

信認義務（忠実義務）のドイツ法的構成

姜 雪蓮

学習院大学大学院法学研究科法学論集第 22 号

2015 年 3 月

学習院大学法学研究科 発行

[論 説]

信認義務（忠実義務）のドイツ法的構成

姜 雪蓮

<目 次>

- 1 はじめに
- 2 法制審議会における忠実義務をめぐる議論
 - (1) 法制審議会における議論の経緯
 - (2) 忠実義務をめぐる争点
- 3 ドイツ法における忠実義務（誠実義務）
 - (1) 概観
 - (2) ドイツ民法 241 条 2 項の配慮義務（Rücksichtspflicht）と誠実義務（Treuepflicht）
 - (3) 誠実義務の具体例
 - (a) 会社法関係
 - (i) 取締役の誠実義務とその諸類型
 - (ii) 誠実義務違反の効果
 - (iii) 誠実義務の根拠
 - (b) 雇用契約における被用者の誠実義務
 - (i) 被用者の誠実義務の内容
 - (ii) 誠実義務に対する批判
 - (c) 代理
 - (i) 自己取引における代理権の制限
 - (ii) 利益相反行為への対応の仕方
 - (iii) 代理権濫用
 - (d) 委任・仲介
 - (i) 無償の委任契約
 - (ii) 仲介契約における仲介人の義務
 - (iii) 委任・事務処理契約一般
 - (4) ドイツ法のまとめ
 - (a) 誠実義務の根拠
 - (b) 誠実義務と注意義務
 - (c) ドイツにおける誠実義務の課題
- 4 再び日本法について

1 はじめに

法制審議会における債権法改正の議論の中で、委任契約において受任者の忠実義務を定めるという案は、各方面からの反対に遭ってあえなくも消滅した。未だその機が熟していないことを感じるとともに、忠実義務の意味や機能について共通の理解がされていないこと、善管注意義務と忠実義務との関係についても理解の仕方に巾があることなど、忠実義務概念が既に信託法その他幾つかの法律で使われているにもかかわらず、民法の中に定着させることの困難さを実感させられた。このような中であって、本稿は、忠実義務の必要性についての論陣を張ろうとするものではない。むしろ、一歩下がって、日本と同じ大陸法系のドイツ法における忠実義務の議論を検討・分析し、そこから将来の議論のための示唆を得ることを目的とする。いわば研究ノートである。以下では、はじめに法制審議会における忠実義務導入反対論を検討し、何が反対の理由なのかを分析する。こうして、民法・商法レベルにおける忠実義務についての議論の現状を理解した上で、次に、ドイツ法において忠実義務がどのように理解されているかを紹介することにしたい。

2 法制審議会における忠実義務をめぐる議論

(1) 法制審議会における議論の経緯

中間的論点整理が公表される前の民法（債権法）部会の第17回会議（平成22年10月26日）において、委任の受任者の忠実義務についての案を記載した部会資料17に基づき、忠実義務の規定の導入の可否をめぐる議論がされた。

賛否両論が主張されたが¹、忠実義務の導入に反対の立場は、①忠実義務の意味・内容に関しては、その意味が明確でない、人によって理解が異なる、

善管注意義務によってカバーできる、昭和45年の大法廷判決²の立場との整合性がとれないと言った点を主張した。また、②忠実義務の機能に関しては、法律行為を委任されて高度な判断をする受任者（弁護士など）の場合とはともかく、それほど高度な判断をするわけではない準委任の場合にまで、忠実義務が課されると受任者に過大な負担を与える、準委任の医師などの場合には善管注意義務で足り、忠実義務が問題となることは少ない、などという反対論があった。さらに、委任型の仕事が行われる場面では、仕事の委任の方が力関係が強いことも多く、そのようなところに受任者の忠実義務を導入すると、仕事を受ける受任者が一層弱い立場に置かれるので適当でないという反対もあった。

これに対して、忠実義務の導入に賛成の立場からは、①に関しては、善管注意義務だけではかえって受任者の義務の内容が漠然とし過ぎるが、忠実義務を導入することで明確になること、競業避止義務や利益相反禁止などは善管注意義務からは導きにくく、忠実義務という概念が必要であること、などが主張された。また、②忠実義務の機能・実益に関しては、忠実義務は利益吐き出しや差止をその効果として認めることになり、単なる損害賠償を導く善管注意義務と異なる、などという議論がされた。

このような賛否両論を受けて、平成23年4月12日の中間的論点整理では、忠実義務についての賛否両論を紹介した上で、「忠実義務に関する明文の規定を設けるという考え方の当否について、善管注意義務との関係、他の法令において規定されている忠実義務との関係、忠実義務を減免する特約の効力などに留意しながら、更に検討してはどうか」という整理がなされ、更に議論することとされた。

1 法制審議会（民法債権法部会）第17回会議議事録。

2 最大判昭和45年6月24日民集24巻6号625頁は、商法（平成17年法律87号改正前）254条ノ3（現会社法355条に相当する）の規定は民法644条に定める善管義務を敷衍し、かつ一層明確にしたにとどまり、これとは別個の高度な義務を規定したものと解することができない、と判示した。

中間的論点整理に対するパブリック・コメントの結果集計³は、各地の弁護士会は、忠実義務の導入に賛成するものと、反対するものと、それぞれ相当数あった。賛成する立場は、忠実義務は利益相反行為の禁止などの根拠となる義務であり、善管注意義務とは異なる、という理由が多かった。これに対して、忠実義務の導入に反対する弁護士会は、善管注意義務で足りること、大法廷判決との関係で善管注意義務と区別された忠実義務を導入すると混乱が生じるという理由が多かった。また、各種業界関係者は、善管注意義務との関係が不明確で、昭和45年の大法廷判決が存在する現状のもとで善管注意義務と異なる忠実義務を導入するとかえって混乱が生じるなどという理由が多かった。

なかなか忠実義務導入に賛成する意見が多数を占めるという状況ではなかったため（法制審議会の内部の意見、外部の意見の両方において）、結局、忠実義務の導入は見送られることになり、中間試案からは、忠実義務に関する案は落ちることになった。

(2) 忠実義務をめぐる争点

以上の忠実義務をめぐる議論の争点を整理すると次のようになる。

第1は、忠実義務の意味・内容が不明確かどうかという点についてである。信託法では、受託者の忠実義務を定めているが（信託法30条）、その意味・内容についての定義はなく、その内容の具体化については、今後の判例・学説の展開に任されている。もっとも、アメリカの信託法リステイトメントが、忠実義務を受託者がもっぱら受益者の利益のみを図り、自己または第三者の利益を図らないことという定義を与えているので（第2次信託法リステイトメント170条）、日本の信託法学説でも、ほぼ同様の理解をするのが一般的である⁴。そして、このような忠実義務を前提に、その具体化として、信託法

3 法制審議会（民法債権法部会）・部会資料33-7。

4 信託法学説における理解について、寺本昌広『逐条解説－新しい信託法（補訂版）』（2008）118頁。

31条は、受託者と受益者の利益相反行為の禁止、32条は受託者の競合行為の禁止を定めている。信託以外の委任などに、このような信託法上の忠実義務を規定した場合に、反対論者が心配するのは、次の点であろう。すなわち、利益相反行為や競業義務として具体化される忠実義務についてはともかく、それ以外のどのような行為が忠実義務違反とされるのか、それらは善管注意義務でカバーされないのか、という問題である。この問題は、次の問題、忠実義務と善管注意義務の関係に繋がる。

