

# 信託の成立要件をめぐる一考察 - 最一小判平14・1・17を起点として -

杉浦宣彦\*・徐熙錫†

## 要 旨

平成14年1月17日、最高裁は、公共工事の請負者が保証事業会社の保証の下に地方公共団体から支払をうけた前払金（預金）について、地方公共団体と請負者との間でこれを信託財産とする信託契約が成立したことを認める初めての判断を下し、関係者の注目を大いに集め、信託に関する議論が活発化した。本稿では、この判決やその後に続いた類似のケースの判例について、判例理論や関連する学説を踏まえつつ分析した上で、当該事案において信託の成立を認定したことの妥当性、信託の成立要件のあり方等について検討を行い、結論として、信託法1条における要件（財産権の移転、一定の目的に従い当該財産を処分または管理させる）、プラス 信託設定の意思の存在が信託成立の要件になるのではないかと主張する。日本の信託法制は、従来、主として商事信託や営業信託を念頭においたものとなっており、英米に比べ未成熟な民事信託法理の発展が課題であると言われてきたが、信託法や信託業法改正の動きに伴うその法理の見直しの流れとともに、信託の活用可能性について、学界・実務界の関心が高まっている。本稿は、そうした関係者の関心にも応えようとするものである。

---

\* 金融庁金融研究研修センター研究官

† 金融庁金融研究研修センター専門研究員、一橋大学大学院法学研究科  
本稿の執筆に当たっては、新井誠筑波大学大学院教授に有益な御意見をいただいた。  
なお、本稿は、筆者両名の個人的な見解であり、金融庁の公式見解ではない。

## 目次

．はじめに	3
．最高裁判決の概要 事案の概要と判決の流れ	4
1．事実の概要	4
2．第一審	5
3．原審	5
4．本判決	5
．本判決の意義と評価	6
1．本判決の意義	6
2．本判決をめぐる学界の評価	6
．判例理論の変遷	8
．信託の成立要件をめぐる検討	10
1．信託財産（前払金）の法的性格	10
2．分別管理	13
3．信託法1条の検討	15
4．信託設定の意思	20
5．その他	24
．むすび 信託の成立要件と信託法理の展開	25

## ．はじめに

平成 14 年 1 月 17 日、最高裁は、公共工事の請負者が保証事業会社の保証の下に地方公共団体から支払を受けた前払金（預金）につき、地方公共団体と請負者との間で前払金預金を信託財産とする信託契約が成立したことを認め、請負者破産の際、前払金預金の破産財団への帰属を否定する判断を下している。同種の事案に対する最高裁としての初めての判断である同判決をめぐっては、下級審の判断を含め、いくつかの評釈などがでており、今までのところ、信託の成立を認めた判断に対する反対の声はないようである<sup>1</sup>。

しかし、本判決と学説のこのような捉え方とは別に、民事法的な観点から、公共工事の請負契約において、発注者と請負者との間で、前払金を信託財産とする信託契約が成立していると認めるのが、果たして妥当なものであるか、という素直な疑問がないわけではない。というのも、前払金は、普通なら、工事の「代金」の一部として請負者のため支払われるものであるから、その前払金（預金）を信託財産とし、委託者（発注者）を受益者とする信託契約が成立したことを認めるには、抵抗を感じないわけではないからである。その意味で本判決は、信託の成立要件について改めて考える機会を提供する材料でもあるのではないだろうか。

おりしも信託業法改正の動きが出ているときでもあり、信託に関して改めて考え直してみる機会でもある。そこで本稿では、改めてこの判決を振り返りながら、本件では信託の成立を認めるべきであったか、信託の成立要件は何なのかにつき、考えてみることにする。

なお、本判決とそれに続くように出た 2 つの預金の帰属をめぐる最高裁判決（最二小判平 15・2・21 金法 1677 号 57 頁、最一小判平 15・6・12 最高裁ホームページ）をめぐる議論では、従来より議論がある預金の帰属問題と信託が混同されているものもあるようだが、本稿では、あくまでも「信託」の部分を対象に論考を進めていく<sup>2</sup>。

---

<sup>1</sup> 最高裁に対する評釈等として、佐久間毅「判批」ジュリ 1246 号 73 頁（2003・6）、兩宮孝子「判批」判時 1794 号（判評 525 号）199 頁（2002）、道垣内弘人「判批」法教 263 号 198 頁（2002・8）、室井敬司「判批」法令解説資料総覧 249 号（2002・10）、岩藤美智子「信託契約の成立と受託者破産時の信託財産の帰属 - 最一小判平 14・1・17 を手がかりとして - 」金法 1659 号 13 頁（2002・11）など、下級審に対する評釈等として、新井誠（「東京高判平成 12・10・25」判批）判時 1776 号（判評 519 号）198 頁（2002）、宮川不可止「公共工事の前払金保証制度における前払金専用口座の法的性格 - 請負者の破産と信託法理の適用可能性について」金法 1627 号 42 頁（2001・11）、亀井洋一「公共工事請負業者が工事未成のうちに破産した場合の前払金の帰属 - 東京高判平成 12・10・25 を素材に - 」銀行法務 21・593 号 72 頁（2001・8）などがある。以下、これらの引用は、例えば、「佐久間 73 頁」のようにする。なお、道垣内弘人「最近信託法判例批評 (7)(8)(9・完)」金法 1597 号 66 頁・1598 号 42 頁・1600 号 81 頁（2000・12～2001・1）も参照。

<sup>2</sup> この 2 つの判例については、私見ではあるが、あくまでも預金債権をめぐる帰属を争うもので、信託法理との直接的な関連性はないのではないかと考える。（参考：最二小判平 15・2・21 については、潮見佳男「損害保険代理店の保険料保管専用口座と預金債権の帰属（上）（下） - 契約当事者レベルでの帰属法理と責任財産レベルでの帰属法理 - 」金法 1683 号 39 頁、1685 号（予定）（2003・8～9）があり、また、預金の帰属と信託法理との関連性をめぐっては、中舎寛樹「マンションの管理会社名義でなされた預金の帰属」金法 1652 号 11 頁（2002・9）や直近のものとして、天野佳洋「預金者の認定と信託法理（上）（中）（下）」銀行法務 21 622 号 14 頁、623 号（予定）、625 号（予定）（2003・9～）がある。）

## ．最高裁判決の概要 事案の概要と判決の流れ

### 1．事実の概要

(1) 乙(仲田建設)は、平成10・3・27、甲(愛知県)との間で、本件公共工事の請負契約(以下、「本件請負契約」)を締結した。ところで、地方公共団体は、公共工事に要する経費につき、政令の定めるところにより前払金の支出が認められていたところ(地方自治法232条の5、同法施行令付則7条) 本件請負契約の約款(以下「本件請負契約約款」)には、前払金の額は請負代金の10分の4の範囲内とし、請負者が前払金の支払を請求するためには、あらかじめ「公共工事の前払金保証事業に関する法律」(昭和27年法律第184号、以下「本法」という)による保証契約を締結し、その保証証書を発注者に寄託すること(36条) 請負者は前払金を当該工事の必要経費以外に支出してはならないこと(37条) 請負者の責めに帰すべき事由により請負契約が解除された場合、前払金から工事の既済部分に対する代価に相当する額を控除した残金(以下「前払金残金」)を発注者に返還しなければならないこと(46条) などが定められていた。

(2) 乙は、平成10・4・2、「本法」により建設大臣の登録を受けて前払金保証事業を営む会社(Y1)との間で、「本法」および同法12条によりあらかじめ建設大臣の承認を受けた「前払金保証約款」(以下「本件保証約款」)に基づき、乙が甲に対して負担する前払金残金返還債務について、Y1が保証する旨の保証契約(その性質は甲を受益者とする第三者のためにする契約、以下「本件保証契約」)を締結した。「本件保証約款」には、保証契約者(請負者=乙)は、前払金を、保証事業会社(Y1)があらかじめ業務委託契約を締結している金融機関(Y2)に、別口普通預金として預け入れること、Y1は、前払金の用途について、請負者に対し資料提出請求権、工事現場等調査権があること、前払金が適正に使用されていないときは、Y2に対し別口普通預金の払いもどしの中止その他の措置を依頼できること(以上15条) Y1が被保証者(発注者=甲)に保証金(前払金残金)を支払ったときには、その支払った金額を限度として、請負者に求償権を取得し、又求償権を行使する右金額を限度として、発注者が請負者に対して有する権利を代位取得すること(16条) などが定められていた。

(3) 乙は、平成10・4・7、本件保証契約の保証証書を甲に寄託した上、前払金の支払を請求し、同月20日、甲から前払金として、Y2の支店に開設した別口普通預金口座(以下「本件預金口座」)に約1700万円の振込を受けて、預金(以下「本件預金」)をした。これにより、甲は本件保証契約の利益を享受する旨の意思表示をしたものとみなされた(保証事業法13条1項)。

(4) 乙が営業停止により工事の続行が不能になったため、甲は本件請負契約を解除した(平成10・6・2)。乙が甲に対し「前払金残金」を返還しなかったため、Y1は、平成10・7・31、甲に対し保証債務の履行として前払金残金相当額を支払った。

(5) 乙は、平成10・8・7、破産宣告を受け、Xが破産管財人に選任された。Xは、Y1に対し、本件預金についてXが債権者であること等の確認を求め、Y2に対しては、本件預金

の残額およびこれに対する遅延損害金の支払を求めて、訴を提起した。

## 2. 第一審（名古屋地裁豊橋支部判決平成 12・2・8、金商 1087 号 49 頁）

第一審は、次のようにのべ、X（破産管財人）の請求を棄却した。

「本件においては、少なくとも実質的にみて信託関係と解される法的関係が認められることから、信託法一六条<sup>3</sup>の趣旨を類推適用して、本件預金については、受託者に相当する破産会社の破産によって、これが破産財団に帰属することはないものと解するのが相当である（すなわち、破産宣告前に発注者である訴外愛知県（甲）に代位した被告会社（Y1）には、本件預金につき実体的に信託法類似の関係に基づく取戻権があることになる。）。そして、Y1 は、本件保証契約の履行により、被保証者である訴外愛知県の保証契約者（乙）に対して有していた権利を代位取得し、これは保証契約者に対する求償権を行使するための法定代位であるから、結局、破産管財人の原告（X）に対しても、債権譲渡の対抗要件を具備することなく、本件預金債権について権利を主張することができる」と解すべきである」（下線筆者）。

