

Ⅲ. 英米学説の検討

第四章 giftの一般的性質と三者間贈与¹

これまで、寄付と公益信託のわが国における諸学説の展開を概観してきた。寄付の学説史を踏まえると、学説は贈与と如何なる関係に立つのか、三者間の契約たる第三者のための契約とはどう違うのかという二つの問題が、当面の我々の大きな関心事であることが認識されよう。一方、公益信託の学説史の検討を踏まえるならば、英米における公益信託とは如何なるものをいうのか、改めて問題となり得る。以下の三つの章では、英米の議論を踏まえ、第四章でgiftの概念・一般的性質について、第五章では、英米における第三者のためにする契約の諸議論について、第六章では、英米における公益信託のそれぞれにつき、三者間贈与に関連し得るこれら3つの制度と相互に比較しながら掘り下げていくことにしよう。そのうえで、我々の対象としている三者間贈与とそれぞれがどう違い、そしてどの点が似ているのか考察し、最終的に三者間贈与をどう性質決定すべきか見ていくことにしたい。

本章では、そもそも二者間を対象にしている英米のgiftの一般的性質に関する議論がどのようになされてきているかを概観していくことにしよう。

以下では、giftの性質について、その要素とするものは何か、まず、贈与者、受贈者という二者間で行われる行為であることから来る、それぞれの必要とされる能力は何かについて見ていくこととしたい。

¹ 本章の叙述は、Richard Hyland, Gifts: A study in comparative law, 2009におけるアメリカ法の議論を中心にまとめたものである。本著は、アメリカのみならず、イギリス、ドイツ、フランス、スペイン他諸外国との比較においてgiftを幅広い視点で俯瞰しているものであり、個々の論点につき最も詳細に書かれ、かつ最も信頼するに足る書籍だからである。

第一節 gift の要素、能力

gift とはそもそも何か。その定義は、非常に難しいものであるとされている²。アメリカの第三次財産権リステイトメントは、贈与を約因がなく、贈与目的を有してなされる受贈者への財産権の移転であるとしている³。または「Consideration(約因)なしで無償で行われる任意の財産の移転」をいうと定義されている⁴。そして、約因は、交換取引の存在を裏付けるべく、契約を構成する約束に対する対価となったもので、金銭のみならず、当該約束と交換されるものであれば足りるとされる⁵のが一般的のようである。

まず、本節では gift の要素等一般的性質として何があるのか説明することにしよう。

第一款 無償⁶

1. 無償概念総論⁷

第一の要素である無償とは、報酬が欠けている(*quid pro quo*)というラテン語の言葉あるいは約因の欠如、贈与者の側に義務がないこと、または物惜しみしないこと、気前のよいこと等精神的に相手の気持ちを考える言葉としてというふうに様々に定義される。無償といっても、このように種々のレベルによる定義づけがなされており、定義の幅も非常に広い概念であることが知られよう。

² Richard Hyland, *op. cit.*, p. 127.

³ Restatement (Third) of Property (Wills and Other Donative Transfers) § 6. I par. a (2003).

⁴ 田中英夫編集代表『英米法辞典』(東京大学出版会、1991年)380頁。

⁵ 樋口範雄『アメリカ契約法(第2版)』(弘文堂、2008年)82頁。約因については、改めて本稿第四章第二節第一款で触れる。

⁶ ここでの叙述は、主として Richard Hyland, *op. cit.*, pp. 132-140 に分析を加えたものである。

⁷ ここでの叙述は、主として Richard Hyland, *op. cit.*, pp. 132-137 をまとめたものである。

しかし、私法によって規制されるたいていの他の取引と現代における贈与取引とを最も明確に分かつ特徴の一つともされているとされるのが、この無償である。その概念は直観的には単純ではある。しかしながら、一贈与者が何かを与え、そして何も交換として受け取らない一法システムにおいては、明確にこの観念を定義し得ることはまれであるともされているのである。

この困難さにはいくつかの理由がある。第一に、しばしば裁判所の判断の結果が無償概念の定義づけに重く影響を及ぼしていることが挙げられる。そのために、必要な手続きをせずになされる取引を無効にするよう訴訟を提起される最初の段階で、裁判所が性質決定をどうするかという問題がしばしば生じることになる。これらの諸事情の中で、当該取引の有効性は、それが無償と性格づけられるかどうか、または、大陸法の用法にしたがえば、負担付きであるかどうかによって依拠している。公正のための様々な考慮は、このようにしてその決定に影響を与える。

もうひとつの困難さの理由は、理論的観点からみれば、無償の概念が市場に向けた取引と、他の種類の必要性と目的を満たすためになされる市場外の取引との間の境界にあることにも関係している。なぜならば、モースが教えたように、諸取引は、双方の動機づけの種類にしばしば関連しており、その線を引くことが難しいことを証明している。この問題の複雑性を理由に、市場に向けた取引とそうでない取引との線引きという問題は、約因の法理や自然的義務の概念のような契約法の柔軟な概念を参照することによってしばしば解決されている。

すなわち、無償概念については、何らかの適切な定義づけが難しいため、贈与取引とそれ以外を区別するメルクマールとしては、約因の法理や自然的義務の概念等が、両者を分ける基準としての役割を果たしているといえる。

それでは、コモン・ローにおいても事情は同じであろうか。ブラックス

トーンが述べているように、贈与は、つねに無償である⁸。イギリス法の伝統を受け継ぐインドの注釈書が書いているように、「贈与は、本質的に無償の引渡しである」⁹。コモン・ローにおいて無償は、定義し易い。それは、有効な法的約因のない取引に関連する。「事実、約因があれば、当該取引は、贈与ではなく、一つの契約である」¹⁰。これは、制定法¹¹、判例法¹²、そして注釈書¹³の一致した見解である¹⁴。第三次財産権リステイトメントにおいては、次のように付け加えている。すなわち、無償は、その引渡が約因なくなされるだけではなく、裁判所の判断、あるいは、生活維持のための生活費の支払いのような法的義務によって強制されたいかなる義務を含めた、法的義務の形でなされるものではないことをも要するとしている¹⁵。

約因の法理は、契約の形式に関するコモン・ローにおける中心的な概念である。簡単に言えば、コモン・ロー上においては、報酬なく何らの約束も強制し得ないことを規定している。このようにして、約因の法理は、エクイティ上の強制可能な約束、そして約束者の道徳的裁量に任された約束

⁸ 2 William Blackstone, Commentaries on the Laws of England [1765-1769] 440(1979).

⁹ Hari Singh Gour, Sir Sigh Gour's Law of Transfer: being commentaries on the Transfer of Property Act, 1882, vol 2, §122 no.6(1990).

¹⁰ W.W Thornton, A Treatise on the Law Relating to Gifts and Advancement, §4(1893).

¹¹ 例えば、California Canons of Judicial Ethics 2005, §1146, www.courtinfo.ca.gov/rules/appendix/appdiv2.pdf では、「贈与は、人的財産の引渡であって、自由意思、そして約因なくなされるものである。」と定義されている。Indian Transfer of Property Act §122 においては、「贈与は、自由意思、そして約因なくなされるある種の財産権の引渡である」とされる。

¹² Gray v. Barton, 55 N.Y. 68, 72(1873).

¹³ Charles A Graves, Gifts of Personalty, Virginia Law Register I, 871(1896)は、「約因が欠けていることは、贈与の法的概念にとって、本質的なことである」と述べている。2 James Schouler, A Treatise on the Law of Personal Property, §54 (3rd ed. 1896)は、「約因なく、ある物の任意の引渡に関し、『贈与』という文言は、我々の法においては、市民法の donatio に相応し、普通に適用されるものである」とされている。

¹⁴ このように、ハイランドは、ブラックストーン、インドの注釈書、制定法、判例法、注釈書と豊富に引用し、贈与のメルクマールとして、無償概念が多用されていることを強調している。

¹⁵ Restatement(Third) of Property (Wills and Other Donative Transfers) §6.1 c moments d and e(2003).

を含めた他のあらゆる約束から法的に強制可能な約束を区別するのに役立つものである¹⁶。約因の法理の基礎的な考えは、約束というものが、取引(bargain)の主要な部分になっている場合にのみ強制可能であるということである¹⁷。約束された履行、または履行それ自身が取引でなされ、相互に引き替えになされた場合にのみ、それぞれが他方の約束または履行のための約因となる。バーゲンを別個の問題として、一自然の愛や愛情に報いる願望のようなものは一約因を成すものではなく、それゆえに、コモン・ロー上その約束を強制可能なものと認めることはできないのである¹⁸。

約因の法理は、19世紀の後半の約30年の間、学者の認識では、強制不可能な贈与約束から強制可能なバーゲンと区別する手段として受け取られてきた¹⁹。約因は、無償概念を定義づける等、種々の場面で用いられ、便利で都合のよい法理として作用してきたと一応評価することができよう。しかしながら、その状態は、長くは続かず、約因の存否では説明のつかない強制すべきと考えられる贈与約束が登場してくることになる。どのような試みがなされたのであろうか。

今日、無償を定義するための約因は強制可能な贈与約束とそうでない約束を区別する基準になっていないようである。それは、裁判所は、コモン・ロー上、贈与ではあっても、約因が存在しているものと考え、すなわち強制可能な約束であると考える主に三つのケースがあるとされているからである。

このように、無償の概念は、確定した概念ではなく、後に詳しく述べる約因概念に大きく依存している。しかし、その約因自体に揺らぎが存在しているところから、英米における無償概念は、より一層わかりにくく、曖

¹⁶ Richard Hyland, *The American Experience: Restatements, the UCC, Uniform Laws, and Transnational Coordination*, In *Towards a European Civil Code*, pp. 71-73 (3rd ed. 2004).

¹⁷ Restatement (Second) of Contracts §71 (1979).

¹⁸ Hari Singh Gour, *Sir Sigh Gour's Law of Transfer: being commentaries on the Transfer of Property Act, 1882*, vol 2, §122 no.6 (1990).

¹⁹ Roy Kreitner, *The Gift Beyond the Grave: Revisiting the Question of Consideration*, *Columbia L. Rev.* 101, 1897 (2001).

味な概念になっていることが知られよう。

以下では、贈与ではあっても、約因が存在していると考えられている等価値の約因、条件付き約束、道徳的義務の三つについて順に見ていくこととしたい。

2. 等価値の約因²⁰

第一は、約因が十分であるかどうかに関連する。すなわち、等価値の約因である。アメリカ法においては、単なる見せかけのバーゲンでは十分でない。名目的約因は、何らの約因ではないとされている²¹。しかし、裁判所の中には、自分の近くに住み続けてもらうように義理の娘に一軒の家を遺贈する約束をした事例がある²²。その贈与者は、遺言の中では、第三者に財産を残すとしていたけれども、義理の娘は、二人の間における個人的な絆に加えて、喜んで滞在していたことから、贈与者の約束を強制可能にするのに十分な約因であったとされたものである²³。裁判所は、機械的に贈与の約束であるから約因なしとするのではなく、当該贈与のなされた経緯、当事者がこれまでどのような関係にあったか等について細かな事実を洗い出し、約因の存在と等価値の事実があれば、当該約束を強制可能な約束であると認めているのである。裁判所もある取引を一部バーゲン、そして一部贈与と決定しているのかもしれない。バーゲンの要素は、完全なる取引のための約因であるとされている²⁴。結果として、無償を意図している取引のなかには、約因法理を満足するものと判断されるものもあるのである。

²⁰ ここでの叙述は、主として Richard Hyland, op.cit., p.138 に分析を加えたものである。

²¹ Parker v. Dodge, 98 S.W.3d 297, 301-302 (Tex. App. 2003).

²² Poporato v. Devincenzi, 68 Cal. Rptr. 210 (Cal. App. 1968).

²³ 約因が十分かどうかの基準については、「裁判所は、『当事者の信頼関係、友情、愛、愛情、お互いの配慮、そして契約によって得られるべき目的のような諸要素』を考慮している。」とされている。Ibid., p.214.

²⁴ Restatement (Second) of Contracts §71 comment c (1979).

等価値の約因の事例は、義理の娘の負担のある、いわゆる負担付贈与ともいうことができ、一見曖昧さの残る負担が、約因と等価値であるとされているのである。

3. 条件付き約束²⁵

第二の困難さは、条件が反対の無償約束に付された場合に生じる。学校事例で、Bが大学に行けば、Aは100ドルを贈与するという事例に関するものである²⁶。Aの述べているのは、片務契約をする申し出を構成するものかもしれないし、条件付き贈与約束とも考えられ得る²⁷。「Aは、Bが大学に行くために払うことを引き受けているのではなくして、贈り物を約束していることを知らせる理由をBに与えている」かどうかに関わるとされている²⁸。

ウィリントンも²⁹、「ある場面においては、示唆された偶然が、交換としてかまたは無償の約束に付着した条件としての要望なのか決定するのは難しい」と述べている。

バーゲンと贈与の間の区別は、微妙なものであり、当事者の宣言した動機によるものであるといえる³⁰。

大学入学を条件としていることから、いわゆる停止条件の付いた贈与でということができ、等価値的約因より明確性はあるというものの、条件を付すことが約因の存在していることに等しいと解釈されているのである。

²⁵ ここでの叙述は、主として Richard Hyland, op.cit., p.139 に分析を加えたものである。

²⁶ Restatement(Second)of Contracts §24 illus.2(1979).

²⁷ Ibid., §24 comment.b.

²⁸ Ibid., §24 illus.2.

²⁹ 3 Samuel Williston, A Treatise on the Law of Contracts, §7:18 at 415(4thed, Eagan, MN)(2008).

³⁰ Restatement(Second)of Contracts §71 comment c(1979).

4. 道徳的義務³¹

第三に、道徳的義務である。コモン・ローの裁判所は、時には、道徳的義務を実行するのであれば、約因の欠けている約束を強制することもある。有名な事件に、Webb v. McGowinがある。労働者は英雄にふさわしく彼の使用者に大きな木のブロックが落下するのをそらさせた。もし、その落下が続けば、その使用者に当たり、死に到るところであったであろう³²。そのブロックはその労働者に当たり、一生涯働くことができなくなってしまった。その使用者は、週2回のささやかな手当を支払うことを約束し、その使用者が死亡するまで定期的に支払われた。その使用者の遺言執行者は、その支払いをし続けることを拒絶した。裁判所は、その遺言執行者は、契約上、その約束に拘束されていると判旨した。裁判所の見解では、その使用者は、意図された具体的利益を受け取っており、労働者に対する彼の道徳的義務は、その手当を支払う約束を支えるのに十分な約因であるとした³³。なぜならば、過去の約因は何ら約因ではないとよく言われるが、これが実際の交換であり、そして遡及のある報酬ではないに違いない。しかしながら、その約因は、使用者をして道徳的債務から解放すべくしてなされた被用者の暗黙の合意であったように思われるからである。依然として、たしかに、当該取引に対する無償の要素があるのも事実である。ある大陸法域においては、Webbのようなケースは、自然的義務の履行または、報酬ある贈与のどちらかと考えられるであろう。しかしながら、アメリカのコモン・ローにおいては、強制されることになるならば、契約に分類されるに違いない。

以上のように、道徳的義務は、前二者、すなわち、等価的約因、条件

³¹ ここでの叙述は、主として Richard Hyland, op.cit., pp.139-140 をまとめたものである。

³² Webb v. McGowin, 168 So.196(Ala.App), aff'd, 168 So.199(Ala.1936). 評釈として、丸山英二「95 約因の法理(2)一約因法理の例外」『アメリカ法判例百選』192-193頁(有斐閣、2012年)がある。

³³ Ibid., p.168 So.at 198.

付約束と異なる面があり、その理由は以下のとおりである。

無償でない引渡しから無償を区別するために、道徳的義務が用いられるときに、二つの問題が生じる。第一に、道徳的義務は、約因と一般的には受け入れられていないことである³⁴。さらに重要なことには、道徳的義務のスタンダードな定義が何らないことである。「ある特定の状況において、道徳的義務が存在するかどうかは、主に政策の問題であり、そして法の問題というよりむしろ、倫理の問題である」といわれている³⁵。大きな分水嶺は、特定の約束または取引が無償かどうか存在している。「約束がなされるほとんどあらゆる諸事情において、たとえ、それが即時の贈与によってなされることになっているとしても、その約束をする動機にはある種の道徳的な様相 (aspect) があるものである」ともされているのである³⁶。

道徳義務の履行とはいうものの、相手方は法的な具体的利益を得ているものと評価され、法的義務が存在しなくても、それ以前の道徳的義務による法的救済の可能性が生まれているということができよう。法の世界と倫理の世界との境界線はどこかというより大きな問題につながり得る。ここでは、これ以上立ち入らず、問題提起するにとどめたい。

ともあれ、Webb のような事例においては、無償の明確な定義よりも、強制可能な約束と同視するべきか否かについては、具体的な事実関係を踏まえつつ、何が正義に合致するかが重要視されているといえる。

したがって、無償概念を支える約因の法理や自然的義務等を媒介するだけでは説明し得ない事例が登場してきており、一定の解釈の必要に迫られているということができよう。

³⁴ Davis v. Davis, 2007 WL 2409845 * 2 (Mass. App. Div. 2007); Manwill v. Oyler, 361 P.2d 177, 178 (Utah 1961).

³⁵ Koike v. Board of Water Supply, 352 P.2d 835, 840 (Haw. 1960) (州の制定法の権限に関わるケース).

³⁶ Manwill v. Oyler, 361 P.2d 177, 178 (Utah 1961).

第二款 主観的要素³⁷

第二の要素は、ある種の主観的要素、一般的には、贈与者の側の贈与目的または、当該取引が無償である両当事者間における合意に関連する。

コモン・ローは、贈与を契約として性格づけていない。それゆえに、相互の合意は本質的な要素ではない。必要とされるのは贈与の目的(donative intent)であり、当該贈与者が贈与することを意図していなければならないのである³⁸。譲渡が、贈与の目的(donative intent)をもってなされると、ブラックトンは、「たとえ受贈者がローンであるとその取引を考えるかもしれないとしても、所有権が移る」と説明している³⁹。

コモン・ローにおいては、受贈者がどう考えていたかどうかに関係なく、贈与者の方が贈与の目的(donative intent)を有していれば、贈与として権利が受贈者に移転するものとされており、贈与者の目的(donative intent)が決定的な当該取引の性質決定に作用しているといえることができる。

アメリカ法においては、贈与の目的(donative intent)は、明確で疑う余地のないものでなければならないとされている⁴⁰。しかしながら、贈与の目的(donative intent)は、有効な贈与に必要とされる意図のただ一つの様相(aspect)に過ぎない。贈与者も即時移転するよう贈与を意図していなければならない。贈与の目的(donative intent)は、ここで説明されているが、しかし、即時譲渡をする意図が贈与の処分とともに考えられているのである。

主観的要素たる贈与の目的は、贈与行為としての引渡行為と密接不可分の関係にあるとともに、後に述べるように⁴¹、贈与者の即時譲渡(immediate transfer)の意図があることを前提としているのである。

裁判所は、贈与の目的(donative intent)が存在しているかどうか決定する

³⁷ ここでの叙述は、主として Richard Hyland, op. cit., pp. 169-170 に依拠しつつ、まとめたものである。

³⁸ Midland Ins. Co. v. Friedgood, 577 F. Supp. 1407, 1412 (S.D.N.Y. 1984).

³⁹ 2 Henry de Bracton, On the Laws and Customs of England 63 (1968).

⁴⁰ McLean v. McLean, 374 S.E.2d 376, 381 (N.C. 1988).

⁴¹ 本稿第四章第三節第一款 2 参照。

ために、あらゆる事実と諸事情を考慮しているとされている。書かれている贈与条項の文言は、それゆえに、決定的なものではない⁴²。特に、当該譲渡が「他の財そして価値ある約因」のための交換としてなされるような証書における伝統的な説明は、一般的には、贈与の目的 (donative intent) があるとの判決が下されている⁴³。裁判所の中には、その事実や諸事情が、他の何らの説明と一致しない場合にのみ贈与の目的 (donative intent) が存在していると判断しているものもある⁴⁴。

贈与の目的 (donative intent) も、その判断基準に明確なものがあるのではなく、問題となる事例における事実関係に大きく依存していることが知られよう。事例の中には、他になされた可能性のある諸目的を検討した結果、贈与の目的 (donative intent) としか考えられないという場合に認定されているものもあるのである。

贈与の目的 (donative intent) は、贈与者の動機に拠っている必要はないとされている⁴⁵。贈与の目的 (Animus donandi) は、贈与され受贈者に渡ると債権者の力は及ばず⁴⁶、配偶者の相続権を奪ったり⁴⁷、税金を避けるため⁴⁸に贈与者がある財産を贈与とする事実によっても否定されないものとされている。ある状況においては、適用できる制定法の譲渡条項を守ることによって、合同不動産権を設定するような譲渡は、贈与の目的 (donative intent) 存在が明白であるケースになるとされている⁴⁹。統一未成年者譲渡法⁵⁰ (the Uniform Transfers to Minors Act) の諸条項を守って譲渡することは、贈与の目的 (donative intent) の一応の証拠であるとされている⁵¹。親から子どもに対し

⁴² Callwood v. Cruse, 2006 WL 1120646 (V.I. Super.)

⁴³ Ellinwood v. Estate of Lyons, 731 S.W.2d 23, 28 (Mo. App. 1987).

⁴⁴ Kuebler v. Kuebler, 131 So.2d 211, 218 (Fla. App. 1961).

⁴⁵ 38 American Jurisprudence; a Modern Comprehensive Text Statement of American Law, State and Federal, Gifts §18 (2nd ed. St. Paul, MN 1999); 38A Corpus Juris Secundum: A Complete Restatement of the Entire American Law as Developed by All Reported Cases, Gifts §15 (1996).

⁴⁶ Ingersoll v. Ingersoll, 502 P.2d 598 (Or. 1972).

⁴⁷ Estate of Barnhart, 574 P.2d 500, 503 (Colo. 1978) (en banc).

⁴⁸ Brown v. Brown, 479 A.2d 573, 577 note 2 (Pa. Super. 1984).

⁴⁹ In re Pokorney's Estate, 236 N.E.2d 396, 397 (Ill. App. 1968).

⁵⁰ 統一未成年者譲渡法については、本稿第四章第三節第三款 5 (2) 参照。

てなされるような通常の贈与がなされる諸事情において譲渡がなされるとき、裁判所はそのような譲渡を、贈与の目的(donative intent)を有したものであると推定している⁵²。

贈与の目的(donative intent)が何であるのかという贈与者の動機までは必要としていない。贈与の相手方が子どもの場合のように、通常贈与であるとされる場合には、贈与の目的(donative intent)を有しているものと判断されていることから、裁判所はきわめて現実的に認定しているものといえよう。

第三款 生存者間における遺産相続⁵³

第三の要素は、生存者の間における取引の性質に関わる。その譲渡が贈与者の生存中になされれば、贈与者が将来的に役に立つであろう財産を放棄することになるような場合である。

アメリカ法では、贈与は、一般的に両当事者が生存中の間に完全に履行される場合にのみ、生存者間(inter vivos)において作用する。贈与者の死亡のような何らかの他の行為または条件が、その贈与の効果の生じる前に起こることはない場合に限って完全に執行される⁵⁴。後に述べるように⁵⁵、引渡しは、広く必要とされているが、贈与者の死亡前になされなければならない⁵⁶。

アメリカでは、贈与者の引渡行為がその贈与者の死亡前になされ、贈与の効果もその贈与者の死亡前に生じていることを前提に、生存者間における遺産相続(An Inter Vivos Transfer)として、有効な贈与であると考えられているのである。

⁵¹ Gordon v. Gordon, 419 N.Y.S.2d 684, 688 (App. Div. 1979).

⁵² In re Marriage of Blunda, 702 N.E.2d 993, 1001 (Ill. App. 1998).

⁵³ ここでの叙述は、主として Richard Hyland, op. cit., p. 132, pp. 179-182 に依拠しつつ、まとめたものである。

⁵⁴ 38 American Jurisprudence; a Modern Comprehensive Text Statement of American Law, State and Federal, Gifts §7 (2nd ed. St. Paul, MN 1999).

⁵⁵ 本稿第四章第三節第三款参照。

⁵⁶ 38A Corpus Juris Secundum: A Complete Restatement of the Entire American Law as Developed by All Reported Cases, Gifts §27 (1996).

しかしながら、これらのルールのいくつかの例外としての死因贈与 (donatio mortis causa) は、それにもかかわらず、有効な生存者間における譲渡であると考えられている。

死因贈与 (the mortis causa gift) は、死の予期された贈与、または 臨終のときにおける贈与としても知られているが、大きな手術、差し迫った戦い、あるいは危険な旅行の前に予期されるような贈与者の差し迫った死の予期された場合に個人的になされる贈与である。贈与者が贈与を取り消さず、予期して死亡した場合や、受贈者が贈与者の死亡後まだ生存していた場合、その贈与は有効である。もし、それらの諸要件が満たされていなければ、受贈者は、その財産を返還しなければならない⁵⁷。

通常の諸原則の下では、死因贈与 (the mortis causa gift) は、贈与と見なされない。その贈与は、贈与者の死亡まで撤回可能であり得るし、引渡しは、停止条件に服するからである。遺言の形式が存在していないとき、遺言として有効であるということはできない。かようにして、この贈与は、遺言と贈与双方の規範の例外なのである。

死因贈与は、認められているとはいっても、上記のように特別な事情が存在している場合であり、要件も厳しい。これら特別の事情がなければ、撤回もできるし、引渡しが無ければ効力もないうえに、遺言の形式要件も必要とされており、死因贈与の認定される範囲はきわめて狭いものといえることができる。

第四款 贈与の客体

第四の要素は、贈与の客体に制限を加えるものである。これは、最も定義の難しい要素である。たいていの事例においては、財産の移転、特にある種の所有権の移転に関連する。贈与法は、一般的には役務を対象にしていない。

⁵⁷ Restatement(Third)of Property(Wills and Other Donative Transfers)§6.2 comment zz and Reporter's notes pp.22-26(2003).

しかしながら、事例の中には、債務の免除のようなものもあり、贈与の客体の移転がない贈与もできるとされている⁵⁸。あらゆる種類の財物も、財物として存在している限り、贈与の客体となるのが一般原則である。この原則には、不動産と動産 (property real and personal)、コモン・ロー上の財産、エクイティ上の財産、有体物と無体財産 (corporeal and incorporeal)、復帰権 (reversionary interests)、残余権 (remainders)、確定権利と不確定権利 (interests vested and contingent) 等を含むため、財物の定義は幅広いともされている⁵⁹。

このように、贈与の客体については、その存在を前提に役務以外のあらゆる財物や諸権利にまで広がっており、客体レベルでの gift の一般的性質に影響を与える議論はなされていないようである。贈与の目的物の定義は、厳密にはできない程広範囲に渡っているといえることができる。

しかしながら、コモン・ローにおいては、特に贈与者が譲渡によって諸権利を移転しようとする場合に、他人の財産の贈与は一般的には無効だとされている⁶⁰。同じルールは、信託の設定にも適用される⁶¹。すなわち、贈与であろうが、信託であろうが、贈与あるいは信託をしようとしている財産が、贈与者や信託設定者の財産でなく、他人の所有に属するものである場合には、当該贈与も当該信託も、強制することができないものとされているのである。

一方で、贈与という言葉にもかかわらず、贈与者は、当該贈与者が有していた権利を何でも譲渡していると判断されている。例えば、あるアパートの中に存在する動産の贈与は、贈与者が転貸借契約 (sublease) をしていた場合にはそれに従属するものとされた事例がある⁶²。すなわち、贈与の対象物であるアパートの中に存在している物の中に、贈与者から第三者に転貸借契約されていたものがあつた場合には、そのものにつき受贈者は取得することは

⁵⁸ Richard Hyland, *op.cit.*, p.132.

⁵⁹ *Ibid.*, p.199.

⁶⁰ Restatement(Second)of Property(Donative Transfers)§32.2 comment a(1992).

⁶¹ Richard Hyland, *op.cit.*, p.212.

⁶² Estate of Goodwin, 185 N.Y.S.461(Sur.Ct.1920).

できないものとされているのである。第三次財産権リステイメントは次のように規定している。つまり、贈与者が自分の持っている以上のより大きな利益を譲渡しようとする場合には、受贈者は贈与者の譲渡する権限を有していた特定の部分を受け取ることができるに過ぎない⁶³。

第五款 贈与能力

以上、giftの四つの要素に加えて、当事者の能力の問題がある。ここでは、贈与者側の贈与能力の有無である。贈与者が、自然人か否か、自然人であればどのような属性を有しているか等により、その有無が個別に判断されている。自然人、公的団体、企業の順に、以下見ていくことにしよう。

1. 未成年者⁶⁴

コモン・ローにおいては、未成年者は、一般的に贈与する能力は欠けているとされている。にもかかわらず、未成年者の贈与は、取り消し得べきものとされ、無効ではないものとされており、未成年者は、成年になると当該贈与を追認してもよいとされている⁶⁵。未成年者の贈与は、あくまでも取り消し得べき行為であるに過ぎないのである。

コモン・ローにおいては、後見人は、裁判所によって権限が与えられると、未成年者の利益のために贈与をしてもよいとされている⁶⁶。ある事例の中には、未成年者が、多くの人的損害賠償金を得たが、近い将来においてその損害のために死亡しそうな場合が挙げられる。裁判所は、後見人に

⁶³ Restatement(Third)of Property(Wills and Other Donative Transfers)§§6.1 comment c and illus.I,6.2 comment v(2003).

⁶⁴ ここでの叙述は、主として Richard Hyland,op.cit.,p.221 をまとめたものである。

⁶⁵ Restatement(Third)of Property(Wills and Other Donative Transfers)§8.2 par.b and comment d(2003).

⁶⁶ Restatement(Second)of Property(Donative Transfers)§34.4 par.2(1992) .

その未成年者の四人の兄弟姉妹それぞれに対する一万ドルの毎年の贈与の権限を与え、遺産税を最小限にしたものがある⁶⁷。

この事例では、そもそも未成年者が贈与をすることが不可能であり、贈与すれば、その未成年者にとって利益となるともいべき遺産税の節税という利益がある場合において、後見人がその未成年者に代わって未成年者のために贈与ができるとされたのである。後見人が贈与をすることで、当該未成年者の遺産税の節税という利益となることが未成年者に贈与が認められた理由である。

2. 成年者の無能力⁶⁸

(1) 一般的なルール

無能力者の贈与能力の一般的なルールは、以下のとおりである。すなわち、アメリカ法では、贈与者に一般的に贈与する能力があるとされているのは、贈与者自身が、財産の範囲、財産の自然な形、処分の性質、そして当該贈与による将来の経済的な安全に及ぼす効果を理解している場合のみであるものとされている⁶⁹。贈与をする財産の対象がどこまでの範囲か贈与者で認識され、贈与の目的は何であり、引渡しは単にその贈与対象物の引渡しだけでよいのか、それとも権利変更のための登録等も必要なのか、贈与によって、贈与者のその後の財産にどの程度影響があるのか等、贈与することの意味を理解していることが必要とされているのである。

贈与者に贈与能力が一般的にどのような場合にあるのかについて上記

⁶⁷ Petition of Daly, 536 N.Y.S.2d 393(Sur.Ct.1988).

⁶⁸ ここでの叙述は、主として Richard Hyland, op.cit., pp.222-225 をまとめたものである。

⁶⁹ Restatement(Third)of Property(Wills and Other Donative Transfers)§8.1 (2003); Estate of Clements, 505 N.E.2d 7, 9(Ill.App.1987); Estate of Brown, 722 S.W.2d 345(Mo.App.1987).

のように諸要素としては、簡単に述べることはできる。しかしながら、贈与者が贈与の意味を果たして理解しているか否かに関わる証明は、しばしば難しいものとされている。あらゆる事実や取引の諸事情から、能力の問題を分離することは困難であるからである。贈与者が高齢で、病気、あるいは、ぼうっとしていたというのは、贈与を禁止するには十分ではない。能力の有無を決定するには、裁判所は、贈与の周辺の諸事実を見る傾向にある。もし贈与が合理的なものに見えれば、裁判所は、贈与者は能力があったと結論づけるようである。もし、贈与を説明するのに困難であれば、裁判所は反対の結論を出すとされ、言い換えれば、贈与能力は、贈与者がしようとしている贈与によるものとされている。

裁判所は、行われた贈与が、当該贈与の周辺事実関係に照らして、合理的なものかどうかという帰納的な考察方法によって、当該贈与における贈与能力の存否を判断しているものとされているものといえよう。

(2) 被後見人による贈与⁷⁰

アメリカ法では、契約をするための能力が欠けているにもかかわらず、贈与者は「相応の能力」であれば、例えば無能力状態が精神的な病気というよりもむしろ身体的なものに拠る場合には、その無能力者は贈与する能力を有する⁷¹。正気な時間が少しの間でも続く限り、法的能力は、その時間、回復するとされている⁷²。

契約をする能力が欠けているとはいっても、その原因が精神的疾患によるものではなく、身体的な疾患であれば、贈与をする場合にも正常な判断ができないわけではないことから、当該被後見人による贈与には贈

⁷⁰ ここでの叙述は、主として Richard Hyland, op.cit., p.224 をまとめたものである。

⁷¹ In re Spindle, 733 P.2d 388, 390-391 (Okla. 1986).

⁷² Restatement (Third) of Property (Wills and Other Donative Transfers) §8.1 comment m (2003).

与能力があるものとされているのである。

(3) 代理人による贈与⁷³

アメリカのフロリダ州では、法定後見人は、受贈者が被後見人の家族あるいはその推定相続人に対してのみ、当該被後見人の財産を贈与することが認められている。贈与者が自身で贈与ができない、すなわち、被後見人である場合には、代理人である後見人により贈与がなされることになる。この場合、代理人たる後見人は、受贈者が被後見人の家族やその推定相続人に対してのみ贈与することができるに過ぎないとされている。後見人の権限の濫用により、被後見人に無関係の、特に、後見人自身や後見人に関係のある者に対する贈与を認めていないといえることができる。

イリノイ州では、制定法でより細かく限定されているとされている。ある限定された期間において、被後見人の世話をしてきた密接な関係にある親族(母親とか兄等)に対してのみ贈与を認めている。当該贈与は、その被後見人の死亡においてのみ分配されるとされている。

代理人による贈与に関しては、イリノイ州では、フロリダ州よりも受贈者の範囲、被後見人が死亡した場合に限定されている。被後見人の世話を一定期間してきた親族にその範囲を絞っているのである。すなわち、被後見人が死亡した場合に分配されていることから、一定の負担をしてきた親族に対する贈与ではなく、一定の親族における負担付遺贈のような形で、その贈与を認めているものと評価することができよう。

⁷³ ここでの叙述は、主として Richard Hyland, op.cit., p.224 をまとめたものである。

(4) 裁判所の役割⁷⁴

アメリカ合衆国では、裁判所は、課税や計画的遺産処分の観点⁷⁵から合理的である贈与をすることに対して、後見人に権限を与えているものとされている。ただ、当該贈与がなされても残っている財産の総量が、被後見人の生活支援のために十分であること、そして被後見人の贈与しない意思が存在するという証拠がないことを条件としているものである⁷⁶。後見人に対する権限付与も無制限ではなく、当該贈与をしても被後見人支援のための財産として十分残存していること、被後見人が贈与しない意思を有していないことが必要とされており、裁判所に、一定の範囲内において合理的贈与を促進させる機能を付与しているものといえよう。

さらに、被後見人があらかじめ個人に対する生活支援、そしてその生活支援をし続けることを約束していた場合は、受贈者は、裁判所に継続した支払いを認めるよう請求できる⁷⁷。

このように、被後見人の贈与をしたいという意思を尊重し、受贈者によって裁判所に対する当該贈与に基づく請求をすることができるとされるのは、別の角度からいえば、裁判所のひとつの役割といえることができるのである。

(5) 委任状⁷⁸

成年者の無能力者のためのもう一つの手段は、委任状である。委任状

⁷⁴ ここでの叙述は、主として Richard Hyland, op.cit., p.225 をまとめたものである。

⁷⁵ Restatement(Third)of Property(Wills and Other Donative Transfers)§8.1 comment k(2003).

⁷⁶ Restatement(Second)of Property(Donative Transfers)§34.5 illus.4(1992).

⁷⁷ Restatement(Second)of Property(Donative Transfers)§34.5 illus.5(1992).

⁷⁸ ここでの叙述は、主として Richard Hyland, op.cit., p.225 をまとめたものである。

が使用できる国では、代理人に委任状が与えられたその時に本人が行為能力を有していた場合にのみ、その委任状は有効である。一度有効になると、本人が後に無能力になったとしても、一般的には代理権は有効のままである⁷⁹。委任状は、生存者間における贈与による譲渡を認めている。コモン・ローは、撤回可能信託の手段によって同様の結果を達成している。受託者は、次のような決定権限を与えられている。すなわち、信託設定者が無能力になり、その後、課税や計画的遺産処分の観点から望ましいときに、家族のメンバーに対し何を贈与するかどうか決定する権限が付与されているのである⁸⁰。

このように、代理権が効力を生じれば、その後に本人が無能力になっても影響を受けないものとされている。(4)の裁判所の役割にも関連するが、無能力者たる信託設定者の課税や計画的遺産処分の観点から、代理人は、信託設定者の家族のメンバーに贈与すべきか否か決定する権限までも有しており、委任状の効力は非常に強力なものであるといえる。

3. 公的団体⁸¹

自然人の次は、贈与者が国、州等の統治を担う主体の場合である。憲法や制定法は、公的団体に対してしばしば公共の基金の贈与を禁止している。ニューヨーク州の憲法では、例えば、州の基金は、私的団体または私的な協会または私企業に対して贈与してはならないと規定されている⁸²。例外として、立法府に対しては、世話や支援の必要な人々への贈与や他の公共的な目的のための贈与を認めるようになっている⁸³。

⁷⁹ Restatement(Third)of Property(Wills and Other Donative Transfers)§8.1 comment 1(2003).

⁸⁰ Restatement(Second)of Property(Donative Transfers)§34.5 comment d (1992).

⁸¹ ここでの叙述は、主として Richard Hyland,op.cit.,p.231 をまとめたものである。

⁸² The Constitution of the State of New York,art.7 sec.8 par.1.
See State v. Upstate Storage,Inc.,535 N.Y.S.2d 246,248(App.Div.1988).

ここでの議論は、三者間贈与の中心である寄付や公益信託の構造を想起することができる。ニューヨーク州では、例外として、貧困の救済や公共的な目的のためには、立法府の贈与を認めているのである。分解して考えれば、立法府の財産は、納税者たるニューヨーク州の人々が支払ったものであり、贈与者がニューヨーク州の人々、受託者がニューヨーク州、受益者が世話や支援の必要な人々とも考えることができよう。この例外は、後の述べる公益信託に近い構造を有する贈与と考えることができよう。

4. 企業⁸⁴

贈与者が、団体の中でも私的な団体、企業の場合についても議論がなされている。

現代法は、多くの自然人の諸権限を団体に与えているけれども、企業の贈与は、歴史的には疑念を持って見られてきたとされている。贈与行為は、これら諸実在を形成している目的に矛盾しているように思われ、つまり、企業の目的は、その株主のために利益を稼ぐ諸活動を追求することだからであるとされる。にもかかわらず、多くの州において最近の法律は、企業に贈与能力を拡げて認めている。

この状況は、企業の社会貢献、企業の社会的責任(corporate social responsibility)が叫ばれている昨今において、当然の成り行きといえよう。

アメリカ法は、初めは企業の贈与行為に関するイギリスの諸制限に従ってきたとされる。しかしながら、過去数十年に起草されたアメリカのモデルの法は、今や企業の公益的な贈与を認めているとされる。

アメリカのコモン・ローは、イギリスの先例にも従っていたとされる。企業が公益目的のために設立されたのでないならば、その財産の贈与は、権限逸脱であると考えられていた⁸⁵。初期の事例は、企業の設立条項の諸

⁸³ The Constitution of the State of New York, art. 7 sec. 8 par. 2.

⁸⁴ ここでの叙述は、主として Richard Hyland, op. cit., pp. 233-237 をまとめたものである。

目的を厳しく解釈し、譲渡を正当化するためのそれらの目的に付随すると考える法理を使わなかった⁸⁶。

このように、アメリカではイギリスの規制や先例に影響を受け、企業の贈与は、利潤追求のための企業活動と何ら関係性がないものとされ、認められていなかったのである。

しかしながら、20世紀の転換期前すでに、企業にとって直接そして最も近い利益になるのであれば、裁判により無償の譲渡は認められていたとされる⁸⁷。1920年代の始め、裁判例において利益の概念が幅広く解釈された。ある裁判所は、公益的な贈与を会社の諸資源の正当な使途として認めることさえあったとされている。鉄道会社は乗車券を与えることが許され、聖職者やその他の公益的な活動をしていた人に対しては、運賃を安くしていたともされる⁸⁸。1935年には、議会は、企業の公益的な寄付のために、税の減免を認めたとされる⁸⁹。現代の裁判所は、企業が巨大な財産を有しているという事実を承認しているから、企業は私的そして社会的な責任を負っていると認識しているのである⁹⁰。

このように、約100年前から、裁判所によって企業には、利益追求主体としての私的団体性と企業の社会貢献主体としての公的団体性の二面性があると解釈されるようになり、企業の贈与が次第に許容されるようになったのである。

判例法の展開は、今やすべての50の州における制定法に反映され、それにとって代わり、判例は過去のものになったものとされている⁹¹。多くの州法は、過去半世紀に亘って発展してきた模範的なビジネス企業の法律の

⁸⁵ 6A William Meade Fletcher, *Cyclopedia of the Law of Private Corporations*, §2938(cases collected in note 2)(ed. Publisher's staff.2005).

⁸⁶ *Davis v. Old Colony R.R.*, 131 Mass.258(1881).

⁸⁷ *Whetstone v. Ottawa Univ.*, 13 Kan.320(1874).

⁸⁸ *State ex rel. Sorenson v. C.B. and Q.R.R.*, 199 N.W.534(Neb.1924).

⁸⁹ Revenue Act of 1935, Pub.L.No.74-407, 49 Stat.1014 §23 par.r(企業に対してその利益の5パーセントの範囲で、公益的な贈与に控除を認めている)。

⁹⁰ *A.P. Smith Mfg. Co. v. Barlow*, 98 A.2d 581(N.J.1953).

⁹¹ 6A William Meade Fletcher, *Cyclopedia of the Law of Private Corporations*, §2939(statutes referenced in note 1) (ed. Publisher's staff.2005).

一つに従っている。1971年の模範事業会社法(Model Business Corporation Act)は、企業は、「公共の福祉または公益的、科学的または教育の目的のために贈与するための」権限があると規定している⁹²。それはまた、企業は、政府の政策のために寄付(contribute)してもよいと規定している⁹³。

贈与主体である企業が、法的に公益目的のために寄付することを正面から認めたものといえ、giftではなく、contributeという表現を用いていることも興味深いものがある。企業の社会貢献の意味合いが強く含意されているものと解される。判例法を追認する形で、企業による二者間贈与たる寄付を法的に承認したものといえよう。

さらに、1984年の修正模範事業会社法(Revised Model Act)は、企業の諸権限につき例示的列挙をしているが、贈与に関する三つの条項を含んでいる。第一に、企業は、公共の福祉、公益的、科学的、教育的な目的のために贈与し得る。第二に、企業は、政府の政策を支援する如何なる合法的なビジネスも行い得る。第三に、企業のビジネスや業務を推し進める如何なる贈与もし得る⁹⁴。

この三つの贈与条項のうち、第一の企業による公益的贈与、第二の企業の政府による政策のための寄付は、1971年の模範事業会社法にも上に述べたように規定がされていたものである。それらに加えて、第三の企業によるかなり広範囲に渡る贈与を認めた点で企業の贈与能力を相当程度拡大させたものと評価し得る。この修正模範事業会社法では、gift、contributeのいずれの言葉も用いておらず、make donationsという表現を新たに用いているのも、贈与の中でも寄付を意識した条項といえることができよう。

この分野におけるごく最近の法のリステイトメントである 1994年のコーポレート・ガバナンスの諸原則(Principles of Corporate Governance

⁹² Model Business Corporation Act Annotated(2d ed.1971)§4 par.m;see also General Corporation Law,Delaware Code Ann.,tit.8,vol.4(2001)§122 par.9.

⁹³ Model Business Corporation Act Annotated(2d ed.1971)§4 par.n.

⁹⁴ Revised Model Business Corporation Act 1984(Englewood Cliffs 1994)§ 3.02 par.13-15.

of 1994)は、次のように規定している。すなわち、企業は、「公共の福祉、人道主義、教育的そしてフィランソロヒィーの目的に対して合理的な範囲内の量の諸資源を」供し得る (may devote)ものとする⁹⁵。

贈与能力を有する企業に対して、その社会的責任として公益的な贈与である寄付が認められることになったのであり、と同時にそれが、企業統治にもなるものと考えられているのである。寄付の表現が、gift、charity、contribute、make donationsでもなく、devoteという更に企業の社会貢献を強く促す意図の表れともいべき表現に変化している点も示唆的である。

具体的には、連邦法に関する限り、取締役会が贈与することによって経済的のみならず社会的にも銀行のためになると考えられることを条件として、国際銀行は、地方のコミュニティー基金、または公共の福祉のためになる他の諸施設に寄付することを認められているとされている⁹⁶。

企業の中でも、銀行については、取締役会の承認を要件としているだけで、株主の承認を要することなく、寄付が認められており、企業の社会貢献をより強く意識した業態もあるということであろう。

現代のアメリカの理解では、企業の贈与は社会的そして経済的考慮の双方によって正当化し得るものとされている。性質によるが、現代の企業は、当該企業が正当な関心を有する様々な諸団体、例えば、被用者、顧客、供給者、そして当該企業が動かすコミュニティーのメンバー等と相互依存関係に立っている。当該企業の長期の利益性は、一般的にそのような諸団体よる公正な期待を満たすものであるかに依っている。これらの諸団体との相互依存における責任ある関係の維持に拠った方が、長期の企業利益に資すること、そして株主配当に貢献するものであるということの認識から、当該企業の短期の利益は、完全に劣位するものと考えられている⁹⁷(注・下線は筆者)。

⁹⁵ Principles of Corporate Governance 1992 §2.01 par.b no.3(1994).

⁹⁶ Banks and Banking,U.S.C.A.title 12§24 par.Eighth(1994).

