

混和と添付以外の識別不能との異同 及び動産の共有持分

岸本雄次郎*

目 次

- 緒 言
- 序 節 問題の所在
- 第2節 混和と識別不能
 - (1) 混和と識別不能状態の差異
 - (2) 混和における共有擬制
 - (a) 原 則
 - (b) 例 外
 - (c) 宝くじ券
 - (d) 小 括
- 第3節 信託における添付と識別不能
 - (1) 信託法17条
 - (2) 信託法18条
 - (a) 識別不能状態における主従
 - (b) 一般私法との関係
- 第4節 動産の共有持分
 - (1) 序 論
 - (2) 構成部分の変動する集合動産の一定数量にかかる持分
 - (3) 小 括
- 第5節 当初より識別不能について
- 終 節 結びに代えて

* きしもと・ゆうじろう 立命館大学大学院法学研究科教授

緒 言

2007年9月30日に施行された現行信託法の17条は、「信託財産」と「固有財産（もしくは他の信託財産。以下、総称して「固有財産等」）」との添付（付合もしくは混和またはこれらの財産を材料とする加工）があった場合には、信託財産および固有財産等は各別の所有者に属するものとみなして、民法の添付規定（242条～248条）を適用するとしている。受託者の固有財産等に属する動産と信託財産に属する動産とが付合もしくは混和し、前者が主たる動産であった場合は、固有財産等を当該合成物もしくは混和物の単独所有者とみなす（もっとも、主従の区別をすることができないときは、固有財産等と信託財産が、その添付の時における価格の割合に応じてその合成物もしくは混和物を共有するものとみなす）としているのである。

他方、同18条は、前条に規定する場合（＝添付の場合）を除いて信託財産と固有財産等とを識別することができなくなった場合は、各財産の共有持分が信託財産と固有財産等に属するものとみなし、その共有持分の割合は、その識別することができなくなった当時における各財産の価格の割合に応ずるとしている。添付の場合と異なり、単独所有者を決しようとはしないのである。

現行信託法の立法過程において法務省民事局参事官室が公表した「信託法改正要綱試案」の「補足説明」（以下、「補足説明」）によると、17条で規律される混和と18条が想定する事態との差異は、次のとおりである¹⁾。

すなわち、前者が「複数の物が混合して事実上これを弁別することができなくなった状態（典型的には、液体や穀物が混合し又は融和して事実上弁別することができなくなる）」であるのに対し、後者は「複数の物

1) 補足説明19頁。

がそれぞれ物理的には弁別が可能であるという状態は維持されているものの、その帰属関係が不明瞭な状態になった場合」であり、その例として「固有財産に属する羊と信託財産に属する羊とを柵で分けけて飼育していたところ、柵が壊れて、両者に帰属する羊がどれであったかを識別することができない状態になった場合」が挙げられるとしている。前者（混和）の場合は、主従の区別ができるときは単独所有者を決しようとしているのに対し、後者の場合は、「(そのような)状態にある各財産は物理的な弁別が可能であることにかんがみて、主従の区別の可否に関係なく、共有を生じさせるとした」(傍点引用者)としている²⁾。なお、以下では、「複数の物がそれぞれ物理的には弁別が可能であるという状態は維持されているものの、その帰属関係が不明瞭になった」状態を、信託財産の関与の有無にかかわらず、「識別不能状態」と称する。

序 節 問題の所在

信託法17条・18条の条文と補足説明を卒然と読む限りにおいて、信託財産に属する穀物が固有財産等に属する同種同等の穀物と混淆して単一物（単一の集合体）になった場合は、17条が適用され、固有財産等に属する穀物が主たる動産とされる場合は、当該混和物（単一物）の所有権は固有財産等だけに帰属することになり、信託財産は当該穀物につき一切の所有権を失うことになりそうである。もっとも、同じく同種同等の穀物の混淆であっても、それらが同一の袋に詰められている場合は、18条が適用され、その袋の集合体（右混和とは異なり、単一物になったわけではない）の所有権については、袋の個数の割合に応じて各袋の共有持分が信託財産と固有財産等とに分属することになる。穀物が裸で混淆した場合は、従たる動産を所有していた側は物権的救済を受けられないが、それが袋詰めさ

2) 同19頁。

れていた場合は、主従の区別の可否に関係なく両者がそれぞれ物権的救済を受けられるというわけである。しかしながら、いずれの場合も、穀物のひと粒ひと粒が信託財産と固有財産等のどちらに帰属していたかが不明となってしまうことには相異がない。袋に入っているか否かによって、両者に与えられる法的効果に差異を設けることが妥当であるとは思えない。

信託財産と固有財産等とで付合もしくは混和が生じた場合、単一物になる前の財産（原物）は、いずれの財産も同一の主体（受託者）に帰属していたため、原物が異なる主体に属していたことが前提である民法の添付規定（242条以下）を直接に適用することができない。そこで17条は、そのような場合には、信託財産および固有財産等は各別の所有者に属するものとみなして（信託財産と固有財産等とが別の法人格であると擬制して）、民法の添付規定を適用すると規定したものと考えられる³⁾。すると、信託財産・固有財産等間での識別不能状態においても同様に考えるのが順道であろう。すなわち、18条は、それぞれ同一の主体に属する信託財産と固有財産等とで識別不能状態が生じた場合には、信託財産および固有財産等は各別の所有者に属するものとみなして、異なる主体の間で生じた識別不能状態（たとえば、P・Qそれぞれの所有物である羊5匹と羊495匹が、柵が壊れたことにより識別不能になった状態）にかかる一般私法の規律を、それに適用させるという規定であるとするわけである。そうだとすると、異なる主体の間で生じた識別不能状態について一般私法は、「（主従の区別の可否に関係なく）識別することができなくなった時における価格の割合に応じて、各財産の共有持分が各動産の所有者に属する」と規律しているはずであるが、果たしてそうであろうか。

ところで、右の羊の混淆の設例においては、Pの（5匹の羊という）集合動産とQの（495匹の羊という）集合動産とが混和して、より大きな単

3) 実質的には、信託財産の経済的利益は別人に帰属するものであるため、別の所有者に属するものとして取り扱うのが実態に即している（同17頁）。

一物たる集合物（計500匹）に変容したと考えることも可能であろう。その場合、主従の区別につき可とされるならばP・Q間での共有は成立しない。一方で、否とされるならば共有が成立し、P・Qの共有持分（それぞれ100分の1、100分の99）は、各匹上にあるのではなく、500匹という集合物たる単一物の上にあることになる。

P・Q間での共有が成立するというのであれば、Pが500匹のうちの5匹を売却することも可能となろう。もっとも、倉庫に寄託中の食用乾燥ネギフレーク44トン余りのうち28トンについて譲渡担保の契約がなされたときは、未だ28トンを特定して譲渡担保に供したものと認められないとした最判昭和54・2・15民集33・1・51に鑑み、集合動産の一部については（母集団（500匹）のうちの一定数（5匹等）についてのみでなく、母集団の一定割合（100分の1等）についても）、特定性がないとの理由から、物権の設定・移転はなされ得ないとの見解も有力のようである。その立場からは、右5匹の売却における物権の移転は、共有物の分割がなされるまでは、その効力を生じないこととなろう。

さらには、識別不能状態について、そもそも分かれている状態が存在しないケースにおいては如何という問題が提起されている⁴⁾。具体的には、受託者Aが自己勘定（固有財産）と信託勘定（信託財産）からそれぞれ700個、300個の同一部品を一人の納入業者に発注し（契約は700個分と300個分の2つ、もしくは1,000個として一括）、1,000個が一括で納入された場合である⁵⁾。このように始めから識別不能である場合も、18条の射程に入るのかということである。けだし、18条の規定振りは、「識別することができなくなった場合」となっている。すなわち、元々分けられていたものが混じりあったときのように、事後的な識別不能を想定した規定になっているのである。

4) 「信託と倒産」実務研究会編『信託と倒産』（商事法務、2008年）408頁。

5) 同406頁。

信託法17条・18条の規定振りと、一般私法における添付規定および識別不能状態にかかる法理との関係は、事程左様に明確ではない。本項では、その点を明らかにした上で、同種同等の種類物で構成される集合体の一部（一定割合もしくは一定分量）の物権変動を認め得るかという点につき考察を及ぼすことと致したい。

