

根抵当制度における日韓比較

— 日本民法と韓国民法改正案の比較を中心に —

金 鉉 善

一. はじめに

根抵当権は、その利便性により金融取引の実務で最も利用されている。

日本の場合、根抵当は明治時代から行われたが民法典にその規定が存在しなかった。しかし、戦後の日本の経済の急激な発展膨張の過程において、企業の旺盛な資金需要に応じるために、金融機関・商社がこれに対して信用を供与する際に盛んに利用されるようになるに及び、いろいろな問題を生むようになった。そこで、昭和 46 (1971) 年法律 99 号をもって、日本民法典「第 10 章抵当権」に「第 4 節根抵当」が設けられた (日本民法第 398 条の 2 ~ 第 398 条の 22)。(1)

韓国は、民法典(2) 制定時において根抵当権に関する規定を設けている (韓国民法第 357 条)。しかし、現在においてこの一つの条文では、根抵当をめぐる法紛争に適切な解決案を提示することができない状況である。そこで、韓国法務部 (以下、法務部という) は、時代に合う法整備及び世界各国の法改正の動きに伴い、1999 年から財産関連法の改正に取り組んでいる。

本稿では、1999 年から着手し 2004 年に作成された韓国民法 (財産編) 改

(1) 貞家克己=清水誠=清水湛=岩城謙二『新根抵当法の解説』(商事法務研究会、昭和 47 年) 3 頁以下、柚木馨=高木多喜男『新版注釈民法 (9) 物権 (4)』(有斐閣、平成 10 年) 663 頁。

(2) 韓国民法典は、1958 年 2 月 22 日に公布、1960 年 1 月 1 日に施行された。

正法律案⁽³⁾（以下、韓国民法改正案という）の中の根抵当権に関して日本民法と比較を行う。⁽⁴⁾この韓国民法改正案は、2004年10月に国会に提出されたが、第17代の国会議員の任期満了によって破棄されたものである。その後、法務部は、新たに2009年から2012年までの4年間で韓国民法を改正することを発表した。しかし、この4年計画では2004年に作成された韓国民法改正案と抜本的に異なる改正案を新たに設けることはないと思われ⁽⁵⁾、本稿では2004年に作成された韓国民法改正案を前提とする。

まず、根抵当権の内容を説明し、検討では韓国民法改正案の中で主要な内容を六つ取り上げる。

二．根抵当権の内容

根抵当権における韓国民法改正案では、既存の条文の改正に加えて、11カ条を新設し、合計12カ条とする。その改正にあたり、次の三つが原則とされる。第一に、債務者や根抵当権設定者等の保護である。第二に、債務者や根抵当権設定者等と根抵当権者の利益調整である。第三に、債務者又は根抵当権者のみならず、根抵当権が設定されている不動産の後順位担保権者、第三取得者等の第三者の取引の動的安定をも考慮すべきであるとする。⁽⁶⁾

1．序説

根抵当権の定義について日本では、「一定の範囲に属する不特定の債権」

(3) 法務部 (HP:www.moj.go.kr) 「民法（財産編）改正資料集」（法務部、2004年11月）。

(4) 「日本民法と韓国民法改正案の条文比較」を参考資料とする。

(5) もちろん時間的な問題もあろうが、2004年の韓国民法改正案は国会議員の任期満了により破棄されたものであり、その内容において修正・補完するところはあるものの、不適切であるとは思われない。そのため、今後行われる改正は、2004年の韓国民法改正案を修正・補完する形で行われるのではないかと思う。

(6) 李相京「根抵当権改正に関する立法論的研究」（法曹527号、2000年8月）49頁。

を「極度額」の限度において担保するために設定する抵当権であるとする(日本民法第 398 条の 2 第 1 項)。ここでいう「不特定の債権」とは、普通抵当とは異なり、一定の時期に至るまでの個々の債権の消滅は、根抵当権自体になら影響を及ぼさない、すなわち、入替り可能であるということの意味する。⁽⁷⁾

これに対して韓国では、「担保する債務の最高額のみを定めて、債務の確定を将来に保留」して設定する抵当権である(韓国民法第 357 条第 1 項)とし、具体的な内容は解釈に委ねている。

2. 根抵当権の設定及び登記

日本における根抵当権は、根抵当権を取得する者と設定者間の根抵当権設定契約(物権的合意)によって設定される。設定契約では、担保すべき債権の範囲、極度額、債務者を定めなければならない(日本民法第 398 条の 2)。しかし、確定期日の定めは、必要的な契約事項ではない(日本民法第 398 条の 6)。

これに対して韓国における根抵当権は、普通抵当権と同様に韓国民法第 186 条⁽⁸⁾により、当事者間の根抵当権設定契約(物権的合意)と登記によって設定される。設定契約では、担保する債権最高額と被担保債権の範囲の基準の合意をしなければならない。しかし、根抵当権の存続期間の定めは、日本と同様に必要的な契約事項ではない。⁽⁹⁾

(7) 鈴木禄弥『根抵当法概説』(新日本法規、昭和 48 年)1 頁、清水誠「根抵当権と普通抵当権の区別」(金融法務事情 636 号)12 頁、高木多喜男『担保物権法〔第 4 版〕』(有斐閣、2005 年)257 頁、中川善之助=兼子一監修『担保〔改訂版〕不動産法大系第 2 巻』(青林書院、昭和 52 年)405 頁(貞家克己執筆、25. 根抵当権における確定と優先弁済の限度)。

(8) 韓国民法第 186 条(不動産物権変動の効力)では、不動産に関する法律行為による物権の得失変更は登記をしなければ、効力は生じないとする。

根抵当権の登記事項は、日本では、権利に関する登記事項（日本不動産登記法第 59 条）及び債務者の表示等（日本不動産登記法第 83 条第 1 項）のほか、担保すべき債権の範囲及び極度額、日本民法第 370 条の但書の別段の定めがあるときはその定め、担保すべき元本の確定すべき期日の定めがあるときはその定め、日本民法第 398 条の 14 第 1 項の但書の定めがあるときはその定めを記載しなければならない（日本不動産登記法第 88 条第 2 項）⁽¹⁰⁾。なお、根抵当権と関連する幾つかの条文⁽¹¹⁾では、対抗要件主義とは異なる規定を設けている。この点について、「対抗要件」⁽¹²⁾とする説と「効力発生要件」⁽¹³⁾ないし「一種の成立要件」⁽¹⁴⁾とする説に分かれる。

これに対して韓国では、根抵当権であること、債権の最高額、債務者を登記しなければならない（韓国不動産登記法第 140 条第 2 項）。すなわち、現行法において被担保債権は登記事項ではなく、「○年○月○日根抵当権設定契約」と記載することで足りる。なお、韓国民法改正の際に、根抵当権における被担保債権の登記について議論がなされたが、登記方法に関する立法について「不動産登記法に基本契約を登記する規定を置くこと」を民法改正委員会の意見として提案することにとどめた。⁽¹⁵⁾

根抵当権の被担保債権の範囲に関して日本と韓国は異なる。日本の場合は、

-
- (9) 郭潤直『第七版物権法〔民法講義Ⅱ〕』（博英社、2006年）367頁、金相容『物権法〔全訂版増補〕』（法文社、2006年）752頁、尹喆洪『物権法』（法元社、2009年）489頁。「被担保債権の範囲の基準」とは、被担保債権が発生する基礎となる継続的取引関係（基本契約）である。それは、当座貸越契約・手形割引契約の約定で足りるとされる。
- (10) 近江幸治『民法講義Ⅲ担保物権〔第2版補訂〕』（成文堂、2007年）240頁。
- (11) 日本民法第 398 条の 4 第 3 項、日本民法第 398 条の 6 第 4 項、日本民法第 398 条の 8 第 4 項、日本民法第 398 条の 16、日本民法第 398 条の 17 第 1 項。
- (12) 椿寿夫編者『現代民法講義 3 担保物権法』（法律文化社、1993年）126 頁以下（伊藤進執筆、第 5 章）。
- (13) 我妻栄『新訂担保物権法』（岩波書店、1999年）484 頁。
- (14) 鈴木祿弥『根抵当法の問題点』（有斐閣、昭和 48 年）84 頁以下。
- (15) 法務部・前掲「民法（財産編）改正資料集」412 頁。

