

博士論文

寄付の法的構成に関する一考察 — 日独における贈与法を出発点として —

平成 31 年 1 月

東北大学大学院法学研究科

小出 隼人

目次

序章 はじめに	1 頁
---------	-----

I 問題の所在	1 頁
---------	-----

一 贈与法の特徴と昨今の贈与の研究	1 頁
-------------------	-----

二 問題提起—贈与をめぐる関係の変容と寄付の法的構成—	3 頁
-----------------------------	-----

II 本研究の検討課題と意義	6 頁
----------------	-----

一 検討課題	6 頁
--------	-----

二 意義	8 頁
------	-----

III 本稿の構成	9 頁
-----------	-----

第一章 日本法	10 頁
---------	------

I はじめに	10 頁
--------	------

II 日本民法典立法過程からみる贈与	11 頁
--------------------	------

一 旧民法典	11 頁
--------	------

二 現行民法典立法過程	16 頁
-------------	------

三 現行民法典施行後	23 頁
------------	------

III 寄付の法的構成に関する学説の展開	30 頁
----------------------	------

一 寄付の概念	30 頁
---------	------

二 学説の状況	35 頁
---------	------

三 近時の学説	47 頁
---------	------

IV 小括	56 頁
-------	------

第二章 ドイツ法	61 頁
----------	------

I はじめに	61 頁
--------	------

II BGB 立法過程からみる贈与	62 頁
-------------------	------

一 ドレスデン草案、部分草案	62 頁
----------------	------

二 第一委員会、第一草案	64 頁
--------------	------

三 帝国司法庁準備委員会、第二委員会、第二草案	69 頁
-------------------------	------

四 BGB 施行後	74 頁
-----------	------

III 寄付の法的構成に関する学説の展開	81 頁
----------------------	------

一 寄付の概念	81 頁
---------	------

二 学説の状況	89 頁
---------	------

三 近時の学説 124 頁

IV 小括 128 頁

第三章 寄付の法的構成の検討・・・・・・・・・・・・・・・・・・133 頁

I はじめに 133 頁

II 寄付の法的構成の特殊性－日本法、ドイツ法の考察から－ 134 頁

一 寄付の実態－義援金等の寄付を中心に－ 134 頁

二 寄付者、募集者、受益者の法的評価について 136 頁

三 日独における各学説の内容 137 頁

四 寄付に包含する法的要素と信託的譲渡説の理解 146 頁

III 検討 148 頁

一 贈与法の特質と寄付の法的構成 148 頁

二 寄付と信託法上の信託の成否 151 頁

IV 小括 156 頁

終章 むすびに・・・・・・・・・・・・・・・・・・159 頁

博士論文

寄付の法的構成に関する一考察
— 日独における贈与法を出発点として —

平成 31 年 1 月

東北大学大学院法学研究科

小出 隼人

目次

序章 はじめに	1 頁
---------	-----

I 問題の所在 1 頁

一 贈与法の特徴と昨今の贈与の研究	1 頁
-------------------	-----

二 問題提起—贈与をめぐる関係の変容と寄付の法的構成—	3 頁
-----------------------------	-----

II 本研究の検討課題と意義 6 頁

一 検討課題	6 頁
--------	-----

二 意義	8 頁
------	-----

III 本稿の構成 9 頁

第一章 日本法	10 頁
---------	------

I はじめに 10 頁

II 日本民法典立法過程からみる贈与 11 頁

一 旧民法典	11 頁
--------	------

二 現行民法典立法過程	16 頁
-------------	------

三 現行民法典施行後	23 頁
------------	------

III 寄付の法的構成に関する学説の展開 30 頁

一 寄付の概念	30 頁
---------	------

二 学説の状況	35 頁
---------	------

三 近時の学説	47 頁
---------	------

IV 小括 56 頁

第二章 ドイツ法	61 頁
----------	------

I はじめに 61 頁

II BGB 立法過程からみる贈与 62 頁

一 ドレスデン草案、部分草案	62 頁
----------------	------

二 第一委員会、第一草案	64 頁
--------------	------

三 帝国司法庁準備委員会、第二委員会、第二草案	69 頁
-------------------------	------

四 BGB 施行後	74 頁
-----------	------

III 寄付の法的構成に関する学説の展開 81 頁

一 寄付の概念	81 頁
---------	------

二 学説の状況	89 頁
---------	------

三 近時の学説 124 頁

IV 小括 128 頁

第三章 寄付の法的構成の検討・・・・・・・・・・・・・・・・・・133 頁

I はじめに 133 頁

II 寄付の法的構成の特殊性－日本法、ドイツ法の考察から－ 134 頁

一 寄付の実態－義援金等の寄付を中心に－ 134 頁

二 寄付者、募集者、受益者の法的評価について 136 頁

三 日独における各学説の内容 137 頁

四 寄付に包含する法的要素と信託的譲渡説の理解 146 頁

III 検討 148 頁

一 贈与法の特質と寄付の法的構成 148 頁

二 寄付と信託法上の信託の成否 151 頁

IV 小括 156 頁

終章 むすびに・・・・・・・・・・・・・・・・・・159 頁

序章 はじめに

I 問題の所在

一 贈与法の特徴と昨今の贈与の研究

本研究は、寄付者、募集者、受益者の三者が関与して行われる寄付をどのような法的構成によって捉えるべきかといった、問題意識の下、贈与法を出発点に寄付の法的構成の検討を試みるものである。本章では、その問題背景を明らかにした後(I)、本論文が設定する検討課題と見込まれる成果を述べることにしたい(II)。

贈与は、「当事者の一方が自己の財産を無償で相手方に与える意思を表示し、相手方が受諾することによって、その効力を生ずる(民法 549 条)」と規定されている⁽¹⁾。条文の内容からもわかるように、贈与は、当事者一方のみの経済的な出捐を生じさせる契約であり、一般的に無償契約として理解される。これに対して、売買契約は、売主は財産権を、買主は代金を失うという形でともに経済的な出捐をしており、この二つの出捐は、少なくとも当事者の意思において対価関係になっている。このような契約は、有償契約と呼ばれ、有償契約に対立する概念が無償契約であると考えられている。そして、民法においては、有償契約と無償契約とは、異なっており、通説では、有償・無償契約を峻別して、贈与を無償契約の典型として位置づけ、贈与ないし広く無償契約の拘束力を弱く捉える傾向にある⁽²⁾。

しかし、諸外国に比べて、日本法では贈与に大きな保護を与えている。例えば、ドイツ法では、贈与契約を要式契約とすることから方式が厳格であり、その他に、受贈者が贈与者に対し忘恩行為をなした場合や、贈与により自己の生計の維持等が困難になった場合等、贈与者が贈与を撤回することを認めている⁽³⁾。これに対し、日本法では、贈与は諾成契約であるが、書面に

⁽¹⁾なお、民法の一部を改正する法律(平成 29 年法律第 44 号。以下「債権法改正」という)の成立により、贈与は「当事者の一方がある財産を無償で相手方に与える意思を表示し、相手方が受諾することによって、その効力を生ずる。」と規定された。民法 549 条に関しては、債権法改正により、「自己の財産」を「ある財産」に改められており、他人物を贈与する契約も有効であると解される(筒井健夫・村松秀樹編『民法(債権関係)改正』(商事法務、2018)264 頁、中田裕康『契約法』(有斐閣、2018)268 頁参照)。本稿では、基本的に債権法改正前の条文を扱うが、必要に応じて、債権法改正後の条文についても言及することとしたい。

⁽²⁾末弘厳太郎「無償契約雑考」同『民法雑記帳(下)』(日本評論社、1953)153 頁、広中俊雄「契約—有償契約と無償契約」尾高朝雄他編『法哲学講座八巻』(有斐閣、1956)4 頁以下等。無償契約にまつわる議論の整理については、森山浩江「現代の無償契約」内田貴・大村敦志編『民法の争点』(有斐閣、2007)234-235 頁参照。

⁽³⁾債権法改正により民法 550 条は、「書面によらない贈与は、各当事者が解除をすることができ

よってなされた贈与契約は撤回ができず、一度贈与を履行すればその限度で撤回は認められていない。これらのことから、日本法における贈与は諸外国に比べて特殊性を有しているといわれている⁽⁴⁾。来栖三郎博士は、日本法の贈与に関する規定の特色と立法の背景について、民法起草時の見解をたどり、日本民法典では、諸外国以上に自由契約(特に契約方式の自由)の尊重が強調されたことと並んで、日本独自の贈与観が存在していたことを指摘する。すなわち、欧米の贈与の基礎にあるものは「好意」であるが、わが国の贈与の基礎をなしていたものは「義務義理乃至恩より生ずる義務」であり、したがって、無償であっても贈与は軽視すべきものではなかったと解されるのであるとする⁽⁵⁾。

では、このような特殊性を持つ日本法における贈与は、現代社会において、いかなる意義ないし機能をもつのであろうか。この点、日本法において贈与は、親族間でみられる義務的贈与が多く、全くの第三者に対して行われるものは非常に少ないと指摘されている⁽⁶⁾。また、贈与をめぐる争われ最高裁まで持ち込まれた事案の大部分も、親族間で行われた義務的贈与であり、そこでは贈与の成否と取消が問題となっている⁽⁷⁾。このことから贈与は、親族間の財産処分、財貨配分について争いが生じたときの解決のための規準として機能していると考えられ、親族間における「財貨移転型の契約」としての現実的な機能を有しているといえる⁽⁸⁾。

そして、贈与を対象とする研究が対象とする領域も、高齢者社会との関係で親族間における財貨移転をめぐる問題に集中されており、法的構成として、忘恩行為による撤回等が注目を集めていた⁽⁹⁾。しかし、近年では、贈与の現実的な類型に着目し、任意的贈与(利他的、好意的、

る。ただし、履行の終わった部分については、この限りではない。」と規定されており、民法中における用語の統一を図るため、「撤回」を「解除」に改められている(筒井=村松編・前掲注(1)264頁参照)。

⁽⁴⁾ 柚木馨=高木多喜男編『新版注釈民法(14)債権(5)』(有斐閣、1993)11頁(柚木馨・松川正毅執筆担当部分)。

⁽⁵⁾ 来栖三郎「日本の贈与法」比較法学会編『贈与の研究』(有斐閣、1958)1頁以下、同『契約法』(有斐閣、1974)247頁以下参照。なお、親族間で行われる贈与は「義理」・「恩」により生じる贈与であるといわれ、一般的に義務的贈与と呼ばれている。この義務的贈与の背後には共同体社会の中での相互的援助関係が存在することから、義務的贈与は共同体構成員間での道義的義務づけの相互生をその特徴としてあげられることができるとともに、「見返り」・「お返し」(過去の行為に対する謝礼・報酬・対価)にあらわれるような贈答的交換・相互性に着目すれば、義務的贈与は拡張された意味での有償性によって特徴づけられるとされる(潮見佳男『契約各論Ⅰ』(信山社、2008)35頁)。

⁽⁶⁾ 加藤永一「贈与および遺言の研究(1)(2・完)」法学34巻1号・3号(1971)、柚木=高木編・前掲注(4)(柚木馨・松川正毅執筆担当部分)12頁参照。

⁽⁷⁾ 加藤永一「日本の贈与について」私法33号(1971)189頁以下参照。

⁽⁸⁾ 柚木=高木編・前掲注(4)(柚木馨・松川正毅執筆担当部分)12-13頁、加藤・前掲注(7)189頁以下参照。

⁽⁹⁾ 加藤一郎「忘恩行為と贈与の効力」法教16号(1982)、後藤泰一「忘恩行為にもとづく贈与の撤回—ドイツ法を通して」民商91巻6号(1985)、加藤佳子「忘恩行為による贈与の撤回(1)~(5・完)」名大法政論集113号、114号、117号、118号、122号(1986~1988)、森山浩江「恵与に

公共的贈与(贈与型、信託型)、戦略的贈与、義務的贈与(社交的、報償的、財産分与的贈与)に分けて贈与を説明するものや⁽¹⁰⁾、血液、臓器や生殖子の提供、ボランティア、寄付活動の高まり等、それらの事象を無償契約であると捉え、無償契約ないし贈与の社会的、経済的意義を直視して類型的に考察するものがあり⁽¹¹⁾、贈与を一律に論じるのではなく、贈与には種々の態様があることを捉えて、各類型の特徴を考慮する傾向にある。その他にも、任意的な好意契約としての贈与(慈善的贈与、純粋な愛情による贈与等)と、社会的な義務感によりなされる贈与(社交的、謝礼的な贈与等)に区別し、贈与の多様性を直視して論じるものもある⁽¹²⁾。

二 問題提起―贈与をめぐる関係の変容と寄付の法的構成―

前述したように一般的に贈与は、身近な関係、すなわち、親族関係を前提に行われることが多いと思われる。しかしながら、現代においては親族関係でみられる義務的贈与以外に、慈善目的でなされる慈善的贈与も個人の社会的に貢献したいという意識が高まっている社会状況を背景に増加している⁽¹³⁾。そのような慈善的贈与の典型例として「寄付」があげられ、寄付は利他的、無償の性格が最も明確にあらわれる場合であるといわれる⁽¹⁴⁾。日本において寄付は、欧米に比べてそれほど盛んではないが、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ていた。そして、東日本大震災を契機に、徐々に寄付人口、寄付金額ともに増加傾向にあり、現在では、寄付の手段や窓口も多様化している。このような公益的、慈善的な寄付が増加することについては、来栖三郎博士は、次のように述べていた⁽¹⁵⁾。すなわち、来栖博士は、「無償譲渡が他人に対して行われるようになったのは、家族共同体を包含するより大きい社会に一層強く結びつく必要が高まるにつれ家族共同体は弛緩し、家族成員の心情が狭い家族共同体の埒を超えてより大きな社会へと推し広げられて行った結果である。そして社会と直結する程度が高まれば高まる程、個人的関係を前提とする特定人に対する出捐ではなく、社会公共の為にする不特定人に対する寄付が盛んとなるのである」と述べている⁽¹⁶⁾。

おける『目的』概念」ーコーズ理論を手掛かりにー」九大法学 64 号(1992)、池田清治「民法 550 条(贈与の取消)」広中俊雄＝星野英一編『民法典の百年Ⅲ』(有斐閣、1998)等参照。

⁽¹⁰⁾山本敬三『民法講義Ⅳ－1』(有斐閣、2005)331 頁。潮見・前掲注(5)34 頁以下も参照。

⁽¹¹⁾吉田邦彦「贈与法学の基礎理論と今日的課題ー市場外の財貨移転研究・序説(一)～(四・完)」ジュリスト 1181 号～1184 号(2000)。森山・前掲注(2)参照。

⁽¹²⁾小島奈津子『贈与契約の類型化』(信山社、2004)。必ずしも類型ごとに効果が論じられているわけではないが、ドイツ、スイスでは、好意による贈与が理念型であり、義務的な贈与とは扱いが異なることを示しているので、日本においてもこの区別を解決の基準として組み込むことを提唱する(森山・前掲注(2)参照)。

⁽¹³⁾吉田・前掲注(11)(三)152 頁以下参照。

⁽¹⁴⁾潮見・前掲注(5)38 頁。

⁽¹⁵⁾来栖三郎『来栖三郎著作集Ⅱ 契約法』(信山社、2004)29 頁。

⁽¹⁶⁾債権法改正における議論でも、寄付について次のように言及されていた。最近では、慈善活動や環境保護等の公益活動を行う団体を始めとして、団体に対する寄付も重要となっている。

では、寄付については、どのように論じられているのであろうか。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⁽¹⁷⁾、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⁽¹⁸⁾。来栖三郎博士⁽¹⁹⁾は「贈与が社会公共のためになされるとき」を「寄付」とであると述べ、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(以下、「募集者」という)が多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募集者が存在するとする。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募集者に信託的に譲渡されるとする(信託的譲渡説)⁽²⁰⁾。(2)の場合は、単純な贈与ではなく、信託的譲渡と解するようであるが、この信託的譲渡説の具体的な内容については次のように述べられている。すなわち、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請求でき、それでも履行されない場合は、寄付の返還請求を行うことができる⁽²¹⁾と解されている⁽²¹⁾。さらに近年では、加藤雅信教授は、次のとおりに説明する。すなわち、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⁽²²⁾と考えるべきであるとする。また、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あるとする⁽²²⁾。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るとし、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

寄付としての贈与には、黙示のものも含め、目的を限定した贈与も少なくない。その他、贈与全体における数は少ないが、災害の時の支援としての贈与等のように、贈与が相互扶助の側面を持つこともあるとする(民法(債権法)改正検討委員会編『詳解・債権法改正の基本方針Ⅳ各種の契約(1)』(商事法務、2010)145頁)。

⁽¹⁷⁾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、1973)233-238頁)。

⁽¹⁸⁾我妻・前掲注(17)238頁。

⁽¹⁹⁾来栖・前掲注(5)(契約法)224頁。

⁽²⁰⁾その他、柚木・高木編・前掲注(4)14-15頁においても信託的譲渡と説明されている。

⁽²¹⁾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。

⁽²²⁾加藤雅信『新民法体系Ⅳ 契約法』(有斐閣、2007)172頁。

しているとする⁽²³⁾。

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。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、贈与の現実的な類型に着目し、前述した寄付の特徴を考慮するものであると思われる。

しかし、寄付については未だ検討が不十分な点がいくつかあるように思われる。例えば、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、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⁽²⁴⁾、寄付者は寄付の受益者のために贈与(寄付の提供)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⁽²⁵⁾。

通説である信託的譲渡説に関しては、そもそも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効果は何なのかが明らかではなく、検討が不十分である。そのため、日本において信託的譲渡説がどのように生成されてきたのかを明らかにする必要があると思われる。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。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要はないようにも思われる。しかしながら、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。そして、近年では、寄付を信託法によって法的に構成する見解がみられるが、寄付をどのような法的構成に

⁽²³⁾山本・前掲注(10)331頁。潮見佳男教授も、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し、慈善的活動をしている団体・発起人に対して行われる寄付は、その団体・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する(潮見・前掲注(5)39頁)。

⁽²⁴⁾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当であるとする(我妻・前掲注(17)238頁)。

⁽²⁵⁾潮見・前掲注(5)39頁。また、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(本稿でいう募集者)等が集めた金銭を基金として、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)。

よって捉えるべきかといった問題には、民法と信託法の交錯があり、なぜ信託法によって法的に構成するのか、信託法によって構成することで狙われている効果は何なのかが明らかではない。

これらを踏まえると、そもそも寄付が契約類型における贈与に収まるのか否か、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検討する必要があると思われる⁽²⁶⁾。

II 本研究の検討課題と意義

一 検討課題

以上の問題提起をもとに、本稿では、三者間で行われる寄付を対象に、贈与法を出発点として、寄付の法的構成について考察することとする。考察を行う際には、ドイツ法を参考にする。ドイツ法を参考とする理由としては、ドイツ民法典(以下では、「BGB」と称す)では、寄付に関する条文を有し(BGB1914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(第一章参照)、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。なお、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の立法過程から贈与、負担付贈与の意義、性質についても確認する必要もあると思われる。そして、本稿では検討課題として以下のものを設定する。

第一章の日本法では、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。日本民法典において、寄付を直接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ている。しかし、単に贈与とするのではなく、寄付の場合、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、学説では、寄付者が出捐をする際、募集者に負担(寄付目的のための使用)を設定して行うような負担付贈与と解するものもみられる。これらのことから、日本民法典立法過程から贈与を検討するにあたり、そもそも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も明らかにする必要があると思われる。続いて、寄付の法的構成に関する学説の展開をみていく。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であると思われる。すなわち、そもそも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効果は何なのか等について明らかではなく、

⁽²⁶⁾なお、冒頭でも述べたように、本稿が以下で検討する寄付は、寄付者、募集者、受益者の三者が関与する寄付である。

検討が不十分である。そのため、信託的譲渡説の生成過程およびその考え方を明らかにする必要があると思われる。また、寄付といっても様々なものがあるので、学説の検討に入る前に、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、その後、信託的譲渡説の生成過程およびその内実について明らかにしていきたい。また、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構成し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。

第二章のドイツ法では、まず、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。BGBにおいて、贈与について規定する条文の中には、寄付について言及する条文は見当たらない。しかし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、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について明らかにする。また、BGB施行後の現在において、贈与、負担付贈与がどのように定義され、いかなる内容を有するのかについても明らかにしたい。続いて、寄付の法的構成の学説の展開についてみていく。BGB立法過程において第二委員会では、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、BGB1914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、BGB1914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制定直後に寄付の法的構成を検討する文献が多く公表されている。そして、BGB1914条の制定を契機に、寄付の法的構成はいかなるものか、どのように構成す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、学説の分析・検討を行うこととする。

第三章では、日本法、ドイツ法における学説の議論を踏まえて、改めて寄付の法的構成の検討を行う。寄付の法的構成の検討に際しては、日本法の初期の学説では、寄付の実態を確認した上で検討を行っていたが、その当時に比べて、現在の寄付の実態は異なっているように思われる。そこでまず、寄付の実態に即した考察を行うためには、現在の寄付の実態を確認し、そこから寄付者、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べきかを検討することから始めることとしたい。次に、その検討結果をもとに、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ものになるのか、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、その分析結果をもとに、寄付を法的に構成する場合、様々な側面を捉えて多面的に構成されるものなのか、単一の契約類型で構成することが可能なのか等の、法的構成を組み立てる際に留意すべき「特殊性」を示し、その上で改めてなぜ日本法において寄付の法的構成を信託的譲渡説と理解するのかといった、信託的譲渡説の妥当性について検討する。最後に、これまでの考察をもとに、寄付の法的構成について一つの見解を提示することとしたい。

二 意義

前述のように日本法において、寄付は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。この点、贈与の種類の違いがあるのであれば、種類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⁽²⁷⁾、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、義援金等にみられる公益的、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⁽²⁸⁾。また、実務においても、特定の募集者に寄付をする際、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⁽²⁹⁾。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、検討すべき課題があると思われる。

本研究の意義は、これまで検討が不十分であった寄付の法的構成について⁽³⁰⁾、日独における

(27)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 60、1998)82 頁以下参照。

(28)小賀野・前掲注(27)84 頁。

(29)大村敦志教授は、寄付の法学的検討の重要性について次のように述べる。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ており、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。しかし、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。すなわち、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のである。はたして、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するのか否か。この点こそが判断の分かれ目である。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し、寄付という形で、活動に対して周辺の参加を行う者の地位を明らかにすることが寄付の促進、助長につながるのではとする(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 頁以下)。

(30)吉田邦彦教授は、寄付については、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する(吉田・前掲注(11)(三)152 頁以下)。

贈与法を研究の出発点とし、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、一つの方向性を提示することにある。また、仮に、本稿の考察から、寄付の法的構成を贈与ないし負担付贈与と解することができるのであれば、近時の贈与の現実類型に着目し、贈与の多様性を直視して論じる議論との関係では、公益、慈善的な目的のために三者が関与して行われる寄付を、贈与の一類型として新たに位置付けることもできると思われる。

Ⅲ 本稿の構成

本稿は、寄付の法的構成の検討にあたり、以下のような構成をとる。

まず、第一に、旧民法典、現行民法典立法過程から贈与、負担付贈与を検討し、寄付の法的構成に関する学説の分析を行って、これによって明らかとなった現行民法典における贈与、負担付贈与の特質、寄付の法的構成に関する学説の到達点を示すこととする(第一章)。第二に、BGB立法過程から贈与、負担付贈与を検討した上で、日本法における寄付の法的構成の検討について参考とされてきた寄付の法的構成に関する学説を取り上げる。そして、これによって明らかとなった BGB における贈与、負担付贈与の特質、寄付の法的構成に関する学説の到達点を示すこととする(第二章)。第三に、現代における寄付の実態を確認して、そこから寄付者、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べきかを検討し、その検討結果から、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。そして、寄付を法的に構成する際に留意すべき「特殊性」を示し、本稿の結論としてとる寄付の法的構成を提示する(第三章)。

第一章 日本法

I はじめに

本章は、日本民法典立法過程から、贈与、負担付贈与の特質を明らかにし、寄付の法的構成に関する学説を分析・検討することにより、日本法における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

まず、IIにおいて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。日本民法典において、寄付を直接規律する条文はないが、寄付において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ている。しかし、単に贈与とするのではなく、寄付の場合、寄付は、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、学説では、寄付者が出捐をする際、募集者に負担(寄付目的のための使用)を設定して行うような負担付贈与と解するものもある。これらのことから、日本民法典立法過程から贈与を検討するにあたり、そもそも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も明らかにする必要があると思われる。分析の手法としては、最初に、旧民法典の立法過程から検討を始め、旧民法典における贈与、負担付贈与の規定およびこれに対する当時の注釈書等を参照していく。次に、現行民法典の立法過程においては、主に法典調査会における審議を参照していき、旧民法典の検討と同様に、現行民法典制定直後の注釈書、基本書等の解説も参照していくこととする。そして、現在における贈与、負担付贈与について近時の注釈書、基本書等を参照して、贈与、負担付贈与の意義、内容等について明らかにしたい。

次に、IIIでは、寄付の法的構成に関する学説の検討を行う。前述のとおり、寄付の法的構成については、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。しかしながら、学説の検討は不十分な状態であると思われる。すなわち、そもそも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効果は何なのか等について明らかではなく、検討が不十分である。そのため、信託的譲渡説の生成過程およびその考え方を明らかにする必要があると思われる。分析の手法としては、まず、寄付といっても様々なものがあるので、学説の検討に入る前に、学説上が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。そして、次に学説の検討に入るが、寄付の法的構成の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き、信託的譲渡説の生成過程およびその内実について明らかにしていく。また、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構成しようとする学説や、委任による規律を試みる学説も存在する。これらの学説についてもみていき、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。

Ⅱ 日本民法典立法過程からみる贈与

一 旧民法典

(一) 旧民法典の立法過程

日本民法典の立法作業の出発点は、箕作麟祥によるフランス民法典の翻訳に始まるといわれている⁽³¹⁾。1870年にフランス民法典を翻訳した『仏蘭西法律書民法』が公刊され⁽³²⁾、制度局の主唱者であった江藤新平のもと、民法決議が設置されて、「民法決議第一」、「民法決議第二」、「御国民法」が編纂された⁽³³⁾。その後、1872年に同会議は司法省に置かれて、江藤新平が司法卿となり「民法仮法則」が編纂されている⁽³⁴⁾。なお、この時点では、贈与に関する規定は見受けられない⁽³⁵⁾。1878年には、江藤新平に代わって大木喬任司法卿のもと、明治11年民法草案が作成された⁽³⁶⁾。しかし、草案の内容が、フランス民法の直訳に近いものであり日本の慣習をほとんど顧慮しなかった等の批判があったといわれている⁽³⁷⁾。

その後、1880年11月に「民法編纂会議」が開かれ、ボアソナードが民法編纂に参画し、同年6月には「民法編纂局」が設けられて、審議が進められている⁽³⁸⁾。次いで、1886年3月には「民法編纂局」が廃止され、司法省に民法草案編纂委員が置かれて起草作業が行われていき、1890年に「旧民法草案」が上奏された⁽³⁹⁾。「旧民法草案」において贈与は、第十一章(生存者間ノ贈与)に規定されている。1156条は「生存者間ノ贈与トハ贈与カ無償ニテ即對価ヲ受スシテ受諾スル受贈者ニ物權若ハ人權ヲ付與スルノ合意ヲ云フ…」と規定しており、1157条では、「贈与ハ單純ナルコト、有期ナルコト又ハ未必條件ニ係ルコトアルヘシ然レモ未必條件ハ停止ナルト解除ナルトヲ問ハス贈与者ノ純然タル任意ノモノタル可カラス但此規則ニ背クトキハ其贈与ハ無効トス…」と規定している。旧民法草案では、贈与は、無償で贈与者が受贈者に付与するものであり、受贈者の受諾、すなわち、両当事者の合意を要求している。また、贈与の方法につ

(31)前田達明編『史料民法典』(成文堂、2004)1頁(前田達明執筆担当部分)。

(32)前田編・前掲注(31)2頁(前田達明執筆担当部分)。

(33)前田編・前掲注(31)222頁、247頁(前田達明・原田剛執筆担当部分)。

(34)前田編・前掲注(31)449頁(前田達明・原田剛執筆担当部分)。

(35)「民法仮法則」の構成は次のとおりである。第一卷身分証書取立ニ付テノ要務、第二卷身分証書簿冊及ビ身分証書ヲ記載スル事、第三卷出産証書、第四卷婚姻証書、第五卷離縁証書、第六卷死去証書、第七卷身分証書改正及び遺漏ヲ記入スル事、第八卷皇族身分証書、第九卷布告前ニ係ル身分証書ヲ取立ル事。前田編・前掲注(31)449頁(前田達明・原田剛執筆担当部分)。

(36)前田編・前掲注(31)481頁(前田達明・原田剛執筆担当部分)。明治11年民法草案においては、第三編において売買、交換、賃貸等の契約類型が置かれているものの、贈与の規定についてはこの時点においてもみられない。

(37)前田編・前掲注(31)481頁(前田達明・原田剛執筆担当部分)。

(38)前田編・前掲注(31)611頁(前田達明・姫野学郎執筆担当部分)。

(39)前田編・前掲注(31)612頁(前田達明・姫野学郎執筆担当部分)。

いては、単純なものから、有期、条件を付して行われることがわかる。「旧民法草案」の上奏後は、「再閱民法草案」、「再閱修正民法草案」のほか、『再閱修正民法草案注釈』等の注釈書が出版されて、「旧民法典」が制定された⁽⁴⁰⁾。贈与の定義、贈与の種類に関わる条文は、「再閱民法草案」では、654条、655条に、「再閱修正民法草案」では、1156条、1157条に規定されており、各条文内容は「旧民法草案」と同様である。再閱民法草案の註解、再閱修正民法草案注釈では、贈与については、贈与の成立には、贈与者と受贈者の合意、意思の合致必要であるというものを定義していると解説されている。贈与の方法については、単純な贈与以外にも期限、条件等を付して行われることが認められると解説されている。

(二) 旧民法典、旧民法典制定直後の解説

1 旧民法典の制定

1890年3月27日に、民法中、財産編、財産取得編、債権担保編、証拠編が、同年10月6日に、人事編、財産取得編中贈与、遺贈、夫婦財産契約の各部分が交付された。この旧民法典は、フランス民法に範をとって編纂され、編別、内容等著しくフランス民法に類似している。贈与は、財産取得編十五章の中の、十四章(贈与及ヒ遺贈)に規定されていた⁽⁴¹⁾。

旧民法典における贈与の定義、負担付贈与の内容を確認できる条文は次のとおりである。349条は「贈与トハ当事者ノ一方カ無償ニテ他ノ一方ニ自己ノ財産ヲ移転スル要式ノ合意ヲ謂フ」と規定されている。贈与の方法についても規定されており、350条は、「贈与ハ単純、有期又ハ条件付ナルコト有り。贈与ハ法律ノ認メタル原因アルニ非サレハ之ヲ廢罷スルコトヲ得ス」と規定している。負担付贈与については、363条が「贈与ハ合意ヲ無効ト爲ス普通ノ原因ノ外尚ホ贈与者ノ要約シタル条件ノ不履行ノ爲メ之ヲ廢罷スルコトヲ得」と規定している。

旧民法典では、贈与は、349条において、贈与者が無償で自己の財産を受贈者との合意によって移転することであると規定されており、贈与の方法については、350条が、単純贈与のほか、有期、条件を付して行われるものがあると規定している。さらに363条では、負担という言葉は文言上にないが、条件が不履行となれば、贈与者は取消を行えると規定している。なお、旧民法典358条においては、贈与が方式を要する行為であると規定されていた。

2 旧民法典制定直後の解説

旧民法典については、制定直後に注釈書が出版され、各条文について解説がなされている。ここでは、主に贈与の定義(349条)、贈与の方法(350条)、負担付贈与(363条)に関する解説を参

⁽⁴⁰⁾国立国会図書館所収『再閱民法草案第37冊-第40冊』240-245頁、国立国会図書館所収『ボアソナード氏起稿 再閱修正民法草案注釈、第三編特定名義獲得ノ部上巻』334-337頁。

⁽⁴¹⁾前田編・前掲注(31)942頁(前田達明執筆担当部分)。

照していきたい。

① 井上操『民法詳解』における旧民法典規定の解説⁽⁴²⁾

まず、349 条については、贈与の定義を示した条文であるとする⁽⁴³⁾。そして、井上博士は、以下のように解説している。

贈与は、無償であるべきであり、贈与者は、贈与によって何ら報酬を受けるものではなく⁽⁴⁴⁾、報酬を受ける場合、それは最早、贈与ではなく売買、交換等になるとする。また、贈与は、財産を移転することであり、そこでいう財産とは、譲渡の目的となるべき物を指すものであるとする⁽⁴⁵⁾。他人のために労力を費やすこと、物を保管する等の行為は贈与には当たらないとし、贈与は報酬を得ずして、財産を譲渡し自己の財産を減少するものであるという。その他、贈与は、一時の感情や他人の好意を誘うためになされることがあり、軽率な贈与は個人のみならずその家族を不幸に招く可能性があるとして法律に定めたる方式によって行われるべきであるとする⁽⁴⁶⁾。

次に、井上博士は、350 条については、贈与をなす方法および法定の原因がない場合は、取消を認める旨を定めた条文であるとする⁽⁴⁷⁾。特に贈与の方法については、以下のように解説している。

贈与は、単純の方法、有期の方法、条件付きの方法で行うことができるとする。単純の方法については、期限を定めず、条件を設けずに贈与を行う場合であるとし、この場合、物が特定物であれば、直ちに所有権が移転するという⁽⁴⁸⁾。有期の方法については、期限を定めて贈与をなす場合であるとし、一年後に贈与物を引渡すであるとか、受贈者の成長後に引渡す場合を指すという⁽⁴⁹⁾。条件付きの方法については、贈与者と受贈者との間で、ある事が発生した場合は贈与をなすという時であり、ある事が発生した場合というのは、贈与を解除するというような条件を付して行う場合であると説明されている⁽⁵⁰⁾。

最後に、363 条については、贈与を取消しするについての原則を定めたものであるとし、受贈者がその贈与中に包含したる負担を履行しない場合に、解除することができるとする⁽⁵¹⁾。そ

⁽⁴²⁾井上操『民法〔明治 23 年〕詳解 取得編之部下巻』(信山社、2002)303-316 頁、386-392 頁。

⁽⁴³⁾井上・前掲注(42)303 頁。

⁽⁴⁴⁾井上・前掲注(42)303 頁。

⁽⁴⁵⁾井上・前掲注(42)306 頁。

⁽⁴⁶⁾井上・前掲注(42)308 頁。

⁽⁴⁷⁾井上・前掲注(42)310-316 頁。

⁽⁴⁸⁾井上・前掲注(42)310-311 頁。

⁽⁴⁹⁾井上・前掲注(42)311 頁。

⁽⁵⁰⁾井上・前掲注(42)313 頁。

⁽⁵¹⁾井上・前掲注(42)386-388 頁。

して、負担付贈与をいかなる基準によって判断するべきかについては、受贈者が贈与によって受ける利益と、負担する義務の程度、すなわち、受贈者が贈与によって受ける利益がその負担する義務に超過する場合、贈与とみなすべきであるという⁽⁵²⁾。

② 磯部四郎『民法釈義』における旧民法典規定の解説⁽⁵³⁾

まず、349 条については、贈与はいかなるものかを定義するものであり、一方が他の一方に自己の財産を移転し所有させる旨を定めているとする⁽⁵⁴⁾。そして、磯部博士は、以下のように解説している。

まず、贈与においては、必ず無償でなければならない、有償で当事者の一方が他方に財産を移転するときは贈与ではなく、売買、交換等は贈与ではないとする⁽⁵⁵⁾。贈与は、条件等を付して贈与が行われる場合もあるが、これについては受贈者が履行する義務がその贈与によって受ける利得に比べて僅少でなければ贈与として認められないという⁽⁵⁶⁾。その他は、井上操博士と同様の理由を述べて、贈与が方式によって行われなければならないと説明している。

次に、磯部博士は、350 条については、本条は、贈与の方法に関する種類が三種あることを指示したる条文であるとし、贈与には単純、有期、条件付きのものがあり、贈与者がこれを選択することができるが、受贈者の受諾を要するとする⁽⁵⁷⁾。そして、贈与の方法については、以下のように説明している。

単純贈与は、贈与の合意によって成立し、直ちに贈与者から受贈者に贈与をして所有権が移転されるとする⁽⁵⁸⁾。有期の贈与は、移転の時期を定めて贈与を行う場合であり、不動産を何年後に贈与するというようなものを指すとする⁽⁵⁹⁾。条件付き贈与は、郵船到着したときは同船に贈与物を積み入れる、秋季に豊作になれば米を贈与する等の条件をつけて贈与する場合であり、受贈者側において何らかの負担を付ける場合も該当するという⁽⁶⁰⁾。また、このような贈与がいかなる場合に取消することができるかは、贈与者の意思に反する結果を生じ、正当の原因がある場合になされなければならないとし、条件付きの贈与の場合、受贈者がその義務を履行しないときがこれにあたると説明している⁽⁶¹⁾。

⁽⁵²⁾井上・前掲注(42)388-389 頁。

⁽⁵³⁾磯部四郎『民法〔明治 23 年〕釈義 財産取得編(下)』(信山社、1997)195-207 頁、263-268 頁。

⁽⁵⁴⁾磯部・前掲注(53)195 頁。

⁽⁵⁵⁾磯部・前掲注(53)197 頁。

⁽⁵⁶⁾磯部・前掲注(53)197 頁。

⁽⁵⁷⁾磯部・前掲注(53)204 頁。

⁽⁵⁸⁾磯部・前掲注(53)205 頁。

⁽⁵⁹⁾磯部・前掲注(53)205 頁。

⁽⁶⁰⁾磯部・前掲注(53)205 頁。

⁽⁶¹⁾磯部・前掲注(53)206 頁。

最後に、363 条については、条文上の「普通ノ原因」によって贈与の合意は無効となると規定しているが、この「普通ノ原因」とは、財産編中に定めている強暴、詐欺、錯誤の事実がある場合であるとする⁽⁶²⁾。贈与の負担の内容については、受贈者が贈与を得るために贈与者または第三者に対して義務を負う場合があるとし、受贈者の負担は、受贈者の取得する利益と負担する義務との軽重を比較して、その利益が負担を超えるものであれば、贈与となるとする⁽⁶³⁾。反対に、贈与によって受贈者が得る利益が、受贈者の負う義務を下回れば、贈与とはならないと説明している。

③ 井上正一『民法正義』における旧民法典規定の解説⁽⁶⁴⁾

まず、井上正一博士は、349 条については、贈与は、合意、すなわち、当事者双方の意思の合致が必要であるとする⁽⁶⁵⁾。この合意は、無償でなければならず、無償とは、贈与者は出捐をなすことによってなんら利益を受けることなく、受贈者に⁽⁶⁶⁾出捐によって利益を与えることであるとする⁽⁶⁶⁾。受贈者が多少の負担を負うときは、贈与者の行為は、純粹なる無償行為ではないが、受贈者の負担がその受ける利益に比較して、利益の方が大きければ贈与の性質を失わないという⁽⁶⁷⁾。したがって、受贈者が贈与によって受ける利益が、受贈者の負担を下回るときは、贈与ではなく、その行為は有償となるとする。その他、贈与の方式については、井上操博士と同様の理由を述べて、方式によって贈与が行われなければならないとする。

次に、井上正一博士は、350 条については、贈与の態様を定めた条文であるとする⁽⁶⁸⁾。井上正一博士も単純、有期、条件付きの贈与について説明しているが、井上操博士、磯部博士と同様に説明されているので、ここでの繰り返しの説明は避けることとする。

最後に、363 条については、贈与は、合意によって成立するが、合意の無効原因である、錯誤、強暴等によってこの合意を取消することができるとする⁽⁶⁹⁾。また、贈与は、元来、片務の合意と理解されるが、贈与者が条件を付して贈与を行った場合に、受贈者が履行すべき義務を履行しなかった場合にも取消が可能であるという⁽⁷⁰⁾。

⁽⁶²⁾磯部・前掲注(53)263 頁。

⁽⁶³⁾磯部・前掲注(53)264-265 頁。

⁽⁶⁴⁾井上正一『民法正義 財産取得編卷之参』(信山社、1995)199-204 頁、251-252 頁。

⁽⁶⁵⁾井上・前掲注(64)199-200 頁。

⁽⁶⁶⁾井上・前掲注(64)200 頁。

⁽⁶⁷⁾井上・前掲注(64)200 頁。

⁽⁶⁸⁾井上・前掲注(64)202-203 頁。

⁽⁶⁹⁾井上・前掲注(64)251 頁。

⁽⁷⁰⁾井上・前掲注(64)251 頁。

二 現行民法典立法過程

1893 年年 3 月 21 日、政府は民商法典等修正のために内閣に法典調査会を設置すること、穂積陳重、富井政章、梅謙次郎を起草委員に、仁井田益太郎、仁保亀松、松波仁一郎を起草委員の補助委員として法典調査会書記に任命し、3 人の起草委員を中心に民法典を編纂することを決定した。起草方針は、編纂に関し、穂積陳重博士の意見によって、ローマ式編纂方法を廃して、ドイツ式編纂方法が採用され、ザクセン民法の編別に倣った。編別は、ドイツ方式であるが、起草は、フランス民法典のみを参照することなく、旧民法典を資料としつつも、問題となったわが国の伝統的慣習をよく精査し、一方においては世界各国の立法例、学説等を広く渉獵参考とした。

贈与の起草担当者は穂積陳重博士であり、法典調査会においては、民法草案 548 条(現行民法 549 条)が贈与の冒頭規定として提案されている。草案内における贈与位置は、第三編債権第二章契約の項目における典型契約の最初の契約類型に置かれていた。以下では、法典調査会における贈与、負担付贈与の議論を検討するにあたり、贈与の起草担当者であった穂積陳重博士の見解を中心にみていき、他の委員の議論上の発言についても適宜取り上げることとする。

(一) 法典調査会における議論

1 贈与

まず、穂積委員は、各条文の審議に入る前に、冒頭で、法典内における贈与の位置について説明している。穂積委員は、贈与の法典内の位置に関しては、諸外国の立法例も多様であるとしながらも、贈与というものは、まず他人に利益を与えることについての契約であり、それゆえに各種の契約に贈与を置くものとする⁽⁷¹⁾と説明している。この点、ドイツ民法を参照しており、ドイツ民法では贈与は各種契約に置かれていると指摘している。また、穂積委員は、旧民法典 350 条については、削除する提案を行っている。その理由としては、贈与が法律行為の一つになった以上は、あえて贈与に単純、有期、条件付きで行われることを条文内であげる必要がないとするものであった。贈与が両当事者の合意、すなわち契約でなされるので、贈与者と受贈者間で何かしらの条件等をつけて行われることは当然のことであるという理解に基づくものであると思われる。

次に、贈与の定義に関わる民法草案 548 条(現行民法 549 条)についての議論をみていきたい。民法草案 548 条は「贈与ハ当事者ノ一方カ自己ノ財産ヲ無償ニテ相手方ニ興フル意思ヲ表示シ其相手方カ之ヲ受諾スルニ因リテ其効力ヲ生ス」と提案されていた。民法草案 548 条(現行民法 549 条)について穂積委員は以下のように説明している。

⁽⁷¹⁾法典調査会『民法主査会議事速記録第 25 巻』(日本学術振興会)2・4 頁。

まず、本条は、贈与の効力が生ずるときを定めたものであるとし、いつから贈与の効力が生ずるかは、無償行為において大切なことであるとする⁽⁷²⁾。そしてこれについて、本条は、それを受諾の時によりその効力を生ずるということを提案しており、贈与の契約性を明らかにしているという⁽⁷³⁾。また、贈与の範囲が不明確だということを指摘しており、諸外国の学説では、無償の労務の提供や債務の免除等が贈与と理解されているが、穂積委員は、贈与を自己の財産により相手方に利益を与える契約であると説明している⁽⁷⁴⁾。

その後の本案に対する質疑では、土方寧委員から本案における「財産」とはどのようなものを指すのかという質疑が出されている。これに対して、穂積委員は、具体的には物質的権利において民法に認められているところの物権、債権の全部を含むと答弁している。

2 負担付贈与

法典調査会において民法草案 553 条(現行民法 525 条)が負担付贈与にあたる。民法草案 553 条(現行民法 525 条)は、「負担付贈与ニ付テハ本節ノ規定ノ外双務契約ニ関スル規定ヲ適用ス」と提案されていた。民法草案 553 条(現行民法 525 条)について、穂積委員は以下のように説明している。

本条においては、双務契約に関する規定を基盤に当てて不都合はなく、第三者の利益のために契約を為すということも許すものであるとする⁽⁷⁵⁾。つまり、負担付贈与の性質に関しては、第三者の利益のために負担を実行するという、第三者の利益のために(贈与)契約を締結することは、双務契約の性質に当てはまり、また、贈与者が贈与をしなければ負担の実行を求めることができず、受贈者は贈与がなければ負担を実行しないということは、ちょうど双務契約の規則が当たるとする⁽⁷⁶⁾。

そして、負担付贈与における負担の内容に関しては、他人に贈与をするときは、受贈者に対して贈与を汝にするから、汝はこういうことを第三者にしなければいけない、あるいは公益のためにこういうことをしなければいけない、贈与をするからして己にこういう利益を与えなければいけない、我が子にこういう利益を与えなければいけないというように、負担というものにいろいろな形があるとする⁽⁷⁷⁾。