第 2 節 混和と識別不能

(1) 混和と識別不能状態の差異

識別不能状態にある財産につき補足説明は、「各財産は物理的な弁別が可能である（複数の物がそれぞれ物理的には弁別が可能であるという状態は維持されている）」として、混和状態にある財産と対比させている⁶⁾。すなわち、識別不能状態とは、「複数の物が混合して事実上これを弁別することができなくなった状態」であることにおいては混和との異同はないが、個数で数えられる同種同等の種類物⁷⁾が混淆したものの各動産が原状を維持している場合が識別不能状態であり、(同種・異種にかかわらず)混ざり合った混淆物が個数で数えられない物（多寡につき個数ではなく度量衡で表される物）⁸⁾である場合や、個数で数えられるものの各動産につき原状を維持していない物が存する場合が混和であると理解できよう（下表参照）。

6) 補足説明19頁。

7) 概ね英文法における可算名詞 (countable noun) の概念に該当するであろう。

8) 概ね英文法における不可算名詞 (uncountable noun) の概念に該当するであろう。多寡につき個数ではなく度量衡等で測る物である。

9) あくまでも原則であり、例外があり得ることに留意されたい。たとえば、個数で数えられる同種同等の種類物どうしの混淆であっても、お互いが融合・溶融してより大きな固形物に転化してしまい、損傷しなければ分離することができなくなったとき、もしくは分離するのに過分の費用を要するときは、混淆物が個数で数えられる場合であっても、その状況は混和となろう。各動産の一部が融合・溶融したことによって総個数に変化が生じて識別することができなくなった場合は、識別不能状態と混和もしくは付合との混合であると解せられよう。ただし、P 所有の100匹の羊とQ 所有の100匹とが識別不能状態になり、

（表）混和と識別不能状態との差異⁹⁾

混淆した財産の形態	同種同等の種類物の混淆	異種間の混淆
個数で数えられる	識別不能状態 (単一物にならない)	混和にも識別不能状態にもならない
個数で数えられない	混和 (単一物となる)	混和 (同左)

なお、民法245条所定の混和につき、金銭や宝くじ券の混合がそれに含まれるとする見解がある¹⁰⁾。ここにいわゆる金銭とは、動産たる金銭のことなのだから預金等の金銭債権は含まれず、貨幣（紙幣や铸貨）のことであると推察される。もっとも、貨幣も宝くじも個数で数えることができ、混淆して識別不能になっても単一物にはならないのであるから、補足説明によれば、それらを識別することができなくなった状態は、一義的には識別不能状態であろう。

異なる所有者に帰属する貨幣が混淆した場合については、「貨幣の所有権の得喪は占有の得喪に伴う」という原則（最判昭和29年11月5日刑集8巻11号1675頁，最判昭和39年1月24日判時365号26頁ほか）により、一般の動産とは異なる扱いがなされる。大判明治36・2・20刑録9輯232頁等の「貨幣の（金額の割合に応じた）共有」を認めていた大審院時代の判決に依拠して、貨幣の混淆につき民法244条を直ちに準用することは、貨幣にかかる如上原則が通説・判例となっている今日においては妥当であるとはいえないであろう¹¹⁾。もっとも、2名の賭博者が賭金として10円札を

↘ 1匹の子羊とともに計201匹になっていても（総個数に変化が生じていても）、これは混和ではなく識別不能状態とされよう。混淆した計200匹のうち何匹かが狼に捕食されて総個数が減少した場合も同様である。ただし、現存の各動産が原物の変容物ではないからである。

10) 松岡久和・中田邦博編『新・コンメンタール 民法（財産法）』（日本評論社，2012年）364頁，能見善久・加藤新太郎編『判例民法2』（第一法規，2010年）278頁等。

11) なお、補足説明は、「金銭の所有者は、特段の事情のないかぎり、その占有者と一致

2枚ずつ出し合って1個の容器に入れて共同保管していたケース（大判昭和13・8・3 刑集17巻624頁）においては、当該2名が占有者となるから、所有権も両名に帰属し、ひっきょう共有が成立することとなる¹²⁾。ただし、この場合は、前述のとおり、一義的には、混和というより識別不能状態であろう。つまり、4枚の10円札の各札につき半分ずつの割合で共有持分が当該2名に属すると解するべきである。もっとも、この4枚の10円札につき、計40円という紙幣の集合物（単一物）を観念すれば混和となり、当該2名が半分ずつの割合で当該単一物を共有し、各札には共有が成立しないこととなる。

また、宝くじ券も、貨幣とは観点が異なるものの同じく極めて特殊な動

ゝすると解される（最判昭和39年1月24日判時365号26頁参照）など、金銭については、特殊な扱いがされる。しかし、ここでは、金銭について、特段の例外を認めることはしていない。① 信託財産は、その所有権自体は受託者にあることを前提としながらも、固有財産とは異なる取扱いが認められるものであることにかんがみれば、直ちに上記の判例の趣旨が及ぶものではないこと、② 仮に金銭については識別不能となったときは常に固有財産に属するものとして扱うこととしたときは、金銭について識別不能状態が生じている場合において受託者について破産手続が開始されたとき、信託財産の確保は、受託者に対する損害賠償債権として破産債権となる限度でしか図られず、受益者等を著しく害することになる上、金銭以外の財産の取扱いとの間で均衡を失うこと、③ 信託財産に属する金銭と他の信託財産に属する金銭とが識別不能状態に至ったときには、共有的な処理をせざるを得ないと考えられること等を考慮したものである」とするが（18-19頁）、①については、信託であると法的評価した途端に「おカネに色がつく」こととなる理由が不明である。また、②については、貨幣を窃取された被害者ですら、貨幣の例外規定が適用されて物権的救済を受けることができないにもかかわらず、受益者のみがことさら保護されなければならない理由も見出し難い。そして、③についても、最二小判平成15・2・21 民集57・2・95の判旨（BがAを代理して收受した金銭を専用の金庫ないし集金袋で保管し、他の金銭と混同していなかったにもかかわらず、昭和39年の如上最高裁判例法理により、当該金銭の所有権はBに帰属し、Bは同額の金銭をAに支払うべき義務を負うことになるにすぎない）と真っ向から対立する結果となるが、その根拠が不分明である。詳細については、機会を得て、別稿にて論ずることとしたい。

- 12) 「現金は、被相続人の死亡により他の動産、不動産とともに相続人らの共有財産となる（傍点引用者）とした最判平成4・4・10 家月44・8・16は、「貨幣の所有権の得喪は占有の得喪に伴う」という原則に対する重大な制限を意味するとの見解も存する（道垣内弘人「遺産たる金銭と遺産分割前の相続人の権利」別冊ジュリ132号（1995年）175頁）。

産である。これについては後述する。

(2) 混和における共有擬制

(a) 原則

思うに、混和においては、旧状態の各動産の数量もしくは価格の多寡にかかわらず、同種同等の種類物（e.g. 同種同等の穀物10トンと20トン、同種同等の液体10トンと20トン）が混淆した場合は格別、異種物（e.g. 油性物質100万円分と油50万円分）が混淆した場合であっても、原則として共有擬制（民法244条）が適用されると解すべきであろう。つまり、混和の場合は、主従の区別をすることができないのが常態であると解し、混和の時に価格の割合に応じてその混和物の共有持分が各動産の所有者に帰属すると解すべきである。ただし、分離が不可能ないし著しく困難となる付合や加工とは異なり、混和の場合はプロラタで等質に分割することが容易であるのが通常であろう¹³⁾。また、付合の場合は、原物を識別することができるゆえに、原物が「主たる動産」であるか、あるいは「従たる動産」であるかを観念することができるのに対して、原物を識別することができないことが通常である混和の場合は、混和物のどの部分が「主たる動産」（もしくは「従たる動産」）なのかを判別することができないのである¹⁴⁾。

民法の付合の規定は、それぞれ異なる所有権者に属する複数の物が契約等を介さないで単独の物に転化した場合において、その復旧請求を禁じ、一物一権主義に基づいてその単一物（合成物）の所有権の帰属を決しようとするものであろう¹⁵⁾。つまり、法的関係にない者との間での所有権帰

13) 粘稠度の高い液体に異物が混入したようなケースなど、均一に混ざっていない混和の場合は、単一物となった混和物を均等に分割することすら困難であろうから、別異に考えねばならない。

14) 従たる動産が主たる動産の処分に従わざるを得ない付合や、工作（もしくは材料の提供）に対する償金のほか解決することができない加工とは、状況を異にするのである。