## 3. 原審（名古屋高裁判決平成 12・9・12、金商 1109 号 40 頁）

X が控訴したところ、高裁は次のように、その控訴を棄却している。その理由が 1 審と異なっている点に注意すべきである。

「Y1 は、自己の保証債務の履行の確保のため、右預金債権を指名債権質又はこれに類似する担保として破産会社から取得し、又破産会社（請負者）は、本件保証約款、本件請負契約約款の内容を承諾して本件保証契約を締結したとみるべきであるから、右預金債権が前記のような拘束（前払金の使途の監査、求償および代位等：筆者注）を受けるものであることを承知していたものと認められ、これを右同様の担保に提供する合意があったものと認定するのが相当である。そうして、第三債務者である被控訴人金庫（Y2）に対する対抗要件については、業務委託契約を締結した際、Y2 は右契約の対象となる預金債権に対する払出の制限、払出中止依頼権等の、Y1 の支配権を事前に承諾したものと認められるから、前記預金債権成立の際、あらためて通知、承諾の形式をふむまでの要はないと解するのが相当である。…したがって、本件前払金は、残金の残額があるとしても、既に本件請負契約の解除によって Y1 が代位弁済した結果、右は Y1 が別除権を有しているものと解するのが相当である。」

## 4. 本判決（最一判平成 14・1・17、民集 56 巻 1 号 20 頁、判時 1774 号 42 頁等）

原審の判断に対し、本件預金債権につき指名債権質またはこれに類似する担保が設定されているとする原判決は、債権質の場合債権証書の交付（要物契約）を成立要件とする民

---

<sup>3</sup> 第 16 条 信託財産ニ付信託前ノ原因ニ因リテ生シタル権利又ハ信託事務ノ処理ニ付生シタル権利ニ基ク場合ヲ除クノ外信託財産ニ対シ強制執行、仮差押若ハ仮処分ヲ為シ又ハ之ヲ競売スルコトヲ得ス

法 363 条、指名債権質の第三者対抗要件として確定日付ある証書による通知又は承諾を求めている民法 364 条、および物権法定主義を規定する民法 175 条に違反しているなどとして、X が上告受理申立を提出したが、最高裁は、次のようにのべ、X の上告を棄却した。

「合意内容に照らせば、本件前払金が本件預金口座に振り込まれた時点で、発注者と請負者との間で、発注者を委託者、請負者を受託者、本件前払金を信託財産とし、これを当該工事の必要経費の支払に充てることを目的とした信託契約が成立したと解するのが相当であり、したがって、本件前払金が本件預金口座に振り込まれただけでは請負代金の支払があったとはいえず、本件預金口座から請負者に払い出されることによって、当該金員は請負代金の支払として請負者の固有財産に帰属することになるというべきである。また、この信託内容は、本件前払金を当該工事の必要経費のみに支出することであり、受託事務の履行の結果は委託者である発注者に帰属すべき出来高に反映されるのであるから、信託の受益者は委託者である発注者であるというべきである。そして、本件預金は、請負者の一般財産から分別管理され、特定性をもって保管されており、これにつき登記、登録の方法がないから、委託者である発注者は、第三者に対しても、本件預金が信託財産であることを対抗することができるのであって（信託法 3 条 1 項参照）、信託が終了して同法 63 条のいわゆる法定信託が成立した場合も同様であるから、信託財産である本件預金は請負者の破産財団に組み入れられることはないものということができる（同法 16 条参照）。したがって、本件事実関係の下において被上告人（Y1）が請負者から本件預金につき債権質等の担保の設定を受けたものとした原審の判断は相当ではないが、上告人（X）の請求を棄却すべきものとした結論は是認することができる」（下線筆者）。

## ・本判決の意義と評価

### 1．本判決の意義

以上のような本判決の意義とは何か。それは、次のようなものになると思われる。すなわち、本件は、「同種事案が少ない問題について 最高裁判所の初めての判断を示したものであることに加え、信託銀行以外の者が金員の預託を受けた場合に信託の成立を認めたものであり（最高裁の判例としては、最三判昭 29・11・16 裁判集民事 16・467、判時 41・11 がみられるにすぎない。）近時信託法理の活用やその成立要件等が広く検討されていることにかんがみても、実務上参考になる」（番号は筆者）（判時 1774 号 42 頁以下、本判決コメント）ものであるということである。

### 2．本判決をめぐる学界の評価

次に、本判決に対する学界の評価であるが、まず、本判決と下級審判決に対する判例評釈等をみる限りでは、信託法理の適用に反対する立場は見られない。これは、「公共工事の前払金保証制度のスキームが客観的に信託の基本的スキームと整合的なものであること」（新井 200 頁）からの結果であると思われる。換言すると、本件の事実関係は、信託法 1 条の信託の成立要件を満たしており、少なくともその点に対する学説の反対はなかったの

である。もっとも、本判決に対する学説の理解は、信託の成立要件および受益者確定の問題などに関連しては、論者によって少し異なる。すなわち、信託の成立要件と関連しては、信託の成立は信託法 1 条の要件（財産権の処分、他人をして一定の目的に従い、管理又は処分させる）で尽きるかの点につき、それを肯定しながら、本判決は当事者の意思によらない信託関係（「擬制信託」）の成立を認めたものだと評価する立場（雨宮）、信託の成立を認めつつも、「当事者に少なくとも明示的な信託設定の意図が存在していない点」を指摘する立場（新井）、「信託関係であるという認識はなかったとしても、前払金等をめぐる法律関係について当事者の認識は明確であったのであり、そこで合意された法律関係が客観的に信託関係と認めることができれば、信託の成立を認めてよい」とする立場（亀井）から、本判決は、信託法 1 条の要件に加えて、「受託者に財産の分別管理義務を課し、かつ、その義務履行を確実なものとするための具体的措置が合意されていることまで含めて、信託の成立を認めたものとみることも不可能ではない」とする立場（佐久間）、本判決は信託法 1 条の要件以外の要件として、当事者に「信託設定意思」の存在を認定しているものだと理解しようとする立場（道垣内）までもがあり、その理解は少しずつ異なるのである。また、受益者確定の問題については、本判決と同様、発注者を委託者兼受益者とする信託の成立を認める多数説（宮川、新井、雨宮、亀井、佐久間）に対し、下請業者や原材料納入業者を受益者とする他益信託の成立を認める見解（道垣内）もあるのである。以上のような学説の違いは、「本判決によっても、信託の成立要件は必ずしも明らかになったとはいえない」との指摘（佐久間・前掲注 1・74 頁）のとおり、信託の成立要件および受益者確定問題に対する学説と判例の理解が必ずしも一致しているわけではないということを示しているといえるのではなかろうか。

なお、本判決の射程をめぐっても、学説は分かれている。まず、本判決が民間工事の請負契約の前払金にも及ぶものかについて、本件は公共工事という特殊性から信託の成立が認められた点を強調しながら、民間工事の請負契約への信託法理の適用には慎重な姿勢を示すべきだとする見解がある（新井、室井、亀井）。これに対し、民間工事の場合にも信託法理の適用可能性を肯定しながら、民間工事に信託法理を適用したとき懸念される信託法理適用の弊害（倒産隔離機能の悪用）はさほど懸念するには及ばない点を強調する見解がある（宮川）。次に、一定の者の利益のために分別して保管されている財産（広く預かり金）を、保管者の破産時にどのように扱うかという問題につき、本件がそのような場合にも影響を与えると評価する立場がある（道垣内、佐久間、雨宮、宮川）。この立場は、金融取引を中心とする様々な預かり金（弁護士が顧客から預かった金銭、損害保険代理店が預かった顧客の保険料、マンションの管理業者が預かった管理費など）の倒産法上の処遇についても、信託法理の適用可能性を指摘するものである。

今までの理論的なレベルにおいての評価に対し、ごくわずかであるが、実務的な観点からの評価もなされている。同評価（室井 116 頁）は、独占的に保証を引き受けている 3 保証事業会社の保証引受件数が、13 万件を超え、請負総額としては 8 兆円を超えていること

を指摘しながら、「本判決は、建設請負会社の倒産が相次いでいる昨今においては、破産処理上、公共団体を優越的に扱うというのであるから、きわめて重大な影響をもつ」としており、本判決の影響が、実務的な側面においても重要であることをうたっている。

### ・判例理論の変遷

以上、本判例の意義や評価をまとめてみたが、次に（決して数は多くないものの）同種事案に関する裁判例とその理論構成について、これまでの流れの整理を試みることにする。

同種事例については、これまで、本件の最高裁の判決を含め 7 つの判決がある。そのうち、最初にでた判決（a.大阪地判平成 10・9・3）とその控訴審（b.大阪高判平成 11・4・30）は、請負者に破産などの事由が発生した場合に前払金残金が保証事業会社（Y）名義の預金に移管される特約が締結されたケースであって、本判決を含む残り 5 つの判決とは若干事実関係を異にしている<sup>4</sup>。したがって、以下においては、その 5 つの判決を中心に考察することにする。

#### 東京地判平成 11・11・29（金商 1087 号 40 頁）

本件と同種の事案に対する裁判所の最初の判断は、平成 11・11・29 東京地裁によりなされた。この判決は、信託そのものの成立を認めているわけではないが、「信託とみてもそれが許容されるような法的関係」が認められることをうたっており、その後登場する判決に重大な影響を与えているといえる。東京地裁は次のように述べている。

