

Title	公益信託の公益性と許可主義
Sub Title	Public benefit in charitable trust and licence system
Author	田中, 實(Tanaka, Minoru)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1984
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.57, No.12 (1984. 12) ,p.1- 25
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19841228-0001">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19841228-0001</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# 公益信託の公益性と許可主義

田 中 實

## 一 問題の所在（公益信託の法的構成）

### 二 目的の公益性

- (1) 公益目的の例示
- (2) 公益目的と公益関連
- (3) 公益性の実質（公共性）

### 三 許可主義

- (1) 制度としての許可主義
- (2) 許可と数量
- (3) 公益信託の成立と許可

### 四 結 び

## 一 問題の所在（公益信託の法的構成）

一 信託は、さまざまなる目的のために用いられるが、とくに公益目的のために利用される場合は、公益信託とよば

れる。

私益ないし営利でなく、公益のための社会的活動——いわゆる「公益活動」——の手段としては、わが国の法制上、公益法人と公益信託との両制度が認められている。改めていうまでもなく、公益法人は、民法にもとづくもので、制度発足以来よく利用され、現在その総数は、社団および財団の両者合せて約二〇、〇〇〇件といわれている。<sup>(1)</sup>

これに対し、信託法にもとづく公益信託は、制度発足以来、およそ半世紀の休眠時代を経た後に、ようやく昭和五二年春から実用化されたばかりである。<sup>(2)</sup>したがって、その法的構成についての検討や各条文に対する解釈論も、まだ十分には行き届いていないようである。<sup>(3)</sup>とりわけ、公益信託の公益性をめぐる問題については、ほとんど未解決のまま、公益法人制度に準ずるということで実用化にすんでしまった。しかし、実は公益法人の公益性そのものが必ずしも十分に解明されてはいないところである。そこで、本稿では、とくに公益信託の公益性と許可主義の問題について、若干の考察をめぐらしてみたいと考える。

二 まず法的構成について一般的にいえば、信託は、ひろい意味で寄託・委任・代理・遺言執行・破産等々と並ぶ財産管理方法の一種であり、ふつうは委託者より受託者に対する対象たる財産権を移転し、形式上受託者名義に移したうえ、受託者がその名義を用いて（この点に、他の財産管理方式と異なる特質がある）、所定の目的に適合するように財産管理をなす、という仕組みをとるものとされている（信託一条、四条）。そこで、公益信託は、ただその所定の目的が祭祀・宗教・慈善・学術・技芸その他の公益を対象とするものというところに特質を有することになる（信託六六条）。一定の公益目的をもつ——いわゆる公益活動を行う——という点で、民法上の公益法人とりわけ財団法人と共通するところがある。立法上は、いわば財団法人の簡易型として公益信託が制度化されたようである。

公益法人と公益信託の両制度を対比してみると、法律上に例示された公益目的は全く同じである（民三四条、信託六

六条。しかし、公益法人は公益と関連があり、非営利であればよいとされているのに対し、公益信託はまさに公益目的のものに限るとされ、そこに微妙な許可条件の差が認められている。また、法律構成の上では、公益信託が財団法人の簡易型であるかのように考案されたにしても、そこには、信託と法人との基本的な構成上の差異があることに注意しなければならない。

即ち、財団法人においては、拠出された一定の財産を中心にして「寄付行為」により法人の組織をつくり、これをもって財産の帰属主体とし、理事その他の役員がその法人の機関として法人を所定の目的に向けて活動させる。

これに対して、公益信託では、拠出された一定の財産を対象とする委託者（設定者）と受託者との間の信託契約（または委託者の遺言信託）により信託の法律関係をつくり、受託者が信託財産の帰属主体として所定の目的の実現に必要な一切の行為をする、という構成になる。<sup>(4)</sup>

また、財団法人が主務官庁の許可を得てはじめて設立される関係上、許可が得られない限り法人格取得は不可能であり、したがって意図された社会活動を行うためには、基本財産の帰属主体として特定の人を名義人として利用するはかはなく、そこに不動産登記の実務などに問題を生ずるのに対して、<sup>(5)</sup>信託の場合には、許可がなくても信託そのものの設定は可能であり、したがって所定の目的に向けて信託による社会活動を行うのにはあまり支障を生じない、という大きな差異がある。

その他、信託関係としての特質はいろいろ考えられるが、その詳細な検討は今後の課題としたいと思う。

(1) 公益法人の実態は、公益法人協会の調査報告『日本の民間公益活動』などによって、しだいに明らかにされるようになってきた。

(2) 公益信託制度の実用化の事情については、信託一二六号の公益信託特集に詳しい。なお、拙著『公益法人と公益信託』二二頁以下、拙稿「公益法人の変容と公益信託の実用化」(法学研究五〇巻八号)一四頁以下など参照。

(3) 拙稿「公益信託の法的構成について」(民商法雑誌七八巻臨時増刊号「法と権利」一三八頁以下所収)に一通りの私見

を述べておいたが、たいへん不備なものであり、機会あることに補正をしてゆきたいと考えていた。本稿も、その作業の一部にはかならない。なお、実務的なものとしては、藤野忠彦「公益信託の受託実務に係わる法律上の諸問題」（信託法研究三号九七頁以下所収）、上田求「公益信託」（信託一三三号所収）などが参考となるほか、前出の信託一二六号・公益信託特集には、加藤浩・岩田恒男・杉本久男・竹下史郎・松崎澄義の諸氏によって公益信託の設定から運営・税制に至るまで実務上のポイントが述べられていて便利である。

（4）財団法人と公益信託との全体的な対比については、中野正俊「財団と信託」（現代民法学の基本問題〔上〕二五頁以下所収）、田中・松本崇「公益信託について」（信託法研究一号四五頁以下所収）などを参照。

（5）同種の問題は、いわゆる権利能力なき社団について、しばしば論じられている。文献は多いが、たとえば、森泉章「公益法人の研究」二二三頁以下、同「公益法人の現状と理論」一八八頁以下、四宮和夫「民法総則」（第三版）九三頁以下など参照。

