

南アフリカにおける信託
(Du Toit 教授との対話)

Francois du Toit (Western Cape 大学教授)
渡 辺 宏 之 (早稲田大学教授)

【はじめに】

本稿は、Western Cape 大学の Francois du Toit 教授との、南アフリカの信託法に関する質疑の記録である。会談は、2011年3月、Du Toit 教授がオランダで在外研究期間中に、Groningen 大学で行われ、Du Toit 教授がパワーポイントを元に南アフリカ信託法の概要について説明を行い、その説明を前提に質疑を行っている。本稿は、英語で行われた会談の記録を、渡辺の監修により日本語に翻訳したものである。南アフリカは、英国におけるスコットランドと同じく、特異に発展した混合法域 (mixed legal system) のひとつであり、欧州等の研究者による比較法研究において、非常に注目されている法域である。信託の受容と発展はまさに、南アフリカにおける混合法域の特色を体現したものといえよう。比較法的な観点から信託制度に関心を有する読者にとって、本稿が興味深いものであることを期待している。なお、本稿の元となった Du Toit 教授との英語による会談の記録は、「季刊 企業と法創造」33号 (早稲田大学《企業法制と法創造》総合研究所、2012年) に掲載を予定している。英語版も併せてぜひご参照頂ければ幸いである。(渡辺 記)。

渡辺：デュトワ教授。本日は再会の機会を持って非常にうれしく思います。先生と私は昨年 (2010年) 9月にモントリオールで開催されたシンポジウムで一緒しました。今回は先生がオランダで在外研究されておられるとのご連絡を頂き、私もその間に欧州出張の機会がありましたので、先生のお話をぜひ伺いすべ

(1) Conference on *The Worlds of the Trust / La fiducie dans tous ses États*, Quebec Research Centre of Private and Comparative Law, McGill University, September 23-25 2010.

く、Groningen を訪ねて参りました。

デュトワ：こちらこそ。先生にまたお目に掛かれて非常にうれしいです。モントリオールでのシンポジウムのことを色々思い出しました。良い思い出です。

先日、アムステルダム付近にあるユトレヒトで、南アフリカの信託に関する報告を行いました。このときの報告内容がお役に立つと思います。ユトレヒトでの報告では、南アフリカの混合的な法制度 (mixed legal system) における信託について、概説的な解説をしました。まず、このパワーポイントの資料⁽²⁾に基づいてご説明しましょう。

私は、最初に必ず歴史的背景を手短に説明することにしていきます。南アフリカの信託を理解するには、まず南アフリカの歴史を少々理解する必要がありますから。それから、渡辺先生から昨日 E メールで信託の法律上の定義についてご質問を頂きましたね。信託財産規制法 (Trust Property Control Act) では、信託がどのように定義されているか。また、先日の報告の際に、「南アフリカの信託は、真の意味での『トラスト』か、それともいわゆる『信託類似制度』なのか」という重要な質問がありました。

ところで、オランダ人の学生に、「南アフリカと言えばまず何を思い浮かべるか」と質問してみました。もちろん、昨年 (2010年) のサッカーワールドカップという答えが返ってきました。オランダはスペインに決勝戦で負けてしまったので、この話題を嫌がります。結局スペインチームが優勝してしまいました。学生にとっては、南アフリカと言えばワールドカップ。それからネルソン・マンデラ。南アフリカを代表する有名人物です。次に、私の故郷であるケープタウンのスライドを入れておきました。とても美しい町です。いつも友達をケープタウンに招待しています。先生も機会があれば、本当に訪れる価値がありますよ。

さて、南アフリカの歴史を手短にご説明しましょう。これは、南アフリカではとても有名な絵です [パワーポイント資料 7]。1652年に、オランダ人がケープタウンに初めてやってきた時の様子を描いたものです。これはヤン・ファン・リーベックという人です。リーベックたちは、ケープタウンに来て、ヨーロッパから喜望峰を回って東へ行く船のための補給基地を作りました。1652年のことです。オランダ人がもたらした法体系は、ローマン・ダッチ法でした。1652年に入植者が持ち込んだのです。ローマン・ダッチ法は、今でも南アフリカの一般法 (common law) です。1652年以来、南アフリカの一般法はローマン・ダッチ法を

(2) “The Trust in South Africa's Mixed Legal System”. 本稿末尾にパワーポイント資料として掲載した。

受け継いでいます。

渡辺：（パワーポイント資料7に記載されている） VOCとは、会社ですか？

デュトワ：そうです。オランダ東インド会社のことです。オランダ語では Ver-einigdee Oost-Indische Compagnie ですから、VOC と書きました。オランダ人にとっては VOC のほうが分かりやすいですが、オランダ東インド会社のことです。これは、ヤン・ファン・リーベックとオランダ人たちが、1652年に初めて先住民と出会った場面を描いたものです。それから植民地が建設されました。さっきもご説明したように、入植者が持ち込んだ法体系がローマン・ダッチ法だったわけです。

オランダによるケープ植民地の支配は、約150年間続きました。その後、1806年にイギリスがケープ植民地を占領して、ブラーウベルグの戦いが起こりました。このビーチは「ブルーバーク」とか「ブルーマウンテン」ビーチと呼ばれています〔パワーポイント資料8〕。このビーチで戦闘が繰り広げられました。1806年にはイギリス人が……ほら、イギリス人がたくさんいて、守備側のオランダ人は少ないでしょう。イギリス軍があまりに多勢で守りきれなかったのです。その結果、イギリスがケープ植民地を征服しました。その後、イギリス人とオランダ人との話し合いにより、ローマン・ダッチ法を引き続きケープ植民地の一般法とすることになりました。ローマン・ダッチ法は維持されましたが、ケープ植民地が英国の手に渡った以上、イングランド法の影響を色濃く受けるのはやむを得ませんでした。このため、ローマン・ダッチ法は一般法として残りましたが、ケープ植民地はイングランド法の影響を強く受け、イングランドの法制度が数多く導入されました。そのうちの 하나가信託です。オランダには信託の概念がありませんでした。信託は、今でもオランダ人にとっては馴染みのない概念です。オランダ人は信託を知りません。でも、イギリス人入植者は「うちの国には長年の信託の伝統があるから、これからも使えばいい」と言ったわけです。このような理由で、南アフリカの法体系はローマン・ダッチ法とイギリス法の影響を受け継いでおり、混合法域 (mixed legal system) だと言われているのです。つまり、南アフリカはスコットランドによく似ていて、混合法域です。それから、先生とご一緒した国際シンポジウムが開催されたカナダのケベック州も混合法域です。南アフリカも混合法域です。ローマン・ダッチ法とイギリス法の影響を受けています。南アフリカの一般法は、今でもローマン・ダッチ法ですが、1806年のイギリスによる二度目の征服以降は、イギリス法の影響が強く反映されました。信託が南アフリカ法に導入されたのはこのような背景によります。イギリス人がケープ

植民地を占領し、オランダ人から奪った後もずっと使い続けたからです。イギリス人が信託を使っていたため、裁判所では信託を取り扱いました。しかし我が国にとっては完全に異質な概念でした。ローマン・ダッチ法には信託の概念がありませんでした。そこで裁判所は「信託の概念が導入され、実際に存在するのは間違いない。しかも広く利用されている。でもローマン・ダッチ法には信託がない。信託をローマン・ダッチ法に受容するには、信託をローマン・ダッチ法に近い形で説明する必要がある」と考えました。そこで考え出したのが、後に「信託のローマ法的再構成」として知られるものです。つまり、裁判官らは信託を受容可能なものとするために、「ローマン・ダッチ法上のよく似た概念を使って把握すべきだ」と考えたのです。Estate Kempt 対 McDonald's Trustee 事件判決というのがあります。これは、1915年の判決で、1806年に信託が入ってきてからわずか100年後です。「AD」とは、Appellate Division (上告部)を指します。南アフリカでは最高審級の裁判所です。裁判所は、その事件における遺言（この事件は遺言信託に関するものでした）は fideicommissum（後継ぎ遺贈）にあたり、「受託者」(trustee) は南アフリカ法にいう受託者 (fiduciary) であると認定しました。fideicommissum は、例えば、遺言者が「私は農場を息子に継がせる。息子が死亡したら、その息子に継がせる」と指定することです。第一受遺者である息子と、第二受遺者である孫がいます。これが fideicommissum で、ローマ法にもともとある制度です。ローマン・ダッチ法でもよく知られています。そこで裁判所は、「信託をローマン・ダッチ法に引き直して説明するならば、信託とは fideicommissum みたいなもので、受託者は受託者である」と考えたのです。これは、一般法であるローマン・ダッチ法体系に対応させるための説明方法に過ぎないと思います。しかし、fideicommissum の起源はローマ法で、信託の起源はイングランド法ですから、これはとても難しい作業です。この二つの効果は全く違います。裁判所がなぜ、信託を南アフリカで受容するためこのような考え方をとったのかは、だいたい理解できます。でも、あまり適切な考え方とはいえません。fideicommissum はローマ法あるいはローマン・ダッチ法、信託はイングランド法を起源としており、この二つは違う法体系からきています。その効果も違います。でも、裁判所は「信託の説明にはこの方法を使おう」と決めたのです。