第2は、忠実義務と善管注意義務の関係、両者の異同、特に、どのような違いがあるのか、という問題である。この問題に関しては、日本では、昭和45年の大法廷判決があり、会社取締役の忠実義務について、善管注意義務と同じであるという判断をしたことから、忠実義務と善管注意義務の違いが曖昧となってしまった。また、善管注意義務についても、これで何でも処理できるというような善管注意義務についての拡張的な理解があるために、一層、忠実義務と善管注意義務の関係が錯綜することになる。しかし、後述するように、日本と同じように注意義務（Sorgfaltspflicht）という概念を有するドイツ法（ドイツ民法276条では「社会生活上必要な注意（Solgfalt）」という表現が用いられており、277条では「自己の事務についての注意」という概念と対比されている）においては、注意義務で何でもカバーできるとは考えられておらず⁵、むしろ、注意義務と忠実義務（ドイツ法では誠実義務という概念が用いられる）とは異なる内容・異なる適用範囲を有するというのが一般的な理解である。なぜ、このような違いがあるのかを含め、ドイツの議論を比較検討することは、日本法の理解を深める上でも意味があるであろう。

第3は、忠実義務の効果である。この点については、忠実義務違反の効果

5 ドイツ法の注意義務（Sorgfaltspflicht）が日本民法の「善良な管理者の注意」と同じなのか否かが問題なのであるが、この点については、本稿では十分に検討できなかった。筆者の問題意識については、後述4を参照。

としては利益吐き出しや差止が認められる点で、善管注意義務と異なるという指摘もされているが、十分な議論展開が見られない。この問題は、ドイツでもまだ十分議論されているとは言えない（特に利益吐き出しに関しては）。善管注意義務と区別された忠実義務の意義を議論する上で、この問題が重要である。

以上のような問題について、ドイツ法ではどのように議論されているのかを次に検討する。

3 ドイツ法における忠実義務（誠実義務）

(1) 概観

ドイツ法においても「信託法理」は認められており、その歴史も長いが⁶、少なくとも、これまでは、主に財産法的な側面において議論される理論であり、忠実義務のような受託者の義務・責任のレベルにおいてではなかった⁷。そして、ドイツには日本におけるような信託法がなく、そこで規定される忠実義務を手がかりとする議論もできないので、ドイツ法のもとで忠実義務を議論しようとする、民法・商法の一般法を手がかりにするしかない状況である。このような、ある意味で日本以上に苛酷な状況の中で、忠実義務に関する議論はそもそもあるのか、またどのような根拠で、どのような内容が与えられ、どのような意味がある概念と考えられているのか⁸。

6 その紹介については、四宮和夫「信託行為と信託」『信託の研究』所収（有斐閣1965）、加毛明「受託者破産時における信託財産の処遇（三）」法協125巻1号65頁以下（2008）。

7 ドイツの信託理論については、比較的最近の文献として、Löhnig, Treuhänd: Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte (2006) は、ドイツ信託理論における利益相反規律の側面に焦点を当てて論じる。

8 先駆的な研究として、四宮「信託とイザイの『事務処理』理論（1）（2）」復刊信託69号39頁以下、71号3頁以下（1967）、岩藤美智子「ドイツ法における事務処理者の誠実義務——日本法における委任契約の受任者の忠実義務を考察するための基礎的作業として〈研究〉」神戸法学48巻3号609頁以下（1998）。

後で詳しく検討するが、はじめにドイツ法における忠実義務の議論の状況の概要をここで紹介しておこう。ドイツでは、会社法および民法の一部の分野（委任の一種である仲介契約）で、信義則を根拠とした「誠実義務（Treuepflicht）」なるものが認められている。これがアメリカ法の忠実義務（duty of loyalty）に該当する。英語の duty of loyalty という表現をそのまま使う学説もあるが、一般には「誠実義務（Treuepflicht）」という表現が用いられるので、本稿でも以下ではこの表現を用いることとする。

誠実義務の中身に関しては、ドイツ法はアメリカ法の一般的考え方と同様に、注意義務（Sorgfaltspflicht）とは区別された意味で誠実義務を理解している。このような誠実義務によって、あるいはそれによって基礎づけられる具体的な法律の規定（たとえばドイツ株式法88条、93条などの規定）などによって、アメリカ法上の忠実義務（duty of loyalty）ないし信認義務（fiduciary duty）⁹で処理される問題、すなわち利益相反行為の規制および競業禁止義務などの問題が処理されている。ドイツにおいても、誠実義務と注意義務との関係を問題にする学説もあるが、後で詳しく見るように、誠実義務は基本的に信義則から導かれる義務と考えられているので¹⁰、少なくとも

9 アメリカ法における忠実義務（duty of loyalty）と信認義務（fiduciary duty）の関係は、後者の概念が広狭幾つか異なる意味で使われることがあるために複雑である。両者を同じ意味で使う場合もあれば、信託以外の分野で信託受託者と同様の重い義務を負わせる場合に信認義務という概念を用いる場合もある。この問題については、別稿に委ねたい。信認義務についての最近の文献としては、Tamar Frankel, Fiduciary Law, (2010)。

10 ドイツ民法241条2項で明文化された「配慮義務」も含めて、全ての付随義務（配慮義務も付随義務の一種）は、基本的に242条の信義則（Treu und Glauben）を根拠に認められてきたことについて、Jauernig/ Mansel, BGB, § 242 Rn.16以下（Mansel執筆）。なお、Jauernig / Mansel は、信義則から各種の付随義務が導かれ、付随義務の具体化として、情報提供義務（Informationspflicht）や保護義務（Schutzpflicht）などが導かれ、さらに保護義務の中の1つとして誠実義務（Treuepflicht）を位置づけている。241条2項については、信義則によって認められてきた各種付随義務が債務の内容となることが承認されたということ以上の意味を与えない。各種付随義務の具体的内

その理論的な性質という点では注意義務との区別が曖昧となることはない。注意義務があるから誠実義務という概念は不要であるというような議論はないようである。

ドイツ法における誠実義務をめぐる現在の課題は、第1に、その適用範囲である。その場合にも2つの問題に分かれる。1つは、誠実義務がどのような契約当事者間において認められるのかという問題である。売買契約の当事者間などには認められないのは明かであるが、ではどのような関係が契約当事者間にあれば、誠実義務が認められるのかである。誠実義務の根本問題と言えよう。2つ目は、誠実義務が認められてよい実質的な関係があるとして、契約関係を越えてどこまで誠実義務を課してよいかである。誠実義務は信義則を根拠にした法理であるが¹¹、信義則は基本的に債務の履行に関する原則なので、誠実義務も、基本的に契約など債権債務関係があるところにしか適用されない。契約関係がない当事者間、たとえば、支配株主と少数株主の関係では、ドイツでは信義則を適用することが困難であると一般的に考えられているので、信義則を根拠とする誠実義務についても、この場面で適用するには工夫が必要となる（この2つ目の問題は、本稿では詳しくは扱わない）。学説は、一方で信義則の適用範囲を拡張する努力とともに、誠実義務を信義則から独立した義務として発展させる努力をしており¹²、こうして、契約関係のない当事者間においても、誠実義務を肯定する方向に動いている。

第2の課題は、誠実義務違反の効果である。誠実義務を課されている者（た

容の形成・発展は、信義則の問題と理解している。その意味で、誠実義務も基本的に信義則の問題と理解している。

11 もっとも、最近では、誠実義務を債務法的な誠実義務 (schuldrechtliche Treuepflicht) と会社法的誠実義務 (gesellschaftliche Treuepflicht) に分ける議論が多くなっている。

12 会社法的誠実義務の考え方は、まさに、誠実義務を債務法から独立発展させて、会社法・組織法の支配する場面で誠実義務を適用しようという考え方であり、契約関係のない当事者間でも誠実義務を適用することが可能となる。

たとえば、会社の取締役)の利益相反行為があった場合に、損害賠償責任が生じることについては異論がないが(株式法93条に明文がある)、それ以上にどのような効果を認めるかが問題である。誠実義務の目的は利益相反行為を抑止することにあるから(注意義務違反が単に事後的に損害賠償を認めるのと比較)、誠実義務違反の行為の差し止めや、誠実義務違反行為によって違反者が利益を上げた場合には、その利益の吐き出しが認められるか否かが問題となる。

(2) ドイツ民法241条2項の配慮義務 (Rücksichtspflicht) と誠実義務 (Treuepflicht)