①特定の継続的取引契約によって生ずるもの、②一定の種類取引によって生ずるもの、③特定の原因に基づいて債務者との間に継続して生ずる債権、④手形上もしくは小切手上の請求権の四つに限定される（日本民法第 398 条の 2 第 2 項・第 3 項）。

これに対して韓国では、①特定した継続的な取引契約から発生する債権、②一定の種類取引から発生する債権、③特定した原因によって継続的に発生する債権の三つに限定され（韓国民法改正案第 357 条の 2）、手形上もしくは小切手上の請求権は認めない。⁽¹⁶⁾ なお、韓国民法改正の際に、根抵当権と被担保債権との関係をどのように把握するかについて、被担保債権のない根抵当権を認めるドイツ式の流通抵当制度を取り入れるか、あるいは、被担保債権の付従性と随伴性を維持するかが議論されたが、韓国民法改正案は後者の立場を維持したものと解釈される。⁽¹⁷⁾

日本における極度額には、確定した元本、利息その他の定期金及び遅延賠償の全部が含まれる（日本民法第 398 条の 3 第 1 項）。すなわち、債権極度額説を採用している。

これに対して韓国では、日本における極度額を最高額と表現する。韓国における最高額とは、根抵当権によって担保される限度額、すなわち、担保目的物から優先弁済を受けうる最高限度額を意味する。

極度額／最高額と関連して二つの問題が提議される。その一は、根抵当権の場合、普通抵当権に関する規定（日本民法第 375 条、韓国民法第 360 条⁽¹⁸⁾）

(16) しかし、第一次仮案では、日本民法と同様に「手形上もしくは小切手上の請求権」を被担保債権の範囲として認めていた。

(17) 李銀榮「根抵当権の立法に関する研究」（外法論集第 11 集、2001 年 12 月）64 頁以下。

(18) 韓国民法第 360 条（被担保債権の範囲）では、抵当権は、元本、利子、違約金、債務不履行による損害賠償及び抵当権の実行費用を担保する。しかし、遅延賠償に対しては、元本の履行期日を経過した後の一年分に限って抵当権を行使することができるとする。

が適用されるかの問題である。日本では、日本民法第 375 条による普通抵当権の場合に存した、利息・定期金等の「最後の二年分」という制限は受けない。⁽¹⁹⁾ すなわち、債権極度額説の場合は、上記を問題とする必要がない。⁽²⁰⁾ これに対して韓国民法には、日本民法第 398 条の 3 第 1 項のような根抵当権の被担保債権の範囲を定める条文が存在しないため、争いがある。⁽²¹⁾ これを肯定すれば、遅延賠償は一年分のみが最高額に含まれることになる。学説では、肯定説⁽²²⁾ と否定説⁽²³⁾ に分かれる。しかし、日本民法第 398 条の 3 第 1 項のような条文はないが、韓国民法改正案第 357 条の 12 の債権最高額の減額請求で「債権最高額を現存する債務額と以後一年間発生する利子、違約金及び債務不履行による損害賠償額の範囲で減額する」と定めることにより根抵当権の被担保債権の範囲が制限される結果になるとされる。⁽²⁴⁾

その二は、確定された被担保債権額が極度額を超過する場合（たとえば、極度額が 1000 万円であるが、確定された被担保債権が 1200 万円の場合）、

(19) 近江・前掲書 239 頁。

(20) 貞家執筆・前掲書 439 頁。

(21) 韓国民法改正案第 357 条第 2 項を日本民法第 398 条の 3 第 1 項のように修正して、最高額に含まれる被担保債権の範囲を明確にすることが妥当であるとする意見がある。李東明「根抵当権の問題と民法改正案の検討」（民事判例研究 X X VI、2004 年 2 月）781 頁。

(22) その理由は、①債権が確定され、根抵当権を実行することができたにも拘らず、債権者の怠慢により遅延利子が増えた場合までその優先弁済を認めることは適切ではないとする。②根抵当権が確定されると普通抵当権に転換される。③第 360 条の但書は「抵当権者が実行を遅らせることから被担保債権額が増加することを防ぐ目的」である。金相容・前掲書 755 頁、李銀榮『改訂版物権法』（博英社、2000 年）812 頁。

(23) 韓国民法第 357 条第 2 項の趣旨により韓国民法第 360 条の但書は、根抵当権において適用されないとする（李英俊『物権法』（博英社、1994 年）848 頁）。その他に郭潤直・前掲書 369 頁。

(24) 金載亨「物権法改正に関する意見（2）」（韓国 JURIST378 号、2002 年 3 月）32 頁、柳昌昊「根抵当権に関する民法改正案の分析と課題」（外法論集第 30 集、2008 年 5 月）120 頁。

債務者が極度額のみを弁済して根抵当権登記の抹消を請求することができるかの問題である。日本においては、根抵当権者へ配当される時点で、根抵当権は確定している（日本民法第 398 条の 20 第 1 項）。確定根抵当権を任意弁済により消滅せしめるには、第三取得者・物上保証人は、極度額の支払いで足りる（日本民法第 398 条の 22）のに対して、債務者たる設定者は、全債務の弁済を要する⁽²⁵⁾とする。むしろ、問題とされるのは、後順位担保権者や一般債権者が存在しないとき、根抵当権者は、極度額を超えて弁済を受けうるかである。肯定説⁽²⁶⁾と否定説⁽²⁷⁾に分かれる。これに対して韓国では、根抵当権の消滅請求に関する規定がないため、しばしば問題とされる。判例は、根抵当権設定者が債務者である場合は、最高額のみを弁済して根抵当権設定登記の抹消を請求することはできないとし⁽²⁸⁾、根抵当権設定者が債務者でなく物上保証人や抵当物第三取得者の場合は、最高額のみを弁済して根抵当権設定登記の抹消を請求することができるとする⁽²⁹⁾。これは、日本での解釈と同様である。この判例に対して学説は、肯定説⁽³⁰⁾と否定説⁽³¹⁾に分かれる。

3. 根抵当権の変更

(25) 高木・前掲書 262 頁。

(26) 高木・前掲書 262 頁、問題 2 との権衡を保つ解釈として、抵当不動産の所有者が物上保証人・第三取得者の場合は、根抵当権者には極度額のみを配当し、残額を彼らに交付すべきであり、債務者が抵当不動産の所有者であれば、根抵当権者は全債務について配当を受けうると解するのが妥当であるとする。その他に近江・前掲書 239 頁。

(27) 判例は「根抵当権についての極度額の定めは、単に後順位担保権者など第三者に対する右優先弁済の制約たるにとどまらず、さらに進んで、根抵当権者が根抵当権の目的物件について有する換価権能の限度としての意味を有する（最高裁昭和 48 年 10 月 4 日判例時報 723 号 42 頁）」とする。その他に川井健『民法概論 2（物権）』（有斐閣、1997 年）506 頁。

(28) 韓国判例：大判 1981 年 11 月 10 日 80 ダ 2712（公報 1982、42）。

(29) 韓国判例：大判 1971 年 4 月 6 日 71 ダ 26（集 19 - 1、320）、大判 1971 年 5 月 15 日 71 マ 251（集 19 - 2、018）。

根抵当権の被担保債権の範囲及び債務者の変更は、後順位の根抵当権者その他の第三者の承諾なしですることができる。⁽³²⁾しかし、極度額／最高額の変更⁽³³⁾は、根抵当権の被担保債権の範囲及び債務者の変更とは異なり、優先弁済の限度を変更するものであるから、利害関係人の承諾を要する。その承諾に関して日本の場合、一部の者の承諾を得てもその者に対する関係だけ変更の効力を生ずるとすることは、複雑な関係をもたらすので、全員の承諾を要する。もし、全員の承諾を得られない場合には、別個の後順位の根抵当権を設定するということとなる。⁽³⁴⁾韓国民法改正の際にも、利害関係人の範囲について議論がなされたが、日本の解釈と同様に利害関係人の全員の同意があれば付記登記を、一部の者の同意があるときは独立登記ができるとする。⁽³⁵⁾

