

Title	他人の財産管理
Sub Title	La gestion des biens d'autrui
Author	Schröder, Rainer(Hara, Megumi) 原, 恵美
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2012
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.23 (2012. 5) ,p.209- 235
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	講義：2011年度大陸法財団寄附講座「財産の管理・運用」
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20120529-0209">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20120529-0209</a>

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.

講義

2011年度大陸法財団寄附講座「財産の管理・運用」

# 他人の財産管理

ライナー・シュレーダー

原 恵 美／訳

- A. 財産管理
  - I. 日常生活の中の管理
  - II. 積極財産の管理における利益相反
- B. ドイツ法による法的基礎付け
  - I. ドイツ法の構造
  - II. 委任 (Auftrag)
  - III. 代理権 (Vertretungsmacht)
  - IV. 信託

本稿は、2011年10月に行われたパリの大陸法財団による寄附講座の講義です。一連の講義は財産管理に関するものですが、私は、その中でも、ドイツにおける委任と信託について講義する榮譽に与りました。

## A. 財産管理

「財産管理」という用語によって我々は何を思い描くでしょうか？ この用語は多義的ですが、例えば、適切な方法でかつ継続的に、(自己または他人の)事務に従事する場合、これを管理といいます。管理は、主体の役割または客体

の機能によって区別されます。すなわち、所有者自身が事務に従事する場合、または管理者が他人の事務に従事する場合がありますし、他方で、管理の客体については、様々な積極財産、すなわち、預金、不動産、絵画といったものが考えられます。管理という関係を構築するにあたって、後述のような様々な取り決めや当事者の利害が影響します。

## I. 日常生活の中の管理

財産管理は、日常生活の中で、どのような場面にでてくるのでしょうか。ドイツ租税法典14条によれば、積極財産の管理とは、一般的に、当該積極財産が投資の原資として、あるいは賃貸の対象の不動産として利用されるような場合です。我々は、特に金融の分野、そしてしばしば不動産の分野において、財産管理にでくわします。

### 1. 不動産分野

不動産の管理人は、典型的には、他人所有の不動産を管理するという任務を遂行します。不動産の所有者は、個人であったり、不動産関連の会社であったり、機関投資家であったりします。管理人は、共有者より託された財産の管理の任を負う場合もあります。

### 2. 金融分野

金融分野における財産管理といえば、主として、ある者が、財産管理人として雇われた第三者に、投資（金融）に関する判断を委ねるような場合です。様々な財産が対象となりますが、例えば株式、不動産や流動資金が考えられます。

財産管理は、投資の助言とは異なります。それは、財産管理では、管理人が投資に関する助言を行うだけではなく、投資の判断も下すからです。財産管理の目的は、顧客の財産のポートフォリオを、顧客の利益において最適化することです。ポートフォリオは、通常、個々人の必要に応じて作成されますが、顧客の個別的状況、そのリスク感覚や状況が考慮され、各人の価値観が反映されます（例えば、弾薬工場の株を除外するなど）。

このような財産管理は、財産管理人がある個人のために判断し、またその個人を管理の負担から開放することを可能にします。例えば、裕福な人が財産管理人を必要とするのは、所有物の取扱いにあまりにも時間がかかる場合や所有者が必要な能力を獲得できない場合です。これは、経済的観点（法と経済学からの分析）からすると、取引コスト、情報コスト、リスクの最小化、そして機会の増加に関わります。したがって、管理人を選任するのは、多くの場合、経済上の理由によります。

とりわけ指摘できるのは、自由市場における商業銀行が財産管理人である場合です。民間銀行や大手小売銀行は、一般的な財産管理を提案します。他方で、〔独立系の資産運用会社といったような〕独立系の財産管理人は、多くの場合、高度にカスタマイズされたサービスを提案します。最近では、いくつかのインターネットサイトが、このような管理サービスへアクセスすることを可能にしています。例えば、ドイツにおいて、独立系の財産管理人で構成される協会が管理人に関する情報を提供しています。管理人の中には、就任の条件として、最低投資額を定める者もいます。莫大な資産の管理については、新しい制度でありますファミリー・オフィス（Family Office）が利用されます。

ポートフォリオの管理人を選任することができないか希望しないような場合、投資資金の集団的管理も可能です。この場合、投資の判断を下すのは、この資金の管理人ということになります。

### 3. 企業のための積極財産の管理

企業の積極財産の管理は、関係企業の積極財産の系統的な最適化を目的とします。このような管理は、企業の活動と金融上の成功をより確実にすることができます。積極財産の管理は、資本金の変化なく企業の価値増大を期待できますし（最大値原理）、また、できるだけ少ない資本で価値を増大することも期待できます（最小値原理）。

### 4. 積極財産の管理人が負う認可取得義務

銀行やその他の財産管理人は、不動産であろうと芸術品であろうと、様々な財産についてサービスを提供します。これらの財産管理は、その客体に応じて

異なります。例えば、有価証券の場合、様々な法規に従わなければなりません。どういうことかといいますと、法律の定めに従って、「真正の」財産管理と不真正の財産管理を区別する必要があります。前者は、貸付けにつき規律する銀行法（KWG）1a条2項3号に示されている管理であり、そこには「個人の金融商品に関するポートフォリオの管理は、金融監督庁（BaFin）の認可が必要である」とあります。後者は、多くの場合、営業法34c条1項3号におけるような単純な投資の助言の意味で利用されます。管理に関する諸規定は、管理客体の特徴に応じて定められています。不動産の管理の場合、長期にわたる戦略が必要となります。この場合、不動産は、顧客の所有物です。したがって、管理人は、当該不動産という具体的な客体につき、投資の判断を下す必要があります。他方で、有価証券の管理の場合、管理人は、ポートフォリオの構成要素について判断を下さなければなりません。どの企業が健全な企業なのか、管理人は、市場を常に注視し、ポートフォリオを再構成します。これには大きな困難がともなうからこそ、法律で規制する必要性も大きいのです。