ドイツ民法典の施行(1900年)直後の1902年にシュタウプ(Hermann Staub)によって民法典に「法の欠缺」があること、すなわち、ドイツ民法典は債務不履行の形態として履行不能と履行遅滞しか規定していないが、それ以外にも契約上の義務に違反して相手方に損害を与える場合があることが指摘された。シュタウプはこれを「積極的契約侵害 (positive Vertragsverletzung)」と呼び、債務不履行責任として処理すべきことを主張した¹³。これが1つの契機となり、その違反が不能や遅滞と直ちには結びつかない各種の義務が分析されるようになり、付随義務 (Nebenpflicht)、保護義務 (Schutzpflicht)、配慮義務 (Fürsorgepflicht)¹⁴、情報提供義務 (Aufklärungspflicht) などの議論を発展させることとなった。たとえば、雇用者は労働者が職場で安全に働けるように職場の安全について配慮する義務 (Fürsorgepflicht) があるというような議論や、金融商品の販売業者は、その金融商品についての重要情報を投資家に説明しなければならないという情報提供義務 (Aufklärungspflicht) がある、というような議論である。いずれの学説も、給付義務 (Leistungspflicht) の他に一定の付随義務があり、

13 1902年のドイツ法曹大会での報告であるが、1904年にStaub, Die positive Vertragsverletzungenとして出版された。

14 雇用契約における雇用主に課せられる安全配慮義務の意味で使われることが多い。

その違反によっても損害賠償の責任が生じるという点では一致していたが、これら各種の義務概念の違いや相互の関係などについては、各説が入り乱れて混乱している状況にあった。

このような状況の中で、2002年のドイツ債権法現代化に際して、各種の付随義務を整理して、条文化することが試みられた。これが現行241条2項である¹⁵。同条は、1項で、債務者の給付義務（Leistungspflicht）を規定し、第2項で「債務関係は、その内容に従い、債務関係の各当事者に、他方当事者の権利、法的利益その他の利益を配慮することを義務付ける¹⁶（Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten.）」と規定する。条文上は、「配慮することを義務づける（zur Rücksicht verpflichten）」、すなわち配慮義務（Rücksichtspflicht）という表現がとられているが、これはそれまで学説が主張してきた付随義務など、いろいろな表現で呼ばれてきた諸義務を意味するものと理解されている。以下では、そのような広い意味を持つ「配慮義務」という表現を用いることにする。もっとも、配慮義務に関する条文化の意味は、これまで信義則を根拠に判例・学説で認められてきた各種の付随義務を、正式に条文化して承認したということであって、付随義務・配慮義務の根拠を信義則以外に新たに作り出したというわけではない。これらの義務の根拠はやはり信義則になる。学説によって多少考え方に差があるが、各種の配慮義務の形成・発展などは、241条2項を根拠にしてなされるのではなく、これまで通り242条の信義則を根拠としてなされるものと考えられている。

配慮義務の意味について、シュタウディングガーの注釈書（Olzen 執筆）

15 Staudinger/ Olzen, Kommentar zum BGB, § 241-243, (2009) の § 241 の注釈を見よ（Olzen 執筆）。特に、Rn. 153, 379 を参照。

16（英訳）An obligation may also, depending on its contents, oblige each party to take account of the rights, legal interests and other interests of the other party,

は¹⁷、これを1項の給付義務と対比して、給付利益に関わらない、債権債務関係の相手方の完全性利益（Integritätsinteresse）（契約相手方の財産、人身、その他の利益）を保護するために一方当事者に課せられる義務と捉える。また、配慮義務の中にもいろいろな具体的な義務が含まれるので、その分類が必要であるとして、次のように分類する。まず、情報提供義務（Informationspflicht）と保護・顧慮義務（Obhuts- und Fürsorgepflicht）をその主要な分類とする¹⁸。このほかに、給付に関わらない、その意味で独立の誠実義務（Leistungsunabhängige Treuepflicht）も、配慮義務のもとに位置づける¹⁹。もっとも、競業禁止義務などを導く誠実義務は、完全性利益保護を目的とする保護義務とは異なるので、241条2項の配慮義務の中に含めるべきかどうかは1つの問題とされる。学説によっては、むしろ242条（信義則）から導かれる義務とすべきだという説もある²⁰。しかし、オルツェンは、242条からは債務の履行に関連しての付随義務が導かれるべきで、債務の履行（給付）に関わらない付随義務については、241条2項が新設されたもとでは、こちらに位置づけるべきだとして、給付に関わらない、その意味で独立の誠実義務（Leistungsunabhängige Treuepflicht）を241条2項の配慮義務の一種とする。誠実義務が241条2項によって位置づけられるべきか、242条で位置づけられるべきかの問題は、信義則の類型論、付随義務論全般に関わる問題で、本稿で扱える範囲を超える。本稿では、両者の違いについては深く検討しない。誠実義務は基本的には信義則によって基礎づけられるが、241条2項が新設された状況のもとで、同条項に位置づけられるという説もある、という程度に理解しておきたい。

このように位置づけられる誠実義務からは、具体的に、競業禁止義務

17 Staudinger/ Olzen, Kommentar zum BGB, § 241, Rn. 424 - 426 など。

18 Staudinger/ Olzen, Kommentar zum BGB, § 241, Rn. 426.

19 Staudinger/ Olzen, § 241 Rn. 503 - 505.

20 Jauernig/ Mansel, BGB, § 242 Rn. 24.

(Wettbewerbsverbot)、守秘義務 (Geheimhaltungspflicht)、利益相反行為禁止義務などが導かれる。このほかに、権限濫用行為 (unberechtigte Geltendmachung von Forderung) などが問題となりうる (但し、権限濫用行為は結論として誠実義務の問題ではないとされる)。また、領域的には、会社における取締役と会社の関係、多数株主と少数株主の関係などで議論されることが多い。民法の領域でも、仲介契約における仲介人の義務、雇用契約における労働者の競業禁止などの場面で議論されてきた。しかし、会社法の領域における誠実義務は、会社法の条文を手がかりに独自の発展を遂げており、民法領域においても、これまで誠実義務が認められてきたのは、特定の分野に限られており、これら全体を通じて、あらためて誠実義務を、その根拠、適用範囲、違反の場合の効果などを検討することがドイツ法においても課題となっているように思われる。

(3) 誠実義務の具体例

(a) 会社法関係

(i) 取締役の誠実義務とその諸類型

会社の取締役が会社に対して負う義務については、株式会社 93 条が一般的に注意義務 (Sorgfaltspflicht) を規定している。また、88 条では、競業禁止義務が規定され、89 条では取締役に対する貸付が制限されている。88 条と 89 条は、具体的な場面での利益相反行為を規律する条文である。

93 条は、「取締役は、その業務執行にあたり、通常の、かつ、誠実な事務執行者としての注意を用いなければならない (Die Vorstandsmitglieder haben bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden)」と規定する。この条文は、「注意 (Sorgfalt)」という表現を用いているが、ここに狭義の注意義務 (Sorgfaltspflicht=duty of care) と誠実義務 (Treuepflicht) との両方が規定されているとして説明する説 (Klaus Hopt) が有力である²¹。ホプト

21 Hopt, GrosskommAktG, 4.Aufl. § 93 Rn.72 (2006) を参照。高橋英治『ドイツ会社法

によれば、注意義務は、ドイツ民法 276 条 (「社会生活上の注意義務 (die im Verkehr erforderliche Sorgfalt)」を規定) に根拠がある。同条は、債務者の債権者に対する責任について過失責任原則を定めたものである (同条第 1 項、2 項)。「社会生活上の注意義務」の違反が過失であると定義されている。後者の誠実義務は、ドイツ民法 242 条の信義誠実の原則 (Treu und Glauben) からくるものであるが、民法上の信義則の範囲を超え、会社法上の独立の義務となっている。会社法上の注意義務も独自の発展をしており、いまや、その注意義務と誠実義務はアメリカ法の duty of care と duty of loyalty に相当する内容となっていると言われている。

