

## セキュリティ・トラスティの有効性に関する論点整理

### 1 問題の所在

(1) わが国の担保制度においては、一般に、担保権者と債権者とは一致していることが必要であると理解されている<sup>1</sup>。

もっとも、1905年(明治38年)に制定された担保附社債信託法は、担保付社債の発行に際し、その担保を各社債権者に帰属させるのではなく、受託会社に帰属させ、受託会社が社債権者のために担保権の実行等の義務を負う、つまり、債権者と担保権者とが分離するスキームを予定したものとなっている。しかし、通説的見解は、この担保附社債信託法の存在によって、同法の適用がある場合には、債権者と担保権者との分離が可能となっている、すなわち、債権者と担保権者が一致しなければならないという原則に対して、同法が特殊な例外を定めているものと解している<sup>2</sup>。つまり、一般的には認められないことが理解の大前提となっているのである。

なお、譲渡担保に関しては、被担保債権の債権者と譲渡担保権者とが、設定時から分離することを認める判例があり、学説も、契約の自由の見地からこれに賛成している<sup>3</sup>。しか

<sup>1</sup> たとえば、我妻博士は次のように述べる。「質権を取得する者、すなわち質権者は、被担保債権の債権者に限る。債権者以外のものが質権だけを有するという関係は、民法では認めない」(我妻栄『新訂担保物権法(民法講義)』128頁(1968年))。「抵当権を取得する者、すなわち抵当権者は、被担保債権の債権者に限る」(同 227頁)。

<sup>2</sup> 「本法ニ依ル担保権ハ其存在ノ有様ニ於テ著シク特別ノ形体ヲ有ス。民法ニ於テハ質権者又ハ抵当権者ハ担保物ニ付キ他ノ債権者ニ優先シテ自己ノ債権ノ弁済ヲ受クルノ権利ヲ有スル者ニシテ、即チ担保権ト債権トハ同一人ニ属スルコトヲ要スルモ、本法ニ於テハ受託会社ハ担保権者トシテ総社債権者ノ為ニ担保権ヲ保存シ実行スルノ義務ヲ負担シ、社債権者ハ担保権ヲ有セス。担保権者タル受託会社ハ担保セラルヘキ債権ヲ有スル者ニアラサルナリ。即チ此場合ニ於ケル担保権ハ社債権者ヲシテ弁済ヲ受ケシムルノ用ニ供スルカ為ニ受託会社ニ属スルモノトス。是レ担保権ノ享有ニ付キ信託ヲ応用シタルノ結果ニシテ本法ニ於テハ担保権ト債権ト其帰属ヲ異ニシ信託ノ法理ヲ以テ両者ヲ連結スルノ制度ヲ採用シタリ。以テ民法ニ対スル一大例外ヲ為スモノタルヲ知ルニ足ラン」(池田寅次郎『担保附社債信託法論』59~60頁(1909年))。また、注1であげた我妻博士は、注1での引用部分に続けて、「担保附社債信託法が、多数の社債権者のために、信託会社が物上担保権をもつことを認めるのはその例外である」(我妻・前掲書 128頁)あるいは「一般に、被担保債権者以外の者が抵当権を信託的に所有することも、担保附社債信託法が例外として認めるだけである」(我妻・前掲書 227頁)という。また、不動産登記法上、被担保債権と担保権との分離が認められないことを根拠として、複数の債権者が各々の異なる債権を被担保債権として抵当権を準共有することは認められないとする登記先例(昭和35年12月27日民事局長通達)がある(金融法務事情 267号 197頁等参照。)

<sup>3</sup> 裁判例としては、大判大正7年11月5日民録24輯2122頁、大判昭和5年10月8日評論20巻民法18頁、学説としては、我妻・前掲書 609頁、鈴木祿弥「譲渡担保」石井照久ほか編『企業担保』173頁(1966年)、柚木馨=高木多喜男『担保物権法〔第3版〕』558~

