する委託者の支配が及ばないので、法人に類似する制度として理解すべきであるとする[166)]。

（C）神田教授は、信託制度を「民事信託」と「商事信託」とに２分し、「委託者の意思」を必須の要素とする民事信託と異なり、商事信託の本質的な要素は、「何らかの商事性を有するアレンジメント」であり、信託目的も、「委託者の意思」ではなく、「マーケットの意思に従った、あるいはマーケットの意思に適合するアレンジメントの管理及び実行である」と理解すべきであるとする[167)]。

（D）能見教授は、信託を、「財産処分モデル」、「契約モデル」、「制度モデル」の３つに区分する。このうち、財産処分モデルとは、遺言信託や財産承継目的の生前信託など、適切な財産移転を目指して信託を活用する場合であり、「委託者の意思」が重視されるべき場合であるという。契約モデルは、委託者と受託者が交渉して信託目的や信託財産の管理処分を合意する場合であり、基本的には契約と同じように考えられる。これに対し、制度信託は、集合投資スキームや債権流動化スキームなどのように、信託によって１つの制度が作られる形態を指し、この場合は、委託者・受託者の意思は客観化・制度化されるので、法人類似の考え方を用いるのが適当であるとされる[168)]。

これらの分別説の特徴を、信託を契約に類似する性質を有するものとそうではないものとに分ける点である。そして、契約に類似する性質を有しない信託に関しては、委託者の意思は軽視されるべきものとし、別の理念に基づいて解釈しようとする。当事者自治主義に基づく信託と、当事者自治主義以外の原則に基づく信託の２種類が存在するということである。

166）新井「信託法第３版」（前掲注157）60頁以下
167）神田秀樹「商事信託の法理について」信託法研究22号（1998）49頁以下
168）能見義久「現代信託法」（有斐閣、2004）10頁以下

３．２．２　信託本質論の意義

信託本質論は、日本の私法体系の中における信託の位置付けを明確にし、その理解を深めることを主たる目的として論じられてきたものと思われる。しかし、今日では、信託は商事目的を中心に多方面で利用され、日本法上の特別な制度の１つであることは広く認識されている。また、信託法は平成19年に全面改正され、信託の内容、種類、受託者の権限・義務、受益権などに関して、これまで不明確だった多くの事項を法定している。したがって、現在では、「信託は、信託法が定めているとおりの法的性質を有した特別な制度である」と説明すれば十分であり、信託制度をわかりやすく説明するための信託本質論の役割はほぼ終わったといえる。

しかし、信託本質論は、信託法や信託行為の解釈・適用の指針としては、今日でも重要な役割を有している。信託法の各条文や当事者が設定した信託の条項を解釈したり、その効力を判断する上では、信託がいかなる法的性質を有している制度かを理解しておくことが必要だからである[169)]。この目的との関連において検討すべき信託の法的性質論は、信託法を支配する指導理念を当事者自治と考えるのか、すなわち、信託の種類や内容は当該信託を設定する者が原則として自由に決めることができると考えるのか（論述の便宜上、「契約自由法理適用説」と呼ぶ。）、それとも、それ以外の原理原則が信託の種類や内容を規制していると考えるのか（「非適用説」と呼ぶ。）という問題に特定される。

契約自由法理適用説と非適用説の基本的な考え方の違いは、特に、以下の２つの場面の解決に大きな影響を与える。

第１は、受託者の権限、義務、受益者の権利の内容その他信託に関して、受益者又は委託者と受託者の間に争いが生じたとき、どのような考え方で解決すべきかという問題である。紛争の対象となっている事項が、信託行為に定められているときや信託法に規定があるときは、これらの条項・規定を適用するこ

169）新井「信託法第２版」（有斐閣、2005）56頁は、「受益権の性質決定の実益論、もしくはその実践的必要性という側面から、この問題にアプローチすべきではないか」と示唆している。

とになるが、その解釈が争われることもある。また、信託行為にも信託法にも定めがない問題もあり得る。契約自由法理適用説に立った場合、裁判所は、このような紛争を契約解釈の一般原則に基づいて解決する。すなわち、原則として、当事者の合理的な意思を推測する方法で信託行為を解釈した上でこれを適用することとし、また、合理的な意思が確定できないときは、当事者の意思に最も適合すると思われる民法その他の関連法規の規定を類推適用するなどして、解決方法を決定する。これに対し、非適用説に立った場合は、当事者意思の探求という手法は採らず、会社法その他信託の指導理念に最も適合する法規の規定を適用又は類推適用し、あるいはその趣旨を類推して解決することになる。ただし、どちらの解釈手法を採った場合も、結論にそれほど大きな違いはない。契約自由法理適用説を採って、信託を設定した当事者（信託契約による信託の場合は委託者及び受託者、遺言信託及び自己信託宣言による信託の場合は委託者）の合理的な意思を推定する場合も、まず設定者が信託という制度を選んだということから、受託者の本質的な義務の内容（忠実義務など）が定まり、合理的意思解釈が限定されるからである。さらに、設定者が定めた信託目的も、信託行為の解釈に重大な影響を与える。たとえば、委託者が信託財産に強い独立性を与え、個々の受益者による干渉を制限する意図で信託を設定していることが信託目的から明らかな場合は、会社法その他団体法理に関する法規が定めているのと同じ規制を設ける意図があったと推定される。したがって、そのような場合は、結局、「設定者の意思に従った解釈はせず、法人法理を適用する」という説を採った場合と同じ結論になる。

第２は、信託行為において当事者が定めた事項の有効性の限界に関する問題である。信託法には、受託者の権限、義務、責任、信託事務などに関し、設定行為によって、法律の規定とは異なる定めができることを明記している条項がある[170)]。契約自由法理適用説によれば、信託行為を行う当事者（信託契約の場合は委託者と受託者、遺言信託及び自己信託の場合は委託者）は、これらの条項に定められた事項について信託行為において自由に別の定めをすることができる。また、それ以外の事項、すなわち、信託法が「信託行為で別段の定めがで

きる」旨を明記していない事項を信託行為に定めても構わないと解される。裁判所は、公序良俗に反する場合や強行法規違反の場合を除き、信託行為の条項をできるだけ有効と認めてそのとおりの法的効果を与えなければならない。これに対し、非適用説を採った場合、信託行為に定めることができる事項は、信託法を支配する特定の法理によって制限を受ける。たとえば、信託を法人と類

170）受託者の権限に関して信託法26条及び28条（信託事務処理の第三者への委託）、受託者の義務に関して、29条２項（善管注意義務の軽減）、31条３項、32条３項（利益相反行為をしたときの通知義務）、32条２項（受益者の承認による利益相反行為の禁止）、34条１項（分別管理義務）、35条４項（信託事務処理を第三者に委託した場合における選任監督義務）、37条３項（帳簿等の報告義務）、39条３項（他の受益者の氏名等の開示義務）、47条５項（検査役による報告があったときの通知義務）、受託者の費用等について、48条１項、２項、３項及び４項（受託者の費用償還、前払等を受ける権利）、49条２項及び３項（費用のための財産処分権等）、51条（費用償還等との同時履行）、53条１項（信託事務処理により受けた損害の賠償）、54条（信託報酬）、受託者の交代等について、56条１項、３項、５項（任務終了事由等）、57条１項（辞任）、58条３項（解任）、59条１項、３項、４項（任務終了の通知及び保管義務、引継ぎまでの権利義務）、60条１項（前受託者の相続人の通知義務）、受託者が複数の場合の特例に関し、80条４項、６項、７項（信託事務の処理方法）、82条１項（他の受託者への委託）、85条３項（受託者の責任等の特例）、86条４項（受託者変更の特例）、受益者の権利に関して、88条１項、２項（受益権の取得）、89条４項、５項（受託者の受益者指定権）、90条１項、２項（委託者の死亡時に受益権を取得する定めのある信託の特例）、93条２項（受益権の譲渡制限）、96条２項（受益権の質入制限）、104条11項、12項（受益権取得請求権に係る債務の履行責任、消滅）、受益者が複数の場合の特例について、105条１項、２項（受益者の意思決定方法）、信託管理人について、125条１項、２項（信託管理人の権限）、１30条１項、２項（事務処理の終了等）、信託監督人について、132条１項、２項（信託監督人の権限）、136条１項（事務処理の終了等）、受益者代理人について、139条１項、３項（権限）、143条１項（事務処理の終了）、委託者について、145条（委託者の権利等）、146条１項（委託者の地位の移転）、147条（遺言信託における委託者の相続人）、148条（委託者の死亡時に受益権を取得する定めのある信託の特例）、信託の変更等について、149条４項（信託の変更）、151条３項（信託の併合）、155条３項（吸収による信託分割）、159条３項（新規信託分割）、信託の終了に関し、164条３項（信託の終了）、信託の清算に関し、178条１項（清算受託者の権限）、183条１項（帰属権利者）、受益証券信託に関し、189条５項（受益原簿記載の基準日）、190条４項（原簿閲覧請求）、208条１項（受益証券不所持の申出）、210条１項（記名式受益証券と無記名式との間の転換）、214条１項（受益者複数の場合の意思決定方法）、限定責任信託に関して、222条５項（帳簿等の報告義務）など。

似する制度であるという前提に立った場合、信託行為は、会社の定款に類似するものとして、団体法的な規制の下に置かれる。したがって、信託法が特に認めているもの以外の事項を信託行為に定めるのは原則として許されないし、団体法的な指導理念に反する内容の定めは無効と解される。ただし、契約自由法理適用説の場合も、上記のとおり、当事者が信託という制度を選択した事実や当事者が定めた信託の目的が、信託行為の解釈を支配するので、信託制度や信託目的と矛盾する信託行為の条項は、裁判所により無効と解されたり、修正を受けたりする可能性がある。よって、両説の結論にそれほど大きな違いはないかもしれない。

以上のとおり、裁判所が信託行為の解釈や効力に関する問題を解決するに際し、契約自由法理適用説を採る場合と採らない場合とでは、その解決基準が異なっている。最終的な結論において違いが出てくる場面は限定的かもしれないが、裁判所の判断の根拠に関わるので、実務的には重要な問題である。

次に、上記３．２．１に整理した各学説と、上記の契約自由法理適用説、非適用説の関係を検討する。３．２．１（1）の債権説は、信託における受託者の義務や受益者の権利を契約上の債権債務関係と同様に理解するのであるから、当事者は信託の内容を自由に定めることができるとする考え方、つまり、契約自由法理適用説に結びつきやすい。他方、３．２．１（2）の四宮説及び（3）の折衷説は、信託の本質を契約法とは異なる法原則、たとえば、法人を支配する団体法理、物権関係を支配する法理、信認関係を支配する法理などに置こうとするものなので、当事者自治とは異なる原理原則に基づいて信託の内容や解釈を行うべしとする考え方、すなわち非適用説と融和しやすい。３．２．１（4）の分別説は、信託の中には、契約的なものによるべきものと、そうではないものの２種類があることを前提とし、一定の種類の信託については当事者の意思が軽視される。したがって、そのような種類の信託に関しては、四宮説や折衷説と同様、非適用説に融和的である[171)]。ただし、分別説の多くは、信託行為が定めている信託の目的に基づいて当該信託の性質を考慮し、契約法理によるべきか、それとも団体法理によるべきかなどを決めているので[172)]、信託を設

定した者の意思に従って信託行為を解釈するのと概ね同じ結論になると思われる。

３．２．３　信託の法的性質に関する私見

信託を法人類似の機関であるとする見解（四宮説）や様々な機能に応じて種類ごとにその本質を分別する考え方（分別説）は、実社会における信託の機能・役割を説明し、その目的を理解する上では有益である。しかし、信託にそのような機能があるからといって、会社法の規定や各種業法の条項など、信託法以外の法律の規定をむやみに適用したり類推したりする解釈方法を採っては、信託法の独自性を否定することに繋がりかねない。よって、私は、上記３．２．２で述べた契約自由法理適用説が正しいと考える。信託法や信託行為の解釈やその有効性の判断は、契約と同様、当事者自治の原則に基づいて、信託を設定した者の合理的意思解釈に従って行うべきであり、これを排除して他の法原則を用いるべきではない。この考え方を上記３．１．１の諸学説の分類に当てはめれば、私の立場は債権説ということになる。ただし、信託に適用する債権法を、当事者自治の原則に絞っている点において、従来の債権説とは若干違うかもしれない。

私が信託制度の理解の仕方に関して契約法理適用説を採る理由は次の３つである。

第１に、当事者が信託の内容を自由に定めることができると解した方が、他の特定の法理や法原則が信託を支配していると考えるよりも、信託制度の沿革及び現代における信託の機能に適合する。そもそも信託は、イギリスにおいて、衡平法（equity）に基づく義務（equitable obligations）として生まれた制度である[173)]。イギリス法には、各地方の慣習の均一化、統一化を図ったことにより

171）ただし、能見義久「現代信託法」（前掲注168）11頁は、団体法理に関する法律の条項が適用されるのは、信託行為に定められていない事項に限定している。

172）新井「信託法第３版」（前掲注157）60頁以下、前掲・能見義久「現代信託法」（前掲注168）11頁

形成されていった共通法であるコモンロー（common law）が存在したが、封建的な土地保有制度を基盤とするこの法制度には様々な欠陥があった。そこで、コモンローや封建的な税制その他の規制を避けるための慣行として生まれたユースという土地利用制度を、衡平の原則を根拠として国家が実質的に追認する形で、信託の制度が確立していった。このように、信託は元々、既存の法律制度の中では解決困難な問題に対処するため、法的な枠に捉われずに他人に財産管理を委ねる制度である。わが国の信託法も、このイギリス信託法を間接的に継受しているので、その性質を既存の特定の法制度と同じとするのは、この沿革上の信託の本質と矛盾する解釈である。また、信託制度は、債権法、物権法、会社法などの枠内に収まらない財産の管理や移転に利用することにその存在意義があり、他の法制度と同じ規制をしていては、信託の利用価値が損なわれる。信託は、会社法その他の法規による規制を受けず、当事者が自由にその内容を設定できる制度と考えるべきである。