その後、本草案に対する質疑では、負担付贈与における「負担」とは何か、それが金銭の支払いや、他の物の給付であった場合、売買や交換とどのように区別されるのかといった質疑が

⁽⁷²⁾法典調査会・前掲注(71)139-140 頁。

⁽⁷³⁾法典調査会・前掲注(71)140 頁。

⁽⁷⁴⁾法典調査会・前掲注(71)140 頁。

⁽⁷⁵⁾法典調査会・前掲注(71)171 頁。

⁽⁷⁶⁾法典調査会・前掲注(71)171-172 頁。

⁽⁷⁷⁾法典調査会・前掲注(71)171 頁。

なされた。横田國臣委員は、例えば、「これをお前にやるから錢をお前はよこせ」といえば、それは負担付贈与となるのか、その場合と、売買や交換とどう区別するのかといった質疑を行っている⁽⁷⁸⁾。その際に、横田委員は、負担付贈与は、贈与の目的物の用途について負担を設ける場合に限るべきであると発言している。梅委員は、最終的には当事者の意思によって区別される可能性もあるが、一万円の価値あるものをやる代わりに月々己の息子に 10 円の学資をやってくれという場合、これを公債証書にすれば年 5 分の利息が取れるのに、これでは年 1 分 2 厘の利息になるから売買ではなく負担付贈与であると説明している⁽⁷⁹⁾。これらに対して、穂積委員は、負担付贈与についてはやはり自分に利益があると思ってそれを承諾すればこそ負担付贈与となるとしている⁽⁸⁰⁾。

(二) 現行民法典の制定

上記の民法草案は、主査委員会 21 回、委員総会 14 回および法典調査委員会 123 回の審議を経て、1895 年 12 月 30 日に第 12 回整理会において全面的な整理を終了し、完全な各提案となった⁽⁸¹⁾。そして、この草案は、1896 年 1 月、政府によって第九回帝国議会上に提出された。その後、民法修正案特別委員会の調査審議に付託された後、特別委員会の審議においておよそ二十数ヶ所の修正、追加、削除等が行われた⁽⁸²⁾。第九回帝国議会の民法審議では、贈与に関して特に修正は見られないものの、穂積委員は、549 条に関しては次のように述べている。贈与は人民の日常の生活に沢山あるものであり、一定の方式を踏むことは不便であり、書面がなくとも贈与は法律上有効である。書面がない場合は、一方からこれを取消ことができることを定めたとして、これが日本の現状に適するとする⁽⁸³⁾。また、549 条に関しては、贈与はいつでも勝手に取り消しができるのか、という質疑が出されているが、穂積委員は、書面でなされれば(550 条)、贈与は守られるので、贈与は方式を踏めば保護されると回答している⁽⁸⁴⁾。

このような審議を経て、最終的には、法典調査会提出の民法修正案三編 723 ヶ条は 1 ヶ条が追加(流質契約の禁止に関する 349 条)され、全条 724 ヶ条となった。ここで、贈与について、『民法修正案(前三編)の理由書』では次のように説明されている。すなわち、549 条は、贈与がその効力を生ずる原因を規定して、贈与の意義、その目的物の範囲を明らかにしたものであるとし、受諾により初めて効果が生じるとする。贈与の成立は特別の要式は必要ないが、その目的物範

⁽⁷⁸⁾法典調査会・前掲注(71)173 頁。

⁽⁷⁹⁾法典調査会・前掲注(71)174-175 頁。

⁽⁸⁰⁾法典調査会・前掲注(71)179 頁。

⁽⁸¹⁾前田編・前掲注(31)1118 頁(前田達明・原田剛執筆担当部分)。

⁽⁸²⁾前田編・前掲注(31)1118-1119 頁(前田達明・原田剛執筆担当部分)。

⁽⁸³⁾広中俊雄編『第九回帝國議会の民法審議』(有斐閣、1986)135 頁。

⁽⁸⁴⁾広中編・前掲注(83)135 頁。

囲は、自己の財産を無償にて相手方に与えるものである。贈与の範囲は、債務の免除、権利の放棄、事務管理、無償貸借、無償の労務給付その他無償にて担保を貸与するとき法律行為を包含しないと、贈与者の財産に限定するとする。553 条については、旧民法典 363 条の趣旨に基づき、贈与者は要約したる条件の不履行によって贈与を解除できるとする。

その後、本会議の第一、第二、第三会読会を通過し、貴族院でも同様に、第一、第二、第三会読会を通過し、こうして民法三編は現行民法典として 1896 年 4 月 27 日に交付された。

(三) 現行民法典制定直後の解説

現行民法典が制定された後、立法者や立法補助者の手による現行民法の注釈書、基本書が出された。例えば、富井政章博士は、民法上の贈与には、三つの観念を含むとして、契約性、財産移転、無償性を挙げて説明している⁽⁸⁵⁾。以下では、現行民法典制定直後に出された注釈書、基本書における贈与(民法 549 条)、負担付贈与(民法 533 条)の解説をみていきたい。

1 岡松参太郎『註釈民法理由下巻』における見解⁽⁸⁶⁾

岡松博士は、まず、贈与の成立要件については次の三つを述べている⁽⁸⁷⁾。一つ目は、当事者の一方の財産が減少し、一方の財産が増加することを要するとし、受贈者の財産が増加しなければ贈与ではなく、一方の財産が減少しなければならないとする。二つ目は、当事者の一方が無償にて自己の財産を他方に与えることを要するとし、当事者の一方が他方の財産を増加せしめる意思を持って自己の財産を無償にて他方に与えなければならないとする。三つ目は、相手方の受諾が必要であるとし、多数の贈与は明らかに契約に基づくものであるので、贈与は相手方の受諾を経て成立するものとする。

次に、岡松博士は、贈与には次のような態様があることを説明している。すなわち、条件付き贈与、期限付き贈与、負担付贈与、定期復帰贈与である⁽⁸⁸⁾。条件付き贈与は、停止条件または解除条件付き贈与があり、期限付き贈与は、効力を発生すべき時期を定めるものとされ、効力を失うべき時期もあるとする。負担付贈与は、贈与者は贈与をなすにあたり自己、第三者または受贈者の利益のため、受贈者をしてあるいは給付をなす責任を負担させる場合があると、この責任を負担と称する。ただし、負担が民法 90 条等の場合に該当すれば、無効となるとする。定期復帰贈与は、贈与者が、定期に金銭その他の財産を無償にて受贈者に給付することを約することであり、無期と有期があるとする。

⁽⁸⁵⁾富井政章『債権各論 完』(信山社、1994)224 頁以下。

⁽⁸⁶⁾岡松参太郎『註釈民法理由下巻』(有斐閣書房、1897)517-530 頁、540-542 頁。

⁽⁸⁷⁾岡松・前掲注(86)517-520 頁。

⁽⁸⁸⁾岡松・前掲注(86)521-523 頁。

最後に贈与(民法 549 条)、負担付贈与(民法 533 条)については次のように説明している⁽⁸⁹⁾。民法 549 条の自己の財産とは、種類を問わず、数量を問わないとし、現在、将来の財産も問わないとする。また、条文における、無償とは、反対給付を受けず、義務を負うことがないことを意味するとする。そして、贈与の相手方は、受贈者であり、第三者に与えることは贈与ではないとする。その他、贈与は、現在の供与だけでなく、条件、期限を付することもでき、無償にて与える意思については、明示、黙示があり、受諾は、贈与者の寄贈を受ける意思の表示であると説明されている。

負担付贈与(民法 533 条)については、負担は対価ではなく、負担付贈与は有償契約ではないとする⁽⁹⁰⁾。負担とは、贈与者の利益のためになる場合、第三者の利益になる場合でも良いとされ、この場合、当事者双方が第三者の利益のためとすることにつき一致することを要する(民法 537 条)とされる⁽⁹¹⁾。また、負担は公益のためでも良いと説明されていた。そして、負担付贈与における、贈与者の出捐と受贈者の利益については、贈与により受ける利益は、負担に比べて、大きくなることを要するとし、贈与の利益より負担が大きくなると贈与ではないという⁽⁹²⁾。

2 松波仁一郎、仁保亀松、仁井田益太郎『帝国民法正解』における見解⁽⁹³⁾

まず、贈与(民法 549 条)については、次のように説明されている。贈与は、贈与者が、対価を受けることなくして自己の財産を受贈者に授与し、この者は別に出捐をなさずして財産を受けることをいうとする⁽⁹⁴⁾。そして、当事者の一方が相手方の財産の増加せしめる目的をもって、自己の財産を無償にて相手方に授与する意思表示をして、相手方はこの目的を知り財産の授与を受諾するのでないのであれば贈与ではないという⁽⁹⁵⁾。

次に、負担付贈与(民法 533 条)については、贈与者は贈与の本来の義務を負担すると同時に、受贈者もまた贈与を受けるにつき引き受けたる負担の限度において義務を負担するのであれば、双務契約の規定を準用することは妥当であるとする⁽⁹⁶⁾。

⁽⁸⁹⁾岡松・前掲注(86)527-530 頁。

⁽⁹⁰⁾岡松・前掲注(86)540-541 頁。

⁽⁹¹⁾岡松・前掲注(86)541 頁。

⁽⁹²⁾岡松・前掲注(86)541-542 頁。

⁽⁹³⁾松波仁一郎・仁保亀松・仁井田益太郎合著『帝国民法正解第六卷債権』(信山社、1994)915-925 頁、941-942 頁。

⁽⁹⁴⁾松波仁一郎・仁保亀松・仁井田益太郎合著・前掲注(93)915-920 頁。

⁽⁹⁵⁾松波仁一郎・仁保亀松・仁井田益太郎合著・前掲注(93)918-919 頁。

⁽⁹⁶⁾松波仁一郎・仁保亀松・仁井田益太郎合著・前掲注(93)941-942 頁。

3 梅謙次郎『民法要義』における解説⁽⁹⁷⁾

梅博士は、贈与(民法 549 条)、負担付贈与(民法 533 条)について次のように説明している。民法 549 条は、贈与の定義を定めた条文であり、要式契約は、贈与を妨げることが多いとして、諾成契約を採用したとする⁽⁹⁸⁾。そして、贈与は、当事者の一方が自己の財産を無償にて相手方に与えることであり、自己の労力を他人に与えること等は贈与ではないとする。民法 533 条は、負担付贈与の性質を定めるものであるとし、負担付贈与の性質には議論があるが、本条においては、本節の規定のほか、双務契約の規定を準用することを明言しているという⁽⁹⁹⁾。

4 横田秀雄『債権各論』における見解⁽¹⁰⁰⁾

これまでは、立法者や立法補助者による注釈書を主にみてきたが、横田秀雄博士の『債権各論』は、同時期に出版された基本書である。横田博士は、贈与の意義、範囲、贈与の種類、贈与者の義務について以下のように説明している。

まず、贈与の意義、範囲については、贈与は一方において贈与者の資産を減少し、受贈者の資産を増殖するものにして、贈与者の資産を脱したる財産は受贈者の資産中に入り、これを増加する作用をなすものであるとする⁽¹⁰¹⁾。そして、財産とは資産を組成する物、動産、不動産その他一切の財産権を意味するという⁽¹⁰²⁾。また、横田博士は、贈与者の財産を減少することを必要とするとする。例えば、労務の無償提供、土地その他の物件を使用させることは贈与ではなく、当事者の一方の資産を脱したる財産がそのまま相手方の資産中に入り増加することが贈与の成立要件であるという⁽¹⁰³⁾。この性質がなければ贈与ではなく、贈与には、利益の交換がなく、無償で、単純に行われることが必要であるとする。

次に、贈与の種類については次のように説明している。横田博士は、岡松博士と同様に、単純贈与、条件付き贈与、期限付き贈与、定期回帰的贈与、負担付贈与を挙げている⁽¹⁰⁴⁾。そんな中、負担付贈与に関しては、例として、甲が乙に一万円やると同時に、乙はその半額を恤兵部に寄付することを約せしめる場合、その一万を持って負債償却の資に充つることを約せしめる場合等が挙げられている⁽¹⁰⁵⁾。そして、負担は受贈者を拘束すべき性質がなければならず、その

⁽⁹⁷⁾梅謙次郎『民法要義卷之三債権編』(有斐閣書房、1912)462-463 頁、470-471 頁。

⁽⁹⁸⁾梅・前掲注(97)462-463 頁。

⁽⁹⁹⁾梅・前掲注(97)470-471 頁。

⁽¹⁰⁰⁾横田秀雄『債権各論』(清水書店、1912)219-240 頁。その他、鳩山秀夫『日本債権法各論上』(岩波書店、1918)265 頁以下も参照。

⁽¹⁰¹⁾横田・前掲注(100)222 頁。

⁽¹⁰²⁾横田・前掲注(100)222 頁。

⁽¹⁰³⁾横田・前掲注(100)224-226 頁。

⁽¹⁰⁴⁾横田・前掲注(100)227-229 頁。その他、村上恭一博士も同様に述べている(村上恭一『債権各論』(巖松堂書店、1921)183 頁以下)。

⁽¹⁰⁵⁾横田・前掲注(100)230 頁。

負担が純然たる道德上の関係なるときは注意が必要であり、それは単純贈与であるとする⁽¹⁰⁶⁾。

最後に、贈与者の義務について述べている。贈与は物権の設定を目的とする場合、物権のその他の財産権の移転を目的とする場合、売買等と同じく債権債務関係が発生しており、贈与者は受贈者に対して贈与の目的たる財産を移転する義務を負うとする⁽¹⁰⁷⁾。

5 末弘巖太郎『債権各論』における見解⁽¹⁰⁸⁾

末弘博士は、贈与(民法 549 条)については、上記の注釈書、基本書と同様の説明をしているが、特に負担付贈与については詳細に解説しているので以下でみていきたい。

まず、末弘博士は、負担付贈与の「負担」の内容に関して、何ら規定がない点に疑問の余地があるとする⁽¹⁰⁹⁾。強行法規、公序良俗に反しない限り、負担の目的を妨げないとするが、では、財産的価値がない給付、負担の目的はいいのかという疑問を呈している⁽¹¹⁰⁾。非財産的価値がない場合でも、そのために費用を要するものがあれば、その費用額を持って負担の限度というべきであり、實際上なんら費用をも要しないものについては、贈与者の責任を加重する理由が少しも存在しないがゆえに、双務契約の適用はないとする⁽¹¹¹⁾。

次に、末弘博士は、「負担」は何人の利益を目的とすることを要するかと述べ、「負担」の内容たる事項は、贈与者自身の利益に帰するのが通例であるとするが⁽¹¹²⁾、受贈者自身あるいは特定の第三者、一般公衆の利益に帰すべき事項もあるという⁽¹¹³⁾。そして、第三者のために設定した負担といえどもこれに対する請求権の特約がない場合、贈与者自身がこれを有するとする。

最後に、負担と条件との差異についても述べている。負担は停止条件と類似するものであるが、停止条件は法律行為の効力発生を停止するものであり、負担は、少しもこの効力がないから別個の観念であるとする⁽¹¹⁴⁾。

6 中村萬吉『債権法各論上巻』における見解⁽¹¹⁵⁾

中村博士も、贈与(民法 549 条)については、上記の注釈書、基本書と同様の説明をしているが、負担付贈与については、より詳細に解説しているので以下でみていきたい。

⁽¹⁰⁶⁾横田・前掲注(100)230 頁。

⁽¹⁰⁷⁾横田・前掲注(100)233-234 頁。

⁽¹⁰⁸⁾末弘巖太郎『債権各論』(有斐閣、1918)328 頁以下。

⁽¹⁰⁹⁾末弘・前掲注(108)332 頁。

⁽¹¹⁰⁾末弘・前掲注(108)333 頁。

⁽¹¹¹⁾末弘・前掲注(108)333 頁。

⁽¹¹²⁾末弘・前掲注(108)335 頁。

⁽¹¹³⁾末弘・前掲注(108)335 頁。

⁽¹¹⁴⁾末弘・前掲注(108)336 頁。

⁽¹¹⁵⁾中村萬吉『債権各論上巻』(早稲田法政学会、1920)141-144 頁。

中村博士は、贈与の本体は一つの出捐であるとした上で、負担付贈与については、負担とは出捐行為の附款であって、出捐受領者にある債務を負担させることであり、負担は贈与の価格よりも客観的に小さくならなければならないとする⁽¹¹⁶⁾。また、負担は、双務契約における対価の意味はなく、故に無償性を欠くものではないとする。

そして、中村博士は、負担付贈与と財産の指定供与は、共に出捐と義務負担とを要件としており、類似すると指摘し、以下の例を挙げて説明している。

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 万円をやることを例に挙げており、これは、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する⁽¹¹⁷⁾。

これに対して、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⁽¹¹⁸⁾。なお、負担は、通常供与財産そのものの滅殺、制限を意味するがこれにとどまらないとし、その財産と関係ない給付をなしでも良いとする⁽¹¹⁹⁾。その給付は財産上の価額を有しなければならず、負担の履行は贈与者に対してだけでなく、第三者でも良いという⁽¹²⁰⁾。これに対して、受贈者からのために給付をなすべき場合は、負担でなく、希望に過ぎないと解すべきであろうとする。

三 現行民法典施行後

上記では、現行民法典直後の注釈書、基本書を参照して、贈与(民法 549 条)、負担付贈与(民法 533 条)についてみてきたが、以下では、近時の注釈書、基本書を参照し、現在の贈与、負担付贈与の一般的な理解について確認することとしたい。

(一) 贈与(民法 549 条)

民法 549 条は、「贈与は、当事者の一方が自己の財産を無償で相手方に与える意思表示を表示し、相手方が受諾をすることによって、その効力を生ずる」と規定する⁽¹²¹⁾。一般的に贈与は、贈与者が自己の財産を無償にて受贈者に与えることを内容とするような、無償の財産的出捐を

⁽¹¹⁶⁾中村・前掲注(115)141-142 頁。

⁽¹¹⁷⁾中村・前掲注(115)142 頁。

⁽¹¹⁸⁾中村・前掲注(115)142 頁。

⁽¹¹⁹⁾中村・前掲注(115)142-143 頁。

⁽¹²⁰⁾中村・前掲注(115)143 頁。

⁽¹²¹⁾なお、債権法改正により贈与は「当事者の一方がある財産を無償で相手方に与える意思表示し、相手方が受諾することによって、その効力を生ずる。」と規定された。序章 I の一参照。

目的とする契約であり、片務、諾成、無償契約と理解されている⁽¹²²⁾。以下では、民法 549 条からうかがえる贈与の意義やその性質についてみていくこととしたい。

1 贈与者の財産の出捐と受贈者の利得

まず、民法 549 条において、自己の財産を受贈者に与えるということは、BGB516 条における「自己の財産より他人を利得させる出捐」と同義であるといわれ(第二章Ⅱ参照)⁽¹²³⁾、贈与者の財産の実体を減少させることによって受贈者に財産的利益を与える行為であると理解されている⁽¹²⁴⁾。このように、贈与は、自己の財産の実体が減少しなければ、贈与といわれず、労務の無償給付や物の無償使用の許与は、贈与はならないと理解されている⁽¹²⁵⁾。しかし、贈与者の財産の実体の減少がある限り、既存の物または権利の譲渡に限られることなく、債務の免除や、用益物権の設定やその放棄も贈与の内容となり得るといわれる⁽¹²⁶⁾。また、贈与は、贈与者の自己の財産を受贈者へ与えることから、贈与者は約束どおりその給付義務を履行しなければならないとされる⁽¹²⁷⁾。特に、財産権を移転すべき場合には、その対抗要件(登記、引渡、通知等)の具備に協力し、占有を伴う財産権にあっては、その占有を移転し、他人の財産の贈与では、自らこの財産を取得して受贈者にこれを移転しなければならないとする⁽¹²⁸⁾。

次に、他人に属する財産の贈与も有効であるとされる。これについては、民法 549 条は、「自己」に属する財産の譲渡を要求するような表現をしているものの、他人の財産を譲渡する債務を負担することは、自己の財産の実体を減少させることであるから、これを他の贈与と区別する理由はなく、売買におけるような明文の規定(民法 560 条)もないので、他人物の贈与を有効とみなすべきであるとする⁽¹²⁹⁾。判例においても、大審院(大判明治 38 年 12 月 14 日民録 11・1742)では、第三者所有の財産の贈与は、「贈与者カ他日之ヲ取得シ自己ノ財産トナリタルトキ」を条件とする場合にのみこれを認めており、その後、最高裁(最判昭和 44 年 1 月 31 年判タ 232・106)では、他人の物の贈与の契約性を認め、贈与者が、所有権を所得すると同時に、目的物の所有

⁽¹²²⁾永田菊四郎『新民法要義第三卷下 債権各論』(テイハン、1978)98-99 頁、鈴木禄弥『債権法講義三訂版』(創文社、1995)322 頁。なお、民法(債権法)改正検討委員会でも、民法 549 条については、通説と同様の立場に立ち、財産を無償の財産移転型契約と理解して、贈与の定義については、権利の移転を目的とする無償契約とする理解を採用している(民法(債権法)改正検討委員会編・前掲注(16)148-156 頁参照)。

⁽¹²³⁾柚木＝高木編・前掲注(4)19 頁(柚木馨・松川正毅執筆担当部分)。

⁽¹²⁴⁾我妻・前掲注(17)223 頁、永田・前掲注(122)100 頁。

⁽¹²⁵⁾三宅正男『契約法各論上巻』(青林書院新社、1983)6 頁、柚木＝高木編・前掲注(4)20 頁(柚木馨・松川正毅執筆担当部分)。

⁽¹²⁶⁾柚木＝高木編・前掲注(4)20 頁(柚木馨・松川正毅執筆担当部分)、三宅・前掲注(125)5 頁。

⁽¹²⁷⁾石田穰『民法Ⅴ(契約法)』(青林書院、1986)109 頁、永田・前掲注(122)100-101 頁。

⁽¹²⁸⁾星野英一『民法概論Ⅳ(契約)』(良書普及会、1986)105 頁、柚木＝高木編・前掲注(4)30 頁(柚木馨・松川正毅執筆担当部分)。

⁽¹²⁹⁾柚木＝高木編・前掲注(4)20 頁(柚木馨・松川正毅執筆担当部分)。

権は受贈者に移転すると判示している⁽¹³⁰⁾。

最後に、贈与者の財産の出捐は、贈与者の財産が減少し、受贈者に財産的利益がなければ贈与ではないとされる⁽¹³¹⁾。例えば、次の場合は贈与に属しないと理解される⁽¹³²⁾。給付によって、債務が弁済される場合は、受領者によって債権を喪失し、従ってその財産状態は少なくとも計算的には変更を受けないので贈与ではなく、給付によって受領者に返還義務を生じさせる場合も贈与とはならないといわれる。また(特に、無利息消費貸借の場合)、既存の債権の担保も、これによって他人の債権が強化されるにとどまって、新たな財産的価値が出捐されるわけではないから、贈与ではないと理解されている。そして、労務の無償給付や、物の無償使用の許与が贈与とはならないことは、前述したが、これは、さらに受贈者に財産の増加がないからであると説明されている⁽¹³³⁾。

2 無償性

民法 549 条では、財産出捐が「無償」でなされることを要求している。ここでいう、無償というのは主観的な観念であって、両当事者の合意によって財産出捐が対価を伴わないものと理解されている⁽¹³⁴⁾。これは、利他的な動機を伴うと限らず、対価的、利己的な動機によることもあるが、「法律はこれらの動機を切り離し、契約の内容が無償である場合に、これを贈与と認めた」とされる⁽¹³⁵⁾。

贈与は、無償行為、無償契約と一般的に位置付けることができるが、法律行為の分類として、有償行為とは、財産の出捐を目的とする行為のうち対価のあるものであり、無償行為とは、対価のないものとされ⁽¹³⁶⁾、有償契約と無償契約の区別は、当事者が互いに対価的な意義を有する出捐をすると認めているか否か、すなわち、経済的な対価、反対給付の有無によると理解されている⁽¹³⁷⁾。ここでいう対価的な意義を有する場合とは、「どのような給付を受け取るからこちらでも給付する、それをもらえなければ、こちらも給付しない、といった関係」にある場合であるといわれる⁽¹³⁸⁾。

⁽¹³⁰⁾ 柚木＝高木編・前掲注(4)20-21 頁(柚木馨・松川正毅執筆担当部分)。

⁽¹³¹⁾ 柚木＝高木編・前掲注(4)22 頁(柚木馨・松川正毅執筆担当部分)。

⁽¹³²⁾ 柚木＝高木編・前掲注(4)22 頁(柚木馨・松川正毅執筆担当部分)。

⁽¹³³⁾ 永田・前掲注(122)98-99 頁、柚木＝高木編・前掲注(4)22-23 頁(柚木馨・松川正毅執筆担当部分)。

⁽¹³⁴⁾ 柚木＝高木編・前掲注(4)23 頁(柚木馨・松川正毅執筆担当部分)、我妻・前掲注(17)224 頁。

⁽¹³⁵⁾ 内田貴『民法Ⅱ債権各論』(東京大学出版会、2012)167 頁、我妻・前掲注(17)229 頁、星野・前掲注(128)101 頁。小島・前掲注(12)201 頁参照。

⁽¹³⁶⁾ 我妻栄『新訂民法総則』(岩波書店、1965)247 頁。小島・前掲注(12)201 頁参照。

⁽¹³⁷⁾ 星野・前掲注(128)20 頁、内田・前掲注(135)20 頁、239 頁。

⁽¹³⁸⁾ 星野英一博士は、このように述べるも、限界線上の事例においては、必ずしも明らかではない場合があるとする(星野・前掲注(128)20 頁。柚木＝高木編・前掲注(4)23 頁以下も同旨(柚木馨・

しかし、贈与自体は、「無償の形をとっているが、実際は相手からかつて受けた利益に答えたり、将来受けることを期待している利益の呼び水としてなされることが多い」⁽¹³⁹⁾とされ、好意によるほか、扶養や相続、家族間の財産移転や遺産分割の一環、あるいは「共同体内部の義理、恩などから生ずる義務の履行と観念されること」⁽¹⁴⁰⁾が多いとされている。

3 契約性

贈与は、贈与者と受贈者間の契約であって、この点で、単独たる遺贈と区別される⁽¹⁴¹⁾。後述するように、ドイツを含め諸外国が、贈与を契約とするのは、何人も他人から自己の意に反して自己の願いもしない財産的利益の享受を強要されるべきではないという趣旨にあるといわれている(第二章Ⅱ参照)⁽¹⁴²⁾。

また、贈与契約の当事者は、原則として、契約当時生存していなければならず、将来生まれる子に対する贈与や、死者に対する贈与は、彼らに権利能力がないため効力を生じないとされる⁽¹⁴³⁾。

(二) 負担付贈与(民法 533 条)

民法 533 条は、「負担付贈与については、この節に定めるもののほか、その性質に反しない限り、双務契約に関する規定を準用する」と規定する。負担付贈与とは、受贈者が一定の給付をする債務を負担する贈与である。通常の贈与が単純な典型的片務かつ無償の契約であるのに対して、負担付贈与は、受贈者が何らかの給付義務を負担している点で、特殊贈与と呼ばれる⁽¹⁴⁴⁾。以下では、負担付贈与の意義や、性質、負担の内容等についてみていきたい。

1 負担付贈与の意義、性質

負担付贈与は、片務契約であり、負担の付加により受贈者は一定の給付義務を負担するに至るが、それは贈与に伴う債務に対して対価的意味を有するものではないとされる⁽¹⁴⁵⁾。なぜなら、

松川正毅執筆担当部分)。小島・前掲注(12)202 頁、265 頁参照)。

⁽¹³⁹⁾星野・前掲注(128)101 頁。小島・前掲注(12)201 頁参照。

⁽¹⁴⁰⁾内田・前掲注(135)159 頁。小島・前掲注(12)201 頁参照。

⁽¹⁴¹⁾柚木＝高木編・前掲注(4)26 頁(柚木馨・松川正毅執筆担当部分)。

⁽¹⁴²⁾柚木＝高木編・前掲注(4)26 頁(柚木馨・松川正毅執筆担当部分)。

⁽¹⁴³⁾ただし、特段の事情、すなわち、契約の解釈により、期限または条件付き、または例えば、香典等と解し得る場合には、有効となり得る場合があるとする(死者に対する贈与については、東京地判昭和 61 年 3 月 31 日判タ 631 号 182 頁参照(柚木＝高木編・前掲注(4)26 頁(柚木馨・松川正毅執筆担当部分))。

⁽¹⁴⁴⁾倉田彪士「負担付贈与・混合贈与・報酬的贈与」契約法大系刊行委員会編『契約法大系 贈与・売買』(有斐閣、1962)35 頁、永田・前掲注(122)103 頁。

⁽¹⁴⁵⁾契約法大系刊行委員会編・前掲注(144)35 頁(倉田彪士執筆担当部分)。

贈与者の財産授与行為は単に附款によって表示された目的指定行為を伴うだけのことであって、決して負担の履行を主たる債務に対する対価としての観念において付加したるものではないからである⁽¹⁴⁶⁾。また、負担付贈与は、無償契約であるとも説明される。なぜなら、受贈者は、出捐をするが、それは結果的には、指定行為の履行たる域を出るものではなく、負担付贈与といえども通常の贈与と同様に、贈与者の受贈者に対する加恵行為たる本質を失っていないからである。

このように負担付贈与は、片務、無償契約であるとしつつも、贈与者の出捐に対して、受贈者には何らかの負担を負うものである。では、負担付贈与において、それが負担といえるためには、負担と贈与された利益との間がいかなる関係に立つのか、売買や交換と負担付贈与はどのように異なるのであろうか。これについては、負担付贈与を片務かつ無償の契約として把握し、その限りにおいて通常の贈与としての性格を失わないとするのであれば、負担の価額よりも贈与の目的物の価額が上回らなければならないことが要求されるとする⁽¹⁴⁷⁾。すなわち、負担付贈与の負担は、当然の前提として、贈与の価値を下回らなければならないのである。理由としては、もし負担の価額が贈与の価額と同等またはそれ以上であるときは⁽¹⁴⁸⁾、もはや贈与本来の加恵行為たる本質を失い、受贈者に何らの財産的利益を取得させることがないからであるというのが一般的な見解である⁽¹⁴⁹⁾。したがって、相互の出捐が対価的关系にない場合でなければ負担付贈与とはならず、贈与によって受贈者が受ける利益と、受贈者が負う負担の価額との間に、対価的均衡が欠けていることが前提となると思われる⁽¹⁵⁰⁾。これに対して、贈与者の財産移転義務と受贈者の負担との間に、対価的な均衡があれば、それは贈与ではなく、受贈者の負担が金銭の支払いであれば売買、財産の移転であれば交換、役務の提供であれば、その役務の内容、性質によって性質決定されることとなる。

しかし、贈与者の贈与と受贈者の負担とは、対価的关系に立つものではないにしても、この両者は、相互に条件的に牽連し合っているものとみることができるので、民法は、負担付贈与については、その負担に応じて双務契約に関する規定を適用するべきであるとしている。したがって、双務契約に関する同時履行の抗弁権、危険負担、契約の解除等の規定が、原則的には

⁽¹⁴⁶⁾ 契約法大系刊行委員会編・前掲注(144)35-36頁(倉田彪士執筆担当部分)。

⁽¹⁴⁷⁾ 永田・前掲注(122)104頁、契約法大系刊行委員会編・前掲注(144)36頁(倉田彪士執筆担当部分)。

⁽¹⁴⁸⁾ 柚木＝高木編・前掲注(4)62頁(柚木馨・松川正毅執筆担当部分)、我妻・前掲注(17)234頁、

⁽¹⁴⁹⁾ 契約法大系刊行委員会編・前掲注(144)36頁(倉田彪士執筆担当部分)。

⁽¹⁵⁰⁾ 民法(債権法)改正検討委員会編・前掲注(16)213-214頁。さらに、民法(債権法)改正検討委員会では、負担付贈与は、贈与者の財産移転義務と受贈者の負担が、両当事者の主観的あるいは客観的にみて対価的关系に立たないことを必要としており、負担の範囲を広く理解する立場にある。

負担付贈与に準用されることとなる⁽¹⁵¹⁾。

2 負担付贈与における「負担」の範囲(条件との区別、負担の内容等)

負担付贈与における負担は、受贈者に給付の債務を負わせるものであるが、当事者が贈与の目的たる財産の使用方法等に関して一定の約束をした場合でも、法律上の債務的効力をこれに与える意思がないときは、負担とはならないとされる⁽¹⁵²⁾。以下では、負担付贈与の負担の範囲について、条件との区別、負担の内容に関してみていくこととしたい。

① 負担付贈与における負担と条件の区別

負担付贈与における負担については、特に、負担と条件との区別が問題となるといわれている⁽¹⁵³⁾。負担付贈与であれば、負担の不履行による解除があるまでは有効であり、効力を失わない。一方で、条件付きの贈与であれば、条件成就により効力が生じたり、消滅したりする。このように、負担付贈与と条件付贈与とは、効果の面で異なっており、両者の区別をどのように考えるか問題となる⁽¹⁵⁴⁾。これについては、一般的には、負担付贈与とは、受贈者が一定の給付をする債務を負う贈与であるという定義に従うが、その意味するところを条件と対比させ次のように理解されている。すなわち、負担とは、贈与者が受贈者に課する拘束性のある債務であり、拘束性のある債務とする合意が当事者にあれば、それは負担となるという。そして、このような意思が認定できなければ、それは条件であるとされており⁽¹⁵⁵⁾、負担と条件との区別は、当事者の意思解釈の問題となると理解されている⁽¹⁵⁶⁾。

しかし、判例をみると、判例では、明確な理論に基づき、負担と条件を区別していない⁽¹⁵⁷⁾。例えば、最高裁は、土地および温泉使用权を陸軍傷病兵療養所のための敷地および鉱泉として陸軍省に寄付するにあたり、この寄付は、陸軍において将来この用途を廃止した場合には無償で返還する旨の特約付でなされ場合、条件の成就により返還を認めている(最判昭和 35 年 10 月 4 日民集 14・12・2395)。これについては、債務とする合意に達していると認定できる以上、条

⁽¹⁵¹⁾ 柚木＝高木編・前掲注(4)66 頁(柚木馨・松川正毅執筆担当部分)、我妻・前掲注(17)235 頁、鈴木・前掲注(122)324 頁、星野・前掲注(128)107-108 頁。

⁽¹⁵²⁾ 柚木＝高木編・前掲注(4)57 頁(柚木馨・松川正毅執筆担当部分)、契約法大系刊行委員会編・前掲注(144)39 頁(倉田彪士執筆担当部分)。

⁽¹⁵³⁾ 柚木＝高木編・前掲注(4)58 頁(柚木馨・松川正毅執筆担当部分)。

⁽¹⁵⁴⁾ 柚木＝高木編・前掲注(4)58 頁(柚木馨・松川正毅執筆担当部分)。

⁽¹⁵⁵⁾ 松川正毅『遺言意思の研究』(成文堂、1983)142 頁。

⁽¹⁵⁶⁾ 柚木＝高木編・前掲注(4)58 頁(柚木馨・松川正毅執筆担当部分)。

⁽¹⁵⁷⁾ 判例については、柚木＝高木編・前掲注(4)58 頁以下(柚木馨・松川正毅執筆担当部分)、加藤永一「贈与」民法総合判例研究刊行会編『叢書民法総合判例研究第九巻 58-2』(一粒社、1982)67 頁以下参照。

件と解するよりも負担と解すべきであるとの見解がある⁽¹⁵⁸⁾。また、最高裁は、老齢に達した養母を扶養し、円満な養親子関係を維持し、同人から受けた恩愛に背かないことを、贈与に伴う受贈者の義務とする負担付贈与契約であると認定した原審の判断を支持しており(最判昭和 53 年 2 月 17 日判タ 360 号 143 頁)、贈与に際し、扶養することが(黙示的でも)明示的に債務として合意されていれば、負担と認めている⁽¹⁵⁹⁾。

このように、負担と条件の区別の基準については、判例では必ずしも明確に示されていると限らないが、学説では、前述のように、負担は、債務とする合意を前提とするべきであり、この範囲のものが負担付贈与の範疇に該当するという見解が通説である⁽¹⁶⁰⁾。ただ、負担と条件の区別の問題は、意思解釈の問題とする以上、同じような条項が負担であったり、条件であったりすることは当然のことであると思われる。

② 負担付贈与における負担の内容

負担付贈与における負担の内容については、負担によって贈与者自身が負担の利益を受けることが一般的であるといわれる⁽¹⁶¹⁾。例えば、家屋を贈与してその一室を自己に無償で利用させる義務を受贈者に負わせる等が考えられる。この場合、贈与者自身が負担の履行を請求する権利を有する。その他、第三者を負担の受益者とすることも認められている⁽¹⁶²⁾。また、不動産を贈与して、その収益の一部を定期的に自己の孫に送金させる場合等も考えられる。この場合、第三者が自ら負担の履行を請求する権利を有するか否かは、第三者のためにする契約が締結されているかどうかによって決まるといわれる。このように、負担の受益者が第三者である場合、このような贈与契約を原則として第三者のためにする契約として理解するのであれば、受益者たる第三者は履行請求権を有すると考えられる⁽¹⁶³⁾。

なお、民法(債権法)改正検討委員会では、負担付贈与の内容については、負担が贈与者の債務と対価関係ないことを表す意味で、受贈者の債務を「負担」と表現することとし、負担の内容を広く解することを前提として、負担の内容については定義規定を設けていない⁽¹⁶⁴⁾。また、民法(債権法)改正検討委員会では、負担の内容には様々なものがありうるとして、次のような例を挙げている⁽¹⁶⁵⁾。A が、B にリゾートマンションを贈与した際、B が、毎年正月に A をそのリゾートマンションに連れていくという負担を負うという場合のように、役務の提供を負担と

⁽¹⁵⁸⁾ 柚木＝高木編・前掲注(4)60 頁(柚木馨・松川正毅執筆担当部分)。

⁽¹⁵⁹⁾ 柚木＝高木編・前掲注(4)59 頁(柚木馨・松川正毅執筆担当部分)。

⁽¹⁶⁰⁾ 柚木＝高木編・前掲注(4)61 頁(柚木馨・松川正毅執筆担当部分)。

⁽¹⁶¹⁾ 柚木＝高木編・前掲注(4)63 頁(柚木馨・松川正毅執筆担当部分)。

⁽¹⁶²⁾ 柚木＝高木編・前掲注(4)63 頁(柚木馨・松川正毅執筆担当部分)、永田・前掲注(122)104 頁。

⁽¹⁶³⁾ 柚木＝高木編・前掲注(4)68 頁(柚木馨・松川正毅執筆担当部分)。

⁽¹⁶⁴⁾ 民法(債権法)改正検討委員会編・前掲注(16)214-215 頁。

⁽¹⁶⁵⁾ 民法(債権法)改正検討委員会編・前掲注(16)214 頁。

するものや、奨学金の原資として一定の金銭がある団体に寄付され、受贈者である団体が、贈与者の名前を奨学金の名称に付す負担を負う場合もあるという。その他、目的物の使用方法の制限も負担となり得るとし、受贈者の負う負担の一つの典型は、慈善団体に対する寄付等における、贈与された財産権の使途に関する制限であるとする。

そして、民法(債権法)改正検討委員会では、目的物の使途制限は、受贈者が贈与の目的物そのものに関して贈与者に負担を負う点で、他の例とは少しその内容が異なるとして、目的物に関する使途制限も負担となりうることを明らかにするため、条文上その旨を規定することも考えられないわけではないとする⁽¹⁶⁶⁾。しかし、使途制限の場合も、そうでない場合と同様に、受贈者の義務の内容、贈与者の債務との関係等が問題となるのであり、目的物の使途制限も負担なりうることを示す以外に、特に負担の内容について規定を設ける意味はないとした⁽¹⁶⁷⁾。このように、民法(債権法)改正検討委員会では、負担付贈与における負担の範囲について、できる限り柔軟に解するという姿勢がうかがわれる。

Ⅲ 寄付の法的構成に関する学説の展開

一 寄付の概念

寄付について詳細に論じた論文は非常に少ないが、前述したように、石坂音四郎博士、中島玉吉博士が、寄付について詳細に論じている。両博士の論文が公表された後も、寄付についての論文は少なく、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検討の前に、学説が対象としている寄付の形態、寄付の概念を確認することとし、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みていきたい。また、近年の寄付に関する論文でも、各論文が論じた寄付の概念を基礎に議論を展開しており、寄付の概念について確認する必要があると思われる。以下では、石坂博士、中島博士、加藤博士の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

⁽¹⁶⁶⁾民法(債権法)改正検討委員会編・前掲注(16)214頁。

⁽¹⁶⁷⁾民法(債権法)改正検討委員会編・前掲注(16)214頁。

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、義援金は、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⁽¹⁶⁸⁾。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⁽¹⁶⁹⁾。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⁽¹⁷⁰⁾。すなわち、寄付金募集とは、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⁽¹⁷¹⁾。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る。募集者は、社会上に地位名望があり、一般の信用を有する者である。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ない、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⁽¹⁷²⁾。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⁽¹⁷³⁾。すなわち、特定人のための寄付

⁽¹⁶⁸⁾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。

⁽¹⁶⁹⁾石坂・前掲注(168)179頁。

⁽¹⁷⁰⁾石坂・前掲注(168)180-181頁。

⁽¹⁷¹⁾石坂・前掲注(168)180頁。

⁽¹⁷²⁾石坂・前掲注(168)181-182頁。

⁽¹⁷³⁾石坂・前掲注(168)182-183頁。

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、本稿が検討対象とする寄付を公募義援金と呼んでおり、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する⁽¹⁷⁴⁾。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ではなく、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⁽¹⁷⁵⁾。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⁽¹⁷⁶⁾。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⁽¹⁷⁷⁾。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

⁽¹⁷⁴⁾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。

⁽¹⁷⁵⁾中島・前掲注(174)227-228 頁。

⁽¹⁷⁶⁾中島・前掲注(174)239-230 頁。

⁽¹⁷⁷⁾中島・前掲注(174)230-234 頁。

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、受益者となす場合があるという(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⁽¹⁷⁸⁾。

(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⁽¹⁷⁹⁾。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⁽¹⁸⁰⁾。それは、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⁽¹⁸¹⁾。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

⁽¹⁷⁸⁾中島・前掲注(174)233-234 頁。

⁽¹⁷⁹⁾加藤・前掲注(21)1-2 頁。

⁽¹⁸⁰⁾加藤・前掲注(21)2-3 頁。

⁽¹⁸¹⁾加藤・前掲注(21)3 頁。

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⁽¹⁸²⁾。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応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きみ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

⁽¹⁸²⁾加藤・前掲注(21)4-6 頁。

る⁽¹⁸³⁾。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、加藤博士はど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⁽¹⁸⁴⁾。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。

二 学説の状況

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、同時期に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。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(「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、寄付の法的構成に解釈を加えた判例であるといわれ、信託的譲渡説を支持していると理解されている。こうして、現在の基本書等では、寄付の法的構成を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、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、その他委任による構成等が主張されている。

以下では、まず、寄付の法的構成の議論の基礎を作った石坂博士、中島博士が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、信託的譲渡説の内容を把握するために、加藤永一博士の論文を始め、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。そして、最後に、近年の学説である、信託法の適用を積極的に認める見解等をみていき、寄付の法的構成の学説の到達点を明らかにしたい。

⁽¹⁸³⁾加藤・前掲注(21)5 頁。

⁽¹⁸⁴⁾加藤・前掲注(21)6 頁。

(一) 石坂音四郎博士、中島玉吉博士の各学説と大正 12 年判決

1 石坂音四郎博士、中島玉吉博士の各学説

寄付の法的構成の検討に関しては、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⁽¹⁸⁵⁾。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。

① 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⁽¹⁸⁶⁾と、寄付者と受益者との間で贈与が成立する説⁽¹⁸⁷⁾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⁽¹⁸⁸⁾。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⁽¹⁸⁹⁾。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、その後に受益者に移転するものであり、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、誰が受贈者か知ることができない等を理由に否定している⁽¹⁹⁰⁾。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⁽¹⁹¹⁾。

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を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⁽¹⁹²⁾。

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

⁽¹⁸⁵⁾石坂・前掲注(168)183 頁、中島・前掲注(174)236-237 頁。

⁽¹⁸⁶⁾石坂・前掲注(168)185 頁、中島・前掲注(174)237 頁。

⁽¹⁸⁷⁾石坂・前掲注(168)185 頁。

⁽¹⁸⁸⁾石坂・前掲注(168)185 頁。

⁽¹⁸⁹⁾中島・前掲注(174)237 頁。

⁽¹⁹⁰⁾石坂・前掲注(168)185 頁。

⁽¹⁹¹⁾中島・前掲注(174)238 頁。

⁽¹⁹²⁾石坂・前掲注(168)186-187 頁、中島・前掲注(174)239-240 頁。

はなく、単に中間の媒介者たる地位にあるのみであるとし、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であるという⁽¹⁹³⁾。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⁽¹⁹⁴⁾。

② 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⁽¹⁹⁵⁾。

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⁽¹⁹⁶⁾。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⁽¹⁹⁷⁾。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することができ(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。

③ 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⁽¹⁹⁸⁾。

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

⁽¹⁹³⁾石坂・前掲注(168)187 頁。

⁽¹⁹⁴⁾中島・前掲注(174)239 頁。

⁽¹⁹⁵⁾石坂・前掲注(168)187 頁、中島・前掲注(174)240-242 頁。

⁽¹⁹⁶⁾石坂・前掲注(168)187 頁。

⁽¹⁹⁷⁾中島・前掲注(174)240-241 頁。

⁽¹⁹⁸⁾石坂・前掲注(168)188 頁、中島・前掲注(174)242-244 頁。なお、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(174)242-243 頁)。

