

資料
〔翻訳〕

マリウス・デヴァール／ロードリック・パイズリー
スコットランド・南アフリカにおける信託（2・完）

渡 辺 宏 之 訳

V. スコットランドと南アフリカに共通する特徴

1. 受託者の有する物権的権利

スコットランドと南アフリカの両方とも、信託の制度を、ローマ法のユス・コムネネから継受した物権・債権の枠組みの中で位置付けることができる。

スコットランドでは、受託者が信託財産の所有者となるという考えが通説である。⁽¹⁾ 過去には、「信託」という用語が広汎に用いられ、また、概念的な混乱が根強く残っていたため、この考えは明確なものではなかった。用語上の混乱については、例えば「管理信託」(trust for administration)⁽²⁾ は財産の所有権が引き続き設定者に属し、その管理権限を委任する仕組みであるが、これは全く信託などではなく単なる契約的取り決めである。また、受託者の義務 (fiduciary obligation)⁽³⁾ をもって代理人的な役割を担うが信託財産の所有者ではない者も「受託

(1) *Sharp v. Thomson* 1995 SC 455, 475 per L. P. Hope, applied in *Fforde v. McKinnon* 1998 SLT 902. また、*Inland Revenue v. Clark's Trs* 1939 SC 11, 26 per Lord Moncrieff 参照。特定の信託について定めた法律では、信託財産が受託者に「帰属する (vests in)」と規定されていることがある。例えば、An Act to incorporate the Trustees under the Trust Disposition and Settlement of Francis Simpson esquire of Plean, and to explain the said Trust Disposition and Settlement, 23rd June 1864 (27 & 28 Vict., c. i); An Act to Incorporate the trustees of the Scots Episcopal Fund, 14th July 1864 (27 & 28 Vict., c. ii), s. 2.

(2) K. Reid, 'Property Law: Sources and Doctrine', in Reid & Zimmermann, *History*, vol. 1, 185, 195. で手短に取り上げられている。また、Wilson & Duncan, *Trusts*, para. 2-32. も参照。

(3) Trusts (Scotland) Act 1921 (11 & 12 Geo. 5, c. 58), s. 2, amended by the Children (Scotland) Act 1995 (c. 36), sched. 4, para. 6 and sched. 5; Scottish Law Commission,

者」(trustee) と呼ばれることがある。また、概念上の混乱については、信託の理解は、一見紛らわしい、“根本権 (radical right) の法理” (doctrine of radical right) によってある程度妨げられてきた。この分野では、概念上の混乱が生じていることは認めなければならない。一方では、受託者に対して移転されるのは法律上の所有権であり、設定者 (委託者) の物的権利は完全にはなくなるのではなく、設定者はその財産に対する”radical beneficial interest”を保有することによって一種の受益者となるとの説が残っている⁽⁵⁾。

信託財産の所有権に対する考えについては、スコットランド法と南アフリカ法を比較すると興味深い相違点がみられる。上記で説明したとおり、スコットランド法では、受託者が信託財産の所有者となるのが大原則であり、これ以外の可能性はない。しかし、南アフリカ法では事情が異なる。南アフリカでは bewind と呼ばれる信託が認められており、これは、信託の受益者が信託財産の所有者となり、受託者は単なる管理人に過ぎないという仕組みである。信託財産規制法における「信託」の定義条項には、bewind 型信託の明示的規定がおかれている。これは、オノレが長年唱えてきた「受託者 (管理者) が所有権ではなくむしろ管理支配権を有することが、信託の本質的要素である⁽⁷⁾」という説を裏付けるものである。もっとも、南アフリカでは通常信託 (ownership trust) が信託の形式としてははるかに利用頻度が高いことに注意すべきである。本稿で「信託」というときは、特に指定がない限りこのタイプの信託を指すこととする。

スコットランドでは、受託者の有する所有権は「完全な所有権」ではなく、一種の「制限付き所有権」であるという説もある⁽⁸⁾。また、同様に、受託者は「所有者ではあるが、受動的な所有者 (nudus dominus) である」と説明されている⁽⁹⁾。南アフリカでも同じで、受託者の有する信託財産の所有権は、「受動的な所有権」⁽¹⁰⁾ (bare ownership, nudus dominium)、「法律上の所有権」⁽¹²⁾ (legal ownership)、「職務

Report on Family Law (Scot Law Com No 135, 1992), para. 4. 21. *Viscount of Oxenfuird v. Cockburne* (1677) 3 BS 214 も参照。

(4) Gretton. 本翻訳 (1) 注 5, 513-4, 本誌 88 卷 2 号 参照。

(5) Reid, 前掲注 2, 195-6; Wilson & Duncan, *Trusts*, para. 2-32.

(6) 1988 年法律第 57 号 第 1 条

(7) Honoré, *Trusts*, 7.

(8) Gordon. *Scottish Land Law*, para. 16-01.

(9) Gretton 本翻訳 (1) 注 5, 482.

(10) Honoré, *Trusts*, 288-9.

(11) *Estate Kemp v. McDonald's Trustee* 1915 AD 491; *Registrar of Deeds v. Estate Shaw* 1928 NPD 214; *Moluele v. Deschatelets* NO 1950 (2) SA 670 (T).

(12) *The Master v. Edgecombe's Executors* 1910 TS 263; *Commissioner for Inland*

上の所有権⁽¹³⁾ (ex officio ownership) などと言われることがある。しかし、どちらの法制度でも、これは、受託者、受益者その他の者にそれぞれ分割して与えられる、イングランドを模倣した形式の所有権を指すものとして解釈されているわけではない。受託者が信託財産に対して有する権利は受益者の有する債権的権利によって制限を受け、受託者は個人的な目的で信託財産を利用することができないという意味において、この考察は正しい。従って、受託者の権限行使に対する制限は義務の一種であって、権利ではない⁽¹⁴⁾。受託者が信託財産の所有者として法律行為を行い、それが受益者の有する債権的権利を害するような場合であっても、その行為は有効である。しかし、財産の取得者が悪意の場合、受益者はその行為を取り消すことができる。このような法律行為は受託者の権限踰越 (ultra vires) に過ぎないため、はじめから無効とされるのではない⁽¹⁵⁾。もともと、逆の結論を出したスコットランドの判例が一件あり、また、判決傍論もいくつかみられる⁽¹⁶⁾。

2. 受益者の債権的権利

スコットランド信託における受益者の権利は、長年にわたり *ius crediti*⁽¹⁷⁾、*ius exigendi*⁽¹⁸⁾、*ius quaesitum*⁽¹⁹⁾ と呼ばれてきたが、これらの表現はほとんど説明になっていない。しかし、受益者の権利が、受託者に対して信託の適正な実現を求めることを内容とする、強制執行が可能な債権的権利であることは明らかである⁽²⁰⁾。南アフリカの立場もこれと同様である。信託が柔軟な仕組みであり、また、受益者

Revenue v. Estate Merensky 1959 (2) SA 600 (A).