以上は例示に過ぎません。詳細には立ち入りませんが、これらの財産管理の機能は、技術的、法的、および管理のレベルから様々な観点を提示します。いずれにせよ、管理人のためには、概念に一定程度の自由度がなければならないとともに、所有者の利益をも守らなければならないのです。

## II. 積極財産の管理における利益相反

利益相反と信認関係の古典的な問題は、銀行における財産管理の場合にも該当します。すなわち、銀行が財産管理をする場合に、利益相反のリスクがあります。それは、当該銀行が顧客のポートフォリオに対して自身の金融商品を販売するため、ポートフォリオとその販売する金融商品の双方を管理することになるからです。このような場合、自行の商品を販売すると販売手数料が得られることが多いため、管理人は、販売による成功報酬がもらえるということになるわけです。

独立系の財産管理人についても、利益相反になるような財産管理によるキッ

ク・バックの問題があります。このような利益相反は、コスト〔構造〕の透明化により食い止めることができます。また、あらゆるキック・バックが顧客に対してなされることを保障するという管理人と顧客の間の取決めによっても同様に利益相反を食い止めることができます。

## B. ドイツ法による法的基礎付け

ドイツにおける財産管理の法的根拠は何でしょうか？ 委任、管理契約、または他人の事務処理が考えられます。ただし、他人の財産管理は、単純に代理権によって基礎づけることもできるでしょうし、一定の領域においては、管理人または代理人を単に指名することによって基礎づけることも可能でしょうし、さらには信託的合意によることも可能です。

それでは、これらの各法律関係を個別に検討しましょう。

### I. ドイツ法の構造

まず、法制史を教える者としてドイツ法の簡単な入門を示しましょう。偉大なボワソナードが日本にフランス法とその民法典を紹介しましたが、同様にドイツにおいても法継受が行われました。ドイツ民法典（BGB）は、歴史学派（サヴィニー）とパンデクテン法学（ヴィントシャイト）によって、ローマ法の伝統に根づいております。この歴史については、私よりも皆さんの方がご存知かもしれませんね。

ドイツ私法は、様々な分野によって構成されています。民法典（**Bürgerliches Gesetzbuch**）、商法および会社法（Handels- und Gesellschaftsrecht）、労働法（Arbeitsrecht）などが挙げられますが、これらの分野は、民事訴訟法（Zivilprozessrecht）や国際私法（internationales Privatrecht）によって補完されています。

その中でも、民法は中心的地位を占めています。すなわち、民法は、私法全体の一般法です。BGB〔ドイツ民法典〕は、その構造や技術であろうと、概念や制度であろうと、すべてパンデクテン法学を継承した結果です。そのBGB

は、1900年1月1日に施行されました。構造は、五つの編（Bücher）から成っています。私が知る限りでは日本民法と同じです。第1編が総則であり、それに続き、四つの個別の編があります。第2編は債務関係法（Schuldrecht）、第3編は物権法（Sachenrecht）、第4編は家族法（Familienrecht）、第5編は相続法（Erbrecht）です。

総則の部分には、私法全体、そして個別の編にわたる重要な法概念や法制度が寄せ集められています。このような構造は、反復の不便さを解消し、時間の節約になり、さらには、単一の解釈を獲得することを可能にします。総則において、次の用語が順次規律されています。すなわち、物、法律行為、期間、時効、権利行使、担保の設定です。このような相互参照の技術および抽象化がBGBの特徴ですが、これは一般素人が理解するのを困難にしています。

ドイツ私法のもう一つの特徴は、有名な「峻別主義と無因主義」（**Abstraktionsprinzip**）です。すなわち、ドイツ法において、法律行為が二つの異なる類型に区別されています。一つは、義務づけ行為（Verpflichtungsgeschäft）、例えば売買契約の締結です。そしてもう一つは、処分行為（Verfügungsgeschäft）ですが、これは目的物の所有権を移転するのに要求されます。

それゆえ、ドイツ法によれば、例えば売買の場合、三つの異なる法律行為が必要だということになります。まずは、契約当事者に、（一方は、金銭、他方は売買の目的物の）所有権の移転を義務づける契約です。さらに、この義務を実現するためには、あと二つの法律行為が必要です。一つは、金銭の所有権の移転であり、もう一つは、目的物の所有権の移転です。ただし、これら三つの行為は、同時に行われることがしばしばあります（例えば、クロワッサンを購入する場合）。以上より、移転というのは、契約の範疇ではなく、契約とは区別された行為によるのです。そして、所有権移転行為自体、二つの異なる要素に分解されます。すなわち、所有権の移転を実現するための物権的合意（Einigung）、そして、法律事実であるところの動産の取得者への引渡し（Übergabe）、あるいは登記簿における不動産の移転の登記（Eintragung, 第873条）です。後者（引渡しと登記）の要件は、第三者に対する公示になります。

峻別主義は、無因主義によって補完されます。義務づけ行為の無効または解除は、処分行為に対して影響を与えないため、処分行為は有効なままです。処分行為は無因行為であり、ドイツにおける不当利得の重要性を示すものでもあります。すなわち、売主は、財産の再移転（原状回復）を獲得するために、不当利得の訴えを提起することになります。

無因行為の種類は、無因行為の一種である処分行為の種類よりも広範にわたります。委任において、代理権授与は無因行為です。〔任意〕代理権は、法定代理権、例えば子に対する親の代理権とは区別して考えなければなりません。無因行為は単独行為であり、原因契約からは独立していることから原因契約の無効の影響を受けないのです。

