

# 忠実義務から見た信認関係の内容とその性質 ——代理人の忠実義務の法的根拠を探るために——

田 岡 絵理子

序論—代理人の忠実義務の根拠とされる信認関係、その分析の必要性—

## 一 信認の意味

### 1 忠実義務にみる「信認」の意味

第三次リステイトメントが定める忠実義務

#### (一) 利益相反行為禁止義務

本人からの同意と取引の公正さの要件

#### (二) 利益取得禁止義務

(1) 取得が禁じられる「利益」について—相手方当事者への金銭の融資—

(2) 代理行為（委託された事務）と利益との関連性の基準について

(ア) 取引機会の先占

(イ) 代理人たる地位より得られた情報を用いて利益を得る場合

—異なる関連性の基準 1—

(ウ) 不法な利益の取得—異なる関連性の基準 2—

#### (三) 本人の財産・機密情報を私的に利用しない義務・競業禁止義務

小括

(一) 忠実義務の内容の分析

(二) 忠実義務を要求する「信認」の意味

### 2 一般的信認原則にみる「信認」の意味

(一) 履行義務について

(二) 第三次リステイトメントの各義務の位置づけからみる「信認」の意味

(1) 第二次リステイトメントとの体系上の比較

(2) 一般的信認原則と履行義務との関係

(3) 一般的信認原則と忠実義務

二 信認関係の性質

1 信認関係の特徴

(一) 道徳的修辞の強調

(二) 信認関係の道具性

2 信認関係の定義づけをめぐる議論—信認関係を統一的に把握する試み—

(一) 信頼ないし依拠

(二) 不衡平な関係

(三) 財産

(四) 権限ないし裁量

(五) 約束ないし契約

小括—道具性の再評価—

終わりに—日本法への示唆—

序論

—代理人の忠実義務の根拠とされる信認関係、その分析の必要性—

1 アメリカ法において信認関係 (fiduciary relationship) とは、文字通り、当事者が信認で結ばれている関係、すなわち一方当事者 (委託者 entruster) が他方当事者 (受認者 fiduciary) に信頼をよせ依拠することが法的に認められる関係である。<sup>(1)</sup>「受認者とは、その者の機能が、自己が引き受けた範囲内の事柄に関して、他者の利益のために行為する者をいう」<sup>(2)</sup>とされ、委託された事務に関して委託者の利益のために行為する義務という信認義務<sup>(3)</sup>の存在が、信認関係の本質的要素される。本人と代理人との間の代理関係は信認関係の典型例の一つであり、第三次代理法リステイメントは、代理人の本人に対する義務との表題の冒頭で「一般的信認原則」として「代理人は、代理関係に関連するすべての事柄において本人の利益のために忠実に行為する義務を負う」<sup>(4)</sup>(代理人の信認義務)と謳い、忠実義務を、この一般的信認原則の具体化された義務であると位置づける。そして、忠実義務は本人・代理人間の代理関係に本質的な義務であり、忠実義務の根拠は、本人・

代理人間の代理関係は信認関係だからであると説明される。<sup>(5)</sup>

2 日本法においても、契約における信頼ないし信認という要素については以前から指摘され、信認関係ないし信認義務についても盛んに研究されている。<sup>(6)</sup>代理人と本人との関係を信認関係であるとして代理人の忠実義務を説明するものもある。<sup>(7)</sup>しかしながら、信認関係概念は、アメリカ法においてすら「もっとも分かりにくい概念の一つ」<sup>(8)</sup>とされる。とすれば、なぜアメリカ代理法上確立された忠実義務が、そのような曖昧な概念である信認関係をその根拠とすることができるのか、という点を明らかにする必要がある。信認関係概念が曖昧ならば、代理人の忠実義務は信認関係を根拠とするといっても、忠実義務の法的根拠を解明したことにはならない。日本法自体は、信認関係という概念を有していない以上、信認関係概念の分析の必要性は尚更であろう。さらに、アメリカ法においては、信認関係は受託者・受益者間、代理人・本人間の関係等の伝統的な信認関係類型を超えて、銀行と借主との関係・保険契約関係など様々な方面へ拡大し、その波及が日本法にも見られつつあることに鑑みれば、この点に関しても、信認関係概念を明らかにする必要性が存する。

そこで、日本法における代理人の忠実義務の法的根拠を探る前提研究として、アメリカ代理法における代理人の忠実義務の分析的検討を通して、忠実義務の根拠とされている信認関係とは何か、その概念の分析・検討を行なうことを本論文の目的とする。<sup>(10)</sup>

忠実義務の根拠たる信認関係概念の分析にあたっては、当該概念が有する①内容と②その性質という二点からなされる必要がある。すなわち、信認義務が信認関係の本質的要素であるならば、①信認関係の内容とは、信認義務とはいかなる内容をもつ義務であるかを問うことである。これはすなわち、信認義務が有するといわれている本人の「利益のために行為すること」<sup>(11)</sup>ないしは「利他性」が、何を意味するのか、その信認の意味を問うことである。そして、②信認関係概念自体が有する性質についての分析である。

①については、第三次リステイトメントにおいて、一般的信認原則の表題の下で課せられる代理人の本人に対する種々の義務を検討する。その際には、代理人の忠実義務の内容の分析・考察をその中心とする。その理由は、第一に、本論文は代理人の忠実義務の法的根拠を探るための前提研究であること、第二に、信認義務は様々な内容の義務を指すことがあり、種々の義務の総称ともいえる言葉として用いられることもあるが、基本的には忠実義務と同義であると解されている<sup>(12)</sup>。従って具体的な忠実義務の内容及びその趣旨を問うことにより、忠実義務を要求する「信認」とはいかなる意味を有するのかを明らかにすることは、信認の基本的意味を明らかにすることになるからである。その上で、第三次リステイトメントにおいて、忠実義務の上位に存在する一般的信認原則(代理人の信認義務)について、忠実義務との関係を考察することで、一般的信認原則にいう信認の意味を問う(第一章)。そして、この「信認」の基本的意味(忠実義務の趣旨)という視点から、信認関係の一般的定義づけの要素とされる各要素を検討することで、②信認関係の性質、すなわち信認関係が忠実義務の法的根拠たる性質を有するか否かを検討する(第二章)。信認関係が忠実義務の法的根拠であり、忠実義務が信認関係の本質的要素であるならば、信認関係の一般的定義づけは忠実義務の趣旨を反映するものとして存在しているはずであろうからである。なお、信認関係の性質を考察する上でも、忠実義務の趣旨を明らかにすることは重要である。なぜなら、信認義務は時に多様な義務を含みうるものの、忠実義務と信認義務は基本的に同義と解されているから、忠実義務の趣旨から信認関係の性質を考察することは、信認関係の基本的性質を考察することになるからである。

以上の信認関係概念の検討を通して、アメリカ法で一般にいわれるところの「代理人の忠実義務の根拠は信認関係である」ことの意味を検討することで、若干の日本法への示唆を得たい。

## 一 信認の意味

### 1 忠実義務にみる「信認」の意味

#### 第三次リステイトメントが定める忠実義務

第三次リステイトメントは、第八章「代理人と本人との間の相互の義務」、第一節「本人に対して負う代理人の義務」の冒頭で、上述の「一般的信認原則」（§ 8.01）を謳い、その下位に、代理人の負う具体的な義務として、忠実義務（§ 8.02-8.05）と、注意義務を中心とする履行義務 duty of performance（§ 8.07-8.12）と大きく二分して定める。履行義務については後述することとし、ここでは忠実義務の内容を中心に検討する。

第三次リステイトメントは、忠実義務として、代理行為に関連して他者から利益を得ない義務（§ 8.02）、自己代理・双方代理をしない義務（§ 8.03）、本人の財産を利用しない義務（§ 8.04）、競業避止義務（§ 8.05）を規定する。文言からもわかる通り、忠実義務は、「～しない」義務という消極的内容をもち、その性質上禁止規範である。消極的内容をもつ禁止規範であるから、無償の代理人であっても一律に課せられる<sup>(13)</sup>。以下では第三次リステイトメントの分類に従い、各義務の内容とその趣旨を分析する。もっとも、忠実義務は一般に、自己代理・双方代理等を禁ずる利益相反行為禁止義務と、代理行為から利益を得てはならないという利益取得禁止義務に大きく二分されるところ<sup>(15)</sup>、利益相反行為禁止義務が、忠実義務の核となる義務と考えられているため、第三次リステイトメントの順序とは前後するも利益相反行為禁止義務から検討する。<sup>(16)</sup>

#### （一）利益相反行為禁止義務

（a）「代理人は、代理関係に関連している取引において、相手方当事者として、あるいは相手方当事者の代理人となり、本人と取引してはならない義務を負う。」<sup>(17)</sup>利益相反行為禁止義務が代理人に課せられる趣旨は以下の通りである。すなわち、代理人は、一般的信認原則が示すように本人の利益に

忠実に行為しなければならないのであり、本人から与えられた代理権(裁量)<sup>(18)</sup>を自己の私利に基づいて行使することは許されない。しかし、自己代理・双方代理においては、代理人の利益と本人の利益とが相反し緊張関係に立つため、本人が代理人に与えた代理権(裁量)を、代理人が自己の私利のために行使するリスクが存する。一方で、本人は代理人に事務の履行を委託した以上、代理人が当該裁量を私利のために行使したか否かにつき、代理人の事務を監督することはできないし、本人からの監督を要求するのでは、そもそも代理の趣旨にもとる。したがって、本人は、代理人の裁量の私的行使のリスクに対し、自己防衛ができない。結局のところ、利益相反状態を放置することは、代理人の裁量の私的行使を認めることと同じになってしまう。<sup>(19)</sup>ゆえに、裁量の私的行使のリスクを防ぐという予防的な義務を課し、本人の利益を守る必要がある。<sup>(20)</sup>自己代理・双方代理は、代理権(裁量)の私的行使のリスクが典型的に発生するため、これらを典型的に禁止する。忠実義務がその性質上予防的であるといわれるのは、義務違反の判断につき、代理人が実際に自己の利益を優先させたか否かを問わないためである。もっとも、忠実義務は本人の利益保護のための義務であるため、以下にみる本人からの同意があれば義務違反とはならない。

リーディングケースたる *Wendt v. Fischer* は、双方代理の事案である。X が土地売却のため不動産ブローカー Y (代理人) を雇い、Y は自己が社長を務める会社を買主として売買契約を締結した。Y は、X に対し、Y の顧客の一人が買主となる旨は伝えたものの、自己が社長を務める会社であることは告げていない。忠実義務違反を理由に、X が Y に支払った委託料の返還及びその後の当該土地の転売によって買主会社が得た利益の返還が認められている。<sup>(21)</sup> 俗にいう“藁人形 straw party”を介在させて行為すること<sup>(22)</sup>も、同様に忠実義務違反となる。もっとも、自己代理・双方代理にあたるとしても、スーパーの店員(被用者)がその店の商品を購入するなど、代理人ないし被用者の行為が、単に羈束的な行為である場合は自己代理行為も禁止

<sup>(23)</sup> されないといわれる。この点につき、代理人がそもそも裁量を有していないという点から忠実義務が課せられないと説明することも可能かもしれないが、代理人として代理権が与えられた以上、「代理の範囲がいかに制限されていたとしても、本人との関係で信認関係に立つ」のであり、忠実義務は、代理権の行使に事実上裁量の余地が存したか否かに関わらず課せられる。<sup>(24)</sup> 従って、この場合はむしろ、後述する有効な本人からの同意が示されている場合とみるべきであろう。

(b) 利益相反行為禁止の趣旨は、与えられた裁量の代理人による私的行使の防止であるから、自己代理・双方代理の類型に限らず、本人の利益と相反する行為であれば、裁量の私的行使の防止の必要性が生じるため、忠実義務違反となるとされる。例えば、Y は土地の賃借を希望する X から、賃貸借契約締結の代理を依頼され、同時に、土地購入のための A の代理人にもなった。A が「X が賃借人となること」を条件に甲という土地の購入を希望したため、Y が A の希望する賃料で、A を賃貸人（賃貸借契約の直接の相手方当事者）として甲土地につき、X を代理して A と賃貸借契約を締結した事案では、双方代理に準じて賃貸借契約取消が認められている。<sup>(25)</sup>

(c) また、利益相反行為禁止義務は、代理人に与えられた裁量についての規制であるから、代理人に委託された事務における利益相反行為の禁止である。<sup>(26)</sup> そのため、代理関係終了後、あるいは委託された事務と関連のない事務<sup>(27)</sup>については、相手方としてあるいは他者の代理人として、代理人は、自由に本人と取引することができる。

本人からの同意と取引の公正さの要件

(a) 忠実義務は、本人が代理人に与えた裁量の私的行使を防止することで本人の利益を保護することを目的とするのであるから、忠実義務に反する行為も、当該行為につき本人が同意するのであれば妨げられない。本人からの同意を要する点は、以下にみるすべての忠実義務に共通するが、説明の便宜上、利益相反行為禁止義務と併せて述べる。<sup>(28)</sup>

(b) 本人からの同意は、「本人の決定に合理的に影響を及ぼすであろうと代理人が知りあるいは知りうべきすべての事実」<sup>(29)</sup>が本人に開示されることを前提とする。忠実義務違反にあたる行為に関しては、代理人がそこに私的利益を有す以上、いかに行為すべきかにつき、代理人はそもそも正当に評価できる地位になく、それは本人が評価すべきだからである。そのため、忠実義務違反にあたる行為については、本人の評価が適切になされるよう、完全な情報の開示が求められる。書面を手渡す等、本人をして調査しうる地位につかせるのみでは足りない<sup>(30)</sup>。むしろ「本人は、質問や調査することなく書面の内容に関し、代理人の述べる言葉に依拠することが認められる」<sup>(31)</sup>ため、書面による開示がなされても本人が当該書面を読んでいない場合、本人は代理人の忠実義務違反を問うことができる。また、自己代理取引について本人からの同意を不要とする取引慣行があっても、当該慣行が本人に知られていない場合、同意を得ずになせば忠実義務違反となるとしたものもある<sup>(32)</sup>。必要であれば、他の専門家等に助言を求めるべきであると助言することも要する<sup>(33)</sup>。双方代理の場合、目的物の明白な瑕疵について代理人が告げていないのであれば、契約書中に *caveat emptor* が挿入されていても、本人は取消すことができる<sup>(34)</sup>としたものもある。

裁量の私的行使を防止するという趣旨からすれば、代理人と本人との間に利益相反状況（自己代理・双方代理の事実）が存すること自体が義務違反であるため、利益相反が生じたこと、あるいはその際に利益相反行為<sup>(35)</sup>についての情報の開示がなかったことについて、信義に反する意図はなかった、詐欺<sup>(36)</sup>の意図はなかった等、代理人の意図は義務違反の判断に影響しない。

