

信託契約を作成する弁護士・司法書士の行為規範

吉 永 一 行

目次

- I 序
- II 信託業法による規制
 - 1 開業規制と監督
 - (1) 開業規制
 - (2) 監督
 - 2 行為準則
 - (1) 序
 - (2) 信託の引受け前に講じておくべき措置
 - (3) 信託の引受けに際しての行為準則
- III 金融商品取引法による規制
 - 1 開業規制と監督
 - (1) 開業規制
 - (2) 監督
 - 2 行為準則
 - (1) 序
 - (2) 有価証券の売買やその取次ぎを行う前に講じておくべき措置
 - (3) 有価証券の売買やその取次ぎにあたっての行為準則
- IV 金融商品の販売等に関する法律
 - 1 法律の適用範囲
 - 2 金融商品販売業者等の義務
- V まとめと考察
 - 1 前章までのまとめ
 - 2 信託契約を作成する者に対する規制

- (1) 私法ルールとしての説明義務等
- (2) 行政的な監督制度
- (3) 行為準則

3 結語

I 序

民事信託ないし家族信託がますます広がりを見せる中、専門家によるそのサポートの重要性もまた増してきている。

そこでいう専門家として、一方では、信託を引き受けることを業とし、財産の管理・運用を専門とする信託銀行その他信託会社をあげることができ、他方では、依頼者の財産管理に関するニーズ（典型的には死後の財産承継）に応じて信託スキームを提案し、信託契約書を作成する弁護士・司法書士⁽¹⁾をあげることができる。

前者については、信託商品の提供にあたって、後述の通り、信託業法、金融商品取引法（以下、条文の引用にあたっては金商法と略称する）あるいは金融商品の販売等に関する法律⁽²⁾（以下、条文の引用にあたっては販売法と略称する）

-
- (1) 公証人、税理士、行政書士なども同様の業務を行っていることが指摘されるが、本稿では、弁護士および司法書士で代表させることとする。なお、本稿では、弁護士と司法書士を並列しているが、これは、司法書士が信託契約書の作成に関与することが現実の問題として多いということを踏まえたものである。周知の通り、司法書士による信託契約書の作成については、非弁行為として弁護士法 72 条に違反するとの指摘があるが、この問題はひとまず横に置くこととしている。民事信託への関与の司法書士法上の根拠については、渋谷陽一郎「民事信託は実務たり得るか——信託法・信託業法と司法書士法の交錯——」登記情報 586 号（2010 年）38 頁〔40-43 頁〕が論じている。
 - (2) 同法は、2020 年の改正（令和 2 年法律第 50 号）により、「金融サービスの提供に関する法律」と名称を変え、金融サービス仲介業に関する規制を新たに定めるに至ったが、本稿の関心との関係では、（条文番号の変更こそあるものの）規制内容の実質が変わるものではない。改正法は、公布（2020 年 6 月 12 日）から 1 年 6 月以内の政令で定められた日から施行されるため、本稿の刊行時に

の適用を受け、行政庁（金融庁）の監督に服している。

しかし、後者については、弁護士・司法書士としての業務一般についての厳しい規制——国家試験合格を条件とする厳しい参入規制，高度の職業倫理とそれに違反した場合の懲戒処分——には服しているものの、信託契約の作成を業とすることに特化した規制はなく，その業務の適切性は，個々の弁護士・司法書士の職業倫理・使命感に担保されるところが大きい。より組織的な監督の必要性が指摘されている⁽³⁾所以である。しかし，民事信託・家族信託の議論は，そうした監督のあり方というよりは，もっぱら信託の内容自体に関心が向けられている⁽⁴⁾。

そこで本稿は，信託業法（→Ⅱ），金融商品取引法（→Ⅲ）そして金融商品の販売等に関する法律（→Ⅳ）の規制の概要を整理した上で，それと対比して，弁護士・司法書士が業として信託契約の作成を行うときの規制のあり方を考えてみたい（→Ⅴ）。

Ⅱ 信託業法による規制

まず，信託業法による信託に関する規制を，開業規制とそれに関連した監

はまだ施行されていないと見込まれる。このため，本稿では，改正前の金融商品の販売等に関する法律の条文を掲げ，改正後の金融サービスの提供に関する法律の条文番号を併記することとする。

- (3) 例えば佐久間毅「民事信託における専門家の役割」金融法務事情 2131 号（2020 年）17 頁〔25 頁〕。
- (4) 例えば月報司法書士 530 号（2016 年）では「司法書士と民事信託」という特集が組まれているが，活用例の報告が主な部分を占めており，適切な信託契約の作成をどう担保するかという問題にはほとんど関心が向けられていない。信託を企画制作する者の「心構え」（遠藤英嗣「『家族のための民事信託』の正しい活用——信託の制作にあたって司法書士が考えるべきこと——」同号 11 頁以下〔11 頁〕）や「職業倫理」への期待（大貫正男「司法書士における民事信託業務の推進」同号 20 頁以下〔22 頁〕）に言及されるにとどまっている。

