

Title	信託財産の「合有」性について：數人の受託者と信託財産
Sub Title	Several trustees and the "joint tenancy" of the trust estate
Author	田中, 實(Tanaka, Minoru)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1954
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.27, No.9 (1954. 9) ,p.1- 21
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19540915-0001

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

信託財産の「合有」性について

— 數人の受託者と信託財産 —

田 中 實

目 次

- (一) 問題の所在
- (二) 「合有」論の再検討
- (三) 英法における共同所有形態
- (四) 信託財産の本質と「合有」性
- (五) 結 語

(一) 問題の所在

一 民法は、單獨所有に對する共同所有の形態として、「共有」Miteigentumのみを認めているが(民法第二四九條以下)、學説は一般に、「共有」のほかに「合有」(「合手的共有」)Eigentum zur gesamten Hand および「總有」Gesamteigentumのありうることを指摘している。^(一) しかも、近時の有力な學説は、組合財産および共同相續財産は、民法の規定(第六六八條、第八九八條)にもかかわらず、實質上「合有」たるものであるとし、^(二) また入會權は「總有」的性格を有するものであると論じている。^(三)

信託財産の「合有」性について

(一) 例えは、我妻榮『物權法』(新版)二〇九頁以下、我妻榮・有泉亨『民法總則・物權法』(コンメンタール)三六九頁、吾妻光俊『物權法』四四―四五頁、末川博『物權法』三四四頁以下、今泉孝太郎『新物權法論』八一頁、一二二―一二三頁等。

(二) 石田文次郎「合有論」(『民法研究』一八五頁以下所收)、來栖三郎「共同相續財産に就いて」(法協五六卷二、三、五、六號所收)は、この問題を詳細に取扱つた貴重な研究であり、その後これに従うものも、すくなくない。川島武宜『民法(四)』一五六頁以下、中川善之助『民法大要』(新版)二二二頁等。

(三) 我妻前掲二九七頁、我妻・有泉前掲三八二頁、吾妻前掲同頁、末川前掲四〇四頁、今泉前掲一二二頁。

二 ところが、信託法第二四條一項は、數人の受託者ある場合における信託財産の歸屬關係について、

「信託財産ハ其ノ合有トス」

と規定している。本條は、民法の認めなかつた「合有」という觀念を、成文法上はじめて認めたものとして注目され、「合有」論を構成する學者も、しばしば本條をその理論づけに援用しているようである。

では、本條にいう「合有」とは、何を意味するのであろうか。それは、文字通りに、いわゆる「合有」という共同所有の特殊な形態を認めたものであろうか。究明すべき問題は、そこにある。

三 信託法第二四條一項の「合有」に對する信託法學者の解釋は、必ずしも一致してはいないけれど、多くは、「共有」におけるような「持分」の觀念を含まない特殊な共同所有の形態であると解している。例えば、青木博士は、

「持分ノ觀念ヲ排斥スル意味ヲ以テ之ヲ其合有トセリ。合有トハ持分ノ觀念ナキ共同所有ノ状態ナリ」と述べておられる。^(四)

しかるに、現時における民法學上の通説にしたがえば、「合有」には「持分」の觀念が存在し、ただ一定の共同目的についての結合から生ずる制約を受けるにとどまるものとして理解されていること、周知のとおりである。

それでは、信託法第二四條一項の解釋にかんする信託法學者の見解は、誤つているのであろうか。果して、「合有」論の

構成に力をつくされた石田博士は、

「持分権のなき共同所有などは現代の法制上存在しないし、又それは合有権の形態を把握するものではない。信託財産が數人の受託者の合有に屬する以上、各受託者は各自持分権を有している」

と論じ、あたかも信託法學者が誤りをおかしていることを示唆している。^(五)

だが、果してそうであろうか。石田博士の考え方は、信託制度に對する正しい理解の上に立つているといえるであろうか。信託法第二四條一項は、受託者數人ある場合の信託財産について、たしかに「合有」なる表現を採用したにせよ、それは、いわゆる「合有」たることの承認を、そのまま意味しているのであるか。

順序として、まず、いわゆる「合有」論を一通り検討し、ついで信託財産の「合有」性の問題におよぶこととする。問題の解決には、おそらく、英法における共同所有形態の一般的考察とともに、信託財産そのものの本質をも究明する必要があるであろう。

(四) 青木徹二『信託法論』一五二—一五三頁。同趣旨、三淵忠彦『信託法通釋』一三〇—一三一頁、栗栖越夫『信託法綱論』一八〇頁等。ただし、民法の學説にしたがつて「持分」の觀念を認める少數説もある。入江眞太郎『信託法原論』(全訂版)二六七頁以下。なお、岩田新『信託法新論』七七頁以下参照。

(五) 石田前掲一二六頁。

(二) 「合有」論の再検討

四 一般に、いわゆる「合有」は、共同所有の一類型たるものとして、「共有」および「總有」と對比され、つぎのような特質をもつものとして説かれている。^(一)

信託財産の「合有」性について

(1) 「合有」は、いわゆる「持分」の觀念を有する點において「共有」と性質を同じくし、「總有」と區別される。すなわち、「持分」の存する意味において、「合有」は「共有」と同じく個人的性格を帶有し、本質的に團體的性格に貫かれた「總有」と對立する。