fideicommissum と信託の比較がこれです [パワーポイント資料11]。テストにも出る問題です。まず、後継ぎ遺贈とは、「私は息子 A に農場を継がせることとする。息子 A は受託者である。A が死亡したら、この農場は孫の B に継がせる。B は受贈者 (fideicommissarius) となる」というものです。それから、信託とは「私はこの財産を受託者に委ねる。利益は受益者に帰属させる」というものです。この二つは、とてもよく似ているように見えます。この二つの制度を表面

だけ観察すれば、裁判所がこの考え方をとった理由はだいたい想像がつきます。でも、先ほども申し上げたように、有効な説明ではありません。このため、1984年に Blaun 対 Blann and Botha 事件という非常に有名な上告部判決が出て、「信託を fideicommissum として捉え、受託者を受認者と同じものとするのは、歴史的にも、法的にも誤りである……（この考え方は不適切で矛盾している。）……技術面から厳密にみれば、信託とは独自の (sui generis) 法的制度である」とされました。

つまり、裁判所が、このように fideicommissum と信託とを同列とみなすのは間違いだと宣言したわけです。別々の法体系からきているわけですから、適用の効果が違います。そうすると、信託は完全に「独自の」制度だということです。fideicommissum などと一緒にすべきではありません。それで、私は「合理性が勝つ (Sanity prevailed.)」と表現しました。両者を同列に考えるのは誤りでしたが、裁判所がこの考え方をとったのは無理ありません。しかし、信託と fideicommissum を同視するのは無理でした。似ているようですが、歴史的背景と適用効果は違います。この二つは別物です。Blaun 対 Blann and Botha 事件では、この二つは異質なもので、信託は一種独特の制度であると判示されました。

南アフリカでは信託法の基本原理を形成するのは実際には立法府ではなく裁判所です。裁判所は、1984年の判決で、「南アフリカの裁判所は、信託の概念を自国の法原理に合うように改造し、独自の信託法を発展させてきた」「南アフリカにも信託があるが、一種の異質な制度である。信託は我が国では長年にわたり利用されてきている。我が国の信託法を具現化するのはまず裁判所であり、次に立法府である」と述べました。1984年のことです。この判決が下されたのはおよそ30年前で、この判決に続いて、裁判所と立法府によって信託法がめざましく進化しました。

制定法に関して言えば、先生もご存じの通り、範囲は非常に限定的なものです。1988年信託財産規制法 (*Trust Property Control Act 57 of 1988*) という最新の制定法があります。信託について定めた法律です。この法律は重要です。この法律の趣旨は、南アフリカの信託法を包括的に成文化することではありません。つまり、南アフリカ信託のすべての側面を規律しようとする制定法ではないのです。それはこの法律の趣旨ではありません。

この法律自体はかなり短いものです。条文は全部でわずか27条です。とても量が少ないです。南アフリカの信託法の完全な成文化を目指したものではありません。受託者の職務に対する公的規制をいくつか取り扱っているだけです。受託者の権能のうち一定の側面に適用されます。これが最新の法律ですが、1988年に制定されたのでやや古いです。1984年の Braun 判決のすぐ後に制定されました。

20年間も経っているので、やや時代にそぐわない感じがします。法改正が必要です。でも、制定当時の目的は公的規制だったわけです。受託者の権能のうち一定の側面に関しては、公的規制が必要でした。

これが定義規定です。信託財産規制法の第1条です。この法の適用上、南アフリカの信託概念はこんな風に定義されています。「信託とは、……ある者が有する財産所有権……」これがキーポイントです。ある人が有する財産所有権の取り扱いが書かれています。それから、誰がどのように信託の設定者すなわち委託者となるかが書いてあります。「信託証書の効力によって」です。南アフリカ法上の信託証書は、遺言でも契約でも大丈夫です。先生と私が契約により信託を設定できます。信託設定者すなわち委託者の財産の所有権は、「信託証書の効力によって、譲渡又は遺贈される」のです。南アフリカでは二つの方法があります。まず一つ目は、所有権を他人である受託者に移す方法です。この場合には受託者がその財産の所有者となります。つまり、信託財産の所有権の全部又は一部が受託者に帰属しますが、受託者は信託証書の規定に従い、信託証書で指定された人又は集団（もちろん受益者のことですが）の利益のために、あるいは信託証書で決められた目的達成のために、その管理・処分を行います。これが第一の方法です。設定者が信託を設定します。設定者は財産の所有権を受託者に移転し、受託者が所有者となります。でも、受託者は自己の利益のためではなく、信託の受益者の利益のために所有するのです。次に第二の方法ですが、所有権が受益者に移ります。受益者は、信託証書で指定された財産の所有者となります。しかし、財産は受託者の管理下におかれ、信託証書の規定に従い、または一定の目的達成のために管理・処分されます。二つ目の方法では、設定者すなわち委託者は信託財産の所有権を受託者ではなく受益者に移転します。財産の所有権は受益者に移転しますが、管理支配権は受託者が有します。

渡辺：今最後に説明されたものが、いわゆる“bewind”ですか？

デュトワ：はい。二つ目の方法が、私たちが bewind と呼んでいるものです。最初の方法は受託者が所有者となり、ownership trust（通常信託）と呼ばれます。二つ目はオランダ法の制度とほぼ対応しており、bewind と呼ばれています。遺言型の bewind は、受益者が所有する財産を単に管理するだけです。

二つの方法があります。一つ目は、財産の所有権を受託者に移転させる方法です。ただし、受託者はその財産を自己ではなく受益者の利益のために管理することになるので、実質的な所有権ではありません。二つ目の方法は、所有権は受益者に移転し、受託者には管理支配権を持たせる方法です。bewind 型信託と、通

常信託です。南アフリカでは、実際は、前者の方法すなわち通常信託の方が圧倒的に多く利用されています。信託実務では、bewind 型信託はほとんど使われることはありません。通常信託の方が圧倒的に普及しています。それには現実的な理由があると思います。特に、信託専門業者（professional trustee）といわれる業者が存在するためです。つまり、信託運用を専門とする会社です。このような業者は、資産運用を効率的に行うため、所有者となることを希望します。所有権が受益者に移転され、自分が単なる管理人にとどまるのでは不都合だと考えています。ベストな方法で財産運用を行うため所有権を要求します。このような理由で、通常信託が bewind 型信託よりも圧倒的に多く利用されているのだと思います。信託専門業者に相談に行くと、必ず、bewind 型信託ではなく、通常信託で行きましょうとアドバイスされます。bewind は信託の一種とされていますが、実際にはあまり活用されていません。南アフリカで一般に利用されているのは、通常信託です。

渡辺： bewind は代理の一種ということになるのでしょうか？

デュトワ： もちろん、代理とはある程度共通しています。ただし、判例では、bewind のケースでも、受託者は受益者の代理人ではないと非常にはっきりと述べられています。代理と似ているかもしれませんが、その適用態様は代理とは違います。受託者の権限は信託証書に基づくもので、本人としての受益者から与えられるものではないのです。代理と bewind の重要な違いはここにあると思います。代理の場合だと、私が渡辺先生を代理人とするなら私が本人となり、先生に対して、私を代理して行動する権限を与えます。しかし、受益者は受託者に対して、自分を代理して行動する権限を与えるわけではありません。受益者の権限は、契約か遺言によるものかを問わず、信託証書から生じます。このため、裁判所は何度も「確かに代理に類似しているが、受託者は受益者の代理人ではなく、また、信託設定者すなわち委託者の代理人でさえない」と判示しています。この、信託財産規制法第 1 条の定義を見てください。

