

寄付の法的構成に関する一考察 日独における 寄付の法的構成に関する学説を手がかりに (1)

| | |
|-----|---|
| 著者 | 小出 隼人 |
| 雑誌名 | 法学 |
| 巻 | 84 |
| 号 | 1 |
| ページ | 75-136 |
| 発行年 | 2020-06-30 |
| URL | http://hdl.handle.net/10097/00128095 |

寄付の法的構成に関する一考察

一日独における寄付の法的構成に関する学説を手がかりに— (1)

小 出 隼 人

序章

I 問題の所在

- 一 寄付の現状と実務的問題
- 二 問題提起

II 本稿の目的と検討順序

- 一 本稿の目的
- 二 検討順序

第1章 日本法

I はじめに

II 寄付の概念

- 一 石坂音四郎博士の見解
- 二 中島玉吉博士の見解
- 三 加藤永一博士の見解

III 寄付の法的構成に関する学説の展開

- 一 学説の萌芽—石坂音四郎博士，中島玉吉博士の学説と大正12年判決—
- 二 信託的譲渡説
- 三 近年の学説

IV 分析

- 一 寄付の概念について
- 二 学説の議論について—信託的譲渡説と近年の学説—

V 小括（以上，本号）

| | |
|-----|---------------|
| 第2章 | ドイツ法 |
| 第3章 | 検討 |
| 終章 | 本稿のまとめと残された課題 |

序章

I 問題の所在

一 寄付の現状と実務的問題

日本の寄付市場は欧米諸国に比べてそれほど大きくない。各国の2016年度個人寄付総額をみると、日本は7756億円であるのに対し、イギリスは1兆5035億円、アメリカは30兆6664億円である⁽¹⁾。しかし、日本の寄付市場は年々増加傾向⁽²⁾にあり、日本人の寄付行動はますます広がりを見せているといわれている⁽³⁾。例えば、2011年3月11日に宮城県牡鹿半島沖を震源として発生した東日本大震災では、地震後に発生した津波により太平洋沿岸部で大規模な被害が生じ、死者、行方不明者2万人以上、建築物の全壊・半壊は合わせて40万棟以上となったほか、一時期には避難者数も40万

-
- (1) 日本ファンドレイジング協会編『寄付白書2017』（日本ファンドレイジング協会、2017）11頁。日本ファンドレイジング協会が発行する『寄付白書』は、日本の現在の寄付市場全体を概観し、寄付者・市場のニーズの確かな把握、寄付市場の特徴的な変化を捉えることを目的として発行されており、寄付を集める側のファンドレイザーのみならず、行政機関、メディア、研究者等の基礎資料、傾向把握等のために使用されている（日本ファンドレイジング協会事業紹介（寄付白書）HP：<https://jfra.jp/research>）。
 - (2) 個人寄付総額は、2011年の東日本大震災発生以降ここ数年で約7000億円を保っている（日本ファンドレイジング協会編・前掲注（1）（2017）10頁）。また、東日本大震災に際し76.4%の人が寄付したことは、日本社会において寄付という社会参加の手法について理解と認知を広げるうえで非常に重要な意味があったといわれている（日本ファンドレイジング協会編『寄付白書2011』（日本経団連出版、2012）196頁）。
 - (3) 日本ファンドレイジング協会編・前掲注（1）（寄付白書2017）122頁。

人となり、前例のない規模での大災害となった⁽⁴⁾。この大震災を受けて、全国的に支援活動の輪が広がり、地震発生後から震災ボランティアやNPO法人等が主導となって被災者支援を行い、寄付を通じて被災者を支援する人々も多くみられた⁽⁵⁾。寄付に着目してみると、震災に対応して金銭および物資による寄付を行った人は、8457万人と推計され、日本人の15歳以上の人口の76.9%が行っており、寄付額は6000億円を超えていたといわれている⁽⁶⁾。さらに、直接被災地の復旧、復興支援にかかる主要なNPO法人への支援金と称される寄付も、主要14団体に86億円寄せられていたという⁽⁷⁾。

そして現在、寄付は直接被災地の復旧、復興支援にかかるNPO法人のみならず、国際協力・交流、自然・環境保全、子ども・青少年育成のため等⁽⁸⁾の様々な慈善活動を行うNPO法人を支える重要な財源となっており、社会問題の解決手段としても寄付は重要な役割を担っているといえる。

しかしながら、一方で実務では問題を抱えている。例えば、東日本大震災では、義援金が被災者に配分されないという問題が生じており⁽⁹⁾、当時、義

-
- (4) 総務省（消防庁発表）「平成23年（2011）東北地方太平洋沖地震第（159報別紙）」平成23年（2011年）東北地方太平洋沖地震とりまとめ報（2019）1頁以下、復興庁「避難所生活者・避難所の推移（東日本大震災、阪神・淡路大震災及び中越地震の比較）」（2011）参照。
 - (5) 日本ファンドレイジング協会編・前掲注（2）（寄付白書2011）13頁以下。
 - (6) 鶴尾雅隆「日本の寄付市場の現状とこれからの可能性—寄付10兆円時代実現に向けた現状と課題—」ボランティア学研究14回（2014）71頁。
 - (7) 日本ファンドレイジング協会編・前掲注（2）（寄付白書2011）35頁。
 - (8) そのほか、社会貢献活動の中間支援、まちづくり・まちおこし、教育・研究、保健・医療・福祉、芸術文化・スポーツ等のために寄付が行われている（日本ファンドレイジング協会編・前掲注（1）（寄付白書2017）22頁）。
 - (9) 朝日新聞2011年8月14付朝刊1面「義援金950億円、届かず」。また、東日本大震災では、多様な民間組織が寄付を資金とした支援を行っており、政府による被災者支援と比較して、その迅速性や支援内容の多様性等が注目されるようになったが、その実態は十分に把握されていないとの指摘もある（中嶋貴子「東日本大震災における災害寄付の実態と課題：活動支援金を中心に」（OSIPP Discussion Paper, 2014）1頁以下）。

援金⁽¹⁰⁾の受付を行った日本赤十字社は、「巨額な義援金が寄せられ、その取り扱いを託された。こうした大きな信頼をいただく団体として、義援金が迅速により有効・効果的に活用されるよう努めることは、当然の責務である」と述べた上で、義援金は、公的な資金ではないが、そのシステムは、強い公共的な性格、役割を有し、善意の寄付金という性格から、法令等の具体的な定めがないとして問題を提起していたように思われる⁽¹¹⁾。さらに、最近では、寄付を騙し取る行為も発生しており⁽¹²⁾、寄付金の使途等を明示せずに集金を行い、最終的に使途が不明で批判を浴びるという問題も発生している⁽¹³⁾。日本の寄付の現状と動向について独自に調査研究を行なっている日本ファンドレイジング協会の調査結果をみると、寄付者は、寄付先を選ぶ際に「寄付金の使い道が明確で、有効に使ってもらえること」、「活動の趣旨や目的に賛同・共感・期待できること」等を重視しており⁽¹⁴⁾、寄付を受

-
- (10) 義援金とは震災寄付とも呼ばれ、日本赤十字社、中央共同募金、テレビ局・新聞各社等が寄付を募集し、被災者の生活支援のために使われるお見舞いの金銭である。義援金受付団体を中心に作られる義援金配分割合決定委員会の決定により、自治体を通じて被災者一人ひとりに配られる。日本ファンドレイジング協会編・前掲注(2) (寄付白書 2011) 28 頁。
 - (11) 日本赤十字社「災害義援金に関する課題と今後の方向(報告)～東日本大震災における検証と総括を踏まえて～」(日本赤十字社, 2013) 2 頁, 7 頁以下。
 - (12) 難病児支援を装って街頭募金の名目で不特定多数の通行人から金銭を騙し取った事件がある(最判平成 22 年 3 月 17 日刑集 64 卷 2 号 111 頁参照)。
 - (13) 2005 年に日本で展開されたホワイトバンドキャンペーン(貧困撲滅の世界的アドボカシー活動)は、アドボカシー活動という特性が理解されず、商品購入費用が貧困者への支援につながっていなかったことから(ホワイトバンドの売上げが貧困者に対して募金されていなかった)、流行の後に批判の対象となった(中島誠「寄付に関する動機の構造」名古屋学院大学論集人文・自然科学篇第 56 卷 1 号 3 頁)。筑波君枝『こんな募金箱に寄付してはいけない』(青春出版社, 2008) 21 頁以下参照。
 - (14) 日本ファンドレイジング協会編『寄付白書 2015』(日本ファンドレイジング協会, 2015) 38-39 頁。内閣府の調査結果でも、寄付の妨げとなる要因に、「寄付先の団体・NPO 法人等に対する不信感があり、信頼度にかけること」等が挙げられていた(内閣府「市民の社会貢献に関する実態調査」(2017) 20 頁)。

ける団体には定期的、継続的な活動報告や紹介を行うことを求めている様子
がうかがえるとある⁽¹⁵⁾。そして、このような調査結果を踏まえると、今後、
寄付先となる団体は寄付金の使途の透明性を高めるために、適宜事業内容の
情報公開に努める必要があるといわれている⁽¹⁶⁾。

以上のことから、寄付をする際、寄付者は寄付金の使途や、寄付先の団体
の活動に関心を持っているが、寄付の受け手となる NPO 法人等の団体は寄
付の実務的な取扱いに苦勞しているように思われ、前述のような問題が多発
するとなれば、寄付者の寄付行動が萎縮する可能性もあると考えられる。

二 問題提起

前述の実務的な問題が生じる原因の一つには、寄付の法的な扱いが不明確
であったことにあると考えられる。すなわち、義援金等の寄付では、寄付
者、募集者（以下、寄付先となる NPO 法人、日本赤十字社等の仲介組織を「募集
者」と呼ぶ）、受益者（寄付を受ける被災者等）の三者間の法的関係をどのよう
に解するかが定まっておらず、寄付の法的構成についての検討が不十分であ
るのではないだろうか。これについて、大村敦志教授は、次のように述べて
いる⁽¹⁷⁾。すなわち、個別の訪問、街頭での勧誘、あるいは、マス・メディ
アを通じての呼びかけによる募金に応じて、個人が、また、団体や企業が 1
回限りの資金援助を行うことや、より恒常的な資金援助を行うことがあると
し、このような資金援助を一般に「寄付」とした上で、税制上の優遇措置を

(15) 日本ファンディング協会編『寄付白書 2013』（日本ファンディング協会、2013）65 頁以下。

(16) 下澤嶽「日本赤十字社、共同募金にみる日本的募金の展開」静岡文化芸術
大学紀要 16 号（2015）29 頁、石田祐＝奥山尚子「地域福祉を支える寄付の仕
組に関する研究」全国勤労者福祉・共済振興協会（2012）13-14 頁、中
嶋・前掲注（9）18-19 頁、中島・前掲注（13）3 頁参照。

(17) 大村敦志「現代における委任契約—「契約と制度」をめぐる断章—」中田裕
康・道垣内弘人編『金融取引と民法法理』（有斐閣、2000）111-113 頁。

設けることは、寄付者にとって大きなメリットがあり、寄付の促進・助長が期待できるが、寄付は最も免税措置のみもとめて行われるというわけではなく、特定の活動団体に寄付するか否かの判断を左右するのは、免税措置の有無だけではないとする。そして、寄付者が寄付をする判断基準は、この団体は、自分の期待するような活動、寄付に見合っただけの活動をしてくれるだろうか否か、といった点も判断の分かれ目であるとし、さらに、そうだとするならば、この点につき寄付をする人々を安心させる法的枠組を確立することによって、寄付の促進・助長がはかれるはずであるという。大村教授はこのように述べた上で、寄付という形で、活動に対して周辺的な参加者の地位を明らかにするということが寄付の促進・助長につながるが、寄付の法的性質ないしその法的な構成に関しては、これまでのところ必ずしも十分に議論されてはいないとしている⁽¹⁸⁾。

それでは、これまで寄付の法的構成についてどのように議論がなされてきたのであろうか。これについて、我妻栄博士は、「贈与」の節の「特殊の贈与」の中で、四つの特殊の贈与類型の一つとして寄付を論じており⁽¹⁹⁾、義援金等の三者間で行われる寄付を募集の目的に使用すべき義務を伴う信託的譲渡と解する⁽²⁰⁾。来栖三郎博士⁽²¹⁾は「贈与が社会公共のためになされるとき」を「寄付」であると述べ、二つの場合に区別している。(1) 個々人が直接に一定の寺社、学校、社会事業施設に寄付する場合、(2) 発起人⁽²²⁾が多

(18) また、吉田邦彦教授は、地震等の災害での被災者あるいはボランティア活動等の慈善活動を支える主軸の一つである慈善的寄付活動の法学的検討は現代的に急務であると述べていた(吉田邦彦「贈与と法学の基礎理論と今日的課題—市場外の財貨移転研究・序説(三)」ジュリスト1183号(2000)152頁以下)。

(19) 我妻博士は、その他三つの「特殊の贈与」として、負担付贈与、定期贈与、死因贈与をあげている(我妻栄『債権各論中巻I』(岩波書店, 1957)233-238頁)。

(20) 我妻・前掲注(19)238頁。

(21) 来栖三郎『契約法』(有斐閣, 1974)224頁。

数の人から寄付を集める場合（震災時における義援金の募集等）である。来栖博士は、通常、寄付は（1）のように二者間で行われるが、（2）の場合、寄付者と受益者の間に、寄付者から財産を集め、受益者に財産を移転する役目を負う発起人が存在するとする。そして、（1）の場合は、民法上の贈与と考えられ、（2）の場合、通説は、寄付者から寄付財産が発起人に信託的に譲渡されるとする（信託的譲渡説）⁽²³⁾。

前述の来栖博士の（2）の場合については、単純な贈与ではなく、信託的譲渡と解するようであるが、この信託的譲渡について、加藤永一博士は次のように述べている。寄付の目的に使用すべき義務が募集者に存在し、寄付が募集者から受益者に移転することにより、寄付者の目的が達成するとされ、募集者が義務を履行しない場合、寄付者は募集者に義務の履行を催告でき、それでも履行されない場合は、契約を解除し、寄付財産の取戻し、または損害賠償を請求できるとする⁽²⁴⁾。さらに近年では、加藤雅信教授は、次のとおり説明する。贈与が社会公共のためになされる場合は寄付と呼ばれるが、特定の目的のため、発起人、世話人が寄付を募集する場合があります、これは出捐者を委託者、発起人ないし世話人を受託者、最終的に寄付を受ける者を受益者とするような、信託法上の他益信託が設定されると考えるべきであるとする。加藤（雅）教授は、通説は「信託的譲渡と解する」とするが、この種の場合には、明示的に信託法の適用を認め、分別管理義務を課すべきで

(22) 本稿では、義援金等における寄付において、寄付を募って寄付者からの寄付を受け取り、その寄付を受益者（被災者等）へ移転する役目を担う団体等を募集者と呼ぶが、論者によっては本稿でいう募集者を発起人（あるいは世話人、受寄者）と呼ぶ場合がある。

