

資料
〔翻訳〕

マリウス・デ ヴァール／ロードリック・パイズリー
「スコットランド・南アフリカにおける信託」(1)

渡 辺 宏 之 訳

I. はじめに

信託は、伝統的にはイングランドのコモン・ロー法域特有の制度だと考えられており、「イングランドのコモン・ローの特別な子ども」(a special child of the English common law) ⁽¹⁾ だと言われている。この考え方の背景には、真の意味における信託の成立には受託者(コモン・ロー上の所有権)と受益者(エクイティ上の所有権)との間での所有権の分属が必要であるという、長年培われた英知がある。このような分属構成は大陸法原理をベースとした財産法を有する法域にはみられない。このため、大陸法諸国で信託(少なくとも「固有の意味における」信託) ⁽²⁾ を導入するのは無理だという結論になる。

しかし、この結論はあまりにも単純な図式化であり、誤った考え方と言っても過言ではない。たしかにローマ法には信託はなかったが ⁽³⁾、現代の大陸法諸国の一部では、スコットランドや南アフリカ ⁽⁴⁾ 等の混合法域と同様に信託制度が取り入れられている。この点を認識すれば、信託はすべてイングランドの概念で説明のつ

(1) R. Helmholz and R. Zimmermann, 'Views of Trust and *Treuhand*: An Introduction', in R. Helmholz and R. Zimmermann (eds.), *Itinera Fiduciae* (1998), 27. Helmholz と Zimmermann は、このような伝統的な見解に対して批判的である。

(2) 例えば、J. Langbein, 'The Contractarian Basis of the Law of Trusts', (1995) *Yale LJ* 625, 669参照。

(3) もっとも、ローマ法でも「信託類似制度」や「受託者に類似する者」は認められていたようである。D. Johnston, 'Trusts and Trust-like Devices in Roman Law', in Helmholz & Zimmermann (n. 1), 45.

(4) この問題点を扱った最新の論文の概要は、M. J. de Waal, 'In Search of a Model for the Introduction of the Trust into a Civilian Context', (2001) 12 *Stellenbosch LR* 63を参照のこと。

くものでなければならない、という固定観念を捨てる心構えのある者にとっては特に、比較法的研究の有望な展望がひらけるだろう。さらにもう少し踏み込んで言えば、この観点で混合法域を考察することによって、ユニークな知見が得られるだろう。

これが、本稿で扱う主なテーマにつながる問題意識である。スコットランド法と南アフリカ法では、信託はどのように発展してきたのか。この二つの法体系は同じ歴史的背景に由来するものなのか。これらの信託制度は「固有の信託」と呼べるものであり、また、活発に利用されているのか。イングランド法にいうエクイティ的救済がない以上、受益者の保護に対するアプローチはどうなっているのか。歴史的背景に照らした共通点と相違点はどのように説明されるか。

このうち、少なくとも最初の2つの問題に答えるためには、まず歴史を簡単に紹介する必要がある。

II. 歴史的背景

スコットランドでも南アフリカでも、信託法の沿革に関する研究の論点は、大きく2つに集中している。一つ目は、どの程度イングランド法の影響を受けているかという点である。二つ目は、どの程度ローマ法の制度（特に後継ぎ遺贈 (fideicommissum)）に立脚しているかという点である。

スコットランド信託の歴史を完全に網羅した著作はまだない。最近の学者の活動を批判しているわけではないが、さらに奥深く、息の長い研究をすべき余地が沢山あると言ってよいだろう。現時点では全体像が完全に把握できていないため、時代遅れの考え方に陥る危険性がある。現在の前提や理解に欠けている知識を補うためには、過去に遡る必要があるからである。南アフリカの信託の歴史は、スコットランドよりも短くて単純である。このため、スコットランド信託よりも網羅的に、また、簡単に全体像を説明することができる。⁽⁶⁾

1. イングランド法の影響

異論はあるものの、スコットランドの信託法⁽⁷⁾はイングランド法のトラストとは起源も内容も違うというのが現在の通説である。スコットランドでは、特に19世

(5) R. Burgess, 'Thoughts on the Origins of the Trust in Scots Law'. 1974 *JR* 196; G. Grettton, 'Trusts', in Reid & Zimmermann, *History*, Vol. 1, 480.

(6) 詳しい内容は、T. Honoré, 'Trust', in Zimmermann & Visser, *Southern Cross*, 849 参照。

(7) *Camille and Henry Dreyfus Foundation Inc v. Inland Revenue Commissioners* 1955

紀以降はイングランドの影響が大きかったのは確かであるが、イングランドのトラストに関する法をそのまま導入したわけではない。スコットランドの信託法は、その重要部分において完全に固有の制度である。このことは、公共信託 (public trust) に対する認識に注目してみると非常に明快に説明できるだろう。スコットランドの公共信託の起源は、7世紀以上もの伝統ある mortification [訳注：教会や宗教団体に対し、公益目的、または死者のための祈禱・ミサを条件として、土地の保有権を与える仕組みのこと] であると考えられている。従って、イングランド法の影響は根強いものの、スコットランド法とイングランド法では重要論点とその内容の両面において大きな隔りがある。スコットランド信託はスコットランド固有のものだと結論付けてよい。単に、イングランド法をそのまま模倣したものではない。

一方、イングランド法の模倣という表現は、南アフリカ信託を正確に表現している。19世紀初頭にイングランド人⁽⁸⁾とスコットランド人がケープに入植した際に、「法的・知的制度の一部として」信託制度を持ち込んだ。入植者は信託を活用し、また、遺言、贈与証書、婚前契約、土地譲渡証書⁽⁹⁾で「信託」「受託者」といった用語を使うことにより、南アフリカに信託制度を受容させていった。しかし、イングランド信託の位置づけは、1世紀以上にわたって不明であった。この論争に終止符を打った判例では、当初はイングランドの模倣であった制度が大陸法原理によって大きく変容を遂げたことが宣言されている。このように南アフリカ信託は実質的には固有の制度に発達している。矛盾しているようだが、結局、南アフリカが受けたイングランドの影響は、スコットランドと比べてもはるかに弱いものとなった。

2. 信託と後継ぎ遺贈 (fideicommissum)

スコットランド法における私益信託の起源の一つは、ローマ法の後継ぎ遺贈⁽¹¹⁾の仕組みである。本当にローマ法が起源かどうか疑念をもっている論者もいたが、今では異論の余地がないこととされているようであり、議論の中心は、ローマ法の影響が主流かそれとも限定的なものかという点に絞られている。信託に関する

SLT 335, 337 *per* Lord Normand ; *Allan's Trs. v. Lord Advocate* 1971 SC (HL) 45, 53 *per* Lord Reid ; Gretton (n. 5).

