

〔研究報告〕

担保権の信託の諸問題について

－（根） 抵当権の信託についての検討 －

吉田 貴弘

目次

- I. はじめに
- II. 抵当権の信託のメリットおよび設定方式
 - 1. メリット
 - 2. 設定方式
- III. 担保法制との関係における抵当権信託スキームの問題
 - 1. 成立時における信託契約当事者以外の者の関与の要否
 - 2. 受益者と債権者が一致する仕組みと債権者の表示に関する問題
 - 3. 信託終了時の抵当権の現物交付に関する問題
 - 4. 担保不動産競売における優先充当の有効性に関する問題
- IV. 抵当権の信託における関係者の権利義務の調整に関する問題
 - 1. 委託者の位置づけおよび信託報酬などの負担をめぐる権利義務の調整
 - 2. 信託事務の遂行をめぐる権利義務の調整
 - 3. 受益権取得請求権その他の単独受益者権をめぐる権利義務の調整
- V. おわりに

I. はじめに

平成19年9月30日に施行された新信託法（平成18年法律第108号）によって、設定的移転により担保権を信託することが可能であることが明らかにされた。

担保権の信託は、円滑な債権譲渡に資するほか、担保権の集中管理策としても有効であり、今後様々な場面で利用される可能性があるものと考えられる。

一方、新信託法における担保権の信託に関する規定は、信託の設定方法を定める第3条と受託者の担保権実行申立ておよび配当金等の受領権限を定める第55条の僅か2条に止まり、不動産登記法の改正および法務省民事局長通達により普通抵当権⁽²⁾の信託についての登記上の取扱が明らかにされたほかは、民法や民事執行法など主要な担保関連法規の改正は殆ど行われていないことから、担保権の信託に対するこれら担保関連法規の適用にあたっては、解釈に委ねられる部分が多く存在することとなっている。

そして、これら担保関連法規の適用をはじめとする実務上の問題については、これまで多くの優れた研究などにより整理・解決が進められているが、未だ議論が収束しておらず、担保権の信託を安定的に、かつ、多様な場面で利用していくためには、引き続き検討を重ねていくことが必要である。

また、担保権の信託の性質のうち、担保関連法規や実際の担保取引関係に必ずしも適合しない部分が、契約上の手当てによって解決が図られるとするならば、様々な契約が行われるシンジケートローンにおいて担保権の信託を利用する場合に、どのような契約によって解決が図られるのかということを検討することは、他の用途において担保権の信託の利用を検討するにあたっても有益である。

そこで、本稿では、主に受益者が複数となるシンジケートローンにおける担保権の信託利用を念頭に置き、代表的な担保権である普通抵当権と根抵当権を信託しようとする場合に実務上問題となる事項について、これまで行われた様々な研究を参考としつつ、若干の考察を加えることとする。

考察にあたっては、まずそれらの担保権について、信託を利用することのメリットおよび信託の設定方法を確信的に整理したうえで、担保関連法規との関係における信託スキームの問題や、信託関係者の権利義務の調整に関する諸問題を取り上げ、それぞれについて具体的な解決策の提案を試みる。

なお、本稿では、用語の使用方法として特に断りのない限り、抵当権

を普通抵当権と根抵当権とに区別して使用し、単に抵当権と記載する場合はそれらの総称として使用する。

Ⅱ. 抵当権の信託のメリットおよび設定方式

まず、抵当権の信託のメリットと設定方式について整理しておく。

1. メリット

シンジケートローンにおける利用を前提とした場合、抵当権の信託のメリットは、担保権の管理および行使の集中化と、債権譲渡時のコスト低減の2つが大きなものといえる。

(1) 担保権の管理および権利の集中化

通常同一債務者に対する債権について数人の債権者が同時に担保権を設定する場合には、一個の担保権を共有する場合であっても、それぞれの債権者が担保権者の地位に立ち、独立して担保権を管理し行使することとなる。

この点、担保権の信託においては、債権者と担保権者が分離する結果、受託者が単独の担保権者として担保権の管理および権限行使の集中化を図ることが可能となり、契約手続の簡素化など事務コスト削減のほか、一部の担保権者による抜け駆けを防止できる点で、協調スキームの安定化に資することになる。

特に、普通抵当権の場合、不動産登記の実務上は、被担保債権を共有しない限り複数の債権者が独立して保有する債権を被担保債権として一個の普通抵当権を設定登記することは認められていない⁽⁴⁾ため、シンジケートローンにおいても各債権者がそれぞれ自己の保有する債権について個別に普通抵当権を設定しているが、信託を利用する場合には、異なる債権者がそれぞれ独立して保有する債権の担保として一個の普通抵当権を設定し登記することができることから、より大きな事務コスト削減のメリットを享受できる。

また、根抵当権については、信託を利用しない通常の場合でも共有と

なる根抵当権を設定登記することは認められているものの、何れの債権者も独立した担保権者として自己の権利を設定し自ら根抵当権を行使しなければならないから、信託を利用することにより受託者が単独の担保権者となることは、根抵当権においても設定登記手続の簡素化および権利行使の集中化ができる点で、コスト削減のメリットがある。

(2) 債権譲渡時のコスト低減

普通抵当権を信託する場合には、登記上は受託者が担保権者として登記され、債権者は権利部ではなく受益者として信託目録に記載される⁽⁵⁾。

また、新信託法の施行に伴い不動産登記法が改正され、受益者の記載は特定の氏名などを表示することなく「受益者の指定に関する条件又は受益者を定める方法の定め」で足りることとされた（不動産登記法第97条第2項）。

そして、これらにより、普通抵当権の移転や受益者である債権者の変更などの登記を全く要することなく債権譲渡が行えることとなり、登録免許税の負担を削減することが出来ることとなるものである。

根抵当権については、通常、被担保債権（正確には被担保債権となるべき債権）が譲渡された場合、その債権を引き続き担保させるためには根抵当権の譲渡のほかに債権の範囲の変更登記を行うことが必要であり、信託した場合であっても普通抵当権の信託のように全く変更登記が不要となるかどうかについては個別に検討を要するため後述するが、債権者が変更となっても根抵当権者は依然受託者であることから、少なくとも根抵当権譲渡に伴う移転登記については不要となることで、登録免許税負担を削減することが出来るメリットがある。

2. 設定方式

抵当権の信託を設定する方式としては、抵当権設定者と受託者との間で、債権者を受益者とする他益信託を設定する直接設定方式と呼ばれる方式と、債権者が既に持つ抵当権を受託者に信託し、自らが受益者となる自益信託を設定する二段階設定方式と呼ばれる方式がある⁽⁶⁾。

直接設定方式と二段階設定方式では登録免許税の負担に差は無いが⁽⁷⁾、

二段階設定方式は手続が迂遠であることに加え、特に普通抵当権の場合には異なる債権者が持つ債権について1個の抵当権を設定したいとするニーズを実現することはできないことから、実際に利用される場面としては、既に貸付が行われ設定済みの抵当権を信託する場合や、新たな貸付とともに利用する場合としては、シンジケートローンの実行を円滑に行う目的で、債権者の一人がまとめて貸付を行い抵当権を設定した後信託をしたうえ、参加貸付人に債権譲渡する場合などが主な利用方法と考えられる。