(23) そのほか、柚木馨＝高木多喜男編『新版注釈民法（14）債権（5）』（有斐閣、1993）14-16頁（柚木馨・松川正毅執筆担当部分）においても信託的譲渡と説明されている。

(24) 加藤永一「寄付—一つの覚書—」契約法大系刊行委員会編『契約法大系Ⅱ』（有斐閣、1962）8頁。

あるというのである⁽²⁵⁾。また、潮見佳男教授は、寄付が契約類型としての贈与に該当するかどうかは注意が必要であるとするものの、慈善的活動をしている団体・発起人への負担付贈与ではなく、むしろ「信託」と見るのが適切な場合が少なくないとされてきたとする⁽²⁶⁾。山本敬三教授も、公共的な慈善目的のために財産が無償で譲渡される場合は、一般的に寄付と呼ばれ、信託型の贈与として寄付を説明している。すなわち、寄付が第三者(被災者)に利益を与えるために行われる場合は、財産権の移転その他の処分をし、相手方に一定の目的に従い財産の管理または処分させることとして、その第三者を受益者とする信託と構成する方が実態に即しているとする⁽²⁷⁾。

このように寄付は、贈与として論じられてはいるものの、寄付者から募集者へ信託的に譲渡されると解されており、特殊な贈与として位置付けられている⁽²⁸⁾。また、近年では、寄付には寄付者、募集者、受益者の三者が関与すること、財産権が移転や一定の目的に従い財産の管理処分を行うという特徴があるということ等から、信託法の適用を認める見解もある。この見解も、寄付を単なる贈与と解するのではなく、前述した三者が関与する寄付の特徴を考慮するものであると思われる。

しかし、学説の検討には次のような問題点があると思われる。まず、贈与の法的構成は条文からもわかるように二者間での贈与を想定している、これに対し、寄付は前述のように二者間でなされるものの他に、義援金等のように三者間でなされるものがある。三者間でなされる寄付においては、実際に募集者は寄付者から直接利益を受けず⁽²⁹⁾、寄付者は寄付の受益者のために

(25) 加藤雅信『新民法体系Ⅳ 契約法』(有斐閣, 2007) 172頁。

(26) 潮見佳男『契約各論Ⅰ』(信山社, 2002) 39頁。

(27) 山本敬三『民法講義Ⅳ-1』(有斐閣, 2005) 331頁。

(28) しかし、最近では、平野裕之教授は寄付の場合寄付を発起する発起人・世話人等が集めた金銭を基金であるとし、公共の目的のために管理し処分することになるので、寄付者と発起人との関係は贈与ではないとする(平野裕之『債権各論Ⅰ』(日本評論社, 2018) 130-131頁。

贈与（寄付金の提供）をなしているのであって、募集者のために贈与をなしているとはいえない。このように一見すると、寄付が民法典上の贈与として捉えられるものか⁽³⁰⁾、寄付が契約類型としての「贈与」に該当するか否かについては注意を要すると思われる⁽³¹⁾。次に、寄付はこれまで信託的譲渡説、信託法によって構成する説明がなされてきたが、なぜ寄付を信託的譲渡説、信託法によって構成するのが適切なものか、そこで狙われている法的効果は何なのかが十分に明らかではないと思われる。また、信託的譲渡説は、履行請求権や返還請求権を寄付者に認めるものであるが、寄付を負担付贈与と解した場合でも、募集者が負担を履行しなければ、寄付者は負担の履行を請求することができ、それでも履行されない場合は、契約を解除することが可能であると思われる。したがって、この点からいえば、寄付を負担付贈与と構成することは不可能ではなく、わざわざ通説のように信託的譲渡とする必

(29) 我妻博士は、募集者はこの場合に寄付によって利益を受けるわけではないから、贈与とみるのは不適當であるとする（我妻・前掲注（19）238頁）。

(30) この問題に関しては、日本民法典立法過程から、贈与、負担付贈与に関する規定が設けられるにあたり、どのような議論がなされたのかを明らかにする必要があると思われる。すなわち、日本民法典において、寄付を直接に規律する条文はないが、寄付には寄付者による無償の出捐があるということから、寄付は主に贈与で論じられるものの、単に贈与とするのではなく、寄付が寄付者から募集者に信託的に譲渡されるという信託的譲渡説が通説となっている。これに対して、寄付を負担付贈与と解した場合でも、募集者が負担を履行しなければ、寄付者は負担の履行を請求することができ、それでも履行されない場合は、契約を解除することが可能であるとするものもある（加藤・前掲注（24）8-9頁、中田裕康『契約法』（有斐閣、2018）264頁参照）。しかし、負担付贈与に関しては、寄付において何が負担なのかがわからず、また、そこでいう負担が負担付贈与において想定される負担に当たるかどうか十分に検討されていない。以上を踏まえると、日本民法典立法過程の検討から、贈与自体がいかなる贈与を対象とするのか、負担付贈与において「負担」とはいかなる内容を有するものなのかについて明らかにする必要があると思われる。しかし、紙幅の都合上、これらの検討については、別の機会に譲ることとしたい。

(31) 潮見・前掲注（26）39頁。

要はないようにも考えられるのではないだろうか。最後に、寄付には、様々な類型があるにも関わらず、従前の議論は、寄付者、募集者、受益者という当事者に着目し、三者間で行われる寄付のみを対象としてきたことである。例えば、寄付には、寄付者と寄付の受益者が一致する場合（町内の祭事のための寄付等）、募集者と受益者が一致する場合（NPO 法人が自身の活動のために集める寄付等）、さらには、三者間行われる寄付にも、特定人のための寄付金を募集する場合（特定の交通事故の遺児等）、ある範囲に属する不特定人のための寄付金を募集する場合等（震災における被災者等）がある。このことから、これまで議論の対象となっていた三者間で行われる寄付は今一度どのような寄付なのかを明らかにし、三者間で行われる寄付以外の他の寄付の類型にも着目した上で、寄付をどのように法的に捉え構成すべきかを検討する必要があるように思われる。

II 本稿の目的と検討順序

一 本稿の目的

前述のように日本法において、寄付を信託的譲渡と解するのが通説であり、典型的な贈与とは区別され、特殊な贈与として位置付けられている。贈与の類型に違いがあるのであれば、類型の違いを適切に考察した法的構成を考えて、寄付の実質を重視した法解釈を展開する必要があると思われる⁽³²⁾、信託的譲渡説は、寄付の実質を重視したものとして支持できるようである。なぜなら、義援金等に見られる公益的、慈善的な寄付には、そこに付された負担が公益的の性質を有する（社会的弱者保護、要支援者の支援等）場合等があるので、寄付者の目的は特に尊重すべきであるし、寄付者から寄付を受けた

(32) 小賀野晶一「贈与の信託的構成—譲渡法理からの考察」米倉明編『信託法と民法の交錯』（トラスト 60, 1998）82 頁以下参照。

募集者は、寄付者の目的に忠実に従い寄付を受益者へ移転させることが求められるからである⁽³³⁾。また、実務においても、寄付をする際、寄付者は、寄付先である募集者が自分の期待するような活動、寄付に見合った活動を行ってくれるかどうかを重視していると思われる⁽³⁴⁾。しかしながら、寄付についてはこれまで述べたようにいくつかの問題があるのではないだろうか。

そこで本稿の目的は、これまで検討が不十分であったと思われる寄付の法的構成について、日独の寄付の法的構成に関する学説を手がかりに、各学説がどのように寄付を評価して法的に構成しているかを明らかにすることであり、それらの考察を踏まえて、寄付をどのような法的構成によって捉えるべきかという問題について検討することである。

二 検討順序

本稿では検討の際には、ドイツ法を参考にすることとしたい。ドイツ法を参考とする理由は次のとおりである。すなわち、ドイツ民法典（以下では、「BGB」と称す）は、寄付に関する条文を有し（BGB 1914 条）、この条文の制定を契機に、古くから寄付の法的構成に関する議論が蓄積しており、学説が多岐にわたって展開されているからである。また、後述するように、日本法においてはドイツ法の影響を受けて、学説が展開されていたことも確認できるので、ドイツ法を参考に検討することは有益であると思われる。そして、本稿では具体的には次のような検討を行う。

第 1 章の日本法では、寄付の法的構成に関する学説の整理・分析を行う。前述のとおり、寄付は、贈与として論じられるものの、単純な贈与ではなく、信託的譲渡とするのが通説である。しかし、学説の検討は不十分な状態

(33) 小賀野・前掲注 (32) 84 頁。

(34) 日本ファンディング協会編・前掲注 (1) (寄付白書 2017) 39 頁、内閣府・前掲注 (14) 20 頁、大村・前掲注 (17) 111 頁以下参照。

であると思われる。すなわち、なぜ寄付を信託的譲渡と解するのが適切なのか、信託的譲渡と構成することで狙われている法的効果は何なのか等について十分に明らかではなく、信託的譲渡説の具体的内容を明らかにする必要があると思われる。また、学説の整理・分析に入る前に、従前の学説の議論において、今一度どのような寄付を対象に議論を進めていたのか、学説上では、どのように寄付が定義されているかを検討することから始めたい。そして、近年では信託的譲渡説をさらに発展させ、寄付を信託法によって法的に捉えようとする学説もいくつか存在している。これらの学説についてもみていき、日本法における寄付の法的構成に関する学説の到達点を示すこととしたい。

第2章では、古くから寄付の法的構成に関する学説の蓄積があり、学説が多岐にわたって展開されているドイツ法を検討する。BGB立法過程で第二委員会では、寄付の社会的重要性から、寄付に関する条文の制定が試みられ、BGB 1914条が規定されている。しかし、寄付の法的構成に関する条文の制定はなされず、BGB 1914条は寄付財産の管理に関する条文として親族法編に制定されたため、BGB制定直後には寄付の法的構成について検討する文献が多く公表され、寄付の法的構成はいかなるものか、どのように寄付を法的に捉え構成するべきであるのかといった問題意識の下で、学説が多岐にわたって提唱されていた。このことから、各学説を取り上げ、その学説に対する各論者の見解をみていき、学説の整理・分析を行うこととする。また、学説の整理・分析に入る前には、日本法の検討と同様に、従前の学説の議論において、今一度どのような寄付を対象に議論を進めていたのか、学説上では、どのように寄付が定義されているかを検討することから始めたい。

第3章では、日本法、ドイツ法の検討結果をもとに寄付の法的構成について検討していく。具体的には、これまで日独における各学説がどのような寄付を対象にこれまで議論を進め、寄付をどのように評価して法的に捉えてき

たのかを明らかにし、その各学説の論じている内容の適否を評価するという考察を加える。その際、各学説の構成によれば、権利義務関係はどのようなのか、そのような権利義務関係のあり方は寄付の実態に照らしてどこに問題があるのかといった視角から分析を行う。そして、その分析結果をもとに、改めてなぜ日本法において寄付を信託的譲渡と理解するのか、信託法によって規律するのかというように、信託的譲渡説、信託法による構成の妥当性を検証していきたいと考えている。

第1章 日本法

I はじめに

本章は、日本法における寄付の法的構成に関する学説の整理・分析を行い、学説の到達点を示すことを目的とする。本章の論述の順序は以下のとおりである。

学説の整理・分析に入る前に、従前の学説の議論において、今一度どのような寄付を対象に議論を進めていたのか、学説上では、どのように寄付が定義されているかを検討することから始める。その後、寄付の法的構成に関する議論の基礎を作った石坂音四郎博士、中島玉吉博士、加藤永一博士の論文を参照していく。そして、近年では信託的譲渡説をさらに発展させ、寄付の法的構成について信託法によって考察する学説や、委任による規律を試みる学説等もみられるので、これらの学説についてもみていくこととする。

II 寄付の概念

寄付について検討した論文は少ないが、石坂音四郎博士、中島玉吉博士が

詳細に論じている。両博士の論文が公表された後も、寄付については、加藤永一博士が「寄付—一つの覚書—」というタイトルで論じられている。各論文では、主に寄付の法的構成について検討しているが、検討に入る前に、寄付の概念について定義している。これについて、加藤永一博士は、寄付が、日常生活において様々であり、形態・内容が異なるため、まず、法的検討の対象となる寄付がどのようなものか、寄付の概念を検討する必要があると述べている。したがって、本稿においても、寄付の法的構成に関する学説の整理・分析の前に、学説が対象としてきた寄付はどういったものなのかという問題意識をもとに、寄付の概念を確認することとし、以下では、石坂博士、中島博士、加藤博士の論文から寄付の概念について順にみていくこととする。

一 石坂音四郎博士の見解

石坂博士は、ある一定の目的のために公衆に寄付金または義援金を募集することは今日頻繁に行われているとし、例えば、震災、飢饉、火災等の不幸に遭遇した地方の人々のため、私立大学、図書館等を設立するため、記念碑を建設するために、貧民を救済するため、個人のために募集される寄付金であるとする。義援金については、一人もしくは多数の募集者が一般公衆に向けて一定の目的を達するために財物の寄付を募集するという性質があるとする⁽³⁵⁾。さらに、石坂博士は、このような寄付金の募集については、従来、法的研究が不足しており、寄付者と募集者との間の法律関係、募集者が多数の場合は、募集者間の法律関係を考察する必要があるとする⁽³⁶⁾。そして、法的な考察をする前に、このような寄付の募集の意義を明らかにする必要があるとして、寄付の意義を次のように述べている⁽³⁷⁾。すなわち、寄付金募

(35) 石坂音四郎「寄付の性質」同『改纂民法研究上巻』（有斐閣，1919）179頁。

(36) 石坂・前掲注（35）179頁。

集とは、相互に関係なき多数人が無形的若しくは社会的利益のために一時的（経過的）に募集者に無性に財物を寄与することをいうとして、これが寄付の意義であるとする。

加えて、石坂博士は、寄付は次のような形態を有するとする⁽³⁸⁾。まず、一人若しくは数人の募集者を要し、この募集者はある目的のために一般の公衆から財物を収集する者であり、社会上に地位名望もあるので、一般の信用を有する者であるとする。また、寄付された財物は、募集者が受領し、募集者によってまとめられ、募集者はその財産をその目的のために使用するべきであるとする。次に、多数の寄付者を要するとし、寄付者間には何ら法律関係がないとする。そして、寄付者が募集者に財物を寄与することが必要であるが、金銭以外の動産、不動産を寄与する場合もあり、その財物は、無償で募集者に寄与されなければならないという。ここで、寄付者は、社会的若しくは無形的利益のために財物を寄与することを要求されるとする。最後に、募集者は無形的若しくは公共的な利益のために、一時的な目的をもって寄付を募集しなければならず、この一時的な目的には、達成されれば直ちに消滅する性質を有するという。

石坂博士は、寄付の意義、形態について上記のように述べた上で、この寄付の意義からすれば次のような寄付の場合は、寄付の意義に当てはまらないとする⁽³⁹⁾。例えば、寄付者自身が寄付財産の利益を享受する場合、数人が、ある目的を達成するために合同しその目的を達成するために出資する場合、すでに継続的に存在する法人、組合等のために財物を寄付する場合、永久的な目的のために基本金を募集しその財産について特別の管理方法を設ける場合、慈善会、演奏会等において物品、入場切符を売り、その売上高の一部を