督に関する規定，そして業務を行うに際しての行為準則に関する規定に分けて整理する。

1 開業規制と監督

(1) 開業規制

信託業法は、営業として行う信託の引受けを「信託業」と定義し（信託業法2条1項）、内閣総理大臣の免許を受けなければ営むことができないと定める⁽⁵⁾（信託業法3条）。ただし、管理型信託業（信託業法2条3項）を営む場合には、免許ではなく、内閣総理大臣の登録で足りる（信託業法7条1項）。信託業の免許を受けた者（および管理型信託業の登録を受けた者）を信託会社という（信託業法2条2項）。

また、銀行その他の金融機関は、金融機関の信託業務の兼営等に関する法律（以下、条文の引用にあたっては兼営法と略称する）により、信託業法の定めにかかわらず、内閣総理大臣の認可によって信託業を営むことができると定める（兼営法1条1項）。

免許の申請ないし登録の申請にあたっては、業務方法書の提出が必要とされる（信託業法4条2項3号および8条2項3号）。業務方法書には、信託財産の管理、処分、分別管理の方法を記載することが必要である（信託業法4条3項および8条3項の各号⁽⁶⁾）。

-
- (5) 金融審議会金融分科会第二部会「信託法改正に伴う信託業法の見直しについて（平成18年1月26日）」（https://www.fsa.go.jp/singi/singi_kinyu/siryoku/kinyu/dai2/f-20060126.pdf）1頁によると、信託会社と不特定多数の顧客との間に情報量や交渉力の格差が生じうること、受託者は信託財産を自己名義で管理運用するという大きな権限を有することなどから、委託者・受託者の保護を図る必要が生じ、それが信託法に加えて信託業法に規制を定める理由とされている。
- (6) 同法4条3項7号・8条3項6号を受けた信託業法施行規則6条2項・14条2項は、「信託業務の運営の基本方針」および「信託契約締結の勧誘、信託契約の内容の明確化及び信託財産の状況に係る情報提供に関する基本方針」を記載

免許等を受けずに信託業を営むことは、刑罰（3年以下の懲役もしくは300万円以下の罰金またはその併科。信託業法91条1号）をもって禁止されており、信託業は、免許を受けた者によって業務が独占されている。

(2) 監督

信託会社による業務の適正は、内閣総理大臣（内閣府金融庁が所管する。信託業法87条1項、金融庁設置法4条1項3号ム）による監督によって担保される。すなわち、信託会社が適正に業務を行わない場合には、最終的には、免許の取消しによって市場から退場しなければならない（信託業法44条1項。なお管理型信託会社の場合には登録の取消し〔信託業法45条1項〕、兼営法上の認可を受けた金融機関の場合にはその認可の取消し〔兼営法10条〕がこれに相応する）。

内閣総理大臣による処分は、こうした免許等の取消しのほか、業務改善命令（信託業法43条）、業務停止命令（信託業法44条1項・45条1項、兼営法9条）が定められている。さらに、そうした処分の前提として、立入検査を含む検査権限も認められている（信託業法42条、兼営法2条1項による同条の準用）。

2 行為準則

(1) 序

信託業法は、信託会社が業務を進めていく際の行為準則についての定めを21条から31条までに置いている。その規定は、①業務の範囲や委託に関する規制（21条から23条）、②信託の引受け前に講じておくべき措置（23条の2）、③信託の引受けに際しての行為準則（24条から26条）、そして④信託を引き受けた後に受託者としての業務を行うに際しての行為準則（27条から31

すべき事項として掲げている。

条)に分けることができる。本稿の問題関心からは、②および③が重要である。

(2) 信託の引受け前に講じておくべき措置

②の信託の引受け前に講じておくべき措置というのは、指定紛争解決機関(いわゆる金融ADR機関)と手続実施基本契約を締結することである(信託業法23条の2)⁽⁷⁾。手続実施基本契約は、その内容として、顧客からの申立てで指定紛争解決機関が手続を開始するときには信託会社がこれに応じるべきこと(信託業法85条の7第2項2号)、書類の提出などに協力するべきこと(同項3号)のほか、指定紛争解決機関が特別調停案(同項5号)を作成したときには、信託会社は原則としてそれを受諾しなければならないこと(同条6項)などを定めるものとされている。

