

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

著者	小出 隼人
雑誌名	法学
巻	84
号	2
ページ	29-105
発行年	2020-09-30
URL	http://hdl.handle.net/10097/00129236

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－（2・完）

小 出 隼 人

序章

第1章 日本法（以上、法学第84巻1号）

第2章 ドイツ法

I はじめに

II 寄付の概念

一 BGB 制定前

二 BGB 制定後

III 寄付の法的構成に関する学説の展開

一 BGB1914 条と寄付の法的構成

二 学説の状況

三 近年の見解

IV 分析

一 寄付の概念について

二 学説の議論について

V 小括

第3章 検討

I はじめに

II 寄付の法的構成の検討

一 現在の義援金等の寄付の実態について－寄付者、募集者、受益者を中心に－

二 寄付者、募集者、受益者の特徴とその法的評価

三 日独における各学説の内容と問題点

四 寄付の多面的な法的構成と信託的譲渡説、信託法による構成

について

Ⅲ 小括

終章 本稿のまとめと残された課題

一 本稿のまとめ

二 残された課題（以上、本号）

第2章 ドイツ法

I はじめに

本章は、ドイツ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。ドイツ法においては、ドイツ民法典（以下、「BGB」と称する）制定前から寄付をどのような法的構成により捉えるべきかという問題意識の下、いくつか学説が提唱されている。

また、学説の整理・分析を行う前には、日本法の検討と同様に、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を検討することから始めたい。

II 寄付の概念

ドイツ法においてはBGB制定前から寄付の法的構成について検討するものが僅かながら存在していたが、その後、寄付された財産の管理についてBGB1914条が設けられたことを契機に、より積極的に寄付の法的構成について検討する論文がみられた。それでは、ドイツ法においてどのような寄付を対象に議論が進んでいたのでしょうか。以下では、寄付の概念について、各論者の見解について確認していきたい。

一 BGB制定前

ドイツにおいて、最初に寄付の法的構成について論じたのはPuchtaであ

るといわれている⁽¹⁾。Puchtaは、当時のドイツでは、寄付⁽²⁾は、戦争時に負傷した者を支援するためや、政治的な目的のため、社会的な緊急事態のために集められていたという⁽³⁾。そして、Puchtaは、寄付の方法について次のように述べている。すなわち、寄付者による寄付が、寄付を集める募集者に手渡され、その後、寄付を必要とする受益者に渡るものがあり、寄付は、ある共通の活動に関心を持ち、金銭的手段を用いて特定の目的の達成を確保するのであるという⁽⁴⁾。また、募集者は、将来的に自分の手に集まった金銭の取り扱いや、寄付者に対する責任について、常に明確な考えを持っているとは限らず、両当事者の関係をどのような法的関係とみるべきかについては興味深い問題であると指摘している⁽⁵⁾。

そのほか、BGB制定前に寄付の概念に関して言及しているのは、Bekker⁽⁶⁾、Regelsberger⁽⁷⁾である。Bekkerは、寄付は、(1)一人または少数の個別に指定された人物のため、(2)共通の状況におかれた人々のため(大規模洪水、火災の負傷者等)、(3)一定の目的のため(戦没者の慰霊碑の創設等)に集められるという。さらに、Bekkerは、寄付においては常に三者の関係があり、その三者は、寄付を行う寄付者、寄付を集める募集者、寄付の受益者であるとする。この三者の関係については、寄付者と募集者は、委

-
- (1) Georg Friedrich Puchta, Ueber Sammlungen zu öffentlichen Zwecken nach gemeinem Recht, Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preussen, Bd. 2, 1868. August Kayser, Das Sammelvermögen, 1909, S. 10.
- (2) 以下本稿において、寄付という言葉を用いるとき、寄付者から募集者へ譲渡される寄付金等の「金銭」を意味する。
- (3) Puchta, a. a. O. (Fn. 1), S. 473.
- (4) Puchta, a. a. O. (Fn. 1), S. 473.
- (5) Puchta, a. a. O. (Fn. 1), S. 473.
- (6) Ernst Immanuel Bekker, System des heutigen Pandektenrechts, Bd. 1, 1886, S. 283. また、Puchtaも同様に言及している(Puchta, a. a. O. (Fn. 1), S. 473.)。
- (7) Ferdinand Regelsberger, Streifzüge im Gebiet des Zivilrechts, 1892, S. 28.

任者 (Auftraggeber) と受任者 (Beauftragter) のようで、寄付者と受益者は、贈与者 (Schenker) と受贈者 (Beschenkter) のようであるといい、募集者に関しては、通常、何らかの組織を形成しており、受領した寄付を受益者のために処分することができるとする。そして、Bekker は、問題として考えられるのが、募集者が他の募集者ないし寄付者の意思に反する場合、つまり、寄付の目的とは別に、寄付の全部、一部を処分するような場合が想定されるという。Regelsberger も、寄付とは、一人あるいは複数の人への財産出捐 (大規模火災の負傷者等への)、または、永続的な建造物 (戦没者の慰霊碑等) の作成のために集められるとする。そして、寄付を行う者を寄付者、寄付を集める者を募集者、寄付を受けとる者を受益者とした上で、寄付は、一人または複数の募集者によって集められ、募集者は寄付者から受益者へ寄付を移転する仲介者であるとする。

二 BGB 制定後

BGB 制定後では、寄付について Fischbach は、次のように述べている。すなわち、寄付は、ある時は、火災や河川の氾濫に見舞われた住民を助けるために集められ、ある時は、著名な政治家のために、著名な学者の記念碑を建設するために集められており、一般社会において頻繁に行われていたとする⁽⁸⁾。そして、他者の協働によって行われる寄付⁽⁹⁾については、現代の法的現象の一つであり、これに対して我々は法的考察を行うべきであるとい

(8) Oskar Fischbach, Das Sammelvermögen, 1907, S. 1f.

(9) Fischbach は、三者が関与する寄付以外に、寄付者自身が寄付財産を享受するような場合 (祭り事のためにする寄付)、寄付者がある団体との委任関係に入り、契約目的を厳密に取り決め、給付を引き起こすような場合 (この場合、募集者は単に受任者であるという)、既存の団体等が、永続的な目的で寄付を集める場合 (例えば、臨海学校のために発足した委員会が、毎年寄付を集め、残った寄付を翌年に充てる場合)、慈善的なイベントに参加するために入場券を購入する場合等もあると指摘する (Fischbach, a. a. O. (Fn. 8), S. 4f.)。

う⁽¹⁰⁾。以下では BGB 制定後の各論者の見解についてみていきたい。

Kayser⁽¹¹⁾は、大規模な洪水、大震災により被災した者への寄付が大々的に募集され、一人または複数の人々が歩み出て、被災者等の支援のために自発的に寄付が集められていたとする。そして、Kayser⁽¹²⁾は、寄付には、寄付者、募集者、受益者の三者が関与するとし、多くの寄付が集められるような大規模な募金を想定している。寄付者については、寄付は無償 (Unentgeltlichkeit) で行われ、募集者の寄付財産 (Sammelvermögen)⁽¹³⁾の管理と使用が適切になされることを望んでいるとし、また、ほとんどの場合、寄付は、好意 (Gefälligkeit) 等により行われることが多いが、これは必ずしも必要はないとする。寄付がどのように募集者から受益者に分配されるかについては、寄付は最終的には誰かに与えられるが、募集の時点で誰に与えるかは明確に定まっておらず、また、寄付が募集者の利益になることはないとする。

Rademacher⁽¹⁴⁾は、日常生活の寄付とは対照的に、法的な寄付の概念はかなり制限されるという。まず、募集者が寄付財産 (Sammelvermögen) を取得するためには、次の要件を満たす必要があるという。すなわち、数人の寄付者がいなければならず、これらの寄付は、無償でなされる必要があり、寄付は受益者あるいはそのほかの目的にのみ行われるべきであるので、直接的に寄付者に利益をもたらすものではないとする。寄付に関わる当事者については、寄付者は、通常、一度限りの寄付の募集に参加し、参加は一時的なものであるとする。次に、寄付とは、寄付財産から直接的な利益を受けない多数

(10) Fischbach, a. a. O. (Fn. 8), S. 2.

(11) Kayser, a. a. O. (Fn. 1), S. 9.

(12) Kayser, a. a. O. (Fn. 1), S. 22ff..

(13) 以下、本稿において「寄付財産」という言葉を用いるとき、各寄付者から募集者へ移転された寄付 (金銭) が、集合して形成された財産のことを意味する。

(14) Walter Rademacher, Das Sammelvermögen, 1911, S. 3ff., 11ff..

の寄付者が、一人または複数の募集者に一定期間あるいは一時的な目的のために寄付を惜しみなく与えた場合のことであり、募集者の手で一体化された寄付財産は、寄付の目的のために使用され、受益者へ供給されるとする。ここでの一時的な目的は、特定人のための寄付と、ある目的のためにする寄付があるが、それらを法的に異なるものとして区別しておらず、またどちらも一定の目的のためにするのであるから区別する必要がなく、両タイプの寄付には、募集者が設定した目的が存在するという点で共通しているとする。最後に、次の場合は寄付概念とは区別されると述べる。すなわち、寄付者が寄付を直接享受するという寄付の場合、寄付の収集の結果が組合財産になるような方法で、既存の組織的な多数の人によってなされる寄付の場合は、寄付の概念にあたらぬとする（祭り事のために組合により収集された寄付等）。

Nothmann⁽¹⁵⁾は、寄付財産（Sammelvermögen）が実際に形成されるプロセスは、通常、慈善、公益目的のため、信頼を寄せられている人々が募集者となり（募集者が複数存在する場合もある）、公の募集によって寄付を求め、その寄付を使用するといひ、目的に応じた詳細な区別はそこまで意味をなさないといひ。ただ、寄付における目的は、一時的であり、募集者はその目的のために集められた寄付を管理する必要があるとする。そして、この寄付に関わる当事者の法的関係を考察するためには、まずこの財産の形成に取り組む人物を考察する必要があるといひ、寄付者と募集者、募集者と受益者、受益者と寄付者の関係が提起されるとする。そうした中で、受益者に関しては、受益者の集団は、寄付が集められる際にしばしば決定されないことが多く、寄付の配分により財産が移転された時にしか受益者は想定できないとする。しかし、戦没者の慰霊碑を建てるために寄付を募集する場合、必ずしも受益者が存在している必要ないが、慰霊碑を所有する地方自治体ないし企業が受

(15) Oscar Nothmann, Der Begriff des Vermögens im Bürgerlichen Rechte, 1914, S. 74ff..

益者の立場になる可能性もあるという。

Stolzberg⁽¹⁶⁾は、寄付の概念について、次のように述べている。すなわち、一時的な目的のための寄付は、法人又は組織された団体等が（募集者等）、別の集団（多数の寄付者）の自発的で無償の寄付から財産を集めることであるという。そして、第三者のため（特定の受益者）、あるいはそのほかのある目的を達成するための手段として、募集者には寄付財産（Sammelvermögen）の管理と処分が必要であり、それは募集者と寄付者との間の取り決められた方法で募集者に課せられるとする。

以上の各論者は、BGBが制定されてから比較的直近の論文において、寄付の概念に言及しているものであった。その後、寄付の概念、寄付の法的構成に関する論文は、日本法と同様に少ないが、Erb⁽¹⁷⁾は、寄付財産（Sammelvermögen）は、三者関係により特徴付けられるとし、寄付者と受益者あるいは設定された目的があり、その間に、募集者が存在するとする。募集者は、双方の利益を認識しており、寄付の目的のために補助的な機能を有するという。そのほか、比較的近時の論文ではFischer⁽¹⁸⁾は、寄付は、寄付者が一時的な目的のために行うものであり、寄付者による寄付を募集者が受け取り、募集者は、その目的のために寄付を使用するとし、BGBでは1914条が設けられているが、それは寄付された財産を管理する場合にのみ必要な条文であるという。

Ⅲ 寄付の法的構成に関する学説の展開

寄付された財産の管理についてBGB1914条が設けられたことを契機に、

(16) Julius Stolzberg, Die rechtliche Natur des Spendengeschäftes bei einem durch öffentliche Sammlung für einen vorübergehenden Zweck zusammengebrachten Vermögen, 1914, S. 2ff. .

(17) Gerald Erb, Sammelvermögen und Stiftung, 1971, S. 56f. .

(18) Michael Fischer, Die Unentgeltlichkeit im Zivilrecht, 2002, S. 28ff. .

寄付をどのような法的構成により捉えるべきかという議論がなされた。例えば、Rademacher⁽¹⁹⁾は、今まで寄付に関する法的な問題、とりわけ、寄付に関係する当事者の法的関係については短い文脈でしか言及されていなかったと指摘しており、寄付者と募集者間で行われる寄付行為が何か⁽²⁰⁾、寄付を典型契約内で捉えることができるかどうかを判断することが問題であると述べていた。Kayser⁽²¹⁾も、BGB1914条が設けられるにあたっては、寄付の法的構成の考察が不十分であったとし、寄付の法的構成を検討することを目的としていた。そして、寄付において、各当事者にどのような権利が生じるか、どのような権利義務を構成すべきかを考察するべきであるとする⁽²²⁾。

以下では、BGB1914の立法過程ならびに内容について確認した上で、各学説についてみていくこととする。

一 BGB1914条と寄付の法的構成

1 BGB1914条の立法過程

前述したように、ドイツ法においては、寄付された財産の管理について、BGB1914条が設けられている。BGB1914条は、「一時的な目的により公共のための寄付財産を徴収した場合において、その財産の管理及び使用を任命

(19) Rademacher, a. a. O. (Fn. 14), S. 15f. .

(20) Fischbach も、これまで学説が寄付の法的構成について断片的に論じ、画一的ではない見解を示していたことを指摘し、寄付の法的構成に関する検討が非常に不足しているとした上で、寄付者の寄付行為について焦点を当て検討している (Fischbach, a. a. O. (Fn. 8), S. 20.)。

(21) Kayser, a. a. O. (Fn. 1), S. 10f. .

(22) また、BGB 制定前においては、Puchta は、寄付の法的構成に関する考察の必要性を述べており、それは、寄付に関わる当事者 (特に募集者) が義務を認識するためであり、そのことによって募集者はよりいっそう寄付における責任を認識するようになるとする (Puchta, a. a. O. (Fn. 1), S. 480f. .)。Regelsberger も、寄付はよく行われるにもかかわらず、寄付に関わる当事者の権利義務については法的に十分な検討がなされていないと指摘していた (Regelsberger, a. a. O. (Fn. 7), S. 28.)。

された者が消滅したときは、その財産を管理及び使用する目的で保護人を選任することができる。」と規定しており⁽²³⁾、寄付財産 (Sammelvermögen) の管理に関する条文として親族法編に置かれている。この BGB1914 条は、立法過程では、第一委員会では提案されず、第二委員会において提案され、条文化するに至った経緯がある⁽²⁴⁾。以下では、BGB1914 条が、どのような意図をもって設けられたのか、寄付の法的構成について議論があるか否か等を確認するために、BGB1914 条の立法過程およびその内容についてみていくこととする。

まず、BGB1914 条は、第二委員会において、「寄付財産は一時的な目的のために集められており、財産管理及び使用する目的で、それを任命された者が存在しなくなった場合、保護人を命ずることができる」と提案されていた⁽²⁵⁾。この提案に関連して、第二委員会は、募集者の管理や使用の取消しについて積極的な条文を設けるか否かについて検討していた。しかし、それにより寄付の目的達成が阻害される可能性があるとの意見が強かったようであった。また、第二委員会においては、どのような法的構成によって寄付を捉えるのかという議論がなされていたものの、募集者と寄付者の関係は、それぞれ異なって判断されることが多く、特に、募集者の権利権限は場面に応じて異なって判断されなければならないとの意見が出されていた。さらに、第二委員会においては、当時すでに提唱されていた寄付の法的構成に関する

(23) Münchener Kommentar/Dieter Schwab, BGB, Bd. 9. 7. Aufl. 2017, § 1914 Rn. 1ff. . Dieter Schwab, Familienrecht, 25., neu bearbeitete Aufl., 2017, Rn. 1011.

(24) Benno Mugdan (hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 4. Familienrecht, 1899, S. 1134f. .

(25) BGB 1914 条の原案となるのは 1790a 条である。1790a 条は「一時的な目的のために公共の募金によって集められた財産、またはそのような目的のために最終的に使用される財産の場合には保護が命じられる。特定の目的のために財産が提供されればその保護は終了する。」と提案されていた (Mugdan (hrsg.), a. a. O. (Fn. 24), S. 1134f. .)。

学説が多様であり、そうした中で、単一の条文において寄付の法的構成を規定することは困難であるとも指摘されていた。

これらの議論を踏まえて、第二委員会では、寄付を法的にどのように構成するかについては結論を示すことができなかったが、寄付の社会的重要性ないし寄付に関わる当事者の利益を国家的に保護する必要性や、保護人を要請することが最も効果的である等の理由から、BGB1914条が規定されるに至った。

2 BGB1914条の内容⁽²⁶⁾

現在においてBGB1914条 (Pflegschaft für gesammeltes Vermögen) の要件、内容はどのように理解されているであろうか。以下では、コンメンタール等の解説をみていきたい。

まず、コンメンタールによれば、BGB1914条は、寄付財産 (Sammelvermögen) の保護と実際の保護の命令のための要件であるといわれる。この寄付財産に法的人格はなく、処分権限は、専ら募集者が有し、寄付の目的に従いそれを行行使しなければならないとする。募集者が消滅する場合、裁判所は必要な保護に応じて、寄付を管理、使用する目的で保護人を選任するという。

次に、BGB1914条の要件としては、寄付財産が存在しており、金銭等の寄付が、募集者に集められている状態でなければならないが、また、寄付財産は、必ずしも一般的に公開する必要はないが、不特定多数の人に向けられる必要があり、公益、公共のために集められている必要があるとする。さらに、寄付の目的は一時的なものでなければならないとされる。例えば、火災、震災等の被災者のため等があげられており、そのほか、恒久的に利用可

(26) Münchener kommentar/Schwab, 7. Aufl., a. a. O. (Fn. 23), Rn 1ff. .