(2) 「合有」は、いちおう個人的性格を有するが、同時に合有者の間に存する密接な共同目的への結合にもとづき、或程度の團體的制約——「持分」に對する統制——が作用する。すなわち、個人的性格を示す「持分」はありうるが、共同目的への結合を破壊すべき持分處分の自由および目的物分割の自由は、つよく制限され、これらの自由は、結合關係の終了した場合にのみ許される。かような「持分」に對する統制が作用している意味において、「合有」は「共有」と異なっている。いわば、「合有」は「共有」と「總有」との中間に位置する。

(一) 詳細は、石田前掲、來栖前掲を參照。なお、一般に物權法の教科書には、「共有」・「合有」・「總有」の三形態を對比させた簡明な要約がみられるほか、川島『所有權法の理論』二〇二頁以下、山中康雄『共同所有論』(法律學體系・理論篇)七頁以下には、きわめて鋭い理論的分析が含まれている。本稿は、いうまでもなく、これらの諸研究に展開された理論を當然の前提とする。したがって、論點の詳細は、既に周知のこととして、ここに再説しない。

最近の學説は、一般に「合有」を認める態度を示しているが、山中前掲のみは、かなり批判的な立場をとっている。私自身も後に述べるように、むしろ山中教授の立場を支持したく考える。

五 ところで、近代市民社會における所有權法秩序は、財産の「商品性」を貫徹せしめるために、客體における一物一權主義とともに、主體における一權一人主義を原理とし、したがって共同所有形態に對する身分的・團體的制約を排斥しようとしている。^(二)

その結果、近代市民法における共同所有の形態としては、自由な「持分」の複合という構成をもつ「共有」のみが、原則的なものとして承認され、當事者の身分的・團體的結合關係のもとに「持分」の自由を制約する「合有」的形態および「持

「分」の觀念をいれない「總有」的形態は、全く否認されることとなつた。この意味において、「合有」および「總有」についての法史學的基礎づけが、どんなに綿密になされるにせよ、現行法的共同所有のカテゴリーとして「合有」または「總有」をみとめることは、むしろほとんど無意味なものであるといわなければならないのではあるまいか。

しかも、法史學的に正しい評價をあたえれば、典型的な意味での「合有」および「總有」には、近代的所有權としての性質が見出されえないという事實を看過することはできない。いしかえれば、確立した私有財産制の所産たる財産の「商品性」の發現がみられない。したがつて、近代的な共同所有形態として、「共有」のほかに、「合有」および「總有」を、「共有」と並ぶものとして平面的に把握することは、全く不正確な・後歴史的な態度である。^(三)

もちろん、「合有」および「總有」を、近代法的に再構成することは、必ずしも不可能ではあるまい。しかし「持分」の自由性につよい制約を加え、あるいは「持分」そのものを否定することは、財産における「商品性」の貫徹をめざす近代的所有秩序と根本的に矛盾するものであり、どうしても或限度がつきまとわざるをえないであらう。というのは、法主體としての個人の獨立性をみとめる近代法では、個人を團體のうちのみ位置づけ、身分的制約のもとにおくことは、許されないからである。したがつて共同所有形態における「持分」の制約は、たんに共同所有者の間に存する何らかの共同目的に應じて、財産の共同的管理をなすべき必要性に根據をおいて考へうるにとどまる。それは要するに、「持分」の自由性に對する一時的・便宜的制約であり、實質上、變形された「共有」にほかならない。そこには「共有」と質的に異なるものは存在しない。いしかえれば、それはもはや「共有」と異なる、これと並ぶべき特殊な共同所有形態として——すなわち、十分な獨立性をもつ獨立の一範型として成立しえないのである。もつとも、「持分」に對する制約に着眼して、これをあえて「合有」ないし「總有」とよぶことは、或意味では、用語上の便宜の問題にすぎぬこととなるかもしれないけれど、しかし十分合理的な用語法といえるかどうか、すくなくならず疑わしいのではなからうか。

かくて、現行法を對象とする法解釋學においては、共同所有の形態を、「共有」・「合有」・「總有」の三者に分類して把握するよりは、むしろ基本的なものとして「共有」のみを認め、あわせて「共有」に對しどの程度の變形・修正がありうるか、というふうに把握する方が、市民法原理にヨリ忠實な態度であり、また問題の本質をヨリ直截につかむことになるのではあるまいか。

(二) 川島『所有權法の理論』二〇〇頁以下参照。

(三) 「合有」または「總有」の典型といわれるゲルマン法における家産の共同相續形態や村落の土地支配形態を考えよ。そこには、近代的所有權は未成立であり、實質上、財産の團體的な支配利用關係——占有と明瞭には分離していない——があるにすぎない。

のみならず、「合有」または「總有」においては、當事者の身分にもとづくつよい團體的組織強制が作用している。この點からも、個人の財産秩序の上に、當事者の自由意思によつて組織され、したがつてまた脱退の自由を原則的な前提としている組合や、近い將來に財産の分割を豫想している共同相續においては、本質的に「共有」たるものと理解すべきであろう。