尤も、信託の登記を仮登記や留保とするスキームが採用されることも考えられ、その場合に抵当権の設定登記だけしておくためには、二段階設定方式しか採り得ないほか、後述する信託財産の現物交付や競売配当において、直接設定方式では不都合が生ずることとなる場合には、敢えて二段階設定方式によることが考えられる。

Ⅲ. 担保法制との関係における抵当権信託スキームの問題

信託は様々な仕組みをつくることのできる柔軟性を持つが、抵当権の信託においては信託財産が抵当権である以上、民法その他の担保関連法規に明らかに反するものであれば、その信託が有効に成立し存続することはできないものと考えられ、前述したメリットを享受することはできないことになる。

抵当権の信託が、担保関連法規に照らして如何なる要件が求められるのかということについては、受託者のみならず、担保の利益を期待する債権者にとって最も興味の深いところであるが、担保付社債信託のように関係者の権利義務や担保に関する手続が特別法で規定されていないうえ、民法その他の担保関連法規は担保権者が債権者と同一であるとの前提で規定されていることから⁽⁸⁾、検討すべき問題が多い。

そこで、抵当権の信託が有効に成立し求められる機能を発揮するために担保法制上必要とされる要件または手続に関して、(1)成立時における信託契約当事者以外の者の関与の要否、(2)受益者と債権者が一致す

る仕組みと債権者の表示に関する問題、(3)信託終了時の抵当権の現物交付に関する問題、(4)担保不動産競売における優先充当の有効性に関する問題、の4つの事項を検討する。

1. 成立時における信託契約当事者以外の者の関与の要否

「信託は委託者と受託者との二者間の契約で設定することができる」というのが信託成立の一般原則である(信託法第4条第1項および第88条第1項参照)。

しかし、抵当権に関しては、債権者や抵当権設定者も深く利害関係を持つことから、これらの者が抵当権の信託契約において当事者とならない場合に、その関与なく信託が有効に成立するのかどうかという疑問が生ずる。

(1) 直接設定方式—債権者の関与(同意)の要否—

ア. 成立時における同意の要否

抵当権に限らず直接設定方式により担保権の信託を設定する場合、債権者は受益者であり信託契約の当事者とはならないため、信託成立の一般原則に従えば債権者の関与なく信託は成立する。

しかし、もし、担保権の信託の性質が、受託者が競売配当金等を受領した場合即時に被担保債権が消滅するものだとすれば、債権者としては知らないうちに信託を設定され、債権が消滅してしまうという不利益を被る点で、担保権の信託の成立に関して利害関係を持つといえる。

但し、競売配当金等に関する受託者の受領権限を規定する信託法第55条により、受託者が被担保債権の弁済受領権限まで有するのかどうかは必ずしも明らかではなく、その結果、競売配当金等を受託者が受領した場合にどの時点で被担保債権が消滅するかということについても解釈が分かれることとなっている。

このため、直接設定方式により設定した担保権の信託において、信託成立の一般原則や受託者が担保権実行による配当金等を受領した場合における被担保債権の消滅時期との関係で、信託設定時の債権者の同意の要否およびその効果が議論されている。

そして、この問題について示されている見解としては、概略すると「信託法第55条の解釈上受託者は被担保債権の弁済受領権限を有することから、被担保債権の消滅時期は受託者が配当金等を受領した時であるとして、その不利益を理由に債権者の同意を信託の成立要件とするもの⁽⁹⁾」、「信託の一般原則から債権者の同意は成立要件ではないが、受託者には債権者としての配当金等受領権限がないことから、債権者の同意(受託者に対する配当金等の受領に関する代理権の授与)の有無により、被担保債権の消滅時期が異なるとするもの⁽¹⁰⁾」のほか、「債権者の同意の有無を問題とはせず、受託者が配当金等を受領した時に被担保債権が消滅するとするもの⁽¹¹⁾」に分かれている。

但し、「いずれの見解に立つとしても、実際にセキュリティ・トラストを設定する場合には、担保権設定契約＝信託契約を委託者、受託者および受益者の三者間で締結することが望ましい」との指摘もあり、殆どの場合には債権者を含めて信託契約その他の関連契約の内容が事前に協議されるため、成立時に債権者の同意を得ることは困難ではないであろうから、実務上は債権者(＝受益者)を含めた三者間契約により信託契約を締結することで、抵当権の信託においても債権者の同意が信託成立の要件であるかどうかの問題は解決されるものと考えられる。

なお、同意を成立要件とする見解に立ったとしても、その見解の理由とされる債権者の不利益回避のみを考えれば、例えば「受益権の取得には債権者からの受益の意思表示を要する」との条件をつければ、成立時に債権者の同意を得る必要はないようにも思われるが、後述するとおり、被担保債権の債権者が必ずしも受益者とならない点で無効とされる虞のある抵当権の信託を成立させることになってしまうため、かかる受益権取得の条件を同意に代えることはできないと考える。

イ. 成立時に取得した同意の有効性

また、関連するものとして、成立時に取得した債権者の同意は債権者が交代となった場合にも有効かという点も問題となるため、併せて検討したい。前述のように三者間契約によって成立時における債権者の同意要否に関する問題をクリアしたとしても、債権者が交代した場合に当初

の債権者から得た同意の効力が消滅するとすれば、信託そのものの有効性が否定されたり、被担保債権の消滅時期が異なることになってしまう虞があり、新債権者から改めて同意を得なければ、スキームが不安定になってしまうからである。

そして、この問題についても、前述したそれぞれの見解によって異なると考えられる。

この点、債権者の同意を成立要件とする見解は、受託者に弁済受領権限があることを前提に、債権者が関与しないで信託が成立してしまうことによる債権者の不利益を理由とするものであり、一旦信託が成立してしまえば、その後に債権者となる者はこのような担保関係を認識したうえで受益者として信託関係に入るものとして、同意は不要と整理できるのではないだろうか。⁽¹³⁾

また、成立時に債権者の同意の有無を問題とはせずに、受託者が配当金等を受領した時に被担保債権が消滅とする見解によれば、債権者交代時においても債権者の同意は不要であり、被担保債権の消滅時期にも影響しないと整理できるのではないかとと思われる。

一方、債権者の同意を信託の成立要件としない見解のうち、債権者から受託者に対する配当金等の受領に関する代理権授与の有無により被担保債権の消滅時期が異なるとする見解によれば、受託者への代理権授与は新債権者へは効力が及ばないため、債権者交代により被担保債権の消滅時期が異なることを防止するためには、債権者が交代する都度新債権者の同意を取得する必要がある。但し、少なくともシンジケートローンにおいて利用する場合は、代理受領権が授与された仕組みであることを認識して信託関係に入るのが通常であると考えられることから、黙示的に受領代理権の授与があるものとして、都度の明示的な代理権限授与がなくとも、被担保債権の消滅時期を受託者の配当金等受領時と解することができるのではないかと考えられる。⁽¹⁴⁾

