

物の文化的利益の確保のための 一般財産法上の所有権の制限の比較法的研究(1)

大 沼 友 紀 恵*

- I はじめに
- II アメリカ (以上本号)
- III フランス
- IV 日本
- V 考察
- VI 終わりに

序

建築物には二つのものが含まれている。その用途と美しさである。その用途は所有者に帰属するが、その美しさは万人に属する。それゆえ、それを破壊することは所有権の範囲を超えている¹⁾。 ヴィクトル・ユーゴー

I はじめに

1 問題の所在

(1) 文化財の危機

文化的利益を確保するためには、文化財が創造され、それらが保存・活用されることが必要不可欠である。しかしながら、文化財は常に危機にさらされている。ここにいう「危機」とは、戦乱による破壊や持ち去り、それに続く不正な取引²⁾

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第9巻第3号2010年11月 ISSN 1347 - 0388

※ 一橋大学特任講師

- 1) 西村幸夫『都市保全計画 歴史・文化・自然を活かしたまちづくり』480頁（東京大学出版会、2004）によると、ヴィクトル・ユーゴーは、「破壊者との戦争」（1825）と題する講演において、このように述べ、建造物の外観の公共性を主張したという。
- 2) このような文化財の所有権の回復については、国際私法の観点から研究がなされている。各国法における不正な取引の規制および不正取引がなされた文化財の所有権の回復についての国際私法上の問題については、河野俊行「文化財の国際的保護と国際取引規制」国際法外交雑誌91巻6号685頁（1993）参照。

のみならず、その所有者による改変や破壊も含まれる。貴重な文化財の所有者はその持ち物を保護するに違いないと期待されがちであるが、不幸にして必ずしも常にそうではない。重要な文化財は、フランス革命期の因習打破の時代においてばかりでなく、近代以降においてもその所有者によって危機にさらされてきた。

たとえば、パリ画廊のオーナーであるルネ・ギンベルは、「弾丸だらけのトゥールーズ・ロートレックの絵」について、「正真正銘の（ロートレックの）ものだが、その現物を見せてくれたジョージ・バーンハイムによれば、最後の所有者が面白半分に銃で撃ちまくったのだ」と述べている。また、オークションでゴッホの「ガシエ博士の肖像」、ルノワールの「ムーラン・ド・ラ・ギャレット」を落札した斎藤了英氏は、これらの絵画について、彼の死亡時に一緒に燃やすと公言し、世界中から非難を受けた。これらの絵画は、同氏の死亡時に債権者である銀行によって差し押さえられたため焼失を免れたが、この差し押さえがなければ、誰も法的手段で焼却を止めることはできなかったであろう。著名な画家であるグラハム・サザーランドによって描かれたチャーチル首相の肖像画は、後にチャーチル夫人の指示で焼却された³⁾。他にも、経済的価値を高めるために絵画が切断され、断片の形で別々に売却されたり、開発のために歴史的建造物が取り壊された例など、所有者の行為により文化財が危機に瀕した例は、枚挙にいとまがない。

前述のチャーチル首相の肖像画は「気に入らない」という理由で焼却されたが、文化財の所有者がその所有物に愛着を持っているが故に、当該文化財が危機にさらされる場合もあり得る。それは、こうである。文化財—特に動産—は、文化的価値こそ高いものであるが、それ自体は非生産的なもので、何らの利潤も生まない、いわば最も典型的な消費財である場合が多い。したがって、その所有者の経済力が乏しい場合は、非生産的な所有物の維持管理に多額の費用をかける余裕もなく、さりとて秘蔵の文化財を手放すことも忍びなく、その破損してゆくのを黙視しているという例も少なくない⁴⁾。これは、所有者の不作为による改変・

3) ジョセフ・L・サックス『「レンブラント」でダーツ遊びとは—文化的遺産と公の権利』63頁以下（岩波書店、2001）。

4) 文化財保護委員会『文化財保護の歩み』119頁-120頁（文化財保護委員会、1960）。

破壊と評価することができる。

また、歴史的建造物などの不動産である文化財は、使用目的への合致の必要性⁵⁾や、建造物が存する土地の有効活用の必要性⁶⁾という、動産とは異なる理由による破壊、改変の危機にも瀕している。

(2) 文化的利益の確保と所有権の制限

文化財には有体物としての物理的な価値と文化的な価値が並存しており、文化的な価値は社会に帰属している⁷⁾。文化的な価値は有体物である作品そのものと切り離して存在することができないため、文化財の所有者がその所有物を破壊・

- 5) このような必要性は、所有者の生活状況が変わった場合のみならず、例えば、ホテルとして使用されていた建造物が、居住用としての使用を予定する者に買い取られた場合など、所有者が交替した場合にも生じ得る。
- 6) たとえば、文化財保護法の定める「文化財」の要件を実質的に満たしていた可能性が高いとされる同潤会青山アパートは、再開発プロジェクトにより取り壊され、その所在地は現在、表参道ヒルズとなっている。東京地判平成16年3月25日(判時1881号52頁)では、住民訴訟によって、東京都知事(Y)を相手として、東京都による本アパートの解体撤去の計画案策定の違法性が争われた。裁判所は、「文化財保護法3条及び4条2項は、その文言からしても訓示規定ないし努力義務を定めた規定であって、これらの規定に違反する行為が直ちに違法となるものと解することはできないことからすれば、Yによる本件建物の解体撤去が、文化財保護法等の規定に全く配慮しない、あるいは著しく違反した行為であると認められる場合にのみ、地方公共団体の基本的な責務に違反するものとして違法となる余地があり得るものと解される」として、文化財保護法による指定・登録や文化財保護条例による指定を受けていない建物の解体撤去も、一定の場合には違法となり得ることを示し、「本件建物についての東京都の政策決定は、…判断の岐路をなす前提事実についての判断を誤ったことにより、本来考慮すべき要素を全く考慮しないで結論を導いたものとして、その裁量権を逸脱濫用したとの疑いを払拭できないものである」として、政策判断が違法であった可能性に言及しつつも、都是本アパートを取り壊さなかった場合の損失を大きく上回る利益を得ているから、損害が発生したとは認められないとして損害賠償請求を棄却した。
- 7) この点に関しては、まず、1つの物に存する価値がそれぞれ異なる主体に帰属し得るかが問題となる。この点につき、日本法は明文の規定を置いていないが、著作者に対して著作権の帰属を認める著作権法は、1つの物に存する価値がそれぞれ異なる主体に帰属し得ることを前提としているといえる。

そして、世界人権宣言27条は、「すべての人は、…社会の文化生活に参加し、芸術を鑑賞…(す)る権利を有する」としている。この規定は、文化的利益の帰属に直接言及するものではないが、すべての人が文化生活に参加する権利を有しているということは、文化生活の前提となる文化的利益が、社会全体に帰属していると解することができる。

また、文化財とは、そのようなカテゴリに属する特別な物が存在するのではなく、ある物が帯びた文化的利益を社会が承認するに至ったとき、その物は「文化財」となるのである。そうであるとすれば、その価値を承認した社会こそが、その利益の帰属主体となると解するのが素直である。

毀損しようとする場合、社会の利益と所有者の利益が衝突する。そして、社会の利益を守るためには、所有権を制限せざるを得ない場面が生じる。文化的利益を確保するためには、文化財を保存・活用することが必要だからである。それは、文化財に並存する文化的価値が、有体物の所有権を制限する場面であるといえる。

文化財の所有者による破壊・改変を防止するためには、国がすべての文化財の所有権を取得するか（所有権の帰属の制限）、私人による文化財の所有を認めた上で所有者によるこのような行為を法的に制限する（所有権の内容の制限）必要がある。

前者の手段は、确实ではあるが、収用などの一方的な手段によるのか、約定によるのかにかかわらずコストが生じる。そして、国の予算に限りがあることから、ごく限られた重要性の特に高いものを国有とする政策⁸⁾は可能であるとしても、すべての文化財をこの方法で保護することはできない。よって、基本的には後者の手段、すなわち所有権の内容の制限によらざるを得ない。

所有権を制限する法的な手段としては、①法による一方的な制限と、②所有者との約定に基づく制限がある。②については、当該約定が所有者に負担を課すものであるため、所有者を合意に至らしめる何らかのインセンティブが必要である。それは、税制上の優遇などの経済的な利益の場合もあろうし、所有者の死後も当該文化財が保存されることの確保という非経済的な利益の場合もあろう。

(3) 所有権制限の目的

①については、所有権の制限の目的が、法に明示されている場合⁹⁾と黙示の場合がある。

後者は、他の目的が掲げられているものの、当該目的のみでは説明のつかない規定があり、当該規定から文化財の保護、すなわち公共の利益の確保も目的とすることが推認される場合である（隠れた制限目的）。隠れた制限目的は、明確な形で現れないため、いかなる法規定が文化的利益の確保を目的とするか、その範囲については見解の分かれるところである。詳細については別稿で検討するが、日本およびフランスの著作権法、アメリカの視覚芸術家保護法（連邦法）には、

8) 文化財保護法46条1項は、重要文化財について国の先買権を認めている。

9) 文化財保護法1条。C.A.P.A. § 987(a).

公益の確保をも目的とすると考えられる所有権制限規定がある。

②については、当事者の約定において所有権の制限の目的（文化財の保護）が定められる場合もあるし、制度自体が公益を確保するためのものであるために、法により目的が明示されていると評価することができる場合もある。公益信託や、アメリカの保全地役権制度がこれにあたる。

(4) 所有権制限の方法

所有権の制限の方法としては、第一に、公法的制限と私法的制限がある。その多くが、公法的制限である。

第二に、法令によって個別具体的に制限される場合と権利濫用法理（民法1条3項）のような一般条項によって一般的抽象的に制限される場合とがある¹⁰⁾。

(5) 所有権制限の態様

所有権の制限の態様としては、①所有権の取得そのものを認めない又は既に有している所有権を剥奪するという帰属の制限¹¹⁾と、②所有権の取得及び保持を認めた上でその内容を制約するという制限がある。②には、i 所有権の行使を抑止する義務（不作為義務）、ii 所有者が積極的行為をなす義務（作為義務）iii 他人の行為を受忍する義務がある¹²⁾。

文化財の保護のために文化財の所有権の取得を制限する場合や、国家が文化財を強制収用する場合には①の制限にあたる。具体例として、アメリカの連邦法による戦場の保存¹³⁾、フランスの文化財法典による指定不動産又は指定候補不動産の強制収用¹⁴⁾があげられる。文化財の現状の変更を制限する場合などが② i の制限にあたる。具体例として、日本の文化財保護法における有形文化財の所有者に対する制限¹⁵⁾、フランスの文化財法典における指定不動産の所有者に対する制限¹⁶⁾、カリフォルニア州美術保護法による芸術品の所有者に対する制限¹⁷⁾があげ

10) 丸山英気『物権法』〔水本浩、遠藤浩編〕105頁（青林書院、1985）。

11) 前注105頁。

12) 鈴木祿弥『物権法講義』9頁（創文社、四訂版、1994）、林良平編『物権法』101頁以下（青林書院、1986）、丸山・前掲注(10) 105頁、新田敏ほか『民法講義2物権』216頁（有斐閣、1977）。

13) 個別法により行われた。

14) Code du patrimoine §§ 621-13, 621-18.

15) 文化財保護法43条。

られる。文化財の保存のために所有者に維持工事などの義務を課す場合には② ii の制限となる。具体例として、フランスの文化財法典における指定不動産の所有者の義務¹⁶⁾があげられる。文化財の保存のために、国の立入り調査権や、強制工事を認める場合には② iii の制限である。具体例として、日本の文化財保護法の有形文化財の所有者に対する制限¹⁹⁾、フランスの文化財法典の指定不動産の所有者に対する制限²⁰⁾があげられる。

2 研究の必要性

(1) 序

1でみたように、今日、文化的利益の確保という機能を有する所有権の制限—文化財のみを対象とした法制度であるか否かを問わない—は、様々な法分野に散在している。そして、組織だった文化的利益の確保は、これらの法的メカニズムと行政手続を巧みに利用することでのみ可能なことは疑いの余地がない。そのためには、それぞれの制度の特徴及び制度間の相互関係を明らかにすることが必要である²¹⁾。

(2) 先行研究

まず、所有権の制限という観点からは、民法206条の定める法令の制限について、制限の目的²²⁾、方法、態様といった視点から、様々な分類がなされている。

16) Code du patrimoine § 621-9.1.

17) C.A.P.A. § 987(c).

18) Code du patrimoine § 621-12.1.

19) 文化財保護法55条。

20) Code du patrimoine § § 621-13.