六 具體的にいえば、財産關係が「合有」性をもつといわれる組合や共同相續の各場合についてみても、これらを、しいて「共有」でなく「合有」であるとして法律構成しなければならぬ理論的根據は、必ずしも十分つよいものとは考えられない。のみならず、解釋論上どれほどの實益があるかも疑問ではないかと思われる。というわけは、つぎのとおりである。

(1) 組合財産の共同所有關係において、「持分」の自由性を制限すべき根據は、もちろん十分にみとめられる。何故なら、組合員相互の間の共同關係は、一定の結合目的への——すなわち共同事業をいとむための一種の經營協同體を形成するものであり、その限り、出資された組合財産は、實質上いわば獨立した目的財産——組合目的のためにのみ奉仕すべき財産——として組合員各個人の自由な私的支配から切りはなされていなければならぬからである。民法が、組合員の「持分」處分を制限し(第六七六條一項)、また清算前における組合財産の分割を禁止する(同條二項)等、一般の「共有」と異なる財産關係を定めているのは、まさにそのためである。

しかし、だからといつて、かような共有持分に對する制約は、けつして絶對的なものではありえない。すなわち、「持分」の處分は必ずしも無効なものではないし、また組合からの脱退の自由（第六七八條）が認められている結果、組合における組織強制的作用がよいことは、争いえない。それは、「合有」とみるためには、あまりにも團體的性質に乏しいのではあるまいか。この意味において、組合における財産關係を構成するためには、たんに「共有」としての基本的形態に對する修正の存することを指摘すれば十分であり、かりにそこに「合有」的性格の見出されることは否定しえないにせよ、すくなくとも「合有」なる語を或程度まで正確に使用しようとするなら、組合財産を「合有」といふべきではないであらう。

組合財産における「合有」性の根據として、組合財産にもとづく經營協同體の存立を強調することは、もちろん或意味では、必ずしも不當ではない。組合財産が一種の目的財産を形成していることは事實なだから。しかし、組合財産の獨立性——經營協同體の存立を強調しようというなら、むしろ組合そのものの法主體性をこそ主張すべきであり、組合財産の「合有」性を提唱することは、いささかの外れているといふべきであらう。^(四)

(2) 相續人數人ある場合の相續財産關係においては、「合有」を認むべき根據は、いつそう乏しいようである。

なるほど、相續財産は、實際上、土地・家屋・家財道具・現金・有價證券等々、きわめて多種多様なものから成りたつており、これらの財産についての共同管理の必要性が存在する。しかも相續財産の分割は、これらの物件を現實に個別的に分割するものでなく、かえつて相續財産の總體の評價額について價值的に分割するものであるし、かつ、かような分割の効力が、一般の共有物分割の場合と異なり、相續開始のときに遡及する（第九〇九條本文）というような諸點からみれば、たしかに「合有」的性格がないわけではない。

しかし、共同相續における財産關係が、財産の共同管理という目的に制約されているにしても、この場合の管理は、近い將來の分割を當然の前提として豫想し、たんにその分割までの一時的・過渡的なものにすぎない。その限り、合有的性格は、

甚だしく稀薄である。改正民法自身が、相續財産分割の遡及効を規定したさいに、あわせて第三者の権利を害しえないという但書をつけ加えたことは(第九〇九條但書)、相續財産における「持分」が單獨處分の対象になりうることを前提としているわけであり、「合有」説の根據は縮小したといわなければならない。^(五)

(3) わが國の「合有」學說に決定的な影響をあたえたものは、ドイツのギールケその他のゲルマニステンによつて主張されたところの、ゲルマン法に基礎をおく團體主義的法理論であつた。ゲルマニステンの立場は、いうまでもなく、ローマ法の傳統の上に立つ概念法學に對する批判的立場であり、法思想史上、古く形骸化していたローマ法的理論を修正し・近代化する意義を有していたことは、たしかに否定できない事實である。だが、この學說は、當時におけるドイツの國民的統一をめざす一種の國民運動に奉仕すべき役割をもつていた意味において、當然に社會史的限界性を帯びていたことも、また見逃しえない事實である。^(六)

團體の存在を強調し、個人を團體のうちに位置づけることを主張する團體主義的法理論は、個人をバラバラの孤立人としてのみ把握するローマ法的的市民法への反撥・批判を含む點において、たしかに正當なものを有してはいるが、しかしその根據を歴史のうちにもとめ、階級分化の未だ成立しない時代の團體構成原理をもち出すことは、現代的意義に乏しいと評さざるをえないであらう。

(四) 商法上の合名會社は、實質上、組合に法主體性を認めたものにはかならない(商法第六三條以下)。したがつて、組合に法主體性を附與すべき手段は、法技術として存在しているわけである。山中前掲八三一―八四頁参照。

(五) 青山道夫『身分法概論』二八六頁参照。

(六) 山中前掲一〇四―一〇六頁は、ゲルマン法の團體主義的法理論が「あるいみでは社會法的役割をはたして、ゲマイネスレヒトの狹隘な桎梏を脱して、生ける近代市民社會法の形成を促進する役割をはたした點」を指摘し、同時に、それを「ローマ法にたいするゲルマン國粹主義的反動の理論である」と規定している。

