

贈与と寄付について

—— 日本民法典立法過程を中心に ——

小 出 隼 人

目次

- I はじめに
- II 旧民法典
- III 現行民法典立法過程、現行民法典施行後
- IV 検討
- V むすびにかえて

I はじめに

一 贈与と寄付 —— これまでの議論状況 ——

贈与は、身近な関係、すなわち、親族関係を前提に行われることが多いといわれるが、現代においては親族関係のみられる義務的贈与⁽¹⁾以外に、慈善目的でなされる贈与も個人の社会的に貢献したいという意識の高まりにより増加している⁽²⁾。そのような慈善的な贈与の典型例として「寄付⁽³⁾」があげられ、近年、寄付は、大規模災害における被災者支援、様々な慈善活動を行うNPOを支える重要な役割も担っている⁽⁴⁾。また、来栖三郎博士は、慈善的な寄付が増加することについて、次のように述べている⁽⁵⁾。すなわち、

(1) 親族間で行われる贈与は「義理」・「恩」により生じる贈与であるといわれ、一般的に義務的贈与と呼ばれている。この義務的贈与の背後には共同体社会の中での相互的援助関係が存在することから、義務的贈与は共同体構成員間での道義的義務づけの相互生をその特徴としてあげられることができるとともに、「見返し」・「お返し」（過去の行為に対する謝礼・報酬・対価）にあらわれるような贈答的交換・相互性に着目すれば、義務的贈与は拡張された意味での有償性によって特徴づけられるとされる（潮見佳男『新契約各論Ⅰ』（信山社、2021）39頁）。

来栖博士は、「無償譲渡が他人に対して行われるようになったのは、家族共同体を包含するより大きい社会に一層強く結びつく必要が高まるにつれ家族共同体は弛緩し、家族成員の心情が狭い家族共同体の埒を超えてより大きな社会へと推し広げられて行った結果である。そして社会と直結する程度が高まれば高まる程、個人的関係を前提とする特定人に対する出捐ではなく、社会公共の為にする不特定人に対する寄付が盛んとなるのである」とする⁽⁶⁾。

前述のように、寄付は、慈善的な贈与と説明されているようであるであるが、具体的にはどのように論じられているのだろうか⁽⁷⁾。例えば、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⁽⁸⁾、寄付を募集の目的に使用すべき義務を伴う

-
- (2) 日本ファンドレイジング協会編『寄付白書2021』(日本ファンドレイジング協会、2021) 10-15頁参照。日本ファンドレイジング協会が発行する『寄付白書』は、日本の現在の寄付市場全体を概観し、寄付者・市場のニーズの的確な把握、寄付市場の特徴的な変化を捉えることを目的として発行されており、行政機関、メディア、研究者等の基礎資料、傾向把握のために使用されている(日本ファンドレイジング協会事業紹介調査研究(寄付白書)ウェブサイト:<https://jfra.jp/research>最終閲覧日2023年10月10日)。また、慈善的寄付活動の法学的検討の必要性については、吉田邦彦「贈与法学の基礎理論と今日的課題(三)ー市場外の財貨移転研究・序説」ジュリスト1183号(2000)152頁以下参照[同『契約法・民法法の関係の展開』(有斐閣、2003)250頁以下所収]。
 - (3) 寄付は利他的、無償の性格が最も明確にあらわれる場合であるといわれる(潮見・前掲注(1)42頁)。
 - (4) 日本ファンドレイジング協会編『寄付白書2011』(日本経団連出版、2012)35頁、徳永洋子「改訂版ファンドレイジング入門」(日本ファンドレイジング協会、2014)4-5頁参照。
 - (5) 来栖三郎『来栖三郎著作集Ⅱ 契約法』(信山社、2004)29頁。
 - (6) 民法(債権法)改正検討委員会の報告書においても、寄付については次のように言及されていた。慈善活動や環境保護等の公益活動を行う団体を始めとして、団体に対する寄付も重要となっている。寄付としての贈与には、黙示のものも含め、目的を限定した贈与も少なくない。その他、贈与全体における数は少ないが、災害の時の支援としての贈与等のように、贈与が相互扶助の側面を持つこともある(民法(債権法)改正検討委員会編『詳解・債権法改正の基本方針Ⅳ各種の契約(1)』(商事法務、2010)145頁)。
 - (7) 日本法における寄付の法的構成に関する学説の検討を含めた直近の先行研究として、金井憲一郎「三者間贈与の法的構造とその特質ー英米法からみた寄付と公益信託に関する一考察ー」博士論文(中央大学大学院法学研究科、2015)がある。同論文は、日本法における寄付の法的構成に関する学説の整理検討を行い、公益信託法の議論から寄付の法的構成の検討を試みるものであり、本稿で取り上げた日本法学説の整理については同論文を参照している。

信託的譲渡と解する⁽⁹⁾。来栖三郎博士⁽¹⁰⁾は「贈与が社会公共のためになされるとき」を「寄付」であると述べ、二つの場合に区別している。(1) 個人が直接に一定の寺社、学校、社会事業施設に寄付する場合、(2) 発起人⁽¹¹⁾が多数の人から寄付を集める場合(震災時における義援金の募集等)である。来栖博士は、通常、寄付は(1)のように二者間で行われるが、(2)の場合、寄付者と受益者の間に、寄付者から財産を集め、受益者に財産を移転する役目を負う募集者が存在するとする。そして、(1)の場合は、民法上の贈与と考えられ、(2)の場合、通説は、寄付者から寄付財産が募集者に信託的に譲渡されるとする(信託的譲渡説)⁽¹²⁾。(2)の場合は、単に贈与ではなく、信託的譲渡と解するようであるが、この信託的譲渡説の具体的な内容について加藤永一博士は次のように述べている。すなわち、寄付の目的に使用すべき義務が募集者に存在し、寄付が募集者から受益者に移転することにより、寄付者の目的が達成するとされ、募集者が義務を履行しない場合、寄付者は募集者に義務の履行を催告でき、それでも履行されない場合は、契約を解除し、寄付財産の取戻し、または損害賠償を請求できるとする⁽¹³⁾。

さらに近年では、信託法上の信託という構成によって法的に捉える見解もある。例えば、加藤雅信名誉教授は、次のとおりに説明する⁽¹⁴⁾。すなわち、贈与が社会公共のためになされる場合は寄付と呼ばれるが、特定の目的のため、発起人、世話人が寄付を募集する場合があります、これは出捐者を委託者、発起人ないし世話人を受託者、最終的に寄付を受ける者を受益者とするよう

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

(9) 我妻・前掲注(8) 238頁。

(10) 来栖三郎『契約法』(有斐閣、1974) 224頁。

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

(12) 我妻・前掲注(8) 238頁、来栖・前掲注(10) 224頁、柚木馨=高木多喜男編『新版注釈民法(14)債権(5)』(有斐閣、1993) 14-16頁等。

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

(14) 加藤雅信『新民法大系Ⅳ契約法』(有斐閣、2007) 172頁。

な、信託法上の他益信託が設定されると考えるべきであるとする。また、加藤(雅)名誉教授は、通説は「信託的譲渡と解する」とするが、この種の場合には、明示的に信託法の適用を認め、分別管理義務を課すべきであるとする⁽¹⁵⁾。山本敬三教授も、公共的な慈善目的のために財産が無償で譲渡される場合は、一般的に寄付と呼ばれるとし、信託型の贈与として寄付を説明している。すなわち、寄付が第三者(被災者)に利益を与えるために行われる場合は、財産権の移転その他の処分をし、相手方に一定の目的に従い財産の管理または処分させることとして、その第三者を受益者とする信託と構成する方が実態に即しているとする⁽¹⁶⁾。

以上のことをふまえると、寄付は贈与として論じられるものの、特殊な贈与として位置付けられ、募集者の目的に従った寄付財産の処理義務およびこれに対応する寄付者の請求権を基礎付けるために、寄付者から募集者へ信託的に譲渡されると解されてきた⁽¹⁷⁾。また、近年では、寄付者、募集者、受益者の三者が関与すること、財産権の移転や一定の目的に従い財産の管理処分を行うという特徴等から、信託法上の信託として法的に構成する見解もみられる⁽¹⁸⁾。

(15) 加藤・前掲注(14)172頁。また、森泉章博士は、信託法理の活用によって、受託者(筆者注:募集者)に強い忠実義務・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、受益者に諸利益が確実に帰属することになり、単なる民法上の負担付贈与の場合よりも被災者(受益者)保護のために役立つとする(森泉章『新・法人法入門』(有斐閣、2004)262頁)。

(16) 山本敬三『民法講義Ⅳ-1』(有斐閣、2005)331頁。潮見佳男博士も、慈善的活動をしている団体・発起人に対して行われる寄付は、その団体・発起人への負担付贈与ではなく、むしろ「信託」と見るのが適切な場合が少なくないとする(潮見・前掲注(1)43頁)。そのほか、森泉・前掲注(15)260-263頁、四宮和夫『信託法(新版)』(有斐閣、1989)21-26頁、小賀野晶一「贈与の信託的構成—譲渡法理からの考察」米倉明編『信託法と民法の交錯』(トラス60、1998)82-89頁、富田仁「所謂寄付について—寄付における信託法理の適用可能性—」亜細亜大学大学院法学研究科法学研究論集24号(2000)35頁以下、河上正二「クラウドファンディングと信託(覚書)」水野紀子編『信託の理論と現代的展開』(商事法務、2014)41-63頁等参照。学説の整理については、金井・前掲注(7)21-77頁を参照。また、ドイツ法学説を参考に検討したものとして拙稿「寄付の法的構成に関する一考察—日独における寄付の法的構成に関する学説を手がかりに—(1)(2・完)」法學84巻1号2号(2020)75頁以下(法學84巻1号)、199頁以下(法學84巻2号)。

(17) 加藤・前掲注(13)8頁。

二 本稿の目的と構成

1. 本稿の目的

前述のように、我妻博士は、寄付を「特殊の贈与」と位置づけ⁽¹⁹⁾、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ものの⁽²⁰⁾、募集者はこの場合に寄付によって利益を受けるわけではないから通常の贈与とみるのは不相当であるともいう⁽²¹⁾。この点について、古くから石坂音四郎博士、中島玉吉博士も次のように述べている⁽²²⁾。石坂博士は、寄付者は、寄付により募集者に無償で財産を与える意思を有せず、募集者もまた自ら寄付財産を確定的に自己の財産として有する意思を有するのではなく、むしろ他の利益のために寄付金を募集し、その目的たる事情を執行しようとしている点で妥当ではないとする。中島博士は、寄付者の意思は、募集者に利益を与えようとしているのではなく、募集者も自ら利益を収めようとする意思を有しているわけではないとしている。また、最近では、平野裕之教授は、寄付の場合、寄付を発起する発起人・世話人等が集めた金銭を基金であるとし、公共の目的のために管理し処分することになるので、寄付者と発起人との関係は贈与ではないとする⁽²³⁾。

(18) さらに最近では、寄付が公共的な性格、役割を有することから公益信託においても議論がみられる。公益信託による構成について考察するものとしては、前述の金井・前掲注(7)のほか、次のものがある。松元暢子「公益組織に対して用途を指定して行われた寄付の法的性質と用途変更」樋口範雄＝神作裕之編『現代の信託法 アメリカと日本』(弘文堂、2018) 258頁以下、藤井純一「公益法人等における用途が請託された寄付金等について—公益信託ニ関する法律改正に関する一考察—」駒澤法曹12号(駒澤大学法科大学院、2016)、高橋脩一「寄付者の“思い”と“公益”の狭間で—アメリカの公益信託における委託者の当事者適格から—」信託研究奨励金論集第41号(2020)。金井憲一郎「成年後見制度利用等に係る助成に向けて—公益信託と寄付の活用の観点からの提言」渋谷彰久ほか編『成年後見・民事信託の実践と利用促進』(日本加除出版、2021) 499-512頁、同「宇沢弘文の社会的共通資本論と小賀野晶一の法学との接点—公益信託法の見直しに関する要綱案がなるまでの寄付に係る法制審議会の主な議論の観点から—」法学新報第129巻10・11号(2023) 55-83頁、同「寄付の法的性質をめぐって」信託フォーラム第19号(2023) 77-81頁等。

(19) 我妻・前掲注(8) 233-238頁。

(20) 我妻・前掲注(8) 238頁。

(21) 我妻・前掲注(8) 238頁。

(22) 石坂音四郎「寄付の性質」同『改纂民法研究上巻』(有斐閣、1919) 185頁、中島玉吉「公募義捐金」同『統民法論文集』(金刺芳流堂、1922) 237頁。