## 二 目的の公益性

### (1) 公益目的の例示

三 信託法によれば、公益信託は一定の公益を目的とする信託とされている（信託六六条）。では、公益目的とは、どんなものか。条文では、祭祀・宗教・慈善・学術・技芸の五項目を具体的に示し、それに「其ノ他公益ヲ目的トスル……」と続けている。このような法文の用語は、民法三四条と全く同様であって、既に社会的に公益性をもつと評価の定まっている事項をまず具体的にあげ、次に同種の他のものでもよいと一般的に指示する趣旨である。もっとも、例示された五項目については、従来、民法学でもあまり細かい検討はなされていない。そこで、次に、個別的に考察してみよう。<sup>(1)</sup>

#### (A) 祭祀

祭祀とは、「祭り」つまり神や仏をまつることであり、日本古来の神道および仏教関係のさまざまな祭り（祭祀）行

事を意味するが、もう少し拡張して解してもよいように思われる。

元来、日本人は祖先崇拜の念があつく、しかも宗教の重層構造をもっているため、神道と仏教とは歴史的にほとんど混交しており（多くの日本人の家庭に神をまつる神棚と仏をまつる仏壇との両方が設けられていることは、周知のとおりである）、さらに明治時代以降、キリスト教の普及するにつれてキリスト教関係の行事も、祭りにとりこまれている。

いずれにしても、公益性のある祭りは、公衆の参加するオープンのもでなければならぬから、特定の個人ないし家族・親族に関する祭りで参加者の限定されているものは、たとえ広い意味で祭祀に含まれるとしても、公益目的としての祭りには適しないものである。たとえば、特定の個人の第○回忌とか、○家の祖先供養といった類の祭りには、公益性はない。また、ひろく戦没者などの慰霊祭には公益性があるが、特定の交通事故や航空機事故の慰霊祭などは、たとえその遭難者が数十人に達している場合でも、公益性に欠けるといふべきである。

右の祭祀と次の宗教とは相互に関連しており、多くの祭りがそれぞれ地元の神社や寺院の宗教と深い関連性をもっていることは、一般に認められるところである。しかし、祭祀と宗教とは必ずしも同じではないから、祭りが特定の宗教と結びつかず、むしろ無宗教の儀礼的なものであっても差支えない。慰霊祭などが特定の宗教をはなれ、むしろ無宗教の民俗的な儀礼的なものとして行われる事例があるが、常識的に祭りと観念されるものであるならば、やはり祭祀に含まれるものと解すべきであろう。

注意すべきは、英米の公益信託においては、宗教と並列される形で祭祀は考えられていないことである。たとえば、キリスト教においても、クリスマスや復活祭などのような祭り行事があるが、それは宗教そのものの枠内で考えられているにすぎない。したがって、祭祀を宗教と並べて独自の公益目的として認める（しかも、例示の筆頭におく）のは、まさに日本の特徴のように思われる。おそらく、古来、農耕民族としての日本人の生活習慣のなかで、自然の力と恵みに対する畏敬や感謝の念が多くの祭り行事として（多少とも宗教的観念との関連性をもちながら）とくに有形化され

伝承された結果であろう。また、「まつりごと」として祭りと政治とが一致するものとされていた事情もある。そこに、祭祀に関する特別な社会意識の存することをみるべきである。外形としては宗教的要素をもちながら、実質的には宗教からはなれている祭り行事や儀式が多く存在していることは周知のとおりであり、いわゆる地鎮祭が宗教的活動にあたらないと判示した著名な最高裁判決<sup>(2)</sup>も、この意味において理解されよう。

(B) 宗教

宗教は、右の祭祀と多少の関連はあるが、もとより祭りの行事とは別の事項である。理論上、宗教とは、人の心のうちに何か絶対的な神や霊の存在を信じ、これによって精神的な安心を得るための一切のものを指すから、きわめて広汎な観念であることに注意しなければならない。

既存の神道・仏教・キリスト教・イスラム教などのほか、新しい独自の宗教もあげられるが、公益性を認められるためには、少なくとも社会の秩序や倫理観に背かないという条件が必要であろう。したがって、現社会の秩序を無くし、倫理観に反するような教義や行事をもつ宗教は、たとえ当事者にとっては固く守るべき信仰であり、また信教の自由が憲法上保障されているとしても、やはり公益性を認めることはできないと解される<sup>(3)</sup>。

では、積極的に宗教の振興または行事による公益への寄与が必要かという点は、ややデリケートな問題であるが、一応は、そのように理解すべきであろう。具体的にいうと、神殿の造営、本堂や教会堂の建立・補修、聖書の寄付などのほか、墓地の管理なども、公益への寄与ありと認められよう。

イギリスの事例であるが、あるカトリックの修道会への寄付について、修道女たちが一切の俗事から離れ、まったく神への奉仕と祈りのみに従事しているために、公益性がないと判決されたものがある<sup>(4)</sup>。宗教上の祈りには公共的利益への寄与が認められないとの趣旨であるが、やや厳しすぎるように感じられる。

(C) 慈善

慈善とは、一般に困窮している人をあわれみ助けることを意味する。その具体的内容としては、貧困者への生活費・医療費・学費などの給付が最もふつうの形であるが、寝たきり老人・身障者など、ひとりの力では生活の困難な人に対する介護、孤児や捨子などの収養・保護・教育、さらに孤独・失業・失恋・病気などの不幸な出来事(5)に*い*い自殺を考えているような者に対する保護・救済等々、ひろく社会福祉に関与するものを指すと解してよい。

(D) 学術

学術とは、一般に学問と芸術を併せ意味するものと解されている。

真理を究め学び、知識を積み重ねてゆく学問は理知的なものであり、事物の形象や音声の美しさを探り、その感覚を深めてゆく芸術はむしろ直覚的なものであって、そこには大きな差異があるが、ひとしく人間の文化的側面をあらわすものであり、人間の生活を高める価値であるといえる。

したがって学問・芸術の振興に役立つものは一般に公益性があり、例えば、学校などの教育施設に対する助成、学者・学生に対する研究資金・奨学金の供与、すぐれた芸術の業績に対する表彰などは、公益的なものと認めることができる。