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⁽¹⁹⁹⁾。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⁽²⁰⁰⁾。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る(民法 651 条)、公募義援金の場合は、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、その契約を人に解除し、出捐を取り戻すことはできないとする⁽²⁰¹⁾。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、委任に伴う代理権の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、委任説は不適切であるとする⁽²⁰²⁾。

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、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⁽²⁰³⁾。

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⁽²⁰⁴⁾。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⁽²⁰⁵⁾。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、募集者が現実には所有権を与え、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。

⁽¹⁹⁹⁾石坂・前掲注(168)188 頁。

⁽²⁰⁰⁾石坂・前掲注(168)188 頁。

⁽²⁰¹⁾中島・前掲注(174)243-244 頁。

⁽²⁰²⁾中島・前掲注(174)244 頁。

⁽²⁰³⁾石坂・前掲注(168)188 頁、中島・前掲注(174)244 頁。

⁽²⁰⁴⁾石坂・前掲注(168)188-189 頁。

⁽²⁰⁵⁾中島・前掲注(174)245 頁。

⑤ 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⁽²⁰⁶⁾。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⁽²⁰⁷⁾。中島博士は、組合が成立するには組合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、寄付者が他にいないかどうかに関心がないとする⁽²⁰⁸⁾。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。

⑥ 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⁽²⁰⁹⁾。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⁽²¹⁰⁾。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⁽²¹¹⁾。

⁽²⁰⁶⁾石坂・前掲注(168)190-191 頁、中島・前掲注(174)246-248 頁。

⁽²⁰⁷⁾石坂・前掲注(168)191 頁。

⁽²⁰⁸⁾中島・前掲注(174)247-248 頁。

⁽²⁰⁹⁾石坂・前掲注(168)184-185 頁、中島・前掲注(174)248-249 頁。

⁽²¹⁰⁾石坂・前掲注(168)184-185 頁。

⁽²¹¹⁾中島・前掲注(174)248-249 頁。

⑦ 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、信用行為説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、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を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⁽²¹²⁾。

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、信託行為にあつては、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⁽²¹³⁾。

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⁽²¹⁴⁾。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⁽²¹⁵⁾。

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。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

⁽²¹²⁾石坂・前掲注(168)191-193 頁。

⁽²¹³⁾石坂・前掲注(168)193 頁。

⁽²¹⁴⁾中島・前掲注(174)249-253 頁。

⁽²¹⁵⁾中島・前掲注(174)254-262 頁。

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構成す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 円で購入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取のため訴外 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 餘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、「寄附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。本判決は、寄付の法的構成に解釈を加えた初めての判決であり、寄付とは何か、寄付の法的構成に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⁽²¹⁶⁾。そして、本判決は、寄付の法的構成に関し、寄付財産が寄附者から募集者に信託的に移転するとして、寄附者、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、寄付の法的構成については、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、信用行為説)を採ったものと評されている⁽²¹⁷⁾。大正 12 年判決は、中島博士の論文の公表の翌年に下された判決であり、中島博士の

⁽²¹⁶⁾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。

⁽²¹⁷⁾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(216)221 頁。その他、広島高判昭和 31

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る。当時の評釈においても、正当に公募寄付金の法的構成を捉えることができないため、公募寄付金は、信託行為説を採用すべきであり、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⁽²¹⁸⁾。

(二) 信託的譲渡説

石坂博士、中島博士の信託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前述のように加藤博士が寄付について詳細に論じている。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の法的構成を信託的譲渡であると説明し、今日において信託的譲渡説が通説となっている。例えば、来栖三郎博士は、「贈与が社会公共のためになされるとき」が「寄付」であるとし、寄付は、二つに分かれるとする⁽²¹⁹⁾。すなわち、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と、募集者が多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)であるという。そして、前者の場合は、民法上の贈与と異ならず、後者の場合は、寄付は募集者に信託的に帰属すると解されているとする⁽²²⁰⁾。

以下では、信託的譲渡説の内容を把握するために、加藤永一博士の論文を始め、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、本稿の対象とする三者間での寄付の考察の前に、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、

年 2 月 18 日高等裁判所刑事裁判特報 3 卷 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費消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。

⁽²¹⁸⁾平野・前掲注(217)180 頁。その他、内田貴教授は、判例の理解を前提に、例えば、贈与における受贈者が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まっ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・前掲注(135)170 頁)。

⁽²¹⁹⁾来栖・前掲注(5)224 頁。鈴木禄弥博士も同様に説明している(鈴木・前掲注(122)323-324 頁)。

⁽²²⁰⁾その他、末弘厳太郎博士は、直接信託法の適用を受ける信託以外にも信託的な関係は実際上数多く存在しているとして、公募寄付金の法律的性格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する。そして、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(末弘・前掲注(2)(「信託法外の信託」)176 頁、182 頁)。

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⁽²²¹⁾。加藤博士は、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⁽²²²⁾。

このように述べた上で、加藤博士は、本稿の対象と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が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⁽²²³⁾。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⁽²²⁴⁾。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⁽²²⁵⁾。すなわち、受益者は、寄付者から募集者に対す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⁽²²⁶⁾。したがって、この点からいえば、三者間の寄付の場合も、負担付贈

⁽²²¹⁾加藤・前掲注(21)6-7 頁。

⁽²²²⁾加藤・前掲注(21)7 頁。

⁽²²³⁾加藤・前掲注(21)8 頁。

⁽²²⁴⁾加藤・前掲注(21)8 頁。

⁽²²⁵⁾加藤・前掲注(21)8 頁。

⁽²²⁶⁾加藤・前掲注(21)8 頁。

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⁽²²⁷⁾。

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を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⁽²²⁸⁾。

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る⁽²²⁹⁾。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譲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譲渡説を支持し、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当であるとする⁽²³⁰⁾。なお、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⁽²³¹⁾。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⁽²³²⁾。

⁽²²⁷⁾加藤・前掲注(21)8-9 頁。

⁽²²⁸⁾加藤・前掲注(21)9 頁。なお、加藤博士は、三者間での寄付について、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(21)10 頁)。

⁽²²⁹⁾我妻・前掲注(17)237-238 頁。

⁽²³⁰⁾我妻・前掲注(17)237-238 頁。

⁽²³¹⁾永田・前掲注(122)106 頁。

⁽²³²⁾永田・前掲注(122)106 頁。

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⁽²³³⁾。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(旧信託法 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(旧信託法 24 条 1 項)となると解すべきであるとする⁽²³⁴⁾。

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⁽²³⁵⁾。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 年判決を引用している⁽²³⁶⁾。

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⁽²³⁷⁾。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⁽²³⁸⁾。

なお、星野博士は、特定の者に寄付することの予めは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⁽²³⁹⁾。

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

⁽²³³⁾ 三宅・前掲注(125)3 頁。

⁽²³⁴⁾ 三宅・前掲注(125)4 頁。

⁽²³⁵⁾ 三宅・前掲注(125)4-5 頁。

⁽²³⁶⁾ 三宅・前掲注(125)5 頁。

⁽²³⁷⁾ 星野・前掲注(128)109 頁。

⁽²³⁸⁾ 星野・前掲注(128)109 頁。

⁽²³⁹⁾ 星野・前掲注(128)109 頁。

とが多く、それらは負担付贈与となることが多いという⁽²⁴⁰⁾。

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⁽²⁴¹⁾。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⁽²⁴²⁾。

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⁽²⁴³⁾。

三 近時の学説

寄付の法的構成に関しては、これまでみてきたように信託的譲渡と理解している⁽²⁴⁴⁾。近年では、この信託的譲渡説を支持しつつ、明示的に信託法の適用を認める学説がいくつかみられ、その他、寄付の法的構成を委任による規律を試みる学説も存在する。以下では、近時の学説をみていくこととしたい。

(一) 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

⁽²⁴⁰⁾石田・前掲注(127)119頁。

⁽²⁴¹⁾石田・前掲注(127)119頁。

⁽²⁴²⁾石田・前掲注(127)119頁。

⁽²⁴³⁾石田・前掲注(127)119頁。

⁽²⁴⁴⁾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るれば、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)。

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⁽²⁴⁵⁾。

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⁽²⁴⁶⁾。

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⁽²⁴⁷⁾。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るべきであるとする⁽²⁴⁸⁾。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⁽²⁴⁹⁾。

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び出される場合(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⁽²⁵⁰⁾。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⁽²⁵¹⁾。

(二) 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

⁽²⁴⁵⁾ 四宮和夫『信託法(新版)』(有斐閣、1989)21 頁、24・25 頁。

⁽²⁴⁶⁾ 四宮・前掲注(245)25 頁。

⁽²⁴⁷⁾ 四宮・前掲注(245)25 頁。

⁽²⁴⁸⁾ 四宮・前掲注(245)25 頁。

⁽²⁴⁹⁾ 四宮・前掲注(245)25 頁。

⁽²⁵⁰⁾ 四宮・前掲注(245)25 頁。

⁽²⁵¹⁾ 四宮・前掲注(245)25・26 頁。

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⁽²⁵²⁾。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⁽²⁵³⁾。

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、贈与の類型によっては、「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ることを目的に、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⁽²⁵⁴⁾。

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⁽²⁵⁵⁾。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、信託的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⁽²⁵⁶⁾。

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⁽²⁵⁷⁾。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

⁽²⁵²⁾小賀野・前掲注(27)85-86 頁。

⁽²⁵³⁾小賀野・前掲注(27)82-86 頁。

⁽²⁵⁴⁾小賀野・前掲注(27)86 頁。

⁽²⁵⁵⁾小賀野・前掲注(27)83 頁。

⁽²⁵⁶⁾小賀野・前掲注(27)83 頁。

⁽²⁵⁷⁾小賀野・前掲注(27)83 頁。

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⁽²⁵⁸⁾。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、そこで所有権移転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⁽²⁵⁹⁾。

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⁽²⁶⁰⁾。

まず、小賀野教授は、一定の要件が必要であるとする⁽²⁶¹⁾。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(旧信託法 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⁽²⁶²⁾。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た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旧信託法 1 条(さらに旧信託法 2 条)の要件が充足されなければならない、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⁽²⁶³⁾。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⁽²⁶⁴⁾。これについては、贈与には単純

⁽²⁵⁸⁾小賀野・前掲注(27)83 頁。

⁽²⁵⁹⁾小賀野・前掲注(27)84 頁。

⁽²⁶⁰⁾小賀野・前掲注(27)86-89 頁。

⁽²⁶¹⁾小賀野・前掲注(27)86-87 頁。

⁽²⁶²⁾小賀野・前掲注(27)87 頁。

⁽²⁶³⁾小賀野・前掲注(27)87 頁。

⁽²⁶⁴⁾小賀野・前掲注(27)87 頁。

は、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⁽²⁶⁵⁾。さらに、ここでいう公益とは、公益信託における公益(旧信託法 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⁽²⁶⁶⁾。

履行については、負担付贈与の場合、A 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 2 項)。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 には、信託法の分別管理義務(旧信託法 28 条)、受託者の相続財産からの独立性(旧信託法 15 条)、信託財産に対する執行等の禁止(旧信託法 16 条)等の規定の類推適用が考えられるとする。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(旧信託法 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(旧信託法 27 条)や、解除による目的物の取戻し(旧信託法 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⁽²⁶⁷⁾。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ない、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⁽²⁶⁸⁾。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

⁽²⁶⁵⁾小賀野・前掲注(27)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。

⁽²⁶⁶⁾小賀野・前掲注(27)88-89 頁。

⁽²⁶⁷⁾小賀野・前掲注(27)88 頁。

⁽²⁶⁸⁾小賀野・前掲注(27)89 頁。

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。

(三) 大村敦志教授の見解

まず、大村教授は、寄付の法的構成の検討に入る前に、法的構成の検討の必要性について次のように述べている⁽²⁶⁹⁾。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⁽²⁷⁰⁾。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、それはつまり、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進、助長につながるのであるとする⁽²⁷¹⁾。

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⁽²⁷²⁾。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⁽²⁷³⁾。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⁽²⁷⁴⁾。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

⁽²⁶⁹⁾大村・前掲注(29)111-113 頁。

⁽²⁷⁰⁾大村・前掲注(29)113 頁。

⁽²⁷¹⁾大村・前掲注(29)113 頁。

⁽²⁷²⁾大村・前掲注(29)113-114 頁。

⁽²⁷³⁾大村・前掲注(29)114 頁。

⁽²⁷⁴⁾大村・前掲注(29)114 頁。

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、使途に関しては、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⁽²⁷⁵⁾。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、内容には差があるのであるという。

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⁽²⁷⁶⁾。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、そ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、そ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⁽²⁷⁷⁾。

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り規律が適切であるとする⁽²⁷⁸⁾。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⁽²⁷⁹⁾。

最後に、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。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⁽²⁸⁰⁾。組合との区別に関

⁽²⁷⁵⁾大村・前掲注(29)115 頁。

⁽²⁷⁶⁾大村・前掲注(29)115 頁。

⁽²⁷⁷⁾大村・前掲注(29)116 頁。

⁽²⁷⁸⁾大村・前掲注(29)116 頁。

⁽²⁷⁹⁾大村・前掲注(29)116 頁。

⁽²⁸⁰⁾大村・前掲注(29)116-117 頁。

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る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いう。

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は追わないが、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⁽²⁸¹⁾。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⁽²⁸²⁾。しかし、大村教授は、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述べている⁽²⁸³⁾。

(四) 森泉章博士の見解

まず、森泉博士は、寄付の法的構成を検討するにあたり、以下の事例を設定している⁽²⁸⁴⁾。

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。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

⁽²⁸¹⁾大村・前掲注(29)118 頁。

⁽²⁸²⁾大村・前掲注(29)118-119 頁。

⁽²⁸³⁾大村・前掲注(29)119 頁。

⁽²⁸⁴⁾森泉章『新・法人法入門』(有斐閣、2004)260 頁。

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る、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⁽²⁸⁵⁾。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。

そして、森泉博士は、上記の事例において信託概念の活用による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⁽²⁸⁶⁾。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⁽²⁸⁷⁾。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

⁽²⁸⁵⁾ 森泉・前掲注(284)261 頁。

⁽²⁸⁶⁾ 森泉・前掲注(284)262 頁。

⁽²⁸⁷⁾ 森泉・前掲注(284)261-262 頁。

泉博士は、信託的行為においては、旧信託法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⁽²⁸⁸⁾。

IV 小括

ここまで、旧民法典、現行民法典立法過程から贈与を検討し、寄付の法的構成に関する学説の分析を加えてきたが、これによって明らかとなった現行民法典における贈与、負担付贈与の特質、寄付の法的構成に関する学説の到達点を示すこととする。

一 旧民法典、現行民法典立法過程における贈与、負担付贈与の特質

(一) 旧民法典

旧民法典の立法過程において、贈与は、「旧民法草案」において提案されており、そこでは、1156条が、「生存者間ノ贈与トハ贈与カ無償ニテ即對価ヲ受スシテ受諾スル受贈者ニ物權若ハ人權ヲ付與スルノ合意ヲ云フ…」と、1157条では、「贈与ハ單純ナルコト、有期ナルコト又ハ未必條件ニ係ルコトアルヘシ然レモ未必條件ハ停止ナルト解除ナルトヲ問ハス贈与者ノ純然タル任意ノモノタル可カラス但此規則ニ背クトキハ其贈与ハ無効トス…」と規定していた。1156条は、贈与は、無償で対価をなくして贈与者が受贈者に付与するものであり、受贈者の受諾、すなわち、両当事者の合意を要求した条文案となっている。また、この時点で、負担付贈与の規定は見られないものの、1157条において、贈与が何かしらの条件ないし期限を設けて行われることについて規定しており、この点、贈与が、単純に行われるだけでなく、贈与者の意図により贈与に条件等をつけて行うことが当時から想定されていたことがうかがわれる。その後制定された、旧民法典においては、贈与は、349条で「贈与トハ当事者ノ一方カ無償ニテ他ノ一方ニ自己ノ財産ヲ移轉スル要式ノ合意ヲ謂フ」と規定され、贈与の方法については、350条は、「贈与ハ單純、有期又ハ條件付ナルコト有リ。贈与ハ法律ノ認メタル原因アルニ非サレハ之ヲ廢罷スルコトヲ得ス」と規定している。また、負担付贈与は、363条において「贈与ハ合意ヲ無効ト爲ス普通ノ原因ノ外尚ホ贈与者ノ要約シタル條件ノ不履行ノ爲メ之ヲ廢罷スルコトヲ得」規定されていた。

旧民法典の贈与、負担付贈与について、旧民法典直後の注釈書の解説では、いずれも、贈与は、当事者双方の意思の合致が必要であり、この合意は、無償でなければならない、無償とは、贈与者は出捐をなすことによって利益を受けることなく、その出捐によって受贈者が利益を受

⁽²⁸⁸⁾ 森泉・前掲注(284)262頁。

けることであると理解されていた。負担付贈与は、受贈者がその贈与中に包含したる負担を履行しない場合に、解除することができると解説されており、贈与の負担の内容については、受贈者が贈与を得るために贈与者または第三者に対して義務を負う場合があるとし、受贈者の負担は、受贈者の取得する利益と負担する義務との軽重を比較して、その利益が負担を超えるものであれば、贈与となるとされていた。このように受贈者の負担については、一定の基準を設けるものの、贈与者以外にも、第三者のために何らかの負担を負うことが認められており、その内容設定についてはある程度柔軟に設定できると思われる。なお、期限や条件等を付して贈与を行うことも可能であると認められていた。

（二） 現行民法典立法過程

現行民法典立法過程において、主に贈与、負担付贈与が審議されたのは法典調査会であった。法典調査会において贈与の起草担当者は、穂積陳重博士であり、いつから贈与の効力が生ずるかが重要であるとして、贈与を受諾のときに効力を生ずると提案しており、贈与の契約性を認めていた。そして、穂積博士は、無償行為ないし贈与が様々なところで行われ、特に、贈与の範囲が不明確であると指摘しており、これについては、贈与を自己の財産により相手方に利益を与える契約であると説明していた。さらに、穂積博士は、贈与を財産権の移転より広い外延をもつものと理解しており、贈与を所有権の移転に限るのは狭すぎるが、無償行為一般を指すのは広すぎるとしていた。その上で、贈与を自己の財産により相手に利益を与える契約と捉え、そこでは相手方に利益を与えること他、自己の財産を用いることが、贈与の本質と理解していた。

負担付贈与については、負担の内容について主に審議が進められていた。穂積博士は、双務契約の規定を準用することを前提に、負担付贈与を第三者の利益のために設定することを認め、それに際して第三者のためにする契約を援用することも認めている。そして、負担の内容に関しては、贈与者、第三者以外にも公益のために設定することがあるとし、負担には様々な形があると指摘していた。また、委員による質疑でも、負担付贈与における負担とは何かという質疑があり、これに対して、穂積博士は、受贈者は、利益があると思って負担付贈与を承諾すれば負担付贈与となると回答していた。このように、法典調査会においては、受贈者が負うあらゆる負担を負担付贈与の負担と理解する立場を採るように思われ、贈与者の出捐と受贈者の負担との間の対価のバランスが取れていない場合、受贈者に利益がある場合を広く負担付贈与と解するように思われる。

現行民法典制定直後の注釈書、基本書等では、主に贈与は、贈与者が自己の財産を無償にて受贈者に与えることであり、受贈者がそれにより財産が増加することであるとされ、贈与者と受贈者の合意によって成立すると説明されていた。負担付贈与は、負担は対価ではなく、有償

契約ではないが、双務契約の規定を準用すると説明されていた。そして、贈与者の出捐と受贈者の利益については、贈与により受ける利益は、負担に比べて、大きくなることを要するとされ、贈与の利益より負担が大きくなると贈与ではないと理解されている。また、負担の内容については、贈与者、第三者、公益等のために設定できると説明されていた。そんな中、中村博士は、負担付贈与と財産の指定供与の場合、共に出捐と義務負担とを要件としているので、類似すると指摘しており、その区別は難しいものの、当事者の意思が受贈者の財産増加であれば負担付贈与、負わせた義務を履行させる手段として財産を供与する場合は、負担付贈与ではないとし、当事者の意思表示によって区別していた。

（三） 現行民法典施行後

現代において、贈与は、贈与者が自己の財産を無償にて受贈者に与えることを内容とするような、無償の財産的出捐を目的とする契約であり、片務、諾成、無償契約と一般的に理解されている。贈与は、贈与者の財産の実体を減少させることによって受贈者に財産的利益を与える行為であり、財産出捐が無償でなされることであり、贈与者と受贈者間の契約によって成立するとされる。

負担付贈与については、負担の付加により受贈者は一定の給付義務を負担するに至るが、それは贈与に伴う債務に対して対価的意味を有するものではないとされていた。また、負担付贈与を片務かつ無償の契約として把握するとし、その限りにおいて通常の贈与としての性格を失わないとするのであれば、負担の価格よりも贈与の目的物の価格が上回らなければならないことが要求されるとも説明されていた。それは、負担の価格が贈与の価格と同等またはそれ以上であれば、贈与の本来の性質を失い、受贈者に財産的利益がないからであると一般的に説明されている。すなわち、相互の出捐が対価的関係にない場合でなければ負担付贈与とはならず、贈与によって受贈者が受ける利益と、受贈者が負う負担の価額との間に、対価的均衡が欠けていることが前提となっている。負担の内容については、贈与者、第三者、公益等のために設定できることが認められている。なお、近時の債権法改正の議論の中では、民法(債権法)改正検討委員会は、負担が贈与者の債務と対価関係ないことを表す意味で、受贈者の債務を「負担」と表現することとし、負担の内容を広く解することを前提として、負担の内容については定義規定を設けることはなされず、負担の内容については一定程度の柔軟性を持たせた解釈が可能となっている。

二 寄付の法的構成に関する学説の展開

まず、寄付の法的構成に関する学説の検討の前に、寄付の概念について検討がなされていた。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、募集者がつばら、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。そして、寄付の法的構成については、後者の場合について対象を絞り検討がなされていた。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、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。その後、大正 12 年判決がこれを踏襲して、寄付の場合、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して位置付けられることとなった。例えば、内田貴教授は、「寄付」は贈与である場合が多く、宗教団体への寄付は宗教団体が受贈者となる贈与契約であるとするが、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、赤い羽根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いう。そして、それらの主体は、寄付者の目的にかなった形で、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説明している⁽²⁸⁹⁾。

そして、近年では、さらに進んで、信託法の適用を認める見解がいくつかあり、委任による規律も試みられていた。特に、信託法の適用を認める見解⁽²⁹⁰⁾では、信託法による規律のメリットとして、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、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、信託財産の独立性の保持義務等が生じ、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も被災者(受益者)保護のために役立つとされていた。これに対して、最近では、中田裕康教授は、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⁽²⁹¹⁾。しかしながら、中田裕康教授は、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する⁽²⁹²⁾。

その他、委任による規律を試みる見解も、贈与の場合、受贈者は贈与者に対して直接的な義務は追わないが、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

⁽²⁸⁹⁾内田・前掲注(135)170 頁。

⁽²⁹⁰⁾その他、加藤・前掲注(22)172 頁、潮見・前掲注(5)39 頁、山本・前掲注(10)331 頁。

⁽²⁹¹⁾中田・前掲注(1)264 頁。

⁽²⁹²⁾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(1)264 頁)。

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しており、寄付者の権利、募集者の義務の強化を図るものであった。

第二章 ドイツ法

I はじめに

本章は、ドイツ民法典(以下では、「BGB」と称す)立法過程から、贈与、負担付贈与の特質を明らかにすること、寄付の法的構成に関する学説を分析・検討することにより、ドイツ法における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。

まず、IIにおいて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。BGBでは、贈与について規定する条文の中には、寄付について言及する条文は見当たらない。しかし、寄付において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る。さらに、寄付を、寄付者が出捐をする際、募集者に負担(寄付目的のための使用)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、贈与をめぐる議論の中で寄付の法的構成について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について明らかにする。また、BGB施行後の現在において、贈与、負担付贈与がどのように定義され、いかなる内容を有するのかについても明らかにしたい。分析の手法としては、BGB債務法編の起草のための基礎として大きな役割を果たしたドレスデン草案、第一草案の基礎となった部分草案を整理する。その後、第一員会における第一草案および第一草案に関する理由書、帝国司法省準備委員会における議論、第二委員会における第二草案および第二委員会における議事録の議論状況を整理する。最後に、現在公刊されている基本書やコンメンタール等から、BGB施行後の贈与、負担付贈与の定義、内容等について整理していきたい。

次に、IIIでは、寄付の法的構成に関する学説の展開についてみていきたい。ドイツ法においては、BGB制定前から寄付をどのような法的構成によって捉えるべきかといった問題意識の下で、いくつか学説が提唱されている。BGB立法過程においても第二委員会では、寄付の社会的重要性から、寄付をどのような法的構成によって捉えるべきかといった議論がなされていた。しかし、寄付の法的構成に関する条文の制定の試みは実らず、寄付財産の管理に関する条文として、BGB1914条が親族法編に制定された。そして、BGB1914条の制定を契機に、BGB制定直後には寄付の法的構成を検討する文献が多く公表されている。そこで、本章のIIIでは、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、ドイツ法における寄付の法的構成の学説の到達点を明らかにしたい。分析の手法としては、学説の検討に入る前に、寄付の概念をどのように解し、どのような寄付の取引形態を対象に検討を行っていたかについて確認することとする。そして、その後に各学説の内容およびそれに対する批判について整理していくこととしたい。

II BGB 立法過程からみる贈与

一 ドレスデン草案、部分草案

(一) ドレスデン草案

1866年に公表されたドレスデン草案は、BGBの立法へ向けた債務法に関する条文草案である⁽²⁹³⁾。しかし、BGBの立法作業の出発点となった立法案は、部分草案と呼ばれるものであり、債務法部分については、Kübelが起草を担当した。Kübelの部分草案は、彼の病気のため完成しておらず、未起草の部分については、ドレスデン草案と助手の作成した資料集を基に審議したといわれる⁽²⁹⁴⁾。このことから、BGB立法過程の検討するにあたっては、最初にドレスデン草案における贈与、負担付贈与の規定から概観する必要があると思われる。ドレスデン草案において贈与の定義に関わる条文は497条、負担付贈与に関する条文は512条である。各条文は以下のとおりである。

497条は「贈与は、ある者が、合意をもって、又は、その財産を増加させる意図をもって、法的には義務を負わずに、その財産の減少によって他人に財産的利益を無償で出捐する場合、この出捐は贈与であり、これが、給付約束によるか他の法律行為によるか、特に、物の所有権の移転によるか、又は、他の財産権の引渡や放棄によって、それがなされるかは問わない。」と規定する⁽²⁹⁵⁾。497条は、両当事者の合意、または相手方を利得させる意図を持って贈与がなされることを要求し、さらに出捐者の財産減少によって他人に財産的利益を無償で出捐することが贈与であるとする。ドレスデン草案における贈与については、贈与は単に出捐の目的について規定するものであり、贈与は当時の慣習法の見解において、合意が要求されていたといわれている⁽²⁹⁶⁾。

512条は「負担付で贈与がなされた場合、受贈者は負担の履行の前に、贈与の履行を請求することができる。しかし、贈与者の利益のための他に、第三者の利益のために負担が受贈者に義務付けられる場合は、203条～205条の規定に従う(筆者注：第三者のためにする契約(BGB328

⁽²⁹³⁾Horst Heinrich Jakobs und Werner Schubert(hrsg.),Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichen Quellen Bd.2,Recht der Schuldverhältnisse,1980,S.337.鈴木禄弥訳=フランツ・ヴィーアッカー『近世私法史』(創文社、1961)567頁。

⁽²⁹⁴⁾石部雅亮「ドイツ民法典編纂史概説」同編『ドイツ民法典の編纂と法学』(九州大学出版会、1999)23-24頁。

⁽²⁹⁵⁾ドレスデン草案所収の条文案については、Bernhard Francke(hrsg.),Dresdener Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse von 1866,in:Neudrucke privatrechtlicher Kondifikationen und Entwürfe des 19.Jahrhunderts,Bd.2,1973,S.100.小島・前掲注(12)88頁参照。

⁽²⁹⁶⁾Wolfgang Pruskowski,Das Merkmal der Zuwendung im Tatbestand der Schenkung,1987,S.26f.

条以下))。受贈者が負担を履行し、その後贈与の対象物に瑕疵を生じた場合、受贈者は、給付の返還請求に関する規定に従い、負担の履行に関する費用の返還請求を行うことができる⁽²⁹⁷⁾。」と規定する。512条は、負担付贈与の内容について規定していることがわかる。すなわち、負担付で贈与がなされる場合があり、受贈者は自己に課された負担の履行によって、贈与の履行を要求することができるとし、負担の内容に関しては贈与者の利益、あるいは第三者の利益のために設定することができることを明記している。その他にも、受贈者の費用償還の請求についても認めていることがわかる。

(二) 部分草案

Kübel の起草した部分草案債務法各論においては、贈与の規定が置かれている。そこで掲げられている条文案は、ドレスデン草案の条文をそのまま受け継いだものであり、ドレスデン草案を基礎に審議が進められたとされる。部分草案においてドレスデン草案と同じく 497 条に贈与、512 条に負担付贈与の条文案を置いている⁽²⁹⁸⁾。各条文案の内容については、ドレスデン草案と同様であった。そして、Kübel は、各条文案について以下のとおりに解説している。

まず、Kübel は、497 条は、贈与の一般的な性質を表すものとして用いられるべきであるとする⁽²⁹⁹⁾。そして、条文案については、従来から贈与の成立に関して議論されていると指摘し、贈与は、合意に基づき財産出捐によって成立するとして、一般的な契約原則に基づき、相手方の受諾が必要であるという⁽³⁰⁰⁾。Kübel は、部分草案における条文案の基礎となったドレスデン草案については、贈与は、贈与者と受贈者の間の合意に本質があることを指摘し、意思の合致が必要であり、贈与が契約的な性質を有すると理解している⁽³⁰¹⁾。また、Kübel は、学説では、少なくとも贈与が契約に基づいたものではないという見解が主張されていたことにも注目している。すなわち、贈与は契約に基づいておらず、受贈者の承諾、同意も贈与の成立に対して必要ないということが学説において主張されていたとする。そこでの見解は、贈与が、贈与者の一方的な意思表示により相手方に出捐する場合等があるとして、契約によらない贈与も含まれるとするものであったという⁽³⁰²⁾。しかし、Kübel の部分草案においては、贈与のメルクマールと

⁽²⁹⁷⁾Francke(hrsg.),a.a.O.(Fn.295),S.102.

⁽²⁹⁸⁾Vgl.Werner Schubert(hrsg.),Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches,Recht der Schuldverhältnisse,T.2,BT.1980,S.135,137.

⁽²⁹⁹⁾Schubert(hrsg.),a.a.O.(Fn.298),S.139.

⁽³⁰⁰⁾Schubert(hrsg.),a.a.O.(Fn.298),S.139.

⁽³⁰¹⁾Schubert(hrsg.),a.a.O.(Fn.298),S.140.

⁽³⁰²⁾Schubert(hrsg.),a.a.O.(Fn.298),S.140.例えば、Savigny は、次のように述べる。所有権譲渡による贈与が一般的であるが、これに対して他人の債務の弁済のような場合では、承諾は必要ないことになり、贈与が契約ではなく、受領者の同意が必ずしも必要ではない場合が存在するのであるから、贈与が契約として現れる場合においても、それは贈与の本質から来ているので

して、相手方の受諾、合意を必要としており、このような規定を置くことにより、贈与の概念規定の作成を試みようとしている。

次に、Kübel は、贈与者の財産の減少や、受贈者の財産の利得に関しても言及しており、贈与は、贈与者が利得を受けるのではなく、贈与者の財産が減少し、相手方が利得を得ることであると説明している⁽³⁰³⁾。これは、贈与における抽出可能な概念を、明確に述べる必要があるということから説明されるものである。

最後に、Kübel は、512 条の負担付贈与に関しては、負担付贈与は、贈与者と受贈者との間で成立することによって、贈与者は給付を行うが、受贈者もその贈与によって負担を引き受けることを想定するものであるとする⁽³⁰⁴⁾。また、負担付贈与によって受贈者の負担が生じ、贈与の履行により、受贈者に負担の履行を認めるものであると説明している⁽³⁰⁵⁾。そして、Kübel は、512 条の規定は第三者のためにする契約を含んでいるとしており、負担付贈与に第三者のためにする契約を援用し、受益者が受益の意思表示を受贈者に行うことについては、学説において反対意見はないと述べている⁽³⁰⁶⁾。その他、負担の履行に関して、受贈者に費用弁済の請求権を認めるものであるとしている。

二 第一委員会、第一草案

立法委員会の起草担当者である Kübel によって作成された部分草案に基づき、1881 年に第一委員会が、BGB 第一草案の作成を目指して審議している。以下では、贈与、負担付贈与について、どのような審議を経て第一草案が作成されたのか整理する。

(一) 第一委員会における審議

1 贈与

第一委員会における贈与の審議は、ドレスデン草案 497 条、部分草案 497 条を基礎に審議されている。以下では、第一委員会における贈与の審議についてみていきたい。

まず、審議においては、ドレスデン草案、部分草案における用語、贈与の位置について議論

はない。受贈者が承諾しているか否かは、贈与にとって法的には全く偶然的で、どうでもいいことであって、受贈者の同意は、この法律行為の有効性に何ら寄与せず、ひそかな善行は、ここでは取り決められた善行と完全に同じく有効であるとする。

(Schubert(hrsg.),a.a.O.(Fn.298),S.146-148.サヴィニー著・小橋一郎訳『サヴィニー現代ローマ法体系第四巻』(成分堂、2001)136-138 頁、小島・前掲注(12)92 頁参照)。

⁽³⁰³⁾Schubert(hrsg.),a.a.O.(Fn.298),S.142.

⁽³⁰⁴⁾Schubert(hrsg.),a.a.O.(Fn.298),S.65f.

⁽³⁰⁵⁾Schubert(hrsg.),a.a.O.(Fn.298),S.65f. Kübel は、受贈者の負担が履行されない場合、贈与者は受贈者に返還請求も認めるべきであるという(Schubert(hrsg.),a.a.O.(Fn.298),S.201f.)。

⁽³⁰⁶⁾Schubert(hrsg.),a.a.O.(Fn.298),S.202.

されていたが、贈与をする者を贈与者、贈与を受ける者を受贈者とすることについて異議は唱えられておらず、贈与がドレスデン草案、部分草案にならい債務法の各論に置くことについても異議はなかった⁽³⁰⁷⁾。

次に、ドレスデン草案と部分草案において挙げられていた条文案については、Windscheid、Plank、Schmitt から条文の形式を改める提案がなされている⁽³⁰⁸⁾。Windscheid による提案は、「他人を利得させる意図で、ある者がその財産の減少によりその他人に利益を出捐し、その他人が自己に出捐されたものを贈与と承認する場合」を贈与とし、贈与を契約としながら、他人を利得させる意図も要求した提案となっている。Plank による提案は、「受贈者が出捐されたものを受け取る意思があり、贈与者の財産が減少し、出捐された財産により受贈者が利得すること」が贈与であるとし、受贈者の受諾の意思、贈与者の財産減少、受贈者の利得を要求した提案となっている。Schmitt による提案は、「贈与による出捐の利益は、贈与者の財産が減少することで、受贈者の財産が増加することであり、契約によって有効に生じる」とし、贈与における契約性、贈与者の財産減少、受贈者の利得を要求した提案である。これらの提案は、受贈者に受諾を要求することから、贈与の契約性を前提にして、「他人を利得させる意図」で「贈与者の出捐により財産が減少し、相手方が利得を受ける」という内容であるといえる。

その後、さらに贈与が契約であるか、どのように贈与が成立するか、について審議が行われた。ここでは、贈与が常に契約であることが決定され、贈与者と受贈者の合意が必要であるとされている。理由としては、「誰もその意思に反して贈り物をされてはならない」ので、受贈者の承諾が必要とされるとしており、たいていの贈与は、契約に基づくものであり、契約の一般的な規定を適用できるというものであった⁽³⁰⁹⁾。このような決議に基づき、契約の一般原則を前提に、贈与は、受贈者が贈与として出捐されたものを受け取ることであり、どの贈与においても、明確な表現として受諾(合意)がなされなければならないとされた⁽³¹⁰⁾。

そして、第一委員会では、多数意見として、贈与の要件を「贈与は、他人に対する出捐、つまり出捐者の財産が減少し、他人に利得させるものであり、そして、他人を利得させる意図でなされる」と決議した⁽³¹¹⁾。この要件は、草案とは本質的に差異がないものであり、当時の学説

⁽³⁰⁷⁾Jakobs/Schubert,a.a.O.(Fn.293),S.337.しかし、その際に、贈与の法典内の位置については、適切であれば他の位置に配置するという事で決議が留保された(小島・前掲注(12)135頁も参照)。

⁽³⁰⁸⁾Jakobs/Schubert,a.a.O.(Fn.293),S.338.

⁽³⁰⁹⁾Jakobs/Schubert,a.a.O.(Fn.293),S.340.

⁽³¹⁰⁾Jakobs/Schubert,a.a.O.(Fn.293),S.341.

⁽³¹¹⁾Jakobs/Schubert,a.a.O.(Fn.293),S.339.この点について、Pruskowski は、第一委員会は、贈与者の財産減少と受贈者の利得に因果関係を認めていると指摘する(Pruskowski,a.a.O.(Fn.296),S.41f.)。

が認めるところでもあったといわれ⁽³¹²⁾、贈与する意思(animus donandi)⁽³¹³⁾、贈与(出捐)の要件をできる限り明確に表現しようとしたものであると評価することができる⁽³¹⁴⁾。また、出捐が利得者(受贈者)の認識や意思なしになされる場合でも、その拒絶までは、出捐者は贈与の申込み拘束されると決議されている⁽³¹⁵⁾。このような議論を受けて、部分草案 497 条は RedVorl304 条、ZustOR305 条、KE434 条等を通じ、第一草案 437 条として形成されることとなる⁽³¹⁶⁾。

2 負担付贈与

第一委員会における負担付贈与の審議は、ドレスデン草案 512 条、部分草案 512 条を基礎に審議された。以下では、第一委員会における負担付贈与の審議をみていきたい。

まず、審議では、草案において第三者のためにする負担が義務付けられるのは、第三者のためにする契約を想定したものであるとされている。これについては、Plank は第三者のためにする負担という表現は、BGB121 条～125 条(第三者のためにする契約)の適用を見出した表現であると説明している⁽³¹⁷⁾。Windscheid も、贈与の際に、受贈者の負った負担は、同時に贈与の履行を義務付けるものであり、第三者に対して給付を生じさせる負担については、第三者のためにする契約の規定の適用を受けるとする⁽³¹⁸⁾。

次に、第三者のために負担の設定が可能であるということと関連して、負担付贈与の負担の内容についても審議されていた⁽³¹⁹⁾。そこでは、ローマ法を参照して議論されており、ローマ法においては、負担付贈与の負担は、多くの場合、当事者の意思に合致したものが設定され、贈

⁽³¹²⁾Jakobs/Schubert,a.a.O.(Fn.293),S.339.

⁽³¹³⁾贈与において、贈与する意思(animus donandi)は「明白に本質的な要件」、「特別な強調を要する要件」であるから、これを「贈与する意図」または「贈与により」とすることに懸念が示され、「他人を利得させる意図」と表現する方を選ぶべきとされた。その理由は、本質的な要件であるがゆえに争いを生じないように明確にすべきであること等が挙げられている(Jakobs/Schubert,a.a.O.(Fn.293),S.339f.小島・前掲注・(12)89 頁)。

⁽³¹⁴⁾Pruskowski,a.a.O.(Fn.296),S.39.

⁽³¹⁵⁾Jakobs/Schubert,a.a.O.(Fn.293),S.340ff.これは後に BGB516 条 2 項の条文となる(BGB516 条 2 項「相手方の意思を問わずに出捐がなされたとき、出捐者は、相当の期間を定めて承諾の意思表示をなすことを催告することができる。当該期間が経過したときは、相手方が予め拒絶をしていない限り、贈与を承諾したものとみなす。当該期間が経過したときは、相手方が予め拒絶していない限り、贈与を承諾したものとみなす。贈与が拒絶された場合、不当利得の返還についての規定により、出捐されたものの返還を請求することができる」。なお、本章における BGB の条文の訳文については、山口和人『ドイツ民法Ⅱ(債務関係法)』国立国会図書館調査及び立法考査局(2015)を参照している)。

⁽³¹⁶⁾第一草案 437 条「他人の利得を意図してなされ、その他人が出捐を贈与として承諾する限りで、出捐者の財産を減少させ、その他人に利得を得させるようになされた出捐は贈与とする」と規定された。RedVorl304 条、ZustOR305 条、KE434 条も同様の条文である。

(Jakobs/Schubert,a.a.O.(Fn.293),S.344f.)。

⁽³¹⁷⁾Jakobs/Schubert,a.a.O.(Fn.293),S.390.

⁽³¹⁸⁾Jakobs/Schubert,a.a.O.(Fn.293),S.390.

⁽³¹⁹⁾Jakobs/Schubert,a.a.O.(Fn.293),S.391.

与者からの贈与により受贈者が利得した場合に負担が発生するとされていたという。しかし、どのようなものが負担であると判断されるかは、具体的な事情によって見分けていたと指摘されている。このことから、より詳細な負担の内容を条文に規定することは審議されていなかった。

その他、草案において、負担付で贈与がなされた場合、受贈者は負担の履行の前に、贈与の履行を請求することができるとあるが、審議においては、贈与者の贈与の履行後に受贈者に負担の履行を請求できると決議されている。このような議論を受けて、部分草案 512 条は、RedVorl313 条、ZustOR313 条、KE445 条を通じて第一草案 448 条として形成されることとなる⁽³²⁰⁾。

なお、負担付贈与の撤回については、ドレスデン草案 513 条⁽³²¹⁾、部分草案 513 条⁽³²²⁾を基礎に審議されており、Windscheid は、受贈者の責に帰すべき事由により負担が履行されないままの場合、贈与者は損害賠償の請求、または、贈与の撤回を選択することができるという⁽³²³⁾。Plank も負担を付されてなされた贈与の履行が全部または一部不能の場合、贈与者に、贈与の撤回権を与え、この撤回は受贈者に対して表示されなければならないとする⁽³²⁴⁾。しかし、負担が第三者のために設定されており、第三者が 121～123 条に基づき、負担の履行を請求する権利を有するときは適用されないとされた⁽³²⁵⁾。このような議論を受けて、部分草案 513 条については、「贈与に付された負担が、全部または一部不能となった場合、贈与者は 267 条から 269 条の規定に基づき（筆者注：不当利得の返還に関する規定）、贈与物を返還請求することができる。受贈者

⁽³²⁰⁾第一草案 448 条は、「贈与が負担付きでなされた場合、贈与者は贈与の履行後、受贈者に対して負担の履行を請求することができる。負担が第三者の利益のためになす場合は 412 条から 416 条の規定を適用する。」と規定された。RedVorl313 条、ZustOR313 条、KE445 条も同様の条文である（Jakobs/Schubert,a.a.O.(Fn.293),S.394f.）。なお、部分草案二文目に規定してあった、受贈者の贈与者への費用償還の規定は、第一委員会において条文案として認められている。その後、第一草案においても 448 条の二文目に規定されていたが、第二委員会以降、独立した条文として議論されており、BGB526 条として条文化されている（BGB526 条（負担の履行の拒絶）：「贈与された物の権利の瑕疵又はその物の瑕疵の結果、出捐の価値が、負担の履行のために必要な費用の額に達しないときは、受贈者は、瑕疵により生じた欠損の回復が行われるまで、負担の履行を拒絶する権利を有する。受贈者が、瑕疵を知らずに負担を履行したときは、受贈者は、贈与者に対し、履行に生じた費用が、瑕疵の結果、出捐の価値を上回る範囲において、その賠償を請求することができる。」。）。

⁽³²¹⁾ドレスデン草案 513 条「贈与をする際に、受贈者の不履行により、贈与者あるいは第三者のためにする契約により負担が履行されなかった場合、贈与者またはその相続人は贈与を撤回することができる。また、贈与者、あるいはその相続人は不履行に基づき給付の返還請求を受贈者に請求できる」と規定する（Francke(hrsg.),a.a.O.(Fn.295),S.103.）。

⁽³²²⁾部分草案においてもドレスデン草案と同様の条文であった（Schubert(hrsg.),a.a.O.(Fn.298),S.137.）。

⁽³²³⁾Jakobs/Schubert,a.a.O.(Fn.293),S.392.

⁽³²⁴⁾Jakobs/Schubert,a.a.O.(Fn.293),S.392.

⁽³²⁵⁾Jakobs/Schubert,a.a.O.(Fn.293),S.392.

