

プロローグ

近時、寄付の重要性が声高に主張されている。そもそも寄付とは如何なる概念であろうか。周知のとおり、寄付の法的構造を直接規定する条文は、現行法上存在していない¹。結果として、民法学においても、これまで十分に論じられていないようである。それでも論じられているものの中には、債権各論である贈与契約において若干の説明がなされていることに過ぎない状況である。中でも、来栖三郎は、『契約法』において、「贈与が社会公共のために為されるときは寄附と呼ばれる。」としている²。そのうえで、「個々人が直接に一定の寺社・学校・社会事業施設などに寄附する場合」と「発起人が多数の人から寄附を集める場合(公募義捐金)」の二つに分解されるとされ、前者を民法上の贈与とし、後者を発起人に信託的に帰属すると解されているとする³。民法 549 条は、贈与者と受贈者という二者間を想定した条文の構造になっていることから、前者は容易に理解することができよう。しかし、後者のように、発起人が多数の人から寄付を集めたうえで、第三者に寄付をする場合のような三者間における贈与は、如何なる構造を有するものと考えらるべきであろうか。一方で、民法 547 条の契約の効力の箇所では、「第三者のためにする契約」という法技術による三者間の権利関係を想定した法理も存在している。

このように、後に述べる民法学の寄付を概説している諸文献においては、来栖のいう後者の三者間でなされる寄付につき「信託的譲渡と解されている」との主張⁴が多いようであるが、信託的譲渡はどのような内実を有するものであろうか。特に、「信託的」というと漠然としている感は否めない。かかる状況下においても、四宮和夫は、『信託法(新版)』の中で、我妻栄や星野英一等の見解を

¹ 解釈論としては、法人、それも財団法人の根本書面たる、社団法人の定款に相当するものとして寄付行為がドイツ語の翻訳からなされている。それらの点では、民法学も寄付を知らないわけではない。

² 来栖三郎『契約法』(有斐閣、1974年)224頁。

³ 来栖・前掲書注2)同頁。

⁴ 後に述べるように、我妻栄、星野英一、内田貴等多くの論者が信託的譲渡と解している。

引用しつつ、寄付につき、公益信託との類似性を見出している⁵のが注目される。

しかも、ここで重要なのは、寄付はそもそも二者間で行われるのではなく、三者間で行われるのが常態である点であるということである(われわれが、東日本大震災で行った寄付は、見ず知らずの被災者に金銭を寄付することを目的として、仲介者たる日本赤十字社が介在していたはずであることを想起せよ)。その意味で、本稿は、寄付をその上位概念として三者間贈与と位置づけ、その具体例としての寄付と公益信託を比較法的に比較検討することで、現代型贈与の中心となりつつある、寄付の法的構造をどのように把握し、規律するのが妥当かを論じることにより、契約法学の空白を埋めようとするものである。ただ、寄付は、契約法学と信託法学の双方に広がって存在している概念であり、その内実は信託、それも公益信託に引き寄せて考えることが望ましいことを主張したい。すなわち、公益信託法理の借用である。そう考えることで、寄付する側と寄付された金銭等を第三者に渡す仲介者の権利義務を明らかにし、最終的に寄付法ないし公的贈与法を立法論として提案することにより、喫緊の課題となっている日本における寄付文化の醸成につなげることを意図するものである。

⁵ 四宮和夫『信託法(新版)』(有斐閣、1989年)25頁。

I. 問題の所在

第一章 三者間贈与の実態とその問題点

第一節 現代における問題状況

第一款 社会貢献性がより強まりつつある現代

現代日本社会の特徴を表すキーワードとして、ボランティア社会が挙げられて久しい¹。これは、1995年1月17日に発生し、6,000人以上もの死者を出した阪神淡路大震災後、とりわけ顕著に見られた。全国から集まったボランティアが連日、被災地で活動している姿が報道されていたこともよく知られている。他方で、近年では、寄付で社会貢献をする人々や法人も増えている²。誰でも一度は、駅前に立つ小学生の持つ募金箱に赤い羽根共同募金をし、赤い羽根を胸につけた経験があるであろう。「タイガーマスク現象」と呼ばれた、伊達直人を名乗った児童養護施設へランドセルの寄付³がなされたのも、記憶に新しいところである。ボランティアは、労働力または役務の提供(例えば、被災者の家の瓦礫撤去を手伝う)をその内容とする。一方、寄付は、資金の提供によるものである。両者の目的が自発的で見返りを期待しない社

¹ ボランティアそのものにつき、良い概観を与えてくれる好著として、仁平典宏『「ボランティア」の誕生と終焉<贈与のパラドックス>の知識社会学』(名古屋大学出版会、2011年)がある。

² 朝日新聞 2011年2月19日付朝刊21面「寄付付き商品で貢献」は、企業が寄付付き商品を製造し、販売することで、社会貢献する動きを紹介している。また、日経新聞 2011年11月28日付夕刊1面「株主優待で寄付広がる」では、社会貢献型株主優待制度を導入している企業の増加に触れている。個人の寄付につき、同2007年2月21日付朝刊29面「寄付先選び気軽に安心」、日経新聞 2011年5月10日付夕刊9面「じわり個人が動く」で、その多様性を特集している。

³ 日本経済新聞 2011年1月12日付朝刊39面「覆面の善意は照れ隠し?」等。伊達直人と児童養護施設との二者間における贈与で、民法における贈与(民法549条)ないし負担付贈与(同法553条)とも考え得るが、その実態は、同施設で預かっている児童への寄付であり、三者間における贈与といえるのではないか。

会貢献活動であることからすれば、ボランティア社会とは社会貢献社会であるといえよう⁴。現代日本はフィランソロピー⁵に支えられた社会なのである。

以上を背景として、2010年に出された内閣府の「新しい公共」宣言⁶は、日本の将来ビジョンとして、「公共」は「官」だけが担うものではなかったという経験に鑑み、政府と国民との関係を根本的に見直した。すべてを政府に任せるといふ、いわゆるあなた任せのパラダイムから各種の制度改革等により、政府の担ってきた領域を国民へ開いていくことを表明している。そのための具体的な対策として、政府に替わる各種団体等への寄付をし易くすることを意図し、平成23年の税制改正により特定寄附信託⁷が新たに創設され、その制度の浸透に注目が集まっているところである。また、寄付による各種基金としては、公益信託 成年後見助成基金⁸が設立されており、高齢者が築いた財産の一部を民間基金に寄付することで、国等の公的領域と関係なく、資金を有効利用している例もあるとされている。

それでは、寄付はどの程度なされているのであろうか。わが国において、決定的な変化があった。2011年3月11日に発生した東日本大震災がそれである。

次款では、この大震災が寄付にどのような影響を与えているといえるか、そして文化人類学者の泰斗、マルセル・モースの『贈与論』における主張との関連を見ていくこととしたい。

⁴ 山内直人編『NPOハンドブック』（有斐閣、1999年）60頁。

⁵ 雨宮孝子「高齢社会におけるフィランソロピーと信託」新井誠編『高齢社会と信託』（有斐閣、1995年）104頁では、「フィランソロピー（Philanthropy）とは、ギリシャ語で人類愛を語源とする民間非営利活動、あるいは社会貢献活動をいう。」とされている。

⁶ 内閣府ホームページ <http://www5.cao.go.jp/npc/pdf/declaration-nihongo.pdf> に全文が公表されている（2015.1.10）。

⁷ 信託を通じた寄付の促進により、国に替わり得る公益活動等を担う団体に対する財政的基盤を担保するものである（日本経済新聞2011年8月19日付朝刊4面「信託銀、寄付を仲介」）。公益信託と異なり、受益者を特定人に決めることができるので、委任者のイニシヤチブを推し進めたものとも評価されている。

⁸ 松井秀樹「公益信託 成年後見助成基金」新井誠・赤沼康弘・大貫正男編『成年後見法制の展望』（日本評論社、2011年）482-484頁。

第二款 東日本大震災による諸影響とマルセル・モースの洞察力

1. 東日本大震災による諸影響

前述のとおり、寄付については個人や企業による社会貢献活動の浸透の結果、漸次増加傾向が見られていた。かかる状況下にあつて、2011年3月11日、死者15,889名、行方不明者2,594名、合わせて18,483人（2015年1月9日現在・警察庁調べ）にも上る戦後最悪の東日本大震災が発生した。この大規模災害を契機として、日本人の価値観が転換し、全国的に利他性が向上したとの分析⁹もなされている。

この証左は、東日本大震災による寄付金額の大きさ¹⁰と寄付人口の増加に端的に表れている。震災直後の調査によれば、震災寄付金（被災者向け義援金、自治体への支援金、民間団体への寄付）は4,400億円にも上った（それぞれの内訳は3,483億円、632億円、約289億円）という¹¹。本震災による寄付を行った人は8,457万人と推計され、日本の2010年の15歳以上人口1億1,070万人の76.4%に相当し、2009年の金銭による寄付者割合34.0%に比べ、人数規模でも2倍以上とのことである¹²。2010年の個人寄付の総額が4,874億円で、3,733万人の寄付人口であったことからすれば、「2011年寄付が、動いた」¹³という、さながらセンセーショナルな言辭もあながち誇張とはいえないだろう。

次に、東日本大震災が寄付をめぐる諸環境にどのような影響を与えているのか、その特徴¹⁴はどのようなものであろうか。より詳細に見ていくことに

⁹ 日本経済新聞 2012年3月2日付朝刊29面「震災後の日本人の価値観 利他性の向上、全国的に」等。

¹⁰ 1995年の阪神大震災時の義援金の総額は、1,793億円であった。

¹¹ 日本経済新聞 2012年2月14日付朝刊38面「震災寄付金4400億円で 国民4人に3人が支援」。

¹² 日本ファンディング協会編『寄付白書2011』（日本経団連出版、2012年）14頁および41頁参照。

¹³ 日本ファンディング協会・前掲注12)の帯の表現。

¹⁴ 日本ファンディング協会・前掲注12)21-38頁参照。

しよう。

第一に、寄付した理由である。上位4位のうち、「自分も何かしたいと思ったから」というのが66.1%と最も多く、「被害が甚大だから」が59.0%、「自分にできることは寄付だけなので」が51.4%、「被災者の力になりたいから」が46.8%と続く。日本には寄付文化¹⁵が育っていないと言われることが多いが、その萌芽が見られるように思われる¹⁶。最も回答の多かった「自分も何かしたいと思ったから」等の理由からみて、見返りを特に期待しない寄付という行為そのものに慈善的あるいは利他的精神性が認められる。

第二に、寄付先の選定に迷った人が寄付者の中に47.8%もいたことである¹⁷。寄付をしたいという意識はあるものの、寄付先が何をしようとしているのかわからなかった人々が多かったのである。当該団体の情報をできるだけ公開し、受益者である被災者のためにどのように使われたのかという説明責任を徹底する必要があることが浮き彫りになったといえる。

第三に、法人による大口寄付が多数あったことである。主要な法人280社だけで総額729億円、そのうち、1億円以上の寄付が多数あり、寄付先は中央共同募金会や日本赤十字社になっている。これは、本震災後の税制面の優遇措置のためより多くの寄付がなされることによる影響もあろう¹⁸。いずれにしても、寄付先である各団体の財政基盤を下支えたことは間違いない。

第四に、義援金と支援金についての社会による理解の広がりである。義援金とは「日本赤十字社、中央共同募金会、テレビ局・新聞各社等が集める、被災者の生活支援のために使われるお見舞い金」をいい、支援金とは物資の配布、医療、炊き出しなど、被災者支援や被災地復旧・復興にあたるボラン

¹⁵ 例えば、イギリスの大英博物館の入り口には、「Please donate!」という透明のボックスが設置されており、替わりに入場券をとらないこととしているのは、寄付文化を示す例であろう。日本にはあまり見られない光景である。

¹⁶ 山内直人「寄付文化は開花するか」旬刊経理情報1286号(2011年)1頁参照。山内は、「2011年は、日本の寄付文化を考えるうえで、間違いなく重要な節目の年になると思う。」と述べている。なお、日経新聞2011年11月4日付夕刊5面「寄付先選び 僕らの目で」参照。寄付大国アメリカ流の教育プログラムに則り、小学校において、寄付集めや支援先の決定等の寄付教室も始まっている。

¹⁷ 日本ファンドレイジング協会・前掲注12)19頁参照。

¹⁸ 詳細は、日本ファンドレイジング協会・前掲注12)37頁参照。

ティア団体や NPO 活動に活かされる寄付」をいう。31.4%の人がこれらの区別を震災に関連した報道等により説明を受けて知ったと回答している¹⁹。

第五に、寄付金による被災企業に対する各種の復興ファンドが広がりつつあることである²⁰。あるファンドでは、個人や法人から 10 億円以上の寄付が寄せられ、5 億円を被災地への物資提供に使い、残りの 2 億～3 億円をファンドに拠出する等が検討されているという。

第六に、ある被災地では、被災商店の再建を目的とし、地域通貨を発行しており、全国のこの通貨の購入者が義援金の代替として寄付したり、被災商店から直接本通貨で各種商品を購入することができるという²¹。地域通貨を手段とした寄付の一つの例であるといえよう。

第七に、政府が、10 年以上金の出し入れのない休眠預金を復興に活用することを検討していることである²²。公が活用する税金等に替わって、私有財産である休眠預金を復興の原資に使うことから、寄付に近い要素を持った資金の提供のあり様であろう。

第八に、社会学的なアプローチによる諸文献が、特に一般市民の目に触れやすい新書レベルで公刊されていることである。それらの書物は、すべて本震災後の日本社会のゆくえを展望している点で共通している。

2011 年だけでも、例えば、5 月には、人間の本能のメカニズムに着目してその利他性を科学的に説明している小田亮著『利他学』(新潮選書)が出ている。同月に出版されたモース研究会編『マルセル・モースの世界』(平凡社新書)も、モースを掘り下げの中から、あるべき日本社会を考える意図の下に公刊されている。7 月には伊藤幹治著『贈答の日本文化』(筑摩選書)では、震災ボランティアが意味するものは何か等の考察を加えている。11 月には桜井英

¹⁹ 日本ファンドレイジング協会・前掲注 12)28 頁参照。

²⁰ 朝日新聞 2011 年 9 月 5 日付朝刊 6 面「広がる復興ファンド」参照。日経新聞 2011 年 8 月 29 日付夕刊 1 面「復興支援に個人マネー」では、復興関連ファンドの運用総額は、1500 億円に拡大しているという。

²¹ 朝日新聞 2012 年 3 月 12 日付夕刊 1 面「地域通貨で商店再建」参照。岩手県宮古市では地域通貨「リアス」を発行した事例がその例である。

²² 朝日新聞 2012 年 2 月 16 日付朝刊 1 面・39 面「休眠預金 復興に活用」参照。休眠預金は、時効とも関連する大きな問題であり、指摘するにとどめる。

治著『贈与の歴史学』（中公新書）が出版されているが、著者の長年の研究対象であったとはいえ、本年に合わせて出版した意図が見受けられる。とりわけ最後に挙げた桜井は、同著で次のように東日本大震災後の日本社会のあり様について端的かつ興味深い指摘²³している。

同心円のもっとも内側で展開される「純粋な贈与」は、通常ならば家族の範囲内でおこなわれるものであるが、災害などがおこると人びとの贈与衝動とでもよぶべきものが刺激されて「純粋な贈与」の範囲が拡大し、もともと「義務的な贈与」の領域に属していたところまで「純粋な贈与」に塗りかえられてしまう。いわゆる“助け合い”の拡大である。

2. マルセル・モースの『贈与論』の洞察力

よく知られているフランスの人類学者マルセル・モースは『贈与論』において3つの義務を提示している。すなわち、贈与関係には贈与義務、受けとる義務、返礼する義務の3つがあり、それぞれが互酬関係にあるとする²⁴。

一方、東日本大震災の被災者においても、寄付者に対して返礼義務を感じる人も稀にいるであろうが、通常はそこまでは考えないと思われる²⁵。

しかし、マルセル・モースが、前節における東日本大震災後の日本に関する桜井の指摘とほぼ同じ趣旨のことを『贈与論』の結論としていることは特筆に値する。マルセル・モースの『贈与論』における結論は、贈与関係にとどまらず、寄付においても妥当すると思われるからである。マルセル・モースは次のようにいう²⁶。

²³ 桜井英治『贈与の歴史学』（中公新書 2011年）223頁。

²⁴ マルセル・モース 吉田禎吾/江川純一訳『贈与論』（ちくま学芸文庫）（筑摩書房、2010年）103-109頁に詳しい。なお、マルセル・モース 森山工訳『贈与論』（岩波文庫、2014年）も出版されている。

²⁵ 三浦綾子『続泥流地帯』（新潮文庫）（新潮社、1982年）72-73頁には、1926年の十勝岳噴火当時の義捐金等の寄付の話が出てくる。

国家やその従属集団が気を配り守ろうとするのは個人である。社会は社会の細胞を再び見出そうとするのである。個人が持つ法意識と、施し・「社会奉仕」・連帯責任といったより純粋な意識とが入り交じった奇妙な精神状態において、社会は個人を探し求め、援助する。贈与、贈与における自由と義務、寛大に与えるということと与えることによる利益、こうした主題が、あまりにも長いあいだ忘れられていた主要モチーフが蘇るかのように、われわれのもとへ到来するのである。

モースの主張する結論は、決して過去の結論ではなく、現代日本の社会、特に東日本大震災後の状況に照らせば、それをも射程範囲とするものであるようであり、見落とすことはできない事実ではなかろうか。

第三款 贈与をめぐる契約関係の変容—三者間贈与の拡大

現代の日本は、社会貢献活動の極めて進展した成熟社会である。個人法人問わず増えつつある寄付は、その一つの具体的な行為としての発現であることは明らかである。1995年の阪神淡路大震災では、ボランティア社会の到来が言われ、2011年の東日本大震災では、前款の如く上記8つのような寄付に関する特徴が見られた。

すなわち、前款の第一から第四までの、寄付した理由、寄付先に迷った人が多かったこと、寄付先が直接の被災者ではない仲介組織である第三者であること、被災者への直接の寄付と義援金と支援金の区別についての認識の広がり、四つの特徴は、寄付そのものの構造を中心とした諸影響である。第五から第七は、寄付の周辺にある諸制度が考え出され始めているという波及的な諸影響である。第八は、第一から第七までの諸影響を支える、何故寄付等ボランティアが多くなされたのかという疑問に触発された社会的な関心の高まりを背景とするものであるといえよう。

²⁶ マルセル・モース 吉田/江川・前掲書注 24)265 頁の訳による。

さらに、忘れてはならないのは、東日本大震災の直接の影響ではないものの、以前より第1款で触れた「新しい公共」でも明確に打ち出されていた特定寄附信託である。その誕生が本震災後であることからいっても、大きな寄附に関する制度の設定であり、上記の寄附そのものの構造に関わる影響として捉えてよいであろう。

現代日本社会は、今日ほど寄附がクローズアップされたことはかつてなかったのではないかというくらいの状況下にある。特に、二者間の寄附(例えば、被災者に直接金銭を寄附するもの)で民法549条の想定する通常の贈与契約そのものではなくして、むしろ三者間贈与たる三者間の寄附がなされるケースが圧倒的に増加しているのである。

第二節 三者間贈与の概念

ところで、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」典型契約として二当事者間における贈与を想定し、民法典の冒頭に規定している。これが、市民法としての典型契約の一つである贈与契約関係である。しかし、今日では上に述べたように、この二者間ではなく、三者間、すなわち、寄附者、そして相手方の間に、寄附者から財産を集め、相手方に渡すという仲介組織の介在する三者間贈与の形態が圧倒的に多くなっている。寄附者は、相手方としては、あくまでも仲介者との契約を締結しているのであって、実際に寄附したい相手方たる、例えば、被災者と契約を締結しているわけではない。しかも、寄附の相手方は、具体的にはっきりしている個人ではなく(よく知悉している人に対して寄附する場合は、仲介組織を通さずにこれを行うのであって、伝統的な二者間の贈与そのものである)、被災者一般等抽象的個人ともいふべき一定の属性である集団である(それゆえ、仲介組織が介在していることが多い)。もちろん、民法は537条にて第三者のためにする契約を規定し、三者間における契約形態を全く知らないわ

けでもない。すなわち、第1項では、「契約により当事者の一方が第三者に対してある給付をすることを約したときは、その第三者は、債務者に対して直接にその給付を請求する権利を有する。」と規定し、第2項では、「前項の場合において、第三者の権利は、その第三者が債務者に対して同項の契約の利益を享受する意思を表示した時に発生する。」と規定しているからである。しかし、それとの関連を含めて契約法の枠組みの中では、民法学の議論として、三者間における贈与の法的構造に関する規律の検討が空白となっているように思われる。三者間贈与の法的構造を究明し、如何なる構造であると解するのが妥当か掘り下げる必要があり、これこそが現代型贈与の本質究明に繋がることになるのではないか。以上に述べたところからすれば、寄付は、理論上3つの類型が考えられる。直接の被災者への寄付、支援金、義援金の3つである。被災者への寄付は、直接被災者等に生される二者間の関係である贈与そのもの(民法549条)である。二つ目の寄付は、民法553条に規定する負担付贈与という二者間契約といってよい。この三つ目の義援金が、第三者の介在する寄付たる義援金であり、最も大きな金額を占め、これが被災者に届いていないという問題も生じているといわれているのである²⁷。このような問題を解決するためには、義援金を例とする三者間贈与たる寄付を真正面から据えて考察する必要があるのではないだろうか。

すなわち、ここに三者間贈与とは、財産管理者たる仲介者の介在する寄付者・仲介者・相手方たる一定の属性を持つ集団との三者間における寄付²⁸をいい、間に立つ仲介者が寄付者から受領した金銭等を被災者へ譲渡する義援金、赤い羽根共同募金がその例として挙げられる。我々が寄付している金銭は日本赤十字社たる仲介組織を通じて、被災者達一般にその金銭を

²⁷ 朝日新聞 2011年8月14日付朝刊1面「義援金950億円 届かず」。この問題は、寄付者と仲介者たる自治体、被災者の三当事者間の法律関係をどのように解するのかによって法的処理に違いが生じ得る。まさに本稿の考察対象である。

²⁸ 四宮和夫『信託法(新版)』(有斐閣、1989年)24-25頁では、本稿の三者間における寄付を「受寄者介在型」と呼び、山本敬三『民法講義IV-1 契約』(有斐閣、2005年)330頁は、「信託型」として区別している。しかし、より広く財産管理者介在型、財産管理型贈与とする方がその実態に合うことに加え、その本質を体現すると考える。この仮説の詳細は、第二章以下で論証していくこととする。

寄付しているのであって、日本赤十字社に寄付しているのではないのである。三者間贈与とは、財産管理者が介在することをその本質とする法的構造を有するということができる。

第三節 本稿の対象と目的

第一節で、特に東日本大震災以降、急速に寄付²⁹、それも三者間における寄付が増加し、仲介者たる自治体等において被災者に寄付者から集めた金銭が渡されない事例も生じてきていると述べた。三者間における寄付の法的構造を問い直し、これからの寄付をめぐる紛争に備えることは、喫緊の課題といふべきである。本稿の目的は、まさにこの点にある。この課題にアプローチするために、三者間における寄付と似た構造を持つ、公益信託と比較することでその法的差異を明らかにしつつ、妥当な当事者間の権利義務関係を明確化する手法を分析視角とすることを目的している。法律学も社会科学の一つを構成し、社会に生じる問題を解決する手段としての法を考察対象とする学問である以上、あまり問題とならなかつた寄付に関心が集まらなかつたのはある意味、必然であつたと考えられる。これは、これまで判例が極めて少ないことによつても裏付けられる³⁰。それ故に、その法的構造につきあまり議論がされてこなかつたのである³¹。