第２に、信託の指導理念を当事者自治主義とする考え方は、信託法の条項に適合している。信託法２条は、信託を、信託契約、遺言及び自己信託の意思表示により、受託者に対して、一定の目的に従い信託財産の管理、処分その他の行為をすべき義務を課すことであると定義している（信託法２条１項及び２項）。したがって、信託の設定は、委託者の意思又は委託者と受託者の合意に従うべきものとされている。また、信託法には、受託者の権限、義務、責任、信託事務などに関し、設定行為によって、法律の規定とは異なる定めをすることができる旨を定めている条項が多い[174]。さらに、信託法92条は、「受益者による次に掲げる権利の行使は、信託行為の定めにより制限することができない」と規定し、受益者の権利のうち、信託行為の定めにより制限することができない26

173）John McGHee“Snell's Equity”（Sweet & Maxwell, 2004）pp.6-12、R.Hudson“Equity and Trust 4th ed.”（Cavendish Publishing）pp.15-17, P. H. Pettit“Equity and the Law of Trust 10th ed.”（Oxford University）pp.28-30, 信託の起源を紹介した日本の文献として、大野秀雄「ユースの起源とその発展」イギリス信託法原理の歴史的研究―F.W. メイトランドの所説を通じて（信託法研究15号、1991）75頁乃至92頁、拙稿「イギリスにおける信託制度の機能と目的」（前掲注２）217頁以下参照

の事項を列挙している。法解釈の一般原則に従えば、これらは限定列挙であり、その他の制限に関しては、信託行為において自由に行うことが可能と解される。これらの規定は、信託を当事者の意思により支配される制度と解した方が、そうではないと考えるよりもはるかに説明しやすい。信託法には、会社法その他の規定の準用規定や信託の種類ごとに異なる原則によるべき旨を定める規定は存在しない。

第３に、信託を法人その他の法制度に類似するものと捉えてこれに関する規制に基づいて当事者自治を制限する考え方は、英米その他諸外国における信託法と適合せず、日本の信託制度を国際信託として利用することが困難となるおそれがある。もちろん、信託制度は国によって異なる発展を遂げ、それぞれ独自の機能を有しているのだから、わが国の信託法の解釈や内容を他国の制度に合わせる必要はない。日本の信託法が独自性を有しているとしても、その内容を明らかにし、世界に広く知らしめさえすれば済むことである。しかし、その内容が不明確であったり、流動的であったりすると、法的安定性を欠く。特に、当事者が信託行為において定めた信託の目的、内容、条件が日本の会社法その他信託法以外の法規によって無効とされたり、変更されたりするようでは、国際的な取引において安心して利用することができない。

たとえば、イギリスの信託は、その種類、利用目的が日本以上に多彩だが[175]、信託の法的性質は、契約や会社とは異なる固有の制度であることを前提に統一的に理解されている[176]。そして、信託の条項は、設定者の意思に従って信託

174）前掲注170参照。全部で74箇所ある。なお、単純な比較はできないが、会社法の規定のうち、定款や意思表示などによる別段の定めを認める条項は、979条中に56箇所ある。

175）イギリスにおける信託の様々な利用方法について、前掲Thomas & Hudson“The Law of Trusts”（前掲注８）pp.47-52、拙稿「イギリスにおける信託制度の機能と活用」（前掲注２）228頁以下参照

176）Thomas & Hudson“The Law of Trusts”（前掲注８）pp.42-46、Pears & Stevens“The Law of Trust and Equitable Obligations 4th ed.（Oxford University Press）pp.111-120。イギリスにおける信託が債権的性質を有するものとするメイトランドの見解を紹介する日本の文献として、星野豊「債権説から見た信託法第31条」（信託198号、1999）59頁乃至65頁。

行為において定まるものとされ、信託法上の原則（すなわち、衡平法の原則）は、他の原理原則を根拠に排除したり、変更したりすることが許されない[177]。海外の委託者が自国の信託制度と同等のものであることを期待して日本法に準拠した信託を設定した場合、そのタイプに応じて信託法以外の法規による規制を受けたり、委託者の意思を無視して会社法等に従って解釈されたりすることになるとしたら、信託条項どおりの運用を期待していた関係者の期待を裏切るうえ、どのような規制がなされるのかの予測も立たなくなり、信託制度の安定性を著しく害する。

法的安定性に関する問題は、上記３．２．１（4）の分別説を採ったときに顕著に生ずる。これらの見解は、信託の用途の多様性を踏まえ、その用途に応じて異なる種類の制度と捉え、信託の種類に応じて適用法規を分けて解釈しようとする。よって、ある一定の種類に分類された信託は当事者の意思に従って解釈されるが、他の種類に分類された信託は信託法以外の法規や原則に従って、当事者の意思に反する解釈をされるおそれがある。これでは、当事者の予測可能性を損なう。また、信託の法的性質をその利用目的に応じて固定してしまうと、かえって、さまざまな用途に利用可能であるという信託の特質を殺ぐことにもなりかねない。信託が広く利用されるのは、柔軟性のある性質を有しているからである。

以上の理由で、日本の信託制度を国際的利用に耐える制度とするためにも、信託行為の内容に関して当事者が決めた事項は、公序良俗に反する場合を除き、できる限りそのとおりの効力を認めるべきである。

３．３　信託の法的性質と通則法７条及び８条の適用

３．３．１　信託本質論と国際私法の関係

上記３．２において信託の本質を検討したのは、信託の準拠法の決定基準として、通則法７条及び８条を用いるのが妥当かどうかを検証するためである（上

177）Earl of Oxford's Case（1615）1 Ch Rep 1;（1615）21 ER 485は、衡平法に基づく制度はコモンローに優先すべきことを明らかにした。

記３．１）。上記２で論じたとおり、通則法７条及び８条の趣旨は、「当事者自治主義に基づく制度においては当事者の意思を準拠法決定の基準とする」ということである（上記２．２．３及び２．２．４参照）。よって、信託の本質を当事者自治主義に基づく制度であると解する見解（すなわち、上記の契約自由法理適用説）に立った場合、その準拠法は、法律行為に関する通則法７条及び８条を適用して決定するべきである。これに対し、信託を、団体法理その他当事者自治以外の原則に基づく制度であると理解する考え方（上記の非適用説）を採った場合、そのような制度は通則法７条及び８条の趣旨になじまないので、通則法の中から、その制度趣旨に適合する別の規定を探し出して、準拠法決定基準とするべきである。たとえば、上記３．２．１（2）の実質的法主体性説は、信託を法人と類似する制度と理解するので、そのような信託の準拠法に関しても、わが国の国際私法における法人に関する準拠法と同じ基準で決定するのが合理的である。

ところで、国際私法の学説の中には、法人準拠法も、法律行為と同じ基準（すなわち、通則法７条及び８条）を適用して決定するべきであるとの見解がある[178)]。この見解によれば、信託準拠法は、信託を支配する法原則が当事者自治の原則であるか、団体自治の法理であるかにかかわらず、信託設定者の意思という基準に従って決定される。よって、上記３．２で述べた信託の本質論は、準拠法決定基準との関係上はさほど重要な意味を有しないことになる。このような見解が正しいのかどうかを考えるため、法人一般の準拠法決定規準について、以下に検討する。

３．３．２　法人の準拠法決定基準について

法人の設立要件、機関の種類、権限、責任、構成員の法人に対する権利・義務、組織変更、解散などの法人に関する諸問題は、単一の準拠法によって規律

178）法例研究会「法例の見直しに関する諸問題（3）―能力、法人、相続等の準拠法について―」別冊NBL 88号（2005）80頁

されることが望ましい。そこで学説は、これらを規律する単一法を法人の従属法と呼び、その決定基準について論じている。代表的な学説としては、法人が設立の際に依拠した法を法人の従属法と考える立場（設立準拠法説）と、法人の本拠地が存在する地の法によると考える立場（本拠地法説）とがあり、設立準拠法説が通説とされている[179)]。

通則法は、法人の準拠法に関して特別な規定を設けていない。法制審議会では、設立準拠法説の考え方に基づいた規定を通則法に設けることが検討されたが、法人に関する諸事項のうちのいずれの事項が従属法によって規律されるのかについて学説において十分な議論がされておらず、適切に条文化することが困難であること、取引実務上も条文化のニーズはそれほど高くないこと、諸外国における立法の動向も流動的であることなどを勘案し、特に規定を設けないことにした[180)]。この経緯によれば、立法担当者は、法人の従属法に関して、法律行為の成立と効力に関する通則法７条及び８条を適用することを考えていたわけではなく、設立準拠法説を基本とし、今後、学説において議論が深まることを期待していたものと思われる。

本拠地法説は、法人の本拠地が法人と最も密接な関係に立つ地であるから、法人はこの本拠地法によって法人格を付与されなければならないとする。この考え方によれば、法人は必ず本拠地の所在する国の法に従って設立されなければならない。つまり、法人の設立準拠法がその本拠地法に限定される。外国法人には、デラウェア会社やリヒテンシュタイン会社のように、その営業拠点とは異なる地の法に準拠している会社が少なくないが、本拠地法説によると、そ

179）木棚照一＝松岡博＝渡辺惺之「国際私法概論（第５版）」（有斐閣、2007）118頁、江川英文「国際私法（17版）」（有斐閣、1988）168頁、澤木＝道垣内（前掲注77）158頁、溜池良夫「国際私法講義（第３版）」（前掲注81）284頁、山田「国際私法第３版」（前掲注75）228頁、神前禎「法人の従属法」国際私法判例百選新法対応補正版（別冊ジュリスト第185号）42頁。なお、判例は、どちらの説によるかを明らかにしていない（最高裁昭和50年７月15日判決（民集29巻６号1061頁、金法767号32頁）、東京地裁平成４年１月28日判決（判例時報1437号122頁））。

180）小出（前掲注７）158頁

のような会社は本拠地法を回避して設立されたものと解され、法人格が認められない。これに対し、設立準拠法説によれば、原則として、設立者は、法人の本拠地（業務統括地又は営業中心地）以外の地を設立地に選択して法人を設立することができる。要するに、本拠地法説は本拠地法を設立準拠法とする説、設立準拠法説は設立者が選定した法を設立準拠法とする説であり、両説の違いは、法人の本拠地以外の地の法を法人の設立準拠法とすることができるかどうかという点だけと考えられる。したがって、日本の国際私法がどちらの立場を採っているかは、日本法が、本拠地以外の地の法に準拠して設立された法人の存在を許容しているかどうかの問題に尽きる。私は、以下の理由により、本拠地法を準拠法としていない全ての法人の存在を日本法が否定しているとは考えられないので、設立準拠法説が正しいと考える。第１に、日本の会社法は、外国会社を「外国の法令に準拠して設立された法人その他の外国の団体」と定義し（会社法２条２号）、また、日本において活動しようとする外国会社の必要的登記事項として「外国会社の設立の準拠法」を真先に挙げている（同法933条２項１号）。会社の本拠地は、外国会社の定義において言及されていないし、登記事項や定款記載事項にも含まれていない。これらの規定によれば、会社法は、外国会社の能力その他外国会社に関する事項を判断する上で、会社の本拠地のいかんを問わず、その設立準拠法を基準としていると考えられる[181)]。第２に、会社法821条は、「日本に本店を置き、又は日本において事業を行うことを主たる目的とする外国会社は、日本において取引を継続することができない。」と定め、日本で活動する会社は必ず日本法に準拠して設立すべきこととしている。日本で活動する会社が外国の会社法を設立準拠法に選択する方法で日本の会社法による規制を回避することを許さない趣旨である[182)]。同条は、会社がその本拠地以外の法を準拠法として設立される場合があることを前提として、初め

181）江頭憲治郎「株式会社法」（有斐閣、2006）865頁、神田秀樹「会社法第９版」（弘文堂、2007）335頁は、日本の会社法は設立準拠法説と採っているとしている。

182）江頭憲治郎「株式会社法」（前掲注181）865頁、相澤哲編著「一問一答新会社法」（商事法務、2005）239頁

て存在意義のある規定である。会社の従属法について本拠地法説を採った場合、「日本において事業を行うことを主たる目的とする」会社の設立準拠法は必ず日本法でなければならず、そうでない場合は法人格が認められないので、会社法821条は不要となる。しかも、本拠地法説は、821条の適用範囲を超えて、日本国外で活動する会社が日本法その他本拠地以外の法律を準拠法とする場合は常に法人格を否定する。このような形で、国際私法が、会社法821条が禁じていない準拠法選択の自由についてまで制約を課すのは、行き過ぎと思われる。第３に、一般に、日本で活動する外国会社の法人格が裁判所によって否定されるかどうかは、当該外国会社と取引をする者にとって予測が困難であり、債権者等の利益を害するおそれがある。会社法821条２項は、この問題に配慮し、同条違反の場合でも会社の法人格までは否定せず、取引の継続だけを禁ずると共に、そのような外国会社を代表して取引をした者に対して、会社と連帯して、取引によって生じた債務を弁済する責任を負わせることとし、取引相手の保護を図っている[183)]。本拠地法説を採った場合は、会社法821条による配慮が無視される上、同条の適用がない場合にまで、外国会社の設立準拠法と本拠地法とが異なるという第三者に予測困難な事情を理由に法人格が否定されるので、取引の安全を著しく害する。よって、国際私法が取引相手保護のための特別な制度を設けていない以上、本拠地法説を採るべきではない。

３．３．３　法人の準拠法決定基準と通則法７条及び８条

以上の理由により、法人の従属法について設立準拠法説を採るべきであるが、この見解によった場合、法人の設立準拠法は、原則として法人を設立する者が選択できることから、法例７条と融和的であり、法人の準拠法決定基準として同条を適用できると解することもできる[184)]。よって、この見解によれば、通則法７条及び８条の「法律行為」に法人の設立行為も含まれることになりそうである。しかし、私は、以下の理由でこの見解には反対である。