(8) Honoré (n. 6), 850.

(9) M. M. Corbett, 'Trust Law in the 90's: Challenges and Change', (1993) 56 *THRHR* 262, 263.

(10) 下記 II. 2 参照

(11) Burgess, 1974 *JR* 202.

判例では早くから後継ぎ遺贈が時折参考にされている。後継ぎ遺贈の概念は、19世紀頃まで、スコットランド法の形成において活用されてきた。例えば、マクラーレン判事は、後継ぎ遺贈の概念を利用し、受託者が受益者に対して負う責任の性質を明らかにしようとして、「信託財産管理の基本原則のルーツであるローマ法」⁽¹³⁾に触れた。しかし、マクラーレン判事は、ローマ法とスコットランド法の基本原則は同じでも「その機能のしかたは異なる」ことを認めている。これは、近代スコットランド法における後継ぎ遺贈に対する追悼文とってよいだろう。近代の公表判例では、後継ぎ遺贈について言及されたものはわずかである。一件目は、受託者の負う信託義務と同じような概念として、Stair の論文の一節⁽¹⁴⁾が引用された判例である。また、二件目は、スコットランド信託との一般的な類似点⁽¹⁵⁾と相違点を説明するため、古代ローマの制度について直接触れた判例である。⁽¹⁶⁾

ローマン・グッチ法では後継ぎ遺贈が広範囲に詳しく取り上げられているが、これと比較するとスコットランドでの扱いは散発的で、しかも断片的である。16世紀と17世紀の様々なスコットランド判例解説におけるフト (Johannes Voet) の引用頻度から考えると、比較的遅れた状態にあったスコットランド法を補完すべくローマン・グッチ法の後継ぎ遺贈を使わなかったことは、注目に値する。取り入れが容易な大陸法から借用しなかったことからすると、スコットランドに特徴的な後継ぎ遺贈が、完全とはいかなくとも実質的には消滅したこと、また、広汎な私益信託法の一部に吸収されてしまったことは不思議ではない。後継ぎ遺贈が、親戚である南アフリカほどは活発に利用されなかったのは明らかである。次の段落でも解説するが、南アフリカでは、後継ぎ遺贈は遺言信託の導入の正式な受け皿として利用されただけでなく、信託の発展に大きく貢献した。⁽¹⁷⁾

20世紀初めに、南アフリカの終審裁判所が、南アフリカ法で信託を有効に発生させることができるかどうかの判断を最終的に迫られたとき、後継ぎ遺贈がこのイングランドの産物の「格好の法的受け皿」⁽¹⁸⁾として選ばれたのは無理もない。

(12) The Rt Hon Lord Ross et al., 'Trusts, Trustees and Judicial Factors', in *Stair Memorial Encyclopaedia*, vol. 24 (1989), §4; Gretton, (n. 5), 485, 490-1; Wilson & Duncan, *Trusts*, para. 1-01.

(13) *Allen, v. McCombie's Trs* 1909 SC 710, 718 per Lord McLaren.

(14) *Simpson v. Roberts* 1931 SLT 206, 209 per Lord Anderson, quoting Stair, III, 8, 22.

(15) *Warrender's Trs v. Launder's Trs* 1921 2 SLT 136, 138 per Lord Sands.

(16) *McCaig v. University of Glasgow* 1907 SC 231; (1906) 14 SLT 600, 604 per Lord Kyllachy; *Allan v. McCombie's Trs* (1909) 1 SLT 296, 301 per Lord McLaren.

(17) Voet, 36 i-iv.

(18) M. M. Corbett, G. Hofmeyr and E. Kahn. *The Law of Succession in South Africa* (2nd edn., 2001), chs. XVI and XVII.

Estate Kemp v. McDonald's Trustee⁽²⁰⁾ 事件では、イングランドで作成された遺言によって設定された信託 (すなわち遺言信託) が問題となった。裁判所はまず、南アフリカ法では「信託」や「受託者」といった用語が普及している、イングランドの「トラスト」法とは全く無関係であるという出発点に立った。しかし、裁判所は、南アフリカの実務界では信託の利用が「深く浸透」している、これを排除するのは無理であると判断した⁽²¹⁾。この問題解決のための構成として採用されたのは、後継ぎ遺贈である⁽²²⁾。「遺言信託は、我が国の法的表現でいえば後継ぎ遺贈であり、遺言信託の受託者は受託者 (fiduciary) という表現に該当するものとして捉えることができる」⁽²³⁾

この、信託の「ローマ法的再構成」⁽²⁴⁾は、長年にわたって信託理論と信託用語を支配した。1984年の *Braun v. Blann and Botha* 事件の機会を利用して、上告部はようやく Kemp 判決の妥当性を見直しを行った。*Braun* 事件では、裁判所は、コモン・ロー上の所有権とエクイティ上の所有権の二重構造⁽²⁵⁾をもつイングランドの信託法が、南アフリカでは継受されていないことを強調した⁽²⁶⁾。そして、信託を後継ぎ遺贈と同列に扱うという点において、Kemp 判決を踏襲することに否定的な姿勢を示した。このような同列扱いは、歴史的にも法的にも誤りであるとされた⁽²⁷⁾。裁判所は「トラストの概念」を南アフリカ法原理に順応させることで南アフリカ独自の信託法を発展させてきたのであり、また、現在も引き続きその途上にある⁽²⁸⁾。しかし、*Braun* 判決は、次の鋭い分析を念頭に入れつつ評価する必要がある⁽²⁹⁾。

[*Braun* 事件で示された] この見解によっても、...*Kemp* 判決で示された、[南

(19) Corbett, (1993) 56 *THRHR* 264. B. Beinart, 'Trusts in Roman and Roman-Dutch Law' in W. A. Wilson (ed.), *Trusts and Trust-like Devices* (1981), 167. 176-9.