ただし、奨学金を得た学生が、卒業後に何ほどか社会的貢献を果たせば、まさに公益の増進に役立ったといえるであろうが、もしその学生が自分の得た学歴をもっぱら自分一個人の利益(金銭欲や名誉欲)を追求するためにのみ利用するような場合には、公益の増進に役立つことは少なかった、といわざるをえないことになる。

このように高い学歴は、時として社会の公益に結び付かない場合があることに注意しなければならない。イギリスにおいて伝統的に奨学金の公益性が必ずしも高い評価を受けなかったという事情は、この意味において理解されるが、これに対して、わが国では、明治時代以来ひたすら文明開化をすすめる政策が採られたために、教育の促進と併せて奨学金にも常に高い公益性が認められてきた。公益性の考え方が国によって異なることをよく認識すべきである。



(E) 技芸

技芸とは、美術ないし工芸方面の技術をいうのであるが、右の学術が学問と芸術を意味するのであるから、この兩者の間には相当な重複がある。もっとも、一般に芸術と考えられるものを、主として学問的ないし理論的なものと、主として技術的ないし方法論的なものとに分けておけば、一応、用は足りるのではあるまいか。そこで技芸とは、芸術的な方面だけでなく、科学技術ないし工業技術的な方面を含むものと解することもできる。

なお、英米公益信託では、学術と技芸とを分けることをしないで、一般に教育の範囲で取扱っている。したがって公益目的に学術・技芸と並列させるところにも、日本的な特徴が見出されるわけであるが、併せてひたすら欧米並みの文明開化を目指した立法当時の社会意識も感じられることになる。

(F) その他

信託法六六条が公益の例示として掲げたものは、以上の五項目であって、それらと並ぶべきものとして「其ノ他公益ヲ……」と定められている。

では、その他の公益として、どんな事項が考えられるであろうか。たとえば、イギリスの判例にあらわれたところを参照すると、次のようなものがあげられるであろう。

① 教育の振興 先に述べた学術・技芸という公益目的は、多くは教育の振興と結びついているが、教育の振興をもっと広く考えることも可能である。たとえば、イギリスの事例としては、青少年のチェス競技やボーイスカウト活動の助成に公益性が認められているが、参考にすることができよう。<sup>(6)</sup>

② リクリエーションの促進 リクリエーションは、人間の生活を快適にし、その向上に役立つものとして評価されており、とくにイギリスでは一九五八年にリクリエーション施設に対し一定条件のもとに公益性を認める特別法 (Recreational Charities Act) が制定された。<sup>(7)</sup> この法律の第一条によれば、利用者の上の生活向上の目的をもって

一般公衆の利用に供されること（もし利用者を限定するなら、高齢・身障者などを対象とする場合に限る）の二点が要件とされている。

具体的にいえば、市町村の公会堂・市民センター・婦人会館・公共用運動場・身障者用施設などがこれに適合するが、これらの施設や建物を提供ないし保守するための信託は公益性を認められることとなる。

③ スポーツの振興　スポーツには個人的な要素もあるだけに、スポーツの振興が直ちに公益的といえるかどうか、必ずしも明快ではない。一般的にいうと、スポーツの振興は、人間の健康増進や体力向上に役立つという面で公益と関連すると考えられており、イギリスの判例では、学校のスポーツに賞品を供与する旨の信託について、生徒達の身体的発達という教育の一面に関係があるものとして公益性が認められたものがある。その反面や古い判例ではあるが、ヨット競技に毎年カップを贈るという趣旨の信託には公益性がない、とされたものがあり、具体的に考えるほかなさそうである。<sup>(8)</sup> おそらく、わが国の国技といわれるスモウなどについては公益性が認められやすいと思われる。（日本相撲協会が公益に関する財団として法人化されていることは、周知のとおりである）。

④ 自然保護　人間の生活は自然の恵みを受けることによって営まれてきたが、今日に至って、産業の発達などの反面、自然の破壊が甚だしくなり、自然保護の必要が指摘されるようになった。イギリスのナショナル・トラストが自然保護のためにすぐれた実績をあげてきたことは、ひろく知られているが、今後、わが国においても自然保護の公益性を十分に評価しなければならぬであろう。

⑤ 地域共同社会または公共施設の向上　ある地域共同社会、たとえば市や町村自体に寄付することは、使用目的を具体的に指示するか否かにかかわらず、一般に公益性があるとみられている。公立学校とか老人保護とかの具体的目的が指示されていれば、それに従うし、また何も指示されていなければ、地域行政の実状と寄付の趣旨を総合して用途を定めればよい。

公園・保育所・児童遊園などの公共施設を対象にするものでも、もちろん差支えない。時として地域住民の共同的な資金拠出をプールして用いる場合、コミュニティ・トラストとよばれることがある<sup>(10)</sup>。あまりにその地域のスケールが小さいと、公共性に欠けるため地域エゴになる恐れがあるが、アメリカには大小さまざまなコミュニティ・トラストがあって、それぞれ効果的に運用されている。わが国でも十分に参考にしてよいことと思われる。

もし、地域または国の政治に及ぶような内容の場合には、たいへん微妙であって、特定の政党ないし政治目的に偏らない、という注意が必要である。<sup>(11)</sup>