なお、いわゆる「總有」學說の社會史的限界性については、戒能通孝『入會の研究』五頁以下参照。

七 かくて、民法解釋學上、組合や共同相續における財産關係については、基本的にはやはり「共有」たるものとして理解すべく、ただ、共同事業遂行のためにせよ、または分割までの一時的・過渡的共同管理のためにせよ、その目的に應じて「持分」の自由性に對する制約の存在することを指示すべきであり、したがつてそれは、「共有」の基本的形態に對する變形・修正としてのみ把握すれば足り、しいて「共有」と對立させて「合有」なるカテゴリーを構成する必要をみないということができよう。

要するに、「合有」なる形態は、もともと中世の身分的結合に基礎をおく團體的な財産支配ないし利用形態——私的支配としての近代的所有の未成立狀態——を指すものであり、近代法における組合や共同相續の財産關係について「持分」の自由性に對する制約を示すために、これに「合有」なる概念規定をあたえることは、たとえたんなる用語の便宜の問題にすぎないとしても、むしろ不當である、と私は考へるのである。

(三) 英法における共同所有形態

八 前節で、いわゆる「合有」論の根據の乏しいことを指摘した。では、信託法第二四條一項にいう信託財産の「合有」とは、何を意味するのであろうか。ここでは、まず、英法における共同所有形態の一般的概觀を試みよう。

いうまでもなく信託という法技術は、英法におけるユースないしトラストに由來するものであり、わが信託法第二四條一項における信託財産の「合有」性も、英法から來たものであるといわれている。

英法上、信託の發展過程において、受託者を複数にする方法は、しばしば利用されたようである。というわけは、もともと信託の成立をもたらした最も主要な原因は、中世における土地保有者 *tenant*⁽¹⁾ 死亡のさいにおける土地遺贈の禁止を免れ

るためであり、受託者はいわば遺贈の仲介者(遺言の執行者)としての機能を果したのであるが、その場合、さらに受託者を複数にしておけば、彼等は joint tenants となり、その一人が死亡しても土地は生残者 survivors に歸屬し、委託者の死亡前に受託者全員の死亡するような事例は稀であり、信託譲渡の目的が確實に達せられたからである。

(一) 中世においては、土地は封建制度の基礎をなすものであり、私的所有権は未だ成立せず、土地はすべて直接または間接に國王から保有を許されたものと解されていた。

(二) 信託の成立原因として、なお一・二をあげれば、――

(1) 土地保有者死亡のさいにおける重い封建的負擔をさけるために、信託が利用された。封建的負擔としては、つぎのごときものがあつた。

(a) 相続人が成年者であるとき――領主に對し relief すなわち一種の相続税を支拂つた。

(b) 相続人が未成年者であるとき――領主の wardship 後見のもとに立ち、土地より生ずる利益を收得された。

(c) 相続人不存在のとき――土地は領主に永久に復歸した (escheat)。

この場合、受託者を複数にしておけば、survivorship の法理(註四参照)により相続の發生をさけ、相続上の封建的負擔を免れることが確實になるわけである。

(2) 犯罪による土地の沒收 forfeiture および復歸 escheat をさけるためにも、信託は利用された。すなわち土地保有者が一定の犯罪をなした場合は、土地は沒收され、また土地保有者の相続人がその犯罪を犯すときは、その相続資格が失われる結果、土地保有者の死亡により復歸が生ずるのであるが、土地を複数の受託者に信託譲渡しておけば、受託者全員が犯罪を犯すことは、實際問題としてありえなかつた。

なお、以上のほかにも、信託の發生原因として種々のものが指摘されているが、ここで詳説する必要はないであらう。 Maitland, Equity, pp. 26-27.

(三) joint tenancy は、わが國の英法學者によつて「合有」と譯われている。これに對し「共有」に相當するものは tenancy in common である。受託者の數は、ときとして、十名にも達することがあつたといわれる。

(四) これを生殘者權利 survivorship とし、joint tenancy と tenancy in common との最も大きな相違點とされること、つぎに述べるとおりである。

九 現在の英法において、共同所有の形態は、主として、つぎの二種に區分される。^(五)

(1) joint tenancy or ownership

(2) tenancy or ownership in common

前者は「合有」に相當するものであり、後者は「共有」に相當するものと解される。しかし、それぞれ、彼此かならずしも同一ではない。すなわち、英法における兩者の區別を要約して示せば、——

(1) joint tenancy においては、數人の共同権利者の間の關係はきわめて密接であり、joint tenants の間に存する権利 title は、單一なもので the absolute unity とおられてゐる。彼等は合同して one person を形成する。彼等はすべて the same size of interest, the same possession and the same title を有する。^(六)

これに對して tenancy in common においては、當事者間の密接な結合關係は、多くの場合に缺けている。占有權については、なお結合關係があり、彼等はいずれもひとしく全財産を占有する權利を有する。しかし、その結合關係は、それ以上には及ばない。彼等は、different interests——例えは或者は無制限の權利を、他の者は生存中のみ存続する權利を、というように——をもぎ、また彼等は、different titles——すなわち、いわゆる「持分」share について、或者は讓渡を、他の者は相續を受けた場合のように——を有する。^(七)