企業は、ただ単に一瀉千里に利益追求に走ることによるのでは、短期の利益を獲得できるに過ぎない。長期的な利益確保のためには、被用者、顧客、コミュニティー等の広い利害関係人との相互依存関係維持に留意する必要があり、その手段として企業の贈与が有効であるとされているのである。企業による広い意味での社会への資金の還元ということができる。

にもかかわらず、社会的な関心に関する企業の活動は、当該企業にとって合理的であるかどうかを考慮することによって限定されているのも事実であるとされている。関連する要素には、比較し得る事業がどのくらい贈与をしているのか、そして、贈与と企業ビジネス活動の間の繋がりや強さを含んでいる⁹⁸。実際問題として、企業の公益的な贈与は、企業の贈与の控除可能性に関連する Internal Revenue Code におけるルールによって限定されているのが実際である⁹⁹。しかしながら、もし株主が全員一致していれば、株主は、おそらく企業の利潤追求の目的に対してその限定を詳述していたとしても、控除される範囲かどうかを問わず、公益的な活動を認めることになる¹⁰⁰とされている。

このように、アメリカでは、企業が利潤追求ばかりでなく、その社会貢献として贈与ないし寄付を考えているのであり、このことからアメリカが「寄付大国」たり得た一つの根拠をみることができよう。giftの一般的性質として、贈与能力の観点から企業による寄付を支える諸事情が論じられているのも興味深い。

第六款 受贈能力

以上の贈与能力の有無の議論に続いて、受贈者側の能力、すなわち受贈能

⁹⁷ Principles of Corporate Governance 1992 § 2.01 comment f(1994).

⁹⁸ Ibid. § 2.01 comment i.

⁹⁹ 6A William Meade Fletcher, *Cyclopedia of the Law of Private Corporations*, § 2939 (ed. Publisher's staff. 2005).

¹⁰⁰ Principles of Corporate Governance 1992 § 2.01 Reporter's note 6 at 73 (1994).

力の有無が問われることになる。受贈者が不確定性を有している場合の生まれていない子ども及び自然人以外の動物並びに特定性が欠如している場合、未成年者が問題とされている。以下、順に見ていくこととしたい。

1. 不確定性

(1) 生まれていない子ども¹⁰¹

大抵の州においては、母親のお腹の中の子ども(胎児)は、受胎の時から、実在しているものとされている。

子どもは生きて生まれる限り、如何なる財産も取得し得る。生まれていない子どもに対する贈与は、典型的には、子どもの後見人に対して信託の形で引き渡される。将来生まれるであろう子どもは、エクイティにおける利益だけではなくして、ある諸状況によっては、生きて生まれる子どもと同様に法的利益も受領し得る¹⁰²。例えば、「生存中のAとAの子ども達に対する」贈与は、アメリカ合衆国においては、一般的にまだ身ごもっていない場合も含めて、Aの生まれていない子どもに法的な不確定残余権を設定することと考えられている¹⁰³。まだ実在していない人に対する不動産における現在利益という捺印証書による引渡しは、法的財産の移転する効力はないが、エクイティにおいては譲渡人と譲受人との間では有効であるとされている¹⁰⁴。

1930年代の間、財産権リステイトメント(the Restatement of Property)は、生まれていない子どもに財産上の利益の受領を認めることに関連し

¹⁰¹ ここでの叙述は、主として Richard Hyland, op. cit., pp. 244-245 をまとめたものである。

¹⁰² 42 American Jurisprudence; a Modern Comprehensive Text Statement of American Law, State and Federal, Infants §4 (2nd ed. St. Paul, MN 2000).

¹⁰³ Miller v. Brown, 109 S.E.2d 741 (Ga. 1959)

¹⁰⁴ 23 American Jurisprudence; a Modern Comprehensive Text Statement of American Law, State and Federal, Deeds §21 (2nd ed. St. Paul, MN 2002).

て理論的な困難さを認識することとなり、何ら将来利益は、子どもの誕生後までは生じないと結論づけていた¹⁰⁵。いくつかの州では、生まれていない子に対する利益の設定を制限する法律を制定した¹⁰⁶。しかしながら、今や一般的には、それらの制定法は廃止されている。

さらに、生まれた子供のための信託は、その子供が受胎しているか否かにかかわらず、しばしばなされており、疑いなく有効であるとされている¹⁰⁷。

生まれていない子どもに対する贈与か(または受胎していない子どもに対する贈与か)にかかわらず、コモン・ロー上またはエクイティにおいても贈与がなされており、単なる期待ではなく、むしろ強制可能な利益の設定であるとされている¹⁰⁸。

このように、まだ生まれていない子どもについては、その性質上受贈することが出来るかどうか不確定性を有しているものの、一定の受贈能力を有するものと考えられているのである。

(2)人ではないものとしての動物¹⁰⁹

コモン・ローにおいては、直接にまたは信託受益者のどちらとしても、動物に対する贈与を認めるのは一般的ではない¹¹⁰。しかしながら、もし動物がネグレクトされた場合に、金銭が贈与者の相続人に復帰するという条件付きで、金銭と共に動物の贈与をすることによって、動物に対する贈与と同じ結果を達成し得る¹¹¹。ネグレクトされなければ、金銭は贈

¹⁰⁵ Restatement of Property(Future Interests)§153 comment a(1936).

¹⁰⁶ California Canons of Judicial Ethics former§§774,777(1872),repealed 1959.

¹⁰⁷ Restatement(Third) of Trusts §44 comment c(2003).

¹⁰⁸ 2 Austin Wakeman Scott,William Franklin Fratcher,and Mark L.Ascher, Scott and Ascher on Trusts,§12.1.1(5th ed 2006).

¹⁰⁹ ここでの叙述は、主として Richard Hyland,op.cit.,pp.249-251をまとめたものである。

¹¹⁰ In re McNeill's Estate,41 Cal.Rptr.139,141(Cal.App.1965).

与者の相続人に復帰しないから、当該金銭は当該動物に対する贈与であるといえるのである。徳義的信託に関わるもう一つの方法は、強制可能ではないが、もししたいのならば、受託者に信託の目的を実現することを認め、裁判所が信託設定者の相続人の利益のための復帰信託と判決することを拒むというものである¹¹²。今日、いくつかのアメリカの州における信託のコモン・ローは、動物のための贈与を認めている。

動物のための信託は、二つの困難な問題を生じている。第一は、信託宣言(自己信託)が、受託者と受益者との間のフィデューシャリー関係を設定するという事実から生じていることに由来する¹¹³。もし動物が受益者であるならば、フィデューシャリーの義務を強制するものが誰も存在しないことになる。にもかかわらず、動物の世話のための信託という形での遺贈は、長きに亘って有効とされている¹¹⁴。

私は、コロラド州子ども・動物保護省(Board)に自分の財産を遺贈します。そして、その財産を永久に同じこと、すなわち、デンバーの家畜、馬、犬、猫を空腹、喉の渇き、虐待、そして遺棄から救済することに使うことを希望します。

加えて、私は、以下のとおり三点について望みます。一つは、デンバーのダウンタウンに動物のためのアイロン・ドリンキング基金を設立すること、二つは、デンバーという都市が、そのために私の財産を無駄にせず、上記のことをするために有効活用すること、三つ目は、私はとりわけ、私の犬シープ(生きていれば)が、あらゆる世話をされ、

¹¹¹ George Gleason Bogert and George Taylor Bogert, *The Law of Trusts and Trustees*, §165 at 161(1979).

¹¹² *Phillips v. Estate of Holzmann*, 740 So.2d 1 (Fla.App.1998); *Restatement (Third) of Trusts* §47(2003); George Gleason Bogert and George Taylor Bogert, *The Law of Trusts and Trustees*, §166(1979); George Gleason Bogert and George Taylor Bogert, *The Law of Trusts and Trustees, Cumulative Supplement*, §166(ed Amy Morris Hess 2012).

¹¹³ 1 Austin Wakeman Scott, William Franklin Fratcher, and Mark L. Ascher, *Scott and Ascher on Trusts*, §2.I.5(5th ed 2006).

¹¹⁴ *In re Forrester's Estate*, 279 P.721, 722(Colo.1929).

生存中の間良い家が与えられ、そして死んだ暁には、しかるべき墓を建てていただくことを要望いたします。

動物の世話のための信託という形での遺贈は、しばしば動物に対する贈与としてではなくして、むしろ教育的な目的のための公益的な贈与としてむしろ正当化されており、つまり、動物に対する虐待を禁止することによる人間性の進歩のための贈与として、正当化されている¹¹⁵。裁判所は、一般的に遺言の言葉を厳格に解釈することはなく、受益者については、やや不確かさがあるにもかかわらず、贈与を有効であるとしている。

例えば、ある裁判所は、「アンソニアの中かまたはその周辺に、これから猫の飼育用の施設 (Cattetry) を建設そして支援する目的のため、飼い主のいない動物や一時的に飼い主のいない動物の世話のため」の遺贈を強制している¹¹⁶。

動物を受益者とする贈与として把握するのではなく、動物の虐待禁止や動物保護等社会的あるいは公共的な目的としてなされる贈与と把握している点に注目すべきである。動物に対する贈与を、動物に贈与することで達成される社会公共的な利益を目的とする公益的な贈与と解釈し、受益者概念の検討を回避して、その有効性を決定しているのである。

第二の困難な問題は、典型的に信託が人間の生存によって判断されていることであり、受益者の死亡によって終了するとされることに起因している。それ故に、ある裁判所は、特定動物を世話する目的のために設定された信託は無効であると判決している¹¹⁷。この問題を解決するため、今や多くの州はペット信託を認めている¹¹⁸。統一遺言執行法 (The Uniform

¹¹⁵ Re Wedgwood [1915] I ch 113.

¹¹⁶ Shannon v. Eno, 179 A.479, 480 (Conn. 1935).

¹¹⁷ In re Mill's Estate, 111 N.Y.S.2d 622 (Sur.Ct. 1952).

¹¹⁸ George Gleason Bogert and George Taylor Bogert, The Law of Trusts and Trustees, §165 (1979); George Gleason Bogert and George Taylor Bogert, The Law of Trusts and Trustees, , Cumulative Supplement, §165 (collecting statutes) (ed Amy Morris Hess 2012).

Probate Code)もまた、有効条項を適用している¹¹⁹。ペット信託は、生存者間で設定し得るとされている。テキサス州の制定法の下では、例えば、信託は、信託設定者が生存中の間に生きている動物の世話することを目的とした宣言をして設定し得るとされている¹²⁰。ある個人は、その動物の利益を代表することを指名されている。その動物の死亡によってその信託も終了するとされている。そのペットが十分に特定されないならば、その信託は成立しないとされている¹²¹。

動物のための信託は、ますます一般的になってきている。ニューヨークの裁判所は、五匹のチンパンジーを収入として利益を得られるよう人間、すなわち、主たる信託の受益者のように取り扱うよう請求されたことがある¹²²。ごく最近では、レオナ・ヘルムスレーが彼女の犬の「トラブル」に対して1,200万ドルを遺贈したと報じられた。「トラブル」の信託は、彼女の世話のためにこまごまとした指示までなされていたとされる¹²³。ヘルムスレーは、また、約80億ドルを犬の世話をする目的を有する公益信託に対して遺贈したとされる。その遺贈は、アメリカ合衆国で最も莫大な基金の一つを設定したものであるとされている。「弁護士や動物保護活動家のネットワークは、大部分は反対せず、人間と動物の間の法的な区別をなくすため、動物のための信託の一般化を促進させていった」¹²⁴といわれている。

動物の受贈能力の議論においては、二者間のgiftとしての議論でありながら、受益者が人でないため、その有効性が問題になっていた。しかしながら、動物保護や動物虐待防止等を目的とした公益的贈与と構成する等して社会公共目的の信託として把握されるようになったといえよう。後に述

¹¹⁹ Uniform Probate Code, §2-907 par.b(2004).

¹²⁰ Texas Property Code Ann. §112.037(2005).

¹²¹ Hahn v. Estate of Stange, 2008 WL372467(Tex.App.).

¹²² Matter of Fouts, 677 N.Y.S.2d 699(Sur.Ct.1998).類似の事例としては、see Sarah v. Primarily Primates, Inc., 255 S.W.3d 132(Tex.App.2008).

¹²³ 「トラブル」の後見人(この犬につけられた名前)は、犬の年間のセキュリティ諸費用が、10万ドル、整髪代が8,000ドル、食事代が1,200ドル、そして、獣医にかかる費用が18,000ドルであると評価した。Jeffrey Toobin, Rich Bitch: The legal battle over trust funds for pets 41(New Yorker, 29 Sept)(2008).

¹²⁴ Ibid., p.38.

べる公益信託に類似した信託として、動物に対してもアメリカではごく普通になされてきているようである。動物の受贈能力の議論において、公益信託における公益目的(charitable purpose)における議論と同じような議論がなされ、両者に重なり合いを認めることができるのは、三者間贈与を考察するうえでも、示唆的であるといえよう。

(3)不確定性について—特定性の欠如¹²⁵

受益者が不特定ならば、公益信託が有効かどうかについてコモン・ローにおいては意見の相異がある。イギリスやアメリカの多くの州においては、贈与も信託も双方とも、ある地方の貧しい人々またはある町の子ども達のためというような不特定のグループのための公益的な使用が可能と思われている¹²⁶。しかし、この信託の文言はあまり一般的ではなく、受益者や信託の目的双方を完全に、受託者または裁判所の判断に任せておくには漠然としている¹²⁷。他の州では、信託の受益者は、確かであるかあるいは確かなものにできることのどちらかでなければならないとの判決が下されている。他の州では、「セントポールの都市の、自分のせいで貧困になったのではないような貧しい人々のため」の信託という形での贈与は、「あまりに不確かで、変わり易く、そしてはっきりしないので」、無効であると判断されている¹²⁸。

ここでの議論は、受贈能力の議論の中でなされている受益者の特定性の問題であって、公益信託でなされる受益者の議論とほぼ同様な議論がなされているといえる。三者間贈与の法的構造とその特質を、寄付や公益信託を中心に考えていく本稿においての中心的な議論であり、これ以

¹²⁵ ここでの叙述は、主として Richard Hyland, op. cit., p 252 をまとめたものである。

¹²⁶ 3 John Norton Pomeroy, A Treatise on Equity Jurisprudence, as Administered in the United States of America, §§1019, 1022, 1025 (1905).

¹²⁷ Ibid., §. 1019.

¹²⁸ Watkins v. Bigelow, 100 N.W. 1104, 1108 (Minn. 1904).

降も度々出てくる議論であることに留意すべきである。

2. 社会政策に関するものとしての未成年者¹²⁹

アメリカ法においては、未成年者を含めてあらゆる人は、受益的贈与を受領する能力を有している。事実上、すべてのアメリカの州に適用された統一法(Uniform acts)は、今や、適法に任命された後見人のいない未成年者を含めて、未成年者に対する贈与を容易にしている¹³⁰。子どもの受領は推定され、または、ある裁判所は、コモン・ローは子どもに対する贈与を認めていると述べているとされている¹³¹。たとえ子どもが受領したとしても、もしその贈与が子どもの利益にならないのであれば、コモン・ローはその贈与を否定するであろう。

贈与能力の款でも先に触れたが、受贈能力の中での未成年者は、それと比べるとあまり議論がなされていない。むしろ未成年者に受贈能力はあるとされ、より一層未成年者保護という社会政策的な配慮を要する対象者と考えられているようである。日本で最近になって脚光を浴びつつある教育資金贈与信託を想起させる¹³²。

¹²⁹ ここでの叙述は、主として Richard Hyland, op. cit., p260 をまとめたものである。

¹³⁰ 38 American Jurisprudence; a Modern Comprehensive Text Statement of American Law, State and Federal, Gifts §15(2nd ed. St. Paul, MN 1999). 本稿第四章第三節第三款 5(2) 参照。

¹³¹ Hillary Holding Corp. v. Brooklyn Jockey Club, 88 N.Y.S.2d 198, 203(Sup. Ct. 1949); Youngblood v. Hoeffle, 201 S.W.1057, 1057(Tex. Civ. App. 1918).

¹³² 本稿は、三者間贈与として、特に受益者を不特定な場合の寄付や公益信託を当面の取り扱う対象としており、未成年者という特定の第三者に行う贈与である、教育資金贈与信託については、直接の対象とせず、今後の課題にしようと考えている。

第二節 寄付約束¹³³

前節では、gift でなされている一般論として、その要素は何か、贈与者と受贈者に必要な能力は何か等、アメリカの gift の一般的性質は如何なるものかという前提、知っておく必要のある事項を見てきた。以下では、それを受けて、gift に欠けているとされる約因法理との衝突をどう考えるか、特に、本稿が問題としている三者間贈与としての寄付に重要な視点を提供する論点として、寄付約束につき見ていくこととしたい。

第一款 約因の意義

第一節の gift の要素でも触れたように、これまで約因については、随所で登場してきた。アメリカにおける寄付約束を検討していく前に、ここでごく簡単にまとめておくことにしよう。本稿全体を貫いている三者間贈与を考察するうえでのキーになる概念でもあるからである。

アメリカにおいては、契約の有効な締結要件として、約因が必要とされる。贈与を典型とする無償契約はそもそも契約と観念されないとされている¹³⁴。ただ、贈与が履行されてしまえば、完璧に有効であるとされる¹³⁵。約因とは、交換取引の存在を裏付けるもので、契約を構成する約束がなされるについて、それに対する対価となるものを指し、この対価は、金銭である必要はなく、何によらず当該約束と交換されたものであればよいとされている¹³⁶。約因のない契約には、それが捺印証書に拠っているのでない

¹³³ ここでの叙述は、主として Richard Hyland, op.cit., pp.320-352 によっているが、邦語文献もあることから、それらを適宜考慮したうえで、まとめたものである。

¹³⁴ 西川理恵子訳「契約の世界と贈与の世界—メルヴィン・A・アイゼンバーグ」『現代アメリカ契約法』(ロバート・A・ヒルマン 笠井修編著)所収(弘文堂、2000年)24-36頁が、約因理論につき、形式的基礎を要するとした第一波、贈与約束の実態と手続きによる分析をした第二波、単純な贈与の契約に拘束力を認めるべきだとした第三波があると指摘し、同理論の変遷についての概観を与えている。

¹³⁵ 樋口範雄『アメリカ信託法ノート I』(弘文堂、2000年)34頁。

¹³⁶ 樋口・前掲書注5)82頁。

限り、法的保護を与えないという英米法の建前は維持され、今日に到っているのである¹³⁷。

捺印証書による契約に拘束力が認められたのは、seal という荘厳な形式をとった文書が交付されたこと自体に基づいており、約因の問題ではなかったとされている¹³⁸。1523、1530年の Christopher Saint Germain の The Doctor and Student には、衡平法では(1)誓約(vow)、(2)consideration の言葉は、宗教的または慈善的目的でなされた約束に対して保護が与えられると記しているという¹³⁹。

約因(consideration)は、19世紀後半に成立した契約法の一般理論であり、契約の成立から消滅までを支配するものとされる。この約因も20世紀に入って、厳しく批判され、後に述べるように、約束的禁反言の法理(promissory estoppel)が登場することになる。

第二款 強制可能な贈与約束¹⁴⁰

コモン・ローにおいては、要式性または不利益的信頼に関連する諸事情がある場合は、贈与約束は有効とされている。

コモン・ローが約因なしで、約束を強制する事例においては、その強制が受贈者の受諾がなされているため不確定ではないとされるからである。アメリカの約束的禁反言(promissory estoppels)の法理がその典型的な例である。

贈与約束には、道徳的拘束力しかなく、執行可能なものでもないのが原則としつつ、現代のコモン・ローの学説の多くは、贈与約束も執行可能な

¹³⁷ 田中英夫「英米法 英米における無償契約に対する法的保護(史的素描)」『贈與の研究』所収 比較法学会編(有斐閣、1958年)72頁。

¹³⁸ 田中・前掲論文注137)58頁。

¹³⁹ 田中・前掲論文注137)68頁。セント・ジャーマンの同書は、『神学博士とイングランド法学徒の対話』と通称される著書をいい、イングランド法と良心との関係を考察したものとされている(田中・前掲書注4)949頁)。

¹⁴⁰ ここでの叙述は、主として Richard Hyland, op.cit., pp.320-323 をまとめたものである。

ものだとしている¹⁴¹。すなわち、コモン・ローにおける原則も、それが実際の諸現実と直面しているように、いくつかの修正を要している。贈与約束の強制を拒絶すると、契約違反に等しい深刻な不正義を引き起こすような場合である。コモン・ローが介在すると、不正義を避けるための約束の強制の多くができないとされているのである。

贈与約束は、コモン・ロー上、強制し得ないというコモン・ローの原則があるにもかかわらず、現代のコモン・ローの学者の多くは、信頼の証拠 (proof of reliance) がいない場合でさえも、贈与約束を強制すべきであると示唆している。

このように、約因がないから贈与約束に執行可能性がないという原則に依ると、不正義となる場合があることから、この原則を貫くことが出来ない状況にあるということであり、約因の存在意義が問われているといえよう。

アメリカの裁判所は、時には約因をつくり上げ、約束を強制可能なバーゲン (bargain) に転換させている。エクイティは、約束を信頼し、しかし、予測できずになされた場合にのみ約束を強制している。

第三款 強制を認める諸事情について¹⁴²

1. 学説の論争

それでは、強制を認める諸事情は何であろうか。慈善寄付は、受贈者が信頼していた場合に、執行可能なものであるとされる。

既に触れたように、アメリカ法の中では、伝統的なルールは、約因によって支えられている場合にのみ約束に拘束力があるとされている。約

¹⁴¹ ハイランドは、アイゼンバーグを引用し、法が道徳的義務を強制すると、特にその義務の道徳的な側面 (aspect) が消滅するという。

¹⁴² ここでの叙述は、主として Richard Hyland, op.cit., pp.338-340 をまとめたものである。

因法理の主な効果は、少なくとも理論上は、コモン・ローにおいては、贈与約束に執行可能性がないということである。しかしながら、何人かのアメリカの法学者は、十分な証拠に支えられた贈与約束は執行可能であるべきだと論じていた。契約法の有力なアメリカの学者であるサミュエル・ウィリストン(Samuel Williston)がその主張をしていた一人であった¹⁴³。ウィリストンに反対の論者も多く、エリック・ポスナー(Eric Posner)は、バーゲン(bargain)約束であれば、大抵は約束を執行するのに十分な明確性があるも、贈与約束にはそれが無いとして執行可能性を否定している¹⁴⁴。

贈与約束に執行可能性を認める見解と認めない見解との対立は、贈与約束が明確か否かが十分な証拠によって裏付けられているか否かという点にあるようである。そして、その十分な証拠とはどのようなものか、多分に解釈に幅があるということもあり、論争は一層熾烈を極めていくということができよう。

メアリー・ルイス・フェロー(Mary Louise Fellows)は、二つの典型的な執行可能性が問題となる状況について、概念的にそれぞれ異なった問題が生じると論じている¹⁴⁵。第一に、贈与者がした贈与約束を否定したい場合に関連する。もし、贈与法が信託法と調和的に解釈されれば、これらの約束は執行されるべきではない。信託法では、自己信託(信託宣言)に相当する制度があり、反対の宣言がされていない限り、今日では一般的に撤回可能であるとされる¹⁴⁶。信託宣言と贈与約束は、似た機能を果たしており、それらは似たように解釈されるべきであるからである。

¹⁴³ Richard Hyland, op. cit., p.339 は、贈与約束の執行可能性につき、あくまでも否定するのか、あるいは一定の要件の下で肯定するべきかという見解の対立について、1925年の meeting of the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws でなされた議論を引用しながら、その論争を活写している。

¹⁴⁴ Eric Posner, Altruism, Status, and Trust in the Law of Gifts and Gratuitous Transfers, Wisconsin L. Rev. pp.604-609(1997).

¹⁴⁵ Mary Louise Fellows, Donative Promises Redux, In Property Law and Legal Education pp.27-52(1988).

¹⁴⁶ Ibid., p.35.

フェローは、贈与の執行可能性が問題となる場合として贈与者が否定している贈与約束の場合を具体的に挙げつつ、贈与約束と信託宣言という二者間における贈与を比較して、相互に矛盾なく解釈する必要があることから、贈与約束の執行可能性を吟味するように主張しており、giftと信託法の領域の接合が意識されているのは、示唆に富む。

フェローは、第二に、否定し得ない約束に関連する問題を取り上げている。それらの否定し得ない約束は、贈与者の遺言執行者に反して執行されるべきであるとされる。信託法においては、もし贈与者が信託を撤回することなく死亡した場合、受益者が執行し得るとされている。このようにして、贈与者の遺言執行者に反して否定し得ない贈与約束を執行することをコモン・ローが認めないと、信託法原則とは矛盾することになる¹⁴⁷。この不調和は、贈与者が死亡するまで、贈与約束を実行した時に特に明らかになる。贈与者が受贈者に年金を与え、贈与者の死亡まで支払われた。その後、贈与者の遺言執行者は、その後の年金のさらなる支払いは、約因の法理によって妨げられるべきだと主張したという事例がある。裁判所は、約束の執行を認めている¹⁴⁸。学者の議論にもかかわらず、約因の原理は、少なくとも理論上は約束の執行可能性を妨げ続けているが、ごく限られた例外的な場合のみになっているとされている。

このように、フェローは、反対に贈与者が否定し得ない贈与約束の場合の二つを具体例として挙げる。そして、贈与約束の執行可能性は、約因の原理によって理論上否定されているにとどまっており、具体的な場面では、贈与約束の執行可能性は認められていると主張しているのである。giftと信託の議論が連続してなされていること、約因の機能する領域が狭くなっていることは、三者間贈与を検討するうえでも興味深い。

¹⁴⁷ Ibid.,p.36.

¹⁴⁸ この事例は、本稿第一節の無償の中の道徳的義務(moral obligation)のところでも触れた。前掲注 23) 参照。

2. 諸例外

コモン・ローとエクイティは、同じ範囲で贈与約束の強制を否定しているわけではない。裁判所は、約因法理の機械的な適用とエクイティの諸要素の曖昧な使用との間で揺れ動いているようである。約因とエクイティとの原理的な区別は、その解釈を明確にするのではなく、むしろ隠しているかのようである。特に、裁判所は、主たる問題、すなわち、特殊な判例において約因法理の機能が選択的な諸手段によって実現され得るかどうかという問題から目を反らしているようである。

裁判所において約因の原理性が問われず、その機能による問題解決も検討されることなく、結局は当該事例において個別具体的な解釈がなされているものと評価することができよう。以下では、コモン・ロー、次いでエクイティの順に見ていくこととしたい。

第四款 コモン・ローにおける対応

1. 特別な形式による強制と契約としての強制¹⁴⁹

贈与約束は、コモン・ロー上、二つの状況において強制されている。第一は、約因が欠けていても、指定された要式を用いることによって贈与約束の拘束力を作り出すことである。第二は、贈与約束と考えられる取引を契約として強制する場合である。前者については、例えば、第二次契約法リスステイメントは、制定法が存在していない場合に、捺印のなされた約束は、引渡しにおいては、拘束力があるものとされている。約束者と受約者は、書面の中において指名され、あるいは、同一人物であると証明できると記載されているに違いないとされているからであ

¹⁴⁹ ここでの叙述は、主として Richard Hyland, op. cit., pp. 340-341 をまとめたものである。

る¹⁵⁰。

以上が第一の特別な形式をとった贈与約束の場合である。そして、契約として贈与約束を把握して強制する場合の二つがある。以下では、後者である、契約として贈与約束を把握して強制する場合をより詳細に見ていくこととしたい。われわれの問題である三者間贈与としての寄付の法的構造を考えるうえでも不可避な論点だからである。

2. カードウゾウ (B. Cardozo) 裁判官の見解¹⁵¹

これまでも、必ずしも十分な議論がなされてきたとはいえないが、ある著名な事件における裁判官の見解について見ていくことは、三者間贈与の考察するにあたって、避けて通ることはできない。寄付が正面から問題となった事例であり、これまで日本においても、寄付といえば、この議論が引き合いに出されているようである。しかし、ここでの議論は、外形上は、二者間でなされるいわゆる gift の議論に見えるが、大学の奨学金の事例でもあることから、受益者たる第三者の学生が潜在的に存在しているとすれば、三者間贈与の法的構造、後に述べる公益信託の議論にもつながり得る論点であることに留意すべきである。

教養科目の単科大学で、慈善的寄付約束¹⁵²の未払いの差額の支払いを強制するために請願がなされた事件がそれである¹⁵³。アレゲイ二大学対

¹⁵⁰ Restatement(Second)of Contracts §95 par.I(1979).

¹⁵¹ ここでの叙述は、Richard Hyland, op.cit., p.344 に、次注以降の邦語文献を補いつつ、まとめたものである。

¹⁵² 「慈善的寄付」ないし「慈善性」の概念が有する法的効力を明らかにする観点からの最近の論稿として、田中謙一「アメリカ契約法における慈善的寄付の法的拘束力」NUCB JOURNAL OF ECONOMICS AND INFORMATION SCIENCE 56 巻 1 号(2011年)63-75 頁があり、慈善的寄付をめぐる判例を類型化したうえで、慈善性が約束にどのような影響を与えているかの分析を試みている。少し古いが、久保弘之「アメリカ契約法における約束的禁反言の法理—歴史・現状・そして将来の展望(1)—」86-88 頁六甲台論集(1981年)、木下毅『英米契約法の理論(第2版)』242 頁(東京大学出版会、1985年)にも同様の視点による記述がある。

¹⁵³ Allegheny college v. Nat'l Chautauqua County Bank, 159 N.E 173(N.Y.1927)(Cardozo, J.). 本件の評釈として、谷口知平「73 約束によるエストッペル」英米判

ナショナル・シャトーカ・カウンティ銀行事件である¹⁵⁴。以下、事実の概要とニューヨーク州最高上訴裁判所のカードウゾウ(B. Cardozo)裁判官の見解を見ることとしよう。

[事実の概要]

Aは、X大学の募金運動に応募して、「キリスト教教育に対する私の関心および他の人々の寄付約束を約因として」、5千ドル寄付する旨誓約し、誓約書の裏面に「この寄付金は、Mary Yates Johnston Memorial Fundと命名され、合衆国ないし外国において牧師職を修習している学生の教育のために使用するものとする」旨条件を付した証書をX大学に交付し、その中1千ドルを生存中に支払ったため、X大学はその資金を学生向奨学金として分別して保有することとした。ところが、後に、Aは同約束をキャンセルする旨X大学に通知し、X大学が、Aの死亡後に、遺言執行者Yを相手どって残額請求の訴訟を提起したのが本件である。

[カードウゾウ裁判官]

(a)約因に対する代替物、すなわち、約因の通常要件に対する例外は「約束的禁反言」なるものに見出すことができる。この例外が、合衆国において約因に関する一般法を修正してきたと言い得る程度にまで発展したものかどうかについて、敢えて言うつもりはない。しかし、当裁判所は、少なくとも公益寄付約束に関する限り、約束的禁反言の法理を約因と同等のものとして採用したことは確かである。

例百選ジュリスト臨時増刊所収(有斐閣、1964年)162-163頁がある。谷口は、約因を認めて契約を有効としている実質的根拠につき、「公益事業への寄付約束を公の政策上何とかして強制しようというに在るものと解せられる」とする。

¹⁵⁴ 本件の事実の概要、判決の訳については、主として木下・前掲書注152)242-243頁(東京大学出版会、1985年)によりまとめたものである。

- (b) 記念資金創設者の名を永久化するために X が引き受けた義務は、それ自体で当該寄付約束に対して約因を構成するとする法準則の枠内において、寄付申込に効力を付与するに十分である。
- (c) 被約束者が約束者の黙示の要求に従いかかる義務を負担したときは、その結果として双方向的合意が創設される…一方に約束が、他方に支払の条件として要求された義務を表示する反対の約束が、存在していた。双方向的合意は、相互的約束の一つが「事実上黙示される」約束、すなわち、言葉からの推定とは逆に行為により推定される約束であっても存在しうる。寄付申込のために支払を受領することから引き出しうる公正な推定は、大学側において奨学金を実施に移すために必要な措置を講ずるという大学の約束である。

カードウゾウ裁判官のこの見解は、アメリカの司法解釈の歴史における偉大な業績であるといわれており、契約として単なる贈与約束を再解釈したものであるとされている。この大学は、贈与者の当初の分割払いの約束を受け入れていたので、カードウゾウ裁判官は、奨学金を、贈与者の名前にちなんで命名するためになされた、大学による返還の予定された約束であると暗示したのだった。しかし、最終的には、奨学金を十分な財産にするための贈与者からの返還の予定されていない約束であると暗示し、大学の請求を認めている。

大学が、学生向奨学金として分別管理していることにも注目すべきであろう。贈与者を委託者とし、大学を受託者、そして学生を受益者とする、本件を三者間贈与たる公益信託的に把握しているともいえなくもないように思われるのである。gift の一般的性質においてなされている寄付約束をめぐる議論は、三者間贈与にまで広がる論点であるといえるのではなかろうか。

3. カードウズウ (B. Cardozo) 裁判官の見解の影響¹⁵⁵

慈善的寄付約束は、今日、しばしば、約因と信頼の双方が欠けている場合も強制可能なものとされている。

公益団体に対する寄付の約束や婚姻継承的不動産処分は、今日では、しばしば信頼が欠けている場合でも強制可能なものとされている¹⁵⁶。リステイトメントの初期の見解の下では、慈善的寄付約束の強制は、チャリティや他の贈与者が約束を信頼したと裁判官が判断することによって正当化されていた。今やこのような約束は、特にアメリカのような国においては、社会的政策の一つとして強制され、生活保護や芸術の支援の負担の多くを私的なチャリティに任せるようになってきている¹⁵⁷。

このように、寄付のような社会政策的に望ましいとされる行為は、約因法理や相手方の信頼が欠けているとしても、強制可能なものとしていのである。理論よりも現実的な考慮を重視した考え方が、アメリカの寄付文化を法的に下支えしているものと評することも出来る。アメリカでは、二者間贈与としての寄付を認めるため、贈与約束に存在しないとされている約因をどう乗り越え¹⁵⁸、その強制可能性をどう導くかにあったといえる。しかしながら、本来、寄付約束¹⁵⁹は強

¹⁵⁵ ここでの叙述は、Richard Hyland, op. cit., p. 344, pp. 346-347 に分析を加えたものである。

¹⁵⁶ Restatement (Second) of Contracts §90 par. 2 (1979). 木下・前掲書注 152) 245 頁は、カードウズウ裁判官の意見が 1932 年の第一次契約法リステイトメント 90 条に影響があった旨指摘している。

¹⁵⁷ Melvin Aron Eisenberg, Donative Promises, University of Chicago L. Rev. 47, 4 note 8 (1979).

¹⁵⁸ 田中・前掲論文注 137) 78-79 頁は、寄付約束についてのアメリカにおける裁判所の約因の存在を広く認めることによる救済方法につき、裁判例を「寄附の約束を unilateral contract の申込と解する方法」、「寄附の約束をした者は通常多数いるわけだが、その各人の寄附の約束がお互いに約因となりあって、有効な契約が成立する」方法、「寄附の約束を、団体に対してではなく、その団体の役員に対してなされたものと見、役員がその寄附を定められた目的にあてる旨を約した約束が、寄附の約束の約因になって bilateral contract が成立するとする」方法の三つに分類できるとし、いずれの方法も難点、疑問があり、成功していないと述べている。

制でなされるものではない。そこで、寄付約束に公益性があることから、贈与約束の例外としてその執行可能性を認めるのは、二者間における寄付たる贈与を契約法理論内で議論することの限界を示しているといえるのではなかろうか。

第五款 エクイティにおける対応

エクイティは、二つのやり方の中で贈与約束の強制をしている。

第一に、約束的禁反言の法理の手段によって受贈者の不利益的信頼を保護している。第二に、強制可能な贈与約束にきわめて近い概念である将来利益の自己信託(信託宣言)である。

1. 約束的禁反言¹⁶⁰

アメリカの裁判所が贈与約束を強制するとき、一般的に約束的禁反言¹⁶¹というエクイティの法理に拠っている。この法理は、第二次契約法リステートメントによって承認され、多くのアメリカの裁判所において適用されてきた。この法理は、90条において、「作為または不作為を合理的に誘引する約束」というタイトルの下で、約因のない約束は被約束者が不利益的に信頼した範囲において強制し得ることを認めている¹⁶²。

90条(1)では、「その約束が被約束者(promisee)または第三者(a third person)の作為または不作為を誘引すると約束者(promisor)が合理的に予想すべきであり、かつ、そのような約束が現実にそのような作為また

¹⁵⁹ ちなみに、来栖三郎は「寄付は決して強制的でなく自発的たるべきものと称せられるのを常とした」のであり、学校等への強制寄付を問題視している(来栖三郎「日本法」『贈與の研究』所収 比較法学会編(有斐閣、1958年)40-41頁)。

¹⁶⁰ ここでの叙述は、Richard Hyland, op.cit., pp.345-346に分析を加えたものである。

¹⁶¹ 約束的禁反言については、樋口・前掲書注5)90-96頁によって、良い概観が与えられる。

¹⁶² Restatement(Second)of Contracts §90(1979).

は不作為を誘引する場合、当該約束は、もし不正義が約束の強制によってのみ避けられうるのならば、拘束力をもつ。不履行に対して許される救済は、正義が要求する範囲に制限されるであろう¹⁶³」と規定されている。なぜならば、被約束者の作為または誘引は、バーゲンによるものではないので、何ら約因がないのである。にもかかわらず、無償の約束への信頼が契約を形成し、その約束を強制可能なものにするというものである。このように、第二次契約法リステイトメントは、あくまでも二者間における贈与は、約因がないことから、その約束は強制可能ではないのがあくまでも原則であって、約束者の信頼を条件に強制力を肯定しているのである。

なお、本条は第三者の信頼も文言として入っており、次章の第三者のためにする契約においても検討されるが、三者間贈与の法的構造を考えるうえでも、念頭に置いておくべき条文であることに留意すべきである。

しばしば引用される事例に、ある父親が土地の占有を息子に移し、そして口頭で贈与としてそれを引き渡すという約束をしたものがある¹⁶⁴。息子は、その土地の税金を支払い、重要な改良工事を行った。その土地は引渡しされなかったけれども、裁判所は、約因と書面の双方がなかったにもかかわらず、父親の死後、約束の強制を認めた。

父親の生前になされた贈与約束は、口頭によるもので約因はないから、原則として強制可能性はなく、つまり、息子にその土地の所有権は移転しないはずである。しかしながら、既に生前に占有は息子に移されていたのであって、しかも息子は土地の税金の支払い、かつまた重要な改良工事という不利益を自らの行為として行っていることから、当該約束に対する息子の信頼を保護すべきであるというのである。典型的な約束的

¹⁶³ Ibid., §90 par. I. 本条の訳は、新堂明子「第三者のためにする契約法理の現代的意義(一) —英米法との比較を中心として—」(法学協会雑誌 115 卷 10 号 1567-1568 頁(有斐閣、1998年)を参考にした。90条については、本稿第五章第二節第二款においても詳しく触れる予定である。

¹⁶⁴ Seavy v. Drake, 62 N.H. 393 (1882).

禁反言の事例というべきであろう。

より最近の事例では、夫が妻に一台の車を贈与した事例がある¹⁶⁵。その車は、一部は、夫の特有財産から支払われ、一部は両当事者双方が責任を負うべき銀行のローンから支払われて購入したものであった。当事者が離婚したので、裁判所は、その取引を二つの部分に分けることとした。第一に、その車の夫の特有財産から支払われた分の価値の完全なる贈与、第二に、支払うべき残額の夫の支払い約束である。本約束は、妻が夫の約束を信頼していたからこそ、拘束力があるものであって、それゆえに彼女は同意もし、覚書に連署されていたものであるとの判断を下している。

裁判所は、夫婦間の二者間贈与について、夫の贈与約束を贈与対象物である車の購入経緯の観点から、その代金の一部は夫、残額は夫婦のローンで購入したものと見て、前者については、夫の支払い済みの部分をエクイティの贈与、後者を妻の支払うべきローンを夫が負担するという約束の二つに分解して分析しているのは明快である。前者は、二者間贈与、後者は夫が妻の債務を引き受けたという意味で、純然たる贈与といえないが、二つの贈与約束を、妻は信頼し、覚書にも同意の意思を示しているとして約束手続を認めているものとしたといえる。

第二次契約法リステイトメントは、強制は、一般的に不公平を避けるため限界があるとしている¹⁶⁶。贈与約束の文脈では、結果として生じた損害は、めったに回復されないとされている¹⁶⁷。それゆえに、裁判所は、当該贈与約束に強制可能性を認めるか否かの判断基準として、次のごときを考えているようである。すなわち、約束の十分な範囲(期待した利益)の強制よりもむしろ、信頼利益を失う前の状況に被約束者を戻すのに十分な損害が与えられているかを考慮しているとされている¹⁶⁸。例えば、

¹⁶⁵ Newmeyer v. Newmeyer, 140 A.2d. 892, 895 (Md. 1958).

¹⁶⁶ Restatement (Second) of Contracts §90 comment b (1979).

¹⁶⁷ Restatement (Second) of Contracts §90 comment d (1979).

¹⁶⁸ Ibid., §90 comment d. アイゼンベルクが提案した仮説によって論証しているよ

贈与者が100万円を贈与すると約束したとしよう。その100万円が贈与者から履行される前に、受贈者がそれを見込んで、50万円のコンピューターを購入した場合、受贈者の損害は、実際に使った50万円であるという例が考えられる。

このように、贈与約束の強制を効果として導くため、裁判所が重視しているのは、当該贈与約束による期待利益に対する相手方の信頼ではなくして、当該約束を信頼したことによる相手方の当該贈与を前提とした費用の損失等である。父親からの土地の贈与約束の事例でいえば、相手方である息子がした土地の税金の支払いや重要な改良工事等の費用の支出という形で、損失が生じていることを具体的に検討していることが注目されよう。

2. 自己信託(信託宣言)¹⁶⁹

将来利益の信託に変更できない贈与は、強制可能な贈与約束の効果とよく似た効果を有している¹⁷⁰。財産を占有したまま、贈与者は、受贈者のために信託を宣言し得る。何ら引渡の必要がないのである。この宣言は、受贈者が受け容れるかまたは知っているかにかかわらず、有効であるとされている。信託宣言は、やがて効力が生じるに違いないものではあるけれども、たとえ、贈与者が長き間、その財産を享受したまま保持していることになっているとしても、将来の受益的利益という現在の譲渡は有効である。委託者は、その信託を撤回できないのである。

信託とはいうものの、二者間でなされる信託たる自己信託は、強制可

うに、信頼利益はしばしば評価するのに難しいことがある。もし、伯父が甥に新車を購入するのに相当する金を約束し、その後新車が購入され取り消されたような場合、甥は、その約束された新車購入相当の金、またはその新車の再売買から生じるであろう損失のみのどちらを回復できるのであるか。Melvin Aron Eisenberg, Donative Promises, University of Chicago L.Rev.47,26(1979).

¹⁶⁹ ここでの叙述は、Richard Hyland, op.cit., p.347に分析を加えたものである。

¹⁷⁰ Mary Louise Fellows, Donative Promises Redux, In Property Law and Legal Education 35-36(1988).

能な贈与約束と同様の効果を有するものと扱われているのである。信託の本質が強制可能な贈与であることを意味しているのであり、加えて、将来の受益的利益の譲渡であるから、強制可能な贈与約束以上に、受贈者の利益を保障しているものといえることができる。

第六款 贈与約束の形式と実行された贈与について¹⁷¹

コモン・ローにおいては、たとえ贈与約束が強制され得ないものであったとしても、贈与約束に応じて実行された贈与は有効である。約因の法理は、実行されない約束の強制を妨げる場合にのみ機能するものである。贈与目的が存在していれば、約因の欠如は、完全なる引渡しに対する防衛としては有効ではないのである。

契約と贈与を区別するものとして機能している約因の法理は、あくまでも、贈与が実行される前の強制の場面で働く法理であって、一度なされた贈与については、贈与の目的が存在していれば強制可能な約束であることに変わりはなく、契約と贈与約束で違いはないのである。実行された贈与において、最も重要なのは、その実行された贈与の目的ということになる。

第七款 執行可能な贈与約束からの防衛と他の限界、制限について¹⁷²

アメリカの裁判所は、強制可能な契約として贈与約束を性質決定しているとき、履行不能、実行困難性、そして契約目的の達成不能のような契約上の諸概念は、防衛として利用できるものとすべきであるとしている。何人かのアメリカの著者は、贈与約束を強制するために訴訟が提起される場合に、変化した諸事情を考慮に入れるべきであると示唆している。被約束者の忘恩、約束者の無分別な行為、そして子供の誕生でさえもそれらの諸

¹⁷¹ ここでの叙述は、Richard Hyland, op.cit., p.350 に分析を加えたものである。

¹⁷² ここでの叙述は、Richard Hyland, op.cit., p.352 に分析を加えたものである。

事情に含まれるであろう¹⁷³。変化した事情に対して防衛することができると認められると、贈与約束の強制可能性に対する異議の多くを満足させるものでありと論じている見解もあるとされている¹⁷⁴。

二者間でなされる贈与約束と契約で、最も大きな法的効果の違いは、前者が行使される前段階において、強制可能性がないことにあるといえる。その段階を過ぎて、執行可能な贈与約束となった以上、契約との差を設けることは妥当でないのである。すなわち、執行可能な贈与約束に対して契約において機能する履行不能等の救済法理に加え、贈与契約における受贈者の忘恩行為、贈与者の軽率さ等無分別と考えられる行為による撤回が認められるのは、ある意味当然であろう。

第三節 贈与行為¹⁷⁵

前節では、三者間贈与としての寄付の検討に決して無視することのできない、二者間における贈与約束としての寄付約束の議論を概観した。古くからなされてきた議論ではあるが、主たる論点は、約因法理との衝突をどう考えるかに尽きていたように思われる。つまり、寄付約束に執行可能性を与えるためにどのような理論的枠組みが妥当かということである。日本にはないこの約因法理が存在するために、寄付約束という二当事者における贈与約束という構造を前提に、比較的多くの議論がなされてきたことが明らかになった。理論的には、約因法理が、日本と対照的に贈与としての寄付約束の議論を活性化させたものといえるのである。そして、何よりも寄付大国と呼ばれるアメリカが、寄付によって国内の政策課題を解決していく面が強いことから、

¹⁷³ E.Allan,Farnsworth, Promises to Make Gifts,American Journal of Comparative Law43, 376-377(1995); Melvin Aron Eisenberg,Donative Promises, University of Chicago L.Rev.47,5-6(1979);Sherman Steele,The Uniform Written Obligations Act—A Criticism,Ill.L.Rev.21,187(1926).