次に、明らかに問題となるのは「南アフリカの信託が本来の意味での『トラスト』か」という点です。南アフリカの二つのタイプの信託は、イギリスやアメリカの「トラスト」と比較すると、本来の意味での「トラスト」なのか、それとも信託類似制度なのかです。この質問に答えるのはなかなか難しいと思います。この資料では、4つの特性を挙げておきました〔パワーポイント資料16〕。英米法でも混合法域でも、また、日本法の視点からでも、とにかく信託を研究する法律家であれば、すべての信託がこの4つの特性を備えていることで意見が一致する

でしょう。つまり、あるものを「信託」と呼ぶためには、少なくともこの4つの特性が必要です。この4つさえあれば良いというわけではありませんが。でも、英米法、大陸法、混合法域を問わず、信託を研究する法律家ならば、あるものを「信託」と名付けるためには少なくともこの4つの特性が必要だという点に賛同するでしょう。つまり、権利の二重性、受託者の受託者としての地位、受託者の職務の公共性 (trusteeship as office)、それから物上代位性 (real subrogation) です。それではこの4つの特性について、ざっと見てみましょう。

一つ目は、「権利の二重性」です。渡辺先生はイングランドのトラストをもちろんよくご存じですね。イングランドのトラストは、こんな風な考え方です。「受託者は、信託財産の所有者となる。受託者は信託財産のコモン・ロー上の権原を有する。これと同時に、受益者は信託財産に対するエクイティ上の権原を有する」コモン・ローとエクイティ、これがイングランドのトラストの基礎です。受託者も受益者も所有者です。ここで「所有権の分属」が生じます。信託財産は、二つの形式の所有権の対象となるのです。受託者はコモン・ロー上の所有権を有し、受益者はエクイティ上の所有権を有します。つまり、イングランド法のトラストにおける「権利の二重性」は、「所有権の分属」を意味します。イングランドのコモン・ロー上は、受託者が所有者です。衡平法上は、受益者が所有者です。このような考え方は、南アフリカやオランダをはじめ、大陸法の法律家にとっては全く異質なものです。南アフリカにはこのような概念はありません。所有権の分属という考え方はしません。所有権の形式は一つしか求められません。コモン・ロー上の所有権とエクイティ上の所有権などという概念はありません。このため、「さあ大変だ。この概念がないと信託を導入できない」という考える人も多いでしょう。この点については、南アフリカでは違った考え方をとっています。つまり、エステイト (estate) の二重性を認めています。これは、スコットランドではうまく機能している考え方ですよ。つまり言いたいのは、こういうことです。特に通常信託のスキームでは、まず受託者が財産の所有者となります。私が信託の受託者だとします。私はもちろん自分固有のエステイトすなわち財産・負債を持っていますね。これと同時に、信託財産の所有権を与えられているので、信託に属するエステイトも持っています。そうすると、事実上、同時に二つのエステイトがあることとなります。固有エステイトと、信託に属するエステイトです。もちろん、この二つのエステイトは、常に分別しておかなければなりません。このように、我が国では「所有権の分属」ではなく「エステイトの二重性」という構成を採ります。単純に、受託者が同時に二つの異なるエステイトを保有できると説明するわけです。たとえば、私は個人の資格においてエステイトを持っています。それから、これからご説明しますが、公的な資格において、

信託に属するエステイトも持っています。

信託財産規制法の第12条には、このことがはっきりと書いてあります。「信託財産は、受託者の固有エステイトの一部に組み入れてはならない。但し、受託者が当該信託から利益を受ける権利を有する場合はこの限りではない」とあります。法は、「受託者になったら、あなたは自分個人のエステイト（すなわち個人の資産・負債）と、信託のエステイト（すなわち信託に帰属する資産・負債）とは区別しなければなりませんよ」とはっきりと言っているのです。私が個人の資格において債務超過となり、私の固有エステイトも債務超過となったとします。この場合には、私の一般債権者の引当てとなるのは固有エステイトだけです。信託のエステイトは別のエステイトなのでこれに手をつけることはできません。これとは逆に、信託のエステイトが債務超過になった場合、すなわち信託エステイトに属する負債が資産を上回ってしまった場合には、信託債権者が追及できるのはこのエステイトだけです。私の固有エステイトをもって弁済するよう求めることはできないのです。エステイトの分離です。我が国ではこのような構成をとり、とてもうまく機能しています。南アフリカ法では、受益者が実質的な所有者となるイングランド法とは異なり、受益者が有するのは債権の権利（*ius in personam*）すなわち受託者に対する人的権利だけです。少なくとも通常信託のスキームでは、受益者は所有者ではありません。信託から生じる利益を受領する対人的権利しか持っていません。これは、効果の面から見れば、所有権の分属と同じです。つまり、我が国では、イングランドが所有権の分属による受益者保護と同程度のものを、エステイトの分離という構成によって達成することができます。

正直に申し上げますと、筋金入りの英米法トラストの法律研究家からは、それは全く違うものだという反論を受けるでしょう。本来の意味でのトラストには、所有権の分属が必要だと。厳密に考えるならば、南アフリカの信託にはこれがないので、本来の意味でのトラストではないと言わざるを得ないでしょう。とても厳密な考え方に従えば、ということですが、でも、同程度の受益者保護が達成できるのでから、所有権の分属構成でもエステイトの分離構成でも構わないと考えたいのです。エジンバラ大学のグレットン教授（George Gretton）もモンリオールでのシンポジウムにお見えでしたね。グレットン先生もこの説の強力な支持者です。「単純に、エステイトの分離という構成をとれば良い」とおっしゃっています。スコットランド法でもこの構成がとられています。

渡辺：スコットランドのパトリモニー（*patrimony*）理論のことですか。

デュトワ：その通りです。南アフリカでは、スコットランドのグレットン教授が

いろいろな機会に述べておられる説と全く同じ構成をとっています。財産の保護という点では、この構成によって所有権の分属構成によるものと同じ程度の保護が、南アフリカではエステイトの分離によって達成されています。

渡辺：そのような二つのエステイトの分離を裏付ける根拠としては、どのようなものがありますか？ 法律の規定だけですか？

デュトワ：法律の規定では「実際にはこのようにしなさい」と書いてあります。従って、この規定はエステイトの分離の法的根拠となります。つまり、法律は、「受託者になった人は、受託者個人のエステイトと信託のエステイトという、二つのエステイトを維持する義務を負います。信託財産は受託者のエステイトの一部とはなりません」と言っています。法的根拠は何かと聞かれれば、単純な答えは「信託財産規制法第12条」です。法第12条では、二つのエステイトについて明確に規定されています。でも、この第12条がなかったとしても、南アフリカ法にはこれを妨げるような規定は他にはありません。一般法では、二つの別のエステイトを同時に保有してはいけないというルールはありません。オランダでは、民法において、同時に二つのエステイトを保有してはならないという規定がありますから、問題が生じます。このため、オランダでは信託をめぐる論争の種になっています。民法にそのような規定があるため、エステイトの分離という構成をとることができません。南アフリカではそのような問題は生じません。この第12条では、エステイトを二つ持ってもよいと書いてありますね。これが法的根拠です。

さて、二つ目の特性ですが、受託者が有する受認者 (fiduciary) としての地位です。つまり受託者は信託の受益者とは信認関係にあるということです。受託者は、受益者に対して信認義務を負います。信認義務とは何かという問題に対しては、さまざまな視点があります。南アフリカ法では、信託財産規制法の第9条1項があり、こんなふうに定めています。「受託者は、その任務の遂行及び権限の行使にあたっては、他人の業務を管理する者に合理的に求められる程度の注意、勤勉さ及び専門的スキルをもって行動しなければならない」つまり、義務として課されているのです。例えば、渡辺先生が私の受託者で、これから先生に財産を信託譲渡するとします。先生は財産の所有者となりますが、例えば私の子供達の利益のために管理する義務を負います。私の受託者として任務を遂行し権限を行使する際には、注意深く、勤勉に、専門的スキルをもって行動しなければなりません。南アフリカ法では、これが信認義務の具体的内容だと考えている人もいます。きわめて注意深く、賢明に、スキルをもって、信託財産を管理しなければな