しかしながら、学説は、全く議論してこなかつたわけではなかつた。古くは、1919年(大正8年)の石坂音四郎の『改纂 民法研究 上巻』(有斐閣)が嚆

²⁹ 民法(債権法)改正委員会編『債権法改正の基本方針』(商事法務、2009年)297頁でも、「慈善活動や、環境保護など、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になっている。」という認識を示している。

³⁰ 大正12年5月18日大審院第1刑事部判決(刑集2巻6号419頁)が三者間における寄付をめぐる法的構造につき言及した著名な判例であるが、詳細な検討は、第二章で行う。

³¹ 私事にわたるが、筆者は、1997年4月より2011年8月末まで、主として会社員として法務、総務関係の業務に従事してきた。その中で、私立大学等への寄付金の支払い手続きをした際、寄付契約の法的構造如何につき疑問を有するようになった。会社内では、税法上の優遇に関する議論のみに関心があつたようであるが、東日本大震災を契機に、より一層寄付につき究明したいと思うようになった。

矢のようである。その目次の構成³²が、以下のとおり頗る興味深いので、彼の論じた注目すべきテーマのうち、主なものを列挙する。

第一部において一般とあり、法律学の性質、法律解釈論、法律の解釈及び適用に就きて、立法者意思か法律意思か、独逸近時に於ける私法学界の趨向、慣習法論、形成権(私権の新種類)、一般的不作為の訴(権利侵害の予防)について考察している。これらは、民法において現在まで多くの議論がなされてきたテーマであるのみならず、法学一般において語られる内容とあってよい。中でも、第二部 総則では、法定代理人の同意を得て禁治産者が為したる法律行為の効力、寄附の性質、法律行為の原因と不当利得に於ける法律上の原因、通知及び通知義務、停止条件は債務者の意思のみに係らしむるを得ざるかについて論じられているが、この総則の中で、突如として寄附が論じられている。第二部は、禁治産者関するテーマと停止条件は総則の問題であるが、不当利得は債権各論、通知は総則ともいえるが、契約総論で扱われる。その中で、突如として契約類型として唯一寄附が触れられているのは如何なる理由に基づくのであろうか。以後、第三部が物権、第四部が親族相続と続いている³³。

石坂に続く3年後、1922年(大正11年)の中島玉吉の『続民法論文集』(金刺芳流堂)が二番手である。その目次の構成³⁴も特徴があるので、主なものを列挙する。すなわち、転質に就て、質権の順位を論ず、連帯債務の性質を論ず、収保請求権(自制請求権)、債権の内容の変更、権利の主体等と担保物権や債権総論等が論じられる中で、公募義捐金について触れられている。公募義捐金のみ社会的事実問題としての具体的なテーマを設定したという感がするが、石坂と同じく、他の目次構成から見ても顕著な取り上げ方といえる。1923年9月の関東大震災をあたかも予見していたかのような偶然性をもって

³² 同著の目次は、旧字体が使われているが、便宜上、筆者において現代かな使いに修正した。

³³ 物権では物権変動論、民法192条等今日でも多くの議論がされている物権総論を扱い、親族及び相続では、家族制度と長子相続等を取り扱っている。

³⁴ 同著の目次も、旧字体が使われているが、便宜上、筆者において現代かな使いに修正した。

いる。その後、しばらくの間、学界において沈黙が続くことになる。

昭和時代に入ってから、来栖三郎³⁵、本格的には加藤永一の論文³⁶があるに過ぎず、それ以降平成時代に入って、小賀野晶一³⁷、寄付の議論の脆弱さを指摘した吉田邦彦³⁸と大村敦志³⁹、森泉章⁴⁰がいる程度である。体系書類では、我妻栄⁴¹、来栖三郎⁴²、鈴木禄弥⁴³、星野英一⁴⁴、内田貴⁴⁵等が概して契約各論として、贈与契約の箇所において簡単に寄付について触れているくらいである。来栖を除き、特殊な贈与が寄付であるとしつつ、信託的譲渡とすると解釈している点で一致している。それでは、信託的譲渡というのは、どういう内容を包含しているのであろうか⁴⁶。多くの学説は寄付という実態を、

³⁵ 来栖三郎「契約の歴史と解釈(一)」(法学協会雑誌第64巻8号、1946年)463-482頁(ただし、472-476頁は欠頁)。同「契約の歴史と解釈(二)」(同第65巻3号、1947年)139-178頁、同「日本法」『贈与の研究』比較法学会編(有斐閣、1958年)40-46頁(のちに、同『来栖三郎著作集Ⅱ契約法』(信山社、2004年)17-38頁、38-85頁、130-136頁に所収)。

³⁶ 加藤永一「寄付—一つの覚書—」『契約法の体系Ⅱ』(有斐閣、1962年)1-17頁。

³⁷ 小賀野晶一「贈与の信託的構成」『信託法と民法の交錯』(トラスト60研究叢書、1998年)67-93頁。

³⁸ 吉田邦彦「贈与法学の基礎理論と今日的課題(三)—市場外の財貨移転研究・序説」ジュリスト1183号(有斐閣、2000年)152頁(のちに、「贈与法学の基礎理論と今日的課題」と題名を修正のうえ、同『契約法・医事法の関係的展開』(有斐閣、2003年)226-276頁に所収)は、「慈善的寄付活動の法学的検討という本類型の課題に取り組むことも正しく現代的に急務であり、「わが寄付法学の状況を見ると、未だ十分な学問的蓄積はないというのが実情である」と主張する。

³⁹ 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年)113-118頁(のちに、同『学術としての民法Ⅱ 新しい日本の民法学へ』(東京大学出版会、2009年)71-97頁に所収)。

⁴⁰ 森泉章『新・法人法入門』(有斐閣、2004年)260-265頁。

⁴¹ 我妻栄『民法講義 債権各論中巻一』(岩波書店、1957年)238頁。

⁴² 来栖三郎『契約法』(有斐閣、1974年)224頁は、贈与の具体例として最初に寄付を挙げる。

⁴³ 鈴木禄弥『債権法講義三訂版』(創文社、1995年)323-324頁。

⁴⁴ 星野英一『民法概論Ⅳ(契約)』(良書普及会、1990年)105頁。

⁴⁵ 内田貴『民法Ⅲ 債権各論(第3版)』(東京大学出版会、2011年)170頁。

⁴⁶ 道垣内弘人=加藤雅信=加藤新太郎「鼎談 信託を語る」判例タイムズ1192号(2006年)48頁(のちに、加藤雅信=加藤新太郎編著『現代民法学と実務—気鋭の学者たちの研究のフロンティアを歩く(下)』(判例タイムズ社、2008年)276頁に所収)は、寄付における信託的譲渡説に関連してではないが、次のとおり道垣内弘人が発言している。「譲渡については、『信託的譲渡』というものを観念しなくて、単純な所有権なら所有権の移転なのだけれども、その所有権の移転があったときになんらかの特別な事情、すなわち管理・処分への委任ですね、これがあるときに、ある一定の効果を認めようというのが信託法であると思います。

なかんずく三者間の寄付が贈与と違う面があることから、信託的譲渡であると解釈しているに違いない。何故、信託的譲渡という法的把握をしたのか。たしかに、山本敬三⁴⁷や大村敦志⁴⁸は、その構造が必ずしも明確ではないという考え方の基に、民法をはじめ他の法制度との関連性に鑑み、その体系書類において特殊な位置付けをしていることも確かである。潮見佳男⁴⁹も、三者間贈与たる、例えば団体への贈与について、山本や大村の見解に近い立場をとっている。しかし、三者間の寄付の構造が何故信託的譲渡なのか、そこから先の議論は空白になっており、その実態を究明する必要があると考える。

このように、あまり十分に議論されてこなかった上記のような寄付学説を踏まえ、それらを整理・分析し、三者間贈与の法的構造とその特質は何か明確にしていくこととしたい。これには、比較法、特にイギリスや寄付大国とも呼ばれているアメリカ等英米法系の議論が参考になるのではなかろうか。

一方、公益信託については、寄付との類似性があるとはいうものの、その法的な構造については江木衷⁵⁰、太田達男⁵¹、田中實⁵²、新井誠⁵³が比較的掘り下げた考察をしてきた。公益信託(委託者、受託者、受益者の三者が存在する)もこの三者間贈与の類型の一つとあってよいものである。

それでは、三者間贈与の一つの表れといってもよい公益信託自体の活用は

…これまで『信託的行為』とか『信託的譲渡』とか、『的』をつける言葉によって議論が曖昧になってきたところが結構ありまして、私は『的』はなるべく使いたくないのです。」また、松本恒雄「日本の民法学における英米法研究」(民商法雑誌第131巻第6号、2005年)747頁は、譲渡担保の法的構成についてはあるが、「信託的譲渡説が通説になっていると表現されるなど、大陸法的伝統に遠慮したような扱いで」と指摘している。

⁴⁷ 山本・前掲書注)28 331頁。なお、四宮・前掲書注)28 24-25頁は、信託法の体系書の中において同方向に立ちつつ、「受奇者介在型」という名称を付し、三者間の寄付の特異性に意を用いている。

⁴⁸ 大村敦志『基本民法Ⅱ債権各論(第2版)』(有斐閣、2005年)80頁、166頁。

⁴⁹ 潮見佳男『契約各論Ⅰ』(信山社、2008年)38-39頁。

⁵⁰ 江木衷「諮問第三号信託法制定二対スル卑見」、同「信託法立案方針」委員原嘉道との連名(1921年)、同「信託法トシテ制定スベキ立法事項」(1920年)。

⁵¹ 太田達男「信託法理をめぐる二つの論点 公益信託における受給者の法的性格を中心に」NBL530号(商事法務、1993年)41-46頁等。

⁵² 田中實『公益信託の現代的展開』(頸草書房、1985年)。

⁵³ 新井誠「公益信託の法的構成」田中實編『公益信託の理論と実務』(有斐閣、1991年)27-59頁。同「公益信託の法的構成」NBL510号(商事法務、1992年)12-17頁。

どのくらいなされているのであろうか。一般社団法人信託協会⁵⁴によれば、2014年9月末の受託件数は498件で、信託財産残高は約659億円となっている。信託目的別にみると、奨学金支給が件数および残高ともに最も多く161件、約232億円、自然科学研究助成がそれに次いで79件、約88億円となっている。このように、行政側の公益信託への姿勢が積極的ではなかったこと、受託者たる信託銀行も営業信託に比べて熱心に営業活動をしていなかったこと等諸般の事情により、十分機能しているとはいえない状況にある⁵⁵。

しかし、2010年の「新しい公共」宣言趣旨等を踏まえれば、更なる活用がなされてもよいはずである。近時は星野豊⁵⁶が東日本大震災後の公益信託の活用につきより踏み込んだ指摘をしている。本稿は、それらの学説を整理・分析し、公益信託の法的構造を明らかにする中から、本制度活用の芳しくない状況からの打開策を導くことも目的としている。そのための視点を探すべく公益信託についても、英米法系の議論に参考にするべきものがないか、改めて比較検討することとしたい。

かかる視点に立って、本稿では、三者間贈与ともいうべき寄付を現代型贈与の典型として位置付け、それに類似性を有する公益信託と比較しつつ、それらの法的構造を明らかにし、両者の差異を浮き上がらせたい。更に増加の一途を辿るものと予測される寄付の法的構造とその特質を分析することとしたい。ここでいう贈与は、民法における贈与、すなわち法律上の用語としてではなく、より広義の日常用語としての贈与の意味で用いる。なぜなら、三者間贈与における贈与を民法上の贈与契約とすれば、本論においてその法的構造を分析する根拠がそもそもなくなるからである。言い換えれば、三者間における寄付が贈与であることを前提として議論することになってしまうからである。したがって、寄付は、前述したとおり理論上三つの類型に分け

⁵⁴ 一般社団法人信託協会(2014)「公益信託の受託状況(平成26年3月末現在)」
(<http://www.shintaku-kyokai.or.jp/data/data01binran.html>)参照
(2015.1.8)。

⁵⁵ 田中實『公益法人と公益信託』(頸草書房、1980年)21-22頁。

⁵⁶ 星野豊『信託法』(信山社、2011年)242-244頁。詳細は、第三章で詳述する。

られるが、二者間の寄付については、贈与であることに争いはないので、三者間の寄付を考察の対象とする。

すなわち、さしあたり典型的には義援金を念頭において考察していくこととしたい。義援金は寄付の具体例であり、寄付の概念に留意しながら、法的構造に関する学説史を振り返っていくことにする。

一方の比較対象である公益信託とは、「信託の設定を通じて公益目的を実現すること、すなわち、広く社会全体の利益ないし不特定多数人の利益を追求することを旨とした信託」⁵⁷である。これは、ほぼ争いのない概念であることから、学説史の考察を進めていくこととする。加えて、新しく制度として誕生した特定寄附信託の構造も考察したい。

三者間における寄付の法的構造を考える場合、厳密には有償契約と無償契約の区別⁵⁸や無償契約の役割⁵⁹等の議論にまで踏み込む必要があるが、学説史を詳細に検討する中で最小限度考察するに留める。無償契約の性質やその拘束力の存否それだけでも、ローマ法以来の法史まで立ち入る必要がある。筆者にはその能力もなければ、本稿の考察には直接関連するものではなく、その必要もない。それらは、寄付という契約の成立レベルの議論であり、本稿はその成立を前提として、効力としてどのような契約ととらえ、その効果として各当事者に生じる権利義務は具体的にどう規律していくべきなのかを考察対象としているからである。すなわち、三者間贈与の法的構造とその特質はどのようなものである。

法律学においては、東日本大震災を受けてのより深掘りした法社会学的な

⁵⁷ 新井誠『信託法(第4版)』(有斐閣、2014年)437頁。

⁵⁸ 広中俊雄「契約および契約法の基礎理論—有償契約と無償契約の区別をめぐって—」『契約法の研究』(有斐閣、1958年)3-58頁が最も古い本格的な論文である(のちに、同『契約法の理論と解釈』(創文社、1992年)1-43頁に「有償契約と無償契約」と題名を変えて所収)。近時では、大村敦志「無償行為論の再検討—現代におけるその位置づけを中心に—」広中俊雄先生傘寿記念『法の生成と民法の体系—無償行為論・法過程論・民法体系論』(創文社、2006年)35-58頁(のちに、同『学術としての民法Ⅱ 新しい日本の民法学へ』(東京大学出版会、2009年)128-147頁に所収)の新たな視点による検討も見られる。無償行為概念はそれだけで多くの検討が必要であり、ここでは問題の提起にとどめる。

⁵⁹ 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年)234-235頁が有益な概観を与えている。

考察はあまりなされていないようであるが、そのヒントになり得るような指摘もなされてきているように見受けられる。すなわち、民法学における広中俊雄⁶⁰の内輪の関係、近時は吉田克己⁶¹の主張する親密圏、大村敦志⁶²の主張は相通底するものがあるようである。贈与より更に関係性の弛緩⁶³した、例えば漠然とした被災者達への贈与の拡大等を意図しているのではないかと思われるのである。すなわち、家族を典型とするような一定のコミュニティーを前提とした贈与からそれを前提としない(直接は面識のない知らないものへの)贈与ともいべき寄付である。これは、そもそも贈与なのだろうか。むしろ、公益信託に近いのであろうか。寄付は、本来的な贈与以上に無償行為性⁶⁴が高いことから、広く社会一般を当事者(受益者)とも考え得るような公益信託⁶⁵に近いものなのではないだろうか。

第四節 本稿の構成

以上述べてきた問題意識のもと、以下を本稿の構成とする。

-
- ⁶⁰ 広中俊雄『契約とその法的保護』(頸草書房、1974年)82頁。
- ⁶¹ 吉田克己『現代市民社会と民法学』(日本評論社、2001年)215頁参照。
- ⁶² 大村敦志『生活民法入門』(東京大学出版会、2003年)284-296頁。大村は、民法を「生活民法」と把握し、寄付を「好意と民法」と取り扱っているのも、同様の方向に位置づけられる。
- ⁶³ 来栖・前掲書注35)著作集29頁では、「無償契約が他人に対しても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な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推し拡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る程、個人的関係を前提する特定人に対する出捐でなく、社会公共の為にする不特定人に対する寄付が盛となるのである。」と述べている。
- ⁶⁴ 第二款2.で述べたとおり、贈与は無償契約ではあっても、見返りを期待している面があるので、一定の給付があることが期待されているものの、寄付はその期待がないことが通常であるのではないかと既に述べた(8頁)参照のこと。
ちなみに、神田秀樹＝永田俊一「信託を動かそう(前編)」信託248号(2011年)10-11頁では、「日本の信託制度の歴史は、本来であれば無私で無償というものが原点ではないか—中略—ナショナル・トラストなどイギリスで感じることは、信託の原点と言うと—中略—無私に通じるものがあると思います」との神田発言参照。
- ⁶⁵ 公益信託における受益者はどう位置づけられるのかに関連する。詳細については、第三章の公益信託の学説史の中で詳述予定である。

第二章においては、寄付の法的構造に関する学説を歴史的に遡り、整理・分類したうえで詳細な分析を行っていく。

第三章においては、公益信託の法的構造に関する学説史を振り返り、それらを整理し詳細な分析を行う。合せて、第二章の寄付の法的構造の分析との比較を行い、公益信託のそれとの法的差異を明らかにする。

また、2011年に新しく導入された制度である「特定寄附信託」についても、公益信託そのものではないものの、便宜的にこの章で詳細を述べることとする。

第四章においては、比較法的見地から、いわゆる gift の概念・一般的性質を概観し、三者間贈与との関連をみていくこととしたい。英米、とりわけアメリカは寄付大国といわれている⁶⁶。そのアメリカでどのような法的議論がなされているかを見ることで、日本法の解釈にも参考になるものがあり得るのではないかと思うからである。

第五章においては、前述した日本民法にも規定のある第三者のためにする契約につき英米の諸議論を瞥見し、三者間贈与に光を当てることとしたい。寄付は三者間でなされるものであることから、三者間の契約を想定している第三者のためにする契約との関連性を見る必要があるからである。

第六章において比較法的見地から、英米、主としてアメリカにおける議論を踏まえ、公益信託の議論の現状につき、比較法的考察を行う。

以上を踏まえて、第七章においては、三者間の贈与が、現代的贈与の特質であること、そしてそれが現代契約法学と信託法学の交錯領域に位置するものであることを指摘する。三者間贈与の法的構造は、民法学においては空白であって、寄付と公益信託との比較、信託法まで視野を広げないと解明できないことが示唆される。こうした理解こそが、寄付を今以上に、他方で、あまり利用の芳しくない公益信託を次なるステップに展開させるための一つの試みとなり得ることが論証される。一応の結論として、寄付法という立法を

⁶⁶日本ファンディング協会編『寄付白書 2013』（日本経団連出版、2013年）217頁によれば、アメリカにおける2012年の寄付総額は、3,16万ドル（約25兆2,011億円）と日本のそれが1兆1,831億円であるのに対して、実に25倍の差がある。

提示することとしたい。ひいては、以下の松井秀樹の主張⁶⁷に深く共鳴し、本稿が究極的にはその糸口になればと念願するものである。

われわれ国民は寄附文化の醸成というものを真剣に考えるべき時期にきたのではないかと思っている。それは国や自治体の主導ではない、自らが地域社会などを支えるための資金の還流である。

2011年3月11日の東日本大震災から3年以上が経過し、その直後ほど寄附が語られなくなったかのようなのである⁶⁸。寄附や公益信託の法的構造を明らかにすることで、まずは一日も早い完全なる復興を遂げる必要がある。さらに、向後、日本社会に寄附文化を根付かせる前提づくりに寄与すべく、本稿を執筆することに意義があると思料するものである。三者間贈与の法的解明がその有力な足がかりになるのではあるまいか。あのモースの喝破した状況認識が、現在の日本をも同じように覆っているのである。

⁶⁷ 松井・前掲注8)484頁。

⁶⁸ ちなみに、近藤由美『世の中を良くして自分も幸福になれる「寄附」のすすめ』（東洋経済新報社、2014年）という一般向けの書物が、初の寄附の指南書売り文句に出版されている。寄附の法的構造は何かという根本的な問いがあって、寄附のすすめの話になり、ひいては寄附文化をどう構築すべきかの議論になるのが筋ではなかろうか。寄附は手段に過ぎず、それが目的となれば、最終的に強制されることになるであろう。寄附を流行やブーム、熱気としてはならない。

Ⅱ．我が国学説の生成と展開

第二章 我が国の寄付法学説の生成と展開

第一節 総説

われわれは、前章において、現代型贈与の典型が三者間贈与というべき寄付であることを見てきた。本章では、寄付の法的構造、すなわち、寄付の法的性質に関して学説はどのように展開してきたのかを可能な限り客観的に概観しつつ、現在の民法学の置かれている問題状況を明らかにすることとしたい。この作業は、過去の諸研究を確認するだけでなくして、今後の三者間贈与たる寄付法学のあるべき方向を模索する上で、不可欠な前提作業であると思料するところ、これまで必ずしも十分になされてきたとは言えないからである。

第二節 明治時代

第一款 はじめに

明治時代は、ドイツ民法学の隆盛期の影響下にあって、ただ一つの石坂音四郎の論稿が高くそびえ立っているといいよう。研究出発時点としてはささやかではあったものの、日本の法制度全体が出来上がったのがこの時代であるから、極めて重要な論稿といえるだろう。以下、詳細に見ていこう。

第二款 石坂音四郎の見解

1. 石坂音四郎の所論は、詳細かつ多岐にわたるが、寄付の法的性質につ

き、これをあえて整理すれば以下のようである¹。

第一に、寄附者と募集者間の法律関係として、寄附の現実行為としての寄附の性質につき諸学説を掲げ、批判を加えている。

① 一方的行為説は、寄附財産は寄附者、募集者若しくは享益者に属せず、ある一定の目的の為に存するもので、あたかも財団法人に類似し、寄附も法人設立の寄附行為と同じく一方的行為であるという。

しかし、寄附者は財団法人の設立者と同一視することはできず、寄附金募集においては、募集者が既に財産募集前に存在し、寄附を集めるための事業を企画し財産の用途を定めており、寄附者はこれに全く関係しないこと等から妥当でない。

② 贈与説は、寄附者と募集者との間の贈与、寄附者と享益者との間の贈与の二つに分かれる。

前者に対しては、寄附者は寄附により募集者に無償に財産を与える意思を有せず、募集者もまた自ら寄附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附金募集をし、その目的たる事業を実行しようとしている点で妥当でない。

後者に対しては、寄附財物は直接に寄附者より享益者に移るものではなく、一旦募集者の手に移り、その後に享益者に移転するものではないとし、さらに、ある範囲の多数人（たとえば、火災に遭った者）のために寄附金を募集する場合には何人が受贈者か知ることができない等を理由に否定する。