(13) *Re Schweizer Institute* 1930 CPD 225. 信託財産規制法 (1988年法律第57号) 第12条では、信託財産は、受託者が受益者として当該財産に対する権利を有する場合を除き、受託者の個人的エステイトの一部を構成しないと定めている。

(14) Reid, *Property*, paras. 599 and 691.

(15) *Kidd v. Paton's Trs* 1912 2 SLT 363. 本判決は明らかな不注意により拘束力のない (per incuriam) ものとされたが、最近の一部論文では注目を集めている。例えば, *McBryde, Contract*, paras. 3-68, 3-76-78, 13-08 and 13-15.

(16) *Ferrie v. Baird* (1834) 12 S 672; *Davidson v. Mackenzie* (1835) 13 S 1082, 1087 per Lord Corehouse.

(17) *Douglas v. Mason* (1796) Mor 16213; *Fforde v. McKinnon* 1998 SLT 902; Glog & Henderson, *Law of Scotland*, para. 47. 04.

(18) *Pretty v. Newbigging* (1854) 16 D 667; *Ogilvy v. Ogilvy's Trs* 1927 SLT 83, 84 per Lord Moncrieff, quoting counsel.

(19) *Ross v. Governors of Heriot's Hospital* (1843) 5 D 589, 629 per L. J.-C. Hope; *Murison v. Dick* (1854) 16 D 529, 532 per Lord Rutherford.

(20) Reid, *Property*, paras. 10 (1), 691 and 698 (2).

の権利は多岐にわたるため、この事実はあまり目立たなくなっているかもしれない。しかし、受益者の権利には共通する特徴がある。それは、債権的権利であって、物権的権利ではないという点である。信託の受益者が信託財産に対する物権的権利を有するのは、南アフリカの *bewind* 型信託という特殊なケースだけである。

スコットランド法では、受益権者の有する債権的権利は、さまざまな側面において、契約に基づく債権などよりも「強い」権利として説明される。これは、受託者が債務超過に陥った場合の、他の債権者に対する「優先的権利」に関連する⁽²²⁾。このことはエステイトの分離理論（パトリモニー理論）、あるいは「影の人格」「仮的人格」という考え方による方が適切に説明できるとしても、受益者の有する債権的権利が他の債権的権利よりも強力な効果をもつのは、信託財産が信託証書に違反して第三者に譲渡されることを禁ずる権利に関してのみである、と説明するのがより正確であろう。これは、二重の権利付与の禁止すなわち「オフサイドゴール・ルール」⁽²³⁾として知られるルールを適用した結果である。従来⁽²⁴⁾の見解では、「オフサイドゴール・ルール」が適用されるのは、先行する権利が物権的権利であるか、物権的権利に転換されうる権利である場合に限るとされていた。しかし、信託に関しては、受益者は信託財産に対する物権的権利を取得することはないにせよ、信託証書に違反する権利付与を無効とすることが可能であるという意味において、このルールが強化される。二重の権利付与禁止ルールはステアの時代よりも前にすでに確立されており、ステアはこれを信託財産の悪意⁽²⁵⁾での譲受けとは別のものとして取り扱っている。ステアの説は、信託財産を悪意で取得した者が、その財産を元の信託の受益者のために信託形式で保有するとみ

(21) Honoré, *Trusts*, 558 ff. 信託受益者の有する債権的権利は、信託財産規制法（1988年法律第57号）第19条によって補強されている。「受託者が、第16条に基づくマスターの要求に従わない場合、または信託証書若しくは法令により課される義務を履行しない場合には、マスター又は信託財産に対する権利を有する者は、裁判所に対し、受託者に対してかかる要求に従うべき旨の命令、またはかかる義務を履行すべき旨の命令を発するよう申し立てることができる」

(22) G. L. Gretton, 'Diligence and Enforcement of Judgments', in *Stair Memorial Encyclopaedia*, vol. 8 (1992), §§113, 271, n. 2.

(23) Reid, *Property*, paras. 10 (1), n. 5 and 696.

(24) *Wallace v. Simmers* 1960 SC 255, 259-60 per L. P. Clyde; *Trade Development Bank v. Warriner and Mason (Scotland) Ltd* 1980 SC 74, 95-6 per L. P. Emslie; *Optical Express (Gyle) Ltd v. Marks and Spencer plc* 2000 SLT 644, 651 per Lord MacFadyen; Reid, *Property*, paras. 697 and 698 (4); McBryde, *Contract*, para. 1-31; A. J. M. Steven, 'Keeping the Goalposts in Sight', 2000 SLT (*News*) 143, 146-7.

(25) *Stair*, I. 14, 5 (double grants); IV, 6, 5 (acquisition from trustee).

なされるという意味に解釈することが可能である。⁽²⁶⁾これが、現代のスコットランド法において擬制信託の一種として受容されうるかどうかは疑義が残る。いずれにせよ、このような救済方法は、信託以外の場合における二重の権利付与には適用され⁽²⁷⁾ない。

受益者の有する債権的権利が、他の種類の債権的権利よりも「強い」というスコットランド法の考え方は、南アフリカでも同様である。南アフリカでは、信託受益者の有する権利は「保護された」権利であると説明されることがある⁽²⁸⁾。このことは、受託者が倒産した場合に最も明白にあらわれる。受託者が倒産した場合であっても、信託財産は受託者の固有財産には組み込まれないのであるから、受益者は保護される。これは、「信託財産は、受託者が受益者として当該財産に対する権利を有する場合を除き、受託者の固有財産の一部を構成しない」という信託財産規制法の規定によって明確に裏付けられている。このような保護があることで、受益者の権利が物権的なものとされるわけではない。しかし、債権的権利が「信託財産と固有財産の分別を通じて保護され、価値が高められる」こととなる⁽³⁰⁾。