確かに贈与は、当事者一方のみの無償の出捐を生じさせ、受贈者は贈与者からの財産の移転により利益を得ることから一般的に無償契約とされる。そして、自発的で好意や感謝の目的等でなされる寄付(主に金銭の移転)は、慈善的な贈与と理解できる⁽²⁴⁾。しかし、寄付は前述のように二者間でなされるもののほかに、義援金等にみられる寄付者、募集者、受益者の三者間でなされるものがある。贈与は民法549条⁽²⁵⁾において、二者間での贈与を想定しているように思われ、三者間でなされる寄付においては、実際に募集者は寄付者から直接利益を受けず、寄付者は寄付の受益者のために贈与(寄付金の出捐)をなしているのであって、募集者のために贈与をなしているとはいえない。このように一見すると、寄付が民法典上の贈与として捉えられるものなのか、寄付が契約類型としての「贈与」に該当するのか否かについては注意を要すると思われる⁽²⁶⁾。また、通説は寄付を寄付者から寄付財産が募集者に信託的に譲渡されるとし、寄付の目的に使用すべき義務が募集者に存在するとするが、これに対して、募集者に寄付金等の金銭を寄付の目的のために使用すべき義務を負担させるという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、それでも履行しない場合は、契約を解除することが可能であると思われる⁽²⁷⁾。

そこで、本稿は、義援金等にみられる寄付者、募集者、受益者の三者が関与する寄付を検討対象とし、そのような寄付が契約類型としての贈与ないし負担付贈与として捉えることができるのかといった問題意識の下⁽²⁸⁾、贈与

(23) 平野裕之『債権各論I契約法』(日本評論社、2018)130-131頁。

(24) 潮見・前掲注(1)42頁。例えば、日本ファンドレイジング協会が実施した東日本大震災における「寄付の理由」についてのアンケート結果によると、「自分も何かしたいと思ったから」、「被害が甚大だから」、「自分にできることは寄付だけなので」といった回答が多い(日本ファンドレイジング協会編・前掲注(4)(寄付白書2011)20頁)。

(25) 民法549条(贈与):「贈与は、当事者の一方がある財産を無償で相手方と与える意思を表示し、相手方が受諾をすることによって、その効力を生ずる」。

(26) 潮見・前掲注(1)42-43頁。

(27) 加藤・前掲注(13)6-9頁参照。中田裕康教授は、寄付を受けた者に目的に従って寄付金等を使用する義務を負わせ、それに反した場合には解除を認めるということだけであれば、あえて信託とまでいう必要はないとする(中田裕康『契約法新版』(有斐閣、2021)266頁)。そのほか、大村敦志『生活民法入門』(東京大学出版会、2003)292-293頁、森泉・前掲注(15)260頁等参照。

と寄付の異同について日本民法典立法過程における贈与、負担付贈与の議論を参照し検討するものである⁽²⁹⁾。

2. 本稿の構成

前述のとおり、日本民法典において、寄付を直接規律する条文は存在しないが、寄付には寄付者による無償の出捐があるということから、寄付は主に贈与において論じられてきた。しかし、単に贈与とするのではなく、寄付の場合、寄付が寄付者から募集者に信託的に譲渡されるという信託的譲渡説が通説となっている。これに対して、贈与における受贈者の利益、利得に着目し、寄付者から募集者への寄付においては、募集者に利益ないし利得が生じていないといった指摘や、寄付者が出捐する際、募集者に負担（寄付の目的のための使用）を設定して行うといった負担付贈与とする見解もあったが、寄付を負担付贈与と解することについては、募集者の負担が負担付贈与において想定されている負担に当たるかどうか十分に検討されていないように思われる。

(28) 例えば、加藤永一博士は、「寄付は、どのような法律関係を生ぜしめるであろうか、寄付は無償の財産の供与・その約束であるということから、この問題は、結局のところ、寄付と民法の定める贈与の異同の問題」であるとする（加藤・前掲注（13）5-6頁）。大村敦志教授は、各種の寄付やヴォランティア活動など対価を伴わない行為は、今日では市民の非営利活動のツールとしてその重要性が増しつつあるとし、これらに適切な法的規律を与えることは、今後の契約法学の大きな課題であると述べていた（大村敦志「無償契約——近隣関係とヴォランティア」法学教室299号（2006）65頁）。また、前述してきたように先行研究はこれまで少なからずみられており、本稿の問題意識も先行研究に負うところが大きい（金井・前掲注（7）のほか、前掲注・（16）、（18）等を参照）。例えば、近年の先行研究から本稿の問題意識に関係するものとしては、前述の金井・前掲注（7）、松元・前掲注（18）のほか、富田・前掲注（16）35頁以下、大村敦志「現代における委任契約—「契約と制度」をめぐる断章—」中田裕康＝道垣内弘人編『金融取引と民法法理』（有斐閣、2000）111-113頁等がある。

(29) 本稿は筆者が東北大学大学院法学研究科に提出の博士論文（小出隼人「寄付の法的構成に関する一考察—日独における贈与法を出発点として—」東北大学大学院法学研究科（2019）1-168頁）を基礎とし、その一部を加筆修正して、日本民法典立法過程を中心に検討するものである。しかしながら、贈与の成立要件、負担付贈与における負担の内容等については判例・学説の議論を含めたより詳細な検討も必要であると考えられる。これらの検討については、別の機会に譲ることとしたい。

以上をふまえて、本稿では、日本民法典立法過程の議論から、民法549条の贈与がいかなる贈与を対象とするのか、民法553条の負担付贈与において「負担」とはいかなる内容を有するものなのかについて明らかにし、寄付を契約類型としての「贈与」として捉えることができるのか否かについて検討することとしたい。本稿の構成としては、最初に、旧民法典の立法過程から検討を始め、旧民法典における贈与、負担付贈与の規定およびこれに対する当時の注釈書等を参照していく(本稿目次Ⅱ)。次に、現行民法典の立法過程においては、主に法典調査会における審議を参照していき、旧民法典の検討と同様に、現行民法典制定直後から債権法改正(民法の一部を改正する法律：平成29年法律第44号)前の注釈書、基本書等の解説を中心に参照していくこととする(本稿目次Ⅲ)。そして最後に、債権法改正の議論⁽³⁰⁾も適宜参照しつつ、贈与、負担付贈与の意義、内容等について明らかにしていき、寄付が契約類型として「贈与」として捉えることができるのか否かについて検討し、今後の課題について述べることとする(本稿目次Ⅳ、Ⅴ)。

(30) 債権法改正(民法の一部を改正する法律(平成29年法律第44号(平成29年5月26日成立、同年6月2日公布、令和2年4月1日施行))により贈与(民法549条)も改正されたが、本稿では、債権法改正前の条文を前提に検討を行う(債権法改正前民法549条(贈与)：「贈与は当事者が自己の財産を無償で相手方に与える意思表示し、相手方が受諾することによって、その効力を生ずる」)。債権法改正前の民法549条については、文言上、贈与は「自己の財産」を無償で与えるものとしていたが、判例(最判昭和44年1月31日判タ232号(1969)106頁)が、他人の物を贈与する契約も有効であると解していたことから、同条の「自己の財産」は債権法改正によって「ある財産」と改められている(筒井健夫=村松秀樹『一問一答 民法(債権関係)改正』(商事法務、2018)264頁。松岡久和ほか編『改正債権法コンメンタール』(法律文化社、2020)690-695頁(森山浩江執筆担当部分)、我妻栄=有泉亨=清水誠=田山輝明『我妻・有泉コンメンタール民法—総則・物権・債権—[第8版]』(日本評論社、2022)1187-1195頁参照)。本稿において、債権法改正の議論については、適宜、民法(債権法)改正委員会の『詳解・債権法改正の基本方針Ⅳ各種の契約(1)』(前掲注・(6))、債権法改正後の基本書等を参照するが、法制審議会民法(債権関係)部会における議論状況等も踏まえたより詳細な検討については、別の機会に譲ることとした。

Ⅱ 旧民法典

一 旧民法典の立法過程

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

その後、1880年11月に「民法編纂会議」が開かれ、ポアソナードが民法編纂に参画し、同年6月には「民法編纂局」が設けられて、審議が進められている⁽³⁷⁾。1886年3月には「民法編纂局」が廃止され、司法省に民法草案編纂委員が置かれて起草作業が行われていき、1890年に「旧民法草案」が上奏された⁽³⁸⁾。そして、「旧民法草案」における贈与に関する規定は、第十一章（生者間ノ贈与）にみられる。1156条は「生存者間ノ贈与トハ贈与カ無償ニテ即對価ヲ受ケスシテ受諾スル受贈者ニ物權若ハ人權ヲ付與スルノ合意ヲ云フ…」と規定しており、1157条では、「贈与ハ單純ナルコト、有期

(31) 前田達明編『史料民法典』（成文堂、2004）2頁（前田達明執筆担当部分）（本文で述べる日本民法典の立法過程については、主に同書を参照している）。

(32) 前田編・前掲注（31）2-3頁（前田達明執筆担当部分）。

(33) 前田編・前掲注（31）222-224頁、247-248頁（前田達明・原田剛執筆担当部分）。

(34) 前田編・前掲注（31）449頁（前田達明・原田剛執筆担当部分）。「民法仮法則」の内容は、身分証書の部だけを含むのみであり、構成は次のとおりである。第一巻身分証書取立ニ付テノ要務、第二巻身分証書簿冊及ビ身分証書ヲ記載スル事、第三巻出生証書、第四巻婚姻証書、第五巻離縁証書、第六巻死去証書、第七巻身分証書改正及ヒ遺漏ヲ記入スル事、第八巻皇族身分証書、第九巻布告前ニ係ル身分証書ヲ取立ル事。前田編・前掲注（31）449-457頁（前田達明・原田剛執筆担当部分）。

(35) 前田編・前掲注（31）480頁（前田達明・原田剛執筆担当部分）。

(36) 前田編・前掲注（31）481頁（前田達明・原田剛執筆担当部分）。

(37) 前田編・前掲注（31）611頁（前田達明・姫野学郎執筆担当部分）。

(38) 前田編・前掲注（31）611-612頁（前田達明・姫野学郎執筆担当部分）。

ナルコト又ハ未必條件ニ係ルコトアルヘシ然レモ未必條件ハ停止ナルト解除ナルトヲ問ハス贈与者ノ純然タル任意ノモノタル可カラス但此規則ニ背クトキハ其贈与ハ無効トス…」と規定している⁽³⁹⁾。旧民法草案では、贈与は、無償で贈与者が受贈者に付与するものであり、受贈者の受諾、すなわち、両当事者の合意を要求している。また、贈与の方法については、単純なものから、有期、条件を付して行われることがわかる。「旧民法草案」の上奏にあたり、『再閱民法草案』や『再閱修正民法草案注釈』等の注釈書が出版されて、「旧民法典」が制定された⁽⁴⁰⁾。贈与の定義、贈与の種類に関わる条文は、「再閱民法草案」では、654条、655条に、「再閱修正民法草案」では、1156条、1157条に記載されており、各条文内容は「旧民法草案」と同様である。再閱民法草案、再閱修正民法草案では、贈与については、贈与の成立には、贈与者と受贈者の合意、意思の合致が必要であるということを定義していると解説され、贈与の方法については、単純な贈与以外にも期限、条件等を付して行われることが認められると解説されている。

二 旧民法典、旧民法典制定直後の解説

1. 旧民法典の制定

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

旧民法典における贈与の定義、負担付贈与の内容を確認できる条文は次のとおりである。349条は「贈与トハ当事者ノ一方カ無償ニテ他ノ一方ニ自己

(39) 前田編・前掲注(31)833-834頁。

(40) ボアソナード『再閱民法草案第37冊一第40冊』(第39冊)(国立国会図書館所収)239-252頁、ボアソナード『再閱修正民法草案注釈、第三編特定名義獲得ノ部上巻』(国立国会図書館所収)332-340頁等。

(41) 前田編・前掲注(31)942-945頁(前田達明・原田剛執筆担当部分)、1087-1089頁参照。

ノ財産ヲ移転スル要式ノ合意ヲ謂フ」と規定されている。贈与の方法についても規定されており、350条は、「贈与ハ単純、有期又ハ条件付ナルコト有り」、
「贈与ハ法律ノ認メタル原因アルニ非サレハ之ヲ廢罷スルコトヲ得ス」と規定している。負担付贈与については、363条が「贈与ハ合意ヲ無効ト爲ス普通ノ原因ノ外尚ホ贈与者ノ要約シタル条件ノ不履行ノ爲メ之ヲ廢罷スルコトヲ得」と規定している。