¹⁷⁴ ハイランドは、ドイツのFriedrich Kesslerの文献を挙げている(Richard Hyland,op.cit.,note 244 p.352)。

¹⁷⁵ ここでの叙述は、主としてRichard Hyland,op.cit.,pp.403-455により、アメリカ法の議論をまとめたものである。

約因をいかに乗り越えるかというのは、差し迫った現実的課題であった。それに比べて、日本は約因法理もなく、現実的にも寄付文化が根づいていないといわれているため、寄付をめぐる法的論点が見過ごされてきており、寄付の法的構造や規律が視野の外に置かれていたように思われる。

本節では、贈与行為、giftの一般的性質の中心となるgiftという二者間でなされる行為にフォーカスし、その実体は何か、giftとしての行為の内実について見ていくことで、三者間贈与の法的構造とその特質を考える際の素材としていくことにしよう。

第一款 贈与行為総論

1. コモン・ローとエクイティの二つの規律¹⁷⁶

コモン・ローにおいては、生存者間における無償の譲渡は、二つの分離した、そしてとても異なった手段によってすることができる。

一つ目は、財産権法で、コモン・ローにおける権利の移転を規律する法である。二つ目は、エクイティで、受益的利益の設定と移転を規律している。コモン・ローとエクイティの間の区別は、判例法を通じてなされており、大陸法システムにおいては、何ら現実に相応するシステムはないとされている。贈与法の実際的な帰結は、コモン・ロー上の譲渡に相当する諸行為の実行やエクイティにおいて受益的利益の譲渡に要する諸行為の実行のどちらかによって一般的に贈与が可能であるということである。贈与行為は、アメリカでは、コモン・ロー上の譲渡とエクイティ上の譲渡の二つがあるのである。大陸法の影響を受けている日本とアメリカの違いが明確に現れているといえる。エクイティ上の権原の譲渡の典型的な例は、既に前節でも触れた信託宣言(自己信託)で

¹⁷⁶ ここでの叙述は、主として Richard Hyland, op.cit., pp.403-404 によりまとめたものである。

ある¹⁷⁷。

コモン・ローは、エクイティの法理、引渡の優先権、そして許容する書面の使用が加わることによって、それらから生じる諸問題を複雑にしてはいるものの、関係する財産の種類に応じた適切な譲渡の諸要件に従う場合には、当該贈与もまた有効であるとされているのである。

贈与行為は、コモン・ローとエクイティの二つの規律を受けつつも、当該贈与の対象財産の種類に応じた個々の諸要件を具備することによって、有効になるものと考えられている。giftの議論における、贈与行為は、行為それ自体のみを検討することはできず、後に述べるように、当該贈与の対象財産を具体的に見なければならぬことに留意すべきである。

2. 贈与行為における贈与対象財産によらない共通の要素¹⁷⁸

とはいうものの、贈与行為の要件として、対象財産の種類に応じて変わらない共通の要素もあることに留意すべきである。

コモン・ローにおけるあらゆる生前贈与の一つの共通した要素は、贈与者が即時に当該贈与の効果を生ぜしめようとする意図を持っているという要件である。すなわち、贈与者の贈与目的である。本章第一節のgiftの要素の議論でも度々出てきたキー概念である。二者間贈与としての贈与行為としての議論の中でも、重要な要件である。われわれが問題としている三者間贈与との比較においても、忘れてはならない点である。

さらに、贈与意図はより限定されており、贈与者は現実の引渡しを意図しなければならぬ。将来に与える意図では足りない¹⁷⁹。このような

¹⁷⁷ Richards v Delbridge [1874] LR 18 Eq 11, 14. 本稿第四章第二節第五款2参照。

¹⁷⁸ ここでの叙述は、主として Richard Hyland, op.cit., pp.405-406によりまとめたものである。

¹⁷⁹ 38 American Jurisprudence; a Modern Comprehensive Text Statement of American Law, State and Federal, Gifts §§17-18 (2nd ed. St. Paul, MN 1999).

意図の見方は、上記で説明した贈与目的の要件に付加されており、贈与者をして、譲渡が無償であることも必要とされている¹⁸⁰。なぜならば、贈与は、通常、受贈者または受託者に対する権利の移転に関連しており、必要とされる意図は、贈与目的物に対する支配権の放棄や信託の設定の意図が通常であるからである。

しかしながら、ある裁判所は、贈与者が財産におけるいかなる現在利益も譲渡するとの意図を有していれば十分であるとの判決を下している。すなわち、支配権の放棄や、信託の設定のような贈与者の消極的な譲渡意図で足りず、より積極的な譲渡の意図が必要だと解しているものといえよう。ニューヨークの最高裁判所は、生涯不動産権を留保した人的財産 (personal property) の贈与は、非占有の残余権の譲渡に事実上相応することを認めている¹⁸¹。

贈与の意図は、完全に片務的そして主観的な観点から考えられている¹⁸²。しかし、それには重要な客観的な要素がある。贈与の意図は、行為、言語、または両当事者や周囲の事実や状況から推測されることによって明らかにされる¹⁸³。裁判所は、それらを前にしてもつれている可能性のある諸事実の最善の意味を理解しようとしている。例えば、ある贈り物の譲渡をしようとする意図が、以下のような事実から推測されるような場合である。すなわち、夫が妻のサイズに合わせて、指輪を有しており、それを彼女に贈り物として渡したような場合である。たとえ、後に妻は、一時的に指輪を使用することになっていたに過ぎないと夫が請求したとしても、夫はその指輪を返還請求できず、贈与が成立するという¹⁸⁴。

贈与の目的は、贈与者の一方的な意図であるが、本人が有していたか否かは、外部に現れた諸事情によって客観的に決定されており、本件も

¹⁸⁰ 本稿第四章第一節第二款参照。

¹⁸¹ Gruen v. Gruen, 505 N.Y.S.2d 849 (N.Y. 1986).

¹⁸² Brown v. Brown, 501 So.2d 24, 27 (Fla. App. 1986).

¹⁸³ 38 American Jurisprudence; a Modern Comprehensive Text Statement of American Law, State and Federal, Gifts §19 (2nd ed. St. Paul, MN 1999).

¹⁸⁴ Sihler v. Sihler, 376 So.2d 941 (Fla. App. 1979).

そうした観点から、贈与者の意図があると判断したものであろう。

いくつかのアメリカの判例は、贈与の諸事例においてより高い証拠の基準を要求している¹⁸⁵。詐欺を特に危険であるとする裁判所は、「贈与を証明する証拠は、明白で、説得力があり、もっともだと思わせるような申し分のない十分なものであるべきである」と判決を下している¹⁸⁶。

詐欺が考えられる場合は、より高い客観的証拠を要求したうえで、贈与者の贈与の目的を真の意思に基づいた贈与であるかどうか厳密に認定し、贈与者の保護を図っているといえることができる。

コモン・ローにおける贈与の行為は、譲渡の法的な諸原則、そしてエクイティの諸法理、主として生前信託を伴う権利の移転によって一般的に規律されている¹⁸⁷。しかしながら、それらのコモン・ローにおける長きに亘る概念的な区別のために、譲渡処分 of 諸問題は、当該贈与が不動産か動産に関するものかどうかにより、さまざまである。不動産贈与のための捺印証書という一般的な要件は、比較的分かりやすい。この領域の過度な複雑さは、動産の譲渡行為のための慣習法上の方法の組織化と法律化のための試みから生じている。

以下では、贈与の対象財産の種類に応じて、贈与行為に必要な要件はどのようなものと考えられているかについて個別的に見ていくことにしよう。

¹⁸⁵ *Tilford v. Bank for Savings*, 52 N.Y.S.142, 142-143 (App. Div. 1898).

¹⁸⁶ *Devlin v. Greenwich Sav. Bank*, 26 N.E.744, 744 (N.Y. 1891).

¹⁸⁷ アメリカ法における不動産に対する権利の譲渡を規制する諸原則については、see *Thompson on Real Property*, ed. David A. Thomas, ch.94 (2nd ed. Newark, NJ 2001); 生前信託の設定については、see *Restatement (Third) of Trusts* §§20-26 (2003); see also William Franklin Fratcher, *Trust: In International Encyclopedia of Comparative Law*, vol.6, secs.23-68 (1973).

第二款 不動産 (Real Property)¹⁸⁸

1677年に最初はイギリスで公布された詐欺防止法 (Statute of Frauds) は、続いて、事実上、アメリカのすべての州においても適用されている。不動産に対する法的権利は一般的には、不動産譲渡証書 (deed) が適切に実行され、譲受人に引き渡された場合にのみ譲渡されると規定している¹⁸⁹。不動産譲渡証書は、引き渡されるべき不動産が書かれた捺印のある証書であるとされている。不動産譲渡証書は、一般的には、無償譲渡と有償譲渡とを区別していないとされている。非占有の土地の利益、要益地 (地役権における他人の土地を利用できる土地)、承役地 (地役権における他人に便益を供し得る土地)、生涯不動産権、そして将来諸利益も、一般的には不動産譲渡証書によって引渡しになされるとされている。不動産をめぐる権利に関しては、不動産譲渡証書が有償譲渡、無償譲渡問わずに必要とされており、無償譲渡の一つである贈与行為にも必要とされているのが原則である。

このように、アメリカも、イギリスと同様、一般的には不動産譲渡証書が受贈者に引き渡されるまでは、譲渡しても効力がないとされている。しかし、例外があるとされている。たとえば、不動産の贈与を完全にするには必ずしも必要ないけれども、不動産譲渡証書に記録 (recordation) することで、引渡しがない場合にもその譲渡行為を有効とし得ることがあるとされている¹⁹⁰。さらに、引渡しを不必要とされているときには、引渡しは必要とされないとされている。ある事例では、贈与者が受贈者名義で不動産を購入し、直後にその不動産を受贈者に贈与することを決心したような場合である。裁判所は、何ら不動産譲渡証書は必要ではないと判決を下した。

¹⁸⁸ ここでの叙述は、主として Richard Hyland, op. cit., p. 406 によりまとめたものである。

¹⁸⁹ Statute of Frauds 1677, c. 3, par. 3. アメリカ合衆国については、see Thompson on Real Property, ed. David A. Thomas, §§94.02 par. b no. 4, 94.06 par. g no. I (2nd ed. Newark, NJ 2001).

¹⁹⁰ Restatement (Third) of Property (Wills and Other Donative Transfers) §6.3 comments d and e (2003).

その贈与は、贈与目的の贈与者の表明が明確になされているからであるとされている¹⁹¹。前款で述べた裁判所の考え方からすれば、贈与者は当該不動産を購入した段階で、既に受贈者名義で購入しているのであるから、その事実だけで、贈与者の贈与目的は客観的に明らかであると考えたとも評価することができよう。

第三款 動産、人的財産 (Movables)¹⁹²

コモン・ローにおいては、公式そして時には非公式には通常、書面も利用可能であるとされているけれども、引渡しは動産・人的財産 (chattels) の贈与の主要な方法であるとされている¹⁹³。さらには、引渡しと書面の双方が欠けている多くの諸状況においても贈与移転は有効とされている。動産、人的財産における基礎的な引渡しの概念は、現実には、意味を失っているといってもよい状況のようである。

コモン・ローが引渡しの要件をより強いているのは、二つのコモン・ローとエクイティという特別な伝統を一致させるためである。次の二つである。

第一に、時には反対者がいるにもかかわらず、伝統的なコモン・ローの見方は、引渡しは、単に贈与の意図の証拠ではなくして、むしろ贈与の本質であるというのである。引渡しは欠けている場合には、贈与者の意図がいかにも明瞭であっても、何ら権利は移転せず、贈与も成立しないとされる¹⁹⁴。引渡しという外部に現れた行為が、贈与の目的を体現しているのであって、引渡しが無ければ、いかにも贈与の目的が明瞭であっても、贈与は成

¹⁹¹ Lewis v. Poduska, 481 N.W.2d 898, 903 (Neb. 1992). 贈与者の贈与の効果は、復帰信託を求める請求権を放棄することである。その復帰信託は、一般的には資金を贈与した者やその相続人に当該財産の回復を認めることである。

¹⁹² ここでの叙述は、主として Richard Hyland, op. cit., pp. 407-409 によりまとめたものである。

¹⁹³ アメリカでは、第三次リステイメントも、今や、引渡しまたは書かれた証書による人的財産の贈与を認めている。Restatement (Third) of Property (Wills and Other Donative Transfers) §6.2 (2003).

¹⁹⁴ Ray Andrews Brown, The Law of Personal Property, §7.2 at 79 (1975); Shankle v. Spahr, 93 S.E. 605 (Va. 1917).

立しない。引渡しの要件は、あまりに明らかであるので、他に何らの正当化も必要でないとされる。引渡しがあれば、贈与の目的が明確になるので、引渡しが贈与行為の中心であるというのである。

第二は、約因法理の伝統との関連である。約因法理は、贈与約束を強制できないものとすることによって、引渡し要件に対して第二の正当化を必要とする。大陸法のごとく念入りな贈与の諸手続きが欠けているコモン・ローのシステムにおいては、贈与約束と執行された贈与との間の最も簡単な区別が引渡しである。

このように、動産、人的財産の贈与行為において、最も中心的な行為は引渡しであることは明らかである。以下では、引渡しの性質について詳しく見ていくことにしたい。

1. 引渡しの性質¹⁹⁵

引渡しは、既に述べたように、動産の贈与を有効にするため、決定的な役割を果たしている。ということは、引渡しが占有の移転であるという単純な言葉で、引渡しの概念を定義することに意味があるであろう。

しかし、悪いことに、そのような定義は二つの理由から不可能であるとされている¹⁹⁶。第一に、裁判所は、贈与が占有の如何なる変化が欠けている場合においてさえも、引渡しがあるとしばしば判断していることがある。第二に、占有の概念の固まった定義が何らないことがある。占有は、生じた法的問題に基づき、そして財産の種類に関連して異なって定義づけがなされている。引渡しの核心である占有それ自体も、引渡し

¹⁹⁵ ここでの叙述は、主として Richard Hyland, op. cit., pp. 409-410 によりまとめたものである。

¹⁹⁶ ハイランドは、Philip Mechem, The Requirement of Delivery in Gifts of Chattels and of Choses in Action Evidenced by Commercial Instruments, Ill. L. Rev. 21, 341-342 (1926-1927) を引用して、引渡しの内実である占有移転の定義づけの難しさについて述べている。このメカムの論文を 1920 年代に書かれた占有の捉え方を考えるうえで、有意義な論文であるとも指摘する。

の対象となる財産の種類によって様々であるというのである。裁判所は、「占有の困難な定義づけ」を避け、そのかわりに引渡しに必要とされる目的が実際に実現されたかどうかを吟味した判決を下すべきであると述べている¹⁹⁷。

そこで、裁判所が引渡しの要件につき、どのような目的を有していたものなのか吟味するためのメルクマールが必要とされることになる。引渡しの要件には次の三つの目的があると述べている¹⁹⁸。第一に、引渡しは物理的な行為であるから、贈与者をして行為の重要性を考えさせることである。第二に、引渡しは、贈与者のはっきりした取引に対する意思に基づくことである。第三に、引渡しが一見すると贈与がなされたという一応の証拠であることである。これら三つが、贈与者によりなされる引渡しの意味するものといってよい。

アメリカの裁判所は、今や学者の批判を考慮した後、引渡しの要件を廃棄しているとされている。そして、引渡しという客観的行為の中に、占有の移転が意味をなしていないことから、引渡しの目的を考慮するようになってきていると評価し得よう。

2. 基礎的諸要素¹⁹⁹

あらかじめ有効な引渡しの要素を詳述することはほとんど困難である。さらに、実際の引渡しが過剰であると証明されたようなとき、例外な対応がなされている。ある裁判所は、登録された動産の贈与(registered chattels)に対して標準的な引渡しのルールを適用しないという登録という手段をとり得ない動産に付加的な問題がある。動産においては、単

¹⁹⁷ ハイランドは、占有の定義を棚上げすべきという主張として、Ibid., pp.354-355を引用し、メカムの主張を挙げている。

¹⁹⁸ ハイランドは、さらに Ibid., 348-349を引用しつつ、メカムに依拠して、引渡しの要件として、三つの目的があると説示している。

¹⁹⁹ ここでの叙述は、主として Richard Hyland, op. cit., pp. 410-411によりまとめたものである。

なる引渡しだけでなく、当該動産の登録を引渡しに代替できるものと考えられているのである。

アメリカ法は、引渡しについては、主観的要素と客観的要素を区別している²⁰⁰。主観的要素は、受贈者に対し贈与物を移転する贈与者の意図である。もしその意図が欠けていれば、たとえ受贈者が占有を取得していても、何ら引渡しはないとされる²⁰¹。客観的な要素は、当該財産に対する現実的支配とコントロール権が受贈者に移転することである。引渡しの基礎的な要素は、主観的要素と客観的要素の二つに分けられるのが原則である。

(1)引渡しを必要としない例外²⁰²

実際の引渡しが過剰であるとして、例外とされるものには、次のようなものがある。受寄者に対する贈与は、再引渡しを要することなく効果が生じる。現在の受寄者が受贈者のために動産を保有することに同意している場合には、贈与は再引渡しなく有効であり、贈与者から改めて引渡しをすることなく、贈与の効果が生じるものとされている。

アメリカでは、自動車のような登録されている動産(registered chattels)の売買による譲渡は、制定法に従って書面の諸手続き(written formalities)や権利登記証書(certificate of title)によってなされる。売買のような有償譲渡においては、単なる引渡しでは有効ではないとされているのである。

しかし、あるアメリカの裁判所は、権利移転に対する制定法の仕組みは、無償譲渡には適用しないと判決を下しているものもある²⁰³。すなわ

²⁰⁰ Ray Andrews Brown, *The Law of Personal Property*, §7.3 at 81-82 (1975).

²⁰¹ *Lieve v. Battman*, 54 P.179(Or.1898); *Whisnant v. Whisnant*, 928 P.2d 999,1002 (Or.App.1996).

²⁰² ここでの叙述は、主として Richard Hyland, *op.cit.*, pp.411-412 によりまとめたものである。

²⁰³ *Allen v. Holloway*, 168 S.E.2d 196(Ga.App.1969).

ち、財産権法の諸手続き (property law formalities) に則らないことは、当事者間の贈与取引を無効にしないとされているのである²⁰⁴。第三次リステイトメントは、この見方を適用し、単なる引渡しでも十分であると規定している²⁰⁵。

にもかかわらず、登録されている動産を移転するために法的に要求された手順に贈与者が従わないことによって、いくつかの事例において、贈与は意図してなされたものかどうか疑いを投げ掛けたものもある。もし、受贈者にこの問題の挙証負担があるなら、受贈者は、贈与者に法的に必要な諸手続きにも応じるよう要求することになる。引渡しの要素が主観的要素と客観的要素に分かれることは前に述べたが、贈与者が引渡しの要件を遵守しない以上、贈与者の贈与目的が真意に基づくものなのか、疑問になるというのである。贈与者の贈与の目的の存否が厳密に捉えられているといえる。

3. 曖昧な譲渡 (Ambiguous Delivery)²⁰⁶

いくつかの諸状況において、占有の移転は、あまりに不明確なものに見なされているため、引渡しの要件を満たすことができないとされている。例えば、仲介者への譲渡²⁰⁷が考えられる。二者間でなされる贈与行為の議論の中においてではあるが、本稿が問題としている三者間贈与の法的構造にも直接関わる論点であることから、詳細に見ていくこととしたい。贈与対象財産が動産であること、当事者が二者から三者になるこ

²⁰⁴ Truck Ins. Exchange v. Schuenemann, 391 S. W. 2d 130, 132 (Tex. Civ. App. 1965).

²⁰⁵ Restatement(Third)of Property(Wills and Other Donative Transfers)§6.2 Comment i(2003).

²⁰⁶ ここでの叙述は、主として Richard Hyland, op. cit., pp. 412-413 によりまとめたものである。

²⁰⁷ ハイランドは、その他に擬制信託 (constructive delivery)、持分のある所有 (shared possession) を挙げている。擬制信託、持分のある所有それぞれ大きな問題であり多くの検討を要することから、二者間でなされる贈与、すなわち gift の一般的性質の領域を越えるものであり、ここでは立ち入らない。

とで、より引渡しが曖昧なものとなるというのである。

(1) 仲介者 (Intermediaries)

贈与者は、受贈者の代理人としての第三者 (the third party) に対して動産を引き渡すことによって、有効な贈与をなし得る²⁰⁸。第三者が受贈者に引渡しをするとき、贈与は、代理法 (principles of agency law) の諸原則の作用によって完全なものになる²⁰⁹。困難な問題は、第三者が贈与を完成させないか、または、贈与者の死亡の前に贈与を完成させない場合に生じる。第三者が、贈与者の代理人であるとされる場合、贈与は未完成のままである。第三者が受贈者の代理人であれば、第三者に対する引渡しは贈与を完成させる。受贈者が贈与であると気がつかない場合、受贈者を本人であると考え難いもののように思える。結果として、仲介者がときに、受託者であると考えられることがある²¹⁰。決め手は、あらゆる事実と諸事情に照らして、贈与者の意図によると言われている²¹¹。

このように、第三者たる仲介者が受託者とされる場合が、われわれの検討している三者間贈与の法的構造の問題との比較において検討を要する場合である。判断の決め手が、諸般の事情に照らして贈与者の意図をそのメルクマールとしている点も示唆に富む。

しかし、アメリカでは、裁判所によっては、第三者が贈与者の代理人であると推定したり²¹²、そうではないとされたり²¹³、多様で一貫性がな

²⁰⁸ Bump v. Pratt, 32 N.Y.S. 538, 540 (Gen. Term 1895).

²⁰⁹ Ray Andrews Brown, The Law of Personal Property, §7.4 (1975).

²¹⁰ Philip Mechem, The Requirement of Delivery in Gifts of Chattels and of Choses in Action Evidenced by Commercial Instruments, Ill.L.Rev. 21, 586 (1926-1927).

²¹¹ Ray Andrews Brown, The Law of Personal Property, §7.4 (1975).

²¹² Pocius v. Fleck, 150 N.E.2d 106, 111 (Ill. 1958); Barasch v. Barasch, 628 N.E.2d 833, 836 (Ill. App. 1993).

²¹³ Kintzinger v. Millin, 117 N.W.2d 68, 77 (Iowa 1962); Bauer v. Sterling, 696

いとされている²¹⁴。「われわれは、第三者が正確に誰の代理人なのか決定することは、あまりに微妙な問題であると考えている。可能であれば、あまり論理的に構成すべきではなく、できるだけわれわれ一般の人々が取引し易いように考えるべきである」²¹⁵ともされている。

アメリカにおいては仲介者が間に入る場合において、裁判所の判断基準は明確性という点からは、程遠いところにあると言ってよいようである。そもそも第三者の地位につき、その判断基準は、取引慣行に照らして考えればいいとしているのは、アメリカに特有のプラグマティズム的発想というべきではなからうか。判断基準の設定を放棄し、法的安定性を害するとの評価は避けられないだろう。三者間贈与を考える場合の問題性・必要性が浮かび上がってくる場面ともいえるのである。

(2) 贈与者の死亡を前提とした仲介者

贈与者は、自分が生存中の間、第三者に贈与物を保持してもらうよう頼み、自分が死亡すると受贈者にそれを引き渡すのが通例である。コモン・ローにおいては、一般的にはそのような贈与を有効であると考えており、しかし、時には、将来利益の現時的贈与、自己信託(信託宣言)(*declaration of trust*)のような他の事例においては、第三者に実際の引渡しがある場合にのみ有効であるとされている²¹⁶。メカムは、生存者間贈与(*inter vivos*)と死因贈与(*mortis causa*)を区別している。生存者間贈与であれば、贈与は無効であるとされる。贈与者は、死亡のときまで権利を有すると理解されるべきであり、その時における引渡しは、遺贈によるものであるとされている。しかしながら、贈与が死因贈与であれ

N.W.2d 41(Iowa 2005).

²¹⁴ Philip Mechem, *The Requirement of Delivery in Gifts of Chattels and of Choses in Action Evidenced by Commercial Instruments*, Ill.L.Rev.21,590 (1926-1927).

²¹⁵ *Sharpe v. Sharpe*, 90 S.E.34,36(S.C.1916).

²¹⁶ *Ray Andrews Brown*, *The Law of Personal Property*, §7.4(1975).

ば、贈与者はその撤回権を有すると認められており、その贈与は有効であるとされる²¹⁷。裁判所は、しばしば贈与を有効にするような性質決定をしているものとされている。

アメリカにおいては、贈与者の死を前提とした第三者が介在する場面においても、第三者が誰の代理人なのか判断基準がなく、事案に応じてケース・バイ・ケースで考えられているようであり、法的安定性が必ずしも図られているとはいえないようである。しかも、裁判所は贈与を有効にするように性質決定しているとされていることから、アメリカのプラグマティズム的発想を見ることができる。その意味で、改めて三者間贈与の法的構造が如何なるものか、その特質は何かを考える意義が存在しているといえよう。

(3) 第三者が受寄者の場合

動産が、贈与がなされたときに既に第三者に寄託されている場合は、受贈者に対する贈与の意図の表示は、第三者たる受寄者は気づかずにいるので、通常は、贈与と認定するには十分ではない²¹⁸。譲渡承認 (attornment) を構成するためには、第三者たる受寄者との何らかの合意が必要とされているが、一般的にはいっそう進んだ占有の変化も必要とされていない²¹⁹。にもかかわらず、その財物の贈与が、権利証券 (document of title) あるいは、受領証書によって表示されていれば、当該財物を引渡すことが反対に出来ない場合に、第三者たる受寄者が当該贈与を知らなくても、裏書き (endorsement) や書面の受贈者への引渡しに

²¹⁷ Philip Mechem, The Requirement of Delivery in Gifts of Chattels and of Choses in Action Evidenced by Commercial Instruments, Ill.L.Rev. 21, 596 (1926-1927).

²¹⁸ Gartside v. Pahlman, 45 Mo.App. 160 (1891).

²¹⁹ Northern Trust Co. v. Swartz, 141 N.E. 433 (Ill 1923); James Crossley Vaines, Personal Property 307 (5th ed 1973); Ray Andrews Brown, The Law of Personal Property, §7.7 (1975).

よって、首尾よく贈与することができる、裁判所は判断している²²⁰。

当該贈与対象財産の性質上、その占有移転としての本来の引渡しが出来なくても、裏書きや書面の受贈者への引渡しがあれば、第三者たる受寄者が知らなくても、当該贈与を有効としているのである。これらの事情があれば、贈与の意図も明確であるし、第三者たる受寄者も当該贈与を認識できるということであろう。

したがって、贈与の意図が外部徴表として発現され、第三者たる受寄者の認識可能性が、当該贈与の有効性基準になっているといえよう。

ただ、三者間贈与との関連で考えると、あらかじめ受寄者に引渡している動産を寄付するというのは、理論上ないとはいえないが、あまり現実には多い事例でないといえそうであるとのみ指摘しておこう。

4. 引渡し概念の重要な展開²²¹

過去数百年の間に、引渡しの法理は、アメリカ法においては、深みのある展開を経験してきたようである。これまで見てきたように、あらゆる実践的な目的のため、動産の贈与においては、引渡し概念は、もはやその役割を果たさなくなっているといえる。引渡しの要件は、ゆっくりと州の裁判所によって、放棄されてきた。これは、劇的な展開を表しているけれども、始めから、引渡しの要件は、明確に意図されていた贈与を有効にするために、しばしば十分な柔軟性を持って解釈されていたことを思い出すことが重要である。アメリカ法においては、今日、動産の贈与の有効性の問題が生じる場合、注意は、ほとんど専ら贈与者の目的

²²⁰ Schmidt v. Pirie, 211 Ill. App. 367 (1918). メカムは、関係する書面が譲渡できないならば、受寄者側に譲渡承認なしでいかに贈与は完全になるのかと疑問を投げかけている (Philip Mechem, The Requirement of Delivery in Gifts of Chattels and of Choses in Action Evidenced by Commercial Instruments, Ill. L. Rev. 21, 606 (1926-1927))。

²²¹ ここでの叙述は、主として Richard Hyland, op. cit., pp. 417-419 によりまとめたものである。

(donor's intent)の証明に焦点があるように考えられている。引渡しの要素として、客観的要素と主観的要素があるとはいうものの、既に繰り返し見てきたように、動産によっては前者が外観上なされない、つまり占有の移転すらないような場合があり、後者たる贈与の目的を中心に考える必要が生じるのは必至であったといえる。

アメリカ法においては、動産の引渡しは、贈与の執行にはもはや必要ではないとされている²²²。マクゴワンは、「贈与の目的が明確であって、引渡しの要件が欠けているとされたケースは、1966年が最後であった」と述べている²²³。裁判所は、引渡しを必要としていると主張しているけれども、実践としては、引渡しの概念の操作をしており、贈与者の意図に沿った結果に解釈したり、または、贈与の強制が深刻な不正義になると信じる場合は、有効性を否定したりしている。

アメリカでは、動産の贈与における引渡しの意義は失われているようであり、事案に応じて結論の妥当性を考慮しつつ、贈与者の意図を中心にして当該贈与の有効性を判断しているといえることができる。

5. 書面による引渡し²²⁴

捺印証書(deed)は、贈与者が与え、または将来にある財産を受贈者に与えるという伝統的には印影(seal)を押してなされるはっきりした陳述である。捺印証書の作成は特段の配慮がなされていることであるから、約因を審理することなく、当該贈与に拘束力があるとされている。コモン・ローにおいて、捺印証書は特殊な地位を占めている。捺印証書による贈与の法理は、印影のある証書というコモン・ローにおける特別な意

²²² See Restatement(Third)of Property(Wills and Other Donative Transfers)§ 6.2 Comment yy(2003).

²²³ Chad A McGowan,Special Delivery,Real Property,Probate and Trust Journal 31,360(1996).

²²⁴ ここでの叙述は、主として Richard Hyland,op.cit.,pp.420-423によりまとめたものである。

義に基礎を置いており、それは撤回できずまた抗弁できない譲渡証書としての作用を持っている²²⁵。印影の役割は、証書の本文を単に有効にするものではない。むしろ印影が証書の象徴的な本質なのである。本文は、地上に生えているもの (vesture) に過ぎない²²⁶。つまり、捺印証書における印影こそが重要であって、証書に書かれた文言は付属に過ぎないというのである。一般的なルールとして、動産の贈与は、当該財産自体が引き渡されなくても印影のある証書によってなされている²²⁷。

動産の引渡しにおける占有移転という要素が形骸化していることから、引渡しの客観的要素を担保するため、捺印証書の手法によって贈与の有効性の判断基準の一つとしているといえる。この捺印証書も、当該贈与における贈与者の目的の存否を左右する有力なメルクマールになっているといえる。

(1) 一般原則

それでは、現実の贈与対象財産の引渡しを担保している捺印証書の一般原則は何か、以下に見ていくことにしよう。

アメリカの裁判所の多数は、普通の(印影のない)書面による手段によってなされる動産の贈与の有効性を認めているようである²²⁸。しかし、裁判所は今なお、明白な形式を要求し、無償譲渡を有効にしているのである。今や、第三次リステイトメントは、あらゆる動産(all personalty)は、生存者間の贈与書面という特別な非公式の書面の手

²²⁵ Philip Mechem, The Requirement of Delivery in Gifts of Chattels and of Choses in Action Evidenced by Commercial Instruments, Ill.L.Rev.21,569 (1926-1927).

²²⁶ Ibid.,577.

²²⁷ Ray Andrews Brown, The Law of Personal Property, §7.10(1975); Philip Mechem, The Requirement of Delivery in Gifts of Chattels and of Choses in Action Evidenced by Commercial Instruments, Ill.L.Rev.21,569 (1926-1927).

²²⁸ In re Cohn, 176 N.Y.S 225(App.Div.1919); Restatement(Second)of Property (Donative Transfers)§32.2 and the Reporter's Note(1992).

段によって、贈与をすることができる」と規定している。そのようにしてなされた贈与は、たとえ財産の実際の引渡しは欠けていても、有効であるとされている²²⁹。ただ、その書面は、多数の要件を満たしていなければならないとされている。贈与者によって署名がなされ、贈与者と受贈者がわかり、贈与される対象が書かれており、そして与えられる利益の性質を詳述していなければならない²³⁰。個人的な手紙やEメールも使われる²³¹。たいていの裁判所は、その書面が引き渡されない限り、当該贈与は無効であると判決しているとされている。しかしながら、第三次リステイトメントは、その書面が引渡しなしで有効であるのは、贈与者が現実の引渡しの意思を表明するような方法で、行為されている限りにおいてであると規定している²³²。

このように、動産の贈与の引渡しに替わる単なる書面で足りるというのではなく、引渡しと同視してもよいと考えられる書面であることが必要である。そして、それらが贈与者の贈与目的の存否を客観的に判断するために必要な要素とされているとも評価することができる。

捺印証書の一般原則は何かを考えるのに、その判断に迫られる事例として次の事例がある。

片田舎のホームに対する公益的贈与に関連する事例は、コモン・ローの許容範囲の限界を表している。贈与者は受贈者との契約の中に次のような文言を挿入していた。

慰安、世話、幸福であることから、短いか長いかこのホームに私
がいる間は、自分の財産を持っているが、求めに応じてこれらの諸
価値に対して1万ドル相当を支払いたい。しかしながら、これは、

²²⁹ Restatement(Third)of Property(Wills and Other Donative Transfers)§6.2 comment p(2003).

²³⁰ Ibid.,§6.2 comment q.

²³¹ Ibid.,§6.2 illus.19,21.

²³² Ibid.,§6.2 comment u.

すぐに要求がなされず、または私が支払わない場合には、私が死んだら相続財産に請求してもよい²³³。

裁判所は、その書面は非公式ではあるとはいえ、十分に贈与の意図が証拠づけられるという理由で、当該贈与の強制を認めている²³⁴。しかし、贈与の意図は存在しているというものの、即時移転の意図はなかったとされている²³⁵。

この挿入された文言を見る限り、贈与者の意図として、自身がホームにいる間は贈与しないとしているので、たしかに即時移転の意図はないものの、1万ドルを贈与したいとの意図があるのは、明らかであるといえる。

(2) 未成年者への贈与

書面による引渡しの一般原則の例外として、未成年者への動産贈与の問題があるとされている。以下に瞥見していくことにしよう。

部分的には、はっきりした引渡しという要件によって生じる贈与の有効性判断が難しいため、事実上、すべてのアメリカの州は、未成年者に対する贈与を促進させるために考案された一つのバージョン、または別のバージョンの統一法を制定したとされている。その法律は、未成年者のために贈与財産を保有し得る信託を規律する法令方式を新たに策定している。信託方式は、特に金銭や証券(securities)の贈与に役立つとされている。このごく最近のバージョンは、動産を贈与するために用いられている書かれた書面の内容を詳述しているので、ここでこの制定法について考えていくことにする。

²³³ Faith Lutheran Retirement Home v.Veis,473 P.2d 503(Mont.1970).

²³⁴ Ibid.,pp.505-506.

²³⁵ Judson L Temple, Gifts Effected by Written Instrument: Faith Lutheran Retirement Home v.Veis. Montana L.Rev.35,132-143(1974).

オリジナルのバージョンは、未成年者への贈与に関する統一州法 (Uniform Gifts to Minors Act) (UGMA) であり、1956年に制定された。それは、未成年者証券贈与法 (Gifts of Securities to Minors Act) をしっかりと模範としており、14の州において適用されていた²³⁶。未成年者への贈与に関する統一州法は、証券 (securities) と同様に金銭の贈与も含んでおり、1966年に改正された。未成年者への贈与に関する統一州法のいくつかのバージョンは、あらゆるアメリカの州において適用されていた。

未成年者証券贈与法をモデルとして、証券のみならず、金銭も対象として、統一的に未成年者に対する贈与法としての法を作り上げたのである。未成年者の保護という目的に加え、受贈者の未成年者という属性と動産の贈与行為自体における引渡し概念の不明確性が統一法化を促進させたといえることができる。

しかし、その後、大部分が一連の統一していない修正条項であったため、未成年者への贈与に関する統一州法はリステイトされて、1983年に統一未成年者譲渡法 (Uniform Transfers to Minors Act) (UTMA) に改正された。統一未成年者譲渡法は、今や事実上、すべてのアメリカの州において適用されている²³⁷。それは、未成年者のための財産管理者 (custodian) に対する財産の移転を規定している。あらゆる財産 (property) は、不動産 (real) であれ、動産 (personal) であれ、有形 (tangible) であれ、無形 (intangible) であれ、財産管理者により贈与される。財産は、七つのカテゴリーに分類されている。譲渡を有効にする異なった方法が、それぞれのために示されている²³⁸。一般的には、

²³⁶ See, e.g., California Canons of Judicial Ethics former §§1154-1164 (1955) (repealed 1959); Note, Recent Legislation to Facilitate Gifts of Securities to Minors, Har. L. Rev. 69, 1479-1490 (1956); Prefactory Note, Uniform Transfers to Minors Act 1983, 8C U.L.A. 1, 3-4 (2001).

²³⁷ 適用表については、see Uniform Transfers to Minors Act 1983, 8C U.L.A. 1-2 (2001).

²³⁸ Uniform Transfers to Minors Act 1983, 8C U.L.A. 1 §9 (2001).

登記 (registration) または登録 (recordation) が可能な財産は、未成年者のために保持されていることの表示とともに、財産管理者の名前 (custodian's name) で適切に記録することによって贈与される。通常、登録または登記されない財産の場合には、譲渡は、書面によってなされる。すべての事例において、譲渡がなされない場合に、贈与は無効ではないけれども、財産管理者に対する財産の支配権の移転は、できるだけ早くなされる必要がある²³⁹。権利はすぐに未成年者に帰属するが、支配権は財産管理者にある。未成年者も未成年者の法定代理人も、財産への支配権を行使し得ないとされている。

このように、未成年者が受贈者で、贈与対象財産が動産の場合は、統一未成年者譲渡法によって規律されているのである。既に本章第一節の gift の能力としての受贈能力論においても述べたように、未成年者の権利保護という社会政策上の要請がアメリカでは強い。とりわけ動産贈与の場合は、受贈者の未成熟さと贈与行為そのものとしての引渡しの不明確性という特質がある。それゆえに、より未成年者保護の必要性が高いとされているといえることができる。特定の未成年者に対する贈与も、三者間贈与において受益者が未成年者の場合どのようになるか一応、理論上は問題となり得る。

第四款 債権 (Choses in Action)²⁴⁰

債権は、伝統的には譲渡 (assignment) によって贈与され、または信託の設定によってもなされるが、後者については、エクイティにおける諸制度として行われることは、これまでも述べてきたことである。一般的には、無償の譲渡は、すべての債権に対する諸権利を移転するために有効である。

しかしながら、典型的には、譲渡証書 (assignment) は、移転するための

²³⁹ Ibid., §§9 par.c, 11par.a.no.1.

²⁴⁰ ここでの叙述は、主として Richard Hyland, op.cit., pp.423-424 によりまとめたものである。

排他的な仕組みではない。流通証券(negotiable instruments)のような商業の書面は、商慣習法の下で、引渡しによる譲渡が行われていた。

コモン・ローは、今や、同様にしてこの慣習を受け入れてきている。多くの事例では、商慣習法上の債権は贈与されるとはいえ、厳密に説明すると無償の譲渡と見なされるであろう。一般的にはこれらの移転は、金銭や動産とは別個のものであると考えられている。後に述べるように、銀行口座(bank accounts)における預金された金銭の無償の譲渡には、エクイティ上のルールが適用されている。

以上からもわかるように、債権の贈与は、債権の譲渡であり、通常は、債権譲渡として説明されている。不動産や動産とは別の商慣習上の債権、例えば、流通証券(negotiable Instrument)、株式(shares of stock)、生命保険(life insurance)等細部に渡る個別的な検討が必要となるとされている。われわれの課題としている三者間贈与において、前提としているのは、主として金銭、動産である。債権については、債権譲渡論にも関連するので、当面の考察においては、giftとしての一般的性質の枠内におけるごく限定した範囲で、コモン・ロー上の無償譲渡、次いで、エクイティにおける譲渡を順に見ていくこととしたい。

1. 無償譲渡²⁴¹

アメリカでは、債権の譲渡は、権利の即時移転をすとの意図で十分であり、自分以外の他人に対する意思の表明によってすることができる。つまり、「あなたにあげる」というだけで十分であり、何らかの書面に依らなくてもよいとされているのである。すなわち、契約または制定法によって反対の条項が規定されていない限り、形のない債権の譲渡は口頭または書面でなされ得るとされている²⁴²。

²⁴¹ ここでの叙述は、主として Richard Hyland, op.cit., p.424 によりまとめたものである。

しかしながら、無償の譲渡は、次の三つのうちの一つが存在していない限り撤回できるとされている。一つは、文書の作成(execution)と伝統的な譲渡証書の引渡しである。二つは、権利を具体化している書面の引渡しである。三つは、書面における具体化されていない権利に基づき請求を執行するのに必要な文書の引渡しである²⁴³。アメリカ法では、エクイティが主として、譲受人の信頼(assignee's reliance)を保護するために介在している。これらの異なったメカニズムは、非常に複雑な歴史的発展の産物である。コモン・ローにおける譲渡とエクイティの譲渡との間には、こみ入った関係が存在しているものとされている。

債権は、動産や不動産と異なり、目に見えないことから、贈与対象財産としても、より明確な要件である手続を踏まなければ、いつでも撤回できるものとされ、贈与者の贈与目的の発現としては、動産や不動産よりもより厳格さが要求されているといえる。次に、エクイティによる譲渡が認められるようになった経緯を素描しておくこととしたい。

2. エクイティによる譲渡の生成史素描²⁴⁴

債権は、もともとは、コモン・ローにおいては譲渡し得なかったとされている。代理の原理(principles of agency)がその制限を避ける手段と規定されていた²⁴⁵。債権者(obligee)が第三者に代理権を付与すると、第三者は債権者の名前で債務者(obligor)を訴えることができた。債務者が第三者の訴えに異議を唱えると、エクイティは、代理権が約因に基づくものであった場合のみ第三者にエクイティ上の訴状(bill in equity)を与えた。唯一の受け入れられた約因は、存在している債務の履行であ

²⁴² Restatement(Second)of Contracts§324(1979).

²⁴³ Ibid.,§332 par.I.

²⁴⁴ ここでの叙述は、主として Richard Hyland,op.cit.,pp.424-426 によりまとめたものである。

²⁴⁵ Oliver S Rundell,Gifts of Choses in Action,Yale Law Journal 27 643-645 (1918).

った。17世紀の始めには、約因がなくてもエクイティ上は債権の譲渡が可能になった。ただ、約因がなかったら、その譲渡は撤回可能なままである。

このように、債権の譲渡も約因法理との衝突があって行えず、この法理の影響を受けないものとして、エクイティ上の譲渡が認められてくるようになったといえる。

現存債務の履行のためという形で、エクイティ上の無償譲渡は、より限定されていた。何らの約因もエクイティの債権の譲渡には必要とされていなかったが、約因がコモン・ローの債権の譲渡に必要とされているのかに関して、後に有名な論争が生じた²⁴⁶。その論争が生じたのは、エクイティ上の譲渡でも、所有権は、譲渡人に依然として残っているからであった。譲渡が完全ではなく、エクイティは任意に支払った者を支援するわけではないので、当該譲渡は約因に基づいている場合にのみ強制され得るように見えるのである²⁴⁷²⁴⁸。この不確かさの結果、債権は一般的に信託宣言(自己信託)によって譲渡されるようになったとされている。

約因をめぐる問題は、エクイティ上の譲渡でも、譲渡人に法的権利が依然として残っていることから、約因の必要性があるのではないかが問題となったのである。結局、信託宣言による有効性を認めることでしか解決できなかった問題であった。約因原理をいかに乗り越えるかの問題に突き当たっていたといえよう。二者間の債権贈与でも、約因がネックになっていたことが知られる。

²⁴⁶ Edward I Sykes, Consideration in Equitable Assignments of Choses in Action, Res Judicatae 1 125(1935-1938).

²⁴⁷ G.W. Keeton, Is Consideration Necessary for Equitable Assignments of Choses in Action? Bell Yard, Journal of the Law Society's School of Law 15, 12(1935).

²⁴⁸ ハイランドは、ジェンクス(Jenks)、アンソン(Anson)をそれぞれ引用して、論争の根深さを指摘している。ジェンクスは、「無償の譲渡は、エクイティにおいて強制可能である」と論じ、アンソンは「約因は一般的には必要である」と強く主張していたとされている(Edward Jenks, Consideration and the Assignment of Choses in Action, Law Quarterly Rev. 16, 241-248(1900); William Reynell Anson, Assignment of Choses in Action, Law Quarterly Rev. 17, 90-94(1901))。

1873年の最高法院法(the Judicature Act)は、コモン・ロー上の譲渡の有効性を認めた。なお効力のある法律の規定のもと、署名された書面でなされ、譲渡が絶対的で(債務の担保として与えられていない)、債務者(obligor)に明示された認識を与えると、コモン・ロー上の譲渡は有効とされている²⁴⁹。これらの状況が満たされたとき、債務に対する権利は、譲受人に移転し、その権利は譲受人に対して債務の弁済か債務の免責かの選択を認めているのである。この最高法院法は、何らの約因を必要としないのである。このようにして、無償の譲渡は有効とされている。この法は、コモン・ローとエクイティの債権双方に適用すると判断されている²⁵⁰。

gift、すなわち二者間の贈与としての債権の贈与は、債権譲渡における対抗要件にもつながる議論がなされているようであり、われわれの問題としている三者間贈与の射程を越えるものである。二者間の贈与が対象によっては他の制度にまで広がる法的構造であると評価できる。さらに、この最高法院法の定める要件が満たされていれば、譲受人の信頼も保護されることになるのであり、後に検討していくことになっている第三者のためにする契約の議論にまで及び得る問題といえよう²⁵¹。

いくつかの裁判所は、債権のエクイティ上の譲渡は、約因なしでは無効であると判決を下しているものもあるが²⁵²、正義が約因を必要としていると思われる時でも、約因を必要とする州の裁判官は、当事者間の自然的な愛や情愛、あるいは自然的な義務や思慮の動機の中に約因を認めているのである²⁵³。

既に述べたように²⁵⁴、約因の存否の問題は、結論の妥当性から帰納

²⁴⁹ Supreme Court of Judicature Act of 1873 sec.25 par.6,now in Law of Property Act of 1925 sec.136 par.I.