「本件においては、厳密な意味でまさしく信託に該るといえるかはさて措き、少なくとも、信託とみてもそれが許容されるような法的関係が認められることから、信託法一六条の趣旨を類推適用し、本件預金については、受託者に相当する破産会社の破産によって、これが破産財団に帰属することはないものと解するのが相当である（すなわち、左のとおり、破産宣告前に発注者に代位した被告保証（Y）には本件預金につき実体的に信託法類似の関係に基づく取戻権があることになる。）。そして、Y は、本件保証の履行により、被保証者である発注者の保証契約者に対して有していた権利を代位取得し、これは保証契約者に対する求償権を行使するための法定代位であるから、結局、破産管財人の原告（X）に対しても、債権譲渡の対抗要件を具備することなく、本件預金債権について権利を主張することができる」と解すべきことになる」（下線筆者）。

#### 名古屋地豊橋支判平成 12・2・8（本件の 1 審）

判決の影響を受けて登場したのが、本件の 1 審である名古屋地豊橋支判平成 12・2・8 の判決であり、その語るところも概ね の判決と同じである（前記本件第一審参照）。ただ、信託の成立については、判決とは若干ニュアンスを異にしている、「実質的にみて信託関

---

<sup>4</sup> a において大阪地判平成 10・9・3 は、保証事業会社名義に預金に移管したことを、保証事業会社への弁済にあたり、破産法 72 条 2 号に基づく否認権行使の対象になるとして、前払金残金の破産財団への返還を認めた。これに対し、b の判決において大阪高判平成 11・4・30 は、否認権行使の対象になることを否定して、保証事業会社には商法 521 条の商事留置権を有するに至っており、したがって、保証事業会社は、破産管財人の前払金残金等の引渡請求を拒否できるとする（別除権構成）。



係と解される法的関係」が認められるとしている。

#### **名古屋高判平成 12・9・12 (本件の原審)**

信託(類似)の成立を認めた二つの地裁レベルの判決に対し、高裁レベルの最初の判断が注目されたが、      の判決に対し、名古屋高裁は、既述のとおり、保証事業会社を勝訴させる結論においては、1審と変わりはないが、その理論構成においては、信託の成立を認めず、その代わりに権利質または類似の担保権の取得を保証事業会社に対し認め、別除権による処理をうたっている。別除権構成は、前払金残金の非常時における保証事業会社への移管特約が締結されていた点において本件とは事実関係が少し異なるが、保証事業会社に商事留置権を認める判決が、前記大阪高判平成 11・4・30 判決(b)において、既にでていたところである。

#### **東京高判平成 12・10・25 (金商 1109 号 32 頁、      の控訴審)**

の判決に対し、その控訴審(      )が信託の成立を認めなかったので、      の控訴審の判断が注目されていたところ、東京高裁は、      の判決の趣旨を受け入れつつ、しかも、      および      の判断からさらに発展させ、信託契約の成立そのものを認めている。その語るところは次のとおりである。

「その用途について厳格な制限を課し、分別の管理を行わせていることなどを考慮すると、本件前払合意による前払金は、いまだ請負代金の支払とはいえず、その用途を本件工事の必要経費に限定した信託財産として移転したものと解するのが相当である。したがって、本件前払合意は、信託法第一条にいう信託契約に該当するものであり、前払金が本件預金口座に現実に振込まれた時点で信託が成立し、工事の進展に応じて、一定の手続に基づいて破産会社に払い出されることによって、請負代金の支払になるというべきである。なお、本件預金債権は、破産会社の一般財産から分別管理され、特定性をもって保管されているのであるから、受託者の一般債権者は信託財産の差押等はできず、また、登記、登録が不可能な財産権であるから、分別管理されていることによって、破産管財人を含めた第三者にも対抗することができる」と解される(法 16 条)。

#### **最高裁平成 14・1・17 第一小法廷判決(本判決)**

の判決の内容が、本件の最高裁の判断とあまり変わらないことを考えると、      の判断が本件最高裁の判断に強い影響を与えていることがわかる。ただ、信託成立における受益者の確定問題については、      判決が、受託者が複数の受益者のうち一人になると捉え、受託者が単独受益者になることを禁止する信託法 9 条に反しない点をうたっているに対し、本判決は、複数の受益者概念を退け、委託者が受益者になる点を明らかにしている点に進展がみられる。すなわち、「この信託内容は、本件前払金を当該工事の必要経費のみに支出することであり、受託事務の履行の結果は委託者である発注者に帰属すべき出来高に反映されるのであるから、信託の受益者は委託者である発注者であるというべきである」とされているところがそれにあたる。

以上五つの判決から、信託の成立および信託法 16 条の適用に対する判断の流れを察して

みると、信託とみてもそれが許容されるような法的関係（信託法 16 条の類推適用）

実質的にみて信託関係と解される法的関係（信託法 16 条の類推適用）（信託の成立を否定）信託法第一条にいう信託契約が成立（信託法 16 条）信託契約が成立（同法 16 条参照）のようになろう。つまり、最初は信託そのものの成立には慎重だったが、徐々に信託そのものの成立を認める方向に向かっていることがわかる。（ただ、信託法 16 条の適用に関しては、判決が信託法 16 条の適用を認めるのに対し、本判決は同条参照という形にするにとどまり、受託者破産の場合における信託財産の帰趨問題に関する多様な学説<sup>5</sup>を配慮した判断を下しているといえる。）また、本判決は、信託の成立を前提とするとき解決しなければならない受益者確定の問題についても明確な判断を下しており、各判決が信託成立を認めてくるにつれ、その内容（表現）も洗練されてきたといえる。

### ・ 信託の成立要件をめぐる検討

以上のように裁判例を振り返ると、信託を広く認めていこうとする動きが明確に見られる。しかし、広く信託成立の要件に関する部分については、未だ判決による明確な基準が示されたとは言えず、学説の評価は少しずつ分かれている。以下においては、以上の議論を踏まえ、本件を題材にし、本件の事実関係や法律関係を明らかにしながら、信託法 1 条の要件を満たしているかを含めた信託成立の要件について、信託財産（本件では、前払金）の法的性格、分別管理、信託法 1 条の検討、の 3 つに区分して再検討を行い、そのうえで、（本件では明らかにされていなかった）信託成立の要件としての信託設定の意思の存在に関する学説の理解はどうなっているのかを、その他の要素もくわえつつ、いくつかの学説を取り上げて検討してみることにより、信託の成立要件を再考する手がかりにすることを試みる。

#### 1 . 信託財産（前払金）の法的性格

本件においては前払金が信託財産となっているが、まず、この前払金の法的性格も含めた広めの検討を行う。

民法上、請負契約の「報酬」（請負代金）は、仕事の目的物の引渡と同時に与えることを要すると定められている（後払の原則、633 条）。しかし、当事者間で行われる報酬の支払

---

<sup>5</sup> 学説は、信託財産は破産財団を構成せず、受益者等が取戻権を有すると解すべきことにほぼ異論がないが、その根拠は次のように多様である。すなわち、受託者の破産によって受託者の任務は終了し（信託法 42 条 1 項）、したがって、信託財産の名義人でもなくなる（同法 50 条）から、破産財団を構成しない（破産法 6 条 1 項）（四宮和夫）信託財産は受託者の固有財産とは区別されるべきであるので、破産法 6 条 1 項に基づいて破産財団に属さない（能見善久）信託財産は、独立性を有しているため、破産法 6 条 3 項に基づいて破産財団には含まれない（田中實）信託法 16 条 1 項によって信託財産は差押禁止財産とされていることから、破産法 6 条 3 項本文によって破産財団に属さない（新井誠、伊藤眞、末川博新法学辞典）信託財産は受託者の責任財産に属さない（信託法 16 条 1 項参照）から、委託者または受託者が取戻権を持つ（同法 16 条 2 項参照）（谷口安平）などである。

に関する前払の特約は有効であり<sup>6</sup>、実際、工事請負契約においては、請負者が着工に必要な資材等を円滑に入手しうよう、着工に際し、注文者が必要な金額を請負者に対し前払金として支払うことがほぼ商慣習となっているとされる<sup>7</sup>。建設請負契約につき民法の特別規定（第3章建設工事の請負契約）を設けている「建設業法」（昭和24年法律第100号）には、前払金を前提とした規定が置かれている<sup>8</sup>。ところで、公共工事においては、法律上前払金の性質を明らかにするとみられる規定がある。すなわち、国または地方公共団体が支払う工事に要する経費につき、前払金の支払を認める「会計法」および「地方自治法」は、前払金の支払を、「公共工事の代価」として（会計法22条・予算決算および会計令臨時特例2条3号）または「債権者のための経費の支出」として（地方自治法232条の5）それぞれ性格づけているのである。そうすると、建設工事の請負契約における「前払金」は、それが民間工事であれ、公共工事であれ、請負代金（またはその一部）として、工事の着工に際して支払われる金員としての基本的性格を有するものだといえるだろう<sup>9</sup>。

「公共工事における前払金」（以下、「前払金」という）が「請負代金」としての性格を有するにもかかわらず、「信託財産」であるとされた理由は何であるか。前払金の特徴につき、より詳しい検討が必要なところである。ところで、公共工事の前払金の支払に関しては、「公共工事の前払金保証事業に関する法律」（「本法」）により設立された保証事業会社の保証が前提にされており、前払金の適正使用をめぐるには一定の制限が加わっているのが特徴であるといえる。その仕組みに立ち入るまえに、本法制定の趣旨について簡単に考えてみることにする。

本法が制定された当時の文献<sup>10</sup>を参考にすれば、本法の制定の背景には、民間工事における前払金の支払がほぼ商慣習として行われていたのと同じく、公共工事においても国などから前払金が支払われ、業者の工事初期における資金難を緩和して<sup>11</sup>、公共工事の円滑な施工を確保するための建設業界の願望があったことがわかる。その願望が受け入れられ、主務部署であった建設省（現在は国土交通省）の発案により、本法が制定されるようになった

---

<sup>6</sup> 林良平編『注釈判例民法・債権法』（青林書院、1989）778頁〔西村捷三〕、幾代通・広中俊雄編『新版注釈民法（16）』（有斐閣、1989）132頁〔広中俊雄〕、篠塚昭次・前田達明編『新・判例コンメンタール・民法8』（三省堂、1992）66頁〔松原哲〕など