- (1) イギリスの公益信託においても、一般に公益目的が貧困救済・教育振興・宗教振興・その他一般公益というふうに分類されている。また、アメリカの信託法リステートメント三六八条では、貧困救済・教育振興・宗教振興・健康増進・行政または自治目的・その他の社会福祉の増進と例示されている。Keeton & Sheridan, *The Modern Law of Charities* (1971), pp. 22 et seq.; Riddall, *The Law of Trusts* (1982), pp. 63 et seq. 拙著・前掲六九頁以下、二〇七頁以下参照。
- (2) 最判・昭和五二年七月一三日（民集三一巻四号五三三頁）。この判決の憲法上の論議などについては、特集「津地鎮祭最高裁判決」(ジュリスト六四八号)、小林孝輔「地鎮祭と政教分離の原則」(憲法の判例所収)その他、多数の文献がある。
- (3) 迷信と宗教との区別は困難であるが、常識的に考えるほかはない。なお、宗教的行為に暴力や詐欺などを伴えば、犯罪とされることは別の問題である。たとえば、娘に狸がとりついたとして行なった加持祈禱による傷害致死の事例がある。最判・昭和三八年五月一五日（刑集一七巻四号三〇二頁）参照。なお、イギリスには、宗教上の教義が現社会の倫理観をくぐがえずような内容をもっているとして、公益性が否認された事例がある。Re Watson [1973] 3 All ER 678, Riddall, *op. cit.*, p. 86.
- (4) Keeton & Sheridan, *op. cit.*, pp. 22 et seq., 68 et seq.; Riddall, *op. cit.*, pp. 71, 85 et seq. 拙著・前掲八〇頁参照。
- (5) 貧困の程度の判定は相対的なものであるが、イギリスでは、要するに質素な生活水準を維持できない程度 (unable to maintain a modest standard of living) と解がなされる。Keeton & Sheridan, *op. cit.*, p. 103; Riddall, *op. cit.*, pp. 65 et seq. 拙著・前掲七五頁参照。
- (6) Keeton & Sheridan, *op. cit.*, pp. 74, 82; Riddall, *op. cit.*, pp. 75, 78. 拙著・前掲七七一七八頁参照。
- (7) Keeton & Sheridan, *op. cit.*, p. 48; Riddall, *op. cit.*, p. 75. 拙著・前掲八一―八二頁参照。

- (8) Keeton & Sheridan, *op. cit.*, pp. 75, 95-96; Riddall, *op. cit.*, pp. 67, 75. 拙著・前掲八三頁参照。
- (9) ナショナル・トラストの公益性については、Keeton & Sheridan, *op. cit.*, pp. 83, 94, 125. 拙稿「ナショナル・トラストの組織と活動―自然保護運動と信託の利用―」(信託法研究八号五七頁以下所収) 六七頁参照。ただし、ナショナル・トラストの信託性を否定する説もある。海原文雄「イギリスのナショナル・トラスト法」(ジュリスト七九号八五頁以下所収)を参照。なお、ナショナル・トラストの紹介文献としては、木原啓吉『ナショナル・トラスト』が要領よくまとまっている。
- (10) 兩宮孝子「コミュニティ・トラスト」(信託一三六号三九頁以下所収)、拙著・前掲二二五頁以下など参照。
- (11) イギリスの判例については、拙著・前掲八四頁に若干の事例を紹介しておいた。とりわけ、最近のケースで、独自の人道主義的正義観をもってはいるが、現行法秩序に背くものとして、国際アムネスティ信託 (The Amnesty International Trust) がその公益性を否認されたことは、注目すべきである。McGovern v. A-G [1981] 3 All ER 493, Riddall, *op. cit.*, p. 89.

## (2) 公益目的と公益関連

四 以上に示したような公益目的を、それぞれの公益信託について具体的に検討するにあたって注意しなければならぬのは、現実に十分な公益性をもっているかどうかの判断の問題である。

一般に公益というのは、社会公共の利益を指すが、それだけでは、その意味内容はかなり漠然としており、現実的には必ずしも判然としないところがあるように思われる。しかも公益性の判断にあたっては、公益信託と公益法人との制度的構成に若干の差がある点を、まず検討する必要がある。というのは、条文の表現に微妙な違いがあるからである。

先にも述べたように、公益信託の公益目的は(信託六六条、民法上の公益法人の規定(民三四条)と同じ例示であげられている。したがって、一応同じ意味内容と考え、公益信託の公益性と公益法人の公益性とを同じように理解する説もないではないが、<sup>(1)</sup>しかし、条文を対比してみれば、公益信託は一定の公益を目的とするものとされているのに対し、公益法人は一定の公益に関する社団または財団で営利を目的としないものと表現されているのだから、解釈・運

用上は（あまり用語にこだわるのは好ましくない場合もあるが）、若干の差が認められるべきものではあるまいか。

従来、民法解釈上、公益法人の公益性は十分には解明されてはいないところであって、多くの学説は、単に社会一般の利益ないし不特定多数人の利益を目的とすればよいとか、または公益との関連があれば足りるという程度の漠然とした意義づけしか与えていない。<sup>(2)</sup> その結果、実際の運用はややルーズになり、かなり公益性のあいまいなもの——たとえば同業者の利益代表的な団体や実体が営利企業に近いもの——までが主務官庁の許可を受け、公益法人（すなわち社団法人または財団法人）として設立されているものが多数あり、脱税や退職公務員の天下り・助成金交付の受け皿などに利用されたため、数年前には、ついに公益法人制度の濫用として社会問題化されるに至った。<sup>(3)</sup> これに対応して、政府や国会では公益法人の公益性はある程度まで厳しく判定すべきであると指摘され、現に、ここ数年は、主務官庁の許可基準と判定が厳しくなり、公益法人の設立がやや困難になったともいわれている。

ところが、公益性の基準や判定が厳しくなり公益法人の設立が困難になることは、他面で、いわゆる任意団体すなわち人格なき社団や財団の増加を生じ、その社会的活動に支障をもたらすだけでなく、財産の保全や第三者保護の面で弊害をもたらす恐れがあつて、制度運用の実際としては、必ずしも合理的な行き方とはいえないであろう。これは、実は、民法その他の法律の規定によらなければ法人は成立できない（民三三条）とした上で、法人を公益法人（公益関連・非営利のもの）と営利法人（営利目的のもの）とに分類するわが民法の制度的欠陥から生ずる問題であつて、だからこそ、一〇年以上も前から、法制審議会において、法人制度の再検討が試みられているわけである。<sup>(4)</sup>

五 そこで、民法上の公益法人と信託法上の公益信託とを対比してみれば、若干の解釈運用上の差が生ずるのは、むしろ当然でもあろう。私としては、次のように考えている。

- (1) 民法三四条における公益法人の公益性判定は、さしあたり、必ずしも厳しくはしない。もとよりルーズな判定

は好ましくないが、一応、所定の公益目的との関連が認められるならば、要するに非営利性を基本的要素として判定すればよい。<sup>(5)</sup> 非営利の任意団体を法人化することは、とくに奨励するほどの必要はないにしても、法人化できる程度の組織や財産をそなえ、また社会的活動の実績をあげている限り少なくともその法人化を阻害することのないようにという配慮はすべきものであろう。人格なき社団・財団が増加することは、一種の社会的弊害ともいえるからである。その結果、公益性のあいまいな公益法人が増加する可能性はあるが、それは主務官庁の監督の強化で適切な対応をはかるべきであるし、<sup>(6)</sup> また基本的には公益法人制度の抜本的改革によってのみ解決できる問題といわなければならない。<sup>(7)</sup>