会社の取締役が誠実義務を負うのは、他人 (会社) の財産を管理する特別の地位にあるからである。この点に対等な契約当事者とは異なる特別の義務としての誠実義務が負わされる根拠があるとされる²²。この義務の根拠が何なのかについては、いろいろな見解が主張されているが、ホプトは、会社と取締役の間の取締役就任契約 (Anstellungsvertrag) に書かれていなくても生じる義務と捉えている。しかし、法定の義務というよりは、取締役就任契約に伴って信義則 (ドイツ民法 242 条) ないし配慮義務 (ドイツ民法 241 条 2 項) によって認められる義務という理解をしている。これに対して、端的に、会社などの組織において一定の地位にある者 (株主の財産を管理する取締役) の義務と捉える立場もある (信義則に根拠を求めるとはなく、信義則から独立させた会社法的誠実義務 (gesellschaftliche Treuepflicht) という考え方である。法的の義務という性格が強くなる)。さらには、両者に根拠を求め、会社法的な義務および取締役就任契約を根拠する立場も主張されている²³。このように、取締役の誠実義務が認められる理論的な根拠については諸説が

概説] (有斐閣 2012 年) 158 頁に「忠実義務」として説明されている。

22 Hopt, § 93 Rn. 144.

23 Spindler, Münchner Kommentar AktienG, § 93 Rn. 92. この立場からすると、取締役と会社の契約、すなわち委任契約の趣旨ということをより強調することになる。

ある²⁴。

誠実義務の意味・内容に関しては、ホプトは、誠実義務の思想とは「会社に対する忠実性（Loyalität zu der Gesellschaft）」であるとし、その基本的な考え方は、①専ら会社の利益を図る必要があり、自己や第三者の利益を図ってはならない、②利益相反のために会社の取締役としての判断が歪められるおそれが生じる事態も避けなければならないという要請に集約されるものとして理解する（②は予防的な考え方を示す）²⁵。ここにはアメリカ法の忠実義務の影響が顕著に見られる。

この基本的な考え方のもとで、誠実義務の具体化としては²⁶、①まず、会社に対する関係での忠実性を要求する。取締役は、その職務において、会社のために、自分の知識、能力を使わなければならない。また、会社の直接の職務ではなくても（社外活動）²⁷、会社の名声などを損なうような行為をすることは会社に対する誠実義務違反となるとする。会社の職務外の行為において、何が許容され、何が許容されないかが誠実義務との関係で問題となり、その限界は難しいが、取締役は、会社の利益を損なわない限りは、他の会社、団体の指導的地位に就くことができると考えられている。但し、会社と競合する活動は禁じられる。②取締役が手続に反して会社と取引をすることは、誠実義務に違反する。取締役と会社の取引に関しては、代表取締役には会社を代表する権限がなく、代わりに監査委員会（Aufsichtsrat）に権限が認められており（株式法112条）、このような規制によって自己取引を規律しているが、これに反して会社と取締役の取引が行われれば、誠実義務違

反の問題となる²⁸。③会社との競業行為の禁止は、88条に独立の条文があるが、その根拠は誠実義務から導かれる。その他、④会社の機会（corporate opportunities）を自己の利益のために使うことの禁止、⑤インサイダー取引の禁止、⑥会社の取締役の地位の利用、⑦会社からの利益享受に対する規制、などがある。

(ii) 誠実義務違反の効果

誠実義務違反があった場合の効果は、第1には、損害賠償である。株式法93条2項が義務違反の効果としての損害賠償を規定する。最近は、誠実義務違反を根拠とする損害賠償について利益吐き出しの責任（Gewinnhaftung）を認めようとする議論も登場しつつあるが²⁹、株式法93条違反の場合について、会社法の専門家はなお伝統的な差額説的な損害賠償を主張するに止まっている³⁰。93条違反の問題としてインサイダー取引や会社機会の利用などに焦点が当てられるようになると、利益吐き出しの必要性が強まってくるのではないかと考えられるが、今後の問題である。誠実義務違反の中で、競業禁止義務違反の類型については、88条で規定されているが、この違反の効果として、会社は損害賠償を請求できるが（88条2項）、損害賠償に代えて介入権（Eintrittsrecht）を行使することもできる（2項後段）。この場合の損害賠償についても、会社法の専門家は、93条2項の場合と同様に、一般の損害賠償と考えているが、同条は介入権を認めることで、会社としては競業行為で挙げられる利益を自分のものとする事ができる。その意味では、一種の利益吐き出しが認められている³¹。誠実義務違反を根拠として利益吐き出しの責任を認めようとする最近の学説は、88条の競業禁止義務違反の場

24 誠実義務の根拠、注意義務との関係について、田中巨「取締役の社外活動に関する規制の構造（9）」法協120巻11号2224頁以下（2000）。

25 Hopt, § 93 Rn.145,156.

26 神作裕之「商業における競業禁止の法理（1）」法協107巻8号1183頁（1990）、田中・前掲論文2238頁以下。

27 この問題についても、田中・前掲論文2224頁以下参照。

28 Enriques, The Law on Company Directors' Self-Dealing: A Comparative Analysis, International and Comparative Corporate Law Journal, Vol. 2, Issue 3, pp.297 et s.

29 Helms, Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem, (2007).

30 Spindler, § 93 Rn.154.

31 Körber, Aktiengesetz, § 88 Rn.12.

合には利益吐き出しの責任が認められることを正面から肯定する³²。

誠実義務違反の効果の第2は、差止である。まず、差止請求が認められるのは、88条の規定する競業禁止義務の場合であると解されている。すなわち、誠実義務違反とされる全ての場合（たとえば93条の場合）に、差止が認められるわけではない。88条の競業禁止義務違反の場合について、差止請求が認められるとしても、88条は明文で差止請求権を認めているわけではない。そこで、なぜ、競業禁止義務違反の場合に差止請求が認められるのか、その理論的根拠が必要となる。差止請求を認める学説は、一般にその根拠を、誠実義務を負っている取締役の不誠実な（*treuwidrig*）な行為があったことに求める³³。なお、差止が認められるために義務違反者の過失は必要ない。この場合の差止の根拠は、物権的請求権類似でもないし、不法行為的でもない。誠実義務違反となる競業という第3の根拠が差止を導くことになる。しかし、そもそも明文にない差止を認めることに消極的な学説も多い³⁴。

誠実義務違反の効果の第3は、その義務違反行為が会社と取締役の取引という形を取る場合には、それが無効となることである。所謂自己取引などであるが、会社との取引の相手方となる取締役は代表権を有しない取締役ということもあるので、民法的な意味での自己契約よりは広い場合が規制の対象となる。その意味では会社・取締役間取引と呼んだ方が適切であろう。こうした会社・取締役間取引については、前述したように、株式法93条で規律されているのではなく、112条によって、会社の代表権を監査委員会に与えていることから、代表取締役が通常の取引として会社取締役間取引を行っても無効となる（取締役に対する貸付制限については、89条で、112条の原則に対する例外が定められている）。

以上をまとめると、ドイツの会社法においては、コーポレット・ガバナン

スの観点から、アメリカ法に近い規律が設けられており、取締役の義務を注意義務と配慮義務（誠実義務）の両方から捉えつつも、注意義務とは区別された誠実義務に独自の意味を与えている。この誠実義務を根拠として、取締役の誠実義務違反となる類型が抽出されており、競業禁止義務などは88条に条文があるが、誠実義務に根拠づけられるものと理解されており、介入権（実質は利益吐き出し責任）や差止がその効果として認められている。これらを正当化する根拠として誠実義務が用いられている。