(20) 1915 AD 491.

(21) 508.

(22) 具体的には、いわゆる「無条件型後継ぎ遺贈」(*fideicommissum purum*)

(23) 499 *per* Innes CJ.

(24) E. Cameron, 'Constructive Trusts in South African Law: The Legacy Refused', (1999) 3 *Edinburgh LR* 341, 348.

(25) 1984 (2) SA 850 (A).

(26) 現在の最高裁判所 (Supreme Court of Appeal)

(27) 859E-F

(28) 866B.

(29) 859F.

(30) Corbett, Hofmeyr & Kahn (n. 18), 393.

アフリカ] 法における信託の判例法上の受容が、実際には無条件型の後継ぎ遺贈 (fideicommissum purum) を土台に利用した微妙な法的接合によるものであり、そして、遺言信託に関する法の大部分がこれを基礎として発展してきたという歴史的事実の意義が、曖昧になったり否定されたりすることはない。しかも、後継ぎ遺贈と信託との間には、信託法の発展過程における後継ぎ遺贈の類推利用を正当化しうる十分な類似点が少なくない。この、後継ぎ遺贈と信託との間の相互連関性を示す良い例の一つは、両者の有効性要件が似ているという点である。このことは、二つの制度間に歴史的なつながりがあることと、裁判所が信託の成立⁽³¹⁾について判断する際にはこれに対応する後継ぎ遺贈の原理を用いる傾向があることを示している。後継ぎ遺贈に関する一定のルールが信託にも適用されるかどうかは、最終的には法政策上の問題であると言われている。

さらに、南アフリカ判例では、もう一つの根本的な問題、すなわち生前信託 (inter vivos trust) の法的性質という問題を取り扱ったものもある。これも、確立された大陸法原理に基づいた構成がとられた。一連の判決では、生前信託は第三者のための契約 (stipulatio alteri) によって設定されると判示された。これはすなわち、設定者 (stipulans、スコットランドでは truster) と受託者 (promittens) との間で、受益者 (第三者) の利益のために締結される契約である。裁判所は、生前信託を説明するのにこのような構成をとり、南アフリカ法原理と矛盾しない形で、受託者と受益者の法的地位を明確⁽³⁴⁾にすることに再び成功した。信託の受益者の有する権利は、遺言信託の場合と同様に、単なる債権的性質を有する権利に過ぎないものとされた。スコットランド裁判所でも、受益者の権利を「受益者の履行請求権」(ius quaesitum tertio) として位置付け、契約法的構成の適用を試みたことがある。この見解は当然否定⁽³⁵⁾され、スコットランドの法的構成は真空状態になった。ここで、受益者の権利は、債権、すなわち諾約者 (受託者) が第三者に対して行う片務的約束が受諾された際に生じる権利に、ある程度類似した権利と考えることもできるだろう。しかし、債権の一種だが一種独特の権利 (sui generis) と考えた方がよさそうである。南アフリカ法の立場では、生前信託を第三者

(31) 同上

(32) Honoré, *Trusts*, 57.

(33) *Commissioner for Inland Revenue v. Estate Crewe* 1943 AD 656; *Commissioner for Inland Revenue v. Smollan's Estate* 1955 (3) SA 266 (A); *Crookes NO v. Watson* 1956 (1) SA 277 (A).

(34) M. J. de Waal, 'The Core Elements of the Trust; Aspects of the English, Scottish and South African Trusts Compared', (2000) 117 *SALJ* 548, 556.

(35) *Allan's Trs v. Lord Advocate* 1971 SC (HL) 45.

のための契約 (stipulatio alteri) と捉えるのは誤りである。すでに指摘したとおり、真の論点は、生前信託が「原則として、受益者に有利な条項が含まれた契約によって設定され、その受益者は受諾と同時に、信託に基づく取消不能な権利を取得する」という点である。⁽³⁶⁾ しかも、⁽³⁶⁾ いったん設定行為が完了すれば、それは信託となり、契約としての扱いはなくなる。⁽³⁷⁾ 契約法のルールが適用されるのは、信託の変更・取消の場合や、受益者による権利取得といった問題点が生じた場合に限られる。⁽³⁸⁾

III. 本来的な柔軟性

現代のスコットランド及び南アフリカの実務では、信託が頻繁に活用されている。信託は本来多機能で多面的なものであるから、万能な制度だと思われるかもしれない。⁽³⁹⁾ 機能が多岐にわたるため、その特定の機能や機能区分に着目して、信託の定義を試みるのは無意味な作業である。さらに、信託の利用を学術的考察と関連付けることなく、単に実務的な活動と捉えるならば、法において無用な専門性や曖昧さが生じるし、⁽⁴⁰⁾ さらに、信託法の内容が、適用効果とその要件の単なる羅列に陥ってしまうおそれがある。⁽⁴¹⁾ また、信託の最も重要な用途を解明しなければ、理論と実務が乖離してしまうリスクもある。

⁽⁴²⁾ スコットランドと南アフリカでは、次のような場合に信託の利用がみられる。

投資・資産形成目的の信託 年金ファンド、従業員持株信託、ユニットトラスト⁽⁴³⁾

(36) Honoré, *Trusts*, 35.