こうした指定紛争解決機関との契約締結義務は、平成21(2009)年6月24日公布の金融商品取引法等の一部を改正する法律(法律58号)による金融ADR制度の導入の一環をなすものである⁽⁸⁾。この義務(およびその前提となる指定紛争解決機関の制度)は、金融関係の業務に係る紛争の解決を推進するための措置を設けることで顧客の利益を保護しようとするものであり、信託業法のみならず、金融商品取引法(37条の7)、兼営法(2条1項前段による信託業法23条の2の準用)、さらに銀行法、貸金業法など金融業に関する各種業法にも同旨の規定が置かれている。

-
- (7) 信託業に関連する金融ADR機関として、一般社団法人信託協会が指定され、平成22(2010)年10月1日から指定紛争解決機関としての業務にあたっている。
- (8) この改正により、信託業法には第5章の2(85条の2から85条の24)が新設され、内閣総理大臣の指定を受けた指定紛争解決機関による苦情処理や紛争解決について定められることとなった。

(3) 信託の引受けに際しての行為準則

信託の引受けに際しての信託業法上の行為準則は、委託者（顧客）に対して、信託に関する正しい情報を伝え、また誤った情報を伝えないようにすることが中心である。すなわち、信託の引受けに関して、委託者に対して虚偽のことを告げたり（不実告知）、不確実な事項について断定的判断を提供したりすることが禁じられ（信託業法 24 条 1 項 1 号、2 号）、信託契約による信託の引受けを行うときは、信託の目的、信託財産に関する事項、受益者に関する事項などについて説明をする（信託業法 25 条本文）とともに、信託の引受け後に遅滞なく書面を交付しなければならない（信託業法 26 条 1 項柱書本文ならびに 3 号、4 号および 9 号）。

さらに信託会社は、委託者の知識、経験、財産の状況および信託契約を締結する目的に照らして適切な信託の引受けをしなければならないとも定められている（信託業法 24 条 2 項）。

これらの義務は、兼営法によって、信託業を兼営する金融機関にも準用されている（兼営法 2 条 1 項前段）。

Ⅲ 金融商品取引法による規制

続いて、金融商品取引法上の規制⁽⁹⁾を見ていこう。

(9) 金融商品がリターンを期待してリスクをとるという性質をもつ（桜井健夫・上柳敏郎・石戸谷豊『新・金融商品取引法ハンドブック [第 4 版]』〔2018 年・日本評論社〕 20 頁）ことからくる投資家の保護の必要と、新規参入のハードルを下げる必要（同書 102 頁）とのバランスから、参入規制については、従来の証券取引法による免許制よりハードルを下げるものの、なお登録制を敷いて、業者を監督することとしたものと説明されている。

1 開業規制と監督

(1) 開業規制

金融商品取引法によれば、金融商品取引業（金商法2条8項が定義する）を営むためには、内閣総理大臣の登録を受けることが必要である（金商法29条）。登録を受けずに金融商品取引業を営むことは、刑罰をもって禁止されている（5年以下の懲役もしくは500万円以下の罰金またはその併科。金商法197条の2第10号の4）。

金融商品取引業の主なものとして、有価証券の売買（金商法2条8項1号）、有価証券の売買の媒介、取次ぎまたは代理（同項2号）を挙げることができる。ここでいう有価証券には、受益証券発行信託における受益証券（信託法185条）が含まれる（金商法2条1項14号）ほか、信託の受益権一般もみなし有価証券（同条2項1号）としてそこに含まれる。このため、信託受益権について売買やその取次ぎなどを行うことは（一部の適用除外はあるものの）金融商品取引業にあたる⁽¹⁰⁾⁽¹¹⁾。

(10) なお、金融商品取引法2条2項によって有価証券とみなされる権利の売買やその取次ぎなどを行う場合には、「第二種金融商品取引業」に該当し（金商法28条2項3号）、第一種金融商品取引業（同条1項）とは異なる規律に服する。もっともその相違は、例えば第一種金融商品取引業者は取締役会など一定の組織を置く株式会社であることを要する（金商法29条の4第1項5号イ）とされているのに対して、第二種金融商品取引業者はこうした制限が課されていない（個人でもよい）といったように、主に登録にあたっての要件の違いに現れる。本稿の関心の対象である行為準則については差がないため、以下では両者の差異について特に言及しない。

(11) 信託業法と金融商品取引法の適用の分け方は、複雑である。これについては折原誠「金融商品取引法における信託規制の現状と課題」信託規制法研究会『金融商品取引法と信託規制（トラスト未来フォーラム研究叢書）』（2017年・トラスト未来フォーラム）1頁以下、田中和明「信託受益権に関する行為規制——信託業法と金融商品取引法とが交錯している部分を中心として——」同書69頁以下参照。