③ 負担付贈与説は、寄附者と募集者との間に贈与が成立するとしつつ、募集者はその寄附された財物をある一定の目的のために使用すべき義務を負担するものとする。

しかし、寄附者は受贈者たる募集者に贈与する意思はなく、募集者

¹ 石坂音四郎「寄付の性質」(『改纂 民法研究 上巻』有斐閣、1919年所収) 179-197頁。しかし、同197頁にあるとおり、実際、本論稿は、明治41年(1908年)に書かれているので、明治時代に位置づけることにした。

も贈与を受ける意思を有することなく単に中間の媒介者たる地位にあるのみである。募集者は寄付された財産を専らその目的たる事業のために使用することを要し、財物の寄附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ことにあるのではなく、その企画する事業のために使用するためである。したがって、受贈者の負担と募集者が寄附財産をその企画した目的のために使用するべき義務とは同一視できないので採用できない。

④寄託説は、寄附者は募集者に財物を寄託するものとする。

しかし、寄託の場合、寄託者はその寄託の目的を保存する義務を負うのみであり、一方、寄附の場合は、その寄附財物の所有権を放棄する意思を有している。したがって、寄託のように当事者の契約により寄附者は寄附財物の返還を請求し、また募集者はこれを返還するべき義務を負うものではないので妥当でない。

⑤委任説は、寄附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。

しかし、募集者は自ら事業を計画し、財物の用途は自ら決するものであり、募集者は受任者よりも遥かに独立した地位を有している。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為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。これに反して、募集者は寄附者に対してこのような権利や義務を有することはない。加えて、委任では委任者は何時でもその与えた委任の撤回をすることができるも、寄附者にはこのような撤回権がないので、妥当でない。

⑥第三者の為にする契約説は、寄附により第三者の為にする契約が成立するとし、募集者は寄附者に対して第三者（享益者）に給付を為すべき義務を負うものとする。

しかし、ある人の利益の為に寄附を募集しない場合やそうではあっても、特定人の為にする場合でなければ適用できない。寄附された財

物は、享益者に分配される至った場合にその財物を取得すべく、分配されるに至るまでは享益者と募集者の間には何等の法律関係も成立することはない。寄附者及び募集者は直接に第三者をしてその権利を取得せしむる意思をもって寄附を契約しているわけではないので妥当でない。

⑦無名契約説は、寄附について従来債権法に存する契約の種類をもって説明できないことを根拠とし、寄附は現実行為にして募集者が寄附財物を取得するに代えてある行為を為すべきことを約するものとする。

しかし、寄附においては双方の利益は相反するものではなく、共に同一目的の為に契約を締結するのであり、この説のように寄附者の給付と募集者の行為とは互いに反対給付を為すものではない等から採用することはできない。

⑧組合説は、寄附者と募集者との間における法律関係を説明することをできないとして、寄附者間に組合が成立し、共同的目的を有する募集財団により、凡ての寄附者間に独逸固有法の合有関係が成立し、募集者は業務執行員であるとする。

しかし、各寄附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、実態から離れるので妥当でない。

⑨制限物権説は、寄附を物権と債権の両関係から観察し、物権的關係においては寄附者は寄附財物の所有権を有し、募集者は制限物権を有するものとし、債権關係においては寄附者募集者間に無償契約が成立するものとする。

しかし、寄附をもって二個の契約とするのは、その当を得ないだけでなく、寄附者がその寄附財物の上に所有権を有するとするのは、事実にあわない。寄附者は寄附をするにあたっては、その所有権を他人に与える意思を有しており、これを保留する意思を持っているわけではない。募集者が制限物権を有するとすると、法律が限定する物権の

種類以外に一種の物権を認めることになり採用することはできない。

第二に、以上のごとく、いずれの学説も寄附の性質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最も妥当とし、次のような趣旨を述べている。

⑩寄附を為すのは、募集者に対して寄附金募集の目的である事業上に使用させる為であり、換言すれば、ある一定の目的の為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、寄附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する。即ち、法律上の効果は当事者の目的に超過するので、寄附は信託行為を以って説明するのが最も適当である。

第三に、以上を前提として、信託行為説のうち、信託行為の性質につき、二つの学説を掲げて、次のような趣旨を述べている。

⑪信託行為に外部及び内部の二個の関係が生ずるものとし、受託者は外部即ち、第三者に対しては所有者の地位にあるものの、内部即ち、信託者に対しては所有者ではない。単に、その信託されている権利を行使する権限を付与されているに過ぎず、もしその信託された権利を自己の目的の為に乱用するときは横領罪となり、もし受託者が破産したときは、信託者は別除権を有するものとする。

しかし、相対的所有権または相対的権利なるものは認めることはできず、一面においては所有者であり、他面においてはそうではないとというのは論理に反する。この説に従うと、所有権を移転すべき行為を為したるにも係らず、所有権を移転する意思がないとするが故に、信託行為は仮装行為と区別する所がないことになる。信託行為にあつては、当事者の意思は権利移転の効果を生ずることを欲しているものであって、所有権の移転が当事者の欲する目的を超過しているも、そのために所有権移転の効果は妨げられないので、妥当ではない。

⑫信託行為にあっては、権利は有効に受託者に移転する。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、権利の処分すべき債務を負担する。もし、受託者がその信託に背きその権利を乱用した場合には、信託者に損害賠償の義務を負うのみに止まるのであって、受託者が破産した場合には、信託者は別除権を有しない。この説が正当であり、受託者がその信託された財産を乱用する危険は免れることはできないが、これは信託行為の性質上已むを得ない結果である。けだし、信託者は受託者を信用し、権利を移転したものであり、悪結果は甘受せざるを得ない。

寄附財物は、募集者に属するとすることをもって、最も実際に適合する。

第四に、寄附の約束、寄附の約束と現実の寄附との関係につき、次のような趣旨を述べている。

⑬寄附の約束若しくは帳簿の記入は未だ何等の拘束力も生せず、寄附者は何時でも撤回できるというのは、事実を反し、寄附の約束が寄附者の一方行為でこれによって債務が生じるとしても、一方行為によって債務の発生を認めるのは例外に属する。寄附の約束は募集者と寄附者との間に於ける諾成契約の一種であると解するを相当とする。通常募集者が一般人に対し寄附金募集の広告を為し又は特定人に対し募集を為すも寄附の条件に関して定まる所がない場合においては、申込の誘引すべく、ただ特定人に対して寄附の条件を定めて募集を為したる場合においてのみ寄附の申込であると解すべきである。

⑭寄附をもって要物契約とし、事実上寄附者が財物を募集者に交付することによって両者間の法律関係を生ずるものとする。募集者は財物の受領によって始めてその財物を募集の目的の為に使用すべき義務を負い、その以前においてはこの義務を負うことはない。故に、現実行為によって両者間に信託行為し、既に寄附を以って要物契約となすとき

は、寄附約束はその予約であると解するを適当とする。

第五に、募集者間の関係、享益者と寄附者間の関係、募集者と享益者間の関係のそれぞれの関係について、次のような趣旨を述べている。

⑮募集者間には組合が成立するが故に、寄附財物は募集者の共有に属する（六六八条）。募集者は信託的所有権を有するものである故に、寄附金募集によって実行しようとする目的の為にのみこれを使用する義務を負う。各寄附者と募集者間に成立する組合との間に信託行為より生じる権利義務の関係を生じる。募集者間における組合に関しては、民法組合に関する規定を適用すべきである。

⑯寄附者が享益者が何人かを知らず、又享益者は寄附者を何人かを知らないのが通常である。両者の間に何等の意思表示もなく、何等の契約が成立することもない。募集者は自己の名において享益者に寄附財物の分配を為すものであって、寄附者の代理人ではない。寄附者は募集者を自己の代理人として享益者と契約を締結するものとするとはできない。寄附者の財産が享益者に移るといっても、募集者が中間に介入するが為に、両者間に直接の関係を生ずることはない。

⑰募集者と享益者との間には直接の法律関係を生じる。しかしながら、募集者がその寄附財物を両者に分配しない間は両者間に何等の法律関係をも生じない。寄附は全く恩恵的に為すものである。募集者が寄附財産を乱用する場合には、寄附者に対してその責に任ずべきではあるが、享益者に対して責に任ずることはない。募集者が事実寄附財物を享益者に分配するに至って始めて両者間の法律関係を生じる。こうして、募集者は無償に寄附財物を享益者に与えるものであるが故に、現実の贈与となさざるを得ない。

2. 分析

石坂は、前章でも触れたように、第二部 総則の中で、「寄附ノ性質」

に 19 頁にも渡る詳細な論文を載せており、次のとおり頗る興味深いものがある。ちなみに、第一部は、一般と題され、「法律学ノ性質」、「法律解釈論」等、民法典の全体に共通する総論的諸事項を論じており、第三部では、物権、第四部として、親族及び相続を取り扱っている。

すなわち、本論文の前は、「法定代理人ノ同意ヲ得テ禁治産者カ為シタル法律行為ノ効力」、その後ろが、「法律行為ノ原因ト不当利得ニ於ケル法律上ノ原因」、「通知及ヒ通知義務」、「停止条件ハ債務者ノ意思ノミニ係ラシムルヲ得サルカ」であり、本論文と不当利得以外、今日でも広く民法総則において議論されているテーマである。寄付と不当利得が、総則の部で触れられているのは、何故なのだろうか。不当利得については、本稿のテーマからは外れるので、言及することは差し控えざるを得ないが、寄付については、次のとおり推測できるのではなかろうか。

すなわち、社団法人の設立段階において作成する定款に相当する、財団法人設立段階に作成する書面たる寄付行為との関連である。しかし、本論文の中に、寄付行為に関わる記述を残念ながら、筆者は読みとることはできなかった。寄付というある種の契約類型につき、突如として総則の中で、売買をはじめとする典型契約に先んじて論じられているのは、注目に値するという以外に適切な言葉が見当たらない。

次に、本論文の内容であるが、寄付の法的性質に関する諸学説が細かく分類されているものの、出典が全くわからない点で、きわめて読者に不親切な記述になっている。おそらく、ドイツからの直輸入した議論なのであらうと思われる。他の民法学の領域と同様に、寄付法学の分野もドイツ民法学隆盛期の影響を受けていた証左ということができよう。他方で、寄附の約束等の議論は、英米法における議論の影響も看取することができる。

三者間贈与たる寄附の法的構造に関していえば、三当事者をそれぞれ寄附者、募集者、享益者と呼んでいる。石坂の立論は、信託行為説を採用しつつも、若干の躊躇も感じられる。

第三節 大正時代

第一款 はじめに

大正時代は、明治時代のドイツ民法学の隆盛期の影響下にあつて、中島玉吉の論稿が、唯一「公募義捐金」として寄付の具体例をその題名にしつつ書かれたものであつた。明治時代に引き続き、一論文というきわめて細かい研究のスタートであつた。しかし、この論稿の直後に、現在に至るまで多大な影響を与えている、三者間贈与たる寄付の法的構造に関する判例が登場することになる。以下、詳細に見ていこう。

第二款 中島玉吉の見解

1. 中島玉吉の所論も、詳細かつ多岐にわたるが、公募義捐金（寄付）の法的性質について、これをあえて整理すれば以下のものであり、ドイツ法の紹介が比較的多くなされている²。

第一に、一部ドイツの学説に依拠しつつ、公募義捐金の性質について、発起人と応募者間の行為と募集した財産の性質を中心として次のように諸学説を掲げ、批判を加えている。

①贈与説（エルトマン）は、単純贈与説（エルトマン）と負担付贈与（リーデル）に分けられる。

前者に対しては、義捐者の意思は発起人に利益を与えようとしているのではなく、発起人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。両者間に、契約が成立すべき理由はない。仮に、相手方を受益人としても、公募義捐行為には特定の受益者が全く存在しない場合があるので、不都合である。発起人の意思表示または発起人に対する意思表示が受益人に対して効力を生じ、受益人に対して契約が成立するには

² 中島玉吉「公募義捐金」『続民法論文集』所収（金刺芳流堂、1922年）226-262頁。

発起人は受益人の代理人であることを要するが、受益者と発起人の間に代理権授与行為の要件である契約は存しない。

一方、後者の見解は、贈与契約は出捐者と発起人間に締結され、受贈者たる発起人は受贈の負担として募集した財産を受益者に与える義務またはその他募集の目的である事実を遂行する義務を負担すると説明する。

しかし、負担付贈与は負担が不能であっても、財産の無償譲渡を無効にするものではなく、その不能が受贈者に責任がある場合にその財産を返還することを要するに過ぎない(プランク)。公募義金の場合は、その目的が不能となったときは、その財産を発起人の手中に留むべきでなく、これを出捐者に返還すべきものであり、負担付贈与説は、公募義金の経済上の性質を誤解している。

②寄託説は、出捐者と発起人の間の関係は寄託契約であって、発起人は受寄者として目的の実行に至るまで義捐財産を保管する義務を負うものであると説明する。

しかし、寄託契約はその目的は単に保管にあり(民法六五七参照)、受寄者は受寄物を処分する権能はないが、義捐金については発起人はその目的の範囲を超えない以上は処分権を有することは疑いない事実である。民法の規定によれば、寄託者は何時にてもその返還を請求することができる(六六二)。義捐金については、出捐者にこの権能を認めると、義捐の目的を水泡に帰せしむことになる。

不規則寄託(六六六)も、寄託である以上、義捐金の当事者の意思に反する。

義捐行為を寄託の一種である供託と説明するのも妥当でない。供託は、係争物を第三者に保管せしめ、一定の事実の発生によりこれを寄託者の一方又は他人に引き渡さしむる契約であり、通常は強制執行の一方法として裁判所の命ずるものである。義捐行為と比較すると、その根本において異なる。

③委任説(プフタ、ベッカー、キーペルト)は、発起人を受益人の受任者とする説と、発起人を出捐者の受任者とする説の二つに分けられる。

前者に対しては、受益者が存在しない場合に不自然であり、義捐金は、発起人が主動者となって受益者のために財物を集めるという実態に合わない。

後者に対しては、委任者は何時でも委任契約を解除することができる(六五一)とされている。公募義捐金の場合においては、事務の主体は出捐者ではなく、むしろ発起人である。出捐者は発起人を監督する権限はなく、一旦応募した以上はその契約を任意に解除し出捐を取り戻すことはできない。

さらに、両説に対しては、委任の場合は、事務の実行のために本人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る。一方の義捐行為においては、発起人は義捐財産上に所有権を取得し、これを処分する権能を有している点で、妥当でない。

④第三者の為にする契約説(ヘルヴィヒ)は、公募義捐行為を第三者の為にする契約に類するという。すなわち、発起人と応募者の間に第三者たる受益者の為に給付をなす契約が成立し、第三者が受益の意思表示を為すときはその請求権を取得するものであるからであるとする。

しかし、第三者の為にする契約においては、経済上の享益の主体は第三者であり、契約当事者は第三者をして受益をさせるべき担保者たる地位を有するに過ぎない。一方の義捐金の場合においては、その主動的地位に立つのは発起人であり、両者において発起人の役割が異なる。義捐金の場合は、発起人が現実に所有権を与え、物を引き渡すまでは受益人は何等の請求権をも有することはない。仮に一步譲って、受益の意思表示により請求権を得るものとするも、その請求権は発起人に対するものであって、出捐者に対するものでないのは明らかである。

⑤無名契約説(クリュックマン)は、義金募集行為は有名契約の何れにも相当しない。即ち、無償契約で発起人は応募者より財物を受けその対価として一定の目的を遂行すべき義務を負担するものにして、無名契約中の *du ut facias* の形式に相当するものであるとする。

しかし、*du ut facias* は有償行為で、*dare* と *ferre* とは互いに対価を成すが、義金の場合においては、義金により利益を得るものは発起人ではない。また、目的の遂行により実質上の利益を得るのは出捐者ではない。応募者の出捐と発起人の義務とは相互原因をなして相対立するものではない。故に、有償契約の一種である *du ut facias* に当たるとするのは、不可能である。

⑥組合説(ギールケ)は、上に述べた諸説が発起人と出捐者の間の関係ならびに募集した財産を主として立論していたのと異なり、出捐者相互間に組合契約があるとし、募集した財産は組合財産となり、発起人は組合の機関となるとする。

しかし、組合が成立するには組合相互間に意思表示の交換があり、契約の存在することを要する。一方の公募義金は、応募者はただその目的を賛成し発起人を信じてこれを補助しようと応募するのみである。他に如何なる応募者がいるかは全く眼中に置かないのが常である。また、義金募集はむしろ発起人の事業で、出捐者は出捐でこれを補助する関係にあるに過ぎない。

したがって、出捐者の意思で発起人の進退を左右し、出捐者が公募義金の解散を請求するが如きは、公募義金の性質と相容れないので、妥当ではない。

⑦法人説(ベッカー、デルンブルク、反対者は、プランク、シュタンディカー、フィッシュバッハ)は、義金募集をもって法人設立行為と見做し、寄附財産をもって基礎となす財団法人を認め、寄附財産はその法人に属し発起人がその管理人とする説である。

しかし、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は存在しない。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により妥当でない。

立法論としては、不在者の財産管理に関する規定を準用し、裁判所に発起人を監督させることは可能と信ずる。

第二に、信用行為説(レーゲルスベルガー、オペトゥブルーメ)は二説に分かれるとし、後者が妥当であるとする。

⑧前者は、信用行為は内外の関係を別けるべきものとし、外部に対しては受信人が所有権者となるも内部、即ち信託人に対する関係においては、単に代理人に過ぎないとする。故に、受信人の所有権は相対的となり、受信人の破産の場合においては信託人はその財産を破産財団より分離することができるとする。

しかし、任意に相対的物権を創定するのは、法律の認めざる所で、このような行為は無効と云わざるを得ず、妥当ではない。

⑨後者は、信用行為により所有権は完全に受信人に移転するも(即ち、外部及び内部に対して)、これと同時に受信人はその財産を一定の目的以外には使用又は処分しない義務を負担するものであり、通常債権説という。受信人が約に背き、信用を乱用してその財産を他の目的に処分するも信用人は第三者に対して追奪を行うことはできない。受信人が破産の宣告を受けるも、信用人はその財産を破産財団より分離することはできない。ただ、以上の場合においては受信人に対して損害賠償を請求することができるのみである。公募義捐金行為は、これに属するものと信じる。なぜならば、信用行為は法律に違反することなく、また公益を害することもなく、法律の認めない相対的物権を生じることもない。その権利は、債権で第三者に対して効力なきが故に、公益を害し取引の安全を損する弊もないからである。

第三に、中島は上記信用行為説の債権説を前提として、発起人の地

位、発起人相互の関係について次のように述べている。

⑩発起人は、出捐者より受け取った財産の所有権を取得しも独り第三者に対する関係において所有者であるだけでなく、出捐者に対してもまた所有者である。発起人は、出捐者に対して3つの債務を負担する。寄附財産を寄附の目的以外に使用又は処分しない義務、寄附の目的を履行すべく尽力すべき義務を負担し善良なる管理者の注意を持って管理し、目的遂行に関しても過失がないことを要し、目的を遂行した以上は計算書を公にする義務、目的不能となった場合にはこれを寄附者に返還すべき義務がそれである。

以上の発起人の義務は独り出捐者に対して存するものであって、受益人に対しては、上記3つの義務を負担することはない。

⑪発起人相互の関係は、相互に組合契約が存在するものと認めたい(フィーゼバッハ)。なぜならば、数人の発起人は協力して共同の事業を営むことを相互に約するものに外ならざれば、完全に組合契約の要件を具備しているからである(六六七)。

第四に、中島は上記信用行為説の債権説を前提として、出捐者の地位について次のように述べている。

⑫出捐者は通常は多数ではあるが、相互に相識がないことが常であるので、相互に組合契約が存在するものではない。出捐者が発起人に対して有する債権も各自独立して行使せざるを得ない。

第五に、中島は上記信用行為説の債権説を前提として、受益人の地位について次のように述べている。

⑬受益人は、義捐者と終始直接の法律関係に在ることはない。受益者と発起人間の契約の性質は、無償の財産権移転契約即ち贈与である。それが、通常の贈与と異なるのは、贈与契約の締結及び実行が同時に第三者たる義捐者に対する義務の履行となる点にある。発起人は、自

己の所有権を贈与するものである。義捐行為により所有権は発起人に移るがためである。ただ、発起人の贈与の資料たる財産権は他人より無償にて供給され且つ贈与を実行すべき義務を負担するをもってその特色としている。

2. 分析

前章でも述べたように、中島も「公募義捐金」の論稿の取り上げ方に興味深いものがある。『続民法論集』には、他には「轉質二就テ」、「質権ノ順位ヲ論ス」があり、本論文の前に「連帯債務ノ性質ヲ論ス」、その後に「収保請求権（自制請求権）」、「債権ノ内容ノ變更」、「権利ノ主體」、「純正法規ト援用法規」等が続いている。本論稿の前の連帯債務の論文との関連でいえば、それぞれ三者間の法律関係であり、中島の本論文は、三当事者の法律関係をそれらの利益状況から詳細に論じていることからして、テーマこそ極めて具体的になっているものの、連帯債務との共通要素たる三者間の法律関係について、おそらく認識していたのではあるまいか。

ただ、寄付という上位概念ではなく、「公募義捐金」という具体的な寄付の例を論稿の題名に掲げている理由はどこにあるであろうか。これは、次章で述べる、公益信託の立法化を声高に主張した江木衷の影響があったのではないかと、筆者は推測している。何故なら、中島の本論文の直前に、江木衷が、信託法に関する詳細な意見を述べており、その中で公衆義捐金に触れているからである。公募と公衆と言葉に違いはあるが、意味内容としての違いはないであろう。

また、石坂とは違い、出典を明らかにしつつ、寄付の法的性質に関する諸学説を分類している。出典の多くは、ドイツ民法学者に依拠しているように思われる。その点で、石坂よりも学説としての進展があったものと評することができる。自説を前提に、三者間贈与たる寄付である公募義捐金をめぐる三当事者の地位をまとめて整理し、論稿を閉じている点で、

我々の問題意識に共通する思考をとっていることが窺える。

第三款 1923年5月18日大審院第一刑事部判決(刑集2巻6号419頁)³

1. 判決要旨

- (1) 公共的性質を有する寄附金とは一定の公共事業につきその創設維持等に要する資金を弁する為不特定多数の人が無償に出捐する金銭をいい、寄附者は特別なる意思表示なき限りは信託的に事業の発起人または発起人団体にその金銭の所有権を移転するものとする。
- (2) 寄附金募集員が自己の占有する寄附金を不法に領得するときは横領罪を構成するものとする。
- (3) 過去に実験する事実を根柢として一定の事実とともにその事実に関する意見を陳述することは、証言にして鑑定に非ず。

2. 事実の概要

原審判決の確定した事実によれば、Y1・Y2・Y3(被告人・控訴人・上告人)は、大正10年4月上旬A市のB町からC町に通じる道路を開設するため町の役員の協議に基づき、寄附金を募集しこの寄附金をもって敷地を買収した上、同市に寄附することによって上記道路開設を速成せんとすることとなったことから、上記3名他は共に道路委員となり、本件決議の趣旨に従って寄附金を募集し敷地を買収する等の

³ 平野義太郎「五五 公募寄附金—(一)公募寄附金の性質—寄附金所有権の帰属者—(二)寄附金と横領罪の成立」(法学協会雑誌42巻7号1923年)1333-1338頁に判例評釈がある。近時では、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」『信託法判例研究(新訂版)』所収(酒井書店、2005年)216-224頁に判例解説がある。