183）相澤哲編著「一問一答新会社法」（前掲注182）240頁

第１に、日本の会社法は、法人の設立準拠法を設立者が自由に選択することを容認しているわけではない（上記３．３．２参照）。すなわち、会社法２条２項及び821条によれば、日本国内に本店を有する会社を日本で設立しようとする場合、外国法に準拠する会社を設立するのは不可能であるし、日本において事業を行うことを主たる目的とする会社を外国法に準拠して設立した場合、その活動を継続することができない。結局、日本を本拠地とする会社の設立準拠法は必ず日本法でなければならない。準拠法選択の自由に対してこのように定型的で広範囲な規制が加えられているにかかわらず、準拠法決定基準を当事者の意思に求めるのは、かなり不自然な解釈である。第２に、法人の定款その他の設立根拠書類において設立準拠法の定めがない場合、通則法８条を適用して従属法を定めるのは妥当とはいえない。法人は、特定の国においてその設立が認められている以上、かならず特定の法律に準拠している。日本の会社法上の株式会社、合名会社、合資会社、合同会社に関して、それらの設立準拠法は定款の記載事項ではないし、登記事項でもないが、これは、日本で会社を設立する以上、それらの設立準拠法が日本法であることはあまりにも当然だからである。仮に設立者が日本法以外の法律に準拠する旨の黙示の意思を有していたとしても、また、その会社が日本以外の国と最も密接に関係していたとしても、裁判所がそれらを根拠として日本法以外の法を設立準拠法と認定することは、会社法の解釈上、許されない。また、外国会社の設立準拠法に関して、仮にその会社がどこかの国で登記、登録、公証、届出等がされているとしたら、たとえ準拠法が明示されていなくても、その国の法に基づいて特定の準拠法が決定されているはずであるから、日本の国際私法がこれを無視して、設立者の意思推定や最密接関係地などの基準を用いて準拠法を定めるのは妥当とはいえない。

184）法例研究会「法例の見直しに関する諸問題（3）―能力、法人、相続等の準拠法について―」（前掲注178）80頁、岡本善八「外国会社に関する諸問題―我が国法上の地位―」同志社法学15号（1952）73頁、同「外国会社法における取引保護」私法９号（1953）119頁以下

したがって、法人の準拠法決定基準として通則法７条及び８条を適用するのは不適当である。通則法には、「法人の従属法」に類推適用できそうな規定が見当たらないのは、立法担当者があえて明文の規定を避けて、学説の解釈に委ねたためである（上記３．２．２参照）。この立法趣旨に鑑みても、設立者の意思に関する無理な擬制をして７条及び８条の適用や類推を試みるよりも、通則法に規定がないことを正面から認め、「法人の従属法はその設立準拠法である」旨の解釈論を端的に示した方が合理的である。

３．３．４　法人の準拠法決定基準と信託準拠法

信託の本質に関して、上記３．２．１（2）の実質的法主体性説を採ったとしたら、信託の準拠法は法人の準拠法と同一の基準で決定するのが合理的である。また、上記３．２．１（4）の分解説を採った場合も、一定の種類の信託を法人類似の制度と理解する以上、それらの準拠法は法人と同一の基準によるべきことになる。すなわち、信託準拠法は、信託の設定準拠法によるべしということである。しかし、このような考え方によると、以下のような不都合な結果を生ずる。第１に、信託を法人類似の制度と理解する以上、信託の準拠法の自由な選択も法人の設立準拠法の選択自由に対する会社法上の規制と同等の制約を受けることになるはずである。すなわち、受託者が信託事務などの主たる活動を日本で行う場合に外国の信託法を準拠法に選択する行為は、日本の信託法による規制を免れる恐れがあるので、会社法821条を類推して許されないと解すべきことになる。しかし、このような形で準拠法選択の自由を制限するのは、信託の国際的な利用を阻害し、合理的とは思われない。ハーグ信託条約やイギリスの抵触法も、信託の所在地によって信託準拠法の選択を制限する考え方を採っていない[185)]。第２に、この考え方によれば、信託準拠法が明示的に指定されていない場合は、会社法の規定の趣旨に従って、信託設定者の黙示の

185）ハーグ信託条約６条、Dicey and Morris（前掲注８）p.1309、Attorney-General v Campbell（1872）LR 5HL 524、Mayor of Canterbury v Wyburn [1895] AC 89（PC）. 上記１．２参照。

意思がどうであったかとか、信託と最も密接に関係する地がどこであるかなどにかかわらず、信託の本拠地、すなわち、受託者が主として信託事務を行う地の法をその準拠法とすべきことになる。しかし、信託には、委託者や受益者の住所、常居所、本拠地、信託財産所在地など様々な重要な要素があるのに、これらを無視して信託事務管理地のみを基準とすることに、合理的な根拠があるとは思えない。そのような画一的な基準は、英米の信託国際私法においても採られていない（上記１．２参照）。よって、信託の国際的な利用を阻害する要因ともなり得る。

このように、信託の本質を法人類似の組織体と解して会社法等の規定を類推適用しようとする見解は、準拠法の決定基準という観点からも、その具体的な適用において合理的な結論を導きがたいので、これを採るべきではない。

４　通則法７条及び８条による信託準拠法決定に関わる諸問題

４．１　通則法７条の適用（当事者の指定）について

通則法７条が信託に適用される結果として、信託を設定した当事者が信託行為を行うときに準拠法を指定しているときは、信託の成立及び効力の問題は、設定者が選択した法に従うことになる[186)]。

通則法７条による準拠法の決定に関しては、(i) 信託の準拠法を指定する主体は誰なのか（委託者による単独指定か、それとも委託者・受託者の合意による指定か）、(ii) 信託設定者が信託行為において準拠法を明示していない場合、裁判所は設定者の黙示の意思を認定できるのか、(iii) 信託設定者は、信託に関する問題のうちの一部の準拠法と他の部分の準拠法を分割指定することがで

186）これは、山田鐐一「国際私法第３版」（前掲注75）326頁他の通説と同じ結論である。なお、受益者を一般消費者としている商事信託に関しては、通則法11条の特例が適用される。すなわち、設定者が選択した国の法律に従った場合に、消費者である受益者が自分の住居地における強行規定を適用すべきことを設定者や受託者に表示したとき、当該強行法規は適用される。

きるのかといった問題がある。以下に、これらの３つの問題を順次に検討する。

４．１．１　委託者による単独指定か、委託者・受託者による共同指定か

(1) 学説

通則法７条は、「法律行為の成立及び効力の準拠法は当事者が選択した地の法による」としているが、信託の場合、この準拠法選択主体である「当事者」が委託者を指すのか、それとも委託者・受託者の双方を指すのかについて学説の対立がある[187)]。ここでは、前者を単独指定説と呼び、後者を共同指定説と呼ぶ。

単独指定説は、(i) 委託者による財産の処分が信託の中心であること、及び (ii) 英米その他多くの国の法制度上、信託は委託者の単独行為によって設定されることを根拠に、日本の国際私法における信託も委託者の単独行為であると解し、委託者が設定した法が信託準拠法であるとする見解である[188)]。ただし、このうちの (i) の「委託者による財産の処分が信託の中心である」という言い分にはあまり説得力がない。信託法２条１項が受託者の義務を中心に信託を定義していることに鑑みれば、信託の中心は受託者の財産の管理、処分その他の行為であるともいえるからである。単独指定説の実質的な根拠は、(ii) の方であろう。すなわち、英米など他国に準拠する信託は、多くの場合、委託者が単独で設定し、準拠法の指定は委託者だけで行っているのに、日本の裁判所がその準拠法を決定する際に、委託者と受託者との間に準拠法の合意があるか否かを基準とするのは、信託設定の実態に反し、不都合な結果を生むのではないかと懸念される点にあると思われる。

この単独指定説に対し、共同指定説は、(i) 当事者間の合意が信託なのかそれ以外の契約なのかは、特定の準拠法を適用して初めてわかることであり、最初から信託と契約とを区別して、信託なら単独指定の準拠法、契約なら共同指定の準拠法というように準拠法を分けるのは困難である、また、(ii) 実際に我

187）法例研究会「法例の見直しに関する諸問題（4）」（前掲注71）40頁
188）澤木＝道垣内（前掲注77）217頁

が国で問題となる信託のほとんどは契約に基づいて設定されているのに、契約と異なる扱いをする理由に乏しいなどと批判している。

(2) 単位法律関係の法性決定の方法と単独指定説・共同指定説の関係

たしかに、日本の信託法４条１項は、信託契約によって設定される信託については、「委託者となるべき者と受託者となるべき者との信託契約の締結によってその効力を生ずる」と規定し、信託財産の移転がなくても合意だけで信託が成立すること、及び委託者と受託者との間で合意が成立しないかぎり、信託契約が効力を生じないことを明らかにしている。このような明文規定があり、かつこれに基づいて信託実務が運用されている以上、信託を設定する行為が契約であることは日本の信託法の解釈上疑問の余地がなく、これを単独行為と呼ぶことはできない。よって、単独指定説は、日本の国際私法における準拠法決定の単位である法律関係（単位法律関係）の法的性質を決定する基準としての「信託」と日本の信託法における「信託」とが異なる法的概念であること、つまり、日本の国際私法は、その適用に当たって、日本の実質法とは異なる法的概念を設定して用いることができるとの見解に立つことを前提としていると考えるべきである。国際私法上、このような見解のことを単位法律関係の法性決定における「国際私法自体説」という[189]。

したがって、単独指定説の適否は、国際私法自体説が正しいかどうかという問題と関係している。私は、日本の国際私法上の準拠法決定基準である単位法律関係の法的性質は、日本の実質法（国際私法以外の国内法）に従って判断すべきであるとの考え方（法廷地法説）を採り、国際私法自体説には反対である。その根拠は別稿（「国際信託に関わる法律問題の準拠法決定基準」（慶應法学11号）

189）池原季雄「国際私法総論」（有斐閣、1973）112頁以下、山田「国際私法第３版」（前掲注75）50頁、澤木＝道垣内（前掲注77）22頁、木棚照一＝松岡博＝渡辺惺之「国際私法概論（第５版）」（前掲注179）35頁。各学説について、櫻田嘉章「国際私法判例百選（新法対応補正版）」５頁、神前禎＝早川吉尚＝元永和彦「国際私法第２版」（有斐閣、2006）34頁など。

1．2）で詳述するが、国内実質法以外には現に適当な基準が存在しないし、これから設定するのも困難であること、国内法以外の基準を用いると法性決定手続きが複雑化すること、日本の国際私法による実質法創設機能が阻害されるおそれがあることなどが主な理由である。法廷地法説によれば、国際私法における「信託行為」は、日本の信託法における信託概念に従って一種の契約と解される。よって、通則法７条の「当事者」は、信託契約の当事者である委託者及び受託者を意味し、準拠法の指定は両者が共同で行うべきことになる。このように、単位法律関係の法性決定に関して「法廷地法説」を採ることを前提とすれば、信託準拠法を指定する当事者に関して「単独指定説」は採り得ない。

(3) 単独指定説と共同指定説の実質的な相違

単位法律関係の法性決定の方法について「国際私法自体説」を採った場合は単独指定説を採ることが可能となる。しかし、国際私法自体説は、直ちに単独指定説に結びつくわけではない。日本の国際私法が、国内法に存在する法的概念について、日本の実質法における解釈と異なる概念をわざわざ創設しようとする以上、そのような概念を用いるだけの合理的な理由が認められなければならないからである。上記のとおり、単独指定説は、日本の裁判所がその準拠法を決定しようとするとき、委託者の単独行為によって設定されている英米法上の信託などについてまで、委託者と受託者との間で準拠法の合意がない限り準拠法指定を認めないとすると、実務的に現実と乖離した不都合な状況が生ずることをその実質的な根拠とする見解である。しかし、どのような場合に不都合が生ずるのかについて、具体例を示していない。そこで、単独指定説の妥当性を検討するために、信託に関する請求が争点となっている典型的な訴訟を想定し、委託者が信託準拠法としてイギリス法を選択している場合と日本法を選択している場合とを比較し、本当に不都合な結果が生ずるかどうかを検証してみることにする。

（A）受益者の受託者に対する受益権又は受益債権に基づく請求

受益者が受託者に対し、信託行為に定める収益や信託財産の給付請求や受託者の忠実義務違反の責任追及をする場合の訴訟物は、すべて信託に基づく請求権なので、これらに関する訴訟を日本の裁判所に提起した原告（受益者）は、請求原因として信託の成立を主張するはずである。日本の裁判所は、この請求の当否を判断する前提として信託準拠法を決定しなければならない。ここで、請求原因において、信託が契約によって設定されたことが主張されており、かつ当該信託を設定した委託者が信託準拠法として日本法を指定したことが証明された場合とイギリス法を指定したことが証明された場合とに分けて、裁判所は、単独指定説、共同指定説それぞれを採った場合に、どのようにして準拠法を決定し、請求原因を認定するかを考えてみる。

(i) 委託者が信託準拠法として日本法を指定していた場合

単独指定説を採った場合、裁判所は、委託者が指定している法である日本法を信託準拠法と決定し、信託法４条１項に基づいて信託が成立したかどうかを判断する。すなわち、委託者と受託者との間で、信託契約の合意が存在する場合は信託の成立を認定し、合意が認められない場合は、信託不成立と認定する。

共同指定説によった場合、裁判所は、受託者が信託準拠法を日本法とすることについて合意していたかどうかをまず判断する。合意していたと認定できるときは、日本法を信託準拠法と決定し、信託法４条１項に基づいて信託の成否を認定する。受託者が準拠法に合意していたと認定できない場合、信託準拠法は通則法８条によって決定される。通則法８条を適用した結果として、信託準拠法が日本法となった場合は、信託法４条１項に基づいて信託の成否を認定する。信託準拠法がイギリス法となった場合は、当該信託が成立したかどうかは、イギリスの信託法に従って判断されることになる。