りません。注目すべきは、基準がとて厳しくなっていることです。「他人の業務を管理する者に合理的に求められる程度」です。つまり、自分の財産を管理するときよりも注意深く、賢明に、スキルをもって管理しなければならないのです。南アフリカ法では、受託者による信託の財産管理において求められる注意深さ、勤勉さ及び専門的スキルの程度は、受託者が自分の固有財産を管理する場合よりも高いのです。このため、南アフリカでは、受託者がこれを守らない場合、例えば故意・過失を問わず信託の管理ミスをした場合、受託者は信託の義務に反したとされます。一般的に、信託の義務違反とは、受託者が基準を守って管理をしないことをいいます。その結果、信託の受益者に損害が生じた場合には、受益者は受託者個人に対してその損害の賠償を求めることができます。このように、南アフリカの法では受託者が信託における受託者の地位を有するのは明らかです。これは、信託財産規制法において受託者に求められる慎重さ、勤勉さ及び専門的スキルの基準です。南アフリカ法においては、受託者が信託義務を負うのは明らかです。

ここまで、2つのポイントにチェックマークを入れました〔パワーポイント資料16〕。1つ目の「エステイトの分離」はもうチェックしましたね。それから、受託者としての地位もチェックしました。3つ目は、受託者の職務の公共性です。すでにご説明した通り、南アフリカでは受託者が公共性のある職務を有することは明らかです。南アフリカ法では、受託者として行動する者は、個人の資格において行動するのではなく、公的な資格において行動するのです。そうすると、受託者に対しては何らかの公的規制が必要となります。公的地位において行動するのであれば、その行動に対しては外部からの規制すなわち公的規制が必要となります。この場合の規制は、我が国の法では高等裁判所のマスター（Master、裁判官補佐）によって行われています。高等裁判所のマスターは裁判所職員で、裁判官ではありません。マスターはいろいろな役割を果たします。遺産相続の手續、破産手續、後見人の手續などで、そのうちの 하나가、管轄区域の受託者の活動を監督することです。南アフリカでは、各高等裁判所にマスターが配置されています。南アフリカには9つの州があり、中には複数の高等裁判所が設置されている州もあります。マスターは全部で12、3人いると思います。マスターの仕事は、その管轄区域の受託者の活動を監督することです。ケープタウン高等裁判所のマスターは西ケープ州を担当します。ケープ州の受託者はすべてこのマスターの監督下にあります。マスターに、公的規制のための介入権（powers of intervention）があります。すなわち、不適切な信託があると判断する場合には、介入権が認められています。マスターは、法律により、信託の管理を監督する一定の権限を有します。

一つの例ですが、ここに信託財産規制法第16条があるので見てください。ここに、マスターの職務内容が書いてあります。「受託者は、マスターから書面による要求があれば、マスターが納得のゆく程度に、かつ、マスターの要求事項に従って、信託財産の管理処分に関する説明をマスターに対して行わなければならない」つまり、受託者にとっては義務です。ここでいう説明とは、ある人がマスターに対して、受託者の地位において、自分が信託管理に関してこんなことをやりましたと説明することです。「また、マスターから書面による要求があれば、マスターに対して、信託財産の管理処分に関するすべての帳簿、記録、明細又は書面を提出しなければならない」これも義務です。つまり、マスターは受託者に対して「信託に関する明細と帳簿を全部見せなさい。調べる必要があります」と言えます。また、受託者に対して、信託財産の管理処分に関して聞かれた質問にはすべて、知っている限りにおいて正直にかつ誠実に答えるよう求めることもできます。受託者を呼びつけ、椅子に座らせて「さあ、直接説明してもらいます。これから質問をしますから、正直に誠実に答えてください」と言うことができます。

さらに、マスターは、必要と認めるときは、受託者による信託財産の管理処分について、自ら選任した監査人等の適切な者に調査を行わせることもできます。マスターがこの調査に納得しない場合には、自分で直接調査することもできます。監査人に、受託者の業務を調査させます。これも、私が介入権と呼んでいる権限の一例です。

例えば、マスターが公的規制権限を行使して受託者を呼びつけ「さあ、説明してもらいましょう。苦情の申立てを受けています。受益者の間で不満があるようです。どのような業務を行ったのか、説明してください」と言います。これは、明らかに受託者に対する公的規制の一端です。ここで一つの例しか挙げていませんが、法では他の例も挙げられています。でも、これがマスターの権限をよく説明している例だと思います。第16条です。

さて、公的規制もチェックしました。受託者は公的地位において行動することと、公的規制の主な担当者はマスターであることです。あとは物上代位性だけです。物上代位性は、一言で説明するとういうことです。受託者が信託財産を譲渡して新しい資産を購入した場合でも、その新しい資産は信託の一部に組み込まれます。これが物上代位です。南アフリカではこのような効果が認められています。つまり、ある物を新しい別の物と取り替えた場合でも、その新しい物は信託の一部となるのです。しかし、南アフリカで物上代位が認められるのは、適法な代位の場合、すなわち受託者が信託証書に定める権限の範囲内で行動した場合に限られます。新たに取得された資産が信託の一部とみなされるのは、適法な代位の場合だけです。代位が不適法である場合、すなわち、受託者がその権限の範

圏外で行動した場合には、多くの場合にはローマン・ダッチ法による救済手段が利用されます。イングランド法のように、擬制信託（constructive trust）、復帰信託（resulting trust）、追及（tracing）といったものはありません。不適法な代位の場合、すなわち受託者から第三者に対する信託財産の譲渡が違法な場合には、ローマン・ダッチ法による救済手段が適用されるのが普通です。

ところで、この場合に、信託の受益者の立場はどうなるでしょうか。擬制信託の概念はありませんし、転得者に対して価値の追跡をすることもできません。ローマン・ダッチ法による救済だけです。例えば、第三者が悪意で行動した場合（つまり違法な譲渡だと知っていた場合）には、その第三者に対して、「悪意の法理」（doctrine of notice）により資産の返還請求をすることができます。これがローマン・ダッチ法による通常の救済手段です。

渡辺：それは、不法行為に基づく救済のようなものですか？

デュトワ：不法行為法よりも、財産法上の救済に近いです。第三者である取得者が悪意ではなかった場合、すなわち違法な譲渡だと全く知らなかった場合には、受益者は受託者に対して責任追及しなければならないので、受託者に対して不法行為に基づく訴訟を提起し、違法な譲渡と発生した損害について損害賠償を求めましょう。その意味では、不法行為に基づく救済もあります。これが、我が国で通常利用されているローマン・ダッチ法的な救済手段です。イングランド法のように、擬制信託や追及といったややこしいメカニズムはありません。単純に、ローマン・ダッチ法的救済手段を使います。このため、物上代位性も問題なく認められています。

南アフリカの信託は、真正な信託だと結論付けたいと思います。イングランドのトラストとは法的構成が異なるのは確かです。しかし、単なる「信託類似制度」でもありません。この4つの特性のすべてにチェックマークを入れることができるからです。南アフリカの信託は、スコットランド信託と同様、これらの要件全てを充たしています。筋金入りのイングランド法学者からは「違う。これは本物の『トラスト』じゃない」と言われるでしょう。しかし、信託は世界中に拡がりつつあります。日本や中国をはじめ、世界のどこでも信託は導入されています。この制度をうまく機能させるための共通の土台が必要です。イギリスやアメリカの人が「私たちの『トラスト』だけが本物だ」と言うのを、あっさりと呼ぶわけにはいきません。それでは、この有益な制度を導入した意味がなくなります。そこで、ギブアンドテイクで、英米の人にこれも信託だと認めてもらい、法的構成の違いはあるにせよ、同じ土台で取り組めるようにすべきです。

渡辺：デュトワ先生のおっしゃる通りだと思います。少なくとも行為の効果という面からすれば、大陸法域においても、信託の法的な効果をほぼ完全に享受することが可能です。

デュトワ：その通りです。信託が国際的に広がっていることを考えると、他に方法があるとは思えません。信託は世界中で普及しつつあります。南アフリカにもあります。アジアにもあります。ヨーロッパにもあります。オランダ、ドイツ、ベルギーといった欧州大陸法諸国でも似たような制度があります。そのうち、英米と共通するが、本来の「トラスト」とは異なる概念を考える必要があるかもしれません。これも実質的には信託です。理論と合理性が勝って、このような共通の理解にたどりつけないと思います。そうでなければ、合理的とはいえません。英米が「違う。君の国の制度は『トラスト』ではないから、同じ扱いはできない」と言えば、そのような概念の導入が非合理的な結果となるおそれがあります。ですから、この南アフリカ信託制度が、その作用は別として、効果に関する限りは英米信託に相当するものだと考えたいです。ところで、いくつか検討したいことがあります。先生が興味を持たれる話かどうかはわかりませんが、信託に関して、我が国で最近問題となっている点です。