(37) 石坂・前掲注 (35) 180-181 頁。

(38) 石坂・前掲注 (35) 180 頁。

(39) 石坂・前掲注 (35) 181-182 頁。

慈善事業に寄付する場合である。

以上のことから、石坂博士は、寄付金募集の意義が明らかとなるとし、最後に、寄付金募集は、その募集の目的によって次のように区別されるとする⁽⁴⁰⁾。すなわち、特定人のための寄付金を募集する場合（例えば、出征中の軍人の家族のため）、ある範囲に属する不特定人のための寄付金を募集する場合（例えば、震災における被災者のため）等である。

二 中島玉吉博士の見解

中島博士は、寄付について公募義援金と称し、公募義援金は、火災、水害、噴火、地震等の災害に遭遇した人々を救済するため、神社の建設のために等に用いられるとする。このような公募義援金は、古代から頻繁に行われており、近代においても新聞の普及や広告方法が多数存在することから公募義援金は増加しているという⁽⁴¹⁾。しかし、中島博士は、このような公募義援金が盛んに行われているものの、これについて民法は規定を有することはなく、判例学説も全く存在しないとし、その理由について次の三つの理由を挙げている⁽⁴²⁾。一つ目は、義金募集行為の中心人物は募集者であり、義援者は募集者を信じて寄付を行うので、募集者となる人物は、通常信用のある人物であり、不正行為をあえてすることは稀であるから、裁判上の問題にならないこと。二つ目は、寄付者は、出捐の際に、出捐物をその財産上の計算外に置くことを決心しており、募集者に多少の過失があってもこれを追及することを避けること。三つ目は、仮に募集者の過失を寄付者が追及したとしても、その法律関係が不明であるがゆえに、原告として出訴するときは多少

(40) 石坂・前掲注(35) 182-183頁。

(41) 中島玉吉「公募義義捐金」同『続民法論文集』（金刺芳流堂，1922）226-227頁。

(42) 中島・前掲注(41) 227-228頁。

の敗訴の危険があるので、出訴を躊躇することである。

そして、中島博士は、公募義援金に関わる当事者の法律関係を研究するには、その事実関係を明らかにする必要があるとして、当時の公募義援金の特徴について述べている⁽⁴³⁾。まず、中島博士は、公募義援金の目的について次のように述べる。公募義援金の目的は、一時的であり、継続的な事業を営営するために金銭を集める場合は、公募義援金の目的ではない。募集者自身の利益のために募集する場合は単純な贈与であり、これは公募義援金ではなく、公募義援金は、震災等の被災者のために新聞社が義援金を募集するような場合であり、この場合、新聞社は自ら利益を受けておらず、このように募集者が寄付によって利益を受けない場合を公募義援金とする。また、公募義援金が第三者に利益を与える場合、その受益者が拒絶した時は、目的不能となるので、募集者は募集行為に着手する前に、受益者の内諾を必要とするが、これは必ずしも必要ではないという。次に、中島博士は、公募義援金に関わる当事者、すなわち、募集者、寄付者、受益者について次のように説明している⁽⁴⁴⁾。募集者については、公募義援金において募集者は主導者であり、目的を決定して募集の方法を定め、寄付財産の管理、目的の実行を行う者であるとする。募集者は、受益者ではなく、一人または多数者によって構成される場合があるという。寄付者については、寄付者の存在は公募義援金行為の要件であり、寄付者がいて初めて義金募集は成立するものであるとし、寄付者は通常多数者で構成されるという。受益者については、公募義援金においては受益者が存在する場合、受益者が存在しない場合があるとする。例えば、受益者が存在する場合は、政治家のために寄付を募集するというように、受益者が特定されている場合と、寄付の募集時に受益者は特定していないが、一定の条件を定めその条件を具備する者をもって、受益者とな

(43) 中島・前掲注(41) 239-230頁。

(44) 中島・前掲注(41) 230-234頁。

る場合があるという（例えば、震災等における被災者等）。受益者が存在しない場合は、戦勝記念のために記念碑を建設するためである等であるとする。

このように述べて、中島博士は、公募義援金には募集者、寄付者、受益者の三者が存在するとする。そして、中島博士は、義金募集において受益者が存在する場合は極めて多いので、基本的には受益者の存在する場合を基本的に考察するとし、寄付者自身が利益を受ける場合、募集者が同時に受益者となる場合を考察の対象外とする⁽⁴⁵⁾。

三 加藤永一博士の見解

まず、加藤博士は、前述の石坂博士の寄付概念を参照しており、その結果、寄付者と寄付財産の受益者とが一致する場合（学校の運動会のため、学校の職員学生から寄付を募り、宴会で出席者から寄付を集める場合等）、継続的に存在する設備に財物を寄付する場合（社寺や孤児院への寄付等）、永久的目的のために寄付金を募集し、その財産について特別の管理方法を設ける場合（運動部のために基本金を設け、寄付金を募集する場合等）等は、寄付概念から除外されるという⁽⁴⁶⁾。それは、これらの場合、組合、贈与等の規定で規律することができ、あえて寄付として問題にする必要がないからであるとする。また、加藤博士は、石坂博士の寄付概念からは、次のようなことがわかるという⁽⁴⁷⁾。すなわち、寄付には、必ず一定の目的があること、寄付者、募集者、受益者の三当事者が存在すること、財産の無償供与であるということである。この概念は、三当事者が、それぞれ別個に存在し、一時的、経過的目的の財産供与の場合だけを寄付としているとする。

次に、これらの寄付概念について、加藤博士は、この概念規定が寄付の法

(45) 中島・前掲注 (41) 233-234 頁。

(46) 加藤・前掲注 (24) 1-2 頁。

(47) 加藤・前掲注 (24) 2-3 頁。

的構成のためになされており、その結果、既存の民法の規定で規律できるものは、寄付の概念から排除されているとして注意が必要であるとともに、上記の寄付概念は狭すぎるといわざるをえないという⁽⁴⁸⁾。そして、加藤博士は、確かに多くの場合、寄付はこの概念規定のような形のものであり、寄付の一つの典型であることには疑いがないとするものの、世間では寄付と呼ばれるものがこれ以外にもあり、社会的には重要な意味をもっているとして、石坂博士の寄付概念を手がかりに、広く寄付の概念の内容の検討を試みている。

加藤博士は、最初に、世間には、いろいろな寄付の形があるとして、次のような寄付の事例を挙げている。街頭の赤い羽根募金や神社・仏閣に対する賽銭のような寄付者の一方的、現実的な金銭その他の物品の供与を一般公衆に求めるもの。PTAの寄付、町内の祭礼の寄付等、地縁ないし団体等一定の社会関係を通して集めるもの。都市計画に際して市民に「供出」させた土地の寄付や科学研究費で購入した図書・機械器具等の寄付等、国または公共団体に強制的に無償供与がなされたもの等である。

これらの例を挙げた上で、加藤博士は、寄付という言葉は、もともとは、寄付者の自発的な意思に基づく金品の提供を意味していたとし、これら雑多な形の寄付にも共通した要素があるとして、いくつかの共通要素を挙げている⁽⁴⁹⁾。一つ目は、寄付は無償でなければならない、寄付は無償で金銭その他の物を供与すること、または約束することであるとする。慈善興行や勸進相撲、お年玉付き年賀はがき等、料金の一部または収益を寄付する場合もあるが、興行主催者、郵政省が寄付の主体となることはあっても、少なくとも入場料を払い、はがきを買う者、つまり一般公衆は料金に应ずるだけの利益を受けるから、寄付の当事者とはいえないという。また、寄付は、金品の供

(48) 加藤・前掲注 (24) 3頁。

(49) 加藤・前掲注 (24) 4-6頁。

与、または供与の約束だけを指すとする。その他に、無償で一定の目的、公共的・社会的目的のために自発的に役務を提供する場合があります、これは実質的に寄付と同様の機能を有しているが、寄付の対象は金品の供与ないし約束に限られるという。二つ目は、寄付には、寄付者、募集者、受益者の三者が当事者として関係するという。ただ、実際には、募集者と受益者が一致する場合、寄付者が募集者、受益者となる場合も少なくないとする。しかし、三者が当事者として関係する場合は、募集者に何らかの管理行為ないし団体行為が必要であり、募集者と受益者が一致する場合や寄付者が募集者、受益者となる場合と比べて、法的構成、法的効果においても差異が生じるので、寄付においてはこれら三者を区別しなければならないという。三つ目は、寄付には必ず特定の目的があり、それは多くの場合、公共的ないし社会的目的であるとする。そして、寄付が寄付といわれ、単なる贈与と区別される所以は、寄付者が寄付の目的を知り、または知っているともなされる状態において、その目的に協力するために金品を提供し、またその約束をするところにあるという。最後に、四つ目として、寄付は、本来寄付者の自発的意思に基づき、義務に基づく会費等の負担金や分担金とは異なるという。

加藤博士は、以上のような寄付の概念、特徴について述べて、寄付を次のように定義している⁽⁵⁰⁾。すなわち、寄付とは、寄付者が受益者のために一定に目的にしたがって、無償でまたはその他の物を供与し、もしくは、供与の約束をすることであるとする。さらに、加藤博士はこのように定義した上で、寄付の類型については次のように述べる⁽⁵¹⁾。第一の類型として、募集者と受益者が一致する場合であり、例えば、神社、仏閣や保育園等、施設や団体等が直接に寄付を受ける場合であるとする。そして、これをさらに二つに分け、特別の目的による限定ないし条件がついていない場合と、寄付者が

(50) 加藤・前掲注 (24) 5頁。

(51) 加藤・前掲注 (24) 6頁。

一定の目的による限定ないし条件をつけた場合に分ける。第二の類型として、募集者と受益者が別個に存在して、募集者がもっぱら、寄付という事業を管理、運営する地位を持つ場合であり、赤い羽根募金等、いわゆる募金会の行う公募寄付がその典型であるとする。

Ⅲ 寄付の法的構成に関する学説の展開

日本法において、最初に寄付の法的構成について検討したのは、石坂音四郎博士であり、同時期中島玉吉博士も検討を行っている。両博士は、寄付の法的構成について学説をいくつか挙げて論じているが、いずれの学説もドイツ法文献の影響を多く受けていることがうかがわれる。そして、両博士は、各学説を否定した上で、現在の通説と呼ばれる信託的譲渡説を支持していると思われる。また同時期の判例である、大判大正12年5月18日刑集2巻6号419頁（以下「大正12年判決」という）では、「寄付者が特別なる意思表示なき限りは、寄付財産は信託的に事業の発起人または発起人団体にその所有権が移転する」ものとした上で、「寄付金の募集員が自己の占有する寄付金を不法に領得するときは横領罪を構成する」としている。この判決は、募集者が寄付目的に反して自己の占有する他人の財産を預得し、刑事責任が問われたものであるが、寄付の法的構成について言及した判例であるといわれ、信託的譲渡説を支持していたと理解されている。このような流れから、現在の基本書等では、三者が関与する寄付の法的構成については、寄付の目的に使用すべき義務を伴う信託的譲渡であると一般的に説明されるようになり、近年の学説では、さらに進んで信託法の適用を積極的に認めていくものや、そのほか、委任による構成等も主張されている。

以下では、まず、寄付の法的構成に関する議論の基礎を作った石坂博士、中島博士の両博士の提唱している各学説および唯一の判例である大正12年

判決をみていく。その後、信託的譲渡説の具体的内容を把握するために、加藤永一博士の論文をはじめ、基本書等でみられる信託的譲渡説の解説をみていきたい⁽⁵²⁾。

一 学説の萌芽—石坂音四郎博士、中島玉吉博士の学説と大正12年判決—

1 石坂音四郎博士、中島玉吉博士の各学説

寄付をどのように法的に捉え構成するべきかといった問題に関しては、石坂博士は、寄付者と募集者との法的関係を考察するべきであるとしており、中島博士も寄付に関わる当事者の法的関係を分析して研究するべきであるとして、寄付者と募集者との関係を中心に検討している⁽⁵³⁾。石坂博士、中島博士が論文において取り上げている学説は、主に、贈与説、負担付贈与説、寄託説、委任説、第三者のためにする契約説、組合説、法人説、信託（信用）行為説である。以下では各学説の内容と、それに対する両博士の見解をみていきたい。

（一）贈与説，負担付贈与説

まず、贈与説は、寄付者と募集者との間で贈与が成立するという説⁽⁵⁴⁾と、寄付者と受益者との間で贈与が成立する説⁽⁵⁵⁾が挙げられる。前者については、石坂博士は、寄付者は、寄付により募集者に無償で財産を与える意思を

(52) 第1章のⅢの学説の紹介において記載している民法の条文は、民法の一部を改正する法律（平成29年法律第44号（平成29年5月26日成立，同年6月2日公布。令和2年4月1日施行））の施行前の条文であり、信託法の条文に関しても、現行信託法（平成18年12月15日法律第105号。平成18年12月8日成立，同年12月15日公布。平成19年9月30日公布）の施行前の条文である。

(53) 石坂・前掲注（35）183頁，中島・前掲注（41）236-237頁。

(54) 石坂・前掲注（35）185頁，中島・前掲注（41）237頁。

(55) 石坂・前掲注（35）185頁。

有せず、募集者もまた自ら寄付財産を確定的に自己の財産として有する意思を有するのではなく、むしろ他の利益のために寄付金を募集し、その目的たる事業を実行しようとしている点で妥当ではないとする⁽⁵⁶⁾。中島博士も同様に、寄付者の意思は、募集者に利益を与えようとしているのではなく、募集者も自ら利益を収めようとする意思を有しているわけではないので、両者間に贈与が成立する理由はないとする⁽⁵⁷⁾。後者については、石坂博士は、寄付財物は、直接に寄付者より受益者に移るものではなく、一旦募集者の手に移り、その後受益者に移転するものであるとし、さらに、ある範囲の多数人（例えば、火災に遭った者）のために寄付金を募集する場合については、誰が受贈者か知ることはできない等を理由に否定している⁽⁵⁸⁾。また、中島博士も、仮に受益者を受贈者としても、寄付者と受益者との間では直接の関係がなく、公募義援金の場合、特定の受益者が存在しない場合があるので、不適切であるとして否定している⁽⁵⁹⁾。

次に、負担付贈与説は、寄付者と募集者との間に贈与が成立し、募集者はその寄付された財物がある一定の目的のために使用すべき義務または寄付を受益者に与える義務を負担するものというものである⁽⁶⁰⁾。

石坂博士は、寄付者は受贈者たる募集者に贈与する意思はなく、募集者も贈与を受ける意思はなく、単に中間の媒介者たる地位にあるのみであると、募集者は寄付された財産をもっぱらその目的たる事業のために使用することを要し、財物の寄付は、単にその目的を達する手段に過ぎず、主たる目的は財物を取得するのではなく、その企画する事業のために使用するため