能なものを生産するために使用されること（記念碑、運動競技場等）もあるとして、この場合も BGB1914 条が適用されるという。しかし、機関や組織等の継続的な支援のための寄付は、この要件を満たさないという。そして、募集者が消滅する場合でなければならず、それは事実上または法的理由により寄付財産を管理することができなくなった場合であると説明されている。

また、コンメンタール等では、寄付の法的構成には議論の余地⁽²⁷⁾があると指摘されており、原則としては、寄付は信託的に募集者に引き渡されるとし、それは、寄付財産を寄付目的のために使用することを義務づけるためであると説明されている⁽²⁸⁾。

3 BGB1914 条と寄付の法的構成について

BGB1914 条の立法過程およびコンメンタール等の解説をみると、寄付の重要性は認識されており、立法過程においては寄付に関わる当事者の法的関係について、より積極的な条文を置くか否かが議論されていた。しかし、BGB1914 条のみが設けられ、BGB1914 条の立法過程においては、寄付者、募集者等の権利義務関係については明確にできず、寄付をどのように法的に構成するかという問題については解決がなされなかった。このような BGB1914 条の立法過程と寄付の法的構成に関する議論については、BGB 制定後に公表された論文等で各論者は以下のように述べている。

Max⁽²⁹⁾は、寄付の社会的重要性が認知されているにもかかわらず、詳細に検討が進められてこなかったが、それは基本的には寄付について統一され

(27) Opet und Blume, Das Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuch, 1906, S.166f. . Emil Strohal (hrsg.), Planck 's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd.1. Allgemeiner Teil, 1913, S.150f. . Münchener/Schwab, 7. Aufl., a. a. O. (Fn.23), Rn 2.

(28) Münchener kommentar/Schwab, 7. Aufl., a. a. O. (Fn.23), Rn 2.

(29) Kiepert Max, Die Sammlungen zu wohlthätigen oder gemeinnützigen Zwecken nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, 1903, S. 1f. .

た法的評価が受けられなかったからであるという。そして、立法において寄付の重要性は過小評価されていないが、単一の条文に留まっており、寄付の法的構成については、一般的な見解は形成されていないとする。その理由は、寄付が新しい現象であり、裁判において紛争が起こることは減多になく、後者に関しては寄付に関わる多数の当事者において誰が原告として行動する権利があるのかが正確にわからなかったということが原因であるとする⁽³⁰⁾。これについて Fischbach⁽³¹⁾も、BGBにおいて、寄付に関する条文は未だ不十分であり、主要な条文としてはBGB1914条のみであるとする。しかし、この条文は寄付の法的構成については何ら言及するものではなく、BGB1914条は、あくまでその寄付を集める募集者の問題を規律するものであり、寄付者、募集者、受益者の関係についてどのように規律するかは不明であると指摘する。

Kayser は、BGBにおいて、寄付に関わる当事者の法的関係については、特別に条文が設けられておらず、唯一 BGB1914条だけがそのようなものを指しているが、BGB1914条の導入によって先取りできなかったという⁽³²⁾。

Rademacher は、寄付は社会的に重要性があるにもかかわらず、BGBが制定される前から、詳細な検討は少なく、法的性質についての見解が一致していないと指摘しており、BGB1914条においても、それを正確に規律しておらず、第二委員会では、寄付をどのような法的構成によって捉えるべきかについて十分に検討されていなかったとする⁽³³⁾。

Gallasch⁽³⁴⁾ は、BGB1914条の意義は、保護人が、寄付者への寄付財産

(30) Nothmann も、結局のところ BGB1914条の立法過程の時点では、寄付の法的性質について、学問的な研究が蓄積されておらず、それゆえ第二委員会において積極的に考察できなかったという (Nothmann, a. a. O. (Fn. 15), S. 71ff. .)。

(31) Fischbach, a. a. O. (Fn. 8), S. 10f. .

(32) Kayser, a. a. O. (Fn. 1), S. 10f. .

(33) Rademacher, a. a. O. (Fn. 14), S. 2f. .

(Sammelvermögen) の復帰を防ぎ、それにより目的のために寄付財産を維持することであるという。なぜ寄付に関する条文として単一の条文が存在するのかについては、第二委員会での議論の時点で、寄付に関わる当事者の法的関係の考察が学問によって十分に明確化されておらず、社会で行われるすべての寄付について統一的な評価をすることができないと判断されたからであるとする。そして、寄付をどのように法的に構成するか等の問題に対する解決は、学問に委ねられているとする。

二 学説の状況

以下では、寄付の法的構成に関する各学説をみていくが、学説には寄付の特徴を捉えて、寄付を BGB における典型契約内で捉えようとするものや、信託行為によって捉えるものがある。

1 贈与説，負担付贈与説

(1) 贈与説

贈与説は、寄付を純粋な贈与 (Schenkung) と認める見解である⁽³⁵⁾。寄付者による寄付は、無償で寄付者の自己の財産から出捐がなされ、反対給付を生じさせることなしに、相手方 (募集者) の財産に移転するという。

贈与説は、寄付者から募集者への寄付を贈与と構成するものであるが⁽³⁶⁾、

(34) Ernst=Schubert Gallasch, Die rechtliche Natur des Sammelvermögens nach privatem und öffentlichem Recht, 1916, S. 5f. .

(35) Paul Oertmann, Kommentar zum Bürgerliche Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen, Das Recht der Schuldverhältnisse, 1906, Anm. 7 zu § 518.

(36) 日本法と同様にドイツ法においても寄付は贈与との関連で論じられることが多く、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、BGB の立法過程から、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。なぜなら、寄付者から募集者へ無償の出捐がなされているという点に注目すれば、寄付を無償契約として、すなわち、贈与として構成することも十分考えられ

贈与は要物、片務契約であり、BGB516条における無償の意味は、客観的には反対給付がなく、主観的には無償性について合意を要すると説明される⁽³⁷⁾。贈与における出捐については、贈与者の財産から行われなければならないが、贈与者の現在の財産状態が減少することであるといわれ、また、出捐によって相手方が利得する利得が必要であり、財産増加があるか否かは、経済的な観点、現実の価値によって判断すると説明されている⁽³⁸⁾。

そして、この贈与説に関しては、贈与の内容と関連して様々な考察が加えられている。以下では、各論者の見解をみていきたい。

Puchta⁽³⁹⁾は、寄付は寄付者から募集者に移転されるが、それ自体としては贈与として行われるようであり、それは、寄付者は無償でその寄付を留保することなしに移転する意思を持っているからであるとする。しかし、贈与は契約であり、そして何よりも寄付においては、誰が贈与の受贈者となるの

るからである。さらに、日本法と同様に、寄付者が出捐をする際、募集者に負担（寄付の目的のための使用）を設定して行うような負担付贈与と考えることも可能であるように思われる。これらのことから、BGB立法過程の検討を行い、贈与をめぐる議論の中で寄付の法的構成については議論がなされていたのか否か、負担付贈与の受贈者の「負担」の内容はどのようなものとされていたか等について明らかにする必要があると考える。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。

- (37) Vgl. Münchener Kommentar/Jens Koch, BGB, Bd. 3, 7. Aufl. 2016, § 516 Rn. 14ff. . Palandt Kommentar/Walter Weidenkaff, BGB, Bd. 7, 76. Aufl. 2017, § 516 Rn. 8ff. . Jauernig Kommentar/Heinz-Peter Mansel, BGB, 16. Aufl. 2015, § 516 Rn. 4ff. . Christian Förster, Schuldrecht Besonderer Teil, 2012, S. 84f. . Dieter Medicus/Stephan Lorenz, Schuldrecht II Besonderer Teil, 2010, S. 136ff. . Dirk Looschelders, Schuldrecht Besonderer Teil, 2013, S. 110ff. . Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker, Besonderes Schuldrecht, 2013, S. 145ff. . 右近健男編『注釈ドイツ契約法』（三省堂、1995）129頁以下。
- (38) Vgl. Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, 1986, S. 196f. . Brox/Walker, a. a. O. (Fn. 37), S. 145f. . Förster, a. a. O. (Fn. 37), S. 83. Münchener Kommentar/Koch, 7. Aufl., a. a. O. (Fn. 37), § 516 Rn. 11ff. . 右近編・前掲注（37）129頁以下。
- (39) Puchta, a. a. O. (Fn. 1), S. 474f. .

かが問題であるとする。これについて Puchta は、募集者は、実際、受益者の仲介をする仲介者の立場であり、ここでは受贈者とはならないという。つまり、募集者は、寄付者の贈与物から経済的な利益を得ることがなく、それを管理し使用する者であり、また、募集者は寄付を自己のために保持するのではなく、完全に寄付を受益者へ移転したいと考えているのであるとする。これらのことから、Puchta は、寄付において贈与を受け入れることができる法的主体がなく、寄付を贈与とみることには否定的である。

Regelsberger⁽⁴⁰⁾は、寄付が贈与に含まれるかどうかは、どのような贈与概念が想定されているかによって贈与として部分的には肯定され、部分的には否定されるという。すなわち、贈与として肯定される部分は、寄付者の無償の財産的出捐によって、一人あるいは多数の人々が利得を受ける点であり、否定される部分としては、実際に、寄付者が無償の財産的出捐を直接に行っているのは募集者であり、利得があるかどうかという意味では、募集者は受贈者とはならない点であるという。

Max⁽⁴¹⁾は、寄付は贈与に基づいているようにみえ、間違いなく、寄付者は好意 (Gefälligkeit) によって自発的に贈与物 (寄付) を手放すつもりであるとする⁽⁴²⁾。しかし、募集者を受贈者として指定することは間違っているという。なぜなら、募集者は寄付の目的のために寄付を使う必要があり、募集者が受贈者の役割を担うことは募集者と寄付者の意図にはなく、募集者は寄付において中間者であり、実際に受益者に移行する必要があると述べる⁽⁴³⁾。

Fischbach⁽⁴⁴⁾は、まず、寄付者が寄付をする時点において、寄付を受ける

(40) Regelsberger, a. a. O. (Fn.7), S.29.

(41) Max, a. a. O. (Fn.29), S.14ff..

(42) Gallasch も、一見すると寄付において、寄付者から無償の出捐がなされているという点では、贈与と類似点があるという (Gallasch, a. a. O. (Fn.34), S.23.)。

(43) Kayser も同様に贈与説を否定している (Kayser, a. a. O. (Fn.1), S.18.)。

(44) Fischbach, a. a. O. (Fn.8), S.22ff.. さらに、Fischbach は、その後の論文

第三者，すなわち受益者が確実に存在するわけではないという。例えば，戦没者の慰霊碑のために寄付が集められた場合，最終的に利得を受けるのは誰であるのかと疑問を呈している（戦没者であるのか，あるいはその遺族であるのか）。そして，寄付においては，寄付者が寄付をする時点において，特定人の利得を目的とすることはなく，それゆえ，贈与概念の本質的な特徴を欠くという。さらに，Fischbach は，仮に贈与と構成した場合，誰と誰との間で贈与が行われるのかについて以下のように検討を加えている⁽⁴⁵⁾。ここで挙げられているのは，寄付者と募集者との間で贈与が成立するか，寄付者と受益者との間で贈与が成立するかどうかである。

寄付者と募集者との間で贈与が成立するかどうかについては，両当事者の主観的意思においても，客観的な事実においても贈与は成立しないという。すなわち，寄付者は募集者に対して贈与を行う意思はなく，募集者も渡された寄付によって利得を得ようという意思はないとする。それどころか，募集者は，寄付の場合，自身の時間と労力を寄付の募集のために費やしているという。

寄付者と受益者との間の贈与の成立に関しては，受益者は，寄付者と直接関係がなく，寄付者は特定の受益者へ贈与をするという意味もないという。受益者が多数存在する場合，寄付者が特定の受益者に贈与をすることは考えられず，寄付の規模が大きければ大きいほど，贈与として構成することは難しいという。ただ，贈与は気前の良さ，好意からなされ，寄付におい

においても贈与説を次のように否定している。すなわち，寄付者と募集者との間の寄付行為は，贈与ではないことに注意するべきであり，寄付は，募集者に対するものではなく，慈善目的，公益目的のために果たされるのである。募集者は，受益者ではなく仲介者として，さらに，目的に尽力する人物であり，募集者の財産に留まることが寄付の目的の最終目的ではなく，あくまで中間点としてみなされなければならないとする（Oscar Fischbach, Zur Lehre vom Sammelvermögen, Deutsch Juristen Zeitung, 1909, S. 262.）。

(45) Fischbach, a. a. O. (Fn. 8), S. 23f. .

でも同様のことがいえるのであり、この点については共通するという。

Rademacher⁽⁴⁶⁾は、寄付は寄付者の無償の出捐によってなされるため、贈与を通じて、寄付の目的が達成されるかどうかを検討することは有益であるとし、贈与は、BGBによると、出捐が無償であることに両当事者が同意し、誰かを利得させることであるから、この贈与の概念的特徴が寄付にも存在するかどうかが問題であるとする。Rademacher⁽⁴⁷⁾は、戦没者の慰霊碑を建てることを目的とした寄付を募集する場合、そのような寄付によって誰が利得を受けるのかという疑問を呈し、贈与においては、受贈者の財産の増加を必要としているので、BGB516条はこの場合適用することはできないという。

Stolzberg⁽⁴⁸⁾は、贈与説は否定されるべきであるという。なぜなら、BGBにおける贈与は、贈与者の財産により相手方に利得が生じ、両当事者に出捐について無償であるという合意を要するからであるとする。つまり、寄付においては、募集者には利得がなく、寄付者が募集者へ移転した寄付は、すべて受益者へ完全に移転されるべきであるので、寄付を贈与とみることは現実的ではないとする。

比較的近年の文献でも、Fischer⁽⁴⁹⁾は、寄付において、募集者は自己の利益を得るものではないので、寄付者の出捐は、募集者を利得させるものではなく、寄付者の出捐と募集者の利得は結びついていないので、BGB516条における贈与は成立していないと説明する。

(46) Rademacher, a. a. O. (Fn. 14), S. 22f. .

(47) Rademacher, a. a. O. (Fn. 14), S. 23.

(48) Stolzberg, a. a. O. (Fn. 16), S. 13f. .その他、Nothmannは、寄付者は募集者のために出捐しているわけではなく、募集者もそれによって利得もしていないので、募集者を贈与における受贈者としてみることはできないとする (Nothmann, a. a. O. (Fn. 15), S. 78.)。

(49) Fischer, a. a. O. (Fn. 18), S. 29. HübnerもFischerと同様の見解である (Heinz Hübner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1996, S. 156.)。

(2) 負担付贈与説

負担付贈与説は、寄付者が募集者に寄付を受益者へ給付するよう負担を設定してなされる贈与であるという⁽⁵⁰⁾。確かに、負担付贈与説のように、寄付の法的構成に関して、寄付者が募集者に対して、寄付を寄付の目的のために使用せよとの負担を設定した負担付贈与 (Schenkung unter Auflage) と考えることは、贈与説よりも説得力があるように思われる⁽⁵¹⁾。

BGB525 条の負担付贈与⁽⁵²⁾は、受贈者が目的物を享受する場合にある給付をすべき義務を負う旨の付随的合意を伴った贈与であり、受贈者の負担は、作為、不作為を問わない。そして、負担によって利益を受ける者は、贈与者、受贈者、第三者であり、第三者が受益者である時は、第三者のためにする契約を適用することができるかと解されている。負担付贈与も贈与であるので、受贈者に何らかの利益がなければならず、受贈者に利益がある限り、贈与と負担としての給付が客観的に同価値であっても、贈与は認められるという。

そして、負担付贈与説に対しては、このような負担付贈与の内容と関連して、贈与説と同様に様々な考察が加えられている。以下では各論者の見解をみていきたい。

Stolzberg⁽⁵³⁾は、負担付贈与 (Schenkung unter Auflage) であるとしても、BGB516 条における受贈者の利得が必要であり、贈与説でも言及されたよう

(50) Riedel, Das Bürgerlichen Gesetzbuch im Vergleichung mit dem Preussischen Recht, 1896, S.187f. Hans Brinkmann-Bondi, Altes und Neues über Sammelvermögen, 1913, S. 56ff.

(51) Brinkmann-Bondi, a. a. O. (Fn. 50), S. 61.

(52) Vgl. Münchener Kommentar/Koch, 7. Aufl., a. a. O. (Fn. 37), § 525 Rn. 2 ff. Plandt Kommentar/Weidenkaff, 76. Aufl., a. a. O. (Fn. 37), § 525 Rn. 1 ff. Jauernig Kommentar/Mansel, 16. Aufl., a. a. O. (Fn. 37), § 525 Rn. 1 ff. Larenz, a. a. O. (Fn. 38), S. 208f. Förster, a. a. O. (Fn. 37), S. 89. 右近編・前掲注 (37) 143-145 頁。

(53) Stolzberg, a. a. O. S. (Fn. 16), S. 14f.

に、募集者は寄付者からの無償の出捐によって利得を受けておらず、贈与に不可欠な受贈者の利得がないという。そして、もし、寄付に負担付贈与を適用するのであれば、寄付者からの寄付を募集者に留まらせておかなければならないとする。負担付贈与において、その負担は当事者の副次的な目的であり（つまり、主要な目的は受贈者を利得させること）、それに対して寄付の場合は、負担の達成、すなわち、受益者への寄付財産を移転することこそが主要な目的であるので、負担付贈与の負担の概念に対応しないという。

König⁽⁵⁴⁾も、負担付贈与（Schenkung unter Auflage）において主要な目的は贈与すること、すなわち、受贈者へ財産を移転させ利得させることであり、負担は副次的な目的であるとする。そして、KönigはBGB525条の立法過程において第二委員会が当初から寄付が負担付贈与であるということを否定しているという⁽⁵⁵⁾。

(54) Carl Ernst König, Die öffentliche Sammlung von Vermögen für einen vorübergehenden Zweck, 1907, S. 20.

(55) 贈与の立法過程における第二委員会の審議では、受贈者の利得の議論との関連で寄付について次のような議論があった。第二委員会において、贈与は、無償の出捐により相手方を利得させるものであると理解されていたが、受贈者の利得については、贈与者の財産減少によって受贈者が経済的な利益を受けるということで見解が一致していた。例えば、多くの人の協力によって達成される慈善目的のためになされる寄付は（例えば、記念碑の設立等）、贈与とみなされないと指摘されていた。さらに、第二委員会では、確かに、慈善目的でなされる寄付は、贈与にみえそうであるが、慈善のために資金を調達する場合において、寄付者は組合や協会等に贈与をするわけではなく、実際に寄付した金銭で（慈善）事業に参加することを望むのであり、本来、それは匿名の組合員として行われるのであるという（Benno Mugdan (hrsg.), Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 2, Recht der Schuldverhältnisse, 1979, S. 736f.）。またそのほか、Schmidは、負担付贈与においても受贈者の経済的な利得は依然として必要不可欠であるとし、立法者も同様の考えであるという。そして、贈与と負担付贈与において利得を別に扱うことは贈与の体系に反するとし、負担付贈与においても受贈者への贈与、すなわち、贈与により受贈者が利得することが求められるとする（Cornelia Schmid, Stiftungsrechtliche Zuwendungen im Erb- und Familienrecht, 2007, S. 59f.）。

Erb⁽⁵⁶⁾は、負担付贈与 (Schenkung unter Auflage) も、贈与である以上、受贈者の利得が必要であり、これに対して、寄付においては、募集者が中間者ないし媒介者である場合、寄付者からの寄付によって利得を受ける意図はないとする。寄付における寄付者と募集者の目的は、募集者を利得させるためではなく、募集者が受け取った寄付を移転することが目的であるという。

2 寄託説

寄託説は、寄付における募集者の負担は、集められた寄付を募集者の手の中にまとめること、すなわち、寄付の目的の実現まで寄付を確実に保管することであり、個別の寄付行為について、寄付者と募集者との間に寄託契約 (Verwahrung) が成立すると考える⁽⁵⁷⁾。

この寄託説によって、募集者に管理義務を根拠づけ、寄付者には不履行により損害賠償請求権を根拠づけることができるが、まず BGB における寄託の内容についてみていきたい。BGB における寄託については以下のとおりである⁽⁵⁸⁾。

寄託契約は、受寄者 (Verwahrer) が寄託者 (Hinterleger) から引渡しを受けた動産を保管することを目的とする契約であるといわれ、保管は有償、無償で行うことが可能であるとされる。契約当事者は、物の保管のために引渡す寄託者と、それを保管する受寄者であり、両当事者の無方式の契約により成立する。寄託者と受寄者の権利義務関係は、受寄者には、主たる義務とし

(56) Erb, a. a. O. (Fn. 17), S. 59f. また、Enneccerus は、寄付者が研究支援のために大学等の既存の法人に寄付を行う場合は、法人自身が利得を受けるために負担付贈与が考えられ、その場合、法人は寄付者の設定した負担に従い、寄付を使用しなければならないとする (Ludwig Enneccerus, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 1952, S. 468.)。

(57) Vgl. Max, a. a. O. (Fn. 29), S. 45. Stolzberg, a. a. O. (Fn. 16), S. 21.