その一つ目は、共同行為に関するルールです。受託者が複数いる場合、信託財産は共有形態となります。つまり、複数の受託者で信託財産を共有します。その結果、何か行為をしようとする場合、例えば契約を締結する際には、受託者全員で行う必要があります。すなわち共同行為のルールです。共有者であれば、他の共有者全員と共同で行為しなければなりません。受託者が2、3人の場合ならまあ良いでしょうが、15人もいたらどうなりますか。全員の共同行為を要求するのはちょっと非現実的ですよ。でも、共同行為のルールがあります。どうしたらよいでしょうか。どうやったらこの問題を解決できるでしょうか。南アフリカの法では、いろいろな制度があります。でもこのルールがあるので、受託者が多いときはちょっと大変です。全員で行為しなければなりませんから。

二つ目は、とても興味深い問題点です。信託の核心的部分にかかわる問題です。南アフリカの上告部の判決によると、南アフリカ法の適用上、信託の本質的概念とは、信託財産を管理支配する受託者と利益を受ける受益者がいることです。そして、受託者の管理支配は必ず受益者の利益と区別しなければなりません。

しかし、この結果、私が信託を設定し、信託設定者すなわち委託者となった場合、私が同じ信託の受託者の一人となることも南アフリカ法では可能となります。自分で信託を設定し、受託者の一人となることも可能です。唯一の受託者と

なることはできませんが、複数受託者のうちの一人となることはできますし、受益者の一人となることもできます。これは可能です。

私が信託設定者で、同時に受託者の一人で、さらに受益者の一人だとします。すると、支配力の強い受託者となるのが普通です。私は父親で、受託者です。他の共同受託者は妻と子です。私が信託運用の実権を握ります。私は信託の最優先受益者でもあります。そうすると、支配管理と利益帰属が区別されないこととなります。私が実権のある受託者として信託を管理し、最優先受益者でもあると、一緒くたになってしまいます。このようなケースは、判例では信託の本質的概念に反するとされています。自己信託となるからです。私の分身です。これが南アフリカ法では非常に大きな問題となっています。

アメリカでは、このことで問題は全く生じません。ある人が、唯一の設定者、唯一の受託者そして唯一の受益者となるのも可能です。しかしこれは南アフリカ法の立場とは異なります。非常に難しい問題点です。特にいわゆる「家族信託」(family trust)、すなわち家族が他の家族のために設定する信託の場合には問題となります。典型的には、父親が信託を設定し、父親と母親が管理します。父親がボスの受託者で、受益者は父親、母親、子供達です。父親が支配力を握っており、誰に利益を与えるかは父親が決めますので、分別がされていません。

今お話したことは、南アフリカ信託が完璧なわけではないことを示すためです。確かに問題点はありますが、解決方法は備わっています。うまく機能する方法もあれば、そうでない方法もあります。信託は何でも解決できて、魔法のような完璧な制度と考えるべきではないことを示したかったのです。

私を取り上げたのは2点だけですが、信託の問題点は数多くあります。先生のご指摘の通りです。南アフリカ法における信託の主な問題点について、プレゼン資料よりももう少し広い視点を示せたならいいのですが。何かご質問はありますか。

渡辺：二つ目の問題点についてですが、会社法のルールについて触れられていましたが。

デュトワ：そうです、それも問題点です。判例では、今の二つの問題点の両方を取り扱っています。簡単な例をご説明します。信託証書で、4人の受託者が指定されているとしましょう。信託証書には、受託者が契約を締結する際には全員でしなければならないという規定があります。全員で行為しなければならないと書かれています。しかし、受託者のうちの3人は、残りの一人に権限を委任し、信託を代理して契約を締結させることができます。つまり、信託証書には、受託者の全員が一人に対して、信託を代理して契約を締結する権限を委任できると書いてあります。南

アフリカの法律では、その一人の受託者が信託を代理して契約を締結したあげく「他の受託者から必要な授權を得ていない。委任はなかった。だから契約は無効だ。私はこの契約に拘束されたくない」と言い出すケースがあります。実際に受託者がこのように申し立てた例があります。このような事態に対処するために、「Turquand ルール」を適用した判例があります。このルールをご存じでしょうか。Turquand ルールとは、実際には会社に適用されるイングランド法のルールです。会社の公開文書に内部管理手続が記載されている場合には、その文書は公開……すなわち誰でも見られる状態……であるから、第三者はその会社の公開文書を見て、その会社の担当者が自分と契約するための権限委任が必要かどうか確かめられます。そのことは会社の公開文書に書いてあります。しかし、第三者は、そのような権限委任が実際に行われたかどうかは知るすべがありません。どうやって知るといえるのでしょうか。第三者は、公開文書にそう書いてあるので授權が必要なのは知っています。しかし実際に授權されたのかどうかは分かりません。Turquand ルールとは、会社が、授權がなかったことを主張して第三者との契約を否定することを封じるルールです。つまり第三者保護のためのルールです。我が国の判決も「信託でも同様のことが当てはまる」と述べています。信託証書に、例えば 4 人の受託者がそのうちの一人に権限委任して第三者と契約を締結させることが可能だと書いてあれば、第三者はその信託証書を見て、授權が必要だと分かります。でも、授權が実際にあったかどうかはやはり分かりません。受託者が「実は私には権限がないのです」と言い出しても、その第三者は「自分の利益を守り、また、契約を信託に帰属させたいので Turquand ルールを援用します」と言うことができます。一部の判決では、第三者が受託者と契約したが、受託者が無権限だったと主張して契約を否定するような場合に、その第三者の利益を保護するためにこのような救済が利用されています。問題点は、信託証書は会社文書のような公開文書ではないという点です。南アフリカでは、これが問題です。すべての会社の一元的な会社登記簿はありますが、信託にはそれがありません。第三者が信託証書を見て受託者の出来ることと出来ないことを確認したくても、その書類を見られる集中管理機関は南アフリカにはありません。判例では Turquand ルールが利用されましたが、Turquand ルールを使えるのは書類の公衆閲覧が可能の場合に限るという批判があります。会社の文書はこの条件を充たしています。でも、南アフリカでは、信託証書についてはこのような制度はありません。このため、Turquand ルールの適用には問題があります。書類が公衆の閲覧に供されていなければ、このルールを適用できないからです。判例にも、このように問題点があります。ここに、3つ目として、Turquand ルールの問題点を加えることができます。最近では裁判所も「信託法の分野で、Tur-

quand ルールを使うのはやめるべきだ」と述べています。判決の中には、Turquand ルールを使っているものもありますが〔MAN Truck & Bus v. Victor 2001 (2) SA 562 (NC) and Vrystaat Mielies (Edms) Bpk. v. Nieuwoudt 2003 (2) SA 262 (O)〕、上告部の判決では「Turquand ルールが有効な構成であるとは考えられない」と述べられています。最終的に否定したわけではありませんが、「有効な構成であるとは考えられない」としています。ですから、信託証書は公衆閲覧の面で問題があり、少なくともこの点は解決すべきだと考えます。

これも、信託が完璧な制度ではないことのもう一つの例に過ぎません。信託には問題点があり、判例で解決方法が示されましたが、十分なものではありませんでした。裁判所も、最近では Turquand ルールの適用に疑問を示し始めています。このルールが適切な解決方法かどうかは私も疑問に思います。信託証書の一元的な登記簿と、それが閲覧できる集中管理機関を作るべきだと思います。南アフリカにはこれがありません。

この点が問題視される主な理由は、信託財産規制法に定めがないことです。法律には、一元的な登記簿を作れとは書いてありません。いつか法改正に向けた見直しが行われ、立法的に対応すべき問題点として取り上げられて、信託証書についても一元的な登記簿が作成されると良いのですが。信託は我が国では広く利用されており、普及している制度です。事業目的でも用いられますので、ほとんど会社と同じように利用されています。このため、会社の登記制度がある以上、いずれは信託登記制度を作るのが理にかなっていると思います。我が国も早く信託登記制度の導入に向けて取り組むことを希望します。