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

2. 旧民法典制定直後の解説

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

(1) 井上操『民法詳解』における解説⁽⁴²⁾

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

贈与は、無償であるべきであり、贈与者は、贈与によって何ら報酬を受けるものではなく、報酬を受ける場合、それは最早、贈与ではなく売買、交換等になるとする⁽⁴⁴⁾。また、贈与は、財産を移転することであり、そこでいう財産とは、譲渡の目的となるべき物を指すものであるとする⁽⁴⁵⁾。他人の

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

(43) 井上・前掲注(42) 303頁。

(44) 井上・前掲注(42) 303頁。

(45) 井上・前掲注(42) 306頁。

ために労力を費やすこと、物を保管する等の行為は贈与には当たらないとし、贈与は報酬を得ずして、財産を譲渡し自己の財産を減少するものであるという。そのほか、贈与は、一時の感情や他人の好意を誘うためになされることがあり、軽率な贈与は個人のみならずその家族を不幸に招く可能性があるとして法律に定めた方式によって行われるべきであるとする⁽⁴⁶⁾。

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

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

最後に、363条については、贈与を取消しするについての原則を定めたものであるとし、受贈者がその贈与中に包含したる負担を履行しない場合に、解除することができるとする⁽⁵¹⁾。そして、負担付贈与をいかなる基準によって判断するべきかについては、受贈者が贈与によって受ける利益と、負担する義務の程度、すなわち、受贈者が贈与によって受ける利益がその負担する義務を超過する場合、贈与とみなすべきであるという⁽⁵²⁾。

(46) 井上・前掲注(42) 308頁。

(47) 井上・前掲注(42) 310-316頁。

(48) 井上・前掲注(42) 310-311頁。

(49) 井上・前掲注(42) 311頁。

(50) 井上・前掲注(42) 313頁。

(51) 井上・前掲注(42) 386-388頁。

(52) 井上・前掲注(42) 388-389頁。

(2)磯部四郎『民法釈義』における解説⁽⁵³⁾

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

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

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

単純贈与は、贈与の合意によって成立し、直ちに贈与者から受贈者に贈与をして所有権が移転されるとする⁽⁵⁸⁾。有期の贈与は、移転の時期を定めて贈与を行う場合であり、不動産を何年後に贈与するというようなものを指すとする⁽⁵⁹⁾。条件付き贈与は、郵船到着したときは同船に積み入れている物を贈与する、秋季に豊作になれば米を贈与する等の条件をつけて贈与する場合であり、受贈者側において何らかの負担を付ける場合についても言及している⁽⁶⁰⁾。また、このような贈与がいかなる場合に取消することができるかは、

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

(54) 磯部・前掲注(53) 195頁。

(55) 磯部・前掲注(53) 196-197頁。

(56) 磯部・前掲注(53) 197頁。

(57) 磯部・前掲注(53) 204頁。

(58) 磯部・前掲注(53) 205頁。

(59) 磯部・前掲注(53) 205頁。

(60) 磯部・前掲注(53) 205頁。

贈与者の意思に反する結果を生じ、正当の原因がある場合になされなければならないとし、条件付きの贈与の場合、受贈者がその義務を履行しないときがこれにあたりと説明している⁽⁶¹⁾。

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

(3)井上正一『民法正義』における解説⁽⁶⁴⁾

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

(61) 磯部・前掲注(53) 206頁。

(62) 磯部・前掲注(53) 263頁。

(63) 磯部・前掲注(53) 264-265頁。

(64) 井上正一『民法正義 [明治23年] 財産取得編卷之參』(信山社、1995) 199-204頁、251-252頁。

(65) 井上・前掲注(64) 199-200頁。

(66) 井上・前掲注(64) 199-200頁。

(67) 井上・前掲注(64) 200頁。

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

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

Ⅲ 現行民法典立法過程、現行民法典施行後

1893年3月21日、政府は民商法典等修正のために内閣に法典調査会を設置すること、穂積陳重、富井政章、梅謙次郎を起草委員に、仁井田益太郎、仁保亀松、松波仁一郎を起草委員の補助委員として法典調査会書記に任命し、3人の起草委員を中心に民法典を編纂することを決定した⁽⁷¹⁾。起草方針は、編纂に関し、穂積陳重博士の意見によって、ローマ式編纂方法を廃して、ドイツ式編纂方法が採用され、ザクセン民法の編別に倣った。編別は、ドイツ方式であるが、起草は、フランス民法典のみを参照することなく、旧民法典を資料としつつも、問題となったわが国の伝統的慣習をよく精査し、一方においては世界各国の立法例、学説等を広く渉猟参考とした⁽⁷²⁾。

贈与の起草担当者は穂積陳重博士であり、法典調査会においては、民法草案548条（現行民法549条）が贈与の冒頭規定として提案されている。草案内における贈与位置は、第三編債権第二章契約の項目における典型契約の最初の契約類型に置かれていた。以下では、法典調査会における贈与、負担付贈与の議論を検討するにあたり、贈与の起草担当者であった穂積陳重博士

(68) 井上・前掲注(64) 202-203頁。

(69) 井上・前掲注(64) 251頁。

(70) 井上・前掲注(64) 251-252頁。

(71) 前田編・前掲注(31) 1116-1119頁（前田達明・原田剛執筆担当部分）。

(72) 前田編・前掲注(31) 1116-1119頁（前田達明・原田剛執筆担当部分）。

の見解を中心にみていき、他の委員の議論上の発言についても適宜取り上げることとする。

一 法典調査会における議論

1. 贈与

穂積委員は、各条文の審議に入る前に、冒頭で、法典内における贈与の位置について説明している。穂積委員は、贈与の法典内の位置に関しては、諸外国の立法例も多様であるとしながらも、贈与というものは、まず他人に利益を与えることについての契約であり、それゆえに各種の契約に贈与を置くものとする説明している⁽⁷³⁾。この点、ドイツ民法を参照しており、ドイツ民法では贈与は各種契約に置かれていると指摘している。また、穂積委員は、旧民法典350条については、削除する提案を行っている⁽⁷⁴⁾。その理由としては、贈与が法律行為の一つになった以上は、あえて贈与に単純、有期、条件付きで行われることを条文中であげる必要がないとするものであった。贈与が両当事者の合意、すなわち契約でなされるので、贈与者と受贈者間で何かしらの条件等をつけて行われることは当然のことであるという理解に基づくものであると思われる。

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

本条は、贈与の効力が生ずるときを定めたものであるとし、いつから贈与の効力が生ずるかは、無償行為において大切なことであるとする⁽⁷⁵⁾。そしてこれについて、本条は、それを受諾の時によりその効力を生ずるというこ

(73) 法務省大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会民法議事速記録(三)』(商事法務、1984)833-837頁。

(74) 法務省大臣官房司法法制調査部監修・前掲注(73)834頁。

(75) 法務省大臣官房司法法制調査部監修・前掲注(73)837-838頁。

とを提案しており、贈与の契約性を明らかにしているという⁽⁷⁶⁾。また、穂積委員は、諸外国の学説では、無償の労務の提供や債務の免除等が贈与と理解されているが、贈与を自己の財産により相手方に利益を与える契約であると説明している⁽⁷⁷⁾。

その後の本案に対する質疑では、土方寧委員から本案における「財産」とはどのようなものを指すのかという質疑が出されている⁽⁷⁸⁾。これに対して、穂積委員は、具体的には物質的権利において民法に認められているところの物権、債権の全部を含むと答弁している⁽⁷⁹⁾。

2. 負担付贈与

法典調査会において民法草案 553 条が負担付贈与にあたる。民法草案 553 条は、「負担付贈与ニ付テハ本節ノ規定ノ外双務契約ニ関スル規定ヲ適用ス」と提案されていた⁽⁸⁰⁾。民法草案 553 条について、穂積委員は以下のように説明している。

本条においては、双務契約に関する規定を基盤に当てて不都合はなく、第三者の利益のために契約を為すということも許すものであるとする⁽⁸¹⁾。そして、負担付贈与における負担の内容に関しては、他人に贈与をするときは、受贈者に対して贈与を汝にするから、汝はこういうことを第三者にしなければいけない、あるいは公益のためにこういうことをしなければいけない、贈与をするからして己にこういう利益を与えなければいけない、我が子にこういう利益を与えなければいけないというように、負担というものにいろいろな形があるとする⁽⁸²⁾。

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

(76) 法務省大臣官房司法法制調査部監修・前掲注 (73) 837-838 頁。

(77) 法務省大臣官房司法法制調査部監修・前掲注 (73) 837-838 頁。

(78) 法務省大臣官房司法法制調査部監修・前掲注 (73) 838 頁。

(79) 法務省大臣官房司法法制調査部監修・前掲注 (73) 838 頁。

(80) 法務省大臣官房司法法制調査部監修・前掲注 (73) 854-859 頁。

(81) 法務省大臣官房司法法制調査部監修・前掲注 (73) 854 頁。

(82) 法務省大臣官房司法法制調査部監修・前掲注 (73) 854 頁。

に区別されるのかといった質疑がなされた。例えば、横田國臣委員は、「これをお前にやるから銭をお前はよこせ」といえば、それは負担付贈与なのか、その場合と、売買や交換とどのように区別できるのか、というような質疑を行っている⁽⁸³⁾。その際に、横田委員は、負担付贈与は、贈与の目的物の使途について負担を設ける場合について言及していた⁽⁸⁴⁾。そのほか、梅謙次郎委員は、1万円の価値のあるものやる代わりに月々己れの息子に10円の学資をやってくれという場合、これを公債証書にすると年5分の利息が取れるが、これでは年1分2厘の利息になるので売買ではなく負担付贈与であるとするが、その状況によって当事者の意思を推測することにより負担付贈与における「負担」を判別することについて言及している⁽⁸⁵⁾。また、穂積委員は、負担付贈与における受贈者というものは、やはり自分に利益があると思ってそれを承諾すればこそ贈与を行うのであるとも発言されていた⁽⁸⁶⁾。

上記の説明を踏まえると、起草過程において、負担付贈与における「負担」の考え方については、贈与された利益の使用目的に限定しているわけではなく、受贈者が負う多様な負担を負担付贈与における負担と理解する立場であるように思われる⁽⁸⁷⁾。

二 現行民法典の制定

上記の民法草案は、主査委員会21回、委員総会14回および法典調査委員会123回の審議を経て、1895年12月30日に第12回整理会において全面的な整理を終了し、完全な各提案となった⁽⁸⁸⁾。そして、この草案は、1896年1月、政府によって第九回帝国議会に提出された。その後、民法修

(83) 法務省大臣官房司法法制調査部監修・前掲注(73)855頁、民法(債権法)改正検討委員会編・前掲注(6)212頁。

(84) 法務省大臣官房司法法制調査部監修・前掲注(73)855頁、民法(債権法)改正検討委員会編・前掲注(6)212頁。

(85) 法務省大臣官房司法法制調査部監修・前掲注(73)856頁、民法(債権法)改正検討委員会編・前掲注(6)212-213頁。

(86) 法務省大臣官房司法法制調査部監修・前掲注(73)858-859頁。

(87) 民法(債権法)改正検討委員会編・前掲注(6)213頁。

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

正案特別委員会の調査審議に付託された後、特別委員会の審議においておよそ二十数ヶ所の修正、追加、削除等が行われた⁽⁸⁹⁾。第九回帝国議会の民法審議では、贈与に関して特に修正は見られないものの、穂積委員は、549条に関しては次のように述べている。贈与は人民の日常の生活に沢山あるものであり、一定の方式を踏むことは不便であり、書面がなくとも贈与は法律上有効である。書面がない場合は、一方からこれを取消ことができることを定めたとして、これが日本の現状に適するとする⁽⁹⁰⁾。また、549条に関しては、贈与はいつでも勝手に取り消しができるのか、という質疑が出されているが、穂積委員は、書面でなされれば(550条)、贈与は守られるので、贈与は方式を踏めば保護されると回答している⁽⁹¹⁾。

このような審議を経て、最終的には、法典調査会提出の民法修正案三編723ヶ条は1ヶ条が追加(流質契約の禁止に関する349条)され、全条724ヶ条となっている。また、贈与について、『民法修正案(前三編)の理由書』では次のように説明されている⁽⁹²⁾。すなわち、民法549条については、贈与がその効力を生ずる原因を規定して、贈与の意義、その目的物の範囲を明らかにしたものであるとし、受諾により初めて効果が生じるとする。贈与の成立は特別の要式は必要ないが、その目的物の範囲は、自己の財産を無償にて相手方に与えるものである。贈与の範囲は、債務の免除、権利の放棄、事務管理、無償貸借、無償の労務給付その他無償にて担保を貸与するとき法律行為を包含しないとし、贈与者の財産に限定するとする。民法553条については、旧民法典363条の趣旨に基づき、贈与者は要約したる条件の不履行によって贈与を解除できるとする。