確定期日の変更に関連して、日本民法では条文が存在するが（日本民法第398条の6）、韓国民法改正案では確定期日に関する条文がない。しかし、韓国の金融取引実務では、確定期日（韓国では、根抵当権の決算期と表現する）

-
- (30) その理由は、①債務者兼根抵当権設定者が最高額のみを弁済して根抵当権設定登記の抹消を請求することはできない（抵当権の不可分性）。②何が根抵当権の被担保債務であり、何が一般債務であるのかを区別することができない場合に、債務者の一部弁済が、その被担保債務を弁済したものであるとして、債務者に有利な解釈をすることはできない。李英俊・前掲書 847 頁以下、李銀榮・前掲書 810 頁以下。
- (31) 判例の解釈は根抵当権者を強く保護する法理であり、根抵当権の内容において債務者に対する関係と第三者に対する関係が分裂するので、物権法定主義に反する。したがって、債務者に対する関係においても、第三者に対する関係においても、債権最高額を根抵当権によって担保される被担保債権の限度額と解釈しなければならないとする。金相容・前掲書 756 頁以下、宋徳洙『第3版新民法講義』（博英社、2010年）796 頁。
- (32) 両国の条文が類似しているため、日本民法第398条の4と韓国民法改正案第357条の3を参照する。
- (33) 両国の条文が類似しているため、日本民法第398条の5と韓国民法改正案第357条の4を参照する。
- (34) 柚木＝高木・前掲書 687 頁。
- (35) 法務部・前掲「民法（財産編）改正資料集」421 頁以下。

を指定型、自動確定型、将来指定型の三つに分けて、その中から根抵当権設定者が選択するようにしている。⁽³⁶⁾

債権譲渡・債務引受けは、根抵当権の確定前において根抵当権に随伴性がないことを定める（日本民法第 398 条の 7 と韓国民法改正案第 357 条の 7）。しかし、韓国民法第 357 条第 1 項の後段が同条文の内容を含むので削除するか、あるいは、両条文の関係を明確にしなければならないとする意見もある（金載亨教授・李銀榮委員）。⁽³⁷⁾ なお、韓国民法改正案には、日本民法第 398 条の 7 第 3 項のような確定前の被担保債権についての更改に関する条文が存在しない。

根抵当権者又は債務者の相続については日本民法第 398 条の 8 と韓国民法改正案第 357 条の 8 で規定し、根抵当権者又は債務者の合併・会社分割に関しては日本民法第 398 条の 9・10 と韓国民法改正案第 357 条の 9 で定める。しかし、韓国民法改正案には、会社分割に関する条文が存在しない。

4. 根抵当権の処分

(36) 金載亨『根抵当権研究』（博英社、2000 年）295 頁。確定期日に関する三つの類型は、以下のとおりである。

指定型	:	○年	○月	○日
自動確定型：定めない。この場合は契約日から 3 年が経過すると、設定者は書面通知によって根抵当権の決算期を指定することができるが、その決算期は通知の到達日から 14 日以降でなければならない。これに至らないときは、通知の到達日から 14 日になる日を決算期とする。ただし、5 年が経過するときまで設定者の別途の意思表示がない場合には、契約日から 5 年になる日を決算期とする。				
将来指定型：定めない。この場合は契約日から 3 年が経過すると、設定者は書面通知によって根抵当権の決算期を指定することができるが、その決算期は通知の到達日から 14 日以降でなければならない。これに至らないときは、通知の到達日から 14 日になる日を決算期とする。				

(37) 法務部・前掲「民法（財産編）改正資料集」455 頁。

日本における根抵当権の被担保債権とは、完全に分離された担保枠支配権として独立したものであり、その処分は、独立した担保価値支配権としての根抵当権だけの処分である。これに対して韓国では、根抵当権の処分において根抵当権のみの処分は認めない。

なお、日本では、転抵当について日本民法第 398 条の 11 で定めるが、前述のように韓国では根抵当権のみの処分は認めないので、転抵当に関する条文は存在しない。

根抵当権の譲渡について日本は、日本民法第 398 条の 12 第 1 項で全部譲渡、同条第 2 項で分割譲渡を規定し、日本民法第 398 条の 13 では一部譲渡を定める。これに対して韓国は、韓国民法改正案第 357 条の 5 第 1 項で全部譲渡と一部譲渡を規定し、同条第 2 項で分割譲渡を規定する。両国とも全部譲渡、分割譲渡、一部譲渡を認めているが、その内容は異なる。韓国における根抵当権の譲渡は、「その担保する債権とともに」行う場合に限ってそれを認めている。したがって、根抵当権の場合も担保物権の随伴性の原則があることを表す。⁽³⁸⁾そして、根抵当権の処分は他の物権の処分と同様に、根抵当権者は設定者の承諾なしで譲渡することができる。⁽³⁹⁾しかし、被担保債権の譲渡は、実際において契約譲渡の性質を持つため、債権譲渡の要件のみならず、債務引受けの要件まで備えなければならないので、債務者の同意を要するとされる。⁽⁴⁰⁾これに対して日本は、根抵当権設定者の承諾を得て根抵当権の譲渡ができる。つまり、債権と切り離して、根抵当権だけを処分することにより、譲受人は極度額を枠とする目的物の価値支配権を被担保債権の範囲・債務者の変更という手段を併用することにより自由に利用することができるとする。⁽⁴¹⁾

(38) 李銀榮・前掲「根抵当権の立法に関する研究」80頁。

(39) 法務部・前掲「民法（財産編）改正資料集」423頁以下。

(40) 李銀榮・前掲「根抵当権の立法に関する研究」81頁。

(41) 柚木＝高木・前掲書 704 頁以下。

5. 根抵当権の確定と確定後の法律関係

確定請求は、日本民法第 398 条の 19 と韓国民法改正案第 357 条の 10 で定める。日本の場合、設定者は、確定期日の定めがない場合に、根抵当権設定日より 3 年を経過したときは、根抵当権の確定を請求することができる（日本民法第 398 条の 19 第 1 項の前段・第 3 項）。この請求（形成権）があったときは、請求時より 2 週間を経過したときに確定する（同条第 1 項の後段）。これに対して根抵当権者は、いつでも確定の請求をすることができ、その請求時に確定する（同条第 2 項）。しかし、韓国民法改正案では、設定者のみに確定請求を認める。

確定事由に関連して日本は、①元本確定期日の定めのあるときは、その期日の到来、②根抵当権者又は債務者の相続の場合で、相続開始後 6 ヶ月以内に合意及び登記がないとき、③根抵当権者又は債務者の合併の場合で、根抵当権設定者が確定請求をしたとき（債務者は除く）、④根抵当権設定者又は根抵当権者による確定請求、⑤日本民法第 398 条の 20 による確定事由を認める。これに対して韓国は、日本における確定事由の①～③、根抵当権設定者による確定請求、韓国民法改正案第 357 条の 11 による確定事由を認める。

なお、極度額／最高額減額請求に関しては、日本民法第 398 条の 21 と韓国民法改正案第 357 条の 12 に規定がある。しかし、根抵当権消滅請求については、日本は日本民法第 398 条の 22 を設けているが、韓国民法改正案では根抵当権の消滅請求に関する条文がない。

6. 日本民法には規定があるが、韓国民法改正案に存在しない規定は下記の通りである。⁽⁴²⁾

- ①日本民法第 398 条の 3（根抵当権の被担保債権の範囲）
- ②日本民法第 398 条の 6（根抵当権の元本確定期日の定め）
- ③日本民法第 398 条の 10（根抵当権者又は債務者の会社分割）