(c) 忠実義務違反行為に関する情報について代理人からの完全な開示がなされ、それに基づきなされる本人からの同意は、明白かつ当該特定の忠実義務違反行為ないし取引に特定してなされなければならない<sup>(37)</sup>。代理人が忠実義務違反にあたる行為を行うためには本人の同意を要すること、及び本人の同意は代理人からの完全な情報の開示に基づくべきことは強行規定であるた



め、代理人に与えられた代理権について本人がなんら留保をしていなくとも、忠実義務違反行為は禁じられる。本人からの事前の包括的同意であれば、そもそも完全な情報の開示に基づいておらず、有効な同意でないとされることも多いであろう。

(d) 完全な情報の開示と本人からの同意に加えて、当該取引が公正であることも要するとされる。もっとも、公正さの要件は「取引が高度に不公正であり不合理なら、不利益を被る当事者の同意は高度に疑い深いものになることを示す」という、「同意の質」<sup>(40)</sup>を審査するための一要素と解されている。そのため、代理人からの情報の開示がなければ、自己代理・双方代理等なされた取引の内容がいかに公正であっても忠実義務違反に変わりはない。<sup>(41)</sup>逆に言えば、本人から代理人への売却につき、代理人からの完全な情報の開示に基づく本人の同意であれば、真意に基づいてなされているとして、価格が市場価格以下、あるいは実質的に贈与であっても、代理人への売却は有効である。<sup>(42)</sup>この意味で、忠実義務違反にあたる行為についての本人の同意を要求する趣旨は、その基礎に、本人の意思に基づく代理事務の履行をおくのであって、問題とされる行為が、實際上本人の利益に資するか否かは重要ではない。

(e) 自己代理・双方代理の事実を本人が示せば、忠実義務違反が推定され、代理人は忠実義務違反行為に関連する情報の完全な開示、及びそれに基づく本人からの同意の存在を証明する責任を負う。<sup>(43)</sup>忠実義務は、「与えられた裁量が{代理人の私利による}影響を受けたかもしれない可能性に焦点を当てる」<sup>(44)</sup>ため、代理人が本人の利益と相反する地位に身をおくこと自体が、忠実義務違反を構成するからである。それゆえ、原告（本人）が義務違反を証明するという原則が変えられているわけではない。自己代理・双方代理は、利益相反が定型的に存する類型である。自己代理・双方代理以外であれば、当然本人は利益相反状況の存在（義務違反の事実）を証明することを要する。<sup>(45)</sup>

## (二) 利益取得禁止義務

「代理人は、本人を代理してなされた取引・その他の代理行為に関連して、あるいは代理人という地位の利用を通して、第三者から重要な利益を得ない義務を負う。」<sup>(46)</sup>ここにいう「第三者」とは、取引行為の相手方が典型例であるが、のみならず代理人以外のすべての者を含む。趣旨は以下の通りである。すなわち、例えば、代理人が委託された事務を行うに際して、相手方第三者から何らかの利益を得ようとする時、当該利益の存在が、「本人の立場にとって最適であると考えられる条項を第三者から得る努力を、凌ぐかもしれない。この場合、代理人は本人に損害は生じないであろうと信じていることもあるかもしれないが、代理人は、損害が生じるか否かあるいは本人の利益によりよく奉仕する否かについて、公平に評価できる地位にいない」<sup>(47)</sup>からである。上記の利益相反準則と同趣旨であり、このような場合、代理人が、自己に与えられた裁量を私的に行使するリスクが存するのであり、そうであれば、この場合代理人がいかに行為すべきかについては、そもそも本人が判断すべきだからである。それゆえ、たとえ、なされた代理行為が本人の利益に見合うような結果をもたらす場合であっても、代理人が、代理行為に関連して一本人の同意なしに一利益を得ているのであれば、利益取得禁止義務に反することになる。<sup>(48)</sup>たとえば、土地売却のための代理人が相手方から報酬を受け取って当該土地をその者に売却することは、売却価格が公正であっても利益取得禁止義務違反となる。<sup>(49)</sup>

「代理行為に関連して」得られる利益には、代理行為を行なうことにより直接得られるものでなくとも、間接的に得られる利益も含まれる。そのため、YがXを代理してAとの間で賃貸借契約を締結したところ、YとAとの間では、後に当該賃借物件を他に転貸する際にYがAを代理しAから委託料を得る合意があったという事案でも、忠実義務違反を認める。たとえ賃借人Aが本人Xの希望通りの者であっても義務違反に変わりない。<sup>(50)</sup>

<sup>(51)</sup>*Jerlyn Sales, Inc. v. Roman Yacht Brokerage*では、本人Xは自己所有の

ヨットについて、Y ヨットディーラーに売却を依頼し、代理人 Y は実際の売却額が85万ドルであったにも関わらず、それを X に告げず、売却価額80万ドルで売買契約を締結し、差額を自己のものとしたため、X が、忠実義務違反を理由に、Y の得た利益の返還を請求した事案である。X は Y に対し希望売却価格を指定せず、Y への報酬を差引いた最終金額が77万5千ドルになるよう希望したのみであった。Y は実際、77万5千ドルを X に引渡し、残額7万5千ドルを自己のものとしている。そこで Y は、①X は当初の希望通りの金額を得ており損害はないこと、②通常ブローカーへの報酬は売却価格の10%とされているところ、Y が取得したのは7万5千ドルであり自己への報酬として適切であると主張したが、裁判所は、代理人は秘密裏に利益を得ることを避ける義務を負うとして、7万5千ドル全額の返還を命じた。委託された代理行為はヨットの売却であり、買主が申入れた85万ドルを真のヨットの価格とみれば、少なくとも5万ドルは本人に引渡すべき金銭として、XY 間の委託契約の趣旨から導け、忠実義務で説明する必要はないようにも思われる。あるいは、当初買主は、購入価額80万ドルで申込をし Y が X にそれを伝えたところ、X が拒絶し、その際に「77万5千ドルが自己の手元に入るようにして欲しい。その他は Y にすべて任せる」としたことからすれば、Y が85万ドルの申込について X に告げなかったとしても、必ずしも5万ドルを着服しようとしていたとは限らない。Y への報酬額が売却額の10%であることは定型文言より定められていたのだから、金額のみを見れば報酬として適切である以上、それを受取ることは Y の権利ということも可能かもしれない。しかし問題は、代理人 Y の報酬の中に本人 X の知らない「秘密利益」<sup>(53)</sup> が存し、Y がそれを取得した点である。この秘密利益の存在によって、代理人が裁量を私利のために行使したかもしれないという可能性に、忠実義務は焦点をあてる。

（１）取得が禁じられる「利益」について一相手方当事者への金銭の融資—本人との間で報酬約束があれば、代理人は当然、正当に報酬請求権を有す

るため、利益取得禁止義務が取得を禁ずる「利益」は、原則として代理人の報酬以外の利益を指す。<sup>(54)</sup>しかし、代理人が、専ら委託料を得るがために本人の利益を無視して代理行為を行なう場合は、裁量の私利的行使となるため忠実義務違反が問われる。この点、代理人による相手方当事者への金銭の融資が問題となる。土地売却のための代理人が相手方買主に対し売却代金を貸与する場合、まず土地の売買契約締結後の貸与であれば、忠実義務違反とならない。<sup>(55)</sup>代理関係が売買契約締結時点で終了することが主たる理由とされるも、売買契約の締結によって代理人は委託料を得ることが確定するのであり、以後相手方買主による債務の履行がなされるか否かは、代理人の委託料請求権の存否に関わらないからとも説明される。そのため、売買契約締結後に、本人(買主)に売買の目的物を引渡す書式を揃えるため、代理人が相手方売主のために行為し売主から報酬をうけることも忠実義務違反とはならない。<sup>(56)</sup>

売買契約締結(代理行為)前では、当該契約締結が本人(売主)にとって合理的に望ましいものであったか否か、特に、相手方買主の資力(債務不履行に陥る可能性)とそれに対する本人の判断が重要となる。<sup>(57)</sup>例えば、土地の売買契約の締結前に、代理人が、本人(売主)に告げずに、本人への支払いが予定されていた手付金の一部を相手方買主に提供(自己への報酬額から差引き、贈与)したが、買主の財政状況に問題がなく、買主は本人が予め定めた条件をみたす者であったため、当該状況に限ってみれば、手付金に充てられた金銭が「どこから来たかは、本人には関係がない」として忠実義務違反はないとされた事案がある。しかし、同様の事案でも、本人は契約締結まで買主との接触はなく自ら買主の経済状況を調べていなかったこと、買主は銀行から融資を断られており、その資産が弁済には不十分であって、本人は買主の資産状況を知っていたならば契約を締結しなかったであろうといえる一方、さらに代理人は買主が後に当該土地を転売することについても代理する予定であった場合、代理人が相手方買主になした手付金の融資は、忠実義務

違反にあたるとされている。本人の希望価格よりも高額で当該買主に売却したこと、後に買主を代理してさらに高額で転売し、結果として買主による本人への弁済を可能にしたことも、忠実義務違反であることをくつがえさな<sup>(59)</sup>い。一方、本人（売主）が買主の財政状況を十分に把握した上で契約を締結しており、代理人による買主への金銭融資の事実を知っても本人の判断を左右するものではなかったらうと合理的に判断される場合、代理人が買主への融資の事実を本人に告げていなくとも、忠実義務違反とならないとされる。<sup>(60)</sup>たとえ、後に、買主が資産状況を理由に債務不履行に陥ろうともである。

## （２）代理行為（委託された事務）と利益との関連性の基準について

### （ア）取引機会の先占

（a）代理人が、委託された事務を自己の計算で行なうこと（取引機会の先占）も、代理行為に関連して利益を得たとして、本人からの同意がなければ、忠実義務違反となる。<sup>(61)</sup>例えば、本人から A 土地の購入を依頼された代理人が、A 土地を自己の名で購入した場合、本人は、購入額の償還を条件に、代理人に対し A 土地の引渡しを請求できる。<sup>(62)</sup>本人からの土地の指定がなくとも、本人の提示した条件にかなう土地を、代理人が発見し、自己のために購入することは、得られた利益（売買契約の締結の機会）と代理行為（委託された事務）との関連性があるため、忠実義務違反とされる。<sup>(63)</sup>代理人は、本人との合意により、土地を本人の名で購入し引渡す履行義務を負うのであるから、必ずしも忠実義務と言う必要はないかもしれないが、裁量の私的行使の防止の重要性から、土地を代理人が他ならぬ自己の名で購入する場合を、忠実義務の問題として扱う。

（b）ここでは、いかなる場合が「代理行為に関連して」得られた利益であるか、代理行為と利益との関連性の判断が問題となる。委託された事務についての裁量の規制という忠実義務の趣旨からすれば、委託された事務（代理行為）と関係のない行為については、代理人は忠実義務を負わず、自由に行うことができるはずだからである。<sup>(64)</sup>不動産購入のための代理など、代理行為自体

が比較的明確である場合は、委託された事務と利益の関連性はさほど問題とされないが、雇用やパートナーシップ関係など長期継続的な関係で、委託される事務も多様・広範囲に渡る場合、委託された事務と利益の関連性が不明瞭なことがある。問題となる事案の大半が雇用関係等であるのはこのためである。

*Meinhard v. Salmon* は、この関連性が問題となったリーディングケースである。X と Y はジョイントベンチャーを締結し、賃借した土地上でホテルを経営していた。当該ジョイントベンチャーは土地賃貸借の期限の満了とともに終了する予定であったところ、土地賃貸借期限の満了間際に、Y は X に無断で、当該土地所有者と新たに賃貸借契約を締結した。Y が得た新賃貸借契約の機会(利益)が XY 間のホテル経営事業(委託された事務)に関連して生じた機会であるか否かについて、Posner 裁判官は、XY 間にパートナーシップ関係における信認義務を類推し、XY はホテル経営事業に関して互に信認義務を負うとした上で、これは「程度問題である。仮に、Y が遠く離れた場所で建物の賃貸借について所有者から提示されていたなら、その利益を自己のものとして、利益と XY の事業との関連性を肯定した。<sup>(65)</sup>しかし、本判決には反対意見が付されており(4対3)、仮に、当事者間の関係が一般的なパートナーシップ関係ならば「新賃貸借は旧賃貸借の副産物であること…に疑いはない。<sup>(66)</sup>」しかし、当該関係が制限された目的と期間の下に存続するジョイントベンチャーであり、旧賃貸借期間の満了と共に終了する予定であったこと、新賃貸借の下では XY が経営していた旧ホテルを取壊し新たなホテルを建設する予定であったこと、両賃貸借の内容が大きく異なること(旧賃貸借の期間は20年・新賃貸借は最大80年まで更新可能、旧賃貸借賃料年\$55,000・新賃貸借賃料年\$350,000~475,000)、さらに XY 間で実際の経営にあっていたのは Y のみであり新賃貸借契約には賃貸人の同意なしに賃借権を譲渡しえない旨の特約が存したこと、新賃貸借を得

る機会は Y のみに向けられた機会であり、当事者の旧賃貸借でのホテル経営という事業に関連して生じた利益ではないという。

委託された事務に関連して得た利益と判断されれば、利益取得が意図的になされたか否かに関わらず、利益の取得が禁じられる。利益取得禁止義務で機能する利益取得を禁ずる準則は、「利益準則」<sup>(67)</sup>とも言われる。しかし、いかなる利益が、委託された事務に関連して生じたかは、*Meinhard* 事件において Posner 裁判官が示す通り程度問題である。この関連性の曖昧さ故にであろうか、利益準則は、異なる関連性の基準を用いて、利益取得禁止義務を拡大させる。

（イ） 代理人たる地位より得られた情報を用いて利益を得る場合—異なる関連性の基準 1—

（a） 委託された事務を履行するに際して得られた何らかの情報を用いて、代理人が利益を得る場合も、利益準則から、当該利益の取得が禁じられることがある。例えば、本人の土地の管理に要する種々の契約締結のための代理人が、管理に際して当該土地に鉱物資源が存することを知り、本人には告げずに、本人から当該土地を安価で購入した事案につき、代理行為を行なうに際し得られた情報（鉱物資源の存在）を用いて代理人が利益（安価での土地の購入）を得ることは許されないとして、利益準則を用いて、本人との間の当該売買契約の取消を認める。<sup>(68)</sup>つまり、鉱物資源の存在は「雇用を理由として」得られた情報、すなわち代理人という地位に着くことによって得られた情報であるから、本人の同意なしに、代理人がそれを利用して利益を得てはならないという。ここでは、利益準則を用いるも、得られた情報と委託された事務との関連性から、委託された事務（土地の管理に要する契約締結）とは関連性のない利得行為（本人との土地の売買契約）についての利益取得を禁じていることになる。しかしながら、代理人は、本人の土地の管理に要する契約締結のための代理人である以上、当該土地自体を目的物とするの売買契約は委託された事務には含まれず、当該土地売買契約に関しては、