21) 近年、文化財の総合的な活用、保存の必要性が指摘されており、文化庁の文化審議会文化財委員会では、2006年11月から2007年10月にかけて、企画調査会を設けて文化財保護のための総合的な施策を行うための検討がなされた。

22) 野村好弘・小賀野晶一『新版注釈民法(7)物権(2)』[川島武宜、川井健編] 315頁(有斐閣、2007)では、所有権の制限は、開発、公害規制、快適環境の維持の創造、文化財、公安等の行政目的の遂行など、いくつかのタイプに分類される。丸山・前掲注(10) 103頁以下では、相互の調整としての所有権制限、担保権の強化に伴う所有権制限、利用権の保護による所有権制限、労働者保護による所有権制限、独占禁止法による所有権の制限、共同生活の危険防止からの所有権制限、都市問題、公害問題に対処するための所有権制限、開発法制による所有権制限などがあげられている。

しかし、文化的利益の確保と関連する所有権の制限としては、もっぱら文化財保護法のみがとりあげられることが多く、文化財的利益の確保という機能をもつ所有権の制限としてどのようなものがあるのか、という観点からの横断的な整理はなされていない。

また、文化的利益の確保という観点からは、文化財保護法制や文化財保護行政に関する研究²³⁾や、両者の有機的関連などについての研究はあるが、必ずしも「所有権の制限」のみに焦点があてられているわけではない。さらに、一般財産法など、文化財保護法以外の法に言及がなされることは少なく、各法制度の相互関係について、横断的に考察する研究は乏しい²⁴⁾。したがって、研究の欠缺を補う必要がある。

異なる法理であっても、文化的利益の確保という同一の機能を有するものである以上、それぞれの特徴を把握した上で、その相互関係を明らかにする必要があるからである。

23) 日本における文化財保護行政及び文化財保護法制の歴史に関する文献としては、文化財保護委員会・前掲注(4)が、文化財保護法制及び文化財保護行政に関する文献としては、椎名慎太郎、稗貫俊文『文化・学術法』(ぎょうせい、1986)が、最新の文化財保護法に関する文献としては、中村賢二郎『わかりやすい文化財保護制度の解説』20頁(ぎょうせい、2007)、文化財保護法研究会編『最新改正 文化財保護法』(ぎょうせい、2006)が、文化財を巡る法律問題を民法の視点から分析した文献としては、大村敦志「文化財—即時取得から出発して」法教267号66頁(2002)がある。フランスの文化財保護の歴史及び法制度に関する邦語文献として、鳥海基樹ほか『フランスに於ける歴史的環境保全—重層的制度と複層的組織、そして現在—』(独立行政法人文化財研究所、東京文化財研究所、国際文化財保存修復協力センター、2005)(なお、本書の一部(鳥海基樹「フランスに於ける歴史的環境概念の変遷と現況」)は、BADY(J), *Les monuments historiques en France*, Presses Universitaires de France, N° 2205, 1998の翻訳である。)、飯田喜四郎「フランスの文化財保護」月刊文化財31号36頁(1966)がある。アメリカの文化財保護法制及び文化財保護行政に関する邦語文献として、西村幸夫「アメリカの登録文化財制度」月刊文化財397巻34頁(1996)、小林文次「アメリカにおける建築史研究と文化財保護」建築雑誌昭和46年5号(1971)、同「アメリカの文化財保護—特に建築と都市を中心に—」月刊文化財29号30頁(1966)がある。歴史的環境保全を都市保全の一内容と位置づけて各国の法制度を考察するものとして、西村・前掲注(1)がある。

24) 高橋里香「歴史的環境の法的保護の可能性—序説—」早稲田法学会誌52巻196頁(2002)では、文化財保護に関する法的な研究が、著名かつ限定的な地域・文化財を扱った訴訟や全国的な保存運動が盛り上がりを見せた問題に関しては、ある程度の蓄積があるものの、体系的・継続的な研究は非常に少ないとの指摘がなされている。

3 本論文の目的

文化財に関する法は、複数のグループからなる。

1つ目は、文化財保護法、歴史的建造物保護法などの、①文化についての特別法である。

2つ目は、文化財のみを対象とするわけではない財産についての一般法である。文化財は、他のより一般的なカテゴリにも登場する。文化財は、動産又は不動産、有形又は無形だからである。このカテゴリにおいては、②一般法である財産法および③知的財産法が特に重要性が高い²⁵⁾。

本論文では、所有権の制限の相互関係を明らかにするための前提として、上記の3つの所有権の制限うち、②一般財産法による所有権の制限について、具体的には公益信託、地役権及び権利濫用法理による所有権の制限について検討する²⁶⁾。そして、①文化についての特別法及び③知的財産法による所有権の制限並びにそれらの相互関係については別稿に譲ることとする。

4 本論文の対象

(1) 文化財の定義

本論文の対象を明らかにするためには、まず、文化財の定義を明らかにする必要がある。フランスにおいては、文化財に該当する《patrimoine culturel》という概念を定義づける立法は存在しない²⁷⁾。このことは、文化財概念を定義づけることの困難さを示している。

ここでは、まず、わが国における形式的文化財概念および実質的文化財概念について検討し、最後に、本論文において対象とする文化財の定義を示すこととする。

25) CORNU (M.), *Le Droit Culturel des Biens*, 1996, p.17. 本書の内容を紹介する邦語文献として、大村敦志「二〇世紀が民法に与えた影響(2)人・物・契約をめぐる現代フランス民法学の研究動向」法協120巻12号2423頁(2003)がある。

26) 本論文は、博士学位論文「物の文化的利益の確保のための所有権の制限に関する比較法的・立法論的研究～約定人役権の再評価の試み～」の一部を加筆修正したものである。

27) CORNU (M.), *supra* 25, p. 39.

1) 形式的文化財概念

わが国では、文化財保護法2条において、文化財の定義がなされている。これは、すべての文化財に共通する概念を抽出した一般的な定義というよりは、文化財保護法の適用対象を明らかにするために、カテゴリごとに具体的内容を列挙しており、その雑多な範疇をひとまとめに文化財と呼ぶものである。

わが国における形式的文化財概念は拡大している。この「文化財」概念の拡大は、2つの動きからなる。

まず、第一に、「文化財」概念の拡大解釈である。そして、第二は、自然的遺産など他の遺産との接近である²⁸⁾。従前、「文化財」は、主として有形文化財を指すものであった。しかし、無形文化財に対する理解が、新しい考えをもたらした。何度かの法改正を経て、今日のが国の文化財保護法は、無形文化財というカテゴリを用意しており、財物以外も文化財として保護の対象としている。これが、第一の動きである。

また、法改正において、史跡名勝天然記念物が統合され、自然的名勝や天然記念物も文化財に加えられた。これが第二の動きである。

このような形式的文化財概念の変化は、一般的な意味での「文化財」と法律上の「文化財」との境界線が時に変動することを示している²⁹⁾。

2) 実質的文化財概念

実質的文化財概念について検討する前提として、「文化」の意義を明らかにする必要がある。文化概念には広義と狭義の二通りの解釈があるが、狭義の概念、すなわち「文化」とは「自然」に対立する人間の行動とその結果のうち、特に宗教、芸術、学問等の諸領域における精神的な高度の創造活動や、製作技術の発展過程と、その成果とを意味する³⁰⁾ものと解するべきである。

その理由は、こうである。文化という語の意味するところは、自然に対立するもので、それは人間の作り出したものに外ならないが、このような人間独自の技術的な創造の成果は、社会的な史的展開の間で、伝統として継承されてゆくとと

28) このような拡張は、フランスにおいても指摘されている。

29) CORNU (M.), *supra* 25, p.36.

30) 文化財保護委員会・前掲注(4) 1-2頁。

もに（文化財の保存）、この伝統を基盤として、常にその中から新しい創造の道を見出してゆく（文化財の活用）のである。この保存と活用とは、文化構造の基本的な二要素として、もともと人間活動の両面をなす相即不離のもので、そのいずれを欠いても、文化の意味は成立しない。よって、「文化財」は、人間社会の向上と発展の基礎を築くために、貴重な財産となるものであって、やがて将来の文化をも生み出すための、生ける財産として、価値のあるものでなければならない³¹⁾。

ある百科事典によれば、文化財とは「人間の文化的・生活的活動によって生み出され、残されているもののうち、特に歴史的、文化的価値の高いものを指す（傍線は筆者）」とされている³²⁾。かかる定義も同様の立場によるものである。

3) 本論文における「文化財」

このように、形式的文化財と実質的文化財とは、必ずしも一致するものではない。本論文は、文化財の所有者の利益と社会の利益の衝突を調整するための所有権の制限について検討することを目的とするので、文化財を「芸術上、歴史上、学問上、その保存が社会の利益となる動産または不動産のうち、人為的付加が加えられたもの」と定義することとする。文化財保護法による指定・登録を受けているか否かは問わないが、人為的付加が加えられていない天然記念物や自然的名勝は含まない。

有体物に限定するのは、無形の技術等は、所有権の対象とならず、本論文のテーマである1つの有体物に存する有体物としての価値と無形の利益との衝突という現象が生じないからである。したがって、無形の文化財の存在を否定する趣旨ではない。

(2) 検討の対象とする諸制度

本論文では、一般財産法分野における所有権制限のうち、文化的利益を保護する機能を担うもの、また、そのような機能を担い得る可能性のあるものについて検討する。

具体的には、以下の法理について考察する。

31) 前注4頁。

32) 『ブリタニカ国際大百科事典5』840頁（ティビーエス・ブリタニカ、第2版改訂、1993）。

1) 役権による所有権の制限

役権とは、他人の所有物を他人の行為を介しないで利用する権利をいう。

役権は、その発生根拠により約定役権と法定役権に分類される³³⁾。後者は、文化財保護法等、一般財産法以外に定めが置かれているので、本論文では、約定による役権のみを扱う。

さらに、役権には、物的役権と人的役権がある。物的役権は要役地の便益のために認められる役権を、人的役権は、人の便益のために認められる役権をさす。役権の一種である地役権は、通常、要役地の便益のために他人の土地を利用する権利、すなわち物的役権を指す(狭義の地役権)。狭義の地役権を構成しうる内容の権利を、人の便益のために認める場合を、広義の地役権又は制限的人役権と呼ぶ。その実体は、人的役権すなわち人役権である。アメリカでは、このような制限的人役権も含めて地役権(easement)と呼ぶ。制限的人役権の内容が、歴史的建造物の破壊・改変の禁止などである場合、所有権の制限は文化的利益の確保のために機能し得る。

2) 公益信託による所有権の制限

公益信託は、公益の実現を目的とする信託で、受託者の有する所有権が信託目的により制限される制度である。文化財に存する文化的利益は社会に帰属しているから、文化財の保存を目的とすることは公益にあたるといえる³⁴⁾。

文化財の保存を目的として、文化財の所有権を信託財産とする公益信託が設定された場合、受託者の有する所有権は、信託目的による制限を受けることになる。すなわち、公益信託は、文化的利益の保護のための所有権の制限として機能し得る。

なお、信託の設定により受託者が何を取得するのかという点について、わが国の学説は一致をみない。しかし、いずれの見解によっても少なくとも形式的な所有権は受託者に移転するので、信託は所有権を制限する制度であるといえる。

33) フランス民法典は、地役を①場所の〔自然的〕状況から生じる地役、②法律によって設定される地役、③人の行為によって設定される地役の3種に分類する。①も、法の定める要件を充たせば地役が設定されることから、法定地役にあたる。

34) ここでは詳細に立ち入り得ないが、どのように保存・活用するのが公益に叶うかという問題が生じ得ることを指摘しておく。

3) その他の法理による所有権の制限

役権および公益信託以外の一般財産法上の所有権の制限として、権利濫用法理がある。

権利濫用法理により、所有権の行使が濫用とされる結果、所有権が制限される場合がある。文化財の所有者による文化財の改変が権利の濫用となる場合、権利濫用法理は、文化的利益確保のための所有権の制限という機能を果たすことになる。

たとえば、フランスの判例³⁵⁾では、画家によって、6枚のパネルに絵が描かれた冷蔵庫がバラバラにされ、オークションにかけられたことについて、所有権の濫用を認めたものがある。

本論文では、以上の3種類の制度について考察する。

(3) 比較法の対象

本論文では、アメリカ法及びフランス法を比較の対象とする。

その理由は、次の通りである。

詳細については別稿に譲るが、アメリカでは、国家が一方的に所有権を制限することに強い抵抗がある。たとえば、国家歴史保全法が定める、連邦のナショナル・レジスター制度は、所有権を制限するのではなく、所有者や社会を啓蒙することにより間接的に文化財を保護するにとどまる。このため、公益信託や保全地役権など、約定に基づき所有権の制限する一般財産法上の法制度が広く利用されており、本論文のテーマを検討するにあたって検討が不可欠である。

また、日本と同じく大陸法に属するフランス法もとりあげる。フランスでは、日本と異なり、権利濫用法理について明文規定はないものの、判例によりかかる法理が認められている。また、役権規定に関し、旧民法に大きな影響を与えたのみならず、地役権の設定に要役地の存在が要件とされているなど、日本の現行民法との類似性もある。