- ④日本民法第 398 条の 11（根抵当権の処分）
- ⑤日本民法第 398 条の 15（抵当権の順位の譲渡又は放棄と根抵当権の譲渡又は一部譲渡）
- ⑥日本民法第 398 条の 16（共同根抵当）
- ⑦日本民法第 398 条の 17（共同根抵当の変更等）
- ⑧日本民法第 398 条の 18（累積根抵当）
- ⑨日本民法第 398 条の 22（根抵当権の消滅請求）

三．検討

ここでは、韓国民法改正案において主要な内容である根抵当権の定義、根抵当権の被担保債権の範囲、根抵当権の譲渡、確定請求権、包括根抵当権、根抵当権に関する登記について順次検討を行う。

1．根抵当権の定義

日本では、根抵当権の定義を、「一定の範囲に属する不特定の債権」を「極度額」の限度において担保するために設定する抵当権であるとする。「不特定の債権」により、根抵当権と普通抵当権の概念を明確に区別し、根抵当権の制定前に争点となった債権額不確定の見解を廃除する。そして、「一定の範囲」により、包括根抵当権を認めないということを明確に示す。

これに対して韓国では、根抵当権の定義を「担保する債務の最高額のみを

(42) 韓国民法は根抵当権を抵当権の一部と把握するので、根抵当権に別途の規定がない場合は、抵当権に関する規定を適用する。そこから日本民法第 398 条の 11（根抵当権の処分）と日本民法第 398 条の 16（共同根抵当）にあたる規定は、抵当権に関する韓国民法第 361 条（抵当権の処分制限）と韓国民法第 368 条（共同抵当権）が適用されるので、韓国民法改正案に別途の規定は置いていないのであろうと説明している。柳昌昊「根抵当権に関する比較法的考察－民法改正案と日本民法の比較を中心に－」（民事法学第 37 号、2007 年 6 月）213 頁以下。

定めて、債務の確定を将来に保留」して設定する抵当権であるとする。このように、根抵当権の定義における韓国民法には、日本民法と異なって「不特定の債権」という文言は使用していない。しかし、通説とされる学説では、概ね「根抵当権を継続的取引関係から発生する多数の不特定債権を将来の決算期に一定の限度まで担保する抵当権」と定義する。⁽⁴³⁾

そこで、韓国民法は根抵当権の被担保債権を不特定債権として限定していないので、上記のような学説の解釈は妥当でないとする見解がある。そして、最高額抵当に関するドイツ民法第 1190 条と別個の制度として説明することも妥当でないとする。⁽⁴⁴⁾しかし、この見解とは別に、根抵当が登記された最高額の限度内のみで担保するということは、根抵当の法律関係の中の一部に過ぎないにも拘らず、まるで根抵当と最高額抵当が同じものであると誤解されていると批判する見解もある。⁽⁴⁵⁾

このように根抵当権の定義に関する条文が韓国民法制定時から存在するにも拘らず、その定義について絶えず議論がある。すなわち、基本契約の特定性と被担保債権の不特定性を明文で規定する必要があるとする意見がある反面⁽⁴⁶⁾、根抵当権の定義を定める条文に「不特定の債権」という文言は使用しないのが望ましいとする意見もある⁽⁴⁷⁾。

根抵当権について論ずる際に、その定義が明確でないとその出発点において見解が分かれることになる。さらに、この問題は、韓国判例や学説でしばしば争われる「特定債権をもって根抵当権設定契約ができるかの問題」にも

(43) 郭潤直・前掲書 364 頁、金容漢「根抵当」(法政 73 号、1977 年 3 月) 28 頁、金曾漢『物権法講義』(博英社、1984 年) 441 頁、金相容・前掲書 748 頁、李英俊・前掲書 842 頁。

(44) 金載亨「根抵当権に関する改正方案」(韓国ジャスティス第 34 卷第 1 号) 110 頁。

(45) 李銀榮「根抵当権に関する研究」(韓国ジャスティス第 30 卷第 1 号) 42 頁。

(46) 柳昌昊・前掲「根抵当権に関する比較法的の考察—民法改正案と日本民法の比較を中心に—」 216 頁。

(47) 金載亨・前掲「根抵当権に関する改正方案」 113 頁。

関連するので、韓国民法改正案において明確な定義の提示が求められる。

2. 根抵当権の被担保債権の範囲

根抵当権における被担保債権の範囲の「一定の種類取引」は、その範囲も広く、基準について一律であるとはいえない。たとえば、日本の場合「商取引」はその範囲を限定することができないという理由から一定の種類取引から除外される。しかし、「銀行取引」は、銀行が第三者に対して有する債権を債務者が保証した場合に、債務者に対する保証債権も「銀行取引」から生ずる債権に含まれる。⁽⁴⁸⁾前者の場合は、被担保債権となる範囲について厳格に制限する反面、後者の場合は、被担保債権の範囲の登記に保証債権と記載しなくても銀行取引に含まれるとし厳格に制限しない。そこで、中馬義直教授は、取引内容が社会通念として理解できるものであれば、必ずしも法律用語として固まっていることを要件とするには及ばないとする。被担保債権の発生原因たる取引の種類をことごとく、かつ、的確に列挙したとしても、後順位担保権者等が優先被担保権の総額を正確に予測できるわけではなく、また、極度額のみせかけの膨張を効果的に防ぎうるものでもないと述べる。⁽⁴⁹⁾

韓国の場合、日本の判例理論を取り入れることが多く、日本で議論されていることが韓国においても生じうるであろう。したがって、一定の種類取引とは何かについて、範囲及び基準を提示しなければならない。日本の場合、「一定の種類取引」をめぐる、上記のような批判はあるものの、広い範囲にわたって通達により登記ができるものとできないものを提示している。日本における通達の内容と現在の批判及び問題とされていることを明確にすることは、現在行われている韓国民法改正に意義あるものであろう。

(48) 日本判例：最判平成5年1月9日民集47巻1号41頁。

(49) 加藤一郎＝林良平『担保法大系＜第2巻＞』（金融財政事情研究会、昭和60年）18頁以下（中馬義直執筆、第11章根抵当権I根抵当権の設定と被担保債権）。

3. 根抵当権の譲渡

根抵当権の譲渡と関連して韓国民法改正の際に論点とされたのは、次の 3 点である。⁽⁵⁰⁾

第一に、根抵当権を被担保債権と完全に分離して譲渡することができるか(金載亨教授)⁽⁵¹⁾。韓国では、これに関連して肯定説と否定説に分かれる。否定説(金相容委員)は、①韓国民法改正案第 357 条の 2 によると、根抵当権は基本契約から発生する債権のみを担保するため、基本契約と分離して根抵当権のみを譲渡することは不可能であるとする。②根抵当権に関する付従性の緩和について、改正案の立場は、最小限において被担保債権が発生する基本契約が存在しなければならないとする。これに対して肯定説は、①根抵当権の譲受人が譲渡人の債務者に対して債権を有する場合は、根抵当権のみの譲渡ができるとする(南孝淳委員)。②分離譲渡を許容する立法傾向も考慮すべきであるとする(李時潤委員)。

第二に、根抵当権の譲渡における根抵当権設定者の承諾の有無である。韓国の場合、日本と異なって、被担保債権と分離して根抵当権を処分することはできない。したがって、日本では、韓国における共有の場合に根抵当権設定者の承諾を得て譲渡するが、韓国はそのような立法はできないとする(金相容委員)。

第三に、韓国民法改正案第 357 条の 5 の「その担保する債権と共に」と「持分」の表現に関する議論である。「その担保する債権と共に」を「基本契約と共に」と変更するという意見が提示されたが、前者を維持することにし

(50) 法務部・前掲「民法(財産編)改正資料集」431 頁以下。

(51) 金載亨教授は、①資産流動化のために、確定前に根抵当権付債権を譲渡する必要性が多い。このような取引界の要求を満足させることができない。②根抵当権の譲渡は、根抵当権が担保する債権の債権者変更と把握することができる。債務者変更が認められるのに対して、債権者変更はできないとする理由はないとし、根抵当権を認めるべきであると主張する。金載亨・前掲「物権法改正に関する意見(2)」30 頁以下。

