

第4章 民事信託の受託者に対する信託財産を引き当てとする融資取引に係る法的課題

神戸大学 山田誠一

1 はじめに

(1) 検討順序など

民事信託において、受託者に対して信託財産を引き当てとする融資取引が行なわれることがある。すなわち、民事信託における受託者がする信託財産を引き当てにした借入れである。その場合の法的な問題を、以下では検討することにする。

最初に、受託者が第三者である貸主との間で行なった借入れを取り上げる(2)。ここでは、受託者がする借入れにおける信託財産責任負担債務の問題、および、貸主がする信託財産に属する財産に対する強制執行について検討する。信託財産責任負担債務の問題の検討のなかで、受託者がする借入れと「信託のためにした行為」の問題、および、受託者がする借入れと受託者の権限の問題を検討する。

続けて、受託者が借入れの相手方である第三者のために行なった信託財産に属する財産への抵当権の設定を取り上げる(3)。ここでは、受託者がする信託財産に属する財産への抵当権の設定と受託者の権限の問題、および、抵当権者がする信託財産に属する財産に対する担保権の実行を検討する。

(2) 以下で取り上げる例について

以下では、次のような信託を例とする。自然人Aが受託者となり、自然人Bが委託者となって、Bが所有する不動産(以下、「本件不動産」という)を信託財産とし、受益者をBとして、信託契約(以下、「本件信託契約」という)を締結するというものである。また、本件信託契約中には、①高齢になった受益者であるBが所有する本件不動産の管理を本件信託契約によって成立する信託(以下、「本件信託」という)の目的とする旨の定め、②Bの死亡により本件信託は終了するものとする旨の定め、③Bの法定相続人を帰属権利者とし、Bの法定相続人すなわち本件信託の帰属権利者が2人以上いるときは、帰属権利者は、法定相続分の割合で、残余財産の給付をすべき債務に係る債権を取得するものとする旨の定めがあるものとする。なお、本件不動産については、Bが本件不動産に居住している場合を考えることができるが、Bは本件不動産ではない不動産に居住していて、本件不動産は第三者(賃借人)に対して賃貸し収益を生んでいる場合も考えることができることとする。本件不動産の使用形態、および、本件不動産を占有する者が誰であるかについては、必要に応じて、以下の具体的な検討のなかで触れることとする。

また、受託者がする借入れは、次のようなものを例とする。受託者Aが、第三者(貸主)Cから消費貸借にもとづき、金銭を借入れ、信託財産が生む収益、または、信託財産の売却代金から、その返済をするというものである。借り入れた金銭の用途については、本件不動産が土地だった場合において、その土地上に建物を建築するための資金(建築請負契約の報酬の支払いにあてる)、本件不動産が土地およびその土地上の建物だった場合においてその建物の修繕工事をするための資金(修繕請負契約の報酬の支払いにあてる)、または、委

託者であり受益者である者 B の生活資金などを考えることができることとする。これらの借り入れた金銭の使途については、必要に応じて、以下の具体的な検討のなかで触れることとする。

受託者がする抵当権の設定は、次のようなものを例とする。受託者 A が、本件不動産について、貸主 C を抵当権者として、A が C からした借入れに係る債務を担保するために、抵当権を設定するというものである。

2 受託者がする借入れ

(1) 信託財産責任負担債務

まず、受託者がする借入れ（消費貸借）により生ずる債務が、信託財産責任負担債務となるかどうかの問題となる。

信託法 21 条 1 項柱書は、「次に掲げる権利に係る債務は、信託財産責任負担債務となる」と定め、同条同項 5 号は、「信託財産のためにした行為であって受託者の権限に属するものによって生じた権利」と定めている¹。すなわち、第 1 に、受託者 A がした消費貸借が、本件信託の信託財産のためにした消費貸借であること、および、第 2 に、受託者 A がした消費貸借が、本件信託における受託者 A の権限に属することの 2 つの要件をみたした場合、その消費貸借により生ずる貸主 C の借主 A に対する貸金返還請求権に係る債務は、本件信託の信託財産責任負担債務となる。

