

世界的視点から眺めた信託の将来

世界的視点から眺めた信託の将来

ドノヴァン・ウォータース*

清水 真人 (訳)**

目次

- I. はじめに
- II. コモンウェルスにおける信託の考え：変遷および論争
- III. コモン・ロー信託概念の利用
- IV. 本土における私的依頼人の税金に対処するための信託の登場
- V. オフショア法域における激動
- VI. 大陸法および信託の考え方
- VII. コモン・ロー信託
- VIII. 大陸法において来たる年に信託の考えが向かう方向
財産管理の構造—機能的分析
コモン・ロー
- IX. 結論

I. はじめに

17.1 帝国時代にイギリス信託は入植者と共に入植地に上陸し、土着の法制度の如何にかかわらず、まるでイギリスの市街地であるかのように、中心街で営まれる事業または入植先の地元地域における

* Counsel, Horne Coupar, Barristers and Solicitors, Victoria, British Columbia, Canada

** 徳島大学大学院ソシオ・アーツ・アンド・サイエンス研究部准教授

同様の事業を立ち上げた。イングランドの各地、アイルランド若しくはスコットランドから新たにやってきた人々は残余権信託を用いて遺言を行った。そして、人々が財産を集合させ死について深く考えるようになるにつれ、彼らは生前信託を生み出した。入植者が地元住民に対して自分達の相続法または家族法を適用することはほとんどなかった。これらの法は繊細な領域であり、嫌々ながらこれらを遵守させるよりも土着の法制度と共存させる方が好ましかったからである。しかし、やがて信託は取引および人生における共通の経験を通じて地元住民の生活に再び浸透するようになった。このような地域の一場面において信託理論が詳細に知られることはほとんどなかった。ただし、「故国」から新たにやって来た者の中には信託の設定方法および大まかな機能を知っている者も僅かながら存在した。当時の状況は以上のようなものであった。信託はそれ以上必要とされず、地元住民および嘗て入植者だった人々は信託を自分達の法制度に適合させながら採り入れて行った。最終的にこの「新しい国」の法には信託が含まれることとなった。信託に関する法律書または取扱説明書を書いた者は誰もいなかった。信託はたまたま発生したのであり、注目されることもなかった。

17.2 さらに、このような信託が浸透していく過程は継続している。近年において、新しい創造物が嘗て大英帝国の植民地であった小さな島々から本土のコモン・ロー法域へと浸透し、そして今日の大陸法諸国においてさえ非常に馴染みがあるが、入植時代における如何なる地域のコモン・ローも決して知ることのなかった名称の信託を持ち込んだ。その新しい創造物とは「国際信託」である。この国際信託について定義した者はまだ誰もいないように思われる¹。しかしながら、実務家および現在では研究者も国際信託という語を自信をもって用いている。皆が国際信託を「かなり良いアイデア」と考えているように思われる。国際信託について今はそれくらいにして

おこう。

17.3 本章は、「信託」という語の意味の探求を通じて、信託の将来および今後数年間において信託の考えが向かう方向性につき懸念を示すものである。私の主張は、コモン・ロー法域においてたとえ我々はまだ決断の時期には至っていないとしても、間もなくその時期に差し掛かるというものである。我々は過去 200 年にわたり形成され存続してきた信託をこれからも欲するのかどうか、または信託の本質について可能な限り概念の拡張を望むのかどうか決断を下さねばならない。確かに、コモン・ロー法域の法律家は絶え間なく信託の考えの境界線を押し広げている。私が見るところ、その結果は、もし我々が決断を下すことなく、またはこのような状況に手を上げてしまうならば、コモン・ロー信託と他の法的「考え」との間には本質的な違いはなくなり、コモン・ロー信託に関する事実的諸要素がコモン・ロー制度と大陸法制度の境界線を跨いだときに信託は利用されなくなってしまうであろう。私が憂慮するのは実務における信託の考えである。機能的には、後に言及するように、信託の考えはコモン・ローの母国においてのみ用いることができるものである。しかしながら、そのように用いられてはこなかった。

II. コモンウェルスにおける信託の考え：変遷および論争

17.4 半世紀にわたり、私はコモン・ロー世界の信託と共に研究者としての人生を歩んできた。その大部分は、断続する返し波のような静けさが長期間続き、そして突然大きな変化が生じるといったようなものであった。1940 年代後半から 50 年代前半にかけてイギリスで法学部の学生であった者にとって、「衡平法および信託法」はイギリスの法制史および土地保有と最も関連性を有していたと思われる。当時デニング裁判官が法学部を訪れ、High Trees House 事件²⁾に

おける彼自身の判断について再び話をしたとき、彼は「衡平法」を少し持ち上げていた。我々は皆、約束手続がコモン・ロー上の契約における約因をどのように打ち破るかを彼から学んだ。彼は目を輝かせながら情熱的に話し、そしてその類稀な能力により若い学生聴衆に語りかけた。彼はまるで石炭採掘者に対し石炭を売ることができたかのように学生を魅了した。他方、衡平法はほとんどの場合において昔から確立されている諸前提を受容する手段として用いられていた。そして信託法は、明示信託、黙示信託、復帰信託、擬制信託といったよく踏み均された道に沿って行われており、それはほとんど教理問答のようなものであった。よって、このような四分類の分析方法に疑問を挟む者は誰もいなかった。研究者の英知にとって信託法は「干からびた材料」と考えられていた。当時は信託法の素材はもっぱらイギリスのものであり、そして1925年受託者法³は、その実際の中身についてはほとんど論じられなかったが、同年におけるウェストミンスター⁴の財産立法を新しい時代の幕開けであるかのように横断的に一纏めにしたものであった。「まさに革命的な出来事である」とデニング判事は大きく頷きながら述べた。

17.5 もしあなたが教義を好み、そして判例法の帰納法的な思考方法に興味があり、さらにイギリス政治史およびイギリス社会史という大学入学前の付属教科を好むならば、1940年代後半および50年代の世界はまさしくあなたのために作られたものであった。確かにこのような道筋は、大学を卒業しバリスタとなった者にとって、またひょっとしたらソリシタにとっても紳士的かつ半覚えの事物のように感じられたかもしれないが、信託法は実務においてはほとんど私的依頼人のために捺印証書または遺言を起草するための手段であった。信託法は不動産譲渡に関する法および規制に関係し、私的依頼人の現存不動産および信託証書に関する解釈について公開法廷で意見が述べられることもあったが、このような実務自体がしばしば

極めて古めかしいものであった。まさに、1960年代までこのような夏の午後の眠くなるような環境が「衡平法」の分野を特徴付けていた。1964年に私の擬制信託に関する書物が出版されたとき、それに対する第一の書評はソリシタの実務雑誌に掲載されたものであるが、その書評には、確かにこの作品は「多忙なソリシタ」にとっては何の役にも立たないが、及第点には値するような興味深い考えが一つ二つ存在していると述べられていた。これらの考えは既存の法制度の導入的な説明から導かれたものであった。私の主張は、イギリスにおける擬制信託理論はどこかに行ってしまったわけではなく、アメリカ合衆国の原状回復的救済方法はイギリスにおいても採用可能な価値ある救済方法であるというものであった。この点についてこの書評は何ら言及していなかった。明らかに、擬制信託それ自体が学問的であった。

17.6 確かに、1940年代より以前の50年または60年間は白熱した議論が展開されていた。それらの議論はコモン・ローおよび衡平法の管轄を一つの高等法院に集約させた1873年最高法院法⁴に対する強烈的な批判および同法の影響による不可解な判例法に関するものであった。しかし、第一次世界大戦が勃発し、より重要な諸問題が生じたことから、これらの議論は概ね終了するに至った。そしてバリストおよびソリシタは、第一次世界大戦の勃発から第二次世界大戦の終結に至るまでの20年間の大半を、戦争によりもたらされた新たな社会秩序および経済秩序に適應するために費やした。先に言及したように、1925年に法典化がなされたが、しかしそれは1914年以前から十分に計画付けられていた。二つの世界大戦を挟む期間に設定された信託はそのほとんどが私的依頼人のためのものであり、それらは17世紀以来からのイギリスの信託実務を特徴付けてきた確定的権利および承継的権利に関連していた。

17.7 しかしながら、1940年代末において、これらの信託を生み出

し 300 年以上にわたってこれらの信託を馴染みのあるものとしてきたイギリスの農村社会を基礎付けていた社会秩序はほとんど消えてなくなってしまう。これらの信託の消滅は第一次世界大戦によって大きく加速されたが、このような農村世界が徐々に消滅していく状況が初めて明らかとなったのは、19 世紀最後の四半世紀において農業が衰退し、産業および取引を主とする巨大都市が出現したときであった。ビクトリア王朝時代には商取引により嘗てないほど巨大な富がもたらされ、裕福な都市中間層も台頭した。そして成功を収めた商人のために設定された信託には、農村の地主一族の継承的財産設定のために利用された信託が大きく反映されていた。ジョン・ゴールズワージーのフォーサイト家は、確かに都市の中産階級による成功の典型例であるが、しかし同家は第一次世界大戦により打撃を蒙った別の世界を代表していた。第一次世界大戦期における *Sinclair v Brougham* 事件⁵および *Nocton v Ashburton* 事件⁶のような貴族院判決は衡平法による救済手段の発展可能性について多くのきっかけとなった。しかし、これらを活用する機会は半世紀後まで訪れなかった。

17.8 第二次世界大戦の勃発により私的依頼人に対する仕事は一時的に中止され、そして第二次世界大戦終結後も戦争から復帰した人々はそのような私的依頼人に対する仕事が生じた場合であっても裁判官により創造された衡平法には興味を示さなかった。新しい世界秩序が出現し、そして重要な新しい社会経済秩序を一つに纏めることを期待されたのはまさに立法者であった。僅か 1960 年代後半および 1970 年代においてのみ衡平法の世界は変化し、信託が利用され始めた。そしてこの時期における衡平法に対する関心の緩やかな復活のみが信託に関する伝統的な判例法に反映された。立法、規制、並びに商慣習によって変化がもたらされた。さらに、1980 年代および 1990 年代においてその変化は徐々にその速度を速め、そしてその

変化の向かう方向は 1939 年以前の年代に属する者にとっては今まで全く知らなかったものであり、想像すらできなかったものであろう。

17.9 将来を予測するのは常に困難な作業である。なぜならば、明日の立法担当者の創意工夫を要求する社会経済的事象および訴訟問題に対する裁判所の反応について誰も知ることはできないからである。信託のような定義として明確な形のない概念を伴いながら、ある法域においては歓迎されるが他の法域においては受け入れを拒絶される法理論の展開もまた行われているように思われる。デニング卿の裁判官としての人生および彼が行った衡平法の概念による刺激はこのような法理論の展開を証言するものである。彼が訴訟当事者間の請求の実体につき考慮する際に、彼はまた新しくかつ論争的となるような法理論を創造していた。しかしながら、驚くべきことにイギリスでは彼が展開した法理論はほとんど残っていない。他方、他のコモンウェルス諸国では彼の法理論は存続し続けていた。

17.10 私は法学者として 1960 年代半ばにカナダにやってきた。そして当時のカナダにおいてはほとんど知られていなかった信託法の原理が法律家および一般公衆から脚光を浴びるようになったのは、婚姻関係が破綻した場合における妻の誓いによってであった。夫は伝統的な家族の長であることから、平均的なカナダ人女性とその夫との婚姻生活に関連する全ての財産は夫名義で所有されていた。大昔にイギリス法の遺産の一部としてカナダにもたらされた復帰信託および擬制信託は、訴訟において中心的な制度となった。そして、今こそ新たな方法によりこれらの信託を利用すべきであると考えられた。婚姻関係が解消された場合に財産に対する所有権を有しない妻に少なくとも幾らかの「持分」を付与する州政府または州立法府による法律が存在しない場合に、裁判所は嘆願する一般市民に対してどのような救済を与えるであろうか。1960 年代半ばから 1973 年の

Murdoch v Murdoch 事件⁷におけるラスキン判事の有名な反対意見に至るまで、下級審裁判所は、とりわけアルバータ州およびサスカチュワン州の下級審裁判所で判示されたように、このような救済策を創設するためにできる限りの努力を行ってきた。裁判所は一貫して、婚姻関係にあった二人が婚姻生活が順調であったときに夫婦二人のために財産を取得する意図を有していたと認定し、ここでは伝統的な復帰信託に注目が集まった。それにもかかわらず、ある種の共通の意図が認定されなければならないという第一の例における多くの裁判所による不法の推定を除き、法理論の発展はあまり見られなかった。このような事件との関係で論争が生じた際に上級審裁判所が認定事実を覆すことを躊躇することが原因で、これらの事件が論争的になることが明らかとなった。

17.11 擬制信託についても同様であり、たとえ証拠により合有不動産権または共有不動産権を創設する意図がないという事実、または共有関係に入る意図がないという事実が疑いなく証明された場合であっても、裁判所は所有権を有する配偶者に対し、家屋その他一定の財産を所有権を有しない配偶者のために保有する信託上の義務を課すことができるとの議論が展開された。西部カナダの裁判所はとりわけこのような考えに従って判断を下した。衡平法やその類の言葉はテレビのトーク番組においてでさえ話のネタとなった。

17.12 このような時期に、イギリスの何人かの友人がカナダにおいて前述のような状況にたまたま出くわしたと手紙を送ってきてくれた。一体何が起きているのかと彼らは尋ねた。そして 1980 年の **Pettkus v Becker** 事件⁸においてカナダ最高裁判所の判決によりコモン・ロー国であるカナダにおいていわゆる救済的擬制信託の有効性が確認されたとき、そして私がその判決を支持したときに、さらに多くの手紙がコモンウェルスに至るところから私宛に届いた。これらの手紙に記されているように、婚姻関係の破綻は裁判所が伝統的

に財産に対し所有権を有する当事者を受託者とする状況の一つではないというのは共通の認識である。このような状況は滅多に生じず、実質的に詐欺による財産の取得または保有に匹敵する場合にしか認められない。擬制信託は財産に対する実体的権利に関係していることから、法は実質的にこのような状況に関して一定の場合を規定している。その他擬制信託が設定されるのは、財産権に関する合意について後に債務不履行が生じ、当該不履行が確定的となった場合のみである。認識された不当利得に対し意図した衡平法上の結果をもたらすために長い間受け入れられてきたアプローチから離脱することは、単なる婚姻関係解消に伴う財産の分配だけではなく、私と手紙のやり取りをする仲間の一人が示唆するように、コモン・ローを破滅させることにつながる。Xの財産をYに与えるといった財産的救済方法に接近するために裁判所による裁量権を認めるべきではない。そのような裁量権は制定法により裁判所に付与されなければならない。そしてそのような法律を制定する権限は議会に属する。

17.13 カナダ人は現在に至るまで 30 年以上にわたり不当利得および擬制信託を含む裁量的救済策と共に生活してきた。そして、確かにカナダにおいて以前は効力を有していたイギリスの法理論は変化しているが、私はカナダにおいて法の作用について粗探しをした論文または意見について聞いたことがない。確かに下級審裁判所の判決その他に対する批判は存在するが、しかしながら、**Pettkus v Becker** 事件判決に対し批判的意見を寄せてくれた友人と同じ考えに沿った批判はこれまで存在していない。

17.14 この 20 年間におけるオフショア信託の発展に対する本土からの批判がまだ聞こえてくる間に、これらの反対意見は明らかに筋が通っていたという点に言及しなければならない。1989 年に **Lac Mineral Led v International Corona** 事件判決⁹においてカナダ最高裁判所が採用したような裁量的な財産権的救済方法を採用すべきか

どうかは、義務・財産権という二分法に対する態度に拠ると思われる。このような二分法に基づく分析によると、権利は義務または財産権から発生し、その発生源により、当該権利の発生から消滅に至るまでその性格が特徴付けられる。救済方法は権利を支えるものであり、そして当該権利は様々な方法により侵害される危険性を有している。ある特定の救済方法がある特定の権利と関連付ける場合、権利に対する侵害の性質が如何なるものであれ、それぞれの権利侵害の場合において救済方法が有すべき柔軟性を奪ってしまう。より最近の事例である *Soulos v Korkontzilas* 事件¹⁰におけるカナダ最高裁判所の判断は、*Pettkus v Becker* 事件から論理的に前進している。同事件においてカナダ最高裁判所は、救済的擬制信託は不当利得責任が認められる場合に利用可能な救済手段であるのみならず、利得を伴わない「良心」に対する違反があった場合にも利用可能な財産的救済手段であると判示している。しかしながら、このカナダ最高裁判所の見解は一般的に言われているように全ての者に対しては説得力を有していない。

17.15 確かにこの点に関して、アメリカ法およびカナダ法における救済的擬制信託は他の国では採用されていない。イングランドおよびウェールズの裁判所は救済的擬制信託に対して敵対的であり、ニュージーランドの裁判所は救済的擬制信託の採用可能性を残しておきたいと考えており、そしてオーストラリアの裁判所は、「非良心性」を基礎としたものであるが、擬制信託と共に準婚姻財産の分割という制度を創設している。アメリカ合衆国の救済的擬制信託の発展はそれ自体独自の方向性を有するものであり、それはしばしばコモンウェルスの法域で発生している事象にとって明確であった。1937年のウォーレン・シーヴィーおよびオースティン・スコットによる「準契約」および擬制信託に関連する原状回復に関する研究¹¹、およびそれに引き続きスコットが行った明示信託に関連する状況において擬

制信託により救済手段が付与される場合を除き彼の信託の学術書¹²から擬制信託に関する議論を全て除外するとの決断は、今や遠い昔の出来事となってしまっている。大陸法の法律実務家にとって復帰信託および擬制信託は全く得体の知れないものであるように思われる。たとえ大陸法域の学者でさえも、「ええ、もちろん私達はそのような類のものは必要ございません」と言うだけで満足している。

17.16 このような擬制信託に関する歴史物語はそれ自体今や昨日の出来事となっている。擬制信託にはかなり明確な位置付けが与えられており、近い将来において重要な友好回復は行われそうもない¹³。もちろん、擬制信託はこれらの判例法を発展させる活動において認められる必要性に対して法が十分に対応していないことを示している。それ故に、長期的に見た場合に一体何が起こるのか予想するのは困難である。カナダ人はアメリカ人のように自分達の目の前で信託に対し許容できる限界を取り払ってしまったのであろうか。擬制信託に関する考え方には三つの類型が存在するように思われる。信託財産の存在を擬制信託の中心的要素とする見解は、伝統的な分析方法を伴うイギリスにおける考え方である。擬制信託に対するオーストラリアにおける考え方は、非良心性を婚姻関係破綻の場合における救済のテーマとする。そして擬制信託に対する北アメリカにおける考え方が存在する。不当利得は、アメリカ合衆国における救済にとって根本的であり、そしてカナダにおいては不当利得と共に「良心」が救済策を正当化する要素となっている。また、非良心性、不当利得、または「良心」を「救済」の基礎と考える者も存在し、擬制信託による救済を財産権保護のための財産権的救済手段と考える者もいる。

17.17 それでは一体何がここで問題なのだろうか。たとえ意見の本質的相違を完全に斟酌し、それを我々が完全に理解することができるとしても、問題は果たして専門用語上の問題なのだろうか、それ

とも概念上の問題なのだろうか。疑問に思われるのは次の点である。すなわち、1940年代および50年代において法学部生が教示を受けた争いのない法理論に対する全印象からすると、信託の構成要素に関する理論の目覚ましい変遷にもかかわらず、コモン・ローの歴史を通じて決定的に重要である信託制度の創設者の意図は何も変わっていないのではないかという点である。明示、黙示、復帰、擬制といった全ての形容詞は単に我々に対し周縁的なことを追求させていたに過ぎなかったのではないだろうか。しかし、今日においては対照的に、否定できない正当な概念が存在する場合には、それに対する異説を提唱し続けるのは困難となっている。

17.18 衡平法の諸原理それ自体が教義の集合体であるとの考え方はコモン・ロー制度のような明らかに帰納的な環境においては奇異に感じられるかもしれない。衡平法上の手段は良心および誠実性に基づく様々な方法である。エルドン卿が大法官であった時期を除いて、最も尊敬された衡平法裁判所の判事の願いは、衡平法上の原則は柔軟かつ順応的であり続けるべきであり、畏から逃れるための抑圧的な手続、抑制手段としてのルール、または虚構の装置であってはならないというものであった。その結果、訴訟当事者間の事実に関して請求の実体を判断するために衡平法上の原則を適用し、そして事実に対する考慮を衡平法上の原則の枠内に収めようとの試みにより、衡平法上の原則は常に制定法に基づく原則よりも無定形であった。カナダにおける擬制信託によりかなり驚くべき信託の発展が行われてきたとするならば、カナダ人は、そのような発展は依然として確立された衡平法および信託法の広大なキャンパスの枠内に収まったものであると考えたいと願うであろう。このことは読者にとって驚くべきことではなからう。

17.19 まさに、このような問題に対する判例法または制定法は「遠くまで行き過ぎよう」としているのかどうか、そしてこのような問

題は解釈により拒絶されまたは厳格にその範囲が限定されるべきであるかどうかは、少なくとも我々全員が合意できる考えの萌芽が存在しない場合には、たとえ早く結論には至らないとしても、最終的にはその発言者の将来に対する見通しにかかっていると云えるであろう。読者の過去 30 年間にわたる信託の考えの発展に対する解釈によって、もちろん信託とは何かという点に関わっているが、本章の章末における結論が読者にとって何らかの価値を有するかどうか明らかになるであろう。

17.20 私は最初に、現在コモン・ロー信託がどのように用いられているかを概観し、次に概念上および実務においてコモン・ロー法域で大まかに何が「信託」とされているかを調査する。後者の作業を通じて「国際信託」を検討し、そして近時においてほとんど留まるどころを知らない速さで出現しているオフショアの信託立法について手短かに分析を加える。それから大陸法制度における「信託」関係についての研究に移り、そしてコモン・ロー信託についても引き続き軽く触れる。それから世界各地における信託の考えの方向性および我々が直面している諸問題について考える。最後に、数年先を見据え、次の半世紀におけるコモン・ロー信託の運命について幾つかの考えを提示する。

Ⅲ. コモン・ロー信託概念の利用

17.21 1837 年にロンドンのリンカーン・インのトーマス・ルーインが信託および受託者に関する法律実務書『*Practical Treatise on the Law of Trusts and Trustees*』¹⁴の初版を執筆した。この本は実質上、不動産権譲渡取扱人のための教科書であった。19 世紀および 20 世紀のイギリスおよびアメリカの両国において、多くの研究者がルーインの業績を基に信託研究を発展させた。ルーインは読者のた