(2) 信託法六六条における公益信託の公益性判定は、公益法人の場合よりも、むしろ厳しくすべきものである。<sup>(7)</sup> 公益信託が明確に公益を目的とするものに限られ、非営利性は指示されていないからである。また、公益信託としての許可を受けられなくても、当事者の希望によっては、一般の私益信託として設定することは可能であり、<sup>(8)</sup> その場合には、公益信託特有の行政的コントロールが外れるだけであって、先に指摘した人格なき社団・財団の増加のような問題が生じる恐れはないからでもある。

(1) たとえば、松本『信託法』（特別法コンメンタール）二九五頁参照。

(2) 我妻栄『新訂民法総則』一三六頁、林良平『注釈民法(2)』七七頁など参照。ただし、幾代通『民法総則』九六頁以下では、具体的な検討を加えた上で、非営利目的のものの中から積極的な意味での公益目的のものを区別するのは困難だ、と指摘されている。なお、星野英一『民法概論I』一二三頁以下参照。

(3) 森泉『公益法人の研究』三頁以下参照。現行民法上の問題点を指摘し、根本的な制度改革が必要としておられる。また、やや時局的・通俗的なものではあるが、神一行『現代の妖怪・公益法人一万社の実態』（現代一九八一年七月号一二四頁以下）などにも鋭い現状分析がある。

(4) 法制審議会の作業は、中間法人制度を作るという方針が伝えられたのみで、最近では、事実上、棚上げになっているらし

い。立法論的には、営利・公益・中間の三本立て制度とするのと、一応は営利・非営利との二本立てにしておいて、非営利法人について、とくに公益性の明らかなもののみを特別扱いにする制度とが考えられるが、非営利団体の法人化促進の便宜のため、後者の制度の方が合理的といえよう。森泉・前掲一四頁以下参照。公益法人に対する課税がしだいに重くなってゆく傾向のみられる折から、公益法人制度の抜本的改革は急がなければならないまい。

(5) そこで、現行民法上は、公益法人についてその公益性をあまり厳しく考えなくてもよいことになるが、幾代教授は、そのような運用で合目的だと、明快にいつておられる。

(6) 昭和五四年の民法一部改正は、まさにその趣旨を示すものである。法制的には大きな期待がかけられる基礎ができたわけであるが、現実の主務官庁の監督体制はまだ十分には強化されていないようである。

(7) 同説、中野・前掲論文三三頁、上田・前掲論文二二頁参照。

(8) 藤野・前掲論文一〇四頁参照。当事者の希望・意思しだいであるから、もし委託者が公益信託にしたいという意思を変えないとか、また遺言信託で公益信託でなければ故人の意思に合致しないような場合は不可能となる、と指摘しておられる。

### (3) 公益性の実質（公共性）

六 以上に述べたように、公益信託の公益性を公益法人のそれよりも厳しく判定しなければならないとすると、改めて公益性とは何かという問題を考えてみる必要がある。

公益とは、字義からすれば、社会公共的な利益ということ、英語で *public benefit* に相当するものであって、しばしば不特定多数人の利益を指すともいわれている。したがって、最も大切な点は、利益を受ける者の範囲が公共的な広がりをもつこと、つまりいわゆる公衆でなければならないことになる。

民法・信託法以外の法律にも、時として公益関係の規定がみられる。たとえば労働関係調整法において、公益事業の労使紛争について特別扱いが定められているが、運輸・郵便・水道・電気・ガス供給事業など、「公衆の日常生活に欠くことができないもの」をもって公益事業とされている（同法八条）。そこには、現在、国鉄・郵便・都営交通・

水道など公営のものもあれば、私鉄・電気・ガスのような民間の営利企業として営まれているものもあるが、いずれにしても、その事業による利益を受けるのは公衆であり、したがってその事業に従事する労働者のストライキなどにより公衆への影響が大きいことを考慮する趣旨で、労使紛争が特別扱われているわけである。したがって、このような法律で公益とは公衆の利益を意味するものと解することができるが、実はこの場合の公益は英語でいう *public utility* に相当する語<sup>(1)</sup>で、便益ないし実用性を意味するにすぎないことを注意する必要がある。

民法上の公益法人や信託法上の公益信託で用いられる公益と、労働関係調整法の公益事業などで用いられる公益とは、日本語としては全く同じ表現になっているけれども、前者の公益が *public benefit* であるのに対して、後者の公益は *public utility* であり、そこには基本的な内容の相異がある。その利益の内容について、具体的にいえば、前者は社会秩序の保持や市民の一般的生活の向上を意味し、その多くの部分は国または地方自治体の行政によって実現されているが、公益法人や公益信託など民間の公益活動によって実現される部分も少なくない。たとえば、奨学金や研究助成金の給付、孤児や身障者の保護、私立の学校・病院の経営・援助等々、原則として対価を伴わない、したがって企業によって商品化されるのに適しない、いわば恩恵のないし社会保障的利益の供与を指す。

これに対して、後者は市民の日常生活でほとんど必需的な便益を意味し、その一部は行政によっても提供されているが、むしろ営利的企業によって供給されるところが大きいものである。たとえば電車・バスなどの交通手段、郵便・電話などの通信手段、電気・ガスなどのエネルギーの供給など、ほとんど常に対価を伴い、したがって企業によって商品化され、公共的スケールで供給される場合が多いものである。

このように、公益といわれる利益の内容には、基本的に二つの系統が区別されるのであるが、現実には両者の中間的なものも存在するはずであるし、交通機関に国鉄・都営地下鉄・営団地下鉄・私鉄・都バス・私鉄バスなどが混在していること、電話が国営から公社となり、さらに民営に移行しつつあること、学校にも国立・公立・私立があるほ