しながら、そうだからといって、担保権一般について、債権者と担保権者との分離を認めることにはならない。譲渡担保においては、その実行時における被担保債権の消滅等のメカニズムを契約によって定めることができる。債権者でない第三者に確定的に目的物の所有権を帰属させることをもって実行とすることも、合意によって可能なのである。これに対し、抵当権等については、物権法定主義によりその内容は確定しており、民事執行法等における抵当権等の処遇も、それを前提としている。したがって、契約の自由を根拠に分離を認めることは、典型担保権についてはできないのである。

(2) しかるに、現在では、典型担保権についても、債権者と担保権者とを分離し、債権者以外の者であるセキュリティ・エージェントあるいはセキュリティ・トラスティに担保権を管理させるという需要が強まっているといえる<sup>4</sup>。

このことは、そもそも、なぜ担保附社債信託法において種々の担保権を債権者に代わって受託会社が保有することが認められたか、という理由を考えると理解できる。大きく分けて2つの理由がある。すなわち、第1は、社債が譲渡され、社債権者が変更するたびに、担保権について移転手続(例えば、抵当権については抵当権移転の付記登記)をすることは煩瑣であり、被担保債権が移転しても担保権は移転しなくてもよいようにすること、第2は、担保権の実行を集団的に規律し、個々の判断に委ねることによって生じる不合理を避けるとともに、全体としての実行費用を軽減する必要があること、である。しかるに、このような2つの理由が当てはまる場合は、担保付社債の場合に限らない<sup>5</sup>。

---

559頁(1982年)、米倉明『譲渡担保の研究』74~75、99頁(1976年)等参照。

<sup>4</sup> たとえば、「産業構造審議会産業金融部会中間報告-中堅・中小企業のための新たな金融機能の創造に向けて-(平成15年4月)」は、次のようにいう。すなわち、「売買を前提とする融資において担保を活用するためには、債権者の円滑な交代を可能とする担保制度の整備(例えばセキュリティ・エージェント、セキュリティ・トラスティ制度など)が求められている。現行制度上、担保付社債については債権者の変動を前提として、債権と担保権の帰属の分離を認める制度(担保附社債信託法)が存在するが、担保付の貸出債権にはこのような制度は存在しておらず、債権者が複数の場合には担保権を移転するための権利関係の調整が必要となるなどの問題が生じる。担保附社債信託法についてもその制度の硬直性が指摘されているところであり、債権の流通を促進する観点から、債権者の交代に柔軟に対応することのできる担保制度のあり方の検討が必要である。」また、平成16年3月19日に閣議決定された「規制改革・民間開放推進3か年計画」では、「シンジケートローン等において、1人の債権者が他の債権者の債権も含めた被担保債権の担保権者となり、その担保権の管理を行うことができるようにすべきであるとの指摘があることから、信託の在り方を見直す中で、制度の整備の必要性を検討する」とされている。そのほか、実務的視点に立ってセキュリティ・トラスティ制度の立法論ないし解釈論上の可能性を検討するものとして、井上聡「資金調達が多様化に伴う担保附社債制度の立法課題」ジュリスト1238号(2003年)、樋口孝夫「セキュリティー・トラスティ制度の日本導入に当たっての指針(上)(下)」NBL787号・788号(2004年)等がある。

<sup>5</sup> さらに、現在のさまざまな金融手法においては、複数の債権者それぞれが有する権利内容、とりわけ債権者間の優劣を非常に複雑に決めることがある。そのような場合には、単純に同一順位または後順位の担保権を取得させるだけではうまくいかない。担保権を一人に集中させておいて、各債権者がどのような優先劣後関係のもとに債権を回収するかは、当該担保権者に対する権利の問題としたほうが、担保権の内容という枠内で事を進めるよりスムーズである。ただし、セキュリティ・トラスティの有効性を考える際、複数の債権者が有する権利内容を同一にする場合に限定するか、上記のように各債権者が様々な内容

そこで、担保附社債信託法の枠を超え、より一般的に、典型担保についても、債権者でない者が担保権を取得することを認めるべきではないかが問題になる。以下では、あらゆる担保物について譲渡担保が常に最も使い勝手の良い担保権であるとは限らないという理解に立ち、質権・抵当権のような典型担保について債権者と担保権者との分離につき検討を加えることとする。