15) 近江幸治『民法講義Ⅱ 物権法〔第3版〕』（成文堂、2011年）235頁、内田貴『民法』

属の調整に主眼を置いていると史料せられる。もともとは法的関係がないのだから、共有関係という法律関係が持続する状態を可能なかぎり回避し、主従によって一本化した所有権の帰属を決しようとしていると考えられる。然るに、「液体や穀物が混合し又は融和して事実上弁別することができなくなることを」を典型とする混和においては、旧状態への復旧のための分離は不可能もしくは過分の費用を要するとしても、混和の時における価格の割合に応じて分割することは容易であることが通常であり、所有権の帰属を一本化せずとも、共有関係という法律関係を持続しなくて済む。混和にかかる規定である民法245条は、243条と244条を準用するとしているが、243条に関しては原則として復旧禁止の部分のみが準用され¹⁶⁾、244条に関しては「主従の区別をすることができないとき」が常態であることが前提であると理解するべきなのである¹⁷⁾。

したがって、Pの所有する穀物10トンとQの所有する同種同等の穀物20トンとが混淆（混和）した場合においては、Pより原物の量が多いからとてQを主たる動産の所有者とするべきではなく、ひっきょう計30トンの単独所有権をQに帰属させるべきではない。原物の多寡に関係なく混和の時における価格の割合（Pが3分の1，Qが3分の2）に応じてその計30トンをPとQが共有すると解するべきである。

ⅴ I [第4版] 総則・物権総論』（東京大学出版会，2011年）388頁等。

16) 同種同等の種類物が混和して、原物と性質に変容がない場合は、通常（復旧の定義につき、もとの状態に戻すにあたって、粒単位・分子単位で旧態と同様に戻すことまでも意味するものではないということであれば）、旧状態への復旧（のための分離）が比較的容易である。したがって、そのような場合は、復旧禁止の部分すら準用がないと解することもできよう。

17) ローマ法においては、液体の混和に限ってではあるが、「常に共有状態を発生する」とされていた（原田慶吉『ローマ法』（有斐閣，1991年）109頁）（傍点引用者）。固体については「当事者の合意に基づかないで混合した場合には、所有物取戻訴権を発生して共有とならず、合意に基づく場合には、共有となって共有物分割訴権を発生する」とされていたようである（同）。

(b) 例 外

もつとも、混和においても、凝固等が生じたこと等により、等質に分離することができなくなったような場合は、従たる動産が主たる動産の処分に従わざるを得ない付合と同様であり、主従の区別をすることができる例外的な混和であるといえよう。

主従の区別が可能である混和とされた裁判例としては、仙台高判昭和43・2・29 下級刑集10・2・118、山形地裁昭和39・1・28 下級民集15・1・80 などがある。前者は、土地の耕作権者Aがその権限に基づいて稲苗を植栽し、その所有権を保有しているところ、無権限者Bが同土地に微量の差し苗をして識別不能になった場合においては、右差し苗の所有権は、土地に吸収されることなく、民法245条・243条の規定の趣旨により、主たる稲苗の所有者と認むべきAの所有に属するものと解するのが相当であるとされた事案である。後者は、印刷用活字18万余本の賃借人が、それらが古くなれば、自己の所有する活字をわずかに補充した上で、地金に戻して再び活字を鋳造するなどして印刷業を継続しているとき、鋳造過程を経ていない活字も含め、混和物として主たる活字の所有者である賃貸人に帰属するとされた事案である。

前者の事例における原物（当該土地の上に植えられているAの稲苗とBの微量な差し苗）については、「帰属関係が不明瞭な状態ではあるものの、物理的に弁別することは可能である」ようにもみえるから、識別不能状態と考えることも可能かもしれない。しかし、生育途中の稲を当該土地から分離することは国民経済的に無意味であるから、少なくとも稲苗が生長して成熟期の稲となる（独立の所有権の客体となるに至る）までは、分割請求権が認められるべきではなかろう。この事例は、等質に分離することができなくなった場合に該当し、例外的に主従の区別が可能である混和と解されているとみるべき事案である¹⁸⁾。

18) もつとも、植栽された稲苗は、独立の存在を失うのであるから、たとえ権原のある

印刷用活字は、個数で数えられるものの、頻繁に鋳直しされるのが普通であり、一般に目方で特定されるものであるとのことである。後者の事例については、目的物が目方で量られる物であり、さらには一部を残して鋳直されているから、これは識別不能状態とはならない。この事案に対する裁判所の判断は、「僅かづつ新たに補充された活字は、……原告（＝賃貸人）所有の主たる活字に混和して識別することが能わざるに至りたる場合に該当すると認められるので、民法第245条、第243条の混和の規定の適用により原告の所有に帰したものであるべき」（丸括弧内および傍点引用者）というものであるが、補充の要に供された僅かな量の原物につき、そもそも補充を行った賃借人自身にそれにかかる権利を保持し続ける意思はなかったものと推断せられる。ただし、補充後も活字全体の重量としては当初より殆んど差異のない状態であったとのことであり、賃借人において賃借物の価値維持を目途に摩耗分の補充をしたと評され得る。この事案に関する私見は、賃借人は、補充のために抛出した原物の所有権に代わり民法244条所定の共有持分権もしくは同248条所定の償金請求権を取得する意思は有していないと評されるであろうから、補充分の物権的帰属に関しては、民法245条・243条所定の「主たる動産の所有者に帰属する」に依拠することなく、当然に「新たに補充した活字も含めてすべて賃貸人に帰属」とすると解する。

(c) 宝くじ券

A・B・C・DのためにAが一括共同購入した宝くじ40枚（各自10枚分）とA個人購入分10枚の合計50枚が識別不能の場合、当選くじの賞金は

↘者（A）が植栽した場合でも、Aの所有権を留保することは不可能であり、収穫期が近づき独立の所有権の客体となるまでは、242条ただし書が適用されないとする有力な見解がある（我妻栄ほか『我妻・有泉コンメンタール民法総則・物権・債権』（日本評論社、2011年）448頁、近江幸治『民法講義Ⅱ物権法〔第3版〕』（成文堂、2006年）237頁）。それに従えば、Aの稲苗とBの差し苗との混和さえ観念できず、ひっきょう主従も観念し得ない。

出資の割合に応じて分配されるとした事案¹⁹⁾において裁判所は、これを混和の事例と判じた。なお、共同購入の40枚分については、当りくじが出た場合は、その賞金を出資に応じて4名で平等に分配する契約であった。

「1枚、2枚、……」と個数（枚数）で数えられる宝くじという動産が混濁して識別できなくなった場合、物としての性質に変容がなく、総個数にも変化がないのだから、一義的には、混和ではなく識別不能状態とすべきであろう。しかし、宝くじ券については、当選番号の発表前は同シリーズの他の宝くじ券と同種同等であるが、発表後はそうでなくなることが期待されるという財産である²⁰⁾という点において他の動産と性質を異にする。当選番号が発表され、混濁した50枚のうち1枚が高額当選していることが判明した後は、B・C・Dが、共同購入分は50枚のうちどの40枚でもいいなどと主張するはずはなかろう。実際に右50枚のうち1枚が高額当選となった事案であった²¹⁾。

この50枚という個数で数えられる宝くじは、当選金額の請求権という1個の財産に転化したと考えるべきだから、これは識別不能ではなく混和なのである。そして、本事案（出資割合が20：10：10：10）の場合、過半数を占める者がいないからとて主従の区別をすることができないというわけではなく、また最大割合である20が主たる動産となるわけでもない。本事案は、50枚が当選金請求権という単一物に変容してしまったのだから、凝固等が生じて1つの固形物等になってしまい、分離することができなくなったような場合に近似するが、分割する（当選金額をプロラタで配分する）ことは容易なので、この例外には該当しない。したがって、混和の場合の原則どおり、「混和の時における価格の割合に応じてその混和物を（準）共有する」ことになるかと解されるのである。

19) 盛岡地判昭和 57・4・30 判タ469号210頁。

20) もちろん、一塊の宝くじ券の集合体のすべてが同じ賞の当選券となる可能性も皆無ではないが、日常的な確率ではなかろう。

21) 本事例の50枚は、xxxx40～xxxx89の連番で、高額当選くじはxxxx41であった。も

(d) 小 括

上記(b)で掲げた2つの裁判例はそれぞれ、「(差し苗は)極めて微量であるにすぎない」、「僅かづつ新たに補充された活字は……」(傍点はいずれも引用者)と説示している。そこから、一方の原物が他方に比して寡少であった場合は、混和においても主従を区別することができるとの判旨であると解する向きも存するであろう。しかし、いずれの判決も、それを主従の区別の可否にかかる決定的な要素とはしていないと思料せられる。前者に関しては、権限に基づかないで植栽された農作物は土地に付合するというのが通説であるから、無権限者Bの差し苗にかかる所有権は民法242条の規定によりBから土地所有者に移転することとなるはずである。しかし、その差し苗が極めて微量であったため同条の付合は生じないと判じたに過ぎないと考えられる。後者に関しては、活字の磨滅分に過ぎない程度の補充であることを説明するための語法であろう。