その後、本会議の第一、第二、第三会読会を通過し、貴族院でも同様に、第一、第二、第三読会を通過し、こうして民法三編は現行民法典として1896年4月27日に公布された。

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

(90) 広中俊雄編『第九回帝国議会の民法審議』(有斐閣、1986) 227頁。

(91) 広中編・前掲注(90) 227頁。

(92) 広中俊雄編『民法修正案(前三編)の理由書』(有斐閣、1987) 524-532頁。

三 現行民法典制定直後の解説

現行民法典が制定された後、立法者や立法補助者の手による現行民法の注釈書、基本書が出された。例えば、富井政章博士は、民法上の贈与には、三つの観念を含むとして、契約性、財産移転、無償性を挙げて説明している⁽⁹³⁾。以下では、現行民法典制定直後に出された注釈書、基本書における贈与(民法549条)、負担付贈与(民法553条)の解説をみていきたい。

1. 岡松参太郎『註釈民法理由下巻』における解説⁽⁹⁴⁾

岡松博士は、まず、贈与の成立要件については次の三つを述べている⁽⁹⁵⁾。一つ目は、当事者の一方の財産が減少し、一方の財産が増加することを要するとし、受贈者の財産が増加しなければ贈与ではなく、一方の財産が減少しなければならないとする。二つ目は、当事者の一方が無償にて自己の財産を他方に与えることを要するとし、当事者の一方が他方の財産を増加せしめる意思を持って自己の財産を無償にて他方に与えなければならないとする。三つ目は、相手方の受諾が必要であるとし、多数の贈与は明らかに契約に基づくものであるので、贈与は相手方の受諾を経て成立するものとする。

次に、岡松博士は、贈与には次のような態様があることを説明している。すなわち、条件付き贈与、期限付き贈与、負担付贈与、定期復帰贈与である⁽⁹⁶⁾。条件付き贈与は、停止条件または解除条件付き贈与があり、期限付き贈与は、効力を発生すべき時期を定めるものあるとされ、効力を失うべき時期もあるとする。負担付贈与は、贈与者は贈与をなすにあたり自己、第三者または受贈者の利益のため、受贈者をしてあるいは給付をなす責任を負担させる場合があるとして、この責任を負担と称する。ただし、負担が民法90条等の場合に該当すれば、無効となるとする。定期復帰贈与は、贈与者が、定期に金銭その他の財産を無償にて受贈者に給付することを約することであり、無期

(93) 富井政章『債権各論完』(信山社、1994) 226-234頁。

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

(95) 岡松・前掲注(94) 517-520頁。

(96) 岡松・前掲注(94) 521-523頁。

と有期があるとする。

最後に贈与（民法 549 条）、負担付贈与（民法 553 条）については次のように説明している⁽⁹⁷⁾。贈与（民法 549 条）の自己の財産とは、種類を問わず、数量を問わないとし、現在、将来の財産も問わないとする。また、条文における、無償とは、反対給付を受けず、義務を負うことがないことを意味するとする。そして、贈与の相手方は、受贈者であり、第三者に与えることは贈与ではないとする。その他、贈与は、現在の供与だけでなく、条件、期限を付することもでき、無償にて与える意思については、明示、黙示があり、受諾は、贈与者の寄贈を受ける意思の表示であると説明されている。

負担付贈与（民法 553 条）については、負担は対価ではなく、負担付贈与は有償契約ではないとする⁽⁹⁸⁾。負担とは、贈与者の利益のためになる場合、第三者の利益になる場合でも良いとされ、この場合、当事者双方が第三者の利益のためとすることにつき一致することを要する（民法 537 条）とする⁽⁹⁹⁾。また、負担は公益のためでも良いと説明されている。そして、負担付贈与における、贈与者の出捐と受贈者の利益については、贈与により受ける利益は、負担に比べて、大きくなることを要するとし、贈与の利益より負担が大きくなると贈与ではないという⁽¹⁰⁰⁾。

2. 松波仁一郎、仁保亀松、仁井田益太郎『帝国民法正解』における解説⁽¹⁰¹⁾

まず、贈与（民法 549 条）については、次のように説明されている。贈与は、贈与者が、対価を受けることなくして自己の財産を受贈者に授与し、この者は別に出捐をなさずして財産を受けることをいうとする⁽¹⁰²⁾。そして、当事者の一方が相手方の財産の増加せしめる目的をもって、自己の財産を無償にて相手方に授与する意思表示をして、相手方はこの目的を知り財産の授

(97) 岡松・前掲注 (94) 527-530 頁。

(98) 岡松・前掲注 (94) 540-541 頁。

(99) 岡松・前掲注 (94) 541 頁。

(100) 岡松・前掲注 (94) 541-542 頁。

(101) 松波仁一郎・仁保亀松・仁井田益太郎合著『帝国民法 [明治 29 年] 正解第六卷債権』（信山社、1997）915-925 頁、941-942 頁。

(102) 松波仁一郎・仁保亀松・仁井田益太郎合著・前掲注 (101) 915-920 頁。

与を受諾するのでないのであれば贈与ではないという⁽¹⁰³⁾。

次に、負担付贈与(民法553条)については、贈与者は贈与の本来の義務を負担すると同時に、受贈者もまた贈与を受けるにつき引き受けたる負担の限度において義務を負担するのであれば、双務契約の規定を準用することは妥当であるとする⁽¹⁰⁴⁾。

3. 梅謙次郎『民法要義』における解説⁽¹⁰⁵⁾

梅博士は、贈与(民法549条)、負担付贈与(民法553条)について次のように説明している。贈与(民法549条)は、贈与の定義を定めた条文であり、要式契約は、贈与を妨げることが多いとして、諾成契約を採用したとする⁽¹⁰⁶⁾。そして、贈与は、当事者の一方が自己の財産を無償にて相手方に与えることであり、自己の労力を他人に与えること等は贈与ではないとする。負担付贈与(民法553条)は、負担付贈与の性質を定めるものであるとし、負担付贈与の性質には議論があるが、本条においては、本節の規定のほか、双務契約の規定を準用することを明言しているという⁽¹⁰⁷⁾。

4. 横田秀雄『債権各論』における解説⁽¹⁰⁸⁾

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

まず、贈与の意義、範囲については、贈与は一方において贈与者の資産を減少し、受贈者の資産を増殖するものにして、贈与者の資産を脱したる財産は受贈者の資産中に入り、これを増加する作用をなすものであるとする⁽¹⁰⁹⁾。

(103) 松波仁一郎・仁保亀松・仁井田益太郎合著・前掲注(101)918-919頁。

(104) 松波仁一郎・仁保亀松・仁井田益太郎合著・前掲注(101)941-942頁。

(105) 梅謙次郎『民法要義巻之三債権編』(有斐閣、1984)462-464頁、470-471頁。

(106) 梅・前掲注(105)462-464頁。

(107) 梅・前掲注(105)470-471頁。

(108) 横田秀雄『債権各論』(清水書店、1912)218-240頁。そのほか、鳩山秀夫『日本債権法各論上』(岩波書店、1918)265頁以下も参照。

そして、財産とは資産を組成する物、動産、不動産その他一切の財産権を意味するという⁽¹¹⁰⁾。また、横田博士は、贈与者の財産を減少することを必要とするとする。例えば、労務の無償提供や土地その他の物件を使用させることは贈与ではなく、当事者の一方の資産を脱したる財産がそのまま相手方の資産中に入り増加することが贈与の成立要件であるという⁽¹¹¹⁾。この性質がなければ贈与ではなく、贈与には、利益の交換がなく、無償で、単純に行われることが必要であるとする。

次に、贈与の種類については次のように説明している。横田博士は、岡松博士と同様に、単純贈与、条件付き贈与、期限付き贈与、定期回帰的贈与、負担付贈与等を挙げている⁽¹¹²⁾。負担付贈与に関しては、例として、甲が乙に一万円やると同時に、乙はその半額を恤兵部に寄付することを約せしめる場合、その一万を持って負債償却の資に充つることを約せしめる場合等が挙げられている⁽¹¹³⁾。そして、負担には受贈者を拘束すべき性質がなければならず、その負担が純然たる道徳上の関係なるときは注意が必要であり、それは単純贈与であるとする⁽¹¹⁴⁾。

最後に、贈与者の義務について述べている。贈与は物権の設定を目的とする場合、物権のその他の財産権の移転を目的とする場合、売買等と同じく債権債務関係が発生しており、贈与者は受贈者に対して贈与の目的たる財産を移転する義務を負うとする⁽¹¹⁵⁾。

5. 末弘巖太郎『債権各論』における解説⁽¹¹⁶⁾

末弘博士は、贈与（民法 549 条）については、上記の注釈書、基本書と

(109) 横田・前掲注 (108) 222 頁。

(110) 横田・前掲注 (108) 222 頁。

(111) 横田・前掲注 (108) 224-226 頁。

(112) 横田・前掲注 (108) 227-229 頁。そのほか、村上恭一博士も同様に述べている（村上恭一『債権各論』（巖松堂書店、1921）188 頁以下）。

(113) 横田・前掲注 (108) 230 頁。

(114) 横田・前掲注 (108) 230 頁。

(115) 横田・前掲注 (108) 233 頁以下。

(116) 末弘巖太郎『債権各論』（有斐閣、1918）328 頁以下。

同様の説明をしているが、特に負担付贈与については詳細に解説しているので以下でみていきたい。

まず、末弘博士は、負担付贈与の「負担」の内容に関して、何ら規定がない点に疑問の余地があるとする⁽¹¹⁷⁾。強行法規、公序良俗に反しない限り、負担の目的を妨げないとするが、それでは、財産的価値がない給付、負担の目的は認められるのかという疑問を呈している⁽¹¹⁸⁾。非財産的価値給付の場合でも、そのために費用を要するものがあれば、その費用額を持って負担の限度というべきであり、実際上なら費用をも要しないものについては、贈与者の責任を加重する理由が少しも存在しないがゆえに、双務契約の適用はないとする⁽¹¹⁹⁾。

次に、末弘博士は、「負担」は何人の利益を目的とすることを要するか、と述べ、「負担」の内容たる事項は、贈与者自身の利益に帰するのが通例であるとするが⁽¹²⁰⁾、受贈者自身あるいは特定の第三者、一般公衆の利益に帰すべき事項もあるという⁽¹²¹⁾。そして、第三者のために設定した負担といえどもこれに対する請求権の特約がない場合、贈与者自身がこれを有するとする。

最後に、負担と条件との差異についても述べている。負担は停止条件と類似するものであるが、停止条件は法律行為の効力発生を停止するものであり、負担は、少しもこの効力がないから別個の観念であるとする⁽¹²²⁾。

6. 中村萬吉『債権法各論上巻』における解説⁽¹²³⁾

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

(117) 末弘・前掲注(116) 332頁。

(118) 末弘・前掲注(116) 332頁。

(119) 末弘・前掲注(116) 333頁。

(120) 末弘・前掲注(116) 335頁。

(121) 末弘・前掲注(116) 335頁。

(122) 末弘・前掲注(116) 336頁。

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

中村博士は、贈与の本体は一つの出捐であるとした上で、負担付贈与については、負担とは出捐行為の附款であって、出捐受領者にある債務を負担させることであり、負担は贈与の価格よりも客観的に小さくならなければならないとする⁽¹²⁴⁾。また、負担は、双務契約における対価の意味はなく、故に無償性を欠くものではないとする。

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

拡張中の母校への100万円を寄贈することと、母校の拡張をなすために100万円をやることを例に挙げており、これは、ほとんど区別がつかないものの、当事者の意思が、受贈者の財産増加を主たる目的とし、ただその従としてある義務を負わせる場合は負担付贈与と解すべきであるとする⁽¹²⁵⁾。

これに対して、義務を負わせるため、または負わせた義務を履行させる手段として財産を供与するにある時は、指定的供与と見るのが正当であるとする⁽¹²⁶⁾。なお、負担は、通常供与財産そのものの滅殺、制限を意味するがこれにとどまらないとし、その財産と関係ない給付をなしても良いとする⁽¹²⁷⁾。その給付は財産上の価額を有しなればならず、負担の履行は贈与者に対してだけでなく、第三者でも良いという⁽¹²⁸⁾。これに対して、受贈者自らのために給付をなすべき場合は、負担でなく、希望に過ぎないと解すべきであろうとする。