本題にもどりましょう。それは「契約」です。

BGBの第2編は、債務関係法（**Schuldrecht**）に関する編です。この中でも、債務全般に共通する規律を含む総則と、それに続く各則という構造を見いだすことができます。そして、各則において、典型契約が見出されます。例えば、売買契約、交換契約、一時的居住権契約〔別荘などのタイムシェアリング契約のこと〕、消費貸借契約、贈与契約、賃貸借契約、雇用契約、請負契約、委任契約と事務処理契約、そして、事務管理、寄託契約、組合契約といったものです。

一定の種類の典型契約について規律はあるものの、ドイツ私法における指導原則の一つは、私的自治の原則（**Privatautonomie**）です。BGB全般にわたって見出されるこの個人主義的・自由主義的観念は、とりわけ契約に関するものです。この観念は、遺言自由、結社の自由、あるいは契約自由の原則（**Vertragsfreiheit**）に現れます。すなわち、一つに、各人は、契約を締結するか否かは自由であるし、締結する相手も自由に選べます（**Abschlussfreiheit**）。さらに、契約当事者自身で、契約の内容を決めることができます（**Gestaltungsfreiheit**）。

もちろん、意思の自由は制限されており、法律による禁止、善良の風俗（第138条）、信義則（第242条）に違反することはできません。

第138条 善良の風俗違反の法律行為と暴利

- (1) 善良の風俗に反する法律行為は無効である。
- (2) 特に、他人の窮迫、無経験、判断能力の欠如、著しい意思薄弱に乗じて、ある給付に対して著しく不均衡な財産的利益を自己または第三者に約束または提供させる法律行為は、無効である。

第242条 信義誠実に従った給付

債務者は、取引の慣行に考慮し、信義誠実の要求に従って、給付をする義務を負う。

これら二つの一般条項は、BGBの総則に規定されており、裁判所が契約関係を道徳的に説明することを可能にします。さらに、これらの条項は、法が社会的・経済的变化に適応することを可能にします。しかし、これは同時に危険なことでもあり、危険な政治的動向に接近する術を与えしまうことにもなります。我々はナチス政権の時にこれを経験しました。

契約自由の原則は、同様に、様々な消費者保護規定によっても制限されません。消費者保護規定の大部分は、EU指令の国内法化によってできました（例えば、撤回権や取戻権）。この諸規定は、（例えば、イタリアのように）消費者法典として編纂されているのではなく、BGBや他の特別法（製造物責任法：Produkthaftungsgesetz）の中に少々散らばって存在しています。

それでは、BGB662条以下に規律されている委任について見てみましょう。

## II. 委任 (Auftrag)

第662条 委任の特徴的義務

委任を承諾することによって、受任者は、委任者から委託された事務を委任者のために無償で処理する義務を負う。

委任の諸規定は、一方当事者が他方当事者に役務を供給するという類の法律関係の土台となります。他の法文も委任の規定を準用しています。しかし、契約類型ごとに区別して考える必要があります。というのも、通常、他人に対する労務の提供は、有償で行われます。例えば、雇用契約（または労働契約）あるいは、請負契約がそうです。委任との違いはどのような点に見出されるのでしょうか？

雇用契約は、611条に見出されます。

#### 第611条 雇用契約の特徴的義務

- (1) 雇用契約により、労務を約束した者は、約束した労務を給付する義務を負い、その相手方は、合意した報酬を与える義務を負う。
- (2) いかなる種類の労務も、雇用契約の目的とすることができる。

被用者は、労務提供が義務づけられていますが、それは、具体的な成果までは含みません。

次に、請負契約に関する631条を見てみましょう。

#### 第631条 請負契約の特徴的義務

- (1) 請負契約により、請負人は、約束した仕事を完成する義務を負い、注文者は、合意した報酬を支払う義務を負う。
- (2) 請負契約の目的は、物の製作若しくは変更、または労働若しくは労務により生ずるその他の結果とすることができる。

例えば、一方が建物を建築することを約し、他方が支払義務を負うという契約は、請負契約の典型的場面です。請負人には、仕事すなわち活動の成果が求められます（第631条2項を参照）。これは売買契約ではありません（第433条）。なぜなら、（例えば、建物の例のように）履行対象は、現実の、既にできあがっ

た物ではないからです。請負人は、依然として、建物を建築しなければならないのです。これは雇用契約でもありません。なぜなら、請負人は、努力、時間や関与を求められているだけではなく、決定的な結果（建物）が求められるからです。

これに対して、委任者は、無償の事務に従事します。それは委任者が報酬を求めることができないことを意味します。しかし、委任者に自費負担することまでは求められておらず、それゆえ、費用の償還を求めることができます。

#### 第670条 費用償還

受任者が、委任の執行のために事情により必要と認められる費用を支出したときは、委任者は、費用償還義務を負う。

他方で、受任者は、通知義務と報告義務を負います（第666条）。また、事務を処理することによって取得したものをすべて委任者に引き渡す義務も負担します。

#### 第667条 受任者の引渡義務

受任者は、委任を執行するために受け取ったものおよび事務を処理することによって取得したものをすべて委任者に引き渡す義務を負う。

委任は、委任者によっていつでも撤回できますが、同様に、受任者であっても同様に関係を解消することができます（第671条）。ただし、疑わしきときは、委任者の死亡によっては終了しませんが、受任者の死亡によっては終了します（第672条以下）。

受任者が、無償の事務に従事しているということに鑑みれば、委任は、雇用契約や請負契約に類するというよりは、好意による契約に類します。ただし、雇用若しくは請負契約が有償の事務処理を目的とする場合、法律は、委任の規