めに信託の考えの背後に存在する原理を解明しようとした。彼こそまさに我々が今日用いている体系および説明のための見出しおよび小見出しを作成したのであった。明示信託、黙示信託、復帰信託、擬制信託は、1940年代および50年代における法学部生の信託制度の学習の基礎をなすものであったが、これらは整理されていない大量の判例法の中からルーインによって抽出されたものであり、それはまさに歴史的な作業であった。それらの判例法は、複数の方向性を示す可能性があるものとして読まれていたと思われる。それにより、信託法の編成も異なったものになっていた可能性があった。しかし、1830年代以降の裁判所および実務家のためにルーインおよびその弟子は法理論にお墨付きを与えたのであった¹⁵。

17.22 ルーインおよび後のアンダーヒル¹⁶が、信託はある者（受託者）が財産に対する権原（信託財産）を譲渡人（委託者または遺言者）から譲り受け、当該財産の譲受人が他人のために当該財産を保有し、または保有および管理を行う衡平法上の義務であるという点で合意していたのは明らかである。そして当該他人とは委託者その他の者であり、受託者もその他人となる可能性を有していた。また、その他の方法として、委託者自身が受託者となることを宣言し、当該宣言後その者が引き続き他人のために特定の財産の受託者となる場合もあると考えられていた。

17.23 不動産、証券、現金、宝石、絵画、家具、その他価値のある一族の個人財産を保有および処分するために利用される信託は19世紀半ばまでは実務上唯一の利用形態であり、おそらく圧倒的に多く利用されていたと思われる。そのような土地に対する継承的財産設定および財産一般に対する信託は、信託概念の起源である中世以来ほとんど同じであった。委託者は財産に対する権原を移転し、受託者は当該コモン・ロー上の権原を義務および権限と共に有し、そして委託者は、少なくとも委託者としての資格においては信託関係か

ら離脱した。受託者は受益者に対し、当該財産から生じた利益の享受について説明責任を負った。受益者またはその後見人は、受託者が無心かつ誠実に義務の遂行に着手した「信託」においてその義務を厳格に履行しなかった場合、当該受託者に対し訴えを提起したであろう。権利取得者指名権は以前にも用いられていたが、それを広く用いるようになったのは19世紀半ばにおける信託証書起草者であり、そして裁判所が発展させた権利取得者指名権に関する法理論は19世紀イギリスにおける判例法の顕著な特徴となった。確かに、権利取得者を指名する捺印証書は物理的には継承的不動産処分証書に付属していたが、信託「証書」それ自体には委託者から移転された財産を享受する者または将来享受する者について明確には定められていなかった。当該財産から利益を享受する者は、多くの場合、子または孫、甥および姪といった人々のクラスであった。典型的には、権利取得者指名権は委託者により用いられ、または成人である受益者により承認された。そして権利取得者指名権の行使により、それは時として信託設定時からかなり後に行使される場合もあるが、第一世代の収益受益者が死亡した後に信託財産について誰が継承的権利を有するかが決定された。後において受託者自身に権利取得者指名権が付与されるようになり、単純指名権および信託的指名権に関する研究を発展させ、さらに永久拘束禁止則の文脈において一般的な「受託者としての」指名権に関する研究を発展させた。

17.24 しかしながら、19世紀後半において信託は初めて「私的依頼人」との関係以外で用いられるようになった。社債権者の担保として会社から提供された財産に対して設定された信託および一般公衆の投資対象となったユニット投資信託は19世紀末から20世紀初頭にかけてイングランドで広く行われていた。また、会社形態を用いずに事業を行い成功した起業家が死亡した場合に、受託者が信託を用いて引き続きその事業運営を継続することも決して例外ではなか

った。これらの事業のほとんどは小規模であり、そして新たに有限責任会社が登場したことで最終的にはイングランドにおいてビジネス・トラストはほとんど排除されてしまった。しかしながら、このような信託の利用形態は存在していたのであり、そして確かに今日において信託財産は株式会社形態を採るようになり、受託者である株主は自らを取締役に任命するが、このような信託の利用形態は依然として存続している。

17.25 19世紀におけるこれらの信託の利用例においては信託の古典的諸要素、すなわち委託者から受託者への権原の移転、分別された信託財産、単独または複数の受益者、財産管理受託者または財産保有受託者に対し受益者のために計算を要求することを通じた信託の実行等の諸要素が存在していたという点は、今日の文脈においても押さえておくべきである。法人格を備えた近代株式会社は17世紀における共同起業家のカンパニーから派生したものであり、起業家が事業に拠出した共有財産は信託において保有されていた。このような信託の古典的諸要素は本土すなわちオンショア法域においては（オフショア法域とは対照的に）現在まで残っている。商取引において利用される信託は常に代理とは明確に区別され、そして法人等的人格化された財産の運用または保有手段はパートナーシップおよび信託と明確に区別されていた。商取引において用いられる信託は、土地に対する継承的財産設定、売却信託、私的依頼人のための遺言信託といった何世紀にもわたり支配的であった継承的受益権とは無関係なものとして認識されていたであろう。事業関係者は商事目的をさらに促進させるために信託概念の諸要素に関する強調点を変化させたいと望んでいたに違いない。例えば、信託設定の動機は、信託受益者よりもより重要なものとして上位に位置付けられるであろう。それにより、信託設定の動機は信託の目的にまで高められ信託目的の主要部分と見られるようになる一方、受益者は従属的なもの

とされてしまう。しかしながら、このような現象は本土の法域においてはまだ発生していない。同様の目的を遂行するための他の方法も存在し、これらの方法は信託に関する文書の作成に従事する者にとってはより馴染みのあるものである。

17.26 信託は概略的かつ適応性のある判例法上の概念として柔軟性を有する一方、制定法に基づき設立される法人には明確な制定法上および規制上のルールが適用される。これら信託と法人という二つの制度は財産の保有および管理を行うための制度として相互補完的に用いられ、十分に機能している。まさに、法人設立という概念それ自体が潜在的な柔軟性を有している。法人はあらゆる目的を有することができ、また議決権付株式および無議決権株式、参加的株式および非参加的株式といった種類株式を異なる人物および異なる家族世代のために発行することができる。しかし、これらは伝統的な信託の受益権としてその殆どを作り直すことができる。家族企業における株式保有につき懸念を懐いている私的依頼人のために、信託において株式を未確定の受益者のために保有することにより、未確定者および未出生者に受益権を付与することができる。これも信託概念の有する特異な能力である。

17.27 実際のところ、伝統的な信託の諸要素は商取引の領域においてできえ常に有利に機能してきた。商取引において信託が必要とされた場合に、信託は伝統的に認識されていたように、自ら問題を解決し、また問題解決の補完的手段となることがこの半世紀の間に明らかにされてきた。投資、担保提供、貸付、財産に対する権原保有は信託が利用されてきた分野である。これらの信託の利用方法はモン・ロー法域を通じて一般的に見受けられるように思われる。信託の利用方法は商取引に関する法および実務の違いにより法域間において異ならざるを得ないが、それにもかかわらず、受益者のために受託者が権原を保有し支配権を行使する財産管理形態であるとい

う伝統的な信託概念に不十分な点があるとする実務家からの指摘は全く見られない。私の経験によると、ある取引の目的が事業目的の達成であると明示されている方が取引上有利であるという稀な場合にのみ、当該目的のために拠出された財産を法人化するよう北アメリカの全ての法律家は勧告するであろう。このような場合に信託は、法人または匿名の受益者のために特定の財産を保有し、または特定の財産を保有し投資を行うことで補完的な役割を果たすことができる。信託の利点の一つは、信託は判例法の創造物であることから、法人設立よりも設定および終了を簡便に行うことができる点である。

17.28 実務における座右の銘は「単純にしておくこと」である。もし単純性に疑問の余地が生じる場合には、頭を働かせ、法人形態を利用することになる。信託に注意が向けられるのは、その非形式性および柔軟性を活用し、独立した財産保有を確保するためであるが、しかし法人形態を利用する場合、あなたの計画の中心は法人格に向けられなければならない。より多くの法域に跨って事業活動が展開されるようになるにつれ、新たな信託目的の定式化は考えられないようになるであろう。この点は、投資の仕組み、担保提供手段、さらには保有手段としての商事実務における信託を詳細に検討することで明らかになるであろう。

17.29 カナダにおいて一般公衆のために設定される投資信託はユニット・トラスト（またはミューチュアル・ファンド）の形態を採り、それには不動産投資信託および信託会社による合同運用ファンドが含まれる。石油およびガス事業へ投資を行う投資家はロイヤリティ信託のユニットを購入するであろう。1980年代および90年代のカナダにおいて投資家は他の形態の投資信託、すなわち、法人として組織された事業体よりもむしろ収益信託として運営されている事業に大きく関心を示してきた。当該信託の魅力は事業法人からの収益を投資家にフロースルーすることにより投資家段階において一

度だけ課税がなされるという点である¹⁷。企業および公的機関は従業員福利厚生信託を立ち上げ運営し、それにより従業員に対し年金、病気に罹った際の扶助、利益分配、並びに貯蓄手段を提供する。一般投資家による投資および従業員福利厚生計画の双方にとって信託は「段階的に」受益者のクラスに対して利益を提供するのに非常に適した制度である。ユニットの投資家および従業員にとって、労働者の転籍は必然的に直面する問題であろう。個人に関する問題はより単純であるが、カナダ政府は引退後の生活のために、または家族の教育のために個人を課税から除外する貯蓄控除制度を用意している。そして過去には初めて家を購入する者のために同様の制度が用意されていた。設備信託は個人に対し、鉄道ボックスカーやハイウェイトラックといった産業資本項目の「減価償却」に投資を行う機会を提供する。

17.30 ある特定の資産を売主のための担保として保有する場合、または特定の管理目的のために中立の第三者が資産を保有する場合において、伝統的な信託はこれらの資産に対する権原を利害関係を有しない者が保持するための理想的な制度であることが明らかにされてきた。社債権者のための信託は担保提供手段として先に言及したが、そのような信託の他の例としてモーゲージ信託を挙げることができる。モーゲージ信託とは借主が購入した財産の権原（または当該財産における登記された権利）がローンの返済が完了するまでは受託者に帰属するというものである。三番目の例は売上高信託条項である。この場合において、卸売業者から小売業者に対し商品の占有が移転される場合には受託者がこれらの商品に対する権原を有し、当該売上高信託条項はまだ代金の支払を受けていない卸売業者に対し小売業者により承認された商品の販売にかかる売上高に対し絶対的な衡平法上の権利を即時的に付与する。このようにして、卸売業者は小売業者の貸付銀行が有する浮動担保および小売業者の社債権

者に対し優先権を確保する。信託財産は如何なる場合も小売業者に帰属しない。土地開発業者から委託された大規模な事業計画において元請人に課せられた制定法上の信託は伝統的な信託の形態である。労働力または原材料、若しくはその双方の供給を行った下請人の元請人に対する支払請求権を確保するために、役務の対価として土地開発業者から元請人に支払われた金銭を元請人が不法に使用することを防止し、また元請人のブリッジローンの貸付人からの請求に対する支払いにそれらの金銭が充てられないよう全てのコモン・ロー法域において制定法が施行されている。

17.31 本土の保有信託は現在の文脈においてとりわけ興味深い。なぜならば、非常に多くのオフショア法域の非慈善目的信託が会社株式を保有するために用いられているからである。再び言及するが、私の認識するところでは、そのような目的信託が本土の法域に存在しないことにより何ら不都合は生じていない。このような問題を調査する法制度改革機関に対する助言者として、このような目的信託が存在しないことにより生ずる不都合を見つけ出すことが私の仕事であった。たとえどんなに些細なことであっても何らかの不都合が生ずる場合には、法人設立という他の方法が「代替」手段として常に利用可能とされていた点は興味深い。カナダにおける実務はまさにその典型例である。係争中の当事者間で事件解決が留保されている場合に利害関係人のために問題となっている資産に対して設定される信託、原告が集団訴訟を提起する際に費用の支払のために一定の財産に対して設定される信託は馴染みのあるものである。保険証書は私的依頼人のエステイト・プランニングにおいてのみならず、商取引においても信託において保有されている。株式の売買および購入に係る契約書は明らかに確定可能な受益者のためのものである。同様に発起人の保有する株式に対し設定される信託、および株式議決権信託もまた確定可能な受益者のための保有信託の形態である。

しかしながら、カナダにおいては会社または機関投資家としての年金信託の財産を保有するカストディアン信託が保有信託の最も典型的な例である。ほとんどの場合、信託会社であるカストディアンは投資に関する全責任を免除されている。この場合、信託会社は単に権原を引き受け、財産を安全に保有しそして証券が年金受託者のブローカーの適切な要求に応じて取引可能であることを確保するのみである。カストディアン信託の受益者は当該年金信託の受益者である¹⁸。

IV. 本土における私的依頼人の税金に対処するための信託の登場

17.32 しかしながら、商取引および事業目的に利用される信託が受託者、信託財産、信託を執行する受益者といった信託の伝統的諸要素を有してきたとするならば、私的依頼人との関係における信託実務は、それら信託の伝統的諸要素を現在はずでに実務から退いた者にとって想像すらできなかつたものになっているかもしれない。

17.33 1970年初頭まで実務家が携わってきた確定された承継的受益権のための信託は、全ての信託の典型例であると見なされていた。すなわち、確定的権利の数および複雑性はこのような信託の単なる変形であるとされていた。しかしながら、本土の幾つかの法域においてこのような典型的な信託はほぼ完全に消えてしまった。これらの年代においてはほぼ全ての委託者または遺言者が承認していたと思われる受託者の処分的裁量権とは次のようなものであった。すなわち、「保護された」生涯権者が当該生涯権を譲渡しようとしたことにより、または当該生涯権者の破産により債権者または破産管財人が当該生涯権に強制執行を行おうとしていることにより、裁量的処分権が存在しない場合には当該生涯権者は収益受益権を喪失してしまったであろうと考えられる場合に、受託者には裁量的処分権が

発生するという考え方である。このような事態が発生した場合には、確定可能な生涯権を有する「保護された」受益者は、その配偶者および子、または当該受益者の近親者と共に、その時点において裁量信託のクラスの構成員となる。コモンウェルス諸国の受託者法は、カナダを除いて、これらの信託の安定性を確保するための規定を設けている¹⁹。収益受益者のために元本を取り崩す受託者の権限、および信託からの収益により未成年者を扶養または「援助」する権限は信託証書においてお目にかかることができるであろう。しかしながら、裁量権が行使されない場合の贈与に伴う権利取得者指名権は別であるが、これらの権限は処分権限が問題となる場合の受託者の権限である。古い実務家は、受託者に拡張的な裁量権を付与するのは不適切であると考えられていた点を思い出すであろう。受託者には確定的利益として、それぞれの受益者が受ける利益の総量について明確な指示が与えられるべきであり、そして受託者に付与された運用権限は当該授權の範囲が正当化できるかどうか注意深く検討されなければならないと考えられていた。管理権限もまた受託者が遂行する職務に応じて注意深く選択され、そして当該職務を遂行するためのものに限定されていた。まさに、初期の世代に属する信託実務家は受託者の権限をかなり厳格に制限していた。

17.34 他方、この 40 年間において本土の幾つかの法域における高所得者層および中間所得者層は、高水準の課税が継続することに対してますます憂慮するようになった。財産承継に対して課せられる贈与税、遺産税並びに相続税は、所得税およびキャピタルゲイン課税と同様に法域間において大きく異なるであろう。委託者および遺言者の第一の願望は、もし課税を回避できないならば、納税義務を最小化し、またはその支払いを繰り延べるための処分方法を利用するあらゆる機会を確保することである。全てのコモン・ロー法域において税務助言者はまず顧客に耳を傾け、そして当該顧客に即座に

対応するための準備として、関連法域の税法に設けられている政策上の特権および課税除外制度を利用するための財産処分的手段を用意している。このような状況の変化により、現在の信託実務は、初期の時代において委託者が信託に対して有していた価値およびその時代における契約書の起草方法とは 180 度異なるものとなってしまった。遺言者は、委託者と同様に、現在では最も「課税に対し効率的な」信託の設定を欲する。遺言者は節税効果が即座に現れまたは課税繰延が認められる機会を最大限に利用し、そして受託者に対しその信託の存続期間中、税制の変化に対応するために可能な限り多くの裁量権を付与することを望む。第一に、委託者は受託者に対し、配偶者および家族のある状況との関連で州の課税規定の変化に対応するための能力を付与する。實際上、しばしば見かけることのある信託証書は貝とほとんど変わらない。意味のある内容は信託設定後に付け加えられることは明らかであり、または受益者に対して行われる処分に関する重要な決定は信託証書には全く記述されないこともまた明らかである。すなわち、信託証書は信託全体を包含していないのである。

17.35 もし我々が信託の将来について述べるができるとするならば、私的依頼人のためにすでに何を行うことが可能となっているのかさらに調査する価値がある。なぜならば、それらは近年オフショア法域で起きている出来事の多くの背景をなしているからである。信託の伝統的諸要素として挙げられるものは、もう少し具体的に記述すると、財産に対する権原を有する受託者、分別された信託財産、受託者が受益者の利益のためのみ信託財産の保有または保有および管理を行うよう受託者の義務を執行できる受益者等である。受託者は信託財産に対する支配権を有し、第三者と排他的に取引を行う。受益者は信託の存続期間を通じて、すなわち信託目的が達成されるまで受託者による計算を要求するであろう。裁量的または確

定的権利、承継的権利、若しくは設定された信託は唯一の受益者の生存期間中はいつでも終了可能であるといったように、処分期間の選択は関連する税制により確かに重大な影響を受けるであろうが、何がなされうるかのみではなく、これらの信託の古典的諸要素を用いることによって本土のコモン・ロー法域において今日の信託起草者は何を行うことができるのか検討することもまた有益である。

17.36 受託者は受益者の意思により解任される場合がある。このような解任は大抵、委託者の配偶者が信託受益者である場合等に行われる。または、受託者を解任および任命する権限は信託証書において受益者として指名されていない親しい友人に付与される場合もあるであろう。このような条項が受託者にとって、とりわけ手数料を対価として信託の管理運営を行う受託者にどのような影響力を有するかという問題に対しては、何ら影響はないと回答がなされるのが通常である。確かに、多くの信託条項において理由が付されることなく受託者は何時でも解任される可能性があるとされているが、そのような事実は受託者としての義務を履行する際の行動および裁量権行使とは無関係であると考えられている。すなわち、理論上は無関係とされているのである。

17.37 生前信託における信託財産は、名目上は金貨または 10 ドル紙幣といったものから構成されるであろう。信託証書には、委託者その他の者により何時でもさらなる信託財産が追加されうる旨が規定されるであろう。時には課税上の理由により他者から受託者に対して追加の財産が移転される前に受託者の同意が要求される。これらの事情から、信託財産の性質、量、受託者への財産移転時期といった実際の信託財産については信託証書において決して規定されることはないであろう。遺言信託においてもまた当初の信託財産として名目上の財産しか有していないもっともな理由が存在するであろう。それにより、受託者が実質的な財産権の移転を行うタイミング

を綿密に計画することが可能となる。そして当該信託の目的もまた、当該遺言信託の効力発生を条件として解散または終了することとされている既存の生前信託の信託財産を譲り受けることかもしれない。遺言との関係で信託がなされる他の理由は、遺言執行者が委託者の死後ある一定の期間内に遺言に係る財産を信託に対し割り当てることを選択し、それにより信託受益者の課税上の特権を確保するためである。これらは死亡した遺言者による最終的な財産処分であるにもかかわらず名目上の財産が用いられる場合のほんの三つの例に過ぎない。

17.38 ある法域が信託に対し重い税金を課すことを選択していない場合、当該信託がたとえ遺言によるものであれ生前処分によるものであれ、15年または20年前においてカナダの信託起草者にとって最も利用される可能性のあった信託は裁量信託であった。私のカナダにおける経験によると、幾つかの承継的確定的権利に関する信託は依然として設定されており、そのほとんどが遺言によるものである。そして、時々生前信託または遺言による王朝信託が存在し、それらの信託は通常、取引または事業により大成功を収めた会社の創業者によって設定される。他方、風車信託の運営は裁量的なものである。風車信託ではその信託証書において、例えば配偶者、子、および孫といった親の子の死亡による代襲相続により財産権を取得する者について定めたリストが提供される。通常の場合、カナダにおける実務によると、二つまたはそれ以上の指名された登録公益団体がそのリストに追加される。それらのリストに記載されている者は受益者であり、そして受託者は信託の収益および元本を当該受託者が適当であると考えるところに従い当該受益者間において処分することができる。その場合、ある者が全く利益を受けないかまたは他の者と比べて受ける利益が少ないといった点を考慮する必要はない。實際上、受託者はしばしば主として税金を考慮しながら信託財

産を定期的に分配するための意思決定を行うであろう。累進税率が採用されている場合、受託者は最も低い税率で課税が行われる受益者に対して信託財産を分配したいと考えるであろう。よってどの受益者も信託財産に対して何ら権利を有さず、受益者は単に受託者が当該受益者を指名し、個人的な状況について考慮するよう要求できるにとどまる。

17.39 もし受益者として前述のリストに含まれている者が、過失により受託者は自らの氏名を考慮しなかった、または自らに損害を与える意図を有していたと主張することを望む場合、その者は受託者が自らに対し誠実に行動しなかったと主張し訴えを提起できると助言を受けるであろう。この場合、もちろんこのような主張を行う受益者が立証責任を負い、そして当該受益者は自らの主張を裏付ける証拠を探し出すために受託者の手元にある書類または受託者自身に対する調査を求めることになる。しかしながら、当該受託者は自身が保有する書類または自分自身に対する調査を拒むことができる。なぜならば、受託者は自らの裁量権に基づく意思決定の理由を明らかにしない権利を有しているからである。たとえ受益者が受託者が有する書類について証拠開示を求めるために受託者に対し訴えを提起した場合であっても、受益者が自らの主張を裏付ける明確な証拠を有していない場合には、受託者は単に「釣り旅行」に行っていたと上手く反論できるであろう。

17.40 それにもかかわらず、先に言及したように、受益者リストに記載されている者は少なくとも信託財産の分配のために自らを考慮してもらい権利を有している。もし、信託起草者もまた受託者または指名された他の第三者に対し受益者を当該リストに加える権利を付与した場合には、イギリスの判例法による権威がさらに押し進められ、当初からリストに記載されていた者はリストへの追加記載により自らが選ばれる機会がその分減少することになる。受益者を追