四 現行民法典施行後

上記では、現行民法典直後の注釈書、基本書を参照して、贈与（民法549条）、負担付贈与（民法553条）についてみてきたが、以下では、近時の注釈書、基本書を参照し、これまでの贈与、負担付贈与の一般的な理解について確認することとしたい⁽¹²⁹⁾。

(124) 中村・前掲注(123) 141-142頁。

(125) 中村・前掲注(123) 142頁。

(126) 中村・前掲注(123) 142頁。

(127) 中村・前掲注(123) 142-143頁。

(128) 中村・前掲注(123) 143頁。

1. 贈与(民法549条)

債権法改正前の民法549条は、「贈与は、当事者の一方が自己の財産を無償で相手方に与える意思表示を表示し、相手方が受諾をすることによって、その効力を生ずる」と規定されていた⁽¹³⁰⁾。一般的に贈与は、贈与者が自己の財産を無償にて受贈者に与えることを内容とするような無償の財産的出捐を目的とする契約であり、片務、諾成、無償契約と理解されてきた⁽¹³¹⁾。以下では、民法549条からうかがえる贈与の意義やその性質についてみていくこととしたい。

(1) 贈与者の財産の出捐と受贈者の利得

まず、民法549条において、自己の財産を受贈者に与えるということは、贈与者の財産の実体を減少させることによって受贈者に財産的利益を与える行為であると理解されている⁽¹³²⁾。このように、贈与は、自己の財産の実体が減少しなければ、贈与といわれず、労務の無償給付や物の無償使用の許与は、贈与とはならないと理解されている⁽¹³³⁾。しかし、贈与者の財産の実体の減少がある限り、既存の物または権利の譲渡に限られることなく、債務の

(129) 前述のとおり、債権法改正(民法の一部を改正する法律(平成29年法律第44号(平成29年5月26日成立、同年6月2日公布、令和2年4月1日施行))により贈与(549条)の条文は改正されたが、本稿では、債権法改正前の条文を前提に検討を行う(債権法改正前民法549条:「贈与は当事者が自己の財産を無償で相手方に与える意思表示を表示し、相手方が受諾することによって、その効力を生ずる」)。また、適宜、民法(債権法)改正検討委員会が2009年3月末にとりまとめた最終報告書(民法(債権法)改正検討委員会編・前掲注・(6))も参照していくこととしたい。

(130) 松岡ほか編・前掲注(30)692頁(森山浩江執筆担当部分)、我妻栄=有泉亭=清水誠=田山輝明・前掲注(30)1187頁参照。

(131) 永田菊一郎『新民法要義第三巻下 債権各論』(テイハン、1978)98-101頁、鈴木禄弥『債権法講義三訂版』(創文社、1995)321-322頁、我妻・前掲注(8)224頁等参照。なお、民法(債権法)改正検討委員会においても、民法549条については、通説と同様の立場に立ち、財産を無償の財産移転型契約と理解して、贈与の定義については、権利の移転を目的とする無償契約であるとする(民法(債権法)改正検討委員会編・前掲注(6)148頁以下参照)。

(132) 柚木=高木編・前掲注(12)19頁(柚木馨・松川正毅執筆担当部分)。我妻・前掲注(8)223頁、永田・前掲注(131)100頁等参照。

(133) 柚木=高木編・前掲注(12)19-20頁(柚木馨・松川正毅執筆担当部分)、そのほか三宅正男『契約法各論上巻』(青林書院新社、1983)6頁参照。

免除や、用益物権の設定やその放棄も贈与の内容となり得るといわれる⁽¹³⁴⁾。また、贈与は、贈与者の自己の財産を受贈者へ与えることから、贈与者は約束どおりその給付義務を履行しなければならないとされる⁽¹³⁵⁾。特に、財産権を移転すべき場合には、その対抗要件（登記、引渡、通知等）の具備に協力し、占有を伴う財産権にあっては、その占有を移転し、他人の財産の贈与では、自らこの財産を取得して受贈者にこれを移転しなければならないとする⁽¹³⁶⁾。

次に、他人に属する財産の贈与も有効であるとされる。これについては、債権法改正前の民法 549 条は、「自己」に属する財産の譲渡を要求するような表現をしているものの、他人の財産を譲渡する債務を負担することは、自己の財産の実体を減少させることであるから、これを他の贈与と区別する理由はなく、売買におけるような明文の規定（民法 561 条）もないので、他人物の贈与を有効とみなすべきであるとする⁽¹³⁷⁾。判例においても、大審院（大判明治 38 年 12 月 14 日民録 11 輯 1742 頁）では、第三者所有の財産の贈与は、「贈与者カ他日之ヲ取得シ自己ノ財産トナリタルトキ」を条件とする場合にのみこれを認めており、その後、最高裁（最終昭和 44 年 1 月 31 年判タ 232 号 106 頁）では、他人の物の贈与の契約性を認め、贈与者が、所有権を所得すると同時に、目的物の所有権は受贈者に移転すると判示している⁽¹³⁸⁾。

最後に、贈与者の財産の出捐は、贈与者の財産が減少し、受贈者に財産的利益がなければ贈与ではないとされる⁽¹³⁹⁾。例えば、次の場合は贈与に属さ

(134) 柚木＝高木編・前掲注（12）20 頁（柚木馨・松川正毅執筆担当部分）、三宅・前掲注（133）5 頁。

(135) 柚木＝高木編・前掲注（12）29-30 頁（柚木馨・松川正毅執筆担当部分）。石田穰『民法 V（契約法）』（青林書院新社、1982）109 頁、永田・前掲注（131）100-101 頁等参照。

(136) 柚木＝高木編・前掲注（12）30 頁（柚木馨・松川正毅執筆担当部分）。星野英一『民法概論Ⅳ（契約）』（良書普及会、1975、1976）105 頁参照。

(137) 柚木＝高木編・前掲注（12）20 頁（柚木馨・松川正毅執筆担当部分）。民法 549 条は債権法改正により「自己の財産」から「ある財産」に文言が改められている（簡井＝村松・前掲注（30）264 頁）。

(138) 柚木＝高木編・前掲注（12）20-21 頁（柚木馨・松川正毅執筆担当部分）。

(139) 柚木＝高木編・前掲注（12）22 頁（柚木馨・松川正毅執筆担当部分）。

ないと理解される⁽¹⁴⁰⁾。給付によって、債務が弁済される場合は、受領者によって債権を喪失し、従ってその財産状態は少なくとも計算的には変更を受けないので贈与ではなく、給付によって受領者に返還義務を生じさせる場合も贈与とはならないといわれる。また(特に、無利息消費貸借の場合)、既存の債権の担保も、これによって他人の債権が強化されるにとどまって、新たな財産的価値が出捐されるわけではないから、贈与ではないと理解されている。そして、労務の無償給付や、物の無償使用の許与が贈与とはならないことは、前述したが、これは、さらに受贈者に財産の増加がないからであると説明されている⁽¹⁴¹⁾。

(2)無償性

民法549条では、財産出捐が「無償」でなされることを要求している。ここでいう、無償というのは主観的な観念であって、両当事者の合意によって財産出捐が対価を伴わないものと理解されている⁽¹⁴²⁾。これは、利他的な動機を伴うと限らず、対価的、利己的な動機によることもあるが、「法律はこれらの動機を切り離し、契約の内容が無償である場合に、これを贈与と認めた⁽¹⁴³⁾」とされる。

贈与は、無償行為、無償契約と一般的に位置付けることができるが、法律行為の分類として、有償行為とは、財産の出捐を目的とする行為のうち対価のあるものであり、無償行為とは、対価のないものとされ⁽¹⁴⁴⁾、有償契約と無償契約の区別は、当事者が互いに対価的な意義を有する出捐をすると認めているか否か、すなわち、経済的な対価、反対給付の有無によると理解されている⁽¹⁴⁵⁾。ここでいう対価的意義を有する場合は、「どのような給付を

(140) 柚木=高木編・前掲注(12)22頁(柚木馨・松川正毅執筆担当部分)。

(141) 柚木=高木編・前掲注(12)22-23頁(柚木馨・松川正毅執筆担当部分)。

(142) 柚木=高木編・前掲注(12)23頁(柚木馨・松川正毅執筆担当部分)。我妻・前掲注(8)224頁、小島奈津子『贈与契約の類型化』(信山社、2004)201頁参照。

(143) 我妻・前掲注(8)221頁。そのほか、内田貴『民法Ⅱ[第3版]債権各論』(東京大学出版会、2011)167頁、星野・前掲注(136)101頁、小島・前掲注(142)201頁参照。

(144) 小島・前掲注(142)201頁。我妻栄『新訂民法総則』(岩波書店、1965)247頁参照。

受け取るからこちらも給付する、それをもらえなければ、こちらも給付しない、といった関係⁽¹⁴⁶⁾」にある場合であるといわれる。

しかし、贈与自体は、「無償の形をとっているが、実際は相手からかつて受けた利益に答えたり、将来受けることを期待している利益の呼び水としてなされることが多い⁽¹⁴⁷⁾」とされ、好意によるほか、扶養や相続、家族間の財産移転や遺産分割の一環、「共同体内部の義理、恩などから生ずる義務の履行と観念されること⁽¹⁴⁸⁾」が多いとされている。

(3) 契約性

贈与は、贈与者と受贈者間の契約であって、この点で、単独たる遺贈と区別され⁽¹⁴⁹⁾、諸外国も、贈与を契約とするのは、何人も他人から自己の意に反して自己の願いもしない財産的利益の享受を強要されるべきではないという趣旨にあるといわれている⁽¹⁵⁰⁾。

また、贈与契約の当事者は、原則として、契約当時生存していなければならないが、将来生まれる子に対する贈与や、死者に対する贈与は、彼らに権利能力がないため効力を生じないとされる⁽¹⁵¹⁾。

2. 負担付贈与（民法 553 条）

債権法改正前、改正後において民法 553 条に文言上の変更はなく「負担付贈与については、この節に定めるもののほか、その性質に反しない限り、

(145) 小島・前掲注 (142) 202 頁。星野・前掲注 (136) 20 頁、内田・前掲注 (143) 19-20 頁、165 頁等参照。

(146) 星野英一博士は、このように述べるも、限界線上の事例においては、必ずしも明らかではない場合があるとする（星野・前掲注 (136) 20 頁。柚木＝高木編・前掲注 (12) 23 頁以下も同旨（柚木馨・松川正毅執筆担当部分）。小島・前掲注 (142) 202 頁、265 頁参照）。

(147) 星野・前掲注 (136) 101 頁。小島・前掲注 (142) 201 頁参照。

(148) 内田・前掲注 (143) 167 頁。小島・前掲注 (142) 201 頁参照。

(149) 柚木＝高木編・前掲注 (12) 26 頁（柚木馨・松川正毅執筆担当部分）。

(150) 柚木＝高木編・前掲注 (12) 26 頁（柚木馨・松川正毅執筆担当部分）。

(151) ただし、特段の事情、すなわち、契約の解釈により、期限または条件付き、または例えば、香典等と解し得る場合には、有効となり得る場合があるとする（死者に対する贈与については、東京地判昭和 61 年 3 月 31 日判タ 631 号 182 頁参照（柚木＝高木編・前掲注 (12) 26 頁（柚木馨・松川正毅執筆担当部分））。

双務契約に関する規定を準用する」と規定されている⁽¹⁵²⁾。負担付贈与とは、受贈者が一定の給付をする債務を負担する贈与である。通常の贈与が単純な典型的片務かつ無償の契約であるのに対して、負担付贈与は、受贈者が何らかの給付義務を負担している点で、特殊贈与と呼ばれる⁽¹⁵³⁾。以下では、負担付贈与の意義や、性質、負担の内容等についてみていきたい。

(1)負担付贈与の意義、性質

負担付贈与は、片務契約であり、負担の付加により受贈者は一定の給付義務を負担するに至るが、それは贈与に伴う債務に対して対価の意味を有するものではないと説明される⁽¹⁵⁴⁾。なぜなら、贈与者の財産授与行為は単に附款によって表示された目的指定行為を伴うだけのことであって、決して負担の履行を主たる債務に対する対価としての観念において付加したるものではないからである⁽¹⁵⁵⁾。また、負担付贈与は、無償契約であるとも説明される。それは、受贈者は、出捐をするが、それは結果的には、指定行為の履行たる域を出るものではなく、負担付贈与といえども通常の贈与と同様に、贈与者の受贈者に対する加恵行為たる本質を失っていないからである⁽¹⁵⁶⁾。