(2) 監督

金融商品取引業者による業務の適正も、内閣総理大臣による監督によって担保される（内閣府金融庁に権限が委任される点も同様である。金商法 194 条の 7 第 1 項、金融庁設置法 4 条 1 項 3 号ル）。信託業法と同様、処分として、業務改善命令（金商法 51 条）や、登録の取消しおよび業務停止命令（金商法 52 条）が定められている。もっとも、処分の前提となる調査権限は、信託業法では立入検査まで認められている（信託業法 42 条）のに対して、金融商品取引法においては報告・資料の提出命令とその検査までの権限しか定められていない（金商法 56 条の 2）。

2 行為準則

(1) 序

金融商品取引業者に課される行為準則について、信託業法について前述（Ⅱ2(1)）した①～④の分類に倣い、①業務の範囲や委託に関する規制⁽¹²⁾、②有価証券の売買およびその取次ぎを行う前に講じておくべき措置、③実際に売買およびその取次ぎに関する契約を顧客との間で締結する際の行為準則そして④顧客との間で契約を締結した後の業務に関する行為準則⁽¹³⁾と分類した上で、②と③の内容を確認しよう。

(12) 金融商品取引法 35 条、35 条の 2、36 条の 3、36 条の 4 をあげることができるほか、特定投資家向け有価証券を一般投資家に販売することを禁じる 40 条の 4 もそこに含めて良いだろう。

(13) 誠実義務（金商法 36 条 1 項）がこれに当たる。なお、前述した信託業と金融商品取引業の性質の違いから、金融商品取引業者一般に適用される通則には、例えば信託業法 28 条（忠実義務、善管注意義務、分別管理義務）のような規定が置かれていない。こうした義務は、例えば投資助言業務（金商法 28 条 3 項および 6 項ならびに 2 条 8 項 11 号）に関する特別（金商法 41 条が忠実義務と善管注意義務を定める）や投資運用業（金商法 28 条 4 項ならびに 2 条 8 項 12 号、14 号および 15 号）に関する特別（金商法 42 条が忠実義務と善管注意義務を、42 条の 4 が分別管理義務を定める）として定められている。

(2) 有価証券の売買やその取次ぎを行う前に講じておくべき措置

②のタイプの措置についてみていこう。まず、信託業法と同様に、金融ADR制度の導入により、指定紛争解決機関との契約締結についての定めが置かれている（金商法37条の7。むしろ金融商品取引法の改正に際して、同旨の規定が信託業法に設けられたものである）。

信託業法にはみられない規定として、まず、適切に業務を行うための環境を整えることに向けられた義務が定められている。業務管理体制を整備すること（金商法35条の3。金融商品取引業等に関する内閣府令70条の2第1項によれば、社内規則等の整備や、従業員に対する研修の実施が求められている）および顧客の注文について最良の取引の条件で執行するための方針および方法（最良執行方針等）を定めて公表すること（金商法40条の2）が義務付けられているのがそれである。

また、金融商品取引業者は、営業所・事務所ごとに、標識を掲示しなければならない（金商法36条の2第1項）。こうした措置は、顧客にとって、取引をしようとする者が金融商品取引業者であるか否かを判別することができるようにするとともに、業者に自覚を促す機能もあるとされる⁽¹⁴⁾。

(3) 有価証券の売買やその取次ぎにあたっての行為準則

有価証券の売買やその取次ぎといった実際の取引をする場面での行為準則をみていこう。

信託業法（24条1項1号、2号）と同様、金融商品取引法においても、不実告知や断定的判断の提供の禁止が定められている（金商法38条1号、2号）。

信託業法には定めが置かれている説明義務であるが、金融商品取引法にはその定めがない（ただし後述する金融商品の販売等に関する法律上の説明義務が存

(14) 桜井ほか・前掲注(9)139頁。

する)。しかし、信託業法においては、「信託契約による信託の引受けを行ったときは、遅滞なく」(信託業法 26 条)とされていた書面交付義務が、金融商品取引法においては、契約締結時(「金融商品取引契約が成立したとき……は、遅滞なく」。金商法 37 条の 4 第 1 項)だけでなく、契約締結前(「金融商品取引契約を締結しようとするときは、……あらかじめ」)にも必要とされている(金商法 37 条の 3 第 1 項)。

また、信託業法においては、信託会社が委託者の知識・経験等に照らして「適切な信託の引受け」を行うことが必要と定められているが(信託業法 24 条 2 項)、金融商品取引法においては、趣旨は同じでありながら一段厳格な表現をもって、顧客の知識・経験等に照らして「不相当と認められる勧誘」を行うことを禁止している(適合性の原則。金商法 40 条 1 号)。