加する権限を有する者が他の分配目的を有している可能性は常に存在する。カナダでしばしば見られる裁量信託の信託証書のほとんどは、アメリカ合衆国における信託証書とは異なり、備考部分においてもまたは信託条項の本体においてもこの種の信託を設定した明確な理由を明らかにしていない。また、受託者がその裁量を行使するにあたって留意しなければならない裁量権の範囲に関する規定も含まれていない。このような事態が生ずる理由は、委託者または遺言者は現行の税法および税制を意識し、決して裁量権の範囲を限定しようとは望まないからである。結局のところ、とりわけ複数の課税法域が関係する場合に、一体誰が「将来において」どのような税負担が生じるかを知っているかが重要なのである。受託者はそのような状況に完全に備えておかなければならない。

17.41 裁量信託における受益者の不明瞭な地位は、本土法域の信託証書において通常の場合に受託者に付与される補完権限によって止めの一撃を受けた。このような補完権限によって如何なる受益者もリストから削除される可能性があるからである。ある者が受益者リストに追加されるのと同様に、ある者は受益者リストから除外される可能性がある。大抵の場合に引用される判例は再びイギリスのものである。そして我々はオフショア法域における課税に目を向ける前に、受益者を追加し除外する権限により本土における委託者または遺言者は受益者の地位が実質上何ら意味をなさない状況を生じさせることができるという点について考察しなければならない。1939年以前の世代に属する信託実務家の受益者という用語に対する理解によると、受益者は何らかの形で利益を享受する者とされていた。今日において受益者を除外する権限は、受益者として指名されている者にとって有利となるよう行使されてはならないことに加え、当該指名者を効果的に考慮の対象から除外することができることを意味する。それぞれの受益者は、受益者を除外する権限を有する者に

とって好ましい限りにおいてのみ受益者なのである。受益者としての地位は恩恵および慈悲に基づくものである。ただし、信託理論においては受託者に職務を執行させる権利は受益者固有のものとされている。

17.42 裁量信託においても信託に基づく権限により、受益者は受託者に対し自らを考慮するよう要求できるのみならず、受託者から説明を受け、そして裁判所の裁量により信託運営に関する文書を閲覧することもまた認められている。「単純」権利取得者指名権により、受託者または他の任命権者は、指名を行わなかった者の意向とは反対に、明示された権限または当該目的に係る権限に基づき特定の者に対し指名に関して考慮される権利を付与することができ、そして裁判所による承認に服するが、信託に関する情報を受領する権限を付与することができる²⁰。しかし、両者の場合においてもこれらは非常に制限された権利である。すなわち、問題となる利益は実際の指名であり、そして当該利益を享受できるかどうかは完全に指名者次第だからである。以上より、信託における諸権限および現在の本土の信託証書起草実務における単純権利取得者指名権に伴い、信託における権限および影響力の全体的な重点は受益者から離脱し受託者に向かっている。その一方で、受託者自身は委託者または「プロテクター」によって何時でも解任されうる。委託者またはプロテクターは何人に対しても事実上責任を負うかもしれないし、責任を全く負わないかもしれない。これは驚くべき現実である。

17.43 受託者、信託財産、受益者との関係におけるこのような概念に伴い、委託者は広範な性質を有する処分権および管理権を自由に活用することができる。受託者は通常、信託証書の如何なる条項も変更できる権限を付与されるであろう。この権限には一定の条件に係る処分条項を変更する権限も含まれており、受託者の判断により信託の変更を要求し（通常「変更」と言い表される）、また変更の代

替手段として受託者は自らが選択する時点において信託を終了させる権限を付与されるであろう。再び強調するが、これにより税金との関係で柔軟性が付与されるのである。信託証書はここでは本質的に中立的な器を作り出している。すなわち、信託証書は財産に関する後の処分決定のために用いられ、そして当該財産それ自体が時宜を得た将来のある時点において受託者に譲渡される。その時点まではほんの僅かな信託財産しか存在しない。よって、受託者に対し当該信託財産を新しい信託（サブ信託）または他の現存の信託に移転させる権限を付与することもまた必要不可欠である。これは当初の信託を「別の容器に移す」権限としてよく知られている。財産の移転が行われる信託の受益者は以前の信託と同一である必要はなく、新たな信託における財産の処分および管理に関する条項もまた同一である必要はない。当初の信託の信託証書において明示的に当初の信託条項から乖離することが許容されるであろう。当初の受託者が新たな信託を設定する場合、当該行為は新たな信託それ自体の存続期間と共に新しい信託を構成する。もし新しい存続期間では新たな信託において他の余計な諸要素を付け加えなければ信託目的を達成することができない場合は、永久拘束禁止則および永久蓄積禁止則を制定法上廃止した法域に信託統治法を変更することによって、そのような機会を創出することができるであろう。

17.44 信託統治法を変更する権限はしばしば現代における本土の裁量信託において見受けられ、そしてそのような権限は通常の場合、受託者に付与される。これはおそらくこの20年間における信託実務の特徴である。それ以前においては一般的な信託証書起草者がこのような問題について考えていたという証拠はほとんど存在しない。より洗礼されたカナダの信託証書起草者は信託統治法を二つに区分するであろう。一つは信託の有効性、設定並びに効力に関する統治法であり、もう一つは信託の管理に適用される統治法である。イギ

リスの事例である **Chellaram v Chellaram** 事件²¹において見られた信託の有効性と信託の管理を分離することへの反対意見は、とりわけ北アメリカにおいては説得的であるとは考えられていない。おそらく 50 にも及ぶ法域を有するアメリカ合衆国の経験により、アメリカの裁判所は対照的に適正な事実関係の下におけるこのような分離に対しより寛容であり、カナダ人もまた国境の南で行われている親近性のある信託実務により惹かれるのである。

17.45 確かに本土の生前信託の委託者はしばしば事が違っていたらと望むが、彼らは自分自身に重要な権限が留保されることを嫌がる。権原が移転された財産に対して支配権を有していることを理由に委託者に対して課税がなされるリスクは非常に大きい。そこで、ますますこれらの権限を行使するために第三者が任命されるようになってきている。我々が見てきたように、このような第三者として「プロテクター」がよく用いられる。プロテクターは受益者ではないが、しかし委託者のことを熟知している知人であり、そしてしばしば委託者の抱える問題に対し尽力することが意図されている。いわゆる「助言者」が 1950 年代における信託証書において見受けられ、そしてまさに 1939 年以前の時代にそのような例が散見される。この時代は興味深い。なぜならば、ここ北アメリカにおいて 1980 年代および 1990 年代のオフショア法域におけるプロテクターの起源が存在するからである。

17.46 我々はまだ、人気のあるオフショア法域の「プロテクター」を模倣してカナダ本土で起草された信託証書に対する裁判所の判断を目の当たりにしていない。そして先に言及した理由により委託者は自分自身を「プロテクター」として任命することを避けることから、オンショア法域における訴えは成功しないであろう。

17.47 免責はオンショア法域において興味を引く他の発展現象である。信託証書の大多数は、受託者が行為を共同受託者に委任する

ことができる完全な権限を有する場合であっても、それぞれの受託者（おそらく二人以上の受託者が存在する）は自分自身の行為または不作為に対してのみ責任を負うと明示された免責条項を有していた。さらに受託者は詐欺および故意による不法行為に対してのみ法に基づき責任を負うとされている。他の信託証書は受託者の過失について言及するかもしれないが、しかし重過失がある場合にのみ責任を負うと明示されている。我々が全て把握しているように、問題となっている受託者がプロであるか否かにかかわらず、イギリスの事例において裁判所はそのような免責条項の有効性を承認している。

17.48 税金問題または現代の信託証書起草実務に対する考察を通じて現代の主要問題について批判を行うのが私の目的ではない。法および実務は常に現在の経済問題および社会問題に従い、非常に緩やかに動いている。税金の高い法域において富を保持したいという個人の意図、およびその富をその者の家族およびその者が価値あると評価する慈善目的または非営利目的に譲渡したいと望んでいる者は、直面する税負担について最優先かつ最大限の考慮を払わなければならない。そうしなければ、その人はおろか者である。家族のために適切な形態の条項を作成する際の精妙さは、政府の財務当事者が当該財産の事実上の主たる受益者である場合には限定的な価値しか有しない。

17.49 それよりも私が主張したいのは次の点である。すなわち、昨日の観点に基づく信託の古典的諸要素の理解からは、今日の幾つかの本土における信託実務および私的依頼人に関する信託それ自体において、ぞっとするような事が行われているという点である²²。初期の世代に属する実務家は将来の受益者およびそれらの受益者にとって最も健全な信託条項について考慮していた。今日において我々は、委託者、および税金が委託者または委託者の信託管理に及ぼす影響に対しより多くの考慮を払っているように思われる。プロの受

託者は訴訟がますます増加する状況において、責任追及されることに対し憂慮している。信託証書における免責条項および補償条項はこのような状況を認識している。

17.50 これらの考察から二つの考え方が浮かび上がってくる。第一の考え方は、信託の古典的諸要素は確かに形式的には受け入れられているが、実際には法律専門家の内心において信託に関する他の何かに譲歩してしまっているという考え方である。もしそうであるならば、それは一体何であるかを明らかにしなければならない。信託証書起草者が現在支配的な法的範疇と考えているもの、またはもしそのように言いたいのであれば、今日信託概念を囲っている制限とは一体何なのであろうか。概念上および実務において、信託によって一体何を達成することができるのだろうか。別の言い方をすると、我々が信託を法人または財団といった他の財産管理概念と一緒に用いるべき場合とは一体どのような場合なのだろうか、または全く信託をこれらの概念と一緒に用いてはならないのだろうか。第二の考え方は、今まで古典的に理解されてきたような信託概念を用いずに、概念をバラバラにし説得的な形式を有しない混ぜ合わせの考え方に對してどの程度まで制限を課すことができるかという考え方である。欧州大陸法における何人かの実務家は現代コモン・ロー信託をまさにこのような観点から論じてきた。

17.51 このような現代の本土における経験およびこれら二つの考え方を踏まえて、次にオフショア法域の革新に目を向けることとしよう。

V. オフショア法域における激動

17.52 世界各地におけるオフショア法域の活動²³は、本土における遺言の作成、婚姻関係が破綻した際の清算方法、並びに私的依頼人

に関するコモン・ロー上の保護信託および裁量信託に関する実務とは大きく異なっている。本土の法律家はある地域に存在する不動産およびポートフォリオへの投資に関してその地域住民に対して貢献し、またその地域の個人企業および地元企業の利益に対しても貢献を行っている。これらの地域住民は家族を有しており、そのうちの何人かは他の法域において生活している。しかし、それらの人々のうちのほとんどは子および仕事と共に当該地域に居住しているであろう。連邦制国家は法域に関する問題を抱えているが、しかし、それは一つの国家の内部における問題に過ぎない。

17.53 文字通りではない意味における「オフショア」には、スイス、ルクセンブルク、ニュージーランド、並びに今日オフショア法域で行われている実務と同様の実務に従事している他のオンショア法域が含まれる。しかしながら、本来の意味におけるオフショア法域はその大部分が僅かな国土しか有しない小さな島であり、比較的少数の地元住民が居住し、その「金融の中心街」がその地域経済の大半をなしている。私的依頼人に関する限り、これらのオフショア法域はある一定の目的を有する外国の受益者のために、外国の依頼人に対しエステイト・プランニングを販売している。オフショア法域の法律家はかなり競争的な事業に従事している。⁴⁵ またはそれ以上の「オフショアの金融中心街」が存在し、それにより各オフショア法域が依頼人の願望の応えるよう努力が促進されている。これは市場の要求を満たすための挑戦である。

17.54 これらのオフショア法域の幾つかは、機関投資家および一般投資家による投資に加え、保険、証券化、担保取引といった分野にそれぞれ特化している。オフショア法域にとってこれらの商取引および事業はその金融活動の大部分をなしている。しかし、私的依頼人に対する仕事は全てのオフショア法域において行われている。オフショア法域に向く本土の依頼人はその依頼人が利用できる課税

上の利点について助言を受けてきた。検認を回避できる点および遺産管理費用が安く済む点はオフショア法域が有する他の魅力である。その依頼人がとりわけ個人事業主であり、将来の過失行為により課せられる可能性のある損害賠償の額を懸念している場合には、財産保護も要望するであろう。また依頼人は婚姻関係が破綻した場合において事業用財産または個人財産をその配偶者の手の届かないところに置きたいと望むであろう。そして、当該依頼人の死亡によりその者の遺産に対し相続権を有する家族からの請求からそれらの財産を保護したいと望むであろう。後者の場合において、依頼人は自分自身のために独自に作成してもらった計画に従って家族構成員間において自らの資産を残し、そして裁判所の判断、または居住国または国籍国で予め規定されている相続持分の回避を好む。

17.55 依頼人が自らの財産に対する権原を受託者に移転したいと望むことはありうる。権原の移転は通常の場合、依頼人が利益を得るにあたって極めて重要である。しかし、依頼人はその生存期間中は「自らの」財産に対する支配権を保持する。次に依頼人が対処すべき問題点は、信託の存続期間中に受託者が信託財産の管理または処分を行う際に行使する権限に対し拒否権を行使する権限を留保できるかどうか、さらには受託者の権限行使に対し直接指図を行うことができるかどうかという点である。依頼人は自らが適当と考えるところに従い受益者を追加または除外することを望むであろう。そして彼が選択するところに従い受託者を任命し、または解任することを望むであろう。もし依頼人の母国の法域において不本意な課税が行われない場合、裁量信託は依頼人にとって魅力的な手段となるであろう。または依頼人は「単純」権利取得者指名権の方を好むかもしれない。例えば、一般的指名権により委託者には将来の被指名者として受益者を誰も指名しない権限が付与される。

17.56 過去 20 年以上にわたり、大西洋、カリブ海、イギリス海峡、

アイリッシュ海、太平洋に存在するオフショア法域は絶えずその法制度を適合させ、これらの市場の圧力に応じてきた。将来の債権者およびオンショア法域において権利を有している家族からの請求に対処するための財産保護信託は馴染みのあるものである。信託財産の投資および管理運営に対する最終的な支配権こそが委託者または委託者が指名したプロテクターの利益を確保するための手段となる。オフショア法域の財産保護信託は債務者を保護するために、オフショア信託へ財産移転がなされた時点以後に請求権を取得した債権者を排除し、そして信託への財産移転後、原告適格を有する債権者がオフショア法域において訴えを提起する期間を厳格に制限している。幾つかのオフショア法域はこの提訴期間をわずか一年しか許容していない。ほとんどのオフショア法域においては、ほとんどの本土の法域と同様に、動産信託に関する登記または公的な登録制度は存在しない。婚姻関係財産に対する配偶者の請求は、それがたとえ国外の裁判所により認められたものであれ、ある地域社会における固有の権利であれ、若しくは外国の法制度において家族の相続権とされているものであれ、ほとんどのオフショア法域では認められていない。委託者が保持する支配権、またはプロテクターに付与された支配権が問題となる場合には、それらの支配権はその権限保有者が選択するところに従い受益者を追加しまたは除外する権限にまで拡張されるであろう。もちろん、委託者その他の者により実質的に意図された財産が当初の名目的な信託財産に任意で追加される。ただし、そのような財産の追加は後の段階において行われる。

17.57 カリブ海において当該オフショア立法に関し人気のある二つの特徴は、確かに現在ではアラスカ州およびデラウェア州といったオンショア法域の立法によりそっくり模倣されているが、財産保護信託であり、そして信託財産の管理および分配に関して委託者（またはプロテクター）に留保された支配権である。とりわけこのよう

な支配権はバハマおよびケイマン諸島の立法において際立っている。支配権は形式的な権原の移転を暗示するが、たとえ一部分であれ全部であれ、「所有」に関係する権利および権限を第三者に付与し、または委託者がそれらを保持する。再び、アメリカ合衆国における撤回可能信託の理論により委託者はその生存期間中、受託者がその権限および裁量を行使するにあたり指図を行うといった強大な支配権を保持しまたは付与することが可能となる。それらのオフショア法域は現在では委託者が指名する者により執行される非公益目的信託を売り出している。ケイマン諸島はさらにその先へ行き、資格を有する受益者から信託を執行する権利を奪い、当該受益者は、確かに信託受益者として指名されてはいるが、受託者に対して行動を提起する権利を有しない。伝統的な信託の中心的要素である受託者と受益者との間の法律関係は、受託者と委託者との関係、または受託者と信託条項に基づき指名された第三者との関係に取って代えられている。

17.58 たとえどのような場所で設定された財産保護信託であれ、オンショア法域の裁判所が財産保護を承認するかどうかはしばしば学問上問題となりそうである。なぜならば、委託者の財産はオンショア法域の裁判所の管轄から移転されてしまっていると思われるからである。委託者の全財産をオンショア法域および訴え提起がなされる可能性のある他の法域から移動させることは、明らかに全ての積極的な財産保護信託の設定者にとって的を射た方法である。提訴者および指名受益者がオフショア法域における財産保護信託の有効性に対しオンショア法域の概念および政策に関する議論をぶつける機会が存在する場合にこそ、このような手段は採用されなくなる。委託者またはプロテクターによる財産管理、および最終的な財産分配に対する支配権についてオフショア法域で争うことができるかどうかは現在議論が交わされている問題である。極端に委託者に有利な

信託条項が存在するような状況において、債権者または請求権者である家族が当該信託証書の各条項は委託者の真の意図を表していないという事実を立証できた場合には、そのような争いは成功するかもしれない。確かに、信託証書には撤回不能信託と明示されているが、委託者には何時でも当該信託財産からの利益享受を回復できる選択権が留保されているという事実が証明されるであろう。しかしながら、このような「偽の」信託が問題となる事例、すなわち「幻想的な信託」が問題となる事例はほとんど存在しないであろう。「偽の」信託には、信託証書において意図された委託者（またはプロテクター）による信託管理または信託財産分配に対する支配権が存在するという事実が明白に立証された場合は含まれていない。そこで問題は、受託者である財産譲受人に対し支配権を留保する程度それ自体が信託概念に反するかどうかである。

17.59 オンショア法域に存在する財産を信託財産とするオフショア法域の非慈善目的信託をオンショア法域の裁判所が承認するかどうかについては、まだ判断が下されていない。そこでケイマン諸島のスター信託を含むこのような財産保護信託がハーグ信託条約の下で本土の法域に上陸することを望むかどうか、またこれらの財産保護信託は元来から概念上健全な信託条項を備えていると認められるかどうか問題となる。第三次信託法リステートメント²⁴は、アメリカ合衆国でこのような信託が存在しなければならないとするならば州による立法が必要であろうとの立場をとっている。しかし、すでに私益目的信託は 2000 年統一信託法典の下で設定可能とされている。2000 年統一信託法典は 20 を超える州で採用されている。また、主要なコモンウェルス諸国においても、私益目的信託の目的とは何であるか確定することは困難であることを理由に、立法による対処が必要であると考えられている。マニトバ州およびブリティッシュ・コロンビア州の法制度改革機関の立場と同様に²⁵、私にはこのよ

うな信託の執行者の任命、義務、並びに権限に関して克服困難な概念上の問題は見当たらない。しかしながら、制定法による導入が議論される場合には、コモンウェルスにおけるほとんどのオンショア法域においてこのような非慈善目的信託に対する明確なニーズが存在するかどうかが決定的に重要となるであろう。このような非慈善目的信託が、とりわけ公的機関による登録を受けない場合に、マネーロンダリングの手段として利用される恐れがないかどうかを憂慮されるであろう。

VI. 大陸法および信託の考え方²⁶

17.60 コモン・ロー「信託」は 19 世紀後半に大陸法諸国に知れ渡った。その時期は信託がちょうどイギリスにおける不動産権譲渡の制度以上のものとなり、投資および担保財産保有のために事業および商取引において用いられ始めた頃であった²⁷。不動産信託はその名称を「Y のための信託において受益者 X のために (unto and to use of [X] in trust for [Y])」という馴染みのある不動産権譲渡からとったものであった。X は嘗てのユースの受益者であり、制定法上の不動産権を「信託において」Y のために保有した。そして Y は衡平法上の不動産権を取得した。大陸法諸国はこのような制度をイギリスまたはアングロサクソン「信託」として認識していた。20 世紀最後の四半世紀までにおける大陸法諸国およびコモン・ロー諸国の法学者の論稿は大概このような用法に従って「信託」という用語を用いていた。そして大陸法諸国の法律家はしばしば信託について言及した。信託条約を起草するために 1982 年から 1984 年にかけて開催されたハーグ国際私法会議は「信託」および「類似の諸制度」という用語を採用したが、まさに以上のような用法に拠ったものである²⁸。

17.61 第二次世界大戦前において、コモン・ロー諸国の研究者と大

陸法諸国の研究者との間における対話は理論の違いに基づくものであった。しかしながら、1980年代において法学者の何人かは「信託」を構造的観点から考察するようになり、そして信託の用語をコモン・ロー上の制度と同様に適当な大陸法上の制度に適用し始めた。1988年にジョンストン教授はイギリスにおいて『ローマ信託法 (*Roman Law of Trusts*)』²⁹を出版し、ビザンティン帝国の *fideicommissa* はコモン・ロー信託と構造および機能の双方で類似性を有していたとの主張を展開した。大陸法諸国の比較法学者は同様の手法で信託の考察を開始し、それらを代表するイタリアの比較法学者であるルポイ教授は1990年代に精力的に講義および出版を行い、信託は中世イングランドで用いられるようになった制度であるというよりも、むしろローマ法を基礎とする大陸法制度におけるより古い（そして活動的な）制度であると主張した。ルポイ教授および他の大陸法諸国における法学者および実務家は、信託という考えの国際性を論証し続けている³⁰。

17.62 本章はもっぱらコモン・ロー信託の将来および運命について懸念を抱いている。しかし、信託という用語に対するコモン・ロー法域からの要求を行おうとしているのではない。我々が信託という語の起源、象徴、そして伝統的な用法から、その構造の分析および諸機能の比較調査へと移行するとき、我々は新たな領域に突入する。信託とは単に他人を信頼し、依存することを意味する。そこから分析および機能的考察は始まる。

17.63 Aが「信用および信頼」をBに置き、そのBがAまたはCのためにのみ誠実かつ注意を払いながら財産を運用するという考えは、もちろんある一つの法制度に特有のものではない。イスラム法のワクフにおいて見られるように、それぞれの法制度もまたこのような考えを認識している。確かに運営者はワクフ財産の所有者ではないが、ワクフは慈善目的および家族の利益のために独立の財産管理制