(56) 石坂・前掲注 (35) 185 頁。

(57) 中島・前掲注 (41) 237 頁。

(58) 石坂・前掲注 (35) 185 頁。

(59) 中島・前掲注 (41) 238 頁。

(60) 石坂・前掲注 (35) 186-187 頁、中島・前掲注 (41) 239-240 頁。

あるという⁽⁶¹⁾。したがって、受贈者の負担と募集者が寄付財産をその企画した寄付目的のために使用するべき義務とは同一視できないとして否定している。中島博士は、負担付贈与説は、贈与説よりも寄付の法的構成を説明できそうであるが、負担付贈与の場合、その負担が贈与物の目的物に比べて軽少でなければならず、負担付贈与の要件を満たしていないとして否定している⁽⁶²⁾。

(二) 寄託説

寄託説は、寄付者は募集者に財物を寄託するものとし、寄付者と募集者との間の関係は、寄託契約と解され、募集者は受寄者として目的の実行まで寄付財産を保管する義務を負うとするものである⁽⁶³⁾。

石坂博士は、寄託の場合、寄託者はその寄託の目的物を保管する義務を負うのみであり、一方、寄付の場合は、その寄付財物の所有権を放棄する意思を有しているので、寄託のように当事者の契約により寄付者は寄付財物の返還請求を行い、募集者がこれを返還する義務を負うのは不適切であるとして、寄託説を否定する⁽⁶⁴⁾。中島博士は、寄託契約は、その目的は単に保管にあり（民法 657 条）、受寄者は受寄物を処分する権限がないが、義援金については、募集者は寄付目的の範囲を超えない程度で、処分権を有するとする⁽⁶⁵⁾。そして、民法の規定によれば、寄託者はいつでも受寄物を返還請求ことができ（民法 662 条）、義援金について寄付者にこれを認めると、寄付目的を挫折させることとなるとする。

(61) 石坂・前掲注 (35) 187 頁。

(62) 中島・前掲注 (41) 239 頁。

(63) 石坂・前掲注 (35) 187 頁、中島・前掲注 (41) 240-242 頁。

(64) 石坂・前掲注 (35) 187 頁。

(65) 中島・前掲注 (41) 240-241 頁。

(三) 委任説

委任説は、寄付者は、直接その目的たる事業の完成に関与せず、募集者に委任するものであり、寄付者と募集者との間に委任契約が成立し、前者を委任者、後者を受任者とする説である⁽⁶⁶⁾。

石坂博士は、募集者は自ら事業を計画し、財物の用途は自ら決するものであり、募集者は受任者よりもはるかに独立した地位を有している。これに対して、受任者は、その委託されている事務を執行するには、委任者の指図に従うことを要し、委任事務処理の報告をなすべき義務を負っており、その支出した費用の返還請求権を有するとして、募集者と受任者の立場に注目する⁽⁶⁷⁾。そして、募集者は、寄付者に対してこのような権利義務を有することはなく、委任では委任者はいつでも委任の撤回をすることができるが、寄付者にはこのような撤回権がないので、妥当ではないとする⁽⁶⁸⁾。中島博士は、委任者はいつでも委任契約を解除することができ(民法 651 条)、公募義援金の場合、事務の主体は寄付者ではなく、むしろ募集者であるとする。そして、寄付者は募集者を監督する権限はなく、一旦応募した以上は、その契約を任意に解除し、出捐を取り戻すことはできないとする⁽⁶⁹⁾。また、委任の場合、事務の実行のためには、委任者が受任者に引き渡した物の所有権は受任者に移転するのではなく、委任に伴う代理権的作用によりその意思表示が本人に対して効力を生じるのみであり、義援行為においては、募集者は義援財産上に所有権を取得し、これを処分する権限を有している点で、委任

(66) 石坂・前掲注 (35) 188 頁, 中島・前掲注 (41) 242-244 頁。また、中島博士は、受益者が委任者、募集者を受任者とする説も参照しているが、受益者が存在しない場合は、不自然であり、義援金は、募集者が主導者となって受益者のために財物を集めるという実態には適さないとする(中島・前掲注 (41) 242-243 頁)。

(67) 石坂・前掲注 (35) 188 頁。

(68) 石坂・前掲注 (35) 188 頁。

(69) 中島・前掲注 (41) 243-244 頁。

説は不適切であるとする⁽⁷⁰⁾。

(四) 第三者のためにする契約説

第三者のためにする契約説は、募集者と寄付者との間に第三者のためにする契約が成立し、募集者は寄付者に対して第三者（受益者）に給付をなすべき義務を負い、第三者が受益の意思表示をなす時は、その請求権を取得するというものである⁽⁷¹⁾。

石坂博士は、ある人の利益のために寄付を募集しない場合やそうであっても、特定人のためにする場合でなければ適用できず、寄付された財物は、受益者に分配されるに至った場合、その財物を取得すべく、分配されるに至るまでは、受益者と募集者との間には法律関係が成立することはないという⁽⁷²⁾。また、寄付者、募集者は直接に第三者に権利を取得させる意思をもって寄付を契約しているわけではないとして、第三者のために契約説を否定する。中島博士は、第三者のためにする契約は、経済上の受益の主体は第三者であり、契約当事者は第三者を受益させるための担保者たる地位を有するにすぎないとする⁽⁷³⁾。そして、義援金の場合は、その主導的地位に立つのは募集者であり、募集者が現実に所有権を与え、物を引き渡すまでは受益者は何らの請求権を有することはないとして、第三者のためにする契約説を否定する。

(五) 組合説

これまでの学説は、寄付者と募集者との関係を中心とした法律関係を構成

(70) 中島・前掲注 (41) 244 頁。

(71) 石坂・前掲注 (35) 188 頁、中島・前掲注 (41) 244 頁。

(72) 石坂・前掲注 (35) 188-189 頁。

(73) 中島・前掲注 (41) 245 頁。

するものであるが、組合説は、寄付者相互間に組合契約が成立するとするものである⁽⁷⁴⁾。募集した財産は組合財産となり、募集者が組合の機関になって、現実に寄付の目的を達するまでは、寄付者も寄付財産について関係を断たれず、目的が不能となった場合は、寄付者はその財産を取り戻すことができるという。

石坂博士は、寄付概念においても言及したように、通常、各寄付者は相互間に法律関係を生じさせる意思を有しておらず、寄付の実態から離れるので組合説は不適切であるとする⁽⁷⁵⁾。中島博士は、組合が成立するには組員相互間に意思表示の交換があり、契約の存在を要するとし、公募義金の場合は、寄付者はただその目的に賛成し、募集者を信じて寄付するので、寄付者が他にいるかどうかに関心がないとする⁽⁷⁶⁾。したがって、組合説により、寄付者の意思で、募集者の進退を左右し、寄付者が公募義金の解散を請求する場合等は、寄付概念と相いれないので妥当ではないとする。

(六) 法人説

法人説は、寄付の募集をもって法人設立行為とみなし、寄付財産をもって基礎となす財団法人を認め、寄付財産はその法人に属し、募集者をもってその管理人とするものである⁽⁷⁷⁾。寄付財産は一定の目的に提供され、寄付者は寄付財産について直接の利害関係を離れ、募集人が専らその寄付財産の管理を任され、目的の実行に尽力するという点において適切であると説明されている。

石坂博士は、寄付者は財団の設立者と同一視することはできず、寄付金募

(74) 石坂・前掲注 (35) 190-191 頁, 中島・前掲注 (41) 246-248 頁。

(75) 石坂・前掲注 (35) 191 頁。

(76) 中島・前掲注 (41) 247-248 頁。

(77) 石坂・前掲注 (35) 184-185 頁, 中島・前掲注 (41) 248-249 頁。

集においては、募集者がすでに財産募集の前に存在し、寄付を集めるための事業を企画し財産の用途を定めており、寄付者はこれに全く関係しない等を理由に法人説を否定している⁽⁷⁸⁾。中島博士は、義金募集行為は法人設立手続きに合わず、法律により直接に義金をもって法人とする規定がないとし、義金募集の目的は、一時的であって、継続することを意図していない等を理由に、法人説を否定する⁽⁷⁹⁾。

(七) 信託行為、信用行為説

ここでは、石坂博士は、信託行為という言葉を用い、中島博士は、信用行為という言葉を用いており、異なる言葉を用いて説明しているものの、両博士の説明は同様の内容であり、両博士は同説支持している。この信託行為、信用行為説は、のちの通説である信託的譲渡説の原型となる説であると思われる、以下ではまず、石坂博士の見解、中島博士の見解を順にみていく。

石坂博士は、前述のいずれの学説も寄付の法的構成について明らかにしているとはいえないとして、信託行為説によって説明するのが妥当であるとし、以下のように述べる⁽⁸⁰⁾。

寄付者は、寄付をなすにあたって、寄付財物の所有権を放棄する意思を有し、自らその所有権を留める意思はない。したがって、寄付は募集者に移転するものであり、寄付者は募集者に贈与をなす意思をもって、権利を移転するのではなく、募集者の財産を増加する意思もない。寄付をなすのは、募集者に対して寄付金募集の目的である事業上に使用させるためであり、換言すれば、ある一定の目的のために権利を移転するものであって、権利を移転するのはある目的を達成する手段に過ぎない。よって、寄付者の達しようとする

(78) 石坂・前掲注 (35) 184-185 頁。

(79) 中島・前掲注 (41) 248-249 頁。

(80) 石坂・前掲注 (35) 191-193 頁。

る事実上の目的とその法律上の手段とは齟齬しており、法律上の効果は当事者の目的に超過するので、寄付は信託行為をもって説明するべきであるとする。そして、石坂博士は、信託行為にあっては、権利は有効に受託者に移転し、その移転された権利は、通常の権利と異なるものではないが、受託者はその定められた一定の方法に従い、権利を処分すべき債務を負担するとして、寄付を信託行為によって構成するべきであるとする⁽⁸¹⁾。

中島博士は、信用行為により、所有権は完全に募集者に移転するも、これと同時に、募集者は、その財産を一定の目的以外には使用または処分しない義務を負担するという⁽⁸²⁾。そして、この信用行為説を前提に、募集者の地位、募集者の相互の関係、寄付者の地位、受益者の地位について以下のように述べる⁽⁸³⁾。

まず、募集者の地位については、募集者は、寄付者により受け取った財産の所有権を取得し、第三者に対する関係においても所有者であるだけでなく、寄付者に対しても所有者となるとする。そして、募集者は、寄付者に対して次のような義務を負うという。第一に、寄付財産を寄付の目的以外に使用または処分しない義務。第二に、寄付の目的を実行するために尽力する義務を負担し、善管注意義務を持って管理し、目的遂行に関しても過失がないことを要する。第三に、目的実行後、計算書を公にする義務、目的不能となった場合に、これを寄付者に返還する義務である。また、募集者相互の関係については、募集者相互の関係は、相互に組合契約が存在すると仮定している。なぜなら、数人の募集者は協力して共同の事業を営むことを相互に約するものであれば、完全に組合契約の要件を具備するはずだという。

次に、寄付者の地位については、寄付者は、相互に認識がない場合が通常

(81) 石坂・前掲注 (35) 193 頁。

(82) 中島・前掲注 (41) 249-253 頁。

(83) 中島・前掲注 (41) 254-262 頁。

であり、相互に組合契約が存在するものではなく、寄付者が募集者に対して有する債権は、各自独立して行使せざるをえないとする。

最後に、受益者の地位については、寄付者と終始直接の法律関係にあることはないとし、受益者と募集者間の契約の性質は、無償財産移転契約、すなわち贈与であるとする。

2 大正12年判決

石坂博士、中島博士は、各学説を参照した上で、信託行為、信用行為説によって寄付を法的に捉える見解を述べていたが、同時期にこの見解を支持する判例が現れている。それが前述した大正12年判決である。大正12年判決は、募集者が寄付目的に反して自己の占有する他人の財産を預得し、刑事責任が問われたものであるが、寄付の法的構成について初めて言及した判例である。大正12年判決の事案の概要、判旨の内容は以下のとおりである。

【事案の概要】

Y1, Y2, Y3 (被告人・控訴人・上告人) は、大正10年4月上旬長野県松本市郊外A市のB町からC町に通じる道路を開設するために町の役員の協議に基づき、寄付金を募集しこの寄付金をもって敷地を買収した上、同市に寄付することによって上記道路の開設を速成せんとして、上記3名が道路委員として選任され、本件決議の趣旨に従って寄付金を募集し敷地を買収する等の事務に従事することになった。そして、Yらは次の行為に及んだ。

(1) Y1・Y2・Y3の3名は、大正10年5月21日訴外合名会社Dを訪問し上記会社の社員訴外Eと交渉の結果、上記の道路の敷地にある同会社所有の土地28坪7合5勺全部の寄付を受けることになり、その内14坪は土地をもって寄付を受け、残り14坪7合5勺は表面上前記土地を代金700円に見積もって買取することにし、さらに同会社より右と同様の金員の寄付を受

けることに訴外 E と合意した。しかし、その後、Y1・Y2・Y3 の 3 名は、前記 14 坪 7 合 5 勺の土地を代金 1475 円で買収し同金員を支出したかのように装って、金 700 円は上記のごとく寄付を受けたことにして、その残額を横領せんと共謀した。各道路委員は上記合名会社訴外 D のほか 50 余名より寄付金として交付された金員を訴外 F に保管させることにしたが、Y1・Y2・Y3 の 3 名は、訴外 F が占有する金員の中から当時上記敷地買収のため訴外 F より預かった金 750 円を各自 250 円に分配両得して、横領した。(2) Y1 および訴外 F (原審被告人) は、大正 10 年 5 月 21 日、訴外 G 商事合名会社を訪問し上記会社の支出人訴外 H と交渉の結果、上記道路の敷地にあたる同会社所有の土地 81 坪 3 合のうち 40 坪 6 合 5 勺は土地をもって寄付を受け、残り 40 坪 6 合 5 勺は代金 2000 円で買収しこの内、500 円の寄付を受けることになったので、残金 500 円を訴外 G 商事合名会社に支払った。しかし、同日 25 日頃、訴外 F および Y1・Y2・Y3 の 4 名は、上記買収の土地代金を 2700 円として、これに対し金 1500 円の寄付を受け残金 1200 円を訴外 G 商事合名会社に支払ったかのように装って、その差額各 100 円を分配横領せんと共謀し、訴外 F が業務上保管する金員の中から、各自 100 円を横領した。

【判旨】

「通常寄付金を称するは公共的性質を有する一定の事業に付其の創設維持等に要する資金を弁するが為に不特定多数の人が無償的に出捐する金銭の謂なれば一般の場合に於ては寄附者の特別なる意思表示なき限り其の出捐せる金銭の所有権は事業の発起人団体（法人なる場合なると否とを別たす）に帰属するものと解するを相当とす而して所掲判示事実に掲れば本件寄付金は寔に叙上の性質を有し寄附者たる D 合名会社外 50 余名の所有に属せず被告人等が道路委員として代表せる敷地買収費寄附金募集事業の発起人団体の所有に

帰属せるものなることを明確になれば道路委員たる被告等個人の所有に非ざること論を須たず然らば被告等が不法に自己に領得せる判示寄附金が被告以外なる他人の所有に属し而して被告等の占有に係るものなることを認め被告等の右所為を横領罪に門疑処断したる原判決は相当なり本論旨は理由なし。」