## 2 基本的な有効性

(1) それでは、担保附社債信託法の枠を超え、より一般的に、債権者でない者が担保権を取得することを認めるためには、何が障害となるのであろうか。これまでの通説的な見解は、民法がその障害になると考えてきた、つまり、民法において、債権者と担保権者とは一致するという原則が定められている、と見てきたように思われるのである<sup>6</sup>。

たしかに、民法342条及び369条は、質権、抵当権を定義するにあたって、質権者や抵当権者は「自己ノ債権ノ弁済ヲ受クル」としている。しかし、その文言だけから判断するのは不十分であり、何らかの実質的根拠が模索されなければならない。

この点で、すぐに思いつくのは、日本法上、所有者抵当、つまり被担保債権が存在しない抵当権が認められていないこととの関係である。しかし、現在、セキュリティ・トラスティを用いることが実務上求められている場面は、被担保債権が存在しない場合ではない。したがって、所有者抵当の否定との関係は問題としなくてよい。

次に考えられるのが、担保権の特性として、担保権の実行により回収された金額は、被担保債権に係る債務の弁済に充てられる、ということとの関係である。この点は、確かに重要であるが、しかし、そうであるならば、担保権者が担保権を実行して回収した金額が、被担保債権の債権者に分配されるスキームができあがっていればよいことになりそうである。

(2) 最後の点は、結局、権利の帰属者と、利益の帰属者とを分離し、かつ、利益の帰属者の利益がきちんと守られるというスキームが、ここで求められていることを意味している。そして、それを可能にしたのが、まさに、担保附社債信託法によって日本に導入された信託の制度であると考えべきではなかろうか<sup>7</sup>。つまり、担保附社債信託法は、債権

---

の権利を有する場合も視野に納めるかによって、問題の複雑性は変化すると思われる。本論点整理では、さしあたり各債権者の権利内容が同一の場合を考える。

<sup>6</sup> もっとも、この点で、旧信託業法が、抵当権等の担保権を当初受託財産として認めていなかったこと(旧信託業法4条参照)をもって、セキュリティ・トラスティができない理由だと漠然と考えられてきた傾向もある。しかしながら、信託法の問題としては、担保権を受託財産とすることに支障はなく、信託法学説でも担保物権を被担保債権から分離して信託することの有効性が認められてきた(遊佐慶夫『信託法制評論』61~62頁(1923年)、入江眞太郎『信託法』39頁(1940年)、四宮和夫『信託法〔新版〕』138頁(1989年))。旧信託業法は、業法の観点から制限を置いていたにすぎない。なお、平成16年11月26日に成立した改正信託業法(平成16年法律第154号。同年12月30日施行)は、信託会社の受託する財産の範囲に制限を設けなかったこととしたため、その施行により、上記業法上の問題はなくなった。これは、金融機関の信託業務の兼営等に関する法律に基づき信託業務を行う金融機関についても同様である。

<sup>7</sup> 譲渡担保についてであるが、四宮博士は、立法論として譲渡担保権を被担保債権と切り離して信託することを認め、次のように説く。すなわち、「債権の帰属者と譲渡担保権の帰属

者 = 担保権者という原則の例外を定めたものではない。言い換えれば、同法があるから例外が認められるというのではなく、信託の方式を用いれば、受託者が抵当権者となり、受益者が債権者となることによって、抵当権者と債権者とを分離することができる、なぜならば、そのときは、被担保債権が存在しない抵当権を認めるわけではないし、債権者に抵当権の実行によって得られた金銭が帰属する仕組みを作ることが可能となるからである。同法は、それを明らかにした法律、つまり信託のポテンシャルティを示した法律だととらえるべきではあるまいか。

担保附社債信託法について、このようなとらえ方をすることを正当化する根拠としては、次の2つをあげることができる。

第1に、担保附社債信託法には、「債権者 = 担保権者」という民法の原則を適用しないということを定める条文が存在するわけではないことである。担保附社債信託法の前提としているスキームでは、担保権者と債権者との分離が生じる、というだけであり、民法に存在する原則はその場合には適用しないということが規定されているわけではない。つまり、民法に対する例外であるという位置づけが、同法によって積極的に行われているわけではないのである。