イギリスにおける任意の生前信託は、委託者が信託設定の意思を表示して、

190）P. H. Pettit “Equity and the Law of Trust 10th ed.”（Oxford University）pp.44-56

信託財産を受託者に移転すること、または自己を受託者とする信託の設定を宣言することによって成立し、委託者と受託者との信託契約は信託成立要件ではない[190]。委託者と受託者との間で信託の設定に関する合意があったとしても、信託財産の完全な移転がなされていない場合は、信託設定契約という、信託とは別個の合意が存在するに過ぎない[191]。よって、裁判所は、訴訟における当事者の主張や証拠から、「委託者が信託設定の意思表示をした事実」や「委託者が信託財産を受託者に移転した事実」の有無を判断し、これらが認められる場合は信託の成立を認定し、認められない場合は信託不成立と認定する。

上記の分析の結果、単独指定説と共同指定説との相違が生ずる可能性があるのは、委託者による日本法指定を受託者が合意したと認められず、かつ通則法８条の最密接関係地がイギリスの場合である。この場合、共同指定説によれば、信託準拠法がイギリス法に決定され、（a）委託者と受託者の間に信託契約が存在するにかかわらず、委託者から受託者への財産移転が認められないことを理由として信託が不成立となる可能性や（b）委託者と受託者との間に信託契約が存在しないにかかわらず、委託者から受託者に財産移転がなされていることを理由として信託の成立が認定される可能性が出てくる。ただし、（a）の事態は、実務的にはほとんどあり得ない。信託準拠法は信託の重要な内容を成しているので、準拠法の合意が認定されていないのにかかわらず、信託契約の締結が認定できるのは、特殊な場合に限られるからである。そもそも、受益者の受託者に対する請求は、受託者の信託財産の管理行為が始まっていることが前提のはずなので、信託財産の移転がない場合は、たとえ信託の成立が認定されても、受託者に対する義務履行請求や義務違反に基づく請求が認められる可能性

191）Underhill & Hayton Law of Trusts and Trustees（前掲注８）p.181, Re Anstis（1886）31 Ch D 596. かつてはイギリスにも、信託を契約の一形態と捉える学説があったが（F. Pollock, Principle of Contract,（1911）pp.220）、判例法は受け入れなかった（冨田仁「信託の構造と信託契約」（酒井書店、2006）142頁以下参照）。なお、アメリカでも、信託と契約を区別する見解が判例通説である（樋口範雄「信託と契約」（信託法研究21号、1997）57頁乃至88頁参照）。

はないと思われる。(b) の事態はあり得るが、たとえ委託者の一方的な行為によって信託の成立が認められたとしても、被告が受託者となることに合意していない以上、原告（受益者）の被告に対する請求が認められることはない。イギリス法上も、受託者が信託上の義務を負担するのは、受託者になることを引き受けた後に限られるからである[192]。信託準拠法は、受託者の義務の内容を決定し、支配する法規なので、これに合意しない者が受託者となることを引き受けることは通常あり得ない。結局、委託者の日本法指定に反してイギリス法が準拠法と決定されたとしても、訴訟において原告（受益者）の請求が認められる可能性があるかという観点から検討すれば、最終的な結論はほとんど変わらないことになる。

(ii) 委託者が信託準拠法としてイギリス法を指定していた場合

単独指定説を採った場合、裁判所は、委託者が指定している法であるイギリス法を信託準拠法と決定し、「委託者が信託設定の意思表示をした事実」や「委託者が信託財産を受託者に移転した事実」が認められるかどうかによって、信託の成否を判断する。

共同指定説によった場合、裁判所は、信託準拠法をイギリス法とすることについて被告（受託者）が合意していたかどうかをまず判断する。合意していたと認定できるときは、イギリス法を信託準拠法と決定する。被告が準拠法に合意していたと認定できない場合、信託準拠法は通則法８条によって決定される。通則法８条を適用した結果として、信託準拠法が日本法となった場合は、信託法４条１項に基づいて、委託者と受託者の間に信託契約が存在するかどうかを認定して、信託の成否を判断する。

単独指定説と共同指定説との相違が生ずるのは、委託者によるイギリス法指定を被告（受託者）が合意したと認められず、かつ通則法８条の最密接関係地が日本の場合である。この場合、共同指定説によれば、信託準拠法が日本法に

192）Milroy v Lord（1862）4 De GF&J 264、Richards v Delbridge（1874）LR 18 Eq 11

決定され、(a) 委託者から受託者に財産移転がなされていないにかかわらず、委託者と受託者との間に信託契約があることを理由として信託の成立が認定される可能性や (b) 委託者から受託者への財産移転が認められるにかかわらず、委託者と受託者の間に信託契約がないことを理由として信託が不成立となる可能性が出てくる。ただし、(a) の事態、つまり、準拠法の合意が認定できないのに、信託契約の締結が認定されることは、実務的にはほとんどあり得ないし、そもそも、受益者の受託者に対する信託財産の移転がない場合は、たとえ信託の成立が認定されても、受託者に対する義務履行請求や義務違反に基づく請求が認められる可能性はない。(b) の事態があったとしても、被告が受託者となることに合意していない以上、原告（受益者）の被告に対する請求が認められることはない。結局、委託者のイギリス法指定に反して日本法が準拠法と決定されたとしても、訴訟における裁判所の最終的な判断を検討すれば、単独指定説を採った場合と共同指定説を採った場合との間に、ほとんど違いがない。

（B）受託者が委託者に対して信託設定契約に基づいて信託財産の引渡しを請求する場合

委託者が受託者と信託契約を締結したに関わらず、受託者に対する信託財産の引渡しを怠った場合、受託者は、受益者のために、委託者に対し信託契約の履行、すなわち信託契約に基づく信託財産移転請求をすることになる。日本の裁判所においてこの請求に関する訴訟が提起された場合、原告（受託者）は、請求原因として信託契約の成立を主張する。信託契約に基づく信託財産移転請求権の法的性質は、その準拠法が日本法である場合とイギリス法である場合とで異なっている。

イギリス法上の信託は信託を設定する契約とは別個の法概念とされている。よって、受託者は、イギリス法上、「信託に基づく請求」をしているのではなく、「信託を設定することを目的とする契約に基づく請求」をしていることになる[193)]。この訴訟がイギリスで提起された場合、イギリスの裁判所は信託に関する基準（ハーグ信託条約及び信託承認法）ではなく、契約の準拠法決定基準で

あるローマ条約を用いて準拠法を定める。しかし、受託者の委託者に対する信託財産移転請求は、日本法上は、信託法４条１項に基づいて成立した信託契約上の請求なので、信託法上の問題となる。よって、日本の裁判所は、当該請求権の法的性質は信託であるとして、信託の準拠法を決定することになる。

上記事件の場合において、信託準拠法の決定基準として単独指定説を採った場合と共同指定説を採った場合とで結論に違いが生ずるであろうかどうかを検討するため、ここでも、委託者が信託準拠法として日本法を指定したことが証明された場合とイギリス法を指定したことが証明された場合とに分けて、裁判所がどのような判断をするか考えてみる。

(i) 委託者が信託準拠法として日本法を指定していた場合

原告が、信託準拠法として日本法が指定されていると主張し、信託成立の請求原因として信託契約を掲げている場合を想定してみる。単独指定説によった場合、裁判所はまず、委託者が日本法を選択する旨の意思表示をしている事実に基づいて、準拠法を日本法と決定する。その上で、日本法上の信託が成立しているかどうかを判断するために、信託契約が成立しているかどうかを認定する。

これに対し、共同指定説に立った場合は、まず準拠法決定のために委託者と受託者との間において日本法を準拠法とする旨の合意が成立していたかどうかを認定する。合意があったと認定されたときは、通則法７条により日本法が準拠法に決定され、受託者が日本法を準拠法とすることに同意していたと認定できないときは、通則法８条によって準拠法が決定される。通則法８条を適用した結果として、日本法が準拠法に決定された場合は、単独指定説を採った場合と同じ結論となる。しかし、共同指定説の場合、通則法８条を適用した結果として、信託契約の準拠法がイギリス法に決定されることもあり得る。この場合は、当事者の請求の可否は、イギリス契約法上の信託を設定する旨の契約が成

193）前掲注191

立していたか否かという法律問題となる。イギリス法における契約の成立要素は、当事者間の合意の成立、約因及び法的拘束力を生じさせる意思の３つである。よって、原告は、これらの要素を主張立証しなければならない[194]。しかし、この判断をする裁判所は、すでに当事者間には準拠法に関する合意が成立していなかったことを認定しているのだから、信託設定に関する当事者間の合意の成立が認められることはほとんど考えられない。契約の準拠法は、契約の性質や義務の内容を規定する重要な事項なので、その合意をせずに契約だけを成立させるのは、よほど例外的な場合にしかあり得ないからである。この結論は「契約準拠法を合意しない当事者間に契約が成立しているのか」という経験則に基づく事実認定の問題なので、準拠法がイギリス法であっても変わりがない。つまり、委託者が選択した準拠法に受託者が同意していない場合、単独指定説を採ろうが、共同指定説を採ろうが、信託の合意が成立していたかどうかという事実認定をする段階では、準拠法の合意がない以上、信託契約が成立していないと認定されることになる。よって、最終的な結論には違いが生じない。

(ii) 委託者が信託準拠法としてイギリス法を指定していた場合

証拠上、委託者がイギリス法を指定した事実が認定できる場合、単独指定説によれば、当事者の主張にかかわらず、準拠法は、契約の一方当事者である委託者が準拠法の選択の意思表示をしていたかどうかを基準に判断する。そして、委託者がイギリス法を選択している以上、受託者がこれに同意していたか否かにかかわらず、イギリス法を適用する。その結果として、信託契約に基づく請求の法的性質は、「信託を設定することを目的とする契約に基づく請求」であると認定されることになり、そのような契約が委託者となろうとしていた者と受託者となろうとしていた者との間で成立していたかどうかが判断される。イギリス法上、契約の成立要素は合意、約因及び法的効力を生じさせる意思の３つであるから、信託設定契約について、これらの要素の存在が認められないか

194）Joffreys v Joffreys（1841）Cr & Ph 138

ぎり、裁判所はその法的拘束力を認めない。

他方、共同指定説に立った場合、裁判所は、委託者と受託者の間に準拠法の合意があるかどうかを判断し、合意が認められる場合に準拠法をイギリス法とし、認められない場合は通則法８条によって準拠法を決定する。通則法８条を適用した結果として日本法と判断された場合は、信託法４条１項に基づいて信託契約の成否が判断され、イギリス法に決定された場合は、イギリス契約法に基づいて信託設定契約の成否が認定されることになる。しかし、いずれの場合にせよ、契約の準拠法について合意が存在しない以上、当該契約自体も成立していないと認定されるであろうことは、上記（i）の場合と同様である。結局、単独指定説、共同指定説のいずれによったとしても、準拠法の合意がないときは信託契約の成立は認められないことになり、実質的な差異は生じない。

以上の（A）(i) 及び同 (ii)、（B）(i) 及び同 (ii) のいずれの場合も、その最終的な結論まで考慮して検討すれば、裁判所が、単独指定説、共同指定説のいずれを採ったとしても実質的な違いはないので、通則法７条の適用に関して共同指定説を採ることにより特に不都合は生じない。そうであるとすれば、日本の信託法に融合しない解釈をしてまでも単独指定説を採るべき理由は特に見当たらない。よって、共同指定説が妥当である。

(4) 遺言信託及び自己信託宣言による信託と信託準拠法の指定

共同指定説の中には、信託契約によって設定された信託だけでなく、遺言や自己信託宣言による場合でも受託者の準拠法指定の意思を問題とすべきであるとの見解も存在する[195)]。しかし、信託契約、遺言、自己信託宣言という信託行為の方式の違いは、その外形上客観的に明らかであり、準拠法を決定した後でなければ判断できない問題というわけではない。また、遺言信託や自己信託は、日本の信託法上も委託者の意思だけで設定可能としているのに、受託者意

195）法例研究会「法例の見直しに関する諸問題（4）」（前掲注71）40頁

思を理由として、委託者が指定した準拠法を制限するのは合理的といえない。よって、共同指定説が妥当するのは、訴訟当事者が遺言信託及び委託者自身を受託者とする信託宣言による信託以外の信託を主張している場合に限るべきである。結局、信託の準拠法は、信託行為をした当事者が信託行為の当時に選択した法によるべきであるということである。すなわち、信託行為が信託契約の場合は、委託者と受託者の共同指定、遺言や信託宣言の場合は委託者の単独指定ということになる。このいずれの信託行為の問題であるかは、訴訟において信託に基づく請求をしている当事者が主張している請求原因事実を見れば明らである。すなわち、原告が信託契約によって成立した信託を根拠とする主張をしているときは、当該信託の準拠法について委託者と受託者が合意しているかどうかを判断し、遺言信託や自己信託宣言による信託に基づく主張をしているときは、委託者の単独指定の有無を判断すればよい。なお、日本の信託法は、(i) 信託契約による信託、(ii) 遺言信託及び (iii) 信託宣言による信託の３種類だけしか認めていないので、当事者が主張している信託が (ii) にも (iii) にも明らかに当たらない場合は (i) の主張をしているものと推定し、委託者と受託者が準拠法の共同指定をしているか否かに基づいて準拠法を決定するべきである。

４．１．２　黙示による信託準拠法の指定

(1) 明示の指定と黙示の指定

信託の設定は、口頭によって行われることもある。たとえば、英米の信託の場合は、原則として、委託者が口頭で受益者のために信託を設定する旨の意思表示をして財産を移転すること[196)]、日本の信託の場合は委託者及び受託者の間の口頭による信託契約の合意をすること（信託法２条２項１号、４条１項）により信託は設定することができる。しかし、多くの場合、信託を設定する行為は、書簡、契約書、誓約書、遺言書などの書面によって行われる。日本におけ

196）Paul v Constance [1977] 1 WLR 527

る信託設定は、信託契約の場合は信託契約書、遺言信託の場合は遺言書、自己信託の場合は意思表示を記載した公正証書その他の書面又は電磁的記録において行われるのが通例である。