(iii) 誠実義務の根拠

誠実義務は、株式法上の条文の中に明確に書かれているわけではないこともあり、取締役の各種の義務を誠実義務で説明するとしても、その誠実義務自体が何に由来するのかの理論的な説明が問題となる。すでに会社法の学説・判例の中で誠実義務は定着しているので、現在ではその根拠まで議論することはあまりないが、幾つかの考え方があり、大きく分けると、①信義則（ドイツ民法242条）に求める説、②組織法的な一般原則を根拠とする説、③ドイツ民法241条2項（配慮義務）を根拠とする説などがある。しかし、このうちの③で根拠とする配慮義務は、ドイツ民法241条2項が新設される前は、信義則を根拠に説明されていたのであるから、③も究極的には信義則を根拠とすると説明してよいであろう。②は、取締役が誠実義務を負わされる根拠を、会社という組織において、取締役が他人＝株主の財産を管理するという法的関係から説明しようというもので、会社法的誠実義務（*gesellschaftliche Treuepflicht*）などという表現を用いることもある。民法の信義則を根拠とする誠実義務からは独立した根拠で認められる誠実義務であることを強調するねらいがあるが、このような会社法的な誠実義務であっても、前述のように、その根拠は会社法の条文に求めるか、会社と取締役の就任契約に求めるか、信義則に求めるか、のいずれかになるのではなからうか。どの立場が有力かにわかには判断できないが、信義則に根拠を求める説が比較的多いのではないかと推測する。

32 Helms, SS. 395ff.

33 Spindler, § 88 Rn.27; Körber, Aktiengesetz, § 88 Rn.1; Hopt, § 93 Rn. 473.

34 ドイツの学説が差止請求に消極的であることについて、高橋・前掲書 162頁。

(b) 雇用契約における被用者の誠実義務

(i) 被用者の誠実義務の内容

被用者・労働者は、使用者・雇用者のために労務提供にあたって誠実義務 (Treuepflicht) を負うとされる³⁵。その誠実義務の根拠は、ドイツ民法 242 条の信義則と考えられているが、241 条 2 項の新設 (2002 年) 後は、同条項によって付随義務としての配慮義務 (Fürsorgepflicht) が債務者の負うべき義務として位置づけられたので、被用者が負う誠実義務も、同条項の配慮義務としての位置付けが可能となる³⁶。

雇用契約においては、使用者と労働者の双方に、給付義務 (賃金支払義務、労務提供義務) の外にいろいろな付随義務・配慮義務があるとされる。使用者側の付随義務・配慮義務としては、いわゆる安全配慮義務がある。労働者の付随義務としては、①同僚の労働者の安全に配慮する義務、②仕事に関連して受領した物を使用者に引き渡す義務などのほか、③誠実義務に基づく諸義務があるとされる。

誠実義務から導かれる労働者の具体的な義務としては、使用者の利益の確保、使用者に損害が生じることの予防、使用者の営業秘密などについての守秘義務、競合禁止義務などがあるとされる³⁷。労働者がこれら義務を負うと

35 Jauernig/ Mansel, BGB, § 611 Rn. 23-27; Fandel/ Hausch in: jurisPK-BGB, 6. Aufl., § 611 BGB (2012)。誠実義務の由来をギールケ (Otto von Gierke) まで遡って説明するものとして、土田道夫「労働契約における労働指揮権の意義と構造 (I)」法協 106 巻 6 号 744 頁以下 (1988)。ギールケおよびその後の労働概念については、橋本陽子「労働法・社会保険法の適用対象者 (2) ——ドイツ法における労働契約と労働者概念」法協 120 巻 8 号 1495 頁以下 (2000) を参照。なお、現在のドイツにおいて、労働者の付随義務を「誠実義務」として説明することに反対する説も有力である。たとえば、Preis in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, BGB § 611 Rn. 707-708 は、労働者の誠実義務という考え方に反対し、このような概念を使わずに、単に労働契約に伴う付随義務として説明する。

36 Jauernig/ Mansel, BGB § 611 Rn. 23.

37 Jauernig/ Mansel, BGB § 611 Rn. 24-27. なお、労働者の競合禁止義務については、

しても、具体的にどのような場合に義務違反となるかについては、問題となることが多い。守秘義務に関しては、労働者が使用者を内部告発すること (whistleblowing) はこの義務と抵触するよう見えるが、使用者の違法行為を告発する行為をどのように法的に扱うべきかが議論されている。競業禁止義務についても、労働者が仕事外の時間を個人の目的で使うことは基本的に個人の自由の問題として許容されるという前提のもとで、使用者の業務と競業する行為だけが競業禁止義務の対象となると考えられている。

誠実義務違反行為があると、損害賠償責任が発生したり、解雇事由となる。誠実義務は予防的な義務なので、使用者に損害が生じなくても誠実義務違反とされることがある (守秘義務や競業禁止義務などに多い)。損害が生じていなければ、損害賠償は請求できないが、誠実義務違反を理由に解雇が可能となることがある。実際、競業禁止義務違反の事例では、損害賠償よりも解雇が問題となるものが多い。利益吐き出しや差止については、あまり議論がないが、競業禁止義務違反の行為に対しては差止が考えられる³⁸。

特定の範囲・特定の事項について代理権を与えられている商業使用人 (Handelsgehilfe) については、使用者の事業に属する事業を自己または第三者の計算で行ってはならない義務 (競業禁止義務) が商法 60 条で規定されている。これは誠実義務を立法によって具体化したものであると解されている。なお、商業使用人が競業禁止義務に反した行為を行った場合には、使用者は損害賠償を請求できるほか、それに代えて商業使用人が行った取引を自己のものとみなす介入権が認められている (61 条)。会社取締役の競業禁止義務違反について認められているのと同様である。

(ii) 誠実義務に対する批判

労働者の誠実義務を認めるのが通説であるが、労働者に誠実義務を課

神作・前掲論文 (2) 1241 頁以下は、この分野の誠実義務を「ドイツ法的思想の顕著に現れる領域」と説明する。

38 Schaub/ Vogelsang, Arbeitsrechts-Handbuch, 14. Aufl. (2011), § 54 Rn. 21.

すことに批判的な見解もある³⁹。ケンプ（Kempf）によれば、労働法上の誠実義務（Treuepflicht）は、ナチス時代の思想に由来するという。ナチス政権下の労働法学では、使用者と労働者の関係は「人的共同体関係（personenrechtliche Gemeinschaftsverhältniss）」と捉えられ、このような関係から、使用者と労働者の両方に、誠実義務が課せられるとされた。使用者の誠実義務は、労働者に対する配慮を内容とする配慮義務の形をとり、労働者の場合は、使用者に対して忠誠を尽くすという意味での誠実義務という形をとる。これが1930年代の代表的なニキッシュ（Nikisch）の労働法の教科書の立場であった⁴⁰。また、ニキッシュによれば、このような人的共同体関係は、単なる債権債務の関係を越えるものであり、したがって、このような関係から導かれる労働法上の誠実義務は信義則（ドイツ民法242条）からは説明できないものとされた。このような歴史的背景もあり、現在の有力な労働法学説は、誠実義務という概念に批判的であり、誠実義務という用語を用いなくて労働者の義務を説明しようとする⁴¹。この学説も、労働者が労働提供義務のほかに、付随義務として守秘義務や競争禁止義務を負うこと自体は認めるが、その根拠は誠実義務ではなく、単なる付随義務から説明する。

39 Kempf, DB 1979, 790 は、誠実義務の根拠付け、その範囲などについて批判する。なお、ナチス時代の国家公務員法は、公務員のヒトラーに対する忠誠（Treueid）を宣誓することを規定しており、忠誠を宣誓した公務員はヒトラーに対して「忠実義務（Treuepflicht）」を負った。現在このような「忠実義務（Treuepflicht）」は politische Treuepflicht と呼ばれ、本稿で論じる法的な誠実義務とは区別されるが、ドイツにおける Treuepflicht という概念に対しては拒絶反応を示す者もある。このような問題については、Schneider, Rechtsgedanken und Rechtstechniken totalitärer Herrschaft, S.33 を参照。

40 参照したのは、Nikisch, Arbeitsrecht, Bd.1, 3.Aufl. (1955), §34 であるが、その内容は基本的に1936年初版の立場を承継しているように思われる。ニキッシュについては、橋本・前掲論文（2）において、労働関係をめぐるニッパーダイ（Nipperdey）との考え方の違いが論じられている。