定の大部分が準用されると規定します（第675条）。契約当事者の利益関係を考えれば、委任と、雇用や請負は似通っているからです。

#### 第675条 有償事務処理

- (1) 事務処理を目的とする雇用契約または請負契約については、第663条、第665条から第670条まで、および第672条から第674条までの規定を準用し、かつ、義務者が解約告知期間の定めにかかわらず解約を告知する権利を有するときは、第671条第2項の規定も準用する。

有償事務処理契約（第675条1項）は、他人のために財産的利益を獲得することを目的とした経済的性質を有する独立の活動と定義できます。ここでの有償事務処理の概念は、一般的な意味における他人の事務の処理と理解すべきではなく、他人の財産的利益の獲得を目的とする事務処理であると考えべきです。例えば、弁護士がそのクライアントのために、（財産的利益のための）事務に専念することです。

### Ⅲ. 代理権 (Vertretungsmacht)

労働の分担によって特徴づけられる社会において、個人が単独で、必要な法的取引のすべてを実行することは不可能です。例えば、中堅の小売販売店の店主が、売買につき数多くの労働者を使いますが、それは、商品を取得するためであったり、売却して金銭を取得するためであったりします。労働の分担とは、他者がその地位において行動するにまかせることであり、それが法的な行為であっても同じです。商事の世界では、いたって普通のことです。一般的に、あらゆる法律関係において、代理は認められます。これは、「私的自治」に由来します。したがって、代理権を授与することはできますが、これにはリスクがつきものです。代理が認められないのは、当事者自身が締結しなければならない法律関係についてのみです。これは、例えば、遺言作成や婚姻です。代理が有効であるためには、164条に定められている代理権が必要です。

#### 第164条 代理人による表示の効力

- (1) 代理人がその権限内において本人の名で行為するという意思表示は、本人の利益であっても不利益であっても直接本人に効力が生じる。本人の名を明示して意思表示したか、あるいは本人の名で行為するものであることが事情により明らかであるかどうかは問わない。
- (2) 他人の名で行為する意思が明らかでないときは、自己の名で行為する意思がないとしてもこの事実を考慮しない。
- (3) 第1項の規定は、他人に対してすべき意思表示をその代理人に対してした場合にもこれを準用する。

代理人による表示は、代理権の存在によってはじめて本人に効果帰属することが認められます。他方で、代理人は、権限内で行動しなければなりません。任意代理権の場合、代理人が本人に有利にも不利にも行動しうることを考慮して、この代理権を授与した本人（代理権を授与した委任者とも呼ばれる）の意思に完全に依存することになります。

#### 1. 法定代理

ある一定の者、例えば、両親（第1626条、第1629条）、後見人（第1773条、第1896条）、保佐人（第1909条）に、法は代理権を与えます。それは、これらの場合において、本人が単独で法的な行動を行うことが望まれないからです。ただし、代理の権限の範囲は制限されています。なぜなら、本人は、代理人の行動をコントロールすることができないからです。このことから、例えば、被後見未成年者の資産に重大な影響を与える法律行為については、後見判事（後見裁判所）の許可が必要とされます（例えば、後見人については、第1821条以下、両親については第1643条以下）。

#### 2. 法律行為によって授与された代理

法定代理権以外に、他人が本人のために行為するように義務づけるための最も重要な方法は、何がしかの法律行為によって与えられる代理権です。代理権授与は、単独行為であり、第167条に規律されております。

## 第167条 代理権の授与

- (1) 代理権の授与は、代理人または代理される行為の相手方である第三者に対する意思表示によって行われる。
- (2) 前項の意思表示は、代理の対象である法律行為について定められた形式を必要としない。

委任の場合、委任者は受任者に対して、代理権授与行為によって代理権を与えます（Vollmacht）。これは、無因の法律行為であり、委任からは独立した行為です（この点については、既に検討したとおりです）。基本契約は、契約当事者間に関するものであり、代理権は、契約当事者と第三者の関係に関するものです。

代理権授与によって、ある者が自分のために、一つまたは複数の法律行為を行う権限を他の者に与えます。代理人は、代理権授与があるからこそ、代理権を授与した本人を義務づけることになる意思表示をすることになります。代理人は、固有の意思表示をするのであって、単に本人の表示を伝達するわけではありません。他人の表示を単に伝達するに過ぎない者は、使者と呼ばれますが、その使者の裁量は、非常に限定的です。

代理人は、第三者の計算において行為するということを考えると、〔代理権の〕認識可能性が代理の中で最も重要な大前提だということになります。契約の他方当事者は、いったい誰と契約を締結するのか知る必要があるのです。

164条2項において、代理権授与が明らかにされていない場合、契約は、第三者と代理人自身との間で締結されたものとして効力が生じることが規定されています。この条文は、少々複雑な書きぶりではありますが非常に正確な書き方でもあります。すなわち「他人の名において行為する意思が明らかでないときは、自己の名において行為するという意思がないとしてもこれを考慮しない」と規定します。

他人のために行為するというを明らかにしない者は、契約上、その者自身が義務を負うのです。以下のような状況を想定しましょう。あなたがA氏と契約を締結したとしましょう。ところが、その後B氏が登場し、「私があなた

と契約を締結した」と言ってきました。あなたはB氏とは関わりたくないと思っていました。私的自治は、契約相手方を選択する自由を含むのです。そうであるならば、代理権授与の認識可能性と明白性は、この自由を保障するのに役立っているといえます。

もちろん、この明白性の原則には、例外があります。164条1項2文によれば、ある者が他人のために行為しているということが状況によって明らかである場合は、それで十分です。日常取引において（例えば、朝に買うミルク1リットル）、契約当事者にとって、誰と契約を締結しているかということはあまり重要ではありません。取引の相手が個別的に選択されているという理解は、日常生活における小規模な取引とは無縁なのです。