た。なお、「持分」を「一部譲渡」と表現するという意見も提示されたが、前者を維持することにした。

韓国における根抵当権の譲渡は、その内容において日本の制度と異なる。日本の場合、根抵当権のみが譲渡できるので、根抵当権の活用性においては、韓国より広いと言えよう。韓国の根抵当権の改正における三つの原則と実務での要求を適切に反映する改正案が望ましいであろう。

4. 確定請求権

確定請求権は、根抵当権設定者の保護のための規定であると評価される。

韓国では、確定請求権と関連して、日本の平成 15 年改正⁽⁵²⁾を反映すべきであるとする見解がある。しかし、日本における確定請求権について、「根抵当権者は、融資をしないとしないとの自由を有するのみならず、債務不履行があれば競売もできるのだから、確定請求権を与える必要は全く存在しない」とする意見がある。⁽⁵³⁾さらに、根抵当権設定者の確定請求権行使によってただちに根抵当権の確定を生ずることにしなかったのは、根抵当権者に確定に対する心構えをして適当な措置をする余裕を与えるためであると説明されている。⁽⁵⁴⁾たとえば、根抵当権者たる銀行 A の⑦支店がその取引先 B から確定請求をうけても、その点の連絡が行きわたらない間は、他の支店で B 振出の回り手形が割引かれる可能性があり、かかる回り手形は当該根抵当権によって担保されるべきであるから、連絡に必要な期間を与えるべきとの全国銀行協会等の主張による⁽⁵⁵⁾ものであったとされる。しかし、鈴木禄弥教授は、通信技術が発達した今日、支店間の連絡等に 2 週間もの日時が必要とは考えられないし、B が振出し D が A 銀行に持込んだ手形を割引くか否かは、D の信

(52) 「日本民法の平成 15 年改正」を参考資料とする。

(53) 我妻・前掲書 535 頁。

(54) 我妻・前掲書 535 頁以下。

(55) 鈴木・前掲根抵当法概説 116 頁。

用状態によって判断されるべきであり、このような時間などは、考慮する必要はない⁽⁵⁶⁾と批判をしている。

なお、根抵当権者の確定請求権を認めるとしても、確定請求時期、確定時期が根抵当権設定者と異なるので不公平な結果をもたらすとする。⁽⁵⁷⁾

したがって、今後の韓国民法改正案に日本の平成 15 年改正がどのように反映されるかが注目される。もし、根抵当権者にも確定請求権が認められるのであれば、上記のような指摘を踏まえて、根抵当権設定者との公平性を考慮することが求められる。

5. 包括根抵当権

ここでは、包括根抵当権の定義を述べてから、包括根抵当権の有効性について検討を行う。その前提として、日本では包括根抵当権の「包括」について、極度額の定めや登記がなく、被担保債権の制限がない場合を念頭におくことが多いが、ここでは、両国とも極度額／最高額が定められ、登記されている場合に限定して論ずることとする。

韓国では、包括根抵当権を大きく二つに分けて説明する。「債権者 A の債務者 B に対する現在及び将来に発生する一切の債権」を担保するもの（無制限包括根抵当権）と、A・B間で現在結ばれている当座貸越契約・継続的手形貸付契約等を列挙して「…等の契約から生じる債権その他の一切の債権」を担保するもの（取引包括根抵当権）である。しかし、現在の韓国の金融取引実務では、根抵当権の類型を特定根抵当権、限定根抵当権、包括根抵当権の三つに分けて⁽⁵⁸⁾、その中から根抵当権設定者が選択するようにしている。このような金融取引実務における包括根抵当権は、ほとんど後者に当たると

(56) 鈴木・前掲根抵当法概説 116 頁。

(57) 鳥谷部茂「Ⅶ根抵当権制度－確定事由を中心に」（広島法学 27 卷 1 号）116 頁以下。

(58) 金載亨・前掲書 294 頁。根抵当権に関する三つの類型は、以下のとおりである。

される。⁽⁵⁹⁾

日本での「包括根抵当権」とは、いっさいの債権を担保する根抵当権である。⁽⁶⁰⁾しかし、学者によっては、包括根抵当を非取引債権をも含めて AB 間のすべての債権を担保するもの、すなわち、A B 間のいっさいの債権を担保する「純粋包括根抵当」と、AB 間のすべての取引債権を一括担保するにすぎないもの、すなわち、取引上の債権に限りいっさいのものを担保する「取引包括根抵当」に分けて説明する場合もある。⁽⁶¹⁾

次は、包括根抵当権の有効性に関する検討を行う。韓国では、①全部有効説、②限定的有効説（制限的有效説）、③拡大限定的有効説、④二元説、⑤無効説の五つの説に分かれる。

①全部有効説は、取引包括根抵当権だけではなく、無制限包括根抵当権も有効とする説である。⁽⁶²⁾ a. 当事者間の私的自治、b. 被担保債権に関する

特定根担保 債務者が債権者（本・支店）に対して以下の約定書による取引から現在及び将来に負担するすべての債務 ○年○月○日付 ○○○約定書
限定根担保 債務者が債権者（本・支店）に対して以下の種類の取引から現在及び将来に負担するすべての債務 ○○取引、○○取引
包括根担保 債務者が債権者（本・支店）に対して現在及び将来に負担する以下の債務 ア. 手形貸出、証書貸出、家計当座貸出、当座貸出、手形割引、支払保証（社債保証を含む）、売上債権取引、相互賦金取引、社債引受、有価証券貸与、外国為替取引、その他の与信取引によるすべての債務 イ. クレジットカード取引による債務（債務者以外の第三者が担保を提供した場合を除く） ウ. 債権者と第三者との‘ア’の取引に対する保証債務 エ. 債権者が第三者との‘ア’の取引によって取得した手形又は小切手上的債務

(59) 金相容「根抵当権に関する考察」（司法行政、1989年4月）53頁。

(60) 鈴木・前掲根抵当法概説 26頁。

(61) 鈴木・前掲根抵当法概説 26頁、中馬執筆・前掲書 11頁以下。

限定性・特定性がないとしても最高額が定められているので、後順位抵当権者やその他の債権者に不測の損害はないとする。

②限定的有効説（制限的有效説）は、包括根抵当を「現在及び将来に発生する一切の債権を担保」するものと「当座貸越契約・継続の手形割引契約等から生ずる債権その他の一切の債権を担保」するものに分けて前者は無効であるが、後者は有効であるとする。⁽⁶³⁾

③拡大限定的有効説は、包括根抵当権の約定の「その他の一切の債権」に、a. 銀行と取引先の間で生じる取引上の債権、b. このような債権の債務不履行による損害賠償請求権、c. このような取引と密接な関係から発生する不法行為による損害賠償請求権や不当利得返還請求権まで含むとする説である。この説は、限定的有効説（制限的有效説）よりは、被担保債権の範囲を広くみている。⁽⁶⁴⁾

④二元説は、包括根抵当約定を一つの法理によるものではなく、約款による場合と個別約定による場合を分けて、その有効性を考察すべきであるとする。そうすると、約款に関しては無効説、個別約定に関しては限定的有効説の結論と類似であるが、その論拠において異なるとする。すなわち、「約款による包括根抵当約定」は、信義則に反する不公正条項であるので、韓国約款規制法第 6 条第 1 項第 1 号により無効としなければならないとする。これに対して、「個別約定による包括根抵当約定」は、当事者間の意思が真意であるならば、有効としなければならないとする。ただし、包括的合意に取引期間に関する約定を定めなければならない。期間の制限がない包括根抵当約定は、韓国民法 103 条により無効であると解釈する。そして、包括根抵当に