書面によって設定される信託について、設定者が信託準拠法を指定する場合、準拠法の指定は信託行為と別個に行われるわけではなく、信託行為を行った書面、つまり、信託契約書、遺言書、公正証書などの中に記載する方法で行われるはずである。信託法は、信託そのものとその設定行為である信託行為とを区別して定義しているが、信託設定者が信託行為を行った書面において、当該書面に関する準拠法を指定したとき、原則として、信託行為だけではなく、信託自体の成立や効力についても同じ準拠法を選択する意図と解するのが合理的である。したがって、信託設定書面における準拠法指定は、信託準拠法の明示的な指定に当たる（通則法７条）。裁判所は、当該書面による意思表示の成立、有効性、解釈について当該書面において指定された法に従って判断すると同時に、当該書面によって設定された信託そのものの成立、有効性、効力、解釈なども同じ法に従って判断することになる。

信託設定書面が信託準拠法を指定していない場合でも、当事者が信託行為と同時に、口頭又は別の書面によって準拠法指定をしていることがある。この場合も、通則７条による明示的な準拠法指定があったことになる。

信託設定書面に準拠法指定の記載がなく、またその他の書面や口頭により準拠法を選択する旨の明示的な表示もない場合は、黙示の準拠法選択が認められるかどうかという問題が生ずる。これは、通則法７条の解釈に関する一般的な問題である。通則法７条において黙示の意思による準拠法選択が認められること、及び、その場合の黙示の意思には、当事者の現実の意思に限ると解すべきであることは、上記２．１．３で述べたとおりなので、ここでは繰り返さない。

(2) 黙示の指定の推認資料

黙示の意思による信託準拠法の指定が明らかに認定できるのは、(i) 信託を設定した当事者が属する取引社会において当該取引に関して特定の準拠法に従

う旨の慣行がある場合や（ii）当事者が過去の同種の信託設定に関しても、同じ信託準拠法を指定してきた実績がある場合などである。そのような明白な周辺事情の立証ができない場合でも、信託証書の内容や信託設定方法など、信託設定に関する客観的な事情から黙示の意思を認定できる場合がある。ただし、黙示の意思による信託準拠法の指定を認めた日本の裁判例は見当たらない。また、法例７条において黙示の意思による契約準拠法指定を認定した裁判例は、前述のとおり、仮定的意思を認定したものが多いと思われるので（上記２．１．３参照）、黙示の現実的な意思を推定するための資料としては、あまり参考にならない。

黙示の意思の認定に関し、上記１．２．１（3）で紹介したイギリスの判例法は、（i）信託証書が特定の国の法制度を前提とする用語や書式を用いている場合[197]、（ii）生前信託の設定証書において裁判管轄の定めがある場合[198]は、その法制度や管轄地法を選択する黙示の意思を強く推定するとしている。また、（iii）信託事務を遂行する地の指定があるときは、その国の法律を準拠法とする黙示の意思を認める上で重要な要素となる[199]。

これらの判例法は、日本の裁判所が黙示の現実的意思を認定するに際しても一応の参考になる。特に、（i）の信託証書の用語や書式は、日本法を準拠法に選択する意思があったかどうかを推認させる資料として重要である。日本の信託法上、生前信託の成立要件及び有効要件は委託者と受託者との間の信託契約の締結とされている。これは、委託者の単独の意思表示によって設定される英米法系の諸外国における信託との比較上、際立った特徴である。よって、信託設定証書が日本語で作成され、しかもその書式が信託契約書である場合は、日本法に基づいて信託を設定する意思があること、つまり、信託準拠法を日本法とする旨の黙示の意思について、強い推定が働く。他方、生前信託における信託設定証書が委託者の単独で作成した書類であるときは、委託者本人を受託者

197）前掲注14参照
198）前掲注15参照
199）前掲注16参照

とする旨の自己信託宣言証書の場合を除き、日本法以外の国の法に基づく信託を設定する意思があったと推定するべきである。通常の場合、委託者が日本法上効力を生じない信託を設定する旨の書面をわざわざ作成するとは考えられないからである。

信託証書の書式上、日本法を準拠法としない黙示の意思が推定できる場合において、それが特定の国の書式に従っているという点だけでは、その国の法制度による旨の意思があったとの黙示の現実的意思を推定する上で不十分と思われる。通常の場合、わざわざ外国の書式を選ぶだけの知識と能力がある委託者は、当然にその準拠法についても配慮しているはずである。信託証書を作成する際に準拠法を明示的に指定しなかった事実は、準拠法指定の現実的意思を有していなかったことの推定資料にもなり得る。よって、信託証書の書式から準拠法指定の現実的意思を推定できるのは、原則として、当該書式を使った場合の信託準拠法に関する取引慣行などが存在するなど、推定力を補強する事情が認められる場合に限るべきである。

信託証書において信託に関する紛争の裁判管轄地の指定があるときは、上記のイギリス判例法の（ii）が示すとおり、信託設定者による準拠法指定の黙示の意思を強く推認すると思われる。信託の成立や効力に関する問題を判断する裁判所が不慣れな外国法を適用する場合、当事者は膨大なリスクと費用を負担しなければならなくなる。合理的に行動する一般人なら、当然にそのようなリスクや費用を避けるはずなので、管轄裁判所を信託証書に明示する以上、特別な事情がない限り、管轄地法を準拠法とする黙示の意思があったと考えられる。

上記（iii）のイギリス判例法が示すように、信託証書において信託事務を処理すべき地の指定がある場合も、原則として、準拠法選定の黙示の意思を推認できると思われる。委託者が、信託事務を処理すべき地として受託者の事業所や常居所地以外の地をわざわざ明示的に指定しているときは、その地に特別な意味を持たせる意図があるはずだからである[200]。ただし、その推認力は、（i）や（ii）ほど強いとは思えないので、他の事情と総合的に考慮して認定すべきである。

４．２　通則法８条（密接関連性）の適用について

信託を設定した者（信託契約による場合は委託者及び受託者、それ以外の場合は委託者）が信託行為の際に信託の準拠法を選択していない場合は、通則法８条を適用して信託準拠法を決定することになる。この適用に関し、(i) 信託において８条２項の「特徴的給付」とは何か、(ii) ８条２項の例外に当たるのはどのような場合か、(iii) 不動産を信託財産とする信託は、８条３項の「不動産を目的とする法律行為」に当たるのか、及び (iv) 信託準拠法の客観分割はそのような場合にできるのか等の問題を検討する必要がある。

４．２．１　信託における特徴的給付

通則法８条２項は、「法律行為において特徴的な給付を当事者の一方のみが行うものであるときは、その給付を行う当事者の常居所地法……を当該法律行為に最も密接な関係がある地の法と推定する」と規定し、特徴的な給付の理論を採用している。よって、同項を信託に適用しようとする場合、信託における特徴的給付を行う当事者が誰かを確定しなければならない。日本の信託法は、信託とは、信託契約、遺言又は自己信託宣言の意思表示のうちのいずれかの行為（信託行為）により、特定の者が一定の目的に従い財産の管理又は処分及びその他の目的の達成のために必要な行為をすべきものとすることであると定義している（信託法２条１項、３条）。このうち、信託契約による信託は、信託契約の締結によってその効力を生じると定めている（信託法４条１項）ので、信託が成立した後、信託財産が委託者から受託者に移転していない場合があり得る。したがって、信託に基づく給付には、(i) 受託者の受益者に対する信託財産の管理、処分等に関する役務の給付と (ii) 委託者の受託者に対する信託財産の移転の２つが含まれていることになる[201]。そこで、信託契約による信託

200）信託準拠法の黙示の指定が認められない場合、日本法上は、後記４．２．１のとおり、通則法８条２項の特徴的給付の理論により、受託者の事業所地法又は常居所地法が最密接関係地法と推定される。よって、当事者が信託事務処理に関してそれ以外の地を特別に重視していることが明らかな場合、その意思は尊重しなければならない。

の特徴的給付は、(i)、(ii) のどちらなのか、つまり、通則法８条２項による最密接関係地法の推定を受けるのは、委託者の常居所地法なのか、それとも受託者の常居所地法なのかという問題が生ずる[202]。

上記２．２．３のとおり、私は、通則法８条（最密接関係地法主義）は、当事者の合理的意思の推定規定であると解している。よって、いずれの当事者が特徴的給付を行っているかを判断する際にも、いずれの給付を行っている当事者の方が準拠法を重視するのか、つまり、準拠法選択による影響を大きく受けることになるのか、という点について、類型的に考察すべきである。この観点に立ったとき、特徴的給付を行っている当事者は、受託者であると考えた方が合理的である。委託者による信託財産の移転は、受託者の管理処分義務の前提となっている点においてたしかに重要である。しかし、委託者が信託に関与するのは、主として信託設定時であり、委託者の受託者に対する信託財産の移転義務が信託に関する紛争となる場面はそれほど多いとはいえない。これに対し、信託法の多くの規定が、信託成立後の受託者の権限、義務、信託事務などに関して定めていることからも明らかなように、信託に関する中心的な法律問題は、受託者の義務に関する問題であり、受託者は、信託に関する紛争の主要な当事者となることが予定されている。信託財産の管理、処分等に関して責任を負う

201）これに対し、遺言による信託や自己信託宣言による信託の場合、信託の効力は、遺言の効力発生、公正証書等の作成や信託宣言の通知によって生ずる（信託法４条２項、３項）ので、委託者の受託者に対する信託財産の給付は、信託の内容に含まれない。これらの場合の特徴的給付といえるのは、受託者の受益者のためにする信託財産に関する管理・処分等の役務だけである。

202）英米における信託は、委託者による信託設定の意思表示、及び信託財産の移転によって成立するので（前掲注190及び注191）、信託が成立した後に生ずる信託当事者（すなわち、委託者、受託者、受益者）の間の法律問題は、信託財産の管理、処分等に関する受託者の権限、責任及び受益者に対する義務の問題だけである。よって、英米の信託法を基準として信託の法的性質を決定するとしたら、特徴的給付を行なう者は、常に受託者となる。しかし、私は、主たる法律問題を含む単位法律関係の法的性質を日本の実質法を基準に判断する見解（法廷地法説）が正しいと考えるので（上記４．１．１（2）参照）、準拠実質法が英米法かどうかにかかわらず、本文のような問題が生ずる。

ことになる受託者としては、間違いのない事務処理をして責任追及を受けないため、自らが精通している法に準拠した行動をすることを強く望むはずである。そうであるとすれば、信託の成立の要件である信託契約の締結をするか否かについて、最終決定権を有しているのは、受託者である場合が多いはずである。よって、受託者の常居所地法が準拠法に選択されるであろうと合理的に推定できる。なお、第三者のためにする契約、代理、委任、寄託などの信託に類似している制度において、特徴的給付は、それぞれ第三者に対する義務、代理人の義務、受任者の義務、受寄者の義務と解されている。これとの対比上も、受託者の義務を８条２項の特徴的給付と解すべきである。

４．２．２　通則法８条２項の例外

上記４．２．１のとおり、信託の準拠法は、当事者による選択がない場合は、原則として、８条２項により、受託者の常居所地法と推定される。ただし、前述のとおり、８条２項により受託者の常居所地法が最密接関係地法と推定されるのは、そのような信託設定に関して最終的な決定をしたのは受託者である、よって、委託者と受託者との間で仮に準拠法の合意をしていたとしたら、受託者の常居所地法が選択されていたはずであると推定するのが合理的だからである。このような推定が働かない場合、つまり、信託設定に関して受託者に有利な地の法が選ばれなかったであろう場合や受託者の常居所地法が受託者に有利とはいえない場合は、８条２項にはよらず、「合理的な一般人であれば、どの法を選択したか」という観点から最密接関係地法を決定すべきである。

信託は、委託者による財産移転によって成立すること、受益者の利益のための制度であること、受託者が常に忠実義務を負うことなどの類型的な特色を有している。これらの点に鑑み、特定の種類や目的の信託に関しては、むしろ、原則として８条２項を適用しない方が合理的と思われる[203)]。信託は、その内

203）ハーグ信託条約及びイギリスの国際私法も、特徴的給付による推定規定は設けず、様々な要素を参考に最密接関係地法を決定すべきものとしている（ハーグ信託条約７条２項、上記１．２．１（3）参照）。

容を設定者が自由に定めることができ、様々な機能や目的のために利用されるので、どのような場合に推定が働かないかについて、信託の種類や当事者、目的に応じて類型化することができる。

(1) 受託者が専門家である場合

信託会社、金融機関、法律事務所など、受託者となることを業務としているような専門家を受託者に指定している信託契約（消費者契約に当たる場合を除く。）の場合は、当該信託の設定に関して受託者の側に決定権があるとは限らない。委託者にとって、受託者の個性は重要な要素とはいえないからである。つまり、信託準拠法その他の信託契約の条件が気に入らない場合、受託者の側がそのような契約を締結しない選択肢があるのと同様、委託者の側も他の専門家を受託者に選ぶ自由があったはずである。また、専門家が受託者となる場合、通常は専門家の側で信託契約書を準備するはずなので、信託契約において準拠法指定がなされていないときは、受託者に有利な法、つまり、受託者の営業地や常居所地の法を指定する意図が、信託契約の当事者間に存在しないと推定する方が合理的と考えられる。したがって、受託者の個性が問題とならない信託に関しては、受益者の常居所地、信託財産の所在地、信託事務遂行地などの他の連結点のどれかに関して、信託と密接な関係を有する地があるときは、通則法８条２項の推定は働かないと解すべきである。

最密接関係地がどこであるかを「最密接関係地」という言葉だけから判断しようとすると、判断者の主観や直感に頼らざるを得なくなり、合理的な基準とはいえない。しかし、私見のように、最密接関係地法は、経済的合理性に従って行動する者が選択するであろう法であると推定する考え方を採り、どの連結点について最も強い意思推定が働くかの判断に際し、信託の目的及び各連結点の安定性を考慮して、経済的合理性を検討すれば、客観的な判断が可能となる（上記２．２．３参照）。