このように、混和における主従の区別の可否基準に関しては、一方の原物が他方に比して寡少であったか否かは直接的には無関係であると思料する。ただし、混和において、一方の原物が他方に比して寡少であるときには主従の区別をすることができるとなれば、次のような不都合が生じる。すなわち、信託財産に属する米粒3キログラムと固有財産等に属する同種同等の米粒30トンとが混和した場合は、(信託財産の原物が固有財産等のそれに比して著しく少量であるから、固有財産等が主たる財産の所有者とみなされ)計30,003キログラムの米粒の所有権のすべてが固有財産等に属するものとなされる(信託法17条)。翻って、信託財産に属する3キログラム入りの米袋1個と、固有財産等に属する同種同等の米袋10,000個とが識別不能になった場合は、主従の区別の可否に関係なく、信託財産と固有財産等とで混淆物(10,001個=30,003キログラム)の各袋を1対10,000の

↘し、その当選くじがxxxx50~xxxx79の間の1枚であったなら、思えらくは、このような紛争は生じなかったであろう。

持分割合で共有することになる（同18条）。いずれも30,000キログラムと3キログラムのコメが混濁したことには差異がないにもかかわらず、袋に入っていたか否かによって、法律効果が異なることとなる。主従の区別の取扱いにつき識別不能状態と混和とで差異を設けると、斯様に説明のつかない事態が生じるのである。

なるほど、混和の場合においても、一方の原物が他方に比して寡少であることにより、例外的に混和物の共有が認められないことも想定し得るであろう。たとえば、100万円分のエタノール（15,000ℓ）に5万円分の純米大吟醸酒（18ℓ）が混和したとしよう。この混和物については、酒としての経済価値はもはやゼロであるから、その価値は原物価値の和である105万円とはなるまい。オリジナルの価値を維持していない原物の旧所有者に、混和の時における価格の割合による持分（105分の5）を認めることは妥当ではなかろう²²⁾。また、この混和物については、15,018ℓのエタノールと評するほかないであろうが、酒が混入したことによりエタノールとしての質も劣化したならば、その価値は、量が一升瓶10本分増加したものの原物たるエタノールのそれ（100万円）をすら下回ることもあり得る。そのような場合、純米大吟醸酒たる原物がエタノールとしての性質を帯びているからとて、純米大吟醸酒の旧所有者に分量の割合による持分（15,018分の18）を認める必要もあるまい。そのような場合、純米大吟醸酒については、経済的には混和したのではなく、その価値が消失したとみるべきであろう。したがって、純米大吟醸酒の旧所有者は、民法248条所定の償金請求権も有しないこととなる。

ところで、混和の場合においても、主従の区別は、付合の場合と同様、添付時における各所有者の物の種類・価格・量などを考慮に入れ、実質的に判断されるべきとする見解がある²³⁾。しかし、付合の合成物が、旧状

22) この場合の純米大吟醸酒の所有者の保護については、不可抗力で混和した場合は格別、不法行為責任・契約責任（if any）で解決するほかはないであろう。

23) 能見・加藤編前掲書278頁。

態への復旧は固より価格の割合に応じて等質に分割することも困難である一方、混和物は後者が比較的容易であるから、両者は状態を大きく異にしている。私見が、混和においては、主従を区別することができないのが常態である（主従の区別が認められるのは例外的である）とする根拠は、ここににある。

第 3 節 信託における添付と識別不能

(1) 信託法17条

前節において、民法245条所定の混和に関しては、その原物につき主従の区別をすることができないのが通常であり、ひきょう各動産の所有者は、原則としてその混和の時における価格の割合に応じてその混和物を共有することになると述べた。したがって、混和にかかる私見の立場は、「付合と同様に、原則として主たる財産の所有者が混和物全体の所有権を取得し」とする補足説明²⁴⁾と対極に位置するのである。

右の理は、信託財産・固有財産等間での付合・混和においては、より先鋭的になるであろう。すなわち、信託財産・固有財産等間での付合・混和に関しては、通常の混和（等質に分離することが容易である混和）と同様、原物につき主従を観念することなく、信託財産と固有財産等はすべからず「その付合・混和の時における価格の割合に応じてその合成物等を共

24) 補足説明19頁（なお、傍点は引用者）。もっとも、補足説明は、信託財産に関して識別不能状態が生じたときの説明として、「信託財産について混和が生じた場合には、信託財産と固有財産又は他の信託財産とは、識別不能財産中の各財産を共有するものとみなすものとして処理されること」を参考として、「価格の割合に応じて識別不能となった各財産を共有するものとし」たとも述べている（傍点引用者）。つまり、補足説明自身が主張する混和にかかる原則（主たる財産の所有者が混和物全体の所有権を取得する）ではなく例外（主従の区別ができないときには価格の割合に応じて各所有者の共有物とされる）を参考にしたとしているのである。さらに、前掲立法担当者の見解とは異なり、混和物につき各財産が観念できると理解している（単一物ではない混和物をも想定している）ようである。

有する」と解すべきなのである。既述のとおり、添付の規定は、契約のない例外的な場合にのみ適用されるに過ぎない。つまり、法的関係のない者との間での所有権帰属の調整に主眼を置いている。翻って、信託財産・固有財産間の付合・混和においては、合成物等にかかる主体は1人しか存しない（受託者のみ）²⁵⁾ のだから、主従によって所有権を一本化する必要には迫られない。信託財産と他の信託財産との付合・混和に関しても、両者は直接に契約関係にはないが、同一人格内での付合・混和であることには、信託財産・固有財産間の付合・混和と差異がないのだから、同様に処すべきである。なお、信託財産と偶発的に付合・混和した物が、固有財産等ではなく受託者が第三者から借りている、あるいは預かっている物である場合は、（信託法17条は適用されず）民法の添付規定が適用され、主従の区別の可否により決せられよう。

また、加工についても、受託者や代人（信託法28条にいわゆる「第三者」）が信託事務の遂行として信託財産たる動産に工作を加えた場合は格別、信託事務の遂行ではなく事務過誤等により（固有財産と混同して、あるいは他の信託の事務と混同して）行った場合でも同様に、民法246条の規定が直ちに適用されるべきではない。適正な信託事務の遂行として行われた場合は、信託行為の定めに基づき（信託法17条に基づくことなく）当然に材料の所有者（たる信託財産）に帰属する。受託者が如上事務過誤によって信託財産に工作を加えてしまい、「工作によって生じた価格が材料の価格を著しく超える」場合であっても、当然には「加工者たる受託者がその固有財産等でその加工物の所有権を取得する」ことにはならず、デフォルトルールとしては、固有財産等は償金請求できるにとどまると考え

25) 信託財産の実質的な所有者である受益者が存すると考えても、受託者と受益者は固より法的関係にあるから、主従関係でもって所有権の一本化を図ることによる共有関係の回避が迫られるわけではなからう。また、共同受託者の場合は、当該合成物等にかかる主体が複数存するが、彼らは信託財産を合有している（信託法79条）のであるから、異なる主体として扱うべきではなからう。

るべきであろう²⁶⁾。

要するに、信託法17条が、信託財産と固有財産等との添付に関して民法の規定を適用するとしていることについては、243条については旧状態への復旧阻止規定のみを、244条については従属節の条件は等閑視して主節のみを、それぞれ適用するとの規定であると理解するべきなのである。

(2) 信託法18条

(a) 識別不能状態における主従

混和と識別不能状態の差異については、既述のとおり、所有者を異にする複数の物が混合・和合して単一物になった状態が前者であり、「(所有者を異にする)複数の物がそれぞれ物理的には弁別が可能であるという状態は維持されている」つまり単一物に変じていない(総個数は識別不能状態になる直前と異同がないのが通常で、各財産の性質も何ら変質していない)ものの、その帰属関係が不明瞭になった状態が後者である。ところで、識別不能状態は、異種物どうしの混淆においては観念されないものと思料する。けだし、異種物が混淆してそれぞれ物理的には弁別が可能であるという状態が維持されているのであれば、帰属関係を識別することは依然として可能なはずである²⁷⁾。