<sup>7</sup> 建設業法研究会編『建設業法解説〔改訂5版〕』（1984）140頁

<sup>8</sup> 「建設工事の請負契約において請負代金の全部又は一部の前払金をする定がなされたときは、注文者は、建設業者に対して前払金をする前に、保証人を立てることを請求することができる」（第21条）

<sup>9</sup> 前払金が払われた公共工事において、工事が順調に進行すれば、発注者は、前払金の支払後出来高に応じて90%を「中間払」として請負者に支払うことが普通で、この際、請負金額の30%（本件では40%）という前払金に出来高割合を乗じた金額を差し引いて支払うのが慣習であるとされる。これは、前払金が100%の出来高になったとき償却されてしまうように工夫された支払方法であるとされる（近松正雄「工事完成保証と前払金保証制度の保証について」産業経理28巻7号（1968））。なお、工事完成時には、請負金額の1割が未払いとして発注者の手元に残る勘定となる。

<sup>10</sup> 例えば、宮長平作「前払金保証事業の運営」建設時報5巻2号（1953）、建設時報6巻4号（1954）の前払金保証事業に関する特集記事の諸論文（以下、「特集」として引用）

<sup>11</sup> 金商1073号29頁（平成11・4・30大阪高裁判決（b）に対するコメント）は、「前払金は、実質的には融資と理解することが可能である」とする。

たわけであるが、公共工事において前払金を国などが建設業者に払い、工事の円滑な施工に役立てるといふ目的が成功するには、二つの点が先行問題として解決されねばならないとされる<sup>12</sup>。一つ目は、前払金を払ったが、建設業者が当該工事を完成できなかった場合に、如何にしてそれを回収するかの問題であり、二つ目は、建設業者がその受け取った前払金を果たして本当に当該工事に使用するかどうかを如何にしてチェックするかの問題である。これら問題を解決することを目的として誕生したのが、本法の「保証事業会社<sup>13</sup>」であり、保証事業会社によるこれら問題の解決のしくみは、前払金の法的性格を把握するうえで、非常に重要な意味を有する。これら問題の解決のしくみをどう捉えるかによって、前払金の法的性格および信託の成立如何に対する理解が違ってくる結果になるからである。

一つ目の問題、すなわち請負者の責めに帰すべき事由による債務不履行において、発注者が請負契約を解除したときにおける前払金の回収の問題について、本件（同種事案も同じ）は契約の特約によって解決している。すなわち、前払金から解除時までの「工事の既済部分に対する対価に相当する額」を控除した残金を返還する義務が請負者に負われ（本件請負契約約款 46 条）、その返還債務を保証事業会社が保証することが本件保証契約の内容であったのである（本法 2 条 2 項・5 項、本件保証約款 1 条）。ここで、契約解除の際、前払金から「工事の既済部分に対する対価に相当する額」（本件の 1 審と 2 審は、これを「請負代金額」と表現している）を控除することの意味は、工事の出来高に応じた代金が、前払金から差し引かれ、残金があれば、それは返還されるべきであるということである。前払金から工事の出来高に応じた請負代金を差し引いた残金は、法的には「不当利得」であると考えられる<sup>14</sup>。万一、請負者がこの不当利得返還義務を履行せず、保証事業会社が保証債務を履行した場合には、保証事業会社は保証契約者（請負者）に対し求償権を取得し、その求償権を行使する範囲において、被保証者（発注者）の権利を代位取得することになる（本件保証約款 16 条）。

ところで、保証事業会社によるこのような保証のしくみは、民間工事の前払金の授受においても認められている。すなわち、請負代金の全部または一部の前金払をする約定があった場合に、注文者（発注者）は、建設業者に対して前金払をする前に、保証人を立てることを請求することができ、（建設業法 21 条）、この請求を受けた建設業者は、前払金（残金）を含め、債務不履行による損害金の支払の保証人などを立てることが義務付けられて

<sup>12</sup> 前掲注 10 特集「保証事業会社のあゆみ」（建設省大臣官房建設業課長執筆）

<sup>13</sup> 本法の規定により建設（現在は、国土交通）大臣の登録を受けて前払金保証事業（前払金の保証をすることを目的とする事業）を営む会社であり（2 条 3 項・4 項）、建設（国土交通）大臣の監督を受ける（第 4 章）。

<sup>14</sup> 幾代通・広中編・前掲注 6・132 頁以下は、一般に（民間工事において）報酬の前払があった場合に、仕事の完成が不能になったときは、請負者の既履行部分に対応する部分などを除くほかは、不当利得として返還しなければならないとする。なお、工事の完成前に契約関係が終了した場合に、終了までの工事の出来高に応じた報酬の支払が認められた判決として、東京高判昭 5 東京高判昭 58・7・19 判時 1086 号 101 頁、福岡高判昭 55・6・24 判例時報 983 号 84 頁、東京地判昭和 51・3・19 判例時報 840 号 88 頁など多数（林編・前掲注 6・773 頁）

おり、保証人を立てないときは、注文者は、契約の定にかかわらず、前払金をしないことができる旨が定められているのである（同 21 条 2 項・3 項）。保証人が保証債務を履行したときは、民法の一般原則により、請負者に対し求償権を取得し（民法 459 条）、発注者の権利を代位取得することになる（同 500 条）。

以上をみる限りは、前払金は、「請負代金」としての法的性格を有することにおいて、また、保証人を立てて非常時における前払金残金（「不当利得」）の返還を図る法律関係において、民間工事における前払金と実質において、何ら違いはないことになる<sup>15</sup>。

## 2. 分別管理

二つ目の問題、すなわち前払金の適正使用のチェック問題は、前払金の原資が税金であること（公共性）から提起されるものである。民間工事の請負契約においては、既述のとおり、「建設業法」上は発注者の請求がある場合に、請負者に保証人を立てることが義務付けられているほか、前払金の適正使用のチェックまでは求められていない。民間工事における前払金の使用は、普通、自由なのである。そうすると、公共工事において、保証事業会社による前払金の適正使用のチェックというのが実際行われるとすれば、民間工事における前払金とは異なる特徴的な要素になりかねず、そのしくみ如何によっては、信託の成立を認める重要な根拠ともなりうることになる<sup>16</sup>。果たして、そのしくみというのは、どのようなものであろうか。

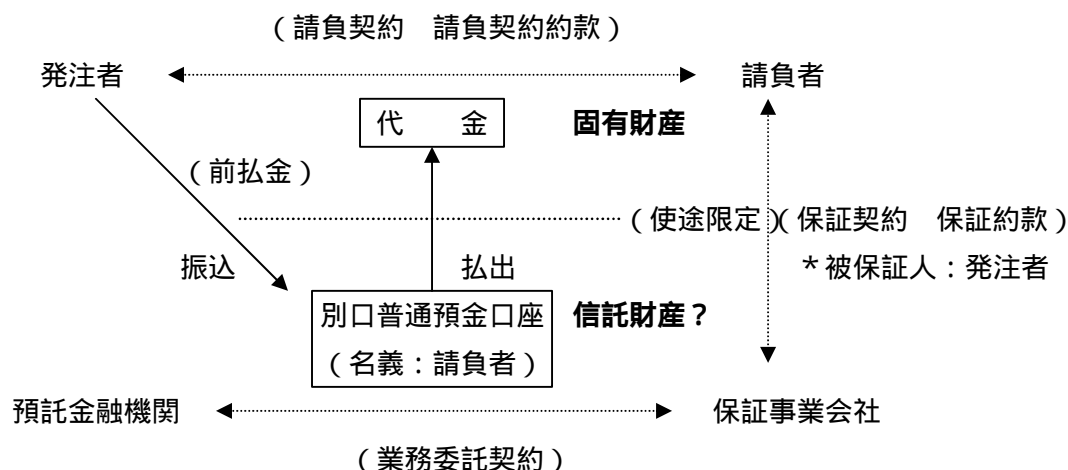
要するに、本判決は、前払金の適正使用のチェックのしくみにつき、前払金が別口普通預金口座へ預け入れられ、その用途の厳格な監査が行われることをもって、「信託財産」として「分別管理」されていることを認めているわけである。本件保証約款によると、保証契約者（請負者）は、前払金を受領したときは、遅滞なく、請負者の別口普通預金口座に預け入れなければならない、その口座からの払出には、用途に関する資料を預託金融機関に提出して確認を受ける必要があるなど、その用途に厳格な制限がなされている（15 条）。この点につき、本件の 1 審は、別口普通預金は、「破産会社（請負者）にはこれを自由に処分する権能は当初から存在せず、破産会社に自由財産として帰属した事実はないのである」と指摘している。すなわち、その預金が請負者の財産（＝請負代金の一部）になるのは、その預金口座から払い出されたときになるのである。この点につき、最高裁は、このように述べている。「本件前払金が本件預金口座に振り込まれただけでは請負代金の支払があったとはいえず、本件預金口座から請負者に払い出されることによって、当該金員は請負代

<sup>15</sup> 幾代通・広中編・前掲注 6・133 頁は、「国などの発注する公共工事については、前払金を支払った注文者が業者の倒産などによる工事の中途放棄の場合にも損失を蒙らないようにするために「本法」により保証事業がおこなわれており、この、保証事業会社による前払金保証事業の制度は、公共工事の領域で前払金の支出を刺激する機能を営んでいる」と指摘している。

<sup>16</sup> 公共工事においても、民間工事における前払金の保証におけるのと同じ発想はできたはずである。すなわち、保証人を立てることにより、前払金残金の返還を図れば、別に前払金の使用のチェックまでする必要はないのではないかということである。それにもかかわらず、前払金の適正使用のチェックのしくみを設けたことに、公共工事における前払金保証制度の特徴があるのである。

金の支払として請負者の固有財産に帰属することになるというべきである。」要するに、本件前払金は、最初から発注者により請負人名義の別口普通預金口座に振り込まれているものの、一定の手続（使途内訳明細書の提出など）に従い、その内容が預託金融機関などから確認されたとき始めて、その口座からの払出が認められるしくみになっていたのである。このしくみを法的にどう捉えればよいのであろうか。理解の便宜のため、このしくみを図に表すと、次のようになる。