41 Preis in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 13.Aufl., BGB § 611 Rn.707-708 (2012).

すなわち、付随義務とは、労働契約の中に明確に合意されていなくても、使用者・労働者が十分協議をしていれば合意に到達していたであろうと考えられるものである。誠実義務批判説は、こうした付随義務から守秘義務、競争禁止義務などを説明する。

ナチス時代の誠実義務や、その人的共同体的基礎付けに対して、現在の多数説（誠実義務肯定説）がどのように考えているのかは必ずしも明かではない。現在では、使用者・労働者の関係を「人的共同体的関係」として説明することはしなくなっているが、ではどのような根拠で誠実義務が労働者に負わされると考えているのか。

一般に、英米のフィデューシャリー義務（fiduciary duty）ないし忠実義務（duty of loyalty）は、一定の裁量権を有し、それによって相手方に対して影響力を行使できるような立場にある者（これを英米法では fiduciary と呼ぶ）に対して認められる義務である⁴²。会社の取締役はまさにそのような立場にある者であり、英米のフィデューシャリー義務と同じ考え方に基づいて、ドイツでも誠実義務が課せられている。これに対して、一般の労働者は、広範な裁量権が与えられているわけではない。むしろ、使用者の指揮命令権に服する者である。英米法では、このような労働者はフィデューシャリー義務を負わされないのが伝統的な考え方である。しかし、ドイツでは労働者にも誠実義務を負わせるとすると、その根拠は何なのか。

英米法では、今述べたように、伝統的には労働者は fiduciary ではなく、fiduciary duty は負わされてこなかった。しかし、最近、イギリスやカナダにおいて、さらにはアメリカにおいても、使用者・労働者間にも信認関係（fiduciary relationship）があり、労働者は使用者に対してフィデューシャリー義務（fiduciary duty）を負うという議論が少数だが見られる⁴³。しかし、

42 Frankel, Fiduciary Law, 71 Cal.L.Rev. 795 (1983).

43 Sims, Is employment a fiduciary relationship?, Industrial Law Journal, vol.30, pp.101-110. (2001). ; Oakley, The duty of loyalty, Employee duty of loyalty, A Canadian

これらの議論も、労働者は裁量権が与えられているわけではないからフィデューシャリーではないという原則から出発し、ただ、いろいろな労働形態の中で一定の場合に労働者にも裁量権の与えられることがあるので、そのような場合には、労働者もフィデューシャリーとされ、フィデューシャリー義務が負わされるというものである。従って、使用者の指揮命令に服することを基礎にしつつ、その従属的な関係の故に、使用者の利益のために行動しなければならないという考え方（ドイツの労働法上の誠実義務）とは異なる。英米法とドイツ法の考え方の間には発想の違いがあるように思われる。

(c) 代理

(i) 自己取引における代理権の制限

ドイツ民法 181 条は、代理人の自己契約 (Selbstkontrahieren) と双方代理 (Mehrvertretung) を禁じている。自己契約は、本人 A の代理人 B が自分 B とする取引であり、双方代理は本人 A の代理人 B が第三者 C の代理人でもあり、BB 間とする取引である。いずれも形式的には BB 間とする取引なので、ドイツ民法をこの両者を含める上位概念として、自己取引 (Insichgeschäft) という表現を用いている。これに該当する場合には、代理人の行為は無権代理として無効とされるが、単純な無効ではなく、日本法と同様に、本人の追認があれば、代理行為の時に遡って有効となる。自己取引の禁止は、本人と代理人の利害対立が生じる可能性、利益相反行為を回避することを目的とする⁴⁴。しかし、181 条は、形式的に自己契約と双方代理を禁止しているだけであり、実質的に利益相反行為を規制するものではない。このような形式的規制に対しては、現在では、一方で、このような形式で捕捉される以外の実質的な利益相反行為が規制の対象から漏れることの問題点

perspective, 20 Comp. Lab. L. & Pol'y J. 185 (1999); Steele & Haynes, Symposium: Fiduciary Duties: Fiduciary Duties for Employees in Texas: A moving Concept, 68 The Advocate 38 (2014).

44 Gehrlein/ Weinland in: jurisPK-BGB, 6. Aufl. (2012), § 181 Rn1.

（規制の不十分）、他方で、このような形式的規制であると、実質的には利益相反がないのに代理権が否定されるという問題（過剰な規制）があることも指摘されている。

(ii) 利益相反行為への対応の仕方

自己契約又は双方代理があるわけではないが、本人と代理人の間に実質的な利益相反状況が存在する場合に、判例・学説は 181 条を類推適用で対処する⁴⁵。しかし、その際、利益相反禁止の一般原則や誠実義務 (Treuepflicht) などを指定して、この一般原則から 181 条の拡張的適用を基礎づけるという手法はとらない。そのため、実質的な利益相反行為として規制される範囲はあまり広くならない。利益相反 (Interessenkonflikt) という概念は 181 条の説明に関連して用いられることはあるが、181 条の規律は、予防的な観点からの形式的な基準による規律であることが強調され、実質的な利益相反行為がそのものを規律するものではないと理解されている⁴⁶。

このような考え方から、181 条の類推適用される範囲は比較的狭いのであるが、次のような場合には、181 条の類推適用によって代理行為は無効とされる。たとえば、抵当権設定者が抵当権者を代理して、抵当権放棄の登記を申請する行為などは、自己取引に類似するとして、無効とされる。また、本人 A と代理人 B の自己契約において、本人 A を代理する代理人 B が復代理人 C を選任して、この復代理人 C と代理人本人 B が契約する行為は自己契約と実質的に同じであるとして禁止される。しかし、本人 A の代理人 B が代理人の親族 C やその他の代理人の利害関係人と契約をするような場合は、契約の相手方は第三者であり、181 条の類推適用は認められない。また、いわゆる代理権の濫用タイプ（たとえば、本人のために金銭調達する任務を与えられた代理人が、当初から自己の利益のために借入金を使う目的で、第三

45 Staudinger/ Schilken, BGB § 181 Rn 34; Jauernig, BGB § 181 Rn 8.

46 Festner, Interessenkonflikte im deutschen und englischen Vertretungsrecht, S.125 (2006).

者から本人の名前で借り入れた場合)も、本人と代理人との利益相反ではあるが、自己契約とは類型が異なるので、181条の類推適用では処理されない。これは次に述べる代理権の濫用の問題として、信義則によって処理される。

(iii) 代理権濫用

代理権の濫用に関しては、ドイツ民法典には規定がない。伝統的な理解では、代理権濫用は、代理権の範囲内であるが、代理人が本人との内部関係において義務違反をしている場合であり、無権代理ではなく(有効な代理行為)、信義則の適用によって、相手方が代理権の濫用を知っていたか、知ることができるほど明白であったときは、相手方は契約の有効を主張できないというものである⁴⁷。ここでの中心的問題は、本人と代理人の利益相反ではなく(これもあることはあるが)、むしろ、本人と取引相手方の第三者の利害対立である。すなわち、代理権の濫用場面では、契約の相手方は契約の有効を期待しているのに対して、本人は代理権の濫用を理由に、代理行為の効力、契約の成立を否定しようとする点において、本人と第三者の利益が対立している。その利害調整の方法として、相手方が代理権濫用を知らない場合には、原則通り契約を有効とするが、相手方が代理権濫用を知っていた場合には、相手方からの代理行為の有効、契約の成立の主張が信義則に反するとして制限されるという形でなされる。このような場面で使われる信義則は、本人と第三者の利害調整のために使われるのであるから、代理人の本人に対する誠実義務の問題ではない。代理人に義務違反はあるのであるが、その責任を生じさせる根拠としては一般の義務違反を論じればよく、信義則や誠実義務を根拠とする必要はない。