(2) joint tenancy においては、生存者權利 the right of survivorship があつて、すなわち joint tenants の一人の死亡した場合には、彼の生存中に分離持分 a separate share を取得しておかないかぎり、彼の權利は、彼の人格代表者 his personal representatives に移轉せず——すなわち相續が行われず——joint tenants のうちの生殘者に歸屬する。^(八)

これに對して、tenancy in common においては、かような生存者權利の法理の適用がない結果、共同権利者中の一人が死亡すれば、彼の「持分」は相續をれうるわけである。^(九)

(8) とりこびて joint tenancy においても、各人はその「持分」を第三者に譲渡することが可能であり、この場合には、⁽¹⁰⁾ 彼の joint tenants と第三者との間には tenancy in common の關係を生ずる。これを分離 severance ⁽¹¹⁾ といふ。また joint tenancy には、分割 partition の手段により共同的權利關係を終了せしめることも認められてゐる。⁽¹¹⁾

(五) なお、第三のものとして coparcenary と稱するものもあるが、實際上、稀にしか生じない。またかつてコモン・ロウ上 tenancy by entailment と稱するものもあったが、現在は消滅した。Cheshire, Modern Real Property, sixth ed. (1949) pp. 543-565. Toppan, Real Property, tenth ed. (1947) pp. 65-72. 邦語の参考書としては、田中和夫『英米私法概論』一八二頁以下に簡明な解説がある。

(六) Cheshire, op. cit. pp. 544-545.

(七) Cheshire, op. cit. p. 552.

(八) Cheshire, op. cit. p. 545.

(九) Cheshire, op. cit. p. 552.

(10) Cheshire, op. cit. p. 549. ただし、遺言處分による severance は生じえない。生残者權利の法理があるからである。

(11) Cheshire, op. cit. p. 550.

一〇 英法における joint tenancy と tenancy in common との比較は、およそ以上に摘記したとおりであるが、この簡単な概観によつてみても、英法上の joint tenancy と、わが國の民法學者の理解するいわゆる「合有」およびその學說的基礎づけに援用されるゲルマン法上の Eigentum zur gesamten Hand との間には、かなりの相違のあることが知られるであらう。

しかも、ゲルマン法上の Eigentum zur gesamten Hand も、英法上の joint tenancy も、いずれも、おそろく家産の共同相續關係から生じたものであらうと推測されるにしても、その實態に即してみた場合、Eigentum zur gesamten Hand が私的所有權の未成熟な時代における團體的な財産共同利用形態にすぎないのに反して、joint tenancy は、判例法

の發展過程のうちに、明らかに私的所有權の成立による裏付けを取得しており、その意味で近代的な「商品性」の要素を帶有していることは、看過できない最も基本的な相違點であろう。すなわち、*joint tenancy* における團體的結合は、*Eigentum zur gesamten Hand* と共通するものを何程かもつにせよ、そこには身分的制約は存在を失つてゐる。いいかえれば、共同權利者の法主體性は認められており、したがつてその財産自體における、いわゆる目的財産としての性格は、かなり稀薄であり、財産そのものの獨立性の維持・保全は、必ずしもつよく發現していない。

だからして、近代以降、私的所有權がその「商品性」を貫徹し、財産の流通がますます促進されるにいたつて、ドイツ法上の *Eigentum zur gesamten Hand* なる形態が「商品性」に背反するものとして衰微し、自由な持分の複合という *Miteigentum* のみが共同所有形態の基本的なものとなつたのに對し、英法における *joint tenancy* は、むしろ、その權利關係が單一であるという特質が、かえつて財産秩序を單純化せしめる利點として作用し、財産の流通に奉仕することとなつたのであつた。取引の簡易化をめざした一九二五年の財産法改正 *Law of Property Act* において、共同所有の形態を單純化するために *joint tenancy* の法理を擴大適用し、土地所有について一般に *tenancy in common* を廢止したのは、まさに、そのためである。^{(一)(二)(三)}

かくて、英法における *joint tenancy* なる共同權利關係は、わが國の英法學者によつて「合有」と譯されているとはいへ、民法學者の一般に理解する「合有」との間には、けつして無視できぬ本質的相違の存することを知るべきであらう。たとへ、その形式的概念構成において、多少の共通點を含んでゐることは否めないにしても。

(一) *tenancy in common* が取引の敏活を阻害したことについては、*Cheshire, op. cit. pp. 556-557.* なお、山中『英米財産法の特質』(法律學體系・理論篇)は貴重な研究であるが、右の點の究明が十分なされてゐないことは残念である。

(二) しかも、一九二五年法においては、土地所有について *tenancy in common* を廢止し、*joint tenancy* の成立をみとめると

もに、上述の *severance* を禁止した (LPA. S. 36)。これは、*joint tenancy* における「商品性」を排斥する趣旨ではなく、たんに取引簡易化のための権利關係單純化を意味するにすぎない。したがって、*joint tenancy* には同時に信託の法理が併用され、この場合の *joint tenancy* は、いわゆる賣却信託 *trust for sale* たるものとされたわけである (LPA. S. 34)。つまり *joint tenants* は、適當な時期にその土地を賣却すべく、賣却にいたるまでの使用・収益は、*tenants in common* たる者に、その持分に應じてなすしめ、かつ賣却代金は彼等に分配すべきものとされた。なお、*Trustee Act (1925)*, S. 31. によれば、賣却信託における受託者の数は、四人以下に制限されている。