南アフリカでは、信託契約の違反により信託財産を譲り受けた第三者に対する返還請求訴訟は、悪意の法理 (doctrine of notice) (譲受人が悪意の場合)、または不法利得法 (譲受人が善意の場合) に基づいて行うこととされている。南アフリカ法は、特にイングランド法の擬制信託の構成をとる余地がないという点において、スコットランド法ほど徹底したものではない。南アフリカの信託法では擬制信託はない⁽³¹⁾ということは、全く異論の余地がない。また、南アフリカ法における物上代位 (real subrogation)⁽³²⁾の概念は、信託財産の適法な同等物に限られ、この点もスコットランド法よりも限定的である。つまり、受託者が信託契約に違反して信託財産を売却したとしても、その売却代金は引き続き信託財産の一部を構成するものとはみなされない。この点、スコットランドでは、売却代金は信託財産

(26) Stair, IV, 6, 5 (declarator of trust).

(27) Reid, *Property*, para. 586, n. 15, commenting on W. M. Gordon, *Scottish Land Law* (1st edn., 1989), paras. 5-36 and 5-37. 1999年第二版の同じパラグラフでも、これに似た記述がある。

(28) Honoré, *Trusts*, 559; Gauntlett 本翻訳 (1) 注93, §517.

(29) 1988年法律第57号第12条

(30) Honoré, *Trusts*, 559.

(31) 詳しい考察については、Cameron, (1999) 3 *Edinburgh LR* 341を参照。

(32) 「物上代位」とは、信託財産が売却された場合であればその代金が、売却代金が別の物の購入に使われた場合であればその物が、引き続き信託の一部とみなされることをいう。

(33) De Waal, (2000) 117 *SALJ* 564-5及び同稿のその他の引用文献を参照のこと。

の一部を構成するものと扱われ、受益者が受託者に対して有する債権的権利もこの財産に及ぶ⁽³⁴⁾。しかし、南アフリカでは受益者の立場が強化されていて、受託者は適切な職務執行の担保を差し入れることが原則として義務付けられている⁽³⁵⁾。さらに、受託者が信託契約に違反した結果、受益者が金銭的損害を被った場合には、受益者は、最終的には通常の不法行為理論に基づき受託者に対して不法行為に基づく損害賠償請求訴訟 (Acquilian action) を提起することができる⁽³⁶⁾。

コモン・ローにおいては、譲受人の悪意によって生じる効果は制限されており、信託につき善意の者が完全な対価をもって信託財産を譲り受けた場合には、受益者が譲受人から財産を取り戻す権利は消滅する⁽³⁷⁾。スコットランド法では、コモン・ローにおけるこの法理は、売却、賃貸、交換、担保設定など法律で明記された法律行為については実質的に補完されており、善意か悪意かを問わず受託者の取引相手の保護が図られている。つまり、これらの法律行為をする際には、受託者に法律上の黙示的な取引権限があるかどうかを確認する必要がなくなる。もっとも、受託者が信託契約に違反する行為を行った場合に受益者に認められる救済手段については、法律の規定に該当するかという点、または第三者譲受人が善意であったかどうか⁽³⁸⁾が問題となる⁽³⁹⁾。このような法規定があるため、スコットランド信託の受益者の方が「より強力な」債権的権利を有するという主張は弱められるだろう。しかし、信託財産の譲渡の円滑化を図る法規定が明らかに効果をあげていることを考えれば、受益者の権利を弱めることも、純粋な実用的側面から正当化されうる。南アフリカでは、このような規定を導入する必要はまだない。

3. エステイトもしくはパトリモニーの分離

イングランド法における信託受益者の保護は、受託者が受益者に対して負う

(34) 同上

(35) 信託財産規制法 (1988年法律第57号) 第6条。また、下記 V. 4参照。

(36) *Sackville West v. Nourse* 1925 AD 516; *Boyce NO v. Bloem* 1960 (3) SA 855 (T); Honoré, *Trusts*, 362.

(37) Scotland: *Stair*, I. 13, 7; *Burns v. Lawrie's Trs* (1840) 2D 1348; *Thomson v. Clydesdale Bank* (1893) 20 R (HR) 59; *Ross et al.* (n. 12), §49. South Africa: *Corbett, Hofmeyr and Kahn* (n. 18), 420; Honoré, *Trusts*, 576.

(38) *Trusts (Scotland) Act* (11 & 12 Geo. 5, c. 58), s. 4; *Trusts (Scotland) Act* 1961 (9 & 10 Eliz. 2, c. 57), s. 2; *Reid, Property*, paras. 535 and 691.

(39) *Trusts (Scotland) Act* 1961 (9&10 Eliz. 2, c. 57), s. 2 (2).

(40) Scottish Law Commission, *Discussion Paper on Breach of Trust* (Scot Law Com DP No. 123, 2003); J. Thomson, 'Unravelling Trust Law: Remedies for Breach of Trust.' 2003 *JR* 129.

「財産に関するエクイティ上の⁽⁴¹⁾継続的義務」の観点から説明されるのが普通である。⁽⁴²⁾

信託財産に対するエクイティ上の対物的権利は受益者が有するため、信託財産は受託者のパトリモニーの一部を構成しない。つまり、受益者の有する権利は、受託者が破産、離婚または死亡した場合であっても影響を受けないとされる。

これまで述べてきたことから、スコットランド法と南アフリカ法では、受益者の保護に関しイングランドのような所有権分属という概念を基礎としているわけではなく、また、実際上もこれは不可能であるのは明らかになったであろう。スコットランドと南アフリカで所有権の分属構成が不必要な理由を理解するキーポイントは、エステイトもしくはパトリモニーの分離という概念にある。⁽⁴³⁾ 受託者は自己の固有エステイトと信託エステイトという二つのエステイトを持っている。受託者の債権者は、⁽⁴⁴⁾ 受託者が個人の資格で負った債務に関して信託財産を差し押さえる権利を有しないが、⁽⁴⁵⁾ 受託者が受託者としての資格で負った債務については、差し押さえが可能である。たとえば、信託に対して専門サービスを提供した者は、信託エステイトに対して金銭債務の強制執行 [diligence, スコットランドの制度] を行うことができる。⁽⁴⁶⁾ そして、必然的に、これとは逆の状況においては信託の債権者は受託者の固有エステイトを差し押さえることはできないことになる。しかし、スコットランドではこれは十分に判例上確立されているとはいえず、受託者が受託者としての地位において契約を締結する際、個人的な債務を負いたくない場合には、契約にその旨の明示的または黙示的な規定を入れておく必

(41) D. J. Hayton, 'Trusts' in D. J. Hayton, S. C. J. J. Kortmann, A. J. M. Nuytinck, A. V. M. Struycken and N. E. D. Faber (eds.), *Vertrouwd met de Trust: Trust and Trust-like Arrangements* (1996), 3.