【分析】

本判決は、「寄付者が特別なる意思表示なき限りは、寄付財産は信託的に事業の発起人または発起人団体にその所有権が移転する」ものとした上で、「寄付金の募集員が自己の占有する寄付金を不法に領得するときは横領罪を構成する」とした。本判決は、寄付とは何か、寄付の法的構成について初めて言及した判決であると理解できる。

すなわち、本判決は、寄付については「通常寄付金を称するは公共的性質を有する一定の事業に付其の創設維持等に要する資金を弁するが為に不特定多数の人が無償的に出捐する金銭」として、前述した寄付の概念と同様に寄付を定義している⁽⁸⁴⁾。そして、本判決は、寄付の法的構成に関し、寄付財産が寄付者から募集者に信託的に移転するとして、寄付者、募集者、受益者の権利義務関係について言及していないものの、募集者に信託的に譲渡されるという信託的譲渡説（当時でいえば信託行為説、信用行為説）を採ったものと理解できる⁽⁸⁵⁾。また、大正12年判決は、中島博士の論文の公表の翌年に下

(84) 中野正俊「受託者の信託義務違反と寄付金の法律上の性質」同『信託法判例研究（新訂版）』（酒井書店、2005）220頁。

(85) 平野義太郎「公募寄付金—（一）公募寄付金の性質—寄付金所有権の帰属者—（二）寄付金と横領罪の成立」法協42巻7号（1924）180頁、中野・前掲注（84）221頁。そのほか、広島高判昭和31年2月18日高等裁判所刑事裁判特報3巻6号216頁では、共同募金は共同募金委員会の所有に属するが、その所有権は速やかに募金事務を結了してこれをより多く受益団体に配分すべく義務付けられた一種の信託的譲渡で、委員会の事務局職員がこれを保管中ほしいままに消費または支出した場合は、業務上横領罪を構成すると判示している。

された判決であり、中島博士の論文が大正12年判決に影響を与えていることは容易に考えられ、当時の評釈においても、正当に公募寄付金を法的に捉えることができないため、信託行為説を採用するべきであり、大正12年判決はこの説を採ったのであって極めて正当であると評価されている⁽⁸⁶⁾。

二 信託的譲渡説

石坂博士、中島博士の信託（信用）行為説の提唱を受け、大正12年判決は信託行為説を支持するに至ったといえる。その後、寄付の法的構成については加藤博士が詳細に論じている。また、基本書等では、贈与の範囲内、特殊の贈与として寄付を論じるものの、大正12年判決を引用して寄付を信託的譲渡と捉える説明が多く、今日において信託的譲渡説が通説となっている。

以下では、信託的譲渡説の具体的内容を把握するために、加藤永一博士の論文をはじめ、基本書等の解説を順にみていくこととしたい。

1 加藤永一博士の見解

加藤博士は、三者が関与する寄付についての考察の前に、募集者が受益者となる場合、すなわち、募集者が寄付者の寄付によって利益を受ける場合について論じている。これについては、単純な贈与と構成するも、この場合に、寄付者が寄付に一定の目的による限定をつけて、あるいは条件をつけた場合については、負担付贈与ないし条件付贈与と構成する⁽⁸⁷⁾。加藤博士は、

(86) 平野・前掲注(85)180頁。そのほか、内田貴名誉教授は、判例の理解を前提に、例えば、贈与における受贈者か信託的譲渡の受託者かの違いは、寄付を集めた事務局等が集めたお金を私的に使った場合に、後者であれば横領になる点であるとする（内田貴『債権各論』（東京大学出版会、2012）170頁）。

(87) 加藤・前掲注(24)6-7頁。

負担付贈与と解する場合、寄付財産は一定目的または寄付者の要求に応じて使用するという負担付で募集者に属し、募集者が負担を履行しなければ寄付者は負担の履行を請求し、それでも履行しない場合は、契約解除によって寄付財産を取り戻すことができるとする。条件付き贈与と解する場合、条件は停止条件、解除条件と解することができるとし、寄付財産は定められた目的に使用することを停止条件として募集者に帰属するであるとか、寄付財産は募集者に解除条件付きで帰属し、定められた目的に使用されないことを条件に寄付者に帰属すると解することができるとする。そして、加藤博士は、この種の寄付を贈与と構成するのであれば、寄付者と募集者間の法律行為であり、その内容は当事者の意思表示に決定されることはいうまでもないとして、当事者の意思は様々であるからこれらの場合を一律に負担ないし条件付き贈与であると構成することは不正確であるとする。したがって、加藤博士は、結局は当事者の意思解釈によって決定するべきであるという⁽⁸⁸⁾。

このように述べた上で、加藤博士は、三者が関与する寄付については、募集者が寄付者と受益者とを結びつける仲介者となっている点はその特色であるとし、寄付は寄付者から募集者へなされるにかかわらず、募集者は寄付財産の取得によって利益を受けることがないので、単純に贈与と構成することはできないようにみえるとする⁽⁸⁹⁾。そして、このような寄付の場合は、一般に信託関係、つまり、寄付者・募集者間の行為は寄付財産の信託的譲渡であり、募集者は寄付財産を寄付の目的にしたがって処理すべき義務を負うものと解されているとする⁽⁹⁰⁾。さらに、加藤博士は、信託的譲渡説について次のように述べている⁽⁹¹⁾。すなわち、受益者は、寄付者から募集者に対す

(88) 加藤・前掲注 (24) 7頁。

(89) これについて、加藤博士は寄付と民法の定める贈与との異同の問題があるとする(加藤・前掲注 (24) 8頁)。

(90) 加藤・前掲注 (24) 8頁。

(91) 加藤・前掲注 (24) 8頁。

る寄付財産の譲渡によって当然にその利益を享受するものではなく、寄付財産は一旦募集者に帰属し、募集者が受益者に寄付財産を譲渡した場合、はじめて受益者に帰属する。寄付目的は募集者の受益者への移転行為によってはじめて達せられるのである。このような構成の結果、募集者が義務を履行しないときは、寄付者は募集者に対して義務の履行を催告し、それでも応じないときは契約を解除し、寄付財産を取戻し、または損害賠償を請求できることとなるであろうと述べている。このように述べ、加藤博士は、信託的譲渡説の考え方の中心は、募集者の目的にしたがった寄付財産の処理義務、およびこれに対応する寄付者の請求権を基礎付ける点にあるといい、このような考慮は、前述の募集者が受益者となる場合の寄付においても存在するとする⁽⁹²⁾。したがって、この点からいえば、三者間で行われる寄付の場合も、負担付贈与ないし条件付き贈与と構成する事もあながち不可能ではないという⁽⁹³⁾。

しかし、加藤博士は、信託行為と構成される場合、すなわち、信託的譲渡説について否定的ではなく、状況に応じて寄付の法的構成については贈与ないし無償の信託契約とみれば十分であるとしている⁽⁹⁴⁾。

(92) 加藤・前掲注(24)8頁。

(93) 加藤・前掲注(24)8-9頁。また、加藤博士は、信託行為と構成される場合も、やや疑問はあるが、寄付は財産の無償供与であるから、贈与の規定を適用、準用されるという結果になろうとし、受益者の地位については、受益者から募集者に対し直接義務の履行を請求できることを容易にし、受益者を保護するために、できるだけ第三者のためにする契約の成立を認めるべきであるとみる(加藤・前掲注(24)9-10頁)。

(94) 加藤・前掲注(24)9頁。また、加藤博士は、三者間で行われる寄付について、例えば、故人の遺族の生活を保障するために、故人の友人たちが募集者となり募金活動を行う場合等は、負担付贈与と解することが容易に考えられるとする。しかし、赤い羽根募金のように、一旦募集者の手に寄付財産を集中し、これを受益者に分配する場合は、負担付贈与と解することは難しいとする(加藤・前掲注(24)10頁)。

2 我妻栄博士の見解

我妻博士は、公益や公共のためになされる無償の出捐を寄付と呼んでおり、色々な目的のために、多くの寄付が募集されているとした上で、寄付の社会的な重要性を認識していた⁽⁹⁵⁾。そして、ある特定の公共的な目的のために数名の募集者が多数の寄付者から寄付を集める場合、募集者は、それによって利益を受けるわけではないので、贈与と見るのは不適當であるとし、この場合、募集の目的に使用すべき義務を伴う信託的讓渡と解するのが適當であるという。

我妻博士はこのように信託的讓渡説を支持し、各寄付者は、募集人に対して、募集目的に使用すべき旨を請求する債権を有するとするが、寄付者がこの権利を行使することは極めて困難であるので、できるだけこの権利の成立を認め、募集者の責任を重くすることが至當であるとする⁽⁹⁶⁾。そして、寄付の受益者が募集者に対し直接に請求する権利を取得するかどうかは、寄付が第三者のためにする契約を含むかどうかで決定されると述べている。

3 永田菊四郎博士の見解

永田博士は、まず寄付に関して、寄付とは、公益的目的のためになされる無償の出捐であり、実際には各種のものが存在し、必ずしも統一的ではないとし、寄付の法的構成については、いくつか場合分けして解説されている⁽⁹⁷⁾。すなわち、学校、慈善施設等に対する特定個人の出捐は贈与であり、一定の使用目的を指定した場合は負担付贈与であると解する。

しかし、募集者が一定の目的を支持して不特定から寄付を募る場合は、む

(95) 我妻・前掲注 (19) 237-238 頁。

(96) 我妻・前掲注 (19) 237-238 頁。

(97) 永田菊四郎『新民法要義第三卷下 債権各論』(帝国判例法規出版社, 1959) 106 頁。

しろ、募集目的のために使用すべき義務を伴う募集者に対する、金品の所有権の信託的譲渡と解すべきであって、贈与と解するべきではないとする⁽⁹⁸⁾。

4 三宅正男博士の見解

三宅博士は、当事者の一方が金銭その他の物を相手方に交付し、相手方が受領したものを第三者に交付し、または、第三者もしくは、公共の目的のために管理し処分する義務を負う場合、一般に寄付と呼んでいる⁽⁹⁹⁾。寄付の場合、寄付の募集者は、交付された財物を第三者または公共のために管理し処分する義務を負うのだから、寄付者と募集者との関係は、「財産を与える」に当たらないといい、寄付の法的構成に関しては、信託的譲渡と解するのが有力であり、募集者が寄付を受けた財物をそのまま第三者に交付するのではなく、一定の目的のために管理し処分する場合、信託（信託法1条）に類似するから、寄付財産は募集者に信託的に帰属し、募集者が数人であれば合有（信託法24条1項）となると解すべきであるとする⁽¹⁰⁰⁾。

そして、募集者が寄付を受けた財物をそのまま特定の第三者に交付すべき場合には、むしろ寄付者から第三者への贈与を、募集者が寄付者の委任を受け、受任者として行うと見るのが適当であるとする⁽¹⁰¹⁾。また、いずれにせよ募集者が保管中の寄付金を自己に領得すれば横領罪となるとして大正12年判決を引用して説明している⁽¹⁰²⁾。

5 星野永一博士の見解

星野博士は、直接相手方に利益を与えるための寄付が贈与にあたることに

(98) 永田・前掲注(97)106頁。

(99) 三宅正男『契約法各論上巻』（青林書院新社，1983）3頁。

(100) 三宅・前掲注(99)4頁。

(101) 三宅・前掲注(99)4-5頁。

(102) 三宅・前掲注(99)5頁。

については問題がないとし、例えば、社会福祉施設、教育施設、宗教団体への寄付が挙げられるとする⁽¹⁰³⁾。そして、問題は、被災者のための募金等でみられる、第三者が募集者となり、一定の目的のために寄付を募集する場合であるという。これについて星野博士は、これは、募集者に対する贈与ではなく、通常は寄付の目的に使用すべき義務を伴う所有権移転、信託的譲渡と解されるとする⁽¹⁰⁴⁾。

また、星野博士は、特定の者に寄付することが予めはっきりしている場合にはその者のためにする募集者に対する寄託であると解されるし、第三者のためにする契約と解される場合もあり得ると指摘している⁽¹⁰⁵⁾。

6 石田穰元助教授の見解

石田元助教授は、寄付とは、社会的公共的目的をもった財産の移転であり、通常は贈与であるとするも、慈善団体への寄付等、受贈者が寄付の一定の目的に使用するという制約を伴うことが多く、それらは負担付贈与となることが多いという⁽¹⁰⁶⁾。

そして、数名の募集人が一定の目的のために寄付を募集することがあり、この法律的性質が問題となるとする⁽¹⁰⁷⁾。例えば、交通事故の遺児のために寄付を募集する、歴史的価値の高い遺跡を保存するために寄付を募集するというのがこれにあたるという。そこで石田元助教授は、これがどのような、法律的性質を有するかは、事案に応じて異なるとし、交通自己遺児のために寄付を募集する場合、通常、募集者を介して寄付者と交通事故遺児の間に贈与が成立すると考えて良く、あるいは、寄付者と募集者との間で、交通事故

(103) 星野英一『民法概論Ⅳ(契約)』(良書普及会, 1986) 109頁。

(104) 星野・前掲注(103) 109頁。

(105) 星野・前掲注(103) 109頁。

(106) 石田穰『民法Ⅴ(契約法)』(青林書院, 1982) 119頁。

(107) 石田・前掲注(106) 119頁。

遺児を受益者とする第三者のためにする契約が成立することもあるであろうという⁽¹⁰⁸⁾。

最後に、石田元助教授は、遺跡保存のために寄付を募集する場合は、募集者には特定の第三者にも利益が帰属しないから贈与ではなく、この場合、遺跡保存という制約を伴うところの寄付者から募集者への財産の信託的移転として説明されるとする⁽¹⁰⁹⁾。

7 鈴木祿弥博士の見解

鈴木祿弥博士は、公共・公益のためにおこなわれる贈与は、通常、寄付と呼ばれ、往々にして巨額に及んで、社会的重要性をもつとした上で、次のように述べている。すなわち、寄付額が寄付者の財産中で占める割合が大きな場合には、寄付が死因贈与の形でなされれば、遺贈によるときと同じく、実質上かれの遺産処理の一態様であり、生前に寄付がなされたときも、遺産の生前処理の意味をもつことが少なくないとする⁽¹¹⁰⁾。そして、寄付者が寄付をするに当たって、公益財団を設立する場合もあり、それが生前になされるときは贈与に近い形を（民法41条1項）⁽¹¹¹⁾、それが遺言によってなされたときは、遺贈に近いものということができる（民法41条2項）⁽¹¹²⁾という。

また、寄付に関して問題になるのは、受贈者がだれかが明白でない場合が多いことであるとして、このような場合、発起人等の個人に贈与されたので

(108) 石田・前掲注(106)119頁。

(109) 石田・前掲注(106)119頁。

(110) 鈴木祿弥『債権法講義三訂版』(創文社、1995)323-324頁。

(111) 本条については、「一般社団法人及び一般財団法人に関する法律及び公益社団法人及び公益財団法人の認定等に関する法律の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律」、「一般社団法人及び一般財団法人に関する法律（以下「法人法」という）、「公益社団法人及び公益財団法人の認定等に関する法律」の施行により削除されており、現在法人法158条に同様の内容が規定されている。