さらに、フランスは、知的財産法による所有権の制限である著作者人格権の概念を発展させた国であり、今後、文化的利益の確保のための所有権制限の各制度

35) パリ控訴院1962年5月3日判決 (Paris 30 mai 1962, D. 1962.570.)。

の相互関係を横断的に考察するうえでも検討が不可欠だからである。

5 本論文の構成

本論文では、まず、Ⅱでアメリカ法、Ⅲでフランス法、Ⅳで日本法について考察し、Ⅴで一般財産法による所有権の制限の特徴について検討し、Ⅵで今後の課題を提示する。

Ⅱ アメリカ

ここでは、まず、役権として、私有地を保全する手段としてアメリカで最も広く利用されている手段の一つである保全地役権をとりあげる。この制度は、要役地の便益を高めるための役権と異なり、保全すべき価値を守ることを目的として設定されるものであり、文化的利益の確保のための所有権の制限という本論文のテーマとの関連で検討が欠かせない。

次に、公益信託について検討し、最後に権利濫用法理について検討する。

なお、保全地役権は、信託設定行為がなくても公益信託を構成するが（保全地役権統一法3条 コメント参照）、保全地役権が常に公益信託の目的となることは論理必然ではなく、制度としては一応、別の物として捉えることができる。そこで、さしあたりは個別に検討する。

1 役権

(1) 保全地役権の意義

保全地役権は、保全すべき価値を守るために、不動産の開発や将来の使用を規制する法的拘束力のある合意である。そして、その負担は、不動産の所有権が移転しても付随する。たとえば、歴史的建造物や芸術的建築の存する土地が、それらの建物の保全を目的とする保全地役権の対象とされれば、保全地役権は文化的利益の確保に役立つ手段となる。

Ⅰで述べたように、文化財を確実に保護するための一般財産法上の手段としては、国家や公共団体、保全団体が売買契約などの約定により所有権を取得する³⁶⁾という方法がある。しかし、この手段は莫大な費用がかかり実効的ではない。ま

た、文化財保護という目的を達成するためには、所有者としての権能すべてを掌握することが必要なわけではなく、保護に必要な範囲、すなわち、保全目的に反する権利のみを取得することができれば十分である。保全地役権は、このような保全に必要な権利のみを地役権者に移転し、最小の費用で、文化財保護の最大の効果を挙げることを可能とする制度である。

アメリカは、このような保全地役権が幅広く利用されている国の1つ³⁷⁾である。

(2) 保全地役権の法的性質

土地所有権は、棒の束に例えることができる。それぞれの棒が、開発、採掘、耕作の権利などの所有権を構成する異なる権利に該当する。保全地役権の設定は、所有権を構成する諸権利の束のうちの一部を取り出して地役権者に移転することだと説明される。保全地役権によって典型的に移転される諸権利には、開発権及び採掘権が含まれる³⁸⁾。地役権について、一般的に言われている共有的性格³⁹⁾は、必ずしも保全地役権にはあてはまらない。開発権が地役権者に移転した場合、所有者は開発行為ができなくなるからである。地役権を設定した土地所有者は、当該土地の単純不動産権を保有し続けるが、その使用にあたっては、地役権による制限を守らなければならない。他方、地役権者は、所有者である設定者やその承継人が地役権を侵害する行為をしないようにモニタリングする責任を負う。そして、合意の条件が破られた場合には、所有者のそのような行為を改めさせるために行動をとる必要がある⁴⁰⁾。

保全地役権は、土地所有者と地役権者になろうとする者の契約により設定され

36) たとえば、アメリカの史跡法は、内務長官にこのような財産法上の行為をなす権限を与えている。

37) Organisation for Economic Co-operation and Development, *Saving biological diversity: economic incentives*. OECD:97/96/05/1, 1996. 保全地役権は、アメリカの他、イギリス、ニュージーランド、オーストラリアにおいて広く利用されている。フランスでは、面の保存に、*servitude d'abord* が用いられている。ただし、私法上の契約に基づくものではなく、公法の規定により一方的に課されるものであるため、本論文では立ち入らない。なお、保全地役権に関する邦語文献としては、新澤秀則「保全地役権について」神戸商科大学研究年報32号25頁(2001)がある。

38) Gustanski, *Protecting the Land: Conservation Easements, Voluntary Actions, and Private Lands*. Protecting the land, conservation easements past, present, and future, 14-15 (2009).

39) 通行地役権が設定されても、承役地の所有者が、その所有地の通行ができなくなるわけではない。日本でいわれているところの非排他的性質である。

るが、土地所有権の承継人をも拘束するものであり、債権契約と比べ保全の継続性が期待できる。地役権という用語が使われているが、要役地の便益のためであることは必要なく、その実質は人役権である。

(3) 保全地役権の起源

保全地役権の起源は、コモン・ロー上の地役権及び制限的約款である。制限的約款には、コモン・ロー上の制限的約款（物的捺印契約）と、エクイティ上の地役権がある。以下では、それらの概要と、保全手段としての不都合性についてみていく。

1) コモン・ロー上の地役権

英米法の「地役権」という用語には、広義と狭義がある。狭義の地役権は、要役地の所有者に認められるものであり、広義の地役権は、人役権と狭義の地役権を含む。

イギリスでは、コモン・ロー上、人役権はまったく認められなかった。アメリカの裁判所もこれを好まず⁴¹⁾、一切否定していたわけではないものの、人役権の成立を認める場合であっても移転が認められないなど制限的であった。

狭義の地役権は、要役地と承役地が隣接することが要件とされたため、文化的利益の確保のためには、限定的な役割しか果たし得なかった。文化財を保護しようとする者が文化財の所在地の隣地を所有しているとは限らないからである。

さらに、コモン・ロー上の地役権は、地役権者の行為を土地所有者に受忍させることを主として念頭に置いており、土地所有者の特定の行為を禁止することは

40) 地役権の設定者である所有者よりも、その承継人に地役権を侵害する行為が多いと言われている。

41) ただし、人役権を制定法で認める州もある。たとえば、カリフォルニア民法802条は次のように規定する。

土地への以下の負担は、土地に付着していないけれども、これを許与し、保有することができる。

- 1 放牧、漁労、狩猟の権利
- 2 教会の座席の権利
- 3 埋葬の権利
- 4 地代、使用料徴収の権利
- 5 通行の権利
- 6 水、樹木、鉱物その他を採取する権利

①建物に対する日照を妨げること、②隣接する土地の建物の支えを取り払うこと、③人工的な水路の流れを妨げることを禁止する場合を除いて認められない。しかし、文化的利益の確保を目的とする地役権は、土地所有者の特定の行為を禁止することが必要な場合や、歴史的建造物の維持といった特定の行為を要求することが必要な場合が多い。

以上の理由から、コモン・ロー上の地役権は、文化的環境保全の要請に十分に応えることができるものではなかった。

2) コモン・ロー上の制限的約款

コモン・ロー上の制限的約款は、契約の当事者が土地利用に関して設定した権利義務関係に、土地と共に移転する効果を認める制度として発展した。その成立要件は、①契約の内容が土地に関係 (touch and concern) するものであること、②利益または負担が土地と共に移転するという当事者の意思、③不動産権保有関係 (privity estate)⁴²⁾—水平の関係と垂直の関係がある⁴³⁾—の存在である。

①の要件は、当初は厳格に解されていたが、次第に緩和され、積極的義務が認められる余地も出てきた。しかし、コモン・ロー上の制度であるため、救済は損害賠償により、差止命令を得ることはできない⁴⁴⁾。

さらに、コモン・ロー上の制限的約款も、要役地の存在が要件であり、文化的環境保全の要請に十分に応えることのできるものではなかった。

42) 同一の土地または財産に対して、それぞれの当事者がもっている estate (不動産権) が権利の時系列において隣り合っている関係。田中英夫ほか編『英米法辞典』667頁 (東京大学出版会、初版、1991)。

43) たとえば、Aがその土地の一部 (甲地) をBに譲渡したさい、これを商業目的には用いないという約款を締結し、この後AはCに残りの土地 (乙地) を売り、BはDに甲地を譲渡したとする。この場合に、CがDに対してこの制限的約款の効力を主張するためには、約款締結の当事者A B間に privity of estate—horizontal privity (横の不動産権保有関係とよばれる)—が存在したこと、および権利・義務の承継が問題となっている現在の不動産権利者と約款締結者との間、すなわちA C間とB D間に privity of estate—vertical privity (縦の不動産権保有関係) とよばれる—が存在することが必要である。それぞれの要件の意味するところは法域により異なる。(田中・前注667頁) 詳細については、J. Dukeminier, Property, pp. 322-324 (2002)参照。

44) 寺尾美子「アメリカ土地利用計画法の発展と財産権の保障(1)」法協100巻2号294-295頁 (1983)。

3) エクイティ上の地役権

まず、エクイティ上の地役権は、不動産権保有関係が不要である。しかし、土地に関するものでなければならぬため、要役地の存在が要件となる。エクイティ裁判所の救済は、差止め命令であるため、特定の行為を禁止する地役権だけが執行可能であった。このため、積極的義務を課すことはできず、環境保全の要請に応えることができない。

4) 保全地役権の誕生

このように、従来の地役権制度は制約が多く、環境保全の役割を十分に果たすことが出来なかった。そこで、このようなニーズに応えるため、土地開発を永久に規制する保全地役権と類似の制度が、1880年代後半に、ボストン周辺の大通りを守るために考案された。

そして、政府機関が、見通しの良い道路や野生動物の生息地を保護するために保全地役権を利用するようになった⁴⁵⁾。

(4) 保全地役権統一法

1) 立法の背景

1976年の税制改正で、地役権を寄付した場合の連邦所得税の控除が規定された⁴⁶⁾。もともと、建造物を現状のまま維持しようとしている所有者にとって、開発する権利は不要である。この不要な権利を地役権の内容として移転すれば、地役権者との契約が、有償にせよ無償にせよ、設定者には経済的なメリットがある。有償であれば、保全地役権の対価を得ることができるし、無償の場合も保全地役権の価格分の控除が受けられ、税の負担が減る。このように、地役権設定者にインセンティブが与えられたことが、保全地役権の普及の引き金となった。

保全地役権は、各州の立法によって、地役権に対するコモン・ロー上の制約が取り除かれ、従前の地役権等と比較して使い勝手の良い制度となった。そして、

45) 1930年代初頭から、国立公園サービスは、ブルー・リッジ等に隣接する土地の景観地役権を購入した。1951年にはウィスコンシン州の高速道路局が、グレート・リバー・ロードに沿った地役権を購入した。

46) 部分財産利益の寄贈に対して控除を一般的に認めない旨を規定した内国歳入法典170条(f)(3)(b)に、「30年の期間を超えない貸与又は地役権」と「財産の残余の利益」に関する例外規定を設けた。「専ら保全目的のため」の寄付であることが要件である。

1982年、The National Conference of Commissioners of Uniform State Laws (NCCUSL) によって、保全地役権統一法 (Uniform Conservation Easement Act) が制定された⁴⁷⁾。

2) 概要

保全地役権統一法の目的は、「自然的及び歴史的資源を保護するために、不動産についての永続性のある不作為及び作為義務を課すことを可能とする⁴⁸⁾」ことである。

保全地役権の設定は、不動産の利害に対して付随的ではない場合にも認められる (保全地役権統一法4条(1))。すなわち、保全地役権の実体は人役権であり、要役地の所有者でなくても、地役権者となることができる。そして、地役権は、譲渡が可能であり、その譲受人によっても強制され得る (4条(2))。また、単にコモン・ローにおいて伝統的に認識されてきた地役権の目的に役立たないとか、それらのカテゴリーに入らないという理由のみでその有効性が否定されることはない (4条(3))。さらに、土地所有者に不作為義務を課すことや (4条(4))、積極的義務を課すことが可能である (4条(5))。前述のように、保全という目的のためには、土地の所有者に一定の行為を禁止する必要がある場合もあるので、これを広く認めることで、保全の実現が容易になる。禁止行為は、禁止されるものをリストアップするという方法 (ブラックリスト方式) または、許容される行為をリストアップする方法 (ホワイトリスト方式) で定めることができるし、地役権の目的に合致しないすべての用途を禁止するという方法もある。保全地役権の設定による便益が、土地に関する (touch and concern) ものである必要はない (4条(6))。

保全地役権の大きな特徴の1つは、第三者の執行権が認められることである。第三者の執行権は、「保全地役権の条件を遵守させるために、政府機関、公益法

47) 2010年10月現在、アラバマ、アラスカ、アリゾナ、アーカンサス、デラウェア、コロンビア特別区、アイダホ、インディアナ、カンサス、ケンタッキー、メイン、ミネソタ、ミシシッピ、ネバダ、ニューメキシコ、オレゴン、サウス・カロライナ、サウス・ダコタ、テキサス、ヴァージン諸島、ヴァージニア、ウェスト・ヴァージニア、ウィスコンシン、ワイオミングの各州で採択されている。

48) 前文。

人、公益組織、又はチャリタブル・トラストなど、保持者の資格を有するが保持者ではない者に与えられる権利」と定義される(1条(3))。地役権者以外にもその執行権を与え、地役権者がその権利を行使しない場合に、社会の利益を保護するための手段を提供するものである。通常、私法上の権利であれば、その権利を行使し得るのは、権利の帰属主体に限られるはずである。しかし、保全地役権は、権利者の私益よりも、社会全体の利益を図ろうとするものであり、私法上の権利ではあっても、公益に配慮する必要がある。第三者の執行権の規定は、保全地役権が、公益信託とみなされることとも整合的である。