もっとも、右の考え方とは異なり、個数で数えられない同種同等の種類

26) 実務的には、受託者が適正な財産に対してあらためて工作を加えるに止まるのが通常であろう。もっとも、事務過誤等により加工された動産が属する信託財産が、それにより信託の目的を達成できなくなった、もしくは達成に障害が生じた等の場合は別途善管注意義務違反の効果が生じることとなる。

27) P所有のヤギ20匹(白ヤギ10匹と黒ヤギ10匹)とQ所有のヤギ40匹(白ヤギ10匹と黒ヤギ30匹)が混淆した場合、各ヤギがそれぞれP・Qのいずれに帰属していたかは不明瞭となる。これを(白ヤギ・黒ヤギいう)異種物どうしの混淆と解することは妥当ではない。これは、Pの白ヤギ10匹とQの白ヤギ10匹ならびにPの黒ヤギ10匹とQの黒ヤギ30匹という同種同等の種類物の識別不能状態が同時に2つ存すると解するべきである。この場合の持分割合は、白ヤギについては「P : Q = 1 : 1」、黒ヤギについては「P : Q = 1 : 3」である。

物どうしが混合・和合して単一の集合物になった状態（したがって、混合物・和合物は依然として旧状態の性質を維持している）を、混和ではなく識別不能状態であると解する見解が存することも想定され得る。つまり、混和と識別不能状態との差異を、単一物に転化するか否かではなく、原物・混淆物間の性質の変容の有無に見出すもの（性質に変容がない場合が識別不能状態であると理解する見解）である。しかしながら、現行信託法の立案担当者は、混和につき「複数の物が混交して物理的に識別・分離することが不可能となった状態（換言すれば、社会経済上1個の物とみられるようになった状態）であ」と説明している²⁸⁾。そこで本稿では、混和と識別不能状態の差異につきそれに従って、単一物に変化したか否かを1つのメルクマールとして理解しておく。

さて、前款において、信託財産・固有財産等間の混和においては、原物につき主従を観念することなく混和物につき常に共有が成立すると述べたところであるが、信託財産・固有財産等間の識別不能状態においても、例外なく主従の区別をすることができないと解するべきと思料する。けだし、識別不能状態は、同種同等の種類物の混淆である分、異種間の混淆もあり得る混和より等質に分割することがさらに容易であろう。容易であるところの分割を回避し、混淆物すべての所有権を一方の財産に片寄せする必要性は全く見受けられない。したがって、補足説明が同状態につき「主従の区別の可否に関係なく、共有を生じさせるとした」との表現（傍点引用者）を用いていることは蛇足であろう。

ここで問題としている民法244条所定の「主従」については、これは、242条にいわゆる「従として付合」および243条所定の「主たる動産」に呼応しているものである。この「主たる動産」およびそのアントニムである「従たる動産」は、民法87条2項所定の「主物」および「従物」とは異なる

28) 寺本昌広『逐条解説 新しい信託法』（商事法務、2007年）79頁。

る概念ではある²⁹⁾が、「主たる動産」に従わない「従たる動産」を觀念することは困難であろう。たとえば、Pがその所有する種類物70個につきAに売却する契約を締結したものの、Aへの引渡しが未済であるときに、その売買の目的物たる70個とQ所有の同種同物30個とが混淆して識別することができなくなったとしよう。これは、単一物になったわけではないので混和ではなく識別不能状態である。そこで、(数の大きい方の)Pの旧所有物70個が主たる動産であるとした上で、Qの旧所有物30個については、「従たる動産」だからとてこれが70個の処分に従わねばならないとすれば、いかにも座りが悪いであろう。数量の多寡によって、信託法17条が適用する民法244条所定の「主従」を決することが妥当ではないということの一つの証左である。

(b) 一般私法との関係

次いで、序説に掲げた信託法18条と一般私法の規定との関連にかかる問題につき検討する。すなわち、異なる主体に所有権が帰属する複数の動産が混淆して「その帰属関係が不明瞭な状態になった」ものの「それぞれ物理的には弁別が可能であるという状態は維持されている」ときにおいて、そもそも一般私法が「識別することができなくなった時における価格の割合に応」じて「各財産の共有持分が各動産の所有者に属する」としているのか、そして、18条は、信託財産・固有財産等の間で同様の事態になった場合においても、「信託財産と固有財産等は各別の所有者に属するものと

29) 内田前掲書393頁は、付合と従物は似た概念であるとして、両者の違いを、① 原則として従物は主物の所有者の所有物であり(他人の物を含める説もある)、② 従物が主物に付属させられる目的は主物の継続的な経済的効用を増すためであり(付合ではそうとも限らない)、③ 従物の「従属」は付合の程度にまで至らないものである、という点にあるとしている。また、我妻栄ほか『我妻・有泉 コンメンタール民法——総則・物権・債権——』(日本評論社、2012年)449頁は、付合における主従に関してではあるが、「『主たる動産』とは、従物に対する主物の概念に類似するが(§87参照)、必ずしも同一ではない」としている。

みなして」、その一般私法の法理を適用しているのか、ということである。

同条は、少なくとも条文上は17条とは異なり、民法等一般私法の規定・法理を適用するとは明記していないし、補足説明も「信託財産と固有財産の識別不能状態が生じた場合において、受託者について破産手続が開始したとき、……識別不能状態にある財産の一部が滅失した場合にその損失は実質的にどのように負担されるべきかなどが明確性を欠くこととなっている」から「信託財産に関して識別不能状態が生じた場合の財産の帰属関係を明確化するため、新たに規律を設けることを提案し³⁰⁾」たとしていること、さらには「これにより、識別不能となった財産の全部又は一部に対して、受託者の固有財産に係る債権者から差押えがあったときは、受益者は、信託財産に属する共有持分に基づき、現行法（旧信託法（大正11年4月21日法律第62号）のこと：引用者註）第16条第2項の規定による異議の訴えを提起することができることとなり、また、受託者が破産したときも、共有持分を基礎として、新受託者等は、破産管財人を相手方として共有物分割を請求できることになるものと考えられる³¹⁾」（傍点引用者）としていることから、一般私法の法理を適用したわけではなさそうである。一般私法が識別不能状態につき沈黙しているとすれば、かかる状態に関しては信託財産・固有財産等間のそれにおいてのみ共有がコミットされていることになるが、はたしてそれは妥当なのかという問題が生起せられる。

そこで、次節では、信託法18条を離れて一般私法において、所有者を異にする複数の物が混淆して識別することはできなくなったものの、それぞれ物理的には弁別が可能であるという状態が維持されているときは、その識別することができなくなった当時における各財産の個数の割合に応じて共有持分が各動産の所有者に属すると規律されているのかにつき考察を及ぼすことといたしたい。

30) 補足説明18頁。

31) 同19頁。

第 4 節 動産の共有持分

(1) 序 論

前掲最判昭和 54・2・15 の判旨に鑑み、集合動産の一部につき物権の設定・移転はなされ得ないとの見解が存することは既述した。

また、「動産及び債権の譲渡の対抗要件に関する民法の特例等に関する法律」に基づく登記にかかる登記事項証明書の欄外には「動産の所在によって特定する場合には、保管場所にある同種類の動産のすべて……が譲渡の対象であることを示しています」と付記されている。すなわち、ある倉庫に保管されている動産の集合体については、構成部分の変動するか否か（＝新陳代謝の有無）にかかわらず、その一部を物理的に特定せずに譲渡担保に供しても、譲渡担保契約の成立の有効性についてはともかく、少なくとも同法に基づいて対抗要件を具備することはできないのである。これは、同種同等の種類物で構成される集合体とて例外とはされず、一定の保管場所に存する同種同等の種類物のうちの「〇個」「〇トン」等の数量的な制限については、対象物件の特定を明確にするための有益事項とてこれを記録しても、右判例法理により、記録事項としては無益的なものになる³²⁾とされているのである。

このように、一定の所在場所に存する同種同等の種類物で構成される集合体のうちの一定数量を担保の目的として定めた場合については、部分的限定では第三者からの目的物識別が困難、といった理由から否定的な見解も少なくないとされる。さらには、一定割合（全体の2分の1、3分の1等）を担保の目的と定めた場合についても、多くの見解が特定性を承認しないとされる³³⁾。すなわち、その一定割合が具体的にどの部分なのか