度となる。そしてその管理期間は相当長期間に及ぶ。西洋文明国家の二つの法制度のうち大陸法制度は本質的に欧州本土、中央アメリカ、南アメリカ、そして多くの太平洋諸国およびアフリカ諸国において見られる。10世紀から16世紀にかけて起こったローマ法の継受により、大陸法制度はコモン・ロー制度に比べより古い伝統を有する。そして大陸法制度はそのほとんどが家族法および相続法であるが、概して継受したローマ私法および地方慣習法を混合したものである³¹。明らかに地方的諸要素の影響に加え、ルネッサンス後の国家主義およびそれぞれの大陸法諸国における法典化により法制度は地域固有のものとなった。それにもかかわらず、確かにラテンアメリカ諸国の民法典およびドイツ民法典との間には法域による相違が存在するが、驚くべきことに、ローマ法の普遍性というその本質の大部分がまだ残されていることはこれらの法典から明らかである。

17.64 よって大陸法はローマ法上の概念であるフィドゥーキアおよび信託遺贈の双方を十分に知っている。まさしく、紀元前1世紀から紀元後6世紀のビザンティウムに至るまでのローマ法の遺産は、義務を履行する際の *bona fides* (すなわち誠実) という概念につき豊富であった。そしてフィドゥーキアはやむにやまれぬ道徳的な行動を表す概念として中世西ヨーロッパにおける聖職者の哲学および法学において前面に出された。

17.65 フィドゥーキアは誠実に行動する義務とは異なる一つの制度である。ローマ人はそれを契約または合意として認識していた。フィドゥーキアとは、ある財産を他人に委譲し、譲受人が当該財産の完全な所有者となるが、ある特定の状況において当該財産を譲渡人に再譲渡する義務に服するという内容の制度であった。フィドゥーキアはローマ法におけるかなり早期の概念であり、主として借金返済に係る担保を提供するために用いられた。所有権の移転を受けた貸主は合意に従って所有権を再譲渡するとの合意を行った。しか

しその一方で、貸主は完全な所有者であり、当該担保を管理し、当該合意に従って当該財産を再譲渡する義務は単なる個人的な義務に過ぎなかった。信託遺贈は現代大陸法において知られているように、ローマ法大全におけるビザンティン帝国の概念であり、コモン・ロー法域の法律家に対しコモン・ロー信託の下における承継的権利を示唆する概念である。実は、一般形式の累次継承方式は例外であるが、信託遺贈は受託形式の累次継承方式であった。すなわち、Xは将来のある日時の到来またはある出来事の発生によりXは法の強制により所有権をYに移転する義務を負うとの条件の下で所有権を有していた。このような累次継承方式はローマ法継受後の欧州において広く用いられた。そして信託遺贈は、一連の累次継承方式により一世紀以上の長期間にわたって一族による土地保有を永続化し、フランスにおけるアンシャン・レジームを支えた。しかしながら、アンシャン・レジーム崩壊後の1804年に制定されたナポレオン法典により信託遺贈は廃止されてしまった。それに引き続くラテンアメリカ諸国の民法典も信託遺贈を廃止した。しかしながら、信託遺贈は今日においてもフィドゥーシーと共存しながらケベック州民法典において存続している³²。フィドゥーシーはケベック州民法典において「信託」と翻訳されている。1865年に最初の法典化がなされる前のケベック州法は革命前のパリの慣習法であった³³。

17.66 純粋な大陸法法域、すなわち歴史的にコモン・ローの統治に服したことのない法域は常に信託を契約または無名の対人的義務と考えているように思われる。大陸法の法理および法体系の範囲内において、AによるBの排他的利益のための財産管理は契約による当事者の結合であるとの理解が論理的かつ賢明であるとされている。ルクセンブルクのフィドゥーシーは「信認的契約」である。フィドゥーシーは1983年の命令に基づき採用され、そして2003年7月27日の法律³⁴により「修正」された。2003年法により1983年法は改正

されている。2003年法は財産所有権を受任者に付与し、そして信託財産に係る資産 (patrimony) を受託者の個人資産から分離することにより、フィドゥーシー財産の独立という概念を導入した。ルクセンブルクの信託的契約は本質的に一方の契約当事者 (受任者) によるもう片方の契約当事者のための契約である。受任者は貸出機関でなければならず、そして信託的契約により行われるのは金融機関とルクセンブルグ国内の個人および法人メンバーとの間における金融取引である。ルクセンブルクは近年、ハーグ信託条約に批准したことから、2003年法に基づくフィドゥーシーはハーグ信託条約の用語にいう信託制度に含まれると他の法域においてさらに認識されるよう望んでいる。

17.67 2007年2月19日、多年にわたる議論の末に、フランスは、おそらくルクセンブルクにより創設された先例に従って、フィドゥーシーを導入する法律を制定した。XはYのために抛出された財産を保有する。大陸法法域の法律家にとって、このような関係は直ちに契約と捉えられる。ローマ法における「保有」は諾成的寄託契約であり、XはYのために行動する代理人であると推定されるのは委任契約の場合である。この場合、Xは無報酬で任務を遂行しなければならない。Xがその役務の対価として報酬を受領する場合、当該契約は雇傭契約である。後にローマ法を継受した法域では、ローマ法における財産権の「所有」という概念の規定により、正確かつ限定的で厳格に規定された財産権に該当する財産を「保有」する方式が再度必要とされた。大陸法における所有者は問題となっている財産権に関連する全ての権利を享受する。そしてこの点がコモン・ロー制度と対照的である。法理論の完全な相違は後にコモン・ロー法域において発生した。コモン・ロー法域はローマ法の影響を全くと言って良いほど受けなかった。コモン・ロー法域では封建制における財産権理論により、一つまたは複数の財産において同時存在的な

財産権として権利が複数存在し、それぞれの財産権が一つの財産（または財産の集合体）における異なる権利の総体をなすことが認められていた。それらの財産権のうちの幾つかにおいては、現実に利益を享受しまたは将来確実に利益を享受することができた。他の財産権は条件付きであった。そしてこれらの財産権は消滅条件付きまたは解除条件付きとすることができ、若しくはそのどちらでもなく、絶対的なものとすることも可能であった。

17.68 しかしながら、2007年フランスのフィドゥーシーに関する制定法は受託財産を占有しながら行動するよう委託を受けた者という法的構成をさらに超えたものとなった。2007年の制定法は分別財産（*segregated asset*）というコモン・ローにおけるファンドと対比できるような概念を採用し、そしてXはこれらの受託財産をX個人の資産とは区別された資産において保有すると規定した。これら両者の点において、フランスはこのような法的構成により以前ルクセンブルクが採用したアプローチと同様のアプローチに拠ることを決定した。このようなアプローチは伝統的にスコットランドにおいて採用されていたものである。

17.69 資産（*patrimony*）は大陸法における考え方である。資産は、全ての権利および義務、権限および責任の総体であり、これらの権利または権限を行使する者、またはこれらの義務または責任に服する者において存在する。大陸法における伝統的な考えでは、ある一つの資産と関連する全ての権利および義務を包含する所有権としての性質が付与されている場合、当該「所有者」はただ一つの資産のみを有することができるとされていた。しかしながら、欧州ではこのような考えにはもはや従っていない。すなわち、資産は法人格に関連しているのではなく、分別された財産または財産の集合体と関連しているのである。*Patrimoine de fiducie*、すなわちコモン・ロー法域の法律家が信託資産と表現するものは、むしろコモン・ロー

がファンドを扱う場合と同様に扱われる。*Patrimoine de fiducie* は独立した財産または財産の集合体であり、通常は第三者への投資や第三者との取引に用いられる。すなわち、投資または取引における債権者または債務者は、当該分別財産との関係においてのみ原告適格を有する。それにもかかわらず、財産の分別が行われても受託者、受益者、または第三者である債権者に対して物権または債権が付与されることはない。これらの者の有する権利の性質は法によってそれぞれ独立に付与される。財産の分別により、受託者個人の資産に対して請求権を有する債権者は固有の分別受託財産にかかっていくことはできず、または受託者個人の資産に対して責任を負う債務者は分別受託財産に対しては責任を負わない。資産の分離という方法の採用により、このような方法は大陸法においては普遍的でないが、コモン・ロー信託の中心的性質を捉えることができる。論理的には、受託者である A が第二のフィドゥーシーにおいてさらに受託者として職務に従事する場合、もう一つの財産の分別が生じることとなる。当該資産による投資または取引は他の分別受託財産による投資または取引と区別される。それぞれの信託資産との関係でフランス法もまた受託者を、その地位を解任され他者と交替されうる職務保持者として認識し始めている。さらに、それぞれの信託資産はそれ自体が受託者の個人財産および他の信託資産と区別される³⁵。

17.70 2007 年法により導入されたフランスのフィドゥーシーは契約（すなわち、債務的な）関係である。当該立法ではそのように明言され、ある特定の者に対する債務とされている。S が A に対し B のために信託資産として保有するよう財産を移転した場合、譲渡人である S および受託者である A との間には、A を譲受人として当該財産における一定の制限を受けた「所有権」を有するとの条件の下に契約締結の効果が生じる。A は当該財産を所有し、ただ B のためにのみ行動しなければならない。そのことは、ルクセンブルクおよ

びフランスの両国においては、ある他人の利益のために財産所有者が受託者として当該財産を保有するとの一方的な宣言は認められていないことを意味している。ただし、フィドゥーシーは委託者と受託者との間の契約であるとする一方、フランスでは委託者および受託者が受益者の地位を併有することを許容している³⁶。しかしながら、指摘されているように、フランスのフィドゥーシーは契約のさらに先を行っている。すなわち、契約締結後、委託者による介入から受益者を保護するために、契約当事者として委託者が介入する権利を制限するとともに、受益者の同意なく受託者と共に当該契約を終了または変更できないようにしている³⁷。さらに、悪意の譲受人と不正行為を行った受託者との間における売買契約を無効とすることで、受益者の地位を強化している。このように契約が無効とされた場合、当該財産は依然フィドゥーシーの財産の一部であったものと扱われる。しかしながら、先に述べた通り、信託資産に対する如何なる財産権も受益者またはフィドゥーシーの債権者には付与されていない。最後に、先ほど述べた通り、裁判所は受託者を解任し、または任命することができる。これにより受託者の地位は職務保持者により接近し、この事はコモン・ロー法域において受託者がどのように捉えられているかを示している³⁸。

17.71 大陸法における契約は合意といった双務契約か、または贈与といった片務契約のどちらかである。合意には双方向的な対価は要求されない。また贈与は受贈者が贈与物を受け取った場合にのみ完全に成立する。当事者は義務に拘束されるが、対物的権利は何ら成立していない。契約違反の申立てに成功した原告は損害賠償を得ることができ、そして被告が支払不能または破産に陥ってしまった場合には無担保債権者と同等の地位を有することになる。もちろんそれは契約当事者として当該債権者が担保に関する取り決めを行っていない場合である。本人であるAは代理人であるBが当該財産をAの

ために安全に維持しそして効率的に運用するためにその義務を忠実に遂行するとの「信頼」をBに対して有している。

17.72 証券や金銭ファンドが問題となる場合には、純粋な大陸法地域において他人に財産管理を委ねている者は、当該他人が自分自身の利益のために財産管理を行っているか他人のために行っているかに関係なく、その者との関係で財産管理に関する幾つかの法的地位のうちの一つを有するであろう。コモン・ロー地域の法律家はそれらの法的地位が信託義務に関わる受託者としての地位であると考え誘惑に駆られるであろう。しかし、一般的に言うとき、受託者という語は大陸法の法律家が対比できるような意味を有していない。信託財産との関係で委託者と管理人との間には様々な関係が存在する可能性がある。財産拋出者と管理人との関係はノミニエーと本人との関係のようなものであり、ノミニエーは自分自身が全て指図を行い、それは本人のために自分自身で意思決定を行う投資マネージャーと同様の地位にある。ファンド財産との関係は、財産拋出者の名義において財産管理を行うものから包括的な支配権を有する財産管理人に至るまで幅広い関係が存在するであろう。この最後の状況において財産管理人が破産した際に投資家が自らの財産を取り戻すことができるかどうかは、財産管理人がそれぞれの顧客財産を分別して投資および管理を行っていたかどうか、または顧客財産は混蔵されたただ個別的に計算がなされていたにすぎなかったかどうかに関係すると思われる。どのような方法が採用されるかは実務慣行次第である。たとえ管理人に契約当事者の財産を分別管理し運用収益を確保する契約上の義務が課せられている場合であっても、それは単なる債務であるように思われる。すなわち、管理人の契約違反および破産が生じた場合においても投資家には単なる対人的な救済手段しか与えられない³⁹。たとえ当該財産が信託財産と同様に「受託者」により保有されている他の財産との関係で債権者が強制執行できないものとす

るためには、制定法による定めを必要とする。

17.73 「信託」に対するコモン・ロー法域の法律家の見解によると、コモン・ロー法域の法律家は、信託の設定方法と信託それ自体には明確な区分がなされなければならないと主張するであろう。アングロ・アメリカの法律家は、信託は受託者と受益者との間における権利義務および財産権を明確に表現したものであると言及する。しかしながら、大陸法法域の法律家は信託を単なる義務と見なし続けるであろうし、そして義務とその創設方法との間における唯一の区別は、義務の創設行為が対価を伴う契約、不法行為、原状回復に関する行為のいずれかである点にあると反論するであろう。たとえ認識できるとしても他の区別は存在しえないと彼らは主張するであろう。

17.74 信認関係に基づく所有 (fiduciary ownership) という制度が存在するかどうかという問題に関して、大陸法法域の立場はそれぞれ分かれている。ある法域の学者は、大陸法における所有は目に見えないもの、すなわち処分権、利用権並びに管理権は全体的なものであり、所有者においてのみ存在することができるものであると主張するであろう。所有権には人的権利である用益権および他人が所有する土地を通行するための地役権といったような負担が存在する可能性がある。しかし、これらの権利は他人の財産に対する権利であり、他人の財産において有する権利ではない。よって「信認関係に基づく所有者」は所有者ではあるが、他人による使用および利益享受に服する立場にある。大陸法法域の実務家は、法学者とは反対にそれ程厳格ではなく、信認関係に基づく所有という概念を受け入れるであろう。なぜならば、彼らは信認関係に基づく所有を、ローマ法において二次承継人に所有権を移転する義務を負い、または法律上所有権の移転を免除された受任者としての指定承継人に類似する制度と見るからである。もし、所有者が自分自身の所有権を有しているかどうかは一定の条件の発生、すなわち一定の日時の到来ま

たは出来事の発生に係る法律問題として決定されるとするならば、ある者による所有権が他人によって執行可能な利用（または享受）に服するという前提条件は受け入れることが可能である。承継的絶対的所有者という制度を受け入れることは、制度上ある者が処分権および管理権を有し、そして他人が利用権を有するという同時存在的な権利を受け入れるよう要求することと全く同じではない。しかしながら、弁護士および公証人は、所有者としての指定承継人が占有を行う一方で所有権を有している二次承継人を想定するであろう。信託資産の観点から考察を行う近時における欧州大陸の法学者の動きは、それ以前の世代を悩ませ続けてきた義務と財産との間における概念上の隔たりを解決するのに大いに貢献するであろう。

17.75 コモン・ロー信託に直面した大陸法法域の法律家にとって核心的な問題は、コモン・ロー信託とは疑いなく契約（義務）および財産の複合体であるという点である。コモン・ロー信託は对人的救済手段に加え対物的救済手段をも発生させる概念であり、受託者および受益者はこれらの救済手段により特定の信託財産を回復し、または信託財産を追跡する権限を有している。他方、大陸法の法律家にとって債務と財産権を区別するローマ私法理論はほとんど全ての民法典において絶対的なものとなっており、ローマ私法理論からの乖離が法典または立法に存在し、または以前存在していた場合は、それらの乖離は躊躇され、時としてぎこちないものとみなされてきたように思われる。

17.76 スペイン語圏の大陸法法域である中央アメリカおよび南アメリカは、アメリカ合衆国との取引上の接近性および同国のコモン・ロー信託を意識して、1925年に最初に制度改革を行って以来、多くの事例において、*fideicomiso* と言い表される制度を発展させてきた⁴⁰。遺留分に対する信託が存在しうるベネズエラの場合を除いて、家族法および相続法には *fideicomiso* による手は付けられていない。

ほとんどの法域において信託は単に商取引のための制度となっている。しかしながら、信託という制度の特徴はそれぞれの国の法制度において異なっている。その本質的形態は契約である。時として制度改革により受託者による所有が補完され、そして今日幾つかの法域は資産の独立性について法を施行している。2003年にウルグアイは「所有者不在の」抛出財産という概念を導入した⁴¹。

17.77 しかしながら、スペイン語圏のアメリカ地域のほとんどにおいては *fideicomisario* (コモン・ロー信託における受託者に相当する) が支払不能または破産に陥った場合の効果について沈黙したままである (よって救済手段は对人的なものとしてされたままである)。代替的な救済手段はしばしばかなり混乱している。その代替的救済手段は *fideicomisario* による違法な財産移転がなされた場合に *beneficiario* により第三者から目的物を回復する対物的権利としての形態をとるのであろう。しかしながら、*fideicomisario* 自身から目的物を回復することはできない。そして *beneficiario* は現実の詐欺を立証しなければならず、そしてたとえそのような立証に成功したとしても金銭賠償で満足しなければならない。そこで問題が生ずる。なぜならば、立法者は *fideicomisario* の名において別の「資産」を制定法上創設することを考慮したことがないか、またはそのような制度を創設しない方がより適切と考えたからである。もちろんこのような「資産」に対しては、*fideicomiso* に関する義務を *fideicomisario* が遂行するにあたって発生した請求権を有している債権者のみがかかってくることができる。また、このような資産は *fideicomisario* が適正にその義務を遂行するにあたって生じた費用 (おそらく承認された手数料についても認められるであろう) を填補するためのものである。

17.78 全ての大陸法法域において継受されたローマ法原理が存在することから、所有者の債権者は当該所有者が所有する全ての財産にかかってくることができなければならない、そして当該所有者はそ

の所有財産に対し債権者がかかってくることを防止することはできないであろう。アメリカ法の概念である分別財産の導入という先の見えない法理論上の分岐点は明らかに簡単に取り扱うことはできない。しかしながら、ベネズエラは最も早く分別財産という制度を採用することによる取引上の利点を認識し、それ故にいち早く *fideicomisario* 個人に対する債権者が *fideicomiso* 財産にかかってくることをできないようにした⁴²。

17.79 コモン・ロー信託にとって分別財産は受託者と受益者との関係において決定的に重要な要素である。当該財産は分別されている。このような分別はオランダにおける *bewind* (またはドイツにおける *testamentvolstrecher*)⁴³では要素とされていない。それらの制度においては財産管理者が財産管理について排他的権限を有するが、しかし管理財産に対する権原は *bewind* の受益者 (または *volstrecher* の場合においては相続人中の生存者) が有する。権原保有者は当該財産を処分することはできない。なぜならば、権原保有者はその全ての処分権限および管理権原を管理人 (*bewindvoerder*) へと手放してしまっているからである。しかし、権原保有者が個人的に支払不能または破産に陥った場合には、その債権者は管理財産に対してかかってくることができる。コモン・ロー信託においてはもし委託者の債権者に対して原始的詐欺が存在しない場合には、このような債権者による請求は起こりえない。興味深いことにオランダでは *bewind* は代理と認識されている⁴⁴。

17.80 「信託」を有している純粋な大陸法法域におけるコモン・ロー信託の影響は、徐々に明らかとなるであろう。リヒテンシュタインにおけるトロイハンダーシャフトはある程度ドイツのトロイハント⁴⁵に倣ったものであるが、それはコモン・ロー信託の特徴を反映させるために慎重に起草された制定法に基づく制度である。1926年においてトロイハンダーシャフトはイギリスおよびアメリカの投資家

を事業に惹き付けるために利用された手段の一つであった⁴⁶。19世紀最後の年にドイツ民法典第一草案を採用した日本は1922年に信託法を導入した。日本信託法はその年における信託業界および銀行業界を取り締まる流れの一部として意図されたものであり、その当時のカリフォルニア州信託法を明示的にその基礎としていた。2006年12月に国会において1922年信託法の改正案が採択され、受託者の権限および信託の管理運営について法改正がなされた。さらに、目的信託、注意深く範囲が定められた片務的な信託宣言、そして「信託監督人」(プロテクター)という新たな三つの制度が導入された。日本における信託は、Aのための投資を行うためにAによりTに対し財産権を移転するための非常に優れた制度であることが明らかとなった。しかし、信託がエステイト・プランニングの手段として利用される場合、同国における相続法を侵害するのではないかとの懸念が示されている。その結果、ルクセンブルクおよびフランスでなされた判断と重複するように、改正信託法は個人または家族のためのエステイト・プランニングにおいて利用されていない状況が続いている。さらに、未成年者または成年者の財産管理のための後見法においても信託は利用されていないようである。日本民法典は後見および補佐に関する規定で十分であると考えているように思われる⁴⁷。

17.81 これらの大陸法法域で今日までにハーグ信託条約を承認した国⁴⁸には、イタリア、サンマリノ共和国、オランダ、マルタ、ルクセンブルク、スイス、モナコが存在する。それらのうち、モナコおよびマルタではその国独自の受託者による財産管理制度もまた発展してきた。モナコでは独自の信託契約が導入され、そしてマルタでは大陸法とコモン・ロー(公法)の混在を背景に、2004年法による導入以来、「信託」が存在している。当該信託は、受託者が所有する別の資産を構成するとの義務的な構造を有するものとされている⁴⁹。

イタリアは全く独特の制度を有している。イタリアには独自の信託法は存在しないが、しかし同国では信託が盛んに行われている。同国はまるでコモン・ロー法域であるかのように、信託が国内で運用され、エステイト・プランニングや法人および一般大衆による投資が行われ、さらには商事信託が設定されている。イタリアはこのような「信託」をハーグ信託条約の国際私法ルールを通じて設定している。ハーグ信託条約は、「信託の準拠法及び信託の承認に関するハーグ条約」というその正式名称から明らかなように、信託制度を有していない国家による外国信託の承認に関係している。しかしながら、イタリアの裁判所はハーグ信託条約を、委託者になろうとするイタリア人が信託の内部関係を統治する法として信託概念を有する外国法域の法を採用することを許容したものであると解釈した。ジャージー諸島、キプロス、イングランドおよびウェールズ、マルタの信託法は最も人気があるように思われる。また、信託の内部関係にはイタリア人の委託者または遺言者、イタリア人の受益者、イタリアにおける分別財産、並びにイタリア国内における信託の管理運営という要素が存在する。ただし、選択された法は、イタリアにおける権利としての相続分、夫婦財産権、並びに公序良俗を尊重するかたちで適用されなければならない。