(42) Hayton 同上, 4.

(43) スコットランド法に関しては、正確を期すため「パトリモニー」という用語を用いた方がよいのだが、「エステイト」のほうがはるかに使用頻度が高い。南アフリカでは「エステイト」のほうがよく使われている。スコットランドでも南アフリカでも、この「エステイト」という言葉は信託の場面における同じ意味を指している。すなわち、ある一人の者が有する資産と負債の総体である。

(44) *Gordon v. Laird of Drum* (1671) 2 BS 601, 603 per counsel; *Heritable Reversionary Co Ltd. v. Millar* (1891) 18 R 1166, (1892) 19 R (HL) 43; *Council of the Law Society of Scotland v. McKinnie* 1991 SCLR 850; Bankruptcy (Scotland) Act 1985 (c. 66), s. 33 (1) (b). また、Lupoi (n. 87), 15; Honoré, *Trusts*, 28-9も参照。時折引き合いに出される例外は、信託の受託者と受益者が同一である場合である。Gretton, 前掲注22, §271参照。南アフリカについては、信託財産規制法(1988年法律第57号)第12条参照。

(45) Gretton 同上 §§113 and 114. また、*Stewart v. Forbes* (1888) 15 R 383等参照。

(46) Gretton 同上 §271.

要があることは認めなければならない。⁽⁴⁷⁾ 受託者の固有債権者が受託者の固有エステイトを差し押さえることは、もちろん可能である。また、当然のことながら、スコットランドでも、南アフリカでも、受託者が信託契約に違反し、その結果受益者が損害を被った場合に受託者の固有財産を差し押さえることができる。

しかし、ここで重要なポイントは、一人が二つのエステイトを持っているため、受託者が自己の固有エステイトをもって取引した場合、また、個人の資格において破産した場合であっても、信託エステイトには原則として影響が及ばないという点である。スコットランド信託法におけるエステイト分離理論の重要性とその効果については、ジョージ・グレットン⁽⁴⁸⁾やケネス・リード⁽⁴⁹⁾といった学者によって最近詳しい研究が行われている。南アフリカでは、特にトニー・オノレが、⁽⁵⁰⁾ 信託法の定番となっている著書の各版やその他の文献において、⁽⁵¹⁾ 受託者の固有エステイトと信託エステイトの分離理論を熱心に説いている。南アフリカの信託財産規制法⁽⁵²⁾では、受託者の固有エステイトと信託エステイトの分離が明文で認められている。

独立した信託エステイトを認めることは、信託に法人格を付与する考えと非常に近接したものである。スコットランドでも南アフリカでも、この方向に向けた具体策はとられていないが、スコットランドでは議論が始まっている。スコットランド法評議会は⁽⁵³⁾ その報告書において信託を別人格とすることを提案している。もっとも、実務上は、信託は法人格を有する主体のように扱われることが少なくない。

スコットランドの法規定の中には、受託者を独立した法人格のように扱って

(47) J. Graham Stewart, *The Law of Diligence* (1898), 107; *Gibb v. Lee* (1980) 16 SLT 260; R. G. Anderson, 'Contractual Liability of Trustees to Third Parties', 2003 *JR* 45.

(48) G. L. Gretton, 'Trust and Patrimony', in *Essays Wilson*, 182; Gretton, (2000) 49 *ICLQ* 599.

(49) K. G. C. Reid, 'National Report for Scotland', in D. J. Hayton, S. C. J. J. Kortmann and H. L. E. Verhagen (eds.), *Principles of European Trust Law* (1999), 67; *idem*, 'Patrimony Not Equity: The Trust in Scotland', (2000) 8 *European Review of Private Law* 427.

(50) 同著書の最新版でどのように説明されているかは、Honoré, *Trusts*, 288-93参照。

(51) Tony Honoré, 'Obstacles to the Reception of Trust Law? The Examples of South Africa and Scotland', in A. M. Rabello (ed.), *Aequitas and Equity: Equity in Civil Law and Mixed Jurisdictions* (1997), 793, 796-8, 810-13等参照。また、De Waal, (2000) 117 *SALJ* 559-63も参照。

(52) 1988年法律第57号第12条参照。

(53) Scottish Law Commission, *Discussion Paper on Breach of Trust* (Scot Law Com DP No. 123, 2003), para. 1. 12参照。

るものもある。⁽⁵⁴⁾これらの規定は適用場面が限定された擬制的な法規定だと考えてよい。判決傍論では、複数の受託者の全体を指して「受託者団」(body of trustees) ⁽⁵⁵⁾とすることが多いが、これもある程度類似した考えだと思われる。但し、このような名称を用いるのは、その文脈において完全な法人格を認める趣旨ではないことに注意すべきである。信託のさまざまな側面に対して事実上与えられる法人格に関しては、これらの例外的な法規定と一般的な法との間に、もっと大きなまだ認識されていない類似点があるかもしれない。信託に事実上の法人格を認めたとしても、信託がもたらす理論上の重要な問題点が全部解消するわけではなく、むしろ浮き彫りになるだろう。クランワース判事は、最後の一人となった受託者が死亡しても信託は終了しないこと、また、コモン・ロー上は信託財産の権原が最後の受託者の遺産管理人に当然に移転するわけではない ⁽⁵⁶⁾という事実に着目して、「信託にはある種の法人格のような性質が付随している」という意見を書いた。最後の受託者が死亡した後、誰に信託財産が帰属するかは不明なのは確かである。しかし、国王が、最終的な受託者として、裁判所に申立てを行った適任者にその役割を委任することができる ⁽⁵⁷⁾。また、この他にも法的手続きがあり、これは以下で説明する南アフリカの見解に対応するものであるが、最後の受託者の遺言執行者は、信託の管理継続が法律上認められた者に引き継ぐ ⁽⁵⁸⁾目的で、信託財産の所有権を取得することが可能である。また、破産法では、破産した信託 ⁽⁵⁹⁾のエステイトの差押え (sequestration) ⁽⁶⁰⁾について定めている。