IV 金融商品の販売等に関する法律

1 法律の適用範囲

以上に見てきた信託業法および金融商品取引法の規定は、公法上のルールであり、そこに定められた義務は、顧客からの損害賠償請求の根拠となるといったような私法上のルールを定めるものではない。これに対して、金融商品の販売などに関する私法ルールとして定められたのが金融商品の販売等に関する法律である。さらに、同法は、公法上のルールとして、金融商品販売業者等に、勧誘方針の策定・公表を義務付けている。

同法にいう「金融商品販売業者等」とは、金融商品の販売等(金融商品の販売またはその代理もしくは媒介をいう。同法 2 条 2 項〔改正後 3 条 2 項〕)を業として行う者をいう(同条 3 項)。「金融商品の販売」は、同法 2 条 1 項〔改正後 3 条 1 項〕で定義されている。その中で信託に関わるものをあげると、①信託財産の運用方法が特定されていない信託契約を委託者との間で締結する

こと（金銭信託の場合について販売法2条1項3号〔改正後3条1項3号〕、非金銭信託の場合について同項11号および金融商品の販売等に関する法律施行令5条1号）、および②信託受益権を取得させること（販売法2条1項6号イ〔改正後3条1項6号イ〕）である。

2 金融商品販売業者等の義務

金融商品販売業者等は、金融商品の販売等を行うときには、販売が行われるまでの間に（つまり事前に）顧客に対して、重要事項を説明することが義務付けられる（販売法3条〔改正後4条〕）。重要事項には、元本割れのリスク（同条1項1号から6号参照）および販売される金融商品の権利行使や契約解除に付された期間制限（同項7号）が含まれる。

さらに金融商品販売業者等は、金融商品の販売等を行うときに、断定的判断の提供を行ってはならないとされている（販売法4条〔改正後5条〕）。

そして、こうした説明義務違反や断定的判断の提供があったときには、金融商品販売業者等は顧客に対して損害賠償責任を負う（販売法5条〔改正後6条〕）。そして同法に特徴的であるのは、その損害賠償責任については、元本欠損額をもって損害の額と推定することである（販売法6条〔改正後7条〕）。

金融商品の販売等に関する法律は、以上のような私法上のルールに加え、金融商品販売業者等に対して、顧客に対する勧誘に際してその適正の確保に努めるべきこと（販売法8条〔改正後9条〕）と、勧誘方針を定めて公表することを義務付けている（販売法9条1項および3項〔改正後10条1項および3項〕）。違反に対しては、同法10条〔改正後97条〕が50万円以下の過料を予定している。勧誘方針には、勧誘の対象となる者の知識、経験、財産の状況および契約締結の目的に照らして配慮すべき事項のほか、勧誘の適正の確保に関する事項を定めるべきものとされている（販売法9条2項〔改正後10条2項〕）。

V まとめと考察

1 前章までのまとめ

以上に見てきたような、信託商品の提供に関する業法上の規制についてまとめおこう。

第一に、信託の引受けを業として行うことは信託業として免許制（管理型信託業の場合には登録制）に、受益権の販売やその媒介などを業として行うことは金融商品取引業として登録制に服することとされており、行政官庁が関与する参入規制が設けられていた。

第二に、こうした免許制・登録制を背景に、法令に従わないなど将来の顧客・消費者の利益を害する可能性のある業者は、免許・登録の取消しによって、市場から排除される仕組みが設けられている。

第三に、行政官庁による監督は、そうした免許・登録の取消しだけでなく、業務停止命令および業務改善命令も予定されている。そしてそうした措置をとるために必要となる調査権限（信託業法においては立入検査の権限を含む）についても定められている。

第四に、こうした行政官庁による監督で担保されることとなる業者の義務については、取引に先立って事前に講じておく措置と、取引にあたって果たすべき義務とを取り上げた。このうち事前に講じておく措置としては、指定紛争解決機関（金融ADR機関）との契約を締結するとともに、業務管理体制の整備や業務実行についての方針を定めることが必要である。後者について、信託業法においては、免許・登録の申請に際して業務方法書⁽¹⁵⁾の提出が必要とされ、金融商品取引法においては、業務管理体制を整備し、最良執行方針を定めるべきものとされている。また、金融商品の販売等に関する法