(58) Vgl. Jauernig Kommentar/Heinz-Peter Mansel, BGB, 16. Aufl. 2015, S. 1176-1180. 右近編・前掲注 (37) 546 頁以下。

て寄託者から引渡しを受けた受寄物を保管する義務が生じ（保管義務）、この義務は受寄物を保管する場所を提供するものであり、受寄物を保護する義務であると理解される。そして、寄託関係の終了後は、受寄者は受寄物を返還する義務を負う。そのほか、受寄者が義務に違反し、その義務違反により受寄者が責めを負い、違反から賠償可能な損害が生じ、そして免責事由が存在しない場合は、受寄者が損害賠償義務を負う。また、寄託は専ら寄託者の利益のために行われるものであるから、寄託者の返還請求も認められている。

このような寄託の内容と関連して、寄託説に対しては様々な考察がなされている。以下では、各論者の見解をみていくこととする。

Puchta⁽⁵⁹⁾は、寄付者と募集者との間の契約には、寄託（Verwahrung）は存在していないとしており、寄付者は最初から寄付の返還を要求する意図がないとする。

Max は、寄付者から寄付を集め、それを管理運営し、目的を実現するまでそれらを保管するという募集者の負担は、各寄付者と募集者との間の関係を寄託契約（Verwahrung）とみることができるとして肯定的であり、寄付者と募集者との間に寄託契約を認めることによって、保管義務が成立し、その義務違反は寄付者の損害賠償請求権を正当化するという⁽⁶⁰⁾。しかし、Max は、寄託説の難点についても言及する。すなわち、寄付においては、基本的に寄付を寄付者へ返還する状況は考えられず、寄付者は最終的に寄付を受益者へ移転することを望んでいるという⁽⁶¹⁾。これについて、Fischbach⁽⁶²⁾も、募集者の負担は、寄付の目的の実現まで確実に寄付財産（Sammelvermögen）を保管することであり、その点においては寄託説は妥当するとするが、寄付

(59) Puchta, a. a. O. (Fn. 1), S. 476.

(60) Max, a. a. O. (Fn. 29), S. 16f. .

(61) Max, a. a. O. (Fn. 29), S. 16f. .

(62) Fischbach, a. a. O. (Fn. 8), S. 28f. .

において、寄託における寄付者側からの寄付の返還請求は、取り決められた寄付の目的を挫折させることとなり、寄付者は、寄付を基本的に取り戻すことを考えていないという。

そして、寄託契約における受寄者と寄付における募集者の立場に注目するものもある。例えば、Rademacher⁽⁶³⁾は、募集者は受け取った寄付を利用するまで保管するのであり、募集者には自己の知識と良心を最大限に生かして寄付を管理するという義務があるのは事実であるとする。しかし、Rademacherは寄託説の難点を次のように述べている。すなわち、寄託契約(Verwahrung)によって寄付者は受寄物である寄付の返還を要求することができるが、寄付者の意図は寄付の返還ではなく寄付の移転であるとする。また、寄付を受け入れることによって募集者が負う義務は、寄託契約における受寄者よりもはるかに広範であり、寄付者が意図した利用のために募集者は寄付を引き継ぐのであり、寄付を寄託契約として捉えることは不十分であるとする。

Stolzberg⁽⁶⁴⁾も、寄託契約(Verwahrung)と構成すれば、募集者は寄付を受け取り、それを管理、保管義務を負うこととなるが、募集者の業務が寄託契約における受寄者よりも広範であり、寄付において寄託契約の締結を認める理由はないとする。すなわち、寄付財産(Sammelvermögen)は、募集者によって受益者へ移転されるべきであるとし、寄付において、募集者は寄付者の手から受益者へ寄せられた寄付を早急に移転させるよう仲介する立場を形成するだけであるとする。そして、Stolzbergは、BGB688条に基づき受寄者には保管義務があるものの、募集者には寄付財産を管理し使用する義務があり、これは寄託契約における受寄者がないとする。そのほか、寄託契約には寄付者による撤回と返還請求をいつでも行使できるが、寄付の場合、寄付

(63) Rademacher, a. a. O. (Fn. 14), S. 19f. .

(64) Stolzberg, a. a. O. (Fn. 16), S. 21.

者にはそのような意図は基本的にないと述べている⁽⁶⁵⁾。

3 委任説

委任説は、寄付者と募集者との間の関係を委任契約 (Auftrag) と認める見解であり、寄付者は委任者 (Auftraggeber) として、寄付の目的のために寄付の使用を募集者たる受任者 (Beauftragter) に委任するという⁽⁶⁶⁾。

寄付者と募集者との間で委任契約が成立すれば、募集者は寄付者に対して、必要な報告を行い、請求により、事務の現状について情報を提供し、委任の遂行後、会計報告を行わなければならない、寄付者は寄付の目的が正しく実行されたか否かについて知ることができるといわれている⁽⁶⁷⁾。委任説は、寄付者と募集者との間に委任契約が成立するというものであるが、まず BGB における委任の内容についてみていきたい⁽⁶⁸⁾。

委任契約は、受任者が委任者によって委託された事務を委任者のために無償で処理することを引き受ける契約、他人の利益のために無償で事務処理することを内容とする契約であるといわれる。委任者と受任者の権利義務関係については、受任者は委任契約の成立に基づき委任を執行する義務を負い、受任者はできる限り、委任者の利益を保護し、委任を注意深く適切に執行する義務を負うとされる。また、受任者は委任者からの請求がなくても、事情に応じ必要な通知、状況報告、結果報告をしなければならない。そのほか、委任者は、受任者につき報告義務違反による損害賠償責任が成立するかどうかに関わりなく、報告請求権を有する。委任者は、委任の執行が完了し、

(65) Stolzberg, a. a. O (Fn. 16), S. 21f. .

(66) Puchta, a. a. O. (Fn. 1), S. 476. Bekker, a. a. O. (Fn. 6), S. 283. Stolzberg, a. a. O. (Fn. 16), S. 24ff. .

(67) Fischbach, a. a. O. (Fn. 8), S. 31f. .

(68) Vgl. Jauernig Kommentar/Heinz-Peter Mansel, BGB, 16. Aufl. 2015, S. 1109-1134. 右近編・前掲注 (37) 482 頁以下。

または委任が終了している限り、委任の誤った執行があったことの証明がなくても結果の報告を請求でき、委任者、受任者双方はいつでも一方的に委任契約を解消することができる」と説明される。

委任説に対しては、委任の内容に関連して、様々な考察が加えられている。以下では各論者の見解をみていくこととする。

委任説に肯定的な論者として Puchta が挙げられる。Puchta⁽⁶⁹⁾は、寄付者から募集者へ寄付を譲渡し、募集者が寄付を受け取ることによって、委任契約 (Auftrag) が成立し、募集者は寄付者の意思に従い、受け取った寄付を使用する義務を負うという。寄付者と募集者との間の法的関係は、委任者と受任者と同一であり、この委任関係は寄付行為の特質から必然的に生じるものであるとする。そして、寄付においては、寄付の目的が不能になった、あるいは寄付が着実に配分された等、何らかの理由で募集者の活動が終了したとみなされた場合、寄付財産 (Sammelvermögen) をどのように管理したかに関する情報を得ることができなければならず、委任契約と捉えれば、各寄付者には、寄付の額に関係なく、会計報告を要求する権利を付与することができるという。そのほか、委任の撤回については、寄付者は、委任の撤回権 (Widerrufrecht) を暗黙に放棄しているとみなし、委任における委任者の撤回権に変更を加えている⁽⁷⁰⁾。

Stolzberg も、委任説に対しては肯定的である。Stolzberg⁽⁷¹⁾は、BGB662 条は受任者が委任者から無償で委任された事務を処理する契約として定義されており、寄付者と募集者との関係を委任 (Auftrag) と捉えることができるという。なぜなら、募集者は、寄付者から委託された事務である受益者への寄付の配分を無償で行うものであり、また、募集者は、自己の活動から報酬

(69) Puchta, a. a. O. (Fn. 1), S. 476f. .

(70) Puchta, a. a. O. (Fn. 1), S. 479.

(71) Stolzberg, a. a. O. (Fn. 16), S. 28.

を受け取るわけではなく、寄付の目的を達成するために管理業務を引き受けるからであるからだという。さらに、Stolzberg は、寄付者と募集者との間の権利義務関係については、BGB666 条の適用を認めており、募集者は寄付の実行状況等を説明する義務を負うとする⁽⁷²⁾。寄付者は募集者がどのように業務を行っていたか、また寄付の配分後、寄付財産が余剰したのか否かを知ることに関心があり、これらについて募集者は説明責任があるという。

そして、Stolzberg は、以下の三つの条文に関しても言及している⁽⁷³⁾。まず、BGB667 条⁽⁷⁴⁾によれば、受任者が委任の実行により得たものを委任者に引渡す義務 (Herausgabepflicht des Beauftragten) を定めており、これが適用されるのは、寄付の実行後、余剰の寄付財産 (Sammelvermögen) があつた場合であるとする。次に、BGB669 条⁽⁷⁵⁾によれば、委任者の事務のために必要な経費を受任者へあらかじめ委任者が費用を払う必要があるが、これは寄付の場合において期待できないとする。なぜなら、寄付の場合、委任の実行のために金銭がすでに委任者から受任者へ引渡されているからであると説明している。最後に、BGB671 条⁽⁷⁶⁾の委任の撤回 (Widerruf) については、Puchta と同様に、寄付者と募集者との間で暗黙に放棄されているものとみ

(72) Stolzberg, a. a. O. (Fn. 16), S. 30f. .

(73) Stolzberg, a. a. O. (Fn. 16), S. 32f. .

(74) BGB 667 条 (引渡義務) : 「受任者は、委任者に対して、自己が委任の遂行のために受領したもの及び事務処理から得たものの全てを引き渡す義務を負う。」。条文訳については、山口和人「ドイツ民法Ⅱ (債務関係法)」国立国会図書館及び立法考査局 (2015) 129 頁参照。

(75) BGB 669 条 (前払義務) : 「委任の遂行のため必要な経費は、委任者が受任者に対し、その請求により前払をしなければならない。」。山口・前掲注 (74) 129 頁参照。

(76) さらに、Stolzberg は、BGB 670 条では、受任者の費用償還請求権を認めているが、これは寄付者と募集者との間で認められないとする。なぜなら、募集者が寄付の目的のために何らかの支出をしたとしても、それは募集者の非営利性、利他的な立場により、暗黙に費用償還請求権を放棄しているものと理解できるからであると説明している (Stolzberg, a. a. O. (Fn. 16), S. 33 f. .)。

なす。

以上が委任説に肯定的な見解であるが、Fischbach は、委任説に否定的である。Fischbach⁽⁷⁷⁾は、募集者が委任の遂行のため、諸事情に照らし、必要であるとみなすことが許される費用を支出した場合、寄付者は、その償還義務を負うこととなり、寄付の実態を考えれば、募集者が寄付者に対して費用の償還請求を求めることを考えられないとする。そして、寄付においては、実際、募集者は委任における受任者よりも独立して寄付財産 (Sammelvermögen) を管理、使用するものであり、委任理論における委任と実態が異なると指摘する⁽⁷⁸⁾。しかし、Fischbach は、小規模の寄付が委任の形式によって実現される可能性があることも指摘しており、それは、寄付者が寄付の使用について募集者に委任する場合であるとする⁽⁷⁹⁾。また、複数の募集者が、それぞれ個別に寄付者と委任による形式で寄付を集め、その後、結果的に複数の募集者が集まり、寄付の目的のために寄付財産を形成する場合も考えられ、この場合も委任理論が妥当するとして、限定的に委任説を肯定しているようである。

Rademacher は、まず、寄付者と募集者との間に委任契約 (Auftrag) が成立することが考えられ、その場合、委任の内容は、寄付の使用であるとする⁽⁸⁰⁾。さらに、委任契約の性質から、募集者は、事業の状態、会計の状況、財産の状況等の情報を寄付者に提供する義務を負うという。Rademacher は、委任説について肯定的であるように思われるが、委任説の難点は、BGB671 条による委任者側からの契約の撤回可能性であり⁽⁸¹⁾、寄付は寄付

(77) Fischbach, a. a. O. (Fn. 8), S. 31f. .

(78) また、König は、募集者は受任者のように、寄付者の指示に従う必要はなく、多数者からの寄付の場合、募集者は個々の寄付者の指示に従うことは不可能であるとして、委任説を否定する (König, a. a. O. (Fn. 54), S. 21.)。Max も同様である (Max, a. a. O. (Fn. 29), S. 18f. .)。

(79) Fischbach, a. a. O. (Fn. 8), S. 31f. .

(80) Rademacher, a. a. O. (Fn. 14), S. 32.

者からの返還リスクにさらされる。しかし、寄付の場合、寄付者は一度与えた寄付を返還請求することを最初から意図していないことは明らかであり、また、そもそも寄付者による常時の寄付の返還が予定されるような状況は、寄付の目的を危険にさらすであろうとする。ただ、寄付の返還が要求されるとするならば、寄付者の困窮や、他の重要な理由のため、まれに緊急の場合にのみ委任の撤回がなされる可能性があり、そのような場合に、寄付の返還の機会を寄付者に残すことは、結局、寄付の目的を挫折させるものであるという。

そのほか、Erb は、BGB671 条 1 項が両当事者にいつでも委任を撤回する権利を認めているので、これは寄付の場合、寄付者においても募集者においても適切ではなく、募集者が主導で寄付財産 (Sammelvermögen) を管理、処理するという立場にあることを考慮すれば、BGB の委任規定は適当ではないとする⁽⁸²⁾。

4 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、寄付が特定の第三者のために行われる場合について、寄付者と募集者との間で、寄付の受益者を第三者として、第三者のためにする契約 (Vertrag zugunsten Dritter) が成立すると解するものである⁽⁸³⁾。寄付が特定の受益者に対してなされた場合、第三者のためにする契約により、第三者に給付を要求する権利を与えるという。第三者のためにする契約説を提唱したのは Hellwig であるが、Hellwig は、特定の第三者のためにのみ寄付が使用される場合に、寄付者と募集者との間で第三者のために

(81) Rademacher, a. a. O. (Fn. 14), S. 32ff. . Nothmann も、委任における委任者の撤回権が、寄付においては大きな難点であると述べる (Nothmann, a. a. O. (Fn. 15), S. 80.)。

(82) Erb, a. a. O. (Fn. 17), S. 60.

(83) Konrad Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte, 1899, S. 238ff. .

する契約が成立し、寄付の受益者が給付請求権を取得するとしており、寄付において受益者である特定の第三者が特定できていない場合には、寄付者と募集者との間で、第三者のためにする契約の成立は認められないという⁽⁸⁴⁾。

このように第三者のためにする契約説は、寄付者を要約者、募集者を諾約者、寄付の利益を受ける者を受益者と設定するものであるが、まず BGB における第三者のためにする契約の内容をみていくこととする⁽⁸⁵⁾。

第三者のためにする契約とは、契約当事者以外の第三者が直接に給付請求権を取得するという効力を伴う契約である。第三者は契約締結時に特定している必要はなく、客観的な基準に基づき特定することができればよいとされ、未だ出生していない者あるいは成立していない法人でもよいといわれる。そして、第三者は自己のために締結された契約に基づき、直接に自己固有のものとして、債権を取得することができる。BGB328 条 2 項⁽⁸⁶⁾では、契約当事者の意思が明確ではない場合、とりわけ、第三者の権利取得は、即時に成立するのか、あるいは一定の条件によって生じるのかどうかということが、契約自体から確定しえない場合には、その基準は、具体的事情により適切に推定するとする。

第三者のためにする契約説に対しては、第三者のためにする契約の内容と関連して様々な見解が述べられている。以下では各論者の見解をみていくこととする。

(84) Hellwig, a. a. O. (Fn. 83), S. 241.

(85) Vgl. Jauernig Kommentar/Astrid Stadler, BGB, 16. Aufl. 2015, S. 517-525. 椿寿夫・右近健男編『ドイツ債権法総論』（日本評論社，1988）231 頁以下。

(86) BGB 328 条 2 項「特別の定めが存在しない場合、諸事情、特に契約の目的から、第三者が権利を取得するか否か、第三者の権利が直ちに又は一定の要件の下でのみ生じるか否か及び第三者の権利をその同意なく消滅させ又は変更する権限が契約締結者に留保されるべきか否かを推知しなければならない。」。山口・前掲注（74）31-32 頁参照。

まず、Hellwigの見解に対して、Stolzbergは、寄付者と募集者との間の契約関係に受益者を組み込むものであり、受益者の立場を考慮し、受益者にどのような権利があるかについて手がかりを与えるものであるとする⁽⁸⁷⁾。しかし、すべての寄付において、寄付者と募集者との間に、特定の第三者が存在するわけではなく、寄付における受益者はそれぞれ異なって判断されるべきであり、特定の受益者が存在する寄付の場合は、第三者のためにする契約の適用を認め、不特定多数の受益者が存在する寄付（震災における被災者のための寄付等）の場合は適用を否定する⁽⁸⁸⁾。なぜなら、特定の受益者が存在する寄付の場合は、寄付者と募集者との間で、特定の受益者のために寄付がなされることを認識しているので、第三者のためにする契約の適用を認めることができ、寄付者はその受益者のために寄付を行い、募集者はその寄付を一旦受けて、その後、この受益者のために寄付財産（Sammelvermögen）を管理、使用するからであるとする⁽⁸⁹⁾。したがって、特定の受益者が存在する寄付の場合、第三者のためにする契約は的確であり、受益者は寄付の配分について募集者に対する給付請求権を得ることができるという。これに対して、不特定多数の受益者が存在する寄付の場合、寄付者と募集者との間で個々の受益者の存在が不明確であり、受益者の特定に関しては、募集者は寄付を受けた後に、受益者の特定を行い、個別に寄付を分配するので、このような状況において第三者のためにする契約によって個々の受益者に対して履行請求権を付与することは、寄付者と募集者の意図にないと述べる⁽⁹⁰⁾。

Fischbachは、仮に特定の受益者のために寄付を行う場合にも、そこでの受益者も不確定な場合があり⁽⁹¹⁾、また、例えば、シューレーゲン地方の

(87) Stolzberg, a. a. O. (Fn. 16), S. 41.