32) 植垣勝裕・小川秀樹編著『一問一答 動産・債権譲渡特例法』（商事法務、2007年）80頁。

33) 吉田真澄「集合動産と譲渡担保の成否」ジュリ718号（1980年）77頁。

判然としないから、担保目的物の特定を欠くことになる。標識を付すとか、別置するとかした上で、設定契約でその旨を表示しなければならない³⁴⁾ということである³⁵⁾。

もっとも、「○○倉庫内の全商品につき3分の1の持分」を担保のために譲渡する旨とりきめることは有効とする見解も有力である³⁶⁾。売買の目的物につき「一定の倉庫に存する（同種同等たる種類物で構成される）集合物の3分の1」と量的範囲のみを契約で指定しておいて後に別置等により確定する方法³⁷⁾と、「同3分の1の持分」という特定方法との差異は、対価危険の負担にあると考えられるが、売買の目的物がそもそも売主の有する母集団の全部なのか一部なのかについては契約の本旨には無関係である（ことが通常であろう）にも拘らず、両者の法的有効性に差異を設けることも首肯し難い。

(2) 構成部分の変動する集合動産の一定数量にかかる持分

同種同等の種類物で構成される集合体の一部への担保権の設定に関しては、既述のとおり、目的物につきその母集団の「一定数量」とか「一定割合」という量的範囲の指定をするにとどまるのであれば担保は成立し得ないが、その「一定割合の持分」であれば成立し得るとされる。譲渡担保契

34) 田中壮太「1. 構成部分の変動する集合動産を目的とする集合物譲渡担保権の対抗要件と構成部分の変動した後の集合物に対する効力 2. 構成部分の変動する集合動産を目的とする集合物譲渡担保権と動産売買先取特権に基づいてされた動産競売の不許を求める第三者異義の訴え 3. 構成部分の変動する集合動産を目的とする集合物譲渡担保権設定契約において目的物の範囲が特定されているとされた事例」最判解民事昭和62年度671頁。

35) 集合動産の譲渡担保において、その全部を担保の目的物とすると、超過担保として問題となることがあり得るほか、許害行為取消権や破産否認の対象となることもあり得るとされる（米倉明『譲渡担保の研究』（有斐閣、1995年）203頁）。

36) 同207頁以降。

37) もっとも、米倉教授は、譲渡担保設定契約上、「3分の1」がどの部分なのかすでに確定されなければ、設定契約の客体の具体性を欠くから譲渡担保は成立しないとしている（同205頁）。

約上, 単に割合 (たとえば 3 分の 1) のみが指定されているにとどまる場合に, それが「一定の所在場所にある物の一部 (3 分の 1)」にかかる譲渡担保を意味すると解するべきか, それとも, 「(3 分の 1) の持分割合」の譲渡担保を意味すると解するべきかについては, 契約の解釈に帰着するが, いずれもが普及していない状況下にあつては, 担保の確保という観点からは, 後者 (持分の譲渡担保) と解する方が合目的的であるとする見解³⁸⁾が存するが, 至当であろう³⁹⁾。

さて, 持分という言葉は, 共有者が物に対して有する権利, および共有者相互間におけるその権利の割合, という 2 様の意義において用いられるとされ, 後者は「持分の割合」もしくは「持分率」と称される⁴⁰⁾。その呼称からすると, 持分は, 「3 分の 1 の持分」とか「30% の持分」のように, 分数とか百分率, 歩合等の割合で表されるものと解される。もっとも, 同種同等の種類物で構成される母集団が新陳代謝しないのであれば, そのうちの「一定量」は「一定割合」と同義である。すなわち, 新陳代謝しない母集団 10 トンのうち「3 トン」という数量的特定の仕方は, 同 10 トンの「10 分の 3」という割合的特定の仕方と懸隔するところはない。したがって, 「100kg 分の持分」, 「100 個分の持分」等の「一定数量分の持分」との表記の仕方であっても, 母集団が新陳代謝しないケースにおいては, これらも有効とされよう。

問題は, 割合的表記であろうが数量的表記であろうが, 母集団が新陳代謝するタイプにおいてはどのように理解するべきか, ということである。たとえば, 10 トンのうち 3 トンの譲渡担保が取り決められた契約につきそれを「30% の持分」の譲渡担保であると転換承認することができようが, その後, 債務者が母集団 10 トンのうち 4 トンを費消した場合である。残り

38) 同 207 頁。

39) 詳細については, 岸本雄次郎「集合動産の共有持分(1)(2)」民事法情報 283・284号 (2010年) を参照賜りたい。

40) 川島武宜・川井健編『新版 注釈民法(7) 物権(2)』(有斐閣, 2012年) 434頁。

6トンの30%は1.8トンであり、持分率に固執すると、譲渡担保の目的物が3トンから1.8トンへと縮減してしまうのである。

ドイツにおいては、在庫品にかかる持分の譲渡担保に関して、設定に当たって持分が指定されても、その後在庫品の内容が変動した場合には、当初指定された大きさの持分が維持されるべきか、それとも、当初の持分を指定した時にそれによって把握された価額が維持される（したがって、持分の大きさが変わり、変動して現存する総価額を分母に、当初把握された価額を分子とする割合の持分となる）と解するべきか、という点が既に指摘されていた⁴¹⁾。前者（当初指定された大きさの持分が維持されるべき）を正当とすべきであるとするならば、持分割合に基づく共有物分割請求権の対象となる数量に異同が生じてしまう。さすれば、混蔵寄託は法的に全くワークしないこととなる。

混蔵寄託とは、民法に明文規定はないものの、受寄物自体の返還を要しない点で通常の寄託とは異なり、また、所有権の移転がない、つまり、受寄者に消費の権限がない点で消費寄託とも異なる寄託の形態とされている⁴²⁾が、その混蔵受寄物たる集合体については、新陳代謝が生じるのが通常である。すなわち、混蔵寄託の各寄託者は、当初契約後に追加寄託や一部ないし全部の引出しをするであろう。A、B、C、Dの4者から同種同等の種類物（それぞれ10kl、20kl、30kl、40kl）の混蔵寄託を受けた受寄者が、その計100klを一定の貯蔵プールで保管している状況を想定されたい。

当初の持分を指定した時にそれによって把握された価額が維持されるとするならば、各寄託者の持分割合（分数、百分率、歩合等）は、自己が追加寄託ないし引出しをする都度、あるいは他の寄託者がそれをする都度、変化することになる。右設例におけるA、B、C、Dの各寄託者の当初の

41) ショルツは通常の意味解釈によれば後者と解すべきだとし、米倉教授もその見解に賛成する（米倉・前掲書212頁）。

42) 典型には、一定地域の農家がそれぞれ米を農業倉庫に保管させる場合である。

持分割合は、それぞれ10%、20%、30%、40%である。そこへ、Dからの要請を受けて受寄者が当該受寄物100klから20klを出庫して混蔵寄託物が計80klになった場合、A～Dの各寄託者の持分割合はそれぞれ12.5% (= $10\text{kl} \div 80\text{kl}$)、25% (= $20\text{kl} \div 80\text{kl}$)、37.5% (= $30\text{kl} \div 80\text{kl}$)、25% (= $(40\text{kl} \triangle 20\text{kl}) \div 80\text{kl}$)と、持分の大きさが変わると観念すること（共有の弾力性⁴³⁾）によって、各寄託者の権利が保護されることとなる。

翻って、当初指定された持分率が維持されるべきとするならば、A、B、Cのそれぞれ10%、20%、30%の当初持分率による分量は、Dからの要請で受寄者が20klを出庫した後は、それぞれ8kl (= $80\text{kl} \times 10\%$)、16kl (= $80\text{kl} \times 20\%$)、24kl (= $80\text{kl} \times 30\%$)と、Dの持分の一部が出庫されただけで、それぞれ2kl (= $10\text{kl} \triangle 8\text{kl}$)、4kl (= $20\text{kl} \triangle 16\text{kl}$)、6kl (= $30\text{kl} \triangle 24\text{kl}$)減少することとなってしまう。翻ってDの分量については、当初の持分量である40klから20klを引き出したのだから、残りは20klに過ぎないはずが、32kl (= $80\text{kl} \times 40\%$)と、12kl ($32\text{kl} \triangle 20\text{kl}$)もの利得が生じてしまう。4者のうちの一部から、あるいは新たにEから追加寄託を受けたような場合も同様である。混蔵寄託においては、出入庫に合わせて「持分(率)の大きさが変わり、変動して現存する総価額を分母に、当初把握された価額を分子とする割合の持分となると解」することができなければ、このような不当な結果を招来するのである。