なお、保全地役権が侵害された場合の救済については、保全地役権統一法には規定が置かれていない。

3) 公益信託との関係

既に述べたように、保全または保存のための地役権の設定及び移転は、信託設定行為がなくとも公益信託を構成する。

2000年にALIが公表した財産法第三次リステイメントでは、行政機関や慈善組織が保有する保全地役権の変更と終了を、伝統的な不動産法における事情変更の原則の代わりに、公益信託における可及的近似の原則をモデルとする一連の特別の規律に服させるべきことが提案されている。

これに対し、統一信託法典(以下「UTC」と略称する)⁴⁹⁾では、保全地役権に対する公益信託の原理の適用を直接的に述べていない、なぜなら、(i)公益信託に関する法が、保全地役権にどのように適用されるのかを調査することはUTCの起草委員会の責務の範囲ではなかったし、(ii)UTCは、採択州の不動産法に位置づけられることが意図されているのに対し、通常、州においては、公益信託法を州の不動産に関する法典に取り入れることを認めていないためである。

ただし、不経済な信託の終了に関しては、保全地役権への適用を明示的に否定している(§ 414(d))。保全地役権者は、受託者としての信認義務を負い、保全地役権者による終了や実質的変更は、義務違反を構成するためである(§ 414 comment)。

(5) 各州における立法の比較

1) 序

保全地役権統一法は、多くの州で採択されているが、統一法によらずに独自の立法を行った州⁵⁰⁾も多い。保全地役権統一法を採択した各州の間には高度の類似性があるが、他にも類似性を持つグループはある。たとえば、マサチューセッツ州法⁵¹⁾は、コネチカット、デラウェア、ニューハンプシャー、ロード・アイランドの立法に大きな影響を与えたため、結果的にこれらの州法は類似している。その他の各州法の内容は様々である。

49) UTCは、2000年8月に統一州法委員会全国会議で承認された、初の信託の包括的統一法である。2010年10月現在、アラバマ、アリゾナ、アーカンサス、コロンビア特別区、フロリダ、カンサス、メイン、ミゾーリ、ミシガン、ネブラスカ、ニューハンプシャー、ニューメキシコ、ノースカロライナ、ノースダコタ、オハイオ、オレゴン、ペンシルバニア、サウス・カロライナ、テネシー、ユタ、バーモント、ヴァージニア、ワイオミングの各州で採択されている。ニュージャージーでは議会で審議中である。

UTC起草の原動力となったのは、以下のような事情である。

近年、アメリカにおいて、信託の利用が格段に増加し、それに伴って信託をめぐる法律問題も増加した。しかし、多くの州で信託に関する判例法は少なく、数少ない制定法と判例の間の内容上のギャップもあった。そこで、明確な信託法のルールと、容易に利用できる法源を提供する必要があった。

UTCの起草は、信託法リステイトメントの改訂と緊密に連携して行われ、UTCの条項の相当部分は、リステイトメントを法典化したものだといっても間違いではない（「シンポジウム アメリカの統一信託法典と日本の信託法改正」信託法研究29号99頁（2004））。

もっとも、一部については重要な変更も行っている。たとえば、信託の変更（可及的近似の原則）についてである。この概念は、もともと、イギリスの裁判所で発展してきたもので、公益目的が達成不能になった場合に信託をただちに無効とはせず、裁判所に信託の変更の権限を認めたものである。UTCは、この法理を緩和し、可及的近似の原則を適用する裁判所の権限を拡大した。すなわち、当初の目的が不可能または違法になった場合ばかりでなく、実際上困難になったケースや無駄の多い状態になったケースでも認めることにした（§ 413a）。

UTCが対象とするのは、契約、信託宣言、又は遺言により設定される明示信託である。この点が、後述のdecicationの法理と適用の場面が異なる。

UTCは、すべてをカバーするものではなく、信託に関する判例法によって補充される。この判例法にはエクイティの諸原則を含む（§ 106）。

50) カリフォルニア、コロラド、コネチカット、ハワイ、イリノイ、アイオワ、メリーランド、マサチューセッツ、ミシガン、ミソーリ、モンタナ、ネブラスカ、ニューハンプシャー、ニュージャージー、ニューヨーク、ノースカロライナ、オハイオ、ロード・アイランド、テネシー、ユタ、バーモント、ワシントンの各州。

51) 1983年に制定された。

各州法の違いは、用語の選択にも現れる。保全地役権は、「保人人役権 (conservation easement in gross)」「保全規制 (conservation restriction)」「保護規制 (preservation restriction)」「保全権 (conservation right)」などと表現される。本論文では、条文上、これらの用語を用いている場合についても、便宜上「保全地役権」と表記する。

保全地役権は、一般的に、「権利」、「不動産上の便益」、「土地上の便益」と捉えられている。たとえば、マサチューセッツ州法は、「規制、地役権、契約、又は条件という形式で表現されているか否かにかかわらず…権利である」としており (Mass. Gen. Laws ch.184, § 31 (2009))、この定義は多くの州で使われている。カリフォルニアでは、保全地役権を「捺印証書、遺言書による制限又はその他、地役権、規制、権利の付与、条件という形式の手段」と定義する (Cal. Civ. Code § 815.1 (2009))。保全地役権統一法では、保全地役権を「保全地役権、契約、エクイティ上の役権、規制、地役権、その他」表現にかかわらず「不動産における便益」と定めている。

2) 保全地役権の目的

各州の保全地役権法が制限可能とする対象は、自然的資源、文化的資源など多様である。

文化的価値と関連のある資源についてみると、同法は、各州に、不動産の歴史的、建築的、考古学的、又は文化的側面⁵²⁾について、保全地役権を設定することを認めている。バーモント州法は、これらの価値を「保存すべき利益」として認めている (Vt. Stat. Ann. tit. 10, § 821 (b) (2009))。

歴史的価値は、ほとんどの州で保護の対象である。文化的価値、考古学的価値、建築学的価値については、保全地役権統一法採択州のほとんどで保護の対象となっている⁵³⁾ものの、非採択州については保護の対象とする州としない州がある。たとえば、カリフォルニア州法は、歴史的側面の保護のみを認めており (Cal.

52) 本論文においては、建築的価値 (学問的価値)、歴史的価値も文化的価値として捉えているが、保全地役権法においては、認識が異なっている。文化的価値とは別途、歴史的価値、建築的価値について言及がなされている。文化的価値の中から、あえて歴史的価値を取り出している点にも、歴史的価値を重視するアメリカの姿勢が伺われる。

53) アイダホ州では、文化的価値が保護の対象となっていないなど、若干の例外はある。

Civ. Code § 815.1.)、メイン州は、歴史的、建築的、考古学的、文化的価値ある財産の保全を認めていない (Maine Revised Statutes Annotated § 476.1 (2009))。

つまり、文化的資源を対象とする立法と、自然的環境のみを対象とする立法があり、前者についても保護が可能な文化的資源の範囲に違いがある。

3) 規制と義務

保全地役権は、規制と義務の集合体である。すべての場合において、規制と義務は、地役権の保全目的に役立つよう意図されている。

保全地役権は、土地所有者、地役権者の双方に積極的義務を課す場合もある。この点につき、保全地役権統一法は、承役地所有者または地役権者に積極的義務を課す保全地役権の有効性を明示的に認めている (4条(5))。保全地役権統一法を採択するか否かにかかわらず、承役地の所有者に積極的義務を課すことを明示的に承認する州がある⁵⁴⁾。積極的義務について言及のある州のうち、コロラドなど、保全地役権統一法を採用しない州では、作為義務 (obligation to perform acts) という用語を使う傾向がある (Colo. Rev. Stat. § 38-30.5-102 (2009))。バーモントはさらに一歩先を行く。保全地役権は、地役権者に「規定された行為を行うか、または要求する権利」を与え得ると定める。それゆえ、バーモント州法の下では、地役権者は、所有者に対し、自生ではない植物を除去するよう要求することができるし、自ら不動産に立ち入ってそれを除去することもできる (Vt. Stat. Ann. tit. 10, § 821(a) (2009))。マサチューセッツも、文言は異なるものの、このような積極的義務を間違いなく認めている。マサチューセッツ州法は、保全地役権を「公共のレクリエーションのための使用を許すため…土地又は水域を保持するのに適切」な権利と定める (Mass. Gen. Laws ch. 184, § 31 (2009))。フロリダも、類似の文言を用いている (Fla. Stat. § 704.06(1) (2009))。「適切」という言葉を、保全地役権が含み得る権利の性質を表すために使用している。消極

54) アラバマ、アラスカ、アリゾナ、アーカンサス、コロラド、デラウェア、ジョージア、アイダホ、イリノイ、インディアナ、カンサス、ケンタッキー、ルイジアナ、メイン、ミシガン、ミネソタ、ミシシッピ、ネブラスカ、ネバダ、ニューハンプシャー、ニューメキシコ、ニューヨーク、オレゴン、ロード・アイランド、サウス・カロライナ、テネシー、テキサス。バーモント、ヴァージニア、ウェスト・ヴァージニア、ウイスコンシンが積極的義務を明示的に認めている。

的又は積極的権利には直接の言及がなくとも、地役権の保全目的を達成するのに適切な権利は、積極的義務を含み得ることは明らかである。保全地役権統一法を採択しない州法には、所有者に積極的義務を課すための規定を欠くという深刻な欠点をもつものがある。カリフォルニア、コネチカット、デラウェア、モンタナでは、法は、ある行為を禁止又は制限しているが、積極的義務については沈黙を守っている (Cal. Civ. Code § 815.1 (2009), Mont. Code Ann. § 76-6-203 (2009))。しかしながら、積極的義務について沈黙していても、規定の仕方によっては、一定の積極的義務を課すことも可能ではある。多くの場合、ある行為を規制することは、所有者に積極的義務を課すことと実質的に同一だからである。たとえば、自動車の使用禁止は、黙示的に、承役地における第三者の自動車の使用を防止する合理的努力をする義務を所有者に課すことになるだろう。もっとも、消極的義務から積極的義務を十分に引き出せるわけではない。明示的に積極的義務を承認しない限り、不確定な要素は残る。

積極的義務が、保全目的の達成に必要な場合があることは疑問の余地がない。しかし、その利用には実質的限界がある。地役権侵害は、所有者に積極的義務が定められている場合に生じやすいからである。特に、地役権設定者から権利を承継した次の世代の所有者は、積極的義務を果たすことを望まない場合や、積極的義務を果たすことができない場合が多々ある。

積極的義務が履行されない場合で、地役権者が積極的義務を実行させる義務を負う場合、地役権者は自ら当該義務を果たすか—所有者が立ち入りを許可する場合に限られるが—、所有者に必要な行為の履行を強制するために訴訟を提起しなければならない⁵⁵⁾。

4) 保持適格者

各州法は、保全地役権を保持し得る法主体に関して高い統一性を保っている。

保全地役権統一法は、政府機関、公法人、公益社団、チャリタブル・トラストに地役権者となり得る資格を認めており、保全地役権統一法の採択州の間には、若干の違いがある。アラスカとメインでは、条文で、非営利法人という用語を用

55) Mayo, *Holistic Examination of the law of Conservation Easements*, Protecting the land: conservation easements past, present, and future 35(2000).