(88) Stolzberg, a. a. O. (Fn. 16), S. 41.

(89) Stolzberg, a. a. O. (Fn. 16), S. 42.

(90) Stolzberg, a. a. O. (Fn. 16), S. 42f..

(91) Puchtaも、寄付者側からすれば、寄付をする時点で、特定人に寄付を送る意

困窮した織工を支援するための寄付が募集者によって募集された場合、誰がここでの特定の受益者か確定することができず、どのようにして個別の織工に寄付を分け与えるかは、寄付者が募集者へ寄付をする時点で、不明確であるとする⁽⁹²⁾。さらに Fischbach は、仮に寄付において第三者の受益権を認める場合も、受益者の範囲が非常に不明確であると指摘し、実際、寄付において、募集者に裁量の余地を残すべきであり、寄付は募集者の主観的な裁量により受益者へ配分されるのであるとする⁽⁹³⁾。Fischbach は、このように述べ、寄付において、特定の受益者を確定することができないので、第三者のためにする契約の適用は認められず、寄付財産 (Sammelvermögen) を第三者のためにする契約によって受益者に配分することができないとして否定する立場をとる。

Rademacher は、受益者に給付請求権を認めるために、寄付者と募集者との間で第三者のためにする契約が成立することには肯定的であり、特定人のための寄付が、第三者のためにする契約説によって説明することについて不可能ではないと述べる⁽⁹⁴⁾。しかしながら、Rademacher は、第三者のためにする契約は、契約当事者の意図がはじめから第三者に給付請求権を付与することを目的としている場合にのみ利用可能であり、場合によっては、寄付において、第三者のためにする契約を認めることは、寄付者や募集者の意図ではない可能性もあると指摘する⁽⁹⁵⁾。なぜなら、募集者の寄付財産 (Sammelvermögen) の適切な管理や使用が主な寄付者の意図であり、寄付者は受益者の権利についてまで想定していない場合もあるからであるという。さらに、Rademacher は、1910年の夏に発生したルール地方の洪水の際に集め

図はないと指摘している (Puchta, a. a. O. (Fn. 1), S. 475.)。

(92) Fischbach. a. a. O. (Fn. 8), S. 34f..

(93) Fischbach, a. a. O. (Fn. 8), S. 36.

(94) Rademacher, a. a. O. (Fn. 14), S. 28.

(95) Rademacher, a. a. O. (Fn. 14), S. 30.

られた寄付の例を挙げ、ここでの寄付者の意図は、道徳的かつ、社会的義務を果たすために、緊急時の国家、不特定多数の被災者を支援することであるとする。したがって、この場合において、寄付者と募集者との間で第三者のためにする契約によって、受益者の権利までを想定する意図はないと説明する⁽⁹⁶⁾。最後に、Rademacherは、仮に第三者のためにする契約によって、受益者に給付請求権を想定できたとしても、それにより、募集者が寄付の募集の時点で決定している受益者への寄付の配分等の支援方法、その時期等を乱す恐れがあり、募集者には一定の行動の自由が許されるべきであるという⁽⁹⁷⁾。

Erb⁽⁹⁸⁾は、第三者のためにする契約説は、特定人、あるいは、複数の特定人が受益者として考えられる場合に考えられ、Hellwigは、特定人が受益者とされる場合のみこの説を明確に肯定しているとする。しかし、寄付の場合、寄付者から募集者への寄付の時点で、受益者が不明確な場合や、受益者としての第三者が存在しない場合もあるという（戦没者の慰霊碑の建設等）。Erbは、第三者のためにする契約の前提は、要約者と諾約者との間で、第三者のために給付を行うことが特に明確な場合であり、多くの寄付の場合に、特定の第三者を決定してなされることは少ないので、今日では第三者のためにする契約説は伝播されていないという。

5 組合説

組合説は、寄付において、寄付者間で組合契約（Gesellschaftsvertrag）を締結するという説である⁽⁹⁹⁾。これまでの学説は、寄付者と募集者との間の契

(96) Rademacher, a. a. O. (Fn. 14), S. 30f. .

(97) Rademacher, a. a. O. (Fn. 14), S. 31f.

(98) Erb, a. a. O. (Fn. 17), S. 57ff. .

(99) Otto von Gierke, Deutsches Privatrecht, Allgemeiner Teil und Personrecht, Bd. 1. 1895, S. 672ff. .

約関係に焦点が置かれて考察されていたが、寄付者間相互の関係に注目し、契約関係を想定するものである。この組合説では、寄付者による寄付によって、BGB705条の意味での組合契約が締結が成立とする。そして、寄付財産(Sammelvermögen)は組合財産となり、寄付財産の所有権は募集者ではなく、すべての寄付者になるので、寄付の目的実現まで、寄付者に寄付財産を留まらせることができると説明される⁽¹⁰⁰⁾。また、組合説によって、寄付者は、組合員として運営活動に参加し、健全に寄付財産を利用することができ、寄付財産は寄付の目的が達成されるまで寄付者との継続的な関係を保たれるので、寄付財産の管理も確実になるとする(組合説では、募集者は組合の中心的人物、組合の代表として位置付けられている)⁽¹⁰¹⁾。

Gierkeは、多数の寄付者から集められた寄付には、一つの集合的な財産を形成し、その所有者は、募集者ではなく、すべての寄付者にあるべきであるとする⁽¹⁰²⁾。寄付者間の同意により構成される組合を、寄付組合と呼び、寄付の目的に従い形成された財産は、組合財産となると説明している⁽¹⁰³⁾。しかし、Gierkeは、寄付の一部の形態では、参加者(特に寄付者)が非常に不明確で、曖昧なので、組合による財産管理は実用的ではないと指摘しており、この点注意が必要である⁽¹⁰⁴⁾。

Joerges⁽¹⁰⁵⁾は、寄付者間での組合が形成されるのではなく、すでに募集者が組合を形成して寄付を集め⁽¹⁰⁶⁾、寄付者が募集者に寄付をすることによ

(100) Fischbach, a. a. O. (Fn. 8), S. 61f. .

(101) Fischbach, a. a. O. (Fn. 8), S. 61f. .

(102) Gierke, a. a. O. (Fn. 99), S. 673.

(103) Gierkeは、寄付者間での寄付組合を形成することにより、寄付組合の運営、寄付財産の使用等に以下の効果を導き出せるとする。例えば、寄付の使用用途が変更された場合、事業の執行(寄付の実行)の場合、組合の事務に関する情報を収集する場合、寄付の目的の不達成における出資の返還等に、寄付者が介入できるという(Gierke, a. a. O. (Fn. 99), S. 673.)。

(104) Gierke, a. a. O. (Fn. 99), S. 674.

(105) Rudolf Joerges, Spendungsgeschäft und Sammelvermögen, 1910, S. 32ff. .

り、寄付者と募集者との間で組合契約が認められ、募集者の形成した組合に、寄付者が組合員として加わるものと理解している。さらに、Joergesは、寄付者と募集者の両方が組合員であるため、相互の権限をどのように定めるかについて問題が生じるとする。これについては、寄付者は、寄付財産(Sammelvermögen)の形成には関与したいと考えているが、この寄付財産の管理、処理に積極的に関与することを望んではいないために、組合の決議により組合の運営管理から寄付者を除外する方が適切であると述べる⁽¹⁰⁷⁾。

組合説は、寄付者間で組合契約が形成されるか、あるいは、寄付者がすでに募集者が形成している組合に参加するというものであるが、以下ではBGBにおける組合の内容をみていくこととする⁽¹⁰⁸⁾。

まず、BGB705条は、組合契約は、当事者が共同目的の達成のために相互に給付義務を負担する意思が必要であると規定している⁽¹⁰⁹⁾。組合員は最低二人存在すればよく、組合員数の上限はない。共同の目的及びその目的の達成義務の内容について合意されていることが必要であるが、当事者がその法律関係を組合と表示したり、その法的性質を組合として合意していることは不要であるとされる。共同目的の内容には制限がなく、経済的、観念的な目

(106) Joergesは、BGB 706条(組合の出資)3項は「組合員の出資は、労務の提供によっても行うことができる」と規定しており(山口・前掲注(74)145頁参照)、募集者が組合の管理者、代表者となり、寄付の実行のために労務を給付すればBGB 706条3項に適合的であるという(Joerges, a. a. O. (Fn. 105), S. 36ff. .)。

(107) Joerges, a. a. O. (Fn. 105), S. 45f. . BGB 710条(業務執行の委譲)では、組合契約において、業務の執行が1人又は複数の組合員に委譲されたとき、その他の組合員は業務執行から排除されると規定されている(山口・前掲注(74)146頁参照)。

(108) Vgl. Jauernig Kommentar/Dres. h. c. Rolf Stürner, BGB, 16. Aufl. 2015, S. 1185-1238. 右近編・前掲注(37)577頁以下。

(109) BGB 705条(組合契約の内容): 「組合契約により、組合員は、相互に、共同の目的の達成を契約に定められた方法で促進する義務、特に約定された出資を履行する義務を負う。」。山口・前掲注(74)145頁参照。

的、例えば、学術、文化、政治、宗教的な目的でもよいとされる。そのほか、動産、不動産の維持、管理も目的とすることができる。

次に、組合契約は継続的な債権関係であり、組合契約によって組合相互間および組合と組合員間の権利義務関係が発生するものである。そして、組合契約は、それにより同時に組合という自己の機関を持った人的結合体（合手）を生み出すという意味で組織契約であり、対外的にはこの合手が組合員の統一体として現れ、組合財産の担い手となる。各組合員は組合員たる資格（Mitgliedschaft）によって合手に関わるのであり、この組合員たる資格は、共同管理権の側面と収益について持分に基づく請求権という側面を持つ。

また、組合契約は、各組合員に組合目的の達成という相互の義務を発生させる契約といわれるが、組合員のこの相互義務は、給付交換契約の意味における双務的な相互関係として存在するわけではないと理解されている。組合員の出資に関しては、各組合員は、他の組合員ないし組合から給付を受けるためにではなく、共同目的の達成のために給付するものであり、組合員の出資は、組合員が組合契約で合意した共同目的のためのすべての種類の給付が含まれ、出資は、労務でもよいとされている（BGB706条）。出資義務の内容は、一回的な給付でも、継続的な給付でも良い。譲渡可能な財産的価値（金銭等）、権利（債権等）、労務を自由に出資できる。組合の業務執行に関しては、組合が共同で行い、すべての業務について全組合員の一致を要する⁽¹¹⁰⁾。業務執行の対象となる事項は多様であり、事実行為、法律行為、内部関係に限定された行為であるかどうかということは問題ではない

最後に、組合員の監督権としては、組合の業務に関する情報を得る権利を全組合員に与えられており（BGB716条）、脱退または組合終了まで各組合員

(110) BGB 709条1項（共同の業務執行）：「組合の業務執行は、組合員に共同で帰属し、すべての業務内容について、全組合の同意を要する。」。山口・前掲注（74）146頁参照。

に帰属するとされる。これは、組合に対して主張する権利であるが、業務執行組合員に直接主張することもできるという。そして、組合員の出資及び業務執行によって組合のために取得したものは、組合員の共同の財産、組合財産となると理解される（BGB718条）。

組合説については、組合の内容と関連して、様々な考察が加えられている。以下では各論者の見解をみていくこととする。

Max⁽¹¹¹⁾は、組合説の利点は、寄付の目的の実行まで、寄付財産（Sammelvermögen）の管理に寄付者が関わることができることにあるという。しかし、寄付者同士で組合を形成するという点については、寄付者らは同じ目的のために寄付を行うが、通常、寄付者は他の寄付者の存在を明確に認識しておらず、また、寄付者らの関心は、寄付者同士で繋がるのではなく、財産が適切に使用され、財産が寄付者から募集者へ移転することにあるという。したがって、寄付者間で組合を形成することは考えられないとする。

Fischbach⁽¹¹²⁾も、組合説の利点をいくつかあげている。まず、寄付者が組合員となることによって、寄付の目的が完全に達成されていない限り、寄付財産（Sammelvermögen）を寄付者に残すことができ、寄付者が組合の運営活動を監督し、決議によって寄付の目的に何らかの影響を与えることができるとする。そして、寄付の目的が何らかの理由によって不能となれば、それにより組合が解散し、個々の寄付者に寄付財産が返戻されることにより、寄付者はまた新たに寄付をする機会を得ることができるというのである。しかし、Fischbachは個々の寄付者は組合員として寄付に関わることはないという⁽¹¹³⁾。なぜなら、寄付者自身、彼らが組合に参加するという意思を前提にすることはできず、寄付者間で相互に組合契約（Gesellschaftsvertrag）を締結

(111) Max, a. a. O. (Fn. 29), S. 21f. .

(112) Fischbach, a. a. O. (Fn. 8), S. 62ff. .

(113) Fischbach, a. a. O. (Fn. 8), S. 62ff. .

することは実際になく、また、寄付の約束、引き渡しを組合に加入する意思表示と解釈することはできないからであるとする。

Rademacher⁽¹¹⁴⁾は、BGB705条は、契約によって定められた方法で共通の目的の達成を促進するために、個々の組合員が相互に出資する義務を負うことを要求するものであり、寄付の場合、寄付者は本当に互いにこのような義務を負うのか、と疑問を呈する。寄付者の意思は、単に寄付者らが行った寄付が、寄付の目的に従い募集者に使用されることを望んでおり、この目的のために、寄付者と募集者が何らかの契約関係に入るとする⁽¹¹⁵⁾。しかしここでは、寄付者の意思には少しも他の寄付者を拘束する意図はなく、寄付者同士で行動し寄付の目的を達成することも、共通の出資によって寄付の目的を達成しようとしないう⁽¹¹⁶⁾。また、多数者で行われる寄付は、ほとんどの場合、寄付者はお互いについて何も知らないであろうし、瞬時に寄付を募集者へ行うので、ここで組合を仮定することは不自然であり、誰が組合の決議に参加する資格があるかどうかかわからず、名前を付したくない寄付者が匿名によって寄付されることがほぼ確実であるので組合説は支持できないと述べる⁽¹¹⁷⁾。

Stolzberg⁽¹¹⁸⁾は、組合説によれば、BGB705条により、寄付者が組合員として共通の目的の達成のために、特に合意された寄付の目的を果たすために相互に出資義務を負うことになり、寄付者間で寄付組合を形成し、そこでは募集者も加わり、募集者が管理業務を行うであろうとする（募集者は労務を出資するのでBGB706条3項が適用される）。しかし、Stolzbergは、これらの前提は不適切であると述べる。なぜなら、Gierkeが指摘するように、寄付に

(114) Rademacher, a. a. O. (Fn. 14), S. 37ff. .

(115) Rademacher, a. a. O. (Fn. 14), S. 37ff. .

(116) Rademacher, a. a. O. (Fn. 14), S. 37ff. .

(117) Rademacher, a. a. O. (Fn. 14), S. 40f. .

(118) Stolzberg, a. a. O. (Fn. 16), S. 15f. .

においては参加者の全体が非常に不明確であり、寄付者を組合員として寄付の目的の実行まで寄付財産を所有させることは実用的ではないからであるという⁽¹¹⁹⁾。

Erb は、組合説は、集まった寄付財産 (Sammelvermögen) の担い手は、募集者ではなく、すべての寄付者であるとするものであり、Gierke によれば、この構成により、寄付者は最も広い意味での寄付財産の使用に関する決定権を得ることができるという⁽¹²⁰⁾。この構成のさらなる利点として、Gierke は、事業の執行に関する関与、目的の乱用による使用の防止、目的の変更、または、寄付の目的が不能となった場合の際の出資金の返還を行う権利を行使することができる指摘していたとする。

そして、Erb⁽¹²¹⁾は、組合は、協力を通じて共通の目的を果たすことを目指し、法律行為に基づく数人の人々の結合であるが、寄付の場合、寄付者間で法律行為に基づく結合について想定することが可能であるかどうか疑問であるとする。なぜなら、寄付者は基本的に互いに関係がなく、原則として、寄付者は、他の誰かが寄付したかを知らないからであるという⁽¹²²⁾。また、組合説における、寄付者が組合を形成する意思を有しているという主張は、寄付の規模が比較的小さく、寄付者が互いに認識している場合に限るものであると考えられ、Gierke と Joerges はこれを認識しており、大規模な寄付とは別として扱いたいと考えているのではないかと指摘する。しかし、募集者が組合を形成した上で、寄付者からの寄付を受け、募集者が組合として寄付財産を管理、使用するという前提は適切であるとする⁽¹²³⁾。

(119) Stolzberg, a. a. O. (Fn. 16), S. 16f..

(120) Erb, a. a. O. (Fn. 17), S. 69ff..

(121) Erb, a. a. O. (Fn. 17), S. 69ff..

(122) そのほか、Nothmann, Gallasch も、Erb と同様の理由で、寄付者間において組合を形成がされることを否定する (Nothmann, a. a. O. (Fn. 15), S. 76. Gallasch, a. a. O. (Fn. 34), S. 24f..)。

(123) Nothmann も、募集者が複数存在する場合、募集者は寄付目的を達成するた

6 法人説

法人説は、寄付財産に法人格を与え、財団法人 (Entstehung einer rechtsfähigen Stiftung) として取り扱い、募集者は財産を管理する人物として任命され、事業を代表する責任を負うという⁽¹²⁴⁾。財団の設立に関しては BGB80 条⁽¹²⁵⁾は、寄付行為 (Stiftungsgeschäft) 及び財団が所在すべき州の主務官庁の承認 (Anerkennung) を要すると規定するが、Leonhard⁽¹²⁶⁾は、BGB1914 条における寄付財産は財団としての性質を想定できるとする。

法人説は、義援金等でみられる寄付を財団における寄付行為と類似した法的取引として扱うものであるが、まず BGB における財団の内容についてみていくこととする⁽¹²⁷⁾。

ドイツにおいては、法人は共通の目的に役立ち、法秩序によって固有の権利主体として承認される人及び財産の独立した組織であり、その中で、一定の財産が財団の目的に向けられる権利能力ある財団があるといわれる。そして、財団を通じて、一定の財産が財団設立者により設定された目的のために継続的に利用されるように取り扱われるものであると理解される。要件とし

めに、組合を形成して活動することは想定できるとする (Nothmann, a. a. O. (Fn.15), S. 76.)。

(124) Vgl. Hermann Isay, Zur Lehre von den Sammelgeschäften, In Jherings Jahrbüchern für dogmatik, Bd. 36. 1896, S. 442ff.. Heinrich Dernburg, Padenkten, Bd. 1. 1900, S. 144. Carl Crome, System des deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 1. 1900, S. 269f.. Rudolf Leonhard, Der Allgemeine Theil Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1900, S. 110. Josef Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1. 1906, S. 147, 355.