代理人は本人と対等の契約当事者の立場に立つのが原則である。とすれば、ここでは、利益準則の関連性基準の変容を通じた、利益取得禁止義務（忠実義務）の拡大が見られる。なお、本事案では、代理人とはいうものの、相当長期に渡って本人の土地の管理全般を任されており、実際は雇用関係に近い事案である。他にも、得られた情報と委託された事務との関連性から、それを用いてなされた利得行為を利益準則を用いて禁じる事案は多数存する。

X新聞社の被用者Y新聞記者が、偶然にも新聞社がオフィスとして賃借している建物の賃借期間がじき満了するという情報を得、当該建物所有者から賃借権を得て（利得行為）、Xに高値で賃借権を譲渡すると申入れた事案では、当該情報は「Yの雇用を理由として」得られたものであり、「自己の雇用の中で自己の元にきた情報を、雇用者に損害を与える形で利用した…ことをもって、雇用者にエクイティ上の救済を与えるには十分である<sup>(69)</sup>」として、Xは、Yが貸主に支払った既払い賃料の償還を条件に、賃借権を譲受<sup>(70)</sup>けることができるとする【①事件】。*Davis v. Hamlin* では、賃借した土地上で劇場を営営するXの被用者・支配人Yが、当該土地の賃借期間の満了に先立ち、当該土地所有者Aとの間で当該土地につき賃貸借契約を締結（利得行為）した。Yは、支配人たる地位を理由として、賃貸借期間の満了に近いこと、XがAに支払う賃料額・劇場の売上げ額等の情報を得たのであり、それらを利用してAとの間で賃貸借契約を締結すること（賃貸借契約締結の利益）は、雇用を理由として得られた利益であるとして、利益取得禁止義務違反を肯定する【②事件】。同種の事案で、土地を賃借して倉庫経営をするXの被用者Yが、当該土地につき所有者と新たに賃貸借契約を締結した事案でも、「Yは賃借権の更新を獲得するための代理人ではないが…被用者としてのYが得た情報（賃借期間の満了するという情報）を雇用者の損害において利用してはならない義務を負う<sup>(71)</sup>」とする【③事件】。もっとも、反対意見は、XはAに大幅な賃料減額を手紙で求めており、Aに減額の意図が全くなかった以上、Xが賃借権を得られる可能性はその時点でな



くなった点を強調する。

(b) なお、①事件は、②事件と以下の *Clark v. Delano* 【④事件】と比較し、「より重要なことは、{④事件では} 当該土地が雇用者にとって特別な価値のあるものではなかった」<sup>(72)</sup>ため、利益取得禁止義務違反はないとされたと指摘する。④事件では、X 所有の不動産に付着する mortgage の目的債権弁済のため、X は、銀行から金融を得ること（融資契約の締結）を代理人 Y に委託したが、Y は、X の資力不足より、X のための融資契約を締結できなかった。その結果、競売による X 所有不動産の mortgage 実行手続が行なわれたため、Y はその競売に参加し当該不動産を購入した。Y が X 所有の当該不動産を取得した行為は、利益取得禁止義務違反にはあたらないとされている。当該不動産の競売開始という情報は、Y がその雇用において得た情報ではあるも、競売開始について、Y は何ら関与しておらず、XY 間の代理関係は、競売が開始された時点で「Y の支配の及ばない条件によって終了した」<sup>(73)</sup>からである。本事案は、代理関係終了後は代理人は忠実義務を負わないとの原則に従い判断するも、①事件の判旨が注目するのは、④事件では、X は当該土地上でビジネスをしていたわけでもなく、「競売参加者はいないであろうから自己が X のために買取る」旨の X の債権者の言葉を安易に信じ競売に参加すらしなかったのに対し、①事件では賃借建物雇用者のオフィスであり、その中には固定された新聞印刷機の設備があり、雇用者（本人）が賃借権を失うと雇用者の営業が一定期間停止されざるを得なかったこと、②事件も、雇用者は他の場所での劇場経営は実質不可能であり賃借権を失うと「雇用者のビジネス全体の実質的な崩壊」<sup>(74)</sup>に至っていたであろうことである。

(c) ③事件が端的に認めるように、③事件において、被用者 Y が土地所有者と賃貸借契約を締結することは、雇用者（本人）から被用者（代理人）Y に委託された事務とは関係がない。ここで直接に関連性が要求されているのは、被用者が得た情報と被用者に委託された事務との関連性である。そ

して、一方で、①事件が重要視するのは、被用者の利得行為（賃借権の取得）が雇用者のビジネスに与える損害の重大さである。換言すれば、雇用者のビジネスと被用者が得た利益（賃貸借契約の締結）との関連性を要求する、ないし少なくとも重視する。

(d) 被用者が得た情報と被用者に委託された事務との関連性・被用者が得た利益と雇用者のビジネスとの関連性という、二つの関連性を問う利益準則は、リーディングケースの一つたる *Beatty v. Guggenheim Exploration Company* からもうかがわれる。鉦山の採掘をおこなう会社が、被用者を、会社が買付オプションを有する甲鉦山の調査に向かわせ、被用者は甲鉦山の調査の最中に、甲鉦山の付近に優良な乙鉦山があることを知り、乙鉦山を購入した事案である。委託された事務は甲鉦山の調査であり乙ではない、さらに委託された事務は調査であり売買契約の締結でもない。しかし、①甲乙鉦山は同じ所有者に帰属し、甲乙共に同種の鉦山であって乙鉦山の存在は被用者が職務の最中に得た情報であること、②被用者は、会社と同種の事業たる採掘目的で乙鉦山を購入したことから乙鉦山の購入及び乙鉦山の採掘から生じる利益は「雇用者の財源からきたものである<sup>(75)</sup>」という【ア事件】。委託された事務（甲鉦山の調査）と利得行為（乙鉦山の購入）とは関連しないところ、①職務の最中に得た情報であるとして、委託された事務と得られた情報との関連性を肯定し、一方で、②雇用者と同種の事業の目的での購入であるからと、利益の取得行為と雇用者のビジネスの関連性を認めることで、利益準則を変容させ、当該利益を被用者が得ることは許されないとするのである。

#### (ウ) 不法な利益の取得—異なる関連性の基準2—

しかし利益準則は、さらに雇用者のビジネスと被用者の得た利益とが関連しているともいいがたい事案にも適用される。

YはX会社の役員（被用者）であり、強制執行を行なうX会社の債権者に対しX会社の財産の行方を教え、その見返りとして報酬を受取った事案

につき、「Y が、会社債権者に対して…情報を開示したことによって報酬…を保持することが認められれば…他の役員…には得ることのできない利益を彼が得たことになる。会社が…損害を被っていないことは問題とならない…重要な事実、Y は…彼が X の仕事を取扱うに際し得た利益であればどのようなものでも、X に与える義務を負うということである<sup>(76)</sup>」として、被用者 Y が X 会社の債権者から得た報酬額の X への返還を認める【イ事件】。さらに、利益は不法に得られたものでもよいとされ、委託された事務に関連して他者から賄賂を受取る（刑事訴追等が別途なされる）場合も、賄賂の返還を本人は請求できるという。イギリスの事案では、イギリス兵（被用者）が、軍の輸送を装いエジプトへの密輸に加担して密輸グループから受取った賄賂は、雇用者たるイギリス政府に属するとしたものがある。「問題となった行為が、雇用者自身ではなしえないものであったことも問題ではない…被用者が保持することを許されない金銭であり、法はそれを被用者から奪い雇用者に与えるよう命じる。彼は…被用者という立場を理由としてのみそれを得ることができたからである。」<sup>(77)</sup>【ウ事件】軍服を着ているからこそ密輸グループから密輸の話が舞込んだとみれば、情報（密輸話）と被用者に委託された事務（兵士としての事務）との関連性は肯定できるかもしれない。しかし、本人（軍）のビジネスと得られた利益（密輸に加担することにより受けとった賄賂）との関連性は肯定しがたい。ここではむしろ、被用者が利益（賄賂）を保持することの不当性が強調されている。

### （三） 本人の財産・機密情報を私的に利用しない義務・競業避止義務

（a） 他方で、第三次リステイトメントは、本人の財産利用の禁止について別途定める。すなわち「代理人は、（１）本人の財産を、自己の目的あるいは第三者の目的のために利用しない義務を負う。また（２）本人の機密情報を、自己の目的のためにあるいは第三者の目的のために、利用あるいは共有しない義務を負う。」<sup>(78)</sup>代理行為に関連して本人の財産が代理人の手元に存する場合、それが本人の財産である以上、代理人による私的利用は許されな

いという、裁量の私的行使の規制の趣旨と同じ趣旨が当てはまる。利取得禁止義務の一部として説明することも可能であるが、本人の財産を利用しない義務は、本人の財産が代理人の手元にある以上、代理関係終了後でも課せられる点で区別されている。<sup>(79)</sup> 情報についても、機密情報であれば、財産に準じて考えられる。本人が有する機密情報についての代理人による利用は、多くの場合、後述の競業禁止義務と合わせ、特に雇用関係において問題となる。そこで、いかなる情報が機密情報となるかが問題となるも、競業禁止義務と共に代理という法的文脈以外からの社会政策的規制がなされているため、<sup>(80)</sup> 競業禁止義務と併せた一般的指摘に止める。

(b) 「代理関係が存続する間、代理人は本人と競争しない義務、及び本人の競争相手を代理する、あるいはその者を援助する行為をしない義務を負う。代理が存続する間であっても、不正な手段でなければ、代理関係終了後に競争するための準備をすることは許される。」<sup>(81)</sup> 競業禁止義務の趣旨は、日本法におけると同様、特に本人の機密情報を用いて競業することは本人の利益に反し、正常な競争ともいえないからであるとされる。<sup>(82)</sup> 代理関係の存続中に、代理人が、新会社の設立等の準備行為を超えて、本人と同種の事業を開始すること、本人の顧客を勧誘することは競業禁止義務違反となる。本人に損害が生じているかに関わらない。<sup>(83)</sup> しかし代理人は、本人に対し、代理関係修了後に本人と競業する計画があることを開示する義務は負わない。<sup>(84)</sup> 代理関係の終了後は、競業禁止の合意が存する場合を除いて、代理人は本人と自由に競争できる。<sup>(85)</sup> もっとも、代理関係終了後の競争でも、本人の財産あるいは機密情報を用いることはできない。<sup>(86)</sup> 機密情報には、本人が秘密にしておくことを望んでいると代理人が合理的に理解できる、すべての情報が含まれる。<sup>(87)</sup> 経済的価値を有するものに限られない。この義務は、財産の所有者ないし機密情報の保持者たる本人の権利から導かれるため、偶然入手した情報であっても、機密情報とされれば、代理人による私的利用は禁じられる。

## 小括

### （一） 忠実義務の内容の分析

（a） 忠実義務の本来的な趣旨は、代理人に与えられた裁量（代理権）の私的行使の規制である。これは「忠実性」<sup>(88)</sup>ともいわれる。とすれば、代理人は、本人から委託された事務（代理行為）においてのみ、忠実義務を負うのが原則である。つまり、委託された事務について本人の代理人となる者でも、委託された事務と無関係な取引については、本人と対等の立場に立ち、自由に取引ができる。そもそも忠実義務が、代理人が代理人として負う義務である以上、委託された事務の範囲と無関係な行為については代理人ではないのであるから、これは当然の原則である。それゆえ、利益準則において問われる、代理人に委託された事務と代理人が得た利益との関連性の審査は、代理人がなした利得行為に忠実義務が及ぶか否かの限界点を示すはずである。

（b） とすれば、①得られた情報と委託された事務の関連性と、②得られた利益と本人のビジネスの関連性を問う基準は、その結果として、委託された事務と関連性のない利得行為についてまで利益取得禁止義務を及ぼす利益準則である。つまり、利益準則にいう関連性の基準を変容させることで、忠実性の趣旨を基礎におく忠実義務が本来存しないであろう場面にまで、忠実義務（利益取得禁止義務）が及んでいるのであって、これを忠実性の趣旨から説明することはできない。利益準則のこのような関連性の基準の変容をいかに評価するにせよ、忠実性の趣旨を基礎にする忠実義務が存しない場面への拡大である以上、そこには異なる趣旨が存するとみるべきである。

この点 Weinrib 教授は、利益準則には、裁量の私的行使の規制という趣旨を超えて「本人のビジネス構造の維持」目的が存すると指摘する。そして、*Meinhard* 事件での多数意見と反対意見との分岐は、利益準則は裁量の私的行使の規制のみを目的とすべきか、「本人のビジネス構造の維持のための手段」と解されるべきかの点にあり、反対意見は「裁量を統制するという

核となる目的<sup>(89)</sup>」を超えることに消極的であったと評価する。先述した、利益準則の関連性基準の変容に関わる事案は、雇用の過程で被用者が得た情報のうち機密情報には当たらない情報でも①の関連性を認め、併せて、なんらかの実質的理由から、②の関連性を問うことで本人のビジネスに損害を与える情報の用い方を被用者にさせるべきでないとの考慮が働いている。具体的にいかなる理由から本人のビジネス保護が目指されるのかは、今後の検討を要するも、少なくともここには「ビジネス共同体という協力的なメカニズム」<sup>(90)</sup>を守るという、競業禁止義務の趣旨の底にある配慮と、同種の配慮があるように思われる。とすれば、この準則の拡大がとりわけ雇用関係に顕著であることも納得ができよう。(ア) 事件も、実際には、当事者間で競業禁止の合意が存し、「この合意から離れても」と一般的に判断はするも「雇用者のビジネスと禁止されるべき事業〔乙鉱山購入後、被用者がなす事業〕との結付きが近い」ことを理由に、被用者は「本人のビジネスから、利益を自己の方<sup>(91)</sup>へ向けること」を禁じるという。

(c) Weinrib教授は、(ウ) 事件についても、保護の対象となったのは「外国における〔雇用者たる〕軍の存立の評判と高潔さ」<sup>(92)</sup>であり、本人のビジネス保護の目的がここでも目指されていると指摘する。しかし(イ) 事件であれば、まだ①の関連性は認められうるも、②の関連性を認めるのは困難であろう。(ウ) 事件にあっては①、②共その関連性が認められるか疑わしい。このような賄賂関連の事案は、以降、農務省職員が受取った賄賂について国が返還を請求することを認めるために引用されるなど、本人のビジネス保護というより、社会の公正さの確保といった目的が、利益準則を媒介にして、図られているようである。<sup>(94)</sup>

(d) 本人のビジネス保護ないしは社会の公正さの確保といった目的による利益準則の変容、及びそれによる利益取得禁止義務の拡大を、日本法の視点からどう評価するかも問題とはなるも、ここで注目したいのは、忠実義務のうち、とりわけ利益取得禁止義務において機能する利益準則が「不誠実な