(2) 「信託財産のためにした行為」

2 つの要件のうち、1 つめの要件である受託者 A がした消費貸借が、本件信託の信託財産のためにした消費貸借であることとは、どのようなことをいうのが問題となる。立案担当者は、信託法 21 条 1 項 5 号が定める「受託者の行為は、・・・その行為により生じる経済的な利益・不利益を信託財産に帰属させようとする受託者の主観的意思があるものであることを要する」と解説し²、加えて、「受託者にこのような主観的意思が欠ける場合には、受託者の行為の効果が信託財産に帰属することはない」と解説する³。この受託者の主観的意思とは、表示されていてもよいが、表示されていなくてもよいと考えられる。その点で、民法が定める代理についての原則的な規律である「代理人がその権限内において本人のためにすることを示してした意思表示は、本人に対して直接にその効力を生ずる」（民法 99 条

¹ 寺本昌広『逐条解説新しい信託法（補訂版）』84頁は、「[21条]第1項第5号の規定する「信託財産のためにした行為であって受託者の権限に属するものによって生じた権利」とは、典型的には、受託者に対して借入権限を付与する信託行為の定めに基づき、受託者が信託財産のために借入れをした場合における当該借入れに係る貸金債権である」とする。

² 寺本・前掲注(1)85頁。

³ 寺本・前掲注(1)89頁。この点について、道垣内弘人『信託法』77頁は、「T[受託者]の行為の効果が信託財産に帰属するためには、Tがそのような意思を有していたことが必要である。信託のためにする意思である」とし、また、佐久間毅『信託法をひもとく』53頁は、「信託財産責任負担債務となる（すなわち、行為の効果が信託財産に帰属する）ために、受託者の地位にある者(T)が行為の時点で「信託財産のためにする意思」を有したことが必要とされる」とする。

1項)における「本人のためにすることを示して」とは異なる。また、受託者(借主)Aの主観的意思であり、消費貸借の相手方(貸主)Cは、ここでは、問題となっていない。さらにいうならば、AC間の消費貸借の契約内容となっていることは求められていない。受託者Aが借主となり、相手方Cが貸主となってする消費貸借(本件消費貸借)により生ずる貸金返還請求権に係る債務が本件信託の信託財産責任負担債務となるためには、本件消費貸借の成立の際に、Aに、本件消費貸借を本件信託のためにする意思、すなわち、本件消費貸借により生ずる経済的な利益・不利益を、本件信託の信託財産に帰属させようとする意思がなければならぬこととなると考えられる。

そうすると、次のようなことが問題となる。借主Aには、本件消費貸借の成立の際に、本件消費貸借を本件信託のためにする意思がなく、しかし、貸主Cは、本件消費貸借の成立の際に、本件消費貸借を、本件信託の信託財産を引き当てにしてするという意図がある場合の法律関係は、どのようなものである。この場合、本件消費貸借により生ずる貸金返還請求権に係る債務が、本件信託の信託財産責任負担債務になることはないと考えられる⁴。

このような考え方に対して、反対の解決を採るべき場合があるとする見解がある。次のようなものである。「信託の場合、受託者の地位にあるTの行為の効果が信託財産に帰属するか否かは、Tの信託財産のためにする意思によって定まり、その表示が問題とされることはない。しかしながら、その意思の有無は、法的評価の対象となるものであるから、Tの純粋に内心の状態によってではなく、外部に現れた諸事情から判断される。そうであれば、それらの事情から、G[Tが借入れをした相手方]がTは信託財産のために借り入れたと考え、かつ、Gがそう考えたことに正当な理由があったと認められるときは、その契約の効果は信託財産に及ぶ、すなわち、Tの債務は信託財産責任負担債務になるとすべきである」というものである⁵。しかし、外部に現れた諸事情も考慮に入れて、受託者の信託のためにする意思の有無を判断するというのであれば、この見解は妥当なものと考えられるが、受託者の信託のためにする意思はないにもかかわらず、貸主が受託者は信託のために借り入れたと考え、そう考えたことに正当な理由があっても、受託者の債務は、信託財産責任負担債務にはならないと解するべきである⁶。このような場合、受託者と取引をした相手方の信頼を保