(125) BGB 80 条 1 項 (権利能力のある財団の成立) : 「権利能力のある財団の成立のためには、寄付行為及び財団が所在すべき州の主務官庁の承認を要する。」。条文訳については、山口・前掲注 (74) 15 頁参照。

(126) Leonhard, a. a. O. (Fn. 124), S. 110.

(127) Vgl. Jauernig Kommentar/Heinz-Peter Mansel, BGB, 16. Aufl. 2015, S. 32-36. 柚木馨『獨逸民法 I 民法総則 (復刊板)』(有斐閣, 1955) 107 頁, デイター・ライポルト原著: 円谷峻訳『ドイツ民法総論』(成文堂, 2015) 448 頁以下。

ては、法的に独立した財産が必要であり、権利能力ある財団の設立には、法律行為上の設立行為としての寄付行為（Stiftungsgeschäft）⁽¹²⁸⁾と管轄権を有する州官庁による承認（Anerkennung）が必要である（BGB80条1項）。

法人説については、上記の財団の内容に関連して、様々な考察が加えられている。以下では各論者の見解をみていくこととする。

Fischbach は、財団における寄附行為（Stiftungsgeschäft）は、書面による要式が必要であり、そのような要式を寄付の場合に見出すことはできないと指摘し、そもそも、寄付財産（Sammelvermögen）が成立する前に、募集者が存在しており、寄付財産の成立を財団法人の設立とみなすことができないとする⁽¹²⁹⁾。

Rademacher⁽¹³⁰⁾ は、法人説は、寄付財産（Sammelvermögen）を財団（Entstehung einer rechtsfähigen Stiftung）と同様に扱い、法人格を付与する意図があるとしており、募集者に関しては、財産を管理するために任命された者とし、事業を代表して、寄付財産を管理運営する責任を認めることは望ましいものの、財団における寄附行為（Stiftungsgeschäft）については、要式が

(128) BGB 81 条（寄附行為）：「(1) 生前の寄附行為は、書面の方式によることを要する。生前の寄附行為は、ある財産を財団設立者の指定する目的の達成のために寄贈すると財団設立者の拘束力ある意思表示を含むものでなければならないが、その財産を消費するよう指定することもできる。寄附行為により財団、次に掲げる事項に関する規定を有する定款を有しなければならない。

1. 財団の名称
2. 財団の所在地
3. 財団の目的
4. 財団の財産
5. 財団の理事会の構成

寄附行為が前文の要件を満たさない場合であって、財団設立者が死亡したときは、第83条第2文から第4文までの規定を準用する。」。山口・前掲注(74) 16頁参照。

(129) Fischbach, a. a. O. (Fn. 8), S. 71f. .

(130) Rademacher, a. a. O. (Fn. 14), S. 44ff. .

必要であり、財団設立については州の承認 (Anerkennung) が必要であるとする。そして、BGB81 条の適用は避けることができず、そのほかに、公法上の規制を受ける可能性も考えられるので、法人説は不適切であるとする⁽¹³¹⁾。

Stolzberg は、寄付財産 (Sammelvermögen) は一時的な目的のために形成されるが、財団においては永続的な目的によって財産が形成するような特徴的な基準があることから、法人説を否定する⁽¹³²⁾。さらに、Stolzberg は、財団における寄附行為 (Stiftungsgeschäft) を寄付における寄付行為に適用するのであれば、BGB81 条の要件は避けて通れず、BGB80 条による州の主務官庁の承認も必要であるとする⁽¹³³⁾。

Erb⁽¹³⁴⁾ は、法人説は、寄付財産 (Sammelvermögen) を財団と同様のものとして財団の規定の適用を認めようとするが、いくつか寄付財産と財団には違いがあると指摘する。まず、寄付財産と財団の特徴的な違いは、目的が永続的かどうかであるとする。寄付財産の場合は、一時的な目的により財産が集められるが、財団の場合、永続的な目的のために財産が集められる。次に、財団には、財団設立者が、州の主務官庁の承認 (Anerkennung) を要件として、財団の目的を決定し、その目的のために財団を設立するとする。最後に、寄付財産と財団の違いは、事業体の監督にあるという。財団には設立時、州による監督を受けるが、寄付財産の場合、そのような監督はなく、監

(131) Rademacher, a. a. O. (Fn. 14), S. 44ff. .

(132) Stolzberg, a. a. O. (Fn. 16), S. 10. Puchta も寄付の場合における寄付行為を、財団における寄附行為と同様に捉えることについて、財団の創設は、恒久的な目的であるが、寄付財産は一時的な目的のために成立するとして法人説を否定していた (Puchta, a. a. O. (Fn. 1), S. 477.) .

(133) これについては、Joerges も法人説を否定しており、財団として寄付財産を取り扱うのであれば、BGB 80 条、BGB 81 条の適用がなされなければならないとしていた (Joerges, a. a. O. (Fn. 105), S. 66.) .

(134) Erb, a. a. O. (Fn. 17), S. 147.

督に関わるものとして、BGB1914 条だけであるとす。

7 信託行為説

寄付の法的構成に関しては、以下でみるように、ローマ法的信託行為 (fiduziarisches Geschäft)⁽¹³⁵⁾ に依拠して議論が展開されている。ローマ法的信託行為は、ローマ法上のフィデユキア (fiducia) の法律構成に依拠し、法的側面と経済的側面との不一致を伴う法律行為の有効性を示すために、Regelsberger によって提唱された fiduziarisches Geschäft という概念を基本にしており、原則的には、信託財産上の権利に対する受託者の完全権者たる地位が承認され、信託目的による制限は委託者と受託者との間の債権的拘束に過ぎないと説明される⁽¹³⁶⁾。このようなローマ法的信託行為によって寄付を法的に捉えようとするものが、ローマ法的信託行為説⁽¹³⁷⁾である。ロー

(135) ドイツ法においては、「fiduziarische Rechtsgeschäft」とも呼ばれており、これは提唱者である Regelsberger 自身が、両方の用語を用いていたことに由来する (Ferdinand Regelsberger, Zwei Beiträge zur lehr von der Cession in, archiv für die civilistische praxis, Bd. 63. 1880, S. 157, 173. 中田英幸『ドイツ信託法理—日本信託法との比較』(東北大学出版会, 2008) 45 頁)。また、本稿ではローマ法的信託行為と呼ぶが、これについてはフィドユキアとしての法律行為、フィドゥキア的法律行為、ローマ法的信託理論等と呼ばれている (辻正美「受託者の背信的処分の効力について—ドイツ法を中心として(一)～(四・完)」法学論叢 103 卷 1 号, 104 卷 1 号, 5 号, 106 卷 6 号 (1978～1980), 新井誠『財産管理制度と民法・信託法』(有斐閣, 1990), 加毛明「受託者破産時における信託財産の処遇—二つの「信託」概念の交錯(一)～(四)」法協 124 卷 2 号, 11 号, 125 卷 1 号, 12 号 (2007～2008) 等参照)。そのほか、ドイツ法における信託については、以下の文献も参考になっている。森下利雄「獨逸に於ける信託の觀念及びその發達」信託及証券 4 集 (1927), 四宮和夫『信託の研究』(有斐閣, 1965), 森泉章編『イギリス信託法原理の研究—F・W・メイトランドの所説を通して』(学陽書房, 1992), 富田仁『信託の構造と信託契約—民法上の契約を目指して—』(酒井書店, 2006) 等。

(136) Regelsberger, a. a. O. (Fn. 135), S. 157-200. 新井・前掲注 (135) 36-37 頁。

(137) Vgl. Ferdinand Regerlsberger, Pandekten, Bd. 1. 1893, S. 343. Ernst Erk

マ法的信託行為説は、寄付者は、募集者に信託行為⁽¹³⁸⁾により寄付を引渡し、募集者は完全な所有権を得るが、寄付の目的に従った処分をするという義務を負担するというものである。そして、寄付者から募集者へ完全に所有権が移転するが、それは、債権的な拘束に基づくものであるとされる。また、寄付の目的が不能となった場合は、寄付者は返還請求権を有すると説明され、さらに、寄付財産（Sammelvermögen）は信託財産であるので、募集者の債権者により差押えられず、募集者が破産した場合も、寄付財産は破産財団に組み込まれないという。

多くの論者は、寄付行為を各典型契約で捉えることができないがゆえに、ローマ法的信託行為によって寄付を法的に構成することができるとし、それによって寄付の目的が達成されると説明している。以下では、各論者の見解をみていくこととする。

Regelsberger⁽¹³⁹⁾は、寄付の場合、寄付者を委託者、募集者を受託者と

und Rudolf Leonhard, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1904, S.560f. . Friedrich Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd.2.1908, S.865ff. . Regelsberger, a. a. O. (Fn.7), S.30. Kayser, a. a. O. (Fn.1), S.55-58. Rademacher, a. a. O. (Fn.14), S.52-59. Strohal (hrsg.), a. a. O. (Fn.27), S.150f. . Max, a. a. O. (Fn.29), S.27-32. Gallasch, a. a. O. (Fn.34), S.28-39. Stolzberg, a. a. O. (Fn.16), S.47-51. Erb, a. a. O. (Fn.17), S.93-104. König, a. a. O. (Fn.54), S.34-48. Enneccerus, a. a. O. (Fn.56), S.468f. .

(138) ここでの信託行為とは、受託者に、自己の名において他人のために所有権を行使する権限が与えられ、それを行使する場合、受託者は信託目的により一定の規範で拘束されるという内容の法律行為と解される（受託者への所有権移転と債務法的拘束）。これに対応する理論として、日本法のもとでは、信託的法律行為と呼ばれ、権利者が相手方を信頼して経済的目的以上の効果を与える法律行為であると定義されている（鳩山秀夫『民法研究第2巻』（岩波書店、1930）290頁等参照）。

(139) Regelsberger, a. a. O. (Fn.7), S.30. Regelsberger, a. a. O. (Fn.137), S.343. そのほか、Crome, Opet und Blumeも同様の見解を述べている（Crome, a. a. O. (Fn.124), S.270. Opet und Blume, a. a. O. (Fn.27), S.166.）。

し、寄付者は募集者に寄付を行うが、これは信託行為（fiduziarisches Geschäft）により行われ、寄付者から募集者へ所有権が移転されるのであるとする。そして、寄付者は寄付の目的のために寄付が使用されない場合、募集者に返還請求を行うことができるとする。また、寄付財産（Sammelvermögen）は信託財産となるので、募集者の債権者からの差押えを免れ、募集者が破産した場合にも、寄付財産は破産財団から免れるとする。

Max⁽¹⁴⁰⁾は、寄付の場合、寄付者は直接受益者との関係を築くことなく、寄付を募集者に移転することを考えており、そこでは、募集者が寄付の目的のために使用するという条件で寄付の移転が行われ、募集者は寄付を受け取った後、寄付の目的のために必要な行為を実行するのであるという。そして、そのような所有権譲渡は、当事者が欲する経済上の目的と法律上の目的が齟齬する場合であり、その法律上の手段から生じる効果はその経済上の目的の達成に必要な限度を超過するゆえに、寄付者と募集者との間の関係はローマ法的信託行為（fiduziarisches Geschäft）によって構成づけられると説明する。

König⁽¹⁴¹⁾も、Maxと同様に、寄付の場合、寄付者は受益者のために、募集者が自己のために寄付財産（Sammelvermögen）を利用しないことを意図して、自己の所有権を募集者に移転するのであり、この特徴は信託行為（fiduziarisches Geschäft）と適合的であるので、寄付を信託行為によって構成できるか否かについて考察することは有益であるとする。また、信託行為は、一般社会で出現する新種の取引関係に対して法制度が適切な契約形態を提供していないか、またはBGBの典型契約で捉えることが不十分である場合に、適用の必要性が唱えられるという。寄付は新しい取引関係であり、他の適切な法的構成が考えられない場合、信託行為により説明することがで

(140) Max, a. a. O. (Fn. 29), S. 43.

(141) König, a. a. O. (Fn. 54), S. 34-48.

き、募集者が寄付財産を不適切に使用した場合等は、信託行為によって寄付者に大きな保護を与えることができるとする。

そして、Königは、寄付をローマ法的信託行為として法的に構成し、その場合にどのような効果と内容が考えられるのかについて考察しており⁽¹⁴²⁾、ローマ法的信託行為によって、寄付者から募集者へ寄付が移転されるが、それは寄付の目的に制限された所有権譲渡であり、寄付者は募集者に対し寄付の目的通りに寄付を使用せよという履行請求権、寄付の目的が不達成であった場合の返還請求権を得るという。

Endemann⁽¹⁴³⁾は、寄付は、財産が一時的な目的のために集められる場合であり、募集者は寄付財産 (Sammelvermögen) を所有するが、寄付者から募集者への寄付の所有権譲渡には、その寄付を適切に使用するものとして信託による拘束を伴うとする。すなわち、寄付者は募集者へ所有権を譲渡するが、それはローマ法的信託行為 (fiduziarisches Geschäft) により行われ、募集者は寄付の目的に従って寄付財産を使用しなければならず、これは寄付の法的基礎を形成するものであるという。募集者は寄付財産の管理、使用を適切に行う必要があり、寄付財産の不適切な使用があった場合、募集者は受託者としての義務に違反するとする。例えば、寄付の横領や、不適切な使用が発生した場合、原則として、寄付者は寄付の目的に従い忠実に義務を履行するよう、履行請求を行うことができ、寄付の目的が達成できないことが判明した場合、寄付者は返還を請求することができる⁽¹⁴⁴⁾と述べている。

Stolzbergは、寄付の場合、寄付者は募集者へ寄付を引き渡し、寄付財産 (Sammelvermögen) は、寄付が配分されるまで、募集者の所有となるとする⁽¹⁴⁴⁾。ここで募集者は寄付者からの寄付の所有権譲渡によって利得を受け

(142) König, a. a. O. (Fn. 54), S. 41ff. .

(143) Endemann, a. a. O. (Fn. 137), S. 865f. .

(144) Stolzberg, a. a. O. (Fn. 16), S. 47f. .

るわけではなく、寄付者から募集者への寄付の所有権譲渡は、寄付の目的実現のためにのみ行われるのであるという。そして、寄付者はこの寄付の目的の実現を確保するために、募集者の寄付財産の使用に関して信託行為 (fiduziarisches Geschäft) により制限をかけるとする⁽¹⁴⁵⁾。

Gallasch は、寄付の法的構成に関しては、BGB における契約類型と適合しないので、寄付者と募集者との間の寄付の所有権譲渡は信託行為によって行われるとする⁽¹⁴⁶⁾。ローマ法的信託行為 (fiduziarisches Geschäft) は、受託者に完全な所有権が移転し、債権的な拘束が伴うものであるが、それにより募集者は、寄付を適切に使用することが義務付けられ、寄付者は寄付の目的が不能となった場合、返還請求権を有するという⁽¹⁴⁷⁾。

Enneccerus⁽¹⁴⁸⁾ は、寄付者は、寄付を寄付の目的のため使用するという負担付で、募集者に所有権を移転するが、その際、より適切であると思われる法的構成の内容は、寄付財産 (Sammelvermögen) は、募集者の債権者が介入できない信託財産とみなされ、募集者が倒産した場合、破産財団に該当しな

(145) Stolzberg は、ローマ法的信託行為に対しては、寄付者に高い保護を与えるゲルマン法的信託行為が提唱されているが、BGB の解釈上の問題があり、ローマ法的信託行為を支持するという (Stolzberg, a. a. O. (Fn.16), S.49-51.)。ゲルマン法的信託行為とは、ランゴバルド法の歴史的研究を基礎に、Schultze によって初めて提唱された受託者の解除条件付所有権という概念を基礎にしているが、それによれば、受託者の権限は信託目的によって物権的に制限されたものである (Vgl. Alfred Schultze, Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht, Jherings Jahrbücher die Dogmatik des heutigen römischen Rechts und des deutschen Privatrechts, Bd.43.1901.)。ゲルマン法的信託行為については、ドイツ法においては物権債権との峻別の考えがあり、物権法定主義の原則に反する等の理由から、ドイツ信託法理論にあたっては実務の採用することではなく、限定的、補助的な役割しか果たしていないといわれている。新井・前掲注 (135) 39-40 頁、森泉編・前掲注 (135) 23-24 頁、富田・前掲注 (135) 91 頁以下、加毛・前掲注 (135) (四) 2677-2678 頁等参照。

(146) Gallasch, a. a. O. (Fn.34), S. 28f. .

(147) Gallasch, a. a. O. (Fn.34), S. 32ff. .

(148) Enneccerus, a. a. O. (Fn.56), S. 468f. .

いものであるという。

Erbは、寄付の法的構成については、募集者はローマ法的信託行為(fiduziarisches Geschäft)により拘束されると説明する⁽¹⁴⁹⁾。特に、Erbは、寄付において重要なのは寄付財産(Sammelvermögen)が危険にさらされないことであり、それを考慮した法的構成が考えられるべきであるという⁽¹⁵⁰⁾。例えば、寄付者の履行請求、返還請求等を考えることも重要であるが、募集者へ寄付された寄付財産は、募集者との財産と分別して考えられなければならない、寄付の法的構成を信託(的)によって構成することにより、募集者の財産に該当しない信託財産を形成することも必要であるとする。ローマ法的信託行為においても、寄付によって集められた寄付財産は信託財産として独立させることができるので、寄付の目的達成のために信託行為による解決が取られるとする。

しかしながら、Erbは、寄付の法的構成については様々な構成が考えられるので、信託行為により寄付を法的に構成することは、慎重的に考えなければならないという。その上で、解決案の一つとしては、これまで述べられてきた法的構成とローマ法的信託行為が混合した法的構成が考えられるという⁽¹⁵¹⁾。

三 近年の見解

寄付の法的構成について活発に論じられたのはBGB制定直後であり、これまで取り上げてきた学説は、BGB制定直後ないし制定前から論じられていたものが多い。そこで以下では、比較的近年の見解についてみていくこととしたい。

(149) Erb, a. a. O. (Fn. 17), S. 102f. .

(150) Erb, a. a. O. (Fn. 17), S. 210f. .

(151) Erb, a. a. O. (Fn. 17), S. 103.