第2は、担保附社債信託法だけではなく、信託法自体も担保権者と債権者との分離が信託によって可能であることを前提としていると思われることである。すなわち、担保附社債信託法は、信託法に先立って制定されたものであり、信託法ができるまでは、わが国における「信託」とは、社債の発行において、担保権者と社債権者とを分離する法的スキームに他ならなかった。しかるに、その後一般法として制定された信託法が、それまでに存在していた信託スキームである、担保権者と債権者との分離という仕組みを対象としないもの、それを予定しないものとして制定されたと考えるのは素直ではない。そして、このように考えるときは、仮に、現在の通説的見解のように、担保附社債信託法が、民法の例外としての債権者と担保権者との分離を定めたものと考えたとしても、信託法も、また、例外を認めているものと見ることができるのではないかと、と思われるのである。

(3) このように考えていくと、被担保債権が存在しているとき、担保権の実行により得られた金額が、被担保債権に係る債務の弁済に充てられるという仕組みが確保されているときには、信託を利用して担保権者と債権者とを分離することの有効性を認めるのに支障はないというべきである。

### 3 派生的な問題点

(1) 以上のように、信託を利用すれば、担保権者と債権者とを分離することが基本的

---

者との分裂を生ずるが、これは担保権の 附従性 に反するのではないかと問題になる。しかし、債権者と譲渡担保権者との間には信託関係があつて、実質的には譲渡担保権が債権者に属することが確保されている。ことに、信託を解除して譲渡担保権を債権者に復帰させることも可能だから、担保権を債権者から絶対的に分離するものではない。担保権の 附従性 は、債権のないところに担保権のみ存在することは認められぬという趣旨に理解すべきであり、信託によって連絡しながら債権の帰属者と担保権の帰属者とを一時分裂させることも排斥する趣旨ではあるまい。それに、すでに担保附社債信託法も、信託による連絡のもとに両者の分裂を認めている」(四宮和夫「譲渡担保法要綱(改訂第二試案)解説(1)」立教法学2号180~181頁(1961年))。

に可能であるとしても、典型担保について現実にそれを行おうとすると、詰めておかねばならない問題点が多々存在する。以下では、代表的な典型担保であり、シンジケートローン等において当面最も利用ニーズが高いと思われる抵当権を例にとって検討する。

(2) まず、設定方法である。これについては、いったん債権者が抵当権設定者(債務者又は物上保証人)から抵当権の設定を受けてから、当該抵当権を被担保債権から切り離して受託者に移転することによって信託を設定すること(これを以下において便宜上「二段階設定方式」と呼ぶ。)ができるのはもちろん、当初から、抵当権設定者が債権者を受益者と指定したう受託者に抵当権を設定することによって信託を設定すること(これを以下において便宜上「直接設定方式」と呼ぶ。)も可能だというべきである。信託法1条にいう「処分」には、既存の権利の移転のほか、「設定的移転」を含むと解されているのであり<sup>8</sup>、直接設定方式においては、担保提供者から受託者に対して担保権設定という処分行為が為されると分析することができよう<sup>9</sup>。もっとも、その2つの方法の間には、実務的あるいは手続的な観点から、不動産登記につき重要な相違点が存在する。

まず、二段階設定方式をとったときは、抵当権の移転(信託的譲渡)による信託設定であるから、抵当権の登記への当該抵当権の移転に係る付記登記のかたちで公示されることになる(不動産登記法134条)<sup>10</sup>。このときは、いったん当初の債権者を抵当権とする抵当権の設定登記をし、同時に当初の債権者から受託者への当該抵当権の移転に係る付記登記と信託の登記とをすることになる(不動産登記法110条ノ2第1項及び135条)。その場合、受益者の特定に必要な事項や担保権信託の主要な条項については、信託原簿<sup>11</sup>において明らかにされる(不動産登記法110条ノ6及び135条)。