²⁵⁰ Torkington v Magee[1902]2 KB 427; Edward I Sykes,Consideration in Equitable Assignments of Choses in Action,Res Judicatae 1, 129(1935-1938).

²⁵¹ 本稿第五章第二節を参照。

²⁵² Bleitz v.Bryant Lumber Co.,194 P.550(Wash.1920)(en banc).

²⁵³ Sundstrom v. Sundstrom,129 P.2d 783.788(Wash.1942)(en banc).

²⁵⁴ 本稿第四章第一節第一款を参照。

的考察を行うことによって、判断されているようであり、約因の存在意義が問われているということができよう。結論として、当該贈与の強制を認める必要があると判断される場合、約因をどうにかして自然的義務や情愛等から取り出してくるという解釈を展開しているのである。

3. 書面の譲渡²⁵⁵

第二次契約法リステイメントは、譲渡書面で、署名または捺印証書でなされた場合には、無償の譲渡は撤回し得ないと規定している²⁵⁶。州の制定法も、類似した条項を有しているとされている²⁵⁷。しかしながら、捺印証書または、その他の書面が引き渡され、または譲受人が支払いを受けるかまたは債務者に対する判決を得られるまでは、譲渡は撤回可能であるとされている²⁵⁸。

第二次契約法リステイメントにおいては、債権の無償譲渡は、一定の書面でなされれば、撤回できないものとされている。しかしながら、実際には譲渡人の支払いを受ける等贈与者の行為があるまでは、撤回が可能であるとされている。債権が贈与対象財産の場合には、贈与者の支払いというある種の引渡しが無ければ贈与として完結しないということになる。

4. エクイティによる譲渡²⁵⁹

アメリカ法では、通常、コモン・ローとエクイティの譲渡を区別して

²⁵⁵ ここでの叙述は、主として Richard Hyland, op.cit., p.426 に分析を加えたものである。

²⁵⁶ Restatement(Second)of Contracts §332 par. II lit.a(1979).

²⁵⁷ New York General Obligations Law §5-1107.

²⁵⁸ Restatement(Second)of Contracts §332 par.3(1979).

²⁵⁹ ここでの叙述は、主として Richard Hyland, op.cit., pp.438-443 に分析を加えたものである。

いないとされている。裁判所は、法的要件が満たされていなくてもある譲渡が有効である理由を説明するために、エクイティ上の譲渡という言葉を借りている。アメリカ法では、この領域においてエクイティを主に用いるのは、譲受人の信頼を保護するためである。

アメリカ法では、エクイティにより譲受人の信頼を保護するために、必要な範囲で無償譲渡を強制している²⁶⁰。

以下では、二者間贈与としての gift の一般的性質論の中でも、細部に渡る議論となるが、エクイティによる譲渡の具体例として、受贈者名義の口座の銀行預金、次いで、受贈者のための信託に触れることとしたい。

なぜなら、第三者のためにする契約論ともつながる議論がなされており、次章で検討する三者間贈与を考察するための分析視角として、第三者のためにする契約論の予備的知識が与えられると考えられるからである。

(1) 受贈者名義の口座 (Account in the Donee's Name) の銀行預金 (bank deposits)

アメリカでは、預金者と銀行が受贈者のために預金契約を締結することを受贈者のための第三者のためにする契約とする見解がある。しかし、次の理由からこの見解は否定されている。第一に、銀行が第三者の取引の有効性に関する議論に巻き込まれるのは賢明でないからであり、第二に、預金者が引き出す権利を有していることを意図しているからである。

前者は、あまり理論的な根拠とはいえないが、すぐれて銀行実務取引の実際を考慮に入れたものといえるだろう。後者は、贈与者の目的が明確でなく、翻意の可能性がなお存在しているとの評価故であると思われる。

²⁶⁰ Restatement(Second)of Contracts §332 par.4 and illus.9(1979);Armstrong v Armstrong,142 Ill.App.507(1908).

幼い子供の名前で取得した定期預金(nonnegotiable certificate of deposit)は、受贈者(幼児)への引渡しがなくとも、贈与者が取得した段階で、有効な贈与であるとされている²⁶¹。裁判所が依拠しているのは二つの要素である。第一に、贈与者は、受贈者たる幼児の代理人としてその定期預金の書面に書いているからである。第二に、幼児へのそのような書面の引渡しは意味がなく、受贈者たる幼児のための第三者のためにする契約と考えられるからである。幼児への贈与には、形式的な受領は何ら必要とされていない。贈与が利益を与えるものであれば、受領は推定されている²⁶²。それゆえ、幼児の名前での預金は、贈与目的が表示されていることから、すぐに受領したものと見なされている。預金が口座から直後に引き出されれば、その預金は擬制信託の形で、受贈者たる幼児のために保有されているとされている²⁶³。

本稿の三者間贈与の構造と特質からは、より微に入り細に入る論点ではある。しかし、幼児を保護するために、贈与者を委託者とし、銀行を受託者、幼児を受益者としての信託が、擬制信託(constructive trust)として成立すると解釈されているのである。

ともあれ、銀行預金の贈与は、二者間贈与の議論でありながら、第三者のためにする契約論、そして、子供を受益者とする擬制信託の問題にまで発展し得る広がりのある論点である。本稿との関連では、その射程外であるので、これ以上立ち入らず、問題提起として受け留めておけば足りよう。

(2) 受贈者のための信託(in trust for the donee)

概念的には、エクイティに属しているものの、信託は、銀行預金の贈与をする有効な手段として非常に幅広く認識されている。受贈者のため

²⁶¹ Holloway v. Wachovia Bank, 423 S.E.2d 752(N.C.1992).

²⁶² 本稿第四章第一節第六款 2 参照。

²⁶³ Collins v. Collins's Adm'r, 45 S.W.2d 811, 815(Ky.App.1931).

に受託者として贈与者の名前で預金されている金銭は、信託宣言として有効な贈与であり、贈与目的も存在している²⁶⁴。贈与目的は、受贈者または第三者に対する明確な宣言によって、または、通帳の引渡しや受贈者に対するそれに相当する行為が証拠になっている。難しい事例は、贈与者が預金の支配権を有し、受益者に知らせない場合に生じる。

マサチューセッツ州の法律の下では、そのような口座だけで存在している預金は、信託であると証明されておらず、他の証明が必要であるとされている²⁶⁵。

受贈者のための信託も、贈与目的がはっきりしていること、通帳の引渡し等の外観上の発現行為により、成立するものとされているのである。贈与の目的が重要であることに加え、受贈者への何らかの外部行為が必要とされている。したがって、受贈者としての相手方(受益者)がおらず、贈与者が預金支配権を有している場合は、信託ではないというのは、当然の成り行きといえよう。

第五款 エクイティにおける法理について—信託²⁶⁶

エクイティは、これまで述べてきたように、いくつかのやり方で、コモン・ローの規範の比較的固い性質をやわらげている。歴史的には、贈与法に対するエクイティの主な貢献の一つは、前述したエクイティ上の譲渡である。加えて、無償譲渡をするいくつかの特別なエクイティ上の手段がある。それらには、信託、死因贈与²⁶⁷、約束的禁反言の法理²⁶⁸、ある種の擬制信託²⁶⁹の利用が含まれている。以下では、三者間贈与との関連で、改め

²⁶⁴ Ray Andrews Brown, *The Law of Personal Property*, §8.7 (1975).

²⁶⁵ *Gerrish v. New Bedford Inst. for Savings*, 128 Mass. 159 (1880).

²⁶⁶ ここでの叙述は、主として Richard Hyland, *op. cit.*, pp. 449-450 に分析を加えたものである。

²⁶⁷ 本稿第四章第一節第三款参照。

²⁶⁸ 本稿第四章第二節第五款 1. 参照。

²⁶⁹ 贈与の一般的性質論からは、その範囲を越えるので、立ち入らない。

て信託にのみ触れておくこととしたい。

伝統的には、債権を含めてすべての財産は、信託の設定によって譲渡できる。信託は、約因によって支えられている必要がない²⁷⁰。このようにして、完全な信託は、その設定が無償であり、またはエクイティでの表現でいえば、純粹に自発的なものであっても、強制し得るものであるとされている²⁷¹。信託の設定は、類似の社会に関する機能をしばしば果たしているけれども、贈与の法的概念とは異なっている。純然たる贈与は、コモン・ローとエクイティの権利の双方の受贈者に対する移転に関連するものではあるが、後者は、受益的利益を譲渡するものとして知られている。そのことは、受贈者がコモン・ロー上、必ず即時の権利を取得することを要することを意味しない。将来利益もコモン・ローにおいて有効に贈与できる。

一方で、信託の設定は、受贈者に対するエクイティの権利を譲渡し、そして受託者に対してコモン・ローの権利を留保するものであり、その受託者は贈与者または第三者のどちらでもよいとされている。信託は、別の当事者のために信託財産の中の利益を留保している間は、果実の中の利益を生きている間しか受益者は取得することができない。コモン・ローとエクイティの二つの諸制度の間における相異の一つは、完全な贈与の効果は、その後の善意取得者に対して優先する権利を譲渡することであり、しかし、信託の受益者のエクイティ上の権利はその後の善意取得者が優先することである。

二者間の贈与における贈与と信託は、それぞれ法的に別概念とされているものの、贈与と信託が gift の一般論の中で論じられているのである。三者間贈与の構造を考えるうえでも、重要な視点であるというべきであろう。信託は、エクイティに基づく譲渡の手段とされているのである。三者間贈

²⁷⁰ 1 Austin Wakeman Scott, William Franklin Fratcher, and Mark L. Ascher, *Scott and Ascher on Trusts*, §3.3.1 (5th ed 2006); 3 John Norton Pomeroy, *A Treatise on Equity Jurisprudence, as Administered in the United States of America*, §996 (1905).

²⁷¹ 3 John Norton Pomeroy, *A Treatise on Equity Jurisprudence, as Administered in the United States of America*, §997 (1905).

与としての公益信託も、信託の中の制度である。公益信託については、次章で改めて論じることとしたい。

第六款 贈与行為論の本質について²⁷²

人的財産(債権を含む)(chattels)に関連する贈与がなされる場合には、裁判所は、贈与の目的に専ら焦点を当てることによって法の引渡し要件に取って代わるべきであるとしており、贈与の目的を重視しているようである。コモン・ローは、現実の引渡しだけではなく、書面による贈与を人的財産に認めている。ドイツやフランス等大陸法において、単なる口頭の宣言によって委託者は、人的財産の受益的利益の贈与を有効に行える。さらに、アメリカ法においては、しだいに引渡しの要件が消滅していることは、アメリカ贈与法が変形の段階にあり、ますます贈与の目的に焦点が集まっていることを示唆している²⁷³。

アメリカ贈与法は、形がなくなり、柔らかくなり、どんな形でも目的があればよいとされるようになってきているのである。

二者間贈与たる gift につきその贈与対象として、不動産、動産、債権を考えてきた。中でも、債権を贈与対象とする gift の法的構造の分析は、贈与の領域に留まらない他の法制度に視野を広げる必要があることが改めて確認されたといえよう。すなわち、債権譲渡、第三者のためにする契約、そして信託等の広がり得る議論がさなれていることが明らかになった。かつ、また、同時に、引渡しの概念がどの対象財産の贈与であっても、形骸化し、コモン・ローとエクイティとの違いはありつつも、やはり何よりも、贈与者の目的の存否が gift を考えるうえでの中核的な要素であったとい

²⁷² ここでの叙述は、主として Richard Hyland, op.cit., p.455 に分析を加えたものである。

²⁷³ なお、第三次リステイメントによると、受領は必要とされるが、通常は推定されている。Restatement(Third)of Property(Wills and Other Donative Transfers)§6.1 b and comment i(2003).

うことができよう。

第四節 アメリカにおける gift の一般的性質を考察して得られた示唆

以上で述べたように、gift は譲受人のための譲渡であり²⁷⁴、三者間贈与は、第三者の利益のための譲渡ということができよう。ただ、この定義では何らそれぞれの実体を説明しておらず、トートロジーの感がある。

以下では、本章で明らかになった gift の一般的性質につきまとめておくこととしよう。

贈与の目的、贈与当事者の能力、コモン・ロー上の約因を補強する捺印引渡等の形式論、エクイティにおける寄付約束に対する強制、第二次契約法リテイメント 90 条における約束的禁反言、自己信託(信託宣言)の議論がなされてきている。これらは、すべて当事者につき、二当事者前提とした諸議論を展開しており、我々の問題としている三者間贈与を前提とした議論はなされていないようである。

gift の中核的な概念は、約因である。約因によって、贈与は契約ではないとされることから、様々な方法によって契約を有効としつつ当事者間の強制可能性を確保している。原則である約因法理が存在はしているものの、その働きは狭められ、例外の領域が増してきているような状況にある。契約文言による当事者関係よりも、その背景にある社会的な関係が重視されているのである²⁷⁵。約因法理の必要性についても改めて問われているといえまいか(原則を例外が凌駕しているわけであるから)。コモン・ローにおいては、約因がないので、贈与は契約ではないとの大原則を維持しつつ、贈与の客体に応じて贈与者のなすべき行為、受贈者のなすべき行為を変えることで、結果

²⁷⁴ 木下毅『アメリカ私法』(有斐閣、1988年)269頁。

²⁷⁵ 藤倉皓一郎「日本におけるアメリカ法研究」ジュリスト 600号(有斐閣、1975年)67頁。これは、木下毅、最近では内田貴の強調する、関係主義や関係的契約論に親和するものと思われる。内田貴は、約因を「政策判断の歴史的な結晶」とし、「約因法理は単なる贈与約束の法的拘束力を否定するための法理であった」とする(内田貴『契約の再生』(弘文堂、1990年)15頁、20頁)。

的に当該贈与に強制可能性を付与するという方策をとっている。当該贈与の対象によるカズイステッシュな解決であり、贈与対象物によって変化しない共通の引渡しの内実がないことから、贈与行為としての引渡しについては、一般的な性質が語れない状況である。ただ、引渡しの中で、仲介者が介在した場合にどうなるかの議論をしているのは興味深い。gift と信託の両者の重なり合いが出てくる場面ではあるが、二当事者を前提とした議論である。

また、gift の議論の中において、二当事者が関係しているという理由から、強制が可能かどうかの文脈の中で、自己信託(信託宣言)の議論がなされている。アメリカでは、gift と信託の議論が混然としてなされているようである。前者がコモン・ローによる規律であり、後者がエクイティによるそれだからである。日本においては、債権各論として、典型契約の筆頭に、贈与契約の説明があるが、その中で信託に言及がなされることはほとんどない。他方で、次章で述べる第三者のためにする契約は、契約総論の中で講じられているものの、一般的な概説書に信託について若干の記述(受益の意思表示の問題)がなされているのみで、相互の比較の言及がされているものはほとんどない。

以上、gift の一般的な性質の諸議論で明らかになったのは、次の4点にまとめることができよう。第一は、約因の法理という英米法の大原則が、契約と贈与を区別する明確な分水嶺の役割を失いつつあり、むしろ具体的妥当性の観点から、そもそも約因法理が存在しない大陸法に解決手法が接近しているということができる。換言すれば、約因という明確な基準が形骸化し、結局は解釈によって約因がない場合にも執行可能性、すなわち損害賠償等を認めているのである。とすれば、日本も英米法の約因法理に重きを置いていない解釈論の中から、日本の議論の解決方法の比較の前提が整ったといえるのであって、アメリカ法から単なる機能ではなく、理論的にも十分示唆を得られるようになってきているといえよう。

第二は、贈与能力、受贈能力の中で、公益信託における議論がなされており、gift としての議論が二当事者間の信託として議論されていることである。gift の一般的な性質と信託の議論が明確に区別し得ないもの、連続性があると

考えられているのではないか。

第三に、われわれが課題にしている三者間贈与との関連でいえば、引渡しとしての贈与行為の中で、仲介者が二当事者に加わった場合に、その曖昧さをキーワードに引渡し概念を議論していることであろう。引渡しの議論の中で、三者間贈与の法的構造を把握しようとしていると評価することができよう。

第四に、gift の新たな見通しとして、簡素な形式でも gift promise に利用可能となるとリチャード ハイランドは主張する²⁷⁶。特に、公益団体 (charitable institutions) に対してそうなるという。すなわち、受贈者が公益団体の場合には、簡素な形式でも gift promise の効力が生じ、約因を必要としない考えているものと評価し得る。後述する公益信託の議論への発展を示唆する萌芽といえないであろうか。

いずれにせよ、gift における議論は、三者間贈与の法的構造を直接の射程としてはいなかった。しかしながら、贈与者と受贈者の二者間議論と明確に区別されることなく、二者間の gift と三者間の贈与とが混然と議論されているという限界を有しているということができよう。

²⁷⁶ Richard Hyland, op.cit., p.592.

第五章 英米からみた第三者のためにする契約と三者間贈与

第一章において明治、大正、昭和、平成と時代を追って日本における寄付の学説史の展開を考察して明らかになったように、寄付を第三者のためにする契約とする見解が、少なからず見られたことが確認された。

かかる結果を受けて、本章においては、第三者のための契約につき、英米法の観点から見ていくことにしよう。その場合も、あくまでも三者間贈与という法的構造との関連においての分析態度を全うすることを忘れてはならない。第三者のためにする契約とわれわれの考える三者間贈与とはどのような関係ないし違いがあるのであろうか。

以下、英米法の議論に立ち入る前に、日本における第三者のためにする契約論につき、瞥見することとしたい。

第一節 日本における第三者のためにする契約の概念

第一款 日本における第三者のためにする契約について

既に述べたように、第三者のためにする契約は、契約の効力に関わる規定であるとして、日本民法 533 条の同時履行の抗弁権や 534 条以下の危険負担の直後の 537 条以下に規定されている。民法典における三当事者を想定した契約法理ということができよう。寄付の学説史において寄付を第三者のためにする契約とみる見解が登場していたことは大いに首肯できる。その点でも、三者間贈与の法的構造とその特質を考察するうえで、不可避な法的構造である。果たして、われわれの考える三者間贈与と第三者のための契約とを同視し得るであろうか。

民法の代表的な教科書¹においては、第三者のためにする契約とは、売買

¹ 内田 貴『民法Ⅱ各論（第3版）』（東京大学出版会、2007年）78-81頁。とくに、80頁。

や贈与等と並ぶ契約類型ではなく、ある種の特約であるとされている。例えば、A(要約者・受約者・被約束者・promisee)がB(諾約者・約諾者・約束者・債務者・promisor)にその所有する車を50万円で売るという契約をしたが、その際代金はBからC(受益者・債権者・beneficiary)に支払う合意をし、契約は売買であるものの、Cは大学に入学したので、学資の足するため贈与するつもりであるという特約がついていたというケースが挙げられる。それぞれAB間の補償関係・契約関係、AC間の対価関係・原因関係、BC間には現実の給付がある関係であるとされている。第三者のためにする契約における第三者は、受益の意思表示も必要とされている(第537条第2項)。契約の相対性の原則の例外であって、受益の意思表示が要件だが、受益の意思表示した後は、第三者は直接諾約者(受託者に相当)に直接給付を請求できる(第537条第1項)とされる。契約の両当事者はあくまでもAとBなので、要約者(委託者に相当)は第三者に取得させることにした権利については、第三者の受益の意思表示後でも諾約者に対して第三者に給付せよと履行請求できる。諾約者は(あくまでも契約当事者は、要約者と諾約者)要約者に対して主張できること(まだ義援金をもらっていないから払えないというような同時履行の抗弁等)から、その効果としてすべて第三者に主張できることになる。

より一般的に言えば、次のようにまとめることができよう²。

- ① 第三者のためにする契約といっても、別段そのような特殊な契約があるわけではなく、基本行為たる普通の契約の内容の一部分が第三者に権利を取得せしめていることに向けられているにとどまる。
- ② この第三者をして権利を取得せしめることに関する部分を第三者約款(Fremdklausel)という。
- ③ 贈与において受贈者に給付がなされるべきことを約する場合、贈与

² 中馬義直・新堂明子『新版注釈民法(13) 債権(4) [補訂版]』(有斐閣、2006年) 696頁、同 699頁。

は基本行為であって、その内容の一部として第三者約款が存するのである。

④第三者に直接に権利を取得させる趣旨が契約の内容とされなければならない。第三者のためにする契約の特質はまさにこの点に存する。

第二款 英米からみた日本における第三者のためにする契約

しからは、英米法からは、日本における第三者のためにする契約の特徴はどのようなものといえるのであろうか。新堂明子は、次のようにいう³。

①日本法は、欧米諸国における十九世紀の百年間の論争—「第三者のためにする契約の第一の発展段階」(ローマ法の原則は克服され、第三者のためにする契約が原則的に認められた段階のこと)—の成果のみを、十九世紀末に、法典の形で所与のものとして継受した。

②第三者の権利取得の根拠および第三者の範囲を決定する基準に関する議論—「第三者のためにする契約の第二の発展段階」(十九世紀から二十世紀を通じて今日までも、第三者の権利取得の根拠および第三者の範囲を決定する基準について、議論されているという段階のこと)—については、個別の契約類型ごとに、それが第三者のためにする契約か否かについての研究は行われたが、個別の契約類型を包摂するような、契約当事者の意思についての解釈基準が探求されることはあまりなかった。

③第三者のためにする契約法理の一般理論の視点によって、契約法と不法行為法の連続性の問題自体を分析する方向へ進んでいる—「第三

³ 新堂明子「第三者のためにする契約法理の現代的意義(一) —英米法との比較を中心として—」法学協会雑誌 115 卷 10 号 1487-1488 頁、1499 頁(有斐閣、1998 年)。本論文は、やや古いが、第三者のためにする契約につき、今日においてもなお、英米法の観点から最も詳細に分析された論稿である。本稿も、これに負うところが大きい。

者のためにする契約の第三の発展段階」(二十世紀後半になり、第三者に契約違反に基づく救済と不法行為に基づく救済の両方を与える裁判例が登場するに至り、それらの契約類型を理論的にどのように理解するかについて議論されるようになり、第三者のためにする契約が契約法と不法行為法との連続の中で、その中間に位置するものとして、議論されるようになった段階のこと)については、第三者のためにする契約法理がそのような問題発見および解決機能をもちうることについて議論されたことは、ほとんどなかった。

それでは、「第三者のためにする契約の第一の発展段階」、「第三者のためにする契約の第二の発展段階」、「第三者のためにする契約の第三の発展段階」とは、それぞれ具体的に何を意味しているのであろうか。これらの内実を知るためには、イギリスとアメリカの第三者のためにする契約に関する諸議論の歴史を見る必要がある。次に概観していくことにしよう。

ただ、本稿の問題意識である三者間贈与と第三者のためにする契約との法的構造の違いを検討する場合に、特に重要な視点を与えるのは、新堂明子の所論にいう「第三者のためにする契約の第一の発展段階」と「第三者のためにする第二の発展段階」のそれぞれにおける議論がどのようになされてきたかであることは明らかである。したがって、「第三者のためにする契約の第三の発展段階」の契約法と不法行為法との関連性については、本稿の対象とならないことに留意すべきである。

第二節 英米における第三者のためにする契約論

前節で言及したように、第三者のためにする契約の議論は、英米とはいっても、イギリスとアメリカで異なった展開を遂げてきたといわれている。本節では、これまでの第三者のためにする契約をめぐる議論がどのようになされてきたか、特にその違いに留意しつつ、われわれの検討している三者間贈

与の法的構造に光を当てていく試みをしていきたい。以下、イギリスにおける第三者のためにする契約論、次いでアメリカにおける第三者のためにする契約論の順に見ていくこととしたい。

第一款 イギリスにおける第三者のためにする契約論⁴

イギリスにおける第三者のためにする契約の展開は、四つに分けられるとされる。第一に、「約因は被約束者または原告から提供されなければならない」との準則と、「直接の契約関係」の準則との交錯である。第二に、「約因は原告から提供されなければならない」との準則および「直接の契約関係」の準則における二つの原則の確立である。第三に、「約因は原告から提供されなければならない」との準則および「直接の契約関係」の準則の例外法理による対応論である。第四に、1999年の第三者権利法制定とそれに向けての動きである。

そして、イギリスは、「第三者のためにする契約の第一の発展段階」にとどまっているとされている⁵。以下、概観することにしよう。

⁴ 本款の叙述は、主として、1.から4.については、新堂・前掲論文注)3・1509-1532頁を中心としてまとめたものである。そのうえで、同論文発表後の1999年に制定されたイギリス1999年契約(第三者の権利)法やその制定経緯についての4.については、川元主税「イギリス1999年契約(第三者の権利)法」九大法学80号(九大法学会九州大学大学院法学府、2000年)380頁以下、北井辰弥「[紹介]イギリス一九九九年契約(第三者の権利)法の紹介」桐蔭法学7巻2号(2001年)127-145頁をも参照をしたうえで、まとめたものである。さらに、適宜、同「契約関係(privity of contract)の法理に関する一考察—イギリスにおける法改革の動向—」法学新報(新井正男先生古稀記念論文集)第103巻第11号12号合併号(1997年)307-333頁も参照した。

⁵ 注3)。ただ、新堂論文の発表後、後に述べるようにイギリスでは1999年にいわゆる第三者権利法が制定された。とすると、現在、アメリカに一步近づき、新堂のいう「第三者のためにする契約の第二の発展段階」に至っていると評価し得るとも考えられる。しかしながら、本稿の考察対象は三者間贈与との比較対象として英米の第三者のためにする契約論を選定しているのであり、第三者のためにする契約の成立史がどうであったかが認識できれば足り、それがどの段階まで進んでいるかという評価については、留保したい。したがって、本章第一節第二款において述べたように、新堂の分析枠組みをそのまま用いることとしたい。本稿においては、イギリスとアメリカの第三者のためにする契約の議論の軌跡の違いが、浮き彫りにされていれば必要にして十分であるからである。

1. 「約因は被約束者または原告から提供されなければならない」との準則と、「直接の契約関係」の準則との交錯⁶

コモン・ローにおいては、「直接の契約関係」(privity of contract)という準則と、それに類似する「約因は被約束者から提供されなければならない(consideration must move from the promisee)という準則が存在するとされている。前者は、「契約当事者以外の何人も、当該契約の名の下に、権利を取得することはできない」、つまり、「契約当事者でない者は、契約を強制できない」という意味をもつとされている⁷⁸。とすると、第三者のためにする契約は、認められないということになるとされる。後者は、「契約の強制を望む者は、自分自身が約束に対して約因を提供したことを証明しなければならない」、つまり、「約因は原告(第三者)から提供されなければならない((consideration must move from the plaintiff)という意味をもつことをいう⁹。したがって、第三者は、約束者に約因を提供していなければ、約束を強制できないということになる。

ところが、1670年頃までは、被約束者が約束に対して約因を提供しているかの問題と、受益者が約束に対して利害関係(interest)を有しているかの問題とは、別個とされていたにもかかわらず¹⁰、後者が前者に吸収され、交錯状態に陥ったとされ、「受益者が約束に対して約因を提供していなければ、彼は訴権をもたない」という準則に融合されてしまうこととなった¹¹。そんな中、約束に対し約因が提供されたかどうかは、そ

⁶ ここでの叙述は、新堂・前掲論文注3)1509-1512頁をまとめたものである。

⁷ Stephen A. Smith, Atiyah's Introduction to the Law of Contract 335(6th ed.2006).

⁸ 「直接の契約関係」の準則は、「契約の名の下に、当該契約の当事者以外には誰も、①権利を付与され得ないし、②義務を課され得ない」という二つの意味をもつとされているが、本稿の三者間贈与との関連では、①が問題となることに留意すべきである。

⁹ The Law Commission, Privity of Contract: Contracts for the Benefit of Third Parties, Law Com. No. 242, Cm. 3329, para. 6.5(1996).

¹⁰ Vernon Valentine Palmer, The Paths to Privity 37(1992).

¹¹ Ibid., pp. 41-46.

の約束が強制力をもつかどうかに影響を与えるとしても、その問題と、誰が強制力を備えた約束を強制できるかの問題を分離すべきであるとのウィリストンの見解¹²が登場する。すなわち、約束者に約因が誰から提供されようと、提供されたという事実が判明すれば、その約束は強制力をもつのであって、後は、その強制力を備えた約束を、誰が強制できるかの問題となり、約因の問題とは離れて、それは決定されるべきだというのである。

後に述べるように、この見解が1991年の法律委員会による第三者のためにする契約の仮提案に影響を与えることとなり、「どの約束を強制できるか、つまり、どの約束が約因によって支持されているか」と、「強制力を備えた約束を、誰が強制できるか」は区別すべきであって、「直接の契約関係」の準則の改正は、「約因は被約束者から提供されなければならない」との準則に触れることなく、可能であると結論づけることとなる¹³¹⁴。

¹² Samuel Williston, Contracts for the Benefit of a Third Person, 15 Harv.L. Rev. 767, 771 (1902).

¹³ The Law Commission, Privity of Contract: Contracts for the Benefit of Third Parties, Consultation Paper No. 121, paras. 2.9-2.10 (1991).

¹⁴ 後に述べる1996年の本提案(The Law Commissions, Privity of Contract: Contracts for the Benefit of Third Parties, Law Com. No. 242, Cm. 3329, para. 6.13-6.17 (1996))が、1991年の仮提案の問題性を指摘しているのも、三者間贈与の法的構造を考えるうえで重要である。すなわち、第三者のためにする契約の成立の場面では、約因を授受していた契約当事者の意図が貫徹されるので、「約因は被約束者から提供されなければならない」、「約因は約束に強制力を与える根拠である」と抵触しない。一方、第三者のためにする契約を消滅せしめまたは変更する場面においては、第三者の権利が、契約当事者のいつ何時でも契約を消滅せしめまたは変更することができる権利を制限することになるというのである。後者においては、約因を授受していた契約当事者の意図が貫徹されないことになり、at a formal levelではこの仮提案を認められるものの、at a deeper policy levelでは問題が残るとして、若干の躊躇も見られるのである。つまり、第三者のためにする契約を認めることは、直接の契約関係の準則を廃止するだけでなく、約因の法理も廃棄したと考えると論理的に一貫しないとの疑問を投げかけていると評価できよう。

2. 「約因は原告から提供されなければならない」との準則および「直接の契約関係」の準則における二つの原則の確立¹⁵

1. で述べた二つの準則たる原則は、どのような経緯で確立したのであるうか。

前者の原則は、1670年頃以前は、存在しておらず、受贈受益者にも、債権者受益者にも救済が与えられていた。受贈受益者(donee beneficiary)とは、約束締結における被約束者の目的が、受益者に贈与を与えるもので¹⁶、被約束者自身は、当該契約の履行につき、何の金銭的利益(interest)ももたない場合をいう¹⁷。一方、債権者受益者とは、被約束者が第三者に対して債務を負っている場合、被約束者はその債務から解放されることを間接的にめざして、約束者から「被約束者の第三者に対する債務を支払う」という約束を取り付ける場合をいう¹⁸。いずれも、補償関係については、有償無償を問わないとされているが、三者間贈与に密接に関連するのは、受贈受益者であることに留意すべきである。

受贈受益者については、1678年のダットン対プール判決¹⁹において、約因は原告(第三者)から提供されなければならないとの準則の例外として、第三者の訴権が認められていた。ところが、1861年のトゥウェドゥル対アトキンソン判決²⁰により受贈受益者という例外をも否定して、この準則は完全に確立したのであった。

¹⁵ ここでの叙述は、新堂・前掲論文注3)1512-1518頁をまとめたものである。

¹⁶ 3 E.Allan Farnsworth, Farnsworth on Contracts §10.2(1990).

¹⁷ Samuel Williston, Contracts for the Benefit of a Third Person, 15 Harv.L. Rev.772(1902).

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Dutton v. Poole(1678), 2 Lev.210, 83 Eng.Rep.523(K.B.). スクロッグス主席判事は、「明白な父親から子供達への愛情の約因が存在している」ことを根拠に認めていた。

²⁰ Tweddle v. Atkinson(1861), 1B. & S.393, 121 Eng.Rep.762(Q.B.). 自然の愛情の約束に対する十分な約因たり得ないことを根拠とした。本件評釈として、谷口知平「75 第三者のためにする契約の認否」英米法判例百選(ジュリスト臨時増刊)(有斐閣、1964年)166-167頁。

それでは、後者の準則である「直接の契約関係」の準則は、どのような経緯で成立したのであろうか。

19世紀後半に、イギリス法は、フランス法から、「合意は、契約当事者以外に、その効力を及ぼすことはない」という契約の効力の相対性という考え方を受容した。この考え方が、イギリス法の前者の準則である「約因は原告(第三者)から提供されなければならない」との準則と親和するとともに、フランス法の契約の効力の相対性の考え方をベースにして、後者の「直接の契約関係」の準則、すなわち、「契約当事者でない者は契約を強制できない」との準則が確立したとされている。

最終的に、1915年のダンロップ対セルフリッジ判決²¹において、前者と後者との独立した準則が確立している、と確認されたとされている。これによって、混沌としていた両準則を区別すべきというウィリストンの見解を採用したのであった。

3. 「約因は原告から提供されなければならない」との準則および「直接の契約関係」の準則の例外法理による対応論²²

両準則の存在理由としては、第一に、契約は個人的側面が強いので、契約当事者に対してのみ影響を及ぼし、契約上の権利は第三者に譲渡され得ないとか、契約上の義務を負わないのに権利だけが与えられるのは不正義不公正であるから、第三者のためにする契約は認められないと主張されることがある。前者は、現代のような金銭債務が主流の時代には妥当しないし、後者は、法は贈与契約のような片務契約を認めるのであるから、その理由づけも不適切である²³。

両準則の存在理由には疑問があり、不便や不正義不公正をもたらしたため、両準則に対する数々の例外法理が徐々に発達し、現在では、それ

²¹ Dunlop Pneumatic Type Co.Ltd. v.Selfridge &Co.Ltd.,[1915]A.C.847.

²² ここでの叙述は、新堂・前掲論文注3)1522-1525頁をまとめたものである。

²³ Vernon Valentine Palmer,The Paths to Privity 2-3(1992).

らは、例外とはいえ、原則を凌駕するほど発達していて、「一般原則は、実務においては、もはや一般原則ではない」²⁴状態にまでなっているとされている。その例外法理の一つとして、擬制信託の法理²⁵がある。

前述したとおり、コモン・ローにおいて裁判所で発達した両準則は17世紀後半に確立したのであるが、18世紀末頃までには、エクイティ裁判所において、信託、さらには、擬制信託が発達し、真正の信託の成立が認められれば、それにより第三者は救済され、たとえ真正の信託の成立が認められなくても、「正義公正(justice)」の要請を根拠として、擬制信託により第三者は救済された。はじめて擬制信託が裁判例に現れたのは、トムリンソン対ギル事件²⁶においてであった。しかしながら、擬制信託は、20世紀に入ると次第に使われなくなり、現在では廃れることとなった。一度信託を擬制してしまうと、受益者の同意なしには、第三者の権利を消滅せしめまたは変更することができなくなってしまう不都合が生じるからである。契約当事者としては、自らが設定した第三者の権利を消滅または変更する権利を留保したいと考えるのが通常であるからである。

このように、擬制信託は、第三者が債権者受益者の場合に救済法理として登場したものであって、受贈受益者の場合ではなかった。三者間贈与の場合においても、契約当事者としては、自らが設定した第三者の権利を消滅または変更する権利を留保したいとは考えず、贈与者は、受益者の同意なく、利益を得させようとして仲介者を通して寄付しているに過ぎないはずではなからうか。

²⁴ Stephen A.Smith,op.cit.,p.338.

²⁵ 擬制信託とは、第三者に利益を与えようとする単純な意図から、信託を創設する意図を擬制することで、受益者は、受託者である被約束者を通じて、委託者である約束者を訴えることができるようになる(The Law Commission,Privity of Contract:Contracts for the Benefit of Third Parties, Consultation Paper No.121,para 3.4(1991).)。

²⁶ Tomlinson v.Gill(1756),Amb.330,27 Eng.Rep.221(C.A.).

4. 1999年の第三者権利法制定とそれに向けての動き²⁷

3. で述べたように、「約因は原告(第三者)から提供されなければならないとの準則」および「直接の契約関係」の準則は、両者維持されながらも、コモン・ローとエクイティにわたり、信託法の法理である擬制信託等の例外法理等が作り出され、第三者のためにする契約を認めるに等しい結果を導いてきた。

しかしながら、Contracts(Rights of Third Parties)Act1999によって、「直接の契約関係」の準則を廃止し、第三者のためにする契約を原則的に認めるに到った。「第三者のためにする契約の第一の発展段階」の最終ランドである。以下、その成立の経緯と1999年の法律の内容の一部につき、三者間贈与の考察に必要な範囲で見ていくこととしたい。

1937、1991、1996年に、それぞれ第三者のためにする契約を制定法により認めるべきであるという提言がされている。

(1)1937年の法改正委員会レポート

1937年の法改正委員会によるレポート²⁸は、第三者のためにする契約を認めないことは不便であり不当であるとの「利便性(convenience)」の要請²⁹から、第三者に権利を与えることは望ましいとした³⁰。そして、「契約が明示的に第三者に直接利益を与える趣旨であること」を条件に、第三者による強行を認めるというものであった³¹。しかしながら、

²⁷ ここでの叙述は、主として新堂・前掲論文注3)1529-1530頁によりつつ、川元・前掲論文注4)、北井・前掲論文注4)、Law Commission ReportやLaw Commission Consultation Paper、1999年に制定された第三者権利法により適宜補いながら、まとめたものである。

²⁸ Law Revision Committee, Statute of Frauds and the Doctrine of Consideration, Sixth Interim Report, Cmd.5449(1937).

²⁹ Ibid., para.41.

³⁰ Ibid., para.46.

³¹ Ibid., para.48.

1991年の法律委員会からの仮提案まで膠着状態が続く³²。

(2) 1991年の法律委員会による仮提案

1991年になって、法律委員会から、仮提案が出された³³。第三者に権利を認めないと、実務上不便であり、数々の例外法理は法の中に不必要な複雑性と不安定性を生むとし、「直接の契約関係」の準則の正当化は破綻しているとして³⁴、立法による改正がなされるべきであるとしたのであった³⁵。そのうえで、第三者のためにする契約を認める範囲については、「契約当事者が、第三者が約束された履行の利益を受領すること」、かつ、「第三者によって強制されうる法的な債務を作り出すこと」という「二重の意図」をもっていた場合に、第三者は契約を強制できるとした³⁶。この契約当事者の意図は、契約文言と契約の締結を取り巻いている周囲の事情から、客観的に確定されるべきであるともされた³⁷。

(3) 1996年の法律委員会からの本提案

1996年7月には、同様に法律委員会から、本提案が出された³⁸。同委員会は、イギリス法において「直接の契約関係」の準則が存在し続

³² この1937年から次の法律委員会の出される間の裁判所の対応は、自らの手による改革に消極的であったとされている。かかる理由については、川元・前掲論文注4)373-374頁に要領を得た分析がある。北井・前掲論文注4)331頁も、「直接の契約関係」の準則の延命理由として、立法部の怠慢を挙げつつも、裁判官の同準則の解釈・適用における保守性を指摘しており、川元と同方向の見方をしている。

³³ The Law Commission, Privity of Contract: Contracts for the Benefit of Third Parties, Consultation Paper No.121(1991).

³⁴ Ibid., para.4.1.

³⁵ Ibid., para.4.36.

³⁶ Ibid., para.5.10.

³⁷ Ibid., para.5.11-5.12.

³⁸ The Law Commission, Privity of Contract: Contracts for the Benefit of Third Parties, Law Com.No.242, Cm.3329(1996).

けた場合に、以下のような実質的な不都合が生じる理由³⁹を挙げて、改正が必要であると結論づけている⁴⁰。

- ①契約当事者の意図が妨げられる。
- ②第三者にとって不正義不公正である。
- ③損害を被っている(第三者)が訴訟を提起できないにもかかわらず、損害を被っていない者(被約束者)が訴訟を提起できる。
- ④被約束者が第三者にとって十分な救済ができると仮定したとしても、被約束者は、訴訟を提起できないかもしれないし、訴訟を提起することを望まないかもしれない。

加えて、最終的な1999年の第三者権利法の個々の果実として、詳細なスキームまで用意したうえで、改正されるべきであるとしていた⁴¹。

最後に、どのような第三者に権利を認めるかに関するテストである、いわゆる強制力のテストを提案しているのが三者間贈与との関連でも注目される。以下のようなものである⁴²。

(a)以下の場合、第三者は契約の条項を強制する権利をもつ、その権利が、契約の明示の文言によって、彼に与えられている場合、一そして、彼は、氏名、クラス、または説明によって、誰であるか明らかにされるであろう(「第一類型」)。

(b)以下の場合もまた、第三者は契約の条項を強制する権利をもつ、その条項が第三者に利益を与えようとの趣旨を有する場合、彼はその条項の受益者として、氏名、クラスまたは説明によって、明白に誰であるか明らかにされている[場合](「第二

³⁹ Ibid., paras. 3.1-3.27. その他に、「直接の契約関係」の準則に対する首尾一貫しない多くの例外があること、EU諸国からだけでなく、他のコモン・ロー世界からもイギリス法は孤立していること等現実的な理由も挙げられている。

⁴⁰ Ibid., para. 3.28.

⁴¹ Ibid., paras. 5.1-5.9は、第三者により契約を強制しうるとの契約上の規定、契約当事者の契約を消滅させまたは変更する権利等を法律によって規定すべきとしているが、三者間贈与との関連では、前者が重要である。

⁴² Ibid., para. 7.6.

類型」)。

しかし、以下の場合には、第二類型下においても、強制力の権利は存在しない、契約の適切な解釈によれば、契約当事者は第三者がその権利をもつことを意図しなかったことが明らかである場合(「ただし書き」)。

(4) 1999年の第三者権利法の内容⁴³

① 本法の性格

1996年の本提案は詳細な仮法案を付していたが、この仮法案をほぼそのまま取り入れて成立した⁴⁴。本法の基本目的は、第三者による契約の強制を、明確な基準を通じて一律に行えるようにすることにあるとされている。そして、本法の基本的な性格は次の三つであるとされている。第一に、第三者の権利を新たに創設するという革新性の一方で、法律委員会が法律の成立を優先させる観点から、その内容を比較的保守的で控えめ⁴⁵なものとしていることである。この保守性は、直接の契約関係の準則の問題点が、第三者に権利を与えようという当事者の意思の実現を妨げることにありと強調する点に顕著である。第二に、第一の認識を基礎として、約束者に不測の一方的な責任を課すものではないことが導かれ、その狙いは、契約の拘束力が、約束すなわち当事者意思に根拠をもつ立場を明らかにし、契約理論の論争に巻き込まれることを防ぐことにある。第三に、控えめさのあらわれは、直接の契約関係の準則を撤廃するわけではなく、同準則に対する一般的かつ広範囲な例外を開拓する⁴⁶

⁴³ ここでの叙述は、主として、川元・前掲論文注4)368頁、371頁、372頁を中心にまとめたものである。

⁴⁴ 川元・前掲論文注4)372頁。

⁴⁵ The Law Commission, Privity of Contract: Contracts for the Benefit of Third Parties, Law Com. No. 242, Cm. 3329, para. 5.10 (1996).

⁴⁶ Ibid., para. 5.16.