しかしながら、同意を不要と解することができたとしても、立法的な手当てがなされるのでもなければ、なお、債権者の同意の有無と債権の消滅時期への影響について疑義が生ずる余地が残ることから、実務上は

債権者交代の都度「受託者が配当金等を受領すると債権が消滅する仕組みである」ということの確認を、新債権者に求めることが望ましいと考える。

(2) 二段階設定方式—担保提供者の関与（承諾）の要否—

二段階設定方式により担保権の信託を設定する場合は、委託者兼受益者である債権者と受託者との間で信託契約が締結され、担保権設定者は信託契約当事者とはならないが、担保権行使の相手方であることから、信託の設定により担保権者が変更となることに関して、その承諾を要するかどうかということが問題となる。

なお、信託終了により受託者から債権者へ担保権が移転する場合も同様の問題が生ずる場面であると考えられるほか、受益者の交代が担保提供者の負担に影響を及ぼす場合についても、担保提供者の承諾要否が問題となるものと考えられるが、これらの場合については、後述する受益者と債権者が一致する仕組みや信託財産の現物交付の問題と併せて検討する。

ア. 普通抵当権

普通抵当権については、「設定契約において定められた以上の負担を設定者・目的物所有者にさせることがなければ、抵当権者が自己の有する権利を第三者に処分することも認められてよい。」⁽¹⁶⁾とされ、普通抵当権の処分（民法376条）においては、抵当権設定者の承諾が効力要件とはされていない。

この点、二段階設定方式により信託を設定し普通抵当権が受託者に移転する場合は、被担保債権だけでなく債権者についても変更されることはなく、抵当権設定者の負担が増すことはないことから、普通抵当権の処分と同様に、抵当権設定者の承諾は不要と考えられる。

但し、実務上は、例えば抵当権設定者の報告義務や任意処分の特約など、抵当権設定契約とともに締結した様々な関連契約も受託者に移転させることになると思われるが、それら関連契約には抵当権とともに当然に移転するものかどうかは明らかではないものも含まれる可能性があるため、その場合には、契約上の地位の移転として抵当権設定者の承諾を

得ることが必要になると考えられる。

イ. 根抵当権

一方、根抵当権は普通抵当権と異なり、確定前の譲渡に関しては根抵当権設定者の承諾を要求するのが民法の規律であり（民法第398条の12第1項参照）、二段階設定方式により根抵当権を信託し受託者に移転する場合は、形式上根抵当権の譲渡に該当することから、たとえ被担保債権に係る関係に変更がなく担保の負担は増加しないとしても、そのことを以って「民法の規定は適用されない」と整理するのは難しいのではないだろうか。

また、後述するように、信託設定により「受益者の指定に関する条件又は受益者を定める方法の定め」により債権者を決定するなど、信託特有の枠組みの中で根抵当権を行使されるとすれば、実質的にも根抵当権設定者は信託設定に利害関係を持つため、その承諾は必要と解さざるを得ないとする。

2. 受益者と債権者が一致する仕組みと債権者の表示に関する問題

担保権の信託においては、「被担保債権の債権者を受益者とする」とを合意することにより、被担保債権者に担保の経済利益を確実に帰属させ、被担保債権の回収に充てることとすることが求められ、このことにより、民法が前提とする担保権者イコール債権者の原則にかかわらず、債権者と担保権者との分離が可能であるとされている⁽¹⁷⁾。

このことから、担保権の信託においては、常に受益者と債権者が一致するための仕組みが予め設けられていることが必要であると考えられる。

(1) 普通抵当権の信託

ア. 受益者と債権者が一致する仕組み

普通抵当権を信託する場合には、信託契約上受益者の資格として、例えば「〇年〇月〇日付金銭消費貸借契約に基づく債権の債権者」などと定めれば、常に被担保債権者と受益者を一致させることが可能となる。

そして前述のとおり、不動産登記法においては、「受益者の指定に関

する条件又は受益者を定める方法の定め」を登記した場合には、個々の受益者の氏名などについて登記を要しないこととされていることから、登記上も常に債権者と受益者が一致し、実体と異なる公示がなされる事態は起こらないことになる。

イ．債権者の表示に関する問題

尤も、このように受益者資格を定めた場合には、債権譲渡などにより取引期間中に変動する被担保債権の債権者が誰であるのか外観からはわからないこととなる⁽¹⁸⁾ため、このことで不都合が生ずることはないかという疑問が生ずる。

しかしながら、普通抵当権においては、法務省民事局長通達⁽¹⁹⁾により登記例が明かされたとおり登記上も個々の債権につき登記原因や債権額が表示されることにより被担保債権が特定されること、抵当権消滅請求などについては受託者に対して行うこととすれば、第三者との関係でも十分であると考ええる。

但し、抵当権実行の段階では、競売申立書や債権届、債権計算書といった書面について、その記載情報が債務者などからの異議申立ての手がかりとされるなど、それらの書面が果たす機能上、⁽²⁰⁾抵当権者である受託者が記載されるだけでは足りず、債権者の表示や被担保債権との紐付けが必要とされるのではないかと考える。⁽²¹⁾

(2) 根抵当権の信託

ア．受益者と債権者が一致する仕組み

根抵当権は、成立における付従性や確定前における随伴性がない点で普通抵当権とは異なる性質を持つが、このことは、受益者と債権者が一致する仕組みの要否に関して、普通抵当権と異なる結論を導くであろうか。

まず、確定後の根抵当権は随伴性を持つことから、少なくとも根抵当権の信託において根抵当権が確定した場合には、普通抵当権の信託と同様に受益者と債権者が一致する必要がある。

次に、被担保債権が必ずしも発生していない確定前の根抵当権においても、どのような債権が被担保債権となるか（被担保債権の範囲）につ

いては、根抵当権設定契約において債権者基準・債務者基準・債権範囲基準を定めることにより特定される必要があり⁽²²⁾、根抵当権設定契約により債権者として定められた者は、そのときどきで最終的に担保の利益を帰属させるべき者となることから、信託により根抵当権者と債権者を分離することが可能とされるためには、やはり、その根抵当権で担保しようとする債権の債権者を受益者とし、担保による経済利益をその債権者に帰属させなければならないと考えられる。

したがって、根抵当権の信託においても確定前後に関わらず、普通抵当権の信託と同様に、常に被担保債権者と受益者が一致するための仕組みが予め設けられていることが必要であると考えられる。

イ. 債権者の表示に関する問題

ところで、前述の通り、不動産登記法上、受益者については具体的な氏名などを公示することなく「受益者の指定に関する条件又は受益者を定める方法の定め」を定めることで足りるとされているため、根抵当権の信託において、被担保債権者と受益者を常に一致させる表示方法としては、被担保債権の債権者（またはそのときどきで被担保債権者となるべき者）を、特定の氏名などをもって受益者と定めることのほか、例えば、債権の範囲を特定の継続的取引契約と定めたとうえで、その契約上の地位を有する者を受益者としたり、債権の範囲を銀行取引などと限定して定めるとともに一定範囲の銀行を受益者とする、あるいは、特定または限定した債権の範囲の中で実際に発生した債権の債権者を受益者とするなど、一定の資格に連動させるような様々な定め方が一応は考えられる。