1 Laux の見解

Laux は、寄付には、一時的な目的のために、寄付等によって多数の人々（寄付者）が形成した寄付財産があり、管理や処分のために一人以上の人物（募集者）に寄付が譲渡されるものであるとする⁽¹⁵²⁾。また、Laux は、BGB 施行後、寄付に関する論争があったことを指摘しており、現在でも寄付に関して、法律自体は単一の条文、すなわち、BGB1914 条だけが設けられているが、寄付は実務上無視できない重要な現象であるという⁽¹⁵³⁾。そして、寄付をどのような法的構成によって捉えるかについては非常に議論の余地があるという。そこで Laux は、現在、寄付の法的構成として考えられるのは、以下の三つであるという⁽¹⁵⁴⁾。

一つ目は、特に古い文献でも指摘されていたように、法人説であるとする。しかし、Laux は、寄付者の意思は、法的に独立した団体のための寄付にほとんど関心がなく、財団設立には、原則、書面によって行われなければならない（BGB81 条）、寄付においてそのようなことを想定するのは、現実的ではないとする⁽¹⁵⁵⁾。

二つ目は、寄付は原則として、寄付者による募集者への寄付は信託的な財産として譲渡されるというものである⁽¹⁵⁶⁾。募集者は通常、組合、非営利法人等として存在し、寄付者は信託的（*treuhändrisch*）な意図を持って寄付を募集者に寄付しており、それにより募集者は、寄付財産の処分権を行使する権限を有するとする。また、寄付の法的構成に利他的な信託を受け入れることにより、募集者の債権者が寄付財産（*Sammelvermögen*）に介入することが

(152) Eberhard Laux, *Sammelvermögen, Rechtsnatur und steuerliche Behandlung*, JZ. 1953, S. 214ff..

(153) Laux, a. a. O. (Fn. 152), S. 214.

(154) Laux, a. a. O. (Fn. 152), S. 214f..

(155) Laux, a. a. O. (Fn. 152), S. 214f..

(156) Laux, a. a. O. (Fn. 152), S. 215.

できなくなると説明し⁽¹⁵⁷⁾、この見解によれば、寄付の法的構成を便宜的に捉えることができる。しかし、募集者が多かれ少なかれ、寄付者の団体に堅実に従事し、寄付者の代表者であるような場合は適切ではないとする。

三つ目は、寄付者が組合を結成し、募集者が寄付財産 (Sammelvermögen) の管理者、代表者となる場合であるとする⁽¹⁵⁸⁾。

しかし、Laux は、このように見解を一応分類することができるが、それほど詳細に説明されてきたわけではなく、寄付は、決まった形式で行われるわけでもないので、いずれかの見解に重きを置いて論じることには注意が必要であるとする。

2 Fischer の見解

Fischer⁽¹⁵⁹⁾ は、寄付は、寄付者が特定の一時的な目的のために行うものであり、寄付者による寄付を募集者が受け取り、募集者は、その目的のために寄付を使用するとする。そして、Fischer は、寄付の法的構成に関しては、Schwab⁽¹⁶⁰⁾ の見解、すなわち、寄付が原則として信託的に募集者に移転されるが、寄付の法的構成は、信託、贈与、組合等の法的要素が入り混じっており、その境界が流動的であるので、定まることが難しいという見解に同意している。さらに、Fischer は、BGB 立法過程において、寄付財産の法的構成に関しては、意図的に寄付者と募集者との法的関係を確立していなか

(157) これについて、Hübner は、寄付の場合、募集者に利得がないゆえに、寄付を贈与として構成することは否定されたとした上で、最も適切なアプローチは、募集者に組合法等の適用を認め、寄付者の出捐を信託行為とみなすことであるとする。そして、Hübner は、これにより、募集者が破産あるいは、募集者の債権者により寄付財産が強制執行になった場合、寄付財産を保護することができるかと述べている (Hübner, a. a. O. (Fn. 49), S. 156.)。

(158) Laux, a. a. O. (Fn. 152), S. 215.

(159) Fischer, a. a. O. (Fn. 18), S. 28ff..

(160) Münchener Kommentar/Schwab, 7. Aufl., a. a. O. (Fn. 23), Rn 1.

ったとを述べている。

そこで、Fischer は、寄付の法的構成を検討するにあたっては、寄付において当事者が具体的な事例において何を合意したのかが重要であるとする⁽¹⁶¹⁾。すなわち、寄付の法的根拠となるのは寄付者の寄付の給付の解釈にあり、また、寄付をどのような法的構成によって捉えるかについて検討する場合、寄付者と募集者の関係を基礎に考える必要があるという。

まず、Fischer は、寄付の法的関係については、財団が基礎となるような記述がみられるが、寄付者の意思は、法的に独立した組織のための慈善事業に向かず、寄付者は募集者に受益者のために財産が移転されることを望んでいるとする⁽¹⁶²⁾。したがって、BGB の財団に関する規定は、寄付に適用されるものではないという。また、贈与に基づくようにも思われるが、寄付者の無償の財産的出捐は、募集者に利得させる意図も、実際に募集者が利得することもないので、BGB516 条にいう贈与には該当しないという。そのほか、寄付者同士が組合を形成することについてであるが、個々の寄付は、他の寄付者の寄付とは独立してなされるし、個々の寄付者が契約上他の寄付者と拘束関係にあると望んでおらず、BGB705 条にいう組合契約は成立しないという⁽¹⁶³⁾。

次に、Fischer は、寄付者と募集者の法的関係は、募集者の自己利益の欠如のため、委任法による規定が適切であるとする⁽¹⁶⁴⁾。それも、Fischer は、委任契約の締結後、譲渡された財産は募集者によって信託的（*treuhänderisch*）に管理されるとする。すなわち、寄付財産（*Sammelvermögen*）に対する募集者の債権者からの介入も阻止でき、寄付者においては履行請求、返

(161) Fischer, a. a. O. (Fn. 18), S. 30.

(162) Fischer, a. a. O. (Fn. 18), S. 29.

(163) Fischer, a. a. O. (Fn. 18), S. 30f. .

(164) Fischer, a. a. O. (Fn. 18), S. 29f. .

還請求も認めることができるという。このように、委任と信託を混合させることによって、募集者を信託により拘束された管理者とみなし、募集者は、自己の利益を追求するものではないが、すべての寄付者の利益を守ることが義務付けられるという。

3 Kötz と Coing の見解

Kötz⁽¹⁶⁵⁾や、Coing⁽¹⁶⁶⁾は、財団による寄付財産の信託的管理について言及している。Kötzは、ドイツにおける信託の機能の一つは、個人が財産を慈善またはその他の公益目的に提供できるようにすることであり、これは信託的な財団を設立して行われることがあるという⁽¹⁶⁷⁾

また、Coingは、信託的財団 (fiduziarische Stiftung) は、信託形式による財団と固有の法人格を有する法的に独立した財団とが並存しているものとする⁽¹⁶⁸⁾。そして、Coingは、例えば、もし何人かが公益的な目的のために資金を寄付しようとするならば、彼はこの資金を既存の人格、例えば、市町村 (Gemeinde) に出捐し、その際契約によって当該市町村が資金の収益を個別的に規定された公益的な目的の促進のために利用するようにさせることができるという。その場合には、まさに信託関係、信託的財団が存在し、そこには信託財産が成立し、市 (Stadt) は、信託の合意によってこの財産を

(165) Hein Kötz, *Trust und Treuhand*, 1963, S. 114ff. 新井誠監訳『トラストとトロイハント』(勁草書房, 1999) 120頁以下。ハイン・ケッツ, 新井誠訳「ドイツにおける信託法の現代的展開」信託 184号 (1995) 68頁以下も参照。

(166) Helmut Coing, *Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts*, 1973, S. 17 f., 57ff..

(167) Kötz, a. a. O. (Fn. 165), S. 114ff. 新井・前掲注 (165) 120頁以下。また、Coingは、たいていの場合財団はすでに存在しており、寄付者はすでに存在する財団に寄付を行うという (Coing, a. a. O. (Fn. 166), S. 57.)。

(168) Helmut Coing, *Treuhandverhältnis und abhängige juristische Person*, in: *Festschrift für Winfried Werner*, 1984, S. 101-106. 新井・前掲注 (135) 6-7頁。

管理し、かつ収益を寄付者によって意図された諸目的のために利用することを義務付けられているのであり、市は資金を他人のために管理しているのだとする⁽¹⁶⁹⁾。

このような信託的財団の形態が選択されるのは寄付の規模が大きい場合であるといわれており、信託的財団は、各寄付者から集められた一定の財産、すなわち寄付財産を特定目的に利用できるようにする負担を課して受益者に出捐する方法であると理解されているようである⁽¹⁷⁰⁾。

IV 分析

一 寄付の概念について

各論者は、寄付の法的構成を検討する前に寄付が広い概念であり、それゆえ法的考察をする際には、まず、寄付の概念について定義すべきであるとして、寄付の概念について論じていた。例えば、BGB 制定前では、Puchta は、寄付は、寄付を集める募集者に手渡され、その後、寄付を必要とする受益者に渡るものがあり、寄付というものは、ある共通の活動に関心を持ち、金銭的手段を用いて特定の目的の達成を確保するのであるとしていた⁽¹⁷¹⁾。

(169) Coing, a. a. O., (Fn. 168), S. 102f. 新井・前掲注 (135) 6-7 頁。また, Coing は, 一般的な法的現象としての信託は未だ法律上明確ではないことに注意すべきであるとし, 受贈者が出捐物の処分に制限がある場合については, それは純粋な贈与ではなく, 贈与と信託の混合であると考えべきであり, 受贈者が受け取った出捐物が(受贈者の)個人的利益以外の目的に使用される限り, それは信託的な出捐であるという (Coing, a. a. O., (Fn. 166), S. 104f.)。

(170) しかし, Coing は財団による寄付財産の信託的管理が一般的な信託理論にどのように統合できるかは今後さらに検討が必要であるとしている (Coing, a. a. O. (Fn. 166), S. 57f.)。

(171) Puchta, a. a. O. (Fn. 1), S. 473.

Bekker⁽¹⁷²⁾や Regelsberger⁽¹⁷³⁾も、寄付には寄付者、募集者、受益者の三者が存在するとしており、寄付は一人または複数の募集者によって集められ、募集者は寄付者から受益者へ寄付を移転する仲介者であるとする。BGB 制定後においても、概ね寄付者、募集者、受益者の三者が存在し、一時的な(あるいは一定の)目的のために寄付が行われ、法人又は組織された団体等が(募集者等)、多数の寄付者の自発的で無償の寄付により財産を集めることであると定義されてきたように思われる。

以上のように、寄付者、募集者、受益者の三者が関与する寄付を対象に考察が行われてきたように思われるが、論者の中には、寄付者、募集者、受益者の三者が関与する寄付以外の寄付の類型についても言及しているものもあった。例えば、Fischbach は、寄付者自身が寄付財産を享受するような場合(祭り事のためにする寄付)、寄付者がある団体と委任関係に入り、契約目的を厳密に取り決め、給付を引き起こすような場合(この場合、募集者は単に受任者であるという)。既存の団体等が、永続的な目的で寄付を集める場合(例えば、臨海学校のために発足した委員会が、毎年寄付を集め、残った寄付を翌年に充てる場合)、慈善的なイベントに参加するために入場券を購入する場合等があると指摘していた⁽¹⁷⁴⁾。また、各学説の議論の中でも、それぞれ検討対象としている寄付の類型に違いがあるようにも思われ、意識的ではないにせよ寄付の類型に応じて議論がなされているようにも思われる。例えば、第三者のためにする契約説では、特定の受益者が存在する場合に限って適用を認めており、組合説では、寄付者自身が寄付財産を享受するような場合(祭り事のためにする寄付)を対象としており、学説の議論において対象としている寄付の類型に違いがありこの点注意が必要である⁽¹⁷⁵⁾。

(172) Bekker, a. a. O. (Fn. 6), S. 283.

(173) Regelsberger, a. a. O. (Fn. 7), S. 28.

(174) Fischbach, a. a. O. (Fn. 8), S. 4f..

二 学説の議論について

寄付者と募集者間で行われる寄付行為は何か、寄付をどのような法的構成により捉えるべきかという問題が提起され、学説では寄付者、募集者、受益者の三者が関与する寄付を中心に検討が行われてきた。寄付の法的構成に関する学説は多岐にわたっており、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、信託行為説が提唱されていた。これについては、BGB 立法過程時から、寄付は多様な法的性質を有するので、単一の法的構成の枠に収まりきらず、寄付の法的構成を典型契約内で統一的に把握することが困難だという指摘がなされていたが、この困難を克服するために学説が多岐にわたって提唱されたように思われる。

各学説については、信託行為説以外は、寄付を典型契約内で捉えようとするものであったが、批判的な見解が多くみられ⁽¹⁷⁶⁾、いずれの学説も典型契約内において寄付を捉えようとするものの、それには限界があるため、信託行為説に活路を見出す流れとなっているように思われる。すなわち、寄付者の履行請求、返還請求等を考えることも重要であるとするものの、寄付において重要なのは寄付財産が危険にさらされないこと（募集者の破産や、募集者の債権者による寄付財産の差押え等）であり、それを考慮した法的構成が考えられるべきであるとする⁽¹⁷⁷⁾。そして、募集者へ寄付された寄付財産は、募集者の財産と分別して考えられなければならない、寄付を信託行為により構成

(175) 本稿第2章のⅢ、二の4、5参照。

(176) Fischbach は、各学説では、寄付の法的構成について断片的に論じており、寄付者と募集者との間の寄付行為に包含している特徴を部分的に取り出して見解を示しているので、各学説は、寄付の法的構成を説明するには不適切であるとする (Fischbach, a. a. O. (Fn. 8), S. 82.)。Nothmann も、どのような法的構成によって寄付を規律するのかといった問題については、BGB における債務法、典型契約内において対応することは難しいと述べている (Nothmann, a. a. O. (Fn. 15), S. 8.)。

(177) Erb, a. a. O. (Fn. 17), S. 210f. .

し、募集者の財産に該当しない信託財産を形成することが必要であるとす
る。

近年の学説においても信託行為により寄付を捉えるものが多い。例えば、
募集者は通常、組合、非営利法人等の団体であり、寄付者は信託的な意図を
持って募集者に寄付しており、それにより募集者は、寄付財産の処分を行使
する権限を有するとし、また、寄付者から募集者への寄付を信託行為として
捉えることにより、募集者の債権者が寄付財産に介入することができなくな
るとする。そのほか、財団による寄付財産の信託的管理について言及するも
のもあった。このようにみると、寄付を信託行為により構成する意図には、
寄付者の履行請求権、返還請求権の他に、寄付財産が募集者の破産財団に組
み入れられることや、寄付財産が募集者の債権者により差押えられることを
防ごうとする意図がみられ、寄付者から集められた寄付財産を信託財産とし
て、募集者の個別財産とは分別して管理するようにし、寄付財産の保護を試
みようという価値判断が働いているように思われる。

しかし、近年の学説では、前述のように寄付の法的構成については様々な
構成が考えられるので、信託行為によって寄付を捉えることには慎重な姿勢
もうかがわれる。これに関連して、学説では寄付者と募集者との間の関係を
単に信託行為によって捉えるのではなく、寄付者と募集者との間の基本契約
を贈与、委任としつつ、それに信託を混合させる考えもみられた。

V 小括

第2章では、ドイツ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、寄付の概念について検討し
た。そこでは、寄付は、寄付者、募集者、受益者の三者が関与しており、一
時的な（あるいは一定の）目的のための寄付が行われ、募集者は法人又は組織
された団体等であり、多数の寄付者の自発的で無償の寄付から財産を集める

ことであると定義しているように思われる。

そして、ドイツ法においてはBGB制定前から寄付の法的構成について検討するものが僅かながら存在していたが、その後、BGB1914条が設けられたことを契機に、より積極的に寄付の法的構成を検討する論文が多くみられ、学説が多岐に渡って展開されていた。そこでは、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、法人説等が提唱され、いずれの学説も典型契約内において寄付を捉えようとするものであったが、典型契約内で構成することにより、募集者が破産した場合に寄付財産が破産財団に組み入れられることや、募集者が管理している寄付財産が募集者の債権者により差押えを受けること等の寄付財産の処遇の問題に対応できないため、信託行為説に活路を見出す流れとなっているように思われる。また、近年でも、信託行為により寄付を捉えるものが多いが、財団による寄付財産の信託的管理について言及するものや、寄付者と募集者との間の関係を単に信託行為によって捉えるのではなく、寄付者と募集者との間の基本契約を贈与、委任としつつ、それに信託を混合させる考えもみられた。ここでも前述の寄付財産の処遇の問題を想定しているようであり、寄付財産が募集者の破産時、破産財団に組み入れられることや、寄付財産が募集者の債権者により差押えられることを防ぐために、寄付者から募集者への寄付を信託行為として捉えて寄付財産の保護を試みようという価値判断が働いているように思われる。

第3章 検討

I はじめに

本章においては、寄付の法的構成を的確に検討するために、まず、義援金

等でみられる寄付者、募集者、受益者の三者が関与する寄付の実態を確認し⁽¹⁷⁸⁾、寄付者、募集者、受益者の利害をどのような評価し、調整して、寄付を法的に構成するべきかを検討する。この点、ドイツ法においても、Fischbach, Rademacher, Kayser 等は、寄付の法的構成を考える上では、何よりも寄付の実態、過程について明確にするべきであると指摘していた⁽¹⁷⁹⁾。

次に、日独における各学説の内容とその問題点について検討する。具体的には、日独における各学説が寄付をどのように評価して法的に構成しているのかということを対象にして、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になるのか、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、最後にその分析結果をもとに信託的譲渡説、信託法による構成の妥当性について検討する。

(178) その際、検討の対象としては、2011年の東日本大震災を契機に注目を集めた義援金を対象とする。なぜなら、東日本大震災以降、義援金等の寄付についての実態、寄付の配分過程等を詳細に検討する文献がいくつかあり、それらを参考にすることにより、日本における寄付の実態をより正確に把握することができると思われるからである。また、被災者支援、復興支援のための義援金等の寄付は、寄付者が直接支援を必要とする者へ寄付を行うわけではなく、寄付者は寄付を募集する者（本稿でいう募集者）に寄付を行い、その後、この募集者は集めた寄付を適宜配分していくという流れである。義援金等の寄付以外にも様々な寄付があるが、このような寄付の一連の流れは、義援金以外の寄付にも広く当てはまると思われる。例えば、赤ちゃんの虐待死問題、子供の貧困問題等に取り組むNPOが、生まれた赤ちゃんを、戸籍上も実子となる特別養子縁組を前提に、子を望む夫妻に里親委託する「赤ちゃん縁組」事業を行う際、その費用を工面するために寄付を募集する場合等が考えられる（この場合、寄付者はNPOに寄付を行い、NPOは、寄付を生みの親に産前の生活費等として支給する。認定NPO法人フローレンス事業内容等参照 (<https://florence.or.jp/about/>))。

(179) Kayser, a. a. O. (Fn.1), S.11. Fischbach, a. a. O. (Fn.8), S.82. Rademacher, a. a. O. (Fn.14), S.15.