の帰責事由により負担が不能となった場合、贈与者は負担の不履行のために損害賠償を請求するか、前文に基づき、贈与物の返還請求を選択することができる」として条文案が形成され、その後、帝国司法庁準備委員会、第二員会の審議を経て BGB527 条において条文化されている⁽³²⁶⁾。

(二) 第一草案理由書

このような第一委員会の審議を経て、第一草案が作成された。第一草案には理由書があり、条文の規定趣旨等が示されている。その後、1879 年 12 月 27 日、パーペ委員長は、帝国宰相ビスマルクに本草案および理由書を提出したが、本草案の公表後には、様々な方面から意見が出され、批判を受けていたという⁽³²⁷⁾。

以下では、理由書における贈与、負担付贈与の条文趣旨等の解説についてみていきたい。

1 贈与(第一草案 437 条)

理由書では、贈与の本質および意義について以下のように解説されている。

本条文案は、贈与の意義を規定した条文であるとし⁽³²⁸⁾、贈与の要件については、一方より他方になしたる贈与により贈与者の財産が減少し、他方に利得を生ずるなければならず、贈与を相手方の利得の目的で行い、かつ贈与を贈与物として相手方が受諾しなければならないと解説されている⁽³²⁹⁾。さらに、この要件には、贈与が契約としての性質を含んでいるとする⁽³³⁰⁾。

そして、贈与の契約性については、まず、普通法学説では、贈与は契約たる外観を有するも、契約としての性質を有しないもの、受贈者の受諾を最低限必要とするもの、意思の一致を必要とするもの等、各見解が述べられていたとする⁽³³¹⁾。その上で、本条文案の見解によれば、贈与

⁽³²⁶⁾513 条に関しては、第一草案では条文化されず、その後の帝国司法庁準備委員会、第二員会において提案され、条文化された。帝国司法庁準備委員会では「贈与者の過失により負担の履行が不能となった場合、履行請求権が第三者によるものではない限り、贈与物は 742 から 745 条の規定に従い返還請求することができる。」として 448 条 a 案が提案されており、第二委員会においては 448 条 b 案として提案されたが、帝国司法庁準備委員会と同様の条文内容である。その後、審議を経て、BGB においては 527 条 1 項、2 項において規定されるに至った(BGB527 条(負担の不履行)1 項:「負担が履行されないときは、贈与者は、双務契約の解除についての要件のもと、不当利得の返還に関する規定に従い、負担の履行に対して贈与として予定されていた出捐の限度において、贈与目的物の返還を請求することができる。」。同条 2 項「前項の請求権は、第三者が負担を請求する権利を有するときは排除される。」)。

⁽³²⁷⁾詳しくは石部・前掲注(294)33 頁以下参照。

⁽³²⁸⁾Benno Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für Deutsch Reich, Bd. 2, Recht der Schuldverhältnisse, 1979, S. 158f. 澤井要一『獨逸民法草案理由書第 2 編上巻(復刻版)』(信山社、1999)513-515 頁参照。

⁽³²⁹⁾Mugdan, a.a.O. (Fn. 328), S. 159. 澤井・前掲注(328)513 頁参照。

⁽³³⁰⁾Mugdan, a.a.O. (Fn. 328), S. 159. 澤井・前掲注(328)513 頁参照。

⁽³³¹⁾Mugdan, a.a.O. (Fn. 328), S. 159. 澤井・前掲注(328)515-516 頁参照。

は、契約を包含するものであり、契約に起因するものであるとする。したがって、贈与は、贈与者の申し込み、受贈者の受諾によって成立するのであり、贈与者による出捐を贈与として受諾するまでは、贈与は成立するものではないとされ、これが本条文案の趣旨であるという⁽³³²⁾。

2 負担付贈与(第一草案 448 条)

理由書では、負担付贈与について以下のように解説されている。

まず、負担付贈与の負担の内容について解説がなされている。負担付贈与において負担の内容とならない場合については、その負担が、法令や、善良な風俗、公序良俗に反する場合、無効となるとする⁽³³³⁾。そして、負担の内容については、本条文案は、負担を贈与者、第三者のための利益のため、または、受贈者の利益のために定めることができるとしている⁽³³⁴⁾。しかしながら、負担付贈与における負担の内容の判断、すなわち、負担をどのように判断すべきかは、実際の状況に従い、これを判断するとする⁽³³⁵⁾。加えて、贈与者と受贈者との間の負担付贈与は、贈与物の価額が負担の価額を超過する限度においてのみ、負担付贈与の規定が適用されるとされている⁽³³⁶⁾。

次に、負担の実行に関する贈与者の履行請求および第三者のための負担について解説されている。贈与者の負担の実行に関する履行請求については、本条文案において、贈与者の負担の実行の履行請求は、贈与者が贈与を行った後に、受贈者に負担の実行を求めることができる旨の原則を明言するものであると解説されている⁽³³⁷⁾。負担付贈与における第三者のための負担については、本条文案は、贈与者と受贈者との間の第三者のためにする契約により、第三者のための負担を定めた場合は、その第三者は贈与に付した負担により履行請求権を行使できる旨を定めたものであると解説されている⁽³³⁸⁾。

三 帝国司法庁準備委員会、第二委員会、第二草案

第一委員会の審議を経て、理由書とともに公表された第一草案は、様々な批判にさらされた。そして、その後、審議が継続され、帝国司法庁準備委員会による第一草案の審議、第二委員会による同草案の審議を経て、BGB が成立する。以下では、帝国司法庁準備委員会による審議、第二委員会による審議をみていくこととしたい。

⁽³³²⁾Mugdan,a.a.O.(Fn.328),S.159.澤井・前掲注(328)516-517 頁参照。

⁽³³³⁾Mugdan,a.a.O.(Fn.328),S.166.澤井・前掲注(328)536-537 頁参照。

⁽³³⁴⁾Mugdan,a.a.O.(Fn.328),S.167.澤井・前掲注(328)539-541 頁参照。

⁽³³⁵⁾Mugdan,a.a.O.(Fn.328),S.167.澤井・前掲注(328)539-541 頁参照。

⁽³³⁶⁾Mugdan,a.a.O.(Fn.328),S.166.澤井・前掲注(328)537 頁参照。

⁽³³⁷⁾Mugdan,a.a.O.(Fn.328),S.166.澤井・前掲注(328)537-538 頁参照。

⁽³³⁸⁾Mugdan,a.a.O.(Fn.328),S.167.澤井・前掲注(328)538-539 頁参照。

(一) 帝国司法庁準備委員会における審議

1 贈与

第一草案 443 条に関しては、審議において、Struckmann、Plank、Jacubezky から修正案が提出された。各提案は以下のとおりであった。

Struckmann は、贈与は、無償で贈与者から相手方へなされる出捐による契約であるとする。そして、ここでいう出捐の定義は、他人の財産を増加させることであると提案している⁽³³⁹⁾。Plank は、贈与は、受贈者を利得させる目的でなされ、受贈者が贈与者の財産の出捐により利得を受ける場合、贈与とみなされると提案している⁽³⁴⁰⁾。Jacubezky は、贈与には、契約が必要であり、そこでは、財産が贈与者から相手方へ出捐がなされ、それにより利得を受けるという合意があると提案している⁽³⁴¹⁾。

これらの提案をもとに、第一草案 437 条の贈与の定義を維持しつつ、文言を変更する旨を決議し、準備委員会決議草案 437 条は「贈与には、ある者がその負担で他人の財産を増加させ、両当事者がその増加が無償でなされる点で合意することが必要である」とした⁽³⁴²⁾。贈与は、ここでは、贈与は贈与者が無償で財産を出捐することによって相手方が利得をするという無償の出捐契約であり、「利得させる意図」の文言は条文から消えている⁽³⁴³⁾。

2 負担付贈与

第一草案 448 条に関しては、審議において、主に Struckmann から以下の提案がなされている。

Struckmann は、負担付贈与の場合、贈与者は贈与の履行後に、負担の請求を行うことができ、負担が第三者の利益のためになされた場合、第三者は第三者のためにする契約(412～416 条)により負担の実行を請求できると提案する⁽³⁴⁴⁾。これについては、Plank も、第三者のためにする契約の規定を適用することに賛成している⁽³⁴⁵⁾。

⁽³³⁹⁾Jakobs/Schubert,a.a.O.(Fn.293),S.345.

⁽³⁴⁰⁾Jakobs/Schubert,a.a.O.(Fn.293),S.346.

⁽³⁴¹⁾Jakobs/Schubert,a.a.O.(Fn.293),S.346.

⁽³⁴²⁾Jakobs/Schubert,a.a.O.(Fn.293),S.346.

⁽³⁴³⁾準備委員会決議草案 437 条において、「利得させる意図」が文言上から排除された理由は不明である。これについて通説では、贈与の要件は、後述するように財産権移転の無償性に関する当事者の合意という主観的要件と、財産減少と利得(出捐)という客観的要件で構成されるが、主観的要件において利得させる意図が要求されるか否かは、実際には、無償性の意思は大概利得という結果に向けられ、この結果が目的とされているのだから、利得させる意図は事実上存在するものの、それは法律上の要件、メルクマールにはならないと説明されている(Arnold Liebisch, Das Wesen der unentgeltlichen Zuwendungen unter Lebenden im bürgerlichen Recht und im Reichssteuerrecht, 1927, S.57f. 小島・前掲注(12)90-91 頁参照)。

⁽³⁴⁴⁾Jakobs/Schubert,a.a.O.(Fn.293),S.395.

⁽³⁴⁵⁾Jakobs/Schubert,a.a.O.(Fn.293),S.395.

その後、審議において、負担付贈与における「負担」が公共の利益の実現のためになされる場合についても言及されており、贈与者の死後、所轄官庁が、公共の利益のための負担の実行を請求することができると委員会から提案されている。この際、裁判管轄は、州法の規則について定めがなければ、ラント法の定めに従うとする⁽³⁴⁶⁾。

第一草案 448 条に対する Struckmann の提案については、異議を唱える者はおらず、そのまま決議され、また、委員会において審議された負担付贈与における負担が公共の利益の実現のためになされる場合についても、条文案として提出された。すなわち、負担付贈与は準備委員会決議草案 448 条において、「負担付贈与がなされた場合、贈与者は贈与の履行後に、負担の実行を請求することができる。負担が第三者の利益のためになされた場合、第三者のためにする契約による規定である 412 条～416 条の適用を受ける」とされ、「負担の実行が公益のためになされる場合、贈与者の死亡後、所轄官庁が負担の実行を請求できる。各州において規則がない場合、ラント法の規定に従う」と決議された⁽³⁴⁷⁾。

(二) 第二委員会における審議

1 贈与

第二委員会においては、準備委員会決議草案 437 条を基礎に審議が進められた。これに対して、提案を行っていたのは、Wike、Dittmar である。両提案は以下のとおりであった。

Wike は、贈与は、いずれかの者によって義務付けられることなしに、贈与者の費用で他者に対する経済的な出捐であり、その出捐が無償でなされることについて双方の当事者が合意する契約であると提案している⁽³⁴⁸⁾。Dittmar は、贈与の方法について言及しており、不動産の贈与契約については、物権譲渡契約を要し、並びに登記簿に贈与物の登記を要するとし、動産の贈与契約については、贈与物である物の現実の引渡しが必要であると述べていた⁽³⁴⁹⁾。

その後、第二委員会の審議では、本条文案により、贈与の本質や定義を、表現できるかどうかで議論されている。そこでは、贈与の契約性、いかなるものを贈与とみるか(贈与の要件)、受贈者の利得等について議論されている。

まず、贈与の契約性について、委員会の多数意見は、贈与は受贈者を利得させる無償の出捐であり、それについて双方が合意するというものであった⁽³⁵⁰⁾。これは草案の見解と共通の考えに基づくものであり、委員会においては、誰も贈与を意思に反しては行われてはならないとい

⁽³⁴⁶⁾Jakobs/Schubert,a.a.O.(Fn.293),S.396.

⁽³⁴⁷⁾Jakobs/Schubert,a.a.O.(Fn.293),S.396.

⁽³⁴⁸⁾Jakobs/Schubert,a.a.O.(Fn.293),S.347.

⁽³⁴⁹⁾Jakobs/Schubert,a.a.O.(Fn.293),S.347.

⁽³⁵⁰⁾Mugdan,a.a.O.(Fn.328),S.737.

うことを根拠に贈与の契約性を認めている⁽³⁵¹⁾。Pruskowski は、この点につき贈与において採用された概念は、特に贈与の契約性を示し、広い意味での好意(Liberalitätén)、気前の良さでは不十分であるから、実際に贈与者と受贈者との間に財産移転があることを明確にすることを意図していたと指摘している⁽³⁵²⁾。

次に、いかなるものを贈与と考えるべきか、についてであるが、これについて委員会では、生活の中では、一般に他人への好意によるあらゆる無私の行動が、贈与と評価されるであろうことから、非物質的な性質の好意(Liberalitätén)に贈与概念を拡大すべきかが論じられていた⁽³⁵³⁾。これに対して、多数意見は、そのような出捐に贈与法の特別規定を適用する必要があるか明らかではなく、特に婚姻財産法、後見法、相続法の領域に非物質的な性質の好意(Liberalitätén)による贈与概念が拡大することによって実務的な不都合が生じると指摘している⁽³⁵⁴⁾。

そして、多数意見は、法技術的意味では、実際に贈与者と受贈者との間で財産移転が行われる場合に、贈与は承認されるべきであり、贈与の本質は、客観的な物的譲渡行為(その内容は移転の対象によって決定される)と、主観的な、当事者の合意(この財産移転が無償で、利得させる目的で、従って贈与としてなされる)」という客観的なものと主観的なものの二つの構成要素が必要であるとする⁽³⁵⁵⁾。ただ、これらの客観的要素と主観的要素は時間的に一致することもあるし、ばらばらに行われることがあるという⁽³⁵⁶⁾。

最後に、受贈者の利得についても議論されている。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る。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したいわけではなく、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。

このような議論を受けて、委員会において贈与は「贈与が生じるためには、いずれの者が、自己の費用で他者の財産を増加する必要があり、両当事者がその増加について無償で行われる

⁽³⁵¹⁾Mugdan,a.a.O.(Fn.328),S.737.

⁽³⁵²⁾Pruskowski,a.a.O.(Fn.296),S.41.

⁽³⁵³⁾Mugdan,a.a.O.(Fn.328),S.735f.小島・前掲注(12)141 頁参照。

⁽³⁵⁴⁾Mugdan,a.a.O.(Fn.328),S.736f.小島・前掲注(12)141 頁参照。

⁽³⁵⁵⁾Mugdan,a.a.O.(Fn.328),S.738.小島・前掲注(12)140 頁参照。

⁽³⁵⁶⁾Mugdan,a.a.O.(Fn.328),S.738.小島・前掲注(12)140 頁参照。それゆえに、贈与には、現実贈与と贈与約束の二つの方法が存在するものと思われる。

ことに合意することである」と決議され、その後、EI-VorlZust437条、EI-ZustRedKom437条において若干の修正を受け、第二草案 463 条⁽³⁵⁷⁾として提出されたのちに BGB516 条として条文化される。

2 負担付贈与

第二委員会では、準備委員会決議草案 448 条を基礎に審議が進められた。まず、草案に対しては、Struckmann から以下の提案がなされている。

Struckmann は、負担付贈与の場合、贈与者は贈与の履行後に負担の履行を請求することができ、負担が第三者の利益のためになされた場合は、412 条～416 条の規定に従うとする。そして、負担の実行が公益のためになされる場合、贈与者の死亡後、所轄官庁が負担の実行を請求できる。各州において規則がない場合、ラント法の規定に従うと提案している⁽³⁵⁸⁾。これについては、準備委員会決議草案 448 条と同様の条文案であるが、特に異議はみられていない。

次に、委員会で中心的に議論されたのは、負担付贈与における受贈者についてである。負担付贈与において、贈与者がなした出捐の受領者が、常に受贈者としてみなされるかどうか、贈与者の出捐を受贈者が受けるものの、出捐の価値が第三者の利益のためになり、実際、第三者が利得を受けるような場合、そこでの受贈者は、贈与における本来の受贈者となるか否かが問題であるとされていた⁽³⁵⁹⁾。これに対して、委員会では、例えば、出捐者が、第三者の利得を意図し、そのために、ある者に(第三者のために)財産を無償で移転する場合、そこでの負担は贈与における負担ではなく、負担付贈与における受贈者でもないとして、その場合の出捐の受取人を、単に中間者、仲介人としての立場を認めるべきであるとする⁽³⁶⁰⁾。

その他、Mandry は、贈与の形式でなされる信託財団に関し、「贈与が贈与物またはその価値の収益を特定の目的のために利用するという条件のもとでなされた場合、当該条件は法定のあるいは公証による形式を要する」と提案する⁽³⁶¹⁾。これは、信託財団の場合、条件付きの贈与で一定の継続的な目的のために財物、贈与物を受領するという実態があり、利益を受ける第三者が明確であるため、その設定には、形式要件を課するという趣旨であった。おそらく財団法人における寄付行為と同一に扱うような考えのもとで、形式要件を提案したものと思われる。

しかし、信託財団の場合、法人の設立が問題ではなく、既存の法人に単に財物、贈与物が贈

⁽³⁵⁷⁾第二草案 463 条「贈与とは、自己の財産から相手方に利益になるような出捐で、当該出捐が無償でなされることにつき、双方の当事者が同意しているものをいう。」。BGB516 条も同様である。

⁽³⁵⁸⁾Jakobs/Schubert, a.a.O.(Fn.293), S.396.なお、その後の審議においてラント法に関する文言が削除されている(Mugdan, a.a.O.(Fn.328), S.753.)。

⁽³⁵⁹⁾Mugdan, a.a.O.(Fn.328), S.753.

⁽³⁶⁰⁾Mugdan, a.a.O.(Fn.328), S.753.

⁽³⁶¹⁾Mugdan, a.a.O.(Fn.328), S.754.

与されるにすぎないので、形式要件は、贈与者に重大な費用負担があること、贈与の目的が妨げられる等の批判があり、否決されている⁽³⁶²⁾。

このような議論を受けて、委員会においては、負担付贈与は、「負担付贈与の場合、贈与者は贈与の履行後に負担の実行を請求することができ、負担が第三者の利益のためになされた場合は、412条～416条の規定に従う」とし、そして「負担の実行が公益のためになされる場合、贈与者の死亡後、所轄官庁が負担の実行を請求できる。各州において規則がない場合、ラント法の規定に従う」と決議された。その後、E I – VorlZust437条、E I – ZustRedKom437条にて若干の修正を受けて⁽³⁶³⁾、第二草案 472条として提出されたのちに BGB525条として条文化された⁽³⁶⁴⁾。

四 BGB 施行後

これまで BGB 立法過程から贈与、負担付贈与の条文の形成をみてきたが、以下では、BGB 施行後の贈与、負担付贈与について基本書、コンメンタールにおいてどのように解説されているかみていきたい。特に、贈与においては贈与の概念、贈与の要件についてみていき、負担付贈与についても同様にみていくこととする。

(一) 贈与

1 贈与の概念

BGB516条は贈与の定義を定める条文であり、「贈与とは、自己の財産から相手方に利益になるような出捐で、当該出捐が無償でなされることにつき、双方の当事者が同意しているものという」と規定している。BGBにおいて贈与の方法については、BGB516条では、無方式で有効な贈与を、BGB518条は、方式を要す贈与を規定している。そして、BGB516条は、その条文内容から、契約性があり、贈与者の出捐が自己の財産から行われなければならない、受贈者の財産を増加させることを必要としており、無償性については、出捐が契約内容により反対給付を伴わないことを有すると理解されている⁽³⁶⁵⁾。このように、BGBにおける贈与は、要物、片務契

⁽³⁶²⁾Mugdan,a.a.O.(Fn.328),S.755.

⁽³⁶³⁾E I – VorlZust437条では、第三者の利益のために負担がなされた場合、第三者のためにする契約の規定を適用するという文言が削除されている(Jakobs/Schubert.a.a.O.(Fn.293),S.398.)。

⁽³⁶⁴⁾第二草案 472条「負担付贈与を行う者は、贈与者の贈与の執行後、負担の実行を請求することができる。」「公共の利益のために負担が実行された場合、贈与者の死亡後、所轄官庁が実行を請求することができる。」。BGB525条においても同様の条文であり、1項、2項に分かれて規定されている。

⁽³⁶⁵⁾Münchener Kommentar/Jens Koch,BGB,Bd.3,7.Aufl.2016,§ 516 Rn.24ff.Plandt Kommentar/Walter Weidenkaff,BGB,Bd.7,76.Aufl.2017,§ 516 Rn.8ff.日本語文献として、右近健男編『注釈ドイツ契約法』(三省堂、1995)129頁以下も参照。

約であり、また、無償性について合意のある債権契約と位置付けられ⁽³⁶⁶⁾、物の無償移転を規律し正当化するものと理解されている⁽³⁶⁷⁾。そして、贈与の概念については、基本書やコンメンタールにおいて以下のように解説されている。

Mansel は、贈与は、贈与者の財産から受贈者への財産的利得を伴う無償の出捐であると理解されるところ⁽³⁶⁸⁾。

Föster⁽³⁶⁹⁾は、贈与は、財物を終局的に移転する方法であるとし、いずれの者が、他者を利得させる出捐は、その出捐が無償で行われることに両当事者が同意する場合にのみ贈与となるとする。したがって、財産譲渡は、反対給付がなく行われ、例えば、売買、請負、雇用契約の場合と異なり、法的に定義された贈与は、関係する当事者の義務に焦点を当てるのではなく、片務契約として取り扱われるという。そして、贈与者だけが何かを受贈者に出捐することを約束するのであり、この義務は実際の出捐によって実現され、法律において二種の贈与を区別しているという(現実贈与と贈与約束)。

Looschelders⁽³⁷⁰⁾は、贈与は、いずれの者が自己の財産から他人を利得させることによる出捐を扱うものであるとし、贈与の決定的な要因は、受贈者の財産増加、利得であり、それにより贈与者の自己の財産が減少しなければならないことであるとする。

Medicus/Lorenz⁽³⁷¹⁾は、BGB516 条については、贈与者が何をしなければいけないかについては言及した条文ではなく、単に出捐が贈与となる条件を示しているにすぎないとし、これを現実贈与であると説明する。それに対して BGB518 条は方式を要する贈与約束であると理解されるという。さらに Medicus/Lorenz⁽³⁷²⁾は、ほとんどの贈与は、贈与約束をせずに行われる一方で、経済的に重要な贈与は、しばしば、公証人により記録され、行われるとする。例えば、贈与者が財産を与える場合、それは通常、両親から子供へ、または孫へと移転を進めようとすることを意図しているものが多いとされ、そのような場合における財産の移転には、しばしば、受贈者に制限や負担を課すことが多いという。これらの贈与において、変更等が生じた場合を記録するために公証人による贈与約束は定期的に有用であるとする。

その他、Hirsch⁽³⁷³⁾は、贈与は双務契約ではなく、片務契約であるとする。なぜなら、贈与者のみが出捐の義務を負い、受贈者には何ら義務がないからであるとし、このようなことから、

⁽³⁶⁶⁾Münchener Kommentar/Koch,7.Aufl.,a.a.O.(Fn.365), § 516 Rn.1ff. Plandt Kommentar/Weidenkaff,76.Aufl.,a.a.O.(Fn.365), § 516 Rn.1ff.

⁽³⁶⁷⁾Prusowski,a.a.O.(Fn.296),S.116.

⁽³⁶⁸⁾Jauernig Kommentar/Heinz-Peter Mansel,BGB,16.Aufl.2015, § 516 Rn.1ff.

⁽³⁶⁹⁾Christian Föster,Schuldrecht Besonderer Teil,2012,S.83.

⁽³⁷⁰⁾Dirk Looschelders,Schuldrecht Besonderer Teil,2013,S.110f.

⁽³⁷¹⁾Dieter Medicus/Stephan Lorenz,Schuldrecht II Besonderer Teil,2010,S.136f.

⁽³⁷²⁾Medicus/Lorenz,a.a.O.(Fn.371),S.137.

⁽³⁷³⁾Christoph Hirsch,Schuldrecht Besonderer Teil,2018,S.131f.

贈与は、無償契約と位置付けられるという。

2 贈与の要件

① 贈与者の出捐と受贈者の利得

BGB516 条における贈与者の出捐と受贈者の利得については、出捐は、贈与者の財産から行われなければならない、現在の財産状態が減少することで、相手方が利得することであると理解されている⁽³⁷⁴⁾。一般的に、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されるという。贈与者の出捐と受贈者の利得については、基本書、コンメンタールにおいて以下のように解説されている。

Föster は、贈与において、客観的に出捐から生じるのは、受贈者が、何らかの形で財産が増加するという利得と、贈与者の財産が減少することであるという⁽³⁷⁵⁾。Medicus/Lorenz⁽³⁷⁶⁾も、贈与は、贈与者の財産から出捐が行われ、これにより受贈者が利得することであるとする。したがって、贈与には、贈与者の財産を減少させ、それに応じて受贈者の財産を増加させる出捐が必要であるとし、贈与の対象は、財産の利得に過ぎないという。

Larenz⁽³⁷⁷⁾は、BGB516 条については、贈与は、ある者の財産により他者が利得することであり、出捐が無償で行われることに両当事者が合意する場合であるとする。この出捐は、他人に財産的利得を与えることを目的とする行為であり、そのような出捐は、贈与者の財産から、すなわち財産の実体から生じる出捐が、贈与とみなされるとする。したがって、従業員が、収入を減らして、勤務上の利益やあらゆる種類の時間、労力の支出は、除外されるという。

Koch は、贈与者の出捐と受贈者の利得について以下のように詳細に述べている⁽³⁷⁸⁾。

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ないとし、これは、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と理解されるべきであり、主観的な利得の意思は必要ないので、贈与者は利己的な動機のために行動することもできるとする。例えば、贈与者自身の利得を最終的に図るという目的があっても良いという。

さらに、Koch は、受贈者は出捐によって実質的に利得していなければならないとして、受贈者の財産が形式的にのみ増加していても不十分であるという。贈与における利得は、受贈者が出捐から利得を受けることに個人的な関心を持っている場合にのみ想定されるものであるとする。例えば、信託において、受託者が自己の名で権利を行使することを認めておらず、彼自身

⁽³⁷⁴⁾Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker, *Besonders Schuldrecht*, 2013, S. 145f. Pruskowski, a.a.O. (Fn. 296), S. 116ff.

⁽³⁷⁵⁾Föster, a.a.O. (Fn. 369), S. 83.

⁽³⁷⁶⁾Medicus/Lorenz, a.a.O. (Fn. 371), S. 137f.

⁽³⁷⁷⁾Karl Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, 1986, S. 196f.

⁽³⁷⁸⁾Münchener Kommentar/Koch, 7. Aufl., a.a.O. (Fn. 365), § 516 Rn. 11ff.

が自己の利益のために一時的な使用を許可されていない信託管理の場合の移転においては特に利得が欠けていると説明している。そして、これは特に、出捐の受取人が出捐の対象物を自ら使用せず、第三者に転送するための中間者として受け取る場合も含まれるとし、そのような非営利の管理、とりわけ、ある者が特定の慈善目的や理想的な目的のために使用されなければならない金銭の出捐が寄付や、募金として受け取られた場合にもこれは該当すると述べている。このように、給付受領者が単に中間者として出捐を誰かに渡す場合等は、委任としての分類や信託行為による取引が問題となるという。この点につき、Mansel⁽³⁷⁹⁾も、出捐は財産的な利得の提供であると理解されており、出捐の対象は、受贈者の財産が増加することであるととし、また、この出捐は、贈与者の現に存在する財産の減少であると理解する。そして、受贈者の利得については、受贈者が単に中間者であり、信託行為または慈善目的で募金する等の寄付において、出捐の受領者は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し、Kochと同様に理解している。

ただし、Kochは募金が法人の設立のために作成され、例えば、財団目的(定款)に従って使用される場合、別であるとする。この場合、法的目的を促進するという実質的な利得は、出捐の受取人にとって利得であると指摘している。その他、本人にとっての利益に役立つか少なくとも一時的な使用の形で一時的な利得を持っている場合、例えば、認定された慈善団体、権利能力がある財団への寄付は、出捐が法的目的(定款)のために明示的にまたは暗示的に意図されている場合、負担付贈与としてみなすことができるとする。この点についてもManselはKochと同様に指摘している。加えて、Larenz⁽³⁸⁰⁾もKoch、Manselと同様に指摘する。Larenzは、出捐は、他者を利得させるものでなければならず、つまり、他者の財産を増加させる必要があるとする。そこでいう財産は経済的な意味で理解されるべきであり、したがって、AはBの債務を免除あるいは承継すること等の債務の削減も利得となる可能性があるという。しかし、信託行為による譲渡等は、これは単に別の権利を強化するものであり、新しい財産価値を与えることを目的としていないから利得ではないとする。また、信託財産は、経済的に法的には少なくとも最終的にも受託者の財産に向けられるものではないと説明している。

その他、Pruskowski⁽³⁸¹⁾は、単純な受贈者の財産増加だけではなく、受贈者の負債を減らす事等で財産増加とすることもできるとし、債権の免除、債務の権利放棄または弁済は、財産状態の改善をもたらす可能性があるという。しかし、贈与における給付は、財産の利益へ向けられるという前提があり、贈与者は自己の財産から他人を利得させなければならず、受贈者の利得は、贈与者の被った損失の反対側に位置付けられるものでなければならぬとする。さらに、

⁽³⁷⁹⁾Jauernig Kommentar/Mansel, 16. Aufl., a.a.O. (Fn. 368), § 516 Rn. 7.

⁽³⁸⁰⁾Larenz, a.a.O. (Fn. 377), S. 198.

⁽³⁸¹⁾Pruskowski, a.a.O. (Fn. 296), S. 116f.

Pruskowski⁽³⁸²⁾は、第一委員会では、他者に出捐することは、贈与者の財産を減少することにより相手方が利得することであると決定していたとし、贈与者の財産減少のみを贈与の要件において扱うのは不適切であり、それによって他方が利得することも必要であるのだという。それゆえ、二つの要素が互いに隣り合って要件として立てられ、贈与者側での給付行為により財産的損失をもたらし、受贈者側がそれにより財産利得がもたらされるという因果関係が存在するという。

② 財産移転の無償性に関する合意

BGB516 条における、無償性の意味は、反対給付がないことであり、贈与の成立には、無償性についての合意を要する⁽³⁸³⁾。贈与における無償性に関する合意については、基本書、コンメンタールにおいて以下のような述べられている。

Larenz⁽³⁸⁴⁾は、出捐は、無償で相互に合意することがなければならないとし、出捐者が、報酬を受け取るわけではなく、出捐者の意思と受贈者の意思の両方が認識可能でなければならないとする。債務の履行による対価の支払い、または反対給付を目的とすることもないという。そして、前述の受贈者の利得は客観的要素であるが、贈与における無償性の合意は、贈与の要件において主観的要素となるとし、合意は、当事者の意思表示により行われ、これは法的拘束力ある意思に依拠するものであるとする。その他、無償の出捐に関する合意は、物の譲渡、あるいは権利の移転が伴うならば、手交贈与と現実贈与の場合、無償の出捐と合意が同時になされるとする。

Looschelders は、当事者は、出捐が無償であることに合意する必要があるとする。決定的なのは当事者の主観的意図が必要であり、客観的に反対給付がないという事実だけでは十分ではないとする⁽³⁸⁵⁾。Brox/Walker は、出捐が無償でなされることに合意すること。出捐に反対給付がない場合、無償性の合意があるとして、それに対し給付と反対給付が対価関係にある場合は、有償であり、贈与ではないとする⁽³⁸⁶⁾。

このように、BGB516 条には、贈与者の財産減少と受贈者の利得という客観的な構成要件と、この財産移転の無償性に関する当事者の合意という主観的構成要件が存在しており、後者の合

⁽³⁸²⁾Pruskowski,a.a.O.(Fn.296),S.116f.

⁽³⁸³⁾Münchener Kommentar/Koch,7.Aufl.,a.a.O.(Fn.365),§ 516 Rn.14ff. Plandt Kommentar/Weidenkaff,76.Aufl.,a.a.O.(Fn.365),§ 516 Rn.8ff. Jauernig Kommentar/Mansel,16.Aufl.,a.a.O.(Fn.368),§ 516 Rn.8ff. Föster,a.a.O.(Fn.369),S.84f. Medicus/Lorenz,a.a.O.(Fn.371),S.138f.

⁽³⁸⁴⁾Larenz,a.a.O.(Fn.377),S.196f.

⁽³⁸⁵⁾Looschelders,a.a.O.(Fn.370),S.111.

⁽³⁸⁶⁾Brox/Walker,a.a.O.(Fn.374),S.146f.

意は契約であると理解されている⁽³⁸⁷⁾。

(二) 負担付贈与

負担付贈与は、BGB525 条に規定されている。1 項は「負担付贈与を行う者は、自己の給付をした時は、負担の実行を請求できる」、2 項は「負担の実行が公の利益に関する時は、贈与者の死亡後、所轄官庁もその実行を請求できる」と規定する。

一般的に負担付贈与⁽³⁸⁸⁾とは、受贈者が目的物を享受する場合には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ると理解される。受贈者の負担は、作為、不作為を問わず、負担によって利益を受ける者は、贈与者、受贈者、第三者であると理解されており、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も可能である。しかし、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ないとされ、そのような利益がない場合、費用前払いの委任、その他の委任類似の法律行為、有償の法律行為となる。また、受贈者の給付は、有償の法律行為では、出捐に対する反対給付となるが、負担付贈与では、給付は出捐に基づき、かつ、その価額から行われると説明される。

そして、負担付贈与の概念、内容について基本書、コンメンタールにおいては以下のように述べられている。

Looschelders は、負担付贈与の概念は法において定められていないが、無償性による特徴から、受贈者の給付は、当事者の意思に応じて、その贈与物の部分的な報酬を構成しないことがいえるとする⁽³⁸⁹⁾。

Medicus/Lorenz⁽³⁹⁰⁾は、贈与者は受贈者からの一定の給付を規定して出捐により自己の利益を図る場合があるといい、そのような給付は、受贈者の純粋な反対給付義務の内容の一部とすることができるとする。そして、贈与者は、自己の贈与を果たした時にのみ履行請求できるという。双務契約との区別については、それは当事者の価値観念に依存するとされ、負担付贈与の場合、受贈者の給付の費用は、提供される出捐によりカバーされるべきであることが一般的に意図されているとする。

Mansel⁽³⁹¹⁾は、負担付贈与における無償の出捐は、受贈者の債務的な負担と拘束されたものであるとする。この負担は付随的なものであり、受贈者の給付に対する法的な請求権を成立させ

⁽³⁸⁷⁾Liebisch,a.a.O.(Fn.343),S.56f.小島・前掲注(12)91-92 頁。

⁽³⁸⁸⁾Münchener Kommentar/Koch,7.Aufl.,a.a.O.(Fn.365), § 525 Rn.2ff. Plandt Kommentar/Weidenkaff,76.Aufl.,a.a.O.(Fn.365), § 525 Rn.1ff. Jauernig Kommentar/Mansel, 16.Aufl.,a.a.O.(Fn.368), § 525 Rn.1ff. 右近編・前掲注(365)143-145 頁。

⁽³⁸⁹⁾Looschelders,a.a.O.(Fn.370),S.118.

⁽³⁹⁰⁾Medicus/Lorenz,a.a.O.(Fn.371),S.145.

⁽³⁹¹⁾Jauernig Kommentar/Mansel,16.Aufl.,a.a.O.(Fn.368), § 525 Rn.2.

るとする。さらに、この負担は、贈与者、受贈者、第三者のために設定することができるという。

Larenz⁽³⁹²⁾は、負担付贈与は双務契約ではなく、ほとんどの場合、出捐から提供される利得は、その負担の価値と下回るものではなく、給付の報酬としてではないとする。負担付贈与の場合、当事者の意思は、負担を履行するために必要な手段によって財産が減少するものの、依然として受贈者の利得が必要としなければならないという。そして、給付義務に加え、贈与する意思は認識可能でなければならず、負担付贈与における行為の全体的な特質は、無償の出捐の類型(贈与)と矛盾してはいけなと述べる。

Föster は、負担付贈与においても、その特徴は受贈者からの反対給付がなく行われることであり、受贈者は自己の利得を得る意図をもとに、無償の出捐による利得は、負担の対価よりも上にくるような客観的な利得が認められなければならないとする⁽³⁹³⁾。

Koch⁽³⁹⁴⁾は、負担付贈与は、負担を負うことの同意をもって、受贈者に給付義務を課すものであり、原則として、出捐の価値に基づいて負担を実行するべきであり、そうでなければ贈与の特質が疑われるという。そして、受贈者による給付の受益者、すなわち、負担の受益者は、贈与者でも良いが、受贈者、第三者でも良いとされ、第三者の場合、第三者のためにする契約が適用されるとする。受贈者の給付義務のために、負担付贈与は、贈与のように単なる利得が生ずる法律行為ではないとし、受贈者が、当事者の主観的意思に基づき均等の取れた利得を得ることができれば、贈与として認められるとする。また、一般的には給付は受贈者の財産からの反対給付としてではなく、提供される出捐の価値から利得が生じるという。

⁽³⁹²⁾Larenz,a.a.O.(Fn.377),S.208f.

⁽³⁹³⁾Förster,a.a.O.(Fn.369),S.89.

⁽³⁹⁴⁾Münchener Kommentar/Koch,7.Aufl.,a.a.O.(Fn.365), § 525 Rn.2ff.

Ⅲ 寄付の法的構成に関する学説の展開

ドイツ法において、寄付の法的構成に関する議論を遡ると BGB 制定前から見られる。その当時から、寄付の法的構成はいかなるものか、どのような性質を有するものかといった問題意識の下で、議論が展開していた。その後、BGB 立法過程においては、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、BGB1914 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、BGB1914 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 制定直後から寄付の法的構成について積極的に検討する論文がいくつか公表されている。以下では、ドイツ法における寄付の概念、各学説の状況、近時の学説の状況をみていきたい。

一 寄付の概念

(一) 寄付の利用側面と社会的意義

ドイツにおいて、最初に寄付の法的構成を論じたのは Puchta であるといわれている⁽³⁹⁵⁾。そして、Puchta を始め、各論者は、寄付の法的構成について述べる前に、ドイツにおける寄付の利用側面と、社会的意義について述べているので、以下でみていきたい。

まず、Puchta は、当時のドイツにおける寄付、義援金等は、戦争時に負傷した者を支援するため等に集められていたとし、その他に政治的なものや、社会的な緊急事態のために寄付が行われていたという⁽³⁹⁶⁾。さらに、これら寄付が社会に与える影響として、Jhering は、寄付が国家の最も強力な盟友となると述べている⁽³⁹⁷⁾。そして、Puchta は、寄付の方法について次のように述べる。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⁽³⁹⁸⁾。また、募集者は、将来的に自分の手に集まった金額の取り扱いや、寄付者に対する責任の決定について、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⁽³⁹⁹⁾。

その他、Fischbach は、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

⁽³⁹⁵⁾Georg Friedrich Puchta,Über Sammlungen zu öffentlichen Zwecken nach gemeinem Recht,Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preussen,Bd.2,1868.August
Kayser,Das Sammelvermögen,1909,S.10.

⁽³⁹⁶⁾Puchta,a.a.O.(Fn.395),S.473.

⁽³⁹⁷⁾Rudolf von Jhering,Rechtsgutachten betreffend die Gäubahn,In Jherings Jahrbüchern für Dogmatik,Bd.18.1880,S.19.

⁽³⁹⁸⁾Puchta,a.a.O.(Fn.395),S.473.

⁽³⁹⁹⁾Puchta,a.a.O.(Fn.395),S.473.

れており、一般社会において頻繁に行われていたという⁽⁴⁰⁰⁾。Kayser⁽⁴⁰¹⁾も、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ており、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を集めていたとし、寄付に関わる関係当事者については、目的のために寄付を集める人物は、一般的に募集者と呼ばれ、寄付をするものは寄付者と呼ばれていたとする。Rademacher⁽⁴⁰²⁾は、個人の力が弱いがゆえに達成できないような多様な目的は、寄付によって達成され、それは、多くの人びとの共同体による協力によって達成されるのであるとする。そして、Rademacher は、当時の義援金の一例として、ツェッペリン募金⁽⁴⁰³⁾、鉱山事故にあった人々のために募金等を挙げている。

(二) BGB1914 条と寄付の法的構成の問題

1 BGB1914 条の立法過程

前述したように、ドイツ法において、寄付に関して規定する条文は、BGB1914 条のみである。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⁽⁴⁰⁴⁾、寄付財産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⁽⁴⁰⁵⁾。以下では、後述する寄付の概念についてみていく前に、BGB1914 条が、どのような意図をもって条文化されたか、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、原案の修正を経て、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⁽⁴⁰⁶⁾。この提案に関連して、第二委員会

⁽⁴⁰⁰⁾Oskar Fischbach, Das Sammelvermögen, 1907, S.1f.

⁽⁴⁰¹⁾Kayser, a.a.O. (Fn.395), S.9.

⁽⁴⁰²⁾Walter Rademacher, Das Sammelvermögen, 1911, S.1f.

⁽⁴⁰³⁾ドイツの軍人、航空技術者、硬式飛行船の発明者として知られるツェッペリン(Ferdinand von Zeppelin)が、退役後、飛行船の設計製作に着手したが、その巨大構造ゆえに技術的、経済的困難を極めた。これを対処するために公衆から募金が多く寄せられ、その後 1900 年代初頭に飛行船の製作、運行が成功したという。

⁽⁴⁰⁴⁾Münchener Kommentar/Dieter Schwab, BGB, Bd.9.7.Aufl.2017, § 1914 Rn.1ff.

⁽⁴⁰⁵⁾Benno Mugdan(hrsg.), Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für Deutsch Reich, Bd.4.Familienrecht, 1899, S.1134f.

⁽⁴⁰⁶⁾BGB1914 条の原案となるのは 1790 条である。1790 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.405), S.1134f.)。

は、寄付の法的な問題を想定しており、募集者の管理や使用の取消しについて積極的な規定を設けるか検討していた。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規律するのかといった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、寄付の法的構成に関する学説が多様であり、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ほとんど不可能であると指摘されていた。例えば、Strohal は、第二委員会の審議において、寄付者の意図は様々であり、これにしたがって、募集者の権限や権利を異なった判断をしなければならないと指摘していた。

これらの議論を踏まえて、第二委員会は、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から、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 条が制定されるに至った。

2 BGB1914 条の内容⁽⁴⁰⁷⁾

BGB1914 条は、寄付財産の管理に関する条文として親族法編に置かれているが、現在において BGB1914 条の要件、内容はどのように理解されているであろうか。以下では、コンメンタルの解説をみていきたい。

まず、コンメンタルによれば、BGB1914 条は、集められた寄付財産⁽⁴⁰⁸⁾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、寄付者の寄付目的と同様の意思に従いそれを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 条が適用される要件としては、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、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、震災等の被災者があげられており、その他、恒久的に利用可能なものを生産するために使用されることもあり、この場合も BGB1914 条が適用されるという(記念碑、運動競技場等)。し

⁽⁴⁰⁷⁾Münchener/Schwab, 7. Aufl., a.a.O. (Fn. 404), Rn 1ff.

⁽⁴⁰⁸⁾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。

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⁽⁴⁰⁹⁾があると指摘されており、原則としては、信託的に寄付は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⁽⁴¹⁰⁾。

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の関係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、結局、BGB1914 条の単一の条文のみが制定されただけであり、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った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以下のように述べられている。

Kiepert⁽⁴¹¹⁾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、BGB において詳細に検討が進められていないのには、基本的には寄付において統一され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を過小評価していないが、単一の規定に留まっており、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滅多になく、後者に関しては寄付の多数の関係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⁽⁴¹²⁾。Fischbach⁽⁴¹³⁾も、BGB において、寄付に関する規定は未だ不十分であり、主要な規定としては BGB1914 条のみであるとする。しかし、この規定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

⁽⁴⁰⁹⁾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.404), Rn2.

⁽⁴¹⁰⁾Münchener/Schwab, 7.Aufl., a.a.O.(Fn.404), Rn2.

⁽⁴¹¹⁾Kiepert Max, Die Sammlungen zu wohltätigen oder gemeinnützigen Zwecken nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, 1903, 1f.

⁽⁴¹²⁾Nothmann も、結局のところ BGB1914 条の立法過程の時点では、寄付の法的性質の問題について、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(Oscar Nothmann, Der Begriff des Vermögens im Bürgerlichen Rechte, 1914, S.71ff.)。

⁽⁴¹³⁾Fischbach, a.a.O.(Fn.400), S.10f.

のように規律するかは不明であると指摘する。

その他、Kayser は、BGB において、寄付の法的関係についてはどこにも特別に規定しておらず、唯一 BGB1914 条だけがそのようなものを指しているが、寄付の法的関係は、BGB1914 条の導入によって先取りできなかったという⁽⁴¹⁴⁾。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、詳細な検討は比較的少なく、今日でさえ、法的性質についての見解が一致していないとする。そして、BGB1914 条においても、それをより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は十分に検討されていなかったとする⁽⁴¹⁵⁾。Gallsch⁽⁴¹⁶⁾も、BGB1914 条だけが公益目的の募金の収集による寄付財産について言及しており、管理と使用のために任命された人が消滅した場合等、最も極端な緊急事態を想定して規定しているとする。そして、BGB1914 条の意義は、保護人が、寄付者への募金財産の復帰を防ぎ、それにより目的のために募金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規定のみ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、寄付に関する関係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、すべての寄付が統一的な評価を受けることが判断できないとしたからであるという。そして、寄付をどのように法的に構成するか等の主要な問題は、BGB1914 条でさえ未解決であり、その解決は、学問に委ねられているとする。

近年の文献では、Fischer⁽⁴¹⁷⁾は、寄付財産は、特定の一時的な目的のための寄付によって形成された財産であり、その目的のために募集者が寄付財産を使用するといい、BGB では BGB1914 条で規定しているとする。そして、BGB1914 条は、寄付財産が公共的な募金によって収集されなければならないと規定しており、寄付財産の管理の場合にのみ必要とされるという。また、Fischer は、法的意味においては財団とは対照的に、寄付財産の目的は一時的であり、財産を消費(移転)することが目的であるが、それにもかかわらず、寄付は財団が基礎のような構造として説明されることがあるとし、この説明は、募集者が財団と同様の目的を追求していることに原因があるとする。しかし、Fischer は、寄付における募集者と寄付者との関係では、募集者は、自己の目的を追求するのではなく、寄付者の利益のため(あるいは受益者のため)財産を受益者に移転するような場合が一般的であるとし、また、寄付者の意思も、財団等の慈善事業のために寄付をしているわけではないという。したがって、BGB の財団規定は、直接的にも類似的にも寄付に適用されるものではないと解している。

⁽⁴¹⁴⁾Kayser,a.a.O.(Fn.395),S.10f.