だけであるとする点である。後に述べる同法第7条(1)項の条項に
明定されている。既存の制定法や判例法の変更・廃止によって引き
起こされる混乱や反発を回避し、法成立への障害をできるだけ減ら
すことが第一の狙いである。

②本法における具体的な規定

以上の本法の基本的性格がありつつも、三者間贈与の法的構造と
の関連で重要に条文は、第一条、第二条、第三条、第四条、第七条
(1)の五か条⁴⁷である。以下に必要な範囲で掲げつつ、若干のコメン
トを付すこととしたい。

(契約条項を強行する第三者の権利)

第一条

(1)この法律の規定に従うことを条件として、契約の当事者でない
者(「第三者」)は、次のいずれかに該当するときには、自らの権利
において、当該契約の条項を強行することができる。

(a)第三者がそのようにできる旨を当該契約が明示により定める
場合

(b)次の規定に従うことを条件として、当該条項が第三者に利益
を与えるものと解される場合

(2)前項(b)は、当該契約の適切な解釈に基づき、当該契約の当事者
が第三者により当該条項が強行されるとの意思を有しなかったもの
と認められるときは、適用しない。

(3)第三者は、名前により、ある集団の一員として、又は特定の属性
を有するものとして、当該契約において明示されなければならない。
ただし、当該契約が締結された時に存在することを要しない。

(注 下線筆者)

⁴⁷ 本法の関連条文の訳は、北井・前掲論文注4)136-143頁を参照した。

(4)この条の規定は、当該契約の他の関連する条項が定める条件によらず、また合致せずに当該契約条項を強行する権利を第三者に与えるものではない。

(5)～(6)略

(7)この法律において、第三者により強行される契約条項に関して、「約束者」とは、第三者がその者に対して当該条項を強行することができる契約当事者をいい、また「受約者」とは、その者が約束者に対して当該条項を強行することができる当事者をいう。

(契約の改定および解除)

第二条

(1)この規定に従うことを条件として、当該第三者が前条の規定により契約条項を強行する権利を有する場合において、次のいずれかに該当するときは、当該契約の当事者は、第三者の同意なしに双方の合意により当該契約を解除し、又はそのような権利により第三者が有する権原を消滅若しくは変更する方法において、これを改定することができない。

(a)第三者が約束者に対して当該条項に同意した旨の通知をした場合

(b)約束者が第三者に信頼したことを知っている場合

(c)約束者が第三者が当該条項に信頼することを予見することが相当であり、かつ、実際に第三者が当該条項に信頼した場合

(2)略

(3)第一項は、(a)当該契約の当事者が、第三者の同意なしに、双方の合意により当該契約を解除し、若しくは改定できる旨、又は(b)第一項(a)から(c)までとは別段に定める場合に第三者の同意を要する旨の当該契約における明示の条項に従う。

(4)～(7)略

(約束者の有する抗弁等)

第三条

(1) 次の第二項から第五項までの規定は、第三者が第一条の規定により契約条項を強行する手続を行うときに、適用する。

(2) 約束者は、次の事項を抗弁又は相殺として第三者に主張することができる。

(a) 当該契約から、又は当該契約に関して発生した事項であって、当該条項に関連を有するもの、かつ、(b) もし受約者が手続を行っていたならば抗弁又は相殺として自ら主張することができた事項

(3) 約束者は、更に、次の場合においては、該当する事項を抗弁又は相殺として第三者に主張することができる。

(a) 当該契約の明示の条項が、第三者が手続を行うとき約束者がその事項を主張できる旨を定める場合、かつ、

(b) もし受約者が手続を行っていたならばその事項を抗弁又は相殺として受約者に主張することができたであろう場合

(4) 約束者は、更に、第三者に対する抗弁若しくは相殺として、又は適当なときには反訴として、もし第三者が当該契約の当事者であったならば自ら主張することができたであろう(a)あらゆる事項を抗弁又は相殺として、また(b)当該契約以外から発生するあらゆる事項を反訴として、主張することができる。

(5) 第二項及び第四項の規定は、約束者が抗弁、相殺又は反訴として主張できない事項を当該契約条項が明示により定めるときは、これに従う。

(6) 略

(受約者による契約の強行)

第四条

第一条の規定は、受約者が当該契約のいかなる条項を強行するいか

なる権利にも影響を及ぼすものではない。

(第三者に関する補足規定)

第七条

(1) 第一条の規定は、この法律の規定にかかわらず第三者が有し、又は行使できるいかなる権利又は救済にも影響を及ぼすものではない。

(2)～(4)略

③本法の規定と三者間贈与

以上、五カ条の一部を掲げたが、本法と三者間贈与の構造との比較において、特に重要なのは、契約条項を強行する第三者の権利に関する第一条である。これまで述べたイギリスにおける第三者のためにする契約論の変遷の集大成ともいえる条文である。

本法の第三者のためにする契約は、第三者が当該契約の条項を強行することができる旨を当該契約が明示により定めており、その旨がなく反対の意思がなければ適用しないものとしており、あくまでも第三者の契約条項強行権は契約当事者のイニシアチブによっており、三者間贈与とは異なる要素を持っている。寄付のような三者間贈与は、第三者に受益させるだけであって、寄付者は、仲介者との間で、契約条項強行権を付与することは想定し得ないことは明らかである。

さらに、第三者の特定性も第一条は要件としている。名前や、特定の集団、または受約者の指名人等による特定が必要とされている。三者間贈与では、寄付の段階で第三者の名前等はわからず、仲介者の選定というイニシアチブがあってはじめて第三者が明らかになる。

三者間贈与は、仲介者による第三者の選定行為が強く働くのに対し、本法における第三者のためにする契約は、あくまでも契約当事

者たる寄付者と仲介者双方の決定の要素が強く、前述した契約理論に拘泥している面が強いといえるだろう。

第二款 アメリカにおける第三者のためにする契約論⁴⁸

アメリカにおける第三者のためにする契約の展開において、第一に、債権者受益者と受贈受益者双方に対する第三者のためにする契約の模索とコービンの見解による急展開、第二に、第三者の権利取得の根拠および第三者の範囲を決定する基準に関する議論、すなわち、契約法リステイトメントにおける議論とそれを受けての学説の展開である。そして、アメリカは、「第三者のためにする契約の第一の発展段階」、「第三者のためにする契約の第二の発展段階」、「第三者のためにする契約の第三の発展段階」にまで至っているとされる。三者間贈与との関連で重要なのは、既に述べたように、「第三者のためにする契約の第二の発展段階」までであり、第三者受益者の類型としての受贈受益者である。以下、順に見ていくことにしよう。

1. 債権者受益者と受贈受益者双方に対する第三者のためにする契約の模索とコービンの見解による急展開⁴⁹

アメリカ法は、イギリス法から約因法理、「約因は原告(第三者)から提供されなければならない」との準則および「直接の契約関係」の準則が輸入されたが、たびたび引用されている著名なロレンス対フォックス判決⁵⁰を中心として、第三者のためにする契約を認めていたことから、混乱を来していた。この判決は、債権者受益者の事例であり、第三者の権

⁴⁸ 本款の叙述は、主として新堂・前掲論文注) 3・1532-1570頁を中心にまとめたものである。

⁴⁹ ここでの叙述も、主として新堂・前掲論文注) 3・1532-1545頁を中心にまとめたものである。

⁵⁰ Lawrence v. Fox, 20 N.Y. 268 (1859). 樋口範雄『アメリカ契約法(第二版)』(弘文堂、2008年) 323-324頁。

利根拠についても、約束であると明示せず、信託等の考え方を借用しつつ、正義の要請から成り立っていたことにも留意すべきである。

しかし、ウィリントンによって、三者間贈与に関連する受贈受益者こそ正義・公正の要請から、「約因は原告(第三者)から提供されなければならない」との準則および「直接の契約関係」の準則が伴っても、第三者のためにする契約を肯定し、救済されるべきであると主張された⁵¹。

その後、ニューヨーク州裁判所は、受贈受益者についても第三者のためにする契約が認められなければ不正義不公正であり、債権者受益者のみ一定の要件の下で認めていた「コモン・ロー上またはエクイティ上の債務」の内容を緩和させた。つまり、被約束者の第三者に対する債務の内容は、近親関係から生ずる道徳的義務(moral duty)でもよいとされるようになり、ひいては、道徳義務も必要ないとされるようになったのである。結果、ニューヨーク州においても、受贈受益者に救済が与えられるようになった⁵²。

受贈受益者については、多くの州でその権利が認められたとされているが、その理由は以下のようなものである⁵³。

①受贈受益者の約束者に対する権利を否定すると、救済手段を有しないことになるので、不当である。被約束者の約束者に対する権利を認めても無意味である。約束の履行期に、被約束者が死亡または、約束者への請求をしない可能性があるうえに、被約束者には、約束者の不履行によって何の金銭的損害もないので、訴訟提起の動機が薄いからである。

②受贈受益者の約束者に対する権利を否定すると、①のような被約

⁵¹ Samuel Williston, Contracts for the Benefit of Third Person, 15 Harv. L. Rev. 767, 772-73 (1902); 1 Samuel Williston, Williston on Contracts §357 (1920).

⁵² Seaver v. Ransom, 120 N.E. 639 (N.Y. 1918)

⁵³ 1 Samuel Williston, Williston on Contracts §368 (1920); Arthur L. Corbin, Contracts for the Benefit of Third Persons, 27 Yale L.J. 1012 (1918); Peter Karston, The "Discovery" of Law by English and American Jurists of the Seventeenth, Eighteenth, and Nineteenth Centuries, 9 L. & Hist. Rev. 333, 359-360 (1991).

束者による訴訟が提起されないと、約束者は、自分がした約束を履行しなくてよいことになり、不当である。

受贈受益者に約束者に対する権利を認めないと、受贈受益者に救済手段が何らないこと、被約束者の訴訟提起の可能性が低いことから、約束者が履行しないこともあるという二つの不当性を挙げていると評することができよう。三者間贈与の特質を考えるうえで、重要な議論である。債権者受益者よりも受贈受益者に対する第三者としての権利はより認め易かったとも評し得よう。

以上述べたように、受贈受益者、債権者受益者双方共、第三者の権利を肯定されていたものの、「約因は原告(第三者)から提供されなければならない」との準則および「直接の契約関係」の準則の両準則と両立したうえで、第三者の権利を認めていく傾向に対して、反省を促すコービンの見解が登場するのである。コービンは、第三者のためにする契約において第三者の権利を認めることは、「正義公正(justice)」と利便性(convenience)」とも合致するし、訴訟法的考慮によっても支持されるべきである⁵⁴という。この準則の例外法理により、コモン・ローのまたは契約法の外に第三者のためにする契約を認めていくイギリスの方法ではなく⁵⁵、正面からコモン・ローおよび契約法の中に、第三者のためにする契約を認めるべきであるという一般原則を打ち立てようとしたのであった。さらに、第三者の権利取得の基準も、債権者受益者や受贈受益者との区別をせず、契約当事者の意図や約束に基づくものであると主張とした⁵⁶

⁵⁴ Arthur L. Corbin, *Corbin on Contracts* §772 (one volume ed. 1952) は、第三者が訴訟できないと数多くの内容の違わない訴訟が繰り返されるし、経済的な損失も大きいというに、精神的不満や道徳的不満を引き起こし、分析の困難とポリシー(policy)の不安定性を指し示すとしている。

⁵⁵ Arthur L. Corbin, *Contracts for the Benefit of Third Persons*, 27 *Yale L.J.* 1008 (1918); Arthur L. Corbin, *Contracts for the Benefit of Third Persons in Connecticut*, 31 *Yale L.J.* 504 (1922) では、強い口調で、「直接の契約関係」の準則を否定している。

⁵⁶ Arthur L. Corbin, *Contracts for the Benefit of Third Persons*, 27 *Yale*

のであった。次の述べる契約法リステイトメントの議論にも大きな影響を与えることになる。

2. 契約法リステイトメントにおける第三者の権利取得の根拠および第三者の範囲を決定する基準に関する議論⁵⁷

(1) 第一次契約法リステイトメント 133 条による受益者概念の類型化

1932 年の第一次契約法リステイトメントは、第 6 章に契約当事者でない者の契約上の権利 (CONTRACTUAL RIGHTS OF PERSONS NOT PARTIES TO THE CONTRACT) との章を掲げており、第三者のためにする契約における第三者の権利を契約上のものと位置づけている。さらに、同 133 条⁵⁸は、受贈受益者 (Donee Beneficiary)、債権者受益者 (Creditor Beneficiary)、偶然的受益者 (Incidental Beneficiary) の三つに分類し、それぞれ定義をしている。受贈受益者については、同条 (1) (a) に

L.J.1020(1918).

⁵⁷ ここでの叙述も、主として新堂・前掲論文注)3・1546-1557 頁を中心にまとめたものである。

⁵⁸ 第一次契約法リステイトメント 133 条 (1) (a) のみ原文を掲げる。

§ 133 DEFINITION of DONEE BENEFICIARY, CREDITOR BENEFICIARY, INCIDENTAL BENEFICIARY

(1) Where performance of a promise in a contract will benefit a person other than the promisee, that person is, except as stated in Subsection (3) :

(a) a donee beneficiary if it appears from the terms of the promise in view of the accompanying circumstances that the purpose of the promisee in obtaining the promise of all or part of the performance thereof is to make a gift to the beneficiary or to confer upon him a right against the promisor to some performance neither due nor supposed or asserted to be due from the promisee to the beneficiary; (注 下線は筆者)

なお、以下 (b) において債権者受益者、(c) において偶然的受益者につき、それぞれ前者を、贈与を与える目的が認められないことに加えて一定の場合に認められる被約束者以外の人といい、後者については、(a) (b) に規定される事実が存在しない場合に認められる被約束者以外の人をいうとしている。既に何度か触れたように、本稿における三者間贈与との比較検討の中心は、受贈受益者であることに留意する必要がある。

において次のように規定している⁵⁹。

- (1) 契約における約束の履行が被約束者以外の人のためになる場合、[中略]、かつ、
- (a) 周囲の事情を考慮として、約束の文言からして、以下のことが認められる場合、その被約束者以外の人、受贈受益者である。
- 全部または一部の履行の約束を締結させた被約束者の目的が、
- ①受益者に贈与を与えることにある場合、または、②受益者に約束者に対して履行を求める権利を与えることであって、②-1その履行が、被約束者から受益者に対してなされなければならないわけではなく、もしくは、②-2その履行が、被約束者から受益者に対してなされなければならないと推測されているわけでもなく、もしくは、②-3その履行が、被約束者から受益者に対してなされなければならないと主張されているわけでもない場合。
- (注 下線筆者)

さらに、同 135 条においては、約束者の受贈受益者に対する義務として、約束者に対する受贈者受益者自身のための契約を強制する権利と約束された履行を求める権利を認めている⁶⁰。約束者の不履行の不履行があっても、被約束者には損害がないので、訴訟提起がなされないことからである⁶¹。効果論としては、同 142 条において、受贈受益者は、契約当事者の契約を消滅せしめまたは変更しうる権利を有しないとされている⁶²。受贈受益者には、贈与が与えられるか、約束者に

⁵⁹本条文の訳ならびに、①②等の番号を含めて新堂・前掲論文注) 3・1547 頁に依拠した。

⁶⁰ Restatement(First)of Contracts, §135(a)(b)(1932). ただし、被約束者に対しては、受贈受益者は約因を交付していないので、約束者の不履行について請求できない。

⁶¹ Ibid., §135.comment b.

⁶² Ibid., §142. 一方、Ibid., §137 においては、受贈受益者がその契約の存在を認識しただけであれば、契約当事者は、契約の消または変更をすることができるが、受贈受益

対する履行を求める権利が与えられているに過ぎないからである。

以上のごとく、第一次契約法リステイメントは、受益者を三つのカテゴリーに分類しつつ、受贈受益者については、133条(1)(a)において明らかなように、第三者に①贈与または②権利を与えようとする被約束者の目的(purpose)が第三者の権利取得の根拠となっている。特に、この①が三者間贈与そのものの構造を有していることが見て取れよう。

(2)第二次契約法リステイメント302条による受益者概念の一元化

(1)で述べた第一次契約法リステイメントの受益者概念の類型化は、時代に進展に伴い、新しい種類の第三者のためにする契約が生成される⁶³こと等により変更が迫られることになる。第一次契約法リステイメントが、約50年後の1979年に、第二次契約法リステイメントとして改正され、大きな変更がなされることとなったのである。

本稿の三者間贈与を考えるうえでも、最も大きな変更点は、受益者概念につき、受贈受益者、債権者受益者、偶然的受益者の三類型を見直した点である。受贈受益者と債権者受益者を意図された受益者として一元化したうえで、偶然的受益者とのみ分かつと把握するようになった点である⁶⁴。三分類から意図された受益者と偶然的受益者との二分類にしたのである。次の二試案が出され、最終的には第二次契約法リステイメント302条の結実した。1967年の第三試案、1969年の第四試案、1979年の第二次契約法リステイメント302条はそれぞれ

者の権利が確定した後、すなわち、受贈受益者による受益の意思表示をした後はできないとされている。

⁶³ Restatement (Second) of Contracts §302 comment d.illus(1979)には、権利の与えられるべき受贈受益者、債権者受益者以外の新しい類型について、具体例が説明されている。

⁶⁴ 44 Annual Meeting The American Law Institute Proceedings 304(1967).

以下のとおりである⁶⁵。

①第三試案 133 条⁶⁶

「133 条 意図された受益者と偶然的受益者

(1) 約束者と被約束者の間に別段の定めがなければ、約束の受益者は、以下のどちらかの場合、意図された受益者である。

(a) 約束の履行が、被約束者の受益者に対する債務(duty)を満足させる場合、または、

(b) 被約束者が、受益者に約束された履行の利益を与えようという意図を明示していて、かつ、受益者に履行を求める権利を認めることが、契約当事者の意図を実現するのに適切である場合。

(2) 略⁶⁷」

②第四試案 133 条⁶⁸

「133 条 意図された受益者と偶然的受益者

(1) 約束者と被約束者の間に別段の定めがなければ、約束の受益者は、以下の場合、意図された受益者である。受益者に履行を求める権利を認めることが、契約当事者の意図を実現するのに適切であり、かつ、(a) または (b) である場合。

(a) 約束の履行が、被約束者の受益者に対する金銭支払の債務(obligation)を満足させる場合、または、

(b) 約束が、受益者に約束された履行の利益を与えようという意図を明示している場合。

⁶⁵ 第三試案、第四試案、第二次契約法リステイメントそれぞれの訳は、新堂・前掲論文注) 3・1550 頁に依拠した。

⁶⁶ The American Law Institute Tentative Draft No.3, § 133(1967).

⁶⁷ なお、偶然的受益者は、三者間贈与との関連が薄いことに加え、第三試案、第四試案、第二次契約法リステイメントそれぞれ「偶然的受益者は、意図された受益者ではない受益者である。」とし、変更はなされていないので、省略した。

⁶⁸ The American Law Institute Tentative Draft No.4, § 133 (1968).

(2)略」

③第二次契約法リステイメント 302 条⁶⁹

「302 条 意図された受益者と偶然的受益者

(Intended and Incidental Beneficiaries)

(1)約束者と被約束者の間に別段の定めがなければ、約束の受益者は、以下の場合、意図された受益者である。受益者に履行履行を求める権利を認めることが、契約当事者の意図を実現するのに適切であり、かつ、(a)または(b)である場合。

(a)約束の履行が、被約束者の受益者に対する金銭支払の債務 (obligation)を満足させる場合、または、

(b)被約束者が受益者に約束された履行の利益を与えようと意図していることを、周囲の事情が示している場合。

(2)略

さらに、第二次契約法リステイメント 304 条は、約束者の意図された受益者に対する義務を規定しており、第一次契約法リステイメント 135 条と変更はないようである。

なお、前述したように、効果論としては、第一次契約法リステイメント 142 条において、受贈受益者は、契約当事者の契約を消滅せしめまたは変更しうる権利を有しないとされていた。しかし、第二次契約法リステイメント 311 条(2)により、受贈受益者も債権者受益者と一元化された意図された受益者となり、契約当事者の契約を消滅せ

⁶⁹ Restatement (Second)of Contracts §302(1979). 原文を (1) (a) (b)のみ以下に掲げる。

(1)Unless otherwise agreed between promisor and promisee, a beneficiary of a promise is an intended beneficiary if recognition of a right to performance in the beneficiary is appropriate to effectuate the intention of the parties and either

(a) the performance of the promise will satisfy an obligation of the promisee to pay money to the beneficiary; or

(b) the circumstances indicate that promisee intends to give the beneficiary the benefit of the promised performance.

しめ変更しうる権利も違いが無くなっている。

(3) (2)の各試案から第二次契約法リステイメント 302 条へ

以下では、第三試案における議論を受けて、第四試案でどのような提案がなされ、第二次契約法リステイメント 302 条成立になったかにつき、三者間贈与に関連する受贈受益者を分析するのに必要な範囲で若干の起草過程を素描しよう。

① 第三試案における議論

第三試案の議論において、第一次契約法リステイメント 133 条 (1) (a) 後段の②、②-1、②-2、②-3⁷⁰における受益者は、被約束者が第三者に贈与を与える意図が欠けているにもかかわらず、受贈受益者に分類するのは不適切であるとの議論もなされている⁷¹。これに引き続き、改正の主要な点の議論に移っていく。すなわち、第一次契約法リステイメント 133 条の三分類から、各試案、そして第二次契約法リステイメント 302 条においては、権利を認めるべき受益者すべてを包含させるために、「意図された受益者(intended beneficiary)」という概念が提案されており、契約当事者が第三者に利益を与えようとしたか否かという考え方に基づくものとされている⁷²。コービンの見解に見られた基準である⁷³。この意図は、第一次、第二次契約法リステイメントを通じて、「現実の意図」ではなく、「表示された(manifested)」で考え方の変化はないとされている⁷⁴。

⁷⁰ 本款 2.(1)で掲げた第一次契約法リステイメント 133 条参照。

⁷¹ 44 Annual Meeting The American Law Institute Proceedings 305.

⁷² 44 Annual Meeting The American Law Institute Proceedings 307.

⁷³ Arthur L. Corbin, Contracts for the Benefit of Third Persons, 27 Yale L.J. 1017-1018(1918).

⁷⁴ 44 Annual Meeting The American Law Institute Proceedings 307.

さらに、「意図された受益者」の意味を明確化するために、第一次契約法リステイメント 133 条の受贈受益者と債権者受益者と類似した分類を、第二次契約法リステイメントは採用し、第三試案 133 条の本文基準に、(1) (a) と (1) (b) を付け加えている⁷⁵。(1) (b) は受贈受益者に近いものである。結果として、第二次契約法リステイメントは、契約当事者の第三者のためにする意図が存在するか否かの基準と、特定のカテゴリーに属せば自動的に第三者受益者として保護されるという手法との中間の道を採用したともいわれている⁷⁶。

最後に、誰の意図によって、受益者に権利を与えることになるのかにつき、問題になったとされる⁷⁷。考えられる見解としては、通説である被約束者が約因を提供し、約束者がその約因により契約締結に至る動機になるとする被約束者のみの意図説⁷⁸、約束者による負担の合意と約束者の要求する約因は受益者の数によって決定されることを根拠とする約束者のみの意図説⁷⁹か、両方の意図とみる説に分解される。既に掲げた第三試案 133 条 (1) (b) の前段は被約束者の意図、同後段は契約当事者の意図となっており、意図の主体として、誰の意図が決定的なものなのか不明確であるとされている。議論の中では、(1) (b) 前段の被約束者を約束に変更すべきとの見解も出されたようである⁸⁰。

② 第四試案における議論と第二次契約法リステイメント 302 条の成立

第一に、第三試案 133 条 (1) (b) の後段は、(1) (a) にも妥当すること

⁷⁵ Ibid., at 307.

⁷⁶ David M. Summers, Third Party Beneficiaries and the Restatement (Second) of Contracts, 67 Cornell L.Rev. 887 (1982).

⁷⁷ 44 Annual Meeting The American Law Institute Proceedings 307-09, 311-13.

⁷⁸ David M. Summers, Third Party Beneficiaries and the Restatement (Second) of Contracts, 67 Cornell L.Rev. 895 n 87 (1982).

⁷⁹ Ibid., 895 n 88.

⁸⁰ 44 Annual Meeting The American Law Institute Proceedings 308, 312.

から、第四試案においては、(1)の本文に置くこととしたことであるとされる⁸¹。第二に、(b)の受益者の決定権者を「被約束者」から「約束」に変更されている⁸²。第二次契約法リステイメント 302 条(1)(b)では、被約束者が受益者に約束された履行の利益を与えようと意図していることを、周囲の事情が示している場合」に変更されることとなる。

③分析

このようにして、第二次契約法リステイメント 302 条は、第一次リステイメント 133 条の、受贈受益者をはじめとする三分類を廃止し、契約当事者の第三者のためにする意図に一元化することで、より抽象度を挙げた。しかしながら、意図の基準には、受贈受益者と債権者受益者のカテゴリーを存続させており、第二次契約法リステイメントにおいても、受益者の類型化を捨て切れていないようである。三者間贈与との関連でも、受贈受益者を説明するために、第一次契約法リステイメントは、「受益者に贈与を与えることにある場合」と明確であったにもかかわらず、第三試案、第四試案、そして第二次契約法リステイメントでは「受益者に履行の利益を与えようという意図」というふうに、贈与を履行の利益としていることから、財物の物権的譲渡の色彩が薄れ、債権的権利が全面になっているという点で、第一次契約法リステイメントの方がより三者間贈与との比較のための対象限定としても妥当ではなかったかと思われる。

さらに、意図の主体についても不明確さを残すこととなったといえる。意図をどう明確にするかは、後に述べるように学説が担うこととなる。

⁸¹ 46 Annual Meeting The American Law Institute Proceedings 330-32.

⁸² 前掲注 80).

(4) 第二次契約法リステイメント 302 条の内容

以下では、意図された受益者と変更されたとはいえ、意図の基準として受贈受益者の類型を存置させていることから、この受贈受益者を中心に、われわれの問題としている三者間贈与との比較検討に必要な範囲で、第二次契約法リステイメント 302 条をより詳細に見ていくこととした。

① 「約因は原告(第三者)から提供されなければならない」 準則の否定

被約束者と受益者につき、「被約束者も受益者もどちらも、履行がなされるべき人である必要もなく、経済的利益を受け取るであろう人である必要もなく、約因を提供した人である必要もない。」⁸³としており、約因の提供なくして、受益者になることができるという原則を確認している。

② 贈与約束について

受贈受益者の類型につき次のように説明されている⁸⁴。

「約束された履行に対して受領者(受益者)は対価を支払わず、かつ、約束された履行が受領者の誰かに対する権利を消滅させず、かつ、約束された履行が明らかに受領者を利するように企図されている場合、その約束は、『贈与約束』として言及される。そのような約束の受益者は、しばしば『受贈受益者』として言及される。彼は(1)(b)の下での意図された受益者である。その契約にお

⁸³ Restatement (Second) of Contracts §302 comment a(1979). 原文の訳は、新堂・前掲論文注 3) 1553 頁を参照した。

⁸⁴ Restatement (Second) of Contracts §302 comment c(1979). 原文の訳は、新堂・前掲論文注 3) 1554 頁を参照した。

いては、その履行が直接に受益者になされる必要はなく、たとえば、受益者の債務(debt)を支払っても、履行がなされたといえる。また、(履行につき)受益者とのコンタクトまたは連絡は必須ではない。」

既に述べたように、受贈受益者の分類を否定したうえで、一元化したより抽象度の高い意図された受益者では、結局受益者の範囲の決定打となっていないようである⁸⁵。受贈受益者の類型を認めざるを得ない結果となっており、受贈受益者という区別を否定しておきながら、それを織り込むという自己否定につながっているといえないか。「履行が直接になされる必要はなく、」「受益者とのコンタクトまたは連絡も必須ではない。」と述べているが、受贈受益者の説明そのものである。ただ、「受益者の債務(debt)を支払っても、履行がなされたといえる。」という説明は、受益の対象を債権的に把握しているようであり、債権者受益者を想起させる。三者間贈与の特質からいうと第一次契約法リステイメント 133 条のように、贈与という文言を残しつつ、受贈受益者をよりはっきり規定しておくべきではなかったかと思料する。

③受益者の信頼について

受益者の権利取得の根拠につき、債権者受益者(被約束者の受益者に対する債務を支払う約束(1)(a)と(1)(b)の受贈受益者(贈与約束)の場合に、受益者の信頼が重要な要素とする旨次のように述べている⁸⁶。

⁸⁵ Harry G.Prince,Perfecting the Third Party Beneficiary Standing Rule under Section 302 of the Restatement(Second)of Contracts,25 B.C.L.Rev.919,975 (1984).

⁸⁶ Restatement (Second)of Contracts §302 comment d(1979).原文の訳は、新堂・前掲論文注 3)1554 頁を参照した。

「被拘束者の受益者に対する債務を支払う約束も、贈与約束も、どちらも、ある契約環境において、受益者による信頼を合理的かつ相当にさせるのに十分な契約当事者による意図の明示を含む。」

どのような受益者が意図されたか否かについて、契約当事者の意図と受益者の信頼の双方を挙げ、前者に重きを置いている。しかし、受贈受益者に限って考えた場合、受益者の信頼が必要であろうか。被約束者の贈与するという目的が何より重要であり、受益者は単に贈与を受けるに過ぎないのであって、そこに受益者の信頼を要素とすべきなのであるか。三者間贈与の特質としては、漠然としつつも、特定の属性の付された受益者集団があるだけであって、そこに信頼は考える余地はあまりないのではないか。受益者は被約束者から利益を受けるだけではないか。三者間贈与を考えるうえで、非常に示唆に富む説明がなされているところといえよう。

ちなみに、この受益者の信頼基準をどう考えるかにつき、「手続的な利便性とその他の要素」、「最重要ポリシー」を考慮することを示唆しつつ⁸⁷、それらの関係について説明が加えられていないともいわれている⁸⁸。

このように、第二次契約法リステイトメントは、第三者の権利取得の根拠につき、コービンの見解により、契約当事者の意図であると受益者の類型を問わず、統一的に把握するようになってはいる。

しかしながら、受益者たる第三者の信頼、加えて、「手続的な利便性とその他の要素」、「最重要ポリシー」という諸要素も考慮することとしている。契約当事者の意図、第三者の信頼の関係や、これらと「手続的な利便性とその他の要素」、「最重要ポリシー」の関係もはっきりしないといえる⁸⁹。

⁸⁷ Ibid.

⁸⁸ 新堂・前掲論文注 3) 1555 頁。

④ 第三者のためにする契約と他の法的形式について

第三者のためにする契約と他の法的形式、信託、代理等の特徴についても説明がなされており、どれに該当するかは契約当事者の明示された意図によって定まるとしている⁹⁰。

三者間贈与との関連でいえば、次章で述べる公益信託の予備知識としても、第三者のためにする契約と信託との比較をしておくだけで足りよう。

すなわち、第三者のためにする契約は、被約束者あるいは約束者と受益者の間に信頼関係はなく、受益するについても受益者の同意を不要としている。

一方、信託では、受託者と受益者間に信頼関係があり、受益するにつき、受益者の同意は不要とされている⁹¹。

3. 学説における第三者の権利取得の根拠および第三者の範囲を決定する基準に関する議論⁹²

それでは、第三者のためにする契約の第三者の権利取得の根拠、第三者の範囲の基準について、学説はどのように考えているのであろうか。三者間贈与の考察に必要な範囲で、諸見解を見ていくことにしよう。

したがって、以下では、契約当事者の第三者のためにする意図に関する諸見解、既に第二次リステイメントの起草過程において明らかになったように、第三者が契約を信頼したか否かを受益者の範囲決定に持ち込む諸見解を見ていくことにしよう⁹³。

⁸⁹ 新堂・前掲論文注3)1555頁。

⁹⁰ Restatement (Second) of Contracts §302 comment f(1979).

⁹¹ Ibid.

⁹² ここでの叙述も、主として新堂・前掲論文注)3・1561-1570頁を中心にまとめたものである。

⁹³ 第一次契約法リステイメント133条から第二次契約法リステイメント302

(1) 契約当事者の第三者のためにする意図をめぐっての諸見解

既に述べたように、コービンの見解によって、第三者のためにする契約を原則として認められるようになったとしても、すべての第三者に権利を認めることにはならず、その範囲を決定する基準が問題となる。諸学説の任務は、この点であり、裁判所に対して第三者の範囲を確定させるための解釈基準を提供する役割があるということである。

すなわち、権利を主張する受益者が契約当事者から遠くなればなるほど、裁判所が第三者の請求を棄却する可能性高い。第三者が特定していなければいけないほど、その数が多くなればなるほどそうなる。三者間贈与の構造やその特質を考えるうえでも、重要な視点というべきであろう。

① コービンの見解の弱点を補強する諸見解

コービンによって、第三者の権利が、契約当事者の意図に基づく契約に基づく契約上の権利であるとされたとはいえ、意図の主体は何か等、第二次契約法リステイメントの起草過程でも議論になったことは既に述べたところである。意図の意味が判然としないことから、解釈によっていかようにも決定し得る弱点があったといえよう。

そこで、学説の中には、意図を実効的な基準と試みてきたとされている。意図の基準を前提としながらも、それを限定(qualify)ならびに改善(ameliorate)しようとするべく、言葉を足して基準を策定し直し

条への最大の変更点は、受贈受益者と債権者受益者のカテゴリーを条文上廃止したこと、贈与目的という贈与の表現が姿を消したことは既に述べたところである。特に前者の根拠が、第三者のためにする契約に二つのカテゴリーでは足りなくなった(第三者のためにする契約と不法行為法とが重なる裁判例や政府契約に関する裁判例等)というのがその理由であった。そのような事例における第三者の権利の取得の議論として、契約法から独立したポリシー(policy)や道徳(morality)等を考慮する学説もあり、議論は混迷の中にあるとされている(新堂・前掲論文注)1570-1572頁、1575頁)。しかしながら、三者間贈与の法的構造とその特質を考えるためには、契約当事者の意図論、第三者の信頼論を踏まえれば足りることに留意すべきである。

たり⁹⁴、契約当事者の意図を立証するための証拠基準を模索している
とされているのである⁹⁵。

②アイゼンバーグの見解

①のように、コービンの打ち出した意図基準を補強させるために新
たな基準を付加させる方向ではなく、意図基準自体を再概念化したア
イゼンバーグの見解⁹⁶が登場することになる。

なぜすべての第三者受益が契約を強制する権限(power)を持つべき
ではないのかという問題を立て、契約当事者の利益との衝突や契約自
由の原則との抵触を回避するために、どのような第三者受益者が契約
を強制する権限をもつかという原則を定立している。以下のようなであ
る⁹⁷。

以下の場合にのみ、第三者受益者は、契約を強制する権限をもつ
べきである。

- (1) 周囲の事情に照らして読まれた契約の中に明示されていると
ころの契約当事者の履行の目的を実行することにおいて、受益者
に契約を強制する(権限を)認めることが、必要な手段であるか、
もしくは、重大な手段である場合
- (以下、(2)略)

アイゼンバーグは、契約当事者の履行の目的を、周囲の事情に照らし
て契約の中に体现された企て(enterprise)の目的であって、契約締結時
において約束者が知っていたかまたは知るべきであった目的であると

⁹⁴ Note, 57 Colum.L.Rev. 410(1957).

⁹⁵ Orna S. Paglin, Criteria for Recognition of Third Party Beneficiaries' Right
, 24 New Eng.L.Rev. 72-76(1989); Harry G. Prince, Perfecting the Third Party
Beneficiary Standing Rule under Section 302 of the Restatement(Second) of
Contracts, 25 B.C.L.Rev. 919, 926(1984).

⁹⁶ Melvin Aron Eisenberg, Third-Party Beneficiaries, 92 Colum.L.Rev. 1371,
1385-89(1992).

⁹⁷ Ibid., p.1385. なお、原文訳は、新堂・前掲論文注 3) 1565 頁を参照した。

いう。さらに、アイゼンバーグは、この基準と第二次契約法リステイメント 302 条(1)との関係につき、同条本文の「受益者に履行を求める権利を認めることが、契約当事者の意図を実現するのに適切である」か否かの基準に合致するので、同条(1)本文に(a)(b)を付加したのは、失敗であると評価しているとされる⁹⁸。

③分析

コービンの見解は、第二次リステイメントの起草過程でも述べたように、受贈受益者と債権者受益者の区別を廃するして、契約当事者の意図に一元化して、受益者の権利取得根拠やその範囲を確定するようにしたことは、三者間贈与の法的構造や特質の観点からいえば、適切ではなかったと思われる。なぜならば、契約当事者の意図でより抽象化して把握するのではなくして、核たる被約束者の贈与目的、第三者に利益だけをただ単に与えたいという意思的要素が薄まったからである。

アイゼンバーグの見解は、後に述べるように、三者間贈与における公益信託における議論に近似していることが知られる。そのうえで、受贈受益者と債権者受益者を想起させる第二次契約法リステイメント 302 条(1)(a)(b)が付加されていることに懐疑的姿勢を見せている。

前者については、第三者の強制権限を契約自由の原則と対立する視点から、強制の要件を付している点が次章で述べる公益信託の強制と異なっていると評価し得る。後者については、三者間贈与に近い受贈受益者の特質を念頭に置いて思考していないようであり疑問である。

(2) 第三者の信頼を基準とすることをめぐっての諸見解

続いてなされた見解は、契約の意図より第三者が契約を信頼したか否か

⁹⁸ Ibid., p.1383.

を優先させて受益者の範囲を決定する見解である。しかしながら、その見解につき述べる前に、第二次契約法リステイトメント 302 条コメント d にいて受益者の信頼を如何なるものと考えていたのか、続いて、第二次契約法リステイトメント 90 条における約束手続と 302 条コメント d との関係に目を向けておく必要がある。以下、これらを確認したうえで、第三者の信頼だけで受益者の範囲を決定する見解を見ていくこととしたい。

① 第二次契約法リステイトメント 302 条コメント d に対する批判的見解

既に述べたように⁹⁹、第二次契約法リステイトメント 302 条コメント d は、「受益者による信頼を合理的かつ相当にさせるのに十分な契約当事者による意図の明示」があった場合に、当該受益者は意図された受益者であると規定されている。同コメントは、第三者の信頼のみを受益者の範囲の決定基準としているのではなく、その文言のわかりにくさもさることながら、第三者が約束の存在を信頼しただけでは、意図された受益者にはなり得ないようである。第三者の信頼を惹起するような契約当事者の意図が明示され、かつ、その意図に基づいて第三者が約束を信頼し、かつその信頼が合理的である場合にのみ、第三者は意図された受益者になり得るとされる¹⁰⁰。

同 302 条コメント d は、あくまでも契約当事者の意図を前提として、第三者の信頼をその要素として付加しているに過ぎず、純然たる第三者信頼を基準にして受益者の範囲を画しているとはいえないものといえよう。

さらに、同 302 条コメント d は、第三者の信頼が合理的か否かを問題とし、第三者の現実の信頼を要求していないと読むことができる。アイゼンバーグは、第三者の信頼が合理的である否かによって、第三者受益

⁹⁹ 本稿第五章第二款 2.(3)③参照。

¹⁰⁰ Orna S.Paglin, 'Criteria for Recognition of Third Party Beneficiaries' Right, 24 New Eng.L.Rev. 83-84 (1989).

者が契約を強制できるか否かを決定しており、その判断基準も示されていないという¹⁰¹。

以上で明らかのように、契約法第二次リステイメント 302 条は、受益者の信頼を一つの要素としつつも、完全に契約当事者の意図を基準にする考え方から解放されていないと評価できる。

②第二次契約法リステイメント 90 条と同 302 条との関係

新堂明子は、第二次契約法リステイメントの 90 条と 302 条との関係、すなわち、条文とそれらに付されたコメントおよびイラストレーションでも、その関係について一言も触れていないことに注目し、302 条コメント d による信頼基準は、その規定の不完全性ゆえに疑問だとし、次のようにいう¹⁰²。

(a) 90 条一項とコメント c を合わせ読むと、90 条は、受益者が約束するであろうことを、約束者が予測できる場合を要件としているが¹⁰³、302 条コメント d は、受益者の信頼を要件とし、前者は「現実」の信頼を、後者は「合理的かつ相当の信頼」を要求している¹⁰⁴。

(b) 90 条では、信頼に対する救済は「正義が要求する範囲に制限される」と規定され、そのコメント b では、「(約束)の強制は、不正義を避けるために必要な範囲に限定されなければならない」という要件の、適用の基準が示されているが¹⁰⁵、302 条コメント d は、そのような規定を一切もたない。

(c) 90 条(1)自体は、二当事者間契約を念頭に置いた規定であるが、

¹⁰¹ Melvin Aron Eisenberg, Third -Party Beneficiaries, 92 Colum.L.Rev. 1383-1384(1992).

¹⁰² 新堂・前掲論文注)3 1567-1569 頁。

¹⁰³ Restatement (Second) of Contracts §90 comment c(1979).

¹⁰⁴ Restatement (Second) of Contracts §302 comment d(1979).

¹⁰⁵ Restatement (Second) of Contracts §90 comment b(1979).

そのコメント b も同様である。しかし、そのコメント c は、三者がかかわる契約を念頭においた言及である。契約当事者が受益者を想定していない場合について、言及している。そこでは、契約当事者の意図が存在しなくても、第三者の信頼が存在することのみをもって、第三者の請求が認容される場合の可能性が想定されている。他方、302 条コメント d では、契約当事者の意図と第三者の信頼の両方が要件とされている。

(d)90 条コメント c の「正当な信頼」と、302 条コメント d の「合理的な信頼」の関係が不分明である。

(e) ある第三者に 302 条コメント d による救済を与えることが否定された場合に、同じ第三者に 90 条コメント c による救済を与えることが肯定されるかについては、残された課題である¹⁰⁶。

既に触れたように¹⁰⁷、約束的禁反言については、約因を克服するエクイティにおける対応が、第二次契約法リステイトメント 90 条に具体化したものとされているが、第三者を介在した場合における第三者のためにする契約論との理論的整合性の検討の必要があることを意味するのであって、三者間贈与の法的構造を考えるうえでも、gift 論、第三者のためにする契約論が体系的につながっていることも認識せざるを得ないのである。

このように、302 条と 90 条の約束的禁反言との関係においても、受益者の信頼というものが不明確なものとなっており、第二次契約法リステイトメント上では、純然たる基準たり得ていないといえることができる。

¹⁰⁶ 新堂は、前掲注 95) の Paglin の p.83-p.97、前掲注 85) の Prince の p.987-p.989、Edward J. Murphy & Richard E. Speidel, *Studies in Contract Law* 1370-72(4th ed.1991)を引用している。

¹⁰⁷ 本稿第四章第二節第五款 1 参照。

③ 契約当事者の意図より第三者の信頼を優先させる見解その1

—ヴァージニア・ロー・レビューの研究ノート¹⁰⁸—

ヴァージニア・ロー・レビューの研究ノートは、信頼の基準を採用すべきであるとして、次のように述べている。

- (a) 契約文言が明確なときは問題ないが、契約文言が明確でないときや何も述べていないとき、かつ、周囲の事情から契約内容が明らかにならないときは、第三者に権利を与えることの正当化は困難となる。第三者が契約を信頼して関係に入ったときは、裁判所が、第三者に権利を与えるか否かについて、契約当事者の意図だけで判断するのは、不当である。
- (b) 意図の基準は、関係当事者のすべてが取引の場にすべて集まり、契約書の文言が曖昧であっても、その意味を全員が了解している場合を想定した判断基準である。
- (c) 第三者のためにする契約の場合、第三者は、契約当事者と取引をしていないし、契約文言も周囲の事情に照らして知るのみである。第三者が当該契約に対して関わり合いを有したとき、周囲の事情のうちの重要なものが、第三者に権利を与えるか否かの決定的な要因である。周囲の事情の重要な要素の一つが、第三者の現実の信頼である。
- (d) 第三者の合理的な信頼がある場合には、第三者に契約を強制する権利を与えるべきである。第三者は訴訟の場において、契約当事者の意図ではなく、第三者にとって契約書が如何なる意味を持っているかについて議論できる。

¹⁰⁸ Note, 54 Va.L.Rev. 1186(1957).

④契約当事者の意図より第三者の信頼を優先させる見解その2

—パグリンの見解¹⁰⁹—

パグリンは、第三者が受益者としての請求を認めるか否かにつき、第二次契約法リステイトメント 90 条を適用しつつ、次のように限定を付す考え方をとっている。

- (a) 約束者の予測可能性を厳格に要求することを第三者に権利を認める要件とする。
- (b) 高額な結果損害の可能性は、約束者が第三者に対する責任を予測していなかったことを推測させる。これは、第三者の信頼の合理性を否定し、第三者の権利が否定されることになる。
- (c) 第三者が、被約束者との関係において、取引費用の増加もなく、自らの利益への不利な影響もなくして、自らの利益を守ることができる場合には、当該第三者は、90 条に基づく第三者救済を受けられない。

⑤分析

第二次契約法リステイトメントの 90 条と 302 条との間でも、第三者の信頼が基準たり得ていないことが明らかである。一方の第三者の信頼を正面から基準とする見解についても、何を信頼していたのかという対象が不明確であることを認めつつ、周囲の事情から判断したり、約束者における高額な結果損害の発生や、被約束者との間で十全に第三者の権利が確保されている場合に、第三者は救済を受けられないとしており、第三者の信頼を内実には正面から基準にできておらず、自己矛盾に陥っている。翻って、三者間贈与につき、そもそも第三者の信頼を考える必要が

¹⁰⁹ Orna S.Paglin, 'Criteria for Recognition of Third Party Beneficiaries', *Right*, 24 *New Eng.L.Rev.* 83-97(1989).

あるであろうか。被約束者が第三者に対して、約束者を仲介者として、寄付をしたいという目的こそ重要であるのであって、当該寄付についての第三者の信頼を考える必要はそもそもないのではなかろうか。被約束者は、約束者を通じて、第三者に寄付をしたいということに尽きる。第三者は、寄付という利益をただ単に受け取るに尽きる。その点でも、三者間贈与を契約理論のフィルターを通してその構造を把握することの限界を示しているように思われる。

第三節 小括とこれまでの日本における英米の第三者のためにする契約に対する評価・位置づけと日本における第三者のためにする契約再論

イギリスは、「直接の契約関係 (privity of contract)」という準則と、それに類似する「約因は被約束者から提供されなければならない (consideration must move from the promise)」という準則が存在していた。あくまでも、契約関係は二当事者間においてのみ、強制力があるということである。したがって、第三者のためにする契約が認められていなかったのである。しかし、1999年に第三者権利法が制定され、大きく転換がなされた。Law commission Report や Consultation paper に、紆余曲折ながらも同法が成立した経緯がわかるであろう。

すなわち、直接の契約関係準則の廃止と叫びつつ、約因の後退、法律上は契約当事者の意図や第三者の信頼を考慮して第三者権利法を制定した。20年アメリカに遅れて判例変更による混乱を避け¹¹⁰、制定法により解決したのであった。契約当事者の意図を重視し、契約理論の土俵に乗っており、あくまでも、立法者は、直接の契約関係を廃止したのみで、約因の第三者提供準則を棄ててないというが、アメリカのように後者も後退させ、20年前のアメリカを追いかけているのではないか。

このように、第三者のためにする契約において、契約の相対効を頑なに守

¹¹⁰ Stephen A. Smith, op.cit., pp.338-341.