この図からも明らかなように、最高裁が本件において信託関係として捉えた部分は、別口預金口座から払い出され、請負者の固有財産（＝代金）になった金員に対する関係ではなく、まだ別口預金口座に残っている預金をめぐる法律関係なのである。この法律関係を果たして信託関係と捉えるのができるかがポイントになるわけである。



この法律関係の理解をめぐっては、今まで二つの方法が出されている。本判決のように、信託契約（または信託類似の関係）の成立を認める方式のほか、保証事業会社に指名債権質またはこれに類似する担保の取得を認める方式（本件の原審の判断）がそれである<sup>17</sup>。まず、本件の原審の判断をみてみよう。本件の原審は、保証事業会社と預託金融機関の間の業務委託契約に基づき、預託金融機関と請負者との取引約定による貸出債権と請負者に対する本件預金債務につき、預託金融機関が相殺権を行使する余地がない点、保証事業会社

<sup>17</sup> 請負契約解除のとき、保証事業会社名義の口座に預金を移す特約があった場合を含めると、二つの方法が追加される（否認権構成、商事留置権構成）。なお、契約解除における発注者の「前払金残金に対する返還請求権」を「取戻権の基礎となる権利」と捉える構成（取戻権構成）も、理論としては考えられると思われる。例えば、伊藤真『破産法〔全訂第三版補訂版〕』（有斐閣、2001）277頁は、「債権的請求権が取戻権の基礎となるかどうかは、その権利の性質による。…債権であっても、破産管財人の支配権を否定し、自己への引渡しを求めうる内容の権利である場合には、債権的請求権といえども取戻権の基礎とされる」とし、また、栗田隆教授は、「破産宣告前に破産者が相手方の金銭を預かり、その金銭が特定性を有する形で保管されている場合には、相手方に取戻権が認められる」とする（<http://civilpro.law.kansai-u.ac.jp/kurita/hasan/torimodoshi.html>）。この理論構成は、債権的請求権である本件残金返還請求権が、法律上、特殊な性質が付与された点に着目し、取戻権の基礎となると捉えるものである。

などにより用途が厳重管理されている点などをあげ、保証事業会社が本件預金に対し「支配権（能）」を有していることを肯定し、なお、それを保証事業会社の担保取得の根拠としている。というわけで、原審は当事者の主張がないにもかかわらず、「当事者の意図に最も適合する解釈のように思われる」（亀井 74 頁）ことから、債権質または類似担保権構成をとっているのだと推察される。これによると、請負者破産のとき、発注者を代位して弁済した保証事業会社が別除権を有する結論になる。発注者（これを代位した保証事業会社）の保護をうたう点においては、信託の成立を認める最高裁の判断と変わりがない。ただ、この理論構成は、債権質構成における要物性（民法 363 条）または物権法定主義（民法 175 条）などに反するという批判を乗り越えなければならない問題がある<sup>18</sup>。

このような原審の判断につき、最高裁は、その根拠については別に触れていないが、「相当ではない」点を指摘している。なお、信託契約の成立を肯定する根拠については、次のように述べている。「このような合意内容（用途の監査等：筆者注）に照らせば、…本件預金は、請負者の一般財産から分別管理され、特定性をもって保管されており、…委託者である発注者は、第三者に対しても、本件預金が信託財産であることを対抗することができる」（傍点筆者）。すなわち、前払金の保管および管理方法など（「分別管理」）をもって、信託契約の成立を認めたわけである<sup>19</sup>。これによると、本件前払金預金は、請負者が倒産しても破産財団には組み入れられない結果になり<sup>20</sup>、原審と同様、発注者を代位した保証事業会社を保護すべきであるとした結論には変わりがない。

以上の考察からも明らかなように、本判決は、前払金が別口預金口座に分別管理されていることをもって、本件前払金預金を信託財産として捉え、発注者を委託者、請負者を受託者とする信託契約の成立を認めたわけであり、「分別管理」という事実は、公共工事の前払金の特徴を民間工事における前払金のそれと異にさせる特徴であって、そこから「信託」の成立が見出される点においては、学説にも異論がなかったのである。

以下においては、これまでの議論を踏まえ、本件の事実関係と信託法 1 条における枠組みを対比しながら、信託の成立要件につき考えてみることにする。

### 3. 信託法 1 条の検討

信託法 1 条による信託の成立要件は、「財産権の処分」が存在し、かつ 当該財産について「他人をして一定の目的に従って処分または管理をさせる」ことになっている。ここでは、便宜上、 から「一定の目的」（信託目的）を区分して、 の要件として検討する

---

<sup>18</sup> 亀井 74 頁

<sup>19</sup> 四宮和夫『信託法〔新版〕』（有斐閣、1988）181 頁は、「信託財産は、受託者の固有財産から分別して管理されなければならない（28 条）ばかりか、実体的にも受託者の固有財産とは別個独立のものとして取り扱われる。かような特性を信託財産の独立性と呼ぶ。…この信託財産の独立性のゆえに、信託は《財産の安全地帯》といわれる」とする。

<sup>20</sup> 信託財産が破産財団を構成しない点については異論がないが、その理論構成は一致しているわけではない（前掲注 5 参照）。本判決は、ただ「（信託法 16 条参照）」と示しているにとどまる。

ことにする。まず、「財産権の処分」の要件について検討する。

### (1) 財産権の処分

本判決および学説は、財産権（＝前払金）が発注者から請負者に移転（処分）されたことを当然の前提にしている。したがって、本件預金債権の「預金者認定の問題」は最初から論議外であった<sup>21</sup>。ここで、本件預金（口座）をめぐる法律関係の理解における第三の方法として、財産権が移転したと捉えることに疑問を抱き、本件前払金預金が、実質的には保証事業会社の支配権能に支配され、少なくとも預金口座から払い出される前までは、まだ直接請負者に対する代金の支払があったとはいえない状況にあった点にかんがみ、本件前払金預金の出捐者は発注者であり、したがって発注者が預金者であると捉える立論も考えられうるのではないと思われる<sup>22</sup>。これを法律的に捉えるなら、本件請負契約には、「本件預金口座から払い出されることを停止条件とする前払金の支払」が合意されていたといえることになろう（停止条件付代金支払説）。要するに、この理論構成は、払出という停止条件が成就されるまでは、前払金預金の帰属は、「預金者認定の問題」として捉えようとするものである。これを認めると、請負契約が解除されたとき、預金口座に残っている残金は、発注者に帰属するものであるから、破産財団には帰属しない結論になる。

しかし、この立論は、理論的には可能であり、実際、請負者と保証事業会社または預託金融機関との前払金の管理および払出の事実関係を正確に捉えていると考えられる一方、そもそも預金者が発注者であるとする、保証事業会社の保証の内容は何であったか、その内容が曖昧になるという点が指摘されうる<sup>23</sup>。財産権の処分を前提にする本判決および学説に従い、次の要件を検討する。

### (2) 受託者の管理処分権

本件においては、当該財産について「他人をして、処分または管理をさせる」要件が満たされたか。これは「当該財産についての委任」の側面として論じられるものであるが、ここでは、受託者の管理処分権または職務権限<sup>24</sup>の側面から検討する。ここで「他人」はい

<sup>21</sup> この点につき、宮川 48 頁は、「預金の原資は発注者から請負者に支払われた前払金であるから、出捐者（＝預金者）は請負者であると認めることになる」（預金者認定における客観説）とする（同旨：岩藤 19 頁（注 9））。さらに、亀井 76 頁は、信託類似の関係を認めた 判決（判決の原審）において、「ましてや、前払金の当初から、本件預金が発注者に客観的に帰属するものであったとの立論が不可能であることはいうまでもない」とされていることを指摘している。

<sup>22</sup> この捉え方の可能性を指摘するものとして、佐久間 74 頁がある。なお、マンションの区分所有者と管理業者との間の管理委託契約に基づく管理費等の預金債権につき、当事者から信託成立の主張があったにもかかわらず、預金者認定の問題として捉えた裁判例として、東京高判平 11・8・31（金法 1558 号 24 頁）がある。

<sup>23</sup> この指摘に対しては、そもそも預金口座に残っている段階では、代金の支払はないものだから、保証事業会社は、平常時（代金支払前）における預金の払出を確認・管理し、契約解除など非常時においては工事の出来高に応じた金額を差し引いた預金の残金を保全し発注者に返還することを、その「保証事業」の内容とするものだと捉えることで済むとの反論が提起されうる。

<sup>24</sup> 四宮・前掲注 19・207 頁は、受託者の職務権限を、信託された財産を基礎とする「広義の管理権」であるとし、それには、事実行為、法律行為、訴訟行為、既存権利の行使・処分、義務の履行などが含まれるとする。



うまでもなく「受託者」であり、本件では請負者である。ところで、本件においては、「請負者」が前払金の分別管理をしている形をもって、信託の成立が認められているわけであるが、本件で前払金の分別管理における「預託金融機関」または「保証事業会社」が担っている事実上の役割（＝権能）はどう考えればよいのかという疑問がある。これは、請負者に果たして本件預金の管理処分権があったのかという疑問につながるものである。というのも、本件における信託の目的は、最高裁によると、前払金を必要経費へ充てることにあり、その目的を達成するためには、前払金預金からの払出が必要で、その払出には、「預託金融機関」または「保証事業会社」の「確認等の措置」が必要とされているからである。前払金を必要経費へ充当するという信託目的を達成するうえで、信託財産たる預金に対し受託者たる請負者が保有する管理処分権の内容は、預金を払い出すための確認書類などを準備し預託金融機関に提出することしかなかったのである。それは「信託財産」の管理または処分というよりは、むしろ「固有財産」としての「代金」を払い出してもらうための準備行為であり、払出の確認および中止権（本件保証約款 15 条）さえもっていた保証事業会社などに、信託財産に対する実際の管理権があったのではないかと考えられるわけである。