(37) このことは、受託者の職務の公共性という概念との関係においては、重要な相違点である。下記 V. 4 参照。

(38) Honoré, *Trusts*, 35. *Doyle v. Board of Executors* 1999 (2) SA 805 (C), 812J では、裁判所はこの見解を次のように説明した。「生前信託と、第三者のための契約を同列に扱うのは、限界がある」

(39) G. L. Gretton, 'Trusts Without Equity', (2000) 49 *ICLQ* 599, Honoré, *Trusts*, 19 では、「信託の柔軟性」と「その利用目的の多様性」が指摘されている。

(40) 例えば、radical right の法理 (doctrine of the radical right)、この法理と将来権 (reversionary interest) との混同など。

(41) G. Moffat, 'Trusts Law: A Song Without End?', (1992) 55 *MLR* 123, 137 は、「信託法理を学術的理論として維持したいと考える者の課題は、多様な要素の整合性をもたらす、要素の断片化によって混乱状態が生じないようにするための正当事由を確立することである」という我々の見解を正しく指摘している。

(42) 上記に述べた例は、ごく典型的な例である。この他、授権のための信託、訴訟目的の信託、複数の権利のバランスをとるための信託などがある。

等

資産保護目的の信託 子ども、精神障害者・身体障害者、制限能力者などのための⁽⁴⁴⁾信託。

慈善目的の信託 典型的には、贈与が直接ではなく信託を通じて行われる場合⁽⁴⁵⁾。継続的な信託を設定しておけば、贈与に付された条件を、失権条項 (forfeiture clauses) によって強制することができる。スコットランドでは、慈善目的が認められるのは、公民館等の娯楽施設や教会のために設定される公共信託 (public trust) が多い。南アフリカでは、このタイプの信託はイングランド信託と同様の意味における「公益信託」(charitable trust) と呼ばれる。公益信託は、「公益的要素を有する」信託として広く定義されており、教育・宗教目的での信託をはじめ「高齢者、障害者、制限能力者、社会的弱者、貧困者など、コミュニティのグループ⁽⁴⁶⁾に対して介護や娯楽を提供する」ことを目的とする信託などが該当する。スコットランドで「公共的」(public)、南アフリカでは「公益的」(charitable) とされる信託の顕著な特徴は、まず第一に、裁判所による有効性判断の際の「慈善目的」の扱いと⁽⁴⁷⁾、第二に、信託の変更において可及的近似原則 (cypres doctrine) が適用される可能性があるという点である⁽⁴⁸⁾。スコットランドの公共信託と南アフリカの公益信託は、その主な違いは用語に限られており、内容面・機能面で非常に類似しているようである。

事業目的の信託 財産に担保設定する目的での信託、また、株式を保有し会社支⁽⁴⁹⁾

(43) Scotland: Financial Services Act 1986 (c. 60) ss. 75 (8) and 77 ff.; Financial Services and Markets Act (2000) (c.8). South Africa: Collective Investment Schemes Control Act 45 of 2002; Honoré, *Trusts*, ch. 13.

(44) スコットランドにおいて、望ましくない経済的結果を防止するための規定として、Building Societies Act 1986 (c. 53), ss. 102B-102D (Building Societies (Distributions) Act 1997 (c. 41), s. 1により追加された規定)

(45) Scotland: W. M. Gordon, 'Donation', in *Stair Memorial Encyclopaedia*, vol. 8 (1992), §§631-2. South Africa: Honoré, *Trusts*, 15.

(46) *Ex parte Henderson* 1971 (4) SA 549 (D), 554A-B

(47) Wilson & Duncan, *Trusts*. para. 14-47.

(48) South Africa: Honoré, *Trusts*, 350 ff; Scotland: Wilson & Duncan, *Trusts*. ch. 15.

(49) スコットランドでは、これは Conveyancing and Feudal Reform (Scotland) Act 1970 (c. 35), s. 9 (3) に関連して、動産について設定されることが多い。信託形式による担保は、所有権留保に活用されるのが通常である。Clark Taylor & Co Ltd v. Quality Site Development (Edinburgh) Ltd 1981 SC 111; Armour v. Thyssen Edelstahlwerke AG 1990 SLT

配権を掌握する目的での信託など。二つ目の例に関しては、信託の設定により、有価証券に対する物権的権利を設定する際に通常求められる公示要件が、ある程度潜脱される結果となる。もっとも、信託成立のための引渡し・公示要件⁽⁵⁰⁾に関しては、引き続き議論されているところである。また、二つ目の例では、信託設定によって、支配権を有する者が誰であるかが巧みに隠されるおそれがある。また、信託により、本来ならば失効するはずの権利の保有も可能となることもある。例えば、一人の賃貸人による多数のリースの賃借人グループが、賃貸人の権利を買い受けたいが賃貸借関係は終了させたくない并希望する場合、賃貸人の有する所有権が信託形式によって保有されることがよくある。この信託の目的として掲げられるのは、テナントと地域コミュニティ全般の利益である。スコットランドでは、このようなケースは、ハイランドの不動産物件を購入する際に、賃借人が小作人であって、管理支配権を拡大したいと思っているが、小作人保護法で認められている土地保有権やその他賃借人としての利益を喪失するのは困るというような場合に時折みられる。南アフリカの商業目的信託は「事業信託」(business trust)と呼ばれ、主に営利事業の目的で活用されるあらゆる信託をその定義に含めることができる。この事業形態は、会社や非上場企業等よりも政府規制が緩やかであるために、非常に利用頻度が高くなっている。しかし、事業信託の濫用⁽⁵¹⁾のおそれについて当然の疑問が提起されている。

財務管理目的 私益信託は、税金面での資金管理の効率性確保と、家族財産の保持の目的でよく利用⁽⁵²⁾される。その有効性は、各法域においてその時点で適用される税法の規定による。

IV. 設定

1. 設定方法

スコットランドと南アフリカでは、信託の設定方法は大きく共通しており、細

891; Wilson & Duncan, *Trusts*. ch. 4; G. Gretton, 'Using Trusts and Commercial Securities', (1988) 33 *JLSS* 53 and 55.

(50) *Clark Taylor & Co Ltd v. Quality Site Development (Edinburgh) Ltd* 1981 SC 111; Ross *et al.* (n. 12), §24; K.G.C. Reid, 'Constitution of Trust', 1986 *SLT* (News) 177.

(51) B. Wunsh, 'Trading and Business Trusts', (1986) 103 *SALJ* 561; L. Theron, 'Regulering van die Besigheidstrust', (1991) 108 *SALJ* 277参照。

(52) Scotland: Halliday, *Conveyancing*, vol. 1, para. 27.03 and ch. 29; I. Ferrier and M. Hutton, *UK Taxation of Trusts* (10th edn., 2000) South Africa: Honoré, *Trusts*, ch. 10; R. P. Pace and W. M. van der Westhuizen, *Wills and Trusts* (2001), paras. B20 ff.