そして、根抵当権の信託において受益者を一定の資格に連動させるような定め方ができるのであれば、普通抵当権の信託同様に、債権者交代時の受益者変更登記を全く不要とする費用削減メリットを享受できることになる。

但し、このように受益者を特定の者ではなく一定の資格に連動させる定めを登記し、かつ、実体上も常に登記と一致させるためには、債権者交代時に担保提供者の承諾が不要であることが前提となるが、根抵当権

において債権者は被担保債権の決定基準の一つであり、通常では債権者が交代となる根抵当権の譲渡時に担保提供者の承諾を要するところ、このような受益者の定めにより債権者を一定の範囲で限定するとともに債権者交代時の担保提供者の承諾を不要とするためには、そのときどきで誰が債権者であるのかが明らかとなるような具体的な基準として、「受益者を定める方法」を定める必要があると考える。

なぜなら、もし、その基準が曖昧である場合には、被担保債権が無限定となり、担保提供者の予期しない債権が被担保債権となってしまう弊害が生ずるため、その根抵当権自体が無効と解される虞があると考えられるからである。

そして、その基準は、通常の根抵当権における債権の範囲の定め方と同様の考え方で、客観的に明らかであるか、もしくは、根抵当権設定契約の当事者において特定し得る契約であるような具体的なものであることが求められるのではないかと考える。

この点、少なくとも、コミットメントライン契約のような特定の継続的取引契約により生ずる債権を債権の範囲とし、その契約上の地位を有する者を受益者とする⁽²⁴⁾と定めた場合には、根抵当権設定契約の当事者において特定し得る契約を通じて債権者が決定されることから、債権者の範囲の基準が具体的であり、担保提供者の承諾との関係でも問題ないものといえるのではないだろうか。

一方、それ以外の地位や資格を受益者資格とするニーズは、現段階ではあまり高くないと思われ、本稿では深く立ち入らないが、その場合どのように受益者を定めれば債権者となる者の範囲の基準が具体的であるといえるかどうかは、ケース毎に個別に判断せざるを得ないものと考えられる。

なお、「特定または限定した債権の範囲の中で実際に発生した債権の債権者を受益者とする」との定めは、仮に債権者の範囲の基準が明らかであると言えたとしても、根抵当権設定時や確定前の時点において、必ずしも被担保債権者であり受益者となる者が存在しないことを許容することになってしまうため、根抵当権自体が無効とされる虞があるものと

考えられる。

ウ。譲渡された債権を引き続き担保することの可否

次に、更に進んで、「受益者を定める方法」を定めることによって、信託された根抵当権において、実際に発生した個々の債権が譲渡された場合にも、その債権を引き続き担保することができるかどうかについて検討する。

この問題を検討するにあたっては、通常の根抵当権において個々の債権が譲渡された場合は、債権の譲受人は「その債権について根抵当権を行使することができない」として随伴性が否定されていること（民法第398条の7第1項前段）と、被担保債権は原則として「債務者との…取引によって生ずるものに限定」されていること（民法第398条の2第2項）が、信託においてはどのように解されるか、ということが論点になるものと考えられる。

この点、信託をした場合においても、通常の根抵当権における場合と同様に、譲渡された債権は担保されないと解した場合には、受益者の定め方をどのように定めるかに関わらず、引き続きその債権を担保するためには、別途担保提供者との合意により、債権の範囲を変更する必要があることになる。

しかしながら、民法の規定において債権の譲受人は「その債権について根抵当権を行使することができない」とされているのは、根抵当権者＝債権者である前提の下、「たまたま個々具体的に特定のものとなつた債権が第三者に移転した場合に、それに随伴して根抵当権の一部移転が生ずるものとする⁽²⁵⁾ことは、流動変動する債権を担保するという本来の根抵当権の機能と相いれない面があるのみならず、法律関係をいたずらに複雑にする原因となる」ことを理由とするものであり、また、被担保債権は原則として「債務者との（直接）取引によって生ずるものに限定」されていることについては、包括根抵当を禁ずる趣旨であり、担保提供者の予期する範囲外の債権が被担保債権として入り、被担保債権が無限定に拡大することを回避するための規律であると解される。

これらの規定趣旨に照らすと、根抵当権の信託の場合は、譲渡された

債権を引き続き担保するとしても、根抵当権は依然受託者の下に残るため、担保権の権利関係を複雑にすることはなく、また、譲渡される債権についても、特定の継続的取引契約のような相当程度具体化された発生原因によるものであって、予め「債権の範囲」として定めた契約に基づき発生した債権であれば、被担保債権は担保提供者の予期できる範囲にあり、無限定に拡大するものではないと言えるのではないだろうか。

また、通常根抵当取引で債権譲渡が行われる場合においても、債権譲渡と同時に根抵当権を譲渡することにより譲渡債権を引き続き担保させることができるが、この場合に債権の範囲の変更が必要とされるのは、根抵当権の譲渡が債権譲渡とは独立した別個の取引であり、双方の取引を同時に行うことが当然のものとして予定されるわけではなく、したがって、担保提供者が予期できない点にあるものと考えられる。

これに対して根抵当権の信託では、「受益者を定める方法の定め」によって、債権譲渡と担保の利益の移転が一連のものとして当然に行われることが仕組みとして確保されることにより、担保提供者が予期できるものである点で、通常根抵当権とは異なると考えられるのではないだろうか。

そして、このように理解すると、根抵当権の信託においては、債権の範囲と受益者の定め方によっては、一定の譲渡債権が引き続きその根抵当権で担保されると解する余地もあるのではないかと考える。

反対に、このような解釈が全く許されず、債権の範囲の変更が必要とされるならば、複数受益者が存在する根抵当権の信託において、譲受人たる受益者は、他の受益者とは債権の範囲が異なること⁽²⁶⁾になるため、受益者毎に異なる債権の範囲を定めることの要否や、各受益者とそれぞれの債権の範囲との紐付けの要否が問題となる。

そして、これらの定めが必要とされた場合に、登記上、受益者と債権の範囲との紐付けは、共有根抵当権と同様に、登記記録の権利部において行うのか、それとも信託目録の受益者の定めにおいて行うのかといった点や、どの程度の記載で公示機能上問題なしといえるかどうかについて、明らかにされる必要がある。

なお、根抵当権実行時における競売申立書などへの表示の問題については、普通抵当権で述べたことと同様のことがあてはまる。

3. 信託終了時の抵当権の現物交付に関する問題

抵当権の信託の受託者が、競売手続や倒産手続全般に亘り権限を行使できる前提⁽²⁷⁾では、それらの手続による担保権の最終処理まで信託を継続することができることになるが、途中で信託を終了させる場合も想定される。

例えば、シンジケートローンのような集団的な融資スキームを前提として抵当権の信託が利用される場合、各参加貸付人が爾後の協調関係を望まないものとしてシンジケートを解消するときには、抵当権の信託についても合意により終了させることになるであろうし、倒産手続に入った場合においても、例えば更生計画に基づき債務の弁済を受けるなど手続が長期間に亘る場合には、信託を継続するメリットやコストを勘案し、信託を終了したいとするニーズも、生ずるのではないかと考えられる⁽²⁸⁾。