信託の理論と実務におけるこのような緊張関係は、南アフリカ法でも明らかにみられる現象である。信託が一種の人格 (persona) を有しているかのように扱われるケースは、例えば以下のようなものである。信託には倒産が観念でき、差押えの ⁽⁶⁰⁾対象となること、未処分利益があれば信託に課税される ⁽⁶¹⁾こと、信託は遺贈

(54) Bankruptcy (Scotland) Act 1985 (c. 66), s. 6; D. McKenzie Skene, *Insolvency Law in Scotland* (1999), 41-42; Law Reform (Miscellaneous Provisions) (Scotland) Act 1990 (c. 40), Part 1, s. 15 (1) (charitable bodies); Taxation of Chargeable Gains Act 1992 (c. 12), s. 69 (1); Title Conditions (Scotland) Act 2003 (asp 9), s. 38 (6).

(55) *Perston v. Perston's Trs* (1863) 1 M 245, 253 per L. J. C. Inglis.

(56) *Lumsden v. Buchanan* (1865) 3 M (HL) 89, 95.

(57) Trusts (Scotland) Act 1921 (11 & 12 Geo. 5, c. 58), ss. 22, 24.

(58) Executors (Scotland) Act 1900 (63 & 64 Vict., c. 55), s. 6 (Succession (Scotland) Act 1964 (c. 41), ss. 14 (1), 34 (1) sched. 2, para. 3による改正後の規定)

(59) Bankruptcy (Scotland) Act 1985 (c. 66), ss. 6 (1) (a), (3).

(60) *Magnum Financial Holdings (Pty) Ltd (in Liquidation) v. Summerly* 1984 (1) SA 160 (W).

(61) Income Tax Act 58 of 1962, s. 2 (1) (d). この法における「人 (person)」の定義は、

の受贈者となれること、信託名義で所有権登記ができること、最後の受託者が死亡した後も信託は有効に存続することなどである。スコットランドと同様に、最後の受託者が死亡した後は誰が信託財産の所有者となるかは、まだ明らかにされていない。南アフリカ法では、受託者の被相続財産の遺産管理人であるという説が唱えられている。

4. 受託者の職務の公共的性質 (trusteeship as an office)

受託者が office (アフリカンス語では amp) を引き受けるということは、信託が通常の契約にはない公共的性質を基本的に有していることを意味する。⁽⁶⁶⁾ トニー・オノレは、これが信託法全体の核心となる考え方だと述べている。⁽⁶⁷⁾

「受託者の職務が公共的性質を有するのであり、このため、後継ぎ遺贈 (fideicommissum)、契約などの純粋な私法上の制度と信託を同一視することはできない。委任と信託の違いはこの点にある。」

受託者の職務に伴う公共的性質を反映する最も重要な点は、裁判所の果たす役割である。受託者が職務を適正に遂行しない場合、裁判所は、申立てに応じ、信託と受益者の利益にかなうと判断すれば受託者を解任する。受託者が全員辞任又は死亡したために信託の受託者がいなくなった場合には、裁判所によって後任者が選任される。このように、信託と通常の契約とでは、裁判所が関与する程度に大きな差があるのである。

以上で説明した意味における受託者の職務の公共的性質は、スコットランドと南アフリカ両方の信託にみられる特徴である。もっとも、主にオノレの書いた文献によって、南アフリカにおける重要性のほうが大きくなった。この傾向は、信託財産規制法に反映されている。⁽⁶⁸⁾ 同法のうち、この論点に関連する重要な規定は

Friedman v. Commissioner for Inland Revenue : In re Phillip Frame Will Trust v. Commissioner for Inland Revenue 1991 (2) SA 340 (W) (上訴でも維持：1993 (1) SA 353 (A)) において、信託は人ではないから課税できないと判示されたことを受けて改正され、信託も追加された。

(62) *Kohlberg v. Burnett 1986* (3) SA 12 (A).

(63) Deeds Registries Act 47 of 1937, s. 102にいう「人 (person)」の定義に対する、Deeds Registries Amendment Act 9 of 2003による改正を参照のこと。

(64) Honoré, *Trusts*, 574-5. この箇所では、南アフリカ法の「受託者がいなくても信託は消滅しない」という原則が確認されている。Honoré, *Trusts*, 182.

(65) Honoré, *Trusts*, 575.

(66) De Waal, (2000) 117 *SALJ* 565-7参照。

(67) Honoré, 前掲注51, 799.

(68) 1988年法律第57号

以下の通りである。(a) 信託について、高等裁判所のマスター (Master、補助裁判官)⁽⁶⁹⁾による登録を義務付ける規定⁽⁷⁰⁾ (以下で詳しく説明する)。(b) 受託者としての行為を行うために、マスターが発行した書面による承認を義務付ける規定⁽⁷¹⁾。(c) 受託者の担保差入れに関する詳細な規定⁽⁷²⁾。(d) マスターが、受託者の選任権限を有すること⁽⁷³⁾。(e) マスターが、信託条項変更及び信託終了に関する権限を有すること⁽⁷⁴⁾。(f) マスターが、受託者を呼んで説明を求める権限を有すること⁽⁷⁵⁾。(g) 裁判所及びマスターは受託者を解任する権限を有すること⁽⁷⁶⁾。

スコットランド法では、少なくとも私益信託に関しては、政府による監督は南アフリカよりもかなり緩やかである。信託を登録する義務はないし、受託者は行為の前に正式承認を得る必要はなく、また、選任の前提条件として担保の差入れを要求する、一般に適用される規定もない。南アフリカほど徹底した保護的手段は存在しないものの、スコットランドでも、受託者の職務の公共性という概念の意義が次第に評価されつつある。ジョージ・グレットンは次のように述べている⁽⁷⁹⁾。

「我々は、受託者に不満を抱く受益者が裁判所に対して交替を申立てればよいという事実を当然のものとして受け止めているので、その特殊性に気が付かな

(69) 下記 VI. 2 参照。

(70) 第 4 条 (1)

(71) 第 6 条 (1)

(72) 第 6 条 (2) 及び (3)