かな点を除けば実質的には同一とみてもよい。南アフリカ法において、信託は遺言、契約、裁判所の決定、または法律の規定によって設定が可能である。信託財産規制法では、「信託証書」の定義を、「信託設定の根拠となる契約書、遺言書または裁判所命令」としている。実際には、遺言書による信託（遺言信託）と契約による信託（生前信託）がきわめて多く活用されている。生前信託は口頭でも設定できるが、この場合の信託（「信託証書」なし）には信託財産規制法の適用外である⁽⁵⁶⁾。スコットランドは、信託の設定方法が多岐にわたるという点で南アフリカと共通するが、そのルールは同じではない。スコットランドでは、委託者による明確な信託設定意思を示す任意的行為が必要とされるのは、信託設定方法の中でも一部だけである。任意的に設定される信託のケースは、委託者が生前信託証書を作成・交付する場合である。この信託証書は、契約上又は法律上の義務の履行として交付される。スコットランドでは、強制的な生前信託が設定されるのは、例えば倒産法令に基づく法定手続において下される裁判所命令によって、財産が強制的に受託者に移転されるような場合である。遺言 (*mortis causa*) 信託においてこの交付に相当する行為（すなわち委託者の死亡）は任意的行為とはいえないが、遺言信託証書は伝統的には任意信託の証書とみなされている。信託が法律の規定によって（スコットランドでは、「法適用の結果として」）設定される場合には、

(53) Honoré, *Trusts*, 118. 例えば、信託を発生させる法規定など。Development Trust and Land Act 18 of 1936; National Parks Act 57 of 1976; Kakamas Trust Act 107 of 1976.

(54) 1988年法律第57号

(55) Section 1.

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

(57) この契約は書面によらなければならない。Requirements of Writing (Scotland) Act 1995 (c. 7) s. 1 (2) (a) (i), (ii)

(58) 例えば、ソリシターによるクライアント口座の開設・管理。Solicitors (Scotland) Act 1980 (c. 46) ss. 34-6に基づき、スコットランド法評議会 (Council of the Law Society of Scotland) によって策定された Solicitors (Scotland) Accounts Rules 1997, rules 2-7

(59) Bankruptcy (Scotland) Act 1985 (c. 66); *Douglas B Jackson v. James Bell*, Kilmarnock Sheriff Court, H158/00, 9th November 2000 (未公表) 参照。また、K. Springham, 'Property Law', in The Hon Lord Reed (ed.), *A Practical Guide to Human Rights Law in Scotland* (2001), para. 7. 36も参照

(60) *Brack v. Hogg and Johnstone* (1827) 6 S 113, 23 Nov 1827 FC, (1831) 5 W & S 61.

(61) 法律によっては、信託の発生を限定的な場合に限っているものもある。例えば、South Leith 教区教会の修繕に関する1846年7月16日の法 (9 & 10 Vict. c. ccxiv) (1873年 South Leith 教区・教会法 (36 & 37 Vict., c. clxxi) による改正後のもの)。他の法律では、これよりももっと一般的な効果を定めている。例えば、Married Women's Policies of Assurance (Scotland) Act 1880 (44 & 45 Vict., c. 26). s. 2. (Married Women's Policies of Assurance

信託は当事者の意思とは無関係に成立する。このような状況に関する法規定の趣旨は、明示的規定がない場合に物権的救済手段を認めることにある。

どちらの法制度でも、原則として書面を厳しく要求してはいない。もっとも、信託財産に不動産が含まれる場合には、所有権移転の効力発生要件として登記が要求されることもある。また、いくつか例外もある。スコットランドでは、遺言に基づく財産処分によって設定される信託には書面が要求される⁽⁶²⁾。南アフリカでも、遺言によって設定される信託は、遺言法に定める有効要件を充たしたものでなければならない。スコットランド法では、また、ある人が自ら有しておりまたは将来取得する予定の財産の唯一の受託者となることを宣言する場合も、書面が要求される⁽⁶³⁾。南アフリカではこのような一方的な信託宣言は認められていない。実務上は、信託の設定は、義務とされていなくとも通常は書面で行われるのもちろんである。

南アフリカでは、信託財産規制法にて定義される信託証書を、高等裁判所のマスター (Master、補助裁判官) に提出することが義務付けられている。マスターが、信託証書に対する十分な利害関係があると判断する者であれば誰でも、信託証書を閲覧することができる⁽⁶⁴⁾。この制度によって南アフリカ信託の公示手段は確保されているが、スコットランド信託にはない⁽⁶⁵⁾。もっとも、スコットランドでも実務上は裁判所の登録簿に信託証書が登録されるため、この違いは実質的にはなくなっている。

2. 信託の設定要件

南アフリカ信託とスコットランド信託では、信託の効力発生要件に関して大きな共通点がある。以下に簡潔に述べる⁽⁶⁶⁾。

(Scotland) (Amendment) Act 1980 (c. 56) . s. 11による改正後のもの、Conveyancing and Feudal Reform (Scotland) Act 1970 (c. 35), s.27 (1).

(62) Requirements of Writing (Scotland) Act 1995 (c. 7) s. 1 (1)

(63) Requirements of Writing (Scotland) Act 1995, s. 1 (2) (c)

(64) Act 7 of 1953.

(65) Requirements of Writing (Scotland) Act 1995 s. 1 (2) (a) (iii)

(66) *Crookes NO v. Watson* 1956 (1) SA 277 (A) 298; Honoré, *Trusts*, 144.

(67) Section 4. 登記の懈怠に対する罰則については、下記 VI. 2参照。

(68) Section 18.

(69) 詳細は下記 VI. 2参照

(70) South Africa : Honoré, *Trusts*, 116 ff.; Corbett, Hoffmeyr and Kahn (n. 18), 394 ff.; Pace and Van der Westhuizen (n. 52), para. B8. Scotland : Wilson & Duncan, *Trusts*, 23 ff.