また、抵当権の実行手続や倒産手続に入る前に信託を終了させるスキームが選択されることも考えられる。

そして、このような理由で、抵当権が消滅することなく信託が終了する場合には、信託財産を受益者に現物で交付することが必要となるが、信託財産である抵当権を受益者に帰属させることが支障なく行えるか、また、二段階設定方式による信託設定時の問題とある程度表裏をなすものであるが、現物交付としての抵当権の移転にあたり担保提供者の承諾が要求されるのか、ということが問題となる。

(1) 普通抵当権の信託

まず、普通抵当権については分割制度がなく、分割して交付できるかどうかは明らかではない。

また、一個の普通抵当権を全受益者の共有として帰属させることとした場合、二段階設定方式により設定し債権譲渡により事後的に債権者が複数となった信託であれば問題とならないが、直接設定方式により設定

した信託においては、前述のとおり登記実務上は被担保債権も共有していない限り共有の普通抵当権の設定登記申請は受理されない扱いとされていることに照らすと、信託終了による場合であっても、それぞれ独立した債権を有する債権者が共有することとなる普通抵当権の移転は認められないのではないかという懸念が生ずる。

もし、各受益者がそれぞれ独立した債権を持つことを理由に、それら受益者の共有としてすら抵当権を移転できないとすれば、信託終了により抵当権を交付するためには、一旦何れか一人の受益者が他の受益者の持つ債権を譲り受けた後に信託を終了し、単有の被担保債権および抵当権としたうえで、再度他の受益者に対して譲り受けた債権と同額の債権を譲渡するという、非常に迂遠な手続をとる必要がある。

しかしながら、被担保債権の一部譲渡や一部代位弁済によって普通抵当権が事後的に共有関係になることは認められており、信託終了の場合に全受益者の共有として帰属させることを認めても、権利の帰属関係が不明確となるなど格別の支障が生ずることはないのではないかと考える。

次に、信託終了に伴う普通抵当権の移転に関して担保提供者の承諾を要するかという点については、担保提供者のうち、直接設定方式により信託を設定した場合における抵当権設定者や二段階設定方式による信託設定に承諾した担保提供者は信託契約に關与しているため、任意処分などの特約の移転も含め信託終了時の信託財産交付などについて当初の信託成立時に合意している限り問題とならない。

また、その後に担保不動産を取得した第三取得者については、二段階設定方式による設定時におけるのと同様に、普通抵当権の処分手続との対比から抵当権移転に関する承諾は不要であるが、任意処分などの関連契約については、抵当権とともに移転することが明らかな権利でない限り承諾が必要と考えられる。

なお、共有となった普通抵当権における共有者単独での競売申立ての可否については、両論あるが、各共有者単独で申立てができるとする考え方が有力であるようである。⁽²⁹⁾

これらのことから、普通抵当権の信託においては、債権者毎に抵当権を分割することが出来なくとも、信託終了時の現物交付に関する問題については、一応解決されるのではないかと考えられる。

(2) 根抵当権の信託

根抵当権については分割譲渡や共有根抵当権の設定が認められていることから、信託財産が根抵当権である場合は、現物交付の可否について普通抵当権におけるような障害はない。また、共有者の単独競売申立てについても普通抵当権同様に認められると解される⁽³⁰⁾。

次に、信託終了に伴う根抵当権移転に関して担保提供者の承諾を要するかという点については、直接設定方式により信託を設定した場合における根抵当権設定者や二段階設定方式により信託を設定した場合に承諾した担保提供者は、普通抵当権の信託において述べたことと同様に、信託契約において終了時の取り扱いについて合意している限り問題とならない。

しかし、その後に担保不動産を取得した第三取得者については、二段階設定方式による設定時同様に、形式上は根抵当権譲渡に該当することから、民法の規定に従い担保提供者の承諾が必要になるものと考えられる。

そして、もし、その承諾が得られない場合には、根抵当権を確定させたうえで受益者に帰属させるしかないが、そのような場合に至っては、取引の実態上は最早未確定のままで根抵当権取引を継続するような状況にはないであろうから、根抵当権を確定させて移転することに関して実務上の不都合が生ずることは殆どないものと考えられる。

4. 担保不動産競売における優先充当の有効性に関する問題

信託は受益権を優先劣後に分ける複層化機能を持つことから、リスク選好度が異なる貸付人の参加を前提とする場合に、担保権の信託の活用が考えられる。

しかしながら、抵当権の信託において競売を行った場合には、受益権の優先順位に対応するように配当金を被担保債権へ充当することはできないのではないかと指摘されている⁽³¹⁾。

(1) 最高裁判決が示す競売配当金の充当方法

この指摘は、平成9年1月20日最高裁第二小法廷判決⁽³²⁾において、「不動産競売手続における債務者複数の根抵当権についての配当金が被担保債権のすべてを消滅させるに足りない場合においては、配当金を各債務者に対する債権を担保する部分に被担保債権に応じて案分した上、右案分額を民法489条ないし491条の規定に従って各債務者に対する被担保債権に充当すべきである」として、債権者による充当の指定が否定されたことを踏まえ、抵当権の信託において競売が行われた場合にもこの判決と同様に単純な考え方で、債権者毎に案分で充当する取り扱いとされるのではないかと懸念するものである。

(2) 抵当権の信託に対する最高裁判決適用の当否

確かに、債権者複数となる抵当権の信託は、抵当権が各債権者の有する債権を担保する部分に分かれる点で、この判決の事案と共通しているが、配当金等を受領する者が債権者ではない受託者であることから、この問題を検討するにあたっては、抵当権の信託において競売が行われた場合の被担保債権への充当方法が、競売手続によって決せられるのか、それとも信託契約などの競売手続外で決せられるのかということと、競売手続により充当方法が決せられるとする場合に、この判決と同様の考え方で取扱われるのかどうかということに分けて検討すべきものと考えられる。

先ず、前述した直接設定方式により抵当権の信託を設定する場合の債権者の同意に関する見解のうち、「被担保債権は受託者が配当金を受領した時点で消滅する」との見解に立つ場合、被担保債権の充当方法は競売手続において決せられ、この判決と同様の考え方で充当されることになる可能性があるように思われる。

しかしながら、抵当権の信託において、受益権についての優先の定めが信託目録に記載される場合には、この判決の事案であるいわゆる共用根抵当権のように、担保の内訳に順位づけをすべき客観的根拠がないケース⁽³³⁾とは異なり、登記簿の一部として公示される信託目録の定めを根拠に異なる充当順位とすることも可能ではないかと考える。

一方で、「債権者の同意の有無により、被担保債権の消滅時期が異なる」との見解に立つとすれば、受託者には弁済としての配当金等受領権限はなく、配当金等を受託者が受領した時点では被担保債権は消滅しないことから、被担保債権への充当方法は競売手続において決せられるのではなく、受託者が競売配当金を受益権の優先順位に従い受益者に交付することにより被担保債権へ充当される、と解することができるのではないかと考えられる。