たとえば、高齢者信託や障害者信託のように、特定の個人や団体を受益者として保護することを目的とする信託で、受益者の常居所地があまり頻繁に変更

されないことが当初から想定されている場合は、受益者の常居所地法を準拠法とするのが最も安定的であるし、受益者保護という目的にも適合している[204]。よって、そのような信託に関しては受益者の常居所地法が最密接関係地法と考えられる。ただし、受益者が複数でありそれぞれ別の地を常居所地としていた場合や、将来的に常居所が移転することが予想されていた場合には、この推定は働かない。

また、特定の国にある不動産などの管理保全を目的とする信託の場合は、そのような信託財産の所在地法によるのが最も安定的で、かつ合理的である[205]。他方、信託財産が動産の場合、不動産でも複数の国に所在する場合や処分する予定である場合などは、当事者にとって、信託準拠法を財産の所在地法とすることに経済的な合理性があるとはいえない（後記４．２．３参照）。

いわゆるタックスヘイブンを常居所地とする受託者などを通じて税務上の目的で信託を利用している場合は、受託者の所在地の変更がないことが信託の大前提ともいえる。よって、このような場合は、受託者の常居所地法を最密接関係地法とする旨の合理的意思推定が強く働くことになるだろう。

特定の国の金融市場や商品市場における信託財産の運用を主要な目的としている信託があったとする。そのような運用方法自体は、将来、受益者の常居所が代わったり、受託者の交代があったりしても変わらないと考えられるので、信託財産の運用の拠点が最も安定的な関係地といえる。そのような場合は、最密接関係地法は､信託財産運用地法と推定するのが合理的と思われる。しかし、そのような目的での商事信託の場合は、準拠法の指定がなされるのが通例である。また、仮に明示の指定がなかったとしても、財産運用地の指定によって黙示の準拠法指定があったと認定される可能性が高いと思われる（上記４．１．２．

204）ハーグ信託条約上、受益者の住所を最密接関係地法の考慮事項に掲げられていないが、イギリスの国際私法は、受益者のドミサイル（本拠地）も判断要素としている（Dicey and Morris（前掲注８）p.1309、上記１．２．１（3）参照）。

205）イギリス判例法も「最密接関係地」の判断に際して、信託財産である不動産の所在地法を重視している（Chellaram v Chellaram [1985] Ch 409）。

(2) 参照）[206]。

なお、受託者が専門家で委託者が事業者ではない個人の場合、信託契約は消費者契約に当たるので、通則法８条ではなく、11条２項が適用されることになるが、これに関する問題は後述する（後記４．３）。

(2) 受託者が専門家ではない場合

多国間に跨る信託において非専門家を受託者に指定する場合があったとすると、それは当該受託者に対する個人的な信頼関係を基礎としている場合しか考えられない。このような信託は、上記 (1) の場合とは異なり、当該受託者が受託者となることに同意しないかぎり、信託の設定自体が考えられなかったはずである。したがって、信託設定の最終的な決定権は受託者にあったと推定できるので、８条２項により、受託者の常居所地法を最密接関係地法と推定すべきである。ただし、受託者の個性に重要性がある信託はあまり考えられないので、結局、８条２項の推定によって信託準拠法が定まるのは例外的な場合に限られる[207]。

４．２．３　不動産に関する信託

通則法８条３項は、不動産を目的とする法律行為については、２項の規定にかかわらず、その不動産の所在地法を最密接関係地の法と推定する旨を定めている。この規定は不動産を信託財産とする信託に適用されるだろうか。ここでいう不動産を目的とする法律行為とは、不動産の売買契約のような不動産の所有権の移転を目的とする法律行為や不動産の賃貸借契約のように、不動産を目的とする債権の発生や移転を目的とする法律行為を含む趣旨と解されている。

206）Dicey and Morris（前掲注８）p.1308、前掲注18参照

207）イギリスの判例法上も、受託者の常居所やドミサイル（本拠地）は、あまり重要な要素とされていない（Harris Investments Ltd v Smith [1934] 1 DLR 748, Jewish National Fund Inc v Royal Trust Co（1965）53 DLR（2d）577, Chellaram v Chellaram（No.2）[2002] EWHC 632（Ch）, [2002] 3 All ER 17）。

この規定による推定は、不動産それ自体の物権変動については不動産所在地法が適用されることから（通則法13条）、通常、それと密接な関連を有する不動産売買契約や賃貸借契約等についても、不動産所在地法によることとするのが合理的であると考えられるからであるとされている[208]。信託は、受託者による信託財産の管理処分その他の行為をする義務を内容とするものであり、受託者は信託事務の一環として信託財産を第三者に処分したり、賃貸したりすることもある。しかし、信託準拠法は、主として、委託者と受託者の問題や受益者と受託者との間の権利義務の問題など、信託の成立、効力、解釈に関する法律問題が主要な争点となっている紛争を解決するための法規範である。受託者と第三者との間における信託財産の処分や賃貸に関する紛争が生じた場合、そのような紛争の先決問題として信託の成立や効力が問題となることはあるかもしれないが、その訴訟物や主要な争点に関する法律問題は、信託準拠法の適用対象となっている単位法律関係とは異なることが多い（拙稿「国際信託に関わる法律問題の準拠法決定基準」（慶應法学11号）参照）。したがって、上記の趣旨に照らし、信託準拠法と信託財産所在地法とを一致させることに合理性はない。そうだとすれば、通則法８条３項は、信託には適用されないと解すべきである[209]。ただし、不動産の管理が主要な目的である信託の場合、８条１項により、不動産所在地法を最密接関係地法と推定できることは、前述のとおりである（上記４．２．２（1）参照）。

４．３　通則法11条２項の適用について

個人（事業として又は事業のために委託者となる場合を除く。）を委託者とし、

208）小出（前掲注７）58頁。なお、上記のとおり、私見によれば、このような合理性を前提とした場合、物権変動の準拠法と一致させるのが当事者の合理的意思であると推定できるからである。

209）ハーグ信託条約上、信託財産の所在地を準拠法の客観的連結点とされていないし、最密接関係地法の判断要素としても特に掲げられていない（上記１．２．１（3）参照）。アメリカ統一信託法典も、信託財産所在地法は、最密接関係地の判断要素の一つとなるに過ぎない（上記１．２．２（2）(i) 参照）。

事業者（法人その他の社団又は財団及び事業として又は事業のために受託者となる個人）を受託者とする信託契約は、通則法11条の消費者契約に当たる。よって、たとえば、消費者である委託者と事業者である受託者との間で、受託者の常居所地法を準拠法とする信託契約が締結された場合において、委託者と受託者との間で、その契約の成立や効力が争われた場合、委託者が、委託者の常居所地における特定の強行法規を適用すべきことを表示したとき、当該強行規定が適用される（通則法11条１項）。また、委託者と受託者との間の消費者契約に関して準拠法の指定がなかった場合、信託契約の成立及び効力の準拠法は11条２項に基づいて決定される。すなわち、通則法８条にはよらず、委託者の常居所地法が準拠法となる（11条２項）。そうであるとすれば、信託契約によって成立する信託の効力や解釈の準拠法も、当事者による指定がない場合は、11条２項により、委託者の常居所地法となりそうである[210)]。しかし、そのような結果は、委託者が同時に受益者である場合や委託者と受益者の所在地が同じ場合には合理的だが、そうでない場合は必ずしも合理的とはいえない。受益者と受託者は、両者間の紛争において、どちらにとっても馴染みのない委託者の常居所地法を適用しなければならなくなるからである。

通則法11条は、当事者間の交渉力に大きな格差があって当事者自治が働かない場合に、弱者である消費者を保護するための規定である[211)]。すなわち、法律行為の準拠法決定について当事者自治が認められているのは、両当事者が対等な立場で交渉し、最終的に合意に至る契約を想定したものであるが、消費者契約の場合、事業者が圧倒的に優位な交渉力を背景に契約内容を決定し、消費

210）信託契約の準拠法とそれによって成立する信託の準拠法とは別個のものとして決定すべしとの考え方を採った場合、通則法11条は信託契約だけの準拠法であって、信託そのものの準拠法には適用されないことになる可能性がある。これは、信託契約は「信託」という単位法律関係に含まれるのか、それとも信託とは独立した「契約」という単位法律関係なのかという問題である。私は、信託契約の準拠法と信託の準拠法を区別すべきではないと考える（詳しくは拙稿「国際信託に関わる法律問題の準拠法決定基準」（慶應法学11号）２．１．１．(1) 参照）。本文もこの考え方を前提としている。

211）小出邦夫（前掲注７）67頁

者はそれを受け入れるか拒否するかの選択肢しか与えられていない。そこで、11条２項は、特徴的な給付をした側である事業者の常居所地法ではなく、弱者である消費者に馴染みがあり、有利な地の法によることとしたものである。信託の場合、信託設定後に信託財産及び受託者に対して権利及び利益を有するのは受益者である。委託者は、そのような受益者の利益のために信託を設定するのだから、委託者にとって有利な地の法とは、委託者自身ではなく、受益者にとって最も有利な地の法である。したがって、信託契約による信託の準拠法に関して通則法11条２項を適用する場合、規定の本来の趣旨に鑑み、「消費者の常居所地法」を「受益者の常居所地法」と読み替えて適用すべきである。

４．４　信託準拠法の分割指定

４．４．１　信託準拠法の分割指定の可否

信託について、当事者の意思による準拠法の指定を認めるとして（つまり、通則法７条及び８条を信託に適用する見解に立ったとして）、当事者が、信託に関する事項のうちの一部に適用される準拠法と他の部分を支配する準拠法とを分離して指定したとき、たとえば、信託の成立や有効性に関する準拠法と受託者の義務や信託事務処理に関する準拠法とを分けて指定したり、受託者の義務のうちの一部とその他の義務とで準拠法を分けて指定したりした場合、そのような分割指定を認めるべきかどうかという問題が生ずる。

信託に通則法７条を適用する立場において、信託準拠法の分割指定の可否の問題は、契約その他法律行為における準拠法の分割指定を認めるべきかという、国際私法上の一般的な問題に含まれる[212)]。よって、上記２．４で述べた、法律行為に関する準拠法の分割指定の可否という通則法７条の一般的解釈に関する私見を前提とし、信託準拠法の分割指定に特有の問題を中心に検討する。

信託準拠法の分割指定が認められるかどうかは、上記２．４で述べた通則法

212）これに対し、上記１．２．１（4）のとおり、イギリスの国際私法上、信託準拠法はハーグ信託条約の適用によって決定されるので、契約その他法律行為一般の準拠法の分割指定に関する問題とは区別されている（ハーグ信託条約９条）。

７条の解釈に関する問題なので、契約の場合と同様の規準で判断すべきである。すなわち、信託に関する法的な生活関係の一部を分離したとき、社会通念上、その部分だけで別個の独立した生活関係となり、独立した法規制の下に置くことが妥当と認められる場合に限り、その部分に適用すべき準拠法を分割指定することが可能ということになる。ただし、信託準拠法の分割指定に関しては、以下の点において、契約とは異なる配慮が必要である。

信託は、委託者、受託者、受益者の３者が信託当事者として登場することを前提としている。また、委託者の主要な役割は、信託の設定であり、信託設定後は、信託財産に対する権利義務は主として受益者と受託者の間の問題となることを原則としている。すなわち、信託は、契約と異なり、委託者・受託者の関係と受託者・受益者の関係とが異なる生活関係を形成するであろうことが想定された制度である。よって、受託者・受益者間だけに生ずる法的な関係は、委託者・受託者間の信託の成立に関する事項とは独立した生活関係を成していることを、類型的に認めてよいと思われる。

反面、各国の信託制度を比較したとき、特に、英米の信託と日本の信託とでは、その概念、目的、要件、内容にかなりの隔たりがあるので、要件や効果の一部の分割を広く認めると、統一性のある合理的な制度として成り立たなくなるおそれもある。よって、分割指定を認める旨の判断は、契約以上に慎重でなければならない。

信託準拠法の分割指定について、ハーグ信託条約は、９条において、「信託の分離可能な側面、特に、信託事務に関する事項は、異なる準拠法によることができる」と定め、信託に関する事項の１部分が分離可能であることを条件として、分割指定を認めている（上記１．２．１（4）参照）。この条項は、信託事務に関する事項に関してそれ以外の事項（たとえば、信託の成立、効力など）とは異なる準拠法を指定できることを明らかにしている。しかし、「分離可能な側面」の文言及び解釈上、分割指定が無制限に認められると解されているわけ

213）Cheshire and North（前掲注12）p. 1035

ではない[213]。また、ハーグ信託条約は、法廷地の強行法規や公序則が当事者の指定した準拠法に優先することからも（15条、16条、17条）、信託法秩序を害するような分割指定は制限される。

４．４．２　分割指定の可否に関する具体例

どのような場合に分割指定ができるのかは、上記２．４．６において契約準拠法の分割に関して行ったのと同様、信託の当事者（主体）、信託財産（客体）、信託条項（内容）という、信託を形成している３つの要素のそれぞれとの関係において、その一部を分離したときに独立した生活関係となり得るかどうかを検討して判断すべきである。以下に、分割の可否が問題となりそうな事項について具体的に検討する。

(1) 信託当事者との関係における分割の可否

信託は、原則として、委託者、受託者、受益者の３者が当事者となる法律関係であり、信託準拠法によって解決すべき信託当事者間の紛争としては、委託者・受託者間の紛争と受益者・受託者間の紛争の２種類が考えられる。委託者・受託者間の争いには、受託者の委託者に対する信託契約に基づく信託財産引渡請求、委託者の受託者に対する義務履行請求や義務違反の責任追及などがあり得る。信託行為をした当事者、つまり委託者と受託者との間の争いにおいて主として問題となるのは、両者間における信託の成立及び有効性の問題、委託者の権利（受託者の委託者に対する義務）などである。これに対し、受益者・受託者間の紛争の中心は、受託者の義務や信託財産の管理に関する事項を定めている信託条項の解釈及び効力の問題である。もちろん、受益者と受託者との間において、受託者の義務や信託事務に関する紛争が生じた際にも、その請求原因として信託の成立が主張立証されるし、信託自体の有効性が争われることもあり得る。しかし、信託の成立・有効性と信託条項の解釈・効力は、次元の異なる法律問題であり、訴訟上も別の争点として取り扱われる。また、前者は、委託者・受託者間の信託契約の締結地やその周辺事情が関係するのに対し、後者