II 寄付の法的構成の検討

一 現在の義援金等の寄付の実態について—寄付者、募集者、受益者を中心に—

第1章、第2章において取り上げた学説は、その時々寄付の実態を前提に論じているが、現時点で寄付の法的構成を検討するには、想定すべき寄付の実態がそれらと異ならないか確認する必要がある。以下では、寄付の最近の実態についてみていくこととする。

2011年に発生した東日本大震災では、復興支援、被災者支援のために多くの寄付が寄せられ（寄付額は6000億円を超えていたといわれる）⁽¹⁸⁰⁾、寄付を通じて被災者を支援する人々が多くみられた⁽¹⁸¹⁾。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⁽¹⁸²⁾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。さらに以下では、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ディング協会の調査結果⁽¹⁸³⁾をもとに、義援金等の寄付に関わる、寄付者、募集者、受益者の実

(180) 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—」ボランテニア学研究14回（2014）71頁。

(181) 日本ファンディング協会編『寄付白書2011』（日本経団連出版、2012）13頁以下。

(182) 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（日本ファンディング協会編『寄付白書2017』（日本ファンディング協会、2017）20頁以下）。

(183) 日本ファンディ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・市場のニーズの的確な把握、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（日本ファンディング協会事業紹介（寄付

態について探ることとしたい。

まず、寄付者には自発性があり、寄付の使用に関しての透明性を要求していることがわかる。日本ファンドレイジング協会が実施した東日本大震災における「寄付の理由」についてのアンケート結果によると、「自分も何かしたいと思ったから」、「被害が甚大だから」、「自分にできることは寄付だけなので」といった回答が多く⁽¹⁸⁴⁾、そこには寄付における寄付者の自発性が認められると考える。そして、寄付者が「寄付先を選ぶ際に重視すること」については、「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」、「寄付の方法がすぐにわかり、簡便であること」といった回答が多い⁽¹⁸⁵⁾。また、「寄付先からの活動報告がなく、寄付が役に立つかわからない」、「寄付が違う目的使われた（使われてそう）」等の回答もみられ、寄付が届くまでのプロセス、寄付先の活動、成果等に対する印象や、考えが強く表れているようにも思われる⁽¹⁸⁶⁾。

次に、募集者については、現在、義援金等における寄付の募集者は、NPO法人、中央共同募金、日本赤十字社等の団体であることが多い⁽¹⁸⁷⁾。日本ファンドレイジング協会が実施した、「東日本大震災を受けての寄付についての考え」についてのアンケート結果によると、「義援金詐欺が多いと思う」といった回答が多く、募集者に対して信頼性、透明性を求める傾向にあると考えられる⁽¹⁸⁸⁾。

また、東日本大震災において義援金の受付を行った日本赤十字社は⁽¹⁸⁹⁾

白書) HP : <https://jfra.jp/research>。

(184) 日本ファンドレイジング協会編・前掲注 (181) (寄付白書 2011) 20 頁。

(185) 日本ファンドレイジング協会編・前掲注 (181) (寄付白書 2011) 63 頁。

(186) 日本ファンドレイジング協会編『寄付白書 2012』(経団連出版, 2012) 9 頁, 82-86 頁。

(187) 日本ファンドレイジング協会編・前掲注 (186) (寄付白書 2012) 25 頁, 31-33 頁。

(188) 日本ファンドレイジング協会編・前掲注 (181) (寄付白書 2011) 19 頁。

「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述べている。そして、義援金は被災者支援を目的として、人々の自発的意思、善意により、その配分の対象や内容、方法等については条件を付さず、受付団体等に託された寄付金であるとして、それは受付団体を窓口としながら、受付から送金、配分までに至る全体の義援金のシステムに対して信託されたものであるとする。そのほかにも、寄付というのは、社会問題の解決を「自分に代わって実行してくれる人に託す」金銭だと理解されており、寄付を寄付者から募集者へ託したのであるから、その結果を知ることは寄付者の権利であり、団体はそれに応える義務があると実務において理解されている⁽¹⁹⁰⁾。

最後に、寄付の受益者に関しては、寄付者が募集者に寄付をする時点において、具体的にはっきりとした個人として特定されていることはないと思われる。したがって、寄付者が募集者に寄付をする時点では、「被災者」という抽象的な一定の属性を持つ枠組みであると考えられる⁽¹⁹¹⁾

二 寄付者、募集者、受益者の特徴とその法的評価

上記では、義援金等の寄付の実態についてみてきたが、第1章、第2章の諸学説において想定されていた寄付と概ね重なることが確認できる。以下で

(189) 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。

(190) 徳永洋子『改訂版ファンドレイジング入門』(日本ファンドレイジング協会、2014) 22頁。

(191) 日本ファンドレイジング協会編・前掲注(181)(寄付白書2011) 17頁, 同編・前掲注(186)(寄付白書2012) 25-27頁参照。

は、義援金等の寄付の実態に照らして、寄付者、募集者、受益者の利害をどのように評価し、調整して、寄付を法的に構成するべきかを検討する。

1 寄付者

寄付者は、募集者の寄付の募集により、寄付の目的実現に貢献する意思があり、その意思に基づいて寄付を募集者に移転すると考えられる⁽¹⁹²⁾。その時に寄付者は募集者と関係を築くのであって、直接に受益者と関係を築くものではなく、他の寄付者と関係を築くこともないと思われる。そして、寄付者は、募集者により表明された寄付の目的のために無償で寄付を行い（反対給付はない）、寄付の受益者（被災者）を支援することを考えている。

このようなことを考慮すれば、寄付者は募集者がどのように寄付を利用するかに関心を寄せているので、寄付の目的が不能となる、あるいは募集者が寄付を濫用した場合等、寄付者が寄付を取り戻すことを考えるべきではないかと考える。したがって、寄付者から募集者へ無償の出捐が行われ、仮に寄付の目的が達成されていないあるいは募集者が寄付を濫用した場合は、寄付者の募集者に対する履行請求権、解除権、返還請求権、情報開示請求権等を基礎付ける法的構成が認められるべきである⁽¹⁹³⁾。

2 募集者

募集者の業務には、寄付財産を管理するだけでなく、（寄付目的の範囲内で）自由に寄付を使用することが必要であり、その際、募集者は自己の名で受益者に寄付を提供する。そして、寄付財産の管理と処分が、募集者にとって重要な要素であり、募集者は、できるだけ寄付の目的を達成できるよう

(192) 日本ファンドレイジング協会編・前掲注（181）（寄付白書 2011）20 頁参照。

(193) 日本ファンドレイジング協会編・前掲注（186）（寄付白書 2012）9 頁，82-86 頁参照。

に、募集者に引渡された寄付を適切に管理し、処分することを約束しなければならないと思われる。また、募集者には支援される人々の被災状況等を調べ、そのような状況にうまく寄付を配分させることを法的に義務づける必要もあり、寄付の目的の達成後、寄付をどのように使用したか等、情報の開示を要求することも必要であると思われる⁽¹⁹⁴⁾。

さらに、募集者には、寄付を必要とする人のために義援金を募集し、寄付者から無償の出捐を受け、それを受益者へ配分することが求められており、寄付者は、募集者へ寄付を行っているわけではなく、あくまでその先の寄付の受益者のために寄付を行っている。これらを考慮すれば、多数の寄付者から集められた寄付財産は募集者へ移転するも、募集者の固有財産として構成するべきではないと思われる。

以上のことから、募集者には、適切に寄付を管理、処分しなければいけないという義務を基礎付ける法的構成が求められる⁽¹⁹⁵⁾。そして、多数の寄付者から集められた寄付財産は、募集者に集められるものの、それは募集者の固有財産ではなく、寄付の目的に拘束された財産として構成するべきでもあると考えられる。

3 受益者

寄付者と受益者に法的関係は一般的に想定できないと思われる。義援金等のように、寄付において特定の受益者が決まっていない場合、募集者の裁量によって寄付が配分されるので、受益者側も、多くの寄付者の存在を知ることとはできても、個別に寄付者を知ることとはできない。また、寄付者は寄付の目的のための寄付が使用されることについては知ることができるが、すべての受益者を意識して寄付をすることはないとと思われる。

(194) 日本ファンディング協会編・前掲注(181)(寄付白書2011)19頁参照。

(195) 徳永・前掲注(190)22頁参照。

このように、義援金が募集される時点において、抽象的に受益者は確定されているが、確定的に誰々に寄付を配分するということが決まっていなと思われる（例えば、被災者の誰々に寄付を配分するということが決まっていな）⁽¹⁹⁶⁾。したがって、基本的には、受益側から募集者に対して履行を請求すること等は想定できず、これは寄付者に対しても同様であると考ええる。

三 日独における各学説の内容と問題点

以上の検討を踏まえた上で、以下では、日独における各学説の内容と問題点について述べることにしたい。

1 贈与、負担付贈与構成

まず、日独における贈与説は、寄付において寄付者から募集者への無償の出捐があるという寄付の実態に着目しており、寄付者の直接の相手方を募集者とし、寄付者の出捐が直接受益者へ渡らないという寄付の実態にも着目していると思われる。さらに、負担付贈与説においては、寄付者の意図が、受益者に自己の無償の出捐を移転させるという点を重視し、受贈者に受益者への寄付の給付の負担を設定する。寄付の場合、寄付者の目的と、募集者の目的は、寄付者の無償の出捐が受益者へ移転することであり、この点、寄付の実態に即するように思われる。

しかし、贈与説、負担付贈与説については日独ともに批判的であった。まず贈与説についてであるが、確かに、贈与説については、寄付者から募集者への無償の出捐が行われており、形式的にみれば、寄付者は募集者に贈与を行っているように見える。しかし、実際に、募集者は寄付者から直接の利益を受けるわけではなく、寄付者は寄付によって募集者に財産を与え、募集者

(196) 日本ファンディング協会編・前掲注(181)(寄付白書2011)17頁、同編・前掲注(186)(寄付白書2012)25-27頁参照。

を利得させようとする意思はないと思われる（募集者も利得を受ける意図はない）。この点、ドイツ法においては、寄付者の出捐は、募集者を利得させるものではなく、寄付者の出捐と募集者の利得は結びついていない等を理由に贈与説を否定していた⁽¹⁹⁷⁾。また、贈与における受贈者の利得について、ドイツ法では、贈与者の財産の喪失から、受贈者に利得が生じなければならぬとし、贈与の前後において、経済的観点によって決定される利得の客観的な増加が必要であるとされていた。さらに、日独における贈与説においては、寄付者からの撤回について言及されておらず、基本的に寄付者による寄付の返還について想定されていないので、寄付の目的が達成されない場合等において寄付者がどのように対処することができるのかについてまで十分にカバーできていないと思われる。

次に、日独における負担付贈与説については、確かに、寄付者が受贈者に寄付を受益者へ給付するよう負担を設定して贈与をすることは十分可能であると思われる。これに対して、ドイツ法では、贈与説同様に負担付贈与説も否定する⁽¹⁹⁸⁾。すなわち、贈与である以上、受贈者の利得が必要であり、寄付においては、募集者は自己の利益を得るものではない等の理由から否定する見解が多い。

(197) 贈与説を否定する論者として、Puchta, Max, Fischbach, Rademacher, Stolzberg, Fischer等が挙げられる。本稿第2章Ⅲの二の1(1)参照。日本法においても、石坂音四郎博士、中島玉吉博士が同様の指摘をしており（石坂音四郎「寄付の性質」同『改纂民法研究上巻』（有斐閣、1919）185頁以下、中島玉吉「公募義捐金」同『統民法論文集』（金刺芳流堂、1922）236頁以下）、我妻栄博士は、募集者は寄付によって利益を受けるわけではないから、贈与とみるのは不相当であるとする（我妻栄『債権各論中巻Ⅰ』（岩波書店、1957）238頁）。また、平野裕之教授は、寄付の場合寄付を發起する發起人・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、寄付者と發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）。

(198) 日本法においても、石坂博士、中島博士が同様の指摘をしている（石坂・前掲注（197）187頁、中島・前掲注（197）239頁）。

これらのことから、寄付を贈与、負担付贈与と捉えるかどうかは、贈与、負担付贈与における受贈者の利得の理解、負担の内容をどのように捉えるかによって分けられると思われる⁽¹⁹⁹⁾。また、寄付を単に贈与と構成した場合は、募集者が受益者へ寄付を移転するという目的は確実ではないと思われる。なぜなら、贈与説においては、寄付の目的が十分に達成されるかどうか、募集者が、寄付の目的達成のために寄付の必要な管理、処分を適切にするかどうか、達成されない場合どのような対応をとることができるかについてまでカバーできておらず、前述したように基本的に寄付が撤回されるような場合を想定していない。それを考慮して、負担付贈与説が提唱されたように思えるが、負担付贈与における負担の内容を広く解することができれば、寄付を受益者へ移転するという負担を設定することは可能である。ただ、寄付の場合、募集者が受贈者としての地位を有するかどうか、すなわち、募集者が利得を受ける者であるかということについては、受贈者の利得を厳格に解すれば、負担付贈与と構成することはできず、ここでの募集者は単に中間者、媒介者としての地位を有するのみとなろう⁽²⁰⁰⁾。

2 寄託構成

日独における寄託説は、寄付者と募集者の関係において、寄付者から募集者へ寄付が移転し、募集者が寄付を受益者へ配分するまで管理、保管すると

(199) これについては、日独における贈与の立法過程の議論から贈与、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、今後の検討課題とした。

(200) 我妻・前掲注(197) 238頁参照。また、Manselは、出捐は財産的な利得の提供であると理解されるとし、出捐は、受贈者の財産が増加することであり、贈与者の現に存在する財産の減少であると理解するとする。そして、受贈者の利得については、慈善目的で募金する等の寄付において、ここで出捐を受領者自ら使用するわけではなく、受け取ったものを返還あるいは移転する必要がある場合等は、それは利得ではないとする (Jauernig Kommentar/Mansel, 16. Aufl., a. a. O. (Fn. 37), § 516 Rn. 7.)。

いう寄付の実態に着目したものである。この寄託説によれば、寄付者が寄託者、募集者が受寄者となり、寄付者から募集者へ寄付が移転するが、それは寄付の目的の実行まで、募集者に寄付財産を管理、保管する義務を負わせることができる。寄付の場合、寄付額が巨大になることも多く、その点で、募集者に求められるのは、受け取った寄付を、寄付の目的のために適切に管理、保管することであり、寄付者も寄付が適切に管理されていることを募集者に要求するようになる。このことから、寄託説は、寄付には寄付財産の管理、保管が求められるといった寄付の実態に着目し、募集者の寄付財産の管理、保管義務を基礎付けることを重視した法的構成であるといえる⁽²⁰¹⁾。

しかし、寄託構成においては、募集者に寄付の管理、保管という行為が必要であるということのみしか捉えておらず適切ではない。この点、日独においても、寄託説については批判的であったが、寄付の場合、寄付の管理、保管以外に、募集者が受益者へ寄付を移転するような寄付を処分する権限が必要である。また、寄託においては、寄付者は返還を要求することができるが、寄付においては基本的に、寄付者が返還を要求することはなく、寄付者の意図は返還されることではなく、募集者によって寄付が受益者へ移転されることであると思われる⁽²⁰²⁾。

3 委任構成

日独における委任説には、委任と構成することによって、ある程度、募集者に裁量をもたせて寄付の処理義務を基礎づけ、委任者の請求により寄付の

(201) Max, Fischbach, Rademacher, Stolzberg 等も同様に指摘していた。本稿第 2 章Ⅲの二の 2 参照。

(202) 寄託説を否定する論者として、Max, Fischbach, Stolzberg 等が挙げられ、同様に指摘していた。本稿第 2 章Ⅲの二の 2 参照。

処理状況の報告、寄付の終了について報告義務を負わせるべきとの価値判断が基礎にあると思われる。すなわち、寄付の実態を考慮し、委任によって発生する義務を媒介して、寄付者は、募集者に対して、一定程度の監視、コントロールを行えるようにすべきとの価値判断が働いている。寄付においては、寄付者は募集者がどのような活動を行っているか、寄付を適切に処理しているか等について関心を寄せており、この点において、寄付を委任として構成することは適切であると思われる⁽²⁰³⁾。

しかし、義援金等の大規模な寄付の場合、募集者が自ら寄付の目的を計画し、寄付の用途は募集者自ら決めるものであるから、募集者は受任者よりも独立した地位を有するものと考えられ、募集者が主導となり、受益者のために寄付を集めるという寄付の実態からすると適切ではないと思われる。なぜなら、委任における受任者は、その委託された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を請求する権利を有するが、寄付の場合、寄付者の指図に従い、募集者が寄付の目的を実行するというよりは、募集者が独立して寄付の目的を掲げ、それに対して寄付者が寄付を行うので、募集者が主導権を握るものであるからである。したがって、寄付者が委任者として募集者をコントロールすることは考え難いと思われる。また、委任では委任者はいつでもその与えた委任の撤回をすることができるが、寄付者にはそのような撤回権を認めれば、寄付の目的の達成が阻害される可能性もある⁽²⁰⁴⁾。

仮に寄付者と募集者との間の関係を委任として捉えたとすれば、委任者たる寄付者が自ら、寄付の目的を設定し、寄付を募集者たる受任者に委任する場合であると考えられ、寄付者が主導して寄付を何かしらの目的のために募

(203) 委任説に肯定的な論者として、Puchta, Stolzberg 等が挙げられる。本稿第2章Ⅲの二の3参照。

(204) Rademacher, Erb も同様に指摘していた。本稿第2章Ⅲの二の3参照。

(264)

集者に処分を依頼する場合であると思われる⁽²⁰⁵⁾。

4 第三者のためにする契約構成

日独における第三者のためにする契約説では、寄付者から募集者へ寄付が移転し、その寄付が受益者に渡るという一連の寄付の流れを捉え、受益者側の権利も考慮するものである。1～3の構成は、寄付者と募集者の権利義務関係を中心に捉えていたのに対し、第三者のためにする契約構成によれば、寄付の受益者も対象に入れることができるので、受益者を一定程度保護することができるといえる。ただ、ここでの受益者は明確に定まっており、誰に寄付を配分するかについて寄付者と募集者との間の契約で既に決定されていることを想定されなければならないと思われる。

また、大規模な義援金等においては、第三者のためにする契約が成立することは、寄付者と募集者の意図にないように考えられる⁽²⁰⁶⁾。なぜなら、寄付をする際に、寄付者は募集者の義務のみを意図しており、受益者の権限についてまで考えておらず、仮に第三者のためにする契約を認めたとしても、受益者側からの受益の意思表示が実際に行われるかどうか不明であるからである。寄付の実態に着目すると、実際、募集者に裁量の余地を残すべきであり、寄付は募集者の主観的な裁量により受益者へ配分されるので、第三者のためにする契約によって受益者側から寄付の移転について意思表示がなされることは考えられないと思われる。