⁽⁴¹⁵⁾Rademacher,a.a.O.(Fn.402),S.2f.

⁽⁴¹⁶⁾Ernst=Schubert Gallsch,Die rechtliche Natur des Sammelvermögens nach privatem und öffentlichem Recht,1916,S.5-6.

⁽⁴¹⁷⁾Michael Fischer,Die Unentgeltlichkeit im Zivilrecht,2002,S.28f.

(三) 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、BGB1914条の制定を契機に、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る。では、ドイツ法においてどのような寄付の取引形態を対象に議論が進んでいたのであろうか。以下では、寄付の概念について、学説上どのように定義されているかを確認していきたい。

まず、BGB制定前に寄付の概念に関して言及しているのは、Bekker⁽⁴¹⁸⁾、Regelsberger⁽⁴¹⁹⁾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。この三者間の関係については、寄付者と募集者は、委任者と受任者のようで、寄付者と受益者は、贈与者と受贈者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、寄付目的とは別に、寄付の全部、一部を全て処分するような場合が想定されるという。Regelsbergerも、寄付とは、一人また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。

BGB制定後では、Fischbachは、他者の協働によって現れる寄付については、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する⁽⁴²⁰⁾。しかし、寄付は広い概念であり⁽⁴²¹⁾、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るべきであるとして、寄付概念の定義の必要性を説き、寄付において必要なのは、寄付者、募集者、受益者の存在であるとする。Fischbachは、寄付者については、寄付者は多くの場合、多数により

⁽⁴¹⁸⁾Ernst Immanuel Bekker, System des heutigen Pandektenrechts, 1886, S. 283. Puchtaも同様の寄付の取引形態について言及している(Puchta, a.a.O. (Fn. 395), S. 473.)。

⁽⁴¹⁹⁾Ferdinand Regelsberger, Streifzüge im Gebiet des Zivilrechts, 1892, S. 28.

⁽⁴²⁰⁾Fischbach, a.a.O. (Fn. 400), S. 12ff.

⁽⁴²¹⁾Fischbachは、本稿の対象とする寄付の他にも、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があると指摘する(Fischbach, a.a.O. (Fn. 400), S. 4f.)。

構成されており、寄付者の出捐には無償性が必要不可欠であるとする。また、寄付者は、一時的な寄付目的に対して寄付を行い、その寄付目的は永続的なものではないという。募集者については、集められた寄付金を受けとり、寄付財産を寄付目的のために使用することの負担が募集者に割り当てられ、財産の提供や管理を誠実に執り行うことを約束しなければならない、募集者は重大な負担や責任を負って活動するものであるとする。寄付における一時的な目的については、寄付が一人ないし特定の人物のため、一般的な定めにより決められた集団のため、一般的な目的のためがあるとする。しかし、このように区別するも、これらの寄付は一時的な目的のために集められ、募集者を介し、最終的な受益者がいる点では共通しており、明確に限界づけられないという。

Kayser⁽⁴²²⁾も、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、寄付は無償で行い、募集者の寄付財産の管理と使用が適切になされることを望んでいるとし、ほとんどの場合、寄付は、好意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。募集者については、寄付財産を一時的な目的のために収集する必要があるとする。実際にはほとんどの寄付において、募集者が寄付の必要性を呼びかけ、一時的な目的のために寄付を集めており災害等における寄付が集められる場合が挙げられるという。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いう。

その他、Rademacher⁽⁴²³⁾は、日常生活の寄付概念とは対照的に、法的な寄付概念はかなり制限され、定義されたとする。まず、募集者が寄付財産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、募集者に寄付を送るには、数人の寄付者がいなければならない、これらの寄付は、無償でされる必要があり、寄付は受益者あるいはその他の目的にのみ行われるべきであり、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、まず寄付者は、通常、一度限りの寄付で参加し、参加は一時的なものであるとする。次に、募集者は受け取った寄付を、寄付目的の達成のために完全に使用できなければならない、その目的に応じて寄付を仲介して受益者に移転する必要がある、これが達成すると、寄付は終了し、寄付目的が達成されるという。そして、寄付とは、寄付財産から直接的な利益を受けない寄付者の大多数が、一人または複数の募集者に一定期間、一時的な目的で寄付を惜しみなく与えた場合であり、募集者の手で一体化された寄付財産は、寄付目的のために使用され、受益者へ供給されたとする。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を法的に異なるものとして区別してはらず、またどちらも一定の目的のためにするの

⁽⁴²²⁾Kayser,a.a.O.(Fn.395),S.22ff.

⁽⁴²³⁾Rademacher,a.a.O.(Fn.402),S.3ff.11ff.

であるから区別する必要がなく、両タイプの寄付は、募集者が設定した目的を持ってい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、寄付概念に当たらないとする(祭り事のために組合によって収集された寄付等)。

Nothmann⁽⁴²⁴⁾は、寄付財産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、一般的に信頼されている人々が募集者となり(募集者複数いる場合もある)、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う。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、この寄付に関わる関係当事者の法的関係を考察するためには、まずこの財産の建設に取り組み、この目的のためにまずその財産に関わる人たちを考慮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。そんな中で、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、寄付財産の配分に関する観点から、配分によって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財産を募集する場合、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益者の立場になる可能性もあるという。

Stolzberg⁽⁴²⁵⁾は、寄付の概念について、次のように定義している。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)の自発的及び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)、あるいはその他の寄付目的を達成するための手段として、募集者には寄付財産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されるとする。

近年の文献でも、Erb⁽⁴²⁶⁾は、寄付財産は、三者関係により特徴付けられるとした上で、一方で、寄付者がおり、他方では受益者、あるいは設定された目的があり、その間に、募集者がいるとする。募集者は、双方の利益を認識しており、募集者は寄付目的のために補助的な機能を有するという。また、仮に大勢ではなく寄付者が一人であった場合、募集者の法的地位が過度

⁽⁴²⁴⁾Nothmann,a.a.O.(Fn.412),S.74ff.

⁽⁴²⁵⁾Julius Stolzberg,Die rechtliche Natur des Spendungsgeschäftes bei einem durch öffentliche Sammlung für einen vorübergehenden Zweck zusammengebrachten Vermögen,1914,S.2ff. Stolzberg は、Nothmann と同様に、寄付があらかじめ特定の受益者が明確に定まっている場合と、募集者が寄付を集めた後に具体的に決定される場合があることにも言及しており、また、実際の寄付者と募集者との間の寄付の移転は、即時に寄付者から直接募集者へ行われる場合が多いという。その他、Vgl.Rudolf Joerges,Spendungsgeschäft und Sammelvermögen,1910,S.20.

⁽⁴²⁶⁾Gerald Erb,Sammelvermögen und Stiftung,1971,S.56f.

に強調されてはならないと説明している。

二 学説の状況

寄付の法的構成については、BGB1914 条を契機に、学説が多岐に渡って展開され、寄付をどのように法的に構成すべきかといった議論がなされた。例えば、Rademacher⁽⁴²⁷⁾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、それらを詳しく考察すると、BGB1914 条において未解決であった問題を明らかにすることができると指摘している。具体的には、寄付者と募集者間で行われる寄付行為が何か⁽⁴²⁸⁾、寄付目的を典型契約内で扱うことができるかどうかを判断することであると述べている。Kayser⁽⁴²⁹⁾も、BGB1914 条において寄付の法的構成の考察が不十分であったことを受けて、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⁽⁴³⁰⁾。これについて、Kayser 自身は、寄付者は募集者と契約を締結し、募集者は寄付者が指定の目的に適した方法で寄付を使用する必要があると述べている。

以下では、各学説の状況、近時の学説の状況についてみていくが、各学説は寄付の法的構成の特徴を捉えて、BGB における典型契約内で処理しようとするものである。そして、各学説で挙げられる契約類型については、その契約内容との関連で各論者から様々な考察が加えられている。したがって、学説の状況を把握する際には、各学説で述べられている契約類型と合わせてその一般的な契約内容を参照しつつ検討を行うこととする。

(一) 贈与説、負担付贈与説

1 贈与説

贈与説は、寄付を純粋な贈与と認める見解である⁽⁴³¹⁾。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

⁽⁴²⁷⁾Rademacher,a.a.O.(Fn.402),S.15f.

⁽⁴²⁸⁾Fischbach も、これまで学説が寄付の法的構成を断片的に論じ、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たとした上で、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.400),S.20.)。

⁽⁴²⁹⁾Kayser,a.a.O.(Fn.395),S.10f.

⁽⁴³⁰⁾BGB 制定前において、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、寄付に関わる関係当事者(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.395),S.480f.)。Regelsberger も、寄付はよく行われるにもかかわらず、寄付に関わる関係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.419),S.28.)。

⁽⁴³¹⁾Paul Oertmann,Kommentar zum Bürgerliche Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen,Das Recht der Schuldverhältnisse,1906,Anm.7 zu § 518.

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みるものであるが、より正確に学説を把握するために BGB における贈与の内容を確認する必要がある。この点、BGB における贈与については既に第二章Ⅱの四において検討を加えているので詳述は避けるが、贈与は要物、片務契約であり、無償性について合意のある債権契約であると理解され、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ものであった。贈与における出捐は、贈与者の財産から行われなければならない、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。

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⁽⁴³²⁾は、寄付は寄付者から募集者に移転されるが、その際の寄付者と募集者との行為は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、贈与は双方の法律行為、すなわち契約であり、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⁽⁴³³⁾、それを管理し使用する者として自分自身を捉えており、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述べる。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否定的である。さらに、寄付における受益者については、寄付は、募集者の手中に収まっており、寄付者らが贈与の申込みをしたとしても、その贈与を実際に受け取る人は誰もおらず、一般的な寄付において、寄付者は、特定の人に寄付をし、特定の目的のためにそれらを直接与えることはできず、寄付者らの寄付は募集者に移転され、その後、募集者により正確な受益者を特定するのであるとする。その他に、Puchta は、募集者にとって唯一の目的は寄付の使用を果たすことであり、寄付の分配時に受益者と接触し、受益者の個人的な希望を考慮するようなことを寄付者に尋ねる必要があるとは考えられないという。

Regelsberger⁽⁴³⁴⁾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

⁽⁴³²⁾Puchta, a.a.O.(Fn.395), S.474f.

⁽⁴³³⁾Neumann も、慈善や公益のための寄付は、寄付を受ける募集者を利得させるものではないと指摘する(Neumann, Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts, Bd.3.1859, S.229.)。

⁽⁴³⁴⁾Regelsberger, a.a.O.(Fn.419), S.29.

るかによって贈与として部分的には肯定されるし、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が、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るし、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。

Kiepert⁽⁴³⁵⁾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⁽⁴³⁶⁾。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、募集者は寄付目的のために使う必要があり、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でもなく、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。寄付の主要目的は、寄付財産をある目的または受益者のために供給することであり、目的のために募集者は寄付者に歩み、申込みを求めるので、それが贈与の成立場面に適するかどうか疑問を呈している⁽⁴³⁷⁾。

Fischbach⁽⁴³⁸⁾は、まず、寄付者が寄付をする時点において、寄付を受ける第三者、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、戦没者を祀るため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具体的に検討を加えている⁽⁴³⁹⁾。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

⁽⁴³⁵⁾Kiepert,a.a.O.(Fn.411),S.14ff.

⁽⁴³⁶⁾Gallsch 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(Gallsch,a.a.O.(Fn.416),S.23.)。

⁽⁴³⁷⁾Kayser も同様に贈与説を否定している(Kayser,a.a.O.(Fn.395),S.18.)。

⁽⁴³⁸⁾Fischbach,a.a.O.(Fn.400),S.22ff.さらに、Fischbach は、その後の論文においても次のとおり、贈与説を否定している。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べきである。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いう(Oscar Fischbach,Zur Lehre vom Sammelvermögen,Deutsch Juristen Zeitung,1909,S.262.)。

⁽⁴³⁹⁾Fischbach,a.a.O.(Fn.400),S.23f.

という。

寄付者と受益者との間で贈与の成立に関しては、受益者は、寄付者と直接関係のない状態であり、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ということは考えられず、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、寄付において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⁽⁴⁴⁰⁾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を寄付に適用できるかどうかは問題であるとする。これについて Rademacher⁽⁴⁴¹⁾は、戦死した戦士のために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疑問を呈し、贈与においては、受贈者の利得による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。しかし、実際に他者を利得させるという寄付の中では、Fischbach と同様に、寄付者と募集者との間、または、寄付者と受益者との間に贈与が成立している可能性もあるとする。

Rademacher は、寄付者と募集者の贈与については、寄付者は贈与者として贈与する義務を負うとみなされなければならないとする⁽⁴⁴²⁾。しかし、募集者は寄付者の出捐から少しの利益を得るわけではないので、拒否されるべきであるという。そして、寄付者と受益者の間にも贈与はないとする。寄付の引渡し後、すぐに受益者に寄付が届くわけではなく、最初は募集者に留まるので、寄付者と受益者との間には法的結合がないと考えられ、寄付者と受益者は、あらゆる状況下で完全に離れているという。Rademacher⁽⁴⁴³⁾は、このような中間的な状態は、贈与に適合的ではなく、とりわけ、贈与は契約の一般的な原則、すなわち、申込みと受諾によって締結されるので、寄付において受益者が何人かいる場合、寄付の引渡し時に、個々の寄付が個別の受益者に与えられるような事は、決定するのが困難であり、事実上不可能であるとする。

Stolzberg⁽⁴⁴⁴⁾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へ利得が生じ、両当事者が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いう。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

⁽⁴⁴⁰⁾Rademacher, a.a.O.(Fn.402), S.22f.

⁽⁴⁴¹⁾Rademacher, a.a.O.(Fn.402), S.23.

⁽⁴⁴²⁾Rademacher, a.a.O.(Fn.402), S.23f.

⁽⁴⁴³⁾Rademacher, a.a.O.(Fn.402), S.26.

⁽⁴⁴⁴⁾Stolzberg, a.a.O.(Fn.425), 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.412), S.78.)。

移転した寄付は、すべて受益者へと完全に移転されるべきであるので、寄付を贈与と見ることは現実的ではないとする。

近年の文献でも、Fischer⁽⁴⁴⁵⁾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ないので、BGB516 条の意味での贈与は成立していないと説明する。

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⁽⁴⁴⁶⁾。確かに、負担付贈与説のように、寄付の法的構成を、寄付者が募集者に対して、寄付を寄付目的のために使用せよとの負担を設定した負担付贈与と考えることは、贈与説よりも説得力があるように思われる⁽⁴⁴⁷⁾。

負担付贈与説は、募集者に寄付を寄付目的のために、あるいは寄付の受益者へ給付するよう負担を設定するものであるが、BGB における負担付贈与の内容は第二章Ⅱの四において既に検討しているので、詳述は避けるが、負担付贈与は、受贈者が目的物を享受する場合には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とされた。ただ、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。

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⁽⁴⁴⁸⁾は、負担付贈与であるとしても、BGB516 条における受贈者の利得が必要であり⁽⁴⁴⁹⁾、贈与説でも言及されたように、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いう。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

⁽⁴⁴⁵⁾Fischer,a.a.O.(Fn.417),S.29.Hüber も Fischer と同様の見解にある(Heinz Hüber,Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches,1996,S.156.)。

⁽⁴⁴⁶⁾Riedel,Das Bürgerlichen Gesetzbuch im Vergleichung mit dem Preußischen Recht,1896,S.187.Hans Brinkmann-Bondi,Altes und neues über Sammelvermögen,1913,S.56ff.

⁽⁴⁴⁷⁾Brinkmann-Bondi,a.a.O.(Fn.446),S.61.

⁽⁴⁴⁸⁾Stolzberg,a.a.O.S.(Fn.425),S.14f.

⁽⁴⁴⁹⁾Puchta,a.a.O.(Fn.395),S.476.Fischbach,a.a.O.(Fn.400),S.26f.Rademacher,a.a.O.(Fn.402),S.24.

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の移転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⁽⁴⁵⁰⁾も、負担付贈与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して(本稿第二章Ⅱ参照)⁽⁴⁵¹⁾、負担付贈与は寄付に適用されないとする。

Erb⁽⁴⁵²⁾は、負担付贈与説は、寄付者が募集者に負担付で贈与を行うものであり、そこでの負担は、募集者が受益者の利益のために使用するというものであるとする。しかし、負担付贈与も、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⁽⁴⁵³⁾。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。

その他、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、負担付贈与の法的構成が考えられ、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⁽⁴⁵⁴⁾。

3 RG1905 年 1 月 6 日(RGZ62,386ff.)

これまで寄付の法的構成を贈与、負担付贈与と捉える見解をみてきたが、それに対しては批判的な見解が多くみられる。特に、寄付者と募集者との間で贈与が成立するか否かについては、受贈者の利得の欠如により贈与説、負担付贈与説を否定的に捉えるものが多い。これに関連して、判例でも、寄付が贈与法の対象にあるのかどうか判断したものがある。

以下で取り上げる判例は、ライヒ裁判所が、寄付が贈与法の規定の対象にあるか否かについて初めて判断したものであり、寄付の法的構成に関して一つの解釈の指針を示した判例として評価できる。以下では、事案の概要、判旨、判例に対する見解についてみていくこととする。

⁽⁴⁵⁰⁾Carl Ernst König,Die öffentlich Sammlung von Vermögen für einen vorübergehenden Zweck,1907,S.20.

⁽⁴⁵¹⁾その他、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、単純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.)。

⁽⁴⁵²⁾Erb,a.a.O.(Fn.426),S.59f.

⁽⁴⁵³⁾Vgl.Kohlhammer-Kommentar/Ballerstebt,BGB,Bd.2.1967,§525 Rn5.本稿第二章Ⅱの四参照。

⁽⁴⁵⁴⁾Ludwig Enneccerus,Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts,1952,S.498.本稿第二章Ⅱの四参照。

【事案の概要】

寄付者 X が、納骨堂の建設のために組合へ(書面によって)寄付を約束したが、組合 Y が集められた寄付を納骨堂の他にさらに火葬場を建設することに利用しようとしたために、寄付者が寄付を拒否した。寄付者 X は、寄付を組合へ給付義務はなく、この寄付は贈与約束を意味しており、またそれは BGB518 条の要式の不備により贈与約束が無効になると主張した。そこで、寄付者 X と募集者たる組合 Y との関係が、贈与ないしそれ以外の債務関係を構成するか否かが争われた。

【判旨】

ライヒ裁判所は、まず、寄付者 X と組合 Y との間に贈与が存在するか否かについて、組合 Y は、出捐の約束によっても将来の出捐によっても、経済的にも最終的にも利得を受ける出捐ではないとした上で、寄付者は特定の計画のために寄付するので、そのような法的目的を実行する意図を持っており、組合 Y を利得させる意図がないことから贈与の成立を否定している。

しかし、ライヒ裁判所は、寄付者 X と組合 Y との間の贈与を否定した上で、寄付者 X が寄付目的としていた納骨堂の建設に対しては、当初から組合 Y はそれ以外にも寄付を使用するということを予定し(火葬場の建設)、それを公示していたので、BGB518 条による要式がなくとも寄付者 X と組合 Y との間に、出捐の約束(債務契約)は有効であるとし、ライヒ裁判所は寄付者 X に残りの寄付の支払いを認めた。

さらに、ライヒ裁判所は、寄付者 X による寄付が組合 Y へ移転することについては、信託行為であり、組合は特定の目的のために寄付を使用することを義務付けられているので、寄付者 X は返還請求や、あるいは第三者へ寄付を移転するように請求することができるとした。また負担付贈与についても言及しており、贈与と同様に、組合 Y に対して利得が生ぜず、寄付者 X が組合 Y を利得させる意思も、組合 Y が利得を受ける意思もないので負担付贈与については否定する(ライヒ裁判所は、第二委員会の議論を参照しており、寄付が贈与でないとする見解が多数であると指摘している)。

【分析】

本判決では組合が寄付者から利得を受けるわけではないので、組合と寄付者との間で贈与は成立しないとした。さらに、寄付が負担付贈与として捉えられるかどうかについては、負担付贈与も、受贈者の利得が必要であるとして、否定している。贈与説、および負担付贈与説において募集者に利得が生じるか否かについて詳細に検討が加えられていたが、それらの見解はこの判例によってさらに基礎づけられることとなったといえる。そして、募集者たる組合が寄付を受けて財産を管理し、寄付目的のために使用する、あるいは、受益者に移転する場合は、贈

与に基づくのではなく、別の法的根拠に基づいていることも明らかにしている。すなわち、本判決においては組合の利得がないため、贈与法の規定を両当事者へ適用することを認めず、寄付者による組合への寄付の移転が信託行為であることも明らかにしている。本判決については、学説では、贈与における利得概念に従った判決であると説明されており、贈与には無償の出捐によって受贈者が利得することを必要としていると評価されている⁽⁴⁵⁵⁾。さらに本判決に関しては以下のような見解が述べられている。

Pruskowski⁽⁴⁵⁶⁾は、贈与における受贈者は、贈与者から譲渡された物を引き受け利得することによって正当化されるとする。そして、当初から受贈者が自己の財産や、価値の達成のために贈与物を使用すべきではなく、それを第三者に完全に移転する必要があることが明らかな場合は、贈与者と受贈者としての財産移転はなく、ここでは受贈者が中間者となるので贈与法を適用することは正当ではないとする。

Fischer⁽⁴⁵⁷⁾は、寄付者による寄付の意図は、その組合に参加することではなく、寄付者の寄付目的と組合の寄付目的は独立して存在しており、寄付者は単に自己の寄付の目的を達成するために組合の活動を利用するものであるとする。そして、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、委任による規定の提供が適切であると述べている。

Schmid⁽⁴⁵⁸⁾は、①財団の設立のため、あるいは財団の定款目的への寄付の場合と、②本判決のような第三者ないし、寄付目的のために寄付が寄付者から募集者へなされる場合を区別する。まず①の場合、寄付者からの寄付により財団自身が利得するものである贈与法の適用が認められるとする。これに対して②の場合、寄付者による寄付は、具体的な目的の達成に向けられており、募集者がそれによって利得を受けることはないとする。したがって、無償の出捐を直接受けた者が、それによって財産増加した場合にのみ贈与法における利得が現れ、②の場合のような一時的な財産の流入の場合には、信託的な譲渡として理解されるとする(ゆえに募集者は受託者として機能し、特定の目的のみで寄付を使用することが義務付けられるという)⁽⁴⁵⁹⁾。

さらに Schmid は、BGB 第二草案議事録(第二章Ⅱの三参照)において、多くの人々が寄付を慈善目的、公益目的、あるいは理念的な目的を果たすために何らかの団体へ出捐を行う場合、

⁽⁴⁵⁵⁾MünchKommBZ, 7. Aufl., a.a.O. (Fn. 365), S. 1081f. Jauernig
KommBZ/Mansel,

16. Aufl., a.a.O. (Fn. 368), S. 775. Larenz, a.a.O. (Fn. 377), S. 198f. Hüber, a.a.O. (Fn. 445), S. 156. Schmid, a.a.O. (Fn. 451), S. 56f.

⁽⁴⁵⁶⁾Pruskowski, a.a.O. (Fn. 296), S. 122f.

⁽⁴⁵⁷⁾Fischer, a.a.O. (Fn. 417), S. 28f.

⁽⁴⁵⁸⁾Schmid, a.a.O. (Fn. 451), S. 56f.

⁽⁴⁵⁹⁾また、Reuter は、他人のあるいはある目的のために財産を使用するために、その財産を受け取る場合、それは受贈するのではなく、委託されるのであると述べる(Dieter Reuter, Die unselbständige Stiftung, Axel Frhr, Herbert Kronke, Plaf Werner (Hrsg.), Stiftungen in Deutschland und Europa, 1998, S. 203, 220.)

ここでは団体は贈与における受贈者ではなく単に媒介者であったと指摘する。

(二) 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、寄付目的の実現まで寄付を確実に保管することであり、個別の寄付行為を寄付者と募集者に寄託契約が成立すると考える⁽⁴⁶⁰⁾。

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⁽⁴⁶¹⁾。

寄託契約は、受寄者が寄託者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⁽⁴⁶²⁾、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、主たる義務として寄託者から引渡しを受けた動産を補完する義務が生じ(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。その他、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い、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⁽⁴⁶³⁾。

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⁽⁴⁶⁴⁾は、寄付者と募集者との間の契約には、純粋な寄託はないとしており、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。

Kiepert は、寄付者からの寄付を集め、それを管理運営し、目的を実現するまでそれらを確保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としてみることであり、肯定的であり、寄付者と募集者との間を寄託契約とみることによって、保管義務が成

⁽⁴⁶⁰⁾Vgl.Kiepert,a.a.O.(Fn.411),S.45.Stolzberg,a.a.O.(Fn.425),S.21.

⁽⁴⁶¹⁾Vgl.Jauernig Kommentar/Heinz-Peter Mansel,BGB,16.Aufl.2015,S.1176-1180.日本語文献として、右近編・前掲注(365)546 頁以下も参照。

⁽⁴⁶²⁾BGB688 条(寄託の場合の契約類型的義務):「受寄者は、寄託契約によって寄託者から引渡しを受けた動産を保管する義務を負う。」。

⁽⁴⁶³⁾BGB695 条(寄託の返還請求権):「寄託者は、保管について期間の定めがあるときでも、いつでも寄託物の返還を請求することができる。」。

⁽⁴⁶⁴⁾Puchta,a.a.O.(Fn.395),S.476.

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⁽⁴⁶⁵⁾。しかし、Kiepert 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⁽⁴⁶⁶⁾。Fischbach⁽⁴⁶⁷⁾も、募集者の負担は、寄付財産のために個別の寄付を募集者の手に収め、寄付目的の実現まで確実に保管することであり、その点においては寄託説は妥当とするが、寄付において、寄託規定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目的を挫折することとなるし、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⁽⁴⁶⁸⁾は、募集者は受け取った寄付を利用するまで、募集者に保管するのであり、募集者が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 は寄託説の難点を述べている。すなわち、寄託契約によって寄付者は寄託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、寄託契約者としての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⁽⁴⁶⁹⁾も、寄託契約と構成すれば、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、寄託契約は、物の取引において、受寄者に物を留まらせることだけを意味し、最終的には寄託者に物を返還されるのだという。寄付財産の集合体は、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が、寄付を受けた募集者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にならないとする。その他、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、寄付の場合寄付者にはそのような意図は基本的にないと述べている⁽⁴⁷⁰⁾。

近年では、Erb⁽⁴⁷¹⁾は、寄託説によれば、BGB695 条により寄託者たる寄付者が受寄者からいつでも寄託物を返還請求できるため、この説は拒絶されていたという。寄託契約は概念的に、寄付財産に適しておらず、それは、募集者の活動は単なる寄付の寄託ではないからであり、む

⁽⁴⁶⁵⁾Kiepert,a.a.O.(Fn.411),S.16f.

⁽⁴⁶⁶⁾Kiepert,a.a.O.(Fn.411),S.16f.

⁽⁴⁶⁷⁾Fischbach,a.a.O.(Fn.400),S.28f.

⁽⁴⁶⁸⁾Rademacher,a.a.O.(Fn.402),S.19f.

⁽⁴⁶⁹⁾Stolzberg,a.a.O.(Fn.425),S.21.

⁽⁴⁷⁰⁾Stolzberg,a.a.O.(Fn.425),S.21f.

⁽⁴⁷¹⁾Erb,a.a.O.(Fn.426),S.61.

しろ、募集者の活動は、寄付の適切な使用であると説明する。

(三) 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と認める見解であり、寄付者は委任者として、寄付目的のために、寄付の使用を募集者たる受任者に委任するという⁽⁴⁷²⁾。

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、寄付者が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⁽⁴⁷³⁾。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はみていきたい。BGB における委任の内容は、以下のとおりである⁽⁴⁷⁴⁾。

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をすることを内容とする契約であるといわれる⁽⁴⁷⁵⁾。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⁽⁴⁷⁶⁾。その他、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否かに関わりなく、報告請求権を有する。委任者は、委任の執行が完了し、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⁽⁴⁷⁷⁾と説明される⁽⁴⁷⁷⁾。

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⁽⁴⁷⁸⁾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、委任契約は成立し、募集者は寄付者の意図

⁽⁴⁷²⁾Puchta, a.a.O.(Fn.395), S.476. Bekker, a.a.O.(Fn.418), S.283. Stolzberg, a.a.O.(Fn.425), S.24ff.

⁽⁴⁷³⁾Fischbach, a.a.O.(Fn.400), S.31f.

⁽⁴⁷⁴⁾Vgl. Jauernig Kommentar/Heinz-Peter Mansel, BGB, 16. Aufl. 2015, S.1109-1134. 日本語文献として、右近編・前掲注(365)482 頁以下も参照。

⁽⁴⁷⁵⁾BGB662 条(委任の場合の契約類型的義務):「委任を承諾することによって、受任者は、委任者から委託された事務を委任者のために無償で処理する義務を負う。」。

⁽⁴⁷⁶⁾BGB666 条(情報提供及び会計報告義務):「受任者は、委任者に対して必要な通知を行い、請求に基づいて事務の状況を報告し、かつ、委任の執行後に結果を報告する義務を負う。」。

⁽⁴⁷⁷⁾BGB671 条 1 項(撤回、解約):「委任者は、いつでも委任を撤回することができ、受任者は、いつでも委任を解約告知することができる。」。

⁽⁴⁷⁸⁾Puchta, a.a.O.(Fn.395), S.476f.

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ない、委任契約と捉えれば、各寄付者には、寄付金の額に関係なく、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。その他、委任の撤回については、寄付者は、委任の撤回権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⁽⁴⁷⁹⁾。

Stolzberg も、委任説に対しては肯定的である。Stolzberg⁽⁴⁸⁰⁾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を受け取るわけではなく、寄付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。そして、委任契約の成立に関しては、寄付者と募集者の委任契約は、寄付者が募集者に対して申込みを行い、募集者は寄付者からの寄付を受けるところによって受諾することで成立するとする。仮に、募集者が寄付者の申込みを拒否した場合、募集者はすぐに寄付者に寄付を返還しなければならない、それによって委任契約は成立しないといい、募集者は拒絶の意思を直ちに寄付者に通知しなければならないとする⁽⁴⁸¹⁾。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⁽⁴⁸²⁾。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。最後に、Stolzberg は、以下の三つの条文に関しても言及している⁽⁴⁸³⁾。まず、BGB667 条⁽⁴⁸⁴⁾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を定めており、これが適用される場合は、寄付の実行後、余剰の寄付財産があった場合であるとする。次に、BGB669

⁽⁴⁷⁹⁾Puchta,a.a.O.(Fn.395),S.479.

⁽⁴⁸⁰⁾Stolzberg,a.a.O.(Fn.425),S.28.

⁽⁴⁸¹⁾Stolzberg,a.a.O.(Fn.425),S.23f.BGB663 条:拒絶の場合の通知義務「一定の事務の処理のため、公的に選任された者又は公的に引受を申し出た者は、かかる事務に向けられた委任を承諾しない時は、拒絶の意思を委任者に遅滞なく表示する義務を負う。いずれかの者が、委任者に対し、一定の事務の処理の引受を申し出た時も同様である。」。また、Stolzberg は、募集者が寄付者からの信任を受けて寄付を受けているので、第三者に委任の実行を移譲することもできないとする(BGB664 条では、受任者は、疑いのあるときは、委任の遂行を第三者に委譲してはならないと規定している)。

⁽⁴⁸²⁾Stolzberg,a.a.O.(Fn.425),S.30f.

⁽⁴⁸³⁾Stolzberg,a.a.O.(Fn.425),S.32f.

⁽⁴⁸⁴⁾BGB667 条(引渡義務):「受任者は、委任者に対して、事故が委任の遂行のために受領したもの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⁽⁴⁸⁵⁾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⁽⁴⁸⁶⁾の委任の撤回、解約については、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⁽⁴⁸⁷⁾は、募集者が委任の遂行の目的のため、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も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⁽⁴⁸⁸⁾。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、寄付者が寄付を決められた目的に利用することを募集者に委任する場合であるとする⁽⁴⁸⁹⁾。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、寄付の意図された使用であるとする⁽⁴⁹⁰⁾。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する。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るという⁽⁴⁹¹⁾。なぜなら、寄付は寄付者からの返還リスクにさらされるからであるとする。しかし、寄付の場合、寄付者は一度与えた寄付を返

⁽⁴⁸⁵⁾BGB669 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。」。

⁽⁴⁸⁶⁾さらに、Stolzberg は、BGB670 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.425),S.33f.)。

⁽⁴⁸⁷⁾Fischbach,a.a.O.(Fn.400),S.31f.

⁽⁴⁸⁸⁾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、また、多数者からの寄付の場合、募集者は個々の寄付者から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.450),S.21.)。Kiepert も同様である

(Kiepert,a.a.O.(Fn.411),S.18f.)。

⁽⁴⁸⁹⁾Fischbach,a.a.O.(Fn.400),S.31f

⁽⁴⁹⁰⁾Rademacher,a.a.O.(Fn.402),S.32.

⁽⁴⁹¹⁾Rademacher,a.a.O.(Fn.402),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.412),S.80.)。

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、寄付目的を挫折させるものであるという。

その他、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⁽⁴⁹²⁾。

(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、寄付は、特定の第三者のために行われる場合、寄付者と募集者との間で、寄付の受益者を第三者(受益者)として、第三者のためにする契約が成立すると解するものである⁽⁴⁹³⁾。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する契約が成立し、寄付の受益者が履行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⁽⁴⁹⁴⁾。

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。BGB における第三者のためにする契約は以下のとおりである⁽⁴⁹⁵⁾。

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⁽⁴⁹⁶⁾。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良いとされ、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良いといわれる。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⁽⁴⁹⁷⁾では、契約当事者の意思

⁽⁴⁹²⁾Erb,a.a.O.(Fn.426),S.60.

⁽⁴⁹³⁾Konrad Hellwig,Die Verträge auf Leistung an Dritte,1899,S.238ff.

⁽⁴⁹⁴⁾Hellwig,a.a.O.(Fn.493),S.241.

⁽⁴⁹⁵⁾Vgl.Jauernig Kommentar/Astrid Stadler,BGB,16.Aufl.2015,S.517-525.日本語文献として、椿寿夫・右近健男編『ドイツ債権法総論』(日本評論社、1988)231 頁も参照。

⁽⁴⁹⁶⁾BGB328 条 1 項(第三者のためにする契約):「契約により、第三者が給付を請求する権利を直接取得する効力を伴う、第三者に対する給付を約定することができる。」。

⁽⁴⁹⁷⁾BGB328 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

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。

また、第三者のためにする契約の社会的、経済的機能は、給付関係の簡略化および第三者の権利の保障であるといわれ、契約による給付請求権の発生を予定する規定であると理解される。第三者のためにする契約に基づき、第三者は契約に関与せず、直接に給付請求権を取得することができ、その際、第三者の承諾、参加、第三者が自己のためになされた契約を認識することも必要とされていない。要約者は、諾約者との間に存する契約関係における債権者であり、その債権の内容は、自己への給付ではなく、原則、第三者への給付を請求することである。諾約者は要約者に対する債務として、第三者に対する給付を負担しており、第三者への給付が債務の履行となる。そして、諾約者が債務不履行になれば、要約者は解除権等を行使することができるといわれる(これについて、第三者の同意を要するかは議論があるが、合意を必要とするといわれる)。

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。

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⁽⁴⁹⁸⁾。しかし、すべての寄付において、寄付者と募集者との間に、特定の第三者の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⁽⁴⁹⁹⁾。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を管理、使用するからであるとする⁽⁵⁰⁰⁾。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履行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、

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。」

⁽⁴⁹⁸⁾Stolzberg,a.a.O.(Fn.425),S.41.

⁽⁴⁹⁹⁾Stolzberg,a.a.O.(Fn.425),S.41.

⁽⁵⁰⁰⁾Stolzberg,a.a.O.(Fn.425),S.42.

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⁽⁵⁰¹⁾。

Fischbach は、仮に特定の受益者のために寄付を行う場合にも、そこでの受益者もしばしば多く不確定であり⁽⁵⁰²⁾、また、例えば、シュレーゲル地方の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⁽⁵⁰³⁾。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⁽⁵⁰⁴⁾。**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、受益者に履行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は不可能ではないと述べる⁽⁵⁰⁵⁾。しかしながら、**Rademacher** は、第三者のためにする契約は、当初から契約当事者の意図が第三者に履行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⁽⁵⁰⁶⁾。なぜなら、募集者の寄付財産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限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られた寄付の事例に挙げ、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⁽⁵⁰⁷⁾。最後に、**Rademacher** は、仮に第三者のためにする契約によって、受益者に履行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

⁽⁵⁰¹⁾Stolzberg,a.a.O.(Fn.425),S.42f.

⁽⁵⁰²⁾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図はないと指摘している(Puchta,a.a.O.(Fn.395),S.475.)。

⁽⁵⁰³⁾Fischbach,a.a.O.(Fn.400),S.34f.

⁽⁵⁰⁴⁾Fischbach,a.a.O.(Fn.400),S.36.

⁽⁵⁰⁵⁾Rademacher,a.a.O.(Fn.402),S.28.

⁽⁵⁰⁶⁾Rademacher,a.a.O.(Fn.402),S.30.

⁽⁵⁰⁷⁾Rademacher,a.a.O.(Fn.402),S.30f.

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⁽⁵⁰⁸⁾。

Erb⁽⁵⁰⁹⁾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に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。

(五) 組合説

組合説は、寄付において、寄付者間で組合契約を締結するという説である⁽⁵¹⁰⁾。これまでの学説は、寄付者と募集者との間の契約関係に焦点が置かれて考察されていたが、寄付者間相互の關係に注目し、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⁽⁵¹¹⁾。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)⁽⁵¹²⁾。

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⁽⁵¹³⁾。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⁽⁵¹⁴⁾。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

⁽⁵⁰⁸⁾Rademacher,a.a.O.(Fn.402),S.31f.

⁽⁵⁰⁹⁾Erb,a.a.O.(Fn.425),S.57ff.

⁽⁵¹⁰⁾Otto Gierke,Deutsches Privatrecht,Allgemeiner Teil und Personrecht,Bd.1.1895,S.672ff.

⁽⁵¹¹⁾Fischbach,a.a.O.(Fn.400),S.61f.

⁽⁵¹²⁾Fischbach,a.a.O.(Fn.400),S.61f.

⁽⁵¹³⁾Gierke,a.a.O.(Fn.510),S.673.

⁽⁵¹⁴⁾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.510),S.673.)。

ある⁽⁵¹⁵⁾。

Joerges⁽⁵¹⁶⁾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⁽⁵¹⁷⁾、寄付者が募集者に寄付をすることにより、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ないために、組合の決議によって、組合の運営管理は、寄付者を除外することが適切であると述べる⁽⁵¹⁸⁾。

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、BGB における組合の内容をみていくこととする。BGB における組合は以下のとおりである⁽⁵¹⁹⁾。

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有ると規定している⁽⁵²⁰⁾。組合員は最低二人いれば良く、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、観念的な目的、例えば、学術、文化、政治、宗教的な目的でも良いとされる。その他、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及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。その他、組合契約は、各組合員に組合目的の達成という相互

⁽⁵¹⁵⁾Gierke,a.a.O.(Fn.510),S.674.

⁽⁵¹⁶⁾Joerges,a.a.O.(Fn.425),S.37ff.

⁽⁵¹⁷⁾Joerges は、BGB706 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、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 BGB706 条 3 項に適合的であるという(Joerges,a.a.O.(Fn.425),S.37ff.)。

⁽⁵¹⁸⁾Joerges,a.a.O.(Fn.425),S.45.BGB710 条(業務執行の委譲)では、組合契約にいて、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。

⁽⁵¹⁹⁾Vgl.Jauernig Kommentar/Dres.h.c.Rolf Stürner,BGB,16.Aufl.2015,S.1185-1238.日本語文献として、右近編・前掲注(365)577 頁も参照。

⁽⁵²⁰⁾BGB705 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。」。

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、労務でも良いとされる(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⁽⁵²¹⁾。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。業務執行者の地位に関しては、組合員たる地位から出てくるとされ、業務執行者の活動は、有償の職務ではないとする。この業務執行者は、誠実義務に基づき、私益を図るのではない活動をする義務を負うので、業務執行者は自己の利益を原則として共同の目的に従わせなければならない義務を負う。しかし、共同の目的をどのように達成するかということに関する業務執行者の決定は、注意して業務執行をする義務に基づき業務執行者に定められた限界の範囲内において原則として業務執行者の裁量に委ねられるとされる。

最後に、組合員の決議に関しては、組合員の全体意思を生み出す手続きであると理解される。この意思は、個々の組合員の意思が表明される投票によって形成される。組合決議は、全員の一致、多数決決議によって組合員の全体意思を確定する必要がある場合に行われなければならないとされる。その他、業務執行権限を剥奪することもでき、これについては義務違反と能力の欠如が要件である⁽⁵²²⁾。義務違反は信頼関係の深刻な破壊、業務執行者の悪意のある又は公序良俗に反する態度等であり、能力の欠如は、病気、老齢によるものであるとされる。業務執行組合員の権利義務に関しては、組合契約関係から異なる結果が生じない限り、委任に関する規定を準用できるとする(BGB713条)。しかし、業務執行権限は組合員たる地位に基づくのであり、受任者の地位とは異なるから、業務執行者と組合との関係に委任規定を直接適用することはなく、業務執行組合員の権利義務関係については、組合契約の約定がまず適用されると理解される。また、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に帰属するとされる。これは、組合に

⁽⁵²¹⁾BGB709条(共同の業務執行)：1項「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、全組合員の同意を要する。」。

⁽⁵²²⁾BGB712条(業務執行の権限の剥奪及び解約告知)：1項「組合契約により、ある組合員に対して委譲された業務執行権限は、重大な理由があるときは、全員一致の議決により、又は組合契約に従い表決権の過半数で決定した場合においては、他の組合員の過半数の議決により剥奪することができ、かかる理由は、特に正常な業務執行に対する重大な義務違反又は無能力をいう。」。

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。

Kiepert⁽⁵²³⁾は、組合説の利点は、寄付目的の実行まで、寄付財産の管理に寄付者が関わることを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、確かに、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ことではなく、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⁽⁵²⁴⁾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、寄付目的が完全に達成されていない限り、寄付財産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、決議によって寄付目的に何らかの影響を与えることができる。そして、寄付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はこのような利点を述べるものの、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⁽⁵²⁵⁾。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を締結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とする。

Rademacher⁽⁵²⁶⁾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⁽⁵²⁷⁾。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目的を達成することも、共通の出資によって寄付目的を達成しようとしめないという⁽⁵²⁸⁾。したがって、寄付者らが

⁽⁵²³⁾Kiepert,a.a.O.(Fn.411),S.21f.

⁽⁵²⁴⁾Fischbach,a.a.O.(Fn.400),S.62ff.

⁽⁵²⁵⁾Fischbach,a.a.O.(Fn.400),S.62ff.

⁽⁵²⁶⁾Rademacher,a.a.O.(Fn.402),S.37ff.

⁽⁵²⁷⁾Rademacher,a.a.O.(Fn.402),S.37ff.

⁽⁵²⁸⁾Rademacher,a.a.O.(Fn.402),S.37ff.

寄付をするのは、組合員としての出資ではなく、自発的に寄付するものとしてみなされるとい
う。また、多数の寄付は、ほとんどの場合、お互いについて何も知らないであろうし、瞬時的
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⁽⁵²⁹⁾。

Endemann⁽⁵³⁰⁾は、基本的に寄付者が互いに法的関係にあることはないという。すなわち、寄
付者らは共通の手段で、協働して行動することによって寄付目的を達成することはせず、組合
のように出資をすることはないとする。なぜなら、寄付者は、誰もが寄付を募集者に行い、募
集者に寄付財産の管理、使用について法的権限を委ねるのであり、寄付者は寄付者同士で、組
合を形成することを望んではないという⁽⁵³¹⁾。

Stolzberg⁽⁵³²⁾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⁽⁵³³⁾。

Erb は、組合説は、集まった寄付財産の担い手は、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⁽⁵³⁴⁾。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⁽⁵³⁵⁾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

⁽⁵²⁹⁾Rademacher,a.a.O.(Fn.402),S.40f.

⁽⁵³⁰⁾Friedrich Endemann,Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts,Bd.2.1908,S.867.

⁽⁵³¹⁾また、Heinsheimer は、寄付者同士で寄付目的のために組合を形成することは考えられず、
典型的には、寄付者と受益者との間に募集者が存在するという。しかし、募集者は寄付によっ
て受益者を支援する等の共通の目的のために共同体となり活動する場合は考えられ、その場合、
寄付者と募集者が組合を形成することは可能であるとする(Karl Heinsheimer,Zum Prozesse
der Radboder Witmen,Deutsch Juristen Zeitung,1909,S.422f.)。

⁽⁵³²⁾Stolzberg,a.a.O.(Fn.425),S.15f.