事務に従事することになった。その従事中に犯意が継続して、次の二つの行為に及んだものである。

第一に、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、上記道路の敷地にあたる同会社所有の土地28坪7合5勺全部の寄附を受けたにも拘わらず、その内14坪は土地をもって寄附を受け残り14坪7合5勺は表面上前記土地を代金700円に見積って買収し、更に同会社より右と同額の金員の寄附を受けることに訴外Eと合意した。その後、Y₁・Y₂・Y₃の3名は、右14坪7合5勺の土地を代金1,475円にて買収し同金員を支出したかのように装って、金700円は前記のごとく寄附を受けたことにした上、その残額を横領せんことを共謀した。同日、I旅館において各道路委員は上記合名会社訴外Dのほか50余名より前記道路敷地を買収してA市に寄附する趣旨の下に寄附金として交付を受けた金員を訴外Fにおいて保管の任にあたり占有させることとし、Y₁・Y₂・Y₃の3名は、訴外Fが占有する金員の中から当時上記敷地買収のため訴外Fより預かった金750円を各自250円に分配領得して横領したものである。

第二に、Y₁および訴外F（原審被告人）は、大正10年5月22日、訴外G商事合名会社を訪問し同会社の支配人訴外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附を受け、残り40坪6合5勺は代金2,000円にて買収しこの内1,500円の寄附を受けて残金500円を訴外G商事合名会社に支払った。にも拘わらず、同月24、5日頃、A市B町訴外F（原審被告人）の自宅において、訴外FおよびY₁・Y₂・Y₃の4名は、上記買収の土地代金を2,700円として、これに対し金1,500円の寄附を受け残金1,200円を訴外G商事合名会社に支払ったかのように装って、その差額を各100円分配横領せんと共謀し、同月末頃、判示第一のごとき関係の下に訴外Fが業務

上保管する金員の中から、Y₁は訴外F宅においてY₂はA市B町のY₁宅において各自金100円を横領したものである。

3. 上告理由

上告趣意第一点原判決（控訴審判決を指す、以下同じ）はその理由第一において「D合名会社外50餘名より右道路敷地を買収してA市に寄附する趣旨の下に寄附金として交付を受け原審相被告Fに於て之が保管の任に当り占有する金員中より被告三名に於て当時右敷地買収の為同人より預り居りたる金750円を擅に金250円宛分配領得して横領し」と判示し理由第二に於て更に「判示第一の如き関係の下にFに於て業務上保管せる金員中より被告Y₁は前示F方に於て被告Y₂は被告Y₁方にて擅に各自金100円宛の分配を受け横領したるものなり」と判示して右判示第一の記載を援用し之に各刑法第252条第一項を問擬したるも右判示に依れば其の被告等が横領したりと云ふ寄附金はD合名会社50餘名より交付を受けたるものなることを示すに止り其の所有権が具体的に何人なりやの記載なきは勿論其の寄附金が被告等以外の者の所有なること即ち刑法第252条第一項に所謂他人の物なることの記載もなし然るに寄附金の性質に付ては学者間頗る議論の存するところにして其の概念は未だ一定せず従て単に寄附金なる語それ自身に於ては決して其の所有権の主体を迄表明するものに非ず其の所有権の主体を具体的に表示せざるは勿論単に他人の物（被告等より見て）と言う概念をも表示するものに非ず又寄附金の性質の定まる前提たる寄附は各個の場合当事者の意思に依りて或は委任なる場合寄託なる場合もあるべく又は贈与若は負担附贈与等の場合もあるべく従って其の寄附金の所有権も未だ寄附者に存する場合もあるべく或は寄附者より寄附募集者に移転する場合もあり必ずしも其の態様一定せざるべし故に原判決に依り被

告等が分配領得して横領しと認定されたる本件寄附金も其の前提たる寄附が委託若は寄託なりとせば寄附者たるD合名会社外50餘名の所有なるべく之に反し寄附が贈与若は負担附贈与若は之に類する契約なりとせば其の所有権は寄附募集者たる被告等に帰属せるものなるが故に従って其の前提たる寄附の性質を明記するか又は其の寄附金が他人のものなる事を特に記載せざる限りは該寄附金が他人の物（被告等より見て）なりや不明なり判示中「原審相被告Fに於て保管の任に当り」なる保管なる語と其の所有権が自己に帰属せざること即ち寄附金が他人の物なることを表示せるが如きも本件寄附金の交附を受けたる者は右F及被告等の3名なるが故に被告等に寄附金の所有権が帰属したりとするも其の中の一人即ち共有者の一人たるFが之を占有するときは保管なる語を用うるを相当とすべく此の語は必ずしも寄附金が他人の物なることを表示したるものと為すことを得ず之を要するに原判決は単に寄附金を横領したりと言うのみにて其の寄附金が刑法第252条第一項に所謂他人の物なることを判示せざるものなり然るに原院の間擬したる第252条第一項の横領の目的物は他人の物なるを要するは同法条の明示するところにしてそは右横領の構成要件なるが故に此の点の記載なき原判決は罪と為るべき事実を明示したるものと言うことを得ず然して刑の言渡をす為すには罪と為るべき事実を明示するを要するは法律の規定するところなれば此の規定に違背したる原判決は法律違背の裁判にして破毀を免れざるを信ず。

4. 判決理由

通常寄附金と称するは公共的性質を有する一定の事業に付其の創設維持等に要する資金を弁するが為に不特定多数の人が無償的に出捐する金銭の謂なれば一般の場合に於ては寄附者の特別なる意思表示

なき限り其の出捐せる金銭の所有権は事業の発起人団体（法人た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拠れば本件寄附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明確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問擬処断したる原判決は相当なり本論旨は理由なし。

5. 分析

繰り返しになるが、本判決は、刑法犯である横領罪の成否の前提として、寄付の法律関係に解釈を加えた最初の判決である。即ち、刑法第252条第1項では、その構成要件として「自己の占有する他人の物」が規定されており、当該寄付金は誰に帰属するのかが争点となったのである。その点で、われわれの問題意識である三者間贈与たる寄付の法的構造が正面から議論されているわけではないものの、後に述べるように、昭和・平成各時代に渡って民法学においてこぞって引用される著名な判決である。この判決要旨が「公共的性質を有する寄附金とは一定の公共事業に付其の創設維持等に要する資金を弁する為不定多数の人が無償に出捐する金銭を謂非ヒ寄附者は特別なる意思表示なき限は信託的に事業の発起人又は発起人団体に其の金銭の所有権を移転するものとす」としており、第一に、寄付とは何か、第二に、寄付の法的性質を信託的譲渡であることの二点を明確にしたものといえる。後者についていえば、三者のうち寄附者、発起人の二者につき、特段の権利義務関係に関する言及もなく判示しており、三者間のうちの受益者やその性質等を考慮し

ているのかも必ずしも明らかとはいえない。にもかかわらず、何故に、この信託的譲渡説がその後有力に学説を支配するようになったのであろうか。後の時代以降にその理由が明らかになるであろう。

第四款 小括

大正時代の学説は、1922年に中島玉吉により、寄附の法的構造に関して詳細に言及されたことは興味深いものがある。のちに述べるように、昭和時代に至るまで寄付に関するものは、1論稿しかない状況が続くことになる。中島の論文は、他の民法学の分野に劣らず、ドイツ民法学の直輸入であり、個々のドイツの学説を概説しつつ、信託行為説を採用しているが、われわれの問題としている三者間贈与たる寄付の法律関係の本質究明という点からいえば、はなはだ不十分であったと言わざるを得ないものと思われる。また、出典が全くなかった明治時代の石坂に比べれば一步前進とはいえるものの、詳細な出典が欲しかったという点は、率直に認めなければならないであろう。

しかし、大正時代の寄付の学説史としての特徴としては、1923年5月18日の判決(以下、「大正12年判決」という。)の影響が大きかったのではないだろうか。この「大正12年判決」が、中島の論稿に依拠して判決を下したであろうことは想像に難くない。

中島がかくも公募義捐金の重要性を指摘していながら、かくたる論争も起きずに、この判決のわずか約3カ月後に、1923年9月1日のあの関東大震災が起きている。「大正12年判決」の解釈は、義援金をめぐる法律問題がこの大震災後に起きるであろうとまるでリスク・ヘッジしていたかのように、信託的譲渡説を採用すると宣言したものともいえるのではなからうか。

第四節 昭和時代

第一款 はじめに

昭和時代は、前述したように、大正時代に出された本稿の研究対象である寄付の法的構造に言及した判例が現れ、それを受けて、多くの体系書類において、贈与の箇所、こぞってこの判例を引用し、寄付につき若干の記述をしていくことになる。この判例の威力は、その意味ですさまじいものがあったといえる。また、戦後になってはじめての寄付に関する本格的な論稿も登場した。以下では、寄付に関する本格的論文、そして体系書類における寄付の記述につき見ていくことにしよう。

第二款 加藤永一の見解

1. 加藤永一の所論は、詳細かつ多岐にわたるが、寄付についてその法的性質を含め次のような趣旨を述べている⁴。

①「寄付」という言葉が、いつごろからこのように広く用いられるようになり、現在のようにいろいろな形の寄付がみられるようになったのであろうか。また、その理由はなんであらうか。これらについては、いま、これらを明らかにする資料をもちあわせていないので、はっきりはいえないが、推測するに、おそらく明治以降、村落共同体の崩壊に伴ってでてきたのではないだろうか。それはともかく、寄付という言葉は、もともとは、寄付者の自発的な意思にもとづく金品の提供を意味していたといえるであろう。

②寄付は無償で金銭その他の物を供与すること、またはその約束をすることである。

⁴ 加藤永一「寄付——一つの覚書」(『契約法の体系Ⅱ』所収)(有斐閣、1962年)4-5頁、8-10頁。

③寄付には、寄付者・寄付を受ける者＝受寄者・受益者の三者が当事者として関係する。もちろん、実際には受寄者と受益者とが一致する場合も多く、ときには、寄付者＝受寄者＝受益者というばあいも少なくない。そして、このような違いは、法律構成＝法律効果においても差異が生じうる。だからといって、寄付にあつては觀念上これら三者は区別できるし、また区別しなければならないのである。というのは、寄付財産の利益を享受するためには、なんらかの管理行為ないし団体活動が必要であるからである。

④寄付には必ず特定の目的がある。ことに多くのばあい公共的ないし社会的な目的がある。ただ、その目的の内容は、必ずしも最初から一義的に明確なものとはかぎられない。たとえば、社寺の賽銭や教会での募金など、寄付財産の使用される目的が予め特定されないばあいもある。しかし、これらにあつても社会通念上、社寺・教会の維持管理ないしその行事に使用されるという目的があるのである。このように、その範囲の広い狭いの差はあれ、寄付にはつねに一定の目的が存在しているのである。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、またはその約束をするところにある。

⑤受寄者が寄付者と受益者とを結び付ける仲介者となっている寄付では、寄付者と受益者の間に受寄者が介在しており、寄付は寄付者から受寄者になされるにかかわらず、受寄者は寄付財産によって利益を受けることがないのである。この結果、単純に贈与と構成することはできないようにもみえる。正にこの点に着目して、この型の寄付は一般に信託関係、つまり、寄付者・受寄者間の行為は寄付財産の信託的譲渡であり、受寄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。すなわち、この考え方によれば、受益者は、寄付者から受寄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い。寄付財産は一旦受寄者に帰属し、受寄者が受益者に寄付財産を譲渡したばあい、はじめて受益者に帰属する。寄付の目的は受寄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。このような結果、受寄者が義務を履行しないときは、寄付者は受寄者に対し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、寄付財産の取戻し、または損害賠償を請求できることとなろう。これに反し、受益者は、寄付者・受寄者間に受益者のためにする契約がないかぎり、つまり、特別の事情がないかぎり、直接受寄者に対し義務の履行を求める請求権はないとされている。ところで、以上から推して、この考え方の中心は、受寄者の、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づける点にあると思われる。この型の寄付をも負担つき贈与ないし条件つき贈与と構成することも、場合によってはあながち不可能ではあるまい。いずれにせよ、寄付財産の帰属という点からは、寄付を特別の契約類型として取扱う必要がない。

⑥信託行為と構成されるばあいも、やや疑問はあるが、寄付は財産の無償供与であるから、贈与の規定を準用し（民五五四条）、寄付約束には、贈与の規定が適用ないし準用されるという結果になろう。しかし、これは妥当だろうか。わが国における寄付がかなり強制感を伴うものであること（おつきあいに奉加帳に寄付金額を記入した）や、受寄者ないし受益者が無方式の寄付約束をあてにして第三者と契約したばあいによっては取消しうるとするか、少なくとも書面による贈与の成立の認定はできるだけ慎重になすべきではあるまいか。また逆に、無方式の寄付約束も信義則上、取消しえないばあいもあると解すべきであろう。とはいえ、例外的にこのようなばあいがみとめられるにせよ、寄付約束には、原則として贈与の規定を適用ないし準用することで問題が解決する。寄付約束の効力の面でも、寄

付に特別の契約類型をみとめるだけの理由はない。

⑦そうなると、受益者の地位がかなり弱いものとなる。そこで、受益者から受寄者に対し直接義務の履行を請求できることを容易にし、受益者を保護するために、できるだけ第三者のための契約の成立を認めるべきであろう。

2. 分析

加藤の「寄付一つの覚書」は、1962年（昭和37年）に発表された戦後初の本格的な労作である。その後の体系書にも必ず引用される論稿である。寄付の社会的背景、その要素等を述べた後、寄付の法的構造に記述が及んでいる。われわれの問題意識である三当事者が存在し、このメルクマールの重要性をとみに強調している点も、これまでになかった主張といえるだろう。しかし、寄付者、受寄者、受益者のそれぞれの利益状況に対する緻密な利益考量がなされているとは必ずしもいえない。にもかかわらず、信託的譲渡説たる通説に言及しながらも、最終的には、三者間贈与たる寄付も贈与契約に他ならないと即断している。三当事者間の法律関係を主眼においたより深い、三者間贈与たる寄付の本質に対しては、一步前進したに過ぎず、十分とはいえないのではなかろうか。

第三款 我妻栄、来栖三郎、永田菊四郎、三宅久男、星野英一、石田穰 の体系書類

1. 我妻栄の見解

(1) 我妻栄の所論は、贈与契約の最後において、寄付についてその法

的性質を含め次のような趣旨を述べている⁵。

①公益や公共のためになされる無償の出捐を一般に寄附と呼ぶ。

種々の目的のため、多くの寄附が期待され、募集されている。戦後の貧困な社会事情の下では、極めて重要な作用を営んでいる。

②ある特定の公共的目的(例えば友人の遺族の生活資金、オリンピック参加の旅費、育英財団設立の基金など)のために数名の発起人が多数の人から寄附を集めるような場合には、発起人はそれによって利益を受けるのではないので、贈与とみるのは不適當である。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ろう。

③各寄附者は発起人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ことは疑いない。

④寄附の利益を受けるもの(友人の遺族、スポーツ協会)が発起人に対して直接に請求する権利を取得するかどうかは、寄附が第三者のためにする契約を含むかどうかで定まる。寄附者自身が右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、発起人の責任を重くすることが至當であろう。

⑤信託譲渡と解しても、寄附者が無償の出捐をする点では贈与と同じであるので、第550条・551条を準用すべきである。

(2)分析

我妻は、寄附者が多数であることに注目しつつ、発起人は利益を得る主体でもなく、寄附募集目的に拘束される点で、贈与でなく信

⁵ 我妻栄『債権各論中巻一』(岩波書店、1957年)237-238頁。なお、同222頁では、「贈与(寄附)が大きな作用を営んでいることは見逃し得ない」としながらも、民事上の裁判が少ない理由として「もともと非合理的な要素の多い贈与について法律的な主張をすることは、贈与をする方も受ける方も、好まないであろう。」としている。寄附も、三者間ではなく、二者間において行われていることが前提との主張のように思われる。

託的譲渡と捉えている。三者間贈与たる寄附の利益を受ける第三者は、第三者とだけしており、この第三者が特定されていないことが多いことは考慮されていないようである。それ故に、三者間贈与たる寄附を信託的譲渡としながら、発起人の責任を重くするために、第三者のための契約の法理を持ち出している。この点で、民法学の契約法の枠内で寄附を把握しており、信託的譲渡の「信託的」との文言に留意した信託については、視野の外にあるように思われる。

2. 来栖三郎の見解

(1) 来栖三郎の所論は、寄付についてその法的性質を含め次のような趣旨を述べている⁶。

①国民は相互間の贈答の外、色々な寄付をする。特に問題となるのは強制寄付である。旧幕時代、幕府には大名よりの時献上、旗本よりの時献上、旗本よりの御普請金、町人よりの冥加金などの外、上金の収入があったが、幕末に至るとしばしば用金令乃至献金令が出され、明治維新に際しては、朝廷より献金諭告が下され、それが明治政府の下では、先ず国防の費とか施薬救療の資とかとして内帑金下賜の詔勅が発せられると、それに基き政府が献金を奨励するという方法がとられるようになっていく。以上の献金乃至寄付は決して強制的でなく自発的ためべきものと称せられるのを常とした。かかる思想の影響の下に、警察、消防、神社、学校などへの寄付も行われていたのである。

⁶ 来栖三郎「日本の贈与法」(比較法学会編『贈与の研究』所収)(有斐閣、1958年)40-41頁。同『契約法』(有斐閣、1974年)224頁。同「第三者のためにする契約」(来栖三郎著作集Ⅱ 契約法、信山社、2004年)161頁(初出 民商法雑誌第39巻第4・5・6号、創刊二十五周年記念特集号『私法学論集(下)』513-532頁、1959年)。

②現在、寄付は、砂糖の超過利潤吸収方法としての寄付という特殊なものから、政治寄付金や赤い羽根に至るまでいろいろ問題とされているが、なかでも神社、警察、消防、学校への寄付が強制寄付として一番問題となっている。そしてこれらの寄付が強制寄付としてやかましく問題とされているところに、終戦後の思想の変化がうかがわれるように思われる。

③贈与が社会公共のために為されるときは、寄附と呼ばれる。もっとも、寄附には大きく分けて二つの型がある。一つは個々人が直接に一定の寺社・学校・社会事業施設などに寄附する場合である。この場合は民法上の贈与と異ならない。もう一つは発起人が多数の人から寄附を集める場合である(公衆義捐金)。この場合は寄附金は発起人に信託的に帰属すると解されている。しかし発起人がいて金を集めても受益者が特定しているような場合には、発起人は単にお金を預るだけで、出捐は直接に寄附者から受益者に行われるとみるべきことであろう。いずれにしても数名の発起人がいて集めた寄附金を分配領得したときは横領罪となる。

④公衆義捐金の場合、配分が募集者の判断にまかされているときは第三者のための契約でなく、受益者たるべき第三者が直接権利を取得しないことは一般にみとめられている。

(2)分析

来栖は、『契約法』の贈与契約における記述の最初に、贈与の具体例に「社会公共ための贈与」として寄付を挙げている。一方の「贈与の研究」では、寄付について最後に論じているが、法解釈論としてではなく、むしろ法思想、法社会学的考察を施している点に注目すべきで

ある⁷。さらに、より寄付の本質的機能にまで沿革を辿りながら、寄付の法的構造については信託的譲渡説を採用し、その記述はきわめて少ないものがある。しかし、来栖は、第三者のための契約につき論稿をいくつか書いており、その中で「公衆義捐金」につき「配分が募集者の判断にまかされているときは第三者のための契約でなく、受益者たるべき第三者が直接権利を取得しない」と、寄付に関してより深い議論をするための構想が頭の中にあっただのではないかと想像するに難くない。すなわち、「配分が募集者の判断にまかされている」というように、三者間贈与たる寄付の仲介者に相当する募集者の権限の裁量に触れている点で、判例の見解である信託的譲渡説の本質を究明しようとする視点が垣間見えるのである。その点で、契約法の大家である来栖が、三者間贈与たる寄付の法的構造につき、われわれと共通する問題意識を持っていたという萌芽が認められるように思われる。

3. 永田菊四郎の見解

(1) 永田菊四郎の所論は、贈与契約の最後の記述の中で、寄付の法的性質について次のような趣旨を述べている⁸。

① 寄附とは、公益的目的のためになされる無償の出捐をいうが、実際には各種のものが存し、必ずしも統一的ではない。然し、その現代的作用は、重大である。

② 発起人が一定の目的を指示して不特定人から寄附を募る場合には、募集目的のために使用すべき義務を伴う発起人に対する、金品の所有権の信託的譲渡と解すべきであって、贈与と解すべきではない。

③ 無償の出捐たる点において、第 550 条及び 551 条を準用すべきである。

⁷ ちなみに、来栖は、寄付が盛んに行われる背景につき、興味深い指摘をしていることについては、第一章第三節 18 頁注 63)を参照されたい。

⁸ 永田菊四郎『新民法要義第三卷下債権各論』(テイハン、1978年)106頁。

(2)分析

永田は、寄附には多数の種類があるとしつつ、「現代的作用は、重大」とのドラスティックな文言によって寄附を捉えている。それが、信託的譲渡説採用につながる根拠が必ずしも明らかであるとはいえない。三者間贈与たる寄附として、寄附者が不特定であることを前提としており、寄附の相手方たる受益者が不特定多数であることを認識しているか定かではない。信託的譲渡説を採用し、信託的という意味も、「募集目的のために使用すべき義務を伴う」と捉えているにとどまり、それ以上の信託法理の本質までに踏み込んだ言及がなされていないようである。

4. 三宅久男の見解

(1)三宅久男の所論は、贈与契約の記述のうち、贈与の意義の中で、寄附の法的性質について次のような趣旨を述べている⁹。

- ①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を、一般に寄附という。
- ②寄附を募集する者を発起人・世話人などと称し、発起人は交付された財物を第三者または公共のため管理し処分する義務を負うので、寄附者と発起人との関係は、「財産を与える」に当たらない。
- ③思うに、発起人が寄附金を募集し、発起人が寄附を受けた財物をそのまま第三者に交付するのでなく、一定の目的のため管理し処分すべき場合には、信託(信託法旧一条)に類似するから、寄附財産は発起人(受託者)に信託的に帰属し、発起人が数人であれば合有とな

⁹ 三宅久男『契約法各論上巻』(青林書院新社、1983年)4-5頁。なお、信託法については、便宜上、2007年の法改正後の新信託法と区別するため、筆者において旧と補っている。

る(信託法旧二四條一項)、と解すべきである。

④発起人が寄付を受けた財物をそのまま(金銭については、特定の通貨ではなく、寄付者から受領し寄付者のため保管するという特定性のある価値を)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、発起人が寄付者の委任を受け受任者として行うとみるのが、適当である。

(2)分析

三宅は、寄付の定義を明確にしたうえで、三者間贈与たる寄付における発起人を「一定の目的のために管理し処分する場合」、受託者であると断定し、信託法の条文まで掲げている。寄付財産の発起人への信託的譲渡としつつ、信託法の適用との関連の根拠が必ずしもはっきりしないものと思われる。さらに、発起人が寄付を受けた財物をそのまま特定の第三者に交付する場合に、「寄付者から第三者への贈与を、発起人が寄付者の委任を受け受任者として行う」としており、寄付者と受任者たる発起人との間の「寄付者から第三者への贈与」という委任契約とみている点に留意しなければならない。現代型贈与の典型ともいうべき三者間贈与では、むしろ寄付を受ける第三者は特定であるどころか、抽象的な集団であることからいっても、あまり現実的にあるケースを想定しておらず、民法学における二者間の契約関係の枠にとどまった議論というべきである。