以上に鑑みれば、一定の保管場所に存する同種同等の種類物で構成される集合体の共有においては、新陳代謝の有無に関係なく、その「一定割合」にとどまらず「一定数量」にも物的権利（持分権）が認められると解すべきである。この理は、非典型契約たる混蔵寄託の場合に限らず、集合動産の譲渡担保の場合、さらには、一般的に所有者が異なる複数の物が偶発的・非偶発的に混淆した場合にも適合するであろう（ただし、当該集合体を等質に分割することが容易でない場合はその限りではない）。

43) 共有の弾力性とは、共有者の1人の持分が消滅すると、ゴムまりの一つが割れたように、他の共有者の持分が拡大するというもの（内田・前掲書396頁）。

(3) 小 括

石油備蓄にかかる混蔵寄託契約（受寄者の所有物の混合した状態での保管を委託する契約）における寄託の目的物は、寄託者が所有していた石油と受寄者が所有していたそれとが混和していることとなるが、これは、常に寄託を受けた量を保管していることが求められる契約であって、備蓄の効果は失われないとされる⁴⁴⁾。

ところで、混蔵寄託の目的物に関しては、石油のような「個数で数えられない物（液状・粉状・粒状等）」に限られるわけではない。受寄物が個数で数えられる混蔵寄託の典型は、金地金の保護預かりであろう。たとえば、A、B、C、Dがそれぞれ1kgのゴールドバーを混蔵寄託し、受寄者が4本の1kgのゴールドバーを（明認方法を付さずに）保管しているとしよう。補足説明によれば、これは、混和ではなく識別不能状態であると考えられるが、形状が異なり個数で数えられるからとて石油の混蔵寄託とは異なって共有が認められないとすれば不当であろう。

以上の観点より、Pが所有する同種同等の不可分物2個とQ所有の同不可分物1個とが混濁して識別不能となった場合は、民法245条を類推適用して、同条が準用する244条に基づき、（混濁物について主従の区別をすることができないのだから）PおよびQは、その混濁の時における価格の割合に応じてその各不可分物を共有する、と解されるべきものと思料する⁴⁵⁾。

44) 資源エネルギー庁資源・燃料部「石油備蓄の現状と課題について(2)」(平成18年)
<http://www.meti.go.jp/committee/materials/downloadfiles/g60417d03j.pdf#search=%E7%9F%B3%E6%B9%E5%82%99%E8%93%84+%E6%B7%B7%E8%94%B5%E5%AF%84%E8%A8%97>（2013年2月18日最終閲覧）19頁。

45) もっとも、識別不能となった混濁物（集合体）が1個の物（集合動産）として取り扱われる場合は、識別不能状態ではなく混和であり、各財産ではなく集合体の共有持分が原物の各所有者に属すると解するべきであろう。たとえば、ゴールドバーにかかる如上寄託契約下において、受寄者が500gのゴールドバー8本を保管している状況（当該受寄物はそれぞれ物理的には弁別が可能であるという状態は維持されているものの、その帰属関係が不明瞭になっていることには相違ないが、原物が維持されていない）である。受寄物と

信託財産と固有財産等とで識別不能状態が生じた場合も同様に、(信託法17条を介した)民法245条の類推適用により、識別することができなくなった時における価格の割合に応じて信託財産と固有財産等が各動産を共有することになると解するべきである。したがって、18条は確認規定に過ぎないと考えられる。

ところで、民法250条は「各共有者の持分は、相等しいものと推定する」と規定するが、混和の際の「混和の時における価格の割合に応じてその合成物を共有する」とする規定(245条が準用する244条)とはどのように調和されるべきであろうか。けだし、次のような事例で考察できよう。すなわち、P村を入会団体とする里山と、それに隣接するQ村の里山にAが無断で立ち入り、それぞれの里山で盗掘したたたら製鉄用砂鉄を1台の軽トラックの荷台に1塊の砂鉄(混和物)として載せているところを捕まった場合において、①それぞれの里山で盗掘した砂鉄の質に異同があり、混和物におけるP・Qそれぞれ原産の割合が容易に判明するならば245条が準用する244条が適用され、②それぞれの里山で盗掘した砂鉄が同質であるならば250条が適用される。

右の設例における「砂鉄」を「マツタケ」に、「1台の軽トラックの荷台」を「1つの捌籠」に置き換えると、法的状況は、混和から識別不能状態へと変化する。1つの捌籠に存するAが盗採したマツタケについては、その1本1本がP・Qいずれの里山を原産とするかは最早不明⁴⁶⁾であるから、「それぞれ物理的には弁別が可能であるという状態は維持されているものの、その帰属関係が不明瞭になった状態」となっている。上記砂鉄

↘ しての金地金が金粉や非画一的な金箔等の流動的な状態ではなくゴールドバーであっても、各寄託者の寄託物にかかる権利は、個々の帰属関係ではなく、あくまでも一定分量の金である。この8本のゴールドバーは、4kgの金と解されるべきであろう。

46) Pの里山では坪(つぼみ) (カサの部分が丸く開いていないもの)しか採取されないが、他方でQの里山では開き(カサが完全に開いているもの)しか採取されないというのであれば別異であるが、ここではいずれの里山で採取されるマツタケにも外観上・品質上の差異はないことを前提とする。

の②のケースと同様に、この場合も当然にP・Qの持分は相等しいものと推定されるべきであろう。けだし、混淆した当時における価格の割合の立証が困難であるという、同じ状況にあるPおよびQのそれぞれの権利にかかる法的効果につき、対象客体が砂鉄の場合とマツタケの場合とで差異を設ける実益が見出し難い。右設例のマツタケの如く、混淆した各動産が物理的には弁別が可能ではあるものの、混淆した当時における価格の割合の立証が困難な場合においては、単一物になったわけではないという理由により民法245条を直ちに適用することはできなくとも、同条が類推適用されるべきである。ひつきょう、信託財産と固有財産等と同様の状態が生じた場合においても、信託法18条2項の規定に依拠する必要はない。信託法17条を介して民法245条が類推適用されて、共有持分は相等しいものと推定されるのである。この観点からも、信託法18条は確認規定に過ぎないことが理解し得えよう。

第5節 当初より識別不能について

序説にて掲げた「当初から識別不能」に関しては、次の設例で検討してみたい。すなわち、時系列として、① 商人Pおよび同Qがある部品につきそれぞれ700個、300個の需要があるために、双方協議の結果、Pが計1,000個をRに発注した（契約は1個）、② 代金については、300個分をQから受領したPが自己の出損分と合わせ1,000個分をRに支払った、③ 売買の目的物たる当該部品1,000個がPに納入された刹那、Pが破産手続開始の決定を受けた、というケースである。

このようなケースにおいては、Pの占有下に存する1,000個の部品につき、Qは何ら物権的請求権（とりわけ、Pの破産管財人が1,000個すべてにつき破産財団所属財産であることを主張している場合は取戻権）を有しないと解するべきか。けだし、識別不能状態については混和規定を類推適用すべきであると述べたところであるが、民法245条も「混和して識別す

ることができなくなった場合」と、元々分けられていたものが混じりあったときのように、事後的な混和を想定した規定になっている。(混和に準ずる) 識別不能状態が生じたのが事後的ではないからとて、民法245条が準用する244条の規定(共有擬制)を類推適用することはできず、ひっきょう1,000個の各部品の共有持分がPおよびQに属するとはされないということとなるのであろうか。そうだとすると、Pの(破産管財人の)支配下にある1,000個の部品にかかる所有権はすべて排他的にP(もしくは破産財団)に属することとなるのであろうか。

右設例におけるP・R間の1,000個の売買契約については、Pがすべて自己の名をもって行ったものであるが、うち300個に関しては他人(Q)の計算において行われたものである。それ以前に締結された共同発注にかかるP・Q間の契約については、民法上のいわゆる間接代理(委任)に該当すると考えられるが、その契約において、Pがその1,000個のうち300個につきRから受領した時点で占有改定をする旨の定めが予め存していた、もしくは斯様な占有改定が承認される場合は格別、その定めなくしてもP・R間の契約のうち300個分は、代理商としての代理行為の対象であるから、顕名なくともその効果は本人たるQに帰属することとなるはずである⁴⁷⁾。問題は、当該1,000個のうちどの300個につき物権的請求権もしくは取戻権を行使できるかということとなろう。けだし、1,000個のうちどの300個かが特定できないことからすると、独立の物権の客体とはならないとの見解も存する⁴⁸⁾。

まず、右の間接代理における予めの占有改定に関しては、「特定されていない物は独立の物権の客体とはなり得ない」とする右見解によれば、占有権も物権であるから、一義的には、その目的物たる300個が特定されていなければ(他の700個から外形上区別することができる状態でなければ)