っていたイギリスでさえも、1999年の第三者権利法の立法によって直接の契約関係の準則を廃止し、結果として約因を制限的に解釈するに至ったと評し得る。

一方のアメリカでは、もともとは上記二つの準則がイギリスより輸入されたものの、19世紀から20世紀の前半にかけて第三者のためにする契約が認められるようになった。判例、わけでもコービンの声高な主張によるところが大きかった。これが、契約当事者の意図、約束を重視した主張であり、第一次アメリカ契約法リステイトメント、そして第二次契約法リステイトメントに結実した。アメリカは、早い時期から約因よりも契約当事者の意図を優先し、それを認めてきた。受贈受益者概念の否定、契約当事者意図論、契約当事者の意図を重視した第三者の信頼論、第三者信頼基準も、結局のところ、基準になっていなかった。契約強制権を契約理論との抵触との観点から把握、契約理論から抜け出しての法的構成は十分になされていなかったようである。アメリカは、第二次契約法リステイトメントという統一法典により、イギリスより早く正面から認め、直接の契約関係、約因の第三者(原告)から提供準則を棄てた。そして、リステイトメントも学説の多数も契約当事者の意図を重視していた。ただ、学説の中には契約当事者の意図からの脱皮を模索し、受益者の信頼を基準にしようとした見解もあったものの、意図を親亀とした小亀たる信頼に過ぎ、意図から完全に脱皮できておらず、契約理論にあくまでも拘泥しているとの限界を指摘し得よう。

このように、イギリスもアメリカもいずれも程度の差こそあれ、契約理論の中における議論の展開がなされ、後者は政策的要請も加味してはいるものの、第三者のためにする契約として、契約法理の限界を画する法構造として第三者のためにする契約を把握してきたといえる。すなわち、贈与を第三者にする、第三者のために債権的に贈与する色合いが濃く、財産管理として第三者に贈与するという視点が弱いということもできそうである。この点、たしかに、木下毅の見解に注目すべきものと思われる。木下毅は、第三者のためにする契約で取得するのはあくまでも債権であって、信託で取得するのは

受益権に近く、債権にとどまらず、完全な対物的とはいえないにせよ、それに準ずる物権的権利であるとされる¹¹¹。行為を中心にみる債権的視座からはその特質を把握できないので、対物的に法理である信託財産を中心に考えるべきではないかというのである¹¹²。さらに、アメリカの信託法第二次リステイトメント 14 条では、「第三者のためにする契約は、信託ではない」としているからであるとされる¹¹³。

しかし、日本の第三者のためにする契約は、大陸法の影響を受けていることもたしかであり、全面的に英米法の議論に拘束されると考えるのは行き過ぎではないかとして、四宮和夫の見解がある。この点につき、四宮は、次のようにいう¹¹⁴。

- ①信託法と契約法との管轄裁判所のちがい(大法官裁判所(Equity 裁判所)とコモン・ロー裁判所)は、英米法の歴史的事情によるものがあり、わが信託法の解釈上拘泥する必要がない。
- ②契約法における privity(契約関係)という英米法(特にイギリス法)特有の理論は、英米法の歴史的事情によるものがあり、わが信託法の解釈上拘泥する必要がない。
- ③他益信託設定行為を第三者契約から峻別する考え方には、大陸法における第三者契約への誤解がある。
- ④第三者契約によって第三者の取得する権利は物権的権利であってもよいとするなら、契約による他益信託設定を(大陸法における)第三者契約の一

¹¹¹ 木下毅「受益者の準物権的権利—第三者のためにする契約と信託との関係—」会報信託 127 号(信託協会、1981 年)20 頁。同『アメリカ私法』(有斐閣、1988 年)281 頁。

¹¹² 木下・前掲書注 111)281 頁。

¹¹³ 木下・前掲論文注 111)7 頁は、同条につき、「信託の受益者は、信託財産に対する受益権(beneficial interest in the trust property)を有するのに対し、契約の受益者は、単に約束者に対する人的請求権(personal claim)を有するに過ぎない」として、両者をはっきり区別していると指摘する。

¹¹⁴ 四宮和夫『信託法(新版)』(有斐閣、1989 年)98-100 頁。四宮は、われわれの考察対象としている三者間贈与をより抽象化し、信託に引き寄せた概念として「他益信託設定行為」と表現している。また、第三者のためにする契約を、必ずしも明らかではないが、「第三者契約」としている。

種と考えることに、問題はないはずである。

このように、第三者のためにする契約は、先に述べたように売買と並ぶ契約類型ではない、各種契約の特約ないし付款である¹¹⁵。それは、われわれの問題意識の中核にある贈与契約、売買契約、交換契約のような財産権移転型の契約をはじめ、賃貸借契約、使用貸借契約、消費貸借契約のような財産権利用型の契約、寄託契約、委任契約、請負契約、雇用契約のような労務給付型の契約、さらにはその他の和解契約、終身定期金契約、組合契約と日本民法における13の典型契約すべてに理論上附着し得る特約である。義援金寄付にみられる三者間贈与と第三者のためにする契約は、比較可能な類似性ある概念というよりも、むしろ後者は前者を含むある種の契約形態全般に附着する特約に過ぎない。つまり、前者は、ある種の贈与契約等の契約類型の一つといえるが、後者は、それを含むあらゆる契約類型に付属し得る特約であり、例えるならば、一段階抽象度が高い特約ないし約款ということになるのである。それ故、日本民法においても、契約総論の中での537条以下に規定がなされているのである。そして、第三者は契約当事者ではないが、第三者が受益をする場合には、受益の意思表示が必要とされている(民法537条)¹¹⁶。

第三者のためにする契約においては、この受益の意思表示後も、完全に債権が移転するのではなく、要約者(受約者、被約束者)は契約当事者として、諾約者(約束者、約諾者、債務者)に対して第三者(債権者)に対する当該債務を履行すべき旨を請求する権利を有し続ける¹¹⁷。第三者のためにする契約に

¹¹⁵ 大村敦志『基本民法Ⅱ債権各論(第2版)』80-82頁(有斐閣、2005年)は、特殊な売買の中に、信託や終身定期金、第三者のためにする契約を位置づけ、どれも財産管理のための所有権移転の類型としているのは、われわれの問題意識に通底するものがある。ただ、木下説ではなく、四宮説に親和するものと評価し得る。

¹¹⁶ 小粥太郎『民法の世界』(商事法務、2007年)70-71頁は、民法537条は、権利付与の場面であるとする。そのうえで、第三者への義務づけならば、意思的関与が必要であるとする。その水準を高めると、当事者は誰かとあいまいになる(他人間の契約に自ら積極的に拘束される意思となる)し、契約当事者論契約の個数論にも影響するとされ、契約の相対効の原則は、検討すべき問題多く、整理の仕方も一様ではないとされる。本稿の対象とする寄付のような三者間贈与においては、受益者たる第三者への義務づけの問題は生じ得ず、しかも当事者が不特定である。第三者はそもそも契約当事者ではなく、たんに利益を得る立場にあるに過ぎない。

¹¹⁷ 池田真朗・吉村良一・松本恒雄・高橋眞『マルチラテラル民法』(有斐閣、2002

においては、第三者は、受益者として(原契約の有効を前提として)、元の債権者の有する利益の全部または一部を享受する権利を得るという限度での債権者になると考えるべきである(もし債務者の第三者への給付につき債務不履行があった場合は、第三者が損害賠償を請求し得ることは勿論だが、要約者も第三者に給付させることに特別の利益があった場合はその賠償請求は認められると考えられるとされる)¹¹⁸。

さらに、第三者のためにする契約においては、第三者に直接権利を取得させる趣旨と判断すべき基準は何か問題となる¹¹⁹。アメリカでなされた議論に明らかであろう。イギリスやアメリカの議論を踏まえると、とりわけ第三者のためにする契約に内在する原理は、イギリスにおいては、訴訟を起こす地位を第三者に与えるためのものであるという理由で、1999年の第三者の権利法の成立までその存在が認められていなかった。一方、イギリスと異なり、早くからアメリカでは、giftと第三者契約を別個の概念としている。これは、契約の当事者でない者は、その契約によって義務を課されるだけではなくして、権利の付与を受けることもできないという既に考察した約因の原理の帰結にもつながるものである。約因の法理を後退させ、契約当事者の目的重視の観点から、コービンの影響等を受け、第二次契約法リステイメント302条で第三者のためにする契約を肯定した。

したがって、三者間贈与の法的構造を把握するにあたっては、本章の分析から、木下の見解も重要な視点と考える¹²⁰。

年)245頁(池田執筆)。

¹¹⁸ 池田・吉村・松本・高橋前掲書・注117)245頁。

¹¹⁹ 平井宜雄『債権各論 I 上契約総論』(弘文堂、2008年)185頁。

¹²⁰ なお、30年前の木下のこの認識は、50年前に既に持たれており、好美清光「Jus ad remとその発展的消滅—特定物債権の保護強化の一断面—」一橋大学研究年報法学研究3巻(1961年)180頁以下の論旨につながる壮大な問題になり得ることに留意すべきである。大陸法における分析ではあるが、好美は、物権と債権の区別が絶対のものではなく、典型的なものについては、権利の分類たり得るものの、そうでない場合は言葉の問題に過ぎず、当該法律関係に適合した処理の必要性を説く。三者間贈与の法的構造を考える場合にも、この論旨が不動であることを認識せざるを得まい。また、本稿第二章第五節第七款2注22)の加藤雅信の見解もこの流れに位置付けられよう。さらに、最近の研究として、アメリカのアカデミック法学における財産権の果たす機能についての論争の展開から示唆を得て、「信託法理」とい

第四節 英米における第三者のためにする契約の議論から得られた示唆

イギリス、アメリカにおいて第三者のためにする契約が認めらるに至った議論の展開を見たことで、何が確認できたかにつきまとめたい。三者間贈与との一応の比較を行い、次章への橋渡しを行うことにしよう。

第三者のためにする契約と三者間における贈与を比較検討する場合に、鍵になる原理は、イギリスの歴史を踏まえた場合、約因であるということができる。

では、アメリカの歴史を踏まえた場合に、第三者のためにする契約と三者間贈与を比較すると、どのようなことがいえるであろうか。

アメリカの第一次契約法リステイトメントにおける債権的受益者¹²¹と受贈的受益者と比較すれば¹²²、われわれが考察しているのは、受贈的受益者が三者間贈与における第三者に接近することになる。が、当事者が二当事者から三当事者に増加したことによって、関係当事者間の公平の観点から、約因という大原則を後退させていると評価することができる。ここでも、贈与を契約でないことを区別する指標として機能していた約因概念の必要性が改め

うキーワードで語られてきたものを、個別具体的な場面に応じた利益衡量へと解体し、財産権(日本でいう物権)と契約から信託制度がどう見えるかとの相対化の試みがなされている(森田果「財産権・契約・信託」(水野紀子編『信託の理論と現代的展開』所収、商事法務、2014年)167-194頁)。森田論文は、アメリカでの議論からのアプローチではあるが、好美論文の問題意識と通底しているように思われる。

¹²¹ 加賀山茂「第三者のためにする契約の機能—債務者のイニシアチブによる公平な三面関係の創設機能—」『高森八四郎先生古稀記念論文集 法律行為論の諸相と展開』所収(法律文化社、2013年)295頁は、第三者のためにする契約は、二当事者の契約による三者間の法律関係の規律し、受益の意思表示を要件とすることによって、債権者のリスクを最小限に抑える機能があるとする。第三者に利益のみを付与する受贈的受益者ではなく、債権的受益者のみを指しているものと思われる。

¹²² 瀬々敦子『民法改正とアメリカ法』(晃洋書房、2011年)180頁で、日本の債権法改正の議論の中で、第三者のためにする契約の類型的把握につき、「債権取得型はアメリカ契約法第一次リステイトメントの donee beneficiary にあたると思われるが、アメリカが分類を廃止する方向に進んでいるのに対し、逆行するものであり、徒らに議論を複雑化させるものではないだろうか?」とされる。この見解は、われわれの問題にしている三者間贈与の法的究明の逆のベクトルを描くものであり、疑問なしとしない。日本の債権法改正の議論において第三者のためにする契約を類型的に把握している点については、三者間贈与の問題性を浮かび上がらせており、本稿の問題意識と親和性があると考えられる。

て問われるといわなければならないであろう。その点でいえば、前章で述べた gift の一般的性質の諸議論を見た結果と同じ評価を下すことができよう。

すなわち、約因はあくまでも二当事者に多くの場合機能する原則であって（もつとも、二当事者ではあっても、例外領域が拡大しているのは、前章で述べた約束的禁反言等の議論を見ても明らかであるが）、三当事者になるとその働く余地が狭まるといえないであろうか。イギリスとアメリカにおける第三者のためにする展開を踏まえ、双方にいえるのが、約因概念を乗り越えることであったといえる。

さらに、アメリカの歴史の展開のみを踏まえるならば、重要な三者間贈与との違いは、次の二つである。第一は、受益者の分類を一元化したことである。第一次契約法リスティメントにおいては、受益者の分類をしていたものの、第二次契約法リスティメントでは、受益者の分類を無くし、意図された受益者という一元的基準にした。それでは、明確な基準とはならないことから、第三者のためにする契約の第三者の範囲につき、第三者の信頼を考慮している点である。約因を必要としないとしているものの、第三者の信頼を要件とすることで、第三者のためにする契約に一定の限定を施しているといえよう。

しかしながら、三者間の贈与においては、第三者の信頼を考える余地はない。贈与者は、ただ単に、受益者に財産を与えるだけであって、受益者たる第三者の信頼は考慮することはなく、贈与者が信頼しているのは、仲介者に対する信頼、受益者に適切に当該財産を渡してくれるかという信頼である。三者間贈与における受益者は、贈与者の意図した受益者か否かであり、第二次契約法リスティメントにおける議論で足りる。

ともあれ、第三者のためにする契約においても、約因原則に妥協している点で、次に述べる、約因を必要としない信託、われわれが分析視角としている信託の権化たる公益信託と同様の価値判断が底辺にあるといえよう。ただ、前者は、三者間贈与との比較でいえば、贈与契約に付された特約、すなわち、

三者間贈与は、第三者のためにする契約といえるも¹²³、第三者のためにする契約は、すなわち三者間贈与とはいえないといい得る。三者間贈与を迂遠な法律構成で把握すべきなのであろうか。贈与者たる要約者の財産管理としての視点が必要ではなからうか。

本章の結論としては、別個であるとするれば三者間贈与と第三者のための契約はどう違うのかが問題になり得る¹²⁴。たしかに、第三者のためにする契約は、文字どおり第三者のためにする契約であり、第三者を受益者とする契約である。

三者間贈与も、分解して考えれば第三者のための契約ならぬ第三者のための贈与契約と考えることができれば、二者間契約である本来的な民法で規定されている贈与契約の発展形態ともいうことができよう。アメリカの第一次契約法リステイトメントにおける受贈受益者に類似した概念といえるだろう。第三者の権利取得の根拠につき、契約当事者の意図、第三者の信頼等を要件として、第三者の範囲を画定させてきた歴史が、英米、特にアメリカの議論であったといえよう。三者間贈与においては、被約束者たる贈与者ないし寄付者の「第三者に贈与ないし寄付したい」という意図が最も重要なのであって、その点では契約当事者の意図ともいえるが、約束者たる仲介者の意図よりも贈与者ないし寄付者の意図こそが中核概念である。第三者が被約束者の贈与ないし寄付の意図を信頼していたかは問題とならず、利益を約束者を介して贈与者ないし寄付者から受けるのみである。

一方、三者間贈与では、贈与者たる要約者は、受贈者たる諾約者に第三者への贈与を完全に委ねているのが一般であろう。

¹²³ 広中俊雄『債権各論講義(第六版)』(有斐閣、1994年)342-343頁は、第三者を受益者とする信託を、「第三者のためにする契約であることが法律の趣旨から直接にうかがわれるもの」であるとする。われわれの問題意識にある三者間贈与と第三者のためにする契約との関連を明確に指摘している民法における文献である。信託法の文献では、既に述べたように、四宮・前掲書注114)98-104頁が公益信託と第三者契約との関連性からそれぞれ違いにまで議論を展開させている。

¹²⁴ 新堂明子「契約と第三者」法律時報86巻1号(日本評論社、2014年)57-58頁は、日本民法の債権法改正における第三者のためにする契約の審議状況につき、債権取得型等その類型化や信託等との関係への視点がなされていることに好意的評価をしている。

しかし、ところで、三者間贈与は、既に述べたように AC 間に対価関係(または、出捐関係)は贈与である。AB 間には、補償関係(または、資金関係)というよりも、ある特定の集団に属する C に渡すという委任関係があるだけで、しかも B が C を決定しており、結果として BC 間のみ、現実の給付関係があるという点で類似しているだけである。第三者のためにする契約と三者間贈与では、BC 間の現実の給付がある関係のみが類似しているのであって、AB 間には補償関係はなく、AC 間には対価関係としての贈与目的がある点で異なっている。すなわち、三者間贈与は、AB 間、BC 間にそれぞれ委任的な関係、現実の給付関係があるだけであって、AC 間には関係どころか、特定の属性のついた集団の中の誰か(例えば、被災者のうちの誰か)という概括的な関係しか存在していない。結論を先に言えば、A から B に「被災者の寄付したいので、このお金をお渡しします」という所有権を移転させ、B が A に受託されたとおり、一定の集団の一人たる受益者 C を選択し、その C に贈与している構造になっているに過ぎないといえそうである。財産管理人 B 介在型贈与という特質である。

イギリスやアメリカでなされていた議論である、「約因は原告(第三者)から提供されなければならない」という準則や「直接の契約関係」準則をそもそも乗り越えるための模索を不要とする(既に乗り越えたところに存在する)法構造を有しているといえるのであって、契約法理論の土俵にない概念に近いのではないかという一応の示唆が得られたように思われる。

このように、三者間贈与においては、寄付者は、仲介者に「被災者の方に、私の金員を寄付ください」としているのであって、第三者の特定した誰かのために契約しているという状況とは異にしている。この点に、第三者のためにする契約と三者間贈与の違いがある。三者間贈与においては、当該仲介者との一定の契約時には、第三者は明確に特定されていないのである。仲介者に、第三者の例えば被災者という属性の範囲内で決定する権限が委ねられているのである。三者間贈与は、民法の知らない法的構造であって、民法の限界ともいふべき法律関係ということができ、三者間贈与と第三者のためにす

る契約とは大きく異なるといえよう。徹頭徹尾受益者がはっきりしない場合である三者間贈与の法理は、契約法の領域ではカバーし得ないのではないか。三者間贈与は、第三者があらかじめ明確になっていないことから、第三者の個性が希薄であることに加え、第三者の権利を消滅・変更する権利を留保したいとは通常、要約者(贈与者)は考えていないのが一般である。むしろ、仲介者が第三者に贈与物を渡さなかったとき、仲介者の義務違反を問うことが一般的であり、第三者の権利を消滅・変更する意図を贈与者において有していないのが通常である。その意味で、第三者は贈与者から利益のみを受領する立場にあるに過ぎない。その点で、受益の意思表示が必要とされていることから、第三者のためにする契約は、三者間贈与を説明する法理としてはアキレス腱にならざるを得ないであろう。受益の意思表示をする段階においては、第三者が確定している必要があるからである。

そこで、次章では、三者間贈与の構造とその特質は如何なるものか考察する最後の法的枠組みとして、アメリカの公益信託を見ていくことにしたい。

第六章 英米における公益信託と三者間贈与

これまで、比較法的考察の手法を用いて、英米における gift の概念と第三者のためにする契約の諸議論から、我々の研究対象である三者間贈与の法的構造とその特質が如何なるものかにつきその照射を行ってきた。その結果、gift の議論においては、二者間の贈与を前提とした贈与者と受贈者のそれぞれの権利義務関係に焦点を当てた議論がその中心を占めてはいるものの、一部エクイティにおける信託宣言等信託の議論もなされていることが明らかになった。第三者のためにする契約の議論においては、三者間の有するそれぞれの関係性の違い、贈与だけに限らない特約的な要素があること等から三者間贈与とは別概念であることが明らかになった。

以下では、三者間贈与の法的構造とその特質を考えるための最後の法的枠組として、アメリカにおける公益信託を見ていくことにしよう。その前提として、Charity、Charitable trust とはそれぞれ如何なるものかはっきりさせておく必要がある。ここでは、前者を、慈善行為・救済事業・博愛事業・社会事業、救恤品、慈善団体・救恤組織・博愛団体・社会事業団体・公益団体、公的救恤支給¹等、事業そのものと団体の意味で用いることにする。後者を、公益信託²を指すものとして用いる。チャリティには信託形式のものと法人形式のものがあるともいわれているが³、信託形式を公益信託と呼ぶこととしたい。

第一節 本章の位置づけとこれまでの議論状況

我々が考察している三者間贈与の法的構造を掘り下げると、それに近い構造を有する公益信託に突き当たることは、これまで既に何度か指摘している

¹ 田中英夫編集代表『英米法辞典』（東京大学出版会、1991年）139頁。この中に、団体的意味として、公益信託も読み込んでいるが、厳密に公益信託は後者の意味で用いることにする。

² 前掲注1)田中・139頁。

³ Donovan Waters, *Water's Law of Trusts in Canada*, pp. 664-665. (4th ed. 2012)、田中實『公益法人と公益信託』（勁草書房、1980年）118頁。

ところである。とりわけ、三者間贈与、東日本大震災等においてなされている義捐金等の寄付は、その目的から言っても、その構造は公益信託に限りなく近いものといえることができるようである。後に述べるように、この場合の寄付の目的は、被災者支援目的であることは明らかであり、Charitable Purpose そのものと言い得るからである。公益信託は、最も信託らしい信託、究極の信託形態であって、他益信託とも呼ばれている⁴。このことは、受益者に利益のみを与えるという信託であるということからも裏付けられるようである。寄付をする者は、何等の見返りを期待せず、純粋に被災者である誰かに義援金等を渡したいと意図しているだけである。寄付者と被災者とでは、通常は見ず知らずであることが多く、贈与契約を締結しているとは考えられない。そこで、寄付者たる委託者が、被災者集団たる被災者の誰かを受益者として、受託者たる仲介機関を通じて公益信託を設定していると観念できないかが問題となるのである。

しかしながら、既に述べたように、これまで日本においては、公益信託そのものの法的構造に関する議論はあまり十分になされてこなかっただけでなく、本稿で検討している三者間贈与を分析視角とする寄付と公益信託の構造の比較に至っては、ほとんどなされてこなかったように思われる⁵。

そこで、本章では、アメリカにおける公益信託の諸議論を手かかりとして、三者間贈与の法的構造とその特質について検討していくこととしたい。

実のところ、英米の公益信託に関する日本における分析についても、これまであまり十分になされているとはいえず⁷、多くの議論は、後に述べる
1601年公益ユース法を4つの類型として定式化したとされているマクノ

⁴ 新井誠『信託法(第4版)』(有斐閣、2014年)438頁がつとに強調している。

⁵ プロローグに簡潔に述べたように、四宮和夫が『信託法(新版)』(有斐閣、1989年)25頁で、寄付と公益信託とが互いに近接した概念であることを前提とした記述をしているのは、われわれの問題意識からは頗る示唆に富む。

⁶ ちなみに、イギリスの公益信託の発展から寄付文化の構築の必要性を論ずるものに、菅富美枝「ヴォランティアの展開と法—英国における公益信託の発展を手がかりとして『法と支援型社会 他者指向的な自由主義へ 武蔵野大学シリーズ5』(武蔵野大学出版会、2006年)所収169-172頁があるが、寄付と公益信託それぞれの法的構造についての言及はなされていないようである。

⁷ 田中實、樋口範雄の諸論稿がある程度である。

ートン卿ルールや公益概念の概説的な検討にとどまっているようである⁸⁹。

かかる日本における議論の状況を踏まえて、以下では、アメリカの公益信託の諸議論を見ていくこととしよう。

第二節 アメリカにおける公益信託¹⁰

第一款 顕著な三つの問題点¹¹

公益信託¹²は、明確な受益者 (beneficiaries) でなければならないという一般的ルールの一つの例外であるとされている¹³。身元を確認できる受益者は、公益信託を執行するために必要とされていない。なぜならば、公務員や司法長官にその公益信託の執行する権限があるからである¹⁴。

公益信託は、永久拘束禁止原則 (Rule against Perpetuities) にもかかわらず、永久に存続することが許されている¹⁵。なぜならば、その委託者によってなされた当該公益信託の条項は何世紀にも亘ると

⁸ 植木淳「イギリスの公益信託における公益概念」神戸市外国語大学外国学研究所 70号(2008年)81-96頁。マクノートン卿ルールたる「救貧のための信託」、「教育の振興のための信託」、「宗教の振興のための信託」、「その他社会一般の利益となるための信託」の4つの類型については、同84-85頁に詳しい。

⁹ 田中實『公益法人と公益信託』(勁草書房、1980年)、同『公益信託の現代的展開』(勁草書房、1985年)等。

¹⁰ 本節の以下の記述は、主として William M.McGovern, Sheldon F.Kurtz, David M.English, Principles of Wills, Trusts & Estates pp.474-488(2d ed.2012)に依拠しつつ、適宜、第一次資料であるリステイメント等を考慮し、検討すべき判例をも取り入れながらまとめたものである。

¹¹ William M.McGovern, Sheldon F.Kurtz, David M.English, op.cit., pp.474-475を主としてまとめたものである。

¹² ちなみに、木下毅『アメリカ私法』(有斐閣、1988年)263頁は、信託にも関係理論的発想が強く見られるとされる。その内容は必ずしも明らかではないが、アメリカ契約法理論としての意思主義と関係主義の二大対立を強調している。ここでは、これ以上立ち入らない。なお、関係的契約理論については、内田貴『契約の再生』(弘文堂、1990年)に詳しい。

¹³ Restatement(Third)of Trusts §28 comment.c(2003).

¹⁴ See Restatement(Second) of Trusts §391(1959); Wis.Stat. §701.10(3).

¹⁵ Restatement(Third)of Trusts §28 comment.d(2003).

しばしば時代遅れになることから、裁判所が cy pres として知られている権限によって、その公益信託の条項からの逸脱を正当と認めているのである。

事実、「いつもその贈与の条項によって設定された信託のように可能な限り近接したスキームを適用する」ものとされるのが可及的近似の原則であったが、現代の裁判官は、それに限らず、変化した諸状況の下で可能な限りその信託条項に「近接する」ように解釈されることになっている¹⁶。

このように、公益信託は、受益者の不明確性、永久拘束禁止原則の適用除外という二つの特質を有している。後に述べるように、第一に、前者の特質ゆえの司法長官等による執行(enforcement)の問題が生じる。第二に、後者の特質ゆえに裁判所による cy pres 権限による事情変更という問題も生じる。そして、何よりも、第三に、通常の私益信託とは異なり、公益信託が公益目的を達成するために存在しているというのがその中核たる特質であるとされている。

以下では、三つの問題点たる公益目的(charitable purpose)、裁判所による cy pres 法理、司法長官等による執行(enforcement)を中心にアメリカの公益信託の理論的諸問題を述べながら、三者間贈与の究極形態である公益信託の本質に迫ることとしたい。

第二款 公益目的(charitable purpose)の意義

1. charitable purpose の概念¹⁷

公益信託を規制する特有なルール(前款で述べた、永久拘束禁止原則適用除外や cy pres 権限による事情変更等)のため、裁判所は、ま

¹⁶ Restatement(Third)of Trusts §67 comment.d(2003).

¹⁷ William M.McGovern, Sheldon F.Kurtz, David M.English, op.cit., pp.475-478 を主としてまとめたものである。

ず、当該信託が公益的(charitable purpose)であるかどうか決定しなければならぬ。リステイメントによれば、「その信託の実現が、永久にまで設定された目的に財産を供することを許可することを正当化するほど当該共同体に社会的に役立つものであれば」その信託は、公益的なものであるとされる¹⁸。代わりに、チャリティは時に公益的と認識された目的のリストによって定義される。そのようなリストは、イギリスの1601年の公益ユース法(the Statute of Charitable Uses)に現れている。「決して余すところなく定義をしようとしていた」わけではないが、このリストは「今なお現代のチャリティの概念に強い影響を及ぼしている」¹⁹とされている。このリストには、「若い女性の結婚」のような今日では、むしろ今の社会に合わないと思われるものもある²⁰。また、1601年のリストにはない目的もあり、動物虐待防止がその例である²¹。より最近のリストは、UTC(統一信託法典)に現れている。すなわち、①貧困の救済(the relief of poverty)、②教育の振興(the advancement of education)、③宗教の振興(the advancement of religion)、④健康の促進(the promotion of health)、⑤政府や市政の目的(governmental or municipal purposes)、⑥コミュニティに対して利益がある他の目的の実現(other purposes the achievement of which is beneficial to the community)がそれである²²。

このように、公益信託の中心となる公益性については、イギリスの公益ユース法にその淵源を持ちつつ、一部時代にそぐわないものがありながらも、アメリカにおいては、第二次リステイメント、そして第三次リステイメント、さらには、統一信託法典にまで基本的には

¹⁸ Restatement(Second)of Trusts §368 comment.b(1959).

¹⁹ Susan Bright,Charity and Trusts for the Public Benefit—Time for a Re-think?,The Conveyancer and Property Lawyer 28,31(1989).

²⁰ Statute,43 Eliz.I,c.4(1601).

²¹ Green's Will Trusts,[1985]3 All E.R.455(Ch.1984).

²² UTC § 405(a). Restatement(Third)of Trusts § 28(2003)、Restatement(Second)of Trusts § 368(1959)のそれぞれと、このリストは同じである。

変わらず、今なお通用する判断基準としての性格を有しているものといえよう。

アメリカの裁判所は、比較的幅広く公益信託を定義しているが、当該信託を公益的なものかどうか判決するには限界がある。ある学校の最初の三学年の子供達に対して、彼らの教育をさらに推し進めるために、収益を配分する信託は、公益的ではないとされた事例である。教育のために「7、8歳の子供達にお金を渡す」ことは、「そのような子供達が真面目に使うかどうか疑わしい」ので「全体として意味がない」からであるとされた²³。この事例においては、比較的小さな子供達であるから、種々の悪ふざけ等をしがちな年代でもあり、その学校のすべてではなく一部のその年代に限定して、その信託の金銭を用いても彼らに効果のある教育をするという効果は疑問であるということであろう。いかなる信託も、貧困の救済のための一つとしての公益信託であるとみなすことはできなかつたのである。一方で、収益の配分が必要とされる子供たちに限られていなかつたのもその理由である²⁴。そのスキームにおける社会的な利益は、「公益信託として永久にその存在を正当化するには」十分ではなかつたのである。永久拘束拘禁禁止原則の適用除外という特質が公益信託にある以上、公益目的の判断についても、それに相当な社会的利益か否か厳密に考えられているものといえよう。もし潜在的な受取人の階層があまりに狭い範囲でしかないのであれば、公益的な信託と見なすことはできない。例えば、「私の子孫の教育のため」の信託のような場合である²⁵。自分の子孫の教育のための信託は、何らの公益目的はなく、むしろ私益信託そのものであるといえることができる。

²³ Shenandoah Valley Nat. Bank v. Taylor, 63 S.E.2d 786, 791 (Va. 1951).

²⁴ しかしながら、たとえ特に受益者が貧困でなければならぬと述べられていなくても、「貧困の救済のため」の信託とされ得る。「未亡人や孤児」の利益のための信託は、通常、「貧困な未亡人と孤児」の意味として解釈されている。Restatement(Third) of Trusts §28 comment.g(2003).

²⁵ Restatement(Second) of Trusts §375(1959).

しかし、委託者は例えば小さなコミュニティーのような好きなグループを選択することができる²⁶。ある小さな町で医者になることに同意した人に対する医学の教育をする信託、あるいは何か有益なことをした個人に対する表彰等、ある個人一人に対する支払いであっても、その信託を公益的なものにするのに十分な社会的利益になるのである²⁷。委託者が小さなコミュニティーにおける受益者層を自由に選択しているとはいうものの、これらの信託は、広い範囲で公益目的を有しているものと実質的に評価し得るのである。委託者が好きなグループを選択しているからといって、機械的に公益目的は存在しないとしているのではなく、当該信託によって果たそうとしている行為が社会性を帯びているか否かを総合的に検討していることを看取することができる。公益目的であるか否かは、個別具体的に一定程度の規範的判断が求められているのである。

遺言者やその家族の墓を維持するための信託は、公益的とはいえない。遺言者自身の信託であるから、公益目的がないのは明らかである。しかし、「著名な人」のための公共の共同墓地あるいは記念碑を永遠に維持することは、公益的であるとされている²⁸。委託者のペットのための信託は公益的だとされていないが、一般的には、動物虐待防止のための信託は、公益的であるとされている²⁹。著名人たる私人の墓地とはいっても、公人(public figures)のものであるから、その墓地を維持すること自体に、社会的利益があるといえ、公共目的があることは大いに首肯できる³⁰。一方、ペットに関する信託については、委託

²⁶ Restatement(Third)of Trusts §28 comment.f(2003).

²⁷ Ibid.

²⁸ Restatement(Second)of Trusts §374 comment.h(1959).委託者の魂のためのミサの儀式の信託は、公益的だと考えられている。In re Hetherington, [1990]Ch.1 (1989); Restatement(Second)of Trusts §371 comment.g(1959).

²⁹ Restatement(Second)of Trusts §28 comment.l(2003).動物の世話や墓の手入れのための信託は、「名誉を称えるもの」として維持される。

³⁰ ちなみに、日本では、東京の谷中霊園や多磨霊園等において小説家、芸能人、政治家等のお墓巡りというある種の社会現象が起きているとされている。ひとつひ

者のペットのためであれば、私益目的が顕著であることは明らかであり、公益目的は存在する余地がないといえる。ただ、動物虐待防止のための信託は、動物虐待防止が社会的利益そのものであって、公益的であることは明らかといえよう。

慈悲深い (benevolent) あるいは博愛の (philanthropic) という言葉が、信託の目的を表現するために使われていれば、現代のアメリカの裁判所はそれらの言葉を公益 (charitable) と解釈している³¹。

上に述べたように、公益目的は、1601年のイギリスの公益ユース法 (the Statute of Charitable Uses) に起源を有しながらも、時代にそぐわない目的があったり (例えば、若い女性の結婚)、あるいはきわめて現代的な公益目的 (例えば、動物虐待防止目的) が新たに付加されてきている。現代のアメリカにおける公益目的であるか否かの分水嶺は、決して受益者の範囲が委託者によって自由に決められて狭いがゆえに、公共目的は存在しない等と機械的に判断しているわけではないことがわかる。当該信託の中で、委託者が意図している目的が、どのような形で社会的に影響を及ぼし得るのか、社会通念に照らして個別具体的に規範的評価をしているのである。

また、最近の統一信託法典のリストからいっても、災害に遭った住宅等を喪失した被災者への義援金目的は、①の貧困の救済としての公益目的に該当することは明らかであろう。

2. 公益的実体に対する限定された贈与³²

設立された諸団体に対する多くの公益的な贈与は、与えられた金銭

とつの墓地は私人のものであっても、多くのマニア等が訪れれば、一定の公共性が生じると評価し得よう。

³¹ Wilson v. Flowers, 277 A.2d 199 (N.J. 1971).

³² William M. McGovern, Sheldon F. Kurtz, David M. English, op. cit., p. 483 を主としてまとめたものである。ここに実体 (entities) とは、団体、組合、会社等グループを総称されているようである。

または財産の使用に関して諸制限が課されている。たとえその贈与が信託に明確に書かれていなかったとしても、「その特定の目的に対して財産を当てる贈与の条項によって方向づけられている受贈者は、1つの義務の下にあって、そうするように司法長官の訴訟による強制可能な状況下に置かれている」³³。たとえ贈与が明確に書かれた条項によって制限されていなかったとしても、当該財産は、基本定款に説明されているとしてその組織の目的から別の用途に用いてはならない³⁴。

すなわち、受託者は当該公益目的以外の目的に贈与者(信託設定者)からなされた金銭または財産を使用することができないということであって、これを守らないと受託者の義務違反となるのである。

しかし、贈与がなされてからかなりの時間が過ぎた場合は、特に贈与者が財産の使用につき制限することを裁判官は判断したくないとされている。

ある裁判例で、土地は、1827年に教会に「公共の礼拝堂の建立とその維持」という条件の下に与えられた。150年後、裁判所は、受贈者はもはやその条件に拘束されないと判決した。「合理的な時間が経過したので、当該土地の使用に関する時間の経過に関する条件は満たされている」と³⁵。

この裁判所の判断の背景としては、次の二つが考えられる。第一に、公益信託であっても、信託である以上、贈与者たる委託者から、受贈者たる受託者に当該財産の所有権は移転していることがある。第二に、公益信託の永久拘束禁止原則の例外という特質があることから、いつまでも委託者たる贈与者による「公共の礼拝堂の建立とその維持」という公益目的制限を受託者たる受贈者に課することは背理である。

³³ Restatement(Second)of Trusts §348 comment.f(1959).

³⁴ In re Connolly's Estate,121 Cal.Rptr.325(App.1975);Greil Memorial Hospital v. First Ala.Bank,387 So.2d 778(Ala.1980);Blocker v.State,718 S.W.2d 409(Tex.App.1986).

³⁵ Independent Congregational Soc.v.Davenport,381 A.2d 1137(Me.1978).

受託者たる受贈者の公益目的以外への財産の使用という義務違反になる可能性がある場合であっても、例外はあり得るのであって、それが期間の経過ということになる。

第三款 Cy Pres の意義³⁶

公益信託の特質には、前述したように永久拘束禁止原則の適用除外があった。この特質に密接に関連する Cy Pres について見ていくことにしよう。この公益信託の顕著な問題点の一つでもある可及的近似の原則 (Cy pres)³⁷ という伝統的な法理は、第二次アメリカ信託法リステイメントに次のように規定されている。

「財産が、ある特定の公益目的に充当されるため信託として贈与されるが、その特定の目的の公益目的の遂行が、不能、非実際のまたは不法であるとか、あるいは、不能、非実際のまたは不能となるに到った場合、信託設定者が、その財産を、より一般的な公益目的に充当する意思を明示しているときは、その信託は、無効にならず、裁判所は、その財産を信託設定者の、より一般的な公益目的の意思の範囲内で、何らかの公益目的に充当することを命じる」³⁸。

この伝統的な法理の下では、信託設定者が一般的な公益的な意図を明示していなかったならば、その信託は認められず、そして信託財産は、その信託設定者に返還されるかまたは、通常、その信託設定者が死亡していれば、その信託設定者の相続人に返還される。

しかし、可及的近似の原則の判例の中でも、可及的近似の原則が適用できないことは、少ないとはいえ、時には起こり得るものとされている。

³⁶ William M. McGovern, Sheldon F. Kurtz, David M. English, op. cit., pp. 483-487 を主として、かつまた判例を補いつつ、まとめたものである。

³⁷ 一般的には、可及的近似の原則とされている。新井・前掲書注 4)490 頁。

³⁸ Restatement(Second)of Trusts §399(1959). 本条の訳は、田中 實『公益信託の現代的展開』（勁草書房、1985年）237頁を参考にした。

ある裁判例においては、手術がなされる前に死亡した白血病の犠牲者への骨髄移植のために集められた金銭は、贈与者に返還された。なぜならば、寄付の勧誘は、「ある特別な受益者のための移植の処置に専ら向けられていた」からである³⁹。この結果は、「寄付者の多くが匿名でその現在の在り処を突きとめるのに管理上困難である場合」にもかかわらず、行き着く帰結であった。手術前に白血病の受益者が死亡し、当該手術の意味がなくなったことから、集めた金銭を寄付者たる贈与者に返還するというものである。

もし、可及的近似の原則が適用なく、寄付者の在り処が突きとめることができない場合は、州の政府に当該金銭は帰属することになる⁴⁰。

裁判官は、信託設定者が明確な目的を越えて「一般的な公益的な意図」を有していたのかという問題は、その信託設定者が諸状況の下で何をしたいのかを問うことに等しいと考えてきた。古い判例に以下の事例がある⁴¹。ある村に、村の住民のための病院を建設するために、財産が遺贈された。村は、その遺贈を受け入れていたが、後になって、その財産を病院を建設するほどの資源はなく、そもそも村のそばに新しい病院があったことから、村の行政庁舎のために使用できるようその遺贈の項目を読み変えて書き直すことを求めて請願を行ったものである。地方裁判所は、村の主張を認めなかったが、上級裁判所は以下の理由で差し戻した。本件遺贈は、信託そのものの事例ではないが、病院を建設するための特別な公益目的ではなくして、村全体のコミュニティーにとって一般的な公益目的を実行するためのスキームを持った遺贈であったというべきであり、実行不可能な遺贈ではないと解するべきであるとしたのである。

このように、遺贈者、信託設定者が一般的な公益的な意図を有していた

³⁹ Matter of Gonzalez, 621 A.2d.94,96-97(N.J.Super.ch.Div.1992).

⁴⁰ Restatement(Third)of Trusts§67 comment.f(2003).ちなみに、ごく最近日本において、尖閣諸島の国有化のために当時の東京都知事が寄付を募った例がある。その後、国が国有化することとなり、東京都の集めた寄付の帰属がどうなるか問題になっているが、このアメリカの議論が参考になろう。

⁴¹ In re Neher,18.NE.2d.625(NY.1939).

かという問題は、答えるのに難しいといえる。なぜならば、当該設定者がその後起こった事情をじっくり考えていなかったからである⁴²。裁判所は、いかに信託設定者の当初の公益的なスキームが特殊でも、ほぼいつも可及的近似の原則を適用していることから⁴³、当該信託が明白に反対のスキームを規定していない限りは、統一信託法典と第三次アメリカ信託法リステイトメントは、可及的近似の原則の適用を命じている⁴⁴。

リステイトメントでも、統一信託法典でも、裁判所による当該信託における委託者の公益目的につき、特殊だとして一般的な公益目的がないと切り捨てるのではなく、当該委託者が明白に反対の目的を当該信託において規定していない場合を除き、一般的な公益目的があるとして、当該信託の存在を尊重しているということができよう。

また、可及的近似の原則は、非常に多数の異なった諸状況の下で生じる。あるよくある状況は、時間の経過故に、公益的な贈与が当初期待していたほど効果的に機能していない場合である。よくある解決は、あり得る受領者の範囲を拡げることによるものである。例えば、1899年に検認を受けた遺言は、「6才から10歳の間の、父親が死亡している場合と限定されていた孤児」に一つの家として財産を残していた。70年後、6才と18歳の何らかの理由のため親の世話を受けることを奪われた子ども達を含める場合のように、その範囲を拡げた。当該遺言の条項の下では、受領者の数が少なくなってきたのもその理由である⁴⁵。この事例は、信託そのものではないものの、当初の検認を受けた遺言が1899

⁴² In re Estate of Thompson, 414 A.2d 881, 886 (Me. 1980).

⁴³ See, e.g., Obermeyer v. Bank of America, N.A., 140 S.W.3d 18 (Mo. 2004), その中で、裁判所はデンタルアルムニ発展基金が支えていた基金とデンタル学校が既に存在していなかったとしても、別の実体 (entities) への譲渡に可及的近似の原則を適用した。しかし、下級控訴審上訴裁判所は、次のように判旨していた。すなわち、信託設定者の意図はあまりに特殊であるので、その設定者は一般的な公益目的を有しておらず、当該信託は、不能になると。See Obermeyer v. Bank of America, N.A., 2003 WL 22004833 (Mo. App., Aug. 26, 2003).

⁴⁴ UTC § 413(a); Restatement (Third) of Trusts § 67 comment. b (2003).

⁴⁵ Dunbar v. Board of Trust. of George W. Clayton Col., 461 P.2d 28, 31 (Colo. 1969).

年で、70年後の1969年になって、アメリカ社会の経済発展に伴い、6歳から10歳の範囲の孤児では、受領者の範囲が狭すぎる事となったとされたのである。それでは、貧困の救済という目的が十分達成できていないことから、対象年齢の範囲を18歳まで広げることで、当初の目的をより70年後のアメリカ社会に合致した形に修正し、当該遺言の公共目的の実を上げるものとしたものと評価することができよう。

似たような事例に、次のようなものがある。「入院費用を負担する」ための信託は、「幅広く健康のケアのため」の使用を許可するように変更された。なぜならば、「今日、入院費用の保険による支払いが、ほぼ一般的になっているからである」⁴⁶とされた。入院費用の保険による支払いが一般化されていれば、受益者はほとんど当該信託から受益を受けることができず、入院費用を負担するという公共の目的は何ら社会的利益にも成り得ないものであると判断されたのであろう。そこで、裁判所は、「入院費用を負担する」ためという目的から、入院に限ることなく、「幅広く健康のケアのため」の使用にまで、当初の公共の目的を広げて解釈することで、当該信託を存続させたものといえよう。

裁判所は、古い贈与の条項から逸脱することをより躊躇しなくなってきたけれども⁴⁷、ごく最近も必要なときに変更されている。手術をしなくなった病院に財産を遺言により遺贈し、その間も今なお遺言者の財産が裁判の手続き中である場合には、遺言執行者は、「遺言者の公益的目的は不能または無効にならないように」裁判官によって別の病院に当該財産を配分するように命じたものがある⁴⁸。当初は、手術を行う病院であったにもかかわらず、その病院が手術を行うことがなくなった場合に、その段階で当該信託を終了させるのではなく、別の病院では手術を行っている病院は存在しているのであるから、その病院に対して遺言

⁴⁶ Matter of Estate of Valley, 883 P.2d 24, 29 (Colo. App. 1993).

⁴⁷ Restatement (Third) of Trusts § 67 comment. d (2003); UTC § 413(b) は、21年を越える信託とそうでない信託を区別している。

⁴⁸ Stockert v. Concil on World Service, 427 S.E.2d 236 (W. Va. 1993).

者の財産を振り向けることによって、遺言者の目的を活かしたものといえよう。

遺言で二つの毎年の奨学金のために財産を残し、その財産がそれ以上に収益を生み出しているような場合のように、信託の設定目的に必要な信託財産が過剰なとき、その過剰分に可及的近似の原則が適用され得る⁴⁹。「二つの毎年の」と限定した奨学金のために信託を設定していたと解釈すれば、「二つの毎年の」奨学金でその目的を達したということが出来る。しかし、裁判所は、「二つの毎年の」奨学金の支払いによって信託財産が全くなくなったわけではなくして、むしろその財産によって更なる収益が生み出されている以上、継続して奨学金のための信託として存続させることが、「二つの毎年の」と限定した奨学金支払目的ではなく信託設定者の有していた一般的な公共の目的に合致していると解釈したものと見える。

反対に、信託設定者によって設定されていた計画には信託財産が十分ではないような場合、当該信託財産は、よりふさわしい目的のために、可及的近似の原則が適用されることがあるとされている。例えば、病院の設立のために、150,000\$を遺言で残していた。「その建設や病院のベッドを備えるための平均的な資本の出費は、150,000\$と180,000\$の間である」ことから、その財産は、「その病院の改修と現在の病院内の諸設備を購入するため」用いられることになったものがある⁵⁰。新たな病院の建設だと病院内のベッド等の設備をカバーし得ず、信託設定者の目的では、病院の設立としていたのであるから、設立に信託財産では足りないことになる以上、当該信託は不能とされることになるろう。

しかしながら、そのように機械的に解釈することなく、より柔軟かつ現実的に、病院の改修に信託財産を使用することが可能であるとしたと

⁴⁹ Estate of Puckett, 168 Cal.Rptr. 311 (App. 1980); Restatement (Third) of Trusts §67 comment.c (2003).

⁵⁰ Matter of Estate of Craig, 848 P.2d 313, 317, 322 (Ariz. App. 1992). See also Restatement (Third) of Trusts §67 comment.c (2003).