5. 星野英一の見解

(1)星野英一の所論は、贈与契約の記述の冒頭と最後において、寄付の

法的性質について次のような趣旨を述べている¹⁰。

- ① 寄附は、比較的純粹の贈与の一つである。
- ② 第三者が発起人となって、一定の目的のために寄附を募集する場合（友人の遺族の育英基金、被災者のための募金など）が問題であり、発起人に対する贈与でなく、通常は右の目的に使用すべき義務を伴う所有権移転（これを「信託的譲渡」と呼ぶ）と解される。
- ③ 特に特定の者に寄附することの予めはっきりしている場合にはその者のためにする発起人に対する寄託と解される。
- ④ 第三者のためにする契約（民法 537 条）と解される場合もありうる。
- ⑤ これらにつき、民法 550 条、551 条は原則として類推適用されると解される。

(2) 分析

星野は、寄附を「比較的純粹」な贈与とし、その意味するところは必ずしも明らかではないが、「被災者のための募金」を例に挙げている点で、慈善に基づくものを想定しているものと思われる。三者間贈与である寄附を最も問題であるとしつつ、ある「目的に使用すべき義務を伴う所有権移転」として信託的譲渡説を採用している。寄附の相手方につき、むしろはっきりしていない場合についての言及はなく、その逆の場合として、「発起人に対する寄託」としている点に新規性がある。しかし、三者間贈与においては、寄附の相手方がはっきりしている場合はむしろ例外的であって、その点の考慮が乏しいと言わざるを得ない。また、信託的譲渡説をとりながら、信託的の内実につき深めることなく、民法学内での考察に終始している感は否めない。

¹⁰ 星野英一『民法概論Ⅳ(契約)』（良書普及会、1986年）101頁、109頁。

6. 石田穰の見解

(1) 石田穰の所論は、贈与契約の最後で寄付を取り扱い、その法的性質について次のような趣旨を述べている¹¹。

① 寄附とは、社会的公共的目的をもった財産の移転であり、通常贈与である。宗教・教育・慈善団体への寄附がこれである。これらの場合、受贈者が寄附の対象物を一定の目的に使用するという制約を伴い、負担附贈与となることが多い。

② 特に法律的性質が問題となるのは、数名の発起人が一定の目的のために寄附を募集する場合である。例えば、交通事故遺児のために寄附を募集したり、歴史的価値の高い遺跡を保存するために寄附を募集する等がある。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。

③ 前者の場合、通常、発起人を介して応募者と交通事故遺児の間に贈与が成立すると考えてよい。あるいは、応募者と発起人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。

④ 後者の場合、発起人には勿論特定の第三者にも利益が帰属しないから、贈与ではないとされる。遺跡保存のためという制約を伴うところの応募者から発起人への財産の信託的移転として説明されている。

(2) 分析

石田は、数名の発起人、すなわち三者間贈与たる寄付における寄付者の場合を特に問題視し、議論を展開している点で、これまでの諸説と変わらない。特筆すべきは、「遺跡保存のために寄附を募集

¹¹ 石田穰『民法Ⅴ(契約法)』(青林書院、1986年)119頁。

する場合、発起人には勿論特定の第三者にも利益が帰属しないから贈与ではない」と主張している点である。寄附の相手方たる第三者にも利益が存在しないとして、「応募者から発起人への財産の信託的移転」と帰結しているのである。三者間贈与たる寄附の相手方にも利益が存しないから贈与ではない、と。この受益者に利益が帰属しないという見方は、次章で述べる公益信託における受益者概念に関して、受益者がそもそも存在しないとする考え方との親近性もあると評価できよう。この利益はどこに消えてしまうことになるのであろうか。

第四款 小括

昭和時代において、三者間贈与たる寄附の学説史を位置づける場合、良くも悪くも最も重要な分水嶺は、「大正12年判決」だったといっていだらう。この大正の判決を経て、唯一の加藤の論稿が生じ、かくも多くの民法学者において寄附につき体系書に記述がなされていることから、首肯し得るところであらう。

また、これが文字通りの諸刃の剣であった感は否めないのではなかろうか。すなわち、判例にべったり寄り添ってしまい、判例の見解に対する再検討という営為が生まれにくかったのではなかったか。これは、出された判例が少なかつただけに、その傾向にあったことは自然の流れではなかったろうか。裁判に訴えることを躊躇しがちな契約類型である、寄附契約であるが故に、他の契約類型以上に判例支配の確立ともいえるべき現象がより強固に築かれたとも評価することができよう。

しかし、加藤永一の論稿も同様に、多くの学説に影響を与えた。寄附に関する初の本格的な作品であったことがその主たる理由であろうが、その内容が寄附に関するあらゆる角度から、すなわち、寄附の概念、寄附をめぐる当事者関係論、寄附の法的構造、我が国の寄附の特色に至る

まで網羅的に論じられた唯一の論稿だっただけに尚更であった。ただ、その後の学説がこぞって引用しつつ、特段の議論を生じせしめなかった。なかんずく、三者間贈与たる寄付にも言及した論稿がほとんど出てこなかったのは何故であろうか。われわれが三者間贈与たる寄付の典型としている義援金が問題となるような大災害が幸運にもなかったからか。社会的に寄付がクローズ・アップされる機会が少なかったからであろうか。その点でも、大正時代に同じく、われわれの主題としている三者贈与たる寄付の本質の究明は、未だ十分とはいえない。前述した「大正12年判決」、加藤永一論文による支配体制の時代であったといえようか。

第五節 平成時代

第一款 はじめに

平成時代は、若干の例外を除き、昭和に登場した判例の見解による全面的支配状態、大政翼賛会的な学説の動向に影響されてか、量は決して多くはないものの、複数のベクトルからのいわば複眼的思考に基づく論稿が出てきているようである。その意味で、多様性に富んだ諸学説が登場してきている状況下にあるといえよう。加藤永一論文を乗り越えていこうという姿勢が見られる論稿も登場してきている。以下、詳細を見ていくことにしよう。

第二款 四宮和夫、鈴木禄弥を中心とする平成初期の体系書

1. 四宮和夫の見解

(1) 四宮和夫の所論は、信託の観念の中で、寄付の法的性質について次の

ような趣旨を述べている¹²。

① 寄附を多数人から募金する場合の信託の一つとし、発起人や主催者が、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、発起人・主催者が受託者となるとする。

② 寄附の法律的性質として論ぜられてきたものであるが、寄附のうち、寄附者と受益者との間に受寄者(発起人・主催者)の介在する場合(受寄者介在型)は、信託的譲渡(といっても、信託法による信託ではなく、信託行為=fiducia 的信託)と解するのが判例であり、通説でもある(信託行為といっても、贈与に関する五五〇条・五五一条の類推適用は排除されない)と位置づける。さらに、原則として贈与の規定の適用・準用で足り、寄附に特別の契約類型を認める必要はない、という見解もあるとする。いずれの見解も、受益者保護のために、できるだけ第三者契約(という付款)を認定すべき旨説くと評価している。

③ 受寄者介在型寄附には、問題点が三つある。第一に、寄附は特殊な贈与(負担付贈与・条件付贈与)か、それとも信託的譲渡か。第二に、信託的譲渡とみる場合、贈与の規定(民五五〇条・五五一条)の適用ないし類推適用はあるか。第三に、第三者契約の認定基準は何かがあるか。

④ 第一の問題点につき、受寄者(受託者)は直接にはなんらの利益を受けるものではないから、受寄者介在型寄附は贈与ではなく、信託的譲渡である、というべきである。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。

⑤ 第二の問題点に関して、寄附が私益信託である場合には、寄附者・受益者間の関係(原因関係)について贈与契約が考えられるが、寄附(信託行為)自体は贈与契約ではないから、寄附(信託行為)にこれらの条文が当然に適用されることにはならない。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附の特殊性(委託者多数、そ

¹² 四宮和夫『信託法(新版)』(有斐閣、1989年)21頁、24-26頁。なお、信託法については、2007年改正の新信託法と区別するため、便宜上、旧を筆者において補っている。

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しないこと)を考えると、寄附(信託行為)自体についてそれらの規定を類推適用すべきである。

⑥第二の問題点に関して、寄附が公益信託である場合には、通常は、寄附者・受益者間の直接の贈与契約は考えられないから、一層つよい理由で、寄附(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。

⑦第三の問題点に関して、私益信託となる場合(例、死亡した友人の遺児の育英資金の寄附)については、第三者契約を認めることができよう。

⑧第三の問題点に関して、公益信託の場合には、私益信託の場合のような受益権者は、原則として存在しない。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たような場合(例、奨学金支給を目的とする信託で奨学金支給者の決定した場合)や、信託の目的から受益者がおのずから特定される場合(例、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、反射的效果にすぎない。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よう。

(2)分析

四宮の立論は、以前の諸学説における贈与契約の中で、すなわち民法学の領域内における議論から脱皮し、正面から信託法の領域の中でこれまでにない精緻な議論を展開しており、これまでの議論を飛躍的に進展させた点で画期的であったといえる。われわれの問題意識である三者間贈与を受寄者介在型と呼称し、詳細な見解を打ち出している点で大いに参考に値する。ただ、寄附者と寄附の相手方に介在する仲介

者たる発起人、主催者¹³を受寄者としており、寄附を受ける者という意味なのか、寄託契約における受寄者に相当する地位にある者としているようでもあり、その権限との関連で不明確な点が多い。一方で、寄附を信託行為であることを前提として議論を展開している点からすれば、受寄者は受託者であるともいえそうであるが、はっきりしない。

また、寄附の特殊性に委託者多数を挙げているものの、それが寄附の法的構造の議論にどの程度反映されているのかも定かではない。むしろ、寄附の相手方につき、「委託者と受益者との直接の折衝は事実上ほとんど存しない」としている点で、われわれの問題意識である三者間贈与たる寄附の要素である受益者の抽象性の理解と共通するものがあるといえよう。

さらに、寄附には、私益信託と公益信託の二つの場合があるとしたうえで、それぞれ効果を導くための法的根拠を第三者契約と反射的效果と区別している点も、これまでにないきわめて新しいものがある。この「第三者契約」とは、いわゆる民法 537 条の第三者のためにする契約を指しているのか、はっきりしないように思われる。

2. 鈴木禄弥の見解

(1) 鈴木禄弥の所論は、贈与の機能の記述の中で、寄附の法的性質につき次のような趣旨を述べている¹⁴。

① 公共・公益のためにおこなわれる贈与は、通常、寄附と呼ばれ、往々にして巨額に及んで、社会的重要性をもつ。

② 寄附に関して問題になるのは、受贈者がだれかが明白でないことであ

¹³ 四宮が、介在者をはじめ「主催者」として名称を変えて挙げているのも興味深い。これは、おそらく、例えば、詩人達が東日本大震災の被災者へのチャリティとして、参加費をすべて被災地に義援金として贈るために、詩の朗読会を開くというような場合の「主催者」をいっているのであろう。

¹⁴ 鈴木禄弥『債権法講義三訂版』（創文社、1995年）323-324頁。

る。発起人等の個人に贈与されたものではないことは明らかだから、多くの場合には、寄付の目的物は、寄付の目的にしたがってこれを使用すべき義務を伴って発起人等に信託されたのだ、と解すべきである。

(2)分析

鈴木は、三者間贈与たる寄付において受贈者たる相手方、すなわち、受益者が明白ではないという点に気がついており、われわれの問題意識である三者間贈与の性質に意を用いている。しかしながら、「受贈者が明白でないこと、発起人たる仲介者個人に贈与されたのではないことは明らかだから、寄付の目的物は、寄付の目的にしたがってこれを使用すべき義務を伴って発起人等に信託された」とはいえないのではないか。受贈者が明白ではないことが、発起人等に信託されたことになるとは一概には言えないと解される。受託者たる相手方が明確な場合に、信託契約を委託者は締結することが通常ではなかろうか。

第三款 小賀野晶一の見解

1. 小賀野晶一の所論は、寄付の信託的譲渡たる構造について次のような趣旨を述べている¹⁵。

第一に、寄付を信託的譲渡から信託的構成と把握する点につき、以下のとおり述べている。

①贈与における所有権移転は通常、完結的な譲渡と認められる。このほかに、当事者間に高度の信頼関係が存在するもののうちには、一定の目

¹⁵ 小賀野晶一「贈与の信託的構成—譲渡法理からの考察」(『信託法と民法の交錯』トラス60研究叢書に所収)(財団法人トラス60、1998年)82-83頁、85-89頁。なお、信託法は、大正11年のいわゆる旧信託法を指している。

的のために信託的譲渡がなされたものと認められるものがある。

②ここに信託的譲渡とは、高度の信頼関係のもとになされるAからBへの所有権移転をいい、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は行使しない義務を負う。この義務に違反すれば所有権はBからAに復帰する。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に追及することができない。

③学説のなかには一定類型の贈与を信託的譲渡ととらえるものがある。このような解釈は実質を重視するものである。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。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ができないだろうか。そのために、信託的構成の可能性が検討されなければならない。

④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いる。無償契約の典型である贈与について、たとえそのなか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、許されないのではないだろうか、という問題がある。贈与には、類型の違いがあることを考えると、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。当該契約の実質を重視することこそ重要であり、一律に無償契約論を適用すべきでない。実定法の規定が抱える基本的問題であり、法解釈論のスタンスが問われるところであるが、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ひきだすことが重要ではないかと考える。

第二に、寄付を信託的構成する場合の要件につき、次のように述べ

ている。

⑤信託的譲渡を進め信託的構成とするためには、一定の要件が必要となる。すなわち、信託が設定されるためには、一定の要件が必要となる。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（信託法1条）が、かかる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、と解すべきであろう。

⑥信託法における信託的特徴としては、次の4点を指摘することができる。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認められること、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、以上の4点が全て充たされた場合には、信託の設定そのものがなされたと認められることがある。しかし、信託の設定が認められるためには信託法1条（さらには2条）の要件が充足されなければならないから、上記4点が充たされても、つねに信託が設定されたものと認められるわけではない。贈与の形式がとられたものを信託とみることはしばしば無理を伴う。ただ、信託の典型的特徴が認められる場合は、実質は信託であるから、可能な限りで信託法の類推適用（あるいは信託法理の応用）がなされるべきである、ということになる。

⑦贈与には種々の態様があり、基本的性質を異にするものと考えられるものもあることから、それらを一律に扱うことは妥当ではなく、むしろ各類型を考慮すべきである。贈与には、単純な類型のもののほか、介護等を見返りに高齢者が贈与する例、歴史的・文化的遺産の保護を目的にする例など、今日特有の態様を有するものとして関心がよせられているものがある。贈与のうち、公益を目的とする公益追求型や、特別の行為を要求する特別配慮型では、しばしば上記4つの要件の充足が認められるであろう。ここに公益とは、公益信託における公益（信

託法66条)と同義に解してよいであろう。

第三に、寄付を信託的構成から把握した場合の効果につき、次のように述べている。

⑧履行について。負担付贈与では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(民法551条第2項)。これに対し、信託では信託法に基づく信託目的の履行請求となる。その場合、Bには例えば、信託法の分別管理義務(28条)、受託者の相続財産からの独立性(15条)、信託財産に対する執行等の禁止(16条)、などの規定の類推適用が考えられる。

⑨Bの不当処分について。贈与、負担付贈与では、かかる処分は形式的には合法と解される。これに対し、信託目的に反する処分は信託違反となり、その処分行為を取り消すことができる(31条)。

⑩受益者の利益保護について。贈与の場合は信義則、忘恩行為等を理由とする撤回が、負担付贈与ではさらに解除(民法541条、542条の準用)が考えられる。他方、贈与の背景となった当事者間の高度の信頼関係がその後破壊された場合には、契約の解消が認められるべきである。信託では、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になり、受託者の損失補償(27条)や、解除による目的物の取戻し(57条~65条)が可能になる。

⑪贈与の場合は「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。もっとも、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よい場合があり得るように思われる。このような解釈は、民法レベルだけでも可能に見えるが、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。

2. 分析

小賀野の所論は、通説・判例の信託的譲渡説から、より踏み込んで信託的構成を主張した野心的論稿である。信託的譲渡に内在する義務内容を債権的拘束から物権的拘束に高めつつ、受託者に対して一定の物権的義務を課すことを狙ったものである。そして、受託者に対して一定の物権的義務を課すことにつき、無償契約との整合性、すなわち、契約の拘束力を強めることになるかどうかにつき言及しており、自説のウィークポイントを把握しているものの、当該契約の実質を重視すれば、法解釈論上も許されるとの結論を導いている。そのうえで、信託的構成を採用する場合の要件論、要件を充足した場合の効果論にまで及んでいる点で、たしかに四宮和夫をより緻密に進めたものと評することができる。しかし、われわれの問題意識である三者間贈与たる寄付という観点から見た場合、二者間贈与との違いや、三当事者たる委託者、仲介者たる受託者、受益者の権利義務関係からの視点が見られない。特に、受益者の概念につき検討がなされていないきらいがあることは否めない。

しかし、後に述べる大村敦志の所論にもあるように、大村説が生まれる過程に影響を与えていることは確かであろう。詳細は、大村説を取り上げる際に、明らかにしたい。

第四款 大村敦志の見解

1. 大村敦志の所論は、寄付の法的性質について次のような趣旨を述べている¹⁶。

① 寄付という形で、寄付をする人々を安心させる法的枠組を確立すること、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ことが、寄付の

¹⁶ 大村敦志「現代における契約」(中田裕康・道垣内弘人編『金融取引と民法法理』(有斐閣、2000年)(のちに、大村敦志『学術としての民法Ⅱ 新しい日本の民法学へ』(東京大学出版会、2009年)71-97頁に所収)113-119頁。

促進・助長につながる。

②有力な見解は、寄付の相手方に直接なされる場合を贈与とし、第三者のためになされる場合には、受益者のために支出する義務が生ずる信託的譲渡との二元論をとっている。寄付を受ける者は一方的に金銭を給付されるだけではなく、同時に義務を負うことがありうることが示されている。この二点は、寄付といっても、そこには法律関係を異にする(とりわけ、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)複数のものが含まれていることを示唆している。

③②から、相手方の義務による類型化の視点に立つと、相手方が受益者本人の場合、贈与で、義務なしとなる一方、相手方が受益者ではない第三者の場合、信託的譲渡で、義務ありという図式になるが、必ずしも絶対的なものではないことがわかる。直接の寄付の相手方以外に、特定の受益者がいなくとも、当然に相手方は義務を負わないわけではない。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だろう。他方、特定の受益者が想定されとしても、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だろう。そうだとすると、二つの類型の差は相対的なものとなる。贈与であっても、義務を伴わない贈与と義務を伴う贈与とがあり、信託的譲渡であっても、裁量性の高い信託的譲渡と裁量性の低い信託的譲渡とがある。それぞれ、前者から後者の順に、寄付を受ける相手方に対する拘束が強まることになる。あるいは、それぞれにつき、寄付者から相手方に移転する財産権に対する制約は、後者に行くほど強まる。いずれにせよ、ここでのポイントは、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にある。そして、この義務の程度には段階的な差があるということである。原則としては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はありうるし、逆に、義務を伴う信託的譲渡であっても、その義務の程度・内容はいろいろでありうるというわけである。

④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ことである。しかし、考えてみると、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ということが必須であるわけではない。まず、相手方にある目的の実現を委ね、これに伴う費用を負担するということが可能なのである。実際のところ、「寄付」の中には、ある目的の実現に賛同し、これに伴う費用の一部を負担するという趣旨のものもあるはずである。あるいは、「会費」などの名目でなされている金銭の支出に関しても、このようなものと解しうるものが少なくなかろう。

では、このような場合の当事者の法律関係は、どのように理解されるべきだろうか。相手方に対して、ある事務処理を委託し(民 656 条・643 条)、これに伴う費用(の一部)を負担するのだから(民 649 条・650 条)、これは(準)委任として構成できるのではないか。このように解するならば、受任者が善管注意義務(民 644 条)や報告義務(民 645 条)を負うことが明瞭になる。金銭を支出した者は、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ことになる。

贈与や信託的譲渡という構成が、財産権を主とし義務の発生を従としたものであるのに対して、委任構成は、反対に、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いえるだろう。

⑤これに対しては、このような義務を発生させる「寄付」や「会費」は、組合における出資と解すべきではないか、との疑問もありうる。確かに、組合契約が観念される場合もあろう。しかし、組合ということになると、組合財産の帰属や業務執行の決定につき、「寄付」を行う者や「会費」を支払う者が、積極的に関与することになる一方で(民 668 条・670 条参照)、組合が負う債務についてもこれを分担しなければならないこととなる(民 674 条)。委任構成ならば、義務のレベルでの関与を肯定しつつも、このような組織のレベルでの関与は否定するという中間的な解決が可能である。別の言い方をすると、委任構成は、あくまでも団体組織の外部に留ま

る人々に、それにもかかわらず、団体の活動への一定程度の関与（監視）を保障するための構成なのである。

⑥次のような疑問もありうる。それは、「寄付」や「会費」を受け取る団体に強い義務を課す必要があるとしても、そのためには信託構成で十分ではないかという疑問である。しかし、信託構成には、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。贈与構成が物権のレベルでも義務のレベルでも受贈者に有利な構成であるのに対して、信託構成はいずれのレベルでも受託者に不利（委託者に有利）な構成なのである。これに対して、委任構成では、強い義務は生ずるものの、いったん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もいえる。この点に、委任構成の存在意義があるのではなからうか。たとえば、しばらく前から試みられている日本版「ナショナル・トラスト」運動は、その名称にもかかわらず、信託構成よりも委任構成に、より適合的な形態の募金方式であるというべきだろう。というのは、募金に応じた者の「所有権」は登記されないだけでなく、「所有権」の対象すら特定されていないことが多いからである。そこでの「所有権」は、募金に応じた者の運動への関与を象徴するとともに、これらの支持者に対する運動団体の責任を表象しているのである。

「信託的譲渡」構成は信託構成そのものではないということに留意する必要がある。そこでは、義務の存在を観念するために、「信託的」という限定が付されているのであり、信託構成に伴う物権的効力まで含意されているわけではない。「信託的構成」は、むしろ委任構成に近い帰結を求めていると思われるのである。

⑦従来、あることがらの実現を期待してそのための資金を提供する「寄付」という行為は、「贈与」と性質決定されることが多かったが、「贈与」の場合、受贈者は贈与者に対して直接的な義務を負わない。ところが、「寄付」を委任として構成すれば、受任者の義務を観念することが可能になる。この義務の存在を媒介として、委任者たる「寄付者」は、寄付を受けた相手

方に対して、一定程度の監視を行うことができる。もちろん、この監視は、寄付者が相手方組織の構成員となって内部から行う監視に比べると、不十分なものである。しかし、「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、穏やかな、しかし、ゼロではない法律関係を設定することが必要な場合も少なくない。各種の非営利団体の活動に見られるように、現代においては、このような形での活動への参加がますます重要になるものと思われる。