以上のように、二段階設定方式をとると、当初の債権者が必ず登記手続に関与しなくてはならなくなり、不便であると思われるかもしれない。しかし、担保権の信託においては、直接設定方式によるときであれ二段階設定方式によるときであれ、当該担保権の実行によって被担保債権が消滅することになるのであるから、実体法上、債権者を含めた三者契約が望ましく、少なくとも債権者の同意は要件となるというべきである<sup>12</sup>。その意味では、必ず当初の債権者は信託設定に関与することになるのだから、二段階設定方式をとったときにさらに登記手続に関与することになっても追加的な負担は大きくはないというべきではないか。さらに、抵当権自体の内容となっていない(ローン契約等に基づく)債権者の権限を、債権者に代わって受託者に行使させる方が望ましい場合には、債権者と受託者との間の信託契約に受託者への授權とその行使条件を明記することにより、容易に信託事務の内容をふくらませることができ、むしろセキュリティ・トラスティ制度の柔軟な設計に資する面もある<sup>13</sup>。

<sup>8</sup> 四宮・前掲書 137 頁。

<sup>9</sup> 四宮・前掲論文 182 頁。

<sup>10</sup> なお、平成 16 年 6 月 18 日に公布された新しい不動産登記法(未施行)の下では、現行法 134 条と同旨の規定が省令レベル(不動産登記規則(案)3 条 4 号)で定められることとされている。清水響「新不動産登記法の概要について」民事月報 59 巻 8 号(2004 年) 93 頁。

<sup>11</sup> 新不動産登記法の下では、信託目録と呼ばれる(同法 97 条 2 項)。

<sup>12</sup> 四宮・前掲論文 182 ~ 183 頁。

<sup>13</sup> もっとも、これは、二段階設定方式のメリットというほどのものではない。後述するよ

これに対し、直接設定方式をとったときは、抵当権設定者と受託者が抵当権の設定登記を信託の登記とともに申請することとなるため、登記手続に関しては当初の債権者の関与が不要となる。このような登記の先例はないと思われるが、抵当権設定の登記原因として「平成 年 月 日金銭消費貸借契約同日担保権信託設定」又は「平成 年 月 日信託（同日金銭消費貸借担保）」などという記載が認められうるのではないか。この場合も、不動産登記の乙区には各債権者の債権額、利息の定め等が記載される（不動産登記法117条1項）とともに、受益者の特定に必要な事項や担保権信託の主要な条項<sup>14</sup>が信託原簿において明らかにされるのであるから、公示として特に問題はないはずである。

確かに、そもそも被担保債権と担保権の分離が禁止されることを前提とする登記先例<sup>15</sup>がある。また、不動産登記法110条の12（新しい不動産登記法の施行後は担保附社債信託法改正附則新119条の3）が担保附社債信託法上の登記を特に例外としていることからすると、不動産登記法は、必ずしも担保権信託（特に設定的移転による信託）の登記を想定していないと思われる。しかし、条文上特に禁止されてもいけない<sup>16</sup>のであるから、公示として欠けるところがないのであれば、解釈論によってこれを認めてもよいのではないかと<sup>17</sup>。

なお、この場合であっても、既に述べたように、担保権信託の設定に関する債権者の同意は必要と思われる。したがって、ローン契約等、当初の債権者と抵当権設定者との契約において、担保権信託の設定とその条件が定められることとなろう。その際、抵当権の内容となっていない（ローン契約等に基づく）債権者の権限を受託者に行使させる方が望ましい場合には、受託者に一定の条件でこれを授権することを、ローン契約等において債権者が抵当権設定者に義務づけることができると考えるべきであろう。その結果、抵当権設定者は、信託契約に従って抵当権を設定的に受託者に移転する際に、一定の条件に従って債権者の権限を行使することを受託者に委託することになる。そのような権限は抵当権の

---

うに、直接設定方式においても、抵当権設定者を介して、あるいは三者契約により、債権者から受託者への授権とその行使条件を定めることは可能だからである。なお、いずれの方式によらずとも、受託者に対するそのような授権が、被担保債権の譲渡によっても失われぬようにするために、ローン契約等において手当てが必要となろう。また、かかる授権は一種の「委任契約」が信託契約又はローン契約等に含まれたものと見ることができると、債権者の破産により終了する可能性がある。その点で、いずれの方式によらずとも、抵当権自体の内容となっていない（ローン契約等に基づく）債権者の権限と抵当権自体の内容となる権限との切り分けについては、後者の範囲をできる限り広く解する方が望ましい。