いえる。病院を改修レベルに押さえれば、ベッド等の設備も合わせて購入することが出来ると評価しているのである。信託設定者の当初の目的たる病院建設の中に、病院の改修というより費用のかからない小さな目的が内包していたと実質的な解釈をすることにより、病院内のベッド等の諸設備までカバーできるものとして、当初の遺言に限りなく近い効果を与えようとしていると評価できよう。

可及的近似の原則は、あるがん研究ファンドというような実体に遺言したいというとき、しかしながら、それが存在していないというような場合にも使われている。遺言者は、ガン研究に利益を与えようとしていたことから、可及的近似の原則を適用して、その財産は、「アメリカがん協会 (American Cancer Society)」に与えられるものであったとされた⁵¹ものがある。すなわち、当該信託の受益者として、あるがん研究のファンドという実際にはないがん研究のファンドに遺言したいとの意思を有していたが、それが受益者としての実体はなくなっていたのである。裁判所は、そもそも遺言者は、がん研究それ自体に財産を与えようとしていたのであって、実際に存在する受益者として、「アメリカがん協会 (the American Cancer Society)」に与えるものと遺言者の目的を実質的に把握していると評価することができよう。

可及的近似の原則は、ある公益団体がなくなった場合にもまた適用される⁵²ものとされている。一方では、ある慈善団体 (charity) が合併する場合には、当該基金は、単にその承継団体に帰属されるだけである⁵³とされている。当該信託の当初から一定の期間を経過すれば、委託者たる贈与者、受託者、受益者の各当事者にも種々の事情変更が生じ得よう。

⁵¹ In re Tomlinson's Estate, 359 N.E.2d 109 (Ill. 1976).

⁵² In re Connolly's Estate, 121 Cal.Rptr. 325 (App. 1975); Alexander v. Georgia Baptist Foundation, Inc., 266 S.E.2d 165 (Ga. 1980); Restatement (Third) of Trusts §67 comment.e (2003).

⁵³ Washington Hospital v. Riggs Nat. Bank, 575 A.2d 719 (D.C. App. 1990); Colgan v. Sisters of St. Joseph, 604 N.E.2d 989 (Ill. App. 1992); Cowden v. Sovran Bank/Central South, 816 S.W.2d 741 (Tenn. 1991).

その中でも、当初存在していた慈善団体が合併により消滅した場合、それ自体消滅したとしても、それと同一性を失わずに合併後の存続団体が、承継団体として存続しているのであれば、裁判所がその団体に当該基金を帰属せしめるものと判断したのは、きわめて現実的なものと評し得よう。

たとえ当該目的が良くないものと感じているとしても、裁判官はある目的を公益的であると遺言者の目的を尊重して分類する場合と同じように、その条項を良くないと判断した場合には簡単に公益信託を変更しないこともある。裁判例の中には、近隣に住んでいる人々に利益を拡げようと「Oshkosh という都市の住民のための」信託の受託者による申し立てが、拒絶されたものがある。「可及的近似の原則は、単に、受託者、または裁判所、またはその双方が代替の計画をより良い計画であると信じているとしても、裁判所をして、当該信託証書において説明されている計画に対して、違う計画を代替させることを正当化できない。」⁵⁴裁判所は、当初の信託目的からして、ただ単に受託者の要求している目的の拡張が、受託者や裁判所、あるいはその両者により良いものであると信じられているだけでは足りず、目的の拡張によって当該公益信託を存続させる意味がどこにあるのか厳密に検討しているということができる。裁判所は、柔軟に目的の変更を認めているわけではなくして、当該信託の目的変更によりどのような公共の利益がどのように影響を及ぼすのかという効果も含め、実質的に吟味している姿勢を反映しているとみることができよう。

しかしながら、シームス博士は、裁判所は可及的近似の原則の適用に躊躇し過ぎていると考えていた。シームス博士は、次のように示唆していた。すなわち、「当初の目的が遂行不能になったと判断された場合だけではなくして、社会的価値とお金が大いに均衡を失するような場合にもまた」30年経った場合には、裁判所は公益信託を変更するために、可

⁵⁴ In re Oshkosh Foundation, 213 N.W.2d 54,57(Wis.1973).

及的近似の原則の効力を拡張させるべきであると⁵⁵。

このように、シームス博士は、目的の変更を考えるにあたっては、時間の経過にともなう当該目的の遂行不能のみならず、社会的価値とお金がバランスを欠いているといえるような場合にも広く、裁判所による可及的近似の原則を認めるべきだと主張したのである。

このような議論の経過を経て、最終的には、第三次アメリカ信託法リステイメント、そして統一信託法典は、単にある信託目的が「無駄になっている」という理由で、可及的近似の原則の使用を認める⁵⁶こととなったのである。

一部の財産につき、遺言を残さずに死亡したことを裁判官は判断したくないために、時には、全く贈与しないようにはならないように可及的近似の原則を適用することがある⁵⁷。委託者たる贈与者ないし寄付者が、遺言を残すことなく死亡すれば、死亡後に遺言がどうあるべきかと推定する余地はないとも考えられる。他方で、遺言が残されていれば委託者ないし寄付者は如何なる目的を有していたかについて検討する際、可及的近似の原則を援用して、結果として遺言の中で、公益目的を有していたと認定し、遺言を残さなかった一部の財産につき、公益団体等に対する贈与を認定する場合があるとされているのである。

しかしながら、公益的贈与が実現できない場合で、遺言で別の受贈者に相続させるような場合には、裁判官はこの議論を適用できない。公益的贈与が実現できない場合であれば、可及的近似の原則を検討することも考えられるが、遺言で、別の受贈者に相続させるという目的がある以上、遺言者たる委託者の意思を尊重させるためには、可及的近似の原則を適用するのは妥当でないと判断されるべきであるとされているといえよう。しかし、もし代理された受遺者が、あるチャリティであれば、公共の利益がいずれにしてもすでにあるから、可及的近似の原則不適用の

⁵⁵ Lewis M.Simes, Public Policy and the Dead Hand 139(1955).

⁵⁶ UTC§413(a); Restatement(Third)of Trusts§67(2001).

⁵⁷ In re Estate of Rood, 200 N.W.2d 728(Mich.App.1972).

議論はより強いものとなり、同原則の適用を肯定すべきだとする見解も生じて来よう。にもかかわらず、たいていは次のように判旨されている。すなわち、「転贈の存在またはその不存在は、遺言者が一般的な公益目的を有していたかどうか決定することにおける多くの要素の中における単なる一つの要素に過ぎないものである」⁵⁸とされているからである。

裁判所は、転贈の存在またはその不存在が、遺贈者の目的を考えるうえで、どのような影響を与えるのかにつき、次の三つの姿勢をとっていると見える。

第一に、別の受遺者に相続させることになっていたから、遺贈者に一般的な公益目的が存在し得ないと判断することはできないとしているのである。

第二に、別の受贈者がたとえチャリティーであったとしても、自動的に、遺贈者に一般的な公益目的が存在しているとも結論づけないとしているのである。

第三に、二つの場合ではなく、転贈の意図が遺贈者になかったとしても、機械的に遺贈者に一般的な公共目的が存在しているとして、可及的近似の原則を適用するものともしていないのである。

あくまでも、転贈の相手方が、公共の利益を有する団体であろうとなかろうと、また、転贈の意図がない場合であっても、ケース・バイ・ケースで、可及的近似の原則の適用可能性を検討していると評価することができよう。

たいていの裁判所は、この問題に関して外部的な証拠を認めている。ある遺言が、アムヘルスト (Amherst) 大学に受け容れられない宗教的な諸制限のある奨学金のための金銭をアムヘルスト (Amherst) 大学に残すとされていた場合に、裁判所は、次のように判断している。すなわち、その金銭が遺言を残さずに相続人に移転したものというよりも、むしろそ

⁵⁸ Home For Incurables v. University of Maryland Medical System Corp., 797 A.2d 746 (Md. 2002); Restatement (Second) of Trusts § 399 comment. c (1959).

の宗教的な諸制限を除くこととし、残されていた金銭を更に継続してその奨学金のために用いることができるものとしたのである。なぜなら、遺言者の相続人は、遺言者とほとんどコンタクトをとっていなかった遠くの親族であって、遺言者も通常、アムヘルスト (Amherst) 大学に寄付しており、その卒業クラスの同窓会に出席したり、積極的には如何なる教会にも興味がなかったからである⁵⁹。

この事例では、第一に、遺言者と相続人との関係性が薄かったこと、第二に、遺言者も生前にアムヘルスト (Amherst) 大学に寄付していたこと、第三に、その大学の同窓会に出席していたこと、第四に、遺言者本人に特定の宗教を崇拝していたものとは認められないことというきわめて具体的な諸事情を考慮して、可及的近似の原則を認めて、遺言者の意思を尊重しているのである。本件の外部的な諸事情は、第一が遺言者と相続人との関係性の強弱という遺言者と相続人との間の事情、第二から第四は、遺言者側の諸事情、すなわち、遺言者の意思としてアムヘルスト (Amherst) 大学に対する卒業生としての寄付という形式による支援、愛校心、宗教的な寛容性ということになる。裁判所は、ケース・バイ・ケースで、可及的近似の原則を適用しているものといえよう。

反対に、シラクスメディカル (Syracuse Medical) 大学内の寄付者の長期の関係がある場合については、次のように判旨されている⁶⁰。指定されていた大学が消滅したような場合には、別の大学に帰属するというよりもむしろ、当該財産を復帰させる意図を示していたものと解釈すべきであると。

寄付者の意思が特定の大学に対する寄付の意思が明確であって、他の大学に対する寄付を認めていなかったことを大きな要因として、可及的

⁵⁹ Howard Savings Inst.v.Peep,170 A.2d 39,46(N.J.1961).

⁶⁰ Application of Syracuse University,148 N.E.2d 671(N.Y.1958).しかし、Obermeyer v.Bank of America,N.A.,140 S.W.3d 18(Mo.2004)では、裁判所は、デンタル アルミニウム 開発基金 (Dental Alumni Development Fund) やそれが支援していたデンタルスクール双方が存在しなくなったとしても、別の実体 (entities) への配分に対して可及的近似の原則を適用している。

近似の原則の適用を認めない方向に働いたものと評価することができる。

このように、アメリカにおいては、裁判所の可及的近似の原則の適用については、一般的な判断基準が確定しているのではなく、遺贈者の生前の意思や行動、遺贈者の受遺者に対する姿勢や考え方、遺贈者と相続人との関係性等諸般の事情を考慮して、最終的に可及的近似の原則の適用の有無を検討しているといえよう。

第四款 行政逸脱 (Administrative deviation) について⁶¹

信託を変更するための他の根拠は、特に予期しない諸事情の中にあつて、公益信託にも適用され得る。第二次アメリカ信託法リステイメントは、可及的近似の原則、そして行政への配慮をとまなう信託の条項からの「逸脱」とを、現実にはそれら両者は重なるけれども、区別している⁶²。統一信託法典や第三次信託法リステイメント前の、古くは、第二次信託法リステイメントでは、行政逸脱を可及的近似の原則とは区別して考えられてきたのである。第二次信託法リステイメント第 381 条は次のように規定している⁶³。

「裁判所は、公益信託の条項の遵守が不能または不法であるか、信託設定者の了知しないあるいは予期しない事情のため、信託条項の遵守が信託目的の達成を妨げ、もしくはそれに重大な障害を与えたりするものであるということが明らかにされた場合、公益信託の受託者に対して、信託条項の回避を命じ、または許可することができる。」

信託設定者の公益的なスキームが遂行不能になったことを基礎にし

⁶¹ William M. McGovern, Sheldon F. Kurtz, David M. English, op. cit., p. 487 を主としてまとめたものである。

⁶² Restatement (Second) of Trusts §§381, 399 (1959).

⁶³ 本条の訳は、田中前掲書・注 34) 221 頁を参考にした。

て、可及的近似の原則が適用されているたいていの信託もまた、予期しない諸事情のせいで変更され得るものとされてきた。

しかしながら、可及的近似の原則が利用できないような諸状況があるが、にもかかわらず、行政的逸脱が適用されることがある。ある場合は、裁判所が可及的近似の原則の適用を拒否した場合である。なぜなら、その遺言が、公益目的が不履行になった場合においては、転贈すること (gift over) を方向づけられていたからであった。例えば、第一の場合は、ある遺言が老人ホーム (リハビリテーションセンター等) として利用するために、家と土地を信託しているような場合に、「もし、如何なる他の目的に利用されるのであれば、それは、私の相続人に復帰するものとする」とされていたようなケースである。後にその家を壊す際、裁判所は、可及的近似の原則を適用して変更することは当該遺言を破るものであると結論づけ、当該信託を変更するために行政的逸脱を使って当該信託条項を変更したものがある⁶⁴。

裁判所は、リハビリテーションセンターのような老人ホームとして家と土地を信託していたのであり、その他の目的であれば、相続人にそれらの財産を復帰させるという意味がきわめて明確である当該遺言信託者側の事情を考慮し、可及的近似の原則によって当該目的につき、一般的公益の目的を含意していたものとして、当該信託を変更し得ないと解して、同原則の適用を否定したものである。そのうえで、行政的逸脱を適用し、当該信託条項の回避を命じたものである。

第二は、州の中では少数であり、当該信託設定者の公益目的が単なる実行しにくいのではなく、完全にできないことになった場合にのみ可及的近似の原則を適用できるとされる場合である⁶⁵。遂行不能だけでは足りず、実現不可能にまで至らなければ可及的近似の原則が適用できないという、同原則の適用範囲に限定が加えられているような前者の段階に

⁶⁴ Wigglesworth v. Cowles, 648 N.E.2d 1289, 1294 (Mass. App. 1995).

⁶⁵ See David M. English, *The Uniform Trust Code (2000) and Its Application to Ohio*, 30 Cap. U.L. Rev. 1, 18-19 (2002).

とどまる場合に、行政的逸脱の適用を認めることにより、当該信託条項の回避を認めているのである。

受託者は、信託条項から逸脱する場合は、最初に裁判所の認可を得る必要があることになっている⁶⁶。しかし、時には裁判所は既になされている逸脱を追認することもある⁶⁷。可及的近似の原則の効力が生じているものの中には、裁判所が受託者の見解に真面目に考えるべきではあるが、裁判所は、受託者と司法長官のいずれの見解にも守らなくてもよいとされている⁶⁸。

裁判所は、受託者や司法長官等の当事者に影響を受けることなく、事前に逸脱を認めたり、また反対に、逸脱がすでになされている信託について追認することにより、あるべき当該公益信託の目的を達成させるべく機能しているものと評価することができよう。

第五款 公益信託条項の執行について

1. 司法長官による執行⁶⁹

公益信託を強制する司法長官の当事者適格(standing)は、イギリスのコモン・ローに起源を有する権限で、当時は東部13州(the Colonies)に持ち込まれたが、現在では多くの州において法律によって認められている⁷⁰。

つまり、州司法長官が受益者の利益を守る役割を担っているので

⁶⁶ Cinnaminson Tp.v.First Camden Nat.Bank &Trust Co.,238 A.2d 701 (N.J.Super.Ch.Div.1968); Restatement(Second)of Trusts §399 comment.e (1959).

⁶⁷ Wigglesworth v.Cowles,648 N.E.2d 1289(Mass.App.1995); Restatement(Third)of Trusts §67 comment.d(2003).

⁶⁸ Ibid.,comment.f.

⁶⁹ William M.McGovern,Sheldon F.Kurtz,David M.English,op.cit.,pp.480-481を主としてまとめたものである。

⁷⁰ Restatement(Second)of Trusts §391(1959).

ある。司法長官は、公益団体が受益者として指名されているとしても、当事者適格(standing)を有するとされている。司法長官の請願は、司法長官が当事者でなかったならば、公益信託受託者の行為を認めた前の判決によって妨げられないのである⁷¹。司法長官は私益信託の受益者のように公益信託の受託者からの情報に対する権利を同じように有しているといわれているが⁷²、司法長官にどの程度当該信託の管理状況について通知がなされているかどうかの範囲に関しては、州によって様々なのが実際である⁷³。加えて、公益目的のための統一受託者管理法(the Uniform Supervision of Trustees for Charitable Purposes Act)は、公益信託の受託者に司法長官への登録と定期的な報告書を備え置くことを要するとしている。4つの州で、この法律の適用があるが、19の他の州においては、似たような法律を制定している⁷⁴。

しかし、これらの法律は、教育機関や宗教機関のような多くのチャリティを適用除外としている。担当者が不十分なことから、その効果もまた限定されたものに過ぎない状況であるとされている。例えば、カリフォルニアでは、3人の会計検査官が29,000の登録された受託者を監督している状況下にある⁷⁵。

裁判所が信託財産の受託者の管理、運用を監督することになっているが、登録された公益信託の数が、それらの監督任務を有する担当者数に比べて、某大な数に上っており、一定の受託者の場合には適用が除外されており、司法長官への登録と定期的な報告書の備置

⁷¹ In re Los Angeles County Pioneer Soc’y, 257 P.2d 1(Cal.1953).

⁷² State V. Taylor, 362 P.2d 247(Wash.1961).

⁷³ UTCの110条の(d)では、次のように規定されている。司法長官は、信託の資格ある受益者の諸権利を有し、そのうちの一つに信託の管理の監視継続も含んでいるとしている。しかし、この条項は、州により様々でありそうであるという推定の下にかっこにくくって置かれている。See UTC § 110 comment.

⁷⁴ Lisa M. Bell & Robert B. Bell, Supervision of Charitable Trusts in California, 32 Hast.L.J. 433, 438(1980).

⁷⁵ Ibid. at 443, 448.

義務が免除されているのである。

一方、公益信託を強制するために司法長官以外の他の者の当事者適格は制限されていた。サンフランシスコの美術館の受託者による信託違反を主張するその住民や納税者による請願は、次の理由で却下されていた⁷⁶。

なぜならば、公益信託の受益者は…通常、不特定であるから、司法長官が公益信託の監督の第一の責任を有しているのであり、一般的に公益信託を執行するのに適切な当事者である……。当事者適格のこのような限定は、いやがらせの訴訟提起から受託者を守る必要性から生じるものである。

裁判所は、受益者が不特定であるがゆえに、司法長官に公益信託の監督責任を有しているものであり、公益信託を強制するのに最も適切なのが司法長官としている。住民や納税者に当事者適格を認めると、受託者が濫訴を強いられることを根拠に挙げている。公益信託の受託者という重い責任を課されている受託者の利益から、司法長官に対する当事者適格性を根拠づけているのである。

2. 司法長官による執行から委託者による執行へ⁷⁷

委託者でさえも、伝統的には公益信託を強制する当事者適格 (standing) が否定されてきたが⁷⁸、最近の著名な判例⁷⁹を見ることにし

⁷⁶ Hardman v. Feinstein, 240 Cal. Rptr. 483, 485 (App. 1987).

⁷⁷ William M. McGovern, Sheldon F. Kurtz, David M. English, op. cit., p. 481 を主として、かつまた注 79) の判例を補ってまとめたものである。

⁷⁸ Restatement (Second) of Trusts §391 comment. e (1959).

⁷⁹ Hardt v. Vitae Foundation, 302 S.W.3d 133 (Mo. Ct. App. 2009). しかし、Smithers v. St. Lukes-Roosevelt Hospt., 281 A.D.2d 127 (N.Y. App. Div. 2001) は、このミズーリの判決と反対に、贈与者 (donor)こそ最も最善な執行権限を与えられるべき担い手であり、司法長官は用心深過ぎ、執行権限を行使しないことが

よう。贈与者 (donor) が、墮胎に反対している団体であるビィテ基金 (Vitae Foundation) に多額の贈与を行った事例である。贈与者 (donor) は、贈与によって集められた資金がどのように用いられるかにつき、多くの諸制限を明確に示していたものの、贈与者 (donor) は、それを強制する権利を有していなかった。ところが、ビィテ基金 (Vitae Foundation) は、それらの諸制限に違反したことから、贈与者 (donor) が訴訟を提起したものである。判例は、贈与者 (donor) には、何らの当事者適格 (standing) はなく、ビィテ基金は、非営利団体 (non-profit corporation) ではなく、公益信託でもないと判断された。

ところが、この判決結果について多くの議論がなされた。以下、詳しく見ていくことにしよう。

本件は、そもそも墮胎に反対する団体に対する贈与であり、公益の目的を有しているのであるから、公益信託そのものである。そのうえで、コモン・ローは、公益信託や公益贈与 (charitable trust and gifts) の執行を州の司法長官、特別の利益のある受益者に限定している⁸⁰。しかしながら、統一信託法典のミズーリ州における適用の場面 (Missouri's adoption of the Uniform Trust Code) では、州の司法長官に加えて、贈与者 (donor) にも執行権を与えるべきものとしていることから、本件の贈与者 (donor) にも当事者適格を認めるべきものとする。その理由は、以下の六つのようである⁸¹。

第一に、贈与者 (donors) と受益者では当事者適格を否定する理由が異なる。受益者は広く漠然としているが、贈与者は財産上の利益はなくても、唯一一人である。

多いとする。さらに、司法長官に執行権限を与えるのは不相当としたものに L. B. Research and Education v. UCLA Foundation et al., 130 Cal. App. 4th 171 (Cal. Ct. App. 2005) がある。

⁸⁰ Restatement (Second) of Trusts § 391 (1959).

⁸¹ Hardt v. Vitae Foundation, 302 S.W. 3d 133 (Mo. Ct. App. 2009) における諸議論をまとめたものである。

第二に、贈与者(donors)には、贈与された物(gift)が目的に応じた使われ方が確実になされているかどうかにつきなされているかにつき独自の利益があり、このような利益は、司法長官や潜在的な受益者は共有し得ない。

第三に、一般的な公共の利益ではなく、協定(terms)に書かれた特殊の公共目的や状況に応じてなされた贈与(gift)は、司法長官よりも贈与者(donors)に執行の大きな利益がある。

第四に、贈与者(donors)は、何らの財産上の利益もないので、贈与者(donors)に執行を認めても、公益団体には、嫌がらせ訴訟に困らされるようなリスクを与えられることは何ら生じない。

第五に、伝統的に司法長官には、様々な責任があり、それらが負担になっているので、深刻な公共の不利益を除いては、受託者の濫用の影響について十分に知り得る立場になく、贈与者(donors)が受託者によ濫用に気づく最善の立場にあるので、執行権限を与えられるべきである。

第六に、司法長官の執行は慎重で、性質上政治的なので、裁量のある任意の執行にならざるを得ない。

第一の理由は受益者との関係で把握されているものの、第一から第三までの理由は、贈与者こそ当該公益信託を執行する独自の利益を有するものとし、贈与者の利益の独自性をその根拠としている。第四の理由は、贈与者の執行を否定する立場の根拠である、贈与者の公益団体に対する嫌がらせ訴訟について、そのリスク自体を否定するものである。第五と第六は、司法長官に執行権限を認めても、実効性に欠けることを根拠にしているものといえよう。

このように、上記ミズーリ州の判決は、大きな反響を巻き起こし、

今や統一信託法典⁸²、いくつかの州の法律すべてにおいて、反対に委託者たる贈与者にさえ権限が与えられるようになっている⁸³。それは、州の司法長官が公益的な贈与における諸制限の法令順守を監督することができないことが明らかにされたことによって、すなわち、司法長官の執行権限の実効性に対する疑問が、寄付者たる贈与者の執行権を是認した大きな理由になっているとされている⁸⁴。委託者、あるいはその相続人は、当該信託が終了する場合には、信託財産を回復するための訴訟を起こし得ることになる⁸⁵。

3. 「特別な利益」を有する受益者、共同受託者による執行⁸⁶

リステイトメントは、公益信託における「特別な利益」を有する受益者に訴訟を起こすことを許容している⁸⁷。よくあるケースは、大学に対して財政的援助をするために設定された信託に関連するものである。受託者が義務を履行しないと、当該大学は、特別な利益を有するものと見なされて、その信託を強制する請願が可能となる。公益信

⁸² UTC § 405(c)は、贈与者(donor)は、たとえ執行権限について贈与の協定において定めていなかったとしても、公益信託の諸条項を執行するための当事者適格が与えられることを根拠に、2010年に改正され、「公益信託の委託者は、とりわけその信託の強制するために訴訟提起権(a proceeding to enforce)を保持し得る」と明言している。

⁸³ しかし、公益法人に対する寄付(donations to charitable corporations)は、UTCの適用はなく、統一慈善事業資金の慎重管理法(Uniform Prudent Management of Institutional Funds Act)の適用を受けるものとされている。同法は、贈与の強制のための自動的な権利を贈与者に与えていないとされている。同法については、Susan N.Gary, Charities, Endowments, And Donor Intent: The Uniform Prudent Management of Institutional Funds Act, 41 Georgia L. Rev. 1277(2007)に詳しい。

⁸⁴ なお、アメリカのこの傾向について、被相続人による資産の長期の拘束、すなわち、資産の処分権者による管理方法の指定が、長期にわたって当該資産の運用に及ぼすという悪影響の観点もあるとの観点から論じるものに、松井智予「いわゆるVIP株と後継ぎ遺贈信託について」(水野紀子編『信託の理論と現代的展開』所収、商事法務、2014年)133-135頁。

⁸⁵ Restatement(Second)of Trusts §391 comment.f(1959).

⁸⁶ William M.McGovern, Sheldon F.Kurtz, David M.English, op.cit., pp.481-482を主としてまとめたものである。

⁸⁷ Restatement(Second)of Trusts §391(1959).

託は、広く社会の利益のために設定され、通常の意味における受益者が存在しないことから、特別の利益の法理が必要とされている。特定の公共的なチャリティを支援するために設定された信託は、判断し易いケースである。

受託者の大学への財政援助義務の不履行をそのまま放置すれば、公益目的は著しく損なわれる。その場合に、大学は、財政援助を受けるべき特別の利益を有していることから、受託者に対して信託を強制することができるものとされている。

問題は、他の境界線上にあるケースの場合である。信託財産をあるチャリティのために配分することを「促していた」信託証書において、それを拒否した申込者の一人が特別の利益を有すると判決したケースがあった。その原告には、受託者がその自由裁量を濫用したかどうかにつき「裁判官に最低限の再検討させる権限がないではない」とされたものがある⁸⁸。

この事例は、信託財産をチャリティーのために配分することを「促していた」信託証書に基づき、受託者が配分を行ったものである。その受託者の配分行為を拒否した受益者たる申込者には、特別の利益がないともいえそうである。しかし、チャリティーへの配分が「促されていた」に過ぎないわけであるから、裁判所が、受託者で配分すべきか否か検討する義務はあるのではないかとして、受託者に対する信託を執行する権利を申込者に認めたのは、きわめて微妙ケースであったといえそうである。

何人かの受託者がいる場合に、公益信託の受託者は多数決によって行為することができる⁸⁹。しかし、多数派の問題のある行為が「公共の利益に対して不利益で」ないと信じているという理由で司法長官が訴訟を拒否したとしても、少数派の受託者は信託違反と

⁸⁸ St. John's - St. Luke Evangelical Church v. National Bank of Detroit, 283 N.W.2d 852 (Mich. App. 1979).

⁸⁹ Restatement (Second) of Trusts §391 (1959).

いう理由で訴訟を起こすことができる。当事者適格は、いやがらせの訴訟提起を避けるために制限されているが、共同受託者による訴訟は、何らそのようなおそれはないし、ケースとしてもそんなに多くないからである⁹⁰。

裁判所は、共同受託者の一部のものによる当該信託強制の訴訟提起については、そもそも受託者の利益としての濫訴訟の渦中に巻き込まれる恐れがなく、そもそも例外的になされるに過ぎないとして、司法長官に執行権限を集中させていたそもそもの趣旨に抵触することがないものとして、肯定しているものといえよう。

4. 司法長官側のより実効的な執行に向けての対応⁹¹

裁判所の中には、反対に信託違反が賠償されないという理由で、当事者適格を与えることにもっと寛大なものもある。受託者に対する訴訟提起の洪水に扉を開くことなく、過重労働の司法長官の問題を取り扱うある方法には、その司法長官から許可を受けて「その司法長官の代わりに」請願を一定の個人に認めたものもある。または、当事者適格がない者が職務執行令状を求めて請願を行い、その司法長官に強制をする義務を果たさせるよう要求しているものもある⁹²。

司法長官が公益信託の強制や監督に対応できない場合に、より柔軟に当該司法長官から許可を受けた個人、あるいは、司法長官に職務執行令状により命令することで、司法長官による強制を担保することに

⁹⁰ Holt v. College of Osteopathic Physicians & Surgeons, 394 P.2d 932 (Cal. 1964); Takabuki v. Ching, 695 P.2d 319 (Haw. 1985); Belcher v. Conway, 425 A.2d 1254 (Conn. 1979).

⁹¹ William M. McGovern, Sheldon F. Kurtz, David M. English, op. cit., p. 482 を主としてまとめたものである。

⁹² Arman v. Bank of America, N.T. & S.A., 88 Cal. Rptr. 2d 410, 416 (App. 1999) は、個人による請願を認めず、公益信託の為に後継の受託者を選定するという他のとるべき策を示唆した。See also Restatement (Second) of Trusts §391 comment. a (1959).

より、より実効性のある執行を期待しているものといえる。

他方で、裁判所の中には、頼まれなくても自分で、すなわち、その自発性に委ねているものもある。「裁判官というものは、その権限を行使することを妨げられない。なぜならば、司法長官がある信託財産の金銭をどう使うのかについて反対する機会を有しているが、一方で、自分は認めないと判断することもできる」ともされている⁹³。

既に述べたように、自発性に委ねるのは、司法長官の任意執行の性格の表われ(司法長官が必ずしも執行権を行使するとは限らないこと)ともいえ、司法長官に執行権を限定することに対する批判の対象になっていることでもある。

さらに、以上二つの裁判所の判断による、ある種強制懈怠をリスクヘッジするため、計画的遺産を処分する者(estate planners)の中には、代替りのチャリティーに法令順守の監督をすることに価値があるために信託条項に明記された状況において信託違反がある場合には、別のチャリティーに「転贈すること⁹⁴」を書き入れておくものもある⁹⁵。受託者を別の慈善団体へ変更することで、信託財産の損害の防止を図ろうとしているのである。計画的遺産を処分する者(estate planners)のある種のテクニックといえることができる。

5. 公益信託条項の執行の担い手の諸議論の総括

以上述べてきたように、第二次信託法リスティメント時代は、原則として信託実現のモニタリング機能を州の司法長官に任せていたが、現実的には人員インフラ不足等から難しいので、公益信託から実際の給付を受けている受給者に対して、特別の利益を有する受益者として信託違反を主張する訴訟適格を認めてきた⁹⁶。そもそもの趣旨は、

⁹³ In re Will of Crabtree, 795 N.E.2d 1157, 1169 (Mass. 2003).

⁹⁴ 転贈とは、ここでは、慈善団体から他の慈善団体へのものをいう。

⁹⁵ Tucker Ross, When Charities Disappoint, 141 Tr. & Est. 44 (2002).

受託者に対するいやがらせの訴訟提起を防止するため、将来的に受益者になる者である受給者、漠然たる利益しか有していな受益者に代わって、執行権限を司法長官に与えていたのであった。ところが、次第に疑問だとする議論が噴出することになる。加えて、「特別な利益」を有する受益者も判断が微妙なケースが多いことから、委託者、共同受託者が候補者に挙がることになる⁹⁷。後者は、あまり例がなく、理論的な問題も登場しておらず、ほとんど議論はなされていないようであった。しかし、次第に、前者の委託者たる贈与者(donor)に執行の利益を認めるべきだとする見解が多く出されるようになったのであった。

その主な根拠は、次の二つにまとめることができよう。

第一に、贈与者たる委託者こそ、公益信託を強制するための独自の利益を有しており、委託者は何らかの寄付をしている以上、財産上の利益は存在しないとはいうものの、受託者に対するいやがらせの訴訟提起を想定し得ないことがそれである。第二に、司法長官の忙しさから、公益信託の強制が放置されがちとなり、受託者の任務違反という公共の利益が害される危険があるので、むしろ委託者こそが強制するのに最善の立場にいることが挙げられる。

そこで、最近では、統一信託法典 405(C)においては、委託者にとりわけ(among others)に公益信託執行権を認めることが明言されることになった。リステイトメント時代からの大転換であったといえよう。

第三節 小括

以上で考察したように、アメリカの公益信託は財産管理という性質があり、その意味において日本の公益信託もそれに近い。財団法人⁹⁸と同じ扱いをし

⁹⁶ なお、樋口範雄『アメリカ信託法ノート I』(弘文堂、2000年)250頁。

⁹⁷ 樋口・前掲書注 96)258頁。

ているという面も指摘できよう。受益者が不特定であり、公益目的を有することがその特質であり、その結果として、可及的近似の原則や永久拘束禁止原則の例外も認められるのである。さらに、約因の法理の議論がなされていないのが、giftや第三者のためにする契約の諸議論との違いである。と同時に、三者間における強制可能性(enforceable)の問題としての議論がgift(相手のわかる緊密な当事者間)、第三者のためにする契約(社会経済的機能を重視した、手続の省略)、そしてこの公益信託(受益を確実にする制度設計)にも共通する議論であったということができよう。

しかし、公益信託をめぐってさらに重要なことは以下のとおりである。公益信託は、信託設定者から受託者に所有権が移り、その受託者が第三者へ利益だけを与える他益信託である。信託設定者は、金を出す、口を出せないのが原則とされる。したがって、公益信託においては、原則として委託者たる寄付者は、受託者の信託違反たる義援金不払い請求等の訴訟は提起できないわけであり、受託者の懈怠については、受益者に当事者適格があることになる。これは、第三者のためにする契約の箇所でも述べたとおり、利益だけを得るものが、受託者の懈怠による訴訟を提起することはあまり現実的ではなく、考えられないであろう。むしろ、躊躇するであろう。

そこで、アメリカでは公益信託のモニタリングとして、司法長官が多忙で、担当行政職員も少ないことから、共同受託者、特別の利益を有する受益者、そして委託者の三者に当事者適格を付与されるものと考えられてきたのである。

緊急時の義援金たる寄付の早期受け渡しを想定した場合、上記理由もあつ

⁹⁸ しかし、財団法人の場合、法人格の取得のため、人的(代表者や理事等)・物的整備(事務所を新たに設置する等)が必要となることから、公益信託の方がコストがかからないというメリットがあるといわれている(新井・前掲書注4)438頁等)。

なお、一般社団法人について、2008年12月1日に施行された「一般法人法」(一般社団法人及び一般財団法人に関する法律)第131条は、基金制度を導入している。この基金は、一般法人に拠出された金銭等をいうが、当該法人はその拠出者に対して返還義務を負うことから、当該法人の活動に必要な資金を調達して、その財政基盤を確保するためとはいえ、われわれの検討してきた寄付ともその性質が異なることに留意すべきである。基金制度については、大村敦志『基本民法I総則・物権総論(第3版)』(有斐閣、2009年)335頁に簡潔な説明がある。

て、主務官庁の許可を得る時間のない場合であるから、厳密には公益信託の形式をとらないものの、寄付財産ということができよう。このような寄付は、自主的な公益信託⁹⁹ということができる。第三者の取得する権利は、受益権そのもの¹⁰⁰で、寄付財産は、他益信託たる公益信託の法理をまとった財産である。受益者がはっきりせず、仲介者にその選定が委ねられ裁量がより大きい分、公益信託としての許認可を得ているか否かにかかわらず、その法理の適用を受けるものといえよう。

したがって、寄付財産の管理の問題となり、債権的視点に立つのか、物権的視点に立つのかの問題に帰着するから、三者間贈与は、財産管理の究極形態である他益信託そのものであり、contractではなく、will・trusts・estatesの秩序の問題といえるのではないか。

しかしながら、この寄付者たる委託者に公益信託の執行権を認めることは、公益信託の他益信託性という本質論とどう折り合いをつけるべきか問題とされよう。

第四節 アメリカの公益信託を考察して得られた示唆

われわれが考察対象としている義捐金等を例とする三者間贈与の法的構造を把握したとき、その目的からいって公益信託そのものであると言わざるを得ない。公益目的と受益者が不特定であるという二点の共通点からである。ただし、ここでは、法的構造そのものが公益信託に等しいと言っているに過ぎない。すなわち、司法長官等の認可を得ていないような各種義捐金を、われわれ個々の委託者たる寄付者が受託者たる財産管理者である日本赤十字社等の仲介機関に寄付しているのである。そして、特定の受益者ではない、所謂受益者集団、ある属性、例えば東日本大震災で被災された方々に対し最終的に寄付しているという、「自主的な公益信託」と呼ぶべき法的構造を有する信

⁹⁹ 新井・前掲書注 4) 445 頁。

¹⁰⁰ 木下・前掲書注 12) 281 頁。

託と解するのが妥当であるというべきである。他益信託たる公益信託においては、自主的な公益信託であるとしても、委託者たる信託設定者は、信託関係から離脱し、いわば金を出す、口は出さないのが原則である。

さらに、知らない人に対する継続的でない一回的な贈与するからこそ、単なる贈与ではなく、仲介者により重い義務を課する必要がある。知っている人に贈与するのは、民法に規定するまさに通常の贈与契約の規律でよい。特定の属性であることしかはっきりせず、具体的に誰でもよいという概括的な場合は、当事者の規律を財産管理の一つとしての信託の次元に引き上げる必要がある。それは、仲介者の受益者選択の裁量が任されていることに照応して、その受益者選択の責任がより重くなっていると見ることもできる。寄付は、お金を出して終わりであって、自分にとっては損という意識(仲介者が何にお金を使っているかわからない等)があるのは否めないことから、仲介者の受益者選択の責任を肯定することで、この意識もより薄まるものと考えられる。

仲介者が全く被災者とは関係ない人に配分したりした場合の仲介者の責任追及については、公益信託の法理を借用した方が、仲介者の義務が重くなることとなるので、より一層委託者たる寄付者の保護にもなる。そうすることで、寄付をめぐる法律関係も安定し、安んじて寄付者は寄付し易くなり、新しい公共にふさわしいより多くの資金獲得と寄付文化の醸成につながるのではあるまいか。その裏返しとして、寄付を募る財産管理者たる日本赤十字社等の仲介者は、それだけより一層二者間の通常の贈与契約上では発生しない高度な義務を負担しているということができよう。寄付を募りたいという意識があれば、仲介者は相当程度の責任が重くなることは甘受すべきということもできるのではないだろうか。

アメリカにおける公益信託の強制が十分に司法長官によってなされていない状況というのは、監督官庁が忙しく、速やかに公益性の許可が得られないというのと、全く同じ利益状況ではないものの、類似した状況であるといえる。自主的公益信託たる寄付にあてはめれば、緊急性が高く、当事者も監督

官庁の許可を有していない場合と利益状況は似ているものと思われる。集まったいわゆる寄付財産においては、公益信託の法理を借用しつつも、寄付者たる委託者に執行権を許容してもよいのではないか。これでは、信託の本質を曲げることになり、公益信託と解することの自己否定につながるという批判もあろう。しかし、委託者の解除権の留保規定(旧信託法 59 条)の趣旨をこの場面にあてはめれば、寄付者への執行権付与もあながち否定し得なくはないであろうし、結論としても妥当であろう。

ただ、アメリカにはない日本独自の信託管理人が存在しているので、信託管理人が存在していない場合に限定して、委託者に認めるというのが穏当である。加えて、受益者たる被災者に、本来特別に受領する義援金配分について訴訟を起こすことが実際にあり得るかといえ、本来他益で、貰う筋のないものをもらうわけであるから、訴訟提起を躊躇するのが多くの場合といえよう。

こうした観点にたった場合、現行法が、主務大臣の許可を成立要件とし、公益信託はそれ以前に成立しないというのは、あまりに硬直に過ぎる。われわれが考察対象にしてきた三者間贈与の法的構造の実態に目を背けているとの評価を受けても已むを得ないのではあるまいか。

そこはもう少し柔軟に考える必要がある。自主的公益信託として、公益信託の法理を借用することによって、三者間贈与を規律していくべきではあるまいか。寄付は、財産管理としての信託の性質も有している。寄付は、手段として様々に三者間贈与の一環としてなされているが、集められた寄付財産のガバナンスまで視野に入れた法的スキームとしての自主的公益信託と解するのが妥当である。

IV. エピローグ

第七章 結論—われわれの問題によせて

第一節 三者間贈与の法的構造とその特質について

われわれの設定した分析視角としての三者間贈与の法的構造の特質を検討するにあたり、まず日本における寄付学説の展開、次いで日本における公益信託学説のそれを検討してきた。前者によって、明らかになったのは、寄付を贈与契約の一種であるとする学説が相対的に多かったこと、そうはいっても、三者間でなされる契約の一種であることを重く見て民法 537 条以下に規定する第三者のためにする契約である学説が存在し、かつまた、信託的譲渡であるというように、信託的構成、広く信託との接点に言及する諸学説もあったことが明らかとなった。後者によって、未だ理論的考察が十分なされていない中で、日本の公益信託の生みの親である英米のそれはそもそもいかなる構造を有しているものなのか、われわれは再考の余地があることを認識する必要に迫られたといえよう。それらの結果を受けて、比較法的分析の視点として、英米における gift の一般的性質についてどのような議論がなされているのか、そして第三者のためにする契約については英米においてどのように把握されているのか、そして、英米法における公益信託の法的構造の問題点という 3 つの角度から、それらを手がかりとして三者間贈与の法的構造の特質を検討してきた。この三つの比較法の分析から当面の結論として、何が言えるであろうか。

gift の議論は、引渡し行為が曖昧化するような場合を三当事者が現れるときであるとして、三当事者を考慮してはいるものの、原則として、コモン・ローにおいては二者間の贈与を前提としており、エクイティ上の譲渡として信託宣言(自己信託)が議論されていたに過ぎなかった。gift を、約因がないから契約とみない英米の gift の議論では、われわれの検討している三者間贈

与の規律が直接妥当しないということができよう。

第三者のためにする契約では、債権的な説明の色彩が濃く、財産管理を視野に入れた法律構成としては弱いといえること、何より受益者たる第三者の信頼を判断要素としている点、第三者のためにする契約の中には、三者間贈与という単なる利益を取得させる形態である典型的な寄付以外に、債権的受益者も入り得ることから、重なり合いは認められつつも、厳密には第三者のためにする契約と三者間贈与は等しいということとはできないことが明らかにされた。

さらに、gift、第三者のためにする契約、公益信託は、英米法においては、それぞれ緊密な親族等の二当事者間の行為、社会経済的機能を重視した法理論、第三者に対する受益を確実にする制度設計という特質を挙げることができ、三者ともその機能は異なっている。しかし、giftと第三者のためにする契約に内在する原理は、当事者間に契約として法的拘束力を有するか否かを決定する約因、そして強制可能性の二つの原理のようである¹。一方で、第三者のためにする契約と公益信託に内在する原理は、契約関係の法理たる契約を強制できるのは誰かを決定する強制可能性のようである。

giftと公益信託の原理的違いは、約因が必要とされるか否かであり、公益信託は信託である以上、約因原理の埒外である。さらに、giftにおいては、贈与の目的、第三者のためにする契約も契約当事者の意図、公益信託においても公益目的と、それぞれ目的がそれぞれの制度の判断基準の中核となっている点で類似性があると指摘し得る²。

¹ 樋口範雄『はじめてのアメリカ法 補訂版』（2013年、有斐閣）71頁は、約因のない契約を無効とせず、強制できるか否かで把握するのは、アメリカ法における裁判所による契約への法的効果付与の表われであるとし、約因という法的拘束力の問題と契約関係の原理としての強制可能性の問題を必ずしも区別していないようである。

² 安達三季生は、第三者のための契約に関連する諸制度の研究につき、「三者法律関係に関する規定が乏しいことは疑いの余地がなく、…中略…信託法理…中略…の制度の研究とあわせ、それらに内在する諸原理を追究することが望まれよう」と指摘している（来栖三郎「第三者のためにする契約」論文の解説『来栖三郎著作集Ⅱ契約法』所収（信山社、2004年）169頁。本稿の分析も、安達の認識と共通にしつつ、行ってきたつもりである。

このように類似性はあるながらも、前二者は、約因の適用と約因の後退ないし妥協、三番目はそもそも約因を必要としない、約因概念をどう乗り越えるかという問題への挑戦だったと考える。日本にはそもそも約因という概念が存在しないので、法的拘束力の有無は直接の関心とはならないが、英米契約法プロパーの中核的な研究として、約因の存在意義に関する再考がさらに求められているといえよう。ただ、われわれのささやかな検討によってこれだけは言えるだろう。当事者が一人増えることで、giftとしての議論から、第三者のためにする契約に議論が展開し、最終的な到達点が公益信託といえるのではあるまいか。三者間贈与は、まさに、この最終的な到達点たる公益信託の衣をまとった物権的な強力な寄付財産と把握することができよう。三者間贈与は、その意味では約因に影響を与えており、贈与者の目的次第で、信託に親和性、接近性を有すると考えることができよう。すなわち、その寄付者の寄付目的からして、その目的に照らして、寄付は、英米を生みの親とする公益信託たる他益信託法理の借用すべきものとして性質決定すべきもの（いわゆる自主的公益信託）と解すべきである³。公益信託の受益を確実にする制度設計たる機能が当事者の利益調整に最も沿うものといえる。仲介機関は、金銭の所有権を移転されているわけであるから、寄付者から全面的に財産を委ねられている点で、その有する権限は絶大である。しかも、仲介者は寄付者から集めた財産を任意に選んで、個別の被災者に譲渡するわけであり、義務はきわめて重いものとなる。

受益者たる被災者に義援金自体が移転し、手元に入ることが寄付者の三当事者における通常の意味であり、それ以上でもそれ以下でもない。委託者から受益者への義援金請求権とする債権では効力として弱すぎる⁴。この被災者

³ 新井誠『信託法(第4版)』(有斐閣、2014年)445-447頁は、自主的公益信託に言及する最初の文献である。

⁴ 新井・前掲書注3)449頁は、公益信託における受益者の位置づけの議論の中で、受益権の中における共益権としての監督的権能を受益者が有しているかに関して、個々の受益者も有しているとしつつ、個別の受益者の共益権行使の現実性から、その一部を信託管理人に移転し、受益権の保護を図っているとしたうえで、次のように述べる。「このように構成しないと、公益信託の法理は、たとえば民法上の第三者のためにする契約をもって説明できてしまうことになる。しかし、信託という制