以上のように、ドイツでは、代理に関しては、一般に代理人の誠実義務が議論されることはない。しかし、最近では、利益相反規律として、実質的な利益相反概念を基礎にしながら代理権の制限の問題と考えようとする論文も

47 Staudinger/Loosefelders/Olzen, BGB, § 242 Rn. 519.

ある⁴⁸。これらは、利益相反の観点から規律するヨーロッパ契約法原則(3:205)の影響も受けている⁴⁹。

(d) 委任・仲介

(i) 無償の委任契約

ドイツ民法では委任は無償契約であり、そのため、経済活動の領域で委任(無償委任)が使われることは多くない。他人のために有償で職務を行う者と本人(他人)との契約関係は、雇用契約であったり、請負契約であったり、仲介契約であったりする。報酬をとって依頼人のために職務を行う弁護士なども、依頼人との間に雇用契約があるとされる。患者と医師の関係も、雇用契約である。仲介契約も委任的要素のある有償契約であるが、これについては、民法典は独自に仲介契約に関する条文を有する(652条以下)。仲介契約とは、仲介人が本人のために契約の成立の交渉をするものであり、契約が成立した場合に報酬を請求できる⁵⁰。仲介人は、依頼人のために契約を成立させるべく交渉をするものであるから、本人に対する関係で、受任者の場合とほぼ同様の義務を負う。

(ii) 仲介契約における仲介人の義務

仲介人は、委任者の承諾がない限り、原則として双方仲介(Doppelauftrag)が禁じられる(654条)。双方仲介とは、たとえば、A(委任者)から一定の契約の成立交渉を頼まれたB(仲介人)が、有償でAの利益のために契約相手方Cと交渉して契約成立の努力をするのであるが、契約の相手方C

48 前掲・注46引用のFestnerの論文はこのような試みである。

49 ヨーロッパ契約法原則3:205は、第1項でIf a contract concluded by an agent involves the agent in a conflict of interest of which the third party knew or could not have been unaware, the principal may avoid the contract according to the provisions of articles 4:112 to 4:116. というように、実質的な利益相反行為概念を基礎とする原則をたて、2項で双方代理や自己契約など一定の場合に利益相反が推定されるとして、形式的基準を加味する。

50 ドイツ語ではMaklerであるが、英語ではbrokerageないしbrokerである。

からも報酬を得る約束をした場合には、BはACの双方と仲介契約を締結したことになり、ここでいう双方仲介になる。禁止されるのは、このような双方仲介である。禁止される理由は、仲介人(B)は当初の委任者(A)の利益のために仲介契約を履行する誠実義務(Treuepflicht)があるからとされる⁵¹。

双方仲介禁止の義務に反して、契約の双方当事者のために仲介を行った場合について、654条は仲介人が契約を成立させたとしても、報酬請求権を失うことを規定する。報酬請求権の喪失という効果は損害賠償では説明できない。一種の利益吐き出しを認めているということができよう。仲介人にこのような不利益を課すことの正当化の根拠として、仲介人が誠実義務に反したことが挙げられる。判例は、報酬喪失を誠実義務違反の効果として説明し、かつ、誠実義務違反は故意・重過失の場合にしか生じないという考え方から、仲介人に過失しかない場合には報酬権喪失の効果までは認めない⁵²。これに対して、学説では双方仲介をした者の主観的事情よりも、誠実義務違反の客観的側面(利益相反的側面)を考慮すべきであるという主張もなされている。いずれにせよ、双方仲介が誠実義務違反となる場合には、委任者に具体的に損害が生じているわけではなくても、仲介人は報酬請求権を喪失するのであり、これは、一種の利益吐き出しに当たる⁵³。

(iii) 委任・事務処理契約一般

仲介の場合以外に、広く委任・事務処理契約(ドイツ民法675条)一般について、受任者・事務処理者に誠実義務を認めるかについては、見解が分かっている。かつてエッサー(Esser)によって、委任を初めとする事務処理契約について、信義則を根拠とする一般的誠実義務と、委任等の事務処理契

51 Jäger in: jurisPK-BGB, 6. Aufl. (2012), § 654 Rn.1.

52 BGH 05.02.1962 - VII ZR 248/60 - BGHZ 36, 323-329.

53 Jäger in: jurisPK-BGB, § 654 Rn.8は、利益吐き出しという表現をしているわけではないが、損害がなくても報酬喪失させることを誠実義務違反の効果として見ている。

約に特有な誠実義務が区別され、委任等においてはこの特別の誠実義務を認めるべきであるとする見解が主張され、現在でも有力な立場である⁵⁴。しかし、委任等で特別の誠実義務を認めることが、受任者が委任者の信頼を受けて委任事務処理をするという委任契約の特徴を記述する以上の特別の意味を有するのかがどうか明確でない。そのようなこともあつてか、最近では委任・事務処理契約一般について、誠実義務を強調する学説は少なくなっているように思われる⁵⁵。

委任・事務処理契約においては、委任者と受任者の関係が信頼関係に基づくことが明らかにされた後は、委任における誠実義務の役割は一段落したかのように見える。また、委任において、契約からも、法律の条文からも明確に規定されていないような受任者の義務を導く必要があるときには、付随義務概念を用いれば十分なので(この付随義務を誠実義務と呼ぶ立場はあるが)、ここでも誠実義務の役割は明確にされていないという印象を受ける。誠実義務が必要となるのは、誠実義務で認められる義務が、単なる付随義務と異なり、その義務違反に特別の効果(利益吐き出しや差止)などが結びつく場合であるが、受任者の付随義務の違反に関してこのような特別の効果をはっきりと論じる学説はないようである。ただ、仲介人については、学説の多くは、無断で双方仲介をした場合に報酬を剥奪する規定があることを誠実義務で説明する。このような特別の効果を認めるのが誠実義務であるとする、すべての委任契約・事務処理契約にこのような効果を伴う誠実義務を認

54 エッサーの見解については、岩藤・前掲論文639頁以下で詳しく分析されている。この立場は、Esser-Weyers, Schuldrecht, Bd. II, Besonderer Teil, Teilband 1, 5. Aufl. (1977)でも基本的に承継されている。

55 Schlechtriem, Schuldrecht, Besonderer Teil, 6. Aufl. (2003), SS.205-206は、ドイツ民法666条が規定する受任者の情報提供義務・計算義務について誠実義務に基づくものと説明するが、誠実義務であることの特別の意味はそれ以上説明されていない。Greiner, Schuldrecht, Besonderer Teil, (2011)は、付随義務概念を使って受任者の情報提供義務などを説明し、もはや誠実義務という概念は使わない。

めるのは適当でないという考え方も背後にあるように思われる。仲介人には、その仲介する仕事に関しては専門的な知識があり、委任者が自分では困難だからこそ仲介人に契約の締結を依頼している関係においては、仲介人は依頼人に対して影響力を行使できる地位にあり、このような場合に、誠実義務が認められることの合理性については、反対する学説は少ない。このように、全ての委任契約にではなく、一定の種類の委任契約（仲介契約）においてのみ誠実義務を認めるとするのは、1つの考え方かもしれない。ドイツ法のもとでも、弁護士と依頼人の関係は有償の事務処理契約（675条）と考えられているが、ここでは、弁護士は依頼人に対する関係で誠実義務（Treuepflicht）を負うとされる⁵⁶。しかし、有償の事務処理契約の全ての場合に、事務処理者に誠実義務を負わせるという見解は必ずしも有力とはいえない。

有償の事務処理契約といってもいろいろなものがあるからであろう。

（4）ドイツ法のまとめ

（a）誠実義務の根拠

ドイツ法では、取締役と会社、雇用契約の労働者と使用者、仲介人と依頼人の関係において、一方が他方の利益を優先させ、自己の利益を劣後させるべき関係があるときに、「誠実義務」を認める。誠実義務の根拠については、学説上の見解は分かれているが、信義則を根拠にして、その具体化として、誠実義務を認める見解が有力といえる。2002年に民法241条2項で配慮義務（付随義務）が明文で認められたことから、誠実義務を配慮義務の一種と位置づける見解もあるが、241条2項は、債務者は給付義務と配慮義務（付随義務）を債務の内容として負うことを明かにしただけであり、241条2項が根拠となって付随義務や誠実義務が認められるわけではない。これら義務の根拠は、やはり信義則（242条）である。

誠実義務の根拠としては、信義則の他に、組織上の一般原則を主張する説もある。特に会社取締役の誠実義務については、信義則から説明するの

⁵⁶ Staudinger/ Martinek, BGB, § 675 Rn. B 168 (2006).