(62) 金容漢「根抵当の特殊問題：包括根抵当と関連して」（『現代財産法の諸問題』金基善博士古稀記念、法文社、1987 年）166 頁以下、張庚鶴『物権法』（法文社、1985 年）852 頁、金載亨・前掲書 118 頁以下。

(63) 郭潤直・前掲書 372 頁、金相容・前掲書 765 頁。

(64) 李英俊・前掲書 860 頁。

よって担保される債務は、基本契約上の債務とその債務不履行による損害賠償に限定される（限定的有効説と同様）とする。⁽⁶⁵⁾

⑤無効説は、包括根抵当権は一般取引約款という手段を利用して抵当権の付従性を無意味にし、設定者に不当な内容を強要する点から、無効であるとする。その根拠として、a. 根抵当権は、取引上の要請によって厳格な付従性を緩和したものであり、付従性が全くない包括根抵当権を許容したわけではない。b. 契約の自由から民法上の付従性を否認することは妥当でない。c. 包括根抵当権が無効であるとしても、必ず、取引上の混乱が生じるとは考えにくい。いわば、一部無効の法理で解決できるからである。⁽⁶⁶⁾

現在、包括根抵当権の有効性に関して①～⑤の学説が存在する。そして、韓国民法改正案では、無制限的な包括根抵当権の有効性を認めるとする見解（尹喆洪教授）、最小限において取引包括根抵当権は認めるべきであるとする見解（金載亨教授）、取引包括根抵当権も認めないとする見解（金相容委員→基本契約をすべて列挙して登記すると、結果において取引包括根抵当権と同様であるとする）に分かれて議論された。⁽⁶⁷⁾しかし、韓国民法改正案の第357条の2により、現在の金融取引実務における根抵当権の中で「特定根抵当権」と「限定根抵当権」のみが認められ、「包括根抵当権」は禁止されることになるとする。⁽⁶⁸⁾

これに対して、日本民法は基本契約を必要としないので、理論的には純粹包括根抵当をも肯定する余地があったが、政策的理由から、純粹包括根抵当はもちろん、取引包括根抵当さえ否定したのである。⁽⁶⁹⁾しかし、学説では、

(65) 李銀榮・前掲書 807 頁。

(66) 李珣徹「物上保証人の責任」（『現代財産法の諸問題』金基善博士古稀記念、法文社、1987年）182頁以下。

(67) 法務部・前掲「民法（財産編）改正資料集」405頁以下。

(68) 金相容「根担保関係 民法改正案に関する若干の意見」（民事法学第43～2号、2008年12月）127頁、李東明・前掲論文 781頁。

取引包括根抵当権を有効とする説が存在する。⁽⁷⁰⁾

このように、包括根抵当権の有効性に関しては、両国とも見解が分かれる。なお、包括根抵当権の有効性と被担保債権の範囲は密接に関連していることがわかる。しかし、韓国の場合、前述のように被担保債権の範囲と関連して「一定の種類取引」の基準が明確ではない。さらに、後述の根抵当権に関する登記が明らかでない現段階で包括根抵当権の有効性を厳格に制限することは、難しいのではないと思われる。

6. 根抵当権に関する登記

根抵当権は、登記と関連する条文が多いため、不動産登記法に定める根抵当権の登記事項が重要である。しかし、韓国の場合、前述したとおり根抵当権における被担保債権の範囲を登記事項と定めないので、韓国民法改正案第 357 条の 2 のように被担保債権を三つに限定しても、包括根抵当権は依然として金融実務で行われるであろう。そして、根抵当権に関する登記は、第三者（後順位権者や差押債権者等）に対して被担保債権の範囲を公示することになり、第三者の保護の面においても重要である。

日本の場合、根抵当権が当事者間で有効であるかどうかに関する効力の問題と、第三者・後順位担保権者・差押権者等に対抗・優先できるかどうかの問題は、別問題であるとする。したがって、登記が重要であり、その定めを

(69) 鈴木・前掲根抵当法概説 26 頁。

(70) 中馬執筆・前掲書 12 頁。根抵当権の被担保債権の範囲と関連して次のように述べている。「法が被担保債権の範囲を制限するのは、根抵当権者が抵当目的物の交換価値を過大に先取りすることを防止するためであり、その趣旨は一応首肯できる。しかし、被担保債権の範囲は他方で極度額という形により数量面で制限されるのだから（むしろ、この数量面での制限こそが決定的なものである）、取引上のいっさいの債権を担保することを認めたとしても、弊害を招くことはない（根抵当権者の業種により、被担保債権の具体的発生原因はおのずから一定の枠内におさまり、途方もないものが取り込まれるようなことはない）と解するのが実際的ではないと思われる」。

設けている。たとえば、当事者間の契約書でその被担保債権の範囲を「当座貸越契約、継続の手形貸付契約から生じる債権その他の一切の債権」と定めたとしても、登記簿には日本民法第398条の2第2項・第3項に基づき法務省が通達で定めた債権しか記載することができない。すなわち、「その他の一切の債権」は登記簿に記載できない。このような登記によって後順位や差押債権者への対抗が決まることになる。これは、執行における優先弁済との関係においても重要である。

したがって、韓国民法改正の際に、根抵当権に関する条文の新設に加えて、その登記について十分な議論と提案を提示しなければならないと思われる。

四. まとめと今後の課題

根抵当権における韓国民法改正案と日本民法は多くの点で類似することが明らかである。そこから韓国民法改正の際に日本民法が重要な比較対象となっている。盲目的に外国の法律を受け入れるのではなく、類似である所とそうでない独自の所を明確に分けて十分な議論を行い、歴史あるいは政治問題とは別に中立的な立場で法改正を行うことが求められる。特に、韓国民法改正案は1999年から多くの学者や専門家等による公聴会や会議を通じて完成させたものであり、その内容において貴重な成果であるとも言えよう。現在行われている法改正において上記の改正案の分析は欠かせないことであろう。

今後の課題としては、韓国民法改正案と関連して、日本法だけではなく、ドイツ法との関係を明確にし、韓国民法の沿革を検討する。

さらに、根抵当権が担保法の基礎理論とどのように関わるかを明らかにし、韓国根抵当法のあるべき基礎理論を検討する。具体的には、包括根抵当権の検討、特に付従性の問題、被担保債権の特定や範囲との関係等を中心に、日本・ドイツでの議論や判例を分析し、最近の資産流動化等との問題も併せて検討を行う予定である。

<参考資料>

一. 日本民法と韓国民法改正案の条文比較

1. 根抵当権の定義

<p>日本民法第三九八条の二（根抵当権）① 抵当権は、設定行為で定めるところにより、一定の範囲に属する不特定の債権を極度額の限度において担保するためにも設定することができる。</p>	<p>韓国民法第三五七条（<u>根抵当</u>）① 抵当権は、その担保する債務の最高額のみを定めて、債務の確定を将来に保留し、これを設定することができる。この場合には、確定されるときまでの債務の消滅又は移転は、抵当権に影響を及ぼさない。</p> <p>② <u>前項</u>の場合には、債務の利子は最高額の中に算入したものとみる。</p> <p style="text-align: center;">↓</p> <p>韓国民法改正案第三五七条（<u>根抵当権</u>）①（現行と同様）</p> <p>② <u>第一項</u>の場合には、債務の利子は最高額の中に算入したものとみる。</p>
---	---

2. 被担保債権の範囲

<p>日本民法第三九八条の二（根抵当権）②前項の規定による抵当権（以下「根抵当権」という。）の担保すべき不特定の債権の範囲は、債務者との特定の継続的取引契約によって生ずるものその他債務者との一定の種類取引によって生ずるものに限定して、定めなければならない。</p> <p>③特定の原因に基づいて債務者との間に継続して生ずる債権又は手形上若しくは小切手上の請求権は、前項の規定にかかわらず、根抵当権の担保すべき債権とすることができる。</p>	<p>韓国民法改正案＜新設＞第三五七条の二（根抵当権の被担保債権）根抵当権により担保される債権の範囲は、特定した継続的な取引契約その他の一定の種類取引から発生する債権又は特定した原因によって継続的に発生する債権に限定する。</p>
--	---