いている。より実質的なレベルでは、ミシシッピが、私法人と学校法人をリストに加えている。他方、ニューメキシコでは政府機関は除外されている。アリゾナでは公益社団が除外されている。

保全地役権統一法を採択しない州では、条文の文言は若干異なるが、概して、政府機関、公法人、公益社団、チャリタブル・トラストを保持者として認めている。

ニューハンプシャー、ロード・アイランドでは、保持適格者をあいまいな形で定義している。いずれも「政府機関、公法人、学校法人又は他の法人、組織、トラスト又は他の法主体で、土地又は水域又はこのような特定のエリアの保全を含む目的を持つもの」が、コモン・ローのルールにかかわらず、保全地役権を保持し得ると定める。法が、保全地役権を、特定の保全目的を達成するための権利として定義しているにもかかわらず、そのような目的を有する法主体が保全地役権を保持することを明示的に要求していない。

保全地役権統一法を採択しないノースカロライナでは、列挙された保全目的の1つ以上を事業の目的に含むことが条件ではあるが、私法人、営利法人も保持適格者に含まれる (N.C. Gen. Stat. § 121-35(2) (2009))。

保全地役権統一法採択州を含む10の州では、ランド・トラスト⁵⁶⁾が免税の組織であることを要求している。アラスカ (Alaska Stat. § 34.17.060(2) (2009))、ニューヨーク (N.Y. Environmental Conservation Law § 49-0303(2))、ユタ (Utah Code Ann. § 57-18-3 (2009))、ヴァージニア (Va. Code Ann. § 10.1-1009 (2009))、ワシントン (Wash. Rev. Code § 64.04.130 (2009))、ウェスト・ヴァージニア (W. Va. Code § 20-12-3(b)(2) (2009)) では、国内歳入法典501条(c)(3)の下での免税であることを要求している。バーモントでは、国内歳入法典501条(c)(3)又は同法501条(c)(2)の下で免税でなければならない。保全地役権統一法を採択していないハワイ、モンタナ、ニュージャージーでは、同法501条(c)の下で免税

56) 土地保全のための非営利組織で、その起源は、1891年にマサチューセッツで設立された Trustees of Reservation である。その後、ランド・トラストは、人口、開発行為の急激な増加に対応して次々に設立され、現在では、全国規模のもの、州規模のもの、地域的なものなど、アメリカ全土に多数存在する。どのような土地を保全の対象とするかは、それぞれのランド・トラストにより異なっている。

でなければならない⁵⁷⁾。ランド・トラストは、通常、提供者が減税を受けられるよう、同法501条(c)の免税を受けられる状態にあるため、このような州法における連邦税の免除は、ほとんどの場合、あまり意味がない。

多くの州法のモデルとなっているマサチューセッツ州法は、地役権者は、「土地又は水域の保全」又は「歴史的建造物若しくは史跡の保護又は特別な建造物若しくは記念物の保存」をその目的に含まなければならない(Mass. Gen. Laws ch. 184 § 32 (2009))としている。

保全地役権統一法を採択している州では、地役権者は、不動産の歴史的、建築的、農業的又は文化的性質の保護を目的に含まなければならない。保全地役権統一法を採択しない州のいくつかも類似の規定を持つが、文化的性質の保護は除外されている場合が多い⁵⁸⁾。バーモント州法は、その目的に「歴史的、農業的、森林学的、又はオープンスペースの資源の保護のための」財産権の獲得を含むことが保持適格者の要件である(Vt. Stat. Ann. tit. 10, § 821(c).(2) (2009))。同法では、不運なことに、文化的、建築的な財産は除外されている(Vt. Stat. Ann. tit. 10, § 821(b) (2009))。これらの目的のために保全地役権が確立されたにもかかわらずである。

保全地役権統一法を採択するかどうかにかかわらず、多くの州が、地役権保持者には、何らかの保全の目的を含むことのみを要求している。しかしながら、より厳格な基準を設ける州もある。カリフォルニアでは、地役権保持者の主たる目的が、土地の自然的、景観的、歴史的…状況を保全し、保護し又は高めることでなければならない(Cal. Civ. Code § 815.3(a))。イリノイ州も、これと類似して、歴史的、建築学的、考古学的、文化的価値のある建造物、構造物等の保全目的等が主目的でなくてはならないと定める(765 ILCS 120/2 (2009))。ワシントンでは、地役権保持者の主たる目的の1つが、歴史的記念物、地区、建造物、遺物の保存活動を促進することで行なければならないとしている(Wash. Rev. Code

57) Mayo, *supra* note 55, at 38.

58) カリフォルニア、コネチカット、マサチューセッツ、ミソーリ、モンタナ、ニューハンプシャー、ニュージャージー、ニューヨーク、オハイオ、ロード・アイランド、テネシー、バーモント、ワシントン。Id. at 58.

§ 64.04.130)。

ランド・トラストは、保全地役権の設定を受けることで、重大な責任を引き受ける。しかし、驚くべきことに、保全地役権の保持適格者となるために、一定の存続期間を要求する州はたった2つしかない。コロラドでは、設立から2年が経過していることが、保全地役権を引き受けるための要件である (Colo. Rev. Stat. § 38-30.5-104(2) (2008))。ヴァージニアでは、州内に主たる事務所を設けて5年が経過していることが、永久の地役権を引き受けるための要件である (Va. Code. Ann. § 10.1-1010C (2009))。

ランド・トラストの最低保有資産など、財政的な側面を要件として定める州はない。

保全地役権の効果は、地役権者の取組みに依存する部分が多い。地役権者による勤勉な地役権の監視と、地役権を遵守させる意思及び能力が、実効的な地役権の2つの要である。3つ目の要は、周到に起草された契約書であるが、地役権者が遵守させなくては、そこに明示された規制や義務は意味がない。後述する第三者の執行権及び注意深い検察官も地役権の目的達成を確実にするのに役立つが、地役権者は、長期間にわたる地役権及び財産の管理⁵⁹⁾や監視を引き受ける用意がなくてはならない。

5) 存続期間

大多数の州が、永久の地役権の設定も、期間の定めのある地役権の設定も認めている。それらのうち、ほとんどの州法は、保全地役権統一法のアプローチと同様にデフォルト・ルールとして永久の存続期間を定めている。それゆえ、地役権設定契約において、期間についての合意がなされなければ、地役権の存続期間は永久ということになる。アラバマ、カンサス、ウェスト・ヴァージニアではこの逆で、地役権の存続期間は、永久との合意がなされない限り、期間の定めがあるものとなる。アラバマでは、地役権の存続期間は、(1)30年、(2)設定者の死亡、(3)保護される財産の売却のうち一番早い時期に終了する。カンサスでは、設定者の死亡又は設定者による撤回により終了する。ウェスト・ヴァージニアでは、

59) 地役権者が一定の管理義務などの積極的義務を負う場合もあり得る。

最低20年存続すべきことを定めている。

これに対し、カリフォルニア (Cal. Civ. Code § 815.2(b))、コロラド、フロリダ、ハワイの4州は、地役権の存続期間が永久であることを設定の要件とし、土地所有者とランド・トラストが柔軟に存続期間を定めることを禁止している。マサチューセッツでは、農地保全等については、永久の制限しか認められていない (Mass. Gen. Laws ch. 184 § 31 (2009)) が、歴史保全のための制限は、永久でも期間の定めがあっても良い。

存続期間について定めを置かない州法もかなりある。この沈黙は、永久の地役権を黙示的に承認するものと考えられる。なぜなら、立法者は、保全地役権の最長存続期間を制限することが容易にできたからである。モンタナ、ニューメキシコ、ノースカロライナは、地役権設定契約書に期間についての規定を置くことを義務付けており、デフォルト・ルールは設けられていない⁶⁰⁾。

6) 変更

保全地役権統一法は、他の地役権と同様の方法による地役権の変更を認めている (保全地役権統一法2条(a))。そして、裁判所にも、コモン・ローとエクイティの諸原則による変更⁶¹⁾を認めている (3条(b))。保全地役権統一法を採択しない州の多くが、土地所有者の保全地役権を変更する権限について、定めを置いていない⁶²⁾。

近年の税制改革が、既存の地役権の変更の起爆剤となった。保全地役権が設定された土地の財産税免除を受けようとする土地所有者が、こぞって商業的利用の禁止を追加しようとした。財産税免除の要件に、「少なくとも商業的活動のための使用を禁止していること」と定められたにもかかわらず (I.R.C. § 2031(c)(8)(B) (2009))、このような定めを有している保全地役権がほとんどなかったためであ

60) Mayo, *supra* note 55, at 42.

61) 不動産に対する永久又は長期間の制限は、不動産に影響する条件や、周囲の変化によって一役権者が消滅して存在しなくなったり、その設定の時点では予期できなかった他の理由などのために一その目的が消滅することもあり得る。これらの予測のつかない変化に対応するため、事情変更の原則、可及的近似の原則などの様々な諸原則が発展し、多くの州で立法化されている。

62) 例外として、アーカンサス、ニューメキシコがあげられる。

る。

7) 終了

期間の定めのある地役権は、期間の経過により終了する。永久の地役権は、永遠に続くことが意図されているが、実際には、状況—そして法原理—によって、その存続期間が短縮される場合がある。たとえば、保全地役権が設定された目的が達成不能になった場合には終了する。保全地役権統一法は、この現実を認識して、「本法に別段の定めがある場合を除き、保全地役権は、他の地役権と同様の方法で、…終了させ、…ることができる。」としている(2条(a))。地役権は、たとえば、放棄、混同、収用により終了する⁶³⁾。以下では、州法の定めについて詳細にみていく。

i 放棄

すべての地役権は、放棄によって消滅する。保全地役権も、たとえば、地役権に明示された規制や義務を地役権者が遵守させなければ消滅する。このような、保全地役権が放棄により終了しうる可能性は、多くの地役権の永久という性質を無視するものである。コロラドとユタは、放棄による「終了」を明文で定めている(Colo. Rev. Stat. § 38-30.5-107 (2009). Utah Code Ann. § 57-18-5 (2009))。これに対し、ニューヨークは、地役権の消滅原因を限定列挙することにより、放棄による終了を効果的に回避している(N.Y. Environmental Conservation Law § 49-0307)。その結果、放棄は、実際には、ランド・トラストが消滅して、保全地役権を他へ移転することができなかつた場合などに限定される。

ii 混同

コモン・ロー上の混同の原理によれば、地役権は、地役権者が承役地の所有権を取得した場合に消滅する。保全地役権が、同様に混同で消滅するかどうかについては、州により異なる。

まず、保全地役権統一法の採択州では、保全地役権は混同により消滅する。なぜなら、保全地役権統一法は、「本法に別段の定めがある場合を除き、保全地役権は、他の地役権と同様の方法で、…終了させ、…ることができる。」としてい

63) Mayo, *supra* note 55, at 45.

るからである。

次に、非採択州についてみると、コロラドとユタは、特に混同による終了に言及している (Colo. Rev. Stat. § 38-30.5-107, Utah Code Ann. § 57-18-5 (2009))。ニューハンプシャーでは、保全地役権法において、混同による消滅について言及がないが、同法が規定しない事項につき、コモン・ロー上の法原理の適用を除外していないため、同様の結果となる (N.H. Pev. Stat. Ann. § 477:46 (2009))。混同により保全地役権が終了するというコモン・ロー上の法原理の適用を黙示的に認めているためである。ミシシッピとニューヨークは、特に混同による保全地役権の終了を否定している。ミシシッピでは、「保全地役権は、地役権者が承役地の所有者であるか、所有者となった場合にも有効であり、消滅しない」と定める (Miss. Code Ann. § 89-19-5(5) (2009))。ニューヨークは、同様の結果を、保全地役権が存続期間の経過、裁判又は収用で終了すると規定し、混同に言及しないことにより実現している (N.Y. Environmental Conservation Law § 49-0307)。ロード・アイランドでは、保全地役権は「規制を消滅させる財産法上のいかなる法理」からも守られている (R.I. Gen. Laws § 34-39-3(a))、としている。つまり、ロード・アイランドも、ミシシッピ、ニューヨークと同様に、保全地役権を混同の法理から除外している。ランド・トラストがその所有地に有している保全地役権については、所有者による地役権侵害のおそれがないと思われるから、混同の法理の制定法の除外も、ランド・トラストがその土地を所有している限り、実質的な効果はないかもしれないとの指摘もある⁶⁴⁾。

保全地役権が混同により消滅した場合には、再度、設定をする必要がある。ランド・トラストは、地役権を設定し、それを保持適格者に移転するか、所有権を他の者に譲渡して地役権を留保することにより、それを実現することができる。

iii 収用による終了

保全地役権統一法では、「保全地役権は、…他の地役権と同様の方法で終了する」と定められており、保全地役権は、収用により終了する。しかしながら、同様の定めを置くのは、ニューヨーク (N.Y. Environmental Conservation Law

64) *Id.* at 46-47.

§ 49-0307) など、保全地役権統一法を採択しない州が多い⁶⁵⁾。ノースカロライナ (N.C. Gen. Stat. § 121-36(c) (2009))、ヴァージニア (Va. Code. Ann. § 10.1-1010(f) (2009)) など、保全地役権が収用権の行使に影響を与えることはない⁶⁵⁾と明示的に定めている州法もある。

8) 第三者の執行権

保全地役権統一法は、第三者の執行権を「保全地役権 (の条項) において認められた権利で、地役権者となる資格があるにもかかわらず、地役権者になっていない政府機関、慈善団体又は公益信託などの第三者に認められる執行権」と定義する。

第三者の執行権は、保全地役権の実効性を長期的に確保するための重要な手段である。万が一、保全地役権者が地役権の条件を守らせることができなかった場合には、第三者である機関がその責任を負う。また、保全地役権の条項で第三者の執行権が認められるかどうかにかかわらず、たいいていの場合、検察官に地役権の条件を守らせる権限が与えられている。

州法においても、執行権を有する第三者は、保全地役権者となり得る資格を有する地役権者以外の者とされる場合が多い (Fla. Stat. § 704.06(8) (2009))。ミシシッピでは、保全地役権統一法が定める第三者以外に、検察官及びミシシッピ野生動物保護局にも当事者適格を認めている (Miss. Code Ann. §§ 89-19-3(3) and 89-19-7(1) (2009))。ニューヨークでは、公的機関、非営利保全法人にその資格を認めている (N.Y. CLS ECL § 49-0303 (2009))。これに対し、ハワイや、ロード・アイランドは、対照的に、これらの当事者適格と執行権については規定を置いていない。ヴァージニアでは、永久の地役権に関して、執行権を有する第三者は、州内に主たる事務所を構えてから5年以上経過していなければならない (Va. Code. Ann. § 10.1-1010(C) (2009))。これは、安定した組織に執行権を託し、継続的監督を確保する趣旨と考えられる。いくつかの州では、執行権を有する第三者が、地役権設定契約書に署名をして、責任を引き受けることに同意することを要求する (Va. Code. Ann. § 10.1-1010(B) (2009))。

65) *Id.* at 43-44.