このように負担付贈与は、片務、無償契約であるとしつつも、贈与者の出捐に対して、受贈者には何らかの負担を負うものである。では、負担付贈与において、それが負担といえるためには、負担と贈与された利益との間がいかなる関係に立つのか、売買や交換と負担付贈与はどのように異なるのであろうか。これについては、負担付贈与を片務かつ無償の契約として把握し、その限りにおいて通常の贈与としての性格を失わないとするのであれば、負担の価格よりも贈与の目的物の価格が上回らなければならないことが要求され

(152) 民法553条の文言上の改正はないが、本条により準用される「双務契約に関する規定」には改正があることに注意する必要がある(松岡ほか編・前掲注(30)690頁(森山浩江執筆担当部分))。

(153) 倉田彰士「負担付贈与・混合贈与・報酬的贈与」契約法大系刊行委員会編『契約法大系Ⅱ贈与・売買』(有斐閣、1962)34-35頁、永田・前掲注(131)103頁。

(154) 倉田・前掲注(153)35頁。

(155) 倉田・前掲注(153)35-36頁。

(156) 倉田・前掲注(153)36頁。

る⁽¹⁵⁷⁾。すなわち、負担付贈与の負担は、当然の前提として、贈与の価値を下回らなければならない。理由としては、もし負担の価格が贈与の価格と同等またはそれ以上であるときは⁽¹⁵⁸⁾、もはや贈与と本来の加恵行為たる本質を失い、受贈者に何らの財産的利益を取得させることがないからであるというのが一般的な見解である⁽¹⁵⁹⁾。

さらに、民法（債権法）改正検討委員会では、負担付贈与において、贈与によって受贈者が受ける利益と、受贈者の負う負担の価額との間に当事者にとっての主観的な均衡が欠けていることが前提となるとし、これに対して、贈与者の財産権移転義務と受贈者の負担の間に、当事者の主観において対価的均衡が存在する場合には、それは贈与ではなく、受贈者の負担が金銭の支払であれば売買、財産権の移転であれば交換、役務の提供であれば、その役務の内容・性質によって性質決定されるとする⁽¹⁶⁰⁾。また、贈与によって受贈者が受ける利益の価額と受贈者の負う負担の価額との間に対価的均衡が存在しないことは、当事者の主観を基準として判断されるので、客観的な価額において、負担が贈与を下回るかどうかが決定的な基準となるわけではないとし、客観的にみて受贈者の受ける利益が負担を下回っている場合であっても、それによりただちに負担付贈与であることが否定されるものではないとする⁽¹⁶¹⁾。

(2)負担付贈与における「負担」の範囲（条件との区別、負担の内容等）

負担付贈与における負担は、受贈者に給付の債務を負わせるものであるが、

(157) 柚木＝高木編・前掲注(12) 61頁（柚木馨・松川正毅執筆担当部分）、永田・前掲注(131) 104頁、倉田・前掲注(153) 36頁。

(158) 柚木＝高木編・前掲注(12) 62頁（柚木馨・松川正毅執筆担当部分）。

(159) 倉田・前掲注(153) 36頁。民法（債権法）改正検討委員会編・前掲注(6) 213-214頁。

(160) 民法（債権法）改正検討委員会編・前掲注(6) 213-214頁。

(161) 民法（債権法）改正検討委員会編・前掲注(6) 213-214頁。また、永田博士は、贈与は無償で財産を与えることを目的とする契約であるが、無償とは、対価のないこと、即ち、受贈者から対価足るべき財産的利益を受けることなく、財産的利益を与えることだとした上で、対価たるや否やは当事者の意思により決すべきであって、客観的に決すべきではなく、且つ、負担は対価ではないとする（永田・前掲注(131) 99頁）。

当事者が贈与の目的たる財産の使用方法等に関して一定の約束をした場合でも、法律上の債務的効力をこれに与える意思がないときは、負担とはならないとされる⁽¹⁶²⁾。以下では、負担付贈与の負担の範囲について、条件との区別、負担の内容に関してみていくこととしたい。

①負担付贈与における負担と条件の区別

負担付贈与における負担については、特に、負担と条件との区別が問題となるといわれている⁽¹⁶³⁾。負担付贈与であれば、負担の不履行による解除があるまでは有効であり、効力を失わない。一方で、条件付きの贈与であれば、条件成就により効力が生じ、あるいは消滅する。このように、負担付贈与と条件付贈与とは、効果の面で異なっており、両者の区別をどのように考えるか問題となる⁽¹⁶⁴⁾。これについては、一般的には、負担付贈与とは、受贈者が一定の給付をする債務を負う贈与であるという定義に従うが、その意味するところを条件と対比させ次のように理解されている⁽¹⁶⁵⁾。すなわち、負担とは、贈与者が受贈者に課する拘束性のある債務であり、拘束性のある債務とする合意が当事者にあれば、それは負担となり、このような意思が認定できなければ、それは条件であるとされている⁽¹⁶⁶⁾。そして、負担と条件との区別は、当事者の意思解釈の問題となると理解されているようである⁽¹⁶⁷⁾。

しかし、判例では、明確な理論に基づき、負担と条件を区別してないようである⁽¹⁶⁸⁾。例えば、最高裁は、土地および温泉使用权を陸軍傷病兵療養所のための敷地および鉱泉として陸軍省に寄付するにあたり、この寄付は、陸軍において将来この用途を廃止した場合には無償で返還する旨の特約付でな

(162) 柚木=高木編・前掲注(12)57頁(柚木馨・松川正毅執筆担当部分)、倉田・前掲注(153)39頁。

(163) 柚木=高木編・前掲注(12)58頁(柚木馨・松川正毅執筆担当部分)。

(164) 柚木=高木編・前掲注(12)58頁(柚木馨・松川正毅執筆担当部分)。

(165) 柚木=高木編・前掲注(12)58頁(柚木馨・松川正毅執筆担当部分)。

(166) 松川正毅『遺言意思の研究』(成文堂、1983)142-144頁。

(167) 柚木=高木編・前掲注(12)58頁(柚木馨・松川正毅執筆担当部分)。

(168) 判例については、柚木=高木編・前掲注(12)58頁以下(柚木馨・松川正毅執筆担当部分)、加藤永一「贈与」民法総合判例研究刊行会編『叢書民法総合判例研究58-2』(一粒社、1982)67頁以下、松川・前掲注(166)144-164頁参照。

され場合、条件の成就により返還を認めている（最判昭和35年10月4日民集14巻12号2395頁）。これについては、債務とする合意に達していると認定できる以上、条件と解するよりも負担と解すべきであるとの見解がある⁽¹⁶⁹⁾。また、最高裁は、老齢に達した養母を扶養し、円満な養親子関係を維持し、同人から受けた恩愛に背かないことを、贈与に伴う受贈者の義務とする負担付贈与契約であると認定した原審の判断を支持しており（最判昭和53年2月17日判タ360号143頁）、贈与に際し、扶養することが（黙示的でも）明示的に債務として合意されていれば、負担と認めている⁽¹⁷⁰⁾。

このように、負担と条件の区別の基準については、判例では必ずしも明確に示されていると限らないが、前述のように、負担は、債務とする合意を前提とするべきであり、この範囲のものが負担付贈与の範疇に該当するという見解が通説である⁽¹⁷¹⁾。

②負担付贈与における負担の内容

負担付贈与における負担の内容については、負担によって贈与者自身が負担の利益を受けることが一般的であるといわれる⁽¹⁷²⁾。例えば、家屋を贈与してその一室を自己に無償で利用させる義務を受贈者に負わせる等が考えられる。この場合、贈与者自身が負担の履行を請求する権利を有する。そのほか、第三者を負担の受益者とすることも認められている⁽¹⁷³⁾。また、不動産を贈与して、その収益の一部を定期的に自己の孫に送金させる場合等も考えられる。この場合、第三者が自ら負担の履行を請求する権利を有するか否かは、第三者のためにする契約が締結されているかどうかによって決まるといわれ、このように負担の受益者が第三者である場合、贈与契約を原則として第三者のためにする契約として理解するのであれば、受益者たる第三者は履

(169) 柚木=高木編・前掲注(12)60頁(柚木馨・松川正毅執筆担当部分)。

(170) 柚木=高木編・前掲注(12)59頁(柚木馨・松川正毅執筆担当部分)。

(171) 柚木=高木編・前掲注(12)61頁(柚木馨・松川正毅執筆担当部分)。

(172) 柚木=高木編・前掲注(12)63頁(柚木馨・松川正毅執筆担当部分)。

(173) 柚木=高木編・前掲注(12)63頁(柚木馨・松川正毅執筆担当部分)、永田・前掲注(131)104頁。森泉・前掲注(15)260頁も参照。

行請求権を有すると考えられる⁽¹⁷⁴⁾。

また、民法(債権法)改正検討委員会では、負担付贈与の内容については、負担が贈与者の債務と対価関係ないことを表す意味で、受贈者の債務を「負担」と表現することとし、負担の内容を広く解することを前提として、負担の内容については定義規定を設けることを提案していない⁽¹⁷⁵⁾。そして、民法(債権法)改正検討委員会では、負担の内容には様々なものがありうるとして、次のような例を挙げている⁽¹⁷⁶⁾。Aが、Bにリゾートマンションを贈与した際、Bが、毎年正月にAをそのリゾートマンションに連れていくという負担を負うという場合のように、役務の提供を負担とするものや、奨学金の原資として一定の金銭がある団体に寄付され、受贈者である団体が、贈与者の名前を奨学金の名称に付す負担を負う場合である。その他、目的物の使用方法の制限も負担となり得るとし、受贈者の負う負担の一つの典型は、慈善団体に対する寄付等における、贈与された財産権の用途に関する制限であるとする。

さらに、民法(債権法)改正検討委員会では、目的物の用途制限は、受贈者が贈与の目的物そのものに関して贈与者に負担を負う点で、他の例とは少しその内容が異なるとして、目的物に関する用途制限も負担となりうることを明らかにするため、条文上その旨を規定することも考えられないわけではないとする⁽¹⁷⁷⁾。しかし、用途制限の場合も、そうでない場合と同様に、受贈者の義務の内容、贈与者の債務との関係等が問題となるのであり、目的物の用途制限も負担なりうることを示す以外に、特に負担の内容について規定を設ける意味はないという⁽¹⁷⁸⁾。このように、民法(債権法)改正検討委員会においては、負担付贈与における負担の内容、範囲を広く解するという姿勢がうかがわれる⁽¹⁷⁹⁾。

(174) 柚木=高木編・前掲注(12)68頁(柚木馨・松川正毅執筆担当部分)。

(175) 民法(債権法)改正検討委員会編・前掲注(6)214-215頁。

(176) 民法(債権法)改正検討委員会編・前掲注(6)214頁。

(177) 民法(債権法)改正検討委員会編・前掲注(6)214頁。

(178) 民法(債権法)改正検討委員会編・前掲注(6)214頁。

(179) 民法(債権法)改正検討委員会編・前掲注(6)214-215頁。

IV 検討

一 旧民法典、現行民法典立法過程からみる贈与、負担付贈与の性質

1. 旧民法典

旧民法典の立法過程において、贈与は、「旧民法草案」において提案されており、そこでは、1156条が、「生存者間ノ贈与トハ贈与カ無償ニテ即對価ヲ受スシテ受諾スル受贈者ニ物權若ハ人權ヲ付興スルノ合意ヲ云フ…」と、1157条では、「贈与ハ單純ナルコト、有期ナルコト又ハ未必條件ニ係ルコトアルヘシ然レモ未必條件ハ停止ナルト解除ナルトヲ問ハス贈与者ノ純然タル任意ノモノタル可カラス但此規則ニ背クトキハ其贈与ハ無効トス…」と規定していた⁽¹⁸⁰⁾。1156条は、贈与は、無償で対価をなくして贈与者が受贈者に付与するものであり、受贈者の受諾、すなわち、両当事者の合意を要求した条文案となっている。その後には制定された、旧民法典においては、贈与は、349条で「贈与トハ当事者ノ一方カ無償ニテ他ノ一方ニ自己ノ財産ヲ移転スル要式ノ合意ヲ謂フ」と規定され、贈与の方法については、350条は、「贈与ハ單純、有期又ハ條件付ナルコト有り」、「贈与ハ法律ノ認メタル原因アルニ非サレハ之ヲ廢罷スルコトヲ得ス」と規定している。また、負担付贈与は、363条において「贈与ハ合意ヲ無効ト爲ス普通ノ原因ノ外尚ホ贈与者ノ要約シタル條件ノ不履行ノ爲メ之ヲ廢罷スルコトヲ得」と規定されていた⁽¹⁸¹⁾。