受認者によって考案されたすべての方策」<sup>(95)</sup>に適用されうる柔軟性をもつものとして、忠実性とは異なる趣旨に基づき、その関連性の基準を変じて適用されている点である。<sup>(96)</sup>とすれば、その趣旨が異なる以上—利益取得禁止義務（忠実義務）とはいわれるも—日本法においては異なる義務として扱うべき可能性もある。ゆえに、アメリカ代理法に言う忠実義務が、いかなる趣旨に基づく忠実義務であるか、それぞれの内容を分析的に検討していく必要がある。

## （二） 忠実義務を要求する「信認」の意味

（a） 以上の忠実義務の分析から、忠実義務を要求する「信認」の意味を問えば、それは忠実義務の趣旨である。そして、忠実義務の趣旨は、少なくともその核にあるのは、代理人は本人から与えられた裁量を私利に基づいて行使してはならないという忠実性である。確かに、広くいえば、忠実性の要求も本人の利益のためであるとも言っているのであり、「他人の利益のため」という信認（利他性）として説明できなくもない。しかし、やはり利他性を意味する信認と忠実性は区別されるべきである。第一に、忠実義務は、以上見てきた通り、その全てが、代理人が自己の利益を図る行為のみを禁ずる、消極的内容をもつ禁止規範である。本人の利益を図るべきという積極的内容は有さない。さらに、仮に、利他性の概念を借りて、忠実義務を「本人の利益とならない行為をしない義務」という消極的な内容として広く説明し、忠実義務の趣旨は信認であるとするのも、また不正確である。というのも、本人の利益とならない行為には①本人を害して第三者の利益のみを図る行為、②単に管理を怠る行為、③代理人自身の利益を図る行為がある。しかし、本人に優先して第三者の利益のみを図ることは考えにくいから、①②は、通常、後述する注意義務違反の問題とされており、忠実義務は本人の利益とならない行為のうちの一部しか規制していないからである。<sup>(97)</sup>

（b） 加えて、以上検討してきた通り、アメリカ代理法にいう忠実義務の内、とりわけ利益取得禁止義務には、忠実性の趣旨の他に、ビジネス保護な

いし社会の公正確保といった趣旨ないし目的が含まれていることがわかる。それゆえ、少なくとも日本法において忠実義務の根拠を検討する際には、これらの趣旨を一つずつ直接検討すればよいのであって、信認という曖昧な用語を用いて忠実義務の趣旨を包括的に説明する必要もない。むしろ、忠実義務の内容をその趣旨からそれぞれ分析的に検討する必要がある、忠実義務の趣旨を意味する言葉として一律に信認という言葉掲げること、これらの趣旨の相違が隠されてしまってはならない。

## 2 一般的信認原則にみる「信認」の意味

では、「本人の利益のために忠実に行為する義務」と定められた一般的信認原則(代理人の信認義務)でいうところの「信認」とは、いかなる意味の信認をいうのか。この一般的信認原則は、忠実義務と履行義務とを総括する原則と位置づけられているため、まずは、履行義務の内容を簡単に述べた後に、この三つの義務の位置づけから、一般的信認原則にいう「信認」の意味を問う。

### (一) 履行義務について

第三次リステイトメントは、一般的信認原則の下で忠実義務と並び履行義務を定める。履行義務には、①契約で定められた条項に従って行為する義務(§8.07)、②注意義務(8.08)、③代理権の範囲内において行為し本人の適法な指示に従う義務(8.09)、④良い行いをする義務(8.10)、⑤情報提供義務(8.11)、⑥本人の財産の隔離及び計算報告義務(8.12)が含まれる。これらはすべて、それ自体では内容を有する義務ではなく、②の注意義務を中心として、委託された事務の履行の仕方を定めるものである。

すなわち、③代理人は、本人からの権限授与の明示ないし黙示の表示・その他本人からなされる指示を、代理人が知るすべての状況の下で、合理的に解釈し、それに従い行為しなければならない義務を負う。<sup>(99)</sup>具体的に代理人がいかなる行為をすべきかは、本人からの代理権授与その他の指示で示される



明示又は黙示の表示により定められる。アメリカ代理法においては、代理権の授与に約因を要しない（無償の代理も存する）ため、①は代理人と本人との間に契約が存する場合には契約条項に従う旨定める。本人と代理人間の契約には、報酬についての定め等種々あり得るも、これを代理人の履行義務について見れば、契約によって代理人は代理事務を履行する義務を負い、その履行の際には②の注意義務の基準が適用される。<sup>(100)</sup> ゆえに代理人の履行義務という点では、①は③を契約の側面からみたものといえる。そして委託された事務を履行する際には、⑤本人が欲するであろうと代理人が知りまたは知り得べき場合、代理人が知りまたは知り得べき情報を合理的な努力を用いて本人に提供すべき義務を負い、④代理人は、合理的に行爲し本人の評判を下げる振舞をしない義務を負う。<sup>(101)</sup> また、⑥本人の財産を自己の物であるかのような外観を作出しない義務・本人の財産と他人のそれとを混合させない義務・本人の金銭あるいは本人に引渡すべき他の財産についての計算報告義務を負う。<sup>(102)</sup> ⑥は「本人の財産を扱う際の管理上の義務」であり、本人の財産を受領した際には相当な注意をもって管理し、財産隔離の方法については、本人との合意あるいは慣習及び実務に照らして、合理的になすべき義務とされる。<sup>(103)</sup> 最後の②注意義務もまた、それ自体内容を有する忠実義務と異なり、委託された事務を履行する際に「一定の方法で行なうことを要求する」義務である。<sup>(104)</sup> すなわち、代理人は、委託された事務の処理にあたり、合理的な分別ある者が行使するであろうものと同様の努力をつくす義務である。<sup>(105)</sup> 従って、履行義務が定めるところは、結局のところ、合理的注意をもって、本人の意思に合致する行為を代理人が行なうべき義務に集約されよう。

（二）第三次リステイトメントの各義務の位置づけからみる「信認」の意味

（１）第二次リステイトメントとの体系上の比較

では、一般的信認原則が代理人の信認義務を規定するとすれば、ここでの「信認」は何を意味するのであろうか。まず、第二次リステイトメントでは同様の文言がいかに扱われていたかをみる。一般的信認原則を定める § 8.01

について、その Reporter's note は、§ 8.01は、第二次リステイトメントの代理人の本人に対する義務の章の序論と § 387（忠実義務の一般原則）とに対応するものであるという。<sup>(106)</sup> 第二次リステイトメント下では、第13章において、第三次リステイトメントとほぼ同様の形で、代理人が本人に対し負う義務を注意義務と忠実義務とに分類するも、§ 387において忠実義務の一般原則として「本人の利益のためにのみ行為する義務を負う」<sup>(107)</sup>と述べていたため、これら三つの義務の関係、とりわけ「本人の利益のために行為する義務」と、代理人が与えられた裁量を私的に行使して自己の利益を図る行為のみを禁じる忠実義務との関係が不明確であった。第三次リステイトメントはこの点を改め、一般的信認原則として「本人の利益のために忠実に行為する義務」を注意義務と忠実義務とを総括する位置に規定している。

## （２） 一般的信認原則と履行義務との関係

履行義務と一般的信認原則との関係について、第三次リステイトメントは「一般的信認原則は…履行義務に代理人が従うことを補足しそれを容易にする」<sup>(108)</sup>、つまり「一般的信認原則は、代理人が本人からの表示を解釈する際の標準を提供する」<sup>(109)</sup>という。「本人の利益に忠実に」ということが解釈の指針であるなら、それは換言すれば、代理人は本人の指示を「合理的に」解釈したところから従って行為すべきという、つまり代理の趣旨<sup>(110)</sup>を宣言しているに過ぎないといえよう。

一般的信認原則が、委託された事務を行なう際には代理人は本人の合理的意思に従う—それがたとえ本人の実際上の利益には奉仕しない場合であっても—<sup>(111)</sup>という、代理の趣旨を宣言するのであれば、ここでの「信認」も、利他性を意味する信認とは異なる。少なくとも、日本法においては、一般的信認原則にいう「信認」は、代理の趣旨として十分に説明されるのであるから、信認という言葉を用いる必要はない。

## （３） 一般的信認原則と忠実義務

では、一般的信認原則にいう「信認」は、忠実義務との関係ではいかなる

意味を有するか。第三次リステイトメントは、忠実義務と一般的信認原則との関係について、一般的信認原則は「忠実義務についての個別の準則を統一する包括的な標準」<sup>(112)</sup>であり、忠実義務は、「本人の利益のために忠実に行為する義務」の具体化規定であるという。確かに、忠実義務として定められる各義務を包括する義務として、改めて「本人の利益のために忠実に行為する義務」を宣言するなら、これは本人の利益を守るための義務として利他性を意味する信認であるようにもみえる。実際、忠実義務は本人の利益保護のため代理人に課せられるために、忠実義務違反にあたる行為については、すべて、本人からの同意があれば、忠実義務違反とはならない。しかし、なぜ本人からの同意が要求されるのかといえば、「本人による表示を考慮して、代理人が合理的に理解するところの本人の利益を促進する努力」<sup>(113)</sup>、すなわち代理の趣旨が、代理人が委託された事務につき私的利益を有することと相容れず、ゆえに、この場合には「本人だけが、代理人が受取ることを期待する重要な利益が、本人の利益に与えるであろう潜在的な影響を評価できる」<sup>(114)</sup>からである。だからこそ、代理人には、忠実義務違反にあたる行為に関して完全な情報の開示が要求される。そして、完全な情報の開示に基づき本人が同意したのであれば、当該行為がたとえ本人の利益とならない結果（代理人への贈与行為等）をもたらすことになっても、忠実義務違反とはならない。とすれば、忠実義務が目指す「本人の利益のため」とは、代理人は、合理的に解釈されるところの本人の意図を実現させるべきであるとの、代理の趣旨に帰着する。

以上の検討からすれば、一般的信認原則にみる「本人の利益に忠実に行為する義務」とは、それ自体独立の義務ではなく、代理の趣旨を宣言した、まさに代理人の義務についての一般原則であると解されよう。従って、ここでの「信認」もまた利他性を意味する信認ではない。また、代理の趣旨の宣言であるなら、少なくとも日本法において代理人の義務—履行義務であれ忠実義務であれ—の趣旨ないし根拠を説明する際、信認なる言葉を用いる必要は

ないといえよう。

## 二 信認関係の性質

では次に、信認関係という概念が忠実義務の法的根拠たる性質を有するかという点について、忠実義務の趣旨から信認関係の性質を検討する。序論で述べた通り、信認関係が忠実義務の法的根拠であり、忠実義務が信認関係の本質的要素であるなら、いかなる要素をもってある関係が信認関係とされるか否かは、忠実義務の趣旨を反映しているはずだからである。そして、忠実義務の趣旨—とりわけその核とされる忠実性の趣旨<sup>(115)</sup>—から信認関係の性質を問うことは、信認関係の基本的性質を問うことである。まず、信認関係の一般的特徴を検討し、次に信認関係の一般的定義づけをめぐる議論を検討することで、信認関係が忠実義務の法的根拠たる性質を有するか検討する。

### 1 信認関係の特徴

#### (一) 道徳的修辞の強調

信認関係ないし信認義務についての判示には、頻繁になんらかの「他人の利益に配慮すべき」という道徳への言及がある。*Meinhard* 事件で Posner 裁判官は「受託者は、市場の道徳よりも厳しい道徳を負う。正直さだけでなく、最も繊細な名誉という格式が行為の基準である。この点について確固たる根深い伝統が発達してきた。専断的な忠実という準則が、例外という『崩壊を起こす侵食』によって傷つけられていると争われた場合、断固とした厳格さがエクイティ裁判所の態度である<sup>(116)</sup>」と言う。信認関係になんらかの道徳が存すること自体を否定する見解もあるが、契約関係においても相手方当事者の利益に対する配慮を要求する一定の道徳は存する以上、それは否定的にすぎるとされ、真に問題であるのは、他者の利益に配慮すべきとの道徳への言及に隠れて「その者が…なぜ受託者であるのか、信認関係であることによってどのような基準が当該状況において課せられるのかという問題に十分な注意をはらわない<sup>(117)</sup>」点であるとされる。<sup>(118)</sup>

## （二） 信認関係の道具性

では、どのような場合に信認関係が存するのか。既知のことであるが、信認関係には、その原点たる trust という概念が現在の信託としての意味を得るに伴い、信託にはあたらないが「ある者がそれにも関わらず、あたかも受託者であるかの様に振る舞う義務を負わされるべき状況」<sup>(119)</sup>を、エクイティ裁判所が信託違反として fiduciary という用語で救ってきた歴史的経緯がある。<sup>(120)</sup>つまり、様々な理由から受託者と同様の義務を課すことを正当化するに足る類似性を有するといえる関係に、受託者の「義務を輸出」<sup>(121)</sup>することで、信認関係概念は発達してきた。そのため「ある関係を信認関係であるという場合、当該関係が一定の特徴を有していることを述べるだけでなく…特定の行為の基準（すなわち忠実性）の強要を欲していることも述べている。初期のリーディングケースである *Ex parte Dale and Co.* 事件で、Fry 裁判官は、信認関係を「不法な行為があった場合に、本人に代わって不法な行為をした者に対し…受託者に対するのと同様の救済が存在すると考えられる関係」<sup>(123)</sup>であると定義する。同様に、一方当事者が、他者の利益のために行う義務を負う関係が信認関係であるとして、信認義務の存在から信認関係を定義づけるものもある。<sup>(124)</sup>ここから、信認関係は道具的であると言われる。ある関係を信認関係であると定めることは、単に当該関係にある一方当事者を信認義務に従わせるための道具でしかないということである。そのため、信認関係は、それ自体特定の意味を有するのではなく「神聖な大志をもった定義のない言葉である」<sup>(125)</sup>とされる。

しかし、信認関係の道具性と道徳的修辭の強調によって、「裁判所は、ある者が他者を信頼し、その結果として損害を受けうる関係において…その場しのぎに信認義務を課している」<sup>(126)</sup>と批判される。これに対し、一方で、信認関係概念を一般的に定義付ける試みがなされる。信認関係が責任を生じさせる概念でないなら、信認関係概念が法的な意味を有しないのであってトートロジーでしかない。そこで、信認関係概念を用いて様々な状況における信認

義務と義務違反の効果とを一つの原則から導くための理論を構築する必要があるからであるという。<sup>(127)</sup>

信認関係の要素については、以下に見る様々なものが示される。これらは複合的に示されることもあり、各々の要素は排斥しあう関係にある要素ではないため、各要素について順に検討を行なう。

## 2 信認関係の定義づけをめぐる議論—信認関係概念を統一的に把握する試み—

### (一) 信頼ないし依拠

信認関係において、一方当事者から他方への信頼ないし依拠が存することは、信認関係の基本的要素として一般に認められている。<sup>(128)</sup>しかし、依拠の要素によって信認関係を他の関係から区別するのは難しい。例えば、契約の相手方が債務を誠実に履行することを信頼しそれに依拠する場合のように、依拠の存在は「他方が何らかの履行を要する場合のすべての関係の特徴としていえるからである。」<sup>(129)</sup>依拠の程度もまた問題とされる。「一方が信頼あるいは信認を他方に寄せ、それにより他方が一方に対し影響力あるいは優勢力を得る場合に」<sup>(130)</sup>信認関係は存するなど、一定程度以上の信頼ないし依拠を要求することも多いが、その程度は不明確である。