か、いわゆるカルチャー・スクールや受験向け予備校などのような営利企業もあることは、一々指摘するまでもあるまい。

行政と民間公益活動との区分は一層不明確であって、わが国の公益法人に行政補完機能を担うものが少なくないことは周知のとおりである。公益信託においても、とくにアメリカでは行政補完型のものが相当に存在する。たとえば、リステートメント三七三条は、公共建物・橋・街路・公園など、ひろく国または地方自治体の行政と関連する内容の公益信託を認めているし、またコミュニティ・トラストないしコミュニティ・ファウンデーションの発達も、その一つの現われということが出来る。それらがパブリック・ファウンデーションとよばれる理由の一端も、そこにあるわけである。<sup>(2)</sup>

七 公益性の問題は、以上のような利益の内容の点ばかりでなく、さらに利益を受ける者の広がり点からも考えなければならぬ。そこで、次に、参考のために、イギリスの公益信託で公益性が受益者の範囲の点でどのように理解されているかを眺めてみよう。

先にも述べたように、公益目的がどんなものであるかは、既に一六〇一年の「公益ユース条令」で具体的に一〇項目が明示されており、<sup>(3)</sup> 今日でも基準として評価されているようである。もとより時代の流れに伴う社会事情の変化もあって改めて公益概念を明確にしようという動きもあったが、けっきょく一九六〇年の新しい「チャリティ法」では、公益概念を示すような規定は全く設けられなかった。<sup>(4)</sup> ただ、公益性が争われた多くの判例をふまえて、一般には、利益を受けるのは公衆 (the Public) またはその一部 (some section of the Public) でなければならぬ、と考えられている。いいかえれば、信託による利益を受ける者の数が相当程度の多数に達していない (not a sufficient section of the community) とか、それが一定の範囲の者に限られているような場合には、公共性がなく、したがって公益的ではない

とされるわけである。例えば、コンプトン事件 (Compton Case, 1945) では、ある三人の人の子孫の教育のためという趣旨で設定された信託について、公共性が欠けているという理由で公益信託としては認められないと判決されている<sup>(4)</sup>。また、著名な事例としては、オッペンハイム事件 (Oppenheim Case, 1951) がある。ブリティッシュ・アメリカン・タバコ会社またはその子会社および関連会社の従業員 (退職者も含む) の子弟の教育のためという趣旨で設定された信託について、会社の範囲という限定がつきまとう以上、やはり公共性に欠けるとの判決が出された<sup>(5)</sup>。

理論的要約をすれば、血縁などの自然的関係であろうと、また契約などの人為的關係であろうと、とにかく特定の關係で限定される場合には、たとえかなりの多数人であっても公衆とは認められない、ということになる<sup>(7)</sup>。このように公益信託がその要素として公共性をもたなければならないとする原則は、つねに絶対的に適用されるわけではなく、重要な例外が一つだけある。それは救貧のための公益信託で、その対象とされる人の範囲が血縁または契約で限定されているにもかかわらず、と解されている。そこに、救貧目的のものを特別扱いしようとするイギリス公益信託の大きな特色を見出すことができる。

また、アメリカの公益信託についても、ほぼ同様にみることができると。たとえば、基礎的な参考とされる信託法リステートメント三七五条においては、信託による利益を受ける者が特定の少数者であったり、特定の階層に属する人々に限定されるような場合には (ただし、貧困救済目的は別)、公益性がないとされているし、また同三七六条では、信託の利益が特定の個人に帰することが認められるような場合にも、公益性がないとされている<sup>(8)</sup>。

以上のような英米公益信託を参考として考えれば、わが国の公益信託についても、受益者が一般に不特定・多数でなければならないとされる公益性の意味を、かなり具体的な形で認識することができるであろう。ただ、英米で指摘されるような貧困救済のものに対する特別扱いは、わが国では認めにくいと思われる。

八 次に、受益者のひろがりと併せて注意しなければならないのは、受益者の予定される地域の問題であるが、その地域の住民が一応「公衆」と考えられ、そこに不特定・多数の受益者の存在（または出現）する可能性があると認められる程度の地域のひろがりがあれば足りる、といつてよい。したがって、たとえば一つの府県や市町村などの行政区画の一部でも差支えない。

血縁関係や契約関係による範囲の限定が閉鎖的であるのと異なり、一定地域による範囲の限定はむしろ開放的なのであり、居住・移転の自由にもとづく地域住民の流動変化が期待されるかぎり、極端に小さいのは別として、あまり地域性を問題にする必要はないであろう。とくに、地域の環境や公共施設（公園・道路・橋・公民館等々）の維持・改善を目的とするような公益信託においては、受益者はその地域の住民だけに限定されることがないから、そこには十分な公益性が認められるはずである。

九 公益信託の受益者は、一般に不特定・多数人といわれるにしても、時として特定の受益者があらわれることもないではない。たとえば、特定の公益法人に対しその法人の公益目的事業のための資金を継続的に供与するような場合である。しかし、もしその公益目的事業が盛んになることにより、その先きの不特定・多数の公衆に利益が流れる結果になるといふものであれば、このような間接的な形でも公益性を認めることが可能である。<sup>(9)</sup>これに対して、もしその対象が特定の職域の者の福利厚生を意図する団体などのように相互的救済を目的とするものである場合には、たとえ福祉の向上を意図するとしても、その利益を受ける者の範囲が限定されているのだから、いわば相互的利益 (mutual benefit) であつて、公益性には欠けるといわなければならない。<sup>(10)</sup>

なお、公益信託の基本財産（すなわち、信託財産）は、ほとんど常に何らかの方法で運用されて収益（運用益）をもたらすが、その収益が特定の者に配分されることなく（また、徒らに積み立てられることなく）、所定の公益目的のために

利用されてゆくのであれば、そこに営利性はなく、公益性と矛盾しないわけである。公益信託の信託財産につき所得税が免除されるのも(所税二一条、この趣旨にはかならない)。