旧民法典の贈与、負担付贈与について、旧民法典直後の注釈書の解説⁽¹⁸²⁾では、いずれも、贈与は、当事者双方の意思の合致が必要であり、この合意は、無償でなければならず、無償とは、贈与者は出捐をなすことによって利益を受けることなく、その出捐によって受贈者が利益を受けることであると理解されていた。負担付贈与は、受贈者がその贈与中に包含したる負担を履行しない場合に、解除することができると解説されており、贈与の負担の内容については、受贈者が贈与を得るために贈与者または第三者に対して義務を負

(180) 本稿目次Ⅱの一参照。

(181) 本稿目次Ⅱの二参照。

(182) 井上(操)・前掲注(42) 303-316頁、386-392頁。磯部・前掲注(53) 195-207頁、263-268頁。井上(正一)・前掲注(64) 199-204頁、251-252頁等を参照。

う場合があるとし、受贈者の負担は、受贈者の取得する利益と負担する義務との軽重を比較して、その利益が負担を超えるものであれば、贈与となるとされていた。このように受贈者の負担については、一定の基準を設けるものの、贈与者以外にも、第三者のために何らかの負担を負うことが認められており、その内容設定についてはある程度柔軟に設定できると思われる。さらに、期限や条件等を付して贈与を行うことも可能であると認められていた。

2. 現行民法典立法過程

現行民法典立法過程において、主に贈与、負担付贈与が審議されたのは法典調査会であった⁽¹⁸³⁾。法典調査会において贈与の起草担当者は、穂積陳重博士であり、いつから贈与の効力が生ずるかが重要であるとして、贈与を受諾のときに効力を生ずると提案しており、贈与の契約性を認めていた。そして、穂積博士は、無償行為ないし贈与が様々なところで行われるが、贈与を自己の財産により相手に利益を与える契約と捉え、そこでは相手方に利益を与えることのほか、自己の財産を用いることが贈与の本質であると理解していた。

負担付贈与については、穂積博士は、双務契約の規定を準用することを前提に、負担付贈与を第三者の利益のために設定することを認め、それに際して第三者のためにする契約を援用することも認めている。そして、負担の内容に関しては、贈与者、第三者以外にも公益のために設定することがあるとし、負担には様々な形があると指摘していた。また、贈与された利益の使用目的に限定して負担付贈与における負担と考えていたわけではなく、受贈者が負うあらゆる負担を負担付贈与の負担と理解する立場を採るように思われ、贈与者の出捐と受贈者の負担との間の対価のバランスが取れていない場合を広く負担付贈与と解していたようである⁽¹⁸⁴⁾。

現行民法典制定直後の注釈書、基本書等⁽¹⁸⁵⁾では、主に贈与は、贈与者

(183) 本稿Ⅲの一参照。

(184) 民法(債権法)改正検討委員会編・前掲注(6)213頁、法務省大臣官房司法法制調査部監修・前掲注(73)854-859頁。

が自己の財産を無償にて受贈者に与えることであり、受贈者がそれにより財産が増加することであるとされ、贈与者と受贈者の合意によって成立すると説明されていた。負担付贈与は、負担は対価ではなく、有償契約ではないが、双務契約の規定を準用すると説明されていた。そして、贈与者の出捐と受贈者の利益については、贈与により受ける利益は、負担に比べて、大きくなることを要するとされ、贈与の利益より負担が大きくなると贈与ではないと理解されている。また、負担の内容については、贈与者、第三者、公益等のために設定できると説明されていた。そうした中で、中村博士⁽¹⁸⁶⁾は、負担付贈与と財産の指定供与の場合、共に出捐と義務負担とを要件としているので、類似すると指摘しており、その区別は難しいものの、当事者の意思が受贈者の財産増加であれば負担付贈与、負わせた義務を履行させる手段として財産を供与する場合は、負担付贈与ではないとし、当事者の意思解釈によって区別していた。

3. 現行民法典施行後（債権法改正前を中心に）

現代において、贈与⁽¹⁸⁷⁾は、贈与者が自己の財産⁽¹⁸⁸⁾を無償にて受贈者に与えることを内容とするような、無償の財産的出捐を目的とする契約であり、片務、諾成、無償契約と一般的に理解されている。

負担付贈与⁽¹⁸⁹⁾については、負担の付加により受贈者は一定の給付義務

(185) 岡松・前掲注(94) 517-530頁、540-542頁。松波仁一郎・仁保亀松・仁井田益太郎合著・前掲注(101) 915-925頁、941-942頁。梅・前掲注(105) 462-464頁、470-471頁。横田・前掲注(108) 218-240頁。末弘・前掲注(116) 328頁以下等を参照。

(186) 中村・前掲注(123) 142頁。

(187) 我妻・前掲注(8) 221-227頁、柚木＝高木編・前掲注(12) 19頁以下（柚木馨・松川正毅執筆担当部分）、永田・前掲注(131) 98-101頁、鈴木・前掲注(131) 321-322頁、三宅・前掲注(133) 3頁以下等を参照。

(188) しかし、前述したとおり、判例において他人に属する財産の贈与も認められており、債権法改正後により民法549条（贈与）は「自己の財産」から「ある財産」と文言が改められている（柚木＝高木編・前掲注(12) 20-21頁（柚木馨・松川正毅執筆担当部分）、筒井＝村松・前掲注(30) 264頁参照）。

(189) 柚木＝高木編・前掲注(12) 57頁以下（柚木馨・松川正毅執筆担当部分）、倉田・前掲注(153) 34-39頁等を参照。

を負担するが、それは贈与に伴う債務に対して対価的意味を有するものではないとされていた。また、負担付贈与を片務かつ無償の契約として把握するとし、その限りにおいて通常の贈与としての性格を失わないとするのであれば、負担の価格よりも贈与の目的物の価格が上回らなければならないことが要求されるとも説明されていた。それは、負担の価格が贈与の価格と同等またはそれ以上であれば、贈与の本来の性質を失い、受贈者に財産的利益がないからであると一般に説明されてきた。すなわち、負担付贈与においては、贈与によって受贈者が受ける利益と、受贈者が負う負担の価額との間に、対価的均衡が欠けていることが前提となっている。また、負担の内容については、贈与者、第三者、公益等のために設定できることが認められている。

そして、民法(債権法)改正検討委員会では、贈与によって受贈者が受ける利益の価額と受贈者の負う負担の価額との間に対価的均衡が存在しないことは、当事者の主観を基準として判断されるので、客観的な価額において、負担が贈与を下回るかどうかが決定的な基準となるわけではないとし、客観的にみて受贈者の受ける利益が負担を下回っている場合であっても、それによりただちに負担付贈与であることが否定されるものではないとする⁽¹⁹⁰⁾。その上、負担とは、受贈者が贈与者に対して負う義務であって、贈与と主観的な対価関係に立たないものを広く負担と解することを前提としているので、負担付贈与における負担の内容や範囲については柔軟な解釈が可能であることが示唆される⁽¹⁹¹⁾。

二 贈与と寄付の異同について

これまでの検討を踏まえて、さらに贈与と寄付の異同について検討する。現行日本民法典においては、立法過程から現在において、基本的には、贈与は自己の財産により相手方に利益を与える契約であるとされ、財産出捐が無償でなされることに両当事者が合意し、無償の出捐によって贈与者の財産が減少し、受贈者が財産的利益を受けることと理解されている⁽¹⁹²⁾。また、我

(190) 民法(債権法)改正検討委員会編・前掲注(6)213-214頁。

(191) 民法(債権法)改正検討委員会編・前掲注(6)213-215頁。

妻博士は贈与における受贈者の利得との関連で、義援金等にみられる寄付の場合については、募集者は寄付によって利益を受けるわけではないとして、贈与とみることには否定的であり、古くから石坂博士、中島博士も同様の見解であった⁽¹⁹³⁾。したがって、受贈者の利得を厳格に解せば、贈与、負担付贈与構成は否定的に解されると考えられる。

しかしながら、負担付贈与においては、受贈者が利得を得るか否かについて、当事者の意思によるという説明もみられており、受贈者が負う多様な負担を負担付贈与における負担として理解してきたようである⁽¹⁹⁴⁾。この理解は、債権法改正の議論においてもみられており、民法（債権法）改正検討委員会においては、負担が贈与者の債務と対価関係にないことを表す意味で、受贈者の債務を「負担」と表現することとし、負担の内容を広く解することを前提として、負担の内容については定義規定を設けておらず、その内容についての柔軟な解釈が可能である⁽¹⁹⁵⁾。さらに、贈与における受贈者の利得の議論は主に負担付贈与と関連してなされてきたようであり、負担付贈与によって受贈者が受ける利益の価額と受贈者の負う負担の価額との間に対価的均衡が存在しないということについては、必ずしも客観的に決せられるものではなく、当事者の主観によっても決することが可能であると考えられている⁽¹⁹⁶⁾。

以上を踏まえると、贈与は、財産出捐が無償でなされることに両当事者が

(192) 柚木=高木編・前掲注(12) 19-29頁参照(柚木馨・松川正毅執筆担当部分)。

(193) 我妻・前掲注(8) 238頁、石坂・前掲注(22) 185頁、中島・前掲注(22) 237頁。

(194) 法務省大臣官房司法法制調査部監修・前掲注(73) 856頁、858-859頁等、民法（債権法）改正検討委員会編・前掲注(6) 212-214頁。永田・前掲注(131) 99頁も参照。

(195) 民法（債権法）改正検討委員会編・前掲注(6) 214頁。

(196) 民法（債権法）改正検討委員会では、負担付贈与において、贈与によって受贈者が受ける利益と、受贈者の負う負担の価額との間に、当事者にとっての主観的な均衡が欠けていることが前提となるとし、客観的な価額において、負担が贈与を下回るかどうかが決定的な基準となるわけではないとした上で、客観的にみて受贈者の受ける利益が負担を下回っている場合であっても、それによりただちに負担付贈与であることが否定されるものではないとしていた(民法（債権法）改正検討委員会編・前掲注(6) 213-214頁)。そのほか、法務省大臣官房司法法制調査部監修・前掲注(73) 856頁、858-859頁、中村・前掲注(123) 142頁、永田・前掲注(131) 99頁も参照。

合意することであり、無償の出捐によって贈与者の財産が減少し、受贈者が財産的利益を受けることであるといえ、受贈者の利得を厳格に解するのであれば(例えば、負担付贈与における客観的価額において受贈者の受ける利益が負担を下回っているような場合)、義援金等にみられる寄付を贈与ないし負担付贈与と解することは否定されることが考えられる。対して、負担付贈与において、贈与によって受贈者が受ける利益の価額と受贈者の負う負担の価額との間に対価的均衡が存在しないということは当事者の主観によって決することも可能であるとした上で、受贈者の負うあらゆる負担を負担付贈与の負担と解するのであれば、義援金等にみられる寄付を負担付贈与と法的に構成することは可能であると考えられるのではないだろうか⁽¹⁹⁷⁾。

三 負担付贈与構成の可能性と寄付財産の保護

これまで義援金等にみられる寄付については、贈与として論じられてきたものの、寄付者から募集者への寄付の移転を信託的譲渡と解しており、単なる贈与とは区別しているが、前述したように負担付贈与と法的に構成することができれば、あえて信託的譲渡と解する必要もないように思われる。なぜなら、信託的譲渡説は、寄付の目的に使用すべき義務が募集者に存在し、寄付が募集者から受益者に移転することにより、寄付者の目的が達成するというものであったが、これに対し、寄付を負担付贈与と構成した場合でも、募集者が負担を履行しなければ、寄付者は負担の履行を請求することができ、それでも履行されない場合は、契約を解除することが可能であると思われ⁽¹⁹⁸⁾、募集者に寄付の目的に従った処理・使用義務を負わせ、契約解除を認めるということだけであれば、寄付を負担付贈与と構成することも不可能ではないと考えられるからである⁽¹⁹⁹⁾。

(197) 例えば、民法(債権法)改正検討委員会での議論に依拠すれば(民法(債権法)改正検討委員会編・前掲注(6)213-214頁)、義援金等にみられる寄付において、それを負担付贈与と法的に構成した場合に、客観的にみて寄付者からの寄付によって募集者の受ける利益の価額が、募集者が寄付を受益者へ移転するという負担を下回っていても、ただちに負担付贈与であることが否定されるものではないと考えられる。

(198) 加藤・前掲注(13)6-9頁参照。

以上のことから、本稿は義援金等にみられる寄付を負担付贈与と法的に構成することが可能であると考え、義援金等にみられる寄付においては、近年の信託法上の信託として構成する見解にみられるように、信託法上の信託の適用が必要となる場面が存在すると思われる。最後に以下では信託法上の信託の適用について若干の言及を行いたい。