(15) 信託業務の運営の基本方針や、信託契約締結の勧誘に関する基本方針などを記載すべきことについて、前掲注(6)を参照。

律においては勧誘方針を定めて公表することが義務付けられていた。

第五に、取引にあたって業者が果たすべき義務としては、顧客の契約内容に対する正しい理解の前提となるような義務として、①不実告知や断定的提供の判断が禁じられているほか、②契約内容の説明義務（信託業法、金融商品の販売等に関する法律）、契約締結前書面交付義務（金融商品取引法）、そして契約締結時書面交付義務（信託業法、金融商品取引法）が定められている。さらに信託業法においては適切な信託の引受けが、金融商品取引法においては不相当と認められる勧誘の禁止（適合性の原則）が定められている。

第六に、第四にあげた義務、そして第五にあげた義務の大部分は公法上のものであり、第二・第三に掲げた行政官庁の監督に際しての実体法的な規定と位置付けられるものである。しかし、金融商品の販売等に関する法律の定める説明義務や断定的判断の提供は、損害賠償責任の根拠となる私法ルールであり、損害の推定に関する規定も置かれている。

2 信託契約を作成する者に対する規制

以上のような信託商品の提供に対する業法上の規制と対比しながら、弁護士や司法書士が依頼者（家族からの相談もありうるだろうが、ひとまず委託者となるろうとする者自身が依頼者となる場合を念頭に置く）からの相談を受けて、信託というスキームを提案し、その契約書を作成する場合について、どのような規制が考えられるのかを検討する。

(1) 私法ルールとしての説明義務等

順序が前後するが、まず、私法ルールとしての第五および第六の点から検討する。

依頼者から法律上の問題について相談を受けた弁護士・司法書士が、相談された内容について専門的知識に基づいた説明をするべき義務を負うこと

は、一般論として認められている⁽¹⁶⁾。しかも、本稿で扱っている問題は、弁護士が依頼者から独立して専門的裁量を発揮するような場面ではなく、契約締結（とその後の受託者の監督）を依頼者自らが行う場面を念頭に置いており、依頼者自身の理解が重要である。しかも、信託は、売買や賃貸借ほど一般に知られているわけでもなく、スキームが複雑になりやすいうえ、先例となる判例・裁判例に乏しいため解釈の定まらない問題も多い。したがって、依頼者の意図した目的がどのような枠組みを通じて実現されるのか、その実現を妨げるリスクとしてどのようなものが想定されるのか、そうしたリスクが実現した場合の次善策の有無や内容について、十分な説明が必要となるだろう。さらに、依頼者が説明を十分に理解できない場合には、複雑なスキームを提案しない義務（金融商品取引法上の適合性原則に相当するもの）が生じる可能性もある。

もっとも、抽象的には以上のように、弁護士・司法書士の説明義務等を認めることが可能であるとしても、具体的な義務の内容、そして義務違反の場合の損害賠償の内容を考えると、話は単純ではない。

信託商品の提供（信託の引受けや受益権の販売など）における説明義務違反の典型例は、元本割れのリスクについての説明の懈怠である。こうした場合には、顧客は、適切な説明を受けていればそうしたリスクのある商品に手を出さなかった可能性があり、元本割れによって生じた損失を不法行為または債務不履行によって生じた損害として、賠償を求めることが考えられる。このとき金融商品の販売等に関する法律が、損害の推定を定めていることも前述した。

しかし、信託契約の作成に際して、適切な説明がされなかったことの「損

(16) 山本豊編集『新注民法(4)債権(7)』（2018年・有斐閣）256-258頁〔一木孝之執筆〕。弁護士の説明義務に関する判例として最高裁平成25年4月16日判決民集67巻4号1049頁。

害」の評価は難しい⁽¹⁷⁾。そこで主として問題となるリスクは、元本割れのリスクではない。このため損害の推定もうまく機能しない。

弁護士（または司法書士）Yが、委託者Aの希望を実現するべく、A所有の土地家屋甲を「跡継ぎ」である相続人Bに取得させる一方、相続人Cからの遺留分侵害額請求権の行使を回避できるようなものとして信託契約の草案を作成し、Aがこれに基づいて受託者Dとの間で信託契約を締結したという例で考えてみよう。そしてYの提案したこのスキームをめぐっては、Cからの遺留分侵害額請求権の行使を認める学説上の立場もあったところ、YはこのことについてAに説明しておらず、ここに説明義務違反があるとしよう。果たしてAの死後、BC間で紛争が生じ、Cの遺留分侵害額請求権の行使が裁判において認められたという場合、Yは誰に対して⁽¹⁸⁾、いくらの損害を賠償するべきだろうか。

説明義務が果たされていればAはDと信託契約を締結せず、甲が（信託的に）譲渡されることもなかったといえるならば、甲の価額相当額の損害がAの財産に生じたという評価はできそうである。しかし、甲はいずれにしろAの死亡によって、AからBCに承継されるものであり、その点では、信託契約を締結していたにしろそうでないにしろ「Aの」財産状態に差はないとも言えそうである。