2. 分析

大村は、三者間贈与たる寄付を信託的譲渡とする通説、二者間の典型的な贈与の二つの区別を出発点にしながらも、それぞれの義務内容を掘り下げることによって、組合や信託との区別に留意しつつ、民法の典型契約の一つである委任契約とするこれまでにない極めて斬新な考え方を唱えている。発想も債権的な義務内容から説き起こし、われわれの問題とする三者間贈与たる寄付を考察している。すなわち、大村は、民法の予定する市民法における二当事者間の典型契約に引き戻して、寄付を把握している。通説が、三者間贈与であるからこそ、寄付を信託的譲渡としている点を、三者間における法律関係という構造にあまり注目していない点で、新規性は内在しつつも、現代型贈与の本質の究明にはなっていないように思われる。

第五款 森泉章の見解

1. 森泉章の所論は、公衆義援金の法的性質について次のような趣旨を述べている¹⁷。

①A(贈与者)〈委託者〉は、NPO法人(B)をとお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

¹⁷ 森泉章『新・法人法入門』(有斐閣、2004年)260-263頁。

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。この事例は、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(民五五三条)。負担付贈与の受益者は、贈与自身でも、第三者でも、不特定多数人(災害の多数の被災者)であってもよい。受贈者(B)の負担は、贈与者(A)の給付と対価関係に立つわけではないが、その負担の範囲内では対価関係にあるとみられる。

②この事例では、贈与者 A の真の目的は、災害の被災者(受益者)に一億円を義援金として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、つぎのようなメリットがある。すなわち、第一に、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(財産の分別管理・財産の独立性)。第二に、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(信託的目的)によって拘束されることになる。その一定の目的は公序良俗に反し(財産隠匿行為など)、また、不能であってはならない。第三に、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。

③右の事例において信託概念の活用はいかなる法律構成によるのか考察してみよう。端的にいえば、(基本契約である)負担付贈与契約と信託概念が結合し一体となって、(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はかろうとする理論である。右に述べた事例を単に民法上の「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 ら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とはいえない。

④A 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、これを A は願っている。法形式上は贈与の形がとられているが、実質上、信託的構成によってもおかしくないケースである。

Aが「被災者Cに義援金の寄付」という真の目的を達するために、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100パーセント達成することができる。すなわち、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ことになる。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、不法な処分などの行為は防止され、単なる民法上の贈与、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になるとと思われる。

⑤たとえば、売渡担保、譲渡担保にみられるように、企業用動産につき動産抵当の目的を達するために、売買、金銭消費貸借等の基本契約が、他の目的(財産管理)のために創設した制度(信託)を借用し、本来の目的(動産抵当)と同一の経済目的を達しようとするのが信託的行為である。

NPO法人の事例についても、信託的行為が働くと、基本である負担付贈与契約が信託と結合し一体となって、契約の真の目的が実現されるのである。すなわち、NPO法人Bが、受託者となり、財産を信託財産として管理し、はじめて受益者Cの利益は保護されるのである。この一体化した行為を信託的行為と呼称しているのである。信託行為においては、信託法一条による「信託ノ設定」がなされたわけではないから、いわゆる「明示信託」ではなく、「民法上の信託」とか、「信託法外の信託」といわれている。また、信託法における信託行為ではないから信託的行為とよばれている。

⑥信託的行為はあたかも先の信託行為が、財産権移転行為とその財産の一定の目的の管理義務の二つの部分から成り立っているように、財産権移転の部分と信託の活用による財産管理義務の二つの部分から成り立っているのである。信託行為の中心が財産管理にあるならば、信託的行為についても財産管理義務の形成の部分に重きをおくべきであろう。

2. 分析

森泉は、われわれが主題に挙げている震災被害者に対する義援金の寄付の事例を「基本的契約の補完(信託的行為型)」と捉え、詳細に分析した結果、「基本契約である負担付贈与契約と信託概念とが結合し一体となって、(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はかろうとする理論」を明確に打ち立てている。信託的行為¹⁸の概念も換骨奪胎するかのごとく、その内容を噛み砕き、精緻に深めた立論を展開している。三者間贈与たる寄付の三当事者の利益状況を緻密に考量し、これまでの通説が信託的譲渡説を唱えつつ、特に信託的という具体的な内容を明確にしていなかった弱点を解決した点で注目に値する。三者間贈与における法律関係も視野に入れており、現在の諸学説の最も進んだ到達点ともいべき見解ということができよう。

第六款 小島奈津子の見解

1. 小島奈津子の所論は、寄付の法的性質について次のような趣旨を述べている¹⁹。

① 寄付の約束が贈与契約であるとしても、民法における贈与契約の規定に、贈与の動機、つまり贈与の性格に注意を払ったとみられるものはない。日本の贈与法は、契約内容以外の要素を考慮し、それにより異なった取り扱いをするような規定を有していないのである。学説上も、贈与契約とは贈与者が無償で受贈者に出捐をすることを約する契

¹⁸ この信託的行為につき、末広嚴太郎が、「信託的行為は、その意味では、人の目的を達するため十の手段を提供する行為であるといってもよく、また特定の経済的目的を達するため、別個の経済的目的達成のための法律的手段を借用する行為である」と述べている(末広嚴太郎『民法講話下巻』(岩波書店、1964年)712-713頁)。

¹⁹ 小島奈津子「寄付について」(清水元・橋本恭宏・山田創一編『平井一雄喜寿記念 財産法の新動向』所収)(信山社、2012年)481頁、488—489頁。

約とされるのみで、それ以上に贈与の性格は顧慮されてはいない。

② 寄付約束が他の贈与契約と区別され特別視されるべきであるとすれば、その理由として考えられるのは、寄付者に社会的に見て価値ある目的があることである。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いる。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用いなければならない。まず、最終的な受益者自身に寄付がなされる場合には、意思解釈によっては条件や負担が付いた贈与と解される。

③ このことは、そうでない場合、即ち、受寄者と受益者が別個に存在する場合にもいえることであり、このときに贈与契約とされず、一般に信託的譲渡と解されるのはまさにそのためである。この場合には特に、受寄者に好き勝手に使ってもらっては全く趣旨に反するのである。そこで、寄付においてもまた、寄付者の目的が重要であって、これに反して寄付の目的物が用いられた場合に、寄付を解消しうるかが問題となる。

2. 分析

小島の論文は、「寄付について」という論稿ではあるものの、その多くは、従来から盛んに論じられている贈与の目的と贈与の解消の問題に力点を置いた記述がなされている。問題提起で、寄付の概念に触れてはいるものの、その多くが贈与全体における贈与の解消の問題が、寄付の解消の問題との比較で論じられているに過ぎない。寄付それ自体をどう見るかについても、その解消との関連で把握しているのみで、民法における贈与法の枠内での考察に過ぎない。三者間贈与たる本質を持つ寄付については、信託的譲渡である根拠を寄付者の目的より引き出しているに過ぎない。寄付者、間に立つ仲介者、そして受益者の当事者に特化し

た法律関係をどう見るかにつき、必ずしも言及していない。「寄付について」という題名が付されているが、そもそも題名も適切かどうか疑問がないとはいえない。

第七款 山本敬三、加藤雅信、内田貴、潮見佳男を中心とする最近の体系書

1. 山本敬三の見解

(1)山本敬三の所論は、寄付の法的性質について次のような趣旨を述べている²⁰。

①とくに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、一般に寄付と呼ばれる。これは、さらに次の2つの類型に分かれる。

②一つは、贈与型であり、寄付が相手方に利益をあたえるためにおこなわれる場合—寄付を受ける者＝受益者の場合—は、通常の贈与と変わらない。ただし、所定の目的のために用途を特定しておこなわれる場合は、(解除)条件付き贈与として構成できる。

③その一つは、信託型であり、寄付が第三者(被災者)に利益をあたえるためにおこなわれる場合—寄付を受ける者≠受益者の場合—は、その第三者を受益者とする信託—財産権の移転その他の処分をし、相手方に一定の目的にしたがい財産の管理または処分をさせること(信託1)—として構成する方が実態に即している。

(2)分析

山本は、寄付につき、贈与型と信託型に類型化している点で、従来の体系書における記述としては、より進んだ表現になっているといえる。われわれの問題意識である三者間贈与たる寄付との視点からみると、三者間の

²⁰ 山本敬三『民法講義IV-1』(有斐閣、2005年)331頁。

寄付の態様は、信託型と言っているに過ぎないものといえなくもなく、三当事者間の利益考量を経た結果としての類型化としては、本質究明は今一步と言わざるを得ない。「実態に即している」という理由が必ずしも明らかであるとはいえないように思われる。

2. 加藤雅信の見解

(1)加藤雅信の所論は、寄付の法的性質について次のような趣旨を述べている²¹。

①贈与が社会公共のためになされるときは、寄附と呼ばれるが、これも法的には贈与にほかならない。たとえば、赤十字等への募金協力、社会事業や学校への寄附、神社仏閣への寄進等は、すべて贈与である。

②特定の目的のために、発起人ないし世話人が寄附を募集することがある。これは、出捐者を委託者、発起人ないし世話人を受託者、最終的に寄附を受ける者を受益者とする、信託法上の他益信託が設定されたと考えるべきである。通説は、信託的譲渡説である²²が、明示的に信

²¹ 加藤雅信『新民法体系Ⅳ契約法』（有斐閣、2007年）172頁。

²² 道垣内弘人＝加藤雅信＝加藤新太郎「鼎談 信託を語る」判例タイムズ 1192号（2006年）46-47頁（のちに、加藤雅信＝加藤新太郎編著『現代民法学と実務―気鋭の学者たちの研究のフロンティアを歩く（下）』（判例タイムズ社、2008年）273頁以下に所収）において寄付の法的性質に関連してではないが、加藤雅信は次のように発言し、物権的移転と債権的移転の中間に信託的移転を位置づけている。「…一般的枠組みとして、民法における利益移転に3種類のものがあると考えられます。一つは、たとえば賃貸借関係において目的物を移転するような場合に、これは、たとえば私のものを道垣内さんに貸すとしみますと、私は所有権をもっていて道垣内さんは債権的権利をもつわけです。これに対して私のものを道垣内さんに売るとなると、所有権は道垣内さんに全部いって、私は権利を全部失います。で、最初のを債権的移転として第1類型、次のを物権的移転として第2類型としみますと、信託法上の移転は信託的移転という第3類型である。ここでは目的物は私から道垣内さんに移るけれども、道垣内さんは道垣内さんの固有財産にそれを入れることはできない。別の独立財産性をもったものであって、これが信託的移転である。この信託的移転は、一定の第三者効をもっており、差押禁止とかいろいろなかたちの対第三者効力が発生する。そういう意味で、これは債権と物権の中間である。そして私のほうも権利を失っても信託的残存権をもっている。それは、一定の場合には、第三者に対する権利主張も可能だし、自益信託であれば、受益者の信託違反行為の取消しを転得者にも主張できる（信託法27条）、対世的な権利である。信託は、このように対世的主張が可能な権利が、委託者と受託者とに分属している中間的な、物権的移転と債権的移転の中間的な移転であ

託法の適用を認め、分別管理義務(同 34 条)を課すべきであろう。

(2) 分析

加藤は、寄附は法的には贈与であると明言したうえで、特定の目的による場合は、信託法を明示的に適用すべきとしている。三者間贈与たる寄付の三当事者を信託法における委託者、受託者、受益者と解している。

しかし、およそ寄付は特定の目的があつてなされるのであつて、その意味では、一方で贈与とし、一方で他益信託としているのは、論理的に成り立ち得るのかという疑問も生じ得る。仲介者たる受託者が介在している三者間贈与たる寄付の本質を重視していないのではないかと思われる。率直に信託としていない点で、一貫性がないというべきではなからうか。

3. 内田貴の見解

(1) 内田貴の所論は、寄付の法的性質について次のような趣旨を述べている²³。

① いわゆる「寄付」は贈与である場合が多い。たとえば、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。

② しかし、阪神淡路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い。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しているわけではない。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つて、相手方は受託者としての義務を負う。

る、そういったかたちで信託をとらえるべきではないか、と考へているのです。」
なお、この加藤の指摘は、本稿第五章第三節に若干言及する。

²³ 内田貴『民法Ⅲ 債権各論(第3版)』(東京大学出版会、2011年)170頁。

③受贈者か信託的譲渡の受託者かの違いは、事務局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にある。しかし、無償の出捐行為であるには違いないから、たとえば、被災者の子供のために寄付した文房具に一部不良品がまじっていても、寄付者が担保責任を負うのはおかしい。そこで、550、551条の類推適用は認めるべきだろう。

(2)分析

内田は、信託的譲渡説に立脚しつつ、三者間贈与たる寄付の具体例も、われわれが意図している義援金を挙げつつ、「受贈者か信託的譲渡の受託者の違いは、事務局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にある」とした点に言及している点で、新しいものがある。しかし、刑法的相違だけでなく、民法や信託法からは、どのような違いがあるのかという私法的考察からの本質究明が十分でない。実態を細かく観察していながら、二者における寄付と三者間における寄付の違いへの言及が、「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る」ことを根拠としている。この根拠は、信託に限らず、契約一般に言えることではなかろうか。寄付者の目的にかなったお金の使い方という理由だけでは、相手方が受託者としての義務を負うことに必ずしもつながらないように思われる。

4. 潮見佳男の見解

(1)潮見佳男の所論は、寄付の法的性質について次のような趣旨を述べている²⁴。

①贈与が慈善的目的(好意・感謝目的)でなされることがある。慈善

²⁴ 潮見佳男『契約各論 I』(信山社、2008年)38-39頁。

的寄付、ボランティア活動の中での贈与に典型的に見られる。利己的・功利主義的思考がもっとも後退し、これに代わるものとして、贈与の利他的・無償的性格がもっとも明確にあらわれる場合である。ヨーロッパの契約法において、共同体内部での財貨の交換に資する機能を取り払われた贈与に対し典型的に認められてきたのがこの機能である。

②慈善的目的(好意・感謝目的)でされる点にかんがみれば、この種の贈与については、贈与契約の拘束力(とりわけ、事情変更を理由とする贈与の撤回ないし解除)ならびに贈与者の責任について有償契約と同等に扱うのは相当でないという考え方が比較的容易に導かれることとなる。

③この種の贈与については、それが契約類型としての「贈与」に該当するものかどうかについても注意を要する。慈善活動をしている団体・発起人に対しておこなわれる「寄付」は、その団体・発起人への負担付贈与(目的・用途を定めた贈与)ではなく、むしろ「信託」と見るのが適切な場合が少なくないとされる。

④この場合に受託者が誰かという点については議論がある。発起人や活動団体が受託者とされる場合もあるが、受益者が特定している場合には、その受益者が受託者であって、発起人・慈善団体は単に金銭を預かるだけであるとの見解も示されている。後者の場合には、発起人・慈善団体と寄付者の関係は、委任契約関係として捉えられることになるであろう。

(2)分析

この時期の他の体系書と異なり、潮見は、寄付の法史的・法社会学的記述が多く、三者間贈与たる寄付の法的構造という視点から見た場合、これまでの学説に加わった新規性はないようである。その意味で、三者間贈与たる寄付の本質に迫った記述は極めて薄いと言わざるを

得ない。

第八款 小括

まず、平成時代に入り、三者間贈与たる寄付の法的構造に関する多面的な考察が顕著に進展した時代であるといえることができる。昭和時代までは、多くの諸学説が信託的譲渡説に立脚していたものの、信託的といいながら、何ら信託法からの考察をしてこなかった。信託的ということで、典型的な贈与とは異なることを認識しつつも、その段階で事足れりということで、議論が深化していなかったように見える。かかる状況下において、四宮が『信託法』の体系書の中で、寄付を民法学における契約法枠内からの考察ではなくして、信託法からのアプローチをした功績は、その後の議論の展開を決定づけたといえることができる。多くの見解は、程度の差こそあれ、直接間接に四宮に影響を受け、小賀野、森泉、山本、加藤雅信等ははっきりそれが窺える諸見解であるといえる²⁵。一方で、大村のような見解も、民法学という視点だけでなく、信託法からの視点によって生み出されたものといえることができる。民法学の枠内で考えていた過去への揺り戻しによる反省から、大村は、契約法学として他の契約からのアプローチによって寄付の法的構造を把握する所論を展開したものと評価し得る。

²⁵ ちなみに、前掲・道垣内ほか対談注 22)48 頁で、寄付の法的性質に関連してではないが、道垣内弘人の次の発言も参考になる。「…信託的行為だというときに、もちろん教科書的な定義としては、…目的を超過する権利が移転されているという言い方ができるわけですが、いいかえますと、権利の移転を受けた者が実際に有する権利を、移転されている権利よりも制約する法理ということですよ。そして、もちろん、信託法にもそういう側面があるわけですし、所有権が受託者に移転しているけれども完全な所有権としては行為させないというわけです。しかしながら、私は、ひろく『信託的行為』と呼称されるもののなかに、日本において信託法という法律によって権利制約がもたらされるような関係と、信託法以外の論理に従って権利制約がもたらされるような法律関係とがあるのだと思うんですね。」

第六節 寄付法学説史概観からの示唆

寄付法学も、その例外ではなく、ドイツ民法学の諸影響を受けつつ、明治、大正、昭和、平成と学説の展開を遂げてきた。明治時代に石坂音四郎、大正時代に中島玉吉は、信託行為説を唱え、三者間贈与たる寄付について、民法における契約法における規律と信託におけるそれに気づいていた。にもかかわらず、「大正12年判決」の登場により²⁶、それ以降昭和時代は、判例の信託的譲渡説をアプリアリに捉え、何らの批判的考察をしてこなかったように見える。しかし、平成時代に入り、民法学内部や広く信託法領域から広く多面的に考察を施す諸学説が登場し、学説が多様化し、進展が見られた。判例への同調からの脱却であったといえよう。これは、三者間の贈与たる寄付が、民法学単独では三当事者の法律関係を規律できないとの認識に至ったものと評することができよう。その意味で、明治、大正、昭和、平成と時代を追うごとに、寄付法学の諸学説が深化し、豊穡になっているということができよう。前章でも指摘したごとく、三者間贈与たる寄付が増加傾向にあることに鑑みれば、この学説の進展状況を踏まえ、それらを整理し、より妥当な三当事者の法律関係を規律する見解を提示する機は熟しているものといえるのではあるまいか。

²⁶ 寄付の法的構造について問題となった判例が少ないのは何故か、それ自体興味深い問題である。かくも判例の数が少ないのは、義援金を受領する立場である受益者も、「義援金を受領していない」ことを根拠に訴訟を提起しにくいし、寄付者からも義援金として寄付したとしても、その額が僅少であるが故に、寄付者一人で仲介者を訴えるのは割が合わないと考えることがその要因のように思われる。しかしながら、寄付者同士が集団で仲介者を相手に、例えば、「寄付者より寄付された財産を受益者に譲渡せず、仲介者が自身のために使った」ことを根拠にして、訴えを提起することは十分に考えられる。この訴え提起は、寄付がより多くなされるようになればなる程、起こり得る問題であろう。

第三章 我が国の公益信託法学説の生成と展開

第一節 総説

前章では、寄付の法的性質に関する諸学説の展開を一瞥してきた。われわれの次の課題は、日本における公益信託に関する諸学説を振り返ることであり、それが本章である。その際、われわれは、三者間贈与の観点、すなわち当事者三者の権利義務関係を中心に諸学説の概観をしていくことになる。

ところで、公益信託ニ関スル法律第1条では、公益信託の趣旨につき、次のように規定している。すなわち、「信託法(平成18年法律第108号)第258条第1項ニ規定スル受益者ノ定メナキ信託の内学術、技芸、慈善、祭祀、宗教其ノ他公益ヲ目的トスルモノニシテ次条ノ許可ヲ受ケタルモノ(以下公益信託ト謂フ)ニ付テハ本法ノ定ムル所ニ依ル」。続く、同第2条第1項では、公益信託の効力につき、「信託法第258条第1項ニ規定スル受益者ノ定メナキ信託ノ内学術、技芸、慈善、祭祀、宗教其ノ他公益ヲ目的トスルモノニ付テハ受託者ニ於テ主務官庁ノ許可ヲ受クルニ非ザレバ其ノ効力ヲ生ゼズ」と定めている。繰り返しになるが、公益信託とは、「信託の設定を通じて公益目的を実現すること、すなわち、広く社会全体の利益ないし不特定多数人の利益を追求することを目指した信託」¹であり、主務官庁の許可がその効力発生要件になっている。

この制度は、後述するように、そもそも設立段階より法制化が遅れ、制度自体が存続段階から斜陽というべき状況下かのようなものであることも手伝って、学説の議論も熟すどころか、ほとんど議論されてこなかった現実がある。大正時代に、声高に公益信託の重要性を主張した江木衷が、「信託法に私益信託と同様、公益信託の規定をせよ」と火をつけた。ところが、昭和48年まであまり議論もされず、やっと昭和52年に2件の実績があるのみであった。のちに述べるように、学説の展開は、大正時代の江木衷からしばらくの間を

¹ 新井誠『信託法(第4版)』(有斐閣、2014年)437頁。

置いて、公益信託制度論、公益信託の法的構成、その法的構成の精緻化(特に、受益者をどう解するのかに議論が集中している)、公益信託の現代的な応用方法への言及、活用への提言の順に展開してきているようである。これは、寄付の学説史とは著しく対照的であることを示している。なぜならば、公益信託の方は、その法的性質に関する学説から登場したわけではなく、上述した事情から、公益信託制度それ自身の啓蒙、周知の段階から始まっているからである。

なお、2011年に新たに導入された特定寄附信託の構造についても、厳密には公益信託そのものではないが、本章の平成時代の学説の後に、取り上げることとしたい。

以下では、個々の諸学説の状況を見ていく前に、公益信託の前史を一瞥した方が有益と思われるので、まずそれらを概観してみることにしよう。

第二節 日本における公益信託前史

三者間における寄付とそれに近い性質を有する公益信託の沿革には、如何なるものがあるのであろうか。一つは、天長5年(828年)の空海による綜芸種智院²である。空海自身も多くの財産を有しておらず、彼に深く帰依していた貴族等が、空海の高等教育機関としての事業を積極的に援助し、彼らの土地等を綜芸種智院創設のために寄付したといわれている。その創設のために「綜芸種智院式」という設立趣意書が作成され、広く世人に対して寄付を呼びかけていたという。公益信託という制度を利用した最初の事例として捉えられているとともに、寄付という行為について資金を集めるための手段として考えられていたようである。

その二つは、文政12年(1829年)の秋田感恩講³である。商人から資金を集

² 米倉明「信託法のわが国における素地」『信託法・成年後見の研究』(新青出版、1998年)23-32頁。

³ 中川善之助「感恩講法律史—日本人史の一資料」(法学協会雑誌49巻7号、1931年)80-121頁に詳しい。中川は、実際に秋田市に赴き、感恩講を見たとす

め、それを秋田藩に献金し、同藩がそれにより知行地を購入し、この土地を小作地として小作米を収益し、この収益を窮した人々に給付したものである。慈善的な社会事業ともいえ、公益信託に近いものであるとされている。政府の法律顧問でもあったボアソナードは、本感恩講の寄付行為である「感恩講慣例」を仏訳させたり、自ら寄付もしている⁴。感恩講に相当程度注目しつつ、日本の文明化の指標の一つが慈善の諸制度であり、そうなるためには慈善における分野での努力が必要と訴えている⁵のは注目に値する。