17.82 純粋な大陸法法域の国内における信託の構造を纏めると、これらの法域はその国境の内外から、コモン・ロー信託による財産管理との調和を図るためにコモン・ロー信託の採用を望む者による圧力の下に置かれていることが難なく見てとれる。コモン・ローの受益者が受託者の管理下にある財産が不法行為を行った受託者の手元に渡った場合に当該財産を取り戻す権限、または譲受人である有責の第三者に対して財産の追求を行う権限といったものが、大陸法法域において確固として存在する債務的アプローチを廃止させるにはまだ至っていない。しかしながら、フランスのフィドゥーシーでは

受託者と第三者との間における不法な契約は無効であり、当該財産をフィドゥーシーの資産に回復することができることとされていることは、興味ある革新である。また、ハーグ信託条約の条文の助けを受け、信認関係に基づく所有、信託資産、並びに受託財産の分別は、コモン・ロー法域の法律家が「信託」として理解しているものへ向けた新たな動きとなっている。これらの新たな方向性はスコットランド、ルクセンブルク、フランスにおいて見出すことができる。他の欧州諸国および中央アメリカ、南アメリカ諸国がこれらの考えを採用すべきかどうかは、外部者が口を挟んではならない問題である。

17.83 いわゆるコモン・ローと大陸法が混在している法域は、歴史上ある時代にはイギリスに支配され、また別の時代にはスペイン、フランス、ドイツのうちのいずれかに支配された国である。そしてそれらの国が支配を行う際に自国の法を導入した。これらの法域にはオフショア法域の島々が含まれ、インド洋のモーリシャス、地中海のマルタ、カリブ海のセントルシアが含まれる。さらに、キプロスおよびイスラエルにも言及しなければならない。それぞれの国は信託法を採用しているが、それらは程度の差こそあれイギリス法に由来している。しかしながら、スコットランドはおそらく大陸法法域であり、その私法はかなり長い間コモン・ローと交互に織り交ぜられている。スコットランド信託は、理論上ではないが、その運用および効果において古典的なコモン・ロー信託の形態に大きく倣っている。しかしながら、スコットランド信託はその特徴的な大陸法の歴史において18世紀以前の起源を有しているとスコットランドでは説明されるであろう。カナダのケベック州は本土のコモン・ローと大陸法が「混在した」法域の一つとして最も知られているものの一つであり、アメリカ合衆国のルイジアナ州もそのような法域の一つである。ケベック州は1879年に最初に制定法を導入して以来フィドゥーシー（民法典の英語の条文において「信託」と表記されてい

る)を有している。そして1994年民法典により「信託」に関して大幅な改正が行われた。1994年民法典では人格化および代理が回避され、それにより受託者と受益者との関係が最も重要となった。受託者の義務および権限、そして受益者の有する諸権利は、コモン・ロー信託に近付けて対比できる。そして所有者不在の信託財産の充当資産 (*patrimoine d'affectation*) において受託者および受益者は対人的な権利しか有しないと規定することで、ケベック信託は義務／財産に関する論争を解決するための独自の代替原理を採用している。ケベック州民法典はまた、私的なエステイト・プランニング、公共投資、さらに事業および商取引において信託を設定することができるとしている。このように規定することで、スコットランドは別として、ケベック州のフィドゥーシーは独自性を有しているように思われる。ルイジアナ州信託法典は1964年に制定され、その起源の大部分は19世紀まで遡るものであり、そしてその精神は1804年のナポレオン法典にまで遡る。それにもかかわらず、ルイジアナ州の起草者は最終的に受託者が信託財産に対する権原を有するというコモン・ロー信託の要素を採用した。アメリカ合衆国でコモン・ローを採用する州における信託法の主たる要素と異なる制度を採用することで要するコストは莫大であったからである。

17.84 しかしながら、おそらく最も興味をそそられる本土におけるコモン・ローと大陸法が混在した法域は、これまでもそうあり続けてきたが、南アフリカである⁵⁰。先に言及したように⁵¹、古くからの法典化されていないローマン・ダッチ法がオランダ人の農業移民によって持ち込まれ、17世紀に南アフリカにやってきたブール人に占領され、さらに19世紀初頭にイギリス人によって現在南アフリカとなっている地域が占領されたことにより、ローマン・ダッチ法およびイギリス信託法が並行的に施行されるようになった。両法の混合は避けることができなかった。そこで南アフリカで発展した信託概

念は全く独特なものである。このような信託概念は後にローデジア（現在のジンバブエ）に渡り、そしてより弱い形態ではあるがセイロン（現在のスリランカ）にも伝播した。南アフリカ信託はその権利を研究するにあたって魅力的である。1988年に南アフリカは制定法により *bewind trust* を代替的な信託の形態として導入した⁵²。委託者は財産所有権を受益者に移転するが、しかし当該財産の管理処分権を留保し、それらの権限を受託者に委任する。当該委任は信託の存続期間は撤回することができない⁵³。オランダが南アフリカにおけるこのような信託の革新に従うことは疑問である。なぜならば、オランダにおいては先に言及したように *bewind* は代理と位置付けられているからである。それにもかかわらず、*bewind* と共にドイツの *testamentvollstrecker* およびケベック州の所有者不在の信託資産を心に留めると、南アフリカの動向は、コモン・ロー信託とまさに同様の効果を確保しようとする大陸法法域の学者の思考をさらに押し進めるものであるが、しかしそのような目的を他の方法で解決している点で際立っている。たとえ所有権が委託者に留保されているとしても、その権利および権限は信託の存続期間中は信託管理者に移譲され、その移譲は撤回不能とされている。信託管理者は自らの権限の範囲内で意思決定を行う。誰もこのような仕組みを代理とは言わないであろう。さらに、南アフリカにおける制度の合理化により、信託管理者は信託受益者に対して説明義務を負うことになるであろう。

17.85 信託の考えに関する限り、コモン・ローの影響は様々な形で至るところで要素となっている。ハーグ信託条約の条文が宣言した「信託類似の制度」には、大陸法の強い伝統を有する契約による取り決めおよび法人（コモン・ロー法域の法律家にとっては法人格の付与）を通じた財産管理を除き、全ての制度がコモン・ロー信託の影響を受けている。たとえイギリス人が何処へ移動しようとも信託

は彼らと共に移動する。シンガポール信託法は、香港信託法と同様に、欧州連合が結成される以前のイギリス法のままであり、そしてマレーシアにおいてイギリス信託法はイスラムの家族法および相続法と統合されている。同様に信託と家族法および相続法との統合はナイジェリア、ケニア、タンザニアといった嘗てのイギリス領において発生した。そしてそのような結合の成果はスーダン法において見ることができる。エジプトにおいてはフランス法およびイギリス法の影響が双方とも反映されている。現代イスラエル信託法には1919年以降の強制時期からの明確な痕跡が残っている。インドは1882年にインド信託法を制定し、現在世界で最も優れた信託法典の一つとして認められている信託制度を導入した。そしてインド信託法典はその大部分が1917年セイロン（現在のスリランカ）信託法典において複製された⁵⁴。

17.86 コモン・ローの様式が常に近くに存在し、信託の考えが今やコモン・ロー国の支配者が足を踏み入れたことのない法制度においても導入されている。韓国、台湾、そして中国本土⁵⁵（香港を除く）はこの主たる例である。中国本土の法的伝統は大陸法である。中国信託法は遠大であり、そしてしばしば言われていると思われるが、契約方式を明確に採用している。信託財産に対する権原は受託者と契約を締結する委託者に留保されており、そして委託者は自らに付与された広範な管理権を行使する。委託者に付与された支配権の水準は中国信託法の本質的特徴を表す要素と見ることができるであろう。中国信託法は信託契約締結の際の基礎として財産の分別という概念を輸入した。しかし、その他の点では、受約者である当事者の利益または第三者の利益のための契約が有する性格に大きく従っているように思われる。日本の事例のように、将来において中国信託が利用される状況は、個人による私的投資か、または金融機関によって法人との関係で利用される可能性が高いと推測されている。

17.87 大陸法の起源である欧州本土においては、1985年にイタリアがハーグ信託条約に批准し、その後オランダが批准し、そして最近ではルクセンブルクが批准したが、ハーグ信託条約の批准に際して外国信託の承認がどのような影響を有してきたのか、そしてどのような影響力を有すると予想されるか、そしてそれぞれの国の国内（または内部）法に対してどのような影響を有することが許容されるのかといった疑問が矢継早に提起された。すでにハーグ信託条約は発効しており、これらは学問的な問題ではない。これらは喫緊の重要問題である。コモン・ロー信託はその根本において財産の保有および管理のための概念であり、普遍的に適用される。コモン・ロー信託は、財産と特徴付けられる有形または無形の要素が関連する私法および公法の如何なる分野においても用いることができる。「先物」の信託が真っ先に思い浮かべられる。それとは対照的に、法典は、見出し、従項目、従々項目、パラグラフといった特徴を有している。このような法典の構造において個々の概念はそれぞれ固有の役割を果たしている。このような環境において国際私法によるコモン・ロー信託の受容は法制度を駄目にしてしまうと理解されるであろう。このことを認識している国家は厳格に自らが有する概念および制度を類推的に参照することで、たとえどのように悪い形で適合されようがコモン・ロー信託を特徴付けることを許容されるであろう。しかし、正しい形での特徴付けへの挑戦は依然残されたままである。

17.88 半世紀以上にもわたって私的依頼人のエステイト・プランニングおよび事業および商取引の分野における財産保有制度として用いられてきたコモン・ロー信託の折衷的な性格は、コモン・ロー信託の最も顕著な特徴の一つであり、そしてこのように一般化された性格は世界を跨いで行われる現代の企業活動、商取引、そして投資活動の世界において非常に大きな価値を有している。そしてまた、

現代のエステイト・プランニングは法人および投資制度に関連している。公衆によるユニット、すなわちミューチュアル・ファンド投資および企業年金プランから、会社の帳簿から財産をオフバランス化して信託が保有する仕組み、そして債権の証券化に至るまで、全てがコモン・ロー信託の法律家によって行われている。過去 30 年間における旋風のようなオフショア法域における私的依頼人のための信託法の制定は、別の信託制度の発展である。コモン・ローと大陸法の混在する法域および純粋な大陸法法域の幾つかにおいて、新たな概念として独創的で興味深い信託の考え方が存在している一方、国内における信託の特徴および役割に関する大陸法の考え方、並びに承認された外国信託に関する議論はまだ初期の段階にあると言っても決して不正確ではないであろう。世界中に広まっており現在も発展している信託概念の本質は、今もなおコモン・ローの伝統に属しているのである。

Ⅶ. コモン・ロー信託

17.89 10 世紀イングランドをその起源とするコモン・ローの伝統は今日において明確に区分される二つの表現様式を有している。第一の様式は、コモンウェルスにおける様式である。この様式はイングランドおよびウェールズ、そして嘗ての大英帝国の一部分を構成し後にイギリスのコモンウェルスとなった地域から成り立っている。これらの国々はイギリスにより当初から開拓され、または占領された法域であり、開拓当時および占領当時において全ての国がイギリス法を継受した。カナダやオーストラリアのような主要な法域は 20 世紀になってようやくイギリスから完全に独立し、そしてニュージーランドにおいては同国からロンドンの枢密院司法委員会への上訴権は 21 世紀になってやっと廃止された。しかしながら、確かにカリ

ブ海諸国における近時の最終上訴裁判所の設立は、従来からのロンドンの枢密院司法委員会への上訴制度に代わるものとして意図されたものであるが、しかし小さな島の領域の多くがロンドンの枢密院司法委員会への上訴という歴史的な繋がりを切断する時が来たと判断するにはまだ時間がかかりそうである。小さなオフショア領域の大部分もまた憲法上の繋がりによりイギリスとの関係を有したままである。コモン・ロー国であるカナダにおいてはイギリス裁判所の影響および権威はかなり減少してきており、オーストラリアにおいてもそのような影響力および権威は減少し始めている。しかしながら、オフショア法域においては少なくとも現在のところはイギリスの明示信託に関する先例の影響力および権威が継続しているというのが支配的な状況である。

17.90 第二の表現様式は、アメリカ合衆国における表現様式であり、50州のうち一つの州を除く全ての州が入植または後の継受により早期にイギリスのコモン・ローを継受した。全ての州において信託法は本質的には判例法であるが、コモンウェルスにおいては先に言及したように受託者法という任意立法により信託法は補完され、それらの大部分は委託者の私的自治という政策を反映している。アメリカ合衆国においては受託者法の伝統は存在しないが、信託法に関するそれぞれ異なる問題につきそれぞれ別の州法が存在する。信託法に関する最新の状況を表す信託法典が幾つかの州においてすでに採用されている⁵⁶。それにもかかわらず、確かに17世紀以来アメリカ合衆国において信託は、イギリス裁判所の判決を参照することなく独立に発展し独自の制度となったが、二つの表現様式における判例法は理論上類似性を有したままである。このことは強調点の違いを明らかにし、そして両者の違いが生じる場合、委託者の意図を促進させるかどうか、また委託者による支配を許容するかどうかという点についてまさに違いが存在することが明らかとなる。アメリカ合

衆国の各州は明らかに委託者の意図を促進させたいと考えており、その結果、例えば委託者の意図を覆したイギリスの *Saunders v Vautier* 事件判決にはコモン・ロー法域に属する 49 の州のうちたった一つの州しか従っていない。委託者による支配に関しては、とりわけ撤回可能生前信託に関して見られるが、最新の見解⁵⁷は今日において委託者がその生存期間中支配権を保持することに対して何ら制限を課していない。アメリカ合衆国の信託法の性格はかなり手続的である。幾つかの州は、その大部分が中央アメリカに位置するが、判例法または制定法の形態による信託法を殆ど有していない。このことは、富裕層が居住し多くの金融活動が行われている大規模な州と著しい対照をなしている。このような不均衡により統一州法委員全国会議の発議による統一法の重要性が強調されている。統一信託法典が真っ先に思い浮かべられる。統一信託法典は 2000 年に最初の公表が行われ、そして 2011 年にはすでに多くの州により、当初の様式で、または州による修正を経て採用されている⁵⁸。

17.91 しばしばこれら二つの信託法の表現様式の間における理論上の相違点が見落とされている。コモンウェルスの論者はアメリカ合衆国の判例には目もくれずイギリスの上級審による判例法に非常に興味を有しており、また他コモンウェルス諸国におけるアメリカ法の参照は軽薄であり、アメリカ合衆国で行われている一般化は時として誤解を招く傾向にある。信託法に関してそれぞれ別の法域を有する 49 の州が存在するが、アメリカ合衆国裁判所はコモンウェルスの判例法に言及したことがほとんどない。よってこのような慣行には良い面と悪い面の双方がある。アメリカ合衆国のロースクールが発行するジャーナルだけが時々大西洋を横断する。恐らくカナダのコモン・ロー法域の法律家はとりわけこれら二つの制度の隔離状態を意識している。イギリスにおける理論的思考方法に対し嘗てカナダの法律家は関心を有していたが、今日ではますますヨーロッパ

法と関わりを有するようになり、そしてカナダがアメリカ合衆国の理論上の強調点により惹かれるようになるにつれ、世界における立場の相違に由来する社会的問題および経済的諸政策に関してコモンウェルスおよびアメリカ合衆国の両法域がお互いを深く認識していないということは容易に明らかとなる。今日では信託法においてでさえ理論上のみならず考えの傾向もそれぞれ別の方向に向かっていくように思われる。本章ではこの現象にもう一度戻り、詳しく言及する。

Ⅷ. 大陸法において来たる年に信託の考えが向かう方向

17.92 ハーグ信託条約にすでに批准し、または将来批准することが予想される法域を除き、純粋な大陸法法域または大陸法とコモン・ローが混在した法域におけるいわゆる「類似制度」のさらなる発展にとって将来どのような機会が存在するか考察するのは難しい。純粋な大陸法法域においては政府が必要を感じる場合にのみ「類似制度」の発展が行われるであろう。コモン・ローと大陸法が混在した法域においては、信託についてそれぞれ独特の歴史的理​​由または地域的な理由に基づく方法で信託現象への接近が行われるであろう。そしてスコットランドやケベック州のようにコモン・ロー法域と近接していることにより、信託類似制度に対する潜在的な必要性が生じるであろう。しかし、これらは事が全てうまくいった場合の話である。

17.93 大陸法学者が信託を契約と理解し、そして信託を大陸法における純粋な債務関係に近付ける傾向は別として、如何なる大陸法法域も自信を持って同じ「信託」を有していると表現することはできない。ラテンアメリカにおける *fideicomiso* はラテンアメリカの法典を詳細に検討した上で導入されたものであるが、その *fideicomiso* で

さえも完全に対人的なものから機能的に（そして幾つかの事例においては理論的に）対物的なものまでラテンアメリカを通じて幅広い性格を有している。誰しも他の場合について予想することはできない。コモン・ロー法域において知られている信託は、契約法と財産法が結合したものであるが、単純に言えば大陸法の思考の一部ではない。民法典は異なった方法、とりわけ共通の契約理論を広範に適用することにより、同様の家族および商取引に関する状況に対応している。スペインのような幾つかの国は良くてはコモン・ロー法域の法律家の理論に無関心であり、またドイツのような他の大陸法諸国は愛の巢を侵害する可能性があるものとしてコモン・ロー法域の法律家の理論に対し敵対的である。信託理論の採用に直面してそれぞれの法域の課税当局はこの問題への対応に際してしばしば直ちにその地域に存在する概念上の思考を類推するが、しかし信託理論はそれに上手く当てはまらず、そして要求される課税水準には全く偶然上の欠陥が存在する。納税者をして注意せしめよ。

17.94 しかしながら、肯定的な変化も見られつつある。第一に、ハーグ信託条約に批准している純粋な大陸法法域のほとんどがハーグ信託条約を国内法に統合する作業を進めているという点である。イタリアは近時、国内に存在する信託に対する税制を施行した。幾つかの国では、どのようにしたら権原保持者によって保有されている分別財産を自国の民法典に組み込むことができるか調査中である。ルクセンブルクおよびフランスは信託資産という概念を採用し、先に言及したように⁵⁹信託財産の分別を行うことでスコットランドに仲間入りした。第二に、コモン・ローと大陸法が混在する法域であるケベック州の1994年における私法の法典化において、ケベック民法典のために新しい信託概念が追求された。法学者および法曹協会の会員双方が数年間この問題に携わった。1994年以前の民法典⁶⁰は信託財産に対する権原を有する受託者の地位について疑問点が残さ

れたままであった。すなわち、受託者とは一定の資格を要する所有者であるのか、それとも所有者としての権限を幾らか有する管理人であるのかという点につき疑義が存在していた。誰も物的権利を有しない分別された信託財産という概念を導入するために充当資産理論に依拠することとなった。それにより、ケベック州は独自に受託者の権原に関する問題が生じないようにし、また「信認関係に基づく所有」に対し認識されている矛盾が回避されている。

17.95 「拋出財産」という概念は、フランス語を翻訳したものであるが、新しいものではない。当該概念はフランスの信託提唱者であるピエール・ルポールによって最初に用いられたものであり、彼は19世紀前半におけるコモン・ロー信託を特定の目的のために支払いを行う拋出資産と考えていた。そして彼の論文は1932年のメキシコにおける法典改正の際に信託の考え方を採用する手助けとなった。信託は自由な目的を有する自律的な資産である。自由な目的とは、委託者が選択するところに従い如何なる者の利益であれ、また如何なる目的であれ、それらを促進させることを意味するとルポールは考えた。しかしながら、1932年に信託概念が採用された後、メキシコにおいてはこの「拋出財産」の所有権は誰かに帰属していなければならないと広く認められていたのであり、そして最終的に信託財産は受託者によって所有されているという考えがメキシコ裁判所によって受け入れられた。このことは実質上、受託者による所有が認められたことを意味する。「拋出財産」という概念は1960年にレネ・デービッド教授がエチオピア民法典を起草する際にもまた現れた。この法典の第一草案においては充当資産と共に「*fidéicomis*」が導入された。1994年前法典のフィドゥーシーに関する規定においてケベック州裁判所およびケベック州からの上訴に際してカナダ最高裁判所は、所有権は何処に存在し、そして受託者はどのような種類の所有者または管理者であるのかという点に関して、同様に困難な問

題に直面した。1994年にケベック州の立法者はコモン・ローによる見事な慣習をあっさり捨ててしまい、我々が見てきたように、充当資産を所有者不在の財産として新民法典に規定した。

17.96 確かに、「所有者不在財産」の取扱に関して見て取れる傾向を発展させたのは新しい法典条項を有する地域の裁判所または実務経験であると言うのは時期尚早である。確かに我々が見てきたように⁶¹2003年にウルグアイにおいて採用されはしたが、しかしメキシコにおける帰結はなぜ充当資産という構成が国内信託の採用を考慮している他の大陸法域において採用されないのかその理由を示唆している。所有者不在財産という考えは掴みどころのないものであった。財産は資格を有する人間に確定的に帰属する目的物における権利、または目的物に対する権利という観点においてのみ法的に意味を有する。また、「信認関係に基づく所有」という概念に関しては大陸法域を通じて異なった見解が確固として存在している。そしてこの問題は歴史的な起源を有している。信認関係に基づく所有は回避されるべき墮落した仮定なのだろうか、それとも紀元後6世紀のビザンティン帝国において承継的権利を創設した受託形式の累次継承方式からの論理的帰結なのだろうか。何人かの学者は、ビザンティン帝国は信認関係に基づく所有の確立に向けて活動していたと理解することができるであろう。他の学者は、ローマ法が *hereditas iacens*、すなわち相続人が当該遺産についてまだ登記を行っていないことを理由とする所有者不在の被相続人の遺産を承認していた点に言及するであろう。しかしながら、無制限に所有者不在の状態が継続する財産は決して認めなかったとビザンティン帝国を研究する学者から反論されるであろう。*Hereditas iacens*はそれ自体「不完全な人格化」⁶²と表現されており、そして所有者が欠ける財産に対して馴染みのない裁判所および実務家にとって生ずる実際上の問題により、この「抛出された」または「専有された」財産は

人格化または実体化という十分に理解された概念へと向かうであろう⁶³。ケベック州において所有者不在の資産という理論構成を最終的に採用するよう強く主張した巨大なコモン・ローの国である北アメリカの働きかけが、たとえ静かであったとしても継続していたのであろうか。