仮に、Aに何らかの財産的損害が生じたと評価できるとしても、その「賠償」を実際に受けるのが、委託者であるA自身ではなく、その相続人であることから問題が生じる。というのも、Bは、信託が成立することで、

(17) 「時効待ち」方針についての説明義務違反があった場合の「損害」の内容については、前掲注16の最高裁判例に関する吉永一行「判批」民商法雑誌149巻2号（2013年）180頁以下〔188-193頁〕で検討している。

(18) 期待した利益を得られなかったB、あるいは不当に遺留分を侵害され、訴訟提起などの負担を強いられたCが、固有の損害賠償請求権をもつことがあるかという問題も考えられるが、本稿ではひとまず、AY間の契約上の責任のみを検討対象とする。

(遺留分侵害額請求権を行使されるとはいえ) 法定相続分よりは大きい割合で A の財産を承継できた一方、その信託の成立を説明義務違反に基づく不当なものだと評価することを前提とした損害賠償請求権を取得することになるからである⁽¹⁹⁾。

以上のようにみえてくると、民事信託・家族信託における説明義務違反については、損害賠償のような私法ルールに基づく事後的な救済がうまくいかないことが示唆され、事前の規制について検討する契機が生じてくる。次にこのことについて検討しよう。

(2) 行政的な監督制度

前述のまとめにおいて第一から第三として掲げたポイントと対比するならば、弁護士・司法書士についても同様に、——弁護士・司法書士としての資格取得と団体への強制加入制度とは別に——信託契約の作成を業として行うことについての免許・登録制⁽²⁰⁾を敷き、その免許等の取消しその他の行政処分を通じた監督を行うという制度設計が一応は考えられる。

(19) また、A の意図が実現しなかったことを理由に精神的損害が生じたと評価できるとしたときは、遺留分侵害額請求権の行使により A の意図の実現を妨げた C が (相続人としての資格で) 慰謝料請求権を行使できることになり、やはり違和感が残る。

(20) 関連する取り組みとして、民事信託士がある。当該資格を取らないと業務ができないう制度ではないなど、免許・登録制と異なるが、研修と試験によって信託に関する業務に取り組む弁護士・司法書士の資質の向上を図ると共に、一定の知識をもつことが保障された弁護士・司法書士を公示する制度でもある。もっとも登録数は、一般社団法人民事信託士協会 Web サイト上の民事信託士紹介のページ (<http://www.civiltrust.com/shintakushi/introduce/>) によれば、2019 年度の第 5 期登録者までで 293 人に留まっている。なお弁護士数は 2019 年 3 月 31 日現在で 41,118 人 (日本弁護士連合会・弁護士白書 2019 年版 https://www.nichibenren.or.jp/library/pdf/document/statistics/2019/1-1-1_2019.pdf)、司法書士数は 2020 年 4 月 1 日現在で 22,724 人 (日本司法書士会連合会・会員数他データ集 <https://www.shiho-shoshi.or.jp/association/release/rengokai-data/>) である。

しかし、厳密な政策論的検証を行うまでもなく、現実的にみて、そうした法制度は相当に困難と考えられる。まず、弁護士の場合、行政官庁による監督制度は、弁護士自治と緊張関係に立つ。仮に弁護士会（日本弁護士連合会または単位会）に監督の機能を担わせるとして、調査監督業務を行うだけのリソースが——金融庁並みには言わないまでも——あるかといえは、疑問である。

さらに、法律関係をめぐってもっと複雑な業務はいくらでもあるなか、信託についてだけ免許・登録制とすることは、極めてバランスが悪い。また、例えば別口座を開設することも信託に当たりうるという解釈論もあるなか⁽²¹⁾、何が「信託契約の作成」ということ自体が実は簡単に定義できない。

もちろん、弁護士会による弁護士の懲戒（弁護士法 56 条・57 条）または法務大臣による司法書士の懲戒（司法書士法 47 条）の制度が、一定の機能を果たすことに疑いはない。それでも、信託業法および金融商品取引法においては、将来の不適切な業務の運営を未然に防止する仕組みが、より充実していると指摘できる。例えば、信託業法および金融商品取引法に定められた業務改善命令は、制裁であると同時に、直接に将来の業務の改善に向けた措置をとらせるものであり、弁護士や司法書士に対する戒告にはない意義がある。また金融庁は詳細な監督方針を定めて公表しているほか、行政処分に至る前の行政指導を通じて業者を監督してもいる。いずれも弁護士会あるいは法務省による監督では行われていないものであり、顧客の利益の保護にとって大きな相違点として指摘できる。