今日の私の説明が、先生にとって、少なくとも何かの収穫になれば幸いです。モントリオールのシンポジウムでの私の報告はわずか20分でした。この時間では、問題点を詳しく検討する時間がありません。今日先生にお会いして、問題点をもう少し詳しく説明できて良かったです。さらに何かご質問はありますか。お答えできるものなら、喜んでご説明いたします。

渡辺：それでは、南アフリカの信託の基本原則についてお伺いしたいと思います。デュトワ先生は先ほど、4つの基本原則を挙げていらっしゃいました。De Waal 教授の説 (Marius de Waal, 'The core elements of the trust: Aspects of the English, Scottish and South African trusts compared' 2000 South African Law Journal 548) に基づくものだと思いますが。

デュトワ：De Waal 教授は私の同僚で、南アフリカ信託のキーポイントとしてこの4つを挙げました。でも、その4つだけではありません。これは、私が書い

た南アフリカ信託に関する本です。⁽³⁾2007年に第2版が出版されました。内容は、南アフリカの信託法全般、法原理及び実務上の問題点です。

概念がわかる程度ですが、ここに、南アフリカ信託の本質的特徴をいくつか書いておきました。1.6です。8つ挙げておきました。例えば、信託に法人格がないこと。南アフリカでは、信託は法人ではありません。信託の設定者は、信託財産に対する支配権を受託者に渡さなければなりません。つまり、信託の設定者が、財産に対する支配権を守ろうとすることは許されません。設定者が支配権にこだわると、自己信託に関連する問題点が生じます。次に、二つの独立したエステイト、すなわちエステイトの二重性です。信託エステイトと受託者固有のエステイトです。機能面で分離されています。これが信託の本質的概念とされています。次に、受託者の職務が公共性を有すること、それから、受託者は受託者の地位を有すること。共同受託者は別段の定めがない限り全員で行為すべきこと。これは共同行為ルールです。それから、物上代位です。資料で挙げた4つの原則よりも多く盛り込みました。このように、基本原理はこの4つに限られるわけではありません。もっと広いカテゴリーの原理を探すこともできます。

渡辺：この本の存在をもっと早く知っていればよかったのですが。

デュトワ：そうですね。私の学生にも使わせています。概論的なことが書いてあるので、その点は有益だと思いますよ。まず、歴史について少々触れてあります。南アフリカ信託の起源などです。次に、南アフリカ法における信託の設定方法。いったん信託が設定された後に、信託証書を変更する方法。次に、信託の終了方法です。

次に、ここが興味深い章です。設定者つまり委託者の法的地位とは何か。受託者の法的地位とは何か。次に、受託者の任務と権限。任命されてから地位を失うまでが書かれています。これはとても面白い章です。次に、受益者の地位。受益者の有する権利とはどのようなものか等。次に、信託と税金の問題。私は税金の専門家ではありませんが、非常に基本的な問題点です。次に、南アフリカ法における信託に関連する実務上の問題点について説明しています。

2007年に第2版が出版されました。2013年か2014年には、次の改訂版を出してもう一度内容をアップデートしなければなりません。2007年からいろいろな出来事がありましたから。日本では簡単に手に入らないと思いますので、少なくとも

(3) François du Toit, *South African Trust Law-Principles and Practice* (Second Edition). Durban, LexisNexis, 2007.

南アフリカ信託法の基本情報にはなるでしょう。一方、こちらの本は、南アフリカ信託法に関する一番重要な本です。⁽⁴⁾

渡辺：両者の内容の、一番大きな違いは何でしょうか。

デュトワ：私の本の方がやや新しいです。でも、Honoré'sのほうはずっと範囲が広いです。本を並べると、こちらの方が厚いですね。そして、Honoré'sはとても良い本です。難しい英語で書かれており、学生には読むのが難しいですが、南アフリカ信託法に関する書物の中では一番重要です。でも、2002年版なので内容が少し古いです。何年もかけて第六版を作成中だと聞いています。De Waal教授です。私の博士課程の指導教授でした。とてもよく知っています。De Waal教授らは、長い時間かけて第六版を作っているところです。皆が出版を待ち望んでいます。でも、何かの作業に遅れが生じているようですね。内容を整理して完成させることができない状態です。でも、この本は本当に、南アフリカ信託法に関する一番重要な著作です。

渡辺：その本に対しては、理論上の批判はないのですか。

デュトワ：ありますよ。判例でこの本の学説が批判されたことがあります。ですから、批判はあります。理論と実務の両方のレベルで、批判のまったくない本だというわけではありません。でも、やはり南アフリカ信託法に関する最も重要な教科書であることに変わりはありません。Honor教授がこの本の原作者で、第四版まで共同執筆者となっています。教授はもう90代だと思います。第五版が出た頃には他の共同執筆者が加わっていました。このEdwin Cameronは、信託に関する有名な事件の判決（Land and Agricultural Bank of South Africa v. Parker）を下した判事です。信託法の分野ではとても有名な人です。現在では南アフリカ憲法裁判所の判事で、法曹界では最高の地位です。しかし、この本に異論の余地がないわけではありません。この本で示された見解のいくつかは、批判を受けています。でも、一般的には、南アフリカ信託法に関する最も優れた著作だといえます。

渡辺：質問を続けさせて頂きたいと思います。先ほどの先生のお話では、受託者

(4) Honoré's South African Law of Trusts by Cameron, De Waal, Wunsh, Solomon and Kahn.

の信認義務は受託者の職務の公共性から発生し、契約上の取り決めから生じるのではないということですが、そうだとすると、受託者の義務の根拠は何でしょうか。

デュトワ：とても良いご質問です。説明するのは難しいです。南アフリカ法では、受託者となることは即ち公的な地位において行動することを意味し、受託者は個人の資格で行動するのではないという見解をとっています。これを、受託者の職務の公共性（office）と言っています。南アフリカ法の見解は、受託者となった者、すなわちその職務についた者は直ちに信認義務を負うというものです。受託者となり、公共性ある職務についたという事実のみをもって、信認義務を負わされます。つまり、信認義務は、遺言、契約などによる信託証書から生じるのではなく、その職務自体から生じるということです。南アフリカ法のとる立場はこのようなものです。受託者の信認義務を発生させるという意味においては、受託者の職務はその性質上信認義務であると言えます。問題点をご説明しましょう。先生と私の契約によって設定された信託があるとします。先生が私の受託者です。受益者は私の妻です。

何年か後に、私は先生のもとを訪れ「契約条項を変更したい」と言います。南アフリカ法では、契約の両当事者の合意があれば変更は可能です。契約の当初当事者は先生と私ですから、契約条項を合意により変更することができます。これは単純な契約法の原則です。先生と私が合意によって契約を結べば、その後私たちは契約条項を合意によって変更することもできます。

私の変更提案が、受益者である妻にとって不利な場合には問題が生じます。妻がもたらえる利益を減らそうという提案だったとします。先生は私の受託者として、今まで説明してきたような信認義務を負います。勤勉さ、注意力、専門スキルです。ここで問題となるのは、先生と私が、妻に不利な信託契約変更案に同意した場合、妻は、先生が受益者である自分に対する信認義務に違反したとして、変更案の無効を主張できるかどうかです。ここが問題です。要するに、受益者である妻は、先生の負う信認義務を主張して、信託設定者である私との契約変更を阻止することができるのでしょうか。この問題点については判例が沢山あります。答えは「ノー」です。私の妻すなわち受益者は、先生の負う信認義務を根拠に、設定者である私との契約変更の合意を阻止することはできません。

これは、信認義務は契約から生じるのではないという単純な理由からです。信認義務は受託者の職務の公共性に伴うものです。契約変更の際に適用されるのは契約法の原則で、信認義務の法理ではありません。先生と私がこの変更に同意すれば、たとえ受益者にとって不利なものであっても、受益者は信認義務を持ち出

すことはできません。先生と受託者との間を規律するのは契約法だからです。信託義務は契約そのものとは関係がありません。信託義務は受託者の公的地位に伴うもので、信託の管理処分行為の基準となるものです。