は、信託財産の管理場所、信託財産所在地、受益者の所在地などが関連するので、立証方法においてもそれぞれに独立性が認められる。よって、信託当事者間の紛争との関連上、信託の成立・有効性と信託条項における受託者の義務や信託事務に関する事項とは、それぞれ独立した別個の生活関係として扱うことが可能である。上記のハーグ信託条約９条が､「信託事務に関する事項」を「信託の分離可能な側面」の例として明記していることからも、この部分が他の部分から独立した生活関係となり得ることが国際的な取引慣行上も認知されていると推測できる。

なお、日本の信託法は、信託を、信託契約、遺言、自己信託の意思表示の３つのうちのいずれかの方法（信託行為）によって設定される関係と定義し（信託法２条)、さらに、信託契約の締結、遺言の効力発生、自己信託宣言を記載した公正証書作成や確定日付ある通知を信託の効力発生要件としている（４条)。よって、信託の成立及び有効要件は、主として、これら３つの信託行為の成立及び有効要件の問題である。このうち､遺言という信託行為に関しては、そもそも信託の先決関係というべき別個の単位法律関係であり､その準拠法は、通則法７条及び８条ではなく、同法37条によって定まる。よって、遺言信託に関して、信託の成立・有効性の準拠法を分割指定しても、ほとんどその適用場面が存在せず、あまり実益はない。これに対し、信託契約及び自己信託宣言の意思表示の成立や効力に関する問題には、原則として、通則法７条及び８条によって決定された信託準拠法が適用される(上記４．１及び４．２参照)。よって、信託成立の準拠法と効力･解釈の準拠法を分割指定することに意味があるのは、信託契約及び自己信託宣言により設定される信託の場合である。

(2) 信託財産との関係における分割の可否

信託財産が複数の国に所在する場合や性質の異なる複数の財産である場合、それぞれについて異なる準拠法を指定できるかどうかが問題となる｡委託者が、個々の財産に関して異なる信託を設定すべきところ、たまたま便宜上同一の信託契約によって信託を設定したような場合は、契約の客体が複数の場合と同じ

ように、それぞれを別の生活関係と見ることができるかもしれない。しかし、信託の目的は、受託者との信認関係に基づき、受益者のために財産を管理処分させることであるから、個々の財産ごとに別個の信託を設定する理由はあまり考えられない。委託者は、むしろ世界の各地に存在する財産を同一の受託者に統括して管理させたいからこそ、複数の信託財産について信託を設定したはずである。特に、受託者に対する責任追及や受託者の辞任、交替などはすべての信託財産との関係で統一的に処理させるのが委託者の意図であると思われる。したがって、信託財産の管理に関する事項その他信託事務や受託者の義務に関する条件が同一の場合は、信託財産が複数国に跨っていたとしても、原則として、信託財産の所在地ごとの分割指定を認めるべきではない。仮にそのような指定がある場合は、それは準拠法の指定ではなく、各所在地の財産の取扱いや管理処分の方法についてはそれぞれの地の法規や慣習によるべき旨の実質法的指定があったと解すべきである（上記２．４．５（2）参照）。

これに対し、信託財産のうちの一部について、信託事務の方法、期間、受託義務の内容や程度など信託の実質的な条件に差異がある場合は、そのような財産の所在地に関わらず、当該財産に関する信託は他の部分と切り離して独立の生活関係として扱うことができるので、準拠法を分割指定することが可能と解すべきである。

(3) 信託条項の一部の分割の可否

上記（1）のように信託当事者ごとに主として適用される信託条項（たとえば、委託者の権利に関する条項と受託者の受益者に対する義務に関する条項）が分離可能な場合や（2）のように信託財産ごとに適用される信託条項が分離可能な場合を除き、受託者の義務の一部だけを分けて準拠法を分割指定するような方法は、信託法が想定している信託秩序を破壊するので認めるべきではない。信託義務の部分的な分割指定を認めると、たとえば、以下のようなケースにおいて不合理な結果が生ずる。

(i) 受託者の裁量権を定める規定の準拠法

イギリスの任意信託には、信託財産に対して受益者に完全な権利が認められる固定収益信託と受託者の裁量の下で配分を受ける権利しか認められない裁量信託の２種類があり、裁量信託には、消耗的裁量信託の非消耗的裁量信託の区別がある。非消耗的裁量信託の受託者は、受益者に対する信託財産からの配当を行うかどうか、及び誰にどの程度行うかについて、完全な裁量権を与えられることもある[214)]。日本の信託法には、受託者に受益者を指定したり変更したりする権限を付与することを認める規定はある（信託法89条）が、イギリスの非消耗的裁量信託のような広範囲に及ぶ裁量権が付与できるかどうかについては明文の定めがない。イギリスには、受託者の行為に対する社会的な監視の仕組みが伝統的に存在し、裁判所も後見的な役割を果たすことが多いのに対し、日本にはそのような伝統もないし、法制度上も裁判所に後見的な役割が期待されていないので、イギリスと同じように受託者の無制限の裁量を許すのは、受益者保護、特に受益者平等の原則の観点から問題がある。また、イギリスにおいて、裁量信託は、主として税務政策上重要な役割を果たしているが、日本の税法には、裁量信託の存在を前提とする特別な規定が設けられていない。これらの点に鑑みれば、日本の信託制度上、受託者に裁量権を与えるとしてもその範囲や行使方法については信託行為において一定の限界を定めるべきであり、無制限の裁量権を与える信託条項は許されないと解すべきである[215)]。仮にそのような裁量権を付与する条項があったとしても、受託者が行き過ぎた裁量権行使をした場合、受益者は信託法103条１項により受益権取得請求権を行使して受益権の換金を受けることができると解するのが相当である。

上記の解釈を採った場合、日本法を準拠法に選んだ信託は非消耗的裁量信託

214）Pettit（前掲注173）p. 76-79、裁量信託を説明した日本の文献として、ドノバン・ウォーターズ（新井誠訳）「裁量信託の概念と利用法」信託20号（1996）11頁乃至42頁、拙稿「イギリスにおける信託制度の機能と活用」（前掲注２）220頁

215）拙稿「国際民事信託の設定に関する諸問題」（前掲注４）参照。なお、学説上は、植田淳「わが国における裁量信託と指名権付き信託の活用」（信託192号、1997）など、日本においても裁量信託を認める見解が少なくない。

にすることができない。そこで、信託行為において受託者に非消耗的な裁量権を付与する条項を設けた上、当該条項の準拠法に限ってイギリス法を指定することにより、日本法に準拠した信託を、非消耗的裁量信託と同等の目的で利用することの可否が問題となり得る。しかし、イギリス信託法は、上記のとおり、裁判所による後見的な役割が期待されており、また、永久信託の禁止など、信託財産の永久拘束を防止するための準則や受託者の違法な裁量権行使を規制するための準則を有しているのに対し、日本の信託法には、そのような裁量権を予定して受益者保護を図るための制度が十分に備わっているとはいえない[216]。よって、そのような分割指定は、受益者の利益を不当に害するおそれがあるので、実質法的な指定としての効力はともかく（上記２．４．５（2）参照）、日本の信託法103条１項による受益権取得請求権を排除する効果までは認めるべきではない。

(ii) 受託者の情報開示義務の準拠法

日本の信託法上、受託者に対し、信託事務に関する帳簿その他の書類又は電磁的記録を作成し、受益者から理由を明らかにして閲覧請求があったときは原則として開示しなければならない（信託法37条及び38条）。この受益者の帳簿等閲覧請求権は、信託行為において制限することも許されない（92条）。このように、日本の信託法において、受益者の帳簿閲覧請求権が保障されているのに対し、イギリスの信託法上、信託事務及び信託財産に関する情報や書類の開示請求権は受益者の絶対的な権利とはされていない[217]。受託者は、受益者から情報請求を受けた場合、裁判所に判断を求めることができる。裁判所は、他の

216）植田「わが国における裁量信託と指名権付き信託の活用」（前掲注204）35頁乃至36頁も、イギリス法は「信託財産の永久拘束防止のための準則、潜在的受益者の権利内容に関する準則、および、違法な裁量権行使を規制するための準則が詳細に整備されている……。わが国に裁量信託および指名権付き信託を導入するとなれば、このような点についても明確な準則が必要となろう。」としている。

217）Jille Martin “Hanbury & Martin Modern Equity 7th ed”（Sweet & Maxwell, 2005）pp.571-573, Pettit（前掲注173）396頁以下

受益者、受託者、第三者などの利害を考慮して、受益者の請求を制限することができる[218]。これは、イギリスの信託には、受益者に完全な権利が認められる固定収益信託と受託者の裁量の下で収益を受ける権利しか認められない裁量信託の２種類があるためである。裁量信託に関しては、「受託者は裁量権の行使について説明義務を負わない」との原則があり[219]、この原則との関係上、受益者の情報開示請求権は制限される場合がある。しかも、保護信託、秘密信託など、特定の受益者保護の要請を充たすための制度があるので、情報提供義務を一律に課するわけにはいかない。受益者の情報開示請求権を制限することに合理性が認められるのは、このような信託制度の特質を前提としているからである。よって、たとえば、日本法に基づく信託を設定しておきながら、受益者の情報開示請求権に関してだけイギリス法を準拠法とするような仕方の準拠法指定は、信託法37条及び38条の潜脱に過ぎず合理性が認められない。信託行為において、受託者の義務の一部のみについてイギリス法を準拠法とする旨が定められている場合、そのような規定は、準拠法指定ではなく、イギリス信託法の一部に関する「実質法的指定」がなされたものと解される（上記２．４．５（2）参照）。したがって、受益者の情報開示請求権を制限するような信託行為の定めは、信託法37条及び38条に反しない限度でしかその効力が認められない。

４．４．３　信託準拠法の客観分割の可否

(1) 信託の成立と効力の分割の可否

上記４．４．２（1）のとおり、信託当事者間の紛争との関連上、信託の成立・有効性に関する法律問題と受託者義務や信託事務などを定めた信託条項の効力・解釈に関する法律問題とは、それぞれ独立した別個の生活関係として扱うことが可能である。前者は、委託者と受託者との間の信託契約の成立や効力に

218）Schimidt v Rosewood Trust Ltd [2003] 2 All ER 76

219）Whike's Charity（1851）3 Mac & G 440, 前掲Hanbury & Martin Modern Equity pp. 530-531, 拙稿「国際民事信託の設定に関する諸問題」（前掲注４）４．２

関する法律関係、後者は、主として受益者と受託者の間における受託者の権限及び責任に関する法律関係ということができる。そこで、信託準拠法の指定がない場合において、この２つの問題を分離し、それぞれについて８条２項を適用し、準拠法を決定するとの考え方もあり得る。この場合、前者における特徴的給付は信託における委託者の受託者に対する信託財産移転義務であるから、信託の成立・有効性に関する最密接関係地法は委託者の常居所地法と推定されるのに対し、後者の特徴的給付は受託者の受益者に対する信託財産管理義務であるから、信託条項の効力・解釈の最密接関係地法は受託者の常居所地法と推定されることになる。

しかし、信託準拠法を信託の成立・有効性の問題と信託条項の効力・解釈の問題とに分割して決定する考え方は、当事者の合理的意思に反し、妥当とはいえない。委託者と受託者との間の法律関係と受託者と受益者との間における法律関係とは、別個の生活関係と認識することができるとしても、同じ裁判所において、１個の紛争の解決のために両方が争点となることが少なくない。たとえば、受益者と受託者との間で受託者の義務違反が争われた場合、受益者は、受託者の義務の発生原因として、委託者と受託者の間の信託の成立を必ず主張することになるので、信託の成立と効力が同時に争われる可能性がある。そのような場合において、信託の成立と効力とで異なる準拠法を適用しなければならないとすれば、紛争の当事者にとって余計なリスクと経済的負担を負わなければならない。したがって、経済的合理性に従って行動する一般人は、信託の成立の準拠法と効力の準拠法が分離されるような事態をできるだけ避けようとするはずである（上記２．４．７（3）参照）。また、上記のとおり、わが国では信託契約は、信託と独立した契約ではなく信託の一部であると認識され、実務上も信託契約などの信託行為には、受託者の義務その他信託の内容に関する事項が定められるので、通常の信託行為の当事者は信託の成立と効力とを同じ準拠法とする意思であると推定する方が社会常識にも合致している。よって、通則法８条を合理的意思の推定規定と解する私見の立場に基づき、同条の適用に当たって、信託の成立の準拠法決定基準とその効力の準拠法決定基準に関して

は、同一の最密接関係地を連結点とするべきである。

(2) 信託財産の所在地ごとの分割の可否

上記４．４．２(2)のとおり、信託財産のうちの一部について、信託事務の方法、期間その他信託財産の管理や処分に関する実質的な条件に差異がある場合は、当該財産に関する信託は他の部分と切り離して独立の生活関係として扱うことが可能である。そこで、準拠法の指定がない場合において、そのような財産の一部についてだけ独立して８条を適用し､他の部分とは異なる準拠法､たとえば、当該財産の所在地法を最密接関係地法とする考え方もあり得る。しかし、このような方法での準拠法の客観分割も、原則として、当事者の合理的意思に反するので妥当ではない。受託者は受益者に対して人的な忠実義務を負っているので、一部の信託財産だけに関する義務違反を原因とする紛争であったとしても、信託財産全体との関係での忠実義務違反の責任が問われることが少なくない。受託者の責任追及訴訟において複数の国の信託法を適用しなければならない場合、紛争当事者は、裁判所に外国法の適用を求めなければならないため、余計なリスクと費用を負担することとなる。経済的合理性に従って行動する一般人は、通常はそのような準拠法指定をしないはずである。よって、８条２項の適用に当たっては、原則として全信託財産について同一の準拠法を決定すべきである。信託準拠法の客観分割が認められるのは、信託財産ごとの管理処分の方法などが大きく異なるなど、実質的に複数の信託を偶々１個の信託行為で設定したと解することができる場合であり、かつ信託事務を遂行する場所や裁判管轄なども分けているような例外的な場合に限られる[220)]。