この点については、「現実には証券投資信託等、受託者が実質的な管理処分権をもたない信託関係も認められており、…（管理処分権がないことは）前払金等に関する関係を信託関係と解することを本質的に妨げるようなものではない」と指摘する見解がある<sup>25</sup>。しかし、「証券投資信託」とは、有価証券に対する投資として運用することを目的に、信託業法の特別法である「投資信託及び投資法人に関する法律」に基づき設定されることを前提にする信託であって（2 条 1 項・4 項参照）ここでは、委託者（実務的には、受託者）たる「投資信託委託業者」が信託会社に委託（再信託）を行い、その受益を投資家に分配するしくみになっている<sup>26</sup>。かりに証券投資信託を、管理処分権を持たない信託（受働信託）として認めるとしても、委託者（受託者）たる「投資信託委託業者」が委託（信託を再委託）するしくみと、請負者が請負契約関係からの代金になる金員を預託しておくしくみとは、指図をする者がだれであるか（委託者：発注者？預託金融機関など？）およびその信託財産たるもの（預託金）の最終的な目的が何であったか（資金運用：受託者たる者への代金支払）を考えると、2つの関係を同一線上で捉えるには抵抗が感じられる。ところで、受託者の管理処分権に対するこのような疑問は、本件の信託目的を必要経費への充当で求めたことによるものであって、次のように信託の目的を捉えると、受託者は預金通帳の名義者

<sup>25</sup> 亀井 75 頁。

<sup>26</sup> 四宮・前掲注 19・9 項および 212 項は、証券投資信託を、「受託者が委託者または受益者の指図に従って管理・処分することになっている信託」、すなわち、受働信託（passive trust）の一類型とし、この場合も受託者がともかく管理・処分権を有するのだから、能働信託（active trust）と区別する理由はないとする。なお、金融法委員会「信託法に関する中間論点整理」（<http://www.flb.gr.jp/home-j.htm>、2001 年 6 月 12 日）2 頁以下は、従来信託法の信託は、「受働信託」であってはならない、または「受働信託」は無効であるといわれている点（三淵忠彦『信託法通釈』（大岡山書店、1926）26 頁以下参照）に対し、受働信託を理由として信託を無効と考えるべきではないとする。

として、預金を「管理」していると(=管理処分権を持っていると)捉えること<sup>27</sup>もできることになると思われる。すなわち、必要経費の支払に充てることを受託者の受託事務(信託目的)として捉えるなら、「必要経費の支払に充てること」は、本件預金(信託財産)から払い出されたときはじめて達成できるものだから、そのときは、すでに、「信託財産」ではない受託者の「固有財産」からの処分になり、本件の信託目的は、固有財産から達成できるという結論になるのである。そこで、本件信託の目的を、後述のように、「本件預金の適正使用を図るため別途管理すること」で求め、受託者が預金口座の名義者として預金していること自体が、受託事務の内容になると捉える(前掲注27参照)なら、受託者の管理処分権の内容に対する疑問は解消されることになる。そのときは、「保証事業会社」などによる預金の払出の時における確認等の措置は、受託事務の処理とは直接的には関係ないことになろう。

### (3) 信託の目的

次に、受託者による「一定の目的(信託目的)に従った」管理または処分がされたかについてである。これは、信託の利益をだれが享受するかの問題、すなわち「受益者確定」の問題とも密接に関連するので、ここでともに検討する。この点につき、本判決は、本件においては、本件前払金を当該工事の必要経費の支払に充てることを目的とした信託契約が成立したとする<sup>28</sup>。なるほど、本件前払金は当該工事の必要経費の支払に充てることを目的とするものである。しかし、前述のとおり、本件前払金が別口預金口座に預託されているうちは、必要経費への支払はできないから、結局預金口座から払い出されて請負者の固有財産になってからこそ必要経費への支払に充てるのであり、そうすると、本件信託の目的は、固有財産になってからこそ達成できるという結論になる。そもそも信託の目的を固有財産から達成できると捉えたこと自体が、明らかに矛盾である<sup>29</sup>。(2)で述べたとおり、本件の信託の成立を認める立場からは、本件信託の目的を、「本件預金の適正使用を図るため別途管理すること」に求めるのが、筋を通った説明になると思うわけである。

さらに、本判決は、「この信託内容は、本件前払金を当該工事の必要経費のみに支出することであり、受託事務の履行の結果は委託者である発注者に帰属すべき出来高に反映され

---

<sup>27</sup> 能見善久「現代信託法講義(2)」信託200号(1999年)90頁以下は、受働信託の問題につき、文理解釈の観点から「管理」しているとさえいえない場合は信託でないとして「名義」信託を否定しても、必ずしも満足のいく解決は得られないとしたうえ、むしろ受託者が名義人になっていることで、常に一定の「管理」をしていると考え、信託の有効性を肯定した方がよいのではないかとする。

<sup>28</sup> 本判決は、「前払金=信託財産」としている一方、「預金=信託財産」とも表現しているため、その真意が曖昧である。しかし、「本件前払金が本件預金口座に振り込まれただけでは請負代金の支払があったとはいえず、本件預金口座から請負者に払い出されることによって、当該金員は請負代金の支払として請負者の固有財産に帰属することになるというべきである」と捉えていることを考えると、「預金(残金)=信託財産」とするのが、筋を通った理論構成になると思われる。

<sup>29</sup> これは一般的に信託とされる例(例えば、ある金員を自分の老後の介護に充当するため、受託者に預託する信託契約)を考えても、明らかである。老後の介護への充当という目的は、信託財産である預託金が払い出されて、それが利用されてから達成できるのである。

るのであるから、信託の受益者は委託者である発注者であるというべきである」とする。これに対し学説は、既述のとおり、委託者を受益者とする本判決の捉え方に賛成するのが多数説であった<sup>30</sup>。これらの見解は、下請業者や原材料納入業者などを受益者と捉える少数説（後述の道垣内説）に対し、「受託者である請負者と下請業者や原材料納入業者との契約は、信託事務の執行と理解すれば足りる」とし、なお、本件の場合、委託者だけでなく、受託者または下請業者なども利益を受けるとみることができる点を前提に、「本件前払金の支払は発注者が発注した公共工事の完遂の可能性を高めることを第 1 の目的としており、用途制限もこの目的を達するために行われているから、本件における信託は直接には発注者にこの利益を与えようとするものであり、受託者・下請業者などは受託事務の履行により間接的に利益を受けるとどまる」とする（佐久間）。

かりに、この信託内容を、本件前払金を当該工事の必要経費のみに支出することであるとしても、信託の受益者が発注者であるとする結論に賛成できるのであろうか。この点につき、道垣内教授は、「受益者を発注者とみる見解は、下請業者や原材料納入業者への支払によって工事がスムーズに進行し、そのことによって発注者が利益を受ける、ということ発注者の受益内容とするのであろう」としたうえで、「しかしながら、下請業者や原材料納入業者に対する債務が、あくまで請負者の個人債務とみるならば、受益者が請負者のみであり、発注者が利益を受けるとしても、それは間接的なものにすぎない」と指摘する<sup>31</sup>。さらに、「下請業者や原材料納入業者と契約を締結することを受託者の信託事務の執行と捉え、受託者がそれらの者に対して負う債務を、信託財産を引当にする債務とする」考え方（多数説）は、当事者の意思に合致するかはともかく、このときには、購入された原材料は信託財産とされる（信託財産の物上代位性、信託法 14 条）不当な結論になることを論及する。このように考え、同教授は、「これは、受託者が単独受益者となることにほかならず、信託法 9 条で禁止されているところである。原始的にそのような状態にあるのなら、信託は成立しない」とする<sup>32</sup>。

しかし、本件信託の目的を、既述のように、別口預金口座に預け入れられた「本件預金の適正使用を図るため別途管理すること」自体に求めると、その別途管理の利益は、委託者たる発注者が受けることになるといえるから（請負者などの利益は預金が払い出されたとき達成できるから、別途管理されている間は、請負者などが利益を受ける可能性はない）そのときは、受益者は発注者になる結論になる。

---

<sup>30</sup> 宮川 48 頁、新井 200 頁、雨宮 202 頁、亀井 76 頁（注 3）、佐久間・74 頁

<sup>31</sup> 前掲注 1 「最近信託法判例批評（8）」44 頁

<sup>32</sup> 前掲注 31・43 頁以下。この指摘は、本件信託の目的を必要経費へ充当することに求めるとき、それが不当な結論になるとする本稿と同じ問題意識からのものだと思われる。もっともな指摘であると思うが、この指摘からさらに進んで、下請業者や原材料納入業者（将来の債権者）が受益者となることを主張し、ここで設定されているのは、裁量信託（discretionary trust）であるとする同教授の見解には、更なる検討が必要ではないかと思われる。

#### 4. 信託設定の意思

以上、信託の成立を前提にし、信託法 1 条との整合性を保つためには、本件信託の目的を預金口座残金の別途管理自体に求める必要があることを論じてみた。ところで、本件信託の成立に対する学説の理解は、既述のとおり、論者によって少しずつ異なっている。それは要するに、客観的な信託の基本的スキームを本件事実関係が満たしている点には異論がないが、信託の成立はそれで尽きるのかという、信託成立の本質に対する根本的な理解の差によるものであると思われる。一方、本件以外の判例の場合は、信託法に関連する判例が少ないこともあって、当事者が信託という文言を用いなかった場合に信託の成立を認めたものとして、ごくわずかな例がある（最三昭和 29・11・16 裁判集民事 16 号 467 頁）とされ<sup>33</sup>、信託の成立要件に対する判例の立場が必ずしも明確に示されているとはいえない。

それでは、信託の成立要件として、信託法 1 条の要件（財産権の処分、他人をして一定の目的に従いその財産を管理または処分させる）で尽きるものであるか、それともその要件以外の要件が必要なものであるか。この問題に関する学説の考え方を以下のようにいくつか取り上げたうえで私見を試みることにする。