(73) 第 7 条。マスターについてしか言及されていないが、このことは、裁判所が有するコムン・ロー上の選任権を排除するものではない。

(74) 第 13 条

(75) 第 16 条

(76) 第 20 条

(77) 下記 VI. 2 参照。

(78) 受託者が特定のタイプに該当する場合、または特定の状況がある場合に適用される規定については、Judicial Factors Act 1849 (12 & 13 Vict., c. 51) ss. 2 and 27 (Act of Sederunt (Appointment of Judicial Factors and Rules of Court Amendment No 2) 1967 (SI 1967/487) による改正後の条文) 参照。また、N. M. L. Walker, *Judicial Factors* (1974), 66-7; Ross *et al.*, 本翻訳 (1) 注 12, §242; Bankruptcy (Scotland) Act 1985 (c. 66), ss. 2 (3), 24 (2) (b) and 69; Insolvency Act 1986 (c. 45), s. 390 (3); Insolvency Practitioners Regulations 1990 (SI 1990/439), Part III; *Glasgow, Ptrs* (1844) 7 D 178; *Milroy v Tawse* (1905) 12 SLT 777; J. McLaren, *Law of Wills and Succession* (1894), vol. II, para. 2106; Wilson & Duncan, *Trusts*, para. 21-10; *Ryrie v. Ryrie* (1839) 1 D 647; *Fraser, Ptr* (1837) 15 S 692, 1 March 1837 FC; *Miller, Ptr* (1854) 16 D 358 参照。

(79) Grettton, (2000) 49 *ICLQ* 618. 著者の希望により、「債務者」と「債権者」を入れ替えた。

い。例えば、債務者が気に入らない債権者が、裁判所にもっと良い債務者に替えてくれと頼むことができるかどうか想像してみしてほしい。これが信託である。オノレのいう、公共的職務の概念は重要なものである。信託とはすなわち、パトリモニーとさらに受託者の職務の公共性である」

法的考察においてあまり重視されていない側面の一つは、受託者の職務を引き受けた者の権利と義務には、これ以上は減らせない最低レベルがあるという点である。権利に関しては、スコットランド法では受託者のための一定の救済と補償が定められており、これは信託証書に明示の規定がある場合でも排除することはできないと解されている⁽⁸⁰⁾。南アフリカにはこれに直接相当する規定はない。スコットランド判例では、信託証書に責任制限条項が含まれていても厳格に解釈すべきだとされており、これにより、受託者の職務に関する問題点が間接的に解消されている⁽⁸¹⁾。南アフリカでは、受託者が法律で義務付けられる注意義務、勤勉さ及び専門能力を充たさず、信託条項に違反した場合に、受託者を免責し、あるいは受託者に対して補償するような信託条項は無効だという法規定がある⁽⁸²⁾。

VI. 両法域の具体的な相違点

1. 擬制信託及び復帰信託

論争はまだ決着がついたとはいえないが、スコットランド法でも、イングランド法にならって擬制信託と復帰信託の概念が認められているようである⁽⁸³⁾。

スコットランドの擬制信託がイングランドの擬制信託と同じ役割を担っているわけではないが、その適用場面は2つに限られているようである⁽⁸⁴⁾。一つ目の場面は、受託者としての地位にある者が、自己の利益のために (auctor in rem suam) ルールに違反したかどうかを問わず⁽⁸⁵⁾、個人的な利益を得た場合である。この場合には、受託者は原信託の受益者のためにその利益を保有するものとみなされ、擬制された信託の目的は原信託の目的と同一とされる⁽⁸⁶⁾。これがまったく新しいタイプの「擬制信託」なのか、それとも原信託の延長なのかという点は争い

(80) Trusts (Scotland) Act 1921 (11 & 12 Geo. 5. c. 58), ss. 31 and 32. もっとも、実際には、救済及び補償が可能かどうかの判断には、信託証書の文言が考慮される場合もある。

(81) Wilson & Duncan, *Trusts*, paras. 28-42-28-48.

(82) 信託財産規制法 (1988年法律第57号) 第9条(2) 参照。

(83) G. L. Gretton, 'Constructive Trusts', 1997 *Edinburgh LR* 281 and 408.

(84) 例えば、*Black v. Brown* 1982 SLT (Sh Ct) 50参照。

(85) *University of Aberdeen v. Magistrates of Aberdeen* (1876) 3 R 1087.

(86) *Cherry's Trs v. Patrick* 1911 2 SLT 313.

がある。昔の判例は後者の説であり、物上代位の側面として説明が可能だとされていた。⁽⁸⁷⁾さらに、二つ目の場面は、信託条項に違反して譲渡された信託財産を、譲受人が無償でまたは悪意で取得した場合である。ただし、この事例を直接扱ったスコットランド判例はないようで、裏付けとなる判例はすべてイングランドのものであるため、意見が分かれている。スコットランド法においては、この二つの場面に適切な救済方法が不当利得法の中から再発見される可能性もある。

復帰信託とは、当初からか信託設定後かを問わず、目的が達成されない場合に発生する。⁽⁸⁹⁾そもそも信託目的が全く宣言されない場合には、信託エステイトは設定者とその代理人のために復帰信託にて保有されるものとみなされる。⁽⁹⁰⁾信託設定後に目的が達成されなかった場合には、信託証書による別段の定めがない限り、または可及的近似原則等の法理の適用がない限り、信託財産は設定者とその代理人に「復帰」する。この二つの側面については、この他にも、原信託における最終的な法律上の受益者の特定という説明方法が可能かもしれない。ただし、この受益者の有する権利は、他の信託目的の特定や追求によって否定されやすい。⁽⁹¹⁾

南アフリカでは、次の3つが主な理由で、擬制信託や復帰信託の概念がない。⁽⁹²⁾一つ目は根本的な理由であり、信託の成立には設定者の意思が必要だということである。⁽⁹³⁾二つ目の理由は、受託者の職務を「公職に準ずる職務」として位置付ける以上、「擬制的な受託者という概念は成立しえない」というものである。⁽⁹⁴⁾三つ目は現実的な理由であり、擬制信託や復帰信託など必要がないということである。南アフリカ法では、この二つのタイプの信託が通常用いられる場面については、特に不当利得法など別の救済手段が利用可能である。例えば、信託の対象資産（または目的）が十分に明確に特定されていないために信託が成立しなかった場合には、信託が成立することはなく、適切な不当利得法による救済によって財

(87) *Tillibarden v. Graham* (1697) 4 BS 381.