(3) 現時点での対応

但し、これらの解決は、何れについても実務上は確立されたものではなく、競売による配当順位を公示する機能を信託登記に持たせる根拠がないとされる可能性のほか、受託者の弁済受領権限をどのように考えるのかについても前述したとおり議論が収束していないことから、現時点でとり得る対応策としては、万一「債権者毎の案分充当」とされた場合には、配当金が受託者から受益者に交付される際に優先受益者と劣後受益者との間で債権譲渡を行い、必要に応じて譲渡された債権の優先順位を変更する方法によらざるを得ないであろう。

なお、このような対応をとった場合であっても、優先受益者は常に劣後受益者の倒産リスクを甘受しなければならないという問題が残⁽³⁴⁾り終局的な解決とはならないし、信託目録に優先の定めを記載した場合であってもその効果を実現できないとすれば、むしろ信託目録を閲覧する様々な取引関係者の予測に反するという弊害を起しかねないことから、前述の何れかの解釈により競売おける充当順位の問題が解決されることが望ましいと考える。

IV. 抵当権の信託における関係者の権利義務の調整に関する問題

抵当権の信託が、必要とされる要件を満たして有効に成立しても、信託期間中に安定的に機能するためには、信託関係における規律だけでは埋まらない問題もあり、予め信託関係者間で権利義務について妥当な調整を図る必要がある。

また、シンジケートローンにおいて抵当権の信託を利用する前提では、様々な関連契約により関係者の権利義務が調整されると考えられるが、通常の担保付貸出とは異なる信託特有の権利義務が発生することにも留意すべきである。

そこで、以下では、抵当権の信託が有効に機能するために必要と考えられる信託関係者間の権利義務の調整について、委託者の位置づけと委託者による信託報酬などの負担、受託者による信託事務遂行、ならびに受益権取得請求権その他の単独受益者権に着眼し、検討することとした。

1. 委託者の位置づけおよび信託報酬などの負担をめぐる権利義務の調整

(1) 委託者の関与の排除

委託者は、特に制限しない限り信託法上一定の権利を持ち、信託契約の当事者として信託の基本的な事項に関与していくことができるが、直接設定方式により設定した抵当権の信託においては、委託者は抵当権設定者であり、担保の利益を享受すべき受益者とは原則として利害が対立する関係にあることから、担保権の管理や行使に関与させることは好ましくない。

このため、直接設定方式により抵当権の信託を設定する場合には、信託契約において委託者が信託法上有する全ての権利について有しない旨（信託法第145条第1項）を定め、信託成立後は委託者の影響を受けないものとするのが取引実態に合致するものと思われる。

(2) 双方未履行双務契約などへの該当性の排除

債務者が委託者となる場合には、信託報酬や信託事務を処理するための費用を委託者に負担させることが考えられるが、継続的な義務として委託者に信託報酬などを負担させる場合には、委託者が破産手続開始決定などを受けた場合の双方未履行双務契約への該当可能性を問題視する指摘もある。⁽³⁵⁾

平成19年4月の金融法委員会による検討によれば、委託者と受益者が

異なる信託に対する破産法第53条第1項の適用については否定的に解することが妥当との見解が示されているが⁽³⁶⁾、未だ確定的な解釈ではない以上、実務上は双方未履行双務契約へ該当しないための手当てを取らざるを得ないと考えられる。

そうすると、これを回避する観点からも、信託契約において委託者の権利を失わせることにより、委託者の債務と対価関係にあるような受託者の債務は無いという状態にすることが必要となる⁽³⁷⁾。

そして更に、信託報酬などの支払を目的とする信託を別途設定するか、委託者の支払義務を破産手続開始決定などがなされる前に限定することにより、委託者の破産開始決定などの後に未履行債務が発生しない状態にすることも具体的な対策として考えられる。

なお、信託報酬などの受け渡しについて、シンジケートローンでは各種手数料の授受が行われるため、受益者である債権者が、債務者よりこれらの手数料と併せて信託報酬などの見合い額を受け取り、受託者に対して支払うものとするとも考えられるが、貸付人が借入人より受領する金銭は一般に出資法などのみなし利息に該当する虞があることから、信託報酬などについては債務者が受託者に直接支払う仕組みにすることが望ましいと考える。

2. 信託事務の遂行をめぐる権利義務の調整

(1) 被担保債権情報の把握方法および信託事務の処理基準の手当て
抵当権の信託において受託者は、受益者である債権者に対して善管注意義務を負いつつ、信託事務として抵当権を管理し行使していくこととなる。

但し、抵当権の管理および行使の方法や程度の判断は被担保債権の状態などに左右されるものであり、通常の担保付貸出であれば債権者自らが担保権者として被担保債権を管理し、その状態などに応じた方法や程度により担保権を管理し行使していくことが可能であるが、受託者は被担保債権の管理機能を持たないことから、被担保債権の状態などを自ら把握することは困難である。

また、担保権の管理および行使の方法や程度の判断は債権者によって異なり、標準というものはないと考えられる。

そうすると、受託者が担保権の管理および行使といった信託事務を円滑に遂行するためには、債権者である受益者から受託者に対して被担保債権の情報を提供し、受託者が被担保債権情報を把握できる仕組みを設けるとともに、個々の信託事務毎に具体的に設けた基準に基づき信託事務を遂行することとするか、信託事務の遂行は、受益者などの指図や同意に基づき行えば足りることとするかの、何れかの規律を信託契約上明確に定めることが現実的であると考ええる。

(2) 対外責任の負担に関する調整

信託事務を競売手続や倒産手続全般まで行うこととすれば、それらの手続における各種申立てや届出が信託事務に含まれるため、受託者において正確な被担保債権情報を把握することが必要となるほか、特に競売手続においては、不実の債権届に関する対外責任（民事執行法第50条第3項）や売却物件の担保責任（民法第568条）があるため、責任の負担に関する規律を予め設けておく必要がある。

このうち、不実の債権届に関する責任に基づき損害賠償義務が生じた場合には、対外的には受託者が負担するとしても、不正確な被担保債権情報に起因して発生したものであれば、最終的には受託者に被担保債権情報を提供する受益者側において責任を負担すべきこととするのが妥当である。

また、受託者が対外責任に基づき損害を被った場合には、信託財産に求償することが可能であるが（信託法第53条第1項）、全受託者が公平に利益を享受すべき信託財産に対して一律に損害を求償することとすると公平性を欠くことから、帰責性のある受益者のみが最終責任を負うこととする明確な規律を設けておく必要がある。

更に、この債権届出義務は、被担保債権が完済となった場合でも抵当権の登記が抹消されない限り課されることから、上記のような責任負担の規律が信託終了後にも及ぶものと手当てしておく必要がある。

なお、発生する可能性は高くないと思われるが、競売手続における

売却物件の担保責任についても、この責任により受託者が受領した配当金等の返還を求められる段階においては、配当金等が既に受託者から受益者に交付されている可能性があることから、かかる請求を受けた場合の受益者の配当金等返還義務を定めるとともに、信託終了後にも責任負担の規律が及ぶことを明確にしておくことが望ましいと考える。