(四) 信託財産の本質と「含有」性

一一 さいごに、信託財産そのものの性質について、若干の検討を試みよう。

信託財産とは、信託の設定された客體、すなわち信託行為の對象となつた財産を意味する。詳しくいえば、信託の設定行為にもとづいて、受託者が、委託者から移轉その他の處分を受けて取得したものであり、しかも受託者は、これを信託行為の内容に應じ一定の目的にしたがつて管理または處分しなければならぬ義務を負つているのである(信託法第一條、第四條)。かようにして、信託財産は、一應、形式的には受託者に歸屬しているものであるが、しかし實質的には、信託目的による一定の制約を受けており、その意味で、信託財産についての受託者の権限は、實質上、管理または處分を、信託目的のためのみ——したがつて、自己のためではなく、委託者ないし受益者のためにのみ——なすべきことに限定されるとみられるわけである。信託法第四條の規定は、同第一條と併せて、受託者の義務を規定するとともに、實は受託者の有すべき権限の實質的範圍をも表現していると考へなければならぬ。

とはいへ、受託者の取得した信託財産についての権利が、いわゆる制限的權利だと解することは、^(一)或意味で必ずしも不當とはいきれないけれど、なお信託の法律構成としては、多少の補足を必要とするのではないかと考へられる。

受託者に歸屬した權利は、そのタイトルにおいては、十全の權利である。何故なら、そうでなければ、受託者は、自己の名においてその財産を管理すべき任務を果すことができないからである。とくに、トラストの端初形態たるユースにおけるごとく、受託者が、たんに消極的に財産移轉の仲介者たるにすぎなかつた場合はともかくとして、受託者が積極的に財産管理の代行者として登場するにいたつた近代的信託においては、すくなくとも受託者は、その財産管理のためのタイトルとして、財産に對する排他的支配權能をあたえられていなければならない。ただ、受託者にあたえられた權利のタイトルは、財産管理實行のための手段として——すなわち財産管理者としての法的保障を受けるために——法の要求するところにしたがつたにすぎないのであり、實質上、いわば財産の管理權たるにとどまるものと解すべきである。信託財産について權利のタイトルを取得した受託者は、その名において財産の管理をなすのであるが、それは委託者ないし受益者の利益のためにのみならず、自己の利益のためになすことはできない。^(三) すなわち受託者の有する權利のタイトルには、財産の價値そのものによつて對する排他的支配權——經濟的利益の獨占的享受權能——は含まれないのである。^(四) したがつて信託上の管理または處分による損益は、すべて受益者の計算に歸すべく、受託者の負擔に屬しない。^(五)

(一) 例えば、岩田『信託法新論』一一八頁は、「信託關係は一個の所有權其の他の財産權をば、委託者、受託者、及び受益者の三人に、分屬せしめる、特殊の法律關係である」と主張する。「分屬」とは、いかなる状態を意味するのか、必ずしも明確でない。

(二) Nord, Das Recht des Treuhänders, S. 31. は、端的に管理權 *Verwaltungsrecht* として概念規定をする。多少の問題の餘地がないでもないが、注目すべき卓見であらう。

(三) 信託法第一條は、「他人(受託者)ヲシテ」財産管理をなさしめる、というところに信託の本質をとらえており、信託が、實は財産管理のための他人の勞務の利用手段にはかならぬことを暗示している。この點において、信託は、民法上の委任・代理制度と類似性を有している。ただ、財産管理のために、財産のタイトルを移轉し、受託者が彼自身の名において管理にあたるという點が、代理人が本人の名において法律行爲をなすのと、本質的に異なつてゐるわけである。そして、自己の名をもつてするという點においては、むしろ商法上の問屋と共通性をもつてゐるということができる。信託法第一條における「他人ヲシテ」は、商法第五一八條における「他人ノ爲メニ」

と表裏の関係にある。

(四) Cheshire, op. cit. pp. 58-59.

(五) 信託法第一九條。なお Restatement of the Law, Trusts, § 204. Underhill, Law of Trusts and Trustees, tenth ed. (1950) pp. 374-375.

一二 右に述べたように、信託財産は、一應、形式的には受託者に歸屬するものと解するほかないが、實質的に信託目的にもとづく一定の制約を受けており、その限り、受託者自身の個人的生活に奉仕すべき、いわゆる固有財産とは分離して、獨立に存在するものといわなければならない。信託財産の「獨立性」とは、かような性質を示すものである(信託法第二八條参照)。

いいかえれば、信託財産は、受託者の一般的な固有財産に對する意味で「特別財産」Sondervermögenをなすものであり、あるいは、一定の信託目的を達するためにのみ存在する意味で「目的財産」Zweckvermögenたるものと解される。また英法上、これについて何人も自由な處分権を有しないという意味において、しばしば「何人にも歸屬しない財産」Nobody's property といわれている。いずれにせよ、信託財産に對する受託者の地位が、そのタイトルにもかかわらず、實は管理者のそれにすぎないことを示している^(六)。