<sup>14</sup> 登記原因の記載とともに若しくはそれに代えて、信託原簿中の「信託ノ目的」欄に、「平成 年 月 日付金銭消費貸借契約に基づく全貸付人のために、その元利金支払請求権及び損害金支払請求権を被担保債権として設定された抵当権を管理及び実行することを目的として、当該被担保債権の債権者全員を受益者として、委託者はその保有する不動産のうゑに受託者を抵当権者として抵当権を設定することにより信託し、受託者はこれを引き受けた。」などと記載することによっても、被担保債権の性格及び担保権との分離を公示することができる。

<sup>15</sup> 前注2参照。

<sup>16</sup> 新しい不動産登記法98条1項は、用益権のことを念頭に置いているのかもしれないが、一般に、信託による権利の設定の登記を明示的に予定している。

<sup>17</sup> なお、実務上非常に大きな問題として、登録免許税の負担、具体的には信託に係る登録免許税法7条及び租税特別措置法72条1項の適用が問題となるが、ここでは立入らない。

管理及び実行に密接に関連するものであるので、信託事務の一部を構成すると見ることができよう。

(3) 次に、被担保債権の譲渡にともなう問題を検討する。

設定方法につきいずれの方法をとるとしても、被担保債権が譲渡されると債権者は変更し、したがって、担保権信託の受益者が変わる。しかるに、信託原簿には、受益者の名称及び事務所（個人の場合は氏名及び住所）が記載されることになるから（不動産登記法135条、110条ノ5及び110条ノ6）、被担保債権の譲渡の度ごとに変更登記を行わなければならないのではないかと、ということが問題になる。たしかに、丁寧に行うとすればそのとおりである。しかしながら、通常の抵当権について、被担保債権の譲渡について対抗要件が備えられていれば、随伴性による抵当権の移転につき付記登記が行われていなくても、抵当権の移転を被担保債権について衝突する権利を取得した第三者には対抗できると解されている<sup>18</sup>。これと平行に考えるならば、担保権信託の場合、被担保債権について譲渡の対抗要件が備えられていれば、受益権について移転の対抗要件が具備されていなくても、受益権自体の処分を受けた第三者との関係において劣後することがありうるだけということになる。しかるに、担保権信託の受益権は、被担保債権と別個に流通したときに経済的価値を有するものではなく、債権と引き離して受益権のみを差し押さえたり、譲渡を受けたりすることは考えにくい<sup>19</sup>。したがって、憂慮するには当たらないというべきであろう。

(4) さらに、抵当権の実行以前の法律関係はどうか。とりわけ、抵当権の侵害に対する防御、抵当権の保存行為などが問題になるが、これらは、受託者が抵当権者として行うと考えればよい。抵当権の侵害に対する妨害排除請求訴訟等における受託者の手続上の地位については、固有適格者と見ることができよう<sup>20</sup>。これに対して、被担保債権の消滅時効の中断等は、受託者は被担保債権の信託を受けていないのだから、受託者が特に別途の授權を受けていない場合には、債権者各人が行うことになる。

(5) 最も重要なのは、抵当権実行時の法律関係、とくに、いかなる仕組みで抵当権実行を申し立て、あるいは、配当を受け、被担保債権が消滅し、しかし、債権者が金銭を受領できるようにするか、である。

まず、一般に、抵当権者は、抵当権の実行としての競売の開始を申し立てるにあたり、債務名義は要求されず、たとえば抵当権の登記されている登記簿の謄本を提出すればたり（民事執行法181条1項）、また、抵当権設定登記がされていれば、同一目的物についての他の担保権者の申立てにより担保権の実行としての競売が開始されたとき、あるいは、一