3. 被担保債権の範囲の変更及び債務者の変更

<p>日本民法第三九八条の四（根抵当権の被担保債権の範囲及び債務者の変更）①元本の確定前においては、根抵当権の担保すべき債権の範囲の変更をすることができる。債務者の変更についても、同様とする。</p> <p>②前項の変更をするには、後順位の抵当権者その他の第三者の承諾を得ることを要しない。</p> <p>③第一項の変更について元本の確定前に登記をしなかったときは、その変更をしなかったものとみなす。</p>	<p>韓国民法改正案＜新設＞第三五七条の三（被担保債権の範囲等の変更）①根抵当権によって担保される債権の範囲は、元本の確定前には、これを変更することができる。債務者の変更に関しても、同様である。</p> <p>②第一項の変更をするには、後順位権利者その他の第三者の承諾を要しない。</p>
--	--

4. 極度額／最高額の変更

<p>日本民法第三九八条の五（根抵当権の極度額の変更）根抵当権の極度額の変更は、利害関係を有する者の承諾を得なければ、することができない。</p>	<p>韓国民法改正案〈新設〉第三五七条の四（債権最高額の変更）根抵当権の債権最高額は、利害関係人の承諾を得て、変更することができる。</p>
---	--

5. 根抵当権の譲渡

<p>日本民法第三九八条の一（根抵当権の譲渡）①元本の確定前においては、根抵当権者は、根抵当権設定者の承諾を得て、その根抵当権を譲り渡すことができる。</p> <p>②根抵当権者は、その根抵当権を二個の根抵当権に分割して、その一方を前項の規定により譲り渡すことができる。この場合において、その根抵当権を目的とする権利は、譲り渡した根抵当権について消滅する。</p> <p>③前項の規定による譲渡をするには、その根抵当権を目的とする権利を有する者の承諾を得なければならない。</p> <p>日本民法第三九八条の一三（根抵当権の一部譲渡）元本の確定前においては、根抵当権者は、根抵当権設定者の承諾を得て、その根抵当権の一部譲渡（譲渡人が譲受人と根抵当権を共有するため、これを分割しないで譲り渡すことをいう。以上この節において同じ。）をすることができる。</p>	<p>韓国民法改正案〈新設〉第三五七条の五（根抵当権の譲渡）①根抵当権者は、元本の確定前に、その担保する債権とともに根抵当権又はその持分を譲渡することができる。</p> <p>②根抵当権者は、その根抵当権を二個以上の根抵当権に分割して、第一項の規定によって譲渡することができる。</p>
--	---

6. 根抵当権の共有

<p>日本民法第三九八条の一四（根抵当権の共有）①根抵当権の共有者は、それぞれその債権額の割合に応じて弁済を受ける。ただし、元本の確定前に、これと異なる割合を定め、又はある者が他の者に先立って弁済を受けるべきことを定めたときは、その定めに従う。</p> <p>②根抵当権の共有者は、他の共有者の同意を得て、第三百九十八条の十二第一項の規定によりその権利を譲り渡すことができる。</p>	<p>韓国民法改正案<新設>第三五七条の六（根抵当権の共同帰属）①根抵当権が数人に属する場合に、根抵当権者は、その債権額の比率によって弁済を受ける。しかし、元本の確定前に、異なる比率を約定したり根抵当権者の中の一部が先に弁済を受ける約定をしたときは、その約定による。</p> <p>②各根抵当権者は、他の根抵当権者の同意を得て、第三五七条の五第一項の規定によってその権利を譲渡することができる。</p>
--	---

7. 債権譲渡・債務引受け

<p>日本民法第三九八条の七（根抵当権の被担保債権の譲渡等）①元本の確定前に根抵当権者から債権を取得した者は、その債権について根抵当権を行使することができない。元本の確定前に債務者のために又は債務者に代わって弁済をした者も、同様とする。</p> <p>②元本の確定前に債務の引受けがあったときは、根抵当権者は、引受人の債務について、その根抵当権を行使することができない。</p> <p>③元本の確定前に債権者又は債務者の交替による更改があったときは、その当事者は、第五百十八条</p>	<p>韓国民法改正案<新設>第三五七条の七（債権譲渡、債務引受け等と根抵当権）①元本の確定前に根抵当権者から個別債権を取得した者は、その債権に関して根抵当権を行使することができない。元本の確定前に債務を弁済して債権者を代位する者も、同様である。</p> <p>②元本の確定前に個別債務の引受けがあるときには、根抵当権者は、引受人の債務に関して、根抵当権を行使することができない。</p>
--	---

<p>の規定にかかわらず、根抵当権を更改後の債務に移すことができない。</p>	
---	--

8. 相続と根抵当権

<p>日本民法第三九八条の八（根抵当権者又は債務者の相続）①元本の確定前に根抵当権者について相続が開始したときは、根抵当権は、相続開始の時に存する債権のほか、相続人と根抵当権設定者との合意により定めた相続人が相続の開始後に取得する債権を担保する。</p> <p>②元本の確定前にその債務者について相続が開始したときは、根抵当権は、相続開始の時に存する債務のほか、根抵当権者と根抵当権設定者との合意により定めた相続人が相続の開始後に負担する債務を担保する。</p> <p>③第三百九十八条の四第二項の規定は、前二項の合意をする場合について準用する。</p> <p>④第一項及び第二項の合意について相続の開始後六箇月以内に登記をしないときは、担保すべき元本は、相続開始の時に確定したものとみなす。</p>	<p>韓国民法改正案<新設>第三五七条の八（相続と根抵当権）①元本の確定前に根抵当権者に対して相続が開始されたときには、根抵当権は、すでに存在する債権を担保する。相続人と根抵当権設定者は、相続人が相続開始後に取得する債権も担保することを約定することができる。</p> <p>②元本の確定前に債務者に対して相続が開始されたときには、根抵当権は、すでに存在する債務を担保する。根抵当権者と根抵当権設定者は、相続人が相続開始後に負担する債務も担保することを約定することができる。</p> <p>③第三五七条の三第二項の規定は、第一項及び第二項の約定に準用する。</p> <p>④第一項及び第二項の約定に関して相続開始後六箇月内にこれを登記しないときは、担保する元本は、相続開始時に確定されたものとみる。</p>
--	--

9. 合併と根抵当権

<p>日本民法第三九八条の九（根抵当権者又は債務者の合併）①元本の確定前に根抵当権者について合併があったときは、根抵当権は、合併の時に存する債権のほか、合併後存続する法人又は合併によって設立された法人が合併後に取得する債権を担保する。</p> <p>②元本の確定前にその債務者について合併があったときは、根抵当権は、合併の時に存する債務のほか、合併後存続する法人又は合併によって設立された法人が合併後に負担する債務を担保する。</p> <p>③前二項の場合には、根抵当権設定者は、担保すべき元本の確定を請求することができる。ただし、前項の場合において、その債務者が根抵当権設定者であるときは、この限りでない。</p> <p>④前項の規定による請求があったときは、担保すべき元本は、合併の時に確定したものとみなす。</p> <p>⑤第三項の規定による請求は、根抵当権設定者が合併のあったことを知った日から二週間を経過したときは、することができない。合併の日から一箇月を経過したときも、同様とする。</p>	<p>韓国民法改正案<新設>第三五七条の九（合併と根抵当権）①元本の確定前に根抵当権者又は債務者である法人に合併があるときには、根抵当権は、すでに存在する債権又は債務以外に、合併後に存続する法人又は合併によって設立される法人が取得する債権又は負担する債務を担保する。</p> <p>②第一項の場合に、根抵当権設定者は、担保する元本の確定を請求することができる。しかし、債務者である根抵当権設定者の合併があるときには、その限りでない。</p> <p>③第二項の請求があるときには、担保する元本は、合併時に確定されたものとみる。</p> <p>④第二項の請求は、根抵当権設定者が合併があったことを知った日から二週間が経過したときには、これを行うことができない。合併があった日から一箇月が経過したときにも、同様である。</p>
---	--