しかし、ここで注目すべきは依拠の意味である。序論でも述べた通り、信認関係に認められる依拠は、法的に認められる依拠である。その意味は、委託者が「受認者の誠実さを信頼し依拠する権利を有する」<sup>(131)</sup>ことである。委託者が受認者に実際に依拠しているか、ないしは受認者を実際に信頼しているか否かを問うていのではない。本人と代理人との関係であれば、代理人に一律に忠実義務が課せられていることから明らかな通り、「たとえ疑い深い、知識にたける委託者であり、自らを守ることができる者でも、自己の受認者に依拠する権利を与えられる。」<sup>(132)</sup>つまり、依拠の要素は、受認者が委託者の利益のために働く義務—信認義務—の存在を裏から述べているにすぎな

<sup>(133)</sup> い。そのため、いかなる場合に、委託者が受認者に依拠する権利を有するの  
かについての説明が必要である。

## （二） 不衡平な関係

*Follis v. Township of Albemarle* において、McTague J.A. は、信認関係  
の成立には、「当事者間に、ある種の地位の不衡平が証明されなければならない」という。そして本人・代理人、受託者・受益者関係等、伝統的に信認  
関係と類型される関係に限らず、「一方当事者から他方当事者に行使される  
支配が存する」<sup>(134)</sup> 場合にも信認関係は存するとする。

信認関係における当事者間に、ある種の地位の不衡平が存することも一般  
に認められている。<sup>(135)</sup> しかし、経験・能力・経済力等において、個々人の関係  
が厳格に同等の地位に基づいている場合はほぼ皆無であるため、不衡平の程  
度が問題となる。また、なぜ不衡平な関係がある場合に信認義務が課される  
べきであるのかという点に答える必要もある。<sup>(136)</sup> 一方の地位が他方に比べ弱い  
ものであっても、自己責任の原則が働く一方、詐欺や不当威圧など、弱者保  
護の目的なら相手方に信認義務を課さずとも達成しうるからである。<sup>(137)</sup>

しかし、ここで重要な点は、忠実義務が信認関係の本質であるなら、信認  
関係にいう地位の不衡平は、附合契約等における当事者間の不衡平とは異なる  
という点である。つまり、委託者と受認者との間の「当初からの交渉力の  
不均衡」<sup>(138)</sup> を指すのではない。代理を例に見れば、不衡平な関係は「一方が、  
彼の事務を他者が行なうに際して、それを監視することができない関係」<sup>(139)</sup> ゆ  
えに生じるのであり、事務の委託を原因とする代理人の裁量の私的行使のリ  
スクとそれに対する本人のもろさ vulnerability の結果として生じる、地位  
の不衡平をいう。<sup>(140)</sup> 本人が「たとえ見識があり、情報も有し、有効に契約を結  
べる者であったとしても」信認関係に入れば、一律にこのリスクは生じる。<sup>(141)</sup>  
それゆえに、雇用者も信認関係の枠組みで見れば被用者に対し弱者である。  
他方、弁護士と顧客の関係も、事務を委託する契約の際（信認関係に入る  
前）は、通常の契約当事者として扱われる。<sup>(142)</sup> 信認関係における不衡平とは、

信認関係の結果として常に生じる、関係締結後の不衡平を意味するからである。<sup>(143)</sup> ゆえに、ここでも問題となるのは、いかなる原因により信認関係に存する不衡平な関係が創られたかである。

### (三) 財産

信託を信認関係の基本類型とし、信認関係は、一方がある財産について法的権限又は何らかの支配を有し、他方が当該財産についての受益的所有者である場合に存するという考えもある。<sup>(144)</sup> *Evans v. Anderson* において、Clement J.A. は、信認関係の要件として、(1)「受益者は法的保護に値する性質を有する…目的物について、利益を有するか」(2)「当該利益を保護する義務を受益者に対して負っている者による、当該利益への介入が存するか」<sup>(145)</sup>の二点を挙げる。ここにいう財産とは「信認関係が基礎とする利益」<sup>(146)</sup>を意味し、有体財産に限らない。つまり、全ての受託者を不動産、情報、機会等なんらかの受託者であるとする。そのため財産概念を無理に広げることになると批判されるも、<sup>(147)</sup> 財産概念の拡大自体は肯定的に解することも可能であろう。<sup>(148)</sup> 一方 Smith 教授は、財産概念の拡大を避けるため、「受益者によって価値があるとされているが、財産とは通常みなされないもの」を含む概念として「重要な資産」という概念を用い、信認関係は「一方(『受託者』)が受益者の所有に属する重要な資産に関し裁量を行使して、他方(『受益者』)に代わって行為する場合に形成される」<sup>(149)</sup>と定義する。

財産概念をいかに解すにせよ、問題となるのは、すべての受託者を何らかの財産ないし利益についての受託者と解すならば、いかなる利益が信認関係によって保護されるべき利益であるかを明らかにし、いかなる場合に当該利益の委託(あるいは介入・裁量の行使)があるとされるかを明らかにする必要があることである。不動産売却の代理人は、本人の不動産に対し一定の支配を有するも、<sup>(150)</sup> 支配又は裁量が「本人の法的関係に影響を及ぼす権限」(代理権)を意味するならば、代理権を与えられていない被用者は、雇用者の財産に対しいかなる支配を有しているともいえない。法律問題について助言を



する際の弁護士と顧客の関係のように、そもそも何が委託されているかが不明確な関係も存する。<sup>(151)</sup>

この見解は財産の委託を要素とし、信認関係形成の原因から信認関係の定義づけを図る見解のようにみえるも、重要な点は、Clement J.A. が保護に値する利益の存在とそれを守る義務を負う者による介入という二要素から信認関係を定義付けるように、この見解もまた、受認者が義務を負うこと、あるいは委託者の利益保護という効果の存在を前提にしている点である。<sup>(152)</sup> Smith 教授も「重要な点は信認関係の核の部分に何かがあり…それが受認者を結び付けること」<sup>(153)</sup>であって、「重要な資産」の限界を定義することを要しないとす。受認者とされる者に対し、その者が忠実に行動するであろうという一定程度以上の期待が存しない場合には、信認義務が課されないため「重要な資産」について定義することを要しないからである。<sup>(154)</sup>そして、被用者が雇用の最中に得た情報を用いて利益を得る場合を信認義務違反であると構成するために、利用された情報を「重要な資産」であると定めて、重要な資産への裁量の行使の意味は、当該情報を「受益者（雇用者）に損害を及ぼす方法で利用する権限であり、その損害を受益者（雇用者）が…合理的に避けることができない」<sup>(155)</sup>ことであるとして、当事者間の関係を信認関係であるという。つまり、守られるべき利益の存在を前提に、「受益者が自己の利益を守ることができたか」<sup>(156)</sup>否かを問うことで、関係の存在を定めているのである。従って、重要な資産の理論にも「情報や機会など無体物が問題となる場合、財産というラベルを貼ることは結論であって理由ではない。困難とされるのはラベルを貼ることではなく守られるべき利益を同定することである」<sup>(157)</sup>との指摘があたる。<sup>(158)</sup>

#### （四）権限ないし裁量

信認関係は、一方（委託者）が他者（受認者）に裁量を与え、当該裁量が委託者の法的な立場に影響を与える性質のものである場合に存する、<sup>(159)</sup>あるいは、他者に代わって行為する権限の委託が存する場合に存するという。<sup>(160)</sup> 信認

関係の要素として権限ないし裁量の委託という要素を挙げることも、一般的に認められている。Weinrib 教授は、裁量を委託者の法的地位に影響を及ぼすものとするため、<sup>(161)</sup> 法的権限の委託と同義に捉えられる。

この見解は、信認関係の原因となる事実による定義づけを試みる。裁量とは、権限を有する者が、その権限を自己の利益のために利用する可能性を指すとされる。そのため、権限が委託されてもそこに裁量が存しないなら信認関係は存しないとする余地もあろうが、一旦権限の委託がなされた以上、裁量は常に存するとみることできる。本人から代理人への指示が「たとえ正確に言葉で述べられていても、代理人による解釈を要するからである。」<sup>(162)</sup> そのため、Shephard 教授は、裁量の存在は権限概念に内在し、信認関係の要素としては、権限の授与のみで足りるとする。<sup>(163)</sup> 問題は、権限ないし裁量をいかに定義するかである。権限ないし裁量を、他者の法的な立場を変更するものと定義すれば、医者等、事実行為を引受けた受認者が信認関係に含まれない。しかし、権限を、広く他者を支配する力と定義しても、権限を対人的に捉えるなら、受託者の有する対物的権限が含まれない。だからといって、人及び財産に対する事実上ないし法律上の影響力と広く捉えるなら、受認者と考えられていない物の修理についての請負人まで受認者となりえ、権限ないし裁量という要素のみで信認関係を他の関係から区別することが困難となってしまう。<sup>(164)</sup>

#### (五) 約束ないし契約

Scott 教授は、ある者が受認者であるためには、その者は他者の利益を守ることを自らに義務付けていなければならないことを前提として、「受認者とは、他者の利益のために行為することを引受けた者」と定義する。<sup>(165)</sup> また「信認義務は、他の契約上の約束と同様の義務であり、契約上の約束と同様の方法で導き出され、強制される」として、<sup>(166)</sup> 信認関係は契約であるとする契約論が存する。しかし、信認関係は何らかの契約を伴うことはあるも、それ自体契約であることは要しない。<sup>(167)</sup> もっとも、信託や代理に代表されるよう

に、信認関係にある当事者間になんらかの約束ないし契約の存在を見出すことは、多くの場合可能であろう。<sup>(168)</sup>しかし、一方当事者が他方に対し信認義務を負うことについては、当事者間に具体的合意が存しないことも多い。<sup>(169)</sup>この場合、「当事者が前もって明示的に交渉していたならば、本人に対して代理人が義務を負うと合意していたであろうと合理的に推測できる場合に…信認義務を課す」<sup>(170)</sup>など、信認義務を黙示の合意として認定することになるのが、信認義務はたとえ当事者間の明示の合意により排除されていても課せられる。その場合にまで黙示の合意を用いるとすれば、それは虚構であると批判される。<sup>(171)</sup>Shepherd 教授は、権限を信認関係の中心的要素とした上で、受認者が「権限を他者の最大の利益のために用いる義務を負うことを条件として」受取る場合に信認関係が存するとする。<sup>(172)</sup>受認者はあくまで「権限を受領する」が、「権限は義務が受領されることを条件としてのみ申し込まれる」<sup>(173)</sup>から権限の受領は、自動的に常に条件である義務の受領を伴う、と。しかし、条件一般についてみれば、それが相手に示されない限りは条件とはなりえないこと、通常意思表示と同様である。それゆえ、義務の存在を権限受領の条件としても、黙示の合意による虚構との批判を免れるのは困難である。<sup>(175)</sup>う。

#### 小括—道具性の再評価—

以上のような信認関係の一般的定義づけをめぐる議論を整理すれば、まず、後二要素（権限ないし裁量・約束ないし契約）は、それが関係の定義づけとして不十分なこと前述の通りである。<sup>(176)</sup>そして前三要素（信頼ないし依拠・不衡平な関係・財産）は、信認関係の道具性に基づく定義であるにも関わらず、判決・学説において広く一般に承認され、単独あるいは複合的に信認関係の定義として繰返し述べられている。<sup>(177)</sup>このことが意味するものは何か。

このような議論状況を踏まえた上で、「特定の事実可依拠して信認義務を課すことを正当化する一般的な理論を明確に述べることはできるのか」<sup>(178)</sup>と問

うた時、第三次リステイトメントのレポーターである DeMott 教授は、信認関係の道具的見解だけがこの問題に答えることができるとし、改めて信認関係の道具性を評価する。つまり、ある関係を信認関係と定める「決定的な基準は、原告が…行為者の側に忠実な行為を期待することが正当化されるか否かである」と<sup>(179)</sup>。トートロジーと批判された義務からの定義ではあるも、DeMott 教授は、そこには「分析的内容が含まれる」<sup>(180)</sup>点が重要であるという。すなわち「裁判所は、ある当事者の裁量が、その当事者と他者との関係におけるなんらかの特徴ゆえに統制されるべきである場合に、常に信認義務の拘束を課す」<sup>(181)</sup>のであり「共通の核となる原則は、ある類型…において裁判所が到達した結論を正当化することはできるが…他の類型の關係に適用される際には力を失う。」<sup>(182)</sup>従って、信認関係概念を、信認義務が課せられている個別の法的文脈から離れて、一般的に定義付けることに有意性を見ない。信認関係が、「一方当事者の行為が、他方の利益に対して忠実であろうという期待が正当化されうる状況」<sup>(183)</sup>において生じるということの意義は、「信認法が事案ごとに個別のものであることを認識すること」であり、それが「あらゆるさらなる分析のための出発点である」<sup>(185)</sup>と。これが彼女の言う分析的視点である。そして、「この義務が現れる状況が幅広い為に、信認義務法は、この義務が慣習上適用される文脈の類推を通して発達してきた。…まず信認義務が適用される典型事例を同定し…そこでの義務を及ぼすことを支持するほどに…問題とされた関係が典型事例における関係に類似しているか否かを検討する。」<sup>(186)</sup>「信認義務法の発展は、おそらくどの法体系よりも力強く、法的論証における類推の力を例証する。裁判所は新しい文脈において受認者の拘束を課すか否かを考える際には、その拘束が明らかにあてはまる伝統的な文脈との比較に重く依拠している。…この様式を知的に不満足なものであると見る者もいるが、この様式が普及し、根強く残っているということは、それが受認者の分析にとって必然的な観点であることを示唆している」<sup>(187)</sup>と。

## 終わりに

### —日本法への示唆—

1 「信認関係があるといっただけで、直ちに機械的に同一の結論が出てくるわけではない。」<sup>(188)</sup>これは、信認関係が信認義務を課するための道具でしかなく、ある関係を信認関係であると定めることの意味は、当該関係に信認義務が存することの言い換えに過ぎないからである。信認関係は信認義務を課すことの法的根拠とならない。<sup>(189)</sup>信認関係の拡大は、まさに「義務の輸出」である。<sup>(190)</sup>とすれば問うべき問題は、「どのような関係を信認関係にするか」ではなく、当該法的文脈において、「いかなる義務が課せられているか」である。問題とされている各義務について、その内容と根拠を直接に問い、明らかにすることである。これを、代理人の忠実義務の法的根拠を基礎付けるという点からみれば、「忠実義務の根拠は信認関係にある」ことの意味は、代理人の忠実義務がアメリカ代理法上すでに確立していることを示すにとどまる。つまり、アメリカ代理法における忠実義務の内容と趣旨のさらなる分析と精緻化を通して、その趣旨から法的根拠を探究すべきことを示唆している。とすれば、信認関係概念を有しない日本法においても、代理人の忠実義務の法的根拠は別途検討されうるのであり、また、日本法において忠実義務の法的根拠を基礎付けることが可能であるとしても、そのことから、本人と代理人との関係を信認関係と定義付けるべき必然性は特に存しない。信認関係は、忠実義務を課す法的根拠たる性質を有していないからである。