(112) 本条は現在削除されており、法人法158条に規定されている。前掲注・(111)参照。

はないことは明らかだから、多くの場合には、寄付の目的物は、寄付の目的にしたがってこれを使用すべき義務を伴って発起人等に信託されたのだと解するべきであるとする⁽¹¹³⁾。

三 近年の学説

寄付を法的にどのように捉え構成するべきかといった問題については、これまでみてきたように各論者は信託的譲渡説を支持する⁽¹¹⁴⁾。近年においても例えば、内田貴名誉教授⁽¹¹⁵⁾は、「寄付」は贈与である場合が多いが、大震災の被災者に対する義援金をNHKに設けられた事務局に寄付する場合、事務局は受贈者ではなく、歳末助け合い運動の寄付も、赤い羽を渡してくれた人やその事務局に寄付をしているわけではないとする。そして、それらの主体は、寄付者の目的になかった形でお金を使わなければならないから、信託的な財産の譲渡であって、相手方は受託者としての義務を負うという。

しかし、信託的譲渡説に言及するものの中には、鈴木博士のように信託と解する見解もみられていた。さらに、古くから末弘巖太郎博士⁽¹¹⁶⁾は、直接

(113) 鈴木・前掲注(110)323-324頁。

(114) 柚木=高木編・前掲注(23)(柚木馨・松川正毅執筆担当部分)14-16頁も参照。近年の論文でも、小島奈津子教授は、信託的譲渡説について次のように述べる。寄付約束が贈与と区別され特別視されるべきであるとすれば、その理由として考えられるのは、寄付者に社会的にみて価値ある目的があることであるとする。例えば、寺社や慈善団体に寄付する場合にも、それらの団体が、公益的な事業を営んでいることが前提とされており、そのような事柄は、贈与者の動機に関わり、贈与の性格に関わってくるのみならず、受贈者側も指定された用途に贈与目的物を使用しなければならないとする。そして、最終的な受益者自身に寄付がなされる場合、意思解釈によって条件、負担が付いた贈与となり、募集者と受益者が別個に存在する場合、贈与契約とは解されず、一般に信託的譲渡と解されるとする。この場合には、特に募集者に好き勝手に使用されては全く趣旨に反するとし、寄付者の寄付目的が重要であるという(小島奈津子「寄付について」清水元他編『平井一雄喜寿記念 財産法の新動向』(信山社, 2012)488-499頁)。

(115) 内田・前掲注(86)170頁。

(114)

信託法の適用を受ける信託以外にも信託的な関係は實際上数多く存在しているとして次のように指摘していた。すなわち、公募寄付金の法律的性質も信託法理に依ると極めて妥当に説明することができるとした上で、公募寄付金は一種の目的財産、一定の目的のために醸出された無主の財産であり、それを募集者が信託的権利者となり、あるいは銀行に預金する等の適当なる管理行為を行い、またあるいは寄付目的にしたがって処分するのであって、事の性質は正に信託であるとする。

そして、近年では、信託的譲渡説を支持しつつも、明示的に信託法の適用を認める学説もみられ、そのほか、委任によって捉える学説も存在する。以下では、このような近年の学説をみていくこととしたい。

1 四宮和夫博士の見解

四宮博士は、募集者が、個人に寄贈するため、あるいは特別の目的に使用するために募金する場合には、募集者を受託者とする信託が考えられるとし、寄付の法的構成については、寄付者と受益者との間に募集者の介在する場合（募集者介在型）は、信託的譲渡（信託法によるものではなく、信託行為＝fiducia 的信託）と解するのが判例、通説であるとする⁽¹¹⁷⁾。

そして、四宮博士は、寄付には次の三つの問題があるとする。一つ目は、寄付は特殊な贈与（負担付贈与、条件付贈与）か、それとも信託的譲渡か。二つ目は、信託的譲渡と見る場合、贈与の規定（民法 550 条、551 条）の適用ないし類推適用はあるか。三つ目は、第三者契約の認定基準は何かである（寄付の受益者が誰かという問題）。

まず、四宮博士は、一つ目の問題に対しては、募集者は直接利益を受ける

(116) 末弘厳太郎「信託法外の信託」同『民法雑記帳（下）』（日本評論社、1953）176 頁、182 頁。

(117) 四宮和夫『信託法（新版）』（有斐閣、1989）21 頁、24-25 頁。

ことはないから、贈与ではなく、信託的譲渡とみるべきであり、旧信託法一条に該当するからには、信託法上の信託と構成すべきであるとする⁽¹¹⁸⁾。

次に、二つ目の問題に対しては、寄付が私益信託の場合、寄付者、募集者の関係（原因関係）について、贈与契約が考えられるが、寄付（信託行為）自体は贈与契約ではないから、寄付（信託行為）にこれらの条文が当然に適用されることにならないという⁽¹¹⁹⁾。しかし、信託行為（他益信託設定行為）の第三者契約としての特質および、寄付の特殊性（委託者多数、そして、委託者と受益者との直接の折衝は事実上ほとんど存在しないこと）を考えると、寄付（信託行為）自体についてそれらの規定を類推すべきであるとする⁽¹²⁰⁾。また、寄付が公益信託の場合、通常は、寄付者と受益者間で直接の贈与契約は考えられないから、一層強い理由で、寄付（信託行為）自体について、それらの条文を類推適用すべきであると述べる⁽¹²¹⁾。

最後に、三つ目の問題に対しては、公益信託の場合、私益信託の場合のような受益者は、原則として存在せず、定められた受益者圏の中から給付を受ける者が選出される場合（奨学金支給を目的とする信託で奨学金支給者を決定した場合）や、信託の目的から受益者がおのずから特定される場合（ある大学のローマ法講座担当教授、助教授に一定の研究費を支給する旨の信託が設定された場合）には、その者に少なくとも債権的な権利が認められようが、それは第三者契約の効果ではなく、反射的效果に過ぎないとする⁽¹²²⁾。ただ、公益法人等のための信託が公益信託とされる場合には、同時に私益信託かつ他益信託の性格をも有し、第三者契約を想定することができるとする⁽¹²³⁾。

(118) 四宮・前掲注 (117) 25 頁。

(119) 四宮・前掲注 (117) 25 頁。

(120) 四宮・前掲注 (117) 25 頁。

(121) 四宮・前掲注 (117) 25 頁。

(122) 四宮・前掲注 (117) 25 頁。

(123) 四宮・前掲注 (117) 25-26 頁。

2 小賀野晶一教授の見解

まず、小賀野教授は、通説の見解を支持し、贈与における所有権移転は、通常、完結的な譲渡と認められるが、贈与において当事者間の高度な信頼関係が存在するもののうちには、一定の目的のために信託的譲渡がなされたものと認められる場合があるとして、信託的譲渡説を前提に寄付の法的構成について論じている。信託的譲渡説については、小賀野教授は、次のように説明する⁽¹²⁴⁾。すなわち、高度の信頼関係のもとになされる A から B への所有権移転であり、所有権は完全に B に移転するが、B は A に対して所有権をその目的以外に使用しない義務を負うとし、この義務に違反すれば、所有権は B から A に復帰するとする。そして、第三者との関係では B は完全な所有権者となるから、B が目的物を C に処分した場合、原則として C は有効にその所有権を取得することができ、他方、A は C に追求することができないとする。

そして、小賀野教授は、通説を支持しつつも、寄付を法的に構成する際、信託的譲渡から信託的構成と把握しようとしており、その理由を以下のように述べる⁽¹²⁵⁾。

まず、小賀野教授は、信託的譲渡説は、寄付の実質を重視した解釈であるとした上で、贈与の種類によっては、「受益者」の立場をより厚く保護すべき場合があり得るとし、そのために、受贈者が「受益者」に対して負うべき「所有権をその目的以外には行使しないという義務」を、単なる債権的拘束にとどめず物権的拘束に高め、「受託者」に対して一定の物権的義務を求め、これを目的に、信託的構成の可能性が検討されなければならないとする⁽¹²⁶⁾。

(124) 小賀野・前掲注(32) 85-86頁。

(125) 小賀野・前掲注(32) 82-86頁。

(126) 小賀野・前掲注(32) 86頁。

次に、小賀野教授は、無償契約は有償契約と比べて契約の拘束力が弱いものとされており、無償契約の典型である贈与について、たとえその中の一定類型のものに限定されているとしても、信託法理を導入して契約の拘束力を高めることは、無償契約の理論として統一性を欠き、許されないという反論が予想されるとする⁽¹²⁷⁾。小賀野教授はこれについて、確かに、伝統的な無償契約論からみると、信託の構成は契約の拘束力を高める点において、突出しており、贈与法の解釈、適用の限界を超えているようにもみえ、信託法理に依拠するのであれば、当事者は信託を設定すれば良いであろうし、あるいは何らかの特約をすべきではないかとの反論が予想されるとする⁽¹²⁸⁾。

しかし、小賀野教授は、贈与については、実際にそのようなことを期待し、あるいは要求することはできず、贈与に類型の違いがあることを考えれば、類型の違いを適切に考慮した法的効果を与えることが適切であるとし、当該契約の実質を重視することこそが重要であり、一律に無償契約論を適用すべきではないとする⁽¹²⁹⁾。そして、この問題については、法解釈論の有する規範定立の機能を最大限に引き出すことが重要ではないかと述べている。また、小賀野教授は、寄付を負担付贈与と解するとしても、負担付贈与は、契約を締結することにより、目的物の所有権は形式上完全に移転しているとしており、当事者間に信頼関係を認めることができる状況では、その所有権移転は実質的には完結的ではないと捉えるべき場合があるとする⁽¹³⁰⁾。小賀野教授は、特に、贈与そのものや、そこに付された負担が公益的性質を有し、あるいは、社会的弱者保護等の政策的配慮が求められる場合には、そこにおける信頼関係はより高度に保護されるべきであり、そこでの所有権移転

(127) 小賀野・前掲注(32) 83頁。

(128) 小賀野・前掲注(32) 83頁。

(129) 小賀野・前掲注(32) 83頁。

(130) 小賀野・前掲注(32) 83頁。

を完結的なものとして処理することが妥当ではない場合が考えられると述べ、このように一定の客観的状況が認められる場合には、そこにおける所有権移転は完結的譲渡ではなく、信託的譲渡ととらえるべきであるという⁽¹³¹⁾。

このように述べた上で、小賀野教授は、負担付贈与においても当事者の義務は、一定の要件のもとより強化されるべき場合があり得るだろうとして、信託的譲渡説からさらに進んで、信託的構成のなされる要件を明らかにしようとする。以下では、寄付を信託的構成とする場合の要件についてみていきたい⁽¹³²⁾。

まず、小賀野教授は、一定の要件が必要であるとする⁽¹³³⁾。すなわち、信託が設定されるためには、信託設定の合意が必要であるという（信託法1条）。しかし、合意を認めるまでに至らなくても、その合意の内容が、信託の重要な特徴を備えている場合には、信託的構成を認めることができるとする。

次に、小賀野教授は、信託法における信託の典型的特徴として、以下の4つを指摘している⁽¹³⁴⁾。財産の管理を目的とすること、当事者間に高度の信頼関係があること、受益者（特定の者、公益）の保護を図る必要があること、所有権の移転が信託的譲渡と認められることである。そして、この4つが充たされた場合、信託の設定そのものがなされると認められるであろうと述べる。しかし、信託の設定が認められるためには信託法1条（さらに信託法2条）の要件が充足されなければならないが、4つが充たされても常に、信託が設定されたとはいえないとする。ただ、小賀野教授は、贈与の形式がとられた

(131) 小賀野・前掲注(32) 84頁。

(132) 小賀野・前掲注(32) 86-89頁。

(133) 小賀野・前掲注(32) 86-87頁。

(134) 小賀野・前掲注(32) 87頁。

ものを信託と見ることはしばしば無理が伴うが、信託の典型的特徴が認められる場合、実質は信託であるから、可能な限り信託法の類推適用（あるいは信託法理の応用）がなされるべきであるという⁽¹³⁵⁾。また、小賀野教授は、贈与には、種々の態様があり、基本的性質を異にすると考えられるものであることから、それらを一律に扱うことは妥当ではなく、むしろ各類型の特徴を考慮すべきであるとする⁽¹³⁶⁾。これについては、贈与には単純な類型のもののほか、介護等を見返りに高齢者が贈与する例、歴史的、文化的遺産の保護を目的とする例など、今日特有の態様を有するものとして関心が寄せられているという。そして、小賀野教授は、これら贈与のうち、公益を目的とする公益追求型等があり、しばしば、上記の4つの要件の充足が認められるであろうとする⁽¹³⁷⁾。さらに、ここでいう公益とは、公益信託における公益（信託法66条）と同義と解して良いという。

このように述べた上で、小賀野教授は、上記の要件を充たし、寄付を信託的構成と把握した場合の効果について、以下のような信託法理の応用が考えられるとして、贈与の場合と対比しつつ、応用が可能な信託法の規定を掲げている⁽¹³⁸⁾。

履行については、負担付贈与の場合、A（筆者注：寄付者）は負担の履行請求（契約法上の請求）が可能であり、売主の担保責任が問題となるとする（民法551条）。それに対して、信託的構成の場合は、信託法に基づく信託目的の履行請求が考えられ、例えば、B（筆者注：募集者）には、信託法の分別管理義務（信託法28条）、受託者の相続財産からの独立性（信託法15条）、信託財産に対する執行等の禁止（信託法16条）等の規定の類推適用が考えられると

(135) 小賀野・前掲注(32)87頁。

(136) 小賀野・前掲注(32)87頁。

(137) 小賀野・前掲注(32)87頁。なお、ここで小賀野教授は、前述した四宮博士の解釈論を参照している。

(138) 小賀野・前掲注(32)88-89頁。

する。Bの不当な処分については、贈与、負担付贈与の場合は、かかる処分は、形式的には合法と解されるとする。それに対して、信託的構成の場合は、信託目的に反する処分は信託違反であり、その処分行為を取り消すことができるとする（信託法31条）。Aの利益保護については、贈与の場合は、信義則、忘恩行為等を理由とする撤回が、負担付贈与の場合では、さらに解除（民法541条、542条の準用）が考えられるとする。それに対して、信託的構成の場合受託者の義務が明確にされているから、義務違反の状況も明確となり、受託者の損失補償（信託法27条）や、解除による目的物の取戻し（信託法57～65条）が可能であるとする。

以上のことから、小賀野教授は、贈与の受贈者が一定の履行義務を負う場合、状況によってその義務は信託法上の義務に高められるべきであるとし、これを受託者の義務と捉えることにより、信託法の規定を類推適用し、あるいは、それらの規定の趣旨を参考にすることができると述べる⁽¹³⁹⁾。そして、信託的構成をとる場合、受贈者は受託者又は受託者に類似する地位にある者として一定の義務を負担しなければならず、このことは当事者の信頼関係を安定的に継続させることに貢献するであろうという。ただ、小賀野教授は、贈与の場合、「信託の公示」がなされていないから、その限りで第三者との関係において効果が制限されなければならないとする⁽¹⁴⁰⁾。しかし、かかる場合でも、信託の公示の趣旨を考慮すると、悪意の第三者に対しては信託法の効果を貫徹して良い場面があり得るように思われ、このような解釈は民法レベルでも可能にみえるが、外形ないし形式ではなく実質を実現しようとする点において信託法理を考慮したものと考えられるとする。