代理権授与は、口頭であっても認められ、無方式の表示で十分です。代理権授与は、代理権が授与される者に向けられることも、代理が対象とする第三者に向けられることも可能です（後者は、すなわち、代理が効力を生ずる前の第三者です。第167条を参照のこと）。その上、この形式は、〔代理権発生の〕基本契約の形式とも関係ありません。これは、代理権授与の撤回についても同様であり、撤回は、168条により、原則としていつでも可能です。しかし、所有物の売却を目的とする撤回不可能な代理権授与には、形式が要求されます。このような代理権は撤回できない以上、代理権の中でも特に危険です（第311b条）。

#### 第311b条 土地、財産および相続財産に関する契約

- (1) 一方当事者が、土地所有権を移転または取得する義務を約する契約は公正証書を必要とする。この方式に従わないで締結された契約は、不動産譲渡の合意および登記簿への登記がなされた場合は、その全内容につき有効となる。
- (2) 一方当事者が、将来の財産の全部もしくは一部を移転するかまたはそれらに用益権を設定する契約は無効である。
- (3) 一方当事者がその現在の財産の全部もしくは一部を移転し、またはそれらに用益権を設定する契約は公正証書を必要とする。
- (4) 生存している第三者の相続財産に関する契約は無効である。生存している

第三者の相続財産に基づく負担部分または遺贈に関する契約についてもこれと同様である。

- (5) 第4項は、将来の法定相続人の間で、彼らの一人の法定相続分または負担部分について締結された契約には適用されない。このような合意は、公正証書を必要とする。

168条によれば、代理権の消滅はその授与の基礎である法律関係に従ってこれを定めるとされています。そこで、168条をみると以下のように規定されます。

#### 第168条 代理権の消滅

代理権の消滅はその授与の基礎である法律関係に従って定める。代理権は、この法律関係より別段に帰結されない限りは、この関係が存続中であっても、撤回することができる。撤回の意思表示については第167条第1項の規定を準用する。

基本契約が委任であった場合、代理権は、受任者の死亡によって消滅しますが、委任者の死亡によって消滅するわけではありません。反対に、代理権は、法律関係が継続していたとしても、撤回可能です（もちろん、これに反する基本契約上の合意がない場合です）。

代理権の消滅については、第三者に対する表示によって代理権が発生していた場合、その第三者に消滅を通知しなければなりません（第170条を参照）。

次に、代理権の範囲を画することは、非常に重要です。代理権は、「包括的」でありうるし、逆に「特別」でもありえます。後者の場合、代理権は、個別的行为の実現のために授与されます。例えば、ある売買契約締結のためという場合です。包括代理権は、商取引における一般的な慣行であり、大部分の企業が、特定の人に、（企業の決定機関の下で）企業のためにあらゆるタイプの法的行為を行うように権限を与えます。代理権の範囲は、代理権を授与した委任者が、内部関係に基づいて決定します（**Innenvollmach**）。代理権は、無因行為で

す。代理権のみを基本契約なしに授与するということは実務で行われておりませんが、しかし、表面に出てこない形で代理権が取引に付随していることがあります。例えば、友人のために本を購入した場合、662条による委任ですが、この場合も代理になりえます。他にも、労働契約において代理が多く存在しています（第611条以下）。限定的な代理権を授与したり、または代理権のある行為に明確に限定したりすると、通常、外部的な関係にも影響を与えます。これは、代理人と契約を締結する第三者にとって危険です。なぜなら、代理人によってなされた取引が、代理権の範囲ではない場合、「代理人」は権限がないにもかかわらず行為したことになり、第三者との間の契約もなかったことになります。これは、179条に規律されている「無権代理人」の責任の問題です。

#### 第179条 無権代理人の責任

- (1) 代理人として契約を締結した者が、その代理権を証明せず、かつ本人が契約の追認を拒んだときは、相手方の選択に従い、履行または損害賠償の義務を負う。
- (2) 代理人が代理権のないことを知らなかった場合は、相手方が代理権を信じたために受けた損害のみ賠償する義務を負う。ただし、相手方が契約が有効であることについて有する利益の額を超えない。
- (3) 相手方が代理人に代理権がないことを知り、または知りうべきときは、代理人は責任を負わない。代理人が行為能力の制限を受けたときもこれと同じである。ただし、法定代理人の同意を得て行為した場合はこの限りでない。

「第三者に対する表示によって授与される代理権」(AuBenvollmacht) とは、(友人のために本を購入するという例を用いるならば) 代理権を授与した委任者が、書店に対して、「Untel氏が私の名において私のために本を買うことになる」と告げたような場合に与えられる代理権です。このとき、代理権は、撤回することが可能です（第168条、第167条を参照）。

### 3. 権限に対する制限

法律によって定められた代理権は、商取引においても頻繁に用いられます。例えば商法典56条のような場合です（「店または倉庫において、継続的になされている売買」を代理する権限を与える場合です）。もちろん、企業主は、労働契約にこのような権限を包含させることもできます。

また、代理権の範囲を画する規定は、商法典の中に他にもあります（HBG第48条と第54条）。その他、代理権の消滅は、代理権を基礎づける法律関係によります。したがって、代理権の消滅は、基本契約との関係において判断されます。