⁽⁵³³⁾Stolzberg,a.a.O.(Fn.425),S.16f.

⁽⁵³⁴⁾Erb,a.a.O.(Fn.426),S.69ff.

⁽⁵³⁵⁾Erb,a.a.O.(Fn.426),S.69ff.

なく、原則として、寄付者は、寄付財産に他の誰かが寄付したか知らないからであるという⁽⁵³⁶⁾。
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に扱いたいと考えているのではないかと指摘する。しかしながら、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⁽⁵³⁷⁾。

(六) 法人説

法人説は、寄付財産に法人格を与え、財団法人として取り扱い、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⁽⁵³⁸⁾。財団の設立に関しては BGB80 条⁽⁵³⁹⁾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と規定するが、Dernburg と Seckel は寄付の場合に州の主務官庁の承認を必要としないとする⁽⁵⁴⁰⁾。特に Seckel は、BGB1914 条は、寄付財産が目的によって拘束され、それ自体が法人格としてみなされるとして、寄付財産が財団の存在を前提としているとする。Kohler⁽⁵⁴¹⁾、Leonhard⁽⁵⁴²⁾も、BGB1914 条は、法人格を受け入れる法的構成を取っており、寄付財産を財団とみなすものである。Kohler は、黙示にあるいは、法的要請によって法人が設立されることが考えられるとし、そのような事例の一つとして、寄付財産が財団とみなされることであるという。Leonhard は、寄付財産がある目的に従って管理されているという点において、財団としての性質を有するとして法人説を支持している。

⁽⁵³⁶⁾その他、Nothmann、Gallsch も、Erb と同様の理由で、寄付者間において組合を形成することを否定する(Nothmann,a.a.O.(Fn.412),S.76.Gallsch,a.a.O.(Fn.416),S.24f.)。

⁽⁵³⁷⁾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.412),S.76.)。

⁽⁵³⁸⁾Vgl.Hermann Isay,Zur Lehre von den Sammelgeschäften,In Jherings Jahrbüchern für dogmatik,Bd.36.1896,S.442. Heinrich Dernburg,Padenkten,Bd.1.1900,S.144.:Die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts,des Deutschen Reichs und Preußens,Bd.1.1906,S.322. 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.Emil Seckel,Gutachten über die Frage:Empfehlen sich gesetzliche Vorschriften über die rechtl.Stellung des Sammelvermögens?Verhandlg.d.30.Juristentages,Bd.1.1910,S.620.

⁽⁵³⁹⁾BGB80 条(権利能力のある財団の成立):1 項「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。」。

⁽⁵⁴⁰⁾Dernburg,a.a.O.(Fn.538),S.322.Seckel,a.a.O.(Fn.538),S.581.両者は、財団の規定を類推して適用することを目的において法人説を提唱しているとされる。

(Rademacher,a.a.O.(Fn.402),S.44f.Stolzberg,a.a.O.(Fn.425),S.10.)。

⁽⁵⁴¹⁾Kohler,a.a.O.(Fn.538),S.147.

⁽⁵⁴²⁾Leonhard,a.a.O.(Fn.538),S.110.

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。BGB における財団の内容は以下のとおりである⁽⁵⁴³⁾。

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と管轄権を有する州官庁による承認が必要である(BGB80 条 1 項)。また、財団の目的を継続的に達成することが確保されたと思われ、財団の目的が公共の福祉をおびやかさないという寄付行為についての要件が充たされる時、BGB80 条 2 項⁽⁵⁴⁴⁾により、承認される。寄附行為⁽⁵⁴⁵⁾は、生存する者の場合には受領を必要としない一方的意思表示によって、あるいは、遺言または相続契約に基づいて死亡による寄附行為として行われる。その場合、

⁽⁵⁴³⁾Vgl. Jauernig Kommentar/Heinz-Peter Mansel, BGB, 16. Aufl. 2015, S. 32-36. 日本語文献として、柚木馨『獨逸民法 I 民法総則(復刊板)』(有斐閣、1955)107 頁、ディーター・ライポルト原著：円谷峻訳『ドイツ民法総論』(成文堂、2015)448 頁以下も参照。

⁽⁵⁴⁴⁾BGB80 条(権利能力ある財団の設立)：2 項「寄附行為が次条第 1 項の要件を満たしており、財団の目的の継続的及び持続可能な達成が確保されていると認められ、かつ、財団の目的が公益に危険を及ぼすことがない場合には、財団を、権利能力のあるものとして承認しなければならない。一定の期間を定めて設立され、その財産が目的遂行のために消費されるべき財団(消費財団)の場合においては、財団が、寄附行為を定める 10 年以上の期間にわたり存続するとされる時、財団の目的の継続的な達成が確保されていると認められるものとする。」

⁽⁵⁴⁵⁾BGB81 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の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。寄付行為により財団、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

寄付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。」

BGB83 条(死因財団設立)：「寄附行為が死因による処分行為に存するときは、遺産裁判所は、相続人又は遺言執行人から寄附行為の商人の申し立てがない限り、寄附行為の承認のため、これを所轄の官庁に通知しなければならない。寄附行為が第 81 条第 3 文の要件を満たしていないときは、財団に対して所轄の官庁が承認の前に定款を付与し、又は不完全な定款を補充するものとし、その際、財団設立者の意思を考慮しなければならない。財団の所在地について別段の定めがないときは、財団の運営が行われる場所を財団の所在地とみなす。疑いのあるときは、財団設立者の国内における最後の住所を財団の所在地とみなす。」

BGB84 条⁽⁵⁴⁶⁾は、財団が相続人として指定されることを認めている。また、財団の根本原則は、寄付行為を通じて、寄付行為で(従って、財団設立者によって)定められた財産の定款により定められ、財団の運営は、財団の理事会により運営される。この際、理事の任命は財団の定款によって行われるといわれている。

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⁽⁵⁴⁷⁾。

Rademacher⁽⁵⁴⁸⁾は、法人説は、寄付財産を財団と同様に扱い、法人格を付与したいと考えているとしており、募集者に関しては、財産を管理するために任命された者であり、事業を代表し、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については、要式が必要であるし、財団設立に関しては州の承認が必要であるとする。そして、寄付の場合においては、ほとんどの寄付者は、寄付を書面等の手続きをせずに募集者へ寄付することができるし、Dernburg 等が州の承認要件を排除する見解を述べているが、財団の規定の適用を受ける以上、BGB81 条の適用は避けることができず、その他に、公法上の規制を受ける必要も考えられるので、法人説は不適切であるとする⁽⁵⁴⁹⁾。

Stolzberg は、寄付財産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り、法律において一時的な目的のために財団を形成するものではないので法人説を否定する⁽⁵⁵⁰⁾。この点、Puchta⁽⁵⁵¹⁾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る。さらに、Stolzberg は、BGB80 条、81 条の適用については、Dernburg、Seckel が BGB80 条については、州の主務官庁の承認を必要としないと主張するが、財団における寄附行為を寄付における寄付行為に適用したいとするのであれば、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。これについては、Joerges⁽⁵⁵²⁾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、BGB80 条、BGB81 条の適用がなされな

⁽⁵⁴⁶⁾BGB84 条(財団設立者の死後の承認):「財団が財団設立者の死後に権利能力のあるものと承認されたときは、財団は、財団設立者の寄贈について、その生前に成立したものとみなす。」

⁽⁵⁴⁷⁾Fischbach, a.a.O.(Fn.400), S.71f.

⁽⁵⁴⁸⁾Rademacher, a.a.O.(Fn.402), S.44ff.

⁽⁵⁴⁹⁾Rademacher, a.a.O.(Fn.402), S.44ff.

⁽⁵⁵⁰⁾Stolzberg, a.a.O.(Fn.425), S.10.

⁽⁵⁵¹⁾Puchta, a.a.O.(Fn.395), S.477.

⁽⁵⁵²⁾Joerges, a.a.O.(Fn.425), S.66.

ければならないとしていた。

König⁽⁵⁵³⁾は、前記の組合説、法人説は、募集者が何らかの団体において活動することが想定され議論されているとする。そして、Seckel等は、BGB1914条と関連付けて、寄付財産に法人格を認めようとするが、第二委員会での、BGB1914条の主要な目的は、財団等の法人組織を形成することではなく、寄付に関わる人々の利益を国家的に保護する必要性を重視するものであったとする。さらに、財団の基礎は、寄付財産とは対照的に、一時的ではなく永続的なものであり、堅実な組織を必要とするという⁽⁵⁵⁴⁾。また、Königは、寄付では、募集者によって管理される財産は多数の寄付者の寄付により形成され、その後、募集者の業務を通じて寄付目的のために寄付財産が使用されるのに対し、財団は、既存の創設された財産が財団の定款によって使用されるとする。したがって、財団と寄付を同様に扱うことは拒絶されるべきであり、寄付者による寄付の給付によって財団の設立につながることはないという。

Erb⁽⁵⁵⁵⁾は、法人説は、寄付財産を BGB1914 条と関連付けて、寄付財産が目的的管理を備えるものであり、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の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、目的の期間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、永続的な目的により財産が集められる。そして、寄付財産と財団の間のそのような違いは、寄付財産の一時的な募集と、財団の定款により差別化された構造にあり、財団は、財団設立者が、州の主務官庁の承認を要件として、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。次に、寄付財産と財団の違いは、二つの事業体の監視にあるという。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、監督としては、BGB1914条だけであるとする。最後に、Erbは、財団と寄付財産の起源が異なる方法で強調されるべきであるという。すなわち、一方でかなり自由であり、他方で州の承認が必要とある点であるとする。このように述べて、Erbは、Seckelは、寄付財産が財団の構造と類似していることを主張するものの⁽⁵⁵⁶⁾、BGBの規定により、寄付財産はそれ自体を法人の一種とする主張は不可能であると述べる⁽⁵⁵⁷⁾。

⁽⁵⁵³⁾König,a.a.O.(Fn.450),S.18.

⁽⁵⁵⁴⁾Strohal, Regelsberger も同様に指摘する(Emil Strohal,Bemerkungen zum Entwurf eines bürgerl.Gesetzbuches für das Deutsche Reich in zweiter Lesung,Jherings Jahrbücher für die Dogmatik heutigen und deutschen Privatrechts,Bd.34.1895,S.343. Ferdinand Regelsberger,Pandekten,Bd.1.1893, S.343.)

⁽⁵⁵⁵⁾Erb,a.a.O.(Fn.426),S.147.

⁽⁵⁵⁶⁾Erbは、法人説において寄付財産が財団の性質を有するとしつつも、それ以上の説明がなく、寄付財産をどのように扱うか等何も提示されていないという(Erb,a.a.O.(Fn.426),S.80f.)。

⁽⁵⁵⁷⁾Erb,a.a.O.(Fn.426),S.82f.

(七) 信託行為説

信託行為説は、ドイツにおいてローマ法的信託行為説とゲルマン法的信託行為説の二つの説が展開されているため、検討に入る前に、まず、ドイツにおける信託を概観する必要があると思われる。具体的には、ドイツ信託の基礎と呼ばれる、ローマ法的信託行為、ゲルマン法的信託行為の内容について順にみていき、その後、信託行為説の内容ならびにそれに対する各論者の見解をみていくこととする。

1 ドイツにおける信託の概論⁽⁵⁵⁸⁾

① ローマ法的信託行為

ドイツ法において、信託(Treuhand)に関する法律は存在せず、信託は判例学説の展開によって形成されてきたものであると説明される⁽⁵⁵⁹⁾。ドイツ法における信託の原型とされる類型は、19世紀半ばから20世紀にかけて、一定の法律行為の有効性が訴訟において争われた事案であり、特に、そこでは債権譲渡担保、取立のための債権譲渡等の権利移転の法律行為に対して、虚偽表示にあたるのではないかと、その行為が無効になるのではないかという問題が判例⁽⁵⁶⁰⁾において争われていた。これらの法律行為に対して、Regelsberger⁽⁵⁶¹⁾は、債務者が債権譲渡の無効を虚偽表示に基づいて主張するが、実際には虚偽表示に該当しない法律行為、すなわち、「法律行為

⁽⁵⁵⁸⁾ドイツ法における信託については、外国法文献以外にも以下の日本語文献を参考にした。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)、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巻1号、5号、6号(1978~1980)、新井誠『財産管理制度と民法・信託法』(有斐閣、1990)、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)、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号2巻、11巻、125号1号、12号(2007~2008)、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)。

⁽⁵⁵⁹⁾Hemult Coing, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, 1973, S.17, 28. 新井・前掲注(558)36頁、中田・前掲注(558)45頁、

⁽⁵⁶⁰⁾債権譲渡担保は、担保目的に債権譲渡が行われ、取立のための債権譲渡は、債権の取立てを委任する目的で債権譲渡を行う法律関係である。取立のための債権譲渡では、取立てられた金銭を債権譲受人から債権譲渡人に引き渡す合意もなされ、受託者は債権者としての利益を享受しない。これらの債権譲渡に対して債務者が虚偽表示の抗弁を述べることができるかが判例において、争点となっていた。例えば、イエーナ上級裁判所1847年5月6日判決は、取立てのための債権譲渡の効力を債務者が争った事例である。裁判所は、譲受人と債務者との関係に対して、譲渡の基礎にある法律行為は、少なくとも通常は無関係であるとして、譲受人の債務者に対する請求を認めた。債権譲渡担保に関しては、ライヒ裁判所1889年9月17日判決は、譲渡が虚偽表示になるかが争われた。裁判所は、譲渡が譲受人の担保のためにのみなされた場合でも、債権が譲受人に移転すると判示した(Coing, a, a, O. (Fn.559), S.28-34. 中田・前掲注(558)45-48頁。)。

⁽⁵⁶¹⁾Ferdinand Regelsberger, Zwei Beiträge zur lehrer von der Cession in, archiv für die civilistische praxis, Bd.63.1880, S.172-173. 四宮・前掲注(558)101頁、富田・前掲注(558)84-85頁、加毛・前掲注(558)(三)117-127頁、中田・前掲注(558)50-51頁参照。

の意思表示において、当事者は、外観が示す法律効果をもたらすことを意図するけれども、それによって一定の法的権力が与えられる者が、その地位を、それによって可能となるあらゆる目的ではなく一定の目的のみで行使する」という法的現象であり、これをローマ法的信託行為と名付けた。Regelsberger は、ローマ法的信託行為の特徴は、目的と手段の不均衡であり、一定の法律効果を達成するために、その法律効果の獲得に必要とされる以上のものを与える法形式が選択されるところにあると説明する。このように説明した上で、Regelsberger は、一般に委託者から受託者への完全な所有権の移転と信託目的による対人訴権の制限とをもって特徴とする fiducia に倣って、原則的に信託財産上の権利に対する受託者の完全権たる地位を承認し、信託目的による制限を委託者と受託者との間の債権的拘束にすぎないものと解しており⁽⁵⁶²⁾、これはその後の学説においても支持された⁽⁵⁶³⁾。

そして、判例においても基本的にこの理論を踏襲している⁽⁵⁶⁴⁾。例えば、ライヒ裁判所 1937 年 2 月 19 日判決(RGZ153,366)では、信託関係の本質は受託者に対外的に完全権者(Vollberechtigte)の地位が与えられる一方、受託者は委託者との内部関係において、信託財産を一定の方法のみで処分すべき義務を負うという点にあるとし、物もしくは権利が譲渡される場合、その物権的効力は当事者の合意によって制限しえないとする。そして、一定の方法でのみ信託財産を処分すべき受託者の義務は債権的な性質のものにすぎない(BGB137 条)と判示する⁽⁵⁶⁵⁾。また、受託者が破産もしくは、その債権者による信託財産への強制執行に際し、一定の要件の下で、委託者の取戻権(ドイツ破産法 43 条)、もしくは異議権(ドイツ民事訴訟法 771 条)を承認している⁽⁵⁶⁶⁾。例えば、ライヒ裁判所 1914 年 2 月 19 日判決(RGZ84,214)⁽⁵⁶⁷⁾は、不動産

⁽⁵⁶²⁾Regelsberger, a.a.O.(Fn.561), S.171-174. 辻・前掲注(558)(一)41-42 頁、新井・前掲注(558)36-37 頁参照。より詳細な検討として、加毛・前掲注(558)(三)117-126 頁、中田・前掲注(558)50-53 頁。

⁽⁵⁶³⁾Vgl.Lang, Die Wirklichkeiten der fiduziarischen Geschäfte, AcP83, 1894, S.336. Goltz, Das fiduziarische Rechtsgeschäft mit besonderer Berücksichtigung des Wechsel- und Konkurs-rechtes, 1901, S.12-14. 中田・前掲注(558)51-53 頁参照。

⁽⁵⁶⁴⁾RGZ153, 266, RGZ160, 52 等。

⁽⁵⁶⁵⁾BGB137 条(法律行為による処分禁止)は「譲渡性のある権利を処分する権能は法律行為によって排除または制限することができない」と規定している。判例は、受託者の完全権者たる地位と BGB137 条を根拠に、受託者の処分権の制限する委託者・受託者間の合意の対外的効力を否定する。これについて、Kötz は、受託者の権限濫用による信託財産の処分に対しては、代理権濫用の理論が援用されたとする。すなわち、受託者から信託財産を取得した第三者が受託者の権限濫用を認知していたか否か、過失により認知しえなかった場合に限り、その処分行為は無効となるとし、これにより、信託取引の安全性が維持され、また BGB137 条にも抵触しないという(Hein Kötz, Trust und Treuhand, 1963, S.141. 新井誠監訳『トラストとトロイハント』(勁草書房、1999)149 頁、富田・前掲注(558)90 頁参照)。ライヒ裁判所 1937 年 2 月 19 日判決については、新井誠教授は、明確にローマ法的信託理論に依拠する旨を述べており、以後、判例は基本的にこれを踏襲しているとする(新井・前掲注(558)40-41 頁)。

⁽⁵⁶⁶⁾新井・前掲注(558)40 頁。その他、委託者の取戻権・第三者異議権を認める判例についての詳細な検討については四宮・前掲注(558)108-110 頁、吉永一行「ドイツ判例法における信託成

取引業者 A が土地競売により不動産を取得し、所有者として登記していたところ、土地の賃料債権を Y(被告)が差押え、取立てのために転付した事案である。それに対して、X(原告)は、A の不動産取得および管理が X の委任と計算により行われたものであり、差押えと転付は認められないとして第三者異議の訴えを提起した。

ライヒ裁判所は、「本件強制執行の対象である賃料債権はかつて一度も X の財産の構成部分を成したことはなく、それ故に、X の財産から A に譲渡されえなかったものである。賃貸土地も X から A に譲渡されたものではなく、A によって第三者から取得されたものである。A がその際 X の委託と計算でしただけの行為とすれば、なるほど A は X の間接代理人であったことにはなる。しかし X には、本件土地および賃料上の権利はなく、A に対し上記土地の譲渡ならびに賃料債権の譲渡もしくは取立てた賃料の支払いを求める債権的請求権があるにすぎない。X と A との間に受託者関係(Treuhänderverhältnis)は存在しない。いずれにせよ法的意味での受託者関係を語りうるのは、ある者(委託者)がその財産から他人(受託者)に目的物を信託的に、つまり、受託者はその権利を自己の名において行使するが、自己の利益のために用いてはならないという具合にして、譲渡する場合だけである。この場合、信託財産は、経済的にはそうではないとしても、法的には委託者の財産から離脱する。しかし、この『信託的譲渡(Anvertrauens zu treuen Händen)』の要件を全く度外視し、ある者が他人の委託と計算でしかも自己の名において行為するところはどこでも、このような受託者関係が存在するとすれば、その概念は極めて不明瞭になるものとなろう。」と判示して、X の請求を斥けた。このように破産法上の取戻し権、強制執行法上の異議権が問題となった事案にあたっては、「委託者から受託者への財産譲渡」を持って、信託財産と認め、これらの権利が承認されるべき信託関係の存否を決する判断基準としてきた⁽⁵⁶⁸⁾。

② ゲルマン法的信託行為

判例、学説は、委託者と受託者の関係を債権的拘束と捉える一方、受託者の完全権者たる地位を確立し、さらに BGB137 条を根拠にその対内的な債権的拘束は対外的には効力を持たないとした。また、信託関係が認められる要件として、判例は、委託者が受託者に目的物を直接移転しなければ信託関係を認めないとする直接性の原則を要件とする。このように、判例、学説はローマ法的信託行為に依拠して、受託者への権利移転と受託者の債務法的な拘束という法律構成を確立した。しかし、ローマ法的信託行為については、直接性の原則の適用による信託設

立要件としての『直接性原則』－わが国における信託法理の射程についての研究序説－」産大法学 40 巻 3・4 号(2007)556 頁、571-586 頁がある。

⁽⁵⁶⁷⁾ 辻・前掲注(558)(一)43-44 頁、中田・前掲注(558)66-67 頁参照。

⁽⁵⁶⁸⁾ 辻・前掲注(558)(一)44 頁、新井・前掲注(558)40-41 頁、中田・前掲注(558)67 頁。

定範囲の厳格性、委託者および受益者の法的地位の弱さが指摘されていた。このような問題に対処するため、Schultze は、ゲルマン法的信託行為を提唱した⁽⁵⁶⁹⁾。以下では、Schultze の研究をみていくこととしたい。

Schultze は、受託者とは、自己の利益においては利用しないとの条件で権利を固有権(Eigenrecht)として受領する者であるとする⁽⁵⁷⁰⁾。そして、この概念規定を出発点に、Schultze は、ランゴバルド法上の信託に関する自らの歴史的研究⁽⁵⁷¹⁾の成果を踏まえ、ローマ法的信託行為たる fiducia との対比において、ゲルマン法的信託の特質を、付与の際に予め所定の目的に合わせて制限された受託者の権限に見出す。ここでは、委託者から受託者への権利移転に際し、物権的譲渡契約の中に信託の目的規定が取り込まれ、この目的に違反する権利の利用は物権的に無効であり、目的違反の利用または目的不達成の場合には、権利が委託者に復帰するとする。そして、このような効果を惹起しうる法律構成として想定されるのが、受託者の解除条件付所有権であると述べる⁽⁵⁷²⁾。その上で、Schultze は、次のような見解を示す⁽⁵⁷³⁾。すなわち、BGB 自身が以前の権利状態の自己発生(Selbsteintritt)を伴う解除条件付の処分行為を承認しており(BGB158 条 2 項、161 条)、かつ善意取得に関する規定が取引の安全を確保している以上、現行 BGB 上も解除条件によって物権的に制限された受託者の権限を基礎とする信託関係の設定が可能であり、これによって取引の安全を損なうことなく適切な委託者の保護を実現できるとする。そこで、目的違反の利用を解除条件とする譲渡によって委託者は受託者の目的違反の処分に際し、悪意または重過失ある相手方に対して信託財産の返還を請求することができるとする。このような、Schultze による解除条件付所有権という法的構成はゲルマン法的信託行為として位置付けられ、受託者の背信処分あるいは信託目的の不能等に対して委託者および受益者の物権的な保護を意図するものであるが、BGB における解釈上の問題等⁽⁵⁷⁴⁾により、その積極的な支持

⁽⁵⁶⁹⁾ Alfred Schultze, *Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht*, Jherings Jahrbücher die Dogmatik des heutigen römischen Rechts und des deutschen Privatrechts, Bd. 43. 1901.

⁽⁵⁷⁰⁾ Schultze, a.a.O. (Fn. 569), S. 1. 辻・前掲注(558)(二)2 頁。

⁽⁵⁷¹⁾ Schultze は、ランゴバルド法では受託者が所定の方法によらずに目的物を処分した場合、委託者の物権的返還請求権が承認されていたとする(Alfred Schultze, *Die langobardische Treuhand und ihre Umbildung zur Testamentsvollstreckung*, 1895, S. 76.)。

⁽⁵⁷²⁾ Schultze, a.a.O. (Fn. 569), S. 10.

⁽⁵⁷³⁾ Schultze, a.a.O. (Fn. 569), S. 20-22. 辻・前掲注(558)(二)2-6 頁。さらに、受託者の債権者による差押または信託財産の破産財団への取込を解除条件とすることによって、委託者の異議権、取戻権の基礎が明確になるとする(Schultze, a.a.O. (Fn. 569), S. 22-23.)。その他、Schultze の解除条件付所有権移転という構成を紹介する文献として、森下・前掲注(558)17 頁以下、四宮・前掲注(558)112-113 頁、森泉編・前掲注(558)19-23 頁、富田・前掲注(558)87-88 頁、加毛・前掲注(558)2673-2684 頁、中田・前掲注(558)71-75 頁。

⁽⁵⁷⁴⁾ 主な問題点として、BGB137 条により受託者の信託上の拘束が債権的な拘束になることである。例えば、BGB137 条 1 項によれば、譲渡人 a が譲受人 b に権利を譲渡する際、譲受人 b が譲渡された権利をさらに処分することを妨げるような制約を課すことはできないこととなる。このため受託者が委託者から受け取った信託財産を信託約定に反して第三者に処分、背信的処

者は少なく、学説の多くはこれを信託関係の単なる法的基礎の一つとして叙述するに過ぎず⁽⁵⁷⁵⁾、取引実務においても解除条件付構成の信託関係はほとんど利用されていないという⁽⁵⁷⁶⁾。

③ ローマ法的信託行為とゲルマン法的信託行為

これまでみてきたように、ドイツ法の信託においては、ローマ法的信託行為とゲルマン法的信託行為とがみられるが、判例、学説はローマ法的信託行為を支持しているといわれる。すなわち、原則として、信託財産に対する受託者の完全権の行使に対する信託目的による制限は、受託者と委託者(あるいは信託受益者)との間の債権的拘束にすぎないと解する。これに対し、ゲルマン法的信託行為は、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。しかし、その後ゲルマン法的信託行為⁽⁵⁷⁷⁾は、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る。それは、上記で述べたように、BGB の中に整合させることは、困難であったことが理由であると考えられる。

このような事情から、現在では、ローマ法的信託行為が主流をなしているといわれており、ドイツにおける信託については Coing が、以下のような分析を加えている。

Coing は、信託の本質は、あるものに帰属するかあるいはその者が処分し得る一定の権利がその者自らの利益のためにではなく、他人のために保有し行使されることを法律行為により義務付けられるところにあるとする⁽⁵⁷⁸⁾。そして、信託行為は人的要素、物的要素からなると説明している。人的要素としては、信託財産を他人の利益のために保有し、それに対する義務を履行

分をした場合、この処分自体は原則として有効であり、委託者は第三者に対して返還を求めることはできないと解される。したがって、必然的に、受託者への完全権の移転、そして委託者と受託者との間の債権的拘束というローマ法的信託行為が理論的優位を保つこととなる。その他、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と説明される。森泉編・前掲注(558)23-24 頁、新井・前掲注(558)39-40 頁、富田・前掲注(558)91 頁、加毛・前掲注(558)2677-2678 頁参照。

⁽⁵⁷⁵⁾Wolfgang Siebert, Das rechtsgeschäftliche Treuhändverhältnis, 1933, S.214-232. 辻・前掲注(558)(二)4-5 頁。

⁽⁵⁷⁶⁾Coing, a.a.O.(Fn.559), S.50. 辻・前掲注(558)(二)4-5 頁。

⁽⁵⁷⁷⁾ゲルマン法的信託行為はその後、Ludewig、Siebert によって理論的展開がみられた。すなわち、信託財産自体は委託者に帰属しながら、信託目的に適合した権限だけが受託者に付与されるというものであり、それは授權信託概念と呼ばれる(Vgl. Wilhelm Ludewig, Die Ermächtigung nach bürgerlichem Recht, 1922, S.2-75. Siebert, a.a.O.(Fn.575). 新井・前掲注(558)37 頁)。しかし、受託者に与えうる授權の種類等、授權という概念自体の不明瞭な状態であり、今日まで学説での一致が見られず、ローマ法的信託理論が理論的優位に立つと説明される(Coing, a.a.O.(Fn.559), S.49. 辻・前掲注(558)(二)9 頁、森泉編・前掲注(558)23-24 頁、新井・前掲注(558)37 頁、86 頁)。

⁽⁵⁷⁸⁾Coing, a.a.O.(Fn.559), S.85. 富田・前掲注(558)90 頁。

するよう受託者に義務を課すものであり、物的要素としては、受託者の義務が一定の権利の保有に関係していることから生じるとする⁽⁵⁷⁹⁾。受託者は、目的物に対して一定の権利行使が認められ、その権利は信託約定に基づくものであり、受託者がその権利主体であること、さらに処分権を得るものとして、受託者に所有権が与えられなければならないとされる⁽⁵⁸⁰⁾。その場合、権利移転の形式は重要ではなく、信託財産が委託者から受託者に移転されることで十分であるとされ、信託は信託財産とそれに対する受託者の完全な処分権がなければ創設されないとする⁽⁵⁸¹⁾。さらに、Coing は、法律行為による信託関係の設定は、ドイツ法上二つの要件があるとして、一つ目を信託契約(信託の合意)、二つ目を処分行為であるとする。そして、それは BGB における物権債権の識別に対応するという⁽⁵⁸²⁾。

また、Kötz⁽⁵⁸³⁾は、信託の設定に関して、受益者の利益のために特定的手段方法を用いて財産を管理するための契約上の義務が予定される受託者と委託者の契約的合意に基づき、委託者が財産権を移転することによりなされるとする。さらに、信託設定後の受託者が負う義務については、自己の固有財産と信託財産の分別する義務、信託財産の管理上の明確で正確な報告を行う義務、受託者に有利な職務の遂行をしてはならない義務等があり、受託者を債権的に拘束すると説明している。

その他、Schröder は⁽⁵⁸⁴⁾、次のように述べている。すなわち、信託は、受託者にある権限が「信託として」譲渡されるときに存在するとする。信託関係は、契約といった法律行為であることも考えられ、信託の構成は受託者が所有権移転、権利者からの処分同意、代理権と言った権利及び義務を設定者から得ることであるとする。設定者は、権利義務を失うが、それは受託者に対して権利及び義務を移転した分に相応し、受託者は信託合意により、設定者との関係において、与えられた権利の範囲で対象となる物の管理義務があり、受託者が権利者になることを意味するが、これは合意によって定められた限度においてのみ権利行使できるという。

2 ローマ法的信託行為説

寄付の法的構成に関しては、以下でみるように、主にローマ法的信託行為に依拠して議論が展開されており⁽⁵⁸⁵⁾、部分的にゲルマン法的信託行為が論じられている。したがって、以下では、

⁽⁵⁷⁹⁾Coing,a.a.O.(Fn.559),S.85.富田・前掲注(558)90 頁。

⁽⁵⁸⁰⁾Coing,a.a.O.(Fn.559),S.85.富田・前掲注(558)90 頁。

⁽⁵⁸¹⁾Coing,a.a.O.(Fn.559),S.85.富田・前掲注(558)91 頁。

⁽⁵⁸²⁾Coing,a.a.O.(Fn.559),S.106.富田・前掲注(558)91 頁。

⁽⁵⁸³⁾Hein Kötz,National Report Germany,Principles of European trust law / edited by D.J. Hayton, S.C.J.J. Kortmann and H.L.E. Verhagen.p.89-90.富田・前掲注(558)96-97 頁。

⁽⁵⁸⁴⁾ライナー・シュレーダー、原恵美訳「他人の財産管理」慶応法学 23 卷(2012)209 頁以下。

⁽⁵⁸⁵⁾Heinsheimer によれば、寄付の法的構成に関しては、BGB 制定後、いくつか理論が提唱され、寄付に関わる当事者の関係について考察が行われたが、ライヒ裁判所(RGZ62,386)により、

ローマ法的信託行為説を中心に論じることとし、必要に応じてゲルマン法的信託行為説についてもみていくこととする。

ローマ法的信託行為は、受託者は信託行為により財産に対して権利を有するが、委託者が定めた目的によって行為が制限されるとされ、他方で委託者はその受託者の行為について信頼を与えるものであるとされる⁽⁵⁸⁶⁾。そしてこの場合、委託者と受託者間の法律関係は、信託行為に基づき受託者に所有権を移転し、その目的から生じる制限については、委託者と受託者間に債権債務関係を構成するものである。このようなローマ法的信託行為を寄付の取引関係に応用しようとするものが、ローマ法的信託行為説⁽⁵⁸⁷⁾である。ローマ法的信託行為説は、寄付者は、募集者に信託行為⁽⁵⁸⁸⁾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。また、寄付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、BGB では、寄付行為が各典型契約に適合しないが、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、それによって寄付の目的が完全になると説明している。以下では、各論者の見解をみていくこととする。

Regelsberger⁽⁵⁸⁹⁾は、寄付の場合、寄付者を委託者、募集者を受託者として、寄付者は募集者に寄付を行うが、これは信託行為により行われ、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

寄付者から募集者へ移転された寄付財産が信託財産にあたると言及されたことにより、信託行為による理論的な指針が立てられたとする(Heinsheimer,a.a.O.(Fn.531),S.422.)。

⁽⁵⁸⁶⁾Regelsberger,a.a.O.(Fn.554),S.518.

⁽⁵⁸⁷⁾Vgl.Regelsberger,a.a.O.(Fn.419),S.30.Regelsberger,a.a.O.(Fn.554),S.343.

Kayser,a.a.O.(Fn.394),S.55-58. Rademacher,a.a.O.(Fn.402),S.52-59.

Strohal(hrsg.),a.a.O.(Fn.409),S.150-151.Kiepert,a.a.O.(Fn.411),S.27-32.

Gallsch,a.a.O.(Fn.416),S.28-39. Stolzberg,a.a.O.(Fn.425),S.47-51.

Erb,a.a.O.(Fn.426),S.93-104. König,a.a.O.(Fn.450),S.34-48.

Enneccerus,a.a.O.(Fn.454),S.468f.Endemann,a.a.O. (Fn.530),S.865-868. Ernst Erk und Rudolf Leonhard,Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs,1904,S.560f.

⁽⁵⁸⁸⁾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)。

⁽⁵⁸⁹⁾Regelsberger,a.a.O.(Fn.419),S.30.Regelsberger,a.a.O.(Fn.554),S.343.その他、Crome、Opet und Blume も同様の見解を述べている(Crome,a.a.O.(Fn.538),S.270.Opet und Blume,a.a.O.(Fn.409),S.166.)。

を行うことができるとする。また、寄付財産は信託財産となるので、募集者の債権者の差押えを免れ、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。

Kiepert⁽⁵⁹⁰⁾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、募集者が一定の寄付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が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によって構成づけられると説明する。

König⁽⁵⁹¹⁾も、Kiepert 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と適格的であるので、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。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いう。

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⁽⁵⁹²⁾、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する寄付の目的通りに寄付を使用せよという履行請求権、寄付目的が不達成だった場合の返還請求権を得るという。そして特に、寄付者の返還請求権については、募集者が寄付目的を達成あるいは不達成してもなお、募集者が残存した寄付財産を管理使用する権利を保持したい場合は、寄付者は返還請求権の行使を控える必要も出てくるという。公益、慈善目的の寄付では、当初予定されていた寄付目的が不達成の場合、寄付者は上記のように返還請求権の行使できるが、寄付者と募集者との間の契約解釈により、未使用の寄付財産を当初予定されていたものとは別の寄付目的に使用し、受益者へ引渡すことを両方で合意されたものとみなすことも可能であるという。ただし、König は、このためには、募集者は必要な措置を取る必要があるとする。例えば、これはすべての寄付の事例において認められるべきではないが、公益、慈善のためにというような大々的な寄付目的においては、募集者は寄付の募集の時点で、寄付

⁽⁵⁹⁰⁾Kiepert, a.a.O. (Fn.411), S.43.

⁽⁵⁹¹⁾König, a.a.O. (Fn.450), S.34-48.

⁽⁵⁹²⁾König, a.a.O. (Fn.450), S.41ff.

目的の不達成の後に寄付者に返還請求権を放棄するよう公示することが必要であるという。

最後に König は、Schultze によるゲルマン法的信託行為についても言及している⁽⁵⁹³⁾。すなわち、ゲルマン法的信託行為は、Schultze による解除条件付所有権という概念により、寄付者に物権的な返還請求権を基礎付けるものの、前述の BGB の解釈上の問題があるとしており⁽⁵⁹⁴⁾、ほとんどの論者がローマ法的信託行為を前提にしているとして、ゲルマン法的信託行為を否定しているという。

Endemann⁽⁵⁹⁵⁾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により行われ、募集者は寄付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、収集された寄付の横領や、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、寄付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、寄付目的が達成できないことが判明した場合、寄付者も返還を請求することができる」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、寄付財産は、寄付が配分されるまで、募集者の所有となるとする⁽⁵⁹⁶⁾。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により制限をかけるとする。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⁽⁵⁹⁷⁾。寄付目的の実現のために寄付者を保護する考え方は、ローマ法的信託行為により、募集者に対して寄付を適切に使用させるために債権的な義務を負わせるということで考慮されるとする。

Gallsch は、寄付の法的構成に関しては、BGB における契約形態と適合しないので、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⁽⁵⁹⁸⁾。ローマ法的信託行為は、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

⁽⁵⁹³⁾König,a.a.O.(Fn.450),S.44-48.

⁽⁵⁹⁴⁾Kayser、Nothmann、Gallsch も König と同様にゲルマン法的信託行為を否定している。(Kayser,a.a.O.(Fn.395),S.58.Nothmann,a.a.O.(Fn.412),S.87.Gallsch,a.a.O.(Fn.416),S.37-39).

⁽⁵⁹⁵⁾Endemann,a.a.O.(Fn.530),S.865-867.

⁽⁵⁹⁶⁾Stolzberg,a.a.O.(Fn.425),S.47f.

⁽⁵⁹⁷⁾Stolzberg,a.a.O.(Fn.425),S.49-51.

⁽⁵⁹⁸⁾Gallsch,a.a.O.(Fn.416),S.28f.

は、寄付を適切に使用することが義務付けられ、寄付者は寄付目的が不能となった場合、返還請求権を有するという⁽⁵⁹⁹⁾。そして、寄付者は目的を制限された所有権を募集者に与えることを意図しており、募集者は寄付財産を利己的に使用することを考えておらず、寄付者に寄付目的の実行に対して高い安心を提供する意思があること等を考慮すれば、寄付の法的構成はローマ法的信託行為により捉えることが適切であると述べる⁽⁶⁰⁰⁾。

Enneccerus⁽⁶⁰¹⁾は、特定の目的ために集められた寄付財産、例えば、難民のため、戦没者の慰霊碑等の設立を支援するための財産(寄付財産)は、財産またはそれに類似した独立した法人としてみなされてはならないとする。むしろそのような場合、募集者が組合として活動しているとする。そして、寄付者は、目的を守るという負担付で、募集者に所有権を移転するが、その際、より簡単で適切であると思われる法的構成の内容は、寄付財産は、募集者の債権者の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いものであるという。

Erb⁽⁶⁰²⁾は、Schultzeによれば、解除条件付所有権という概念により、寄付者を委託者、募集者が受託者となって、寄付者が募集者へ所有権を移転した場合、募集者所有権は物権的に拘束されるものであるとする⁽⁶⁰³⁾。また、寄付財産につき、解除条件付所有権として移転することは、募集者が寄付の所有権を受取り、寄付目的のために使用しなければならないことを意味しているとする⁽⁶⁰⁴⁾。しかし、ErbもBGBの解釈上の問題があるとして、ゲルマン法的信託行為を支持していない。

そして、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により拘束されると説明する⁽⁶⁰⁵⁾。特に、Erbは、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⁽⁶⁰⁶⁾。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することができるので、寄付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

⁽⁵⁹⁹⁾Gallsch,a.a.O.(Fn.416),S.32-34.

⁽⁶⁰⁰⁾Gallsch,a.a.O.(Fn.416),S.34.

⁽⁶⁰¹⁾Enneccerus,a.a.O.(Fn.454),S.468f.

⁽⁶⁰²⁾Erb,a.a.O.(Fn.426),S.93-97.

⁽⁶⁰³⁾Schlutze,a.a.O.(Fn.569),S.40.

⁽⁶⁰⁴⁾Schlutze,a.a.O.(Fn.569),S.41.

⁽⁶⁰⁵⁾Erb,a.a.O.(Fn.426),S.102f.

⁽⁶⁰⁶⁾Erb,a.a.O.(Fn.426),S.210f.

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⁽⁶⁰⁷⁾。

三 近時の学説

寄付の法的構成が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、近年のものもあるが、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、ドイツ法における寄付の法的構成に関して近時の学説の現状を把握するために、以下では少数ではあるものの近年の文献を取り上げて、みていくこととしたい。

比較的近年の文献において寄付の法的構成について論じているのは、Laux⁽⁶⁰⁸⁾である。Laux は、寄付には、一定の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)に譲渡されるものであるとする。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 条だけが規定するものであるが、寄付は実務上は無視できない重要な現象であるという⁽⁶⁰⁹⁾。そして、寄付をどのように法的に構成するかについては今も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⁽⁶¹⁰⁾。

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⁽⁶¹¹⁾。

二つ目は、寄付の法的構成は原則として、寄付者による募集者への寄付は信託的に譲渡されるという⁽⁶¹²⁾。募集者は通常、組合、非営利法人等として存在し、寄付者は信託的な意図を持って寄付金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に介入することができなくなると説明し、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、募集者が寄付財産の管理者、代表者となる場合であると

⁽⁶⁰⁷⁾Erb,a.a.O.(Fn.426),S.103.

⁽⁶⁰⁸⁾Eberhard Laux,Sammelvermögen,Rechtsnatur und steuerliche Behandlung,JZ.1953,S.214-216.

⁽⁶⁰⁹⁾Laux,a.a.O.(Fn.608),S.214.

⁽⁶¹⁰⁾Laux,a.a.O.(Fn.608),S.214f.

⁽⁶¹¹⁾Laux,a.a.O.(Fn.608),S.214f.

⁽⁶¹²⁾Laux,a.a.O.(Fn.608),S.215.

し⁽⁶¹³⁾、寄付財産そのものは、寄付者の共同所有となると説明している。

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いという。その理由として考えられるのは、寄付の法的構成を概念的に解釈することが困難であるからであるとする。また、寄付は、しばしば、形式的に行われるわけではなく、特定の法的構成のもとで一般的にどのような法的構成に属するかという分類を逃れるとも指摘している。このため、いずれ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。

Fischer⁽⁶¹⁴⁾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。**BGB** では 1914 条が規定するが、寄付を管理する場合にのみ必要な規定であるという。そして、**Fischer** は、寄付の法的構成に関しては、**Schwab**⁽⁶¹⁵⁾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ったとを述べている⁽⁶¹⁶⁾。

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⁽⁶¹⁷⁾。すなわち、寄付の法的根拠となるのは寄付者の寄付給付の解釈にあり、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を移転することを望んでいるとする⁽⁶¹⁸⁾。したがって、**BGB** の財団に関する規定は、寄付の法的構成に適用されるものではないという。また、贈与の法的構成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、**BGB**516 条にいう贈与には該当しないという。その他、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、**BGB**705 条にいう組合契

⁽⁶¹³⁾**Laux**,a.a.O.(Fn.608),S.215.

⁽⁶¹⁴⁾**Fischer**,a.a.O.(Fn.417),S.28ff.

⁽⁶¹⁵⁾**Münchener Kommentar/Schwab**,7.Aufl.,a.a.O.(Fn.404),Rn1.

⁽⁶¹⁶⁾第二章Ⅱの三の(二)参照。

⁽⁶¹⁷⁾**Fischer**,a.a.O.(Fn.417),S.30.

⁽⁶¹⁸⁾**Fischer**,a.a.O.(Fn.417),S.29.

約は成立しないという⁽⁶¹⁹⁾。

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⁽⁶²⁰⁾。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に管理されとする。すなわち、寄付財産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(寄付目的を適切に実行すること)が義務付けられるという。

最後に、Fischer は、判例についても言及している(RGZ62,386)⁽⁶²¹⁾。ライヒ裁判所は、贈与の成立に関しては、そもそも寄付者の寄付により組合たる募集者が利得を受けず、寄付者は特定の計画のために寄付するので、そのような法的目的を実行する意図を持っており、募集者を利得させる意図がないから、贈与を否定したものであると解する。そして、Fischer は、寄付者による寄付の意図は、その組合に参加することではなく、寄付者の寄付目的と組合の寄付目的は独立して存在しており、寄付者は単に自己の寄付の目的を達成するために組合の活動を利用するものであったとして贈与の成立を否定したものの、寄付者と組合との間で委任が成立する余地を残しているという。また、Fischer は、この判例により寄付の法的構成において、受贈者としての利得がないゆえに、寄付者と募集者との間に贈与が成立しないことが一般的に広く支持されるようになったが、受贈者の利得と贈与については、排他的または慈善目的を追求する財団等の寄付の場合は、それは、定款に従った出捐であり贈与が認められるであろうとする⁽⁶²²⁾。

その他、Hüber⁽⁶²³⁾も判例について言及しており、寄付の場合、募集者は利得がないゆえに、寄付を贈与として構成することは否定されるという。その上で、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。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と述べる。

最後に、近年では Coing⁽⁶²⁴⁾や、Kötz⁽⁶²⁵⁾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

⁽⁶¹⁹⁾Fischer,a.a.O.(Fn.417),S.30f.

⁽⁶²⁰⁾Fischer,a.a.O.(Fn.417),S.29f.

⁽⁶²¹⁾Fischer,a.a.O.(Fn.417),S.31f.

⁽⁶²²⁾Fischer,a.a.O.(Fn.417),S.32f.