(139) 小賀野・前掲注(32)88頁。

(140) 小賀野・前掲注(32)89頁。

3 森泉章博士の見解

まず、森泉博士は、寄付の法的構成について検討するにあたり、以下の事例を設定している⁽¹⁴¹⁾。

A（贈与者）（委託者）は、NPO法人（B）を通して震災の多数の被災者（C）に義援金を寄付したいというものであり、そのため、Aは、NPO法人B（受贈者）に義援金一億円を贈与し、この義援金をCのために管理運営かつ処分を委託したというものである。

森泉博士は、このような事例は、贈与に際して受贈者に何らかの給付を負担させる契約、つまり民法上の負担付贈与であるとする。負担付贈与の受益者は、贈与者自身でも、第三者でも、不特定多数人（災害の多数の被災者）であっても良く、受贈者であるBの負担は、贈与者Aの給付と対価関係に立つわけではないが、その負担の範囲内では対価関係に立つとみられるという。しかし、森泉博士は、このように、寄付は、一般的な理解に立つと負担付贈与が妥当であるかのようにみられるが、寄付の場合、贈与者Aの真の目的は、災害被災者（受益者）に一億円を寄付するところにあり、Aの意図する真の目的を実現し、受益者の利益を保護するために、明示信託以外の信託概念を活用すると以下のメリットがあるという⁽¹⁴²⁾。すなわち、NPO法人Bは、受贈財産（信託的財産）の受託者として、その財産についてNPO法人Bの固有財産と分別管理する義務を負うこと（財産の分別管理、財産の独立性）。NPO法人Bは、受託者として、その財産管理は、Aによって定められた一定の目的（信託目的）によって拘束されること。これについては、その一定の目的は公序良俗に反し（財産隠匿行為等）、また、不能であってはならないとする。NPO法人Bは、（信託法におけるような）受託者として忠実義務を負うことである。

(141) 森泉章『新・法人法入門』（有斐閣、2004）260頁。

(142) 森泉・前掲注（141）261頁。

そして、森泉博士は、上記の事例において信託概念の活用し、寄付の法的構成として考えられるのは、(基本契約である)負担付贈与と信託概念とが結合し一体となり(いわゆる信託的行為によって)契約の真の目的を実現し、受益者の利益の保護を図ることができるという⁽¹⁴³⁾。森泉博士は、このように、寄付の法的構成については、負担付贈与を基本契約と捉えるも、それでは不十分であるので、信託概念、信託行為により基本契約たる負担付贈与を補完する形をとる。

さらに、森泉博士は、前述した法的構成の有用性について次のように述べている⁽¹⁴⁴⁾。寄付において負担付贈与の法律関係として処理すると、Aの意図した真の法律効果、つまりNPO法人Bが被災者Cのために義援金を管理運営し、かつ寄付するという効果が必ず実現されるという保証はなく、受益者の利益を保護するのに十分ではない。しかし、AからBへの贈与を行った真の目的は、BからCに確実に義援金が渡されることであり、Aはそれを願っているという。そして、森泉博士は、法形式上は贈与の形がとられているが、実質は、信託的構成によってもおかしくはないとする。つまり、Aが「被災者Cのために義援金の寄付」という真の目的を達成するために、負担付贈与契約に、他人の財産を管理するための信託概念(信託的行為)を活用すると、Aの真の目的は確実であり、信託法理の活用によって、受託者Bには、強い忠実義務、分別管理義務、信託財産の独立性の保持義務などが生じ、その結果、受益者Cに諸利益が確実に帰属するとする。また、基本契約が信託的構成と一体化することによって、被災者義援金の受託者Bによる横領、不法な処分等の行為は防止され、単なる民法上の負担付贈与契約の場合よりも被災者(受益者)保護のために役立つこととなるとする。

森泉博士は、このように述べ、寄付の法的構成については負担付贈与と信

(143) 森泉・前掲注(141)262頁。

(144) 森泉・前掲注(141)261-262頁。

託概念、信託行為により補完することで、寄付者の意図、受益者の保護を図ろうとするのである。もっとも、森泉博士は、信託的行為においては、信託法1条による信託の設定がなされているわけではないので、明示信託ではなく、民法上の信託と呼ばれ、信託法における信託行為ではないから、信託的行為と呼ぶとしている⁽¹⁴⁵⁾。

4 大村敦志教授の見解

まず、大村教授は、寄付の法的構成について検討に入る前に、寄付の法的構成についての検討の必要性について次のように述べている⁽¹⁴⁶⁾。大村教授は、寄付に関しては、現在、税制上の優遇措置を設けて、これを促進、助長するという試みがなされおり、寄付者は寄付により税制上の優遇措置を受けられ、このことは寄付者にとって大きなメリットがあるとするが、寄付者はもっぱら免税措置を求めて行われるわけではないという⁽¹⁴⁷⁾。すなわち、寄付者が特定の活動団体に寄付するか否かの判断を左右するのは、免税措置の有無だけではないとし、はたして、この団体は、自分の期待するような活動をするか、寄付に見合っただけの活動をするのか否かについても関心を寄せるとする。大村教授は、この点こそが判断の分かれ目であり、そうだとすれば、この点につき、寄付をする人々を安心させる法的枠組を確立することによって、寄付の促進、助長がさらにはかれると述べ、寄付という形で、活動に対して周辺的な参加を行う者の地位を明らかにするというのが寄付の促

(145) 森泉・前掲注(141)262頁。そのほか、寄付について信託法の適用、公益信託による構成の有益性について論じるものとしては、富田仁「所謂寄付について—寄付における信託法理の適用可能性—」法学研究論集24号35頁以下、金井憲一郎「三者間贈与の法的構造とその特質—英米法から見た寄付と公益信託に関する一考察—」博士論文(中央大学大学院法学研究科,2015)がある。

(146) 大村・前掲注(17)111-113頁。

(147) 大村・前掲注(17)113頁。

進、助長につながるのではあるとする⁽¹⁴⁸⁾。

次に、大村教授は、これまでのところ寄付の法的構成については、必ずしも十分に検討されていないと指摘しており、有力な見解として、寄付が相手方に直接なされる場合は贈与であるが、第三者に対してなされる場合には、受益者のために支出する義務が生ずる信託的譲渡が挙げられ、二元論をとっているとする⁽¹⁴⁹⁾。そして、大村教授は、寄付と呼ばれる行為を一括りにするのではなく、贈与の場合、信託的譲渡の場合とが区別される点、寄付を受ける者は一方的に金銭を給付されるだけでなく、同時に義務を負うことがありうる点が示されている点が、特徴的であると指摘している⁽¹⁵⁰⁾。また、この2点は、寄付といっても、そこには法律関係を異にする（寄付を受ける者—寄付の相手方—の義務につき異なる処遇を受ける）複数の者が含まれていることを示唆しているという。

このように大村教授は述べて、さらに相手方の義務による類型化という視点に立つと、相手方が受益者本人の場合は、贈与となり、義務が生じないとする一方、相手方が受益者ではなく第三者の場合、信託的譲渡と解されて、義務が生ずるという図式になるが、これは必ずしも絶対的ではないとする⁽¹⁵¹⁾。すなわち、直接の寄付相手方以外に、特定の受益者がいなくても、当然に相手方は義務を負わないわけではなく、誰かのために使うという義務はなくとも、何のために使うという義務を負うことは十分に考えられるのであり、他方で、特定の受益者が想定されているとしても、用途に関しては、相手方に大幅に委ねられているということもあるという。そうして、大村教授は、これらを整理し、義務を伴わない贈与、義務を伴う贈与、裁量性の高

(148) 大村・前掲注 (17) 113 頁。

(149) 大村・前掲注 (17) 113-114 頁。

(150) 大村・前掲注 (17) 114 頁。

(151) 大村・前掲注 (17) 114 頁。

い信託的譲渡，裁量性の低い信託的譲渡が考えられると述べ、これについては、相手方に対して一定の財産的給付をする場合に、それに伴う義務を発生させるという点がポイントであり、この義務の程度には、段階的な差があると指摘する⁽¹⁵²⁾。そして、原則、義務を伴わない贈与から出発しても、一定の範囲で寄付の目的による制約が生ずることがあり得るし、逆に義務を伴う信託的譲渡であっても、その義務の程度、内容には差があるという。

さらに、大村教授は、寄付の取引形態に関するもう一つの重要な点として、贈与にせよ、信託的譲渡にせよ、ある財産（一定額の金銭）の所有権が相手方に移転しているという点を挙げる⁽¹⁵³⁾。この共通性が両者を寄付として一括りにすることを可能にしているという。これについて、大村教授は、ある目的のために金銭を支出し、これに伴う義務を相手方に負わせるためには、予め金銭の所有権を移転することが必須というわけでもなく、相手方にある目的の実現を委ね、これに伴う費用を負担するということが可能であるとし、実際、寄付の中には、ある目的の実現に賛同し、これに伴う費用の一部を負担するという趣旨のものもあるはずであると述べる⁽¹⁵⁴⁾。

そして、このような法律関係について、大村教授は、相手方に対して、ある事務処理（民法 656 条，643 条）、これに伴う費用（の一部）を負担するのであるから（民法 649 条，650 条）、これは（準）委任として構成できるとし、寄付の法的構成を委任によって捉えることが適切であるとする⁽¹⁵⁵⁾。そうすれば、受任者の善管注意義務（民法 644 条）、報告義務（民法 645 条）を負うことが明瞭であり、このことにより、金銭を支出した寄付者は、これらの義務を

(152) 大村・前掲注 (17) 115 頁。

(153) 大村・前掲注 (17) 115 頁。

(154) 大村・前掲注 (17) 116 頁。

(155) 大村・前掲注 (17) 116 頁。潮見佳男教授も発起人・慈善団体が特定の受益者に対して寄付を集める場合、発起人・慈善団体と寄付者の関係は委任契約関係として捉えることになるであろうとする（潮見・前掲注 (26) 39 頁）。

根拠に、団体の活動を監視することができるという利点を有するとする⁽¹⁵⁶⁾。

以上のように述べて、大村教授は、贈与、信託的譲渡の構成は、財産権の移転を主とし、義務の発生を従とするのに対して、委任構成は、義務の発生を主とし、費用の負担を従とした構成であるとし、様々な寄付の中で、このように解した方が良いものもあるはずであるので、寄付を委任によって構成する方向性を見出している⁽¹⁵⁷⁾。また、大村教授は、この委任構成とその他の考えられる構成、すなわち、組合、信託との区別についても次のように言及している⁽¹⁵⁸⁾。組合との区別に関しては、このような義務を発生させる寄付は、組合における出資と解すことができないかと指摘する。しかし、確かに組合契約が観念されるべき場合もあるが、組合は、組合財産の帰属や業務執行の決定につき寄付者が、積極的に関与することとなる一方で（民法 668 条、670 条）、組合が負う債務についても分担する（民法 674 条）とする。これに対し、委任構成であれば、このような組織レベルの関与は否定されるという中間的解決ができるとし、委任構成は、あくまで、団体組織の外部にとどまる寄付者に、団体の活動への一定程度の関与（監視）を保証することができるとする。信託との区別に関しては、募集者にそこまで強い義務を課す必要があるのであれば、信託構成で良いとの反論が予想されると指摘する。しかし、信託構成は、義務の強化とともに、委託者への物権的権利の帰属（残存）が伴うという。贈与構成が、物権、義務のレベルでも受贈者に有利であるが、信託構成は、いずれのレベルでも受託者に不利であるとする。これに

(156) 大村・前掲注 (17) 116 頁。

(157) また、大村教授は、信託的譲渡構成は信託構成そのものではないことに留意する必要があるとし、そこでは義務の存在を観念するために「信託的」という限定が付されているのであり、信託構成に伴う物権的効力までが含意されているわけではなく、「信託的構成」は、むしろ委任構成に近い帰結を求めていると思われるとする（大村・前掲注 (17) 117-118 頁）。

(158) 大村・前掲注 (17) 116-117 頁。

対して、委任構成は、強い義務は生じるが、一旦費用として支出された金銭の所有権は受任者に帰属する点で、物権レベルでは受任者に有利であるとす
る。

最後に、大村教授は、寄付という行為は、贈与と性質決定されることが多
かったが、贈与の場合、受贈者は贈与者に対して直接的な義務を負わない
が、委任と構成すれば、受任者の義務を募集者に観念することができる
とする⁽¹⁵⁹⁾。ただ、大村教授は、この義務の存在を媒介して、委任者である寄
付者は募集者に対して一定程度の監視を行えるわけであるが、この監視は、寄
付者が募集者組織の構成員となり、内部から監視することに比べると、不十
分であるとも指摘している⁽¹⁶⁰⁾が、寄付者の権利強化は、同時に、その義務
の強化を伴うことを考えれば、緩やかな、しかし、ゼロではない法律関係を
設定する必要があるとし、このような形での活動への参加が今後ますます重
要であるとする⁽¹⁶¹⁾。

5 中田裕康教授の見解

中田教授は、寄付は、公共団体（国・市町村等）、公益的組織（公益法人・
NPO 法人・公益信託等）、教育・医療・福祉等を行う機関、自らが帰属し又は
支持する団体（地域団体・宗教団体・政治団体等）などに対してなされるとし
た上で、寄付をした目的が実現されない場合に問題があるとし次のように述
べている⁽¹⁶²⁾。すなわち、寄付には、①その相手方のためのもので、②特定
又は不特定の第三者（受益者）のためにするものがあり、寄付の目的は、③
よりも④の方が具体的であることが多いが、④でも抽象的には定まっている

(159) 大村・前掲注 (17) 118 頁。

(160) 大村・前掲注 (17) 118-119 頁。

(161) 大村・前掲注 (17) 119 頁。

(162) 中田・前掲注 (30) 254 頁。

ことが通常であるとし（「母校の発展のため」にする母校への寄付など）、寄付を受けた者は、その目的の実現のために寄付金等を使用すべきだが、目的外に流用したときなどに債務不履行となるか否かは、その契約の内容による。そして、⑥については、寄付を受けた者（発起人等）に対する贈与ではなく、信託的譲渡ないし信託であり、特定の受益者に対する寄付であることが明確である場合には、寄付者と寄付を受けた者との関係は寄託ないし委任であることいわれることがあるとした上で、中田教授は、寄付を受けた者に目的に従って寄付金等を使用する義務を負わせ、それに反した場合には解除を認めるということだけであれば、あえて信託とまでいう必要はないとする。

さらに、中田教授は、重要なのは、寄付を受けた者が差押えを受けたり、倒産したりした場合における寄付金等の処遇であるとし、物品であれば、受益者に帰属し、寄付を受けた者は保管しているにすぎないと解する場合があるが、難しいのは金銭であり、金銭の所有権は占有者にあるという考え方との関係で、信託法上の信託の成否や、保管する金銭の帰属の問題となるとする⁽¹⁶³⁾。