５　ハーグ信託条約と日本の信託準拠法

以上において、日本の通則法の適用を前提として、国際信託の準拠法の問題

220）管轄裁判所や信託事務遂行場所の分割指定があるときは、黙示の意思による準拠法の分割指定がなされたものと認定できる場合も少なくないと思われる（上記４．１．２(2)参照)。

を検討してきた。しかし、国際間の統一した信託準拠法に関して、上記のとおり、ハーグ信託条約が存在し（上記１．２．１参照）、わが国も将来これに批准する可能性がある。そこで最後に、わが国がハーグ信託条約に加盟するとした場合、これまで述べてきた通則法の下における信託準拠法の決定基準に関する考え方を修正する必要があるかどうかについて、検討しておく[221]。

５．１　ハーグ信託条約の適用対象となる信託

ハーグ信託条約２条は、条約の適用対象となる信託を「設定者が生存中又は死亡と同時に、財産を受益者のため又は特定の目的のために受託者に移転することによって創設される法的関係であって、(a) 当該財産は分離され、受託者個人の財産に含まれないこと、(b) 当該財産の所有者は受託者又は受託者代理人名義であること、及び (c) 受託者は、信託条件及び法律による特別な義務に基づいて当該財産を管理、利用及び処分する権限、義務及び責任を負うことをその性質とするもの」と定義している。この定義に基づく信託は、財産を「受託者に移転することによって創設される法的関係」であるのに対し、日本の信託法２条１項の信託は、信託行為によって「必要な行為をすべきものとすること」とし、財産が移転する前であっても信託の成立を認めている点において、若干範囲が広い。また、ハーグ信託条約３条は、「この条約は、任意に設定され、かつ、書面により証明された信託についてのみ適用される」としているが、信託法は、自己信託の場合を除き、書面性を成立要件とはしていない。ハーグ信託条約の対象とならない財産移転前の信託や口頭の信託契約による信託、自己信託等の準拠法は、通則法７条及び８条その他上記４及び５の解釈基準によって決定されることになる。ただし、以下に検討するとおり、その結果は、ハーグ信託条約を適用した場合と変わりがない。なお、適用法規の簡便化のためには、イギリスの信託承認法に倣い、ハーグ信託条約を採択する際に別

221）わが国がハーグ信託条約を締結した場合の問題点を検討した論文として、原優「『信託の準拠法及び承認に関する条約』の締結と国内法制」池原編「国際信託の実務と法理論」（前掲注８）170頁乃至185頁

途国内法を制定し、「ハーグ信託条約２条の規定にかかわらず、条約が定める準拠法決定の基準は、信託法２条１項が定義する全ての信託に適用される」旨の定めを設けた方がよいと思われる（上記１．２．１（1）参照）。

５．２　先決問題

ハーグ信託条約は、信託の有効性や効力の問題に関する準拠法だけを取り扱い、先決問題は対象としていない（４条）。これは、信託準拠法の適用範囲に関する通則法７条及び８条の解釈と一致している。

５．３　準拠法

準拠法の決定基準に関して、ハーグ信託条約６条は、原則として信託行為における明示的又は黙示的な規定によるべきものとしている。これは、通則法７条とほぼ同じ定めである。

ハーグ信託条約７条は、そのような定めがない場合は最密接関係地の法律によるべき旨を定めている。７条２項は、最密接関係地の確定に当たって、信託管理地など４つの事項を考慮すべしとしているが、このうちのどれを優先すべきかについては特別な基準を示していない。結局、最密接関係地をどのような基準で決めるかについては、法廷地の裁判所に委ねていると考えられる。イギリスでも、この判断は、ハーグ信託条約採択前から存在するイギリス判例法における決定基準がそのまま使用されている（上記１．２．１（3）参照）。

日本の裁判所が信託の最密接関連地法を決定するに当たって、上記の通則法８条と同じ解釈手法を採り、当事者間の合理的意思を推定したとしても、ハーグ信託条約７条の定めと矛盾する点はない。もちろん、「最密接関係地」などの抽象的な概念の解釈においても、同じ条約の規定である以上、加盟国間でできる限り同じ解釈をした方が望ましい。しかし、そのような統一的な解釈は、おそらく各国がそれぞれ採っている解釈のうちで最も合理的で安定的な解釈手法に集約されていくことによって実現することが期待される。また、そのような形で統一化されない点が仮に残るとすれば、それは各国の歴史や文化の違い

に根付くものと考えられるので、なるべく尊重すべきである。よって、少なくとも現時点において、わが国の裁判所は、わが国の立場から最も合理的と考えられる解釈手法を採用すべきであり、無理に特定の外国裁判所の解釈手法に合わせるべきではない。

５．４　ハーグ信託条約６条及び７条の適用範囲

ハーグ信託条約８条は、この条約に基づいて選択した法律は、(i) 受託者の選任、辞任、解任、能力及び交替、(ii) 受託者相互間の権利義務、(iii) 受託者の義務履行又は権限行使の委任に関する権利、(iv) 信託財産の管理・処分、これに対する担保設定、又は新たな財産の取得に関する受託者の権限、(v) 受託者の投資に関する権限、(vi) 信託期間の制限及び信託収益の留保権に関する制限、(vii) 受託者の受益者に対する義務を含む受託者と受益者の関係、(viii) 信託の変更及び終了、(ix) 信託財産の分配、及び (x) 信託事務の報告に関する受託者の義務に関する事項を含む信託の有効性、解釈、効力及び信託事務について適用すべきものと定めている。これらの事項は、いずれも信託当事者間の規制に関する問題であり、当事者自治によるのが妥当な事項といえるので、通則法７条および８条の趣旨に鑑み、信託準拠法の送致範囲である。

５．５　信託準拠法の分離可能性

ハーグ信託条約９条は、信託事務に関する事項など、信託のうち分離可能な部分の準拠法を分離できる旨を定めている。これは、準拠法の分離に関する日本の国際私法上の原則と整合する（上記４．４．２参照)。

５．６　信託の承認

ハーグ信託条約11条は、同条約に従って設定された信託は信託として承認されるべきことを定めている。同条が承認の内容として定めている事項は、(i) 信託財産が独立の基金を構成すること、(ii) 受託者が訴訟当事者となれること、(iii) 受託者が受託者として公証を受けられること、並びに (iv) 信託の準拠

法が定めている限りにおいて、(a) 受託者の債権者は信託財産を強制執行できないこと、(b) 信託財産は、受託者の支払不能や破産の影響を受けないこと、(c) 受託者の配偶者の夫婦財産や受託者死亡後の相続財産に含まれないこと、(d) 受託者が信託義務に違反して処分したり、固有財産と混同したりしたときは、回復を請求できることなどである。これらは、日本の信託法上、信託が当然に備えておくべき性質と一致している[222]。よって、11条は日本の信託法と矛盾することはない。

5．7　信託の登録

ハーグ信託条約12条は、信託財産の登録が可能である旨を定めている。これは、日本の信託法14条が定める信託の公示制度と整合している。

5．8　適用除外

ハーグ信託条約15条は、(i) 未成年者及び無能力者の保護、(ii) 婚姻の人的及び財産的効力、(iii) 遺言及び相続、特に配偶者や親族の遺留分、(iv) 財産権の移転及び担保権、(v) 支払不能に関する債権者保護、及び (vi) その他、誠実に行動した第三者の保護に関する事項は、この条約にはよらず、法廷地の国際私法に従って準拠法を定めても構わないものとしている。これらの法律問題は、日本の国際私法上も通則法７条及び８条とは別の単位法律関係に分類されており、信託準拠法の送致範囲外の事項と考えられる[223]。

222）信託財産の独立性（条約11条 (i)）について信託法23条１項、受託者の訴訟上の地位（条約11条 (ii)）について信託法26条、民事訴訟法124条１項４号及び同法115条１項、受託者の権限（条約11条 (iii)）について信託法26条、信託財産に対する強制執行の禁止（条約11条 (iv) (a)）について23条１項、信託財産の受託者破産からの独立（条約11条 (iv) (b)）について25条１項、夫婦財産、相続財産からの独立（条約11条 (iv) (c)）について23条、25条、60条など、信託財産の回復請求（条約11条 (iv) (d)）について20条、27条などがそれぞれ規定している。

223）道垣内正人「信託の準拠法及び承認に関するハーグ条約について」道垣内正人＝新井誠＝木村恒弐「国際信託法の諸問題」（前掲注10）86頁

５．９　絶対的強行法規

ハーグ信託条約16条は、法廷地の裁判所は、抵触法にかかわらず法廷地の強行法規を適用することができる旨を定めている。日本の国際私法上、これは「絶対的強行法規」の問題である。

絶対的強行法規とは、一定の政策的な目的を達成するために明確な適用意図を有しており、準拠法にかかわらず強行的に適用される法規のことである。通則法には、絶対的強行法規に関する規定は設けられていないが、これは、どのような規定が絶対的強行法規に該当するかを明確化することが困難であることなどから、解釈に委ねることにしたためであり[224]、絶対的強行法規を認めない趣旨ではない。学説上、少なくとも、法廷地である日本の絶対的強行法規が準拠法にかかわらず適用されることについては、ほぼ争いがない[225]。絶対的強行法規の例としては、独占禁止法、外国為替法[226]、消費者・労働者保護関連法規[227]、利息制限法、借地借家法など、日本の公共政策や公益にかかわる法律の規定が挙げられている。

信託に関して、日本国内で業として信託を行う者を規制するための法規として信託業法が存在する。信託業法は、「信託業を営む者等に関し必要な事項を定め、信託に関する引受けその他の取引の公正を確保することにより、委託者及び受益者の保護を図り、もって国民経済の健全な発展に資することを目的とする」法律であり（信託業法１条）、信託業の免許や登録に関する事項、信託会社の主要株主や業務、経理などやその監督、外国信託業者に対する同様の規制や監督、信託契約代理店等に関する規制や監督などの規定が設けられ、さらに

224）法務省民事局参事官室「国際私法の現代化に関する要綱中間試案補足説明」169頁以下
225）折茂豊「当事者自治の原則」（1970、創元社）287頁以下、実方正雄「債権―各種の契約」国際私法講義第２巻）（1955、有斐閣）452頁以下、澤木＝道垣内「国際私法入門第６版」（前掲注77）195頁、道垣内「ポイント国際私法各論」（前掲注87）211頁
226）横山潤「国際私法における公法」国際私法の争点（新版）（1966、有斐閣）23頁
227）東京地裁決定昭和40年４月26日（労民集16巻２号308頁）

違反行為に対する罰則が定められている。信託会社の忠実義務は、善管注意義務とされ（28条２項）、この義務は信託行為によって軽減することができないと解されている。さらに、信託会社は、信託財産に係る一定の行為準則に従うべきものとされ（29条）、重要な信託の変更に関する手続きや要件も定められるなど、受託者の義務や信託の変更に関して、信託法の定めとは異なる規制や制限を設けているため、これらの規定が絶対的強行法規に当たるのか否かが問題となる。

信託業法は、銀行法や保険業法などとは異なり、社会秩序の維持や公共の利益を目的とすることを正面から謳っているわけではないが、業として信託の受託者となる者と不特定多数の受益者や委託者との関係を念頭において、弱者である受益者らを保護することを目的とした社会政策的な法規であり、規制に違反した信託業者に対する登録取消や罰則規定まで設けている。この見地から、外国信託業者を含め、日本で信託業を営む全ての者を規制の対象として定めており、信託準拠法にかかわらずその規制を及ぼさない限り、目的の達成ができないことは明白といえる。この趣旨に鑑みて、信託業法における条項は、受託者の義務などの私法に関する規定を含めて、絶対的強行法規であり、信託準拠法にかかわらず適用されると解すべきである。その結果として、たとえば、受託者の善管注意義務を定める信託業法28条２項は、信託準拠法にかかわらず適用がある。日本の信託法は、受託者の善管注意義務を定める規定（29条２項）は任意規定に過ぎず、信託行為において義務を軽減することが許されているが、信託業法の適用を受ける信託契約の場合、善管注意義務を軽減ないし否定する旨の条項は無効とされている[228)]。イギリス法に準拠した信託において、受託者がどのような義務を負うかは、信託の本質に反しないかぎり、設定者が自由

228）三井秀範「改正信託法の概要」信託221号43頁、有吉尚哉「信託業法と信託」新しい信託法の理論と実務（金融・商事判例増刊1261号）113頁

229）Thomas and Hudson“Law of Trusts”（前掲注８）p.41, Armitage v Nurse [1998] Ch 241, Trustee Act 200 Section1, Schedule 1, paragraph 7, Pettit（前掲注173）p.395。ただし、衡平法の本質に反するような責任制限は許されない（Walker v Stones [2001] QB 902）。

に定めることができる[229)]。しかし、受託者が信託業法の適用対象者である場合、すなわち、日本で業として信託の引受を行う者である場合は、常に善管注意義務を負うべきものと解すべきである。

このように、日本の国際私法上、信託業法を絶対的強行法規として適用すべき場合があるところ、ハーグ信託条約16条はその余地を認めているので、わが国の信託法制と矛盾することはない。

上記２乃至４において論じた信託準拠法の決定基準は、ハーグ信託条約との整合性を特に意識したものではなかったが、以上の検討結果によれば、わが国が同条約を批准したとしても、本稿で述べた信託準拠法に関する解釈及び決定基準をそのまま維持することが可能である。