⁽⁶²³⁾Hüber,a.a.O.(Fn.445),S.156.

⁽⁶²⁴⁾Coing,a.a.O.(Fn.559),S.17f,57ff.

⁽⁶²⁵⁾Kötz,a.a.O(Fn.565),S.114ff.新井監訳・前掲注(565)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。

るという⁽⁶²⁶⁾。ドイツにおける信託という概念は、ある者が委託者として、受託者に対して、財産を完全に移転し、その際に、受託者は自分が譲りうけた権利を一定の方法でのみ、一定の限界内でのみ、または一定の目的のためにのみ利用する義務を負うとの合意が当事者間でなされることであり、そこに信託関係が認められるとする。公益目的のために財産を寄付するような目的の信託関係もこれに含まれ、このような法律関係は、信託的要素を含んでいるという⁽⁶²⁷⁾。Coing は、信託的財団は、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であるとする⁽⁶²⁸⁾。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、市は、信託の合意によってこの財産を管理し、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⁽⁶²⁹⁾。さらに、Coing は、寄付者と財団の法的関係については、寄付者から財団への寄付は、基本的に贈与ないし負担付贈与としつつも、信託の要素を取り込むことにより、財団の債権者が寄付財産を差し押さえることができないという効果を導くことができるとする。

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⁽⁶³⁰⁾。

⁽⁶²⁶⁾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.559),S.57.)。

⁽⁶²⁷⁾ここでの信託の意味は、前述のローマ法的信託行為に依拠するものである(Kötz,a.a.O.(Fn.565),S.116.)。

⁽⁶²⁸⁾Helmut Coing,Treuhandverhältnis und abhängige juristische Person,in:Festschrift für Winfried Werner,1984,S.101-106.新井・前掲注(558)6-7 頁。

⁽⁶²⁹⁾Coing,a.a.O.(Fn.628),S.102f.新井・前掲注(558)6-7 頁。

⁽⁶³⁰⁾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.559),S.57f.)。

IV 小括

ここまで、BGB 立法過程から贈与、負担付贈与を検討し、寄付の法的構成に関する学説の分析を加えてきたが、これによって明らかとなった BGB における贈与、負担付贈与の特質、寄付の法的構成に関する学説の到達点を示すこととする。

一 BGB 立法過程からみる贈与、負担付贈与の特質

(一) ドレスデン草案、部分草案

ドレスデン草案では、贈与については、両当事者の出捐に関する無償の合意、または相手方を利得させる意図を持って贈与がなされることを要求し、さらに出捐者の財産減少によって他人に財産的利益を得ることが贈与であるといった内容であった。負担付贈与については、負担付で贈与がなされる場合があり、受贈者は自己に課された負担の履行によって、贈与の履行を要求することができるとしており、負担の内容に関しては贈与者の利益、あるいは第三者の利益のために設定することができることを認めていた。また、受贈者の費用償還の請求についても認めている。部分草案でもドレスデン草案を基礎に、贈与の成立に相手方の受諾を必要とし、贈与は贈与者の財産が減少し、相手方が利得を得ることであるとして、これを贈与の概念と位置付けていた。負担付贈与においては、これもドレスデン草案を基礎に、贈与者と受贈者との間で成立することによって、贈与者は給付を行うが、受贈者もその贈与によって負担を引き受けることを想定するものであるとし、負担の内容を第三者のために設定できることも認めていた。

(二) 第一委員会

第一委員会では、贈与は、他人に対する出捐、つまり出捐者の財産が減少し、他人に利得させるものであり、他人を利得させる意図でなされると決議されている。そして、贈与が常に契約であることが決定され、贈与者と受贈者の合意が必要であるとされた。ここでの理由としては、「誰もその意思に反して贈り物をされてはならない」から受贈者の承諾が必要とされると説明されていた。負担付贈与は、特に負担の内容について議論されている。ドレスデン草案、部分草案と同様に、第三者のために負担を設定できると認めている。また、第三者のために負担の設定が可能であるということと関連して、負担付贈与の負担の内容についても審議されていた。しかし、どのようなものが負担であると判断されるかは、具体的な事情によって判断されるとし、より詳細な負担の内容を条文に規定することはなされなかった。その後、第一草案が提案され、それと合わせて理由書が公表されていた。理由書においても、贈与は、一方より他方になしたる贈与により贈与者の財産が減少し、他方に利得を生じなければならず、贈与を相手方の利得の目的で行い、かつ贈与を贈与物として相手方が受諾しなければならないと解説さ

れていた。負担付贈与について、負担を贈与者、第三者のための利益のため、または、受贈者の利益のために定めることができると認めているが、負担をどのように判断するべきかは、実際の状況に従い、これを判断するとする。また、贈与者と受贈者との間の負担付贈与は、贈与物の価額が負担の価額を超過する限度においてのみ、負担付贈与の規定が適用されると解説されていた。

(三) 帝国司法庁準備委員会、第二委員会

帝国司法庁準備委員会では、贈与における出捐の定義を他人の財産を増加させることである等の修正案がされ、贈与には、ある者がその負担で他人の財産を増加させ、両当事者がその増加が無償でなされる点で合意することが必要であると決議されていた。贈与は、ここでは、贈与は贈与者が無償で財産を出捐することによって相手方が利得をするという無償の出捐契約である理解され、「利得させる意図」の文言は条文から削除されている。負担付贈与については、第一委員会と同様の内容のまま決議されている。その他、委員会では、負担付贈与における「負担」が公共の利益の実現のためになされる場合について審議されており、贈与者の死後、所轄官庁が、公共の利益のための負担の実行を請求することができると提案されていた。

第二委員会では、贈与の契約性、贈与の要件、受贈者の利得について議論されていた。贈与の契約性については、贈与は受贈者を利得させる無償の出捐であり、それについて双方が合意するものと理解されていた。贈与の要件については、贈与者と受贈者との間で財産移転が行われる場合に、贈与は承認されるべきであり、それは、客観的な物的譲渡行為(その内容は移転の対象によって決定される)と、主観的な、当事者の合意(この財産移転が無償で、利得させる目的で、従って贈与としてなされる)」という客観的なものと主観的なものの二つの構成要素を必要であるとしていた。受贈者の利得については、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され、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。そして、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)、出捐の受領者が利得を受けるわけではないので、贈与とみなされないとしていた。負担付贈与については、主に負担付贈与における受贈者について議論されていた。負担付贈与において、贈与者がなした出捐の受領者が、常に受贈者としてみなされるかどうか、贈与者の出捐を受贈者が受けるものの、出捐の価値が第三者の利益のためになり、実際、第三者が利得を受けるような場合、そこでの受贈者は、贈与における本来の受贈者となるか否かが問題であると提起されていた。これについて、委員会では、例えば、出捐者が、第三者の利得を意図し、そのために、ある者に(第三者のために)財産を無償で移転する場合、そこでの負担は贈与における負担ではなく、負担付贈与における受贈者でもないとして、その場合の出捐の受取人を、単に中間者、仲介人としての立場を認めるべきであるとしていた。

(四) BGB 施行後

BGB 施行後は、贈与は、贈与者の財産から受贈者への財産的利得を伴う無償の出捐であると理解され、他者を利得させる出捐は、その出捐が無償で行われることに両当事者が同意する場合にのみ贈与となると定義されている。贈与の要件については、贈与者の出捐と受贈者の利得、財産移転の無償性に関する合意が必要であるとしている。贈与者の出捐と受贈者の利得については、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ないとし、これは、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と理解されるべきであり、主観的な利得の意思は必要ないので、贈与者は利己的な動機のために行動することもできるとする。受贈者の利得については、詳しく説明されており、贈与における利得は、受贈者が出捐から利得を受けることに個人的な関心を持っている場合にのみ想定されるものであるとする。例えば、信託において、受託者が自己の名で権利を行使することを認めておらず、彼自身が自己の利益のために一時的な使用を許可されていない信託管理の場合の移転においては特に利得が欠けているとされる。そして、これは特に、出捐の受取人が出捐の対象物を自ら使用せず、第三者に転送するための中間者として受け取る場合も含まれるとし、そのような非営利の管理、とりわけ、ある者が特定の慈善目的や理想的な目的のために使用されなければならない金銭の出捐が寄付や、募金によって受け取られた場合にもこれは該当すると述べてられていた(この点、RGZ62 386ff も同様の見解であった)。

ただし、募金が法人の設立のために作成され、例えば、財団目的(定款)に従って使用される場合、ここでの法的目的を促進するという実質的な利得は、出捐の受取人にとって利得であるとして区別されている。

財産移転の無償性に関する合意については、出捐が無償でなされることに合意することであり、出捐に反対給付がない場合、無償性の合意があるとする。それに対し給付と反対給付が対価関係にある場合は、有償であり、贈与ではないと理解されている。このように、贈与は、贈与者の財産減少と受贈者の利得という客観的な構成要件と、この財産移転の無償性に関する当事者の合意という主観的構成要件が存在しており、後者の合意は契約であると理解されていた。

負担付贈与については、負担付贈与における無償の出捐は、受贈者の債務的な負担と拘束されたものであると理解されており、この負担は付随的なものであり、受贈者の給付に対する法的な請求権を成立させるものである。負担の内容については、贈与者、受贈者、第三者のために設定することができるとされていた。ここでも、受贈者の利得が要求されており、負担付贈与の場合、当事者の意思は、負担を履行するために必要な手段によって財産が減少するものの、依然として受贈者の利得が必要としなければならないとされている。

二 寄付の法的構成に関する学説の変遷

本章は、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対しては、贈与法を出発点として BGB 立法過程から、贈与、負担付贈与の検討を行ってきたが、ドイツ法においては、贈与、負担付贈与構成によって寄付を構成することには批判的であり、多岐にわたって学説が展開されていた。そのため、以下では、贈与、負担付贈与構成の批判も含め、寄付の法的構成に関する学説の変遷についてまとめていきたい。

寄付の法的構成については、BGB 制定前から議論がみられた。BGB 立法過程においては、委員会が寄付の社会的重要性を認識し、寄付の法的構成に関する条文の制定が試みられたが、寄付をどのような法的構成によって規律するかについては、議論が難航しており、単一の条文において寄付の法的構成を規律することはなされなかった。しかし、寄付財産の保護の必要性から、寄付財産の管理に関する条文として、唯一 BGB1914 条が親族法編に制定された。これを受けて、BGB 制定直後は学説において寄付をどのような法的構成によって把握するべきかについて議論が活発になされていた。

各論者は、寄付の法的構成を検討する前に寄付の定義について論じており、そこでは概ね寄付は寄付者、募集者、受益者の三者が存在し、一時的な目的のための寄付が行われ、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)の自発的及び無償の寄付から財産を集めることであると定義される。そして、第三者のため(特定の受益者)、あるいはその他の寄付目的を達成するための手段として、募集者には寄付財産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されるとしていた。

このような寄付の概念を定めた上で、学説では、寄付者と募集者間で行われる寄付行為は何か、寄付はいかなる法的構成によって捉えられるべきものかといった問題を提起し、検討が加えられていた。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。各学説については契約内容と関連して、様々な見解が加えられており、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た。例えば、贈与との関連でいえば、各論者は、寄付のを贈与、負担付贈与と捉えることについては、募集者が受贈者としての利得を有するものではないこと等の理由から否定的であり、判例においても募集者の利得を否定している。この点、判例学説が、寄付を贈与と構成することには否定する立場にあることがわかった。

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。しかしながら、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⁽⁶³¹⁾。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⁽⁶³²⁾。この点、いずれの学説も典型契約内において寄付の法的構成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。

近時の学説では、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、定めることが難しく、寄付の法的構成を概念的に解釈することが困難であるとして、BGB 立法過程時に指摘されてた寄付の法的構成の難点を共有している。その上で、近時の学説においても、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寄付金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し、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に介入することができなくなるとする。その他、財団による寄付財産の信託的管理として、寄付者から財団への寄付を基本的には贈与ないし、負担付贈与としつつも、それに信託の要素を取り込むことによって、財団の債権者からの寄付財産への介入を避けることができるとしていた。

このように近時の学説では、寄付を信託行為によって捉える試みがなされていたが、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。この点、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、それに信託の要素を取り入れて構成する考えもみられた。また、学説が寄付を信託行為によって構成する意図には、寄付者の履行請求権、返還請求権の他に、寄付財産を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、寄付財産の保全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。

⁽⁶³¹⁾Fischbach,a.a.O.(Fn.400),S.82.

⁽⁶³²⁾Nothmann,a.a.O.(Fn.412),S.8.

第三章 寄付の法的構成の検討

I はじめに

石坂音四郎博士、中島玉吉博士、加藤永一博士は、寄付の法的構成を検討するにあたり、当時の寄付の実態について言及していた。しかし、当時と比べて、現在の寄付の実態は異なっているように思われる。例えば、後述するように寄付金額の規模は拡大傾向にあり、寄付の手段等も多様である。このことから、まず本章では、IIの一において現在の寄付の実態を確認し⁽⁶³³⁾、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べきかを検討することから始める必要があると思われる(本章IIの二)。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視覚化すべきであると指摘されていた⁽⁶³⁴⁾。

次に、IIの三においては、日独における各学説の内容について検討する。具体的には、本章IIの一、二の検討結果から、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ものか、そのような権利義務関係のあり方は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、IIの四においては、その分析結果をもとに、寄付を法的に構成する場合、様々な側面を捉えて多面的に構成されるものなのか、単一の契約類型で単純に構成することが可能なのか等々の、法的構成を組み立てる際に留意すべき「特殊性」を示し、その上で改めてなぜ日本法において寄付の法的構成を信託的譲渡説と理解するのかといった、信託的譲渡説の妥当性について検討する。

最後に、IIIにおいては、これまでの考察をもとに、寄付の法的構成の検討を行うこととした

(633)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法人フローレンスがこのような事業を行っている。<https://florence.or.jp/about/>参照)。

(634)Kayser,a.a.O.(Fn.395),S.11.Fischbach,a.a.O.(Fn.400),S.82.Rademacher,a.a.O.(Fn.402),S.15.

い。

Ⅱ 寄付の法的構成の特殊性－日本法、ドイツ法の考察から－

一 寄付の実態－義援金等の寄付を中心に－

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（寄付の総額は5908億円、日本人の約8割が寄付を行った）⁽⁶³⁵⁾、これを契機に、徐々に寄付人口、寄付金額ともに増加傾向にあり、寄付の手段や窓口は多様化したといわれている。寄付の主な窓口としては、都道府県、市町村、学校法人、国公立の高等教育機関、共同募金、日本赤十字社、NPO、NGO等が挙げられる。特に、寄付の手段については手渡しや、募金箱へ直接寄付をするという方式が多く、寄付者が寄付をするきっかけは、街頭での呼びかけ、テレビ新聞雑誌等の寄付先の団体や活動が紹介されていたからという理由が多いといわれている⁽⁶³⁶⁾。

寄付に関わる関係当事者についてみると、まず、寄付者は「寄付がどう使われたか」ということに関心を持っ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アンケートによると、寄付をなぜしたのかという設問に対しては、震災の被害が甚大であり、震災において何か力になりたいという回答が圧倒的であり⁽⁶³⁷⁾、寄付における自発性が認められる。そして、寄付者が寄付先を選ぶ際に重視することとしては、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、信用できるスタッフがいる等の意見が多い。その他、寄付先となる団体は、寄付金の使途を始め、事業内容の開示に努める必要があり、寄付者は、団体の組織的、財務的安定性、社会的信頼や認知を得ていることに関心を持っていることがわかる⁽⁶³⁸⁾。寄付先からの活動報告、役に立つかわからない、寄付が違う目的使われていそう等の意見もみられ、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⁽⁶³⁹⁾。このように、寄付に対する意識や考え方⁽⁶⁴⁰⁾としては、使い道や成果が明確であるべきという意見が多く、寄付の受け手の活動努力や情報開示が重要であることがうかが

⁽⁶³⁵⁾ 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）5頁、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）82頁参照。

⁽⁶³⁶⁾ 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、2011）62頁。本稿では主に日本ファンドレイジング協会が発行する『寄付白書』を参考にしている。『寄付白書』は日本において毎年実施される寄付調査がなく、日本の寄付の現状と動向を明らかにするために発行されるものであり、日本の寄付の実態を確認するために参考になると思われる。

⁽⁶³⁷⁾ 日本ファンドレイジング協会編・前掲注(636)20頁。

⁽⁶³⁸⁾ 日本ファンドレイジング協会編・前掲注(636)63-64頁。

⁽⁶³⁹⁾ 日本ファンドレイジング協会編『寄付白書2012』（日本経団連出版、2012）82-84頁。

⁽⁶⁴⁰⁾ 日本ファンドレイジング協会編・前掲注(636)70-73頁。

われる。

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、何らかの団体である。例えば、NPO、中央共同募金、日本赤十字社等である⁽⁶⁴¹⁾。震災時に募集された義援金等において、「寄付先がわかりやすいかどうか」ということを寄付者へ日本ファンドレイジング協会がアンケートをとったところ、47.8%が「そうは思わない」、「どちらかといえばそうは思わない」と回答し、73.1%が「義援金詐欺が多いと思う」と回答しており、募集者に対して信頼性、透明性を求める傾向にある。また、震災直後ボランティアに参加することが難しい状況にあったこともあり、寄付という支援手段を選択する人が多く、その反面で、寄付の受け手が寄付の配分や事務が遅れる事態もあったといわれており、今後は寄付を受けた団体等が、いかに寄付者にその使い道を報告し、被災地に役立ったかどうかを示せるかが重要であるといわれている。

その他、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、震災後、「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～」という指針を公表している⁽⁶⁴²⁾。これによると、「巨額な義援金が寄せられ、その取り扱いを託された大きな信頼を頂く団体として、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」と述べられている。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。また、このような義援金は、公的な資金ではないが、極めて公共的な性格、役割を持つが、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指摘されており、寄付がどのように扱われるべきであるのかというような法的問題を提起しているようにも感じられる。

以上のことから、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レベルにおいても理解されている⁽⁶⁴³⁾。また、寄付の受益者に関しては、寄付者の直接的な相手方は、あくまで募集者であり、被災者と直接に出捐ないし契約をしているわけではないとされており、寄付の受益者は具体的にはっきりした個人ではなく、「被災者」という抽象的な一定の属性を持つ集団を対象としていると説明されている。

⁽⁶⁴¹⁾日本ファンドレイジング協会編・前掲注(636)31頁。

⁽⁶⁴²⁾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)1頁以下。

⁽⁶⁴³⁾徳永・前掲注(635)22頁。

二 寄付者、募集者、受益者の法的評価について

上記では、義援金等の寄付を対象にして、現在の寄付の実態を把握してきた。そこでは、寄付者は、寄付金の使用について関心を抱いており、募集者に対しては寄付の使用について、透明性、信頼性を求める傾向にあると思われる。以下では、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ととする。

(一) 寄付者

寄付者は、募集者の寄付の募集により、寄付目的の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。寄付者は募集者との関係を築くのであって、直接に受益者との関係を築くものではないし、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目的を促進するために寄付を行い、寄付の受益者（被災者）を支援したいと考えており、寄付には間違いなく寄付者からの無償の寄付があり、反対給付は存在しないと思われる。

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おり、募集者が寄付の目的不能、寄付を濫用した場合、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、仮に寄付目的が達成されていないあるいは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、解除、返還請求権、情報開示請求等を基礎付ける法的構成が認められるべきであると考えられる。

(二) 募集者

募集者の寄付目的に対する業務は、自発的なものであり、第三者からの干渉を受けないことを望み、自分自身で寄付目的を設定しているので寄付を管理することが望ましいと思われる。寄付目的を実現するためには、募集者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、できるだけ寄付目的を達成するように、募集者に引渡された物を管理し、使用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、貧困状況を調べ、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だと思われる。このような義務が誰に対してあるのかは、寄付者に対して履行されるものと考えられる。

さらに、募集者は、寄付を必要とする人のために義援金を募集し(寄付目的)、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、使用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。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、寄付目的に拘束された財産として構成するべきでもあるとも考えられる。

(三) 受益者

寄付者と受益者に法的関係は一般的にないと思われる。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、多くの無数の寄付者の存在は知っていても、個別に寄付者を知ることはできない。また、寄付者は寄付目的の一般的な使用については知っているが、すべての受益者を意識して寄付をすることはないと思われる。

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いと思われる(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い)。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られる。

三 日独における各学説の内容

(一) 贈与、負担付贈与構成

日本法において、贈与説は、寄付者から募集者への無償の出捐があり、それについて双方が合意したものとみなして贈与と解するものであり、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を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った。ドイツ法においても、贈与説は、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解されていた。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ものであった。

このようにみると、日独ともに、贈与説、負担付贈与説の内容は概ね同様のものと理解することができる。両説は、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て、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、形式的に見れば、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⁽⁶⁴⁴⁾。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ないとし、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おり、立法過程から現在に至るまで受贈者の利得を厳格に解していた⁽⁶⁴⁵⁾。日本法においても、立法過程から現在に至るまで、贈与者の財産の出捐は、贈与者の財産が減少し、受贈者に財産的利益がなければ贈与ではないとされており、贈与は自己の財産により相手方に利益を与える契約であると解されていた⁽⁶⁴⁶⁾。したがって、寄付を単に贈与と解することは適切ではないと思われる。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⁽⁶⁴⁷⁾。

次に、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。日本法においては、立法過程から、受贈者が負うあらゆる負担を負担付贈与の負担と理解する立場にあり、贈与者の出捐と受贈者の負担との間の対価のバランスが取れていない場合、受贈者に利益がある場合を広く負担付贈与と解していた⁽⁶⁴⁸⁾。さらに、負担付贈与における負担にあるか否かについての判断について、民法(債権法)改正検討委員会では、負担が贈与者の債務と対価関係ないことを表す意味で、受贈者の債務を「負担」と表現することとし、負担の内容を広く解することを前提として、負担

⁽⁶⁴⁴⁾贈与説を否定する論者として、Puchta、Kiepert、Fischbach、Rademacher、Stolzberg、Fischer 等が挙げられる。本稿第二章Ⅲの二(一)参照。

⁽⁶⁴⁵⁾本稿第二章Ⅱの三(二)、四(一)参照。

⁽⁶⁴⁶⁾本稿第一章Ⅱの二(一)、三(一)参照。

⁽⁶⁴⁷⁾この点、小賀野晶一教授も同様の指摘をしている(小賀野・前掲注(27)85-86頁)。本稿第一章Ⅲの三(二)参照。

⁽⁶⁴⁸⁾本稿第一章Ⅱの二(一)、Ⅱの三(二)参照。

の内容については定義規定を設けることはなされなかったので、負担の内容の解釈は一定程度の柔軟性を持っている⁽⁶⁴⁹⁾。特に、寄付のように、受贈者が贈与の目的物そのものに関して贈与者に負担を負うような、目的物の使徒制限の場合は負担付贈与と構成していた。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。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く、この見解は立法過程および判例(RGZ62,386ff)からもうかがわれる⁽⁶⁵⁰⁾。

これらのことから、寄付の法的構成を贈与、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見解が分かれると思われる。特に、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、寄付者の寄付目的が十分に達成されるかどうか、募集者が、寄付目的達成のために寄付金の必要な管理、処分を適切になされるかどうか、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る⁽⁶⁵¹⁾。

その他、寄付者が負担付贈与に第三者のためにする契約を援用して、受益者に履行請求権を認めることも可能であると思われる⁽⁶⁵²⁾。しかし、寄付の場合、明確に受益者が決定されることはなく、寄付者が寄付をする時点で明確に受益者を特定して(民法 537 条を援用して)、募集者に

⁽⁶⁴⁹⁾本稿第一章Ⅱの三(二)参照。

⁽⁶⁵⁰⁾負担付贈与を否定する論者として、Stolzberg、König、Erb 等が挙げられる。本稿第二章Ⅱの三(二)、Ⅱの四(二)、Ⅲの二(一)参照。

⁽⁶⁵¹⁾ドイツ法においては、立法過程において、出捐者が、第三者の利得を意図し、そのためにある者に財産を無償で移転する場合、そこでの負担は贈与における負担ではなく、負担付贈与における受贈者とはならないので、その場合の出捐の受取人を、単に中間者、仲介者としての立場を認めるべきであるとされていた(Mugdan,a.a.O.(Fn.328),S.753)。学説においても、立法過程と同様の見解である。例えば、Mansel は、出捐は財産的な利得の提供であると理解されており、出捐の対象は、受贈者の財産が増加することであるとし、またこの出捐は、贈与者の現に存在する財産の減少であると理解する。そして、受贈者の利得については、受贈者が単に中間者であり、信託行為または慈善目的で募金する等の寄付において、出捐の受領者は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.368), § 516 Rn.7.)。

⁽⁶⁵²⁾日本法、ドイツ法において、負担付贈与に第三者のためにする契約を援用することについては立法過程から肯定的であった。本稿第一章Ⅱの二(一)、第二章Ⅱの一(一)以下参照。

負担付贈与をする形はとることが難しいようにも思われる。

(二) 寄託構成

日本法において、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、寄託契約であり、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った。ドイツ法においても、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、寄付目的の実現まで寄付を確実に保管することであり、寄付者と募集者に寄託契約が成立するとされていた。

このような寄託説は、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、保管するという点に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、それは寄付目的の実行まで、募集者が寄付財産を管理、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思われる。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⁽⁶⁵³⁾。

しかし、寄託構成においては、寄付が募集者によって寄付目的の実行のために適切に管理保管されることしか捉えていないこと、寄付の実態を、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しか捉えておらず、寄付の法的構成としては適切ではない。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⁽⁶⁵⁴⁾。

(三) 委任構成

日本法において、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

⁽⁶⁵³⁾Kiepert、Fischbach、Rademacher、Stolzberg 等も同様に指摘していた。本稿第二章Ⅲの二(二)参照。

⁽⁶⁵⁴⁾寄託説を否定する論者として、Kiepert、Fischbach、Stolzberg 等が挙げられ、各論者も同様に指摘していた。本稿第二章Ⅲの二(二)参照。

者とする説であった。近年では、委任構成については、募集者がある事務処理(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され、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、寄付者は、これらの義務を根拠に団体の活動を監視することができるとされていた。ドイツ法においては、委任説は、寄付者と募集者との間の関係を委任契約と認める見解であり、寄付者は委任者として、寄付目的のために、寄付の使用について募集者たる受任者に委任するものであった。そして、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、委任の遂行後は会計報告を行わなければならない、寄付者が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されていた。

このような委任構成には、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⁽⁶⁵⁵⁾。

しかし、義援金等の大規模な寄付の場合、募集者が自ら寄付目的を計画し、寄付の用途は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には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、寄付目的の達成が阻害される可能性もある⁽⁶⁵⁶⁾。

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

⁽⁶⁵⁵⁾委任説に肯定的な論者として、Puchta、Stolzberg 等が挙げられる。本稿第二章Ⅲの二(三)参照。

⁽⁶⁵⁶⁾Rademacher、Erb も同様に指摘していた。本稿第二章Ⅲの二(三)参照。

して寄付を何かしらの目的のために募集者に処理を依頼する場合であると思われる⁽⁶⁵⁷⁾。

(四) 第三者のためにする契約構成

日本法においては、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った。ドイツ法においても、寄付は、特定の第三者のために行われる場合、寄付者と募集者との間で、寄付の受益者を第三者(受益者)として、第三者のためにする契約が成立すると解するものであり、特定の第三者のためにのみ寄付が使用される場合にのみ第三者のためにする契約が成立し、寄付の受益者が履行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ものであった。

このような第三者のためにする契約構成では、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し、受益者の受益権を想定するものである。これまでの学説は、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⁽⁶⁵⁸⁾。なぜなら、寄付をする際に、寄付者は募集者の義務だけを意図しており、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。

(五) 組合構成

日本法においては、寄付者間で組合契約が成立すると解した上で、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、現実には寄付の目的を達するまでは寄付者も寄付財産に

⁽⁶⁵⁷⁾Fischbach も同様に指摘していた。本稿第二章Ⅲの二(三)参照。

⁽⁶⁵⁸⁾Stolzberg、Fischbach、Rademacher、Erb 等も同様に指摘していた。本稿第二章Ⅲの二(四)参照。

ついて関係が断たれず、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ものであった。

ドイツ法においては、寄付者間で組合契約が成立し、寄付財産は組合財産となり、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いうものであった。そして、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。また、ドイツ法では、組合説として、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、寄付者が募集者に寄付をすることにより、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というものもあった。

このような組合構成は、寄付者の、寄付目的の実行、募集者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、寄付目的の実行が着実に実行されていることを身近で確認でき、寄付者がある意味で募集者側に回ることができる。そして、組合構成を採るとするならば、どのような目的の組合を結成するかは、寄付の場合、受益者への寄付であると考えられ、寄付目的が達成すれば、解散することとなり、不能となれば、寄付財産が残余財産となり各組合員に清算されることとなるであろう。

しかし、そもそも本稿の対象とする三者間での寄付は、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ず、組合説は、本稿の対象とする寄付において想定することができないと思われる。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⁽⁶⁵⁹⁾。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。

なお、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⁽⁶⁶⁰⁾。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⁽⁶⁶¹⁾。また、現在において、

⁽⁶⁵⁹⁾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、Kiepert、Fischbach、Rademacher、Endemann 等が挙げられる。本稿第二章Ⅲの二(五)参照。

⁽⁶⁶⁰⁾この見解は、Joerges によって主張されていた。本稿第二章Ⅲの二(五)参照。

⁽⁶⁶¹⁾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

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、使用を行うこと自体は肯定できる⁽⁶⁶²⁾。

(六) 法人構成

日本法においては、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り、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いうものであった。

ドイツ法においては、寄付財産に法人格を与え、財団法人として取り扱い、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ものであった。寄付財産がある目的に従って管理されているという点において、財団としての性質を有するとして法人説が提唱されていた。

このような法人構成は、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金を管理、使用するという点を重視し、財団を権利主体として、募集者が財団の中で、寄付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、設立登記することで法人が設立する(NPO 法人は所轄庁で設立の認証を受けるという手続き)のであり、寄付財産によって財団設立行為とみなすことは不可能である⁽⁶⁶³⁾。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、処分することは十分考えられる。

(七) 信託(的)構成

日本法においては、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譲渡と解する。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のであり、寄付の目的に使用すべき義務が募集者に存在し、寄付

考えられるとしていた。本稿第二章Ⅲの二(五)参照。

⁽⁶⁶²⁾Erb も同様に指摘していた。本稿第二章Ⅲの二(五)参照。

⁽⁶⁶³⁾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。本稿第二章Ⅲの二(六)参照。

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する。仮に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請求でき、それでも履行されない場合は、寄付の返還請求を行うことができるというものであった。さらに、近年では、寄付の法的構成に、信託法の適用を認める見解がある。信託法の適用のメリットは、寄付者の寄付目的の達成を確実にすることであり、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、信託財産の独立性の保持義務等が生じ、その結果、受益者に諸利益が確実に帰属するというものであった。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も受益者保護のために役立つとされていた。

ドイツ法においては、寄付の場合、寄付者を委託者、募集者を受託者とし、寄付者は募集者に寄付を行うが、これは信託行為により行われるというものであった。寄付者は寄付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し、また、寄付財産は信託財産となるので、募集者の債権者の差押えを免れることができ、募集者が破産した場合にも、破産財団から免れるとするものであった。

このような信託(的)構成の意図には、寄付の法的構成を信託によって規律することで、寄付者の履行請求権、返還請求権を認めることの他に⁽⁶⁶⁴⁾、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れる⁽⁶⁶⁵⁾。また、寄付と信託における取引形態には共通する点がいくつかある⁽⁶⁶⁶⁾。例えば、寄付の場合、寄付者から募集者へ財産が移転しており、募集者は寄付の所有者となるものの、その財産は寄付目的ないし寄付の受益者へ送られたものであり、寄付財産は、募集者の固有の財産というよりも、寄付目的のために形成された財産と解されるべきである。これに対して、信託の場合も、基本的には財産の所有権が委託者から受託者に移転しているものの、それは相手方の固有財産ではなく、別の独立性を持った信託財産とされる。さらに、これら二つの場合には、所有権の移転に何らかの特別な事情⁽⁶⁶⁷⁾、す

⁽⁶⁶⁴⁾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・前掲注(21)8頁)。

⁽⁶⁶⁵⁾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.426),S.210f.)。その他、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.412),S.82.)。

⁽⁶⁶⁶⁾Kiepert、Nothmann、König 寄付には、信託としての性質があると言及していた。本稿第二章Ⅲの二(七)参照。

⁽⁶⁶⁷⁾大村敦志教授は、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

なわち、財産の管理、処分といった委任があり⁽⁶⁶⁸⁾、この点においても寄付と信託の取引形態には共通する要素があると思われる⁽⁶⁶⁹⁾。

ただ、ドイツ法においては、信託行為によって寄付の法的構成を規律することには慎重な姿勢もうかがわれており、この点、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規律するのではなく、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、それに信託の要素を取り入れることによって寄付の法的構成を規律する考えもみられた⁽⁶⁷⁰⁾。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⁽⁶⁷¹⁾、信託概念、信託行為を活用する見解がある。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にある。

四 寄付に包含する法的要素と信託的譲渡説の理解

前記の(一)～(六)の諸学説を見てみると、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⁽⁶⁷²⁾。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(財団)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

うことがありうることを示されている点が、特徴的であると指摘していた(大村・前掲注(29)114頁)。

⁽⁶⁶⁸⁾道垣内弘人=加藤雅信=加藤新太郎「信託法を語る」判タ 1192号(2006)46-47頁参照。

⁽⁶⁶⁹⁾加藤永一博士は、募集者には、何らかの管理行為ないし団体行為が必要であり、その場合に、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としていた(加藤・前掲注(21)4-6頁)。

⁽⁶⁷⁰⁾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の法的構成を規律しようと試みていた。本稿第二章Ⅲの三参照。

⁽⁶⁷¹⁾信託的譲渡説も贈与を準用することから、基本は贈与を基礎としている。また、森泉章博士は、負担付贈与と信託を取り入れた構成であった。

⁽⁶⁷²⁾Fishbachは、学説が寄付の法的構成を断片的に論じ、そこで論じられている法的構成は寄付の実態と適合するものではなく、適合的な法的構成を示すことができてなかったと述べていた(Fischbach, a.a.O.(Fn.400), S.20f.)。Nothmannは、BGBにおいて規定されている債務関係のいずれにおいても寄付行為を受け入れることはできないとする(Nothmann, a.a.O.(Fn.412), S.8.)。

慮しようとするものである。

これまで日本法においては寄付が贈与において論じられていたが、上記のようにみると、寄付は、贈与の法的枠内のみで捉えられないということは明らかであり、様々な法的要素が内在していることが諸学説からわかる。ドイツ法においては古くから寄付の法的構成がいかなるものかという問題意識の下で、学説が多く提唱されていたが、これは寄付に様々な法的要素が内在するという認識からくるものである⁽⁶⁷³⁾。このような考察を踏まえると、従来の研究は、寄付が単に贈与という法的枠内で論じられるというものであったが、寄付を法的に構成しようとする場合には、前述した様々な法的要素を捉えて多面的に構成しなければならず、単一の契約類型では構成できないという、法的構成を組み立てる際に留意すべき特殊性を有すると考える。そして、寄付を法的に構成する際に、この特殊性を考慮しなければならず、それを考慮するためにも、日本法においては寄付の法的構成を単に贈与と解さずに、信託的譲渡と解してきたのではないかと考えられる⁽⁶⁷⁴⁾。

このようにみると寄付の法的構成を通説どおり信託的譲渡説によって捉えることは、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。さらに、近年主張されていた信託法の適用、類推適用する見解は、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、信託法による効果を用いて、寄付財産の保護、受益者の保護をさらに高めようとするものである。この点、信託的譲渡説をさらに進めて信託法の適用、類推適用により寄付の法的構成を規律することにも利点があるように思われる。

⁽⁶⁷³⁾ ドイツにおいては、BGB1914 条の立法過程からすでにこの点について指摘されており、現在においても寄付を法的に構成する際には、信託、贈与、組合、委任等の法的要素を捉えて多面的に構成しなければならず、単一の契約類型では単純に構成できないという理解が一般的である。

⁽⁶⁷⁴⁾ もちろん、これに加えて信託的譲渡説は、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も考慮していると思われる。

Ⅲ 検討

一 贈与法の特質と寄付の法的構成

(一) 日独における贈与法の特質－寄付の法的構成の議論を手がかりに－

まず、ドイツ法においては、贈与は、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ず、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おり、立法過程から現在に至るまで受贈者の利得を厳格に解している。このことから、寄付においては募集者が利得を受けないこと等を理由に、寄付の法的構成を贈与と解していない。なお、負担付贈与についても贈与と同様に、受贈者の利得の欠如等を理由に批判がなされていた。

ドイツ法においては、贈与、負担付贈与構成について様々な批判的考察がなされており、この点については、本稿第二章Ⅲの二(一)で論じた箇所と重複するので詳論は避けるが、Fischbach は、寄付者と贈与における贈与者には共通する点と相違する点があると指摘している⁽⁶⁷⁵⁾。例えば、寄付者、贈与者はともに好意によって何らかの出捐をしており、どちらの出捐も、無償の出捐により、最終的に出捐者の財産を減少させ、誰かの財産を増加させている点は共通するといふ⁽⁶⁷⁶⁾。相違する点としては、寄付の場合、寄付者の目的は特定人の利得、すなわち贈与における受贈者を利得させるようなことを望んでおらず、それを越えた慈善的な目的を目指しているとする⁽⁶⁷⁷⁾。それに対して、贈与の場合、特定人に対する出捐、すなわち、特定の受贈者を目的に無償で出捐がなされるとする。そして、寄付においては、寄付者の直接の相手方は募集者であり、この募集者は利得を得ることがない中間者と理解され、さらに寄付目的に貢献する人物である理解されるとする。このような理由から、Fischbach は、寄付者と贈与者の出捐が好意に基づくという点では共通するものの、前述したように寄付の場合は、寄付を受ける募集者が問題となり、それは贈与の本質的な要素から逸脱すると述べる⁽⁶⁷⁸⁾。このように Fischbach は、贈与における受贈者の観点と、寄付における募集者の観点が一致しないことが贈与と寄付の区別の根拠となっているとする。また、ドイツ法においては、前述したように、寄付を信託行為によって構成するのが一般的であったが、信託関係と贈与の区別については、信託行為による譲渡等は、これは単に別の権利を強化するものであり、新しい財産価値を与えることを目的としていないから利得ではないとして贈与とは区別しており、信託財産は、経済的にも法的にも受託者の財産に向けられるものではないと説明されていた⁽⁶⁷⁹⁾。

⁽⁶⁷⁵⁾Regelsberger も Fischbach と同様の指摘をしていた。本稿第二章Ⅲの二(一)参照。

⁽⁶⁷⁶⁾Fischbach, a. a. O. (Fn. 400), S. 89.

⁽⁶⁷⁷⁾Fischbach, a. a. O. (Fn. 400), S. 90f.

⁽⁶⁷⁸⁾Fischbach, a. a. O. (Fn. 400), S. 90f.

⁽⁶⁷⁹⁾本稿第二章Ⅱの四(一)参照。その他、Schmid は、信託関係は主に受託者の財産増加によって

その他、Coing は、負担付贈与と信託行為による出捐は基本的に異なるとする⁽⁶⁸⁰⁾。後者の場合、出捐を受けた者は、中間者としてのみの機能を有する場合であり、出捐物は、完全に移転されなければならない、このような状況は特に寄付の場合において想定されるという。さらに Coing は、後者の場合、すなわち、寄付の場合は、寄付者が募集者たる財団等へ無償の出捐をなしていることから、ここでは贈与の性質が存在するものの、基本的に贈与は受贈者が贈与の対象物を自由に処分できることを前提に考えられなければならないとする。そして、寄付者が寄付目的のためになした募集者への出捐には、信託関係が存在するという⁽⁶⁸¹⁾。しかし、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り、受贈者が出捐物の処分に制限がある場合、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する⁽⁶⁸²⁾。Coing はこのように述べ、贈与については受贈者が自由に贈与物を使用する限りにおいて贈与だとしており、無償の出捐による受贈者の個人的な利得を贈与の特質の一つとしてみているようである⁽⁶⁸³⁾。

次に、日本法においては、立法過程から現在において、贈与は自己の財産により相手方に利益を与える契約であるとされ、財産出捐が無償でなされることに両当事者が合意し、無償の出捐によって贈与者の財産が減少し、受贈者が財産的利益を受けることと理解されている。負担付贈与については、立法過程においては、受贈者自身が、利得があると思って負担付贈与を承諾すれば負担付贈与とみなされるとし、受贈者があらゆる負担を負担付贈与の負担と理解する立場にあり、贈与者の出捐と受贈者の負担との間の対価のバランスが取れていない場合、受贈者に利益がある場合を広く負担付贈与と解する立場であった。この立場は、債権法改正の議論においても共有されており、民法(債権法)改正検討委員会は、負担が贈与者の債務と対価関係にないことを表す意味で、受贈者の債務を「負担」と表現することとし、負担の内容を広く解することを前提として、負担の内容については定義規定を設けず、負担の解釈については一定程度の柔軟性がある⁽⁶⁸⁴⁾。

決定されるものではなく、受託者の法的権限が委託者の意図によって制限されているという特徴を有するとし、これに対し贈与の場合は、通常、受贈者は贈与物の処分権を完全に得ることができるとする(Schmid,a.a.O.(Fn.451),S.62.)。

⁽⁶⁸⁰⁾Coing,a.a.O.(Fn.559),S.104f.

⁽⁶⁸¹⁾Coing,a.a.O.(Fn.559),S.104f.

⁽⁶⁸²⁾Coing,a.a.O.(Fn.559),S.104f.