(a) 意思

委託者（設定者）は、信託設定意思を有する者でなければならない。この意思は通常は「信託」⁽⁷¹⁾「受託者」といった用語を使うことで表現されるが、専門用語を使う必要はない。南アフリカ裁判所は、この表現が用いられていなくても、いずれにしても全く影響がないとまで判示している。しかし、弁護士（ソリシター）がクライアントのために信託証書を作成する場合には、一定の書式を使い、また、一般的に信託設定意思の証拠とされている特定の用語を使うのが普通である。弁護士のアドバイスなく証書を作成すると、どのような意思なのか疑義が生じることが少なくない。考慮すべき重要な点は、信託証書に用いる文言は、信託証書をめぐる状況がどのようであろうと、受託者に対して、信託証書に関する法的拘束力ある履行義務を発生させるものでなければならないという点である。⁽⁷³⁾従って、受託者となる予定の者に、信託証書で定められた事項を履行するかしないかを自由に決める権限が与えられるのなら、その信託は効力を生じないことになる。⁽⁷⁴⁾

文言が明確でない場合には、困難なケースが生じる。ある人が、他の人に対して、第三者の利益のために利用してほしいという「希望」「期待」「信頼」を表明した上で、資産を譲渡した場合などである。⁽⁷⁵⁾このようなケースでは、いわゆる「懇願的」信託（precatory trust）⁽⁷⁶⁾が発生し、信託の成否は個々のケースの事情を勘案することにより判断される。実際に用いられた表現を裁判所が解釈した結果、任意的な信託設定があったと認定されることもある。懇願的信託が明示信託と黙示信託のちょうど中間的なものであるという、あまり有力ではない異説もある。すなわち、明確な信託宣言がないという意味においては黙示信託であるが、設定者の用いた表現が⁽⁷⁷⁾法律的解釈によって信託目的とみなされる点では、明示信託であるという説である。しかし、信託の設定意思が全くない場合にまで、裁判

(71) *Gillespie v. City of Glasgow Bank* (1879) 6 R (HL) 104, 107 *per* Earl Cairns L.C.; *Leitch v. Leitch* 1927 SC 823; *Ross et al.* (n. 12), §13; *Wilson & Duncan, Trusts*, para. 2-04.

(72) *Jarvis NO v. Hawken* 1959 (2) SA 594 (FC); *Conze v. Masterbond Participation Trust Managers (Pty) Ltd* 1996 (3) SA 786 (C).

(73) *In re Estate Grayson* 1937 AD 96; *Ex parte Executors Estate Kemp* 1940 WLD 26; *Marks v. Estate Gluckman* 1946 AD 289; *Dempers v. The Master* 1977 (4) SA 44 (SWA).

(74) *Harter v. Epstein* 1953 (1) SA 287 (A); *Braun v. Blann and Botha NNO* 1984 (2) SA 850 (A).

(75) *Urquhart's Exrs v. Abbott* (1899) 1 F 1149.

(76) *Walker's Exr v. Walker* 1953 SLT (N) 59, 60 *per* Lord Sorn.

(77) *Gordon, Scottish Land Law*. para. 16-02; *Corbett, Hofmeyr and Kahn* (n. 18). 394;

所が信託を推認または設定するという意味ではなく、裁判所が実際に用いられた表現を正しく解釈することにより、信託の設定意思が認定されうるとい程度の意味である。

(b) 形式的要件

設定者(委託者)は明確な意思表示を行わなければならない、また、その意思表示は意思の実行義務を発生させるような方法で行わなければならない。従って、信託設定の明確な意思があったとしても、有効な遺言状、契約書、裁判所命令または法的義務の発生根拠となる法規定などに記載されていなければ十分とはいえない。スコットランド⁽⁷⁸⁾では、次の3種類の証書によって明示信託を設定することが可能である。(i) 受託者宛の財産譲渡証書(disposition)で、信託保有に限定されたもの。(ii) 受託者宛の財産譲渡証書で、無条件譲渡であることが明示されているが、信託目的を定めた別の宣言又は確認書によって制限が付されているもの。(iii) すでに財産の所有者となっている者による信託宣言。スコットランドでも、南アフリカでも、信託証書は単一の証書による必要はなく、遺言信託(testamentary trust, mortis causa trust)が一又は複数の遺言補足書(codicil)によって修正された遺言で構成されることも多い⁽⁷⁹⁾。

(c) 財産：財産の種類とその特定

不動産、動産、さらにはいわゆる無体財産も、信託財産とすることができる⁽⁸⁰⁾。Stairの著書ではこの事実がいくつかの箇所⁽⁸¹⁾で確認されている。「動産・不動産を問わず、また、相続が可能かどうかを問わず、どのような権利でも信託財産とすることができる⁽⁸¹⁾」財産がどのような種類であっても、設定者はこれを十分な程度に特定することを要する⁽⁸²⁾。南アフリカではこのルールは若干緩和されていて、

Van Soelen v. Van Soelen 1964 (4) SA 24 (O).

(78) Ross et al. (n. 12), §13. また、Trusts (Scotland) Act 1921 (11 & 12 Geo. 5, c. 58), s. 1における「信託証書」の定義も参照のこと。

(79) 例えば、*Perston v. Perston's Trs* (1863) 1 M 245参照。14件の遺言補足書によって変更された信託証書の例について、*Macdonell's Trs v. Macdonell's Trs* 1911 2 SLT 170参照。

(80) *Clark Taylor & Co Ltd. v. Quality Site Development (Edinburgh) Ltd* 1981 SC 111: Ross et al. (n. 12), §15; *Pretorius v. Commissioner for Inland Revenue* 1984 (2) SA 619 (T). また、1988年信託財産規制法第1条における「信託証書」の定義も参照のこと。

(81) Stair, IV. 6, 4. At I. 13, 7 Stair は、信託設定は「土地でも動産でも可能」だと確認している。I. 12. 17も参照。

(82) *Ex parte Executors Estate Kemp* 1940 WLD 26; *Dempers, v. The Master* 1977 (4) SA 44 (SWA).