- (1) 林修三「公益法人の公益性判断の問題」公益法人一三卷一号五頁参照。
- (2) コミュニティ・トラストの基本財産と毎年寄付がひろく公衆からの拠出によっていること、またその管理・運営が特定の個人・家族・グループなどの手に属していないことが、公共性の基本的要件とされている。拙著・前掲三三八頁参照。
- (3) この公益目的の一〇項目については、拙著・前掲六三頁以下に紹介しておいたので参照されたい。
- (4) 拙著・前掲六九頁参照。
- (5) *Re Compton* [1945] Ch. 123. Ireland; Keeton & Sheridan, *op. cit.*, p. 30. 拙著・前掲七二頁参照。
- (6) *Oppenheim v. Tobacco Securities Trust Co., Ltd.* [1951] A.C. 297; Keeton & Sheridan, *op. cit.*, p. 30. 拙著・前掲七二頁参照。
- (7) *Plowright, Public Benefit in Charitable Trust* (1975) 39 *Conv* (NS) p. 183 *et seq.*
- (8) 拙著・前掲二二一頁参照。
- (9) 具体的にいえば、特定の美術館をサポートしたり、特定の学校の生徒に奨学金を与えるというような趣旨のものでよいことになる。岩田・前掲論文四七頁、藤野・前掲論文二二頁、上田・前掲論文二五頁など参照。
- (10) *Riddall, op. cit.*, p. 88.

## 三 許可主義

### (1) 制度としての許可主義

一〇 公益信託の設定にあたっては、その引受につき受託者が主務官庁の許可を受けるべきものと定められている(信託六八条)。このような点は、民法上、公益法人の設立が主務官庁の許可を受けるべきものとされているのと全く同じであり(民三四条)、これが許可主義の原則といわれるものである。つまり、公益信託・公益法人の両者は社会の

公益に関与するところがあるので、自由設定ないし自由設立主義や準則主義をとらず、設定ないし設立にあたって一々主務官庁の審査を受け、許可を得たものだけが公益信託または公益法人として認められるように制度化したわけである。

では、「許可」とは何か。<sup>(1)</sup> 一般に許可・免許・特許などよばれる官庁の行為は、行政法上、次の二種に分けられている。その一は、「命令的行政行為」ともよばれるもので、社会秩序の保全・公共的利益の保護のために一般に禁止されているのを、特定の場合に解除してやることである。例えば、風俗営業の許可、質屋営業の許可などがあるが、運転免許、医師免許なども含まれる。

その二は、「形成的行政行為」とよばれるもので、自然的には有していない法律上の資格や能力を新しく認めてやることである。例えば、漁業権や道路使用权の設定とか、交通運輸のような公共性の高い事業を行うための公企業の特許（地下鉄その他）などがあり、公益法人設立の許可も、これに属する。

(1) 林（修）・『公益法人研究入門』四九頁以下参照。

## (2) 許可と裁量

一一 行政官庁が許可や特許を与えるときには、提出された申請に対して与えるべきかどうかを考慮・判断しなければならぬが、その際には、可否を決すべき裁量の範囲ないし幅が認められるのがふつうである。<sup>(1)</sup> つまり、許可や特許の申請があった場合、それを具体的に審査した上で、その事情や程度により許可や特許を与えるかどうかを担当係官が判断できることになっている。

裁量には、その対象事項によって判断の余地に広狭の差がつけられるのであって、その裁量の余地のひろい場合を便宜裁量、狭い場合を法規裁量という。

まず法規裁量は、法規の趣旨に依じて許可・特許を与えるかどうかがほぼ定まっております。したがって法規の定めたる趣旨に適するように申請が出された場合には、必ず許可・特許を与えるべきものとされている。羈束裁量ともよばれる。

これに対して、便宜裁量は、法規の趣旨のほか、制度の目的・社会的影響なども併せ考慮して、公益上の必要により許可や特許を与えるかどうかを判断できるものであり、目的裁量ともよばれている。

もつとも、行政官庁に判断の余地があるといっても、それは担当係官の個人的恣意を認めるものではないし、また具体的ケースにより、その判断の余地にはやはり広狭の差があるから、便宜裁量であっても判断の余地が狭く法規裁量に近い場合もないわけではない。要するに、法規の文言・制度の目的に即して合理的判定をなすべきものであり、便宜裁量か法規裁量かは、必ずしも絶対的な区別ではない。

ところで、先にも指摘したとおり、信託法では公益信託をもって明確に公益を目的とする信託と規定しており、民法上の公益法人が公益に関する社団または財団とされているのと、やや異なっている。つまり、単に一定の公益との関連があり非営利と認められれば足りるとされる公益法人とくらべて、公益信託は明確に公益目的のものであることを要する、という制度的差異が認められるのであるが、いずれにしても、現在の日本は、公共的利益ないし社会的福祉を国家みずから担うという政治原理をもっているのだから、行政官庁による公益信託引受の許可は、公益法人設立の許可とともに、前記の便宜裁量によるものといえることができる<sup>(2)</sup>。しかも、前者の許可は、明確に公益目的の場合のみ与えられるべきものであるから、許可を与えるべきかどうかの裁量の幅は、前者の方が後者よりも狭いと考えるをえないであろう。

一二　そこで、公益信託引受の許可申請に対しては、明確に公益を目的としているか、十分な公益性をもっているか、また社会公益の増進にどれほど役立つか、国または地方の行政の上で、どれほどの便宜が期待されるか、等々の事

情を考慮して許可すべきか否かを決することになる。ただし、具体的にどのような目的が公益に適合するか、またどのような形で公益の増進にプラスになるかの判断や公益性の評価は、實際上たいへんデリケートな問題である。<sup>(3)</sup> というのは、いわゆる公益と国益(国家の時局的な政策上とくに重要視される公益)とは、必ずしも常に一致するわけではないからである。たとえば、かつてイギリスで、臨床医学の向上が国益とされ、政策的に大幅な臨床医学向け助成金の供与が行われたときに、医学発展のアンバランスを憂慮した民間の篤志家がとくに基礎医学の研究助成を目的とする公益信託を設定し、大きな評価を受けたという有名な事例などは、十分に参考とすべきものであろう。