2 信認の意味については、忠実性は利他性を意味する信認とは異なること、信認という言葉で忠実義務の趣旨を包括して述べるべきでもないこと、先述の通りである。そして、忠実義務と履行義務の上位に位置する一般的信認原則にいう「信認」もまた、利他性を意味する信認とは異なること、ここでの「信認」はむしろ代理の趣旨を意味していることも先述した。ゆえに、少なくとも日本法においては、代理人が負う忠実義務の内容と各義務が有す

る趣旨について、端的に、それらの分析・検討すべきなのであって、それらの趣旨が意味するところを信認という言葉で包括する必要もないし、また、<sup>(191)</sup>そうすべきでもない。

3 以上の検討は、アメリカ法において信認関係の拡大に応じて信認義務と称して様々な義務が課せられている現状を、日本法の視点から分析する際にも有益である。例えば、弁護士あるいは医師等の専門家が負う一般的情報提供義務と忠実義務違反を免れるための情報の開示とを併せて情報提供義務とし、<sup>(192)</sup>信認関係を根拠に説明する見解がある。しかし、一方当事者に課せられる情報提供義務の根拠として、信認関係ないし利他性を一般的に述べることは、信認関係の道具性の意義を曖昧にするのではなかろうか。すなわち、第三次リステイトメントは、履行義務の一つとして情報提供義務を定め、弁護士等の専門家が負う情報提供義務をそこに含め、忠実義務違反の際に要求される忠実義務違反行為に関する完全な情報の開示と、区別して定める。つまり、前者にあっては、情報提供のため合理的努力を用いれば義務を履行したことになるのであり、忠実義務違反の免除の条件たる情報の完全な開示とは異なる。<sup>(193)</sup>日本法において履行義務と忠実義務との関係をいかに解すにせよ、両者が異なる義務と解されている以上、<sup>(194)</sup>両義務を信認義務と呼び、信認関係から説明することは、両義務の区別を曖昧にしかねない。直接に問うべきは、いかなる趣旨で、いかなる内容の情報提供が義務付けられているかであろう。

4 今後は、アメリカ代理法における代理人の忠実義務の趣旨及びその具体的内容を明らかにすることを通して、日本法における代理人の忠実義務の法的根拠及び忠実義務の具体的内容を直接に問い、明らかにしていくことが必要であろう。そこで、今回検討の及ばなかった日本法における代理制度についての検討も踏まえ、忠実義務の内容及びその法的根拠を直接に問うことを今後の課題としたい。

- (1) 信認関係という信頼とは「証明を要せず正当化される確信 justifiable belief」である (Tarmar Frankel, *Fiduciary Duties as Default Rules*, 74 Or. L. Rev. 1209, 1227 (1995)).
- (2) Warren A. Seavey, *HANDBOOK OF THE LAW OF AGENCY*, § 3 at 4 (St. Paul, Minn. West Publishing Co. 1964).
- (3) D. Gordon Smith, *The Critical Resource Theory of Fiduciary Duty*, 55 Vand L. Rev. 1399, 1409 (2002); William A. Gregory, *The Fiduciary Duty of Care: A Perversion of Words*, 38 Akron L.Rev. 181, 186-7 (2005); 樋口範雄・フィデューシャリー「信認」の時代 (有斐閣、1999) 47頁、藤田友敬「忠実義務の機能」法協117巻第2号285頁 (2000) など。
- (4) Restatement (Third) of Agency, § 8.01 (2006). 以下、本論文にいうリスティメントは、断りのない限り、代理法リスティメントを指す。
- (5) Seavey, *supra* n. 2, § 149 at 246.
- (6) 道垣内弘人・信託法理と私法体系 (有斐閣、1996) 21-24頁、樋口・前掲注(3)。代理人・受任者の忠実義務については四宮和夫・能見善久・民法総則〔第7版〕(弘文堂、2005) 273-4頁、岩藤美智子「ドイツ法における事務処理者の誠実義務」神戸法学雑誌48巻3号673頁 (1998)、柳勝司「受任者の忠実義務」名古屋大学法政論集201号431頁以下 (2004) など。
- (7) 長谷川貞之「代理における信認関係—受任者・代理人の忠実義務と信認代理」法時79巻5号96頁以下 (2007)、同「委任・代理と信認関係、忠実義務」民法法情報249号83頁以下 (2007)。もっとも、長谷川教授もまた、「信認ないし信認義務という観点から、委任や代理をとらえ直すことは何を意味するというべきか、根元的な検討は必要とされよう」との問題提起をされている (同・民法法情報86頁、同・法律時報98頁)。
- (8) Deborah A. DeMott, *Beyond Metaphor: An Analysis of Fiduciary Obligation*, 1988 Duke L.J. 879, 879 (1988).
- (9) フランチャイズ関係 *Arnott v. American Oil Co.*, 609 F.2d 873, 882-84 (8th Cir. 1979), cert. denied, 446 U.S. 918 (1980); 銀行と顧客の関係 *Stone v. Davis*, 66 Ohio St.2d 74 (Ohio 1981); 木村仁「カナダにおける銀行の信認義務」六甲台論集42巻1号75頁以下 (1993); 保険契約者と保険会社の関係 Eugene R. Anderson & James J. Fournier, *Why Courts Enforce Insurance Policyholders' Objectively Reasonable Expectations of Coverage*, 5 Conn.Ins.L.J. 335 (1998-99) 等参照。

- (10) アメリカ代理法は法定代理を代理に含まず、日本法でも任意代理と法定代理とはその制度目的ないし存在理由が異なるとの指摘もあるため(佐久間毅「任意代理の法理」岡山大学法学会雑誌39巻3-4号664-665頁(1990))、本論文の代理は任意代理のみを指すこととする。また、忠実義務違反については、特有の効果たる利得の吐出し・擬制信託が存し、効果との関係も常に問われるが、それだけでも一大論文となりうること、代理人の忠実義務の根拠を問うという本論文の趣旨に焦点を絞るためにも、効果については敢えて詳述を控えたい。アメリカ代理法における代理人の忠実義務違反の効果については樋口範雄・アメリカ代理法【アメリカ法ベシックス7】(弘文堂、2002)151頁以下参照。
- (11) 樋口教授は、受認者は、「自己の利益を図ることは禁止され、逆に、彼に依存する受益者(beneficiary)は自己責任原則とは切りはなされる」(樋口・前掲注(3)241頁)として、「自己責任を原則とすべき契約類型」と「依存関係」として把握される信認関係とを対比する(同・250頁)。本論文では、他人のために行為するという「信認関係の精神」(同・176頁)を意味する言葉として、利己の対概念たる「利他性 unselfishness」を用いる。
- (12) DeMott, *supra* n. 8, at 915; R. P. Austin, *Moulding the Content of Fiduciary Duties*, A. J. Oakley, *TRENDS IN CONTEMPORARY TRUST LAW*, at 156 (Clarendon Press, Oxford, 1996); Richard Nolan, *A Fiduciary Duty to Disclose?*, 113 L.Q.R. 220, 223 (1997); Smith, *supra* n. 3, at 1409; Matthew Conaglen, *The Nature and Function of Fiduciary Loyalty*, 121 L.Q.R. 452, 456 (2005); Gregory, *supra* n. 3, at 181.
- (13) DeMott, *supra* n. 8, at 915; Smith, *supra* n. 3, at 1409; Nolan, *supra* n. 12, at 222.
- (14) 自己代理の事案 *Conkey v. Bond*, 36 N.Y. 427 (N.Y. 1867); *Camp v. Roanoke Guano Co.*, 235 Ala. 61 (Ala. 1937); *Smith v. Smith*, 313 Mass. 687 (Mass. 1943).
- (15) Conaglen, *supra* n. 12, at 459; Robert Cooter & Bradley J. Freedman, *The Fiduciary Relationship: Its Economic Character and Legal Consequences*, 66 N. Y.U.L.Rev. 1045, 1054 (1991); Austin, *supra* n. 12, at 158.
- (16) Ernest J. Weinrib, *The Fiduciary Obligation*, 25 U.Toronto L.J. 1, 20 (1975); 利益取得禁止義務が利益相反行為禁止義務の派生として発展した点については、A. J. McClean, *The Theoretical Basis of the Trustee's Duty of Loyalty*, 7 Al-



- berta L.Rev. 218 (1969) 参照。
- (17) Restatement (Third) of Agency, § 8.03.
- (18) Restatement (Third) of Agency, § 8.03, cmt. b.
- (19) Judge Earl R. Hoover, *Basic Principles Underlying Duty of Loyalty*, 5 Clev. Marshall L. Rev. 7, 12 (1956).
- (20) John H. Langbein, *The Basis of the Law of Trusts* 105 Yale L. J. 625, 656 (1995-96); Conaglen, *supra* n. 12, at 475; *Rice v. Davis*, 136 Pa. 439 (Pa. 1890).
- (21) *Wendt v. Fischer*, 243 N.Y. 439 (N.Y. 1926).
- (22) 藁人形を介した実質自己代理の事案 *Utlaut v. Glick Real Estate Co.*, 246 S.W.2d 760 (Mo. 1952).
- (23) Restatement (Third) of Agency § 8.03, cmt. b ; Seavey, *supra* n. 2, § 149 at 245-6; アメリカ代理法において、代理人とは、他者の統制に従い、他者の法的な権利及び義務に影響を与える権限を有し、他者を代理して行為する者をいう。しかし、代理法リステイメントは、本人の法的地位に影響を与える権限に限らず「交渉する権限」等事実行為について本人に代わって行為する者すべてをも扱うため、被用者・パートナーもリステイメントの対象となる（Restatement (Third) of Agency, § 1.01, cmt. c)。代理人と被用者とは、特に代理人・被用者が行なった不法行為についての使用者責任をめぐる本人・雇用者の取扱いについて大きく異なるも、代理人・被用者が本人・雇用者に対し忠実義務を負うことについて異なるところはなく、13章にいう代理人の義務の中では、両者は同様に扱われている。
- (24) Restatement (Third) of Agency, § 8.03, cmt. d; *Olson v. Pettibone*, 168 Minn. 414, 419 (Minn. 1926).
- (25) *J.C. Penny Company v. Schulte Real Estate Company, Inc.*, 292 Mass. 42 (Mass. 1935).
- (26) *Moore v. Stone*, 40 Iowa 259 (Iowa 1875); *O'Reilly v. Bevington*, 155 Mass. 72 (Mass. 1891); *Jones v. Allen*, 294 S.W.2d 259 (Tex.Civ.App. 1956); *Vincent v. Thompson*, 218 Or. 100 (Ore. 1959); *Dubbs v. Stribling & Assocs.*, 96 N.Y.2d 337 (N.Y. 2001).
- (27) 不動産購入のための代理人が、本人（買主）に購入資金を融資する場合は、通常の貸主と借主の関係となる *Sprouse v. Jager*, 806 P.2d 219 (Utah Ct. App. 1991); *Walston & Co. v. Miller*, 410 P.2d 658 (Ariz. 1966).

- (28) 自己代理・双方代理行為につき本人からの同意がない場合、本人は合理的な期間内に代理人がなした自己代理・双方代理行為を取消することができる *Van Dusen v. Bigelow*, 67 L.R.A. 288 (N.D. 1904); *Olson*, supra n. 24, at 414; *McNeil v. Dobson-Bainbridge Realty Co.*, 184 Tenn. 99 (Tenn. 1946); *Miller v. Dittmeier*, 290 P.2d 765 (Okla. 1955); *Stefani v. Baird & Warner, Inc.*, 157 Ill.App.3d 167 (Ill. App.Ct. 1987); *Coldwell Banker Residential Real Estate v. Berner*, 609 N.Y.S.2d 948 (N.Y.A.D. 1994); 合理的期間を超えれば取消は認められない *Howard v. State*, 557 N.Y.S.2d 631 (N.Y.App.Div. 1990); 本人は、代理人との間の内部契約の解除に基づき、代理人に対し既払い報酬の返還ないし報酬支払の拒絶ができ、損害があれば損害賠償請求も可能である。代理人が自己代理により得た土地を転売している場合は、代理人が得た転売利得の返還を請求することもできる *Holt v. Dickman Real Estate Co.*, 140 S.W.2d 59 (Mo.App. 1940); 忠実義務違反が存する場合の救済方法については Restatement (Third) of Agency, § 8.03, cmt. d 及び掲載裁判例参照。
- (29) Restatement (Third) of Agency § 8.06 (1) (a) (ii); 忠実義務違反が問われる時、代理人からの情報の開示には「ありのままの真実が述べられていなければならない。」( *Wendt*, supra n. 21, at 443.); 情報の開示が完全になされていたか否かが問題となった事案として *Claughton v. Bear Stearns & Co.*, 397 Pa. 480, 156 A.2d 314 (Pa. 1959).
- (30) *McNeil*, supra n. 28, at 106; *Bell v. Strauch*, 40 Tenn.App. 384 (Tenn.Ct. App. 1955).
- (31) *Edwards & Sons, Inc. v. Hilligoss*, 597 N.E.2d 1, 3 (Ind.Ct.App. 1991).
- (32) *Hall v. Paine*, 224 Mass. 62 (Mass. 1916); *Ferguson v. Gooch*, 94 Va. 1 (Va. 1896).
- (33) 自己代理行為について、契約書は提示したものの、取引の複雑さから、本人の理解は困難であった場合 *Prall v. Gooden*, 360 P.2d 759, 762 (Ore. 1961).
- (34) *Allison v. Cook*, 744 N.E.2d 254 (Ohio Ct.App. 2000) 土地に地すべりが起きていることは外観からも明らかであった事例。契約上の詐欺に関する同種の事案についての検討、及び caveat emptor (買主注意せよの原則) については、三枝健治「アメリカ契約法における開示義務(二・完) — 契約交渉における『沈黙による詐欺』の限界づけを目指して —」早法72巻3号64-65, 92頁(1997) 参照。
- (35) *Wendt*, supra n. 21, at 443.