##### (1) 入江眞太郎<sup>34</sup>

「信託行為トハ信託ノ設定ヲ目的トスル法律行為ヲ謂フ。而シテ我信託法ニ於テハ原則トシテ信託行為ニ依リ発生スル信託即チ設定信託又ハ任意信託ヲ認め、例外トシテ法定信託ヲ認ムルモノトス。我信託法ニ於テ信託行為ナル文字ヲ使用スル處多キモ（信託法第四條第七條第八條第十九條第二十二條第二四條第二十五條第二十六條第四十三條第四十四條第四十九條第五十二條第五十六條第五十九條第六十二條等）皆此意義ニ外ナラズ。」「信託行為ハ之ヲ信託契約ト単独行為トニ區別スルコトヲ得ベシ。信託契約トハ委託者ト受託者トノ間ニ於テ信託ヲ発生セシムル合意ニシテ、信託ハ此種ノ合意ニ因リ成立スルヲ常トス。」「信託行為ハ信託ノ設定ヲ目的トスル法律行為ナレバ其内容ハ一般法律行為ノ内容ニ關スル制限ト同ジク可能、確定及ビ適法ノ三要件ヲ必要トスル外ニ、特ニ信託行為トシテ次ノ事項ニ付キ信託設定者ノ意思表示を必要トス。（1）信託設定ノ意思（Intention of constituting a trust）（2）信託ノ目的（Object of a trust）（3）信託財産（Trust property）（4）受託者（Trustee）（5）受益者（Cestui que trust）。若シ以上ノ事項ニ付キ意思表示ナキトキハ信託ハ成立セズ。」

この立場（通説）は、信託の成立は法律行為の一種である「信託行為」によるものであり、信託行為は、信託契約と単独行為（遺言）とに区別されるとする。なお、信託行為には、「信託設定の意思」が表示されなければならないとされる。

##### (2) 四宮和夫<sup>35</sup>

<sup>33</sup> 判時 1774 号 43 頁・本判決コメント

<sup>34</sup> 『信託法原論』（巖松堂書店、1928）129 頁・138 頁

「(私益)信託は信託行為だけで成立する。信託行為の成立には、原因行為(基本的信託行為)と処分行為を必要とする。」「信託行為は契約によるほか、遺言によることも可能である。」いずれにしろ、「当事者が信託関係を設定するに相当な意思を表示しなければならない。むしろ、『信託』の語を使わなくても、信託設定の趣旨がうかがえるものであればよい。」そのとき、信託設定の意思表示があるかどうかの判断は、「意思表示・法律行為の解釈の原理に従って行うべきであり、単なる文言によって決定すべきではなく、「対象・信託目的・受益者といった3大確定性の存否、当事者間の関係(例、扶養義務の存否)、当事者の経済状態、用語等をも含めて総合的に判断すべきであろう。」

この立場は、信託成立に関する限り、信託行為を原則とする点において通説と基本的には同じスタンスに立つ。ただ、「信託関係を設定するに相当な意思表示」が必要であり、それは「信託設定の趣旨がうかがえるものであればよい」とする点において、通説よりは、「信託設定の意思」の捉え方において柔軟であるといえる。

### (3) 田中實<sup>36</sup>

「わが国の信託法では、任意信託(設定信託)を原則的なものとし、法定信託は例外的にしか認めていない(63条・73条)。ところで、信託法1条は、委託者による設定行為と受託者の引受の形で信託の法的構成を述べており、当事者間の合意にもとづいて形成される形の民法上の契約のそれとは異なることに特徴がある。信託の成立は、もっぱら委託者の意思にもとづいて行われ、受託者はこれを受諾する、という構成になる。ところが、実務や理論上においても、契約(合意)による信託の成立が一般には、認められている。」

この立場は、基本的には、法律行為の一種として信託行為を捉えることに反対する。信託の成立は民法上の契約とは異なる信託法上の特有のものであることを強調するが、実務と理論上の一般的な理解についても配慮している。

### (4) 新井誠<sup>37</sup>

「わが国の通説は、信託の設定行為(当事者間に信託という法律関係を成立させる行為)を民法上の基本概念である『法律行為』の一種として位置づけたうえで、これを『信託行為』と呼んでいる。」「信託行為の形態には、「契約」方式と「遺言」方式の2種類があるが、...わが国の実務上では、契約の形態により成立した信託が圧倒的多数をしめており、わが国の信託の支配的形態といってよい。また、信託法自体は信託の定義に契約の語を用いているわけではないが(信託法1条参照)信託実務の基盤をなす特別法である、兼営法5条ノ3は定型信託契約約款の変更方法について規定しており、信託約款に基づく契約方式が信託の中心的な設定形態であることを前提としているといえることができる。」

---

<sup>35</sup> 前掲注19・106頁以下

<sup>36</sup> 田中實・山田昭・雨宮孝子『改訂信託法』(学陽書房、1998)32・40頁

<sup>37</sup> 『信託法』(有斐閣、2002)108頁以下

この立場は、基本的に通説と同じ理解に立つが、とりわけ信託法 1 条に「契約」の語が使われているわけではないにもかかわらず、信託契約による信託の成立が支配的な形態である点を指摘している。

#### (5) 道垣内弘人<sup>38</sup>

「信託法上、受託者に課されている諸義務を導くことが、委任に関する民法の適用によっても可能だと解するときには、あえて信託と呼称することのメリットは、物権的救済の肯定にある。」  
「このことを、条文上の信託の成立要件、すなわち、財産権の処分が存在し、かつ、当該財産につき他人をして一定の目的に従い管理または処分をさせること、に割り振るならば、前者が所有権による救済を認めえないという要件となり、後者において、物権的救済を認めるべきか否かが判断されることになる」。この判断につき、「アメリカ法においては、...信託設定の意思の存否の問題として論じられ...受託者に当たる人に対し、自分以外の受益者の利益のために行動する信託義務 (fiduciary duty) を課す意思が表明されているか否かがポイントとされている」に対し、「わが国の信託法における信託の特異性を、...所有権が存しないにもかかわらず物権的救済が認められることに置いて考えるときには、むしろ分別管理義務をポイントとして考えるべき」であり、このことは、「当事者が明確な意思を表示していないとき、その取引関係を『信託』と性質決定する際のポイントを述べている」のである。「さしあたっては、『財産権の移転』と『当該財産についての委任』にプラスして、『分別管理義務』を、信託を『発見』する際のメルクマールとして考えていきたい。」

この見解は、当事者が明確な意思を表示していないとき、「分別管理義務」の存在をもって、その取引関係を「信託」と性質決定する際のポイントとして捉えようとするものであり<sup>39</sup>、なお日本の信託の特異性を物権的救済が可能である点に求めることに特徴がある。

#### (6) 分析と私見

考えるに、「信託行為」による信託の成立を認めるなら、「信託設定の意思表示」が存在することを求めるのは、信託設定のための当然の前提であるということになり、意思表示がない擬制信託は法定信託の例外 (63・73 条) を除けば、日本の信託法の体系上は認められないことになるように思われる<sup>40</sup>。問題は、信託法 1 条には、信託の成立要件として、「信

<sup>38</sup> 前掲注 1 「最近信託法判批 (9・完)」84 頁

<sup>39</sup> これと関連して、同教授は、本件判例批評 (前掲注 1) において、本判決が「信託設定意思」の存在を認定し、要件のほかに、信託の成立にはそのような意思が必要である、としていると解されうる点を指摘しながら、「信託設定意思」の具体的中身は...当該財産が受託者の他の財産から分別して管理されるべき義務が課されているか否かをポイントとすべきであるとする。すなわち、「信託設定意思」の具体的中身が「分別管理義務」である点をうたっているのである。上記の既述とは若干表現が違うものの、本稿においては、「分別管理義務」の存在をもって、当事者の意思を補充しようとする見解として、両者は同じ趣旨であると理解していくことにする。

<sup>40</sup> 信託法 1 条を「法律行為」の一種である「信託行為」に関する規定であると捉えるならば、同条には契

託設定の意思」は明示的には求められていないのであり、したがって、条文を重視するならば、当事者の意思によらない信託関係（＝擬制信託）の成立も充分ありうることである。この問題は、現実的には当事者が「信託」の言葉を明示的に使用せず、または信託である認識が明らかにされていないまま、信託法 1 条の要件（ ）を満たした場合に、それが信託関係であるか否かをどう判断すべきかの問題として現れる。本件でいえば、（上記で取り上げた）まさに預かり金の法的性質に関する問題である。

このような場合の解釈方法は、端的に言えば、学説の理解と条文のどちらかに重点を置くかによって、次の 2 つの考え方に収められると思われる。すなわち、まず、信託法 1 条の要件を重視しようとする考え方がありうる。ここでは擬制信託も当然認められることになる（雨宮、亀井<sup>41</sup>）。もう一つの考え方は、信託行為による信託の設定という学説の理解を重視しようとするものであり、信託の成立には、信託法 1 条の要件（ ）以外にも「信託設定の意思」が必要である点を共通の認識とする。ここでは、「信託設定の意思表示」の程度をめぐる学説の理解が分かれる。すなわち、「信託設定の意思」が表示されることを要求する見解（入江）、「信託設定の趣旨」がうかがえるものであれば足りるとする見解（四宮）、「分別管理義務」の存在をもって当事者の意思を補充しようとする見解（道垣内）などがあるのである。

「信託行為」による信託の成立を前提にする私見からすると、この問題は、要するに、「信託設定の意思表示」をどの線で認められるか、すなわち、「信託設定の意思表示」の存在如何を判断できる基準をどう捉えるべきかに帰着するものだと思う。これには、「分別管理義務」の存在をポイントとすべきとする見解（道垣内）もあつたのであるが、「分別管理義務」を「信託設定意思」の具体的な中身または信託を発見する際のメルクマールとして捉えるためには、「分別管理義務」が「信託の本質的な要素」であるかがまず検討されるべきだと考える。「信託設定の意思」、すなわち「信託」を設定しようとする意思には、「信託の本質的な要素に対する認識」が最小限の要素として必要になると解されると思われるからである。