⁽⁶⁸³⁾また、贈与の要件については、贈与者の出捐と受贈者の利得の他に、財産移転の無償性に関する合意が必要であり、贈与説、負担付贈与説に対する批判としては、後者の要件が寄付の場合に存在しないとも指摘されていた。本稿第二章Ⅲの二(一)参照。

⁽⁶⁸⁴⁾民法(債権法)改正検討委員会では、民法(債権法)改正検討委員会では、負担付贈与は、贈与者の財産移転義務と受贈者の負担が、両当事者の主観的あるいは客観的にみて対価の関係に立たないことを必要としており、負担の範囲を広く理解する立場にある。

日本法では、贈与、負担付贈与構成についてはドイツ法のように受贈者の利得等の観点から批判が詳細になされていないが、日本法においても贈与が自己の財産により相手方に利益を与える契約と解されているので、ドイツ法のように受贈者の利得を厳格に解せば、贈与、負担付贈与構成は否定的に解される。しかし、日本法では、前述のように受贈者の利得の議論は負担付贈与と関連してなされており、受贈者が負担付贈与によって利得を得るかどうかは、主観的に決することも可能であり⁽⁶⁸⁵⁾、この点、受贈者の利得を厳格に解するドイツ法とは異なっている。したがって、日本法における贈与の特質は、財産出捐が無償でなされることに両当事者が合意し、無償の出捐によって贈与者の財産が減少して、受贈者が財産的利益を受けることであるといえるものの、受贈者の利得の解釈については、負担付贈与においてある程度柔軟に解釈できるという特質を有すると理解できる。

(二) 負担付贈与構成と寄付財産の保護の必要性

これまでの考察を踏まえると、寄付の法的構成については、日本法では、一応寄付を贈与として論じるものの、寄付者から募集者への寄付の移転を信託的譲渡と解しており、単なる贈与とは区別しているが、負担付贈与における負担の内容を柔軟に解することができれば、あえて信託的譲渡と解する必要もないように思われる。なぜなら、この信託的譲渡は、財産権譲渡の一態様であるものの、一般の財産権譲渡が終局的な財産権移転を目的とするのに対し、財産権の復帰等を予定する「信託的」な譲渡という点で一般的な譲渡と異なると思われるが、一般的な財産権譲渡においても、他方の債務が履行されない場合等、一定状況においては、契約の解除により一度移転した財産権の復帰等があり得るからである。つまり、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。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要性はないと考える。したがって、寄付を信託的譲渡と構成するのではなく、負担付贈与構成によって捉えることが可能であると思われる⁽⁶⁸⁶⁾。

しかし、寄付においては、信託法上の信託の適用が必要となる場面が存在すると考える。それは、募集者が破産した場合、募集者の債権者による寄付財産の差押さえ等の場合において寄

⁽⁶⁸⁵⁾これについては、法典調査会において、穂積委員は、負担付贈与についてはやはり自分に利益があると思ってそれを承諾すればこそ負担付贈与となるとしている(法典調査会・前掲注(71)179頁)。民法(債権法)改正検討委員会編・前掲注(16)213-214頁も参照。

⁽⁶⁸⁶⁾その結果、近時の贈与の現実類型に着目し、贈与の多様性を直視して論じる議論との関係では、公益、慈善的な目的のために三者が関与して行われる寄付を贈与の類型の一つとして新たに認識することができる。

付財産の処遇が問題となった場面である⁽⁶⁸⁷⁾。なぜこのような場面において、信託法上の信託の適用が必要となるのかについては次のような理由が考えられる。すなわち、大規模な義援金等の寄付の場合、集められた寄付財産は極めて公共的な性格、役割を担っており、募集者の破産財団の組み入れ、債権者による差押え等から保護する必要性が高いと思われる。そして、負担付贈与構成の場合、募集者に目的に従って寄付財産を使用する義務等を負わせることは可能であるが、寄付財産を募集者の固有財産とは分別して管理させ、信託財産として募集者の破産財産の組み入れ、債権者による差押え等から保護することまではできない。

以上のことから、本稿では、寄付を法的にどのような構成によって捉えるべきかといった問題に対しては、基本的には寄付を負担付贈与構成によって捉えるべきであると考え、寄付には前述した理由から信託法の適用が必要となる場面が存在し、可能な限り信託法の準用ないし類推適用によって寄付財産の保護を図る方向性を考えるべきであるという立場をとる。そして、寄付の法的構成をこのように考えた場合、いかなる基準によって信託法の準用ないし類推適用が考えられるかという問題にあたると考えられる。これについては以下で検討することとしたい。

二 寄付と信託法上の信託の成否

1 信託法上の信託の成立

前述したように本稿では、寄付を、基本的に寄付者が募集者に対して寄付目的のために使用するという負担を設定する負担付贈与と解するが、寄付においては信託法の適用が必要となる場面があると考え。それは、募集者が破産した場合における寄付財産の破産財団への組み入れ、募集者の債権者により寄付財産が差押えられる場合であると考えられ、その場合、寄付財産を保護するために信託法上の信託の成否が問題となるとと思われる。以下では、問題の検討の前に、まず、信託の概念、信託の成立要件について確認する。

一般に「信託」とは、「ある者(委託者)が、法律行為(信託行為)によって、ある者(受託者)に財産権(信託財産)を帰属させつつ、同時に、その財産を一定の目的(信託目的)にしたがって、社会のために又は自己若しくは他人(受益者)のために、管理・処分すべき拘束を加えることによって成立する法律関係である(信託法2条1項、3項参照)」と理解される⁽⁶⁸⁸⁾。このことから、

⁽⁶⁸⁷⁾中田裕康教授もこの点について同様に指摘していた(中田・前掲注(1)264頁)。

⁽⁶⁸⁸⁾四宮・前掲注(245)7頁以下。さらに、四宮和夫博士は、信託の本質的要素として次のような点を挙げている。①特定された財産を中心とする法律関係であること、②受託者が財産の名義者となること、③受託者に財産の管理・処分の権限が与えられること、③受託者の管理・処分の権限が排他的であること、④受託者の権限は、自己の利益のために与えられたものではなく、他人のために一定の目的に従って行使されなければならないこと、⑤法律行為に設定されることである。

信託の要素は、特定の委託者・受託者・受益者の存在と、委託者からの受託者への財産権(信託財産)の移転・処分(信託目的遂行に必要な管理・処分権等の移転)、当該財産に付随する目的的限制(信託目的への拘束)の存在であり、それ以外の点は柔軟であると説明される⁽⁶⁸⁹⁾。さらに、信託においては、委託者から受託者への目的的限制を伴った特定の財産権の移転・処分がみられるので、その結果、受託者は純粋な財産帰属者として行動することができず、そこから自由には自己の利益を得られないこととなる⁽⁶⁹⁰⁾。つまり、目的財産が、委託者の所有を離れるとともに(その意味では用途を定めて処分された)、受託者のもとでなお一定の経済目的のためのみに管理されることにあり(その意味では受託者の固有財産ではない)、そこにはあたかも財団ができたかのような状況が生み出されるのである⁽⁶⁹¹⁾。そして、当該財産が「信託財産」であると法的に性質決定された場合、結果として当該財産に対して、特定目的(信託目的)の遂行にとってふさわしい管理がなされていることが要求され、その義務違反には一定の制裁が用意されるとともに、一定の民事的効果が演繹的に導かれるという⁽⁶⁹²⁾。例えば、当該財産を特定し、受託者の他の財産から独立させるための分別管理義務、用途管理(特定目的への拘束)等である。

次に、信託の成立要件についてみていきたい。信託の成立要件については、平成18年法律第109号による改正前の信託法(以下「旧信託法」という)1条は、「本法ニ於テ信託ト称スルハ財産権ノ移転其ノ他ノ処分ヲ為シ他人ヲシテ一定ノ目的ニ従ヒ財産ノ管理又ハ処分ヲ為サシムルヲ謂フ」と規定しており、現行信託法2条1項は、「この法律において『信託』とは、次条各号に掲げる方法のいずれかにより、特定の者が一定の目的(専らその者の利益を図る目的を除く。同条において同じ。)に従い財産の管理又は処分又はその他の当該目的の達成の為に必要な行為をすべきものとするを言う」と規定している⁽⁶⁹³⁾。旧信託法においては、財産権の処分、当該財産につき他人をして一定の目的に従い管理または処分をさせることが信託の成立要件と解することができ⁽⁶⁹⁴⁾、現行信託法2条1項も基本的には同旨であると解される⁽⁶⁹⁵⁾。なお、当事

⁽⁶⁸⁹⁾河上正二「信託契約の成立について―最高裁平成14.1.17判決をめぐって―」東北信託法研究会編『変革期における信託法』(トラス 60、2006)70頁。なお、信託と類似の法律関係は、委任、第三者のためにする契約の組み合わせ等によっても実現可能であるが、委託者から受託者への目的的限制を伴った特定の財産権の移転・処分が見られる点に信託の特色があるとされる(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)54頁)。その他、信託の概念については、大村敦志「遺言の解釈と信託」米倉明他著『実定信託法研究ノート』(トラス 60、1996)37頁、道垣内弘人「信託の設定または信託の存在認定」道垣内弘人＝大村敦志＝滝沢昌彦編『信託取引と民法法理』(有斐閣、2003)1頁以下等参照。

⁽⁶⁹⁰⁾河上・前掲注(689)(水野紀子編『信託の理論と現代的展開』)55頁。

⁽⁶⁹¹⁾河上・前掲注(689)(水野紀子編『信託の理論と現代的展開』)55頁。

⁽⁶⁹²⁾河上・前掲注(689)(水野紀子編『信託の理論と現代的展開』)55頁。

⁽⁶⁹³⁾新井誠監修『コンメンタール信託法』(ぎょうせい、2008)35頁以下参照。

⁽⁶⁹⁴⁾道垣内弘人「最近信託法判例批評(8)」金法1589号(2000)46頁、佐久間毅「判批」平成14年重判1246号(2003)74頁。

者が信託という文言を用いていたか否か、法的な意味において信託契約であるという認識を有していたか否かは、信託契約の成否について決定的な意味を持たないと解されている⁽⁶⁹⁶⁾。

寄付の取引形態が信託と類似する点については、本章Ⅱの三(七)で言及したが、寄付の場合、寄付者による無償の出捐は、募集者を利得させる意図で行われず、募集者も寄付者からの無償の出捐を受け利得を受ける意図はなく、寄付者の意図は、寄付目的が達成されることであり、そのために募集者に自己の寄付を受益者のために使用されることを意図して託すと思われる。そして、そのために、寄付では、寄付者から募集者へ寄付が完全に移転し(所有権の移転)、募集者は寄付目的に従い、寄付財産を適切に管理、処分することが要求されるのである。これらの寄付の取引形態を考慮すれば、前述した信託の成立要件と適合的であると思われる⁽⁶⁹⁷⁾。

しかし、寄付の場合、必ずしも明示的に信託が締結されているとは限らず、寄付を負担付贈与と構成した上で、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について検討する必要があると思われる。これについては、最判平成14年1月17日判決(民集56巻1号20頁。以下「平成14年判決」という)が、明示的に信託契約が締結されていなかった場合の信託契約の有無について判断しているので、参考になると思われる。以下でみていきたい。

2 平成14年判決の内容

平成14年判決は、公共工事の建設請負契約における前払金について、信託契約の成立を認めた判例である。事案の概要、判旨は以下のとおりである。

【事案の概要】

地方公共団体である愛知県(B)が請負業者(A)に公共工事を発注するのに際し、Aに対してB

⁽⁶⁹⁵⁾道垣内弘人『信託法』(有斐閣、2017)3頁、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)274頁。

⁽⁶⁹⁶⁾中村也寸志「判批」法曹55巻8号(2003)149頁、四宮・前掲注(245)106頁、道垣内・前掲注(694)46頁。その他、河上正二教授は、信託の成立については次のように述べている。ある財産が分別して管理される、使途目的が制限される等の効果、制約を伴って管理されるべき財産については、当事者の意思解釈上、「信託財産として管理されている」と解される余地があり、そのような制約と無縁の財産の場合は、そうならない可能性が高いとする。そして、取引関係全体の経済的・実質的機能からみて、当該財産が、通常の個人財産としてではなく、一定の目的に従って管理・処分されるべく必要な取引関係と結合され、かつ、当事者がそのような了解のもとで事業を行っている場合、そこに現れた経済的・実質的な信託機能を追求する当事者意図を読み取ることは比較的容易となるという。「信託行為」の代表格である信託契約は、一般に委託者の信託を設定する意思(信託設定意思)と受託者の信託を引き受ける意思(信託引受意思)の合致によって生じるが、いかなる場合に、かような信託意思を読み取れるかは、当事者の意思表示の解釈問題にほかならないからであるとする(河上・前掲注(689)(水野紀子編『信託の理論と現代的展開』55頁)。

⁽⁶⁹⁷⁾中野・前掲注(216)221頁。

から前払金が支払われた。前払金は信用金庫(Y₂)のA名義の預金口座に払い込まれた。その際に、AにBに対する保証金の返還債務が生じた場合の前払金返還債務を保証事業会社(Y₁)が保証した。その後、Aの営業停止により工事の続行が不能となったため、本件請負契約が解除された。AはBに対し本件前払金から工事の既済部分を控除した残金を返還しなかったため、Y₁はBに対し、保証債務の履行として残金相当額を支払った。Aの破産管財人であるXが、Y₁に対し、本件預金についてXが債権者であること等の確認を求めるとともに、Y₂に対し、本件預金の残額およびこれに対する遅延損害金の支払いを求める訴えを起こした。

【判旨】

「本件保証約款によれば、……前払金の保管、払出しの方法、Y₁による前払金の使途についての監査、使途が適正でないときの払出し中止の措置等が規定されているのである。……AはもちろんBも、本件保証約款の定めるところを合意内容とした上で本件前払金の授受をしたものというべきである。このような合意内容に照らせば、本件前払金が本件預金口座に振り込まれた時点で、BとAとの間で、Bを委託者、Aを受託者、本件前払金を信託財産とし、これを当該工事の必要経費の支払いに充てることを目的とした信託契約が成立したと解するのが相当であり、したがって、本件前払金が本件預金口座に振り込まれただけでは請負代金の支払いがあったとはいえ、本件預金口座からAに払い出されることによって、当該金員は請負代金の支払いとしてAの固有財産に帰属することになるというべきである。また、この信託内容は本件前払金を当該工事の必要経費のみに支出することであり、受託事務の履行の結果は委託者であるBに帰属すべき出来高に反映されるのであるから、信託の受益者は委託者であるBであるというべきである。」

本判決は、上記保証約款等で定められたAおよびBとの合意内容に照らせば、公共工事の前払金について、AとBとの間で、Aを委託者兼受益者、Bを受託者、本件前払金を信託財産とし、これを当該工事の必要経費の支払いに充てることを目的とした信託契約が成立したと解した⁽⁶⁹⁸⁾。その結果、信託財産は受託者の破産財団を構成しないことから、本件預金の残額は破産財団を構成しないこととなった。本判決においては、注文者から請負者に前払金が振り込まれ

⁽⁶⁹⁸⁾本判決に関する評釈、論文としては、佐久間毅「信託契約の成立—金銭の預託の場合」木南敦・山田誠一編『信託及び財産管理運用制度における受託者及び管理者の責務及び権限』(トラスト未来フォーラム、2016)3頁以下、同・前掲注(694)74頁以下、伊室亜希子「他人のために金銭を保管すべき者が自己名義で預金をした場合における信託成立の可能性」関西大学法学論集54号3巻(2004)474頁以下、金子敬明「判批」法協123巻1号205頁以下、安藤朝規「請負者の破産と預金債権の帰属」新井誠編『信託法実務判例研究』(有斐閣、2015)4頁以下、河上・前掲注(689)(東北信託法研究会編『変革期における信託法』)70頁以下、同・前掲注(689)(水野紀子編『信託の理論と現代的展開』)59頁以下、中村・前掲注(696)155頁以下等を参照。

たこと、請負者が自己名義で本件預金口座を開設し管理していること、前払金の預金の管理方法については、公共工事請負約款および保障事業法の保障約款で定められていたこと、この預金の管理方法は注文者および請負者に周知されていたこと、受託者である請負者がこの前払金の預金を自己の固有財産と区別して分別管理をしていたこと等を確認した上で、「このような合意内容に照らせば」信託契約が成立したと解するのが相当であると述べている。このように、本件の前払金の預金は公共工事の必要経費という特定の目的のために管理された財産であり、信託システムに比肩すべき様々な管理体制が整っていたといえる⁽⁶⁹⁹⁾。

また、この判旨からは、最高裁は分別管理を行うことやその管理方法が合意されていることをも信託契約の成立要件と解している可能性があることが読み取れる。この点については、旧信託法 1 条や信託法 2 条 1 項から導かれる要件である、①財産権の処分、②当該財産につき他人をして一定の目的に従い管理または処分をさせることになっていることとの関係では、次の 2 つの見解に整理される⁽⁷⁰⁰⁾。一つ目は、最高裁は上記①および②の要件に加えて、分別管理義務が課されていること等をも信託契約の成立とする見解⁽⁷⁰¹⁾。二つ目は、最高裁は、分別管理義務を上記②の要件の存否を判断する際のポイントとしたとする見解である⁽⁷⁰²⁾。しかし、いずれの見解に立つとしても、最高裁が信託契約の成立の有無を判断する際に分別管理義務の存在を重視していると思われる⁽⁷⁰³⁾。

3 寄付と信託法上の信託の成否について—平成 14 年判決を踏まえて—

平成 14 年判決は、信託契約の成立要件として、旧信託法 1 条に定める 2 つの要件である、①財産権の処分、②他人をして一定の目的に従い管理または処分をさせることになっていることに加えて、あるいはその一部として、分別管理を行うことや管理方法が合意されていることも要求する可能性があることを示していた。したがって、平成 14 年判決を前提とした場合には、本稿の対象とする寄付において信託契約の成立が認められるためには、①財産権の処分、②他

⁽⁶⁹⁹⁾河上・前掲注(689) (東北信託法研究会編『変革期における信託法』)77 頁、安藤・前掲注(698)13 頁。河上教授は、本判決が、信託の成立を正面から認めたことは、それ自体画期的なことであるが、しかし、そこには、双方当事者の信託的合意の要素のみならず、公共工事の前払金をめぐる様々な管理体制が法的裏付けをもって用意され、それが信託法のシステムに比肩しうるものであること、前払金制度の持つ公益的使命等が多いに関わっていると考えるのが適当であり、現時点でこれを安易に一般化することには慎重である(河上・前掲注(689) (東北信託法研究会編『変革期における信託法』)76-77 頁)。

⁽⁷⁰⁰⁾松元・前掲注(695)276 頁。

⁽⁷⁰¹⁾佐久間・前掲注(694)74 頁、同・前掲注(698)29 頁。

⁽⁷⁰²⁾道垣内弘人「最近信託法判例批評(9)」金法 1600 号(2001)84 頁。その他、中村・前掲注(696)148-149 頁では、分別管理義務を②の要件の存否を判断する際のポイントであるとする。

⁽⁷⁰³⁾松元・前掲注(695)276 頁、河上・前掲注(689) (東北信託法研究会編『変革期における信託法』)71 頁。

人をして一定の目的に従い管理または処分をさせることになっていることの他に、③分別管理を行うことや管理方法が合意されていることのいずれもが要求される可能性もあるといえる。

本稿では、寄付を、前述のように負担付贈与と構成しており、募集者は寄付目的のために寄付財産を使用するという用途の制限が付き、寄付が寄付者から募集者に移転すると解することから①、②の要件は満たすように思われる。そして、③の要件については、場合によっては分別管理を行うことや管理方法についての合意があったとみなされる可能性もあると考える。例えば、日本赤十字社は、義援金等の寄付において寄付財産を引き受けた場合、「義援金取扱いのガイドライン」に則って義援金の管理を行っており、そこでは、本社及び各支部で受付けた義援金は、受付主体となった本社又は支部がとりまとめて、配分委員会の指定する口座に速やかに送金して管理することとなっている⁽⁷⁰⁴⁾。したがって、この場合に、寄付財産が分別して管理されること、管理方法が合意されていることについて合意があったと認められる余地があると思われる。

しかしながら、日本赤十字社等のように寄付財産の受け手となる全ての募集者が、日本赤十字社等のように独自に寄付財産の管理、処分について規則を定めているわけではない。特に小規模のNPO法人等が義援金を募集する場合等は、必ずしも寄付財産の取扱いについて何かしらの規則を定めているとは限らない。したがって、最高裁が信託契約の成立の有無を判断する際に①、②の要件以外に、分別管理を行うこと、管理方法についての合意も重視するのであれば、この場合に信託の成立が認められることは難しいように思われ、負担付贈与として規律されることとなろう。

IV 小括

第三章においては、まず現代における寄付の実態を確認した上で、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べきかを検討し、その検討結果から、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行った。各構成をみると、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、これは、寄付に様々な法的要素が内在するという認識からくるものであるということがわかった。そして、寄付を法的に構成する場合には、様々な法的要素を捉えて多面的に構成しなければならず、単一の契約類型では構成できないという、法的構成を組み立てる際に留意すべき特殊性を有することを示し、それを考慮するためにも、日本法においては寄付の法的構成を贈与としつつ、信託的譲渡説によって寄付を法的に構成してきたのではないかと指摘した。

⁽⁷⁰⁴⁾ 日本赤十字社・前掲注(642)(義援金取扱いのガイドライン)23頁。

したがって、寄付を通説どおり信託的譲渡説によって捉えることは、寄付の実質を重視した見解であり支持することができ、さらに、近年主張されていた信託法の適用、類推適用する見解も、信託法による効果を用いて、寄付財産の保護、受益者の保護をさらに高めようとするものであるので、利点が多いことがわかった。

次に、これまでの考察から、寄付の法的構成の提示を行った。本稿では、日本法における贈与の特質は、財産出捐が無償でなされることに両当事者が合意し、無償の出捐によって贈与者の財産が減少して、受贈者が財産的利益を受けることであるといえるものの、受贈者の利得の解釈については、負担付贈与においてある程度柔軟に解釈できるという特質を有すると理解した上で⁽⁷⁰⁵⁾、寄付をあえて信託的譲渡と解する必要はなく、負担付贈与によって構成することができるとした。また、信託的譲渡説と同様に、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ので、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要性はないとした。

しかし、最後に、寄付においては、信託法上の信託の準用ないし類推適用が必要となる場面が存在すると考え、寄付を負担付贈与と構成した上で、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について検討を行った。本稿では、信託法上の信託が寄付においていかなる場面で適用する必要があるかについては、募集者が破産した場合、募集者の債権者による寄付財産の差押さえ等の場合において寄付財産の処遇が問題となった場面であるとした。そして、大規模な義援金等の寄付の場合、集められた寄付財産は極めて公共的な性格、役割を担っており、募集者の破産財団の組み入れ、債権者による差押え等から保護する必要性が高いと思われ、前述の負担付贈与と構成の場合、募集者に目的に従って寄付財産を使用する義務等を負わせることは可能であるが、寄付財産を募集者の固有財産とは分別して管理させ、信託財産として募集者の破産財産の組み入れ、債権者による差押え等から保護することまではできないとした。

これらを踏まえて、本稿では、寄付を法的にどのような構成によって捉えるべきかといった問題に対しては、基本的には寄付を負担付贈与構成によって捉えるべきであると考えているが、寄付には前述した理由から信託法の適用が必要となる場面が存在し、信託法の準用ないし類推適用により寄付財産の保護を図る方向性を考えるべきであるという立場をとった。

具体的に、いかなる基準によって信託法の準用ないし類推適用が認められるかについては、平

⁽⁷⁰⁵⁾反対にドイツにおいては厳格に、寄付と贈与を区別する傾向にあり、贈与については受贈者が自由に贈与物を使用する限りにおいて贈与だとしており、無償の出捐による受贈者の個人的な利得が要求されることが、贈与ないし負担付贈与の特質の一つとして考えられる。この点につき、本稿第二章Ⅱ参照。

成 14 年判決を参考にしつつ、①財産権の処分、②他人をして一定の目的に従い管理または処分をさせることになっていることの他に、③分別管理を行うことや管理方法が合意されていることのいずれもが要求される可能性もあるとした。そして、本稿では、寄付を、前述のように負担付贈与と構成しており、募集者は寄付目的のために寄付財産を使用するという用途の制限が付き、寄付が寄付者から募集者に移転すると解することから①、②の要件は満たすように思われるが、③の要件については、場合によっては分別管理を行うことや管理方法についての合意があったとみなされる可能性もあることを指摘した。例えば、日本赤十字社は、義援金等の寄付において寄付財産を引き受けた場合、「義援金取扱いのガイドライン」に則って義援金の管理を行っており、そこでは、本社及び各支部で受付けた義援金は、受付主体となった本社又は支部がとりまとめて、配分委員会の指定する口座に速やかに送金して管理することとなっているので、この場合に、寄付財産が分別して管理されること、管理方法が合意されていることについて合意があったと認められる可能性があることを指摘した。

終章 むすびに

以上、本稿では、これまで十分に論じられることがなかった寄付の法的構成を取り上げ、贈与法を出発点として、日独の贈与、負担付贈与の特質、寄付の法的構成に関する学説を素材にして分析・検討を試みた。以下では、本稿の結論と今後の課題について述べていくこととする。

本稿では、寄付を信託的譲渡と構成するのではなく、負担付贈与構成によって捉えることが可能であると結論付けた。その理由は次のとおりである。日本法における贈与の特質は、財産出捐が無償でなされることに両当事者が合意し、無償の出捐によって贈与者の財産が減少して、受贈者が財産的利益を受けることであるといえるものの、受贈者の利得の解釈については、負担付贈与においてある程度柔軟に解釈できるということ⁽⁷⁰⁶⁾。通説である信託的譲渡説と同様に、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ので、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いということである。

しかし、本稿では、寄付においては、信託法上の信託の準用ないし類推適用が必要となる場面が存在すると考え、それは、募集者が破産した場合、募集者の債権者による寄付財産の差押さえ等の場合において寄付財産の処遇が問題となった場面であると考えた。なぜなら、大規模な義援金等の寄付の場合、集められた寄付財産は極めて公共的な性格、役割を担っており⁽⁷⁰⁷⁾、募集者の破産財団の組み入れ、債権者による差押え等から保護する必要性が高いと思われるからである⁽⁷⁰⁸⁾。そして、寄付を負担付贈与と構成した上で、どのような場合に信託が成立し、信

(706) ドイツ法では、贈与における受贈者の利得について、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ないとし、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おり、立法過程から現在に至るまで受贈者の利得を厳格に解する。つまり、ドイツ法における贈与は、基本的に受贈者が自由に贈与物を使用する限りにおいて贈与だと理解しており、無償の出捐による受贈者の個人的な利得を贈与の特質の一つとして考えていることが明らかとなった。

(707) 寄付が公共的な性格、役割を担う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。

(708) この点については、ドイツ法からの示唆を得ている。すなわち、ドイツ法では、寄付には、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、定めることが難しく、寄付の法的構成を概念的に解釈することが困難であるとして、BGB 立法過程時から寄付の法的構成の検討について難点を示していた。そして、それを考慮するために学説では信託行為によって規律する見解が多数であった。しかし、ドイツ法では、信託法が制定されておらず、法律上明確でないこと等から、単に信託行為によって規律することには慎重であった。そのため、近時の学説では、寄付者と募集者との間の基本契約を贈与、委任としつつ、それに信託の要素を取り入れることによって規律していた。さらに、ドイツ法では、信託の適用が必要であるとされる場面については、寄付者の履行請求権、返還請求権の他に、寄付財産を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、寄付財産の保全を試みようという価値判断が働いていた。

託の効果が導き出せるのかについて検討を行った。これに関しては、平成 14 年判決を参考にし、①財産権の処分、②他人をして一定の目的に従い管理または処分をさせることになっていることその他に、③分別管理を行うことや管理方法が合意されていることのいずれもが要求される可能性もあるとした。

本稿では、寄付を、負担付贈与と構成しており、募集者は寄付目的のために寄付財産を使用するという使途の制限が付き、寄付が寄付者から募集者に移転すると解することから①、②の要件は満たすように思われ、③の要件については、場合によっては分別管理を行うことや管理方法についての合意があったとみなされる可能性があるとした。これらを踏まえて、本稿は、基本的には寄付を負担付贈与構成によって捉えるべきであると考え、寄付には前述した理由から信託法の適用が必要となる場面が存在し、信託法の準用ないし類推適用により寄付財産の保護を図る方向性を結論として示した。

それでは、最後に、今後の課題についていくつか指摘しておきたい。まず、本稿は、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を行ってきた。しかし、現在では、このような寄付以外にも寄付は様々存在する。例えば、クラウドファンディングの仕組みを利用した寄付⁽⁷⁰⁹⁾、ポイント還元による寄付⁽⁷¹⁰⁾、クリック募金⁽⁷¹¹⁾等である⁽⁷¹²⁾。今後、情報技術の発展とともに寄付の類型はさらに発展すると思われ、これら各寄付を正確に把握し、その法的構成に

⁽⁷⁰⁹⁾クラウドファンディングとは、ある目的やプロジェクトの資金を、インターネットによって不特定多数の人に呼びかけ調達し、必要額が集まった時点で実行する方法であり、投資型、融資型、購入型、寄付型があるとされている(日本ファンドレイジング協会編『寄付白書』(日本ファンドレイジング協会、2013)21-23 頁。なお、クラウドファンディングへの信託法の適用については、河上・前掲注(689)(水野紀子編『信託の理論と現代的展開』)41 頁以下参照。

⁽⁷¹⁰⁾各種ポイントやマイル等を、一定の交換比率で金銭換算して寄付する方法である(日本ファンドレイジング協会編・前掲注(709)16 頁)。

⁽⁷¹¹⁾インターネットの Website 内の決められた場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をするという仕組みである(日本ファンドレイジング協会編・前掲注(709)17 頁)。

⁽⁷¹²⁾このようなインターネット上での寄付の発展については、法制審議会民法(債権関係)部会では、贈与の書面要件との関係で奈須野関係官は次のように発言していた。「書面要件を厳格していくという方向性の提案については、反対します。例えば、大学への寄付金、あるいは被災地への義捐金、ふるさと納税、こうした贈与に類する行為をインターネット上で募集する場合を考えると、通常はその決済はクレジットカードの方式によることが考えられます。そして、クレジットカードによる決済として意思表示があった後、これは電子的になされるわけですが、これを受けて決済事業者が支払をした後で、「これは書面によらない同意であるため撤回する」ということになると、クレジットカード会社は非常に困ることになります。このことが現在、寄付金あるいは義捐金といったものがインターネット上で行われにくくなっていることの一因となっています。昨今、情報技術の進展によって、我が国においても「寄付金文化」というものが広がっていく可能性が高まっています。……ところが、書面によらねばならないということで電子的なものが含まれないことになると、こういったものの発展が阻害されるのではないかと考えます」と述べている(法制審議会民法(債権関係)部会第 16 回会議事録 6 頁)。

ついて詳細に分析していく必要があると思われる。

次に、本稿は、寄付の場合、必ずしも明示的に信託が締結されているとは限らず、寄付を負担付贈与と構成した上で、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については、平成 14 年判決を参考に考察した。しかし、現在においてもなお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、この点、どのような事案において信託の成立が認められるかについては、今後の裁判例、学説の展開を注視していく必要があると思われる。特に、本稿では、信託法の適用の必要性については、大規模な義援金等の寄付の場合、集められた寄付財産は極めて公共的な性格、役割を担っており、募集者の破産財団の組み入れ、債権者による差押え等から保護する必要性が高いという理由を挙げていた。しかしながら、全ての寄付が、公共的な性格、役割を有するものと考えすることはできず、この点、本稿は、寄付を負担付贈与と構成し、その上で公共的な性格、役割を有する負担付贈与の場合に信託の適用の必要性を唱えているので、それ以外の負担付贈与の場合との区別をどのように根拠付けるかといった課題を残している。これは、換言すれば、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という問題⁽⁷¹³⁾に通ずるものであり、これについても今後検討すべきであると考ええる。

続いて、近年において、教育、福祉、医療、環境などの分野において多様なボランティア活動が展開していることにも注目したい。このボランティア活動は、平成 7 年に起きた阪神大震災を契機に、社会的関心を集めたといえるようであり、最近では東日本大震災においても、震災ボランティアに参加する人々が増加している状況である⁽⁷¹⁴⁾。これまで述べてきた各種の寄付や、ボランティア活動等は、基本的に対価を伴わない行為であり、法的にみれば無償行為として位置付けられるように思われる。今後、寄付や、ボランティア活動等の無償行為は、市民の非営利活動の道具として重要性が高まると思われ、これらにどのような法的規律を与えるか検

(713)道垣内・前掲注(695)4 頁参照。また、道垣内弘人教授は、次のように述べている。現在の信託法の解釈に当たって、実質的に同一の問題の処理内容が、信託という法的構成を用いた場合と民商法じょうの法的構成による場合とで大きく異なることは疑問であり、むしろ、双方の法的構成が整合的に説明できるようにすべきである、という見解と、信託であればこそ可能になる処理があってもおかしくなく、同様の結果を民商法上の法的構成によってもたらすように腐心する必要はないとともに、民商法では困難な法的処理を信託という仕組みを活用することによって実現することを積極的に評価すべきである、という見解とが存在すると分析されているとする(道垣内・前掲注(695)24 頁、早川眞一郎「「信託という名の相続」覚書」米倉明編『創立 20 周年記念 論文撰集(トラスト 60、2007)205-206 頁参照)。

(714)一連のボランティア活動の注目に伴って、ボランティアが個人の活動から、団体としての活動を行えるように法整備も進められた。例えば、特定非営利活動促進法(NPO 法)が平成 10 年に制定され、平成 13 年には中間法人法、平成 18 年には民法典の法人の部分が改正されている。そして、一般法人法・一般法人法等整備法・公益認定法の三つが新たに制定されている。ボランティア活動の歴史、ボランティア政策の推移、関係機関の動き等については、巡静一＝早瀬昇『基礎から学ぶ ボランティア理論と実際』(中央法規出版、1997)20 頁以下参照。

討すべきである⁽⁷¹⁵⁾と考える。

また、贈与には典型的な家族間で行われる贈与以外にも、様々な贈与が存在しており⁽⁷¹⁶⁾、今後は、贈与を一律に扱うことよりも、当該贈与の性質を吟味して、各類型の特徴を考慮した解釈が展開されるべきであると思われる。この点、本稿は、寄付を負担付贈与と捉え、公益、慈善的な目的のために三者が関与して行われる寄付を贈与の一類型と位置付けるが、寄付の実質を重視し、場合によっては信託法の準用ないし類推適用を認めるべきであるという結論をとった。今後は、現代社会における贈与の現実類型に着目して、それぞれの類型がどのような意味を法的に持ちうるかは、議論を重ねる必要があると思われる⁽⁷¹⁷⁾。そして、贈与の多様性、現実類型に着目して、各類型の特徴を考慮した贈与の解釈を展開することで、最終的には、贈与ないし無償契約を取り巻く状況において何を法の領域に取り込み、また何を取り込むべきでないかといった、法と非法の区別が問われることになると思われる⁽⁷¹⁸⁾。この区別を問うことは難問であると思われるが、贈与法研究において贈与の現実類型に着目して贈与法理論の再構築を試みる方向が一つの方向⁽⁷¹⁹⁾として考えられるのであれば、法と非法との区別は贈与法研究ひいては無償契約論において今後重要な課題として位置付けられると考える。

最後に、寄付とその法的検討の重要性について述べておきたい。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、これらの問題解決については、政府の政策によって対処されるだけでなく、国民同士でもお互いに支え合って対処しようとする流れが徐々に形成されつつあると思われる。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、理解してもらい、問題解決の参加者を増加させることもできる。本稿においては、網羅的に寄付の法的検討を行うことができなかったが、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。

⁽⁷¹⁵⁾大村敦志「無償契約—近隣関係とボランティア」法学教室 299号(2006)64頁参照。

⁽⁷¹⁶⁾例えば、山本敬三教授は、任意的贈与(利他的、好意的贈与)、公共的贈与(贈与型、信託型)、戦略的贈与、義務的贈与(社交的、報償的、財産分与的贈与)を挙げており、贈与の現実的な類型に着目していた(山本・前掲注(10)330-331頁)。

⁽⁷¹⁷⁾先行研究として、吉田・前掲注(11)(一～四・完)、小島・前掲注(12)参照。

⁽⁷¹⁸⁾この点につき、森山・前掲注(2)235頁参照。

⁽⁷¹⁹⁾潮見・前掲注(5)40頁参照。

主要参考文献

一 日本法文献

- 1.法典調査会『民法査会議事速記録第25巻』(日本學術振興会)。
- 2.梅謙次郎『民法要義卷之三債權編』(有斐閣書房、1912)。
- 3.横田秀雄『債權各論』(清水書店、1912)。
- 4.末弘厳太郎『債權各論』(有斐閣、1918)。
- 5.石坂音四郎「寄付の性質」同『改纂民法研究上巻』(有斐閣、1919)。
- 6.中村萬吉『債權各論上巻』(早稲田法政学会、1920)。
- 7.村上恭一『債權各論』(巖松堂書店、1921)。
- 8.中島玉吉「公募義捐金」同『続民法論文集』(金刺芳流堂、1922)。
- 9.平野義太郎「公募寄付金一(一)公募寄付金の性質一寄付金所有權の帰属者一(二)寄付金と横領罪の成立」法協42巻7号(1924)。
- 10.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)。
- 11.末弘厳太郎「無償契約雜考」同『民法雜記帳(下)』(日本評論社、1953)。
- 12.柚木馨『獨逸民法I 民法總則(復刊板)』(有斐閣、1955)。
- 13.広中俊雄「契約一有償契約と無償契約」尾高朝雄他編『法哲学講座八巻』(有斐閣、1956)。
- 14.来栖三郎「日本の贈与法」比較法学会編『贈与の研究』(有斐閣、1958)。
- 15.鈴木禄弥訳＝フランツ・ヴィーアッカー『近世私法史』(創文社、1961)。
- 16.加藤永一「寄付一つの覺書」契約法大系刊行委員会編『契約法大系II』(有斐閣、1962)。
- 17.倉田彪士「負担付贈与・混合贈与・報酬的贈与」契約法大系刊行委員会編『契約法大系 贈与・売買』(有斐閣、1962)。
- 18.四宮和夫『信託の研究』(有斐閣、1965)。
- 19.加藤永一「日本の贈与について」私法33号(1971)。
- 20.我妻栄『債權各論中巻I』(岩波書店、1973)。
- 21.来栖三郎『契約法』(有斐閣、1974)。
- 22.永田菊四郎『新民法要義第三巻下 債權各論』(テイハン、1978)。
- 23.辻正美「受託者の背信的処分の効力についてードイツ法を中心として(一)～(四・完)」法学論叢103巻1号、5号、6号(1978~1980)。
- 24.三宅正男『契約法各論上巻』(青林書院新社、1983)。
- 25.広中俊雄編『第九回帝國議会の民法審議』(有斐閣、1986)。
- 26.石田穰『民法V(契約法)』(青林書院、1986)。
- 27.星野英一『民法概論IV(契約)』(良書普及会、1986)。

28. 椿寿夫・右近健男編『ドイツ債権法総論』(日本評論社、1988)。
29. 四宮和夫『信託法(新版)』(有斐閣、1989)。
30. 新井誠『財産管理制度と民法・信託法』(有斐閣、1990)。
31. 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)。
32. 柚木馨＝高木多喜男編『新版注釈民法(14)債権(5)』(有斐閣、1993)。
33. 富井政章『債権各論 完』(信山社、1994)。
34. 松波仁一郎・仁保亀松・仁井田益太郎合著『帝国民法正解第六卷債権』(信山社、1994)。
35. 右近健男編『注釈ドイツ契約法』(三省堂、1995)。
36. 井上正一『民法正義 財産取得編卷之参』(信山社、1995)。
37. 鈴木禄弥『債権法講義三訂版』(創文社、1995)。
38. 磯部四郎『民法〔明治23年〕釈義 財産取得編(下)』(信山社、1997)。
39. 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)。
40. 新井誠監訳『トラストとトロイハント』(勁草書房、1999)。
41. 澤井要一『獨逸民法草案理由書第2編上卷(復刻版)』(信山社、1999)。
42. 石部雅亮「ドイツ民法典編纂史概説」同編『ドイツ民法典の編纂と法学』(九州大学出版会、1999)。
43. 吉田邦彦「贈与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(一)～(四・完)」ジュリスト 1181号～1184号(2000)。
44. 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)。
45. 道垣内弘人「最近信託法判例批評(8)」金法 1589号(2000)。
46. 道垣内弘人「最近信託法判例批評(9)」金法 1600号(2001)。
47. 井上操『民法〔明治23年〕詳解 取得編之部下卷』(信山社、2002)。
48. 佐久間毅「判批」平成14年重判 1246号(2003)。
49. 中村也寸志「判批」法曹 55巻8号(2003)。
50. 前田達明編『史料民法典』(成文堂、2004)。
51. 来栖三郎『来栖三郎著作集Ⅱ 契約法』(信山社、2004)。
52. 小島奈津子『贈与契約の類型化』(信山社、2004)。
53. 森泉章『新・法人法入門』(有斐閣、2004)。
54. 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)。

- 55.山本敬三『民法講義Ⅳ－1』(有斐閣、2005)。
- 56.大村敦志「無償契約－近隣関係とボランティア」法学教室 299 号(2006)。
- 57.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)。
- 58.河上正二「信託契約の成立について－最高裁平成 14.1.17 判決をめぐって－」東北信託法研究会編『変革期における信託法』(トラスト 60、2006)。
- 59.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 号 2 巻、11 巻、125 号 1 号、12 号(2007～2008)。
- 60.加藤雅信『新民法体系Ⅳ契約法』(有斐閣、2007)。
- 61.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)。
- 62.潮見佳男『契約各論Ⅰ』(信山社、2008)。
- 63.民法(債権法)改正検討委員会編『詳解・債権法改正の基本方針Ⅳ各種の契約(1)』(商事法務、2010)。
- 64.内田貴『民法Ⅱ債権各論』(東京大学出版会、2012)。
- 65.ライナー・シューレーダー、原恵美訳「他人の財産管理」慶応法学 23 巻(2012)。
- 66.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)。
- 67.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)。
- 68.ディーター・ライポルト原著：円谷峻訳『ドイツ民法総論』(成文堂、2015)。
- 69.安藤朝規「請負者の破産と預金債権の帰属」新井誠編『信託法実務判例研究』(有斐閣、2015)。
- 70.佐久間毅「信託契約の成立－金銭の預託の場合」木南敦・山田誠一編『信託及び財産管理運用制度における受託者及び管理者の責務及び権限』(トラスト未来フォーラム、2016)。
- 71.道垣内弘人『信託法』(有斐閣、2017)。
- 72.筒井健夫・村松秀樹編『民法(債権関係)改正』(商事法務、2018)。
- 73.中田裕康『契約法』(有斐閣、2018)。
- 74.平野裕之『債権各論Ⅰ』(日本評論社、2018)。
- 75.松元暢子「公益組織に対して用途を指定して行われた寄付の法的性質と用途変更」樋口範雄・
- 76.神作裕之編『現代の信託法 アメリカと日本』(弘文堂、2018)。

二 ドイツ法文献

1. Neumann, Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts, Bd. 3. 1859.
2. Georg Friedrich Puchta, Über Sammlungen zu öffentlichen Zwecken nach gemeinem Recht, Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preussen, Bd. 2, 1868.
3. Rudolf von Jering, Rechtsgutachten betreffend die Gäubahn, In Jherings Jahrbüchern für Dogmatik, Bd. 18. 1880.
4. Ernst Immanuel Bekker, System des heutigen Pandektenrechts, 1886.
5. Ferdinand Regelsberger, Pandekten, Bd. 1. 1893.
6. Otto Gierke, Deutsches Privatrecht, Allgemeiner Teil und Personrecht, Bd. 1. 1895.
7. Emil Strohal, Bemerkungen zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich in zweiter Lesung, Jherings Jahrbücher für die Dogmatik heutigen und deutschen Privatrechts, Bd. 34. 1895.
8. Alfred Schultze, Die langobardische Treuhand und ihre Umbildung zur Testamentsvollstreckung, 1895.
9. Riedel, Das Bürgerliche Gesetzbuch im Vergleichung mit dem Preussischen Recht, 1896.
Hermann Isay, Zur Lehre von den Sammelgeschäften, In Jherings Jahrbüchern für Dogmatik, Bd. 36. 1896.
10. Benno Mugdan (Hrsg.), Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für Deutsch Reich, Bd. 4. Familienrecht, 1899.
11. Konrad Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte, 1899.
12. Ferdinand Regelsberger, Streifzüge im Gebiet des Zivilrechts, 1892.
13. Heinrich Dernburg, Pandekten, Bd. 1. 1900.
14. Carl Crome System des deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 1. 1900.
15. Rudolf Leonhard, Der Allgemeine Theil Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1900.
16. Alfred Schultze, Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht, Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen Rechts und des deutschen Privatrechts, Bd. 43. 1901.
17. Kiepert Max, Die Sammlungen zu wohltätigen oder gemeinnützigen Zwecken nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, 1903.
18. Josef Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1. 1906.
19. Opet und Blume, Das Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuch, 1906.
20. Paul Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen, Das Recht der Schuldverhältnisse, 1906.
21. Heinrich Dernburg, Die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts, des Deutschen

- Reichs und Preußens, Bd. 1. 1906.
22. Oskar Fischbach, Das Sammelvermögen, 1907.
23. Carl Ernst König, Die öffentlich Sammlung von Vermögen für einen vorübergehenden Zweck, 1907.
24. Friedrich Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2. 1908.
25. Karl Heinsheimer, Zum Prozesse der Radboder Witmen, Deutsch Juristen Zeitung, 1909.
26. Oscar Fischbach, Zur Lehre vom Sammelvermögen, Deutsch Juristen Zeitung, 1909.
27. August Kayser, Das Sammelvermögen, 1909.
28. Emil Seckel, Gutachten über die Frage: Empfehlen sich gesetzliche Vorschriften über die rechtl. Stellung des Sammelvermögens? Verhandlg. d. 30. Juristentages, Bd. 1. 1910.
29. Rudolf Joerges, Spendungsgeschäft und Sammelvermögen, 1910.
30. Walter Rademacher, Das Sammelvermögen, 1911.
31. Hans Brinkmann-Bondi, Altes und neues über Sammelvermögen, 1913.
32. Emil Strohal (hrsg.), Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1. Allgemeiner Teil, 1913.
33. Julius Stolzberg, Die rechtliche Natur des Spendungsgeschäftes bei einem durch öffentliche Sammlung für einen vorübergehenden Zweck zusammengebrachten Vermögen, 1914.
34. Oscar Nothmann, Der Begriff des Vermögens im Bürgerlichen Rechte, 1914.
35. Ernst=Schubert Gallsch, Die rechtliche Natur des Sammelvermögens nach privatem und öffentlichem Recht, 1916.
36. Arnold Liebisch, Das Wesen der unentgeltlichen Zuwendungen unter Lebenden im bürgerlichen Recht und im Reichssteuerrecht, 1927.
37. Ludwig Enneccerus, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 1952.
38. Eberhard Laux, Sammelvermögen, Rechtsnatur und steuerliche Behandlung, JZ. 1953.
39. Hein Kötz, Trust und Treuhand, 1963.
40. Gerald Erb, Sammelvermögen und Stiftung, 1971.
41. Hemult Coing, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, 1973.
42. Bernhard Francke (hrsg.), Dresdener Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse von 1866, in: Neudrucke privatrechtlicher Kondifikationen und Entwürfe des 19. Jahrhunderts, Bd. 2, 1973.
43. Benno Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für Deutsch Reich, Bd. 2, Recht der Schuldverhältnisse, 1979.

44. Werner Schubert(hrsg.),Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches,Recht der Schuldverhältnisse,T.2,BT.1980.
45. Horst Heinrich Jakobs und Werner Schubert(hrsg.),Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichen Quellen Bd.2,Recht der Schuldverhältnisse,1980.
46. Helmut Coing,Treuhandverhältnis und abhängige juristische Person,in:Festschrift für Winfried Werner,1984.
47. Karl Larenz,Lehrbuch des Schuldrechts,1986.
48. Wolfgang Pruskowski,Das Merkmal der Zuwendung im Tatbestand der Schenkung,1987.
49. Heinz Hüber,Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches,1996.
50. Michael Fischer,Die Unentgeltlichkeit im Zivilrecht,2002.
51. Cornelia Schmid,Stiftungsrechtliche Zuwendungen im Erb- und Familienrecht,2007.
52. Dieter Medicus/Stephan Lorenz,Schuldrecht II Besonderer Teil,2010.
53. Christian Föster,Schuldrecht Besonderer Teil,2012.
54. Dirk Looschelders,Schuldrecht Besonderer Teil,2013.
55. Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker,Besonders Schuldrecht,2013.
56. Jauernig Kommentar/Heinz-Peter Mansel,BGB,16.Aufl.2015.
57. Münchener Kommentar/Jens Koch,BGB,Bd.3,7.Aufl.2016.
58. Plandt Kommentar/Walter Weidenkaff,BGB,Bd.7,76.Aufl.2017.
59. Münchener Kommentar/Dieter Schwab,BGB,Bd.9.7.Aufl.2017.
60. Christoph Hirsch,Schuldrecht Besonderer Teil,2018.