一般に、行政補完といえは、行政の意図に即し、その促進・充実に協力することを指すが、むしろ行政の意図から欠落した部分を民間で自主的に補填するというのも、ひろい意味では行政補完になるのではあるまいか。さらに進んで、行政の全く及ばない、または気づかない社会的ニーズを見出し、行政に先がけて手掛けてゆくという民間主導型の公益増進もありうるのであって、アメリカのファウンデーションについて、しばしば指摘される民間公益活動のブライオリティの問題は、このような意味を有するものと思われる。

一三 実際に、許可はどうやって受けるか。一般的にいえば、まず、公益活動に私財を拠出しようと決意した者(委託者)が、受託者として適任と思われる個人(自然人)または法人を定め、その協議・合意のもとに一応の信託行為を作成し、次に、この信託行為をもって受託者が主務官庁に対し許可申請の手续をとる、という手順である。どの主務官庁になるかは、公益法人の設立手続の場合と同様に、それぞれの公益信託が目的とする公益活動の内容によるわけである。たとえば、国際交流であれば外務省、研究助成であれば文部省、奨学金交付であればその学校の所在する都道府県教育委員会となる。<sup>(4)</sup>

実務的には、いわゆる内審査の方法が利用されている。つまり、公式の許可申請手続の前に、委託者・受託者が私

的に主務官庁にコンタクトをとり（窓口相談）、担当係官と折衝ののち、示された取扱基準や手続要領などにあわせて内諾を受け（内審査）、それから受託者の名をもって正式の申請書を提出する運びとなる。この申請手続に対し、最終的に許可を与えるかどうかは、やはり主務官庁の判断による。

では、主務官庁の判断結果、とくに不許可を争うことができるか。民法の解釈論として、公益法人設立の申請に対する不許可処分につき実質的審査を訴訟で争うことはできないとされているが、もしその不許可が裁量権の範囲をこえたり、濫用にわたる事情がある場合には、その行政処分の取消を争うことは可能である（行訴三〇条<sup>(6)</sup>）。この点は、公益信託の場合についても同様であろう。

(1) 林（良）・注釈民法②三頁以下、七七頁以下参照。

(2) 林（修）・前掲書五二頁、岩田・前掲論文四六一―七頁参照。

(3) 岩田・前掲論文四七頁参照。

(4) 拙稿「公益信託の動向と現代的課題」（慶應義塾創立一二五年記念論文集（法律学関係）所収）二二頁以下参照。公益目的によって、複数の官庁の共管になることもある。

(5) 林（良）・注釈民法②七八頁、幾代・前掲書一〇〇頁など参照。

(6) この種の訴訟は少ないが、最近、東京A区の医師会設立につき不許可とした東京都の処分の取消を認める判決が出た（東京高判・昭和五九年五月三〇日、判例集未登載）。下級審ながら、注目すべきである。上告手続がとられたそうだから、やがて最高裁の判断も出るであろう。本件判例については、拙稿「分裂した医師会の法人設立」公益法人二三巻八号二五頁以下参照。

### (3) 公益信託の成立と許可

一四 先にも述べたように、公益信託としての許可は、その引受について、受託者が受けるべきものとされている（信託六八条）。その許可によって公益信託が成立する。一般には、いわゆる内審査の手続を経て内諾を得た後に正式の申請書を提出し、その許可が出された時点で公益信託が成立する、という構成になる。その場合、その基本財産とし



て予定された財産も、おそらく内審査の終る段階には、すでに特定の・独立的に管理されているであろうから、許可が出された時点で、直ちに委託者から受託者への移転効果を生ずるものとして扱うべきである。

このような点は、民法上の公益法人が許可によって成立するのとかかなり似ているが、やや異なるところもある。公益法人の場合には、許可を受けるまで、設立手続中の法人、つまり、いわゆる任意団体が法人の実質として存在する（単に法人格がまだ取得されていない状態である）か、または、まさに準備中で法人としての実質がない（むしろ実質的には発起人の権利義務が存在する）状態である。これに対して、公益信託の場合には、新規に公益信託を設定する場合には、既に一般の信託として設定されているものにつき、許可を受けて公益信託に変更する場合もありうるからである。

また、公益信託の新規設定の場合でも、やはり若干異なるところがあることに注意しなければならない。というのは、公益法人の場合には、許可が受けられないかぎり設立不能（または法人格取得不能）であるが、公益信託の場合には、許可が受けられなくても、一般の信託として成立をさせることが可能だからである。したがって、当事者がぜひ公益信託にしたいという希望に固執するときには、許可を受けられるように信託行為の内容を修正するか、または修正しなくては信託設定を断念する（あるいは、辛棒つよく官庁担当官と折衝を継続する）しかないが、もし必ずしも公益信託に固執しないときは、とにかく所定の公益的目的のまま一般の民事信託として成立させればよいわけである。<sup>(1)</sup>

(1) 信託行為の法的構成をめぐる問題点、とくに遺言による設定の場合については、別稿に述べたことがあるので参照された。  
 い、拙稿・前掲「法的構成」一四三頁以下参照。

#### 四 結 び

一五 公益信託が昭和五二年春に実用化された頃、その公益性の問題は、何となく民法上の公益法人の公益性とは

ほぼ同じであり、とくに問題はないかのように一般的に考えられ、私自身もほとんど疑問を感じていなかった。信託法六六条が民法三四条にならって立法されたことは、法文を一読して明らかであり、<sup>(1)</sup>したがって解釈・運用もほぼ同じでよい（公益信託については多少厳しくすれば足りる）と思われるからである。

しかし、それから数年間、次々と公益信託の設定事例が増加するうちに、しだいに疑問を感じるようになった。そこで、本稿で私なりの考え方を一応まとめてみたわけである。さらに遡って、民法三四条の例示と法文がどのような発想とプロセスを経て成ったのか、また制度運用はどのように行われてきたのか、今後の見通しはどうか、等々の問題についても、詳細かつ具体的な検討が必要と思われるが、公益法人・公益信託の両者に通じる公益性と許可制度の問題について、今後さらに考究を重ねるつもりである。

(1) 山田昭『信託立法過程の研究』一三五頁参照。

(昭和五九年九月一二日)