## IV. 信託

この講義のテーマは、「委任と信託」ですが、委任については、既に、様々な概念を検討しました。同様のことを「信託」についても行う必要があります。私の知る限りでは、信託 (fiducie) は、フランス法では、非常に新しい制度です (2007年2月)。フランスでは、“fiducie” と言われますが、要は、英米法の “trust” に類似する制度です。ドイツ法も、同様の類型の合意を認めておりますが、BGBは、明確にはこの概念を規律しておりません。むしろ、この類の契約は、様々な形で表面化しております。“Treuhand” がドイツにおける信託であり、様々なコンテキストにおいて利用されております。法分野において、「信託 (fiducie)」は、信託 (的な関係) を意味する一般的な表現であり、信託関係の様々な形式を含みます。すなわち、信託 (“Treuhand” のことで、この講義においては、「信託関係 (relation fiduciaire)」または「信託 (fiducie)」といいます。) は、受託者に、ある権限が「信託 (fiducie) として」譲渡されるときに存在するのです [本講義において、設定者が受益者であることが前提となっている]。

信託において、第三者との関係 (外部関係) をみると、多くの場合に所有権は受託者に移転しています。これは、外部関係において、目的物の受託者は、完全な所有者としての地位が与えられていることを意味します。

## 1. 契約類型としての信託合意

民法典において、信託合意は、独立の契約類型として規定されておりません。ドイツにおける信託の特徴は、長い間、多くの議論の対象となりました。特に、過去15年の間に、紀要や雑誌において、その特徴が再度議論されています。多くの場合、論者は、外部関係について関心をもっております。すなわち、外部的には、受託者は、内部関係に定められているよりも大きな権利を行使することができます。これは、様々な法律問題を生じさせます。例えば、倒産の場合、第三者の受託者に対する権利行使といった問題です。

信託関係は、契約といった法律行為と考えることもできますし、他の法律関係（例えば、“trust”の場合）と考えることもできます。信託の構成は、受託者が、（所有権移転、権利者からの処分同意、代理権といった）権利および義務を設定者から得ることです。設定者は権利および義務を失いますが、それは、受託者に対して権利および義務を移転した分に相応します。信託は、管理または担保の手段として利用できます。

受託者は、信託合意によって、設定者との関係において、与えられた権利の範囲で対象となる物を管理する義務を負います。これは、受託者が権利者になるということを意味しますが、理論的には、合意によって認められた限度においてのみ、権利行使することができるはずですが、事実上は、第三者との関係において、合意によって与えられた権利を超えて、権利行使することができてしまいます。端的にいえば、受託者は、（設定者との関係によって）行使できる範囲以上の権利を（外部関係について）行使できてしまうのです。

## 2. 外部関係（Außenverhältnis）

物権との関連において、〔信託の〕外部関係を明らかにしなければなりません。信託が完全な所有権の移転に関する場合、受託者は所有権そのものを取得し、設定者に対しては、物権の行使について契約上の義務のみを負担します。このような契約上の義務は、137条を根拠として、所有権の処分に影響を与えません。

### 第137条 法律行為による処分禁止

譲渡可能な権利を処分する権限は、法律行為によってこれを排除し、または制限したりすることはできない。かかる権利を処分しない義務を負担する行為は、本条によってその効力に影響を与えない。

## 3. 倒産の場合における信託下の財産

倒産実務において、債権者、銀行、そして倒産に関わる専門家は、債務者の名で開設されたか、あるいは債務者のための信託勘定、例えば信託口座をどのように処遇するかについての疑問に直面することがあります。

銀行口座も信託合意に服することから実務において、銀行口座が信託的性質を有する場合があります。それは例えば、アパートのための口座や外国人の資金を維持する弁護士口座があります。いかなる場合においても、信託財産は、その管理人の固有財産からは分離されていなければなりません。

信託財産と受託者の固有財産の分離は、財産レベルにおける合意上の義務の尊重をも保障します。しかし、当該勘定は、受託者が固有の資金をこの勘定に含めると、信託の性質を失ってしまいます。そのため、明確な資金の分離が必要です。

設定者の倒産と受託者の倒産を分けて考えてみましょう。

### a) 設定者の倒産

設定者が倒産した場合、信託財産の法状況は問題となりません。すなわち、信託財産は、経済的には〔受益者でもある〕設定者に帰属しています。したがって、受託者は、信託財産を取り戻すことができません（倒産について、倒産法第47条を参照のこと）。むしろ、設定者の倒産管財人は、受託者に対して、信託合意にしたがって信託財産の返還を要求することができます。

### b) 受託者の倒産

信託財産は、経済的には、設定者に帰属します。このことから、受託者の倒産の場合、設定者は、倒産法にしたがって、信託財産の返還を求めることができます（倒産法第47条を参照）。しかしながら、これは、信託財産が信託として

の性質を失っていないことを前提としています。例えば、不動産の所有者が預金口座に、賃借人からの敷金に加えて自らの資金を有している場合、あずかっている資金と固有の資金が分離されていません。この場合、敷金は信託財産としての性質を失っているとも考えられますが、しかし、賃貸人である所有者（受託者）が倒産した場合、賃借人は、敷金の範囲で権利主張できるべきです。争いがありますが、このように考えるべきだと思います。

次に、内部関係を検討しなければなりません。

#### 4. 内部関係 (Innenverhältnis)

内部関係において、信託は、他人の利益を保護する債務関係として現れます。長らく支配的な考え方であったのは、信託が物権法に属する一制度であるとする考え方です。しかし、この考え方は、明白に債務関係である内部関係をおろそかにしています。

受託者は、望まれた以上の行為をすることができてしまいます。これは、受託者の地位が、設定者との契約上の制限はあるものの、物権（所有権）の保持者であるということに起因しています。この制限の目的は、設定者の財産の保護です。そして受託者の債務は、信託財産が経済的に受益者でもある設定者に割り当てられることを保障するものです。

#### 5. 利益相反の禁止

それゆえに、受託者は、本質的に、他人の利益を汲みとる者です。他人の利益を託された者は、自分の利益をも同時に考慮してしまった場合には、常に、避けがたい利益相反に直面することになるでしょう。181条における禁止の趣旨はここにあります。