この二つの例をみても、それぞれの性格は公益信託制度的ではあっても、寄付は寄付行為としての書面であったり、資金を集めるための行為としての寄付であったりしている。寄付それ自体の方は、事実的なものなのかある種の契約形態の一つなのか判然としないようである。が、いずれも三者間贈与の形態になっていることに気づかされる。すなわち、空海による綜芸種智院は、広く世人、空海、そして綜芸種智院という三者、一方の感恩講にも、商人、秋田藩、貧窮した人々という三者が存在する。公益信託の性格を有する両者とも、三者間贈与の一つの表れということができよう。

しかし、以上のように古くから公益信託の萌芽があったにもかかわらず、何故制度の啓蒙から学説は、スタートせねばならなかったのであろうか。

第三節 大正時代の学説

第一款 江木 衷の見解

1. 江木衷の所論は、「公的信託」の「最モ簡単普通ナル場合」として、次

で、「講員協力して相當の纏った救恤基金を作り、之を藩に寄附せんとする目的を持つた準備的組合であったと云つてよい」する(同 90 頁)。

⁴ 大久保泰甫「ボアソナード没後 100 年 ボアソナードの人道主義」(ふらんす 2010 年 9 月号、白水社)43 頁。

⁵ ボアソナード「日本における公的慈善事業」『ボアソナード論文撰復刻版』(信山社、2002 年)299 頁に仏文で書かれている。訳については、前掲注 4)大久保の訳に依拠した。

の趣旨のことを述べている⁶。

「天災事変ニ際シ其遭難者又ハ其遺族ヲ救済センカ為メ個人若クハ法人タル新聞社カ公衆ノ義捐金ヲ募集シ其総金額ヲ此救済ニ充テ適宜ニ之ヲ遭難者又ハ其遺族ニ配分スル場合ニ於テ新聞社ハ仲介者トシテ応募者タル個人々々ヨリ個々ノ義捐金ヲ遭難者又ハ其遺族タル個人々々ニ取次クモノニアラス、其総金額ハ新聞社ノ所有ニ帰シ遭難者又は其遺族ハ新聞社ヨリ其所有権ヲ取得スルモノナルヲ以テ信託法ハ総金額ヲ信託財産トシテ新聞社ニ対シテ其所有権ノ行使ノ義務ヲ強要セサルヘカラス。」

「然ルニ遭難者又ハ遺族ニシテ其分配金ノ受領ヲ辞スルカ又は其他ノ事情ニ依リテ救済ノ目的ヲ達シ能ハサル場合ニ於テハ新聞社ハ之ヲ自己ノ私産トスルノ権利ナク応募者タル公衆モ亦捐金トシテ已ニ其所有権ヲ放棄シタルモノニシテ何等其返還ヲ請求スルノ権利ヲ留保シタルモノニアラス、又縦シ法律ヲ以テ之ヲ公衆ニ返還スヘキモノト規定スルモ無名氏ノ応募モ亦尠ナカラスシテ實際上不能ニ帰スル場合モ甚タ多カラシ、於是信託法ハ新聞社ヲシテ法律上其所有権ニ帰セル総金額ヲ他ノ類似セル社会的事業ニ投下セシムヘキモノトセサルヘカラス、是レ信託法カ社会道德ノ本旨ニ従ヒ所有権行使ノ義務ヲ認ムル所以ナリ、然ルニ、信託法案カ信託終了ノ場合ニ於テハ其信託財産ハ当然委託者又ハ相続人ニ帰属スヘキモノトセルハ主タル目的ヲ逸シタルモノト謂ハサルヘカラス」

更に、江木は、公益信託を英国法の比較においてその法的構造に踏み込み、次のような趣旨のことを述べている⁷。

⁶ 江木衷「諮問第三號信託法制定ニ対スル卑見」(1920年8月ないし9月で、具体的な月日は不明)6-7頁。なお、引用に際しては、適宜便宜上、旧字体から新漢字体等に改めた。

⁷ 江木衷「信託法トシテ制定スヘキ立法事項」(1920年11月)6-8頁。なお、引用に際しては、適宜便宜上、旧字体から新漢字体等に改めた。

「公益信託即チ宗教慈善學術技芸ヲ目的トスル寄附財産に付テハ殆ト英法固有ノ信託法理ヲ以テ之ヲ論定シ得ベシ。即チ寄附行為ト共ニ寄附者ト受託者トノ間ニ於テハ何等ノ權利關係ヲ存セス寄附者ハ未來永却ニ其所有權ヲ放擲シ了リタルモノナリ、縦ト寄附の目的ハ不能タルニ至ルモ其財産ハ他ノ公益事業又ハ國家ニ沒收セラルヘク公益信託ニ付テハ Resulting trust ナルモノモナケレハ其財産ガ寄附者又ハ其相續人ニ歸屬スヘキ場合ハ絶無ナリ。而シテ、寄附ニ Donation ト Subscription トノ別アリ其受託者モ亦個人協會市町村國家其他公私ノ法人タルコトアルベク巨額ノ Donation ノ場合ニ於テ特ニ受託者ヲ以テ法人組織ト為シタルトキハ所謂 Foundation ヲ成スヘシ、然レトモ公益信託ハ信託財産ニシテ財産自身ハ法人格ヲ有スルモノニアラス」

「公益信託ノ立法トシテ其理想トスル目的ハ寄附財産ヲ以テ公的財産ノ性質ヲ有スルモノトシテ之ヲ觀念スルニ在リ、故ニ公的信託ノ許否ヲ決スルニ當リテハ個人的ニ局限シタル細密ノ条件ヲ附シタル寄附ヲ拒絶スルト同時ニ信託成立後其目的ヲ遂行スルニ難ク又ハ到底其目的ヲ達スルコト能ハサルモノト認メ得ヘキ事情アルニ於テハ其目的ヲ變更シ又ハ無生物トシテ國家ニ之ヲ沒收スヘキモノト為シ斷シテ之ヲ寄附者若クハ其相續人ニ返還スベキモノニアラス是レ英國法ニ於テモ公益信託ニ付キ Resulting trust ヲ認メサル所以ナラン。」

最後に、江木は、信託法の立案方針としては、公益信託を区別することなく、「第四章 公益信託」として次のような趣旨のことを述べている⁸。

「[立法ノ内容] 公益信託ニ關スル立法ノ理想トスル所ハ經濟上財産ノ骨化ヲ防止シテ其流動性ヲ失ハシメサルニ在リ。

[法律ノ規定] 公益信託ニ關スル立法問題ハ小委員ノ開カレテ以來中

⁸ 江木衷・原嘉道「信託法立案方針」(1921年2月14日)5-6頁。

途二起リタルモノニシテ公益ニ関スル要綱ハ急ニ追加サレタモノニ係リ、尚ホ要綱中ニ篇入スヘキ事項尠ナカラザルカ如シ、盖シ私的信託ニ付テハ司法省案アリ営業信託ニ付テハ大蔵省案アリ、然ルニ公益信託ニ付テノミ何等ノ参考タルヘキ成案アルナシ、唯ダ忽急参考トシテ配付サレタル英国ノ Charitable trust acts 及ビ Endowed school acts アルノミ、政府ハ法制局案若シクハ内務省案又ハ文部省案トシテ別ノ法案ヲ提出シタルヤ否敢テ問フ、而カモ右英国ノ條例凡テ主査委員ニ配布セラルルコトナキハ何故ソ、不問ニ付スベカラサル也」

第二款 分析

江木は、論文や体系書の形式ではないものの、上記3つの文書に基づき、公益信託の根本問題に触れた当時の信託法の審議状況を知り得る僅少な資料を残している⁹。公益信託の具体例として、公衆義援金を取り上げ、寄付の学説史で述べた「公募義捐金」の論稿を書いた中島玉吉に、影響を与えたのではないかと考えている。執筆された時期を考慮すれば、中島が江木の「諮問第三號信託法制定ニスル卑見」を読んだことも想像に難くない。江木は、詳細に寄附者と仲介者たる新聞社の三者間の贈与関係を考察している。また、公益信託を規律する法理について、イギリスやアメリカの諸制度と比較して論じており、学問的水準も極めて高いものであった。公益信託を寄附という表現を使うことにより、説明しているところからも、寄附と公益信託の概念上の接近性を認識していることが窺われる。さらに、英国の Charitable trust acts や Endowed school acts を参照して法律の規定を設けるように信託法立案方針まで提示しているのである。

このように、江木は、公益信託の法的構造の母国はイギリスであり、そ

⁹ なお、のちに述べる太田達男が、中央大学の創設者の一人でもあった江木衷の公益信託構築への奮闘ぶりを活写している(太田達男「公益信託法制化の恩人 江木衷」(信託 171号、1992年)131-149頁、同「誰も唱えなかった公益信託」(公益法人 22巻1号、1993年)17-20頁参照)。

れもその具体例として公衆義援金を例に挙げつつ、主張したまさしくパイオニアであった。のみならず、公益信託の重要性をいち早く指摘し、信託法への規定を主張した急先鋒であった。

第四節 昭和時代の諸学説

第一款 太田達男の見解

1. 太田達男は、次のような目次で公益信託の概要を紹介している¹⁰。

すなわち、第一章 序論として、第一節 公益信託の概要と現状、第二節 公益信託制度制定の経緯—財団法人制度との関連—、第三節 公益信託不振の理由と今日的意義、そして、第二章 公益信託の意義と特色、第一節 わが国における公益信託の法制、第二節 公益信託における「公益」の概念、第三章において、公益信託の設定と運営、第一節 公益信託当事者、第二節 公益信託の設定、第三節 公益信託の管理、運営、第四節 としては、公益信託における異動、変更、終了について述べ、最後に、おわりにで締めくくっている。太田の所論で最も特徴的なのは、次の箇所である。第一章第三節において、公益信託不振の理由を四つに状況把握しつつ¹¹、おわりにで述べている主張である¹²。

① 信託概念が、イギリス法の産物である衡平法 (Equity) にその源を有している。この衡平法がイギリス封建体制下において制限があった土地の譲渡を実質的に譲渡したのと同様の効果を生み出すユース (USE) を普通法 (Common Law) の外で大法官 (Chancellor) が公平の見地から認めた法体系である。日本にはかかる歴史はなく、イギリスの信託会社

¹⁰ 太田達男「公益信託概論」(公益法人 2 巻 1 号 10-13 頁、同 3 号 18-21 頁、同 4 号 16-19 頁、同 6 号 12-16 頁、1973 年)の 4 回に亘り連載している。

¹¹ 太田・前掲論文注 10) 1 号 12-13 頁。

¹² 太田・前掲論文注 10) 6 号 15 頁。

を真似て作られた信託会社たる商事信託を取締まる効果はあるものの、民事信託たる公益信託が普及しないのもその一環である。

② 明治31年の民法施行当初から財団法人制度が存在しており、相当普及していたので、財産を出捐して公益事業を営もうとするものは、公益信託をあえて使わなかった。

③ 行政当局が、公益信託に関する助成指導や具体的な省令等の作成を行わず、公益信託が法制化されても具体的な準備を行わなかった。

④ 受託者たる信託会社側においても公益信託に無関心であった。

⑤ 我が国の公益信託に関する諸文献がとくに、戦後のものがほとんどない。公益信託が一部の関係者を除いてほとんど知られておらず、年来の念願である死文化した公益信託制度の蘇生に役立てばという期待もあって、実務家でありながら引き受けた。

2. 分析

太田は、以上のように公益信託をその当事者を含む個々の解釈論に踏み込まないまでも、はじめて体系的にその概要を示した点で、画期的仕事をしたと評価することができよう。何故に公益信託制度が永きに亘って利用されてこなかったかという問題を表面化させ、昭和52年の実用化への足懸りを実質的に行ったとあってよいであろう。論稿は、公益信託制度の啓蒙のための概説に留まっただけのもの、公益信託制度の利用されなかった理由を強く訴えるものであった。太田が、いわば寝た子たる公益信託を起こさなかったら、その後の公益信託の法的議論の進展はそもそもなかったくらいのインパクトを持っていたように思われる。その点で、当時実務家であった太田を、学説史の中に位置づけた。すなわち、太田が公益信託を再びクローズ・アップさせ、その理論的側面を、民法学者として次の田中實が担ったとあってよいのである。

第二款 田中實の見解

1. 田中實の所論は、公益信託の法的構成につき次のような趣旨を述べている¹³。

①公益信託では、拋出された一定の財産を対象とする委託者(設定者)と受託者との間の信託契約(または委託者の遺言信託)により信託の法律関係をつくり、受託者が信託財産の帰属主体として目的の実現に必要な一切の行為をする構成となり、これに対して、主務官庁の許可を受ける。

②基本資産を保持するものと取り崩すものがある。前者は、信託の対象となった財産を、永く保持して主としてその運用益や果実を原資として公益活動をするものであり、後者は、信託の対象となった財産を適宜に取り崩しつつ公益活動をするもので、何年か後に信託終了を予定する。

③特定人の拋出によるものと公衆からの一般公募によるものがある。前者には、公益活動に熱意をもつ特定の個人(自然人)・家族ないし親族が拋出するものと、企業(法人)や公益団体が拋出するものがある。後者は、ひろく公衆から資金を募集するもので、最も典型的なものは英国のナショナル・トラストである。また全国的スケールでなく、特定の都市や町村などの地域ごとに行われるものとしては、米国に多いコミュニティ・トラストがあげられる。

④委託者は、公益目的のための財産の拋出者であり、個人(自然人)でも法人でもよい。信託設定後も、なお特別の利害関係人として、信託管理人の選任申立(旧信託法八条一項)、信託財産に対する執行の異議

¹³ 田中實『公益信託の現代的展開』(頸草書房、1985年)92-113頁。なお、条文に引用箇所については、筆者において旧と補い、2007年施行の新信託法との区別をした。

申立(旧信託法一六条二項)、管理方法変更の申立(旧信託法二三条)、受託者解任の申立(旧信託法四七条)等々の関与権が認められ、委託者の相続人にも認められている。しかし、公益信託の公共性から、公益信託の運営に対し委託者の私的関与がつきまとうのは好ましくなく、立法論として委託者および相続人の権利はごく狭い範囲に限定すべきであり、信託管理人の選任申立を認める程度で足りる。

⑤受託者は、委託者の信任を受け、信託財産の名義を有し、所定の公共目的のために財産を管理・処分する権限と責任を担う者である。一人のときもあるが、英米の実際例には、数人のときも多い。受託者が数人のときは、信託財産はその合有となり(旧信託法二四条)、管理にあたっては合手的行動が義務づけられる(旧信託法二五条)。受託者は、個人(自然人)でも法人でもよく、営利法人でもよい。わが国では、實際上、信託銀行が受託者となる事例が圧倒的に多い。

⑥受益者は、公益信託による利益を享受する者で、個人(自然人)でも法人でもよいが、目的の公益性からすれば、不特定の多数人(公衆)であることを要する。公益信託の実際の運営において、受益者が一時的に特定することがある。たとえば、学生に対する奨学金供与を目的とする公益信託において、ある学生に一年間奨学金を供与すると定められると、その学生は所定の期間、一定の奨学金を受けるべき権利を有することになる。この場合、それは一般の信託の受益権と異なり、公益信託に基づく反射的利益が一時的に固定したにすぎない。したがって、本質上、一身専属的な権利であり、譲渡・相続の対象ともならない、もしその学生に退学・卒業などの事情があれば直ちに消滅してしまうはずである。その学生には信託法所定の受益者としての権利を認めることはできないと解すべきである。

⑦信託管理人は、受益者が本質的に不特定多数人(公衆)でなければならぬことから、一般には自身でその権利や利益の保全を期待することは困難であろうから、受益者の利益代表として必要となる。当事者

が信託行為において信託管理人を指定しておくか、または利害関係人の請求に基づいて主務官庁が選任すればよい(旧信託法八条・七二条)。公益信託の実務においては、むしろ必要的機関と解されており、今日までに設定された公益信託では、当初の信託行為においてすべて信託管理人が設けられている。

⑧公益信託の存続期間については、信託法上、特別な制限は定められていない。無期限(半永久的)でもよいし、確定または不確定期限つきでもよい。

⑨公益信託を管理・運営する任にあたるのは、受託者であり、信託財産の名義の帰属者たる受託者は、管理・運営の権限を独占的・排他的に有する反面、任務遂行義務(旧信託法四条)、善管注意義務(旧信託法二〇条)、自己執行義務(旧信託法二六条)、分別管理義務(旧信託法二八条)等の義務を負担し、原則として自ら受益者になりえないとか(旧信託法九条)、信託財産につき権利を取得しえない(旧信託法二二条)等の制限を受け、信託に違反する行為をすれば、損失の填補その他の一定責任を追及され(旧信託法二七条・二九条)、場合により解任もされる(旧信託法七二条・四七条)。やむをえない事由があり、かつ主務官庁の許可を受けるのでなければ、辞任は認められない(旧信託法七一条)。事務的な義務としては、帳簿や書類を作成し(旧信託法三九条一項)、毎年一定の時期には、財産目録を作る上に(同二項)、信託実務および財産の状況を公告することを要する(旧信託法六九条二項)。これにあわせて、利害関係人の帳簿閲覧請求や説明請求に応じなければならない(旧信託法四〇条)。受託者は、営業信託である場合と特約のある場合には、信託の報酬を受けられるほか(旧信託法三五条)、信託事務処理上の費用ならびに損害補償の請求権を認められている(旧信託法三六条)。

⑩公益信託に対しては、所管の主務官庁が許可および一般的監督権を有し(旧信託法六七条・六八条・七二条)、さらに、利害関係人の請求

または職権をもって受託者を解任し、新受託者を選任しうるとの権限まで認められていること(旧信託法七二条・四七条・四九条)、また、事務処理につき検査をするにとどまらず、必要な処分まですることができるとされている(旧信託法六九条)。運営の適切を欠く公益信託に対しては、許可の取消でなく、受託者の解任という弾力的・現実的なコントロールで対応することになる。一般の信託における裁判所の監督権限が主務官庁に属している(旧信託法七二条)。

⑪信託が長期間にわたって継続されてゆくときには、予見できない社会事情の変化などにより、管理方法その他が本来の信託の目的ないし趣旨や受益者の利益に適合しなくなる場合があるため、一般に管理方法の変更が認められているが(旧信託法二三条)、公益信託については、主務官庁が、管理方法のみに限らず、信託の本旨に反しない限りひろく信託条項の変更をなしうるものとされている(旧信託法七〇条)。

⑫信託の終了については、相対的終了と絶対的終了の二つの場合がある。前者は、受任者の死亡・欠格事由の発生・特別資格の喪失・辞任・解任・法人受託者の解散などの事由により、受託者が欠ける場合(旧信託法四二条一項・四四条・四六条・四七条)で、信託そのものは継続し、ただ新受託者を補充するにすぎない場合である。後者は、信託行為をもって定めた事由の発生や信託目的の達成または達成不能により、信託そのものが終了する場合である。公益信託についても両者は認められるものの、受託者の辞任に対する許可権と解任権とは、裁判所でなく、主務官庁に属する。公益信託においては特定の受益者が存在しないので、委託者による解除(旧信託法五七条)および裁判所による解除命令(旧信託法五八条)は認められない。

2. 分析

田中説は、本人自身も自覚しているとおり、「信託法にもとづく公益信託は、制度発足以来、およそ半世紀の休眠時代を経た後に、一(中略)一

ようやく昭和五二年春から実用化されたばかりである。したがって、その法的構成についての検討や各条文に対する解釈論も、まだ十分には行き届いていないようである」¹⁴。公益信託制度をいわば概説的にイギリス等諸外国の公益信託制度との比較する等して、その説明をするにとどまっており、個別の法的問題への掘り下げや言及があまりなされておらず、条文毎の概要説明に終始している。法的議論以前に、公益信託自体を広く世間に知らしめることを意図したことを裏付けるものといえるのではなからうか。委託者、受託者、受益者の三者を担い手とする公益信託の構造と、条文に沿った三当事者の権利義務、受益者の概念についての若干の考察しかなされておらず、公益信託の法的構造の究明は、極めて不十分なものであったと言わざるを得ない。

第三款 小括

大正時代から昭和47年に至るまで、公益信託が全く利用されず、この状況を分析し、実用化へ促したのが太田達男である。昭和時代に改めて、大正時代に行った江木衷と同様の公益信託の重要性を声高に主張するという役割を果たした。それを受けて、田中實が、公益信託の法的な構成を、いわば概説的にイギリスの公益信託等と比較しながら、啓蒙すべく論稿を重ねていった。しかし、いずれも個々の解釈論に深く踏み込んだ論稿ではなく、公益信託制度を知らしめるための概説的な論稿に留まっていたものということができよう。ただ、太田の公益信託の不振の理由に関する現状認識に基づき、新たな展開として今なお浅くにとどまっていたものの、田中がその法的構成から支え論じようとしていたものと評価できる。昭和は、まさしく公益信託を再び蘇生させる学説の格闘時代であった。いずれにせよ、太田と田中のチームワークのなせる技であったということができよう。

¹⁴ 田中・前掲書注9)92頁。

第五節 平成時代の諸学説

第一款 四宮和夫の見解

1. 四宮和夫の所論は、これまでの学説の展開を踏まえ、特に受益者の概念につき、次のような趣旨のことを述べている¹⁵

- ①公益信託では、信託の利益を受ける者を「受益者」と呼ぶけれども、かれらは、公益信託の反射的効果として利益を享有するにすぎず、権利として利益を享有するのではない。公益信託で私益信託の受益者に当たるのは、正確には、むしろ「一般社会」というべきである。
- ②「一般社会」は権利の主体たりえないから、結局、私益信託の受益者と同じ法的地位を有する者、すなわち受益権者は、公益信託には原則として存しないことになる。
- ③公益信託の反射的効果として現実に信託からの利益を受けることになる者(具体的受益者)にも、場合に応じてそれぞれにふさわしい権利・権能が認められなければならない。
- ④信託行為の定めにより、または信託行為の定めに従った受託者の措置によって、財産的給付を受けることに確定した具体的受益者(例、奨学金支給を受けることになった学生)や施設利用を現実に享受している者(例、公益信託事業として運営されている図書館で所定の手続を経て図書利用中の学生)は、少なくとも、受託者＝信託財産に対する債権的権利はもつ、といえる。
- ⑤具体的受益者のうち、信託行為の定めにより自動的に具体的受益者となるものであって、しかも、その数が少ないために、受益権擁護を目的

¹⁵ 四宮和夫『信託法(新版)』(有斐閣、1989年)308頁。なお、条文に引用箇所については、筆者において旧と補い、2007年施行の新信託法との区別をした。なお、四宮は昭和63年に逝去しているが、同著が平成に入って出版されていることから、平成時代の学説に位置つけた。

とする信託管理人(旧八条)を選任するまでもなく、その具体的受益者に、自己の利益擁護の権利・権能を認めれば、当該公益信託の企図した社会的利益の実現が可能である、と判断されるようなものについては、私益信託の受益者に準じて、物権的要素を帯びた信託利益享受の請求権・信託財産擁護権(旧十六条・取戻権・旧二十七条)および監督的権能(旧二三条・旧四〇条・旧四七条・旧四九条・旧五五条)のすべてを認めるべきである。