信託法上の信託の適用が必要となる場面としては、例えば、募集者が破産した場合や、募集者の債権者による寄付財産の差押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⁽²⁰⁰⁾。なぜこのような場面において、信託法上の信託の適用が必要となるのかについては、次のような理由が考えられる。すなわち、大規模な義援金等の寄付の場合、集められた寄付財産は極めて公共的な性格、役割を担っており、募集者の破産財団への組み入れ、債権者による差押え等から保護する必要性が高いと思われるからである。そして、負担付贈与構成の場合、募集者に目的に従って寄付財産を使用する義務等を負わせることは可能であるが、寄付財産を募集者の固有財産とは分別して管理させ、信託財産として募集者の破産財団への組み入れや、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考えられるからである⁽²⁰¹⁾。

以上をふまえると、義援金等にみられる寄付を負担付贈与によって法的に

(199) 中田・前掲注 (27) 266 頁。

(200) 中田・前掲注 (27) 266 頁。拙稿・前掲注 (16) (法學 84 卷 2 号) 269-273 頁参照。

(201) 信託では、財産は、委託者から受託者に移転して信託財産になるので、その財産は委託者の倒産等の影響を受けず、信託財産は、受託者の所有に属するが、受託者の債権者は信託財産に対して強制執行することはできず、また受託者が破産しても破産財団には属しないので、受託者の債権者や受託者の倒産等からの影響を受けない(倒産隔離性)。このような信託財産の独立性により、信託財産が保護され、信託財産を裏付けとする受益権を有する受益者が保護される。神田秀樹＝折原誠『信託法講義 (第 2 版)』(弘文堂、2019) 3-4 頁、61-63 頁参照 (信託法 23 条 (信託財産に属する財産に対する強制執行等の制限等)、25 条 (信託財産と受託者の破産手続等との関係等) 等)。拙稿・前掲注 (16) (法學 84 卷 2 号) 270-271 頁。森泉章博士は、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、受益者に諸利益が確実に帰属するとする (森泉・前掲注 (15) 262 頁)。そのほか、加藤・前掲注 (14) 172 頁、小賀野・前掲注 (16) 87-89 頁、富田・前掲注 (16) 47-49 頁参照。さらに、前述のとおり寄付が公共的な性格、役割を有することから公益信託に関する議論も今後参考になるとと思われる (金井・前掲注 (7) (18)、藤井・前掲注 (18)、松元・前掲注 (18)、高橋・前掲注 (18) 等を参照)。

構成することも可能であるが、その上で寄付には前述した理由から信託法上の信託の適用が必要となる場面が想定されることから、そうした場面では可能な限り信託法の準用ないし類推適用によって寄付財産の保護を図る方向性も考えられるのではないだろうか⁽²⁰²⁾。そして、寄付の法的構成についてこのように考えた場合、今後はいかなる場合に信託法の準用ないし類推適用が考えられるかという問題について検討が必要であると思われる。

V むすびにかえて

一 本稿のまとめ

本稿では、義援金等にみられる寄付者、募集者、受益者の三者が関与する寄付を検討対象とし、そのような寄付が契約類型としての贈与ないし負担付贈与として捉えることができるのかといった問題意識の下、贈与と寄付の異同について日本民法典立法過程における贈与、負担付贈与の議論を参照し検討してきた。寄付を贈与ないし負担付贈与として構成することについては、贈与における受贈者の利得の解釈が問題となり、義援金等にみられる寄付の場合、募集者は寄付によって利益を受けるわけではないから、贈与とみることには否定的な見解もあった。このように受贈者の利得を厳格に解せば、贈与ないし負担付贈与として寄付を構成することは難しいように思われる。

しかしながら、負担付贈与によって受贈者が受ける利益の価額と受贈者の負う負担の価額との間に対価的均衡が存在しないということについては、必ずしも客観的に決せられるものではなく、当事者の主観によっても決するこ

(202) 森泉章博士は、負担付贈与を基本とするものの信託法理の活用によって、単なる民法上の贈与、負担付贈与の場合よりも被災者(受益者)保護のために役立つとしていた(森泉・前掲注(15)262頁)。そして、森泉博士は、義援金等にみられる寄付における信託概念の活用について、(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であるとする(森泉・前掲注(15)261頁)。義援金等にみられる寄付者、募集者、受益者の三者が関与する寄付を検討対象とし、近年の信託法の適用を認める見解に依拠した上で、信託法上の信託の適用について若干の検討を行ったものとして、拙稿「寄付における信託法上の信託の成立に関する一考察」いのちとくらし研究所報77号(2022)82-90頁。

とも可能であると考えられるので、負担の内容や、受贈者が負担付贈与によって利得を得るかどうかについては柔軟な解釈が可能であるとした⁽²⁰³⁾。したがって、本稿では寄付を負担付贈与と法的に構成することができるとした上で、そうした場合に募集者が負担を履行しなければ、寄付者は負担の履行を請求することができ、それでも履行されない場合は、契約を解除することが可能であると述べてきた⁽²⁰⁴⁾。

また、本稿では、若干の言及にとどまるが、義援金等にみられる寄付を負担付贈与と法的に構成できるとしつつも、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、募集者の破産財団への組み入れ、債権者による差押え等から保護する必要性が高いとして、信託法上の信託の適用も必要となるとした。負担付贈与構成の場合、募集者に寄付の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団への組み入れ、債権者による差押え等から保護することまではできず、それらを可能とするためには信託法の準用ないし類推適用が必要であり、寄付財産の保護を図る方向性を示した⁽²⁰⁵⁾。

二 今後の課題

最後に今後の課題について述べる。まず、義援金等の寄付の実態について未だ不明確な点も多く⁽²⁰⁶⁾、義援金等の寄付の実態調査も含め検討する必要があると考えられる。さらに、現代における寄付の類型に目を向けると、義援金等の寄付以外にも、クラウドファンディングによる寄付、クリック募金、ポイント還元等のオンラインによる寄付⁽²⁰⁷⁾、食品企業の製造工程で発生す

(203) 民法（債権法）改正検討委員会編・前掲注（6）212-214頁参照。

(204) 加藤・前掲注（13）7-9頁、中田・前掲注（27）266頁。

(205) 贈与の信託的構成についての最近の研究として小賀野晶一「贈与と信託的構成」法学新報（新井誠先生退職記念論文集）第127巻第5・6号（2021）69頁以下がある。

(206) 中嶋貴子「東日本大震災における災害寄付の実態と課題：活動支援金をを中心に」（OSIPP Discussion Paper, 2014）1頁以下（URL: <https://www.osipp.osaka-u.ac.jp/archives/DP/2014/DP2014J007.pdf> 最終閲覧日 2023年10月10日）。

る規格外品などを引き取り、福祉施設等へ無料で提供するフードバンク⁽²⁰⁸⁾等々が活発であり、今後も寄付の類型はさらに発展すると考えられる。そこで、今後は、現代における寄付の類型を適切に把握し、寄付の類型に応じた法的構成についても検討する必要があるであろう⁽²⁰⁹⁾。

次に、本稿の問題意識に関しては、古くからドイツ法においても議論がみられ、日本法においては、ドイツ法の影響を受けて学説が展開されていたことが確認できる⁽²¹⁰⁾。ドイツ法においても寄付が贈与との関連で論じられることが多いことから、ドイツ民法典立法過程から贈与、負担付贈与の意義、性質についても確認する必要があると思われる、贈与をめぐる議論の中で寄付の法的構成について議論されていたのか否か、負担付贈与における受贈者の「負担」の内容等を明らかにする必要がある⁽²¹¹⁾。

最後に、近年では、寄付を信託法(ないし公益信託)によって法的に構成

-
- (207) 日本ファンディング編集・前掲注(4)(寄付白書2011)56-57頁。クラウドファンディングの法的構造を検討するものとして、河上・前掲注(16)41-63頁がある。
- (208) 佐藤順子編『フードバンク 世界と日本の困窮者支援と食品ロス対策』(明石書店、2018)69頁以下参照(佐藤順子執筆担当部分)。食糧の提供者については生産者、小売店・レストラン、家庭・職場等も想定され、食糧を受け取る側としては、児童養護施設、炊き出し、コミュニティーセンター等も想定されている(大原悦子『フードバンクという挑戦 貧困と飽食のあいだで』(岩波書店、2016)19頁)。
- (209) 拙稿・前掲注(16)(法學84巻2号)250頁、275頁、同・前掲注(202)89頁。本稿では、義援金等にみられる寄付者、募集者、受益者の三者が関与する寄付を検討対象として贈与、負担付贈与を出発点に検討を行ってきたが、寄付の類型や場面に応じて、契約内容、契約解釈(ないし意思解釈)等も異なることもあり、さまざまな法的構成が考えられそうである(加藤・前掲注(13)7頁参照)。例えば、前述のオンラインによる寄付、フードバンクのほか、寄付者と寄付の受益者が一致する場合(町内の祭事のための寄付等)、募集者と受益者が一致する場合(NPOが自身の活動のために集める寄付等)等々もあり、寄託契約、委任契約、第三者のためにする契約、組合契約、等による構成も場合によっては考えられるのではないだろうか(潮見・前掲注(1)43頁、我妻・前掲注(8)238頁、加藤・前掲注(13)10頁、大村・前掲注(28)(金融取引と民法法理)114-118頁等)。また、本稿の問題意識との関係では、贈与の成立要件、負担付贈与における負担の内容等について判例・学説のより詳細な検討が必要である。そして、法制審議会民法(債権関係)部会における議論状況等の整理、債権法改正後を中心とした贈与、負担付贈与の検討も必要であると思われる、それらについても今後の課題としたい。
- (210) 石坂音四郎博士、中島玉吉博士は、寄付の法的構成について学説をいくつか挙げて論じているが、いずれの学説もドイツ法文献の影響を受けていることがうかがわれる(石坂・前掲注(22)179-198頁、中島・前掲注(22)226-262頁)。
- (211) 拙稿・前掲注(16)(法學84巻2号)273頁。

する見解がみられるが、寄付をどのように法的に構成するべきかといった問題については、民法と信託法の交錯があり、なぜ信託法によって構成するのか、信託法によって構成することで狙われている効果はいかなるものか、といった問題にも及ぶと考えられ、今後も検討が必要である⁽²¹²⁾。また、寄付を負担付贈与と法的に構成しつつも、その上でさらに信託法上の信託の適用を考える場合、いかなる場合に信託の成立が認められるか、どのような場合に各要件が満たされるのか等の信託の成立の問題についても検討が必要であり⁽²¹³⁾、今後は、判例・学説の検討のほか、公益信託に関する議論も参照しつつ検討を加えていきたい。

*本研究は JSPS 科研費 22K13312 の助成を受けたものである。

-
- (212) 拙稿・前掲注 (16) (法學 84 卷 2 号) 250 頁、275 頁、同・前掲注 (202) 89 頁。道垣内弘人教授は、次のように述べている。現在の信託法の解釈に当たって、実質的に同一の問題の処理内容が、信託という法的構成を用いた場合と民法上の法的構成による場合とで大きく異なることは疑問であり、むしろ、双方の法的構成が整合的に説明できるようにすべきである、という見解と、信託であればこそ可能になる処理があってもおかしくなく、同様の結果を民法上の法的構成によってもたすように腐心する必要はないとともに、民法法では困難な法的処理を信託という仕組みを活用することによって実現することを積極的に評価すべきである、という見解とが存在すると分析されているとする (道垣内弘人『信託法第 2 版 現代民法別巻』(有斐閣、2022) 24-25 頁。早川眞一郎「『信託という名の相続』覚書」米倉明編『創立 20 周年記念論文撰集』(トラスト 60、2007) 205-206 頁参照)。
- (213) 拙稿・前掲注 (16) (法學 84 卷 2 号) 273-274 頁、拙稿・前掲注 (202) 90 頁。本稿では、若干の言及にとどまるが、信託法の適用の必要性について言及し、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、募集者の破産財団への組み入れ、債権者による差押え等から保護する必要性が高いとした (復興支援金の受け皿としての信託の活用可能性について検討したものととして、森田果「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』(商事法務、2014) 27-34 頁参照)。しかし、すべての寄付が、公共的な性格、役割を有するものと考えることができず、この点、本稿は、寄付を負担付贈与と構成できるとし、その上で公共的な性格、役割を有する負担付贈与の場合に信託法の適用の必要性を唱えているので、それ以外の負担付贈与の場合との区別をどのように根拠づけるかといった問題もある。これは換言すれば、なぜ、一定の法律関係が「信託」として、信託法という特別法によって規律する必要があるのかという問題に通ずるものであると考える (道垣内・前掲注 (212) 4 頁、24-25 頁)。