受託者が守るべき基準とはどのようなものでしょうか。委託者と受託者との契約的取り決めとは関係がありません。信託義務が契約から発生するものではないというのは、このような理由によります。信託義務は受託者の公共的職務から生じるのです。契約法の面だけを考えると、信託義務は無関係です。私がいま説明した説例では、受益者が「受託者さん、それでは私に不利なので、同意しないで下さい。信託義務違反です」とは言えません。南アフリカ法では、信託契約は単なる契約上の取り決めであるから、契約法上認められるのならば変更は可能だとされています。信託義務が契約から（遺言信託であれば遺言から）生じるわけではない、私が言っているのはこれが理由です。受託者の職務の公共性に由来するのです。

渡辺：受益者も変更にも同意するならば、信託契約の変更は可能ということですか。

デュトワ：そうです。契約法上は、受益者が信託から生じる利益を受領すれば、受益者も変更にも同意することが求められます。私が渡辺先生を受託者に指名し、先生は信託を管理して受益者に一定の利益を与える義務を負うとします。南アフリカの契約法では、受託者が受益者に対して利益提供の申し出を行い、受益者がこの申し出を受諾すると、受益者はこの契約の当事者となります。先生と私が契約を変更するには、受益者の同意も必要となります。ですから、先生のおっしゃる通りです。

渡辺：南アフリカでは受託者の職務の公共性（office）が非常に重視されるようですが、例えば、南アフリカでは、証券化などの目的での信託的制度、つまり特定目的のヴィークル（SPV）としての信託が認められていますか。

デュトワ：信託を事業目的で利用することもできます。「事業信託」（business trust）と呼ばれています。独立した種類の信託ではなく、通常信託か bewind 型信託のうちのどちらかが使われます。主な目的は事業の実施です。委託者は、事業をするため「法人ではなく信託を使うことにしよう」と考えます。このような形態をとるには、実務上の理由があります。南アフリカで法人を設立するのはとてもお金がかかるのです。

信託の設定は、コストがとても安いです。手続も簡単です。このため、事業を

する人は「会社形態はやめておこう。信託を使おう」と考えるでしょう。このことは全く問題ありません。明らかに問題となるのは、事業信託の受託者がビジネスを考えると、一定のビジネスリスクが伴います。事業信託の受託者がいるとして、法第9条では「他人の業務を管理する者に合理的に求められる程度の注意、勤勉さをもって……」と書いてあります。事業信託の管理において不可避のビジネスリスクには、どのように対応したらよいのでしょうか。南アフリカ法では、まだ答えは出ていません。事業信託は単なる通常の信託で、事業目的で利用されています。

この場合にも受託者は信認義務を負います。受託者は信認的な地位にあります。注意深く、勤勉で、専門的スキルを有していなければなりません。しかし、受託者として行うビジネスにおいては、一定のビジネスリスクを取ることができません。例えば、損失のおそれのある株式投資、外国株式の購入などです。そうですね、とても興味深い質問です。この2つのバランスをどう取ればいいでしょうか。南アフリカ法ではまだ解決されていない問題です。

渡辺：資産流動化（securitization）などの一定のビジネス目的の信託では、受託者の仕事や責任は最小化されていることが普通ですね。

デュトワ：南アフリカでは、そのような信託もありうると思います。

渡辺：しかし、受託者の有する公共的職務の要素と矛盾するということはありませんか。

デュトワ：とても良いご質問です。矛盾する可能性があります。この点を争った判例は聞いたことがありませんが、受託者は、予定されている取引が受託者の職務の公共性と矛盾しないか、常に気をつけるべきです。

もちろん、受託者がそのことを事前に知ることができるかどうかは難しい問題点です。受託者への就任に同意した時点では、将来何が起こるか、どのような行動が求められるのかはわかりません。受託者は、「私は信認的な職務を引き受けたのであり、私のすることはすべて高度の注意力、勤勉さ、専門的スキルに関する厳しい基準で判定される」ということを常に自覚すべきだと考えています。また、そのようなケースでも、受託者に求められる仕事に矛盾があれば「できません」と断るべきでしょう。

渡辺：資産流動化では、受託者が定型的に求められる仕事は、非常に少ないのが

普通です。この場合の信託は、単なるヴィークルのようなものです。

デュトワ：ヴィークルみたいなものですか。そうですね、信託を単なるヴィークルとして使うことも可能だと思います。南アフリカ法では、いわゆる休眠信託（dormant trust）でさえも認められています。これは、初めは一定の信託財産があったが、何らかの理由ですべて譲渡されたか滅失してしまったものをいいます。信託の中に、何も財産が入っていない状態です。それでも信託は有効です。受託者も引き続き存在しますが、信託財産が何もないので実際には仕事がありません。将来信託に再び何かの財産が入ってくれば、受託者の義務と機能も復活します。南アフリカ法では、受託者に当面何も仕事がなくとも、信託を単なるヴィークルとして使うことが可能です。全く問題がありません。

渡辺：そのような信託でも、受託者は信認義務や忠実義務を負うのでしょうか。

デュトワ：ご指摘の点は非常に面白いです。信認義務の内容とは何でしょうか。イギリス人ならば、先生がおっしゃったような忠実義務だと言うでしょう。南アフリカでは、信認義務の概念について書かれたものは沢山ありますが、まだ答えは出ていません。

渡辺：南アフリカにおける受託者の信認義務には、注意義務（duty of care）も含まれているのですよね。

デュトワ：南アフリカの論者の中には、信認義務とは単なる注意義務だと主張している人もいます。単なる注意義務よりも、信認義務の方が広いと思うのですが。忠実さも、もちろんその一つです。それから、受託者個人と信託の利益相反を回避すること。独立した判断、つまり、受託者が二人いる場合、例えば先生と私が受託者だとします。私が先生に全て判断をお任せしてしまえば、先生とは独立別個に判断をしていないことになります。そうすると私は信認義務違反です。何もかも先生にお任せして、ただ傍観している。それでは独立した判断を下しているとはいえません。信認義務の要素は数多くあります。でも、そのような考え方は、多くの人が反対すると思います。単なる注意義務だとか、忠実義務だと言う人もいます。それほど単純ではありません。南アフリカ法では、信認義務とは何かという問いに対する確かな答えはまだ出ていません。信認義務をどのような意味ととらえるかは、人によって違います。信認義務の具体的な内容は何かというのは、とても興味深い問題です。

渡辺：ありがとうございます。ところで、平素は南アフリカでお仕事をされておられるデュトワ先生に、本日は在外研究先のオランダでお会いしたわけですが、今回ヨーロッパで研究をなされて、オランダ法のどのような点が印象深かったでしょうか。特に信託に関連しては。

デュトワ：オランダは成文法体系で、重要な法的ルールはすべて制定法に定められています。法律自体は、信託を認めていません。制定法で、信託のような制度が認められていないのであれば……これがオランダの問題点です。信託または信託類似制度を使いたければ、法律に定めなければなりません。それは難しい作業です。

欧州大陸法諸国はすべて成文法体系です。オランダ、ドイツ、ベルギー、イタリア、フランス。みなこの問題に直面しています。信託を導入したければ、まず法案を通さなければなりません。そこで意見の不一致が生じると思います。先ほどご説明しましたように、オランダ法では、エステイトの二重性を禁止する規定まであります。こちらの方が問題です。法律に規定がないのも問題ですが、法律で禁止されているとなると……こちらの方が深刻な問題です。オランダ法はすばらしいです。bewind があり、うまく機能しています。しかし、これは信託そのものではありません。

渡辺：オランダでは、多くの法律家や実務家が、信託を導入しようとしていると聞きましたが。

デュトワ：いずれ取り組むことになると思います。信託は世界的に広がっており、それは彼らの認識でもあります。いずれは信託の制度に直面し、何らかの行動が求められることが分かっています。でも、問題点は、オランダ民法でどのように受容するかです。他の大陸ヨーロッパ諸国の法律家にとっても同じ問題があります。

南アフリカは成文法系ではないため、そのような問題は生じません。すべきことや、してはいけないことを書いた法律はありません。信託に問題なく取り組むことができます。でもオランダではできません。法制化しなければならないからです。これが第一の問題点だと思います。その次は、導入後に、南アフリカのように独自の信託ルールを整備することです。時間も必要です。しかし、少なくとも……これは私が常に伝えているメッセージですが、いつかオランダの法制度に信託を導入できるようになったら、有効な信託制度を整備するうえで、南アフリカ法などが参考になると思います。でもオランダではまず法制化の問題があり、