47) 代理商の競争禁止(商法28条)についても、商人(Q)の許可を受けているのであるから、特段の問題は生じない(同条1項柱書)。

48) 「信託と倒産」実務研究会・前掲書408頁。

占有改定そのものが成立しないとされるのかもしれない。しかしながら、占有改定をする300個を1,000個の中から特定して別置きしたところで、あらためて他の700個と混蔵保管されると、せっかく特定されても、再び識別不能状態になる。

次に、顕名なくしても、ひっきょう、占有改定なくしても法的効果が直接本人たるQに帰属する代理商の場合であっても、同じく「特定されていない物は独立の物権の客体とはなり得ない」とする右見解によれば、300個にかかるRからQへの物権変動につき1,000個のうち何の300個なのか特定されなければ、物権的效果はQに帰属し得ないということとなろう。しかし、この場合においても、いったん代理の目的物を特定したところで、あらためて他の700個と混蔵保管されると、右の予めの占有改定の場合と同様の状況となる。間接代理における予めの占有改定であるにせよ、代理商による代理であるにせよ、いったん特定したところで、あらためて識別不能状態となるわけである。識別不能状態の混淆物がかつて識別可能であったか否かを峻別することはもはや何ら意義を有しない⁴⁹⁾。

そもそも、「当初から識別不能」に関しては、1隻の船舶を複数人で共同購入する場合と近似している。ただし、30億円の新造船を、Pが20億円、Qが10億円拠出して共同購入した場合、当該1隻の新造船の何の部分の3分の2がPに帰属し、何の部分の3分の1がQに帰属するかは、当初から不明である。しかし、1隻の船舶の共同購入においては、当該船舶の何の部分かという物理的な観点とは関係なく、P・Qのいずれもこの1隻の船舶に対する所有権を有するが、その有する権利の割合が、 $P = \frac{2}{3}$ 、 $Q = \frac{1}{3}$ となることが、船舶登記の観点からも明らかである（船舶登記令12条7号・14条2項、船舶登記規則23条2号）。

49) いったん特定された複数の物が識別不能になったと観念するならば、その特定の事実を立証せねばならないとする見解も想定し得る。しかし、いったん特定した後にその特定性が喪失される状況において、かつての特定の有無につき立証責任を負わせることは国民経済的に実益がなからう。

右のように、“1個”の不可分物をP・Qが共同発注した場合においては、(納入先がP・Qのいずれであるかにかかわらず)納入された“1個”については当初からも事後的にも識別不能(複数の物がそれぞれ物理的には弁別が可能であるという状態は維持されているものの、その帰属関係が不明瞭な状態)とはならないから、PおよびQによる共有が認められる。ところが、同じ不可分物の共同発注の数がP・Qそれぞれ1個ずつ計“2個”であった場合は、当初から識別不能であり、それを規律する明文規定が存しない。さらばとて、両名による共有は認められず、ひっきょうPに2個すべての所有権が属し、現実の引渡しを受けていないQは自己の発注分につき一切物権的救済を受けることができないというのであれば、発注数が単数か複数かの差異により法的効果が異なることとなる。P・Qがそれぞれ半分ずつの代金を拠出して不可分物を共同発注してPが納入を受けた場合、発注数が1個ならばP・Qにそれぞれ2分の1の持分が帰属することによりQは引渡しを観念することなく物権的救済を受けることができるが、2個であればQはPより引渡しを受けるまでは物権的救済を受けることができないという不条理が罷り通ることになってしまうのである。

なお、現行信託法の立案担当者であった前法務省民事局付検事は、18条の射程につき「委託者から受託者に信託がされる当初の段階では当然に分別がされるので、それが事後的に識別できなくなった場合を主として想定して(そのような)表現がとられた」とし、上記1,000個の部品の共同発注のような場面も18条の射程に含まれるとすることは、立案の過程をみるとおかしなことではない⁵⁰⁾と述べる。

本説冒頭で掲げた設例における1,000個の部品の各個は、確かにP・Qのいずれにも属したことがない。したがって、「当初から識別不能」として問題とされるのであろう。しかし、発注時点では、それぞれ700個分・

50) 「信託と倒産」実務研究会・前掲書408-409頁。

300個分の対価となる金銭がP・Qそれぞれに存しており（もしくは存することになっている）、それらは識別不能とはなっていない。QからPへの支払いの時点で、1,000個分の代金が識別不能となり、それが1,000個の識別不能である部品へと代位したに過ぎない。代価たる金銭は識別できていたわけである。当該部品1,000個についてはともかく、その出発点たる代価から考えれば、そもそも「当初から識別不能」ではないのである。

終 節 結 び に 代 えて

「ある財産が固有財産なのか信託財産なのか、あるいは識別不能財産なのかについて、受託者の倒産場面において、破産管財人なり更生管財人の支配下にある財産であれば、少なくとも事実上の立証責任は、受益者側が負担することになる」という見解⁵¹⁾がある。また、受託者Aが自己勘定と信託勘定からそれぞれ700個、300個の同一部品を一人の納入業者に発注し（契約は700個分と300個分の2つ、もしくは1,000個として一括）、1,000個が一括で納入され分離されずに保管されている段階でAが倒産してしまった場合、管財人となったら「素直にこのうちの300個を信託財産側に引き渡すか」との問いに「渡さない」とする弁護士の見解⁵²⁾もある。

信託法は、その59条2項で「(受託者が破産手続開始の決定を受けたことにより) 受託者の任務が終了した場合には、前受託者は、破産管財人に対し、信託財産に属する財産の内容及び所在、信託財産責任負担債務の内容その他の法務省令で定める事項を通知しなければならない」とし、さらに60条4項で「(受託者が破産手続開始の決定を受けたことにより) 受託者の任務が終了した場合には、破産管財人は、新受託者等が信託事務を処理することができるに至るまで、信託財産に属する財産の保管をし、か

51) 同404-405頁。

52) 同407頁。

つ、信託事務の引継ぎに必要な行為をしなければならない」と規定する。如上見解は、「後になって、あの財産は信託財産だといわれても、いわれたときには売却してしまっているという場合も予想され(る)。それを(破産)管財人の善管注意義務違反などといわれたのでは、倒産実務はきわめてやりにくくなってしま⁵³⁾」うという理由によるものらしいが、そうだとすると、信託法59条・60条が規定する職務・責務につき前受託者および破産管財人はそれを受益者に転嫁することができるというに等しいと危惧する次第である。

さて、信託法18条は確認規定に過ぎないと既述したが、「信託勘定と固有勘定とで代金を出し合って1,000個の部品を共同購入したとみられるような場合であれば、それはまさしく共有そのもの」であり、「18条を適用して擬制を働かせるまでもなく共有物であり、信託勘定と固有勘定とが、それぞれ代金の負担割合の数量割合に従った共有持分を共有物全体に対して有するはず」だとする見解⁵⁴⁾が存する。至当であろう。

他方で、「しかし、たとえば購入した1,000個の部品のうち200個を毀損ないし紛失し、800個しか部品が現存しないような場合には、800個に対して10分の3の共有を認めるのか、それとも喪失した200個分がどちらの勘定に帰属するのか、という深刻な問題を生ずる」から「はたして安易に共有擬制してもよいのか」との疑問⁵⁵⁾も提起せられている。これについては、計1,000個につき信託行為で定めた受託者の注意義務に違反したことを原因として200個が毀損ないし紛失したならば、喪失した200個は固有勘定に帰属することとなる。けだし、注意義務の課されていない固有勘定に帰属すべき財産(部品)から先に毀損ないし紛失されたと考えるのが至当である。他方で、善管注意義務を果たしていたにもかかわらず毀損ないし紛失したというのであれば、それは不可抗力によるものとなる。その

53) 同407頁。

54) 同410頁。

55) 同410頁。

場合は、200個の喪失分は3対7の割合にて、信託財産・固有財産にそれぞれ割り当てられるものと思料する。厄難は、信託勘定にも固有勘定にも平等に降りかかると考えるべきだからである。なお、この1,000個については、総体として取引上独立の権利の客体として取り扱われるものと考えられることも可能であろう。そうであれば、1隻の新造船の共同購入の場合と同様で、当初からも事後的にもそもそも識別不能とはならない。

【付記】

本稿は、公益信託甘粕記念信託研究助成基金の平成23年度研究助成金による研究成果です。記して深謝申し上げます。

また、本稿を作成するに当たり、早稲田大学「市場のグローバル化と担保法制」研究会（研究代表：近江幸治教授）の方々から大変有益なコメントを頂戴しました。厚く御礼申し上げます。