支援目的という公益目的故に、永久拘束禁原則の排除、可及的近似の原則、受益者だけではなく、一定の限定の下で寄付者に執行権を認めることも、特質といえることができる。

アメリカでは、司法長官が多忙ですべての公益信託の監督ができず、受益者や共同受託者のみならず、委託者に対して執行を認めているのである。アメリカにおける当事者適格の拡大という機能は、日本の自主的公益信託たる寄付に応用することができよう。日本も、許可を受けてなくても、公益信託の法理を借用して、いわば自主的公益信託の法理によって、義援金等の寄付財産を信託的に把握すべきであると考えられる。こう考えることで、仲介者の不正を防止できるのである⁵。ただ、その前提として、公益目的の担い手として受託者の報酬のある程度の保障もセットにする必要がある。公益目的を担っているのであるから、寄付者から集めた財産から、仲介者に報酬が与えられてしかるべきである。

第二節 立法論としての寄付法・公益贈与(自主的公益信託)法

第一款 寄付法・公益贈与(自主的公益信託)法の必要性

いつおこるかもしれない災害が起こり(必然性)、災害発生後の緊急事態にスピーディーに対応しなければならないなかで、主務官庁の許可手続きをとる暇もなく、当事者も行政から公益性の認定というお墨付きや税制上

度を用いる以上、やはり信託の法理を貫徹するのが望ましいのは当然であろう」としているのは、筆者と同趣旨と思われる。

⁵ なお、藤倉皓一郎「アメリカ法の風景 10『民』が『公』をつくる[完]」書齋の窓 3月号所収巻頭言(有斐閣、2007年)において、次のとおり興味深い指摘をしており、参考になる。「公益法人は規模の大きな組織と人員を必要とする。日本では所管官庁の役人の天下り先になり、既得権益の擁護、配分の機構に墮することがある。それに比べて公益信託によれば、身近なところで私人の創意、信条を生かして公益活動ができる。税金を納めるだけで、もっぱら官に公共の福祉を委ねるよりは、民の創意で公をつくる。それを可能にする税制と信託法の手法とがアメリカには存在するのである。」と。自身の選択による自主的公益信託たる公益目的の明確な寄付こそ、「民の創意で公をつくる」ことになるのであって、日本における新しい公共ではなかろうか。

の優遇措置を望まないような場合、寄付を設定できる制度設計としての自主的公益信託⁶と解することは、寄付者のリスクと仲介者のリスクとのバランスからいっても、必要かつ有効な構造把握であると考え⁷。換言すれば、寄付を促進させるために、安心して寄付できる法律関係を設計し、一方で第三者に確実に渡り易いという公益信託の法理⁸を借用するわけである。われわれが考察の対象としてきた三者間贈与の主たるものである義捐金等の寄付は、実のところその内実は、公益信託に類するもの(主務官庁の許可を得ていないから、現行法上は、公益信託という名称を使えないが)なのであって、アメリカの比較法を踏まえても、最も望ましい社会実態的にも法的にもきわめて妥当な構造把握である。公益信託から公共財産への転換⁹したのが、寄付財産である。公益信託は、究極の三者間贈与なのである。二者間贈与はまさに民法の役割、守備範囲であって、三者間贈与は信託法理が担当する分野と言い換えることもできよう。贈与に限って言えば、二者間では民法上の贈与契約そのもの、三者間では、信じて託する関係を規律する信託法の規律する世界ということができる¹⁰。寄付の領域では、当事者

⁶新井・前掲書注 3)446 頁は、公益信託における主務官庁から許可を受けるメリットを、行政から「公益」性の認定というお墨付きをもらえること、税制上の優遇措置を受けられる場合がありうる点の二つにあると述べている。

⁷ 遠藤英嗣『新しい家族信託』(日本加除出版、2013年)505 頁は、自主的公益信託を「個人的公益信託」ないし「私的公益信託」とし、その可能性に対して好意的である。そのうえで、「篤志家が、公益信託という法が与えている税制上の利益を受けずに、私財を提供し、地元の地域発展のため、あるいは福祉のために社会貢献しようとする福祉型信託において、地元にはない信託銀行や信託会社を頼るわけにはいかない場合まで規制しようとしているとは思えない。むしろ、地元のことをよく知っている社会福祉法人や公益法人、場合によっては認定NPO法人を活用し、主務官庁の監督のない形の社会貢献のための公益型の信託が認められてもよいであろう。…中略…いわゆる『社会貢献型裁量信託』(福祉型裁量信託)ではないかと考える」とする。遠藤は、新井と異なり、受託者適格の観点から、福祉のための自主的公益信託の可能性に言及する。

⁸ 新井・前掲書注 3)446 頁は、主務官庁の許可を得ていないことから、「公益信託」の名称の使用を認めるべきでないとしたうえで、「旧信託法 68 条、公益信託法 2 条の許可を望まないときでも、その法律関係は信託法理上は許可を受けた公益信託と実質的には同一の他益信託として扱い、原則的に公益信託の法理を適用していくべきであって、自主的公益信託を直ちに目的信託に分類すべきではないと考える」と述べている。

⁹ 新井・前掲書注 3)102 頁。

¹⁰ 信託の基本構造をめぐっては、通説とされる債権説、実質的法主体説等諸説あ

の数に応じて二者間では贈与契約、三者間では自主的公益信託という関係に立つという調和がとられているといえるのである。

しかし、義損金等寄付をする場合における、寄付者、その仲介者たる財産管理者、被災者をはじめとする受益者をめぐる法律関係を規律する法として、寄付たる自主的公益信託に公益信託の法理を借用するとしても、純然たる公益信託ではないことから、直接そのまま公益信託二関スル法律(以下、「公益信託法」という)を適用することは難しい。

そこで、立法論として、寄付法・公益贈与(自主的公益信託)法により、寄付をめぐる法律関係を規律することを提案し、本稿の一応の結論としたい。

ただ、その前提として、「公益信託法」改正に向けての動きを見ていく必要がある。この改正への要望は、2013年4月に公益財団法人 公益法人協会によってなされており、われわれの検討してきた寄付を自主的公益信託と解する場合にも参考に値する論点があるからである。

以下では、寄付法・公益贈与法(自主的公益信託法)を立法論として提示するのに必要な範囲で、「公益信託法」の立法上の問題を述べたうえで、なされている改正要望を見ることとしたい。

第二款 前提一「公益信託法」の立法上の問題と主な改正要望内容¹¹

1. 「公益信託法」の成立経緯と公益信託の現状

同法は、2006年12月15日法律第108号(以下、信託法という)の公布

る。そもそもドイツ民法の体系たるパンデクテンシステムの影響を受けた日本民法と信託法との整合性に拘泥する必要があるのであろうか。信託そのものは、本稿で検討した公益信託をはじめとして、英米法から輸入したものではないのか。信託法理と民法法理の整合性をどこまで図るべきかという根本問題があるが、ここでは立ち入らず、問題提起にとどめる。

¹¹ ここでの叙述は、鈴木勝治「公益信託法改正のゆくえー公益法人制度改革からの視点ー」信託フォーラム創刊号 vol. 1(日本加除出版、2014年)17-25頁によりつつ、適宜他の諸文献によって補って筆者の分析をも加えている。なお、同論文は、最も新しく、簡にして要を得た説明がなされている最も新しい論文である。

に伴い、それ以前の 1923 年施行 4 月 21 日法律第 62 号(以下、「旧信託法」という)の規定から独立してカタカナ表記のまま、新たに公布され、公益信託法として 2007 年より施行された法律である。「公益信託法」は、公益法人制度改革に平仄を合わせ、その動向を待って本格的な立法を行うこととされていたことから、信託法との関連を新たに規定してはいるが、「旧信託法」の第 66 条から第 75 条までの公益信託に関する規定と実質的に同一であるものである。

ところが、2006 年に公益法人制度改革の趣旨を踏まえつつ、遅滞なく見直されることになっていたにもかかわらず、未だにそのまま放置されたままになっている。

かかる状況下にあって、公益信託の利用状況も芳しくないとされている¹²。この状況は、立法上の問題と公益信託法の見直しの遅延に起因しているとされているのである。

2. 「公益信託法」の立法上の問題

大きく分けて、次の七つに分けられるようである。主務官庁による弊害、受託者の制限、受託財産の限定、公益目的事業の限定、信託管理人制度の活用、運営委員会制度の設置、目的信託がそれである。以下、見ていくことにしよう。

(1) 主務官庁による弊害

公益信託の設立は主務官庁の許可制とされており、許可を得ないと効力を生じないとされているが、各省庁が縦割りになっていることと相まって、速やかな許可がなされない¹³。その監督権も包括的に過ぎ

¹² 本稿第一章第三節で既に述べた。

¹³ 新井・前掲書注 3)452 頁。同「公益信託の位置づけと信託関係人」(公益法人協

たものとなっており、新たな公益信託設定を大きく阻害している。

(2) 受託者の制限

公益信託も信託であることから、反復的に受託するものは、信託業を行うものとされており、事実上その担い手は信託銀行のみとなっている。信託銀行のみがその受託者にふさわしいともいえず¹⁴、公益信託を使いにくいものとなり、利用の悩みを助長している。

(3) 受託財産の限定

主として金銭に限定されており¹⁵、不動産や有価証券を信託財産とすることが認めておらず、過度の制約になっている¹⁶。

会編『公益信託制度の抜本的改革に関する研究プロジェクト報告書』所収、2003年)25頁。この許可は、調整に時間を要し、微に入り細に入り細かくチェックされ、許可のための審査期間として1年以上かかることもあるともいわれている。能見善久も、「公益信託の直面する諸課題」と題する問題提起講演において、公益信託特有の問題ではないとしつつ、「公益信託ですと受託の段階、この段階であまり強いチェックが行われますと、…中略…自由な展開を阻害する可能性がありますので、公的なチェックは事後的なチェックにするのが適当ではないかと考えております。」と発言している（『公益信託制度30周年記念シンポジウム報告書』（公益法人協会・信託協会編、2004年）10-11頁）。

¹⁴ 能見善久『現代信託法』（有斐閣、2004年）290頁は、「信託銀行は、資産の管理や資産の運用・投資の専門家であるが、積極的な公益事業を行うことについては専門家ではない」と述べている。

¹⁵ これは、「公益信託の引受け許可審査基準等について」（公益法人等指導監督連絡会議決定、平成6年9月13日）四 信託財産イにより、「価値の不安定な財産、客観的な評価が困難な財産又は過大な負担付財産」が信託財産の中心とすることが認められていないことによるものである。なお、雨宮孝子「公益信託を準則主義にする場合の問題点」（公益法人協会編『公益信託制度の抜本的改革に関する研究プロジェクト報告書』所収、2003年）11頁は、この基準に関して「公益信託設定のときの主務官庁の指導によって、金銭にするように言われているだけである」とし、「『価値の不安定な財産』が相当な部分を占めていないことが要件となっていることは、不動産や株式はこれにあたる可能性はある。ただし、これらが相当な部分を占めていなければよいということも言える。どちらにしても、金銭に限るとは言っていない」とされている。

¹⁶ 能見・前掲書注14)279頁。

(4) 公益目的事業の限定

主務官庁と信託銀行実務上の、いわゆる事業執行型公益信託が認められていないことから、財団法人制度と比べると取扱いに大きな差異がある¹⁷。

(5) 信託管理人制度の活用

主務官庁が公益信託を許可する基準¹⁸によれば、必置とされているにもかかわらず、「公益信託法」8条、信託法123条以下の信託管理人の設置が信託行為で定める受託者監督の必置機関になっているに過ぎず、ガバナンスからも問題である¹⁹。

(6) 運営委員会制度の設置

主務官庁が公益信託を許可する基準によれば、運営委員会の設置を要求しているにもかかわらず²⁰、現行法では位置づけが不明確で、信託行為で定める受託者の補助機関となっており、公益信託のガバナンスからも問題である²¹。

¹⁷ 能見・前掲書注14)279頁、新井・前掲書注3)452頁。公益信託の事業・収益活動をめぐる法律上の規律のあり方につき論ずる際の問題点については、神作裕之「公益信託と事業・収益活動」(公益法人協会編『公益信託制度の抜本的改革に関する研究プロジェクト報告書』所収、2003年)28-40頁がある。

¹⁸ 「公益信託の引受け許可審査基準等について」(公益法人等指導監督連絡会議決定、平成6年9月13日)六 機関(1)は、「公益信託は、その適正な運営を確保するため、信託管理人を置き、及び運営委員会等を設置していなければならない」とする。

¹⁹ 能見・前掲書注14)279-280頁。新井・前掲書注3)440-441頁。

²⁰ 前掲注18)。

²¹ 能見・前掲書注14)280頁。新井・前掲書注3)450-451頁。非営利団体のガバナンスの観点から論じるものとして、樋口範雄「非営利団体のガバナンス序説—公益信託のガバナンスを論ずる前提として」(公益法人協会編『公益信託制度の抜本的改革に関する研究プロジェクト報告書』所収、2003年)52-70頁がある。

(7) 目的信託

「公益信託法」1条は、公益信託を受益者の定めのない信託、すなわち、目的信託としているが、公益信託にも受益者が存在している²²。

現行法は、定義自体が漠としており、結果として公益信託の利用が敬遠されたり、あるいは周知されておらず、その不振につながっている。

(8) 分析

このうち、受託者の制限、信託管理人制度の活用、運営委員会の設置、目的信託との関連の四つは、われわれの寄付法・公益贈与法(自主的公益信託法)を提案するうえでも、参考になろう。理由は、下記の三つに分解される。

第一に、主務官庁による弊害については、われわれの検討したきた、三者間贈与たる寄付への公益信託法理の活用が、そもそも主務官庁への許可を前提としない場合であるからである。第二に、受託財産の限定については、寄付財産につき義損金等主として金銭を念頭に置いているからである。第三に、事業執行型公益信託の必要性については、三者間贈与の法的構造とその特質を中心としたわれわれのこれまでの議論の中では、当面の検討をしてこなかった問題であるからである。

以下、受託者の制限、信託管理人制度の活用、運営委員会の設置、目的信託の四つに絞って公益財団法人 公益法人協会の行った改正試案を見ていくことにしよう。

²² 能見・前掲書注 14) 284-288 頁。新井・前掲書注 3) 442-444 頁。目的信託それ自体については、新井・前掲書注 3) 425-433 頁に詳しい。

3. 改正要望の内容²³

2. で述べた「公益信託法」の問題点を受けて出された四つの論点に対する公益財団法人 公益法人協会の試案は次のとおりである。

(1) 受託者の制限

当初は信託行為、後は運営委員会と信託管理人による選解任をすることとし、受託者資格を法定すべきものとする²⁴。

²³ 公益法人協会は、公益信託のより一層の利用促進の観点から、「公益信託制度改革研究会」を発足させ、2007年9月から2008年2月まで5回に亘って議事を行い、多角的に議論している。議事録要旨等については、公益法人協会「公益信託制度改革調査研究報告書 資料編」(2008年)が、それを受けての報告書については、公益法人協会「公益信託制度改革調査研究報告書」(2008年)がある。最終的には、2013年4月に「公益信託に関する法制及び税制の改正整備について(要望)」を公益財団法人 公益法人協会理事長名で、所管大臣に提出している。

²⁴ 前掲注23)の2013年4月に提出された公益信託に関する法律の改正要綱(公益財団法人公益法人協会試案)第三 公益信託の機関 一 受託者 2 任期及び選任・解任 (2)選任(3)解任 3 資格参照。公益信託の担い手としての受託者の拡大につき、前掲注23)の平成25年4月19日付公益財団法人 公益法人協会理事長名での所管大臣宛文書「公益信託に関する法制及び税制の改正要綱について(要望)」第三 信託業法改正 1 要望理由として次のように述べている。「昨今、私財を社会に還元したいとの意思をもつ資産家等が漸増しつつあるが、…(中略)…このような篤志家のニーズに応えるため、公益信託は格好の受け皿として活用が期待される場所である。このような期待にこたえるためには、既存の信託会社だけでなく民間公益活動を主目的とする公益法人等社会的に信頼性の高い法人が自らの事業特性を生かしつつ、公益信託事業の遂行に当たることは、今後の公益信託制度のより良き発展のため必要と考える。…(中略)…このように公益信託の引き受けについても一定の基準を充足する公益法人等には、その引き受けを認めることを要望する」と。続いて、2改正の概要において、信託業法第52条に倣って、この公益信託の引き受けについては、信託業法第3条の免許を不要とし、「公益信託の引き受けができる者は、免許信託業を営む者のほか、公益法人等行政庁・所轄庁により公益認定、設立認可等を受けた法人とすること」をも合わせて要望している。前掲注23)の「公益信託制度改革研究会」において、2007年12月4日第四回、2008年2月15日第五回議事が開催され、担い手拡大につき議論がなされ、概ねその方向の賛成の発言がなされている(公益法人協会「公益信託制度改革調査研究報告書 資料編」(2008年)73-76頁、81-83頁)。なお、いずれの議事録にも具体的な発言者名は明記されていないことに留意すべきである。能見・前掲講演注13)11-12頁。2004年3月の公益信託制度研究30周年記念シンポジウムのパネル・ディスカッションにおいての新井誠発言、能見善久発言参照(『公益信託制度30周年記念シンポジウム報告書』(公益法人協会・信託協会編、2004年)33-35頁、40-41頁)。

(2) 信託管理人制度の活用

法定の機関として、受託者の監督をするものとする²⁵。

(3) 運営委員会の設置

法定の機関とし、信託の意思決定を行い、受託者の監督をするものとする²⁶。

(4) 目的信託

公益信託は、目的信託ではないものとする²⁷。

²⁵前掲注 23)の 2013 年 4 月に提出された公益信託に関する法律の改正要綱(公益財団法人公益法人協会試案)第三 公益信託の機関 三 信託管理人 2 任期及び選任・解任(2)選任(3)解任 3 資格参照。前掲注 23)の「公益信託制度改革研究会」において、2007 年 10 月 5 日第二回議事、同年 12 月 4 日第四回議事が開催され、信託管理人の資格、権限につき議論がなされている(公益法人協会「公益信託制度改革調査研究報告書 資料編」(2008 年)48-51 頁、64 頁)。能見・前掲書注 14)279-280 頁、新井・前掲書注 3)440-441 頁もかねてより、信託管理人を必置とすべきと主張していた。なお、前掲注 18)参照。

²⁶ 前掲注 23)の 2013 年 4 月に提出された公益信託に関する法律の改正要綱(公益財団法人公益法人協会試案)第三 公益信託の機関 二 運営委員及び運営委員会 4 運営委員会参照。前掲注 23)の「公益信託制度改革研究会」において、2007 年 10 月 5 日第二回、そして同年 12 月 4 日第四回議事が開催され、運営委員会につき議論がなされている(公益法人協会「公益信託制度改革調査研究報告書 資料編」(2008 年)48-50 頁、66-69 頁)。能見・前掲書注 14)280 頁は、「単なる助言的機関」とするが、新井・前掲書注 3)450-451 頁は、本稿第三章にも述べ、後にも詳しく述べるが、運営委員会の位置づけに関して、共同受託者としての構想を示している。なお、前掲注 18)参照。

²⁷ 前掲注 23)の 2013 年 4 月に提出された公益信託に関する法律の改正要綱(公益財団法人公益法人協会試案)第九 信託法との調整措置につき、「(新)公益信託法の制定にあたり、受益者の定めのない信託の要件(信託法第 11 章)の適用を除外するなど、公益信託の特性にかんがみ信託法との適切な調整措置を講ずること」を要望し、現行公益信託法が、公益信託について信託法第 258 条に規定する「受益者の定めなき信託」のうち、学術、技芸、慈善、祭祀、宗教その他公益を目的とする信託としており、「受益者の定めなき信託」に適用される諸規定が適用される構成になっていることの見直しを求めているのである。前掲注 23)の公益法人協会「公益信託制度改革調査研究報告書」(2008 年)6-9 頁参照。また、新井・前掲書注 3)426 頁は、目的信託につき、第一に、その実質が委託者の事務代行的な自益信託に過ぎないこと、第二に、信託財産の支配権が委託者の下にとどまっていることの二点を

第三款 寄付法・公益贈与(自主的公益信託)法の内容

それでは、われわれの検討してきた三者間贈与としての寄付である、自主的公益信託を規律する法としてどのような法を考えるべきであろうか。

これまで検討してきた三者間贈与の法的構造とその特質を踏まえると、とりあえず以下の立法が考えられる。

寄付法・公的贈与(自主的公益信託)法(仮称)

第1条(趣旨)

寄付とは、学術、技芸、慈善、祭祀、宗教、その他公益的な目的²⁸のためになされる寄付者より仲介者²⁹を介して、受益者³⁰に対してなされるものをいう。寄付者より仲介者を介さずに直接なされる寄付は、民法の贈与契約による。

②前項にいう公益的な目的とは、公益認定法(平成18年法律49号)第二条別表によるものとする。

理由に、その導入に消極的な見解を示している。さらに、以前より能見・前掲書注14)287頁も、非公益の目的信託(受益者が存在しない信託)につき、第一に、受益者が不存在故に、信託目的が遂行可能であれば、信託の終了ができないこと、第二に、受託者にも処分できない財産が生じるとの可能性から、非公益の目的信託を一般的に認めると財の流通を阻害するので適当でないことの二点を根拠として、目的信託に否定的な見解を述べている。なお、遠藤・前掲書注7)495頁は、2011年3月11日に発生した東日本大震災に見られた被災者に対する寄付について言及しつつ、「寄付や義援金の在り方や使途の透明性について改めて考えさせられたところ」と本稿と問題意識を共通にしているが、寄付を「受益者の定めのない信託と言うべきもの」としているのは、妥当でない。

²⁸ 本条の「学術、技芸、慈善、祭祀、宗教」は公益信託法第1条と同様であり、「その他公益的な目的」とは、「公益認定法」(公益社団法人及び公益財団法人の認定等に関する法律(平成18年法律49号))別表(第二条関係)による。被災地の被災者に対する義援金等は、同別表三号「障害者若しくは生活困窮者又は事故、災害若しくは犯罪による被害者の支援を目的とする事業」に該当するものと解する。

²⁹ 仲介者とは、信託における受託者に準じるものをいう。寄付は、純然たる公益信託ではなく、公益信託に類似した法的構造を有しているに過ぎないからである。寄付の法的規律が十分に議論されていないなかで、これまで繰り返し述べてきたように、寄付財産の管理について公益信託の法理を借用するものである。

³⁰ これまで述べてきたように、典型的には、東日本大震災の被災者等をいう。

第2条(仲介者の届け出)

寄付を募るには、仲介者の所在する市町村に対して届け出によってなされるものとする³¹。

第3条(仲介者の資格)

仲介者は、信託銀行、弁護士、司法書士、税理士、NPO法人等がなることができる³²。

第4条(仲介者の義務)

仲介者は、寄付者から受けた寄付財産を公益目的の対象となる受益者に譲渡しなければならない³³。受益者から受取の書面をとり、それらを集計して、第6条の運営委員会に報告するための基礎資料にしなければならない³⁴。

②仲介者は、寄付者から受けた寄付財産を公益目的の対象となる受益者に公平に配分しなければならない³⁵。

③仲介者は、寄付財産の使用状況につき管轄市町村に対して報告するものとする³⁶。

³¹ 雨宮・前掲論文注15)7頁は、公益信託につき、公益性の法定を条件に、現在の許可制から、準則主義とすべきことを主張する。能見・前掲講演注13)22頁も、許可制による公益信託の可能性を制約しているとして、何らかの事後的なチェックを前提に、準則主義への可能性を指摘する。これまで検討してきた寄付は、機動的に寄付財産を集めるという観点から、公益信託そのもの以上に、寄付財産に準則主義をとる必要性が高いと考える。

³² 前掲注24)のように、公益信託の受託者の担い手における要望内容を受け、公益信託そのものではない寄付財産にもその要望趣旨を押し及ぼすことは許容されるものと思われることから、規定するものである。

³³ この義務は、信託法第29条第1項の信託事務遂行義務、同法同条第2項の善管注意義務、同法第30条、同法第31条、同法第32条の忠実義務に相当する義務である。

³⁴ 信託法第37条、第38条、第39条に相当する帳簿作成義務等に相当する義務である。

³⁵ これは、信託法第33条にいう公平義務に相当する義務である。公平義務については、新井・前掲書注3)279-281頁等参照。

³⁶ 能見・前掲講演注13)22頁。許可なき公益信託の可能性につき、同・前掲書注14)282頁脚注10)②での「事後的な監督は、何らかの公的機関による最終的な監督権限を残す」との主張より示唆を得て、市町村による公的機関による監督権限を意図している。

第5条(寄付財産管理人の設置)

寄付者から集められた寄付財産は、仲介者により適切に管理すべきものとし³⁷、当該寄付財産のために一人以上寄付財産管理人を設置することができる³⁸。ただし、仲介者から独立していなければならない³⁹。

第6条(運営委員会の設置)

寄付者から集められた寄付財産が仲介者により適切に配分されているかどうか運営委員会⁴⁰にて報告するものとし、運営委員会はその議事内容を公開しなければならない。

②寄付者から得た寄付財産を基に、活動してきた内容を寄付者の元に定期的に報告書としてとりまとめ⁴¹、郵送で送付するかまたはインターネット上に公開しなければならない。

³⁷ これは、信託法第34条にいう分別管理義務に相当する義務である。分別管理義務については、新井・前掲書注3)281-289頁。

³⁸ 寄付財産管理人とは、信託管理人に準じるものをいう。前掲注25)のように、公益信託においては必置すべきとされている。しかしながら、寄付財産については、公益信託そのものではないので、任意規定であってよいと考える。なお、能見・前掲書注14)281頁は、信託管理人がいることを前提に、特定の受益者が存在しない信託、すなわち、許可なき公益信託を認める。新井・前掲書注3)446頁は、自主的公益信託の設定を認めたとうえで、公益信託の3つの特質たる、永久拘束禁止則の排除、可及的近似の原則、信託管理人の活用をそれぞれ適用すべきとしている。

³⁹ 能見・前掲書注14)282頁。また、寄付財産管理人の資格については、公益信託の引受け許可審査基準等について(平成6年9月13日公益法人等指導監督連絡会議決定)六 機関 イ 信託管理人の①から③の三つの要件、「総務大臣の所管に属する公益信託の許可及び監督に関する事務処理要綱(総務省訓令第49号)」3条2項所定の別紙「公益信託の許可に関する審査基準」7 信託管理人(2)アイの二つの要件が参考になる。

⁴⁰ 前掲注18)、前掲注26)。公益信託においても、運営委員会は法律上の根拠はないが、新井・前掲書注3)450-451頁で指摘するように、公益信託における議論に準じて、運営委員会を仲介者とは共同受託者の立場と解し、信託法第28条の自己執行義務との抵触もないと考える。仲介者が寄付財産の財産管理を担い、運営委員会が受益者の選定などの寄付財産の目的遂行にかかわる判断を担当し、両者相俟って寄付財産事務を分掌しているものとする。

⁴¹ 信託法第36条にいう報告義務に相当する義務である。なお、森田果「大震災からの復興と信託」(水野紀子編『信託の理論と現代的展開』所収、商事法務、2014年)29-30頁は、特定寄附信託に関する説明の中で、この制度を米国のplanned givingを模倣した制度であるとし、次のようにいう。すなわち、「得られた寄附金を元に、どのような活動をしてきたかといったレポートが送られてくる。このため、寄附者は、自分の寄附がどのような社会貢献実現したかについて実感を得ることが容易になり、その分、寄附によって得られる効用が増加するから、やはり寄附するインセンティブが強くなる」。

第7条(寄付者の強制)

寄付者から集められた寄付財産が仲介者によって適切に配分されていないことが明らかになった場合は、第5条の寄付財産管理人が存しない場合に限って⁴²、当該寄付者の支払った寄付金等が適切に配分されるよう仲介者に請求することができる⁴³。

第8条(期間・永久拘束禁止原則の排除)

寄付は、当該公益目的の達成によっても終了せず⁴⁴、仲介者の所在する市町村に対する届け出によって終了するものとする。

第9条(寄付財産が残存している場合の当該財産の帰属)

前条の場合で寄付財産が残存している場合は、仲介者の所在する市町村に当該財産は帰属する⁴⁵ものとする。

第10条(可及的近似の原則)

寄付財産は、当初の公益目的に類似した公益目的のために保持することができる⁴⁶。その場合は、仲介者は、仲介者の所在する市町村にその旨を届け出なければならない。

⁴² 前掲注 36)のように、必置機関としていないからである。

⁴³ 本稿第六章第二節第五款でのアメリカにおける公益信託の強制に関する諸議論参照。また、松井智予「いわゆるVIP株と後継ぎ遺贈信託について」(水野紀子編『信託の理論と現代的展開』所収、商事法務、2014年)134-135頁も、アメリカにおいて、寄付者による訴訟を提起する場面が頻繁化していると指摘する。

⁴⁴ 前掲注 38)で述べたように、公益信託における3つの特質の一つである、永久拘束禁止原則の排除の法理を、寄付財産に準用したものである。新井・前掲書注 3)439頁は、公益信託につき、「公共の利益に奉仕するものであるから、長期間にわたって所有権を拘束し、そのために国民経済上、若干の不利益が生じても、それ以上の利益が生み出されるとの観点から、公益信託に限り永久信託の形態が是認されてもよいのではないだろうか。」と述べている。三者間贈与としてなされた寄付財産にも、この価値判断がそのまま応用できると考える。前掲注 27)で述べたように、寄付財産も、目的信託(受益者の定めなき信託)のように解するのは妥当でない。寄付財産は、特定の属性を有する集団としての受益者が常に存在すると解するべきである。

⁴⁵ 前掲注 44)を受けて、前掲注 23)の2013年4月に出された公益信託に関する法律の改正要綱(公益財団法人公益法人協会試案)第二公益信託の認定等2公益信託の認定基準^④においては、公益認定法第5条第17号を適用し、残余財産の帰属につき、国等地方公共団体に対して要望していることを、寄付財産に準用したものである。

⁴⁶ 本稿第六章第二節第三款でのアメリカにおけるCy Pres原則の諸議論、新井・前掲書注 3)440頁、同446頁参照。公益信託法第9条に相当する規定である。

第11条(寄付財産の報酬)⁴⁷

仲介者は、公益的な目的により集まった寄付財産より一定程度の報酬を得ることができる。

②第五条の寄付財産管理人を定めた場合も、前項と同様とする。

第三節 残された課題

第一款 新しい寄付類型の登場とその法的構造についての理論化

最新の寄付白書⁴⁸によれば、多様な新しい寄付の手法が紹介されている。

寄付つき商品⁴⁹、ポイント還元による寄付⁵⁰、クリック募金・ツイッター募金・フェイスブック寄付⁵¹、「もったいない」寄付⁵²、給与天引きによ

⁴⁷ 新井・前掲書注3)452頁は、公益信託普及のための提言として、受託者の報酬につき、相応の対価を認める必要性を強調している。さらに、2004年3月の公益信託制度研究30周年記念シンポジウムのパネル・ディスカッションにおいての太田達男発言、伊藤道雄発言参照(『公益信託制度30周年記念シンポジウム報告書』(公益法人協会・信託協会編、2004年)40頁)。また、公益信託の引受け許可審査基準等について(平成6年9月13日公益法人等指導監督連絡会議決定)五 信託報酬、「総務大臣の所管に属する公益信託の許可及び監督に関する事務処理要綱(総務省訓令第49号)」3条2項所定の別紙「公益信託の許可に関する審査基準」六 受託者(2)に必要な範囲での信託報酬を許容する。本規定も、その趣旨を及ぼすものである。

⁴⁸ 日本ファンドレイジング協会編『寄付白書2013』(日本ファンドレイジング協会、2013年)14-25頁には、東日本大震災後の日本の寄付をめぐる社会状況のみならず、海外の動向等豊富な情報が提供されている。いずれの方法も三者間贈与であるとも必ずしも明らかとはいえないようであり、個別的には別の価値判断を要する法律問題になり得ると思われる。われわれの検討してきた三者間贈与たる寄付の法的構造とどこが違うかの視点が重要である。詳細は、追っての今後の課題とする他ない。

⁴⁹ 消費者が商品やサービス等を購入するごとに一定の割合で、企業等がその売上の一部をNGO/NPOなどに寄付する方法をいい、各企業による対象商品ごとに種々のしくみが紹介されている(日本ファンドレイジング協会編・前掲書注48)14-15頁)。

⁵⁰ 各種ポイントやマイルなどを、一定の交換比率で金銭換算して寄付する方法をいう(日本ファンドレイジング協会編・前掲書注48)16頁)。

⁵¹ インターネットのWebsite内の決められた所をクリックすると、スポンサー企業がクリックされた回数に応じて寄付する仕組みであるとされている(日本ファンドレイジング協会編・前掲書注48)17頁)。

⁵² 家庭に眠っている換金性のある書き損じハガキや切手、使用途中/未使用のプリペイドカード、本、衣類などを寄付する仕組みであるとされている(日本ファンド

る寄付⁵³、「JustGiving」方式(支援者が集める寄付)⁵⁴、クラウドファンディング(crowd Funding)の仕組みを利用した寄付、社会貢献型債券⁵⁵、記念日寄付⁵⁶、遺贈・相続・香典寄付⁵⁷等実にその形態は様々である。ここでは、クラウドファンディングにつき、若干の問題提起的にコメントすることとしよう。

クラウドファンディング(crowd funding)は、群衆(crowd)と資金調達(funding)の造語で、ある目的やプロジェクトの資金を、インターネット経由で不特定多数の人に呼びかけて調達し、必要額が集まった時点で実行する方法をいい、投資型、融資型、購入型、寄付型があるとされている⁵⁸。投資型は出資者への金銭的リターン、融資型は融資者への金銭的リターン、購入型は商品完成後の商品交付のそれぞれ見返りがある類型

レイジング協会編・前掲書注 48)18 頁)。

⁵³ 希望する社員が毎月の給与から一定額を天引きで寄付する方法であるとされている(日本ファンドレイジング協会編・前掲書注 48)19 頁)。

⁵⁴ 社会問題を解決したい等の志を持った人が、その社会問題を情報発信することで、支援団体に対する寄付を呼びかける方法であるとされている(日本ファンドレイジング協会編・前掲書注 48)20 頁)。

⁵⁵ 寄付そのものではないが、「ワクチン債」等、一般的に、資金の使い方を貧困・環境対策などに特定して発行される債券であるとされている(日本ファンドレイジング協会編・前掲書注 48)24 頁)。

⁵⁶ 誕生日や結婚記念日、入学、定年退職などのライフイベントにあわせておこなう寄付であるとされている(日本ファンドレイジング協会編・前掲書・注 48)25 頁)。

⁵⁷ 遺贈とは、遺言等の法的契約によって、指定した寄付先に自分の死後に資産が譲渡されるように計画して行う寄付であり、相続寄付とは、遺族が自ら相続した財産から行うもので、香典寄付とは、いわゆる香典返しの代わりに、その相当額を寄付するものである(日本ファンドレイジング協会編・前掲書注 48)25 頁)とされている。

⁵⁸ 日本ファンドレイジング協会編・前掲書注 48)21-23 頁等。なお、2014 年 6 月 15 日の第 39 回信託法学会において、福士信太郎による「クラウド・ファンディングにおける信託の活用について」というテーマでの報告があった。そこでは、投資型(株式型・匿名組合理型)、貸付型、購入型、寄付型のさらに細分化された類型があるとされている。なお、最新文献として、河上正二「クラウドファンディングと信託(覚書)」(水野紀子編『信託法の理論と現代的展開』所収、商事法務、2014 年)41-63 頁は、クラウドファンディングへの信託適用可能性を論じている。その中で、われわれの検討してきた三者間贈与との関連で参考になる次の指摘をしている。すなわち、「(信託と…筆者)似たような関係は、委任と第三者のためにする契約の組み合わせ等によっても実現可能ではあるが、委託者から受託者への目的制限を伴った特定の財産権の移転・処分が見られる点にその特色がある。その結果、受託者は純粋な財産権帰属者として行動することができず、そこから自由には自己の利益を得られない」と(同 54-55 頁)。ただ、河上論文の議論の対象は、投資型のクラウドファンディングであることに留意すべきである。

である⁵⁹。そのため、本稿の三者間贈与としての寄付に該当しない。では、最後の寄付型は、どうであろうか。寄付型は、見返りが全くない贈与であり、その意味では、ポータル会社等の運営会社を仲介した三者間贈与ともいえそうである。しかし、クラウドファンディングにおける寄付型は、運営会社のホームページを見ることによって何をしているか見える相手に対する寄付であり、運営会社に寄付の相手方の選定を委ねているのではない点で、あくまでも寄付者と受贈者との二者間贈与であり、民法上の贈与そのものではないか。サイト運営会社は、単に引き合わせるネット上の場所を提供しているだけであり、誰に配分するか等の裁量というものはないのである⁶⁰。きわめて新しい類型であるだけに、残された課題として、日本社会における運用状況を見ながら、さらにその構造を細かく分析していく必要があると考える。

第二款 現代日本社会における寄付活用上の法的問題点の検討

超高齢社会における高齢者の財産管理の視点として、財産を残す相続

⁵⁹ 日本ファンドレイジング協会編・前掲書・注 48)22 頁。ごく最近の例では、2020 年東京五輪・パラリンピックに向けて、日本近代五種協会が 2014 年 9 月からネットで資金を募るクラウドファンディングを始めたという（朝日新聞 2014 年 10 月 31 日付夕刊一面）。ただ、この試みも、寄付者に対して選手のサインや大会招待券など金額に応じた特典が贈られるようであり、三者間贈与としての寄付というよりも、購入型の類型に近いクラウドファンディングといえよう。

⁶⁰ 四類型に共通するのは、漠然とした受益者集団に対する贈与ではなく、慈善事業や起業家、中小企業であり、われわれの想定している三者間贈与としての寄付とは大きく異なっている。むしろ、仲介者たるサイト運営会社や寄付者たる出資者、そして何よりも受益者の三者間の人的交流が活発になされており、それ故に爆発的な広がりを見せたのが、クラウドファンディングといえるのではなからうか。われわれの検討してきた三者間贈与たる受益者の全く知らない第三者への寄付と、この寄付型ともその法的構造を異にしているのではないか。クラウドファンディングとわれわれの三者間贈与としての寄付と共通するのは、法的構造のレベルではなく、受益者に対する支援や共感という寄付の目的そのものにしかないのではなからうか。クラウドファンディングには、われわれが検討してきた寄付や公益信託と異なり、必ずしも公益目的があるともいえない例もあるようにも思われる。クラウドファンディングの寄付型は、それぞれの寄付者と受益者との民法上の贈与契約の集合であるに過ぎないのではないか。形態こそ新しいものの、民法における贈与そのものではないか。

人がいない場合における財産管理としての寄付が重要となろう。超高齢社会において、三者間贈与における当事者を置きかえれば、寄付者の能力がなくなった場合に備えるのが、民法における成年後見制度であり、信託との組み合わせによって高齢者の財産管理として有効活用すべきであるとともに主張されている⁶¹。そうではなく、能力のある高齢の委託者が、寄付する場合の三者間贈与の構造の究明によって、相続人のいない健全でかつ富裕の高齢者の財産管理にも資することになるのではないであろうか。委託者にとって安心して寄付ができ、受益者たる第三者にとって確実にその受領ができる制度設計が、公益信託法理の借用なのである。寄付契約は、公益信託法理の規律に服する。二者間ではたしかに民法上の贈与契約であるが、寄付をする側、集める側の目的からして、三者間贈与は、もっとも信託らしい信託たる公益信託法理の守備範囲と解すべきである。

このように、現代の日本社会は、高齢化社会をはじめとして、人口減少社会、地震・台風・大雪・大雨等自然災害増加社会、環境保全が重視される社会であり、国だけでなく、私人が見ず知らずの方々をお互いに支え合う社会への移行がより一層高まる。何よりも少子化による人口減少社会であり、経済成長社会というよりも成熟した現在の経済社会をどのように維持していくか⁶²と、日本の現在と未来像を想起すれば、お互

⁶¹ 新井誠がその嚆矢である。

⁶² 近時、経済学者である宇沢弘文により、「社会的共通資本」なる概念の提唱がなされている。「社会的共通資本は、土地、大気、土壌、水、森林、河川、海洋などの自然的環境だけでなく、道路、上下水道、公共的な交通機関、電力、通信施設などの社会的インフラストラクチャー、教育、医療、金融、司法、行政などのいわゆる制度資本をも含む」とされている(宇沢弘文『社会的共通資本』(岩波新書、2000年)22頁)。さらに、「社会的共通資本は、それぞれの分野における職業的専門家によって、専門的知見にもとづき、職業的規律にしたがって管理、運営されるものであるということである。社会的共通資本の管理、運営は決して、政府によって規定された基準ないしはルール、あるいは市場的基準にしたがっておこなわれるものではない。この原則は、社会的共通資本の問題を考えると、基本的重要性をもつ。社会的共通資本の管理、運営は、フィデューシアリー(fiduciary)の原則にもとづいて、信託されているからである」とされる(同22—23頁)。人々が共同で守るべき財産である社会的共通資本は、利益追求の対象としてはならず、人間が人間らしく生きるために大切なものであるというのである。この社会的共通資本の維持の担い

いが支え合うためにキーになる行動は、少額ではあっても集まれば多額に成り得る可能性を秘めた寄付しかない。人口減少になれば、国、地方をはじめ、公的領域で行ってきた種々の政策が立ち行かなくなることは明らかである。そのような政策を実現するためにも、私人ひとりひとりの、そして就中富裕層が安心して寄付することができる法的規律が求められているといえよう。寄付は、これからの日本社会においてもっとも必須な私法上の契約であり、典型契約の典型たる売買契約を凌駕する程の重要性が増してきている。とすれば、法の世界が寄付をめぐる法構造について、ある程度の構造を究明・分析し、当事者にて起こり得る諸問題につき行動予測可能性を与える必要があるというべきであろう⁶³。寄付、そして公益信託の日本の学説史、さらには英米における諸議論からの比較法的検討は有益な示唆があったといえるであろう。

以上のこれからの日本社会の特徴からすれば、三者間贈与の法的構造

手こそ、三者間贈与たる財産管理者介在型贈与における仲介者であり、それに要する資金の原資として、われわれの検討してきた寄付が有効ではあるまいか。

⁶³ 2013年12月5日、公益財団法人公益公益法人協会主催「公益法人制度改革の総括と今後の課題」シンポジウムにおける来賓挨拶 (www.youtube.com/watch?v=2bdtlu5Nbpo. (2014.11.25))の中で、能見善久は、これからの公益活動において重要な要素として、人材、資金、情熱(心)の三つを挙げられている。人材については、公益法人の増加が見込めないことから、NPOと一般法人との連携の重要性を指摘する。情熱については、公益社団法人及び公益財団法人の認定等に関する法律(平成18年法律第49号)別表(第2条関係)の22種類の公益目的事業と、特定非営利活動促進法(平成10年法律第7号)別表(第2条関係)の20分野の特定非営利活動とが狭いとはいえないが、必ずしも整合的ではないとする。例えば、後者の10号にいう人権の擁護又は平和の推進を図る活動が、前者の別表にないと言われる。また、人々の情熱を吸収させ、公益活動を活発化させるために、原子力発電所廃止運動や憲法改正反対運動等、公益活動の中に政治活動が入ることを許容することが望ましいという。憲法改正反対運動は、前者の別表15号の「国際相互理解の促進」事業と解することもできるという。主たる政治的活動は認められないとしても、環境保護活動と政治的活動の境界は曖昧であることがその根拠であるとされる。

本稿との関連では、能見は、資金につき、寄付税制が整い、公益法人の財政基盤は充実してきたとされ、公益のための資金が公益法人に流れていく仕組みができたと言われ、資金面では、やや楽観的な評価をしているようである。しかしながら、そもそもの寄付の法的構造を究明し、寄付をめぐる法的規律がより明確になれば、寄付者がより一層増加し、日本の寄付文化の醸成につながるのであって、寄付税制の整備では足りないというのが、本稿の一貫した問題意識である。

ただ、能見も、今後について集まってきた公益のための資金や寄付が、公益法人を通じて、他の団体に流れていく仕組みが重要であるとも指摘しており、寄付の法的構造の究明の重要性を意識されているといえなくもないと思われる。

とその特質の検討から、残された今後の課題として具体的には以下の四つのものがあり得よう。

第一に、超高齢化社会における、特に相続人がいない場合における高齢者による寄付について、三者間贈与たる寄付の法的構造に関する本稿の検討から、更に法理論的究明が必要となろう。

第二に、三者間贈与たる寄付を自主的公益信託とした場合に、受託者たる仲介者において、現行法上認められていないいわゆる事業執行型公益信託⁶⁴を認めることはできるのか。検討できなかったイギリスのナショナル・トラスト等も参考にしながら、事業執行型公益信託と寄付についても検討すべき問題といえるだろう。

第三に、本研究では、贈与をする相手方を主として一定の属性を有する不特定多数者である寄付の法的構造を如何に考えるべきかをその出発点とし、三者間贈与をいわば媒介項として設定して考察を行ってきた。

しかし、第三者が特定人である第三者もある。典型的には、一つには、教育資金贈与信託⁶⁵等がその例である。二つには、当初は障害者のような特定人を受益者とする他益信託である家族信託であるが、その障害者が死亡した後に、公益に信託財産を使うことができるという、アメリカのミズーリ州等に見られる家族信託(Midwest Special Needs Trust)⁶⁶もある。この教育資金贈与信託の法的分析、そしてアメリカの家族信託の機能を踏まえ、日本に同信託を導入することの可能性等の検討も問題となろう。

第四に、差し迫った人口減少社会において、自主的公益信託として休眠預金⁶⁷を活用できないか。すなわち、地震や自然災害積立金、環境保護⁶⁸、親のない子への教育支援、若者起業支援等の公益目的に休眠預金

⁶⁴ 新井・前掲書注3)543頁。

⁶⁵ 新井・前掲書注3)535頁。

⁶⁶ 澁谷彰久・高橋弘・小此木清「アメリカ・カナダにおける成年後見と信託活用の最新事情」実践成年後見49号(民事法研究会、2014年)95-104頁。

⁶⁷ 本稿第一章第一節第二款1注22)参照。

⁶⁸ 公益信託そのものではないが、公共信託(Public Trust)によって、アメリカに

を寄付財産として利用できるようにするため、cy-pres 原則の適用可能性を検討すること等が考えられる。

これらの個別の研究は、残された課題としてさらに検討を深める必要がきわめて差し迫ったものである、と私は考える。

においてなされているとされている(新井・前掲書注 3)453-454 頁)が、三者間贈与としての寄付の公共信託において果たしている役割も考えていく必要がある。