第三者の執行権は、保全地役権統一法を採択する州において強固である。保全地役権統一法を採択しない州では、これを明示的に認めている州は少ない⁶⁶⁾。

9) 救済

既に述べたように、保全地役権統一法には救済についての具体的な規定はなく、州法の定める救済手段は様々である。単に差止という手段があることを示す立法もあるが (Mont. Code Ann. § 76-6-210 (2009))、地役権侵害のおそれがある場合にも差止を認めることを明示する立法もある (Cal. Civ. Code § 815.7(b) (2009), Haw. Rev. St. § 198-5(b) (2009), Colo. Rev. Stat. § 38-30.5-108 (2009))。不動産の美的な価値等が損なわれた場合に損害賠償を認める州や (Cal. Civ. Code § 815.7(b) (2009), Colo. Rev. Stat. § 38-30.5-108 (2009))、裁判所の裁量によって、合理的な弁護士費用の請求も認める州 (Cal. Civ. Code § 815.7(d) (2009)) もある。

10) 保全地役権の利用の方法

保全地役権は、ランド・トラスト等が所有者から保全地役権を取得するという方法の他、以下のような方法でも利用される。ランド・トラストが有償又は無償で所有権を取得した不動産に、保全地役権を設定し、第三者に不動産の所有権を売却するという方法である。予め保全地役権を設定することで、所有権を移転した後もその保護を図ることができ、かつ、ランド・トラストは売却によって資金を得ることができる。こうして得た資金は、他の不動産の保全に充てることができる。このように、所有権を保持し続けるよりも安いコストで保全を図ることができる点が、保全地役権の大きなメリットである。

11) 小括

保全地役権統一法を採択する州は、おおむね半数程度である。採択州の法内容及び、非採択州のうち、同一の州法をモデルとした州法はおおむね類似している。いずれの州法も、その内容を設定契約で自由に定めることのできる柔軟性のある制度である点は共通する。

もっとも、保全地役権は、どのような土地にでも設定できるわけではなく、そ

66) アーカンサス、ニューヨーク。

それぞれの法が認めた利益を有する土地のみに設定することができる。その規定内容は、州により大きく異なる。よって、文化的利益の保護を認めない州法の下では、保全地役権は、文化的利益確保のための所有権の制限としては機能し得ない。

他に、地役権者となり得る者の範囲、存続期間に関するルール、第三者による執行の可否、執行権を有する第三者の範囲、積極的義務を認めることの可否、保全地役権の終了原因、救済方法などが州により異なっている。

(6) 税制上の優遇措置

土地の所有者が保全地役権を寄付した場合には、税制上の優遇措置が受けられる。

まず、所得税については、一定の要件を充たす保全地役権の寄付によって、不動産の価値が減少した価格分につき寄付金控除が適用される。対象となる歴史的建造物は、ナショナル・レジスターに登録された建造物又は歴史地区内にある歴史的建造物で、内務長官がその歴史的価値を認めたものである (I.R.C. 170(h)(4)(C))。この効果は絶大で、ランド・トラストが保全地役権を取得するについては、買い取る場合よりも寄付を受ける場合の方が多という。

次に、財産税については、1977年に Tax Payer Relief Act によって内国歳入法典が改正され、同法典 170(h)の要件を充たす地役権の設定された不動産の財産税が免除されることとなった (I.R.C. 2031(c))。

なお、保全地役権の設定者が、減税や、免税などの連邦税制上の優遇を受けるためには、保全地役権は永久でなければならない⁶⁷⁾。しかし、実際の内国歳入法典による保全地役権の優遇措置は短期間である。いくつかの例外を除き、設定者が地役権を寄贈してから3年間で利益は終わる。それにもかかわらず、永久という要件が設けられているのである。

とはいえ、連邦の租税法は、期間の定めのある地役権の設定に歯止めをかけ、永久の地役権の寄贈を促進する。永久の地役権を寄贈した設定者は、所得税の減税と、場合によっては、承役地の財産税の免除が受けられる。これに対し、期間の定めのある地役権を公益による所得税の減税を受けられないばかりでなく、贈

67) 1976年税制改革法では、30年以上の保全地役権を寄付した場合に控除が受けられたが、1977年の改正により永久の地役権を寄付した場合のみが対象となった。

与税の対象となる。

(7) 保全地役権の利用の現状

保全地役権は、土地を保全する手段として最も急速に普及しつつある方法である。

1976年税制改革法の成立によって、ランド・トラストによる保全地役権の利用が普及し始めた。

ランド・トラスト・センサス2005によれば、ランド・トラストが所有権を保有する土地の面積は、2000年の1,219,632エーカーから、2005年の1,703,212エーカーと40パーセントの増加であるのに対し、地役権を保有する土地については、2000年の2,514,545エーカーから、2005年の6,245,969エーカーと、148パーセントの増加率となっている。また、1998年の時点では、所有権を保有する土地面積の方が、地役権を保有する土地面積よりも若干多かったが⁶⁸⁾、2005年に地役権を保有する土地の面積は、所有権を保有する土地の3倍以上となっている⁶⁹⁾。

(8) 小括

保全地役権制度は、所有権の束に含まれる諸権利のうち、保全に必要な権利だけを移転するものである。約定に基づく所有権の制限であるため、財産権を不当に制約するものとして憲法上の問題を生じる懸念がない。また、所有権を取得するよりも低いコストで、文化財保全の大きな効果をあげることが可能である。保全地役権は、要役地を必要としないが、地役権者となり得る者が限定されている。

保全地役権の大きな特徴は、保全地役権統一法採択州を中心に、地役権者のみならず、第三者に執行権が認められていることである。これは、保全地役権が、地役権者の個人的な利益を確保するためのものではなく、社会全体の公益のために設計された法制度である、という権利の公益性とも整合的である。

所有権の制限の内容の定め方は、禁止される行為をリストアップするブラック・リスト方式、許容される行為をリストアップするホワイト・リスト方式のい

68) Gustanski, *supra* note 38, at 14.

69) Land Trust Census 2005.

http://www.landtrustalliance.org/about-us/land-trust-census/data-tables#total_method (最終閲覧日 2010年6月27日)。

ずれも可能である。このため、目的となる不動産の特徴に応じた内容の契約を締結することが可能な柔軟な制度といえる。もっとも、地役権の内容を自由に設定できるということは、起草者の力量が問われるということでもある。ブラックリストに挙げるべき行為が欠落していたために、実効性を欠く地役権になってしまうおそれもある。

所有権の制限に対する所有者の予測可能性は、設定契約において禁止される行為または許容される行為を具体的に定めた場合には高くなり、抽象的に定めた場合には低くなる。

保全地役権の設定による所有権の制限は、いずれも所有権の内容の制限である。その態様としては、権利の行使を抑止する制限が中心となるであろうが、積極的義務を課す制限、他人の行為を受忍する義務⁷⁰⁾を課す制限もあり得る。

税制上の優遇措置との関係では、ナショナル・レジスターに登録されているか、ナショナル・レジスターに登録された地区内であって、内務長官が認めた物件であることが必要であり、国家歴史保全法に定めるナショナル・レジスター制度と密接な関連がある。ナショナル・レジスター制度は、所有権を制限するものではない⁷¹⁾。しかし、税法上の優遇措置によって、保全地役権設定のインセンティブを設けることにより、間接的に文化財の保護を図ろうとしているともいえる。

2 公益信託（明示の公益信託）

(1) 歴史的沿革およびアメリカへの継受

公益信託は、イギリスを起源とする制度である。そこで、まず、イギリスにおける公益信託の歴史的沿革およびアメリカへの継受について概観する。

中世のイギリスでは、カトリックが広まるにつれて、信者がその信仰のために財産を教会に寄進し、教会堂の建築や聖職者の教育等の費用にあてるという趣旨の信託がしだいに盛んになり、公益信託が発達した。

その後、16世紀ごろ、宗教改革やヘンリー8世によるイギリス国教会の設立⁷²⁾

70) たとえば、地役権者に、定期的な土地への立ち入り調査など一定の作為義務を課した場合、それは所有者の側から見ると、他人の行為を受忍する義務ということになる。

71) ナショナル・レジスター制度の詳細については、別稿において論じる。

により、カトリックの勢力は後退する。他方、産業構造の変化から、貧困階級が形成され、教会の組織によらずに貧困救済を図ることが社会的急務となった。そして、当時、国家の社会政策はまだ十分ではなかったため、民間の公益信託が貧困救済に広く利用されるようになった。こうして、イギリスでは、貧困救済を目的とする公益信託が主流を占めるようになった。

公益信託に関する初の制定法である1601年公益ユース法(Statute of Charitable Uses)では、その前文に公益目的の具体例が示されており⁷³⁾、貧困の救済が真っ先に挙げられている。その後、19世紀に入って、脱税目的での濫用など、公益信託に関する様々な問題が指摘されるようになり、公益信託に対する監督・指導体制を作ることを重点として、1853年に公益信託法(Charitable Trusts Act)が制定された。

さらに、第二次世界大戦後、公益信託の促進と合理化を意図して同法の全面的再検討が行われ、1960年、チャリティ法(Charity Act)が制定された。

現在では、公益目的を考えるにあたって、公益ユース法の規定に加え、マクノートンの分類が参照されることが多い。これは、1891年、公益信託として免税となるかどうか争われたペムセル事件において、裁判官のマクノートンが示した分類で、A 貧困救済、B 教育振興、C 宗教振興、D 一般公益のための信託が挙げられている。

このような、イギリスの公益信託がアメリカに継受されるにあたっては、アメリカ開拓当時の特殊な社会事情のため、以下の2点において母国イギリスとは異なるものとなった。まず、公益活動の担い手は、キリスト教会が中心的な主体とはならなかった。次に、公益信託の主目的は貧困救済ではなく、公共的ないし社会的施設の建設や維持に向けられていた。新しい大陸での生活を築いていく人々にとって、貧困は救済すべきものではなく、克服すべきものであった。彼らに

72) ヘンリー8世は、スペイン王室出身の王妃との結婚無効を法王に申し立てたが、拒否された。そして、法王の許可を得ずに別の女性と再婚したため、ローマ・カトリック教会から破門され、自らを首長とするイギリス国教会を設立した。

73) 老人・疾病者・貧民の救済、傷病兵の扶助、学校施設の維持、橋梁・港湾・道路・教会・堤防の修理、孤児の入学・就職、感化院の維持・援助、貧困女子の結婚機会の促進、労働者の救済、囚人・捕虜の救済・釈放、貧民の租税負担の救済・出征費の援助。

とって最も必要とされていたものは公共的・社会的施設であって、これらが公益活動の目的となっていった。そして、それらが充足されるにしたがって、さらに、その対象は図書館・美術館等に拡大されていった。

ところが、アメリカがイギリスから独立した18世紀後期から19世紀にかけて、イギリス伝来の文化や法制に対する反流によって、各州の裁判所で公益信託を無効とする判例が相次ぎ、公益信託の停滞期となった。しかし、19世紀中ごろ以降には、イギリスに対する反感が薄くなり、公益信託の有用性が再認識されたためか、再び公益信託は有効と認められるようになった⁷⁴⁾。

(2) 概要

公益信託については、信託法第二次リステイメントが1章を割き、348条から403条を公益信託にあてている⁷⁵⁾。UTCの規定にも公益信託に適用されるものがある。

リステイメントによれば、公益信託とは「財産権に関する信認的法律関係であり、これを設定する意思表示にもとづいて発生し、かつ、その財産権を保有する者は公益目的のためにその財産権を保有すべきエクイティ上の義務に服するもの」と定義される（信託法第二次リステイメント § 348）。信託成立のためには、三大確定要素のひとつである受益者の存在が原則的には必要である。公益信託とは、このうち、受益者の定めがなく一定目的に従って設定される信託（目的信託⁷⁶⁾）のうち、公益目的を有する信託をいう。信託宣言、生前行為、遺言による設定が可能で（§ 349）、約因は不要である（§ 352）。

公益信託には、以下に述べる通常の信託とは異なる効果享受するにふさわしい公益性がなければならず、その公益性は、アメリカでは裁判所が判断することになる⁷⁷⁾。

74) 田中實編『公益信託の理論と実務』5頁以下（有斐閣、1991）。

75) リステイメントの翻訳としては、アメリカ法律協会、慶應義塾大学信託法研究会訳『米國信託法リステイメント 上・下』（トラスト60、第2版、1996）がある。本節の執筆にあたり参照した。

76) イギリスでは、公益信託以外の目的信託はごく限られた例外を除いて無効とされる。日本においては、公益信託以外の目的信託の有効性につき争いがあったが、新信託法で目的信託についての規定が置かれ、その有効性が明示された。

文化的利益の確保のために信託を設定することは、社会全体に利益をもたらすものであるため、受益者が特定していないといえる。公益目的とは何を指すかについては、リステイトメントがこれを定めており（§ 368）、文化財の保護・活用は「その他の社会福祉の増進」に含まれる。したがって、文化的利益の確保のために公益信託を設定することが可能である。