(88) *Wilson & Duncan, Trusts*, paras. 6-69-6-81.

(89) *Wilson & Duncan, Trusts*, paras. 6-44-6-48.

(90) *Sutherland's Trs v. Sutherland's Tr* (1893) 20 R 925; *Edmond v. Lord Provost of Aberdeen* (1898) 1 F 154, 163 *per* Lord Young.

(91) *Estate Kemp v. McDonald's Trustee* 1914 CPD 1084; *Verseput v. De Gruchy* NO 1977 (4) SA 440 (W); *Montres Rolex SA v. Kleyhans* 1985 (1) SA 55 (C); *Kerbyn 178 v. Van den Heever* NO 2000 (4) SA 804 (W); Cameron, (1999) 3 *Edinburgh LR* 341; Honoré, *Trusts*, 128-36.

(92) Corbett, Hofmeyr and Kahn, 本翻訳 (1) 注18, 395-6; Honoré, *Trusts*, 118 ff.

(93) 下記 VI. 3 参照。

(94) Cameron, (1999) 3 *Edinburgh LR* 353-4.

(95) 例えば, Cameron, (1999) 3 *Edinburgh LR* 355-7 参照。

産の取り戻しを求めることができる。⁽⁹⁶⁾

2. 登記と公示

スコットランド法と南アフリカ法では、信託設定時の公示に関するルールが著しく異なっている。スコットランドでは、原則として登記義務がない。⁽⁹⁷⁾ただし、限定的な例外があり、それは、住宅金融組合 (building society) の出資金分配、⁽⁹⁸⁾教育目的での寄付、⁽⁹⁹⁾鉱物採掘許認可に伴う義務遵守の保証、⁽¹⁰⁰⁾金融サービス規制、⁽¹⁰¹⁾債権者のための一定の規制が付された信託証書、⁽¹⁰²⁾また、倒産の際に法律上成立する信託である。⁽¹⁰³⁾法は、数世紀もの間、信託と取引する第三者の立場の不利な立場を認識しており、⁽¹⁰⁴⁾第三者に対しては法による一定の保護が与えられる。⁽¹⁰⁵⁾しかし、公示手段がないことは、もっと大きな問題を引き起こすものになっており、特に、公衆が信託証書の内容を原則として閲覧できないことが問題である。信託の受益者が誰であるか把握できないことも多い。信託が悪用されやすいのは明らかである。

南アフリカの考え方はこれとは好対照をなしている。信託財産規制法の規定に

(96) Honoré, *Trusts*, 128-36参照。

(97) 上記 IV. 1参照。

(98) Building Societies Act 1986 (c. 53), ss. 102B-102D (Building Societies (Distribution) Act 1997 (c. 41), s. 1により追加)

(99) Education (Scotland) Act 1980 (c. 44), ss. 104 and 122 (1) (Education (Scotland) Act 1981 (c. 58), s. 15, sched. 6, para 3 (a)); Register of Educational Endowments (Prescription of Information) (Scotland) Order 1981 (SI 1981/1564); R. Marr, 'Education,' in *Stair Memorial Encyclopaedia*, vol. 8 (1992), §837.

(100) Coal Industry Act 1994 (c. 21), s. 29 (1) (a) and 35 (1) (f); R. Rennie, *Minerals and the Law of Scotland* (2001), para. 3. 18.

(101) 規制制度の中には、所定の規制機関に対する届出を条件に規制の適用を軽減することで、情報開示を奨励するものもある。例えば、The Financial Services Act 1986 (Single Property Schemes) (Exemption) Regulations 1989 (SI 1989/28), reg. 3 (1) (a), (2) (a).

(102) Bankruptcy (Scotland) Act 1985 (c. 66), sched. 5, para. 5 (1) (b), (c), (e); McKenzie Skene, (n. 174), 378. 信託証書が存在するという事実は、倒産登記簿 (Register of Insolvencies) (Bankruptcy (Scotland) Act 1985 (c. 66), S. 1A (1) (b) (ii)) に記載される。また、土地取引一時停止・破産登記簿 (Register of Inhibitions and Adjudications) (同法 sched. 5, para. 2) に記載される場合もある。Gretton & Reid, *Conveyancing*, para. 29. 04 も参照。

(103) Bankruptcy (Scotland) Act 1985 (c. 66), s. 14; Gretton & Reid, *Conveyancing*, para. 29. 03

(104) *Anent Trusts and Back-bonds* (1677) 3 BS 185.

(105) Trusts (Scotland) Act 1961 (c. 57), s. 2.

よれば、受託者が信託財産の管理を引き受ける場合には、事前に高等裁判所のマスターに対し信託証書を提出しなければならない。⁽¹⁰⁶⁾ 信託証書を変更した場合にも、受託者は変更後の信託証書をマスターに提出しなければならない。⁽¹⁰⁷⁾ マスターは、受託者、受託者の保証人または代理人、その他書類を閲覧する十分な利益を有すると判断する者から、書面による申請と所定の手数料の納付があった場合には、その管理下にある信託財産関係書類の認証付き謄本を交付しなければならない。⁽¹⁰⁸⁾ これらの規定の適用対象は同法に定義された「信託」に限られ、⁽¹⁰⁹⁾ 口頭で設定された⁽¹¹⁰⁾ 信託や「広義の」⁽¹¹¹⁾ 信託は除外されるが、それでも、信託登記制度によって高い公示性が確保されるのは間違いない。もっとも、ここで注意しなければならないのは、登記は信託の成立要件ではなく、また、登記しなくても罰則はないという点である。とすると、信託を登記しない⁽¹¹²⁾ とどのような効果が生じるのだろうか。受託者はマスターから所定の承認を得ておらず、そのため法律行為は当初から無効とされ、追認もできないという結果になるのは明らかである。また、所定の承認を得ていない受託者は、信託違反を理由として訴訟提起された場合に、当事者適格 (locus standi) が⁽¹¹³⁾ ないとの主張が封じられる。⁽¹¹⁴⁾

VII. 結語

本章〔本稿〕で行った比較法的考察により、少なくとも一つの結論が明らかになったであろう。すなわち、スコットランドと南アフリカはいずれも洗練された信託制度を有しており、しかも適切に機能しているという点である。このことは、特に、信託の普通の機能を果たすだけでなく、受託者が倒産し又は信託違反の場合でも受益者を保護する⁽¹¹⁵⁾ ような仕組みになっていることを意味する。

(106) 1988年法律第57号第4条(1)。上記V.4も参照。

(107) 第4条(2)

(108) 第18条

(109) 第1条

(110) *Deedat v. The Master* 1995 (2) SA 377 (A).