- (36) *Holt*, supra n. 28, at 63; *Armstrong v. Huston*, 8 Ohio 552, 554 (Ohio 1838).
- (37) 一定の取引類型に特定してなされた本人からの事前の同意であれば、当該取引類型が、委託された代理行為の通常の過程において合理的に予期されうる類型でなければならない (Restatement (Third) of Agency, § 8.06 (1) (b)).
- (38) 「扉が例外という形で開かれていれば…密かになされる…私的利用に至るであろう。〔本人の〕保護はすべての扉を閉じることによってのみ達成される。」(Hoover, supra n. 19, at 15.); Durable power of attorney に基づく代理権（包括的代理権）と自己代理行為について *Schock v. Nash*, 732 A.2d 217 (Del. 1999); *Conservatorship of Anderson v. Lasen*, 262 Neb. 51 (Neb. 2001).
- (39) Restatement (Third) of Agency, § 8.06.
- (40) Frankel, supra n. 1, at 1240.
- (41) *McNeil*, supra n. 28, at 108.
- (42) *Proctor v. Abbott*, 8 Cal.App. 450, 97 P. 190 (Cal.Ct.App. 1908).
- (43) Restatement (Third) of Agency, § 8.06, cmt. b; *Gerlach v. Donnelly*, 98 So. 2d 493, 498 (Fla. 1957).
- (44) Weinrib, supra n. 16, at 4; Conaglen, supra n. 12, at 461.
- (45) 後述する、代理人による相手方当事者への融資の問題については、単に取引の完成により代理人が報酬を得られる立場にあったことでは足りず—相手方買主に資力がなことを承知で売買契約を締結した等—代理人が、本人の利益に優先して、自己の報酬への利益を優先させたかもしれない可能性を示すことを要する。
- (46) Restatement (Third) of Agency § 8.02.
- (47) Restatement (Third) of Agency § 8.02, cmt. b.
- (48) 利益取得禁止義務違反の場合、本人は、代理人が得た利益の返還、さらに損害があれば損害賠償を求めることができる。
- (49) 本人は売却された土地の価格の返還か、あるいは土地の売却を追認し代理人が得た報酬分の返還を求めるかを選択できるとする (Restatement (Second) of Agency, § 407, cmt. c (1958); 同旨 Restatement (Third) of Agency, § 8.02, cmt. b.)。
- (50) *John J. Reynolds, Inc. v. Snow*, 11 A.D.2d 653, 201 N.Y.S.2d 704 (N.Y.App. Div. 1960) Y の報酬請求権を否定する。本人 X からの損害賠償請求は、当該賃貸借契約が X に不利なものでもなく、より高額賃貸借契約の申込があった等の証明が X からなされていないため認められていない。同種の事案として前掲注 (36) 参照。

- (51) 950 F.2d 60 (1st Cir. 1991).
- (52) XY間の売却委託の契約書中、定型文言として、Yへの報酬額は売却価格の10%と規定されていた。
- (53) *Id.*, at 67.
- (54) *Lindland v. United Business Investments, Inc.*, 298 Ore. 318, 323 (Ore. 1984).
- (55) *Moody v. Osborne*, 120 Cal.App.2d 598 (Cal.Dist.Ct.App. 1953); *Hardy v. Davis*, 164 A.2d 281 (Md. 1960).
- (56) *Short v. Millard*, 68 Ill. 292 (Ill. 1873).
- (57) Restatement (Third) of Agency § 8.03, cmt. c.
- (58) *Murphy v. Brown*, 252 Iowa 764, 769 (Iowa 1961).
- (59) *Miller*, supra n. 28, at 339-341.
- (60) *Valois v. Pelletier*, 84 R.I. 176, 122 A.2d 148 (R.I. 1956).
- (61) この場合、本人と代理人がいわば競争関係にたつため、本人と競争しない義務とも言われる (Austin W. Scott, *The Fiduciary Principle*, 37 Cal. L. Rev. 539, 549 (1948-1949))。
- (62) *Lamb v. Sandall* 135 Neb. 300 (Neb. 1938); *Berenson v. Nirenstein*, 326 Mass. 285 (Mass. 1950); 本人が希望した土地を代理人が購入した後、本人に対し本人の当初の購入希望額で売却する旨申入れていたとしても、忠実義務違反であることに変わりない *Shannon v. Baltz*, 398 Pa. 431 (Pa. 1959); *Moehling v. W.E. Const. Co.*, 170 N.E.2d 100 (Ill. 1960).
- (63) *Schrager v. Cool*, 221 Pa. 622 (Pa. 1908).
- (64) Seavey, supra n. 2, § 147 at 243, Tamar Frankel, *Fiduciary Law*, 71 Cal.L. Rev. 795, 830 (1983).
- (65) 249 N.Y. 458, at 468 (N.Y. 1928) 新賃貸借から生じる利益の一部をXに引渡すよう命じる。事案の詳細は樋口・前掲注(3) 150-52頁に詳しい。同種の事案として *Omohundro v. Matthews*, 161 Tex. 367 (Tex. 1960).
- (66) *Meinhard*, supra n. 65, at 477.
- (67) Weinrib, supra n. 16, at 16.
- (68) *Norris v. Taloe*, 49 Ill. 18 (Ill. 1868); *McKinney v. Christmas*, 143 Colo. 361 (Colo. 1960).
- (69) *Essex Trust Co. v. Enwright*, 214 Mass. 507, 512 (Mass. 1913).
- (70) 108 Ill. 39, 1883 WL 10353, at 5 (Ill. 1883).

- (71) *Gower v. Andrew*, 59 Cal. 119, 124 (Cal. 1881) 賃貸借契約の履行の差止めを認める。
- (72) *Essex*, supra n. 69, at 513.
- (73) 205 Mass. 224, 227 (Mass. 1910).
- (74) *Davis*, supra n. 70, 1883 WL 10353, at 5.
- (75) 225 N.Y. 380, 386 (N.Y. 1919) (J. Cardozo) もっとも、会社 X からの同意がなされていたとして、利益取得禁止義務違反はないと判示されている。
- (76) *Louisiana Mtg. Corp. v. Pickens*, 167 So. 914, 915 (1st Cir. 1936).
- (77) *Reading v. Attorney-General* [1951] A.C. 507, 514 (J. Denning).
- (78) Restatement (Third) of Agency § 8.05.
- (79) 代理人は、本人の財産を利用して得た利益を、すべて本人に返還しなければならない。無断使用であれば使用利益の返還である Restatement (Third) of Agency § 8.02, cmt. b.
- (80) 第一次不法行為法リステイトメント § 757は企業秘密の不正利用を規定していたが、第二次編集の際に企業秘密については、不法行為法リステイトメントから独立し Restatement (Third) of Unfair Competition, § 38-45 (1995) に受け継がれている。
- (81) Restatement (Third) of Agency § 8.04. 第二次リステイトメント § 394が「本人の利益と相反する利益を有する者のために行為することに合意すること」を禁じるとして、文言上は、競業の準備行為も禁じられうるように読めていた点を訂正する。そして、第二次リステイトメント下でも一般に認められていた、競業のための準備行為は認められると明言している。
- (82) Restatement (Third) of Agency § 8.04, cmt. b.; 神作裕之「商法における競業禁止の法理（一）」法協107巻8号1184頁（1990）など
- (83) Restatement (Third) of Agency § 8.03, cmt. b.
- (84) 被用者が、雇用の終了後に競業する計画を有していることは、開示されれば本人の利益には資するかもしれないが、この点「競争を促進することによる社会の利益が本人の利益を凌ぐ」(Restatement (Third) of Agency § 8.04, cmt. c.).
- (85) もっとも競業避止合意が不合理な制限に及ぶ場合、競業避止合意の有効性は認められない Restatement (Second) of Contracts § 186 (1) (1981).
- (86) Restatement (Third) of Agency § 8.05; *Byrne v. Barrett*, 268 N.Y. 199, 197 N.E. 217 (N.Y. 1935).

- (87) 弁護士と顧客の関係における機密情報など Restatement (Third) of Agency § 8.02, cmt. c; Restatement (Third) The Law Governing Lawyers § 59 (1998) 参照。
- (88) Nolan, *supra* n. 12, at 226.
- (89) Weinrib, *supra* n. 16, at 17.
- (90) Weinrib, *supra* n. 16, at 18.
- (91) *Beatty*, *supra* n. 75, at 386-387; 「受認者の裁量が汚されてはならないという要件は、信認関係に内在する最低限の価値として、明白に認識されてはいるものの、本人のビジネス構造を守るというより広い目的は、(代理人に) 経済的なインセンティブを与えるという矛盾する必要性との間で、交錯している。ここでは、裁判所は、ビジネス共同体という協力的なメカニズムを推奨することと、個々人が単体として利益を得ることを推奨することとの間を、慎重に進んでいかなければならない。」(Scott, *supra* n. 61, at 549.)
- (92) Weinrib, *supra* n.16, at 14.
- (93) *United States v. Drisko*, 303 F.Supp. 858 (D.C.Va. 1969).
- (94) この点、信認という概念を用いるも、Weinrib 教授が「{本人のビジネス} 組織を保護する過程において、信認という概念は同時に、当該組織が機能する市場の高潔さを維持するという副次的な機能を有する」と指摘し、アメリカにおけるインサイダー取引に対する株主代表訴訟が、信認義務を媒介としてなされていること例に挙げ、「インサイダー取引をした者が、当該文脈において受認者と名づけられるのかは重要ではない。重要なのは、インサイダー取引の事案が、信認関係についての実質的に新しい概念的方向性を示していると認識することである。これは、古い瓶にそそがる新しいワインである」と指摘する点が示唆的である (Weinrib, *supra* n. 16, at 15)。
- (95) *Nebraska Power Co. v. Koenig*, 139 N.W. 839, 842 (Neb. 1913).
- (96) 利益準則に対し、利益相反行為禁止義務で機能する準則は、「利益相反準則」(Weinrib, *supra* n. 16, at 16; 新井誠・信託法〔第2版〕(有斐閣、2005) 158頁は受託者の忠実義務を no conflict rule と no profit rule に分ける) と言われる。しばしば、利益相反準則については、本準則は強固である、あるいは「ほぼ鉄壁」であるといわれることがあるが (Hoover, *supra* n. 19, at 7; *Birnbaum v. Birnbaum*, 539 N.W.2d 574, 576 (N.Y. 1989) など)、これは、具体的には、利益相反準則が、一貫して裁量の私的行使の防止という趣旨に基づき、その準則の変容を見

せない点を指していると考えられる。だからこそ、利益相反行為禁止義務が忠実義務の核となる義務と解されている。

(97) Smith, *supra* n. 3, at 1410-1411; Cooter & Freedman, *supra* n. 15, at 1047.

(98) 信認義務が忠実義務と注意義務を含む概念であるかも問題となるも、この点デラウェア州の取締役の義務について善管注意義務を信認義務と呼ぶ判例（*Cede & Co. v. Technicolor, Inc.*, 634 A.2d 345 (Del.1993); *Emerald Partners v. Berlin*, 787 A.2d 85, 90 (Del. 2001) など）に対しては、注意義務は受認者ないし信認関係に特有の義務ではないとして批判が多い（前掲注（8）の文献参照）。

(99) Restatement (Third) of Agency, § 8.09, cmt. b, c.

(100) *Id.*, § 8.07, cmt. a.

(101) 本義務は特に雇用関係において問題となる。すなわち、被用者は雇用者の信用性を象徴することがあるため、雇用の範囲外の行為でも、問題とされる被用者の行為が雇用者のビジネスと密接に関連し雇用者の評判を下げた場合、本義務に反したことになり、正当な解雇事由とされ、被用者は雇用上の事務を適切に履行したことをもって抗弁とすることはできないとされる。（例えば、Veggie Delight という健康食品店の店員が当店のロゴ “Veggie Delight. The Vegan Way” 入りトレーナーを着て、定期的に、当店の真向かいにあるステーキハウスで特大の肉を食し続けた場合など）（*Id.*, § 8.10 cmt. b.）。

(102) *Id.*, § 8.12, cmt. a.

(103) *Id.*, § 8.12, cmt. c. 本義務は、第二次リステイトメント下で注意義務の一つとされていた計算報告義務（§ 382）と、忠実義務の一つとされていた本人の物につき自己物であるかのような外観を作出しない義務（§ 398）との双方に対応する義務であると位置づけられ（Restatement (Third) of Agency, § 8.12, Reporters Note, a）、財産の隔離は、忠実義務の一つである本人の財産を利用しない義務を支える義務であることに鑑みれば、履行義務・忠実義務とを適切に履行させるための手段的な義務と解されよう（*Id.*, § 8.12, cmt. b, c, d.）。

(104) *Id.*, § 8.08, cmt. b; 道垣内弘人「善管注意義務をめぐる」法教305号37頁以下（2006年）も参照。

(105) *Shatz Realty Co. v. King*, 10 S.W.2d 456, 458 (Ky.App. 1928); Merton Ferson, PRINCIPLES OF AGENCY, § 301, at 417 (Brooklyn Foundation Press, Inc.1954); Seavey, *supra* n. 2, § 140 at 235. ゆえにその判断は、不法行為における過失判断と同様である（Restatement (Third) of Agency, § 8.08, cmt. b;

- Gregory, *supra* n. 3, at 188)。
- (106) Restatement (Third) of Agency, § 8.01, Reporter's Note, a
- (107) Restatement (Second) of Agency, § 387; 第二次リステイトメントにおける代理人の義務の分類と義務の内容については、樋口・前掲注(10) 107頁以下参照。
- (108) Restatement (Third) of Agency, § 8.01, cmt. b.
- (109) *Id.*
- (110) 日本法においては、代理の趣旨ではなく、委任の趣旨として説明されることが多い(我妻榮・債権各論中巻二(岩波書店、1962) 656頁等参照) ところ、私見では代理における本人と代理人との間には常に委任契約が存すると考えるため(詳細は拙稿「代理権授与行為の法的性質について(一)～(四・完) —代理人の忠実義務の法的根拠を探る前提議論として—」早大法研論集115号137頁以下(2005)、116号115頁以下(2005)、117号167頁以下(2006)、118号23頁以下(2006) 参照)、代理の趣旨と換言することができる。もっとも、委任契約説をとらずとも、代理権授与契約を委任類似の無名契約であるとすれば、委任の趣旨を代理の趣旨と言い換えることに問題はないであろう。
- (111) 代理の根底にある前提は「本人の〔代理権授与の〕同意の表示に一致している代理人の行為であり、代理人の行為が実際に本人に利益をもたらすものであるか否かではない。」Restatement (Third) of Agency, § 8.09, cmt. b, 8.01, cmt. b.
- (112) *Id.*, § 8.01, cmt. b.
- (113) *Id.*, § 8.02, cmt. b.
- (114) *Id.*, § 8.02, cmt. b; Deborah A. DeMott, *Disloyal Agents*, 58 Ala.L.Rev. 1049, 1055 (2006-7).
- (115) 忠実性の趣旨に限定するのは、基本的に信認義務は忠実義務と同義であり、信認義務の趣旨として一般に説明されるところが、忠実性の趣旨と同旨だからである。すなわち、委託者から受認者へ、何らかの事務ないし財産が委託された結果として、受認者はそれらに対し裁量を有し、その裁量を私利のために行使する誘惑にさらされる。しかし、受認者の裁量の私的行使について委託者は監督できず、信認関係の下では、裁量の私的行使のリスクに対し委託者が自己防衛できない状況が構造的に生じる。ゆえに法は、受認者の私利による裁量行使を防ぐという、予防的な義務(信認義務)を課す、と。信認義務の趣旨一般の説明には Cooter & Freedman, *supra* n.15, at 1048; Frankel, *supra* n. 1, 1212-1213; 樋口・前掲注(10) 33頁等参照。