(21) 佐久間毅『信託法をひもとく』（2019 年・商事法務）5-19 頁。

(3) 行為準則

最後に、前述した第四の問題、そして公法ルールとしての第五の問題を見ていこう。

ここまで見てきたとおり、弁護士・司法書士が信託契約の作成を業として行うことについて、(弁護士会のような自治的団体によるものも含めて) 行政的な監督権限をもって、不適切な業務を未然に防止するということは、現在実現されておらず、そうした枠組みを将来構築することも現実的でない。

しかし、行政的な監督が現実的でないからといって、弁護士・司法書士が信託契約の作成を行うときの行為規範を具体化することに意味がないわけではない。確かに、信託業法・金融商品取引法における行為規範は、それに違反した場合の制裁の根拠として機能するものであるが、それだけでなく、業者が適切な業務運営をするための指針を示すものでもある。そうであれば、強力な監督に服するわけではない弁護士・司法書士についても、その行動の指針を論じること、場合によっては弁護士会や司法書士会がガイドラインのような形で示すことには十分に意義があると言える。

第四の問題として前述でまとめた取引に先立って事前に講じておく措置としては、いわゆる金融 ADR 機関との契約の締結があった。これに対応するものとして、弁護士会および司法書士会による紛議調停の制度(弁護士法 41 条、司法書士法 59 条)をあげることができる⁽²²⁾。

信託業法、金融商品取引法そして金融商品の販売等に関する法律において定められた事前の措置としてはもう一つ、業務管理体制を整備し、業務執行や勧誘についての方針を定め、必要に応じて公表することが求められている。弁護士・司法書士が業務の管理体制を整えるのは当然のことであるが、

(22) ただし、信託業法・金融商品取引法で特別調停案に信託会社・金融商品取引業者に対する強い拘束力を認めていること(前述Ⅱ2(2)、Ⅲ2(2))に相当するような制度は、弁護士会・司法書士会の紛議調停には設けられていない。

研修の実施も含めてどのような体制を整えるべきなのかを改めて明文化して、それを公表することは、抽象的に個々の弁護士・司法書士の倫理観に依存するだけという状況の改善に資するであろう。勧誘（依頼者に対する信託というスキームの提案）や実際の契約作成業務をどのような場合に、どのようなプロセスで行い、またどのような場合には行わないかということの明文化も同様である。

さらに、個々の弁護士・司法書士による公表に期待するだけでなく、弁護士会・司法書士会がガイドラインを取りまとめるところまで至れば、事実上の最低基準として機能し、将来の依頼者の利益を保護することにも資するだろう。

ガイドラインの取りまとめが期待されるのは、第五の問題としてまとめた説明義務等の義務、すなわち取引にあたって果たすべき義務についても同様である。何を重要事項として必須の説明事項とするべきか、また信託スキームの提案自体が不適切とされる場合（適合性原則）はどのような場合かを示すことは、——一部に民事信託・家族信託が万能の解決法であるかのようなノウハウ本も流通し、依頼者が過度の期待をもって信託契約の作成を依頼してくることも予想されるなか——小さくない意義があると考えられる。

3 結語

本稿では、業務管理体制の整備や業務執行・勧誘方針の策定・公表を個々の弁護士・司法書士が積極的に行い、それが弁護士会・司法書士会によるガイドラインの取りまとめへとつながれば、将来の依頼者の利益の保護にも資することになるのではないかと提案を行った。

本稿で扱った問題は、大きな視点では、公法と私法の役割分担、ハードローとソフトローの役割分担といった問題につながる好個の素材ともいえるだろう。

もっとも本稿の検討は、政策論的に精緻なものではなく、問題提起としての意味合いしか持ちえない。習作としか呼べない小稿ではあるが、それでも、民事信託・家族信託の健全な発展に向けた組織的な対応のあり方について、一定の方向性を示し得たと考えている。

民事信託・家族信託の活用に向けて尽力し、書籍や Web サイトを通じて市民や専門家に向けて積極的に情報を提供している弁護士・司法書士は少なくない。もっとも、管見の範囲では、そうした情報発信の中で、信託契約の作成を行う際の専門家の行為規範について詳しく述べるものはほとんど見られない。自らが担当した信託スキームの内容を紹介するだけでなく、スキームの構築にあたってどのような行為規範を自らに課しているのかについても積極的に情報を発信し、また批判的に検討することが行われていけば、組織的な取り組みに向けた一歩につながるだろう。

* 本研究は JPSP 科研費 JP19K01410 の助成を受けたものである。

* 本稿で参照した Web サイトはいずれも 2020 年 9 月 1 日現在でアクセスできることを確認した。