##### 第181条 自己との間の法律行為

代理人は、特に認められた場合を除き、自己の名において自己と法律行為をなし、または第三者の代理人として法律行為を行うことができない。ただし、法律行為が義務の履行のみに関する場合はこの限りでない。

したがって、一方当事者として自己の名で行為し、他方当事者として第三者の代理人として行為する人が、一人で両方の利益を代表する場合、その者が単独で契約を締結することは禁止されています。

## 6. 委任としての信託関係

信託（より正確に言えば、内部関係）は、その内容に基づいて、委任または有償事務処理契約（以下では、有償管理契約と言います）と考えるのが一般的です。信託は、常に設定者の利益を保護するために設定されるということに鑑みて、受託者は、設定者の指示に服しますし、さらに、報告義務、説明義務そして労務提供中に取得したすべてのものを引き渡す義務を負います。この労務に対して報酬が支払われる場合には有償管理契約、さもなければ委任ということになります。

## 7. 有償管理契約としての信託関係

有償管理契約（第675条1項）は、他人のために財産的利益を獲得することを目的とした経済的性質を有する独立の活動と定義できます。雇用契約の性質を有する有償管理契約と請負契約の性質を有する有償管理契約があります。換言すれば、有償管理契約は、前述の他人のために財産的利益を獲得することを目的とした経済的性質を有する独立の活動を対象とする雇用契約か請負契約であるといえます。有償管理契約は、有償・双務の契約です。

この分野における最も重要な学者の一人であるレーニンクによれば、「慣習上」の信託合意は、雇用契約の性質を有する有償管理契約であるといえます。しかしながら、例外的に、請負契約の性質を有する有償管理契約でもありえます。

なぜこのような細かい点に注目するのでしょうか？ それは、「実際の事象」をきちんと識別して認識することが大切だからです。特に、請負契約には、様々な固有の規律があります。例えば、債務不履行責任に関する注文者の協力義務違反（第642条、第643条）、請負人の取得する担保権（第647条から第648a条）、見積り（第649条および第650条）、時効（第634a条）などがあります。任務の不履行があった場合には、損害賠償責任以外に、前述のような責任が生じま

す。他方、雇用契約は、280条に規律されている損害賠償によって解決しなければなりません。それは、雇用契約は、合意による管理のための労務と報酬の交換によって特徴づけられるからです。

#### 第611条 雇用契約の特征的義務

- (1) 雇用契約により、労務を約束した者は、約束した労務を給付する義務を負い、その相手方は、合意した報酬を与える義務を負う。
- (2) いかなる種類の労務も、雇用契約の目的とすることができる。

2項によれば、どのような性質の労務であっても雇用契約の目的とすることができます。古典的な雇用契約は、弁護士や財産管理人の活動のように、経済社会において、個人レベルで独立して提供される労務を目的としています。

すでに検討しましたが、雇用と請負の決定的な境界線は、成果にあります。請負契約においては、成果そのものが義務的ですが、雇用契約においては、結果に向けて拘束されているにすぎません。

契約の履行範囲に関して、受託者も、「成果」（ここではテクニカル・タームとして用いておりません）を契約上義務づけられており、本人のごとくきめ細かな労務を提供するように義務づけられております。努力することで足りるという考え方は、努力さえすれば契約上の義務を満足できるのだというような理解に帰結してしまっはなりません。なぜなら、BGB280条によって、不適切な契約の履行は、損害賠償責任に至るからです。

#### 第280条 義務違反による損害賠償

- (1) 債務者が債務関係に基づく義務に違反したときは、債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求しうる。債務者が義務違反につき責任を負わない場合は、この限りでない。

## 8. 代理との対応関係

設定者と受託者との法律関係は、個別に判断しなければなりません。信託と（すでに検討した）無因行為である代理権を比較した場合、次のように言えます。すなわち、代理も信託も、基本契約を別に観念することができます。その基本契約は、雇用契約や請負契約であったり、また有償事務処理契約や委任、または他の非典型契約であったりすることが考えられます。

第三者と設定者との間における有効性に関する対立は、商法48条に規定された代理のような法定代理の場合にも問題になります。代理人の本人に対する義務は、内部関係によって判断されます。この関係は、少なくとも私の知る範囲では、多くの場合、役務の内容と「成果」が求められるのかによって特徴づけられます。ただし、雇用契約もしばしば成果を視野に入れた何らかの要素をも含むことがあります。例えば、報告書作成義務や治療の開始もある種の「成果」を視野に入れております。治療は実行されなければならないし、報告も提出されなければなりません。しかし、この場合、契約当事者は、患者が健康になるといった種の成果を獲得することを義務づけられることはありませんし、ある手続においてある特定の結果を獲得するように義務づけられることもありません。これは、神の手あるいは裁判所の手委ねられているのです。

## 9. 他の類似する法制度

信託の表れ方が多様であることから、これらの多様な法制度を明確に定義づけることは明らかに困難です。多くの法制度は、場合によっては信託的あるいは信託に類する特徴を有するということができます。例をあげましょう。

### a) 同意

同意の一形態がBGB185条1項に規律されております。

#### 第185条 権限を有しない者の処分

- (1) 権限を有しない者が目的物についてなした処分は、権利者の同意を得てなしたときは有効である。

行為者は、自己の名において行為しますが、それは他人の計算においてすることになります。権利自体は、（信託の場合とは異なり）行為者に移転されていないため、自由に処分できるというわけではありません。したがって、同意を得た者は、濫用できるような権能を有しません。法的には、同意を与えられた範囲でのみ有効性を有します。このような信託的關係は、設定者に対して大きな法的保護を与えられますが、それは非常に限定的な範囲でのみ認められます。185条は、債務の履行にも同様に関係します。362条を見てください。