17.97 他方、契約による分析方法は大陸法的思考にとってまさに基本であり、常に大陸法学者の思考を支配するであろう。中国が2001年に信託に関して注目すべき契約方式を採用し、そしてこの方式を發展させ、受約者（委託者）に権原を留保していることは全く驚くべきことではない。中国信託法における当事者の関係は、受託者と受益者との関係ではなく、委託者と受託者との関係である。さらに、大陸法法域において家族の遺産承継目的のために信託が必要とされなくなり、そして大陸法の国際私法ルールにおいてコモン・ロー信託を承認することがほとんどの大陸法法域にとって必要不可欠でなくなって以来⁶⁴、このような分析方法を修正するにあたっての重要点は存在しなくなった。結局、法典または制定法の改正がなされない場合、裁判所の法解釈を通じた契約による分析方法の修正は、対人的な、すなわち諾約者の履行と関連性があるコモン・ロー信託の特徴を生み出すことができるのみである。たとえどの国の民法典が考慮されていようと、大陸法法域の学者は信託を諾約者のための契約と位置付けるであろう。それとも第三者のための契約として位置付けるだろうか。どうして名前を付け直すのだろうか。もし必要ならば、「信託」のために法典または立法によって分別された財産に関する諸要素が付け加えられ、それらの要素には、理論的根拠に基づくことなく現代の状況において価値あるものと示唆されている受託者の付加的な権限が含まれることになる。

17.98 信託に関する問題は、国際的観点から考察されるように、大陸法法域においてどのように国内の信託制度を創設するかではなく、

これらの大陸法法域が採用できるコモン・ロー信託の承認に関して最も衝撃的でない方法とは一体何なのかという点である。信託に関する 1985 年ハーグ国際会議での議論はこの問題を正しく認識している。信託の承認が国内法に与える影響を考慮するために必要な順応性ある国際私法上のルールを形成するために、相互的な努力または国際条約への批准の何れかを通じて多大な努力を行う準備ができていないのはこれらの大陸法法域のみである。このような観点から将来の道筋を示しているのはハーグ信託条約に批准したイタリア、ルクセンブルク、そしてスイスである⁶⁵。

17.99 ハーグ信託条約を批准するかどうか考慮している大陸法法域は、コモン・ローにおける受託者・受益者の関係は当該関係に違反した場合の救済手段との関係で義務的なものである一方、受託者・受益者間の関係に違反した場合の救済は受益者・第三者との関係では財産的なものであるということを受け入れることによりその作業を開始しなければならない。そのような法域にとってはネイメーヘンにおいて提唱された欧州信託法原理⁶⁶により作業を開始するのが賢明であろう。欧州信託法原理においては、もし大陸法理論およびコモン・ロー理論の双方を反映させるとするならば、実際のところ信託にとって二つの本質的要素が存在しているという点が強調されている。その二つの本質的要素とは、(1)受託者個人の債権者および受託者の家族およびその相続人がかかっていることできない独立の財産であり、そして(2)正直であり注意深くかつ無私な受託者による財産管理であるという点である⁶⁷。このような接近方法により信託に関する諸関係について言及しなくて済み、そしてコモン・ローにおいて分別された財産により対物的な救済手段も導かれていると大陸法の法律家が考えるのを止めさせることができる⁶⁸。

財産管理の構造—機能的分析

17.100 他人のため、またはある目的達成のために、ある者による財産管理のための法的仕組みは様々な方法により構築することができる。財産管理の目的は、当該他人の利益に資すること、または当該目的を促進することである。それぞれの法的仕組みはそれらの一部分をなす法制度の概念および組織の枠組みを反映している。どの制度が採用可能であるかについては、一定の範囲または方向性が存在する。義務は管理義務を遂行させ権利の享受を実現するための根本規範と位置付けられるであろう。または管理下にある財産は義務およびそれに対応する権利を発生させる基礎となっているかもしれない。財産管理に関連する義務および権利はそれらの義務を履行する者に付与されるであろう。その他の方法として、これらの義務および権利は財産それ自体と共に人格化されるであろう。当該人とは人格化の手段を伴うある目的のために拠出された財産それ自体である。当該人に対する指揮者は法人の代表者として、当該人の名においてその義務を遂行するであろう。

17.101 そのようなスペクトルの一端において、このような仕組みは管理義務および管理財産（または資産）の人格化という形態を採るであろう。これは人格化様式である。このような財産管理関係を創設する際に当事者が有する目的は人格化を行う際の文書の諸条項として規定されるであろう。このような法人の活動から生ずる利益に対しては、ある一定の指名者または一定の目的が権利を有することになる。これらの指名者または目的は金銭的価値を有するユニットまたは当該人に対する請求権の形で利益を享受することになる。

17.102 そのようなスペクトルのもう片方の一端においては、このような仕組みは当初の指示または後に変更された指示に従った財産管理者による財産管理に関する合意の形態を採るであろう。これは

契約様式である。そしてほとんどの代理関係は契約により創出されている。財産に対する権原は指図を行う当事者に留保されているが、場合によっては保証条項または他の担保条項により管理人に移転されるであろう。このような方法が目的としている利益は、契約当事者の一方または当該契約とは直接関係のない第三者の利益である。ある目的を契約の対象とすることも可能であり、指名者がまるで当該目的を代表するかのように契約を実行することになる。しかし、大陸法法域では財団が目的促進のための財産管理制度としてより好ましいと容易に示唆されるであろう⁶⁹。

17.103 このようなスペクトルの中間である人格化と契約との間に位置付けられるものは、一つの財産または財産の集合体が他の全ての財産から分別され、そして管理人が当該財産または財産の集合体を管理する仕組みである。この財産アプローチの出発点は、管理人は当該財産の権原移転を受けるという点である。当該財産または財産の集合体において、受託者および受益者双方の当該財産に対する利害関係から各種の権利が発生する⁷⁰。受託者と受益者との財産関係に対して、イギリスの裁判所は歴史を通じて信認義務を課してきた。それにより、受託者は受益者に対して信認義務を負うとともに、受託者の受益者に対する個人的な権利もまた発生する。財産権および受託者としての責任および権利は、財産という一つの概念において融合されている。

17.104 受託者は専ら他者の利益を図るために権原保有に基づく権限を有していることから、受託者に対して置かれる信用および信頼に従い、それらの諸権限（より緩やかに言えば、所有権）を信託設定時における委託者の指示に従って行使しなければならない。受託者という概念は、受託者の義務および権限に関する指示は信託財産の管理運営を促進する方向で行われることを想定している。それにより受益者の利益促進に資することになる。受益者の財産的利益と

はまさに受益者としての利益である。受益者は当該財産的利益を処分または担保に供するために譲渡することができる。受益者は適正な管理を巡って管理人を個人的に訴えることで受益者としての権利を実現できるのみならず、信託の管理運営を継続させるために、不法に信託財産を取得した者から信託財産を回復することもできる⁷¹。受益者の請求はまだ確認可能な信託財産に対するものであることから、受益者は不法行為を行った受託者個人の債権者に優先し、また不法行為を行った第三者に対しても優先する。

17.105 以上のようにスペクトルの一端からもう片方の一端までを考察すると、財産管理の様式には大まかに三つの形態が存在しうることが分かる。それは人格化様式、財産様式、そして契約様式である。第一の人格化様式は一元的な形態であり、第二の財産様式は財産権を伴う管理人とそれぞれの受益者との関係であり、第三の契約様式は純粋な義務、すなわち対人的な関係である。契約様式は管理人と受益者（または目的の執行者）の人的関係として表現されるであろうが、しかし筆者の意見ではこのような関係はあくまでも義務および個人的な救済手段の結果として生ずるものである。契約様式の主たる特徴は管理人による義務の遂行である。このように契約様式により生ずる関係は、当該財産管理制度設定者と管理人との関係、または管理人と受益者（または執行者）との関係であろう。財産管理制度設定者と管理者との間の継続的な関係はある時点において容易に契約による代理関係に変化するであろう。何人かの論者は、代理をスペクトルにおける契約の究極に位置する第四の財産管理様式として理解するであろう。

17.106 管理人に要求される行為水準は三つ（または四つ）の財産管理様式において全く同じである。行為水準を異にする理由は概念上存在しない。幾つかの財産管理形態では他の場合よりもより高度な誠実性（利益相反および義務の衝突の回避）が要求されているよ

うに思われる。しかしながら、スペクトルを通じて求められているのは正直（積極的および客観的な）かつ注意深い義務の履行および権限の行使である。

17.107 第一の人格化様式にはその変形形態は存在しない。すなわち、人格が存在するかしないかのどちらかである。充当資産はある法的実体（すなわち、法人格に関する幾つかの要素を有している）と理解されているが、しかし法人とは理解されていない。第二の財産様式には変形形態が存在しうる。これらの変形形態は充当資産を伴いながら人格化様式に向かうであろう。このような傾向はある特定の法域における財産様式に対する課税制度それ自体において、または債権者が信託財産に対して直接請求権を行使することができる権利の構造において見出すことができるであろう。または財産様式は、もう一つの方向である契約様式に向かうかもしれない。例えば、財産様式における設定者は当該財産管理制度から離脱することなく財産管理において積極的な役割を引き続き果たすか、または分別財産という要素が本質上契約的な制度に付け加えられる。すなわち、この場合「信託」という語はあたかも実体を意味しているかのように用いられているのである。

17.108 財産様式および委託者・受託者間の契約様式との間に区分が存在する場合、そのことにより意見の相違が生じる余地がある。コモン・ロー信託はそれ自体が義務と対物的救済手段の複合体である。そして結局大陸法は、たとえ教義的にはいくら好ましいとしても、コモン・ロー概念が受益者に与えている信託財産を持ち出した第三者である不法行為者または違法行為を行った受託者自身に対する対物的な取戻し権を受益者に付与するのは度が過ぎると考えるであろう。不法行為に対する救済は対人的なものである。大陸法はまた受益者が第三者または受託者の無担保債権者に優先するとの財産権制度を採用する準備もできていない。そして大陸法の法律家は、

財産法は別として、受託者による妥当かつ適正に義務を遂行させるための受益者に対する救済手段は単に対人的なものであると言及するであろう。財産の分別は、それが「所有者不在財産」であるかまたは信認関係に基づく所有であるかに関係なく、契約様式の中に明示的に取り込まれている最も財産的な性格を有するものと理解されるであろう⁷²。運用財産を分別する形態から独立の財産を有する形態へ移行することにより、人格化による効果を大きく模倣することができる。しかし、このような財産管理形態は関係（コモン・ロー信託）または義務による拘束（欧州のフィドゥーシー、スコットランド信託、そしてラテンアメリカの *fideicomiso*）に基づいて構築することが許容されている。

17.109 大陸法域の学者にとって財産様式と契約様式との間にはより明確な区分が存在する。なぜならば、大陸法における権利は物権と債権に明確に区分されるからである。確かにビザンティン帝国のローマ法にはそのような区分は存在しなかったが、フランスの法学者であるロベルト・ポティエは18世紀においてローマ法における古典的な義務と財産の区分を強調し、そして19世紀においてラテンアメリカ諸国における法典化の際に彼の理論が採用された⁷³ことによりこのような二分法が確立し、このような区分が強調されるようになった。コモン・ローは未だこのような物権と債権の区分を採用していない。その理由は主として、中世以後のイングランドにおける衡平法裁判所は財産に関する救済方法を財産的権利を創設するものとして特徴付ける準備ができていたことによる⁷⁴。その結果、コモン・ローにおいては財産様式と契約様式との間で制度が揺れ動く可能性が非常に高い⁷⁵。純粋な大陸法域において人格化様式は個人のための財産管理制度として私法を通じてますます用いられるようになってきている。そして、その制度が有する魅力を理由に幾つかのオフショア法域は投資家に対しコモン・ロー上の「私的財団」を提

供するようになっている。このようなオフショア法域における制度の発展は、欧州および中央アメリカ並びに南アメリカの顧客にとって最も利益となるであろう。ただし、ジャージー諸島がイギリスの富裕層を念頭に置くのはもっともであり、富裕層は 2006 年以来イギリスにおける高額な税金の回避を望んでいる。しかし、その他の場合においてはほとんど全ての財産管理制度は契約的なものであり、財産管理人個人に対する債権者または家族構成員からの請求に対処するための特別な性格を有しているかもしれないし、または有していないかもしれない。財産管理制度の設定者に権原を留保し、または運用会社の破綻から運用財産を保護することは、財産管理人が陥る可能性のある支払不能または破産に常に対処するための手段である。これらの解決方法は当然、契約当事者が自ら全面に出るものである。なぜならば、これらの合意は契約に基づくものであり、そして通常の場合、代理人が用いられることになる。これらの仕組みは義務に関する多様な制度を通じて財産的効果を模倣しようと試みるものであり、スペクトルの一端において契約様式にぴったりと位置付けられる。

17.110 これら三つの財産管理様式に関して大陸法法域が実行したことに目を向ける場合、まずは純粋な大陸法の伝統に属する法域を考察することになる。契約とは正反対の極に位置付けられる人格化様式は、財産様式および契約様式に対する大陸法上の自然な代替制度と位置付けられるであろう。人格化様式に類似するのがラテンアメリカ諸国の伝統である *fondation* であり、ドイツを起源とする *stiftung* であり、そしてオランダを起源とする *stichting* である。後者二つの制度からリヒテンシュタインおよびオーストリアにおいて私益目的の性格を有する *privatstiftung* が発達した。オランダ領アンティルの *Stichting Particulier Fonds* は私益目的に資するための別の法的実体である。*Privatstiftung* およびオランダ領アンティルの

stichting は 20 世紀になって導入されたものである。まさに、今日では単純性が求められると共に、大陸法法域の依頼人はますます人格化様式を好むようになってきており、そしてコモン・ロー法域の依頼人は高額な税金を回避するための手段としてこれら大陸法の法実体も考慮するようになってきているように思われる。パナマは私益目的のための *foundation* によりこのような動きに対応し、そして今や州の税法によりコモン・ロー信託は手足を縛られていると感じている北アメリカの依頼人に対し当該制度を売り込んでいるように思われる⁷⁶。コモン・ロー法域の法律家は信託財産から構成される分別された資産を最も興味深い大陸法法域における革新であると考えらるであろう。そして、ここで直ちにスコットランド、フランス、そしてマルタが思い浮かべられる。このような仕組みにより財産の分別（すなわち、柵で囲われた財産）を確保する一方、信託の考えが人格化するのを回避している。そして、コモン・ロー法域では財産法として知られているものを、ある特定の法域において複製することが許容されている。

17.111 確かにまだ広く利用されてはいないが、リヒテンシュタインのトロイハンダーシャフトは財産様式をはっきりと選択している 1926 年法の産物である。しかしながら、商取引に利用するために *fideicomiso* を導入している中央アメリカおよび南アメリカの法典は明示的に大陸法の義務・財産という二分法を意識している。本論稿で強調してきたように、それぞれの法域において *fideicomiso* に必要な諸要素に対する対応は異なっていることが見て取れる。契約様式を採用している中央アメリカおよび南アメリカの法域に属する幾つかの国は、おそらく支払不能または破産の問題が有する含意に対する調査を行ったことがないように思われる。法典の起草はしばしば著しく一般化された言語により行われるが、しかし幾つかの法域では特定の原状回復（すなわち、対物的な）の結果を生じさせるため

に、对人的な救済手段を設計してきたように思われる。定期的な法典改正から一つの結論を導くとするならば、大前提として *fideicomiso* は法域によって契約様式と財産様式との間を揺れ動いていると言えるであろう。再び言及すると、これは制度の揺れであり、このような揺れが今回は大陸法法域で生じているのである⁷⁷。

17.112 コモン・ローと大陸法が混在している法域は、少なくとも当初は財産様式と契約様式のどちらを採用するか実際には選択を行っていなかった。それらの法域の今日における法典および制定法には、それらの法域が有する独自の歴史により、それらの法域に残されているまさに特異な概念の混合が効果的に反映されている。どの財産管理制度を採用すべきか選択が行われたのは、まさにそれらの法域が法典化を行ったとき、または経済的圧力に対して制定法によって対応したときである。幾つかの法域はカリブ海のセントルシアの立場を採用している。この立場は、これからも財産様式に固執し続けるように見える。他方、ルイジアナ州は 1964 年において少々嫌々ながらも、アメリカ信託法の世界においては自州の信託法典においてアメリカ信託法と同様の制度を採用するしか現実的な選択肢は残されていないとの判断を行った。ルイジアナ州の受託者は権原を保有するとされており、その権原は、コモン・ロー上の権原であるか、衡平法上の権原であるか、若しくは制定法上の権原であるかを問わない。他方、我々が見てきたように⁷⁸、ケベック州は 1994 年に 1879 年という早期に導入された現存のフィドゥーシー⁷⁹（「信託」と翻訳される）を採用するとの選択を行った。おそらくモンリオールに在住するイギリス人の便宜を図るためにそのような選択を行ったのであろう。しかしその性格は全体的に大きく変化している。この「拋出財産」は何人によっても所有されていない財産であるが、これにより大陸法理論を北アメリカ大陸の実用主義に適合するよう説明することが可能となる。理論的には「拋出」財産はケベック州

においては財産法の一部として合理化されている。スコットランド法は、確かにフランス法との歴史的関連性を感じさせるが、大陸法から派生し何世紀にもわたって独自に発展を遂げてきた。南アフリカは、ローマ法原理の観点からコモン・ロー信託の特徴を評価し続けるであろう。両国の制度は共に契約様式と関連しており、財産管理者個人の債権者および財産管理者により保持されている他の財産に対する債権者から信託財産を保護するために財産の分別（すなわち、囲い込み）の要素が付け加えられている。

コモン・ロー

17.113 確かにコモン・ロー法域の法律家は 17 世紀後半のノッティンガム大法官を現代信託の主たる創設者として振り返り、そして 19 世紀初頭以来、現代信託はコモン・ロー法域における伝統的信託理論として財産様式において確固として根付いてきたと理解している。しかしながら、アングロ・アメリカ信託の合理化は今日において信託実務に日常的に従事している者が実感しているよりもより争いのあるものである。そしてこのような争いにおいてアングロ・アメリカ信託は、たとえ学説においてもあるべき姿にあるとは認識されていない。

17.114 コモン・ロー信託に関する古典的な解釈では、コモン・ロー信託とは受託者と受益者との間における財産を基礎とした関係であると理解されてきた。委託者は信託を設定し信託財産の権原を受託者に移転し、それにより当該信託から離脱するとされてきた。たとえ委託者に権限が留保されている場合であっても、それが自然人であれ法人であれ、委託者には僅かな支配権が残されているに過ぎなかった。受託者にはその義務を適正に遂行した結果として、第三者との関係で契約または不法行為に基づく法律関係が生じる可能性

がある。「信託」は一定の関係を表す財産管理制度として馴染みのある単なる名称であり、法人ではない。受託者は信託財産に対する権原を保持し、受益者に対して説明責任を負う。そして、当該権原に基づき信託財産を処分し管理する。受託者は一定の指示の下に航海を行っている船長であり、そして当該指示に従って権限が付与され、またその権限が制限される。何人も当該指示に逆らうことは許されない。ただし、信託条項において当該指示を修正する権限が含まれている場合には、それを適法に修正することができる。信託財産に対しては受託者個人の債権者はかかってくることができず、また夫婦財産法または相続法の下における家族構成員の様々な請求の対象ともならない。信託受益者または慈善信託の目的を支援する国王は、不法行為により信託財産を流用した受託者またはそのような不法行為につき悪意で当該財産の権原を取得した第三者から対物的権利に基づいて信託財産を回復することができる。

17.115 このような古典的解釈に対して、現在では疑問が提起されている。アメリカ合衆国においては、「信託」を法人として、または最低でも法的実体として位置付け、信託自体が受託者による適正な管理がなされることにつき直接責任を負うべきであるとの意見をはっきりと予想することができる。そして受託者は「信託」の「代表者」として扱われるべきであると考えられている。信託法におけるこのような変化は有限責任会社（およびその取締役）が長い間有してきた個人責任からの保護を受託者にもたらすと言われている。受託者に対する有限責任による保護が欠けているのは不公平（および非現実的）であるとの見方がますます強まっている。法人および信託はそれぞれ財産を保有し管理するための制度である。どうして管理運営者の責任について法人と信託とで違いが生じるのであろうか。このような不平不満は広く聞かれる。どうして適正に行動している受託者が第三者から請求を受け、そして信託財産が不足した場合に

その超過分について第三者に対し個人的に責任を負わなければならないのだろうか。これは、十分な免責条項に関する問題ではなく、また受託者は如何なる個人的責任も負わないとする免責契約を受託者が第三者と締結するという交渉の問題でもない。適正に行動していた受託者は個人責任に晒されるべきではない。法人に関する場合と同様に、第三者は信託財産のみをその債務弁済に充てることができるかと法律で明確に規定すべきである⁸⁰。受託者の不法行為責任について、とりわけ陪審員によって損害が認定された場合、その賠償額はかなり巨額になる⁸¹。さらに、なぜ受託者は信託財産から借入れを行うことができず、そして受託者自身の約束手形を信託債務の弁済のために用いてはならないのだろうか。受託者は今のところそのような行為を行うことはできない。なぜならば、受託者は自分自身から借入れを行うことはできないからである。この点に対しては、受託者はその職務を遂行するにあたって二つの帽子を被っており、そのうちの一つは信託業務を遂行するにあたっての受託者としての責任であり、もう一つは受託者が個人的に職務に従事する際の責任であるとの考え方は、今日の急速に変化する経済においては複雑過ぎると批判されている。

17.116 さらに、信託法リステートメント第三版の報告者であるエドワード・ホールバック・ジュニア教授は、税法が長年にわたって「信託」を法人と看做してきたという事実をかなり強調している⁸²。実務家はしばしば「信託」をあたかも現行法の下において法人であるかのように言及し、信託について発言する。確かに、信託法リステートメント第三版は信託の古典的表現からは乖離していない。しかしながら、ホールバック教授は「ますます多くの州において」受託者の個人としての資格と受任者すなわち「代表者」としての資格との違いが強調されつつあることを見て取っている。このことは、法的実体としての信託を認めようとする方向性への繊細な動きの一

部分をなしている。実際に、信託法リステートメント第三版は第三者による受託者に対する訴え提起について規定し、通常は代表者としての資格において受託者に対し判決が下されることになる（すなわち、これは「信託に対する」訴訟である）。それにより信託法リステートメント第二版からの乖離が行われている。理論に強い関心を有している者が、たとえどのように意図されていようが、「代表者」という概念は代理または人格化を導くことができるに過ぎないと思案してもほとんど批判は起きないであろう。ここにおいて受任者はそれぞれの場合に従って本人または人を「代表する」。