これを解決しなければなりません。これはとても難しい作業だと思います。法改正は、大きな困難を伴うのではないのでしょうか。

渡辺：オランダの学者グループを中心とするメンバーによって、protective fund に関する EU 指令案が起草されました。これは信託ときわめて類似した制度です。

デュトワ：フランスには fiducie があり、これも信託類似制度です。信託の導入に向けてさまざまな動きがあります。もう一つの疑問は、ヨーロッパ諸国で信託を導入するとしても、すべての欧州諸国に共通のものとするのか、それとも、各国に独自の信託とするのかという点です。どれほど面倒なことになるか、想像がつかますか。オランダの信託とフランスの信託の機能が違って、さらにイタリアの信託もある。混乱のもとです。とても難しい作業が待っています。動きはあります。実際にモデル案を作った学者もいます。興味深いものですが、具体的なものはまだありません。その点は難しい問題だと思います。信託の制度への取り組みは避けられないことです。信託は世界中に広まりつつあるため、いずれはやらなければなりません。このような問題点にすべて取り組む必要があるオランダ人ではなく、南アフリカ人で良かったと思います。

渡辺：ところで、1988年の信託財産規制法は、監督的な役割を果たすものですね。南アフリカで、このような役割が導入された背景は何でしょうか。

デュトワ：それはとても重要な質問です。1988年にこの法律ができる前の信託に関するルールは、複雑な発展を遂げており、判例も多く、学者も沢山の信託に関する論文を書かなければならなかったというのが単純な背景です。そして、この法律が制定される前の信託金銭保護法 (*Trust Moneys Protection Act, 1934*) では明らかに不十分だと立法府が判断したことです。この信託金銭保護法では発展する信託を有効に規制することができず、新しいルールの策定が求められたのです。1988年の信託財産規制法の前にも、1934年の法律がありました。1934年以降、南アフリカの信託は急速に進化し、信託法を見直して、新しい法律を制定すべきだと立法府も明らかに認識するようになりました。1988年の法律の制定から20年たっており、その間にはいろいろな動向がありました。立法府ももう一度信託法を見直す時期にきていると思います。新しい会社法が制定されて、古い会社法は完全に書き直されました。信託財産規制法についても同じことが必要です。すぐに見直しができるかどうかは分かりません。しかし、これが理由です。いろいろな動きがあったのですから、古い法律は不適切です。1988年法に関して、立

法上の手当てをすべき新しい問題点がいくつかあります。

渡辺：南アフリカでは、受託者に関する法制度はどのように導入されましたか。

デュトワ：南アフリカでは、法改正委員会 (the law reform commission) と呼ばれる機関があります。以前は南アフリカ法律委員会 (the South African law commission) と呼ばれていました。この法改正委員会の任務の一つは、新たな立法に向けた研究プロジェクトの実施です。通常は、この委員会が、将来立法化が必要な分野のリサーチを主導します。1988年法に関してもそうでした。法改正委員会がリサーチを実施しました。プロジェクトチームのメンバーは、信託分野の実務家、信託専門の学者などです。彼らがリサーチを行いました。このプロジェクトの成果をもとに、草案を作ろうと決めたのです。つまり、信託分野の規制に適切だと思われる法律を、草案作成を通じて提案することができます。1988年法を作るときもこの作業が行われました。法改正委員会がリサーチプロジェクトを実施して草案を提示し、これが法案となりました。議会での審議を経て、信託財産規制法が成立しました。南アフリカでは、新しい法律をつくるときはだいたい同じようなプロセスです。

渡辺：これで今日の質問は終了しました。本日は、貴重なお時間を頂き、南アフリカの信託法に関するレクチャーとコメントを頂き、誠にありがとうございました。

デュトワ：こちらこそ、こうして信託法に関する問題について話し合うことができたのは、とても嬉しいです。今日はとても楽しかったです。

渡辺：私も全く同感です。ありがとうございました。

デュトワ：ありがとうございました。

THE TRUST IN SOUTH AFRICA'S MIXED LEGAL SYSTEM

Prof Francois du Toit
Faculty of Law
University of the Western Cape



Principal themes

- The South African trust in a historical context
- The statutory definition and regulation of the South African trust
- The key features of the South African trust: is the South African trust a true trust?
- Trust law problems

1

South Africa:
what comes to mind?

2

World Cup 2010



3

Nelson Mandela



4

Cape Town



5

To know the South African trust,
is to know (some) South African
history

6

Jan van Riebeeck for the VOC (1652)



7

The Battle of Blaauwberg (1806)



8

The South African legal system

- Mixed / hybrid in nature
- Common law: Roman-Dutch law
- Strong English legal influence in aftermath of the 2nd occupation

9

The 'Romanist reconfiguration' of the trust

Estate Kemp v McDonald's Trustee 1915 AD 491:

'The [testamentary] trust is a *fideicommissum* and a trustee is in our legal phraseology a fiduciary'

10

***Fideicommissum* vs Trust**

Testator

↓

Fiduciarius

↓

Fideicommissarius

Testator

↓

Trustee

↓

Trust beneficiary

11

Sanity prevailed

Braun v Blann and Botha 1984 (2) SA 850 (A):

'It is historically and jurisprudentially wrong to identify a trust with a *fideicommissum* and to equate a trustee with a fiduciary ... in its strictly technical sense a trust is a legal institution *sui generis*.'

12

The construction of South African trust law

Braun v Blann and Botha 1984 (2) SA 850 (A):

'South African courts have evolved and are still in the process of evolving our own law of trusts by adapting the trust idea to the principles of our law.'

13

Statutory regulation of the South African trust

Trust Property Control Act 57 of 1988

- Not intended as codification of SA trust law
- Provides statutory framework for public control over office of trustee and regulates certain aspects of trusteeship

14

Statutory definition

Section 1 TPCA:

'[T]rust' means the arrangement through which the ownership in property of one person is by virtue of a trust instrument made over or bequeathed—

(a) to another person, the trustee, in whole or in part, to be administered or disposed of according to the provisions of the trust instrument for the benefit of the person or class of persons designated in the trust instrument or for the achievement of the object stated in the trust instrument; or

(b) to the beneficiaries designated in the trust instrument, which property is placed under the control of another person, the trustee, to be administered or disposed of according to the provisions of the trust instrument for the benefit of the person or class of persons designated in the trust instrument or for the achievement of the object stated in the trust instrument...

15

Is the South African trust a true trust?

Key features:

- Duality of interests
- Trustee assumes a fiduciary position
- Trusteeship as an office
- Real subrogation

16

Duality of interests

English trust

- Duality of ownership: trustee as legal owner (i.t.o. Common Law); trust beneficiary as equitable owner (i.t.o. Law of Equity)

South African trust

- Duality of estates

17

Duality of interests

Section 12 TPCA:

'Trust property shall not form part of the personal estate of the trustee except in so far as he as trust beneficiary is entitled to the trust property.'

Trust beneficiary holds only *ius in personam* against trustee

18

Trustee in a fiduciary position

Section 9(1) TPCA:

'A trustee shall in the performance of his duties and the exercise of his powers act with the care, diligence and skill which can reasonably be expected of a person who manages the affairs of another.'

19

Trusteeship as an office

- Public control over trustees
- The Master of the High Court
- Statutory interventionist powers

20

Example

Section 16 TPCA:

'A trustee shall, at the written request of the Master, account to the Master to his satisfaction and in accordance with the Master's requirements for his administration and disposal of trust property and shall, at the written request of the Master, deliver to the Master any book, record, account or document relating to his administration or disposal of the trust property and shall to the best of his ability answer honestly and truthfully any question put to him by the Master in connection with the administration and disposal of the trust property.'

The Master may, if he deems it necessary, cause an investigation to be carried out by some fit and proper person appointed by him into the trustee's administration and disposal of trust property.'

21

Real subrogation

- Only lawful substitutions by trustee
- Unlawful substitutions – typically Roman-Dutch remedies utilised
- No constructive trust or tracing in SA law

22

South African trust is a true trust and not merely a 'trust lite'

23

Some trust problems

- Joint-action rule i.r.o. trustee conduct
- Violation of the 'core idea of the trust' and the '*alter ego* trust'

24

Thank you