10. 確定請求

<p>日本民法第三九八条の一九（根抵当権の元本の確定請求）①根抵当権設定者は、根抵当権の設定の時から三年を経過したときは、担保すべき元本の確定を請求することができる。この場合において、担保すべき元本は、その請求の時から二週間を経過することによって確定する。</p> <p>②根抵当権者は、いつでも、担保すべき元本の確定を請求することができる。この場合において、担保すべき元本は、その請求の時に確定する。</p> <p>③前二項の規定は、担保すべき元本の確定すべき期日の定めがあるときは、適用しない。</p>	<p>韓国民法改正案<新設>第三五七条の一〇（元本の確定請求）①根抵当権設定者は、根抵当権設定時から三年が経過したときには、担保する元本の確定を請求することができる。しかし、担保する元本の確定時期を約定した場合には、その限りでない。</p> <p>②第一項の請求があるときには、担保する元本は、その請求時から二週間が経過することによって確定される。</p> <p>③第一項の本文の確定請求権は、予め放棄することはできない。</p>
---	---

11. 確定事由

<p>日本民法第三九八条の二〇（根抵当権の元本の確定事由）①次に掲げる場合には、根抵当権の担保すべき元本は、確定する。</p> <p>一 根抵当権者が抵当不動産について競売若しくは担保不動産収益執行又は第三百七十二条において準用する第三百四条の規定による差押えを申し立てたとき。ただし、競売手続若しくは担保不動産収益執行手続の開始又は差押えがあっ</p>	<p>韓国民法改正案<新設>第三五七条の一一（元本の確定事由）①根抵当権が担保する元本は、次の各号の場合に確定される。</p> <p>一 担保する元本がこれ以上発生しないことになったとき</p> <p>二 根抵当権者が抵当不動産に対して競売又は第三七〇条によって準用される第三四二条による差押えを申請したとき。ただし、競売手続の開始又は差押えがあるとき</p>
---	--

<p>たときに限る。</p> <p>二 根抵当権者が抵当不動産に対して滞納処分による差押えをしたとき。</p> <p>三 根抵当権者が抵当不動産に対する競売手続の開始又は滞納処分による差押えがあったことを知った時から二週間を経過したとき。</p> <p>四 債務者又は根抵当権設定者が破産手続開始の決定を受けたとき。</p> <p>②前項第三号の競売手続の開始若しくは差押え又は同項第四号の破産手続開始の決定の効力が消滅したときは、担保すべき元本は、確定しなかったものとみなす。ただし、元本が確定したものととしてその根抵当権又はこれを目的とする権利を取得した者があるときは、この限りでない。</p>	<p>に限る。</p> <p>三 根抵当権者が抵当不動産に対して滞納処分による差押えをしたとき</p> <p>四 根抵当権者が抵当不動産に対する競売手続の開始又は滞納処分による差押えがあったことを知った日から二週間を経過したとき</p> <p>五 債務者又は根抵当権設定者が破産宣告又は会社整理手続の開始決定を受けたとき</p> <p>②第一項第四号の競売手続の開始又は差押えや第五号の破産宣告又は会社整理手続の開始決定がその効力を失ったときには、担保する元本は、確定されないものとみる。しかし、元本が確定されたものとしてその根抵当権を取得した者があるときには、その限りでない。</p>
---	---

12. 減額請求

<p>日本民法第三九八条の二（根抵当権の極度額の減額請求）①元本の確定後においては、根抵当権設定者は、その根抵当権の極度額を、現に存する債務の額と以後二年間に生ずべき利息その他の定期金及び債務の不履行による損害賠償の額とを加えた額に減額することを請求することができる。</p> <p>②第三百九十八条の十六の登記が</p>	<p>韓国民法改正案<新設>第三五七条の一（債権最高額の減額請求）元本の確定後に、根抵当権設定者は、債権最高額を現存する債務額と以後一年間発生する利子、違約金及び債務不履行による損害賠償額の範囲で減額することを請求することができる。</p>
---	--

<p>されている根抵当権の極度額の減額については、前項の規定による請求は、そのうちの一個の不動産についてすれば足りる。</p>	
---	--

二. 日本民法の平成 15 年改正

改正前	改正後
<p>日本民法第三九八条ノ一九（元本ノ確定請求）①根抵当権設定者ハ根抵当権設定ノ時ヨリ三年ヲ経過シタルトキハ担保スベキ元本ノ確定ヲ請求スルコトヲ得但担保スベキ元本ノ確定スベキ期日ノ定アルトキハ此限ニ在ラズ ②前項ノ請求アリタルトキハ担保スベキ元本ハ其請求ノ時ヨリ二週間ヲ経過シタルニ因リテ確定ス</p>	<p>日本民法第三九八条の一九（根抵当権の元本の確定請求）①根抵当権設定者は、根抵当権の設定の時から三年を経過したときは、担保すべき元本の確定を請求することができる。この場合において、担保すべき元本は、その請求の時から二週間を経過することによって確定する。 <u>②根抵当権者は、いつでも、担保すべき元本の確定を請求することができる。この場合において、担保すべき元本は、その請求の時に確定する。</u>（下線筆者） ③前二項の規定は、担保すべき元本の確定すべき期日の定めがあるときは、適用しない。</p>
<p>日本民法第三九八条ノ二〇（元本ノ確定事由）①左ノ場合ニ於テハ根抵当権ノ担保スベキ元本ハ確定ス <u>一 担保スベキ債権ノ範囲ノ変更、取引ノ終了其他ノ事由ニ因リ担保</u></p>	<p>日本民法第三九八条の二〇（根抵当権の元本の確定事由）①次に掲げる場合には、根抵当権の担保すべき元本は、確定する。 一 根抵当権者が抵当不動産について競売若しくは担保不動産収益</p>

<p><u>スベキ元本ノ生ゼザルコトヲ為リタルトキ</u>（下線筆者）</p> <p>二 根抵当権者が抵当不動産ニ付キ競売又ハ第三百七十二條ニ於テ準用スル第三百四條ノ規定ニ依ル差押ヲ申立テタルトキ但競売手續ノ開始又ハ差押アリタルトキニ限ル</p> <p>三 根抵当権者が抵当不動産ニ対シ滞納処分ニ因ル差押ヲ為シタルトキ</p> <p>四 根抵当権者が抵当不動産ニ対スル競売手續ノ開始又ハ滞納処分ニ因ル差押アリタルコトヲ知りタル時ヨリ二週間ヲ経過シタルトキ</p> <p>五 債務者又ハ根抵当権設定者が破産ノ宣告ヲ受ケタルトキ</p> <p>②前項第四号ノ競売手續ノ開始若クハ差押又ハ同項第五号ノ破産ノ宣告ノ効力が消滅シタルトキハ担保スベキ元本ハ確定セザリシモノト看做ス但元本ガ確定シタルモノトシテ其根抵当権又ハ之ヲ目的トスル權利ヲ取得シタル者アルトキハ此限ニ在ラズ</p>	<p>執行又は第三百七十二條において準用する第三百四條の規定による差押えを申し立てたとき。ただし、競売手續若しくは担保不動産収益執行手續の開始又は差押えがあったときに限る。</p> <p>二 根抵当権者が抵当不動産に対して滞納処分による差押えをしたとき。</p> <p>三 根抵当権者が抵当不動産に対する競売手續の開始又は滞納処分による差押えがあったことを知った時から二週間を経過したとき。</p> <p>四 債務者又は根抵当権設定者が破産手續開始の決定を受けたとき。</p> <p>②前項第三号の競売手續の開始若しくは差押え又は同項第四号の破産手續開始の決定の効力が消滅したときは、担保すべき元本は、確定しなかつたものとみなす。ただし、元本が確定したのものとしてその根抵当権又はこれを目的とする權利を取得した者があるときは、この限りでない。</p>
--	---