

# 小出 隼人

学位の種類 博士（法学）

学位記番号 法博第136号

学位授与年月日 平成31年3月27日

学位論文題目 寄付の法的構成に関する一考察

一日独における贈与法を出発点として一

論文審査委員（主査）教授 久保野 恵美子

教授 渡辺 達徳

教授 鳥山 泰志

## 論文内容の要旨

### 1 本稿の目的と検討課題

本研究は、寄付者、募集者、受益者の三者が介在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。以下では、その問題背景について述べ、本論文が設定する検討課題について述べる。

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。では、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、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。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は、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。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われている。近時の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る。しかし、近年では、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、経済的意義を見直して類型

的に考察するものや、贈与の現実類型に着目して、任意的な好意契約としての贈与(慈善的贈与、純粹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傾向がみられる。

そして、本稿も、現代社会においては様々な贈与があり、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ことに着目する。慈善的贈与の典型例としては「寄付」があげられ、寄付は利他的、無償的性格が最も明確にあらわれる場合であるといわれている。寄付について、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、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。来栖三郎博士は、寄付には、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)があり、この場合、通説は、寄附者から寄附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)。このように、寄付は、贈与として論じられてはいるものの、寄附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。

しかし、寄付については未だ検討が不十分な点があるように思われる。例えば、贈与は、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、寄付は二者間でなされるもの他に、三者間でなされるものがある。この三者間でなされる寄付においては、実際に募集者は寄附者から直接利益を受けず、寄附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。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附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、寄附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。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。これらの問題提起をもとに、本稿では、以下のような検討課題を設定している。

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)。

## 2 構成および各章の要約

第一章では、贈与については、無償の財産的出捐を目的とする契約であると理解されており、負担付贈与については、片務かつ無償の契約であり、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わかった。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いう理由によるものであった。そして、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ことがわかった。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

なっていることもわかった。寄付の法的構成に関する学説については、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、信託的譲渡説が通説となったということが明らかとなった。そして、近年では、信託法の適用を認める見解がみられ、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と契約の場合よりも被災者(受益者)保護のために役立つと強調されていた。

第二章では、BGB 立法過程の検討から、BGB における贈与は、受贈者の利得について厳格に解するということがわかった。特に、第二委員会では、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とはならないので、贈与とみなされないとしていた。さらに、負担付贈与においても、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、第二委員会では、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。BGB 施行後では、贈与は、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説明されている。特に、受贈者の利得については、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該当するとする(この点、判例(RGZ62 386ff)も

同様の見解であった)。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った。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かとされていた。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。寄付の法的構成に関する学説については、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 制定直後は寄付の法的構成について検討する論文が多くみられた。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、寄付の法的構成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った。その他の学説も典型契約内において寄付を捉えようとするものであるが、それには限界があるため、信託行為説を支持するものが多くみられた。そして、近時の学説では、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するが、信託行為により寄付を法的に構成するものが多い。例えば、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、それにより募集者には、寄付目的のために寄付財産を使用する義務が課せられ、また、募集者の債権者も寄付財産に介入することができなくなるとする。また、近時の学説では、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。第三章では、諸学説であげられていた各構成

を分析した結果、各構成は寄付の実態を部分的捉えて、それについて適合する法的構成を論じている傾向にあると思われ、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、本稿は、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。したがって、信託的譲渡説は、寄付の実質を重視した見解であり支持することができ、信託法の適用、類推適用する見解についても、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もので、利点が多いことがわかった。しかし、本稿では、日本法では、負担付贈与における受贈者の利得の解釈については、ある程度柔軟に解釈できるので、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、わざわざ信託的譲渡とする必要性はないとした。ただ、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。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った。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。以上のとおり、本研究では、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介在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示した。最後に、本稿は、今後の課題について、いくつか述べている。特に、現代社会における贈与の現実類型に着目し、それぞれの類型がどのような意味を法的に持ちうるかについては、今後議論を重ねる必要があるとした。そして、これについては、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、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した。

## 論文審査結果の要旨

本論文は、自然災害被災者のための義援金の募集のように、募集者を媒介としてなされる寄付者、募集者、受益者の三者が関与する寄付について、日本及びドイツの民法典の立法過程及び学説を分析することにより、あるべき法的構成を探

求した研究である。

本論文は、社会的重要性を増す寄付という事象について、不明確な法状況を解消しようとする点で、実務的な意義を有すると同時に、寄付の法的構成について、典型契約の諸類型、とりわけ贈与契約と信託とを対比して分析することで、現実の事象と法的概念とが整合しない場面で援用されてきた日本の信託行為概念の特徴、さらに、贈与その他の典型契約類型の有する意義と信託法理との関係の一端を明らかにした研究として、理論的な価値を有するものである。

募集者が寄付者から金銭等の財産を募り、被災者等の受益者に分配する三者間の寄付は、その社会的重要性を増したのが近年であるとはいえ、BGBの制定時の頃から、長く法的な議論の対象となってきた。本論文は、長期間の議論の蓄積にもかかわらず、今なお寄付の法的構成が明らかではない原因として、寄付の実態には様々な考慮すべき要素、すなわち、無償性、募集者への事務委託、財産の保管、三者間関係の複雑性、各当事者の多数性、目的の公益性等が認められることを指摘し、それらの要素の一部への着目と法形式上の典型契約類型、法人等の思考枠組みとが結びついて、単一の法形式に落とし込む発想が生じる傾向があったことを明らかにしている。この認識を前提に、本論文は、贈与類型の特質の日独における違いを考慮すれば、日本においては寄付を負担付贈与と構成しうること、同時に、公益的な性格の強い寄付については、信託法理の適用により寄付財産を保全し、公益目的の実現を図る可能性を探るべきことを主張する。本論文が、寄付の法的構成を困難とする寄付の実態の多様な側面を明らかにし、そのような寄付の複合的性格に対応する法的構成の解釈を示したことは、寄付をめぐって生じる紛争の解決に資する実務的意義を有する。また、寄付に関する合意・取決めをこれからしようとするときに出発点として参照に値する理論的考察を積み重ね、もって紛争予防のための法的規範を構想することで、寄付文化が日本でますます成熟していくための法学的貢献をしたことにも本研究の意義が認められる。

以上により、本論文を、博士(法学)の学位を授与するに値するものと認める。