委託者が信託財産の範囲を正確に特定しなかった場合には、信託目的の実現に必要な財産の大部分は信託財産を構成するものとされる。信託財産の範囲が不明確な場合には、影響を受ける財産を出来るだけ少なくするような解釈がとられる。

(d) 信託財産：存在と移転

スコットランド法では、信託財産が存在することと、その所有権が受託者に移転されることが信託の必須的要素だというのが一般的な考えである。また、これは、少なくとも Stair⁽⁸⁴⁾ や Erskine⁽⁸⁵⁾ といった草創期の学者の時代から確立されている考えである。この点に関する公表判例はないが、すでに設定されている信託において一時的に財産がゼロだとしても、信託の地位には影響は及ばない。財産ゼロの状態は取引や企業再編の過程でも生じうるし、このような場合でも、財産を買い戻しまたは将来新たに取得する期待権 (spes) さえあれば、信託の効力維持には十分である。この「期待権」は合理的なものでなければならないが、取得が見込まれる財産の特定性が求められる程度までは要求されない。信託の当初設定のときにも、同じような問題が生じうる⁽⁸⁶⁾。擬制信託や復帰信託⁽⁸⁷⁾など法律の適用効果によって構成される信託の場合には財産の移転が観念できないが、そのような信託の場合には、ある個人から受託者としての立場における同一人⁽⁸⁸⁾に対する強制的移転、あるいは、信託の受託者としての立場におけるある者から、他の信託の受託者としての立場における同一人に対する強制的移転を伴うものとして扱うべきだという説もある。

南アフリカでは、受託者に所有権が移転されることは、信託成立の必須的要素だとは考えられていない。当然のことながら、この事実は、信託財産の所有権が受益者に帰属する bewind 型信託の場合に顕著にあらわれる。しかし、受託者に所有権を移転する通常型信託 (ownership trust) の場合であっても、必須条件は信託財産が合理的な明確性をもって特定されることと、信託財産を受託者に移転させる義務が定められることだけである⁽⁸⁹⁾。南アフリカ法には擬制信託や復帰信託

(83) *Coetzee v. Stellenbosch Universiteit* 1959 (4) SA 705 (C).

(84) Stair, I. 13, 7

(85) Erskine, III, 1, 32.

(86) Cf. W. A. Wilson, 'Romalpa and Trust', 1983 *SLT (News)* 106; Reid 1986 *SLT (News)* 177; Wilson & Duncan, *Trusts*, paras. 4-07 ff.

(87) M. Lupoi, *Trusts: A Comparative Study* (2000), 2.

(88) Lupoi (n. 87), 2では、委託者が自己を受託者として指名した場合を、「委託者が自己の法的地位を変更するための処分的行為」を行ったものとして分類している。

(89) Honoré, *Trusts*, 146-51; Corbett, Hofmeyr and Kahn (n. 18), 396. また、*Deedat v. The Master* 1995 (2) SA 377 (A)も参照。

の概念はないので、これらの状況における所有権移転の問題は生じない。⁽⁹⁰⁾

(e) 目的

委託者は、十分な明確性をもって、信託の受益者（私益信託の場合）、または信託の目的（公益信託の場合）を特定しなければならない。利益を受ける者または目的が十分に特定されていなければ、信託を設定しようとしても無効である。⁽⁹¹⁾ いわゆる「裁量信託」が認められており、要件があまり硬直的とならないように一定程度緩和されている。これは、委託者が受託者に対して裁量権を与え、指定されたクラスまたはグループの中から受益者を選べるようにしておく制度である。但し、そのクラスまたはグループ自体は、十分に明確に特定されていなければならぬ。⁽⁹²⁾

(f) 適法性

信託の効力が発生するためには、目的が適法なものでなければならない。一般的には、信託目的がまたは善良の道徳に反する（*contra bonos mores*）場合には、違法とみなされる。例えば、南アフリカでは、信託財産に対して執行可能な権利を有する、委託者または受益者の債権者を害する目的で設定された信託は認められない、⁽⁹³⁾ というのが判例である。また、スコットランドでは、信託目的が全くの資金の無駄遣い、または委託者の虚栄心を満足させるためだけである場合には、⁽⁹⁴⁾ その目的は無効とされる。⁽⁹⁵⁾ 南アフリカの裁判所は、過去において、宗教上、⁽⁹⁶⁾ 国籍上、人種上の配慮と関連付けられた信託目的を適法としていた。⁽⁹⁷⁾ しかし、その後要請されるようになった憲法上の配慮から、裁判所がこのようなケースに関

(90) 下記 VI. 1 参照。

(91) *Van Soelen v. Van Soelen* 1964 (4) SA 24 (O); *Morley v. Standard Bank Trustees Department* 1970 (4) SA 299 (W); *Vorster v. Steyn* 1981 (2) SA 831 (O); *Wilson & Duncan, Trusts*, paras. 7-05-7-09.

(92) *McCormack v. Barber (Raleigh's JF)* (1861) 23 D 398; *Ross et al.* (n. 12), §55; *Wilson & Duncan, Trusts*, paras. 7-08-7-09; *Braun v. Blann and Botha NNO* 1984 (2) SA 850 (A).

(93) J. J. Gauntlett, 'Trusts', in *LAWSA*, vol. 31 (rev. R.C. Williams, 2001), §509 参照。その他の例として、*Honoré, Trusts*, 171-3 参照。

(94) *McCaig's Trs v. Kirk Session of U. F. Church of Lismore* 1915 SC 426, 434 *per* Lord Ssalvesen and at 438 *per* Lord Guthrie.

(95) *Marks v. Estate Gluckkman* 1946 AD 289.

(96) *Standard Bank of South Africa Ltd v. Betts Brown* 1958 (3) SA 713 (N); *Ex parte Rattray* 1963 (1) SA 556 (D).

(97) *Ex parte Marriot* 1960 (1) SA 814 (D).