17.117 信託の人格化（または実体化）を好む者はまた、法による人格化は信託のルールに対してほとんど変化を生じさせないと見ている。実務的な観点からは、法による人格化はわずかな影響以外はほとんど何も生じさせないと言われている。この点について、別の見解をとる余地もある。信託概念の中心は全体的に変化するであろう。受託者と受益者との関係もまた変化するであろう。法実体として信託は究極的に制定法による別の制度となりそして規制された人とならなければならない。受託者による不法行為を除いて、信託財産が直接かつ唯一責任を負うとすることは全く望ましい方針であり、実際にそのような責任規定が実現されるであろう。しかし、信託それ自体はスペクトルの中間に位置付けられたままである一方、受託者の責任は別の問題として取り扱う方がより好ましいと考える余地もある。信託の人格化が行われる場合、実際的な観点から他の法実体と信託は区別することができなくなってしまうように思われる。信託にとって受託者と受益者との関係こそまさに本質であり、それにより人と対比した場合における信託の独自性が存在するのである。このような受託者と受益者との関係から信託概念に関連する様々な意見に則った多様な柔軟性が生じるのである。さらに、もし人格化がそれ程遠くない将来において信託の有する性格となるとす

るならば、それにより北アメリカの信託法（カナダのコモン・ローを含む）がコモンウェルス信託法から分裂してしまうことが懸念される。イギリス、オーストラリア、並びにニュージーランドにおいて信託の人格化に対する熱狂は何ら存在しておらず、また如何なる意味においても信託の人格化は最終的には不可避であるとの事実も見当たらない。オーストラリアおよびニュージーランドにおけるいわゆる「取引信託」は、信託を人格化するものではない。取引信託は法人による財産管理のための制度であり、通常は債権者から信託財産を保護するための他の制度として用いられる。この点については、「法人受託者は自ら財産を所有することなく取引を行う。よって支払に充てる財産を有しない」と表現されている。法人受託者は信託財産に対する権原を保持し、信託財産について取引を行うことから、受託者は無担保債権者に対し受託者の有する求償権を代位行使させる。ある特定の受託者が求償権を有する場合、債権者が信託財産から生じた債務不履行に対して補償を求めることができるようにするためである⁸³。他方、多くのカナダの実務家および会計士はアメリカの実務家および会計士と同様に、すでに「信託」をあたかも人であるかのように考え、そして法律家はしばしば信託は人であるとの印象を残すような方法により起草作業を行う⁸⁴。「信託」という語はカナダにおける立法にそっと忍び込んでおり、「受託者」という語に取って代わり、そして公平に言うならば、このような現象は何とイギリスの2000年受託者法においてでさえ見て取れるのである。統一信託法典は今や州裁判所において信託に関する訴訟件数がより少ないアメリカ合衆国の各州により推奨されているが、しばしば「信託」について言及しており、そのことから信託概念が「一つの信託」として日常的に言い表されていない法域はコモン・ロー法域では存在しないと言われるようになるであろう。しかしながら、差し当たりはここで言及したように、信託法リステートメント第三版は受託

者と信託との区別を維持しており、信託の「実体化」に関する歴史物語は明日に持ち越されている。この問題に決着を付けるのは州の立法担当者および裁判所である⁸⁵。

17.118 今日においては古典的な表現から乖離した他の信託概念もまた存在する。古典的な信託の説明においては財産を基礎とした関係により、委託者と受託者との関係を排除しつつ受託者および受益者の関係が強調されているが、その一方で信託とは合意を基礎とした関係であるとする見解は、重点を受託者と受益者との関係（および受益者と第三者との関係）から委託者と受託者との関係へと移動させる。カナダにおいては、古い世代の起草者は「信託証書」を起草していたのに対し、現代の起草者は「信託の合意」を起草していると指摘されている。しかしながら、一方的な信託宣言は別として、一旦受託者が信託関係に入ったならば、信託証書は受託者と委託者との間の合意となり、受託者は委託者との合意に基づく義務および自らに付与された権限に則って行動することになる⁸⁶。これらは信託証書によって構築された義務および権限である。

17.119 合意に基づく関係は、委託者・受託者間の合意が信託の存続期間全体を通じて存続し続ける関係である。当該合意（すなわち契約）により信託が設定されるわけではない。委託者・受託者間の関係を創出する契約それ自体が信託なのである。これは契約様式である。信託は本質的には委託者・受託者間の取引であり、そして信託の主たる特徴は委託者の私的自治である。確かに信託は義務の履行と財産に関するルールの複合体であるが、コモン・ロー信託それ自体が実際のところ当事者間の契約または取引として説明されてきた。ジョン・ラングバイン教授の論文「信託法の契約論的基礎 (The Contractarian Basis of the Law of Trusts)」⁸⁷は、15世紀においてユース（信託の先駆け）が最初に実行されたとき、たまたま歴史的偶然により契約様式の承認が妨げられたと主張する。ラングバイン

教授はコモン・ロー信託の財産的性質を否定してはいない。しかし、信託財産の取り戻しという効果は契約法においても同様に生じさせることができるかと主張している。また、受託者の義務の履行に対する担保は契約により提供することが可能であるとし、そして制定法により、保険立法で行われている場合と同様に、信託財産は管理人の他の財産から分別されなければならない旨を規定できると主張している⁸⁸。さらに、信託はそれ自体が委託者・受託者間の契約であることから、委託者は受託者の義務を執行することができるとする。そして、確かに遺言信託および個人による生前信託は契約的な性格を有するかどうかに関して議論が存在するかもしれないが、事業、金融、並びに商取引に利用される信託は契約的な性質を有するものであることは疑いないと考えている。

17.120 しかしながら、ラングバイン教授の論文を評価するにあたって留意すべき重要な点は、ラングバイン教授は目的を限定しているという点である。ラングバイン教授は現存の信託が契約と財産の複合体であることを否定してはいない。ラングバイン教授は、我々が信託制度をあるがままに、すなわちコモン・ロー信託の性質は本質的に契約であると見るならば、信託の発展および将来における信託の利用はより簡便になるであろうと主張するために詳細な論述を行ったのである。

17.121 契約様式が今日非常に注目を集めているのは、コモン・ロー法域において私的依頼人にタックス・プランニングを提供するための信託が出現しているからである。しかし他方では、幾つかの法域において「信託」は納税者として記述されている。さらには、オフショア法域において委託者・受託者間の関係が発展している。このような信託の発展は、コモン・ロー上の対物的救済手段を採用する一方で、受託者・受益者間の関係を強調しながら財産的構造を有する信託を契約または合意の中に取り込んでいる。

17.122 本稿において筆者は、オフショア法域はしばしばその顧客からの圧力に応じるために、私的依頼人の信託に関する仕事を受託者・受益者間の関係を犠牲にして委託者・受託者間の継続的な関係に持ち込んでしまったという点を明らかにしようと試みてきた。伝統的な受託者・受益者間の関係を想起するとき、受益者はほんの僅かな権利しか有しないことになる。受益者は裁量信託の受益者であるかもしれないし、または「単純権利取得者指名権」の対象者であるかもしれない。いずれの場合においても、受益者は信託証書および信託の計算に関する情報を請求する権利を有している。しかしながら、受益者に対する情報提供を否定する現代のオフショア法域における信託証書は全てを変えてしまった。そして信託証書においてある人物（委託者、プロテクター、受託者）は理由に基づくことなく受益者を追加し、または裁量信託または権利取得者指名権の対象者のリストから受益者を削除することができる。情報提供がなされない場合、受益者は適正に申立てを行うことはできず、そして信託証書に基づく権限によって受益者は排除されてしまうとするならば、受益者は実際上何ら申立てを行うことができない立場に置かれることになるであろう。ケイマン諸島のスター信託のように信託を執行する権限が受益者から奪い取られ他者に付与される可能性があるという事実は、ノッティンガム大法官時代のイングランドにおける信託の中心に位置付けられてきた立場から、今日において信託制度の片隅において望みをかけている個人の立場へと変遷してきた受益者の姿を裏付けている。

17.123 また、確かに我々は委託者・受託者間の契約に基づく関係について、あたかも委託者と受託者は対等の当事者であるかのよう
に言及するが、その際に、委託者またはプロテクターはその裁量により受託者を解任および任命する権限を有する場合が多いという事実を割り引いて考えることはできない。

17.124 またオフショア法域では、委託者またはプロテクターによる支配権の保持が認められてきた。バハマおよびケイマン諸島の信託立法で挙げられているようなプロテクターによって保持されまたは付与される全ての権限は、果たして確実に同一の委託者またはプロテクターに付与されるのかどうかという点に関してはまだ誰も議論していないように思われる。これらの権限は単一のパッケージとして採用され、委託者またはプロテクターは受託者に付与されている全ての権限を行使できるようになり、または当該パッケージは委託者またはプロテクターそれ自身に全ての信託財産の管理または処分に関する決定を行う権限を付与する。筆者が見たことのある幾つかの信託証書ははっとさせるような内容であった。そしてもし受益者がドアの前でかしくまっているとしたら一体誰が実際に訴えを提起するのであろうか⁸⁹。

17.125 偽の信託および幻想信託に関する議論は、どの程度支配権を保持することができるかをある程度は示している。しかし支配権の保持に関する問題の本質は、信託起草者およびその依頼人にとって財産管理に関する仕組みがスペクトルの極限、すなわち代理に至るまでにどの程度のことを行うことができるかという点にある⁹⁰。

17.126 オフショア法域の立法は本土のコモン・ロー法域では見られないものであり、そして非慈善目的信託を除いてオフショア立法は私的な富の分配に関する信託にのみ関心を有しており、商取引および金融取引で用いられている投資、財産の保持、担保のための信託には関心を有していない。それでもなお、信託の本質について明確かつ共有された理解が存在しない場合には、コモン・ローの世界において信託の利用は減少するのではないかとの疑念を持たなければならない。もし拠り所がない場合に、何がコモン・ロー信託の要素であるか自信を持って発言できる立場に誰もいないとするならば、依頼人のために実務家が設定している制度に対する区分について、

実務家は明確な考えを有することができなくなってしまう。このことは明らかな問題を提示する。法典は大陸法法域の学者に対し明確な信託像を提供する。また、様々な裁判所による意見および散在する判例法が法域を横断する環境にあるコモン・ロー法域における法律家は、それらの判例法を自らが望むように理解するようになる。依頼人の願望に対応するにあたって「許容範囲を拡大する」ことに対する制限は、何を「やり通す」ことができるのか、より丁寧に言うと、依頼人のために何を達成することができるかに関する法律実務家としての感覚しか今のところ歯止めとして存在していない。そして、信託の許与範囲を拡大することに対する問題点を指摘する立場にあるのもこれらの法律実務家である。

IX. 結論

17.127 本章において描かれてきた状況においてコモン・ロー法域の古典的信託が向かっている方向について、それぞれの論者は異なる結論を導き出すであろう。コモン・ロー法域の古典的信託は人格化の方向へと向かい、または委託者・受託者間の契約となるのであろうか、それとも受託者・受益者を中心とする財産概念としての性格を維持するのであろうか。コモン・ロー法域である本土のコモンウェルス諸国は第三の選択肢である財産様式を採用しそうである。それにもかかわらず、コモン・ロー信託の利用およびその順応性が拡大するに従って、ある者は信託には限界が存在しないように思われると興奮しながら言うであろうし、そして実際にそのように言われている。しかしながら、私の意見では、たとえ我々はまだ追いついていないとしても実務上の限界に大きく接近している。信託が信託法において法人として認識されるならば、信託は法人、*fondation* または *stiftung* のような単なる他の制度となり、そして私が前に示

峻したように信託は間もなく制定法および規制の対象となるであろう。もし信託が人として登記されるとするならば今まで歴史を通じて信託に柔軟性を付与してきた判例法のほとんどが無意味になってしまうであろう。もし信託がスペクトルのもう一方の方向である契約様式に向かうとするならば、信託はその存続期間における財産の管理および分配に関する委託者・受託者間の合意の観点から説明されるであろう。そして委託者（または委託者が指名したプロテクター）が財産の管理および分配に関して重要な役割を果たすであろう。このような信託はたとえ実際には代理関係ではないとしても、契約と性格付けられるであろう。この場合、受託者はせいぜいカストディアンということになる。

17.128 これらの点を認識するに際して強調されるべきは、古典的なコモン・ロー信託によって実際上行うことができることに対する実務上の限界である。この点については、海外の制度に関心を向けている依頼人と取引を行っているコモン・ロー法域の実務家、およびとりわけコモン・ロー信託を理解し、他者の迷惑を顧みず自分勝手に振舞うのではなくコモン・ロー信託と共に職務に従事する大陸法法域の公証人、弁護士、若しくは税務官吏が念頭に置かれている。

17.129 何世紀にもわたってコモン・ロー信託が成功を収めてきたのは、おそらく、信託が法人格付与による財産管理制度と契約または代理による財産管理制度との中間に位置付けられてきたからである。たとえ信託がどのような歴史を経て発展してきた制度であれ、信託が今日において概念上、法人と契約の中間に位置付けられているのは、ある財産における個人的な権利またはある財産に対する個人的な権利に代わるものとして、一定の財産を基礎とする関係を構築するからである。信託はその大部分が判例法の所産のままであり、そして方針および先例がゆっくりと一致協力しながら進んでいく場合に帰納的な法創造の訓練を受けている裁判官によって判例法が時

代の流れに沿ったかたちで形成されていく。受託者・受益者間における古典的な財産を基礎とした関係は世界中に知れ渡っており、そして実際に利用されている。この点において信託は独自性を有し、時の試練に耐えてきたのである。もし我々が財産を基礎とした古典的な信託関係を維持するのではなく、我々が押し進めようとしているものは一体何であるかはっきりと考えることなく法人または代理のどちらかに向けて信託概念の境界線を押し進めるとするならば、コモン・ロー信託はコモン・ロー法域の境界線を越えて伝播することはできないであろう。信託概念の拡張により、信託は他の法制度にとって一定の焦点が定まった制度ではなく、単に考えを混ぜ合わせた制度に過ぎないと見られるようになるかもしれない。考えの混ぜ合わせが受け入れられている法域における信託は、その生まれ故郷を越えて普遍的に利用されるための信頼性を有しない。実務家にとって常に問題となるのは、近隣の法域では信託をどのようなものにしようとしているかという点である。このような状況において国際私法に関する条約によって規定できることはほとんどない。その一方で、*stiftung* または *fondation* は対照的に概念として単純に認められ、信頼の置ける制度と評価されている。法人化について理解できない者は誰もいないのである。

17.130 確かに我々は多くの場合においてコモン・ロー信託が国際的な財産管理制度として利用されることを望んでいるが、しかし、大陸法法域の法律家はその国内において、信託という複合体を家族財産を管理するための制度として利用する必要性は存在しないと結論付けている事実を直視しなければならない。大陸法法域においては相続法が確立され、長い間認識されている。これはコモン・ロー信託に対する第一の注意点である。大陸法法域においては現存の契約による財産管理制度および私が言及したように人格化による財産管理制度で十分であると考えられている。イタリアの *trust interno*

は全く独特な現象である。それ故に、信託制度を有しない法域の大部分にとって唯一の問題は、信託制度を有しない法域において効力を有することを望んでいる外国のコモン・ロー信託との関係でどのような国際私法ルールを採用すべきかという点である。しかし、もしコモン・ロー法域に属しない国家において信託に対する承認がなされるとするならば、それらの国家はその承認されようとしているものが一体何であるかを知らなければならない。信託とは法人なのだろうか、または財産と関係する概念なのだろうか、それとも契約を基礎とする合意なのだろうか。ハーグ信託条約第 2 条は、その答えを提示しようと試みている。ハーグ信託条約第 2 条は、ルクセンブルクの法律家が明確に表現しているように、受任者による財産管理制度についてかなり広範な範囲をカバーしている。そして、実務上の理由から、ハーグ信託条約に批准している国は遅かれ早かれ国内の信託制度が利点を有しているかどうか判断することになりそうである。例えば、信託と同様の利点を有する制度が存在しない場所において、このような制度が投資資金を引き寄せる魅力的な制度となるであろう⁹¹。ここで我々は再び「考えの混合」としての信託の問題に立ち返ることになる。もしコモン・ロー信託の考え方がスペクトルにおいて何処に位置付けられるのかはっきりしない場合、信託と同様に投資資金を惹き付ける国内制度の設計を手助けすることができなくなる。

17.131 コモン・ロー信託に対する注意点は他にもある。例えば、情報開示がなされない信託という器に財産を移転させ、さらにこの信託の器をサブ・トラストへと移動させることができる。そして、このような財産の移転は権利行使者指名権の行使および信託受益者の変更によって行われることから、多くの大陸法法域の学者は、コモン・ロー信託は他人に対して詐欺を働くと共に、大陸法法域の学者が明らかにしているように、脱法行為を行うための簡易な手段と

なると考え続けている。このことは、我々はどうのようにそして如何なる場合に信託を用いることができるかという点について思慮分別を弁えなければならないことを意味している。信託は歴史的には我々が知っているようにしばしば他人に詐欺を働く者により用いられてきた。そのため、15世紀にイギリス人は取引債権者に対し詐欺を働くことを防止するための立法を行った。コモン・ローの伝統を有する我々は、我々の政策判断が他国の政策を事実上決定することになってはならないという点を認識しなければならない。勢力的な財産保護信託は悪いことにすでに広がりを見せている。またいわゆる権利としての相続分に関する問題も存在する。確かに幾つかの大陸法域においてのみ相続権は公序の問題として強行法的に保障されているが、これらの相続権は11世紀以来大陸法において独自性を有し続けている。コモン・ローは動産について権利としての相続分の譲渡および未亡人のコモン・ロー上の寡婦産権の回避可能性について許容してきた。その結果、19世紀に遺言の自由が認められ、そして20世紀に遺言による財産処分につき裁判所による制定法上の裁量的介入権が認められるに至った。大陸法域の法律家は他にも価値ある成果を幾つか有している。それから婚姻関係財産が存在する。外国のコモン・ロー法域が大陸法域において財産を有している X に対し、当該夫婦共有財産に対する聖域を提供し、それにより X による配偶者の相続権の剥奪を許容することは、隣人の事柄に対する介入とならないだろうか。婚姻関係または同棲関係が破綻した際に裁判所が一方の当事者に対し財産権を付与することに関して、他のコモン・ロー法域が信託財産に対してこのような財産権を付与しないことは、その法域が独自に有する一連の価値観を表している。

17.132 それ程昔のことではないが、ステップのメンバーである有名なあるイギリス人がフランスで開催されたある会議において聴衆に向かって、法律家はその依頼人に対し信託をどのように取り扱う

べきかという点について自らの見解を述べた。彼はある特定の信託が「偽の」または幻想的なものであると主張して機先を制するためには、法律家がこれから委託者になろうとする者（「その依頼人」ではない）に対し、信託によって何を達成することができ、そして何を達成することができないのか注意深く説明しなければならないと忠告した。委託者の将来に対する物事は、法律家と依頼人との間における議論および相互の信頼関係に基づき、当該法律家によって注意深く検討されなければならないと彼は主張した。何らかの問題が発生し、または発生する可能性がある場合には、独立した立場にある法律家の助言が委託者にとって価値あるものとなるであろう。そして、信託証書はそれが作成された時点で委託者によって熟読されるべきであり、信託証書起草者はその条項の一つ一つについて委託者と議論を交わすべきであり、さらに以上のような手続がきちんと履行されたことを示す証拠が残されるべきであると彼は意見を述べた。そして、受益者の権利は尊重されるべきであり、免責条項の効力、受益者の情報請求権に対する制限、受益者を追加または除外する権限、そして受託者の信託財産に対する決定権に対する制限はそれらに関する信託条項が導入される前に批判的に検討が加えられるべきであり、さらに一旦信託の効力が生じた場合、受託者は定期的に受益者の家族と信託を巡る問題について議論を交わすべきであると彼が主張した点は、今日の文脈において格別興味を有する。これらの手続が実行されることにより依頼人と実務家の間に信頼関係および理解が生まれ、ほったらかしにすることにより生じる敵対関係および行き詰まりという困難をしばしば防止することができるのである。

17.133 以上のような最高の助言に対し付け加えることができるのは、信託は委託者の意図を率直に実現したいと考える受託者と受益者との間の開放的かつ敏感な財産管理制度であるべきであり、そし

て委託者の意図は前もって考慮された信託証書において定められるべきであるという点のみである。

17.134 古典的信託の諸要素を保持し、そしてある特定の信託がこのような方法により熟慮され、計画され、起草され、そして実行されることにより、我々は信託概念の将来のために多くのことを行うことができるであろう⁹²。それにより、信託は制度の境界線または実務上の限界がコモン・ローおよび大陸法の両法域において知れ渡った概念となるであろう。

17.135 他方、多くのオンショア法域の法律家が信託を売り出しているオフショア法域と共に信託の利用方法を際限なく拡大している間、もしコモン・ロー法域にいる我々が信託の本質および概念の方向性ととも信託制度のあり方を我々の議論のテーマから除外してしまうとするならば、信託概念は最終的に人格化または契約、おそらくは代理それ自体に取り込まれてしまうであろう。直接的な関係および受託者の個人責任を伴う信託は、法制度上の歴史的遺物となってしまうであろう。

17.136 2000年統一信託法典の路線に沿ったコモン・ロー法域における法典化は信託の理解にとってある種の焦点となるであろう。しかし、2000年統一信託法典はその大部分が任意規定から成り立っており、そして信託にとって欠くことのできない中心的な諸要素を構成するルールを除いては、当該法典は現在における世界規模の問題ではない。2000年統一信託法典は信託の中心的要素を列挙しており、そのことには価値がある。しかしながら、我々は古典的信託概念がどの程度委託者の自治を許容しているのか厳密に知る必要があり、そして信託の型を確保する必要がある。確かに信託法を改正する際に我々が契約論者の見解を考慮してはならない理由は存在しない。しかし、もし我々が信託に関する問題をほったらかしにすることにより、理論上の不明確性、論争、並びにオフショアの熱望が続くと

するならば、我々はおそらく今まで回避してきた道を最終的に選択せざるを得なくなるであろう。我々は法典化された信託法に直面するであろう。当該信託法典は明確でなければならないであろう。それにより現存の判例法は排除され、そして残された仕事は法典の解釈となるであろう。法典化前に存在する判例法を法典に取り込む余地は確かにあるであろうが、たとえそのような作業が行われるとしても、それは法典に欠落があることが判明した場合のみである。これらは法典化に対する過剰反応であろうか。そして、複数の国家で通用する信託法典を制定する際に伴う明示的な困難はさて置き、たとえ立法作業の必要性について助言を受けているとしても、難解な信託法典の条文を綿密に調査するために閣議および立法作業に時間を割く準備ができていない国家は果たしてどれ位存在するであろうか。必然的にコモン・ロー信託はスペクトルにおいて確固たる場所に再び位置付けられ、そして私の考えではその位置付けは財産を基礎とした受託者・受益者間の関係を中心に据えるものである。しかしながら、第一歩はこのような位置付けに対する合意が形成されることであり、そして現在このような位置付けは政府の関与なしに法律専門家によって行うことが可能である。

17.137 信託の将来に対する懸念は続いている。明確な信託概念および啓蒙された信託の利用方法が望まれる。私の願いは、これまで眺めてきたように、手遅れになる前に現在何が起きているのか我々が認識することである。

1 バルバドス州は 1995 年国際信託法 2 条 1 項において、同法との関係で、信託設定時において委託者は非居住者であり、居住者である受益者が存在せず、かつバルバドス州に存在する財産に対する権利を有していないことを要件として規定している。明らかに「国際信託」に対しては幾つかの理解の仕方がある。「国際信託」という語に関するそれぞれの記述には疑いなく、国際信託が設定された目的が反映されているであろう。実務において国際信託とは「オフショア」法域の法の下で設定された信託を言い表すものと広く理解されている。他方、国際信託の定義については、最低でも次のような要素、例えば、適用法を制定する

国家以外の国家（または当該国家内におけるユニット）において信託の管理が意図されている場所が存在し、またはそのような場所に信託財産が存在する場合、当該信託は委託者の意図により設定されたものとされる。この点に関するコメントについては、G Thomas and A Hudson *The Law of Trusts* (OUP, 2nd ed, 2010), para 40.01.を参照せよ。

² *Central London Property Trust Ltd v High Trees House Ltd* [1947] KB 130.
³ 15 & 16 Geo 5, c 19.