公益信託の設定により、受託者は信託財産の所有者となるが、その権利行使は信託目的の実現のためになされなければならないため、所有権が制限されることとなる。つまり、文化財の所有者が、文化財の保存・活用という公益目的の実現のため、委託者が文化財の所有権を信託した場合には、文化的利益確保のために所有権が制限されることとなる。

公益信託には、私益信託には認められないさまざまな効果が認められる。①裁判所の解釈が公益信託を有効とする方向で緩やかになり、②可及的近似の原則⁷⁷⁾が適用される。また、③永久に存続可能とされ、永久拘束禁止則の適用がない。さらに、④税法上の優遇措置が用意されている。

いずれの効果も、文化財保存という目的の達成に役立つものである。①②は信託の有効性を認め易くするものである。公益信託の設定は、有効とされる方が好ましいし、事情の変更があった場合⁷⁹⁾にも可能な範囲で存続する方が望ましい。また、期間の制限がなければ永久に所有権に制限をかけることができ、継続的な文化財の保存が可能となる。さらに、税法上の優遇により、所有者に公益信託設定のインセンティブを与えることができる。

したがって、文化的利益の確保のためには、私益信託である目的信託よりも公益信託という制度の方がより有用である。

(3) 所有権の制限の内容

公益信託の受託者は、コモン・ロー上の所有権を有し、信託条項中、特定の文言を以って受託者に附与されている権限及び信託の目的を遂行するのに必要また

77) 日本では、公益信託の設立は許可制となっており、事前に主務官庁が公益性について判断することとなる。

78) 時の経過とともに時代遅れとなった信託でも、類似する公益目的のために存続が認められるという法理。

79) 存続期間を永久とした場合には、遅かれ早かれ事情の変更の生じる日が来るであろう。

は適法な権限で、信託条項で禁止されていないものに限って行使することができる（§ 301）。

受託者の信託上の義務の不履行に対しては、エクイティ上の救済がなされる。司法長官は、公益信託の受託者に対し受託者としての義務の履行を強制し、また、その信託違反に対する差止命令をなし、信託違反についての救済を強制し、信託財産の占有を取得する者の選任をなすなどの訴訟を提起することができる（§ 392 comment）。

公益信託の設定により、具体的にどのように所有権の内容が制限されるかは、信託の目的および信託行為の内容により定まる。その内容が個別적であれば、所有者である受託者にとって予測可能性の高い所有権の制限となるし、抽象的であれば予測可能性の低い所有権の制限となる。

以上は所有権の内容の制限であるが、所有権の帰属の制限もある。

まず、裁判所は、受託者が、受託者としての行為を継続していくことが、その信託の目的達成にとって障害となるおそれがあると認められるときは、その受託者を解任することができる（387条）。解任により、受託者が有している所有権は剥奪されることになる。

他に、信託の終了により、復帰信託が生じる。この場合、受託者は、目的財産の所有権を、委託者またはその相続人に移転する義務を負う。すなわち、受託者の所有権は時間的に制限されているといえる。

公益信託の終了事由には、他に、不経済な信託となった場合の終了がある。UTCは、信託の規模にかかわらず、裁判所に、不経済な信託を終了する権限を認め、受託者には、裁判所の承認がなくとも、5万ドル以下の信託財産しかない信託につき、終了権限を認めた（§ 414(a)）。信託を終了するためには、信託財産の価額が信託の管理運用費用から見て正当化できない程度であると判断することが必要である（§ 414(b) ⁸⁰⁾。

信託の終了による所有権の帰属の制限は、信託目的を達成することができなくなった場合や、困難になった場合、存続期間が経過したときに現れるから、文化

80) UTC採択州の中には、信託を終了しうる信託財産の価額を引き上げた州もある。

的利益の確保のための制限とはいえない。

(4) 公益信託の実効性

公益信託では、受益者が特定している信託のような受益者による監視が期待できないため、その実効性を確保するために私益信託とは異なる制度が設けられている。

まず、各州の司法長官その他の公務員が、公益信託を執行する資格を有する(信託法第二次リステイトメント § 391)。いくつかの州では、公益機関に、検察官に報告書を提出することを義務付けている(Cal. Gov. Code § 12586 (2009))。しかしながら、検察庁は、特定の信託を注意深く監督するということはほとんどないようである⁸¹⁾。

さらに、特別の利害関係を有する者も公益信託の執行をなしうる。たとえば、公益信託が特定の教会に在職している聖職者の利益のために設定される場合などには、その教会の聖職者はその信託の実施を強制する訴訟を提起することができる(信託法第二次リステイトメント § 391 comment)。しかし、文化財の保全を目的とする公益信託の場合には、このような利害関係人は存在しない。

以上のことから、受託者である公益機関が誠実にその役割を果たす場合には、公益信託は文化的利益の確保のために有効に機能するが、受託者が権限を濫用したり、義務を怠った場合の監督については十分とはいえない。

(5) 税制上の優遇措置

公益信託については、所得税が免税となる(I.R.C. § 501(c)(3) (2009))。

公益信託に財産を寄付した者は、年間収入の50パーセントまで、所得税の控除を受けられる(I.R.C. § 170 (2009))。

(6) 公益信託の利用の現状

2でとりあげた保全地役権は、信託設定行為の有無に関わらず、常に公益信託を構成する。そして、ランド・トラストが保全地役権を保有する土地は増加しつつあるので、この限りにおいて、アメリカでは、文化的利益の確保のために、公益信託による所有権の制限が活用されているといえる。ここで制限される所有権

81) J. Dobris, S.Sterk, M. Leslie, *Estates and Trusts: Cases and Materials*, 660 (2003).

は、受託者の立場となるランド・トラストではなく、地役権設定者の所有権である。

では、所有権を信託の目的とする公益信託はどうであろうか。

アメリカでは、法制度上、不動産管理型、事業執行型信託を禁止する規制はなく、さらに、日本のように監督官庁が助成型を前提としているという実質的な障害もない。むしろ、米国のナショナル・トラスト⁸²⁾は、国家歴史保全法により信託形式で文化財の所有権を譲り受ける権限を与えられている(468条c(e))。にもかかわらず、ナショナル・トラストが受託者となる不動産管理型、事業執行型の公益信託はほとんど利用されていない。その理由は、こうである。米国のナショナル・トラストも、当初は、英国ナショナル・トラストを模範に、危機に陥った歴史的建造物を自ら保有することによって守ろうとした。しかし、その後、その活動は、保全を訴えることで世論を形成することが中心となっていった⁸³⁾。現在、ナショナル・トラストは、いくつかの歴史的建造物を保有し、美術館として公開しているが、都市を再生させるメイン・ストリート・プログラム⁸⁴⁾などの活動が主体となっている。

(7) 小括

公益信託は、その内容を当事者が約定で定めることができるため、柔軟性が高い所有権の制限である。所有者である受託者の予測可能性は、信託の設定時に受託者がなし得る行為を具体的に定めた場合には高くなり、抽象的に定めた場合には低くなる。

文化財の所有権を公益信託の目的財産とした場合、所有権の制限には、所有権の帰属の制限と所有権の内容の制限がある。

前者については、信託の設定により委託者の所有権が受託者に移転する制限

82) 1949年に国家歴史保全法において承認されたアメリカの歴史と文化において重要な地区、建物、遺物の保全を目的とする非営利団体。正式名称はNational Trust for Historic Preservation。

83) 西村幸夫『アメリカの歴史的環境保全』28頁(実教出版、1994)。

84) メイン・ストリート・プログラムについては、阿部満「市民参加と環境保全—アメリカにおける歴史保全ナショナル・トラスト法制の展開について(特集:不動産開発と環境問題)」季刊日本不動産学会誌11巻4号32頁以下(1997)参照。

と、一定の場合に、受託者の所有権が剥奪されるという制限がある。後者については、権利の行使を抑止する制限が中心となるであろうが、積極的義務を課す制限、他人の行為を受忍する義務を課す制限もあり得る。

なお、受託者の所有権の剥奪には2つの場合がある。文化的利益の確保のためである場合と、そうでない場合である。受託者の義務違反によって、受託者が解任される場合が前者にあたる。文化財の保全を目的とする信託において、信託の目的に反する行為をする受託者から所有権を剥奪することは、文化的利益の確保に役立つといえるからである。後者としては、信託の終了の場合があげられる。目的財産が著しく破損して信託の目的を達成することができなくなった場合や、存続期間が経過した場合に信託は終了する。このような場合に、受託者が所有権を失うことは、信託の終了の当然の帰結であり、文化的利益の確保のためではない。

なお、アメリカでは、1で検討した保全地役権の設定は、公益信託を構成する。かかる場合、所有権の制限は、いずれも内容の制限である⁸⁵⁾。

3 dedicationの法理～黙示の公益信託

(1) 序

1でとりあげた保全地役権は、黙示の公益信託でもあり、幅広く利用されている所有権の制限である。しかし、もっぱら不動産をその対象とする制度であって、動産である文化財には適用することができない。そこで、ここでは、動産を対象とする所有権の制限として活用し得る制度について検討する。

著作者人格権による文化財の保護は、限界があり困難であるとして、従来、不動産に適用されてきたdedicationの法理を動産である文化財、すなわち美術品に及ぼすべきだという見解がある⁸⁶⁾。

著作者人格権による文化財の保護に限界がある理由としては、著作者人格権は一般に譲渡不可能とされており、著作者の死亡時（視覚芸術家保護法106A条(d))又は一定期間経過後（カリフォルニア州美術保護法987(g)⁸⁷⁾）に消滅するので、

85) 詳細については、1参照。

86) *Note, Protecting the Public Interest in Art*, 91 *Yale Law Journal*, 121-143(1981).

古い作品が保護されないこと⁸⁸⁾、著作者人格権の侵害といえるために、名誉、声望が害されることを必要とすると、破壊の防止が困難であるし⁸⁹⁾、同一性保持権の侵害についても、名誉、声望を害されたことの立証は困難であること、破壊、改変がなされた後に損害賠償や差止が認められても意味がないこと、著作者人格権は、公共の利益よりも著作者の利益を保護するものであること⁹⁰⁾が挙げられている⁹¹⁾。

以下では、まず dedication の法理の起源および要件、効果を概観したうえで、かかる見解を紹介する。

(2) 概要

dedicationには、制定法によるもの、コモン・ローによるものがあり、後者には、明示と黙示がある。美術品への適用が主張されているのは、コモン・ロー上の dedication である。

dedication の法理は、贈与と契約法の複合からなる。dedication は、申込みと承諾という構成要素からなるが、約因は必要ではない。もし、所有者がその財産を社会に差出し、社会がその申込みを承諾すれば、その財産は dedicate されたとみなされ、その財産の中には公共の利益が確立される。

(3) 起源

dedication の法理は、イギリスを起源とするもので、通商と交通の促進という公共の利益のために発展した理論である。この理論は、法による一方的な財産権の制限ではなく、約定による制限という構成によるために、その適用が所有者に対する脅威とは見なされなかった。

dedication の法理は、イギリスでは道路のみに適用されたが、アメリカでは拡

87) 権利が、著作者の死後50年で消滅する旨定める。

88) 文化財は、古い物であるということがその価値を高める要素の一つであり、古い物が保護できないということは、文化財の保護という観点からは重大なデメリットである。

89) たとえば、視覚芸術家保護法は、破壊防止権について名誉声望要件を設けていないので、立法の仕方によっては著作者人格権による一定の保護も可能である。

90) 著作者人格権に関する規定の中には、公共の利益を目的とすると考えられる規定も存在するが、著作者自身が著作物を破壊する場合など、著作者の利益と公共の利益が対立した場合には公共の利益は後退せざるを得ない。

91) 著作者人格権は、著作物以外に対しては認められないため、著作物にあたらぬ文化財を保護することはできないという限界もある。

張され、公園⁹²⁾、墓地⁹³⁾、氾濫防止地域⁹⁴⁾、ユーティリティライン(下水道等)⁹⁵⁾などの様々な財産について適用された。初期の判例において、この法理は広く適用され、この法理が公共の福祉に叶うものであることが強調された。たとえば、1832年の最高裁判例では、dedicationの成立を認めないと公共の利便性が損なわれるという理由で、この法理を用いた⁹⁶⁾。

dedicationの法理は、海岸の土地に関する訴訟において拡張された。これらの判例においては、dedicationの法理の適用についての公共政策上の基本姿勢が明確に示されている。ある裁判所は、「我々がコモン・ロー上のdedicationのルールを望まないとしても、憲法と(カリフォルニア)州法に掲げられた、海辺のレクリエーション・エリアの公的な利用の促進という強力な公共政策に従わなければならない」と判示している⁹⁷⁾。

(4) 成立要件

dedicationの成立には申込みと承諾が必要である。

dedicationに関する判例は、「申込み」と「承諾」を不要式の柔軟な行為⁹⁸⁾として定義づけている。たとえば、社会による財産の使用を明示的に許可した場合はもちろん⁹⁹⁾、社会による財産の使用を所有者が一定期間黙認している場合にも「申込み」があったとされる。裁判所は、ある財産の利用が公共の利益にとって重要であるとき、要件となる申込みと承諾の存在を推認するような解釈をしようとする。財産が、ある方法で、社会による利用に対して「公開」されていれば、黙示の申込みとなり得る。このような公用地供与法の要素を定義づける柔軟なアプローチは、この法理の背景にある政策目標により発展した。

92) See, *Herron v. Boggs*, 582 S.W.2d 643 (Ky. 1979), *Birmingham Park Improv. Asso. v. Rosso*, 356 Mich. 88 (1959).