5 組合構成

日独における組合説は、寄付者が寄付の目的の実行に関わること、募集者

(205) Fischbach も同様に指摘していた。本稿第 2 章Ⅲの二の 3 参照。

(206) Stolzberg, Fischbach, Rademacher, Erb 等も同様に指摘していた。本稿第 2 章Ⅲの二の 4 参照。

の活動等への関与を目的とした法的構成であると理解できる。組合構成では、寄付者自身が、寄付の取扱いや、寄付の目的の達成へ向けて着実に寄付の処分が実行されているかどうかを身近に確認でき、寄付者が募集者側に回ることができる。

しかし、そもそも寄付においては、寄付者から募集者へ寄付が一度移転し、その寄付が募集者によって受益者へ移転されるという形態を有し、募集者が組合、財団等の団体として活動することはあっても、寄付者自身が組合を結成することや、参加するという意思を前提にすることはできないと考える。また、寄付の約束、寄付の引渡しを組合に加入する意思表示と解釈することも難しいと思われる⁽²⁰⁷⁾。なぜなら、多額の寄付の場合、寄付者は相互に何も知らないであろうし、寄付者の関心は、寄付者間で組合を形成することではなく、寄付者から募集者へ寄付を移転し、寄付財産が適切に使用されることにあるからである。

そのほか、寄付者自体が組合を形成することは認め難いが、ドイツ法では、募集者が組合を形成し、それに対して寄付者が参加するという構成が主張されていた⁽²⁰⁸⁾。寄付者が募集者の組合に参加して寄付を行うことは場合によっては考えられなくもないが、これは義援金等の大規模な寄付の場合よりも比較的小規模な寄付の場合に妥当すると思われる⁽²⁰⁹⁾。また、現在において、募集者が組合として活動していることが多々あるので、募集者が組合等の規定に従い、寄付財産の管理、処分を行うこと自体は肯定できる⁽²¹⁰⁾。

(207) 組合説を提唱したのは、Gierke であるが、Gierke 自身も、寄付の一部の形態では、参加者（特に寄付者）が非常に不明確で、曖昧なので、組合による財産管理は実用的ではないと指摘していた。組合説に否定的な論者としては、Max, Fischbach, Rademacher 等が挙げられる。本稿第 2 章Ⅲの二の 5 参照。

(208) この見解は、Joerges によって主張されていた。本稿第 2 章Ⅲの二の 5 参照。

(209) Erb は、寄付の規模が比較的小さく、寄付者が互いに認識している場合に限るものであると考えられるとしていた。本稿第 2 章Ⅲの二の 5 参照。

6 法人構成

日独における法人説は、募集者が主導となり、寄付者が寄付に対して直接の関係が離れるという寄付の実態を捉えているものである。募集者が、寄付の目的の実行のために寄付を管理、使用するという点を重視し、財団を権利帰属主体として、募集者が財団の中で、寄付の目的のために寄付の管理や処分について実際に行うことも実態に即すると考えられる。

しかし、日本法においては、法人の設立については準則主義が取られ、法律の規定に適合した定款を作成し、公証人の認証を受け、設立登記すること等が必要であり、寄付財産によって財団等が設立されるとみなすことは不可能である⁽²¹¹⁾。ただ、現在は募集者が既存の財団等の場合もあり、そのような財団が寄付を募集し、受け手となって寄付を管理、処分するということは十分考えられる。

7 信託(的)構成

日本法における信託的譲渡説(信託法による構成含め)、ドイツ法における信託行為説の意図には、寄付者の履行請求権、返還請求権を認めることの他に⁽²¹²⁾、寄付財産については、募集者の破産時の破産財団への組み入れや、募集者の債権者からの介入を防ごうとする意図がみられ、寄付者から集められた寄付財産を信託財産として、募集者の個別財産とは分別して管理するようにし、寄付財産の保護を試みようという価値判断が基礎にあるように思わ

(210) Erb も同様に指摘していた。本稿第 2 章Ⅲの二の 5 参照。

(211) これについては、ドイツ法においても、Fischbach, Rademacher, Stolzberg, König, Erb が同様に批判していた。本稿第 2 章Ⅲの二の 6 参照。

(212) 加藤永一博士は、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していた(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)。

れる⁽²¹³⁾。しかし、ドイツ法においては、信託行為説を支持することには慎重な姿勢もうかがわれており、学説では寄付者と募集者との間の関係を単に信託行為として捉えるのではなく、寄付者と募集者との間の基本契約を贈与ないし委任としつつ、それに信託を混合させ、譲渡された財産は募集者によって信託的 (treuhänderisch) に管理され、寄付財産に対する募集者の債権者からの介入を阻止でき、寄付者においては履行請求、返還請求も認めることができるという考えもみられた⁽²¹⁴⁾。これについては、日本法においても負担付贈与を基本契約としつつ⁽²¹⁵⁾、信託概念、信託行為を活用する見解があり、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し、また、募集者による横領、不法な処分等の行為は防止されるので、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。

このように日独においては、単に信託行為、信託法によって寄付を法的に構成するのではなく、何らかの基本契約を基礎にして、それを信託行為、信託法によって補完するという傾向があった。これらの構成は、寄付財産が募集者の破産や債権者による差押え等の危険にさらされることを考慮し、寄付

(213) Erb は、寄付財産は、寄付者から離れ、募集者の財産となるが、募集者の破産、債権者による差押え等の危険にさらされる場合があり、これらの危険から守られなければならないと指摘している (Erb, a. a. O. (Fn. 17), S. 210 f.). そのほか、Nothmann も、寄付者は募集者が適切に寄付を管理し、移転すると信じており、募集者は信頼された人物であるとし、募集者が寄付財産の処分について濫用する可能性は低いが、募集者の破産や債権者による差押え等の危険がないわけではないとする (Nothmann, a. a. O. (Fn. 15), S. 82.)。

(214) 例えば、Fischer は委任と信託により、Coing は、募集者が財団であることを前提にして贈与と信託を混合させることによって寄付を法的に構成しようと試みていた。本稿第 2 章Ⅲの三の 2, 3 参照。

(215) 森泉章『新・法人法入門』(有斐閣, 2004) 262 頁以下。我妻博士も、信託的譲渡説も贈与に関する条文を準用するとする (我妻・前掲注 (197) 233-238 頁)。

財産の保護をさらに高めようとするものであると考えられる。

四 寄付の多面的な法的構成と信託的譲渡説、信託法による構成について

前記の1～6までの構成をみると、寄付の実態を部分的捉えて、それについて適合する法的構成を論じている傾向にあると思われる。例えば、贈与説においては、寄付者から募集者への無償の出捐があるという点、寄託説においては、寄付における募集者の寄付の管理、保存行為があるという点、委任説においては、寄付者が募集者に受益者へ寄付を移転することを委任しているという点に着目している。そして、第三者のためにする契約説は、受益者の立場に着目し、組合説においては、寄付者が、寄付の使い道や、成果について関心を持っているということに着目し、寄付者自身が寄付の運営側に回れるような法的地位を認めようとする。法人説においては、寄付の募集を持って財団設立行為とみなし、財団法人の設立を認めるものであるが、募集者が何かしらの財団等の法人に属し、寄付が募集されるという実態を考慮しようとするものである。

そうした中で、日独においては前記の7でみたように信託的譲渡（信託法による構成含め）、信託行為により寄付を構成する見解が多くみられたが、これは、寄付を法的に構成する際に次のような価値判断が働いているからであると考えられる。すなわち、寄付者が、寄付の目的に従った寄付の処理に強く関心を寄せていることから、寄付者の意思を尊重して、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ことに加えて⁽²¹⁶⁾、寄付財産については、募集者が破産した場合や、募集者が管理している寄付財産が募集者の債権者から差押えを受けること等の寄付財

(216) 信託的譲渡説は、寄付者の意思を尊重して、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ことを考慮していると思われる。加藤・前掲注(212)8頁。

産の処遇の問題が想定されており⁽²¹⁷⁾、寄付が目的どおりに使用されるためには（義援金等においては受益者へ寄付が渡ること等）、寄付財産が募集者の破産時、破産財団に組み入れられることや、寄付財産が募集者の債権者により差押えられることを防ぐ必要があるので、寄付財産を信託財産として、募集者の個別財産とは分別して管理するようにして、寄付財産の保護を試みようという価値判断が働いていると考えられる⁽²¹⁸⁾。そして、寄付を法的に構成する際、前述の価値判断があるがゆえに日独においては信託的譲渡（さらに信託法による構成）ないし信託行為として構成してきたのではないかと考えられる。

このようにみると寄付を通説どおり信託的譲渡と構成することは、寄付の実質を重視した見解であり支持できるように思われる。すなわち、寄付者は募集者がどのように寄付を利用するかに関心を寄せており⁽²¹⁹⁾、募集者が寄付の目的に従った利用をしなかった場合には、信託的譲渡説により履行請求権、返還請求権が認められるべきである。また、大規模な義援金等の寄付の場合、そこでの寄付財産は極めて公共的な性格、役割を担っており⁽²²⁰⁾、寄付財産が募集者の破産財団に組み入れられることや、寄付財産が募集者の債権者により差押えられること等から保護する必要性が高いと思われる。仮に、寄付を典型契約内、例えば、負担付贈与構成として捉えた場合、募集者に寄付の目的に従って寄付財産を処理する義務等を負わせることは可能であ

(217) 中田裕康教授は、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、あえて信託という必要ないとし、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、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等が問題になるとする（中田裕康『契約法』（有斐閣、2018）264頁）。

(218) Erb, a. a. O. (Fn. 17), S. 210f. . Nothmann, a. a. O. (Fn. 15), S. 82.

(219) 本稿第3章のⅡの一参照。

(220) 本稿第3章のⅡの一参照。

(270)

っても、寄付財産を募集者の固有財産とは分別して管理させ、信託財産としてみることはできず、寄付財産が破産財団に組み入れられることや、寄付財産が募集者の債権者により差押えられること等から保護することはできないと考えられる。そこで、募集者が破産した場合や、募集者の債権者による差押え等のリスク⁽²²¹⁾を考慮して、信託法により寄付を法的に構成することには利点があると考えられる。

Ⅲ 小括

本章では、まず、義援金等でみられる寄付者、募集者、受益者の三者が関与する寄付の実態を確認し、寄付者、募集者、受益者の利害をどのような評価し、調整して、寄付を法的に構成するべきかを検討した。まず、寄付者については、寄付者は募集者がどのように寄付を利用するかに関心を寄せており、募集者が寄付を目的どおりに使用しなかった場合には、寄付を取り戻すことを考えるべきではないかと考え、次に募集者には、適切に寄付を管理、処分しなければいけないという義務を基礎付ける法的構成が求められるとした。そして、多数の寄付者から集められた寄付財産は、募集者に集められるものの、それは募集者の固有財産ではなく、寄付の目的に拘束された財産として構成するべきでもありとも考えられるとした。最後に、受益者については、基本的には、受益側から募集者に対して履行を請求することは想定できず、これは寄付者に対しても同様であると考えた。

そして、それを踏まえ、日独における各学説が寄付をどのように評価して

(221) 例えば、これらのリスクについては、信託法 23 条（信託財産に属する財産に対する強制執行等の制限等）、25 条（信託財産と受託者の破産手続等との関係等）等の適用が考えられる。道垣内弘人『信託法（現代民法別巻）』（有斐閣、2017）112 頁、113-114 頁、同編『条解 信託法』（弘文堂、2017）111 頁以下、125 頁以下（加毛明執筆担当部分）参照。

法的に構成しているのかということを対象にして、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、信託的譲渡説、信託法による構成の妥当性について検討してきた。本稿では、諸学説は寄付の実態を部分的捉えて、それについて適合する法的構成を論じている傾向にあるとした上で、信託的譲渡説、信託法による構成については、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ことのほか、募集者が破産した場合に寄付財産が破産財団に組み入れられること、寄付財産が募集者の債権者により差押えを受けること等の寄付財産の処遇の問題に対処するために主張されてきたとした。そして、寄付を通説どおり信託的譲渡と構成することは、寄付の実質を重視した見解であり支持できるとし、さらに信託法の適用、類推適用により寄付を法的に構成することも支持できるとした。

終章 本稿のまとめと残された課題

一 本稿のまとめ

本稿では、あまり研究対象とされてこなかった寄付の法的構成について⁽²²²⁾、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し、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してきた。

具体的に本稿では、これまでの先行研究が、義援金等にみられる寄付者、

(222) 寄付の法的構成についての直近の先行研究として、金井憲一郎「三者間贈与の法的構造とその特質—英米法からみ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。同論文では、日本法の学説について論者ごとに詳細に辿られており、本稿ではこれらを参考にしつつ、日本法については学説ごとに再検討した。

募集者、受益者の三者が関与する寄付を対象に検討を進めていたことを確認した上で、寄付の法的構成に関する日独の学説の検討を行った。そして、諸学説が寄付の実態を部分的捉えて、それについて適合する法的構成を論じていることを明らかにした上で、信託的譲渡説、信託法による構成の妥当性について検討してきたが、寄付を法的に構成する際には、寄付者の意思を尊重して、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ことに加えて、寄付財産については、募集者が破産した場合や、寄付財産が募集者の債権者から差押えを受けるおそれ等の寄付財産の処遇の問題が想定されており、それらに対応するためにも信託的譲渡説、信託法による構成が考えられてきたとした。特に、大規模な義援金等の寄付の場合、そこでの寄付財産は極めて公共的な性格、役割を担っており、寄付財産が募集者の破産財団に組み入れられることや、寄付財産が募集者の債権者により差押えられること等から保護する必要性が高いと思われ、寄付財産の処遇の問題に対応する手段として信託法による構成については支持できるという結論に至った。

二 残された課題

最後に以下では、残された課題について言及することとしたい。

まず、本稿では紙幅の都合上、寄付者、募集者、受益者の三者が関与する寄付をそもそも民法典における贈与として捉えられるかという問題について検討できていない。これについては、贈与、負担付贈与についての立法過程の議論を辿る必要がある。また、ドイツ法においても寄付が贈与との関連で論じられることが多いことから、BGBの立法過程を辿り、贈与をめぐる議論の中で寄付の法的構成については議論されていたのか否か、負担付贈与の受贈者の「負担」の内容はどのようなものとされていたか等について明らかにする必要があると思われる。

次に、本稿では、寄付を通説どおり信託的譲渡と構成することは、寄付の実質を重視した見解であり支持できるとした上で、近年主張されていた信託法の適用、類推適用する見解についても支持できるとした。しかし、寄付において、必ずしも明示的に信託が締結されているとは限らず、どのような場合に信託が成立し、信託の効果が導き出せるのかといった問題が残されている。現在、信託法理の活用やその成立要件等については検討が広くなされており、これについては、今後、裁判例、学説の展開を注視しつつ検討を加えていきたいと考えている⁽²²³⁾。また、寄付の法的構成に関する議論には、民法と信託法の交錯があると思われ、この議論は、なぜ、一定の法律関係が「信託」として、信託法という特別法によって規律する必要があるのか⁽²²⁴⁾という問題にも今後通ずると考えられる。

最後に、これまでの研究では、義援金でみられるような寄付者、募集者、受益者の三者が関与し、寄付者が募集者へ寄付を行い、募集者が寄付を必要とする受益者へ寄付を配分するという寄付を対象に検討が行われてきた。し

(223) さらに、寄付が公共的な性格、役割を有することから公益信託に関する議論も今後参考になると思われる。先行研究として金井・前掲注(222)、藤井純一「公益法人等における使途が制約された寄付金等について—公益信託ニ関スル法律改正に関する一考察—」駒澤法曹12号(駒澤大学法科大学院, 2016)、松元暢子「公益組織に対して使途を指定して行われた寄付の法的性質と使途変更」樋口範雄・神作裕之編『現代の信託法 アメリカと日本』(弘文堂, 2018) 271頁以下等がある。

(224) 道垣内・前掲注(221)(信託法)4頁, 24-25頁。また、本稿において、ドイツ法における信託理論に関する十分な検討を踏まえた上で、ドイツ法における信託理論と寄付の法的構成について論じることができなかった。これについても今後の課題としたい。ただ、ドイツ法において信託と寄付の法的構成について論じる際には、二つの考えがあると思われる。すなわち、寄付が典型契約に収まらない場合は、信託に手がかりを求めようとする考え方と、典型契約にあたる寄付もあるが、さらに信託を引き合いに出して、何らかの望ましい効果(倒産隔離機能等)を得ようとする考え方である。これについてはドイツ法における信託理論の十分な検討を踏まえた上で、典型契約と信託法理論がどのような関係にあるのかといった課題を設定し検討したいと考えている。

(274)

かし、現代における寄付の類型に目を向けると、義援金等の寄付以外にも、クラウドファンディングによる寄付⁽²²⁵⁾、クリック募金⁽²²⁶⁾等が活発に利用されており、この先、情報通信技術の発展とともに寄付の類型はさらに発展すると考えられる。今後は、現代における寄付の類型を適切に把握し、寄付の類型に応じた法的構成についても検討する必要もあると考えている。

現代社会は、人口減少、高齢化社会、地震等の自然災害の増加に対する防災整備、被災者支援、環境保全等の数多く社会問題に直面しており、寄付は、これら社会問題の解決の糸口になるだけでなく、その寄付を通じて、社会問題を人々に知らせ、理解してもらうことができ、問題解決の参加者を増加させることもできる⁽²²⁷⁾。本稿において残された課題は多いが、本稿が、今後ますます重要となるであろう、寄付の法的検討に対して多少なりとも資することとなれば幸いである。

*本研究はJSPS 科研費 19K23150 の助成を受けたものである。

-
- (225) クラウドファンディングとは群衆 (crowd) と資金調達 (funding) の造語であり、ある目的やプロジェクトの資金を、インターネット経由で不特定多数の人に呼びかけて調達し、必要額が集まった時点で実行する方法をいう。寄付型、購入型、投資型があり、寄付型は途上国やNPO 団体の活動資金等への寄付を集めるモデルで、提供者に見返りはない。日本ファンドレイジング協会編『寄付白書 2013』(日本ファンドレイジング協会, 2013) 21-23 頁参照。そのほか、河上正二「クラウドファンディングと信託(覚書)」水野紀子編『信託の理論と現代的展開』(商事法務, 2014) 参照。
- (226) インターネットの website 内の決められた所をクリックすると、スポンサー企業がクリックされた回数に応じて寄付する仕組みである。日本ファンドレイジング協会編・前掲注 (225) (寄付白書 2013) 17 頁参照。
- (227) 徳永・前掲注 (190) 4 頁。