する取り扱いを変更することが予想される。⁽⁹⁸⁾ 一方、スコットランドの裁判所では、宗教の自由に対する配慮が取り上げられることもあるが、主に問題となる点は、婚姻に関する制約⁽⁹⁹⁾や、望まない家族との接触⁽¹⁰⁰⁾などである。いま挙げた事項に関して、憲法⁽¹⁰²⁾に準ずる役割を果たす欧州人権条約の及ぼす影響は、まだ明らかとはなっていない。将来、スコットランドと南アフリカの裁判所がほぼ同時に、文言の曖昧さを理由とする従来の慎重な無効判断アプローチをやめ、この近代的な道徳規範⁽¹⁰⁴⁾をもとに不適切な信託条項を判断するようになるかもしれない。

(g) 受託者による就任承諾

スコットランドでは、受託者として指名された者のうち少なくとも一人が就任を承諾することが、明示信託の設定要件となっている。しかし、この方式では、信託の効力発生時期はいつであるかという問題が生じる。委託者は、受託者に対して就任承諾を強制する権限は全くないのであるから、受託者が就任を承諾した時点ではじめて効力が発生する。従って、理論上は委託者の一方的行為によって信託を設定することはできない⁽¹⁰⁶⁾。信託証書においてもっと厳しい要件をつけて、複数の受託者の就任承諾を要求することもできる⁽¹⁰⁷⁾。こうした規定は、管理のための定足数と区別しにくいこともある⁽¹⁰⁸⁾。遺言信託の場合には、就任承諾に関する厳しい要件はある程度緩和されている。すなわち、受託者として指名された者が就任を承諾しない場合には、裁判所はコモン・ロー上または制定法上の権限を行使

(98) F. du Toit, 'The Constitutionally Bound Dead Hand? The Impact of Constitutional Rights and Principles on Freedom of Testation in South African Law', (2001) 12 *Stellenbosch LR* 222 参照。

(99) *Forbes v. Forbes's Trs* (1882) 9 R 675; *Wilson & Duncan, Trusts*, paras. 7-22-7-24.

(100) *Fraser v. Rose* (1849) 11 D 1466; *Balfour's Trs v. Johnston* 1936 SC 137.

(101) *Innes's Trs v. Innes and Others* 1963 SLT 353, 358 *per* Lord Carmont.

(102) 特に第 8 条 (プライバシー及び家庭生活の尊重に対する権利)、第 9 条 (思想、良心及び宗教の自由)、第 11 条 (集会及び結社の自由)、第 12 条 (婚姻し家庭を築く自由)

(103) J. C. Brady, *Succession Law in Ireland*, (2nd edn., 1995), para. 5. 99.

(104) *Beaton's JF v. Beaton and Others* 1950 SLT (N) 53; *Wilson & Duncan, Trusts*, para. 7-21; *Ex. parte Dessels* 1976 (1) SA 851 (D); *Corbett, Hofmeyr and Kahn* (n. 18), 136.

(105) *Dick v. Ferguson* (1758) Mor 7446 and 16206; *Gordon, Scottish Land Law*, para. 16-12. この事件では、最初に指定された者が就任を拒絶したため、設定者によって別の受託者が選任された。Wilson & Duncan, *Trusts*, para.18-56.

(106) Lupoi (n. 87), 4. 設定者が唯一の当初受託者であった場合でも、設定者は後者に関しては別の資格において行動する。

(107) 例えば *Dawson v. Stirton* (1863) 2 M 196. 参照。

(108) *Campbell v. Campbell* (1752) Mor 16203.

して、受託者を選任することができる。また、このような場合には財産管理人〔訳注：judicial factor、スコットランドの制度⁽¹¹¹⁾〕の選任も可能である。さらに、スコットランドでは、生前信託において、設定者が自己（これなら就任を断られる可能性はない）を唯一の当初受託者として指名し、信託設定を一方的とすることもいまだに可能である。もっとも、この場合には、受益者のうち少なくとも一人に対する通告（intimation）が必要となる（受益者の承諾は必要ない）。この通告は信託財産の移転に相応する程度に真正なものでなければならない、という要件があるため、委託者と唯一の受託者を兼ねる受益者に対する通告は不可能となるだろう⁽¹¹²⁾。法律の適用により発生する信託に関しては、受託者による就任承諾は問題とはならない。指名された者は、同意がなくとも、その意思に反してでも、さらに、委託者となって財産を任意に信託に移す能力が全くない場合であっても、受託者としての責任を負わされる⁽¹¹³⁾。

南アフリカでは重点事項が若干異なる。スコットランド法とは対照的に、ある人がその生存中に一方的な信託宣言をすることは認められていない。同様に、黙示的な信託も認められていない。南アフリカ法では、任意に設定される信託に関しては、就任承諾がないのに受託者にさせられることはない⁽¹¹⁴⁾。もっとも、裁判所またはマスターは新たな受託者の選任ができるため、就任を拒絶しても原則として信託の効力が否定されるわけではない。これは、「受託者がいなくなっても信

(109) 同上

(110) *Graham, Ptr* (1868) 6 M 958 (Trusts (Scotland) Act 1867 (30&31 Vict., c. 114); *Blackwood, Ptr* (1894) 1 SLT 601.

(111) *Grant and others, Ptrs* (1790) Mor 7454.

(112) *Allan's Trustees v. Lord Advocate* 1971 SC (HL) 45; *Clark Taylor & Co Ltd v. Quality Site Development (Edinburgh) Ltd* 1981 SC 111.

(113) 南アフリカでも、スコットランドでも、委託者の地位と、受託者の地位と、複数受益者のうちの一人の地位とを兼ねることができるが、委託者と受託者と唯一の受益者とを兼ねることはできない。

(114) 例えば、*Stevenson v. Wilson* 1907 SC 445; *National Bank of Scotland Nominee Co v. Adamson* 1932 SLT 492.

(115) *Crookes NO v. Watson* 1956 (1) SA 277 (A); Honoré, *Trusts*, 144.

(116) *Van Rensburg NO v. Smith* 1978 (4) SA 638 (O); *Marais v. Naude* 1987 (3) SA 739 (A)

(117) 本来の普通法の管轄裁判所

(118) 信託財産規制法（1988年法律第57号）第7条（1）

(119) Honoré, *Trusts*, 216. このルールの唯一の「明らかな例外」は、委託者と受託者との間の契約によって信託が設定される場合で、受託者が契約締結を拒む場合である。Honoré, *Trusts*, 216.

託は無効とはならない⁽¹²⁰⁾」という一般原則のあらわれである。

(120) Honoré, *Trusts*, 182.