- (116) *Meinhard*, supra n. 65, at 463-4.
- (117) Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, *Contract and Fiduciary Duty*, 36 (1) J.L. & Econ. 425, 427 (1993).
- (118) Langbein, supra n. 20, at 658; Austin, supra n. 12, at 156-7.
- (119) DeMott, supra n. 8, at 880.
- (120) 道垣内・前掲注（6）21-24頁に簡潔に示される。
- (121) Conaglen, supra n. 12, at 455; 道垣内・前掲注（6）25頁「義務の均質化機能」とする。
- (122) Paul D. Finn, *Contract and Fiduciary Principle*, 12 U.N.S.W.L.J. 76, 83 (1989).
- (123) (1879) LR 11Ch. D. 772, at 778.
- (124) *Kurth v. Van Horn*, 380 N.W.2d 693, 695 (Iowa 1986); William A. Gregory, THE LAW OF AGENCY AND PARTNERSHIP, 3rd ed., § 10, at 25-26 (Hornbook series, West group, St. Paul, Minn., 2001).
- (125) Nolan, supra n. 12, at 220.
- (126) Smith, supra n. 3, at 1400; J.C. Shepherd, *Towards a Unified Concept of Fiduciary Relationships*, 97 L.Q.Rev.51, 52 (1981); Easterbrook & Fischel, supra n. 117, at 425.
- (127) Weinrib, supra n. 16, at 5; Shepherd, supra n. 126, at 52; Frankel, supra n. 64, at 805; John Glover, "The Identification of Fiduciaries," P. Birks, PRIVACY AND LOYALTY, (Clarendon Press 1997), at 271.
- (128) *Thomas v. Whitney*, 186 Ill. 225, 231 (Ill. 1900); *M.L. Stewart & Co. Inc., v. Bernard*, 124 Misc. 86, 207 N.Y.S. 685 (N.Y.Sup.Ct. 1924); *Dunn v. Dunn*, 786 So. 2d 1045 (Miss. 2001); *Patsos v. First Albany Corp.*, 741 N.E.2d 841 (Mass. 2001).
- (129) Finn, supra n. 122, at 94; 「通常の契約関係は、全てではないにせよ、信認関係の特徴であると思われるものの多くを有していることがある。しかし、我々が明らかにしようと望む行為基準は異なる。」(Id. at 83). ; Shepherd, supra n. 126, at 59; *McLendon v. Georgia Kaolin Co.*, 837 F.Supp. 1231, 1240 (M.D.Ga. 1993); *Rickel v. Schwinn Bicycle Co.*, 144 Cal.App.3d 648 (1983) 自転車製造者と販売者との間の販売権についての合意関係について、販売者が製造者に対し自転車の供給について依拠していることは認めても、当事者各自が自己の利益を追求する

ことができるという理由から、信認関係の存在を否定する。

- (130) *Works v. McNeil*, 1 Ill. 2d 47 (Ill. 1953); *Bank Computer Network Corp. v. Continental Illinois Nat'l Bank & Trust Company of Chicago*, 110 Ill.App.3d 492, 503 (Ill.App.Ct. 1982); *Amendola v. Bayer*, 907 F.2d 760, 763 (7th Cir. 1990).
- (131) Frankel, *supra* n. 1, at 1227; Glover, *supra* n. 127, at 277; Eileen A. Scallen, *Promises Broken vs. Promises Betrayed: Metaphor, Analogy, and the New Fiduciary Principle*, 1992 U.I.L.Rev. 897, 907 (1993); Deborah A. DeMott, *Breach of Fiduciary Duty: On Justifiable Expectations of Loyalty and Their Consequences*, 48 Ariz.L.Rev. 925, 938 (2006).
- (132) Frankel, *supra* n. 1, at 1227-28; Weinrib, *supra* n. 16, at 5.
- (133) 依拠の要素は、信認関係が存するとされる状況の描写にすぎないとも言われる  
Shepherd, *supra* n. 126, at 58; DeMott, *supra* n. 8, at 913.
- (134) [1941] O.R. 1, 4.
- (135) 銀行と顧客の関係につき、顧客はビジネス知識を有し、独立した判断ができていたことを理由に信認関係を否定する *Stenberg v. Northwestern Nat'l Bank of Rochester*, 238 N.W.2d 218 (Minn. 1976); *Wilson v. IBP, Inc.*, 558 N.W.2d 132, 139 (Iowa 1996); 当事者間の地位の不衡平という要素から、子供向け商品生産者・販売者と子供との間に信認関係が存すると主張する Sidney M. Wolinsky and Janet Econome, *Seduction in Wonderland: The Need for a Seller's Fiduciary Duty Toward Children*, 4 Hast.Const.L.Q. 249 (1977).
- (136) Shepherd, *supra* n. 126, at 62.
- (137) Finn, *supra* n. 122, at 94; Easterbrook & Fischel, *supra* n. 117, at 436.
- (138) Frankel, *supra* n. 64, at 810.
- (139) *Marchiando v. State of Ill., Department of the Lottery*, 13 F.3d 1111, 1116 (7th Cir. 1994) (Posner J.).
- (140) Frankel, *supra* n. 1, at 1235.
- (141) Frankel, *supra* n. 64, at 810.
- (142) *Maksym v. Loesch*, 937 F.2d 1237 (7th Cir., 1991); Restatement (Third) of Agency, §8.11, cmt. b.
- (143) *Amendola*, *supra* n. 130, at 763; *Dunn*, *supra* n. 128, at 1052-53; Shepherd, *supra* n. 126, at 69.
- (144) 信認義務が課せられるのは「一方当事者が所有権には満たない権限で財産を保

- 持ないし管理する場合」である（S. J. Stoljar, *Unjust Enrichment and Unjust Sacrifice*, 50 Mod. L. Rev. 603, 610 (1987)）。
- (145) (1977) 76 D.L.R. (3d) 482, 482.
- (146) Glover, *supra* n. 127, at 271.
- (147) Shepherd, *supra* n. 126, at 64.
- (148) 現代社会において情報それ自体も重要な経済的価値を有し、その保護の充実のため、必要であれば、財産として把握することも可能であるとの指摘もある（Cooper & Freedman, *supra* n. 15, at 1048, n. 6）。
- (149) Smith, *supra* n. 3, at 1402; 神谷高保「信認義務に関する『重要な資産の理論（The Critical Resource Theory）』」アメリカ法2004年130頁が本論文を書評する。
- (150) Smith, *supra* n. 3, at 1456.
- (151) この場合でも、弁護士は受認者として信認義務を負うのであり、とりわけ機密情報を私的に利用しない義務が問題となる。しかし、「顧客の弁護士に対する信用を別にして、顧客によって弁護士に対し、正確には何が委託されたのであろうか？」（DeMott, *supra* n. 8, at 912.）
- (152) 「擬制信託は…コモンロー上の権原の保持者が受益的利益を保持することが良心から認められない状況において」課せられる（*Beatty*, *supra* n. 75, at 386.）。
- (153) Smith, *supra* n. 3, at 1404.
- (154) *Id.*, at 1404.
- (155) *Id.*, at 1440.
- (156) *Id.*, at 1449.
- (157) *Id.*, at 1450; 神谷・前掲注（149）133-4頁は「スミス教授の理論は…信認義務違反があった場合の救済方法を説明することのできる理論ではないか、という印象を受けている」と評する。
- (158) Weinrib, *supra* n. 16, at 10-11; Glover, *supra* n. 127, at 272.
- (159) Weinrib, *supra* n. 16, at 4.
- (160) Frankel, *supra* n.64, at 809; フランチャイザーはフランチャイジーに対し受認者たる地位にあるとして、信認関係の要素たる権限を、「フランチャイザーが有するフランチャイジーへの調査・監督・統制の権限」で足るとする Harold Brown, *Franchising—A Fiduciary Relationship*, 49 Tex.L.R. 650, 665 (1971).
- (161) Weinrib, *supra* n. 16, at 4.
- (162) Restatement (Third) of Agency, § 8.01, cmt. b.

- (163) Shepherd, *supra* n. 126, at 68.
- (164) 「契約は通常、その契約を成し遂げるという目的のために一方あるいは他方当事者に契約がなければ有することはないだろうある権限を与える」との指摘もある *Id.*, at 70.
- (165) 引受けが「契約の形式でなされるか否かは重要ではない。」(Scott, *supra* n. 61, at 540.)
- (166) Easterbrook & Fischel, *supra* n. 117, at 427; Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, *Corporate Control Transactions*, 91 Yale L. J. 698, 702 (1982).
- (167) 無償の代理も成立する。また、遺産管理人・財産保全管理人・後見人など、遺言や裁判所の選任による受認者も存する。Thomas Atkins Street, *THE FOUNDATIONS OF LEGAL LIABILITY*, vol. II, (Edward Thompson Company, 1906), at 432-433; Frankel, *supra* n. 1, at 1225; Langbein, *supra* n. 20, at 627. なお、ラングバイン教授の見解については樋口・前掲注(3) 84-120頁に詳しい。
- (168) 本人・代理人間の関係は契約であることを要しないが、代理権を授与することについての両者の合意を前提とする Restatement (Third) of Agency, § 1.01.
- (169) *Schock*, *supra* n. 38, 732 A.2d 217; *Conservatorship*, *supra* n. 38, 262 Neb. 51.
- (170) 当事者の知識ないし力の不均衡が存する場合に黙示の義務として、信認義務を課す *Burdett v. Miller*, 957 F.2d 1375, 1381 (7th Cir. 1992).
- (171) Shepherd, *supra* n. 126, at 65; また、合意それ自体の存在を認めるのが困難な場合もある。会社の多数株主あるいは支配株主を、少数株主の受認者とする場合「少数株主に代わって行動するという多数株主の約束はいつ生じるのか？」(DeMott, *supra* n. 8, at 911.)
- (172) Shepherd, *supra* n. 126, at 75.
- (173) *Id.*, at 76.
- (174) *Id.*, at 76.
- (175) Smith, *supra* n. 3, at 1428.
- (176) もっとも、約束ないし契約を要素とする見解に関しては、忠実義務(信認義務)が合意ないし契約から生じる義務と捉えることができるのか、信認関係を契約の一つと把握することができるのかという議論が、アメリカでは別途なされていることから、この点からの検討も要する。別稿に譲りたい。
- (177) フランチャイズ関係につき依拠と不衡平な関係等を要件に、信認関係の存在を否定 *Chmielewski v. City Prod. Corp.*, 660 S.W.2d 275, 294 (Mo.Ct.App. 1983); 銀

行と顧客借主との関係につき、依拠と不衡平な関係を要件に、信認関係の存在を否定 *Union State Bank v. Woell*, 434 N.W.2d 712, 721 (N.D. 1989); 不衡平な関係と黙示の合意により関係を定義する *Burdett*, supra n. 170, at 1381; 様々な信認関係の要素は挙げるも、個別の事案ごとに事実の分析をする必要性を強調する *Dension State Bank v. Madeira*, 640 P.2d 1235 (Kan. 1982).

(178) DeMott, supra n. 8, at 909-910.

(179) DeMott, supra n. 131, at 936.

(180) Id., at 936.

(181) DeMott, supra n. 8, at 909-910.

(182) Id., at 914; Glover, supra n. 127, pp. 269.

(183) DeMott, supra n. 131, at 926.

(184) 信認法ないし信認義務法とは、受認者一般を規律する法ないし準則を指す。

(185) DeMott, supra n. 8, at 879.

(186) DeMott, supra n. 8, at 879.

(187) Id., at 891.

(188) 樋口・前掲注（3）14頁。

(189) 道垣内・前掲注（6）84頁。

(190) 樋口・前掲注（3）137頁。

(191) さらに、忠実義務と履行義務とを包括する一般的信認原則が代理の趣旨を定めるなら、それは、忠実義務について明文の根拠を有しない日本民法においても、忠実義務の根拠を代理の趣旨に求めることが可能であることの示唆ともなる。

(192) 医師と患者の関係について、樋口・前掲注（3）42, 170-77頁、同「医師患者関係と契約—契約とContractの相違」棚瀬孝雄編・契約法理と契約慣行109頁（弘文堂、1994）。

(193) 信認義務は忠実義務を意味し、それは消極的内容を有する禁止義務たる性質を有することを理由に、積極的行為を要求する一般的情報提供義務は、信認義務から導かれまいとの指摘もある（Nolan, supra n. 12, at 222, 224）。

アメリカにおいては履行義務として定められる一般的情報提供義務を信認義務と呼ぶ裁判例も存するが、これらの事案にあっても、代理人と本人との間に利益相反が存しない場合は、当該情報を代理人が認識し、且つ提供されていれば本人の判断に重要な程度に影響を及ぼしたであろうことの証明責任は、本人にあるとする（*Olsen v. Vail Assocs. Real Estate, Inc.*, 935 P.2d 975, 978 (Colo. 1997)）。代理人

が情報を提供しなかったことが一般的情報提供義務違反の事実だからである(Re-statement (Third) of Agency, §8.11, cmt. b.)。これに対し、忠実義務違反を免れるための情報開示については、「完全な情報の開示は…實際上、利益相反によって作られる推定された義務違反に対する抗弁である」といわれる(Lindland, *supra* n. 54, at 324.)。第二次リステイトメントが個別に忠実義務を定める各セクションにおいて「別段の同意のない限り」忠実義務を負うと定めていたところ、第三次リステイトメントは、個別の忠実義務についての規定から切り離し、独立に本人からの同意として§8.06にまとめ、代理人からの完全な情報の開示は、独立の義務としてでなく、本人からの同意が有効であるための条件として記している。

- (194) 日本法において、注意義務と忠実義務との関係をいかに解するかも問題とはなるも、注意義務の一つとして忠実義務を捉える見解にあっても、利益相反行為禁止を内容とする忠実義務が注意義務とは異なる内容をもつことは認識されている(能見善久「専門家の責任●その理論的枠組みの提案(上)」NBL544号52頁(1994)、山中真人「特集=投資顧問業者の注意義務—信認義務との接点—②日本法上の注意義務論」金法1625号22頁(2001)、潮見佳男・基本講義債権各論I 契約法・事務管理・不当利得(新世社、2006)220頁、新井・前掲注(96)158頁は「善管注意義務の方が忠実義務を包含する形で概念的により広い」とするも、その中に忠実義務と(狭義の)善管注意義務を区別する)。