信託の本質をめぐるっては、多様な捉え方がありうるが、さしあたり信託法上の信託の法的効果から検討してみると、信託法は「受託者の義務」に関する事項<sup>42</sup>と「信託財産の独立性」に関する事項<sup>43</sup>を主な法的効果としていることがわかり、その 2 つが信託の本質的な要

---

約以外にも単独行為である遺言も当然包摂されるとの結論になる。そのときは、信託法 2 条で「遺言」をわざわざ規定したのは、むしろ、注意規定に過ぎないとみることになる（同旨：司法省調査「信託法案説明書」山田昭編『日本立法資料全集 2・信託法・信託業法』（信山社、1991）245 頁以下）。

<sup>41</sup> 亀井弁護士は、当事者が「信託関係と認められる法律関係」の成立に合意していると信託の成立は認められるとする。そうすると、「信託関係と認められる法律関係」とは、一体何なのかが、この見解のポイントになるわけであるが、要するに、信託法 1 条の要件（ ）以外の要件を判断基準として提示できないなら、明示的に「擬制信託」の成立を認めているわけではないものの、本稿の考え方からすれば、擬制信託を認めることと同じ結論になるとと思われる。

<sup>42</sup> 受託者の利益享受の禁止（9 条）受託者の管理義務（20 条）受託者の権利取得の制限（22 条）受託者の損失補償義務（27 条）受託者の分別管理義務（28・29 条）など

<sup>43</sup> 信託財産の物上代位性（14 条）信託財産の相続禁止（15 条）信託財産に対する執行等の禁止（16 条）

素として捉えられるのではないかと思われる<sup>44</sup>。ただ、そのように捉えるとしても、信託の本質的な要素としての「受託者の義務」や「信託財産の独立性」の要素の全部の内容に対する認識までを要求するかについては、なお検討が必要なところであるといえるだろう。とはいっても、さしあたりは、受託者の義務および信託財産の独立性の要素に対する認識をもって、信託設定の意思の存在を判断するにあたっての基準として捉えていきたいと思う。

## 5. その他

このように考えると、本件における信託の成立はどう評価すべきであろうか。まず、信託目的、受益者確定の問題などをめぐり解釈上の問題はあつたものの、本件が信託法 1 条の要件（ ）を満たしていることを認めた場合、「信託設定の意思」が当事者に存在したのか否かが解釈のポイントになるわけであるが、私見としては、多数説（雨宮、亀井、新井）と同様、当事者に信託設定の意思があつたかの点については、否定的に解釈する。「分別管理義務」につき当事者に合意があつたことを指摘する見解（佐久間、道垣内）もあつたのだが、「分別管理義務」の存在とその合意をもって、信託設定の意思が認められるかについては、さらなる検討が必要であると思うからである。そうすると、本件は擬制信託を認めたものだと解釈すべきであろうか。これを肯定する見解があることは既述のとおりであるが、擬制信託の成立を原則上認められないとする本稿の考え方としては、どう評価すべきかが問題である。この点につき、新井教授は次のように指摘する<sup>45</sup>。「問題は、当事者に少なくとも明示的な信託設定の意図が存在していない点であるが、公共工事の持つ公共性や法による制度的裏づけという要素を考え併せれば、公共工事の前払金に関する限り、当事者間に推定的に信託関係（推定的信託の成立）を認めてもよい」。推定的な信託関係の成立を認める点については、なお検討が必要であると思われるが、信託設定の意思が存在しない点を前提にすることを考えると、本稿の考え方にも有益な視点を提供してくれている<sup>46</sup>。

---

信託財産の相殺・混同の禁止（17・18条）など。新井教授は、「信託が設定されるのは、委託者から受託者の名義に移転されてはいるものの、当事者からは独立しており、信託目的のみに拘束されている信託財産（信託財産の独立性）を創出しようとする場合である。信託財産の独立性が生ずる契機がなければ、信託関係が発生することもない」としたうえで、信託財産の独立性を、委託者からの独立性（委託者からの倒産隔離機能）、受託者からの独立性（狭義の信託財産の独立性）、信託財産の相殺と混同の禁止、信託財産の物上代位性という、4つの角度から分析をしている（前掲注37・49頁以下・199頁以下）。

<sup>44</sup> なお、信託法理上欠かせない受益者に関する規定には、管理方法の変更請求権（23条）書類閲覧請求権（40条2項）、受託者解任請求権（47条）、新受託者選任請求権（49条1項）、受託者更迭時事務の引継ぎ立会権（55条1項）、信託解除請求権（58条）などがある。

<sup>45</sup> 「判批」200頁、前掲注37・120頁以下

<sup>46</sup> 同教授は、本件を「信託行為の外延 主観的意図なき客観的信託」と位置づけている（前掲注37・120頁）。それは、要するに、信託設定の意思がないことを認めつつも、公共工事の前払金に関する限り、公共性や制度的裏づけ（信託との相当類似性の存在）から、信託契約の成立が認められるとする立場だと理解される。これに対し、本稿は、公共性などから認められる「分別管理義務」につき、当事者が「合意」している点を認めつつも、そこから「信託設定意思」を直ちに認めるには、さらなる検討が必要であると理解する。



## ・むすび 信託の成立要件と信託法理の展開

以上、本件の信託成立の可能性につき、判例理論を検討し、信託成立の要件として信託設定の意思の捉え方を整理してみた。要するに、本件前払金預金は、信託目的または受益者確定の問題などをめぐり解釈上の問題はあったものの、法律とそれに基づく約款により、分別管理され用途が厳格に制限されているという事実を鑑みて最高裁から「信託」の成立が認められたものだといえる。なお、本判決では明確にされたとはいえないが、信託行為による信託の成立を認める立場（通説）による限りは、（本判決では、上記に指摘したような）信託との相当類似性の存在がない限り、擬制信託の成立は認められるべきではないと考える。すなわち、私見としては、信託法 1 条の要件（ ）以外にも、信託設定の意思（信託の本質的な要素に対する認識）が当事者に存在するとき初めて信託は成立するものだとして解釈するわけである。信託の本質的な要素が何であるかについては、さらなる検討が必要であろうが、さしあたりは、「受託者の義務」および「信託財産の独立性」といった要素を信託の本質的な要素の外延として収めておくことにする。

日本の信託法は、英米の信託法が基本的に民事信託（非営業信託）を基礎にして発展してきたことに対し、当初から商事信託ないし営業信託を念頭においた信託法が制定された点に大きな特徴があるとされる<sup>47</sup>。そのため、英米の信託と比較した場合に、日本で欠落している民事信託の法理を根付かせることが課題とされてきた。ところで、最近、本判決を含め広く預かり金に関する裁判所の判決が相次いで出される<sup>48</sup>ことをうけ、信託法理の活用可能性についての関心も高まっている<sup>49</sup>。信託法理の適用に積極的な立場は、本判決も含めた今までの検討からも明らかのように、要するに、信託法 1 条の要件のみで信託は成立すると捉えるか、信託法 1 条の要件以外の要件として「分別管理義務」の存在を信託設定意思の具体的中身として捉えるか、その立場の差はあるにしても、「信託」の概念を広く活用することにより現実問題を容易に解決してくれる法理として利用している点は共通して

<sup>47</sup> 能見善久「現代信託法講義（1）」信託 199 号（1999）6 頁以下

<sup>48</sup> 損害保険代理店の破綻のとき保険料専用口座の帰属問題につき、最二小判平 15・2・21（金法 1677 号 57 頁）は、保険料専用口座にかかる預金債権は保険代理店に帰属するものだと判決、最高裁として初めての判断を下している。なお、弁護士の前払金口座の帰属問題につき、最一小判平 15・6・12（最高裁ホームページ）は、弁護士が自己名義で開設した預金口座に係る預金債権が、委任者ではなく弁護士に帰属すると判断している。この判決には、裁判官 2 人の補足意見として、委任契約とされた本件の法律関係に対し、弁護士の責任と判断においてその管理、処分をすることを依頼するような場合には、信託契約または委託と信託の混合契約の締結と解される余地があることが指摘されている。その場合には、信託財産の独立性に関する諸規定（15 条、16 条 1 項）、受託者の管理義務などの規定（20 条、22 条 1 項）が適用され、法律関係が明確になるし、授受された金銭等をめぐる紛争の生ずる余地が少なくなるものと考えられるとする。さらに、マンションの管理会社名義でなされた預金の帰属問題につき、東京高判平 12・12・14 金法 1621 号 33 頁は、預金者認定の客観説に立ち、預金者は区分所有者団体であるとした。この判決に対する上告は、平成 14・1・31、最高裁により上告不受理の決定をうけて確定した。

<sup>49</sup> 本件の射程につき、信託法理の拡張可能性を語るものとして、道垣内 199 頁、佐久間 74 頁、雨宮 203 頁、宮川 49 頁以下。なお、宮川「弁護士の預り金の専用預金口座の法的性格 委任、信託、信託的譲渡の関係分析を中心に」金法 1678 号（2003・6）56 頁は、弁護士・公認会計士・司法書士などの専門家が業務上の預り金について、預金名義の中で預り金であることを明示して自己の金員と分別管理した場合には、現実的で衡平な法的処理の期待から、信託財産扱いを認めるとしている。

いると考えられる。

それに対し、本稿は、信託の成立要件のありかたという観点から、以上でも指摘した要件、すなわち、財産権の移転、一定の目的に従い当該財産を処分または管理させる、

信託設定の意思の存在という少なくとも 3 つの信託の成立要件を満たしているといえない事例への信託法理の適用には、慎重であるべきという主張である。踏み込んでいえば、本稿の立場から見ると、広く預かり金をめぐる法律関係は、当事者に「信託設定の意思」という要件が認められない限り、信託としては成立したとはいえないことになる。なお、実務的な側面から見ると、そのような場合に信託の成立が認められると、保険代理店および弁護士などは、「営業」として顧客の財産を預かることを繰り返した場合に、「信託業法」上「信託業者」としての規制を受けなければならないという結論になりかねず、それが果たして、妥当な結論であるかという問題も出てくるかもしれない。

本稿の試みが、信託（とりわけ民事信託）の法理に関する議論を深めていく手がかりに少しでもなればこの上ない幸いである。