かくて、信託財産なるものは、形式上、受託者に歸屬しているにせよ、その管理は、委託者ないし受益者のためにのみなすべきものであり、財産管理から生ずる經濟的利益は、あげて受益者に歸する。要するに、信託財産は、實質上、受託者に歸屬しないものと考えなければならないのである^{(七)(八)}。

(六) 受託者の地位を、破産財團における破産管財人(破産法第七條)、民法上の不在者の管理人(民法第二五條以下)、相続人不在の場合の相続財産管理人(第九五二條以下)、遺言の執行者(第一〇〇六條以下)、解散した法人の清算人(第七四條以下)等と對比せよ。これらの場合には、法定代理の成立を擬制する考え方が支配的であるが、理論上、法定代理は親権者・後見人のこときものに限るべきであ

り、したがつて法定代理としてではなく、むしろ獨立した管理權そのものに即した構成を試みるべきではあるまいか。この點を指摘するものがノルトである。前出(註二)参照。

(七) 取引界の實情においては、信託の設定によつて財産の移轉は生じないものとして取扱われているようである。例えば、信託財産は、受託者の貸借對照表の資産の部には計上されない。或財産が擔保の目的をもつて信託的に讓渡された場合には、委託者は信託財産の價額と相當する債務の額を相殺せずに、従前どおりその債務の全額を負債として計上する。また取立のために完全に裏書讓渡された手形を銀行が受取つたときは、銀行簿記の上で、他の手形と同一に扱わず、別に記帳され保管される、といわれている。吳文炳『信託論』二七—二八頁参照。

(八) 信託違反、とくに受託者が信託財産を自己の利益に供した場合は、いかなる犯罪を構成するか。英米法で一般に横領罪 *Embezzlement* として理解されていることは、信託財産が受託者に歸屬するものでないことの結果である。わが刑法上、横領罪(第二五二條)または背任罪(第二四七條)の、いずれに該當するかは、まだ明確には論じられていないようである。ただ、受託者が數人ある場合に、その一人が信託財産を自己の利益に供したとき、他の合有者との關係において横領の成立をみとめた判例がある。大判・大正一二年五月一日(刑集二卷四一九頁)、大判・昭和七年一月二五日(刑集一一卷一八三頁)。

前者は數人で寄附金を公募した場合にかんするものであり、これに信託法理を適用したことは、注目に價する。平野義太郎氏は、同判例について、公募金は發起人團體の「總有」に屬するとし、そこに横領罪成立の根據づけを見出しておられる(判例民事法・大正十二年度二一八頁以下)。信託法第二四條一項の規定にもかかわらず「總有」と解されたのは何故であるか、全く説明してはおられないが、むしろ信託財産の本質に即して立論すべきが正當なのではなからうか。そうでなければ、もし發起人が一人しかいない場合には、「總有」の形成される餘地がなく、横領罪の成立をみとめることが不可能になるからである。一般的に考えてみても、横領罪の構成要件としての「他人ノ物」とは、他の共同受託者の物とみるよりは、委託者ないし受益者の物とみる方が、ヨリ實際的でもあり、また法律構成としても合理的であらう。

一三 かように信託の本來の性質上、信託財産は實質的に受託者に歸屬しないものと考へてきた場合、數人の受託者ある場合の信託財産關係について、これを民法學者のいわゆる「合有」と同一に解することは、甚だしく困難となるであらう。というわけは、信託財産が受託者の固有財産を構成しない以上、いわゆる「持分」の觀念をみとめることができないからである。

いわゆる「持分」は、所有権の本体的内容をなす價値の分數的分量を基礎とする觀念であるが、^(九)「持分」の存在は、明らかに、所有権の本體たる價値そのものに對する排他的支配權能——經濟的利益の獨占的享受權能——の反射であり、この意味で「持分」は固有財産についてのみ成立すべきものである。

さきにも述べたように、信託は、委託者がその所有財産の價値を實現するために利用する手段であり、受託者は、委託者をして財産價値の實現を可能ならしめるためにのみ存在する。ただ、受託者が、彼自身の名において——委託者に代つて、委託者のために——財産管理を實行する必要上、財産のタイトルが移轉されているにすぎない。したがつて受託者の手にある權能は、財産管理の實行によつて得られた經濟上の收益を受益者に歸屬せしめるためにのみ、その機能を有すべきものであり、その反面、受託者自身にとつては、經濟上の收益をもたらさない、全く空虚なものといわなければならぬ。かように受託者の有する權利が、受託者自身にとつて、實質的に財産の價値そのものに對する排他的支配權でありえない、としたならば、財産價値の分數的分量を意味する「持分」は、^(九)存在する餘地がない、と考へざるをえない。かくて、信託財産の「合有」とは、實質上、財産管理の共同性のみを意味すべく（信託法第二四條二項）、民法學者のいわゆる「持分」の統制された「共有」という意味においての「合有」と本質的に異なるものである、と結論することができよう。