IV 分析

ここまで、日本法における寄付の概念、寄付の法的構成に関する学説の展開をみてきたが、以下では寄付の概念、学説の議論について分析を試みる。

一 寄付の概念について

初期の学説では、寄付の法的構成の検討の前に、寄付の概念について検討

(163) また、受益者が寄付を受けた者に対し、直接の請求権を有するかどうかは、第三者のためにする契約又は信託の成否による（中田・前掲注（30）264頁）。

がなされていた。そこでは、概ね、寄付には、寄付者、募集者、受益者が存在し、寄付は寄付者が受益者のために一定の目的にしたがって、無償でまたはその他の物を供与し、もしくは、供与の約束をすることであり、募集者と受益者が一致する場合、募集者と受益者が別個に存在して、募集者はもっぱら寄付という事業を管理、運営する地位を持つ場合であると理解されていた⁽¹⁶⁴⁾。例えば、加藤博士は、寄付を次のように典型的に分析していた。第一の類型は、神社、仏閣や保育園等、施設や団体等が直接に寄付を受ける等のような、募集者と受益者が一致する場合であり、この場合は、特別の目的による限定ないし条件がついていない場合と、寄付者が一定の目的による限定ないし条件をつけた場合に分けられるとしていた。第二の類型は、赤い羽根募金等、いわゆる募金会の行う公募寄付等のような、募集者と受益者が別個に存在して、募集者がもっぱら、寄付という事業を管理、運営する地位を持つ場合である。さらに、受益者に関しては、特定される場合もあれば、不特定な場合もあるとされていた。すなわち、受益者が特定されている場合は、政治家のために寄付を募集する場合や、寄付の募集時に受益者は特定していないが、一定の条件を定めその条件を具備する者をもって、受益者とする場合が考えられるという（例えば、震災等における被災者等）。受益者が存在しない場合については、戦勝記念のために記念碑を建設するためである等が考えられるとする。

このように、一応寄付を典型的に分析してはいるものの、石坂博士、中島博士、加藤博士は、義援金等の寄付における寄付者、募集者、受益者という当事者に着目し、三者が関与して行われる寄付のみを検討対象としており、そのような寄付を法的にどのような構成によって捉えるべきかについて考察していたように思われる⁽¹⁶⁵⁾。そして、近年でも、前述の寄付の概念（三者

(164) 加藤・前掲注 (23) 6頁参照。そのほか、石坂・前掲注 (35) 180頁、中島・前掲注 (41) 230-234頁も参照。

が関与する寄付を対象とした)を基礎に議論が行われていた。

しかし、そうした中で加藤博士は、寄付の概念に関して次のように指摘していた。すなわち、寄付の概念規定は、寄付の法的構成のためになされており、その結果、既存の民法の規定で規律できるものは、寄付の概念から排除⁽¹⁶⁶⁾されているとして注意が必要であり、前述の寄付概念は狭すぎるとする。そして、加藤博士は、多くの場合、寄付は前述の寄付の概念(三者が関与する寄付)のような形のものであり、寄付の一つの典型であることには疑いが無いとするものの、世間では寄付と呼ばれるものがこれ以外にもあり、社会的には重要な意味をもっていると指摘していた。このことから加藤博士には、当時から寄付の類型には様々なものがあることを前提に、広く寄付の概念を検討すべきとの考えがあり、他の寄付の類型にも着目した議論が展開される必要性を認識していたようにも思われる⁽¹⁶⁷⁾。

-
- (165) 例えば、石坂博士は、寄付者、募集者、受益者の三者が関与する寄付については法的研究が不足しており、寄付者と募集者との間の法律関係、募集者が多数の場合は、募集者間の法律関係を考察する必要があるとしていた(石坂・前掲注(35)179頁)。中島博士も、公募義援金等の寄付では、受益者が存在する場合は極めて多く、基本的には受益者の存在する場合は考察するとし、寄付者自身が利益を受ける場合、募集者が同時に受益者となる場合を考察の対象外としていた(中島・前掲注(41)233-234頁)。そのほか、加藤・前掲注(24)4-6頁参照。
- (166) 石坂博士は、三者が関与する寄付以外の当時の寄付の類型に言及するものの、それらについては寄付の概念に当てはまらないとして検討の対象外としていた(石坂・前掲注(35)181-182頁)。
- (167) 加藤博士は、雑多な形の寄付に共通した要素があるとし、一つの共通要素として、寄付者、募集者、受益者、の三者が当事者として関係すると述べているが、実際には、募集者と受益者が一致する場合、寄付者が募集者、受益者となる場合も少なくないと指摘していた。しかし、募集者と受益者が一致する場合や、寄付者が募集者、受益者となる場合と比べて、法的構成、法的効果においても差異が生じるので、寄付においてはこれら三者を区別しなければならぬとして、三者が関与する寄付を対象に考察を行っていた(加藤・前掲注(24)4-6頁参照)。

二 学説の議論について—信託的譲渡説と近年の学説—

学説では、前述の寄付の概念を対象に、すなわち、寄付者、募集者、受益者の三者が関与する寄付を対象として、それが法的にどのような構成によって捉えられるかといった問題意識のもとに検討がなされていた⁽¹⁶⁸⁾。初期の学説では、ドイツ法の影響を受けて、贈与説、負担付贈与説、寄託説、委任説、第三者のためにする契約説、組合説、法人説等の学説が提唱されており⁽¹⁶⁹⁾、いずれの学説も不適切であるとして、所有権は完全に募集者に移転するも、これと同時に、募集者は、その財産を一定の目的以外には使用または処分しない義務を負担するという信託行為、信用行為説が有力とされていた。

大正12年判決は、募集者が寄付目的に反して自己の占有する他人の財産を預得し、刑事責任が問われたものであるが、寄付の法的構成について初めて言及した判例であり、寄付者、募集者、受益者の権利義務関係については言及していないものの、「寄付者が特別な意思表示なき限りは、寄付財産は信託的に事業の発起人または発起人団体にその所有権が移転する」ものとした上で、「寄付金の募集員が自己の占有する寄付金を不法に領得するときは横領罪を構成する」とした。大正12年判決は、募集者に信託的に譲渡されるという信託的譲渡説（当時でいえば信託ないし信用行為説）を採ったものと評され、その後の学説もそれを支持し、三者が関与する寄付の場合、寄付者

(168) 前掲注・(30)において筆者も指摘しているが、問題意識の中には、三者が関与する寄付が、特殊な贈与（負担付贈与、条件付贈与）か、信託的譲渡かというような、寄付が民法典上の贈与として捉えられるものかといった問題意識も含まれていると思われる（我妻・前掲注（19）237-238頁。四宮・前掲注（117）24-25頁）。

(169) しかし、石坂博士、中島博士の両博士の学説の中には、三者が関与する寄付を対象としていないものもあり（組合説等）、三者が関与する寄付についても、第三者のためにする契約説では、受益者が特定されているか否かに言及しており、両博士は、受益者が特定していない場合に焦点を当てて検討していた。

から募集者に信託的に譲渡され、募集者には募集の目的に使用すべき義務が伴うという信託的譲渡説が通説として位置付けられることとなったといえる⁽¹⁷⁰⁾。また、寄付を信託的譲渡説によって捉えることで狙われている法的効果については、加藤博士は次のように指摘していた。すなわち、募集者の目的に従った寄付財産の処理義務、およびこれに対応する寄付者の請求権を基礎付ける点であり、そしてさらにこのような考慮は、募集者が受益者（例えば、NPO 法人自身が募集者となり受益者にある場合等）となる場合の寄付においても存在するとする⁽¹⁷¹⁾。

その後の各論者も、ほとんどが信託的譲渡説を支持するが、論者によっては信託的譲渡説をとる場面が若干異なるようにも思われる。例えば、三宅博士は、三者が関与する寄付の場合、寄付の募集者は、交付された財物を第三者または公共のために管理し処分する義務を負うのだから、寄付者と募集者との関係は、「財産を与える」に当たらないといい、寄付の法的構成について信託的譲渡と捉えるものの、募集者が寄付を受けた財物をそのまま特定の第三者に交付すべき場合には、むしろ寄付者から第三者への贈与を、募集者が寄付者の委任を受け、受任者として行うと見るのが適当であるとす

(170) 柚木＝高木編・前掲注(23)(柚木馨・松川正毅執筆担当部分)14-15頁

(171) 加藤・前掲注(24)8頁、我妻・前掲注(19)237-238頁等。しかし、加藤博士は、募集者の目的に従った寄付財産の処理義務、これに対応する寄付者の請求権を基礎づけるのであれば、負担付贈与ないし条件付き贈与と構成することも不可能ではないとしていた(加藤・前掲注(24)8頁)。また、本文で紹介していないが、中村萬吉博士は、寄付を負担付贈与と構成することについて次のように指摘している。すなわち、負担付贈与と寄付のような財産の指定供与は、共に出捐と義務負担とを要件としており、類似するとする。そして、拡張中の母校への100万円を寄贈することと、母校の拡張をなすために100万円をやることは、ほとんど区別がつかないものの、当事者の意思が、受贈者の財産増加を主たる目的とし、ただその従としてある義務を負わせる場合は負担付贈与と解すべきであると、義務を負わせるため、または負わせた義務を履行させる手段として財産を供与するにある時は、指定的供与と見るのが正当であるとする(中村萬吉『債権各論上巻』(早稲田法政学会, 1920)142頁。

る⁽¹⁷²⁾。星野博士は、被災者のための募金等のように第三者が募集者となり、一定の目的のために寄付を募集する場合については、募集者に対する贈与ではなく、通常は寄付の目的に使用すべき義務を伴う所有権移転、信託的譲渡と解されるとするが、特定の者に寄付することが予めはっきりしている場合にはその者のためにする募集者に対する寄託であると解されるし、第三者のためにする契約と解される場合もあり得ると指摘している⁽¹⁷³⁾。石田元助教授⁽¹⁷⁴⁾は、交通自己遺児のために寄付を募集する場合、通常、募集者を介して寄付者と交通事故遺児の間に贈与が成立すると考えて良いとしており、あるいは寄付者と募集者との間で、交通事故遺児を受益者とする第三者のためにする契約が成立することもあるであろうとする。そして、遺跡保存のために寄付を募集する場合は、募集者には特定の第三者にも利益が帰属しないから贈与ではなく、この場合、遺跡保存という制約を伴うところの寄付者から募集者への財産の信託的移転として説明している。このようにみると、論者によっては、信託的譲渡説をとる場面が若干異なっており、受益者が特定されているか否かを重視していたと思われる。また、古くから信託的譲渡説に言及するものの中には、信託（法）に言及する見解もいくつかみられていた⁽¹⁷⁵⁾。

そして、近年では、信託的譲渡説を発展させ信託法の適用を認める見解も多い。信託法の適用を認める見解⁽¹⁷⁶⁾では、そのメリットとして、寄付者の寄付目的を達成することを確実にすることが可能であると説明されており、

(172) 三宅・前掲注 (99) 4-5 頁。

(173) 星野・前掲注 (103) 109 頁。

(174) 石田・前掲注 (106) 119 頁

(175) 例えば、三宅・前掲注 (99) 4 頁、鈴木・前掲注 (110) 323-324 頁、末弘・前掲注 (116) 176 頁、182 頁参照。加藤博士においては、状況に応じて寄付を贈与ないし無償の信託契約とみれば十分であるとも指摘していた（加藤・前掲注 (24) 9 頁）。

(176) 潮見・前掲注 (26) 39 頁、山本・前掲注 (27) 331 頁。

信託法理の活用によって、募集者には、強い忠実義務、分別管理義務（財産の分別管理、財産の独立性）等が生じ、その結果、受益者に諸利益が確実に帰属するという。また、これにより、募集者による横領、不法な処分等の行為は防止され、単なる民法上の負担付贈与契約の場合より寄付の受益者の保護のために役立つとされていた。

これに対して、中田教授は、募集者に目的に従って寄付金等を使用する義務を負わせ、それに反した場合には、解除を認めるということだけであれば、あえて信託とまでいう必要もないとする⁽¹⁷⁷⁾。しかしながら、中田教授は、寄付において重要なのは、寄付を受けた者が差押えを受けたり、倒産したりした場合における寄付金等の処遇であるとし、その場合に信託法の適用が問題になるとして、寄付において信託法の適用が想定される場面について言及しており、寄付において信託法の適用が問題になる場面があるということを示唆している⁽¹⁷⁸⁾。

そのほか、大村教授の委任による規律を試みる学説は、贈与の場合、受贈者は贈与者に対して直接的な義務を負わないが、委任と構成すれば、受任者の義務を募集者に観念することができ（善管注意義務、報告義務等）、この義務の存在を媒介して、委任者である寄付者は募集者を一定程度の監視を行えるとするものであり、寄付者の権利、募集者の義務の強化を図るものであったといえよう。

V 小括

第1章では、日本法における寄付の法的構成に関する学説の整理・分析を行ってきた。学説の整理・分析に入る前に、従前の学説の議論において、そ

(177) 中田・前掲注 (30) 264 頁。

(178) 中田教授は、金銭の所有権は占有者にあるという考え方との関係で、信託法上の信託の成否が問題になるとする（中田・前掲注 (30) 264 頁）。

もそもどのような寄付を対象に議論を進めていたのか、どのように寄付が定義されているかというように、寄付の概念について検討した。そこでは、寄付に様々な類型があることは認識しつつも、寄付には、寄付者、募集者、受益者が存在し、寄付は寄付者が受益者のために一定の目的にしたがって、無償でまたはその他の物を供与し、もしくは、供与の約束をすることであり、募集者と受益者が一致する場合、募集者と受益者が別個に存在して、募集者はおそらく寄付という事業を管理、運営する地位を持つ場合があると理解されていた。近年でも、寄付者、募集者、受益者の三者が関与する寄付を対象に議論が行われており、そのほかの寄付の類型にはあまり言及されてこなかったように思われる。

そして、その後に寄付の法的構成に関する議論の基礎を作った石坂音二郎博士、中島玉吉博士、加藤永一博士の論文、信託的譲渡説について各論者の見解や、近年の学説について検討してきた。石坂、中島の両博士は、寄付の法的構成について学説をいくつか挙げて論じているが、いずれの学説もドイツ法文献の影響を多く受けていることがうかがわれた。両博士は、各学説を否定した上で、現在の通説と呼ばれる信託的譲渡説を支持していたようであった。また、同時期の判例である大正12年判決は、募集者が寄付目的に反して自己の占有する他人の財産を預得し、刑事責任が問われたものであるが、信託的譲渡説を支持したのとして理解され、その後の学説もそれを支持したと思われる。こうした流れから、基本書等では、寄付の法的構成については寄付の目的に使用すべき義務を伴う信託的譲渡と一般的に説明されるようになり、近年の学説では、委任等による構成もみられるものの、信託法の適用を積極的に認めていくものが多いことがわかった。

* 本研究は JSPS 科研費 19K23150 の助成を受けたものである。