2. 分析

四宮説は、太田、田中等の学説を踏まえ、三当事者の一人である受益者の概念につき一步進んだ学説を展開させた。その意味で、公益信託の法的構造につきより深化させたといつてよい。公益信託の受益者は、「一般社会」であり、原則として受益者は存在しないという。しかし、四宮は、公益信託をまとまった形で述べるのではなく、信託法全体の概念の説明の中で、公益信託のそれは如何なる特徴があるのかという形で論を展開しており、公益信託を単独で論じていない。その点で、公益信託制度を体系的に把握しにくいものになっているとの感を否定することはできないように思われる。

第二款 新井誠の見解

1. 新井誠の所論は、第一に、次のように公益信託の信託上の位置づけを明確にしつつ、民法の他制度とも比較し、その特徴の分析を行っている¹⁶。

①信託を「受託者のおこなう財産の管理・処分が委託者本人の利益のためではなく、それ以外の第三者である受益者の利益のためになされる」他益信託と、「受託者の財産の管理・処分が同一人である委託者兼受益者

¹⁶ 新井・前掲書注1)66-72頁、438-441頁。同449頁。

のためになされる」自益信託に分ける。前者では、委託者は信託設定と同時に、当該信託関係から離脱し、委託者は、直接委託関係に介入して、その内容をコントロールできない。したがって、設定後は、受託者の裁量に委ねられており、裁量信託(discretionary trust)でもある。この他益信託の最も典型的な信託が公益信託である。

②この他益信託性故に、永久拘束禁止則(rule against perpetuities)を排除できるのが、公益信託の第一の特徴である。

③可及的近似原則(シ・プレー・ドクトリン、cy-pres doctrine)が適用されるのも、公益信託の第二の特徴である。

④信託管理人の活用が、公益信託の第三の特徴である。他益信託故に、必置の制度と解すべきである。公益信託の受益者が不特定多数であるので、受益者は受益権等自益権を擁護するために、自益権擁護のための監督権等の共益権を任意に行使しうる立場にはない。よって、監督権は信託管理人に委ね、受益者本人には自益権のみが帰属する。

⑤通説は、公益信託の受益者を社会一般と解し、信託管理人の任務をその権利保全と捉えている。しかし、権利能力の主体たりえない社会一般にいかなる内容の具体的権利が帰属しうるのか、説明が困難である。むしろ、信託管理人は、特定された受益者の持つ確定的な受益権の保全や、不特定または未存在の受益者が特定または存在するに至るまでの間に存在する浮動的な受益権の保護のために、代理人的地位に立って活動を行う機関であると解すべきである。

⑥公益信託はその性格が他益信託であり、機能的には財団法人に近い財産管理制度である。一方、民法における代理・委任制度を自益信託型の財産管理機構として位置づけていくことができる。

第二に、新井は、主務官庁の許可を受けていない公益目的の信託に関して公益信託特有の法理の適用の可否につき、次のような趣旨を述べて

いる¹⁷。

①公益信託において主務官庁から許可を受けるメリットは、委託者側から見ると、行政から「公益」性の認定というお墨付きが得られること、税制上の優遇措置を受けられることの二点しかない。

②①の二つとも公益信託の本質に関わる要素でない。したがって、実体的には公益信託の性質を具備しており、設定者が「公益信託」の名称の使用を欲せず、税制上の優遇措置も求めず、旧信託法 68 条、公益信託法 2 条の許可を臨まないときでも、その法律関係は信託法理上は許可を受けた公益信託と実質的には同一の他益信託として扱い、原則的には公益信託の法理を適用していくべきである。

③従来からの旧 68 条に関する有権解釈を前提にした公益信託法 2 条 1 項の「主務官庁ノ許可ヲ受クルに非ザレバ其ノ効力ヲ生ゼズ」の規定振りは容認し得ない。

第三に、新井は信託関係人のうち、受益者の概念につき次のような趣旨を述べている¹⁸¹⁹。

①公益信託においては、受託者によって特定された受益者に財産的利益を享受させることが、「公益」的な信託目的となっており、公益的信託目的を実現させることによって、いわば反射的・間接的に「社会一般」の公益が増進されている(あるいは、「社会一般」の公益増進のために受益者を特定し、その特定された受益者に財産的利益を享受させている)と理

¹⁷ 新井・前掲書注 1)445-446 頁。

¹⁸ 新井・前掲書注 1)447-450 頁。

¹⁹ 受益者については、先に述べた四宮説を代表とする通説の立場から、太田達男は「(文献紹介)田中實編・公益信託の理論と実務」(信託 16 号、1992 年)117-125 頁で新井説を批判している。それに対して、新井誠「公益信託の法的構成」(NBL510 号、1992 年)12-17 頁は再反論している。さらに、太田達男は「信託法理をめぐる二つの論点」(NBL530 号、1993 年)41-46 頁で、公益信託における受給者は受益者ではないと改めて通説に分があることを強調したうえで、論争に終止符を打った。

解すべきである。

②通説的見解では、受給者は債権的な給付受領権のみしか持たないことになる。公益信託も信託である以上、信託の法理を貫徹する必要がある。

③公益信託における受益者＝受給者に適用される法律関係については、形式的には受給者は申請書を提出するものの、必要不可欠ではなく、受給者の申込みと受託者の承諾との合致という契約的な構成ではなく、新信託法 88 条によって、受給者の意思表示がなくても受給者は受益できる。

④公益信託においても、一定の要件の下で「受給者」として指定された者が、具体的な「受益者」となる。この指定がなされる時点までは、公益信託の受益者は不特定ないし未存在である。

⑤公益信託には受益者から信託管理人に監督的機能が移転しているので、通常は信託管理人がその機能を行行使して、受益者の自益権は保護されている。

⑥自益権が侵害され、しかも信託管理人がその監督的機能を行行使しないときには、受益者の監督権は固有権として復活し、自ら監督的機能を行行使できるようになる。公益信託の受益者には単に債権的な給付受領権が帰属するだけでなく、信託法上の諸種の機能も付与されている。

第四に、新井は、信託関係人たる受託者の位置づけを運営委員会との関連で、次のような趣旨を述べている²⁰。

①公益信託には運営委員会という機関が存在し、信託法上要求された必置の機関ではないが、信託管理人のような特別な権限はもたないものの、実務的には、助成対象者(＝受益者)の選定等、公益信託の実務の中核に関する事実上の決定権を握っている。

②運営委員会は、事実上の受託者的な立場にあり、一種の「共同受託者」として理解すべきである。運営委員会が受益者の選定等の信託目的遂行

²⁰ 新井・前掲書注 1) 450-451 頁。

にかかわる判断を担当し、本来の受託者たる信託銀行は、信託財産に対する財産管理を担当するという形態で、全体としての信託業務を両者で分掌していると解すべきであり、旧信託法 26 条 1 項の自己執行義務への抵触は生じない。なお、自己執行義務が大幅に緩和されたので、新信託法 28 条により、この問題は解決された。

③共同受託者として運営委員会を位置づけるので、信託業法、兼営法に抵触するおそれがあるので、法形式的には、信託銀行が唯一の受託者で、運営委員会は、その内部的な諮問機関として位置づけとすべきである。

第五に、新井は、追加信託と寄附につき、すなわち、公益信託開始後、信託財産に委託者以外の者が抛出して、信託財産の元本に組み込まれたとき、かかる行為をどう理解するのか、信託財産の一部を抛出している以上、委託者となるのかにつき次のような趣旨を述べている²¹。

①実務では、委託者がなした場合を追加信託とし、それ以外の場合を寄附として使いわけている。寄附を追加信託とするならば、新たな信託行為であるから、その都度主務官庁の許可が要ることになり、委託者以外の追加抛出は、追加信託とせずに寄附と構成するのが実務の取り扱いである。

②寄附も信託行為とみるべき見解によれば、信託関係である以上、寄附者は新たな委託者となり、委託者の権能を行使しうる余地がある。寄附の法的性格を信託契約とするのか、贈与契約とするのかにつき、信託契約の条項を読んだうえで、その趣旨に賛同して財産の抛出をする寄附者の意思からすると、新たな信託契約を締結するというよりも、贈与と見る方が妥当であり、信託財産をとしての分別管理を条件とした贈与と解することになる。

²¹ 新井誠「公益信託の法的構成」(田中實編『公益信託の理論と実務』(有斐閣、1991年)所収)51—52頁。

第六に、新井は、次のような趣旨の公益信託普及に向けての提言を行っている²²。

①公益法人は、天下り等多くの弊害があるので、公益信託こそ積極的に活用すべきである。

②受託者たる信託銀行の公益信託への進出を呼び起こすには、相応の信託報酬の取得を認める必要がある。

③イギリスに見られる、公益活動を専門に管掌する独立の第三者機関のチャリティー・コミッション(charity commission)を導入し、縦割り行政の弊害を避け、主務官庁制度を廃止する必要がある。

④アメリカで認められている分割利益信託(split interest trust)を導入する必要がある。これには、公益先行信託(charitable lead trust)と公益残余権信託(charitable remainder trust)があるも、それぞれ旧信託法73条、公益信託法9条を根拠に認めることができる。

⑤イギリスのナショナル・トラストを例とする事業執行型公益信託を導入し、助成型の公益信託の設定からの脱却が必要である。

2. 分析

新井は、それまでの公益信託の法解釈論を、公益信託を民法や他の信託制度との比較の中で明確化した。主務官庁の許可を得ない、いわゆる自主的公益信託設定による信託法理の適用についてまで議論を進化させた。受託者や委託者たる信託関係人の法的性格、中でも受益者概念につき四宮説を中心とする通説とは異なる見解を提示する等新たな展開を生じせしめた。さらに、信託の中でもっとも普及すべき形態である公益信託の普及に向けての提言をきわめて具体的に行っており、公益信託を最も体系的な法理論に加えて、制度普及論まで踏み込んだ今日で最先端の行き届いた主張を行っているものといえよう。江木の主張を現代的に進

²² 新井・前掲書注1)451-453頁。

めたものであることに加え、太田や田中の現状認識を踏襲しつつ、さらにその抜本的解決を意図しているものと評価し得る。その意味で、新井の主張は、それ以前の学界の不十分な点を乗り越えようという公益信託普及への厚い情熱を感じる。

とくに、本稿を支える筆者の視点である三者間贈与との関連でいえば、公益信託の法的構造、中でも、信託関係人たる委託者、受託者、受益者の法的仕組みやその性格を法理論から微に入り細に渡り論述を進めており、格段に公益信託の学説史の色を豊かに染めていったことは、高く評価でき、大変参考に値する。その功績は何とんでも、公益信託を民法、信託法の中で屹立させ、初めて他の類似の三者間の法律関係として大きな視野(財産管理制度)の中での位置づけを行ったことにあるといえるであろう。

第三款 星野豊の見解

1. 星野豊は、公益信託を応用的信託として捉える。新信託法により、新しく個別に「公益信託法」とはなったものの、基本的に同一の規定であることから、基本的には旧信託法時代と解釈は同一であるとしつつ、公益信託における受益権の性格とその現代的活用とにつき、次のような趣旨を述べている²³。

①公益信託においては、特定の受益者に対して利益を享受させることが最終的な目的ではなく、公益の実現のために、所定の基準により選抜された「受益者」に対して、信託財産から所定の利益享受を行わせるものであるから、公益信託における受益者は、信託関係設定当初においては、具体的に定まっていなかったことが通常である。

②公益信託に対する監督は、主務官庁が専らこれを行行使することが制度

²³ 星野豊『信託法』(信山社、2011年)238-242頁。

の前提となっており、受益者による監督権限の行使は、実質上主務官庁の権限と重複するものであるため、私益信託の場合と異なり、受益者が受託者に対する監督権限を行使することが制度の中心となるわけではない。

③公益信託における受益権の理論的性格としては、信託財産からの利益享受を信託行為に従って受けることを主な内容とするものであり、かつ、信託財産の管理処分に対する監督権限の行使は監督官庁に専ら委ねられているものである。

④公益信託の受益権は、信託財産の実質所有権ということとはできず、また、受託者との信頼関係が基盤となっていない以上、受託者に対する債権ということもできないから、結局のところ、公益の達成を目的とした独立した財産である信託財産に対する債権と考えることが最も合理的である。

⑤公益信託における受益権の性格を、制度趣旨との関係で限定して考えると、受益者となっていない受益者の候補者の有する権利についても、候補者独自の権利を認めるよりも、むしろ主務官庁による監督権限の適正な行使が行われることを期待する方が、公益信託の制度趣旨との関係では、議論の整合性がある。

⑥主務官庁の権限行使が常に公益目的達成のために適正に行われる、という制度に対する信頼が絶対的な前提となっていることは明らかであるから、この制度に対する信頼をどのような手段によって確保すべきか、あるいは、信頼が失われる行為が受託者ないし主務官庁の権限行使において生じた場合に、その是正をどのように行うべきかが、常に問題となる余地がある。

⑦その意味では、やや複雑な関係が生ずる可能性は否定できないものの、公益信託の場合でも、私的信託における受益者の監督権限にかかる規定を適用ないし類推適用することにより、受益者ないしその候補者が、主務官庁と異なる角度から監督権限を行使することによって、制度運営上

の適正さを図る方が、望ましいように思われる。

さらに、星野は、公益信託の現代的活用につき次のような趣旨のことを述べている²⁴。

①従来の一般的な考え方では、公益信託と財団法人とでは同じく公益の達成を目指すものとして、ほぼ同じ次元での財産管理制度であると捉えられており、ただ、財団法人が独立の法人格を有し、公益信託は法形式上独立の法人格を有しないことから、事実上、財産の規模の大小によって、公益法人と公益信託との選択が行われてきたものといえることができる。

②公益信託の目的における「公益の達成」は、財団法人の場合と同様、ある程度長期間にわたって存続することが事実上の前提となっている。

③当該公益信託から利益を享受することができる者についても、財団法人の場合と同様、相当程度広い範囲に候補者が及ぶことが事実上の前提となるわけであり、かつ、かかる受益者の選抜に際しては、「公益の達成」という目的との関係上、社会的な意味における客観性かつ公平性が、半ば必然的に要請されているものと考えて差し支えない。このような従来の方の下では、公益信託の設定について、設定のために必要な財産の規模から見ても、設定に際して法律上要求される手続から見ても、事実上財団法人と異なるものが要求されることとなる。

④従来の方の下では、個人が自己の処分可能な財産の範囲内で、公益達成のために有益であるとする具体的な目的を実現するために公益信託を設定することが、事実上困難となる恐れが否定できない。例えば、震災により被害を受けた地域に居住する住民や、同被災地において事業を営む企業等に対し、個人が自己の処分可能な財産の範囲で経済的に支援を行うことは、当該被災地域のみならず、社会全体の復興の一助

²⁴ 星野・前掲書注 23)242—244 頁。

となる点において「公益の達成」につながることは明らかであるが、個人が信託財産として設定可能である財産がある程度小規模に留まらざるを得ない以上、具体的な経済的支援の地域的範囲や人的範囲についても、全ての被災地の全ての住民ないし企業等を対象として設定することには無理があり、公益信託を設定しようとする個人の具体的な知見の範囲で、具体的な支援先を選択するほかないのが実情である。

⑤このようないわゆる「個人型の公益信託」は、上述した従来の公益信託に関する前提と相容れない部分があるため、従来の考え方に従う限り、公益信託としての許可に際してある程度の困難が伴うことが予測されるが、公益の達成につながる事が明らかな個人の善意に基づく信託設定の意思を、公益信託の範疇に加えないことは、理論上も実務上も、妥当性に欠けるものと言うべきである。実際、震災による被害が大規模であればあるほど、被災状況の全貌および個々の被災状況を正確に把握するためには、相当の時間と手数を要することになるから、全ての被災地域における全ての被災者・被災企業を対象とした公益的団体ないし公共機関の活動には、同団体ないし機関に要請される客観性ないし公平性の観点からして、迅速な個々の対応が難しくなる部分がある。

⑥大震災後の被災地支援を目的とした公益的活動に関しては、個人の知見の範囲における具体的な支援を目的として「個人型の公益信託」の集積に、ある程度の部分を委ねたうえで、全体的観点から支援が不足している地域に対して従来の公益的団体ないし公共機関が援助をするような複合的な体制を整えることが、必要かつ有益であると思われる。

⑦個人の資産を従来から存在する公益的団体に対して寄附させる方法は、前述した被災地域への支援に対して迅速な個々の対応を可能とさせるものではない。寄附された具体的な財産の用途について、寄附の受入先における管理運営上の判断が優先される構造となっている以上、寄附者の具体的な意思に沿った使用が常に行われるとは限らない点に、大きな問題があると言わざるを得ない。

⑧今後における公益信託については、個人が自己の処分可能な財産の範囲内で「公益の達成」を具体的に実現させることが可能となるような柔軟性を、制度として持つように運用されるべきであり、各分野における監督官庁の合理的な裁量権行使と、法制度の合理的整備とが、強く期待される場所である。

2. 分析

星野説は、公益信託の全体としての具体的な解釈論については、必ずしも明らかではないが、受益者については、田中説や四宮説の流れに組んでいる。しかし、主務官庁の監督権限との関連で受益者を論じている点が、大きく異なっている。受益者の概念を主務官庁の監督権限、すなわちガバナンス的な見地から捉えている点が、従来の学説にない受益者概念の把握方法といってよい。これは、星野の根本的問題意識の中に、公益信託の柔軟な適用を進めるためにはどこまでこのガバナンスを緩められるのかという発想があるからではなかろうか。委任者、受託者、受益者の三当事者の中で、相互の権利義務関係を合理的に調整するためにどうすべきかとの観点からではなく、受託者に対するガバナンスを重視した述べ方をしているように思われるのである。

それが、より現実的には、2011年3月11日に発生した東日本大震災を受けての公益信託の柔軟な運用をすべきとの示唆であろう。寄附によると、寄附者から寄附を受けた公益的団体から、受益者へ使用されるか不明確なため、公益信託こそ活用すべきと力説につながるものといえよう。

第四款 小括

平成に入り、公益法人化法の制定や新しい信託法の制定等により、旧信

託法に規定されていた公益信託の諸規定が、別の法律である公益信託二関スル法律に独立することになった。四宮和夫が受益者概念につき、解釈論を展開させたのを受け、新井誠が、受益者の概念について新たな見解を主張し、太田達男が四宮和夫の立場から論争となった。さらに、新井誠は、公益信託が信託の究極の姿であるとの観点から、公益信託活用の提言にまで踏み込んだ議論を進展させた。続いて、新たに、東日本大震災を受けて、公益信託の現代的な活用につき星野豊が言及した。

第六節 補足 特定寄附信託

第一款 背景

この制度は、2010年6月4日付「新しい公共」宣言²⁵を受けて、国民が寄付をしやすくするための税制等の制度改革の一環として2011年6月に導入された制度である。同宣言は、公共の担い手は、官だけではなく、NPO等の事業体もその担い手であるとし、「それらの事業体が、市場を通じた収益以外にも、それぞれの事業体が生み出す社会的価値に見合った『経済的リターン』を獲得する道を開く体制をとることは、よりよい社会を構築するための多様性を確保することに有効である。」とする²⁶。そのために、本制度改革を行ったのである。

第二款 特定寄附信託制度の概念

個人たる委託者が、信託業務を行っている信託銀行等の受託者により出された特定寄附信託商品に対して、個人たる委託者が資金として寄付を行うという制度である。その際、受託者は、種々の助言を委託者にするもの

²⁵ 内閣府ホームページ <http://www5.cao.go.jp/npc/pdf/declaration-nihongo.pdf> に「新しい公共」宣言の全文6頁が公表されている(2014.11.25)。

²⁶ 前掲注25)3頁。

とされている。すなわち、受益者を直接に決めることのできない公益信託とは異なり、特定寄附信託では、特定の受益者を委託者が受託者の助言を受けながら指定することができる。

したがって、次のように公益信託と比較しつつ、注目されているものである²⁷。

これまでの信託というと、一般に個人の資産を安全に管理するものというイメージが強かったと思います。奨学金などの公益信託も個人の一方的な仕組みだというのがこれまでのイメージではなかったでしょうか。しかし、寄附信託は、考え方によっては、この国にあるような「双方向性」がある、「新しい公共」のスピリットを体現する、つながりを実現する仕組みだと理解できるのではないかと思うのです。

第三款 分析

特定寄附信託が制度として構築され日が浅いこともあり、その評価は今後の運用状況を見てからするのが穏当であろう²⁸。しかし、これまでの公益信託の学説史の中にあえて引きつけた場合、次のようにいうことができるのではないだろうか。すなわち、三者間贈与の一つの表れである公益信託の構造に類似しているとはいうものの、委託者が特定の受益者を決められるという点で、受益者が具体的な個性を持った集団ないし個人になった点に大きな違いが認められる。委託者のイニシヤチブを強めた分、受託者

²⁷ 金子郁容「『新しい公共』と信託の可能性」（信託 249 号、2012 年）130 頁。

²⁸ 特定寄附信託につき、東日本大震災の復興資金の受け皿としての信託活用の可能性を指摘するものに、森田果「震災復興と信託」（信託フォーラム、2014 年）18-19 頁、同「大震災からの復興と信託」水野紀子編『信託の理論と現代的展開』所収（商事法務、2014 年）27-30 頁。後者は、特定寄附信託を「米国の planned giving を模倣した制度であり、「寄附対象となった NPO などから、得られた寄附金を元に、どのような活動をしましたか」といったレポートが定期的に寄附者の元へ送られてくる。このため、寄附者は、自分の寄附がどのような社会貢献を実現したかについて実感を得ることが容易になり、その分、寄附によって得られる効用が増加するから、やはり寄附するインセンティブが強くなる」と、その有用性を指摘する（同 28 頁）。

のすべきことを増加せしめたという点でも公益信託と異なるものといえるだろう。

第七節 公益信託学説史検討からの示唆

大正時代に制度ができたにもかかわらず、公益信託の制度の実績は、この約40年という短い歴史しか刻んでこなかった。しかし、時代を経るにしたがって、学説の進展には目覚ましいものがあった。このことは、われわれの問題意識の中心にあるところの、三者間贈与の法律関係という視点にたってみても、公益信託をめぐる三当事者、すなわち、委託者、受託者、受益者、中でも受益者への深い考察がなされてきたことから首肯できる。この受益者に抽象的な個性はないが、特定の集団であるという特殊性があるという性質から、受託者責任の内容もいくつかのバラエティーが生じるのである。信託法が受託者規制法であり、何よりも、受託者責任をいかに考えるかに重点を置いた議論がなされてきた一方で、公益信託においては受益者をどう解すべきかに議論の重点が置かれており、この点に公益信託の特質があるといつてよいようである。

寄付の方は、その法的構造こそ似てはいるものの、委託者が多数であることにポイントが置かれ、次に仲介者たる受託者、ある段階から寄付の相手方たる受益者に光が当てられるようになったのも、それらの法的構造に類似性があるからに他ならないといえるのではなかろうか。公益信託は、三当事者のうち、受益者から議論が展開し、それに引きづられて、受託者に議論が移ってきたように思われる。委託者の議論はごく最初だけであった。その意味で、三者間贈与における三当事者のうち、それらの議論のウェイトが、寄付においては、あくまでも民法における二当事者たる寄付者と仲介者、続いて第三者たる受益者の方向に進んできたのと逆のベクトルを描いている点が対照的である。