(九) 「持分」の本質については、これをそのまま一個の所有權とみるか、または所有權の分量の一部とみるか、という論争があること、周知のとおりである。前説をもつて妥當とする。權利自體は一定の法的保障を受けた地位なのだから、計畫不可能なものであり、所有權の分量の一部という考へ方はナンセンスである。所有權は客體たる財産の價値そのものに對する排他的支配が法的に保障された地位にはかならない。ここに價値とは、經濟學上のいわゆる價値と使用價値との兩者を含む意味において用いたが、交換過程においては、價値はとくに交換價値として現われ、しかも使用價値は捨象される。したがつて、所有權を、價値の現象形態たる交換價値に對する支配權として理解することは、必ずしも不當ではない。山中『共同所有論』一八頁參照。

一四 また、信託の設定される趣旨から考へても、受託者を複數にしておく目的は、明らかに、主として生殘者權利の法

理を利用するためであり、ないしは信託財産の管理を團體的・共同的になさしめるためである。既に述べたように、信託財産が「特別財産」であり、また「目的財産」を形成する意味において、管理の共同性は、きわめて明確に發現する。

ただ、數人の受託者に信託的な財産讓渡がなされる結果、信託財産のタイトルについて、形式上、一種の共同所有形態が成立する。この形式的な共同所有の形態を表現するためには、いかなる法律構成を用いたらよいか。「共有」ないし *tenancy in common* という構成は、とうてい適しない。何故なら、受託者の間には、信託財産の管理について、かなり明確な團體的結合關係が存するからである。そこで、一應、共同權利者の間に團體性の成立する「共有」ないし *joint tenancy* という構成を用いた、と解すべきである。いいかえれば、信託財産についての「共有」という構成は、受託者の間に生殘者權利の法理の適用あること、財産管理上の共同性あることの現われであり、民法學者のいわゆる「共有」たることの承認ではない。民法學上の「共有」は、「共有」における「持分」の自由性のみを否定するにとどまるが、信託法上の「共有」は、以上に見たように、實質的に「持分」の觀念そのものを容れる餘地がありえないと考へなければならぬ。

かように「持分」そのものが存在しえないことの當然の結果として、信託法上、いかなる場合においても、「持分」の存在することから生ずる諸効果——例えば、受託者たる地位の讓渡、信託財産の分割等のごとき現象——は、おこりえない。それは、「持分」が統制されているから——すなわち一時的制限として——おこりえないのではなく、信託そのものの本質上「持分」の觀念が存在しないから、絶對的におこりえないのである。⁽¹⁰⁾

各受託者は、すべて、信託財産の全體について信託されているのであり、分數的分量において信託されているのではない。當事者間に存する信託關係そのものに即してみても、信託財産の全部または一部について新受託者の選任行爲がなされないかぎり、「持分」讓渡または分割後における信託の成立をみとめる根據がありえないわけである。⁽¹¹⁾

(10) 組合においては、「持分」處分の有効なこともありうるし、また終局的には、組合財産の分割も可能である。民法第六七六條一項、

二項参照。

(一一) Underhill, *op. cit.* p. 452. なお、受託者欠缺にあたり、信託財産の一部についての一新受託者を選任することが可能かどうか。疑問の餘地はあるが、これを否定的に解したアイルランドの判決があるといわれる。

(五) 結 語

一五 信託は、永い歴史と傳統とをもつ特異な法制度であり、その本質をつかむことは、必ずしも容易ではない。ことに英法を専門としない私にとつては、理解に苦しむ點もすくなくない。また、いわゆる「合有」論も、ドイツ法史學に基礎をおくむずかしい學説である。これらの複雑かつ困難な問題にとりくんだ本稿においては、おそらく私の思わぬ過誤もあるであらう。

とまれ、私としては、一方では、共同所有形態の一般理論——とくに、いわゆる「合有」なる形態の構成——を檢討するとともに、他方では、信託財産の本質をも究明することを試みた。その結果、私の得た結論は、——

第一に、いわゆる「合有」は、正しくは法史學上の形態を示すものであり、これをそのまま、共同所有にかんする現行法的構成にとりいれるのは、甚だしく正確を缺くこと、もし、これを現行法的に再構成するなら、それは實は變形された「共有」にほかならない、ということであり、

第二に、わが信託法の母法たる英法において、いわゆる「合有」に相當すべき *joint tenancy* なる共同所有形態は、わが國の民法學者が一般に理解する「合有」とかなり異つた性格をもち、したがつて、これを不用意に同一視してはならない、ということであり、

第三に、信託財産そのものの本質的究明にもとづき、複數受託者の間の「合有」という財産關係は、財産價值に對する排

他の支配を含みえない意味において、實質的に共同所有の一類型として把握すべきではない、ということであつた。

要するに、信託法第二四條一項にいう信託財産の「合有」とは、共同所有の一類型たるものではありえない。もともと信託の傳統をもたない大陸法系にぞくするわが信託法が、「合有」という表現を採用したのは、やむをえないにしても、すくなくとも、信託財産の「合有」を、組合財産や共同相續財産における「合有」性と同一視し、これらを並列的に理解することは、全く誤りであり、ことに物權法上の「合有」論の基礎づけに援用するがごときは、あまりにも無謀な態度といわなければならぬ。

(一九五四・九・五)