(111) *Conze v. Masterbond Participation Trust Managers (Pty) Ltd* 1996 (3) SA 786 (C), 793-4.

(112) 第6条(2)

(113) *Simplex (Pty) Ltd v. Van der Merwe* 1996 (1) SA 111 (W); *Van der Merwe v. Van der Merwe* 2000 (2) SA 519 (C). 追認に関する別の説については、*Kropman v. Nysschen* 1999 (2) SA 567 (T) 参照。

(114) *Watt v. Sea Plant Products Bpk* [1998] 4 All SA 86 (C)

(115) *De Waal*, (2001) 12 Stellenbosch LR 84も参照。

さらに、本章〔本稿〕では、スコットランドと南アフリカの制度が非常に類似していることを説明した。これらはさまざまな点において非常に興味深いものである。第一に、信託に関しては、スコットランドと南アフリカは他の私法分野とは異なり、ユス・コムーネ (ius commune) を基盤として共通の発展を遂げたわけではないという点。第二に、両制度は比較的最近までほとんど交流がなかったという点。第三に、スコットランド法と南アフリカ法の歴史は全く異なるという点である⁽¹¹⁶⁾。例えば、スコットランド法は、外国の法制度をあまり取り入れることなく、主にスコットランド固有の法の範囲内で、長い時間をかけ、緩やかなスピードで自然な進化を遂げてきた。イングランド法の影響が取り入れられたのは、信託が固有の制度として確立された後である。これに対して南アフリカでは、まずイングランド信託を取り入れたものの、その後それは全く別のものに進化していった。

両制度に対する共通のアプローチは、少なくとも大陸法に立脚する制度であるという点である。南アフリカでは大陸法系制度が直接導入された。すなわち、後継ぎ遺贈 (fideicommissum) と、第三者のための契約 (stipulation alteri) がそれぞれ遺言信託と生前信託を導入するための受け皿となったのである。これに対して、スコットランドでは、大陸法の制度の活用は間接的で迂遠であり、大陸法系制度と結びつけるのは困難である。もっとも、後継ぎ遺贈、寄託 (depositum)、委任 (mandatum) はスコットランド信託に影響を及ぼした形跡がある。

スコットランドと南アフリカの歴史をみると、スコットランド法のほうが南アフリカ法よりもイングランドの影響を色濃く受けており、これは矛盾しているようにも見える。しかし、これらの相違点は非常に表面的なものにすぎず、具体的な詳細を無視すれば、主な違いはスコットランドで擬制信託と復帰信託が認められている点等である。また、受託者の職務が公共的性質を有するという考え方 (信託の登記・公示も含め) も、スコットランドやイングランドと比べて南アフリカのほうが積極的に発展してきた。

スコットランド及び南アフリカの信託と、イングランドの信託の違いを誇張してはならない。信託に関する多くの論点の取り扱いには、方法論や理論構成の詳細を捨象すれば、目立った共通点がみられる⁽¹¹⁷⁾。数多くの例から幾つか挙げると、信託の一般的成立要件、受託者の権限・職務範囲の決定における信託証書的重要性、信託制度の受容性と柔軟性、慈善信託 (公益信託) の場合における可及的近似原則の適用、そして信託の終了方法である。要するに、コモン・ロー上の

(116) De Waal, (2001) 12 Stellenbosch LR 81-2も参照。

(117) De Waal, (2000) 117 SALJ 570

権原とエクイティ上の権原を分けるイングランドの二重構成にとらわれ、別の法体系に対する比較法的視点が歪められるようなことがあってはならない。ラッデンも述べているように、このイングランドの二重構成は歴史的背景にすぎず、信託の合理的な説明ではない。⁽¹¹⁸⁾ 信託の数多くの論点に創造的でプラグマティックなアプローチをもって取り組んでいるスコットランド法と南アフリカ法は、このことを非常に良く立証している。

【訳者あとがき】

本稿は、*Reinhard Zimmermann, Daniel Visser and Kenneth Reid, Mixed Legal Systems in Comparative Perspectives* (Oxford University Press, 2004) に収録された、*M. J. De Waal and R. R. M. Paisley, Trusts* を日本語に翻訳したものである。本翻訳の公刊を快諾頂いた、原著書の関係者に感謝申し上げる。原題は、上記論文集の一部分であるため単に「Trusts」となっていたが、原論文の主旨を反映すべく、翻訳である本稿のタイトルは『スコットランド・南アフリカにおける信託』とした。

本稿にも述べられているように、スコットランドと南アフリカは、その歴史的経緯から、独特な混合法域 (mixed legal system) として比較法研究者の注目を集めている法域であり、両法域における信託の導入とその法的構成は、混合法域としての特色をまさに体現したものといえる。

原論文の筆者であるスコットランド・アバディーン大学の Roderick Paisley (ロードリック・バイズリー) 教授は、スコットランドにおける Commercial Civil Law の代表的な研究者であり、スコットランド信託法の解説書 *Law Basics-trusts* (W. Green/Sweet&Maxwell, 1999) を公刊している。また、同法の詳細なケースブックである *James Chalmers, Trusts-Cases and Materials* (W. Green/Sweet&Maxwell, 2002) の実質的な監修者でもある。

また、南アフリカ・ステレンボッシュ大学の Mauris De Waal (マウリス・デヴァール) 教授は、南アフリカにおける Property Law の代表的な研究者であり、南アフリカ信託法の代表的な体系書 *Honoré's South African Law of Trusts* by Cameron, De Waal, Wunsh, Solomon and Kahn (5th Ed., Juta&Co. Ltd, 2002) の共著者である。

本翻訳が、スコットランド・南アフリカの信託および混合法域に関する研究に資することになれば幸いである。[渡辺 記]

(118) B. Rudden, 'Things as Things and Things as Wealth', (1994) 14 *Oxford Journal of Legal Studies* 81, 89. また、De Waal, (2000) 117 *SALJ* 570も参照。