ではなく、会社法的・組織法的な原理として、会社・株主のために財産を管理する取締役に誠実義務を認める。この立場からは会社法的誠実義務（gesellschaftliche Treuepflicht）などと呼ばれる。

さらに、労働者の誠実義務に関しては、使用者と労働者の共同体的関係を根拠に誠実義務を認める説がかつては有力であり（ナチス時代の労働法学であるニキッシュの見解）、現在でも多数説は労使関係の特殊性を根拠に誠実義務を認める。しかし、これは英米法的なフィデューシャリー（fiduciary）に課せられる信認義務（fiduciary duty）とは異質なものであり、現在の学説の中には労働者の守秘義務や競業禁止義務を単に付随義務として説明することとどめ、誠実義務で説明することに反対する有力説もある。

（b）誠実義務と注意義務

ドイツ法のもとでは、誠実義務と注意義務は明確に区別される。ドイツ民法276条が注意義務を、社会生活上の注意義務と定義しており、過失責任原則の根拠としている。一定の行為をしないで相手方に損害を与えると過失になるものであり、過失責任基準といっても、単なる基準ではなく、具体的状況のもとで、一定の行為をすることが要求されるのであるから（損害回避措置）、信義則に基づいて一定の付随義務が導かれるというのと似た側面はある。しかし、過失基準が単にケースバイケースの損害回避義務を問題とするに過ぎないのに対して、信義則は一定の類型的な利益状況の中から類型的な義務としての付随義務を導こうとするものであり、最終的には債務の内容として定着させることが目的である点で、注意義務とは目的も機能も異なる。いずれにせよ、日本法におけるように、誠実義務を注意義務と基本的に同じと捉えたり、注意義務で対応できるから付随義務（その具体化としての誠実義務）は不要であるという考えはないようである。

（c）ドイツにおける誠実義務の課題

ドイツ法において誠実義務（注意義務と区別された誠実義務）が、会社法や民法の一定の領域で認められることは、一般的に承認されているが、なお、

その根拠付け、適用領域、効果については、いろいろな課題が残されている。根拠については、前述 (i) で述べたとおりであり、適用領域に関しては、日本における議論・関心からすれば、委任一般ではなく仲介契約における仲介人にも認められているという点に注意する必要がある。そして、効果としては、誠実義務違反の場合に損害賠償を認めることについて異論はないが、それを超えて利益吐き出しまで認められるか、差止が認められるか、については一定の議論はあるが、なお、十分とは言えない。

4 再び日本法について

本稿は、冒頭に述べたように、忠実義務についての何か具体的な結論を得ることを目的とするよりは、日本で主張されている忠実義務についての理解（信託法の領域以外における忠実義務の理解）、とりわけ善管注意義務との関係について、問題点を整理するために、ドイツ法の議論を参照したものである。そして、ドイツ法のもとでは、忠実義務（誠実義務）は、信義則に根拠を置く付随義務として位置づけられ、その意味で過失の基準としての注意義務（ドイツ民法 276 条）とは異なる性質のものであることについてはほぼ異論がないことを見てきた。もっとも、本稿は、それだけで、日本における善管注意義務と忠実義務の関係のとりえ方が間違っていると主張するつもりはない。

注意義務と忠実義務は、現時点で見れば、前者は損害賠償責任（過失責任による）の根拠であるし、後者は主に利益相反行為を規制する基準であり、機能的には分けて考えるのが適当だと個人的には考えているが、両義務の関係については、日本における善管注意義務の沿革も含めてもう少し調べたいと考えている⁵⁷。すなわち、日本の民法における「善管注意義務＝善良な管理者として注意」は、民法 400 条と 644 条にあるわけであるが、もともと

57 善管注意義務が行為義務を含むことについて、道垣内弘人「善管注意義務をめぐって」法学教室 305 号 37 頁以下（2006）。

旧民法財産編 334 条 1 項（特定物引渡義務に関して）および財産取得編 239 条 1 項において、「善良ナル管理人タルノ注意」として規定されたところ由来する⁵⁸。さらに遡れば、フランス民法典 1137 条（物の引渡義務）で「善良な家父の注意（tous les soins de bon pere famille）」と規定されている概念を承継したものである（因みにフランス民法典の受任者の義務に関する 1992 条では、善良な家父の注意という基準は用いられておらず、過失（faute）が用いられている）。

このような善管注意義務の概念は、過失概念と債務概念が未分離の概念であるという印象を受ける。これに対して、ドイツ民法典では過失概念と債務概念とが分化・峻別されている。このようなドイツ法のもとでは、注意義務（善管注意義務）の問題と付随義務の問題は区別されるが、フランス法的な善管注意義務概念ではどうかという問題があるように思われる。とはいえ、これは沿革の問題であり、善管注意義務と忠実義務を区別するか否かは、現在の視点で考えるべきであろう。その際、忠実義務の機能（特に予防的機能）、その機能から導かれる損害賠償以外の効果（利益吐き出し、差し止め）に着目した議論が必要ではないか。

58 ボワソナードは、重過失、軽過失、最軽過失と細分化されていたローマ法の過失概念を整理し、軽過失を過失の原則形とし、かつ、それを表現するものとして、フランス民法典 1137 条の「善良な家父の注意」に依拠しつつも、「家父」に代えて「管理者」という用語を用いることにした。この点につき、ボワソナード『再闡修正民法草案注釈 第二編 人権ノ部 上巻』298 頁（1882）、Boissonade, *Projet de Code Civil pour l'Empire du Japon*, t.2, 2me ed., pp.147 et s. (1883) を参照。なお、ボワソナードは、その記述から明かなように、「善良な管理者の注意」によって過失（faute）の基準を明かにする意図であったが、フランス法の過失概念自体が、ドイツ的な客観的違法性と対置された主観的過失という意味で捉えられていないために、過失概念の中に、過失の前提となる行為義務（注意義務）が入ってくるのである。フォート概念が広く、違法性を含むことにつき、野田良之「フランス民法における faute の概念」『損害賠償責任の研究・上巻』（我妻遯辰記念論集）頁以下、タンク（星野訳）「不法行為責任におけるフォート（faute）の地位」法協 82 巻 6 号 717 頁、特に 738 頁注 2 参照（1966）。

このような現在の視点から考える場合に、ドイツ法における誠実義務の議論の中で、次の2点が特に注目される。第1は、誠実義務（忠実義務）の根拠という観点から見たときに、労働者の誠実義務に関して、フィデューシャリー概念とは異質な誠実義務（忠実義務）の議論が見られることである。日本において忠実義務を民法に導入するとしても、このような労働者の忠誠を求めるような意味での忠実義務の導入は適当でないと言えるのではないか。第2に、委任・事務処理契約に関しても、全般的にではなく、仲介人・弁護士など特定の場合についてのみ誠実義務を認めることである。委任契約は、もともと委任者が受任者を指図できる関係であり（この点で、一旦信託を設定した以上、原則として受託者に委ねる信託と異なる）、従って、全ての受任者・事務処理者に忠実義務を負わせることは行き過ぎなのかも知れない（労働者に忠実義務を負わせるのが適当でないのと同様）。委任者から指図を受けるとしても、専門家であるために一定の独立性があり、専門的知識を有することから、委任者からすると頼ることになる受任者・事務処理者（仲介人など）にのみ誠実義務を負わせるというのが、フィデューシャリーの考え方にも沿うところがあるように思う。

（北京理工大学講師）