<sup>18</sup> 幾代通『不動産登記法〔第3版〕』288頁（1989年）。

<sup>19</sup> 既に述べたように、担保権の実行により得られた金銭が信託の仕組みを通じて被担保債権に係る債務の弁済に充てられることを確保できるからこそ被担保債権と担保権の分属が認められるとすると、被担保債権と担保権信託の受益権は同一人に属するようにしなければならない。したがって、そもそも、信託契約において、具体的な個人又は法人を当初の受益者と定める代わりに「被担保債権のその時々債権者」をもって受益者と規定するか、あるいは、具体的な受益者の指定をすることも、被担保債権に随伴してその移転とともに受益権が当然に移転する旨規定すべきである。もっとも、新受益者を受託者が知らない場合の受託者の免責規定を信託契約上整備する必要はあろう。

<sup>20</sup> 受託者が信託財産に関する当事者適格を一般的に有することについては争いがない（民事訴訟法58条1項3号）。

般債権者が目的物を差し押さえて、競売手続が開始されたとき、抵当権者は当然に配当にあずかることができる（同法87条1項4号及び188条）が、被担保債権を有しない抵当権者に同様の処遇をあたえることが可能か。条文解釈としては、この場合に、同法49条2項（債権届出の催告）、85条2項（配当期日における呼出し）及び87条1項4号（配当を受けるべき者の範囲）における「債権者」を「抵当権者」と読み替えることが可能か、が問題となる。

この点、抵当権には優先弁済権が内在しており、したがって、抵当権を有すればそれだけで債務名義なき実行申立や配当受領権が当然に認められるという立場がありえよう。この立場によれば、担保権信託の受託者は、被担保債権の債権者ではないが、抵当権の実行及び配当の受領について固有適格者の地位を有することとなる。上記条文解釈についても、読み替え可能と解することになる。あるいは、被担保債権について他にも権利者（債権者）が存在することに鑑み、この立場に立ったとしても、選定当事者による任意的執行担当に準じて受託者による抵当権の実行を肯定することも考えられよう<sup>21</sup>。

これに対し、受託者には、抵当権が信託的に帰属しているとともに、債権者から被担保債権の弁済受領等に関する権限が授与されており、その権限に基づいて受託者が権利を行使すると考える立場もあろう。しかしながら、当該権限授与を担保権信託とは別個に任意になされるものとするならば、執行裁判所がその授与の有無を判断することができないので、債務名義なき実行申立・当然の配当を認めることが困難になる。そこで、この立場に立つとしても、担保権実行場面における受託者の被担保債権行使権限は、担保権信託という仕組みそのものに本質的に内在するものととらえるべきであろう。このような受託者の権限が信託条項に含まれば、信託原簿を通じて公示されることにもなる。この場合の受託者の手続上の地位は、信託の性質による任意的執行担当ということになるだろうか<sup>22</sup>。した

<sup>21</sup> この立場は、被担保債権の効力のうち、少なくとも抵当権実行手続において配当を受領する権利については、抵当権の受託者を、債権者とともに、実体法上の権利者とする。すなわち、受託者は、債務名義に代わる抵当権の帰属主であるとともに、被担保債権に係る配当受領権の帰属主でもあるのである。さらに、抵当権の受託者は、最終的な利益の帰属先である債権者のために、信託行為に基づく授權を得てその権限を行使するという側面も持つ。その点で、この場合の受託者による抵当権実行の可否については、例えば、勝訴した選定当事者による任意的執行担当に関する議論がある程度参考になるように思われる。なお、勝訴した選定当事者による任意的執行担当については、中野貞一郎『民事執行法〔新訂4版〕』129頁以下等通説は、これを肯定する。

<sup>22</sup> 任意的執行担当については、中野・前掲書129頁以下（2000年）を参照。任意的執行担当のうち、実体法上の権利を持たない者が、権利者からの授權を得て執行担当となれるかどうかについては、株主代表訴訟の勝訴株主による強制執行について多くの議論がある。もっとも、それらの議論は、勝訴株主により申し立てられた強制執行手続における配当を会社に払い出すことを目的とした解釈論であり、そのような解釈論の限界を実務的見地から指摘する反論であるため、受託者による配当受領を前提とする本論点整理の議論にそのまま適用できるわけではない。常盤紀之「株主代表訴訟における株主による強制執行の可否」判タ1140号21頁等参照。なお、社債管理会社および担保受託会社の地位について、松下淳一「社債管理会社の地位・権限と民事手続法との関係について」学習院大学法学雑誌31巻1号35頁以下、たとえば43頁注(3)（1995年）同「社債管理会社・社債権者の手続法上の地位」金融法研究・資料編（15）48頁以下（1999年）、山本克己「社債管理会社および担保の受託会社の訴訟上の地位について」『京都大学法学部創立百周年記念論文集第3巻』545頁以下（1999年）等参照。