⁴ なお、貸主Cが、Aには、本件消費貸借を本件信託のためにする意思があると誤って認識していたときは、民法95条1項2号にもとづいて、Cの錯誤を理由とした本件消費貸借の取消しの問題が生じうると考えられる。

⁵ 佐久間・前掲注(3)56—57頁。道垣内弘人編著『条解信託法』141—142頁[佐久間毅]も同じ。

⁶ 佐久間・前掲注(3)54頁は、受託者(T)が相手方(G)から借入れをした場合において、「たとえば、Tが、受託者として繰り返しGから借入れをする一方で、自己のために借入れをしたことはなかったところ、あるとき自己のために借入れをした場合には、Gが、Tが自己のためにした行為を信託財産のためにされた行為であると誤信することがありうる。その場合に、Gの誤信に正当な理由があると認められるときは、当該行為の効果が信託財産に帰属する(Tの債務が信託財産責任負担債務になる)ことに対するGの信頼を保護する必要はないかが問題となる」とするが、これに対して、道垣内・前掲注(3)80頁は、「以前、T[受託者]が信託のためにした取引の相手方であった者が、再び同様の取引をTと行い、その際、信託のためにされていると信じ、信託財産も自らの債権の引き当てとなると考えていたときに、相手方が保護に値しないかは、一応問題になりそうである」としつつも、「受託者の意思に反して、また、受益者の不利益のもとに、当該行為

護するために、受益者の利益が害されることとなることを許すべきではなく、また、信頼をしたものの保護されないこととなる相手方が、この点で、自らの利益を守ることは容易であるからである。

相手方が自らの利益を守るための方策については、次のように考えることができる。本件消費貸借の成立時に、本件信託の信託財産を引き当てとすることを安定したものとするためには、本件消費貸借中において、借主 A が、本件消費貸借を本件信託のためにする意思を表示することが考えられる。信託法 2 1 条 1 項 5 号の要件をみたすためには表示されていなくてもよい受託者の主観的な意思を、法律関係を安定したものとするために、表示するというものである。

(3) 受託者の権限

上述の通り ((1))、信託法 2 1 条 1 項 5 号により、借主 A と貸主 C の間の消費貸借により生ずる貸主 C の借主 A に対する貸金返還請求権に係る債務が、本件信託の信託財産責任負担債務となるためには、受託者 A がした消費貸借が、本件信託における受託者 A の権限に属しなければならない。2 つの要件のうち、2 つめの要件である。

信託法 2 6 条は、「受託者は、信託財産に属する財産の管理又は処分及びその他の信託の目的の達成のために必要な行為をする権限を有する。ただし、信託行為によりその権限に制限を加えることを妨げない」とする。本条について、立案担当者は、「本条本文においては、受託者は、「信託財産に属する財産の管理または処分」ととどまらず、「その他の信託の目的の達成のために必要な行為」（例えば、信託財産を引当てとする借入れ行為）をする権限を有することを明らかにしたものである」と解説する⁷。ここからは、ある不動産を信託財産とし、その不動産の管理を信託の目的とした信託において、受託者は、その不動産の管理をする権限（例えば、その不動産を第三者に対して賃貸借契約をする権限や、その不動産について第三者と修繕請負契約をする権限）を有するだけでなく、その信託の目的を達成するために必要な消費貸借契約をする権限も有することが分かる⁸。

しかし、問題は、受託者がする消費貸借契約について、信託の目的を達成するために必要なものと、そうではないものとをどのように分けるのかということである。ここでは、受託者は、その消費貸借契約を、信託財産のためにしたものとする。

まず、権限に属しない場合は、どのような法律関係となるかを見ておきたい。次の通りである。受託者が信託財産のためにした行為が権限に属しない場合については、一定の要件⁹