⁴ 最高裁判所管轄法 36 & 37 Vict, c 66.

⁵ [1914] AC 398, [1914-15] All ER Rep 622.

⁶ [1914] AC 932, [1914-15] All ER Rep 45.

⁷ [1975] 1 SCR 423; (1973), 41 DLR (3d) 367.

⁸ [1980] 2 SCR 834, 117 DLR (3d) 257.

⁹ [1989] 2 SCR 574, 61 DLR (4th) 14.

¹⁰ [1997] 2 SCR 217, 146 DLR (4th) 214.

¹¹ *Restatement of the Law, Restitution*, 1937, American Law Institute. Pt I ‘準契約’；Pt II ‘擬制信託’。後者、すなわち特定資産または特定財産に対し先取特権を有すること、または当該資産または財産に対する他の請求に当該請求者は代位されることを理由とするそれらの資産または財産に対する請求には、衡平法上の救済手段が適用される。

¹² WF Fratcher and Ascher (eds) *Scott on Trusts*, 4th ed, with Cumulative Supplement, Little Brown & Co, now Scott and Ascher, 5th ed, Aspen Publishers.

¹³ DMW Waters ‘The constructive trust: two theses – England and Wales, and Canada, 8 TQR, Issue 3, 2010, p. 5.

¹⁴ Now J. Mowbray and others (eds) *Lewin on Trusts* (Sweet & Maxwell, 18th ed, 2008).

¹⁵ さらに、DMW Waters ‘The Role of the Trust Treatise in the 1990s’, 59 *Miss L Rev* 121 (1994).を参照せよ。

¹⁶ Now Underhill and Hayton *Law of Trusts and Trustees* (Butterworths, 18th ed, 2011).

¹⁷ 以前から存在していた信託でカナダ政府により廃止されたのは、これらの信託のみである。そしてこれらの信託に付与されていた税法上の多大な利点も廃止され、これらの信託は人気を失ってしまった。

¹⁸ これらの制度にさらに言及するものとして、DWM Waters ‘Learning the Law: Trusts in Business and Commerce’, [1987] 14 *Malaysian and Comparative Law* 1. A study of the usage in Canada. を参照せよ。また JH Langbein ‘The Secret life of the Trust: The Trust as an Instrument of Commerce’, 107 *Yale LJ* 165 (1997).も参照せよ。この論稿は、アメリカ合衆国における信託の利用について研究したものである。

¹⁹ HAJ Ford and WA Lee *Principles of the Law of Trusts* (3rd ed, loose-leaf).を参照せよ。この書籍は今日まで補遺がなされているオーストラリアの信託法に関するテキストである。ニュージーランドの価値あるテキストとして D Breardon and others *Law of Trusts* (Butterworths, loose-leaf).がある。

²⁰ *Schmidt v Rosewood Ltd* [2003] 2 AC 709, [2003] 3 All ER 76 (PC).

²¹ [1985] Ch 409, [1985] 1 All ER 1043.

²² 筆者の目的はただ、何を行うことができ、そして何がしばしば行われているのかを説明することにより、わずか半世紀前において通常とみなされていた信託の特徴を大まかに明らかにすることである。

²³ これらの法域における信託理論に関する全議論については、M Lupoi *Trusts: A Comparative Study* (Cambridge University Press, 2000) Ch 4 ‘The international trust model’ . を参照せよ。また、*International Trust Laws*, D Brownbill and others (eds), Jordans および英文月刊誌、*Trusts & Trustees*, J T Graham and T Molloy (eds), OUP も参照せよ。当該雑誌の記事、判例ノート、および評釈はオフショア信託に関する問題を包括的に取り扱っている。

²⁴ Reporter’s Notes on para 47.

²⁵ ‘Non-Charitable Purpose Trusts’, Manitoba Law Reform Commission, September, 1992, Report #77, British Columbia Law Reform Commission, November, 1992, Report LRC 128. しかしながら、この二つの委員会は、公衆の利益を目的とするが法的な意味における「公益」にあてはまらない目的との関係でのみ非慈善目的信託の承認を提案している。どちらの委員会も幾つかのコモン・ロー国のオフショア法域においてすでに効力を生じている私益目的信託は考慮していない。

²⁶ より発展した議論については、M Lupoi *Trusts: A Comparative Study*, op cit, and DWM Waters *The Institution of the Trust in Civil and Common Law*, 1995, Academy of International Law, The Hague, *Recueil des cours*, vol 252. を参照せよ。また、A Dyer and H van Loon *Report on Trusts and Analogous Institutions*, Preliminary Document No 1, May, 1982, Hague Conference of Private International Law, Proceedings of the Fifteenth Session, 1984, Book II, *Trusts – applicable law and recognition*. も参照せよ。

²⁷ この時期においてアメリカ合衆国がメキシコおよび他の多くの南米諸国との国際商取引において信託を採用したことにより、これらの国々は *fideicomisos* として広く知られている様々な形態の信託契約を導入することとなった。

17. 76-17. 78 をさらに参照せよ。

²⁸ 上記 Book II にはハーグ信託条約の条文およびオーバーベック氏の報告書が含まれている。

²⁹ (Oxford University Press, 1988).

³⁰ M Lupoi *Trusts: A Comparative Study*, op cit. を参照せよ。

³¹ オランダ人入植者は法典化以前のローマン・ダッチ法を 17 世紀に現在の南アフリカであるケープに持ち込んだ。17. 84 をさらに参照せよ。

³² 信託遺贈に関しては、Book IV, Title 5, c 21 ‘Substitution’, arts 1218-1255. を参照せよ。

³³ 1865 年法典はロー・カナダ民法典と名付けられた。1865 年民法典は上記のケベック州民法典に取って代わられた。ケベック州民法典はフランス語および英語により規定が設けられ続けている。ケベック州民法典は 1994 年 1 月 1 日に法典として施行された。

³⁴ ルクセンブルクにおける信託およびその承認に関する法律案として 2000 年 11 月 6 日に政府により下院に諮問が行われ、そして受託契約についてもまた議論がなされた。司法大臣によるリリースと共に、法改正の理由および政府の意

図する目的が公表された。

³⁵ 所有に属していない資産を受託者により所有されている資産と対比させて理解するというケベックにおける理論的思考については、Madeleine Cantin Cumyn, 'La fiducie du Québec, un model imitable?', contained in *Trust & fiducie: concurrents ou compléments?* Directeur Jean-Marc Tirard, STEP France, Academy & Finance, Genève, 2007, at p 105. で考察されている。

³⁶ 目的信託は許容されていない。

³⁷ 第三者の利益のための契約における第三者の利益保護は、長い間大陸法における契約上の教義の特徴であった。コモン・ローが第三者に対して行動する権利を付与することに対し否定的であったことが、衡平法による信託の合理性に対する関与という結果に結び付いている。第三者の利益を促進する立場にある当事者は当該第三者のための黙示の受託者となる。

³⁸ Paul Matthews 'The French Fiducie: And Now for something Completely Different' (2007) 21 *Trust Law International* 17. をさらに参照せよ。当該論稿には 2007 年法の英訳が付されている。また、Jean-Paul Béraudo 'La loi du 19 février 2007 créant une fiducie française' *Trusts & fiducie, supra*, note 35, at p 123. も参照せよ。ルクセンブルクと同様に、受託者は登録を受けた法人でなければならぬ。フランス法は、金融機関の事業取引に関係する者以外を受託者として雇用することを禁止しており、当該規定に違反した者に対しては罰金が科せられる。よって、個人による遺言および生前処分のためにフィドゥーシーを用いることは禁止されている。

³⁹ B Vischer 'The Fiduciary in Continental Europe', *Trusts & Trustees*, June, 1999, p 13.

⁴⁰ さらに M Lupoi *Trusts: A Comparative Study*, op cit. を参照せよ。

⁴¹ *Ley de Fideicomiso, Ley 17.703*, November 4, 2003. さらに 17.94-17.95. を参照せよ。

⁴² ラテンアメリカ各国における *fideicomiso* の叙述的な説明については、Nicholas Malumian *Trusts in Latin America* (Oxford University Press, 2009). を参照せよ。

⁴³ Volstrecher とは、相続人のために死亡した遺言者の財産管理を行う者であり、遺言または相続人により任命される。

⁴⁴ Bewind はオランダ法における伝統的な概念である。Bewind はオランダ民法典には登場しないが、しかしオランダ法に存続し続けている概念として受け入れられている。

⁴⁵ Alexander Braun 'Caught in the crossfire; is the Liechtenstein *Treuhanderschaft* a trust or a *treuhand*?' (2004) 18 *Trust Law International* 26.

⁴⁶ K Biedermann *The Trust in Liechtenstein Law*, 1984, English translation (Alvescot Press, England). を参照せよ。

⁴⁷ さらに、*Trusts in Prime Jurisdictions* A Kaplan (ed) (STEP London, 3rd ed, 2010); 'Japan' by M Arai, at p233, especially para 4.3(b) 'Special Donation Trusts' を参照せよ。韓国信託法はその大部分（しかし全面ではない）が日本法をコピーしたものである。2001 年中華人民共和国信託法は明白に委託者と受託者との間における契約に基づく準代理関係を捉えている一方、台湾信託法は委託

者と受託者との間における契約関係を一段と強調している。アジアにおける四つの信託法全てが投資目的のために、とりわけミューチュアル・ファンドおよびその他の合同運用ファンド並びに貸付けに際しての担保提供手段として用いられている。

⁴⁸ イギリス政府は、イングランド、ウェールズ並びにスコットランドのために、1987年の立法によりハーグ信託条約に批准した。

⁴⁹ A Cremona and L Micallef ‘The Maltese revamped trust law: 5 years on’ *16 Trusts & Trustees* 155 (2010).

⁵⁰ E Cameron and others (eds) *Honore’s South African Law of Trusts* (Juta, 5th ed, 2002).

⁵¹ *Supra*, note 31.

⁵² Trust Property Control Act, Act 57 of 1988.

⁵³ *Honore’s South African Law of Trusts*, op cit, para 3 (pp 5-12), and para 166 (pp 272-277).

⁵⁴ インドおよびスリランカの信託法典に関しては、GW Keeton and LA Sheridan *The Comparative Law of Trusts in the Commonwealth and the Irish Republic* (Barry Rose, 1972) Part Two, Chs III and IVをそれぞれ参照せよ。

⁵⁵ 中華人民共和国信託法は2001年4月28日に成立し、同年10月1日に施行された。信託法施行直後の手短な論稿として、SM Nelson and DLF Chan ‘New Trust Law in China’, *Trusts & Trustees*, September, 2001, vol 7, issue 9, at p 12.を参照せよ。同法の包括的な分析としては、Lusina Ho *Trust in China* (Thomson: Sweet & Maxwell Asia, 2003.および本書のホー教授の論稿(第16章)を参照せよ。

⁵⁶ *Scott on Trusts*, op cit, para 1.10.を参照せよ。

⁵⁷ *Restatement of the Law, Trusts, 3d*, para 25. この撤回可能な信託証書は委託者とその生存期間中唯一の受益者であるにもかかわらず「信託」と呼ばれている。委託者は、当該信託はまるで銀行口座であるかのように信託の収益および元本に対して完全な支配権を保持する。そして委託者の生存期間中は残余権者である受益者に対して説明がなされることはない。しかしながら、委託者がいわずに当該信託を撤回できないよう信託撤回不能として設定された場合には、上記の方法による委託者の支配権は存在しない。

⁵⁸ 対照的に(イギリスの)コモンウェルス法域では、統一信託法典409条により、非慈善私益目的信託が導入されている。

⁵⁹ 17.66を参照せよ。

⁶⁰ 19世紀以来民法典はこのフィドゥーシーという概念(常に「信託」と翻訳された)を有していた。*Supra*, note 33.

⁶¹ 17.76.を参照せよ。

⁶² WW Buckland *A Text-book of Roman Law* (Cambridge University Press, 1927) p 306. 後のPeter Stein版も参照せよ。

⁶³ 大抵は立法によるが、法により法人格の一つまたは二以上の属性が付与される。

⁶⁴ 他方の配偶者の遺産に対する強制的な相続権(すなわち、権利としての相続権)および夫婦共有財産権は、その者の親または配偶者の生存期間中に発生し、その者の死亡により生存者に帰属するという点を認識しておかなければならな

い。その結果、被相続人の遺言または無遺言による財産処分のために被相続人の資産のほんの一部分しか利用できないことになる。

65 コモン・ロー信託により提示されている困難に対するスイスにおける考えの洞察については、L Thévoz *Trusts in Switzerland* (English translation), 2001 (Schulthess, 2001)を参照せよ。スイスは長い議論の末に、2007年4月26日にハーグ信託条約に批准した。2007年7月1日にその批准が発効した。

66 DJ Hayton, SEJJ Kortmann, and HL Verhagen (eds) 1999, *Law of Business and Finance*, Vol 1, Kluwer, The Hague, Netherlands. この書籍は、欧州各国におけるコモン・ローおよび大陸法の学者による会合の成果から公開されたものである。一連の会合の機会においては、欧州連合の法および規制におけるコモン・ロー信託の継受が問題とされた。

67 ハーグ信託条約においては、信託財産が悪意の第三者に不法に譲渡され、または受託者自身により盗取された場合における、コモン・ロー信託の受益者が信託財産のために特定財産を取戻す権利を含めることは不可能であるとされた。

68 コモン・ロー制度におけるこのような単一の発展はイングランドにおける平等で単一の衡平法による裁判を実現させ、そしてこのような衡平法による裁判がコモン・ローが進展した世界各地において行われるようになった。

69 家族目的から起業に至るまで拡張されている、目的促進のための法人格の広範な利用については、O Arter 'Charitable Foundations and Associations in Switzerland' (2010) 24 *Trust Law International* 50を参照せよ。

70 コモン・ロー法域における制定法は他の関係において義務および権利を定式化するためにこのような概念を用いている。このような利用例の一つとして、相続人に相対する相続財産の管理人に対して課せられる信託を挙げることができる。

71 財産概念における受託者と受益者との関係は、受託者の義務および信託の「削減不能な中核」との関係で、D Fox 'Non-excludable trustee duties' (2011) 17 *Trusts & Trustees* 17.によって検討されている。

72 どのようにして独立財産を契約様式（およびその国独自の法に完全に）に「適合」させるかはまた別問題であり、そしてこの答えは法域ごとに異なるであろう。

73 最初に彼の理論が採用されたのは、1804年ナポレオン法典においてであった。

74 ユースの受益者の権利は「不動産権」として表現された。そして後の現象においては「信託受益者の権利」、「抵当権設定者の権利」などと表現されている。より現代的な例としては、物権的禁反言の法理を挙げることができる。

75 17.117を参照せよ。ラングバイン教授は、コモン・ロー信託それ自体は本質的に契約であると理解している。

76 以前に言及したのはジャージーにおける foundation の立法についてであった。確かに何世紀にもわたるイギリスの所有制度と共にジャージーは現在ではほぼ完全にコモン・ロー法域であるように思われるが、しかしジャージー法はその起源をノルマンディー法に有している。2008年にジャージーは *Foundations (Jersey) Law* を採用した。

77 *Nicolas Malumian Trusts in Latin America*, supra, note 42.に言及がされなければならない。

78 17. 65 および 17. 94-17. 95.を参照せよ。

79 17. 65 を参照せよ。

80 論評を通じて、取締役の責任は現代会社法の顕著な特徴であることが見て取れるであろう。

81 *Trust Law Committee (London, England), June, 1999, Consultation Paper, Rights of Creditors Against Trustees and Trust Funds.* もまた参照せよ。

82 (2000) 88 Cal L Rev 1877, at 1882-83.

83 さらに、KJ Crossland ‘Unsecured creditors and the “Uncorporation” (2011) 17 *Trusts & Trustees* 185.を参照せよ。

84 カナダ所得税法(カナダ), RSC 1985, c 1 (5th Supp)は改正されているように、長年にわたり「信託」に対して個人納税者として課税を行ってきた。

85 アメリカ合衆国の幾つかの州は制定法により創設される法的実体のある信託を有し、または当局からそのような信託を創設する権限を付与されている。これらの信託は 1980 年代以降の事業取引において馴染みのあるものであり、とりわけミューチュアル・ファンド業界および証券化実務において一般的である。このような法的実体が信託事業を行い、そして訴えを提起し、または訴えられることもできる。受託者は本質的に当該法的実体の管理運営者である。このような法的実体が個人のエステイト・プランニングのための信託制度として用いられる可能性はある。2009 年 7 月に統一州法委員会により *Uniform Statutory Trust Entity Act* の最終的な条文が公表された。条文の前書きではもっぱらこのような模範ビジネス・トラスト法を制定ならしめた状況について説明がなされている。この模範ビジネス・トラスト法は文言上、エステイト・プランニングに当該制度を用いることを禁止している。しかし、このような禁止規定を採用するかどうかは各州に委ねられている。

86 大陸法とは異なり、コモン・ローの概念では、受託者による形式的な承認および信託条項による指図は要求されない。その任務の受諾は受託者の行動により示されることとなり、遺言による受託者が行動を提起したときに、相続財産の清算が完了することになる。信託証書は二当事者間の証書であり、信託条項の設定のための簡便な手段としてその役割を果たす。受託者は自らの肯定的な行動により信託証書を承認し、そして自ら命令により信託証書を撤回することができる。

87 105 *Yale LJ* 625 (1995).

88 ある法域において国内信託に対しある一定の特徴を付与することを望む場合、法典または制定法によりそれらの特徴を明示的に付与することができる。この点に関しては、近時のフランスにおけるフィドゥーシーを挙げることができる。この問題はしばしば議論がなされるものである。もちろん問題は、将来において問題および疑義が存在しないと思われる場合であっても、これらの特徴は地域法と調和されなければならないという点である。

89 イギリス領ヴァージン諸島におけるヴィスタ信託は受託者・受益者間の関係には介入しない。しかし、ある特定状況においては受益者に対する受託者の義務および責任の範囲を制限している。ヴィスタ信託については、J Glasson

(ed) *International Trust Laws* (Jordans, loose-leaf) A6.135-A6.180.を参照せよ。

⁹⁰ さらに、TH Tang ‘Settlor’s Reserved Powers’ (2009) 23 *Trust Law International* 183.を参照せよ。また、D Waters ‘Trusts: Settlor Reserved Powers’ (2006) 25 *ETPJ* 234.および‘Settlor Control: what kind of problem is it?’ (2009) 15 *Trusts & Trustees* 12.も参照せよ。

⁹¹ 日本国内および中国本土において主要プロジェクトへの金融を主たる目的とした資金調達のために信託が用いられていることは、その地域の金融を巡る諸状況により十分説明できるであろう。

⁹² 現在では、MW Lau, *The Economic Structure of Trusts*, 2011, Oxford University Press.により同様の議論が取り上げられている。この本の著者は、信託概念の基本的特徴として、コモン・ロー信託における財産的要素に対し新たな観点から重点が置かれるべきであると主張する。彼の見解では、現代における思考は信託を本質的に契約と見ること、信託を誤って捉えているとしている。D Fox, *supra*, note 71 at p 17 は「50年前において研究者および実務家にとって馴染みのあった信託制度は戸惑うような崩壊に見舞われてしまった」と述べ、またオフショアの信託立法を考察しながら、「信託から全ての重要な要素が剥ぎ取られてしまっている」ように思われると述べている。

原著：Donovan W.M. Waters, *The Future of the Trust from a Worldwide Perspective*, in *THE INTERNATIONAL TRUST* 837, 837-889 (DAVID HAYTON ed. 3rd ed. Jordans, 2011).

原著者：Donovan W.M. Waters

ウォーターズ博士はオックスフォード大学法学部を卒業後、同大学院を修了され、ロンドン大学で博士号 (Law of Equity) を取得された。その後、オックスフォード大学、香港大学、ビクトリア大学、マギル大学で法学博士の学位を授与されている。そして、1996年にビクトリア大学を退職されるまで、オックスフォード大学、ロンドン大学、シカゴ大学、サスカチュワン大学、マギル大学等の世界各国の大学で教鞭を執ってこられた。またハーグ信託条約およびハーグ相続条約のカナダ代表団団長を務められ、後者では報告担当者にもなられた。

信託法研究の世界的な第一人者として、コモン・ロー法域の信託のみならず、大陸法法域の信託にも造詣が深い。また、信託の歴史的研究家でもあり、信託の起源から今日における金融分野の最先端の信託に至るまで、幅広く通暁されている。

※本稿は、平成25年度科学研究費補助金（基盤研究（C））（課題番号：25380106）および平成24年度信託研究奨励金による研究成果の一部である。