(3) 受益者の負担に関する合意方法

上記に掲げた責任のほか、担保権の信託においては、債務者による信託報酬などの支払いができないこととなった場合に備えて、受益者の信託報酬などの支払義務を定めておくことが考えられるが、受益権は受益者の有する権利の総体とされており、⁽³⁸⁾信託契約によっては受益者に何らの義務も強制することはできないため、受益者によるこれらの責任や義務の負担は信託契約外で合意する必要がある。

そして、この合意は受託者と個々の受益者との間で行われ、受益者が変更となった場合に当然には新受益者に承継されないため、受益者が変更となった際にも引き継がれるよう関連契約を整備する必要がある。

この関連契約の整備については、債権者交代時に譲受人たる新受益者による信託報酬などの支払に関する合意を含めた通知書を受託者に提出することを、債権譲渡の条件とする手当てが提唱されているが、⁽⁴⁰⁾債権の譲渡人は、譲受人に承継すべき義務について義務の相手方である受託者の承諾なくしては免れないことから、実効性が期待でき実務上も馴染む方法といえる。

また、受託者が業として信託の引受けを行い受益者に信託報酬などを負担させる場合には、信託業法上受益者に対する説明義務が課されており(信託業法第29条の3)、他方、新受益者としても自分が受益者として取扱われることの確認をしたいというニーズもあるだろうから、実際の手続場面では、新旧受益者より受益者交代の事実が受託者に対して通知されるとともに、受託者から新受益者への説明が併せて行われることで、新受益者の権利義務が双方向で確認されることになるのではないだろうか。

3. 受益権取得請求権その他の単独受益者権をめぐる権利義務の調整

(1) 受益権取得請求権

受託者と受益者、および受益者相互間で問題となるものとして、受益権取得請求権とその他の単独受益者権の問題がある。

まず、受益権取得請求権については、受益者が複数存在する信託において、信託法第103条第1項に掲げる重要な信託の変更が行われる場合には、それに賛成しない受益者に対して保障される権利であり、信託行為では制限することのできない単独受益者権（信託法第92条）の一つである。

シンジケートローンで抵当権の信託を利用する場合においても、例えば担保の入れ替えなど何らかの変更を行うことが、たとえ貸出取引において必要なものであったとしても、それが重要な信託の変更とされ、変更賛成しない受益者によりこの権利が行使されてしまうと、当該受益者のみが事実上担保の利益を得て協調関係から外れるということを許容するか、それとも変更を中止するか何れかの選択を迫られることになってしまう点で、実務上問題となる。

そしてこの問題については、二つの方向から解決を検討すべきものと思われる。

解決への一つの方向は、受益権取得請求権が行使されうることを前提とした実務上の具体的な防止対策を講ずることであり、既出の論稿⁽⁴¹⁾などで指摘されているように、信託契約を締結する際に担保の入れ替えや抵当権の実行方法など信託期間中に変更する可能性のある事項を洗い出し、それら変更項目および意思決定の方法を信託契約に定めておくことにより、重要な信託の変更に該当しない手当てをすることである。

そして更に、各受益者が受益権取得請求権そのものを放棄することが考えられる。

受益権取得請求権は単独受益者権であるが、信託契約外で受託者と個別の合意をすることにより放棄することは受益者の真意に基づくものである限り有効とされており、特にシンジケートローンで抵当権の信託を利用する場合においては、スキーム全体の安定化を目指すものとして受

益者の真の意思に基づく合意が形成されるのではないかとされる⁽⁴³⁾。

加えて、万一受託者との間での合意に疑義があるとされる場合に備えて、債権者間協定などにより受益者相互間で放棄の合意をすることも有効であろう。

受益者相互間での受益権取得請求権放棄の合意は、民事訴訟において不起訴の合意が有効であるとされていることとの対比から、その有効性に問題はないと考えられ、また、シンジケートローンにおいては債務者の破産手続開始申立てなどに関して、債権者間で不申立ての合意がなされることが通常であることから、実務上も取り入れやすいのではないだろうか。

解決へのもう一つの方向は、担保権の信託における受益権取得請求権の性質に応じた妥当な取扱いを行うことである。

受益権取得請求権が行使された場合には、原則として受託者と取得請求者との協議で受益権の価格を決定し、信託財産に属する財産をもって受益権の対価が支払われることになるが、担保権の信託においては、信託財産は担保権であり現金が無いことから請求者への対価を信託財産に属する財産をもって支払うことはできないし、債権とは全く独立させて受益権即ち担保権自体の価格を算定することは困難である。

そして、このような担保権の信託の性質を踏まえると、担保権の信託における受益権は、信託法の定める受益権取得請求権を行使した場合の救済措置を実際にはとれない性質を本来的に持っているものといえる。

そうすると、会社合併時の債権者異議手続において、「非金銭債権者は、債権者に対する保護措置をとることが現実的には出来ないため、原則として保護の対象とならない」とする有力説⁽⁴⁴⁾と同様の考え方で、担保権の信託の受益者は受益権取得請求権を行使できないと解することが、むしろ妥当ではないだろうか。

(2) 受益権取得請求権以外の単独受益者権

受益権取得請求権以外の単独受益者権⁽⁴⁵⁾については、抵当権の信託を利用したシンジケートローンのスキームに求める安定性のレベルと、それぞれの単独受益者権の内容に応じて、受益権取得請求権と同様の方法に

より放棄することとしたり、エージェントなど特定の者を通じて権利を行使するなどの制限を設けることが考えられるが、単独受益者権が信託行為では制限できない受益者の基本権であることを踏まえると、権利放棄や行使の制限を行うにあたっては、スキーム全体から見た真の必要性を十分に検討する必要があると考えられる。

V. おわりに

本稿で取り上げた論点のなかには、例えば、関係者間の権利義務の調整など、シンジケートローンのような規律があってはじめて解決できるものや、登記実務・競売実務など最終的な解決には今後の事例の積み上げを待つほかないものも残されている。

担保権の信託の利用拡大は、担保付債権の市場規模や、担保権管理の外部委託ニーズのほか、債権の流通市場発展による信託設定メリットと信託設定コストとの対比、そして現実的には報酬水準との関係で、受託者がどこまで広い裁量を持つ信託を受託できるのか、といったことにも左右されるものと考えられるが、今後具体事例に基づく研究が進展することにより、多様な場面で安定的なスキームを持つ担保権の信託が利用されることを期待したい。

- (1) 担保権の信託の利用場面は、主にシンジケートローンが想定されるが、一般企業の担保管理の外部委託として利用することも考えられる。また、シンジケートローンのうちコミットメントラインの利用者の裾野が更に広がれば、特定担保権だけではなく根抵当権のような根担保権を信託財産とする信託の利用も行われるであろう。
- (2) 平成19年9月28日法務省民二第2048号。
- (3) 担保権の信託については数多くの論稿等が公表されているが、代表的なものとしては、山田誠一「新信託法とその利用—担保的利用を中心に②セキュリティ・トラスト」(金融法務事情1811号16頁)、青山善充「セキュリティ・トラストの民事手続法上の問題—担保権と債権との分離に関連して—」金融法務研究会『担保法制をめぐる諸問題』(金融法務研究会報告書(14)47頁)、小野傑=有吉尚哉「新形態の信託—自己信託・