の効果を信託財産に帰せしめることは妥当ではない」とする。

⁷ 寺本・前掲注 (1) 103 頁。

⁸ 村松秀樹＝富澤賢一郎＝鈴木秀昭＝三木原聡『概説新信託法』74 頁は、「受託者は、信託の目的の達成のために必要な行為であれば、信託財産に属する財産の管理又は処分をする行為のみならず、それ以外にも信託の目的を達成するために必要な行為をする権限を有することが明確にされている。例えば、緊急に資金を調達するために行う借入行為も信託の目的の達成のために必要であれば行うことができる」とする。

⁹ 信託法 2 7 条 1 項は、受託者が信託財産のためにした行為がその権限に属しない場合において、「当該行為の相手方が、当該行為の当時、当該行為が信託財産のためにされたものであることを知っていたこと」（1 号）、および、「当該行為の相手方が、当該行為の当時、当該行為が受託者の権限に属しないことを知っていたこと又は知らなかったことにつ

のもとで、受益者は、当該行為を取り消すことができる（信託法27条1項）。したがって、受託者がした消費貸借が受託者の権限に属しない場合において、信託法27条1項が定める要件をみたしたとき、受益者が当該行為を取り消すと、その消費貸借は無効となる（民法121条）。その結果、消費貸借からは、借入金返還債務は生ぜず、信託財産責任負担債務であるかどうか問題となることなく、その消費貸借にもとづいた責任を、信託財産は負わない¹⁰。

そのうえで、受託者がする消費貸借について、信託の目的を達成するために必要なものと、そうではないものをどのように判断するかを検討することとする。1(2)で取り上げた例について、検討することとする。

第1に、本件信託の信託財産が土地である場合において、その土地の上に建物を建築し、建物を第三者に賃貸して、賃貸から生ずる収益を、受益者の生活資金とすることを本件信託の目的としているとき、建物建築資金にあてるために、消費貸借をすることは、本件信託の受託者の権限となるかどうか問題となる。信託財産に建物建築資金にあてられる金銭がなければ、消費貸借により、不足分の借入れをすることは、信託の目的の達成のために必要な行為であると考えられる。このとき、借入れをすること、または、建物建築資金の不足分の借入れをすることが、本件信託の受託者の権限であると、本件信託契約中に定められていることは必要ないと解すべきである。

第2に、本件信託の信託財産が土地とその上の建物であって、その建物に受益者が居住する場合において、建物の修繕請負契約の報酬にあてるために、消費貸借をすることは、本件信託の受託者の権限であるかどうか問題となる。この場合において、本件信託における受益者の受益権の内容は、信託財産である本件不動産を占有し、使用することとする旨の定めがあれば、修繕請負契約をする権限は、原則として、受託者に認められてよいと考えられる。本件信託契約中に、受託者がする事務処理について、必要に応じて、建物の修繕請負契約を締結することと定められていなくても、そのように考えられる。受益権の内容を実現するために修繕工事は必要だからである。

第3に、本件信託の信託財産が土地とその上の建物であって、その建物に受益者が居住する場合において、受託者が受益者の生活資金にあてるために、消費貸借をすることは、本件信託の受託者の権限であるかどうか問題となる。本件信託契約中には、信託財産から受益者の生活資金のため、受益者に金銭を支払うことについて、何も定めはなく、本件信託における受益者の受益権の内容は、信託財産である本件不動産を占有し、使用することとする旨の定めがあり（それに限定するという定めではない）、受益者に、生活資金として金銭を支

き重大な過失があったこと」(2号)のいずれにも該当するとき、受益者は当該行為を取り消すことができると定めている。ここでの例にあてはめると、受託者が、信託財産のためにした消費貸借がその権限に属しない場合であって、受益者が消費貸借を取り消すことができるのは、貸主が、消費貸借の当時、消費貸借が信託財産のためにされてものであることを知っていたこと(1号)、および、貸主が、消費貸借の当時、消費貸借が受託者(借主)の権限に属しないことを知っていたこと、または、知らなかったことにつき重大な過失があったこと(2号)のいずれにも該当するときである。