#### 第362条 給付の履行による消滅

- (1) 債権者に対して負担する債務は、給付を履行したときは、債務関係は消滅する。
- (2) 弁済の目的で第三者に給付を履行したときは、第185条の規定を準用する。

「取立権限」は、受託者にとって、履行遅滞を生ぜしめ債務者に対して追及するために、自己の名において支払を請求することを可能にします。現実的な重要性は、ファクタリングや債権回収に存します。

ドイツにおいて大きな議論になっている概念が、第185条の「処分授權」です。この概念は、ドイツにおいては大部分で否定されています。処分契約の締結は自己の名において行為するもの他人のためにする行為者にとってなんらの義務も課すものではありませんが、このような契約は締結できなのです。処分授權の肯定は、物権の公示の原則に反するものであり、すなわち、法体系全体に反するものです。

#### b) 後位相続人

信託は、2100条以下に定められた後位相続人と前位相続人の制度にもよく似ています。

#### 第2100条 後位相続人

被相続人は、ある者がまず相続人となり、ついで他の者が相続人となるべきこ

とを定めて相続人（後位相続人）を指定することができる。

このような遺言の作成は、遺言者が相続人を決定しかねているか、相続人の誕生を待っているような場合に実益があります。

#### 第2101条 受胎されていない後位相続人

- (1) 相続開始の当時まだ受胎されていない者を相続人に指定したときは、疑わしい場合にかぎり、後位相続人として指定されたものと認める。後位相続人となるべきことが、被相続人の意思に合致しないときは、その指定を無効とする。
- (2) 相続開始後成立するに至るべき法人を指定した場合は同様とする。第84条の適用は妨げない。

後位相続人は、例えば相続人が一定の年齢に達した時といったようなある特定の時期か、あるいは前位相続人の死亡したときに、相続人となります。

#### 第2106条 後位相続の開始

- (1) 被相続人が後位相続の開始すべき時期または事実を定めることなくして、後位相続人を指定したときは、相続財産は、前位相続人の死亡と共に後位相続人に帰属する。
- (2) 未だ受胎されていない者を相続人に指定した場合において、その指定が第2101条第1項によって後位相続人の指定と認められるべきときは、その出生と共に相続財産は後位相続人に帰属する。第2101条第2項の場合には相続財産の帰属は法人の成立と共に生ずるものとする。

前位相続人は、後位相続人にとっては、受託者と一定程度類似しているといえるかもしれません。前位相続人は、自分自身が相続人であり、また物権（処分権）を有しておりますが、土地の処分や抵当権の設定などにつき一定の制限

に服します。このような制限は、後位相続人のために、できるだけ不動産を保存することに資するものです。

- c) 本講義との関係では重要性は低いですが、再売買と負担付き贈与を挙げる  
ことができます。
- d) また、重要性はさらに低いですが、最後の例を挙げたいと思います。それは、遺言の執行です。

2197条以下に規律されている遺言の執行において、信託関係のようなものを見出すことができます。遺言の執行は、信託関係に相当するような意思によって主導されています。それは、BGB2203条に規律されています。

#### 第2203条 遺言執行者の任務

遺言執行者は、被相続人の終意処分を実現しなければならない。

遺言執行の場面においてですが、真の相続人は、相続財産に対する処分権限を失います。また、同様に、遺言者が別途定めを設けていない限り、利用することや活用の結果の果実を取得することもできません。反対に、遺言執行者は、管理権限を有しており、相続財産を処分する権限を有しています。遺言執行者は、優れた管理を行うために、託された相続財産を安定させ、維持しなければなりません。遺言執行手続の間、相続人の債権者は、相続財産にかかっていくことはできません。したがって、遺言執行者は、相続人との間に信認関係があるといえます。

ご清聴ありがとうございました。

\*\*\*\*\*

## 【訳者あとがき】

本翻訳は、ライナー・シュレーダー (Rainer Schröder) 教授が、2011年10月15日と10月17日に慶應義塾大学において行った講義のために用意された原稿の全訳である。

シュレーダー教授は、1947年にドイツのエッセン市で誕生し、1979年にミュンヘン大学で博士号を取得、1985年にミュンヘン大学で教授資格を取得した後、1993年に現職であるベルリン・フンボルト大学教授に就任し、民法・法制史の講座を担当している。

シュレーダー教授の講義は、2011年度大陸法財団寄付講座の第一講義として行われたものである。同教授は、2日間にわたって、ドイツにおける財産管理についてフランス語で講義された。当日は、原が講義の通訳を担当し、金山直樹慶應義塾大学大学院法務研究科教授が質疑応答を通訳された。

BGBの条文の翻訳については、ドイツ語の原文にもあたり、さらには、柚木馨・高木多喜男『獨逸民法〔Ⅰ〕(現代外国法典叢書(1))(復刊版)』(有斐閣、1988年)、柚木馨・上村明廣『獨逸民法〔Ⅱ〕(現代外国法典叢書(2))(復刻版)』(有斐閣、1988年)、田島順・近藤英吉・埜(福地)陽子『獨逸民法〔Ⅳ〕(現代外国法典叢書(4))(復刻版)』(有斐閣、1988年)、近藤英吉・埜(福地)陽子『獨逸民法〔Ⅴ〕(現代外国法典叢書(5))(復刻版)』(有斐閣、1988年)、右近健男『注釈ドイツ契約法』(三省堂、1995年)、半田吉信『ドイツ債務法現代化法概説』(信山社、2003年)を参照した。なお、太字と下線は原稿そのままである。〔 〕内の記述は訳者が付したものである。