事業の信託・目的信託・セキュリティトラスト」(佐藤哲治編著「よくわかる信託法」ぎょうせい 65頁), 浅田隆=井上聡=岡正晶=村松秀樹=吉谷晋「座談会 銀行から見た新たな信託法制—想定され得る設例を契機に—」(金融法務事情1810号10頁), 藤原彰吾「セキュリティ・トラスト活用に向けての法的課題(上)・(下)」(金融法務事情1795号30頁, 1796号42頁), 谷笹孝史「セキュリティ・トラストの利用に際して留意すべきポイント」(金融法務事情1816号27頁), および旧法下のもとで検討されたものとして, 金融法委員会「セキュリティ・トラスティの有効性に関する論点整理」, 樋口孝夫「セキュリティ・トラスティ制度の日本導入に当たっての指針(上)・(下)」(NBL787号25頁, 788号69頁)などがある。

- (4) 法務省民事局長通達(昭和35年12月27日民事甲第3280号)。
- (5) 前掲注(2)参照。
- (6) 金融法委員会・前掲注(3)・5頁参照。
- (7) 設定登記に関しては債権額又は極度額の千分の四(登録免許税法別表第一一(五)), 信託の登記に関しては債権額又は極度額の千分の二(同表第一一(十)ロ)が課される。なお, 二段階設定方式による抵当権の移転に関しては信託財産の登記等の課税の特例(同法第7条第1項1号)を受けるため, 直接設定方式・二段階設定方式ともに, 合計で千分の六の登録免許税が課されることになる。
- (8) 民法第369条第1項は, 抵当権者の権利について「自己の債権の弁済を受ける権利を有する」と規定している。また, 民事執行法においても, 債権者が担保権者である前提で執行手続が規定されている(同法第87条, 第180条など)。
- (9) 浅田=井上=岡=村松=吉谷・前掲注(3)・26~27頁(村松発言)および(井上発言), ならびに井上聡編著「新しい信託30講」(弘文堂)159頁, 165頁参照。
- (10) 山田・前掲注(3)・21頁および山田誠一「セキュリティ・トラストの実体法上の問題」金融法務研究会『担保法制をめぐる諸問題』(金融法務研究会報告書(14)42頁, 44~45頁), 寺本昌広「逐条解説新しい信託法」(商事法務)192頁参照。
- (11) 小野=有吉・前掲注(3)・67~68頁, 75頁の(注41)参照。
- (12) 谷笹・前掲注(3)・29頁参照。
- (13) 新債権者の位置づけに言及するものではないが, 浅田=井上=岡=村松=吉谷・前掲注(3)・28頁(井上発言)では, 債権者の同意は, 設定

担保権の信託の諸問題について

のフェーズで、債権者と担保権者を分離する抵当権を有効に設定するために必要なものであるとしている。

- (14) 山田・前掲注(10)・45頁参照。
- (15) 寺本・前掲注(10)・192頁は、成立時においても「黙示に受領代理権を付与したものと評価できる場合が少なくないであろう」とする。
- (16) 道垣内弘人「担保物権法 第3版(現代民法Ⅲ)」(有斐閣)188頁。
- (17) 山田・前掲注(10)・42頁など。
- (18) 但し、当初の債権者については、二段階設定方式で設定した場合は委託者兼受益者として、直接設定方式で設定した場合においても三者間契約によれば受益者として、それぞれ契約上明らかとなる。
- (19) 前掲注(2)参照。
- (20) 阪本勁夫「不動産競売申立ての実務と記載例 全訂3版」225頁参照。
- (21) 阪本・前掲注(20)・227頁によれば、競売申立書において債権特定のため求められる記載事項は、「たとえば貸金については、主体、契約日、貸付金額」とされている。
- (22) 道垣内・前掲注(16)・234頁参照。
- (23) なお、根抵当権の信託については、普通抵当権の信託のような登記例は明らかにされていない。
- (24) 債権の範囲を「特定の継続的取引契約」により定める場合は、当事者が任意に付した契約名称でよいが、「一定の種類取引」により定める場合は、第三者に対しても明確なものでなければならぬとされている(清水湛「新根抵当法の逐条解説(上)」(金融法務事情618号)23頁参照)。
- (25) 清水湛・前掲注(24)・45頁。なお、下線部は筆者加筆。
- (26) 譲受人たる受益者の「債権の範囲」に、特定の譲受債権が加わることになる。
- (27) 青山・前掲注(3)は、担保権の信託の受託者は、民事執行手続や倒産手続における各種手続をなし得るとしている。
- (28) このほか、抵当権の信託を途中で終了させることとなる事由としては、競売によっても担保不動産の売却が出来ない事態が考えられる。
- (29) 茗荷政信「抵当権等の準共有者からの単独の競売申立て」金融法務事情1091号42頁参照。また、一部代位弁済者による競売申立てについても、東京地裁民事執行センターにおいては、従前から単独申立てを認めている(阪本・前掲注(20)・135頁参照)。
- (30) 茗荷・前掲注(29)および堀内仁「根抵当権の共有」(金融法務事情636

- 号) 43頁以下参照。
- (31) 山田・前掲注(3)・24頁など。
 - (32) 民集51巻1号1頁。
 - (33) この判決(最二小判平9.1.20)を支持する見解は、共用根抵当権には優先充当の定めを登記上公示する方法がないから、公平の見地から「結論的には債権額による按分とならざるをえない」とする(佐久間弘道「共用根抵当・同順位根抵当の配当」金融法務事情1483号25頁参照。)
 - (34) 井上・前掲注(9)・167頁参照。
 - (35) 金融法委員会「委託者による受託者に対する報酬支払特約付信託契約について委託者破産の場合、双方未履行双務契約として破産法53条1項に基づく破産管財人による解除権行使の可否に関する中間論点整理」(平成19年4月23日)など。
 - (36) 金融法委員会・前掲注(35)・17頁参照。
 - (37) 法務省民事局参事官室「信託法改正要綱試案 補足説明」28頁(注27)参照。
 - (38) 出資の受入れ、預り金及び金利等の取締りに関する法律第5条第7項、利息制限法第3条。
 - (39) 法務省・前掲注(37)・80頁参照。
 - (40) 谷笹・前掲注(3)・32頁参照。
 - (41) 藤原・前掲注(3)(上)・36頁など。尤も、担保の入れ替えは受益債権の内容の変更に該当しないとの解釈もある(浅田=井上=岡=村松=吉谷・前掲注(3)・33頁(村松発言)参照。)
 - (42) 寺本・前掲注(10)・286頁参照。
 - (43) 資産流動化等を想定したものであるが、スキーム安定化の必要がある場合の受益権取得請求権放棄の合意に言及するものとして、田中和明「新信託法と信託実務」(清文社)205頁参照。
 - (44) 「新版注釈会社法(1)会社総則・合名会社・合資会社」(有斐閣)398頁参照。
 - (45) 例えば、裁判所に対する申立権、受託者の違反行為等に対する差止請求権や取消権、帳簿等閲覧請求権等、受益者の利益保護や受託者を監督するための権利がある。

(中央三井トラスト・ホールディングス コンプライアンス統括部調査役)