¹⁰ この場合、借主は、無効な消費貸借にもとづく債務の履行として受けた給付、すなわち、貸し渡された金銭について、民法121条の2第1項にもとづいて、原状回復の義務を負うが、この義務は、信託財産責任負担債務とはならない。

払うことを受益権の内容とする定めはなく、受託者がする事務処理は、信託財産に本件不動産の固定資産税を支払うこと、および、必要に応じて、建物の修繕請負契約を締結することとされているような場合である。このような場合、本件信託契約が定める本件信託の目的、受託者がする事務処理、受益者が有する受益権の内容を総合的に考慮して、受託者の権限に属するかどうか判断されるべきかが問題となる。

このように考えると、受託者の相手方である貸主で、信託財産を引き当てにして、消費貸借をしようとする者の法的な地位は、不安定なものとならざるをえない。信託契約の定めが手がかりとなり、それらを総合的に考慮して判断が行なわれるとなると、貸主は、消費貸借契約締結時には、将来、消費貸借が権限に属するかどうか争われた場合の判断を明確に知ることができないからである。消費貸借契約中に、何か定めをすることで、消費貸借をめぐる法律関係が安定するというものもないように思われる。

そうすると、受託者としては、経済的には、消費貸借の引き当てとする財産が信託財産にありながら、消費貸借をして借り入れることが、困難となることが考えられる。實際上、受託者が、適時に、借入れをすることができないと、受益者の受益権の内容の実現が事実上できず、受益者の利益を毀損することにもなる。したがって、受託者がする消費貸借であり、信託財産のためにするものは、原則として、受託者の権限に属するものであり、したがって、その消費貸借から生ずる借入金返還請求権に係る債務は、信託法21条1項5号が定める信託財産責任負担債務となると解すべきであろう。ただし、受託者は、信託財産が引き当てとなると意図していて、したがって、消費貸借は信託財産のためにするものであるものの、受託者が借り入れた金銭を自己のために費消しようとするような場合は、その消費貸借は、受託者の権限に属しないという判断をする余地は残すべきであると考えられる。民法107条が参考になる。

さらに、そのうえで、受託者に対して消費貸借をし、信託財産を引き当てにしようとする貸主が保守的になるため、結局、受益者の利益が毀損されることを回避するためには、信託契約中に、借入れ権限を受託者に与える旨の定めをおき、また、その借り入れた金銭の用途についても、自由度を残した仕方で定めることが考えられる。そのような定めを信託契約中にすることは、信託法26条本文が、受託者が、信託の目的の達成のために必要な行為をする権限を有するとした趣旨が、信託契約中に受託者の権限を個別に具体的に定めることをしなくても、借入れ権限は受託者の権限に属することとするというものであるとすると、その趣旨から離れることとなる可能性があるが、受益者の利益と、受託者に対して消費貸借をし、信託財産を引き当てにしようとする貸主と利益とを、適切に調整するための方策として、肯定的に考えてよいように思われる。

他方で、上述のように、受託者がする消費貸借であり、信託財産のためにするものは、原則として、受託者の権限に属するものであり、したがって、その消費貸借から生ずる借入金返還請求権に係る債務は、信託法21条1項5号が定める信託財産責任負担債務となるとする解釈により解決が行なわれることをあらかじめ阻止するために、信託契約中に、受託者の権限から借入れを除くとする旨を定め、信託法26条ただし書にもとづいて、明確に受託者の権限に属しないこととすることが考えられる。

(4) 貸主がする信託財産に属する財産に対する強制執行

貸主は、借主の財産に対して、強制執行をすることができる。

これに対して、信託法 23 条 1 項は、信託財産責任負担債務に係る債権に基づく場合を除き、信託財産に属する財産に対しては、強制執行¹¹をすることができないとする。