93) See, *Haslerig v. Watson*, 205 Ga668 (1949), *Smith v. Ladage*, 397 Ill. 336 (1947).

94) See, *Toney Schloss Properties Corp. v. Berenholtz*, 243 Md. 195 (1966).

95) See, *Horsham v. Weiner*, 435 Pa. 35 (1969).

96) *City of Cincinnati v. Lessee of White*, 31 U.S.431,438 (1832).

97) *Gion v. City of Santa Cruz*, 2 Cal 3d 29,42,465 P.2d 50,58 (1970).

98) *Evans v. Brookings*, 41 S.D. 225, 229(1918)は、「黙示のdedicationの成立に、厳格で固定的なルールはない」とした判示した。この判決は、*Miller v. Scholten*, 273 N.W.2d 757,762 (S.D.1979), *Smith v. Sponheim*, 399 N.W.2d 899,902 (S.D.1987)においても引用されている。

99) *Breslin v. Gray*, 301 Ky. 739,743,193 S.W.2d 143,145 (1946).

(5) 所有権の制限の内容

dedicateされた財産は、信託設定行為がなくても、所有者が社会のために信託財産として保持するものとみなされる。所有者は、dedicateされた財産の使用について、社会のfiduciaryと見なされる。すなわち、所有者は、社会による使用と相反する財産の使用はできなくなり、権利の行使が抑止される。このdedicationの原則は、所有者が私人であっても、自治体であっても適用される。ひとたび、dedicationが成立すると、一現在も未来も含め一財産の所有者は、dedicateされた目的のためにそれを利用する公的な権利を無効としたり、妨げたりすることはできない。こうして、所有権の内容が制限される。

(6) 文化財への適用の提案

以上を前提に、*Protecting the Public Interest in Art*では、「現代の公共の利益に応じてdedicationの法理を拡張する傾向は、アメリカの裁判所に、重要な芸術作品に対する公的な権利の理論を発展させるためのコモン・ロー上の基礎を与える¹⁰⁰⁾」と述べられている。そして、「その起源が限定的であるdedicationの法理が、レクリエーションについての公益を考慮するようになったように、この法理を、さらに社会の文化的利益にも拡張し、美術館が入手した芸術品を保護するために適用すべきである。この原理の適用は、作品の破壊や変更の差止訴訟の権利を社会に与えることによって、重要な作品に対する社会の利益を守ることができる」と論を進める。

その具体的な内容は、次の通りである。

1) 芸術品へのdedicationの法理の適用の必要性

dedicationの法理を特定の重要な芸術品に拡張することは、公用地供与法、財産法の双方の傾向に合致する。また、この原理を芸術品に適用することは、これまでの公用地供与法についての公共政策の基礎と一致する。海岸についてと同様に、芸術の分野で、州及び連邦の制定法によって認められた公益信託と、dedicationの法理を発展させようとする政策が存在する。すべての州が、芸術を促進し、支援するための芸術局を設置している。また、カリフォルニア州美術保

100) *Protecting the Public Interest in Art*, *supra* note 86, at 129.

護法は、文化遺産と芸術品を保護することは公共の利益と一致する。さらに、連邦も、国立芸術基金 (National Endowment for the Arts 以下ではNEAと略称する) の設置など、様々な方法により芸術を支援している¹⁰¹⁾。

2) 要件と効果

土地の dedication に関する判例で示されたすべての要素が、美術館が芸術品を獲得する場面にも存在する。芸術品の同一性を保持するという社会の利益、そして、これに相当する所有者の義務は、不動産における場合と同様に申込みと承諾によって生じる。

美術館は、学術や文化教育のために展示用の芸術品を集めている。美術品の所有者が、美術館に、それを寄贈し、売却し又は貸し出した場合、所有者は、その財産を社会のための教育的利用に供する黙示の「申込み」をしたことになる。dedication 法理の用語で言えば財産を文化的、教育的目的のために「開放」したとみなされる。美術館は、文化的利益についての社会の代理人とみなし得るので、美術館が作品を受け入れることに同意した場合、「承諾」したことになり、作品に対する公共の利益が確立される。不動産の dedication と同様に、公益信託が作品に設定される。そして、所有者が公共の利益に反する扱いをすることは永久に禁止される。

この dedication は、制限したり、条件を付したりすることはできない。作品の美術館への移転—売買によるものであろうと、寄贈によるものであろうと、貸し出しによるものであろうと—は、作品を、社会のために提供するという dedication の申込みを構成する。そして、一旦 dedication が成立すると、撤回不能となる。

さらに、dedication は、その成立を否定する権限移転証書によっても成立を回避することができない。もし、作品の移転にあたり、dedication と相容れない制限がなされた場合、その制限は無効となるが、dedication は有効に成立する。

美術館による受け入れは、所有者による、作品を dedicate するという黙示の申込みに対して、社会が承諾したことの証拠となるとともに、作品に社会的利益が

101) *Id.* at 130.

あるかどうか判断する役割も果たす。美術館による受け入れという要件により、作品に対する dedication 法理の適用を適切に制限し、社会的な重要性の疑わしい作品を排除することができるからである。

dedication が成立した芸術品の所有者は、社会の受託者として作品を意図的な又は過失による破壊や外観を損なうことを避ける義務を負う。美術館による作品に受け入れは、視覚的な質があることを前提としている。もし、これが変更されると、作品のもたらす文化的、教育的利益が損なわれる。それ故、受託者としての義務を履行するために、所有者は、作品が dedicate された時点と視覚的同一性を保全することが要求される。合理的なメンテナンスを行い、作品の美観を損ねる行為を差し控えなければならない。過失による品質の悪化も許されないが、誠実に、合理的な努力をすれば足り、厳格な責任ではない。この基準によれば、たとえば、既に傷んでいる絵画の修復は許される。

このような受託者の義務は、作品が一時的に展示から外れた場合や、美術館のコレクションから除外された場合にも存続する。作品が、公開展示から外れても、新たな貸し出しなどによって、しばしば、戻ってくるからである。作品に設定された公益信託は、それが文化に貢献できる間は永続的に効力を有する¹⁰²⁾。

3) 芸術品への dedication 法理の適用の許容性

dedication の法理は、これまで、動産には適用されてこなかったが、動産と不動産を区別して取り扱うことが有用又は適切でないとするれば、裁判所や立法者が、この区別に拘束される理由はない。不動産に適用される原理は、混乱や正義に反する結果をもたらさない限り、公共政策のために動産に適用することが可能である。dedication の法理を特定の種類の動産に適用することは、混乱や正義に反する結果をもたらさないだろうという指摘がなされている¹⁰³⁾。

美術館が受け入れた美術品に永久の公益信託が設定されることによって、芸術品の所有者が変更されるわけではない。美術館に作品を売却する所有者は、将来の作品の所有者が負う負担のために経済的損失を被るわけではない。芸術品の所有者は、信託が設定されているかどうかにかかわらず、注意深く作品を扱うのが

102) *Id.* at 133-136.

103) *Id.* at 130-131.

通常であるから、信託による負担があっても、ほとんどの所有者には関係がなく、作品の売買価格に悪影響を及ぼすことはないからである。貸し出しについても、同様である。作品が貸し出され、dedicationが成立すると、売却価格や寄贈価格は高くなる。貸し出しにより、作品の価値の評価が上がるというメリットは、作品に生じる負担というデメリットを上回る。

4) 芸術品に対する公共の利益を確保するメカニズム

dedicationの法理により社会が得た権利の実効性を確保するためには、それが執行可能でなくてはならない。権利が執行可能となるためには、適切な公示と執行の当事者適格者の存在が必要である。

ア) 公示

芸術品の同一性に対する公共の利益を確保するために前もって必要なことは、芸術品の所有者に、その所有物が公益信託の目的であることの適切な公示を義務づけることである。

州の芸術審議会又は国立芸術基金 (NEA) は、この公示を提供するために、保護対象である芸術品の目録を維持することができる。現存するいくつかの州および地方自治体の芸術情報システムが、この役割を果たし得る。この目録は、美術館からのコレクションに関する情報に基づく、dedicationが成立したすべての作品の編集物となるだろう。この目録は、芸術品の購入を希望する者が参照することができ、芸術品が有する公共の利益について公示する公的な記録となるだろう¹⁰⁴⁾。

イ) 当事者適格

目録に記載された芸術品が、損傷の危機に瀕した場合、または損傷が発見された場合、社会の個々の構成員と、社会の代表者である政府は、注意義務に違反する所有者に対して、訴えを提起する当事者適格を持つ¹⁰⁵⁾。

(7) 検討

ここで、dedicationによる所有権の制限の性質について整理しておく、当事者の申込みと承諾があった場合に、成立が認められることから、形式的には、約

104) *Id.* at 136-137.

105) *Id.* at 137.

定に基づく所有権の制限といえる。しかし、一定の作為・不作為が申込み又は承諾とみなされるため、当事者に信託設定意思がない場合でも、dedicationは成立しうる。この観点からすると、法による一方的な制限に近い約定に基づく制限であるといえる¹⁰⁶⁾。

連邦レベルでの文化財保護法による所有権の制限がないアメリカにおいては、約定アプローチによる所有権の制限の必要性が高く、また、動産である文化財には保全地役権の設定もできないことから、dedicationの法理によりその保護を図ろうとするものである。コモン・ロー上のdedicationの法理を芸術品に適用することは、裁判所の判断でなし得ることであり、新たな立法によらずに文化財の保護を図ることができる手段となる。

4 その他の法理

不文法主義をとるアメリカにおいては、大陸法でいうところの権利濫用法理は存在しない¹⁰⁷⁾。ただし、このことは、個別の事案において、所有権の行使が濫用として斥けられる結果、文化的利益が確保される場合があり得ることを否定するものではない。英米法は、原則として、権利行使に関する制限的規定を、個別的、且つ、客観的要素を基礎として設定する方向を採択してきたといえるからである¹⁰⁸⁾。

5 小括

アメリカでは、大陸法でいうところの権利濫用法理に相当する法理は存在せず、役権の一種である保全地役権制度が広く利用されている。また、保全地役権は公益信託を構成するため、公益信託も利用されているということになる。

所有権を公益信託の対象とするよりも、保全地役権を設定する方法が多く利用

106) 文化財保護法による指定・登録に、所有者の同意を要件とする場合に、約定に基づく制限に近い、法による一方的な制限になるのと逆である。

107) 安永正昭『新版 注釈民法(1)総則(1)』〔谷口知平、石田喜久夫編〕121頁(有斐閣、1988)。

108) 下山瑛二「英米法における権利濫用」末川先生古稀記念『権利の濫用下』329頁(有斐閣、1962)。

されている理由としては、権利の移転が有償にせよ無償にせよ、権利を全面的に移転するよりも、必要な部分だけ移転する方が使い勝手が良いためと思われる。権利の移転が有償の場合、所有権を得るよりも、保全地役権を得る方がコストが安く、その差額を他の不動産の保全に回すことができる。権利の移転が無償の場合、所有者にとっては、その不動産の使用を継続しながら、保全を図れる保全地役権の設定の方が望ましい。

アメリカでは、保全すべき不動産の所有権を取得して、当該不動産を管理していく、英国のナショナル・トラスト型の活動を目指してナショナル・トラストが設立されたものの、実際の活動は、キャンペーン活動や、街並みの再生といった活動が中心となった。このような、ナショナル・トラストの活動のあり方も、文化財の所有権を目的財産とする公益信託が活用されていない理由の1つであると考えられる。

それぞれの所有権の制限の態様について比較すると、まず、公益信託の場合は、所有権の帰属の制限及び内容の制限があり、保全地役権は所有権の内容制限のみである。

それぞれの所有権の制限の特徴は次のとおりである。

まず、公益信託は、委託者と受託者の約定で設定されるため、柔軟性があり、動産も不動産も対象とすることが可能である。

保全地役権も、当事者の約定により設定されるので、柔軟性がある。それぞれの文化財の性質に応じた保全地役権の設定が可能である。

もっとも、その対象はそれぞれの州法が認める範囲に限定される。さらに、保全地役権者となることができる者は、法により限定されている。州によりその範囲は異なるが、一定の非営利組織や政府機関など、環境保全に関心を持つ団体や、公益を図る立場にある組織がその資格を与えられる。

また、地役権という権利の性質上、動産を保護することはできない。

このように、アメリカでは、一般財産法上の所有権の制限の中で、保全地役権制度が発展しており、動産よりも不動産の保護が重視されているといえる。3で紹介したように、動産（美術品）にも dedication の法理を適用すべきとの提案がなされているのも、不動産に比して動産の保護が十分ではないとの認識によるも

(344) 一橋法学 第9巻 第3号 2010年11月

のと考えられる。

(以下次号)