がって、別個の合意は不要である。

そして、受託者に配当がなされた段階で、被担保債権の消滅の効果が発生するのも、前者の立場によれば抵当権の優先弁済権に基づくこととなり、後者の立場によれば上記の弁済受領権限によると考えることとなる。いずれの場合も、債務者との関係では法定充当の定めに従って消滅の効果が発生することになるが<sup>23</sup>、債権者間でそれと異なる配分をする旨信託契約に定めることは可能であろう。

なお、特に任意的執行担当と構成する場合には、その適法性・有効性を基礎づける要素として、第1に、弁護士代理及び訴訟信託禁止の原則の潜脱のおそれがないこと、第2に、執行担当をなさしめる合理的必要があることが挙げられよう<sup>24</sup>。

このうち、第2の点については、セキュリティ・トラスティの需要につき既に述べたところであり、十分に合理的な必要性が認められるというべきである。第1の点については、次のように考えるべきであろう。すなわち、担保権信託は、その性格上、担保権の実行をその主要な目的とすることに疑いはない。ところが、判例上、訴訟行為（強制執行を含む。）を受託者にさせることを主たる目的とする信託は、信託法11条の禁ずる訴訟信託に該当し、これに該当する以上、受託者が弁護士に訴訟の追行を委託しても禁止を免れないとされているようである<sup>25</sup>。しかし、このように信託法11条の適用範囲を広く捉えることについては学説上批判の強いところであり、現在では、ここに言う「訴訟行為」には強制執行等は含まれないとの見解や、弁護士法72条または民法90条に違反する場合に限って禁止されると考える見解が有力である<sup>26</sup>。そのような立場に立って、セキュリティ・トラスティの制度的意義を肯定するならば、通常の金融取引の一環として行われるものである限り、公序良俗違反の問題は生じないと考えられる。

また、弁護士法72条については規制文言の曖昧さはあるものの、少なくとも、形式的に条文の文言に該当する場合であっても、それにより直ちに同法違反になるわけではないと考えられている<sup>27</sup>。信託契約の条項に従って単に担保権の実行を申し立て、その配当金を法律上の手続に従って受領することについては、弁護士以外の者が受任することを絶対的に禁じられるものと解すべきではなからう。

#### 4 まとめ

以上見てきたように、現行法の下においても、セキュリティ・トラスティを認めること

<sup>23</sup> 最判昭和62年12月18日民集41巻8号1592頁参照。

<sup>24</sup> 任意的訴訟担当につき、最判昭和45年11月11日民集24巻12号1854頁参照。

<sup>25</sup> 大判昭和4年10月28日評論19巻諸法149頁、最判昭和36年3月14日民集15巻3号444頁等参照。

<sup>26</sup> 四宮・前掲書144頁、田中實『信託法入門』68頁（1992年）、新井誠『信託法』187頁（2002年）等参照。

<sup>27</sup> 例えば、親会社の法務部が子会社に法的助言をする場合の多くは、正当業務行為（刑法35条）などとして許されよう。また、弁護士法72条と保護法益を相当程度共通にする同法73条に関しては、たとえ係争性のある債権を権利の実行を予定して譲り受ける場合であっても、「社会経済的に正当な業務範囲」にあたるものは同条違反を構成しないという流れが判例上定着しつつある。最判平成14年1月22日民集56巻1号123頁、東京地判平成12年11月30日判例時報1740号54頁等参照。

には法的な障害はないと解すべきである。来るべき信託法改正においては、このことが明確に意識されるべきだと思われる。

もちろん、より実務的又は手続的な観点から、不動産登記法又は民事執行法等においても、個別の論点に関する解釈上の不明確性を明文によって除去していくことが、より望ましいといえよう。