この結果、貸主は、借主に対して有する貸付金返還請求権が、信託財産責任負担債務に係る債権である場合、それを執行債権として、借主の財産に対して強制執行をすることができ、ここでいう借主の財産には、信託財産に属する財産とともに、固有財産に属する財産が含まれる。これとは反対に、貸主は、借主に対して有する貸付金返還請求権が、信託財産責任負担債務に係る債権でない場合において、それを執行債権として、借主の財産に対して強制執行をするとき、固有財産に属する財産に対しては強制執行をすることができるが、信託財産に属する財産に対する強制執行をすることができない。

したがって、受託者 A が、貸主 C との間で、本件信託の信託財産のために消費貸借をし、その消費貸借が本件信託の受託者の権限に属する場合、貸主 C は、受託者 A の固有財産に属する財産だけでなく、信託財産に属する財産に対しても強制執行をすることができる。貸主 C は、信託財産を引き当てにすることができるということである。これとは反対に、受託者 A が貸主 C との間で消費貸借をしたが、その消費貸借が本件信託の信託財産のためではない場合は、貸主 C は、受託者 A の固有財産に属する財産に対して強制執行をすることができるが、本件信託の信託財産に対しては強制執行をすることができない。受託者 A が貸主 C との間で消費貸借をしたが、その消費貸借が本件信託の受託者の権限に属しない場合については、信託法 21 条 1 項 6 号が定める要件をみたしたとき、本件消費貸借による貸付金返還請求権に係る債務は、信託財産責任負担債務となるが、同条同項同号が定める要件をみたさないと、本件消費貸借による貸付金返還請求権に係る債務は、信託財産責任負担債務とはならない。信託法 21 条 1 項 6 号によれば、本件消費貸借が、同 27 条 1 項または 2 項の規定により取り消すことができない行為のうち、C が、本件消費貸借の当時、本件消費貸借が本件信託の信託財産のためにされたものであることを知らなかったものを除いたもの（イ）、または、同 27 条 1 項または 2 項の規定により取り消すことができる行為であって取り消されていないもの（ロ）のいずれかにあたる場合、本件消費貸借により生ずる返還請求権に係る債務は、信託財産責任負担債務となる。ここからは、受託者 A が、本件信託の信託財産のために消費貸借（本件消費貸借）をした場合において、本件消費貸借が本件信託の受託者の権限に属しないとき、貸主 C が、本件消費貸借の当時、本件消費貸借が本件信託の受託者の権限に属しないことを知っていたか、または、知らなかったことについて重大な過失があったとすると、本件消費貸借により生ずる貸付金返還請求権に係る債務は、信託財産責任負担債務とならないこととなる。

貸主 C が強制執行をしようとする借主 A の財産が不動産（不動産甲とする）である場合、次のような法律関係となると考えられる。

貸主 C は、不動産甲について、強制競売の申し立てをする（民事執行法 45 条）。

¹¹ 信託法 23 条 1 項は、強制執行をすることができないとするとともに、仮差押え、仮処分、担保権の実行または競売、国税滞納処分もすることができないとするが、これらについては、ここでは、省略する。

登記をしなければ権利の得喪および変更を第三者に対抗することができない財産については、信託の登記をしなければ、当該財産が信託財産に属することを第三者に対抗することができない（信託法14条）。不動産は、登記をしなければ権利の得喪および変更を第三者に対抗することができない財産である（民法177条）。そこで、不動産甲が本件信託の信託財産に属する財産である場合、そのことを差押債権者である貸主Cに対抗するためには、本件不動産について信託の登記がされていなければならないこととなる。本件不動産について、本件信託に係る信託の登記がされていると、Aは、本件不動産が本件信託の信託財産に属する財産であることを、Cに対抗することができる。その結果、強制競売の申し立てをした基礎となる債権（本件債権）に係る債務が、本件信託の信託財産責任債務であれば、Cは、不動産甲について、強制執行をすることができる（信託法23条1項）。本件債権に係る債務が、本件信託の信託財産責任負担債務でなければ、Cは、不動産甲について、強制執行をすることができない。その場合、Aは、異議を主張することができる（同条5項前段）。この場合において、民事執行法38条の規定を準用する（信託法23条5項後段）。民事執行法38条の準用により、Aは、債権者Cに対し、その強制執行の不許を求めるために、第三者異議の訴えを提起することができる。この訴訟において、不動産甲が本件信託の信託財産であるかどうか、不動産甲について信託の登記がされているかどうか、および、本件債権に係る債務が、本件信託の信託財産責任負担債務であるかどうか¹²が判断されることになる。

貸主Cが強制執行をしようとする借主Aの財産がD銀行に対する普通預金（普通預金乙とする）である場合、次のような法律関係になると考えられる。

貸主Cは、普通預金乙について、債権執行の申し立てをする（民事執行法143条）。

普通預金乙については、信託法14条のような規律はない。そこで、普通預金乙が本件信託の信託財産に属する財産であれば、債権執行の申し立てをした基礎となる債権（本件債権）に係る債務が本件信託の信託財産責任債務であると、Cは、普通預金乙について、債権執行をすることができる（信託法23条1項）。本件債権に係る債務が、本件信託の信託財産責任負担債務でなければ、Cは、普通預金乙について、強制執行をすることができない。その場合、Aは、異議を主張することができる（同条5項前段）。この場合において、民事執行法38条の規定を準用する（信託法23条5項後段）。民事執行法38条の準用により、Aは、債権者Cに対し、その強制執行の不許を求めるために、第三者異議の訴えを提起することができる。この訴訟において、普通預金乙が本件信託の信託財産であるかどうか、および、本件債権に係る債務が、本件信託の信託財産責任負担債務であるかどうか¹³が判断されることになる。

3 受託者がする抵当権の設定

(1) 受託者の権限

受託者Aが、本件信託の信託財産である本件不動産について、抵当権（本件抵当権）を設定した場合、本件抵当権の設定が、本件信託における受託者Aの権限に属するかどうかを問

¹² 上述(1)(2)および(3)参照。

¹³ 上述(1)(2)および(3)参照。

題となる。権限に属しない場合、信託法27条2項が定める要件をみたすと、受益者は、抵当権の設定を取り消すことができるからである。

ここでも、受託者がする借入れについての上述したところ(2(3))と同様に、信託法26条により規律される。同条は、「受託者は、信託財産に属する財産の管理又は処分およびその他の信託の目的達成のために必要な行為をする権限を有する。ただし、信託行為によりその権限に制限を加えることを妨げない」とする。ある不動産を信託財産とし、その不動産の管理を信託の目的とした信託において、受託者は、その不動産の管理をする権限(例えば、その不動産を第三者に対して賃貸借契約をする権限や、その不動産について第三者と修繕請負契約をする権限)を有するだけでなく、その信託の目的を達成するために必要な抵当権の設定をする権限も有することが分かる。そこで、問題は、受託者がする信託財産に属する財産に対する抵当権の設定について、信託の目的を達成するために必要なものと、そうではないものとをどのように分けるのかということである。

この点についての考え方の基本は、受託者がする借入れ(2(3))と同様になると考えられる。すなわち、まず、信託財産に属する財産である不動産に対する抵当権の設定が、受託者の権限に属するかどうかは、信託契約が定める信託の目的、受託者がする事務処理、および、受益者が有する受益権の内容を総合的に考慮して判断されるべきである。しかし、そうすると、受託者の相手方である貸主で抵当権者になろうとする者は、信託財産に属する財産である不動産に抵当権を設定し、優先弁済権を伴う仕方、その財産を引き当てにしようとしても、その地位は不安定なものとなることとなる。信託契約の定めが手掛かりとなり、それらを総合的に考慮して判断が行われるとなると、貸主は、抵当権設定時には、将来、抵当権の設定が権限に属するかどうか争われた場合の判断を明確に知ることができないからである。その結果、受託者としては、抵当権を設定し消費貸借をして、借入れをすることが、実際上困難となり、そのことによって、受益者の利益が毀損されることも考えられる。したがって、受託者がする消費貸借であって、信託財産のためにするものであり、しかも、受託者の権限に属するものから生ずる借入金返還請求権に係る債務を被担保債権とする抵当権の設定は、原則として、受託者の権限に属するものと解すべきであろう。さらに、このような事態により受益者の利益が毀損されることを回避するためには、信託契約中に、信託財産である不動産に信託財産責任負担債務を被担保債権とする抵当権の設定の権限を、受託者に与える旨の定めをおくことも考えられる¹⁴。

他方で、受託者がする消費貸借であって、信託財産のためにするものであり、しかも、受託者の権限に属するものから生ずる借入金返還請求権に係る債務を被担保債権とする抵当権の設定は、原則として、受託者の権限に属するものとする解釈により解決が行なわれることをあらかじめ阻止するために、信託契約中に、受託者の権限から信託財産に対する抵当権の設定を除くとする旨を定め、信託法26条ただし書にしたがって、明確に受託者の権限に属しないこととすることが考えられる¹⁵。

このようにして、抵当権の設定が受託者の権限に属しないと判断された場合、受益者は、信託法27条2項にもとづいて、抵当権の設定を取り消すことができる。抵当権の設定が取

¹⁴ 上述の2(3)と同様である。

¹⁵ 上述の2(3)と同様である。

り消されると、抵当権の設定は無効となり（民法121条）、抵当権は設定されなかった（成立しなかった）ことになる。

信託法27条2項柱書は、「前項の規定にかかわらず、受託者が信託財産に属する財産（第14条の信託の登記又は登録をすることができるものに限る。）について権利を設定し又は移転した行為がその権限に属しない場合には、次のいずれにも該当するときに限り、受益者は、当該行為を取り消すことができる」とし、その1号は「当該行為の当時、当該信託財産に属する財産について第14条の信託の登記又は登録がされていたこと」とし、同じく2号は「当該行為の相手方が、当該行為の当時、当該行為が受託者の権限に属しないことを知っていたこと又は知らなかったことにつき重大な過失があったこと」とする。

不動産は、信託法14条の信託の登記又は登録をすることができるものであり、抵当権の設定は、信託法27条2項が定める権利の設定である。したがって、受託者Aがした本件不動産についての抵当権設定（本件抵当権設定）が、本件信託の受託者の権限に属しない場合、本件不動産について、信託の登記がされていて（1号）、相手方である貸主Cが、本件抵当権設定の当時、本件抵当権設定が本件信託の受託者の権限に属しないことを知っていたか、または、知らなかったことにつき重大な過失がある（2号）と、受益者は本件抵当権の設定を取り消すことができる（信託法27条2項）。本件抵当権の設定が取り消されると、抵当権は設定されなかった（成立しなかった）こととなる。

(2) 抵当権者がする信託財産に属する不動産の担保権の実行

抵当権者は、担保不動産競売の申し立てをすることができる（民事執行法180条1号）。

これに対して、抵当不動産の所有者は、抵当権の不存在を、争うことができる。担保不動産競売の開始決定に対する執行抗告（民事執行法10条）において、担保不動産の不存在を主張することができる¹⁶。また、抵当権の不存在を主張して担保執行手続きを阻止しようとする所有者は、担保権不存在確認の訴えを提起することができ、これらの訴訟を本案として、担保権実行禁止を命ずる仮の地位を定める仮処分（民事保全法23条2項）を求めることができる¹⁷。

これらの手続きのなかで、Aは、①本件抵当権設定が本件信託の受託者の権限に属しないこと（信託法27条2項柱書）、②本件不動産について信託の登記がされていること（同条同項1号）、および、③相手方である貸主Cが、本件抵当権設定の当時、本件抵当権設定が本件信託の受託者の権限に属しないことを知っていたか、または、知らなかったことにつき重大な過失があること（同条同項2号）を主張することとなる。

¹⁶ 中野貞一郎＝下村正明『民事執行法』360頁参照。

¹⁷ 中野＝下村・前掲注（16）363頁